

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

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

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

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

“家事法苑”微信公众号：“家事法苑”，微信号“famlaw”
（“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

庆云法院创新模式快审离婚案	2016-09-21	德州新闻网
共谋家事审判与心理学研究深度合作	2016-10-08	人民法院报 谢勇
厦门海沧 共同缔造温暖家园	2016-10-10	人民法院报 安海涛 付臻
离婚案件中子女抚养若干问题研究	2016-10-14	重庆法院网 武隆县法院 周之平
内蒙古高院出台工作指导意见 规范家事审判 倡导和谐家庭	2016-10-17	人民法院报 王晓东
福田法院家事审判改革 首创财产调查员制度	2016-10-17	深圳新闻网 张玲
荔浦法院出台规定推进家事审判改革	2016-10-0	平安桂林网荔浦讯 通讯员 邓志芳
丹江口法院聘请心理咨询师、家事调解员助力家事审判	2016-09-20	中国法院网湖北法院 戴隆伟 熊飞
家事纠纷应诉前分流	2016-10-18	人民法院报 王亚明
法官巧断家务事——江苏徐州铜山法院家事审判工作机制调查	2016-10-20	人民法院报 记者娄银生 通讯员夏友峰 吴磊
深圳福田法院家事审判全程尽显人文关怀	2016-10-21	广东省高级人民法院 法制日报
《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》（草案）研讨会召开	2016-10-29	南粤家事

二、一般审判动态

不退还彩礼居然会构成犯罪？带您了解什么是拒执罪	2016-10-07	福建高院
父母为子女自创姓氏违背公序良俗——吕x诉x派出所民政行政登记案	2016-10-29	法律家

三、立法动态

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

“家事法苑”团队奉献

跨国夫妻上海结婚美国离婚 回厦门分财产闹上法院-----2016-09-21 东南网 邹珏
涉外离婚案判决书-----2016-10-11 华政国际私法评论

（二）婚姻无效撤销案例

（三）子女抚养亲子关系案例

在病房长大的孩子-----2016-10-27 经济与法

（四）财产分割案例

最高人民法院民事判决书 樊XX与高X离婚财产分割纠纷上诉案-----（1998）民终字第146号

分完房子，女方要求分割淘宝店铺……-----2016-10-12 南京市中级人民法院

解读最高法第66号指导案例|一方离婚前转移、隐匿夫妻共同财产，离婚时可以少分或不分-----2016-10-25 法信

由一方在婚前申请，而另一方在婚后支付房屋首付款所购两限房的分割原则

-----2016-10-27 人民法院报 北京市第三中级人民法院 杨路

（五）损害赔偿案例

妻“借种”生下两娃 闹离婚丈夫索赔14万-----2016-09-22 广州日报 记者章程 通讯员黄义涛 张瑜

因家庭暴力而离婚时无过错方可获赔偿-----2016-10-25 指导性案例审判规则

（六）扶养赡养案例

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

（八）恋爱同居纠纷案例

（九）其他相关案例

父母离异未成年人造成他人损害未共同生活方亦可承担民事责任-----2016-10-04 法律家

夫妻事先约定因家暴而离婚应付的赔偿金未明过高时有效-----2016-10-11 指导性案例审判规则

法院对夫妻之间一方违反“忠诚协议”的处理-----2016-10-18 法信

（十）赠与案例

离婚协议中约定赠与子女房产的行为不得撤销-----2016-10-02 指导性案例审判规则

（十一）夫妻债务案例

老妈拿着22万元欠条把女儿和前女婿告了！-----2016-10-25 佛山市中级人民法院

夫妻一方的个人债务，债权人可过“代位析产”分割夫妻共同财产-----2016-10-29 法律家

向配偶借钱，离婚后跪着也要还完？-----2016-10-29 赖以立 何宇鹏

五、继承

（一）继承审判动态

争夺遗产：亲生女儿“败下阵来”（真实故事）-----2016-10-29 检察日报 闵丽娜 李浩

出嫁女请求确认有效遗嘱继承的房屋权利应予支持-----2016-10-29 指导性案例审判规则

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

六、房产、股权、信托

（一）房产

父女大战-----2016-10-10 经济与法

（二）股权

离婚案件中，如何处理“夫妻公司”及夫妻对公司享有的股权-----2016-10-09 法信

（三）信托

七、社会新闻

女子出走被宣告死亡 10年后回家起诉要求撤销-----2016-10-30 法律图书馆

史上最有诗意离婚答辩状-----2016-10-31 审判实务

八、异域资讯

申请停付前妻生活费遭拒 70岁男子打算上诉-----2016-9-25 新加坡 联合早报

与女客户展开婚外情发生性关系 行为失检律师执照吊销三月（新加坡）——2016-9-11 联合早报（新加坡） 郑靖豫
韩国结婚和新生儿人数创新低——2016-9-29 联合早报网讯 赖筱青
指中国女子假结婚 姐妹胜诉保亡弟公积金——2016-9-7 新加坡联合早报 傅丽云
不满狮城夫仍与前妻睡同房 中国妇闹离婚与夫争儿——2016-8-27 新加坡联合晚报 高庭敏 梁淑晶
港媒：内地夫妇移居香港 三分之一离婚收场——2016年8月31 联合早报网讯 杨丽娟
马内阁同意修法解决改教问题——2016-8-26 联合早报
假期不利婚姻？美研究发现寒暑假后离婚率骤升——2016-8-23 联合新闻网
新报：日本“弃老憎老”现象恶化 医院“打点滴”杀老人——2016-10-03 参考消息网
英国女子遭丈夫背叛 拍卖婚纱为离婚筹钱——2016-8-20 中国新闻网
韩国多文化家庭亲属证明或变简单 外国人配偶将登记入户口本——2016-10-14 韩中法律新闻
我经手的明星离婚案可比八卦杂志精彩多了——2016-10-22 方圆 GQLab

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

夫妻财产制的伦理回归——2016-10-02 中国民商法律网 张泽丰
政策解读 | 中国人到国外登记结婚单身证明公证认证如何办 ——2016-10-04 领事直通车 任正红
法定继承是否一成不变？ | 学刊——2016-10-04 中国民商法律网
政策解读 | 海外中国公民三姐妹结婚获得领事协助——2016-10-06 领事直通车 任正红
成年监护制度的现代转向——《中国法学》2015年第2期 华东政法大学教授 李霞
欺诈性抚养的认定及其侵权赔偿责任研究——《山东女子学院学报》2016年第4期 福建江夏学院教授 吴国平
人大复印报刊资料《民商法学》2016年第9期资料索引——
中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第9期
完善我国未成年人监护立法的思考——《理论探索》2016年第4期 曹思婕
“中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会”隆重召开
——2016-10-18 中国法学会婚姻法学研究会
干扰婚姻关系之侵权责任——老王帮小王立论——2016-10-18 民商案例研究 王泽鉴
英美法上的冷冻胚胎案——2016-10-19 法律那些事儿 李昊
法刊辑要（2016295）：《法学杂志》2016年第9期——2016-10-20 法学期刊目录通讯 法学杂志编辑部
人大复印报刊资料《民商法学》——2016-10-21 人大复印报刊资料《民商法学》2016年第10期
专家建议——尽快出台反家庭暴力法实施细则——2016-10-24 中国妇女报 王春霞
离婚协议分割房产未过户时对外效力——2016-10-24 高杉LEGAL 吴宁
网络虚拟财产的民法典立法保护研讨会综述——2016-10-25 中国民商法律网 民商法前沿论坛
完善不动产登记信息查询机制——2016-10-26 中国不动产 江苏省常州市国土资源局新北分局 钱里阳
涉外婚姻财产中不动产的法律适用——2016-10-26 苏小妹谈法评史 苏晓凌
也谈夫妻间赠与的法律适用——2016-10-26 《当代法学》2016年第4期 裴桦
我国夫妻共同债务推定规则之检讨——《西南政法大学学报》2011年2月第13卷第1期 夏吟兰
一次性工亡补助金如何分割——2016-10-29 民事审判参考

（二）法官视点

小妹妹，对你我感到很抱歉——2016-09-29 微伟道来 微伟
继承遗产范围内债务执行应以继承权真实兑现为程序启动要件
——2016-10-05 江苏省扬州市江都区人民法院 张俊 魏宇飞
一件假离婚引发的纠纷——2016-09-23 重庆市丰都县人民法院 冉孟鑫
家事案件判决中应注重情绪疏导及人文关怀——2016-10-07 四川省宜宾市翠屏区人民法院 龚莉莎
享有隔代探望权应受适当限制——2016-10-12 人民法院报 付建国 郝绍彬
房屋继承人应被准许“以人查房”——2016-10-12 人民法院报 南京铁路运输法院 洪彦

- 夫妻婚前财产权属浅析-----2016-10-14 涟源市人民法院 杨建辉
遗嘱人生前以赠与方式处分遗嘱中所列部分财产的,应视为遗嘱被部分撤销-----上海市黄浦区人民法院 韩玫
异质人工授精子女的法律地位-----2016-10-13 江西省鹰潭市月湖区人民法院 孙振辉 高嵩
对《〈婚姻法〉司法解释(二)》第二十五条的解读-----2016-10-17 故乡老树 滕威
程新文、冯小光、王友祥、王丹:《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》的理解与适用
-----2016-10-17 载自《民事审判指导与参考》总第66辑
房屋登记对婚内房屋权属约定不具有对抗效力-----《人民司法》2016年第19期 最高院 曹守晔 北京大学 杨晓砚
“婚合家和”——离婚纠纷中股权处理实务讲座成功举办-----2016-10-20 十届律协宣联委
违法建筑不宜作为离婚夫妻共同财产分割-----2016-10-22 五中民事茶座 刘德宝 蒋璐
将债务人配偶列为共同被告的思考-----2016-10-19 湖南法院网 华容县人民法院 刘孝祥 周辉
从审判实践中看妇女在离婚时财产分割方面存在的问题-----2016-07-29 青岛法院网 大通回族土族自治县人民法院
大通县法院民事审判庭2011年~2016年婚姻家庭案件调研分析-----2016-09-08 青岛法院网 大通县法院 肖红
如何防范分家析产纠纷中的虚假诉讼-----2016-10-24 法治昌明 北京市延庆区人民法院 徐小飞
为买房“假离婚”后人财两空 法官提示“假离婚”存在风险-----2016-10-25 北京三中法院风景线 向珂
最高院民一庭:认定夫妻共同财产涉及父母为子女买房出资性质如何确定-----2016-10-26 最高院民一庭 家事法务
把家事案件判决书写成感化之文-----2016-10-30 人民法院报 四川省宜宾市翠屏区人民法院 龚莉莎
婚姻法司法解释二第24条与虚假诉讼-----2016-10-31 合伙人法律之家 黄献

(三) 检察官视点

(四) 律师视点

- 夫妻共同债务认定的裁判规则探析——以上海法院民间借贷判例大数据为样本
-----2016-09-29 东方家事 北京大成(上海)律师事务所 马乃东 华丹菁
律师代理婚内抚养费案件的经验和体会-----
《婚姻家庭纠纷案件律师业务》,法律出版社,2014年11月版 北京天驰君泰律师事务所高级合伙人 杨晓林
A股上市公司证券非交易业务大“揭秘”——从婚姻、继承导致A股股票非交易过户案例探析
-----2016-10-17 中伦视界 贾明军 蓝艳

(五) 文件选读

- 《亲权鉴定技术规范》2016新版规范启 -----2016-10-13 司法鉴定服务平台

(六) 媒体视点

- 南怀瑾遗产纷争:留下什么遗产?为何对簿公堂?-----2016-09-27 温州网
留不住爱,怎么保住钱?-----2016-10-14 南方周末 陈斌
“假离婚”有风险 行动需谨慎-----2016-10-16 人民法院报 徐建辉
离婚夺子:父母行为涉违法-----2016-10-18 荆楚网 记者林慧婕 通讯员熊斌
家事纠纷新型疑难案件增多-----2016-10-14 法制日报案件 记者吴晓锋 战海峰
国办明确:不动产登记资料查询与政府信息公开行为存在根本性差别-----2016-10-19 中国国土资源报 刘振国
买房登记在孩子名下 办理公积金贷款受阻-----2016-10-21 人民法院报
为了房子,扔下孩子,浦东法院妥善做好幼儿安置工作-----2016-10-26 上海法治声音
爸爸博士妈妈硕士,离婚展开夺子大战-----2016-10-31 武汉晚报 记者林慧婕

(七) 公证专题

十、新书资讯

- 夫妻财产关系法律适用研究-----2015年6月1日第一版 法律出版社 华倩著
《权利的边界:美国财产法经典案例故事》-----2016-10-15 Gerald Korngold、Andrew P. Morriss 著 吴香香译
“家事法评注丛书”首发式在京举行-----2016-10-20 厦门大学出版社 李宁
《家事法研究》(2016年卷)-----社会科学文献出版社 2016年10月10日版 夏吟兰 龙翼飞主编

十一、人民法院案例选

“家事法苑”团队奉献

特别声明

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

家事法苑™ 是杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事律师网™ 是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京ICP备10218255号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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

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

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正文

一、婚姻家庭审判动态

庆云法院创新模式快审离婚案

2016-09-21 德州新闻网

德州新闻网讯（记者 李智群 通讯员 王健 张晓）近日，庆云县法院在审理一起离婚纠纷案件时，采用要素审判模式，成功化解当事人之间的矛盾，促成案件达成调解，获得当事人好评。

据了解，该院针对离婚案件争议焦点呈现类型化的特点，通过对以往案件所体现的争议焦点进行分析、归纳，提炼出相对固定的审判要素。在开庭审理之前由主审法官指导当事人填写离婚案件诉讼要素表，使当事人明确自己的主张，并以此进行举证质证，改变离婚案件中当事人陈述繁杂冗长的弊端，提高审判质效。“下一步，我们将总结相关经验，不断扩大要素审判的适用范围，提升审判工作的专业化水平。”该院院长孙文中说。

共谋家事审判与心理学研究深度合作

2016-10-08 人民法院报 谢勇

10月7日，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华与北京师范大学校长董奇会谈，共商建立广泛深入、互利共赢的常态化合作机制，在家事审判中引入心理学测量、评估、分析、治疗等方法，推进家事审判和心理学、社会学研究共同发展。最高人民法院民一庭、司改办有关同志和北京师范大学科研管理机构、心理学院、法学院以及中国心理学会部分负责同志、专家学者参加会谈。

杜万华强调，家庭是社会的细胞，家庭建设自古以来就是我国社会建设的重要组成部分。改革开放以来，我国家庭关系发生了深刻变化，新的家庭道德伦理规范还不成熟，离婚现象较为普遍，家庭成员行为失范，直接造成众多家庭成员情感伤害和社会公共道德滑坡。这也是造成未成年人犯罪和老无所养的重要原因。人民法院开展家事审判改革，目标是维护婚姻家庭稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人的合法权益，促进社会建设，弘扬社会主义核心价值观；要注重发挥家事审判裁判和救治双重职能；要积极完善多元家事纠纷解决机制、探索家事审判特别诉

“家事法苑”团队奉献

讼程序、建立专业化的家事审判队伍。

杜万华就双方合作提出六点建议：一是吸纳心理学、社会学的老师和学生到家事调解员队伍，直接参与家事纠纷调处。二是引入心理学方法对当事人进行心理测试，帮助法官处理家事案件，并可直接引入心理学专业人才到法院队伍。三是对家事审判改革试点法院的家事法官开展心理学知识培训，并逐步推广到全国家事法官和家事调解员。四是共同编写高质量的家事审判培训教材。五是共同推动涉家事审判的心理学、社会学研究。科研机构可以在有条件的人民法院设立家事心理学教学科研基地。六是建立全国法院与全国心理学、社会学教学科研单位之间多层次、常态化合作机制。

董奇认为，在人民法院和高校等科研机构之间开展合作，将心理学知识和方法引入家事审判的意义十分重大，对杜万华的建议表示高度赞同，并就双方合作提出四点建议：一是双方分别指定牵头部门，对此项合作进行深入研究，共同提出详细的合作方案。二是双方签订战略合作协议，共同参与社会建设，促进社会治理方式创新。三是在北京师范大学设立家事审判研究中心，负责落实双方战略合作协议，开展家事审判队伍心理、社会工作、家庭婚姻等方面的专业培训。四是双方共同制定详尽工作计划，既要促进家事审判发展，又要推动心理学和社会学科研发展，要让科研真正解决社会问题。

厦门海沧 共同缔造温暖家园

2016-10-10 人民法院报 安海涛 付臻

“家和万事兴”是中国的一句老话，在福建省厦门市海沧区人民法院，家事法庭法官们用实际行动赋予了这句话新的涵义。

海沧区法院家事法庭一直致力于消弭家庭矛盾、改善家庭关系，从未停止开拓创新、服务社会家庭的脚步。该庭建立了“法庭之友”机制，开展了一系列暖心活动，取得了良好的社会效果。

重启人生路 迷途少年的“庆生会”

未满16岁的小朗生长于离异家庭，父亲在监狱服刑，母亲离家出走，初中还没上完，他便跟随奶奶到厦门投亲。后来奶奶因为健康原因回老家休养，他便一人在厦门以打零工为生。一次偶然机会，在一点好处费的诱惑下，他同意帮人带毒品给吸毒者，被民警当场抓获并因此获刑。

“由于他携带的毒品只有0.3克，又是未成年人，我们本着教育为主、惩罚为辅的原则，最终判处他拘役三个月，缓刑四个月。令人心寒的是，出事后，他的母亲也没有来厦门，而是由我们专门为他指定了合适代理人——热心公益事业而且经验丰富的喻大姐，陪伴帮助他度过缓刑考验期，给他提供生活上、思想上的引导和帮助。”海沧区法院家事法庭庭长郭静告诉记者。

今年2月1日这天，对于小朗来说是个特殊的“生日”——这是他缓刑考验期满后的第一天。尽管没有蜡烛和生日蛋糕，但家事法庭的法官们却为他准备了一场特别的“庆生”仪式，祝贺他从此开启新生之路。

“在缓刑考验期里，其实我一直很低落，要不是大家对我的关怀，我真不敢想象自己还会做出什么违法的事来。”在当天的“庆生会”上，小朗真情讲述了自己犯罪后以及缓刑考验期的心路历程，让在场其他受邀而来正处于缓刑考验期的少年们无不动容。同时，小朗的故事也为他们提供了正面的引导，为他们带来了重树生活信心的力量。

那天，法官和合适代理人喻大姐也都语重心长地对小朗嘱托了今后要走好人生之路，希望他能放下包袱，重新起航。然而小朗没有想到的是，法官们还为他准备了“生日礼物”——一张保险单和一笔慰问金。

“我们早在缓刑考验期开始时就为他购买了一份保险，包括人身意外伤害险和重大疾病险，我们是用最小的经济成本为他实现最大的人生保障。而这一点慰问金就当是给小朗的压岁钱啦，这是我们法院的‘雨露基金’，专门用于帮助困难当事人和他们的家属。”郭静微笑着将这份“生日礼物”递到了小朗的手里。

书香伴成长 离异家庭的亲子“悦”读会

今年春节前的一天，海沧区法院家事法庭内欢声笑语，热闹异常，原来法官们邀请来了曾经的离婚案件当事人携带子女参加一场亲子读书会。

“今天来参加活动的大部分孩子都来自曾产生裂痕的家庭，幼小的他们或多或少都经历了家庭的不幸及父母的不和谐。通过这次活动，我们希望给这些心灵曾经受伤的孩子们打开一扇知识的大门，同时也通过父母与孩子的有效互动，鼓励他们共同学习，增进亲子关系。”家事法庭法官刘亚帆向记者介绍说。

“作为家事法庭又一项司法服务的延伸，这次活动是我们和阳光书城、两岸阳光故事会联合的结果。书城老师

“家事法苑”团队奉献

们有着丰富的讲故事经验，其中也有一批致力于提高青少年阅读能力、将知识传播于社会的故事义工。故事工会结成帮扶对子，给有兴趣的小朋友提供长期跟踪服务，引导他们通过‘悦’读福袋与更多小朋友分享自己的阅读心得。”郭静说。

“悦”读分享会上，故事义工们还教孩子们做起了手工，在爸爸妈妈的帮助下，孩子们手中的一把把小剪刀变出了一本本可以折叠的“猴脸书”和一个个大红喜庆的“福”字，他们兴奋地展示着自己的作品，非常自豪。活动的最后，家事法庭为每位孩子都赠送了由他们自己挑选出的最喜爱的图书。一位小朋友在留言本上用稚嫩的字迹写下：“本来我有点紧张，但后来就非常开心了！我喜欢这里。”

家事法庭注重呵护引导未成年人的心理健康成长，持续有效修复家庭关系，致力于营造更为和谐、通畅的婚姻家庭关系。可以说，一场书的盛宴、“悦”读的分，为父母子女有效互动、增进亲子感情提供了一个良好的平台。

法官有大爱 残障当事人的“法庭婚礼”

小朱曾经是海沧区法院受理的执行案件和离婚诉讼的当事人，十年前一场交通事故使他成为无住处、无收入、无生活自理能力的“三无”人员。十年间，法官帮他申请了廉租房，帮他办起了便民报刊亭以保障生活来源，更是为他牵线搭桥，成就了一段美好姻缘。十年后的2016年5月，家事法庭的法官们为生活幸福甜蜜的小朱补办了一场迟来的婚礼。

这也是海沧区法院举办的首场“法庭婚礼”，由院长亲自担任证婚人，法院干警、区妇联、残联代表、家事调查员代表、法庭义工代表以及“新厦门人联盟”代表等都见证了这温馨感人的一幕。

“本着公共资源与民共享的理念，我们法院为当事人提供‘法庭婚礼’服务，让公众更加关注家庭建设，关注家事审判工作，从而了解并传递家事法庭所倡导的遵纪守法、家庭和谐、夫妻忠诚的理念。”海沧区法院院长傅远平向来宾们介绍说。

“法官们在法庭上铁面无私，而在法庭下却是有情有义。十年来，他们替我想的，替我做的，都是我自己根本不敢想，也根本做不到的！正是他们的善良，才有了今天的我！”小朱牵起妻子的手，幸福的笑容久久绽放在他的脸上。

“今后，家事法庭还将继续开展‘法庭婚礼’这一做法，由更多的法官为新人们证婚，作为我们延伸司法服务的又一重要举措。”郭静如是说。

离婚案件中子女抚养若干问题研究

2016-10-14 重庆法院网 武隆县法院 周之平

在离婚案件中，为确保子女利益获得保护，在原、被告双方难以达成协议的情况下，法院须就子女抚养问题经行判决。但就读非义务教育阶段的成年子女抚养费请求应否支持，父母抚养至子女年满十八周岁还是能独立生活时止，对离婚双方达成的抚养协议内容的合理性是否应作实质性审查等问题，均值得认真梳理探讨。

一、涉子女抚养离婚案件数据统计分析

武隆法院2016年1-6月共计审结离婚纠纷案件229件，判决或调解离婚118件，占51.53%。其中一月审结的11件中，调解离婚5件，判决离婚1件，均涉及子女抚养问题。二月审结的44件中，调解离婚18件，判决离婚9件，涉及子女抚养20件。三月审结56件，调解离婚15件，判决离婚8件，涉及子女抚养14件。四月审结41件，调解离婚12件，判决离婚6件，涉及子女抚养11件。五月审结39件，调解离婚8件，判决离婚10件，涉及子女抚养12件。六月审结38件，调解离婚18件，判决离婚8件，涉及子女抚养16件。

月份

涉抚养 1月 2月 3月 4月 5月 6月 合计

判决（件） 1 7 4 3 7 6 79

调解（件） 5 13 10 8 5 10

占比 100% 74.07% 60.87% 61.11% 66.67% 61.54% 66.95%

注：以下所有表格占比统计均保留至小数点后两位。

在离婚后涉及子女抚养费支付的79件案件中，子女就读义务教育及高中阶段的共计76件，就读大专以上3件。但值得一提的是，不少判决准予离婚的案件中，因离婚时子女已年满十八周岁，但仍在校就读，审判员基于法律规定及实际情况综合考量后，未将子女抚养问题列入离婚判决或调解书中。

“家事法苑”团队奉献

子女学历

涉抚养 小学及以下 初中 高中 大专及以上

判决（件） 16 3 4 0

调解（件） 39 6 8 3

占比 69.62% 11.39% 15.19% 3.80%

武隆作为典型的喀斯特地貌区，地质条件差、交通不便，主要以发展旅游及高山生态农业带动经济，外出务工人员占比重，地域收支不均且人均收入不高，尤其是在东北乡镇片区，几乎无任何工业基础。因此，武隆地区抚养费支付金额在全市范围内总体偏低。有时能否就抚养费支付问题达成一致意见，甚至成为法院调解离婚成功与否的关键。在武隆法院 2016 年 1-6 月判决准予离婚的 118 件案件中，一共有 79 件涉及子女抚养费支付问题。在这些案件中，一方不要求另一方支付子女抚养费的占比最大，抚养费月支付金额在 200-300 元区间则位居其次，合计抚养费支付在 0-300 元区间的比例占到了 60.53%。

金额（元）

涉抚养 0 1-200（含 200） 200-300（含 300） 300-400（含 400） 400-500（含 500） 500 以上 互不支付

判决（件） 5 0 9 5 3 2 4

调解（件） 23 5 4 4 3 2 7

占比 36.84% 6.58% 17.11% 11.84% 7.89% 5.26% 14.47%

注：以下表格子女就读大专以上案件均未计入。

子女作为传宗接代及生命延续的载体，对于一个家庭至关重要。武隆作为西部大开发中的扶贫重点县，受限于地形气候，农林业占据主导地位，农村“养儿防老”的旧观念仍然盛行，出生婴儿男女比例虽没有精确数据可查，但就中小学校招生男女比例却可以看出，男孩占比稍高于女孩。在武隆法院 1-6 月离婚诉讼中，男方要求抚养子女的比例以及男方要求抚养儿子的比例合计超过 70%，远高于女方，而主动提起离婚诉讼的男女性别比，女方却占到了 80% 以上，离婚愿望明显高于男方，这不仅体现了女方权利意识的觉醒，也昭示了地区经济发展差异与男女比例失衡所带来的后果。

数量及占比

直接抚养方 件数 占比

女方抚养 25 件 32.89%

男方抚养 41 件 53.95%

男方女方各自抚养 10 件 13.16%

在武隆法院 2016 年 1-6 月判决离婚的 118 件案件中，79 件涉及子女抚养问题，但这些判决或调解文书中，对抚养子女的截止时间并不一致，超过半数的判决或调解书未列明抚养截止时间，判决或调解离婚的，列明抚养至子女能独立生活时止的比例也明显高于至年满十八周岁止的比例。

抚养截止时间

调、判数及比例 至年满 18 周岁 至能独立生活时止 未提及

调解 6 10 32

判决 6 12 10

占比 15.19% 27.85% 53.16%

注：未提及部分，在裁判文书中大致表述如下：1. 婚生子女某某由男方（或女方）抚养并随其生活，男方（或女方）（自愿）不要求对方支付抚养费；2. 婚生子女某甲由原告抚养，某乙由被告抚养，双方互不支付抚养费；3. 婚生子女某某由男方（或女方）抚养，男方（或女方）一次性（或分期）支付子女抚养费共计 X 元；4. 婚生子女某某由男方（或女方）抚养，男方（或女方）每月支付子女抚养费 X 元。

二、问题解析及应对建议

（一）就读非义务教育阶段成年子女抚养费请求应否支持，抚养截止时间如何认定？

针对抚养费支付请求，我国《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。”我国《民法通则》第二十一条第一款规定：“十八周岁以上的公民是

成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”《中华人民共和国未成年人保护法》第二条规定：“本法所称未成年人是指未满十八周岁的公民。”可见，在我国成年与否的界限系是否年满十八周岁。而对“不能独立生活的子女”的相关认定，《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）》第二十条作出了解释：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。

综上可知，在我国父母抚养子女的条件为子女在十八周岁以下（不含十六周岁以上，能够独立生活的子女），或者子女在十八周岁以上，但仍在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情况。

鉴于上述抚养条件，就读非义务教育阶段成年子女抚养费请求应如何处理呢？笔者认为，有以下两种处理方法。

其一，如果能够调解离婚，对于子女抚养条款，基于保护子女利益，可以尽量说服当事人同意抚养子女至其能独立生活时止，当事人既能达成调解合意，也能保护子女成长利益，协议自应得到尊重。如不能说服，则应准确列明抚养至子女十八周岁止，不可在未提示并征得当事人同意的情况下，直接在笔录及判决中载明抚养子女至其能独立生活时止。其二，在判决离婚的情况下，除非当事人合意，否则应一律在判项中列明抚养至子女年满十八周岁止。

针对以上两种处理情况，笔者认为理由如下：首先，法律及司法解释已经明确了子女抚养截止时间，年满十八周岁的子女即便能够就读大中专高校，也不在法律规定的抚养范围内；其次，子女就读大中专院校，早已超出义务教育，有的学校收费昂贵，对父母来说负担沉重，将其视为道德上的义务更为合适；再次，子女成年后，具备劳动能力，能够通过勤工助学、办理助学贷款、获取奖学金、助学金等途径筹集相关费用；最后，父母抚养虽在法律规定中为道德义务，但是这并不意味着父母完全不会履行该义务，有条件的父母仍然可以帮助子女完成学业。

综上，笔者认为，《婚姻法》及相关司法解释规定正确，其条文应当得到尊重与适用，就读大中专院校的成年子女抚养费请求不应得到支持，法官不可超越自由裁量权任意裁判。上文数据统计中，渝0232民初111号、534号、732号均为子女已成年，但仍在读大学的调解离婚案件，调解书中未列明父母离婚后子女由谁抚养，父母支付的费用性质也确认为学费及生活费，法官调解的良苦用心值得称道。

（二）对调解离婚双方达成的抚养协议内容合理性是否应进行实质审查？

我国目前尚未建立对父母离婚时达成的子女抚养协议内容审查机制，只要是调解离婚，父母一方可以任意决定抚养金额。法院在审理有未成年子女的离婚案件中，关注的焦点本应是如何最大程度保护未成年子女利益，其重中之重即认定抚养费给付数额问题。根据上文统计，武隆法院2016年1-6月涉及子女抚养的离婚案件中，直接抚养子女方不要求另一方支付子女抚养费的比例占到了惊人的36.84%，不管父母是否基于一时的逞强或者报复心态，甚至是基于对法院执行的不信任，都可以说严重地损害到了子女的成长利益。

笔者认为，即使是夫妻双方对抚养费达成的合意，也需要法院审查协议内容的合理性。国外许多国家把未成年子女获得抚养费视为公共事务，甚至专门设立抚养费收取机构制定抚养费计算标准，以帮助直接监护人查找逃避履行义务者强制收取子女抚养费。对于拒绝履行义务者，法院还可以利用藐视法庭罪处罚义务人。然而，我国将父母离婚后未成年子女的抚养费问题视为家庭成员之间的私人事务，不仅未将其纳入公共政策，子女在通过民事诉讼请求义务人履行义务时也是障碍重重。此外，各地法院甚至同一个法院内部在计算抚养费方面也缺乏统一的参照标准，在抚养费判决执行方面也存在诸多问题，很容易造成义务人逃避履行义务现象。鉴于目前我国的立法状况，法官仍有大量自由裁量的余地，针对调解离婚抚养协议内容合理性进行实质审查的问题，笔者建议不妨尝试如下方法。

第一，根据地区及个人经济状况，可在同一法院内部先确立离婚子女抚养费支付最低标准。不管是调解离婚还是判决离婚，均应当遵从该标准，如果当事人提出异议，可以根据《婚姻法》第二十一条及相关司法解释予以释明，即便是父母双方达成合意，其法定抚养义务也不可免除。当然，今后若最高法院以司法解释或者公报案例的形式，在全国确立离婚子女抚养费支付标准，则以此为准。

第二，严格根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》，严格确定抚养费计算标准。有固定收入的，抚养费数目一般可按照收入的20%-30%确定。负担两个以上子女抚育的，比例可适当提高，但一般不超过月收入的50%。工资总额应包括工资、较固定的奖金等。法院审查时，不能只凭工资单的数额确定总额。对于无固定收入的，抚育费的数目可依当年的收入或同行业的年平均收入计算，目前我市法院可以根据交警部门发布的《道路交通事故赔偿项目参照标准》来确定的年平均人收入、年平均生活费。对于存在特殊情况

的，应当适当考虑增加或减少，具体数额以子女的实际生活需要为准，切不可再图省事大致估算后简单认定。

内蒙古高院出台工作指导意见 规范家事审判 倡导和谐家庭

2016-10-17 人民法院报 王晓东

本报讯 为切实推进家事审判方式和工作机制改革，积极开展设立专业家事审判庭试点工作，内蒙古自治区高级人民法院近日出台《关于开展家事审判方式和工作机制改革的指导意见（试行）》（以下简称《意见》）。

《意见》要求，全区试点法院家事审判实行家事案件主审法官责任制。家事案件法官应在熟悉婚姻家庭案件、未成年人案件审判业务，具有较丰富家事审判、未成年人审判工作经验，掌握相应社会学、教育学和心理学知识，耐心细致，善于做思想工作的法官中择优选任。家事审判合议庭应当至少有一名女性家事审判法官担任合议庭组成人员。根据案件的具体情况，可邀请具有一定法律知识、熟悉家事案件当事人心理特点的人民陪审员参加案件审理。

《意见》指出，审理家事案件要坚持倡导文明和谐的婚姻家庭伦理道德观念，维护健康向上的婚姻家庭关系，维护公序良俗，弘扬中华民族传统家庭美德。全面保护当事人的身份利益、财产利益、人格利益、安全利益和情感利益，切实满足人民群众的司法需求。要在诊断婚姻状况的基础上，注意区分婚姻危机和婚姻死亡，积极化解婚姻危机，正确处理保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系。高度重视婚姻家庭案件的处理效果，可适当放宽婚姻家庭案件的审理期限，为彻底化解家庭纠纷和修复家庭成员心理创伤提供条件。

《意见》中还明确提出，人民法院要积极开展家事案件判后跟踪、回访及帮扶工作，可与当地政府社工部门、民政部门和妇联组织建立长效协作机制，定期或者不定期交流有关复杂、敏感家事案件的处理情况，切实增强家事审判的社会辐射功能，不断提高家事审判的司法服务和保障水平。

福田法院家事审判改革 首创财产调查员制度

2016-10-17 深圳新闻网 张玲

2016年，最高人民法院在全国积极推进家事审判改革，开展家事审判方式和工作机制改革试点。

深圳新闻网10月17日讯（记者 张玲 通讯员 赵明升 周丹）2016年，最高人民法院在全国积极推进家事审判改革，开展家事审判方式和工作机制改革试点。早在2012年底，福田法院便着手启动家事审判改革，历经近四年的摸索、实践和完善，该院以“审判理念专业化、审判法庭专业化、审判人员专业化”三个专业化作为着陆点，形成了家事调查员、家事调解员、财产调查员、人身保护令、离婚证明书、财产申报等一系列配套改革制度成果，大量婚姻家庭纠纷、继承纠纷等家事案件得到妥善圆满解决，当事人对裁判结果的满意度和认可度较好。据统计，2013年以来，福田法院受理家事纠纷2884宗，结案2596宗，调撤率达48%，多次收到当事人送来的表扬信、感谢信和锦旗。

福田法院表示，家事审判改革是该院转变家事审判理念、扩充家事审判职能、促进社会管理创新、践行司法为民的一项重大改革创新项目，较好地适应和满足了新时期下人民群众日益多元的家事审判司法需求。随着社会发展和生活文明的提高，家事案件审判不仅是对纠纷是非曲直的法律裁断，审理过程中还要更多体现司法柔性关怀，强化对当事人的情感抚慰和心理干预，注重促进家庭关系修复、降低感情创伤、保障儿童成长，并善于整合和借助社会力量。

家事案件具有高度的专业性，需要有相应配套的专业人员和机构才能适应案件的审判需要，为此，福田法院总结形成《家事纠纷案件审判规程》、《家事纠纷案件诉讼指引》等多个审判指引文件，并专门组建3个家事审判团队，在设计风格温馨的法庭里专审家事纠纷案件，精心配置审判人员，团队法官均为具有婚姻经历、家事审判经验丰富、协调能力强并善于做群众工作的资深法官。专门的团队化制度设计和审理机制，既确保了专业化，也有利于提高审判效率。据了解，目前福田法院家事审判团队共有法官7人、助理8人、陪审员5人。

家事案件审判涉及情感疏导、心理矫正、成长规划等多领域专业问题，引入第三方专业力量形成社会合力，搭建一套司法、行政及社会力量共同参与的多元化纠纷解决机制，对避免简单粗糙处理纠纷、缓解家事审判柔性不足问题具有关键意义。福田法院创新性建立家事案件调查员制度，调查员着重对家事纠纷案件当事人以及周边社会关系和心理状态进行调查，对涉及子女抚养的案件，提出归哪一方抚养更有利于子女成长的专业意见。

建立家事调解员制度，运用爱心调解员、人民陪审员等资源，采取政府购买服务等创新方式，设立家事纠纷调

解员，配合家事审判团队开展案件调解工作。家事调查员、家事调解员和社工均为具有相应心理学、社会学等知识的专业人士，有了他们的参与，家事纠纷双方当事人对抗情绪明显缓解，离婚案件信访大幅下降，大大缓解了家事法官工作压力。

据介绍，在法官和调解员的配合下，曾仅用半个月时间便成功促成一宗标的额高达7千万余元的离婚诉讼达成调解。今年，福田法院家事调解员和调查员力量将进一步得到配强，该院与区妇联达成合作备忘录，由区妇联指派其婚姻专家库及婚姻调解所力量支援法院开展工作。

化解家事案件矛盾纠纷，福田法院非常注重人文关怀，加强对弱势方的合理合法保护。保护家庭暴力受害人合法权益，建立人身安全保护令制度，人身安全保护令不以离婚为前提，当事人可以不用离婚直接向法院申请保护令，同时该院加强与区公安分局的协调，以《合作备忘录》的形式全面落实人身安全保护机制，深圳首份人身安全保护裁定由该院发出，2016年已发出人身安全保护令5宗；探索婚姻解除和财产分割相分离的裁判模式，对存在家庭暴力的家事纠纷案件，因财产评估调查、审计等原因延迟判决的，尝试先行判决离婚，而后进一步对财产和子女抚养纠纷进行审理和判决，降低后续家暴发生可能性。

建立财产调查员制度，属深圳首创，专门安排人员从事家事财产调查工作，此举能在很大程度上缓解家事纠纷中财产控制弱势一方面面临的无法知晓和获取共同财产信息的困境。

保护当事人隐私，建立离婚证明书制度，证明书既能反映法院权威意见，又能有效避免家事案件当事人出示离婚判决书或调解书等时个人隐私被其他人所知，而且还便于当事人依据法院证明书处理相关事务，该制度赢得了当事人普遍好评。

积极建设儿童权利保障机制，对于儿童监护权案件，委托人民陪审员走访社区、学校、相关单位了解儿童真实生存状况，确保案件处理结果最有利于儿童成长及权益保护。

随着家事案件裁判文书改革、财产申报令和离婚信息通报制度的运行，家事审判在普及法律常识、引导社会诚信建设、促进社会管理方面的作用进一步显现。福田法院对家事案件裁判文书进行了改革，更加注重说理和伦理教育，文书撰写采取要素式，便于人民群众理解法官裁判思路和要点，把裁判文书的送达过程变为法律常识的普及过程。制定家事案件财产申报令引导诚信诉讼，对于应该判决离婚并涉及较多财产分割的案件，法院可应当事人申请或主动依职权向当事人下发财产申报令，要求当事人主动向法院申报夫妻共同财产，隐瞒申报或拒绝申报的，则面临少分或不分的法律后果。与民政局建立的离婚信息通报制度，提升了婚姻登记信息的及时性和准确性，有效解决了因离婚信息互不衔接而产生的当事人利用信息漏洞实行违法行为、规避法律等问题。

荔浦法院出台规定推进家事审判改革

2016-10-0 平安桂林网荔浦讯 通讯员 邓志芳

为维护和谐的婚姻家庭关系，切实保护妇女、未成年子女、老年人等弱势家庭成员的合法权益，近日，荔浦县人民法院出台了《关于家事纠纷案件审判的暂行规定》（以下简称《规定》），以制度化形式强力推进家事审判方式改革。

该《规定》主要包含六个方面内容：一是明确了家事纠纷审判原则。原则包括教育原则、调解优先原则、坚持不公开审理为原则、公开审理为例外的原则、有限处分原则、坚持谁主张谁举证原则；二是明确了家事纠纷案件的范围。家事纠纷案件指涉及婚姻、家庭、继承及其他以亲属身份依据所发生的人生关系与财产关系争议的民事案件；三是明确了家事纠纷案件的受理。家事纠纷案件由立案庭登记立案，立案庭为家事纠纷案件开设立案绿色通道，可以采取当事人亲自到法院立案、电话预约立案、网上预约立案、上门立案等方式；四是明确家事纠纷案件的审理。该规定特别规定了当事人因受家暴或者面临家暴的危险，可以申请人身安全保护令，法院受理后72小时内作出人身安全保护令或者驳回申请，情况紧急的，应当在24小时内作出，保护令有效期为6个月，受害人可以向法院申请撤销、变更或延长；五是建立联动化解家事纠纷机制。法院与当地行政、司法、公安、检察、妇联、团委、教育、医疗、卫生和计划生育、居委会、村委会等基层组织机构建立联合工作机制，积极探索多元化纠纷解决机制和反家庭暴力预防体系建设；六是案后跟踪、回访和帮扶。对家事案件开展诉后跟踪、定期回访和帮扶，延伸审判的社会功能。

丹江口法院聘请心理咨询师、家事调解员助力家事审判

2016-09-20 中国法院网湖北法院 戴隆伟 熊飞

“家事法苑”团队奉献

9月19日下午，湖北省丹江口市人民法院正式向首批参与家事调解、心理咨询的8名心理咨询师、家事调解员颁发了聘书，标志着该院家事审判改革工作正式拉开帷幕。

聘用仪式上，该院党组书记、代院长张祖成将聘书一一颁发给心理咨询师、家事调解员。在认真听取和征求他们对开展家事审判改革试点的意见和建议后，张祖成向大家简要地介绍了丹江口法院的基本情况以及司法体制改革等工作。他指出，心理咨询师、家事调解员对社会、对人的心灵更为了解，在家事纠纷案件中吸纳有丰富实践经验、业界口碑良好的心理咨询师和调解员作为志愿者，能够发挥他们的专业知识和调解优势，改变当事人的心理认知，修复心灵创伤，缓解当事人的家事矛盾，让大家更多地站在对方的立场倾听与理解，让当事人既解“法结”又解“心结”。

张祖成指出，志愿者们要履职尽责，自觉遵守规章制度，确保自身行为合法合规；保护好当事人的隐私，确保信息不扩散、隐私不外泄；要保持中立、发挥专业优势，不在当事人和律师及法官之间充当诉讼掮客；真正当好不穿法袍的法官，做好金牌调解，在丹江口法院司法事业上留下浓墨重彩的一笔。

聘用仪式结束后，8名心理咨询师、家事调解员在该院副院长向晶鑫的带领下，饶有兴致地参观了法院廉政文化长廊、科技法庭、司改领导小组办公室、家事调解室、荣誉陈列室等，零距离感受法院、了解法院。

家事纠纷应诉前分流

2016-10-18 人民法院报 王亚明

我国家事纠纷诉前分流是提高家事审判水平的需要，也是应对家事案件不断上升的需要。

近三年来，全国法院每年审结的一审婚姻家庭继承纠纷案件均在150万件以上，且呈逐年增长趋势，去年已经超过170多万件，约占全国民事案件的三分之一。家事纠纷案件增多，不仅反映了社会转型对家庭生活带来的挑战，也使法院面临巨大的压力。

当前，家事案件审判面临着明显的困境，主要表现在以下几个方面：一是诉前调解几乎发挥不出作用。二是当前的案件审理期限制度制约了家事案件的有效审理。三是家事案件审理没有发挥应有的职能。我国家事纠纷诉前分流是提高家事审判水平的需要，也是应对家事案件不断上升的需要。为此，家事纠纷诉前分流应从以下五个方面做起。

一是强化家事案件诉前分流的观念。家事案件诉前分流是多元纠纷解决机制的重要组成部分，只有通过诉前分流，才能使家事案件审判调解的更有效，分流的更及时，判决的更准确，司法资源配置的更合理。家事案件诉前分流，不仅在法院要大力宣传，在社会上要积极倡导，在司法实践中要不断创新，使家事案件诉前分流成为民众能够接受的理念，使“清官难断家务事”变为“清官善断家务事”，通过诉前分流来减少诉讼促进和谐。

二是强化创新建设“一站式”服务的家事纠纷诉前调解中心。家事纠纷诉前调解中心由政法委统筹妇联、民政部门、司法局、法院派人参加，参与家事纠纷诉前调解，并进行适度的诉前调解财产申报和财产调查，重点对于协议离婚的进行诉前调解、离婚协议审查、离婚协议司法确认、出具离婚调解书。法院定期轮流到诉前调解中心提供工作指导和法律服务，将人民调解、司法调解、行政调解、妇联救助结合起来提供诉前法律服务，对于诉前调解不成及协议离婚不成的，可以当场移交法院办理诉讼登记，对于当事人需要提供法律援助或社会救助的，应当及时提供法律援助和社会救助。

三是强化家事审判诉前调解的专业性、针对性。在家事审判诉前调解中心，应当吸收专业人士参加，及时为当事人进行家事咨询、心理疏导、法律服务、情感交流，使家事纠纷的当事人得到全方位的关心和服务，促进家庭关系的健康和谐。建议由各级政府将家事纠纷诉前调解的经费纳入财政预算，以保障家事审判诉前调解的专业性与可持续性发展，促进家事审判诉前调解工作的常态化运作。

四是强化法律引导，及时对民事诉讼法进行修改。建议对家事诉讼增加调解前置的规定，为诉前调解及案件分流提供制度保障。对于家事纠纷，除了身份认定的案件外，都要进行调解前置，在纠纷诉讼前进行调解，避免立案登记制对家事案件诉前调解带来制约。同时建议对家事诉讼的审理期限制度进行修改，适当延长家事诉讼的审理期限。经过当事人同意可以设置一定的婚姻冷静期制度，对冷静期的调解时间不应计算入审理期限。

五是强化家事审判诉前调解组织及人员的培训和资格认证工作。制定家事调解资格认定标准，形成规范、可行的认证培训和进修培训方案，广泛开展调解技能和职业道德培训，提高家事纠纷诉前调解水平。

法官巧断家务事

“家事法苑”团队奉献

——江苏徐州铜山法院家事审判工作机制调查

2016-10-20 人民法院报 记者娄银生 通讯员夏友峰 吴磊

宽敞明亮的房间里，圆桌上“妻子”“丈夫”替代了往日的“原告”与“被告”……要不是有庄严的国徽，很难想象这是在法庭。国庆节后，记者走进江苏省徐州市铜山区人民法院家事审判法庭。在这里，家事法官审理的案件，正在颠覆着“清官难断家务事”的传统观念。

建善事工程

修复社会细胞

家事案件，一般指涉家庭内部成员之间矛盾纠纷的案件，如离婚、赡养、抚养、继承、析产等案件。

“铜山区人口132万人，每年法院受理数千件家事案件。家庭是社会的细胞，家庭关系不稳，社会关系就难以稳定。”铜山法院院长王牧介绍说，铜山法院近年来年均受理家事案件占全院案件总数的10%，占全部民事案件总数接近20%，并呈逐年递增的态势。在化解家庭纠纷过程中，当事人往往希望法院严格依法办案，而不是扮演“和事佬”的角色，从司法实践来看，家事案件如果依赖于法院判决和强制执行，难以从根本上使纠纷得以消弭。

家事无小事。现行的审判方式和工作机制的改革势在必行。该院成立以王牧任组长的家事审判改革工作领导小组。在审判资源配置方面，根据家事案件特点，2013年11月，经区机构编委会批准，铜山法院将少年审判庭更名为少年家事审判庭。目前，少年家事审判庭配置审判及辅助人员12人，其中法官5人，法官助理2人，书记员4人，国家二级心理咨询师1人，法官平均年龄43岁；在审判物质保障方面，摒弃传统的对抗式审判法庭，坚持以“和”为主旋律，以家庭责任、亲情维系、宽容理解为内涵，给当事人营造一个轻松、缓和、有利于矛盾化解的审判环境，建成面积约600平方米的少年家事司法中心，包括少年圆桌审判、个性化家事审判、特色老年审判三个审判法庭，以及反家暴庇护所、心理疏导室、单面镜调查室、社会工作者介入室、亲情会见室、幸福家庭学校等六个审判辅助场所，并辟有具有资料价值和教育功能的少年家事审判文化展区；在审判机制保障方面，以《铜山法院家事案件审理规程》为纲，出台《家事调解员工作规则》《家事调查工作规则》《心理疏导员工作规则》《人身安全保护裁定实施办法》等10多个规范性文件，建立了一整套完善的工作制度，涵盖了少年家事司法各个方面。

以多措并举

溶化家庭坚冰

家事案件情理法相互交织，剪不断理还乱。

为适应家事案件审判的特点与规律，铜山法院在审判工作中多措并举，正确处理保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系，充分发挥人身安全保护令、撤销未成年人父母监护人资格的保护性功能，引入心理辅导、社工服务等多种方式，不断提高家事审判的司法服务和保障水平，以全面地保护案件当事人的身份利益、财产利益、人格利益、安全利益、情感利益，切实满足人民群众的司法需求。

“家事案件不同于普通案件，兼具人身性、伦理性和财产性，我们注重对破碎的亲情进行修复，这就凸显了调解的重要性。因此我们在家事案件中坚持调解优先理念，妥善化解家庭矛盾。”铜山法院少年家事审判庭庭长胡徐梅说，2014年，审结家事案件1873件，其中调解撤诉结案1126件，调撤率为60.12%；2015年审结家事案件1957件，其中调解撤诉结案1207件，调撤率为61.73%；2016年1至9月审结家事案件1311件，其中调解撤诉结案858件，调撤率为65.45%。

逐年上升的调解撤诉率，得益于该院的“家事案件全程调解”模式。该院规定，除了法定不适合进行调解的案件之外，家事案件一般都应优先以调解方式解决纠纷，要求全体家事法官坚持“全程调解”，采取审前先行调、审中强制调、审后回头调的“三合一”调解策略，抓住案件处理过程中的每一个环节，一旦发现双方情绪缓和，有调解可能，立即开展调解工作，尽最大可能钝化矛盾。

在积极探索家事纠纷的专业化、社会化和人性化解决方式中，铜山法院倡导建立司法机关、行政机关和社会力量相结合的家事纠纷综合协调解决，完善多元化纠纷解决机制，形成有效社会合力。该院依托家事司法专业平台，建立社会介入机制，整合法院、公安、妇联、团委等机构力量，联合出台《关于进一步建立全面保护未成年人合法权益协作保护体系的若干意见》，先后与妇联建立社会观察员平台，与高校共建心理疏导平台，充分利用社会资源，夯实家事纠纷综合协调解决机制。同时在该院的倡导下，区政府牵头法院、检察院、公安、妇联等11个部门出台了《铜山区关于反家庭暴力工作实施意见》，明确了人身安全保护裁定的发出、执行、监督等问题，在全区建成反

“家事法苑”团队奉献

家暴整体防治网络。目前，该院已发出 15 份人身保护裁定，对 5 名家暴受害人进行了临时庇护，建立了涉家暴案件一案一档回访机制，15 起案件无一再出现家庭暴力行为。

针对家事纠纷具有强烈的情感属性和伦理属性的特点，为充分发挥社会力量在情感处置、社会阅历、人性观察方面的专业优势，铜山法院选聘具备心理学、社会学等专业知识、责任心强的人士，通过实地调查、入户走访等方式全程、全面参与家事案件的调查工作，协助调取证据，出具调查报告供法官裁判参考；联合司法局、教育局，组织有心理咨询师资格的人员组成心理咨询、辅导团队，并与辖区高校联合，对特定案件当事人适时引入心理咨询、心理辅导。目前，该院聘有家事调解员 85 人、家事调查员 10 人、心理疏导员 12 人。其中，家事调解员独立或参与调解成功案件 211 件，家事调查员在 21 件案件中出具调查报告，均被法官采纳，心理咨询师接待当事人咨询、进行辅导与干预 420 人次。

该院不断创新审判方式，在征得当事人同意的离婚案件中，设置不定天数的冷静期。此间，配合有关人员及当事人亲属，加大案件调解力度。该院探索建立离婚案件当事人财产申报，引导当事人如实申报个人及共同财产，促进诚信诉讼。针对抚养案件，判前充分听取当事人所在地基层组织、单位、亲属等各方意见。对于部分当事人举证难的问题，适当扩大依职权调查取证的范围，强化法官释明权的行使，弥补当事人诉讼能力不足。

在家事案件的执行阶段，鉴于当事人间的矛盾更加尖锐、复杂，该院为此在抚养权、探望权以及抚养费、抚恤金分割、婚约财产纠纷以及赡养等家事案件的执行中，注重思想疏导和亲情感化，创设“体验式”“良善式”“迂回式”等家事案件执行工作法。如在体验式执行中，要求不孝子女亲身感受父母窘境，感化其履行义务。法官陈魏 2014 年母亲节前拉不孝子同坐其母亲蜗居的垃圾池体验老人生活艰辛，促使该赡养案件圆满执结，被各类媒体广泛报道。

此外，铜山法院家事法官还创立了“五心工作法”，即静心（平心静气法）、谈心（说心里话法）、掏心（推心置腹法）、交心（坦诚相见法）、舒心（案结事了法）等。

用司法温情

留住家的温馨

在女儿 10 岁时，老王与妻离婚，女儿梦婷由前妻抚养。之后老王远赴上海打拼，并再次成了家。对于 800 元抚养费，老王按月打到前妻账户上，从不拖延。后因家庭出现变故，老王连续三个月未支付抚养费，梦婷将其告上法庭。法官联系到老王，老王以自己已有代理人为由拒绝，后经法官的说服，当老王来到别开生面的法庭里，特别是听到女儿泪述“三年没见过父亲了，起诉不为钱，只是希望见到一面”时，这位父亲上前与女儿相拥而泣……

“家事法庭注重专业化、人性化的审判方式。法官与原、被告双方同坐在圆桌前，营造了家庭温馨平等的氛围，较好地把法律的刚性与法官的人性、当事人的亲情融合在一起。”该院家事法官胡徐梅告诉记者，这样一来，法官从道德、伦理、法律的角度，合情、合理、合法地进行调解，巧断、善断、明断家务事，收到了很好效果。

自 2014 年以来，铜山法院在受理的各类家事纠纷 5860 件中，以“家人”的情怀善待当事人解心结，以“家事”的调解模式设置程序化纠纷，以“家和”的理念贯穿处理原则补亲情，共审结 5141 件，其中调解与撤诉 3191 件，占 62%。在司法实践中，该院改革审判法庭格局，建成特色家事审判法庭，采用环绕式、谈心式的布局，不设原、被告席，以“丈夫”“妻子”等席卡方式标明当事人关系；举证责任恰当分配，对传统的“谁主张，谁举证”的举证原则进行了变通，适度倾斜保护弱势群体和受害一方；创建弹性审限制度，在处理矛盾较深、双方对立情绪严重、财产分配与子女抚养分歧较大的案件时，适当放宽审限，避免因审限限制匆忙结案。

“给法院减负、社会减压、家庭疗伤”，是家事审判机制改革的成效所在。采访中，铜山区委常委、政法委书记刘婧介绍说，2013 年，邵某因强奸、猥亵未满十周岁的亲生女儿小玲（化名），被铜山法院判处有期徒刑十一年。后铜山区民政局根据建议，就撤销小玲监护人的资格事宜提起诉讼。2015 年 2 月，铜山法院作出判决，撤销被申请人邵某、王某的监护人资格，指定铜山区民政局为小玲的监护人。此案的判决，激活了沉睡 28 年的民法通则关于撤销监护权的法律条款，产生了广泛影响，被写入 2015 年全国两会《最高人民法院工作报告》和国务院《中国人权白皮书》，被评为“推动中国法治进程十大案例”和全国“妇幼维权十大案例”，判决书收入中国法院博物馆。

两年来，铜山法院家事审判庭促使 4000 余个濒临破碎的家庭重归于好，来自黑龙江、吉林、广西、青海、海南等地 80 多家单位专程前来参观交流，中央电视台《今日说法》《经济与法》等栏目播放该院家事案例 20 余档。今年 2 月，最高人民法院常务副院长沈德咏在该院视察时，称赞家事审判庭“打造成了司法品牌”。

深圳福田法院家事审判全程尽显人文关怀

“家事法苑”团队奉献

2016-10-21 广东省高级人民法院 法制日报

深圳福田区法院推出家事调解员离婚证明书等系列家事审判改革措施 不一样的审判庭

广东省深圳市福田区人民法院第十一号审判庭与其他审判庭有些不太一样：没有审判台，只有一张圆形审判桌，法官和当事人围桌而坐，墙上贴着“家和万事兴”等文字。少了其他审判庭的肃穆、庄严，多了些温馨的气氛。这间家事审判庭是福田区法院实施家事审判改革的一个小小改变。

福田区法院院长陈新哲向《法制日报》记者介绍说，福田区法院从2012年年底开始着手启动家事审判改革，历经近4年的摸索、实践和完善，以审判理念专业化、审判法庭专业化、审判人员专业化为着陆点，形成了家事调解员、人身安全保护令、离婚证明书等一系列配套改革制度成果，并将人文关怀贯彻始终，大量婚姻家庭纠纷、继承纠纷等家事案件得到妥善圆满解决。2013年以来，福田区法院受理家事纠纷2884宗，结案2596宗，年调撤率维持在48%左右。

家事调解员全程参与家事案件与其他民事案件不同，糅合了情感因素，具有强烈的伦理道德色彩。家事案件的审判不仅是对纠纷是非曲直的法律裁断，还要更多体现司法的柔性关怀。2015年11月，王爱兰（化名）因与丈夫感情破裂向法院起诉离婚。福田区法院受理后，专业调解员立即介入进行调解。王爱兰的丈夫脾气倔强火爆，在很多方面不让步，调解遇到很大阻力。家事调解员并不气馁，隔三差五约当事人聊天。经过两个多月的坚持，最终，双方解开心结，夫妻在离婚的诸多细节方面达成一致，心平气和地结束了婚姻关系。

这仅是福田区法院家事调解员成功调解众多案件中的一宗。

福田区法院家事审判团队审判长赵明升告诉记者，家事案件与其他民事案件不同，糅合了情感因素，具有强烈的伦理道德色彩。家事案件的审判不仅是对纠纷是非曲直的法律裁断，还要更多体现司法的柔性关怀。

为此，福田区法院建立家事调解员制度，通过福田区社会创新百舸行动成功引入社工组织，由社工组织选派3名专业的家事调解员，整合爱心调解员、人民陪审员等资源，设立家事纠纷调解员，配合家事审判团队开展案件调解，对当事人进行帮扶和心理疏导。

赵明升说：“家事调解员均为有相应心理学、社会学等知识的专业人士，他们的调解贯穿案件全过程。调解员的参与使家事纠纷双方当事人对抗情绪明显缓解，大大缓解了家事法官的工作压力。”

据统计，设立家事调解员的第二年，福田区法院离婚案件信访下降59%。目前，福田区法院设有专业调解员3名，爱心调解员40名。今年，福田区法院与区妇联达成合作备忘录，由区妇联指派其婚姻专家库及婚姻调解所力量支援法院开展家事调解工作。

人身安全保护令撑腰2013年，福田区法院发出深圳首份人身安全保护令，限制男方3个月内不可在女当事人100米范围内活动。今年，福田区法院已发出人身安全保护令5宗。注重对当事人进行心理疏导的同时，福田区法院格外关注对案件弱势方进行人身及财产的合理合法保护。

2013年，福田区法院发出深圳首份人身安全保护令。一宗离婚案件的女方当事人称男方有家暴行为，提出人身安全保护的要求。经过调查取证，福田区法院确认，男方确实曾数次当着孩子的面殴打妻子。于是，在该案审判期间，福田区法院发出深圳第一份人身安全保护裁定。限制男方3个月内不可在女当事人100米范围内活动。

赵明升说：“人身安全保护令法院会交给辖区公安机关监督执行，大部分人都会遵守，毕竟这个东西还是很有震慑力的。今年，福田区法院已发出人身安全保护令5宗。”

据介绍，与人身安全保护令制度相配套，福田法院开创了婚姻解除和财产分割相分离的裁判模式。对存在家庭暴力的家事纠纷案件，因财产评估调查、审计等原因延迟判决的，该院尝试先行判决离婚，而后进一步对财产和子女抚养纠纷进行审理和判决，降低后续家暴发生的可能性。

保护隐私及儿童权益家事案件的审判，无疑会牵涉到当事人的生活隐私，如何保护？福田区法院遵循不公开审理的原则，除非情况特殊，大部分案件不公开审理；同时，建立离婚证明书制度。赵明升说，当事人离婚后办理某些事情需要向相关机构出具离婚证明，但离婚判决书很厚，内容很多，很多人不愿意将其拿给别人看。因此，福田法院给当事人判决书的同时，会发一份离婚生效证明书。与厚厚的判决书不同，这是很简单的一张证明纸，不用担心隐私泄露，而且同样具有法律效力。离婚证明书既能反映法院权威意见，有效避免家事案件当事人个人隐私被其他人所知，还便于当事人依据法院证明书处理相关事务，赢得了当事人普遍好评。

“家事法苑”团队奉献

家事案件的审理，会使家庭中的儿童受到很大影响。为了最大程度降低该类案件给儿童带来的感情创伤，保障儿童成长，福田区法院积极建设儿童权利保障机制。

在家事案件特别是在离婚案件中，福田区法院坚决禁止未成年人参与庭审。在父母闹得较厉害的离婚案件中，在对当事人进行心理疏导的同时，福田区法院家事调解员会与孩子聊天，对孩子做心理疏导，尽量降低离婚对孩子的负面影响。对于儿童监护权案件，福田区法院会委托人民陪审员走访社区、学校、相关单位了解儿童真实生存状况，确保案件处理结果最有利于儿童成长及权益保护。

《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》（草案）研讨会召开

2016-10-29 南粤家事

广东省妇联举办的“《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》（草案）研讨会”于10月28日召开。广东省律师协会婚姻家庭法律专业委员会主任、广东经纶律师事务所合伙人、一级律师游植龙作为《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》（草案）起草人之一，听取了来自高等院校、人大、公安、法院、检察院、司法局、律师事务所、妇儿工委、妇联、民政、卫计委等机构的专家、学者的意见和建议。

起草组将认真听取各方面的意见、建议，完善《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》的条款，推动广东省反家庭暴力的地方立法尽快出台，使广东省的反家庭暴力工作走在全国的前列。

二、一般审判动态

不退还彩礼居然会构成犯罪？小编带您了解什么是拒执罪

2016-10-07 福建高院

听说了吗？不退还彩礼不仅违法，还可能构成犯罪。

近日，政和县的魏某涉嫌拒执罪被政和法院移送公安机关立案。

原来，魏某的女儿与谢某的儿子订立婚约，魏某收取谢某彩礼2万元。后谢某发现魏某的女儿有不良习性，双方解除婚约，谢某要求魏某退还彩礼2万元，魏某始终避而不见。2016年1月5日，谢某向法院起诉，要求退还彩礼。后法院依法判决魏某退还彩礼。但在法定期限内，魏某未及时履行判决。谢某向法院申请执行，魏某以无财产可执行为由拒绝履行。执行法官几经辗转了解到，魏某已与他人达成出售房屋协议，价款为9.8万元，但魏某依旧拒绝履行。8月18日，政和法院以魏某涉嫌拒不执行判决、裁定罪移送政和县公安局，政和县公安局已正式立案。

本是简单的一起民事纠纷，怎么就涉嫌犯罪了呢？近期以来，不少法院以“拒执罪”追究失信被执行人的刑事责任，对这个罪名到底该如何理解？

“拒执罪”即拒不执行判决、裁定罪

《中华人民共和国刑法》第三百一十三条 对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》中，对拒执罪“有能力执行而拒不执行，情节严重”的内涵做了详尽的阐述。（一）具有拒绝报告或者虚假报告财产情况、违反人民法院限制高消费及有关消费令等拒不执行行为，经采取罚款或者拘留等强制措施后仍拒不执行的；（二）伪造、毁灭有关被执行人履行能力的重要证据，以暴力、威胁、贿买方法阻止他人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证，妨碍人民法院查明被执行人财产情况，致使判决、裁定无法执行的；（三）拒不交付法律文书指定交付的财物、票证或者拒不迁出房屋、退出土地，致使判决、裁定无法执行的；（四）与他人串通，通过虚假诉讼、虚假仲裁、虚假和解等方式妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；（五）以暴力、威胁方法阻碍执行人员进入执行现场或者聚众哄闹、冲击执行现场，致使执行工作无法进行的；（六）对执行人员进行侮辱、围攻、扣押、殴打，致使执行工作无法进行的；（七）毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件，致使执行工作无法进行的；（八）拒不执行法院判决、裁定，致使债权人遭受重大损失的。拒不执行判决、裁定罪，可由检察机关提起公诉，也可由当事人自行提起自诉。一般情况下，由执行法院所在地的人民法院管辖。对失信被执行人如何自行提起自诉？

被告人有能力执行而拒不执行，情节严重，侵犯了自诉人的财产权利，应当依法追究刑事责任的；自诉人曾经提出控告，而公安机关或者检察机关对被告人不予追究刑事责任的，自诉人可以提起自诉。除可提起自诉之外，法

院还有哪些打击拒执罪的办法？

为更好的打击拒执罪，促使失信被执行人主动及时履行义务，法院主动加强与公安、检察机关沟通、协调，形成打击拒执罪的合力；同时，通过电视、报刊、网络、广播、微博、微信等各种新闻平台，开展广泛深入的系列宣传活动，营造惩治执行违法犯罪行为的强大舆论氛围；公开曝光典型案例，集中展示打击成果，达到震慑犯罪、教育群众的目的。

父母为子女自创姓氏违背公序良俗——吕 x 诉 x 派出所民政行政登记案

2016-10-29 法律家

【中法码】民法总论·民法基本原则·公序良俗原则 (t01051)

【关键词】行政 姓名权 姓氏 公序良俗 父母 传统文化 社会公德 直系长辈 抚养人

【学科课程】民法总论

【知识点】公序良俗原则 姓名权

【教学目标】掌握公序良俗原则的概念，明确公序良俗原则的内容。

【裁判机关】xx 人民法院

【程序类型】行政一审

【案例效力】★★★★☆ 最高人民法院公布：十起弘扬社会主义核心价值观典型案例（2016年3月10日）

【案例信息】

【案由】民政/行政登记

【原告】吕 x

【被告】x 派出所

【争议焦点】

父母为子女选取父母之外的姓氏，该姓氏非其他直系血亲长辈和抚养人的姓氏。上述行为是否合法，父母是否有权为子女自创姓氏。

【裁判结果】

一审法院判决：驳回原告吕 x 的诉讼请求。

判决宣告后，当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

父母实施亲权的代理行为可以为子女选取姓名。子女原则上应跟随父姓或母姓。父母为子女选取非父母双方的姓氏，但该姓氏并非子女其他直系长辈血亲的姓氏，又非其他抚养人的姓氏，不符合公序良俗原则，违背社会伦理道德和社会风俗。因此，父母无正当理由无权为子女选择父母双方之外的姓氏或者编造姓氏，以该姓氏申请户口登记被派出所拒绝的，该行政行为合法有效。

【法理评析】

姓名权系公民依法享有的决定、使用、变更自己的姓名并要求他人尊重自己姓名的一种人格权利。自然人的命名权在出生后由户主、亲属、抚养人、或者邻居行使。自我命名权任何人都不得干涉，但行使姓名权应当遵守社会公德、不得损害社会公共利益。子女原则上可以随父姓，亦可以随母姓，以下情形可以选取父亲和母亲之外的姓：选取其他直系长辈血亲的姓氏；因由法定抚养人以外的人抚养而选取抚养人姓氏；具有不违反公序良俗的其他正当理由。公序良俗是指社会公共秩序和社会善良风俗，要求公民从事民事活动应当遵守公共秩序，符合善良风俗，尊重社会公德和公共利益，要求公民从事民事活动不得损害社会公共利益，不得违反国家的公共秩序和社会的一般道德。我国的姓氏代表了中华文化的传承，若公民随意选取父母姓氏之外的姓氏，将背离传统文化，对社会风俗和伦理观念带来冲击。另外，子女跟随父母姓氏便利社会管理，若随意选取姓氏，将造成社会秩序混乱，使得公民失去对社会关系的一般判断。综上，公民无正当理由不得随意选取父母之外的姓氏或者编造姓氏。

当事人为女儿取名既未随父姓，又未随母姓，其向派出所申请办理户口登记时被拒绝，遂提起诉讼。公民具有决定姓名的权利，父母行使亲权的代理行为，有权为子女决定姓名。但子女原则上可跟随父姓或母姓。当事人选择的姓氏既非子女其他直系长辈血亲的姓氏，又非其他抚养人的姓氏，其不符合选用父母之外姓氏的权利，因此，派

派出所拒绝为其办理登记的行为合法。

【适用法律】

《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二條的解释》

公民依法享有姓名权。公民行使姓名权，还应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。

公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：

- （一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；
- （二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；
- （三）有不违反公序良俗的其他正当理由。

少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。

【法律文书】

行政起诉状 行政答辩状 律师代理意见书 行政一审判决书

【思考题和试题】

- 1.简述违背公序良俗的法律后果。
- 2.论述公序良俗在姓氏选择上的应用。
- 3.试论如何为子女选取父母之外姓氏。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《行政判决书》

原告：吕x。

被告：x派出所。

吕x、张x两夫妻在决定为女儿取名为“北燕云依”后，吕x前往x派出所为女儿申请办理户口登记，该派出所依照法律规定和法定程序，拒绝为其办理户口登记。吕x认为此行政行为侵犯其女儿的姓名权，遂以其女儿“北燕云依”的名义提起了行政诉讼，请求确认被告拒绝以“北燕云依”为姓名办理户口登记的行政行为违法。人民法院经审理认为，根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二條的解释》的规定，公民行使姓名权，应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。在父母姓氏之外选取其他姓氏，应有不违反公序良俗的正当理由。本案原告“北燕云依”并不符合上述规定的情形，故判决驳回原告的诉讼请求。

三、立法动态

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

跨国夫妻上海结婚美国离婚 回厦门分财产闹上法院

2016-09-21 东南网 邹珺

东南网9月21日讯（海峡导报记者 陈捷 通讯员 思法/文 陶小莫/漫画）在上海结婚、在美国离婚、在厦门分财产，这样的夫妻打离婚官司，应该适用哪国法律？近日，思明区法院家事法庭开庭审理了一起特殊的离婚官司。

打官司的双方是一对30年前登记结婚的中国夫妻，夫妻二人一起移民到美国后，却在美国离婚了。如今，他们为了处理国内的4套房，在厦门打起官司。男方要求适用中国的法律，女方则主张适用美国的法律。

焦点1：美国离婚判决在中国有效吗？

陈先生和前妻赵女士已经年过五旬，他们二人都是美国公民，都住在美国。不过，他们原本都是中国人，1986年，二人在上海登记结婚。

结婚后，赵女士先移民美国，2010年6月，陈先生也移民了。不料，夫妻团聚仅半年时间，就在美国地方法院办理离婚，并取得了美国的离婚判决书。两人人到中年，尚无子女。

先生说，从2001年到2008年，双方在国内购置了4套房产，其中两套在厦门，登记在前妻名下，另外两套分别在上海和苏州，登记在陈先生名下。

陈先生认为，现在离婚了，这4套房子作为夫妻共同财产应该依法做分割。为此，他向法院提交了当初的结婚

证、美国地方法院的离婚判决书，还有房产证等。

不过，赵女士却反驳说，美国的离婚判决书不能作为双方离婚的证据。她解释说：“双方还是形式上的夫妻，陈先生只提供了美国离婚判决文书，美国法院和他都未请求中国的法院承认这份判决文书。这份文书在中国还不具法律效力。”

焦点 2：分割夫妻财产适用哪国法律？

赵女士还说，退一步说，即使确认两人离婚了，由于两人都加入了美国籍，经常居住地都在美国，也要适用美国的法律才对。

思明区法院家事法庭审理后认为，本案男女双方都是美国公民，经由所在国家的诉讼已经解除了婚姻关系，现在起诉要求对中国境内的不动产进行分割，应当予以受理。本案属于离婚后财产纠纷，争议的标的为不动产，根据我国《涉外民事关系法律适用法》，应适用不动产所在地即中国法律审理本案。

所以法官认为，根据我国《婚姻法》规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理。本案当中，夫妻双方此前已达成了财产分割协议，双方应该履行协议。

近日，思明法院作出一审判决，认定位于厦门的两套房产归赵女士所有，位于上海、苏州的两套房产归陈先生所有。

据悉，男方不服一审判决，目前已经提起上诉。法官说法境外判决书需申请确认

法官说，境外的判决文书必须要按照法定程序被人民法院裁定承认，才能在中国大陆作为生效法律文书使用。向人民法院申请承认该离婚判决时须提交书面申请书、离婚判决书正本及经证明无误的中文译本。就厦门而言，要通过市中级人民法院涉外法庭的确认。

而在本案中，由于当事双方拒绝向中院申请承认，所以只能承认两个外国人在外国办理离婚这一客观事实，而不承认他们离婚判决书里的具体内容，比如财产分割、子女分配，在此基础上来解决他们的房产问题。

新闻链接

跨国离婚案，用哪国法律？

跨国夫妻闹离婚，应适用哪国法律？

此前，厦门中院还发布了一场跨国夫妻争夺抚养权的官司。

美国人约翰（化名）和中国女子晓菲（化名）结婚多年，他们生育了一子一女。数年前，他们感情破裂，闹上法庭，最终调解离婚。

离婚时，双方约定两个孩子由晓菲抚养，约翰每月支付 5000 元抚养费。但离婚后，约翰从未支付子女的抚养费，而且他还擅自将女儿小露从学校带走。

不过，由于约翰常年出差，他在国内没有固定住所，经常租住在酒店、公寓和写字楼中，小露被带走后，就没有再上学。对此，约翰的解释是小露是美国国籍，美国的法律并未强制孩子到学校接受教育。

为此，晓菲只好提起诉讼，请求法院将两个孩子的抚养权判给自己。

最终，法院经审理作出判决，认为小露的经常居住地在国内，依法应适用我国法律。因此，法院从有利于小露成长的角度考量，将两个孩子判给晓菲抚养。

法官说法

一切为了孩子

跨国婚姻越来越多，与此同时，跨国离婚案也在增加。导报记者从厦门各区法院了解到，最近法院审理的跨国离婚案件呈上升趋势。

跨国宝宝该判给妈妈，还是跟随爸爸？对此，法官说，我国涉外民事关系法律适用法第二十五条规定：“父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”从有利于保护未成年人的角度，像上述晓菲这种情况，应选择我国法律作为准据法。

涉外离婚案判决书

2016-10-11 华政国际私法评论

中华人民共和国吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院

“家事法苑”团队奉献

民事判决书

(2016)吉24民初128号

原告：郑某某，女，1984年8月6日出生，满族，无职业。住址：中华人民共和国吉林省汪清县。

被告：立某某，男，1975年1月16日出生，日本国公民。住址：日本国岐阜县羽岛市。

原告郑某某与被告立某某离婚一案，本院受理后，依法组成合议庭，于2016年9月8日公开开庭进行了审理。原告郑某某到庭参加诉讼，被告立某某经本院公告传唤无正当理由未到庭。本案现已审理终结。

原告郑某某诉称，原告郑某某与被告立某某经他人介绍相识，并于2007年6月19日在中华人民共和国吉林省民政厅登记结婚。双方因婚前缺乏了解，婚后性格不合，无法共同生活，未建立起夫妻感情，故要求与被告立某某离婚。

被告立某某在所定的答辩期内未提出答辩。

经本院审查查明，原告郑某某与被告立某某经他人介绍相识，并于2007年6月19日在中华人民共和国吉林省民政厅登记结婚。因双方婚前缺乏了解，婚后因种种原因，长期分居，无法共同生活，导致夫妻关系不睦，故由原告郑某某诉讼本院，要求与被告立某某离婚。

本案诉讼过程中，因被告立某某在中华人民共和国领域内没有住所，又无法用其它方式送达，故本院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条第（八）项之规定，向被告立某某公告送达了本案的相关诉讼材料。

本院认为，本案系离婚纠纷。《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条规定，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起有关身份关系的诉讼，应由原告住所地人民法院管辖。原告郑某某住所地为中华人民共和国，其诉请与身份关系相关，故本院对该案享有管辖权。另，《中华人民共和国民事诉讼法》第二十七条规定：“诉讼离婚，适用法院地法律。”原告郑某某的诉请为离婚，故本案审理应适用受理案件法院所在地法律，即中华人民共和国法律。

本案原、被告依中华人民共和国之法律，在中华人民共和国登记结婚，其婚姻关系成立。因原、被告婚前缺乏了解，即草率结婚。婚后因长期分居，无法共同生活，故夫妻感情确已破裂。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条、第一百四十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第二十七条，《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款第（五）项之规定，判决如下：

准予原告郑某某与被告立某某离婚。

诉讼费用300元，由原告郑某某负担。

如不服本判决，原告郑某某可在判决书送达之日起15日内，被告立某某可在30日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国吉林省高级人民法院。

审判长 金成焕

审判员 陈立晖

审判员 叶明晶

二〇一六年九月十二日

书记员 赵丹

（二）婚姻无效撤销案例

（三）子女抚养亲子关系案例

在病房长大的孩子

2016-10-27 经济与法

四岁男孩，滞留病房长达三年；

法院判决生效，当事人不理不睬，他将面临怎样的制裁？

一起特殊的执行案件，背后究竟有什么样隐情？

《经济与法》栏目与最高人民法院新闻局联合策划推出，“2016执行正在进行”系列节目之《在病房长大的孩子》10月27日20:00播出。

2016年7月18日，在北京市西城区人民法院的民事审判庭外面，几位法官和法警正在走廊里等待里面的审理

“家事法苑”团队奉献

结束。他们是北京西城区法院的执行法官，他们等待这一刻已经很久了。就在法庭里的审理告一段落时，他们立即进入法庭，将坐原告席上的一对夫妻控制住。

随即，法官将这对夫妻带上了停在门外的警车。那么，这对夫妻究竟做了什么？他们因为什么事情被执行法官带走了呢？

原来，这对夫妻，把自己生病的孩子扔在了医院，而且已经过去了三年。他们因此被医院方面起诉到了法院。现在，法院执行庭要根据生效的判决结果，要求他们把孩子接回家。看到这儿，或许您要问了，作为父母，他们怎么会把生病的孩子，单独留在医院这么长时间呢？这事情听起来够蹊跷的，我们先来听听负责本案执行的林力军法官，是怎么说的。

林法官介绍，罗小军夫妇的儿子小斌，三个月大的时候被发现患有先天性心脏病。随后，罗小军夫妇来到北京求治。2012年12月阜外医院为小斌进行了手术，术后经过几个月的治疗和多方确诊，小斌的先天性心脏病已基本痊愈。然而就在这个时候，罗小军夫妇认为，孩子现在不能出院。因为他的呼吸和讲话都有问题。这是因为阜外医院在手术后给孩子呼吸道插管，造成了孩子声门狭窄导致的，现在要治疗声门狭窄还需要一大笔钱，所以他们要求阜外医院进行赔偿。但医院不认可他们的主张，双方无法协商达成一致。于是，罗小军夫妇将只有一岁多的小斌，单独留在了医院，自己回了内蒙老家。

到2015年6月，小斌已经在阜外医院病房里住了两年多了，但罗小军夫妇始终不肯接回孩子，阜外医院只能将夫妇二人起诉到北京市西城区人民法院。西城法院判决罗小军夫妇将孩子从医院接走，并支付住院期间的花费八万多元，罗小军夫妇不服判决，上诉到北京二中院，二中院经审理后维持原判。阜外医院向法院申请强制执行。

林法官说，接到这起特殊的执行案件以后，他和执行庭庭长前往医院，想先了解一下孩子现在是个什么状况，是否像罗小军夫妇说的那样，离开阜外医院就会受到生命威胁。

法官在医院看到孩子在走廊里玩，跟护士混得很熟，爱说爱笑。医生说孩子的先天性心脏病已经治好了，不存在任何问题。

林法官说，为了能使法院的判决尽快得到执行，孩子尽快和父母团聚，执行庭想了很多办法，但都没有效果。打电话给罗小军，一开始说不来，后来干脆连电话都不接了。而且罗小军夫妇还拒绝签收执行通知书传票。

法院发出执行通知和传票后，始终没有收到罗小军夫妇的任何回应。林法官当时曾经动过一个念头，就是由他自己亲自带上小斌，直接去罗小军的老家内蒙古乌兰察布，将孩子送还给罗小军夫妇，毕竟，他们是孩子的亲生父母。但是，想来想去，林法官还是没有这么做。因为这么做也有很大的风险，如果找不到这夫妇俩，或者找到了，又因为种种原因不能把孩子交还给他父母，那他还得再把孩子带回北京，如此长途奔波，孩子的身体能不能承受？健康是不是能得到保证？等等。所以，林法官最终还是放弃了。就在他想尽办法，要找到罗小军夫妇的时候，执行庭接到了一个电话。电话是阜外医院打来的，说罗小军夫妇起诉阜外医院的医疗纠纷官司7月18日将在西城法院开庭。

获得这个消息，林法官和执行庭的同事们立刻商量对策，林法官担心罗小军夫妇可能不会本人亲自到庭。但是开庭那天，罗小军夫妇来了。

见罗小军夫妇俩都出现在了法庭上，想到小斌此时还一个人住在儿童病房里，林法官觉得这事不能再这么拖下去了。他在走廊里耐心的等待民庭走完该走的法律程序。

林力军法官和法警突然进入民事审判庭，多少让罗小军夫妇有些意外。因为他们多次拒收西城法院执行庭的执行通知和传票，应该也知道西城法院执行庭正在找他们。既然这样，为什么还要自己送上门来呢。原来，这一次，他们是带着一箱子的小斌医疗记录来起诉阜外医院的。法院受理了他们的起诉，他们以为这说明自己还是在理啊。没有想到，刚刚开庭，他们就被执行庭先带走了。

罗小军夫妇被带到西城法院执行庭后，态度仍然十分坚决，以担心儿子安危为由不愿意接小斌回家。

林力军法官告知罗小军夫妇，前不久刚和执行庭其他法官去阜外医院探望过小斌，孩子的身体状况良好，不存在他们说的有生命危险的情况。

经过几个小时的耐心劝说，罗小军夫妇仍然拒绝接回放在医院的亲生骨肉，执行庭法官经过商议，决定针对他们启动相应的司法程序。不过法官觉得，在采取法律制裁措施前，再多给这对夫妇一点考虑的时间。但罗小军夫妇仍然坚持己见，态度没有任何缓和，执行庭法官决定启动第一步司法拘留的告知程序。

即使已经到了执行拘留之前最后一刻，执行庭法官仍不愿放弃努力，他们一边劝说，一边还为罗小军夫妇买来午饭，利用吃饭的间隙，林力军法官仍在努力进行劝说，希望能打消他们对缺钱治病的顾虑。

但是，法官的种种努力，还是没能改变罗小军夫妇的态度，最终执行法官在告知二人以后，决定对夫妇两人实行司法拘留 15 日。

罗小军郭萍夫妇因为拒不履行法院的生效判决，被司法拘留。可小斌还在医院病房里住着呢，万一拘留十五天出来，这夫妇二人还是铁石心肠，就是不接。是不是真的要动用刑法，对夫妇二人提起公诉呢？如果真的那样，那小斌回归正常生活的日子就更远了。其实执行庭法官也不希望看到这样的情况出现。他们每天都去看看守所继续做夫妇二人的思想工作，终于有一天，两个人竟然不约而同地想通了。两人表示如果能提前解除他们的司法拘留，两人愿意去医院把孩子接回家。

执行法官赶紧向领导做了汇报，并去阜外医院看望了孩子。鉴于罗小军夫妇经济条件不是太好，经过协商，医院也同意暂缓执行 8 万多元的住院费用。

2016 年，7 月 21 日，执行庭法官前往看守所提前解除了对罗小军郭萍夫妇的司法拘留。夫妇二人在执行庭里以书面形式保证将接回小斌，好好抚养。

当天下午，罗小军夫妇在执行庭法官陪同下接回滞留在医院三年多的儿子小斌。

据记者了解，小斌和父母当天就一起回到了位于内蒙古乌兰察布的家中。此案的执行虽然暂告一段落，但执行庭法官林力军还是有些不放心，因为之前罗小军夫妇一直说，孩子回去以后可能受当地气候影响，会有生命危险。所以十一前夕，林法官又给罗小军打了一个电话，了解一下孩子的近况。罗小军孩子挺好的，已经上幼儿园了。

孩子的近况，让所有关心这起案件，同时也非常关心小斌命运的人，都松了一口气。小斌今年四岁多了，光是在医院病房里，就住了三年多。但是法官的努力，最终改变了事情的走向，也改变了孩子的命运。这起案件的成功执行，让我们看到了在依法治国的大背景下，基层法院在破解执行难的过程中，在不断探索和实践的过程中，所付出的努力。法官们把大量的时间、精力和感情投入到案件中，把情理、事理和法理进行了很好的兼顾，最终让一个纠葛了很久的案件，得到了很好的执行，也很好地维护了法律的权威。

（四）财产分割案例

最高人民法院民事判决书

樊 XX 与高 X 离婚财产分割纠纷上诉案

(1998)民终字第 146 号

案由：离婚后财产纠纷

上诉人（原审被告）：樊 XX（法客按：男方）

委托代理人：略

被上诉人（原审原告）：高 X，（法客按：女方）

委托代理人：略

樊 XX 为与高 X 离婚财产分割纠纷一案，不服河南省高级人民法院（1998）豫法民初字第 6 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

经审理查明：

樊 XX 与高 X 1985 年登记结婚，次年生一女儿，取名樊 X 冰。1995 年 3 月至 7 月，樊 XX 以其本人名义先后投入郑州康 XX 健康产业有限公司（以下简称康 XX 公司）20 万元股金。

1996 年 9 月 16 日，在樊 XX 父亲樊 X 林主持下，就该股金达成的《家庭财产协议书》约定，樊 X 林与其子樊 XX、樊 X 伟、樊 X 辉各占四分之一，即 5 万元人民币；股东权利义务的运作由樊 XX 代理；股权的转让必须征得其他协议人一致同意；协议人按照股权比例享有相应的民事权利，即红利的分红；并承担相应的经济责任。

同日，郑州市公证处为其出具（1996）郑证民字第 383 号《家庭财产协议公证书》。

同年 11 月 27 日，樊 XX 与高 X 达成离婚财产分割协议：

书院街 1 号院归女方所有；现有各种家具、家用电器归女方所有；其他财产归男方所有；离婚前的一切债务由男方承担；女儿樊 X 冰由女方抚养，男方每月负担抚养费 1000 元到 26 岁止。樊 XX 另立字据：“暂欠高 X 人民币

50万元整，于1999年底前付清。”同年12月4日，樊XX与高X在当地民政部门办理了离婚登记。

1997年6月4日，康XX公司股东周XX与樊XX达成的《樊XX转让其在公司全部股份和权益协议书》约定：周XX以800万元人民币购买樊XX的全部股份；周XX已付樊XX200万元，余600万元在1年半时间内给付（此间不计息）；800万元转让金中樊XX须拿出100万元给高X。

同年9月8日，高X以其与樊XX达成的离婚财产分割协议存在欺诈为由提起诉讼，请求依法撤销该协议，确认樊XX在康XX公司投入的20万元股金增值的，800万元人民币为夫妻共同财产，重新予以分割，同时，对郑州市公证处（1996）郑证民字第383号《家庭财产协议公证书》公证的事实提出异议，该公证处函复高X：该公证书只证明当事人签订《家庭财产协议书》的签约行为，不能证明樊XX林等人在康XX公司的出资产权情况。

另查明：

高X知道以樊XX名义投入康XX公司20万元股金一事，双方均认为所签离婚财产分割协议中的“其他财产归男方所有”的约定，就是指樊XX投入康XX公司的20万元股金，夫妻共同财产分割无遗漏。截止1997年9月10日，周XX已支付樊XX人民币300万元转让金，尚有人民币500万元转让金未支付。

一审法院审理认为：

樊XX与高X争议的康XX公司股份转让金800万元是夫妻关系存续期间投资的增值，应作为夫妻共同财产分割。樊XX已取得的300万元应给付高X150万元，其余因转让股份所形成的债权樊XX、高X各半享有。樊XX出具的（1996）郑证民字第383号《家庭财产协议公证书》不能证明该笔投资的产权归属，樊XX主张该投资系其父、兄弟共同投资，证据不足，不予认定。高X要求重新分割夫妻共同财产的理由正当，应予支持。双方已达成的离婚财产分割协议基本合理，双方应当履行。在该协议外，双方又约定由樊XX另付给高X人民币50万元，应视为在给付高X的150万元之内。

据此判决：一、樊XX与高X1996年11月27日达成的离婚财产分割协议有效，双方应当继续履行；二、樊XX转让股份所得800万元债权，除已实现的300万元之外，仍以债权形态存在于康XX公司的部分，樊XX与高X各享有该债权的一半；三、樊XX因转让股份已经取得的人民币300万元，给付高X150万元。案件受理费50000元，由樊XX负担40000元，由高X负担10000元。诉讼保全费52000元，由樊XX负担40000元，由高X负担12000元。

樊XX不服一审法院判决，向本院上诉称：

其与高X1996年11月27日达成的离婚财产分割协议不存在欺诈，一审法院判决在认定该协议有效的同时，又将其投入康XX公司20万元股金及增值认定为夫妻共同财产分割，适用法律错误，请求二审法院撤销一审法院判决，依法予以改判。高X答辩称：一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院予以维持。

本院认为：

樊XX与高X1996年11月27日签订离婚财产分割协议时，高X明知樊XX在康XX公司投资股金，对此事实未提出异议。此后，其又以离婚财产分割协议存在欺诈为由，主张该协议无效，并未提供足以证明樊XX对其隐瞒投资股金真实情况的证据。该离婚财产分割协议系双方平等自愿签订，不存在欺诈，一审法院认定有效，继续履行并无不当，应予维持。樊XX与高X签订离婚财产分割协议时，已就夫妻共同财产进行了分割，不存在遗漏。而且双方均认为该离婚财产分割协议中的“其他财产归男方所有”的约定，就是指投入康XX公司的20万元股金。一审法院在认定双方当事人所签离婚财产分割协议有效的同时，将按协议中约定归樊XX所有的20万元股金及增值作为夫妻共同财产进行分割，适用法律错误，应予改判。樊XX依据其与高X签订的离婚财产分割协议的约定，主张其投入康XX公司20万元股金及增值不属于夫妻共同财产，理由充分，本院予以采纳。樊XX立字据“暂欠高X人民币50万元，于1999年底前付清”及其与周XX的协议中关于将800万元转让金中拿出100万元给高X的承诺，均是其本人真实意思表示，且不损害他人及国家利益，本院予以认可。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条、《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》第一条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，判决如下：

- 一、维持河南省高级人民法院（1998）豫法民初字第6号民事判决第一项；
- 二、撤销河南省高级人民法院（1998）豫法民初字第6号民事判决第二项；
- 三、变更河南省高级人民法院（1998）豫法民初字第6号民事判决第三项为：樊XX于本判决生效之日起三十

日内一次性支付给高X人民币100万元。逾期不履行，双倍支付迟延履行期间的债务利息（按中国人民银行公布的同期存款利率计算利息）。

二审案件受理费50000元，由樊XX负担10000元，由高X负担40000元。

本判决为终审判决。

审判长：张雅芬
代理审判员：韩玫
代理审判员：冯小光
一九九八年十二月三十日
书记员：贾劲松

分完房子，女方要求分割淘宝店铺……

2016-10-12 南京市中级人民法院

要求分割淘宝店铺
争夺游戏账号归属……

虚拟财产成离婚纠纷新争议点

“他目前经营着一家淘宝店，这是我们两人当年共同出资开办的，我要求进行分割。”不久前，浦口区人民法院审理的一起离婚纠纷中，女方提出分割淘宝店铺这一虚拟财产的要求。记者采访获悉，随着网络店铺、网络游戏等产业的繁荣，法院审理的离婚纠纷中也越来越多出现虚拟财产这一新的争议点。

分完房子，女方要求分割淘宝店铺

赵立（化名）与许玲（化名）是一对夫妻，今年都30多岁，此前各自有过一段不成功的婚姻。2009年两人走到一起后，一开始感情尚好，经营着共同的公司。去年，丈夫诉至法院称，妻子在2013年离家出走，且对自己不管不问，夫妻感情已经破裂，要求离婚。

案件审理中，许玲同意离婚，但要求对夫妻共同财产进行合理分割。她除了对房屋、汽车等传统财产提出要求外，还特地要求分割淘宝店铺。该淘宝店铺自2012年创立，主要经营日常用杂货。淘宝店登记在两人名下，但日常由男方进行管理。

女方认为，淘宝店初创时，自己曾拿出一笔启动资金，后续淘宝店铺的经营管理，自己也付出一定精力，理应享有这个店铺的一半收益。男方却称，店铺目前处于亏损状态，在这个店里，两个人只有共同债务，而非共同财产。

分割网店、游戏账号等诉求日益增多

赵立和许玲的这类官司并非个案。记者采访玄武、秦淮多家基层法院了解到，随着网络店铺、网络游戏等产业的繁荣，在年轻夫妻尤其是“90后”夫妻的离婚纠纷里，虚拟财产越来越多地被提及，成为双方争议的新焦点。

此前，六合区人民法院曾审理一起离婚纠纷。一对年轻夫妻因为网络相识后“闪婚”，但家庭矛盾频发，最终到法院离婚。因经济实力有限，他们对财产分割的唯一争议，就集中在一个花费二人不少心血维护的网游账号上。该案后来在法院主持协调下，夫妻俩自行达成协议。

玄武法院近日也受理了一起涉及淘宝店铺分割的离婚纠纷。女方称淘宝店铺的启动资金是自己所出，主张享有该店铺的绝大部分收益。

“虚拟财产价几何”成审理难点

6月27日，全国人大常委会正式审议民法总则草案。其中，网络虚拟财产、数据信息将有望正式成为新型民事权利。记者采访发现，目前法院审理中遇到最多的还是“虚拟财产价几何”的难点。

这主要是因为，诸多虚拟财产的现实价值较难确定。如上文提到的赵立与许玲的纠纷，淘宝店铺究竟有没有盈利、店铺价值多少的认定往往因人而异，目前也缺乏权威第三方机构进行评估。如果案件的原被告双方对虚拟财产价值发生分歧，法院很难凭以往经验作出判断。

另外，由于网游账号、淘宝网店等不可分割，法院在处理时多采用一方获全部虚拟财产，同时按比例支付另一方折价款的方式进行。而且，这种分割大多是以原被告双方协商一致，而非判决的方式进行认定的。法官说，对网络虚拟财产的评估、分割处置等仍需法律进行明确，才能确保这部分虚拟财产的顺利处置。

解读最高法第66号指导案例 | 一方离婚前转移、隐匿夫妻共同财产，离婚时可以少分或不分

“家事法苑”团队奉献

2016-10-25 法信

裁判规则

导读：最高人民法院9月30日发布的指导案例第66号雷某某诉宋某某离婚纠纷案中，二审法院根据《婚姻法》第四十七条判决转移、隐匿财产一方少分得夫妻共同财产。本期法信围绕该案例，并结合相关案例和专家观点，对一方在离婚前转移、隐匿夫妻共同财产，离婚时可以少分或不分得财产的问题进行说明，供读者参考。

指导案例66号

雷某某诉宋某某离婚纠纷案

■ 案号 (2015)三中民终字第08205号

■ 裁判要点

一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，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，离婚分割夫妻共同财产时，依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。

■ 相关法条

《中华人民共和国婚姻法》第47条

■ 基本案情

原告雷某某（女）和被告宋某某于2003年5月19日登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女。双方婚后因琐事感情失和，于2013年上半年产生矛盾，并于2014年2月分居。雷某某曾于2014年3月起诉要求与宋某某离婚，经法院驳回后，双方感情未见好转。2015年1月，雷某某再次诉至法院要求离婚，并依法分割夫妻共同财产。宋某某认为夫妻感情并未破裂、不同意离婚。

雷某某称宋某某名下在中国邮政储蓄银行的账户内有共同存款37万元，并提交存取款凭单、转账凭单作为证据。宋某某称该37万元，来源于婚前房屋拆迁补偿款及养老金，现尚剩余20万元左右（含养老金14322.48元），并提交账户记录、判决书、案款收据等证据。

宋某某称雷某某名下有共同存款25万元，要求依法分割。雷某某对此不予认可，一审庭审中其提交在中国工商银行尾号为4179账户自2014年1月26日起的交易明细，显示至2014年12月21日该账户余额为262.37元。二审审理期间，应宋某某的申请，法院调取了雷某某上述中国工商银行账号自2012年11月26日开户后的银行流水明细，显示雷某某于2013年4月30日通过ATM转账及卡取的方式将该账户内的195000元转至案外人雷某齐名下。宋某某认为该存款是其婚前房屋出租所得，应归双方共同所有，雷某某在离婚之前即将夫妻共同存款转移。雷某某提出该笔存款是其经营饭店所得收益，开始称该笔款已用于夫妻共同开销，后又称用于偿还其外甥女的借款，但雷某某对其主张均未提供相应证据证明。另，雷某某在庭审中曾同意各自名下存款归各自所有，其另行支付宋某某10万元存款，后雷某某反悔，不同意支付。

■ 裁判结果

北京市朝阳区人民法院于2015年4月16日作出（2015）朝民初字第04854号民事判决：准予雷某某与宋某某离婚；雷某某名下中国工商银行尾号为4179账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行账号尾号为7101、9389及1156账户内的存款归宋某某所有，并对其他财产和债务问题进行了处理。宣判后，宋某某提出上诉，提出对夫妻共同财产雷某某名下存款分割等请求。北京市第三中级人民法院于2015年10月19日作出（2015）三中民终字第08205号民事判决：维持一审判决其他判项，撤销一审判决第三项，改判雷某某名下中国工商银行尾号为4179账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行尾号为7101账户、9389账户及1156账户内的存款归宋某某所有，雷某某于本判决生效之日起七日内支付宋某某12万元。

■ 裁判理由

法院生效裁判认为：婚姻关系以夫妻感情为基础。宋某某、雷某某共同生活过程中因琐事产生矛盾，在法院判决不准离婚后，双方感情仍未好转，经法院调解不能和好，双方夫妻感情确已破裂，应当判决准予双方离婚。

本案二审期间双方争议的焦点在于雷某某是否转移夫妻共同财产和夫妻双方名下的存款应如何分割。《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、

转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”这就是说，一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，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，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

本案中，关于双方名下存款的分割，结合相关证据，宋某某婚前房屋拆迁款转化的存款，应归宋某某个人所有，宋某某婚后所得养老金，应属夫妻共同财产。雷某某名下中国工商银行尾号为4179账户内的存款为夫妻关系存续期间的收入，应作为夫妻共同财产予以分割。雷某某于2013年4月30日通过ATM转账及卡取的方式，将尾号为4179账户内的195000元转至案外人名下。雷某某始称该款用于家庭开销，后又称用于偿还外债，前后陈述明显矛盾，对其主张亦未提供证据证明，对钱款的去向不能作出合理的解释和说明。结合案件事实及相关证据，认定雷某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。根据上述法律规定，对雷某某名下中国工商银行尾号4179账户内的存款，雷某某可以少分宋某某主张对雷某某名下存款进行分割，符合法律规定，予以支持。故判决宋某某婚后养老金14322.48元归宋某某所有，对于雷某某转移的19.5万元存款，由雷某某补偿宋某某12万元。

（生效裁判审判人员：李春香、赵霞、闫慧）

法信 · 相关案例

1. 离婚后，发现一方隐瞒、转移夫妻共同财产的，人民法院再次分割时可以对隐瞒财产一方少分——吴剑文诉傅惠珍离婚后隐瞒转移夫妻共同财产案

本案要旨：夫妻一方在离婚诉讼中放弃对夫妻共同财产的分割，离婚后发现另一方在婚姻存续期间有隐瞒夫妻共同财产的行为，可以根据《婚姻法》第四十七条的规定，请求人民法院再次分割夫妻共同财产。隐瞒夫妻共同财产的一方，违背了夫妻之间平等处分财产的原则，人民法院再次分割时可以少分。

审理法院：福建省泉州市南安市人民法院

来源：《人民法院案例选》2004年民事专辑（总第48辑）

2. 夫妻一方就其离婚前隐藏、转移的财产，在离婚后再次分割共同财产时可以少分——何某某诉华某离婚案

本案要旨：离婚前，夫妻一方隐藏、转移夫妻共同财产，离婚后另一方发现其隐藏、转移行为的，可以向人民法院请求再次分割共同财产；一方就其隐藏、转移的财产，在离婚分割夫妻共同财产时可以少分；但对其他共同财产，原则上仍应平均分。

案号：（2004）江由民初字第295号

审理法院：四川省江油市人民法院

来源：《民事疑难案件裁判标准与法律适用》（婚姻家庭卷），李杰编著，中国法制出版社2011年7月出版

3. 离婚前夫妻一方擅自变卖共同财产的，在离婚财产分割时可以少分——崔某与李某离婚纠纷案

本案要旨：夫妻一方未经另一方同意，变卖夫妻共同财产，另一方有证据能明其侵害行为的，在离婚诉讼中，法院可以判决变卖夫妻共同财产的一方，少分得夫妻共同财产。

案号：（2014）冀民一终字第28号

审理法院：河北省高级人民法院

来源：中国裁判文书网

法信 · 专家观点

1. 对离婚时隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的释义

本条第一款是对离婚时隐藏、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一方应少分或不分夫妻共同财产以及离婚后发现上述行为如何解决的规定。

这一款规定的违法行为侵犯的对象是夫妻共同财产。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，即从男女登记结婚之日起，到夫妻离婚或配偶一方死亡时为止，这一特定期间内夫妻所得的财产。依据本法第十七条的规定，夫妻共同所有的财产包括：（1）工资、奖金；（2）生产、经营的收益；（3）知识产权的收益；（4）继承或赠与所得的财产，但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外；（5）其他应当归共同所有的财产。另外，本法第十九条还规定了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夫妻共同所有。

夫妻共同财产从性质上说，属于共同共有。夫妻在婚姻关系存续期间，无论属于双方或一方的收入，无论各自

收入的数量多少，也无论其中一方有无收入，夫妻作为共同生活的伴侣，对共同财产享有平等的所有权。对共同财产，夫妻双方均有依法占有、使用、收益和处分的权利。如妇女权益保障法中规定，妇女对依照法律规定的夫妻共同财产享有与其配偶平等的占有、使用、收益和处分的权利，不受双方收入状况的影响。在共有关系消灭之前，财产权利是一个整体，只有在婚姻关系消灭（离婚或一方死亡）或双方有特别约定时，才能对共同财产进行分割。

处分权是所有权的最高表现，如果没有平等的处分权，平等的所有权就是一句空话。所以，本法第十七条规定，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。所谓平等的处理权，依照民法关于共同共有的原理，是指夫妻在处分共同财产时，应当平等协商，取得一致意见，任何一方不得违背他方的意志，擅自处理。特别是对共有财产作较大的变动时，如出卖、赠与等，更应征得他方的同意，否则就侵犯了另一方对共有财产的所有权。根据有关司法解释的规定，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。如果对其他共有人造成损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。因此，离婚时隐藏、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行为，是一种侵犯共同财产所有权的民事侵权行为。

隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务是违法行为的客观表现。隐藏是指将财产藏匿起来，不让他人发现，使另一方无法获知财产的所在从而无法控制。转移是指私自将财产移往他处，或将资金取出移往其他账户，脱离另一方的掌握。变卖是指将财产折价卖给他人。毁损是指采用打碎、拆卸、涂抹等破坏性手段使物品失去原貌，失去或者部分失去原来具有的使用价值和价值。伪造债务是指制造内容虚假的债务凭证，包括合同、欠条等，并将所涉共同财产据为己有。

上述违法行为，在主观上只能是故意，不包括过失行为，如因不慎将某些共同财产毁坏，只要没有故意，不属于本条规定之列。另外，必须以侵占另一方财产为目的。一方实施上述行为，就是要将本应属于夫妻共同财产的这部分财产据为己有。

（摘自：《中华人民共和国婚姻法释义》，胡康生主编，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编，法律出版社 2001 年出版）

2. 夫妻对共同财产有平等的处理权，任何一方隐匿、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

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》第 47 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，只有这样才能符合《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 47 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。（摘自：《中华人民共和国婚姻法案典》，杜万华主编，人民法院出版社 2014 年出版）

由一方在婚前申请，而另一方在婚后支付房屋首付款所购两限房的分割原则

——北京三中院判决马某诺、马某德、李某某诉黄某某分家析产纠纷上诉案

2016-10-27 人民法院报 北京市第三中级人民法院 杨路

本案案号：(2015)朝民初字第 37209 号，(2016)京 03 民终 4912 号

案例编写人：北京市第三中级人民法院 杨路

裁判要旨

离婚时两限房的分割要充分考量政策因素，权属认定的主要依据是购房对象的资格而非与婚姻状态变动相关的购房时间或出资主体、数额等其他情况。两限房由一方在婚前申请，婚后签订房屋买卖合同且首付款由另一方用个人财产支付的，应认定为一方个人财产而非夫妻共同财产。

【案情】

马某德与李某某系夫妻关系，马某诺系双方之女。马某诺作为申请人申请限价商品住房一套，申请家庭人口为上述3人。资格审核通过后，马某诺与黄某某登记结婚。此后，马某诺签订《商品房预售合同》（限价商品住房），房屋总价款510615元，首付款310615元，贷款20万元。房屋首付款由黄某某支付。婚姻关系存续期间涉案房屋取得房屋所有权证，登记所有权人为马某诺。此后马某诺与黄某某离婚。

马某德、李某某、马某诺三人以黄某某为被告提起诉讼，要求确认涉案房屋为三人所有。一审中，双方对房屋现价值达成一致意见为200万元。马某诺、马某德、李某某不要求在三人之间进行份额及补偿款的分割。

【裁判】

北京市朝阳区人民法院经审理后认为，涉案房屋系在马某诺与黄某某结婚后签订购房合同、支付首付款，双方共同偿还部分贷款，故诉争房屋应为马某诺与黄某某的夫妻共同财产。涉案房屋虽然登记在马某诺个人名下，但系马某诺以其与父母马某德、李某某的家庭为单位申请的两限房，马某德、李某某因申请涉案房屋，今后无法再次申请保障性住房，故其二人应该得到一定补偿。综合考虑涉案房屋的来源、首付款支付、贷款偿还等情况，判决涉案房屋归马某诺所有，房屋剩余贷款由马某诺负责偿还，由马某诺向黄某某支付折价款70万元，马某德、李某某应获得的补偿计入马某诺享有的份额中。

一审宣判后，马某诺、马某德、李某某、黄某某均不服，马某诺、马某德、李某某主张涉案房产不属于夫妻共同财产，黄某某则对一审判决进行房产分割时计算了马某德、李某某的份额提出异议，均向北京市第三中级人民法院提出上诉。

二审法院经审理后认为，一审判决认定涉案房产属于夫妻共同财产，属适用法律有误，但处理结果并无不当。依法驳回上诉，维持原判。

【评析】

离婚时两限房的分割问题，涉及到国家政策与法律规范、法律效果与社会效果的综合考量问题。两限房由一方在婚前申请，在婚后签订房屋买卖合同且首付款由另一方用个人财产支付的，离婚时如何分割争议较大，目前没有定论。

1. 权属认定问题

第一种观点认为，虽然两限房以一方婚前所属家庭为单位由一方在婚前申请，但购房行为发生于婚后，该房产应作为夫妻共同财产进行分割。第二种观点认为，该房产应认定为申请人一方个人财产。

两限房属于保障性住房的范围，购房主体特定，购买价格亦非房屋价值的直接体现，具有福利性质。两限房由一方婚前申请的，房产的供应对象为一方及其父母等成员构成的家庭，与另一方无关。申请两限房的家庭经过资格审查符合条件后，通过摇号确定具体的房屋，房屋确定后不可更改，此后履行的购房手续即签订房屋买卖合同、支付房款等行为均系申请行为的延续，在此期间申请人婚姻状态的变动或实际付款主体、数额的不同等情况对已确定的两限房没有任何影响，故两限房性质上的特殊性使得房产的取得主要取决于申请人所具备的资格。如果在认定房产权属时不考虑两限房的特殊性，将导致两限房政策所要实现的目的落空，无疑有违“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”的原则。笔者赞同第二种观点。

在不属于夫妻共同财产的前提下，关于权属问题在申请家庭内部亦存在争议，争议在于属于申请人单独所有还是家庭成员共有。两限房的购买资格限定于申请人本人，申请家庭成员并非申请人、亦未作为购房人签订买卖合同的，房产亦登记于申请人名下，故产权应认定为申请人一方所有而非家庭成员共有。

2. 另一方的补偿问题

一种观点认为，另一方明知其不具备购买资格，因出资获利不符合国家政策，所以，在离婚时另一方主张因其出资对于登记于一方名下的两限房增值部分予以补偿不应支持。另一种观点认为，由于婚后夫妻任何一方的所得均

属于夫妻共同财产，而且夫妻在一起生活，使得另一方已经没有必要或者没有可能购置个人房产，由于限购政策的影响，同时房价持续上涨，也加大了无房一方的机会成本，使得其实际上已经因为缔结婚姻而错过了最佳的个人购房时机。因此，将另一方的出资作为债权对待时，不考虑房屋增值的因素，对另一方是不公平的。笔者同意这一观点。至于补偿标准，以公平为基本原则，应依据房产的首付款支付、贷款偿还情况以及个人贷款首付比例综合考虑，予以酌定，以不超过按夫妻共同财产分割的数额为限。

本案案号：（2015）朝民初字第 37209 号，（2016）京 03 民终 4912 号

案例编写人：北京市第三中级人民法院 杨 路

（五）损害赔偿案例

妻“借种”生下两娃 闹离婚丈夫索赔 14 万

2016-09-22 广州日报 记者章程 通讯员黄义涛 张瑜

广东一对夫妻结婚多年都没有生育，妻子为此常受到婆婆的冷遇，为了延续香火，妻子竟然“借种生子”，十年间先后生下两个儿子，而丈夫对此却放任不管，还自愿帮忙抚养两个孩子。然而，“借种生子”没有借来幸福，矛盾终于在多年后爆发，妻子无奈起诉离婚，丈夫却索要孩子的抚养费和精神损失费共计 14 万元。记者昨日获悉，这宗奇葩案件经法院审理后准许两人离婚，但妻子违反了夫妻间互相忠诚的义务，应赔偿丈夫精神损失费 8000 元，并支付丈夫之前为孩子支出的抚养费 4 万元。

结婚 5 年未孕

妻子“借种生子”

孙强与李红（均为化名）于 1996 年登记结婚。婚后 5 年，李红一直未能怀上孩子，进而引发婆媳矛盾和夫妻矛盾。之后，李红到医院检查却发现自己的身体并无大碍，便怀疑是丈夫在生育方面有问题。但当李红向丈夫孙强提出去医院检查的要求时，孙强却拒绝配合。

后来，因家庭琐事和未能生育子女的问题，孙强和家人经常与李红发生矛盾，夫妻关系和婆媳关系进一步恶化。

为了缓和家庭矛盾，解决家中问题，在孙强放任不管的态度下，李红先后跟两人发生了不正当男女关系，于 2001 年生下大儿子孙明，2010 年生下小儿子孙军。然而，在小儿子出生后，孙强与李红常常因为经济方面的问题发生争吵。

2011 年，在小儿子孙军 10 个月大时，李红搬回了娘家居住。2012 年，李红以夫妻性格不合为由向法院起诉离婚，后在法官劝说下撤诉。但在今年 5 月，李红再次起诉要求离婚，她认为与丈夫已分居多年，感情彻底破裂，无法继续共同生活。

丈夫争夺长子抚养权并索偿

本案庭审中，孙强不同意离婚，他提出如果妻子李红坚持要离婚，则大儿子孙明归他抚养，李红必须从 2009 年 1 月开始支付抚养费每月 500 元，至孙明年满 18 周岁为止。小儿子孙军自 2010 年在孙强家中居住了 1 年，李红需返还抚养费 1 万元给孙强。再加上孙强的精神损失费、名誉费，李红应赔偿共计 14 万元。

对此，李红在法庭上承认，两儿子确实都不是孙强亲生，但也不是她出轨所生，而是因为孙强自己无法生育，放任她与他人“借种”所生，“孙强是知道这件事的，也自愿抚养儿子。”并且，在小儿子出生后，李红就带小儿子回娘家住了，自己打工赚钱维持母子俩的生活，所以，她不存在返还抚养费和支付精神损失费的必要。李红认为，离婚后她与孙强一人抚养一个儿子，各自承担抚养费。

法院判决妻子赔偿 4.8 万元

广东蕉岭法院审理后认为，李红与孙强之间属于自主自愿的婚姻关系，依法应受法律保护。但在共同生活期间，双方因未能处理好生育子女问题和家庭生活困难问题发生矛盾，自 2011 年春节后李红离家出走至今，互不履行夫妻义务。所以，李红提出与孙强离婚的诉讼请求，法院予以准许。

依据《婚姻法》规定，父母对子女有抚养教育的义务。本案中，李红的两个儿子都非孙强亲生，因此，应由李红承担两个儿子的抚养教育义务，支付抚养费。另外，在婚姻关系期间，李红与他人发生不正当关系并生育两个儿子，违反了夫妻间互相忠诚的义务，使孙强的名誉及精神受到一定程度的伤害。为此，孙强请求赔偿精神损失费可适 当支持。

据此，法院判决李红应支付给孙强在婚内抚养孙明与孙军所支出的抚养费4万元，精神损失费8000元。从有利于孙明成长的角度出发，准予孙明与孙强共同生活，李红从2016年7月起按月负担孙明的抚养费至孙明年满18周岁止。

因家庭暴力而离婚时无过错方可获赔偿

（基层法院编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）

2016-10-25 指导性案例审判规则 向玗

【审判规则】

婚姻关系存续期间，双方因缺乏沟通和理解而感情不和，且存在家庭暴力。在一方诉至人民法院请求判令离婚时，应当予以准许，且被施暴一方有权获得一定数额的损害赔偿。

【关键词】

民事 离婚 婚姻关系 感情不和 家庭暴力 离婚诉讼 无过错方 损害赔偿

【基本案情】

郭XX与刘XX系夫妻关系，二人育有一女刘X。在共同生活中，由于双方缺乏沟通和理解，影响了夫妻感情。经查，夫妻共同财产包括美的微波炉一台，海尔彩色电视一台，防盗门一个，热水器一个。另外，双方无共同债权债务，无共同住房。

郭XX以刘XX因家庭琐事多次对其进行殴打为由，提起诉讼，请求判令与刘XX离婚，女儿刘X归其抚养，刘XX每月支付抚养费；同时分割夫妻共同财产，刘XX支付赔偿金，并一次性支付生活费。

刘XX辩称：多次殴打郭XX的情况不完全属实，女儿刘X归其抚养，郭XX每月支付抚养费，请求驳回郭XX的其他请求。

刘X表示愿随刘XX共同生活。

【争议焦点】

夫妻一方以对方对其实施家庭暴力而起诉离婚且法院准予离婚时，施暴方应否向无过错方承担损害赔偿责任。

【审判结果】

一审法院判决：准予郭XX与刘XX离婚；刘XX赔偿郭XX人民币2000元；双方所生之女刘X由刘XX负责抚养，郭XX每月给付刘X抚养费，至刘X十八周岁时止；夫妻共同财产美的微波炉一台，海尔彩色电视一台，归郭XX所有，其余夫妻共同财产归刘XX所有；驳回郭XX的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

《中华人民共和国婚姻法》规定：“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，调解无效的，应准予离婚：（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的。”结合本案，郭XX与刘XX原系自主结婚，但婚后因缺乏沟通和理解影响了夫妻感情，而且刘XX曾对郭XX实施家庭暴力。根据上述法律规定，对郭XX的离婚诉讼请求应当予以支持。刘XX实施家庭暴力是导致双方离婚的重要原因之一，刘XX具有过错，应当向郭XX支付赔偿金，具体金额根据具体情况酌情裁定。

另外，因刘XX名下并无住房，而郭XX具有劳动能力，故对于郭XX要求刘XX支付生活费的诉请不予支持。女儿刘X的抚养权归属问题应尊重刘X本人意愿，抚养费金额应根据具体情况酌情裁定。

【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，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。

第三十六条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

第三十七条 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。

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

第四十六条 有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚的；
- (二) 有配偶者与他人同居的；
- (三) 实施家庭暴力的；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员的。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

郭XX诉刘XX离婚纠纷案

【案例信息】

【中法 码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚的法律后果·损害赔偿·实施家庭暴力 (L040503037)

【案 由】 离婚纠纷

【权威公布】 被北京市朝阳区人民法院民一庭《审判实务与案例评析系列：婚姻家庭审判实务与典型案例评析》(2007年)收录

【检索 码】 C0502+11++BJ++CY0306E

【审理法院】 北京市朝阳区人民法院

【审级程序】 第一审程序

【原 告】 郭XX

【被 告】 刘XX

【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》

原告：郭XX。

被告：刘XX。

原告与被告于1992年经人介绍相识，1993年4月24日登记结婚，1994年1月27日生一女刘X。双方婚前婚后初期感情尚可，后因双方缺乏沟通与理解，影响了夫妻感情。在共同生活中，被告曾因家庭琐事殴打原告。为此原告于2005年11月9日经北京市朝阳区中医院诊断为：右眼部软组织损伤，血肿形成。

原告诉称：我与被告婚前婚后初期感情尚可，后因我生一女，引起被告不满，为家庭琐事被告即对我实施家庭暴力，我与被告已无法共同生活，故我诉至法院，1. 要求与被告离婚。2. 双方所生之女刘X由我抚养，被告每月

给付刘X抚养费500元。3. 依法分割夫妻共同财产。4. 由于被告实施家庭暴力，要求被告赔偿5000元。5. 要求被告给付一次性生活费5000元。

被告辩称：我与原告在共同生活中，原告经常对我进行人身攻击，指责我身体缺陷，给我造成精神上的痛苦，我认为双方感情已经不能维持，故我同意离婚。但我并没有经常殴打原告，只是由于原告虐待我母亲和骂我4个多小时，使我无法忍受，我打过原告二至三次，我同意离婚，但不同意原告的其他诉讼请求。双方所生之女刘X，由我抚育，原告每月给刘X抚养费200元。

原告自2004年8月4日至2006年1月15日共计支付医药费845.96元。

双方所生之女刘X表示愿随被告共同生活。夫妻共同财产有：美的微波炉一台，海尔彩色电视一台，防盗门一个，热水器一个，现均放置在北京市朝阳区X小区的房屋内。双方无共同财产，无共同债权债务，无共同住房。

法院经审理认为：夫妻关系的建立与存续是以感情为基础。原、被告虽系自由恋爱、自主结婚，但在共同生活中，双方因缺乏沟通与理解，影响了夫妻感情。在共同生活中，被告曾因家庭琐事多次殴打原告。为此，原告诉至本院要求离婚，被告亦表示同意，本院不持异议。关于子女抚育问题，本院尊重子女的意见。关于子女抚养费的具体数额，本院根据有利于子女成长及原告的经济状况酌情判处。夫妻共同财产，本院依法分割。因被告实施家庭暴力，原告要求被告赔偿，合法有据，本院予以支持，具体数额本院酌情判处。另原告要求被告给予一次性生活补助，因原告有劳动能力，且被告名下亦无住房，故原告该请求，本院不予支持。

综上，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十六条、第三十七条、第三十九条、第四十六条第（三）项之规定，判决如下：

一、准予原告郭XX与被告刘XX离婚。二、双方所生之女刘X由被告刘XX负责抚育，原告郭XX于2006年2月起每月给付刘X抚养费145元，至刘X18周岁时止。三、现均放置在北京市朝阳区X小区的房屋内的夫妻共同财产美的微波炉一台，海尔彩色电视一台，归原告郭XX所有，其余夫妻共同财产归被告刘XX所有。四、被告刘XX于本判决生效后7日内赔偿原告郭XX人民币2000元。五、驳回原告郭XX的其他诉讼请求。

（六）扶养赡养案例

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

（八）恋爱同居纠纷案例

（九）其他相关案例

父母离异未成年人造成他人损害未共同生活方亦可承担民事责任

——曹x诉袁x、马x监护人责任纠纷案

2016-10-04 法律家

【中法码】民法总论·民事权利主体·自然人·监护制度·监护人职责（t020104025）

【关键词】民事 监护人责任 加害人 限制民事行为能力人 损害 父母 民事责任 离婚 独立承担 困难 另一方

【学科课程】民法总论

【知识点】监护人 限制民事行为能力人 民事责任

【教学目标】掌握监护人的概念，明确监护人的职责。

【裁判机关】上海市静安区人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★★★☆☆ 被最高人民法院《人民司法·案例》2010年第12期(总第599期)收录

【案例信息】

【案由】监护人责任纠纷

【案号】(2009)闸民一(民)重字第5号

【争议焦点】

父母离婚后，属于限制民事行为能力人的子女造成他人损害，与子女共同生活的一方即其监护人独立承担民事责任确有困难的，另一方应否共同承担民事责任。

【裁判结果】

一审法院判决：袁 x 赔偿曹 x 医疗费、鉴定费，并支付案件受理费。

判决生效后，双方当事人均未提起上诉。之后，李 xx 不服一审判决，向检察机关提起抗诉申请。

检察机关审查认定：涉案侵权行为发生时，袁 x 年仅十三周岁，其父母已经离婚。根据相关法律规定，应当由袁 x 的监护人承担相关民事责任。原审法院认为应当由袁 x 本人承担民事赔偿责任，进而直接判令袁 x 赔偿曹某医疗费等费用，系适用法律错误。

检察机关向法院提起抗诉。

受诉法院认为原审认定的事实不清，证据不足，遂裁定撤销原判，发回重审。

一审法院判决：袁 x 的父母袁 xx 和李 xx 共同支付曹 x 赔偿费。马 xx、赵 xx 支付曹 x 剩余损害赔偿金。

【裁判要旨】

限制民事行为能力的加害人造成他人损害的，应与其父母承担民事责任。父母离婚后，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任，但如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令另一方共同承担民事责任。

【法理评析】

结合本案，在打篮球的过程中，袁 x 在运球时撞到马 x，马 x 撞到曹 x，致曹 x 倒地受伤。根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十三条的规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。马 x 所应分担的部分，由马 xx 和赵 xx 承担。袁 x 的父亲袁 xx 和母亲李 xx 已离婚，离婚时约定袁 x 由其父袁 xx 抚养，实际上袁 x 一直跟随祖父生活，未与父亲袁 xx 共同生活，袁 x 不知晓袁 xx 的地址、联系电话，无法与其取得联系。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百五十八条的规定，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。故由袁 xx 独立承担民事责任客观上存在困难的情况下，李 xx 应当共同承担民事责任。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【思考题和试题】

1. 限制民事行为能力人侵权时责任主体如何确定。

2. 夫妻离婚后未与子女共同生活的父或母是否负有监护职责。
3. 试分析监护人未履行监护职责的法律责任。

【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》

原告：曹 x。

被告：袁 x。

法定代理人：袁 xx、李 xx。

被告：马 x。

法定代理人：马 xx、赵 xx。

曹 x(1994 年 7 月生)与袁 x(1993 年 12 月生)系上海市彭浦 x 中学学生,2007 年 3 月 13 日午餐后,曹 x 与其同学向体育老师借用篮球进行活动,在打篮球的过程中,袁 x 与曹 x 发生碰撞致曹 x 受伤。曹 x 由学校老师送往医院救治,诊断为:左肱骨近端骨折。入院后,曹 x 支付医疗费、伙食费共计人民币 8963.14 元。

2008 年 6 月 27 日,曹 x 向上海市闸北区人民法院提起诉讼,要求被告袁 x 赔偿其医疗费、护理费、营养费、住院伙食补助费、交通费共计 16983.14 元及精神损害赔偿金 5000 元。其后又增加诉讼请求要求保留后续治疗疤痕费用的诉权。

上海市闸北区人民法院经审理认为,袁 x 列为被告,袁 x 的父母袁 xx、李 xx 应列为法定代理人。审理中,法院征得当事人同意,委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对曹 x 进行法医学鉴定。曹 x 支付鉴定费 1100 元。另查明,袁 x 父母已离婚,离婚时约定袁 x 由其父袁 xx 抚养,实际袁 x 一直跟随祖父生活,未与袁 xx 共同生活,袁 x 不知道父亲的地址、联系电话,无法与之取得联系。袁 xx、李 xx 经法院传票传唤未到庭,袁 x 本人到庭。一审法院缺席审理后认为,袁 x 擅自闯入操场抢夺篮球,将曹 x 撞伤,应承担主要责任;曹 x 在篮球架下休息,自身也有一定责任,遂判决袁 x 赔偿曹 x 10852.2 元;鉴定费 770 元、案件受理费 71.3 元由袁 x 承担。对于曹 x 要求袁 x 赔偿交通费、精神损害抚慰金的诉讼请求不予支持。

判决后双方均未上诉。曹 x 遂申请执行上述生效判决。执行程序中,袁 x 之母李 xx 支付了曹 x 11693.5 元。之后,李 xx 不服一审判决,向检察机关提出申诉。

上海市人民检察院第二分院抗诉认为,涉案侵权行为发生时,袁 x 年仅 13 周岁,其父母已经离婚。根据民法通则第一百三十三条规定,无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。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 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。故在本案中,应当由袁 x 的监护人承担相关民事责任。原审法院认为应当由袁 x 本人承担民事赔偿责任,进而直接判令袁 x 赔偿曹 x 医疗费等费用,系适用法律错误,故提出抗诉。

上海市第二中级人民法院再审发现,发生碰撞时还有学生马 x 参与,原审认定的事实不清,证据不足,遂裁定撤销原判,发回重审。

上海市闸北区人民法院重审过程中,依法追加袁 x 之父母袁 xx、李 xx,以及马 x 和其父母马 xx、赵 xx 为本案被告参加诉讼。重审查明,袁 x 在运球时撞到马 x,马 x 撞到曹 x,致曹 x 倒地受伤。根据法律规定,未成年人造成他人损害的,由其监护人承担民事责任。故马 x 所应当分担的部分,由马 xx、赵 xx 承担;袁 x 在其父母离婚后,跟随其祖父共同生活,因袁 x 无法与其父亲取得联系,由其父袁 xx 独立承担民事责任客观上存在困难,故其母李 xx 应当共同承担民事责任。遂判决被告袁 xx、李 xx 共同支付曹 x 7751.57 元(已履行);被告马 xx、赵 xx 支付曹 x 4650.94 元,曹 x 的其他诉讼请求不予支持。

夫妻事先约定因家暴而离婚应付的赔偿金未明过高时有效

(部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则)

2016-10-11 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻双方在婚姻关系存续期间,协议约定如因家庭暴力导致离婚,实施家暴方向受害方支付一定数额的赔偿金,该协议符合法律规定,在双方因家庭暴力离婚时可以适用。夫妻双方因实施家暴方存在家暴行为而离婚的,在受害

方遭受的物质损害和精神损害与协议约定的赔偿金额并未明显有悖人身损害损益相当的原则时，应当按照双方约定的数额支付赔偿金。

【关键词】

民事 离婚 婚姻关系 存续期间 家庭暴力 过错方 人身损害 赔偿金 物质损害 精神损害 损益相当原则

【基本案情】

2005年11月，闭XX与张X登记结婚，双方婚后并未生子。婚姻关系存续期间，双方签订了《夫妻协议书》，约定：婚后双方经济各自独立，婚姻续存期间各自的收入属个人所有；一方婚后出轨或实施家庭暴力导致双方离婚的，有过错方必须向无过错方支付四十万元赔偿金。2007年12月，闭XX遭受张X的殴打，构成轻伤。之后，检察院向另案法院提起了公诉。另案法院经审查后，判处张X构成故意伤害罪，处管制六个月。上述刑事判决已发生法律效力。

闭XX以张X婚姻期间实施家庭暴力，且双方关系恶化，夫妻感情已完全破裂为由提起诉讼，请求判令其与张X离婚，并由张X向其支付赔偿金。

【争议焦点】

婚姻关系存续期间，夫妻双方协议约定若因家庭暴力导致离婚，实施家庭暴力的一方应当向受害方支付一定数额赔偿金，此后双方因家庭暴力而离婚，受害方能否按照协议约定索要赔偿。

【审判结果】

一审法院认定：在被告张X与原告闭XX婚姻存续期间，被告张X对原告闭XX实施了家庭暴力行为，且双方感情已完全破裂，故应准予二人离婚；被告张X实施家暴的行为属于过错行为，应对原告闭XX进行赔偿；双方签订的《夫妻协议书》的约定不得作为认定赔偿的唯一依据，应当综合考虑实际情况后确定数额。

一审法院判决：准予原告闭XX与被告张X离婚，被告张X向原告闭XX支付损害赔偿金五万元。

原告闭XX不服一审判决，提出上诉。

被告张X不服一审判决，提出上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

上诉人闭XX不服二审判决，向检察机关提出抗诉申请。

检察机关向法院提出抗诉。

二审法院受理抗诉后，决定再审本案。

二审法院再审判决：被申请人张X向申诉人闭XX支付损害赔偿金四十万元。

【审判规则评析】

所谓家庭暴力，主要表现为家庭成员对本家庭内另一成员所实施的人身、精神等方面的暴力行为。因家庭暴力行为直接作用于家庭成员，其对家庭成员造成的损害后果较一般民事纠纷严重。根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条的规定，夫妻一方因实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。由此可知，法律赋予了受损害方在受到家暴后请求赔偿的权利。婚姻关系存续期间，夫妻双方基于真实意思表示，根据上述规定而订立协议，明确约定损害赔偿数额的，该协议在不与上述规定相违背，约定数额与实际损失差距不大时，施暴方应按照双方的约定进行赔偿。

婚姻关系存续期间，夫妻双方签订夫妻协议书，该协议就双方财产、债权债务及因家暴、出轨等情形离婚时过错方支付赔偿金的数额作出了约定。因上述协议约定的内容未违反法律法规的禁止性规定，故该协议合法有效，对夫妻双方具有约束力。夫妻一方因实施家庭暴力而导致双方离婚，在双方约定的赔偿金额并非明显过高额，且夫妻一方实施家庭暴力已经达到刑事犯罪程度的情况下，其应按双方的约定履行支付赔偿金的义务。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第三条 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。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金；

- (二) 生产、经营的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

第三十二条 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。

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

第四十六条 有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚的；
- (二) 有配偶者与他人同居的；
- (三) 实施家庭暴力的；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员的。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第一条 婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

第二十八条 婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

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（二）》第八条 离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。

当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

第十条 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。

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

- (一) 生命权、健康权、身体权;
- (二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;
- (三) 人格尊严权、人身自由权。

违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

【法律修订】

《中华人民共和国民事诉讼法》于2012年8月31日修正,自2013年1月1日起施行。本案例适用的第一百八十六条修改为第二百零七条,内容没有变更。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上诉答辩状 民事申诉状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书 民事再审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

闭XX诉张X离婚纠纷案

【案例信息】

【中法码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚的法律后果·损害赔偿·实施家庭暴力(L040503034)

【案号】(2010)穗中法审监民抗再字第37号

【案由】离婚纠纷

【判决日期】2011年05月31日

【权威公布】被中国法制出版社《中国法院2013年度案例:婚姻家庭与继承纠纷》收录

【检索码】C0502+11++GDGZ++0511D

【审理法院】广东省广州市中级人民法院

【审级程序】再审程序

【审理法官】

【申诉人】闭XX(原审原告、二审上诉人)

【被申请人】张X(原审被告、二审上诉人)

【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》

抗诉机关:广东省人民检察院。

申诉人(一审原告、二审上诉人):闭XX。

被申请人(一审被告、二审上诉人):张X。

原审上诉人闭XX与原审被上诉人张X离婚纠纷一案,广州市中级人民法院于2008年12月15日作出的(2008)穗中法民一终字第3794号判决,已经发生法律效力。闭XX不服,提出再审申请。本院裁定,对本案进行提审。本院依法组成合议庭,开庭审理了本案。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:闭XX与张X于2005年自行相识,2005年11月17日登记结婚。双方均是再婚,婚后未生育子女。2006年4月16日,张X(甲方)与闭XX(乙方)签订《夫妻协议书》,其中内容:“经夫妻双方友好协商,在平等、自愿的前提下,签订本协议。夫妻双方约定在共同生活期间,互相忠实,相互尊重,维护平等,和睦、文明的婚姻家庭关系,对家庭、配偶、子女有道德观和家庭责任感。协议明确规定如下:一、个人财产:夫妻自再

婚后，经济各自独立，婚姻续存期间，双方的工资、奖金、社会福利；生产、经营收益；属个人所有。二、共同财产：使用双方姓名开立的银行共管账户的存款为共同财产。三、债权债务：婚前的债权债务各自承担；婚后的债权债务，双方签名的，共同承担；单方签名的，由签名方独自承担。四、根据《婚姻法》第四十六条规定：有重婚的、有配偶者与他人同居的、实施家庭暴力的、虐待和遗弃家庭成员等情形之一，导致离婚的，有过错方必须向无过错方支付赔偿金，金额为一次支付四十万元人民币。

2007年12月4日，张X将闭XX打致轻伤。2008年6月19日，广州市越秀区人民检察院以张X故意伤害罪向广州市越秀区人民法院提起公诉（穗越检刑诉（2008）0390号）。根据该起诉书，张X于2007年12月4日晚故意伤害被害人闭XX。广州市越秀区人民法院以故意伤害罪判处张X管制六个月，该判决已发生法律效力。

原审法院经审理认为，双方婚后因经济问题产生矛盾，导致夫妻关系恶化乃至影响夫妻感情。张X存在对闭XX实施家庭暴力的过错行为。鉴于双方均确认夫妻感情已完全破裂，闭XX要求离婚，张X也表示同意，法院依法准予闭XX与张X离婚。关于闭XX主张张X对其实施家庭暴力，按照《夫妻协议书》约定应赔偿其400000元的问题。因张X对于婚姻破裂存在过错，根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。张X应对闭XX进行赔偿。由于家庭暴力涉及人身关系，因此在考虑赔偿数额上应当结合受害方的损害后果、加害方的损害行为、加害方的财产状况综合考虑，而不应仅仅以双方签订的《夫妻协议书》约定为准。本案中，闭XX最重一次伤情经鉴定构成轻伤，若完全依照《夫妻协议书》约定的400000元赔偿额，显然与闭XX的损害后果、张X的损害行为和财产状况不相适应，也有违人身损害损益相当原则，考虑到闭XX的实际伤情、张X的损害行为和财产状况，因此，酌情判令张X赔偿闭XX损害赔偿金50000元。

原审法院依据《中华人民共和国婚姻法》第三条、第十七条、第十九条、第三十二条、第三十九条、第四十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第一条、第二十八条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条、第十条的规定，判决：

准予闭XX与张X离婚，张X在判决发生法律效力之日起五日内支付损害赔偿金50000元给闭XX。

宣判后，闭XX、张X均不服一审判决，向广州市中级人民法院提起上诉。

二审法院查明事实与一审基本一致。

二审法院经审理认为，一审法院根据闭XX提供的证据认定张X对闭XX实施家庭暴力的过错行为，证据充分。根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。由于家庭暴力涉及人身关系，因此在考虑赔偿数额上应当结合受害方的损害后果、加害方的侵害手段、场合以及行为方式等具体情节、加害方的财产状况等综合考虑，而不应仅仅以双方签订的《夫妻协议书》约定为准。本案中，闭XX最重一次伤情经鉴定构成轻伤，如果完全依照《夫妻协议书》约定的400000元赔偿额，显然与闭XX的损害后果、张X的侵害手段、场合与行为方式及其承担责任的**经济能力不相适应，也有违人身损害损益相当原则，因此，原审法院考虑到闭XX的实际伤情、张X的侵害手段、场合与行为方式及其财产状况，酌情判令张X赔偿闭XX损害赔偿金50000元，合法合理，予以维持。

二审法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，作出如下判决：
驳回上诉，维持原判。

闭XX不服二审判决，向检察机关申诉。检察机关对此案提出抗诉。

二审法院再认为，张X与闭XX于2006年4月16日签订的《夫妻协议书》，是双方当事人的真实意思表示，没有违反国家法律、法规的强制性规定，应认定为合法有效。《夫妻协议书》约定，根据《婚姻法》第四十六条规定：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。有上述情形之一，导致离婚的，有过错方必须向无过错方支付赔偿金，金额为一次支付四十万元人民币。张X实施家庭暴力，作为过错方，应当承担相应的后果责任。

关于赔偿金数额的认定，是双方当事人争议的焦点。根据事实和法律分析认定如下：首先，《夫妻协议书》合法有效，双方当事人应当按照约定全面履行各自的权利义务；其次，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）》第二十八条规定：婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。从张X与闭XX所签《夫妻协议书》的内容反映，双方约定的400000元赔偿金，包含了物质损害赔偿和

精神损害赔偿。原审判决将 400 000 元赔偿金均认定为精神损害赔偿金，继而认定数额过高，有失偏颇；第三，张 X 对闭 XX 多次实施家庭暴力，已达到刑事犯罪的程度，给闭 XX 的身体及精神健康均造成了严重的损害，即使按照人身损害损益相当的原则，约定的 400 000 元赔偿金并非明显过高；第四、张 X 作为完全民事行为能力人，对《夫妻协议书》约定的内容应当是清楚的，对违反协议书的后果责任应当是有预见的，对承担赔偿金的经济能力应当是经过考量的，其应当对自己的行为承担相应的后果责任；第五、张 X 在一、二审期间均未对赔偿金的数额提出异议，亦未提出调整，原审判决将 400 000 元赔偿金调整为 50 000 元依据不充分。综上所述，闭 XX 请求张 X 支付 400 000 元赔偿金有理，再审予以支持。

二审法院再审依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项、第一百八十六条第一款的规定，作出改判如下：

张 X 在本判决送达之日起五日内支付损害赔偿金 400 000 元给闭 XX。

法院对夫妻之间一方违反“忠诚协议”的处理

2016-10-18 法信

导读：审判实践中，有关“忠诚协议”的效力认定，各地法院的审判标准并不统一，目前并没有相关法律和司法解释对此进行明确的规定。本期法信小编结合有关夫妻之间“忠诚协议”的案例和相关专家的观点学说，对夫妻一方违反“忠诚协议”的处理方法进行说明，仅供读者参考。

法信 · 法律依据

1. 《中华人民共和国婚姻法》(2001 修正)

第四条 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。

2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第三条 当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

法信 · 相关案例

1. 在婚姻存续期间签订的夫妻忠诚协议受到法律保护，但协议约定的青春损失费等约定因违反公序良俗而不应得到法律支持——王勇与赵玲离婚财产分割纠纷案

本案要旨：夫妻双方在婚姻存续期间签订夫妻忠诚协议，约定如一方道德品质出现问题，向对方提出离婚请求，要求对方赔偿精神损失费和青春损失费的，该忠诚协议应当受法律保护，但协议约定的青春损失费等约定因违反公序良俗而不应得到法律支持。

案号：(2008)新民初字第 1600 号

审理法院：河南省新郑市人民法院

来源：《人民司法·案例》2009 年第 22 期

2. 婚姻关系存续期间，夫妻一方作出对婚姻忠诚的保证是真实的意思表示，具有法律效力——宋振州诉宋湘敏离婚纠纷案

本案要旨：夫妻忠诚协议和通常所讲的民事协议并不相同，单纯性的“夫妻忠诚”的约定或承诺，应该确认其有效；“不得离婚，必须离婚、放弃对未成年子女的监护权”等涉及特定人身关系的约定，因违反法律强制规定而无效；各种违反忠实义务的，“损失费”，“赔偿款”实质上是精神损害赔偿，应按照婚姻法第四十六条的规定进行处理；“夫妻共同财产全部归无过错方所有”以及处分夫妻共同财产的约定或承诺，属于违约责任，可以按照双方约定处理。

案号：(2008)新民初字第 395 号

审理法院：河南省平顶山市新华区人民法院

来源：《人民法院案例选（月版）》2009 年第 5 辑（总第 5 辑）

3. 夫妻双方约定一方违反忠诚义务，应向另一方支付精神损害赔偿的忠诚约定有效——胡某甲与叶某离婚纠纷案

本案要旨：夫妻双方在婚姻关系存续期间约定，一方违反忠诚义务的，应向另一方支付精神损害赔偿，该约定并未违反法律禁止性、效力性规定，应当认定该约定有效；人民法院可以根据民事侵权精神损害赔偿数额的确定原

则，结合双方约定及当地社会经济水平确定精神损害赔偿数额。

案号：(2014)浙金民终字第723号

审理法院：浙江省金华市中级人民法院

来源：中国裁判文书网

法信·专家观点

1. 问：夫妻在婚前或婚后所签订的一方应当对另一方忠实，不得有婚外情，如有违反，违反的一方应当支付违约金或赔偿损失的约定，是否具有可诉性，法院应否支持当事人的诉请？

答：《婚姻法》第4条所规定的忠实义务，是一种道德义务，而不是法律义务，夫妻一方以此道德义务作为对价与另一方进行交换而订立的协议，不能理解为确定具体民事权利义务的协议。所以，经高院审委会讨论，已明确，（1）严格执行最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，对当事人仅以婚姻法第4条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。（2）对夫妻双方签有忠实协议，现一方仅以对方违反忠实协议为由，起诉要求对方履行协议或支付违约金及赔偿损失的，人民法院不予受理。（3）除婚姻法第46条规定的情形外，夫妻一方在离婚案件中以对方违反忠实协议或违背忠实义务为由，要求对方支付违约金或赔偿损失的，审理该案的人民法院对此诉请不予处理。（4）之前已审结并发生法律效力的相关案件不再调整。

（摘自：《上海高院民事法律适用问答》（2003年第1期））

2. 法律并不禁止夫妻之间签订“忠诚协议”，但也不赋予“忠诚协议”强制执行力

上海市高级人民法院在相关指导性意见中规定：对夫妻双方签有忠实协议，现一方仅以对方违反忠实协议为由，起诉要求对方履行协议或支付违约金及赔偿损失的，人民法院不予受理；除《婚姻法》第46条规定的情形外，夫妻一方在离婚案件中以对方违反忠实协议或违背忠实义务为由，要求对方支付违约金或赔偿损失的，审理该案的人民法院不予处理。

我们认为，上海市高级人民法院的上述意见是适当的。夫妻之间签订忠诚协议，应由当事人本着诚信原则自觉自愿履行，法律并不禁止夫妻之间签订此类协议，但也不赋予此类协议强制执行力。如果法院受理此类忠诚协议纠纷，主张按忠诚协议赔偿的一方当事人，既要证明协议内容是真实的，没有欺诈、胁迫的情形，又要证明对方具有违反忠诚协议的行为，势必导致为了举证而去捉奸，其负面效应不可低估。“西方国家的社会学调查统计资料表明，婚外性关系的发生率一般在40%上下，中国的这一发生率可能要低得多，但是即使只有20%的人搞婚外恋，这一法律执行起来的调查取证工作量也会达到天文数字。而如果一项法律设定而不执行，就会成为有名无实的法律。”因此，从整体社会效果考虑，法院对夫妻之间的忠诚协议纠纷以不受理为宜。

（摘自：《中华人民共和国婚姻法案例》，杜万华主编，人民法院出版社2014年3月出版）

3. 认定夫妻之间忠诚协议有效，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

笔者倾向于对忠诚协议认定为有效，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。夫妻有关忠诚协议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，现行法律未作具体规定，但法律也未明文禁止当事人自行进行约定。忠诚协议的约定与婚姻法的基本精神相吻合，给付的金钱具有违约赔偿性质，这种协议应当受到法律保护。但笔者同时认为，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，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。

法院对夫妻之间忠诚协议效力的肯定，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条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，对于夫妻双方在自觉自愿基础上签订的忠诚协议，法院应当认定这种忠诚协议有效。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，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？

（摘自：吴晓芳：《当前婚姻家庭案件的疑难问题探析》，载《人民司法·应用》2010年第1期）

4. 关于夫妻一方违反“忠诚协议”案件在审判实践中的趋势

夫妻之间签署的“忠诚协议”是不是就是无效的呢？笔者认为，显然不是。夫妻之间签署的任何协议，只要不违反法律强制性规定，不损害国家、第三人、社会公共利益，均是有效的。至于是不是一定具有法律强制力？则笔者认为，目前难有定论。除了上海高级人民有明确的意见以外，其他各地法院还是将自由裁量权交给了法官，由法官根据不同案件的情况进行判断并依法判决。

那么，目前在认定“忠诚协议”效力的审判案件中又有哪些趋势呢？笔者从手头有的大约二十余个审判实例中观察到，目前在这些案件中呈现出两个趋势：

第一，损害赔偿金的调整。通常情况下，为了体现出“忠诚协议”的惩罚性，损害赔偿金一般会被制定为一个“天文数字”，如果法院全部支持则显然会影响另一方的实际生活，如不支持则与法院认定“忠诚协议”的履行力存在冲突。笔者注意到近些年，法院在处理这一类案件中常常会依据《婚姻法司法解释（一）》第28条的规定，依据当事人支付能力、当地社会生活水平以及双方约定的金额调整损害赔偿金，在笔者看来这也不失为一种平衡双方权利义务的现行方法。

第二，净身出户条款不予支持。在大多数“忠诚协议”中都有“净身出户”的表述，通常是约定过错方在离婚时不得要求分割夫妻共同财产，从而由无过错方获得全部夫妻共同财产的约定。在一些较早的支持“忠诚协议”判决中，笔者看到过支持“净身出户”条款的判决。然而，随着《婚姻法司法解释（三）》的出台，明确规定了以离婚为前提的协议的生效条件。而实际上，“净身出户”条款正是约定在离婚时双方对于财产分割的约定，故应当依据《婚姻法司法解释（三）》规定，确定该条款未生效。

（摘自：《婚姻家庭案件司法观点集成》，吴卫义、张寅编著，法律出版社2015年6月出版）

（十）赠与案例

离婚协议中约定赠与子女房产的行为不得撤销

（最高法院《公报》案例中确定的审判规则）

2016-10-02 指导性案例审判规则

【审判规则】

男女双方在离婚时签订离婚协议，协议约定将夫妻共有财产的房屋一间赠与给子女。因赠与行为还未实施，女方反悔，决定撤销其夫妻共同财产中属自己部分的赠与行为。因为离婚协议中的赠与不同于赠与合同，其是有关身份关系的协议，应适用婚姻法的有关规定。夫妻在签订离婚协议离婚后一年内可以向人民法院提出变更或撤销离婚协议的请求，只有在签订时存在欺诈、胁迫等情况下，才允许变更或撤销。因此，父母对离婚协议中约定的赠与未成年子女房产的行为，无权申请撤销。

【关键词】

民事 婚姻家庭法学 离婚后财产 离婚协议 房产赠与 赠与撤销 道德义务性质

【基本案情】

于XX与高XX原系夫妻关系，两人因感情不和，于2009年9月2日在法院调解离婚。离婚时对于双方共同共有的位于北京市某小区59号房屋未予以分割，双方签订离婚协议约定：该房屋所有权在高XX付清贷款后归双方之子高X所有。至今59号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至高X名下，即还未实际赠与给高X，目前还处于于XX、高XX共有财产状态。

据此，于XX以不计划再将该房屋属于自己的部分赠给高X为由，起诉至北京市东城区人民法院，主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割59号房屋。

高XX则认为，离婚时双方已经将房屋协议赠与高X，正是因为于XX同意将房屋赠与高X，自己才同意离婚协议中其他加重其义务的条款，例如在离婚后单独偿还夫妻共同债务4.5万元。高XX认为离婚已经对孩子造成巨大

伤害，出于对未成年人的考虑，不应该支持于 XX 的诉讼请求。

【争议焦点】

夫妻离婚时签订协议约定，夫妻共有的房屋一间在男方付清贷款后所有权归子女所有。因为房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至其子名下，即还未实际赠与给，目前还处于夫妻共有财产状态，故女方主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割该房屋。该赠与行为能否撤销。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告于 XX 的诉讼请求。

宣判后，原告于 XX 不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【审判规则评析】

《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。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。根据该法律规定可知，因为离婚协议中的赠与于合同法中的赠与不同，所以其不应当适用合同法中有关于赠与合同的规定。其次，根据《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》规定的离婚协议内容变更或撤销条件可知，签订的离婚协议，非因存在欺诈、胁迫等情形，不得变更或者撤销。因为离婚协议内容包括解除婚姻关系、子女抚养、夫妻共同财产的处理、债务的处理、离婚损害赔偿等变更身份关系后的约定，所以非因订立时存在欺诈、胁迫等情形，不得变更或者撤销协议的约定事项。再次，离婚协议约定将夫妻共同财产赠与子女是基于特定身份关系订立的，其内容不得随意变更或撤销是为了更好的保护未成年子女的合法权益，应具有稳定性。若可以随意撤销，亦违反了道德义务性质。最后，将夫妻共同财产赠与子女是双方共同设立的，任何一方不得单方行使撤销权。若要撤销，应在协议离婚后一年内向人民法院提出。综上，男女双方在签订离婚协议中约定将夫妻共有财产赠与子女的行为，不得撤销。

男女双方在离婚时签订离婚协议，约定将夫妻共有财产的房屋一间赠与给子女。因还未实际赠与，现一方反悔，决定撤销赠与行为。因为离婚协议中的赠与是有关身份关系的协议，其不同于赠与合同，所以应适用婚姻法的有关规定，在签订离婚协议离婚后一年内可以向人民法院提出变更或撤销离婚协议的请求，签订时存在欺诈、胁迫等情况下，允许变更或撤销。因此，父母对离婚协议中约定的赠与未成年子女房产的撤销行为，不予支持。

【适用法律】

《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。

《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 1 年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，法院应当受理；法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上诉答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书 民事二审判决书

【效力与冲突规避】

指导性案例 有效 参照适用

于 XX 诉高 XX 离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中法 码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚效力·离婚协议效力·变更、撤销 (L040403041)

【案 号】(2013)二中民终字第 09734 号

【案 由】离婚后财产纠纷

【判决日期】2013 年 07 月 11 日

【权威公布】最高人民法院通报：三十起婚姻家庭纠纷典型案例（北京）（2015 年 11 月 19 日）

【检索 码】C0502+12++BJEZ++0413B

【审理法院】北京市第二中级人民法院

【审级程序】第二审程序

“家事法苑”团队奉献

【审理法官】

【上诉人】 于 XX（原审原告）

【被上诉人】 高 XX（原审被告）

【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（原审原告）：于 XX。

被上诉人（原审被告）：高 XX。

上诉人于 XX 与被上诉人高 XX 因离婚后财产纠纷一案，不服北京市东城区人民法院一审民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理，现已审理终结。

北京市东城区人民法院一审查明：原告于 XX 与被告高 XX 原系夫妻关系，两人因感情不和，于 2009 年 9 月 2 日在法院调解离婚。离婚时对于双方共同所有的位于北京市某小区 59 号房屋未予以分割，双方签订离婚协议约定：该房屋所有权在高 XX 付清贷款后归双方之子高 X 所有。2013 年 1 月，原告于 XX 以 59 号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至高 X 名下，即还未实际赠与给高 X，目前还处于于 XX、高 XX 共有财产状态，故不计划再将该房屋属于自己的部分赠给高 X 为由，起诉至北京市东城区人民法院，主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割 59 号房屋。

被告高 XX 则认为，离婚时双方已经将房屋协议赠与高 X，正是由于于 XX 同意将房屋赠与高 X，才同意离婚协议中其他加重我义务的条款，例如在离婚后单独偿还夫妻共同债务 4.5 万元。被告高 XX 认为离婚已经对孩子造成巨大伤害，出于对未成年人的考虑，不应该支持于 XX 的诉讼请求。

北京市东城区人民法院一审认为：双方在婚姻关系存续期间均知悉 59 号房屋系夫妻共同财产，对于诉争房屋的处理，于 XX 与高 XX 早已达成协议，且该约定系双方在离婚时达成，即双方约定将 59 号房屋赠与其子是建立在双方夫妻身份关系解除的基础之上。在于 XX 与高 XX 离婚后，于 XX 不同意履行对诉争房屋的处理约定，并要求分割诉争房屋，其诉讼请求法律依据不足，亦有违诚信。故对于 XX 的诉讼请求，法院不予支持。

宣判后，原告于 XX 向北京市第二中级人民法院提起上诉。

北京市第二中级人民法院于 2013 年 7 月 11 日作出（2013）二中民终字第 09734 号判决：驳回上诉，维持原判。

（十一）夫妻债务案例

老妈拿着 22 万元欠条把女儿和前女婿告了！

2016-10-25 佛山市中级人民法院

离婚一年后，唐先生（化名）却被前岳母告上了法庭，要求他和前妻一起承担 22 万元的欠款，而前岳母拿出的两张作为证据的欠条，却全是倒签的，而且只有前妻的名字

对此，唐先生称这是前妻母女恶意串通，伪造借条来损害他的利益，岳母所出的 22 万元是其作为家长的赠予。近日，佛山中院就此案作出了判决。下面，小编带你一探案件的真相。

意外

离婚一年 却遭前岳母起诉

去年年底，一张来自三水法院的传票，寄到了唐先生家里。原来，唐先生曾经的岳母吴婆婆，一纸诉讼将他和他的前妻陆女士（化名）告上了法庭，吴婆婆请求法院判决两人偿还 22 万元的欠款。而此时，离唐先生离婚已整整一年。

2014 年 9 月，吴先生和陆女士因为离婚闹上了法庭。2014 年 12 月，三水法院作出一审判决，准许两人离婚，儿子由陆女士抚养，同时唐先生每月要支付 800 元抚养费，双方共有的一套价值 60 万元、尚未还清房贷的房子归陆女士所有，房贷本息由陆女士负担。此外，陆女士需要支付唐先生房屋补偿款 5.6 万余元。

一审判决后，陆女士认为法院认定的抚养费太低，于是向佛山中院提出上诉，要求中院判决唐先生每月支付 2000 元的抚养费。最终，去年 4 月，中院改判唐先生每月支付 1200 元抚养费。

究因

结婚买房 岳母曾出 22 万元

“家事法苑”团队奉献

按理说，在离婚官司尘埃落定后，双方就再无瓜葛了，那为何又出现这一出前岳母告前女婿的事情呢？

据吴婆婆所述，当初女儿和前女婿要买房时曾提出向她借钱。鉴于当时他们夫妻关系良好，且前女婿唐先生工作不错，有能力还款，吴婆婆便同意借钱并支付了购房首付 18 万元。2012 年 2 月，她又向唐先生名下的银行账户转账了 4 万余元。

其实，在唐先生和陆女士离婚的时候，陆女士就已经向法院提出，吴婆婆确实有在他们买房的时候出借过钱给他们，这笔借款陆女士可以自己负担，但前提是她不需向唐先生支付房屋折款。不过，当时一审法院认为该笔借款涉及案外第三人利益，不宜一并处理。

对于吴婆婆的说法，唐先生则坚称自己和前妻并没有向吴婆婆借钱，唐先生称这 18 万元是结婚礼金，是自己和陆女士在夫妻关系存续期间的共有财产，另外的 4 万元是吴婆婆的还款，并非借款。而且房子交收首付后，银行按揭一直都由自己出钱支付。

陆女士方面则对自己母亲的起诉没有任何异议。

一审：母女没马上出具借条合乎常理

为了证明自己的确有出借过 22 万元给前女婿，吴婆婆向法庭提供了两张借条、商品房买卖合同、银行转账查询单等证据。

三水法院经审理后认为，虽然两份借条并非借钱当时出具，但考虑到吴婆婆与陆女士之间是母女关系，当时陆女士与唐先生夫妻感情尚好，因此吴婆婆在出借钱财时没有马上要求出具借条符合常理，故对借条予以认定。

最终，**一审法院判定 22 万元为借款**，而由于该债务形成于唐先生和陆女士的婚姻关系存续期间，且用于购买房屋及家庭生活开支，故法院判决这笔钱应按夫妻共同债务处理。双方应在判决生效之日起十日内向吴婆婆连带清偿借款 22 万元。

二审：他前后说法矛盾缺乏理据支持

唐先生不服，随后向佛山中院提起上诉。他认为一审法院仅凭两张借条即认定自己与吴婆婆之间存在借贷关系属事实不清。对于这两张借条，他表示，这两张借条的落款日期分别为 2011 年 7 月 31 日以及 2012 年 2 月 20 日，但实际出具的日期却是 2014 年上半年。更重要的是，这两张借条仅有陆女士的签名，他自己根本不知情。唐先生称，两张借条的时间是倒签的，原告与陆女士是母女关系，借条是其双方伪造的，两人是恶意串通起来损盖自己的利益。

他还认为，购房款其实就是双方家长的“支持”，吴婆婆的出资应认定为对自己和陆女士的赠予，并以此请求撤销一审判决。

针对唐先生的质疑，吴婆婆回应称，在买房前唐先生夫妻两人就已通过电话、短信等方式向她借钱，事实上自己也给了钱，而且唐先生主张的赠予关系并不存在，因此请求法院驳回唐先生的诉讼请求。

佛山中院经审理后认为，此前唐先生在与陆女士的离婚诉讼中，曾明确认可过其中的 18 万元为借款。而在本案一审过程中，唐先生称这 18 万元是自己和陆女士在夫妻关系存续期间的共有财产，另外的 4 万元是吴婆婆的还款，并非借款。二审阶段，唐先生的说法又变了，上诉称这笔款项是吴婆婆的赠予。对于这笔款项的性质，唐先生的陈述前后矛盾。

由于赠予应以明示为前提，须有赠予人的明确意思表示，在唐先生没有充分证据证明他收取的款项为吴婆婆赠予的情况下，唐先生的主张缺乏理据，中院于是裁定驳回唐先生的诉讼请求，**维持原判**。

夫妻一方的个人债务，债权人可过“代位析产”分割夫妻共同财产

2016-10-29 法律家

最高法最新案例指出：生效判决书只确定夫妻一方作为债权人的，法院不能在执行程序中直接追加配偶作为被执行人。（详见《最高法：丈夫欠债，执行过程中不得追加妻子为被执行人（2016 年最新）》）

不少人担心修改 24 条或不能在执行程序中直接追加配偶，会造成债权人执行难。近日最高法召开的会议中，执行局方面就认为不直接追加配偶是造成执行难的原因。

要理解这个执行难的问题，我们首先要搞清楚为什么会需要将配偶追加为被执行人。

理由很简单：因为判决书只确定了夫妻一方需要承担债务。

举个例子，张三借了隔壁老王 500 万不还，王老只起诉了张三还款，却没有起诉张三妻子。所以判决书只判了

张三还款 500 万。老王拿着判决书去法院申请执行张三的财产，发现房子写在张三和他妻子两人名下。（或者写在他妻子一个人名下）

问题就来了，根据法律规定，判决书确定谁还钱，就只能执行谁的财产的。现在财产写在张三夫妻名下或张三妻子名下，就只能想办法将张三妻子也追加为被执行人，才能拍卖这套房子。

张三妻子肯定不干了！

第一，她根本不知道张三拿了这 500 万干嘛，老王出借这钱的时候应问她一声同不同意。如果她知道，根本不会同意张三借钱！

第二，老王为何只起诉张三？是不是里面有什么猫腻？从借款到判决的整个过程，她都没有参加，现在要追加执行她的财产，没有道理！

第三，如果在执行程序中直接追加，等于剥夺了她一审、二审和再审的诉讼权利！

老王心里也知道，当初自己糊涂没请律师不知道还可以一并起诉他妻子，这是自己的失误。可是，要重新起诉张三妻子确认这属于夫妻共同债务，再走一次一审、二审，走全部程序至少要花个一年半载，费时费力。所以，老王想方设法都要法院出台可直接追加配偶的规定。

执行局这次完全是为了老王背书。

张三的岳母是妇联代表，开会的时候极力反对。

民一庭虽然知道直接执行没有道理，但他们只负责判，怎么执行他们说了不算，老王要再起诉张三妻子，他们按程序开庭审理就是了。

还有学者说，即使重新走一次审判程序，最终确定是张三个人债务，可房子登记在张三夫妻两人名下，不追加配偶的话，还是没法执行啊！

似乎大家都忘了三点：

第一，如果推行夫妻签字制的话，老王肯定会找张三夫妻俩签名，张三妻子就无法抵赖是个人债务。

第二，如果老王当初起诉张三妻子的话，就不会面临今天这样的局面。谁知道你当初不起诉人家妻子，是另有隐情，还是真的不懂法。

第三，在一些侵权案件或者夫妻一方举债确实被认定为个人债务时，还是有办法可以执行夫妻共有财产的。

《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》

第十四条：

对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。

共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。

共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。

我们都知道《合同法》中的债权人代位权是行使到期债权，但很多人都没注意到原来债权人还能代位析产。

我们这就找到一些债权人代位析产的案例：

【(2015)浦民一(民)初字第 13504 号】沈 X 华与沈 X、田 X 珺等其他所有权纠纷中，法院认为，《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》规定，共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。被告沈英、田 X 珺据已生效判决在其继承田 X 荣遗产范围负有对原告沈 X 华的执行义务，且该执行案件尚未执行完毕，据此原告的起诉符合法律规定。

【(2015)朝民初字第 22029 号】朱 X 与伊 X 等分家析产纠纷案中，法院认为：本院认为：《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》第十四条规定，共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。本案中，北京市丰台区人民法院在执行被执行人为赵 X 的相关案件过程中冻结了四被告的共同存款，现该执行案件的申请人朱 X 作为赵 X 的债权人要求代为析产，本院应就北京市丰台区人民法院冻结的存款部分进行析产。

当然，由于民事诉讼法并没有明确债权人代位析产的权利，但并不影响这类债权人是民事诉讼法中所指的与案件有直接利害关系的当事人啊！债权人代位行使债权不也只是规定在合同法中嘛！

所以，与其一门心思想着怎么帮老王追加强制执行张三妻子，不如大力推广和完善债权人代位析产程序吧！

向配偶借钱，离婚后跪着也要还完？

2016-10-29 赖以立 何宇鹏

北大法宝 www.pkulaw.cn 已收录文章全文，敬请关注！

【来源】北大法宝♥律所实务库

【作者】赖以立 何宇鹏

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)》第十六条：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。

司法实践中是否对所有的婚内借款协议都判决按约定处理呢？有无特殊条件及例外？小编带你一一探索。

1 杨某某与魏某某离婚纠纷案

(2013)黄浦民一(民)初字第4691号

【案情简介】

原、被告于2011年初通过网络相识，2011年5月24日登记结婚。2012年2月24日，被告出具借据一张，载明：“本人因公司资金周转紧张，向杨某某借款RMB45000。”

2012年3月23日，被告向原告转帐汇款5000元；2012年4月11日，被告行向原告转帐汇款两笔，分别为10000元、50000元。

2012年8月6日被告又出具一份借据，载明：“本人魏某某因公司周转，急需资金2011-2012年陆续刷杨某某信用卡，两卡多次消费人民币合计九万余元，本人承诺此两卡消费款均为偿还婚前公司债务，所以此钱款由我本人一人承担。本人自愿承担每期还款直至九万元整。”

2013年3月4日，被告向原告转帐汇款2000元。另，被告于2011年6月26日、6月27日分别向原告转帐汇款3000元、30000元。

【法院判决】

婚后，被告为其个人事务向原告借款，被告应按照约定向原告履行还款义务。被告出具第一张金额为45000元的借条后，向原告支付了65000元。

被告在出具第二张借条时并未将多付的20000元扣除，而是承诺偿还原告90000元，显然被告并未将20000元视为还款，况且原、被告作为夫妻，双方在日常生活中互相给付金钱乃人之常情，从这一角度看，第一笔借款后被告所多付的20000元也不应作为第二笔借款的还款。第二张借条期满后，被告仅归还了2000元，故应按照借条的约定向原告返还剩余88000元欠款。

【要点】

夫妻之间是否可以成为借款合同的主体？

《合同法》第二条第一款规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”由此可见，合同法并不禁止具有夫妻身份的自然人作为借款合同的主体。

《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”

据此，夫妻间婚内订立借款合同是可以成立的。

2 上诉人何某某因民间借贷纠纷案

(2012)浙金商终字第996号

【案情简介】

原告何某某与被告申某某系夫妻。因双方夫妻关系不合，被告于2012年5月11日向原审法院起诉，要求与原告离婚。同月28日，原告以被告于2012年5月5日出具的借条为据，向原审法院起诉，要求被告归还借款20万元。同年6月7日，原审法院判决双方不准离婚。

【法院判决】

“家事法苑”团队奉献

何某某与申某某系夫妻关系，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十六条的规定，离婚时可按照借条的约定处理。现何某某提出要求申某某归还借款，不符合起诉条件，上诉人何某某的上诉理由不足，本院不予支持。

【要点】

夫妻之间存在借款行为，法院只有在离婚时才处理，离婚前以借贷纠纷起诉将被驳回诉请。如采用协议离婚的，双方也可通过在离婚协议书中确认借款事实及偿还期限来处理借贷。

3 李新凯与刘春秀民间借贷纠纷案

（2015）庆商终字第 144 号

【案情简介】

原告刘春秀与被告李新凯于 1997 年登记结婚，2011 年 3 月 1 日双方协议离婚。原、被告婚前未就个人财产进行过公证，婚姻存续期间对家庭财产处分也未进行约定。在婚姻存续期间家庭收入主要来源于原、被告共同从事的汽车配件、倒卖板房等经济活动。

现原告持有欠条一张，欠条中写有“李新凯向刘春秀借现金 40000 元整，借款人李新凯，2010 年 6 月 16 日”。现原告告诉至法院要求判令被告给付原告欠款 40000 元及利息 7200 元。

【法院判决】

本案李新凯向刘春秀的借款 40000 元，用于做板房生意，其收益也是用于家庭共同生活。据此，李新凯应向刘春秀偿还夫妻共同财产中属于刘春秀的部分即案涉借款的一半 20000 元。

李新凯是在 2014 年 12 月 22 日签收本案刘春秀的起诉状材料，且刘春秀没有证据证明其在此前已要求李新凯偿还，故对刘春秀要求李新凯支付的逾期还款利息，本院认定按照中国人民银行同期同类贷款利率的标准，从 2014 年 12 月 22 日起计至判决确定的清偿之日止。

【要点】

婚内借贷如何处理，要看以下两点：

第一，是否实际发生借款的事实。如仅书写借条而无实际借款行为，则借款关系不存在，此种情况常发生在夫妻间玩笑时所写，此种借条本身不具备法律效力。

第二，看一方所借的款项来源。

如果所借款项来源于夫妻共同财产且用于家庭共同开支，即借款前夫妻双方没有约定婚内财产的性质，或者借款方没有证据证明该借款为其个人财产，且婚内借款的用途系用于家庭经营以及生活开支的，此时该借条虽然缔结了一个形式上的合同，但是标的物为夫妻共同所有，该合同不具备可履行的基础和可能性，则夫妻之间的借贷关系就不复存在。

如果所借款项来源于夫或妻一方的个人财产，且用于借款人一方的个人事务，则夫妻之间的借贷关系成立，应按照普通的债权债务关系进行处理。

4 张某某与林彦光民间借贷纠纷上诉案

（2014）日民一终字第 323 号

【案件概述】

2007 年，张某某与林彦光经人介绍相识并同居生活，2008 年 2 月 13 日举行结婚仪式，2010 年 10 月 26 日生育一男孩，但双方未办理结婚登记手续。林彦光因经营需要向张某某要钱时，张某某要求林彦光写借条。

2009 年 9 月 1 日，林彦光给张某某出具 1 万元的借条一张，2010 年 1 月 17 日又出具 6 万元的借条一张。2013 年 1 月份以后分居。张某某于 2013 年 6 月 28 日诉至法院，请求林彦光归还借款 7 万元。

【法院判决】

上诉人与被上诉人虽然系未婚同居，但双方的这种同居关系与事实上的婚姻关系并无实质不同，因此，对该期间内被上诉人给上诉人出具借条的行为，应当参照婚内借贷关系处理原则进行处理。

虽然被上诉人认可从上诉人处拿到了案涉 7 万元并给上诉人出具了借条，但上诉人未提供证据证明该 7 万元被上诉人用于了个人事务、属于被上诉人的个人借贷行为。

因此，上诉人以民间借贷为由要求被上诉人偿还借款 7 万元，无事实和法律依据，上诉人的上诉理由不能成立，

本院不予采纳。

【要点】

同居关系属于比较特殊的关系，在同居期内的借贷行为是按照民间借贷处理还是按照婚姻关系处理呢？法院认为，由于双方间的同居关系与事实婚姻关系并无差别，故应当参照婚内借贷关系处理。

吐血整理

faguanzhizhao

婚内借款的三种情形及处理：

1. 实行夫妻分别财产制的婚内借款

根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻双方可以书面约定婚姻关系存续期间的财产归属与支配，该约定对双方具有约束力。因此，对于实行分别财产制的夫妻婚内借款，应根据《合同法》、《民法通则》的规定，由借款人向贷款人全额偿还借款本息。

2. 实行夫妻共同财产制的婚内借款

根据《婚姻法解释（三）》第十六条的规定，偿还夫妻共同财产制的婚内借款应具备以下条件：（1）借款的来源是夫妻共同财产；（2）双方解除婚姻关系；（3）借款的用途系用于夫妻一方的经营活动或其他个人事务。

因借款来源系夫妻的共同财产，在无其他约定的情形下，应按照共同财产的分割原则，在离婚时由借款人向贷款人偿还借款本金及利息的 50%。

3. 婚内的借款属于贷款人婚前个人财产

根据《婚姻法》第十八条的规定，一方的婚前财产属于其个人财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。

故，借款人应全额偿还借款本息。

五、继承

（一）继承审判动态

争夺遗产：亲生女儿“败下阵来”（真实故事）

2016-10-29 检察日报 闵丽娜 李浩

2010年，65岁的老陈与20多岁的杨丽（已经怀孕）办理了结婚登记手续，5个月后杨丽生下儿子小陈。2014年12月，老陈因病去世，所居住的老宅由杨丽和儿子继续居住。老陈久未露面的女儿陈娟得知父亲去世后，找到杨丽，称其是骗婚行为，要求其立即搬出陈家老宅。杨丽指责陈娟多年来置父亲于不顾，使老人极度缺乏亲情，自己是老陈的合法妻子，自己和儿子继续居住老陈留下的房屋天经地义。

2015年1月，陈娟向法院提起诉讼，要求法院认定小陈非其父亲亲生，不享有继承权，同时主张与杨丽平分父亲的遗产。

陈娟聘请律师进行调查，拿到了父亲不能生育的证据。在法庭上，杨丽承认，孩子确非老陈亲生，但老陈一直对孩子疼爱有加，把小陈当作亲生儿子抚养。

法院调查审理认为，虽然小陈不是老陈的亲生儿子，但符合婚姻法有关“拟制血亲”的条件，与血亲享有同样的权利和义务。法官解释说，所谓“拟制血亲”是指本来没有血缘关系或没有直接的血缘关系，但法律上确定其地位与血亲相同的亲属。由于此种血亲关系不是自然形成的，而是法律设定的，故又称“准血亲”或“法定血亲”。我国婚姻法确认的拟制血亲有两类：一是养父母与养子女以及养子女与养父母的其他近亲属；二是事实上形成了抚养关系的继父母与继子女、继兄弟姐妹关系。老陈与小陈的父子关系是基于老陈和小陈母亲杨丽的婚姻关系而形成的抚养关系，属于一种拟制血亲关系。因此，小陈享有与老陈亲生女儿陈娟同样的权利和义务，理所当然享有老陈遗产的继承权。

根据继承法第10条“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母”的规定，杨丽和作为子女的陈娟、小陈均属老陈的第一顺序法定继承人。本案中，杨丽作为妻子一直照顾体弱多病的老陈，而陈娟作为成年女儿却常年与父亲不相往来，更谈不上履行赡养义务。对此，法院根据继承法第13条的规定，对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养

义务的，分配遗产时，应当不分或者少分，作出如下判决：杨丽母子继承老陈遗产四分之三的股份，陈娟继承四分之一的股份，三人按上述比例获得房屋的折价款。（作者单位：河南省禹州市人民检察院）

出嫁女请求确认有效遗嘱继承的房屋权利应予支持

（最高法院公布的具有指导作用的案例中确定的审判规则）

2016-10-29 指导性案例审判规则

【审判规则】

当事人身患残疾，婚后其父母以遗嘱的形式将房屋留给当事人及其弟共同继承。当事人大嫂意图占有该房屋。因遗嘱内容为当事人父母真实的意思表示，遗嘱的效力为合法有效。又因该房屋尚未取得权利证书，故当事人及其弟作为房屋继承人，应按照遗嘱内容确认房屋应由当事人及其弟占有和使用。

【关键词】

民事 继承 遗嘱继承 遗嘱效力 房屋产权 继承权

【基本案情】

陈XX与陈X祥系姐弟关系，陈XX下肢瘫痪患有严重残疾且已婚，陈XX父母通过遗嘱的形式将房产留给陈XX及陈X祥，该项房产尚未取得房屋管理部门颁发的权利证书。陈XX的大嫂陈X英认为陈XX为出嫁女，意图占有陈XX及陈X祥的遗嘱继承房产。

陈XX、陈X祥遂向法院提起诉讼，请求确认该遗嘱房屋第一层归陈XX所有，第二层至第六层东边全部归陈X祥占有、使用。

【争议焦点】

当事人系残疾人，婚后父母将房屋以遗嘱继承形式留给当事人及其弟，当事人大嫂意图占有房屋。在此情况下，当事人能否就遗嘱请求确认房屋权利。

【审判结果】

一审法院判决：遗嘱继承房屋的占有、使用的权益分别由原告陈XX和陈X祥继承。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

根据《中华人民共和国继承法》第十六条的规定，公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。以及该法第五条的规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。据此，按照立遗嘱人生前所留下的符合法律规定的合法遗嘱的内容要求，遗产的全部或部分可指定由法定继承人的一人或数人继承且遗嘱继承的效力优先于法定继承。

当事人作为出嫁女且身患残疾，其父母通过遗嘱继承形式将房屋由当事人及其弟弟共同继承。当事人的大嫂意图占有该遗嘱继承房屋，故当事人及其弟向法院提起诉讼。因遗嘱继承系当事人父母的真实意思表示，该项遗嘱内容有效，应按照遗嘱内容确认当事人及其弟为房屋继承人，故房屋应按照遗嘱内容由当事人和其弟共同继承。

【适用法律】

《中华人民共和国继承法》第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

指导性案例 有效 参照适用

陈XX、陈X祥诉陈X英遗嘱继承纠纷案

【案例信息】**【中法码】**继承法·遗嘱继承·遗嘱的效力·有效遗嘱 (T0404011)**【案由】**遗嘱继承纠纷**【权威公布】**最高人民法院公布：十起残疾人权益保障典型案例**【检索码】**C0702+26++HIHK++0316B**【审理法院】**海南省海口市中级人民法院**【审级程序】**第一审程序**【原告】**陈XX 陈X祥**【被告】**陈X英**【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》

原告：陈XX、陈X祥。

被告：陈X英。

海南省海口市中级人民法院经审理查明：陈XX系双下肢瘫痪的残疾人，因其大嫂陈X英意图占有陈XX父母遗嘱留给陈XX及其弟陈X祥的房产，陈XX、陈X祥向人民法院起诉，请求确认某楼房第一层归陈XX所有；判决确认某楼房第二层至第六层东边全部归陈X祥占有、使用。

海南省海口市中级人民法院经审理认为，在依法确认遗嘱效力的基础上，根据查明的案涉房屋还未取得房屋管理部门颁发的房屋所有权证书的事实，判决案涉房屋的占有、使用的权益依照遗嘱内容分别由陈XX、陈X祥继承。

(二) 继承立法动态**(三) 继承典型案例****六、房产、股权、信托****(一) 房产****父女大战**

2016-10-10 经济与法

2016年3月16日，家住南京市的陈明先生收到一份奇怪的起诉状，他说他的妻子张晓慧把他告了，陈明百思不得其解，他和妻子的感情很好，妻子张晓慧也非常依赖他，怎么可能会告他呢。

起诉书上的诉讼请求是，让陈明搬离他和张晓慧共同居住了三四年的房子，这个房子位于南京大厂阿尔卡迪亚小区的天玑苑，陈明说，这绝对不是妻子的意思。把陈明抚养大帮助陈明娶妻生子，和陈明一家感情很好的陈明的姐姐也证实，张晓慧不可能要求陈明搬出

陈明说，他现在就在这处房子里等着妻子张晓慧回来，妻子也多次打电话给她说她想回来。可是，张晓慧在无锡就是回不来。

那么，陈明的妻子为什么待在无锡回不来呢？原来不让张晓慧回家的不是别人，正是起诉书上的具状人陈潇潇，她是陈明和张晓慧唯一的女儿。都说女儿是父亲前世的情人，是最贴心的小棉袄，陈明的这件小棉袄怎么跟父亲闹到要对簿公堂呢？

陈明的姐姐说，陈明对这个女儿的感情特别不一般，因为她是陈明在这个世上唯一有血缘关系的人。陈明的姐姐说，陈明是一名弃婴，在1953年最艰难的岁月里，被陈明姐姐的伯母，同时也是养母捡到。陈明的姐姐也是过继给伯父伯母的，或许因为两个人相似的身份，陈明的姐姐对这个弟弟特别的照顾

陈明成人后，与张晓慧结了婚，只生了一个孩子，就是陈潇潇。可能因为是这个世上唯一的血缘亲人，女儿出生后，陈明对她格外疼爱。陈明的妻子张晓慧是一名教师，两人结婚后妻子还在六合的农村教书，而陈明在南京市里上班，为了给女儿更好的环境，陈明把女儿接到了身边。因此，女儿陈潇潇和爸爸的感情特别好

所以，当陈明拿到起诉书的时候，他和姐姐都不敢相信。而不太善言辞的陈明除了无奈，似乎没有更多的表达

由于小时候由父亲一手带大，女儿陈潇潇对父亲的感情也非同一般。这一对也算是相依为命过来的父女，本来感情相当的好，那后来发生了什么事，让他们反目成仇最后在法庭上相见呢？

“家事法苑”团队奉献

2012年，陈潇潇卫校毕业，在无锡的医院实习时认识了一个男朋友，而她的这桩婚事，遭到了家里人的反对。当时，家里人已经给陈潇潇找好了一份医院的工作，工作在南京，不仅离家近，还可以照顾日益年迈的父母

最后，在家人的苦口婆心劝说下，陈潇潇总算按他们的期望去上班了，可是没过多久，陈明的姐姐就接到了朋友的一个电话，说她的侄女陈潇潇辞职了。陈明说，女儿告诉他们要去参加一个同学的婚礼，没想到她是辞职跟着男朋友跑去了无锡。

既然女儿心意已决，生米做成了熟饭，陈明他们也没再继续反对。后来，陈明和张晓慧给女儿办了一个风光的婚礼，不久陈潇潇怀孕了，说吃不惯当地的饭，陈明于是辞了工作和张晓慧去无锡做饭伺候女儿。虽然在婚事上有一点小插曲，但父母担心女儿受苦的心情很容易理解，按说这点小风波很快就会过去，陈潇潇也不至于因为这点小事就记恨父母并且把父亲告上法庭。陈明说，是的，女儿是有别的打算

陈明说，婚事的事虽然过去了，但女婿跟他们心里肯定有了隔阂。陈明和张晓慧2011年买的南京的这套房子在地铁边上，现在价格涨了将近一倍。陈明甚至认为，女儿接他们去无锡，也是设计好的一个局，把他和张晓慧控制在无锡，这样女儿女婿就可以毫无障碍的处理这套房子了

2015年春节前，陈明说他在女儿那里住着不舒服，就要和张晓慧一起回来南京，但是，乘坐的大巴车走到半路却被女儿女婿的车拦住，张晓慧被带了回去。于是陈明一个人回到了南京。没想到这个事情，成了后来一切矛盾的导火索。2015年2月6号，陈潇潇回来南京，陈明没给开门，

女儿陈潇潇找来了开锁匠，把房门的锁给换了。之后在陈明姐姐的劝说协调下，陈潇潇给了陈明一把钥匙，可是，没过多久，陈明用这把钥匙却进不去家门了。原来陈潇潇给他的是一把装修钥匙，现在的AB锁一般都有两套钥匙，两把是装修钥匙，四把是正式钥匙，如果用正式钥匙锁一下门，装修钥匙就再也用不了了。陈明说，不知道什么时候陈潇潇悄悄地回来把他手里的装修钥匙给废掉了。陈明进不去家门，他主动又把锁换了，没想到，这次换锁却换进了派出所。原来，陈潇潇报了警说有人强占她的房子。

陈明说，这之后不久，放在自己手里的张晓慧的医保卡，莫名其妙地被挂失了，更诡异的是，他们用于还贷的张晓慧的工资卡，也被挂失了。陈明后来了解到，这些都是女儿做的。陈明说，他忍着没说，不想再激化矛盾，但没想到到了10月份，女儿女婿竟然带着人打上门来，一进门就给了陈明几脚，还把陈明拖出了家门。

陈明坚持不搬出，后来在派出所的调解下，这一次的冲突不了了之，陈明还继续住在天玑苑的房子里，张晓慧和女儿住在无锡。2016年3月16号，陈潇潇把这套房子挂到中介网站上准备出售。

就这样，女儿陈潇潇以张晓慧的名义把陈明告了。如果真的像陈明和他姐姐所说的这样，那陈明的这个女儿做事是有点太过分啊。但是啊，这里面到底有没有内情？陈明的女儿又会给出怎样的说法呢。2016年6月30号，南京市六合区人民法院开庭审理此案。当天，张晓慧没有出庭，女儿陈潇潇以代理人的身份出庭，她说出了一个惊人的秘密

当天，陈潇潇在丈夫的陪同下出现在法庭，陈潇潇说，父亲母亲在2002年就已经离婚了，天玑苑的这套房子是母亲在2011年购买的，跟父亲没有一点关系，现在父亲住在这套房子里拒不搬出。所以他们有权要求陈明搬离此处。

陈潇潇说父母离婚的原因是因为父亲有偷窥症，母亲发现后经常会跟父亲争吵，甚至是动手打架。陈潇潇说，她开始还期盼着父母复婚可以有一个完整的家，但懂事之后她的想法变了，觉得母亲很可怜。陈潇潇说，在母亲买了天玑苑的房子后，父亲说他没地方住，为了有人照顾母亲，也为了已经谈恋爱的她让对方看起来有一个完整的家，她还央求母亲让父亲搬进来一起居住，这之后，陈明和张晓慧一直住在这套房子里。

陈潇潇说，2015年强行在半路把母亲带回无锡事件，确实使她和父亲的关系产生了裂痕，但真正使父女俩的关系走向冰点的是另外一件事。陈潇潇说，2015年一次偶然的机会，她在南京的家里发现了父亲的一个购房合同，父亲在2009年买了一套新华七村的房子，这件事她和母亲都不知道。父亲一直对他们说他没房子没存款，怎么现在有一套房子呢？陈潇潇心里也有疑虑，于是，她和母亲决定上门查验。物业证实这个房子在陈明的名下，物业费也都是他来交的。

后来一次争执的过程中，陈潇潇问起父亲新华七村房子的事，但父亲什么也没有说也没有给出任何解释。陈潇潇说，这件事也让母亲张晓慧伤透了心，才出现了她把父亲赶出天玑苑房子的那件事。

陈潇潇说，她之所以打这个官司，就是想弄清楚父亲到底是怎么想的。她甚至怀疑，父亲是不是一直在姑姑的

操纵下。

陈明和张晓慧虽然曾经是夫妻关系，但张晓慧离婚后购买的房产理论上来说是跟陈明一点关系都没有。而且，陈潇潇认为，是父亲在别人的操纵下把新华七村的房子藏匿了起来。陈明说，这个案子的隐情很多，但只要见到张晓慧就什么都明白了，现在陈潇潇把张晓慧控制了起来。在开庭前，法官多次打电话沟通，要求张晓慧到庭，但每次都被陈潇潇挡了回来。这一系列事情，再结合起诉书上没有张晓慧的签名，这不得不让人浮想联翩。张晓慧到底什么境况？女儿为什么不让她出现？到底谁才是被别人摆布控制了？我们到底能不能见到张晓慧的庐山真面目呢？明天请继续关注。

（二）股权

离婚案件中，如何处理“夫妻公司”及夫妻对公司享有的股权

2016-10-09 法信

导读：婚姻家庭纠纷案件是传统民事案件中的主要类型之一，随着社会生活和经济生活都发生了重要改变，婚姻家庭关系中财产关系越来越复杂，处理难度越来越大。在审理离婚案件中涉及的一方或双方享有的公司股权时，不宜简单地直接判决双方平均分配争议标的物，还应结合公司法、合伙企业法等有关法律规定进行裁决。本期法信围绕夫妻双方离婚时如何处理“夫妻公司”及夫妻对公司享有的股权问题，结合相关法律、案例和观点进行说明，供读者参考。

法信 · 法律依据

1. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)

第十六条 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。

用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

2. 《中华人民共和国公司法》(2013 修正)

第七十一条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

法信 · 相关案例

1. 夫妻中非股东一方希望通过分割股权成为股东，而股东一方不同意分割，又不愿意以市场价格给予补偿，但公司其他股东表示同意非股东一方进入公司的，法院可以认定非股东一方分割股东一方一半的股权——张某某诉吴某某离婚股权财产分割案

本案要旨：婚姻关系存续期间，以夫或妻一方名义取得的股权，如夫妻间无特殊约定，应认定为夫妻共同财产。离婚时，夫妻中非股东一方希望通过分割股权成为股东，而夫妻中股东一方既不同意分割股权，又不同意对诉争股权进行审计、评估并以市场价格向对方支付一定补偿，但公司的其他股东表示同意非股东一方进入公司的，法院可以综合考虑《婚姻法》和《公司法》的规定、诉争股权的性质及案件实情，认定夫妻中非股东一方分割股东一方一半的股权。

“家事法苑”团队奉献

案号：(2007)东民初字第48号

审理法院：天津市河东区人民法院

来源：《民商事疑难案件裁判标准与法律适用—婚姻家庭卷》，李杰编著，中国法制出版社2011年7月出版

2. 夫妻关系存续期间投资公司，不能证明该股权是个人出资的，应认定为夫妻共同财产——丁耀蓝与丁永忠夫妻财产纠纷案

本案要旨：在夫妻关系存续期间投资公司，一方不能证明取得该股权是个人出资的，应认定为是在婚姻关系存续期间生产、经营所取得的收益，依法应当属于夫妻共同财产。由于股权是一种综合性权能，包含财产性权利和事务参与权，特别是事务参与权具有较强的人身专属性质，无法直接进行分割，原则上由一方继续持有股份，并给予对方作价补偿。但主张分割股权的一方未在举证期限内申请对公司股权进行评估的，法院对分割股权的请求不予处理。

案号：(2003)晋民初字第533号

审理法院：福建省晋江市人民法院

来源：《人民法院案例选》2005年第1辑（总第51辑）

3. 未经法定程序处理前，“夫妻公司”在夫妻关系存续期间经营所得的资产（含未分配利润）、债权债务不属于夫妻共同财产，不能在离婚纠纷中直接予以分割——吴×与张×离婚纠纷案

本案要旨：家庭财产与“夫妻公司”财产混同的行为，并不构成公司法人人格否认的主体要件和结果要件，根据《中华人民共和国公司法》的相关规定，有限责任公司利润分配方案应由公司董事会制定并由股东会审议批准或公司股东书面一致同意。在公司董事会、股东会未就公司利润分配方案进行决议之前，公司股东直接向人民法院起诉请求判令公司向股东分配利润缺乏法律依据。举重以明轻，在“夫妻公司”中，未经过公司利润分配方案的公司决议或公司股东书面一致同意前，相关公司利润属于公司法人财产范畴，而非夫妻共同财产，不能在离婚纠纷中直接予以分割。

案号：(2016)京03民再26号

审理法院：北京市第三中级人民法院

来源：中国裁判文书网

法信·专家观点

1. 问：夫妻因离婚而分割财产时，共同财产中往往会有在有限责任公司、合伙企业组织等经济组织中的出资，《解释（二）》是根据什么原则来分割和处理这部分财产的？

答：随着社会主义市场经济体制的发展、完善，人民法院审理夫妻财产分割纠纷案件，越来越多地涉及在有限责任公司的出资额、在合伙企业和独资企业中的财产等问题。要想妥善解决这些复杂的问题，单独依靠《婚姻法》是很困难的。具体来说，除了正确适用《婚姻法》外，还必须与《公司法》《合伙企业法》《独资企业法》等法律法规的规定和精神保持一致。按照这一要求，这次司法解释在如何分配股份有限公司、有限责任公司、合伙企业和独资企业的财产时，注意坚持以下原则：一是坚持《婚姻法》规定男女平等、保护子女和妇女等各项原则；二是自愿协商原则；三是维护其他股东、合伙人合法权益的原则；四是有利于生产和生活原则。我们认为，只有坚持了这些原则，才能既保护了婚姻当事人的合法权益，又保护了其他人的合法权益，使两者找到较好的平衡点。

（摘自《最高人民法院负责人就关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）答记者问》）

2. 离婚案件中，关于“夫妻公司”的理解与适用

“夫妻公司”是指股东仅为夫妻二人的公司。在离婚案件中对这类“夫妻公司”的财产如何分割，审判实践中的做法并不统一，各种观点也完全迥异。第一种观点认为，应当否定“夫妻公司”的法人人格，并向工商登记部门提出司法建议，恢复其私营企业或者个体工商户的性质，然后再将其资产作为夫妻共同财产进行分割。理由是：《公司法》要求有限责任公司的股东人数为二人以上，而《婚姻法》规定在婚姻关系存续期间所得财产原则上属于夫妻共同财产（有约定的除外），夫妻双方以共同财产投资设立有限责任公司，虽然登记的股东为两人，但实质上是一个集合集体，夫妻之间不构成真正意义的《公司法》上的股东关系，该公司仅具有公司的外壳而无公司之实质，以夫妻共同财产设立公司，实为以单一主体设立有限责任公司，势必损害公司财产的独立性，因此在处理离婚案件时，应当否定“夫妻公司”的法人人格。第二种观点认为，《公司法》规定有限责任公司的股东在二人以上，并没有对股东之间的身份关系作出限制。因此夫妻可以共同出资设立有限责任公司，对于双方在公司中的投资比例可视为夫

妻双方对财产的约定。离婚案件中，不应将其系统地认定为夫妻共同财产，而应按照工商登记中确定的比例进行分割。第三种观点认为，《公司法》对于股东并无身份上的限制，夫妻双方共同投资设立有限责任公司并不违反法律规定。夫妻双方将共同财产中的一部分作为各自在有限责任公司中的出资，只不过是设立公司的需要，并不是要改变他们之间的夫妻财产制形式，结合我国以法定财产制为主的现实国情，也难以认定夫妻双方有改变夫妻财产制形式的意思表示，而且公司的股东地位，只是就对外关系而言，在夫妻关系内部，仍应根据《婚姻法》有关夫妻财产的规定来处理。

夫妻设立公司非单一主体设立公司，按照我国民事立法的规定，夫妻共同财产制为民法中的共同共有关系，这一共同共有关系并不意味着其法律主体的单一，恰恰相反，共同二字本来即两人以上的法律主体。因此，以未分割的夫妻共同财产设立公司，并非单一主体设立公司。实际上以未分割之夫妻共同财产出资，将形成夫妻共同共有股权的现象。以未分割之夫妻共同财产出资设立公司并不必然构成对公司法人财产独立的损害。当然，由于夫妻之间的特殊关系，夫妻公司容易出现个别股东操纵公司、损害公司法人人格独立性的现象，但并不意味着夫妻公司必然导致这种现象，故对否认“夫妻公司”的法人人格应当采取谨慎的态度。以夫妻共同财产投资的有限责任公司，公司股东仅为夫妻二人，此类公司注册夫妻股权比例的设置往往带有一定的随意性或是仅仅出于形式上的需要，并不反映夫妻实际权益的分配。工商登记不能当然作为财产所有权份额的依据，工商登记中载明的夫妻投资比例并不等同于财产约定。如果有证据证明夫妻当初在工商登记的股权比例只是为设立公司而做的表面文章，而其真实意思还是夫妻各半持有公司的股份，那么就应按夫妻真实的意思表示去处理，不应简单地根据工商登记中载明的投资比例将公司财产判归各方所有。在离婚案件中处理有关“夫妻公司”问题时，要注意与《公司法》的有关规定相衔接，可以考虑：（1）离婚后夫妻双方都有经营能力，并且也都愿意继续共同经营的，可根据《婚姻法》有关处理夫妻财产的规定，直接分割双方的股权比例。（2）夫妻双方都要求解散清算公司，则可以在清算后对公司剩余财产按照《婚姻法》有关规定进行分割。（3）夫妻一方要求保留公司，另一方要求退出公司并获得相应补偿的，可以考虑通过将股权部分转让给第三人的方法来解决，既能使退出一方的补偿获得实现，又能使公司继续存续下去等。

（摘自：吴晓芳：《离婚案件中对“夫妻公司”如何处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《中国民事审判前沿》2005年第1集，法律出版社2005年版，第235~242页。转载自：《最高人民法院司法观点集成·民事卷①》，刘德权主编，人民法院出版社2014年版，第138-139页。）

（三）信托

七、社会新闻

女子出走被宣告死亡 10年后回家起诉要求撤销

2016-10-30 法律图书馆

因父母阻止与年长自己近10岁的男友结婚，时年23岁的刘女士愤而离家出走，从此杳无音讯。父母苦苦寻找多年未果，无奈向法院申请宣告了女儿死亡。10年后女儿突然回家，在得知自己已“被”死亡后，起诉至法院要求撤销死亡宣告。近日，通州法院受理了这起案件。

原告刘女士诉称，2006年，家住通州的她与外地男子李先生相恋，并且打算与李先生结婚。由于担心其被拐到外地，加之李先生比刘女士大近10岁，刘女士的父母强烈反对这门婚事。然而沉浸在爱情里的刘女士听不进父母的劝告，执意要与李先生结婚。

为此，刘女士多次与父母争吵，并发生了激烈的冲突，年轻气盛的刘女士愤然离家出走。刚离家的半个月，刘女士还与家人联系，后来联系变少，最后刘女士干脆不与父母联系。与女儿失去联系后，刘女士的父母着急万分，四处寻找，但仍无结果。无奈之下，2012年10月刘女士的父母报了警，警方寻找多日未果。眼见找回女儿的希望渺茫，2014年刘女士的父亲到法院申请宣告女儿死亡。法院经公告寻找刘女士未果后，作出了宣告刘女士死亡的判决。

然而，随着时间的推移，刘女士与李先生感情慢慢淡了下来，二人最终未能走到一起。抑制不住思乡之情的刘女士选择了在今年回家。然而，到家后刘女士才得知自己已被宣告死亡，生活极其不便。于是，刘女士向法院申请撤销对其的死亡宣告。

史上最有诗意离婚答辩状

“家事法苑”团队奉献

2016-10-31 审判实务

兹因 xxx 诉我离婚一案，本人提出答辩如下：

把自己的婚姻经营到濒临破产，是我始料未及的，想了十来个日夜，这份答辩状还是得写，做男人，要大气，即便将要被离婚。

首先感谢下当原告的你，让我有机会认认真真学习了几遍《婚姻法》和相关法律解释，为写这份答辩状，还查阅了“中国裁判文书网”中的部分离婚判决，看了看和我相同处境下的男人们是如何答辩的。到今天，自我感觉可以解答类似咨询了。

“感情是否破裂”是法律规定准与不准离婚的法定条件。这我得和你好好捋一捋了，你起诉我离婚，明显认为我俩感情破裂到了不可修复的地步。

从相识到相恋，从相恋到结婚，当初相互的欣赏与默契，难道都云散了么？是花花世界，迷茫了你的眼，忘记了当初的誓言吧？其实我也很纠结，强留你的肉体在我怀里，心却睡在别人的床上，让我情何以堪？

结婚这些年，我对婚姻的认识是：前五年的感情，后五十年的亲情，互让互谅伴一生。激情过后，多少人都有过想离婚的冲动，只所以没有选择，因为那是一个家，无论在哪里，都会惦念的地方，我想这个你该懂。

人生总有许多灰色幽默伴随左右，我也曾梦想哪天通过国家司法考试了，也去坐坐审判台，今天却先上了被告席。你在诉状中列举了我“不尽家庭义务、喝酒应酬不断、每天回家太晚、对你对的不够好等”八大“罪状”。

不错，你所定的这些“罪名”全都属实，我认。但你对一个男人的理解和支持，又有多少？世界赋予他的使命，除了家庭义务，还有一份沉甸甸的社会责任，他累了，去找谁的肩膀依靠？

“工作家庭难两全”，像我这样泥腿子出身的男人，必须伏地前行，投资了半脑壳头发，回收了一个副科级帽子，如今你也要弃我而去，这算成功还是失败？

夫妻之间，往往可以共同应对磨难，却经不起长久的平淡，检验真爱与否，是隐去荣耀和财富，还会不会相爱如初！

“一个巴掌拍不响”，一个箩筐里的锅碗，磕碰在所难免。今天走在离婚的路上，争论过去生活中谁对谁错已没有实际意义，我唯感慨做男人真难，“女汉子”一词就是跨越性别对男人最大的讽刺。

你我容颜都在渐老，为何半路分道扬镳？前方路口等你的那个人，会不会待你始终如初？甜言的背后，是否不藏着恶毒？

且行且思考吧！不管法院判决结果如何，路与生活还得继续，太阳不会因我情绪不好而不落，黑夜不会因我不愿孤单而不来。与你夫妻一场，即便明日各自天涯，也该彼此道声珍重，送句祝福。答辩的同时，我还有两句话想送你：

第一：既然选择了，就不要后悔。人生短暂，没有多少事可以反复重来，走出的路如射出的箭，回头，不会再是昨天。

第二：不要轻易上别人的床。花花世界，诱惑无处不在，世上没有免费的午餐，自己的身体，自己请珍惜。

第三：……（此处略去 N 多字。）

此致

xxx 人民法院

答辩人：XX

八、异域资讯

申请停付前妻生活费遭拒 70 岁男子打算上诉

2016-9-25 新加坡 联合早报

七旬男子称要照顾患病妻子无法工作以致入不敷出，向法庭申请撤销庭令不再支付前妻每月 150 元生活费。高庭司法委员发现男子没有据实呈报收入来源，下令他得继续负担前妻部分生活费。

申请人乔治星（70 岁）不满高庭裁决打算上诉，司法委员加南拉美斯日前就此发表判词。

乔治星在 1993 年离婚，隔年再婚，他和前妻戈尔迪（70 岁）育有一名 28 岁儿子。乔治星每月原本付约 300 元作为前妻和儿子的生活费，儿子成年后这个数额从 2010 年减至 150 元。他去年提出申请，称生活情况不如前，要求停止支付前妻生活费，并指儿子应该负起奉养母亲的责任。

“家事法苑”团队奉献

乔治星说，他的妻子2014年患脑瘤需要他照顾，加上同年也患上结肠直肠癌，因此得放弃月入1900元的保安员工作，目前只靠每月460元的退休金过活。他和妻子一个月开销需要1100多元。

不过司法委员在判词中指出，代表戈尔迪的律师查出除了460元退休金外，乔治星的妻子每月可通过几个渠道获得约800元，继女也会给他们300元。因此乔治星和妻子每月有1500多元收入，扣除两人开销后，支付前妻150元生活费绰绰有余。

司法委员也提及，乔治星的儿子是兼职保安员，月入1200元至1400元，他每月都给母亲500元。乔治星指儿子贡献不够，但讽刺的是他同为保安人员的继女每月只给300元家用。

另一方面，司法委员认为乔治星的行为“不合理”，他的癌症已康复，而且也可聘请女佣或要求其他继子女照顾妻子，但他却固执地以此为由不肯回返工作岗位。他的做法是把自己的问题转到前妻身上。

与女客户展开婚外情发生性关系 行为失检律师执照吊销三月（新加坡）

2016-9-11 联合早报（新加坡）郑靖豫

大法官梅达顺对李德扬（41岁）律师指出，三司特别庭在斟酌他的处分时，考虑到要维护公众的利益、捍卫整体律师的尊严和声誉以儆效尤。此外，法庭基于李德扬违背了客户对他作为律师的信任，所以他必须暂时被吊销执照。

律师代表女客户处理离婚事项期间，与她展开婚外情和发生性关系，行为严重不当，日前被吊销执照三个月。

大法官梅达顺对李德扬（41岁）律师指出，三司特别庭在斟酌他的处分时，考虑到要维护公众的利益、捍卫整体律师的尊严和声誉以儆效尤。此外，法庭基于李德扬违背了客户对他作为律师的信任，所以他必须暂时被吊销执照。

然而，法庭也念及执业13年的李德扬对律师界的贡献、没有做出损害女客户法律利益的行为以及主动停止代表该客户等。

面对律师公会提出的六个月至一年吊销期及建议对李德扬施以高额罚款，由大法官、朱迪柏拉卡斯法官和郑永光法官组成的三司决定吊销他的执照三个月。

出席聆讯的李德扬过后接受《联合早报》访问时说：“我对自己的行为感到懊悔，对伤害了身边的人尤其抱歉。”

已婚并育有三个女儿的李德扬在2013年10月受女客户聘请，在以分居三年为由的离婚手续中代表她，为婚姻资产分配等附属事项与男方谈判。然而，他却于两个月后与该客户坠入爱河，并在2013年12月至2014年1月底与她三次发生性关系。这段恋情维持了约两个月至2014年2月初。李德扬在婚外情结束的隔月，建议把客户的案件交由其他事务所接手，也替她支付新律师的费用。

客户的男友向律师公会投诉，李德扬与客户发生感情。

代表律师公会的哈里达斯律师日前反对只对李德扬施加罚款，因为这会对公众和其他律师传达不正确的信息，而且吊销执照才会对李德扬的事业造成影响。但是，大法官改正他的说法，指出对李德扬的事业有所影响的是指控的成立，而暂时吊销他的执照则是反映法庭对他行为的不安。

反之，代表李德扬的图莱辛甘律师促三司施以高额罚款，或者吊销李德扬的执照一个月加罚款。他说，李德扬的确行为不检点，但后者向来品格良好，也积极提供无偿法律服务。新动态早报网（粉丝172万）

韩国结婚和新生儿人数创新低

2016-9-29 联合早报网讯 赖筱青

韩国统计厅28日公布的《7月人口动向》报告资料显示，今年1月到7月，韩国共有16万5100对男女结婚，结婚人数同比减少8.0%。这是自韩国2000年开始进行相关统计以来，同期韩国结婚人数的新低。

韩国国际广播电台报道，其中今年7月，韩国共有2万1200对男女结婚，结婚人数同比减少10.2%，这是2004年7月结婚人数跌至2万731对以来的第二低。

由于结婚男女数量减少，离婚率也随之下降。今年1月到7月，韩国共有6万700对夫妻离婚，离婚率下降了3.5%，创下新低。

结婚人数减少还影响了韩国的生育率水平。今年1月到7月，韩国新生儿数量达24万9200名，同比减少5.9%。这也是自韩国进行相关统计以来的最低水平。

指中国女子假结婚 姐妹胜诉保亡弟公积金

“家事法苑”团队奉献

2016-9-7 新加坡联合早报 傅丽云

刁艳梅有一个月的时间考虑是否要上诉，她也被令承担两姐妹的讼费。

本案相信也是第一起涉及假结婚、索讨公积金存款的案件。高庭司法委员认为，从死者的遗嘱和公积金提名，与他和家人的关系来看，死者没理由不要供养家庭。反观答辩人却对死者一无所知。

两姐妹指中国女子与她们的已故兄弟假结婚，要高庭宣判婚姻无效、原有的公积金提名仍然有效，裁定中国女子无权获享兄弟的一半公积金，中国女子却称婚姻真实，两人为合法夫妻。

经六天审讯，高庭司法委员廖学铭判两姐妹胜诉，表明他接受两姐妹说法，指孙水源（死时 52 岁）和刁艳梅（47 岁，水疗师）确实假结婚，好让后者能在本地居留和工作。证据显示，刁艳梅在 2011 年 10 月注册结婚约一周后，就申请工作准证，最后成功获得。

司法委员昨天发表判词，裁定孙水源在 2009 年 1 月 5 日作的公积金提名有效，并没有因为他与刁艳梅结婚而失效。

司法委员说，公积金法令的用途不是要让假结婚、尚未死亡的一方获利。综合证据，他认为死者无意让刁艳梅得到他的公积金存款。

他指出，从死者的遗嘱和公积金提名，加上他和母亲及姐妹的关系来看，死者没理由不要供养家庭，包括患癌的母亲。司法委员认为死者知道公积金提名可以撤销，但未必知道结婚会使提名失效。

他说，死者虽然结婚，但公积金结单还注明他在 2009 年 1 月作了提名；也没证据显示，死者与他的提名受益人闹翻，“证据其实刚好相反”。

截至 2013 年 9 月，孙水源遗留了 17 万余元公积金存款。他的二姐孙亚思（56 岁）和妹妹孙亚春（55 岁）（即起诉人）以提名受益人身份，在同月申请到禁制令，阻止公积金局发放存款。如加上三年来利息，总存款有约 20 万元。

司法委员下令如果刁艳梅没有上诉，禁制令就须撤销；公积金局得根据孙水源原有提名，把公积金发放给两姐妹。

2012 年 12 月生效的移民法令第 57C 节新条文，列明任何人为了移民理由假结婚是犯法行为。今年 2 月底，国会三读通过妇女宪章（修订）法令，规定这一类婚姻是无效的，只要其中一人触犯移民法，有关婚姻便无效。

鉴于修订法令将从今年 10 月才生效，法庭目前无司法权限宣告这类婚姻无效。司法委员因此表明，他不愿宣告这段婚姻无效、毫无法律效益。

结婚将使先前公积金提名与遗嘱自动失效

本案相信也是第一起涉及假结婚、索讨公积金存款的案件，意义重大，也再度提醒公众：一旦结婚，先前的公积金提名或所立的遗嘱会自动失效，但离婚不会导致公积金提名或遗嘱无效。

如果孙水源和刁艳梅的婚姻受法律承认，那他之前的公积金提名和遗嘱会被撤销，公积金和遗产都将按无遗嘱继承法分配——刁艳梅一半，孙水源前段婚姻的两个女儿均分另一半。

孙水源生前无业，有三姐、三兄、一妹，与母亲和孙亚春同住武吉巴督组屋。

他在 1987 年结婚，1993 年提名两个女儿为公积金受益人。他在 2006 年离婚当年就立遗嘱，让母亲和二姐为受益人。2009 年，与妻女交恶的他，改提名两起诉人为公积金受益人。

2013 年 8 月 31 日，孙水源在医院过世。他死后三天，两姐妹从公积金局查获他与答辩人注册结婚，就申请禁制令，阻止该局发放存款。

她们聘拉詹德兰（A. Rajandran）律师打这场官司，指孙水源与刁艳梅从没同住，根本不是夫妻。

孙水源也曾告诉一好友，他是为了赚钱才与刁艳梅结婚，好让后者在本地工作和申请永久居留权。

司法委员说，两姐妹和诉方证人的证词可靠，刁艳梅却不可信，供证时无法证明她在宣誓书中的多个说法。

他指刁艳梅被盘问时，不清楚孙水源的家庭背景，连他有几个兄弟姐妹、有个相差两分钟的龙凤胎妹妹孙亚春、其教育程度，有没有服过兵役等都不知道。（部分人名译音）

不满狮城夫仍与前妻睡同房 中国妇闹离婚与夫争儿

2016-8-27 新加坡联合晚报 高庭敏 梁淑晶

黄女士说，丈夫从来不肯跟他们母子合照。

（联合晚报新闻）中国妇远嫁狮城男，不满丈夫仍与前妻同房睡，一气之下带了儿子要回中国，不料丈夫申请禁令不让儿子离境，中国妇因此陷入进退两难的局面。

来自中国的附美女姓黄（40岁），来自上海，她在2000年就认识当时到中国公干狮城男，两人走在一起时，对方声称自己已离婚，她没有起疑，跟着还在2009年，在中国为他生下一个儿子。

黄女士说，她在儿子出世后提出注册结婚，可是他一再拖延。她开始起疑，托朋到婚姻注册局查询，才发现他原来已婚，而且已是第二段婚姻。

“我很气他骗我，一度决定分手，自己把儿子带大，哪里知道几个月后，他突然拿着一张离婚证书到中国找我，说已离婚，要我和儿子跟他到新加坡过‘好日子’。”

黄女士说，儿子吵着要爸爸，加上自己心软，她最后点头到新加坡生活，结果大错特错。

2014年来到狮城后，黄女士发现狮城男的前妻其实还未搬走，他甚至和前妻继续睡同一间房，安排黄女士母子住另一间房。

对于狮城男的安排，黄女士根本无法接受，但她不想把他逼得太紧，所以给他时间去善后。在这期间，黄女士甚至以为，只要名正言顺成为合法夫妻，她和儿子就能得到保障。

她于是在2015年年初跟对方注册成为夫妻，没想到一纸婚姻，到头来也没起什么作用。

“结婚一年来，他不曾给家用，却以生意需要钱周转和打官司为名，跟我借了不少钱。”

黄女士声称，为了借他钱，自己也向中国家人开口要钱。“他把我当摇钱树，钱到手后态度完全转变，继续跟前妻同睡，不理我的感受，对儿子更是不闻不问，当我们是陌生人。”

今年3月，她忍无可忍申请离婚，带着儿子搬离，到勿洛租房。她取消了几子的学生证，原打算上周（18日）带儿子回上海重新生活，结果离境前一天，丈夫通过律师发出禁制令，不允许她在法官发出判决前带儿子离境。

完整报道，请翻阅 27.08.2016《联合晚报》。

港媒：内地夫妇移居香港 三分之一离婚收场

2016年8-31 联合早报网讯 杨丽娟

中国内地夫妇在香港离婚个案近年不断趋升，有资深离婚官司律师指出，近年处理不少内地夫妇移居来港后离婚，以投资移民、输入内地的专业人才、富二代夫妻为多，几乎每三对内地夫妇就有一对在港离婚。有个案是来港两、三年后因性格不合感情破裂离婚，律师楼处理相关离婚生意也有增加。学者及社工均指出，内地专才、富二代等来港后离婚，问题复杂，建议政府多做研究，掌握内地夫妇在港离婚背景原因。

香港《星岛日报》报道，按香港律政司在今年六月发出的“就香港与内地订立相互认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议”谘询文件，以及统计处资料显示，过去两年，法院每年处理离婚个案有逾二万宗；家事法庭离婚案件中，2010年至2014年间，内地夫妇离婚的个案已占两至三成。

已处理离婚官司逾十年经验的卫达仕律师行合伙人古明慧指出，香港几乎每三对内地结婚夫妇，就有一对在港离婚收场，增加趋势明显。她所接到相关的办理离婚个案，大多数以内地投资移民、专业人士、富二代较多，属富裕家庭，特别是已移民来港两至三年后，夫妇或因性格不合、感情“亮红灯”等在港离婚。

她称，部分已属于“不合理行为”，如有外遇、小三等，可能是双方已没沟通、分居了一至两年，决定办理离婚。但这类内地结婚、在港离婚的个案又最繁复，因在港打官司后，要再向内地法院申请离婚，无论资产分配、孩子管养，两地处理亦有不同。

她指出，内地夫妇或跨境婚姻在港办完离婚后，仍须拖一段时间，皆因两地欠缺互相确认的离婚条款；换言之，仍要返内地再处理一次离婚申请，搞妥才正式撇清关系。她指，这类离婚个案愈来愈多，不少个案都会透过大小律师楼处理，加上近年愈趋普遍的婚前协议书，律师楼办理的离婚、协议书个案生意亦明显上升。

针对内地富二代、投资移民及专才等来港后便离婚趋势上升，港大社工及社会行政学系教授叶兆辉认为，近年香港离婚率飙升，离婚原因人人不同，内地结婚在港离婚个案亦然，虽有部分是假结婚博取香港居留权，也有可能因了解而分开。事实上政府所掌握亦十分不足，“每年家事法庭的离婚个案逾二万宗，到底是什么人、什么原因？纪录好不完整。”

他相信，内地结婚在港离婚的个案，问题应更复杂，是否纯粹与不适应香港生活致双方离婚，也不清楚，他建议政府应多做研究了解。

香港家庭及事业发展服务训练总监司徒汉明却指，夫妻离婚各有原因，若是老夫少妻，多数各取所需，内地少妻或为求香港居留权，老夫则希望有个性伴侣，双方未必有爱意可长跑。但针对内地的专才、投资移民、富二代等先来港、后离婚，他们属经济能力高、自尊心强及可以较独立，加上女性未必须依赖男性的经济，个人主义抬头下，离婚也没什么大不了。

他也认为，如内地人才来港后离婚个案再增加，政府应了解及研究问题关键，作个案分析，深入了解一下，因离婚对小孩身心成长存最大影响，影响发展，政府或须投放更多资源解决问题。

马内阁同意修法解决改教问题

2016-8-26 联合早报

（布城综合讯）马来西亚首相纳吉指出，内阁已同意在10月国会复会时，提呈1976年法律改革（婚姻及离婚）法令的修正案，规定所有民事婚姻只能通过民事法庭处理离婚及相关的问题。

这意味着，伊斯兰法庭将不能审理民事离婚案及其衍生的问题，包括夫妻间任何一方单方面为孩子更改宗教信仰的争议。

纳吉说，修法符合伊斯兰推崇的公义原则，修订后的法令将解决民事离婚案中孩子的抚养权、更换宗教信仰及财产分配等问题。

昨天出席国家妇女日活动时表示，政府关注这类改教争议，尤其是夫妻离婚时，其中一方改信伊斯兰，连带把孩子改教而衍生的问题。“这些案子不时发生，我们有必要寻找解决方案。”

他强调，只要是根据民事法缔结的婚姻，有关夫妻若离婚，就需由民事法庭处理后续问题。

马国内阁曾在2009年4月议决，就算夫妻一人改信其他宗教，孩子也必须维持父母结婚时的共同信仰。

当时，总检察署民事法律组针对此议决邀请宗教咨询理事会代表律师成立委员会，研究及拟定法令执行内阁的决定，但至今都没有提出有效的解决方案，马国仍不时发生父母单方面为未成年孩子改教而引发的争议。

假期不利婚姻？ 美研究发现寒暑假后离婚率骤升

2016-8-23 联合新闻网

如果你想挽救婚姻，也许最好避免假期。新研究显示，寒暑假后离婚率似乎骤升。这种季节性的离婚模式，可能是因夫妇碰到对家庭重要的节日时，往往会延后申请分居。

华盛顿大学的研究发现，假期也会给婚姻带来压力，特别是如果假期未达期望。领导研究的该校社会学家茱莉·布瑞斯（Julie Brines）指出，民众对假期都有较高的期待，希望有机会重新开始，过度到不同的生活。

布瑞斯和同事分析了华州2001年到2015年的离婚申请，发现在3月和8月总是会提升，这两个月份正是在寒暑假之后。

3月的离婚率升高，也可能是圣诞假期的延迟效应。研究员表示，庆祝圣诞节的财务压力和冬天白天较短，可能使夫妇延到春天才采取行动终止婚姻。

春天的白天加长，往往会促使民众改变生活，自杀率在春天也提高。研究显示，即使考虑了其他因素，例如失业和房市，季节性的离婚模式还是存在。

新报：日本“弃老憎老”现象恶化 医院“打点滴”杀老人

2016-10-03 参考消息网

参考消息网10月3日报道 新报称，日本警方调查发现，横滨一家医院的年老病人因输入其体内的点滴混入了洗涤剂成分而死亡，进而揭发多宗类似事件，警方将以杀人重案清查。

据新加坡联合早报10月3日报道，日本横滨一家医院日前传出有80多岁老人遭人毒害，日本舆论对此一事件格外关注，指这是日本社会的“憎老”现象。

上个月20日，横滨市神奈川区的大口综合医院，有一名88岁老人八卷信雄日死亡。院方原以年老患病死亡处理，但有人给警方通风报信，指此事并非如此简单。经日本警方调查，终于水落石出，法医报告，老人的死与输入其体内的点滴有关，点滴里面混入了洗涤剂成分。

日本警方追查后还发现，9月18日还有三老也同样因点滴而死。最新报道指出，有两死亡者是同住一个病房，而负责装置点滴的是同一组医药人员。

该医院院长高桥洋一称，“相信医院职员不会做出这种事情。”但是，警方已将这起“点滴案件”列入杀人重案，并

且正在对该医院的医疗人员进行清查。各报道也认为种种证据都显示“点滴杀人事件”是医院内部人士所为。一些报道指出，横滨这家医院如同“鬼门关”，入院的老人总是凶多吉少。又有媒体引述邻里街坊的观察，指这家医院都把卧床不起的老人放在“四楼”，意思是他们已无可救药。

常有杀害老弱案件

日本医护人员杀害老弱，在这之前就已经存在。今年7月，神奈川县的安养院也发生了轰动一时的护理人员杀人惨案。凶手是一名已经辞职的男护理人员，他用刀砍死19名老人和残障人士，有20人身负重伤。

2日，日本媒体又揭发三重县一安养院的看护人员向老人施暴。一些家属拍摄到了虐待情况。此一报道指，女护理人员对着住院老人骂“你们本应该死”，还经常掌掴老人的脸。是极为典型的“虐老”案例。

日本舆论对这些事件做出分析，认为日本老化社会面对的首要难题是护理职场人手极度不足。同时，面对老化的日本，社会的护老温和度已大不如前。

日本电视台昨日引用调查数据报道，“认为政府无需再为老弱提供福利”的民众有38%；同样问题在美国，所得的数据是28%。日本舆论还进一步指出，老年人口的增加使日本年轻一代负担更重，无形中老者心生恨意，这也是日本近期“弃老、憎老”社会现象的根源所在。

英国女子遭丈夫背叛 拍卖婚纱为离婚筹钱

2016-8-20 中国新闻网

据美媒报道，近日，英国一名女子做出了一件令网友大加赞赏的事：这名女子因丈夫出轨，在网上拍卖自己的婚纱，为离婚筹钱。

28岁的萨曼莎·莱格来自英国的格拉斯哥，她结婚不久后便得知丈夫出轨。如今，被无情抛弃的萨曼莎为了给离婚筹钱，只好在拍卖网站上出售自己的婚纱。该婚纱原价2000英镑，起售价为500英镑，另赠配套面纱。

商品介绍中，萨曼莎写道：“我正在出售这件具艺术气息的象牙色婚纱，因为我必须要付离婚费用。”

萨曼莎在网上细数自己丈夫背叛的种种恶行。她还说：“很抱歉只能提供两张婚纱的照片。我当时气得把他所有的照片都烧了，再也不想看见他那张恶心的脸了！”

她还自嘲道：“估计这婚纱得先干洗一下，上面还有背叛的味道……我希望它能给你带来幸福，不幸福也没关系，你还可以再拿到这里卖呢！”

放上网两个星期以来，萨曼莎的婚纱红遍网络，截止当地时间19日，她已经收到了73个买家的竞价，有人愿意出价8.6万美元来买她的婚纱。

不过，目前萨曼莎的丈夫尚未就此事做出任何回应。

韩国多文化家庭亲属证明或变简单 外国人配偶将登记入户口本

2016-10-14 韩中法律新闻

今后韩国多文化家庭的外国人配偶也将登记入居民登录誊本（居民登记本副本，户口簿副本）。外国人结婚移民者在办理家族关系证明时，今后仅需一张居民登录誊本即可。据韩国行政自治部10日消息，有关政策变动事项将列入《居民登录法修订案》当中，修订案意见收集将于今年11月21日截止，之后向国会提交。修订案通过国会审议后，住民登录誊本上将登记外国人配偶者姓名、与户主间关系以及外国人登录号码（类似身份证号码）。

韩国现行《居民登录法》规定外国人不作为居民登记的对象，因此多文化家庭的居民登录誊本上不对外国人配偶，以及韩国人和外国人配偶领养的外国人子女进行登记。比如，外国人A某与韩国人B某结婚之后生下孩子C某，那么在网上申请的居民登录誊本上只有韩国人户主B某和孩子C某的名字。A某若需证明与C某的亲属关系，则需另行申请证明；居民登录誊本上要同时出现A某和B某的名字，则夫妻两人需一同前往居民中心申请。

行政自治部长官金成烈（音）说：“（该修订案）将减少现居韩国15万结婚移民者生活上的不便。”行政自治部表示：“修订案的通过并不意味着将给外国人发放居民身份证，外国人配偶仍将使用和以前一样的外国人登录证。”

我经手的明星离婚案可比八卦杂志精彩多了

2016-10-22 方圆 GQLab

2016年恐怕是好莱坞明星离婚/分手最频繁的一年。

“什么，他们居然离婚了？”应该会是你看这篇文章时频繁发出的惊叹。惋惜之余，你不得不佩服他们保密工作、危机公关做得可真好啊。毕竟，这种“负面”消息越低调处理越好。（PS：在某些情况下，这个理论并不成

立。)(PPS: 国外当然有很多借离婚炒作的明星。)(PPPS: 我们没有在影射任何人。)

当然,大牌明星夫妇分道扬镳一开始肯定会引起轩然大波,这无可避免。但多亏了那些专业的离婚律师,风波极少演变成闹剧或者连续剧。一切很快风平浪静得就好像什么都没发生过。

所以就难怪很多外国明星会把离(结)婚律师看得比伴侣还重要了。不管是处理婚前协议,还是在离婚善后上,好莱坞离婚律师经历的各种抓马可真比最狗血的电视剧精彩多了。

劳拉·瓦瑟是著名的好莱坞律师,专门为富豪和名人辩护。有一次,一位客户问她,能不能在自己的婚前协议书中添加一项条款,规定妻子如果希望拿到年终奖的话,就必须在规定时间内减掉怀孕增重(?!)。

明星离婚律师劳拉·瓦瑟

尽管瓦瑟从事律师行业已经二十余载,也曾为数不清的公众人物打过官司(包括约翰尼·德普、安吉丽娜·朱莉等),她见过的世面大了去了,但瓦瑟最终拒绝了他的要求,因为加州是个无过失离婚州(即不需要证明配偶有错,就可以自由申请离婚),而且将这项单独协议加进婚前协议显得非常蛮横无礼。

加州作为无过失离婚州这一事实并没有妨碍其他公众人物在婚前协议中加入离奇古怪的行为条款,不管它们在法庭中是否具有含金量。

据报道, Jay-Z 和碧昂斯的婚前协议中规定碧昂斯每生一个孩子就会得到 500 万美元,只要不离婚,她每年都可以得到 100 万美元,一直到婚后 15 年为止,而且,如果结婚两年内两人离婚, Jay-Z 需向碧昂斯支付 1000 万美元。

本·阿弗莱克与詹妮弗·洛佩兹也有婚前协议,尽管他们最终没能成婚。美国媒体称:女方在协议中规定,如果男方出轨,她将获得 500 万美元,如果大本出轨隐瞒不报,则在这个数目上多加 100 万,此外,洛佩兹还要求每周要有至少四次的性生活。

妮可·基德曼与凯斯·厄本同样也制定了婚前协议,协议中有一条:如果厄本再次吸毒,离婚时,他将一分钱都拿不到。此外,只要不离婚,厄本还需每年向基德曼支付 64 万美元。

曾为布拉德·皮特、哈莉·贝瑞、以及金·贝辛杰辩护的律师尼尔·赫什也曾遭遇到类似的奇怪要求。

明星离婚律师尼尔·赫什

在曾经处理的一次案件中,他发现该婚前协议上写着“双方其中一方可以有婚外情,而另一方则不可有”,赫什表示,“这条条款简直太恶心了,如果是双方都允许的话,我也不会有什么意见……不过,我们还是加了。你知道吗?对方竟然还签了,太让人惊讶了。”

但婚前协议只是名人交往周期中的第一步,(最后一步?当然是离婚啦。不过这是可选项啦)你还可以在小报上读到编写成如同肥皂剧一般的章节。

和一些错误观念相反,

鼓励客户签订婚前协议并非律师的工作

通常离婚律师只有在客户前来咨询——不管是客户本人、业务经理、代理人,还是他们的父母——然后明确说明需要婚前协议书之后,律师才会拟定婚前协议。

离婚律师通常会告知客户婚前协议是干什么的,婚前协议能保护什么,不能保护什么,当然,律师会以最公正、尽量不掺杂个人情感的方式和客户沟通这些条款。他们会完成任何必要的事情,制定出一套协议,如果客户未来决定离婚,这套协议可以用来执行,一来省钱,二来省却不必要的麻烦。

有些名人会在起诉前将离婚筹划好了

如果一位公众人物希望淡化离婚在小报上的报道,避免子女可能会受到的伤害,他们通常会在正式公布离婚消息前将离婚事宜敲定。

今年 6 月份,尼古拉斯·凯奇向媒体透露已经结束维持 12 年的婚姻。(什么?他们离婚了?)实际上,这段婚姻早在 1 月就已经随着尼古拉斯与妻子分开而结束了。妥善及时的善后处理加上有效的媒体公关,所以很多人几乎都不知晓这两位竟然离婚的消息(当然,另一个更让人悲伤的原因可能是:凯奇彻底过气没人关心了)。

“家事法苑”团队奉献

尼古拉斯·凯奇 & 艾丽斯·基姆分手

人们可能还没有意识到某对名人夫妻要离婚了，但在他们向法院递交离婚申请并向外界宣称离婚事宜之前，离婚律师实际上在整件事情上是一路跟过来的。为了保持会面的隐秘性，好莱坞家庭律师在躲避狗仔队上变得越来越精明：通过电话与客户沟通、安排客户在他们办公室楼下停车或者将会面安排在比较隐秘的地方比如客户或律师一方的家中。

有了狗仔队的照片，
谁还需要私家侦探啊？

尽管小报报道在法庭上没有任何价值（瓦瑟认为“会被认作谣言”），但这些出现在你最喜欢的八卦杂志上的照片却是另外一回事了。尤其是在颇受争议的离婚案中，如果一方声称另一方酗酒，对自己的行踪撒谎或者作父母不合格，律师可以寄希望于狗仔队的照片来寻找证据。

就像微信一样，这些网络上的照片也能成为呈堂证供

在这些名人案件中，没必要雇一个私家侦探，因为 TMZ（美国最火的明星八卦网站）和其他狗仔队都已经将整件事情报道出来，帮离婚律师完成了工作。在这些案件中，公众人物的每一步都被他们拍摄下来。

赫什就曾成功将狗仔队照片派上用场。“我们接手了一件案子，当事人酗酒，我们在小报上发现了一张照片，照片是在纽约拍的，当时他手里拿着一个酒杯。照片拍的时间是晚上，那还是一只高球杯，就是你喝威士忌用的那种杯子，太明显了。”

有没有可能将名人离婚的消息保密？

如今，一旦公众人物提出离婚诉讼，不出意外的话，TMZ 一个小时内就会放出这条轰炸性的新闻。

其实，TMZ 报道速度快到惊人在业内已经不是什么秘密，早在 2009 年，TMZ 因抢先报道迈克尔·杰克逊死亡（比验尸官发布死亡消息的时间都快了 6 分钟）引起业界哗然。理所当然也引起外界对 TMZ 获取新闻报道线索的方式产生疑问。

TMZ 关于迈克尔·杰克逊死亡的报道

据 Bloomberg 报道，出现此现象的原因，好莱坞的律师一致认为是“当某位名人的名字出现在诉讼文件上时，洛杉矶高级法院内的县办事员办公室就会向这些小报通风报信。”

当然你也可以提议将诉讼文件密封起来，但那相当困难，因为司法体系认为大众对所有诉讼都有知情权，名人自然不应该有特殊待遇。但如果诉讼中存在监护权问题或存在人员绑架的危险，很多法庭会为了儿童在封闭的审判室内举办听证会。

在处理离婚上，
演员和运动员/音乐人有什么区别吗？

瓦瑟为很多名人提供过法律上的服务，数量多到可以将他们分门划类。

“运动员一般喜欢跟我用短信联系，”她说，“可能是因为他们相对比较年轻吧，也可能是因为他们做什么都比较迅速。从事音乐的客户一般都很情绪化，因为他们是艺术家嘛，而且他们不太擅长口头表达。不过有一点是相同的，一谈到孩子的问题，他们都会非常难过。”

虽然瓦瑟的客户很多是超级巨星，但是在他的眼里，他们只不过一群黯然神伤的普通人而已。“他们只想早点度过这段非常时期。只要你给他们指示，他们会去做的。他们对我言听计从，只要我在和他们解释时用朴实易懂的话，而不是那些晦涩难懂的法律术语就行，他们很感激有这么一个像导演一样的人，做着全局规划，他们非常善于听从指导。”

选择夏日周五发布离婚通告绝非巧合

为了避免媒体上的新闻狂轰滥炸，明星的律师对发布离婚消息的时间几乎可以精确到几分几秒——他们比较喜欢在夏季召开新闻发布会，最好是在周五或者节假日的周末前，如果有可能的话，和另外一位名人离婚时间撞车，

“家事法苑”团队奉献

以稀释媒体焦点。

“一美”詹姆斯·麦卡沃伊选择在周五放出离婚消息，王菲、Selina 等人同样也是选择在周五放出离婚消息。

詹一美与安·玛莉·杜芙离婚

歌手格温·史蒂芬妮离婚信息与演员本·阿弗莱克离婚信息在同一时间透露出来便是瓦瑟的建议；

格温·史蒂芬妮离婚与本·阿弗莱克离婚时间撞车

在约翰尼·德普离婚的同时，科勒·卡戴珊也放出了与拉马尔·奥多姆的离婚消息，这可绝对不是偶然。

约翰尼·德普离婚与科勒·卡戴珊离婚时间撞车

这样做的目的是将媒体报道降至最低，如果客户已为人父母，那就一般会选择在孩子放学后再次公布消息。当然，不可否认的是，有些演员可能认为离婚通告会对演艺生涯有所帮助。

“人们都说离婚这种事放在什么时间都不是好的，但我觉得，有些人就不是这么想的，如果他的事业正处于下滑期，可能这是引起关注的一种方式吧，”瓦瑟说，“不管怎样，我的大多数客户都不希望引起这种类型的关注。”

让我们聊一聊性吧

不管是什么原因，所有的客户——不管是上面提及到的还是那些不出名的客户——只要谈到性生活，都会止不住地和他们的律师分享。

“我不知道为什么会提到这个话题，但他们真的总是会把谈话引到这个话题上，”瓦瑟笑着说道，“我通常会说，‘这根本没什么用啊！’但客户一直想告诉我他们的性生活出了什么差错，或者有什么奇怪之处……我告诉他们，‘我真的不需要听你讲你的性生活，我更不需要目睹你的性生活。请不要给我看照片，更不要给我看视频。我相信你。’”

“我们多多少少有点像心理治疗师吧，”赫什补充说道，“有时候我回家后会想，他们告诉我的事情简直太惊人了。但他们在说这些话的时候轻松得好像这真不是个事儿。‘是啊，他喜欢打我’，‘他喜欢穿女人的衣服’，‘他特别喜欢 SM’，有一次，还有个男客户告诉我他那话儿的大小，因为他老婆一直在抱怨不够大。说实话，我需要知道这事吗？”

名人离婚混乱的背后，

究竟出了什么差错？

在离婚案中，大多数名人都暗中投入了大量精力和时间，还支付了昂贵的诉讼费用，但为何某些名人的离婚仍落入双方互相指控的不堪局面？

早在 2013 年的黛米·摩尔和艾什顿·库彻离婚案在混乱程度上达到了登峰造极的地步，他们的离婚案因为彼此之间的不妥协而无限拖延，最后竟然花了两年时间才落下帷幕。

艾什顿·库彻与黛米·摩尔离婚

一般情况下，为了客户的利益，双方的离婚律师会相互合作，共同协商出一套合适的解决方案，但总有一些律师觉得能从其中获利，不是让自己的名字多曝光几次，就是有狗仔偷拍或者出席公开场合时紧紧挽着他们的客户。

向习惯听到 Yes 的人说 No

对于为名人提供法律服务的律师来说，如何应对客户我行我素的习惯是一项挑战。这些人平时习惯了身边所有人对他们唯唯诺诺，满足他们所有，哪怕是不合理的要求。但离婚律师就必须一个劲儿地跟他们说“NO”。“不行，你不能单独抚养你的孩子，你得和你前妻一同抚养，尽管她不是一个好家长也没有你那么有钱。”

“我和每个客户都讲实话，”赫什说，“我不是一个一味说 YES 的人，因为那根本行不通。他们最后都会失望，甚至生气。你得平等地对待每一个人，而且要掏心掏肺。”

“在从事家庭法这么多年中，我学会了一件事，我不能评价别人，”瓦瑟说，“不管是好莱坞还是其他地方，一些看起来根本行不通的婚姻却是维持最久的婚姻，而一些你本以为是天作之合的夫妻却在一年之后就离婚了。”

但你依然可以相信爱情

不可否认，公众人物的婚姻状况作为大众视线的焦点，会影响很多人对爱情的看法。这么多例名人离婚的案例也会导致人们放出“再也不相信爱情”的言论，事实上，媒体总会在幸福生活破裂后才出现爆炸性的报道，很多名人夫妇的生活其实还蛮幸福的。

威廉王子夫妇，备受高调关注的皇室婚姻。两人结婚已有 5 年，但每次外出访问，媒体上都充满了“秀恩爱、

甜蜜、虐狗”等字眼。

皮尔斯·布鲁斯南夫妇，这位被评为史上最帅 007 的英国演员和他的妻子基利沙耶·史密斯于 1994 年相识，2001 年完婚，相识之时，史密斯还很瘦，但后来体重增加让他们看起来十分不般配，但这似乎丝毫没有影响到两人的恩爱关系。

皮尔斯·布鲁斯南夫妇

贝克汉姆夫妇，今年的 7 月 4 日是他们结婚 17 周年的日子，两人各自在社交网站上分享婚礼当天的照片，高调晒恩爱结婚 17 年，多次打破“婚姻裂变”的谣言。

估计谁嫁给小贝或者娶了辣妹都不想离婚吧。

休·杰克曼夫妇，这对相差 13 岁的“姐弟”已经结婚近 20 年了，依旧甜蜜如初。两人还定下“分开不能超过两周”的约定，这大概是婚姻保鲜、二十年如一日的秘诀吧。

妻子黛布拉非常有先见之明地拒绝让丈夫与安吉丽娜·朱莉合作，理由是她不放心。

是不是又相信爱情了？

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

夫妻财产制的伦理回归

2016-10-02 中国民商法律网 张泽丰

作者张泽丰，系中国民商法律网编辑

《婚姻法司法解释（三）》关于夫妻财产制的规定引发了人们较大的争议，原因在于司法将财产法的理念直接延伸到婚姻法的领域，个人权利得到张扬而家庭伦理观念弱化，由此产生的社会效果与人们对婚姻制度的预期产生较大落差。对此，国家检察官学院副教授赵玉在《司法视域下夫妻财产制的价值转向》一文中，总结司法裁判观点，围绕夫妻财产权属确认、夫妻共同财产分割、离婚时的财产矫正补偿三个方面，对现行夫妻财产制进行了检视与反思，提出夫妻财产制的变革和适用应追求实质正义、彰显伦理关怀。

1 夫妻财产权属确认

《婚姻法司法解释（三）》关于个人财产（增值）、夫妻财产、父母给子女购房权属划分等新规则的出台，在张扬个人财产边界的同时，限缩了夫妻财产的边界。在这一颇具特色的夫妻财产制模式下，离婚诉讼的财产权属划分标尺有二：一是财产是否“具有专属于人身的特性”，若是，则判定为个人财产；二是对婚前个人财产在婚后的孳息、自然增值的归属认定，考虑夫妻双方对该特定财产是否存在“协作劳动、努力或管理的付出”，若是，则视为共同财产。这种专业化而模糊的标尺，面对财富类型的急剧裂变与财产关系的复杂多元，显然力有不逮，司法认定夫妻婚后财产的归属成为一个缺乏合理预期且裁判成本高昂的实践难题。且当下的夫妻财产制未能合理考虑“婚姻存续期间”的法律与经济意义，忽视了婚姻法保障婚姻关系稳定长久的功能。这样的制度设计难免会对婚姻关系造成一定的负面效果，故未来的改革应当改变这种财产权属划分模式，可将目前的限定夫妻共同财产推定规则中的“除孳息、自然增值”的例外条款删除，直接修改为“婚后财产全部推定共同原则，但当事人另有约定除外”。

2 共同财产分割

对于离婚时夫妻共同财产的分割，我国立法确立了多元化的指引财产分割的原则群：男女平等、照顾子女和女方、照顾无过错方、尊重当事人意愿、有利于生产、方便生活、不损害国家、集体和他人利益。多原则的指引恰恰导致进行个案裁判的法官无所适从。为此，司法裁判应回归本旨，将男女平等和公平分配作为统领原则，秉持男女分工差异下的实质公平理念，并综合考虑多种相关因素。针对与此相关的、财产分割领域的一个本土化问题，即婚姻家庭中的赠与问题而言：为了促进家庭和睦、强调对家庭的奉献，夫妻间赠与的任意撤销权应当调整为法定撤销权，规定只能于一方严重违反婚姻义务、严重侵害赠与人近亲属、贫困等情形才能主张撤销；若夫妻一方擅自将共同财产赠与他人，应按民法共同共有的原理认定为无效。对于婚姻关系存续期间的财产分割诉求，《婚姻法司法解释（三）》仅仅列举了可以分割的两条重大理由，无法适应纷繁复杂的社会现实，应当设置相应的“兜底性条款”。

3 离婚时的财产矫正补偿

夫妻离婚的矫正补偿又称离婚救济制度，包括离婚经济补偿、离婚经济帮助与离婚损害赔偿：

（1）离婚经济补偿即家务贡献补偿，是对为家务作出特殊贡献而导致就业能力减弱的一方的补偿。实践中家务贡

献补偿适用率偏低，主要原因在于规则粗糙、可操作性不足。对此，可以予以区分考虑：就婚后采取共同财产制的模式而言，原则上不适用家务贡献补偿制度；就婚后采取分别财产制的模式而言，可以请求家务贡献补偿。

(2) 离婚经济帮助旨在矫正因离婚带给另一方生活陷入贫困的不公平。我国的离婚后经济帮助制度应当表述为“离婚后扶养”制度，以体现其为夫妻扶养义务在离婚后的法定延伸的本质，同时对何谓“生活困难”应当进行扩大解释，不能仅仅限缩为离婚后不能维持当地基本生活水平，而应指一方生活水平因离婚而明显下降。

(3) 离婚损害赔偿旨在维护婚姻中夫妻之间的忠实义务，然而司法实践中却出现法官僵化地适用法条、以不符合法定条件为由否定离婚损害赔偿请求的现象，司法实践应当转变观念，深入考虑该制度背后的立法目的。

婚姻或家庭是人类最美好的情感寄托，夫妻财产制的设计也应当以婚姻家庭伦理作为最高追求。正如有学者指出：“把市场逻辑引入到婚姻家庭法中，最终摧毁的无疑是家庭本身”。原文从司法实践出发，从三个侧面对现行夫妻财产制的价值取向进行了检视和反思，主张我国夫妻财产制的立法和司法应转向对家庭伦理的回归和对实质正义的追求，具有借鉴意义。

参考文献：赵玉：《司法视域下夫妻财产制的价值转向》，载《中国法学》2016年第1期。

政策解读 | 中国人到国外登记结婚单身证明公证认证如何办

2016-10-04 领事直通车 任正红

来源《人民日报海外版》2015年08月13日

日前，四川姑娘秀娟致电本报，说她今年年底要随其外籍男友回国办理结婚登记。在网上查询如何办理涉外婚姻相关手续时，她看到2015年8月27日民政部下发的《关于进一步规范(无)婚姻登记记录证明相关工作的通知》：自通知之日起，除办理送往台湾地区和9个国家(即哈萨克斯坦、芬兰、奥地利、荷兰、德国、阿根廷、乌拉圭、墨西哥、波兰)使用的公证事项仍可继续出具证明外，各地民政部门不再向任何部门和个人出具(有或无)婚姻登记记录证明。

那么，中国公民到国外结婚应办理何种“单身证明”公证认证手续？本报请外交部领事司就上述问题撰文解答。

一、婚姻状况证明形式的简化及其公证认证手续的改变

自2003年10月1日起《婚姻登记条例》开始实施的同时，1994年2月1日起施行的《婚姻登记管理条例》废止。从《婚姻登记管理条例》到《婚姻登记条例》、从“婚姻登记管理机关”到“婚姻登记机关”，“管理”二字的消失，简化了中国公民婚姻状况证明的形式。

(一) 婚姻状况证明由“个人声明”取代“单位证明”

《婚姻登记管理条例》第9条第1款规定：当事人结婚的，必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请结婚登记；申请时，应当出示“所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明”等证件和证明。第14条规定：当事人离婚的，必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请离婚登记；离婚时，应当出示“所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的介绍信”等证件和证明。

《婚姻登记条例》第5条规定：办理结婚登记的内地居民应当出示“本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系”的签字声明。第11条第1款规定：办理离婚登记的内地居民应当出示“双方当事人共同签署的离婚协议书”等证件和证明。

由此，中国公民的婚姻状况证明由“单位证明”简化为“个人声明”。

(二) 婚姻状况证明公证认证手续的改变

依据《婚姻登记条例》上述规定，婚姻状况证明公证认证手续的改变分为如下两种情形：

第一，中国驻外使领馆根据当事人申请，为其出具用于在当地办理结婚登记手续的“单身证明”公证的形式，从“直接证明当事人婚姻状况的真实性与合法性”的实体公证，调整为“当事人婚姻状况声明书”办理签名属实的非实体公证。此类公证一般可直接在当地使用，无须办理领事认证。

第二，国内涉外公证机构根据当事人申请，为其出具用于在国外办理结婚登记手续的“单身证明”公证的形式，同前述一样。不同的是，此类公证一般由当事人户籍所在地公证机构出具之后，一是由中国外交部认证，并经文书使用国驻华使馆办理领事认证；二是由中国外交部授权的地方外事办公室认证，并经文书使用国驻华领馆办理领事认证。

由于一些国家对“婚姻状况实体公证”仍有要求，所以国内涉外公证机构根据当事人的申请，为其出具用于在

国外办理结婚登记的“无婚姻登记记录证明”公证，便成为其中一种替代形式。

二、送往国外使用的“单身证明”种类及其公证认证手续

针对上述变化，建议中国公民在办理送往国外使用的“单身证明”之前，务必确认如下事项：

（一）注意确认“单身证明”的种类和公证形式

目前，各国对“单身证明”的种类和公证形式要求各异，当事人需确认是以下哪种形式：一是“直接证明当事人婚姻状况的真实性与合法性”的实体公证；二是“当事人婚姻状况声明书”签名属实的非实体公证；三是“无婚姻登记记录证明”公证。

这里需要说明的是，“无婚姻登记记录证明”一般由当事人户籍所在地婚姻登记部门出具。由于此类证明只反映当事人在出具证明的婚姻登记机关辖区内的婚姻登记记录，不反映国内法院判决、丧偶及国外结婚离婚等记录，不能当作严格意义上的“单身证明”。如文书使用国对此不接受，可采用前述两种形式之一。

（二）注意确认“单身证明”公证须否办理领事认证

《中华人民共和国公证法》第33条规定：“公证书需要在外国使用，使用国要求先认证的，应当经中华人民共和国外交部或者外交部授权的机构和有关国家驻中华人民共和国使（领）馆认证”。

据此，如文书使用国要求办理认证，一是由中国外交部办理认证，并代送文书使用国驻华使馆办理领事认证；二是由中国外交部授权的地方外事办公室认证，并经文书使用国驻华领馆办理领事认证。

迄今，美国、加拿大、日本等国单方面免除中国送往该国使用的公证文书的领事认证手续。

法定继承是否一成不变？

2016-10-04 中国民商法律网

本文为中国民商法律网原创作品，作者康秉国，系中国民商法律网编辑。如需转载请联系后台获得授权。

《中华人民共和国继承法》第十条规定了法定继承人范围及继承顺序，配偶、子女、父母为第一顺序继承人，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序继承人。随着民法典编纂的进行，有关法定继承人范围及继承顺序的若干问题再次引起了学者们的关注：第一顺序继承人的范围是否需要缩小？法定继承人的范围是否需要扩大？相关规定的修改是否需要将民间继承规则、婚姻家庭伦理等因素纳入考量范围？本学刊速递即整理近年来学界关于法定继承相关问题的探讨，希望能使读者对于其有更深入的认识。

1 《法定继承若干问题研究》（原文：樊志军、刘耀东，载《人民论坛》2016年第02期）

【摘要】我国民法典继承编应继续坚持将法定继承置于遗嘱继承之前的体例安排。父母仍应与子女共同作为第一顺序法定继承人，而对配偶则采取有限制的零顺序，即规定配偶可与第一、第二顺序血亲继承人共同继承。尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿仍应列为第一顺序法定继承人，但其继承以不存在代位继承人为限。

【关键词】法定继承；配偶；继承顺序；孙子女；

2 《论民间继承与法定继承的融和与互动——以人民陪审员制度为桥梁》（原文：赖华子、钟俊，载《甘肃政法学院学报》2015年第06期）

【摘要】民间继承规则与特定乡村群体的生活与生产方式相适应，尽管某些规则与官方所倡导的现代继承规则相冲突，但是其孝亲悌弟、家族传承的理念是一致的。民间继承与法定继承求同存异、相辅相成地共存于社会传承之中，人民陪审员制度是其融和与互动的桥梁，法院在审理家事案件时可以将民间法当作案情来查明，由人民陪审员对民间法进行明辨，法官则运用制定法对民间法适用的结果进行适度调校，对不危及主流价值的民间法适用结果加以认可，对明显不公平的适用结果进行纠偏，这样能增强家事案件判决的亲民性与可执行性，亦能达到教化当地民众与定纷止争、息诉宁人的效果。来自民间的人民陪审员在庭审中与法官互动，在日常社会生活中与民众互动从而达到民间法与继承法的互动。

【关键词】民间继承；法定继承；人民陪审员；融和机制；

3 《民法典编纂中继承法的修订原则》（原文：郭明瑞，载《比较法研究》2015年第03期）

【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；

4《父母法定继承顺位的立法论证》（原文：郑倩、房绍坤，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2015年第03期）

【摘要】 关于父母法定继承顺序的规定，我国《继承法》采取的是将其与配偶、子女均设置于第一顺位的立法模式。然而，世界普遍立法趋势是将父母设置于第二顺位。父母作为第二顺序法定继承人，不仅符合被继承人将遗产转移给自己的直系晚辈血亲、保留在家庭内部的主观意愿，且与作为规制法定继承顺序经济基础的当前社会发展水平相适应，符合法与社会生产力的辩证关系，同时也体现了对民间继承习惯与社会伦理规则的顺应。

【关键词】 法定继承顺序；父母；被继承人意志；立法建议；

5《配偶法定继承权重塑中对婚姻家庭伦理的考量》（原文：邹伟、赵传毅，载《现代法学》2014年第03期）

【摘要】 中国传统的婚姻家庭伦理在财产继承上依然发挥着影响力。在配偶法定继承权制度中，现有《继承法》的一些规定，没有正视现实生活秩序和婚姻家庭伦理，高估了法律制度对生活秩序的塑造能力，没有达到很好的实施效果。《继承法》的修正可以考虑比较借鉴域外民法，尤其是和祖国大陆同宗同源的我国台湾地区“民法”中关于继承的有益经验和规定，充分考量婚姻家庭伦理的合理成分，对配偶法定继承权，在取得的限制、地位的重塑和权能的完善几个方面进行合理可行的修正。

【关键词】 婚姻家庭；伦理；配偶；法定继承权；

6《法定继承人范围和顺序的立法修正》（原文：胡明玉、叶英萍，载《海南大学学报》2014年第02期）

【摘要】 我国现行《继承法》关于法定继承人范围和继承顺序的规定不尽合理，表现为法定继承人的范围过窄，继承顺序设置不合理。为了继续发挥继承制度的家庭扶养职能，延缓遗产归公的行程，平衡配偶继承人和血亲继承人之间的利益关系，建议将法定继承人的范围扩大至被继承人的侄甥子女、伯、叔、姑、舅、姨、（外）曾祖父母以及堂表兄弟姐妹；并将法定继承人的继承顺序由现在的两个增加为五个；继续保留父母的第一顺序法定继承人地位，将配偶列为非固定顺序继承人，保留丧偶儿媳、女婿的继承权，限制继子女的继承权。

【关键词】 法定继承人；范围；顺序；论争观点；立法建议；

政策解读 | 海外中国公民三姐妹结婚获得领事协助

2016-10-06 领事直通车 任正红

转自《世界知识》2015年第2期

俗话说“男大当婚、女大当嫁”。从中国内地Z省出国多年、现居住在欧洲D国的谭氏三姐妹，她们一直保留着中国国籍并均到了谈婚论嫁的年龄。当亲朋好友关心她们想找什么样的对象及准备如何办理婚事时，三姐妹的答案各据一说：大女儿阿慧表示，愿与在F市留学的中国籍男友就地领取中国的结婚证书；二女儿阿芳归心似箭，说是准备回国与在中国内地工作的男友永结同心；三女儿阿香则称，她在策划与D国国籍男友在当地办理结婚手续。

好事多磨。父母对此既高兴又发愁：高兴的是，三个大龄女儿终于找到结婚对象；发愁的是，不知如何为她们办理结婚手续。于是，一家人想到了中国驻F市总领事馆。

经过咨询，中国驻外使领馆领事（简称“中国领事”）依法可为海外中国公民结婚提供三方面的协助，正好能够协助谭家三姐妹急切需要办理的喜事。中国领事可为大女儿阿慧和中国籍男友办理结婚登记并颁发中国结婚证；中国领事可为二女儿阿芳办理国内民政部门需要的“无配偶声明书”签名属实公证，或“无配偶证明”的领事认证手续；中国领事可根据当地主管机关的要求，为三女儿阿香出具“结婚无障碍”的证明。具体分析如下：

一、中国领事为中国公民结婚提供服务的法律依据

（一）国际公约的相关规定。《维也纳领事关系公约》第3条规定：“领事职务由领馆行使之。此项职务亦得由使馆依照本公约之规定行使之。”据此，中国驻外使领馆均可执行领事职务。

第5条第6款规定：领事职务包括“担任公证人，民事登记员及类似之职司，并办理若干行政性质之事务，但以接受国法律规章无禁止之规定为限”。其中，“民事登记员”的登记范围一般包括“婚姻登记”。据此，在不违反接受国法律规章的前提下，中国驻外使领馆可应当事人的申请，为其办理公证业务、结婚登记并颁发结婚证书。

“家事法苑”团队奉献

（二）中外双边领事条约的相关规定。在 49 个中外双边领事条约（协定）中，多数有“为派遣国公民办理结婚登记”及“公证与认证”的条款。如：《中华人民共和国和阿根廷共和国领事条约》第 9 条“有关民事地位登记”第 1 款第 2 项规定：领馆在领区内有权“在不与接受国法律规章相抵触的情况下，执行派遣国法律规定的有关民事登记的职务”。第 11 条“公证和认证”规定：

1、领事官员有权：

- （1）应任何国籍的个人要求，为其出具在派遣国使用的各种文书；
- （2）应派遣国国民的要求，为其出具在派遣国境外使用的各种文书；
- （3）认证派遣国有关当局或接受国有关当局所颁发的文书上的签字和印章；
- （4）执行派遣国授权而不为接受国所反对的其他公证职务。

2、领事官员出具、证明或认证的文书如在接受国使用，只要它们符合接受国法律规章，应被视为派遣国的官方文书或官方证明了的文書。

根据上述，在不违反接受国法律规章的前提下，中国领事可应当事人的申请，为其办理结婚登记并颁发结婚证书，或者办理相关的公证认证手续。

（三）中国法律规章的相关规定。自 2003 年 10 月 1 日起施行的《婚姻登记条例》第 19 条规定：“中华人民共和国驻外使（领）馆可以依照本条例的有关规定，为男女双方均居住于驻在国的中国公民办理婚姻登记。”同时，第 5 条规定：华侨回国结婚应当提供“居住国公证机构或有权机关出具的、经中华人民共和国驻该国使（领）馆认证的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明，或者中华人民共和国驻该国使（领）馆出具的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明”。

自 2006 年 3 月 1 日起施行的《中华人民共和国公证法》第 45 条规定：“中华人民共和国驻外使（领）馆可以依照本法的规定或者中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，办理公证。”

二、中国领事依法可为谭家三姐妹结婚提供相应服务

（一）中国领事可为阿慧和男友办理结婚登记。根据现行规定和做法，中国领事为海外中国公民办理结婚登记的基本条件如下：

- 1、驻在国（即接受国）法律承认领事办理结婚登记的效力；
- 2、男女双方均为居住于驻在国的中国公民；
- 3、男女双方符合中国婚姻法规定的结婚要件，即双方当事人均未婚且已达法定婚龄，同时他们非直系血亲和三代以内旁系血亲，并且未患有医学上认为不应当结婚的疾病；
- 4、男女双方共同向中国领事自愿提出申请。

经审查，阿慧和男友完全符合上述条件。鉴此，中国驻 F 市总领事馆根据当事人的申请，为其办理了结婚登记并颁发中国结婚证书。

（二）中国领事可为阿芳办理“无配偶声明书”公证。根据现行规定和做法，中国领事为海外中国公民回国结婚办理“无配偶声明书”签名属实公证的基本条件如下：

- 1、当事人已达中国婚姻法规定的年龄；
- 2、当事人系中国民法通则规定的完全民事行为能力人；
- 3、当事人为居住于驻在国的中国公民；
- 4、当事人须亲自向中国领事提出申请。

经审查，阿芳完全符合上述条件。鉴此，中国驻 F 市总领事馆根据当事人的申请，为其出具了“本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的声明书”签名属实公证。

此外，如果阿芳在居住国办妥“无配偶证明”的公证认证手续后，中国驻 F 市总领事馆亦可其办理领事认证。

（三）中国领事可为阿香出具“结婚无障碍”证明。根据现行规定和做法，中国领事为海外中国公民在居住国结婚办理“无配偶声明书”签名属实公证或者出具“结婚无障碍”（“结婚不持异议”或“结婚具备条件”）的基本条件如下：

- 1、驻在国（即接受国）法律承认领事公证证明的效力；
- 2、当事人已达驻在国婚姻法规定的年龄；

- 3、当事人系中国民法通则规定的完全民事行为能力人；
- 4、当事人为居住于驻在国的中国公民；
- 5、当事人须亲自向中国领事提出申请。

经审查，阿香完全符合上述条件。鉴此，中国驻 F 市总领事馆根据当事人的申请，为其出具了“结婚无障碍”证明。

此外，如果居住国主管机关接受，中国驻 F 市总领事馆亦可根据阿香的申请，为其办理“无配偶声明书”签名属实公证。

三、需要说明的问题

总而言之，在不违反驻在国法律规章的前提下，中国驻 F 市总领事馆根据谭家三姐妹的不同情况及具体申请，依照中国法律规章，有的为当事人办理结婚登记并颁发中国结婚证书，有的为当事人回国结婚或在当地结婚办理相关的公证手续，满足了阿慧、阿芳、阿香三姐妹各自的实际需要。结果皆大欢喜，可称为喜例。

这里需要说明的是：其一，由中国领事颁发的结婚证书可直接在中国或居住国使用，同时，中国领事应当事人申请为其出具的“结婚公证”也可直接在中国或居住国使用；其二，当事人在居住国办理的结婚证明或文件如需送至中国内地使用，应办妥当地主管机关公证认证手续后，向中国领事申请办理领事认证；其三，当事人在中国内地办理的结婚证明或文件如需送往居住国使用，亦应办妥中国内地主管机关公证认证手续后，向文书使用国驻华使领馆申请办理领事认证（文书使用国免除认证的除外）。

成年监护制度的现代转向

《中国法学》2015年第2期 华东政法大学教授 李霞

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。这种立法趋势可以概括为以下五个方面：

从医疗监护模式转向人权监护模式。传统成年监护制度(禁治产制度)，其理念、制度、特征和目的等都奉行医疗监护的模式。其适用的对象是精神障碍、智力障碍等脆弱成年人。医疗监护的理论依托是“法律家父主义”，采取的是“他治式”的保护措施，监护人成为被监护人实质上的行为约束者和管理者，而受监护者(本人)的人身与财产都受监护人的支配。医疗监护模式的批评者认为其违反人权保障，过度剥夺了一个人的自主权，已沦为一种侵犯个人自由的工具，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。二十世纪中期以降，人权监护模式逐渐在世界范围内得到确认。其立法理念从法律父爱转向尊重自我决定权和正常化，确认了脆弱的身心障碍者的人权和基本自由，而“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。人权模式指导下的成年监护制度改革普遍遵循“能力推定”、“最小限制”和“最佳利益”三项基本原则，以期最大程度救济被监护人权益。

我国现行成年监护制度，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。制度的设计是以保护财产为中心，忽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，监护实行的是概括式监管模式。令人欣慰的是，在2013年起实施的《老年法》第26条中对意定监护的首次发声以及《精神卫生法》第30条对“精神障碍的住院治疗实行自愿原则”等规定中，人权监护的晨曦已可依稀可辨，后者更将“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。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。

从全面监护转向部分监护，是成年监护的第二个趋势。全面监护，与部分(限制)监护相对应，是指本人全部之人身及财产事务(生活、财产和医疗护理等)的决定权交付于监护，监护人有权替代本人决定其所有事务。其弊端突出表现在，一方面其过度保护本人的财产权益而忽视人身权益，全面监护模式下本人实施的一切法律行为无效，这不但剥夺了本人行动的自由，亦危及到本人的生存权；另一方面全面监护模式成为限制或剥夺本人自由的帮凶，其过度干预本人的人身事务导致了对本人基本权利和自由的限制与克减，是民法对本人的全部行为能力的褫夺。有鉴于此，自上世纪中叶始，在确立了禁治产人制度的国家，全面监护被相继废除，取而代之的是部分监护。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，其遵循“最少限制原则”，是人权模式的具体实践。该原则要求，在立法上，限制权利的手段和目的之间要遵循适当之比例；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。在最少限制原则指导下的部分监护，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基本自由。作为传统禁止产制度的继受国，全面监护在我国处于强势地位，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尤甚于禁治产制度——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。该制度的立法设计明显地违反最小侵害原则，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。

成年监护制度利用者的泛成年人化，是成年监护制度的又一个明显趋势。泛成年人化，是指有资格利用此制度者的范围扩大化。表现在意定监护上，系指举凡成年人，都可利用意定监护；表现在法定监护上，利用者的范围除了精神障碍者外，还增加了智障者和高龄者；至于身体障碍者、酗酒、毒瘾以及浪费行为者，则在各国的立法例中尚存分歧，但监护制度利用者的范围在不断扩大已是不争之事实。

我国监护制度适用者主要为精神病人（痴呆），适用主体的范围远远小于现代成年监护之利用者的范围。而这样的立法规定也存在着诸多问题，首先，法定监护的请求权主体缺乏单独列举规定；其次，身体障碍者没有被赋予请求权；最后，对意定监护利用者的规定不够周延。

保护与支援措施的多元化，也是成年监护制度的一个新的转向。各国旧制度对脆弱成年人所予以的保护措施，均采用无视本人残存的意思能力的差别性，在法技术上拟制出一个行为能力的概念，预先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。现代各国的改革与《联合国残疾人人权宣言》的标准相呼应，普遍采用多元化的保护措施，以支援那些脆弱的成年人的自我决定，激活其余存的不同程度的能力。我国采用的是一种概括式的保护措施——监护，它既有别于采一元化“照管”的德国，也不同于采多元化（类型化）的其他国家，而是不加区分的概括式、一揽子式统管，即监护人对被监护人的所有事务行使管理权（决定权），这显然既阻碍了人权的实现，也违反必要性原则。

第五个转向是意定监护制度，此为本轮全球范围内监护法改革中最受关注的制度设计。作为应对人类老化的杰作之一，意定监护制度成为现代成年监护制度改革的选择，尽管形式上普通法系称持续性代理制度，大陆法系称意定监护制度，但本质上都是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。制度结构也都采取由委任监护契约和第三方监督两部分组成，即形式上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，并配备第三方的监督。此外，在适用上都是以意定监护为主、法定监护为辅。由于该模式可以有效维持他治与自治的平衡，故其成为现代成年监护制度的方向。

在当前我国民法典编纂之时，老龄化程度比其他国家更甚的中国，对未来成年监护制度的设计是首当其冲的。鉴于我国已签署了一系列国际人权公约，故应因循国际人权保障的标准，采纳人权模式并完善现行成年监护制度。具体包含：

在立法理念上宜秉承“自我决定”和“正常化”理念，以自我决定、最少干预，能力推定（程序保障）三个原则指导立法。其中，所谓最少干预原则是指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。所谓能力推定原则，系是指凡成年人，除非有相反证据证明，均推定其有意思（判断）能力。

本制度的目的是，促进所有脆弱成年人的社会参与，支援自我决定、平衡自治与他治和保护与援助之目标。

在成年监护法的体系上，将监护制度分为法定和意定，在适用上宜以意定监护为主，法定监护为辅，并同时构建妥适的监督规则。具体说来：

对意定制度而言，日韩的任意监护法可能较为适合我国，即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，可以对《老年法》第26条第一款作进一步解释如下：年满十八周岁之自然人，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。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。

在内容上，应具备合同的必要条款和代理权的授予条款。在形式上，采定式合同。在效力上，乃附停止条件的法律行为。此外，当委任监护合同与法定监护竞合时，效力上前者优先。

至于成年法定监护，则宜以有限监护为中心。具体而言，应废除《民法通则》第13条的法定类型制，废除无行为能力，仅保留限制行为能力，并对限制行为能力进行再分三类，即（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（2）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，即与其残余的意思能力相适应，分别对应着本人不得单独为之的三类行为：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为：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，将该撤销权也赋予本人；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。与上述受限制的三类行为相对应的保护或者支援措施分别是，监护、保佐、辅助，以满足意思能力不足者多元化的保（监）护需求。

此外，无论是对意定监护还是对法定监护，监督都是必不可少的。由于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。尤其是一旦本人欠缺能力，便出现了无法监督监护人执行职务的真空地带，各国司法实践也证明，监护人的代理权最容易成为监护人侵吞本人财产的工具。然而，我国监护制度一直忽视监督的构建，现有规范本质上也只是对监护人加害被监护人后的民事责任进行分配，而不属于对监护人的职务执行行为的监督。在监督模式的选择上，有以美国为代表的私力监督和以英、德、法、日等为代表的公力监督两种模式。两相比较显示：私立监督存在无法有效遏制代理权滥用之流弊；公力监督虽可有效降低代理权滥用，然其创设成本高昂、创设程序复杂，使得该制度的应用率低。在两者中，我国宜取长补短，构筑一个如下的监督制度：对委任（意定）监护实行公力监督，对法定监护采私力监督。以期在这样一种新型的双重监督模式想，能够最大程度发挥成年监护制度的效用。

欺诈性抚养的认定及其侵权赔偿责任研究

《山东女子学院学报》2016年第4期 福建江夏学院教授 吴国平

摘要：欺诈性抚养是一种侵犯人格尊严的民事侵权行为，目前由于法律规定的缺失，人们对此类案件如何定性与处理存在争议和分歧。面对日益增多的欺诈性抚养纠纷，我们一方面要从理论上进行研究，包括欺诈性抚养关系特征和性质的认定、侵权赔偿责任的构成要件、范围和形式等内容，提出对欺诈性抚养进行法律救济的理论依据；另一方面要进一步完善相关立法，为人民法院正确及时审理欺诈性抚养纠纷案件，保护当事人的合法权益提供有力的法律武器。

关键词：欺诈性抚养；性质；认定；赔偿责任

近年来，因婚前性关系、婚外情等现象而引发的各种家庭纠纷日益增多。其中，因一方隐瞒真相而引起的欺诈性抚养纠纷案件有不断增多的趋势。有不少当事人到司法鉴定机构申请亲子鉴定，而“排除双方之间的亲子关系”或者“不支持双方之间存在亲生血缘关系”的鉴定结论，也常常造成当事人为此产生纠纷，甚至向人民法院起诉要求返还抚养费或者赔偿损失。当事人之间产生的究竟是何种性质的纠纷，受害人受到侵害的是人格权还是身份权，人民法院应当如何维护受害人的权益等等，目前这些问题在我国法律上都没有具体明确的规定，给人民法院正确及时审理案件带来一定的困难。对此类纠纷应如何处理，人们的看法也各不相同。笔者在此对欺诈性抚养关系的认定及其法律责任等问题作初步的探讨，以期引起大家的关注与重视。

一、问题的由来——从一起欺诈性抚养纠纷说起

首先，从人民法院受理案件情况来看，目前比较典型的情形是：婚前性关系混乱或者具有婚外性关系的女方怀上“第三者”的孩子并隐瞒真相，而无辜的男方却毫不知情而冤枉地当上该孩子的“父亲”，并与女方共同抚养。当男方发现真相后，双方为此离婚并发生追索抚养费和精神损害赔偿纠纷。最高人民法院2015年12月4日公布的婚姻家庭纠纷典型案例中的第36个案例就属于欺诈性抚养纠纷案件。该案情显示：蒋某与张某于2004年3月4日办理结婚登记手续，婚后第4年生育一子张某某。后双方因生活琐事经常发生争吵，致使夫妻感情不睦。张某于2014年4月25日委托某政法大学司法鉴定中心对张某和张某某进行亲子鉴定。鉴定结果排除了张某与张某某之间的亲生血缘关系。张某遂向人民法院提起诉讼，请求依法判令张某与蒋某离婚，由蒋某承担张某养育张某某的抚养费41387.5元，并赔偿张某精神损害抚慰金10万元。某人民法院经审理认定夫妻双方感情确已破裂，并确认张某所述事实，遂判决准予原告张某与被告蒋某离婚；非婚生子张某某由被告蒋某抚养，被告蒋某支付原告张某养育张某某的抚养费41387.5元，被告蒋某赔偿原告张某某精神抚慰金30000元。后蒋某不服一审判决，向某中级人民法院

提出上诉。该中院经审理认为原审人民法院对该鉴定结论予以采信并无不当；蒋某上诉称自己系遭受不法侵害，但并未提供证据证实，对其该项诉称理由不予采纳。蒋某的过错行为已严重伤害夫妻感情，原审人民法院判决准予离婚正确，判决蒋某向张某赔偿精神损害抚慰金也并无不当。张某某现经鉴定非张某的亲生子，张某对其并无法定抚养义务，因此，在婚姻关系存续期间张某为张某某所支付的抚养费，应由蒋某返还给张某。该中院据此判决：驳回上诉，维持原判 [1]。这是一起非常典型的欺诈性抚养案件，人民法院的处理是非常公正的，但此类案件是什么性质的案件，人民法院应当保护的是当事人的何种权利，什么情况下可以适用精神损害赔偿等问题，仍然存在争议且值得探讨。

其次，从相关数据中，我们也可以看出，欺诈性抚养关系纠纷正呈现逐年增多的特点。据媒体披露，近年来当事人因落户、离婚、移民、领养孤儿、被拐卖儿童认领等各种原因而要求做亲子鉴定的越来越多。早在 2004 年，曾代表中国承接泰国海啸遇难者 DNA 检测工作的中科院北京基因组研究所北京华大方瑞司法物证鉴定中心就做了 600 多例亲子鉴定，其中 15.6% 的鉴定结论为“否”；2005 年和 2006 年该鉴定中心又分别做了 3000 多例和 4000 多例亲子鉴定，其中分别有 22.6% 和 28% 的鉴定结论为“否” [2]。这一情况曾引起社会关注。另据福建省厦门正道司法鉴定所透露，截至 2014 年 10 月 22 日，该所 2014 年接受亲子鉴定委托共计 950 例，平均每天 3 例左右，80% 以上为公民个人委托。而 2013 年才开始开展亲子鉴定业务的正泰司法鉴定所，2014 年的鉴定委托数量比 2013 年增加了四成左右，平均每 2 天 1 例。而鉴定结果显示，其中大多数为亲生，但有 5% 为非亲生 [3]。尽管绝大多数人是因各种社会事务的需要而到司法鉴定所做亲子鉴定的，因“怀疑”孩子非自己亲生而做鉴定的案例不多，但发现该子女为非亲生后而发生抚养费纠纷乃至精神损害赔偿纠纷的却为数不少，且有上升趋势。因此，从客观上看，亲子鉴定结果否定率的增长必然造成欺诈性抚养纠纷的同步上升，而我国目前在有关欺诈性抚养关系立法规制方面的空白或者缺失状态，不仅不利于当事人纠纷的及时解决和民事权益的有效维护，而且也不利于社会主义婚姻家庭秩序的稳定，影响法律的权威性。完善立法，已势在必行。

二、欺诈性抚养关系的界定

（一）欺诈性抚养关系相关概念辨析

1. 抚养的法律含义。在法律上，特定的亲属之间具有法定的扶养义务和权利。而扶养具有广义和狭义之分。广义上的扶养，是指具有经济能力的自然人，基于亲属身份关系而产生的相互供养扶助的法定权利和义务。它包括抚养、扶养和赡养三种形式，即父母等长辈对子女等晚辈的供养扶助称为抚养，夫妻或兄弟姐妹相互之间的供养扶助称为扶养（狭义的扶养），晚辈对长辈的供养扶助称为赡养 [4]（P12 - 18）。法国、德国、意大利、瑞士、日本、俄罗斯联邦、英国、美国等大多数国家立法采用广义说 [5]（P511 - 563）。狭义上的扶养，是专指夫妻之间或兄弟姐妹等平辈亲属之间相互供养扶助的法定权利和义务。保加利亚、波兰等东欧的部分国家立法采用狭义说。在我国，现行《婚姻法》也采用狭义的概念，将长辈对晚辈的抚养教育义务称为抚养（也称为“抚育”），将夫妻或兄弟姐妹之间的供养扶助义务称为扶养（狭义的“扶养”），将子女、孙子女、外孙子女等晚辈对父母、祖父母、外祖父母等长辈的供养扶助义务称为赡养 [4]（P10）。但我国《刑法》《民法通则》《继承法》中采用的是广义说，并未作具体的区分表述，而统一使用“扶养”这一总称 [5]（P563）。本文在此探讨的是父母对子女的抚养问题，为说明问题的方便，根据目前多数学者的界定与习惯用法，本文在此使用“抚养”一词。

笔者认为，抚养是指父母对子女在经济上的供养和生活上的照料。如负担子女的生活费、教育费、医疗费及其他必要的费用 [6]（P165）。它既是父母对子女应尽的法定义务，也是子女享有的一项法定权利。因此，抚养关系是父母子女之间的一种特定的法律关系。

2. 欺诈性抚养的含义。目前，对于什么是欺诈性抚养，人们的认识并不一致。第一种观点（以著名学者杨立新教授为代表）认为，欺诈性抚养是指婚姻关系存续期间乃至离婚以后，妻子一方在明知其所生之子女为非婚生子女的情况下，却采取欺诈手段未告知丈夫，而使丈夫承担该非婚生子女的抚养义务 [7]。在理论上，非婚生子女是指没有婚姻关系的男女所生的子女。它包括未婚、离婚后同居（离婚不离家）男女所生的子女以及已婚男（女）与第三人发生性行为所生的子女 [6]（P175）。第一种观点中所指的非婚生子女，依笔者的理解，并不是指男女在婚前或者离婚后同居所生的子女（这二种类型的子女与当事人双方均有血缘关系），而是指女方（妻子）在婚外与第三人发生性关系而怀孕所生的子女，该子女与男方（丈夫）没有血缘关系。第二种观点强调当事人在主观上还应加上重大过失这一要件，即欺诈性抚养是指在婚姻关系存续期间，或者非婚姻关系存续期间（包括离婚后），男女

一方明知其所生之子女为非婚生子女，但却采取欺诈手段未告知对方真情，或男女一方存在重大过失，使另一方承担了对该子女的抚养义务。持这种观点的人认为，男女一方故意欺诈是主观方面的主要表现形式，但主观过失的后果也构成欺诈，即配偶一方不知所生子女并非配偶对方的婚生子女，经过亲子鉴定才知道不是对方的亲生子女，这虽然不是故意所为，但是其后果仍然构成欺诈，当事人也应当承担侵权的后果责任。第三种观点认为，所谓欺诈性抚养是指因女方主观上的过错致使男方将女方所生子女误认为是对方与自己所生而为抚养所产生的权利义务关系[2]。

上述三种观点的主要分歧在于：第一，欺诈者的主观要件不同。第一种观点只要求女方主观上具有欺诈之故意；第二种观点强调男女一方存在故意或者重大过失也可构成；第三种观点主张女方主观上有过错，无须以女方“明知”为前提。第二，行为主体范围不同。第一种和第三种观点只限于生母一方即女方，第二种观点扩大至男方。第三，欺诈性抚养关系发生的期间不同。第一种观点要求发生在婚姻关系存续期间和离婚之后；第二种观点要求发生在婚姻关系存续期间和非婚姻关系期间（包括离婚后）；第三种观点主张“并不一定需要婚姻关系的存在”，因此其在定义中不强调当事人的夫妻身份关系。第四，受骗的主体范围不同。第一种和第三种观点要求只限于男方，而第二种观点要求男女双方均可。很明显，第二种观点主要基于目前社会上男女关系多元化，即婚姻关系与同居关系并存，且非婚同居、婚外性关系以及非婚生子女情况有所增多这一现实情况而考虑的。但是，如果按照第二种观点进行认定，在具体操作时，则欺诈性抚养的主体和时间范围将明显扩大，这也是不科学的。理由是：第一，子女是否是自己亲生，作为具有“十月怀胎，一朝分娩”生育机能的母亲（女方）是最清楚的，即她不可能成为受骗的主体，而男方则相反。第二，欺诈性抚养只能发生在婚姻关系存续期间乃至离婚后。非婚姻关系当事人所生育的子女为非婚生子女，生父母具有抚养子女的法定义务，生母有权要求生父承担抚养义务。如双方协商不成而发生纠纷者，可通过诉讼途径解决。至于男女同居期间女方因性关系混乱而发生抚养关系纠纷的，可由人民法院根据亲子鉴定事实进行抚养归属的认定和损害赔偿责任的处理。这里需要特别指出的是，第一，男女同居关系所生子女本身即为非婚生子女，与本文中所述的非婚生子女不是一个概念。即不是本文中所述的女方在婚姻关系之外与他人所生之子女。第二，根据原国家卫生部于2001年颁布实施的《人类辅助生殖技术管理办法》的规定，我国目前禁止实行代孕技术，严格禁止各种代孕行为[8]，只允许采用人类辅助生殖技术通过妻子的子宫进行怀孕。因此，未婚女子通过异质卵子和异质精子使自己成为代孕母亲的行为是违法的。

综上所述，笔者认为，所谓欺诈性抚养是指在婚姻关系存续期间以及离婚后，妻子一方明知其所生之子女为非婚生子女，但却隐瞒事实真相而未告知丈夫一方，或者因疏忽大意而误认，从而使丈夫一方承担该非婚生子女抚养义务的行为。

（二）欺诈性抚养的法律特征

根据笔者对欺诈性抚养概念的界定，欺诈性抚养具有以下几个主要特征：

1. 欺诈者主观上具有欺诈之过错。在主观态度方面，女方具有欺诈的故意或者过失，表现形式为采用隐瞒真相的手段而使男方不知所抚养的子女并非自己所生，或者女方误以为该子女系与男方所生，经亲子鉴定后才知不是，这种情形虽不存在主观故意，但其后果仍然构成欺诈。

2. 欺诈者为非婚生子女的生母与生父。在非婚生子女的生母有过错（非婚生子女的生父并不知情）的情况下，欺诈者为生母（女方）。与之相对应，受害人为承担该非婚生子女抚养费的生母的丈夫（男方）。如果非婚生子女的生父也知情，则其与该子女的生母属于共同欺诈，构成共同侵权行为，生母与生父应负侵权连带责任。当然，退一步说，非婚生子女的生父是否纳入欺诈者的主体范围，并不影响受害人对欺诈者即非婚生子女的生母主张权利，但在救济手段的行使和赔偿权利的实现方面，将非婚生子女的生父纳入其中，对保护受害人权益有利。有人认为女方也可以作为受骗的主体[9]，笔者认为，这一观点值得商榷。理由是：第一，如前所述，子女是否是自己亲生，作为母亲（女方）一般是最清楚的，她不可能受男方的欺骗，受害人（男方）也不可能去骗女方。第二，规范性文件已经排除了这种可能性。1992年4月2日最高人民法院下发了《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》（以下简称“《复函》”），该《复函》指出：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。”根据该《复函》精神，即便是通过人工授精方式生育子女，也须夫妻双方一致同意才能进行。这就排除了妻子一方受欺骗的情形。如果妻子一方为他人代孕，则在目前法律条件下，代孕行为是违法的，且代孕母亲在主观上是明知的，不存在受欺

骗的可能。

3. 欺诈发生的时间具有特定性。在时间方面，只能发生在婚姻关系存续期间和离婚后。在司法实践中，有些欺诈行为还延续至离婚后，男方在离婚后方知悉所抚养的子女为非婚生子女。目前不宜将时间范围扩大至不具有夫妻关系的同居者同居期间等，以避免社会秩序的混乱和司法实践中法律适用上的困难。因为我国《婚姻法》目前只调整婚姻关系和家庭关系，至于如何应对目前日趋多元化的两性关系所带来的新问题，因这一问题比较复杂和难以把握，还需要专家学者和实务工作者进行深入系统的研究，提出富有针对性的对策建议。

4. 受害人实际承担了抚养义务。在行为后果上，男方实际承担了非婚生子女的抚养义务。在有些案件中，这种义务一直延续到非婚生子女独立生活为止。

5. 对受害人造成实际损害后果。一方面，由于女方的欺诈行为使男方无端履行了在法律上并不存在的抚养义务，在经济上遭受损失，而负有抚养义务的非婚生子女的生父在客观上推卸和未履行法定抚养义务。仅就其财产损失而言，这只是其因履行了本不存在的抚养义务所造成的直接损失；另一方面，在知道事实真相后，男方在精神上遭受的巨大打击是可想而知的，这不仅扰乱了其家庭抚养关系和情感期盼，其所付出的心血与汗水有可能由此而付诸东流，而且在精神上经受了难以想象与估算的痛苦与伤害。因此，欺诈性抚养这一侵权行为已严重侵害了男方的人格尊严和抚养利益。

三、欺诈性抚养关系性质的认定

对欺诈性抚养关系性质的认定，直接涉及对男方的救济手段问题，是对欺诈性抚养进行法律救济的理论基础。但由于法律和司法解释对此均无明确规定，目前学术界对欺诈性抚养关系的法律性质问题更多地是从抚养费返还请求权的定性上进行推导的，且分歧较大。1992年4月2日最高人民法院下发了《关于夫妻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育费的复函》（〔1991〕民他字第63号，以下简称“《复函》”），该《复函》指出：“在婚姻关系存续期间，一方与他人通奸生育了子女，隐瞒真情，另一方受欺骗而抚养了非亲生子女，其中离婚后给付的抚育费，受欺骗方要求返还的，可酌情返还；至于在夫妻关系存续期间受欺骗方支出的抚育费用应否返还，因涉及的问题比较复杂，尚需进一步研究”。根据这一《复函》精神可以看出，该《复函》只对被欺诈方就“离婚后”所支付的抚养费的返还问题作出了明确规定，但对“婚姻关系存续期间”所支付的抚养费的返还问题没有作出规定，同时，对主张欺诈方返还抚养费的法律依据也没有涉及，加上我国法律上也没有非婚生子女的否认与认领制度，导致人民法院处理起来于法无据，人们的看法也有较大的分歧。

（一）学界关于欺诈性抚养关系性质的不同观点

归纳起来，目前在学界对欺诈性抚养关系（欺诈性行为）性质的认定主要有否定说和肯定说两种观点之争。否定说主张：因我国实行夫妻共同财产制，在婚后夫妻共同生活期间，女方与他人发生性关系而生育子女，但对男方隐瞒真相，使男方无法定义务而抚养了他人的子女的，如双方无特别约定，则夫妻婚后所得为双方共同财产，但其各自所支出的抚养费金额难以区分与计算，因此男方无权主张返还婚姻关系存续期间所支出的抚养费。而肯定说认为：不论实行何种夫妻财产制，在离婚时对夫妻婚前、婚后财产和共同债务都应当作出公平合理的分割与处理，其中对于子女抚养费是可以根据夫妻经济收入、家庭生活情况和当地人民群众的生活水平来进行评估与计算的。司法实践中多采用肯定说，但所持理由各不相同，对抚养费返还请求权的性质认定也大相径庭，存在行为无效说、无因管理说、不当得利说和侵权损害赔偿说等不同观点。

1. 行为无效说。该观点认为，因女方隐瞒与他人发生性关系而生子的真实情况，致使男方在违背自己真实意思的情况下承担了不应承担的抚养义务，符合我国《民法通则》第58条第1款第3项的规定，属于无效民事行为。男方有权请求女方返还已支出的抚养费[10]。

2. 无因管理说。该观点认为，男方无法定或约定义务而为他人抚养子女，构成无因管理，抚养义务人应返还无因管理人已支出的抚养费[2]。

3. 不当得利说。该观点认为，抚养费返还请求权是基于民法上的不当得利行为而产生的。无抚养义务人承担了抚养义务人应履行的抚养义务，应参照德国、日本民法的规定，认定这种抚养义务的付出对于抚养义务人而言就是不当得利，抚养义务人应予以返还。

4. 侵权损害赔偿说。该观点认为，抚养费请求权是基于非婚生子女的生父母共同对被欺诈人（男方）的一种民法上的侵权行为。侵权人是非婚生子女的生父母；违法行为是侵权人逃避了法定抚养义务，并使受害人无法定或

约定义务而承担了抚养义务，从而在财产上造成了损失；其行为符合侵权行为的一般构成要件，即行为人具有主观过错、有损害结果发生，行为与损害结果之间具有因果关系。

（二）笔者赞成侵权损害赔偿说及其具体理由

笔者赞成肯定说，并支持侵权损害赔偿说。理由如下：

首先，前三种学说均存在一定的局限性，不能有效地保护受害人的人身和财产权益。“行为无效说”忽略了抚养是一种基于一定身份关系而产生的法定义务，即便是在拟制血亲关系中（如收养关系、形成抚养关系的继父母子女关系），也是基于其特定的身份关系和当事人的主观认可，不存在当事人合意的问题；而缺乏当事人合意的行为只能导致行为的可撤销或者效力待定，自不存在行为无效的问题，且如果认定为无效行为，则受害人就无法主张精神损害赔偿，只能主张返还抚养费，这对受害人明显不利。而无因管理要求管理者主观上有为他人管理的意思，即为他人谋求利益的意思。而欺诈性抚养中的男方显然在主观上不符合这一要求，这是其一；其二，欺诈性抚养中的男方抚养他人子女是事出有“因”，而不是无“因”的，这个“因”就是因受欺诈而误将非婚生子女当作自己亲生子女进行抚养；其三，适用无因管理规则，受害人只能请求返还抚养费，不能提出精神损害赔偿要求，对保护受害人权益不利。而“不当得利”说仅从财产损失的角度考虑，指出了行为后果的性质，但没有对生母的主观态度进行否定性评价，也无法揭示出行为的性质。再退一步讲，如果认定为不当得利，则在追究法律责任时，也无法将受害人的精神损失考虑在内，对男方明显不利。

其次，笔者认为，对当事人提出的精神损害赔偿请求应当予以重视与支持。理由是：第一，侵权人的违法行为伤害了夫妻感情。我国《婚姻法》第2条明确规定我国实行一夫一妻制，《婚姻法》第4条还强调夫妻应当履行相互忠实的义务，而侵权人的婚外性行为 and 欺诈行为，是法律所禁止的行为，它不仅违反了《婚姻法》的规定，背叛了夫妻感情，导致婚姻关系破裂，还严重侵犯了夫妻另一方的配偶权，给配偶一方带来精神上、心理上的无法愈合的伤害。第二，侵权人的侵权行为所侵害的对象（客体）是受害人的人身权益，即抚养利益。从受侵害的对象（客体）来看，欺诈性抚养所侵害的表面上是受害人的财产，即造成受害人财产的实际损失（支出了不应支出的抚养费），但实际上侵害的真正对象（客体）是受害人的抚养利益。这种抚养利益实质上是一种人身利益。这种人身利益包含着抚养人的意愿、情感与精神满足，体现着抚养人的人格尊严。侵害其抚养利益，不仅仅是造成抚养人的财产损失，这只是其表面现象（表征），正如有的学者所指出的：受害人的财产损失，仅仅是侵权人侵权目的实现过程中的副产品而已[2]。更为重要的是，当受害人知道配偶与他人有染、孩子非自己亲生的真相后，所遭受的巨大打击而造成的精神痛苦、心理崩溃、情感折磨和绝望，甚至名誉受损，实质上就是侵犯了抚养人的人格尊严。换言之，其侵犯的就是受害人的一般人格权，当然，在有的案件中可能还附带侵害到受害人的名誉权和生育权，这些权利都属于自然人的人格权范畴。因此，受害人完全有权主张精神损害赔偿。

第三，侵权人的侵权行为给受害人造成的危害后果主要体现在精神损害方面。受害人数年甚至更长时间内含辛茹苦把“孩子”养大，所付出的时间、精力、心血更是难以精确计算，到了年纪稍大的某一天突然知道孩子非自己所生，这一夜之间发生的巨变，对于一个蒙在鼓里的人的打击是多么残酷啊！其在精神上遭受的打击与痛苦有时是难以想象与估算的，而其财产上的损失只是其人身利益损失的附带结果，这种精神损害有时甚至于财产损失，且无法弥补。如果仅仅从财产权受到侵害的角度进行救济，责令侵权人返还受害人所支出的抚养费，这样处理就可能使受害人的精神痛苦得不到抚慰，从客观效果上来看，侵权人还是没有因其违法行为而得到应有惩戒，这对受害人不公平的。只有定性为侵权行为才能够有效地保护受害人的人身和财产权益。

第四，受害人的请求符合我国《婚姻法》和相关司法解释的规定。我国《婚姻法》第46条规定“有配偶者与他人同居”而导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第28条规定，《婚姻法》第46条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称“《解释》”）的有关规定，该《解释》第1条第2款明确规定：违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或其他人格利益，受害人以侵权向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。欺诈性抚养这一违法行为属于该条款规定的范畴，因此，受害人完全可以基于对方所为民法上的侵权行为而依法主张精神损害赔偿，受害人完全有权依法主张精神损害赔偿，这种主张是有法律依据的，同时也符合法理。四、欺诈性抚养侵权赔偿责任的承担

（一）欺诈性抚养案件的性质

如前所述，关于欺诈性抚养案件的定性问题，目前我国法律没有规定。最高人民法院曾在1992年对类似问题作出过《关于夫妻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的复函》（〔1991〕民他字第63号），但该司法解释也没有对欺诈性抚养关系的认定与处理作出明确的规定。面对现实生活中不断出现的欺诈性抚养纠纷，从长远来看，加强对欺诈性抚养予以法律救济的立法工作，或者制定相关司法解释，为人民法院正确审理此类案件，为当事人依法维权提供法律依据已经是一项十分紧迫的任务。就当下而言，对于案件的处理，曾有人主张应当定为抚养费纠纷来处理[2]。笔者主张，在案件的定性上，用侵权责任法的相关理论来认定欺诈性抚养关系的性质是最为准确与合理的。这也为人民法院适用《侵权责任法》和相关司法解释审理案件提供了法律依据和理论支撑，也为未来进一步完善立法铺平了道路。在相关立法修订完善之前，人民法院可以根据我国《侵权责任法》和相关司法解释的精神以及侵权损害赔偿说的理论来指导具体案件的审理工作，将案件作为损害赔偿纠纷来处理。当事人主张损害赔偿的法律依据就是我国《侵权责任法》和相关司法解释。当事人如果还主张精神损害赔偿的，则适用《侵权责任法》中侵害一般人格权的有关规定和法理对案件进行审理。

（二）欺诈性抚养的构成要件

根据上述分析，我们不难得出结论，欺诈性抚养是一种侵害自然人人格尊严的复合型侵权行为，侵权行为的主体是非婚生子女的生母与生父；违法行为是欺诈者采用欺骗手段或者因过失而误以为该子女系与男方所生，使受害人误认非婚生子女为自己的婚生子女而为之承担了抚养义务，而自己却逃避了法定抚养义务的行为；损害结果是受害人因“履行抚养义务”而遭受财产损失和精神损失。而实质上欺诈性抚养损害的是受害人的抚养利益，具体体现为对受害人人格尊严的一种侵害。在有的案件中可能还附带侵害到受害人的配偶权、名誉权和生育权等；欺诈者的欺诈行为与受害人（男方）受到损失之间具有因果关系；欺诈者具有欺诈的主观过错（包括欺诈的故意或者过失），因此，欺诈性抚养完全符合一般侵权行为的责任构成要件。

（三）欺诈性抚养侵权赔偿责任的范围和形式

1. 侵权赔偿责任的范围。如前所述，欺诈性抚养构成侵权行为，侵权行为人应当承担民事赔偿责任。赔偿范围包括受害人已支付的抚养费（包括生活费、教育费、医疗费等）；对于侵权行为情节恶劣、后果比较严重，受害人要求予以精神损害赔偿的，侵权行为人应当予以赔偿。人民法院可以根据案件的具体事实（包括侵权行为人的主观过错程度、侵权行为的情节与后果、影响等）和受害人的诉求，在充分考虑我国目前处于法律空白地带的非亲子关系事实引发的利益平衡问题的基础上，依据《侵权责任法》、最高人民法院相关司法解释和侵权责任法相关理论予以公平公正的处理。鉴于此类案件的特殊性，人民法院在审理时应当注意变偏重财产利益保护、抚养费返还为全面关注当事人身份利益、人格利益、财产利益、情感利益和安全利益。特别是要注意加强对受害人人格尊严和情感利益的保护[11]。同时，采用合理有效的司法对策，对精神损害赔偿标准与损害后果评价标准的适用、依职权调查取证范围的拓宽等方面的问题进行探索研究，破解当前司法实践中出现离婚损害赔偿难、案件判赔率低的司法难题，充分利用法律赋予的司法权力维护受害人的权益，避免受害人一方在法庭上的二次伤害[12]，以实现保护弱者利益的法律公平与社会正义。

2. 侵权赔偿的形式。实行财产责任形式为主和全部赔偿的原则。侵权赔偿形式主要为财产损害赔偿，包括赔偿受害人支出的全部抚养费（包括生活费、教育费和医疗费等）损失及其抚养费的利息损失；而赔偿精神损失则作为次要的赔偿责任形式。在司法实践中，有的案件只判决被告赔偿原告抚养费损失，而未将抚养费的利息损失考虑在内是不妥当的。如果受害人主张精神损害赔偿的，人民法院应当予以支持，并根据具体案情，从侵害一般人格权的角度判决欺诈者赔偿受害人（男方）相应的精神损害抚慰金，以保护受害人的合法权益，维护我国婚姻家庭制度与秩序。对于个别案件性质比较恶劣，造成受害人名誉损失的，还可以一并适用赔礼道歉、消除影响和恢复名誉等民事侵权责任方式。

（四）处理欺诈性抚养案件需要注意的具体问题

1. 连带赔偿责任的具体适用。在审理欺诈性抚养案件中，对于侵权责任主体的认定，如果欺诈者是明确的，即非婚生子女的生母与生父都是明确的，则受害人（男方）可以将这两个人作为共同被告一并起诉，要求他们承担连带赔偿责任。理由前面已经阐述过，这里不再重复。但如果非婚生子女的生母说不出孩子的生父，或者由于某种原因无法查出具体是谁，则应当允许受害人以非婚生子女的生母为被告，要求其承担全部赔偿责任。如果非婚生子

女的生父确实不知情，无欺诈的故意，则应由生母独自承担赔偿责任。换言之，属于侵权人一方有过错的，由一方承担侵权赔偿责任；属于侵权人双方均有过错的，则属于双方共同致人损害，由侵权人双方承担连带赔偿责任。这样处理，有利于裁判结果得到执行，对保护受害人的利益有利。

2. 计算赔偿损失的时间范围。即赔偿损失计算的起止时间。受害人请求欺诈者赔偿财产损失的时间范围是从当事人缔结婚姻关系时开始至离婚时止，还是从当事人离婚后开始计算，目前人们的认识并不一致。有的人认为从离婚后开始计算是因为我国实行夫妻共同财产制，在婚姻关系存续期间，双方的财产为夫妻共同财产而无法计算，因此无须返还 [9]。笔者赞成从婚姻关系存续期间开始计算的观点。具体而言，就是从婚姻关系存续期间抚养该非婚生子女时开始计算。因为不论是实行夫妻共同财产制，还是约定财产制，对子女的抚养教育义务是不能免除的，换言之，在侵权行为和损害结果已被人民法院依法予以认定的情况下，也就意味着损害结果是从抚养该非婚生子女之时开始发生的，赔偿责任计算的时间范围自然而然应当从抚养该非婚生子女时起，至离婚时止。如果发现事实真相是在离婚后，则时间范围可以延长至离婚后。当然，从诉讼的角度来看，男方在主张自己的权利时须负举证责任。

3. 男方与所抚养的非婚生子女关系的处理。

(1) 男方与所抚养的未成年非婚生子女的关系。在男方(受害人)与配偶(欺诈者一方)离婚后，其与原先所抚养的非婚生子女已无任何亲属关系，也无法律上的任何权利义务关系。该非婚生子女应由其生母和生父负责抚养。从完善法律的角度来看，为了稳妥地解决好欺诈性抚养关系所派生出来的法律问题，未来立法上应当借鉴大陆法系国家的立法经验，建立婚生子女的否认制度和非婚生子女的认领制度。(2) 男方与所抚养的成年非婚生子女的关系。这个问题比较复杂，应当根据不同情况区别处理。首先，男方与所抚养的成年非婚生子女在多年的共同生活中，已经形成了事实上的抚养教育关系，即事实收养关系。如果男方在知道事实真相时，要求与女方(非婚生子女的生母)离婚并要求赔偿抚养费的，人民法院应当尽量予以调解解决。如果调解成功，可要求当事人另行办理收养手续，该非婚生子女有赡养扶助男方(养父)的法定义务。经调解无效者，则应当依法判决离婚，并对侵权赔偿责任问题予以公平公正的处理，而当事人之间的权利义务关系也随之解除。其次，在婚姻关系存续期间，男方与非婚生子女的生母共同把非婚生子女抚养成人，应当认定男方与非婚生子女之间形成了事实收养关系。在该子女成年后，男方起诉离婚并要求欺诈者(非婚生子女的生母)赔偿损失的，人民法院应当慎重处理。目的是为了维护家庭和谐与社会稳定，也是为了平衡各方当事人的权益。如果夫妻感情破裂，调解无效，或者双方当事人已协议离婚，只是对财产分割问题无法达成协议的，人民法院在审理时应当注意根据《婚姻法》和相关司法解释的有关规定，在保障欺诈者一方基本生活费用的前提下，从保护男方(受害人)的利益出发，对欺诈者一方可以不分或者少分财产。对于男方(受害人)提出精神损害赔偿要求的，由人民法院依法审理后作出裁判。

参考文献：

[1] 李艳波. 最高人民法院 12 月 4 日公布婚姻家庭纠纷典型案例 [EB/OL]. <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>, 2015-12-04.

[2] 吴海强. 论欺诈性抚养的法律救济 [EB/OL]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2008/02/id/288098.shtml#rd>, 2008-02-13.

[3] 香卉辉, 李方芳. 厦门亲子鉴定数平均每天在 3 例以上 5% 非亲生 [EB/OL]. <http://fj.qq.com/a/20141023/007243.htm>, 2014-10-23.

[4] 吴国平. 有抚养关系的继父母子女关系的认定及其继承权问题 [J] 中华女子学院学报, 2015, (5).

[5] 陈苇. 外国婚姻家庭法比较研究 [M]. 北京: 群众出版社, 2006.

[6] 吴国平, 张影. 婚姻家庭法原理与实务(第三版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013. [7] 杨立新. 民法判解研究与适用 [M]. 北京: 中国检察出版社, 1994. 375.

[8] 胡浩. 全面两孩落地在即代孕等问题受关注 [N] 人民法院报, 2015-12-26(6).

[9] 蔡军如. 欺诈性抚养关系的法律界定及其处理原则 [EB/OL]. <http://court.gmw.cn/html/article/2013/09/23/137886.shtml#rd> sukey = fc78a68049a14bb25b5118f6b98e39ae830146e7d6fa757c722b81af7a601bbeb273887758529ec32904371e262bccbc, 2013-02-23.

[10] 李健. 欺诈性抚养关系的法律认定 [EB/OL]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2012/07/id/535020.shtml#rd>, 2012-08-06.

[11] 王春霞, 罗书臻. 家事审判改革为相关立法提供实践依据[N]. 人民法院报, 2016-03-03(1).

[12] 陈朝晖, 翁德辉. 困境与突破: 离婚损害赔偿难的破解路径探究[J]. 海峡法学, 2015, (4): 78-

87.

人大复印报刊资料《民商法学》2016年第9期资料索引 (婚姻家庭法、继承法部分)

中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第9期

婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录, 如欲查找引用, 请务必核对原刊。

全文索引

未成年人监护制度演进规律与现实走向/曹诗权/中华女子学院学报, 2016. 2. 5~18 未成年人监护的实证考察与制度反思/但淑华, 黄晶/中华女子学院学报, 2016. 2. 19~26

婚姻家庭法

论非婚生子女认领制度/刘海彬/呼伦贝尔学院学报, 2016. 2. 80~83, 95

论非婚同居中弱者权益的法律保护/廖汉伟//福建工程学院学报(福州), 2016. 2. 132~136

《婚姻法》司法解释(三)对我国女大学生婚姻观的影响: 以贵阳某高校为例/郭艳芳//贵州警官职业学院学报(贵阳), 2016. 3. 125~129

《反家庭暴力法》的立法选择与实践难题/覃李慧//山西高等学校社会科学学报(太原), 2016. 6. 53~57

附身份财产法律行为应优先适用身份法/马杰, 肖长伟//人民司法(京), 2016. 17. 59~62

登记离婚制度实施中儿童权益保障情况实证调查研究/陈苇, 石雷, 张维仑//西南政法大学学报(重庆), 2016. 1. 113~121

论社会转型背景下农村留守老人权益的保障/林云飞//许昌学院学报, 2016. 3. 129—132

我国老年人监护评价机构的构建: 基于美国的经验与启示/黄琴//四川理工学院学报: 社会科学版(自贡), 2016. 3. 39—50

离婚后未成年人监护制度的完善/莫建建, 高建勋//三明学院学报, 2016. 3. 51~56

继承法

论尊重被继承人意志原则在继承法中的定位/郑倩//求是学刊(哈尔滨), 2016. 3. 100~106

法定继承中遗产分割纠纷的时效限制/杜志红//河北法学(石家庄), 2016. 6. 148~160

“泸州遗赠案”的利益衡量方法透视/石毕凡//河南社会科学(郑州), 2016. 4. 18~24

遗产分割补偿协议纳入继承权公证的机制探寻/刘娟//中国公证(京), 2016. 3. 50—53

论我国遗产酌给请求权的立法现状及完善建议/袁翠清//河南司法警官职业学院学报(郑州), 2016. 2. 79~81

完善我国未成年人监护立法的思考

《理论探索》2016年第4期 曹思婕

(基金项目) 国家教育部项目“以保障儿童人权为导向建构国家监护制度”(14JJD820017), 负责人夏吟兰。

曹思婕(1985-), 女, 中国政法大学民商法博士, 主要研究方向为民法, 婚姻家庭法。

〔摘要〕 当前, 我国未成年人监护面临需要立法回应的突出问题: 未成年人遭受监护人侵害问题需要通过完善立法提供保障, 留守儿童面临的监护缺失需要通过完善立法填补, 新型父母子女关系下的监护权归属需要通过完善立法加以明确。未成年人监护的立法缺失主要包括: 立法理念滞后, 体系体例散乱, 具体规定存在缺陷。完善未成年人监护立法, 应实现未成年人监护立法理念的转变, 形成完整统一的未成年人监护法律体系, 充实丰富未成年人监护立法的具体内容。

〔关键词〕 未成年人监护, 国家公权力, 监护人职责, 监护监督

监护起源于罗马法, 是一项古老的法律制度, 但在我国, 作为一项正式法律制度, 只有一百余年的历史。我国古代把父母将未成年子女托付给他人照顾的行为称为托孤, 不过, 这仅仅是一种民间习俗, 并没有上升到国家法层面。1903年, 汪荣宝、叶澜编纂的辞书《新尔雅》, 在“民法”类词条中使用了“后见人”一词, (1) 32 其含义与对未成年人的监护相近。直到1911年, 监护才第一次出现于清民草案, 随即《国民律草案》和《中华民国民法》开始沿用这一称谓, 标志着中国近代民法中正式确立起监护制度。改革开放以来, 一九八六年第六届全国人民代表

大会第四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》第二章第二节对监护做了专门规定，(2) 65 其中未成年人监护制度体现在第 16 条。从此，针对未成年人监护的立法保持了三十年不变。未成年人监护制度的设立不仅关涉未成年人健康成长，而且蕴含着国家尊重和保障人权的宪法要求。当前，我国的家庭结构，未成年人的生存发展环境，对未成年人保护的诉求，都发生了新变化，现行的未成年监护立法与保护未成年人的理念和现实要求越来越不适应，在此背景下，完善未成年人监护立法已成为一项迫切任务。

一、未成年人监护面临的主要现实问题

近年来，农村留守儿童面临的监护缺位问题，未成年人不断遭受侵害的案例，由代孕引发的新型父母子女关系下监护权的归属问题，不但成为突出的社会问题，引起政府和社会各界的广泛关注，而且急切需要通过完善立法加以回应。

(一) 未成年人遭受监护人侵害问题需要通过完善立法提供保障

现实生活中，我国相当程度地存在着由于未成年人的监护人不履行监护职责致使未成年人的身心受到严重伤害的问题，这一问题近年来尤为突出。其中，最让人痛心的莫过于“南京虐童案”，该案被公之于众后立即引发社会的强烈关注。但该案绝非个例，近年来，未成年人遭受监护人虐待、遗弃、侵害的案例不断被媒体曝光：如 10 岁男孩被继父关羊圈 3 年案、1 岁女婴被后妈虐待致死案、父母动用铁链“管教”女儿等等。根据我国现行法律规定，未成年人的监护人作为承担保护、照顾、教育和关爱未成年子女的义务人，应当是子女利益最直接的维护者。但残酷的现实是，未成年人的监护人歧视、虐待、侵害、遗弃未成年人甚至剥夺未成年人生命的案例时有发生。有的未成年人的监护人并没有把未成年子女置于与自己平等的地位，没有把未成年子女视为独立的权利主体；有的未成年人的监护人对未成年子女没有履行应有的尊重、照顾和保护义务，相反却将未成年子女视为自己的私人物品，肆意打骂、侮辱、欺骗、遗弃，导致未成年子女身心遭受极大的摧残。未成年人受到监护人侵害逐渐增多的事实让我们深思：未成年人的监护职责如何才能得到切实有效的落实，在监护不力的情形出现时怎样才能最大限度地保护未成年人的最佳利益等。事实证明，监护不力对未成年人造成的伤害有时甚至比监护缺位更为可怕、令人堪忧。造成未成年人遭受监护人侵害的原因固然复杂，但现行立法的监督机制不具体，监护人不履行监护职责的制裁措施不明确，导致未成年人长期忍受监护不力的侵害而得不到及时有效的救助，无疑是重要原因。为此，十分有必要通过立法，规范和约束未成年人的监护人的监护行为，加大对未成年人监护的监督保障力度。

(二) 留守儿童面临的监护缺失需要通过完善立法填补

留守儿童是指父母双方或一方外出打工或工作，由留在农村的父母一方或祖辈或同辈或其他亲属、朋友作为未成年人的监护人来保护和照顾未成年人。在社会转型的大背景下，越来越多的农村剩余劳动力向大中型城市转移。由于受城乡二元结构的影响，农民工外出打工时，多数情况下会选择把未成年子女留在农村，致使未成年子女处于由他人监护甚至无人监护的状态，这可以说是目前未成年人监护面临的最严重的现实问题。全国妇联 2013 年 5 月发布的《中国农村留守儿童、城乡流动儿童状况研究报告》，根据《中国 2010 年第六次人口普查资料》样本数据推算，全国有农村留守儿童 6102.55 万，占农村儿童 37.7%，占全国儿童 21.88%。与 2005 年全国 1% 抽样调查估算数据相比，五年间全国农村留守儿童增加约 242 万。2014 年 5 月，中国青少年研究中心组织实施了“全国农村留守儿童状况调查”，调查在河南省、安徽省、湖南省、江西省、重庆市、贵州省等 6 个劳务输出大省（直辖市）的 12 个县（市、区）进行，共调查四至九年级农村留守儿童 4533 人（占 61.7%）、非留守儿童 2731 人（占 37.2%）。(3) 在此基础上形成的《中国留守儿童心灵状况白皮书（2015 年）》显示，我国 17 岁以下的留守儿童总数约为 6100 万人，其中 15.1% 的孩子一年没有见过父母，4.3% 的孩子甚至和父母已有一年没有联系。(4) 这一系列数据足以说明留守儿童的监护问题是中国社会的独特现象。现实中，对留守儿童的监护主要采取单亲监护、隔代监护、上代监护和同辈监护四种方式，但无论哪种方式的监护都存在着自身无法避免的弊端。这些监护使得留守儿童缺乏父母应有的关怀与爱护，进而造成留守儿童心理和人格的缺陷。有效落实对留守儿童的监护，不仅直接关系到农村未成年人的身心发展，而且影响到中国的教育事业、人才成长和社会进步。目前，学界对留守儿童监护问题的研究还处于起步阶段，相关政策的出台刚刚开始，立法上还是空白。2016 年 2 月 4 日，国务院印发的《关于加强农村留守儿童关爱保护工作的意见》是我国第一部系统保护农村留守儿童的行政文件。该《意见》明确对留守儿童监护以坚持家庭尽责和政府主导作为基本原则，这是国家对留守儿童切身关怀迈出的关键一步，2016 年全国“两会”关于留守儿童监护问题的提案也备受关注。留守儿童的成长理应给予特殊关注，面临的监护缺失急切需要立法回应。

（三）新型父母子女关系下的监护权归属需要通过完善立法加以明确

现代社会生活丰富多彩，家庭关系复杂多样，其中由代孕引发的未成年人监护问题已成为活生生的现实。2015年10月23至24日央视一套的《今日说法》栏目连续播出“私人订制龙凤胎（上、下）”揭示，在上海市闵行区人民法院受理了一场旷日持久的未成年人监护权争夺案。富商（男）突发疾病身亡，留下了一对龙凤胎。富商刚刚过世，其父母与富商妻子便展开了争夺龙凤胎儿女抚养权的“持久战”。这对龙凤胎的身世之谜也在监护权的争夺中层层揭开：事实是富商的两个年仅三岁的孩子竟然不是与其妻所生。孕育孩子的卵子和子宫是由富商的妻子分别购买其他两位女性的卵子和子宫孕育而成，即该对龙凤胎是代孕所生，富商妻子并非这对儿女的生母。与此同时，这对孩子的身上拥有着巨大的遗产份额。因此在富商病逝后，使得富商的妻子和富商的父母竞相争夺这对孩子的监护权。最终，在监护人的选择上，上海市闵行区法院经过实地调查、多重考虑，依照现行民法规定，将这对龙凤胎的监护权判给了富商的父母。关于该案，学者们纷纷发表见解。大多数学者认为该案之所以会引起纠缠不休的孩子监护权的争夺战，主要根源于孩子享有巨额财富，即富商父亲遗留给了两个孩子价值不菲的遗产。如果孩子未享有遗产份额，可能根本无人愿意承担监护责任。但笔者认为，代孕孕育出的子女，无论是存在积极的监护权争夺还是消极的无人监护状况，其监护权本身就是一种新的法律疑难。而代孕孕育的子女必然引发未成年子女的监护权归属问题。随着时代的发展，代孕行为已悄然走入我们的现代生活中。2015年12月27日通过的《中华人民共和国人口与计划生育法修正案》最终删除了“禁止以任何形式实施代孕”，这使得我国目前对于代孕行为的态度处于不加禁止又不予否认的模棱两可的状态。不禁止实施代孕是符合我国国情、现代科技发展和现代家庭生活的现实选择。但代孕不仅仅是简单的生育行为，而且是关涉家庭稳定和人类延续的社会问题。正是由于代孕行为的存在和一定范围内的普及，由此产生的新型父母子女关系，势必对我国现行的未成年人监护制度提出新的挑战。并且其他新类型的父母子女关系也将随着生活的发展和时代的变迁逐渐浮出水面。因此，面对新型父母子女关系，破解监护权困扰，明确监护权归属，是立法应承担的使命。

二、目前未成年人监护立法存在的明显缺陷

回到立法本身，深刻反思我国未成年人监护立法，在立法理念、立法体系和具体规定方面存在的缺失亦应引起必要重视：

（一）立法理念滞后

从现行立法看，一方面，我国对未成年人的监护规定仅停留在对未成年人的照顾层面，法律规定侧重从血缘亲子、亲情人伦的视角规范父母对未成年子女的照顾义务，并没有把实现未成年人利益最大化作为未成年人监护立法的首要目标，全面且适当的监护未成年人。如对于没有父母或父母监护不能的情形，《民法通则》第16条只是笼统地对有监护能力的人担任监护人列出了顺序。该条规定中，一是没有规定究竟何谓监护能力，而监护能力不仅是成为未成年人的监护人的关键条件，而且监护能力的有无以及监护能力的大小是决定监护人优先顺位的关键因素。监护能力规定的疏漏无疑给未成年人监护人资格的认定带来诸多困难。二是排列的监护顺序过于僵化，不仅没有将特殊情形的未成年人指定监护人考虑其中，而且从现实出发，该条规定是否能够切实保障未成年子女的利益并未予以充分考量。因此，该条规定缺乏具体的适用情形和客观的司法判定标准，有“纸上谈兵”之嫌。又如《民法通则》第18条规定了“监护人应当履行监护职责”，《未成年人保护法》第50条规定“公安机关、人民检察院、人民法院以及司法行政部门，应当依法履行职责，在司法活动中保护未成年人的合法权益。”但这些条文都具有极强的概括性，没有规定具体怎样做才是有效的履行职责。监护职责的细化应当是法律对监护范围的明确规定，也是对监护人监护行为的规范和约束。未成年人的监护人的监护职责规定的抽象、模糊，必然导致在未成年人监护的司法实践中很难对“依法履行职责”做出明确且适当的判定。另一方面，我国对于未成年人的监护仍然停留在私法领域，家庭观念、自治意识主宰和贯穿着整个未成年人监护的立法。无论是《民法通则》还是《婚姻法》都强调父母及家庭成员对未成年人的职责，忽视了国家和政府对未成年人监护的应有职责。现行立法缺少关于国家监护的规定。未成年人是国家发展、社会延续的不竭动力，国家监护实则是他们健康成长的有力保障。国家有义务和责任成为未成年人监护的隐形力量和最终救济途径。在父母监护、家庭监护缺位或监护不力时，国家机关运用国家公权力履行对未成年人的监护职责是必要且正当的。

（二）体系体例散乱

我国立法关于未成年人监护的规定过于笼统、抽象、分散和简单。到目前为止，从体系体例上看，我国并没有

一部统一的关于未成年人监护的法律，也没有在某一部法律里单列一章专门规定未成年人监护。关于未成年人监护的法律规定主要散见于《民法通则》第二章第二节监护的第16条、第18条的规定和《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）》的相关规定；《中华人民共和国婚姻法》第三章家庭关系的第21、23、26、27、28、29条以及《中华人民共和国未成年人保护法》第二章家庭保护、第三章社会保护、第四章司法保护中的相关规定。从内容上看，现行立法对未成年人监护的规定并不全面、深入、具体、细致。《民法通则》的相关规定仅是原则性的法律条文，主要起倡导性、指引性作用，而《婚姻法》侧重于以家庭关系规定夫妻关系、子女关系以及他她们之间的财产关系和人身关系，对于未成年人监护的具体情形没有涉及。《未成年人保护法》则是从家庭、学校、社会、司法四个方面对未成年人的保护作出规定，有关未成年人的监护没有明确列明。

（三）具体规定存在缺陷

第一，监护种类缺失。依据目前法律规定，未成年人监护有法定监护和指定监护两种。设立这两种监护的目的是为对未成年人进行永久监护。但司法实践一再证明，现有的监护类型已不能满足我国社会的现实需求。如当未成年人暂时没有监护人或当监护人对未成年人造成侵害还未来得及指定适当监护人时，自然需要通过临时监护对未成年人加以保护。南京于2015年出台了困境未成年人寄养家庭评估标准。（5）这正是在我国立法没有明确规定未成年人临时监护的情势下，各地根据具体实践做出的应急措施。又如当未成年人的父母临终前可能因出于保护未成年子女利益的考虑，会做出与法定监护顺序不同的人担任未成年人监护人的意思表示，这种情形尚未被我国法律所承认。但此种做法已经存在于现实生活中，恰恰类似于我国古代的托孤这一监护制度的雏形。第二，未成年人监护缺乏国家公权力的介入。我国现行立法没有国家监护的规定。虽然《民法通则》第16条明确了未成年人住所地的居民委员会、村民委员会对担任监护人有争议时的职责，但根据宪法规定，居民委员会、村民委员会属于基层群众性自治性组织，并不行使国家权力。社会形态的更替发展、人民生活的日益丰富，未成年人的成长与发展已不局限于家庭的看护和照管。未成年人监护也不仅仅是其父母或家族的责任。家庭是社会的基本组成单位，国家有责任为家庭营造和谐的生活氛围，有义务为实现未成年子女的最大利益提供帮助。当现行的未成年人监护立法仍囿于民法领域私法自治的空间时，必然突出针对未成年人监护立法的滞后性。如在我国贫困地区，父母双亡的未成年子女很多时候处于无人监护的境地，即使父母的亲属自愿抚养未成年子女，也因经济困难等客观条件使孩子长期处于监护不力的状态，此种情况势必需要国家履行监护职责。国家公权力介入未成年人监护，并不是要取代家庭或亲属对于未成年子女的保护和照顾，而是当未成年人利益在家庭监护中得不到保障时，国家有权力做出违背父母或家庭成员意愿的决定，给予未成年子女充分的保护以实现他们的最佳利益。第三，未成年人监护监督和责任追究存在立法空白。现行立法对监护人的监护职责并没有采用列举加概括的方式，同时也没有系统的针对未成年人监护人的责任追究机制。未成年人监护监督和责任追究机制对保障未成年人的监护人认真履行职责具有指引、预防、警示和惩罚的作用。《民法通则》第18条规定了监护人的监护职责及民事责任，但仅是笼统的规定。该规定主要起法律的倡导性作用，不能有效规范和约束未成年人监护人的监护行为。一是对于未成年人监护的报告和撤销机制现行立法局限于抽象的法律条文，如《民通意见》第14条、第20条。二是没有规定未成年人的监护人对监护事项的登记与公示制度，这无形中为未成年人的监护人滥用监护权提供了无人监督的空间。并且，现实生活中监护行为本身多种多样、并非千篇一律，监护人的监护行为是否有利于未成年人的利益需要个案分析，现行的法律规定对监护人侵权行为的认定缺乏一般的客观标准，使得监护职责是否适当履行的司法案件更多的由法官通过行使自由裁量权予以衡量。缺少对监护行为的监督和监护人的责任追究机制，给未成年人监护不力、监护中的侵权埋下了隐患，直至导致一些未成年人辍学出走、流浪乞讨、违法犯罪的残酷现实。

三、完善未成年人监护立法的基本思路

法律的发展应该与社会的发展进步相适应。针对我国未成年人监护面临的突出现实问题和立法缺失，笔者提出如下完善立法建议：

（一）实现未成年人监护立法理念的转变

完善未成年人监护立法的基本前提是要树立尊重未成年被监护人意愿和利益的立法理念，充分体现子女本位的思想。监护人不仅要做到对未成年人的照顾和保护，而且要实现未成年人的利益最大化。无论监护人的选任、监护人监护行为的适当性标准、监护事务执行的范围，还是监护监督机构的设立、监护监督报告机制的建立等都应该以保

护和实现未成年人的最佳利益为核心。基于此，在立法理念上，要实现从对未成年人的基本照顾到未成年人利益最大化的转变；从全部依赖于家庭监护转向以家庭监护为主、政府监护为辅；从注重财产监护转变为兼顾身心健康与财产管理；从侧重基层组织的义务履行转变为确立国家责任的政府职能；从依赖收养关系转向全面健全监护体系。总之，未成年人监护只有突破私法领域的束缚，以实现未成年人的最佳利益为原则，建立人权保障的现代未成年人监护立法理念，才能从根本上全面构建我国的未成年人监护制度体系，系统有效地回应未成年人监护面临的现实难题。

（二）形成完整统一的未成年人监护法律体系

目前，我国民法学界对未成年人监护立法的体例编排见仁见智，大致分为两种意见：一种意见是：将未成年人监护全部纳入民法典中的总则编中。坚持此种意见的理由是：沿袭原有《民法通则》的立法体系，易于认同和理解。现行监护制度主要体现在《民法通则》第二章里，而未成年人监护作为监护的一种形式，由民法典统一调整保持了监护制度的系统化，若将未成年人监护纳入婚姻法中则太过庞大。另一种意见是：通过民法典的总则编规定监护的共性内容，其中包括未成年人监护的原则性规定，而未成年人监护立法的具体内容则由婚姻法详细规定。未成年人监护立法要形成民法典总则编和婚姻法科学分工、有机互补、有序结合、统一协调的架构。笔者赞同此观点。具体来说，民法典总则编中的监护制度应当规定最基本的内容：即监护的概念、原则、监护人与被监护人的法律关系；监护人的权利；监护人的义务；监护的分类设立（包括监护能力）；监护人的变更与撤销；监护终止；监护人职责以及监护监督。而有关未成年人监护的具体规定应全部纳入婚姻法。民法典总则编和婚姻法共同规定未成年人监护制度有诸多优势：一是在婚姻家庭法回归民法典的大趋势下，监护制度必然在民法典的民法总则中有所体现。但目前我国的婚姻家庭法律制度并不完善，许多内容有待制定和充实，未成年人监护作为特殊身份权制度的具体体现和家庭人伦理念的缩影，是其中之一。二是突显婚姻法的亲子关系特质。民法虽博大精深但不能包罗万象、事无巨细。未成年人监护是我国监护制度的重要组成部分，它既蕴含着监护制度的共性又有其自身的独特性，将其完全纳入民法典总则编，与总则篇的基本定位不相协调。相反，由婚姻法规定未成年人监护制度可以具体体现出婚姻家庭关系中亲子关系的特质，是恰如其分的明智选择。三是强调未成年人监护制度的重要地位。在婚姻法中具体规定未成年人监护制度，不但有利于我国未来未成年人监护制度的完善和发展，而且使得我国监护制度的整体编排井然有序、详略得当。

（三）充实丰富未成年人监护立法的具体内容

其一，构建全面系统的未成年人监护类型。应在保留原有的未成年人监护类型的基础上，增设临时监护和遗嘱监护，增设这两种监护类型既是适应当今世界未成年人监护制度发展的必然要求，也是对目前我国社会特别是农村留守儿童监护缺失的填补和对监护不力的纠正。临时监护是指当未成年人的监护出现监护缺失或监护不力时及时指定、选任监护人或在法律规定的情形下由相关机构如学校等担任未成年人的临时监护人。遗嘱监护是指未成年人的监护人以设立遗嘱的方式为未成年人指定监护人，通常是父母为其子女以合法有效的遗嘱指定监护人。临时监护的设立，要充分发挥民政部门的职责，赋予民政部门在全国各地统一设立承担未成年人临时监护职责的儿童临时监护所等，给流离失所的儿童或暂时失去监护人的孩子设置一个安全、信赖的场所，把他们遭受的侵害减少到最小程度，让他们真切感受到社会的关怀，这也是国家责任在未成年人监护中的具体体现。遗嘱监护的设立，可以在汲取我国古代托孤这一民间习俗的优点和借鉴国外如法国、德国、日本、美国遗嘱监护有益经验的基础上，制定适合我国实际的遗嘱监护制度。未成年人监护类型中，遗嘱监护多数是父母对自己未成年子女善意履行最后的人身财产照顾义务的方式，也是亲子关系的一种表现形式，它会日益成为我国家庭关系中对未成年人保护和照顾的重要形式。其二，尽快完善代孕关系的监护立法，建立健全制约、监管机制。代孕关系下的未成年人监护制度应当在明确代孕合法形式和合法程序的前提下，以保护未成年子女最佳利益为指导原则来权衡监护权的归属。在监护权难以确定的情形下应发挥国家公权力的介入作用，以充分保护未成年子女的权益。在法律明确禁止以非法获利为目的的代孕行为的同时，对代孕行为加以规范化、合法化，不仅是确保不能生育的父母依法实现自己的生育权，行使自己的监护权的有效途径，更是法律维护安定的社会秩序和实现人类繁衍的重要之举。其三，适当引入国家监护。毫无疑问，家庭监

护始终是人类社会保护和照顾未成年人的普遍形态，但适应未成年人监护制度发展的世界潮流，我国应当在充分尊重家庭自治的前提下，适当引入国家监护，发挥政府对未成年人的保护功能。现代未成年人监护制度是实现了从传统家庭本位向家庭本位为主、兼顾国家责任转变的制度，也是从私法自治向公法适度介入转变的制度。在英国，英国衡平法就有关于“国家是少年儿童最高监护人”的理念和相关判例。在法国，自20世纪60年代以后，逐步确立起国家监护制度以解决亲属监护的不足。在德国，已经开辟了社会化、公法化的未成年人监护道路。在美国，未成年人更是处于国家监护的严格保护之下。(6)根据《纽约家事法院法》(FCA)第10条规定：儿童保护程序的目的是要建立帮助儿童免除伤害或虐待，并帮助保护儿童身体、心理和情感健康的程序。其目的是为了提供适当的法律程序，以确定在何种情况下，国家可以通过其家事法院代表儿童利益进行违背父母意志的干预，以适当满足儿童利益的需要。(7)美国对未成年人的国家监护规定的详略得当，对国家介入家庭监护的时间、情形和目标予以全面考虑，力求在法律层面严格约束未成年人的监护人的行为，以最大程度的保护未成年人利益。鉴于世界各国对未成年人国家监护的成功经验，应对现实生活中未成年人监护面临的种种问题，我国应当加强公权力对未成年人监护的渗透与介入，确保在家庭监护不能维护未成年人最佳利益时及时弥补监护缺位或监护不力。为此，应当增加规定国家介入家庭监护的情形，采用列举加概括的方式明确国家介入的方式，要明确规定只有在法律允许的情况下，国家才能介入家庭监护。家庭监护的首位责任和国家监护的补充责任，让国家监护切实在家庭监护缺位时能够及时给予补充和帮助。其四，加快建立未成年人监护监督机制。纵观世界各国，如法国的亲属会议，德国的监护法院，日本的家庭法院，澳大利亚家庭法院设立的儿童法庭等，都设有对未成年人监护人履行职责的专门机构，对保护未成年人起到了明显的督促监管作用。由于我国现行的未成年人监护制度缺少监督机构的监督，不可避免的造成监护人因怠于行使监护权或滥用监护权给未成年人造成损害。设立监护监督人，明确监督机构督促未成年人的监护人忠实、审慎的履行监护义务的具体法律措施，包括未成年人的监护人向监督机构做定期和不定期的报告义务，对监护事项的登记与公示制度，对监护不力的责任惩罚机制等，这样，监护人对被监护人的财产管理就能达到同管理自己财产相同的注意义务，对被监护人的人身保护达到足以使其免受侵害的监护义务。监护监督机制应成为我国未成年人监护法律制度不可缺少的一部分。为此应考虑：一方面设立专门的监督机构，如在全国人大权益部内部设置未成年人权益保护处，其职责之一就是监督和保障未成年人的监护人认真履行监护职责。另一方面应明确规定现有国家机构承担起监督未成年人的监护人履行监护职责，如代表国家权威性的司法机关检察院作为未成年人监护的监督机构，妇联部门和民政部门作为辅助监督机构，共同构建起全国性的未成年人监护的监督机制。

总体观之，未成年人监护立法的完善不仅涉及家庭责任，更是国家责任的法律体现，是当前我国法治建设必然面对的现实问题。在国家立法弊端不断暴露的情况下，与时俱进地构建未成年人监护立法，制定和完善科学的未成年人监护立法，已成为一项包含在民法典和婚姻法中的重要立法任务。未成年人监护的立法完善，必将有利于我国人权保障的实现，有利于家庭的和睦、人际关系的和谐、社会的团结友爱。因此，我们急切期盼加快完善未成年人监护立法的步伐，切实建立起以保护未成年人最佳利益为基础的，以现代监护理念为导向的科学的未成年人监护制度。

参考文献：

- (1) 汪荣宝，叶澜编.新尔雅(M).上海：上海文明书局，1906.
- (2) 江平.民法学(M).北京：中国政法大学出版社，2011.
- (3) “2015年中国农村留守儿童现状调查报告”，载<http://bg.yjbys.com/diaochabaogao/19840.html>.
- (4) “‘致2016中国教育’：留守儿童需要可感触到的家”，载http://www.edu.cn/edu/ji_chu/ji_jiao_zhuan_ti/liushouertong/201512/t20151230_1353044.shtml.
- (5) “困境儿童需要一个临时庇护所”，载http://news.xinhuanet.com/comments/2015-06/30/c_1115766350.htm.
- (6) 王亚利.我国未成年人监护事务中的国家责任(J).宁夏社会科学，2014(1).
- (7) WORKING GROUP THREE, Shawndra Jones, Reporter, State Intervention in the Family: Child Protective Proceedings and Termination of Parental Rights, 40 Colum. J.L. & Soc. Probs. 485 2006-2007, <http://heionline.org>.

“中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会 暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会”隆重召开

2016-10-18 中国法学会婚姻法学研究会

2016年10月15-16日，由中国法学会婚姻法学研究会主办，中央民族大学法学院承办的“中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会”在北京友谊宾馆隆重召开。来自全国各地法学院校、科研机构、法律实务部门的160多名专家学者出席了本次会议。



主席台全景

开幕式由中国法学会婚姻法学研究会第七届理事会常务副会长龙翼飞教授主持。中国法学会党组成员、副会长、学术委员会主任张文显教授、中央民族大学副校长石亚洲教授和中央民族大学法学院院长张泽涛教授等领导到会并致辞。张文显副会长充分肯定了婚姻法学研究会5年来所取得的工作成绩，并对研究会今后的工作提出了殷切的期望。

之后，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授代表第七届常务理事会向大会做2011-2016年工作报告。

中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会由婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授主持召开。中国法学会研究部刘海燕副处长宣读了中国法学会同意学会换届的批复文件。中国法学会婚姻法学研究会第七届理事会副会长兼秘书长李明舜教授宣读了学会换届方案和章程修改说明，与会代表审议通过了《中国法学会婚姻法学研究会章程(修正案)》和换届选举办法。代表大会选举产生了中国法学会婚姻法学研究会第八届理事会理事。第八届理事会会议选举产生了常务理事和负责人。夏吟兰教授和龙翼飞教授分别当选为第八届理事会会长和常务副会长，马忆南教授等十二人当选为研究会副会长，林建军教授当选为研究会秘书长。第八届理事会还决定聘任巫昌祯教授和刘素萍教授为研究会名誉会长，张贤钰教授等为研究会顾问，雷明光教授等为研究会副秘书长。

本次大会的学术研讨重点是民法典婚姻家庭编立法相关问题。在10月15日上午的全体大会上，由中国法学会婚姻法学研究会副会长曹诗权教授主持，《民法典》婚姻家庭编八个起草小组，即通则组、结婚组、夫妻人身关系组、夫妻财产关系组、亲权组、监护组、收养组和离婚组分别介绍了前期研究情况和立法完善要点。当天下午，全体会议代表分为六组，围绕婚姻法相关条文和立法完善要点问题进行了积极热烈、充分深入的专题研讨。10月16日上午，在中国法学会婚姻法学研究会副会长郭兵院长的主持下，各小组代表向大会汇报了各自讨论的情况与主要观点。

本次研讨会还举行了《中华人民共和国国家事法评注》丛书新书首发式。该套丛书是中国法学会婚姻法学研究会为进一步扩大学术影响力及学术引领作用，促进家事法的学科发展，与厦门大学出版社共同策划、组织出版的中国大陆首套借鉴德国法典评注体例的高端学术精品，共计11卷。此次面世的为《婚姻法评注总则》、《婚姻法评注救助措施与法律责任》和《收养法评注》3卷，其余8卷也将于近期陆续出版。

“家事法苑”团队奉献



新书发布仪式

闭幕式由中国法学会婚姻法学研究会副会长李明舜教授主持，中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授致闭幕词。中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会取得圆满成功，胜利闭幕。

中国法学会婚姻法学研究会第八届理事会名誉会长、顾问名单

名誉会长：

巫昌桢：中国政法大学教授、博导

刘素萍：中国人民大学教授

顾 问：

张贤钰：华东政法大学教授

陈明侠：中国社会科学院法学所研究员

夏 珍：山西大学教授

扈纪华：原全国人大法工委民法室巡视员

中国法学会婚姻法学研究会第八届理事会会长、副会长、秘书长、副秘书长名单

会长

夏吟兰 女 中国政法大学教授、博导

常务副会长

龙翼飞 男 中国人民大学教授、博导

副会长（按姓氏笔画排列）

姓名 性别 单位 职务/职称

马忆南	女	北京大学	教授
王歌雅	女	黑龙江大学	教授、博导
兰青	女	全国妇联权益部	副部长
李明舜	男	中华女子学院	党委书记、教授
李洪祥	男	吉林大学	教授
杨遂全	男	四川大学	教授
张学军	男	苏州大学	教授
陈苇	女	西南政法大学	教授、博导
郭兵	男	江西省高级人民法院	副院长
曹诗权	男	中国人民公安大学	校长、教授
蒋月	女	厦门大学	教授、博导
薛宁兰	女	中国社科院法学所社会法室	研究员、博导

秘书长

林建军 女 中华女子学院 教授

副秘书长（按姓氏笔画排列）

陈汉 男 中国政法大学 副教授

但淑华 女 中华女子学院 讲师、博士

雷明光 男 中央民族大学 教授

中国法学会婚姻法学研究会第八届理事会常务理事名单

（按姓氏笔画排列兼顾所在单位）

姓名 性别 单位 职称/职务

1	丁慧	女	辽宁师范大学法学院	院长、教授
2	于静	女	广州市社会科学院政治法律研究所	研究员
3	马忆南	女	北京大学	教授
4	王洪	男	西南政法大学	教授
5	陈苇	女	西南政法大学	教授
6	王丽萍	女	山东大学法学院	教授
7	王歌雅	女	黑龙江大学	教授
8	叶英萍	女	海南大学法学院	副院长、教授
9	兰青	女	全国妇联权益部	副部长
10	朱春涛	男	北京高院民一庭	庭长
11	龙翼飞	男	中国人民大学	副院长、教授
12	孙若军	女	中国人民大学	副教授
13	刘淑芬	女	贵州大学	教授
14	许莉	女	华东政法大学	教授
15	李霞	女	华东政法大学	教授

“家事法苑”团队奉献

16	李秀华	女	扬州大学	教授
17	李明舜	男	中华女子学院	党委书记、教授
18	林建军	女	中华女子学院	教授
19	李洪祥	男	吉林大学	教授
20	宋鱼水	女	北京知识产权法院	副院长
21	宋豫	女	重庆工商大学	教授
22	吴国平	男	福建江夏学院	教授
23	吴晓芳	女	最高人民法院民一庭	法官
24	何丽新	女	厦门大学	教授
25	蒋月	女	厦门大学	教授
26	何俊萍	女	中国政法大学	教授
27	夏吟兰	女	中国政法大学	教授
28	杨遂全	男	四川大学	教授
29	杨晓林	男	北京天驰君泰律师事务所	律师
30	张伟	男	西北政法大学	教授
31	张学军	男	苏州大学	教授
32	张竞芳	女	郑州大学	教授
33	卓冬青	女	中山大学	副教授
34	胡宝珍	女	福建警察学院	教授
35	徐涤宇	男	中南财经政法大学法学院	院长、教授
36	郭兵	男	江西省高级人民法院	副院长
37	曹诗权	男	中国人民公安大学	校长、教授
38	程啸	男	清华大学法学院	教授
39	雷明光	男	中央民族大学	教授
40	薛宁兰	女	中国社科院法学所社会法室	研究员
41	薛峰	男	北京市东城区人民法院	副院长

中国法学会婚姻法学研究会第八届理事会

理事名单

(按姓氏笔画排列同时兼顾单位)

	姓名	性别	单位	职务/职称/学历
1	丁慧	女	辽宁师范大学	教授
2	刘耀东	男	辽宁师范大学	讲师、博士
3	李春斌	男	辽宁师范大学	副教授
4	于晶	女	中国青年政治学院	副教授
5	于晓丽	女	济南大学	副教授
6	于晓琪	女	苏州大学	教授
7	张学军	男	苏州大学	教授
8	于静	女	广州市社会科学院政治法律研究所	研究员
9	马忆南	女	北京大学	教授
10	贺剑	男	北京大学	副教授
11	马齐林	男	浙江工商大学	教授
12	贺丹青	女	浙江工商大学	副教授
13	马钰凤	女	西北政法大学	副教授

“家事法苑”团队奉献

14	陈凌云	女	西北政法大学	副教授
15	郝佳	女	西北政法大学	讲师、博士
16	张伟	男	西北政法大学	教授
17	赵江红	女	西北政法大学	副教授
18	马海霞	女	华北水利学院	副教授
19	王洪	男	西南政法大学	教授
20	朱凡	女	西南政法大学	副教授
21	张华贵	女	西南政法大学	副教授
22	陈苇	女	西南政法大学	教授
23	张力	男	西南政法大学	教授
24	王婷	女	湖北大学政治与公共管理学院	副教授
25	王薇	女	广东省君政律师事务所	律师
26	王东坤	女	大连市妇联权益部	部长
27	王礼仁	男	湖北省宜昌市中级人民法院	高级法官
28	王竹青	女	北京科技大学	副教授
29	王丽萍	女	山东大学法学院	教授
30	王丽霞	女	北京市委党校 北京万路律师事务所	副教授 律师
31	李铁牛	男	北京市委党校《新视野》编辑部	副主任
32	王晓玫	女	北京社会管理职业学院	教授
33	王葆蔚	男	湖南师范大学	副教授
34	王勤芳	女	厦门市集美大学	教授
35	王歌雅	女	黑龙江大学	教授
36	李幡	男	黑龙江大学	副教授
37	孔令苇	女	南开大学法学院	副教授
38	邓丽	女	中国社会科学院法学研究所	副研究员
39	薛宁兰	女	中国社会科学院法学研究所	研究员
40	毋国平	男	山西大学	讲师、博士
41	张翼杰	女	山西大学	副教授
42	任凤莲	女	山西大学	副教授
43	石婷	女	重庆医科大学思想政治教育学院	讲师、博士
44	龙翼飞	男	中国人民大学	教授
45	孙若军	女	中国人民大学	副教授
46	朱岩	男	中国人民大学	教授
47	孙晓屏	女	复旦大学法学院	副教授
48	叶英萍	女	海南大学法学院	教授
49	田晓梅	女	重庆市高级人民法院民一庭	副庭长
50	田韶华	女	河北经贸大学	教授
51	付翠英	女	北京航空航天大学	教授
52	白洁	女	新疆大学	教授
53	冯源	女	天津师范大学法学院	讲师、博士
54	杨金颖	女	天津师范大学研究生院	副教授
55	兰青	女	全国妇联权益部	副部长

“家事法苑”团队奉献

56	司丹	女	哈尔滨商业大学	讲师、博士
57	吉朝琰	女	石家庄学院	教授
58	吕春娟	女	兰州财经大学	教授
59	朱春涛	男	北京市高院人民法院	庭长
60	肖菲	女	北京市高级人民法院	法官
61	唐亮	男	北京市高级人民法院	副庭长
62	任江	男	哈尔滨理工大学	博士
63	任瑞英	女	山西省政法管理干部学院	副教授
64	邬砚	男	重庆市沙坪坝区人民法院	副院长
65	刘国华	男	江西公安专科学校	副教授
66	刘征峰	男	中南财经政法大学	讲师、博士
67	孟令志	女	中南财经政法大学	教授
68	徐涤宇	男	中南财经政法大学	教授
69	刘洋	女	北京市第二中级人民法院 妇女维权合议庭	法官
70	刘淑芬	女	贵州大学	教授
71	刘蓓	女	长春工业大学	副教授
72	许莉	女	华东政法学院	教授
73	李霞	女	华东政法大学	教授
74	李红玲	女	华东政法大学	副教授
75	李莹	女	北京源众性别发展中心	律师
76	李鹃	女	山西警官高等专科学校	高级警官
77	李云波	男	扬州大学	副教授
78	李秀华	女	扬州大学	教授
79	蔡养军	男	扬州大学	副教授
80	李明舜	男	中华女子学院	教授
81	但淑华	女	中华女子学院	讲师、博士
82	林建军	女	中华女子学院	教授
83	李洪祥	男	吉林大学	教授
84	曹险峰	男	吉林大学	教授
85	孙良国	男	吉林大学	教授
86	李艳梅	女	华南农业大学	教授
87	李银柱	男	河南安阳中级人民法院民庭	副庭长
88	杨晋玲	女	云南大学	教授
89	杨晓林	男	北京市天驰君泰律师事务所	律师
90	杨遂全	男	四川大学	教授
91	张晓远	男	四川大学	副教授
92	张竞芳	女	郑州大学	教授
93	吴萍	女	江西财经大学	教授
94	吴燕	女	内蒙古包头市东河区人民法院	副院长
95	吴国平	男	福建江夏学院	教授
96	吴晓芳	女	最高人民法院民一庭	法官
97	肖峰	男	最高人民法院民一庭	法官

“家事法苑”团队奉献

98	何丽新	女	厦门大学	教授
99	蒋月	女	厦门大学	教授
100	何俊萍	女	中国政法大学	教授
101	陈汉	男	中国政法大学	副教授
102	金眉	女	中国政法大学	教授
103	夏吟兰	女	中国政法大学	教授
104	邹杨	女	东北财经大学	教授
105	宋鱼水	女	北京市知识产权法院	副院长
106	宋豫	女	重庆工商大学	教授
107	张玉萍	女	淮海工学院	副教授
108	张立新	女	全国总工会	研究员
109	张凌寒	女	东北师范大学	副教授
110	张雪方	女	重庆市第五中级人民法院 少年审判庭	副庭长
111	张雅维	女	山东女子学院	教授
112	张燕玲	女	南京大学	副教授
113	陈爱武	女	南京师范大学	教授
114	赵莉	女	南京师范大学	副教授
115	邵世星	男	国家检察官学院	教授
116	赵玉	女	国家检察官学院	副教授
117	卓冬青	女	中山大学	副教授
118	鲁英	女	中山大学 广东公尚律师事务所	副教授 律师
119	罗思荣	男	杭州师范大学	教授
120	魏小军	男	杭州师范大学	副教授
121	周凯	男	中国传媒大学	副教授
122	郑净方	女	福建闽江学院法律系	讲师、博士
123	赵玉玲	女	陕西省高级人民法院民一庭	庭长
124	赵华明	男	辽宁公安司法管理干部学院	教授
125	赵秀荣	女	河南科技大学	副教授
126	赵霖	女	贵州省电大	教授
127	郝艳梅	女	内蒙古财经大学	副教授
128	郝惠珍	女	盈科律师事务所	律师
129	胡宝珍	女	福建警察学院	教授
130	胡晓涛	女	南京审计大学	副教授
131	柯直	男	浙江乾衡律师事务所	主任
132	姜虹	女	北京人民警察学院	副教授
133	姜海顺	女	延边大学	教授
134	袁敏殊	女	安徽大学	副教授
135	贾明军	男	上海沪家律师事务所	律师
136	夏正芳	女	江苏省高级人民法院民二庭	副庭长
137	郭兵	男	江西省高级人民法院	副院长
138	海棠	女	内蒙古大学	副教授

“家事法苑”团队奉献

139	曹贤信	男	江西赣江师范大学	副教授
140	曹诗权	男	中国人民公安大学	校长、教授
141	刘文	女	中国人民公安大学	教授
142	吴才毓	女	中国人民公安大学	讲师、博士
143	梁伟	男	长春市中级人民法院民二庭	副庭长、四级法官
144	隋悦	女	中共吉林省委党校、省妇干校	教授
145	董彪	男	北京工商大学	副教授
146	韩志才	男	安徽池州学院	副教授
147	程啸	男	清华大学	教授
148	焦淑敏	女	辽宁大学	副教授
149	雷明光	男	中央民族大学	教授
150	朱芸阳	女	中央民族大学	副教授
151	陈群峰	女	中央民族大学	教授
152	唐勇	男	中央民族大学	副教授
153	雷春红	女	浙江工业大学之江学院	副教授
154	裴桦	女	大连海事大学	教授
155	廖继红	女	贵州民族大学	副教授
156	阚凯	女	大连医科大学	副教授
157	谭芳	女	上海市华诚律师事务所	高级合伙人、四级律师
158	熊金才	男	汕头大学	教授
159	樊丽君	女	北京化工大学	教授
160	薛峰	男	北京市东城区人民法院	副院长

干扰婚姻关系之侵权责任——老王帮小王立论

2016-10-18 民商案例研究 王泽鉴

编者按

今天下午，王宝强起诉马蓉离婚及马蓉起诉王宝强名誉侵权两个案件将相继在朝阳法院开庭审理。王宝强亲自出庭，神情憔悴。在离婚诉状递交后，王宝强一方新增诉讼请求，要求马蓉支付10万精神抚慰金。

一直以来，王宝强将所有矛头直接指向马蓉，对于干扰其婚姻关系的前经纪人宋喆却避而不谈。小编以为，为了维护宝宝更多的权益，宝宝不妨与宋喆对簿公堂，或许能获得更多的赔偿，在这场离婚闹剧中获得更多的法律支持。看王泽鉴老先生如何帮王宝强宝宝立论。

干扰婚姻关系之侵权责任

王泽鉴

1 判决

11971 年度台上字第 86 号判决

本件上诉人以被上诉人高丽金明知伊夫陈武勇为有配偶之人，竟与之连续相奸，该被上诉人于行为时尚未成年，被上诉人高进步为其法定代理人，依法应与负连带赔偿责任等情，求为命被上诉人连带赔偿新台币 2 万元之判决。原审虽以非财产上之损害，而得请求赔偿金钱者，依第 195 条”之规定，以侵害身体健康、名誉或自由之情形为限。被上诉人高丽金与上诉人之夫陈武勇固有相奸行为，但对上诉人之身体、健康、自由，均无侵害可言，即就名誉而论，依目前社会通常观念，夫与人通奸者，其妻并不因此遭受歧视或讥笑，即其名誉并未受有任何损害云云，而认上诉人之请求非有理由，予以驳回。惟按侵权行为，系指违法以及不当加损害于他人之行为而言，至于所侵害者系何权利，则非所问，又夫妻互负诚实之义务，夫妻之任何一方与人通奸，其法律上之效果，均属相同，要不因社会观念不同而有差别。原法院来注意及此，徒凭上开理由而为不利于上诉人之判决，尚欠允洽。上诉讼首，指摘原判决不当，求予废弃，非无理由。

21971 年度台上字第 498 号判决

“家事法苑”团队奉献

本件上诉人为被上诉人之夫于1968年间与诉外人赖乙茹发生奸情，被上诉人提起告诉旋撤回，至1969年1月间，复公然租屋姘居，续奸如故，乃复由被上诉人提起告诉，终经刑事法院判处上诉人妨害家庭罪刑已告确定，为两造不争之事实，并有卷附刑事判决可稽，兹被上诉人以上诉人之通奸，至伊精神上受有损害，求为命上诉人给付慰藉金新台币5万元之判决。而上诉人则谓，非财产上损害赔偿，以第195条所定身体健康名誉或自由受侵害者为限，被上诉人之此等法益，并未受到侵害，无请求慰藉金之余地，且已于离婚调解中，上诉人认赔被上诉人，15000元，亦不容再事别求云云资为抗辩。按婚姻系以夫妻之共同生活为其目的，配偶应互相协力保持其共同生活之圆满及幸福，而夫妻互守诚实，系为确保其共同生活之圆满安全及幸福之必要条件，故应解为配偶因婚姻契约互负诚实之义务（即贞操义务），如果配偶之一方为不诚实之行动，破坏共同生活之平和及安全及幸福者，则为违背因婚姻契约之义务，而侵害他人之权利，易言之，妇固对夫有守贞之义务，即夫亦对妇亦然，上诉人上开行为，既已违背婚姻义务，侵害被上诉人之权利，其为权利被侵害之救济，依第184条第1项后段规定，仍得请求相当之慰藉金，原审参酌双方地位教育程度经济状况等认以给付慰藉金7000元为相当，两造另案调解离婚事件，于1969年10月6日成立之调解，上诉人愿付被上诉人15,000元，并未叙明关于本件因通奸之损害赔偿费用，故仅得认为赡养费之给付，不得谓被上诉人无再请求本件慰藉金之余地，因而判令上诉人给付被上诉人7000元，于法洵无违背，上诉论旨仍执前情，斤斤指摘，固无可采，至谓依法定财产制，被上诉人无请求权乙节，无论两造间已离婚，就令婚姻关系存续中，被上诉人此项慰藉金，系属被上诉人原有财产，保有其所有权（见第1017条第1项），非不得请求上诉人赔偿，上诉难谓有理。

2 评释

1 问题之说明

婚姻为一男一女以终生共同生活为目的，而为法律所承认之结合，夫妇间互负一定之义务，其中最重要的，是忠实与贞操义务，因此，若配偶之一方违背此项义务而与他人通奸者，除应负刑事责任外，受害者之配偶尚得请求离婚，法有明文，无待详论。然则，配偶之一方若因婚姻关系遭受干扰，致财产上遭受损害或精神蒙受痛苦时，可否向通奸之配偶，尤其是干扰婚姻关系之第三人请求赔偿？此项问题，涉及个人、家庭、社会及伦理道德，各国（地区）规定，甚有差异，即在同一法律体系，学说判例亦时常改变立场，无确定不移之法则可资依循，又因个人价值判断参杂其间，益增其复杂性。

关于前述问题，“现行民法”未设明文，但案例层出不穷，仅能依一般原则，尤其是侵权行为之规定，予以解决。“最高法院”著有甚多判解，其重要者有1952年4月14日民刑庭总会决议，1952年台上字第278号判决，1955年6月7日民刑庭总会决议，以及1966年3月28日民刑庭总会决议。最近1971年度更著有二个判决，分别登载于《“司法院”公报》及《法令月刊》。三度举行民刑庭总会，殆称空前，前后见解，屡有变更，可见问题解决不易。大体言之，判决发展方向，尚称正确，但尚有若干疑义，犹待阐明。

2 婚姻关系之法律性质

首先应该确定的，为配偶之一方违背婚姻忠实义务，是否构成侵权行为，尤其是适用何项规定？欲解答此项问题，必须究明“婚姻关系”之法律性质。1952年台上字第278号判决谓：“‘民-346-法’亲属编实行前之所谓夫权，已为‘现行法’所不采，故与有夫之妇通奸者，除应负刑事责任外，固无所谓侵害他人夫权之可言。惟社会一般观念，如明知为有夫之妇而与之通奸，不得谓非以违背善良风俗方法加损害于人之故意，苟其夫确因此受有财产或非财产上之损害，依第184条第1项后段，自仍得请求赔偿。”此项判决，含有二点见解：（1）夫权为“现行法”所不采，故非属第184条第1项前段所称之权利；（2）“婚姻关系”非系一种权利，因此配偶一方因其配偶与第三人通奸者，无权利受害之可言，仅受第184条第1项后段规定之保护。

中华民族旧有“夫权”观念，以妻为支配之客体，具有束缚或干涉之意义，与现代男女平等之精神不合，应予废弃，一固无庸疑。但若据此而认为婚姻关系不能在夫妇之间建立或媒介一种权利，从而仅能依故意违背善良风俗方法加损害于他人之补充规定，予以保护。亦未免过于保守。夫妻应该彼此尊重，互守忠实义务，而维持共同生活，此种关系对当事人具有重大利益，应受法律保护，而予权利化，此在现代已成为通说，[1]在“现行法”上亦应如此解释，始能维护婚姻制度。

“婚姻关系”之具有权利性质，“最高法院”在后来的判决，已逐渐承认。1966年台上字第2053号判例要旨略谓：“关于侵权行为，第184条第1项规定，以权利之侵害为侵权行为要件之一，故有谓非侵害既存法律体系所

明认之权利，不构成侵权行为。惟同法同条后段规定故意以违背善良风俗之方法加损害于他人者亦同，则侵权行为系指违法及不当加损害于他人之行为而言，至于系侵害何权利，则非所问，而所谓违法以及不当，不仅限于侵害法律明定之权利，即违反保护个人法益之法规或广泛悖反规律社会生活之根本原理的公序良俗者亦同。通奸之足以破坏夫妻间之共同生活，而非法之所许，此从公序良俗之观点可断言，不问所侵害者系何权利，对于配偶之他方应构成共同侵权行为。婚姻系以夫妻之共同生活为目的，配偶应互相协力，保护其共同生活之圆满、安全及幸福，而夫妻互守诚实，系为确保其共同生活之圆满安全及幸福之必要条件，故应解为配偶因婚姻契约而互相诚实之义务，配偶一方行为不诚实而破坏共同生活之圆满及幸福者，即为违反婚姻契约之义务而侵害他方之权利。”1971年台上字第498号判决，亦采同样观点，其全文已引述于前，兹不重赘。

就两个判决内容观之，婚姻关系系一种权利而受法律保护，理论上显有进步，应值赞同。但就适用规定言，1971年台上字第498号判决，仍然引用第184条第1项后段，似又未能贯彻其基本见解。按侵权行为法之体系，系由三个基本类型所构成：（1）权利受侵（第184条第1项前段）。（2）故意以背于善良风俗之方法加损害于他人（第184条第1项后段）。（3）违反保护他人之规定（第184条第2项）。后二者均不以权利受侵害为要件，具有补充之性质，旨在使侵权行为法之体系，臻于完备，因此，既然认为配偶之一方与他人通奸，系侵害配偶他方之权利，自应适用第184条第1项前段，不宜再以同条第1项后段为判决依据。

3 损害赔偿请求权

干扰或妨害婚姻关系，是否构成侵权行为，应负损害赔偿责任，判例学说有采反对说者，其所持理由，无非认为损害赔偿违-348-反婚姻之伦理本质，并使婚姻趋于商业化。[1]在美国若干州，鉴于损害赔偿，尤其是慰抚金，时遭滥用，成为敲诈之工具，曾制定所谓 Anti-Heart-Balm 法案，明文禁止婚姻保护之诉。[2]然依吾人见解，婚姻含有伦理因素，固无疑问，但本身亦为一项法律制度，关系当事人利益至钜，并涉及公益，应受法律之保护。[3]至所谓损害赔偿将使婚姻关系成为商业化，亦属似是而非，“现行法”规定，人格权遭侵害者，被害人得依法律规定，请求损害赔偿或慰抚金（参阅第18条、第195条），损害赔偿不足使人格权成为商业化，要无疑义，婚姻关系亦然。

配偶之一方与第三人通奸，遭受损害之地方配偶，得向该第三人请求损害赔偿，固不生问题，但其能否向通奸之配偶请求，则不无疑问。判例学说有采否定之见解者，认为配偶间此项请求权，违反夫妻共同生活之本质，但台湾地区“最高法院”则采肯定说，认为配偶之一方与通奸之第三人构成共同侵权行为，此项见解较为可采，德国学者有谓，此项损害赔偿在婚姻关系中不得请求，须离婚后始得主张，[1]台湾地区“最高法院”判决似未作此限制。

干扰婚姻关系而生之损害赔偿请求权，其范围若何，“最高法院”认为财产上损害与非财产上损害，均得请求。关于财产上损害之赔偿范围实务上案例尚少，无法详述。德国判决资料丰富，学者论述亦多，可供参考。德国联邦法院最初曾经认为，若确认侵权行为成立，则应赔偿全部损害，否则即不予赔偿。[2]学者对此甚有批评，乃提出各种标准以决定赔偿范围。有谓应依相当因果关系理论，有谓应依法规目的，通说则认为应分别所受损害与所失利益两种情形，前者应予赔偿，后者则不予赔偿，故受害之配偶可得请求者，主要有：（1）侦查通奸事实之费用。（2）通奸子之生产费用。（3）对通奸子之抚养费。（4）撤销通奸子为自己婚生子女之费用。（5）离婚诉讼费。（6）闻悉通奸事实，情绪激动，致身体健康所受之损害。至于所失利益，例如继承期待权，及基于婚姻关系存续所生之财产利益，则不得请求。

4 非财产之损害赔偿与慰抚金

配偶之一方违反婚姻义务而与第三人通奸，侵害他方配偶之权利，构成侵权行为，被害人就精神上之损害，能否请求慰抚金，此在理论上及实务上均甚重要，“最高法院”之见解迭有变更，发展方向实值注意。

1952年4月14日民刑庭总会决议谓：“乙与甲之妻通奸，非侵害甲之名誉权。”同年上字第178号判例谓：“与有夫之妇通奸者……苟其夫确由此受有财产上或非财产上之损害，依第184条第1项后段，自仍得请求赔偿。”1955年6月7日民刑庭总会决议，认为上述决议案与判例并无抵触，妻与人通奸，并无侵害夫之名誉权。1966年3月28日民刑庭总会决议：“甲与己之妻通奸，究系侵害夫之何种权利？乙能否请求精神慰抚金？1952年台上字第278号判例，于此情形，认夫对于非财产上之损害，亦得请求赔偿，但仅说明系适用第184条第1项后段，而未及于同法第195条；1965年台上字第1883号判决，认为人之家室有不受侵害之自由，明知有夫之妇而与之通奸，并不构成侵害夫之亲属权或名誉权，但是否侵害其自由权，非无审究之余地。决议：仍维持以往1952年4月14日

民刑庭总会之决议案。”1971年台上字第498号判决，认为被害人仍得依第184条第1项后段之规定，请求相当之慰抚金。1971年度台上字第86号判决，似认为与人配偶通奸，会构成侵害名誉权，对夫妻双方均有适用之余地。

认为得依第184条第1项后段请求相当之慰抚金，此项观点甚有疑问。按因侵权行为所致之损害，依法益种类而分，计有二种，一为财产上损害，一为非财产上损害（或称精神上损害）。第184条所称之损害，虽包括二者，均得请求回复原状；但非财产上损害得请求慰抚金者，则以有法律特别规定者为限，如第194条、第195条、第979条，及第1056条第2项规定等情形。此外，原则上不得请求慰抚金。所以认为受害之配偶得依第184条第1项后段规定请求慰抚金者，系出于政策上之考虑。盖在通常情形，与有配偶者通奸而造成财产上损害者，究属不多，纵或有之，赔偿数额亦甚微小，故若不使受害人请求相当之慰抚金，则加害人几可不负任何赔偿责任，实不足保护被害人，此项政策考虑，固可赞同，但以第184条第1项后段为请求权基础则欠妥—351—当，目的与方法显不相称，盖依“最高法院”见解，则任何因权利或法益遭受他人以故意背于善良风俗之方法加以侵害时，被害人就其精神上损害，均得请求慰抚金矣。再就“立法政策”言，如此广泛承认慰抚金，是否妥善，亦不无斟酌余地。

1965年台上字第2883号判决，认为有夫之妇与他人通奸，可构成侵害夫之自由权，因为“人之家室有不受侵害之自由”。第195条所称之自由，通常系指身体行动之自由，如此广泛解释，不无研究余地；以此类推，所谓思想自由，免于匮乏自由，免于恐惧自由，均将包括在内，其范围将难以限定，漫无边际。

依吾人见解，赋予慰抚金之适当依据，是第195条之名誉权。配偶与第三人通奸，受害配偶感到悲愤、羞辱、沮丧、受人讥笑或鄙视，可谓为系名誉权遭受侵害，虽非财产上之损害，亦得请求相当之慰抚金。最初判决否认名誉权受侵害之说，但1971年台上字第86号判决似又承认之，并且对夫妻双方均有适用余地，实属正确，应可赞同。

3 结论

与有配偶之人相奸是否侵害他方配偶之权利，尤其是对被害人非财产损害应否支付相当金额之赔偿，在“现行法”上虽未设明文，“最高法院”采取肯定说，但20余年来，见解迭有变[1]郑玉波谓：“自由权乃吾人之活动不受不当的拘束或妨碍之权利也。”（《民法债编总论》，第149页）。史尚宽则采取较广泛之见解：“通说，以自由为身体动作之自由，精神活动之自由亦应包括在内。精神活动之自由，应包括心理活动表达于外部之自由及意思决定之自由。”（《质法总论》，第143页），由是可知，纵采广义解释，亦难认为第195条之自由包括“人之家室不受侵害之自由”在内。

更：先则否认构成侵害名誉权，仅认为系以故意违背善良风俗之方法，加损害于他人，继则认为侵害自由权，然后又认为侵害夫妻圆满生活之权利，最近则有承认侵害名誉权之趋向。固属正确，但始终以第184条第1项后段，作为请求慰抚金之依据，显欠妥当，盖无论就法律文义及体系言，该项规定均不足作为慰抚金之请求权基础。在“现行法”上关于非财产损害得请求相当金钱之赔偿，既以法律有明文规定者为限，因此认为干扰婚姻关系被害人得请求慰抚金，应系一项促进法律进步的活动，在法学方法论上最可采取的途径，系将夫妻婚姻生活权利化。婚姻关系具有人格性质，干扰婚姻关系可谓系侵害人格权，尤其是名誉权，被害人得依第195条规定请求慰抚金。

（原文载于王泽鉴著：《民法学说与判例研究（第一册）》）

英美法上的冷冻胚胎案

2016-10-19 法律那些事儿 李昊

编者按：2015年4月，本文初稿在上海财经大学召开的《2015年第三届比较民商法与判例研究两岸学术研讨会》提交与会专家学者讨论，后发表于《华东政法大学学报》2015年第5期。原文共104个注释，为便于推送，全部删除。感谢作者李昊老师慷慨授权！

北京航空航天大学副教授 李昊

一、引言

2014年，由江苏省无锡市中级人民法院二审的国内首例因争夺冷冻胚胎监管权和处置权引发的纠纷案引发了法学界、医学界等社会各界的广泛争论。

在该案中，一审原告之子沈杰与儿媳刘曦因自然生育存在困难，在依法取得准生证后，于2012年2月至鼓楼医院生殖医学中心采用人工辅助生育技术繁育后代。医院确定于2013年3月25日进行胚胎移植手术，但在前一天，沈杰与刘曦因车祸死亡。双方父母因处理冷冻胚胎事宜发生争执。该案一审以继承纠纷为案由，男方父母、女方父

母和南京鼓楼医院分别作为原告、被告和第三人参诉。

在一审中，江苏省宜兴市人民法院认为，施行“体外受精—胚胎移植手术”过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，因而不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对权利的行使应受到限制，即必须符合法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖胚胎等。该案中沈某和刘某均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故他们手术中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承，因此，基于上述理由，一审法院判决驳回原告的诉讼请求。

江苏省无锡市中级人民法院二审中将本案定性为监管权和处置权纠纷，并认为：（1）死者二人生前与南京鼓楼医院虽然签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，但二人现意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎；（2）在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：从伦理角度，施行“体外受精—胚胎移植手术”过程中产生的受精胚胎，含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性；从情感角度，涉案胚胎是双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益，由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚；从特殊利益保护的角度，胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护，沈某和刘某死亡之后，其父母是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者；（3）卫生部关于胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕的相关规定，并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。因此，二审法院判决沈某和刘某双方父母对涉案胚胎共同享有监管权和处置权。

从本案的二次审理来看，涉及如下主要问题：

（1）冷冻胚胎的法律属性如何？是财产、人还是介于二者之间的中间体？一审将冷冻胚胎视为特殊的物，二审则采用了人与物之间的过渡存在这一表述。

（2）对冷冻胚胎，谁享有处置权？是提供配子或接受配子的父母或患者还是保管冷冻胚胎的医院？在父母或患者死亡时，医院是否有权处置？这些处置是否存在法律或医疗规范上的限制？

与本案所涉及的主题相关，在英美法上还存在如下的争议：

（3）若将冷冻胚胎作为财产，在医院扣留或破坏冷冻胚胎时，父母享有何种救济？

（4）若冷冻胚胎不被视为财产，它对于提供配子或接受配子的父母或患者的遗产是否享有继承权？

（5）在美国争议最大的是，在夫妻离异的情形，若双方意见不一，如何处置冷冻胚胎？

二、前胚胎、冷冻胚胎、胚胎和胎儿的界分

在英美法中，常出现前胚胎（pre-embryo）、胚胎（embryo）和胎儿（foetus/fetus）三个概念，这些与受精卵（afertilized human egg）发育的不同阶段相关的词汇是随着1978年试管受精技术（体外受精，简称IVF，in vitro fertilization）的出现才逐渐衍生分化出来的概念，它们涉及到了生命起源的观念，也引发了对其法律地位的激烈争议，即将其定性为人、物还是中间体，进而涉及到法律赋予它们的不同保护。

许多伦理学家和科学家认为，尚未植入子宫的发育尚不满两周（14天）的受精卵还不能被称为胚胎（embryo）。对于这些在子宫外受精且未移植的卵子，伦理学家和科学家采用了诸多不同的名称，如pre-embryo、pre-implantation embryo、proto-embryo等。如有学者即用前胚胎（pre-embryo）这一概念来指称“从受精过程结束到单条原线（a single primitive streak）出现这一时期”，这一阶段大约持续14天。使用者强调，在发育的前14天内，受精卵的命运具有许多可能的变数，单个生物个体的产生与其说是常例不如说是例外。

1988年，冷冻保存（Cryopreservation）前胚胎的技术诞生，从而可以将前胚胎冷冻在液态氮中保存起来供将来使用，其好处在于可在妇女自然的而非人工的月经周期移回受精卵于母体以增加怀孕的机会。它也创造了某对夫妇的配子形成的胚胎被另一对夫妇甚至某一单身女子使用的可能。这一技术催生了冷冻胚胎（frozen embryo）这一概念的诞生，它指的即为冷冻保存起来的前胚胎。而这一概念的出现，又进一步引发了关于其保存期限以及处置权的争议。

受精卵通常在发育满14天内（通常是3天后）被植入子宫，但随着其进一步发育，还出现了胚胎（embryo）

和胎儿 (foetus) 的划分。胚胎指已满 14 天尚不满八周 (56 天) 的受精卵, 即第 3-8 周的受精卵, 8 周之后的受精卵通常被称为胎儿。

区别前胚胎、胚胎和胎儿的做法在多个国家的人工生殖立法中都有所体现。如美国佛罗里达州的法律即将“前胚胎”定义为胚胎轴出现前的受精卵。而加拿大 2004 年通过、2007 年生效的《辅助人类生殖法》第 3 条则区分了“胚胎”和“胎儿”。“胚胎”(embryo) 是指受精或创制后前 56 天内的人类有机体, 包括为了生育而使用的源自该人类有机体的细胞, 但不包括其发育被暂停的阶段, 而与之区分的“胎儿”(fetus) 是指受精或创制 57 天后的人类有机体, 但不包括其发育被暂停的阶段。这一立法实际上未区分前胚胎和胚胎, 而做了统一处理。

不过, 也有些国家或地区的立法没有区分上述三个阶段, 而采取了统一立法的模式。如英国《1990 年人类受精与胚胎法》第 1 条第 1 款 (a) 项将“胚胎”定义为受精已完成的存活的人类胚胎, 但将其扩展至还处于受精过程的卵子。所谓的受精过程在两个细胞的受精卵 (zygote) 出现时才完成。与英国法相似, 美国路易斯安那州民法典也没有做出三个阶段的区分, 而统一采用了“人类胚胎”的称谓, 并将之界定为在法律上享有特定权利的、在试管内受精的人类卵子, 它由一个或多个存活的人体细胞和人类基因物质组成, 并由于其联合和有机组成而能够在子宫内发育成未出生的婴儿。

三、胚胎在医学和法律上的地位

对胚胎在医学和法律上的地位, 美国存在三种不同理论: 属于人的生命的早期阶段、属于财产以及属于具有中间地位的实体 (an entity occupying an interim status)。国内学者也称之为主体说、客体说和中间说 (中介说)。本文沿用之。对胚胎地位的不同认识与西方国家的宗教信仰有关, 也涉及到对生命起源的认识。

(一) 主体说

主体说认为人类胚胎自怀孕时起就成为人, 典型者如梵蒂冈 1987 年发布的《有关对人的生命起源的尊重和生育尊严的指示》(Instruction on Respect for Human Life in Its Origins and on the Dignity of Procreation)。该学说的支持者反对故意破坏人类胚胎以及会导致其毁损的研究, 特别是 IVF。在经过人工受精的夫妻还剩有冷冻胚胎而他们又不想再利用时, 该说通常将捐赠给其他病人视为是最可接受的选择, 因为这给了胚胎一个生存的机会。

迄今为止, 美国采取了将冷冻胚胎视为完全主体的道德立场的仅有两个州, 即路易斯安那州和新墨西哥州, 因为这两个州都有着大量的信奉天主教的人口。它们都对使用 IVF 程序进行了严格的限制。路易斯安那州的法律规定试管受精的人类卵子是“法人”(Judicial Person, La. R. S. § § 9:123, 9:125) 和“生物学上的人类”(La. R. S. § 9:126)。新墨西哥州则通过要求所有的试管受精的卵子必需被植入女性接受者 (a human female recipient) 而含蓄地赋予了人类胚胎以人的地位。

这里特别介绍美国《路易斯安那州民法典》补编 (ancillaries) 所采用的“法人说”。

根据该法典补编第 9:121 条, 人类胚胎具有某种法律授予的权利, 从而明确了受精胚胎的法律属性是权利主体。

第 9:122 条规定了对人类胚胎的使用: 只能为植入子宫、完全发展为人而使用, 不得为研究或任何其他目的催发和培育试管受精的人类卵子。禁止出售已受精或未受精的人类卵子。本条限定了试管受精技术的适用范围, 并明确了合子和配子的非商业属性。这是基于对胚胎的主体属性的承认为维护其生命权和尊严采取的措施。

第 9:123 条规定了体外受精胚胎的能力: 在被植入子宫之前, 或在取得法律授予胎儿的权利之前, 体外受精胚胎作为法人存在。而根据该民法典第 9:26 条 (未出生的儿童) 第 1 句, 未出生的儿童自受孕时起被视为自然人。这两个条文形成对受精胚胎的接续保护。换言之, 被植入前的胚胎享有法人地位, 植入后的胚胎作为胎儿享有自然人地位。

第 9:124 条规定了体外受精胚胎的法律地位：作为法人，医疗机构应赋予胚胎一个在此等机构内使用的识别标志，他们凭借此等识别标志起诉和被告。由于他们不能自己起诉或被告，只能通过他人进行，因此，本条隐含了胚胎获得代理人的权利。

第 9:125 条规定了体外受精胚胎为独立的实体：作为法人，它被承认为是独立于被置放或保存的医疗机构或诊所的实体。本条是对受精胚胎的主体性的进一步张扬，力图说明他们不是上述机构或诊所的财产而是他们自己。

第 9:126 条规定了所有权问题：体外受精胚胎是生物学意义上的人，不是实施受精行为的医生的财产，也不是雇佣此等医生的诊所的财产或精子和卵子的捐赠者的财产。如果接受试管受精术的病人表明了其身份，他们将保有《路易斯安那民法典》规定的亲权。在相反的情形，医生将被视为试管受精胚胎的临时监护人，一直到发生收养性植入时为止。试管受精胚胎所在地的法院经接受试管受精术的病人、其继承人或引起试管受精术发生的医生的要求，也可以为他指定一位保佐人保护其权利。此条实际上是排除对受精胚胎的所有权，并将监护和保佐制度扩用于体外受精胚胎。而“生物学意义上的人”是一种事实状态，“法人”才是法律状态。

第 9:127 条规定了医生或医疗机构对试管受精胚胎的责任：凡引起试管受精发生的医生或医疗机构应对试管受精胚胎承担安全保管的直接责任。这是对受精胚胎的生命权的保护以及对医院的摧毁他们的可能的排除。

第 9:129 条规定了摧毁问题：可存活的体外受精的胚胎是不得由任何自然人或其他法人故意摧毁或通过此等人的行为摧毁的法人。但于非冷冻状态下在 36 小时内未进一步发育的试管受精卵视为不可存活，不视为法人。本条是对受精胚胎的生命权的再次肯认，但留出了一定时间内不发育情况下的例外。

第 9:130 条规定了配子捐赠人的义务：试管受精胚胎是不能由试管受精术病人拥有的法人，相反，此等病人要对此等胚胎尽高度注意和谨慎管理的义务；如果上述病人以公证书放弃把它们植入子宫的亲权，试管受精胚胎应根据他们所在或被储存的医疗机构的书面程序用于收养性植入；上述病人也可放弃其亲权，将之让渡给其他愿意并能接受受精胚胎的已婚夫妇。放弃亲权的配偶不得收取任何报酬。在已婚夫妇签署了收养试管受精胚胎并发生了出生的情形，视为遵守了路易斯安那州关于收养的法律规定。本条排斥了把受精胚胎植入未婚者体内的可能，并把传统的亲权和收养概念扩用于他们，通过课加配子捐赠人不得收取报酬的义务重申了受精胚胎的非商业性。

第 9:131 条规定了解决试管受精争议的基本原则：就受精胚胎发生的当事人间的争议，按最符合此等胚胎利益的原则解决之。本条所称的争议应当包括配子捐赠者与胚胎的养父母之间的争议和接受试管受精术的病人与医疗机构之间的争议。

第 9:133 条规定了继承权问题：作为法人的试管受精胚胎不享有继承权，只有它们发育成活着出生的胎儿后或发育到法律赋予胚胎权利的任何其他时间时才享有此权。

这些规定对受精胚胎的法律地位及对其的保护做出了最为详尽的规定，排除了对受精胚胎的商业化利用。但如何理解将受精胚胎定性为法人？徐国栋教授提供了如下解释：根据《路易斯安那州民法典》第 24 条第 2 款第 2 句的规定，所谓的法人就是社团。而按照上述《人类胚胎法》的催生者约翰·克伦特尔的说法，受精胚胎是男人的精子与女人的卵子的联合，这种联合与在社团名义下自然人的联合是一样的，因此，因为“联合”的共同要素，受精胚胎与社团法人取得了同一性。但为何立法不直接赋予胚胎自然人地位，按照约翰·克伦特尔的说法，原因在于路易斯安那州并非将属于自然人的权利和特权全部都赋予受精胚胎，特别是受精胚胎被设定为不享有继承权（第 9:133 条）。换言之，由于胚胎不享有自然人的全部权利，它们被设定为法人，这无非说，此处的法人就是权利受限的自然人。

在美国的 *Davis v. Davis* 一案中，一审法院也采用了主体说的观点。在该案件中，原告与被告系夫妇，于1980年结婚，6个月后妻子 Mary 发生宫外孕，因此切除右侧输卵管。以后她5次发生宫外孕，使自然生育成为不能。1985年，戴维斯夫妇接受试管受精。在3年内，戴维斯夫妇遭遇了5次失败。1988年，冷冻保存前胚胎(Cryopreservation)的技术诞生，当时，前胚胎冷冻保存的极限时间是2年。1988年12月8日，医生从 Mary 那里采集了9枚卵子。经过受精后植入了其中的两个，冷冻了其余的7个。两周后，医院宣告植入失败。两个月后，即1989年2月，Junior 向 Mary 提出离婚。于是发生了7枚冷冻胚胎的性质以及相应的归属问题的争议。Mary 认为自己是这些胚胎的母亲，认为他们是她自己的一部分，希望得到他们以便在适当的时间将之植入体内。Junior 则认为自己拥有每个这些胚胎的一半。由于他自己生长在单亲家庭的缘故，所以他不希望自己的孩子成长在破碎的家庭中，因此，他不希望 Mary 将来生下他们共同的孩子，因而拒绝成为父亲，其行为类似于女性拒绝成为母亲而实施流产。双方遂发生诉讼。

1989年9月21日，一审法院的 Young 法官作出判决：**人的生命开始于受孕**，因此，**试管中的被冷冻的受精卵实际上就是自然人**，是 Junior 和 Mary 的孩子，其监护权属于 Mary。该判决以法院采用体外受精胚胎自然人说告终。

不过采用这一学说在美国存在宪法上的障碍。1973年，美国联邦最高法院在审理涉及得克萨斯州堕胎法的“罗诉韦德案”(*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973))时，否认了“人的生命起源于受孕”说，认为美国宪法第14条修正案中所说的“人”是指出生后的人，不包括未出生的胚胎和胎儿，后者不受第14条修正案的保护。因而，该判例承认了妇女的堕胎权，妇女对未达到存活程度的胚胎实施流产是其生殖自决的私生活权的表现，而堕胎就是杀死体内受精的胚胎，如果像路易斯安那州那样仅给予体外受精的胚胎以法人地位，就会产生人工生殖和自然生殖两种生殖方式中的胎儿法律地位不同的矛盾。一旦实现两种胚胎地位的统一化，则妇女的堕胎权就会消亡，这一结果显然不符合多数美国妇女的意愿。

在 *Davis v. Davis* 一案的二审(1990年)中，田纳西州的高等法院即援引 *Roe v. Wade* 这一关于堕胎权的经典判例，不认为胚胎是“自然人”，且不承认自然人的生命起源于受孕，从而否认了下级法院的判决，将胚胎判给夫妻双方共同管理，并承认了 Junior 有拒绝成为父亲的权利。

(二) 客体说(财产说)

根据这一学说，胚胎不具有特殊的道德地位，而应被视为是创造它们的夫妻的财产。从这一观点看，夫妻对这些冷冻胚胎的处置应享有不受限制的裁量权，但采用这一观点的学者居少数。多数机构和学者都认为胚胎应受到特殊的尊重。如有学者认为，已受精的胚胎虽然具有了唯一的基因身份并有成为生命的潜质，但在其冷藏储存等待植入者时，其性质更类似于财产。然而，胚胎仍应获得特殊的尊重，因而胚胎不是遗产，应该依据被继承人明确的表示进行处分。最近又有美国学者大力主张应采用受尊重的财产理论(Property with Special Dignity)。

在立法上，2008年11月，密歇根州和佛罗里达州共同通过一项议题：允许仅为治疗目的的创造胚胎从而将胚胎归类为财产。

将冷冻胚胎视为财产的典型判例是 *York v. Jones*。在该案中，原告为 York 夫妇，被告为弗吉尼亚州的诺福克试管婴儿诊所。当这对夫妇决定变更诊所并选定了洛杉矶的一家诊所时，原来的诊所拒绝将被冷冻保存的胚胎空运到洛杉矶的诊所。法院认为这对夫妇对他们的胚胎享有财产权，York 夫妇和诺福克诊所事先签订的协议因为目的变更应当终止。法院推定胚胎为个人财产，因此根据非法占有理论(detinue)，该诊所必须将冷冻的胚胎归还给这对夫妇。

在 *Litowitz v. Litowitz* 案中，虽然法院没有表明对冷冻胚胎地位的观点，但法院裁判所依据的诊疗机构的合同也将冷冻胚胎称为预期成为父母者的财产。

(三) 中间体说

该观点认为胚胎既非人也非物，而是属于二者之间的一个中间体。

1982年英国国务院社会服务机构(British Government's Secretary of State for Social Services)成立了一个由Mary Warnock领导的16个成员组成的调查委员会,探讨试管婴儿技术的成果与潜在发展的伦理意义并提出有关的政策。1984年6月26日该调查委员会向英国议会呈交了Warnock报告。该报告就胚胎的法律地位问题认为,胚胎不应该享有与生存着的儿童和成年人一样的法律地位,但是应当认为其具有特殊地位,应受到法律一定程度的保护,因此对其进行研究或处置时必须获得许可。基于该报告提出的思想和建议,英国1990年颁布了《人类受精与胚胎法》(Human Fertilisation and Embryology Act 1990),该法案第11条允许使用胚胎进行治疗。《2008年人类受精与胚胎法》调整了体外胚胎的创造和适用范围,扩大了合法进行胚胎研究的范围,允许以治疗重大疾病为目的创造杂交胚胎(hybrid embryos),但仍坚持以儿童的利益为中心的原则。

1984年,在澳大利亚曾发生过一起引发大讨论的事件。事件起因是,美国的一对非常富裕的夫妻,里奥斯(Rios)夫妇,1981年来澳大利亚的墨尔本进行体外受精,并形成了两枚胚胎,以冷冻的方式保存。但是1984年该对夫妇在一场飞机事故中遇难,留下了800万美元的遗产。关于这两枚胚胎该如何处理以及其是否拥有继承权的问题,澳大利亚学界争论不一,并且成立了沃勒委员会(Waller Committee)来专门探讨这两枚胚胎的处理问题。对于体外胚胎的处理问题,该委员会建议:夫妻并不对体外胚胎享有所有权;夫妻应当在他们进行人工受精之前对该胚胎的处理作出决定;冷冻胚胎可以捐赠给其他的不孕夫妻;如果夫妻已经受孕成功,他们可以要求将多余的冷冻胚胎销毁(但这被维多利亚省的议会否决了);胚胎冷冻五年之后必须对该胚胎的处理问题重新询问夫妻双方的意见,但此期限通常是可以延续的;冷冻胚胎并不享有任何继承权,但是处于合理储存期限内的胚胎应该受到法律保护。最后,澳大利亚的维多利亚省专门通过一项法律要求这些受精卵被植入到代孕母的子宫内,等其出生的时候可以被领养,但是胚胎没有继承权。这被认为是对胚胎最为有利的。从这些建议和立法中也可以看出,冷冻胚胎并非单纯的物,不属于所有权的客体,不过它也不是人,不享有继承权。

中间体说目前也成为了美国判例和学说中的主流观点。

早在1978年的*Del Zio v. Presbyterian Hospital in New York*一案中,美国法院即采用了这一立场。在该案中,原告Del Zio夫妇1973年向被告哥伦比亚大长老医院的Shettles医生寻求帮助,希望能够治好Del Zio太太的不孕症。Shettles医生尝试体外受精法对其进行治疗。但是,在受精卵正在发育时,该医院负责人以体外受精违背道德为理由,销毁了该枚受精卵,却没有告知该对夫妇和Shettles医生。1974年Del Zio夫妇对哥伦比亚大长老医院和VandeWiele医生提起了诉讼,诉由为侵犯了其财产权并造成了精神损害。陪审团最后否定了受精卵为财产的主张,也不认为胚胎为人,但是支持了原告精神损害赔偿的诉求。

1986年,美国生育协会(the American Fertility Society,现在被称为美国生殖医学协会,the American Society for Reproductive Medicine)在一个声明中认为,“前胚胎较人体组织应获得更高的尊重,但不应比真正的人所获得的更高。前胚胎之所以较其他人体组织应获得更高的尊重在于其具有成为人的潜能,并且对许多人而言具有象征意义。但它仍不应被视为人,因为它尚未发展出人格特征,尚未被确立为发展中的独立个人,而且可能永远无法实现其生物潜能。”

在1994年的一个声明中,该协会仍认为,胚胎不是人,但是“它应受到特殊的尊重,因为它是一种在基因上是独特的、存活的人类实体,可能发展为人。”

受美国生育协会上述立场的影响,田纳西州最高法院1992年6月就前述的*Davis v. Davis*一案做出裁决:应根据美国生育协会的伦理指导方针,既不能将体外胚胎当做人也不能当做物,应当将其看做一种过渡的中间体,但是,人类胚胎是潜在的人类生命,必须得到应有的尊重。田纳西州最高法院最终承认路易斯和玛丽对冷冻胚胎享有准财产权性的决定权;他们未来的命运如何,取决于路易斯和玛丽行使生育权的结果,而此等权利又属于他们的个人私生活权的重要部分。如果他们两人的意见无法一致,只能用权衡双方负担的方式解决争议。

(四) 冷冻胚胎的地位:立法机关的任务?

有学者在对*Davis*一案进行评论时认为,在出生前的生命(prenatal life)的地位问题上,道德、法律、哲学、科学和社会性质的问题不断被提出,法院使自己陷入一个高度争议的话题之中。相较于行政或司法部门,立法机关是更好的判断者,原因有二:首先,立法部门为关心这些问题的人提供更有回应的场所;其次,立法部门应对在生殖生物学领域的新发展作出回应。因此,如果社会必须在“人的生命从何时开始”这一问题上达成共识,应该通过立法机关基于良知与对本国各地区的了解来编纂法律,而不是依循由司法机关提供个案裁判而建立起来的判

例法。

四、冷冻胚胎的继承权问题

冷冻胚胎的继承权问题仅在采用主体说的背景下才会出现。

如前所述，在 1984 年的 *Rios* 夫妇事件中，澳大利亚沃勒委员会的报告认为冷冻胚胎并不享有任何继承权。而最后，澳大利亚的维多利亚省专门通过的法律也要求这些受精卵被植入到代孕母的子宫内，等其出生的时候可以被领养，但是胚胎没有继承权。

美国《路易斯安那州民法典》补编第 9:133 条规定了冷冻胚胎的继承权问题：作为法人的试管受精胚胎不享有继承权，只有它们发育成活着出生的胎儿后或发育到法律赋予胚胎权利的任何其他时间时才享有此权。**作为法人的胚胎或经由试管受精和作为捐赠给另一对夫妇的试管受精的卵子的结果而出生儿童对接受试管受精术的病人并不享有继承权。**易言之，未植入的胚胎不享有继承权，他们只有达到了民法典第 9:26 条规定的状况才能享有这一权利。

顺便提一句，就试管受精出生的婴儿的继承权，前述 Warnock 报告建议，使用冷冻胚胎进行试管受精出生的孩子，若在父亲死亡时仍未进入子宫的，对父亲的财产将不享有继承权。美国佛罗里达州的法律也规定，在卵子、精子或前胚胎植入一名女性的身体之前，捐赠卵子或精子者死亡的，由此出生的孩子对死者的遗产不具有继承权，除非死者的遗嘱另有约定。

五、有关冷冻胚胎的主要处置模式

在采用冷冻胚胎属人说的背景下，会涉及冷冻胚胎的监护人（guardian）问题，路易斯安那州对此做出了详尽的规定；而在非人说的背景下，也会涉及冷冻胚胎处置权的归属和处置方式的问题。在提供冷冻胚胎配子的夫妻离婚时，对冷冻胚胎的处置更是在美国引发了激烈的争议，如前述 *Davis v. Davis* 一案，在提供配子的夫妻和医疗机构之间，也存在对处置权归属的争夺战，如前述 *Del Zio v. Presbyterian Hospital in New York* 一案。

（一）英国

在英国 Warnock 委员会于 1984 年 6 月做出的前述报告中，涉及了胚胎的保存期限和剩余胚胎的处理：胚胎的最长保存期限为 10 年，期限届满后，其使用权和归属权转移给储存机构；提供胚胎的夫妇一方死亡的，胚胎的使用权和处理权应移转于另一方；双方均死亡时，胚胎的使用权和处置权归属于储存机构；在夫妻就胚胎的使用和处置无法达成协议时，决定权已转给储存机构，如果已经超过了 10 年的保存期限。

英国《1990 年人工受精与胚胎法》第 11 条涉及允许使用胚胎进行治疗，对精子、卵子和胚胎的存储和研究等内容。第 14 条规定，严禁精子、卵子或胚胎的存储时间超过法律规定的期限，如果存储的期限届满，应当允许其死亡或被销毁。存储时间最先是 5 年，之后的立法允许在父母双方同意的情况下延长存储时间，但不得超过 10 年。该法的附件三第 6 条第 3 项要求必须经过提供配子的双方同意后才能使用试管受精产生的胚胎。英国 2004 年的 *Evans v Amicus Healthcare Ltd and others* 这一案例也正是基于这一点，驳回了不孕的上诉人在离婚后希望使用冷冻胚胎的请求，因为在离婚且男方反对治疗时，移植胚胎不能被认为构成知情同意书中所说的“一起治疗”

（*treatment together*）。即使离婚后男方同意女方使用胚胎，医疗机构也可以拒绝治疗，因为《1990 年人工受精与胚胎法》第 13 条第 5 款还要求考虑可能会出生的孩子的福利，包括其对父亲的需求。

《2008 年人工受精与胚胎法》则调整了体外胚胎的创造和使用范围；扩大了合法进行胚胎研究的范围，允许以治疗重大疾病为目的创造杂交胚胎（*hybrid embryos*）。

（二）澳大利亚：Rios 夫妇事件

如前所述，在 *Rios* 夫妇事件中，就冷冻胚胎的处置，澳大利亚沃勒委员会的报告建议：夫妻应当在他们进行人工受精之前对该胚胎的处理作出决定；冷冻胚胎可以捐赠给其他的不孕夫妻；如果夫妻已经受孕成功，他们可以要求将多余的冷冻胚胎销毁（但这被维多利亚省的议会否决了）；胚胎冷冻五年之后必须对该胚胎的处理问题重新询问夫妻双方的意见，但此期限通常是可以延续的。最后，澳大利亚的维多利亚省专门通过的法律也要求这些受精卵被植入到代孕母亲的子宫内，等其出生的时候可以被领养。

（三）美国

1、美国法院采用的三种主要模式

在美国，关于冷冻胚胎处置权之争最常见于夫妻在冷冻胚胎之后离婚的情形。在夫妻决定试管受精，并将受精

卵冷冻之后，如果二者离婚，一方希望继续植入或捐赠给他人，而另一方希望销毁时，矛盾就凸显出来。典型判例如前述 *Davis v. Davis* 一案。为此，美国学者用尽了笔墨，提出了诸多模式，并分别得到了不同判例的支持。最早对此进行总结的判例是爱荷华州 2003 年的判例 *In re Marriage of Witten*。在该判例中，法官总结了美国学者提出了三种主要模式：（1）合同路径（the contractual approach），（2）同时合意模式（the contemporaneous mutual consent model）以及（3）利益衡量检验（the balancing test）。这三种模式的划分也为之后宾夕法尼亚州 2011 年的判例 *Reber v. Reiss* 和伊利诺伊州 2013 年的判例 *Szafranski v. Dunston* 所沿用。

（1）合同模式

在美国，医疗诊所与病人之间通常会签订协议来约定对冷冻胚胎的处置。医疗诊所通常都会提供对该冷冻胚胎储存一段时间的服务，并要求每对夫妇签订书面的协议，协议的内容是：如果该对夫妇离婚、一方或双方死亡或者他们与该诊所失去联系，对胚胎加以处理的方式。通常该对夫妇对未使用的胚胎有四种不同的选择：存储、销毁、捐赠给其他夫妇或者科研机构。但该处置协议是否违反公共政策以及具备可执行性，各州法院的观点不同。承认这种协议不违反公共政策因而可执行的模式被称为合同模式。

秉持合同模式的代表学者是 John Robertson 教授，他采用了经典的合同路径来解决配子捐赠者之间的争议。他认为，明知、熟虑并且自愿就其多余胚胎的最终处置订立合同的当事人必须受其协议的约束，其主要理论依据在于信赖理论。Robertson 教授还认为，对于不孕夫妇实现其生育自治的最好途径就是允许他们在开始试管受精治疗前订立有约束力的合同。

从立法选择上看，美国学者也认为合同模式是一种合理的模式。如 Heidi Forster 认为，胚胎的处置问题涉及法律、道德以及社会因素。立法应对胚胎提供者与生殖机构之间的合同进行规范，以避免不可预见的情形发生。夫妻双方对胚胎的处置协议应该具有效力，并应该予以尊重。立法应强制夫妻在决定使用试管婴儿前签署协议，并对胚胎的处分作出决定。但基于对人权的尊重，应禁止胚胎买卖。Peter E. Malo 也认为，对于冷冻胚胎的监护权问题实质上是冷冻胚胎的处分权问题。对于冷冻胚胎的监护权问题，最优的选择依旧是事前夫妻之间的协议。因而将来的立法必须强制准备接受试管婴儿的夫妻签署协议，并且在推进试管婴儿实验之前，合同中必须包含一个等待期供夫妻双方决定是否变更协议。协议中必须包含各种特殊情形，包括离婚以及抛弃冷冻胚胎的事宜。

目前，在美国通过判例采用了合同模式的州有纽约州、田纳西州、华盛顿州、得克萨斯州和俄勒冈州等五个州。在这些州，“在试管受精时达成的协议可以执行，只要它们不违反公共政策。”

这一模式的好处是，它鼓励人们事前达成协议从而避免将来昂贵的诉讼，而且它避免了州和法院介入私人家庭的决定。正如纽约州上诉院所认为的：

“应当鼓励当事人在开始（试管受精）和冷藏前事先深思熟虑可能的紧急情况并认真地以书面形式明确说明他们的意愿。明确的协议可以避免商事交易中的昂贵的诉讼。在诉讼的无形成本完全无法计算时，它们在关于生育选择的个人事务中就更为必要和可取。事先的指示，在受到必须共同表达的相互思想交流的约束下，既最小化了误解，也通过将做出典型地具有个人性的、私人的决定的权力留给创造者而最大化了生育自由。书面协议也提供了有效执行（试管受精）计划的有效运作所必需的确定性。

.....

在可能的程度上，应当由创造者——而非州和法院——通过事先的指示来作出这一深具个人性的生命选择。”

下面是美国各州采用了合同模式的典型判例：

①弗吉尼亚州：*York v. Jones*

早在前述 *York v. Jones* 一案中，法院就认定冷冻胚胎的协议（Cryopreservation Agreement）是夫妻和医疗机构之间订立的一项寄托合同（a bailment contract），并认为医疗机构的行为构成了对这项寄托合同的违反。

②田纳西州：*Davis v. Davis*

在前述 *Davis v. Davis* 一案中，田纳西州最高法院即认为：

“我们认为，作为出发点，有关出现紧急情况（如当事人一方或以上死亡、离婚、财政逆转或放弃项目）时未被植入的前胚胎的协议，应当被推定是有效的，并且应当在创造者（progenitor）之间得到执行。这一结论符合下述主张，即提供了产生前胚胎的配子材料的创造者就这些前胚胎的处置保留了决策权。”

不过，尽管该法院有如上认识，它仍然发现当事人之间不存在协议，因而转向了利益衡量模式。

③纽约州：*Kass v. Kass*

在该案中，一对夫妇在妻子因为产前接触乙烯雌酚而不能怀孕，从而接受了试管受精。他们签署了一项同意书，声明“我们被冷冻的前胚胎（pre-zygote）在没有我们二者的书面同意的情况下不能因为任何目的而脱离储存。”他们还签署了一份同意书，声明：

“倘若我们不再希望启动怀孕或者不能就我们存储的、冷冻的前胚胎的处置作出决定，我们将表明我们愿意处置我们的前胚胎并指示 IVF 项目（选择其一）：

……

（b）我们的冷冻胚胎可以由 IVF 项目为了生物学研究而进行检查，并由其处置用于由其决定并获准的研究调查。”

妻子后来提起了一项婚姻诉讼，要求对前胚胎进行唯一的监护以便进行另一项植入程序，丈夫反对移走这些受精卵及其妻子进一步受孕的尝试。纽约州上诉法院认为，“创造者，或者配子捐赠者之间就其前胚胎的处置达成的协议通常应被推定为是有效的和有约束力的，因而在二者之间的任何纠纷中都可以得到执行。”之后，法院认为，“当事人之间签署的知情同意书明确表明他们共同的意图，即在现有环境下，前胚胎应被捐赠用于 IVF 项目的研究。”

④得克萨斯州：*Roman v. Roman*

在该案中，一对夫妇在传统的怀孕途径和数次人工受精的尝试失败后进行了试管受精。他们签署了名为“胚胎冷冻知情同意书”的文件，并在其上选择了在离婚时抛弃胚胎。在离婚诉讼后，一审法院判妻子取得对生育三枚胚胎的占有。上诉后，得克萨斯州上诉法院发现控制胚胎处分的协议是有效的，并表达了如下意见：

“我们相信，允许当事人在胚胎冷冻前经过相互交流意见、共同表达、自愿决定冷冻胚胎的处置，能够最好地服务于本州的公共政策和当事人的利益。因此，我们认为，满足而这些标准的胚胎协议并不违反得克萨斯州的公共政策。”

因此上诉法院认为，“胚胎协议约定了冷冻胚胎在离婚时应被抛弃”，一审法院不执行该协议属于滥用裁量权。

⑤俄勒冈州：*In re Marriage of Dahl & Angle*

在该案中，一对夫妇经历了试管受精，并签署了一份“胚胎学实验室标本存储协议”（Embryology Laboratory Specimen Storage Agreement），协议规定：

“在被要求移转胚胎或在本协议终止时，大学被授权和指导按照如下的方式来移转或处分胚胎，且该授权不可撤销：

……

B. 如果客户不能或不愿做出共同授权，他们将指定如下的客户或其他代表享有唯一的和排他的权利授权和指导大学根据本协议的条款来移转或处分胚胎。”

妻子的名字被直接印在了该段落下面被称为“姓名”的空白处，她和其丈夫姓名的首字母就位于被称为当事人同意的空白处，并与前一空白处紧挨。该对夫妻后来决定离婚，但对试管受精后遗留的六个冷冻胚胎的处置不能达成协议。俄勒冈上诉法院在审查了相关的判例法后，采用了合同模式来解决争议问题，它认为：

“在 *Davis* 和 *Kass* 两案中，法院通过执行创造者关于胚胎的预先指示而赋予了他们的意图以效力，法院因此创设的一般框架是有说服力的。而且，赋予表明当事人处分胚胎之意图的有效协议以效力符合我们的制定法和判例法，它们对婚前协议以及婚姻期间做出的协议赋予了同样的效力。”

最终，法院认为该对配偶所执行的协议表明了他们的意图是由妻子来决定胚胎的处置。

⑥华盛顿州：*In re Marriage of Litowitz*

在该案中，一对夫妻决定通过试管受精怀孕，并因此取得由丈夫的精子 and 卵子捐赠者的卵子产生的五个前胚胎。其中三个被植入给代孕母亲并生出一个孩子，而剩余的两个被冷冻储存在诊所。该对夫妇和诊所签署了一份“同意和授权冷冻胚胎合同”，其中规定：“在我们就自己的前胚胎不能达成共同决定时，我们应向有管辖权的法院就如何合理处置我们的前胚胎申请指示。”他们还在合同中表明，在其前胚胎被冷冻保存五年后，他们希望能将其解冻但不允许让其继续发育。该对夫妻之后离婚，在离婚程序中，丈夫试图将剩余的前胚胎用于收养，而妻子想将其植入给代孕母亲。一审法院基于“子女的最佳利益”（best interests of the child）将这些前胚胎判给丈夫。在上诉

时，华盛顿州最高法院认为，因为妻子没有提供用于创造前胚胎的卵子，与之没有生物学上的关联，因此，她对前胚胎享有的权利完全基于合同。法院进一步认为，因为该对夫妇就前胚胎的处置未达成共同决定，由法院根据冷冻合同来决定对其的处置是合理的。法院最终推翻了一审判决，认为根据合同的条款，“剩余的胚胎应被解冻并且不被允许进一步发育”，因为距离冷冻保存这些前胚胎已经过去了五年。

编者按：2015年4月，本文初稿在上海财经大学召开的《2015年第三届比较民商法与判例研究两岸学术研讨会》提交与会专家学者讨论，后发表于《华东政法大学学报》2015年第5期。原文共104个注释，为便于推送，全部删除。感谢作者李昊老师慷慨授权！

作者：李昊，法学博士，北京航空航天大学副教授

⑦伊利诺伊州：*Szafurskiv. Dunston*

2013年，伊利诺伊州审理了第一起涉及冷冻胚胎处置权的案件。在该案中，作为被告和被上诉人的女方在2010年3月被诊断出患有非霍奇金氏淋巴瘤，并获悉化疗可能会使其丧失生育能力。男方同意捐赠精子和女方提供的卵子一起用于创造前胚胎。2010年3月，双方签署了一份被命名为“辅助生殖知情同意书”的文件。该文件载明，在没有双方同意（如果可能的话）的情况下，不能利用这些胚胎。……在离婚或同居关系消灭的情形，医疗机构将遵守有关这些胚胎的所有权及其他权利的法院命令或和解协议。同时，双方还会见了一名律师，讨论了创造前胚胎的法律意义，该名律师向他们提供了两份文件供选择。一份是共同父母协议（a co-parent agreement），另一份是精子捐赠者协议（a sperm donor agreement）。3月下旬，女方通过电邮告知该名律师选择了前者。律师向双方提交了一份共同父母协议的草案。该协议的主要目的是保存当事人愿意被确认为孩子的法律上的共同父母的意图和合意。该协议还特别载明，双方应尝试参与至少一次试管受精和前胚胎移植的过程，在该过程中，男方应提供精子用于创造前胚胎，并且他**同意对孩子承担所有法律义务和监护义务，无论二人的情况发生任何变化**。该协议还载明，因试管受精取出和冷冻的卵子应由女方单独控制，如果预期的父母分手，女方将控制对这些前胚胎的处置。协议还进一步载明，男方承认并认可女方可能在经受化疗后不能创造新的健康胚胎，并且明确同意女方应该有机会使用这些胚胎来拥有一个孩子。夫妻两人没有签署这份共同父母协议。4月，二人分别取出了精子和八个卵子，并基于医生的建议对所有八个卵子受精，最后有三个前胚胎存活。之后，女方就开始了化疗。5月，男方短信告知女方终止二者之间的关系。2011年8月，男方向法院起诉，试图永久禁止女方使用这些前胚胎，以使自己不被强迫违背意愿地做一个孩子的父亲。而女方也提起反诉，寻求法院赋予其对前胚胎的单独监护和控制权以及使用它们产子的权利。

伊利诺伊州地区上诉法院在充分借鉴其他州的判例、分析总结了前述三种处置模式后，认为解决冷冻胚胎处置权争议最合适的模式是尊重当事人在其在先协议中相互表达的意图，并对前述 *Kass* 案中表述的合同模式表示了认同。法院认为，尊重当事人的协议不仅允许他们做出自己的生育选择，也为合理的生育计划提供了一定程度的确定性，还能够促进当事人在参与试管受精前认真地讨论其意愿、意图和关注问题。即使当事人后来可能会改变其想法，但这在合同中能够充分地表达出来，而且应该在试管受精程序前加以讨论。这一关注不应允许当事人的犹豫不决来困扰试管受精程序，使其充满情绪和终身的压抑，以及带来不确定性，使他人承受负担。

除了应尊重当事人之间的协议外，法院还引用了前述 *Davis* 案的表述来说明，在对前胚胎的处置不存在预先的协议时，“当事人使用或不使用前胚胎的相对利益就应当加以衡量”。尽管法院承认这不是解决涉及生育权纠纷的理想途径，但法院援引 *Strasser* 教授的观点认为，“更糟糕的是赋予一个可能令人反感的前配偶以权力来阻断另一方做父母的机会或指定可能成为父母会付出的代价。”法院并驳斥了上诉人反对合同模式和利益衡量模式的理由，认为它们毫无根据。特别是，针对上诉人从联邦有关堕胎权的判例法中推出的拒绝成为父母的宪法权利，并从男女平等的角度推出该权利要求使用胚胎时征得男女双方的同意这一观点，法院做出了驳斥。法院认为，“上诉人实际上从女性享有的终止妊娠的宪法权利中为其取得了一项单方禁止使用前胚胎的权利，而不考虑被上诉人对胚胎的利益。这一观点是毫无根据的。个人可以放弃其宪法权利，无论是通过合同还是通过其他方式，终止妊娠的权利本身也受到对相关利益进行衡量的限制。”因此，尊重有关胚胎处置的协议不存在宪法上的障碍，在不存在有关处置胚胎的预先协议时，应当衡量当事人的利益。

但由于该案中的双方当事人都不能提供证据来支持各自就合同模式所持的立场，上诉法院将该事项发回巡回法院重审，要求其使用合同模式来处理。

但美国也有一些州法院认为事先达成的处置协议违反了公共政策。如马萨诸塞州最高法院在 *A. Z. v. B. Z.* 一案

中基于公共政策拒绝尊重当事人就前胚胎的处置事先达成的协议。在该案中，一对夫妻因为妻子怀孕困难而进行了试管受精。他们签署了一份知情同意书，其中声明，如果他们“分开(separation)，(他们)二人同意将这些胚胎……还给妻子用于植入。”二人后来离婚，在他们离婚时，仍存储有一个藏有四个冷冻前胚胎的罐子，妻子想使用这些冷冻前胚胎来要更多的孩子，丈夫于是提出申请要求永久禁止其妻子使用这些前胚胎。在上诉时，马萨诸塞州最高法院一开始就怀疑该知情同意书“就夫妻二人产生纠纷时有关前胚胎的处置代表了二者意图”。它特别提及：

“知情同意书的主要目的是向捐赠者解释冷冻的益处和风险，并记录捐赠者在执行该同意书时处置冷冻前胚胎的意愿，以便在捐赠者(作为一个集体，as a unit)不再愿意使用冷冻前胚胎时向诊所提供指引。该同意书并未声明，而且记录也未表明，丈夫和妻子在他们之后就处置不能达成合意时，意图将该同意书作为他们之间有约束力的协议。相反，似乎它仅在于限定作为一个集体的捐赠者和诊所之间的关系。”

而且，法院认为，该知情同意书中的“分离”(separation)的含义在法律上不同于“离婚”(divorce)，在这一点上，该知情同意书是含糊不清的，不能假定离婚情形被包括在该知情同意书中。因此，法院拒绝执行该协议。

最后，法院在附带意见(dictum)中还认为：“即使丈夫和妻子就冷冻胚胎的处置达成一项明确而不含糊的协议，对于强迫一个捐献则违背其意愿成为父母的协议我们也不会执行。作为一项公共政策，我们认为，强迫生育并不是一个应受司法执行的领域。”

因此，即使大多数美国法院运用了合同模式，并试图对当事人就前胚胎的处置做出的预先指示赋予效力，但就这些协议是否属于公共利益仍不存在一致的观点。

除了合同模式内部存在不一致的声音外，对合同模式也存在着批评。主要的批评是，它“不足以保护受到危害的个人和社会利益”。其中的担忧有，“对冷冻胚胎的处置决定暗含了对个人身份关键的权利”，而且“关于这些基本的、具有个体重要性的事务，个人有权根据其愿望、价值和信仰做出决定”。“让夫妻就其冷冻胚胎的未来使用达成有约束力的决定，忽视了预计个人在未来对作为父母这样的改变生活的事件做出回应的困难”，而且“将夫妻关于对其冷冻胚胎的未来使用的决定视为有约束力的合同，削弱了关于家庭、生育和基因纽带的力量等重要价值”。

(2) 同时合意模式

同时合意模式是基于对合同模式的前述批评而产生的，主张这一模式的代表学者是 Carl H. Coleman。他主张，“在创造胚胎的夫妻未(同时)达成合意前，任何一方都不能将该胚胎赠与其他病人、用于研究或将之销毁。”“事先的指示并不应被视为是有约束力的合同。如果夫妻任何一方对事先做出的处置决定改变主意，其现在的异议将优先于之前的同意。如果夫妻一方撤销了预先的处置决定，而另一方没有，合意原则将不能得到满足，先前达成合意的处置决定就不能被执行。……在夫妻不能达成处置决定时，最妥当的解决办法就是使胚胎保持原状，即继续冷冻储存。和其他可能的处置决定——由乙方使用、捐赠给其他病人、捐赠用于研究或销毁——不同，将胚胎继续冷冻并非是最最终的和不可撤销的。通过保持现状，夫妻可能会在之后的时点达成协议。”

在这一模式下，对前胚胎的处置决定应由创造他们的个人来做出，每一方都有权参与决定。尽管这一模式部分失去了合同模式的确定性和可预测性，但它并不要求夫妻预告他们将来对前胚胎的感受。尽管被强制做父母对个人施加了负担，但强制性销毁前胚胎有着同样深远的影响，特别是对那些相信(前)胚胎是人者而言。因此，这一模式不允许未经前胚胎的创造者的同时合意就对之进行处置。它禁止未经捐赠者双方的签字授权就移转、使用或处置前胚胎。在出现僵局的情形，希望拥有孩子的一方将被阻止这么做，除非另一方当事人改变主意，但是不同意的一方也被禁止捐赠或销毁冷冻胚胎，除非另一方当事人改变主意。前胚胎将被无限期地储存下去，直至双方达成协议。反对销毁者应承担储存费用。

唯一适用这一模式是爱荷华州最高法院 2003 年作出的 *In re Marriage of Witten* 一案。在该案中，一对夫妻因为妻子不能自然怀孕而进行试管受精。他们签署了一份被称为“胚胎保存协议”的知情同意书，同意书中载明：“作为客户的存储者……理解并同意根据协议被存储的胚胎的容器仅在作为客户的存储者双方签字同意后才能被移转、释放或处置。”在离婚诉讼中，妻子寻求监护这些前胚胎并将其植入给自己或代孕者，但丈夫不愿意妻子使用这些冷冻胚胎并要求做出永久禁止令，禁止任何一方当事人在没有二者的书面同意的情况下移转、释放或利用这些前胚胎。在上诉中，爱荷华州最高法院认为司法上执行“配偶间关于其未来家庭和生育选择的协议”违反了公共政策，拒绝采用合同模式，但也并未完全否认预先协议的效力，而是认为“在试管受精开始时达成的协议可执行，并约束当事人，但受限于任何一方当事人在使用或销毁任何被存储的胚胎前改变其有关处置的想法的权利。”法院

又提及了利益衡量检验中的“重大的公共政策考虑”，并最终采用了同时合意模式，即认为，除非夫妻两个达成一个新的同时合意，否则不能使用或处置其前胚胎。反对销毁的一方应承担存储费用。

不过，让夫妻两个达成新的合意在 *Reber v. Reiss* 案中被认为是完全不现实的，如果当事人能达成这种协议，就不会上法庭了。

有评论者也认为，“*Witten* 案的观点将诸如丈夫这样的人置于特别强势的地位。”

“例如，法院认为，反对销毁胚胎的一方应承担冷冻胚胎的费用。希望报复前配偶者可能会说，他/她对冷藏胚胎没有兴趣，因此将费用转移给其前配偶。而且，可以想象，这种人会通过暗示他/她可能会在将来某时同意其前配偶使用胚胎而施加持续的精神损害——前配偶考虑到最后成为父母的可能性而会持续地处于情感的轮滑上。或者胚胎实际上可能被作为人质——仅在前配偶在财产分割中愿意放弃一些值钱的东西作为回报，或作为对更有利的抚养条件的交换，它们才会被释放使用。”

在这一方面，同时合意模式“在每个创造者个人很想惩罚其很快就是前配偶的人时，给予其一项有力的谈判筹码，”“这是没有意义的，而且可能让个人为了惩罚或获得其他利益而以其前配偶能否作为生物学上有关联的孩子的父母成为要挟物。”

(3) 利益衡量理论 (the balancing approach)

第三种模式是利益衡量模式，它纳入了同时决定但非合意的模式的理念 (the idea of contemporaneous decision-making but not the mutual consent model)。在这一模式里，法院关注的原则是，更好的规则是“执行在试管受精开始时达成的协议，但这一协议受限于任何一方在使用或销毁任何被储存的前胚胎之前改变主意的权利”。在当事人于特定案件中不能达成协议时，法院就必须衡量当事人特定的相关利益来决定处置问题。

不过在利益衡量的问题上，女权主义学者主张，在孕妇享有堕胎权的时间范围内，女性配子捐赠者对其冷冻胚胎应当享有绝对的控制。她们认为女性对胚胎的利益优于男性的利益，因为试管受精程序要求女性付出更高的体力投入，而男性捐赠者在试管受精过程中并不经历痛苦或遭受身体伤害的风险，因此基于这种不平等的投入，法院应将冷冻胚胎判给希望使用冷冻胚胎而成为基因上的母亲的女性。如 Judith Daar 教授引用了 *Roew. Wade* 及后续判例作为支持，主张在受孕妇女对其胎儿享有绝对权利的时间范围内，女性配子捐赠者有着绝对的权利来移植或销毁冷冻胚胎。在一方想植入、另一方想销毁时，宪法上的生育权要优于不生育权。正如在自然受孕发生时，男性丧失其不生育权一样，在他自愿为试管受精提供精子时，他也丧失了该权利。不过，她也承认，在试管受精的过程中，男性捐赠者会面临自然生殖过程所不会遇到的结果。即在自然生殖过程中，如果男性成为一名孩子的父亲，他的职责仅会存在于较短的时间内。而在试管受精过程中，他可能面临女性配子捐赠者在不确定的时间内迟延植入胚胎的可能。因此，不再有兴趣和女性捐赠者生育的男性可能会面临情感和经济上的不确定状态。为此，Daar 教授提议，只应允许女性捐赠者在一个“医疗上合理的”时间内植入胚胎，而 40 周可能是个比较合理的时间，它接近于自然生殖的期间。如果第一轮植入导致怀孕，她将用尽这 40 周，之后不能继续使用剩余的胚胎。如果第一次尝试失败，在 40 周内，她仍可再试一次。最终，男性配子捐赠者将会在 40 周内知道是否怀孕。她进一步支持愿意将胚胎赠与无子夫妇的一方，只要持反对意见的另一方配偶对该子女不负有法律上的责任。

目前，美国采用利益衡量模式的主要有三个州：

①田纳西州：*Davis v. Davis*

第一个采用这一模式的州是田纳西州，在前述 *Davis v. Davis* 案中，田纳西州最高法院裁决认为，合理的分析要求“衡量争议每方当事人的利益……以便以公平和负责任的方式来解决该争议”。最后，法院通过衡量，认为丈夫不生育的利益超过妻子将冷冻胚胎赠与他人的利益，

“通常，希望避免生育的当事人会优先，只要另一方当事人有合理的机会能通过使用所涉及的前胚胎之外的其他途径成为父母。如果不存在其他合理的选择，那么应当考虑支持使用前胚胎受孕的观点。不过，如果寻求控制前胚胎的当事人仅旨在将它们捐赠给其他夫妇，反对一方明显就有着更大的利益，从而取得优势。”

但法院也认为，在本案中，“如果（妻子）寻求自己使用前胚胎，案件将更加势均力敌，但仅在她不能通过任何其他合理的途径成为母亲的情况下。”但若 Mary 由于年迈无法接受另一次试管受精手术，而上述前胚胎是她成为母亲的惟一机会时，如何实现其生育权，法院判决未作出回应。

最终，法院指示主治医生按照自己的意见继续按常例处理未使用的前胚胎，排除了把他们捐赠他人的可能。1993

年5月24日,同一法院命令医生把前胚胎交给 Junior,以保障其生育自决权。玛丽随后向美国联邦最高法院提起上诉,但后者拒绝审理。

②新泽西州: *J. B. v. M. B.*

第二个采用了利益衡量模式的判例是新泽西州的 *J. B. v. M. B.* 案。在该案中,一对夫妇在妻子知悉自己的身体状况是其不孕后经历了试管受精。他们签署了一份知情同意书,声明他们同意“在下列情况下,将对自己身体组织的所有控制权、管理权和所有权让与给 IVF 项目:……[a]根据法院的命令解除婚姻,除非法院明确指明由谁来控制和管理这些组织。”妻子后来起诉离婚,一审法院赋予她销毁生育前胚胎的权利。丈夫提出上诉,认为一审法院应执行他和妻子之间所主张的协议,在他们选择不再给妻子植入前胚胎时,将其捐赠给不孕夫妇。上诉后,新泽西州最高法院采取的规则是,“执行在试管受精开始时达成的协议,但受限于任何一方当事人在使用或销毁存储的前胚胎前就其处置改变想法的权利”。“如果因为一方当事人重新考虑其早先的决定而对处置意见不一,必须评估双方当事人的利益。”通过适用这一规则,法院认为,同意书并未表明夫妻双方对前胚胎处置的明确意图,因为它允许当事人在离婚时获得法院关于处置前胚胎的命令。因此法院转向平衡当事人的利益,认为,如果否定丈夫使用或捐赠前胚胎的机会,他并不会因此丧失生育权,因为他已经“做了父亲,而且能够成为其他孩子的父亲,无论是通过自然生育还是通过试管受精”,但是妻子的不生育权在尝试使用或捐赠前胚胎时就会丧失。在这种情势下,法院判定,“不应强迫(妻子)违背其意愿成为生物学上的母亲”。

值得注意的是,本案一名法官(Verniero, J.)在其撰写的协同意见(concurring opinion)中认为,“使得本案结果得以达成的同一原则也允许不孕方不顾另一方的反对而主张其使用前胚胎的权利,只要这种使用是唯一的生育途径。”

③宾夕法尼亚州: *Reber v. Reiss*

2012年,宾夕法尼亚州最高法院在 *Reber v. Reiss* 一案中也运用了利益衡量模式。

在该案中,一对夫妇因为妻子被检查出患有乳腺癌而需要治疗,为了保存其生育能力而进行了试管受精。丈夫后来提出离婚,妻子则希望植入他们的前胚胎。在平衡当事人的利益后,一审法院基于妻子在不使用前胚胎的条件下无能力成为生物学上的母亲,将前胚胎判给了她。上诉后,宾夕法尼亚州最高法院认为,它不需要决定是否采用某一特定的模式,因为该对夫妇并未签署知情同意书中与离婚时对前胚胎的处置相关的部分,“很明显,该对夫妇就前胚胎并未达成一个同时的合意”。在这种情况下,法院认为,“利益衡量模式是最合适的检验方法”,并得出结论认为,利益衡量的结果倾向于妻子,因为“该对夫妇从未在经受 IVF 之前达成协议,这些前胚胎可能是该名妻子成为生物学上的母亲的唯一机会以及她成为母亲的最好机会”。

在上述的 *Reber* 和 *Davis* 两个案件中,法院在适用利益衡量模式时都提及当事人不能生育对其会有利。但在 *J. B. v. M. B.* 案中,法院对不孕方违背另一方意愿寻求适用冷冻胚胎的情形,没有表达意见,仅提及在法官进行利益衡量时,收养的可能性是一个考虑因素。不过,在预先协议表明使用前胚胎需要获得双方当事人的同意时,这些法院都没有赋予一方当事人以植入前胚胎的权利。

尽管利益衡量模式赋予法院在缺乏处置协议时决定谁有权使用前胚胎的决定权,但正如爱荷华最高法院所提及的,这一模式内部存在不一致(internal inconsistency):

“类似于那些促使法院避免执行表达了生育选择的合同的关注,公共政策的关注甚至更为强烈地要求我们不应在这一高度情绪化和个人化的领域中将法院作为决策者。然而,这正是基于利益衡量检验的决策框架下所发生的,因为法院必须在当事人无法达成了合意时衡量当事人的相对利益来决定对胚胎的处置。”

2、美国各州立法就冷冻胚胎的利用和处置所采取的模式

在美国中,对试管受精程序以及对人类胚胎的销毁问题已有制定法的州主要有新罕布什尔州、佛罗里达州、新泽西州、马萨诸塞州、加利福尼亚州和路易斯安那州,而前述路易斯安那州的规定最为全面。其他州,诸如伊利诺伊州、夏威夷州、得克萨斯州、爱荷华州、罗德岛州、堪萨斯州、密歇根州、纽约州和新达科他州都在更为有限的范围内规定了试管受精,它们对胚胎的销毁或处置没有做出直接规定。

(1) 佛罗里达州

佛罗里达州要求委托试管受精的夫妇应当和治疗医生达成一项协议,约定在二者离婚、一方死亡或其他不可预见情形下对该对夫妇的精子、卵子和前胚胎的处置方式:若不存在书面协议,(1)剩余的卵子或精子将由提供者一

方控制；(2) 处置前胚胎的决定权由委托的夫妇共同行使；(3) 委托方中一人死亡的，由存活的另一方控制。这一规定，分别体现有美国目前各州判例所采用的三种不同模式。

(2) 加利福尼亚州

关于胚胎的处置，《加利福尼亚州卫生和安全法典》第 125315 条规定：

(第 1 款) 医生就不孕治疗后剩余的胚胎的处置应当向患者提供及时、相关和妥当的信息，以使其在充分知情的情况下能够做出自愿的选择。

(第 2 款) 获得信息的患者可以选择保存未被使用的胚胎、将其捐赠给其他人、将之抛弃或将之捐赠用于研究。在提供生育治疗时，医生应向患者提供一份表格，预先提供有关胚胎处置的书面指示。该表格应当指明该医疗机构或存储设施保存胚胎的期限，并且至少就如下情形提供处置胚胎的选择项：

(1) 在配偶一方死亡时，应采取如下措施之一来处置胚胎：

- (A) 由存活的配偶利用；
- (B) 捐赠用于研究目的；
- (C) 解冻但不采取进一步的措施；
- (D) 捐赠给其他配偶或个人；
- (E) 其他明确声明的处置方式。

(2) 在双方当事人死亡或者无配偶的病人死亡时，应采取如下措施之一来处置胚胎：

- (A) 捐赠用于研究目的；
- (B) 解冻但不采取进一步的措施；
- (C) 捐赠给其他配偶或个人；
- (D) 其他明确声明的处置方式。

(3) 在配偶分居或离婚的情形，应采取如下措施之一来处置胚胎：

- (A) 由女方来利用；
- (B) 由男方来利用；
- (C) 捐赠用于研究目的；
- (D) 解冻但不采取进一步的措施；
- (E) 捐赠给其他配偶或个人；
- (F) 其他明确声明的处置方式。

(4) 在配偶一方或无配偶的病人经要求或因为没有支付保管费而决定抛弃胚胎时，应采取如下措施之一来处置胚胎：

- (A) 捐赠用于研究目的；
- (B) 解冻但不采取进一步的措施；
- (C) 捐赠给其他配偶或个人；
- (D) 其他明确声明的处置方式。

(第 3 款) 提供了不孕治疗的医生或其他医疗服务提供者应获得选择不孕治疗选择将剩余的胚胎捐赠用于研究的个人的书面同意。为了获得知情同意书，医疗服务提供者应就胚胎可能被用于干细胞研究、器官移植研究、其商业利用可能以及移去与胚胎相关的所有标示等情况作出声明，特别是应声明，被捐赠的早期人类胚胎不会被植入女性的子宫，不会存续超过人类多能干细胞导出过程 (human pluripotent stem cell derivation process)，以及会以对用于研究的所有人体组织而言适当的方式受尊重地得到处理。

上述规定则明显采用了合同模式。

(3) 新泽西州

新泽西州法律允许取得和使用人类胚胎干细胞、人类胚胎的生殖细胞以及人类的成体干细胞，包括体细胞核移植，但需要在充分考虑研究的伦理和医疗意义后进行，并应由根据联邦规章运作的机构审查委员会来审查个案。

为病人治疗不孕的医生应向病人提供及时的、相关的和适当的信息使其能够就不孕治疗后尚存的人类胚胎的处置做出知情的自愿选择；他可以选择存储未被使用胚胎，将其捐赠给他人或用于研究目的，或选择其他处置途径，

但选择为研究目的而捐赠剩余胚胎者应提供书面同意书。

(4) 对胚胎使用方式的限制

新泽西州禁止在明知的情形下出于充分对价来买卖、以其他方式移转或获得、或以宣传的方式促进出售或移转人类胚胎的或胎儿的尸体组织 (embryonic or cadaveric fetal tissue) 用于研究目的, 不过可以将其捐赠用于研究目的。所谓的充分对价是指经济收入或获益, 但不包括为了移动、加工、处置、保存、质量控制、存储、移植或植入胚胎或胎儿尸体组织而支付的合理费用。违反者犯有三级重罪。

佛罗里达州法律禁止在明知的情形下出于充分对价 (valuable consideration) 来买卖人类胚胎或进行宣传, 违者犯有二级重罪。

根据马萨诸塞州法律, 人类生殖性克隆 (human reproductive cloning) 被禁止, 不能在明知的情形下为此目的而获得胚胎的、配子的或尸体的组织; 不能在明知的情形下为了捐赠胚胎用于研究的唯一目的而通过受精的方式创造胚胎, 但不禁止为了研究目的通过体细胞核移植、单性生殖或无性生殖的方式来创造移植前的胚胎 (a pre-implantation embryo); 不能在明知的情形下出于充分对价来买卖、移转或以其他方式获得人类胚胎、配子或尸体组织用于研究目的, 但不禁止为了个人将来使用而存储或捐赠配子, 或将其配子捐给他人或用于研究, 不禁止为了生育目的而使用试管受精技术。

六、结束语

冷冻胚胎是一个牵涉法律、医学、伦理诸多领域的纠结问题。一方面, 胚胎作为人体基因的携带者, 有发育为人的可能, 另一方面, 人类社会又存在使用胚胎干细胞来进行科学研究、治疗疑难病症的迫切需要。在人性尊严和生命救治的折冲樽俎间, 在英美法上, 冷冻胚胎的地位主要被界定为一种处于人和物之间的中间体: 一方面要保持对胚胎的人格尊重, 另一方面又需要对胚胎进行合理的利用, 甚至需要在一定条件下加以处置。江苏省的冷冻胚胎案在一审中采用了特殊之物的定性模式, 而二审则采用了中间体的定性模式, 与 *Davis* 一案中田纳西州最高法院的观点不谋而合。

冷冻胚胎是由男性的精子和女性的卵子经由试管受精而生成的, 由此又产生了对它的监护权或处置权之争, 尤其在夫妻无法达成一致意见时更是如此。英美法上对该问题也存在诸多讨论, 经由国内各州的司法实践, 美国判例和学说逐渐发展出三种不同的解决模式, 即合同模式、同时合意模式和利益衡量模式。主导的模式仍是合同模式, 它更有利于尊重当事人的意思自治并保持结果的确定性, 但在无协议的情形, 仍需要法院进行个案中的利益衡量。原则上, 夫或妻一方的不生育权应当优先, 但在另一方无法通过其他途径成为父母的情况下, 让其生育权占优可能是更为妥当的选择。

就冷冻胚胎的处置, 我国也有学者建议采用合同模式。他们认为, 胚胎的命运应由男女双方共同决定。在双方都健在的情况下, 无论其已经结婚抑或已经分手, 都不允许一方擅自处分该胚胎, 任何一方对胚胎的处分都应征得另一方的同意或授权; 双方当事人可以就该胚胎的处分签订协议, 在协议中明确约定对胚胎的处理意见或权利的归属及其行使等问题; 在一方当事人已经死亡而又没有证据表明其反对另一方当事人处理该胚胎的情况下, 应当视另一方当事人已经获得了其授权而允许该当事人处理该胚胎; 在双方当事人均已死亡的情况下, 除有证据表明双方当事人都反对或有任何一方反对外, 该胚胎应当由有关医疗卫生主管机关代表国家来处理。

就江苏的冷冻胚胎案而言, 由于死者生前已经签署了知情同意书, 表明了双方的共同意愿, 若采取美国法主流的合同模式, 应由鼓楼医院在冷冻保存期届满后将胚胎丢弃或销毁, 亦即对涉案冷冻胚胎的处置权应当归于鼓楼医院。这也是 Warnock 报告所建议的办法。而且按照英国《1990年人类受精与胚胎法》, 冷冻胚胎存储也有最高时间限制, 如果超过法律规定的存储时限, 也允许冷冻胚胎死亡或被销毁。

如果按照澳大利亚维多利亚省对 *Rios* 夫妇事件的最后处理办法, 鼓楼医院可以将剩余的四枚冷冻胚胎交由代孕的方式出生, 并由他人收养, 但医院仍对胚胎负有较高等度的监护义务或管理职责。由于死者双方的父母仍在, 可在孩子出生后交其共同抚养, 这也更加符合中国的传统观念和家庭伦理。但由于我国目前尚禁止代孕, 因此这一途径在法律上仍属可期而暂不可行之路。

最后, 再附带提一下 2012 年日照发生的夫妻离婚引发的冷冻胚胎案的归属权之争。该案恰恰反映了在美国已经发生而在中国即将成为热点的议题。由于该案中当事人与生殖中心签订的协议要求夫妻双方签字后才能进行移植, 而再次移植前, 夫妻已经离婚。该案中的主审法官认为, 处置冷冻胚胎需要夫妻双方“合意”, 这与美国的主流模

式不谋而合，但若当事人无法达成协议，如何处置，尚未见后续报道。美国法上的利益衡量模式可能是一种值得借鉴的做法，在该案中，由于妻子有生育困难，如果其无法再行取卵受精，则支持其生育权可能更为合理。

法刊辑要（2016295）：《法学杂志》2016年第9期

2016-10-20 法学期刊目录通讯 法学杂志编辑部

2、婚姻家庭法与民法典关系之我见——兼论婚姻家庭法在我国民法典中的实现

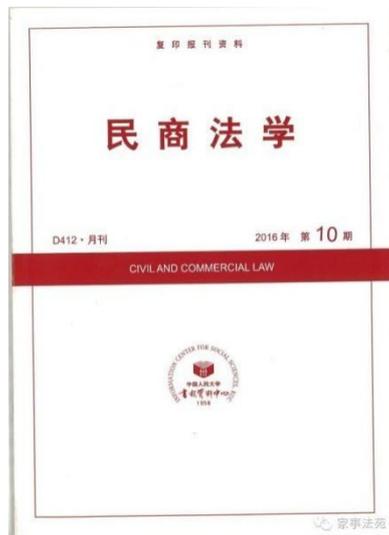
赵万一；西南政法大学民商法学院；

【摘要】 婚姻家庭法作为民法的核心内容应该在我国未来的民法典中得到充分体现。作为具有强烈伦理要求和浓厚人文主义精神的法律制度，婚姻家庭立法应将伦理道德优先、以人为本、遵从习惯、适度干预和适度超前与相对稳定相结合等作为基本的法律原则。对于具体的立法体例，在坚持单一民法典立法模式的前提下，将有关自然人的一般规定与人格权、婚姻、家庭等内容混编在一编中以“人法编”命名。在立法方式上，我们既要积极引进国外的先进理念和先进制度，兼收并蓄、吸收创新，又要立足本国国情，发掘传统制度资源，凝聚民族智慧，以制定出一部能够同时容纳古代文明、近代文明和现代文明，兼具形式理性和实质理性，具有普适性、辐射性和可复制性的中国版民法典。

【关键词】 民法典；婚姻家庭法；立法模式；实现路径；

人大复印报刊资料《民商法学》2016年第10期资料索引

2016-10-21 人大复印报刊资料《民商法学》2016年第10期



人大复印报刊资料《民商法学》2016年第10期资料索引（婚姻家庭法、继承法部分）

中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第10期

本文系中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第10期婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录，如欲查找引用，请务必核对原刊。

全文

土地承包经营权继承机制及其阐释辩证 / 陈甦 // 《清华法学》(京), 2016. 3. 57-71

婚姻家庭法

代孕有限合法化之探讨 / 祝彬 // 南京医科大学学报: 社会科学版, 2016. 3. 209~ 212

新时期我国婚姻家庭立法面临的挑战与宏观构建 / 游路遥, 吴国平 // 海峡法学(福州), 2016. 2. 58~ 62

关于冷冻胚胎的法律属性和处分难题研究 / 李娜玲 // 政法论丛(济南), 2016. 3. 122~ 128

台湾“家事事件法”及其启示 / 王韵洁 // 河北法学(石家庄), 2016. 7. 98~ 104

论婚姻自由原则 / 孔俊钰 // 法制与经济(南宁), 2016. 7. 123~124, 127

规制非婚同居行为的法理思考 / 丁素芳 // 闽南师范大学学报: 哲学社会科学版(漳州), 2016. 2. 32~ 37

离婚诉讼中夫妻共同债务认定的法律适用探究 / 李颖 // 武警指挥学院学报(津), 2016. 7. 60~ 62

法院解决“假离婚”案路径探讨 / 雍腾腾 // 法制与经济(南宁), 2016. 7. 202~ 203, 208

“家事法苑”团队奉献

离婚案件中涉及的赠与问题的法律剖析及建议 / 丛媛 // 山东法官培训学院学报 (济南), 2016. 3. 74~ 77

儿童家庭暴力干预模式构想 / 李秀华 // 中华女子学院学报 (京), 2016. 3. 5~ 13

未成年人“教唆”未成年人实施侵权行为之监护人责任问题探究 / 张莹莹 // 北京化工大学学报: 社会科学版, 2016. 2. 45~ 50, 56

我国未成年人财产管理制度探究 / 刘淑芬, 黄思逸 // 中华女子学院学报 (京), 2016. 2. 27~ 33

继承法

论网络虚拟财产的继承 / 刘秀丽, 白金亚 // 广西政法管理干部学院学报 (南宁), 2016. 3. 50—55

冲突与协调: 苗族女性继承习惯与继承权的双重探析 / 石婷 // 河北法学 (石家庄), 2016. 7. 90~ 97

论家族企业与子女作为第一顺序继承人 / 咎强龙 // 河南科技大学学报: 社会科学版 (洛阳), 2016. 4. 108~112

反家庭暴力法实施中的重点和难点问题研讨会在京召开

专家建议——尽快出台反家庭暴力法实施细则

2016-10-24 中国妇女报 王春霞

中华女性网记者王春霞 发自北京 10月22日, 反家庭暴力法实施中的重点和难点问题研讨会在北京召开。该研讨会由中国妇女报社、中国妇女发展基金会妇女新闻文化基金、北京红枫妇女心理咨询服务中心主办。与会专家建议, 应尽快出台反家庭暴力法实施细则, 推进反家庭暴力法更好地贯彻落实。

专家学者、法官、警察、社会工作者、社区工作者齐聚一堂, 从宏观、中观、微观等方面总结反家庭暴力法实施半年多来取得的成绩, 分析存在的问题, 既有从人权、宪法角度的理论探讨, 也有来自一线调查研究、案例分析、经验分享。研讨会分为四个单元, 妇女·人权与反家暴, 司法、执法与反家暴, 社会工作与反家暴, 心理救助与反家暴。

联合国妇女署专家郭瑞香认为, 中国出台反家庭暴力法具有里程碑意义。联合国跨机构工作组将推动中国出台反家暴法司法解释, 制定相关部门和组织的执法细则和跨机构合作模式, 满足家暴受害者多方位需求; 倡导公众意识提高, 挑战传统观念, 预防家庭暴力。

北京红枫妇女心理咨询服务中心名誉理事长王行娟通过互联网信息分析了反家庭暴力法实施的现状。王行娟介绍, 法律初显成效。人身安全保护令实施喜忧参半, 申请者少, 裁定过严, 处罚措施未跟上, 法院难以履行执行职责。无论新建或原有的庇护所普遍遇冷。反家暴法需要加大普法力度, 扩大保护令执行主体, 解决婚姻法与反家暴法的衔接问题。

据统计, 反家庭暴力法公布实施后, 北京红枫妇女心理咨询服务热线今年1月到6月的热线数量大致相当于2015年同期的3倍, 来电咨询者对家暴的认识提高。

中国公安大学原副教授荣维毅认为, 反家暴法实施后, 告诫书制度的实施情况缺乏调查统计, 底数不清, 责任主体不清, 解释不统一。建议公安部组织编写警察介入家庭暴力的执法标准、反家暴警察培训教材, 促进警察有效干预家庭暴力。

中国政法大学教授夏吟兰认为, 反对家庭暴力单有反家暴法还不够, 需要具体措施的跟进, 需要体制、机制层级化、精细化的构建。理念先行特别重要。反对家庭暴力和促进家庭和谐从宏观角度看并不矛盾, 应该是互相促进的关系。反家暴法要达到的目的, 应是预防和制止家庭暴力, 提高婚姻和家庭的质量, 最终促进家庭和谐。虽然反家庭暴力法的法律规定存在不足, 但是应当看到法律的出台意义重大, 需要逐步推进。执法人员家庭暴力的敏感度非常重要, 应加大培训, 改变执法者的观念。

“反家暴法实施的症结还在于未普遍确立反家庭暴力的先进理念, 未对反家庭暴力法进行整体全面理解, 未对反家暴法实施抱有坚定的态度。”中华女子学院教授李明舜说, 对反家暴法的认同是做好反家庭暴力法实施的前提。抓住重点, 聚焦难点, 对症下药是有效实施反家暴法的关键。应抓住和聚焦反家暴法确立的告诫、强制报告、撤销监护、人身安全保护令等重要制度, 聚焦公安机关、人民法院等最重要的责任主体, 抓住和聚焦具有高度风险的家庭, 抓住和聚焦施暴者这个矛盾的主要方面, 抓住和聚焦处理具体家庭暴力案件的关键环节。

离婚协议分割房产未过户时对外效力

2016-10-24 高杉 LEGAL 吴宁

《民商法实务精要(3)》(印章版), 将于10月26日(本周三)12:00-24:00限时预售,

“家事法苑”团队奉献

离婚财产分割协议所涉房产未过户时的对外效力分析及一方据此取得的债权与第三人债权的清偿顺序问题 作者 | 吴宁（北京某国企合规法务人员，微信号：wuningds）

一、问题的提出

《物权法》第九条第一款和第十四条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力；未经登记的不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

而法律另有规定的情况，除《物权法》第九条第二款规定了依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记外，《物权法》第二十八、二十九、三十条也规定了因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定、继承或者受遗赠取得物权以及合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，也无需登记即可设立、变更、消灭不动产的物权。

除《物权法》上述规定外，理论和实务中也出现了根据《婚姻法》相关规定，对夫妻间财产关系中的不动产权属，也可以不需要登记的观点，并由此衍生出离婚财产分割协议能否直接产生物权变动效力，分割协议与其他债权的履行冲突时清偿顺序如何等问题。

二、实务中就分割协议能否直接产生物权变动的不同意见

1、认为夫妻间在离婚协议中对不动产的约定，无需登记即可产生物权变动效力。

广州市中级人民法院（2014）穗中法执复议字第101号“臧某执行异议案”中，法院认为《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”故夫妻间约定无须另行经过物权变动手续，在婚姻关系内部应已发生法律效力。

2、认为夫妻间在离婚协议中对不动产的约定，仅具有债权效力

最高人民法院（2015）民一终字第150号“钟永玉与王光等案外人执行异议纠纷案”中，法院认为钟永玉（原审原告、执行异议人）与林荣达（原审被告、被执行人）于1996年7月22日签订《离婚协议书》，约定讼争房产归钟永玉及其所生子女所有，该约定是就婚姻关系解除时财产分配的约定，在诉争房产办理过户登记之前，钟永玉及其所生子女享有的是将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权。

虽然法院认为，基于钟永玉与王光（原审被告、申请执行人）各自债权产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看，钟永玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产的执行，钟永玉提起执行异议请求阻却对本案讼争房产执行的理由成立。但从法院的论述中可以看出，最高法院并不认同离婚财产分割协议可以直接产生不动产物权变动的效力，仅认为产生变更登记的请求权。

三、离婚财产分割协议不应直接产生不动产物权变动的效力

厘清离婚财产分割协议是否具有直接产生不动产物权变动的效力，应当从离婚财产分割协议的性质、物权公示公信制度、以及不同观点可能导致的后果等多方面综合考虑。

1、从离婚财产分割协议的性质看，离婚财产分割协议虽然产生于婚姻关系的解除，但本质仍然是民事合同，就财产分割问题依法应当适用合同法。

最高人民法院民一庭负责人在题为《总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件》（2011年8月13日《人民法院报》）的答记者问中，明确提出“经反复研究论证后，我们认为，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。”

最高法院民一庭负责人的论述，明确表达了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，并不能直接产生物权变动的效力，对夫妻的约束力仅是合同法上的赠与关系。

2、从物权的公示公信力角度，认为离婚分割协议可以直接产生物权变动的效力，并不适当。

法律明确规定可以不进行物权登记即可产生物权设立、变更、消灭等效力的情形，一类是特定矿产资源、法院、仲裁法律文书或者政府征收决定等事实上通过法律规定或者公告等方式进行了相应公示的情况；其中法院、仲裁法

律文书或者政府征收决定还具备经过了有权机关审查判断的要求。另一类是继承、遗赠或者合法建造、拆除房屋等原权利人已死亡或不存在原权利人等，客观上必须确定标的物权利人的情形。

离婚财产分割协议与上述情形均不同，其本质上是合同法律关系，并不公开，第三人无法知晓离婚分割协议的存在及具体内容。既没有进行必要的公示，也不存在经过了有权机关的审查判断的情况，客观上也不存在因不存在原权利人而必须通过协议直接变动物权的客观需要。在未经公示的情况下，不应发生物权变动的效果。

3、从潜在的社会效果来看，认为离婚财产分割协议直接产生物权变动效力的观点，可能导致当事人怠于及时变更登记，冲击不动产登记制度，亦存在夫妻借此损害第三人利益的风险。

实务中出现的多起案例表明，相当一部分夫妻在离婚并对房屋等进行了分割的情况下，因为各种原因不及时进行物权变更登记的情况。一方面不动产登记是对房屋等不动产进行有效管理和公示的必须选择，没有合理原因应当登记而不登记会冲击不动产登记制度的正常施行；另一方面也可能出现夫妻之间恶意串通，通过离婚财产分割协议转移财产，损害债权人利益的风险。虽然债权人可以提起撤销之诉否认财产分割协议的效力，但从举证的难度看，债权人撤销财产分割协议的难度极大，很难起到有效保护债权人的作用。

综上，离婚财产分割协议本质是当事人之间的合同关系，不应具有直接产生物权变动的效力，未进行不动产变更登记时，权利人对相关不动产仅享有债权请求权，不当然享有相应物权。

四、离婚一方基于财产分割协议享有的债权与离婚另一方其他债权人的债权冲突时的清偿顺序

（一）最高法院在个案中的观点

离婚一方基于财产分割协议享有的权利属于债权，基于债权之间的平等性，不应享有优先于其他债权人的权利。在二者发生冲突时，最高人民法院在（2015）民一终字第150号“钟永玉与王光等案外人执行异议纠纷案”中，提出了应综合考虑各债权成立的先后顺序、债权的具体内容和性质以及涉及的不动产是否未能配偶一方的生活保障等四因素，确定保护顺序的观点。

钟永玉案起因于钟永玉与前夫林荣达离婚时约定涉案房屋归钟永玉及其子女所有，但始终未办理房屋所有权变更手续。林荣达离婚后因股权转让事项，对第三人王光负有金钱债务。王光在申请强制执行林荣达金钱债权一案中，就能否执行涉案房屋发生争议。**最高法院认为：**

1、从时间上看，钟永玉的请求权早于王光对林荣达的金钱债权。债权的成立时间尽管并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续履行以及继续履行的顺序产生影响。类推最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题的规定，至少不能得出王光成立在后的债权具有优先于钟永玉成立在前的债权的结论。

2、钟永玉的请求权系针对诉争房屋请求权的请求权，而王光的债权为金钱债权，诉争房屋只是作为林荣达的责任财产成为王光的债权的一般担保。在钟永玉占有诉争房屋的前提下，参考最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条规定，其要求将诉争房产的所有权变更登记至其名下的请求权，应当优于王光的金钱债权。

3、王光与林荣达之间的金钱债权，属于林荣达的个人债务。在该债权债务发生之时，诉争房屋实质上已经因钟永玉与林荣达之间的约定而不再成为林荣达的责任财产。因此，在王光与林荣达交易时以及最终形成金钱债权的过程中，诉争房产都未影响到林荣达的责任财产。在此意义上，钟永玉的请求权即使排除王光债权的执行，也并未对王光债权的实现形成不利影响。

4、该房产具有为钟永玉及其所生子女提供生活保障的功能。与王光的金钱债权相比，钟永玉及其子女享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

（二）不同债权清偿顺序的确定思路

最高法院在钟永玉一案中的思路基本值得赞同。但我们认为在处理这一问题时，除上述因素外，还应当考虑配偶一方对不动产未能变更登记是否存在过错，以及第三人债权是否具有法定优先或者应予特别保护的情形。

从类型化的角度，以下情形其他债权人的债权应当优先于配偶一方的债权请求权。

1、配偶一方对分割的不动产未能过户存在过错的

法律一向不特别保护怠于行使权利的当事人。离婚财产分割协议中确定的权利人在能够进行物权变更登记而不及变更的，本身即对纠纷的出现存在过错，应当承担由此造成的不利后果。在权利人有过错时仍对其进行特别保

护，不符合公平的要求，效果上也不利于法律的实施。在配偶一方怠于进行变更登记等存在过错的情况下，一方面因其过错不应予以特别保护，另一方此时夫妻双方恶意串通损害第三人利益的可能性相对较大，应优先保护无过错的第三人。

2、标的不动产合法买受人具备法定情形的

根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定一》的相关规定和精神，通过合法方式购买标的不动产的当事人，在非因自身原因未能将标的不动产变更至自己名下时，如果在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同，并在人民法院查封之前已合法占有该不动产，且已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行的，此时基于对交易安全和秩序的保护，应当优先于离婚的配偶一方取得标的不动产的物权。

需要特别讨论的是买受人明知或应知离婚财产分割协议内容时，应否予以保护。我们认为在买受人明知离婚财产分割协议内容时，仍购买标的不动产，属于故意侵犯他人债权的不诚信行为，不应予以保护。

3、金钱债权人具有应当优先保护的合理理由的

配偶另一方金钱债权人享有的债权虽然内容与配偶一方的要求过户的请求权虽不一致，但在标的不动产成为金钱债权的执行标的物时，这种事实上的冲突更加激烈。

有观点认为，在金钱债权债务发生之时，如果标的不动产实质上已经因离婚财产分割协议而不再成为金钱债务人的责任财产的，因标的不动产未影响债务人的责任财产。不会对金钱债权人的债权实现形成不利影响，故此时的金钱债权没有优先于配偶一方过户请求权的效力。

上述观点可能存在以下问题：1、在离婚财产分割协议并不能直接产生物权变动效力的情况下，认为标的不动产不再是配偶另一方的责任财产法律依据并不充分。2、从实务操作看除专业贷款机构外，普通债权人在债权发生时并不会刻意去调查并掌握债务人名下具体资产情况。按照上述观点的逻辑，标的不动产因不被债权人具体考虑到而不影响债权实现，那么债务人其他资产同样也不被债权人具体考虑到，也不应该影响债权实现。这种推论显然是不成立的。

我们认为普通金钱债权原则上并没有优先于配偶一方过户请求权的效力。但在个案中如果金钱债权具有更值得保护的法律效力时，基于利益衡量的考虑，该种金钱债权应予以优先保护。

实务中较为典型的是金钱债权系基于债务人应当退还赃款等类型。由于刑事案件的被害人对于遭受犯罪侵害的事实无法预测和避免，被害人对被非法占有、处置的财产主张权利只能通过追缴或者退赔予以解决，在赃款赃物追缴不能的情况下，被执行人在赃款赃物等值范围内予以赔偿，该赔偿优先于其他民事债务具有合理性。此时基于退赃产生的金钱债权应当优先于配偶一方的过户请求权。

综上，离婚财产分割协议产生的权利应当属于债权，不能直接产生物权变动的效力。在配偶一方的过户请求权与其他债权人的债权之间的冲突，属于婚姻法与一般债权法律的交叉领域。如何解决两者的冲突本质上是利益衡量问题，需要综合考虑各债权成立的先后顺序、债权的具体内容和性质以及涉及的不动产是否未能配偶一方的生活保障等四因素，确定保护顺序。其中，配偶一方对不动产未能变更登记存在过错，第三人债权具有法定优先或者应予特别保护的正当理由的，应当优先于配偶一方的请求权清偿。但基于现实的多样性，如何确定清偿顺序可能更多的还需要在个案中进行衡量。

网络虚拟财产的民法典立法保护研讨会综述

2016-10-25 中国民商法律网 民商法前沿论坛

2016年10月18日，由中国民法学研究会主办、腾讯研究院承办的小型学术研讨会“网络虚拟财产的民法典立法保护研讨会”在北京举办。本次会议主要围绕《民法总则（草案）》第104条，就网络虚拟财产的立法模式、类型化研究、司法裁判等热点问题进行了探讨。

1 会议第一单元

尊敬的各位领导、各位专家学者、同志们：

会议第一单元由中国民法学研究会副会长、中国政法大学民商经济法学院教授李永军教授主持，最高人民法院姚宝华法官和腾讯研究院法律研究中心彭宏洁副秘书长分别对网络虚拟财产纠纷的司法实践、网络虚拟财产的相关技术原理进行了介绍。

“家事法苑”团队奉献

姚宝华法官表示，其个人认为，民法典对网络虚拟财产的属性进行界定是有益的尝试，是统一裁判标准的迫切需求。从司法实践来看，网络虚拟财产案件存在裁判说理不充分、难以适用现有举证规则确认相关证据、网络虚拟财产价值难以确定等问题。网络虚拟财产究竟属于物权、债权、知识产权还是其他法益，存在较大争议，对于网络虚拟财产的研究应当进行类型化，包括网络本身和存在于网络上的虚拟财产，后者可分为三种形式：其一是游戏中的网络虚拟财产，包括账号、货币、装备、宠物等；其二是虚拟社区中的网络虚拟财产，包括虚拟社区中的账号、货币、积分、用户级别；其三是其他的网络虚拟财产，包括QQ号、微信号、电子信箱，这其中要密切关注的一些营利性的网络虚拟财产，如电商、网店等。在对网络虚拟财产进行类型化的基础上，再进一步区分属于物权、债权或其他的法益。同时，姚宝华法官还指出，当前网络技术飞速发展，立法应当更具前瞻性。

腾讯研究院法律研究中心彭宏浩副秘书长从网络游戏产业实践出发，详细介绍了网络游戏中最为复杂的道具技术原理，包括网络游戏道具本身的技术原理及其在产生与交易过程中的技术原理。区分不同的游戏类型和具体玩法，可分为两大类：第一大类，如《魔兽世界》、《皇室战争》等游戏，其道具的产生是由企业的研发所决定，由企业在研发阶段所作的美术创作、文案创作、数值策划、代码开发等而产生；第二大类，如《我的世界》、《第二人生》等游戏，企业开发了基本的游戏宏观世界，用户可以在游戏中进行道具创作，但是用户的道具创作也受制于企业的研发创作，以遵循企业在研发时设定的基本工具和方法为前提，否则其创作将无法在游戏系统中识别。随后，彭宏浩副秘书长指出，对于第一类游戏，用户获得、使用和交易道具，都取决于网络游戏运营商的代码算法控制，属于网络用户客户端与运营商服务端的数据交互过程的结果；对于第二类游戏，道具的交易也会受限于企业在先研发的基本规则。网络游戏世界里，一切都是代码运算的结果，网络游戏运营商在其中起到了决定作用。而用户获得道具的目的，往往是为了在游戏过程中获得与道具有关的更好的游戏体验，并非以交易道具获利为目的。

2 会议第二单元

会议第二单元由中国民法学研究会秘书长、中国人民大学法学院王轶教授主持，在场的专家、学者进行了精彩的主题报告。

福建师范大学法学院林旭霞教授以“网络虚拟财产民法典立法保护”为主题，深入分享了自2005年以来对网络虚拟财产法律保护的研究心得。林旭霞教授首先指出，网络虚拟财产应受保护毋庸置疑，问题在于如何将其纳入现有财产法二元体系之中：网络虚拟财产是物还是债权凭证，网络虚拟财产权究竟是物权还是债权。林旭霞教授认为，网络虚拟财产具有特定性和独立性，应当被界定为“物”。网络虚拟财产具备“物”的特定性在于，虽然虚拟财产是感观无法确定的数据，但网络用户可以通过对自己的帐号设置密码来防止他人对自己的资料进行修改、增删，也可以通过一定的程序对虚拟财产进行买卖、使用、消费，并根据市场供求状况确定其价值，运营商也可以依据协议对其进行保管，在有效的运营期间具有同一性，说明网络虚拟财产具有一般社会观念或经济观念中的特定性。网络虚拟财产具备“物”的独立性在于，尽管虚拟财产在技术上必须依附于特定的网络平台而存在，但物的独立并非仅指物理上的独立，虚拟财产通过技术手段区别于网络平台、区别于其他用户的网络资源，尤其重要的是，在社会一般观念上尤其是对于虚拟财产的交易观念中，都是将其作为一个单独的“物”来对待和处理的，虚拟财产也具有独立于现实财产的价值。虚拟财产的公示方式就在于对用户名和相应的密码的控制。掌握用户名和密码，就与现实中动产的占有有一样，具有权利推定力，可以表明对虚拟财产享有权利。网络虚拟财产权符合物权的最为核心的支配性概念，应当作为物权。网络虚拟财产运行、存储以及权利上的变动，虽然需要通过网络经营者或管理者履行与用户的协议、保障中央服务器的运行，才能实现用户与服务器之间的信息交换，但是，“协作”的存在，仍然满足支配权的另一要义——支配意志对所支配的财产利益有最终的选择权与决定权。网络虚拟财产权利的实现，是通过“权利联系”实现的，就如同现实世界中持有存单、提单、有价证券的权利人，“协助”的存在并没有改变其权利性质。因此，可以认为，网络虚拟财产权具备了支配权“对财产拥有决策力并最终控制财产的前途和命运”的核心特征，因而应当将其作为物权。

中国政法大学民商经济法学院席志国副教授以“虚拟财产若干问题研究”为主题，讨论了网络虚拟财产能否作为民法财产权加以保护、物权客体的规定性、网络虚拟财产自身属性、现阶段网络虚拟财产应当作为债权等几个问题。席志国副教授指出，《民法总则（草案）》第104条表明社会范围内对网络虚拟财产应当作为财产进行保护达成了共识，但104条在表述上添加了“法律规定”作为限定。在坚持财产权二元体系的前提下，将网络虚拟财产作

为物权客体，应当具备物权客体的有用性、资源的稀缺性、确定性和非人格性等四个基本特征。就网络虚拟财产本身的属性而言，对于物权说、债权说、知识产权说、准物权说、新型财产权利说等五种观点，席志国副教授认为，网络虚拟财产的本身属性不无疑问，比较法上也仍在学说和判例发展阶段，在民法典或物权法修改前，碍于物权法定，目前应当将网络虚拟财产定性为债权，并且债权在受到第三人侵害时也是可以纳入到《侵权责任法》第二条之下进行保护的。

华中科技大学熊琦教授以“虚拟财产权利属性与入典安排”为主题，对虚拟财产是否应当类推《物权法》的规则，甚至纳入《物权法》加以保护问题进行了讨论，并认为无法将网络虚拟财产权作为物权或准物权的概念。首先，熊琦教授指出，目前对网络虚拟财产的界定尚未能明确类型化标准，网络虚拟财产尚未经过民法解释学的打磨，没有清晰的界定，使得网络虚拟财产所谓物的特定性、独立性无从实现。其次，就网络虚拟财产能否纳入《物权法》规则，熊琦教授认为，物权中占有、使用、收益、处分的全面支配力无法在虚拟财产体现，因为网络虚拟财产权利的产生是网络服务提供者在特定范围内创造的结果；网络虚拟财产权利的行使也必须按照网络服务提供者规定的方式实现，范围也受到特定网络服务边界的限定。最后，熊琦教授对网络虚拟财产的确权方法提出建议，认为以民法的方式对网络虚拟财产进行保护和归置，可以规定为“特定网络虚拟财产”，仅将特定适合《物权法》保护和归置的虚拟财产作为物权客体，而不是将全部网络虚拟财产纳入物权客体规定。

西北政法大学经济法学院孙山副教授以“网络虚拟财产的体系定位”为主题，就网络虚拟财产的数据本质、网络虚拟财产特征、网络虚拟财产权物权说与债权说各自的局限性进行了讨论，并认为应当将网络虚拟财产作为新型权利，予以特别保护。按照虚拟性、独立性、受限制的可支配性、依赖性和不确定的期限性之特征，网络虚拟财产权独立于债权和物权，在权利行使、变动、保护等方面无法直接适用传统民法理论，内在矛盾无法消解。网络虚拟财产权是受制于运营商、难以全面登记公示、价值评估困难且需平台运营商承担安全保障义务的财产权，应当作为重要的财产权类型，在民法总则中作宣示性规定，同时另行制定特别保护法。

中国人民大学法学院熊丙万助理教授以“网络虚拟财产：‘物权’抑或‘债权’”为主题，认为首先应明确讨论该问题的语境，即是基于法学的形式体系美学的讨论，还是基于有效保护虚拟财产权所必须的立法和法律实施成本的考虑。就法学的形式美学而言，从对人权还是对物权、支配权还是请求权、绝对权还是相对权等经典二分法展开的讨论，是百余年来都没有、也注定没有确定结论的。因为，物权说和债权说两套解释方案都可以说得通。毕竟，先人创设物权和债权这一对形式概念时，背后所假定的财产和权利形态很难包容今天的网络虚拟财产权，或者说二者都与虚拟财产权多少都有重合之处。而从立法和法律实施成本角度来看，需着重讨论的问题是：如果在价值取向上认为特定虚拟财产权应当保护的话，如武器装备可以自由转让等，那么，在立法和法律实施技术上，是物权模式更经济还是债权模式更划算。这一问题主要围绕财产权的公示技术及其对抗力展开，特别是与此相关的经济成本。将某种财产权是否规定为物权，首先需要考量公示系统的成本、潜在交易人的识别成本；而将某种财产权界定为债权，主要是考察当事人通过合同完成约定的成本。熊丙万助理教授进一步指出，武器装备等虚拟财产有一个巨大的特殊性，在立法和法律实施成本上没有太大的差异，物权和债权两种模式其实都可以。因为，游戏运营商在生成和提供游戏的同时，也附带地生成了与虚拟财产相关的数据代码信息，或者说系统登记公示信息。如果界定为物权，要求运营商提供更加开放的、可供查询的公示系统，并不会涉及太多额外成本，因为登记是网络游戏正常运营过程的副产品，与传统有体物有重大差异。而如果纳入债权解决，则可以通过设置一些强制性的合同义务或者对格式合同进行一些限制来同样实现保护网络虚拟财产权的效果。由此，网络虚拟财产的保护的成本并无差异，物权抑或债权，应当以既有的学术同行交流习惯和司法实践中业已形成的较为便利的惯常性作法为判断标准。

中国社会科学院法学研究所刘明助理研究员以“网络虚拟财产类型化分析”为主题，认为《民法总则（草案）》第104条采取了相对开放式立法模式，在承认了网络虚拟财产的经济地位、并有意将其纳入物权客体范畴的同时，也将具体的决定权留给了尚未制定的法律，通过这种方式，为网络虚拟财产的财产争议的问题留下了一定讨论的时间和空间，较为可取。对此，应当有选择地将部分符合物权客体标准的网络虚拟财产纳入物权客体之中，而其标准在于该网络虚拟财产是否具备物权客体的可支配性以及相应权利对世效力的妥当性。刘明助理研究员以网络游戏装备和电子邮件分别为例，分析了二者的可支配性以及相应权利是否具有对世效力的问题，并认为，对于电子邮件类型网络虚拟财产，可以纳入物权法保护；对于网络游戏装备类型的网络虚拟财产不宜直接纳入物权法调整，尚需要转化，但不将其纳入物权法调整也并不意味其不能在一定程度上获得对世性的保护。在网络虚拟装备类型的网络虚

拟财产纠纷中，应当考量网络用户与网络游戏运营商之间的利益平衡。

中国人民大学法学院**许可博士**以“网络虚拟财产物权定位的证立”为主题，以法律后果路径分析了网络虚拟财产应当作为物权。许可博士首先指出，目前就网络虚拟财产抑或债权定位的纷争属于本质论路径，即试图找到虚拟财产的“物性”或“债性”，而实际上物权与债权的区分来自于风车时代，并未考虑到虚拟空间，因此，应当从本质论转向后果论路径，即先悬置争议，在对网络虚拟财产作为物权或债权各自产生的法律效果和事实效果进行评价后，依据以各自后果的配置效率为标准进行制度设计。由此，网络虚拟财产权的物权或债权定位转换为网络虚拟财产权物权请求权或债权请求权的效率比较。通过在具体案例中的法律经济分析方法演绎与推理，许可博士认为物权请求权相较于债权请求权更具有效益。

北京社会科学院**缪宇博士**以“网络虚拟财产的法律性质”为主题，对网络虚拟财产权的物权说和债权说进行了分析。缪宇博士后认为，物权说不仅存在理论障碍，在实践中也缺乏优势。理论上的障碍在于物权客体的扩张、难以解释占有和交付概念，也会消解支配权概念。而从实践角度来看，基于物权说的过错侵权损害赔偿不如债权说背景下的继续履行、无过错损害赔偿赔偿责任，绝对权请求权也难以适用。缪宇博士认为，债权说更符合我国现行法确立的民事权利体系和既有的学说传统。他指出，虚拟财产权实际上是无形利益，通过人格权制度、著作权制度和合同法制度来保护。用户与网络游戏运营商的合同是混合合同，可以适用有名合同的规定，客户端无偿下载是赠与合同；账号的注册是承揽合同；网络虚拟环境的提供和服务器的可登陆性准用承揽合同规定；用户数据的安全保障义务是合同法上的从给付义务，也准用承揽合同规定。在此基础上，装备的让与是债权让与，账号的转让是合同承担。当虚拟财产权遭受第三人侵害时，受害人可以通过第三人故意侵害债权、冒名出售时的无权代理、准无权处分行为制度来获得保护。缪宇博士后进一步指出，未来可以通过民事单行立法来对网络虚拟财产、信息权利进行规定，同时出台网络游戏格式合同来平衡用户和网络游戏运营商的利益。

中国青年政治学院法学院**王雷副教授**以“虚拟财产权债权说之坚持”为主题，通过梳理我国网络虚拟财产的司法裁判，指出司法实践中对网络虚拟财产的保护并不直接适用排除妨碍、返还原物等保护方式，而往往是本着网络虚拟财产对网络运营商技术依赖性的特点，采取由网络运营商恢复网络用户数据的责任方式。网络运营商对网络虚拟财产的安全保障义务成为司法实践中的核心价值判断问题。在上述司法实务背景下，网络虚拟财产权法律性质之争属于概念术语归类上的解释选择问题。网络虚拟财产权债权说中的安全保障义务能够为网络虚拟财产提供自治的保护。进一步，王雷副教授提出网络虚拟财产保护的立法建议，可考虑规定为“网络虚拟财产受法律保护”，以采取持中柔和的立法态度。

3 会议第三单元

会议第三个单元为评议与讨论环节，北京大学法学院常鹏翱教授、北京大学法学院贺剑助理教授、中国人民大学法学院张吉豫讲师等进行了精彩发言。

常鹏翱教授指出，网络虚拟财产与网络虚拟财产权是不同层次的概念，就立法形式美学和实用后果之间考量，“旧瓶装新酒”一定要充分考虑其实践效果，服务于实践问题的解决。张吉豫讲师也认为，追求立法形式的美感固然重要，但在目前还不能断然将网络虚拟财产如此宽泛的种类推及至“物”或者“债”，而是要对其中不同类型的更细致的研究，更合理、更低成本地解决实践问题。贺剑助理教授指出，之所以网络虚拟财产会存在物权还是债权的争议，原因在于其各自选取视角的不同：物权的视角源自于网络虚拟世界内部，而当从网络世界回到真实世界时，还存在网络用户与网络游戏提供商之间的契约关系。物权与债权之争的意义在于不同的定性定位会影响其所对应的一系列法律规则的适用，也即在后果论层面，定性问题仍然会对网络虚拟财产的交易、继承及救济产生影响，并引发诸多更多价值判断问题和解释选择问题。

研讨会中，**王轶教授**介绍了中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织拟定《民法总则（专家意见稿）》相关条款时的考虑：围绕着网络虚拟财产权是何种类型权利的争论，大多数讨论属于纯粹民法学问题的讨论，是在理论建构层面上的讨论，立法不应该回答这类理论建构问题；少部分讨论关注的是民法问题中的价值判断问题，这部分问题还未能形成明确的价值共识，立法不宜过早地作出判断。基于以上考虑，中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会的《民法总则（专家建议稿）》中仅写到“网络虚拟财产受法律保护”，而不回答网络虚拟财产权是何种类型的权利。

最后，**李永军教授**进行了总结。李永军教授首先指出，从会上的讨论可以看出，对于网络虚拟财产进行保护是

大家的共识，但如何保护存在不同观点。《民法总则》部分明确网络虚拟财产受保护即可，如何保护留待具体的民法分则各编和其它单行法解决，《民法总则（草案）》第104条的概括性是可取的。李永军教授还指明，对于网络虚拟财产如何保护的问题，一定要具有体系化的考量，虽然物权与债权的二元划分不是在今天的时代背景下作出，但自罗马法以来，二元划分便构成民法财产权体系的支架，并形成物权请求权、债权请求权，才随之受到法律保护，对于网络虚拟财产的法律保护问题等新的时代命题，也应当遵循着体系化角度展开。民法典的使命和体系化考虑，是值得考虑的深层次问题。

完善不动产登记信息查询机制

2016-10-26 中国不动产 江苏省常州市国土资源局新北分局 钱里阳

作为不动产“四统一”登记体制改革的重要内容，不动产登记信息共享与保护，与群众的利益息息相关，承载着落实便民利民措施、转变政府职能的重任。如何在保护个人隐私的同时，方便群众查询不动产登记信息，防止不动产登记信息泄露，从而完善不动产登记信息查询机制，是当下亟须解决的问题。**制度建立的必要性**

落实公开原则，保障交易安全。《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）规定：权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料。可见，我国对不动产登记信息采用的是有限公开原则。建立不动产登记信息共享查询制度，一方面，是落实《物权法》有限公开原则，方便权利人、利害关系人查阅复制不动产登记资料，提升不动产交易的效率；另一方面，是为了维护不动产交易安全，保障不动产交易秩序。例如，对可能涉及登记权利人隐私或者商业秘密的登记资料，登记机构有义务保护登记权利人隐私、商业秘密以及其他个人信息数据，防止信息泄露，对权利人造成损害。

提升治理效率，转变政府职能。不动产登记审批涉及多个部门的资料，对于登记机构来说，实时共享信息，可提升登记审批工作效率，减少错误登记的概率；对于税务、公安等其他部门而言，信息共享可减少不必要的证明，为社会提供更加高效、便捷的服务。申请人不需重复提供登记信息，也是减轻申请人的负担，向服务型政府转变的举措。

服务经济发展，助力市场监督。登记信息公示让不动产登记更具透明性、权威性，以政府登记的公信力为保障，可让市场交易主体减少后顾之忧，通过“恒定之产”来锁定“发展之心”。此外，城市居民购买“小产权房”、农村宅基地违背“一户一宅”原则等情况仍然存在，不动产登记公示有利于遏制此类情况。

面临的主要问题

对查询主体中利害关系人的界定存在争议。依据《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细则》），权利人及利害关系人可依法查询、复制不动产登记资料，但《细则》并未对利害关系人范围进行明确规定。实践中，基层大多仅允许权利人查询全部不动产登记资料，利害关系人必须取得不动产权利人的授权才能行使查询权，这主要是基于保护不动产权利人隐私及商业秘密的考虑。在不动产交易中，也存在签订承诺书、在合同中规定违约责任等方式来代替利害关系人查询。而利害关系人界定无限延伸，势必触及权利人的个人隐私及商业秘密，对此尚存争议。

不动产登记信息共享缺乏统筹安排，权责不清。登记信息共享涉及人员安排、信息安全、部门权责等诸多方面，需要包括不动产登记、人事等在内的多部门协调议事机构统筹安排。原先分散于各部门的登记数据和资料归集到一个部门，必然涉及部门利益的平衡，尤其是针对被整合不动产登记数据和资料的部门，整合过后调取相关数据不便，而有些数据又是行政部门工作不可或缺的。由于缺乏信息共享的机制，走登记查询流程费时费力，客观上导致行政效率降低。

不动产登记信息监管存在漏洞。包括房地产在内的不动产聚集了大量的财富，不动产登记簿上记载的内容，意味着财富的象征，牵动着人们的神经，不动产信息安全也成为了信息共享的阻力之一。一方面，授权不动产登记部门之外的人查询不动产登记信息，难以保证信息不被泄露；另一方面，虽然《条例》规定了相应公职人员的法律责任，但由于缺乏具体的职业制度规范和违法追究机制，基于工作便利的考虑，不动产登记机构人员查询不动产登记资料缺乏约束机制，也将对不动产登记信息泄露造成隐患。

完善机制的建议

界定利害关系人范围。利害关系人应当是指与登记的不动产具有法律上的利害关系之人，它不仅包括交易的当事人，也包括与登记权利人发生其他利害关系之人。判断查询人是否属于利害关系人，不能仅依据查询人主观认识，要从法律意义上理解是否存在利害关系。这主要可从以下四个方面进行判断：一是利害关系人不是不动产权利主体，

但与不动产标的物具有法律意义上的因果关系；二是因与不动产标的物交易行为、登记结果影响到权利第三人的利益；三是因与不动产标的物存在继承、遗赠、赠与等事实而产生权属纠纷的；四是因处理诉讼案件，第三人认为其利益受到损害，依法提出保护自己的合法权利而产生。

建立以不动产登记管理人员负责制为核心的查询制度。建立不动产登记员制度很有必要，不仅有助于提高登记人员的专业素质和知识水平，更是保障不动产登记簿公信力、防止不动产登记信息外泄的重要举措。只有经过相应的法律训练并考核合格的人，才可能依法履行登记查询职责并尽到合理审慎的义务。同时，建议建立不动产登记责任制度，发现违法泄露不动产登记信息，登记机构可依据相关的奖惩规定对个人进行行政处分，构成犯罪的由司法机关追究其刑事责任。此外，推进政府部门间不动产登记信息共享时，在已签订保密协议的基础上，可安排已取得不动产登记员资格的人专门从事查询服务，增强其责任意识，防止信息外泄。

实行不动产登记查询权限分级制度。建议建立不动产登记查询权限分级制度，有利于明晰权责，防止一般工作人员泄露信息。具体可分为三个等级：第一级包括不动产测绘人员以及不动产登记受理、审核、登簿、管理人员，只能因工作需要通过不动产坐落、代码、权证号码等在不动产登记簿中检索信息。第二级为不动产登记资料信息管理人员，除第一级权限外，可用申请人身份证明号码在电子登记簿中查询其不动产登记情况，并依法配合有关国家机关执行公务，查询、复制不动产登记资料。第三级包括不动产登记档案信息查询结果复核人员及不动产登记信息系统管理员，该级除第一级的权限外，因审核查询结果证明、数据核对、信息系统维护升级等需要可用权利人身份证明号码、姓名、名称在电子登记簿中检索。以上三级人员都必须取得不动产登记员资格，其中只有第二级人员有权限对外提供不动产登记查询服务，同时，所有的检索都有记录在案，便于追责。

作者单位：江苏省常州市国土资源局新北分局 原文敬请关注《中国不动产》2016年第10期

涉外婚姻财产中不动产的法律适用

2016-10-26 苏小妹谈法评史 苏晓凌

一、问题的提出

中国人素来相信“安居乐业”，安居之前提大多是购买不动产。在涉外婚姻关系中，安居和投资的需要导致在不同国家购置不动产的情况很是多见。然而婚姻的稳定性不断被动摇的今天，所购置的不动产必然暗含着一个法律问题，那就是双方离婚分割财产或婚姻中的一方处理不动产时，如何决定其应该依据的准据法？

（一）我国的国际私法规则

这个问题的提出首先是基于我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称“法律适用法”）中存在的两条国际私法规则。一个是《法律适用法》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”。二是在《法律适用法》在第五章物权中，规定“不动产物权，适用不动产所在地法律（第36条）。在处理涉及婚姻关系的不动产时，是应该依照第24条确定准据法还是依据第36条确定准据法？

（二）三个案例

看起来，这个问题在实践中造成了困扰，各地法院的处理并不完全一致。试以以下三个案例简要说明之。

1. 许某某离婚后财产纠纷案[1]

（1）案件基本事实

本案原告为中国国籍男子许某某，被告为韩国国籍女性李某某。二人在中国登记结婚。婚后，原被告购买房屋一套，并支付首付款，剩余房款办理了按揭贷款手续。后被告与卖方签订房屋买卖合同，约定被告购买该房屋，房屋登记在被告名下。房屋尚未办理登记手续时，原被告协议离婚。离婚协议中未提及讼争房屋。2011年11月25日，被告将讼争房屋办理在自己名下，房屋产权证显示被告对讼争房屋享有100%单独份额。同年，被告之子朴某向银行贷款95万元，被告为抵押担保人，提供讼争房屋为抵押物。2013年6月26日，原告诉至法院要求分割本案诉争房屋。

（2）法院判决

就法律适用，延边自治州中级人民法院在一审判决书中认定：“本案属涉外民事财产权益纠纷案件，即离婚后财产纠纷。……双方诉争的标的物系不动产，是因离婚引起的财产分割纠纷，故应适用中华人民共和国法律进行调整。”

在实体上，延边自治州中级人民法院依据中国婚姻法认为，夫妻在婚姻关系存续期间所得财产归夫妻共同所有，讼

争房屋为双方婚姻存续期间购买，应为双方夫妻共同所有。因被告在诉讼期间擅自处分双方共同财产，按照最高人民法院的司法解释，“夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方受损，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院予以支持”的规定，延边自治州中级法院对原告提出的被告赔偿讼争房屋评估价格一半及相应利息的请求予以支持，最终判决（1）讼争房屋为原被告共同财产；（2）被告向原告支付一半房屋折价款及相应利息。

2. 郭淑敏诉林春姁等房屋买卖合同纠纷案[2]

（1）案件基本情况

原告郭淑敏和被告之一林春姁均为我国台湾地区居民，讼争房产位于我国厦门市。林春姁与案外人、我国台湾地区居民黄炳文曾为夫妻关系，在婚姻关系存续期间，获得讼争房产，房屋登记在黄某名下。后夫妻二人将讼争房屋出售给原告郭淑敏，签订了房屋买卖合同，并收到了郭淑敏支付的全部购房款，但未办理过户手续。后黄某某死亡，郭淑敏以林春姁及黄炳文现任妻子王某和女儿为被告提起诉讼，要求判令变更讼争房屋的权属登记。

（2）法院判决

对于本案的法律适用，厦门市海沧区法院认为，“1、讼争房产的夫妻财产关系的法律适用，因黄炳文和被告林春姁并未就法律适用达成协议，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条“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”之规定，应适用台湾地区法律……”。[3]

在实体上，法院认定，讼争房产虽然登记在黄炳文名下，但讼争房产系黄炳文与被告林春姁在夫妻婚姻关系存续中所取得之财产，根据1992年台湾地区关于夫妻财产制的法律规定，属夫妻联合财产，且并无证据证明讼争房产为黄炳文或被告林春姁一方所有之财产，故讼争房产应属黄炳文与被告林春姁之夫妻共同财产。

3. 梁吕枝与程秀英确认合同无效纠纷案[4]

（1）案件基本情况

原审原告程秀英系加拿大人，长期居住于加拿大的温哥华，其夫梁慧系香港人，长期居住于中国的东莞。在两人婚姻关系存续期间，梁慧购入位于中国广东的讼争房产。后梁慧将房产转让给其与前妻所生女儿梁吕枝，并将房屋变更登记在梁吕枝名下。程秀英提起诉讼，要求确认该房屋买卖合同无效。

（2）法院判决

在法律适用上，一审法院认为，原告以对讼争房产的共有物权为理由提起诉讼，要求确认房地产买卖合同无效，因此“本案属于不动产物权纠纷，根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十四条以及《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十六条规定，本案应适用不动产所在地法解决纠纷”。

二审法院将根据我国法将该案定性为合同无效纠纷，但同时认为“本案合同争议的标的虽为在中国大陆的物业，但实际争议的是夫妻财产关系。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》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。’上述法律第二条规定：‘本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。’本案中，虽然程秀英与梁慧没有共同的国籍，但程秀英在梁慧生前每年回来中国东莞居住2个月；而且，程秀英与梁慧的婚姻缔结地在中国广州，诉争的不动产在中国东莞。因此，本案应依法适用中华人民共和国法律解决纠纷”。

二、夫妻财产关系准据法条款的理解

《法律适用法》对夫妻财产关系的规定主要涉及三个方面[5]。第一，将夫妻财产关系与夫妻人身关系相互区别，制定了不同的规则[6]。第二，在夫妻财产关系的法律适用上引入了有限的意思自治，当事人可以在一方当事人经常居所地法、国籍国法或主要财产所在地法中选择其中之一作为财产关系的准据法。第三，当事人未选择准据法的，适用与夫妻人身关系一致的法律使用规则。

夫妻财产关系通常是指夫妻双方在婚前及婚姻存续期间所得财产的归属、管理、使用、处分，家庭生活费用的负担、夫妻债务清偿等方面的权利义务关系[7]。不动产物权关系通常包括不动产物权的种类、内容和不动产物权的取得、变更和丧失的条件及效力，不动产物权的公示方法以及不动产物权的保护方法等。夫妻财产既包括动产也包括不动产，在法律适用上是否要采用区别制[8]，即对不动产必须适用不动产所在地法，现行立法并不清楚[9]，从上面的案例看，实践中的判断也并不一致。

在这个问题上，韩国的学理较为清晰。韩国《国际私法》第38条规定了夫妻财产制，与中国的《法律适用法》一样，在有限的范围内允许当事人自治[10]，在当事人没有约定时，按照夫妻共同本国法、共同经常居所地、与夫妻有最密切联系地法的顺序决定准据法[11]。韩国学理上就夫妻财产关系的适用范围问题，没有提及区别制还是同一制的问题，而是认为，夫妇财产制的准据法对夫妻财产制的所有方面，不管是约定财产制还是法定财产制都得适用。但是夫妻财产制的规定在不违反支配构成夫妻财产某具体财产的法秩序的范围之内才得适用[12]。即夫妻财产制受到“具体准据法打破总括准据法(개별준거법은총괄준거법을깨뜨린다)”原则的限制。夫妻财产属于总括财产，支配夫妻财产关系的准据法是总括准据法，支配某一具体财产的法律属于具体准据法，总括准据法如果与具体准据法不一致，应当适用具体准据法，比如某物的所在地法只允许共同共有，即使夫妻财产关系的准据法规定为按份共有，该财产也应当认定为共同共有[13]。

个人认为，基于物权法定的原则，夫妻财产关系准据法是应当在不与某具体物的物权准据法相抵触的范围内适用。以许某某案为例，讼争房产的所有权归属应当首先依照夫妻财产关系的准据法来判断，假设双方共同的经常居住地为韩国，则应当依照韩国法决定讼争房产的所有权关系，除非依韩国法确定的物权关系不被中国法所承认。

三、与夫妻财产制有关的外部法律关系的适用问题

许某某离婚后财产纠纷案以及郭淑敏诉林春姪等房屋买卖合同案、梁吕枝与程秀英确认合同无效纠纷上诉案中，都是夫妻共有的房屋被处分给第三人。第一起案件中，原告仅向被告主张分割房屋买卖所得，未涉及买入房屋的第三方。但在郭淑敏案中，当事人要求履行买卖合同，协助办理房屋所有权转移登记，梁吕枝与程秀英确认合同无效案中，原告请求法院判令丈夫签订的房屋买卖合同无效，这些都涉及到了外部的债权债务关系。从内容上，《法律适用法》第24条规定的夫妻财产关系的适用并不能涵盖与夫妻财产关系相关联的外部法律关系的适用，在处理与第三方有关的债权债务关系时，应当对准据法分别作出判断[14]。在梁吕枝案中，东莞市中级人民法院先按照夫妻财产关系的准据法确定了讼争房屋为夫妻共同财产，但对买卖合同的准据法没有进行判断，而是直接适用了夫妻财产关系的准据法，即中国法，按照中国合同的规定，认为买卖合同无效，在法律适用的推理和判断上是存在不当的[15]。不过在郭淑敏诉林春姪等房屋买卖合同纠纷案，厦门海沧区法院对买卖合同就适用了合同的准据法

值得注意的是，韩国《国际私法》第38条规定有对国内交易保护的内容。该法第38条第3款、第4款规定，“(3)适用外国法的夫妇财产制就大韩国内进行的法律行为以及位于大韩民国的财产不能对抗善意第三人。这种情况下，不能适用夫妇财产制的，涉及第三方关系的夫妻财产制适用大韩民国法。(4)依据外国法缔结的夫妇财产契约在大韩民国已登记的[16]，尽管有第(3)款的规定，仍可对抗第三方”。这一立法的精神即在于保护善意交易的第三方。因为当事人自治的引入，以及阶段性准据法决定方法的适用，夫妻财产制的准据法一定程度上丧失了确定性，这种情况下，对在本国进行交易的第三方提供适当的保护是很有必要的[17]。按照韩国《国际私法》第38条第(3)款、第(4)款的规定，夫妻财产契约在韩国经过登记的，可以对抗第三方。但没有经过登记，或者没有约定的，准据法又是外国法的，涉及在韩国进行的法律行为和韩国的财产，根据外国法而确认的夫妻财产关系不能对抗善意第三人，第三人提出主张的，应当适用韩国法。这种规定值得我国立法和司法借鉴[18]。

四、小结

在涉外婚姻案件中，审理不动产归属问题需要判断其准据法时，实务中存在适用《法律适用法》第24条和第36条的不同做法。个人认为，夫妻财产关系准据法的规定是基于夫妻关系这一特殊性作出的规定，应当首先考虑适用第24条夫妻财产关系的规定。同时，基于物权法定的原则，夫妻财产关系准据法是应当在不与某具体物的物权准据法相抵触的范围内适用。换句话说，应首先考虑适用第24条夫妻财产关系准据法的规定，除非根据该准据法确认的物权关系不被不动产所在地法所承认。

从立法上而言，为增加法律适用的确定性，对内国交易保护的相关规定，应当在将来的立法或司法解释中予以考虑。

[1] 延边自治州(2015)延中民三初字第498号判决书。

[2] 厦门市海沧区人民法院(2013)海民初字第172号判决书。

[3] 本案还涉及买卖合同的准据法和继承的准据法，分别适用了《法律适用法》第41条和第31条。

[4]广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法民一终字第496号判决书。

[5]黄进、姜茹娇主编,《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社2011,第125-128页。

[6]《法律适用法》第23条规定:“夫妻人身关系,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”。

[7]黄进、姜茹娇主编,《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社2011,第124页。

[8]夫妻财产中的动产和不动产在法律适用上采用区别制还是同一制的各国立法例的介绍,参见李二元主编,《国际私法(第三版)》,北京大学出版社2011,第303-304页。

[9]在《法律适用法》立法过程中,有学者建议,婚姻财产涉及不动产的适用不动产所在地法。汪金兰,“关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨——兼评《涉外民事关系法律适用法》(草案)的相关规定”,载《现代法学》第32卷,2010年第4期,第165页。

[10]与我国有差别的是,在可协议选择的法中,我国《法律适用法》中规定的是“主要财产所在地法”,韩国《国际私法》规定的是“不动产的夫妻财产制,该不动产的所在地法”。此外韩国该条款还要求关于夫妻财产制的约定需采用书面形式,我国法律中对是否需要书面要件没有规定。

[11]与我们的区别是,韩国是以共同的国籍国(本国法)法优先。

[12]【韩】石光现,《国际私法解说》,博英社2013,第465页。

[13]【韩】石光现,《国际私法解说》,博英社2013,第465页;【韩】申昌善,《国际私法(第6版)》,Fides图书出版,第333页。

[14]王承志,“论夫妻财产关系法律适用的范围”,载《暨南学报》2014年第11期,第87页。

[15]这个案件中,买卖合同一方当事人为中国香港特区居民,应当认为具有涉外性。

[16]韩国对夫妻财产的约定有登记制度。参见《韩国夫妇财产约定登记事务处理指南》,载韩国《法院公报》2001.7.1(第1139号)。

[17]【韩】石光现,《国际私法解说》,博英社2013,第463页。

[18]郭玉军,“评中国涉外婚姻家庭继承法律选择规则”,载韩国国际私法学会《国际私法研究》第17号,2011,第89页。

也谈夫妻间赠与的法律适用

2016-10-26 《当代法学》2016年第4期 裴桦

夫妻间赠与与夫妻财产约定、普通赠与都有相似之处,那么是应当归入夫妻财产约定而适用《婚姻法》还是应当归入普通赠与而适用《合同法》,学术界和实务界存在多种观点。本文在总结和评析这些观点之后,提出自己对这一问题的解决之道,力争将这一问题的探讨引向深入。

一、关于夫妻间赠与法律适用的不同观点及评析

(一) 关于夫妻间赠与法律适用的不同观点

目前我国学术界和实务界关于夫妻间赠与的法律适用问题,总结起来有以下三种观点:

1. 适用《合同法》有关普通赠与的规定

此观点以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法司法解释(三)》)第6条为代表,该条规定:“婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方所有的房产赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”对于此项规定,最高法院给出的主要理由是: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,房屋所有权转移之前,依照《合同法》有关赠与的规定,赠与方可以撤销赠与。

2. 适用《婚姻法》有关夫妻财产约定的规定

此观点以为,夫妻之间的财产约定与夫妻间赠与之间的关系是包含关系而不是并列关系,因而夫妻间赠与适用

夫妻财产约定的相关规定。其理由在于：其一，在夫妻财产约定之中，其内容非常丰富，只要不违反法律的强制性规定即可。如可以约定个人财产归个人、个人财产归双方共有（实质为部分赠与）、个人财产归对方（即赠与），部分财产归个人、部分财产归双方共有等，因此，在约定夫妻财产制中其实包含了夫妻之间的赠与内容。其二，夫妻关系是一种特殊人身关系，不宜将夫妻间的赠与与一般赠与同等对待，因此无论是全部赠与还是部分赠与，都体现了夫妻之间对于财产处理的意愿，建议将其列入到约定夫妻财产制中。

3. 作为“以婚姻为基础的特殊赠与”适用特殊规则

此观点以为，夫妻间赠与行为既不同于夫妻关于财产制的约定，也不同于一般赠与合同，而是以婚姻为基础的特殊赠与，适用特殊规则。其一，关于夫妻间赠与行为的性质，此观点将夫妻财产约定情形区别为夫妻财产制约定和一般财产约定（包括夫妻间赠与），认为前者针对夫妻全部财产，后者只针对特定财产。夫妻间无论是将一方的某项财产约定为对方所有还是共同所有，抑或将某项双方共同财产约定为一方所有都是针对特定财产，是夫妻间的赠与而非夫妻财产制的约定。同时，夫妻间的赠与又不同于一般赠与：夫妻间的赠与大多建立在当事人对未来或现有婚姻关系的考虑之上，夫妻间赠与的性质应当界定为以婚姻为基础的特殊赠与。其二，在法律适用上，在排除了《婚姻法》19条的适用后，夫妻赠与对于符合一般赠与之处仍可适用《合同法》有关一般赠与合同的规定：如物权变动规则、法定撤销权规则等等；另一方面，也排除一般赠与规则之适用，如：在婚姻关系存续期间，不适用赠与与人任意撤销权之规定；在婚姻没有缔结或离婚时，借鉴德国司法实践的做法，将《德国民法典》第313条法律行为基础障碍理论作为解决夫妻间赠与与纠纷的依据，提出无论赠与合同是否已履行完毕，均应当适用情事变更规则，允许赠与方变更或者撤销赠与；法官应当在综合考虑具体情况作出妥当判决。

（二）关于以上各观点的评析

1. 上述观点一评析

上述观点一有利于保护赠与方，平衡双方利益，但是其缺点也是十分明显的：第一，量的区别导致质的差异。该观点将全部赠与和部分赠与与区别对待，这是它最受诟病之处。有律师发出疑问：“如果是将个人财产或某项财产99%约定给对方就视作夫妻财产约定，而将100%约定给对方就视为夫妻之间的赠与，这公平吗？”还有律师举案例说明其弊端：一对夫妻在《夫妻财产约定协议》中约定：丈夫婚前所购登记在己方名下的房屋一套A（价值50万元）归妻子所有，婚后夫妻所购登记在双方名下的房屋一套B（价值100万元）归丈夫所有。其后双方一直未办理房产过户登记手续。此时丈夫对A房是否有任意撤销权？按照《婚姻法司法解释（三）》第6条规定，丈夫当然有撤销权；但是妻子对B房却没有撤销权。那么，造成的结果就是：丈夫拥有B房共有权，同时又可以取得A房产权。在这种情况下，对妻子显然是非常不公平的。

第二，处理结果过于刚性。适用《合同法》186条解决夫妻间赠与问题，就意味着在赠与财产的物权转移之前，赠与一方享有任意撤销权，而在赠与财产的物权转移之后，赠与一方不再享有任意撤销权，其结果是：要么享有完全产权，要么不享有任何产权；要么全部返还，要么完全不返还。这种“要么……要么……”的做法对于有过共同生活关系的夫妻来说过于绝对。其结果可能会导致不公平，如有学者认为：“至于诉讼时当事人的婚姻关系是存续还是已破裂，当事人结婚时间的长短，以及受赠人对家庭的付出情况等均不在法院的考虑范围之内，这使得该条规定在个案适用中可能导致不公平的后果。”

2. 上述观点二评析

上述观点二强调夫妻间赠与关系包含在夫妻财产约定中，二者适用相同的规则，这样一来避免了上述观点一造成的量的不同导致的质的差异的弊端；二来也避免了观点三将夫妻约定财产制与夫妻赠与与区分对待的“二分说”带来的体系的混乱（详见下文）。但是上述观点二适用《婚姻法》19条的规定处理夫妻间的赠与问题与观点一一样过于刚性。按照《婚姻法》19条第3款的规定，夫妻间赠与协议发生法律效力后，赠与物的所有权即发生转移，在以后的离婚诉讼中，赠与物全部不再返还，这仍然是“要么……要么……”的绝对思维模式。如果说观点一的刚性容易为不诚信的赠与方所利用，那么观点二的刚性则更容易为不诚信的受赠方利用。贪恋钱财之人，以婚姻为借口诱使对方签订婚姻（或婚前）财产协议赠与其大额财物，婚后不久便制造各种理由提出离婚，观点二对此缺少防范措施。

3. 上述观点三评析

上述观点三的优点在于：

第一，克服了前述二种观点在实务上存在的弊端。一方面克服了上述二种做法的刚性。它强调适用情势（事）变更规则，允许赠与人变更或撤销赠与，而且首先考虑变更。变更意味着部分撤销赠与，使得问题的处理具有了弹性。另一方面统一了全部赠与和部分赠与。此观点认为，只要是针对特定物归属的夫妻约定都是夫妻赠与，包括夫妻将一方的某项财产约定给对方所有、共同所有，甚至包括将某项双方共同财产约定为一方所有，适用相同的规则。

第二，该观点在学理上也更胜一筹。其一，该观点将夫妻财产约定区分为夫妻财产制约定和一般财产约定（包括夫妻间赠与），不仅深入了对夫妻财产约定的认识，而且开启了解决此类问题的另一个思路；其二，夫妻间赠与是特殊赠与，除特殊规则外，不排斥普通赠与规则的适用，夫妻间赠与和普通赠与制度衔接起来；其三，不仅解决离婚时夫妻间赠与问题，而且能够解决在未结婚的情况下男女之间赠与问题，如彩礼问题。将二者统一起来，在相同理论指导下适用相同规则，系统性更强；其四，该观点将法律行为基础障碍理论作为夫妻间赠与的理论基础，推导出在不同的情形下支持赠与方变更或撤销赠与的规则，这就为灵活处理这个问题提供了有力的理论支撑。

但是上述观点三并非完美无缺，还是存在不足，主要表现在：

第一，违背了合同信守原则，否定了夫妻在赠与与财产约定上的意思自治。该观点将夫妻间赠与定性为以婚姻为基础的赠与，婚姻的存续与否决定夫妻赠与的命运。如果夫妻离婚意味着赠与的基础丧失，赠与方可以变更甚至撤销赠与合同。也就是说，夫妻之间有过赠与行为的，只要离婚就可能适用这一规定，变更或者撤销成为常态而非例外。夫妻之间的赠与约定也是契约，也应当信守，变更或者撤销赠与不应当成为常态。同时，该观点也没有尊重当事人的意思自治。“社会生活中的个体能够依据主观意愿设定自由的、独立的支配空间，预设自己的未来生活并对该预设承担相应的法律后果”。但是，按照此观点，无论赠与时夫妻双方约定的内容如何，只要离婚这个约定有可能改变，当初所做的意思表示就不再具有完整的意义，夫妻间赠与在内容上便具有了较大的不确定性。其实，我国《婚姻法》在法定财产制之外允许当事人对其财产进行约定，就是要尊重其意思自治，按照其意愿安排其财产归属。

第二，与我国现行的法律相脱节。其一，该观点建立在法律行为基础障碍的理论上，该理论源于德国，2002年被纳入《德国民法典》。但是在我国现行的法律中并没有法律行为基础障碍理论的相关规定，在学者提交的几个民法典总则的草案中也没有任何一个涉及这一理论。相应地，在婚姻家庭领域的“以婚姻为基础的赠与”规则缺少基础制度支撑。持该观点的学者提出我国最高法院在《合同法》相关司法解释中规定了“情势变更规则”，但这一规则是针对交易行为的，将其用于婚姻家庭领域，无论是学术界还是实务界都难以接受。其二，德国的夫妻约定财产制是选择式的，不能由当事人任意创设，夫妻财产制约定与夫妻间赠与是泾渭分明的，但我国的夫妻约定财产制是独创式的，当事人可以自由约定，夫妻财产制约定与夫妻赠与有时可能混淆（详见下文）。

第三，“二分说”的法理依据不足。该观点将夫妻约定财产制与夫妻间赠与区分对待，学者将其称为“二分说”。无论是夫妻约定财产制还是夫妻间赠与，都是夫妻双方对其财产所做的安排，为什么适用不同的规则，产生不同的后果？比如，夫妻约定婚后采用一般共同制，那么夫妻一方的婚前个人所有的房产在约定生效后产权即发生转移，无论是否办理了变更登记；如果夫妻双方约定一方婚前的房屋为共同所有，此时就是夫妻间赠与，在办理变更登记之前产权没有转移。这种区分的正当性在哪里？更为严重的是，如果此时原产权方过世，此不同的情形对于过世方与前配偶的子女对该房产的继承也会产生不同的后果。诚如前述学者所言，在我国现有法律制度下，“二分说”没有其存在的实质意义，过分强调“二分说”的结果就是裁判尺度不一和法律适用混乱。

二、夫妻间赠与法律适用问题的核心

一我国夫妻约定财产制的现状和未来

夫妻间赠与与夫妻约定财产制关系密切，解决夫妻间赠与的法律适用问题离不开对夫妻约定财产制的理解和设计。

（一）夫妻约定财产制种类及我国的类型

谈及夫妻约定财产制的种类，我国通说认为主要有两种：其一，选择式的约定财产制类型，即法律规定出几种明确的夫妻财产制供双方选择，没有规定的不得选择，此种类型被德国、瑞士等国家采用；其二，独创式的约定财产制类型，即在不违反法律强制性规定和公序良俗的前提下，由当事人自由协商夫妻财产关系，此种类型被日本、韩国等国家采用。

我国《婚姻法》19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。”那么我国的夫妻约定财产制属于什么类型，学者有不同观点。一种观点认为《婚

姻法》确立的约定财产制有三种类型：一般共同制、分别财产制和限定共同制（或称部分共同制）。这是一种封闭式的约定财产制类型，婚姻当事人只能在这三种财产制中择一适用，超过这个范围的将不被法律承认，也不能拘束当事人。另一种观点则认为分别所有、全部共有、部分共有已经包括了夫妻财产关系的全部情形，实际上对于当事人的选择并未限制，我国则应属于不定向选择式类型。

笔者赞成第二种观点：我国夫妻约定财产制的类型不能构成选择式的约定财产制。选择式夫妻约定财产制由法律提供几种夫妻财产制供当事人选择，而且这些财产制是明确和具体的，如分别财产制、一般共同制、劳动所得共同制、净益共同制等等。我国《婚姻法》19条并没有明确给出几种财产制，持第一种观点的学者是从法律条文中推导出以上三种财产制。但是限定共同制不是一个明确的、具体表述共同财产制类型的概念，不能成为独立的财产制类型。

（二）不同夫妻约定财产制类型与夫妻间赠与的关系

在选择式的夫妻约定财产制下，夫妻间赠与不能归入到夫妻约定财产制契约。因为在这种财产制度下，夫妻选定的财产制已经特定、明确，不再允许夫妻随意约定，自然没有赠与与归入的余地，这种夫妻约定财产制类型包容性较小。在独创式的夫妻约定财产制下，夫妻赠与可以被包容在夫妻约定财产制中。因为“独创式的夫妻约定财产制”的本质是夫妻双方可以自由约定，夫妻赠与从夫妻财产的角度看就是双方将一方的个人财产约定由另一方所有，当然符合自由约定的本质，也就可以归入夫妻约定财产制当中。

坚持夫妻间赠与为特殊赠与的学者认为：“夫妻财产制契约的目的在于通过当事人选择的财产制排除法定夫妻财产制的适用，而夫妻间赠与的目的仅在于改变一项特定财产的权利归属，并不涉及财产制的选择。”显然其观点是建立在我国夫妻约定财产制为选择式约定财产制的基础上，对于独创式夫妻约定财产制与夫妻间赠与的关系，该学者没有正面予以回答，从其逻辑上或许有这样的结论：即使是独创式的夫妻约定财产制也是夫妻约定财产制，也不同于夫妻赠与，因为赠与必须针对特定财产，而夫妻约定财产制针对的是概括性的财产。该学者曾举例说明：如果当事人将自己的婚前房屋约定为婚后共同所有则为夫妻赠与，而概括性地约定婚前财产婚后共同所有则为夫妻约定财产制，那么笔者试问，如果该方当事人婚前财产只有这套房屋，区分二种约定还有意义吗？仅仅因为文字表述不同而适用不同的规则合适吗？可以说，从理论上将夫妻间赠与与约定财产制进行区分为较容易，但是在实际生活中并非都是如此，比如，夫妻将婚后购买的二套房屋分别登记在双方各自名下，后来双方约定在各自名下的房产归各自所有，无疑这是赠与；但是如果双方约定家中不动产为各自所有、动产为共同所有，此时关于这二套房产的约定是夫妻间的赠与还是财产制约定？再比如，如果夫妻双方对二套婚后共有的房屋作出了各自所有的约定，此时就是夫妻赠与；如果夫妻约定采用分别财产制，作为其中一部分，原来共有的二套房屋也分别归属于各自一方，此时关于这二套房产的约定是夫妻间的赠与还是财产制约定？

我国现行法律在夫妻约定问题上并没有严格区分概括性财产和特定财产，有学者以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释（一）》）第19条为例予以说明。该条文是：“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。”这一条款否定了1993年最高法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《离婚案件财产分割问题司法解释》）第6条婚前财产可以转化为共同财产的规定，而第6条明确提到“房屋”，也就是说当事人可以约定一方婚前的房屋归双方共有或另一方所有。事实上，在我国夫妻财产约定中，有相当比例是针对房屋或其他价值较大的特定财产，如果将这些约定排除在夫妻约定财产制之外，那么《婚姻法》19条的立法意义将大打折扣。

（三）夫妻约定财产制与夫妻间赠与适用同一规则

既然在我国现有的法律框架下夫妻约定财产制与夫妻间赠与难以区分，那么二者适用同一规则就十分必要。这里的同一规则主要是指物权变动规则。按照法学界的通说，根据夫妻财产约定产生的物权变动，适用《婚姻法》的规定，属于物权变动的特殊情形，在约定发生效力的同时即发生物权变动的效力，无需履行物权变动手续；而根据赠与产生的物权变动则适用《合同法》和《物权法》等财产法的规定，属于一般性的物权变动，赠与合同的生效并不意味着赠与物的物权发生变动，还需履行物权变动手续。那么二者应当统一于婚姻法还是财产法之下？

夫妻财产制约定和夫妻间赠与应当统一于婚姻法而非财产法之下。财产法调整的主要是一般财产关系，即交

易关系,《物权法》要求基于法律行为发生的物权变动须进行公示行为始生物权变动的效力,其立法宗旨在于保障交易安全。夫妻财产关系以夫妻身份为前提,依附于人身关系而产生,不体现直接的经济目的,反映的是婚姻共同生活和家庭职能的要求。夫妻财产关系的非交易性,决定无需严格按照交易规则在物权变动时履行公示程序。因为登记之公示意义在夫妻之间的财产权属变动上并不彰显。夫妻间的财产约定是双方对其共同财产的安排选择具体的方式,涉及的财产没有进入市场进行流转,也就不存在保护善意第三人利益的问题。

纵观其他国家法律可以看到,夫妻间赠与区别于一般赠与,具有婚姻家庭法属性。表现为,很多国家民法典对夫妻之间的赠与立有特别规定,如《葡萄牙民法典》1761条规定:“夫妻间之赠与受本节规定约束,且补充适用第940条至979条之规定受其影响较深的我国澳门地区民法典也有与之相同的规定(第1620条)。《西班牙民法典》第1337条规定:“下列条款没有规定的,此项赠与适用赠与的一般规定。”《法国民法典》没有对夫妻间赠与单章立法,但有特别规定:“夫妻在婚姻期间所进行的一切赠与,即使称之为生前赠与,始终得以取消。”(第1096条)由此,我国将夫妻间赠与与夫妻财产制约定一道纳入婚姻法较之归入财产法更符合世界立法通例。

(四) 未来我国夫妻约定财产制的立法选择

约定财产制类型决定夫妻间赠与的法律适用,那么我国婚姻法未来将采用何种夫妻约定财产制类型成为问题的关键。戴东雄先生在阐释二种夫妻约定财产制类型时曾总结出各自的利弊:“从契约自由之原则与因应婚姻之特殊性观之,排斥性的夫妻财产制契约(即独创式的夫妻财产制契约)较确定性的(即选择式的夫妻财产制契约)为优。盖法律对其所约定的内容采取放任的态度,只要其内容不违反一般契约禁止规定,均为法律所许可,此符合私法自治的契约自由之原则。当事人藉此契约自由之原则,灵活的约定合于个别婚姻特殊性的内容。反之,在确定性的夫妻财产制契约,当事人只能为种类性的选择。从而当事人不能灵活的约定契约内容,以符合其婚姻之个别性。”但“在排斥性的夫妻财产制契约,因当事人得任意约定其内容,故个别夫妻财产制契约的内容,势必变化多端,复杂而混乱。为维持法律的统一性及法律的安定性,采取确定性的夫妻财产制契约,则较排斥性者为佳。”

我国在上述二种约定财产制中如何取舍?笔者以为,我国应继续采用独创式的约定财产制类型。独创式的约定财产制,最大的优点是充分尊重当事人的意愿,这一点在我国尤其重要。因为我国国民没有约定婚姻财产的传统,在实际生活中,夫妻采用约定财产制的比例较少。我国已经进入财富增长期,家庭中的财产急剧膨胀。国家应当引导夫妻以协议的方式处理财产关系,这样对于缓和与解决夫妻财产纠纷大有裨益。如此,法律就应当给予国民最大的自由空间以培育约定财产的意识,而不应当是设置更多的限制性条件。

三、夫妻间赠与法律适用问题的解决之道

我国现行的夫妻约定财产制为独创式的约定财产制,未来应将继续,夫妻间赠与就应当与夫妻约定财产制一道纳入夫妻财产约定,统一由婚姻法进行调整,适用相同的规则。这一结论与前述观点二相同,那么如何克服前述观点二的不足,即夫妻间赠与与协议发生法律效力后赠与物全部不再予以返还的刚性和保护了不诚信的受赠方问题?下面从两个方面进行探讨。

(一) 主要的解决之道

为了解决适用婚姻法处理夫妻间赠与问题的刚性,笔者建议,运用法官自由裁量权,由法官根据诚实信用原则,综合考察赠与行为的具体情况,调整(包括撤销、变更、补偿等)赠与行为,以平衡双方之间的利益关系。

1. 运用法官自由裁量权的正当性

法官享有自由裁量权,在婚姻家庭领域尤其具有正当性。学界通常认为,婚姻家庭纠纷案件具有高度的人身属性,其权利义务争议不同于一般财产法上的利益争议。婚姻家庭乃传统伦理道德的载体之一,特定的身份关系是主体之间享有权利和承担义务的依据;婚姻家庭关系既是法律关系,也是伦理关系,婚姻家庭纠纷案件具有强烈的伦理色彩。而一般民事案件的当事人之间通常不存在亲属身份,即使存在某种亲属身份,也与争议的财产纠纷无关。为了维护公共利益,公权会较多地干涉婚姻家庭纠纷案件的解决……婚姻家庭领域中的纯粹身份关系,如婚姻效力、离婚、亲子关系认定等,自不必说,包括夫妻财产约定的财产关系,因为建立在夫妻身份的基础上,同样具有伦理色彩,与社会公共利益息息相关。那种与巨额财产相关联的案件如果处理不当,会引起人们对婚姻本质的质疑,对社会产生不良影响。

由于婚姻家庭纠纷案件与一般财产纠纷案件有着本质上的区别,世界很多国家设立专门的家事法院,制定专门的家事诉讼程序规则。我国虽然没有独立的家事法院,但是近几年已有一些法院在审判实务中尝试设立家事法庭

审理婚姻家庭案件，以突出其特点。婚姻家庭纠纷案件由专门的家事法院审理，与一般财产纠纷案件使用的普通诉讼程序相比重要的不同在于实行法院职权主义。法院职权主义与当事人主义对应，强调法院在民事诉讼中拥有主导权，限制当事人自由处分权。“大陆法系更强调国家对社会的治理，法院的职权色彩和能动性。”在程序法上，法院职权主义表现为民事诉讼程序的启动和进行以及证据的收集不局限于当事人的行为，也可由法院主动为之。在民事诉讼中，程序与实体紧密相联，法院职权主义在实体法上同样有所体现，法官拥有更大的自由裁量权就是一例。如果夫妻间在大额赠与后很短时间里受赠方便提出离婚，那么这一赠与有违婚姻的本质，即使法律没有赋予赠与方撤销权，也应当允许法官自由裁量，否定或部分否定这一赠与行为。

2. 法官行使自由裁量权的依据和限度—诚实信用原则

法官拥有自由裁量权并非意味着法官可以任意裁判，其依据和限度为诚实信用原则。正如台湾学者何孝元先生云：“自由裁量与自由心证，本为主观之判断，然亦须具备客观的妥当性。自由裁量与自由心证是否符合客观的妥当性，应视其是否依据诚信原则为断。盖国家机关应维护国家及社会之利益，增进人民之福利，并确保私人之权利，其行使裁量权时，自须依诚信与公平，方能博得人民之信心。”那么何谓诚实信用原则呢？徐国栋教授的解释较有代表性：“诚信原则就是要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡，以及当事人利益与社会利益平衡的立法者意志。……三方利益平衡是这一原则实现的结果，当事人以诚实、善意的心理和行为行使权利，履行义务，法官根据公平正义进行创造性的司法活动是达到这一结果的手段。”从法官裁判的角度观之，何孝元先生的总结更为简洁：“诚实信用云者，斟酌各种特别情事，比较当事人双方对立的利益之中道也。”

夫妻间赠与关系是否有诚信原则适用的余地？何孝元指出：“诚信原则，原属一种道德观念，用之于法律，则变为一种行为准则。其目的在规律人之行为，人与人接触最频繁者，莫过于交易与亲属之来往，故诚信原则多用于债法与亲属法。”夫妻间赠与关系作为夫妻间“来往”的内容之一，受亲属法与债法双重调整，应当适用诚信原则。从当事人的角度看，“诚实信用主要对当事人提出具备善意、诚实的内心状态和相应行为的要求，以此实现当事人之间外部利益关系上的平衡。”夫妻间赠与是建立在婚姻基础上的赠与，赠与方通常是为了保持或争取婚姻的圆满状态而为赠与行为，如果受赠方在接受大额赠与后较短的时间内即提出离婚或制造夫妻矛盾，难谓其“具备善意、诚实的内心状态和相应行为”，同时也会破坏“当事人之间外部利益关系上的平衡”，有违诚信原则，法官可以对双方之间的利益进行调整。

如前所述，在德国夫妻间赠与被界定为“以婚姻为基础的赠与”，区别于一般赠与，适用《德国民法典》第313条法律行为基础障碍理论。此规定于2002年1月1日才实施，而“以婚姻为基础的赠与”的理论和实务远远早于这一时间。据学者考证，1970年里布（Lieb）第一次使用了“无法命名的给予”的用语，将夫妻间赠与看作是婚姻共同体中“特别的，家庭法性质的，没有原因的给予形式”；在1972年的一次判决中，联邦最高法院（BGH）采纳了这一观点；到1981年末，多数德国联邦法院决定接纳了这种判例，并达成了一种共识；之后，法院在判决过程中，多数以“无法命名的给予”做出判决；后来进一步发展为“以婚姻为前提的给与”和“以婚姻为基础的赠与”。在2002年法律行为基础障碍理论入法之前，夫妻间赠与是依据《德国民法典》第242条诚实信用的规定来处理的。可见诚信原则与法律行为基础障碍规则在本质上是一致的，甚至有学者总结，法律行为基础障碍规则源于诚信原则。

我国《民法通则》确立了诚信原则，未来民法典总则编采用行为基础障碍理论的可能性不大，解决夫妻间赠与问题还是应当适用诚信原则。事实上，适用诚信原则并不逊色于法律行为基础障碍规则：一方面从积极的角度看，适用诚信原则和法律行为基础障碍规则都可以解决夫妻赠与问题的刚性。笔者在前面介绍观点三时已说到，该观点的核心是法官应当在综合考虑当事人的婚姻持续时间、受赠方对婚姻付出的情况、赠与财产价值大小以及双方收入等因素，允许赠与方变更或撤销赠与。适用诚信原则同样可以达到这一效果，其核心是法官斟酌各种特别情事，对当事人的利益进行调整，以限制不诚信的受赠方。这里“各种特别情事”不外乎上面与婚姻相关的各种情况；而“调整”应当就是变更或撤销赠与以及相应的辅助手段如补偿。另一方面从消极的角度看，适用诚信原则还可以克服法律行为基础障碍规则带来的弊端。法律行为基础障碍是法律规则，而诚实信用是法律原则，规则具有确定性、普遍性及一致性，而诚信原则乃系调和的、具体的、个别的。前述评价观点三时已指出，它使得夫妻之间有过赠与行为的，只要离婚就可能适用这一规定，变更或者撤销赠与成为常态。而适用诚信原则只针对个案，变更或撤销赠与只会是例外而非常态，结果是坚持了合同信守原则，克服了前者带来的夫妻间赠与在内容上的不确定性。

3. 法官自由裁量权的具体操作

法官根据诚信原则对夫妻间赠与问题行使自由裁量权时应当综合考虑但不局限以下因素：

（1）婚姻持续时间长短

在谈及夫妻间赠与有违诚实信用原则时，人们常举的事例是，受赠方在接受大额赠与后较短的时间内即提出离婚或制造夫妻矛盾。那么如何划定婚姻持续时间长短的界限？有学者建议，将婚姻持续时间较短划定在2年以内，法官可以判决撤销赠与。还有学者对婚姻持续时间较长划定为10年以上：一方面受赠方已经对房产归属具有了合理预期，另一方面已经为家庭做出了贡献，不应予以撤销。这些建议具有借鉴意义：婚姻持续时间在2年以内，法官可以考虑撤销赠与；在2年至10年之间，可以考虑变更赠与；在10年以上维持赠与关系。

（2）赠与的真实意图

探究赠与方的真实意图对解决夫妻间赠与问题至关重要。法国在解释《法国民法典》第1099-1条时曾举例：配偶认为自己向妻子提供了资金，该资金被用于支付妻子取得不动产的价金，并请求撤销这一伪装的赠与，应当提出其当初有赠与意图的证据；如经认定，所提供的资金只不过是对其妻子提供的职业合作或其他合作的补充报酬，则不能认为该人提出了其原有赠与意图的证据。我国也有学者提出，若夫妻财产约定的签署实质上是婚姻关系中过错方对无过错方的补偿，或是父母一方对子女抚养费的折抵，抑或是对照顾家庭付出较多一方的补偿等情形，不应撤销赠与。也有的赠与方是为了挽救婚姻，即所谓“保婚协议”，甚至写明“若对方提出离婚协议无效”，这里赠与方已经明示这是以婚姻为前提条件的赠与，在对方提出离婚的情形下，法官维持赠与的效力而不予撤销甚至不予变更，对赠与方有违公平。

（3）赠与财产的情况

夫妻间赠与的财产从形态上来看各种各样：动产与不动产、一般动产与特殊动产、实物与金钱、股票与现金等等，这些不同形态的区分在婚姻法中意义不大，因为赠与与协议生效后，无论何种形态的财产其物权均已发生变动。但是这些财产的价值如何对问题的解决具有影响，如果价值较小，通常双方争议不大，法官无需裁判变更或撤销；如果价值较大甚至价值巨大，如房产、大额金钱，法官则需根据具体情形裁量。另外，赠与的比例是全部赠与还是部分赠与即作为共同财产，也应当在法官具体裁量时作为一个因素考量。笔者建议，如果是部分赠与，法官应当慎用撤销和变更赠与，在分割共同财产时根据具体情况，对受赠方适当降低比例即可（详见下文）；全部赠与才是法官自由裁量的重点。

（4）双方的婚姻状况

这里的婚姻状况应当重点考察三个方面：其一，为赠与行为时的感情状况。如果在赠与时双方的感情已经出现裂痕，那么赠与行为的目的可能是为了挽救婚姻，离婚时法官可以考虑撤销或变更赠与。其二，双方有无子女。如果在妻子生育子女后丈夫为赠与行为，那么此赠与的目的可能是感谢妻子的辛劳；即使赠与行为不是发生在生育节点，双方育有子女都意味着受赠方对婚姻做出了贡献，法官应当慎用裁量权。其三，赠与方的收入情况。如果赠与方收入较高，赠与财产在其财产总量中比例较小，撤销与否对其生活影响不大，法官应当慎用裁量权；反之，如果赠与方收入一般，赠与财产在其财产总量中所占比例较大，撤销与否对其生活影响较大，法官可以综合考虑其他因素撤销或变更赠与；特别注意的是，如果赠与方后来收入剧减，经济状况显著恶化，法官可以参照《合同法》195条的赠与受赠人贫困抗辩权的立法精神予以处理（详见下文）。

（5）婚前赠与还是婚后赠与

有的国家和地区民法典对婚前赠与和婚后赠与做了不同规定。如《葡萄牙民法典》和我国澳门地区民法典将婚前赠与和婚后赠与分别命名为“因结婚而作之赠与”和“夫妻间之赠与”规定在不同章节；《葡萄牙民法典》还对二者的可否撤销做了不同规定：“拟结婚人之间之赠与不得因立约人双方同意而废止”（1758条）；“夫妻间之赠与可由赠与人随时废止”（1765条）。《日本民法典》（754条）和《韩国民法典》（828条）也有类似规定。《西班牙民法典》只允许夫妻在婚前进行赠与（1336条）。笔者认为，婚前赠与因为附加了结婚条件，后双方结婚意味着受赠方已经履行了结婚义务，赠与不应轻易被撤销；婚后赠与通常不附加条件，撤销或变更的可能性大于婚前赠与。

在综合考虑以上各种因素以后，法官如何选择调整方式，是变更还是撤销赠与，同样值得探讨。笔者认为，既然夫妻双方签订了赠与协议，契约就应当被信守，只有在例外的情形下才应考虑调整，特别是前述提及当赠与出于特定目的时更应当维持其效力。即使是进行调整，首先应当选择的是变更而非撤销赠与。撤销赠与意味着彻底否

定了赠与协议，只能用于婚姻持续时间较短、没有子女而且赠与财产数额巨大的情形，即便如此也要给受赠方一定补偿，以示赠与协议的存在。在其他情形下只能是变更，由受赠方部分返还赠与财产或给予赠与方必要的补偿。但是有二种情形应当特别关注，即《合同法》赠与部分 192 条的法定撤销权和第 195 条的贫困抗辩权。由于本文坚持夫妻间赠与与约定财产制一道适用婚姻法，那么当夫妻一方出现上述二种情形时便不能直接适用《合同法》，但是赠与的法定撤销权和贫困抗辩权制度都是诚信原则的具体表现，其立法精神与诚信原则具有同质性，因而应当参照其立法精神予以处理：当受赠方做出了《合同法》192 条的行为，法官应当判决撤销赠与，而且不予补偿；当赠与方出现第 195 条的情形，法官应当判决终止赠与行为的履行。

（二）可以利用的其他制度

在平衡夫妻双方利益上，法官根据诚信原则行使自由裁量权固然重要，但是并非唯一选择，我国现有的一些制度在一定范围和一定程度上也可以达到此目的。

1. 可以利用的制度内容

（1）夫妻财产分割制度

我国《婚姻法》39 条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。”《离婚案件财产分割问题司法解释》第 8 条规定：“夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。”前述已言，夫妻间赠与从比例上看可能是全部赠与，也可能是部分赠与即作为共同财产，如果是后者就可以适用夫妻财产分割制度。夫妻间赠与是“财产的来源”的一种，如果赠与后在较短时间内双方离婚，那么该项财产在具体处理时不应当“均等分割”，而应当“有所差别”，即增加赠与方的比例而降低受赠方的比例，以平衡双方的利益。

（2）经济帮助制度

我国《婚姻法》42 条规定：“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。”《婚姻法司法解释（一）》第 27 条第 2 款、第 3 款解释道：“一方离婚后没有住处的，属于生活困难。”“离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”如果赠与方只有一处房屋，而且作为赠与物赠与对方，离婚后无房居住，符合上述司法解释中的“生活困难”标准，法院应当判决受赠方配偶提供经济帮助；而且帮助的形式可以是“房屋的居住权”，甚至是“房屋的所有权。”

2. 以上制度与法官自由裁量权的关系

法官行使自由裁量权是以诚信原则为依据。在具体制度与基本原则之间，自然是具体制度的适用在先，只有在穷尽一切具体制度之后，才有基本原则适用的空间。以共同财产分割制度为例，当夫妻间赠与是部分赠与，那么在离婚时关于赠与物的处理应当适用共同财产分割制度；只有在全部赠与与无法适用财产分割制度的情况下，才适用诚信原则，由法官自由裁量。再以经济帮助制度为例，如果赠与方符合“生活困难”标准，应当适用离婚后经济帮助制度来平衡双方的利益；只有赠与方不符合“生活困难”标准，才考虑诚信原则，由法官自由裁量。

我国夫妻共同债务推定规则之检讨

《西南政法大学学报》2011 年 2 月第 13 卷第 1 期 夏吟兰

夏吟兰，中国政法大学教授，博士生导师。

摘要：我国夫妻共同债务推定规则是由婚姻法和司法解释的相关规定组成的，它从目的推定制逐渐发展为合意推定制、利益分享推定制。现行的夫妻共同债务推定规则从保护交易安全出发，注重对债权人利益的保护，非举债一方配偶的合法权益实际上受到了损害。婚姻法司法解释（三）征求意见稿对司法解释（二）的共同债务推定规则作出了一定程度的修正，但仍需有更为明确具体的规定。

关键词：夫妻债务；夫妻共同财产制；日常家事代理权；注意义务

夫妻婚后所得共同共有，是我国法定的夫妻财产制。在当事人没有约定的情形下，夫妻间当然适用共同财产制。夫妻共同财产包括积极财产和消极财产，夫妻共同债务作为夫妻共同的消极财产，双方应当承担连带的清偿责任。如何确定夫妻一方或双方所欠债务是夫妻共同债务还是夫妻一方的个人债务，《婚姻法》及有关婚姻法的司法解释先后制定了三项夫妻共同债务推定规则。三项推定规则在司法实践中存在着冲突与矛盾，导致夫妻一方与第三人恶意串通，以虚假债务损害另一方利益的情况，在离婚分割夫妻共同财产时屡见不鲜，非举债一方配偶的合法权益受到了严重侵害。

一、夫妻共同债务推定规则之演进

自1950年《婚姻法》颁布以来,我国《婚姻法》对于夫妻共同债务的推定规则从目的推定制逐渐发展为合意推定制、利益分享推定制。1950年《婚姻法》第24条规定“离婚时原为夫妻共同生活所负担的债务,以共同生活时所得财产偿还”,其精神在2001年《婚姻法》修正案第41条中得以保留:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。共同财产不足清偿的,或财产归各自所有的,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。”所借债务目的推定制是我国离婚分割夫妻共同财产、确认夫妻共同债务时适用的第一个规则,即离婚时一方或双方所欠的债务,属于夫妻共同债务还是夫妻一方的个人债务,以所欠债务的目的、用途作为划分标准。凡所欠债务是为了夫妻共同生活之用,即可推定为夫妻共同债务,反之,则为夫妻一方的个人债务。这也是我国《婚姻法》及其司法解释多年来坚持的推定规则。

1993年11月3日最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条明确规定:夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务,应认定为夫妻共同债务,离婚时应当以夫妻共同财产清偿。下列财产不能认定为夫妻共同债务,应由一方以个人财产清偿:(1)夫妻双方约定由个人负担的债务,但以逃避债务为目的的除外。(2)一方未经对方同意,擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。(3)一方未经对方同意,独自筹资从事经营活动,其收入确未用于共同生活所负的债务。(4)其他应由个人承担的债务。1993年的这一司法解释在坚持所借债务目的推定制的基础上,根据司法实践的需要,提出了夫妻双方合意推定制。据此,在婚姻关系存续期间不是用于夫妻共同生活所欠的债务,要确定为夫妻共同债务,以双方意思表示一致为必要条件。凡以夫妻双方名义所欠债务,或虽以夫妻一方名义所欠债务但经过对方同意的,均可推定为夫妻共同债务。以一方名义所欠债务且未经对方同意,又非用于夫妻共同生活或其经营活动的收入确未用于共同生活的,应推定为夫妻一方的个人债务。至此,离婚时确认夫妻共同债务的标准采取双重推定制:所借债务目的推定制和夫妻双方合意推定制。

2003年12月4日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“婚姻法司法解释(二)”)第23条规定:“债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的,人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。”第24条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应按夫妻共同债务处理。但一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”^①对于夫妻以一方名义所欠债务应如何推定的问题,婚姻法司法解释(二)提出了第三个规则:利益分享推定制,即夫妻是否分享了该债务所带来的利益。尽管夫妻事前或事后均没有共同举债的合意,但该债务发生后,夫妻双方共同分享了该债务所带来的利益,则同样视为共同债务[1]。这包括婚前夫妻一方以个人名义所欠债务和婚后夫妻一方以个人名义所欠债务两种情况。

夫妻一方婚前以个人名义所欠债务,如用于夫妻婚后共同生活,应推定为夫妻共同债务。夫妻一方婚前以个人名义所欠债务,在夫妻婚后所得共同制下,应当属于其个人债务,不应以夫妻共同财产偿还。但如果夫妻一方婚前所欠债务用于夫妻婚后共同生活,且夫妻在婚后共同分享该债务所带来的利益,则不再视为个人债务,应推定为夫妻共同债务。

夫妻一方婚后以个人名义所欠债务,应推定为夫妻共同债务。也即是说,只要在婚姻关系存续期间,无论以夫妻双方共同名义,还是以一方个人名义所欠的债务,无论对方是否知晓、是否同意,均认定为夫妻双方分享了利益,应当推定为夫妻共同债务。可以对此提出抗辩的只有两种情形:一是夫妻一方可以证明债权人与债务人明确约定为个人债务,二是夫妻对于婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有,且第三人知道该约定。将夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所欠债务推定为夫妻共同债务,既能够减轻财产交易的成本,便于及时、合理地解决纠纷,又符合日常家事代理的基本法理[2]。

二、现行夫妻共同债务推定规则之困局

婚姻法司法解释(二)的利益分享推定制看起来很美:可以保护交易安全,保护债权人的利益,降低财产的交易成本,体现了市场经济的规则;可以维护夫妻共同财产制,体现了夫妻共享的理念。这一针对夫妻一方以个人名义所欠债务的规定,实质上是以推定夫妻共同债务为原则,以推定个人债务为例外。这一规定在实践中容易造成法官解读适用的困惑与冲突,造成审判结果的实质不公平,将非举债一方配偶置于不利地位,侵犯其财产权益。^②以至于不少法官在进行判决时,尽可能地避开第24条的规定,以求实质公平[3]。笔者认为,利益分享推定制

违反了《婚姻法》确立的目的推定规则，以日常家事代理权作为基本法理，没有《婚姻法》的依据。对于日常家事代理权，我国《婚姻法》没有任何规定，只是在第18条夫妻共同财产制中规定了“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”何谓平等的处理权？如何区分夫妻财产的对内效力和对外效力？2001年12月24日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“婚姻法司法解释（一）”）第17条的规定作出了进一步的解释：“婚姻法第十七条关于‘夫妻对共同所有的财产，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。”学界普遍认为，这一规定就是我国婚姻法司法解释关于夫妻日常家事代理权规定的雏形[4]。婚姻法司法解释（一）确立了夫妻债务的对外规则，通过表见代理的方式，解决了夫妻双方通谋以约定财产或离婚的方式逃避债务、损害债权人利益的情况。但何谓家事代理权以及家事代理权的权限，这一司法解释并没有明确规定。由于界限模糊，法官在司法实践中的自由裁量权过大，且因理解不一，导致裁判结果迥异。基于日常家事代理权建立的利益分享推定制超越了日常家事代理的权限，只要夫妻一方不能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者债权人知道夫妻间约定适用分别财产制，均一律认定为夫妻共同债务，不考虑夫妻一方所欠债务是否用于夫妻共同生活，是否属于日常家事代理的范畴。其结果是：夫妻一方与第三人恶意串通，以虚假债务损害另一方配偶利益的情况，在离婚分割夫妻共同财产时屡见不鲜。

利益分享推定制不考虑当事人在举债时的意思表示是否一致，推翻了原有的夫妻共同债务合意推定制，以身份关系作为确定夫妻共同债务的唯一要素。只要双方具有夫妻身份，即使一方举债未经对方同意，且并非用于夫妻共同生活，一律认定为夫妻共同债务。这对于完全不知情的另一方配偶而言，是非常不公平的。例如，一方举债资助了与自己没有法定扶养义务的亲友，或该债务是一方在夫妻双方分居期间所借的债务，甚至是一方为了满足自己的私欲（赌博、嫖娼）所欠债务，也均认定为夫妻共同债务。这不仅违反了婚姻法关于夫妻对共同财产享有平等处理权的规定，也与民法的意思自治原则相矛盾。

利益分享推定制将举证责任完全分配给否认夫妻共同债务的一方配偶，只有在该方配偶举证证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者债权人知道夫妻之间采取了约定分别财产制的情况下，才无须与举债方共同承担债务。这种举证责任对不知情的配偶一方而言过于严苛，几乎是不可能完成的任务。就债权人与债务人明确约定为个人债务的情形而言，在夫妻共同财产制之下，债权人为保障自己债权的实现，一般不会将债务约定为举债方的个人债务。即使有这样的约定，未参与举债的另一方配偶也无法知晓，故难以举证。关于债权人是否知道夫妻间采取约定的分别财产制，则因实践中采取约定分别财产制的夫妻数量很少，又无夫妻财产制公示的规定，即使约定了分别财产制，在不知对方已经举债的情况下，也无从知道举债方是否已告知债权人，非举债一方面临举证不能的困难。因此，由于否认夫妻共同债务的配偶一方举证责任过重，甚至举证不能，自然会导致司法实践中为了保护债权人利益而损害配偶另一方利益的情况。

三、夫妻共同债务推定规则的重构

我国《婚姻法》没有构建夫妻共同债务制度，只在处理离婚财产分割问题时，提出了认定夫妻共同债务的目的推定规则。司法解释的权限不是建构制度，而是在司法实践中对现有法律规定不明确的具体问题进行解释，提出法官执法的具体方法与措施。完善夫妻共同债务制度，应当作为《婚姻法》修订时的重要内容。

在修订《婚姻法》时，应当明确规定日常家事代理权制度。许多国家的亲属法都在婚姻的效力部分，对日常家事代理权有明确规定。例如，《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，互享代理权。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，史尚宽先生在其所著的《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。”[5]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。例如，

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，才可以适用表见代理。确定夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间所欠债务的性质，其重要前提是确定家事代理权及其范围、权限，这也是平衡配偶的财产权利保护与债权人权利保护之间冲突的重要手段。我国《婚姻法》应当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，对家事代理权的概念、范围、权限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限范围内所欠的债务，应当作为举债人的个人之债，由其个人承担清偿责任。

为解决司法实践中的上述问题，“最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）征求意见稿”（以下简称“婚姻法司法解释（三）征求意见稿”）第18条对夫妻共同债务的推定规则作出了新的规定：“离婚时，夫妻一方主张婚姻关系存续期间以个人名义所负债务由双方共同偿还的，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。”这一规定修正了司法解释（二）中过于保护交易安全、保护债权人利益的倾向，坚持了我国《婚姻法》与司法解释多年适用的夫妻共同债务目的推定与合意推定相结合的规则。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所欠之债，只在两种情况下才可以推定为夫妻共同债务：一是双方就举债问题达成了一致意见，双方同意以夫妻一方的名义向债权人举债，以夫妻共同财产共同清偿；二是为了家庭共同生活、经营需要所欠之债，尽管夫妻一方在举债时未就该项债务征得对方同意，但只要是为了家庭共同生活所欠之债，应当可以认定为夫妻共同债务。在没有修改《婚姻法》之前，认定家庭共同生活需要的范围，可以根据1993年11月3日最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条的规定处理。对于共同经营，应当理解为夫妻一方为了家庭共同生活需要所进行的经营行为，或者经营活动所得收益已经作为夫妻共同财产。对此，婚姻法司法解释（三）征求意见稿应当进一步作出明确规定，以免在司法实践中引起歧义。

婚姻法司法解释（三）征求意见稿将主张共同债务的举证责任分配给举债一方是恰当的，因为只有举债一方才清楚是否与债权人将该债务约定为举债方的个人债务，是否告知债权人夫妻双方约定采取分别财产制。为了保护不知情的配偶一方的财产权益和债权人的利益，要求确认以一方名义所欠之债为夫妻共同债务的，由举债一方承担举证责任，既考虑了夫妻身份关系，保护了非举债一方配偶的利益，又考虑了交易安全，保护了债权人的利益。同时，这一规定实际上也隐含着如下要求：债权人在与夫妻一方形成债权债务关系时，应当尽到审慎的注意义务，包括举债的用途、举债方所适用的夫妻财产制度，甚至可以要求举债的夫妻双方共同签字，确定双方有举债的共同意思表示。否则，就有可能面临夫妻一方以个人名义所欠债务只能以个人财产清偿的风险。因此，笔者认为，司法解释（三）征求意见稿应当进一步作出明确规定：离婚时，夫妻一方主张婚姻关系存续期间以个人名义所负债务由双方共同偿还的，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。举债一方不能提出证明的，由债权人负举证责任。双方均不能提出证明或证据不被采信的，由举债方以个人财产清偿。**注释：**①我国《婚姻法》第19条第3款规定：“夫妻对于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债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”②兰州首例夫债妻还案：戴某向张某借款15.3万元逾期未还，张某将戴某及其妻子邵某告上法庭，要求其夫妻共同偿还借款。戴某下落不明未应诉，邵某以早在借款行为发生前半年就已同戴某分居为由进行抗辩。法院在查明戴某向张某借款时，邵某和戴某系合法夫妻，依据婚姻法司法解释（二）第24条的规定，判决戴某和邵某共同偿还张某借款15.3万元。（参见：李郁军. 兰州首例“夫债妻还”案维持原判 [EB/OL]. (2004-10-25) [2010-12-07]. <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=136146>。）

参考文献：

- [1] 蒋月. 夫妻的权利与义务 [M]. 北京：法律出版社，2001：206. [2] 黄松有. 最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用 [M]. 北京：人民法院出版社，2004：217. [3] 裴桦，刘接昌. 论夫妻一方所负债务对债权人的效力 [G] // 夏吟兰，龙翼飞，郭兵，薛宁兰. 婚姻家庭法前沿——聚焦司法解释. 北京：社会科学文献出版社，2010：116. [4] 薛宁兰，金玉珍. 亲属与继承法 [M]. 北京：社会科学文献出版社，2009：134. [5] 史尚宽. 亲属法论 [M]. 北京：中国政法大学出版社，2002：316.

一次性工亡补助金如何分割

2016-10-29 民事审判参考

一次性工亡补助金是个人遗产吗?如何分配?如何发生争议,起诉的案由是什么呢?不当得利之诉?参照遗产按人头均分?是否可视为共同共有,但份额待各方协商确定?能否作为执行标的?

一、工亡补助金如何分配?

《工伤保险条例》第三十七条规定,“职工因工死亡,其直系亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。”“领取”是否代表“占有”,在字面上看,是不能得到肯定的。况且,一次性工亡补助金在直系亲属间应如何分配,更缺乏法律规定,往往成为工亡职工亲属之间矛盾的导火索。我国建立工伤保险制度后,对此的相关规定:《企业职工工伤保险试行办法》第二十五条之规定,职工因工死亡,应依照以下规定发给丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金:(一)丧葬补助金按省、自治区、直辖市上年度职工平均工资六个月的标准发给。(二)供养亲属抚恤金发给由死者生前提供主要生活来源的死者的亲属。其标准为:配偶每月按本省、自治区、直辖市上年度职工月平均工资的百分之四十发给,其他供养亲属每人每月按百分之三十发给,孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上加发百分之十。抚恤金总额不得超过死者本人工资。供养亲属的范围和条件按照现行的有关规定执行,供养亲属失去供养条件时不再享受该项抚恤金。(三)一次性工亡补助金,标准为本省、自治区、直辖市上年度职工平均工资四十八个月至六十个月的金额,具体标准由各省、自治区、直辖市确定。符合第二十二条规定享受伤残抚恤金期间死亡的,一次性工亡补助金按全额标准的百分之五十发给。《工伤保险条例》实施之后,增加了“直系亲属按照下列规定从工伤保险基金领取”的规定,虽然明确了领取的主体,但并未明确分配的主体和比例。

二、一次性工亡补助金分配的地方规定

山东省社会劳动保险事业处关于一次性工亡补助金发放问题的复函(97)鲁社险函字13号(1997年12月16日)滨州地区劳动局:你地区邹平县劳动局十一月四日《关于鲁劳发[1997]60号文件有关问题的请示》收悉。所询“一次性工亡补助金是否作为遗产处理及如何分配”问题,经研究,答复如下:一次性工亡补助金是对死亡职工遗属的一种经济补偿,不能作为死亡职工遗产对待,其领取顺序为:1.有父母(包括养父母,下同)无配偶的,发给父母;2.有配偶无父母的,发给配偶;3.既有父母又有配偶的各发半数;4.既无父母又无配偶的,按下列顺序发给:①子女②共同生活未满十六周岁的弟妹③其他供养亲属④生活在一起的其他亲属。请你们将上述意见告知邹平县劳动局。由于上述文件为地方文件,且为《企业职工工伤保险试行办法》实施期间。此复函的效力并不为所有人认可。三、学者们的一些观点

第一、赔偿金的定性问题 赔偿金有三种说法,一说是遗产,一说是有限遗产,一说是近亲属的财产性损失。遗产说的观点是,赔偿是对死者的赔偿。应按继承法规定,在第一顺序继承人直接平均分配。有限遗产的观点是,赔偿的是死者的损失。应视为夫妻共同财产,分配时先去掉一半归配偶,剩余部分按继承法平均分配。近亲属的财产性损失说的观点是,赔偿是对近亲属的损失赔偿。分配时参照继承法并考虑到生活紧密、依赖程度,照顾妇女儿童的原则分配。笔者赞成近亲属的财产性损失说的观点。

第二、近亲属的财产性损失说的观点的理由 (一)最高人民法院在关于空难死亡赔偿金能否作为遗产处理的复函([2004]民一地字第26号)中明确说明了该性质。该复函说,广东省高级人民法院,你院粤高法民一请字[2004]1号《关于死亡赔偿金能否作为遗产处理的请示》收悉。经研究,答复如下:空难死亡赔偿金是基于死者死亡对死者近亲属所支付的赔偿。获得空难死亡赔偿金的权利人是死者近亲属,而非死者。故空难死亡赔偿金不宜认定为遗产。

(二)继承丧失说观点调整过程。2001年2月26日施行的《最高人民法院关于确定民事侵权案件中精神损害赔偿责任的若干问题的解释》第九条第二项规定,对死亡的精神抚慰金,以死亡赔偿金的方式赔付。依此规定对死亡赔偿金采取“扶养丧失说”将其定性为精神损害赔偿。扶养丧失说认为,因侵害他人生命导致受害人死亡、受害人生前扶养的未成年人或者没有劳动能力,又没有其他生活来源的成年近亲属,因此丧失了生活资源的供给来源,受有财产损害,侵权责任人应当对该项损害予以赔偿。2004年5月1日施行的《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对死亡赔偿金进行了司法调整,即放弃了过去司法解释对死亡赔偿金采取“扶养丧失说”进行解释的立场,而是以“继承丧失说”解释我国有关法律中死亡赔偿制度。继承丧失说认为,侵害他人生命致人死亡,不仅生命利益本身受侵害,而且造成受害人余命年岁内的收入“逸失”,给与受害人共同生活的家庭共同体

造成财产损失。因为近亲属被认为与直接受害人是“经济为一体”或“钱包共同”关系，因婚姻或继承能够合法取得直接受害人正常生存情况下个人消费部分以外的全部收入。因此，侵权事实事实上导致受害人提前死亡而使这部分应得财产逸失，对此“逸失利益”赔偿义务人应当予以赔偿。《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用若干问题的解释》第二十九条，对死亡赔偿金采取“继承丧失说”，确认死亡赔偿金的性质是对未来收入损失的赔偿，其性质属于财产损失赔偿，而非精神损害抚慰金。

第三、近亲属的财产性损失说的分配 1. 参与分配人的范围可以参照继承人的范围确定，分配比例不一定要完全等同，应当考虑与受害人的关系、劳动能力及共同生活紧密程度确定。 2. 从以上分析中可以看出，公民因身体受到伤害而死亡，所获得的死亡赔偿金不在死者遗产范围，所以，死亡赔偿金不能作为遗产继承。对于死亡赔偿金的分配，法律没有明确规定，一般是应按照与受害人生前共同生活的近亲属作为权利人。也就是说死者的近亲属可提出对其进行分割。 3. 法院在处理这类案件原则参照《继承法》的规定。但在审判实践中应根据不同情况，考虑劳动能力、生活收入水平、照顾妇女儿童权益保护等情况，进行不同的处理。死亡赔偿金是一种特殊的财产，填补的是受害人近亲属因受害人死亡导致的生活资源的减少丧失，是对受害人家庭损失的弥补，对死者家庭利益的赔偿，不应属于死者的遗产范围。死亡赔偿金的受益人只能是死者的近亲属。

第四、工亡补助金的性质 第一种观点：一次性工亡补助金是对死者余生可能创造的财富的补偿，根本不是精神抚慰金。应当理解为死者的准遗产，这种理解与《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》关于死亡赔偿金的规定相符。一次性工亡补助金应由死者的继承人参照《继承法》的规定继承较为适宜。 第二种观点：根据劳动和社会保障法的一般理论，本案诉争的一次性工亡补助金属于对于工亡人员直系亲属的精神补偿，依其性质应由与工亡人员关系最近的直系亲属享有。 笔者赞成第二种观点，单位从遗属生活补助之外又给与死者亲属的补偿，显然理解为精神补偿相对比较容易。

第五、工亡补助金分配原则 第一种观点是：一次性工亡补助金产生的根据系据工伤保险条例第三十七条。该条共规定有三项支付内容，这三项内容依其性质分别为，其一为工亡职工的丧葬费，其二为遗属的生活补助，其三为对遗属精神抚慰金。既为精神抚慰金，其分割应依亲等的疏近，予以分割。有一亲等亲属时，由一亲等亲属领取并均分。无一亲等亲属时，仅在工亡职工的直系亲属与其共同生活时方予以支付，否则不予支付，其余相同亲等但未与工亡职工共同居住的直系亲属不应分割。从这一点也可以看出一次性工亡补助金不是遗产，因为其产生的原因是为了抚慰工亡职工的直系亲属，其产生具有或然性，仅在工亡职工的死亡给其直系亲属造成深刻的精神痛苦时方予以支付，而非仅依据该职工的死亡为条件而必然向其直系亲属支付。 第二种观点是：一次性工亡补助金的分割，应根据各方所遭受的心灵创伤延续的时间长短来衡量。例如：子女尚年幼，遭受心灵创伤延续的时间较长，应多分得一次性工亡补助金父母年龄较长，遭受心灵创伤延续的时间较短，应少分得一次性工亡补助金，具体比例有法院酌情确定。 第三种观点是：关于给付的数额，根据相关法律规定，工亡补助金是对因公死亡职工家属的经济补偿，不属遗产范畴，可参照《继承法》在同一顺序人之间进行均等分配。 笔者赞成第二种观点。在现实生活中，平均分配比较容易接受。但从法律的角度看问题，我认为，精神受打击最严重的是子女，应当多分。加之老人大部分不是一个子女，得到的安慰方式、渠道相对较多。从年龄上也可得出，受到打击的时间明显少于子女。因此，按照倾向与孩子的角度分配，也应到容易接受。关键在于该款在孩子年幼时的管理人及管理方式问题需要合理协商。可以协议分割一次性工亡补助金，达不成协议的，可平均分割，也可按照权利义务相对应的原则进行分配，对其尽了较多照顾义务的直系亲属，如长期与其共同生活的人，以及缺乏劳动能力又没有生活来源的直系亲属，如孤寡老人和孤儿等，予以照顾。但不是遗产，不能按继承法分割。

第六、死亡赔偿金与工亡补助金能否作为死者生前债权人的执行标的 第一种观点：被执行人死亡后，其生前所在单位打算给付的工亡补助金是对其供养的直系亲属进行精神抚慰和经济补偿，不属于遗产。因此不能强制执行工亡补助金以偿还被执行人生前所欠个人债务。死亡赔偿金同理不能作为执行标的。 第二种观点：最高人民法院的司法解释已明确将死亡赔偿金定性为一种财产损害赔偿，即对受害人如果生存未来所可能获得收入的赔偿。但受害人如若生存，在未来其所可能获得的收入，生活消费之余，必然要用来偿付其所负债务，偿还债务后有剩余的，才可能在未来为其继承人所继承。因此，用死亡赔偿金来偿付受害人生前所负债务是符合法律逻辑的，而将死亡赔偿金直接认定为死者近亲属的财产、不能用于偿付受害人生前所负债务的观点则有悖法理，有违死亡赔偿金系财产损害赔偿的法律性质。依继承丧失说，死亡赔偿金虽然在性质上不属于《继承法》所定义的遗产（该法第三条规定

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，死亡赔偿金是受害人死亡后所获得的财产，其死亡时显然没有这一财产，因此死亡赔偿金不属遗产），但既然是继承，自应首先偿付受害人的生前债务。死亡赔偿金在扣除被抚养人生活费后，视同受害人的个人遗产，应当用于偿还死者生前债务，在偿还债务后有剩余的，依《继承法》的规定进行分配。另外，最高法院在1988年3月24日向河北省高级法院作出《关于保险金能否作为被保险人遗产的批复》一文中已作了明确解释，根据我国保险法规有关条文规定的精神，人身保险金能否列入被保险人的遗产，取决于被保险人是否指定了受益人。指定了受益人的，其人身保险金应付给受益人；未指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产处理，可以用来清偿债务或者赔偿。财产保险与人身保险不同，不存在指定受益人的问题。笔者赞成第一种观点。执行必须执行的是死亡者的生前财产。既然死亡赔偿金及工亡补助金不是遗产，就不应当作为执行标的。结语：死亡赔偿金与工亡补助金无论性质如何，在分配时应倾向于亲疏，受到伤害的时间长短进行分配。不应一概进行平均分配。无论是死亡赔偿金还是工亡补助金均不能作为死者的财产进行执行。

五、高院的处理意见

工亡补助金是对其供养的直系亲属进行精神抚慰和经济补偿，不属于遗产。因此不能强制执行工亡补助金以偿还被执行人生前所欠个人债务。“工亡补助金”的性质、发放对象及目的。我国《继承法》第三条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”。据此，遗产具有时间的特定性、范围上的限定性等特征。从时间上看，“工亡补助金”是基于职工死亡这一事实产生的，职工死亡在先，“工亡补助金”产生在后，因此“工亡补助金”不是职工死亡时遗留的个人财产，不符合遗产的时间特定性特征。另外，劳动部《企业职工工伤保险试行办法》第二十五条规定：职工因工死亡，应按照规定发给丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金。1997年4月1日施行的《安徽省企业职工工伤保险暂行办法》第一条规定：该《办法》的目的是保障企业职工因工伤残后的基本生活以及对因工死亡职工供养的直系亲属进行抚恤。安徽省劳动厅劳险字[1996]第607号《关于调整企业职工死亡后有关待遇的通知》第一条规定：职工因工死亡，企业按照劳动部发布的《企业职工工伤保险试行办法》，发给直系亲属48个月的全年上年度职工月平均工资的工亡补助金。参照上述行政规章及文件精神，“工亡补助金”的发放对象应是死亡职工的直系亲属，其目的是对死亡职工的直系亲属进行抚恤。因此，“工亡补助金”不属于死亡职工的遗产，人民法院不能强制执行“工亡补助金”以偿还死亡职工生前所欠债务。根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，死亡赔偿金的性质是一种物质补偿，不属于具有抚慰性质的精神补偿，也不是夫妻共同财产。分配该笔款项，可以比照公民死亡后遗产的分配方法结合当事人的具体情况酌情处理。

1. 一次性工亡补助金既非纯粹的物质性的赔偿，也非单纯的精神抚慰性质，而是具有精神和物质赔偿双重复合性质的赔偿金。所谓物质赔偿或精神赔偿，主要是基于侵权赔偿的理论和法律角度对赔偿行为进行的分类。一般情况下，侵权人与赔偿权利人不存在某种隶属关系。赔偿权利人是根据民法规定享有财产权或人身权，因该权利受到侵权人非法侵害，从而依法对侵权人享有主张赔偿财产损失或精神抚慰的权利。对于一次性工亡补助金，不存在用人单位对工亡劳动者所谓严格意义上的侵权或违约而需对工亡职工承担赔偿责任，而是基于劳动者与用人单位具有隶属性质的特殊关系而享有的劳动者待遇，这种待遇是劳动者以服务于所属用人单位利益而丧失生命权为代价的。一方面因丧失生命而人身权利自然丧失，其亲属因此遭受精神损害，需责任方或受益方作出精神性的补偿，另一方面，生命虽无法估价，但不可否认生命是有价值的。工亡职工生命权丧失同时必然意味着劳动者及其家庭在工亡职工正常生存状态下可期待的劳动报酬、收入等物质利益损失，对该部分损失，需进行补偿，方为公平。2. 不能将一次性工亡补助金视同遗产。所谓遗产，是生前拥有且在公民死亡时遗留的收入、储蓄、房屋等个人合法财产。一次性工亡补助金和遗产在产生时间、权利主体、处分依据和原则上有所区别。从产生时间上来看，遗产是被继承人死亡前即合法拥有的财产，在其生前即有该财产，但不能称之为遗产，而是财产，被继承人死后，才转变为遗产。而一次性工亡补助金是工亡职工死亡后产生的，在其生前并不存在。从权利主体上来看，遗产在被继承人死亡前是被继承人的合法财产，被继承人死亡后，该财产性质转化为遗产，权利主体是继承人。一次性工亡补助金的权利主体根据工伤保险条例的规定为“直系亲属”。从处分依据和原则上来看，遗产是根据继承法的明确规定来规范和分配处分的，有法定继承和遗嘱继承之分，法定继承又明确规定了继承人，而且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。而对一次性工亡补助金，法律规定了如此明确细化的规范，既不存在哪个直系亲属多分或少分的情况，也未明确应当平均分配。3. 我国现有法律规定对一次性工亡补助金规定的不足 我国现行工

工伤保险条例规定的一次性工亡补助金，存在以下不足，有待完善。1、未明确领取一次性工亡补助金的“直系亲属”的范围；2、未考虑到进城务工的农民工的工亡赔偿标准；3、与人身损害赔偿的死亡赔偿金标准存在较大差距，导致生命不同价的不合理现象；4、未考虑到工亡职工的年龄因素，简单一刀切；5、虽然职工居住地和经常居住地与用人单位所在地一致，但未考虑到不一致的情况，未基于地区经济发展水平差异，考虑到用人单位所在地与工亡职工居住地或经常居住地住所地的年度职工工资标准的差距；6、缺乏对直系亲属因一次性工亡补助金发生争议的处理程序规定，如诉讼主体、诉讼时效；7、未明确在直系亲属间的分配原则。由于以上不足，导致了有关纠纷时出现了标准不统一、处理结果不公平的现象，建议，劳动与社会保障部或最高人民法院应尽快就有关问题完善有关规定。关于一次性工亡补助金权利主体的范围。既然已经确定了一次性工亡补助金属于对工亡职工直系亲属的精神抚慰补偿金，那么就应当依照亲属关系的亲疏远近、精神损伤的轻重来确定一次性工亡补助金的分配方式。《继承法》第十条规定的继承顺序就很好的体现了亲属关系的亲疏远近及亲属精神损伤的轻重，因此，在分配一次性工亡补助金时，应当参照《继承法》的相关规定，当第一顺序的继承人存在时，一次性工亡补助金原则上在第一顺序继承人中等额分配，当第一顺序继承人全部不存在时，再依照上述原则由第二顺序继承人取得。

（二）法官视点

小妹妹，对你我感到很抱歉

2016-09-29 微伟道来 微伟

君子之学，以美其身。学会记录，学会生活，学会给枯燥多点颜色，以期丰富自己，完善人生。君子之学，贵乎甚始。知易行难，难在坚持，以文字铭刻过往未来，希望笔耕不辍，终有收获。感谢您关注“微伟道来”，希望能做最好的自己，遇见最好的你们。

一直都说要去见这个小女孩，总是瞎忙，开完庭之后电话联系了幼儿园，转眼又拖了很久才成行。

离婚纠纷中，心平气和的基本没有，听进道理的也是小众，大多数情况下，都是有财产的争财产，有子女的争子女，啥也没有的，只能理解是争口气了。

处理这类案件花费的心力比脑力更多，因为人只有一个心脏，却有两个心房，向左是快乐，向右是忧伤，我想向左，却不得不终日向右，所见皆忧伤。

曾经的令人向往变成今天的望而却步，水乳交融的爱恋变成了水火不容的绝望，举案齐眉做不到，相濡以沫做不到，但，总是想不明白好聚好散，这么简单，在这里却成了最最的无稽之谈。

我一向认为，相对于糟糕的婚姻家庭生活而言，一别两宽，各自欢喜算是解除婚姻关系的最高境界，而对于孩子来说，终日父吵母吓，惶恐不安，愉悦轻松的单亲家庭，反而更是利大于弊。

今天的这个小女孩四岁多了，算不上太年轻的父母，没什么共同财产可争，急躁的母亲，懦弱的父亲，是坐在法庭两边的两个人在开庭时给我的印象。这种性格上的巨大反差决定了他们对生活要求的迥异风格，更何况，他们在小孩未出世前已经起诉过一次。可是，法院只是在判决上及时挽救了他们的婚姻，在驳回第一次离婚之后，这段婚姻在逆水中艰难地前行，只是这次，船上多了一个小生命。新生命的降临并没有转变风向，终有人最先弃船上岸，执意远行。

对于婚姻他们已经不再挣扎，急躁的依旧急躁、懦弱的仍然懦弱，双方互相嫌弃着，鄙视着，厌恶着，仿佛生命中从未有过一丝一毫的交集。这一点，在法庭上的离婚案倒是很有共性。

法庭上的婚姻就像是一场战争，只不过，孩子就像是被陷其中，却无处可逃的难民。

这个社会，不知道是孩子牵制了婚姻，还是婚姻束缚了孩子。女方说，我身体不好，不孕不育，就这么一个试管婴儿。男方说，我年纪也不小，你一直在外地，孩子都是我一个人。他们都觉得孩子是自己的，只有争取到抚养权才能证明自己为人父母的真实存在。

遇到这种案件，我的内心是崩溃的。可是，遇见这个孩子，我的内心却又是柔软的。

我选择了幼儿园的玩具角，坐在儿童的小沙发上，眼前是两只毛茸茸的小象，柔软的让人不能释手。小女孩由老师带着，有一点点怯生，老师轻声地鼓励她，几秒钟的功夫，她便到了我身边，我拉着她的手，她没有挣脱。我把小象抱给她，并问她知不知道这是什么小动物。孩子忽闪着眼睛，算不上明眸善睐，也绝对有着天真的光芒，她的回答很清脆，甚至在我的追问下，还说了英文。我略显浮夸的表扬着她，她很快就和我熟络起来。叽叽喳喳的，

“家事法苑”团队奉献

像只小鹦鹉，两只扎着蝴蝶结的小羊角辫随着她的小脑袋一晃一晃的，可爱极了。

孩子挺活泼的，就是有点瘦，我假装问她，是不是爸爸不给你吃肉肉啊？孩子大笑说，因为我爸爸说我有挑食啊。那一刻，我觉得她一点也不像个四岁多的孩子。我和她之间，像是两个成人之间的对话。

我们两个就这样有一搭没一搭地玩一下，问一下，从吃到穿，从家到幼儿园，孩子的懂事程度让我多少有点心酸。我惊诧于她对某一件事的描述与认识，从动作到表情都逼真，像个小演员，只是内容并不是她从电视上看来的，而应该是她那个世界所见的战争。

我们往往认为，这个年纪的孩子，她是无知的、幼稚的、心智不健全的，所以在法律上，她是无民事行为能力人，她所表达的意志也是不会被我们采信的。可是，这个孩子，她或多或少的改变了我的某些看法，在他们的角度里，仰视中的大人们在战争中忽略了膝下的他们的感受。

孩子边玩边讲，仿佛在说别人家的故事。

“阿姨，我妈妈在抢我，她和我爸爸在抢我。”孩子很神秘地告诉我。

“嗯，他们两个都不太乖，还是你最乖。”我摸摸她的小辫，很真诚地望着她白白的小脸。

“你的小辫是你爸爸扎的吗？真漂亮！”孩子的头发稀稀的，顺顺的。

“我爸爸会扎很多小辫，还会这样，还会这样。”孩子说着在薄薄的刘海上比划着。

“你爸爸爱你多一点，还是你妈妈爱你多一点？”尽管我原本并不打算问这个问题，但我还是问了。

“我爸爸。”孩子回答的并不大声。

“那你爱你爸爸多一点，还是爱你妈妈多一点？”这个问题，我万分不想。

“我爸爸，嗯，还有我妈妈。”孩子的声音似乎更小了一点。

她活泼的外表下面，是这么敏感而善良，我眼眶有点酸。

回来的路上，天气因为台风而变得阴郁，我因为必须抉择而觉得很抱歉。

继承遗产范围内债务执行应以继承权真实兑现为程序启动要件

2016-10-05 江苏省扬州市江都区人民法院 张俊 魏宇飞

基本案情

韩甲现已去世，生前因为经营需要向许某借款20万元，韩甲的法定继承人为孟某（韩甲妻子）、韩乙（韩甲女儿）、韩丙（韩甲父亲）、汪某（韩甲母亲），后因借款逾期未还成讼，法院作出的民事判决书亦已发生法律效力。依判决书，被执行人孟某于判决生效之日起十日内偿还申请执行人许某借款20万元及利息；被执行人韩乙、韩丙、汪某在继承的韩甲遗产实际价值范围内对上述债务承担共同偿还责任。

因四被执行人均未在规定期限内自觉履行上述判决书所确定的给付义务，申请执行人许某向法院申请强制执行。法院立案受理后，裁定扣划被执行人韩丙的银行账户存款人民币15000元。

异议人韩丙提出异议认为：依照判决书内容，法院应执行韩甲遗产，即使执行异议人韩丙，也应局限在继承韩甲的遗产范围内，而事实上异议人并未继承韩甲的遗产，尤其是法院划走的存款是异议人的个人积蓄。故异议人请求法院解除对异议人银行存款的扣划，返还执行款15000元。

裁判观点

法院经审查异议后认为：合法的民事权益受法律保护。本案中，在对韩甲的遗产有无分割、继承人继承遗产数额均不确定的情况下，对被执行人韩丙的个人存款采取执行措施是显然不当的。据此，法院对异议人韩丙的异议请求依法予以支持，撤销扣划裁定书，返还执行款15000元。

法官评析

继承权的实现，亦称为继承权的兑现，指继承人依法取得继承权后，根据法定继承或遗嘱继承的方式实际取得遗产的法律后果。遗产作为公民死亡时遗留的个人合法财产，一旦经继承人依法继承所取得即成为继承人的合法财产。通常针对被执行人所享有的经遗产分割并已取得所有权的财产进行执行无争议，即其可成为法院执行程序中可执行的财产。

但在执行实践中，如执行依据载明：“在继承的遗产范围内对债务承担偿还责任”，此类案件既未对遗产

作出分割和确认，继承人亦未另案起诉要求分割遗产，对于继承已经开始但继承权尚未真实兑现的情形如何开展执行，是执行人员面临的困惑。

目前对如何执行此类案件大致有两种意见：一是可以直接执行被执行人的财产，理由是被执行人在继承开始后即已经享有财产所有权，未进行分割确认不影响对该财产预期权益的执行；二是禁止直接执行被执行人的财产，理由是被继承人虽然对未分割的遗产享有财产权利，但对具体财产还不具备现实的、独立的、完整的全面所有权，如执行会侵犯他人合法权益。

笔者同意上述第二种意见，分析如下：

第一，是体现了接受继承与承担债务清偿责任相统一原则。一方面，继承人表示接受继承，是财产权利和财产义务的一并接受，不能只享受财产权利而不承担财产义务。而另一方面，若是财产继承尚未得以真实兑现，则债务清偿义务相应不能承受，这是我国《继承法》权利义务相一致原则的体现。

第二，体现限定继承原则。根据《继承法》第三十三条的规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。”所谓限定继承，是指继承人对被继承人的遗产债务不负无限清偿责任，而仅以继承的遗产的实际价值负有限的清偿责任。

第三，是体现了遗产的可执行性。执行中拟对被继承人享有的遗产进行实质处分前，必须对该财产的性质、所有权归属、合法性等因素进行全面调查与准确认定。换言之，只有通过权属明确环节来排除该财产上的所有障碍后方可获取执行的合法性和正当性。

综上所述，针对本案中，多个继承人共同享有继承权且遗产尚未分割、遗产状态属不确定的特定情况下，法院不能直接执行被执行人的财产，只能引导债权人通过代位诉讼形式对遗产具体分割确认后方可予以后续执行。

一件假离婚引发的纠纷

——这起案件让我印象很深刻

2016-09-23 重庆市丰都县人民法院 冉孟鑫

看新闻里边说上海不少夫妻为了买房纷纷离婚，把离婚登记处围得水泄不通，甚而为了排队离婚得提前十几天进行预约。这其实明眼人一看就知道这是假离婚，因此有人调侃道“没有真感情谁敢假离婚”。虽然婚姻法倡导婚姻自由，可不管怎样在人们的眼里，结婚是件喜事，而离婚则是件坏事，甚至是让人丢人抬不起头的事。回想我在法院工作的这几年，办得最多的就是离婚纠纷、离婚后财产纠纷之类与离婚有关的案件，甚至是占了我所办案件的百分之七八十，其中有一件案件让我印象最为深刻。

张某（男）与李某（女）原是一对夫妻，开办了一家资源再利用类的工厂，家境殷实，所购买房屋有多套。一次由于生意上的纰漏，欠下了大笔的债务，张某害怕自己的家产会遭到威胁，便和妻子李某商量假离婚，在离婚协议中将其所有的三套房产都转移到女方的名下，而儿子张小某则由张某抚养，李某不承担任何责任。

在其假离婚一年后，双方由于生活中的琐事加之经济上的危机就一直争吵不断，甚至是多次打架。在张某与李某的感情危机正在上升之际，在一次聚会中张某结识了年轻漂亮的赵某，经过一个月的相处双方就同居在了一起。可毕竟纸包不住火，李某知道了这件事情，其克制住了内心的愤怒，想着如何报复张某，最后其将名下的三套房产全部卖掉。张某知道这件事情后也怒不可遏，多次跟李某发生冲突，最后将李某告上法庭要求分割三套房屋的房款。

在庭审中双方都非常冲动，恶言向相，我多次训诫才使得庭审得以继续下去。庭审结束后，双方还没走出法院的大门就扭打在了一起，我立即前去劝阻，张某还一脚踢到了我的身上，最后在法警的劝阻下双方才停止了打斗。但张某放狠话说，如果法院没将房款判给自己，将杀了李某。而李某则表示如果法院将房款判给了张某，她将撞死在法院门口。

在其互不相让甚至是以死相拼的争吵打斗中，我意识到了事态的严重性，如果只是一纸判决可能会后患无穷。为了彻底解决纠纷，我想只有解决双方当事人思想上的问题才能让这起案件真正案结事了。于是我分别作双方的思想工作，从情理法的角度对其进行开导，在其拒绝配合来法院的情形下，我利用下班时间多次到其家中进行调解，最后甚至是拉上其儿子张小某一起作双方的工作。在我半个多月的努力下，双方的思想工作终于得以做通，李某愿意将房款的一半分给张某，李某也愿意承担儿子一半的抚养费，双方好聚好散，握手言和。

当今，很多人为了避税、躲债等原因，常常会选假离婚，本以为自己会捞到便宜，但在很多的时候却会引发

“家事法苑”团队奉献

一系列当事人自己都想象不到的恶果，家庭破裂，妻离子散甚至是血流成河。婚姻是件严肃、神圣的事情，为了点蝇头小利就将其作为下三滥的手段，实在是丢了西瓜捡了芝麻，太不值当了。重庆市丰都县人民法院

家事案件判决中应注重情绪疏导及人文关怀

2016-10-07 四川省宜宾市翠屏区人民法院 龚莉莎

导读：家事案件有其自身的特殊性，审理过程中更应自始至终传递出司法的人文关怀，让当事人感受到司法的温度。

题记

办理监护权纠纷案件，只是简单的就案办案吗？似乎只需要在 A 和 B 之间作一个选择。但就笔者的体会来说，每一件监护权纠纷案件的背后，往往有着错综复杂的家庭关系背景，若是不能细心分析相关众多因素，稍有不慎盲目判断，就会造成家庭关系破裂甚至于亲情的彻底决裂。

可以说，一份薄薄的判决书很厚重，不仅要依据法律条文作出正确判断，同时也应成为彰显人性关怀的感化之文。这里从一起监护权纠纷案说起，谈谈司法实务中家事案件判决时审理思路和方法的些许体会。

命案发生，亲家变仇家，引发一场夺孙大战

2010 年，东村的龚家与西村的郭家结成亲家，龚甲之子龚乙与郭甲之女黄乙结婚，黄乙系再婚且有一女，龚乙系初婚。龚乙与黄乙于 2010 年 5 月 19 日生育一子，取名龚丙，孩子出生后在爷爷龚甲家中生活了一年左右，后龚乙与黄乙携子搬至二人自建房内，黄乙之母郭甲的家正好与龚乙、黄乙新房相邻。

2013 年 7 月 29 日，由于感情不合，龚乙与黄乙协议离婚，协议中约定，龚丙由其母亲黄乙抚养。离婚后，黄乙与儿子龚丙在自建房内共同生活。

2014 年 1 月 27 日，龚乙到黄乙家中纠缠黄乙，双方争执时在发生抓扯过程中，黄乙持水果刀刺龚乙右胸部一刀，后龚乙经抢救无效死亡。当日，龚甲将孙子龚丙（事发时 4 周岁）领回家抚养至今。

2014 年 12 月 15 日，黄乙犯故意伤害罪终审被判刑 14 年，并附带民事赔偿，现黄乙正在服刑。

2015 年，郭甲、龚甲分别向西村村村民委员会提出申请，均要求当龚丙的监护人。2015 年 8 月 24 日，西村村村民委员会指定郭甲（西村人）为龚丙监护人。

2015 年 9 月 9 日，原告龚甲不服西村村委会的指定监护人，起诉至法院，认为西村村委会指定本村的郭甲为监护人不当，要求重新指定原告龚甲为龚丙的监护人。

双方当事人的诉辩主张

原告龚甲诉请的主要理由有：1、原告系龚丙的祖父，担任其监护人符合《民法通则》第十六条第一款规定；2、龚丙在被告家中目睹其父龚乙被害过程，生活在被告郭甲家庭不利其成长；3、自 2014 年 1 月 27 日起至今，龚丙一直生活在原告家里，原告与龚丙已形成事实上的监护关系；4、被告郭甲虽系龚丙外祖母，但体弱多病收入微薄；5、原告身体身体健康、家庭负担较轻，具有监护能力。

被告郭甲辩解的主要理由有：1、被告与原告的权利是一样的，都是同一顺序监护人选；2、原告所述龚某目睹其父被害过程不利于其成长与事实不相符；3、根据离婚协议内容，龚丙由其母亲黄乙抚养，且黄乙在狱中授权其母郭甲代为抚养；4、龚乙经常到黄乙家里吵闹，被告并没有参与其中，黄乙伤害龚乙一事与被告无关，被告与外孙龚丙感情深厚；5、龚丙在被告家中生活的时间比在原告家中生活的时间长；6、被告还未满 60 周岁，且身体健康；7、被告夫妻二人都有固定经济收入，并且被告儿子黄丁（龚丙之舅舅）愿意承担抚养龚丙的费用。

走访、调查、调解、开庭

此案在审理过程中，承办人通过走访当地村委会及派出所，了解到双方家庭因为命案而积怨太深，村委会和派出所都曾组织过双方协调，但是双方均坚持争取龚丙的抚养权，矛盾始终无法调和。承办法官也尝试分别与双方当事人作沟通，感受到他们各自心中深深的怨恨，互不相让争夺龚丙抚养权，还极可能演化成两个家族间的矛盾。

开庭审理很艰难、冗长。

庭审时，没有预想到的是，两方都召集了各自家族的人，承办人花费不少精力去维护庭审秩序，防止演变成两个家庭之间的群斗。

在庭审结束以后，龚乙母亲在法庭抑制不住大声哭泣。确实，黄乙伤害龚乙致死的事情，对哪方家庭都是无法挽回的心理伤害。

庭审后的和解期内，承办人尝试分别去做心理疏导工作。往往在创伤性事件后，双方心理和身体受着双重打击，所以需要解开他们的心结，平抚他们的心绪，最后尽力让他们平和的接受最后结果，这样事情才会有彻底的解决。

一段时间过去后，承办人意识到只能下判了，判断也许好判断，但该如何判决呢？

是就办案依据法律条文径直判决？还是在判决中尝试着运用亲情与伦理语言表述，以达到减轻双方积怨的效果？同时还不能过分煽情，否则会影响判决的严肃性。

反复权衡中，承办人陷入深思。

判决中发出：法官寄语

根据本案审理查明的事实，本院认为：本案中，龚丙的父亲龚乙被伤害后死亡，龚丙的母亲黄乙因为伤害龚乙致其死亡被判处14年徒刑，黄乙因严重犯罪判刑无法行使监护权，黄乙在狱中书面委托其母郭甲代为监护，该行为不符合法律规定，本院对此不予认可。未成年人的父母是未成年人的监护人，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐……。龚丙的监护权按法律规定由先顺序的祖父母或外祖父母之间选择确定。

对于监护权的确定，应从有利于被监护人的身心健康，保障被监护人的合法权益出发，并结合原、被告双方的监护能力和监护条件等多方原因进行考虑，本院综合以下因素予以考虑：

首先，从身体素质方面，龚甲年龄虽已满66周岁，但身体健康，系退伍军人，中共党员，而郭甲年龄60周岁，患有糖尿病，身体状况欠佳；

其次，在刑事案件事发当天，龚甲就将龚丙领回家中，并一直抚养孙子龚丙至今，龚丙现在东村幼儿园就读，龚甲夫妇每天负责龚丙的吃穿住行，龚甲夫妇与孙儿龚丙已实际共同生活，不宜再作变更；

再次，从精神抚慰方面看，龚甲夫妇经历了丧子之痛，龚甲夫妇能跟孙子龚丙一起生活对他们而言更是情感的安抚及精神的寄托，符合当地的民俗习惯；

再次，黄乙除儿子龚丙外另还有女儿莫某，而龚乙仅留下其子龚丙一个血脉，龚丙随龚甲生活更符合人情伦理；

最后，郭甲之子黄丁表示愿意协助其抚养龚丙，但舅舅抚养侄儿在法律上无强制义务，对此不予采信。综上，本院认为龚丙由原告龚甲监护为宜。

原告龚甲在履行监护职责时，应做到保护被监护人龚丙的人身、财产及其他合法权益，同时龚甲要尽力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。本院虽确定了龚甲享有龚丙的监护权，但龚丙与外公外婆以及母亲黄乙的亲情仍需要维系，原告龚甲应正确教育引导龚丙，不要因龚丙父母之间的事情而造成血缘亲情的疏远。据此，法院依法判决：原告龚甲享有龚丙的监护权。

判后释疑

本案判决后，承办人分别向双方当事人进行判后释疑，被告郭甲担心以后再也见不到外孙，承办人与原告龚甲沟通，龚甲承诺郭甲可以随时来看孩子，不因子女之间的事情影响郭家人与龚丙的感情。

双方当事人均表示息诉服判，一审判决已生效，一起监护权纠纷案就此了结。

一些思考

家庭是社会的细胞，家是孩子健康成长的摇篮，家庭与社会的健康是一致，在当前社会转型时间，家事矛盾又叠加，思想多元、利益多样、冲突多发，而这些问题不可避免地也反映在家庭中，导致曾经温暖的家庭变成硝烟弥漫的战场，更有甚者引发不可挽回的血案。

清官难断家务事，其实难就难在不容易化解已产生分裂的感情。

面对家事案件，作为法官要改变办案思路，不能简单机械就案办案，要谨慎小心地维护家庭的温情，维护法律的尊严，在判决中用温情体贴的语言，去触动感化家事纠纷双方当事人的心灵，去重塑构建和谐稳定的家庭关系，同时应当增强判决书的说服力和亲和力，体现判决书的教育功能，也彰显司法的人文关爱和情怀。

伯尔曼说：法律必须被信仰，否则它便形同虚设。我们如何通过判决重塑公众对法律的敬畏之心，是作为一名法官应该深思的问题。

享有隔代探望权应受适当限制

2016-10-12 人民法院报 付建国 郝绍彬

江苏省首例失独老人隔代探望权纠纷案中，法院认定失独六旬老人徐某、李某夫妇享有探望孙子的权利，判决

在孙子 10 周岁之前每月可探望一次，每次探望时间以 6 小时为限。虽然公众对该判决的看法不一，但此份判决充分彰显了法治的引领作用，值得称赞。

我国计划生育的第一代独生子女父母已迈入老年行列，四位老人、一对夫妻加一个孩子的“421”家庭越来越多，老人探望孙子女或外孙子女的呼声也随之愈来愈强烈。隔代老人对孙子女是否享有探望权？笔者认为，不能一概而论，既不能一味否定，也不能滥用，应设定适当的条件，有所限制。

1. 祖父母、外祖父母不是行使探望权的主体

所谓探望权主要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，并上升到法律上的层面。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。由此可见，探望权的主体为离婚后不直接抚养子女的父或母一方，并没有规定其他近亲属可以拥有探望权。

2. 法无禁止即可为缺乏适用条件

在民法领域，确实存在私权力“法无禁止即可为”的理论，即在法律框架内，人可以做法律没禁止的事情，因为做了没有法律后果，不会受到法律的追究。但“即可为”不等于“即要为”。权利是法律所赋予的享受利益的力量，权利的行使应当依权利人的自有意思，原则上不应受干涉，这即是权力行使的自由原则。但权利人行使其权利，都应遵守一个“度”，任何一项权利都存在一个行使适当与否的问题，拥有权利也就拥有了权利的限度。探望权作为权利的一种，其行使当然也要有一定的界限，而不能无原则地滥用。根据法律规定，探望权行使的主体为非直接抚养子女的另一方，而非另一方的父母。如果另一方父母拥有探望权，势必影响或扩大了直接抚养孩子一方的义务，尤其是在此一方再婚的情况下，还可能影响再婚家庭的生活。

3. 道德义务不等于法律义务

从道德角度上来讲，在当今“421”的家庭模式下，无论是爷爷奶奶，还是外公外婆，都把孙子女或外孙子女当成精神的慰藉，视其如命。这些爷爷辈们主动帮助照料孙子辈，甚至有些直接抚养，形成很深的感情。祖父母或外祖父母探望孙子女或外孙子女系人之常情、生活之所需、精神之所要。然而根据法律规定，父母是未成年的法定监护人，只有父母已经死亡或父母无力抚养，祖父母或外祖父母才可抚养未成年的孙子女、外孙子女。探望权也是如此，权利义务的主体只是父母，而非其他人，作为爷爷奶奶或外公外婆虽然抚养了孙子女或外孙子女，但一般情况下这只是道德义务，不能以此来作为对价，要求拥有一定探望孙子女或外孙子女权利的补偿。当然，如果与抚养孩子的一方父或母达成探望权协议，这就由道德义务上升到法律上的义务。

4. 权利义务对等原则并非直接产生探望权

在司法实践中判决支持老人的探望请求，重要理由是在法无明文规定的情况下考虑到权利义务的对应原则。这种理由从表面上看似乎是成立的，但是细分析又是站不住脚的。作为未成年子女，亲生父母显然是第一位法定监护人，只有在第一位法定监护人死亡或无力抚养的情况下，这时作为第二位的祖父母或外祖父母才拥有法定监护权，即老人拥有有条件的监护权。而现实生活中，出现父母死亡或无力抚养的情况不是很多，绝大多数是老人们主动愿意担当抚养孙子女或外孙子女的角色，目的是减轻自己子女的责任，同时还得到精神上的慰藉，并非是父母真正抚养不起孩子。

根据权利义务对等原则，笔者建议，适当设定祖父母或外祖父母享有探望权和条件，即只有在孩子父或母死亡或确实无力抚养的情况下，方可设定其享有探望权。设定这种探望权要适度，不能无原则，只有这样才能体现出权利义务的对应性。无力抚养的衡量应以抚养费由祖父母或外祖父母代父母支付作为考量，同时还要考虑到直接抚养孩子一方的实际情况和对孩子的健康成长有利。

作为祖父母、外祖父母虽在生活中尽到照顾孙子女的义务，但这只是道德上的义务，在其子女健在时，主张探望孙子女权利缺乏法律基础，也缺乏法无明文规定即可为的适用前提，故不应享有探望权。但是其可以与直接抚养的一方达成探望协议，或与子女一同探望或在自己子女无力探望情况下由子女委托探望。这样不仅有利于孩子享受到父爱母爱，促进孩子健康成长，同时也没有增加直接抚养孩子一方的协助义务，也符合我国的社情及民情。

（作者单位：黑龙江省大庆市高新区人民法院 重庆市第五中级人民法院）

房屋继承人应被准许“以人查房”

“家事法苑”团队奉献

2016-10-12 人民法院报 南京铁路运输法院 洪彦

【案情】

陈某豪系陈某儿子，陈某与陈某豪母亲离婚后未再婚，陈某豪一直与其母亲生活。2014年5月陈某死亡，陈某的父母早于陈某死亡。陈某豪为继承陈某名下遗产，向某市住房保障和房产局（以下简称市房产局）申请查询陈某名下的房产登记信息。市房产局认为陈某豪未提供房屋的坐落号、仅以陈某的姓名作为查询房产信息的检索条件，不符合现行法律规定，故拒绝了陈某豪的申请。后陈某豪诉至法院，请求判令市房产局提供陈某名下的房产登记信息。

【分歧】

本案存在两种不同意见。

第一种意见认为，市房产局严格按照规定审查后拒绝陈某豪的申请，不违反法律规定，应当驳回原告的诉讼请求。

第二种意见认为，从保护原告的合法权益出发，应当直接判决市房产局依陈某豪的申请履行查询陈某名下房屋登记信息的职责。

【评析】

笔者同意第二种意见。理由如下：

1. 原告的情况应如何处理，现行法律规定中没有相关规定

《房屋登记办法》第二十八条第二款规定，申请查询、复制房屋登记资料的，应当按照规定的权限和程序办理。关于城市房屋权属登记信息的查询，目前适用的是暂行办法及技术规程。这两份规范性文件明确规定，查询房屋权属登记信息的检索方式仅为提供房屋的坐落或权属证书编号，不得仅以姓名查询房屋登记信息。暂行办法第十一条实际上是确定了“以房查人”的查询方法。这是考虑到实践中如果采用以人名查询房屋权属的方式，可能会破坏权利人居住隐秘性，泄漏其个人财产状况，登记信息容易被恶意利用，从而引致社会矛盾。而采用“以房查人”的方法，则申请查询人必须准确填写房屋坐落或权属证书编号，这样就将申请人限制在不动产利害关系人，减少了不合理查询，确保实现不动产登记公示的目的。即暂行办法制定的目的是通过限定查询方式，以避免查询人滥用查询权利，保护被查询人的合法权益，但是在查询人要正当行使权利却又不符合规定的查询方式时该如何处理，暂行办法中没有相关规定，其他法律法规或规范性文件中也没有相关规定。

2. 市房产局拒绝查询违背了上位法的立法精神

陈某豪提供的继承公证书、死亡证明书、常住人口登记卡、婚姻登记记录证明、医学出生证明等证据能够证明其是陈某遗产的第一顺序法定继承人，依法具有继承陈某遗产的权利，而知晓遗产是实现继承权的前提。关于不动产登记资料的查询，物权法第十八条规定，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。《房屋登记办法》第二十八条第二款规定，申请查询、复制房屋登记资料的，应当按照规定的权限和程序办理。暂行办法和技术规程是目前房屋登记机关履行房产登记信息查询职责的程序性依据。不难看出，法律赋予了权利人查询不动产登记信息的权利，但权利人如何行使或实现查询的权利，部门规章中仅有原则性规定，相关行政主管部门制定的操作性规范文件对查询的程序作了详细规定，其中相关条款给权利人限定了查询的检索条件。行政管理的目的之一是要通过建立良好、健康的社会秩序，以最大限度的保障社会成员的合法权利，相关规章制度的制定也是顺应这个宗旨，不应与法律相违背。暂行规定与技术规程中对查询检索条件的限定与该二项规范性文件出台的背景不无关系，是否违法尚须研究，但它目前客观上已成为陈某豪实现合法权利的障碍。原告的法定继承权应当受到保护，房屋登记机关履行登记信息查询职责的宗旨也是要保护权利人的合法权利。因此，陈某豪出于继承的目的申请查询被继承人名下房产登记信息，如果市房产局仍以不符合规范性文件的要求而予以拒绝，则不符合物权法第十八条的规定，构成不履行法定职责。

3. 通过行政判决推动法律发展

陈某豪的情况应如何处理，现行法律法规和规范性文件中均没有规定。向房屋登记机关发出司法建议，建议行政主管部门对出现类似的问题予以考虑和规范可以从立法上解决问题，但过程漫长，不能及时保护陈某豪的继承权，更会影响其对继承财产后续权利的行使，而判决责令市房产局履行查询职责则明确告知了市房产局保护陈某豪合法权利的方式，更与行政诉讼法的立法宗旨——解决争议相契合。

“家事法苑”团队奉献

夫妻婚前财产权属浅析

2016-10-14 涟源市人民法院 杨建辉

关于夫妻婚前财产的权属问题，是人民法院在处理离婚案件中的一个很重要的问题，更是引导人们进行相关民事活动的标杆，时刻引发人们的广泛关注和深刻讨论。纵观我国建国以来的相关立法，经历了一个由模糊到清晰、由传统型到契约化的发展过程。1950年5月1日颁行的《婚姻法》和1981年1月1日起施行的《婚姻法》均未对夫妻婚前财产的权利归属做出规定。一直到1993年11月3日，最高人民法院颁行的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称“《处理意见》”）第6条才就夫妻婚前财产做出规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”2001年4月28日，全国人大常委会通过了《〈中华人民共和国婚姻法〉修正案》，其第十八条做出了“一方的婚前财产为夫妻一方的财产”的原则性规定。2001年12月27日开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“《婚姻法司法解释一》”）的第十九条明确规定：“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。”该规定明确了一方的婚前财产在离婚时的权属不再与婚姻关系持续的时间挂钩。

《处理意见》的颁布实施，不仅使人民法院在处理夫妻婚前财产问题时有法可依，更是弘扬了中华民族代代相传的夫妻间相互信赖、相互扶持、相依为命的传统美德，有力的维护了婚姻家庭和社会的和谐稳定，具有积极的历史性意义。而《婚姻法司法解释一》的出台，既改变了人民法院对夫妻婚前财产权利归属的裁判规则，又强烈地冲击了传统的夫妻间财产关系。该规定以及此后的司法解释出台后，老百姓的待人处事观念在变，夫妻间、恋人、翁婿间、婆媳间在处理财产，尤其是处理不动产的问题上，已变得异乎寻常地谨慎，各种矛盾亦涌现出来。这既是一种社会进步，又是对传统婚姻家庭观念的重大冲击。其中的利弊，应当留待时间去检验，关键的是怎样准确适用既有法律去维护公平正义和社会稳定。据笔者了解，在审理2001年12月27日（即《婚姻法司法解释一》实施日）后结婚的离婚案件中，人民法院适用婚姻法及该解释的规定处理一方的婚前财产，这并未存在争议；而在审理结婚于2001年12月27日前且婚姻持续时间已超过4年甚至8年的离婚案件中，人民法院一般都是仅仅以《婚姻法司法解释一》为依据，不加区别地将一方或双方的婚前财产一律判归其原所有人。

笔者认为，对于上述后一种情形的处理方式，确实值得商榷。其一，这样的裁判违背了“实体从旧”的法律原则。我国的民法（含法律法规、司法解释）遵循的是法不溯及既往的原则，人们的民事行为和物权的形成、变更均受到当时法律的调整。如果在2001年12月27日前，夫妻一方的婚前财产已分别经过4年或8年，依照当时的法律已经转化成为夫妻共同财产，其配偶已经随着其夫妻关系的延续而自然取得了对该类财产的共有权，包括了所有权中占有、使用、收益、处分的全部四种权能，其物权的取得是基于夫妻关系延续，以及共同使用、经营、管理相关财产这些民事法律行为，这完全符合物权变动的有因性原则，只是因为基于其夫妻关系的特殊性而没有必要对物权的变动进行登记、公示而已。相反，如果仅仅因为新的法律的出台而将夫妻对财产的共有权又强行转化成为一方的个人所有权，这在实体裁判上是于法无据的。其二，《处理意见》至今没有被废止，虽然乍看起来其中第6条已被后法即《婚姻法司法解释一》的第十九条所否定，但笔者认为后者中的“夫妻一方所有的财产”应理解为至该解释颁布实施时尚未成为夫妻共同财产的一方婚前财产，而不包括已经依照当时的法律转化为夫妻共有的财产，前者仍然可以作为婚姻法及《婚姻法司法解释一》的例外规定适用。其三，这样的裁判既有违法律的“公平正义”原则，又可能导致一批为家庭奋斗大半辈子的中老年人流离失所，尤其吃亏的是广大农村的妇女们。适龄男女结婚组建家庭时，一般是由一方（男方）提供住房，另一方提供嫁妆（有些甚至带去现金以及车辆等贵重物品）；结婚后不但双方融入一个家庭而彼此相依为命，其财产亦顺理成章地化成了一个整体，由双方共同使用甚至共同处分，双方亦认为这是理所应当的事（因为当时的法律亦予支持）。可是，一旦离婚，家庭就会解体，无住房的一方（一般是女方）将不得不离开曾经长期居住的住处，丧失安身立命之所。这样绝对是不符合相关规定的立法原意的。

综上，笔者认为，处理离婚案件中的一方或双方各自的婚前财产时，应当分别情况进行处理。如无约定或法律规定的特别情形，则在2001年12月27日之前依照规定已经转化为夫妻共同财产，即婚后共同使用、经营、管理经过8年的房屋和其他价值较大的生产资料，经过4年的贵重生活资料，应当作为其夫妻共同财产处理；在其余的情况下，将该类财产当作一方或双方各自的财产进行处理。

遗嘱人生前以赠与方式处分遗嘱中所列部分财产的，应视为遗嘱被部分撤销

上海市黄浦区人民法院 韩玫

执笔人：上海市黄浦区人民法院 韩玫

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第37辑

【最高人民法院民一庭意见】

具有完全民事行为能力的自然人有权根据自己的意愿，通过遗嘱处分自己的财产。立遗嘱人也有权在有生之年通过赠与的形式处分自己的财产，不受遗嘱行为、内容的限制。因此，遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失，部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。

一、案情简介

73岁的老张在2004年老伴去世后即由小保姆邓某照料生活。2005年初，老张与邓某登记结婚，随后立遗嘱指定邓某为其唯一的财产继承人继承自己名下的房屋和为数不多的存款。2006年3月，老张病逝。料理完丧事后，老张的儿子小张持房主为自己名字的房产证要求邓某迁出其与老张共同生活的房屋，遭到邓某拒绝后，小张一纸诉状将邓某诉至法院，要求邓某立即腾退房屋。

受诉法院受理此案后查明，原来，老张在与邓某结婚后，因双方年龄、性格、生活习惯等方面的巨大差异而对邓某不甚满意，特别是每次老张的子女登门看望父亲后，邓某便借故大吵大闹的做法，更加剧了老张的不满。于是，2005年底老张便趁住院期间儿子小张来护理自己时，将房屋赠与儿子并办理了产权转移手续。邓某则以自己是老张的合法配偶，手中持有老张亲笔书写的遗嘱，老张名下的房屋理应由自己继承为由进行抗辩，主张该房屋应归自己所有。

二、法院裁判情况

一审法院经审理认为，具有完全民事行为能力的自然人有权通过签订合同、立遗嘱等方式处分自己的财产。老张虽然立有遗嘱，将自己名下的房屋指定由邓某一人继承，但其在生前已经将该房屋赠与了儿子小张，属于对遗嘱处分房屋的行为的变更。老张的赠与行为并未侵犯他人的合法权益，应属有效。既然在继承开始时，老张通过遗嘱所处分的主要财产一房屋的权属已经发生了变更，因此，邓某不能根据该遗嘱继承房屋。一审法院原则上支持了小张的诉讼请求，但考虑到邓某刚刚处理完丧事，需要一段时间另寻工作和住处，因此，判决邓某在90天内向小张交付房屋。

邓某不服一审判决上诉后，二审法院驳回其上诉，维持了原判。

三、主要观点及理由

本案判决后，经当地媒体报道引起了人们的关注。其实，该案在审理过程中即存在两种不同意见。

第一种观点认为，应驳回小张要求邓某腾房的诉讼请求。理由是，第一，老张的遗嘱有效。老张的自书遗嘱文字清晰、有其亲笔签名并盖有印章，足以证明遗嘱的真实性。因小张的母亲去世后，老张一家人曾分割过遗产，因此，老张的遗嘱并未处分他人所有的财产。该遗嘱自老张死亡即应发生效力。第二，老张在立下遗嘱交邓某保管后又背着邓某将房屋产权赠与自己的儿子，是对邓某的欺诈，其行为损害了邓某的合法权益。因此，与遗嘱内容相冲突的赠与合同应当被认定无效。小张与老张串通，共同对邓某实施了欺诈行为，故小张虽然已经通过办理房产过户手续取得了房屋的产权证，也不属于善意取得。人民法院如果认定老张将房屋赠与小张的行为有效，就等于支持了老张的不诚信行为，即以允诺其继承房屋为条件，欺骗邓某与自己结婚并为之养老送终，而实际上却私下处分财产，使遗嘱继承人得不到被继承人承诺给予的主要财产。另外，该行为发生在《中华人民共和国物权法》实施之前，故不应当以小张办理了房屋产权变更登记手续为由认定赠与合同有效。

第二种观点则认为，应当支持小张的诉讼请求。对于该案的处理，法律和司法解释有明确的规定。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39条的规定，“遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失，部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。”因此，该案不能有第二种处理结果。首先，老张作为有完全民事行为能力的自然人，根据自己的意思处分财产，是法律赋予的权利。只要这种处分行为不损害国家、集体或第三人的合法权益，就应当受法律保护。对于自然人用遗嘱处分其财产的行为，《中华人民共和国继承法》所进行的限制也只是要求“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”。只要遗嘱人没有违反上述法律规定，遗嘱即应当被认定为有效。本案

中，邓某作为老张的配偶，属于第一顺序继承人，但其具有劳动能力，因此，不属于遗嘱人必须为其保留必要的财产份额的范畴。其次，那种认为老张在立遗嘱后又将其财产赠与其子，是损害了邓某的合法权益的观点也是不能成立的。因为，老张立遗嘱将其所有的房屋指定由邓某继承是其对自己遗产的处分，但法律并未规定这种处分行为一经作出就不能变更。用新的遗嘱取消原来的遗嘱是一种变更形式；在自己生前就采取变卖或者赠与等形式处分财产也是法律允许的。归根结底，老张对自己名下的房屋的处分权并不因其已经立有遗嘱而受到限制。邓某通过继承取得遗产只能是从被继承人死亡，继承开始之时起，在此之前，邓某对老张名下的房产不享有权利。因此，不能说老张将房屋赠与儿子小张是侵犯了邓某的合法权益。第三，我国婚姻法理论认为婚姻是男女双方基于感情的结合，而不是一种等价有偿的交换行为。如果支持邓某主张的老张是以允诺邓某继承其房产作为条件，欺骗邓某与之结婚并为之养老送终的观点，那么也就等于承认其本人与老张结婚的目的就是待老张百年之后获得其名下的房产。显然，这种观点是与我国婚姻法的基本精神相悖的。第四，关于老张所立遗嘱的效力。老张在遗嘱中将邓某指定为其财产的唯一继承人，因该遗嘱意思表示真实、不违反法律，应认定为有效。老张生前将其所有的房产赠与其子小张的行为，只是使其遗产的范围发生了变化，遗嘱的部分内容被撤销，并不影响整个遗嘱的效力。因此，根据该遗嘱，老张的遗产仍然归邓某继承。只是老张立遗嘱时名下的房屋不再是遗产了。

我们认为，第二种观点是正确的。这种观点不仅有《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39条作为依据，而且符合我国婚姻法有关婚姻家庭关系的基本原则和《物权法》关于物权变动的规定。本来，对于一个现行法律或者司法解释已经有明确规定的案件应当如何处理，在人民法院内部应当是鲜有争议。但多数法官在适用法律进行裁判时，会关心案件的裁判结果是否合乎天理人情，合乎社会普遍的价值观念、道德观。一旦法官从内心认为依据现行法律作出的裁判，与社会通行的价值观特别是道德观发生矛盾，则可能选择回避对某些法律的适用转而从另外的角度寻求解决问题的依据和方法。

本案中之所以会产生第一种意见，主要是一些人认为，在小保姆邓某和老张之间，存在年龄、知识、经济条件和社会地位的巨大差异，他们缔结婚姻关系，很可能双方对于利益的考虑多于感情因素。从老张一方来说，晚年需要有人照料生活，对于小保姆邓某来说，则可能将与老张结婚视为在城市落脚并改善自己经济地位的捷径。双方当事人均忽略了相互之间的差异可能给两人婚后的生活带来的问题，或者说对于将要面临的问题心理准备不足，因而，出现问题后，年老多病的老张，感到无力与邓某争吵或经历离婚诉讼，故而采取了忍让的办法，但又不甘心在自己身后将财产全部留给与自己感情不和的新婚妻子；从小保姆变为老张的妻子的邓某，觉得自己已经是家里的女主人了，因而不冉向过去那样事事都要听老张的，文化程度不高的邓某不知道应该如何与老张那几个年龄比自己还大的子女相处，也就不愿意他们来家看望老张。这样，夫妻矛盾、家庭矛盾日益加深。终于，老张背着邓某将自己的房子赠与了儿子小张。在此种情况下，一些人基于同情弱者的道德观，认为老张的行为是对邓某的欺骗，损害了邓某的合法权益。而小张接受了父亲的赠与，等于参与了老张修改用行为变更遗嘱损害邓某利益的行为，故应认定老张生前的赠与行为无效。小张也非善意取得。

其实，这些似是而非的观点，不仅缺少法律依据，而且其背后的价值观、婚姻道德观也是经不起推敲的。首先，这种观点是以老张和邓某的婚姻并非出于感情而是出于利益驱动作为前提的，是一种缺少证据的想象。在没有证据证明老张与邓某结婚并要求邓某为其养老送终是以将房屋作为遗产指定其继承为前提条件的情况下，人民法院不能作出这种认定。其次，在老张的遗嘱未生效前，邓某对老张名下的房屋没有任何权利。换言之，老张对自己名下的房屋所享有的占有、处分、收益的权利并不因为其理由遗嘱而收到限制。故受诉法院以最高人民法院的司法解释作为依据，对于有完全民事行为能力的自然人处分自己民事权利的行为给予了充分的保护，对那种将财产利益作为缔结婚姻关系的前提条件的观点应当给予否定性评价。没有认定老张对邓某进行了欺诈，这与邓某与老张之间的关系为合法夫妻，而非遗赠抚养关系，老张从立遗嘱指定邓某为其财产唯一继承人到将自己名下房屋赠送给儿子小张的过程也正是其与邓某夫妻感情发生变化所致的情况是相吻合的。当然，如果老张能够将改变遗嘱内容的情况告知其配偶邓某，则其行为引发的道德争议可能会小一些，但年迈多病之人回避家庭矛盾的做法也是可以理解的。

四、最高人民法院民一庭意见

具有完全民事行为能力的自然人有权根据自己的意愿，通过遗嘱处分自己的财产。立遗嘱人也有权在有生之年

通过赠与的形式处分自己的财产，不受遗嘱行为、内容的限制。因此，遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失，部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。

异质人工授精子女的法律地位

2016-10-13 江西省鹰潭市月湖区人民法院 孙振辉 高嵩

【案情】

原告徐某与被告吴某于2005年4月登记结婚，因原告没有生育能力且经原告同意，被告将第三人捐赠的精子植入子宫内受精怀孕，于2011年7月生女徐某某。2016年1月，原告起诉要求离婚，并以自己没有生育能力为由不予承认与徐某某的父女关系。

【评析】

在夫妻关系存续期间，夫妻双方一致同意人工授精，所生子女是否为夫妻双方的婚生子女？

医学上根据授精方法的不同，将人工授精分为将丈夫精子植入妻子子宫内的同质授精和将第三人捐赠的精子植入妻子子宫内的异质授精两种情形。本案原告和被告的人工授精属于异质授精，专指用丈夫以外的第三人的精子进行人工授精，使女性怀孕的非自然生殖技术。与自然生育的子女相比，人工授精子女的生物父亲与法律父亲不能重合，自然会引致父子关系的确认问题。对此，一致的观点是异质授精子女的生物父亲与异质授精子女无法律上亲子关系，而异质授精子女生母之夫依据其所为同意的意思表示，与异质授精子女形成法律上的父子关系。

《最高人民法院关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的复函》（以下简称《复函》）明确：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间的权利义务适用婚姻法的有关规定”。

异质人工授精生育既会出现生物父亲与法律父亲的分离，则要求与异质人工授精子女无任何血缘关系的丈夫承担父亲职责，其前提就是丈夫对妻子采用异质人工授精方式生育的同意和对异质人工授精子女享有亲权的承诺。

同意的意义重大，对同意的时间和方式就有特别的要求。实施异质人工授精手术的夫妻必须在接受手术前以书面方式表示同意，以避免日后纠纷。丈夫事先未同意，事后明确表示追认的，可发生同意的效力。在特殊情况下，丈夫的默示也可视为同意，如丈夫在明知妻子采用异质人工授精方式怀孕后不提出异议的，亦发生同意的法律后果。所以一致同意的意思表示，既可以是口头的，也可以是书面的，还可以从实际行动推定。

本案中，原告虽未办理书面同意手续，但并未提出反对或不同意见，徐某某出生后，原告多次以父女关系示人，也表明原告同意被告进行人工授精手术。徐某某既是在原、被告夫妻关系存续期间且经夫妻双方一致同意人工授精而生，当然应视为原被告的婚生子女，享有婚生子女的权利。

对《〈婚姻法〉司法解释（二）》第二十五条的解读

2016-10-17 故乡老树 滕威

2003年12月25日，最高人民法院作出了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，其中第二十五条规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿权的，人民法院应当支持。”该解释清楚地说明，人民法院对夫妻财产所作的分割处理，不影响债权人向夫妻双方主张债权。

该司法解释源于最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》（征求意见稿）的第18条规定，即“当事人离婚协议或者人民法院离婚判决，就财产分割的处理对夫妻双方有约束力，但不能对抗其他债权人。夫妻对婚姻关系存续期间的共同债务，应当承担连带清偿责任。”相比之下，虽然司法解释的第二十五条在对国家公权力介入私人权利领域的把握上具有一定的进步性，但仍未完全脱离干预离婚夫妻与他人之间私权关系的窠臼。

长期以来，我国法院在审理离婚案件中，对夫妻共同财产的处理总是要加以分割并确定具体份额，这种做法至少存在以下几个误解：

（1）离婚案件中的子女抚养与财产分割乃诉的合并，其合并于离婚之诉，且从属于离婚之诉。如果将夫妻共同债务一并处理，将不属于诉的合并，因为其依据的是债权人与离婚夫妻之间的债的法律关系，乃不同主体间的另一法律关系，若强行处理，不仅有违私法自治原则，而且也不符合诉讼法上的诉的合并理论。

“家事法苑”团队奉献

(2) 债务与责任是两个不同的概念，有债务并不意味着有责任。债务人会由于许多事实原因或法律上的权利原因而无须清偿债务，如债权人的放弃、诉讼时效的超过等，在这些情况下，人民法院如何令夫妻连带清偿共同债务呢？

(3) 既然将夫妻共同债务规定为连带债务，那么作为债权人可以要求连带债务人中的一人清偿债务，也可以两人要求清偿债务，而法院若将债务在夫妻之间进行按份分配，不仅有违不告不理的诉讼法原则，而且剥夺了债权人的选择权。

(4) 鉴于离婚诉讼中，夫妻债务的种类、与债权人之间的关系一般较为复杂，债权债务数量也往往较多，若有争议，法院要查清当事人所负的真正债务难度较大，还会耽误对离婚请求的处理，即本应当及时解除的死亡婚姻，会因法院对夫妻债务的调查和处理而拖延下来。同时，要求离婚的一方当事人，可能会为了早日摆脱痛苦的婚姻而迁就另一方当事人，在违背自己真实意思的情况下，承诺不该承担的债务或者根本就不存在的所谓夫妻共同债务。这不仅损害了一方当事人的权益，而且也司法的严肃性和权威性造成了损害。

从婚姻法的立法规范与若干司法解释的内容看，婚姻法中是将夫妻共同财产、夫妻个人财产、夫妻共同债务、夫妻个人债务作清楚地表述并明确地加以区分的。尽管我国民法学界有一种观点认为，财产概念为积极财产与消极财产之总和，但将此定义套用在夫妻财产方面却很不恰当。若对《婚姻法》司法解释（二）第二十五条中的夫妻财产理解为包括消极财产，那么，我国《婚姻法》及其司法解释中的许多条款都要作相应变更，否则，就只能在司法解释（二）第二十五条中作此唯一理解了。

所以，笔者认为，《婚姻法》司法解释（二）第二十五条中的“夫妻财产”不应当包括夫妻关系存续期间应减少的消极财产。只有这样理解，该条的规定才有理论意义和实际意义，并在此基础上改造《婚姻法》的有关规定，建议修改为：“离婚时，原为夫妻共同生活所负债务，可以由男女双方协议清偿，但对债权人仍应负连带清偿责任。”

程新文、冯小光、王友祥、王丹：

《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》的理解与适用

2016-10-17 载自《民事审判指导与参考》总第66辑

为严厉打击虚假诉讼违法犯罪行为，保护案外人合法权益，维护社会诚信和诉讼秩序，提升司法权威和司法公信力，最高人民法院在广泛调研基础上，根据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的相关规定，结合民商事审判实践中已经发现的虚假诉讼情况，经审判委员会民事行政审判专业委员会第234次会议讨论，通过了《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》（以下简称《指导意见》）。《指导意见》于2016年6月20日公布并实施，共18条，主要对虚假诉讼的界定，虚假诉讼的表现特征，认定虚假诉讼的途径和方法，对参与虚假诉讼不同主体的制裁以及对虚假诉讼的防范等问题进行规定。现就《指导意见》所涉及的主要问题作出说明。

一、关于虚假诉讼的界定与识别问题

（一）虚假诉讼的界定

严格来说，虚假诉讼并不是一个法律上的专门术语，只是近些年来理论和实践对类似现象的一个概括称呼，因此，“虚假诉讼”这一概念的内涵和外延并不准确和清晰。《指导意见》第一条对虚假诉讼的界定是制定过程中争议比较大的一个问题。一种意见认为，所谓“虚假诉讼”必须要求双方当事人之间存在恶意串通，也即在诉讼中不存在相互对抗的“两造”，这是虚假诉讼的本质特征；另一种意见认为，“恶意串通”的范围太窄，实践中不仅存在双方当事人恶意串通的情形，也存在一方当事人单独捏造事实、提供虚假证据故意提起诉讼的情形，两者都应该属于“虚假诉讼”范畴。理由为：1、司法实践中存在一方当事人通过捏造事实、提供虚假证据提起诉讼，企图骗取法院裁判文书非法获取对方当事人利益的情况。常见的诸如，民间借贷已经偿还情形下要求对方再次偿还、对通过暴力等非法手段取得的借条等主张债权或者在对方当事人出庭情况下难以胜诉的诉讼请求，在起诉时故意隐匿对方当事人居住地址，致使法院缺席判决使其不当胜诉等。2、对于这类以诈骗为目的的欺诈型虚假诉讼，目前只可依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条进行制裁，既不能以虚假诉讼名义进行制裁，又难以移送公安机关以涉嫌诈骗犯罪予以侦查，此类虚假诉讼行为在民事诉讼中被制裁处罚有缺失、不周全。3、《刑法修正案九》对于虚假诉讼犯罪规定“以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的…”，该规定显然包含了“双方串通型与一方欺骗型”两种虚假诉讼情形。既然刑法对此已经有明文规定，为对应刑事处罚，在不需进

行刑事追责时，需要有相应规格的妨碍民事诉讼程序司法制裁。我们经研究，倾向认为，对于一方存在虚假起诉或者恶意起诉情况的，可以通过举证、质证、对方抗辩等方式予以排除，这属于事实认定问题，现有的民事诉讼程序完全可以解决，不需要通过纳入虚假诉讼范畴进行规制。

对于第一条的表述，原来采用定义式结构，具体表述为“诉讼参加人恶意串通，捏造事实，经符合程序的诉讼形式，使法院作出错误裁判，妨害司法秩序或者侵害他人合法权益的违法行为，应当作为虚假诉讼处理。”在调研论证过程中，有意见认为，定义式的表述比较封闭，“虚假诉讼”本身就是对实践现象的一种模糊概括，不宜采用定义式的表述。《指导意见》采纳了上述意见，最后采用要素式结构表述，使得对虚假诉讼的防范和制裁更具开放性特征。

（二）虚假诉讼的特征

通过调研我们发现，民事虚假诉讼行为与其他正常的民事诉讼行为存在诸多不同之处，归纳起来，虚假诉讼主要有以下特征：1、从当事人之间的关系看。虚假诉讼主体间多为夫妻、父母与子女等近亲属关系；或者是朋友、同学关系；或者是关联企业、上下级关系。2、从当事人各自的经济状况看。原告诉讼请求的标的额可能与其自身经济状况不相符合，数额较大或不合常理；被告的经济状况通常不佳或者尚存在其他经济纠纷。3、从当事人之间的诉讼行为和默契程度看。原告不主动参加诉讼活动，而被告积极应诉；被告对原告的诉讼请求往往不作抗辩或不进行实质抗辩，且主动自认的情况较多。4、从个案证据链条的完整性看。原告提供的证据往往只能证明案件的主要事实，对于相关辅助事实的证明则缺乏证据且言辞模糊，法庭询问容易紧张、闪烁其辞、前后矛盾。如民间借贷案件的当事人往往对资金来源、用途及交款方式陈述存有漏洞，尤其在交款方式上，当事人一般都会称系现金支付。5、从结案方式看。一般以调解方式结案，且调解协议的达成和履行异常顺利。据四川省高级人民法院统计，有超过四分之三的虚假诉讼案件是以调解方式结案的。但由于近年来虚假诉讼现象引起法院关注后，当事人为了做到“效果逼真”，在诉讼过程中注重了技巧，增加了“对抗性”，让法院出具判决书的情况有所增多。《指导意见》通过对上述特征的进一步提炼，明确警示在实践中，要特别注意以下情形：（1）当事人为夫妻、朋友等亲近关系或者关联企业等共同利益关系；（2）原告诉请司法保护的标的额与其自身经济状况严重不符；（3）原告起诉所依据的事实和理由明显不符合常理；（4）当事人双方无实质性民事权益争议；（5）案件证据不足，但双方仍然主动迅速达成调解协议，并请求人民法院出具调解书。

（三）虚假诉讼频发的案件类型

实践中，以下案由的民商事案件属于虚假诉讼的高发领域：

1、民间借贷案件。比较常见的表现有两种：一是因对抗已生效判决的债务履行或为在离婚纠纷诉讼中分得更多财产，通过虚构债务，利用民间借贷合同进行虚假诉讼，规避法律，逃避债务；二是当事人企图借助法院的裁判变非法财产为合法财产。这种行为在审判实践中最常见的是高利贷、赌债，以赠与、买卖或民间借贷的形式诉诸法院，意图将不受法律保护利益变为合法之债。如江苏省盐城市中级人民法院2012年至2014年发现的24件虚假诉讼案件中，有17件为民间借贷案件。2、离婚案件。在调研中发现，离婚纠纷案件是虚假诉讼行为的高发区。主要表现为：一是在离婚纠纷诉讼中伪造证据、虚构债务，导致法院将虚构的债务认定为共同债务，以达到多分财产、少担债务之目的；还有当事人与其父母串通，将父母赠与性质的财产说成是借贷性质，以达到多分财产的目的。二是利用离婚，转移夫妻共同财产，逃避一方个人债务；或者利用离婚规避国家限购、限贷政策；或者利用离婚获取更大的拆迁补偿或安置待遇。3、涉拆迁不动产的继承、析产纠纷案件。根据《城市房屋拆迁管理条例》规定，房产安置以“户”为单位，货币安置主要以实际安置面积为依据。部分当事人通过“假离婚”、虚假确权、虚假析产、分户等方式，恶意串通，进行虚假诉讼，试图利用法院出具的裁判文书来对抗拆迁政策，以期谋求更多拆迁利益。4、商品房买卖合同案件。主要表现为：一、虚构商品房买卖关系，以支付了大部分房款的消费者身份来对抗建设工程优先受偿权和银行抵押权。二、被执行人和案外人串通，虚构买卖事实，由案外人向法院提起执行异议之诉，达到解除对房屋的执行措施、逃避执行目的。5、以物抵债纠纷。主要是通过虚构债务关系并签订以房抵债协议的方式规避国家税收或商品房限购、限贷政策。6、劳动争议案件。此类案件虚假诉讼行为集中表现为在劳动报酬数额上动手脚。大致可以分为：一是虚构管理人员高额劳动报酬，在企业财产中优先支付，损害其他债权人利益。较为突出的是民营企业，由于较多采用家族经营方式，由家庭成员或者亲朋好友担任管理人员，更容易形成通谋。二是普通职工与企业恶意串通，虚报工资金额，导致调解或裁判存在“水分”，最终实现“工资”回流目的。三是有

的债权人在企业主配合下，将普通债权如加工费、借款等债务虚报混入职工工资，以期全额受偿。四是管理人员与他人串通虚报工资。五是人身损害事故发生后，用人单位出具虚假证明，以实现工伤保险赔偿与第三人侵权赔偿“兼得”。如2013年，江苏省南通市一基层法院受理的原告翟小良等6人与被告温州联宇公司追索劳动报酬一案，翟小良等人利用其工程实际施工人身份，使用项目部公章伪造工资结算单，向被挂靠单位温州联宇公司主张劳动报酬。法院审理中及时发现，拟移送公安机关，后翟小良等人撤诉。

7、涉建设工程优先权虚假诉讼。调研发现，业主与承包人串通倒签、制造优先权行使证据的情况时有发生。由于当前规定对优先权有6个月的行使期限要求，建设单位在自身资不抵债的情况下，与承包人串通，由承包人在建设工程案件中主张优先权，并对工程造价金额认定上予以配合。根据规定，银行抵押权次于建设工程优先权，因此极易导致银行债权受偿困难。据浙江省法院反映，在民事诉讼中查明业主是否与承包人串通制造优先权行使证据，目前难度较大。如德清县人民法院去年查实的案件，即是在公安机关介入调查后，当事人方才承认造假行为。

8、虚构房屋租赁关系规避执行。法院在执行中拍卖被执行人的房屋包括已设定抵押的房屋时，时常有案外人以其对该房屋享有租赁权为由主张拍卖不破除租赁的情况发生。据浙江法院不完全统计，2013年1月至10月仅五大国有商业银行在浙分支机构，就遇到贷款时房屋抵押人承诺不存在租赁情况、但处置时案外人却出来主张租赁权的案件121件，标的额达177168.55万元。此外，还有诸如需公告的离婚案件、虚构住所地选择管辖法院以及债务人自行申请破产案件等等。考虑到虚假诉讼现象非常复杂，上述以案由划分的方式也存在挂一漏万的情况，因此，《指导意见》并未对每一类型的案件分别进行规范，而是在第4条采用列举式表述的方式作出一个提示。

二、关于虚假诉讼的认定问题

（一）虚假诉讼的认定方式

针对虚假诉讼的特点，《指导意见》对民事诉讼法司法解释中有关证据采信和事实认定的规定进行了整合。具体有以下几个方面：

1、关于依职权调查取证问题。根据通说，民事诉讼的基本模式分为当事人主义和职权主义两种。其中当事人主义的诉讼模式有两方面的基本含义，一是民事诉讼程序的启动、继续均依赖于当事人，法院不能主动依职权启动和推进民事诉讼程序。二是法院裁判所依赖的证据只能靠当事人提供。我国民事诉讼程序经历了从职权主义为主到当事人主义为主模式的转变，目前原则上采用当事人主义，但是并未否认职权主义的作用和功能发挥空间。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款规定，当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。根据民事诉讼法司法解释的规定，这些情况包括：（一）证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的；（二）涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；（三）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据；（四）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（五）涉及身份关系的；（六）涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的；（七）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（八）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。其中，虚假诉讼符合“当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的”以及“涉及可能损害国家利益、社会公共利益的”情况。《指导意见》为此规定，在民间借贷、离婚析产、以物抵债、劳动争议、公司分立（合并）、企业破产等虚假诉讼高发领域的案件审理中，对可能存在虚假诉讼的，要适当加大依职权调查取证力度。

2、关于自认制度的适用。一般认为，自认制度的理论基础在于：（1）意思自治原则。自认制度的建立是民事实体法领域平等自愿和意思自治原则的自然衍生。自认制度将当事人对于己不利事实的承认和表示作为裁判的依据，并免除对方当事人的举证责任，就是充分考虑到民事诉讼的平等性和私域性，对当事人的意思自治给予充分尊重，并使之产生法律效力。（2）处分原则。处分原则是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事实体权利和诉讼权利。自认制度表达了这样一种理念，即当事人已经自认的事实法院不管其真实性如何都将排除对自认事实真实性的怀疑。（3）辩论原则要求法院将当事人之间无争议的事实作为裁判的依据，构成了自认对法院产生拘束力的效力来源。辩论原则下的自认制度，其核心是以当事人的辩论内容制约法官的裁判，这体现了对当事人诉讼主体地位的尊重，也是程序正义在民事诉讼中的内在要求。实践中，很多虚假诉讼的当事人利用这一制度，避开法院对事实的审查，在有利害关系第三人未参与的情况下，制造虚假诉讼。比如，为了对小业主作为弱势群体的倾斜保护，最高人民法院出台相关司法解释，规定支付了全款或大部分房款的小业主，可以对抗建设工程价款的优先受偿权，可以对抗在前的银行抵押权，也可以对抗法院的强制执行。但是，由于存在银行监管等配套政策措施缺位，

使得出卖人为了逃避支付建设工程款或银行贷款而虚构房屋买卖关系。因此,《指导意见》根据民事诉讼法司法解释规定,强调自认不符合常理的,要做进一步查明,不能简单地直接以当事人自认的事实作为裁判的依据。查明的事实与自认的事实不符的,不予确认。

3、关于当事人及证人签署保证书制度。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条规定,离婚案件有诉讼代理人的,本人除不能表达意思的以外,仍应出庭;确因特殊情况无法出庭的,必须向人民法院提交书面意见。除此之外,民事诉讼法并未规定当事人本人必须到庭参加诉讼。实践中,虚假诉讼的当事人为了避免露出破绽,一般均委托代理人参加诉讼,自己本人并不参加。为此,民事诉讼法司法解释第一百一十条规定,人民法院认为有必要的,可以要求当事人本人到庭,就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前,可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书,待证事实又欠缺其他证据证明的,人民法院对其主张的事实不予认定。从调研了解的情况看,在民间借贷纠纷中,要求当事人本人到庭并且签署保证书,对涉及虚假诉讼的当事人有很大的震慑作用,在实践中产生了比较好的效果。《指导意见》对此充分肯定,并专门要求充分发挥这一规定的作用,同时,要求进一步探索当事人宣誓制度,加大威慑力。根据《中华人民共和国民事诉讼法》规定,除了因健康原因不能出庭的或者因路途遥远,交通不便不能出庭的或者因自然灾害等不可抗力不能出庭的等特殊原因不能出庭的外,证人都应当出庭作证。《指导意见》重申要严格证人出庭制度并探索证人的宣誓制度,进一步增强诉讼参与人的诚信意识,这对实践中证人随意作证、虚假作证的规制有较强的针对性。

4、关于对调解协议加强审查的问题。调解的优点是“快、准、稳”,这可谓是虚假诉讼的“温床”。很多虚假诉讼行为人都选择走调解这条路来实现自己的不正当目的。另一方面,在民商事审判领域,基于各种因素考虑,仍存在重调解、重结案率的情况,只要双方当事人达成调解协议,法院一般乐见其成,很少再去费时费力地审查是否存在真实的法律关系。这在客观上也为虚假诉讼当事人通过调解方式结案提供了可乘之机。而且,部分法官由于缺乏审判经验和技巧,责任心不强,总想着快结案多结案,怠于履行职责,对当事人的不正常言行警惕性不高,对证据的审查不细致,也使得虚假诉讼行为人蒙混过关。《中华人民共和国民事诉讼法》第九条规定,人民法院审理民事案件,应当根据自愿和合法的原则进行调解;调解不成的,应当及时判决。在虚假诉讼的情况,调解协议因存在损害国家利益、社会公共利益和案外人合法权益的情形,违反了合法性原则,《指导意见》对此明确,对双方主动达成调解协议并申请人民法院出具调解书的,应当结合案件基础事实,注重审查调解协议是否损害国家利益、社会公共利益和案外人的合法权益。制造虚假诉讼的另外一个渠道是人民调解协议司法确认领域,在人民调解协议司法确认案件中,由于人民法院一般只对人民调解协议做形式审查,只要双方当事人共同到人民法院申请司法确认,法院一般不对基础事实再去查证,这又为某些恶意诉讼的当事人提供了一条便利的渠道。为此,民事诉讼法司法解释第三百五十八条规定,人民法院审查相关情况时,应当通知双方当事人共同到场对案件进行核实。人民法院经审查,认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的,可以要求当事人限期补充陈述或者补充证明材料。必要时,人民法院可以向调解组织核实有关情况。《指导意见》重申要按照该条司法解释要求,尤其注重审查基础法律关系的真实性。

5、关于执行其他法律文书过程中的问题。目前,有些当事人慑于人民法院从严惩治虚假诉讼的决心,开始对通过诉讼程序获取非法利益有所忌惮,转而通过公证程序或者仲裁程序获得不法利益确认,然后借由人民法院执行程序使得非法利益变现。所以,在执行中应该严格根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条、第二百三十八条之规定,对被执行人反映的问题,如仲裁裁决所根据的证据是伪造的;对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;公证债权文书确有错误等进行实质性审查,如有必要应该通知被申请人进行申辩或者组织听证。如存在仲裁裁决书与债权公证书是通过捏造事实、恶意串通获取的,人民法院应裁定不予执行,必要时可对仲裁机关或者公证机关提出司法建议。《指导意见》第8条对此进行了规定。

6、关于通过案外人救济程序发现虚假诉讼问题。虚假诉讼一般会侵害案外人的合法权益,但现实情况是,案外人一般很难知悉他人的诉讼行为,在案外人没能参加到诉讼中来的情况下,很难揭露虚假诉讼行为人的阴谋。《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条规定,对当事人双方的诉讼标的,第三人虽然没有独立请求权,但案件处理结果同他有法律上利害关系的,可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知他参加诉讼。在虚假诉讼的情况下,当事人双方不会主动告知第三人存在该诉讼,在第三人无从知晓的情况下,则很难通过主动申请参加诉讼。为此,《指

导意见》明确，要充分发挥人民法院依职权通知第三人参加诉讼的规定，以此防范虚假诉讼。此外，第三人撤销之诉、案外人申请再审和案外人执行异议之诉，均是发现虚假诉讼的有效途径。2012年民事诉讼法新规定了第三人撤销之诉制度，该制度实际上主要就是为了防止虚假诉讼行为。此外，案外人执行异议之诉和案外人申请再审制度，也能有效地防范虚假诉讼，当然，实践中，也存在已经终审判决确定承担义务的当事人或进入执行程序的被执行人和他人恶意串通，利用现有法律和司法解释的相关规定，提起虚假的第三人撤销之诉、案外人申请再审或者执行异议之诉的方式，以对抗原诉讼中债权人的合法权利，比如，房地产开发企业因民间借贷纠纷或建设工程合同纠纷判决以其开发的房产返还债务的情况下，其与第三人恶意串通，以双方已经签订买卖合同并支付了全部房款为由提起的执行异议之诉。《指导意见》对此也进行了明确。

（二）虚假诉讼的认定标准

防范和制裁虚假诉讼的瓶颈问题是如何认定某一个诉讼案件为虚假诉讼。由于虚假诉讼的当事人间往往具有较为密切的关系，而民事债权债务关系无须公示，第三人很难识别，往往需要采取侦查手段才能查处，但法院在民事诉讼中仅有一般的调查权而无侦查权，取证难度大；而且即便法官通过自由心证认为存在虚假诉讼的可能性，但在无比较确切的证据的情况下，法院仍要针对当事人的诉讼请求进行处理。在无法认定虚假诉讼的情况下，就谈不上对虚假诉讼的制裁。对虚假诉讼采取何种认定标准，实践中争议比较大，一种意见认为，可参照民事诉讼高度盖然性的证明标准，即只要人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，就可以认定虚假诉讼事实的存在。理由是，在双方当事人恶意串通的情况下，如果双方当事人不主动承认，一般很难认定某一诉讼为虚假诉讼，而如果采高度盖然性标准，则法官依据现有查明的事实，只要认定虚假诉讼的存在具有高度可能性，就可以直接认定，不要求当事人主动承认是虚假诉讼，这有助于对虚假诉讼的打击。另一种意见认为，应参照刑事诉讼排除合理怀疑的证明标准，理由是认定虚假诉讼后，当事人承担的责任较重，且在虚假诉讼入刑的情况下尤其是，因此，应采取比较严格的证明标准。而且，民事诉讼法司法解释第一百零九条有明确规定，第一百零九条规定，当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。虚假诉讼的基本特征之一就是当事人恶意串通，根据上述规定，对此事实是采排除合理怀疑的证明标准。由于该问题争议较大，《指导意见》对此未予明确规定。我们倾向认为，实践中，可以参照民事诉讼法司法解释第一百零九条的规定认定。

三、关于虚假诉讼的制裁问题

严厉的制裁是防范虚假诉讼的重要途径。对虚假诉讼的制裁也是《指导意见》的重点和亮点，可以说，《指导意见》针对虚假诉讼初步构建起了一个多角度全方位的制裁体系。1、在制裁方式上，《指导意见》整合现有的相关法律和司法解释规定，本着从轻到重原则，明确了对虚假诉讼的多层次、立体制裁体系。首先，是妨碍民事诉讼强制措施。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十二条规定，当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。第一百一十三条规定，被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。虽然法律对以虚假诉讼形式妨碍民事诉讼的行为规定了惩罚的强制措施，但由于目前司法环境等方面的局限，此类措施在实践中很难具体执行到位，《指导意见》通过明确重审的方式将虚假诉讼的后果进一步强调，以体现人民法院惩治虚假诉讼的决心，并对虚假诉讼行为人起到震慑作用。其次，是民事赔偿责任。对于虚假诉讼行为人侵害他人合法权益应该承担相应的民事赔偿责任，实践中的呼声一直比较高，对此，《指导意见》作出了原则性的规定，可以说是对虚假诉讼的惩罚更进了一步，明确虚假诉讼侵害他人合法权益的，应当承担民事赔偿责任。当然，对于该种侵权责任的构成要件，以及具体责任范围等，由于理论界目前仍存在争议，可待理论和实践进一步探索，但此项原则性的规定可以在一定程度上加大虚假诉讼行为人的成本预期，对虚假诉讼起到更好的规制作用。再次，是刑事责任。《刑法修正案（九）》将虚假诉讼明文规定为虚假诉讼罪，可谓是对虚假诉讼最严厉的惩罚，对此，《指导意见》要求在民商事案件审理中，发现涉嫌虚假诉讼罪等犯罪行为的，应当依法将相关线索和有关案件材料移送侦查机关，以实现各部门的有效配合；2、在制裁对象上，由于虚假诉讼参与人除了原告、被告外，还可能涉及到人民法院工作人员、律师、鉴定机构和鉴定人等，《指导意见》分别针对不同主体，规定了相应的惩罚手段，这应该说是首创的，这种精准的制裁威力也是比较大的。对于人民法院工作人员，有相应的法官法、法官职业道德基本准则和法官行为规范等相应规定，

《指导意见》在此基础上，规定从严处理，表明人民法院从内部杜绝相关虚假诉讼利益关系纽带的决心。对于律师等其他诉讼代理人，《指导意见》原来的表述是，“禁止其于一定期限内受诉法院司法管辖范围内代理诉讼案件，并向司法行政部、律师协会或者行业协会发出司法建议”，后在讨论过程中，考虑到该种代理权利的限制没有法律依据，故最后对“禁止其于一定期限内受诉法院司法管辖范围内代理诉讼案件”的表述予以删除；3、在制裁手段上。考虑到虚假诉讼之所以禁而不止的一个重要原因是法院对虚假诉讼行为人的处罚，并不会影响其社会身份地位、名誉、信誉等社会评价，震慑力不足。更多情形下，即便案件存有疑点也往往因为证据不足而无可奈何。因此，《指导意见》基于对虚假诉讼产生土壤、司法规制不足等因素考量，明确要求探索建立虚假诉讼失信人名单制度，依托现有的信息平台比如被执行人失信系统以及其他社会诚信体系建设，对虚假诉讼参与者进行全方位的限制措施，摆脱以往单打独斗的局面，使得惩罚更有威慑力。

房屋登记对婚内房屋权属约定不具有对抗效力

《人民司法》2016年第19期 最高院 曹守晔 北京大学 杨晓昶

经法客帝国重新编辑整理

阅读提示：关于婚内财产分割协议是否可以对抗房屋产权登记的问题，此前在法客帝国分享的[《最高法院公报：婚内财产分割协议可以对抗房屋产权登记》](#)一文中有过比较典型的案例和详细的分析，现在，再分享一篇最高人民法院法官的最新一篇文章，再次强调和明确了裁判原则：“根据我国物权法第九条的规定，不动产物权经依法登记发生法律效力，未经登记不发生效力，其归属自然以不动产登记簿为准。但是，法律另有规定的除外，譬如物权法第二十八条至第三十条的规定就属于法律另有规定的情形。”

[法客帝国(Empirelawyers)出品]

【摘要】根据我国物权法第九条的规定，不动产物权经依法登记发生法律效力，未经登记不发生效力，其归属自然以不动产登记簿为准。但是，法律另有规定的除外，譬如物权法第二十八条至第三十条的规定就属于法律另有规定的情形。然而，**民事审判实践和执行工作中远不限于上列法条所列举的情形。假如当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符，其为该不动产物权的真实权利人。**

【关键词】 对抗效力 房屋权属 房屋登记 不动产登记簿 不动产物权 约定 执行工作 审判实践

根据我国物权法第九条的规定，不动产物权经依法登记发生法律效力，未经登记不发生效力，其归属自然以不动产登记簿为准。但是，法律另有规定的除外，譬如物权法第二十八条至第三十条的规定就属于法律另有规定的情形。然而，民事审判实践和执行工作中远不限于上列法条所列举的情形。假如当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符，其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，人民法院应予支持（参见最高法院[《关于适用物权法若干问题的解释（一）》](#)，以下简称《物权法解释（一）》第2条）。因为在此情况下，经依法登记的不动产物权对该不动产物权的真实权利人不具有对抗效力。同理，夫妻之间达成的婚内不动产分割协议，是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定，是双方协商一致对财产进行内部分配的结果。

在民事审判实践和执行工作中，一方面，**要注意防范当事人通过婚内财产分割逃避债务**，另一方面，**在没有对外举债不涉及婚姻家庭以外第三人利益的情况下，应当尊重夫妻之间的真实意思表示，确认双方达成的婚内不动产分割协议的有效性，进而认可该不动产物权的约定归属的效力。**约定房屋归属未经登记，也应当优先保护事先约定形成的事实物权（基于历史或者当事人约定形成的事实物权，也可以产生物权对抗效力），不宜以产权登记作为确认夫妻不动产权属的唯一依据，特别是在产权登记与归属约定冲突时更不宜以登记作为判断归属的标准，而应当以约定为准。换言之，**婚内房屋不动产登记对与其不一致的夫妻财产约定不具有对抗力。登记的不动产物权不具有对抗力的实质，在于其不具有完全排除效力，譬如排除夫妻约定的事实物权的效力。**本文试图从物权对抗效力的角度对夫妻共同财产的物权变动加以探讨。

一、物权对抗力概述

物权对抗效力，即物权对抗力，在公示意义上，一般认为是物权公示——形式主要是登记——的基础效力，即依照法律规定应当公示并且实际公示的物权，可以对抗第三人，否则，不能对抗第三人。即使公示不动产物权，在公示物权与事实物权相悖的情况下，该不动产公示物权也不具有对抗效力。相反，该事实物权对与其冲突的登记物权具有阻却、排斥、约束其权利行使的强制力。此种强制力，主要表现为物权变动或者法律状态变动之客观存在的效果——可以直达与之有利害关系的当事人。民法物权意义上的不得对抗，形式上是物权与其他权利冲突时其效力

大小强弱的比较，本质上是利益衡量价值取向，文义上就是（物权）不具有对抗效力。譬如不动产物权登记对与其不一致的夫妻财产约定不具有对抗效力。

从对抗效力在民法上适用的范围来看，无对抗效力的现象有可能适用于某种权利或者权利的变动，例如未经登记的股权变动，未经登记的船舶、航空器和机动车等动产物权变动，不得对抗善意第三人；也有可能适用于某种法律事实，例如因欺诈而为的法律行为之被撤销，不得对抗善意第三人。

一般来说，物权对抗效力来源于物权公示。根据我国物权法的规定，不动产未经登记，不生物权效力，但法律另有规定的除外。不动产登记是不动产物权的公示方式，是当事人意思自治的结果，即为变动其不动产物权作出的意思表示推动的结果。这里一是不能把登记作为唯一的公示方式，二是不能把不动产物权登记理解为国家对不动产物权关系进行的干预，不宜解释为行政权力对不动产物权的授权或确认，三是不能把不动产物权登记发生物权效力绝对化，特别是涉讼登记。不动产虽然经依法登记，但有法律规定，或者有约定形成事实物权的，也可以阻却不动产物权对抗效力。

民事权利包括物权的法律强制力表现为权利不受不法侵害，当某一权利与他人权利或者合法利益发生冲突时，法律定性该权利无对抗效力，是一种平衡利益的方法，与该权利应否受法律保护、是否具有强制力没有必然关系。例如，有优先性的权利的实现，不意味着其他未实现的权利没有强制力。因此，不存在无强制力的权利。即使未经公示的物权，也具有法律强制力，表现为未经公示的物权也具有不受非法侵害性，受到非法侵害请求人民法院保护其物权的，人民法院应予支持。这一点可以说是《物权法解释（一）》第8条的理论基础。

物权对抗效力是民法物权效力体系的重要组成部分。追根溯源，由于日本民法对德国、法国民法继受的混合性，物权对抗效力从日本物权效力体系中遗失。为适应日本法律体系和社会发展的要求，日本民法独创了物权变动和对抗理论。物权对抗效力的法律特性和法律效果决定了其可以归入物权效力体系中。物权拥有产生物权的绝对效力，根据我国物权法第二条的规定，我国的物权效力体系应包括：物权优先效力、追及效力、排他效力、物权请求效力（权）。物权公示产生物权的相对效力，即对抗效力。

对抗效力一般具有以下特征：

（一）对抗效力针对的是外部关系

当权利变动或者法律状态变动时，权利变动或者法律状态变动所涉及的当事人之间为内部关系，当事人与第三人之间为外部关系。例如，在基于不动产所有权转让合同而发生的不动产物权变动中，不动产让与人与受让人之间为内部关系，而转让双方与双方之外的第三人之间为外部关系；在法律行为因一方受欺诈而被撤销时，法律行为双方当事人之间为内部关系，该双方与双方之外的第三人之间为外部关系。对抗效力之所谓“对抗”，并非在前述内部关系中发生，而仅在其外部关系中发生。换言之，就内部关系而言，相关权利变动或者法律状态变动是否发生并产生预定的法律效果，应依照有关法定条件决定（如物权变动是否发生，应依照物权变动的法定依据是否存在而定），而对抗效力所要解决的问题，并非该项权利变动或者法律状态变动是否发生，而仅仅是该项已经发生的权利变动或者法律状态变动依法是否可以在其与第三人的外部关系上产生相应的对抗效果。

据此，在权利变动或者法律状态变动所涉及的双方当事人之间，只存在该项权利变动或者法律状态变动本身是否具有法律效力的问题，而不存在其是否具有对抗效力的问题。

应当指出，在权利或者法律状态发生变动时，有关当事人之间的内部关系既已存在，但该项权利或者法律状态的变动是否涉及第三人，即是否发生当事人与第三人之间的所谓外部关系，仅为一种可能性。如果权利或者法律状态发生变动之后，并未出现当事人与第三人之间的利益冲突，则所谓权利或者法律状态变动的对抗力则无从实际发生。反之，只有在权利或者法律状态的变动与第三人利益发生冲突之时，其对抗效力方可发生。因此，与权利或者法律状态的变动效力不同，权利或者法律状态的变动效力发生于当事人的内部关系之中，而其对抗效力则并不妨碍发生于内部关系中的相关效果的发生，对抗效力所决定的，仅仅是该种效果对于第三人是否可以发生与内部关系中相同的法律效力。一旦发生，则第三人所拥有的物权对抗效力将受到阻却。

（二）物权对抗效力针对的是善意第三人

我国物权法第一百零六条在立法上正式确立了善意取得制度。在审判实践中如何正确适用善意取得制度，是物权法实施中的一个难点。《物权法解释（一）》第15条规定了认定善意的基本标准，即物权法第一百零六条规定的善意取得中的善意，具体是指受让人受让时不知道转让人无处分权且无重大过失，以及在诉讼中举证责任的承担；

第16条、第17条则分别就不动产善意取得中受让人非善意的认定、动产善意取得中受让人重大过失的认定作出解释。这3条与第18条关于善意的判断时间的确定，共同构成了对物权法第一百零六条第一款第（一）项“受让人受让该不动产或者动产时是善意的”的具体解释。第19条则针对物权法第一百零六条第一款第（二）项“以合理的价格转让”，指出应遵循立法目的与价值取向，立足个别交易的具体情况，深刻体察社会一般交易认知感受，准确判断价格是否合理。第20条对机动车等特殊动产如何适用物权法第一百零六条第一款第（三）项规定予以明确。上述条文形成了对善意取得适用的较为完整的司法解释。《物权法解释（一）》还基于增进司法裁判的社会认同、简化裁判理据的目的，立足于法律不保护非法交易的价值理念，对善意取得制度适用的排除情形进行了规定。

尽管“法律效力”的概念被运用于民法上的各种法律现象（包括各种权利的效力、法律行为或者其他法律事实的效力，乃至法律本身的效力等等），但其共同的特点是通常仅涉及效力之有无问题，即使存在某些在有效与无效之间的状态如效力待定，但亦为暂时状态。因此，法律效力通常不存在某种权利或者法律状态的效力“有时存在，有时不存在”的问题。例如，一项依法设立的所有权，通常不会说其对某些人具有约束力（效力），对另一些不具有约束力；一项有效设立合同，通常不会说其对合同当事人有效，对第三人无效。但唯独作为法律效力之一的事实物权的对抗效力，不仅存在仅适用于当事人内部关系之外的外部关系的问题，而且该种外部关系的范围仅限于外部善意第三人。

上述对抗效力适用范围的局限性和特定性，显然与法律设置对抗效力制度的特殊目的直接相关，对抗效力的法律价值是保护交易安全。

综上，权利或者法律事实的对抗效力是民法上的普遍现象，此种对抗效力之有无，源于权利变动或者法律事实变动所产生的法律效果（效力）自其内部发生了某种分离：该变动基于当事人合意或者法律规定而有效发生，且在当事人内部产生法律效力，但由于不具备法律设定的某种条件，基于第三人具有的某种特殊利益的保护，不得对特定外部关系发生权利变动或者法律事实变动的法律效果，即对于该种法律效果，法律限定范围内的第三人得视其为不存在。

二、不动产物权变动未经登记公示的效果

（一）登记的性质

物权法第二十八条至第三十条规定了非基于法律行为的不动产物权变动，即因人民法院、仲裁委员会的法律文书、人民政府的征收决定、继承或受遗赠、合法建造或拆除房屋等法律事实引起的不动产物权变动，实行相对的登记主义。虽然没有登记，仍然具有物权变动的效力，所有权、用益物权或担保物权直接依法律规定在当事人之间转移。

根据物权法第二十八条示范性规定，人民法院、仲裁委员会的法律文书直接导致的物权变动，不以登记、交付为生效要件，法律文书一经生效，即发生物权效力。对于直接导致物权变动的人民法院、仲裁委员会作出的法律文书的范围问题，司法实践中争论不休。基于维护物权变动模式体系安定的目的，为防止实践中扩大适用物权法第二十八条，损害相关权利人的合法权益，《物权法解释（一）》第7条对该条所称人民法院、仲裁委员会的生效法律文书进行目的性限缩解释：“人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。”

示范性规定是立法中常用的一种规范方式。如依我国台湾地区通说，“‘民法’第759条所定四种情形，应仅是非因法律行为而使不动产物权变动之例示，于其他非因法律行为而生不动产物权变动之情形，均有该条之适用这种示范性规定往往采用不穷尽列举的方式，揭示其法律特征，其他符合此种条件的行为可直接援引该条法律规定的法律后果。物权法对非基于法律行为物权变动的规定，就是一种示范性规定：第二十八条至第三十条列举了一些因非基于法律行为而产生不动产物权变动情形下的法律后果，即直接基于法律规定和事实行为发生物权变动的结果，未经登记仅为不得处分的限制。事实上，除前述条款的列举规定之外，这种非基于法律行为而发生的物权变动大量存在于物权法的其他条款和其他法律中，如基于留置权而发生的担保物权，抵押权随主债权的让与而转移，直接以善意取得的规定而取得的物权，承包人享有的建设工程优先权等等。除以上原因之外，可产生非基于法律行为的动产物权变动的事实行为还包括先占、取得时效、遗失物拾得、埋藏物发现和添附等。根据物权法第三十一条的规定，依照物权法第二十八条至第三十条非基于法律行为而享有不动产物权的法律限制在于：再行处分该物权未经登记的，

不发生物权效力。

依据物权登记的性质，登记可分为设权登记和宣示登记。前者指登记行为即是创设物权的的行为，登记发生物权成立的效力，物权变动的发生以之为必要条件，通常用于物权变动采登记成立要件主义的情形；后者指登记不具有创设物权的效力，物权变动的效力发生在登记之前，登记与否的效力只是限制受让人对物权进行处分权利，以达到保护交易安全的目的，即受让人不得再使未经登记的不动产物权发生变动效力。已经登记的物权变动意味着物权变动对公众的透明化，对物权变动的宣示。因其不同于设权登记之具有的创设物权的绝对效力，而只是限制受让人对物权的处分权，又称为“相对登记”。对于非基于法律行为的物权变动而言，其发生物权变动效力的状态因法律规定、行政司法行为或事实行为的存在而明确，登记与否既不会影响其物权变动是否生效，也不会有妨害交易安全之虞。此种不动产物权变动与公示相分离的情形下，登记不是物权变动事实的生效条件，而是对已发生的物权变动的社会公开，其目的是维护社会经济交易的明确化和透明化，明晰不动产物权变动的顺序和过程，保障财产权利的公开性。

由上可知，因非基于法律行为而发生的物权变动，非经登记不得处分中之“登记”应为宣示登记，这是很多国家和地区的立法态度。如韩国民法典第187条对非基于法律行为的不动产物权取得的规定，我国台湾地区“民法”第759条对因继承取得的不动产物权的规定。我国物权法第三十一条前后两个“登记”是否均为宣示登记？学界和实务界普遍认为两者含义相异，前者“登记”为创设物权之登记，后者“登记”为宣示权利状态之登记。理由在于，按照民法体系解释，物权法第九条和第十四条与第三十一条同属于“物权的设立、变更、转让和消灭”章节的内容，存在体系上的逻辑关联，既然第九条和第十四条之“登记”为设权登记，则第三十一条之“办理登记”之含义亦应采用同样解释。

实际上，该条与其之前的第二十八条至第三十条共同构成了关于非基于法律行为物权变动生效和对抗要件的规定，第二十八条至第三十条列举了非基于法律行为的物权变动得依法律直接规定和事实行为而生效，第三十一条为保护此类物权变动涉及第三人的交易安全的限制，是不经登记公示不得对抗原则对此类物权变动的适用规定。因此，其中先后出现的两个“登记”均应属于宣示登记。

宣示登记之于非基于法律行为物权变动的重要意义在于：宣示登记亦为在此种特殊情形下对物权公示公信原则的贯彻。因此种特殊情形下物权变动不同于基于法律行为情形下以登记为对抗要件，而是以事件或事实行为发生为对抗要件，因非基于法律行为而取得的物权同样具有物权属性和绝对效力，其可得以排除任何人的非法侵害。此类物权变动若为世人理解和接受，亦须公示方能适应交易安全流转秩序。登记所具有的公开权利之性质，于设权登记和宣示登记均得到体现。

（二）未登记的法律后果

因法律行为而发生的不动产物权变动，须经登记方可发生法律效力。非基于法律行为取得不动产物权的受让人的物权再转让或物权设定行为系法律行为，须经登记始生效力，若前手物权变动未登记，其后手所为之物权变动的法律行为未经登记则不成立。例如甲基于继承取得A房产的所有权，该所有权自继承开始时即享有，但未予登记，若甲将A房产转让与乙，此转让行为为法律行为，须经登记方可生效。甲因未登记为A房产所有权人，当然无以过户给乙。若允许未经登记的物权再行让与或设定物权，不动产上的权利必然重叠复杂，容易相互混淆。不动产未经登记的法律效果表现为：

1. 非经登记不得处分

非经登记不得处分，是指受让的不动产物权未经登记的，不得为物权让与或物权设定行为，即不得改变物权的权利状态。受让人若就该物权从事债权行为，如签订合同，则不为限制。如甲所享有之房产A系继承所得，尚未变更物权登记之时，甲乙就A签订了房产抵押协议，则在甲未办理物权登记之前，不能为乙办理抵押登记，乙不能取得A房产的抵押权，但该抵押合同可以有效，甲乙之间成立债权债务关系，甲应办理A房产的产权变更登记，并依此合同承担为乙进行抵押权登记的义务。

非经登记不得处分，是为维护物权的归属秩序，保障交易安全，旨在限制物权变动的混乱无序状态，法律将不得处分的范围限定于可引起物权变动的法律行为，如所有权的让与、赠与，用益物权或担保物权的设立。不会引起物权变动的债权行为则可为之，如签订房产的出租协议。非基于法律行为而为之的不动产变动并非当事人的处分行为，自然不在限制之列。

2. 非经登记的不动产物权变动不具有对抗力

非基于法律行为而发生的物权变动在登记之前即已完成，其或直接援引法律明文规定而发生，或根据司法文书、行政决定而发生，或因事件、事实行为产生之时而发生。该物权变动后若未经登记，则其先前已为登记的权利外观与实际权利状态不符，若有第三人出于善意信赖登记之公信力而实行交易行为，则在善意第三人与真正物权人之间发生利益冲突，前者基于公示公信力而应得以保护。该不动产物权变动的取得人不得以其物权对抗善意第三人。

前述结论，也适用于非基于法律行为的特殊动产的物权变动。

依据夫妻财产制发生的原因不同，夫妻财产制可分为法定财产制与约定财产制。前者为夫妻之间没有就相互间的财产归属作出约定的情况下自动对夫妻双方适用的财产制。此种财产制由立法者通过法律的直接规定，在夫妻双方没有约定的情况下即对其予以适用；后者为夫妻双方通过婚姻契约所约定的财产制，即就其相互间之财产关系作出特别约定，约定优先于法定。根据契约自由原则和意思自治原则，夫妻双方有权通过其婚姻契约约定相互间的财产归属。以上可知，约定财产制之“约定”实为民法意思自治原则在婚姻家庭法中的贯彻和表现。夫妻财产制因其内容不同而可划分为共同财产制、联合财产制、分别财产制及财产增益共有制等。此种分类，又因各国政治经济文化、社会生活习惯以及民族传统的不同，互相搭配结合，有的被作为法定财产制从而表现为法定夫妻共同财产制或法定财产增益共有制等形式；有的被作为约定财产制以供夫妻双方根据具体情况选择适用，从而表现为约定夫妻分别财产制或约定夫妻共同财产制等形式。

非基于法律行为的不动产物权变动类型的夫妻共同财产制，依据其发生的根据不同可分为法定夫妻共同财产制与约定夫妻共同财产制。

三、法定夫妻财产制下不动产物权变动的对抗效力

（一）法定夫妻财产制下的不动产物权变动模式

法定夫妻财产制，是指在夫妻双方就财产关系如无约定应直接适用法律所规定的夫妻财产制。其在很多国家的婚姻家庭制度中被广泛适用于处理夫妻财产，典型如法国、德国、瑞士、意大利、俄罗斯、越南、菲律宾、埃塞俄比亚、荷兰、巴西等国家。该制度也为我国婚姻法所采纳，体现在第十七条和第十八条。第十七条列举了法定夫妻财产制下的共有财产的种类类别，第十八条列举了法定夫妻财产制下夫妻个人财产的种类类别。

根据上面两条规定，婚姻存续期间的财产归属，可直接认定属于夫妻共同所有的财产亦或夫妻一方所有的财产。如依第十七条第四款和第十八条第三款之规定，如果赠与人没有通过赠与合同确定赠与财产只归属于夫妻一方，则赠与财产应为夫妻共同财产，即使受赠名义人只是夫或妻一方，另一方也因婚姻关系而当然享有共有权，无须受赠名义人一方再行处分行为，须登记的财产亦无须一定登记为夫妻双方姓名。非基于法律行为的物权变动采相对登记主义立法模式，夫妻法定财产制下的物权变动为物权法没有穷尽列举的非基于法律行为物权变动形式之一，以婚姻关系成立或存续为其物权变动的要件，而不是以登记为物权变动的要件。

（二）夫妻共同财产中不动产物权变动与物权公示相分离

不动产登记的物权效力不是绝对的，在夫妻约定财产制下尤其如此。物权法第十四条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。从诉讼中不动产登记簿证明力的角度，规定对发生争议的不动产物权归属的最终判断，应当依赖于对原因行为或基础关系的审查，故在当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人的情况下，应当支持其诉讼请求。

关于预告登记的不动产处分效力。物权法第二十条第一款规定，预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不生物权效力。实践中，对于现实登记权利人针对不动产的何种处分，会因违反法律规定而不发生物权效力，存在模糊认识，一些案件中甚至出现不当扩大预告登记效力的倾向。基于预告登记制度的内涵，正确适用预告登记制度，必须注意坚持依法兼顾保障登记权利人的请求权与限制登记义务人的处分权的平衡原则。为此，《物权法解释（一）》第4条对物权法第二十一条所称的不生物权效力的处分行为进行了限缩性解释，即将其限于未经预告登记的权利人同意而转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的在法律上危及或者妨碍债权如期实现的行为。

如何认定法定夫妻财产制下的物权变动规则与物权法的关系？换言之，在婚姻法夫妻财产制下的物权归属约定与物权法关于不动产登记生效——登记确定归属的规定冲突时，如何解决？

按照特别法优先于一般法适用的原理，在处理夫妻家庭财产时，婚姻法对物权变动规则之规定应被视为物权法的特别法，应优先适用。婚姻家庭系以情感、血缘和责任维系的特殊团体，比普通社会团体有其特殊的方面，不能用处理普通社会团体的方式处理家庭内部的财产关系。夫妻约定与物权法规定冲突时，物权法的一般规定不宜用来解决夫妻间的财产问题，应以婚姻法的规定为准。因此，在婚姻关系存续期间购买的登记于一方名义之下的房产，如双方没有特别约定，则该不动产基于法定夫妻财产制而当然为夫妻双方共同财产。而夫妻共同财产与第三人产生利益冲突时，不再属于家庭内部财产纠纷，应适用物权法的相关规定。

如前所述，物权法第二十八条至第三十条对非基于法律行为的物权变动采示例性规定，夫妻财产制下的不动产物权变动规则即是符合物权法对非基于法律行为的物权变动的规定，而物权法未列举的类型之一。我国司法实践多采此观点。

综上，婚后夫妻一方以自己名义购买的不动产登记为一方所有，但基于婚姻关系而发生了物权变动，成为夫妻共同所有财产，物权公示因此与物权变动产生了分离，即出现物权登记对抗效力相对丧失问题。

四、约定夫妻财产制下不动产物权变动的对抗效力

（一）约定夫妻财产制的立法模式

夫妻财产契约是指夫妻双方约定婚前财产、婚姻关系存续期间的财产关系采用何种财产制的契约。约定夫妻财产制，是指法律允许当事人通过夫妻财产契约确定的夫妻财产制，该契约得以排除法定夫妻财产制的适用。约定财产制体现了民法的意思自治原则。不同国家的民法对约定财产制的约束范围和力度不同，理论上可以划分为两种类型。

其一，选择式约定财产制。当事人在法律规定的典型的夫妻财产制的范围内选择采用，范围之外的不得选择，如德国民法典第1409条规定：“财产制不得参照不再适用的法律或者外国的法律确定。”“本规范之意旨在于对合同自由设置限制”，即夫妻双方仅能选择德国民法典中所规定的夫妻财产制类型。根据德国民法典第1414、1415条规定，约定财产制的类型有分别财产制、财产共同制。第1483条规定了延续的婚姻财产共同制，同时就约定财产制的具体内容作了详细的规定。我国台湾地区和瑞士也采用此种夫妻财产制类型。其不足为法律拘束过大，当事人自由选择的空间较小，难以适应千差万别的婚姻财产方式。

其二，独创式约定财产制。法律不对夫妻财产制作具体类型的规定和列举，允许当事人在不违反法律禁止性规定、遵守善良风俗的情况下，充分享有自由选择权，通过双方协商确定夫妻财产制的形式和规则。如日本民法典在“夫妻财产制”一节的总则中，只规定了在不采法定夫妻财产制的情况下，夫妻间订立的夫妻财产合同的对抗要件和变更限制，对于夫妻约定财产制应采用的类型、内容并未规定。采用此夫妻财产制类型的国家还有韩国、波兰等。其不足为当事人的自由选择权有泛滥之虞，不利于法律进行规范和社会秩序的稳定。

从我国婚姻法第十九条的文义解释出发，法条没有使用“不得”“必须”等禁止性用语，没有规定违反该条的否定性和惩罚性法律后果，其应为任意性法条。若不采用该条列举的夫妻财产制，即为采用独创式约定财产制，当事人只要尽到对法律禁止性规定和公序良俗的注意义务，可自由选择、创设夫妻财产制的形式。据此可认为我国婚姻法采用了独创式约定财产制立法例。以下论述在独创式约定财产制下的物权变动生效要件。

（二）关于约定财产制下物权变动生效要件的论争

在独创式约定财产制下，引起物权变动的生效要件是什么？夫妻财产契约的性质是什么？对此学者们持有三种观点。

1. 物权变动说。此说认为，夫妻财产契约是能够引起物权变动的物权契约，又因是否认可婚姻关系在物权变动中的作用而分为形式主义物权变动说和意思主义物权变动说。

（1）形式主义物权变动说。德国民法典第1416条规定，在配偶双方以夫妻财产合同约定财产共同制下，配偶一方的财产或婚姻关系存续期间取得的财产是夫妻共同财产，无需以法律行为处分而为当然共有，配偶任何一方可以向另一方请求协助变更物权登记。因此，夫妻财产合同中约定的夫妻共同财产标的得以依据此合同而直接发生物权变动的效力，无须以法律行为加以转让。“订立夫妻财产契约是以婚姻的成立为前提，因结婚而于夫妻之间即发生财产契约的物权效力。”

在采物权行为理论的国家，夫妻财产协议是夫妻双方对于处分夫妻财产的合意。该合意基于婚姻关系的缔结而直接发生物权变动的效力，夫妻财产协议是物权合意，婚姻关系起到了物权行为的处分作用。夫妻财产契约在性质

上应为物权契约，因婚姻关系的建立或存续而当然发生物权变动的效力。我国不采物权行为理论，婚姻关系可视为引起物权发生变动的事实行为。

(2) 意思主义物权变动说。此说认为，夫妻财产契约可以直接引起物权变动的法律效果，夫妻自由约定非市场交易情形下的财产归属，不仅可以便利快捷地实现物权变动，而且也起到了公示的保护交易安全作用。约定财产制作为婚姻法的特别规定，应该归入我国物权法认可的意思主义物权变动模式，因此夫妻约定财产制下的物权变动可归入意思主义模式。

此说忽视了夫妻财产契约不同于普通财产合同的身份性质。婚姻是夫妻财产契约订立和履行的前提和基础，其动机与目的与婚姻关系休戚相关，如果婚姻关系这一要件不成立，夫妻财产契约很难生效。但夫妻财产契约成立以后则可以独立于婚姻关系。

2. 身份关系说。此说认为，夫妻财产约定不是交易行为，不同于普通的财产合同，其效力必须从结婚这一特殊事实出发来认定，其内容须与身份行为的后果相符合。该说将婚姻的身份契约等同于财产契约，忽视了婚姻关系内身份契约和物权处分既互相联系又相对独立的权利性质。

3. 法律直接规定说。此说认为，当事人约定的夫妻财产制，是其在法律规定范围内的自主选择，法律直接规定了选择约定夫妻财产制的法律后果是物权变动。

(三) 约定财产制下的物权变动不是基于法律行为的物权变动

1. 夫妻财产契约的性质是物权合意

学理上，夫妻财产契约的性质可分为物权契约说、财产契约说、身份契约说和赠与合同说。笔者认为，婚姻关系实为夫妻身份关系契约，夫妻财产契约附随于夫妻人身关系契约，是夫妻双方基于相互间的特殊身份关系，由夫妻双方自由选择的配置其财产归属方式的契约，充分体现了夫妻双方的自由意志。该契约具有处分物权的合意，应当认定其为物权合意。但基于婚姻关系而建立的这一物权合意，其制度设计理应不同于普通的物权合意。该物权合意所要产生的物权变动的法律效果，必须建立在婚姻关系缔结或存续这一法律事实的基础之上。

2. 婚姻关系是引起物权变动的直接原因

引起非基于法律行为的物权变动因素之一是事实行为。在该种情形下，物权变动的效力发生无须当事人之间达成合意，亦无须登记，只因事实行为的发生而当然取得。事实行为的发生起到了一定的向社会公示的作用，为物权的设立或转让提供了公示条件。婚姻关系是经国家民政部门登记成立的身份契约，具有社会公示性，为物权的确认提供了公示途径。

根据物权法对非基于法律行为的物权变动的规定，继承可产生物权变动的效力。此情形下的物权变动效力的发生须符合两个法律要件：一为法定继承的身份关系或遗嘱继承的遗嘱；二为被继承人的死亡事实。前者是此类物权变动的意思表示，该意思表示可因法定继承的身法关系而默认，也可因遗嘱而明确表示。意思表示是物权变动的合意（继承人须不明确表示放弃才可生效），是物权变动的基础原因；后者是引起物权变动的直接原因。二者缺一不可。夫妻财产制下的物权变动同样须具备两个要件：一为物权变动的合意，该合意可以法定夫妻财产制而默认，也可以约定夫妻财产制而明确表示；二为婚姻关系的缔结或存废，此为引起物权变动的直接原因。

据此，基于约定夫妻财产制下的不动产物权变动是以夫妻财产契约为物权合意，以婚姻关系的缔结或存续这一法律事实为生效要件的非基于法律行为的物权变动。我国司法实践也大都认可这一观点。

3. 离婚财产分割协议是夫妻财产契约的组成内容

夫妻双方婚姻关系解除时，就夫妻共同财产所达成的分割协议也可引起物权的变动，此类物权变动亦属于非基于法律行为的物权变动。夫妻离婚之时，双方通过离婚协议而达成的对夫妻共同财产的分割处置意见是双方自由意志的体现，是双方就夫妻共同财产的处理而达成的物权协议，在性质上亦为夫妻财产协议。该协议的生效以夫妻关系解除为生效要件，因此，夫妻关系解除是引起物权变动的事实原因。

五、夫妻财产制下未登记的物权变动无对抗力

夫妻财产制下的不动产物权变动适用物权法关于非基于法律行为的物权变动的规定，不动产物权变动因婚姻关系的成立、存续或解除，直接依据法律规定的法定夫妻财产制或夫妻财产约定合同而发生效力。如未经登记，则该财产不得再为物权变更处分，否则不得对抗善意第三人。

例一：妻子甲在婚姻存续期间以自己名义购买了一处房产并登记在自己名下，此后赠与其弟乙，并将房产过户

登记于其弟名下。其夫丙知道后，以自己不知情为由，主张撤销赠与，向乙请求返还原物。请问：乙取得的所有权可否对抗丙基于所有权主张的物权返还请求权？

依婚姻法规定，除双方另有约定外，甲在婚姻存续期间购买的房产属夫妻共同财产，虽然甲将其登记在自己名下，但基于婚姻关系，该物权自行变更为夫妻双方共有，此时物权变动与物权公示发生了分离。在物权登记未变更为甲丙共有之前，即物权变动与物权公示相一致情况之前，甲不得行使对该物的处分权。即使其实施了处分行为，亦不发生物权变动的效力，但此无处分权不得对抗善意第三人。因此，甲在未完成变更登记的情况下，擅自将房产赠与乙，乙是否能取得该房产的所有权，应视乙是否构成善意而定。如果乙能够证明自己是在有足够理由相信甲有处分权的情况下接受赠与的（如丙已经出国很多年，家庭事务均由甲独自处理，且乙在此之前曾给予了甲许多帮助），则乙取得的已经登记的所有权便具有对抗丙未登记的所有权的效力。反之，如果乙不能证明自己是在有足够理由相信甲有处分权的情况下接受赠与的，或丙能够证明乙在明知甲没有处分权的情况下接受赠与的，则乙因为不构成善意，其已经登记的房产所有权不具有对丙的所有权的对抗力，乙不能取得该房产的所有权。

例二：甲乙协议离婚，双方约定原登记在甲名下的房产归乙所有，双方办理了离婚手续，但尚未办理房产过户登记，此后，甲将该房产卖与丙并办理了过户登记。请问：乙可否向丙主张物权返还请求权？

根据婚姻法规定，甲乙离婚事实成立时，双方约定的房产归属条款即生效，乙取得房产的所有权，但乙的所有权尚未登记，当然不具有对抗第三人的效力。丙基于对登记的信赖利益而与甲为交易，主观上不知乙为所有权人且无重大过失，构成善意，且丙的所有权进行了登记，具有对抗乙未经公示的所有权的效力，因此，丙取得该房产的所有权。

综上，非基于法律行为的物权变动模式下采相对登记主义立法，登记的性质为宣示登记。无论法定夫妻财产制抑或约定夫妻财产制下，不动产物权变动因婚姻关系的成立或解除而发生，未经登记不得处分，属于物权法第二十八条至第三十条规定而没有列举的非基于法律行为的物权变动。在法院作出的不动产拍卖成交裁定或者以物抵债裁定生效后，第三人（真正权利人）在不能证明买受人为恶意的情况下，仅以拍卖物错误登记为由主张权利的，不能对抗已经发生的物权变动，法院对其异议应予以驳回。夫妻内部的财产关系应适用婚姻法规定，夫妻财产与第三人的关系适用物权法规定。当夫妻财产的物权变动与物权公示产生分离时，未经登记不得对抗善意第三人。换言之，当夫妻财产的不动产物权变动与登记不一致时，未经登记的不动产对善意第三人不具有对抗效力。

与不动产物权对抗效力关系密切的《[不动产登记暂行条例](#)》和《[物权法解释（一）](#)》，已自2016年3月1日起施行。人民法院在审判实践和执行工作中，一要维护不动产登记的严肃性和权威性，要严格适用物权法第九条规定，除法律另有特别规定情形外，对未予登记的不动产物权设立、变更、转让和消灭行为，依法确认其不具有物权变动效力。在对外关系上，要维护不动产登记的权利推定效力，依法保护相对人的合法权益，维护交易安全。二要注意区分不动产登记的内外部效力。不动产物权变动是法律行为及其他法律事实的产物，不是登记机关登记行为的产物，不动产物权登记是不动产物权变动的要件而非原因。不能因为法律将登记作为物权变动的生效要件，而错误地认为财产权是登记机关赋予的。对发生争议的不动产物权归属的最终判断，不能唯登记论，而应当依赖于对物权变动原因的法律事实——譬如夫妻约定不动产物权的审查，最后决定不动产物权登记是否具有对抗效力。

“婚合家和”——离婚纠纷中股权处理实务讲座成功举办

2016-10-20 十届律协宣联委

通讯员：郑春杰 责任编辑：由莉雅

为帮助广大律师掌握离婚纠纷中股权分割法律实务，北京市律师协会婚姻与家庭法律专业委员会（以下简称“婚家委”）联合北京市东城区律师协会于2016年10月16日上午在北京前门建国饭店举行离婚纠纷中股权处理实务讲座。婚家委副主任刘欣、李军、孙长刚律师，副秘书长付鹏博律师以及近900名执业律师出席了本次会议。

本次讲座由婚家委副主任刘欣律师主持。本场讲座邀请到的主讲嘉宾是最高人民法院民一庭肖峰法官，肖法官为法学博士，经济学博士后，参与并起草了婚姻法、民事诉讼法、物权法、劳动法等的司法解释及理解与适用。

肖法官围绕离婚纠纷中股权处理进行了详细、精彩的演讲。讲座首先介绍了全国法院审理离婚案件概况。2015年之前在人民法院审理的民事案件中离婚案件一直高居第一位，女方提出离婚的占80%，以感情不和为理由的占

“家事法苑”团队奉献

57.6%，以家暴为理由占23.1%，以不良恶习为理由的占10.1%。根据2014年数据显示离婚案件数量最高的省份为四川、河北、河南，调解结案的比例略高于裁判结案。第二，离婚案件中主要有三大争议。分别为婚姻是否解除、子女归谁抚养、财产如何分割，其中财产如何分割成为现今离婚案件中的重点内容。肖法官提出，在判决是否准予离婚或分割财产时，要注意对婚姻效力的审查，主要从四个方面审查婚姻效力：（1）结婚证真伪；（2）是否冒领结婚证；（3）是否属于法定无效情形；（4）是否属于法定可撤销情形，可撤销情形中只有受胁迫方可以提出。若双方的婚姻无效，则按照同居关系处理财产，双方协商分配或照顾无过错方原则。第三，离婚纠纷中的证人证言。证人若不到场只提供书面证言很难被法官采纳为证据；证人若到场时未提前向法院申请，对方当事人可以提出异议；证人出庭作证应当签署保证书，拒绝签署则不能作证。关于在离婚案件中偷拍、跟踪取得的证据如何认定的问题，肖峰法官指出，最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第106条规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。是否侵害以及侵害的后果由被侵害人承担举证责任，若被侵害人不能证明该证据对其造成损害，则该证据可以被法官采纳，若是当事人严重违背公序良俗获取证据，法官裁定该证据不能被采纳。因此，对于偷拍、跟踪获得的证据法院的立场原则上是可以采纳的。第四，作为夫妻共同财产的股权界定。基本原则是股权的取得发生在婚姻关系存续期间，依据是《婚姻法》第17、18、19条规定。夫妻共同股权具体情形包括：以夫妻共同财产购买所得、继承或赠与所得（并未明确表示赠予夫或妻一方）、夫妻约定共同所有；夫妻个人股权具体情形包括：遗赠或赠与表明归夫或妻一方所有、夫妻约定为个人所有、婚前个人财产购买或转化而来，股权在婚后的增值及分红属于夫妻共同财产。关于房产是否属于夫妻共同财产判定，若婚前购买的房屋用于自住，则婚后增值部分属于个人财产，若用于出租等以投资为目的，婚后增值部分属于夫妻共同财产。第五，不同情况下夫妻共同股权的处理。股权是具有身份和财产双重属性，在不涉及其他股东的情况下直接分割，涉及其他股东时要考虑到公司的人合性，除非公司的章程排除其他股东的优先购买权。第六，股权分割原则。现行股权分割的原则是协商一致，若不能协商一致，照顾子女与女方的原则。第七，股权分割考虑的其他因素。（1）补偿原则，在夫妻书面约定的前提下，抚养子女、照顾老人的义务方有权请求补偿；（2）经济帮助原则，离婚时一方经济困难，可请求另一方帮助；（3）离婚损害赔偿，在一方有重婚、有配偶者与他人同居、家暴、虐待或遗弃情形的，无过错方可以请求；（4）离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。需要注意的是，要求房产加名应向房产部门提出更正登记。第八，不涉及其他股东股权分割。无论是完全由夫妻共同财产设立的有限公司还是由夫或妻个人财产及夫妻共同财产设立的有限公司，离婚时，一方请求分割股权，法院一般先由夫妻双方协商解决，协商不成，夫妻双方可竞价，价高者得股权，另一方获得股权折合的现金。肖峰法官指出，在请求分割股权时，诉讼请求应该写明分割股权而不是股权价值，因为股权价值不是夫妻共同财产，股权才是夫妻共同财产。第九，涉及其他股东的股权分割。《婚姻法解释二》中关于涉及其他股东的股权分割略显落后，应比照《公司法》第71条进行判决，需要其他股东过半数、股东以同等条件购买，而不是《婚姻法解释二》中规定的过半数股东、股东以同等价格购买。具体情形包括：（1）其他股东过半数同意且放弃优先购买权，股东配偶可以成为股东；（2）其他股东不同意且股东之间就转让款达成一致协议，股东配偶分得转让款；（3）其他股东不同意且股东之间就转让款未达成一致协议，视为同意，股东配偶成为股东。证明股东同意需要提供的证据：股东会决议，不是严格意义上的股东会决议，没必要按照股东会流程进行；当事人通过合法途径获得的其他股东声明文件，“合法途径”建议删除；其他股东满30天不予答复的，视为同意，邮寄发送通知时注意证据的保全。第十，作为夫妻共同财产的股权保全。肖峰法官介绍保全包括财产保全、行为保全、证据保全，当事人以财产保全为由申请保全股权时，身为股东的一方容易掏空公司资产，最后股东配偶利益得不到保护。建议当事人以证据形式保全股东公司的财产，如房产、土地，这样公司既不能提第三方异议，也可防止股东掏空公司财产。

肖峰法官从以上十个方面对离婚纠纷中股权处理实务进行了分析及演讲，之后肖峰法官和与会律师进行现场互动，认真回答了现场提问，帮助解决了提问者对法律适用的疑惑。

本次讲座取得圆满成功，刘欣律师进行结束发言，感谢肖峰法官的到来和分享。肖峰法官所讲内容，使广大律师对离婚案件中法律适用、证据的获取或保全、股权分割的裁判依据等有了清晰明了的认识，有助于提高广大律师的执业水平及对法律的认知，以便在离婚纠纷实务处理上为当事人提供恰当的意见。

违法建筑不宜作为离婚夫妻共同财产分割

2016-10-22 五中民事茶座 刘德宝 蒋璐

重庆市第五中级人民法院 刘德宝

重庆市江津区人民法院 蒋璐

【案情简介】

黄某与李某婚后修建了一套房屋，该房屋所有权证载明：“住宅建筑面积 94 平方米，违章建筑 91.5 平方米”（违建部分系当事人缴纳一定罚款后房管部门予以登记的）。二人离婚后因对该房屋的分割不能达成一致而诉至法院。法院委托资产评估公司对该房屋价值进行评估，评估报告结论为：“房屋建筑面积 94 平方米，评估价值为 7.66 万元；违章建筑面积 91.5 平方米，评估价值 6.04 万元，合计 13.7 万元”。

【观点争鸣】

该房屋应如何分割，有两种不同的处理意见：

第一种意见认为，黄某与李某对诉争房屋各享有 50% 的产权份额予以分割。既然违法建筑登记在房屋产权证上，且法院已经委托资产评估公司对诉争房屋的价值作出评估，就应当按照评估的价值依法作价分割。

第二种意见认为，违法建筑因非法属性不宜作为夫妻共同财产予以分割。虽然诉争房屋系黄某与李某夫妻关系存续期间共同修建，但是鉴于诉争房屋中违法建筑部分因其非法属性而不能被合法分割，则本案仅可就诉争房屋中合法建筑部分予以分割。

【法官说法】

笔者同意第二种意见，理由如下：

1. 违法建筑因其非法属性而不具合法产权

所谓违法建筑，就是未经相关主管部门的许可而动工兴建的建筑物，其本质上是破坏了国家有权机关对于土地、规划、建设的管理秩序，违反了土地管理法、城市规划法等相关法律法规的禁止性规定。违法建筑大体上可以分为两种情况：一是建筑人未取得土地使用权，因而也无法取得建筑许可证；二是建筑人虽然已经取得土地使用权，但是尚未取得建筑许可证而擅自建设。

对于违法建筑的归属与利用问题，司法实践中主要有以下三种观点：（1）不动产说。认为违法建筑为不动产，建筑人享有产权。（2）动产所有权说。认为作为违法建筑整体，因其违法性，所有权及其他派生的权利不得承认，但构成违法建筑的建筑材料本身作为动产是合法的，应受法律的保护。（3）占有说：认为构筑人对违法建筑的占有，作为一种事实状态受法律保护，除执法机关依法处理外，构筑人可以对其进行占有和使用，禁止他人侵犯构筑人对违法建筑的占有。

笔者认为，占有说更符合物权法基本原理。通说认为，占有是一种事实状态，而非权利。占有是主体对于物基于占有的意思进行控制的事实，占有首先是对物的一种事实上的控制。不管占有人对物的控制是否具有据为己有的意思，只要客观上的控制状态形成就可以构成占有。占有可以是有本权的占有，也可以是无本权的占有。而在构筑人对违法建筑物，虽不享有所有权（本权），但由于其实际的管理与控制，也形成了一种占有，他人不得随意侵犯。故站在物权保护的角度讲，违法建筑本身承载的利益，仅仅体现在其可以占有并使用的层面，因其非法的本质属性而并不能具有完整、合法的产权。

2. 违法建筑不能作为夫妻共同财产被分割

一方面，本案诉争建筑的合法部分虽然被国家房屋产权管理部门登记于房产证中，但因其有部分系违法建筑，作为一个整体建筑破坏了国家有权机关对于房屋产权管理秩序的非法属性并未发生变化，对于违法建筑部分不能作为夫妻关系存续期间的合法共同财产由法院用判决的形式予以分割。否则，法院会陷入以判决书的形式确认违法建筑为合法财产的矛盾境地。

另一方面，因违法建筑后续处理存在以下几种可能的情况，不能一概而论均予以分割：一是一直处于非法状态，二是被政府依法强制拆迁，三是被政府依法拆迁并获得相应补偿。如果违法建筑一直处于非法状态当然无法分割，理由同前不再赘述；如果违法建筑被政府强制拆迁，那么构筑人不会获得任何形式的补偿，则其作为财产本身的价值为零；如果政府依法对诉争违法建筑进行拆迁补偿，对建筑材料部分所作的作价补偿，则当事人可以各占 50% 的份额，有权对拆迁补偿款进行分割。

3. 离婚后财产纠纷中违法建筑分割应妥善处理

本案中，如果对诉争违法建筑的“价值”采纳评估报告的意见而作价分割处理，则势必需要另一方当事人作出货币补偿。这样会导致的后果就是，一旦政府对诉争违法建筑部分依法强制拆迁或拆迁补偿，则难免对作出货币补偿而“取得”违法建筑“产权”的当事人不公平。因为违法建筑是否会被政府强制拆迁或被拆迁补偿处于不可知的待定状态。如果人民法院采信资产评估公司作出的评估报告，则诉争房屋的价值就会被以判决的形式确定下来，这无疑会对诉争房屋违法建筑部分日后被政府强制拆迁或拆迁补偿的法律后果产生不可预估的冲突。笔者认为，违法建筑只有在政府依法拆迁而获得相应补偿价金后，才能体现其作为夫妻关系存续期间合法共同财产的价值。毕竟违法建筑因其非法性而无法正常进入房地产市场合法流转，其作为不动产的市场价值难以获得法律层面的肯定性评价。

综上所述，人民法院不宜采信资产评估公司出具的评估报告而就本案诉争房屋违法建筑以作价补偿分割的方式处理，并且需向当事人释明只有政府依法对诉争违法建筑拆迁补偿时，双方当事人才可以就拆迁补偿后的价金另行协商或提出分割的诉讼。

将债务人配偶列为共同被告的思考

2016-10-19 湖南法院网 华容县人民法院 刘孝祥 周辉

将债务人的配偶列为共同被告，之前较多出现在民间借贷纠纷案件中，在司法实践中，债权人将债务人配偶列为共同被告的，排除债务人个人债务的情形，法院通常会判决债务人配偶与债务人共同承担还款责任，依据即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定，“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。……”。由于起诉债务人配偶共同承担责任通常会得到法院支持，越来越多的债权人选择起诉时将债务人配偶列为共同被告，不但民间借贷纠纷案中常出现，现在还出现了在买卖合同、租赁合同等其他合同纠纷类案件中将债务人配偶列为共同被告的情形。

对合同纠纷案件中是否应判决债务人配偶承担共同责任，法官意见存在分歧：一种意见认为基于合同相对性原理，不应在普通的债务案件中确定债务人配偶的责任，需要时可在执行阶段对债务人配偶追加或另诉；另一种意见认为应一并确认债务人配偶的共同责任，基于配偶对夫妻共同债务负有清偿责任的法律规定。于是不同法院不同法官就同类情形形成了不同的判决。

笔者倾向于第一种意见。在普通的合同纠纷案件中确认债务人配偶的共同责任存在诸多弊端：

一、会在当事人中形成效仿效应。只要债权人起诉债务人配偶就会得到法院支持，那就债权人而言，不会增加任何诉讼成本，即可免却以后可能须再追加债务人配偶责任的风险，债权人自然会选择列债务人配偶为共同被告，如此一来，则可无限扩张至任何类型案件，从最初出现在民间借贷纠纷案件中，到现在扩张至其他合同纠纷案件，将来还可出现在侵权责任纠纷案件中，从列债务人配偶为共同被告，还可能要求列债权人配偶为共同原告的情形，如此必然造成民事诉讼的混乱局面。

二、不必要地增加了法院处理案件的难度。列债务人配偶作共同被告，法院不仅需要审理原、被告之间的债权债务情况，还需要审理债务人的婚姻状况及夫妻共同财产和债务状况，两种不同的法律关系在同一案件中审理并判决，表面看提高了诉讼效率，实则不必要地增加了法官工作量、加大了审理难度。是否需要追究债务人配偶的共同责任其实是不确定的，只有在债务人用个人财产和夫妻共同财产不足以抵偿债务或遭遇债务人配偶阻碍时，才涉及追究债务人配偶责任的问题，法院将不确定的情形假设为已确定在债务案件中一并处理，浪费了司法资源、降低了诉讼效率、不利于案件的及时有效处理。

三、有违合同的相对性原则。众所周知，合同具有相对性，即合同仅对合同当事人具有约束力，不涉及第三人。在合同纠纷案件中直接确定债务人配偶的共同责任与合同相对性原则有冲突。虽然《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）》第二十四条规定了债务人配偶对债权人的责任，但该条款其实是针对夫妻离婚时债务的处理，是基于夫妻身份关系变化而产生的法律后果。当未涉及离婚时，配偶一方所负债务除个人债务外当然地推定为共同债务，一方承担即意味着配偶必然承担，婚姻关系存续期间无需追加配偶为共同债务人，就如同债权人与债务人签订合同时无需债务人配偶作为共同一方在合同上签字一样，故债务人配偶的共同责任亦无需在债权人诉债务人的合同纠纷案件中确认。

综上所述，在合同纠纷案件中确认债务人配偶的共同责任存在诸多弊端。事实上，不一并确认债务人配偶的共同责任并不影响债权人的实体权利，如有必要，债权人可在执行阶段申请追加债务人配偶为被执行人，在债务人配

偶提出异议后债权人还可起诉债务人配偶追究共同责任。即使在执行阶段，追加债务人配偶作被执行人亦只是例外情形，故应严格限定在合同纠纷案件中列债务人配偶作共同被告，如债权人坚持列债务人配偶为共同被告，法院判决亦不应支持。但有一种情形可以例外，即在起诉时债务人的婚姻关系发生了变化的，可列债权债务关系成立时债务人配偶作共同被告，因为婚姻关系的解除必然涉及夫妻共同财产的分割及共同债务的分担，在未经债权人同意的情形下，债务人与其原配偶对财产和债务的处理显然触及了债权人利益，影响了债权人对债权的实现，鉴于债权人的这种合理的不安全感，债权人有权在合同纠纷案件中一并追究债务人原配偶的共同责任，在此情形下法院亦应一并判决确认债务人原配偶的共同责任。

从审判实践中看妇女在离婚时财产分割方面存在的问题

2016-07-29 青岛法院网 大通回族土族自治县人民法院

妇女权益保护是衡量一个国家和地区社会文明进步的重要尺度，我国是农业大国，农业人口占绝大多数，广大农村妇女权益的保护中的重中之重。

大通回族土族自治县人民法院自2011年1月至2016年4月间共受理5869件离婚案件，结案5765件，其中判决1211件，撤回起诉2037件，调解2507件，涉及标的28460000元，调解做为处理婚姻案件纠纷行之有效的重要方式，极大解决了婚姻家庭的矛盾。

在该次调研中，笔者随机抽取了一百份离婚裁判文书，其中城乡比例各占一半，经统计有十二件为男方起诉，余下88件均为女方起诉，调解案件为82件，（其中调和为11件、余下为调解离婚、判决案件为17件，8件为判决不准离婚，9件为判决离婚），仅1件以决定分家析产为由申请撤诉。在离婚的案件有八成的农村妇女为了达到离婚的目的，放弃了分割家庭财产，而城市妇女除了结婚时间过短的外，结婚时间较长的妇女均获得了一定的财产赔偿。

从上述随机抽取的案件数据统计结果看，可以发现几大特点，（一）随着社会发展、经济条件转好以及人民群众婚恋观念的转变已呈逐年上升的趋势，加之女性地位日渐提高，现在提起离婚的原告多以女性为主；（二）在离婚案件中，尤其是调解离婚的案件，女方为达到尽快离婚的目的，在财产分割过程中主动让步。在此类案件放弃自身权益妇女多以农村妇女为主，在近八成的农村妇女在离婚时采取了净身出户的方法。而城市妇女中有近八成的妇女获得了相应的经济赔偿。

上述两个新的特点，也是社会转型期的新产物，随着经济快速的发展，人们的婚恋观念已有很大改变，加之微信、QQ等新的沟通方式的流行，人口异地流动频繁，离婚早已成为了很多年轻人解决婚姻问题的首选。但是如果城乡妇女在离婚案件中获得的利益差距过大，那么会对我国的婚姻法的贯彻实行有一定的影响。同时，广大农村妇女权益的保护必须是妇女权益保护中的重中之重。农村妇女普遍文化不高，离婚之后无一技之长，却又得不到相应的财产利益，对我们国家的现有的法律制度产生极大的怨气，对法律失去信任，同样，由于在婚姻中使用放弃分割财产这一手段可以较快地达到离婚的目的，造成更多人草率对待婚姻的现实情况。

为何会产生城乡之间的较大差异，笔者认为存在如下几个原因：（1）财产登记制度不完善，在城市中家庭重要财产进行登记的制度已经得到了普及，而在农村，由于现有政策和法律的限制，家庭成员财产状况对外没有以独立的方式进行公开。在当今农村社会，父母与子女同住的情况十分普遍。离婚时，如果没有进行分家析产的话，就无法将夫妻共同财产从家庭共有财产区分出来，对女方分割夫妻共同财产带来极大难度；（2）我国法律规定“谁主张、谁举证”的原则也不利于离婚案件农村妇女权益的保护。离婚时分割财产就像捉迷藏，“男方藏、女方找”。中国传统的“男主外、女主内”的家庭模式在小城镇及农村的家庭中仍占主导地位。在这种家庭中，女方几乎都游离在丈夫事业之外，妇女根本不清楚男方的收入和财产的经营状况，家庭共有财产在离婚前均由男方掌握，而在离婚时妇女主张财产权利时举证的责任却要由女方承担，由于搜集证据不力，最终也没法得到法院的支持；（3）妇女获得财产补偿的权利未能得到较好保护，夫妻对家庭的贡献不能以显性的经济供给、收入高低作为唯一标准，还应包括隐形的持久能力，劳务付出。《婚姻法》规定妇女在离婚时可以要求男方给予补偿，但只是作出了原则性的规定，没有具体规定补偿条件和标准。司法实践中有的妇女提出了不切实际的补偿要求，有的妇女则不提出补偿要求，法官也因法律规定不具体而难以裁决，往往会劝说女当事人放弃分家析产及获得经济补偿等诉讼请求，正是由于这几个原因，造成农村妇女的财产权益在离婚诉讼中，没有得到更好的保护。

解决此类问题的几点建议：

（一）完善我国财产登记制度

在财产登记制度完备的国家，从详细的登记材料中就可以掌握公民确切的财产状况。在财产发生变更、买卖等情形后，也可以防止财产的混同。而在我国对公民个人所得、自有公司盈利等的税收管理制度不健全。国家难以掌握公民确切的财产，夫妻共同财产究竟有多少国家也不知道，法官在受理案件后也无从得知。这些状况使一方隐匿、转移财产较为容易。正因为上述原则，必须建立完备的财产登记制度。尤其，在农村也同样开展财产登记制度。这样在司法实践中，良好的财产登记制度可以将夫妻共同财产与家庭成员共有财产相区别，同时，也可以将可分割的财产与不宜分割的财产相区别。

(二) 承认女性在婚姻存续期间的隐形付出，引入家庭劳动补偿制度。家庭劳动补偿制度，是指在婚姻存续期间，一方在抚养子女、照顾老人以及对另一方在工作或学习方面付出较多义务的，在离婚时有权向另一方请求补偿的权利。同时，这一制度的推行，不能仅制定简单的法律条文，必须制定详细的标准和具体的实施方法，使这种补偿制度具有可操作性。在我国社会保障制度不发达的情况下，稳定的婚姻关系承载着赡养老人、抚养子女，救助贫苦病弱的社会功能。如果对婚姻家庭做出了应有的贡献，在离婚时得不到必要的经济补偿，这对家庭具有的社会功能的发挥极为不利。女方为家庭的稳定和配偶一方的发展付出了更大的劳动，同样也应当在离婚时获得公平的对待。更何况在广大农村地区，很多妇女没有独立的经济来源，女方劳动的价值完全体现在家庭劳动中，是否可以考虑以当地人均纯收入为基础，同时综合结婚时间、家庭经济条件、女方现状等各种因素对妇女在婚姻中的隐形付出，给予一定的经济上的补偿。这种制度同样也可以解决家务劳动价值在离婚时获得评价和认同的问题。

(三) 引入离婚帮助理念，离婚帮助也叫离婚抚养，是基于需要，对于没有独立生活能力的原配偶提供必要的救济方式，以公平和救济为理念。女方在婚后将自己的时间、感情、精力毫无保留地投入婚姻家庭建设中，而随着另一方事业的成功及现实，生活的不确定性、双方感情发生了变化，而此时离婚后，女方与社会脱节，自身谋生能力也不强，应当让有能力的一方提供经济和物质上的帮助，使其摆脱困境。并且按照当地不同的情况制定可实施的标准将这一制度推行下去。

总之，妇女权益保护制应当遵循男女平等、公平、对妇女权益特殊保护的原则，确保男性和女性，城市妇女和农村妇女在政治、社会和经济生活方面拥有平等的权利。只有这样整个社会才会有健康的婚姻观，每一个人才会珍惜自己的婚姻。

大通县法院民事审判庭 2011 年~至 2016 年婚姻家庭案件调研分析

发布时间：2016-09-08 大通县法院 肖红

从 2011 年至 2016 年间，大通回族土族自治县人民法院民事审判庭婚姻家庭案件收案总数共计 6693 件。其中 2011 年 950 件，2012 年 1029 件，2013 年 1070 件，2014 年 1286 件，2015 年 1507 件，2016 年至 6 月 851 件，案件总数逐年上升，五年接收婚姻家庭案件总数维持在 950 件至 1600 件中间。

2011 年至 2016 年间，接收婚姻家庭案件类型总计 15 种，其中离婚案件共 6040 件，解除非法同居关系 18 件，婚姻无效 21 件，婚约财产案件 258 件，登记离婚后财产纠纷 30 件，夫妻财产约定纠纷 1 件，抚养、扶养关系纠纷案件 137 件，抚育费 32 件，抚养费纠纷案件 41 件，监护权纠纷 13 件，赡养纠纷 21 件，解除收养关系 1 件，探视子女权纠纷 1 件，分家析产 42 件，其他 34 件。由此可见，我院在 2011 年至 2016 年间，虽然接受婚姻家庭案件有十五种，但仍然以离婚案件为主，其他婚姻家庭案件占少数。

从 2011 年至 2016 年间离婚案件占 2011 年至 2016 年间案件总量的较大比重，并稳定在 90%，其次比重较大的是婚约财产案件，稳定在收案总数的 4%，婚约财产案件，占当年案件总数的比例逐年上升，婚约财产案件呈稳定增长。抚养、扶养关系纠纷案件逐年增长，占收案总数的 2%，并趋于稳定；抚养费纠纷案件、抚育费纠纷、登记离婚后财产纠纷、分家析产案件、其他类案件赡养纠纷案件均不到 1%，解除非法同居关系、婚姻无效、夫妻财产约定纠纷、监护权纠纷、赡养纠纷、解除收养关系、探视子女权纠纷均于 2011 年至 2016 年间个别年出现。

综上所述，2011 年至 2016 年间，大通回族土族自治县人民法院民事审判庭婚姻家庭案件总数量逐年增长，其中离婚案件占各年案件的较大比重稳定在 85%~92%，婚约财产案件、赡养纠纷案件、变更抚养权案件、扶养关系纠纷案件、抚养费纠纷案件、同居关系子女抚养案件占当年案件总量不超过 7%。

二、婚姻家庭案件审理情况分析

以上数据显示出，从婚姻家庭案件总数上来大通回族土族自治县人民法院民事审判庭的案件数量中离婚案件的比重占主要部分，其他案件所占比重较少。随着经济、社会的发展，人们的思想观念也在变化，近年来婚姻家庭案

件不断增多，婚姻家庭案件也出现了方方面面的问题，其存在的问题主要有以下几个方面：

（一）当事人举证及法院认证方面存在的问题

我国婚姻法第三十二条规定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。

1、夫妻感情是否确已破裂

当事人举证方面：由于离婚案件涉及的是家庭内部事务，事关当事人的感情生活，感情破裂与否只有当事人本人最清楚，再加上大多涉及个人隐私，因此在实践中、当事人举证中对于夫妻感情是否确已破裂的有关证据并不能很好的提供。（一）重婚或有配偶者与他人同居的涉及有重婚行为或有配偶与他人同居的，多数情况下是很难举证的，法院的认定也多以当事人主动承认为主要的认定依据。因多数的当事人法律意识淡薄，因此无法举证。（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；涉及家庭暴力，提交法医鉴定，提出证人，或村委会、公安机关出具的证明等证据是主要举证方向。（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；涉及吸毒、赌博行为的，提交村委会或公安机关出具的证明；涉及行政处罚、刑事犯罪的，应提交有关处罚决定或判决书是主要举证方向（四）因感情不和分居满二年的，提交村委会或公安机关出具的分居的具体时间、原因的证明、可以提供相应的人证、证言、通过邻居作证，在外打工人员的证明或单位证明等是主要举证方向。如果夫妻双方认可也可。

法院认证方面：离婚的法定标准是感情确已破裂，判断夫妻感情是否破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有和无和好可能等方面综合分析。为此，在审判实践中，须结合以下几个方面加以认定：（1）婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情，难以共同生活的；（2）包办、买卖婚姻、婚后一方随即提出离婚，或者虽共同生活多年，但确未建立起夫妻感情的；（3）因感情不和分居已满3年，确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后分居满1年，互不履行夫妻义务的；（4）一方与他人通奸、非法同居，经教育仍无悔改表现，无过错一方起诉离婚，或者过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育，处分，或在人民法院判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的；（5）一方好逸恶劳、有赌博等恶习，不履行家庭义务、屡教不改，夫妻难以共同生活的；（6）一方被依法判处长期徒刑，或其违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的；（7）一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的；（8）双方办理结婚登记后，未同居生活，无和好可能的；（9）一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的；（10）一方患有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其它原因不能发生性行为，且难以治愈的；（11）婚前隐瞒了精神病，婚后经治不愈，或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚，或一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的；（12）一方重婚，对方提出离婚的；（13）受对方的虐待、遗弃，或者受对方亲属虐待，或虐待对方亲属，经教育不改，另一方不谅解的。；（14）因其他原因导致夫妻感情确已破裂的。

2、当事人一方是否有过错

当事人举证方面：对于当事人一方是否有过错，因在提出离婚请求时，诉求者多以达到其诉讼请求为主要目的，然而急于到达请法院支持其诉讼请求的目的，因此对于一方当事人是否有过错的举证几乎没有，即使少数情况发生有当事人举证的，也会因为其证据提供无法形成证据链而不具证明效力。

法院认证方面：当事人所提供的证据是否能够形成证据链，以证明其所须证明的过错事实。

3、亲子关系

当事人举证方面：当事人须提供户口簿、出生证明、村委会、公安机关出具的户籍证明、亲子鉴定等证据。

法院认证方面：离婚率的升高使单亲家庭的孩子也随之增多。离婚过程有子女的首先是抚养权归属问题，然后是抚养费、探视权等方面的问题。实践中有关抚养权的问题有的相互争夺、有的相互推托。法院认定中的原则是有益于子女的健康成长。从经济上讲，孩子的抚养权认定给经济能力较强，且有利于孩子成长的一方；对于一方有过错的，且双方当事人均认可，孩子的抚养权给无过错方；孩子未满两周岁，其抚养权一般归女方所有更利于孩子成长，孩子满十周岁法院认定抚养权时会征求当事人孩子的意思。

（二）夫妻共同财产和共同债务的认定与分割

关于夫妻共同财产的处理：夫妻双方无法继续共同生活，对于夫妻共同财产的处理一般以协商处理为主。如果协商不成，以财产的分割偏向无过错方和抚养子女的一方，对于一方当事人为另一方当事人尽抚养和赡养义务的或在一方当事人生活确实有困难的，在财产的分割上也予以偏向。

关于债务的处理：在承担责任的方式上，夫妻“共同偿还”的责任是无限的、连带的清偿责任，不论双方是否离婚，均得以夫妻共同财产、自己所有的财产（包括婚前的财产）清偿。债权人有权向夫妻一方或双方要求清偿债务的部份或全部，它不分夫妻应承担的份额，也不分先后顺序，夫妻任何一方应根据债权人的要求全部或部份承担债务，一方财产不足以清偿时，另一方负有清偿责任。在离婚时，夫妻对共同债务承担的约定只对彼此有效，属于内部的约定，对外并不能对抗债权人。

关于彩礼的处理：彩礼返还不易处理。最高人民法院《婚姻法》解释二第十条中仅规定了返还条件。婚约没有法律约束力。对因解除婚约而引起的财物纠纷，应区别对待。对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物，应依法没收或酌情返还。对以订婚为名诈骗钱财的，原则上应归还受害人。对以结婚为目的的所为之赠与（包括订婚信物），价值较高的，应酌情返还。对婚约期间的无条件赠与，受赠人无返还义务。对因解除婚约而引起的财物纠纷，应区别对待。对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物，应依法没收或酌情返还。对以订婚为名诈骗钱财的，原则上应归还受害人。对以结婚为目的的所为之赠与（包括订婚信物），价值较高的，应酌情返还。对婚约期间的无条件赠与，受赠人无返还义务。

关于一方婚前的个人财产在婚姻存续期间取得收益的处理：首先应当以协商为主，如果协商不成，以财产的分割偏向无过错方和抚养子女的一方，对于一方当事人为另一方当事人尽抚养和赡养义务的或在一方当事人生活确实有困难的，在财产的分割上也予以偏向。

关于婚内财产约定的处理：婚内财产的约定，如所确定的约定符合法律规定，应当以婚内约定为财产分割依据。如果婚内财产的约定不符合法律的规定，那么以夫妻共同财产处理。

（三）涉及家庭暴力认定标准和把握

家庭暴力中施暴者所用的手段及方式的不同，可分为身体暴力、精神暴力和性暴力三种。它存在其自身的特点，即隐蔽性、多样性及连续性。因存在的上述特点，在离婚诉讼中，给家庭暴力的司法认定带来一定的困难。

家庭暴力多发生在家庭内部，很少有目击证人，单凭受害人陈述又不能作为定案依据，给法院认定家庭暴力行为带来困难，使很多家庭暴力案件因缺乏证据无法立案。司法实践中加害人对暴力行为通常予以否认，而受害人对以下几方面较难举证证明：实施暴力的行为人、具体为何种形式的暴力行为、一定的损害后果。相当一部分当事人在遭到暴力后，因缺乏法律常识没有报案或去医院开具诊断证明，这样当对方否认有暴力行为时，便无据可查。对于家庭暴力认定法院的认定一般以当事人所递交的法医鉴定，提出证人，或村委会、公安机关出具的证明等证据为认定的依据，或者施暴方自己认可施暴行为。

对于造成精神上的损害及社会影响受害人收集证据更是不容易，由于无法举证的原因导致存在很多有名无实的婚姻。法院在审判时无法认定，另一方又可能在法庭上不予认可受害人的说法。因此对于精神暴力，法院在审理认定过程中依然存在很多问题。

（四）过错赔偿的适用情况

根据《婚姻法》第46条规定，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求赔偿：一是对方重婚；二是对方与他人同居；三是实施家庭暴力；四是虐待、遗弃家庭成员的。具体来说，提出离婚损害赔偿应当具备以下一些条件：

第一，一方具有重婚，与他人同居，实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员行为。

第二，因为上述行为而导致法院判决离婚。也就是说，损害赔偿应该以离婚为原因，如果没有达到离婚的程度，而是在婚内损害，则不应该单独提起夫妻之间的损害赔偿。

第三，受害方受到了损害。受害方因为对方的“重婚”、“与他人同居”、“实施了家庭暴力”、“虐待”、“遗弃”的行为，而给自己造成了损害。这种损害包括财产损害和精神损害两种。财产损害又分为实际损失和可得利益的损失两种。实际损失，是指现存财产和利益的减少。可得利益的损失，是指无过错方应当得到的或者能够得到但却没有得到的利益。精神损害，是指由于对方的损害行为，导致受害人反常的精神状况，例如精神上的痛苦和肉体上的摧残。

第四，请求人合格且无过错。有权提起离婚损害赔偿请求的，只能是无过错一方的配偶；只能要求有过错的配偶赔偿，也就是只能把有过错的配偶列为被告，而不能把第三者等其他他人列为被告要求赔偿。请求方不应有过错，如果双方都有上述的“重婚”、“与他人同居”、“实施家庭暴力”、“虐待”、“遗弃”等一种或者数种过错行为，双方

都没有损害赔偿的请求权。人民法院判决不准离婚的案件，对当事人提出的离婚损害赔偿请求，不予支持。在婚姻关系存续期间，当事人不提起离婚诉讼，单独提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。根据2001年12月27日《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）》的规定，如果无过错方作为原告提起离婚诉讼，人民法院应当告知其有提起离婚损害赔偿请求权。如果提出请求赔偿，必须与离婚诉讼同时提出。如果原告不提出，视为其对这一权利的放弃，以后也丧失了请求赔偿的权利。如果有过错的一方是原告，到法院提起离婚诉讼，无过错的一方为被告，被告不同意离婚，也没有提起损害赔偿请求，可以在离婚后一年内，单独提出离婚损害赔偿。在一审时如果没提出，在二审时才提出来，人民法院应当进行调解。对于调解不成的，应当告知当事人在离婚后的一年内，可以另行提起离婚损害赔偿诉讼。

（五）变更抚养权、实现探望权存在的问题

新《婚姻法》第38条规定离婚后不直接抚养子女的父或母享有探望权，探望权的行使方式、时间由当事人协议，协议不成时由法院判决。对探望权的权利范围、权利实现方式、权利行使时间的长短、地点选择等问题都没有可供操作的具体规定，一旦双方当事人无法就探望权达成协议，法院在处理时就会发生困难。因此在对探望权的认定时会遵循公序良俗原则，在作出探望权判决时，对探望权的范围、实现方式、时间、地点、监督办法等尽可能具体的作出规定，避免判决执行时发生分歧。对当事人不协助，权利实现难。由于离婚案件双方一般对立情绪较大，直接抚养子女的一方在对方行使探望权时不协助，不配合的较多，编造多种理由不让探视方与子女见面，导致对方当事人无法正常行使探望权的对探望权案件的执行可以邀请当事人所在村委会等相关机构一同协助作思想工作，使当事人真正自觉自愿履行。对一些顽固不履行协助义务的当事人可以及时采取强制措施以示惩戒并可通知当事人所在单位给予通报批评，对当事人行使探望权多次受到妨害的案件，可以支持权利人变更子女抚养权的请求，以促成探望权的最终落实。

夫妻在离婚后，一方或双方抚养能力发生较大变化、一方当事人抚养孩子，不利于孩子的成长、与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的、与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的、十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的，需要变更其一方的抚养权的，变更子女抚养权一般先由双方协商确定，如协商不了的，应以保护单亲家庭子女为原则，在尊重其个人意见的同时，以更利于孩子成长为认定依据。

三、结合当地婚姻家庭案件的实际情况进行分析

大通回族土族自治县人民法院民事审判庭辖区均属民族聚居区，随着经济发展，各种婚姻家庭案件频发，经济相对落后，百姓的生活较为贫困，而最近几年由于女性年轻人外出打工后有一部分不归原居住地，加之当地结婚时女方向男方家索要的财礼数额大，故离婚案件的处理、执行难度大，因此在案件的处理中，本着“公平、公开、公正”和“平等自愿”的基础上加大巡回审理、加大调解力度，使调、撤率每年均能达到70%以上。

四、民事审判工作中审理婚姻家庭案件中目前的处理

1、加强法制观念和普法工作的开展

进一步确立培育法治精神和法治文化的理念，由过去注重禁止性规范教育、义务性规范宣传普及转变到注重对公民的权利意识、民主意识、法治理念的培育上来，帮助农民群众牢固树立法律至上意识和法律面前人人平等理念，引导村民以理性合法的形式表达利益诉求，自觉维护农村社会的和谐稳定。

结合当地的实际，切实加强人民调解组织的指导，并且按照“能调则调，当判则判，判调结合，案结事了”的原则，多调少判，采取有效措施，在坚持依法、自愿基本原则的前提下，尽可能多的适用调解，通过诉讼调解达到平息纷争的目的。开展法制宣传课，通过以案说法，对人们进行了法制教育，提高了农民的法律意识。

2、积极加强各级各有关部门的调解工作

一是强化调解意识，把调解机制贯穿于整个诉讼过程中。承办法官崇尚和解，重视“家务事”的处理，倡导“和为贵”。我们在审判实践中形成了一套完整的调解机制，即全员、全过程参与调解，从承办案件的法官到合议庭成员，庭室负责人均参与调解，对复杂疑难案件的调解，必要时向分管院长汇报，邀请分管院长亲自参与调解；凡是一方当事人有调解意愿的，无论是在庭审中、庭审后，甚至在判决书下达前，承办法官都要抓住时机，采用多种方式，力促当事人庭外调解。

二是充分运用各项调解技巧，保证调解案件质量。办案人员在广泛调研、总结经验的基础上，注重研究当事人

的心理，根据案件的实际情况，首先，在调解工作中切实强调做调解工作要有“三心”：即诚心、耐心、细心，以此取得当事人的信任，激发当事人的调解愿望。其次，针对具体案情，找准“三个切入点”：即案件争议的焦点，当事人之间的利益平衡点，法理与情理的融合点，为案件的调解打下好的基础。

三是拓宽调解渠道，充分利用外部资源扩大调解成效。我院在充分发挥合议庭调解功能的同时，积极扩宽外部纠纷解决渠道，通过加强与村委会等基层单位的联系，充分利用基层组织的“地利人和”优势，实行“请进来，走出去”的办法，请来村委会等基层组织的负责人和当事人的亲属参加纠纷调解，把法庭开进乡村，组织当事人就在自己家门口进行协商，促使当事人达成协议。

3、提高法官职业化水平

现代的社会我们对法官的要求越来越高，法官也应积极的跟进时代的发展。在案件审理中要注重法律效果和社会效果的统一，这一点在婚姻家庭案件中非常重要。同样的一句话可能效果大不相同，民事法官不但要有高深的法律素养，更要懂得诉讼心理，掌握审判技巧，巧妙的化解矛盾。必要的时候我们可以设立专门审理离婚案件的法官。对这部分法官进行培训，防止实践经常对法律有不同的理解。适时的时候可以出台一些细则规范性意见。

如何防范分家析产纠纷中的虚假诉讼

2016-10-24 法治昌明 北京市延庆区人民法院 徐小飞

近年来，一些农村实施新农村改造、农民搬迁上楼等工程，需要将某些村落纳入相关配套工程进行规划，涉及征地征收某些土地。一些当事人为了谋取潜在的巨大拆迁补偿利益，向人民法院提起分家析产纠纷诉讼，导致该类案件呈激增态势。

在司法实践中，分家析产类案件多发生在近亲属之间，当事人之间均存在血缘关系或近姻亲关系，双方之间配合默契，形成“攻守同盟”，对另一方诉请的事实与理由轻易自认，双方之间不存在实质性的诉辩对抗，也无实质性争议，只是要求法院通过裁判文书的形式将双方已经协商一致的房屋分配方案予以确认。由于历史的原因和农村宅基地管理不完善等因素，一些农村宅基地并无农村集体建设用地使用证，一些当事人来法院诉讼不能提交任何证据，导致相关事实难以查清。从延庆区的实际情况来看，最近一批颁发集体建设用地使用证的时间还在1994年，即使有的当事人能够提交集体建设用地使用证，随着时间的推移，因分家、嫁娶、改善生活等原因不少宅基地的使用范围和使用人已客观发生变化，20多年前的登记内容与当前实际情况严重不符。在很多案件中，宅基地上房屋曾经经过加固、增建、扩建或翻建，在其中生活的家庭成员也几经变更，很多事情时过境迁，导致证据灭失，法院认定事实存在很大困难。

由于社会管理手段相对滞后、相关法律法规不健全、社会诚信缺失，一些人为了获取高额的拆迁补偿利益，不惜提起虚假诉讼，骗取法院裁判文书。在有些人看来，通过伪造证据、捏造案件事实，虚构民事法律关系等方式提起分家析产诉讼是获取房屋权属证明最便捷、最经济、最权威的方式。虚假诉讼具隐蔽性强、可预测性差等特征，一些分家析产案件当事人有恃无恐，而且虚假诉讼即使被发现了，也很少被处罚，一般只是驳回诉讼请求而已。

一直以来，分家析产纠纷案件都是虚假诉讼多发领域。虚假诉讼极大降低了诉讼制度的性能和效用，也损害了他人合法权益和司法机关的权威和公信力。为切实有效防范分家析产纠纷中的虚假诉讼，法官要加强与村委会、土地管理部门、拆迁管理部门、派出所等的沟通交流，深入基层调取相关证据，准确了解农村宅基地的使用、转让，宅基地的实际面积，房屋新建、翻建，宅基地上居住人口，户口迁移等情况。鉴于分家析产类案件的证人一般系当事人亲属的现实情况，在证人作证前，应当责令其签署保证书，告知其作伪证的法律后果，增强其责任感，向法庭作出忠于事实和法律的陈述，并加大对虚假作证的证人的处罚力度，让其不能、不愿、也不敢出具虚假证人证言。法官只有进一步提高司法水平和案件事实发现能力，增强办案责任心，恪守法定程序，全面客观地审核当事人的陈述和提交的证据，对案件事实和法律关系进行去伪存真，透过迷幻的现象看清诉讼纠纷的本质，并加大对虚假诉讼的处罚力度，如此才能有效防范分家析产纠纷中的虚假诉讼。

为买房“假离婚”后人财两空 法官提示“假离婚”存在风险

2016-10-25 北京三中法院风景线 向玟

提要

近年来，为了规避房地产限购政策，或者为了享受税收、首付比例、贷款利息等方面的优惠政策，夫妻之间假离婚、真购房的现象并不鲜见。由于夫妻双方对于假离婚的法律后果认识不足，财产分配和子女抚养约定不清，一

旦发生双方未曾预想到的突发情况，产生形形色色的纠纷就在所难免。为了享受较低首付和公积金贷款优惠利率，北京的陈女士与李某办理了“假离婚”，但结果却让陈女士追悔莫及：丈夫假戏真做，自己却“人财两空”。近日，北京三中院公开开庭审理了上诉人陈某与被上诉人李某共有纠纷一案，最终判决驳回上诉，维持原判。图为网传某地因购房信贷新政传言现排队离婚现象

案件简介陈某与李某于2009年登记结婚，同年生有一子，因现有房屋较小，夫妻双方打算再购置一套房屋。丈夫李某以单身人士才能享受较低首付和公积金贷款优惠利率为由，建议夫妻二人“假离婚”。获得妻子陈某同意后，双方草拟了离婚协议，并去民政局办理了离婚手续。离婚后，陈某与李某还住在一起，生活无其他变化。新房装修好后，陈某数次提出复婚，但李某均未同意。期间，陈某偶然发现新房有其他女性化妆品等物品。双方矛盾升级，争吵不断，最终对簿公堂。陈某起诉称双方系“假离婚”，故要求确认其对新房享有一半产权，并要求法院判决房屋归其所有。李某称双方确因感情不和才导致离婚，系“真离婚”，同时称新房系其父母出资购买，与陈某无关。一审法院认定房屋系离婚后男方单方购买，并由男方偿还贷款及居住，综合认定房屋归男方所有。陈某不服一审判决，向北京市第三中级人民法院提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认为，因涉案房屋系离婚后购买，不能适用婚姻法中夫妻财产分割的相关规定。陈某作为完全民事行为能力人，应当对离婚后产生的风险有预见。故对陈某主张由于自己受骗离婚、法院应当照顾女方及子女利益，判令房屋归其所有的上诉意见，因无法律依据，不予采纳。最终判决驳回上诉，维持原判。

法官提示近年来，为了规避房地产限购政策，或者为了享受税收、首付比例、贷款利息等方面的优惠政策，夫妻之间假离婚、真购房的现象并不鲜见。由于夫妻双方对于假离婚的法律后果认识不足，财产分配和子女抚养约定不清，一旦发生双方未曾预想到的突发情况，产生形形色色的纠纷就在所难免。从法律上讲，并不存在“假离婚”。我国婚姻制度实行的是登记制，只要夫妻双方依法到民政部门办理了离婚登记手续，婚姻关系即宣告解除，其产生的法律后果与“真离婚”并无区别。

在此，特别提示夫妻双方“假离婚”存在以下三种风险：一、单方假戏真做。漫漫人生路，随着学识阅历的增加，夫妻的感情、思想难免会发生变化。一旦办理了离婚手续，可能会发生一方不想复婚的情况，由于法律保护婚姻自由，另一方也无法通过法律途径要求复婚。二、净身出户须三思。为规避限购政策，夫妻双方通常会在《离婚协议》上约定房产归一方所有，由名下无房的一方重新购置新房产。如果获得房屋一方反悔不想复婚，则无房一方则会面临人财两空的悲惨境地。即使双方复婚，不论是根据《离婚协议》获得的房屋还是离婚后单方重新购置的房产，分别属于各自第二结婚前的个人财产，如果再次离婚，是不能按照夫妻共同财产进行分割的。三、离婚后财产不再属于夫妻共同财产。“假离婚”的法律后果与“真离婚”相同。离婚后，双方应当按照签署的离婚协议分割财产，同时若无特殊约定，离婚后各自取得财产属于个人财产，不再属于夫妻共同财产，一方无权再依据夫妻共同财产的相关规定要求分割财产。

最高院民一庭：认定夫妻共同财产涉及父母为子女买房出资性质如何确定

2016-10-26 最高院民一庭 家事法务

【最高人民法院民一庭倾向性意见】

离婚诉讼中涉及认定夫妻共同财产时，夫妻一方持婚姻关系存续期间一方所欠债务的生效法律文书，主张该债务为夫妻共同债务的，不宜直接将该法律文书作为认定夫妻共同债务的依据，对于夫妻共同债务的认定应加强举证一方的举证责任，其应当能够证明所借债务用于夫妻共同生活、经营或者基于夫妻的合意。

一、基本案情

叶某与刘某婚姻关系存续期间，叶某的父母全额出资为其购买房屋，并将产权登记在夫妻双方名下。后刘某到法院起诉请求与叶某离婚，并要求分割叶某父母出资购买的房屋。一审法院判决准予叶某与刘某离婚，并认定案涉房屋属于夫妻共同财产。

在一审离婚案件法院作出房屋属于夫妻共同财产的判决后，叶某不服提起上诉。叶某的父母随即向另一法院另案起诉叶某，主张购房款的性质为借款，双方迅速达成调解协议，由法院出具民事调解书确认购房款的性质为借款，后叶某持该民事调解书在离婚案件的二审期间主张购房款为夫妻共同债务。

本案一审中的庭审笔录载明，一审法院曾询问双方当事人有无共同债权债务，双方均回答说没有。二审中叶某又提出购房款系夫妻双方对外的共同债务，并提供了自己书写的“借据”，借款日期为二年前购买房屋的时间。刘

某认为这张所谓的“借据”是叶某在离婚诉讼期间后补的，坚持认为购房款的性质为赠与。

二、 法院裁判情况

二审法院应如何认定“半路杀出”的民事调解书对本案产生的证据效力？合议庭在评议时存在两种不同的意见：一种意见认为，已经生效的民事调解书确定叶某父母的出资属于借款性质而非赠与。根据婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，在婚姻关系存续期间一方在外举债，只要叶某和刘某之间没有实行分别财产制且叶某没有与债权人明确约定为个人债务的，该出资款应认定为夫妻双方的共同债务。

另一种意见认为，在叶某与其父母之间的民间借贷案件中，缺乏利害关系人刘某的实际参与，从一定程度上剥夺了刘某的抗辩权。叶某和刘某在一审离婚案件中均陈述对外没有债权债务，叶某二审又主张购房款系借款，与其在一审中的陈述显然存在矛盾。从日常经验法则来看，叶某的父母随时都可能让叶某补写“借据”，而涉案房屋产权登记在夫妻双方名下，刘某用房产证来证明叶某父母的出资属于赠与性质，叶某用“借据”证明父母出资的性质属于借款，从优势证据的角度分析，房产证的证明效力要大于借据，故将购房款认定为赠与更符合客观事实。对叶某所持民事调解书的证据效力，不宜机械地予以认定。

二审法院最终认定叶某父母的出资属于赠与性质，案涉房屋是叶某和刘某的夫妻共同财产。

三、 主要观点及理由

本案涉及到生效法律文书所确定债务的认定问题。

一种观点认为，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第九条明确规定：“下列事实，当事人无需举证证明：（一）众所周知的事实；（二）自然规律及定理；（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；（四）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（六）已为有效公证文书所证明的事实。前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。”本案中叶某所持的民事调解书已经生效，该调解书已经确认叶某父母的出资属于借款，对本案中有关事实的认定应当具有预决性质。

另一种观点认为，不宜直接将夫妻一方对外所付债务的法律文书在离婚案件中作为认定夫妻共同债务的依据。对于夫妻共同债务的认定应加强举债人的举证责任，诸如证人出庭、汇款交易记录等。婚姻关系存续期间，一方父母出资为子女买房，在父母实际出资意思表示不明的情况下，从社会常理出发认定为赠与，这是基于父母出资借给子女买房的概率远远低于父母出资赠与子女买房的概率。当然，如果当事人有证据证明父母对子女购房的出资是借贷性质，则应当按照借贷关系处理。问题的难点在于，在离婚诉讼双方利益对立时，子女给父母补写有关“借据”是分分钟的事，配偶一方往往无可奈何。如果“借据”是诉讼前写的，有相关证据予以佐证，将父母为子女买房的出资认定为借贷性质应该没有争议。但对“借据”的出具时间无法确认时，根据借款人与出借人之间的亲属关系、案涉房屋产权证书上载明的产权人为叶某和刘某、叶某和刘某在离婚案件一审时陈述对外没有共同债权债务，这一系列证据构成了完整的证据链条，能够证明叶某父母的出资属于赠与性质。

我们认为另一种意见是适当的。本案叶某在二审期间所持生效法律文书为民事调解书，该调解书解决的是叶某与其父母之间的民间借贷纠纷，刘某并不是案件的当事人，调解结果对刘某没有法律上的约束力。

四、 最高人民法院民一庭倾向性意见

离婚诉讼中涉及认定夫妻共同财产时，夫妻一方持婚姻关系存续期间一方所欠债务的生效法律文书，主张该债务为夫妻共同债务的，不宜直接将该法律文书作为认定夫妻共同债务的依据，对于夫妻共同债务的认定应加强举债一方的举证责任，其应当能够证明所借债务用于夫妻共同生活、经营或者基于夫妻的合意。

执笔人：最高人民法院民一庭 吴晓芳

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第66辑

把家事案件判决书写成感化之文

2016-10-30 人民法院报 四川省宜宾市翠屏区人民法院 龚莉莎

监护权纠纷案件，简单吧？似乎只需要在A和B之间作一个选择，但在笔者看来，每一件监护权纠纷案件的背后，往往有着错综复杂的家庭关系背景，若不分析背景因素，稍有不慎就会造成家庭关系的破裂及亲情的彻底决裂。判决书不仅要依据法律条文作出正确判断，同时，也应该成为彰显人性关怀的感化之文。

2010年，龚甲之子龚乙与郭甲之女黄乙结婚，黄乙系再婚且有一女，龚乙系初婚。2010年5月19日，龚乙与

黄乙生育一子，取名龚丙，孩子出生后在爷爷龚甲家中生活一年左右，后龚乙与黄乙携子搬至自建房内，黄乙之母郭甲的家正好与龚乙、黄乙新房相邻。2013年7月29日，龚乙与黄乙因感情不和协议离婚，在离婚协议中约定，龚丙由黄乙抚养。离婚后，黄乙与儿子龚丙在自建房内共同生活。

2014年1月27日，龚乙到黄乙家中纠缠黄乙，双方争执发生抓扯过程中，黄乙持水果刀刺龚乙右胸部一刀，后龚乙经抢救无效死亡。当日，龚甲将孙子龚丙领回家抚养至今。2014年12月15日，黄乙犯故意伤害罪终审被判刑14年。

2015年，郭甲、龚甲分别向西村民委员会提出申请，均要求当龚丙的监护人。2015年8月24日，西村村民委员会指定郭甲（西村人）为龚丙监护人。龚甲不服，于2015年9月9日起诉至法院。

此案在审理过程中，我通过与双方当事人沟通，走访当地村委会及派出所，了解到双方家庭因命案而积怨太深，村委会、派出所都组织过双方协调，但双方均坚持争取龚丙的抚养权，矛盾始终无法调和，极可能演化成两个家族间的矛盾，甚至有信访隐患。

庭审时，两方都召集了各家族的人，我花费了不少精力去维护庭审秩序，防止演变成两个家庭间的群斗，审理很艰难、冗长。

庭审结束后，龚乙母亲在法庭大声哭泣。其实，黄乙伤害龚乙致死的事情，对哪方家庭都是无法挽回的心理伤害。我尝试分别去做心理疏导工作，解开他们的心结，平复他们的心绪，尽力让他们平和地接受最后结果，这样事情才会有彻底的解决。

该如何判决呢？是依据法律条文径直判决，还是在判决中尝试用亲情与伦理语言表述，以达到减轻双方的积怨，同时还不能过分煽情，以免影响判决的严肃性？在反复权衡中，我陷入了深思。

最终根据本案审理查明的事实，法院依法判决：龚甲享有龚丙的监护权。判决后，我分别向双方当事人进行判后释疑，郭甲担心以后再也见不到外孙，我与龚甲沟通，龚甲承诺郭甲可以随时来看孩子，不因子女之间的事情影响郭家人与龚丙的感情。双方当事人均表示息诉服判。

家庭是社会的细胞，家是孩子健康成长的摇篮，在当前社会转型时，矛盾叠加，思想多元，利益多样，冲突多发，而这些问题不可避免地也反映在家庭中，导致曾经温暖的家庭变成硝烟弥漫的战场，更有甚者引发不可挽回的血案。

俗话说，“清官难断家务事”，难就难在不容易化解已产生分裂的感情。面对家事案件，法官要改变办案思路，不能就案办案，要谨慎小心地维护家庭的温情，又要体现司法的能动性，维护法律的尊严，在判决中用温情体贴的语言，去触动感化家事纠纷双方当事人的心灵，去重塑构建和谐稳定的家庭关系。同时，应增强判决书的说服力和亲和力，体现判决书的教育功能，彰显司法对人的关爱和关怀。

伯尔曼曾说过：“法律必须被信仰，否则，它便形同虚设。”如何在判决中重塑人们对法律的敬畏之心，是我们作为法官应该深思的问题。

婚姻法司法解释二第24条与虚假诉讼

2016-10-31 合伙人法律之家 黄献

在债权人主张夫妻共同承担债务的情况下，到底是保护债权人利益还是保护夫（或妻）一方利益？2004年的婚姻法司法解释二第24条的价值选择是交易安全理论下的保护善意债权人利益，直接推定夫妻一方以个人名义所负债务为夫妻共同债务，无论另一方是否知情。该24条在司法实践中引发了大量争议，近年来还和执行中能否追加配偶为被执行人、一方名义所负担保债务是否属于夫妻共同债务、虚假诉讼等问题同时交织在一起。本文从24条与虚假诉讼的关系展开分析。

一、问题的提出

近年来，各级人民法院调解、判决的夫妻一方与第三人之间的民间借贷纠纷案件数量逐年上升。在夫妻一方对外举债的三角法律关系中，夫妻举债一方既有可能与第三人是利益共同体，举债方与第三人恶意串通，试图在离婚诉讼中损害夫妻另一方利益；也有可能夫妻双方恶意串通，以假离婚等手段逃避夫妻共同债务。本文关注的是第一种情况，即夫妻一方与第三人合谋虚构债务，并利用诉讼的方式将其认定为夫妻共同债务，最终达到让夫妻另一方多承担夫妻共同债务，少分得夫妻共同财产的目的。

夫妻共同债务是指在婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持家庭生活需要，或出于家庭生活目的从事经营

活动所引起的债务。在司法实践中，对于夫妻有明确的共同举债合意的债务，以及生活性债务、小额经营性债务一般都明确认定为夫妻共同债务，对此争议不大。一直以来存在最大争议的是夫妻一方单独向第三人高额举债的情况，此时到底是夫妻共同债务还是实际举债方个人债务？如何在债权人、夫妻举债一方、夫妻另一方三者之间分配举证责任？2004年4月1日正式施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法》解释二）第24条给出了明确的司法操作指引。该条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第19条第3款规定情形的除外。”即只要是婚姻关系存续期间一方所负债务，配偶另一方无论是否知道，也不论是否用于家庭，另一方都要承担连带清偿责任，除非能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明第三人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有。

由于约定财产制在我国社会现实婚姻状况中出现的比例非常低，证明第三人明知系夫妻个人债务的难度非常大，因此在当前的司法实践中，夫妻一方单独高额负债多被直接推定为夫妻共同债务，导致债权人与夫妻另一方之间利益保护失衡。但在目前婚姻法及其司法解释没有进行修改的前提下，夫妻另一方如果意图通过常规的上诉、申请再审等救济渠道来否认法院对夫妻共同债务的司法认定将极为困难。

二、案件基本特征与表现形式

夫妻一方在离婚过程中，和第三人串通伪造债务，制造虚假诉讼，此类案件中的典型情节与江苏省《关于防范和查处虚假诉讼的规定》相关内容高度吻合，其基本特征包括：1、大多以调解结案，包括通过人民调解委员会达成调解协议后到法院确认和审理过程中达成调解，当事人双方对争议事实缺乏实质性对抗。2、夫妻一方与第三人存在较为紧密的特殊关系，包括近亲属、朋友、生意伙伴等。3、一般只有借条、欠条等证明双方达成借贷合意的证据，缺乏证明交付行为的有效证据。此类案件的具体表现形式非常多样化，为便于发现虚假诉讼线索，有必要了解熟悉下列一些基本情形：1、夫妻一方与第三人之间没有任何经济往来，为增加债务双方伪造借条，并主张系现金交付。2、夫妻一方与第三人之间没有任何经济往来，为增加债务双方伪造借条，同时以在多个民事主体之间循环转账的方式伪造交付环节证据。3、夫妻一方与第三人之间存在买卖、租赁、合伙等其他经济往来，并有资金转账记录，双方合谋将其自认为民间借贷关系，补签借款合同，并主张该转账记录就是所借款项已交付的证据。4、夫妻一方与第三人之间曾经有过民间借贷往来，但所借款项已经归还完毕，双方合谋主张夫妻一方仍欠第三人借款。5、夫妻一方向第三人借款的客观事实发生于当事人婚姻关系建立之前，为增加夫妻共同债务，夫妻一方与第三人合谋重新书写借条，将借款时间改写为婚姻关系存续期间。6、第三人曾经以转账方式向第三人借款，为增加夫妻共同债务，双方重新书写借条，增加借款数额，并在诉讼中主张增加的借款数额系现金交付。

三、调查核实工作

针对涉及夫妻共同债务的虚假诉讼，在查处的过程中，面临的民事法律关系一般来说比较简单，而证据收集和事实认定往往比较困难。一方面，此类案件证据很少，主要就是借条、欠条、银行转账记录、证人证言。其中借条、欠条极易伪造，当事人也很容易找来亲友提供虚假的证言，证明资金来源、现金交付等事实，导致直接推翻虚假事实存在困难。另一方面，我国民事诉讼法确立的自认制度和调解制度，使得人民法院在诉讼过程中将当事人承认对方所主张事实的行为视为当事人自由处分自己实体权利的行为，一般不会依职权对事实的真实性进行深入调查。由此导致此类案件事实认定极为模糊，事实的细节不清楚，进一步增加了查处难度。

案件受理后，可从以下几个方面着手开展调查核实工作：

第一，调阅法院审判、执行卷宗，全面梳理全案的证据及事实。一方面要注意完整性，尤其是出现多个债权人在不同法院起诉夫妻一方的，应调阅各个法院的卷宗，进行统一分析。因为如果系虚假诉讼，则多个案件的起诉主体、代理人、起诉方式、法律关系、结案方式、执行方式往往都存有极高的相似度，统一处理能相互印证。另一方面要穷尽案件不合情理的细节，如果一些案件事实违背了日常生活经验或者逻辑推理规则，比如经商的民事主体将欠条写成借条、经济条件极差的第三人突然拥有高额债权、高额资金以现金支付等等，虽然不能以此直接认定虚假诉讼，但应作为下一步深入查处的重点方向。

第二，前往银行、工商等部门补充查询有关证据。比如，某单位查办的一起案件中，第三人何某某主张其有大量向夫妻一方转账的交付凭证或资金明细账单，但经调阅卷宗，发现该部分证据极不完整甚至根本不存在。到底是债权人虚假陈述还是法院没有留存该部分证据？此时就需要去银行调查核实清楚。在另一起虚假诉讼案件中，第三

人何某主张其曾向陈某出借几百万资金，并向法院提交了相应汇款凭证。但经前往银行查询，发现何某所谓几百万借款系何某先汇给陈某，陈某当日汇给案外人秦某，秦某于当日又把该笔资金汇回给何某。实际上该笔资金又回到了起点，其与陈某之间并无真实借贷关系产生，但是何某抽取其中一个环节作为虚假证据出示给法院，骗取法院对事实的错误认定。

第三，向了解案件有关情况的人询问案件具体事实，包括当事人和证人。考虑到虚假诉讼案件第三人与夫妻举债一方之间往往有合谋的主观故意，而这个主观故意当事人不会轻易主动交代，这就需要通过口头的细致询问来寻找突破口。首先，要在把握具体案情的前提下，预先设计一份针对性较强的调查谈话提纲，做到有的放矢。借贷合意、交付细节、借款用途、款项来源应作为该份提纲的重点内容。其次，要多问详细、具体的问题，让答问者主动暴露出事实、法律两方面的细节缺陷，使其难以自圆其说；或者让夫妻举债一方与第三人在对同一细节问题的答复过程中呈现出矛盾和对立。最后，要把握提问的节奏，既要让答问者感受到适度的心理压力，促其配合调查主动交代虚构债务进行虚假诉讼的动机；同时又不能逾越调查的底线，不可采取限制人身自由和财产权利的强制措施。

第四，高度重视对借条真伪的司法鉴定。在财产利益受损的夫妻另一方主张原调解、裁判据以认定事实的主要证据借条是伪证的案件中，进行司法鉴定通常是判断该证据是不是伪证的最直接、最有效方式。如果经鉴定确认借条书写的笔迹或形成时间虚假，则一方面证明夫妻一方与第三方之间的债务存在极大的伪造可能性，可以针对原生效判决书、调解书以抗诉的形式进行监督；另一方面借条本身系伪造的证据，当事人已经涉嫌妨碍作证罪或者帮助伪造证据罪，可以考虑移送公安机关进行刑事立案侦查。

（三）检察官视点

（四）律师视点

夫妻共同债务认定的裁判规则探析——以上海法院民间借贷判例大数据为样本

2016-09-29 东方家事 北京大成（上海）律师事务所 马乃东 华丹菁

内容摘要：近年来，在离婚纠纷中，以民间借贷的名义行伪造夫妻共同债务之实的案件层出不穷。因为此类案件事实的难于还原和查明，法官往往面临着保护债权人还是未举债配偶一方的权利的两难抉择。而《婚姻法》司法解释二第二十四条最终选择了保护债权人。然而从保护交易的“公益”出发的司法本意落实到个案之中还是表现为债权人未举债配偶一方各自“私益”的冲突，而现行司法实践的僵化和对法条的机械适用又导致了在一些案件处理中，实质正义最终未能得到实现。因而质疑和反对自《婚姻法》司法解释二第二十四条实施以来也从未间断。

另一方面，以最高法院部分法官观点以及部分地方高院的细则为代表的对于现有裁判规则的改良、变革也在酝酿之中。但是这些观点再未形成新的法律规定或者司法解释之前，对于法官审判而言仅具有参考意义，无法作为审判的依据。

在这样的背景下，东方家事以上海法院涉及夫妻共同债务的民间借贷案件为样本，分析了当前此类案件的裁判规则，同时结合多年的实践经验，对此类风险的防范以及问题的解决提供建议和意见。

关键词：夫妻共同债务 民间借贷 裁判规则 上海法院

一、研究背景

在我国当前离婚纠纷的司法实践中，财产分割往往是夫妻双方重要的争议焦点，而广义的财产分割也包括夫妻之间债务的承担。我国婚姻法规定的共同财产制，形成了夫妻间财产关系“一损俱损、一荣俱荣”的局面：实践中，既有夫妻一方以个人名义在婚姻存续期间伪造夫妻共同债务损害另一方利益的情形，也有夫妻双方合谋以离婚为手段，将共同财产分配给一方，将债务分配给另一方，借以达到逃避债务、损害债权人利益的情形。

因而如何平衡未举债的配偶一方（以下简称“未举债方”）与债权人的利益成为此类案件处理的核心。在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“婚姻法解释二”）出台之前，此类案件的处理多以《婚姻法》第四十一条【1】以及最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》（以下简称“《意见》”）第17条【2】作为依据，婚姻关系存续期间的共同债务和个人债务采用的是“认定规则”。在“认定规则”中，举债的配偶一方（以下简称“举债方”）负有举证证明借贷用于夫妻共同生活的义务，否则该债务将作为举债方的个人债务由举债方自行承担。然而，“认定规则”在实践中造成了大量夫妻双方恶意串通，通过离婚合谋逃避债务、损害债权人利益的情况。

在这样的背景下，最高人民法院通过婚姻法司法解释二第二十四条【3】确立了“推定规则”，在“推定规则”

下，债权人持夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所借债务凭证要求夫妻双方共同清偿，除举债方认可该债务并能以个人财产清偿，否则，就要用夫妻共同财产偿还。而非举债方除非证明该借款明确约定为举债方个人债务或债权人明知或应知该夫妻实行的是分别财产制，才能认定该等债务为举债方的个人债务、无需以自己的婚前财产清偿或在离婚之后无需承担连带清偿责任；否则，即便是离婚、举债方死亡，未举债方仍无法免除连带清偿责任。然而，自该规定实施以来，虽然对于危害债权人的行为有所抑制，但是又出现了大量的，尤其是在离婚案件中，夫妻中一方伙同案外人虚构债权债务关系直接损害另一方利益的情形。

从立法导向上看，“认定规则”和“推定规则”产生的冲突直接反映了法院在保护夫妻中未举债方还是债权人权益上的冲突；而在个案处理中，适用“认定规则”还是“推定规则”更是直接影响到案件最终的处理结果。“认定规则”强调的是系争债务的产生原因以及重在探求系争债务的实际情况，更趋向于实现实质正义。但是外人对于夫妻之间生活情况难于知晓，举债方声称的举债目的与最终的实际用途也难以查证，在审判中往往会出现各方互不相让、各执一词，且法院也难以查明真实情况的局面。而“推定规则”明确了除非举债夫妻双方或一方能证明举债时明确约定为一方个人债务或债权人知晓夫妻间实行的是分别财产制，否则系争债务就将被认定为共同债务。然而，系争债务在产生时，未举债方往往对于该债务尚不知情，更无从证明“约定为一方个人债务”；另外，我国绝大多数夫妻之间未能采取严格的分别财产制，即便双方在婚前或婚后约定了采用分别财产制，要求对于系争债务尚不知情的未举债方证明债权人对该分别财产制知情难度更大。“推定规则”解决了此类民间借贷案件因事实真相难以查清导致悬而难决的问题，但在实践中也使得未举债方处于极其弱势的地位，甚至变相鼓励夫妻中一方大肆举债，尤其是在离婚诉讼中通过伙同第三人虚构债权债务危害另一方权利。而更为严重的后果是直接加剧了婚姻关系对个人财产带来的巨大风险，进而背离了婚姻存续的基本要义。

为解决“认定规则”和“推定规则”的冲突，最高人民法院民一庭（2014）民一他字第10号《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》（以下简称“《答复》”）明确：“在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷案件中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。”归纳而言就是内外有别，内部“认定规则”、外部“推定规则”。而本文主要探讨的是债权人以夫妻双方为被告起诉的民间借贷案件，将立足上海法院审判实践，主要研究“推定规则”的司法适用、实践反思以及改进建议。

二、上海法院判例大数据分析

1. 检索方法

在“中国裁判文书网”（<http://wenshu.court.gov.cn/>）中，以案由“民间借贷纠纷”、法院所在地“上海”、关键词“夫妻共同债务”、文书类型“判决书”、法律依据“婚姻法”、时间跨度为“2013年7月1日至2016年3月31日”为检索条件，共获得检索结果1555条，通过相关技术软件抓取和筛选，剔除重复和其他无效数据，总计有效判决为1130条。

2. 数据结果

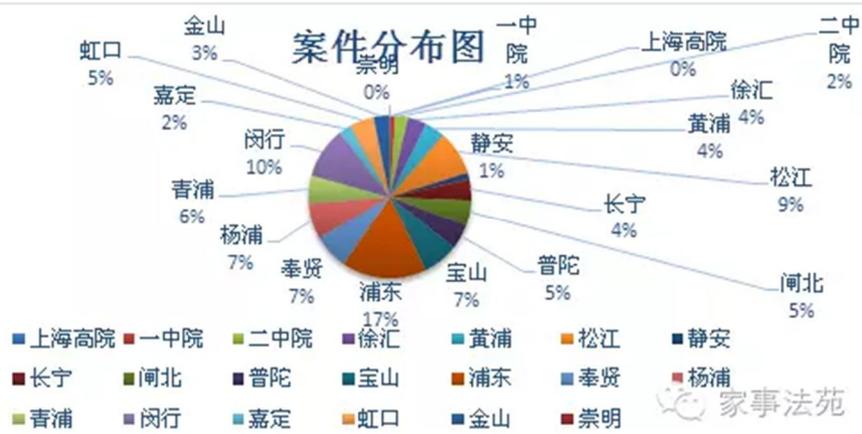
（1）数据汇总【4】

法院	案件总数	认定为共同债务	不支持共同债务	上、抗诉情况
上海高院	0	0	0	0
一中院	12	12	0	0
二中院	28	26	2	0
徐汇	42	40	2	1
黄浦	45	43	2	5
松江	100	93	7	0

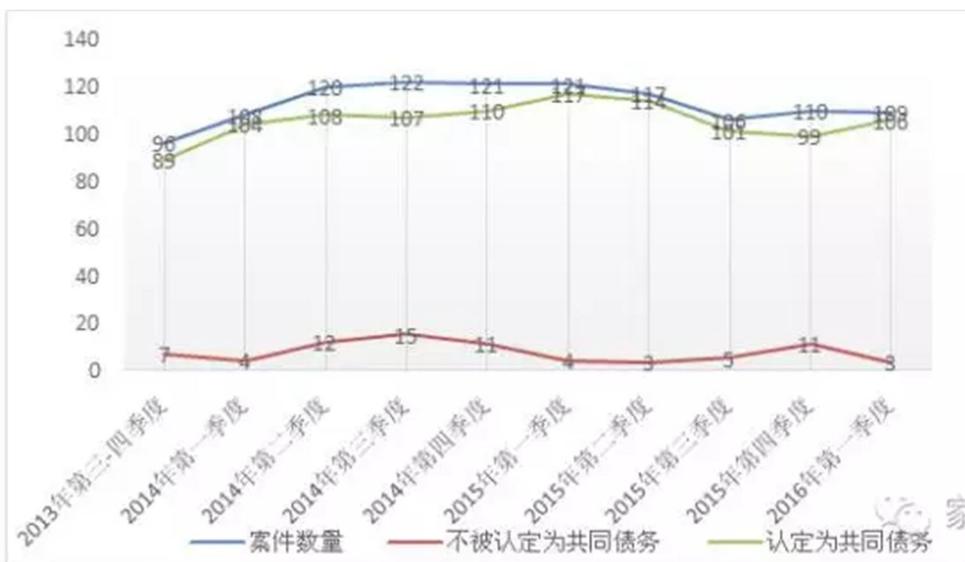
静安	15	12	3	1
长宁	48	45	3	0
闸北	57	51	6	2
普陀	57	54	3	8
宝山	80	69	11	3
浦东	189	179	10	1
奉贤	79	73	6	0
杨浦	81	78	3	4
青浦	64	62	2	2
闵行	115	108	7	0
嘉定	27	26	1	3
虹口	55	51	4	2
金山	36	33	3	0
崇明	0	0	0	0
汇总	1130	1055	75	32

(2) 上海法院案件数量分布图

主要情形	法官具体释明情况	数量
非用于共同生活	原告或第一被告不能举证用于夫妻共同生活。	17
	借款数额巨大	7
	家庭在此期间无需举债，既未添置任何大额财产，也未发生家庭成员患疾病等与借款金额相匹配的重大消费开支事项	4
	借款还赌债	6
	借款吸毒	1
	夫妻一方借贷用于婚外情	2
	借款为一方母亲/父亲所用	2
	第一被告自认债务为个人债务	1
没有举债合意	借款为前夫所用	1
	分居	19
	被告一方对债务不知情	19
	原告或第一被告不能举证夫妻有共同举债合意	16
	离婚过程中	10
	原告知晓被告双方感情不好或者处于离婚状态	4
其他	原告明知债务为夫妻一方的债务	3
	非夫妻关系存续期间	7



(3) 上海法院相关案件数量与时间关系图



(4) 不认定为夫妻共同债务的案件情况

根据现有审判规则及我们检索到的判决，我们着重分析了法院未支持债权人主张，未将系争债务认定为夫妻共同债务的75份判决书，该75份判决书中不认定为夫妻共同债务的情形及法官释明部分的情况分布如下：【5】

主要情形	法官具体释明情况	数量
非用于共同生活	原告或第一被告不能举证用于夫妻共同生活。	17
	借款数额巨大	7
	家庭在此期间无需举债，既未添置任何大额财产，也未发生家庭成员患疾病等与借款金额相匹配的重大消费开支事项	4
	借款还赌债	6
	借款吸毒	1
	夫妻一方借贷用于婚外情	2
	借款为一方母亲/父亲所用	2
	第一被告自认债务为个人债务	1
没有举债合意	借款为前夫所用	1
	分居	19
	被告一方对债务不知情	19
	原告或第一被告不能举证夫妻有共同举债合意	16

“家事法苑”团队奉献

	离婚过程中	10
	原告知晓被告双方感情不好或者处于离婚状态	4
	原告明知债务为夫妻一方的债务	3
其他	非夫妻关系存续期间	7

3. 结果分析

(1) 案件审判情况概述

从我们采集的数据样本来看，上海法院审理的民间借贷案件中符合我们本次研究的问题的主要特征的，除 2013 年三、四季度采集到的数据较少，之后截至 2016 年第一季度每季度公开的判决书数量基本一致。从判决结果上来看，不认定为夫妻共同债务的判决总体数量处于一个极少的水平，除 2014 年第二季度到第四季度之间以及 2015 年第四季度勉强有 10 余件案例外，其他时间数量仅为个位数。

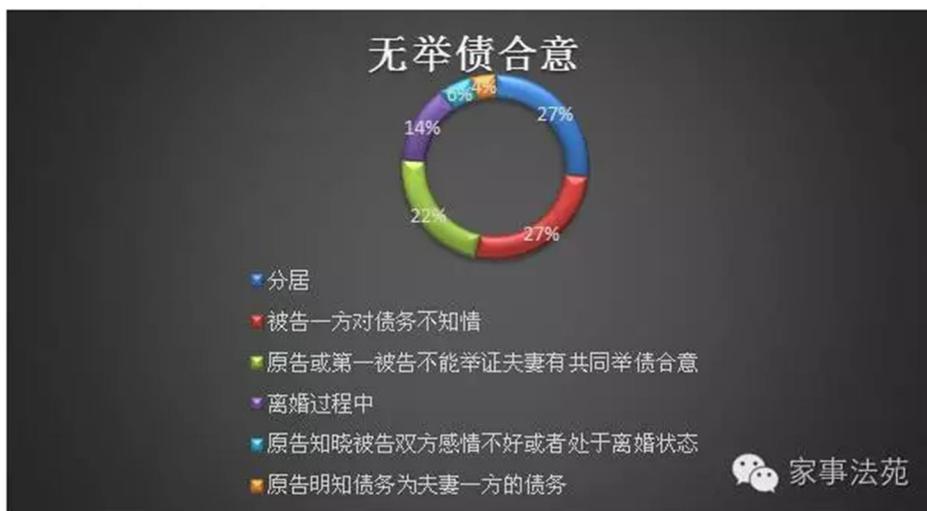
虽然该数据结果应当不是此类案件数据的全部体现，但也大致反映了当下的裁判规则，即以认定为共同债务为原则，不认定为共同债务为例外。

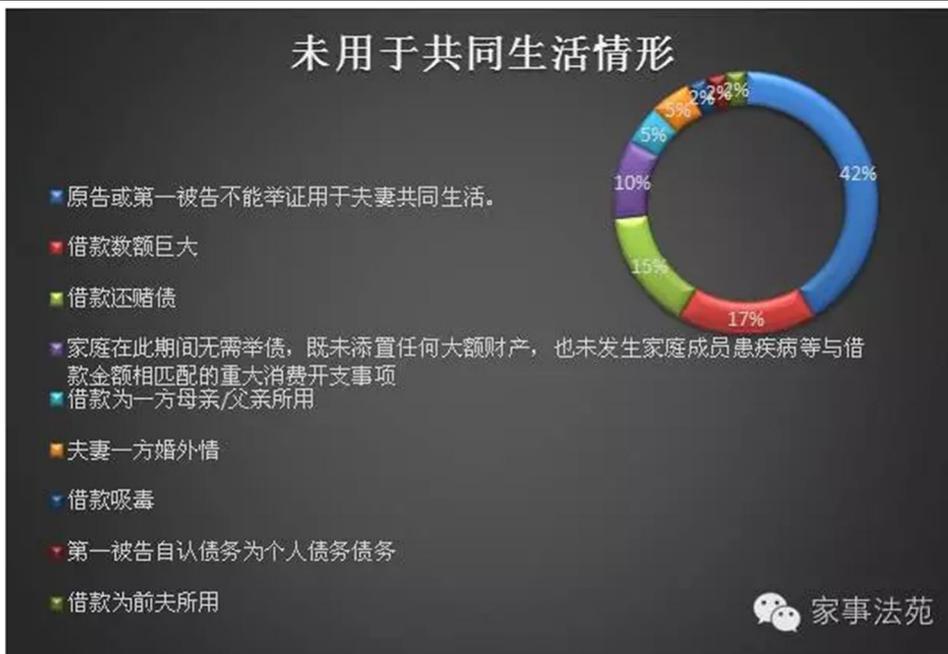
(2) 未认定为夫妻共同债务的情况

在我们检索到的判决数据中，我们就最终裁判结果未支持认定为共同债务的判决的全文，尤其是法官释明部分进行了梳理，未支持共同债务的案件中，法官的理由主要是未用于共同生活和夫妻之间没有举债合意。【6】而这两种情形在总的未支持情形中的占比情况为 41/75、71/75。

由此可见，绝大多数未被支持的案件中法官都认为夫妻之间缺乏举债合意，同时也有相当多（过半数）的案件中法官既认定系争债务无举债合意，又认定了该债务未用于夫妻共同生活。

该两种情况的具体情形大致如下：





(3) 关于举证责任分配

在民事诉讼案件中，举证责任的分配对实体权利有举足轻重的影响，在疑难复杂案件中尤为关键。在本文的研究中，债权人与未举债方的利益冲突在司法实践中最直接的表现就是举证责任的分配，例如我们在数据中看到 2014 年度未支持结果的波动与《答复》有着密切联系，在“认定规则”与“推定规则”尚未被《答复》明确为内外有别之前，法官在认定是否属于夫妻共同债务时，除去“推定规则”明确的两种情况外仍相对灵活，如前文分析的情况，原告或第一被告举证不能、分居、借款数额巨大、原告明知离婚进程中仍借给第一被告等等情形也有可能成为法院最终不认定为共同债务的事实和理由。但在《答复》之后，除去婚姻法解释二第二十四条明确的两类情形（且仅限于明确的该两类情形），法官对此类案件的处理极为保守甚至机械。

就检索到的数据而言，在目前的司法实践中，为避免共同承担债务，未举债方承担着近乎严苛的举证责任：一方面，这类案件中近乎每个未举债方均会主张上述两类情形的抗辩，但实际上被法官最终支持者寥寥；另一方面，我们注意到在较少的中院判决中，上海市二中院曾以“根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条之规定，并非以上诉人对本案借款的发生是否知情或夫妻双方是否属于分居状态为依据来确定是否属于夫妻共同债务”明确表明：即便是夫妻已然分居，原则上还是按照夫妻共同债务认定。【7】如此严苛的举证责任带来的直接后果就是此类案件近乎全部被认定为夫妻共同债务，未举债方几无胜算

三、当前裁判规则分析及反思

1. 当前裁判规则

从上海法院的判例大数据分析结果分析，再结合东方家事多年的实务经验，不难总结出当前裁判规则：

(1) 在涉及案外人的债务处理中，为防止夫妻双方串通危害债权人利益，即便夫妻双方对于债务处理达成一致，法官通常不会在离婚案件中直接处理，而是要求另案诉讼。

(2) 在此类案件中，以认定为夫妻共同债务为原则，以不认定为夫妻共同债务为例外：除非未举债方能证明债务并非用于夫妻共同生活的，原则上未举债方需要对系争债务承担连带偿还责任；在未支持认定为共同债务的判例中，法官的理由主要是未用于共同生活和夫妻之间没有举债合意。

(3) 除去“推定规则”的两类例外情形，一般情况下，无论举债方借贷之时宣称的或者实际借贷债务的用途为何以及债权人与债务人之间存在何种密切联系或利害关系，此类债务均会被认定为夫妻共同债务：

用于夫妻共同生活的举债、举债方对外的经营性债务、举债方举债用于个人消费挥霍甚至在极端情形下的高利贷债务、赌债、用于吸毒的举债；【8】

即便举债人与债权人关系亲密，甚至是直系血亲等直接利害关系人，只要不能证明是明显的虚假诉讼，通常情况下也会被认定为共同债务。

2. 裁判思路分析

要探究当前裁判规则采用“推定规则”的深层原因，有必要梳理裁判规则的法理基础：

首先是我国婚姻法采用的是共同财产制。根据我国婚姻法第17、19条的规定，除非夫妻双方对于夫妻财产制度做出了明确的书面约定的，夫妻双方婚后取得的财产基本为夫妻共同财产。由于历史和文化因素的影响，绝大多数中国家庭实行的共同财产制，实行分别财产制的家庭较少。基于“权利义务对等”这一基本而朴素的法理，立法者认定在夫妻财产关系上应当“一损俱损、一荣俱荣”：既然取得的财产是夫妻共同财产，发生的债务也应是夫妻共同债务。故除非夫妻双方书面约定采用分别财产制且该约定为债权人所知晓的，非举债方均应当与举债方承担连带清偿责任。

其次是夫妻之间的家事代理权。基于夫妻之间的身份关系决定了夫妻中任何一方对外所做的行为均可能使得他人相信其为夫妻双方共同的意思表示，且通常情况下另一方不得以不同意或不知情抗辩，这也是“推定规则”的法理基础之一。虽然我国婚姻法没有明确规定“家事代理权”，但是婚姻法司法解释一第十七条的第一款规定“夫或妻在处理夫妻共同财产上是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产，任何一方均有权决定”实质上确立了我国的“日常家事代理权”，基于这样的“家事代理权”，举债方的举债行为不因未举债方不知情或不同意而当然与未举债方无关。因而，如债权人知晓该借贷明确为一方个人债务，则该债务当然与未举债方无关。

正是基于以上两点，婚姻法解释二第二十四条确立了“推定规则”，在未举债方与债权人之间的权利冲突中，现行司法的天平最终偏向了保护交易安全，促进交易发展。就司法实践而言，我们应当肯定“推定规则”对于保护第三人信赖利益、促进交易，遏制夫妻以假离婚逃避债务事件发生，减轻各方诉讼举证压力、节约司法成本以及推动审判规则在形式上得以统一都发挥了并有着重要且积极的意义。

3. 案件处理窘境及出路

从最初的“认定规则”到“推定规则”与“认定规则”并行，再到“推定规则”成为唯一依据，因为举证责任的分配导向问题直接产生了大量有违实质正义的案件。近年来，在离婚纠纷中，以民间借贷的名义行伪造夫妻共同债务之实的案件处于一个高发阶段，质疑和反对自“推定规则”实施以来也从未间断。

无法回避的司法现状是“推定规则”确实导致许多无辜的未举债方被拖入了举债方伙同第三人构筑的债务泥潭中而无力挣扎，同时也变相促使一部分人为了经济利益不惜铤而走险与第三人恶意构造虚假民间借贷诉讼，甚至出现了大量将自己赌博、吸毒、高利贷、非法集资等欠债伪装成合法的家庭支出的案例。现行裁判规则对于未举债方权利的漠视将加大因婚姻关系缔结给个人财产所带来的风险，实质上损害家庭这一社会基本细胞的稳定性。

而在现有法律规定及裁判规则的框架下如何兼顾实质正义以及形式正义的统一应当是法官在形成内心确信以及进行法律适用时首要考虑的问题。基于本文探讨的案件的特殊性，举证责任的分配往往直接影响最终法律后果——因为举证的艰难，未举债方往往都会承担最终的不利后果。因此，现有的“推定规则”在举证责任分配方面“一边倒”的处理方式有待商榷，对于未举债方提供的抗辩的法律评价也过于机械。

东方家事认为基于前述对于审判思路的分析，在此类案件的处理中，举证责任应当灵活分配，即便“内外有别”，但也应当实现“内外兼修”。一方面，债权人应当对未举债方指出的其存在恶意的情形进行反证，并应当承担初步证明资金用途的举证责任。对于明显不符合常理的一些借贷行为，债权人如不能进行合理举证，由其承担相应责任也是相对公允的。另一方面，举债方应当负有证明资金用于夫妻共同生活而非个人或非法用途的举证责任，对于举债方的举证不能，法官应当综合考虑债权人以及未举债方的各项证据，做出合理的处理。对于虚假诉讼行为应当加以严惩，而对于债权人确系善意的，应当明确夫妻共同清偿后，未举债方可向举债方追偿。

而以最高法院部分法官观点以及部分地方高院的细则为代表的对于现有裁判规则的改良、变革也在酝酿之中。公开途径检索到的最高法院法官【9】观点以及最高院的指导案例【10】指出：

(1) 合理分配举证责任。对于举证明责任问题，要注意根据不同案件事实，区分争议点是配偶双方内部关系还是与债权人之间的外部关系，合理分配举证明责任，同时注意举证责任的转化：如果债权人对债务为夫妻共同债务提供初步证据后，举证明责任就应转化为举债人的配偶一方，由举债人配偶一方对不属于夫妻共同债务的抗辩承担举证明责任，当然如果举债人配偶一方举证明举债人所借债务明显超出日常生活及生产经营所需，或者举债人具有赌博、吸毒等不良嗜好，或者所借债务发生在双方分居期间等情形的，举证明责任就相应地转回到债权人一方。

(2) 夫妻共同债务的认定只能在审判阶段不能在执行阶段。在执行过程中，被追加为被执行人的夫妻一方认为不能执行自己的财产，有权依法提出执行异议；如果该执行异议被驳回，被追加为被执行人的夫妻一方认为执行依据有错误，有权依法提起案外人申请再审之诉；对此再审申请，人民法院应当立案审查，鉴于夫妻一方没有参加原审诉讼，法院可以提审或者指令再审；进入再审后，鉴于原审诉讼遗漏当事人，人民法院可以依法撤销原审判决，发回重审。

(3) 严厉打击虚假诉讼。如果举债方与债权人恶意串通，认可这一债务存在。作为共同诉讼人，未举债方可以根据法律和民间借贷司法解释的相关规定，特别是民间借贷司法解释第19条关于判定虚假诉讼的十项规定，要求对方举证证明自己所主张的债权债务存在并具有合法性；如果未举债方有证据，也可以由未举债方举出的证据证明对方债权债务关系的不存在或者非法。人民法院应当根据法律和司法解释的规定综合双方当事人的举证和质证情况，对债权债务关系是否存在或者是否合法作出判定。

(4) 夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务。担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同生活债务，夫妻一方对外担保之债不能适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务处理。

应当指出的是上述这些新的观点反映了目前以最高院部分法官为代表的裁判思路调整的趋势，但是这些观点在未形成新的法律规定或者司法解释之前，对于法官审判而言仅具有参考意义，也就是说在相关的法律规定或司法解释做出调整之前，当前的裁判规则将继续有效，并将继续作为绝大多数案件的审判依据。

四、结语

诚如上文分析，即便已经出现了对于现行审判规则的调整，但在现行审判规则尚未有重大变化的情况下，如何防范和应对可能的此类案件呢？结合团队多年的实践经验，东方家事提出以下建议：

1. 在双方关系恶化之际，尽早固定夫妻双方名下财产和负债状况。

在目前审判所持的观点中，但凡是未被举债一方用于赌博等非法活动的借贷均可能被认定是用于共同生活。那么，在双方关系恶化之后，若双方通过各种方式确认了夫妻双方名下财产和负债状况，对于举债方提出的超出双方共同确认债务范围的债务，非举债方可以进行较为有力的抗辩，对于法官认定债务是否为夫妻共同债务的内心确信也有着较大影响。

2. 如夫妻感情确已破裂，应当尽快解除婚姻关系。

基于当前的裁判规则采用“推定规则”，出现了大量在离婚纠纷期间伪造夫妻共同债务的民间借贷案件。夫妻共同债务的基础在于婚姻关系的存续。因而，在夫妻感情确已破裂的情况下，应当积极采取法律措施解除婚姻关系，一旦婚姻关系解除，基于婚姻关系而存在的共同债务便不可能发生。而在婚姻关系解除后，再伪造婚姻关系存续期间夫妻共同债务客观上也增加了难度，通常也很难被法官认可。

3. 如无法快速离婚的，应当尽快采取分居等法律措施并有效固定证据。

因为我国现行立法对于婚姻关系保护的重视，解除婚姻关系，尤其是在一方不同意离婚的情况下，往往需要耗费巨大的时间和精力，因此，在分居阶段仍然存在着另一方举债进而导致未举债方受损的可能性。即便现行审判规则对于分居后直至婚姻关系解除之间发生的债务在无其他符合“推定规则”明确规定的情形下一般会认定为共同债务，但如能固定好夫妻双方分居以及在分居期间没有经济往来的证据，不管是从无举债合意，还是从举债未用于夫妻共同生活的角度，均能起到较好的抗辩作用。

4. 尝试证明基础借贷关系不成立。

在举债方与债权人口径一致的情况下，证明一方举债为其个人债务极其困难。非举债方可尝试从借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实着手，否定借贷关系的真实性。团队律师曾经为一位客户成功代理过其从事高利贷经营丈夫在离婚纠纷期间“导演”的多次民间借贷案件，通过对于借贷关系细节充分详尽调查以及娴熟的法庭交叉询问技巧，说服法院否定了借贷关系的真实性，成功阻止了男方系列民间借贷诉讼的进攻，避免了女方财产被男方以虚假民间借贷诉讼吞噬的风险。

鉴于当前夫妻共同债务认定中裁定规则的漏洞可能给非举债方带来的巨大财产风险，高净值人群应高度重视婚姻财产风险防范，采用一系列完整的婚姻财富风险管理策略：制定合法有效的婚前或婚后财产约定，就婚前财产及婚后个人财产单独设立信托、就婚后夫妻共同财产共同设立信托，购买大额人寿保单。

注释：

【1】“离婚时，原为夫妻共同生活所负债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”

【2】“夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。

下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：

- (1) 夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。
- (2) 一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。
- (3) 一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。
- (4) 其他应由个人承担的债务。”

【3】“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

【4】说明，本数据是基于“中国裁判文书网”上已公开的判决书，该部分公开的判决书并非司法实践中所发生的全部判决书，故上诉、抗诉案件与初审等案件的数量无法对应，如基层法院上诉的总案件数小于一、二中院相关案件数量等。除此之外，也无法统计上诉、抗诉以及是否被维持或改判的比例等数据。

【5】因一项案件可能涉及多种情况以及部分判决法官未对判决依据的主要情形详加释明，故该处各项数据之间既非一一对应也非完全并列的关系。

【6】我们还注意到有一部分案件的债权人要求债务人的“前妻”/“前夫”承担共同还款责任的，与本次研究的主要内容不符，因此不做深入探究。

【7】(2016)沪02民终4045号

【8】在以浙江法院为代表的少数较为开明的地域，法官对于明显用于非法目的的，如赌债、吸毒的，也有不支持认定为共同债务的判例；但在全国多数法院，如上海法院，对于此类情形不认定为共同债务也相当谨慎，即便是有极大可能性是用于非法目的的，仍认定为共同债务。

【9】2015年12月24日最高院民一庭程新文庭长《关于当前民事审判工作中的若干具体问题》以及人民法院报2016年3月3日《家事审判改革为相关立法提供实践依据——专访最高人民法院审判委员会专职委员杜万华》。

【10】《民事审判指导与参考》2016年第1辑（总第65辑）

律师代理婚内抚养费案件的经验和体会

《婚姻家庭纠纷案件律师业务》法律出版社 2014年11月版

杨晓林律师 北京天驰君泰律师事务所高级合伙人

在婚姻家庭领域，当事人并不主张离婚，但却要向对方主张支付抚养费的纠纷日益增多，夫妻双方负有相互抚养的义务，此项权利应受到保护。

这几年我先后代理过几起婚内抚养费案件，积累有一定经验和体会。律师代理此项业务时应注意把握抚养费的法律内涵及其构成要件，以便更好维护当事人的权益，降低诉讼的风险。

一般说来，广义的抚养是指一定亲属之间相互扶助和供养的法定义务。根据扶养关系双方地位的不同，广义的抚养又进一步被细分为抚养、扶养和赡养，其中抚养是长辈亲属对晚辈亲属的扶助和养育；扶养是平辈亲属间的供养和扶助；赡养则是晚辈对长辈亲属的扶助和供养。夫妻属于平辈亲属关系。

《中华人民共和国婚姻法》第20条明确规定“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给抚养费的权利。”因此在我国虽然没有明文规定配偶权，但在夫妻双方缔结婚姻关系后，就形成了一系列财产和人身关系，夫妻双方负有的相互扶助和供养的义务称为扶养，夫妻之间的权利义务有共同生活、参加就业、相互忠实、保留自己的姓氏以及相互扶助等。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有要求对方履行扶养义务的权利，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等。

一、夫妻间扶养法律义务的构成要件以及人民法院处理该问题的一般思路

【案例1】分居后生活困难妻子要求丈夫扶养获支持[1]

原告（女方）：田女士

被告（男方）：赵某

原告诉称，因双方夫妻感情确已恶化，不能共同生活，现已分居数月。由于夫妻共同财产均由赵某控制，原告又无其它经济收入，现生活十分困难。因双方尚存在夫妻关系，赵某依法对原告有扶助的义务。故要求其每月给付原告生活费1000元。

被告辩称，现被告年事已高，并患有各种疾病，也无子女。田某走后，被告为了生活，现在在村绿化队劳动，每天收入12元。家中虽有存于被告名下存款26万元，但其中10万元是被告哥哥让其为他建房的钱，但未来得及建，被告的哥哥就去世了，故此款与被告的存款存在一起；现田某未与被告共同生活，被告既无能力，也无义务给付其生活费。不同意田某的诉讼请求。

北京市顺义区人民法院经审理查明，双方于1981年结婚，田某系再婚。双方婚后未生育子女。2004年7月，双方分居生活至今。另查，田某与其前夫生育两子三女。赵某陈述，家中现有存于其名下存款26万元，其中10万元为其兄建房款。对此，田某提出质疑，但赵某未能提供证据予以证实。

法院认为，夫妻有互相扶养的义务。双方虽已年迈，但在双方分居生活后，赵某作为掌握夫妻共同财产一方，依法对田某负有扶养的义务。对于赵某给付扶养费数额，法院根据田某基本生活需要及双方各自年龄、有无子女赡养等实际情况酌定。田某请求生活费数额明显过高，法院不予支持。最后，法院判决，赵先生每月给付田女士生活费二百元，均于每年一月十日前给付。

【案例2】一年前取巨款 今要妻子扶养无法证明钱款耗尽法院不支持[2]

原告（男方）：施某

被告（女方）：陆某

2003年6月，施某曾患有肾结石，经诊治后没有复发。2005年7月底夫妻分居。今年3月，施某又因急性肾炎入住医院治疗多天，出院后一直未间断服用药物。几个月后，施某的病经医院诊断有所好转。7月上旬，施某和陆某又发生争吵。事后施某诉至上海市南汇区人民法院要求妻子扶养。

在法庭审理中，施某诉称，陆某应尽到妻子的责任，对患有慢性疾病、无业的丈夫作日常护理，并支付住院、治疗及生活费2万元。

陆某则辩称，丈夫患的是急性肾盂肾炎，经过治疗是可以康复的；丈夫身强力壮能自食其力；且丈夫掌握着大部分家庭共同存款，因此其提出的诉求是无理的，自己不能同意。她申请法院查实施某名下的银行存款，以查清其是否真的无力支付医疗、护理及生活费用。

经陆某申请，法院向银行查询了施某的个人存取款情况，结果是：2005年6月23日提取个人名下夫妻共同存款20.5万元。

法院审理后认为，施某虽然强调目前没有生活、治疗之经济来源，但由于对其领取的存款未能作出确已耗尽的合理解释，因此法院无法采信。结合施某的诉讼请求额，以及近年来的生活、治病消费情况分析，目前法院不能认定施某确实处于缺乏生活、治病之经济保障，乃至必须依靠陆某扶养的程度。因此，对于原告诉求，法院不予支持。

法院强调，夫妻间的扶养义务是相互的、对等的。夫妻间双方均应自觉履行，特别是在一方年老、多病或丧失劳动能力、生活困难的情况下，有负担能力的一方，更应主动承担扶养义务。然而，在这起夫妻扶养费纠纷案中，施某起诉要求妻子扶养，因不符合我国《婚姻法》关于夫妻扶养规定的精神，因此法院难以支持其诉求。

由这两个案例，我们可以看到，我国婚姻法中所指的扶养，主要是指夫妻在生活中相互供养的法律责任。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，而另一方既不履行法律规定的夫妻扶养义务，也没有对配偶给予生活上的帮助。

从这一法律责任的构成要件分析，该扶养义务的前提有两个条件即一方确实需要扶养，对方确实具有扶养能力。

所谓一方确实需要扶养，是指一方无独立生活能力，具体包括：丧失劳动能力、无固定收入，缺乏生活来源、年老、患病，等等，生活水平将急剧下降、不能维持当地群众一般生活水平。

二是另一方确实有能力扶养，给付扶养费的一方，应该是从婚姻中获得利益的一方，并且是有相应经济能力和经济条件承担给付者，可以通过物质上的资助等方式使另一方能够生活（当然，如果能够同时考虑物质和精神方面的抚慰和照顾则更应为全社会所提倡和发扬），摆脱困难境地。

只有上述两个条件同时具备，夫妻之间才互负扶养义务。

《婚姻法》第二十条规定，仅是原则性地规定了夫妻之间互相存在的扶养义务，以及一方不履行该义务时对方有要求其给付扶养费的权利。但是，由于这一法条以及最高人民法院关于婚姻法的司法解释中均没有对在何种情形下夫妻一方需要扶养，而对方必须履行扶养义务作出具体明确的规定，因此，在司法审判实践中，法院在处理此类案件时，经常是从综合权衡当事人双方利益以及价值取舍的角度出发，以达到准确适用上述法条的原则性规定，并力争做到公平、合情、合理的目的。

由于婚姻法对夫妻之间的互相扶养义务仅作出一些原则性的规定，缺乏针对性，因此，法院在处理具体个案时，自由裁量的权限较大。换言之，在适用婚姻法处理关于夫妻之间互相扶养义务的案件中，既要考虑提出扶养诉求一方的实际情况，同时也要兼顾对方的履行能力。

在此需要着重指出的是，在很多此类案件中，负有扶养义务的一方经常以对方处有一定数量的共同财产为由，拒绝给付扶养费。在司法审判实践中，从保护生活困难一方的生存利益出发，人民法院把握的原则一般是只要能够确认生活困难一方对夫妻共同财产去向的解释存在合理性，就会支持其诉讼请求，而将双方有关夫妻共同财产的争议留待离婚诉讼中解决。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，律师特别应予注意。

二、律师代理抚养费案件应着重考虑的基本因素。

【案例3】涉外婚姻外方离婚不成断绝供养家庭主妇主张维持原生活水平被支持[3]

原告：齐**（化名），1979年5月15日出生，汉族，无业。

被告：彼得（化名），1977年12月9日出生，某国公民，某跨国公司员工

齐**与彼得于2004年5月26日登记结婚。婚后由于被告的收入较高，原告齐**一直没有就业，担任全职太太，2006年6月双方感情出现变故，双方开始分居，被告曾于2006年7月18日提起离婚诉讼，经法院调解后撤诉，自原被告双方分居后，原告一直未有固定工作，处于失业状态，没有任何的收入，居无定所，生活十分困难。原告向法院提起抚养费之诉，要求被告支付自2006年6月至起诉时原告为生活而产生的借款3万元，被告在婚姻存续期间，每月支付抚养费（含生活费、医疗费、择业培训费、再教育费）9000元，房租4000元，合计每月支付13000元。

在庭审中，原告提供了彼得在欧洲公司的工资单翻译件，证明其每月税后收入为2068.56欧元，并提交了2006年10月该供职公司的工资单原件和该公司人力资源部出具的收入证明，证明其每月税后收入为6929.16元人民币。

一审法院认为：需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利。因原告齐**婚后一直未有固定职业，主要依靠彼得（化名）的收入生活。现双方分居伊始，齐**需要一段时间就业。在此期间，彼得应当支付齐**必要的生活费和房屋租金。

一审法院判决：

一、彼得于判决生效后十日内给付齐**2006年6月至2007年1月的生活费共计九千六百元，并自2007年2月至同年5月，每月给付齐**生活费一千二百元。

二、彼得于判决生效后十日内给付齐**2007年1月的住房补助费一千五百元，并自2007年2月始至同年5月每月给付齐**住房补助费一千五百元。

一审判决后，被告彼得不服，以齐**不存在需要扶养的前提、一审法院认定给付一年的抚养费时间过长、确定扶养费的依据不符合事实为由，提起上诉，请求撤销原审法院的判决，驳回齐**的全部诉讼请求。

二审法院审理认为：我国的婚姻法第二十条规定，夫妻间有互相扶养的义务。彼得和齐**因感情问题现已分居生活，因齐**婚后一直未有固定的工作，主要依靠彼得（化名）的收入生活，故从保护妇女合法权益方面考虑，原审法院判定由彼得（化名）支付齐**一段时间内必要的生活费和房屋租金是恰当的，鉴于齐**长期在北京生活，原审法院适用北京市城市居民人均消费支出标准并结合齐**的生活需要以及彼得（化名）的实际收入情况，酌情确定生活费及房屋补助费也是符合客观实际的，但应当指出齐**也应尽快调整自己的生活状态，寻求合适的职业，实现自食其力。判决驳回彼得的上诉，维持原判！

案例2中，在常人看来，女方提出的诉讼请求与一般此类案件当事人主张的几百元抚养费相比似乎有些离谱，但是我们要看到，随着社会的发展，我国确已出现了许多富裕家庭，生活水平要远高于社会一般水平，家庭主妇专事家庭事务而不参加工作，但它们发生家庭危机时，当事人的主张很可能会超越我们一般公众的思维承受范围，

作为律师必须要认真全面地了解案情，合理地确定诉讼请求。本案代理女方当事人的律师提出的思路是，在确定抚养费的数额时，应当以公平合理为原则，并且要结合个案的具体情况，综合考虑以下因素：

1) 双方的经济能力（财产来源）。给付抚养费一方的负担能力和受抚养人的经济需要。在本案中被告的真实收入极高，完全能够承担起原告的抚养费请求。

2) 配偶双方在家庭内部的分工及对婚姻贡献的大小，原告身为中国名牌高校毕业，完全有能力自食其力，但是她放弃工作，全力操持家务，对家庭的贡献并不比被告差。

3) 双方婚姻存续时间的长短，双方已经结婚近三年，此前感情一直十分融洽。

4) 双方当事人目前的健康状况，女方身体患有多种疾病。

5) 双方分居前的生活水平及目前双方生活水平的差异影响程度。这是问题的关键，被告支付抚养费使原告所达到的生活水平应尽可能与分居前保持一致或接近，在一定时期内不应相差悬殊，否则对原告是极其不公平的。

6) 婚姻双方当事人各自的谋生能力和手段。原告虽然也是名牌大学毕业，但是婚后专事家务，目前其在社会上谋生能力有限，完全实现自食其力尚需要一个相当长的过渡时期。而被告不存在这种情况，有能力也有义务从经济上帮助原告尽快做到这一点。

法院最终基本上采纳了律师的观点，维护了当事人的利益，当事人非常满意。。

前面已经提到，在我国目前司法审判实践中，对于夫妻之间的扶养义务，人民法院一般是根据案件的具体情况酌情处理，即满足需要扶养一方的基本生活需要和必要的其他开支，如生活费、医疗费等。也就是说，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，而不是鼓励人们不劳而获，二审法院在判决书中就十分中肯地指出希望“齐**也应尽快调整自己的生活状态，寻求合适的职业，实现自食其力。”

实际生活中，夫妻之间发生的抚养费诉讼，往往是双方之间已经存在矛盾甚至分居，此时如过度满足一方的要求，往往会导致夫妻财产关系上的不公。随着法律知识的普及、法律意识的增强，夫妻之间有关扶养纠纷的焦点主要集中在抚养费的具体数额上。一般情况下，人民法院根据以下基本原则确定夫妻抚养费给付标准：需要扶养一方的实际需要(包括生活费、医疗费等)、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(以政府职能部门公布的数据为准)。，一般应综合考虑夫妻各自的收入、家庭财产情况、健康状况、年龄因素以及家庭内需要供养或抚养的情况等。关于扶养义务的履行方式，在正常的婚姻关系中为共同生活和相互扶养帮助。在离婚案件或夫妻已分居的案件中，由于双方在日常生活中的扶助和精神上的慰藉在客观上已不可能，故只能通过定期或一次性支付抚养费来解决。

律师代理当事人主张抚养费给付标准、方式及种类的基本思路。律师代理此类案件确定是否给付抚养费，应当以公平合理为原则。夫妻离婚后抚养费给付标准也即扶养的程度，应与扶养义务人的扶养能力和扶养权利人的需要相适应。通常应以维持扶养权利人原有生活水平为基本标准，同时应不低于扶养权利人所在地的一般生活水平。结合世界各国及我国港澳台地区的实践经验，具体应着重考虑以下因素：[4]

第一，双方的经济能力（财产来源）。给付抚养费一方的负担能力和受抚养人的经济需要，这是抚养费给付制度与离婚自由原则不相冲突的关键所在。无负担能力者，无论其是否有过错均不应要求其承担抚养费给付责任。

第二，配偶双方在家庭内部的分工及对婚姻贡献的大小。这里的贡献包括有形贡献，如家庭财产的主要贡献者，也包括承担抚育子女或赡养老人或料理家务等无形贡献。

第三，双方婚姻存续时间的长短。结婚时间越长，对当事人生活的影响越大，要求对方给付抚养费的理由就越充分。

第四，双方当事人的年龄和健康状况。发生纠纷时当事人年龄较高，已经退休或者接近退休年龄，或者数年内将要退休的，对其未来生活的影响就越大，要求对方给付抚养费的理由就越充分。

第五，发生纠纷前的生活水平及目前双方生活水平的差异影响程度。当事人双方的生活水平应尽可能与分局前或发生纠纷前保持一致或接近，在一定时期内不应相差悬殊。当然，设想经济状况完全不受影响，也是不现实的。

在目前司法审判实践中可按照一方请求人的不同确定不同的给付标准：对于离婚后不能维持自己合理的或基本的生活需要的请求人，可按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准给付抚养费；对于离婚后婚姻关系存续期间的生活水平将急剧下降的请求人，可根据双方当前收入差距、抚养子女需要及其他情况确定。难以确定的，可参照精神损害赔偿的标准给付，即按照受诉法院所在地上年度职工平均工资标准或者上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准给付抚养费。

第六，婚姻双方当事人各自的谋生能力（也称“挣钱能力”）。包括在可以预见的将来能够拥有或者可能拥有的其他经济来源。有的当事人婚后主要时间在读书，从学士到硕士、再到博士或者出国留学，离婚时因尚未完成学业或刚走出校门，无良好的职业或经济条件，然而其谋生能力无疑很强，未来的收入极为可观，当然应该扶养原配偶。

第七，双方当事人各自的经济负担。监护照顾未成年子女及赡养老人的情况。监护未成年子女的人数、与未成年子女共同生活的一方，更有理由要求对方给付一定的抚养费。

第八，双方当事人的品行，双方目前发生纠纷原因是否存在法定过错，如对提供者一方或者亲属有虐待等犯罪情况，受扶养人与他人有同居行为等。严重违背婚姻义务的当事人，无权要求对方给付抚养费，对方当事人可以拒绝给付。

[5]

第九，双方是否存在婚前或婚后财产约定，双方个人实际拥有和得到的财产数量和价值可能会直接或间接地影响各方的经济条件，决定是否给付抚养费、给付数额和给付期限时，应当考虑各方得到的夫妻财产份额。不过，抚养费给付与夫妻财产分割是两回事，不能相互替代。

第十，在抚养费给付的处理方式上，可以由当事人双方协议给付，也可以由法院调解或判决给付；对当事人关于抚养费给付方式、标准的协议，只要不违背法律强制性规定，应当确认其具有法律效力。

在给付方式上，可以是金钱给付，也可以是提供居所，还可以是其他合理方式，如提供适当就业机会、对因疾病等生活无法自理者给予生活起居上的照料等，提倡以金钱给付为主要方式。金钱给付可以是按期给付，也可以是一次性给付。

A股上市公司证券非交易业务大“揭秘”

——从婚姻、继承导致A股股票非交易过户案例探析

2016-10-17 中伦视界 贾明军 蓝艳

近年来，随着大量优秀民营企业涌入上市公司的行列，许多“夫妻店”、“家族店”一跃成为了富豪榜上的领军人物，一次又一次地刷新着富豪榜的排列组合。但是随着财富的不断累积，随之而来的家庭矛盾导致的夫妻婚变、“创一代”因身体或其他原因导致家族产业的传承问题也慢慢浮出了水面，“天价离婚案”、“天价继承案”不断地进入公众的视野。虽然其中的部分案件涉及了复杂的诉讼和家族纷争，但是还是有很大一部分案例是在一片“祥和、安宁”的气氛中解决的。而和平解决这些问题的主要手段就是依靠上市公司证券非交易过户方式完成上市股票的分割及继承问题。

由于笔者所在的团队长期从事上市公司股权分割及传承的研究，对于上市公司证券非交易业务有较为深入的研究，希望通过本文带领广大读者一同从婚姻继承案例方面解密这项业务的来龙去脉。

一、上市公司股票非交易过户的案例回顾

根据笔者的不完全统计，上市公司股东因“和平分手”而通过证券非交易过户方式解决离婚财产分割的案例已不鲜见。

例如：国内“公关第一股”L公司股东由男方持股，因离婚财产分割将男方名下4.59%的股票通过非交易过户方式分割给女方并保留了女方所持股票对应的表决权，股票价值近2亿元[证券日报网：

<http://www.ccstock.cn/gscy/qiyexinxi/2016-01-29/A1454060286191.html>，最后访问时间：2016年9月17日]。

G公司股东男方因离婚财产分割将名下9.22%的股票非交易过户方式分割给女方，不但使得男方支付了1.43亿元的“共同财产分割对价款”，而男方也从公司第二大股东滑落到第三位，而女方则“空降”至并列第三大股东的位置，并且还一度引发了G公司跌去了股价的15%[腾讯网：<http://finance.qq.com/a/20111208/001286.htm>，最后访问时间：2016年9月17日]。N公司实际控制人即男方在公司刚上市2年左右就因离婚财产分割将自己名下16%的股票通过非交易过户的方式分割给了女方，当时股票市值约合5.2亿元[网易财经：

<http://money.163.com/13/0828/21/97D7H6IJ002540BQ.html>，最后访问时间：2016年9月17日]。

当然，除了因“和平分手”以为，因上市公司股东、实际控制人遭遇各类意外过世而需要通过证券非交易过户方式解决遗产分割的案例也有很多。

例如：R公司控股股东R先生在没有遗嘱及遗赠抚养协议的情况下过世，其配偶及两个女儿按照法定继承并通过证券非交易过户的方式获得了其个人所持有30%左右的上市公司股票，成为了R公司的控股股东

[<http://finance.qq.com/a/20150126/084150.htm>，最后访问时间：2016年9月17日]。

“家事法苑”团队奉献

G公司大股东Y先生突然逝世,包括其配偶在内的6名继承人,通过提交相关公证文件办理了证券非交易过户,直接及间接继承了Y先生个人所持有的超过40%的上市公司股票,而Y先生的配偶更成为了G公司的新实际控制人[<http://finance.people.com.cn/stock/n/2012/0705/c222942-18452440.html>,最后访问时间:2016年9月17日]。

Y公司第二大股东T先生持有该上市公司超过15%的股票,后因病过世,其生前所持公司股份因其他继承人主动放弃而由其配偶L女士一人继承,其所继承的股票最终也是通过证券非交易过户的方式来实现[东方财富网:<http://finance.eastmoney.com/news/1354,20150304482685612.html>,最后访问时间:2016年9月17日]。

二、上市公司证券非交易业务的法律依据及业务流程 证券非交易业务的法律依据

2011年7月1日,中国证券登记结算有限责任公司(以下简称“中登公司”)根据《证券法》、《公司法》、《证券登记结算管理办法》等法律法规、部门规章的规定,以及中登公司《证券登记规则》和上海证券交易所、深圳证券交易所、中登公司联合发布的《上市公司流通股协议转让业务办理暂行规则》等有关业务规则,制定了《证券非交易过户业务实施细则(适用于继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形)》。其中第二条明确规定“登记在本公司开立的证券账户中的A股股票(不含非流通股)、债券、基金(限于证券交易所场内登记的份额)、权证等证券,因发生证券继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形之一涉及证券持有人变更的,作为过出方和过入方可以申请办理非交易过户登记”。中登公司以上述实施细则规定了因离婚、继承涉及的证券过户登记可以适用非证券交易过户的方式。

2016年1月4日,中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司发布了关于证券非交易过户业务指南的修订通知,对证券非交易过户的政策法规和业务规则进行了最新的修订(以下简称“业务指南”),其中对于因继承引发的证券非交易过户业务,增加了“遗赠”部分,而离婚财产分割仍然还是属于证券非交易过户业务的一种。

证券非交易业务的业务流程

1 继承所涉证券过户该业务指南的第五章第十六条至第十七条详细规定了因继承原因申请证券非交易过户时需要提交的证明文件及应当注意的问题。其中办理该项业务最重要的文件即“能够说明遗产归属的法律文书”,这些文书主要包括继承公证书、经公证的遗赠抚养协议、已生效的法院调解书、判决书。而关于继承公证书,除了要求必须符合《继承法》、《婚姻法》等法律法规的规定以外,还需要注意所过户的证券是否存在夫妻共同财产分割的问题、放弃继承后再次申请赠与的非交易过户问题以及未成年继承人的说明问题。这些都是在通过继承公证的方式办理非交易过户时必须关注的问题,否则可能直接影响了相关业务的顺利办理。2 离婚财产分割所涉证券过户该业务指南的第六章第十八条详细规定了因继承原因申请证券非交易过户时需要提交的证明文件。根据我国《婚姻法》第三十一、三十二条的规定,男女双方自愿离婚的,可以到婚姻登记机关申请离婚,即通过民政局办法离婚证的方式解除婚姻关系;而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,即通过法院出具调解书、判决书的方式解除婚姻关系。因此,通过不同途径办理的离婚手续,其获得的法律文件也不同,在申请证券非交易过户时,应特别注意两种不同方式所需要提交的文件。其中特别需要提请读者注意的是,通过民政局办理离婚的申请人,其不但需要提交离婚证,最重要的是要提交“经公证的离婚财产分割协议”。另外,如果是通过法院出具调解书、判决书的方式离婚的,则离婚判决书、调解书必须说明股票分割的情况,否则还是要提供公证书。而根据笔者实际的操作经验,公证处一般不对直接对离婚协议书出具公证书,而是基于因离婚而涉及的财产分割内容进行公证,一般公证的文件为《财产分割协议》。

三、持股5%以上的股东办理证券非交易业务的特别流程

根据笔者所列举的案例可见,很多上市公司的离婚方或被继承人都是该企业的控股股东或实际控制人,其所持有并需要分割的股票远远超过了该公司股票总发行数量的5%以上。根据业务指南第五条的规定,这类股票在申请办理证券非交易过户之前,必须履行有关的信息披露义务,且在履行信息披露程序之后还需要经证券交易所的确认,这些程序都是申请过户手续前必须完成的,否则相关的股票将无法顺利完成非交易过户手续。除了该规定以外,结合笔者实际操作并办理的证券非交易业务,持股5%以上的股东办理该业务时可能还会涉及到股票限售承诺及相关的信息披露事宜。

上市公司需要发布关于股票权益变动提示性公告

无论是上述案例中提到的上市公司,证券非交易过户所涉及的股票数量都已经远远的超过了5%,有的甚至超过

了30%。而翻看这些上市公司的公告，无一例外的都就该股票变动发布了《关于权益变动提示性公告》，其中需要明确载明本次权益变动详细原因、所涉及股票分割的数量及对象、股票分割后的持股情况，相关的股票变动是否会导致公司控股股东或实际控制人发生变化，也需要进行特别说明。

同时该公告还需要附上相关的被查文件，包括判决书或调解书或财产分割公证书、简式权益变动书以及详式权益变动书等。

信息披露义务人需签署权益变动报告书

依据《中华人民共和国证券法》、《上市公司收购管理办法》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第15号—权益变动报告书》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第16号—上市公司收购报告书》等法律、法规和规范性文件的规定，因离婚财产分割或继承所涉及的股票的减持人及增持人均均为信息披露义务人，信息披露义务人（包括投资者及其一致行动人）应在《详式\简式权益变动报告书》中披露其在该上市公司所拥有权益的股份的情况。以《简式权益变动报告书》为例，至少应当载明以下内容：

（1）信息披露义务人的基本情况；

（2）是否持有或控制其他境内或境外上市公司发行在外股份总额5%以上的情况；

（3）本次权益变动决定及目的，如：因婚姻变动，根据某法院判决书或调解书或财产分割公证书而进行的股份分割；

（4）权益变动方式，包括：股份变动的方式、信息披露义务人持股情况、本次权益变动的基本情况、前6个月内买卖上市交易股份的情况等；

（5）其他重大事项，包括：应披露的其他信息、信息披露义务人声明、其他相关说明等；

（6）备查文件，包括：信息披露义务人身份证复印件、判决书或调解书或财产分割协议书及经签署的报告书等。

上市公司应在公司留存备查文件

上市公司应将上述报告中提到备查文件留存在公司，一般会存放于上市公司董事会办公室供有关部门或人员进行查询。

限售承诺或一致行动协议等

如果所涉及的上市公司股票是处于限售期的股票或股票减持人在减持股票前对于股票有相关的承诺或与其他人签署了一致行动协议的，受让股票的一方还可能就需要就股票原本所受的锁定承诺出具相关的承诺书或遵守原有的一致行动协议书。

如：L公司股东的前妻在获得相关股票后，承诺遵守首发限售，遵守一致行动协议，表决权委托前夫行使；N公司股东的前妻在获得股票后不但要承诺遵守该股票首发限售，同时还受到高管限售股票的限制；R公司及G公司的继承人都对外承诺继续履行被继承人在持有股票阶段所做的相关承诺。

综上，上市公司证券非交易业务通过“和平”的方式解决了上市公司股东因离婚或继承问题引发的股票转让问题，该种方式交易手续简便、不引发相关的税务问题且操作过程也不复杂，是上市公司股票分割的一种重要的手段。但其中涉及到的相关法律适用、业务流程操作及注意事项则需要申请者特别的留意，且相关上市公司也应当予以积极配合。上市公司承载着整个公众社会的利益，涉及上市公司的每一个问题都事关重大，因此需要得到更多的关注！

上市公司非交易过户手续，虽然似乎只是流程问题，但办理环节复杂、涉及时间跨度相对较长，相关政策变化频繁，同时，当事人的情绪起伏变化、相关社会舆论压力等也都会造成一定进程影响，承办律师应综合掌握、及时学习，对得起客户的信任！

（五）文件选读

《亲权鉴定技术规范》2016新版规范启用，全文收藏！

2016-10-13 司法鉴定服务平台

各省、自治区、直辖市司法厅（局），新疆生产建设兵团司法局、监狱局：

为切实加强司法鉴定标准化工作，保证鉴定质量，适应司法鉴定工作需求和科学技术发展，司法部组织有关专家对 2010~2011 年颁布的《亲权鉴定技术规范》等 8 项司法鉴定技术规范进行了修订，现予印发，推荐适用。自印发之日起，该 8 项技术规范旧版废止，不再适用。

司法部办公厅
2016 年 9 月 22 日

以下为标准全文：

亲权鉴定技术规范
SF/Z JD0105001——2016

引言

本技术规范运用法医物证学、遗传学和统计学等学科的理论和技术，结合法医物证鉴定的实践经验而制订，为亲权鉴定提供科学依据和统一标准。

亲权鉴定技术规范

1 范围

- 1.1 本技术规范规定了我国法医 DNA 实验室进行亲权鉴定所必须遵循的技术要求。
- 1.2 本技术规范适用于从事亲权鉴定的 DNA 实验室，不适用于高通量数据库的比对。

2 规范性引用文件

下列文件对于本文件的应用是不可少的。凡是标注日期的引用文件，仅标注日期的版本适用于本文件。凡是不标注日期的引用文件，其最新版本（包括所有的修改单）适用于本文件。

- GA/T382-2014 法庭科学 DNA 实验室建设规范
- GA/T383-2014 法庭科学 DNA 实验室检验规范
- GA/T965 法庭科学 DNA 亲子鉴定规范
- CNAS-CL08 司法鉴定/法庭科学机构能力认可准则
- CNAS-CL28 司法鉴定/法庭科学机构能力认可准则在法医物证 DNA 鉴定领域的应用说明

3 术语和定义

下列术语和定义适用于本技术规范。

3.1

亲权鉴定 Parentage Testing

亲权鉴定是通过对人类遗传标记的检测，根据遗传规律分析，对个体之间血缘关系的鉴定。

3.2

三联体亲子鉴定 Parentage Testing of Trios

被检测男子、孩子生母与孩子的亲子鉴定或者被检测女子、孩子生父与孩子的亲子鉴定。

3.3

二联体亲子鉴定 Parentage Testing of Duos

被检测男子与孩子的亲子鉴定或被检测女子与孩子的亲子鉴定。

3.4

遗传标记 Genetic Marker

具有多态性的基因座。用于亲子鉴定的遗传分析系统由一定数量的遗传标记组成，常用的有常染色体短串联重复序列（STR）、Y 染色体短串联重复序列（Y-STR）、X 染色体短串联重复序列（X-STR）。

3.5

排除概率 Power of Exclusion, PE

对于不是孩子生父的随机男子，遗传分析系统具有的排除能力。它是遗传分析系统效能的评估指标。

3.6

亲权指数 Parentage Index, PI

“家事法苑”团队奉献

亲权指数是亲权关系鉴定中判断遗传证据强度的指标。它是两个条件概率的似然比率：

$$PI = \frac{\text{概率}(\text{检测到当事人的遗传表型} | \text{假设被检测个体是孩子的生物学父亲或母亲})}{\text{概率}(\text{检测到当事人的遗传表型} | \text{假设一个随机个体是孩子的生物学父亲或母亲})}$$

4 总则

从事亲子鉴定的机构应符合 CNAS-CL08:2013 中 4.1 条款的要求或是获得法医物证鉴定资质的机构。应当定期参加亲子鉴定能力验证计划并考核合格。

5 检验程序

5.1 采样要求

对于三联体，采集被检测男子、孩子生母与孩子的样本用于检验；对于二联体，采集被检测男子与孩子的样本用于检验。样本一般是血液（斑）或口腔拭子（唾液斑），其它人体生物学材料如精液（斑）、带毛囊毛发、羊水、组织块等亦可作为亲权鉴定的样本。对于接受了外周血干细胞移植的当事人，应避免采集其血样作为检验材料，宜取其口腔拭子（唾液斑）或毛发进行检验。样本必须分别包装，注明被采样人姓名、编号、采样人、采样日期等，置于冰箱冷藏或冻存。

采样时，需要填写采样单，写明委托方名称、采样日期、采样类型、被采样人姓名、性别、称谓、出生日期、证件号码等，并拍摄被采样人照片，由被采样人在采样单上留下右手拇指或食指指纹（婴儿可留右脚拇趾印），并签名确认（婴幼儿的姓名由其监护人代签）。

鉴定机构应有用于检材/样本的运输、接收、处置、保护、存储、保留和/或清理的规定，应对接收、内部传递、处置、保留、返还和清理等过程进行记录，确保“保管链”记录的完整性和可追溯性。

鉴定机构应具有能识别各检材/样本的标识系统，并确保检材/样本在本鉴定机构的整个期间能得到持续的认识。

5.2 DNA 提取和纯化

检材的 DNA 提取和纯化方法见 GA/T383-2014 中附录 A 内容。

5.3 DNA 定量分析

见 GA/T 383-2014 中 6.1~6.3 条款内容。

5.4 PCR 扩增与分型

5.4.1 基因座

5.4.1.1 选用多态性基因座（如 STR、SNP 等类型）进行 PCR 扩增，其中，常染色体 STR 基因座宜符合如下要求：

- 1) 基因座定义和具有的特征已有文献报道；
- 2) 种属特异性、灵敏性、稳定性研究已实施；
- 3) 已有可供使用并公开发表的群体遗传数据，群体遗传数据包括从有关人群中获得的该基因座等位基因频率或单倍型频率及突变率；
- 4) 遗传方式符合孟德尔定律；
- 5) 串联重复单位为四或五核苷酸。

5.4.1.2 除常染色体基因座外，建议在需要时增加 Y-STR、X-STR 的检验。其中，Y-STR 系统可选择 DYS456、DYS389I、DYS390、DYS389II、DYS458、DYS19、DYS385 a/b、DYS393、DYS391、DYS439、DYS635、DYS392、Y GATA H4、DYS437、DYS438、DYS448 等基因座进行单倍型检验；X-STR 系统可选用 GATA172D05、HPRTB、DXS6789、DXS6795、DXS6803、DXS6809、DXS7132、DXS7133、DXS7423、DXS8377、DXS8378、DXS9895、DXS9898、DXS10101、DXS10134、DXS10135、DXS10074 等。

5.4.2 PCR 扩增

建议选用商品化的试剂盒进行 PCR 扩增，每批检验均应有阳性对照样本（已知浓度和基因型的对照品 DNA 和/或以前检验过的、已知基因型的样本）以及不含人基因组 DNA 的阴性对照样本。PCR 扩增体系与温度循环参数均按试剂盒的操作说明书进行。

5.4.3 PCR 扩增产物的检测与结果判读

使用遗传分析仪，对 PCR 产物进行毛细管电泳分析，使用等位基因分型参照物（Ladder）来对样本分型，步骤方法按照仪器操作手册。

6 相关参数计算方法

6.1 三联体亲权指数（符合遗传规律）的计算

见表 1。

表 1 三联体常染色体 STR 基因座亲权指数计算公式

生 母 基因型	孩 子 基因型	生父基因 (推断)	被检父 基因型	PI 值计算 公式
PP	PP	P	PP	$1/p$
PP	PQ	Q	QQ	$1/q$
PP	PP	P	PQ	$1/(2p)$
PP	PQ	Q	QR	$1/(2q)$
PP	PQ	Q	PQ	$1/(2q)$
PQ	QQ	Q	QQ	$1/q$
PQ	QR	R	RR	$1/r$
PQ	QR	R	RS	$1/(2r)$
PQ	PR	R	PR	$1/(2r)$
PQ	QQ	Q	QR	$1/(2q)$
PQ	PQ	P 或 Q	PP	$1/(p+q)$
PQ	PQ	P 或 Q	QQ	$1/(p+q)$
PQ	PQ	P 或 Q	PQ	$1/(p+q)$
PQ	PQ	P 或 Q	PR	$1/[2(p+q)]$

注：p、q、r 分别表示等位基因 P、Q、R 的分布频率。

6.2 三联体亲权指数（不符合遗传规律）的计算

见表 2。

表 2 遇到不符合遗传规律时常染色体 STR 亲权指数(PI) 计算实例

(以 D13S317 为例，平均突变率为 0.002)

基因座	母亲	孩子	被检 测男子	亲权指数
D13S317	7	7-8	9-11	$\mu / (4p_8)$
D13S317	7	7-8	10-11	$\mu / (40p_8)$
D13S317	7	7-8	11-12	$\mu / (400p_8)$
D13S317	7	7-8	9	$\mu / (2p_8)$
D13S317	7-8	8	9	$\mu / (2p_8)$
D13S317	7-8	8	7-9	$2\mu / (4p_8)$
D13S317	7-8	8	9-11	$\mu / (4p_8)$
D13S317	7-9	7-9	10-11	$\mu / [4(p_7 + p_8)]$
D13S317	7-9	7-9	10	$\mu / [2(p_7 + p_8)]$

“家事法苑”团队奉献

D13S317	7-9	7-9	8-10	$3\mu / [4(p_r + p_s)]$
---------	-----	-----	------	-------------------------

6.3 二联体亲权指数（符合遗传规律）的计算

见表 3。

表 3 二联体常染色体 STR 基因座亲权指数计算公式

孩 子 基因型	被检父 基因型	PI 值计算 公式
PP	PP	$1/p$
PP	PQ	$1/(2p)$
PQ	PP	$1/(2p)$
PQ	PQ	$(p+q)/(4pq)$
PQ	PR	$1/(4p)$

注： p 、 q 、 r 分别表示等位基因 P、Q、R 的分布频率

6.4 二联体亲权指数（不符合遗传规律）的计算

见表 4。

表 4 二联体中存在不符合遗传规律时遗传标记亲权指数计算实例

（以 D7S820 为例，平均突变率为 0.002）

基因座	孩子	被检测男子 (被检测女子)	亲权指数
D7S820	7-8	9-11	$\mu/(8P_8)$
D7S820	7-8	10-11	$\mu/(80P_8)$
D7S820	7-8	11-12	$\mu/(800P_8)$
D7S820	7-8	9	$\mu/(4P_8)$
D7S820	8	9	$\mu/(2P_8)$
D7S820	8	7-9	$2\mu/(4P_8)$
D7S820	8	9-11	$\mu/(4P_8)$
D7S820	7-9	8-10	$\mu(2P_7+P_9)/(8P_7P_9)$
D7S820	7-9	8	$\mu(P_7+P_9)/(4P_7P_9)$
D7S820	7-9	6-10	$\mu(P_7+P_9)/(8P_7P_9)$

注：1) 表中 p_7 、 p_8 、 p_9 为相应等位基因 7、8、9 的频率。

2) 如果孩子的表型为 PQ，被检测男子表型为 $P'R$ ，其中 P' 比 P 小或大 1 个或 2 个重复单位 ($s=1$ 或 2)， μ 为该基因座平均突变率， p 为等位基因 P 的频率，则亲权指数计算方法为：

突变为 1 步 ($s=1$)，则： $PI = X/Y = \mu/(8p)$

突变为 2 步 ($s=2$)，则： $PI = X/Y = \mu/(80p)$

突变为 3 步 ($s=3$)，则： $PI = X/Y = \mu/(800p)$

余此类推。

7 鉴定意见

7.1 鉴定意见是依据 DNA 分型结果，对是否存在血缘关系作出的判断。鉴定意见一般分“排除存在亲权关系”和“支持存在亲权关系”两种情形。

7.2 三联体亲子鉴定和二联体亲子鉴定实验使用的遗传标记累计非父排除率均应不小于 0.9999，三联体亲子鉴定和二联体亲子鉴定累计非父排除率的计算参见附录 A。

7.3 为了避免潜在突变影响，任何情况下都不能仅根据一个遗传标记不符合遗传规律就作出排除意见。

7.4 任何情况下都不能为了获得较高的累计亲权指数，将检测到的不符合遗传规律的遗传标记删除。累计亲权指数的计算见附录 B。

7.5 在满足 7.1~7.4 的条件下，被检测男子的累计亲权指数小于 0.0001 时，支持被检测男子不是孩子生物学父亲的假设。鉴定意见可表述为：依据现有资料和 DNA 分析结果，排除被检测男子是孩子的生物学父亲。

7.6 在满足 7.1~7.4 的条件下，被检测男子的累计亲权指数大于 10000 时，支持被检测男子是孩子生物学父亲的假设。鉴定意见可表述为：依据现有资料和 DNA 分析结果，支持被检测男子是孩子的生物学父亲。

7.7 在不能满足 7.5 或 7.6 的指标时，应通过增加检测的遗传标记来达到要求。

8 鉴定文书

亲子鉴定文书的格式要求参照司法部司法鉴定管理局颁布的亲子鉴定文书规范。

9 特别说明

9.1 本规范适用的三联体亲子鉴定类型包括被检测男子、孩子及其母亲构成的三联体和被检测女子、孩子及其父亲构成的三联体两种类型。

9.2 本规范适用的二联体亲子鉴定类型包括被检测男子及孩子构成的二联体和被检测女子及孩子构成的二联体两种类型。

9.3 对于补充检验的 Y-STR、X-STR 或线粒体 DNA 检测结果，建议仅对 Y 或 X 染色体或线粒体特殊的遗传规律进行描述性分析，不推荐仅依据补充检验的 Y-STR 或 X-STR 或线粒体 DNA 检测结果出具明确的鉴定意见，也不推荐依据 Y-STR 或线粒体 DNA 计算得到的亲缘关系指数与依据常染色体 STR 计算得到的亲缘关系指数联合计算。

9.4 如果在鉴定书里使用其他数学或词语的表达式时，应定义并解释其含义，使委托人或法庭了解其意义。如要将亲权指数值转换为传统使用的父权相对机会，应同时给出转换时所采用的前概率。例如，某案累计亲权指数为 10000 时，可以表述为本案累计亲权指数为 10000，在假定父权前概率为 0.5 时，父权相对机会为 0.9999。

9.5 本技术规范在 7.5 或 7.6 中的鉴定意见是以不考虑双胞胎或者近亲情况为前提的。近亲情况应采用另外的公式，并需全面、系统地结合其他因素做综合分析。

附录 A

(规范性附录)

排除概率计算

A.1 排除概率 (PE) 确切地说应该是非父排除概率，指对于不是孩子生父的随机男子，遗传分析系统具有的排除能力。它是遗传分析系统效能的评估指标。

A.2 排除概率的计算

目前常用的 DNA 遗传标记，如 STR 一个基因座有多个等位基因，并且均为显性。设 p_i 代表群体中第 i 个等位基因频率， p_j 代表群体中第 j 个等位基因频率，并且等位基因 i 不等于等位基因 j ，则排除概率为：

$$1) \text{ 三联体亲子鉴定 } PE = \sum p_i(1-p_i)^2 - 1/2 [\sum \sum p_i^2 p_j^2 (4-3p_i-3p_j)]$$

$$2) \text{ 二联体亲子鉴定 } PE = \sum_{i=1} p_i^2(1-p_i)^2 + \sum_{j>i=1} 2p_i p_j (1-p_i)(1-p_j)$$

A.3 上述公式是对于一个基因座而言的。亲子鉴定不止使用一个基因座，有必要知道使用的全部遗传标记对于不是孩子生父的男子，否定父权有多大的可能性，即累计排除概率 (cumulative probability of exclusion, CPE)。

计算累计排除概率的前提条件是一个遗传标记系统独立于另一个系统。累计排除概率计算公式为：

“家事法苑”团队奉献

$$CPE=1-(1-PE_1)(1-PE_2)(1-PE_3)\cdots(1-PE_k)=1-\prod_{k=1}^n(1-PE_k)$$

上式中, PE_k 为第 k 个遗传标记的 PE 值。求出各个遗传标记的 PE 值后, 可按公式求出累计排除概率(CPE)。

附录 B

(规范性附录)

累计亲权指数计算

多个遗传标记用于亲子鉴定时, 设每个遗传标记的亲权指数分别为 $PI_1, PI_2, PI_3, \cdots, PI_n$, n 个遗传标记的亲权指数相乘则为累计亲权指数 (Combined paternity index, CPI), 则:

$$CPI=PI_1 \times PI_2 \times PI_3 \times \cdots \times PI_n \quad (1、2、3、n \text{ 代表第 } 1、2、3、n \text{ 个基因座的 } PI \text{ 值})$$

(六) 媒体视点

南怀瑾遗产纷争：留下什么遗产？为何对簿公堂？(图)

2016-09-27 温州网

2012年9月29日, 著名文化学者、国学大师南怀瑾在江苏苏州市吴江区七都镇太湖大学堂辞世, 犹如一颗巨星陨落, 震惊海内外。时任国务院总理温家宝在唁电中说: “先生一生为弘扬中华文化不遗余力, 令人景仰, 切盼先生学术事业在中华大地继续传承。”

不少名人离世留下巨额财产引发官司纠纷, 南怀瑾辞世后也留下巨额财产, 引发了一连串官司纠纷。所不同的是, 名人遗产官司大多发生于直系亲属之间, 南怀瑾的遗产之争则发生在南怀瑾子女和追随者李传洪一家之间: 南家子女希望合法继承南怀瑾的遗产, 然后捐献成立怀师基金会传承先父事业、弘扬中华文化; 李氏家族则称, 南怀瑾已将其创办的实业之股权转移给李素美之女、李传洪的外甥女郭姁晏, 属于己有。

南怀瑾究竟留下什么遗产? 双方为何对簿公堂? 其间孰是孰非? 原因何在? 近日, 记者带着这些疑问走访了有关当事人, 并根据公开报导和双方诉讼材料, 对相关事件进行了梳理。

维权官司是“无奈之举”

南怀瑾, 1918年生于浙江省乐清县黄华镇殿后村, 生平致力于弘扬中华传统文化, 著述颇丰, 流传甚广。晚年定居苏州市吴江区七都镇庙港, 独资成立吴江太湖文化事业有限公司(下称“文化公司”), 以及吴江太湖大学堂教育培训中心(下称“太湖大学堂”)和吴江太湖国际实验学校(下称“实验学校”), 影响巨大。

南怀瑾一生有过两次婚姻, 生有四男两女。其和生活在大陆的原配夫人王翠凤生有两子, 分别是长子南宋钊、次子南小舜。1949年春, 南怀瑾去台湾, 后与杨晓薇相识结婚, 生育两男两女, 即长女南可孟、次女南圣茵和三子南一鹏、幼子南国熙。

南怀瑾对子女的教育培养十分严格, 他的6个子女成年后都独立生活, 从不依赖父亲的声望或帮助谋取非分利益。但这种教育方式并不妨碍父子之间的亲情, 南怀瑾常用诗词家书来传达自己对家人的思念, 其子女也经常拜见父亲。尤其在南怀瑾晚年, 子女逢年过节都会按照中国传统的礼教, 不远千里来向父亲磕头问安。子女们严格遵从父训, 平时很少过问父亲的公事, 以至于南怀瑾觉得自己对家人过于严苛, 深感内疚, 辞世前多次面对儿子南小舜、南国熙说: “我对不起你们!”

南怀瑾虽然没让子女跟随在自己身边, 但他德高望重, 热情好客, 身边追随者如云。20世纪80年代, 南怀瑾在台北传道讲经时, 权倾一时的蒋经国亲信王升、“总统府”秘书长马纪壮、陆军司令彭孟緝、上将刘安祺、中将萧政之、中央大学校长余传韬, 以及许多政商名流都追随在他身边。李素美和李传洪姐弟就是在这个时期认识了南怀瑾。

现为台北市私立薇阁中小学董事长、财团法人薇阁文教公益基金会董事长李传洪, 家境富有, 念中学时就拜读过南怀瑾的《楞严大义今释》, 以为是明清时代的人所著。30多岁时, 朋友郑淑敏第一次带他去见南怀瑾, 李传洪还声明自己一不学佛, 二不打坐。不久, 他就忘记了自己的“声明”, 开始追随南怀瑾。后来, 他又介绍病体在身的姐姐李素美跟随南怀瑾学习, 李素美同样得到很大收益。从1982年拜师追随南怀瑾, 一直到南怀瑾离世, 李家姐弟是南怀瑾发展文化事业的主要支持者之一。2012年10月, 李传洪接受《今周刊》记者采访时说: “我不懂发心, 也不懂愿力, 祇想做好老师的马前卒。”

“家事法苑”团队奉献

南家和李家的情缘本应好好珍惜，为何在南怀瑾辞世不久，两家就对簿公堂？

据 2014 年 7 月《华夏时报》报导：2012 年 10 月 4 日，即南怀瑾逝世后第 5 天晚上，南怀瑾家属、学生及太湖大学堂工作人员在太湖大学堂主楼一楼召开会议，李素美主动发言说：“老师(南怀瑾)的著作版权、版税的问题，于理于法都是属于南家的子孙。”

第二天(10 月 5 日)下午，南小舜、南一鹏、南国熙、李素美、郭姮晏 5 人再次进行会谈，约定对南怀瑾的遗产进行清点分工和造册，并形成《会议纪要》，由 5 人签字认可，同时约请南怀瑾的两位弟子李慈雄和牟炼一同参加，作为见证人。

《会议纪要》内容如下：

一、大原则：有约定从约定，没约定从法定。

二、书、字画等老师的私人物品(包括笔、印章等)，请谢锦焯、欧阳哲主负责清点清单造册，一个月之内为目标，能早尽快，立即开展。

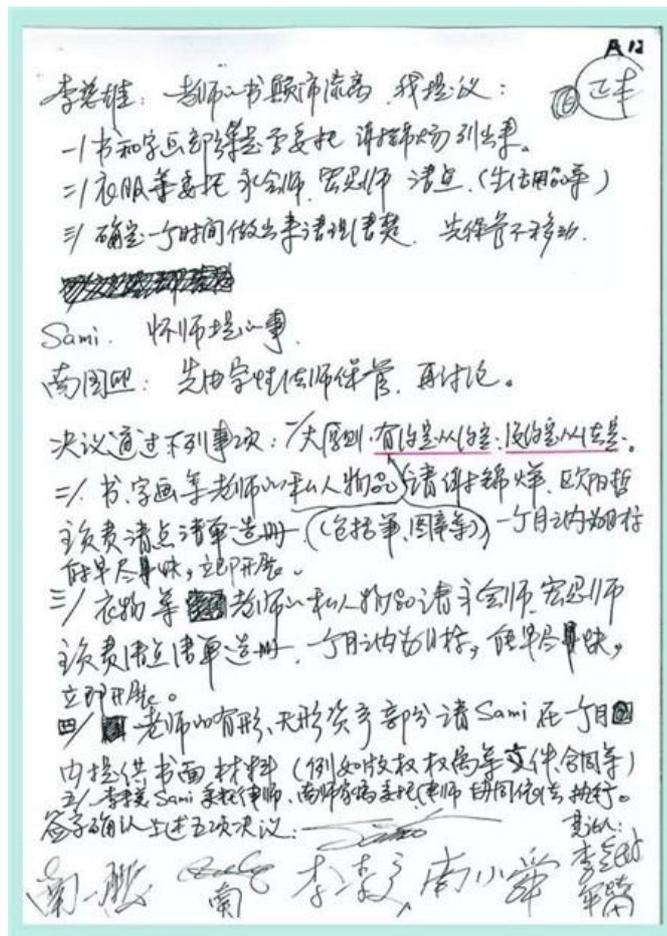
三、衣物等老师的私人物品，请永会师、宏忍师主负责清点清单造册，一个月之内为目标，能早尽快，立即开展。

四、老师的有形、无形资产部分请 Sami 在一个月之内提供书面材料(例如版权权属等文件、合同等)。

五、李素美、Sami 委托律师，南师家属委托律师协同依法执行。

签字确认上述五项决议：郭姮晏、南一鹏、南国熙、李素美、南小舜

见证人：李慈雄、牟炼



南家、李家签署的处理南怀瑾遗产的会议纪要。

有了这个良好的开端，南家子女向世界袒露了自己的胸襟。

2012 年 11 月 2 日和 4 日，南家子女分别在台湾《中国时报》和浙江《温州日报》发表《关于南怀瑾先生遗产处置声明书》，表示将属于子女们的权益全部捐献给拟成立的非盈利公益机构，暂名怀师文化基金会，将多方邀请

南师学子及社会贤达参与管理，并由该机构继续弘扬南师之精神与教化，回馈国家社会。

意想不到，后来事情发生变化。

据南国熙介绍，2012年11月初，他联系李传洪、李素美根据10月5日约定，11月6日下午到太湖大学堂继续商谈处置南怀瑾遗产事宜。11月5日晚6时54分，郭旭旻给他发了一份电邮，让他6日下午2时30分到台北她们母女委托的理律律师事务所开会商量。

2012年11月6日，南小舜、南国熙等南家子女按约去太湖大学堂清点遗物，却被拒之门外。打电话给李家人，一直没人接听。

遗产争端因此发生，后来演变成官司纠纷。

南小舜在接受媒体采访时表示：“我们一直试着与李家沟通，但没效果。我们子女没有一人想把父亲的遗产占为己有。老师是天下人的。即使继承了遗产，我们都会依照父亲的遗愿和理想，用于弘扬中华优秀传统文化事业。现在李家把遗产占为己有，所以我们通过打官司维权，实在是出于无奈之举。”

巨额版税今何在

记者注意到，南家子女和李氏家族的官司纠纷，主要集中在南怀瑾的著作权收益，其间牵涉到老古文化事业有限公司（下称“老古文化”）的股权纠纷；太湖大学堂和实验学校的股权利益；南怀瑾私人物品及收藏的图书、字画、古董等三方面。

南怀瑾著作等身，走销市场。他自从1955年7月出版第一本着作《禅海蠡测》，到2012年9月辞世，共出版各种版本著述70多种，有的还被译成英、法、日、韩、意、葡等语言流通。据复旦大学出版社社长贺圣遂介绍，他们出版的各个版本的《论语别裁》，累计销售已超过100万册。

据老古出版社创始人古国治介绍，1977年，南怀瑾为了出版自己的著述，同时也出版弘扬中华传统文化的图书，嘱他创办老古出版社，担任法定代表人。后南怀瑾将他创办老古出版社的债务还清，另外注册成立了台湾老古文化事业有限公司。

根据当时台湾的法律，有限公司的股东必须为13人，且半数以上必须是在台湾有居所的台湾居民。因此，南怀瑾指定了除他本人之外的12人代持股份，包括学生古国治、李淑君、儿子南一鹏，还有厨房做饭的阿姨余金对等。后来台湾修改公司法，将公司股东必须13人改为7人。此时南怀瑾已从美国移居香港，为调整股权方便，南怀瑾签署了若干空白格式股份转让通知书，以便台湾老古工作人员呈交股份变更文书，但南怀瑾一直是老古文化的所有人。

老古文化成立后，先后出版南怀瑾著述50多种，成为南怀瑾著述的主要出版机构。



南怀瑾书写天下为公。

1990年，南怀瑾的著述开始在大陆出版。追随南怀瑾近半个世纪的老古出版社原总编辑刘雨虹受南怀瑾委托，到大陆与复旦大学出版社商谈出版事宜，最终授权复旦大学出版社出版南怀瑾的《论语别裁》一书，并一炮走红，在大陆引发了“南怀瑾热”。此后，许多出版社争相出版南怀瑾著述。

1991年，国际文化出版公司出版南怀瑾的《孟子旁通》等2本书，印数达5万多册；1993年，北京师范大学

出版社出版南怀瑾的《金刚经说什么》等5本书，首印就是2万册；1994年，中国世界语出版社出版南怀瑾的《禅海蠡测》和《禅话》等书，开机数是6万册；2007年，上海人民出版社出版南怀瑾的《南怀瑾演讲录》和《南怀瑾与彼得·圣吉》两书，一开印就是10万册。此外，还有中国国际广播出版社等，都出版过南怀瑾的著述。

针对大陆图书市场的乱象，南怀瑾陆续进行清理。从1990年到2000年，南怀瑾本人和其代理人刘雨虹、王伟国陆续与复旦大学出版社签订了13本书的出版合同。2001年，因刘雨虹年届八十且身体抱恙，郭姮晏继而成为南怀瑾的著作权代理人。此后，郭姮晏以代理人身份与复旦大学出版社签订了11本书的出版合同，加上此前13本书的再版合同，复旦大学出版社一共获得南怀瑾24本书的出版权。

据2014年8月《华夏时报》报导，大概2003、2004年开始，南怀瑾就没有再授权复旦大学出版社出版新书，后来复旦大学出版社出版《南怀瑾选集特别珍藏本》10卷，也是原来24本书的再版。南怀瑾去世后，复旦大学出版社把由上海人民出版社出版的5本书纳入选集，变成12卷29本。有关知情人透露，复旦出版这5本书没有获得南怀瑾继承人的授权。

虽然南怀瑾生前并未书面表示取消郭姮晏的代理权，也未将复旦大学出版社的24本书另行授权给其他出版社，但在2003年后，南怀瑾再没有让郭姮晏代表其签订新书的出版合同，他把新书全部授权给其他出版社，而且出版合同全部由自己亲自签署，事实上已终止了对郭姮晏的委托。

2007年，南怀瑾与上海人民出版社签订了5本新书的出版合同；2008年开始，南怀瑾与东方出版社（系人民出版社副牌）展开长期合作，生前先后与其签订了12本书的出版合同，包括《小言黄帝内经与生命科学》《禅与生命的认知》《老子他说（续集）》等。目前，大陆市场上的南怀瑾著述主要集中在东方出版社、上海人民出版社、复旦大学出版社出版，而且这3家出版的图书互不重合。

南家子女和复旦大学出版社因著作权纠纷对簿公堂时，李氏家族出示了几份证明：一是南怀瑾于2001年1月31日签署授权郭姮晏代理大陆著作权事宜的《委托书》；二是郭姮晏于2001年6月8日签署的《使用许可证书》，其中有“南怀瑾作品在中国境内权限专属台湾老古”等条款；三是2004年9月9日，南怀瑾按每股1万元新台币价格，将所持的50股老古文化股权转让给郭姮晏。而在2004年9月21日由郭姮晏担任主席主持的老古文化临时会议记录里，变成南怀瑾所持的80股中的73股股权转让给郭姮晏，成为祇持有7股的小股东，连董事都不是。依郭姮晏之说，早在十数年前，南怀瑾就把已出版和未出版的著作权权益转给她。

目前，南家子女和代理律师对李氏家族提供的这些证明真实性都有质疑，要求对方提供原件进行鉴定。

据上海友禾律师事务所主任、南小舜的代理律师邬铁军介绍：诉讼中，南小舜提出《赠与书》是伪证，理由是南怀瑾对重大事情处理均是本人手写，而不是在打印文字上签字，怀疑郭姮晏将南怀瑾签字的空白纸张上套印了赠与的文字。经委托西南政法大学司法鉴定中心鉴定，初步认定签字为南怀瑾本人签字，但对签字形成时间，包括打印文字形成时间无法做出判断。

法院又进一步委托广东南天司法鉴定中心，依照其国家专利的方法，对签字形成时间和打印文字形成时间进行鉴定，但老古文化和复旦大学出版社均拒绝对打印文字包括南怀瑾的私人印章的形成时间进行鉴定。

此外，复旦大学出版社和老古文化均无法解释，既然南怀瑾已于2004年把所有已经出版和未经出版的著作权赠与老古文化，为什么复旦大学出版社2004年至2008年，继续将稿费直接支付给南怀瑾个人？而且在2004年之后，南怀瑾授权上海人民出版社、东方出版社出版其著作时，郭姮晏均在场而一直没有提出异议？其他出版社出版南怀瑾的著作，稿费均直接支付给南怀瑾个人，郭姮晏也没有提出异议？

2012年7月，南怀瑾曾起诉海南出版社、地震出版社、长江文艺出版社、陕西师范大学出版总社和北京世纪卓越信息技术有限公司，未经他本人同意，以盈利为目的使用其肖像，侵犯其肖像权，要求它们停止侵权行为，赔礼道歉，赔偿经济损失、精神损害抚慰金，并在《中国新闻出版报》上刊登致歉声明。诉讼获胜后，南怀瑾将获得赔偿款全部捐赠给北京桂馨基金会，用来奖励优秀乡村教师。足见南怀瑾不愿让人利用他来谋取私利，而是引人为善，希望大家多做公益。

那么，南怀瑾留下的著作权权益究竟有多少？现在何处？

据南国熙介绍，2012年11月，南怀瑾6个子女统一委托南国熙为代表，办理所有与遗产继承相关的事项。此后，南国熙以南怀瑾全体继承人和南怀瑾文教基金会的名义，分别给上述3家出版社发送函件，要求了解南怀瑾著作的出版合同、版税情况，并希望沟通和完善继承人授权等事。结果，东方出版社提供了合同并且依法和继承人续

签合同；上海人民出版社最终也提供了合同复印件；唯独复旦大学出版社不肯告诉南怀瑾家人合同情况，让南家子女去找郭姁晏和老古文化。因此，两者之间不可避免地出现权益官司。

记者注意到南家子女提供的复旦大学出版社和老古文化签订的《南怀瑾著作再版合同书》等有关资料，其中明确2009年前，复旦大学出版社按定价码洋的10%(税后)支付版税；2009年后按14%(税后)支付版税。2014年9月，南小舜在上海市第一中级人民法院起诉复旦大学出版社侵权的文书中提及，复旦大学出版社2008年曾向南怀瑾支付再版版税，2009年至2012年南怀瑾去世均未支付给南怀瑾，参照2008年标准，至少应支付570万元版税；另外，还应支付出版《南怀瑾选集》版税419.1138万元。两项合计近千万元。

复旦大学出版社这笔巨额版税究竟支付给了谁？这不仅仅是南家子女所关注的。

太湖大学堂的前生今世

1988年初，南怀瑾从美国移居香港，积极为海峡两岸和平统一和祖国大陆的经济建设操劳奔波，是海峡两岸达成“九二共识”的重要推手，中国第一条中外合资建设的金温铁路的倡导者和建设者。但他的心志还在弘扬中华优秀文化。

1997年12月，金温铁路建成时，南怀瑾曾赋诗言志：“铁路已铺成，心忧意未平。世间须大道，何祇羨车行。”诗句表明他的心境，那就是世间须有大道，这大道不祇是可以行车，而是一条可以通往人心的大道，是一条用文化、用道德发现修筑的大道。

1998年6月，金温铁路正式通车后，南怀瑾回归大陆传道讲学的心思更为迫切，曾委托弟子在浙江、上海、江苏等地寻找建设传承中华文化的场所。关于南怀瑾最终选址庙港的过程，有这样一个故事。



太湖大学堂

1999年11月18日，南怀瑾应朋友之邀顺道到吴江看看。路上，朋友通知时任吴江市委书记汝留根，告知有5分钟的时间见面。汝留根书记听后连忙邀请他们去市委。朋友说：“不行，我找不到路。”于是双方商定在吴江宾馆见面。

前后不到一小时，当南怀瑾走下汽车时，吴江宾馆前的甬道上已经铺上了长长的红地毯，两边摆满了鲜花，报社、电视台的记者都已赶到，市委书记汝留根率领四套班子领导已在此恭候。南怀瑾被吴江市领导的诚意所感动，最后选择在吴江市七都镇庙港兴建太湖大学堂。

据汝留根回忆，当时他对南怀瑾了解并不多，但认定南怀瑾是个“宝”，是吴江招商引资的旗帜，在当地土地资源紧张的情况下，还是大方表态，南怀瑾要多少给多少。政府确定给南怀瑾的地价是每亩3.5万元，政府每亩还贴补5000元，实际每亩祇有3万元，是个亏本价。为此，时任苏州市委书记陈德铭觉得太低，曾两次致电汝留根过问此事。

太湖三万六千顷，月在波心说向谁。2000年，83岁的南怀瑾拍板买下吴江市庙港的300亩滩涂地兴建太湖大学堂。

2001年3月20日，吴江市外经贸委批准设立外商独资东西精华农科(苏州)有限公司(下称“苏州农科”)。3月21日，吴江市工商局给苏州农科颁发了营业执照，公司注册资金为150万美元，南怀瑾为法人代表、董事长。

据当地政府介绍，当时政府拿出300亩农业综合用地指标给南怀瑾，先行投入282亩，剩余18亩已经付款的用地指标，后来南怀瑾决定捐献给七都镇政府筹建老太庙文化广场。之所以用农业综合用地指标，是因为该项用地上可以建设适当建筑物，便于很快完成南怀瑾讲学所需的第一期工程。当地政府还特批土地的用途“视作教育用

地”，应征的税项缓征。

2000年上半年，南怀瑾与吴江市政府就购置土地兴办讲学场所的沟通谈判工作进展顺利，却因资金尚未落实而烦恼。曾长期追随南怀瑾并被南怀瑾称为“定国公”的陈定国听说后，称尹衍梁要出资400多万美元给予支持。当时南怀瑾基于多种原因并不愿意接受，经陈定国反复解释后才同意由尹衍梁先出资，目的是为了尽快开始太湖大学堂的建设。

2000年6月，尹衍梁请陈定国向南怀瑾索要汇款的账号，李素美、郭姮旻提供了一家Hong Kong Tech公司的账号。尹衍梁遂于2000年6月分批汇入430多万美金。陈定国于6月16日给南怀瑾打电话，听南怀瑾说汇款已全额收到，才放下心。

根据工商登记验资报告，最初从境外汇入苏州农科的资金只有150万美金，到2005年10月，才从香港来旺公司陆续汇入美金300万元，达450万美元。自2008年起，苏州农科陆续增加注册资本，2011年增加到2450万美金。另据公司的审计报告，公司相当于17991万元人民币的总投资，大约有7000万至12000万常年作为应收款项，出借给李氏家族经营其他企业。

太湖大学堂建设从动意、设计、建设到开课、维系，南怀瑾都是一马当先，担当在肩。第一期工程建设除了尹衍梁汇入432万美元，有账可查的还有斯米克董事长李慈雄投入人民币500万元。南怀瑾用自己的稿费，为大学堂购置了各种家具。2008年8月，太湖大学堂二期工程（七号楼、八号楼、五号楼）开始兴建，全部工程款约3000万人民币也是尹衍梁捐助的，所用瓷砖则是李慈雄捐助的。

在南怀瑾的筹划推动下，太湖大学堂经过6年建设拔地而起。2006年夏天，太湖大学堂一期工程正式启用，南怀瑾开始在大学堂讲课。当时，其身边的工作人员向南怀瑾建言，持有土地使用权的苏州农科仅仅是一家经营范围为“从事农业科技发展的”外商独资公司，只是为他讲学提供场所用地，为适应土地的农业性质而“曲线救国”的权宜之计。如果要在大陆长期从事合法的讲学，应成立一个可以从事教育事业的平台，以避免今后因无证照讲学招惹非议。

2006年8月，南怀瑾以个人名义出资100万元人民币设立了吴江太湖文化事业有限公司，为内资企业。2007年初，在文化公司旗下创办了南怀瑾独资的“太湖大学堂教育培训中心”，为民办非企业法人单位。

“太湖大学堂”启用后，南怀瑾几乎将所有的精力都放在传播中华文化、衔接东西文化精华上，但他也十分担忧当下社会成年人因为没有传统文化功底（包括古文功底），很难承续中华优秀传统文化，希望从基础教育开始培养下几代人，因而想亲自创办一所小学，全方位做个教育实验，给社会作个参考。

2007年，经时任上海人民出版社副社长张耀伟介绍，时任苏州市主管教育的副市长朱永新专程到太湖大学堂，与南怀瑾商量如何在当地举办一所南怀瑾理想中的实验学校。基于李氏家族与台湾薇阁学校的关系，南怀瑾一开始便让李素美、郭姮旻母女参与实验学校开办事宜。

2007年8月2日，吴江市教育局批准文化公司创办实验学校，性质为内资民办学校，学制以九年义务教育为主，兼顾三年学前教育，从2007年秋季开始招收学前班和小学低年级学生，以后逐年发展至九年级。2007年8月28日，文化公司向吴江市民政局提交相关申请。9月13日，吴江市民政局批准同意实验学校登记为民办非企业单位法人。

不可否认，李素美、郭姮旻母女在参与兴办、管理太湖国际实验学校中付出了很多心血，李传洪也通过台湾薇阁学校提供了相应的支持。对此，南怀瑾在公开场合从来就不吝褒奖之词，“扬善于公堂，规过于私室”，是南怀瑾常用的教化方法。但这个实验学校一开始就是以南怀瑾为中心，以南怀瑾为灵魂，是一个探索中国教育制度改革的机构。

现在人们习惯于将苏州农科这块土地上的机构统称为“太湖大学堂”。其实从2001年苏州农科成立并获得土地开发权，到2006年太湖大学堂正式启用，再到2012年南怀瑾辞世，这块土地上的一切都是由南怀瑾做主。苏州农科、文化公司的成立，都是为南怀瑾在太湖大学堂讲学传道服务的。太湖大学堂是南怀瑾从事讲学活动的合法机构，也是位于苏州农科这块土地上的核心与灵魂机构，是南怀瑾个人独资创办，并亲任法人代表、董事长的文化教育机构，其实质是服务于并服从于南怀瑾讲学。事实上，除了服务于南怀瑾的文教事业，这些机构并未开展其他业务。南怀瑾辞世后，许多长期追随南怀瑾的弟子，以及实验学校的教师纷纷离开，就是一种人心选择。

2012年11月，南怀瑾辞世一个月后，李氏家族拒绝南家后人进入太湖大学堂清点父亲遗物。与此同时，太湖

大学堂被列为苏州市文物保护单位，但至今也没有获得合理利用，没有建立文物保护单位记录档案。李氏家族对外称其多年来“供养”南怀瑾，是太湖大学堂名号的拥有者。

2015年2月12日，郭姮晏向苏州中级人民法院提起民事诉讼称，2007年9月4日，郭姮晏转款100万元到文化公司，文化公司收到后立即转到实验学校验资账户，遂利用其投入的100万元人民币开启实验学校的正常运营，是实验学校的实际出资人。2007年9月28日，南怀瑾签署《股份转让通知书》，约定南怀瑾将持有文化公司全部股权合计股款100万元转让给郭姮晏。2012年9月，七都镇政府建设老太庙文化广场时，南怀瑾决定捐款100万元，郭姮晏听从南怀瑾指示，个人筹资100万元以南怀瑾名义捐出，用以冲抵股权转让的100万元。为了减少影响，在股权转让文件签署后，双方并没有办理相关变更手续。现要求人民法院审判确认双方签订的《股权转让通知书》成立，并裁定其可以在南小舜拒绝配合的情况下直接报批股权转让。

让人感到不解的是，郭姮晏提供双方转让在江苏吴江市工商局登记注册的文化公司股份转让通知书，用的是向台湾教育部申请台商子弟学校之股权申请书。据钨铁军律师介绍，郭姮晏曾到法庭质证，声称该文书是从台湾“教育部”网站上下载后打印叫南怀瑾签字，而台湾“教育部”已经行文否认该部网站有此格式文本。而且根据西南政法大学司法中心的司法鉴定意见，文件的打印文字，一部分是复印的，另一部分是后打印的，而且后打印的文字有规避签字文字的布局。

记者同时也注意到，关于南怀瑾给七都镇政府建设老太庙文化广场的100万元捐款，南怀瑾生前特别助理、太湖大学堂秘书长马宏达2012年9月4日在七都老太庙文化广场奠基暨“七都孝贤”表彰仪式上的发言中也特别提到：“南怀瑾老先生和太湖大学堂的同学，还为此捐出了共350万余元人民币。其中100万元，是南怀瑾老先生的稿费。他老人家说：‘这笔钱，是读书人心血换来的干净钱，虽然不多，但也希望为此地人民的福祉与文化建设，尽一份绵薄之力。’”

究竟孰是孰非？采写报导期间，我们曾联系郭姮晏，想听听她的说法。但她表示，目前诉讼中，不方便接受采访，等有正式的书面裁决判决后再接受采访。

愿天常生好人，愿人常做好事

太湖大学堂建成后，南怀瑾将数十年私人藏书，以个人物品名义从海外运至太湖大学堂图书馆储存，其中包括全套台湾商务印书馆版文渊阁四库全书，上海古籍出版社续修四库全书，正统道藏精装版、线装版各一套，大藏经七种版本各一套，古今图书集成全套，以及其他中华文化典籍与西方文化典籍数万册。太湖大学堂的藏书中，很多都有他的批注字迹。南怀瑾曾说，这些书是他历经千辛万苦为中华民族保留的宝贝。

除此之外，南怀瑾在太湖大学堂还留下很多名人字画、古董文玩等个人物品，以及尚未整理出版的手稿、音频数据，也是一笔不小的财富。

如果2012年10月5日南家与李家签署的《会议纪要》能很好执行，南家子女和李氏家族或许可以避免官司纠纷。南国熙说，由于李家迟迟不和南怀瑾家人根据这个决议纪要进行交接，且始终未将南怀瑾私人证件和图章交还给南怀瑾的家人，致使南怀瑾子女办理继承手续困难重重，不得不借助诉讼来解决。

“上下五千年，纵横十万里，经纶三大教，出入百家言。”这是世人对南怀瑾的一种敬仰。有人或许不解，南怀瑾聪慧过人，料事如神，而且做事素来仔细，每件事都会交代得清清楚楚，重要的事还会亲笔书写交代，为何不留遗嘱，妥善安置身后事务？

庄春江在《佛灭后的“大师”》中写道：

在最后的安居期中，佛陀生病了，患了严重的腹泻。尊者阿难随侍在侧，既担忧又惶恐，但想到佛陀还没对比丘们有任何的遗命，应当不会入灭，就宽心了不少。佛陀听了尊者阿难这样的表白，于是告诉尊者阿难说：“我对大家的教导，一向是毫无保留的，僧众还需要我指示什么呢？祇有自认为是僧众的领导者，才会留下遗命的。我已经老了，八十岁的年纪，就像一部中古车一样，祇有靠不断地维修，才能勉强维持，所以，大家是不能一直想依靠我，而是应当依靠自己；依靠法，因为除此以外，就没什么好依靠的了。怎样才是依靠自己；依靠法呢？那就是应当努力在自己的身体、感受、心念、想法上专注觉察，止息一切忧愁烦恼。我入灭后，能够这样修行的人，一定能够达到最高的成就，那就是我真正的弟子了。”

就这样，佛陀没有留下遗嘱。

不但佛陀不留遗嘱，没有指定接棒人，在中国历史上，孔子、老子等圣人也不曾留有遗嘱或指定接棒人。南怀

瑾素来喜欢鼓励别人自觉发心做事，而很少命令式的，因为有自觉才有真成长，才是真教育。据说，南怀瑾在香港时，有一次曾对李素美等追随在身边的人讲：“假使我现在就走了，相信你们会处理好后事。”

2012年，南怀瑾曾几次暗示或明示自己将要走了，其身边弟子曾替他考虑过遗嘱问题，但又不肯提醒他写遗嘱，因为感觉这事确实不好办。熟悉南怀瑾的人都知道，他数十年来秉持天下为公的精神，自始至终是为了国家民族乃至人类，绝不考虑自己或任何人的私利。世上根本不可能再找到一个具有他这样才华和道德的人来接他的班。不留遗嘱，不指定接棒人，其子女作为法定继承人，应不难理解父亲天下为公的作风，发心捐给国家，回报社会，这就是他留给子女们的发心与功德的考虑，是他作为大师与众不同的智慧选择。

1990年，南怀瑾家乡乐清市翁垟镇桥头村的村民叶邦仁、干奶等人给南怀瑾写信，希望他能够为家乡修建一个老年宫，供当地老年人休闲娱乐。南怀瑾回了一封十分有趣的信，信中写道：

“你们要修一个老年宫，我很赞成，但不如修一个‘老幼安乐宫’。老年人替中年人照顾教导儿童，儿童学会侍奉老年人，这才是中国传统文化的好榜样，也更合理，你们说对不对？再说：你们要修养老宫，却找我这个飘零在外的老小孩，未免太苛求了。我如见到干奶，应该罚他喝两杯，打他三拳，可以吗？一笑！应当哈哈大笑。”

后来，南怀瑾欣然答应他们的要求，出资512万元买下了老宅周边的废屋，扩大面积，修建成“乐清老幼文康活动中心”，并把它捐给了当地政府，成为开放式的学习休闲场所，供乡亲们娱乐。同时，他还手书《乐清老幼文康活动中心赠言》一文立碑于此。赠言写道：

我生于此地长于此地而十七年后，即离乡别土。情如昔贤所云：身无半亩，心忧天下；读书万卷，神交古人。旋经代嬗变五六十年后，父罹世变，未得藻雪，老母百龄，无疾辞世，虽欲归养而不可得，故有此筑。即以仰事父母之心转而以养世间父母，且兼以蓄后代子孙。等身著作还天地，拱手园林让后贤，以此而报生于此土长于此土之德，而无愧。从今以后，成败兴废，皆非所计，或嘱有言，则曰：人如无贪，天下太平，人如无嗔，天下安宁！愿天常生好人，愿人常做好事。

岁次乙亥冬月中旬即一九九六年一月上旬

南怀瑾书

时年七十八

南怀瑾的赠言向人们讲述了自己的游学经历和恋乡深情，文字中虽然也透露出一些无奈和遗憾，但还是记录了南怀瑾祇为家乡谋福祉，不为自己立威名，把等身著作还天地，拱手园林让后贤的心愿。南怀瑾在赠言中提到：“人如无贪，天下太平；人如无嗔，天下安宁。愿天常生好人，愿人常做好事。”他经常用到此言，并刻有“愿天常生好人，愿人常做好事”的闲章，用于自己书赠他人的作品，传递自己的人生理念。然而，他无论如何也想象不到，自己身后衣冠文物却无法很好转移给后人，或留给公众瞻仰。

愿天常生好人，愿人常做好事。搁笔之时，我们期盼政府有关部门能积极参与其中，主动帮助理顺关系，让南怀瑾的有形和无形资产在神州大地弘扬传承中华优秀传统文化中发挥更大作用，再现辉煌，让诚实守信的中华文明流芳百世。

留不住爱，怎么保住钱？

2016-10-14 南方周末 陈斌

当爱已成往事，你保得住你的钱吗？当你的冤家不是体面人时，这就是真问题了。

“离婚被负债”已经成了一个现象。日前，媒体报道了“反24条联盟”，一百多个成员来自湘、苏、闽、浙等二十多个省份，以女性居多（89.6%）。例如陈玲，在她离婚前夕，有八起案件在长沙市两家基层法院起诉她，要求她承担离婚前半年配偶所借的八笔共计337万元的“债务”。这些案子一审全部判她共同偿还。

所谓24条，指的是婚姻法司法解释（二）24条规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。只有两种情形另一方可以免责，一是能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，二是能够证明夫妻双方约定财产各归各实行AA制，且债权人知道这个约定。

可见，配偶以个人名义借了钱，你要免除共同偿还责任，举证责任在你。这就为一种情形打开了方便之门：在离婚前，配偶与亲友恶意串通炮制出几百万的借条出来，甚至连银行流水都可以做出来。既然是恶意串通炮制出来的债务，债权人与配偶怎么可能“明确约定为个人债务”？你和配偶搞财产AA制，债权人又怎么会承认知道该约定？这样，你很有可能被法院判共同偿还这笔债务，爱也没有了，钱也没有了，太悲催了。或者，你也与亲友做一

“家事法苑”团队奉献

些借条与流水留个后手？

据报道，“反24条联盟”曾统计过中国裁判文书网上以24条判夫妻共同承担债务的案件：2014、2015年均超过7万件。2016年全国两会期间，湖南司法厅副厅长傅莉娟介绍，2013-2015年三年间，湖南涉及夫妻共同债务的借款纠纷案件从1407起上升到3751起。

那么，24条就是纯粹的恶法咯？废止这一条，一举消除“离婚被负债”现象，不就得了？事情没那么简单。举个“栗子”。一个家庭，丈夫是做生意的，大额融资是免不了的。以丈夫个人名义借的债务，如果只由丈夫承担偿还责任，那也不合理。

第一，丈夫赚的钱，是全家一起享用的，是夫妻共有的，但丈夫负的债，妻子却没有共同偿还责任，权利责任不对等，似乎对丈夫也不公平。

第二，如果以丈夫名义举的债，妻子没有共同偿还责任，对善意第三人也是不公平的。一对感情坚固的夫妻，丈夫完全可以把财产转到妻子名下，把债务留给自己，为了妻子儿女的富足生活，暂时个人承受委屈与不方便，让债权人无财产可执行。

问题的根子在哪里？大家都把婚姻类比为合约，把家庭类比为公司，这个视角没有错。但公司跟公司不一样。“我欲与君相知，长命无绝衰，山无陵，江水为竭，冬雷震震，夏雨雪，天地合，乃敢与君绝”；“我发誓：接受你成为我的妻子，从今而后，不论祸福，贵贱，疾病还是健康，都爱你，珍视你，直至死亡”，这些东西方的爱情绝唱，感动得无数人眼泪哗哗的。夫妇一体、另一半，是对婚姻的浪漫说法，但婚姻的真实含意是无限责任合伙公司，夫妻享受家庭共同财产，也承担家庭公共债务。所以，上述深情表白的言外之意是：“从今以后，你赚的钱我也要花，我借的钱你也要还一半，我们将维持最亲密最危险的关系，长命无绝衰，直至死亡或离婚”。

那增加婚姻合约的类型，譬如创设有限责任婚姻合约，就像有限公司那样？有限责任婚姻也有诸多麻烦：以哪些财产为限，夫妻双方承担有限责任？婚内财产与个人财产怎么从物理上与法律上区隔？就像公司大股东或实际控制人可以通过关联交易转移公司资产、让公司承担债务，坑中小股东与债权人一样，有限责任婚姻也会有类似问题，一方与外人串通起来坑另一方，或两方串通起来坑第三方。

在现行无限责任婚姻合约架构内做一些必要的修补，可能最为可行：例如法律明确承认婚前财产约定，经过公证的财产约定就应该推定为第三方知道，而不需要对配偶举债一无所知的你，证明第三方知道你与配偶有财产约定；正如实际控制人转移公司资产或让公司承担虚假债务涉嫌刑事犯罪一样，对涉嫌转移家庭共同财产或虚构家庭债务的行为，应该立案调查，而不是让一脸懵逼的你在民事庭上承担举证责任。

日前，最高法发布第14批指导性案例，其中指导案例66号《雷某某诉宋某某离婚纠纷案》，旨在明确一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，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，离婚分割夫妻共同财产时，可少分或不分财产。开了一个好头，但还远远不够。

“假离婚”有风险 行动需谨慎

2016-10-16 人民法院报 徐建辉

房子诚可贵，婚姻和感情价更高，尤其是敬畏遵守规则不可抛，否则就有自吃苦果的风险。

为规避房地产限购政策，或享受首付比例、贷款利息等方面的优惠，近一段时间夫妻间“假离婚”屡有发生。近日北京某法院就审理了一起“假离婚”纠纷案，为享受低首付和贷款的优惠利率，陈女士与丈夫李某办理假离婚，结果丈夫假戏真做，女方却人财两空。

一段时间以来，一些城市房地产市场“高烧”不退，房价连续暴涨，排队抢房、一日一价等“盛况”再现。在这种情况下，一时间人心躁动，诸如“创业不如买房”的论调和各种段子甚嚣尘上并为很多人津津乐道，人性的贪婪、恐惧、焦虑与浮躁等各式面容纷纷浮现。而受利益驱动和调控政策挤压，例如卖家强行提价、毁约拒卖，买家假离婚真牟利等各种怪现象更是屡见不鲜。

从报道来看，陈女士与丈夫李某之间的恩怨纠纷也是因买房而起。二人先是为了在购买新房时能够享受政策规定的首套房才能享有的较低首付和贷款优惠利率而一致决定“假离婚”，后来又因为房子而变成“真离婚”且闹上法庭。

可以看到，就算是二人当初真如陈女士所言是“假离婚”，那也是陈女士知情且自愿的，可谓“合谋”。况且，由于婚姻自由，没有人可以要求离婚后的另一方必须同意复婚，加之所购新房为离婚后前夫李某单独购买，不再属

于夫妻共同财产，陈女士也没有理由向法院主张产权分割。

正如审判法院所称：在法律上并不存在所谓的“假离婚”，陈女士作为完全行为能力人，应当对离婚后产生的风险有预见。把神圣纯洁的婚姻当作逐利的工具，最后却为婚姻所抛弃；自己玩弄政策法律，最终也吃了法律制度的闭门羹。这也许就是心中没有敬畏和不愿遵守规则，总想钻空子、走捷径的教训和代价吧！

所以，笔者想说，房子诚可贵，婚姻和感情价更高，尤其是敬畏遵守规则不可抛，否则就有自吃苦果的风险。

离婚夺子：父母行为涉违法

2016-10-18 荆楚网 记者林慧婕 通讯员熊斌

警车送执行法官和法警参加执行行动。

原标题：高学历父母上演夺子大战 父被移交警方母被网上追逃

离婚后，没有争夺到抚养权的父亲将儿子藏到老家，拒不执行法院判决，直到以涉嫌拒不执行判决、裁定罪被移交到公安机关，父亲才将儿子交出来。一接到儿子，母亲就直接消失，不仅自己辞职，还让儿子退学，带着儿子逃到外地，不协助履行探望权，直到被公安机关通过网上追逃抓获……

这一对“奇葩”父母法律意识淡薄，逃避履行判决，两年多的执行纠纷，不仅花费了执法人员大量的时间、精力，而且对孩子的身心成长带来了不良影响。

两年内两次起诉离婚

李某是一名博士，在某高校担任教授，陈某硕士毕业后在一线城市工作。2002年，李某经人介绍认识了陈某，谈起了恋爱。2003年，两人登记结婚，2004年，陈某生下一个儿子，但因为工作原因，儿子出生后，夫妻俩却依旧两地分居，从此感情产生裂痕。2006年，陈某辞去了一线城市的工作，回到武汉，在某国企担任主管。

虽然一家人在武汉团聚，但是由于性格差异，加上很少沟通，李某和陈某经常争吵，甚至打斗。2009年，李某向法院起诉离婚，随后又撤诉，可是夫妻感情没有回暖，两人还是争吵不断。一转眼，儿子到了上小学的年龄，在一所重点小学读书，然而，刚刚开学，李某和陈某就发生了激烈争吵，甚至闹到了儿子的学校。原来，儿子出生时，起名字用的是陈某的姓，但是在入学报名时，李某将儿子的名字改成了姓李。陈某得知后，马上找到学校，将儿子的学籍姓名又改成姓陈。夫妻双方因此大闹一场，矛盾加剧。2011年7月，李某和陈某正式分居。2011年8月，李某再次向法院起诉离婚。

父亲把儿子藏到老家

2011年11月，经过一审法院判决，准许李某和陈某离婚，婚生子由陈某抚养，李某每个月支付抚养费1800元至其独自生活时止，李某对儿子享有探望权，每月一次，一次两天。判决后，李某不服，希望能争夺到儿子的抚养权，遂向武汉市中级法院提出上诉。市中院经审理后，驳回上诉，维持原判。李某依然不服，向湖北省高级人民法院提请再审程序，2012年11月，省高院作出民事裁定，驳回了李某的再审申请。

然而，判决书生效后，李某既没有将儿子交给陈某抚养，也没有支付抚养费，而是把儿子带回了孝感老家，由李某的母亲抚养。2013年初，陈某向法院申请强制执行，执行儿子的抚养权以及抚养费。

执行法官多次找到李某协商，李某却称是其母亲将儿子带走，他没办法干涉母亲的行为。执行法官找到李某的单位领导给李某做思想工作，李某依然不为所动。2013年9月，因为李某一直拒绝履行法院生效判决，法院对其处以司法拘留15天的处罚。在拘留所里，李某承诺等司法拘留完毕后做母亲的工作，将儿子交给陈某抚养。然而当李某从拘留所释放后，他的态度又回到了原点，还是不肯将儿子交给陈某。

法院以李某涉嫌拒不执行判决、裁定罪将该案移交至公安机关，由普通的民事执行变成了刑事案件。李某得知案件移送给公安机关后，一改之前借口拖赖的态度，主动与执行员联系，愿意配合执行。2014年1月，在执行员的主持下，李某和陈某达成和解，主动将儿子交给陈某抚养并支付了抚养费。

母亲带儿子逃到外地

本以为案件已经圆满完成，不料，达成和解的第二天，李某就到法院申请立案，要求强制执行其行使探望权。原来，李某将儿子交给陈某后，陈某马上不接电话、不回短信，拒绝与李某联系，李某担心陈某以后会不让他见儿子，就向法院提出了执行协助其行使探望权的申请。

执行员了解情况后，多次拨打陈某的电话，但一直联系不上。执行员来到陈某的单位，却被其单位领导告知，陈某已经好几天没上班了。更让执行员意外的是，几天后，陈某单位领导致电告知执行员，陈某已经办理了离职手

续。执行员再次用电话、短信的方式与陈某多次联系，陈某终于用短信回复了执行员：“李某每年享有的探望权累计到孩子18岁为止，我算了一下，他可探望的总天数为十几个月，而李某在判决后将孩子藏起来的时间也有十几个月了，两者应该互相抵扣，李某的探望权已经履行完毕。”

为了不让李某接触到儿子，陈某换了手机号、放弃了工作，甚至让儿子从重点小学退学，举家搬离了武汉。执行员多方查找，都无法找到陈某，以其涉嫌拒不执行判决、裁定罪将该案移交至公安机关进行侦查。公安机关受理该案后，依然无法联系上陈某，只得将其列为网上逃犯进行追逃。2014年9月，陈某在外省被公安机关抓获，直到这个时候，陈某才意识到拒不履行法院判决的后果。2014年10月，在执行人员的主持下，李某和陈某再次达成和解，承诺以后将严格按照法院判决履行自己的义务。

至此，这场持续了两年多的离婚纠纷案件终于执行完毕。

莫让官司伤到孩子

李某和陈某都有着高学历和良好的工作，由于两人淡薄的法律意识和对法律的无知，不仅把自己搞到涉嫌刑事犯罪移交到公安机关的地步，也对年幼孩子的身心带来伤害。

抚养权、探望权案件的执行，涉及到第三方的人身，时间上具有长期性，执行标的上具有模糊性，不同于财产案件，可以直接强制执行。这类案件的执行过程中，糅杂感情因素，只有从思想上让当事人真正理解到抚养权、探望权的实现对孩子身心健康成长的重要作用，使其转变态度，主动履行义务，才能防止在以后的生活中出现再次拒绝协助抚养权、探望权的情况，导致案件重复申请执行。所以在执行过程中，执行法官多次跟陈某沟通，希望她理解，探望权既是一种民事权利，也是一种精神权利，应该考虑到带给孩子情感和亲情的需求，有利于孩子的健康成长。（文中均为化名）

重庆江北法院发布家事审判典型案例

家事纠纷新型疑难案件增多

2016-10-14 法制日报 记者吴晓锋 战海峰

近年来，随着重庆市江北区经济的迅速发展，房屋拆迁、土地征收等引发的家庭纠纷较为突出，江北区婚姻家庭诉讼案件也在快速增长。作为重庆市高级人民法院确定的首批家事审判方式和工作机制改革试点法院，10月12日，重庆市江北区人民法院召开了新闻发布会，对家事审判改革工作的开展情况进行通报，并发布了六大典型案例。

据分管民一庭工作的江北区人民法院副院长赵进介绍，2016年1月至9月，该院共受理婚姻家庭案件586件，占到了全庭新收案件的17.5%。其中，离婚纠纷417件，继承纠纷70件，离婚后财产纠纷55件，赡养纠纷13件，其他纠纷31件。结案580件，其中调解、撤诉397件，调撤率为68%。

家事纠纷具有耗时长等五个显著特点

婚姻家庭纠纷涉及人身和财产关系，关乎老百姓切身利益。江北区法院汇总近年的案件情况后，发现家事纠纷具有五个显著的特点。

案件耗时长是几乎每一桩家事纠纷的共性。“婚姻家庭纠纷，涉及家长里短的事。当事人往往希望法官在案件审理中事无巨细，明辨家庭生活中的各种是非，有时会不断提出调查申请，不断申请证人出庭，这就导致有的案件审理时间较长。”赵进说。

参与人员多也是家事纠纷的特点之一。“因为这类纠纷往往涉及人身关系以及财产的分配和继承，不止关乎当事人的切身利益，甚至关系到家族利益，因此当事人和案外人的参与意识较强，会不断向法官提出要求或者陈述案情。”赵进补充道，如离婚纠纷，涉及财产分配和小孩抚养，双方的父母及亲戚往往参与其中；赡养和继承纠纷，往往不单牵涉整个原生家庭和各个小家庭，甚至各个家族也牵涉其中，导致案件审理压力大。

此外，还有信访投诉多的特点。由于婚姻家庭纠纷几乎都是涉民生案件，当事人的素质参差不齐，缠诉、闹访、情绪激动的当事人时有出现，以各种方式信访投诉的当事人较多，需要法官不断地进行接待和解释，无形中也增加了法官的工作和精神压力。

家事纠纷还易引起突发事件。婚姻家庭纠纷尤其是离婚纠纷，涉及夫妻双方感情、小孩抚养等，有的当事人比较偏执，容易发生过激行为，在案件审理过程中易发生殴打对方、自杀自残、遗弃小孩等突发事件，导致维稳压力较大。

新型疑难案件增多，是随着社会发展凸显出来的又一特征。除了一般家事纠纷外，还有同居期间财产纠纷、非婚生子抚养纠纷、以非法目的结婚引发纠纷等，且涉及各类财产也日趋复杂。如离婚纠纷中对婚前财产在婚后增值

“家事法苑”团队奉献

部分的认定、婚前投资在婚后如何认定和区分、合伙财产和股权的处置等。

婚前财产离婚可不做共同财产分割

在江北区法院发布的六大典型案例中,有这样一个案例。

男女双方均为高级知识分子,男方在北京工作,女方在重庆工作。双方于2011年5月自愿登记结婚,婚后由于长期分居两地,缺乏交流沟通、互相猜忌,感情逐渐转淡。

2013年11月,男方向法院起诉要求与女方离婚,但女方坚决不同意。法院考虑双方感情尚未完全破裂,判决驳回男方的诉讼请求。

半年之后,双方关系并未改善,反而继续恶化,相互在言语上进行伤害。男方再次起诉要求离婚,并要求女方返还金银首饰和现金等,女方则要求分割房屋、车位、家具家电、数百万元的股票盈利和银行存款等。男方认为所有财产都是自己的婚前财产,拒绝提供财产现状,双方为此展开了一场激烈的财产争夺战。

为了查明双方的婚前财产和夫妻共同财产,承办法官根据女方申请远赴上海、深圳、北京等地进行调查取证。根据调查取证的情况,应该认定男方购买的房屋、车位、家具家电等均系其个人婚前财产购买。承办法官多次组织双方进行耐心细致的调解,对女方进行心理疏导。经过多次沟通,最终双方调解离婚,各自开始了新生活。

父母尚在世子女无权处分继承财产

另一起江北区法院公布的典型案例,是一起遗产继承纠纷案件。

男女双方共生育9个子女,男方于1985年1月去世。1999年,女方向公司购买了涉案房屋。2002年1月1日,在渝7个子女达成协议,约定由其中一个子女负责照料、护理母亲直至母亲百年,其余8人出生活费和护理费,作为补偿,母亲的房屋由负责照料的子女所有。2002年9月母亲去世,此后不久取得房屋所有权证,登记在母亲名下。母亲去世后,9个子女均要求继承房屋,诉至法院。

法院经审理后认为,继承从被继承人死亡时开始。女方生前签订购房合同购买了涉案房屋,于死后取得了房屋所有权证,故该房屋属于女方死亡时遗留的合法财产,应当作为其遗产由继承人依照法律的规定继承。7个子女达成房屋由1人所有的协议未经全体继承人签字,也未经尚健在的女方许可,属于无权处分行为,故不构成遗嘱,不应按此协议处分房屋。

9个子女均按照协议轮流照顾女方,没有亲自照顾者,也按照协议的约定支付了生活费和护理费,故均对女方尽到了扶养义务,在分配遗产时,应当均分,遂判决涉案房屋由9个子女各继承9分之1的产权份额。

放弃继承又反悔无正当理由不支持

还有一起关于继承人放弃继承又反悔的案例。

男方胡某和女方龙某共生育8个子女,女方于1995年10月死亡,男方先于女方死亡,女方死亡时在江北区留有土墙房屋一栋,建筑面积50平方米。

1995年11月,江北区公证处出具公证书,载明龙某有5个子女,其中3个子女放弃对涉案房屋的继承权,房屋由另两个子女胡四、胡五继承。

1996年,胡四、胡五共同出资对涉案房屋进行重建,重建后房屋建筑面积为90平方米,并办理了产权登记,所有权人为胡四、胡五。2011年7月,涉案房屋被拆迁,胡四、胡五各获得拆迁安置房一套。

2012年7月,江北区公证处出具决定,因胡四、胡五办理公证时隐瞒了部分继承人,决定撤销原公证书。

此后,其余6个子女将胡四、胡五诉至法院,要求继承涉案房屋的财产价值。法院经审理认为,龙某生前没有留下遗嘱,应按法定继承的方式分割其遗产,8个子女均有权继承其遗产。公证书虽被撤销,但龙某的3个子女已经作出过放弃继承的真实意思表示,其现在反悔并无合理理由,故对这3个子女的诉讼请求不予支持。龙某的遗产应由其余5个子女各继承五分之一的份额。

由于涉案房屋已被重建,重建后的房屋又被拆迁,无法评估其原来的价值。法院参照胡四、胡五重建后的房屋被拆迁时的补偿标准计算涉案房屋的价值,判决胡四、胡五支付其余3个子女各3万余元。

国办明确：不动产登记资料查询与政府信息公开行为存在根本性差别

2016-10-19 中国国土资源报 刘振国

记者10月18日从国土资源部政策法规司、不动产登记局获悉,针对业内普遍关注的“不动产登记资料能否通过政府信息公开方式获取”这一问题,国土资源部办公厅不久前向国务院办公厅政府信息公开与政务公开办公室致函。

“家事法苑”团队奉献

不动产登记资料查询“属于特定行政管理领域的业务查询事项”

近日，国务院办公厅政府信息公开与政务公开办公室征求了国务院法制办公室、最高人民法院的意见，并给国土资源部复函明确——

- 不动产登记资料查询“属于特定行政管理领域的业务查询事项”，其法律依据、办理程序、法律后果等与《政府信息公开条例》所调整的政府信息公开行为存在根本性差别；
- 当事人依据《政府信息公开条例》申请这类业务查询的，应告知其依据相应的法律法规规定办理。

如何“依据相应的法律规定办理”？

如何“依据相应的法律规定办理”？这与依据《政府信息公开条例》查询有何不同？

据介绍，为了促进不动产交易、维护交易安全，根据《物权法》《不动产登记暂行条例》的规定，权利人、利害关系人、执行公务的有关国家机关可以到不动产登记机构申请查询、复制不动产登记资料。

同时，为保护权利人的合法权益，依据《不动产登记暂行条例》规定，未经权利人同意，不得泄露查询获得的不动产登记资料。

但在实践中，有行政相对人通过政府信息公开途径查询不动产登记资料，行政机关对该类查询申请应当适用《物权法》《不动产登记暂行条例》还是《政府信息公开条例》无所适从。

如何处理政府信息公开与个人信息保护的关系？

如何处理政府信息公开与个人信息保护的关系，合理平衡公众知情权与个人隐私权的保障，是妥善处理这类申请的核心问题。

以房屋等不动产登记信息为例，这类信息属于公民个人或单位的财产信息，为交易安全应当允许权利人或者利害关系人查询有关登记资料，但如果不加区分地允许任何人都能通过信息公开获取资料，不利于保护不动产所有权利人的合法权益。

据介绍，如果申请人通过政府信息公开途径要求获取的不动产登记资料涉及特定的不动产信息，应当按照《物权法》第十八条、《不动产登记暂行条例》第二十七条至第二十八条和《不动产登记暂行条例实施细则》（国土资源部令第63号）第九十七条至第一百零二条的规定办理。

业内认为，国土资源部与国务院办公厅政府信息公开与政务公开办公室的致函与回函，及时澄清了有关模糊认识，指明了不动产登记资料查询的正确途径，有利于保证交易安全，也有利于更好地维护群众合法权益。

买房登记在孩子名下 办理公积金贷款受阻

中介公司未提供相关咨询服务被判违约

2016-10-21 人民法院报

本报讯（记者孟焕良 通讯员 火华）通过房屋中介购买了一套二手房，过户时听信中介将未成年女儿名字加在房产证上，结果办公积金贷款遇上麻烦，还惹上了官司。日前，浙江省宁波市镇海区人民法院审理了这起让邓某夫妇闹心的案件，认定中介机构违约，无权主张中介费，应赔偿邓某夫妇因此产生的损失2000元。

为了5岁的女儿读书，2014年8月，邓某夫妇花了123万元通过中介买了一套二手房，中介费7000元。在中介合同和房屋买卖合同中特别约定先付50万元的首付款，剩下73万元等公积金贷款办理下来之后再付给卖家。2014年12月去房管中心办理过户时，邓某夫妇咨询中介机构的人员，如在房产证上加上女儿的名字对公积金贷款有无影响，中介回复没有影响，于是二人便把女儿的名字登记在房产证上，登记的份额为40%，夫妻二人各占30%。

然而，在邓某去办理公积金贷款时，却被告知因未成年人是房屋的共有人，不能办理公积金贷款。

这下可急坏了夫妻二人。再找到中介机构，中介说他们也没有办法，退了邓某预先交的4000元中介费。

后来，经多方周折，房管中心同意经公证处公证并办理房屋抵押后，给邓某办理了公积金贷款，但是只能贷款46万元，邓某女儿40%的份额部分仍旧不能办理公积金贷款。且在邓先生女儿年满18周岁之前，房屋中这40%的份额不能处置。

2015年3月，公积金贷款终于办下来，未能办理公积金贷款的27万元，邓某只得通过民间借贷以及银行商业贷款的方式支付，这给本来平静的生活添了不小的压力。

可正当夫妇两人想着苦日子一咬牙就过去的时候，中介却把两人告上了法院，要求邓某支付双倍的中介费共1.4万元。

收到法院传票后，两人气不打一处来，明明是中介的责任造成了二人的损失，中介机构还索要中介费，于是二人向法院提出反诉，让中介机构赔偿经济损失 2 万元。

法院审理认为，使用公积金贷款 73 万元是房屋中介合同的重要内容，中介机构有义务向购房人提供真实的有关公积金贷款的相应咨询服务。作为从事房产中介的专业机构，理应具备相应的专业知识，在购房人询问记载未成年人名字是否影响贷款的时候，中介机构应当知道相应的贷款条件，即使不知道，也应向相关部门核实后再答复购房人。中介机构在未核实的情况下，向邓某夫妇提供了虚假的信息，致使二人公积金贷款金额减少为 46 万元，中介机构构成违约，无权主张中介费，并应赔偿邓某夫妇由此产生的损失，酌定为 2000 元。

■法官提醒■

购买“娃娃房”有风险

如今，很多家长在购置房产时，因各种原因将房产直接登记在未成年子女名下。在父母看来，“娃娃房”的好处很多，可以规避税费、规避家庭破产风险、提前为孩子准备婚前财产等等。

然而把房屋登记在未成年孩子的名下，也会遇到很多麻烦。如：买房不能贷款。如果买卖合同约定房屋的购买方是未成年人一人，则该房屋买卖不能申请银行贷款，只能一次性付清房款；孩子独立买房时可能多付首付。如果孩子和父母没有共有房产，即父母房产证上没有孩子的名字，那么孩子成年后购买首套房时，可享受首套房优惠政策；父母不能随意处置房屋。父母不能随意出售、抵押未成年子女名下的房屋等。

案件|为了房子，扔下孩子，浦东法院妥善做好幼儿安置工作

2016-10-26 上海法治声音

上海市委政法委、上海报业集团联合出品。聚焦法治热点，关注法治人群，传播法治精神。

都说孩子是父母的心头肉，但对家住浦东的姜某夫妻来说，似乎房子更重要一些。因对动迁房析产判决不满，为了夺回房子并多要补偿，姜某夫妻在他人怂恿下，竟然将 11 个月大的女儿扔在了法院执行局，扬言“没房子住，就让法院养孩子”，以此向执行法官施压。

近日，上海市浦东新区人民法院对姜某夫妻作出严肃处理，被执行人姜某被司法拘留十五日，姜某妻子王某因在哺乳期免于拘留，给予批评教育并具结悔过。两人为愚蠢做法付出了应有的代价。

拒不迁出本属前妻房屋

姜某原住虹口区，上世纪九十年代，他与外地来沪工作的刘某结婚。2011 年，随着老城区改造，姜某一家居住的老公房被动迁，分到了位于浦东的三套动迁房及数十万元的安置款。生活在好转，夫妻俩的感情却日渐凋零，并于 2014 年离婚。之后，刘某向法院提出分家析产诉讼，要求分割相应财产。

经浦东法院判决，三套安置房中的一套归刘某所有，同时，刘某应向姜某等支付补偿款四十余万元。姜某不服提起上诉，二审维持原判。判决生效后，姜某却拒不搬出该房屋，期间还另娶王某为妻，并于去年年底生下了女儿圆圆(化名)。

为了讨回房屋，刘某无奈再次起诉姜某一家，要求其搬出房屋、协助办理房屋过户手续并赔偿物业及租金损失，浦东法院判决支持了她的诉请。判决生效后，姜某仍然以种种理由拒不迁出。刘某遂向法院申请强制执行。

执行局内扔下亲生幼女

保障当事人的胜诉权益，是执行法官的职责。但承办法官顾悦考虑到姜某家有幼儿的情况，并未立即采取强制措施，而是多次上门做工作，督促姜某一家及时迁出房屋，还向申请执行人刘某争取到一定的迁出时限，以便其搬离。但即便如此，姜某一家却依然我行我素，拒不搬出。

眼看姜某没有半点搬离的意思，刘某趁他外出之际，组织亲戚自行收回了房屋。得知房屋被前妻夺回，姜某一家大为不满。在他人怂恿下，夫妻俩带着只有 11 个月大的女儿来到执行局，把火气全撒到了法官身上，无理要求法官讨回房子，并让对方增加补偿金额。

顾法官反复对其做工作，明确告知此属无理要求。这时，荒唐的一幕出现了，姜某夫妻见要求得不到满足，把女儿扔下掉头就走，并扬言“没房子住，就让法院养孩子！”顾法官赶紧追上去，但二人已经扬长而去。

愚蠢做法换来严肃处理

看着这个不满周岁、嗷嗷待哺的幼儿，顾法官立即向执行局领导汇报情况，启动了突发事件应对机制。原来，浦东法院早已和上海彩虹青少年发展中心建立了协助执行机制，该中心可为因各类刑事、民事案件导致暂时无家可

归的孩子提供临时照看。于是，执行局副局长董四杰立即带队将圆圆送到了该中心，等把孩子顺利安顿好，已经是下午四点多。

孩子岂可当做抗拒执行、向法院施压的筹码！第二天一大早，顾法官立即责令姜某夫妻前来接受处理。二人也意识到已犯下大错，很快赶到执行局。

鉴于姜某不仅未及时履行义务，还将幼儿留置法院，严重妨碍法官工作，经过合议庭评议，浦东法院依法对姜某作出了司法拘留十五日的处罚决定。对其妻子王某则给予严肃的批评教育并具结悔过。面对法律的制裁，夫妻俩悔恨交加，对自己的鲁莽行为表示悔过，并表示接受法院的判决结果，将配合对方办理房屋过户手续。

在法官陪同下，王某焦急地前去接孩子。见到已一天未见的宝贝女儿，她当场放声大哭。此时夫妻俩应该知道，房子和孩子，究竟哪个更重要了。

据浦东法院执行局局长王志根介绍，近年来，部分被执行人为抗拒执行，或发泄不满情绪，将未成年人、老年人留置法院的情况时有发生，企图以此对法院施压，给法院执行工作造成了严重的干扰。对此，浦东法院执行局一方面积极争取社会力量的协助，通过加强与相关青少年帮扶中心、养老院等机构的合作，畅通人员救助渠道，实现人性化安置，另一方面，加大打击力度，对这类故意妨碍法院正常公务的违法行为予以严厉打击，有效震慑相关违法分子。

爸爸博士妈妈硕士，离婚展开夺子大战 一人被移交公安机关，一人被网上追逃

2016-10-31 武汉晚报 记者林慧婕

两年内两次起诉离婚

李某（父亲）是一名博士，在某高校担任教授，陈某（母亲）硕士毕业后在一线城市工作。2002年，李某经人介绍认识了陈某，谈起了恋爱。

2003年，两人登记结婚，2004年，陈某生下一个儿子，但因为工作原因，儿子出生后，夫妻俩却依旧两地分居，从此感情产生裂痕。

2006年，陈某辞去了一线城市的工作，回到武汉，在某国企担任主管。

虽然一家人在武汉团聚，但是由于性格差异，加上很少沟通，李某和陈某经常争吵，甚至打斗。后因儿子入学的姓名问题，两人激烈争吵，到2011年7月，李某和陈某正式分居，一个月后李某再次向法院起诉离婚。

父亲把儿子藏到老家

2011年11月，经过一审法院判决，准许李某和陈某离婚，婚生子由陈某抚养，李某每个月支付抚养费1800元至其独自生活时止，李某对儿子享有探望权，每月一次，一次两天。

判决后，李某不服，希望能争夺到儿子的抚养权，遂向武汉市中级人民法院提出上诉。中院经审理后，驳回上诉，维持原判。李某依然不服，向湖北省高院提请再审程序，2012年11月，湖北省高院作出民事裁定，驳回了李某的再审申请。

然而，判决书生效后，李某既没有将儿子交给陈某抚养，也没有支付抚养费，而是把儿子带回了孝感老家，由李某的母亲抚养。

2013年初，陈某向法院申请强制执行，执行儿子的抚养权以及抚养费。

执行法官多次找到李某协商，李某却称是其母亲将儿子带走，他没办法干涉母亲的行为。2013年9月，因为李某一直拒绝履行法院生效判决，法院对其处以司法拘留15天的处罚。

在拘留所里，李某承诺等司法拘留完毕后会做母亲的工作，将儿子交给陈某抚养。然而当李某从拘留所释放后，他的态度又回到了原点，还是不肯将儿子交给陈某。

法院以李某涉嫌拒不执行判决、裁定罪将该案移交至公安机关，由普通的民事执行变成了刑事案件。

李某得知案件移送给公安机关后，一改之前借口拖赖的态度，主动与执行员联系，愿意配合执行。

2014年1月，在执行员的主持下，李某和陈某达成和解，主动将儿子交给陈某抚养并支付了抚养费。

母亲让儿子退学并逃到外地

本以为案件已经圆满完成，不料，达成和解的第二天，李某就到法院申请立案，要求强制执行其行使探望权。原来，李某将儿子交给陈某后，陈某马上不接电话、不回短信，拒绝与李某联系，李某担心陈某以后会不让他

见儿子，就向法院提出了执行协助其行使探望权的申请。

执行员了解情况后，多次拨打陈某的电话，但一直联系不上。为化解矛盾，执行员来到陈某的单位，却被其单位领导告知，陈某已经好几天没上班了。

更让执行员意外的是，几天后，陈某单位领导致电告知执行员，陈某已经办理了离职手续。

执行员再次用电话、短信的方式于陈某多次联系，陈某终于用短信回复了执行员：“李某每年享有的探望权累计到孩子18岁为止，可探望的总天数为十几个月，而李某在判决后将孩子藏起来的时间也有十几个个月了，两者应该互相抵扣，李某的探望权已经履行完毕。”

为了不让李某接触到儿子，陈某换了手机号、放弃了工作，甚至让儿子从重点小学退学，举家搬离了武汉。

执行员多方查找，都无法找到陈某，以其涉嫌拒不执行判决、裁定罪将该案移交至公安机关进行侦查。公安机关受理该案后，依然无法联系上陈某，只得**将陈某列为网上逃犯进行追逃。**

2014年9月，陈某在外省被公安机关抓获，直到这个时候，陈某才意识到拒不履行法院判决的后果。2014年10月，在执行人员的主持下，李某和陈某再次达成和解，承诺以后将严格按照法院判决履行自己的义务。

至此，这场持续了两年多的离婚纠纷案件终于执行完毕。

「法官说法」

莫让官司伤到孩子

李某和陈某都有着高学历和良好的工作，由于两人淡薄的法律意识和对法律的无知，不仅让自身涉嫌刑事犯罪被移交到公安机关，也对年幼孩子的身心带来伤害。

抚养权、探望权案件的执行，涉及到第三方的人身，从时间上来讲具有长期性，从执行标的上来讲具有模糊性，不同于财产案件，可以直接强制执行。

这类案件的执行过程中，糅杂感情因素，只有从思想上让当事人真正理解到抚养权、探望权的实现对孩子身心健康成长的重要作用，使其转变态度，主动履行义务，才能防止在以后的生活中再次拒绝协助抚养权、探望权，导致案件重复申请执行。

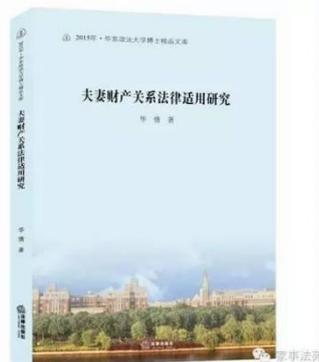
执行法官强调，探望权既是一种民事权利，也是一种精神权利，应该考虑到带给孩子情感和亲情的需求，有利于孩子的健康成长。

（七）公证专题

十、新书资讯

夫妻财产关系法律适用研究

2015年6月1日第一版 法律出版社 华倩著



本书是2015年度“华东政法大学博士精品文库”之一。本书聚焦夫妻财产关系的法律适用这一问题，通过案例分析以及相关理论与立法和司法实践的结合，归纳夫妻财产法律适用的理论基础及实践难题，并探讨完善适合我国国情的夫妻财产法律适用原则及其例外。全书在观点上有较大创新，夫妻属人法方面，提出了分割理论以及例外情况下的统一理论；还提出了可变理论以及例外情况下的不变理论。本书具有重要的理论意义和实践意义，有利于夯实夫妻财产法律适用的理论基础，并有助于立法的完善以及指导司法实践。

基本信息出版社：法律出版社；第1版（2015年6月1日）丛书名：华东政法大学博士精品文库平装：267页语种：简体中文开本：16ISBN：9787511881595，7511881599 条形码：9787511881595 商品尺寸：20.8 x 14.6 x 1.6

“家事法苑”团队奉献

cm 商品重量: 340 g 品牌: 法律出版社 ASIN: B013QT2LQC 用户评分: 分享我的评价**编辑推荐**《夫妻财产关系法律适用研究》由法律出版社出版。**作者简介**华倩, 安徽蚌埠人, 毕业于安徽大学、安徽财经大学、华东政法大学, 获文学学士、法学硕士、法学博士学位。现任安徽财经大学商学院教师, 主要从事国际私法和民法教学科研工作。在《理论月刊》、《西北大学学报》、《云南财经大学学报》等刊物发表论文约 20 篇, 主持和参与多项省社科规划项目和教育厅项目。

目录

引言

一、问题的提出和研究意义

二、研究现状和文献综述

三、研究思路和研究方法

四、主要观点

第一章夫妻财产关系的法律冲突及其解决

第一节夫妻财产关系法律冲突的产生条件

一、法律适用的方法不同

二、法律适用的渊源不同

三、外国法具有域外效力

第二节夫妻财产关系法律冲突的具体表现

一、16 世纪的本地法和意思自治选择法律的冲突

二、19 世纪至 20 世纪的本国法与住所地法的冲突

三、夫妻所在地法的冲突

第三节夫妻财产关系法律冲突的解决路径

一、海牙国际公约的解决路径

二、欧盟区域条例的解决路径

三、国内实体法的解决路径

本章小结

第二章夫妻财产关系法律适用的契约化及其限制

第一节法律适用的契约化

一、当事人选择法律的方式

二、当事人选择法律的时间

第二节法律适用契约化的限制

一、契约化限制的理论基础

二、英美法系的契约化限制

三、大陆法系的契约化限制

第三节契约化及其限制对中国的影响和中国的应对

一、中国夫妻财产关系法律适用的契约化

二、中国夫妻财产关系法律适用契约化的不足

三、中国夫妻财产关系法律适用契约化的完善

本章小结

第三章夫妻财产关系法律适用的场所化

第一节两大法系夫妻财产关系法律适用的场所化

一、两大法系的场所化连结点

二、两大法系的场所化属人法

第二节法律适用场所化的相关理论

一、不变理论与可变理论

二、统一论与分割论

第三节法律适用场所化对中国的影响和中国的应对

一、中国婚姻家庭领域场所化连结点的立法变迁

二、中国场所化属人法中经常居所地法的不足

三、中国场所化属人法中经常居所地法的完善

本章小结

第四章夫妻财产关系法律适用的身份化

第一节国籍作为法律适用身份化的连结点

一、国籍的发展演进

二、属人法连结点中的国籍

三、19世纪中期的国籍国法阶段

第二节夫妻财产关系适用国籍国法的条件

一、配偶与本国存在国籍联系

二、国籍国是统一法国家

三、国籍国法律规定了对配偶权利进行保护的原则

第三节夫妻财产关系适用国籍国法的方式

一、本国公共秩序保留制度对原准据法的排除

二、国籍国法对于原准据法的补充

第四节法律适用身份化对中国的影响和中国的应对

一、中国夫妻财产关系法律适用的身份化及不足

二、中国夫妻财产关系法律适用身份化的完善

本章小结

第五章夫妻财产关系法律适用的发展趋向

第一节联邦制国家宪法对冲突法的限制

一、美国宪法对冲突法从非限制到限制的发展

二、大陆法系国家宪法对冲突法的限制

第二节夫妻财产关系法律适用的差异化

一、国内立法规定各异

二、区域立法效力有限

三、国际公约效力不足

第三节夫妻财产关系法律适用的复杂化

一、法律关系之间的界限模糊

二、夫妻财产转让中的法律关系交织

三、夫妻财产关系和继承关系的重合冲突

本章小结

结论

参考文献

后记

序言序

本书是我的博士研究生华倩的一本学术专著，也是她在博士论文的基础上几经修改完成的一部作品。

20世纪美国冲突法革命中，学者关注的领域集中于合同冲突法和侵权冲突法，夫妻财产冲突法问题在整个冲突法革命中很少被提及。造成这种现象的原因在于婚姻关系长期以来一直被视为维系社会稳定的重要手段，常常和国家利益联系在一起，对于婚姻关系当事人来说，很难作出离婚甚至是分割夫妻财产的决定。此外，大陆法系和英美法系在属人法上分别坚持国籍和住所两种不同的连结点并且难以调和；婚姻关系的身份性以及两大法系对于属人法

连结点的不同态度亦造成了夫妻财产关系法律适用的研究处于被忽视的地位。

但是，夫妻财产关系的法律适用是保护夫妻财产权益、维护家庭稳定的重要手段，同时也关系到社会的和谐安定。婚姻财产关系的法律适用不能简单等同于物权纠纷，需要考虑错综复杂的法律事实和法律关系，例如当事人选择法律的情况；婚姻财产资金来源、婚姻财产非所有方对其作出的贡献；因婚姻财产转让、买卖引发的物权关系和债权关系的交织；当事人本国法中的公共秩序保留政策等。上述问题的存在使得夫妻财产关系的法律适用不再囿于传统的物权视角，需要从物权和债权关系、物权和意思自治关系以及法律适用的限制等方面进行重新追问和反思。作为国际私法方向的博士研究生，华倩对夫妻财产关系法律适用的研究产生了浓厚兴趣，并将这一传统法律制度确定为博士论文的选题，通过查找大量文献、搜集案例，基本掌握了这一领域的前沿资料。

夫妻财产关系一直被视为一种身份关系，为了维持这种身份关系和家庭关系的稳定，强调适用丈夫的本国法。20世纪以来，夫妻财产关系的法律适用和以前相比已经突破了单一适用丈夫本国法的局限，开始向意思自治和尊重男女平等的方向发展。发展到今天，夫妻财产关系形成了适用意思自治原则和属人法原则的基本框架。在搜集资料和写作的过程中，华倩发现结合我国立法和司法实践，婚姻协议的溯及力和变更、婚姻协议中房产赠与行为的法律适用、婚姻协议与第三人关系的法律适用、法律选择的默示推定等方面都存在不足，需要借鉴国际上的相关立法和司法实践予以完善。同时，婚姻协议的实体限制方面需要考虑与夫妻财产关系有关的强制性规定；程序限制方面包括配偶双方的签字、独立法律意见的指导以及婚姻协议的记录或登记等方面。此外，大陆法系和英美法系的夫妻财产法律适用存在不变理论和可变理论、统一论和分割论的理论分歧，如何弥合这些分歧，华倩认为，夫妻属人法应采用分割理论以及例外情况下（不动产及其收益来自于原先夫妻所在地的动产、夫妻一方对不动产及其收益作出的贡献）的统一理论；可变理论以及例外情况下（新所在地法院对于原先所在地法律给予的既得财产权益的认可）的不变理论。

作为导师，我见证了华倩为完成这部作品所付出的辛劳和努力，三年中，她搜集了大量最新资料和研究成果，阅读并翻译了约30万字的外文文献，克服涉外婚姻财产案例不予公开的难题，通过老师、同学、法官、律师的帮助获取相关案例，反复与国外案例进行比较，力争发现我国实践中存在的问题，以使自己的研究有的放矢。同时还发表了相关研究成果，博士论文数易其稿，不断充实和完善，且在论文答辩时得到专家的肯定。而今，经过学校遴选，华倩博士论文将作为华东政法大学“博士精品文库”由法律出版社出版，这是对她认真思考和辛勤写作的又一认可。

华倩的这部著作，从我国法律和司法实践中存在的问题出发，比较分析大陆法系和英美法系的相关理论、立法和司法实践，注重理论和实际问题的结合。全书思路清晰、论证严密，对我国相关立法以及司法实践的完善都具有重要的借鉴价值。我相信，这部凝聚着华倩心血和汗水的学术著作《夫妻财产关系法律适用研究》，不会让学界和读者失望，它的学术价值和实践意义也经得起时间的考验。

是为序。

丁伟

2015年1月10日

文摘（2）连结点变动后法律适用的变化与第三人的关系配偶作出的法律选择以及法律选择的变化可以改变既定的夫妻财产制度，这意味着配偶的法律选择可以限制他们对特定财产的权利，特别是涉及配偶一方的债权人时，婚姻选择条款实际上决定了债权人可以得到的财产范围。哈特利（Hartley）认为，当夫妻指定的法律涉及到第三人（债权人）利益时，法律适用应发生改变，适用新住所地法律。因为，当债权人和丈夫进行商业交易时，不能说适用结婚时的住所地法就维护了债权人的合理期待，因为他甚至不了解丈夫和妻子结婚时的住所地位于何处？即使他有所了解，但住所的改变也引起适用法律的改变，对于债权人来说难以了解丈夫和妻子的住所在何处。如果让债权人判定他们结婚时的婚姻住所是比较荒谬的。

1905年公约和1978年公约都对夫妻财产制法律适用与第三人的关系作出了规定，1905年公约第8条规定：“各缔约国保留下列权利：（1）以夫妻财产制度对抗第三人时，要求具备特定手续；（2）对于在其国内从事职业的已婚女子与第三人的关系，适用以保护第三人为目的的规定。各缔约国对于依本条应适用的法规负有相互通知的义务”。

《权利的边界：美国财产法经典案例故事》

2016-10-15 Gerald Korngold、Andrew P. Morriss 著 吴香香译

“家事法苑”团队奉献

《权利的边界:美国财产法经典案例故事》

(Property Stories 2nd Edition)

基本信息

出版社: 中国人民大学出版社; 第1版 (2015年8月1日)

外文书名: Property Stories 2nd Edition

平装: 365页

语种: 简体中文

开本: 16

ISBN: 7300216765, 9787300216768

条形码: 9787300216768

商品尺寸: 25.8 x 18.4 x 2.2 cm

商品重量: 599 g

品牌: 中国人民大学出版社

ASIN: B013VAFSU2 《权利的边界:美国财产法经典案例故事》为读者提供了关于这“一捆木棍”的“一捆故事”——财产法故事。这些文章中涉及的判例代表了 学年财产法课程中广泛的实质性论题,且很多判例被视为该领域的“经典”。每篇文章都提供了特定判例的背景与独到见解,并阐明了这些判决与当今更广泛的财产法制度得以协调的原因。此外,这些文章还向我们提示了“故事”的重要性——所有财产法理论、规则与概念,都是私人之间,或私人与团体之间的争议。正是在这些关乎真实人类情感与欲望的冲突中,财产法才得以产生并发展。

编辑推荐

《权利的边界:美国财产法经典案例故事》由中国人民大学出版社出版。

作者简介

作者:(美国)杰拉尔德·科恩戈尔德(Gerald Korngold) (美国)安德鲁·P·莫里斯(Andrew P. Morriss)

译者:吴香香

杰拉尔德·科恩戈尔德(Gerald Korngold)是纽约法律学院法学教授,麻省剑桥大学林肯土地政策研究所访问学者。此前他曾任凯斯西储大学法学院院长。

安德鲁·莫里斯(Andrew P. Morriss)是伊利诺伊大学厄本那香槟分校教席法学与商学教授,政府与公共事务研究所教授。他还是蒙大拿州波兹曼自由市场环境研究中心高级研究员,乔治梅森大学莫卡特斯中心高级学者。目录

第1章 斯特奇斯诉布里奇曼(Sturges v. Bridgman)的故事:邻人土地使用争议解决方案

第2章 穆尔诉加利福尼亚大学董事会案(Moore v. Regents of the University of California)

一、案情背景

二、对其他生物学物质的财产权

三、法院何以拒绝穆尔的财产权主张?

四、医学中的利益冲突

五、穆尔的救济

六、结论

第3章 范瓦尔肯堡诉卢茨的故事:扬克斯城的仇恨与时效占有(The Saga of Van Valkenburgh v. Lutz:

Animosity and Adverse Possession in Yonkers)

一、涉案街道

二、系争地块

三、本案当事人

四、本案争议

五、法院判决

六、本案评论

第4章 格伦诉格伦：两个故事（Gruen v. Gruen: A Tale of Two Stories）

- 一、家族故事，或“一个名人与一幅名画”
- 二、法律故事，第一部分：初审
- 三、法律故事，第二部分：上诉
- 四、结语

第5章 两姐妹对垒两父子：泽田诉远藤的故事（Two Sisters vs A Father and Two Sons: The Story of Sawado v. Endo）

导言

- 一、侵权案件
- 二、财产法案件
- 三、原告论点概要
- 四、被告论点概要
- 五、初审法院的观点
- 六、此案的上诉
- 七、英国普通法中的夫妻一体所有
- 八、普通法在美国
- 九、已婚女性财产法
- 十、已婚女性财产法与夫妻一体所有的废止
- 十一、已婚女性财产法与夫妻一体所有的新界定
- 十二、上诉审中原告的论证
- 十三、上诉审中被告的论证
- 十四、原告的回应
- 十五、法院判决
- 十六、评价
- 十七、法律现状
- 十八、结论

第6章 桑德斯（另名嘉文斯）诉第一国家房地产公司案（Saunders (a. k. a. Javins) v. First National Realty Corporation）

导言

- 一、故事的开始
- 二、沃德曼庭院的衰落
- 三、当地上诉审：从拒付租金运动到市民骚乱
- 四、联邦上诉审：赖特的审理
- 五、结语

第7章 塔尔克诉莫克塞案：开发莱斯特广场之争（Tulk v. Moxhay: The Fight to Develop Leicester Square）

- 一、早期历史
- 二、莱斯特伯爵取得广场所有权
- 三、莱斯特广场的初步发展
- 四、17世纪70年代至18世纪50年代的兴盛
- 五、莱斯特家族的退出与塔尔克家族的入驻
- 六、莱斯特广场的衰败
- 七、塔尔克诉莫克塞案的审理（1848年）
- 八、塔尔克诉莫克塞案的余波：怀尔德巨型地球仪
- 九、莱斯特广场的公有化

十、结语

第8章 财产法故事：谢利诉克雷默案（Property Stories: Shelly v. Kraemer）

引言

一、居住隔离的肇始

二、对早期种族限制性不动产契约条款的法律考量

三、古老普通法的影响：让与限制（Restraints on Alienation）与禁止永久权规则（Rule against Perpetuities）

四、未被使用的普通法不动产契约制度（Covenant Law）：横向相对性（Horizontal Privity）与“指向并关涉”（Touch & Concern）

五、司法宽容模式

六、挑战的出现

七、谢利案与赛普斯案

八、余论

第9章 土地交易流程概览：保护土地权利（A Short Course in Land Transactions: Protecting Title to Land），布朗诉洛伯案（Brown v. Lober, 389 N.E.2d 1188, 111 A 1979）

引言

一、所有权保护简史

二、布朗诉洛伯案：当事人与争点

三、被告洛伯初审胜诉

四、上诉法院撤销初审判决

五、确立的法律规则

六、少数法官的反对意见

七、州最高法院撤销上诉法院的判决

八、土地交易流程概览

九、争议解决模式与专业服务人员责任

结论

第10章 桑伯恩诉麦克莱恩：关于调查通知与默示负担的奇特故事（Sanborn v. McLean: A Strange Tale of Inquiry Notice and Implied Burdens）

一、密歇根州最高法院的故事版本

二、为何该案判决是一个麻烦的悖反

三、桑伯恩诉麦克莱恩的真实情节

四、最后的故事

第11章 上西区的故事：交响空间公司诉佩尔戈拉地产公司案（Upper West Side Story: The Symphony Space, Inc. v. Pergola Properties, Inc., 669 N.E.2d 799, 1996）

一、“永恒的谦逊学校”

二、普通法上的禁止永久权规则

第12章 卢卡斯诉绿色机器案：利用征收条款促进规制效率？（Lucas v. The Green Machine: Using the Takings Clause to Promote More Efficient Regulation?）

一、大卫·卢卡斯与他的海岸地块

二、卢卡斯与“价格劝导”

三、结论

第13章 牛群与退休人士之争：太阳城、斯珀工业与德尔·韦布开发公司之战（Cattle vs. Retirees: Sun City and the Battle of Spur Industries v. Del E Webb Development Co.）

一、亚利桑那州的发展

- 二、饲牛业
- 三、德尔·韦布
- 四、选址
- 五、太阳城
- 六、案情
- 七、余波
- 八、结语

第 14 章 尼伯恩希特业主协会诉移民产业储蓄银行案 (Neponsit Property Owner's Association v. Emigrant Industrial Savings Bank)

- 一、业主协会的成立与海滩的征收 (condemnation)
- 二、诉讼进程
- 三、尼伯恩希特案的终审
- 四、余波
- 五、尼伯恩希特案的遗产

第 15 章 欧几里得镇诉安布勒地产公司案 (Village of Euclid v. Ambler Realty Co.)

引言

- 一、欧几里得镇案的背景：分区制、规划与美丽城市
- 二、欧几里得镇诉安布勒地产公司：案件肇始
- 三、欧几里得镇诉安布勒地产公司：判决结论
- 四、欧几里得镇案的启示：欧几里得镇案造成了什么影响？
- 五、分区制
- 六、排斥性与保护美国家庭
- 七、分区制与美丽城市的规划
- 八、保护财产价值的分区制
- 九、结论

作者简介

文摘 将财产法规则保护的权利与责任规则保护的权利，或财产权利与责任规则相对照时很容易产生混淆，但这是值得注意的区分。对财产权利的表达就是对法律所保护的权利的表述；某种意义上它是对一种理想典范的表述。保护此种权利的机制非常清晰且复杂。它们可能同时包括民法与刑法。这些机制代表的是权利的外壳，而非其质料。一个土地所有者的财产权利受刑法、财产规则以及责任规则的保护，更不用说还有诸如遗嘱继承、合同法与赠与法等制度。保护的强度或烈度有所不同，所以对于动产，大多是可替代物，通常不适用返还特定的原物。但将此法律认知理解为只要支付金钱就可以随意侵夺他人动产，对笔者而言是个实质性错误。在我们生活的部分由法律所构造的世界中，并不是如此理解的。如此作为，通常但并非总是，会构成刑事犯罪。在被侵夺情形，土地之上的权利可以要求原物返还，部分是因为这更可以实现，部分是因为土地不被认为是不可替代的。进占 (entering) 而非侵夺形式的妨害，某些情形下可能会面临刑事处罚以及民事侵占之诉。但这些刑事处罚以及侵占之诉提供的保护，在某些情形可能非常不充分，除非更不易察觉的侵扰也得到救济，且私益妨害法为 (其他) 显著侵扰提供救济，经过一系列争议，在 19 世纪中叶普通法确定的这一基本标准不应被经济发展的公共利益所替代。使用当代较吸引眼球的表述，就是普通法拒绝允许经济上有效率的污染程度这一观念。然而法官，无疑还有陪审团，在裁决什么可以算作可诉的妨害时，必然涉及程度问题，无疑总是会接受，如果生活要继续，土地所有者间某种程度的互相容忍与调整是非常必要的这一观念，鉴于土地使用的必然影响必然超过土地的地理边界，无疑在某些边缘情形简单的即时经济运算会很重。在此微弱的程度，法律界的贤人以及大概还有陪审团成员接受了冲突的土地使用问题具有交互相关性质。但仅是如此将经济考虑引入，并不意味着严密的分析体系代替了并非如此精确的法律分析。经济学上的论据，在它们体现于法律决定的限度内，仅是主观的。如果现实主义运动使我们意识到法律固有的延展性，那么我们应该同时意识到，经济分析同样具有延展性，在有力数据并不存在的情形最为明显。

“家事法评注丛书”首发式在京举行

2016-10-20 厦门大学出版社 李宁

2016年10月16日上午，“家事法评注丛书”新书首发式在北京友谊宾馆隆重召开。首发式由中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授主持，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授、厦门大学出版社黄茂林书记分别致辞，中国法学会婚姻法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授出席首发式。其中，《中华人民共和国婚姻法评注·总则》一书主编中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授作为丛书总主编和参编者代表，对丛书写作情况和内容作了详细的介绍。

“家事法评注丛书”由中国法学会婚姻法学研究会和厦门大学出版社共同策划、组织出版，系中国大陆首套借鉴《德国法典评注》的体例，按照现行《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国继承法》等法律的结构，逐章、逐条地予以评注的高端法学精品丛书。

该丛书共计11卷，包括：

- 《中华人民共和国婚姻法评注·总则》
- 《中华人民共和国婚姻法评注·结婚》
- 《中华人民共和国婚姻法评注·夫妻关系》
- 《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》
- 《中华人民共和国婚姻法评注·离婚》
- 《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》
- 《中华人民共和国收养法评注》
- 《中华人民共和国继承法评注·总则》
- 《中华人民共和国继承法评注·法定继承》
- 《中华人民共和国继承法评注·遗嘱继承和遗赠》
- 《中华人民共和国继承法评注·遗产的处理》。

从编撰到出版，“家事法评注丛书”历时五年余，此次面世的为《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》和《中华人民共和国收养法评注》3卷，其余8卷也将于近期陆续出版。

“家事法评注丛书”依托雄厚学术资源，作者阵容强大，中国法学会婚姻法学研究会会长、中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授和中国法学会婚姻法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授担任总主编，中国法学会婚姻法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授担任执行总主编。

“家事法评注丛书”的编撰出版具有重大意义，中国法学会副会长、学术委员会主任张文显教授在2016年“中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会”上表示，这是中国法学会具有标志性的里程碑意义的一套丛书。该丛书不仅著述权威，而且详细讲解、透彻分析法律中的每一个法条，释明法条的由来和意义，法条与相关法条之间、法条与最高人民法院相关司法解释之间的关系，引述重要或者关键性的法院判例、学术观点。丛书的出版，必将在我国依法治国及家庭建设的进程中发挥积极的作用，成为读者理解和适用家事法律的首选，并在民法法典化的进程中为相关法律制度的修改完善提供重要参考。

《家事法研究》(2016年卷)

社会科学文献出版社 2016年10月10日版 夏吟兰 龙翼飞主编

《家事法研究》是中国法学会婚姻家庭法学研究会主办的专业学术丛刊，2016年卷设“《中国民法典婚姻家庭编》立法研讨”“域外专论”“防治家庭暴力研讨”“司法实务”“咨政建言及其他”五个版块，研讨《中国民法典婚姻家庭编》的制定，考察外国家庭法修改的新情况，研究我国防治家庭暴力的新问题，理论与实务结合探讨我国婚姻家庭法之不足，提出修改我国立法及完善相关救济措施的建议，基本反映了本年度婚姻家庭领域的理论与实务之研究热点问题。

基本信息

出版社：社会科学文献出版社；第1版（2016年10月10日）

平装：280页

语种：简体中文

“家事法苑”团队奉献

开本：16

ISBN：9787509797143

条形码：9787509797143

品牌：社会科学文献出版社

ASIN：B01M2X838L

主编简介

夏吟兰，1957年出生于北京，籍贯上海。现任中国政法大学民商经济法学院教授，博士生导师，兼任北京市妇联副主席，全国妇联执委，中国法学会婚姻家庭研究会会长、中国婚姻家庭研究会副会长、北京市妇女法学研究会副会长等职务，讲授民法、亲属法、继承法等课程。研究方向为妇女人权、亲属法学和继承法学。美国富布莱特访问学者(1996-1997)，澳门法务局法律专家(1999-2000)。1999年被评为北京市优秀中青年法学家。2003年获北京市先进女教职工工作者称号。2004年《婚姻法执行状况调查》(副主编)获第一届中国妇女研究优秀成果奖专著类二等奖。2005年1月《婚姻家庭法学》(副主编)获首届中国优秀法律图书奖(法学教育类)。

龙翼飞，男，1959年10月出生于辽宁省，祖籍湖南。现任中国人民大学律师学院执行院长、中国人民大学法学院教授、博士生导师、副院长。中国人民大学民商法教研室主任，中国人民大学婚姻家庭法研究所执行所长。中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长，中国法学会青少年法律研究会常务理事、中国法学会航空法学研究会副会长。兼任北京市仲裁委员会仲裁员，北京市法学会民商法研究会副会长、北京市法学会房地产法研究会副会长、中国土地学会法律委员会副主任委员、北京市人民政府法律顾问。研究领域：民法总论、商法理论、物权法、债与合同法、婚姻家庭法、社会保障法。1982年7月，吉林大学法学院毕业；1985年6月，中国人民大学法学院硕士研究生；1985年9月至今，中国人民大学法学院助教、讲师、教授；1991年6月，中国人民大学法学院博士研究生；北京仲裁委员会仲裁员。由于具有较高学术造诣，在高等职业教育工作中贡献突出，2007年8月22日，龙翼飞荣获国家教育部授予的第三届高等学校教学名师奖。

陈苇，女，西南政法大学外国家庭法及妇女离婚研究中心主任、民商法学院教授、博士生导师。

目录

《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨

论我国民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白【邓丽】

论夫妻人身权利义务的发展和我国法律的完善【马忆南】

论我国现行离婚制度的修改与完善【王礼仁】

防治家庭暴力研讨

直击家庭暴力处罚——对李彦案的反思【王勤芳 林晓雪】

对受暴妇女以暴制暴犯罪的法律思考【于晓丽】

我国儿童受虐之法律对策探析【曹贤余】

刍议我国家庭暴力民事认定中的警察参与【李琼宇 贺栩溪】

司法实务

公安机关在收养工作中所面临困境与改进路径探究【姜虹】

论法律及实务中对离婚自由权的保护——以大陆、台湾地区通婚为例【国熙】

论离婚时按揭房产的法律处置

——以2012年到2014年中国重庆市某基层法院离婚案件判决书为样本的实证研究

【李俊 朱晓旭】

从“父债子还”到“夫债妻还”【何丽新】

域外专论

论当代外国成年监护制度的发展趋势【李霞】

日本离婚法的修改新动向及其启示【赵莉】

意大利未成年人收养法改革评述【罗冠男】

论韩国监护制度的新改革【姜海顺】

咨政建言及其他

中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法典体系下监护制度完善建议报告》

【执笔人：夏吟兰 林建军 黄晶】

中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法总则监护制度的立法建议》【执笔人：薛宁兰】

《中国民法典·婚姻家庭编》制定的思考与建议

——中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会综述【陈苇 董思远 司艳露】

防治家庭暴力 促进和谐家园

——评《我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治

家庭暴力情况为对象》【林英】

序言

卷首语

2015 年 10 月 22 日至 23 日，家庭法地区性国际会议“21 世纪家庭法和家事司法：实践与变革国际研讨会”在中国重庆市西南政法大学召开。本次国际研讨会由中国法学会婚姻家庭法学研究会和西南政法大学共同主办，由西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心联合承办。与会者有来自美国、英国、波兰、日本、韩国、马来西亚等国的专家学者，有来自中国各地的专家学者、法官、律师、妇联干部以及西南政法大学的师生共计 60 余人。此次会议研讨的内容分为五个专题：家庭法基本理论前沿；妇女儿童权益法律保护；结婚离婚制度；家事司法；老年人权益保障及其他问题。

2015 年 10 月 24 至 25 日，“中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会——暨中国民法典之婚姻家庭编立法研讨会”在中国重庆西南政法大学召开。此次会议由中国法学会婚姻家庭法学研究会和西南政法大学共同主办，由西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心联合承办。出席会议的人员有来自祖国各地的中国法学会婚姻家庭法学研究会的会员和司法实务界的法官、律师等，以及西南政法大学的部分师生共计 200 余人，收到会议交流论文 72 篇。与会者通过会议主旨发言和小组专题讨论，积极发言，围绕《中国民法典·婚姻家庭编》的制定等进行研讨，建言献策。我们从此次年会的交流论文中精选部分论文，并增设“域外专论”专栏进行约稿，然后将这些论文汇集形成《家事法研究》2016 年卷，其主要内容包括五个专题：第一部分为《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨；第二部分为防治家庭暴力研讨；第三部分为司法实务；第四部分为域外专论；第五部分为咨政建言及其他。

第一部分《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨专栏，共收录三篇文章：分别为邓丽的《论我国民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白》，马忆南的《论夫妻人身权利义务的发展和我国法律的完善》，王礼仁的《论我国现行离婚制度的修改与完善》。这些论文或研讨民法总则与婚姻法的协调立法，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；或论证未来修改我国婚姻家庭法时，应当完善有关夫妻人身关系的权利义务的制度；或探讨我国离婚制度的修改构想。

第二部分防治家庭暴力研讨专栏，共收录四篇文章：王勤芳等的《直击家庭暴力处罚——对李彦案的反思》，于晓丽的《对受暴妇女以暴制暴犯罪的法律思考》，曹贤余的《我国儿童受虐之法律对策探析》，李琼宇等的《刍议我国家庭暴力民事认定中的警察参与》。这四篇文章对不同角度研究分析我国家庭暴力引发的社会后果，建议加大法律惩罚力度，保护妇女、儿童等弱势群体的合法权益；建立健全社会及非社会支持系统，需要警察参与作为辅助性力量介入家庭暴力民事认定程序等。

第三部分司法实务专栏，共收录四篇文章：姜虹的《公安机关在收养工作中所面临困境与改进路径探究》，国熙的《论法律及实务中对离婚自由权的保护——以大陆、台湾地区通婚为例》，李俊等的《论离婚时按揭房产的法律处置——以 2012 年到 2014 年中国重庆市某基层法院离婚案件判决书为样本的实证研究》，何丽新的《从“父债子还”到“夫债妻还”》。这四篇文章从收养中公安机关发挥的作用，海峡两岸通婚中涉及的离婚自由权，离婚按揭房的处理以及夫妻共同债务清偿四个方面存在的问题进行研讨，并结合司法实践提出相关的建议及对策。

第四部分域外专论专栏，共收录四篇文章：李霞的《论当代外国成年监护制度的发展趋势》，赵莉的《日本离婚法的修改新动向及其启示》，罗冠男的《意大利未成年人收养法改革评述》，江海顺的《论韩国监护制度的新改革》。这四篇文章分别评述国外不同国家家庭法修改的新动向，包括：现代外国成年监护制度的发展趋势——从医疗监护

“家事法苑”团队奉献

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；日本离婚法修改中的共同亲权制度、探望权制度；意大利未成年人收养制度的立法背景和改革内容；韩国成年监护制度的改革目的及修改内容等，为我们了解外国家庭法的改革动向提供了一个平台，拓展了我们的视野。

第五部分咨政建言及其他专栏，共收录五篇文章：中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法典体系下监护制度完善建议报告》与《关于民法总则监护制度的立法建议》，陈苇等的《〈中国民法典·婚姻家庭编〉制定的思考与建议——中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会综述》，林英的《防治家庭暴力促建和谐家园——评〈我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治家庭暴力情况为对象〉》。这五篇文章或对民法典与民法总则中的监护制度完善提出建议，或就 2015 年 10 月下旬在中国重庆西南政法大学召开的家庭法学术研讨会的主要观点进行综述，或对我国六省市防治家庭暴力情况实证调查的学术前沿著作进行评介。

目前，我国正在大力进行法治国家建设，21 世纪“中国民法典”正在编纂之中，家事审判制度改革的试点也正在进行之中。本学术论文集汇集了我国婚姻家庭法领域的专家学者和法律实务工作者对婚姻家庭法的理论和司法实务之新情况、新问题的研究成果。我们希望本书的出版能够为《中国民法典·婚姻家庭编》的制定提供有益的参考，能够为我国家事审判制度改革的试点提供有益的参考。

最后，对于社会科学文献出版社刘骁军编审和其他编辑老师对《家事法研究》2016 年卷的出版所付出的辛勤编辑工作，我表示衷心的感谢！

执行主编：陈苇

2016 年 5 月 28 日

信息资料、图片来自亚马逊网，如若购买请直接登录该网站。

十一、人民法院案例选

《人民法院案例选》2016 年第 2 辑家事案例

2016 年第 2 辑总 96 辑

如欲查看案例全部内容，请务必查找核对原文，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

陈少英、莫有成等诉莫枢、莫权继承纠纷案

——宅基地使用权能否单独作为遗产继承

来源：《人民法院案例选》2016 年第 2 辑总 96 辑，第 124 页—130 页；

编写人：广东省肇庆市中级人民法院 文翠芳

关键词：宅基地使用权 遗产 继承 单独

裁判要旨：

宅基地使用权人可以将地上建筑物以出租、赠与、继承、遗赠的方式转移与他人，宅基地使用权也随之转移，但宅基地使用权本身不得单独转移且不能用于抵押，包括不能进行继承。

案情简介：

莫雨田于 1953 年取得怀集县政府分配的诉争宅基地，并持有《土地房产所有证》。1988 年莫雨田又以自己名义对该宅基地申请了《土地使用证》。1996 年莫雨田去世，莫雨田育有莫喜、莫权、莫枢三子，莫喜先于莫雨田去世。莫喜妻子陈少英及子女与莫枢就该宅基地使用和继承发生纠纷诉至法院。

法院裁判：

肇庆市中级法院经过再审认为：本案是继承纠纷，争议焦点是讼争的宅基地是否属可继承的财产，陈少英等人对该宅基地是否有继承权的问题。讼争宅基地虽在 1953 年由集体分配给莫雨田使用，并在 1988 年领取《土地使用证》，但莫雨田一直未在上述土地建住宅，莫雨田及其三个儿子都是另有宅基地另建房屋居住，讼争宅基地在莫雨田去世时，只是部分建了临时性的猪栏、猪舍。根据《土地管理法》第八条第二款：“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有之外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。”第十条：“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理……”第六十二条：“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅，应当符合乡(镇)土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地”及《物权法》第一百五十三条“宅基地使

用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定”的规定,我国对宅基地严格实行“一户一宅”制度,宅基地归集体所有,而宅基地使用权人可以将地上建筑物以出租、赠与、继承、遗赠的方式转移与他人,宅基地使用权也随之转移,但宅基地使用权本身不得单独转移且不能用于抵押,包括不能进行继承。

因此,诉争宅基地不能单独作为遗产进行分配,原一、二审将涉案宅基地作为遗产进行分配,判令陈少英等人对此有继承权违反了法律精神,应予以纠正。被申请人陈少英等人起诉主张论争宅基地的部分使用权依据不足,本院再审依法予以驳回。

实务重点:

宅基地实行“一户一宅”制度,归集体所有,其使用权人可将地上建筑物以出租、赠与、继承、遗赠的方式转移与他人,宅基地使用权也随之转移。但其本身不得单独转移,不能用于抵押,不能继承。

案件索引:

再审:广东省肇庆市中级人民法院(2014)肇中法审监民再字第2号(2014年10月11日)

一审:广东省怀集县人民法院(2012)肇怀法民初字第586号(2012年6月25日)

二审:广东省肇庆市中级人民法院(2012)肇中法民终字第640号(2012年9月20日)

臧旭霞执行异议审查案

——离婚协议是否具有物权变更效力

来源:《人民法院案例选》2016年第2辑总96辑,第145页—149页;

编写人:广东省广州市越秀区人民法院 殷雨晴

关键词:离婚协议 物权变更 共有财产 实际占有

裁判要旨:

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,涉及不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。

案情简介:

2012年,广州越秀区法院在依生效刑事判决追缴被告人杨某违法所得35万元过程中,裁定查封杨某名下一房产。臧某以2007年与杨某协议离婚时约定该房产归其所有为由提出异议,并提交了由民政局盖章的离婚登记审查处理表及离婚协议复印件等证据材料。

法院裁判:

涉案房产虽然登记在被执行人杨某名下,但臧某向去院提供的证据证实,其与杨某早在杨某被羁押、执行前的2007年1月已经离婚,双方的离婚协议约定涉案房产归臧某所有,该离婚协议在民政局已备案登记,本院确认该协议合法有效。鉴于杨某与臧某在2007年离婚时已经对夫妻共有财产进行了分割,涉案房产归臧某所有,且臧某实际使用涉案房产。因此不应对涉案房屋执行,具体理由如下:

其一,《婚姻法》第19条规定:“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的,适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。”其双方签订的离婚协议已备案登记,合法有效。《婚姻法》立法原意为尊重夫妻间的真实意思表示,夫妻间的约定无需另行经过物权变动,在婚姻关系内部已经发生法律效力。

其二,虽然《物权法》规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭应当经过登记和公示,方能产生物权效力,否则不具有对抗第三人的效力。但第十五条同时规定,当事人之间设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。离婚协议关于不动产归属约定虽未办理变更登记,但不影响其效力。

其三,《合同法》第二条原则性规定了:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律规定。”经登记备案的离婚协议作为身份关系协议,则应适用婚姻法规定。就不动产物权的转移、变动而言,《物权法》及《合同法》的规定是一般规定,《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊规定。因此,约定房屋的所有权在夫妻间应尊重当事人的意思。

其四,根据物权大于债权的法律原则,物权发生变动而未履行登记和公示程序的,所不能对抗的是善意第三人

“家事法苑”团队奉献

主张的物权，而非债权。本案中，双方所签离婚协议已备案登记，合法有效，且臧某对房屋实际占有，不存在善意第三人，应认定双方合意真实有效，发生物权变更效力，臧某应为实际产权人，故裁定解除对案涉房屋查封。

实务重点：

离婚协议具有人身属性，约定房屋所有权后虽未经登记，但在夫妻间应适用亲属法规定，在不存在善意第三人时，应当认定发生物权变动效力。

案件索引：

执行异议：广东省广州市越秀区人民法院（2010）越法刑执异字第 227-1 号（2014 年 7 月 15 日）

执行复议：广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法执复议字第 101 号（2014 年 9 月 30 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™ 是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事律师网™ 是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：171337785）——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™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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

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

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com