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”微信公众订阅号：“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）

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》电子版下载启事

由于群发邮件受限，不能保证发送成功，请需要简报电子版的朋友今后可直接从网站下载，原则上每月 5 日前，发送上月简报综合版，网址：http://www.famlaw.cn/download.aspx。

目 录

一、婚姻家庭审判动态

关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见----------2016-08-04 北京审判 北京高院民一庭

塘下法庭首创在离婚案中对子女抚养能力进行赋分评定----------2016-08-04 塘下法庭 薛箴言

自治区高院组织召开家事审判方式和工作机制改革试点法院推进工作座谈会 --------2016-08-04 西域天平 斯琴

“法官善断家务事”——南沙法庭的特色家事审判之路 ----------2016-08-04 广州市南沙区人民法院

家事审判改革应坚持专业化和群众路线相结合----------2016-08-06 人民法院报 方芳

调解化解矛盾 调查还原事实——甘肃华池县法院家事审判改革试点工作纪实--2016-08-12 王珊珊 刘怀渊 左阜鑫

用“心”审判唤亲情“归港”——河南省宁陵县法院家事法庭工作纪实---2016-08-18 人民法院报 杨委峰 何永刚

【征求意见稿】家事法庭离婚审理笔录（黑龙江省方正林区）----------2016-08-22 基层法官 天平赐稿

全国首例跨国隔代探望权案经检察机关抗诉后获改判----------2016-08-24 法信 最高人民检察院官网

二、一般审判动态

北京：打官司不举证故意拖延诉讼被判罚款 8 万元----------2016-08-01 新华社 熊琳

三、立法动态

办理遗嘱保管事务的指导意见----------2016-08-12 公证文选

最高人民法院发布《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（修订）----------2016-08-30 最高人民法院

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

两口子闹离婚 法庭门口竟向对方泼粪----------2016-08-04 江苏高院 常熟市人民法院 赵丽丹 严雪琪

（二）婚姻无效撤销案例

用假身份证结婚登记 能否作为普通离婚案件来处理----------2016-08-11 江苏高院 陈金福 郭必兰

（三）子女抚养亲子关系案例

一方独自抚养子女的约定是否影响子女主张抚养费？----------2016-04-13 江西法院网 宜黄县人民法院 彭婉玲、
陌路夫妻的夺子战----------2016-08-08 经济与法
探望协议约定违约金 内容违法终被判无效 ----------2016-08-02 上海二中法院
谁来照看小冉----------2016-08-11 经济与法
聚焦离婚案中的“两岁半现象”----------2016-08-21 人民法院报 李钰
父母还未离婚 未成年子女能否主张抚养费？----------2016-08-24 江苏高院 金永南
探望协议约定违约金 内容违法被判无效----------2016-08-27 人民法院报

（四）财产分割案例

离婚时房屋既有公积金贷款又有商业贷款如何分割？----------2016-03-30 静安法律人
离婚时能否分割婚内约定归属一方的房屋？----------2016-08-09 抚州市中级人民法院 万能太
从“王宝强离婚案”看离婚纠纷财产分割----------2016-08-16 法信
彩票中大奖后男子离婚 法院：奖金为夫妻共同财产----------2016-08-28 法眼观察 张智全 江善进

（五）损害赔偿案例

离婚后发现前夫婚外情 诉请精神赔偿获支持----------2016-08-25 溪县人民法院 胡荣辉

（六）扶养赡养案例

等不回的丈夫 ----------2016-08-16 经济与法

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

全国首例｜离婚后配偶要求支付扶养费？溧水法院：支持！ ----------2016-08-09 南京市中级人民法院 尹庆华

（八）恋爱同居纠纷案例

（九）其他相关案例

以攻击性和威胁性字句折磨配偶使其产生恐惧感构成家庭暴力----------2016-08-03 指导性案例审判规则
《人民司法》2014 年婚姻家庭案例裁判要旨精选 8 则----------2016-08-05 离婚大师 广东广强律师事务所 龙中美
《人民司法》2015 年婚姻家庭案例裁判要旨精选 12 则 -------2016-08-04 离婚大师 广东广强律师事务所 龙中美
婚姻关系中，丈夫违背妻子意志，采用暴力手段与妻子发生性行为，应如何判处？
----------2016-08-09 裁判要旨通纂 陈兴良 张军等
法院对重婚行为的认定----------2016-08-26 法信
购房加上女友名字结婚不成女方能否获补偿----------2016-08-27 内蒙古高院
离婚后能使一方失去销售渠道则应在离婚协议中约定竞业禁止----------2016-08-31 指导性案例审判规则

（十）赠与案例

夫妻一方将部分夫妻财产赠与婚外情对象该部分财产应返还----------2016-08-18 法律家

（十一）夫妻债务案例

债务人及其配偶涉离婚背景的民间借贷案件的处理----------2016-08-11 广东省法院民四庭 贺伟

五、继承

（一）继承审判动态

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

好友能否继承孤寡老人的遗产?----------2016-08-01 抚州法院网 抚州市中级人民法院 陈剑波 梅雪笑
假离婚的前妻能否要求分割丈夫遗产?----------2016-08-04 江西法院网 宜黄县人民法院 李立
事实收养关系的相关审理问题 ----------2016-08-12 法徒 王昌颖 华明
配偶死亡一方对共同财产中属于自己部分赠与享有撤销权——赵凤香诉董庆洪等遗赠纠纷案--2016-08-16 法律家
母亲的九份遗嘱----------2016-08-18 经济与法
法定继承人之间签定的财产分割内部协议具有法律效力----------2016-08-27 指导性案例审判规则
老父拿打印遗嘱与女争产败诉！法官提醒：遗嘱最好不要打印！----------2016-08-26 信息时报 广州市中级法院

六、房产、股权、信托

（一）房产

《父女争房》----------2016-08-15 经济与法
离婚未果，妻子突提房产加名----------2016-08-19 浦江天平 上海杨浦法院
小弟状告大姐伪造签名、印章偷转房产，真相到底如何？----------2016-08-23 浦江天平 上海浦东法院

（二）股权

（三）信托

七、社会新闻

闪婚后不买房？法院见！----------2016-08-03 浦江天平 普陀法院
北京一中院一审宣判季承诉北京大学返还原物纠纷案 ----------2016-08-16 北京一中院 曾巧艺
“季承诉北京大学返还原物纠纷案”三大焦点问题 ----------2016-08-16 北京一中院 曾巧艺
女方隐瞒精神病史遭男方诉离婚 ----------2016-08-19 韶关日报
密云法院开出第一份人身安全保护令----------2016-08-28 北京晚报

八、异域资讯

台湾车震通奸案 ----------2016-08-03 法律读库 赵鹏
中港「婚·離」不易 及早互認利兩制=----------2016-8-5 香港經濟日報

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

因长期受到虐待和家庭暴力而杀害丈夫的，应如何判处？----------2016-08-02 裁判要旨通纂 陈兴良 张军等
英国一起外祖母代孕案件的风波----------2016-08-12 人民法院报 中国应用法学研究所 蒋惠岭 周蓉蓉
代孕所生子女的亲属身份关系确定----------2016-08-12 民法牛 杨立新
积淀十年助力中国涉外民事诉讼立法----------2016-08-12 编辑学堂 中国政法大学教授 刘力
奸与干扰婚姻关系的损害赔偿----------2016-08-14 法律那些事儿 华东政法大学副教授孙维飞
德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿 ----------2016-08-17 法律那些事儿 上海交通大学副教授庄加园
人身安全保护令实施现状、挑战及其解决 ----------2016-08-16 蔷薇之家 陈敏
人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 8 期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录
----------中国人民大学复印报刊资料 2016 年《民商法学》期刊第 8 期
政策解读丨海外中国公民收养外籍儿童可获哪些领事协助----------2016-08-28 领事直通车 任正红

（二）法官视点

浅议离婚协议中财产赠与后的撤销效力及利益保护----------2016-07-28 抚州法院网 崇仁县人民法院 官尹
夫妻离婚时能否将设置抵押权的房屋赠与婚生子所有----------2016-08-03 重庆法院网 开州区人民法院 熊军
保护令要慎用严发----------2016-08-04 人民法院报 楚仑
分割婚内隐藏转移共同财产的司法认定----------2016-08-01 中国法院网 付建国 郝绍彬
浅议离婚协议中财产赠与后的撤销效力及利益保护----------2016-07-29 江西法院网 崇仁县人民法院 官尹
单亲家庭子女的法律保护问题和处理建议----------2015-11-19 江西法院网 石城县人民法院 蔡梅风
儿童最大利益原则在执行抚养费案件中的运用------2016-08-03 人民法院报 广东省中山市第二人民法院 李世寅
《亲属间大额转账的性质认定》观点摘要---《人民司法·案例》2016 年第 20 期 浙江省安吉县法院 彭瑞森 洪丽莎
夫妻约定一方财产归对方所有或共有的法律判断----------北京市第三中级人民法院 陈锦新 王忠 吴强兵
民间借贷案件中夫妻共同债务的司法认定----------2016-05-02 乐山市中级人民法院 王进
离婚诉讼中涉及按揭房屋处理的三个疑难问题-------2016-08-10 中国法院网 江西省鄱阳县法院 曹智宏 邹来水
婚前购房婚后还贷增值补偿的裁判方法-------2016-08-16 审判研究 江苏省镇江市京口区人民法院 张子敏 孙文
法官困惑：夫妻感情破裂到底谁说了算？----------2016-08-17 轩言碎语 小轩
论婚姻家庭案件中隐私性证据的把控----------2016-08-19 海坛特哥 王忠 吴强兵 贾旭
法院如何认定夫妻间房产转移登记的法律效果：五种情况逐一解读----------2016-08-17 法治昌明 古月昌明
夫妻婚内借款合同的效力及处理方式----------2016-08-22 重庆法院网 城口法院 余秋江
离婚协议书能否作为证据证明夫妻感情完全破裂?----------2016-08-17 江西法院网 宜黄县人民法院 龚谷婵
遗赠扶养协议纠纷的调研报告·基本情况＋审判难点+裁判思路
----------2016-08-25 审判研究 北京市第三中院 吴强兵 江锦莲
夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力----------2016-08-26 法客帝国 天津市和平区法院 于筱江
成年近亲属被扶养人生活费的适用条件-------2016-08-26 审判研究 江苏淮安经济技术开发区法院 包晓琴 张坤
继承法之归扣制度----------2016-08-24 中国法院网长沙天心法院 廖龙芝
夫妻约定一方名下房产分割给另一方是否以变更登记为权属认定条件

----------2016-08-12 中国法院网北京三中院 王忠 朱伟 刘艳辉
浅谈探望权的强制执行----------2016-04-13 中国法院网 江苏省如皋市人民法院 章海涛 赵容容
追索抚养费是否受诉讼时效的限制----------2016-08-31 中国法院网 江西省石城县法院 吴春苑
违法建筑不宜作为离婚夫妻共同财产分割--------2016-08-31 重庆市第五中级人民法院 江津区法院 刘德宝 蒋璐
执行程序中追加被执行人配偶并不是以执代审 ----------2016-08-31 庐州判官
法定继承纠纷案件中人民调解协议效力认定之探讨----------2015-12-03 上海法院网 编写人周艳华
未婚同居关系中的女性权益法律保障探究----------2016-08-17 福建法院网 长乐法院 陈珠

（三）检察官视点

（四）律师视点

婚前股票，婚内收益，离婚怎么分？----------北京市京师律师事务所 李博文
离婚保险分割大数据报告|法商论财富----------2016-08-03 佳和家事 桂芳芳 孙祥武 陆婧婧
香港离婚判决在内地的承认问题，怎么看？----------2016-08-07 家事无小事 魏小军
港澳台地区及外国离婚判决的承认、执行相关规定汇总----------2016-08-07 家事无小事 家事无小事团队
公租房能作为遗产继承吗？----------2016-08-08 海坛特哥 北京市安衡律师所 李定寰
共有人擅自处分共有物纠纷裁判要点与实务观点集成----------2016-08-08 ilawyer 徐忠兴
《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承----------2016-08-12 JHR 金汇人律师事务所 徐健
《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承----------2016-08-15 JHR 金汇人律师事务所 徐健
《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承----------2016-08-17 JHR 金汇人律师事务所 徐健
如何认定夫妻单方转让其名下股权的效力？婚内转让股权是否必须征得配偶的同意？
----------2016-08-17 法律出版社 上海通润律师事务郁忠 赵莉
继承纠纷裁判规则 7 条丨天同码 97----------2016-08-17 审判研究 北京天同律师事务所 陈枝辉
法学博士亲历离婚诉讼，再来谈家事制度改革----------2016-08-20 海坛特哥 雨萧
保单强制执行大数据报告|法商论财富----------2016-08-18 佳和家事 桂芳芳 孙祥武 夏文怡
对“离婚协议签字后生效”的一点看法 ----------2016-08-25 中国法学网 江苏国山律师所 余一平律师

（五）文件选读

最高法民一庭：不动产婚内共同还贷及增值的计算方式----------2016-08-01 法信
这些行为在司法实践中被认为是“家庭暴力”----------2016-08-02 法信
夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产与另一方共有，但没有办理房产加名登记，赠与一方请求法院撤销应如何处理----------《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑）
夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务----------
《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑） 最高院民一庭 韩延斌 柳凝
最高法民一庭对离婚案件审理中疑难问题的权威意见| 附图解报告----------2016-08-06 法信
《民事审判指导与参考》婚姻家庭 36 个案例裁判观点汇总----------2016-08-20 离婚大师

（六）媒体视点

撤销监护资格 体现司法责任----------2016-08-07 人民法院报 郝绍彬 李天全
夫妻离异，能否轮流抚养孩子？----------2016-08-09 人民法院报 杨青烨 陈义熙
北京新规：离婚协议需载明无子女无财产无债务等----------2016-05-18 法制晚报 陈斯
从现代婚姻法律制度看牛郎织女传说----------2016-08-12 人民法院报 闫晓
谁偷卖了我的房？------ ----------2016-08-15 人民法院报 曹竹园 古林
“我讨厌我妈妈!”少年用头撞车拒绝跟母亲走，父亲要抚养权却…… ----------2016-08-16 未来护航 李盈盈
夫妻间赠与如何适用法律----------2016-08-20 中国民商法律网 王艺璇
“隔代探亲权”：尊重情理的司法更具人性温度----------2016-08-21 人民法院报 杨朝清
中国离婚夺子之争背后的司法困境----------2016-08-20 搜狐新闻
学习退步不是父母变更抚养关系的理由----------2016-08-25 人民法院报
第三只眼看通奸丨妻子不忠，曾让古代男性立法者愤怒 ----------2016-08-24 法律出版社 法治周末 俞飞
“外嫁女”不享补贴?检方抗诉维护其合法权益----------2016-8-26 正义网-检察日报
“天价彩礼”为哪般？----------2016-08-26 中国民商法律网 林福申

（七）公证专题

十、新书资讯

《公产房纠纷裁判思路与法律适用》----------2016 年 4 月 1 日第 1 版 中国法制出版社 李超编著

《中国式离婚调查报告》----------2016 年 7 月第 1 版 法律出版社 林建军主编
《家事审判理论与实践》----------2016 年 6 月 1 日第 1 版 广西高级人民法院民事审判第一庭编著 法律出版社

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

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队
顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：邓雯芬、侯晓婷
家事法苑 TM 家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑 TM 新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan
家事法苑 TM 婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正 文

一、婚姻家庭审判动态

关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见

2016-08-04 北京审判 北京高院民一庭

编者按：近年来，北京市法院受理的婚姻纠纷案件中出现了一些新情况、新问题。为妥善处理好此类纠纷，北京市高级人民法院民一庭经深入调研，并广泛征求意见，就相关疑难问题三级法院达成基本共识或主流意见，形成了《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》，现将该参考意见予以刊发，供学习参考。

第一部分：婚姻效力与婚姻登记

一、【婚姻无效的审理】人民法院受理离婚诉讼案件后，经审查确属无效婚姻的，应释明当事人变更诉讼请求。经释明当事人不申请宣告婚姻无效的，人民法院可驳回离婚的诉讼请求，依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释一》）第九条作出宣告婚姻无效的判决。

离婚案件中被告方主张婚姻无效的，人民法院应在离婚案件中对婚姻无效主张一并审理。

二、【结婚登记被撤销后的处理】因结婚登记瑕疵导致结婚登记被撤销后，可参照《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第十二条及《婚姻法司法解释一》第十五条有关规定处理同居期间的财产与子女问题。

三、【协议登记离婚瑕疵的主管】当事人以协议登记离婚有重大瑕疵为由提起离婚登记无效或撤销离婚登记的诉讼，不属于民事诉讼受案范围。

第二部分：父母子女

四、【亲子关系确认之诉问题】婚姻关系存续期间受孕或出生的子女，应当推定与夫妻关系存续期间丈夫一方存在亲子关系，但符合《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》）第一款规定情形的除外。

无合法婚姻关系为基础的亲子关系认定请求，应由主张存在亲子关系的一方承担举证责任，提供必要证据。

《婚姻法司法解释三》第二条中的“必要证据”指足以使法官产生内心确信，使举证责任产生转移的证据，如血型、DNA 鉴定相符或不相符、载有父母子女关系的出生医学证明、对方与他人在特定时段同居、男女双方在特定

时段有或没有同居生活等证据。对于是否构成必要证据人民法院应结合个案案情慎重把握。

亲子关系确认之诉中，应注意未成年子女权益的保护，不得以侵害未成年人人身权益的方式取得证据。

五、【受欺诈抚养的赔偿】夫妻一方因另一方隐瞒真相而受欺诈抚养了另一方与他人所生育子女，受欺诈抚养方请求另一方返还实际支出的抚养费用的，人民法院应予以支持；受欺诈抚养方请求的精神损害赔偿等费用，可酌情予以支持。

六、【抚养问题处理】当事人未就未成年子女抚养问题达成一致且在离婚案件中未提出请求的，人民法院应予以释明；经释明当事人不提出相应请求的，人民法院可依职权对未成年子女抚养问题进行处理。

对于年满六周岁未满十周岁的未成年子女，人民法院处理抚养问题时，也可根据案情征求未成年子女的意见。人民法院征求未成年子女意见一般应单独进行，避免父母在场情况下的不当影响。

七、【离婚诉讼中的收养关系问题】离婚案件中人民法院可以对被收养的未成年子女抚养问题在判决中予以处理。

离婚案件涉及收养行为效力的，收养行为有效性可以确认的，对收养的未成年子女抚养问题应一并处理；确有证据表明收养行为效力难以直接确认的，应另行向人民法院请求确认收养的效力。

八、【探望权的确定与变更】离婚案件中判决一方享有子女抚养权的，可结合案件情况对另一方的探望权予以明确。

离婚时对行使探望权方式与内容未予以明确，离婚后发生争议的，可提起探望权纠纷诉讼，对行使探望权内容、方式、周期等予以确定。

离婚判决对探望权确定的，离婚后有探望权一方滥用探望权或以其它行为导致严重影响子女及有抚养权一方正常生活的，受害方有权向人民法院请求中止或变更探望权的行使或向人民法院申请人身保护令。

九、【探望权特殊范围】探望权原则上属于未直接抚养子女一方享有；享有探望权的一方因死亡或丧失行为能力等情况无法行使探望权的，对孙子女、外孙子女有抚养事实的祖父母、外祖父母请求单独行使探望权的，人民法院可予以支持。

十、【抚养费的范围与计算】抚养费包括必要生活费、教育费、医疗费等费用，应主要根据当地实际生活水平和子女实际需要确定，也应当考虑父母实际负担能力。一方未经协商擅自支付必要费用之外的生活费、教育费、医疗费等费用，要求另一方分担的，人民法院一般不予支持。

补课费、课外兴趣培养费等超出国家规定的全日制教育费用之外的教育性支出，应根据客观教育环境、收入情况、支出数额等因素确定是否属于必要教育费。

抚养费计算时依据的月总收入，系指税后年总实际收入按月均计算的实际收入，包括住房公积金、年终奖、季度奖等实际收入在内。

十一、【赡养案件当事人范围】赡养案件原则上可以只列对赡养权利义务存在争议方为赡养案件当事人。但确有必要追加其他赡养义务人以便全面分配赡养义务的，人民法院可根据案情予以追加。

第三部分：夫妻财产制度

十二、【婚前财产形态变化】双方对婚前个人财产归属没有约定的，该财产不因婚姻关系的持续或财产存在形态的变化而转化为夫妻共同财产。

十三、【“孳息”、“自然增值”范围的界定】《婚姻法司法解释三》第五条中的“孳息”、“自然增值”一般应理解为未经经营或投资行为所得之“孳息”、“自然增值”。

个人所有的古董、黄金、股票、债券、房屋等财产婚后自然增值部分应为个人财产，但上述财产婚后因经营或投资行为而产生的升值增值利益部分，应认为属于《婚姻法》第十七条和《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》）第十一条规定，一方经营或以个人财产投资取得的收益，应为共同财产。

十四、【因伤获得的保险金、残疾赔偿金性质】夫妻关系存续期间一方因身体受到伤害而获得的保险金（本人为受益人）应为一方个人财产；夫妻关系存续期间获得的残疾赔偿金应为一方个人财产。

十五、【买断工龄款的性质与分割】离婚案件涉及分割买断工龄款可参照《婚姻法司法解释二》第十四条关于军人所得复员费、自主择业费的规定予以处理。

十六、【财产约定的特殊形式】夫妻间无书面财产约定，但双方均认可或有证据足以表明存在财产约定合意的，应认定财产约定成立。

十七、【婚姻关系存续期间能否提起财产约定之诉】婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独提起夫妻财产约定的履行、变更、撤销、确认无效等诉讼，人民法院应予受理。

十八、【夫妻财产约定对外效力】《婚姻法》第十九条第三款中“第三人知道该约定”应理解为第三人在债权债务关系成立时对已存在的夫妻财产约定知晓。

债权债务关系成立之后夫妻间财产制度及债务承担安排的约定、变更，损害债权人利益的，对债权人不生效力。

第四部分：股权分割

十九、【离婚案件中的股权分割处理】离婚案件涉分割公司股权的，一般应当在离婚案件中予以处理；确因股权与案外人存在争议难以确定的，可另案予以处理。

离婚诉讼中一方主张另一方为隐名股东并要求分割相应财产权益的，参照上款处理。

二十、【股权价值的确定】离婚诉讼中待分割股权之价值存在争议时，应采取协商一致、评估、竞价、参考市场价等方式予以确定。

因企业财务管理混乱、会计账册不全以及企业经营者拒不提供财务信息等原因导致无法通过评估方式确定股权价值的，人民法院可以依据该企业在行政主管机关备案的财务资料对财产价值进行认定；或可以参照当地同行业中经营规模和收入水平相近的企业的营业收入或者利润及其他方式来核定其价值。

二十一、【具特殊人身性股权的分割】职工内部流通股等具有内部流通性的股权，离婚诉讼分割时应具体审查，并征询职工所在企业等相关组织意见，以确定具体分割方法。

具有特殊个人人身性的村民股权应属个人财产，但村民股权在夫妻关系存续期间的收益可作为夫妻共同财产分割。

二十二、【股东为夫妻二人的有限责任公司、股东为夫妻二人及其他股东的有限责任公司的分割】离婚诉讼中有限责任公司股东为夫妻二人，双方就股权分割无法协商一致时。双方均主张股权的，可按比例分割股权；双方均要求补偿款的，释明当事人可另行对公司进行拍卖、变卖或解散清算并分割价款；夫妻一方主张股权，另一方主张补偿款的，可在确定股权价值基础上由获得股权一方给付另一方补偿款。

上述有限责任公司工商登记中注明的夫妻双方股权份额不构成夫妻间财产约定；但如设立公司时根据相关规定提交财产分割书面证明或协议的，构成财产约定。

离婚诉讼中有限责任公司股东为夫妻二人及其他股东时，参照上两款规定进行处理。

二十三、【一人独资公司的分割】离婚诉讼中夫妻中一人为独资公司股东，双方就股权分割无法协商一致时。双方均主张股权且愿意和对方共同经营的，可按比例分割股权；双方均主张股权但不愿意和对方共同经营的，可在考虑有利公司经营基础上由一方取得公司股权、给予另一方相应经济补偿，或通过竞价方式处理；一方主张公司股权，另一方不主张公司股权的，在确定公司价值基础上，由取得公司股权一方给予另一方相应经济补偿；双方均不愿意取得公司股权的，释明当事人可另行对公司进行拍卖、变卖或解散清算并分割价款。

上述股权分割中，需要办理变更登记手续的应根据相关规定进行办理。

二十四、【股东为夫妻中一人及其他人的有限责任公司的分割 】离婚诉讼中有限责任公司为夫妻中一人及其他股东，夫妻双方就股权分割无法协商一致时。双方均主张股权的，原则上可判决归股东一方所有，并给予非股东一方相应的经济补偿；非股东配偶放弃股权主张补偿款的，应在对公司股权价值确定基础上由股东配偶给予另一方相应的经济补偿；股东配偶放弃股权，应在对公司股权价值确定基础上由取得股权方给予另一方相应的经济补偿，但应经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权；双方均不愿意取得公司股权的，可以释明当事人另行按照《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）将股权变现，并对价款依法分割。

二十五、【《婚姻法司法解释二》与《公司法》条文冲突问题】《婚姻法司法解释二》第十六条中“过半数股东同意”与 2013 年新修改发布《公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”冲突问题，应适用 2013 年新修改发布《公司法》第七十一条第二款中“其他股东过半数同意”内容。

二十六、【上市公司股票价值确定】离婚诉讼中分割上市公司股票，需要确定股票价值的，当事人对确定股票价值的时间点无法达成一致的，可以法庭辩论终结日的股票价值为准。

第五部分：房产分割

二十七、【婚后父母部分出资购房的认定】婚后由一方父母支付首付款为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下，由夫妻共同偿还余款的，不属于《婚姻法司法解释三》第七条第一款的规定的情形，该不动产应作为夫妻共有财产，在离婚时综合考虑出资来源、装修情况等因素予以公平分割。

一方父母承租的公房，婚姻关系存续期间以夫妻共同财产依成本价购买，登记在夫妻一方或双方名下，应认定为夫妻共有财产，公房承租权所对应的利益系作为对夫妻双方的赠与，在离婚处理房产时综合考虑公房承租权利益来源等因素予以公平分割。

二十八、【婚前借款买房婚后共同偿还的处理】夫妻一方婚前对外借款支付全款购买房屋，房屋登记于付款方名下，婚后夫妻双方共同偿还借款，离婚分割财产时，可参考《婚姻法司法解释三》第十条的规定予以处理。

二十九、【有婚意的婚前购房】婚前由双方或一方出资，登记在另一方名下的房产，有证据表明双方是以结婚、长期共同生活使用为目的购房，在离婚时应考虑实际出资情况、婚姻关系存续时间、有无子女等情况由产权登记一方对另一方予以合理补偿。

三十、【一套住房处理】离婚诉讼的当事人只有一套共有住房，双方均主张房屋所有权但均无能力补偿对方时，如双方就房屋分割问题无法达成一致，判决双方对房屋按份共有，并在此基础上结合当事人生活需要、房屋结构等

因素就房屋使用问题作出处理。

三十一、【成本价购买公房的分割】婚姻关系存续期间用夫妻共同财产以成本价购买的登记在一方名下的公有住房应认定为夫妻共有财产，在离婚时应综合考虑房产来源、夫妻双方工龄折扣、是否影响另一方福利分房资格等因素予以公平分割。

三十二、【经济适用房、两限房的分割】限售期内的经济适用房、两限房在离婚诉讼中可以酌情进行分割。

经济适用房、两限房由一方在婚前申请，以个人财产支付房屋价款，婚后取得房产证的，应认定为一方个人财产；婚后以夫妻双方名义申请，以夫妻共同财产支付房屋价款，离婚后取得房产证的，应认定为夫妻共同财产。

三十三、【标准价购买公房的分割】婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资以标准价购买公有住房而获得的“部分产权”， 该“部分产权”应认定为夫妻共同财产，可以在综合考虑房产来源、工龄折算等因素，并征求原产权单位意见确定产权单位权利比例后，予以公平分割。

三十四、【约定服务条件房产的分割】夫妻一方在婚后通过与用人单位约定服务条件取得的房产为夫妻共同财产，但离婚时服务条件尚未实现的一般应判归约定服务条件一方。

三十五、【小产权房分割】对于已被有权机关认定为违法建筑的小产权房，不予处理；但违法建筑已经行政程序合法化的，可以对其所有权归属做出处理。

对于虽未经行政准建，但长期存在且未受到行政处罚的房屋，可以对其使用做出处理。在处理使用时，人民法院应向当事人释明变更相关诉讼请求。在处理相关房屋的使用归属时，能分割的进行分割，不能分割的可采用协商、竞价、询价等方式进行给予适当补偿。

在涉小产权房分割案件中，应在判决论理部分中明确使用处理的判决内容不代表对小产权房合法性的认定，不能以此对抗行政处罚、不能作为产权归属证明或拆迁依据等。

三十六、【公房承租权的处理】离婚案件中涉及到公房承租权处理，属于直管公房的，可在判决中明确承租权以及承租关系的变更。

属于自管公房的，夫妻只有一方在产权单位工作，一般应把承租权确定在产权单位工作的人名下，另一方获得补偿；但经产权单位同意的，可以确定由另一方承租或共同承租。

三十七、【优惠购房权性质与折算】农村拆迁补偿中按所涉人口数取得的优惠购房权系基于特定身份获得的优惠安置利益，但并非优惠取得的物权本身。

离婚时优惠购房权价值折算可考虑优惠取得的房产性质、能否上市交易、能否取得产权证等因素，在不高于市场价格与优惠价格的差价范围之内予以确定。

第六部分：债权债务分割

三十八、【共同债务与个人债务区分标准】符合《婚姻法司法解释二》第二十四条规定情形的，应推定为按夫妻共同债务处理。但同时存在以下情形的，可根据具体案情认定构成个人债务。

（1）夫妻双方主观上不具有举债的合意且客观上不分享该债务所带来的利益；

（2）债务形成时，债权人无理由相信该债务是债务人夫妻共同意思表示或为债务人的家庭共同利益而成立。

三十九、【因侵权产生债务的性质】夫妻一方因侵权行为致人损害产生的债务，一般认定为一方个人债务。但该侵权行为系因家庭劳动、经营等家事活动产生或其收益归家庭使用的，应认定为夫妻共同债务。

四十、【大额债务凭据的认定】离婚诉讼中对于夫妻一方出具无证据表明另一方事先知晓的大额债务凭据，并据以要求认定夫妻共同债务的，人民法院应根据案情结合债权人债务人双方关系、转款记录、借款时家庭财务情况等对债务真实性及性质进行判断。

四十一、【生效判决书所确定债务的认定】离婚诉讼中，夫妻一方出具的确定婚姻关系存续期间一方所欠债务的生效法律文书，并据以主张该债务为夫妻共同债务的。如法律文书主文中对债务属于夫妻共同债务还是个人债务性质有明确认定，依该认定确定；如法律文书主文未对债务性质进行认定，则可根据本文件第三十八条对债务性质进行认定。

四十二、【债权确定时间与性质认定】婚前一方享有的确定可以实现的债权，婚后实际取得的，应认定为婚前财产；婚姻关系存续期间发生并确定可以实现的债权，离婚后实际取得的，应认定为婚内财产。

第七部分：其他涉财产问题

四十三、【彩礼问题】彩礼一般是指依据当地习俗，一方及其家庭给付另一方及其家庭的与缔结婚姻密切相关的大额财物。不具备上述特点的婚前财产赠与不构成彩礼。

涉彩礼纠纷一般应列夫妻双方或未办理结婚登记手续的男女双方为诉讼当事人。

四十四、【同居关系解除后财产分割原则】男女双方未办理结婚登记手续以夫妻名义同居生活的，同居关系解除后要求分割同居期间共同劳动、经营或管理所得财产的，有约定从约定；无约定且上述同居期间财产混同的，推定为共同共有，但根据同居时间、各自贡献、生活习惯等因素能认定为按份共有财产的除外。

男女双方未办理结婚登记手续亦不以夫妻名义同居生活的，同居关系解除后要求分割同居期间共同劳动、经营

或管理所得财产的，有约定从约定；无约定且财产混同的，推定为按份共有，具体份额比例可依据同居时间、各自贡献、生活习惯确定。

四十五、【离婚协议约定赠与之撤销权限制】夫妻双方离婚时协议约定将夫妻个人财产或共有财产赠与对方或第三人，离婚后交付或变更登记之前，一方依据《中华人民共和国合同法》第一百八十六条第一款的规定请求撤销赠与的，人民法院不予支持。

第八部分：救助措施与法律责任

四十六、【婚内人身损害赔偿】婚姻存续期间，夫妻一方因家暴等行为造成另一方人身损害的，受害方可以依《中华人民共和国侵权责任法》向侵权方主张人身损害赔偿；受害方取得人身损害赔偿后，有权在离婚诉讼中依据《婚姻法》四十六条主张离婚损害赔偿。

四十七、【离婚转移夫妻共同财产的损害赔偿】离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的，可依《婚姻法》第四十七条少分或不分夫妻共同财产；造成损失的，另一方在离婚诉讼中可主张赔偿损失。

四十八、【擅自将夫妻共同财产赠与第三人的处理】婚姻关系存续期间，夫妻一方未经另一方许可将大额共同财物赠与第三人的，另一方可主张请求确认该赠与行为无效，返还财物；或在离婚诉讼中就该赠与行为主张损害赔偿。

第九部分：程序及其他问题

四十九、【在中国有经常居住地的外国人间离婚案件管辖】一方或双方在我国有经常居住地的外国人在中国法院起诉离婚的，应予管辖。

五十、【涉外婚姻案件准据法问题】人民法院在审理涉外、涉港澳台婚姻案件中，应在判决论理中对准据法查明予以明确论述。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条规定适用范围主要是指夫妻财产制、夫妻债务责任等财产法律关系的法律适用；第二十七条规定适用范围主要是指离婚时夫妻身份关系、子女抚养、财产分割、离婚损害赔偿等问题的法律适用。

五十一、【离婚案件涉及第三人利益的处理】人民法院在审理离婚案件过程中，案外人以夫妻间的财产争议涉及其利益为由申请参加诉讼或一方当事人申请追加案外人作为第三人参加诉讼的，人民法院一般不予准许。夫妻间财产争议确涉及案外人利益的，可另行解决。

离婚后财产纠纷案件当事人申请追加第三人或第三人申请参加诉讼的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条第二款的规定处理。

五十二、【无诉讼行为能力人离婚案件代理问题】离婚诉讼案件中被告一方为限制行为能力人、无诉讼行为能力人，原告一方为其监护人的。人民法院可参照《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》第八十三条规定，由其他有监护资格的人协商确定诉讼中的法定代理人；协商不成的，由人民法院在有监护资格的人中指定。被告方除配偶外没有民法通则第十七条第一款规定的监护人的，人民法院可以指定民法通则第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼中的法定代理人。

五十三、【缺席审理离婚案件的处理】离婚诉讼中，被告方下落不明但未宣告失踪的，人民法院应要求原告方提供有关机关出具的另一方下落不明的书面证明或其他能确定证明被告方下落不明的证据，必要时人民法院应依职权对被告方下落不明的情形进行走访调查。

五十四、【非法音像证据的排除】离婚诉讼中一方提交照片、音像资料等证据证明诉讼主张的，一般应予采纳；但有证据表明上述证据系以严重侵害他人合法权利、违反法律禁止性规定或严重违背公序良俗方法取得的除外。

五十五、【审判与执行衔接问题】离婚诉讼涉及夫妻共同财产分割时，如可能存在判决后需要执行部门通过过户或交付等方式实现判决确定的权利的，为便于减少重复诉累、提高权利保护效率，人民法院应释明当事人在诉讼请求中一并提出过户或交付等实际履行内容。

在前款所述判决主文中，存在互负给付义务情况下，可根据案件情况判令同时履行或确定履行顺序，避免出现一方履行义务但对待权利无法实际实现情形的发生。

塘下法庭首创在离婚案中对子女抚养能力进行赋分评定.....结果，比想像的还要好！

2016-08-04 塘下法庭 薛箴言

8 月 3 日下午 2 点 30 分，瑞安法院塘下法庭第四审判庭。

一起离婚案件即将开庭。

原告来了，被告也来了。旁听席上坐满了双方的亲友。

法庭里还来了一位特殊身份的人，一名社会工作师，他是应法庭要求就前期调查报告出庭作相应说明的。

一段变淡的感情和一个孩子

李梅比韩雷小三岁。两人是相亲认识的。认识两个月后，两个人就订了婚。之后，结婚，再之后，生子。就像所有的小夫妻一样，也经常为些小事情吵吵闹闹，也总还是能和好如初。“可是 2012 年开始，我就觉得不对劲了。”

李梅对法官说。李梅说，2012 年开始，韩雷在夜场当领班。由于职业的关系，韩雷经常晚归。李梅说，这她也能理解。但后来，韩雷越来越过份，经常整宿整宿不回家。有时回家两人也是分床睡。平时，两个人基本上没有交流。这种情况维持了几年。

2015 年，李梅曾向塘下法庭起诉要求与韩雷离婚，但因没有证据证明夫妻感情已破裂而被驳回离婚请求。之后，双方没有和好。今年 4 月，李梅再次起诉离婚。他们的孩子还只有六岁。

一群有心的法官和一份表格

李梅要求离婚，要求将年仅六岁的孩子判由韩雷抚养。她说，“他的家庭条件比我好，孩子应该由他养”。确实，李梅还年轻，以后可能还要组织家庭。可令法官意外的是，第一次开庭，韩雷根本就没来。那么，他会是什么态度呢？辗转联系到韩雷后，他表示，“孩子我也不养。我也没有能力抚养。”这可让法官犯了难。夫妻双方都不愿意直接抚养子女，怎么办？

离婚案件中当然应该考虑未成年子女的利益，而且要以未成年子女的利益最大化为原则。双方和好的可能性既已不大，那未成年子女的直接抚养方就必须确定。塘下法庭的法官们想，能不能搞一份赋分表，评定下双方的抚养能力究竟孰强孰弱呢？一个好的想法浮出水面后，注定会在一次次的讨论中被逐渐完善。不久，一份包括经济基础、个人品性、亲情关系等五个方面 14 小项在内的赋分表新鲜出炉。细心的法官甚至考虑到了双方所在学区的优劣对比。

一位热心的社工和一次尝试

赋分表制作完成了。考虑到韩雷比较抵触法官上门，法官们决定探索委托社工进行调查。经与团市委联系甄选，塘下法庭决定委托瑞安市黑眼睛公益发展中心对李梅和韩雷的子女抚养能力进行调查。黑眼睛公益发展中心的负责人梁锋亲自担纲本次调查任务。他顶着烈日带着助手十数次上门走访，先后向原、被告本人及亲友、所在村居、工作单位等了解双方的抚养能力，并制作完成了一份详尽的调查报告。

这份调查报告和赋分表在法庭上经双方当事人质证无异议后，最终被法庭采信。梁锋作为主调查人，还出庭回答了法庭的提问。庭后，他说，“这是一次很有意义的尝试，我看得出来，法官是真的在关心着这个孩子的未来”。

一个圆满的结果和一次拉手

法庭辩论结束后，照例要征询双方的调解意见。审判长林爱玉法官敏锐地感觉到李梅的态度已并不如起初决绝。是什么原因呢？是不是庭审过程中，法庭对孩子直接抚养事项等的深度释明，触动了原告的母性呢？是啊，谁又能真正放得下呢？林法官宣布了休庭。

休庭期间，林法官和李梅谈了蛮长时间，和李梅的父亲也谈了蛮长时间，和韩雷谈了蛮长时间，又让李梅和韩雷单独谈了蛮长时间.....。李梅还在犹豫。

陪审员戴大姐在边上一直撺掇韩雷上去抱一抱李梅。还别说，真有效果。李梅忍不住笑了。虽然没有抱成，但内向的韩雷还是拉住了李梅的手.....。

最终，双方调解和好。婚，不离了。

自治区高院组织召开家事审判方式和工作机制改革试点法院推进工作座谈会

2016-08-04 西域天平 斯琴

为进一步积极稳妥推进全区法院家事审判方式和工作机制改革试点工作， 8 月 2 日上午，自治区高级人民法院组织召开了家事审判方式和工作机制改革试点法院推进工作座谈会。会议由自治区高院民二庭庭长叶敏主持，自治区高院副院长蒋新华就全区法院家事审判工作做了进一步的安排部署。

座谈会上，来自和田地区中院、喀什地区中院、吐鲁番市中院、策勒县法院、莎车县法院、托克逊县法院以及自治区高院民二庭的部分法官介绍了两个月以来家事审判试点工作的开展情况，进行工作经验交流，提出工作意见建议及下一步工作打算。

蒋新华副院长对进一步推进家事审判改革试点工作的开展提出了以下要求： 一是把握方向大胆探索。试点工作要紧密结合新疆民族区域特点，大胆探索适合新疆特色的家事审判方式，在试点过程中要注重挖掘提炼，总结成为新疆特色的家事审判经验。二是提高对家事审判工作的认识。要将家事审判工作上升到新疆长治久安社会稳定的高度来认识，来谋划，从而达到审结一案和谐一片维护一方社会稳定的效果。三是挖掘潜力不等不靠。家事审判方式和工作机制改革关键是转变观念、更新理念，着力挖掘内部潜力，内因是决定因素，各试点法院一定要结合当地实际，因地制宜、不等不靠、敢于担当，力争在试点过程中总结出一套代表新疆特色的好经验。四是统筹兼顾巧借东风。家事审判改革要在法律的框架内，紧密结合司法体制改革；紧密结合多元化解矛盾纠纷机制建设，充分利用司法调解、行政调解、诉讼调解中心平台，诉讼服务中心平台，统筹兼顾，几方联动形成合力，助力家事审判试点工作。五是走出去请进来。各级法院要积极探索家事审判的专业化、社会化和人性化解决方式，坚持以人为本，要注意与政法委、妇联、民政厅、司法厅等相关单位保持有效联系，积极动员社会力量参与家事纠纷处理，形成社会合力，推动建立司法力量、行政力量和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合，切实妥善化解家事纠纷。六是相互交流拓展思路。要善于学习借鉴全疆乃至全国兄弟法院

的先进经验，开阔视野，拓展思路，探索尝试为我所用，注重总结新情况积累新经验，适应新形势下家事审判的新趋势，防止墨守成规举步维艰。

“法官善断家务事”——南沙法庭的特色家事审判之路

2016-08-04 广州市南沙区人民法院

假设 10 对夫妻闹离婚,经过广州市南沙区人民法院南沙人民法庭(以下简称“南沙法庭”)调解,至少 4 对不离啦!南沙法庭专业化审判改革试点 2 年多来，每年收三四百宗婚姻案，其中 1/3 通过诉前联调化解，入案的 2/3 案件中，又有 1/4 调和，经调解解决的比例超四成，极大化解了基层家庭纠纷。

特色家事审判　领导齐“点赞”

2014 年,广州市南沙区人民法院南沙法庭被确定为广州市人民法庭审判权运行机制改革和专业化审判改革试点单位，集中管辖南沙区内婚姻家事、遗产继承类案件。在家事案件审判上，南沙法庭以柔性化和专业化审理方式，探索出一条极富特色的家事审判之路。据统计显示，2015 年南沙法庭共调撤家事案件 286 件，调撤率达 68.4%。

2016 年，　广州市委副书记、政法委书记陈如桂，广州市委常委、南沙区区委书记丁红都分别到我院南沙法庭调研工作，两位领导对南沙法庭婚姻家事案件专业化审判工作都给予了高度肯定，勉励我院全面深化司法改革，不断提高信息化与国际化水平。

柔性化审理 让离婚案件“软着陆”

南沙法庭婚姻家事调解室与一般法庭和调解室不一样，与庄严肃穆的法庭相比，这个调解工作室显得更加轻松、舒适。墙壁是粉红色的，灯光也是暖色的，墙上还挂着“执子之手与子偕老”的大幅挂画和当事人感谢锦旗、牌匾。南沙法庭刘琴法官介绍道，“这样布置是借鉴了色彩心理学的理论，暖色调有利于帮助当事人卸下心防，同时通过传递家和万事兴的传统理念，有利于婚姻家事纠纷的彻底解决。”

一年前，年轻的小王不慎迷恋上了玩游戏，妻子小方多次因为玩游戏的问题与之争吵，小王却始终认为玩游戏是正常兴趣爱好。在多次争吵后，小方心灰意冷，坚决要和小王离婚，并起诉至南沙法庭。承办该案的刘法官，经常接到小方的电话倾诉。刘法官在几次通话后发现夫妻两有感情基础，但没做好沟通，通常是见面就吵架。刘法官便形成让夫妻两面对面沟通解决问题的思路。在婚姻家事纠纷审判调解工作室内，经过法官的引导，小王终于认识到自己的错误，并坚决发誓不再碰赌，夫妻双方抱头痛哭。

在创新调解制度方面，南沙法院进一步深化诉前联调。在诉前诉中，经双方当事人同意，法院可通知当事人所在的街道、村（居）委会、妇联组织或者人民调解委员会的工作人员参与调解。同时，创造性地建立人民陪审员参与诉讼调解机制，对于涉及港澳因素的家事案件，引入港澳籍人民陪审员参与调解，合力化解家事矛盾纠纷。

为了引导当事人理性对待婚姻，南沙法院试行“冷却期”制度。2014 年，南沙法院制定《涉婚姻家事案件调解工作室工作暂行规定（试行）》，规定调解工作室的法官应在立案前对案件进行调解，经当事人同意，对可以暂缓立案的，进行收件登记，也就是给予当事人一定“冷却期”。

专业化审判 为危机家庭提供关爱

家事纠纷具有的身份性、公益性、专业性等特点，与普通的民事纠纷有明显区别，因此需要依靠专业化审判提高纠纷解决效果　。

南沙法庭自被确定为改革试点法庭后，即开展了审判权运行机制和家事案件特色审判的探索。南沙法庭引入资深家事法官担任主审法官，组建“1+1”审判工作团队，即“一个主审法官+一个书记员”。在离婚案件中，由法官担当家事调查官的角色，主动调查婚姻家庭关系中双方的主要矛盾及过错。对于婚姻危机，侧重于修复婚姻家庭关系；对于婚姻无法修复的，依法及时判决离婚。

吴某与余某（女）自由恋爱后登记结婚，婚后生育有一子。2014 年 9 月吴某首次向南沙法院提起离婚诉讼，最终以调解和好结案，后因夫妻双方关系无改善，于 2015 年 5 月再次向南沙法院提起诉讼要求离婚。吴某坚持要求离婚，而余某认为孩子尚小，还想与吴某共同生活，不同意离婚。诉讼过程中，主办该案的赵岚法官发现余某表现异于常人，情绪极其低落。为了查清事实真相，赵法官主动依职权进行调查取证，多地走访后得知，余某实际患有重度抑郁症，余某家人也提供了医院出具的诊断证明。赵法官认为，因余某目前患有抑郁症，确需家人关怀以帮助其走出困境，且余某还想与吴某共同生活，故依法作出不准予离婚的判决。

在家事审判,尤其是涉家庭暴力的案件中,女性一般处于弱势地位,很多时候调解并不能真正解决问题。为此,南沙法庭开通“人身安全保护令”绿色通道，实行专业团队受理的快裁快结机制，为当事人提供更加及时有效的保护。

积极建设多元化解纠纷机制

2016 年 6 月 28 日，最高法出台《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,明确了完善矛盾纠纷多元化解机制的指导思想和基本原则,决定在全国法院系统推进多元化纠纷解决机制建设。在此轮改革中，南沙法院有自己的思路。

南沙法院正构建新型家事案件纠纷综合协调机制。针对婚姻家庭纠纷当事人，联合妇联设立专门心理辅导工作

室，共同开展家事案件的心理咨询与法律辅导工作，促使家事矛盾深度化解。同时，扩大司法联动范围，争取公安、民政、妇联、团委等机构支持，探索建立反家庭暴力的整体防治网络，创建家事案件联合化解机制。

同时，南沙法院积极建设多元化解纠纷机制。整合区内仲优势资源，构建专业化商事纠纷多元调解平台；成立工作小组，积极研发面向当事人、调解员、法院多方用户的，融合远程预约、文书送达、材料交换、远程视频、及时通信等功能的异地、可视移动互联网调解平台。

家事审判改革应坚持专业化和群众路线相结合

杜万华在江苏调研家事审判工作时强调

2016-08-06 人民法院报 方芳

本报南通 8 月 5 日电 今天，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华在江苏南通调研家事审判工作，与江苏三级法院部分法官、部分全国人大代表、省政协委员、专家学者、社工代表进行了座谈。杜万华指出，江苏法院家事审判改革工作起步早，基础好，省高院和试点法院迅速落实最高人民法院家事审判改革要求，积极推动制度创新、机构队伍建设等各项工作，成效显著。徐州贾汪法院推动家事审判社会联动机制，南通崇川法院组建家事调查员、心理咨询员队伍，南通如东法院探索幸福家庭讲习班“三说”模式，南京两级法院推行家事少年审判“强强联合”发展，都是很好的实践探索，将为进一步推进全国法院家事审判改革打下良好的基础。

杜万华强调，一要深刻认识家事审判改革的重要意义。纵观历史，重视处理家庭关系是我国治国理政的宝贵经验；研判现状，经济社会的快速发展对道德建设、家庭治理提出了新的要求；面向未来，关系到国家富强、民族复兴的未成年人权益保护工作，更是对家庭和谐提出了更高的要求。推进家事审判方式和工作机制改革，对于从根本上加强社会治理、推进社会建设具有十分重要的意义。二要准确认识家事审判改革的目标，就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。三要正确把握家事审判的职能。家事审判不能局限于案件审判，更重要的职能是对当事人婚姻家庭的诊断、修复和救治，婚姻救治职能应当与审判职能并重。

⇨下转第四版

⇨上接第一版

杜万华要求，要重点做好三个方面的工作。一是在多元化纠纷解决机制改革之下，把家事审判专业化和群众路线结合起来。动员人民群众和社会各界参与家事审判，让人民群众参与司法、认识司法、理解司法、支持司法。二是在以审判为中心的诉讼制度改革之下，探索构建家事诉讼特别程序。要充分考虑家事纠纷的伦理性、情感性和亲情性特点，探索符合家事纠纷特点的家事诉讼特别程序制度，推动家事审判特别程序立法。三是在法院人员分类管理制度改革之下，加强家事审判机构和队伍建设。有条件的试点法院，应当成立家事审判庭，并且鼓励、支持少年审判和家事审判的有机结合；要遴选符合条件的法官作为家事法官，因地制宜探索家事审判司法辅助人员的配备。当前，试点法院还应当大力推进两项工作，建立家事调解委员会，探索专门的家事审判工作规则。同时，上级法院要进一步加强家事审判工作的督促和指导。

全国人大代表孙秀芳高度认可人民法院的家事审判改革工作，并提出了一系列宝贵的意见和建议。

调解化解矛盾 调查还原事实

——甘肃华池县法院家事审判改革试点工作纪实

2016-08-12 王珊珊 刘怀渊 左阜鑫

陕甘交接的山区地带，坐落着一个不足 14 万人口的小县城——甘肃省华池县，它是南梁红色革命根据地所在地，也是马锡五审判方式发源地。作为革命老区的华池县，70 多年前，马锡五在此公开审理了后来红遍大江南北的封捧儿婚姻纠纷案。70 多年后的今天，当地的家事纠纷却呈现出更为复杂的现象。

今年 3 月，华池县人民法院被确立为全国 100 余家、甘肃省内 4 家家事审判改革试点法院之一。成立家事审判庭，建立家事调查官、家事调解员制度，律师参与调解，聘任心理咨询师……华池法院在家事审判改革试点工作中不断探索着。

调解制度助力家事审判

天价彩礼，已成为当地家事纠纷的一根刺。

十二三万元是当地娶媳妇的一般“价码”。“离娘钱”“零花钱”……各类名义的礼金动辄几万元。29 岁的杨兰是该院家事审判庭的助审员，她提及自己办理的案件中，结婚不到一年就闹离婚并不鲜见，嫁女儿收的礼金再给儿子娶老婆用。

“几乎案案都涉及天价彩礼。”该院家事审判庭庭长赵世峰已在审判一线工作 24 年，有着丰富的基层法庭工作经验。

此外，案件中因婚外情导致婚姻破裂的情况也较为突出。丈夫外出打工，妻子在家带孩子。夫妻聚少离多，通过微信等社交媒体发生婚外情，“婚外情的问题较为隐私，通常证据不足，但事实上很多案件都涉及这个问题。”赵世峰介绍。

今年 5 月，华池法院家事审判庭成立，赵世峰担任庭长。此外还有 2 名助审员、2 名书记员。

“选出经验丰富的优秀法官，让他们集中精力审判家事纠纷案。”该院院长左文立介绍，成立专门的家事审判庭，是为了让工作更有重点地展开。

据统计，截至今年 7 月 8 日，家事审判庭已审理案件 68 件，其中调解 59 件。

谈到调解对于家事审判的意义，该院分管家事审判工作的副院长杨学宇说:“家事纠纷往往牵扯到一系列问题，加大调解力度，最主要的还是不激化当事人之间的矛盾，也有利于后续的执行等问题。”

改革试点工作中，华池法院先后出台《华池县人民法院家事调解员制度》《华池县人民法院家事案件律师参与调解制度》。目前该院选任 12 名有家事调解经验的当地居民担任家事调解员，聘请 2 名律师作为家事审判团队专职律师，参与调解或经委托后以中立第三方主持调解。

杨学宇介绍，家事调解员制度的设立是为了缓解审判力量的不足，律师作为中立方从提供专业知识的角度参与调解。目前，几乎每个案件家事调解员都参与了调解，较难解决的案件有律师参与调解。

巡回调查相结合还原事实

家事审判试点工作改革后，审判方式有所改变是赵世峰切身感受到的变化。

“转变工作作风，继承革命老区尤其是马锡五审判方式的精髓，是改革的重点之一。”左文立介绍，家事审判庭成立后，打破原有的“坐堂式”办案方式，深入群众，密切联系群众，突出巡回办案。

据了解，当地很多群众不大懂法律知识，不懂举证或保留证据，有的为了让案情有利于自己还会举伪证。“以家暴案件为例，有时双方各执一词，这时候法官去一下村里，问一问邻里，让他们说说自己看到听到的，事实就能更清楚一些。”左文立说道。

家事调查官制度,是华池法院探索家事审判改革的又一举措。目前由家事审判庭的 2 名书记员担任家事调查官。据介绍，家事调查官需要将调查结果形成书面报告，由主审法官决定是否采用。

朱雅是家事审判庭书记员，曾负责过两次调查工作，“调查的内容主要是双方当事人的身心状况、夫妻关系、财产状况、工作情况、子女抚养现状等，最终调查结果多数都被采用了。”

杨兰回忆，过去审理天价彩礼引发的家事纠纷类案件时，主要考虑男方的态度，结合双方分居时间和男方家庭状况来处理。“现在除了了解双方内心真实想法，还有家事调查官到当事人家、村委会、邻里调查情况，家事审判庭会根据调查情况来处理案件。”

多项配套措施保护弱者

6 月 17 日，华池法院发出首张人身安全保护令，保护当事人不再受到丈夫家暴的威胁和迫害。

为让人身安全保护令有效发挥作用，法官及时将民事裁定书送达申请人居住的社区居委会、派出所及县妇联，形成了多方联动的工作模式和保护机制。此外，该院还出台家庭财产登记制度，从立案开始自行申报登记财产。

据了解，该院还聘请了心理咨询师为遭受家庭暴力的妇女，或因家庭破裂产生心理阴影的未成年人进行心理疏导。

赵世峰介绍，由于涉及天价彩礼、家庭暴力和婚外情的案件矛盾较深，多数最后都调离了。“使离婚率大幅下降”被列为该院家事审判工作改革的目标之一。“家庭是社会的基本细胞，只有家庭和睦，社会才能和谐。”杨学宇说道。

用“心”审判唤亲情“归港”

——河南省宁陵县法院家事法庭工作纪实

2016-08-18 人民法院报 杨委峰 何永刚

8 月 5 日，冒着超过 30℃的高温，河南省宁陵县逻岗乡的范某来到县人民法院，找到该院家事法庭庭长卫峰，再三表示谢意。

今年 3 月份，范某的妻子到法院起诉离婚。关于孩子抚养和财产分割等问题，两人闹得不可开交，互相指责，剑拔弩张，昔日的夫妻感情荡然无存。

二人针锋相对，寸步不让。经过一次又一次调解，终于达成离婚协议。卫峰在调解书上附加了一段精心写就的“法官寄语”。范某和妻子再次来到法院后，卫峰直接把调解书和“法官寄语”一起递给两人。“……虽然夫妻关系从法律上已经解除，但双方要学会认识到自己的不足之处，希望在下一段婚姻和接下来的生活中，学会原谅、学会宽容、学会感恩、学会报答。这些会给你以后的生活带来快乐、带来幸福……”

真挚的语言，真诚的劝导，深深打动了二人的心。捧着调解书，他们沉默了好一阵。

范某说，卫峰写在调解书上的那段话，让他想了很久。“卫庭长不光判案子，还给俺们讲道理，让俺想明白了好多。”

家和万事兴。2014 年 3 月，在全省首家成立的河南省宁陵县人民法院家事法庭突出“和”的理念，为化解家事纠纷提供了鲜活样本，开创了家事审判的新路径。

两年多来，宁陵县法院家事法庭共裁判“家务事”650 余件，调解撤诉率 70%以上，服判息诉率 95%以上，走出

一条具有地方特色的可复制可推广的“宁陵经验”。

7 月 6 日，河南省高级人民法院院长张立勇到该院调研时，肯定了该院在家事审判工作中的创新做法，并提出在全省推广。

“合也温馨离也温馨”

推开宁陵县法院家事审判庭的大门，布艺沙发、茶几占据房屋中心，里面摆放着绿色植物，墙壁上挂着的字画，将“父子和而家不败，兄弟和而家不分，夫妇和而家道兴”的家庭哲学娓娓道来……“和”的理念就通过这个“会客厅”式的家事审判庭传递开来。

“有了‘家’的氛围，当事人就少了几分惶恐、局促和严阵以待的较劲感，会不由自主生出几分暖意、放松和说理诉情的平常心。”宁陵县法院院长王宏伟解释说。

留心的人会发现，这里的家事法庭都是清一色的女法官。在家事法官选拔中，该院坚持没结婚的不选、35 岁以下的不选。同时这些法官还必须具有生活阅历丰富、熟悉乡情民俗、擅长人际沟通、办案耐心细致、审判经验丰富等特点。她们在“会客厅”式的审判庭里，让当事人有家的感觉；在专业审判基础上，用温情和耐心去化解双方矛盾，做到“合也温馨，离也温馨”。

今年 6 月，76 岁的许某因赡养纠纷起诉儿子。开庭之初，父子俩吵得不可开交。法官先是播放二十四孝故事的动漫，又邀请其亲属共同规劝，儿子最终意识到了自己的错误，父子俩冰释前嫌。“‘亲情课堂’里播放的《论语》小动画、道德讲堂等在缓解紧张气氛、化解当事人矛盾中能起到润物无声的作用。”卫峰说。

⇨下转第四版

⇨上接第一版

创新测试题弥合亲情

宁陵县柳河镇杨店集村的杨某到法院起诉离婚，卫峰不慌不忙招呼其坐下，并递给他一套该院编的诉讼前夫妻情感测试题。

“72 分。51 分到 80 分，表明夫妻关系较理想，生活中产生的一些摩擦需要经常沟通；80 分以上表明夫妻关系很理想，产生的离婚念头可能是一时冲动的想法……”同时作为国家二级心理咨询师的卫峰仔细给杨某分析每道题的情况，并告诉他，“你们的夫妻关系比较理想，矛盾是由于缺乏沟通造成的，不妨先试着沟通一下，三个月后，如果实在感觉不适合在一起，再来起诉离婚？”

整套题分析下来，杨某感动了：“卫庭长的确是在为我们着想，就凭她的这番好意，我也要再尝试着过三个月。”之后，杨某的身影再也没有出现在家事法庭。

“除了这套诉讼前夫妻情感测试，我们还有诉讼中夫妻情感测试以及离婚成本计算、离婚财产申报表等等，并摸索总结出了家事审判中‘诉讼冷静期、视频再教育、甜蜜勾回忆、亲情齐规劝、社会同介入、私密重保护、案后必回访’的‘亲情弥合法’。”在王宏伟看来，家事纠纷不能简单地裁判“是非”，而是要将弥合感情、消除对立作为纠纷处理的出发点和落脚点，用“心”审判，呼唤亲情“归港”。

不唱“独角戏”共建社会化解网络

县里年逾六旬的老赵夫妇状告儿媳妇不当得利。法官陈兰芝接案后，先和社会介入工作室的社工谈心，又通过妇联、司法所、村委会等有关方面多次到老赵及儿媳妇家中“拉家常”，最终案件得到妥善解决。

社工介入家事审判，只是该县家事法庭专业化与大众化有益结合的一个方面。

社会介入工作室的社工来自妇联、民政、检察、公安、司法等多个部门，还有聘请的社会调解员。

武霞便是法院的一名驻点社工，她的工作日志上面列有每起纠纷双方当事人的基本信息、疏导情况、起诉原因、分歧焦点、疏导成效等具体问题。“我们会采取打电话或面谈的方式进行沟通了解，少则一个小时，多则数个小时，有的还要反复谈几次。”

“化解家事纠纷是与千家万户密切相关的社会化工程，不是法院一家的独角戏。”王宏伟说，“宁陵县法院在着力于家事审判自身改革与建设的同时，将建立家事纠纷社会化解网络作为重中之重。”

引入多元化纠纷解决机制，动员社会各方面力量参与家事纠纷化解，尤其是让妇联工作人员参与到家事案件的调解中，在妇女权益保障等方面发挥重要作用；联合民政等部门，为即将走入婚姻殿堂的准新人集中讲课，让他们明白什么是家庭，婚后将承担起什么样的家庭责任；与妇联共同开展反家庭暴力的宣传工作，共同预防、制止和惩戒家庭暴力行为。

“这并不意味着所有案件全以‘柔’的方式去调解结案，家事案件固然涉及人情伦理，但法律适用始终是我们最应该关注的问题。”王宏伟说。

【征求意见稿】家事法庭离婚审理笔录（黑龙江省方正林区）

2016-08-22 基层法官 天平赐稿

家事法庭离婚审理笔录（征求意见稿）

第一次开庭

时间：2017 年 1 月 5 日 8 时 30 分至 10 时 30 分
地点：3 号法庭
是否公开审理：公开　　旁听人数：人
审判长：财雨　　人民陪审员：方某（退休法官）艾某（街道干部）
书记员：刘秀
书：宣布法庭纪律　　（略）
审：核对当事人身份
原告
被告
　　审：黑龙江省方正林区基层法院家事审判一庭依据一审程序的相关规定，今天在这里依法公开审理原告赵某某　诉被告李某某离婚纠纷一案，现在宣布开庭。本案由本院审判员财雨担任审判长，与人民陪审员方某（退休法官）艾某（街道干部）组成合议庭，由本院书记员刘秀　　进行法庭记录。
审：告知当事人诉讼权利义务（略）
？　原、被告是否听清
原：听清了。
被：听清了。
？　原、被告是否申请回避。
原：不申请回避。
被：不申请回避
审：原告陈述一下诉讼请求及事实和理由
原：起诉状　（略）
？被告进行答辩
被：答辩状。（略）
　　本案依据人身权益，家庭权益，财产权益进行依次审理，因为人身权益双方没有涉及，本案审理分为两个部分，第一部分审理夫妻之间应尽的权利义务，第二部分审理财产权利义务。首先进行第一部分
？原告，夫妻权利义务告知书，收到了吗
原：收到了
？原告，你向法庭陈述，你在家庭中应该享有的权利义务
原：
？原告，你向法庭陈述，被告在家庭中应该享有的权利义务
原：
？被告，夫妻权利义务告知书，收到了吗
被：收到了
？被告，你向法庭陈述，你在家庭中应该享有的权利义务
被：
？被告，你向法庭陈述，原告在家庭中应该享有的权利义务
被：
？原告，被告在家庭中都承担了什么责任和义务
原：
？原告，被告在家庭中没有承担了什么责任和义务
原：
？被告，原告在家庭中都承担了什么责任和义务
被：
？被告，原告在家庭中没有承担了什么责任和义务
被：
？原告，被告的优点是什么，缺点是什么？你认为对方能否成为一个合格的丈夫（妻子）
原：
？被告，针对原告所述，你是否有不同意见
被：
？被告，原告的优点是什么，缺点是什么？你认为对方能否成为一个合格的丈夫（妻子）
被：

？原告，针对被告所述，你是否有不同意见
原：
？原告，被告孝敬老人方面的优点是什么，缺点是什么，你们双方是否有分歧意见
原：
？被告，原告孝敬老人方面的优点是什么，缺点是什么，你们双方是否有分歧意见
被：
？原告，被告关心孩子方面的优点是什么，缺点是什么，你们双方是否有分歧意见
原：
？被告，原告关心孩子方面的优点是什么，缺点是什么，你们双方是否有分歧意见
被：
？原告，你不喜欢被告的生活习惯是什么，喜欢被告的生活习惯是什么
原：
？被告，你不喜欢原告的生活习惯是什么，喜欢被告的生活习惯是什么
被：
？原告，你对中国优秀传统文化里的男八德：孝、悌、忠、信、礼、义、廉、耻,女八德：孝、顺、和、睦、慈、良、贞、静做到了哪几项
原：
？被告，你对中国优秀传统文化里的男八德：孝、悌、忠、信、礼、义、廉、耻,女八德：孝、顺、和、睦、慈、良、贞、静做到了哪几项
被：
？原告，你对被告的要求是什么，希望他怎么做
原：
？被告，你对原告的要求是什么，希望他怎么做
被：
？原告你与被告的结婚理由是什么，离婚理由是什么
原：
？你对原告所述，阐述你的意见
被：
？原告，你们自从认识以来，被告最让你难忘的事情是什么
原：
？你对原告所述，阐述你的意见
被：
审：经过本次庭审调查，双方的矛盾焦点是
1、
2、
3、
原被告你们对于你们的双方的意向要求，本庭基本了解，现给你们双方十五天时间考虑，针对自己的错误是否能够改正，能够修补家庭的裂痕。下次开庭时间是 2017 年 1 月 20 日

法庭审理笔录（第二次）

时间：2017 年 1 月 20 日 8 时 30 分至 10 时 30 分
地点：3 号法庭
是否公开审理：公开　　旁听人数：人
审判长：财雨　　人民陪审员：方某（退休法官）艾某（街道干部）
书记员：刘秀
书：宣布法庭纪律　　（略）
审：核对当事人身份
原告：
被告：
审：黑龙江省方正林区基层法院家事审判一庭依据一审程序的相关规定，今天在这里依法公开审理原告赵某某 诉被告李某某离婚纠纷一案，现在宣布开庭。本案由本院审判员财雨担任审判长，与人民陪审员方某（退休法官）艾

某（街道干部）组成合议庭，由本院书记员刘秀　　进行法庭记录。
下面继续开庭，由原告进行举证
原：结婚证
？原告，你陈述一下，你们申请结婚证的过程
原：
？被告，你是否有补充
被：
？原告，你陈述一下，婚礼当天，令你难忘的是什么
原：
？被告，你是否有补充
被：
？原、被告，双方父母是否知道你们离婚的事
原：
被：
？原、被告，双方父母是否同意你们离婚
原：
被：
？下面针对单亲孩子的在家庭中、学校中的优越性，在社会上的优越性进行举证
原：
被：
？下面针对孩子抚养问题进行举证（略）
原：
被：
？下面针对孩子教育问题及未来发展方向进行举证（略）
原：
被：
？下面针对财产问题进行举证（略）
原：
被：
？双方是否有新的证据提交到法庭
原：
被：
？下面进行辩论，围绕夫妻感情，家庭责任义务进行辩论
原：
被：
？根据法律规定，双方当事人在辩论以后有最后陈述的权利，在明确自己的请求后，陈述自己的不足及对未来的想法
原：
被：
审：本案在审理过程中，因双方都知道婚姻存续期间自己及对方存在的问题，及未来的想法，给双方十天的恢复感情的时间，如果十天内，夫妻感情无和好可能，本庭将依据审理情况进行裁判，现在宣布休庭。

全国首例跨国隔代探望权案经检察机关抗诉后获改判

2016-08-24 法信 最高人民检察院官网

“我们终于能和孙子团聚了。”近日，拿到法院判决书的丁某夫妇喜笑颜开。经检察机关抗诉后，重庆市高级法院指定重庆市渝北区法院受理。该院作出一审判决，支持了丁某夫妇的部分诉求，老人与孙子延续亲情的愿望实现了。

这起全国首例跨国隔代探望权案经过法院不受理，检察院抗诉，法院受理再审一波三折之后，最终得到了法院支持。

今年6月，渝北区法院适用简易程序公开开庭审理，丁某夫妇出庭，被告白某经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，法院依法进行了缺席审理。

法院认为，祖父母与孙子女具有基于特殊血缘情感而产生的特殊身份，不因父母双方的离婚而消灭。通常情况下，祖父母也在一定程度上照顾了孙子女。因此，祖父母的探望权同样应当受到保护。对祖父母探望孙子女的主张予以

保护,不仅能够满足祖父母对孙子女的关心、抚养、教育的情感需要,同时也能保护未成年孙子女的身心健康及情感需要,对孙子女的价值观形成起到积极的作用。

该院还认为,亮亮从出生至其前往德国居住,长达 9 年多,一直随丁某夫妇共同生活居住,且由二人抚养,丁某夫妇与亮亮之间建立了深厚的感情。亮亮到德国后,也时常通过微信向丁某夫妇表达回国探亲的愿望。丁某夫妇行使隔代探望权,本质上既符合探望权的伦理价值取向,也符合社会善良风俗。因此,该院对丁某夫妇要求行使探望权的主张予以支持,并作出判决:在亮亮十八周岁前,丁某夫妇每年探望亮亮一次,方式为亮亮每年暑假回国探亲不少于 20 天,白某应予以协助,并承担亮亮回国的往返费用,国内费用由丁某夫妇负担;丁某夫妇每月与亮亮视频通话两次,白某应予以协助。

在获悉判决结果后,一直关注此案的民法专家、西南政法大学教授黄忠表示,“本案的成功抗诉有效维护了当事人的合法权益,同时也为隔代探望权纠纷的处理提供了示范。随着我国社会生活,特别是家庭结构的深刻变化,加之离婚率的上升,单亲家庭中隔代探望权的问题会越发凸显,隔代探望纠纷也必然会成为司法实践中不可回避的问题。本案抗诉的成功对于处理同类案件,促进未成年子女的健康成长和家庭的和谐、稳定具有重要的参考价值。”

黄忠还认为,“本案反映出我国婚姻法在关于探望权立法上存在的不足。要彻底为包括祖父母、外祖父母在内的亲属行使探望权扫清法律障碍,维护家庭正常伦理,促进未成年人的健康成长,实现同案同判,还需要在民法典分则的编纂中,对婚姻法的相关规定予以完善。”◎内容来源:最高人民检察院官

二、一般审判动态

北京:打官司不举证故意拖延诉讼被判罚款 8 万元

2016-08-01 新华社 熊琳

民间借贷纠纷中,被告故意逾期举证拖延诉讼,严重影响了正常的诉讼程序。记者 1 日从北京市密云区人民法院获悉,该院对一起案件中故意拖延诉讼的被告作出了罚款 8 万元的处罚决定。

被告徐某因买房于 2011 年 4 月向原告郑某签署借款单,约定郑某借给被告徐某人民币 2300 万元,借期 1 至 2 个月,利率为月息 8 至 10 个点。借款单签署后,原告之妻赵某于 2011 年 4 月将借款 2300 万元转付至徐某账户。后经催要,徐某始终未偿还该借款本金及利息,故原告郑某起诉至法院,要求徐某偿还借款本金及利息。

审理中,法庭曾于 2016 年 5 月 12 日给被告徐某十天举证期限,后再于 5 月 27 日给徐某延长 30 日举证期限。在两次举证期限范围内被告不积极举证,故意拖延,并于 2016 年 7 月 28 日下午向法院提供部分证据。对于被告提供的证据,法院认为对案件有重大影响,法院决定重新组织举证质证,并对徐某作出罚款 8 万元的决定。7 月 29 日,徐某向法院交纳罚款人民币 8 万元。

法官提示,当事人在民事诉讼程序中应当遵守诚实信用原则。当事人没有正当理由逾期提交证据的行为严重违背诚实信用原则,妨害民事诉讼程序的正常进行,人民法院可以根据民事诉讼法的规定给予罚款等处罚。

三、立法动态

办理遗嘱保管事务的指导意见

2016-08-12 公证文选

(2016 年 2 月 2 日中国公证协会第七届常务理事会

第七次会议通过)

第一条 为规范公证机构办理遗嘱保管事务,根据《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国公证法》和有关法律、法规、规章以及《中国公证协会专业委员会业务规则制定程序》的有关规定,制定本指导意见。

第二条 本指导意见所称遗嘱保管事务,是指公证机构依据遗嘱人的申请对其提交的遗嘱进行密封、存放、相关信息备案,并根据有关人员申请提供遗嘱取回、开启、领取等一系列服务的公证事务。

第三条 公证机构可对申请人提交的下列遗嘱进行保管:

(一)自书遗嘱;

(二)代书遗嘱。

第四条 遗嘱保管的申请人应当是遗嘱人。

第五条 申请人应当到公证机构提交身份证明,并书面提出遗嘱保管申请,书面申请中应当载明:

(一)申请人的身份信息及联系方式;

(二)申请保管的遗嘱形式;

(三)如申请人指定遗嘱领取人的,应该载明遗嘱领取人的身份信息和联系方式;

(四)开启遗嘱、领取遗嘱的条件;

(五)遗嘱原件由公证机构留存、遗嘱领取人仅领取遗嘱复印件的承诺;

(六)全体法定继承人信息备注。

第六条 公证机构保管遗嘱,应当指派两名公证人员共同办理,其中一名应当是公证员。

保管按照下列方式进行:

（一）申请人在公证人员面前将申请保管的遗嘱密封于信封内交与公证员；

（二）公证员在信封上亲笔注明：“XXX（遗嘱人）于 XXXX 年 XX 月 XX 日在 XXX 公证处，将其密封的遗嘱交由本处保管“字样；

（三）申请人和公证人员在信封的封缝处签名并注明时间；

（四）公证人员应当对上述封存过程制作书面记录，并由申请人签名确认。

第七条　公证机构应当向申请人出具保管证书。

保管证书应当载明申请人的身份信息、遗嘱的形式、遗嘱领取人的身份信息及联系方式、遗嘱开启与领取的条件等内容。

保管证书一式两份，一份交与申请人，一份由公证机构留档。

第八条　公证机构应当将保管的遗嘱相关信息在全国公证遗嘱备案平台上备案。

已备案的保管遗嘱应当作为办理继承公证时遗嘱检认的依据。

第九条　公证机构应当按照公证档案管理规定，将保管证书、遗嘱、保管申请书、书面记录及其他与保管有关的材料一并立卷并列为密卷保管。

公证机构应当建立遗嘱保管登记簿，登记簿可以是电子形式也可以是纸质。

第十条　申请人可以随时取回遗嘱。

申请人取回遗嘱应当向公证机构提交书面申请并交回保管证书。公证机构应当指派两名公证人员共同办理，其中一名应当是公证员。

如申请人不能交回保管证书的，应当书面说明。

取回遗嘱按以下方式进行：

（一）申请人与公证人员一起核验遗嘱密封状况；

（二）申请人与公证人员共同拆启密封的信封，取出遗嘱；

（三）公证人员应当将取回遗嘱的过程制作成书面记录，并由申请人签名确认。

申请人请求打开存放遗嘱信封的，视为取回遗嘱。如需继续保管，应当重新办理保管手续。

第十一条　申请人取回遗嘱后，公证机构对遗嘱的保管终止。公证机构应当及时在遗嘱保管登记簿和全国公证遗嘱备案查询平台进行备注。

第十二条　申请人死亡后，遗嘱领取人可持申请人的死亡证明申请开启密封遗嘱和领取遗嘱复印件，遗嘱原件由公证机构继续保存。

申请人未指定遗嘱领取人或者遗嘱领取人死亡、丧失民事行为能力的，申请人的全体法定继承人可以参照本条第一款规定申请开启、领取遗嘱复印件。

第十三条　遗嘱领取人申请开启、领取遗嘱的，应当向公证机构提交书面申请。公证机构应当指派两名公证人员共同办理，其中一名应当是公证员。

开启、领取遗嘱按以下方式进行：

（一）遗嘱领取人与公证人员一起核验遗嘱密封状况；

（二）遗嘱领取人与公证人员共同拆启密封信封，取出遗嘱，拆启信封时应当保持信封上封条和签名的完整性，已经拆启的信封，由公证机构存档；

（三）公证人员对遗嘱进行复制，并加盖印章确认与原件相符；

（四）公证人员应当将领取遗嘱复印件的过程制作成书面记录，并由遗嘱领取人签名确认；

（五）公证人员应当及时在遗嘱保管登记簿和全国公证遗嘱备案查询平台进行备注。

第十四条　公证机构应当对遗嘱的保管、取回、开启和领取的主要环节进行录像并将录像随遗嘱保管卷宗存档。

第十五条　本指导意见由中国公证协会常务理事会负责解释。

最高人民法院发布《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（修订）

2016-08-30 最高人民法院

8 月 30 日上午 10 时，最高人民法院召开新闻发布会，介绍《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（修订）（全文附后）主要内容，公布中国裁判文书网 APP 上线，以及人民法院裁判文书公开工作相关情况并回答记者提问。最高法院新闻局巡视员王玲主持发布会，最高法院审判委员会副部级专职委员刘学文 、审管办主任李亮出席介绍《规定》相关情况。

人民法院在互联网公布裁判文书，是落实司法为民，创新审判管理，保障人民群众参与司法的重要举措。党的十八届四中全会明确提出，保证公正司法，提高司法公信力，推进审判公开，建立生效法律文书统一上网和公开查询制度。

一、人民法院在互联网公布裁判文书的工作历程（一）开通裁判文书网站，集中公布首批裁判文书

2013 年 7 月 1 日，按照最高人民法院的工作部署，全国法院统一、权威的裁判文书公开平台——中国裁判文书

网正式开通。同日，《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》生效实施。按照该办法，除法律有特殊规定的以外，最高人民法院生效裁判文书全部在中国裁判文书网公布。同时，最高人民法院在该网站率先集中公布第一批裁判文书。这是最高人民法院贯彻落实习近平总书记关于加大司法公开力度的重要论述，积极回应人民群众对司法公开的关注和期待，主动接受社会监督的重要举措，标志着人民法院裁判文书公开工作迈出了历史性的关键一步。（二）出台“文书上网规定”，全面及时公开裁判文书

2014 年 1 月 1 日，《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》生效实施（以下简称“文书上网规定”）。按照该规定，公开裁判文书应当贯彻“依法、及时、规范、真实”的原则，除四种特殊情形外，人民法院作出的生效裁判文书均应在中国裁判文书网公布。

2014 年 1 月 1 日起，各级人民法院按照“文书上网规定”的要求，陆续将生效裁判文书在中国裁判文书网公布。同年第一季度起，最高人民法院建立了每季度通报全国法院裁判文书上网公开情况的制度，不断强化督促督查和调研指导，推动全国法院不断加大裁判文书公开力度，提升公开工作的常态化、规范化水平。同时，针对地方法院和社会各界的需求和意见建议，不断强化技术保障，升级完善中国裁判文书网，确保公开工作平稳推进。各高级人民法院均建立了裁判文书公开督促通报制度。经过全国四级法院的共同努力，截至 2015 年 6 月底，裁判文书公开工作实现了全国法院全覆盖、案件类型全覆盖和办案法官全覆盖。（三）技术服务全面升级，建成全球最大文书公开平台

2015 年 12 月 15 日，中国裁判文书网全新改版上线。新版中国裁判文书网围绕“内容权威、技术先进”两大重点，坚持需求和问题导向，提供主动式智能化检索服务，实现了少数民族语言文字裁判文书的公开，更好地满足了人民群众和专业用户对裁判文书的多样化需求。

2016 年 8 月起，中国裁判文书网每日访问量均超过 2000 万次，单日最高访问量高达 5463 万次，且访问量增长态势明显。截至本月 16 日，中国裁判文书网公开的裁判文书超过 2000 万篇，网站访问量突破 20 亿次，用户覆盖全球 190 多个国家和地区，超过 5 亿的访问量来自海外，其中北美地区的访问量超过 1 亿。

经过三年的不断努力，中国裁判文书网已经成为全球最大的裁判文书公开平台，人民法院裁判文书公开工作取得了显著成绩，积累了宝贵经验。同时，我们也坚持问题导向，依托信息技术进步，汇总分析了亟待解决的发展难题，修订了“文书上网规定”，明确了今后的工作重点。

今天，**作为人民法院司法公开、司法便民的又一项重要举措，中国裁判文书网 APP 手机客户端正式上线。同时，最高人民法院正式发布了修订后的“文书上网规定”。**

二、《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》的修订情况

2016 年 7 月 25 日最高人民法院审判委员会第 1689 次会议讨论通过了修订后的《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（以下简称“修订后的文书上网规定”）。（一）“修订后的文书上网规定”的背景与精神

随着裁判文书公开工作深入推进，社会各界对裁判文书公开的关注度不断提升，对公开的力度、范围提出了更高的要求，倒逼法官强化责任意识、提高审判质效的作用日益明显。为适应深化司法改革的新形势新要求，持续深入推进裁判文书公开工作，最高人民法院坚持问题导向，积极回应社会关切，全面启动了对“文书上网规定”的修订工作。

在修订过程中，最高人民法院坚持“高起点、高标准、高要求”，多次组织理论界和实务界开展深入调研论证，广泛征求了中央政法委、全国人大内司委、全国人大常委会法工委等有关部门以及地方法院、专家学者等的意见建议。针对工作实践中出现的问题和各方面的现实需求，深入总结先进法院成熟的经验做法，力求从制度和工作机制层面上，促进各级法院积极主动将全面公开的工作要求和自动化、常态化的工作理念落到实处。

此次修订，本着“公开为原则，不公开为例外”的精神，确立了“依法、全面、及时、规范”的裁判文书公开原则。除确实不宜公开的内容外，人民法院作出的所有裁判文书均应在中国裁判文书网公开，这从制度层面确保了裁判文书公开工作不留死角。

（二）“修订后的文书上网规定”的主要内容

此次修订，在不断加大裁判文书公开力度的同时，围绕如何减轻各级法院裁判文书公开工作量、降低上网裁判文书出错风险、强化对此项工作的精细化管理等增设了一系列配套制度。具体来讲，主要有四项举措：

一是进一步扩大了应当公开的裁判文书范围。此次修订，详细列举了应当公开的裁判文书类型，包括各种判决书、裁定书、决定书、驳回申诉通知书，支付令，行政调解书、民事公益诉讼调解书，以及其他有中止、终结诉讼程序作用或者对当事人实体权益有影响、对当事人程序权益有重大影响的裁判文书。要求“涉及个人隐私”的裁判文书也应当在隐去“涉及个人隐私的内容”后上网公开。此外，已上诉、抗诉的一审裁判文书也纳入公开范围，同时与二审裁判文书建立有机关联，以完整展现案件审理和裁判的全貌，实现社会各界对人民法院审判工作的全方位、全过程的知情与监督。

二是进一步明确规范了裁判文书不公开的情形。此次修订，要求“以调解方式结案或者确认人民调解协议效力”

的裁判文书原则上不上网公开，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益确有必要公开的应当公开；明确要求“离婚诉讼的裁判文书或者涉及未成年子女抚养、监护”的裁判文书不上网公开。

同时，对于不公开的裁判文书，除可能泄露国家秘密的以外，要求在中国裁判文书网公布案号、审理法院、裁判日期及不公开的理由，充分接受社会各界对裁判文书公开工作的监督，确保应当公开的裁判文书全部公开。

三是进一步健全裁判文书公开工作机制。此次修订，将裁判文书公开工作模式由传统的专门机构集中公布模式，转变为办案法官在办案平台一键点击自动公布模式。同时，要求各级法院依托信息技术将裁判文书公开纳入审判流程管理，减轻裁判文书公开的工作量，实现裁判文书及时、全面、便捷公布；要求各级法院审判管理部门加强对裁判文书公开工作的组织、指导、监督、协调，技术部门为裁判文书公开提供充分、可靠的技术支持和服务保障。

四是进一步强化社会各界外部监督。此次修订，要求各级人民法院建立裁判文书公开工作督导机制，由审判管理办公室等职能部门负责收集汇总、协调处理、研究分析社会公众对裁判文书公开的投诉、意见建议，确保外部监督渠道畅通。

“修订后的文书上网规定”自今年 10 月 1 日起施行。最高人民法院将组织全国法院认真学习，进一步统一思想认识、严格适用标准、狠抓贯彻落实，进一步加大裁判文书公开工作力度，同时努力提升裁判文书数据资源利用水平，全面发挥中国裁判文书网在统一裁判尺度、提升案件质效、服务社会治理、推动社会诚信体系建设等方面的重要作用。此外，我们正在加紧对中国裁判文书网进行配套升级改造，努力为社会各界提供更加人性化、智能化的用户体验，将司法公开和司法为民推向新的高度。人民法院将始终以开放的姿态、务实的作风，主动接受社会各界监督，以公开促公正、树公信，不断满足新时期人民群众对司法工作的新期待，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。　　《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》已于 2016 年 7 月 25 日由最高人民法院审判委员会第 1689 次会议通过，现予公布，自 2016 年 10 月 1 日起施行。

最高人民法院　　2016 年 8 月 29 日**法释〔2016〕19 号**

最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定

（2016 年 7 月 25 日最高人民法院审判委员会第 1689 次会议通过，自 2016 年 10 月 1 日起施行）

为贯彻落实审判公开原则，规范人民法院在互联网公布裁判文书工作，促进司法公正，提升司法公信力，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》等相关规定，结合人民法院工作实际，制定本规定。

第一条人民法院在互联网公布裁判文书，应当依法、全面、及时、规范。

第二条中国裁判文书网是全国法院公布裁判文书的统一平台。各级人民法院在本院政务网站及司法公开平台设置中国裁判文书网的链接。

第三条人民法院作出的下列裁判文书应当在互联网公布：

（一）刑事、民事、行政判决书；

（二）刑事、民事、行政、执行裁定书；

（三）支付令；

（四）刑事、民事、行政、执行驳回申诉通知书；

（五）国家赔偿决定书；

（六）强制医疗决定书或者驳回强制医疗申请的决定书；

（七）刑罚执行与变更决定书；

（八）对妨害诉讼行为、执行行为作出的拘留、罚款决定书，提前解除拘留决定书，因对不服拘留、罚款等制裁决定申请复议而作出的复议决定书；

（九）行政调解书、民事公益诉讼调解书；

（十）其他有中止、终结诉讼程序作用或者对当事人实体权益有影响、对当事人程序权益有重大影响的裁判文书。

第四条人民法院作出的裁判文书有下列情形之一的，不在互联网公布：

（一）涉及国家秘密的；

（二）未成年人犯罪的；

（三）以调解方式结案或者确认人民调解协议效力的，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益确有必要公开的除外；

（四）离婚诉讼或者涉及未成年子女抚养、监护的；

（五）人民法院认为不宜在互联网公布的其他情形。

第五条人民法院应当在受理案件通知书、应诉通知书中告知当事人在互联网公布裁判文书的范围，并通过政务网站、电子触摸屏、诉讼指南等多种方式，向公众告知人民法院在互联网公布裁判文书的相关规定。

第六条不在互联网公布的裁判文书，应当公布案号、审理法院、裁判日期及不公开理由，但公布上述信息可能泄露国家秘密的除外。

第七条发生法律效力的裁判文书，应当在裁判文书生效之日起七个工作日内在互联网公布。依法提起抗诉或者上诉的一审判决书、裁定书，应当在二审裁判生效后七个工作日内在互联网公布。

第八条人民法院在互联网公布裁判文书时，应当对下列人员的姓名进行隐名处理：

（一）婚姻家庭、继承纠纷案件中的当事人及其法定代理人；

（二）刑事案件被害人及其法定代理人、附带民事诉讼原告人及其法定代理人、证人、鉴定人；

（三）未成年人及其法定代理人。

第九条根据本规定第八条进行隐名处理时，应当按以下情形处理：

（一）保留姓氏，名字以“某”替代；

（二）对于少数民族姓名，保留第一个字，其余内容以“某”替代；

（三）对于外国人、无国籍人姓名的中文译文，保留第一个字，其余内容以“某”替代；对于外国人、无国籍人的英文姓名，保留第一个英文字母，删除其他内容。

对不同姓名隐名处理后发生重复的，通过在姓名后增加阿拉伯数字进行区分。

第十条人民法院在互联网公布裁判文书时，应当删除下列信息：

（一）自然人的家庭住址、通讯方式、身份证号码、银行账号、健康状况、车牌号码、动产或不动产权属证书编号等个人信息；

（二）法人以及其他组织的银行账号、车牌号码、动产或不动产权属证书编号等信息；

（三）涉及商业秘密的信息；

（四）家事、人格权益等纠纷中涉及个人隐私的信息；

（五）涉及技术侦查措施的信息；

（六）人民法院认为不宜公开的其他信息。

按照本条第一款删除信息影响对裁判文书正确理解的，用符号“×”作部分替代。

第十一条人民法院在互联网公布裁判文书，应当保留当事人、法定代理人、委托代理人、辩护人的下列信息：

（一）除根据本规定第八条进行隐名处理的以外，当事人及其法定代理人是自然人的，保留姓名、出生日期、性别、住所地所属县、区；当事人及其法定代理人是法人或其他组织的，保留名称、住所地、组织机构代码，以及法定代表人或主要负责人的姓名、职务；

（二）委托代理人、辩护人是律师或者基层法律服务工作者的，保留姓名、执业证号和律师事务所、基层法律服务机构名称；委托代理人、辩护人是其他人员的，保留姓名、出生日期、性别、住所地所属县、区，以及与当事人的关系。

第十二条办案法官认为裁判文书具有本规定第四条第五项不宜在互联网公布情形的，应当提出书面意见及理由，由部门负责人审查后报主管副院长审定。

第十三条最高人民法院监督指导全国法院在互联网公布裁判文书的工作。高级、中级人民法院监督指导辖区法院在互联网公布裁判文书的工作。

各级人民法院审判管理办公室或者承担审判管理职能的其他机构负责本院在互联网公布裁判文书的管理工作，履行以下职责：

（一）组织、指导在互联网公布裁判文书；

（二）监督、考核在互联网公布裁判文书的工作；

（三）协调处理社会公众对裁判文书公开的投诉和意见；

（四）协调技术部门做好技术支持和保障；

（五）其他相关管理工作。

第十四条各级人民法院应当依托信息技术将裁判文书公开纳入审判流程管理，减轻裁判文书公开的工作量，实现裁判文书及时、全面、便捷公布。

第十五条在互联网公布的裁判文书，除依照本规定要求进行技术处理的以外，应当与裁判文书的原本一致。

人民法院对裁判文书中的笔误进行补正的，应当及时在互联网公布补正笔误的裁定书。

办案法官对在互联网公布的裁判文书与裁判文书原本的一致性，以及技术处理的规范性负责。

第十六条在互联网公布的裁判文书与裁判文书原本不一致或者技术处理不当的，应当及时撤回并在纠正后重新公布。

在互联网公布的裁判文书，经审查存在本规定第四条列明情形的，应当及时撤回，并按照本规定第六条处理。

第十七条人民法院信息技术服务中心负责中国裁判文书网的运行维护和升级完善，为社会各界合法利用在该网站公开的裁判文书提供便利。

中国裁判文书网根据案件适用不同审判程序的案号，实现裁判文书的相互关联。

第十八条本规定自 2016 年 10 月 1 日起施行。最高人民法院以前发布的司法解释和规范性文件与本规定不一致的，以本规定为准。

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

两口子闹离婚 法庭门口竟向对方泼粪

2016-08-04 江苏高院 常熟市人民法院 赵丽丹 严雪琪

近日，常熟法院针对一起离婚案件中被告公然向原告及其家属泼粪的行为进行了处罚，责令其向相关人员道歉，并对其作出罚款人民币 3000 元的决定。现该被告张某对上述处罚决定已履行完毕。

陈某与张某于 2012 年 3 月经人介绍相识恋爱，于同年 11 月登记结婚。2014 年 8 月，双方生育一子。婚后双方凸显性格不合，时常为琐事争吵。孩子出生之后，矛盾不断升级。2016 年 4 月，陈某诉至法院，要求与张某离婚，儿子归其抚养。

法院对该起离婚纠纷案进行了两次开庭。在第一次庭审中双方表示同意离婚，但都要儿子的抚养权，互不相让，产生严重对立情绪。庭审结束后，在法庭门外婆媳扭打，后经法院工作人员拉开并报警，派出所民警对双方不冷静行为予以了教育处理。在第二次庭审结束时承办法官提醒双方：一定要保持冷静，不得发生任何过激行为。但庭审结束后，被告张某与其父亲、姑姑三人先行走到法庭对面的小区门口，趁人不备，把事先藏在汽车里的粪便罐子拿在手中，待陈某父子走近时，同时向陈某父子泼粪，泼得他们满头都是。在场劝诫的法警也被泼到粪水。

法院认为，被告张某在离婚案件诉讼过程中，不听法官多次告诫，在法庭门口公然制造泼粪闹剧，侮辱相关诉讼参加人员，造成恶劣影响，此行为妨害民事诉讼，故依照相关法律规定，作出上述处罚决定。

法官说法

本案中的张某制造泼污闹剧，理应受到处罚。2016 年 5 月 1 日，最高人民法院发布《中华人民共和国人民法院法庭规则》，进一步细化了对危及法庭安全或扰乱法庭秩序行为的处理方式：当事人存在哄闹、冲击法庭，毁坏法庭设施，以及其他危害法庭安全或扰乱法庭秩序行为的，人民法院可根据相关法律规定，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。在此，提醒大家，凡是到法庭来参加诉讼及旁听的人员，都要遵守法庭纪律，规范自己的言行。

（二）婚姻无效撤销案例

用假身份证结婚登记　能否作为普通离婚案件来处理

2016-08-11 江苏高院 如东县人民法院 陈金福 郭必兰

案情：

2013 年冬，刘明明经人介绍与司雨相识并恋爱，于 2014 年 1 月 20 日在如东县民政局登记结婚。婚后没几天，女方跑了，男方多方寻找，结果发现女方司雨又以其他姓名，在浙江省与他人登记结婚。浙江公安机关已查明并出具了证明给刘明明。该证明证明了主要两个事实：一是司雨本名是罗文英；二是罗文英因婚姻诈骗，现已被捕。

评析：

刘明明与女方的关系如何解除，出现了两种意见。一种意见认为，刘明明与司雨已进行结婚登记，应以婚姻关系解除；另一种意见认为，应由民政局撤销婚姻登记，民政局如不撤销结婚登记，应是行政诉讼，状告民政局，要求其撤销行政行为。

以上两种意见，值得商榷。持第一种观点的人认为:司雨用临时身份证与刘明明在婚姻登记机关登记，是一种婚姻关系，司雨虽然用的是假身份证，但罗文英这个人在，应用民事诉讼的办法解决。

笔者倾向第二种处理意见。离婚是有前提条件的，即必须以合法的婚姻关系存在为前提条件。刘明明与司雨虽有结婚登记，但现在查明的情况是用的假身份证登记的，是不合法的登记。司雨不是其本人，也可以这么说本身就没有司雨这个人，身份证号码也是编造的。不合法的结婚登记，不能作为合法的离婚案件来处理。当然，如果在双方都不知道所持身份证为假的情况下进行婚姻登记，是可以作为离婚案件处理的。因为立案口的法官一般不审查结婚证的真假，只是要求原告提供结婚证作为离婚案件的基本证据；审判法官一般也不涉及审查结婚证的真假。一般正常的人，也不会组合成假夫妻，再到法院去离婚。

综上，已知不合法的结婚登记，笔者认为该案不能作为离婚案件来处理，只能以行政诉讼的途经撤销不合法的结婚登记.

（三）子女抚养亲子关系案例

一方独自抚养子女的约定是否影响子女主张抚养费？

2016-04-13 江西法院网 宜黄县人民法院 彭婉玲、

【案情】

2015 年 8 月份，张某与叶某因夫妻感情破裂在婚姻登记机关办理了离婚登记手续。离婚协议中约定：婚生子叶某某随张某生活，叶某不负担抚养费。现叶某某以父母对子女有抚养教育的义务为由诉至法院，要求父亲叶某每月支付抚养费 1000 元。

【分歧】

对离婚时夫妻双方约定由一方独自抚养子女是否影响子女主张抚养费，存在两种不同意见：

第一种意见认为，离婚后，父母对子女仍有抚养、教育的义务，关于子女抚养费的协议并不妨碍子女向父母任何一方提出超过协议原定数额的要求。

第二种意见认为，应综合考虑父母双方经济情况有无变化，子女生活费、教育费有无增加等因素，从而最终判定原协议是否需要变更。

【评析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

1、法律允许有抚养能力的父或母一方独自抚养子女。《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意见》第 10 条规定："父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实，抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，不予准许。"根据该规定，在直接抚养方有能力独自抚养子女时，父母双方可以约定另一方不支付抚养费。

2、离婚协议对夫妻双方均有约束力。抚养纠纷的原告虽然是子女，但实际上都是抚养子女的一方以子女的名义起诉的。夫妻双方最终达成的离婚协议，是综合考虑离婚与否、子女抚养权归属、抚养费负担、共同财产分割、共同债务承担等一系列问题后最终作出的决定。子女抚养费的负担方式以及负担数额的确定必定与其它问题密切相关：或是为了让对方同意离婚，又或是为了获得子女抚养权，再或是抚养方多分了共同财产等等。若是支持抚养方在非必要情况下以子女名义诉请另一方支付抚养费，将违背诚实信用原则，损害另一方的利益。

3、子女要求增加抚养费必须是在必要时提出的合理要求。《婚姻法》第 37 条第 2 款虽然规定了父母达成的关于子女抚养费的协议并不妨碍子女向父母任何一方提出超过协议原定数额的要求，但在法条原文中有"必要时"、"合理"等限制性词语。《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意见》第 18 条规定："子女要求增加抚育费有下列情形之一，父或母有给付能力，应予支持。（1）原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的；（2）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；（3）有其他正当理由应当增加的。"根据该规定，只有当抚养方的抚养能力明显不能保障子女实际所需费用，而另一方又有给付能力时，增加抚养费的诉请才能获得支持。

综上，本案中，应对父母双方的经济情况有无变化，子女实际需要有无增加等进行调查了解，若抚养方目前确实没有独自抚养子女的能力，则应支持子女要求增加抚养费的诉讼请求；反之，则驳回。

《陌路夫妻的夺子战》

2016-08-08 经济与法

我们常说执行难，很大程度上是寻找执行标的难。找不到目标，一切无从下手。可今天我们要说的这个案子，执行对象明明就在那里，可是执行法官却动也不得，碰也不得。

在河南郑州市高新区人民法院的执行现场，一位老人顶着一个男孩进了会议室。随后，七八个法警，押着一个戴手铐的男子也进了会议室。如此兴师动众的场面，所为何事？他们之间是什么关系？这个孩子又是怎么回事呢？这一切，得从一位年轻妈妈的伤心往事说起。

李美丽家住河南省郑州市，是一名教师。她有一个可爱的儿子，才一岁多。2015 年 9 月的一天，李美丽正和儿子玩耍，突然，几个男人破门而入，有人卡住父亲的脖子，有人摁住了李美丽，二话没说，直接就把孩子抱走了。

李美丽还没回过神来，孩子已经被抱出了家门。孩子被抢走，李美丽惊慌失措，她赶快拨打了报警电话，希望警方帮他找回孩子。但是警方说判决书没下来，这是你们家庭内部问题，他们管不了。

儿子自从出生后一直由李美丽带着，从未分开过。今天突然被抢，李美丽觉得天一下子塌了。**孩子被抢之后，李美丽运用法律维权。她按照法律程序一步步进行，法院最终判令孩子归她，案子最终进入执行程序。执行法官本以为这事不难，找到抢孩子的人把事情说清楚，让他把孩子抱回来就行了。但谁也没有料到，这起执行案件居然山重水复，困难重重。**

抢孩子的人叫戴子尧。执行法官通过电话、短信等方式联系他。但是，戴子尧有时接电话，多数情况不接。有时偶尔也回个短信。但有一点，他始终不露面，也不到法院来。

光天化日之下破门而入抢孩子！法院判决之后又推三阻四！这个戴子尧究竟是什么人？怎么如此大胆呢？说起来呀，这戴子尧还不是外人，他是孩子的亲爸爸！那天，他带着几个堂兄弟，一手导演了上门抢儿子这出戏。那戴子尧和李美丽之间到底发生了什么？有什么疙瘩解不开？非要弄出抢孩子这样的闹剧呢？

戴子尧是河南省南阳市人，毕业后在一家物流公司工作。经人介绍，他认识了当教师的李美丽。李美丽觉得戴子尧为人本分，应该会好好过日子。

2013 年 4 月，李美丽和戴子尧结婚了。他们共同按揭贷款，够买了位于郑州高新区科学大道的一套商品房。同年 12 月，他们有了儿子小虎。

戴子尧不在郑州，而是在广州工作，收入不高。现在有了孩子，家庭生活很不方便，李美丽就劝他回郑州。在这件事上，俩人经常发生不快。

两地分居带来的种种不便，使得戴子尧和李美丽经常吵架。而在戴子尧的父亲看来，这个儿媳妇要求太高，有点不大好伺候，每次去广州，都让儿子回郑州来接。

郑州、广州之间的来回往返，隔三差五的吵吵闹闹，让戴子尧的父母也跟着上火。无奈之下，戴子尧的父亲劝儿子，为了家庭，还是回郑州吧。

为了家庭，戴子尧辞了广州的工作回到郑州。回来之后，要想找个合适的工作也不容易，几个月下来，戴子尧还是无所事事。天天呆在家里，他和李美丽的冲突就更大了，李美丽觉得戴子尧什么事都听父母的，没有主见，承担不起家庭责任。戴子饶尧觉得李美丽瞧不起他，不把自己当人看。

除了找工作的事，戴子尧还发现，在照顾小孩的问题上，俩人的观念也差别很大，总是话不投机，说不到一块去。李美丽和戴子尧的婚姻，在吵吵闹闹中，已经走到了尽头。李美丽向法院起诉离婚。

2015 年 9 月，郑州市高新区人民法院做出判决，准予二人离婚。儿子还不满两岁，出生后一直随母亲生活。同时李美丽抚养孩子的条件更优越一些。为了孩子的健康成长，法院将孩子的抚养权判给了李美丽，戴子尧每月支付抚养 1000 元，直到小虎 18 周岁。俩人对这样的判决都没意见。但没想到的是，开完庭的第二天，判决书还没送达，戴子尧就下手了，带着人把孩子抢走了。

孩子走了，李美丽彻夜难眠。她不停地给戴子尧打电话、发信息，希望戴子尧尊重法院判决，把孩子送回来。但戴子尧根本不理会，偶尔回复一下也全是辱骂的话。

孩子被抢走后，肯定是被带回了戴子尧南阳农村的老家。要想到老家要孩子，李美丽估计希望不大，因为她害怕戴子尧一家人，根本不敢上门。

戴子尧的老家距离郑州有 6 个多小时的车程，交通很不方便。在孩子被抢走约两个月的时候，李美丽实在忍受不了，就去了一次南阳，她想把孩子抱回来，但是未能成功。

戴子尧不露面，执行小组驱车 6 个多小时，赶赴南阳邓州市陶营乡，去找戴子尧。但几经周折，却只见到了戴子尧的父母，他们答应劝说戴子尧，但是戴子尧仍然没有履行生效判决，把孩子带过来。

一次不行就两次。后来，执行法官们又两次赴南阳戴子尧的老家。但每次的情况都差不多，好不容易到了当地，却总是见不到戴子尧。因为被执行人只有戴子尧一人，法院没法强迫他的父母履行义务。

迟迟见不到孩子，李美丽也很着急。她问执行法官，能不能把孩子直接抱回来呢？法官解释说，执行的对象是一个两岁的孩子，无法采取任何强制措施，怕对孩子心理、身体造成伤害，只能寻找戴子尧。但由于执行法官的侦查手段有限，找来找去，戴子尧还是没有半点消息。

戴子尧一家也不像是蛮不讲理的人，为什么拒不执行法院判决呢？原来，根据 2015 年 9 月的离婚判决书，二人共同贷款购买的商品房判给了李美丽，作为补偿，李美丽需要付给戴子尧 17.9 万多元，但这笔钱李美丽一直没有支付。

李美丽光想要孩子，判决书确定的还款义务，她为什么一直没有履行呢？李美丽说自己没有钱，法院已经查封了房子，正在走拍卖程序，只有拍卖了房子，自己才有钱付给戴子尧。

日子一天天过去，执行还是毫无进展。李美丽几乎天天早上都到法院去，有时一呆就半天。母亲的心情，法官们都很理解，但执行的难度，也确实摆在眼前。戴子尧的行为已经构成了拒不执行判决罪，但是他不露面，执行就很难推进。因为要想制裁戴子尧拒不执行判决裁定罪，必须由警方将其逮捕，再由检查机关提起公诉。但是，面对这样一起由家庭矛盾引发的争夺儿子抚养权的纠纷，要逮捕戴子尧，警方也感到很为难。

就在案件一筹莫展的时候，2015 年 7 月，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》出台。那这个解释对本案的推进有作用吗？作用相当大。简单说，像戴子尧这种情况，过去只能先到公安机关、检察机关走刑事立案、刑事公诉程序才能追究他的责任。现在不同了，根据新的司法解释，可以由李美丽向法院提起刑事自诉，法院审查后对戴子尧做出逮捕决定，然后再交给公安机关，将戴子尧列入网上追逃。这样一来，案件的死结被打开，执行的难题被破解。

这一司法解释的出台，对于破解此类执行难问题，有效保护当事人的合法权益，是一个重大历史性突破。根据新的司法解释，李美丽提起了刑事自诉，郑州市高新区人民法院受理，并立即做出处理。

法院做出的逮捕戴子尧的决定，被送达到公安机关，公安机关立即将其列入网上追逃的对象。2016 年 6 月，从广东警方传来消息，被执行人戴子尧在广州火车站被抓获。

执行法官对戴子尧做了大量解释说服工作。戴子尧同意将孩子交给李美丽抚养。李美丽辛苦奔波将近一年，终于迎来和儿子相见的时刻。**孩子回到了妈妈的怀抱，算是有了一个相对完满的结果。**

今年初，最高人民法院向全社会表示，“要用两到三年时间，基本解决执行难问题，破除实现公平正义的最后

一道藩篱”。如何在两到三年内基本解决执行难问题？本栏目记者专访了最高人民法院相关负责人二级大法官刘贵祥，他表示，针对法院执行查人找物难，一方面要建立一个覆盖全国的财产查控体系，这个体系要覆盖所有的基本财产形式，全国每一个法院都能够应用。第二个方面，要建立对被执行人的执行惩戒和限制高消费的制度措施，目前已经形成了由 44 家相应职能部门联合进行信用惩戒的机制，从制度层面完善了对被执行人的惩戒，使“老赖”寸步难行。第三个方面，要建立相应的规范办案体系，今年年底要在全国 4000 多个法院全部部署完毕，要在四级法院建立一个统一的执行案件办公平台，县级法院每立一个案子，各级法院全部能监控到，47 个办案接点工作是否到位，在整个体系上能一览无余。

两到三年内基本解决执行难问题，应该说任务艰巨，困难不小。但是，战役已经打响。从法规的保障、措施的落实、制度的建立，从一桩桩执行案件当中，从一个个执行法官身上，我们已经看到，向执行难全面宣战，已经化为实实在在的行动。阻碍实现公平正义的最后一道藩篱，即将被拆除干净。

离婚后的那些事儿：别让上一代的自私伤害到下一代的健康成长

——探望协议约定违约金 内容违法终被判无效

2016-08-02 上海二中法院

涉未成年子女离婚纠纷中，探望权能否顺利履行与抚养费是否及时支付是关乎子女健康成长的重要内容。离婚后，有些父母会将因离婚中所产生的种种纠纷与矛盾导致的负面影响不自觉地转移到孩子身上，加上将孩子视作私产的传统观念的影响，直接抚养子女的一方往往会设置各种障碍，而不直接抚养子女一方则会以拒付抚养费或申请法院强制执行等方式予以对抗，使得探望权的实现成为当下审判执行上的一个难题。但父母在协议中约定如果直接抚养子女一方不协助履行探望权，另一方可以不支付抚养费的情形，则较为少见。本庭近期就审结了一起类似案件。

2009 年 7 月小强与小芳经法院调解离婚，儿子由小芳抚养。因小芳从未履行协助探视义务，双方多次发生争执。2013 年 4 月，在法院主持下，小强与小芳达成和解协议，该协议约定：“小芳每月周二下午 4 点带儿子到法院给小强探视，至法院探视两次后，双方可自行协商探视时间问题，小强按月给付抚育费，如小芳不履行探视权问题，则承担相应法律责任（扣除每月 600 元抚养费）”。后因小芳未按和解协议履行，故小强以对方违约为由起诉要求小芳支付违约金 9600 元。

一审法院认为小强、小芳均具有完全民事行为能力，在不违反法律法规的情况下签订的协议，对双方均具有约束力。虽然小强、小芳签订了和解协议，但该协议约定如小芳不履行协助探视义务，则承担相应法律责任（扣除每月 600 元抚养费）。支付抚养费是不直接抚养子女一方的法定义务，小强、小芳之间的上述约定违反法律规定，该约定无效。法律规定，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。小芳未按约定履行协助义务，小强可以通过其他途径予以解决。因此，对于小强要求小芳支付违约金的请求，法院不予支持。

一审后，小强不服一审判决，提出上诉。二审法院审理后认为，非直接抚养子女一方给付子女抚养费是其法定义务，不得因探视权受阻而拒付，抚养费的给付与探视权的行使是两个不同的法律问题，支付抚养费并非是行使探望权的前置条件，小强、小芳均不应将有无支付抚养费视为能否探望孩子的筹码。上诉人小强主张被上诉人小芳违约，须支付违约金的诉请，于法无据，本院不予采纳。

探望权是基于父母与子女之间的血缘和身份关系而产生，其本质上属于亲权。关于探望权性质，一直存在争议，主要有探望权权利说和探望权权利义务说。探望权权利说认为，探望权是对不直接抚养子女的父母一方的亲情慰籍，仅是离婚后不直接抚养子女的父母一方所享有的权利，而非义务。但从理论上讲，血缘关系的存在使得父母对子女具有抚养、教育的义务，并不会因为是否生活在一起而消除。探望权可以说是这一义务得到履行的唯一方式。因而，探望权的设置应当含有父母对子女关心之意，以促进子女的身心健康。从孩子角度来看，其具有被探望的权利，这对于父母来说，则是义务。因此，探望权对于父母来说既是权利又是义务，义务来源就在于对孩子亲情上的慰籍。《婚姻法》第 37 条明确规定，离婚后，一方抚养子女，另一方应负担必要的生活费和教育费。由此可知，抚养费支付作为未直接抚养子女一方的法定义务，是法律的强制性规定。案件中，双方的和解协议涉及到子女的利益，但未成年人不具有完全的意思表达能力。因此，对于此类协议法院并不能简单套用合同法的有关规定，而应当以是否有利于未成年人健康成长为原则进行主动审查，以充分保障未成年人的合法权益。

对于案件所涉协议应当认定为无效虽无争议，但由此引申出的另一个问题却值得研究与探讨，即在探望权协议中，如果违约责任的约定仅限于财产性惩罚，而不违反法律强制性规定时，该协议是否合法有效，法院能否支持。虽然理论界对能否在探望权协议中约定违约金存在争议，但法律对此并无禁止性规定，如果违约金的设置对于督促当事人履行义务、保障探望权的真正实现能够发挥积极作用，则在对此类案件进行调解时，法官不妨做一些有益探索与尝试。

谁来照看小冉

2016-08-11 经济与法

2016 年的 7 月 8 日，江苏省南京市六合区的大厂法庭正在审理一个十四岁孩子抚养权的案子。原告是孩子的亲生母亲，被告则是孩子的几个长辈和一个与孩子没有任何血缘关系的人。而在法庭审理现场，竟然有被告站在了原

告一方，支持起了原告的诉讼请求，

这个男孩名叫小冉，在法庭上争抢抚养的就是他，今年已经十四岁了。十四年来，这个小男孩身上，经历了太多太多的变故。要了解他的身世，还得从他的爷爷浦广春说起，早年间，小冉的爷爷浦广春曾经当过兵，复员后在家待业，因为家里穷，直到三十多岁才和当地一个王姓女子结婚。

结婚一年多，浦广春就和王姓女子有了一个儿子，名叫浦兵。因为之前王姓女子有精神上的疾病，在浦兵出生之后，王姓女子这种疾病就更加的严重。就在小浦兵出生后的三个月，王姓女子离家出走再也没有回来。

多方寻找，王姓女子踪影全无。而当时的浦兵还小，虽然浦家有姊妹五个，但各自都有自己的家庭。浦广春一人艰难的养育着自己的儿子浦兵。

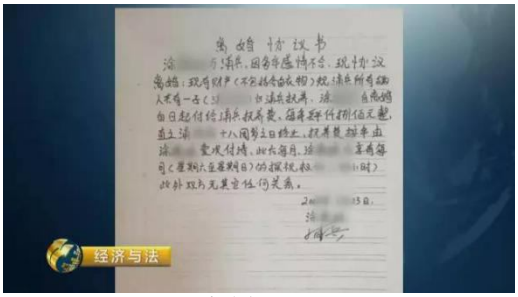
十多年来，王姓女子活不见人，死不见尸。最终浦家人也放弃了。在法院宣告王姓女子死亡后，浦广春找到了另外一名女子，而这位女子就是前面提到的刘元芳。她的人生经历，也甚是曲折和凄苦。

刘元芳的老家在四川的一个偏远农村，那个时候家里弟兄姊妹很多，而他的父亲又重男轻女，对刘元芳不是很好。于是在 1982 年的时候，刘元芳赌气离家出走。没成想，遇到了人贩子，被以 800 元的价格卖给了一个安徽人。刘元芳经历了很多的磨难和痛苦。最后还给这个安徽的男子生了一儿一女。

1997 年，刘元芳出门打工，就在那期间，认识了小冉的爷爷浦广春。在刘元芳和浦广春交往了一阵子之后，两人便同居了。因为刘元芳之前和安徽的男子也是同居没有办结婚证，因此也不需要什么离婚手续。而这一年，浦广春和王姓女子所生的孩子浦兵已经十六岁了。

这样算下来，这个刘元芳应该是小冉的继奶奶了。不过呢，由于家庭里面的矛盾，刘元芳和浦广春一直也没有办结婚证。不管怎么说，两个同样命苦的人走到了一起，他们都很珍惜来之不易的幸福，刘元芳和浦广春还有浦兵三个人生活在同一屋檐下，相安无事。转眼间，浦兵已经长大成人了，而他们一家人平静的生活马上又风波再起。

在浦兵二十岁的时候，他已经开始工作上班了。这时候浦兵和一名女子结婚，并在 2001 年 11 月生下来一个孩子，也就是小冉。因为复杂的家庭关系，小冉母亲和浦家人的关系相处的并不和睦。2008 年 6 月 23 日，小冉母亲和浦兵协议离婚了。



小冉母亲和浦兵离婚时，小冉已经七岁了。按照离婚协议约定，孩子归浦兵抚养，小冉母亲每年支付 4800 元的抚养费。之后，浦家父子和刘元芳一起照看小冉的生活起居。

刘元芳说，虽然在血缘上，他和小冉并没有关系。但多年以来，她对小冉照顾的比亲孙子还细致。

在随后的日子里，浦家父子和刘元芳共同照顾着小冉。一家四口人过着相对平静安康的日子。不过这样的日子并没有维持太久，他家的灾祸就又来了。

2010 年 4 月，小冉的爷爷浦广春去安徽老家办事。要回家的时候，他的儿子浦兵开着车和小冉一块去接。结果在安徽凤阳地段，发生了车祸。

那场车祸，造成小冉受重伤。而他的父亲浦兵伤势由于伤势过重，抢救无效死亡了。经过一年多艰难的过程，最终，交通肇事的一方赔偿了浦家人 36 万元。

浦兵去世后，小冉就和爷爷浦广春和刘元芳一同生活，三个人相依为命。然而，事情巧合到令人不可思议的地步，就在 2015 年 9 月 22 日，也就是浦兵出车祸死亡的五年后，小冉的爷爷浦广春在外出钓鱼时，也出了车祸去世了。

短短几年间，小冉最为亲近的亲人们都相继离他而去，这样的打击对于幼小的心灵来说无疑是非常残酷的。

现在小冉的身边，只有刘元芳了，不过刘元芳目前的身份确实有点尴尬。虽然在 1997 年，刘元芳就和浦广春一块生活了，可是两人一直没有办理结婚证。

直到 2008 年，浦广春和刘元芳才补办了结婚证。不过，在刚刚办了结婚证还不到两年的时间，两人又办理了离婚。为了能多分点房子，刘元芳在安徽的女儿请求浦广春和刘元芳弄个假离婚。等房子分好之后再和浦广春复婚，这个建议当时浦广春也是同意的，可是，安徽那边的事情办妥后，刘元芳和浦广春还没来得及复婚，浦广春就出事了。事后经过调查，浦广春出车祸是对方的全部责任，但是由于刘元芳的尴尬身份，而小冉刚满十四岁，那这笔赔偿款该赔给谁呢？

正当浦家人为此事担忧时，一个人站了出来，说自己能够解决这个问题。而这个人不是别人，正是小冉的亲生

母亲。小冉的母亲说，她在得知自己之前的老公公浦广春去世以后，觉得作为孩子的母亲，有权利也有义务把小冉要过来自己抚养。

于是，小冉的母亲把刘元芳以及小冉爷爷的兄弟姐妹们一同告上法庭，想要回小冉的抚养权。她的这一举动，立即在刘元芳和浦家人之间引起了轩然大波。

小冉的大姑奶奶说，小冉的母亲和他们相处的时候，他们就知道她的行为不检点，最后才和浦兵离的婚。而离婚后，小冉的母亲就很少来看过小孩。至于说离婚协议约定的给小冉每年 4800 元的抚养费，小冉的母亲只拿了一年，就再没有拿过。

小冉的母亲说，自己多年来都试图接近小冉，但都受到浦家人和刘元芳的阻拦，并且拒绝自己的抚养费。直到道他得知小冉的爷爷去世后，才担心钱财落到刘元芳手中，自己不得不站出来。现在真正惦记钱的，就是刘元芳。刘元芳表示，自己多年来已经和小冉建立了深厚的感情，即使现在不给他一分钱，他也愿意抚养小冉。

小冉的母亲说，刘元芳在安徽的儿子和女儿也有孩子，但刘元芳一直都没有照看，现在之所以把着自己家孩子不放手，完全是冲着孩子爷爷和父亲的赔偿款以及房产来的。而她之前和刘元芳生活了七年时间，对于刘元芳是什么样的人，她最为清楚了。

刘元芳照看小冉的真实目的到底是什么，是为钱，还是为了这么多年建立的祖孙之情？谁也说不清。因为和小冉有血缘关系的几个爷爷奶奶还有外公外婆们都有自己的家庭和孩子，因此主动放弃照看小冉。所以现在的主要问题就是小冉究竟该由他的生身母亲来照看，还是由和他没有任何血缘关系，却事实上多年生活在一起的刘元芳来抚养。

虽然同样作为被告，小冉的小爷爷小姑奶奶却站在了小冉母亲一边，坚持认为小孩由母亲抚养比较好。这让刘元芳在法庭上显得很被动。

刘元芳说，自从她进入浦家，就和小冉的小爷爷和小姑奶奶矛盾不断，因此，他们不支持由她来抚养小冉，也是她预料当中的事情。不过，对于这两个人的做法，小冉的大姑奶奶也颇有微词。她猜测是小冉的小爷爷和小姑奶奶的这种做法就是为了多分一些钱。

不过。法庭上，作为另一个被告的小冉的大爷爷支持小冉由刘元芳来照看。在他看来，小冉的母亲之所以不能抚养小冉，除了以前行为不检点和不支付抚养费外，还有一个重要的原因，那就是小冉的母亲在小冉需要扶养的时候离开了他，而在小冉长大成人又有了一大笔遗产的时候，要求回来抚养小冉，显得有些动机不纯。

大人们为小冉的抚养权争得不可开交，那么作为这件事情的当事人，已经十四周岁的小冉究竟是什么态度呢？小冉明确表示，希望能和奶奶生活在一起，在他的眼中，妈妈是对他不管不顾的“坏人”。

小冉对于自己母亲的这种态度，让小冉的母亲非常尴尬，不过她认定这是大人在背后教唆的。现在，双方对于小冉抚养权的争夺已经到了白热化的程度，谁也不肯相让。而就在这个时候，小冉的大爷爷浦广元向法院提供了一个信息，这个信息对于小冉母亲来说，是致命的。

浦广元说，小冉母亲是一个吸毒人员，这件事情不但他们知道，很多邻居也经常说起这个事情。据邻居说，在小冉小的时候，就已经知道了他母亲吸毒的事情。

那么，小冉的母亲真的吸毒吗？为此，法院的法官也进行了走访和取证。事实证明，小冉的母亲确实曾经在 2012 年因吸毒被栖霞分局行政拘留过，2014 年 6 月 12 日，又因吸毒被处以行政拘留 15 日，同年的 6 月 12 日又被处以社区戒毒三年。

法庭上，小冉的母亲坚持自己已经戒了毒品。而且这几年没有在沾过。但是，在刘元芳和浦广元看来，只要是沾了毒品，想要戒了是相当难的。他们担心如果把抚养权给了小冉的母亲，这些钱被挥霍了，那小冉的生活拿什么来保证？不过，如果小冉让刘元芳抚养，那这些财产又该怎样来掌管呢？浦家的人和小冉的母亲会放心吗？

2016 年的 7 月 8 日，江苏省南京市六合区人民法院大厂法庭对此案进行了审理。

因为这个案件的特殊性，法院在开庭前，也做了大量的走访工作。还为小冉安排了心理辅导老师，通过专业的手段了解了小冉的真实想法。法院经过审理，作出一审判决：一 驳回原告的诉讼请求，二 （小冉）由被告刘元芳抚养，涂建妹从 2016 年 7 月起以每月 20 日前给（小冉）抚养费 400 元至（小冉）18 周岁止。

虽然法院作出了判决，但对于小冉以后的成长，法院也表示随时进行关注。同时，法官也建议，等小冉的爷爷的那些赔偿款到位后，可以对属于小冉的全部财产采取公正托管的方式进行管理。

《中华人民共和国未成年人保护法》总则明确指出：为了保护未成年人的身心健康，制定本法。未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护。法律确定以未成年人身心健康为中心的优先保护原则，是为了促进未成年人在品德、智力、体质等方面全面发展。司法实践中，在审理确定未成年人直接抚养人纠纷时，如果遇到类似于本案这种特殊情况，法官会秉持这个立法原则宗旨，全面考察衡量各方面的因素，做出对未成年人身心健康成长最为有利的裁判。

聚焦离婚案中的“两岁半现象”

2016-08-21 人民法院报 李钰

江苏省南京市中级人民法院法官发现，近期该院审理的离婚案件中有个普遍现象，即在孩子两岁半左右是夫妻离婚的“危险期”。为此，法官提醒离婚当事人在提出离婚诉讼时多为年幼的孩子着想，毕竟“世界上最好的家，就是爸爸爱妈妈!”如果感情确实已经完全破裂，也要本着好聚好散、呵护孩子的原则，协商确定孩子的抚养权。

因育儿琐事矛盾升级

2015 年 1 月，原告王天逸将被告余华诉至法院，要求解除夫妻关系，同时主张孩子王一凡的抚养权归原告。

法官审理得知，孩子的到来，给两家人带来欢喜亦带来忧。月子期间，原、被告两家人就因喂奶时间、能否吹空调等事情闹得不可开交。随着小孩长大，两家人又因给孩子听的早教音乐、看的儿童书籍发生分歧。2014 年底，被告搬回娘家居住，因一次回来看孩子双方发生扭打直至报警，双方矛盾不可调和。

法院最终判决，婚生子女随母亲生活；父亲探视时间充分保障。

【法官说法】

数据显示，涉抚养权纠纷的离婚案件中，孩子年龄在 2 至 3 岁之间成为一种现象。“2 周岁”作为法律上关于哺乳期的一个最长时限，仅是法院裁判抚养关系归属的其中一个参考标准，即使超过 2 周岁，到 3 岁、4 岁，孩子仍属幼小，判归母亲抚养的可能性仍然很大；当然，经双方协商或法官对父母双方条件作综合判断，仍可能判 2 周岁左右的孩子归父亲抚养。

爷爷奶奶冲在前

原、被告通过相亲认识。婚后，原告希望有自己独立的小家庭，而被告父母却过度参与小夫妻的生活，使得原告不能忍受，并认为这种家庭模式不利于儿子的健康成长，遂起诉离婚，并要求取得孩子的抚养权。

庭审中，被告的父母作为代理人提供了家庭录像照片、接送孩子上学放学的证人证言、爷爷的高收入证明和奶奶退休前被授予优秀教育工作者的荣誉证书等大量证据，证明老两口多么疼爱和适合抚养孩子。

【法官说法】

在确定直接抚养人的问题上，应首先比较夫妻双方的基本条件和对孩子的情感付出，如果条件相当才能去考虑近亲属的因素，故爷爷奶奶试图替代父亲与母亲抢孩子的方法根本不可取，更何况隔代抚养对孩子的成长教育存在很多弊端。

“试管”宝宝是香饽饽

在原告刘某与被告孙某的离婚案件中，因被告患不育症，2011 年夫妻商议决定在医院进行胚胎移植手术，终于诞下可爱的女儿。

其后，刘某将大部分的精力放在孩子身上，家庭关系日渐淡漠。诉至法院要求抚养权时，女方提出孩子生养的种种艰辛，不能失去孩子；男方却说自己未来可能不会再有孩子，不能放弃抚养权。

法官发现，因“试管”宝宝实在来之不易，劝任何一方放弃抚养权都是在挑战难关。很多夫妻会为了争取抚养权，承诺不要求对方支付抚养费，甚至在共同财产分割上作出巨大让步。

【法官说法】

法院判决孩子的抚养权归属，主要是从有利于孩子身心发展的角度衡量双方条件综合判断。即使不能将孩子判归抚养，仍会保障其定期探望的权利。与其在法院争夺孩子的抚养权，不如在抚养或探望时，给予孩子更多的爱。

父母还未离婚 未成年子女能否主张抚养费？

2016-08-24 江苏高院 金永南

在通常情况下，判决父母给予未成年子女抚养费，是在父母离婚时或离婚后才实施。那么，在父母未离婚的情况下，未成年子女能否向父母一方主张抚养费？南通市通州区人民法院一判决给出了肯定答案，未成年子女小洋在母亲作为法定代理人的支持下，依法向父亲讨要抚养费，获得胜诉。2016 年 7 月，原告小洋已申请法院强制执行。

原告小洋系母亲李某和父亲张某的婚生子，在某初中就读。2012 年 8 月份，小洋患上了双相障碍、强迫症，一直就医治疗，给家庭带来较大的负担，也导致感情基础不怎么牢固的李某和张某时常产生矛盾。李某曾以张某不尽家庭义务为由于 2013 年 11 月诉至法院要求离婚，后经人做工作撤回起诉。但撤诉后，夫妻感情并未见好转。2014 年 12 月 1 日，李某再次起诉要求与张某离婚，法院于 2015 年 1 月 20 日判决不准离婚。

判决不准离婚后，张某和李某分居生活。而小洋则随母亲李某生活。小洋所患双相障碍、强迫症，虽经多家医院治疗，但仍未完全康复。治疗期间，张某虽然也支付了儿子部分医疗费用，但仍不能满足儿子的治疗需求。而小洋的母亲李某在纺织厂打工，每个月只有 2000 多元的收入，无法支持儿子继续治疗。李某遂以小洋为原告，其为法定代理人，向法院提起诉讼，要求张某每月给付生活费 1000 元、护理费 1000 元并承担诉讼前的医药费 5000 多元。

通州法院审理认为，未成年人父母对未成年子女有抚养教育的义务。本案原告的父母现仍在婚姻关系存续期间，原告母亲李某与被告张某对家庭财产包括子女的抚养费用的支出未有明确约定。原告患病后，被告张某支付了部分医疗费用，应视为履行了对原告的抚养义务。现原告父母处于婚姻关系存续期间未对财产做出约定，原告要求被告给付**起诉前**抚养费的诉讼请求，本院**不予支持**。

鉴于被告与原告母亲目前分居生活，原告随母亲生活，原告现仍需治疗，原告母亲李某一人不能负担原告生活学习医疗所需的全部费用，作为原告的父亲张某亦有抚养原告的义务，也需要负担原告的部分抚养费用，故原告要求被告支付**起诉后**的抚养费用，本院**予以支持**。具体的抚养费用，本院结合本地区的生活水平，原告的实际需要以及被告的抚养能力酌情考虑。遂判决：在原告法定代理人李某与被告张某婚姻存续期间，被告张某自 2015 年 2 月起至原告小洋独立生活时止每月支付原告小洋生活费人民币 500 元，负担教育费和医疗费的 50%。判决后，双方未提起上诉。而张某至今未自觉履行判决，小洋已申请法院强制执行。

法官说法：

未成年子女主张婚内抚养费存在执行障碍

2011 年 8 月出台的《婚姻法》司法解释三第三条明确指出：**婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。这意味着，在不起诉离婚的情况下，可直接起诉要求支付未成年子女或者不能独立生活的子女的抚养费。**

“我国实行的是夫妻共同财产制，如判决被告一方应履行给付抚养费的义务，在执行时就应执行被告的个人财产，”执行该案的承办法官顾慧华说，但由于李某和张某未离婚，双方对夫妻共同财产又没有特别约定，因此被告张某如果没有婚前个人财产，那么此案的执行就限入困境。因为根据《婚姻法司法解释（三）》第四条的规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持。”因此，在李某和张某未离婚的情形下，张某的个人财产难以确定。本案如何执行，仍需张某自觉配合，或待夫妻离婚后再执行。

来源：南通市通州区人民法院、

探望协议约定违约金 内容违法被判无效

2016-08-27 人民法院报

本报讯　离婚之后，父母在协议中约定，如果直接抚养子女一方不协助履行探望权，另一方则不支付抚养费。这样的约定到底有没有法律效力？近日，上海市第二中级人民法院就审结了一起类似案件，最终驳回了孩子父亲因探视不成索要违约金的诉讼请求。

2009 年 7 月，李先生与王女士经法院调解离婚，儿子由王女士抚养，李先生每月支付抚养费 600 元。双方就儿子的探望问题达成一致，并对探望次数、时间、地点等细节进行了约定。然而，此后两人都没有按照调解书的约定严格履行各自义务，双方多次发生争执，李先生还多次向法院申请执行，要求王女士配合其行使探望权。

2013 年 4 月，李先生与王女士再次达成和解协议，该协议约定，王女士每周二下午 4 点带儿子到法院给李先生探视，至法院探视两次后，双方可自行协商探视时间问题，李先生按月给付抚养费，如王女士不履行协助探望义务，则承担相应法律责任（扣除每月 600 元抚养费）。但此后双方就探视问题仍未协商一致，李先生以对方违约为由起诉要求王女士支付违约金 9600 元。

一审法院认为，李先生、王女士均具有完全民事行为能力，在不违反法律法规的情况下签订的协议，对双方均具有约束力。由于支付抚养费是不直接抚养子女一方的法定义务，故李先生、王女士在协议约定如王女士不履行协助探视义务，则承担相应法律责任（扣除每月 600 元抚养费）违反法律规定，该约定无效。法律规定，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。王女士未按约定履行协助义务，李先生可以通过其他途径予以解决。因此，对于李先生要求王女士支付违约金的请求，法院不予支持。

一审判决后，李先生提出上诉，认为原审认定和解协议无效是错误的，请求二审法院撤销原审判决。

二审中，王女士辩称，李先生从来没有主动与其联系要求探望孩子，每次都是向法院申请执行。如果对方能按期支付抚养费，并主动联系探望孩子事宜，其会给予配合。

二审法院审理后认为，非直接抚养子女一方给付子女抚养费是其法定义务，不得因探视权受阻而拒付，抚养费的给付与探视权的行使是两个不同的法律问题，支付抚养费并非是行使探望权的前置条件，李先生、王女士均不应将有无支付抚养费视为能否探望孩子的筹码。上诉人李先生主张被上诉人王女士违约，须支付违约金的诉请，于法无据，法院不予采纳。

（翟　珺）

■法官说法■

探望权既是权利也是义务

涉未成年子女离婚纠纷中，探望权能否顺利履行与抚养费是否及时支付是关乎子女健康成长的重要内容。离婚后，有些父母会将因离婚中所产生的种种纠纷与矛盾导致的负面影响不自觉地转移到孩子身上，加上将孩子视作私产的传统观念的影响，直接抚养子女的一方往往会设置各种障碍，而不直接抚养子女一方则会以拒付抚养费或申请法院强制执行等方式予以对抗，使得探望权的实现成为当下审判执行上的一个难题。

探望权是基于父母与子女之间的血缘和身份关系而产生，其本质上属于亲权。从理论上讲，血缘关系的存在使得父母对子女具有抚养、教育的义务，并不会因为是否生活在一起而消除。探望权可以说是这一义务得到履行的唯一方式。因而，探望权的设置应当含有父母对子女关心之意，以促进子女的身心健康。

从孩子角度来看，其具有被探望的权利，这对于父母来说，则是义务。因此，探望权对于父母来说既是权利又是义务，义务来源就在于对孩子亲情上的慰藉。婚姻法第三十七条明确规定，离婚后，一方抚养子女，另一方应负担必要的生活费和教育费。由此可知，抚养费支付作为未直接抚养子女一方的法定义务，是法律的强制性规定。

本案中，双方的和解协议涉及到子女的利益，但未成年人不具有完全的意思表达能力，因此，对于此类协议法院并不能简单套用合同法的有关规定，而应当以是否有利于未成年人健康成长为原则进行主动审查，以充分保障未成年人的合法权益。

（四）财产分割案例

离婚时房屋既有公积金贷款又有商业贷款如何分割？

（一个案例概述存款、公积金、股票、抚养费等夫妻共同财产裁判规则）

2016-03-30 静安法律人

夫妻离婚时，主要争议焦点涉及抚养权归属及夫妻共同财产认定和分割，而房屋分割是夫妻共同财产中最为复杂的事项，涉及登记、共有、赠与、代持、贷款（公积金贷款或者商业贷款）、动迁房安置等。本文案例便涉及房屋既有公积金贷款又有商业贷款且登记在一方名下以及房屋增值部分的分割问题，法院的选取评估节点及增值比例认定规则值得思考和借鉴。同时，选取该案例的原因还在于，本文案例同时还涉及公积金、抚养费、股票、存款等共同财产认定标准，举证责任分配等事项，法院阐述裁判理由时释明部分较为全面详细，值得研读。

当然，小编认为该案例仍有缺憾：在抚养权归属上语焉不详，仅以“根据女儿的实际生活情况等原因，女儿随原告共同生活较有利于其成长教育”一言以蔽之，实未充分。

各位读者怎么看？欢迎添加微信 lwj13141210 探讨。

薛甲与蒋某某离婚纠纷一审民事判决书

案件基本信息

【案　　号】：（2015）浦民一（民）初字第 18694 号

【案　　由】：离婚纠纷

【审理法院】：上海市浦东新区人民法院

【审　　级】：一审

【关 键 词】　共同财产　公积金　抚养费　股票　存款

【文书来源】　中国裁判文书网

一、审理经过

原告薛甲，女，1981 年 7 月 20 日生，汉族，住上海市浦东新区。

被告蒋某某，男，1979 年 1 月 30 日生，汉族，住上海市浦东新区。

原告薛甲与被告蒋某某离婚纠纷一案，本院于 2015 年 5 月 26 日立案受理后，依法适用简易程序，于 2015 年 6 月 26 日、10 月 15 日、12 月 16 日公开开庭进行了审理。原告薛甲及其委托代理人闵慧红、被告蒋某某到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告薛甲诉称，原、被告于 2009 年 3 月经人介绍相识，同年 8 月 8 日登记结婚，2010 年 8 月 12 日生有一女名蒋梦瑶。原、被告婚前缺乏足够了解，婚后缺乏沟通，且因二胎生育发生纠纷。原、被告夫妻感情已经破裂，故要求判决原、被告离婚；要求女儿蒋梦瑶随原告共同生活，被告每月负担女儿抚养费 3，000 元（人民币，下同）至其年满 18 周岁止；2015 年 5 月至今原告为女儿治病共花费医疗费 2，036 元，要求由原、被告共同负担；女儿由于之前患有 XXX 疾病，现有矮小症，需要请人看护至 15 周岁，即从 2015 年 6 月至 2025 年 8 月，每月需看护费 2，000 元，要求被告一次性支付原告女儿看护费 24 万元；夫妻共同财产依法分割：要求上海市浦东新区周浦镇年家浜路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋归原告所有，原告补偿被告双方婚后共同还贷支付的款项及其相应财产增值部分的折价款 11 万元；婚后原、被告投入被告股票账户 48，613 元，要求被告补偿原告折价款 24，000 元；被告的工伤补偿款 4 万元归被告所有，被告补偿原告折价款 2 万元；被告婚后公积金余额 22，000 元归被告所有，被告补偿原告折价款 11，000 元；自 2009 年 8 月起至 2015 年 6 月，被告居住在原告所有的房屋内，要求被告负担每月 1，000 元房租费，共计 72，000 元；要求被告赔偿原告精神损失费 20 万元。

被告蒋某某辩称，原、被告为孩子的喂养、教育等问题发生矛盾，现原、被告感情已破裂，无和好的可能，故同意和原告离婚，但对原告诉讼请求有异议。

二、审理查明

经审理查明，原、被告于 2009 年 3 月经人介绍相识，同年 8 月 8 日登记结婚，2010 年 8 月 12 日生有一女名蒋梦瑶。原、被告婚初感情尚可，近年来为家庭生活琐事产生矛盾，双方于 2015 年 6 月起分居至今，故原告以夫妻感情已彻底破裂为由，诉至本院要求判如所请。

审理中，本院对双方进行了调解，因原、被告各执己见，故调解未成。

又查明，2008 年 7 月 29 日以原告的名义购买上海市浦东新区周浦镇年家浜路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋，房屋

总价 662，000 元，房屋首付款 362，000 元及其他费用均由原告支付，余款 30 万元由原告申请银行商业贷款 10 万元、公积金贷款 20 万元支付。婚后由原、被告共同偿还银行贷款。经原告薛甲申请，本院委托上海国城土地房地产估价有限公司对上海市浦东新区周浦镇年家浜路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋价值进行了评估，评估结果：上述房屋在 2009 年 8 月时点的价值为 86.1 万元，在 2015 年 8 月 19 日时点的价值为 200.3 万元。

（注：评估节点为双方领取结婚证之日以及申请评估之日，以此作为婚姻存续期间房屋增值部分计算之基数）

三、争议焦点及裁判认定

双方在财产等其他问题上的争议焦点：

1.关于女儿专人护理费。

请输入标题

本院认为，根据原告提供的证据，不足以证明女儿需要专人护理，并需支付相应的护理费，故对于原告的该项请求本院不予支持。

2.关于被告名下股票账户的资金

本院认为，被告在双方感情已出现问题，且在未取得原告明确同意的情况下，擅自以个人名义从银行贷款 20 万元，用于买卖股票，该钱款未用于原、被告的夫妻共同生活，根据原、被告当时的感情状态，原告所称并未得到其许可的意见比较具有可信度，被告亦没有证据证明已经告知原告或原告表示同意，故被告贷款 20 万元买卖股票的亏损，应由被告自行承担。关于婚前投入的金额，从被告提交的银行明细中“银证转帐”可查明的金额为 58，000 元，而被告所称“cardto94”亦系银证转帐款的意见，被告未提供相应的证据佐证，从被告提供的股票账户明细中亦无从体现，故本院确认婚前股票投入为 58，000 元。关于原告要求按照婚后投入原值 48，613 元进行分割，不考虑亏损情况的意见，不具有合理性，本院不予采纳。综上，原告股票账户总投入为 292，813.90 元，截至 2015 年 9 月 2 日股票账户资产价值为 143，689 元，根据该财产整体的亏损折价率，确定原、被告婚后投入资金 48，613 元的现值为 24，015 元，属于夫妻共同财产，依法应予分割。

（注：裁判认为，在夫妻感情出现问题时，一方未经另一方同意而私自贷款买卖股票，因此导致的亏损由贷款一方独自承担。）

3.关于被告工伤补偿款

本院认为，当事人对其主张应当提交证据予以证明，原告对于其主张未提交充足的证据，故对原告的该诉讼请求，本院不予支持。

（注：《婚姻法》第十八条规定，“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”属于夫妻一方的财产。本案中，原告称被告发生工伤事故后，为治疗花费夫妻共同财产 4 万元，后被告单位支付被告工伤补偿款 4 万元，该款由被告全部领取，故要求依法分割。法院以证据不足为由驳回了原告的诉讼请求。**但是，假如原告所述为真，此时的单位工伤补偿款是否还属于“夫妻一方财产”？**）

4.关于被告名下办理的游泳卡

本院认为，原、被告合意确定补偿折价款，不违法法律规定，本院予以确认。

5.关于被告婚后公积金余额。

根据被告提供的个人住房公积金查询单，原、被告结婚登记之日被告公积金账户余额为 25，458.30 元，2015 年 10 月汇缴后余额为 42，892.10 元，自 2015 年 7 月起至 2015 年 10 月，被告公积金账户每月均等额汇缴 1，390 元，故本院据此确定被告公积金账户截至 2015 年 12 月份汇缴后余额应为 45，672.10 元，被告婚后公积金账户累积公积金除去还贷后的余额为 20，213.80 元。原告主张该款应当作为夫妻共同财产予以分割，本院认为，被告婚后公积金收入应属夫妻共同财产，应当依法予以分割。

6.关于 xx 房屋中原、被告婚后共同还贷支付的款项及其相应财产增值部分的分割。

根据原、被告提供的证据，2009 年 8 月至 2015 年 12 月，公积金还贷金额为 172，055.05 元，商业贷款还贷金额为 63，994.98 元，共计 236，050.03 元。根据评估结论，婚后房产增值 114.2 万元，增值比例 132.64%，故婚后共同还贷相应财产增值为 313，097 元。综上，原、被告婚后共同还贷支付的款项及其相应财产增值总额为 549，147 元，属于夫妻共同财产，依法应予分割。

（注：请仔细研读）

7.关于房租。

原告要求被告支付自 2009 年 8 月起至 2015 年 6 月居住在其房屋中的房租费共计 72，000 元，被告则认为其有权居住，故不同意支付原告房租。本院认为，被告与原告结婚后与原告共同居住在原告房屋中，合法合理，原告的主张没有法律依据，本院不予支持。

8.关于 2013 年 12 月 6 日从被告银行账户中转给原告父母的 17 万元。

本院认为，17 万元并非小额款项，对于该款项的用途处理应当经过夫妻双方的共同确认，按照一般常理，祖父母、外祖父母照顾孙子女、外孙子女，收取看护费的情况并不常见，且原告提交的证据不足以证明其主张，故对原

告的意见本院不予采信，本院依法确认该 17 万元属夫妻共同财产。

9.现金存入原告账户后该款转账至案外人的 93，000 元

2012 年 11 月 4 日现金存入原告账户的 93，000 元，后该款转账至案外人薛某乙名下，原告主张该款系其父母累积支取的工资放在家中的现金，转入案外人薛某乙账户系为原告父母在江苏买房准备，被告则认为该款系夫妻共同财产。本院认为，原告主张该款系其父母所有，应当对该款的来源提供证据加以说明，但原告提供的证据不足以证明其主张，退一步讲，如果原告所称 2011 年 10 月 5 日存入其账户的 15 万元系其父母的存款的情况属实，至 2012 年 11 月 4 日一年多时间内，原告父母的收入能否有 93,000 元之多？根据原告的陈述，其父母每年工资收入约 6 万元，本院认为，即使不计算生活开支，并加上其所称的大庆房子的租金 2 万元收入，也不足以累积 93，000 元的现金存入原告账户，故无法确认该笔钱款系原告父母所有，故本院确认该款系原、被告的夫妻共同财产。

10.关于原告父母向被告妹妹的借款。

关于原告父母向被告妹妹的借款。被告主张原告父母为购买房屋向其妹妹借款 5 万元，后其代原告父母向其妹妹归还了该笔借款，故原告父母应当向其归还该款，但至今未还。原告则认为其父母已交付其 5 万元现金，其已转交给被告，由被告交付给被告的妹妹，该借款已经归还，故不同意被告的请求。本院认为，因该笔借款涉及到案外人的相关利益，故本案中不做处理，可由相关利益人另案主张。

三、法院判决

本院认为：原、被告婚后为家庭生活琐事发生矛盾，导致夫妻感情彻底破裂，现双方自愿离婚，符合相关法律的规定，本院依法予以准许。关于双方婚生女儿蒋梦瑶的抚养权问题，现双方均要求随其共同生活，根据女儿的实际生活情况等原因，女儿随原告共同生活较有利于其成长教育，故本院确定女儿随原告共同生活，被告承担女儿一定的抚养费；财产方面，法律规定离婚时，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依法判决。现根据本院查明的原、被告夫妻共同财产，并本着照顾妇女儿童合法权益的原则，对夫妻共同财产依法进行分割，多得财产一方给予对方一定的经济补偿；关于原告在未经被告同意的情况下，擅自处分的夫妻共同财产，因原告的行为损害了被告的合法权益，故应由原告给予被告一定的经济补偿。对于原告提出要求被告赔偿精神损失费的请求，原告未举证证明其精神受到严重损害的事实，故原告的该诉求于法无据，本院不予支持。判决：原告薛甲于本判决生效之日起十日内一次性补偿被告蒋某某共同财产折价款 50 万元。

离婚时能否分割婚内约定归属一方的房屋？

2016-08-09 抚州市中级人民法院 万能太

【案情】

甲男与乙女于 2010 年 12 月 10 日结婚，婚后育有一子，2011 年 6 月夫妻双方全款购买商品房一套，购买时房屋价款 62 万，该房登记为甲男与乙女共同共有。甲男与乙女于 2012 年 10 月 20 日签署《婚内协议书》，双方约定该房屋归乙女个人所有，无论婚姻关系存续期间或离婚皆不作为双方的夫妻共同财产，离婚时，该房屋归乙女所有。后双方因家庭琐事产生矛盾，现乙女诉至法院要求与甲男离婚

【分歧】

关于这套房屋的归属，存在以下两种意见：

第一种意见认为，该套房屋应当属于夫妻共同财产。因为双方虽然书面约定了该房屋的归属，但是根据《物权法》和《合同法》的相关规定，该房屋的所有权并未发生转移，仍然为夫妻共同财产。

第二种意见认为，该套房屋应当属于乙女个人财产。因为根据《婚姻法》相关规定，夫妻之间有关房屋归属的约定，对双方具有法律约束力，无需经过物权变动手续，故该套房屋归乙女个人所有。

【评析】

笔者同意第二种意见，该套房屋理应归乙女个人所有，理由如下：

我国《婚姻法》第十九条第一款规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。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、第十八条的规定由上述规定可知，我国《婚姻法》规定了夫妻约定财产制的三种类型：即各自所有、共同所有和部分各自所有、部分共同所有。从该条款可知，我国规定的三种夫妻财产约定制的模式，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。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，只要是双方的真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，亦不损害社会公共利益和第三人权益，即应认定为有效，对双方具有约束力。即使没有办理物权转移登记，也不影响一方根据协议约定取得财产的所有权。

《婚姻法解释三》第六条规定：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。对该条文的解读应作狭义解释，即只针对“一方将个人所有的房产赠与另一方单独所有，而不包括将夫妻共同财产赠与夫妻其中一人“的情况。

该案中，该房屋属于甲男与乙女的夫妻共同财产。双方签订的《婚内协议书》属于“夫妻财产约定”，而非“夫

妻房屋赠与”甲男不享有《婚姻法解释三》第六条规定的撤销赠与权。本案应当适用《婚姻法》第十九条的规定，尽管双方每月办理房屋过户变更手续，但并不影响乙女依据《婚内协议书》约定取得该房屋的所有权。

从“王宝强离婚案”看离婚纠纷财产分割

2016-08-16 法信

裁判规则

收揽法院最新裁判标准，汇聚类案法律适用规则。

【小贴士】“法信送福利”活动正在进行中，点击今日辅文即可参与领取；此外，点击文末左下角“阅读原文”，即可查看往期文章；一键关注“法信”，从此不错过每一篇实务干货和法律资讯。

导读：娱乐圈明星王宝强离婚声明事件引起社会广泛关注。昨日，王宝强在律师陪同下，已向北京市朝阳区人民法院起诉其妻马蓉离婚，朝阳法院已正式立案。关于王宝强起诉离婚一案，其巨额财产如何分割直接关系到两人的财产利益。本期法信小编结合离婚纠纷相关案例，对离婚诉讼中不同种类财产分割的情况进行说明，供读者参考。

房屋

1.婚前个人财产用于婚后购买商品房，该房屋的增值部分属于夫妻共同财产——王某诉张某离婚案

案例要旨：夫妻一方以个人财产在婚后购买房屋和理财产品，应视为在双方婚姻存续期间的一种投资行为，投资所得的收益即房屋和理财产品的增值部分，应当属于夫妻共同财产予以分割。

案号：（2012）二中民终字第 05230 号

审理法院：北京市第二中级人民法院

来源：《中国法院 2014 年度案例—婚姻家庭与继承纠纷》

2.房屋出资方在产权证上添加未出资方名字视为对相应房屋产权份额的赠与——金静诉殷伟建离婚纠纷案

案例要旨：根据法律相关规定，在婚姻关系存续期间，对于夫妻出资一方在房屋产权证上添加未出资方的名字，应视为是对未出资方的赠与行为。未出资方应当拥有房屋产权份额，在离婚时，有权要求取得房屋折价款项。

案号：（2008）沪二中民一（民）终字第 3010 号

审理法院：上海市第二中级人民法院

来源：《中国审判案例要览》（2009 年民事审判案例卷）

3.婚前父母为子女出资购买房屋并未表明是赠与夫妻二人，婚后登记在子女个人名下，且父母尚为该房屋偿还房贷，该房屋应认定为婚前个人财产——王靖晶诉吴松离婚纠纷案

案例要旨：婚前一方父母以该方名义签订房屋买卖合同、交付定金及首付款，并未表明是赠与其夫妻二人，婚后办理房屋产权登记，登记在该方个人名下，且该方父母尚为该房屋偿还房贷，该房屋仍应认定为父母对个人的赠与，涉案房屋为婚前个人财产。

案号：（2011）龙民初字第 472 号

审理法院：黑龙江省大庆市龙凤区人民法院

来源：《人民法院案例选》总第 80 辑（2012.2）

股权、股票

4.股票在婚姻关系存续期间的增值部分，属于夫妻共同财产——李某诉刘某离婚纠纷案

案例要旨：根据《婚姻法》第十七条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益，归夫妻共同所有。股票的增值部分作为一种生产、经营收入，只要是在婚姻关系存续期间取得的，就应当认定为夫妻共同财产。人民法院在对股票增补部分进行分割时，当事人协商不成的，人民法院可以参考市价的规定，确定分割份额；如果按市价分配确有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

来源：《新编婚姻家庭纠纷处理法律依据与案例评析》

5.夫妻感情恶化，一方恶意转让名下股权的行为无效——金君利诉蔡夫业、蔡海波离婚纠纷案

案例要旨：在夫妻感情恶化期间，夫妻一方擅自将其名下股权转让给亲属，且该亲属并未实际支付合理对价，不构成善意取得，应当认定转让股权的双方当事人存在恶意，转让股权行为无效。

案号：（2008）怀中民三终字第 36 号

审理法院：湖南省怀化市中级人民法院

来源：《人民法院报》2009 年 11 月 6 日

6.家庭成员共有股票财产，未约定各自所占比例的，应认定为共同共有——单德泰与李希琳等财产分割纠纷案

案例要旨：夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

案号：(2000)天民初字第 2640 号

审理法院：乌鲁木齐市天山区人民法院

来源：《婚姻家庭司法解释实例释解》

保险、存款

7.保险单是夫妻共同财产，分割时应以保险单的现金价值为准——韩某某诉吴某某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻双方感情已破裂，且均同意离婚，应予准许；夫妻关系存续期间所购买的人寿保险单属于夫妻共同财产，在离婚时应按照保险单的现金价值参与分割。

审理法院：北京市朝阳区人民法院

来源：《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）

8.夫妻一方存入他人名下的存款为夫妻共同财产——叶俊玲与魏政中离婚上诉案

案例要旨：婚姻关系存续期间，夫妻一方以他人的名义开设储蓄账户并存入钱款，能够证明该款项并非他人钱款系夫妻一方存款的，该款项并未发生实际转移，仍属于夫妻共同财产，离婚时，应当按照夫妻共同财产予以分割。

案号：（2002）达民终字第 168 号

审理法院：四川省高级人民法院

来源：《中国审判案例要览》（2003 年民事审判案例卷）

机动车、奢侈品

9.钻戒价值较高并非单纯的生活用品，应视为夫妻共同财产予以分割——穆某与石某离婚纠纷案

案例要旨：钻戒是在婚姻关系存续期间为女方购买，但因价格较高，除佩戴外还具有保值功能，并非单纯的生活用品；且考虑到钻戒的购买时间在夫妻双方已谈及离婚事宜之后，故将钻戒作为夫妻共同财产予以分割，法院予以支持。

案号：(2014)二中民终字第 08270 号

审理法院：北京市第二中级人民法院

来源：中国裁判文书网

10.机动车登记在一方名下，但购买于婚姻关系存续期间，应属于夫妻共同财产——王某某与李某某离婚纠纷上诉案

案例要旨：机动车登记在夫妻一方名下，但购买时间在婚姻关系存续期间，应认定为夫妻共同财产。在离婚财产分割时，机动车可归使用一方所有，并向另一方进行折价补偿。

案号：（2014）庆中民终字第 157 号

审理法院：甘肃省庆阳市中级人民法院

来源：法信精选

彩票中大奖后男子离婚 法院：奖金为夫妻共同财产

2016-08-28　法眼观察 张智全 江善进

案情提示：重庆梁平男子熊某得知其购买的双色球福利彩票中奖后，与妻子袁某离婚。离婚后，熊某将彩票兑奖，得税后奖金 460 余万元。袁某提起诉讼，要求分割彩票奖金。7 月 25 日，重庆市第二中级人民法院公开宣判这起备受当地群众关注的离婚后财产纠纷一案，二审判决 460 万元彩票奖金属于熊某与袁某在婚姻关系存续期间的共同财产，由熊某支付袁某彩票奖金 230 万元。

法院审理查明：

熊某与袁某原系夫妻关系，与熊某的父亲和母亲曾某共同生活。熊某曾经营过彩票投注站。

2015 年 2 月 17 日，熊某得知所投注的双色福利彩票中奖后，便要求与妻子袁某离婚。熊某表示，将以女儿名义购买的唯一住房不作为夫妻财产进行分割，并主动承担了购房贷款的偿还义务，同时偿还袁某家人欠款 10 万元。

同年 2 月 25 日，熊某与袁某在梁平县婚姻登记处办理离婚登记。袁某对熊某彩票中奖之事并不知情。

同年 2 月 26 日，熊某前往重庆福利彩票中心兑奖。兑奖后，熊某将该款存入自己的银行卡中，并于当日通过转账的方式，向一同兑奖的两位亲属各转入 50 万元，其余归自己占有和处分。

袁某得悉熊某中奖后，认为巨额彩票奖金系自己与熊某在婚姻关系存续期间的共同财产，起诉要求分割。

熊某母亲曾某申请参加诉讼，称彩票系自己购买。

法院认为：

一审法院认为，袁某未提供足够证据证实彩票系熊某购买，巨额奖金不宜以夫妻共同财产进行分割，而应认定为熊某、袁某和熊某父母四人的家庭共同财产，判决袁某分得奖金 115 万元。

一审宣判后，袁某不服，提起上诉。熊某、曾某二人也以袁某分得的奖金过高为由提起上诉，要求撤销一审判决。

重庆二中院审理后认为，综合购买彩票、熊某与袁某离婚及兑奖的时间先后以及离婚协议内容等情形，认定中奖彩票为熊某所购买，兑奖所得的 460 万元奖金属于夫妻共同财产。二审改判由熊某支付袁某彩票奖金 230 万元。

法官说法：

二审宣判后，承办法官就本案争议的三个焦点进行了判后释法。

一.关于中奖彩票系熊某购买或是曾某购买的问题：

《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》第一百零八条第一款规定：对负有举证证明责任的当事人提供的证据，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，应当认定该事实存在。

本案虽有彩票投注站经营者唐某证实彩票系曾某购买，但由于熊某在兑奖次日转账给唐某 14 万元未提供充分证据说明理由，以及袁某申请本院调取的唐某与熊某入住云南某客栈同一房间、乘坐同一航班从昆明到重庆的事实，足以对证人唐某证言的真实性产生合理怀疑，故对唐某的证言不予采信。

尽管缺乏直接证据证明谁是彩票的实际投注人，但根据以下证据及生活常理，认定彩票系熊某购买具有高度的可能性：

1、无记名中奖彩票是谁持有谁兑奖、谁兑奖谁所有。本案彩票登记的中奖人和领奖人均为熊某。

2、货币作为一般种类物，占有即所有。兑奖税后所得奖金 460 余万元存入中国建设银行熊某名下，除了兑奖当日向熊某某、崔某各转 50 万元,次日向唐某转入 14 万元外，另有 46.3125 万元转存于重庆农村商业银行股份有限公司梁平支行处熊某名下，熊某还以自己名义投保了 220 万元幸福福鑫宝三号两全保险（万能型），其兑奖后的奖金均由熊某占有和处分。

3、熊某与袁某的婚生女（年满 15 周岁）一审中出庭证实其在使用熊某手机时接到了告知彩票中奖的电话，其证言能够与其他事实相印证，证明熊某购买彩票中奖的事实。

4、在兑奖的前一日，熊某急于主动与袁某离婚，且在离婚协议中仅表明除以女儿名义购买的住房一套外，并没有表明存在其他夫妻共同财产，且熊某还主动承担购房贷款的偿还义务，并偿还袁某家人欠款 10 万元。结合购买彩票、离婚及兑奖的时间先后以及离婚协议内容等情形，熊某得知自己中奖急于离婚独占奖金的心态明显。

5、中奖彩票为双色球复式彩票，号码由 12＋14＋15＋16＋17＋20＋27＋28－08 组成，投注该类彩票具有一定的复杂性，不仅需要有射幸博彩的意识，还需要长期关注并有一定的技能支持，熊某曾经营该彩票投注站，应具备射幸博彩意识和相应的技能，而曾某已年满 71 岁，其孙女也证实曾某并没有购买彩票的习惯，故彩票系曾某购买的可能性较小。

二、关于熊某购买彩票的奖金属于家庭共同所有或是属于夫妻共同所有的问题

对于家庭成员之间的财产区分所有权，除《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第十八条对夫妻共同财产和夫妻一方的财产分别进行了界定外，而对于其他家庭成员之间的财产区分所有权我国法律尚无明确规定。《中华人民共和国民法通则》及《中华人民共和国物权法》仅对共有财产的管理、分配等作出了规定，亦没有对其他家庭成员财产的共有关系进行法律拟制。

审判实践中，将下列情形原则上认定为家庭成员的共有财产，并按照相应的原则进行分配：（一）其他法律有规定的从其规定。比如，继承发生后遗产分配前共有与分配关系从继承法的相关规定，死亡保险金、赔偿金的共有与分配关系比照继承法的相关规定；（二）家庭成员约定共有的从其约定；（三）共同劳动、共同经营所得，共同管理的财产，归参与经营、劳动的人员共同所有，有约定的按约定分配，无约定的等额分配。比如农村家庭成员共同建房，家庭共同经营、共同投资所得；（四）以家庭为单位，以家庭成员资格取得的财产。主要适用于农村土地的家庭承包经营权、征地安置补偿、宅基地拆迁安置补偿等。对于其他家庭成员之间的财产区分所有权的界定，应遵循《中华人民共和物权法》的一般权属原则，即不动产的登记人、动产占有人即为所有人。

家庭共同财产关系的发生，虽然基于家庭共同生活关系的存在，但仅仅基于这一条件的存在，并不必然发生家庭共同财产关系。子女与父母共同生活，在当今社会是一种比较普遍的社会现象，家庭成员之间的财产关系，应当充分体现“意思自治”原则，家庭成员个人取得的财产并不当然成为家庭共同财产。如果家庭成员之间，因共同居住、共同生活，任意将家庭成员的财产拟制为家庭成员的共同财产，赡养父母的子女财产成为与父母的共有财产，未赡养父母的子女就可参与继承；因子女与父母共同生活，其父母的财产成为与子女的共有财产，容易引发赡养、扶养等一系列道德风险。

就本案而言，熊某、曾某及袁某均没有主张因熊某与其父母共同居住、共同生活、共同经营茶馆，其彩票奖金就属于熊某与其父母及袁某共同所有。熊某、曾某也没有提供证据证明熊某之父的养老金、共同经营茶馆的收入等收支实行家庭统一管理，并用统一管理的资金定投彩票的事实或约定。熊某与袁某的离婚协议中也没有将以其女名义购买的房屋、共同居住其父母的房屋作为家庭成员的共同财产和债务进行分配或分担。

熊某在与袁某婚姻存续期间购买的彩票，虽然在离婚的次日才兑奖，但是在离婚前熊某已明知彩票中奖，其彩票中奖的射幸利益在婚姻存续期间已能够预期。彩票奖金属于《中华人民共和国婚姻法》第十七条第（二）项规定的经营收益，应当认定彩票奖金属于熊某与袁某婚姻存续期间的共同财产。

3.关于袁某应否分得彩票奖金及应分得的奖金数额的问题

《中华人民共和国婚姻法》第四十七条规定：离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，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。

虽然熊某在离婚的次日才兑奖，结合其女证实的中奖电话，以及熊某与袁某离婚的时间、离婚协议的内容等情形，熊某得知中奖后急于离婚并隐瞒中奖的心态明显，以达到隐瞒夫妻共同财产的目的，因此，熊某本应少分或不分。但袁某在一、二审均主张分配彩票奖金 230 万元，该陈述系袁某对其权利的处分，法院予以尊重。袁某提出分得彩票奖金 230 万元的诉讼请求包含请求给付的意思表示。因彩票奖金大部分已被熊某处分，故应由熊某支付袁某 230 万元。

（五）损害赔偿案例

离婚后发现前夫婚外情 诉请精神赔偿获支持

2016-08-25 溪县人民法院 胡荣辉

抚州法院网讯 离婚后女方发现男方在婚姻存续期间有出轨行为，遂将男方告上法庭，要求其赔偿精神损害。近日，金溪县人民法院对一审判决男方严某赔偿女方姜某精神损害赔偿金 2 万元。

2006 年 6 月，严某及姜某相识相恋，2008 年 12 月登记结婚，婚后生育 2 个女儿，期间夫妻感情一直都很好，一家人过的挺幸福的。2015 年 3 月份开始，严某突然性情大变，突然爱上喝酒、打牌，经常夜不归宿，有时会借酒发疯对姜某又打又骂。姜某不曾放弃严某，而是四处帮其请医“治病”。2015 年 12 月，在严某强烈要求下与姜某达成协议离婚，2 个女儿抚养权均归姜某，严某一次性给付姜某 2 个女儿抚养费人民币 10 万元，并在民政局办理了离婚手续。一个月后即 2016 年 2 月初，姜某发现严某已再婚，并且生育一子已经快一周岁了。姜某起诉至法院诉称离婚后才发现严某对婚姻不忠实，起诉要求严某赔偿精神损害赔偿金 2 万元。

法院经审理认为，被告严某在与原告婚姻关系存续期间，与他人有不正当男女关系的行为，并生育一子，导致离婚，应该承担相应的民事赔偿责任。法院遂依法作出上述判决。

（六）扶养赡养案例

等不回的丈夫

2016-08-16 经济与法

只要一听到肾病尿毒症，在很多人的印象中基本上相当于不治之症，因为除了换肾，没有其它让病人康复的办法，可是换肾除了昂贵的医疗费之外，要想找到合适的配型供体，机率和中头彩差不多。所以说，如果谁家有人患了这个病，家里人总是会陪伴病人左右给予鼓励和安慰。在江苏省金湖县中医院的透析室里，有一位患尿毒症的女患者特别引人注目，为什么这样说呢？因为别的患者身边都有家人陪伴和照顾，而她，自从患病以来，没有一个人来照顾过她，总是一个人孤零零地接受治疗，她的家人在哪里？为什么会对她如此冷漠？

吴女士今年四十多岁，病痛的折磨让她看起来特别瘦弱。但瘦弱的她有时却坚强得让邻居们心疼，不仅自己去透析，回到家里还得拖着虚弱的身体做饭。

吴女士说，她一周要去医院做三次透析，一次四个小时，每次透析完身体的力量就像是被掏空了一般。吴女士患上尿毒症已经五六年了，现在基本上是在靠透析维持生命。而在这种艰难的情况下，吴女士不仅需要自己看病自己照顾自己，在每周不去做透析的那几天里，还需要去做些短工挣钱。尽管吴女士拖着无力的身体忙活一天才能挣到 20 元钱，但她还是咬牙坚持着。

难道吴女士没有家人吗？怎么就没人管她呢？让身患重病的她孤独地撑着。

其实，吴女士原本有一个幸福的家庭，还有一个可爱的儿子，都十岁了，可是，现在，孩子她好久没见到了，丈夫早已消失在她的生活里。她说孩子现在是她唯一的希望，她为了孩子才活着。

娘家也有一大家子人，有父母，也有兄弟姐妹，可还是没有人来陪伴她。吴女士说娘家人已经被她伤透了心，不愿意管她。

吴女士的处境确实非常令人同情，但现在看起来，这事情背后还隐瞒了很多不为人知事情。从丈夫消失不见，到好久没见的儿子，就连自己的娘家人似乎也都被她伤透了心，姐姐甚至说恨死她了。她到底犯了什么错，以至于在身患重病时无人照顾呢？这一切还得从头说起

吴女士原本是江苏省金湖县一个农村的女孩，她的命运在她遇到一个男人时发生了转折，接下来的生命里他们纠缠在一起，悲喜交加。

吴女士对结婚对象有自己的标准，当时在农村，28 岁的她也算是大龄女青年，但亲戚朋友给她介绍的对象很少有她能看上的，直到遇到了纪先生，用吴女士的话说她是一见钟情。纪先生符合了吴女士对理想对象的全部想象，退伍军人，风姿飒爽，在金湖县城有一份不错的工作，在一家化工厂工作。

2000 年，吴女士和纪先生步入了婚姻的殿堂。随后，她跟随丈夫来到了金湖县城居住。美好的生活画卷在吴女士面前徐徐展开。在姐姐的眼里，一开始纪先生对吴女士不错。

可是时间久了，这幅画卷就少了那么些色彩，因为吴女士一直怀不上孩子，婆婆不愿意了。

为了尽快完成老人抱孙子的愿望，吴女士尝试了各种办法，各种偏方也没少试，可几年过去了，肚子还是没有任何动静。

吴女士一直觉得是自己的问题，后来在姐姐的建议下，她说服丈夫一起去外地的大医院检查。结果自己没问题，是丈夫有问题。

正所谓精诚所至金石为开，就在在吴女士35岁高龄时，终于迎来了她期盼已久的孩子。2007年，儿子的出生让这个有点缺憾的家庭变得完整了。之后丈夫也离开了化工厂，一家人享受着属于他们自己的小幸福。可是，好景不长，在2009年他们生活又陷入了另一片混沌。

2009年的一天，吴女士感觉眼睛看东西越来越模糊，后来竟然看不见了。医生给她量了一下血压，竟然200多。

在医生的建议下，吴女士决定住院治疗，同时进行一下全面的检查，吴女士怎么也没有想到，她竟然患上了尿毒症。吴女士家族没有人有相关的肾病，她怎么患上了这种可怕的疾病了呢？

原来，吴女士在怀儿子由于高龄患上了妊娠高血压，后来虽然进行了控制但效果并不理想，

出院之后，忙碌的生活让吴女士无暇顾及高血压这件事，而且，当时她自己也没觉得这是一个严重的病

没想到，三年之后，却结出一个这样的恶果。顾不上过多的思考，吴女士的丈夫纪先生四处奔波为她寻医求药，吃中药吃了一年多以后，吴女士的病情严重了。吃中药吃得胃出血，停止了吃药后又全身浮肿，医生说她活不多久了。

刚刚三十多岁的吴女士就这样被尿毒症判了死刑，绝望的吴女士心里已经放弃了，可丈夫却不甘心，在网上查到河北一家肾病医院，打电话过去人家说能治。

第二天吴女士的丈夫就找了一辆车，带着吴女士踏上了遥远的求医之路。开了一天一夜之后，终于到达了石家庄。

也许是丈夫的诚意感动了上天，一个月之后，吴女士的病居然稳定住了。吴女士说，她真的特别感谢丈夫给了她第二次生命。

俗话说，夫妻本是同林鸟，大难临头各自飞。可是吴女士的丈夫在吴女士被宣告不治的时候，依然不离不弃，真是令人感动。都说患难见真情，这对经历过生死考验的夫妻感情应该更好了才对。怎么吴女士现在成了孤零零的一个人呢？那个不离不弃的丈夫去哪里了？

吴女士说，后来又一次她病重去南京看病，正好赶上十一放假，可丈夫说自己加班，居然都没过去看她一眼。

2013年，丈夫没打一声招呼突然就离开了家。直到现在，一次都没回来看过她，打电话也不接。

吴女士丈夫的这个转变确实让人感觉到奇怪，在吴女士病危的时候他不离不弃都坚持过来了，为什么在吴女士病情好转之后反而突然就跟变了一个人似的呢？这背后啊，肯定有原因。吴女士说，这一切都是因为一个女人所造成的，而对于这个女人，吴女士竟然说不希望丈夫离开她，这还真是奇怪。

那是2013年暑假的一天，丈夫把手机落在家里了，中午，丈夫的单位打来了电话，问她丈夫为什么没上班。

丈夫一大早就去上班的，怎么现在中午了还没到单位呢。吴女士心里非常不安。她翻看了一下丈夫的手机信息。丈夫和一个女人的短信看得吴女士脸红心跳，看来，两年前她以为捕风捉影的那件事是真的。两年前，邻居曾经跟她说过看见丈夫和一个女的在小区门口手牵手。吴女士当时虽然心里很不是滋味，但看到丈夫一切如常的表现，还有丈夫曾经对自己的不离不弃，她又打消了对丈夫的怀疑 。

可是，两年后的这个电话，还是打破了吴女士全部的幻想。尽管如此，吴女士也没打算捅破，但丈夫似乎并没有打算瞒着她，反而故意提起了此事，丈夫说自己留下手机让吴女士看的。

吴女士说，她这时还是抱着一丝幻想，认为丈夫只是玩玩，玩累了就会回家的，可是，已经挑明了的丈夫不再像以前那样准时回家了，经常都要后半夜两、三点才回家。

吴女士说，到了2013年的10月份，丈夫干脆消失不见了，衣服也陆续地偷偷地拿走了。又过了一段时间，丈夫没和自己打招呼把孩子也接走了。

2015年，吴女士得知丈夫在外面又有了一个孩子，而且婆婆还去伺候那个女人过月子，对此，她心里很难过。

吴女士说，丈夫在外面怎么样她已经不去计较了，只要他能出钱给自己治病，维持生活就行。但是，就连这么一点点的要求丈夫都不愿意满足她。从2013年离家后，丈夫就没再管过她的死活。为此她多次找到丈夫工作的单位，甚至求助过单位的领导，但丈夫依然一分钱没给过她。

吴女士说，丈夫的消失，让她的生活也陷入了困境，因为她每周都要去医院做三次透析，一个月光透析的费用就高达五千，虽然能报销一部分，娘家人也在帮忙负担一些费用，但是这些依然不能减轻吴女士生活的重担。这样看来这吴女士的娘家人对她很不错，怎么现在连娘家人也不陪她了呢？姐姐甚至说说恨死了她，这到底是怎么回事呢？

吴女士的姐姐和父母依然住在乡下的农村，母亲脑中风过，哥哥已经去世了，父母七十多岁了还要养活哥哥遗留下来的孩子，记者见到吴女士姐姐的时候，正赶上农忙季节，她忙着帮人家插秧挣一天的辛苦钱。

提起这个身患重病的妹妹，吴女士的姐姐眼泪就没有停过，她说，毕竟是手足之情，自己一直在尽力帮妹妹。

对于妹妹的丈夫，吴女士的姐姐对他想要正常生活的心情表示理解。但吴女士的姐姐认为，现在他们两人还是

夫妻，妹夫有义务给妹妹治病、维持她的日常生活。可是，妹夫就是一分钱不出，而妹妹除了忍气吞声，一点办法都没有

吴女士的姐姐说，其实妹妹不是没有办法，而是对妹夫还有感情，不想让他为难，为此她既心疼妹妹，又痛恨她的懦弱。

这吴女士的姐姐说得对，从法律上来说，吴女士不是真的拿丈夫一点办法都没有。根据我国《婚姻法》规定，夫妻之间有相互扶助的义务。吴女士完全可以拿起法律武器维护自己的权益。于是，在 2015 年 12 月，吴女士向江苏省金湖县人民法院提起诉讼，要求丈夫支付从 2013 年离开到起诉这段时间的医疗费和生活费共计 3 万元整。

丈夫说，如果吴女士同意离婚，他就可以给钱。吴女士提出，如果丈夫一次性给她一笔钱，保证她以后的生活，她可以签字离婚。

尽管法官做了耐心的调解工作，但双方就数额和给付期限没有达成一致意见，开庭的时候吴女士的丈夫没有出庭，法院作出了缺席判决 。

在判决时，法官考量了吴女士丈夫的支付能力和他还需要抚养儿子的现状，最后判定他给付吴女士 2.5 万元。但是，吴女士说，她一分钱都没有拿到。丈夫说了，同意离婚就给钱，不同意离婚一分钱也没有。

2016 年，吴女士向金湖县人民法院申请强制执行。俗话说，清官难断家务事，吴女士的丈夫真的像吴女士说的那么不堪吗？真的是因为在外面有了别的女人而对身患重病的妻子不管不顾吗？

金湖县执行局的秦法官按照吴女士提供的地址前往纪先生的住处，据吴女士说，丈夫和外遇的女人居住在此，但是纪某和那个女人都不在家。

上门没有找到吴女士的丈夫，执行法官回到法院想打电话跟他沟通，可一连打了好几遍，电话始终无人接听，后来竟然关机了。可是，出人意料的是，当天午夜，法官居然接到了吴女士丈夫打来的电话，他说自己也是被逼无奈。

吴女士的丈夫说，吴女士病后，母亲搬过来照顾她和孩子，吴女士非但不感激，还经常和母亲吵闹。不仅如此，还跑到自己的工作单位去闹，害得自己丢了工作，失去了经济来源。

吴女士的丈夫告诉法官，他现在外地，大约十天后回去，法官约他回来后到法院面谈。在执行法官耐心的思想工作下，吴女士的丈夫提出，如果吴女士同意离婚，他可以给她一部分钱，但要在他的能力范围内。如果吴女士不同意离婚，那他就没有别的选择了。

随后，执行法官积极地做双方的思想工作，丈夫一方同意支付两万五千元钱，但前提是吴女士同意离婚，并且在力所能及的情况下，可以再多付给吴女士一些钱。但是，吴女士的态度仍然是不愿意离婚。

到目前为止，吴女士与丈夫的恩怨纠葛仍然没有了结。从我们了解到的情况来看，其实吴女士对丈夫能否回心转意，已经不抱有任何希望了。或许在她看来，那纸婚约不过是一桩交易的筹码而已。其实，在这里我们倒是想开导一下吴女士，婚姻毕竟不是一桩生意买卖，它是以两个人感情为基础的人身契约关系。当丈夫的心已经不在，对吴女士来说，强留这段名存实亡的婚姻，意义已经不大了，这听起来或许有点残酷，可这对双方来说都是一种解脱。那么，对于吴女士的丈夫来说，夫妻一场本是缘分，如果吴女士同意离婚，希望他能像之前对法官承诺的一样，尽其所能的帮助吴女士。

另外，吴女士也不要对离婚后的生活太过悲观， 2014 年 2 月，国务院就颁布了《社会救助暂行办法》，这是我国第一部统筹各类社会救助制度的行政法规，涵盖了最低生活保障、特困人员供养等救助途径。如果吴女士离婚后无生活来源时，可以依照程序，向相关部门申请救助。

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

全国首例｜离婚后配偶要求支付扶养费？溧水法院：支持！

2016-08-09 南京市中级人民法院 尹庆华

近日，南京市溧水区人民法院审理了一起离婚后夫妻扶养纠纷，在法院判决双方离婚后，原告向法院提起诉讼，要求被告履行自患病之日起至死亡为止的经济帮助义务。根据法律规定离婚时一方生活困难另一方应给予帮助，因该案是原告在离婚后提出，而原告的诉请得到法院的支持在全国尚属首例。

原告徐某（女）与被告端某（男）于 2007 年登记结婚，在原告生育子女后，开始出现精神不稳定到处乱跑的现象，2010 年原告被带到当地精神康复医院治疗，病历记载：“患者能听到不存在声音在耳边讲话，有人想害她、杀她，紧张恐惧，夜不眠，卫生不料理，不正常饮食……”。医生诊断为精神分裂症，并予以用药治疗。2012 残疾人联合会确认原告为精神残疾人，残疾等级为贰级。

为结束这段不幸的婚姻关系，端某于 2014 年提起了离婚诉讼。因徐某下落不明，法院公告开庭并缺席审理，于 2015 年判决解除了双方的婚姻关系。2016 年徐某得知法院判决离婚后，向法院提起诉讼，要求被告履行经济帮助义务。端某辩称，履行夫妻义务的前提是双方系夫妻关系，2015 年 4 月双方已经离婚，原、被告之间的相互扶养义务已经解除。根据法律规定，原告主张经济帮助应在离婚时一并提出，现双方已经离婚一年多，故原告无权再主张经济帮助。综上，原告的请求没有事实及法律依据，请求法院予以驳回。

法院审理后认为，夫妻之间有相互扶养的义务，一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有要求对方付给扶养费的权利。离婚时，如一方生活困难，另一方有给予适当帮助的义务，该义务实质上是夫妻之间扶养义务的延续。本案中，原、被告于2015年经本院公告判决离婚时，原告未到庭，客观上无法向被告主张经济帮助，但并非意味着原告该项权利的丧失。原告在本次诉讼中，仍有资格行使提出要求被告予以经济帮助的权利。

关于被告辩称，原告主张经济帮助应在离婚时一并主张，现双方已离婚一年多，故原告无权主张。《中华人民共和国婚姻法》第四十二条的规定:“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助……”。本院认为，根据该条规定，主张经济帮助的要件之一是：离婚时一方陷入生活困难。因此，“离婚时”是对一方陷入生活困难在时间上的限定，即只有在离婚时陷入生活困难才符合规定；并非主张权利时间上的限定，即并非被告辩称原告只能在“离婚时”才能主张。综上，本院对被告的辩解意见不予采信。

关于原告的主张能否得到支持，关键在于原告是否符合法律规定“离婚时生活困难”的情形。婚姻法司法解释对“一方生活困难”作出了阐述，即指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。本案中，原、被告离婚时无共同财产的分割，原告自2010年起即被诊断为精神分裂症，2012年又被确认为贰级精神残疾，现仍未治愈，又无固定的收入来源，应属于生活困难的情形。故原告要求被告支付经济帮助款符合法律规定，本院应予支持。考虑被告主要靠在外打工维持生活，还尚有年幼的儿子需要抚养，经济能力较为有限；同时法律明确规定离婚后的帮助以“适当”为限。遂最终作出了端某一次性支付徐某经济帮助款20000元的判决。

（八）恋爱同居纠纷案例

（九）其他相关案例

以攻击性和威胁性字句折磨配偶使其产生恐惧感构成家庭暴力

（最高法院公布的具有指导作用的案例中确定的审判规则）

2016-08-03　指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻双方结婚后，共同生活期间，男方以击打写有攻击性和威胁性字句的物品折磨女方，使其产生恐惧感的，构成精神暴力。此外，男方在与女方发生争执时，对女方实施暴力殴打，致女方轻微伤，构成身体暴力。男方的家庭暴力行为最终导致夫妻感情破裂而离婚的，应赔偿女方相应的精神损害抚慰金。

【关　键词】

民事　离婚　侮辱　谩骂　恐惧感　无价值感　精神暴力　家庭暴力　殴打　轻微伤　感情破裂　精神损害抚慰金

【基本案情】

郑X丽与倪X斌于2009年2月办理结婚登记，缔结了婚姻关系。次年5月，郑X丽与倪X斌生育一子倪XX。倪X斌在与郑X丽共同生活期间，用白布包裹篮球，在白布上书写“我要打死、打死郑X丽”的字句，且经常击打该篮球。2011年2月，郑X丽与倪X斌因家庭琐事发生争执，为此倪X斌对郑X丽实施殴打行为，致其轻微伤。

郑X丽以倪X斌对其实施家庭暴力，双方已无继续共同生活的可能性为由，提起诉讼，请求判令准予其与倪X斌离婚；婚生子倪XX由其抚养，抚养费其自行承担；依法分割其与倪X斌的夫妻共同财产；倪X斌赔偿其精神损失费人民币三万元。

【争议焦点】

夫妻双方在婚后共同生活期间，男方击打写有攻击性和威胁性字句的物品并对女方实施暴力殴打，双方离婚时，女方能否要求男方支付精神损害抚慰金。

【审判结果】

一审法院判决：准予原告郑X丽与被告倪X斌离婚；婚生子倪XX由原告郑X丽抚养，抚养费由原告郑X丽承担；被告倪X斌赔偿原告郑X丽精神损害抚慰金人民币五千元。

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】

家庭暴力指行为人以殴打、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。具体包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。其中的精神暴力是指采用侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为。夫妻一方以攻击性和威胁性的字句折磨对方，使其产生恐惧感的，构成精神暴力。根据我国相关法律规定，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。因此，一方因其自身的行为对另一方造成精神折磨的，受害方有权请求离婚，并要求赔偿。

男女双方缔结婚姻关系后，男方在与女方共同生活的过程中，经常击打带有书写对女方有攻击性和威胁性字句的物品。男方的上述一系列行为造成对女方的折磨，致其产生恐惧感，应属精神暴力。夫妻双方发生矛盾时，男方对女方实施暴力，造成其轻伤，导致夫妻感情完全破裂。根据我国相关法律规定，一方确有家庭暴力行为，对方起诉要求离婚，经调解无效的，应准予离婚。同时，因男方的家庭暴力行为最终造成其与女方离婚，故其应赔偿无过错的女方相应的精神损害抚慰金。

【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，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。

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。

最高人民法院《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第三条 家庭暴力的类型

根据有关国际公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果，家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。

1．身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人、或限制受害人人身自由等使受害人产生恐惧的行为；

2．性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为，或残害受害人性器官等性侵犯行为；

3．精神暴力是加害人以侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为；

4．经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制，摧毁受害人自尊心、自信心和自我价值感，以达到控制受害人的目的。

【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

郑X丽诉倪X斌离婚纠纷案

【案例信息】

【案　　由】 离婚纠纷

【权威公布】 最高人民法院公布：十起涉家庭暴力典型案例(2014 年 2 月 27 日)
【检　索　码】 C0502+11++MM++++0312B
【审理法院】 XX 人民法院
【审级程序】 第一审程序
【原　　告】 郑 X 丽
【被　　告】 倪 X 斌
【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：郑 X 丽。
被告：倪 X 斌。

一审法院经审理查明：原告郑 X 丽与被告倪 X 斌于 2009 年 2 月 11 日登记结婚，2010 年 5 月 7 日生育儿子倪 XX。在原、被告共同生活期间，被告经常击打一个用白布包裹的篮球，上面写着“我要打死、打死郑 X 丽”的字句。2011 年 2 月 23 日，原、被告因家庭琐事发生争执，后被告将原告殴打致轻微伤。2011 年 3 月 14 日，原告向法院提起离婚诉讼，请求法院依法判令准予原、被告离婚；婚生男孩倪 XX 由原告抚养，抚养费由原告自行承担；原、被告夫妻共同财产依法分割；被告赔偿原告精神损失费人民币 30000 元。

法院经审理认为，原告郑 X 丽与被告倪 X 斌婚前缺乏了解，草率结婚。婚后被告将一个裹着白布的篮球挂在家中的阳台上，且在白布上写着对原告具有攻击性和威胁性的字句，还经常击打篮球，从视觉上折磨原告，使原告产生恐惧感，该行为构成精神暴力。在夫妻发生矛盾时，被告对原告实施身体暴力致其轻微伤，最终导致了原、被告夫妻感情的完全破裂。因被告存在家庭暴力行为不宜直接抚养子女，且婚生男孩倪 XX 未满两周岁随母亲生活更有利于其身心健康。被告对原告实施家庭暴力使原告遭受精神损害，被告应承担过错责任，故被告应酌情赔偿原告精神损害抚慰金。

据此，法院依法判决准予原告郑 X 丽与被告倪 X 斌离婚；婚生男孩倪 XX 由原告郑 X 丽抚养，抚养费由原告承担；被告倪 X 斌赔偿原告郑 X 丽精神损害抚慰金人民币 5000 元。该判决已生效。

《人民司法》2014 年婚姻家庭案例裁判要旨精选 8 则

2016-08-05 离婚大师 广东广强律师事务所 龙中美

1. 子女签订的分别赡养父母协议无效（人民司法第 2014 年 12 期）

【案号】一审： (2013)扬江宜民初字第 0377 号 二审：(2013)扬民终字第 1090 号
【机构】江苏省扬州市中级人民法院
【裁判要旨】子女因赡养父母订立的各自承担赡养一方父母的协议，因该协议免除了子女对父或母一方的赡养义务，应当认定无效；在重新确定子女赡养义务的份额时，人民法院可以在以经济为内容的赡养义务上，酌情减轻已经对一方父母尽过较多赡养义务的子女的份额。

2. 通过辅助生殖技术生育子女应经男女双方同意（人民司法第 2014 年 14 期）

【案号】一审:(2011)穗天法少民初字第 129 号 二审:(2012)穗中法少民终字第 168 号，再审:(2013)穗中法民申字第 247 号
【机构】广东省广州市中级人民法院
【裁判要旨】一般情况下，胚胎的处置权共同归属于夫妻双方，不能赠与、买卖和继承，对胚胎的处置应获得夫妻双方的知情同意，否则不得进行任何处理。未经一方知情同意并签署知情同意书的情形下，夫妻另一方启动冷冻胚胎，实施胚胎移植手术，违背了不知情方的意愿，可视不知情方为一个单纯的精（卵）捐献者，不知情方与出生的后代不构成法律上的父母与子女的关系，也不承担任何责任。

3. 与对方有共同生育意愿的精源提供者对人类辅助生殖所生子女有抚养义务（人民司法第 2014 年 14 期）

【作者】一审:(2013)彝民初字第 479 号
【机构】云南省昭通市彝良县人民法院
【裁判要旨】未经丈夫同意或丈夫事前不知，且丈夫事后明确表示异议，妻子以丈夫之外的精源提供者所提供的精液经辅助生殖而生育子女，若精源提供者与该生育妇女有共同生育子女意愿的，其应当对所生子女
承担抚养义务。

4. 离婚后股票收益分割的范围及诉讼时效（人民司法第 2014 年 18 期）

【案号】一审:(2012)石民三初字第 165 号 二审:(2013)常民一终字第 102 号
【机构】湖南省常德市中级人民法院
【裁判要旨】离婚时双方未就夫妻关系存续期间购买的公司股票进行分割，离婚后一方持有股票并经过数次转化和投资，最终股票大幅增值，另一方发现并起诉分割股票收益的，基本原则是将股票的原始价值及产生的自然增

值、孳息认定为共同财产，这涉及分割节点的选择与自然增值、孳息、投资性收益等概念的辨析，并根据分割节点相应地调整财产范围。同时,若请求分割具有物权属性的共有物，则不适用诉讼时效制度。

5. 离婚协议中赠与方不得行使任意撤销权（人民司法第 2014 年 20 期）

【作者】吕春娟

【机构】兰州大学商学院

【要点归纳】实践中，夫妻协议离婚约定房产过户到对方或者子女名下，约定履行方以行使撤销权为由拒不配合办理过户手续，就协议离婚时财产的分割予以反悔等类似案件频频发生。频繁出现这种现象，且不说造成双方身心疲惫，还增加法院的诉累。因此，离婚协议中能否约定违约责任条款赠与房产的约定赠与方是否可以行使任意撤销权，系处理此类案件的关键。

6. 父母对子女遗留冷冻胚胎享有监管、处置权（人民司法第 2014 年 22 期）

【案号】一审:(2013)宜民初字第 2729 号 二审:(2014)锡民终字第 1235 号

【机构】江苏省无锡市中级人民法院

【裁判要旨】卫生部颁布的部门规章中关于胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕的规定，是针对从事人工生殖辅助技术的医疗机构和人员，并未对一般公民尤其是失独公民就其或者其子女遗留下来的胚胎行使监管、处置权作出禁止、限制性规定。医疗机构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。在现行法律对人体冷冻胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，考虑到司法救济的终局属性，人民法院不能拒绝裁判，应当承担特定的司法责任。在人体冷冻胚胎监管权、处置权归属的问题上，应充分考虑胚胎处置权利的特殊性，结合伦理、情感、特殊利益保护等情理交融因素，在不违背禁止性规定的前提下作出契合法理精神的判决。

7. 以“代收养”为目的的瑕疵不影响收养效力（人民司法第 2014 年 22 期）

【作者】李欣 阎敏

【机构】上海市闵行区人民法院

【要点归纳】有瑕疵的收养目的并非必然导致收养行为无效。收养目的存在瑕疵，系收养行为会有不利于被收养人的后果，根据收养人的主观大致可分为：利己的和恶意的。对于前者而言，收养行为本身是合法有效的，但是被收养人却不因此担负实现收养人目的的义务；对于后者而言，收养必然无效，收养之后不利于被收养人的行为如构成犯罪，应当依法惩处。本案中，当事人作为成年子女，为帮助不符合条件的父母实现“收养”的目的，而收养了被收养人并完成了相应的合法手续。其收养目的应归属于“利己”，收养人不得以“代收养”的目的瑕疵主张无效。

8. 遗赠扶养协议的当事人具有任意解除权（人民司法第 2014 年 22 期）

【作者】陈志伟 闫莉

【机构】河南省淅川县人民法院

【要点归纳】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 56 条的立法本意在于：通过赋予双方的任意解除权，扶养人会尽心尽力扶养老人，使老人享受到天伦之乐。被扶养人在一旦行使解除权就要偿还已支付生活费的考虑下，也会慎重行使自己的任意解除权。签订遗赠扶养协议的人多为无直系亲属依靠的老年人，生存和死后归宿是他们最大的担忧，但他们期望更多的是生前的关怀和温暖，以及亲人般的照顾。而如果一旦发生扶养人仅“养”不“扶”的情形，被扶养人唯一可以拿起的“武器”就是任意解除权了，此时再强调协议的契约性、合同性岂非违背了的应有之意？

《人民司法》2015 年婚姻家庭案例裁判要旨精选 12 则

2016-08-04 离婚大师 广东广强律师事务所 龙中美

1. 夫妻约定财产制下的不动产物权变动（人民司法第 2015 年 04 期）

【作者】王忠 朱伟

【机构】北京市第三中级人民法院

【裁判要旨】在婚姻财产纠纷案件中，夫妻采用约定财产制情形下，对所涉不动产的权属认定应适用物权法第九条的“但书”条款，即可根据婚姻法相关规定确定权属，不宜以登记作为认定物权归属绝对的依据。审理中，应考虑此类案件所涉部门法的特殊制度，例如存在夫妻财产约定时，则可据此在夫妻之间确定物权的真实归属。（注：《民事审判指导与参考》65 期民事信箱问答的最新意见认为可以任意撤销）

2. 夫妻财产契约中的物权变动论（人民司法第 2015 年 04 期）

【作者】姚辉

【机构】中国人民大学

【内容提要】夫妻财产契约以约定财产制为制度前提，其因身份契约之属性与一般财产契约相区隔；而兼有民事与行政行为双重属性的不动产登记，因其功能之私法自治性与公法强制性在夫妻财产契约中的相互渗透融合，其效力应当得以弱化且保有适当的谦抑性，这引致出在夫妻财产契约中物权变动之法律适用具有特殊性——登记作为

不动产物权变动的唯一衡量标准理应被淡化。

3. 夫妻个人债权与家事代理权的判定（人民司法第 2015 年 04 期）

【作者】章敏丹　　华锋

【机构】浙江广厦建设职业技术学院　　浙江省东阳市人民法院

【裁判要旨】夫妻关系存续期间，夫妻双方如无书面协议明确约定借款的款项属个人，在出借时，与借款人也无明确的书面约定债权系夫妻当中一方的个人债权，一般来说，法院应认定借款为夫妻双方的共同债权；在婚姻存续期间，夫妻双方对其共同的债权享有家事代理权，但是如果是在夫妻一方与第三人合谋用法律上的夫妻关系来逃避债务、损害另一方利益的情况下，法院不能因为只是夫妻存续期间的债权而认定为共同债权，对于家事代理权的认定也要根据事实综合判定。

4. 夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力（人民司法第 2015 年 08 期）

【作者】于筱江

【机构】天津市和平区人民法院

【裁判要旨】夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋作为抵押物签订抵押借款合同，如果合同相对方为善意，履行了给付款项的义务，并且已经办理抵押登记手续，应当认定合同有效。另一方主张撤销抵押权的，人民法院不予支持。

5. 子女请求父母履行赠与约定应受诉讼时效约束（人民司法第 2015 年 12 期）

【作者】郭峰

【机构】重庆市九龙坡区人民法院

【裁判要旨】离婚协议中约定财产归子女所有，是一种以解除双方身份关系为目的的赠与行为。在婚姻关系解除后，该行为产生法律效力，赠与方不得任意变更或撤销。但基于家庭和睦及当事人之间信赖关系，家庭成员共同生活关系存续期间，子女请求父母履行赠与义务的诉讼时效中止。共同生活事由消灭后，子女仍应在时效期间内行使权利。

6. 民政局可申请撤销未成年人父母的监护权并成为监护人（人民司法第 2015 年 14 期）

【作者】王牧　　姬广勇　　高晶

【机构】江苏省徐州市铜山区人民法院

【裁判要旨】当父母拒不履行监护责任或者侵害被监护人合法权益时，民政局作为社会保障机构，有权申请撤销父母的监护权，打破“虐童是家事”的陈旧观念，使受到家庭成员伤害的未成年人也能得到司法救济。在未成年人的其他近亲属无力监护、不愿监护和不宜监护，临时照料人监护能力又有限的情形下，应判决民政局履行带有国家义务性质的监护责任，指定其作为未成年人的监护人。参考社会观护报告的建议以及听取未成年人的意愿，民政局可以通过家庭寄养、自愿助养的方式，委托临时照料人继续照料未成年人的生活，并履行监护保障义务，承担相应的国家救助责任。

7. 离婚案件中双胞胎子女的抚养权确定（人民司法第 2015 年 16 期）

【作者】刘小鹏

【机构】广东省广州市中级人民法院

【裁判要旨】在离婚案件中，夫妻双方对双胞胎子女的抚养权有争议，双胞胎子女是由夫妻双方各抚养一个还是由夫妻一方抚养？对此应当遵循未成年子女最佳利益原则，根据夫妻双方的具体情况与案件事实，确定双胞胎子女的抚养权。

8. 生父拒做亲子鉴定情形下法律责任判定（人民司法第 2015 年 16 期）

【作者】钟富胜

【机构】福建省龙岩市新罗区人民法院

【裁判要旨】在处理有关亲子关系纠纷案件时，如果一方当事人提供的证据能够形成合理证据链条，证明双方之间可能存在亲子关系，而另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的，法院可推定请求确认亲子关系一方的主张成立，并判决拒绝做亲子鉴定的一方承担非婚生小孩的抚养费。

9. 离婚后不直接抚养无行为能力人一方不能认定为监护人（人民司法第 2015 年 20 期）

【作者】高国杰　　千盼盼

【机构】河南省修武县人民法院

【裁判要旨】离婚后不直接抚养无行为能力人的一方不应认定为监护人，由此也不应认定为无行为能力人的法定代理人，因而其无权代表无行为能力人提起诉讼。对已经受理的，应驳回起诉。

10. 对致丈夫丧失性能力是否侵犯其妻人格权的认定（人民司法第 2015 年 20 期）

【作者】陈建华

【机构】湖南省郴州市中级人民法院

【裁判要旨】原告的丈夫因被告的原因丧失性功能，原告认为被告侵害了其自身权利，要求获得精神损害抚慰金，这符合最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 8 条规定的“严重后果”，法院应当予以支持。

11.变更抚养费应符合法定条件（人民司法第 2015 年 22 期）

【作者】郭晓娟　张忠星

【机构】辽宁省沈阳市中级人民法院

【裁判要旨】婚姻法第三十七条第二款规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。故子女要求增加抚养费的，应重点审查何为法律规定的“必要时”的前提条件，并依据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 18 条所列 3 种情形加以判断。对于夫妻双方经人民法院调解协议离婚，并就子女抚养等问题已经在协议中加以明确，子女短期内起诉要求增加抚养费，除非有充分证据证明子女生活发生重大变化，不增加抚养费将导致子女难以维持正常生活的，均应尊重先前裁判的既判力，不应轻易变更。

12.判断婚礼礼金归属的规则适用（人民司法第 2015 年 24 期）

【作者】张鹏

【机构】北京市石景山区人民法院

【裁判要旨】馈赠婚礼礼金是具有鲜明社会特征和多重社会功能的赠与行为，当事人之间就礼金归属问题产生争议的，应当依次按照赠与人意思表示规则、当地特定风俗习惯规则、身份密切联系规则确定礼金享有者。

[刑案]婚姻关系中，丈夫违背妻子意志，采用暴力手段与妻子发生性行为，应如何判处？

2016-08-09 裁判要旨通纂 陈兴良 张军等

编者按：在婚姻关系中，对于丈夫违背妻子意志，采用暴力手段与妻子发生性行为的，应如何定罪，王卫明强奸案和白俊峰强奸案确定了这类案件的两个裁判规则，即在婚姻关系正常存续期间，丈夫不能成为强奸罪的主体；在婚姻关系非正常存续期间，丈夫可以成为强奸罪的主体。下面将分别介绍这两个案件的基本案情以及其裁判要旨。

裁判要旨①：在离婚判决已经作出尚未生效期间，丈夫强行与妻子发生性关系的，应以强奸罪论处。

参考案件①：王卫明强奸案

案件字号：上海市青浦县人民法院（1998）青刑初字第 36 号。

案例来源：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂（上下卷）》，陈兴良、张军、胡云腾主编，北京大学出版社 2013 年版第 487 页。

主题词：婚内强奸

1 基本案情

被告人王卫明，男，1970 年 5 月 20 日出生，工人。因涉嫌犯强奸罪，于 1997 年 10 月 14 日被刑事拘留，同月 27 日被释放，同年 12 月 11 日被取保候审。

上海市青浦县人民法院经不公开审理查明：1992 年 11 月，被告人王卫明经人介绍与被害人钱某相识，1993 年 1 月登记结婚，1994 年 4 月生育一子。1996 年 6 月，王卫明与钱某分居，同时向上海市青浦县人民法院起诉离婚。同年 10 月 8 日，青浦县人民法院认为双方感情尚未破裂，判决不准离婚。此后双方未曾同居。1997 年 3 月 25 日，王卫明再次提起离婚诉讼。同年 10 月 8 日，青浦县人民法院判决准予离婚，并将判决书送达双方当事人。双方当事人对判决离婚无争议，虽然王卫明表示对判决涉及的子女抚养、液化气处理有意见，保留上诉权利，但后来一直未上诉。同月 13 日晚 7 时许(离婚判决尚未生效)，王卫明到原居住的桂花园公寓 3 号楼 206 室，见钱某在房内整理衣物，即从背后抱住钱某，欲与之发生性关系，遭钱拒绝。被告人王卫明说：“住在这里，就不让你太平。”钱挣脱欲离去。王卫明将钱的双手反扭住并将钱按倒在床上，不顾钱的反抗，采用抓、咬等暴力手段，强行与钱发生了性行为。致钱多处软组织挫伤、胸部被抓伤、咬伤。当晚，被害人即向公安机关报案。

青浦县人民法院认为：被告人王卫明主动起诉，请求法院判决解除与钱某的婚姻，法院一审判决准予离婚后，双方对此均无异议。虽然该判决尚未发生法律效力，但被告人王卫明与被害人已不具备正常的夫妻关系。在此情况下，被告人王卫明违背妇女意志，采用暴力手段，强行与钱某发生性关系，其行为已构成强奸罪，应依法惩处。公诉机关指控被告人王卫明的犯罪罪名成立。被告人关于发生性行为系对方自愿及其辩护人认为认定被告人采用暴力证据不足的辩解、辩护意见，与庭审质证的证据不符，不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第 236 条第 1 款、第 72 条第 1 款的规定，于 1999 年 12 月 21 日判决如下：

被告人王卫明犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

一审宣判后，被告人王卫明服判，未上诉。

2 裁判要旨

No.4-236-17　在离婚判决已经作出尚未生效期间，丈夫强行与妻子发生性关系的，应以强奸罪论处。

我们认为，夫妻之间既已结婚，即相互承诺共同生活，有同居的义务。这虽未见诸法律明确规定或者法律的强

制性规定，但已深深植根于人们的伦理观念之中，不需要法律明文规定。只要夫妻正常婚姻关系存续，即足以阻却婚内强奸行为成立犯罪，这也是司法实践中一般不能将婚内强奸行为作为强奸罪处理的原因。因此，在一般情况下，丈夫不能成为强奸罪的主体。但是，夫妻同居义务是从自愿结婚行为推定出来的伦理义务，不是法律规定的强制性义务。因此，不区别具体情况，对于所有的婚内强奸行为一概不以犯罪论处也是不科学的。例如在婚姻关系非正常存续期间，如离婚诉讼期间，婚姻关系已进入法定的解除程序，虽然婚姻关系仍然存在，但已不能再推定女方对性行为是一种同意的承诺，也就没有理由从婚姻关系出发否定强奸罪的成立。就本案而言，被告人王卫明两次主动向法院诉请离婚，希望解除婚姻关系，一审法院已判决准予被告人王卫明与钱某离婚，且双方当事人对离婚均无争议，只是离婚判决书尚未生效。此期间，被告人王卫明与钱某之间的婚姻关系在王卫明主观意识中实质已经消失。因为是被告人主动提出离婚，法院判决离婚后其也未反悔提出上诉，其与钱某已属非正常的婚姻关系。也就是说，因被告人王卫明的行为，双方已不再承诺履行夫妻间同居的义务。在这种情况下，被告人王卫明在这一特殊时期内，违背钱某的意志，采用扭、抓、咬等暴力手段，强行与钱某发生性行为，严重侵犯了钱某的人身权利和性权利，其行为符合强奸罪的主观和客观特征，构成强奸罪。上海市青浦县人民法院认定被告人王卫明犯强奸罪，并处以刑罚是正确的。

裁判要旨②：在婚姻关系正常存续期间，丈夫违背妻子的意志，采用暴力手段，强行与妻子发生性关系的，不构成强奸罪。

参考案件②：白俊峰强奸案

审理法院：辽宁省义县人民法院 1997 年 10 月 13 日一审审结

案例来源：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂（上下卷）》，陈兴良、张军、胡云腾主编，北京大学出版社 2013 年版第 488 页。

主题词：婚内强奸

1 基本案情

被告人白俊峰，男，27 岁，农民。因涉嫌犯强奸罪，于 1995 年 7 月 27 日被逮捕。

辽宁省义县人民法院经审理查明：被告人白俊峰与被害人姚××1994 年 10 月 1 日结婚，婚后夫妻感情不好，多次发生口角。姚××于 1995 年 2 月 27 日回娘家居住，并向白俊峰提出离婚要求。经村委会调解，双方因退还彩礼数额发生争执，未达成协议。

1995 年 5 月 2 日晚 8 时许，被告人白俊峰到姚家找姚××索要彩礼，双方约定，次日找中间人解决，后白俊峰回家。晚 9 时许，白俊峰再次到姚家。姚××对白俊峰说：“不是已经说好了吗，明天我找中间人解决吗?”并边说边脱衣服上炕睡觉。白俊峰见状，亦脱衣服要住姚家。姚父说：“小红，你回老白家去。”白俊峰说：“不行，现在晚了。”此时，姚××从被窝里坐起来，想穿衣服。白俊峰将姚按倒，欲与其发生性关系。姚××不允，与白厮掳。白俊峰骑在姚身上，扒姚的衬裤，姚抓白俊峰的头发。白俊峰拿起剪刀，将姚的内裤剪断。姚××拿起剪刀想扎白俊峰，被白俊峰抢下扔掉，后强行与姚发生了性关系。姚××与白继续厮打，薅住白的头发，将白的背心撕破。白俊峰将姚××捺倒，用裤带将姚的手绑住。

村治保主任陈××接到姚父报案后，来到姚家，在窗外看见白俊峰正趴在姚××身上，咳嗽一声。白俊峰在屋内听见便喊：“我们两口子正办事呢！谁愿意看就进屋来看!”陈××进屋说：“你们两口子办事快点，完了到村上去。”陈给姚××松绑后，回到村委会用广播喊白俊峰和姚××二人上村委会。此间，白俊峰又第二次强行与姚××发生了性关系。白俊峰对姚××蹂躏达五个多小时，致姚××因抽搐昏迷，经医生抢救苏醒。姚家共支付医疗费 301.8 元。

义县人民法院认为：被告人白俊峰在与姚××的婚姻关系存续期间，以强制的手段，强行与姚××发生性关系的行为，不构成强奸罪。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 162 条第(二)项的规定，于 1997 年 10 月 13 日判决如下：

被告人白俊峰无罪。

一审宣判后，在法定期限内被告人白俊峰没有上诉，检察机关也没有提出抗诉。

2 裁判要旨

No.4-236-18　在婚姻关系正常存续期间，丈夫违背妻子的意志，采用暴力手段，强行与妻子发生性关系的，不构成强奸罪。

无论是现行刑法，还是 1979 年《刑法》，对于丈夫能否成为强奸罪的主体都没有排除或者规定。在国外，某些国家的刑事立法明确规定，丈夫强奸妻子的不构成强奸罪。例如德国、瑞士刑法典就把强奸罪的对象限制为无夫妻关系的女性。在美国某些州，强奸罪仅仅是指男方未经不是他妻子的女方同意，使用暴力与其发生性关系的行为。

我国地域广阔、民族众多，不同地区、不同民族的风俗习惯不同，此类案件情况又往往比较复杂，不能简单地确定行为构成罪或者不构成罪，否则有悖于国情，有害于我国的法制建设。对丈夫强奸妻子案件的审理，应该依据刑法和婚姻法等有关法律规定，区分不同的婚姻状况以及行为人的暴力方式、方法，造成的危害后果等具体事实、

情节，分别依法处理。其中，有的行为可以构成强奸罪；有的不构成强奸罪但可能构成其他相关的犯罪。

本案被告人白俊峰的行为不构成强奸罪，主要理由是：

1. 婚姻状况是确定是否构成强奸罪中违背妇女意志的法律依据

强奸罪是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女的意志，强行与其发生性交的行为。是否违背妇女意志是构成强奸罪的必备法律要件。虽然婚内夫妻两人性行为未必都是妻子同意，但这与构成强奸罪的违背妇女意志强行性交却有本质的不同。根据婚姻法的规定，合法的婚姻，产生夫妻之间特定的人身和财产关系。同居和性生活是夫妻之间对等人身权利和义务的基本内容，双方自愿登记结婚，就是对同居和性生活的法律承诺。因此，从法律上讲，合法的夫妻之间不存在丈夫对妻子性权利自由的侵犯。相反，如果妻子同意与丈夫以外的男子发生性关系却构成对合法婚姻的侵犯。所以，如果在合法婚姻关系存续期间，丈夫不顾妻子反对、甚至采用暴力与妻子强行发生性关系的行为，不属刑法意义上的违背妇女意志与妇女进行性行为，不能构成强奸罪。同理，如果是非法婚姻关系或者已经进入离婚诉讼程序，婚姻关系实际已处于不确定中，丈夫违背妻子的意志，采用暴力手段，强行与其发生性关系，从刑法理论上讲是可以构成强奸罪的。但是，实践中认定此类强奸罪，与普通强奸案件有很大不同，应当特别慎重。

2. 被告人白俊峰与姚××的婚姻关系合法有效

白俊峰与姚××之间的婚姻关系一方面是合法有效的，在案发前，虽然女方提出离婚，并经过村里调解，但并没有向人民法院或婚姻登记机关提出离婚，没有进入离婚诉讼程序。夫妻之间相互对性生活的法律承诺仍然有效。因此白俊峰的行为不构成强奸罪。

法信码|法院对重婚行为的认定

2016-08-26 法信

聚焦法律纠纷争点，一站推荐法律依据、匹配案例、权威观点。

【小贴士】点击文末左下角“阅读原文”，即可查看往期文章；一键关注“法信”，从此不错过每一篇实务干货和法律资讯。

导读：重婚罪侵犯了一夫一妻制的婚姻关系，其客观方面表现为有重婚行为，而重婚行为又包括两类：有配偶的人与他人结婚的，以及明知他人有配偶而与之结婚的。本期法信小编拟对重婚行为从法律、案例以及观点三个方面进行概括性的阐释，以期对读者认定、理解重婚行为有所帮助。

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国刑法(1997 修订)》

第二百五十八条 有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

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)》

第五条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：

（一）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。

（二）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。

法信 • 相关案例

1.为了达到某种目的假离婚并办理离婚手续后又与他人结婚的，不构成重婚罪——肖康平重婚案

案例要旨：行为人为了逃避计划生育而假离婚办理了离婚手续的，此时婚姻关系消灭，之后再与他人结婚的，与之结婚的人和行为人本身都不构成重婚罪。尽管离婚后县政府撤销《离婚证》和《离婚调解书》，但这些行政行为属于越权行为，是无效的法律行为，不能成为婚姻存续的事由。

来源：《新类型疑难刑事犯罪案例定罪量刑点评》

2.伪造配偶签名骗取离婚登记从而与他人在他国结婚的，构成重婚罪——桥本郁子诉桥本浩重婚案

案例要旨：伪造配偶签名骗取离婚登记的行为属于办理假离婚手续的行为，该行为无效，自始不发生法律效力，因此婚姻关系不因为上述行为而消灭，在此基础上再结婚的行为构成重婚罪，属于有配偶的人与他人再婚的行为。

审理法院：上海市第一中级人民法院

来源：《刑事审判参考·总第 84 期(2012.1)》

3.协议离婚后与他人形成事实婚的构成重婚罪——张蕾被控重婚宣告无罪案

案例要旨：协议离婚并不等于正式离婚，在未办理法定离婚手续的前提下与他人以夫妻名义长期共同生活的，构成重婚罪。从主观上看，协议离婚人明知其未经过法定程序解除婚姻关系，婚姻关系继续合法存续而希望与他人结婚，从客观方面看，具有有配偶又与他人结婚的事实，对于这种违反一夫一妻制的行为，应以重婚罪追究协议离婚人的法律责任。

案号：（2003）宣中刑终字第 1 号

审理法院：安徽省宣城市中级人民法院
来源：《中国审判案例要览》

4.认定事实重婚终了应考虑当事人解除事实婚的意思表示及该解除行为达到使普通公众认为婚姻关系已解除的效果——田顺华重婚案

案例要旨：认定事实重婚行为终了应当着重考虑两个因素：一是行为人作出解除事实婚的意思表示；二是行为人的解除行为达到使普通公众认为婚姻关系已经解除的效果。

案号：（2012）二中刑终字第 1972 号
审理法院：北京市第二中级人民法院
来源：《中国审判案例要览》
法信 • 专家观点

1.重婚罪的客观方面表现为具有重婚行为

本罪在客观方面表现为行为人必须具有重婚的行为。即有配偶的人又与他人结婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，就构成重婚罪。

所谓有配偶，是指男人有妻、女人有夫，而且这种夫妻关系未经法律程序解除而尚存续的，即为有配偶的人。如果夫妻关系已经解除，或者因配偶一方死亡夫妻关系自然消失，即不再是有配偶的人。所谓又与他人结婚，包括骗取合法手续登记结婚的和虽未经婚姻登记手续但以夫妻关系共同生活的事实婚。所谓明知他人有配偶而与之结婚的，是指本人虽无配偶，但明知对方有配偶，而故意与之结婚的（包括登记结婚或者事实婚）。此种行为是有意破坏他人婚姻的行为。

根据司法实践经验，重婚行为主要有以下几种类型：

（1）与配偶登记结婚，与他人又登记结婚而重婚，也即两个法律婚的重婚。有配偶的人又与他人登记结婚，有重婚者欺骗婚姻登记机关而领取结婚证的，也有重婚者和登记机关工作人员互相串通作弊领取结婚证的。

（2）与原配偶登记结婚，与他人没有登记确以夫妻关系同居生活而重婚，此即为先法律婚后事实婚型。

（3）与原配偶未登记而确以夫妻关系共同生活，后又与他人登记结婚而重婚，此即先事实婚后法律婚型。

（4）没有配偶，但明知对方有配偶而与其已登记结婚或以夫妻关系同居而重婚。

（摘自《刑法（分则）及配套规定新解释（上）》，张军著，人民法院出版社 2013 年出版）

2.事实上的重婚与同居、临时姘居关系的界限

由于重婚罪的主要特征是男女一方或者双方已有配偶的人之间非法建立夫妻关系的行为，婚姻法第 3 条不仅规定禁止重婚，而且规定“禁止有配偶者与他人同居”。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）》第 2 条的解释，婚姻法第 3 条、第 32 条、第 46 条规定的“有配偶者与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，“持续、稳定地共同居住”。如果男女双方虽然同居，但不是“持续、稳定地共同居住”，而是随时可以自由拆散的，则只是临时姘居关系，是单纯的非法同居，不能认为是重婚。在现实生活中，有的虽未登记结婚或者举行结婚仪式，而两人确是以夫妻关系共同生活，即以夫妻关系相对待，群众也公认的，则应认为是事实上的重婚。对于事实上的重婚，1994 年 12 月 14 日，最高人民法院在《关于＜婚姻登记管理条例＞施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》中，明确规定：“新的《婚姻登记管理条例》（1994 年 1 月 12 日国务院批准，1994 年 2 月 1 日民政部发布）发布施行后，有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的，或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的，仍应按重婚罪定罪处罚。”2003 年 8 月 8 日，《婚姻登记管理条例》经修订后，国务院重新颁布了《婚姻登记条例》，决定自 2003 年 10 月 1 日起施行。但上述“批复”仍可参照执行。

（摘自《刑法罪名精释（第四版）下册》，周道鸾、张军主编，人民法院出版社 2013 年出版）

3.刑法中事实婚的认定

由于民法和刑法具有自身特殊的调整对象、任务和目的，因此，不能简单地以民事审判中的做法来理解、适用刑法。刑法中的事实婚应当包括非法同居和以非法同居关系对待的事实婚。理由是：自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活按非法同居关系对待，目的是督促自觉办理婚姻登记。但是，不能因为没有办理登记而否认其婚姻关系的客观存在，只是不具有合法性而已。重婚罪的犯罪客体并非是相对方的权利，而是一夫一妻的社会管理秩序，侵犯的是社会公共利益，不能因为相对方的利益不受民法保护就否定另一方构成重婚罪，否则，重婚罪打击的将仅仅只是欺骗婚姻登记机关的行为，而不是破坏一夫一妻制，这显然不符合刑法的目的性解释原则。因此，最高人民法院 1994 年 12 月 4 日《关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻关系非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚给四川省高级人民法院的批复》中规定“新的《婚姻登记管理条例》（1994 年 1 月 12 日国务院批准，1994 年 2 月 1 日民政部发布）发布施行后，有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的，或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的，仍应按重婚罪定罪量刑”。我们认为该解释是正确的。

（摘自《刑法分则实务研究（中）》，王作富主编，中国方正出版社 2013 年出版）

购房加上女友名字结婚不成女方能否获补偿

法院认定：共同生活期间经济混同应予补偿

2016-08-27　内蒙古高院

为准备结婚，江先生贷款购买了一套房子，并把女友陈女士名字加在了产权登记簿上。此后，俩人同居，后因感情纠葛而分手。那么，在这种情况下，女方能否得到房屋价值补偿？日前，福建省连城县人民法院依照婚姻法及相关解释的规定，判决江先生补偿陈女士房屋价值10%，即6万元。2012年9月，江先生经朋友介绍认识了陈女士，双方一见钟情并确立恋爱关系，同年11月底开始同居。2013年8月，江先生与陈女士打算买房为结婚做准备。看了很多楼盘后，江先生出资52万元购买了连城县某楼盘的一套房子，当天支付首付款22万元，同时向银行申请贷款30万元。11月10日，在进行产权登记时，江先生同意将陈女士的名字加上去，俩人共同拥有这套房子。房子交付后，俩人并没有对房子进行装修，也没有入住，而是一直在外租房。本想着再攒点钱装修成漂亮的婚房，可是两年的相处，让两人渐行渐远。2015年10月起，两人为生活琐事一直争吵不断，陈女士多次提出分手，双方还动手打闹过。“日子过不下去了，那就分个彻底。房子是我为了结婚才买的，现在要把你的名字从产权登记簿上抹去。”最终，江先生只得同意分手。“现在婚结不成，我也为买房子出过力，就该得到应有的一份。”陈女士断然拒绝，在她看来，江先生的做法实在是太过分了。今年5月，江先生向法院提起诉讼，要求确认该房屋的产权归自己一人所有。在法庭上，陈女士提出，自己对首付款22万元可能支付过零头，由于当时两人是恋爱关系，彼此信任，没有过分在意钱财的“泾渭分明”，具体金额及支付方式已想不起来了，当时也未提供支付凭证。关于贷款30万元是谁在偿还的问题，江先生认为一直由自己偿还。“我每个月将收入取出后，存到还贷的账户上，每个月偿还3328元。我的工资收入比较稳定，所以能保证按时还款。”对此，陈女士则表示，二人同居在一起，经济上的事是混在一起的。对于还贷问题，有时自己会把工资卡上的钱取出后存入江先生的还贷账户内。但对其说法陈女士没有提供证据。审理中，双方对该房屋的价值一致确定为60万元。考虑双方共同生活两年多，经济上也有混同，且在此期间房屋增值部分应该进行分割，法院故依法判决房屋归江先生所有，并酌情确定由男方支付女方经济补偿6万元。

离婚后能使一方失去销售渠道则应在离婚协议中约定竞业禁止

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-08-31 指导性案例审判规则

【审判规则】

1.特定营业主体与具有特定民事法律关系的特定人员可以设立竞业禁止。考察夫妻双方在签订离婚协议时是否有必要设立竞业禁止事项，应当以一方从事了竞业禁止行为是否能够使另一方失去积累多年的销售渠道，其价值是否将大打折扣为标准进行综合认定。

2.夫妻双方因离婚而分割共同经营的企业时，可以约定竞业禁止条款。若该竞业禁止条款不违背法律的强制性规定的，即应认定为有效。夫妻双方订立竞业禁止协议后，一方违反该协议时，应承担违约责任，并根据双方协议履行情况、损失大小等因素确定赔偿数额。

【关键词】

民事　竞业限制　营业主体　民事法律关系　特定人员　夫妻　离婚协议　销售渠道　价值　强制性规定

【基本案情】

陈飞燕、陈伟忠系夫妻关系，婚后二人以陈飞燕亲属的名义成立了多家公司，其中部分为销售公司，部分为生产公司，主要产品为喷绘机。之后，二人协议解除婚姻关系，约定销售公司归陈伟忠所有，生产公司归陈飞燕所有，并约定陈伟忠及其亲属和所有关联公司不得自建与陈飞燕生产同类或类似产品的工厂，不得从事与陈飞燕性质相同的产品生产和销售业务，不得向竞争对手提供任何服务或披露任何保密信息；若违反协议规定，陈伟忠须向陈飞燕支付违约金。其后，陈伟忠担任案外公司销售顾问，与此同时，其所有的销售公司停止销售陈飞燕公司的产品，转而销售该案外公司生产的同类产品。

陈飞燕以陈伟忠违反离婚协议书中的竞业禁止约定义务为由，提起诉讼，请求判令陈伟忠支付违约金。

【争议焦点】

夫妻一方作为特定营业主体，在双方签订离婚协议时，若对方从事的竞业禁止行为将使其失去积累多年的销售渠道的，该特定营业主体一方可否与对方约定竞业禁止事项。

【审判结果】

一审法院认定：双方签订的相关协议合法有效，均应按协议履行。陈飞燕已忠实地履行了约定义务，但陈伟忠未恪守承诺，违反双方约定的竞业禁止义务，从事损害陈飞燕利益的事项，并故意规避违约责任，故陈伟忠应当承担违约责任。

一审法院判决：陈伟忠承担五十万元的违约金。

陈飞燕不服一审判决，提起上诉，坚持一审中的主张。

陈伟忠不服一审判决，以其未违约，不同意赔偿五十万元违约金为由，提起上诉。

二审法院判决：陈伟忠承担三百万元的违约金。

【审判规则评析】

1.陈伟忠与陈飞燕在离婚协议中约定，陈伟忠及其亲属和所有关联公司不得自建与陈飞燕生产同类或类似产品的工厂，不得从事与陈飞燕从事性质相同的产品生产和销售业务等，并约定了违约金。从本案的实际情况看，因陈飞燕所有的生产公司若失去多年积累的销售渠道支持，势必会对上述生产公司的利益产生重大不良影响，故双方确有约定竞业禁止的必要，且上述竞业禁止约定符合法律的规定，应认定有效。

2.夫妻离婚，在分割共同经营的企业时约定的竞业禁止条款只要不违背法律的强制性规定，应认定有效。根据本案查明的事实，陈伟忠确系违反双方离婚协议中关于竞业禁止的约定，应当承担违约责任。在确认赔偿数额时，应考虑陈飞燕与陈伟忠之间的合同约定和履行情况、陈伟忠得到的对价及实际造成的损害等各方因素。

【适用法律】

《中华人民共和国合同法》第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

【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】

参考性案例 有效 参考适用

陈飞燕诉陈伟忠竞业限制纠纷案

【中 法 码】劳动法和社会保障法·用人单位内部规章·竞业限制·限制义务 (L03030215)

【案 号】 (2010)沪二中民一(民)终字第 1851 号

【案 由】 竞业限制纠纷

【权威公布】 被最高人民法院《人民司法·案例》2010 年第 14 期(总第 601 期)收录

【检 索 码】 L0206169+7SHEZ++0410C

【审理法院】 上海市第二中级人民法院

【审级程序】 第二审程序

【上 诉 人】 陈飞燕（原审原告）

【上 诉 人】 陈伟忠（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）：陈飞燕。

上诉人（原审被告）：陈伟忠。

陈飞燕与陈伟忠原系大学同学，两人于 1996 年 1 月登记结婚。自 1995 年起两人开始创业，婚后以陈飞燕亲属的名义成立了 11 家公司，其中 8 家为销售公司，3 家为生产公司，主要产品为喷绘机。2007 年 7 月，陈飞燕与陈伟忠协议解除婚姻关系，约定 8 家销售公司归陈伟忠所有，3 家生产公司归陈飞燕所有，并约定了竞业禁止义务及违约责任。

双方离婚协议规定：陈伟忠以及陈伟忠的亲属及所有关联公司不得自建与陈飞燕生产同类或类似产品的工厂，不得从事与陈飞燕性质一样的产品生产和销售业务，不得向竞争对手提供任何服务或披露任何保密信息。违反协议规定的保密义务或竞业禁止义务，陈伟忠必须向陈飞燕支付违约金人民币 1 000 万元。

协议生效后，8 家销售公司依约进行了法定代表人和股东的变更登记，之前 8 家销售公司中由陈飞燕亲属担任法定代表人或股东的，全部变更为陈伟忠或其亲属。2007 年 12 月，陈伟忠开始担任上海某喷绘机公司销售顾问，与此同时其所有的 8 家销售公司停止销售陈飞燕公司的产品，转而销售上海某喷绘机公司生产的同类产品。嗣后，陈飞燕以陈伟忠违反离婚协议书中竞业禁止约定义务为由，向法院提起诉讼，要求陈伟忠承担违约金 1 000 万元。

上海市普陀区人民法院经审理认为：双方签订的相关协议系双方真实的意思表示，不违反法律规定，合法有效，双方均应按协议履行。陈飞燕已忠实地履行了约定义务，陈伟忠也已获得约定利益，但陈伟忠未恪守承诺，违反双方约定的竞业禁止义务，从事损害陈飞燕利益的事项，并故意规避违约责任，故陈伟忠应当承担违约责任。考虑到陈飞燕与陈伟忠之间的合同约定和履行情况、陈伟忠得到的对价及实际造成的损害等各方面因素，酌定陈伟忠承担 50 万元的违约金。陈飞燕要求 1 000 万元违约金的数额过高，法院不予支持。

宣判后，陈飞燕、陈伟忠均不服一审判决，提起上诉。陈飞燕坚持一审中的主张。陈伟忠否认违约，不同意赔偿 50 万元违约金。

上海市第二中级人民法院经审理认为，本案争议的焦点是：1.双方当事人签订的竞业禁止协议是否有效；2. 陈伟忠是否违反了上述协议；3. 如果违约，陈伟忠应当承担怎样的违约责任。

对于第一个争议焦点，法院认为，所谓竞业禁止，是指特定营业主体对与之有特定民事法律关系的特定人员所为的营利性竞争行为的禁止。竞业禁止的适用范围并不限于用人单位和劳动者。从本案的实际情况看，当事人之间确有约定竞业禁止的必要，因为陈飞燕依离婚协议所有的 3 家生产公司，如果失去多年积累的销售渠道支持，其价值必将大打折扣。陈飞燕与陈伟忠的竞业禁止约定没有违反法律规定，应认定有效，但由于竞业禁止涉及公共利益，法院应当进行司法审查。

对于第二个争议焦点，法院认为，根据在案证据，足以证明陈伟忠违反了约定义务。虽然陈伟忠在一、二审中均抗辩称 8 家销售公司在法律上与其没有关系，8 家销售公司的不代理行为不应由其承担责任，但根据法律规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。因此，陈伟忠仍应承担因 8 家销售公司不代理陈飞燕公司产品而产生的违约责任。

对于第三个争议焦点，法院认为，根据离婚时公司的价值及因违约行为造成的损失，1 000 万元的违约金并无不当。由于陈飞燕在二审期间自愿表示下调违约金数额，法院判决将违约金调整为 300 万元。

（十）赠与案例

夫妻一方将部分夫妻财产赠与婚外情对象该部分财产应返还

——李 x 诉杨 x 不当得利纠纷案

2016-08-18 法律家

【关 键 词】民事　不当得利　夫妻共同财产　丈夫赠与情人　无权单独处分　妻子权益受损　因果关系　不构成善意取得　违背公序良俗　赠与行为无效　返还财产

【学科课程】债权法总论

【知 识 点】夫妻共同财产 不当得利

【教学目标】明确夫妻共同财产的概念，掌握夫妻对共同财产的处理权。

【裁判机关】湖南省益阳市南县人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★★★★☆ 最高人民法院公布：四十九起婚姻家庭纠纷典型案例（2015 年 12 月 4 日）

【争议焦点】

夫妻双方在婚姻存续期间共同经营了一家公司，之后丈夫经朋友介绍与她人发展为情人关系，并向其情人赠与现金六十六万元，妻子对此并不知情，此种情况下，妻子得知赠与事实后，能否主张其丈夫的婚外情对象返还赠与的财产。

【裁判结果】

一审法院判决：由杨 x 将六十六万元现金返还给李 x。

宣判后，当事人未提起上诉，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

夫妻关系存续期间共同经营公司的获利属于夫妻共同财产，夫妻间因日常生活需要在处理共同财产的权利上系平等的，任何一方均有权处分财产，但是在非因日常生活需要处理夫妻共同财产时，双方应当平等协商，取得一致意见，同时对财产的处分需符合公序良俗此一基本要求。丈夫私自将共同财产赠与婚外情对象，其情人接受赠与财产的行为损害了妻子的合法权益，其接受行为亦无法律依据，同时还违背了公序良俗的原则，故婚外情对象接受赠与财产构成不当得利，应予以返还。

【法理评析】

不当得利指无合法根据，或事后丧失了合法根据而被确认为系因致他人遭受损失而获得的利益，应负返还的义务。其成立的要件为，一方取得财产利益；一方受有损失；取得利益与所受损失间具有因果关系；无法律上的根据。实践中存在因婚外情导致不当得利的情形，此时应从夫妻一方对于处分共同财产的享有的权利考虑，同时结合公序良俗等基本原则对于是否属于不当得利进行判断分析。

夫妻共同财产，是指在夫妻关系存续期间，夫妻所共同拥有的财产，根据我国《婚姻法》的规定，夫妻对共同所有的财产，具有平等的处理权。此条规定依据司法解释对其的理解，具体包括以下两方面内容：一系夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利系平等的，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；二系夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。此处应注意善意取得的确定，要明确善意取得的前提为有偿取得，无偿的赠与不能适用善意取得的制度。

本案中，夫妻双方在婚姻存续期间共同创办经营了一家公司，之后丈夫与她人发生婚外情，并将六十六万元人民币赠与情人，该部分钱款系夫妻共同财产，同时该六十六万元的钱款赠与非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见，丈夫无权处理，其私自将钱款赠与情人的行为，使妻子的合法权益因丈夫婚外情对象接受赠与钱财的行为受到了损失。另外，由于赠与的无偿性，婚外情对象接受钱财并未付

出相应的对价，不具备善意取得有偿性的前提条件，故不能适用善意取得制度，亦即其接受钱财的行为无法律依据。综上，丈夫赠与情人钱款的行为应认定为无效，情人接受钱财的行为构成不当得利，应当返还。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（一）》第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。

（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

【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. 简述夫妻共同财产的概念及财产范围。

2. 简要说明婚姻关系存续期间夫妻双方对夫妻共同财产享有的权利及处理财产限制。

3. 试述不当得利的构成要件。

【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：李 x。

被告：杨 x。

原告李 x 与丈夫宋 xx 于 1998 年 4 月 10 日登记结婚，婚后共同创办公司并经营。2011 年 5 月，宋 x 通过朋友介绍与被告杨 x 发展为情人关系，原告李 x 一直蒙在鼓里。2011 年 11 月 8 日，宋 x 为履行对杨 x 的承诺，通过招商银行将 66 万转账到杨 x 账号上，原告李 x 发现后，多次找杨 x 索要未果，故向法院起诉。原告李 x 起诉认为，其丈夫宋 x 背着自己私自将 66 万元钱支付给与其有不正当关系的被告杨 x，不仅违反了相关法律规定，也违背了公序良俗和社会道德，被告杨 x 应返还其取得财产并承担本案的诉讼费用。诉讼中，被告杨 x 经合法传唤，未到庭参加诉讼。

湖南省南县人民法院审理认为：夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作出的重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。宋 x 背着妻子将 66 万元的现金支付给情人，违背了公序良俗和社会道德，违反了《婚姻法》的规定，其行为应认定为无效，被告杨 x 所得 66 万元款项没有合法依据，取得了不当利益，造成了原告的损失，属不当得利，依法应予返还。为此，法院依法判决由被告杨 x 将 66 万元现金返还给原告李 x。

（十一）夫妻债务案例

债务人及其配偶涉离婚背景的民间借贷案件的处理
——李少华与蔡毅、张琛民间借贷纠纷案

2016-08-11　广东省法院民四庭　贺伟

要点提示：款项是否实际出借、借贷是否真实发生，是民间借贷案件首要和最基本的事实。处理债务人及其配偶涉离婚背景的民间借贷案件，出借人与借款人对借贷事实的发生没有任何争议、借款人的配偶对借贷的真实性提出异议时，应结合当事人的陈述和证据，全面查证判断借贷是否真实发生，准确把握本证与反证的证明标准，防范当事人以借贷形式掩盖非法目的和虚假诉讼。

案例索引：

一审：深圳市中级人民法院（2012）深中法涉外初字第 71 号。

二审：广东省高级人民法院（2015）粤高法民四终字第 163 号。

一、案情

上诉人（一审原告）：李少华。

上诉人（一审被告）：蔡毅。

被上诉人（一审被告）：张琛。

2009 年 8 月 5 日，蔡毅出具《借条》称：因经营资金周转需要，向李少华借款 1500 万元，已收到汇款 1479.98 万元、现金 20.02 万元，借款期两年。

2011 年 11 月 2 日，蔡毅以其本人及其妻张琛的名义出具《还款计划保证书》称：蔡毅向李少华借款 1500 万元，含银行转账 1479.98 万元、现金借款 20.02 万元，还款期延长半年，以蔡毅和张琛拥有的房产和车辆作为还款担保，《借条》原件已收回。《还款计划保证书》提及的房产和车辆均登记在张琛名下，未办理抵押登记。蔡毅承认《还款计划保证书》"张琛"的签名为其所签。

蔡毅、张琛为夫妻关系，二人均系香港居民。张琛于 2012 年 5 月 15 日申请与蔡毅离婚。李少华于 2012 年 10 月 15 日提起本案诉讼，主张蔡毅、张琛共同清偿借款本息。蔡毅明确认可借贷事实，张琛主张借贷事实不存在、案涉款项系李少华向湛江领成公司的投资款。一审期间，蔡毅的姐姐蔡某、蔡毅的助手区某为李少华申请保全蔡毅、张琛的财产提供了担保。蔡毅填写送达地址确认书时将"当事人"填写为"蔡毅、张琛"，并提供了位于湛江市某小区的送达地址。一审法院曾以该址向张琛邮寄送达文书，邮件被区某签收。张琛称蔡毅并未向其转交相关文书，致其无法及时获知案件信息而未能参加第一次庭审。

李少华在本案中提交的《借条》为复印件，其与蔡毅均称《借条》原件已由蔡毅收回。李少华提交的证据显示：2009 年 8 月 5 日，其委托郭某向蔡毅转账 1479.98 万元。

蔡毅提交的证据显示：2009 年 8 月 5 日 12 时 28 分 35 秒，蔡毅向湛江领成公司转账 1100 万元，汇款附言为"投资款"。李少华、蔡毅称，蔡毅系因经营生活资金周转需要而借贷。张琛主张转账金额与手续费共 1500 万元，系李少华通过蔡毅账户支付的湛江领成公司投资款。2009 年 9 月至 2010 年 8 月期间，蔡毅、张琛代李少华向银行还贷 186.4 万元。李少华、蔡毅主张该款系偿还案涉借款，张琛主张该款系李少华与蔡毅订立的其他债务关系。

张琛二审期间提交的证据显示：2009 年 8 月 5 日 11 时 46 分 52 秒、11 时 59 分 20 秒，郭某分别向蔡毅转账 1479.98 万元、199985 元，并分别支付手续费 200 元、15 元。张琛称其在蔡毅的文件中发现该证据。李少华、蔡毅称：因金额限制，无法一次转账 1500 万元，1479.98 万元系出借的借款，当时只知道第一笔款项转账成功，另通过现金出借 20.02 万元，后发现第二笔转账 199985 元，多付部分已结清。

证人郭某在一审法院出庭作证称：2009 年 8 月 5 日转账时李少华在场，只转过一笔。郭某在二审法院出庭作证称：当日转款两笔，李少华并不在场。

各方当事人确认，李少华、蔡毅均曾向湛江领成公司投资。

二、裁判

深圳市中级人民法院认为：（一）本案为涉港民间借贷纠纷，涉及借款关系以及夫妻债务承担问题。我国内地与案涉借款法律关系具有最密切联系，应适用我国内地的法律处理案涉借款纠纷。蔡毅、张琛均为香港居民，在香港拥有作为住所的房产，香港为其共同经常居所地，应适用香港法律处理二人夫妻债务的承担问题。（二）李少华与蔡毅确认借款事实，张琛否认该借款事实、主张 1500 万元是李少华用于在湛江领成公司的扩股。案涉借款 1500 万元中的 1479.98 万元系转至蔡毅账户，至于蔡毅如何使用该笔款项以及李少华在湛江领成公司投资款的增加是否来源于该款，并不足以否定蔡毅收款的事实。在李少华和蔡毅均明确该笔款项系借款的情形下，应认定李少华与蔡毅的借款事实成立。李少华、蔡毅均同意将蔡毅已偿还的 200 万元款项抵作利息。起诉之后的利息应按年利率 20%计至款项实际清偿之日。（三）蔡毅承认《还款计划保证书》中"张琛"的签名系其代签，《还款计划保证书》对张琛并无约束力。香港实行夫妻分别财产制，张琛对蔡毅所负的债务不承担偿还责任。

深圳市中级人民法院依照《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二百零五条、第二百零六条，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第二十四条等规定，判决：1．蔡毅向李少华支付本金人民币 1500 万元以及利息（2012 年 10 月 15 日之前的利息为人民币 250 万元，2012 年 10 月 15 日之后的利息按照年利率 20%计算至实际清偿之日）；2．驳回李少华的其他诉讼请求。

李少华、蔡毅均不服一审判决，分别提起上诉，均主张蔡毅、张琛共同偿还借款本息。

广东省高级人民法院认为：（一）本案为涉港民间借贷纠纷。各方当事人对适用我国内地法律作为处理李少华与蔡毅之间借贷争议的准据法均无异议，对此予以确认。蔡毅与张琛婚后主要居住在深圳，深圳系其共同经常居所地，蔡毅、张琛的夫妻财产关系应当适用我国内地的法律予以处理。（二）李少华以出借人的身份提起诉讼，蔡毅明确认可借贷事实，蔡毅之妻张琛主张借贷事实并不存在。结合各方诉讼主张及本案证据分析认定如下：1．关于当事人之间的关系。李少华与蔡毅为朋友，二人均有向湛江领成公司投资。蔡毅与张琛系再婚夫妻。张琛于 2012 年 5 月 15 日申请与蔡毅离婚后，李少华于 2012 年 10 月 15 日提起本案诉讼。2．关于借款的交付方式。张琛提交银行进账单、储蓄存款凭条前，李少华、蔡毅及郭某均未提及 2009 年 8 月 5 日转账 1479.98 万元后又转账 199985 元，李少华、蔡毅及郭某关于转账细节的陈述存在矛盾之处。3．关于借款的用途。李少华、蔡毅主张蔡毅借款用于投资，但未能提交投资协议等相关证据，无法就投资权益安排等作出合理的解释和说明。本案证据无法反映出蔡毅具有为家庭生活开支举债的必要性和紧迫性。4．关于借据及款项支付凭证的保管方式。李少华在本案中提交的《借条》为复印件，其与蔡毅均称《借条》原件已由蔡毅收回。向蔡毅转账的银行进账单、储蓄存款凭条单据原件

均由张琛在蔡毅的文件中发现，亦非由出借人李少华保管。5．关于偿还借款的情况。家庭开支账本记载2009年9月至2010年8月间代李少华还贷186.4万元，而蔡毅向李少华出具的《还款计划保证书》中并未提及已还款186.4万元，却再次确认应还借款本金为1500万元。6．诉讼中的相关情况。蔡毅的姐姐蔡某、蔡毅的助手区某自愿为李少华申请保全蔡毅、张琛的财产提供担保。一审法院按照蔡毅确认的送达地址该址向张琛邮寄文书，邮件被区某签收。张琛称蔡毅并未向其转交文书，致其无法及时获知案件信息。（三）全面审核上述证据可见：本案诉讼前，张琛已申请与蔡毅离婚，而李少华与蔡毅系朋友，并有经济合作关系；关于借款的交付方式，李少华、蔡毅及证人郭某在一、二审诉讼中的陈述不一，存在矛盾；蔡毅未能对向他人借款的必要性、紧迫性作出合理说明，亦无法就借款投资所能够取得的权益作出合理说明或提交投资协议等相关证据；《还款计划保证书》并未提及此前已代付186.4万元用以还款，不符合民间借贷的通常习惯；借款人将佐证借贷事实的借据及款项支付凭证等关键证据的原件交还借款人，亦不合常理。（四）李少华作为原告提起本案诉讼，其对借贷事实的发生，负有相应的举证责任。李少华主张其已出借款项1500万元，蔡毅对此予以认可，而张琛否认借贷事实发生，并指出李少华、蔡毅的陈述及证据存在上述诸多疑点。在此情形下，李少华负有进一步举证的责任，其应提交补强证据以佐证借贷事实的发生。本案证据显示李少华确于2009年8月5日通过郭土文向蔡毅的账户转账款项约1500万元，但现有证据尚不足以证明该转账款项系属李少华向蔡毅实际出借的借款。李少华未能提供充分证据支持其主张，导致待认定的款项实际出借的事实真伪不明，应当承担相应的法律后果，依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第一百零八条第二款的规定，应当认定该借款事实不存在。李少华在本案中依据借款合同关系而提出的诉讼请求不予支持。至于蔡毅个人对案涉借款的认可，因其与李少华之间对此并无争议，其可自行向李少华清偿，本案对此不予处理。

广东省高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第六十四条第一款、第一百七十条第一款第二项，《民诉法解释》第一百零八条第二款的规定，判决：1．撤销一审判决；2．驳回李少华的诉讼请求。

三、评析

本案系债务人及其配偶涉离婚背景的民间借贷案件，涉及以下几方面问题：

（一）借贷事实的证明责任

民间借贷是自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为，多发生在亲属和朋友之间，其表现形式常呈现出简易性或随意性，事实认定是此类案件的关键点，也是难点所在。依照《合同法》的相关规定，自然人之间的借款合同属于实践合同或称要物合同，除双方当事人关于借贷的一致意思表示以外，还需要交付标的物才能使合同生效。款项是否实际出借、借贷是否真实发生，是民间借贷纠纷案件首要和最基本的事实。按照民事诉讼证据规则，在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担相应的举证责任。

审判实践中，对于借款合同、款项出借凭证等证据完整的案件，原则上可以认定借贷事实成立；对于借贷双方没有签订正式的借款合同，出借人以借据、收条、还款计划书等证据起诉的案件，应当结合出借款项的金额、款项交付方式、当事人的经济能力、交易方式和交易习惯等事实和因素予以认定；对于证据不够完整而借款人认可借贷事实或者诉辩明显不合常理的案件，还应当结合生活经验，对是否属于虚假民事诉讼作出判断。

本案中，李少华提交的佐证借贷事实发生的关键证据为《借条》及《还款计划保证书》，两份书证兼具借据与收据的双重属性。案件特殊之处在于：李少华与蔡毅为朋友并有合作关系，李少华起诉不久前，蔡毅、张琛已涉入离婚诉讼。李少华主张蔡毅及其配偶张琛共同清偿债务，证明借贷关系的两份关键书证均由蔡毅一人作为债务人签具。李少华与蔡毅对借贷事实无任何争议，张琛则对借贷的真实性提出质疑。依照我国民诉法的规定，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，但承认、放弃、反驳或者变更诉讼请求均应在法律规定的范围内进行，不得损害国家、集体和他人的利益。考虑到现实生活中面临离婚诉讼的夫妻通常关注己方的财产权益，故基于蔡毅、张琛的婚姻状况及利益冲突，蔡毅个人对借款事实的认可，并不能当然地产生自认债务的法律效果。在张琛否认借贷事实发生，指出李少华、蔡毅的陈述及证据存在疑点的情形下，李少华负有进一步举证的责任，其应当提交补强证据以佐证借贷事实的发生。

为防范当事人以借贷形式掩盖非法目的和虚假诉讼，在类似本案的大额民间借贷纠纷案件中，即使借据、收据均为真实，也应充分考虑各方当事人陈述和证据的关联程度，对借贷事实予以审查。

（二）本证与反证的证明标准

证明标准是对证据和证明尺度的要求，反映裁判者对于待证事实内心确信程度的最低要求。因其本身具有主观性和模糊性的特征，故较难精密周延地作出统一规定。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条确立了“对证明力较大的证据予以确认”的规则，但因该规定未采取盖然性规则的表述模式，在技术上存在不周延之处，故仍未能科学界定案件事实所应达到的证明程度。就此问题，《民诉法解释》第一百零八条在总结审判经验基础上，从本证和反证相互比较的角度出发，对民事诉讼高度盖然性的证明标准作出阐述，是新司法解释的一大创

新和亮点。

诉讼证明过程中，对待证事实负有举证证明责任的当事人所进行的证明活动属于本证，其目的在于使裁判者对待证事实形成内心确信；不负有举证证明责任的当事人提供证据对本证进行反驳的证明活动属于反证，其目的在于动摇本证所形成的内心确认。按照《民诉法解释》第一百零八条确立的规则，本证需要达到“确信待证事实存在高度可能性”的标准才能完成证明责任，反证的证明程度要低于本证，只需使“待证事实真伪不明”即已达到目的。

具体结合本案分析，李少华作为原告对于借贷事实发生负有的举证责任，属于本证的范畴。张琛否认借贷事实发生，其主张李少华与蔡毅虚构债务及案涉款项系李少华的投资款，属于反证的范畴。虽然张琛提交的证据及其指出李少华、蔡毅陈述中存在的疑点尚不足以证明案涉款项系李少华的投资款，但该反证已将本证形成的内心确信拉低到高度盖然性标准之下，足以使得待证事实陷于真伪不明的状态。故二审法院在全面审核相关证据的基础上，适用《民诉法解释》第一百零八条确定的证明标准，认定实际出借款项的待证事实不存在，并予以改判。

值得进一步关注的是，援引《民诉法解释》第一百零八条进行裁判时，须以全面审核证据作出综合评价为前提，慎防随意扩大“待证事实真伪不明”的适用范围，避免出现怠于查证案件事实、变相拒绝裁判的情形。

（三）夫妻财产关系的处理

依照《法律适用法》第二十四条规定，当事人没有就夫妻财产关系所适用的法律作出选择，应当适用其共同经常居所地法律。一审判决以蔡毅、张琛均为香港居民、在香港注册结婚及在香港拥有作为住所的房产为由，认定香港为其共同经常居所地，在经常居所地的认定上忽略了“连续居住”这一核心要素。二审判决查明蔡毅、张琛婚后主要居住在深圳、深圳系其共同经常居所地，遂以我国内地的法律处理其夫妻财产关系。

适用我国婚姻法及司法解释处理涉及夫妻共同债务的案件时，应当充分考虑婚姻外部的债权人和未举债的配偶之间的利益平衡，既要避免夫妻逃避共同债务而损害债权人的利益，又要防止夫妻一方联同债权人要求对方承担本不应当承担的债务。审判实践中，针对个案的特殊性，区分夫妻一方对外承担债务后主张另一方分担共同债务和夫妻之外的债权人向夫妻主张共同偿还债务的具体情况，分别适用“举债用途论”或“内外有别论”，更有利于保护债权人的合法利益，也更加符合举证责任分配的原则。本案系夫妻之外的债权人向夫妻主张债务为共同债务的民间借贷案件，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第十九条、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）》第二十四条的规定予以处理。依据查明的案件事实，蔡毅与张琛婚姻关系存续期间所负债务，原则上应作为其夫妻共同债务。

对于蔡毅在诉讼中认可案涉债务的问题，如果判令蔡毅偿还债务而张琛不承担责任，则基于该债务属于夫妻共同债务，就可能会在执行程序中出现李少华申请追加张琛作为被执行人及执行夫妻共同财产的情形。从最高人民法院（2015）执复字第 3 号执行裁定的裁判结果来看，该院已在实质上认可了下级法院追加被执行人配偶作为被执行人的做法。故充分考虑避免在执行程序中出现案件后续问题的基础上，二审判决在认定实际出借款项的事实不存在之后，改判驳回李少华的全部诉讼请求，并同时释明蔡毅可自行向李少华清偿、本案对此不予处理。

五、继承

（一）继承审判动态

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

好友能否继承孤寡老人的遗产?

2016-08-01 抚州法院网 抚州市中级人民法院 陈剑波 梅雪笑

【案情】

陈某与黄某原系师徒同事关系，陈某未婚孤身一人，双方感情形同母女。2010 年 10 月，黄某、陈某签立《委托书》，载明：陈某委托黄某作为监护人，负责其生活事宜，包括安排入住养老机构，缴纳养老费用和后事安排，费用从陈某的工资内扣除。在陈某入住福利院的两年中，黄某每周都固定都看望并偶尔花钱买物品，并随叫随到照顾陈某。2012 年 10 月陈某病故，黄某为其料理了后事，并接管了陈某以前的公房，单位也每月从黄某的工资中扣除了房租。 2014 年，黄某得知单位应支付给陈某一笔老职工住房补贴 5 万元，便找到单位要求继承陈某的遗产，遭到拒绝。

【分歧】

对于陈某的这笔遗产，黄某能否继承，存在两种不同的意见：

第一种意见认为，黄某不能继承。黄某与陈某并非亲属关系，不属法定继承；陈某并未作出让黄某继承的遗嘱，亦未与黄某签订遗赠抚养协议；陈某作为退休职工，具备负担自身生活的经济基础，并实际上用退休工资承担了入住福利院的费用，所以黄某不具有合法的继承人资格。

第二种意见认为，黄某可以继承陈某的遗产。陈某生前无直系亲属，黄某对陈某的生前进行了照顾，并死后也承担了丧葬义务，可依法分得陈某的遗产。

【评析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

一、黄某不是陈某的法定继承人和遗嘱继承人。继承从被继承人死亡时开始，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或遗赠办理；有遗赠抚养协议的，按照协议办理。

黄某与陈某系朋友关系，并非陈某的法定继承人。虽然双方签订过委托书，但委托书明确了黄某作为监护人全权代理其入住老人院的相关事宜：安排入住养老机构、缴纳养老费用和后事安排，其内容不能表明陈某有将其遗产遗赠给黄某的意思表示。这与遗赠扶养协议“一方扶养一方继承特定财产”的权利义务关系不符，所以黄某不能作为法定继承人和遗嘱继承人继承陈某的遗产。

二、黄某可依扶助陈某的事实继承陈某遗产。《中华人民共和国继承法》第十四条规定，对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。

陈某生前无直系亲属在旁照顾，黄某对陈某不仅在生活起居上进行了照料，在其身故后亦承担了丧葬的义务。虽然陈某有自己的退休工资及医疗保险，其生前在福利院的费用亦大部分由自己负担，但对老年人的扶养并不仅限于财物的供养、劳务的扶助，更重要的是精神上的陪伴与抚慰。黄某作为独居老人陈某的多年朋友，对其生活起居的帮扶及精神慰藉应视为其尽了主要扶养义务。

根据《继承法》第十四条的规定，黄某符合“继承人以外对被继承人扶养较多的人”，陈某没有其他继承人，其应享受的老职工住房补贴应由黄某继承。

假离婚的前妻能否要求分割丈夫遗产?

2016-08-04 江西法院网 宜黄县人民法院 李立

【案情】

胡某与陈某于 1995 年 12 月 6 日登记结婚，2002 年生育女儿陈小妹（化名）。为了生育一儿子，躲避计划生育，原、被告想到了假离婚的方法，便于 2002 年 12 月办理了离婚登记。离婚后双方仍然以夫妻名义在一起生活，并在家乡盖起了一栋三层房屋，于 2004 年生育儿子陈小刀（化名）。2015 年 6 月，陈某在外务工期间意外死亡，获得一次性补偿 608449 元。胡某以妻子名义要求继承陈某的遗产，但陈某的母亲王某不同意。

【分歧】

胡某能否要求依法分割房屋及一次性工亡补助金产生了分歧。

第一种意见认为，胡某与陈某已经离婚了，房屋及一次性工亡补助金并非夫妻之间的共有财产，故胡某没有权利要求依法分割房屋及一次性工亡补助金。

第二种意见认为，胡某虽然与陈某离婚了，但是离婚后他们仍然以夫妻名义生活在一起，并且生育了儿子，最重要的是家乡的房子是离婚后才盖的，所以胡某可以要求依法分割房屋，对于一次性工亡补助金，因为胡某与陈某已经离婚，故其不能主张。

【评析】

笔者同意第二种意见，认为胡某可以主张分割房屋，但是对于一次性工亡补助金其无权主张。

首先，陈某死亡后获得的一次性工亡补助金属于陈某的遗产，应当依法由其继承人继承。根据《中华人民共和国继承法》第十条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。”，本案中胡某与陈某已经办理了登记手续，故其无权继承陈某的该笔遗产，这笔一次性工亡补助金应依法由其陈某的父母及其子女继承。

其次，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（一）》第 15 条的规定，同居期间所得的财产按共同共有财产处理。本案中胡某虽然与陈某办理了离婚登记手续，但是离婚之后他们仍然以夫妻名义同居在一起，形成了同居关系，房屋也是他们同居期间一起盖起来的，应当按照共同共有财产处理，故胡某有权主张分割房屋。

综上，笔者同意第二种意见。

事实收养关系的相关审理问题

2016-08-12 法徒 王昌颖 华明

今天来谈一谈民事诉讼中**关于当事人身份关系确认的问题**。

前两天有法官跟我交流一个比较有意思的案件：在一个交通事故损害赔偿案件里边儿，受害人死者生前没有直系亲属，无父无母、无子女、无配偶，但有初步证据表明曾经收养过一个侄子，但未办理收养手续。

问：这个诉讼里受害人的侄子作为原告来起诉是否可以受理，是否有请求权？

这个问题实际上涉及到司法权能否对事实收养关系进行确认。我的意见是当然可以确认，但具体到个案审理，需要分两步走。

这个案件表面上是一个给付请求权的诉讼，但是否满足给付请求权的要求有一个基本前提就是原告提起诉讼的主体资格，该问题需要通过司法确认，也就是说该给付请求权还包含了一个确认之诉。

因此，首先得确定事实收养关系是否成立，在这个确认的基础上才能确定起诉人有没有诉讼的主体资格，才能

进而确定能否获得赔偿。当然，由于收养人已经死亡，所以该确认无法构成一个完整的诉讼，故在道交赔偿案件中作为一个前提的基本事实，法院应当予以审理和查明。

这里，推荐一个真实的案例，想必会有一定的帮助。这个案件的主审法官是我们无锡中院的王昌颖法官，审判长是薛崴，具体请看判决说理。以下为裁判文书:

江苏省无锡市中级人民法院
民事判决书

（2011）锡民终字第 0145 号

上诉人（原审原告）：徐某，女。

委托代理人：朱威，江苏永宜律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘某。

委托代理人：吕银良、周震宇，江苏文方律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘梦（曾用名戴梦），女。

委托代理人：吕银良、周震宇，江苏文方律师事务所律师。

上诉人徐某因与被上诉人刘某、刘梦继承纠纷一案，不服无锡市南长区人民法院（2010）南扬民初字第 0208 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2011 年 1 月 10 日受理后，依法组成合议庭审理了本案。现已审理终结。

原审查明：

徐某与戴泉（2002 年 7 月死亡）系夫妻，戴某系徐某与戴泉儿子。刘某与戴某原系夫妻，1996 年 10 月，刘某向无锡市郊区人民法院提起离婚诉讼，（1996）郊中民初字第 543 号民事调解书中载明：刘某与戴某于 1990 年上半年恋爱，同年 7 月 14 日进行结婚登记，1992 年 4 月 12 日生一女戴梦（后改名为刘梦）；双方自愿达成协议刘某与戴某离婚、女儿戴梦由刘某抚养、无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋由戴某租住，刘某住房自理等。后戴某未再婚。2004 年，无锡市南长区民政局颁发锡南收字第 0105001 号收养登记证，该收养登记证上载明：收养人为刘某，被收养人刘梦、性别女、出生于 1992 年 4 月 12 日，收养人将被收养人的姓名改为刘梦。2008 年 12 月，戴某死亡。徐某诉至法院，要求判决：中桥一村 13 号 202 室房屋由其继承，刘某、刘梦立即交还房屋；戴某的丧葬补贴 17900 元及住房公积金 19000 元归徐某所有。

2007 年 8 月，戴某通过房改售房取得无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋的所有权。该房屋目前由刘某、刘梦实际使用。

戴某在无锡市市区职工住房公积金帐户（帐号 040730318）内有余额 18255.90 元。另在戴某生前单位无锡二橡胶股份有限公司存有戴某的丧葬费 5000 元、抚恤金 5000 元、死亡人员个人帐户储存额或余额 7899.90 元。

审理中，刘某陈述:刘某与戴某于 1992 年一起领养刘梦,当时曾就登记收养关系打过申请,由于当时没有办理登记的意识,所以收养关系登记延续至 2004 年与戴某离婚后才办好,另外由于不想让刘梦知道其是被收养的,所以刘某与戴某离婚时将刘梦作为婚生子女处理的。徐某则提出如确认刘梦具有继承权，徐某要求按份共有，不要求实际居住使用该房屋，同时表示不会交纳房屋评估费用。刘梦则认为其享有戴某 50%的继承权，无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋只能作为刘梦基本生活保障，不能作为遗产处理，刘梦也不会支付徐某房屋归并款。此外，戴某的丧事由刘某出资办理。

上述事实，有房屋所有权证、户籍资料、民事调解书、收养登记材料、企业一次性支付单等书证及当事人陈述等证据在卷作证。

原审法院认为：

刘某与戴某在其婚姻关系存续期间即 1992 年共同收养刘梦，依照当时法律并未规定收养关系自登记之日起成立，应认定刘某、戴某与刘梦之间形成收养关系，刘梦系戴某的养女。戴某现已死亡，其第一顺序的继承人为母徐某和养女刘梦。无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋及戴某名下的公积金余额、个人帐户储存余额系戴某个人遗产，应由徐某、刘梦各继承 1/2。另外，因徐某未出资办理戴某之丧事,且未有戴某丧事之实际支出的数额，故对于戴某的丧葬费在本案中不宜处理。抚恤金应由徐某、刘梦各得 1/2。刘某提出徐某不是戴某母亲的辩称意见，与事实不符，不予采信。因徐某与刘梦均不要求归并无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋，且徐某提出其并不会去实际居住上述房屋，故对于该房屋以确定份额的方式处理。刘梦提出无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋只能作为刘梦基本生活保障，不能作为遗产处理的意见，无依据不予采纳。依照《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第十条、第十三条第一款、第二十九条之规定，原审判决：一、无锡市中桥一村 13 号 202 室房屋由徐某、刘梦各按 50%按份共有。二、戴某在无锡市市区职工住房公积金帐户（帐号 040730318）内余额 18255.90 元由徐某、刘梦各得 9127.95 元。三、戴某在无锡二橡胶股份有限公司个人帐户储存余额 7899.90 元由徐某、刘梦各得 3949.95 元。四、戴某在无锡二橡胶股份有限公司的抚恤金 5000 元由徐某、刘梦各得 2500 元。五、驳回徐某的其它诉讼请求。本案诉讼费 2700 元，由徐某、刘梦各半负担。

徐某不服原审判决，向本院提起上诉称：戴某与刘某在婚姻关系存续期间收养刘梦未按照收养法规定办理登记

手续，因此刘梦与戴某之间未建立收养关系，刘梦不是戴某的养女，无权继承戴某的遗产。原审法院未严格按照收养法的规定认定收养关系，判决错误，请求二审法院依法改判。

被上诉人刘某、刘梦辩称：原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

双方当事人对原审查明的事实均无异议，本院予以确认。

根据双方的诉辩意见，本案的争议焦点为：刘梦与戴某之间的收养关系是否存在？

本院认为：

刘某与戴某在婚姻关系存续期间共同领养了刘梦，应当认定戴某与刘梦之间形成事实上的收养关系。

首先，被继承人戴某存在事实上的收养行为。戴某、刘某于 1992 年就向有关部门提出了收养子女的申请，并且实际领养了刘梦，至 1996 年戴某与刘某离婚时，双方仍将刘梦作为婚生女儿对待，故双方存在事实上的收养行为。

其次，戴某的收养行为符合收养的实质要件。为解决事实收养问题，江苏省民政厅等七部门于 2006 年 8 月 22 日发布了《关于解决我省公民事实收养问题的意见》；2008 年 9 月 5 日，民政部、公安部等五部门联合下发了《关于解决国内公民私自收养子女有关问题的通知》。从上述政策规定的精神可以看出，欠缺形式要件的收养行为并不当然无效。本案中，戴某虽未按照收养法的规定办理收养登记，但其收养行为符合收养法的实质条件，在戴某、刘某婚姻关系存续期间，收养人与被收养人一直以父母子女相称，共同生活多年，双方的收养关系应予确认。

再次，承认收养关系符合收养法的立法目的。收养法之所以对收养关系的成立规定了严格的实质要件和形式要件，其重要目的之一正是保护被收养人的利益。原审法院根据本案实际，确认戴某与刘梦之间存在收养关系，有利于维护社会生活秩序的稳定，符合我国的善良风俗，不违背立法目的。徐某的上诉理由，与事实不符，本院不予采信。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 2700 元，由上诉人徐某负担。

本判决为终审判决。

本案合议庭

二〇一一年二月二十四日

配偶死亡一方对共同财产中属于自己部分赠与享有撤销权——赵凤香诉董庆洪等遗赠纠纷案

2016-08-16　法律家

【关 键 词】民事　遗嘱继承　赠与合同　所有权　赠与权利　财产转移　死亡　夫妻共同财产　受赠与人　撤销权

【学科课程】合同法学

【知 识 点】赠与合同 撤销权 所有权

【教学目标】明确赠与合同标的物的特征，掌握赠与合同成立的条件。

【裁判机关】辽宁省本溪市溪湖区人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★☆☆☆☆ 被中国法制出版社《中国法院 2012 年度案例：婚姻家庭与继承纠纷》收录

【案例信息】

【案　由】遗嘱继承纠纷

【案　　号】 (2010)溪民初字第 00740 号

【原　　告】 赵凤香

【被　　告】 董庆勇 董庆智 董庆隆 董桂香 董桂芝 董桂英 董庆洪

【争议焦点】

夫妻双方将部分个人所有的财产通过签订协议的方式约定所有权归属他人，应认定为生效的赠与合同。上述赠与权利尚未完成转移的情况下，夫妻一方死亡，另一方是否可以就夫妻共同财产中自己享有所有权的部分向受赠与人行使撤销权。

【裁判结果】

一审法院判决：位于本溪市溪湖区彩屯华阳的双室楼房归董庆洪所有；董庆洪给付赵凤香房屋分割款 44 075 元；一次性抚恤金 17 127 元归赵凤香所有；丧葬费 4 521 元的 50%即 2 260.5 元归原告赵凤香所有，另 50%即 2 260.5 元，董庆勇、董庆智、董庆隆、董桂香、董桂芝、董桂英、董庆洪各得七分之一即 322.93 元。

宣判后，双方当事人均未提起上诉。判决已经发生法律效力。

【裁判要旨】

夫妻双方将部分个人所有的财产通过签订协议的方式约定所有权归属他人，符合赠与合同的构成要件，应当认定为生效赠与合同。上述赠与权利尚未完成转移的情况下，夫妻一方死亡，另一方有权就夫妻共同财产中自己享有所有权的部分向受赠与人行使撤销权。

【法理评析】

根据《中华人民共和国继承法》的相关规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。本案中，位于本溪市溪湖区的被拆迁房屋虽系董吉水婚前个人公产房屋，但双方于婚后共同购买私产属于夫妻共同财产，双方就房屋拆迁时增加部分面积差价共同承担，故该增加部分亦为夫妻共同财产，并在董吉水去世时依据前述规定分割。

赵凤香、董吉水与董庆洪就产权调换安置增加部分面积权属作出归属董庆洪的约定，符合三方真实意思表示，且内容并未违反法律法规的强制性规定，协议合法有效。该协议中赵凤香、董吉水对自己财产进行处分的行为符合赠与合同的要件，应当视为赠与。根据我国相关法律关于赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与的规定，鉴于上述房产至今未办理过户手续，故赵凤香对该赠与享有撤销权。由于董吉水已经去世，故赵凤香只能就其与董吉水共同财产中属于自己的部分享有撤销权。

【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。

《中华人民共和国继承法》第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

（一）公民的收入；

（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；

（三）公民的林木、牲畜和家禽；

（四）公民的文物、图书资料；

（五）法律允许公民所有的生产资料；

（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；

（七）公民的其他合法财产。

第二十六条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

《中华人民共和国物权法》第九条第一款 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

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)》第十九条 由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。

最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国民事诉讼法＞若干问题的意见》第一百五十六条 在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条 法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

【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. 简述赠与合同的生效要件。

2. 论述赠与合同终止的事由。

【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：赵凤香。

被告：董庆勇、董庆智、董庆隆、董桂香、董桂芝、董桂英、董庆洪。

辽宁省本溪市溪湖区人民法院经审理查明：七位被告系被继承人董吉水之子女。原告赵凤香与被继承人董吉水于 1990 年 9 月 17 日登记结婚，双方均系再婚，婚后二人居住于本溪市工业学校所有的位于本溪市溪湖区的房屋（建筑面积 26.40 平方米，系公产房屋）。2003 年 2 月 27 日，本溪市工业学校与被继承人董吉水签订（董桂香代签）出售公有住宅协议书，将上述房产以 3 847 元价格出售给被继承人董吉水并将产权登记在被继承人董吉水名下。2007 年，该房所在地进行棚户区改造，本溪市棚户区改造领导小组办公室安置被继承人董吉水一户华阳双室楼房，差价款为 25 230 元，已由原告和被继承人董吉水交纳。2007 年 2 月 4 日，被继承人董吉水立有代书遗嘱一份，将拆迁

后面积增加至 60 平方米的房屋属其本人的份额由董庆洪及董庆洪妻子庄岩继承，其他亲属及子女不得争执。后原告和被继承人董吉水将双室楼房改为单室，得到退款 13 090 元。被告董庆洪得知后欲将单室改回双室，并由其补交增室款 13 090 元，在征求原告及被继承人董吉水同意后于 2008 年 1 月 9 日三方签仃协议，内容为："一、拆迁费用由董庆洪（丙方）承担；二、楼房双室让甲方（被继承人董吉水）乙方（原告赵凤香）居住直至寿终；三、甲方寿终后，双室楼房的产权归董庆洪所有。"该协议由被告董庆洪代笔。当日，被继承人董吉水（乙方）与本溪市棚户区改造领导小组办公室（甲方）签仃城市住宅房屋协议拆迁产权调换协议书，约定乙方将其所有的位于本溪市溪湖区的房屋（建筑面积 26.40 平方米）交由甲方拆除，甲方以彩屯华阳地区 ii 户型建筑面积 60 平方米住宅用期房与乙方进行产权调换，乙方需向甲方交纳结构增室面积差价款 9 130 元（550 元 x 16. 60 平方米）、人口增室面积差价款 11 900 元（700 元 x17 平方米）、区位差价款 4 200 元（70 元 x 60 平方米），共计 25 230 元。次日，董庆洪交纳增室款 13 090 元。2008 年 2 月，分配产权调换房屋，此房位于本溪市溪湖区彩屯华阳 e8 号楼（建筑面积 66.04 平方米），目前尚未入住。

被继承人董吉水于 2009 年 5 月 17 日去世，原告为被继承人董吉水抢救及殡葬事宜支出 12 000 元，七被告为此支出 5 000 余元。经本溪市机电工程学校核算，被继承人董吉水去世后，抚恤金为 17 127 元、丧葬费为 4 521 元。因被继承人董吉水遗产及抚恤金、丧葬费分配问题，原、被告协商不成，故原告诉至本院，请求依法分割被继承人董吉水名下位于本溪市溪湖区彩屯华阳的双室楼房，并要求抚恤金和丧葬费归原告所有。本案在审理过程中，原告表示撤消其与被告董庆洪及被继承人董吉水于 2008 年 1 月 9 日签订的三方协议。

辽宁省本溪市溪湖区人民法院经审理认为：本案中，位于本溪市溪湖区的被拆迁房屋（建筑面积 26.40 平方米），虽然是被继承人董吉水婚前个人公产房屋，但原告与被继承人婚后共同购买私产，属夫妻共同财产。在拆迁时，因符合结构增室条件增加至面积 43 平方米，增加的 16.60 平方米面积差价款 9 130 元及 43 平方米区位差价款 3 010 元，共计 12 140 元由原告与被继承人董吉水共同支付，故该 43 平方米应为原告与被继承人夫妻共同财产。产权调换安置的 66.04 平方米房屋所增加的 23.04 平方米，因系被告董庆洪户口符合人口增室条件，且由被告董庆洪补交单室改双室面积差价款 13 090 元，故该增加的 23.04 平方米面积属被告董庆洪所有。原告、被继承人董吉水与被告董庆洪于 2008 年 1 月 9 日签订的协议属三方当事人真实意思表示，又不违反相关法律规定，应为有效协议。该协议中原告及被继承人对自己财产的处分，符合赠与的相关要件，应视为赠与。又因诉争房产至今未办理过户手续，原告对该赠与在未办理过户前享有撤销权，原告在法庭辩论终结前申请撤销赠与，该请求符合法律规定，应予以准许。但原告只有权撤销其与被继承人董吉水共同财产中属于自己的部分，即 43 平方米面积的 50%即 21.5 平方米，被继承人董吉水的 50%即 21.5 平方米面积份额应按协议归被告董庆洪所有。故原告拥有争议房产 21.5 平方米面积份额，被告董庆洪拥有争议房产 44.54 平方米面积份额。关于原告提出抚恤金 17 127 元归其所有的主张，因原告系被继承人生前供养的直系亲属，故对此请求，应予以支持。原告于庭审后表示只要求得到丧葬费 4 521 元的一半即 2 260.5 元，另一半可以给七位被告，鉴于原告在被继承人董吉水丧葬事宜中支出费用高于七名被告支出总额，故对原告放弃部分权利只要求得到丧葬费总额一半的请求，应予以支持。

辽宁省本溪市溪湖区人民法院依照《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释(二)》第十九条、《中华人民共和国合同法》第一百八十六条、《中华人民共和国继承法》第三条、第二十六条、《中华人民共和国物权法》第九条第一款、《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国民事诉讼法＞若干问题的意见》第一百五十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条之规定，作出如下判决：

1．位于本溪市溪湖区彩屯华阳的双室楼房归被告董庆洪所有；

2．被告董庆洪给付原告赵凤香房屋分割款 44 075 元（2 050 元 x 21.50 平方米），于本判决生效之日起十日内给付；

3．一次性抚恤金 17 127 元归原告赵凤香所有；

4．丧葬费 4 521 元的 50%即 2 260.5 元归原告赵凤香所有，另 50%即 2 260.5 元，被告董庆勇、董庆智、董庆隆、董桂香、董桂芝、董桂英、董庆洪各得七分之一即 322.93 元。

母亲的九份遗嘱

2016-08-18 经济与法

2016 年 7 月 6 日，北京市昌平区人民法院开庭审理了一起三姐弟之间的纠纷。不同寻常的是，三姐弟在法庭上见面时，非但没有争吵，反而相互间非常关切，不停地问候着，让人分不清楚谁是原告、谁是被告！

开庭后，58 岁的臧先生坐上了原告席，68 岁的大姐和 64 岁的二姐坐在了被告席上。在法庭上的这次相聚，是他们姐弟三人 20 年来第一次齐聚一堂。究竟是什么原因让 20 年不相聚的亲姐弟对簿公堂呢？

臧先生说，2016 年 3 月，母亲去世了。臧先生曾找到二姐，提出分配母亲遗产的问题。臧先生说，母亲赵女士生前在北京市西城区冰窖口有一套两居室的房子，2014 年 7 月，母亲将这套房子出售，获得现金 320 万元，母亲将一半也就是 160 万元平均分给了三个子女，剩下的自己留着养老用。一年多后母亲去世，还剩下将近 150 万。臧先生想要平分遗产，但这个要求却遭到了二姐的拒绝，原因是母亲生前有遗嘱，所有遗产都归二姐所有，并且臧家大

姐也同意这个安排。

臧先生认为，作为母亲的儿子，自己是理所当然的法定继承人之一。于是臧先生就拿着二姐给的这三份遗嘱，去请教了律师，结果律师说这三份遗嘱因为格式原因无效。

臧先生认为母亲的遗嘱无效，两位姐姐认为须按母亲的遗嘱处理财产，分歧由此产生。2016 年 5 月 9 日，臧先生把两位亲姐姐起诉到法院，要求平分母亲去世后的遗产。可是到了法庭，让臧先生意外的事情发生了。母亲的遗嘱根本不止这三份，而是九份。

姐姐出示的另外六份遗嘱也都是手书遗嘱，这 6 份遗嘱中最早的一份是写于 2013 年 3 月 3 日，大概意思是将自己财物的五分之四给二女儿，五分之一给大女儿，儿子没有继承权。最晚的一份写于 2016 年 1 月 17 日，在一张病例纸上写着“我所有的钱和物由二女儿继承。”

臧先生的母亲就在两年前，曾经把卖房子的钱，拿出了一半儿，平均分给了三个子女，这说明母亲在处理财产上，是一碗水端平的啊，可为什么后来又接连写了这么多份遗嘱，说要把财产留给二女儿呢？

臧家姐妹说，在弟弟臧先生结婚以前，一家人感情很好，姐弟三人也经常相聚。

弟弟是 1983 年结的婚，第二年，家里的矛盾就起来了。最初的起因，是母亲单位分的房子。1984 年，臧家母亲所在的单位分房，由于臧家父母同在一个单位，家里又是三代同堂一起居住，所以单位照顾，可以选择一套三居室的大房子，或者选择一套两居室的小房子，再解决一套一居室的平房。臧家母亲为了照顾已经结婚的二女儿，舍弃了三居室，而选择了两套小房子。

臧家父母和小儿子臧先生夫妻俩住在另外一套两居室里。两个姐姐说，母亲的这个选择让臧先生媳妇儿家很不满意，臧先生有了孩子后，两辈的矛盾积攒得越来越多。臧先生夫妻和父母住了几年之后，就搬到了对面的楼里单独居住，但是双方的矛盾并没有就此减弱，而是升级了。臧家姐妹说，因为母亲与弟妹的关系越来越差，后来就到了互相不理睬的地步。

臧家姐妹说，因为看不惯弟弟在处理母亲与弟妹矛盾上的态度，所以也开始怨恨弟弟臧先生，以至于姐弟三人二十年来没相聚过。在臧先生搬出去之后没几年，藏家父亲就去世了。母亲年纪越来越大，一直一个人住也不是事儿，而臧家的大姐呢，由于丈夫多年半身不遂，自己年纪也大了，并没有在母亲身边进行照顾。

2012 年，当时已经 82 岁的老母亲跟随臧先生的二姐生活，没过多久，因为臧先生的二姐视力下降的厉害，二姐夫又半身不遂，母亲就住进了养老院，直至 2016 年 3 月份去世。那么，现在老人不在了，二姐拿出了九份母亲的手书遗嘱，声称母亲留下的 150 万元财产都归自己，并且大姐也站在了二姐一边儿。弟弟臧先生最终能不能如愿分得母亲的遗产呢？

2016 年 7 月 6 日和 2016 年 7 月 29 日，北京市昌平区人民法院公开审理了此案。臧先生说，母亲赵女士生前将出售房子钱的一半也就是 160 万元平均分给了三个子女，臧先生认为，这就代表了母亲对遗产的分配意见，剩下的遗产分配也应该按照这个平分原则。但是两位姐姐却一致认为，臧先生并没有继承权。

臧家大姐说，相比弟弟一家的不管不顾，妹妹对母亲的照顾很用心，为了照顾母亲，妹妹特地从自己的家里搬到了母亲住的养老院。

听到两个姐姐讲出这番话，臧先生感觉自己很委屈。他认为，两位姐姐不仅夸大了自己和母亲的矛盾，也夸大了二姐对于母亲的照顾。他说自己在母亲住院期间，曾经去看过两三次，不是完全对母亲不管不顾。

姐弟三个刚刚在法庭上见面时，还满是关心问候，可一说到涉及是否照顾赡养老人这些具体的细节时，对话中便有些火药味了。那么，是否赡养老人，对于遗产继承会有什么影响呢？不赡养老人或者说对老人所尽赡养义务比较少的，从道德上应加以谴责，但从法律上来讲，一般在没有证据证明其曾伤害过老人的情况下，这样的子女还是具有继承权的。只是，在分配遗产时对老人尽了主要的赡养义务的子女，可以要求适当多分遗产。对于弟弟臧先生，究竟有没有尽到应尽的赡养义务？现在老母亲不在了，光凭双方的相互指责、辩解，也很难还原真相。现在两位姐姐手里拿着母亲手书的九份遗嘱说事儿，弟弟臧先生跟母亲留下的 150 万元财产无关。因为，这 150 万元，是母亲可以自主支配的个人财产。

臧家姐妹说，父亲 1996 年就去世了，当时除了父母住的那座两居室的房子，也没什么财产。后来母亲曾去咨询过律师，律师当时就告诉臧家的老母亲，房产属于臧家父母所共有，从法律上来讲，臧家的这套房子，臧先生的母亲和臧家姐弟三人都有继承权。所以臧先生的母亲才把房子卖了，所得款项其中的一半 160 万元，也就是臧先生父亲的那部分，平均分给了三个子女，至于自己的那一半，臧家母亲除了养老之外，剩下的就以遗嘱形式留给了二女儿。

臧家姐妹认为，老母亲生前把夫妻共有的一半财产平分给了三姐弟是不得已，因为这在法律上是法定继承权。但母亲去世前留下了遗嘱，处置属于自己的另一半财产，这是合理合法的。而且，从法律意义上讲，遗嘱继承是优先于法定继承的，所以母亲留下的财产就该归二姐了。那么，法律真是这样规定的吗？法律的确规定遗嘱继承优先于法定继承，但是有一个前提条件，那就是遗嘱的真实有效。在母亲刚去世时，臧先生拿着二姐给他的三份母亲的遗嘱去找了律师，他的律师认为都无效，可是在法庭上臧家二姐又拿出了几份新的遗嘱。那法律上该如何认定老母

亲这九份遗嘱呢？

对于臧家二姐拿出的，并且大姐也认可的这九份遗嘱，臧先生在庭审现场对它们的真实性提出质疑。臧先生说，他的母亲文化程度不高，根本不会写这么多字，所以这些遗嘱一定是旁边有人指导她写的，有可能根本不是母亲的真实意愿。

但是，对于遗嘱是不是母亲自己写的，臧家大姐说，母亲写遗嘱的事情她是知道的，在这期间，母亲有不会写的字，还会打电话问她。其实，不仅仅臧家大姐知道母亲写遗嘱的事情，臧家的二姐和臧先生也都知道。臧先生还跟母亲说过，你要想写遗嘱，就去公证处公证去。

臧先生提到的公证遗嘱是我国法律上效力最高的。遗嘱可以分为公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱的形式。按照我国《继承法》第三章第十七条的规定，公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。那臧家母亲生前立下九份遗嘱为什么都没有进行公证呢？

臧家大姐现在想起来，觉得是因为母亲疼爱自己的小儿子臧先生，所以没有下决心去公证这份遗嘱，但是直到母亲去世，弟弟一家和母亲的关系也没有机会缓解，所以遗嘱也就没有更改。

在一审法庭上，臧先生始终认为母亲的遗嘱是在有人操控的情况下写的，那么老人生前的精神状态到底如何？对此臧家二姐找来了几位养老院的证人出庭作证。作证的三位证人都证明，臧母生前思路清晰，头脑不糊涂。

俗话说清官难断家务事，臧家老太太已经不在了，当年到底发生了什么，到底跟儿子儿媳有什么恩怨，已经很难判断。但是，奇怪的是，就算老太太对于遗产有自己的想法，那么同样的内容，至于要写那么多份遗嘱吗？

这九份遗嘱是从 2011 年到 2016 年，臧家母亲在生前陆续写下的，对于母亲为何留有这么多的遗嘱，臧家姐弟三人各自有各自的揣测，但是也都再也无法得到证实了。那么，对于这起案件，法院最终会如何裁判呢？

2016 年 8 月 3 日，北京市昌平区人民法院就此案作出一审判决，结果如下，法院认为上述遗嘱是臧家母亲的真实意思。应该按照遗嘱，由臧家二姐继承。

虽然法官确认了母亲的遗嘱有效，支持了两姐妹，但案件宣判后，臧家大姐一点也高兴不起来。她说，赢了官司，却伤了亲情。不管以前有什么矛盾，毕竟是一家人。

整个案件采访下来，给我们感触最深的就是，相比很多家庭纠纷案件中的当事人，臧家三姐弟算是入情入理之人。从三姐弟的讲述中，我们也能感觉到臧家母亲生前也是做事谨慎、通晓情理的老人，可是到最后仍然免不了在遗产处理上留下纷争。我们也相信，三姐弟中的弟弟臧先生，打官司绝不仅仅是为了钱，诉争法庭的背后，一定还在争一份情感，要一份承认。因为在大多人的观念中，老人把财产留给了谁，就是对这个子女最大的认可。所以，对于电视机前的老年观众朋友，当您决定留遗嘱处置财产的时候，在考虑未来生活安排的前提下，也要想一想这遗嘱背后的另一重意义。

法定继承人之间签定的财产分割内部协议具有法律效力

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-08-27 指导性案例审判规则

【审判规则】

继承开始后，法定继承人针对被继承人的遗产自愿达成的，部分法定继承人放弃继承被继承人的房屋产权，而其他法定继承人给付一定金额的现金作为补偿的协议，系法定继承人之间达成的财产分割内部协议，未违反法律的禁止性规定，对所有法定继承人均具有法律效力。协议签订后，部分法定继承人将其应继承的份额赠与其他法定继承人的，履行了协议中放弃继承房产的义务，其他法定继承人亦应履行协议中约定的现金给付义务。

【关键词】

民事　法定继承　法定继承人　遗产　自愿达成　放弃继承　房屋产权　财产分割内部协议　禁止性规定　法律效力　份额　现金给付

【基本案情】

杨秀琴与杨明、 杨杰系姐弟关系。2008 年，杨秀琴与杨明、 杨杰的父亲杨维元去世，留有涉案房屋（位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332）两处。2009 年，杨秀琴、杨明、杨杰与继母艾秀芹因继承遗产纠纷诉至法院并达成调解，调解书载明：杨秀琴与杨杰同意将自己继承的份额赠与杨明，即两处涉案房屋均归杨明所有；同时，杨明向继母艾秀芹支付房屋折价款五万元整。2010 年 8 月，两处涉案房屋动迁，杨明将其中的一处涉案房屋赠与杨杰。同月 28 日，杨秀琴与杨明、 杨杰签订协议书载明，为了更好的解决杨维元遗产问题，杨秀琴自愿放弃两处涉案房屋继承权，并配合杨明、杨杰办理相关手续。同时，杨明、杨杰共同给付杨秀琴人民币十万元整，且两个月内付清此款，逾期未付，加付利息。上述协议书签订后，杨明、杨杰取得了两处涉案房屋的所有权，但却未按照协议书的约定给付杨秀琴人民币十万元。

为此，杨秀琴以杨明、杨杰未按照协议书的约定，在约定日期即 2010 年 10 月 28 日之前给付其放弃涉案房屋继承权的折价补偿款为由，提起诉讼，请求判令杨明、杨杰支付欠款人民币十万元，并支付自 2010 年 10 月 28 日起至判决之日止的逾期利息。

杨明、杨杰辩称：涉案房屋已在2009年判归杨明所有，本方与杨秀琴在2010年签订的协议书已无存在意义；且该协议书系因继承父亲遗产需要办理相关手续，为了明确继承人而签订的，并不存在真实的放弃继承及折价补偿的事实，故本方无义务给付杨秀琴十万元的房屋折价款。

【争议焦点】

法定继承人针对被继承人的遗产自愿达成内部协议，约定部分法定继承人放弃继承被继承人的房屋产权，给付其他法定继承人一定金额作为补偿，此种情况下，该内部协议是否具有法律效力，对于被继承人的遗产可否按照该内部协议进行分割。

【审判结果】

一审法院判决：被告杨明、杨杰共同给付原告杨秀琴十万元人民币；被告杨明、杨杰共同给付原告杨秀琴从2010年10月29日起至本判决生效之日止的银行同期存款利息；驳回原告杨秀、被告杨明、杨杰的其他诉讼请求；

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

中华人民共和国继承法》第十五条规定：“继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。”根据该规定，法定继承人之间本着真实意思表示达成的协议，具有法律效力，双方具有积极履行协议规定内容的义务。法定继承人之间达成的部分继承人自愿放弃被继承人的遗产，而其他继承人给付一定金额现金作为补偿的协议，属于法定继承人之间以房屋折价款的形式进行继承，即该协议系法定继承人之间达成的财产分割内部协议，未违反法律的禁止性规定，对法定继承人均具有法律效力。部分法定继承人履行了协议规定的内容，其他法定继承人应进行相应的对待给付。

继承开始后，被继承人的子女针对被继承人的遗产自愿达成的协议，属于财产分割内部协议，对各个子女均具有法律效力。其中，该内部协议约定，部分子女放弃继承被继承人的房产，房产归其他子女所有，而作为条件其他子女应给付一定金额的现金作为补偿的，属于法定继承人之间以房屋折价款的形式进行继承。此后，放弃继承遗产的部分子女已将其继承的份额赠与其他子女的，履行了协议书中“放弃继承房产”的主义务，作为对价，其他子女应履行协议中的相应金钱给付义务。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

《中华人民共和国继承法》第十五条 继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

《中华人民共和国合同法》第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

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

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

【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日施行。本案例适用的第六十四条第一款、第二百二十九条内容没有变更。

【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

杨秀琴诉杨明、杨杰法定继承纠纷案

【案例信息】

【中　法　码】继承法·遗产的处理·遗产分割·分割效力 (T0602033)

【案　　号】(2011)皇民一初字第1067号

【案　　由】 法定继承纠纷

【判决日期】 2011 年 09 月 13 日
【权威公布】 被国家法官学院《中国审判案例要览》(2012 年民事审判案例卷)收录
【检　索　码】 C0702+25++LNSYHG0311C
【审理法院】 辽宁省沈阳市皇姑区人民法院
【审级程序】 第一审程序
【审理法官】 年芳芳 宁妍 王嘉
【原　　告】 杨秀琴
【被　　告】 杨明 杨杰
【原告代理人】 陆毅 （辽宁丰华律师事务所）

【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：杨秀琴，女。
委托代理人：陆毅，系辽宁丰华律师事务所律师。
委托代理人：王卓莹，女。
被告：杨明，男。
被告：杨杰，男。

原告杨秀琴诉被告杨明、杨杰继承纠纷一案，本院于 2011 年 7 月 18 日受理后，依法由本院审判员年芳芳担任审判长，与代理审判员宁妍（主审）、代理审判员王嘉组成合议庭，分别于 2011 年 8 月 26 日、2011 年 9 月 7 日公开开庭进行了审理，原告杨秀琴及其委托代理人王卓莹、被告杨明、被告杨杰均到庭参加了诉讼，本案现已审理终结。

原告杨秀琴诉称，2010 年 8 月 28 日，原被告三方就其父亲杨维元遗产问题达成协议，原告放弃继承其父亲位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 3-3-1 和 3-3-2 的两套房产并配合二被告办理相关房产更名手续，二被告同意于协议达成后两个月内支付给原告人民币壹拾万元。此后，原告按协议约定，协助被告办理完了一切更名和过户手续，但 2010 年 10 月 28 日此款到期后二被告拒绝支付，后原告多次索要未果。故原告请求：1、判令二被告支付原告欠款壹拾万元整；2、支付 2010 年 10 月 28 日至判决之日的逾期付款利息；3、本案诉讼费由二被告承担。

被告杨明辩称，2010 年 8 月 28 日所签协议是由于航院动迁，涉及已去世父亲遗产，需先办理相关继承手续，明确继承人。因而三方签订协议，原告放弃财产继承权，并协助办理相关手续，作为补偿杨明、杨杰在两个月内付给原告人民币 10 万元。但事实上，该遗产早在 2009 年 6 月 5 日，由皇姑区人民法院以(2009)皇民一初字第 422 号调解书判归杨明所有。该协议所提“为更好解决杨维元遗产问题”已无意义，协议订立的理由已不存在。随后所提原告放弃遗产和配合办理相关手续也均不存在，因而该协议失去存在意义，杨明、杨杰也不存在给付原告 10 万元的义务。

被告杨杰辩称，同意被告杨明的意见。

经审理查明：原告与二被告系姐弟关系，原、被告的父亲杨维元于 2008 年 1 月 30 日去世，留有位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 两处房屋。

另查，2009 年原告杨秀琴、被告杨明、杨杰与继母艾秀芹因继承遗产问题发生纠纷诉至法院，后在法院主持下达成调解。调解笔录上记载本案原告杨秀琴与被告杨杰同意将自己继承的份额赠与被告杨明，调解书中记载“位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 房屋归原告杨明所有”。

再查，2010 年 8 月，位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 房屋动迁时，被告杨明将沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331 房屋产权赠与被告杨杰。2010 年 8 月 28 日，原告与二被告签订协议书，内容为“为了更好的解决杨维元遗产问题，杨秀琴、杨明、杨杰自愿达成以下协议：杨明、杨杰共付给杨秀琴人民币拾万元整（100000），为此，杨秀琴承诺放弃杨维元航院房产（皇姑区黄河北大街 56-12-331、332）继承权，并配合杨明、杨杰办理相关手续。杨明、杨杰承诺两个月内付清此款，逾期未付，加付利息。该协议一式三份，三人各一份，具有同等法律效力。”达成协议后，二被告未按期向原告支付 100000 元，故原告诉至法院。

以上事实，有双方当事人陈述、协议书、(2009)皇民一初字第 422 号民事调解书、调解笔录等证据在卷佐证，经本庭质证后予以确认。

本院认为：关于原告与二被告于 2010 年 8 月 28 日所达成协议的性质的问题。其一，从该协议的文义内容上分析，系原告放弃被继承人杨维元位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 房产的所有权，二被告为此共同给付原告房屋折价款 100000 元。结合二被告在庭审上的自述，即二被告各自取得沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 房产所有权的事实，从公平诚信原则分析，应当认定原告系以现金形式继承被继承人杨维元位于沈阳市皇姑区黄河北大街 56-12 号 331、332 房产，即以房屋折价款的形式进行继承。

其二，该协议产生系在2009年原告、二被告与继母继承诉讼调解书的基础之上，即“将位于沈阳市皇姑区黄河北大街56-12号331、332两处房屋归杨明所有”，该分配行为系原告与二被告相对于继母的外部权利分割，由被告杨明作为代表先行继承。2010年8月28日，原告与二被告所签订的协议系作为被继承人子女之间的财产分割内部协议。但在签订协议后，二被告取得了该两处房屋的所有权，原告实际已经将其应继承的份额赠与二被告，即原告已经履行了协议书中“放弃继承房产”的主义务，虽然，现客观事实上不需要履行相关手续，致使原告未能实际履行“办理相关手续”的从义务，但不能免除二被告共同支付原告100000元的义务。

关于原告与二被告于2010年8月28日所达成协议的效力问题。庭审中，虽然，被告杨明、杨杰主张系在急于办理动迁手续的情况下，被迫与原告签订该协议，并非其真实意思表示。但二被告并未提供证据予以证明，本院不予采信。因此，对于二被告的主张本院不予支持，原、被告达成的协议应为当事人的真实意思表示，具有法律效力，二被告应当按照协议书的内容履行给付义务。

关于二被告提出依据(2009)皇民一初字第422号民事调解书，位于沈阳市皇姑区黄河北大街56-12号331、332的两处房屋已归被告杨明所有的主张。在2009年本案原告和二被告起诉继母艾秀芹的诉讼中，根据相关调解笔录记载，原告杨秀琴和被告杨杰均将各自应继承份额赠与被告杨明，调解结果为由杨明一人继承两处房屋并向继母艾秀芹支付房屋折价款50000元。但2009年调解诉讼，是以本案原、被告为被继承人子女方，相对于继母艾秀芹作为被继承人配偶的另一方。其实质，系本案原、被告作为一个整体与继母的外部诉讼，结合实际履行情况，系由被告杨明、杨杰共同给付继母艾秀芹50000元，及在动迁时被告杨明将位于沈阳市皇姑区黄河北大街56-12号331房屋赠与被告杨杰的事实。应当认定2009年的继承诉讼中原告杨秀琴和被告杨杰将各自应继承的份额赠与被告杨明是将被告杨明作为继承人的代表，被告杨明以表象权利人的身份继承该两处房屋后，分别做出了将其中一处房屋给付被告杨杰及与被告杨杰共同给付原告100000元的内部另行分配行为。因此，对于二被告的该主张不予支持。

关于原告要求二被告支付逾期付款利息的问题。原告与二被告签订的协议书中有逾期未付款加付利息的约定。根据我国法律规定，当事人一方不履行合同义务，应当承担继续履行、赔偿损失等违约责任。本案原、被告所签订协议书中的加付利息约定是对于二被告逾期未支付钱款的责任约定，未违反法律的规定，应认定该约定有效。原告与二被告对于逾期加付利息的利率未进行约定，根据公平原则并结合原告的损失情况，应当以银行同期存款利率予以计算。因此，二被告应当向原告支付从履行期限届满之次日即2010年10月29日至本判决生效之日止的利息，利率按照银行同期存款利率计算。

综上所述，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，《中华人民共和国民法通则》第五条，《中华人民共和国继承法》第十五条，《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定判决如下：

一、被告杨明、杨杰共同给付原告杨秀琴100000元；

二、被告杨明、杨杰共同给付原告杨秀琴从2010年10月29日起至本判决生效之日止的银行同期存款利息；（上述款项在本判决生效后十日内全部履行）

上述款项如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付延迟履行期间的债务利息。

三、驳回原、被告其他诉讼请求；

本案受理费2300元，由被告杨明承担1150元、被告杨杰承担1150元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于辽宁省沈阳市中级人民法院。

老父拿打印遗嘱与女争产败诉！法官提醒：遗嘱最好不要打印！

2016-08-26　信息时报　广州市中级法院

打印遗嘱上签字又按指印，还是会无效？

近日，广州一对父女因一份打印遗嘱闹上法庭，独生女梁小姐不相信母亲会剥夺她全部继承权，而父亲另结新欢准备二婚，她担心母亲遗产将被别人占有。

广州中院法官针对打印遗嘱的效力接受了采访，并提醒打印出来的遗嘱存在巨大的争议，呼吁市民立遗嘱应尽可能都亲笔书写。

父女闹翻　老父拿出打印遗嘱

2013年5月3日，广州的梁小姐母亲因病去世。两年后，63岁的父亲梁老伯准备“二婚”时，拿出了一份梁老太生前的打印《遗嘱》，说是与妻子约定“一方先去世，两套房产及双方储蓄资金全部归在世的另一方所有，由生存方按子女尽担养义务的实际情况，全权处置，任何人不得干涉”，相当于剥夺了独生女儿梁小姐的继承权。

梁小姐不相信母亲会这样做，而且老父亲另结新欢，按照这份遗嘱，她母亲的遗产将有可能尽数落入另外一个女人的手上。梁小姐认为，父亲拿出的这份遗嘱是假的，于是告上了越秀区法院。

梁老伯向法庭出示了这份《遗嘱》解释说，该遗嘱是妻子去世前在电脑上打字并打印出来，双方签名各自盖上指模。

因女儿一直在外居住故没有见过该遗嘱，他也从未向女儿提起过有该遗嘱。

女儿称　母亲从未提过遗嘱

但梁小姐提出，这份遗嘱的落款日期是 2013 年 4 月 8 日，母亲在同月 13 日至 17 日因病住院，出院两天后又入院，次月就去世了。她认为，母亲在患病的情况下，不可能写这样的一份遗嘱。

梁老伯则说，妻子立遗嘱时神智清醒，当天夫妻二人在家里电脑中打印上述遗嘱并签名确认，妻子打字比较好，故遗嘱由她打出。

梁老伯还说，在 2014 年春节初三上午在海珠区万豪大酒店喝早茶时，他曾对妻子的大哥夫妇、二哥夫妇、小弟夫妇出示过该遗嘱的复印件，大弟夫妇在外旅游未参加此次聚会，事后曾电话告知过他遗嘱的事情。庭审中，梁老伯还提供了大弟的书面证言一份，并解释大弟因身体不好不能到庭。

对此，梁小姐表示，她也向舅舅核实过 2014 年聚会喝茶的情况，梁小姐说舅舅的说法是，“谈到父亲打算组建新的婚姻及母亲遗产问题时，我父亲提到遗嘱一事，也拿出了一张纸说是遗嘱，但大舅及小舅母均未看过，对遗嘱内容均不知情；也无法确认那张纸是不是遗嘱；更无法确认是否我妈的遗嘱及签名。”

梁小姐还向法庭陈述，由于此前她不顾父亲反对与一名男子交往，导致父女关系破裂，她因此也搬离了父母家在另一套房居住，母亲出院后还曾与她一同住过一段时间，但从来没提过遗嘱的事情。因此她要求对遗嘱真实性进行鉴定。

打印遗嘱有效吗？

有效无效 VS

一审：有效公民遗嘱且有签字并按指印

本案的焦点在于，梁老伯这份遗嘱是否合法有效。越秀区法院一审认为，梁小姐对遗嘱真实性的质疑并要求鉴定的请求，仅是对遗嘱的真实存在有所怀疑或不确定，并无其他有证明力的反证来推翻该遗嘱的证明力，不符合相关规定，不予准许。

而 2013 年 4 月 8 日所立遗嘱有梁老伯和妻子的共同签字确认及指印。依据继承法相关司法解释对“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容”之规定，该遗嘱系梁老伯夫妇所立的共同遗嘱，合法有效。据此，驳回梁小姐的全部诉讼请求。

二审：无效打印的不是自书遗嘱也不是代书遗嘱

广州中院二审则进行了改判。中院认为，一般理解，遗嘱是指遗嘱人生前对其遗产或者其他事务所作的个人处理，并于遗嘱人死亡时发生效力的法律文件。本案《遗嘱》中，抬头注明“遗嘱”，其下列“立遗嘱人”，内容为立遗嘱人死后的财产归属问题，因此显然属于遗嘱，而非普通的遗书。

同时，本案中《遗嘱》为打印体，并非遗嘱人亲笔书写，因此不属于自书遗嘱。梁老伯辩称《遗嘱》是由妻子自己打印出来的，所以属于自书遗嘱，与继承法对自书遗嘱的要求“亲笔书写”不符。同时，梁老伯亦未能举出足够的证据证明《遗嘱》是由妻子亲自打字、打印出来。

此外，《遗嘱》亦非代书遗嘱。因此，本案之《遗嘱》不符合遗嘱法定的形式要求，或称不具备法定的形式要件，为无效遗嘱，梁老伯妻子的遗产应按法定继承处理。另外，由于《遗嘱》因不符合法定的形式要求而被确认无效，其内容及签名的真实性在本案中无需加以审查。

今年 8 月 15 日，广州中院二审改判梁小姐占有父母两套房产的四分之一份额。

如何立遗嘱最有效？

法官支招

1 自书遗嘱世界各国都会承认

广州中院负责家事及未成年人案件审判的少年庭法官黄文劲认为，一份遗嘱有没有效，法官首先要归类这是什么遗嘱，因为继承法规定得很明确，在法律观念上称之为形式要件，只有形式要件具备了，才会考虑上面的签名是否立遗嘱人的亲笔签名，再来进一步探讨遗嘱的效力。

法官支招，遗嘱的内容最好是立遗嘱人自己亲笔书写的，然后自己签名写上具体的日期，这是自书遗嘱，放在世界各国都会承认的。

2 代书遗嘱至少要有两名见证人

如果不方便书写，也可以立代书遗嘱，法律规定至少要有两名见证人，遗嘱由其中一名见证人代为书写，而且见证人不能是利害关系人，可以邀请老乡、同学等来到病床前面见证立遗嘱的过程，尽量避免由亲属代劳。

黄文劲说，打印遗嘱如果有两个见证人，可以稍微突破继承法的规定，也能认定为代书遗嘱。

3 进行遗嘱公证是法律效力最高的

在立遗嘱之后进行遗嘱公证，这是效力最高的，也可以选择遗嘱库的方式。

另外，律师见证的遗嘱与老乡、同学见证的遗嘱，都属于代书遗嘱，效力上没有差别。

近年继承纠纷　打印遗嘱占三成法官说法

黄文劲告诉记者，由于没有具体的法律条文规定，打印遗嘱目前存在巨大的争议，他呼吁大家要重视这个问题，并且尽量采用亲笔书写的方式来制作遗嘱。

据粗略统计，因为遗嘱打印方式引起的继承纠纷，占了广州中院全部继承案件纠纷约 30%。黄文劲表示，打印遗嘱导致效力出现问题并不是一律否定，但是风险很大。《继承法》明确规定，自书遗嘱要求是亲笔书写，从通常来理解，就是要拿着笔来写。也有法官认为，立遗嘱人自己在电脑上操作，然后自己操作打印机，相当于利用了一种工具，也有机会成为亲笔书写。但目前主流观点来说，大部分法官不认可打印遗嘱是自书遗嘱。

黄文劲进一步解释，我国《继承法》是在 1985 年制定的，当年谁也无法预想打印机会有如此普及的一天，由于老百姓多大法律意识不充足，缺乏立遗嘱的传统，还受到家庭观念等影响，认为立遗嘱不吉利等，导致我们国家立遗嘱的传统不流行。然而他认为，立遗嘱是很重要的事情，一旦遗嘱效力被否定，不仅会引发家族矛盾，还可能改变一个家族的走向和传承。

六、房产、股权、信托

（一）房产

《父女争房》

2016-08-15　经济与法

很多父亲提起女儿时，脸上都会情不自禁地流露出幸福，灿烂的笑容。但是，前不久，江苏省金湖县的乔太付说起自家女儿时却很伤心，怎么都高兴不起来，他说，女儿快把他逼到了无家可归的绝境。

乔太付说，他跟女儿已经有八年没有见面了，期间他想方设法找到女儿的联系方式，试图跟女儿联系，可女儿不但不理会，还撂下一句狠话：如果父亲再给她电话，她就换号码。

乔太付说，女儿的冷漠无情让他深感痛心，可他更没想到，自己牵挂放心不下的女儿有一天竟然会让他落入可能无家可回的境地。

乔太付居住的房子是他唯一的住处，如果给了女儿，他将会流落街头。让人费解的是女儿已经成家，有了她自己的生活，为什么还要这样为难父亲?这父亲跟女儿之间究竟有怎样的深仇大恨，女儿为什么非要一门心思地把父亲赶出家门呢？

乔太付今年 46 岁，家里兄妹三个，他是家里的长子，1992 年乔太付经人介绍认识了来自四川的刘国群，两个人相处一段时间后，彼此产生了好感，很快，婚事就提上了日程，1992 年 10 月，俩人步入婚姻的殿堂，登记结婚。

婚后，乔太付跟刘国群生活在老人给的一处老房子里，他们小两口像当地多数夫妻一样，男人在外打工挣钱，女人在家务农,料理家务,虽说收入不多，但日子过得简单幸福。

1993 年，女儿乔丹丹出生，给这个刚刚组建不久的家庭带来了无限的欢乐。然而，烦恼也常伴左右，或许是孩子的出生给小两口带来了压力，乔太付跟刘国群开始为收入问题发生争吵。乔太付索性不出去打工了，在家里打点杂工。

更糟糕的是，这时候他们居住的老房因为年久失修，眼看成了危房，无法住人，夫妻俩只好搬到相隔不远乔太付的爷爷盖的一所房子里面住。虽然暂时有了住的地方，可毕竟不属于自己的房子，住着难免不踏实。后来，乔太付有了自己盖房子的想法，说来也巧，他无意间在镇上看好一处三层的房屋，面积 144 平方米，多方面考虑后，乔太付跟家人商量，决定凑钱买房。

乔太付说按照当地的习俗，家里的收入主要由女方掌管，乔太付家自然也不例外，2004 年买房的时候就把房产登记在妻子刘国群名下。终于有了自己的房子，紧接着，乔太付一家三口搬到了镇上生活，但是，平静的日子并没有持续太久，乔太付的说法是，万万没想到之前想要盖房子的事留下了后患，彻底击碎了这个本该幸福的家庭

为了让家人生活过得好一些，乔太付离开家乡，独自一人到异地打工，每逢农忙，他特意赶回家帮忙。然后，在家里呆上些日子，和妻子刘国群一起打工挣钱，两个人同甘共苦。

可是好景不长，2008 年的一天，乔太付突然从街坊邻居那里听到有关妻子刘国群的流言蜚语，妻子有外遇了。

对于邻居们口中的这个男人，乔太付并不陌生，是妻子的干爹。

乔太付说，他不敢相信妻子会出轨，背叛自己，为了查清事实的真相，乔太付留心观察。有一次妻子的干爹又来了，乔太付故意到邻居家打牌。

乔太付说，几个小时过后，他决定回家一探究竟。结果发现两人在洗澡间，妻子解释说是干爹不知道开关在哪里，自己帮助打开开关。

对此，乔太付跟刘国群理论过，刘国群只是不承认，乔太付说，为了维护这个家，他一肚子的苦水只能往肚子里吞，同时他也希望妻子能回心转意好好过日子，但结果让他十分失望，发现妻子仍然经常跟她干爹电话联系。

乔太付说,刘国群的行为给他造成了极大的伤害,情绪激动下他打了刘国群,年少的女儿因为一味地偏袒母亲,也受到了牵连。

乔太付说，这些事像跟刺一样，扎在他的心头，成了他的心结，夫妻之间的感情受到严重影响，时常吵闹。如此看来，刘国群是有些过分，可真是这样吗？采访中，刘国群给出了截然不同的说法。

刘国群说，起初她跟乔太付相处得还可以，乔太付对她百依百顺，自从怀孕后，一切都变了，乔家父母重男轻女的思想比较严重，当初她不顾家人的反对，执意生下女儿，导致彼此之间的矛盾激化。

刘国群说，受公婆冷落也就算了，至少丈夫应该体谅她，不曾想乔太付的态度也发生了明显的变化，对孩子不闻不问，整日游手好闲，经常打牌输钱。

刘国群说，多年来她省吃俭用，看着乔太付输钱，她忍不住会劝说，不料，一张口就换来一顿暴打，打得鼻青眼肿。

挨打成了家常便饭，刘国群说她实在忍无可忍，一气之下带着女儿离家出走。刘国群说，为了给孩子一个完整的家，她只有做出让步，跟随乔太付回家，何况乔太付也写下保证书，应该会有所改变。可是，还没过几天安稳日子，乔太付就破罐子破摔，无奈之下，刘国群做出了抉择。

刘国群说，乔太付不知悔改，整日打牌夜不归宿，钱输得精光，以致债主们隔三差五就上门催要赌债。

欠下的赌债，让本就不富裕的家庭雪上加霜，以至于连供女儿上学的费用都要东拼西凑。

刘国群说，每次争吵，都会导致乔太付对她痛下狠手，一次次的家暴，让她生活在恐惧不安中，彻底伤心绝望。

事情闹到了这个地步，没有任何能缓和的余地，刘国群为了摆脱家庭暴力给她带来的伤害，想到的出路就是离婚，只有离婚才能彻底解脱，2008 年，刘国群向法院起诉乔太付要求离婚。

双方对女儿的抚养权问题很快达成一致，并对夫妻共同财产依法进行分割。12 亩地一人一半，房子一人一半。

但是双方都不能拿出钱补贴另一方，房产问题迟迟谈不妥，最后经过协商，做出了调解方案。

双方当事人达成协议：一，双方自愿离婚，二，乔丹丹跟随刘国群生活，不要求乔太付承担抚养费，三，夫妻共同财产赠与女儿乔丹丹，四，夫妻共同债务由双方共同偿还。

对协议第三条，乔太付给出了自己的看法。当时说好了将来房子女儿说了算，但自己有居住权。

2009 年 4 月，乔太付和刘国群在法院的主持调解下达成协议离了婚。离婚后，乔太付长期居住在房子里，刘国群到县城打工租房住，两个人各自获得了自由，然而，女儿乔丹丹的人生却因此改变。

乔丹丹说跟同龄孩子相比，她的童年生活过得并不快乐，记忆中，她是在父母永无休止的争吵打骂中长大的。

乔丹丹小小年纪过着提心吊胆的生活，她怕父亲不知道什么时候就会把母亲打的遍体鳞伤。

乔丹丹说，父亲比较自私，从不关心家庭，而且疑心病很重，听风便是雨。

对父母离婚一事，乔丹丹表示赞同，至少母亲不会像之前那样痛苦。乔丹丹说，母亲离婚后一个人拉扯她很不容易，为了供她上学，母亲只得离开到县城租房打工。

毕竟一个人的精力是有限的，母亲有些力不从心，上学的开销成了一大难题，尽管这样，父亲也都没有给点帮助，对她毫不关心。无助之下，她只能向亲戚借钱上学。最终实在坚持不下去了，她不得不离开校园。

乔丹丹说，她最大的遗憾就是迫于多重压力，读完初中就早早地辍了学，2009 年 7 月，她孤身一人远离家乡前往深圳投靠表姐。

因为年龄的原因，乔丹丹找工作非常费劲，日子过得很艰辛。乔丹丹说直到成年之后，她的生活才稍微稳定一些。2015 年，她建立了自己的家庭，结婚生子，可每每想起过往的一幕幕，乔丹丹满腹委屈。而提起跟父亲乔太付之间的父女感情，更是一阵阵心酸，因为十多岁以后父亲就没有管过她。

乔丹丹说她长年在外生活，逢年过节都无法跟母亲团聚，即使回家也没地方住，因为家里的房子一直没有装修，室内简陋，她婚后第一次回娘家都是住的旅馆，不久前，她曾委托母亲跟父亲沟通把房子装修一下，可父亲始终没有实际行动。

乔太付说，事情并不像乔丹丹所说的装修那么简单，事实上女儿另有想法。女儿想在外面买房，交首付没钱，可能想把他现在居住的房子卖了。

乔太付说，当时他在签下那份赠与合同的时候，就已经表明了自己的态度，房子归女儿，但自己有居住权，直到自己去世。

猜测女儿是要卖房子，乔太付坚决不同意。可乔丹丹讲，她只是想把房子装修一下，这样不仅让母亲能有安身之处，也方便自己能常回家看看。

乔太付怀疑女儿是想以这种方式达到卖房的目的，父女俩为了房子的事僵持不下，2016 年 4 月，乔丹丹将乔太付和刘国群作为被告，一纸诉状起诉到法院，要求二被告依照离婚协议约定，办理房屋过户手续。

2016 年 6 月，江苏省金湖县人民法院开庭审理了这起赠与合同纠纷案，原告方乔丹丹首先陈述了过户房屋的理由。

被告乔太付说，当初之所以约定把房子赠与女儿，完全是出于当时离婚的需要，不是他的真实想法，况且这套房屋是自己仅有的一处住所，他不可能现在过户给女儿。刘国群作为被告之一，同意将房屋过户到女儿名下。

八年前乔太付和刘国群达成离婚协议，在签署那份协议后，其中的赠与条款是否已经生效？八年后，因为父亲不配合，乔丹丹起诉父母办理产权过户登记手续会得到支持吗？法官注意到，虽然离婚协议中第三条有约定，将共同财产赠与女儿乔丹丹，但具体包括哪些财产、如何履行赠与等等，都没有具体详细的说明。

另外，法官在进行法庭调查的过程当中，乔太付不断地重申，当初与前妻离婚时，确实是同意将财产留给女儿，但并不是说当时马上就给，因为那时孩子还小，根本没有能力管理财产。

2016 年 7 月，金湖县人民法院对本案作出一审判决，驳回原告乔丹丹的诉讼请求。这个判决结果，让刘国群和女儿乔丹丹感到很意外，他们想不明白，明明乔太付当初答应了，财产全部给女儿，为什么法官却不支持自己要求房产过户的请求呢？采访中法官谈到，像父母离婚约定将财产留给孩子，这类情况属于一种特殊的诺成性赠与合同，只要赠与人做出赠与的意思表示，受赠人表示接受，则赠与合同成立。乔太付与刘国群当初的协议，到现在对双方均仍然具有拘束力，任何一方都不能单方主张撤销。所以，刘国群现在仍然有权利主张乔太付兑现履行合同，可以另案起诉重新分割。

夫妻在离婚时，会对夫妻共同财产进行划分分割，也有一些夫妻为了保障子女今后的权益，会约定把共同财产赠与子女，但在签署这样的协议时，要注意，最好对赠与财产范围进行明确详细说明，特别要注意，要注明什么时间履行、如何来履行，是否附加了义务等等，此外，如果涉及房产以及土地经营权，或者股权等等这些特殊的财产，就需要更细致地了解相关法律规定，否则当时的约定未必会在日后保证得到履行，很容易引发纠纷。

离婚未果，妻子突提房产加名

2016-08-19　浦江天平　上海杨浦法院

核心提示

一个原本幸福的家庭因夫妻争执矛盾濒临破碎的边缘，丈夫提出离婚，却遭到妻子断然拒绝。就在离婚未果之际，妻子突然向法院提起所有权确认之诉，要求在一套婚姻存续期间购置的房产上添加自己的名字。看似简单的“夫妻房产加名”案件，因房产登记在丈夫和公公的名下而变得复杂。近日，上海市杨浦区人民法院审结此案，判决驳回王小姐全部诉讼请求。

女方：登记时不知情，房产加名

2008 年 6 月，王小姐与周先生喜结连理，并且生育一个活泼可爱的女儿。时隔一年，周先生购买了一套价值 73 万的房屋，首付款 32 万元，按揭贷款 40 万元，尾款 1 万元，房屋产权登记为周先生及其父亲共同共有。2012 年房屋贷款被提前还清。

在法庭上，王小姐声称女方支付了首付款 14 万元，并与周先生每月共同还贷。“我长期都居住在这个房子里，我老公在外地工作，只是回上海休假的时候居住。房子是背着我登记在我老公和公公名下，自己完全不知情。”王小姐当庭表示，该套房屋是婚姻存续期间出资购买的，应该属于夫妻共同财产，请求法院判令确认房屋为王小姐、周先生及其父亲三人共同共有，将房屋产权登记在三人名下。

男方：可以金钱补贴，加名没门

然而，作为被告的周先生及其父亲并不同意王小姐的说法。他们主张，争议的房屋确实是婚后购买的，但是首付款和每月部分还贷的资金都是周先生的父亲支出的，包括提前还贷的 8 万元也是周父将钱打入周先生银行账户上的。

周先生的父亲认为，儿子和儿媳的工资收入不高，还要抚养女儿，没有财力偿还全部房贷。“因为女方有家暴，我已经起诉离婚，但是对方不同意。我们愿意对女方的份额按照市场价以货币形式予以补贴，但是不同意加名。”周先生还明确表示，在婚姻存续期间不会对争议房屋进行变卖或者产权变更。

经双方确认，房款中有 3 万元以现金形式支付，其他款项均通过周先生名下的银行卡支付。双方虽然对首付款和提前偿还银行贷款的资金来源有争议，但是周先生及其父亲对王小姐婚后共同参与还贷这一事实无异议。

法院：缺少法律依据，驳回诉请

本案中，基于物权登记效力，周先生和周父就争议房产形成了一个不分份额的共同共有法律关系。由于房屋是在婚姻存续期间购置的财产，王小姐和周先生基于夫妻关系对房产也形成一种隐性的共同共有法律关系。

法院经审理认为，王小姐要求将争议房产登记在自己、丈夫及公公名下的主张缺少法律依据，理由包括以下三点：一是王小姐的共同共有权利范围仅限于夫妻共同共有财产，登记为三人共同共有的诉请已经超越了该权利范围，必然侵犯其他共同共有人的权利；二是根据《物权法》规定，共有人没有约定或者约定不明确的，共同共有人只有在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时才能请求分割。而王小姐与周先生的婚姻关系尚未解除，分割夫妻共同共有财产的条件尚不具备；三是王小姐在婚姻存续期间提出房产加名，实则是对共同共有财产的变相分割，与各方实际对房屋享有的共有权益不符。

基于上述原因，法院依法判决驳回王小姐的诉讼请求。（文中所涉人物均为化名）

小弟状告大姐伪造签名、印章偷转房产，真相到底如何？

2016-08-23 浦江天平 上海浦东法院

大姐买了小弟房产

原告顾先生与被告顾老太系胞弟与胞姐关系。顾老太早年离沪去外地，顾先生一直在上海生活，曾开公司经商。1992 年，姐弟俩的老父亲位于市区的房屋动迁到浦东，全家安置到包括系争房屋在内的多套房屋。

据顾先生陈述，因大姐一家 1997 年从外地回沪后无房居住，自己将系争房屋借给大姐一家居住至今，2015 年底，发现该房屋产权已变更登记至大姐与其儿子名下

而据顾老太陈述，因全家回沪无住房。老父亲考虑到其动迁时在外地，没有享受到动迁利益，当时小弟另有房屋，经协商，小弟同意她全家暂时居住在系争房屋内。

2002 年，老父亲又出面与小弟协商将系争房屋转让给自己，小弟也同意并委托其公司员工将房产证、身份证原件送至父亲处，再由父亲交给她。

“父亲当时还对我说，小弟因经商没时间办理具体手续，让我自己办。”顾老太称，之后，自己与儿子凭上述产权证、身份证原件至交易中心办理了产权过户手续。

转让行为引发争议

现顾先生认为，自己从未与大姐签署过房产买卖合同，从未去过交易中心，也未委托他人办理过户手续。大姐与其儿子伪造自己的签名、印章，将房屋产权变更至其名下，侵犯自己的合法权益，故起诉要求确认 2002 年 12 月就系争房屋签订的房地产买卖合同不成立，并将系争房屋产权恢复至自己名下。

顾老太针对顾先生的诉求则辩称，买卖合同上顾先生的签名是顾老太的儿子代签的，印章是父亲连同产权证、身份证一起转交给她的。为购买房屋，还补偿了小弟 7 万元，该款是转账到原弟媳王女士账户上。其认为，双方合同已经履行完毕，现小弟反悔无法律依据，请求驳回其诉讼请求。

第三人王女士到庭后称，自己与顾先生已离婚。系争房屋是顾先生的婚前财产，自己无任何权益。婚姻存续期间，顾先生从未向其提及卖房事宜。其确实收到银行转账的 7 万元，但该款应与卖房无关。

同时，经顾先生申请，其他四个兄弟姐妹均当庭作证表示，未听说老父亲牵头将系争房屋转让给顾老太的事实。

对于案件事实的相关细节，顾先生表示，大姐回沪暂居系争房屋后，产权证、户口薄、身份证原件仍存放于此屋；当时自己的挂号信等邮件均寄往系争房屋，领取时凭身份证、户口本，用完均会放回去。顾老太表示，不知替弟弟送产权证、身份证的员工的具体姓名。

合同成立驳回诉求

法院认为，合同法规定，采用书面形式订立合同，在签字或盖章之前，当事人已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。本案房地产买卖合同虽非顾先生本人所签，印章是否属实亦难以认定，但是房屋产权已经完成变更登记，顾先生亦已经收取顾老太及其儿子的转让款，符合“当事人已经履行主要义务，对方接受的”的情形，故双方买卖合同成立，顾先生的诉讼请求应予驳回。

法官说法（本案主审法官张卓郁）

本案房地产买卖合同中，顾先生的签名并非其本人所签，印章也无法确认是否是其本人所有，顾先生也未亲自前往交易中心办理过户手续，故合同签订和产权过户过程中确实存在瑕疵。然而，顾先生与顾老太是姐弟，房屋转让发生在家庭内部，因此不能简单以上述瑕疵判断买卖合同是否成立，而应当综合其它证据，结合双方陈述，进行认定。

第一，顾老太全家回沪后无处居住，而顾先生当时在经商，生活条件较好，双方之父亲出于家庭亲情以及房屋系动迁所得等因素考虑，撮合双方转让房屋，有一定的合理性。由于是家庭内部转让，当时双方关系融洽，因此，在办理相关手续时不严谨，亦属事出有因。

第二，众所周知，办理产权过户必须持有出让人的房地产权证及身份证原件，办理完成后原房地产权证原件将由发证机关收回。虽双方关系融洽，不能排除顾先生将房地产权证、户口簿留在系争房屋内的可能，但身份证是日常生活中时常需要出示的证件，顾先生称将其连同户口簿、房地产权证一并留在房屋内，需要使用时取出，用完放回，显然不符合生活常理。

第三，顾先生申请了四位证人出庭作证，但证人仅称不知道房屋转让的事实，并未排除双方达成房屋转让的一致意思的可能。

综合上述三点意见，在没有其它证据证明尚存其它可能性的情况下，由顾先生将身份证、房地产权证等材料通过双方父亲交给顾老太、由顾老太自行办理相关转让手续的可能性，明显大于顾先生将上述材料留在房屋内、顾老太擅自取用并办理过户手续的可能性。

此外，顾老太及其儿子持有当时转账给王女士 7 万元的银行凭证，王女士承认收到上述款项，应当认定这一给付事实。在无其它反证的情况下，可以认定该款为顾老太及其儿子支付给顾先生的房屋转让款。

综上所述，浦东法院依法作出上述一审判决。=

（二）股权

（三）信托

七、社会新闻

闪婚后不买房？法院见！

2016-08-03　浦江天平　普陀法院

核心提示

热恋时，男方向女方承诺：以后我们买房！之后不久两人成功“闪婚”。如今，他们的女儿都已经 2 岁，可丈夫却还是没能实现买房的计划。于是，这便成了妻子起诉离婚的理由之一。

结婚多年没买房，夫妻失和闹离婚

妻子诉称，双方恋爱没多久便“闪婚”，恋爱期间丈夫对自己做出过诸多承诺，其中一条就是：婚后买房。而过了多年，他们的女儿都快两岁了，双方仍然没有共同居住的房屋，自己和丈夫只能分别居住在各自父母家，婚后双方存在事实上的分居，没有正常的婚姻生活空间。

妻子还提出，丈夫的家乡远在西部，两人在生活习惯上有很大冲突，在很多生活起居方面无法做到很好的彼此融入。而且，自从生了女儿，因为丈夫一家重男轻女，自己长期受到夫家的不满，这也是她无法忍受的原因。

据此，妻子认为双方感情破裂，要求离婚，女儿自己抚养。为表明自己良好的收入状况，妻子当庭出示自己近万元的月收入证明和目前居住 140 平方米的住房和其他商铺产证，并表示自己父母比公公婆婆年轻 10 岁，也更具有带小孩的能力。

男方否认夫妻分居，辩称矛盾可克服

丈夫却认为与妻子婚后关系很好，也很疼爱女儿，在年初女儿满 2 周岁，还带女儿去打预防针。关于房子的问题，他表示婚后妻子一直和他住在父母家里，并没有分开过。女儿生下来以后，由于孩子的抚养问题由双方父母一起来照顾，周一和周五自己和妻子都住在父母家，周六和周日把小孩送到岳父母家。

丈夫还表示，由于平时两人下班都很晚，他们都只能在外面用餐，现在自己同意将房子换到距离妻子工作较近的地方。为了女儿的正常生长，丈夫不同意离婚，希望双方能够保持和小孩正常的亲子关系。

夫妻感情有望改善，离婚诉请被驳回

普陀法院经审理认为，原、被告婚后夫妻关系尚可，后双方因生活琐事产生矛盾，致夫妻关系失和。庭审中，被告不同意离婚，要求和好，有改善夫妻关系的诚意，对此原告应予谅解。只要双方珍惜夫妻感情，互谅互让、互相信任，失和的夫妻关系有望得到改善。鉴于原、被告的夫妻感情尚未彻底破裂，故对原告的离婚诉请难以支持。据此，法院判决驳回原告的诉讼请求。

北京一中院一审宣判季承诉北京大学返还原物纠纷案

2016-08-16 北京一中院 曾巧艺

因对季羡林先生生前保存的古今字画等物是否应由北京大学占有存在争议，季羡林之子季承将北京大学诉至法院，要求其返还季羡林文物、字画等共计 649 件。8 月 16 日上午，北京一中院一审公开宣判了这起返还原物纠纷案件，驳回了季承的全部诉讼请求。季承当庭表示上诉。

季羡林曾于 2001 年 7 月与北京大学签订一份捐赠协议书，协议书中约定：将属于季羡林个人所藏的书籍、著作、手稿、照片、古今字画以及其他物品捐赠给北京大学。赠品将分批分期由赠与人移交受赠与人指定的北京大学图书馆，直到本协议所列各项全部赠品移交完毕。

季羡林之子季承起诉称，2008 年 12 月季羡林书嘱“全权委托我的儿子季承处理有关我的一切事物、务”。季承认为，季羡林已于 2008 年的书嘱中表明全权委托季承处理撤销捐赠协议的事宜，据此，主张北京大学返还以上珍贵文物共 649 件。

北京大学答辩称：季羡林先生未有撤销《捐赠协议》的行为，且《合同法》明确规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用可以撤销的规定。季承提出“返还原物主张”没有依据。

5 月 31 日，北京一中院开庭审理了此案，双方就季承请求返还原物是否于法有据、赠与协议是否有效以及赠与协议是否具有公益性等焦点问题展开激烈辩论。

经过审理，8 月 16 日上午北京一中院对这起案件进行了一审宣判。该院认为：季承作为季羡林先生全权委托的受托人虽然有权利提起本案诉讼，但是因季羡林先生与北京大学签订的《捐赠协议》已然成立并合法有效，且属于公益性质的捐赠，即便季羡林先生本人都不能撤销。季承作为季羡林先生的全权受托人只能按照委托人的真实意思实施委托事务。季羡林先生本人经过深思熟虑签订《捐赠协议》，其直至逝世都未明确表示要撤销该《捐赠协议》。

在这种情况下，季承作为受托人更无权违背季羡林先生的意愿或超越季羡林先生本人的权利而主张该《捐赠协议》或捐赠意向被撤销，因而也就无权主张返还原物。所以，季承以 2008 年 12 月 6 日书嘱受托人的身份要求北京大学返还原物的主张不能得到支持。

据此，北京一中院判决驳回原告季承的全部诉讼请求。

“季承诉北京大学返还原物纠纷案”三大焦点问题

2016-08-16 北京一中院

今天上午 9：30，北京一中院公开宣判季承诉北京大学返还原物纠纷案，法院一审判决驳回了季承的全部诉讼请求。该案曾于今年 5 月 31 日开庭，当天北京大学申请了 5 位证人，季承一方也申请了 1 位证人出庭作证。双方

就季承是否有权提起诉讼，赠与协议是否有效以及赠与协议是否被撤销 3 个焦点问题展开了激烈辩论。

一审判决对这 3 个主要的争议焦点给予了一一回应，接下来就让我们跟随本案审判长丁宇翔，一起来了解一下吧。

焦点问题一:季承是否有权提起诉讼？

审判长：根据我国《合同法》第三百九十六条之规定，委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。季羡林先生与季承的约定内容正是由季承处理季羡林先生的事务，季羡林先生是委托人，季承是受托人。并且，这种委托属于我国《合同法》第三百九十七条规定的概括委托，即委托受托人处理一切事务。

再根据我国《合同法》第四百一十一条之规定，委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止。当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。季羡林先生作为文化巨人，逝世后必然有很多生前以其名义开展的具体事务需要做后续处理，本案所涉捐赠事宜的后续处理就属于这种情况。

因此，2008 年 12 月 6 日的书嘱在尊重季羡林先生生前意愿处理其后续事务的范围内不宜终止。在此前提之下，就履行委托合同的后续事宜发生争议的，季承应有权提起诉讼。

焦点问题二：捐赠协议是否成立并有效？

审判长：本案所涉的《捐赠协议》为赠与合同，根据我国《合同法》第一百八十五条之规定，赠与合同为诺成性合同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第一条第一款规定，当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。本案《捐赠协议》的当事人名称或者姓名、标的和数量都是可以确定的，应当认定合同是成立的。

根据我国《合同法》第四十四条之规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。本案捐赠协议不涉及应该审批登记事项。故本案《捐赠协议》自成立时应为有效。

焦点问题三：涉案捐赠协议是否已经被撤销？

审判长：根据我国《合同法》第一百八十六条之规定，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。本案捐赠协议，从捐赠目的、受赠人特点、捐赠物品属性来看，具有公益捐赠的属性，即便是季羡林先生本人也不得撤销。

本案诉讼过程中，季承曾基于季羡林先生 2008 年 12 月 6 日全权委托的书嘱，主张撤销本案《捐赠协议》。一方面，季承作为季羡林先生的受托人，应从维护委托人利益的角度积极履约。在季羡林先生并无明确授权撤销《捐赠协议》的情况下，季承作为受托人应当积极履行《捐赠协议》确定的义务，而不是千方百计使其被撤销。另一方面，任何人不能将大于其自身权利的权利委托他人。本案中，季羡林先生自己尚无权撤销《捐赠协议》，因而就更不能授权他人撤销该《捐赠协议》。因此，季承也不能撤销本案《捐赠协议》。

北京大学曾于 2009 年 1 月 16 日在 301 医院就捐赠事宜对季羡林先生表示“这些字画最后怎么办听您的意见，尊重您的意见。”季羡林先生随即答道：“这书，就归学校……那些藏画，慢慢再商量……再考虑考虑。”季承曾据此主张双方签订的《捐赠协议》已经合意撤销。本案《捐赠协议》并不存在法定撤销事由，季承在此处主张的“合意撤销”实为“合意解除”。

根据查明的事实，2009 年 1 月 16 日，北京大学部分领导看望季羡林先生时所提“您说捐，或者不捐，都听您的意见”实际是一种咨询行为，并非在法律意义上与季羡林先生商讨是否解除《捐赠协议》。对于一个已经成立并合法有效的合同而言，要想合意解除，必须有合同双方明确的、一致的意思表示。季羡林先生当时回答说“再考虑考虑”，这一回答只能表明季羡林先生对于是否解除《捐赠协议》存在一定的犹豫，但直到先生逝世，都一直没有明确表示要解除《捐赠协议》。因此，本案《捐赠协议》并没有被双方当事人合意解除。

女方隐瞒精神病史遭男方诉离婚

2016-08-19 韶关日报

本报讯肖某国与吴某芬于 2015 年 3 月登记结婚。婚后，肖某国发现吴某芬隐瞒了婚前患有精神分裂症的病史，并时有发作，便诉至法院要求离婚。日前，仁化法院判决准许肖某国与吴某芬离婚，肖某国给吴某芬经济帮助 5000 元。

肖某国说，2015 年国庆期间，两人一起外出旅游，夜晚吴某芬在住旅馆时精神病复发，表现为睡不着觉，无故哭笑，胡言乱语，乱扔东西。回来后，肖某国带吴某芬到韶关某医院治疗，经医生诊断，吴某芬患的疾病为精神分裂症，以往有病史。由于两人婚前了解不够，仓促结婚，婚姻基础较差，吴某芬及其家人婚前隐瞒了吴某芬的精神病史，夫妻感情已破裂，请求法院准许两人离婚。

吴某芬称，与肖某国的婚姻基础薄弱，婚后感情日益冷淡，难以沟通，同意离婚。由于肖某国嗜好喝酒，在结婚同年国庆期间两人一同外出旅游的一天晚上，肖某国喝多了发酒疯，大声呵斥吴某芬，并扔枕头砸向吴某芬。吴某芬受到惊吓大哭。肖某国的行为导致吴某芬的精神疾病复发，身心受到了很大的伤害，医嘱需要持续治疗服药 3-5 年。因此，肖某国应对吴某芬进行补偿，包括精神疾病复发后的医药费以及 3-5 年的后续治疗费至少需要 3 万元左右。

法院认为，肖某国诉请与吴某芬离婚，吴某芬同意离婚，双方意思表达真实，法院予以支持。至于吴某芬要求补偿一事，因两人在婚姻关系存续期间，吴某芬在医院治疗疾病有花费，出院后需继续服药，生活有一定困难，夫妻之间有扶助义务，现离婚，肖某国应适当予以帮助。遂作出上述判决。

密云法院开出第一份人身安全保护令

2016-08-28 北京晚报

本报讯（记者安然 通讯员相颖）密云法院依据《反家庭暴力法》,近日开出了密云区第一份人身安全保护令。

李女士因不堪丈夫 7 年来的家暴，向法院提出离婚，并申请人身安全保护。密云法院审查后，认定李女士的申请符合发出人身安全保护令的条件，随即开出这份人身安全保护令，禁止其丈夫赵某对其实施家庭暴力及骚扰、跟踪、接触李女士，并迁出李女士的住所，如有违反，轻则拘留罚款，重则受到刑事制裁。

李女士说，自 2009 年起，丈夫赵某多次对她家暴，并辱骂和威胁她的亲属。今年 5 月 28 日，赵某再次家暴时，将李女士打成轻微伤，7 月 14 日，赵某被密云公安分局行政拘留。

李女士要求赵某迁出住所、禁止再对她以及她的亲属实施暴力、辱骂、威胁、跟踪等行为。

法院采信了李女士提交的证据，随后宣读了人身安全保护令的内容。赵某当庭表示没有异议。

人身安全保护令自做出之日起生效。被申请人违反人身安全保护令构成犯罪的，依法追究刑事责任；如果程度尚不构成犯罪，法院可给予训诫，根据情节处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。

八、异域资讯

台湾车震通奸案

2016-08-03 法律读库 赵鹏

原题：车震通奸案：行车记录仪化身捉奸神器。

实务阡陌第 25 期检事微言总第 167 期

在当事人不承认的情况下，如何证明他们曾于某天在车里搞了“车震”呢？近日，我国台湾地区两级法院为这一问题产生了分歧，原因是对于同一份证据，两位法官分别运用经验法则，得出了完全相反的结论。当然，搞“车震”能被送上刑事法庭，那是因为在台湾地区，一个古老的罪名仍存在于刑法典中，那就是——通奸罪。

只因未关行车记录仪

据台湾《联合报》2016 年 8 月 2 日报道，台湾籍已婚男子吴某与一刘姓女子于某日白天在吴某车内偷情。但在此过程中忘记关闭行车记录仪，导致记录仪将该时间段内吴某与刘某在车上的对话以及其它声响记录了下来。此后，吴某妻子发现了行车记录仪上的记载，认为丈夫与他人通奸，遂报案。

法条链接**台湾《刑法》第二百三十九条**“有配偶而与人通奸，处一年以下有期徒刑。其相奸者，亦同。”

我国大陆地区刑法并不处罚通奸行为，台湾地区的通奸罪，是指“婚姻关系外，男女双方自愿进行的生殖器相接合的行为，又称和奸，区别于强奸。该罪有两个特别要件：一是主体为有配偶之人；二是与他人有性行为。”

因此，本案认定事实的关键，就是吴某和刘某在车上是否发生了性行为？对这样一个事实，最直接的证据莫过于当事人的承认，但吴某和刘某均对此否认，强调双方有暧昧互动，但绝无生殖器接合。于是，法官只能通过行车记录仪记载的声音进行判断这一关键事实。

两级法院的经验判断

证据摘要**行车记录仪中的声音**播放记录仪，可听到疑似吴某与刘某交替发出的呻吟声、接吻声，另有车辆座椅摇晃的背景声音。最重要的是，录音中还有二人情欲对话，关键内容有：

吴男：这个动作很难脱衣服……有深吗？有爽吗？

刘女：好深，受不了了，好硬。

对这些对话，吴某和刘某都承认是自己所说，但仍否认双方有发生性关系，其中吴男辩称这是他们在暧昧互动过程中臆想出来的。问题来了，这一证据能否证明双方有性行为？

一审法院认为：“记录仪中双方的对话虽有情欲内容，另有呻吟及座椅摇动声音，但大白天（事发在当天下午 1 时许）在车内性交不是常态，不能以想象、猜测推断两人性器官接合。”据此判决刘某、吴某二人无罪。

案件判决后，检察官提出上诉。二审法院认为：“双方对话有不少情欲用语，并有男女交叉呻吟声、亲吻声及椅垫摇晃声不断，明显可见两人进行性行为。”据此改判吴某、刘某二人有罪，分别判处四个月、三个月徒刑。

排除合理怀疑？

时至今日，“排除合理怀疑”标准已经被广泛应用到很多国家的刑事审判实践中了。但这一标准其实本身就有暧昧性，尤其当案件事实需要借助经验法则去证明的时候。

从事司法实践工作的人都会有这样的感触：诸如密室杀人、性犯罪等案件，往往缺乏直接证据，此时需要结合各种间接证据，依靠经验判断有没有其它合理的怀疑。

尽管人们普遍认为：“据以作出无罪判决的合理怀疑不能太微弱或太不确定，这种怀疑必须是一个正直的人在冷静地分析了全部证据之后所出现的有理性的怀疑，必须是不受诉讼双方影响、不存在先入之见、不受恐惧干扰的

一种良心上的怀疑。” 但是，由于每个人的思维方式和经验观念不同，所以不同的司法官基于同样的证据很可能会得出相反的结论。

比如这个“车震”案件。吴男关于双方之间的情欲对话是主观臆想的说法并非没有道理，因为人类在情欲冲动时所说出的话，很多都是夸大甚至臆想虚构的，而男女之间的暧昧互动也足以制造出那些被记录仪记载下来的声音。这恐怕是一审法官判定无罪的主要理由。然而再深想一步，如果吴男所说的辩解成立，那么二人之间的那些对话、呻吟就很可能属于性关系的“前戏”，在前戏已经做到那么充分，干柴烈火烧到那么浓烈时，如无意外，性关系是不是也必然会发生？当然，没有听到记录仪中的完整的录音，谁也不能臆断。

结语司法工作的难点往往不是法律适用争议，而是事实认定的分歧，但事实认定往往又不是法律问题，任何心智健全的人都有判断事实的能力，并且这种能力据说是无法通过努力训练就能提高的。那些采陪审团制的国家，大概就是出于这样的原因，把事实判断的权力交给社会大众，并要求一定数量的人得出一致结论时，法律上才会判定事实成立。

中港「婚‧離」不易 及早互認利兩制

2016-8-5 香港經濟日報

千里姻緣一綫牽，過去數十年，中港經貿、文化交流頻繁，跨境婚姻日趨普遍，但當中的離婚個案亦不少。由於司法制度差異，香港和內地目前對於離婚判決未有法律互認，因此不時出現贍養費、子女撫養權、財產分配等判決認可和執行的爭拗。早前，香港律政司向公眾展開諮詢，建議設立互認機制，釐清跨境婚姻在法律上的灰色地帶。

中港制度存差異 離婚爭拗多

在本港登記婚姻總數中，中港跨境婚姻百分比，由 2009 年的 32%上升至 2014 年的 37%。但當中一些夫妻因感情破裂、未能融入配偶原居地等原因而離婚收場。在 2010 至 2014 年間的離婚案件中，有兩至三成為內地結婚個案。

由於兩地制度截然不同，中港婚姻在申請離婚、處理離婚後的財產分配和子女撫養等事宜時，會出現很多難以處理的問題。首先是如何界定「離婚」關係。在香港，離婚案件透過法院辦理。內地則是向行政機關登記取得離婚證，或是向法院提出離婚訴訟。由此衍生問題是，登記離婚屬行政程序，未經法院批註，是否符合本港《婚姻訴訟條例》所規定的「藉司法或其他法律程序而獲准」的離婚令，似乎是未知之數。

即使是內地法院批准的離婚令，根據香港《婚姻訴訟條例》，在香港以外國家獲准的離婚得到承認，但內地並不被視為另一個「國家」。雖然終審法院曾在審理 ML v YJ（2010）一案中指出，法院按立法目的解釋有關條例，便足以涵蓋內地的離婚；但實際上，縱使香港承認內地法院的離婚令，但不會自動認可或執行與其相關的贍養令和子女管養令。

另一方面，對於是否認可香港法院的離婚判決，內地法例同樣沒有明文規定，類似的紛爭不乏先例。2011 年，廣東珠海中級人民法院曾認可本港法院的一項離婚判令，但拒絕承認香港發出的管養、贍養及資產分割命令，理由是兩地未有相互認可的法律依據。

香港和內地分別採用普通法和大陸法，由於兩地沒有白紙黑字認可對方法院的裁決，以至執行對方法院裁決的法律依據，而產生離婚、贍養、子女撫養，以至其他相關問題。不過，2006 年香港和內地曾就商業合約的判決（下稱「2006 年安排」）簽訂司法互認安排。十年過去，2006 年安排的司法實踐，對於婚姻互認是否有借鏡之處？

借鏡商事互認 可否先行先試？

商事互認機制是為解決跨境商業糾紛提供法律依據，然而在立法過程中，香港大律師公會和部分立法會議員指出，兩地法律制度有別，並擔憂內地司法工作質素和司法人員操守的問題，令互認和執行安排難以實施。

其中，法律制度差異的明顯例子，是兩地就判決是否「最終且不可推翻」（即「終局判決」），並沒有一致的涵義。具體說，在內地，案件可由原先作出判決的同一法院再審；但根據香港普通法，同一案件不可由原審法院再審。

但雙方最終達成共識，即內地的再審程序須由上一級法院提審後作出判決，而不是原審法院，香港法院並且可就有關裁決中止認可和執行程序。而在過往司法實踐中，這一安排似乎亦未引起太大爭議。在探討婚姻互認的議題上，雖然兩地司法制度有別，但若依循商事互認的經驗，終局判決的具體安排，包括上訴制度，相信較易達成共識。

至於司法質素問題，在商事互認的立法討論中，有建議提出 2006 年安排可以與香港經貿往來較密的個別城市為「試點」，成功後再推行至其他城市。但當局回應指「試點」城市的準則釐定存在困難。更重要的是，就內地法律而言，建議安排將透過頒布規定或司法解釋實施，而這屬全國性的規定或司法解釋，若要將某些地方剔除並不可行。

「試點」城市的想法在當年或許不太實際，然而近年內地一些新經濟區，如廣東省的南沙、前海、橫琴，也正探討能否在區內採用香港法律，或已落實借鑑香港法律，適用於新區建設。上述的「試點」建議是否可行，今天或許值得再次討論。

宜早堵漏洞 共同完善機制

惟建立「試點」與否，以至建立互認及執行判決的機制，尚要面對港人對於內地司法的印象欠佳的問題。尤其在現時社會氣氛下，要推進兩地司法合作似乎不易。根據香港大學民意研究計劃的調查，港人對於一國兩制「有信

心」的比例，由 1997 年時的 23.8%增至 2016 年的 49.9%，上升了 26.1 個百分點。中港婚姻離異所面對的，畢竟不單是制度的分歧。

但正如文初所言，中港婚姻的數量已遠多於 1990 年代，其佔整體香港登記婚姻的比重近年亦有所增加，相關的法律問題愈遲解決，受影響的人便愈多。及早堵塞漏洞，反而有助兩制實踐。有關的諮詢在 8 月中完結，各方宜積極參與，共同完善機制。

機構：智經研究中心

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

因长期受到虐待和家庭暴力而杀害丈夫的，应如何判处？

2016-08-02 裁判要旨通纂 陈兴良 张军等

编者按：有调查显示，在我国家暴的发生率为 29.7%-35.7%，其中女性受害者占 90%。当第一巴掌落下时，受害者往往会选择忍耐，然而隐忍并不一定能换来暴力的停歇，并不一定能换来家庭的和睦……2016 年 3 月 1 号，《反家暴法》开始实行，这无疑是正遭受着家庭暴力妇女的福音，受害者应当积极拿起最新的法律武器，勇于维权，善于维权，不做“沉默的羔羊”。然而因长期受到虐待和家庭暴力而杀害丈夫的……

裁判要旨：因长期受到虐待和家庭暴力而杀害丈夫的，应以情节较轻的故意杀人罪论处。

参考案件：姚国英故意杀人案

案例来源：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂（上下卷）》，陈兴良、张军、胡云腾主编，北京大学出版社 2013 年版第 391 页。

主题词：故意杀人罪　　被害人过错情节较轻

1 基本案情

被告人姚国英，女，1966 年 8 月 20 日出生，小学文化，农民。因涉嫌犯故意杀人罪于 2010 年 5 月 11 日被逮捕。

浙江省衢州市衢江区人民检察院以被告人姚国英犯故意杀人罪，向衢州市衢江区人民法院提起公诉。

被告人姚国英及其辩护人对起诉书指控的罪名及犯罪事实不持异议。其辩护人提出，被害人好逸恶劳，长期以赌博为业，对被告人实施家庭暴力侵害、虐待长达十多年，对被告人的肉体和身心造成严重伤害，被害人具有重大过错；被告人的杀人行为属情节较轻情形，且有投案自首情节，家有未成年女儿需要抚养，请求法院对其从轻处罚，宣告缓刑。

衢州市衢江区人民法院经公开审理查明：被告人姚国英与被害人徐树生系夫妻关系，结婚十余年间徐树生经常无故打骂、虐待姚国英。2010 年以来，徐树生殴打姚国英更为频繁和严重。2010 年 5 月 10 日晚，徐树生又寻机对姚国英进行长时间打骂；次日凌晨 5 时许，姚国英因长期遭受徐树生的殴打和虐待，心怀怨恨，遂起杀死徐树生之念。姚国英趁徐树生熟睡之际，从家中楼梯处拿出一把铁榔头，朝徐树生头、面部等处猛击数下，后用衣服堵住其口、鼻处，致徐树生当场死亡。当日 8 时 30 分许，姚国英到衢州市公安局衢江分局上方派出所投案。

衢州市衢江区人民法院认为，被告人姚国英持械故意杀害其丈夫徐树生，其行为构成故意杀人罪。但姚国英的杀人故意系因不堪忍受被害人徐树生的长期虐待和家庭暴力而引发，因此其杀人行为可认定为故意杀人罪中的情节较轻。案发后，姚国英主动到公安机关投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法可从轻处罚。鉴于被告人长期遭受虐待和家庭暴力而杀夫的行为，受到民众高度同情，社会危害性相对较小，且被告人具有自首情节，认罪态度较好，家中又有未成年的女儿需要抚养，根据其犯罪情节和悔罪表现，对其适用缓刑不致再危害社会，可依法宣告缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第 232 条、第 67 条第 1 款、第 72 条第 1 款、第 64 条之规定判决：

被告人姚国英犯故意杀人罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年。

一审宣判后，被告人姚国英未提出上诉，公诉机关亦未提出抗诉，判决已发生法律效力。

2 裁判要旨

No.4-232-74　因长期受到虐待和家庭暴力而杀害丈夫的，应以情节较轻的故意杀人罪论处。

《刑法》第 232 条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”其中实务界与理论界通常将以下情节视为“情节较轻”：（1） 防卫过当的故意杀人；（2） 义愤杀人；（3） 激情杀人；（4） 受嘱托帮助他人自杀；（5） 生父母溺婴。前三类情形的共同特点在于，被害人在案发起因上有严重过错，即被害人出于主观的故意或过失，侵犯他人合法权益，对诱发被告人的犯意、激发被告人事实犯罪具有直接或间接的作用。

将被害人具有严重过错作为故意杀人罪的情节较轻情形的法理依据在于：刑事法律负有平衡被告人与被害人之间利益的任务。生命权是公民的最高权利，无疑受到法律的严格保护，但法律在保护被害人权益的前提下，也不应忽略对被告人权益的保护。当被害人的行为违背公序良俗、违反有关法律法规及其他规章制度，在道义上或法律上

具有可谴责性或可归责性，且该行为是诱发被告人产生犯罪动机或使犯罪动机外化最主要的因素时，就应当认定被害人具有重大过错，在该情形下，对被告人就应考虑按照情节较轻处理。

在相关司法解释性文件中，被害人过错已被明确作为量刑的一个重要因素，特别是在故意杀人罪中，如 1999 年 10 月 27 日《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》规定："对于被害人一方有明显过错或矛盾激化负有直接责任的……一般不应判处死刑立即执行。"2007 年 1 月 15 日最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》第 18 条明确规定，因被害方的过错行为引发的案件应慎用死刑立即执行。

因此我们认为，受虐杀夫的行为，从杀人原因和审判效果两方面看，应当认定被害人存在严重过错，属于故意杀人罪中的情节较轻的情形。

从杀人原因看，受虐妇女长期遭受丈夫或男友虐待，有学者引入受虐妇女综合征的概念来解释这种故意杀人行为，该心理症状由暴力周期和后天无助感两个方面组成。由于长期遭受暴力并处于恐慌之中，受虐妇女在心理上逐渐瘫痪，这种精神上的钳制羁押到一定程度，一旦爆发就容易丧失理智而失控。由于受虐妇女自身反抗能力的限制和出于对施暴丈夫的恐惧，失控杀夫的时间往往不是不法侵害正在进行时而无法因正当防卫而减轻或免除处罚。鉴于此司法实践中一般将因长期受虐而杀夫的行为认定为故意杀人罪中情节较轻的情形。

从刑罚的生活效果看，对因长期遭受虐待而杀夫的妇女进行量刑时，按照情节较轻处理，对于遏制家庭暴力的滋生具有积极意义，能获得较好的生活效果。

同时受虐杀夫是一种针对性很强的杀人，行为人再次犯同种罪行的可能性甚微，加之行为人主观恶性较小，在道义上得到大家的同情，严惩这样没有人身危险性的受虐妇女，可能带来严重的社会家庭问题，不利于社会的和谐发展。

在本案中，被告人姚国英与被害人徐树生结婚十多年，被害人经常无故打骂虐待被告人，被告人也曾向公安机关、村委会求助但难以彻底解决问题。案发后当地妇联递交了要求对被告人姚国英轻判的申请报告，当地政府出具了有 600 多位群众签名要求对被告人姚国英从轻处罚的请愿书。

综上本案是一起非常典型的因长期遭受虐待和家庭暴力引发杀夫的案件，被害人在案发起因上有重大过错，被告人受到民众同情，应认定为情节较轻的情形。

注：裁判要旨 No.4-232-74，指《刑法》分则第四章第 232 条下的第 74 条裁判要旨。

英国一起外祖母代孕案件的风波

2016-08-12 人民法院报 中国应用法学研究所 蒋惠岭 周蓉蓉

英国上诉法院不久前对一位癌症患者的母亲 M 夫人的案子进行了审理并作出判决，准许母亲为女儿代孕。

M 夫人的女儿生前在与癌症抗争期间，冷冻了自己的卵子，并请求母亲 M 夫人在自己去世后，以该卵子受孕并生下这个孩子。法院认定，M 夫人的女儿生前作过如下陈述：

"我希望您怀上我的孩子。我希望您和父亲养育这个孩子，因为他跟您二老在一起会很安全。"

2011 年，M 夫人的女儿去世，年仅 28 岁。从那时起，M 夫人就卷入了与政府的人类受精和胚胎管理局（以下简称 HFEA）以及英国法院的漫长纷争之中。

作为英国辅助生育的监管机构，HFEA 一再阻挠 M 夫人完成其女儿的遗愿。

代孕案件的事实背景

M 夫人的女儿在一段时期内与癌症抗争，并在病情得到控制时，接受了试管婴儿技术以取出她的卵子，保存她的生育能力。然而，当她得知自己的癌症不可治愈，她再也不可能用得上自己的卵子时，她请求母亲帮她生育孩子。

M 夫人同意完成女儿的遗愿，但她很快被 HFEA 制止。该机构提出，她的女儿虽然签订了一份同意冷冻卵子的协议，却没有签订其他任何允许在她去世后使用卵子的特别协议。

M 夫人想到了另一个办法。她找到一家愿意接受卵子的美国诊所，请求将卵子送到这家位于纽约的诊所。但 HFEA 拒绝了她的请求，而且英国高等法院支持了 HFEA 的决定。

M 夫人提起上诉。7 月 7 日，上诉法院判决支持 M 夫人的请求。上诉法院认为，HFEA 将标准定得太高了。而且，法院认为有充足的证据支持 M 夫人女儿允许其母亲在其去世后使用卵子的特别遗愿。根据这一判决，HFEA 同意重新考虑 M 夫人的案件。

代孕案件涉及的问题

本案涉及了反对辅助生育技术的人士常常提出的几个问题。

一是年龄。M 夫人已经 60 岁，她的丈夫也已 59 岁。当本案中所提到的尚未孕育、出生的小孩在高中毕业时，M 夫妇即使依然在世，也已经年近 80 岁了。他们甚至会更早离世，或者在世时的精力也不如年轻的父母充沛。另一方面，许多并非通过辅助生育技术生下来的孩子，也是由祖父母成功扶养带大的。此外，关于年龄的争论往往基于性别的歧视。几乎没有人认为男人 80 岁生育孩子太老了，而女人超过 35 岁生育就被认为是老了（大龄母亲）!

二是双亲不明或已故。M 夫人表示，在受孕阶段，她计划用一个匿名捐精者的精子来与她女儿的卵子结合。这个孩子没有机会知道他的基因上的父母。虽然对许多被领养的孩子来说，这是很常见的，但这与本案中的孩子的情

形仍有不同。当然，这个问题对于通过捐赠精子或卵子生下宝宝的单身男女或有生育障碍的夫妇也同样存在。

三是能否生下自己的亲外孙。外祖母生下自己的外孙，这种现象越来越常见。通常，这种情况发生在她们的女儿因健康原因不能自己生孩子，而她们能够且愿意成为代孕者的情形。

四是“同意”的标准。当然，本案中上诉法院考虑的唯一法律问题，是 M 夫人的女儿是否明确表示同意自己的卵子在其去世后被使用。HFEA 最初的裁决认为，M 夫人的女儿在同意表上填写的内容不全，也没有涉及卵子的用途。女儿的同意并非真正的“同意”，因为女儿并不知道，她的母亲可能因为怀孕增加自身的健康风险。M 夫人以前被查出患有乳腺癌，而且有医学证据证明，怀孕会增加那些由荷尔蒙因素导致的癌症的复发率。然而，上诉法院没有支持 HFEA 的观点。

除非经过本人同意，法律禁止使用已故之人的精子或卵子。这一规定在理论上有其合理性，然而判断本人是否真正同意的标准，仍有许多问题值得讨论。上诉法院判决认为，如果当事人自己没有对“同意”设置过高的门槛，则可以确认双方同意，毕竟我们需要决定离世后如何处置自己的财产，当然也包括自己的 DNA。而在本案中，我们只需要决定这个门槛有多高即可。

代孕所生子女的亲属身份关系确定

2016-08-12 民法牛 杨立新

上海两级法院对代孕所生子女的身份确认的判决，最终以确认母亲与无生物学意义上母女关系的子女之间的身份关系为结果，保护了代孕所生子女的利益，也维护了母亲的合法权益。我支持这个终审判决，但是也要指出判决中存在的缺点。

本案反映的并不是代孕是否合法以及应否禁止的问题，而是不管合法的还是不合法的代孕之后，其所生子女与父母的法律关系的认定问题。那就是，代孕所生子女的亲属身份地位如何确定。如果仅仅因为他们是代孕而生的子女，就在法律上不承认其亲属法上的身份地位，就会把对违法者的制裁，施加于无辜的代孕所生子女的身上，造成他们的人格尊严以及其他民事权益的损害。

参照最高人民法院 1991 年《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函》的规定精神，解决对代孕所生子女的亲属身份地位应当采取的立场是：

第一，无论在法律上对代孕采取何种政策立场，都不对得损害代孕所生子女的民事主体地位。代孕所生子女一经出生，就是民法所确认的民事主体，就享有民事权利能力，就享有与其他民事主体完全平等的权利。任何歧视、否定代孕所生子女的人格尊严和民事主体地位的做法，都是违法的，都是不允许的。

第二，代孕所生子女在亲属法上的身份地位，应当依法确认。最高人民法院 1991 年《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。这一精神应当适用于代孕所生子女的亲属身份地位的认定。在本案中，代孕所生育的子女尽管与妻子没有生理学上的血缘关系，但是，应当对他们在法律上视为具有亲子关系，是夫妻双方的婚生子女，父母子女之间的权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。既然夫妻一致同意进行代孕，那么无论采用母亲的卵子，还是借用他人的卵子，其代孕所生的子女就应当视为婚生子女。难道完全采用他人的精液进行的人工授精，与采用他人卵子受精后生育的子女，还有本质的区别吗？

第三，本案终审判决确认代孕所生子女是丈夫与妻子结婚后，夫妻一方的非婚生子女，一直随该夫妇共同生活，已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。这样的认定，看似尊重客观事实，但却存在欠缺，即将夫妻双方代孕所生子女认定为非婚生子女，既非夫妻双方决定和采取代孕生育子女当时的本意，也不是符合保护代孕所生子女人格和身份地位的最好方法。如果代孕所生子女的父亲健在，他一定不会要这样的结果。即使认定代孕所生子女子女是形成了抚养关系的继子女，也不能否认上述这样的结果。

第四，对于夫妻双方同意而采取代孕方式生育的子女，不仅要视为婚生生子女，而且还不得以客观事实的证据而推翻该法律认定。无论是代孕所生子女，还是人工授精所生子女，都是为了克服夫妻之间存在某种生育能力的缺陷，而不得不采取的医学科学技术措施而实现生育子女的目的。在这样的情况下，决定采取人工授精或者代孕医学技术而生育子女的夫妻，其初衷，都不是为了生育一个非婚生子女，而一定是要生育一个婚生子女。这种对人工授精或者代孕所生子女为婚生子女亲属关系的确定，不是推定而是认定，因而，不得举出相反的客观证据而予以推翻，不适用婚生子女否认制度。一旦可以用相反的客观证据予以推翻，否定了人工授精或者代孕所生子女的婚生子女的婚生子女的身份，就一定会造成相反的结果，而这样相反的结果是与社会的要求相违背的.

积淀十年助力中国涉外民事诉讼立法

2016-08-12 编辑学堂 中国政法大学教授 刘力

1991 年《民事诉讼法》问世时，第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”并未引起社会广泛关注，或者说，理论界和实务界更关心国内民事诉讼程序的构建与完善。但至 1995 年前后，关于涉外民事诉讼管辖权的探讨开始风起云涌，并带动域外送达、国家间判决的承认与执行等热点问题的研究。我印象深刻的是 1999 年中国国际私法学会年会期间，有不少学者呼吁加大对域外送达途径的研究力度，同一年，海牙国际私法会议出台了《民商事管辖权

及外国判决公约（草案）》，此后相当长一段时间内，在国际私法学界有关涉外民事诉讼程序方面的研究热度始终不减。拿我来说，我把这种研究的热情也带到了我的博士学位论文里。其实，选择民事诉讼法作为我的博士研究方向在很大程度上是受我讲授《国际私法》的影响，这句话听起来有些难懂，事实就是，研究涉外民事诉讼程序的多是国际私法领域的学者，但这一部分的立法又规定在《民事诉讼法》中，于是一直以来，始终有不少国际私法学人半开玩笑半严肃地要将国际民事诉讼程序单独立法，或者至少将其放到中国国际私法法典中。因此，我的博士研究方向是诉讼法中的民事诉讼法也就不足为奇了，而且我的博士学位论文题目就是国际民事诉讼管辖权研究。

但，16 年过去了，待 2007 年《民事诉讼法》第一次修正时，第四编未有任何变动。当时就有一种声音说那是因为目前的规定还是够用的。如果说这种声音代表了一个解释的话，可想而知会有多少遗憾和不解。

2010 年，中国《涉外民事关系法律适用法》出台，这意味着构建中国国际私法法典的梦想仍然任重而道远，也意味着《民事诉讼法》第四编的修订与完善的责任将继续由民事诉讼法来担当。

所以，当我们等来了 2012 年《民事诉讼法》第四编关于管辖权和司法协助的规定的变化时，应该是有很多期待下的激动的。

长久以来，我比较坚定国家间的司法合作，诸如司法协助是如此，那么司法管辖权的国家分配也应如此，而且作为合作成果的有关国际公约就理应得到认同并被接纳。但事实上，司法（主权）合作并非总是一帆风顺，举例来说，2005 年通过的《海牙选择法院协议公约》历时 10 年方在 2015 年生效，至今中国的立场依然在研究加入的可行性上。随着中国在国际舞台上话语权的分量愈加显而易见，我愈加清醒地认识到司法合作应当正视利益的博弈这个问题，博弈有时候是无法达成妥协的，或者有一种博弈就叫作永不妥协。永不妥协应该立足这样一个根基，她代表的是人性、公平、正义、文明和法治。这个根基应该首先建立在本土化上，并以兼容并蓄的开放态度来整合实力走向国际博弈。或许，审视并改善提高我们自己的立法才是当务之急，才是厚积薄发的原意。

本书共有五位作者，我撰写了上编所有章节以及下编第七章域外送达，高玮玢撰写了下编第八章域外调查取证中的海牙取证公约部分，刘梦歌撰写了下编第八章域外调查取证中的比较研究部分，陈泉舟撰写了下编第八章域外调查取证中的中国立法与实践部分，高晓力撰写了下编第九章外国仲裁裁决在中国的承认和执行。

我们希望此书能为中国的国际民事诉讼程序立法与实践做出点贡献。

刘　力

2016 年 1 月

后　　记

2015 年最后一天，我将写作规范的第一次校对稿发给了彭江。我觉得这是一个必须履行的神圣仪式。虽然我知道 2016 年年初还会有很多实质内容上的校对和修改。

这部书稿距离我申请下来司法部课题已经 10 年。人生弥足珍贵的 10 年，各种阴差阳错，真是不堪回首。但福兮祸兮，我还是认为自己十分幸运，等到了 2012 年《民事诉讼法》修订颁布，等到了 2015 年《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》出台，而且立法与司法解释确实针对管辖权与司法协助有了明显改变，因此从立法研究角度来看，资料更加丰满。

算上这本专著，我已经围绕国际民事诉讼管辖权写了三本书，在别人看来——至少我目前也这么觉得，好像可以就此打住了。但实际上呢，我心里还是异常不舍。这个问题像个石矿，别说没有见到宝石，挖掘的也仅仅是表土层。对于我而言，这个问题里的很多内容也确实能够信手拈来。或许，保持敏感度和兴趣，这类问题的研究我还会继续。可是，允许我说句实话，没有一定压力，我未必还有写作的激情。但换个想法呢，没有压力了，是不是可以写出更有意义的文章了？我其实更应该希望如此。

很高兴自己是国际私法研究所中的一员，在同事们的斐然成就面前，我依旧收获了尊重和宽容，也在与他们很多人共事中受益匪浅。

感谢我的老师也是我的老领导杜新丽教授，感谢安徽大学法学院汪金兰教授、北京工业大学法学院田晓云教授，感谢他们给我的研究报告举贤不避亲式的美言，让我的报告通过了正常验收。更感谢他们都提到的那个遗憾和建议，就是希望我在研究报告中增加国家间法院判决的承认与执行。这里我先做出一个承诺吧，我尽力而为，争取两年内完成这样一本专著。

感谢最高人民法院民四庭法官高晓力博士的赐稿，我见证了她一路走来的辛苦以及成就。我为国际私法同仁中有这样一位优秀法官而自豪。

最后摘一句我微博里的随性记录：碰上一个好编辑真是万幸。看到那个脚注被我多次引用竟然可能以讹传讹，我真汗颜。这么说吧，今天一天都在跟一个脚注较劲！虽然还无法最终落实，仍觉得这一天没有浪费。谢谢彭江！

刘　力

2016 年 4 月 6 日

于昌平校区端升楼教员休息室

通奸与干扰婚姻关系的损害赔偿

2016-08-14　法律那些事儿 华东政法大学副教授孙维飞

编者按：婚姻被第三者插足的新闻已经屡见不鲜，今日推送的文章原标题《通奸与干扰婚姻关系之损害赔偿—以英美法为视角》，原载于《华东政法大学学报》，2013 年第 3 期。受限于篇幅本文在推送时删去了注释。在此向孙维飞老师的授权转载表示感谢。

一、问题之提出

配偶一方与第三者通奸，配偶另一方所遭受的损害能否得到救济？此法律问题涉及配偶之间的法律关系以及第三者与配偶另一方之间的法律关系两个方面。就前者，2001 年修订的《婚姻法》第 46 条规定了在离婚时配偶一方可向有婚外同居行为的另一方主张损害赔偿责任，但未涉及单纯的通奸行为；就后者，《婚姻法》未作规定，2010 年实施的《侵权责任法》也未作出明确的规定。

从期刊文献来看，在 2001 年《婚姻法》修订之前，有不少反对受害配偶向第三者请求侵权损害赔偿的见解，但修订之后，从解释论的视角出发，有学者反对就未构成婚外同居的单纯通奸行为使行为人承担损害赔偿责任，但也有支持者。也有学者从适用《侵权责任法》第 22 条的角度持支持的观点。

从司法实践来看，早在 2001 年《婚姻法》修正之前，就有支持配偶一方对另一方和通奸第三者的精神损害赔偿请求的案例。例如，在 “周某某诉王甲等案”中，法院认为，配偶与第三者发生婚外性关系，保持长达半年多的婚外情，其“不光彩的做法，严重地侵害原告对配偶的权利，给原告造成了极大 的精神打击。因此，两被告应赔偿原告的精神损失”。2001 年《婚姻法》修正后，实践中仍不乏作出类似处理的案例。但实践中，也存在否定配偶一方可向另一方与通奸第三者主张精神损害赔偿责任的案例，其中的理由主要是：对配偶来说，《婚姻法》第 46 条只规定了离婚时针对发生婚外同居或重婚的配偶的损害赔偿责任，不包含针对不构成婚外同居的通奸行为的损害赔偿责任；对通奸第三者来说，要求其承担精神损害赔偿责任亦属欠缺法律依据。

另外，在前述“周某某诉王甲等案”中，被告王甲在其和原告周某某的婚姻关系存续期间，与第三者王乙（亦为被告）通奸，生有一子。原告得知真相后与被告协议离婚，并向法院提起诉讼，除了精神损害赔偿的请求如前所述得到支持外，其请求通奸双方赔偿其因夫妻共同财产用于支付该孩子的出生和医疗等费用而遭受的损失一并得到法院的支持，依据是其时规定一般侵权行为的条款，即《民法通则》第 106 条第 2 款。

本文主要研究上述讨论案例所体现出的与通奸相关的精神损害赔偿问题，附带论及抚养非亲生子女所支出费用的赔偿问题，意在通过对关于干扰婚姻关系之英美侵权法历史与现状的观察，结合我国的实例进行比较，为我国将来实务或学说的发展提供一点或许有价值的借鉴之资。

二、英国法上通奸损害赔偿之诉

早期普通法上，丈夫拥有享受妻子陪伴服务的权利（a husband’s right to the consortium of his wife），第三人若有诱拐其妻子、伤害其妻子或与之通奸等行为，即构成对此种权利的侵犯。但是，由于在婚姻共同体中，妻子的人格暂停存在，被丈夫吸收，妻子并不拥有类似的权利。由于妻子不具有独立人格，其在通奸中对婚外性行为的同意不具有实质意义，第三人与妻子通奸，与第三人殴打、掳掠妻子一样，对于丈夫来说，都属于使用暴力的直接侵害行为（trespass vi et armis）。丧失妻子服务（loss of service of the wife）的财产性损失虽然会使得丈夫得到的赔偿额增加，但不是赔偿的必要条件，因为通奸对丈夫的伤害是“玷污了他的床”（dishonor of his bed）、“夺取了他妻子的爱”（alienation of his wife’s affec-tion）、“家庭安慰的破坏”（destruction of domestic comfort）以及“对于妻子所生属私生子的疑虑”（suspicion cast upon legitimacy of her offspring）。英国 1857 年颁布的《婚姻诉讼法》（Matrimonial Causes Act 1857）确立了世俗法院对结婚和离婚事项的管辖权（第 2 条），虽然其第 59 条取消了原先的“通奸之诉”（action for criminal conversation），但保留了丈夫在离婚或别居诉讼中对与其妻子通奸的第三者要求赔偿的权利（一般称之为“action for damages for adultery”，即“通奸损害赔偿之诉”），并且除有相反规定外，原先适用于“通奸之诉”的普通法的原则和规则继续对其适用（第 33 条），法庭甚至有权依裁量要求通奸人支付诉讼所产生的全部或部分费用（第 34 条）。在“巴特沃斯诉巴特沃斯和恩格尔菲尔德”（Butterworth v Butterworth and Englefield, [1920]P.126）一案中，麦卡迪法官（McCardie J.）细致梳理了既有案例，深入讨论了“通奸损害赔偿之诉”的多方面内容，该案也成为涉及此诉的最为出名的一个案件。依据麦卡迪法官的主张，从既有的判例中可以看出，在“通奸损害赔偿之诉”中，丈夫受到的损害可从两个方面进行考察。第一个方面考察的因素是“妻子对丈夫所具有的价值”（the actual value of the wife to the husband），对此可从“金钱的视角”（the pecuniary aspect）和“伴侣的视角”（the consortium aspect）进行分析。和“金钱的视角”相关联的因素有：妻子对丈夫事业的帮助、妻子治家的能力等；和“伴侣的视角”相关联的因素则主要是妻子的纯洁、道德品性以及爱等。从“金钱的视角”评估丈夫的损害时，主要依赖于优良直觉和经验，通奸第三者的具体因素几乎不具有相关性；但是从“伴侣的视角”评估丈夫的损害时，则通奸第三者的行为手段具有相关性。如果通奸第三者需要动用其财富能力去诱惑某人的妻子，则表明该妻子不是可以轻易被征服的女人，也就表明和那些仅因一次诱惑的暗示就上钩的妻子相比，她对丈夫具有更高的价值。第二个方面考察的因素则是对丈夫情感或尊

严的伤害。这方面的因素与“妻子对丈夫所具有的价值”因素相比是更为重要的因素，得到了教科书和权威判例的一致认可。判断丈夫所遭受的情感或尊严伤害时，通奸第三者的行为表现非常重要。在此，尽管通奸第三者的财富或社会地位本身不构成相关因素，但财富或社会地位的使用以利于通奸行为会加剧对丈夫情感和尊严的伤害，因此应成为损害赔偿考量的因素。另外，不论是关乎“妻子对丈夫所具有的价值”或“丈夫所受的情感和尊严的伤害”，丈夫自身的品格、行动和爱都是相关的考察因素，其自身的过失、粗鲁或残忍也可能已经毁灭了妻子的爱，从而使自己要求通奸第三者损害赔偿的权利大为缩减。最后，麦卡迪法官还特别指出，与早期的“通奸之诉”不同，若通奸第三者在通奸的开始和继续中都不知其通奸对象已婚时，不应承担损害赔偿责任。

英国《1970 年法律改革（杂项规定）法令》（Law Reform [Miscellaneous Provisions] Act 1970）第 4 条明确规定，自该法生效后，任何人不得再以妻子通奸为由提起损害赔偿之诉。关于通奸损害赔偿之诉的废除，不妨参看 1967 年英国法律委员会在其工作报告《婚姻及相关诉讼——财产性救济》（Matrimonial and Related Proceedings: Financial Relief）中提出的一些理由。例如，该报告认为：该诉体现的是将妻子当作丈夫的财产；其过程将会鼓励当事人相互伤害对方的尊严，加剧夫妻双方之间的痛苦；另外，如果丈夫和妻子串通，此诉还方便了他们合谋对所谓通奸第三者进行敲诈。在报告人看来，仅被告和原告妻子发生了性行为的事实就可以要求赔偿，其显示的是很粗野、不文明的理论基础（rather barbarous theoretical basis），其他许多可导致他人婚姻破裂的情形都没有责任，而和配偶一方通奸导致婚姻破裂就要承担财产性责任是不合逻辑的，属不合理地区别对待。另外，所谓损害赔偿的风险有助于抑制通奸行为的观点在报告人看来也是不可信的。

如本讨论案例所示，通奸经常伴随的问题是如何解决受欺骗错误抚养非亲生子女的问题。英国高等法院 2007 年报告的“A 诉 B”一案，虽然涉及的不是通奸，但和错误抚养非亲生子女有关。对其观察或许有助于了解在通奸损害赔偿之被取消的情况下，错误抚养非亲生子女情形中问题的特异性。此案中，原告 A 与被告 B 曾是工作中的同事，各自皆无婚姻关系。双方在发生性关系后，1997 年被告怀孕生子 Y，原告以为是自己的亲生子女，并为其抚养支出了各种费用。2002 年 A 和 B 相处得不太好，原告并得知 Y 并非自己亲生子女。后来双方关系闹僵后，A 向法院提起诉讼，主张 B 在有机会告知真相的情况下隐瞒了 Y 并非 A 亲生子女的真相，构成欺诈（deceit）的侵权行为。此主张被法官约翰·布罗菲尔德（John Blofeld）接受，认为案情符合欺诈的要素，因此，原告有权获得精神损害赔偿（判决为 7500 英镑）。但是，就原告要求赔偿其因受欺骗抚养非亲生子女而支出的费用的主张，法官却未予支持，除了公共政策的考虑外，其中一个理由是：原告 A 在得知真相前也从其和非亲生子女 Y 的关系中获得了很大的快乐。

三、美国法上直接干扰婚姻关系的通奸之诉

在美国部分州的普通法上，对婚姻关系的干扰可构成侵权，分为间接干扰婚姻关系和直接干扰婚姻关系（Indirect/Direct Interference With Marriage Relation）。当第三人对配偶一方造成身体伤害时，对该配偶构成侵权，此侵权不属于干扰婚姻关系；同时，因为该行为也使配偶另一方遭受了家庭服务丧失等损失，对配偶另一方也可构成侵权，即所谓间接干扰婚姻关系。而当第三人与配偶一方通奸时，对该配偶（因其同意）不构成侵权，但却可能对配偶另一方带来财产或精神损害。此时，只有对配偶另一方的侵权，即只存在干扰婚姻关系的侵权，不存在其他不属于干扰婚姻关系的侵权，如对配偶一方人身伤害的侵权，因此属于直接干扰婚姻关系。

美国普通法上，“通奸之诉”（Action for Adultery）的特点可从其与另一种英国法上从未存在的诉—“失爱之诉”（Action for Alienation of Affection）的区别来看，失爱之诉亦属直接干扰婚姻关系的诉讼，其核心在于侵权人采取了使配偶一方脱离另一方的行为等从而使配偶另一方不能享受家庭服务和夫妻之爱，而通奸之诉的核心并不是家庭服务或爱之丧失，而是对于夫妻性行为的排他的权利（exclusive rights to marital intercourse）。这样的权利原先和英国一样只允许丈夫享有，但现在，在没有取消通奸之诉的州，丈夫和妻子都享有。依据《侵权法重述》（第 2 版）对美国普通法的总结，即使通奸第三者不知其通奸对象为有配偶之人亦须负损害赔偿之责任，“一个人和已婚者有性关系承担他或她已和他人结婚的风险”；在决定对配偶精神损害（emotion distress）的赔偿额时，须考虑各方因素，第三者和通奸配偶的通奸越频繁的，其赔偿额越高，作为原告的配偶对通奸配偶无视或漠不关心时其可获赔偿额应降低，而通奸配偶之前还和其他人有通奸行为的，作为原告的配偶的可获赔偿额也应降低。

在美国，通奸之诉呈消亡之势，目前只有个别州还保留着。通奸之诉是对性行为不检点的指责和追究，废除它的理由包括：通奸之诉为敲诈和勒索提供了便利之机，诉讼更可能是出于纯粹的贪图钱财或报复的动机，体面而有尊严的人不会去进行这种带来家庭不名誉的诉讼，其情感伤害也难以通过金钱加以弥补；通奸行为很少出于刻意的计划安排，损害赔偿无助于对其进行抑制；另外，如下观念也越来越多地被接受：配偶任何一方都是一个独立自主的人，谁都不是对方独享的财产。

虽然包括通奸损害赔偿之诉在内的直接干扰婚姻关系的诉讼形式在绝大数州都已消失，但是，在通奸配偶生下子女，而配偶另一方在不知情的情况下与该非亲生子女共同生活、建立了感情并支付了抚养费的情况发生时，仍有诉讼出现。例如，在威斯康星州最高法院审理的“凯斯特勒诉波拉德”一案中，在原告与其妻子婚姻关系存续期间，被告和其妻子通奸，并生下一子。原告主张：被告明知自己为孩子的亲生父亲却故意使原告不知情，使原告在和该

非亲生子女建立感情纽带后，却因得知真相而遭受严重的精神伤害，被告的行为构成“故意造成精神痛苦”（Intentional Infliction of Emotional Distress）的侵权行为，故应赔偿原告所遭受的精神损害。“故意造成精神痛苦”在美国法上是一种有别于干扰婚姻关系的独立的侵权类型，依《侵权法重述》（第 2 版）对美国普通法的总结，故意造成精神痛苦的行为人赔偿的条件是其实施了“极端恶劣的行为造成（他人）严重的精神痛苦”（Outrageous Conduct Causing Severe Emotional Distress）。但是，原告利用“故意造成精神痛苦”的这一侵权类型以避免诉诸已经被废除的通奸损害赔偿之诉的做法，遭到了州最高法院的否决，其理由是：原告的主张实质上就是已经废除的通奸损害赔偿之诉，应被驳回，以实现州立法废除该诉所要实现的公共政策。路易斯法官（Louis J.）对此进行了详尽的分析。他首先将通奸损害赔偿之诉的要求事项列出：（1）婚姻关系之存在，（2）被告和配偶一方发生性行为；然后又将原告所主张的事项列出：（1）原告和其妻子存在着一个婚姻关系，（2）被告在原告和其妻子的婚姻关系存续期间发生性行为，（3）前述性行为导致原告妻子产下一子，（4）被告封闭消息和原告后来知道真相。最后，路易斯法官作对比认为：两类事项中（1）和（2）是相同的，而剩下的原告所主张的事项（3）和（4）都是通奸事实的自然的、直接的后果。更具体地说，即(3)事项是(2)事项的自然和很有可能的(natural and probable)的结果，因为发生性行为生了孩子是很自然而可能的事；而（4）事项又是（3）事项的结果，因为隐瞒孩子为通奸所生无疑是普遍会发生的事（undoubtedly common occurrence）。对路易斯法官将原告所主张的事项看成实质上是在诉诸通奸损害赔偿之诉，亚布拉罕森法官（Abrahamson J.）提出不同见解，他认为：一个特定事实可能符合多个侵权之诉的构成，但并不表明这多个之诉是相同的，它们仍是独立的相互有区别的侵权之诉。通奸损害赔偿之诉着眼点是原告的婚姻关系，并不要求被告的行为是极端恶劣（outrageous），而故意造成精神痛苦之诉着眼点是原告的幸福（well- being），则不要求原告必须在侵权行为发生时是已婚的。另一个俄克拉荷马州最高法院审理的案件——“米勒诉米勒案”或许可以为亚布拉罕森法官的观点提供一个补充说明。此案中，被告婚前谎称其所怀的孩子是原告的，其父母（亦为被告）也一起撒谎，原告于是和被告结婚，孩子出生后双方共同生活了十几年，原告才知道真相。因此，原告提起诉讼主张被告其行为构成故意造成精神痛苦的侵权，应承担赔偿责任，并得到法院支持。原告同时主张其为孩子支出的抚养费的返还（restitution），但法院认为：一方面，其撤销父亲身份(disestablish paternity)的期间已过，由此不得要求以撤销父亲身份为前提的不当得利的索回(recovery of unjust enrichment)；另一方面，其依据确定终局判决向孩子的母亲支付孩子抚养费时，亦不得主张不当得利的返还。就此，顺带说明的是，在美国一些州，即使父亲身份被撤销，其立法也明确规定不允许其向收取了孩子抚养费的母亲或国家要求返还。

四、结合我国案例的比较和借鉴

从通奸损害赔偿之诉在英美的一些共性来说，其中有些理由值得深思。笔者认为，英美通奸损害赔偿之诉的共性在于其核心都是将独享配偶性行为利益作为一种权利，并使之成为侵权法保护的客体。这可以解释美国法上为什么通奸配偶之间就和他（或她）人有通奸行为的会减少赔偿额，也可以解释英国法上为什么妻子越难被他人利用金钱等引诱通奸则所受损害越大。这两种情况下衡量的实际都是配偶的贞洁。仅配偶的贞洁与否就可以影响损害赔偿额的大小。配偶另一方的服务丧失或情感伤害是另外考虑的内容。既然英美通奸损害赔偿之诉的核心是将独享配偶性行为利益作为一种权利并使之成为侵权法保护的客体，那么取消该诉也就意味着不将独享配偶性行为利益作为可受侵权法保护的权利。

假定要借鉴并采纳英美取消通奸损害赔偿之诉的做法(此处只是假定，是否应借鉴并采纳的问题有待后文分析)，用大陆法系的语言来说，就需要在判断侵权行为的违法性时认定侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为不具有侵权责任法上的不法性，因此单纯因侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为而造成的损害结果不予赔偿。不过，即使如此，尚须考虑的问题是：若妻子对丈夫隐瞒二人婚姻关系中出生的子女为其与通奸第三者所生，并对丈夫造成了损害，此种情形是否属于单纯因侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为造成损害结果的情形？在笔者看来，从逻辑上说，否定答案的可能性是存在的，因为上述损害的核心是受欺骗抚养非亲生子女带来的情感伤害或财产损失。从这个核心出发，侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为引起此种损害虽属常态，但非必然，不具有夫妻关系的同居者中男方也有可能受此种损害，前文所述英国法上的“A 诉 B”一案即如此，前文所述美国法上的“米勒诉米勒”一案也是如此，因为此案中被告是因婚前性行为而生下了其丈夫的非亲生子女，该性行为发生时夫妻关系尚不存在，因此也就谈不上对“独享配偶性行为利益”的侵害。 另外，在原被告有婚姻关系的情形下，前文所述美国法上的“凯斯特勒诉波拉德”一案中的路易斯法官认为原告所主张的受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿实质上就是通奸损害赔偿，其推理不完全成立。在不认可通奸损害赔偿的前提下，一方面，其认为对由通奸自然产生的结果不应借助于“故意造成精神痛苦”的其他侵权诉讼形式进行赔偿的理由是成立的，否则，取消“通奸之诉”的宗旨或目的就会被变相破坏；但另一方面，其认为受欺骗抚养非亲生子女正属于此自然产生的结果之列的道理不一定成立，在笔者看来，是否成立涉及价值判断。就一国法制来说，通奸合法化或不予处罚并不一定意味着欺骗导致他人抚养非亲生子女也合法化或不予处罚。本文之所以着力讨论受欺骗抚养非亲生子女的问题，是因为我国大陆的通奸损害赔偿中较多涉及的正是此类问题。下文即介绍我国大陆涉及通奸损害赔偿的一些司法案例，观察其特点。

在北大法宝和北大法意的司法案例数据库中，以全文中出现“通奸”、“性行为”或“性关系”，并且全文中出

现“损害赔偿”或“不当得利”进行检索，得出相关案例。仅就这些案例来说，可以看出：（1）除一篇外，其他案例都有这样的特征：在通奸被告生下孩子的案件中，其配偶都获得了精神损害赔偿，反之，则法院不支持精神损害赔偿；（2）在通奸被告生下孩子的案件中，原告主张赔偿抚养费的请求都得到了支持，但都没有引用《民法通则》不当得利条款（第 92 条）；（3）在非通奸的唯一一例因婚前性行为怀孕，但婚后隐瞒了该孩子为丈夫亲生子的案例中，原告以侵犯人格利益为由起诉要求精神损害赔偿，法院未予支持，理由是被告未违反夫妻忠实义务。

英国法律委员会在其有关通奸损害赔偿之诉的工作报告中有这样一段话：“我们虽倾向于取消通奸损害赔偿之诉，但是这通常是社会道德感决定的事项，其或许会感觉在令人气愤的事例中一个富有的引诱他人配偶的人应当付出金钱代价。我们将欢迎法律人或非法律人表达其意见。”就中国的通奸损害赔偿问题来说，同样，它也是由社会道德感决定的事项，不过它是由中国，而非英国，亦非美国的社会道德感决定的事项。以此而言，英美两国法律中就通奸损害赔偿问题的法律发展所显示的价值观对中国就此类问题的处理有多大借鉴意义实属可疑，重要的是本国社会就此问题的感受和态度。即使从普世价值的角度言，通奸造成损害是否应予赔偿似乎也与之无涉。但是，从对本国现行实证法的解释论的角度言，需要关注的是我国实证法所体现的价值观。法官断案须受现行实证法约束，其应采用解释论的视角，不过其结果是否体现了其所处社会的道德感却难以评定。本文于此姑且采用一个假设，即假设本文搜集的数目极其有限的司法案例体现了现行实证法约束下的社会道德感（或者说未与现行实证法相冲突的社会道德感）。在此假设下，下文将试图在解释论的视角下寻求如何从现行实证法的角度为上述司法案例作体系化的法教义学上的解释，并在此过程中从英美有关通奸损害赔偿之诉的普通法中寻求借鉴，尽管并非借鉴其价值观。

首先，从我国现行实证法的角度看，单纯的通奸行为似乎并不能引致精神损害赔偿的后果。2001 年修正后实施的《婚姻法》第 4 条明文规定了“夫妻应当相互忠实”，但是在第 46 条有关离婚损害赔偿的规定中并无通奸损害赔偿的规定，尽管通奸显然是违背夫妻忠实义务的行为。同年实施的婚姻法司法解释（《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》，法释[2001]30 号）第 3 条规定：“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。”由此可见，撇开《婚姻法》第 46 条，就未达到该条第 2 项“有配偶者与他人同居的”夫妻一方与第三者通奸的行为，主张其可构成侵犯配偶权并引致损害赔偿责任的见解并不妥当。对于单纯通奸行为的夫妻一方和第三者，本文亦不赞成依据《侵权责任法》第 22 条追究其损害赔偿责任，理由是，对单纯通奸行为的干预，《婚姻法》所显示的克制态度应予尊重，避免其因《侵权责任法》之适用而遭遇冲突，以维护法律体系的价值观上的和谐。

其次，借鉴前述英美法中有关区分因单纯通奸的损害赔偿与因受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿的见解（尽管并非属于一致见解），笔者认为，在否定单纯通奸损害赔偿的解释论前提下，不妨认可受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿，因为前者涉及的保护客体是“独享配偶性行为的利益”，而后者涉及的保护客体则是与之有所不同的人格利益，无以名之，不妨称其为一般人格利益。这种人格利益受侵害造成的精神损害不是指尊严或名誉受损，而是指因和非亲生子女共同生活等所建立的情感纽带遭遇打击，以致情感上的失落，甚至还可包括错过生育自己亲生子女的机会或最佳机会所带来的精神伤害。上述见解可以较好地对本文前述的我国司法案例作较为连贯的体系化的解释，即可以解释为什么司法案例中多显示为通奸生子时支持赔偿，未生子时则不支持。若否定单纯通奸的损害赔偿，将视角转为受欺骗抚养非亲生子女所产生的精神损害时，解决案件时侧重的不再是通奸行为的持续时间等因素，而应是欺骗的持续时间以及丈夫与非亲生子女是否共同生活和感情深厚等因素。由此，如同前文所述英国法上的“A 诉 B”一案一样，即使行为人并非通奸，也可承担使他人受欺骗抚养非亲生子女所产生的侵权责任。前述我国的一则司法案例就类似情形未能作相似处理，也许正因为未能认识到可对受欺骗抚养非亲生子女中的精神损害作不同于通奸造成精神损害的理解，仍只从是否违反夫妻忠实义务的角度去理解使他人受欺骗抚养非亲生子女的行为。

最后，支持受欺骗抚养非亲生子女的精神损害赔偿，可依据《侵权责任法》第 22 条，因为从该条规定“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”看，其并未将精神损害赔偿限定于“侵害他人人身权”。2009 年全国人大常委会公布的《中华人民共和国侵权责任法（草案）》第 22 条则有此限定。合乎立法史的解释应当是，人身权之外的一般人格利益并未一概被排除在《侵权责任法》第 22 条的保护范围之外。因此，虽然前文并未将使他人受欺骗抚养非亲生子女的行为定位于侵犯具体的人格权，而是一般人格利益，其保护依据《侵权责任法》第 22 条仍属有据。另外，关于受欺骗抚养非亲生子女所支出抚养费用的赔偿请求，前文所述的我国司法案例都予以支持，且并未引用不当得利条款，即《民法通则》第 92 条，实际上是将其作为侵权造成财产损失的赔偿问题加以对待。不过， 若从侵权的角度追究非亲生子女的亲生父亲的责任时，必须以其有过错为要件，若亲生父亲不知自己有该子女存在的，就有关抚养费的损害赔偿来说，似乎难以谈得上过错，因此不应予以赔偿。但是，和精神损害赔偿问题不同，上述抚养费属本该由孩子的亲生父亲承担的费用转由其非亲生父亲支付了，是否可从不当得利角度分析可值研究。考虑到受欺骗抚养亲生子女的人在得知真相前通常也会从和非亲生子女的共同生活中获得过天伦之乐，这一点并不会因为由得知真相而来的事后的失落而溯及地消灭。再加上保护儿童等公共政策的考量，不论是侵权的财产损失赔偿，还是不当得利所支出费用的返还，都有进一步探究的余地。

五、结论

通奸损害赔偿事涉及各国不同文化，价值判断可能各异。本文介绍了英美取消通奸损害赔偿之诉的大致情形，在对其借鉴的问题上，并不侧重于英美法对通奸损害赔偿事项处理所体现的价值观，而是侧重于其中区分通奸损害赔偿和受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿的见解。从本文所搜集的我国既有的案例出发，结合对现行实证法的分析，本文所支持的解释论的见解为：因单纯通奸造成的精神损害不予赔偿；因受欺骗抚养非亲生子女而产生的精神损害可依据《侵权责任法》第 22 条作为侵犯一般人格利益造成的精神损害予以赔偿；至于受欺骗抚养非亲生子女的抚养费赔偿或返还问题，有待进一步研究。

德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿

2016-08-17 法律那些事儿 上海交通大学副教授庄加园

编者按：本文原载于《华东政法大学学报》2013 年第 3 期，原文共有 72 个注释，为了推送便利暂时删去了注释，如有兴趣的朋友可以查看原文。在此感谢庄加园老师的授权推送，同时一并感谢上海财经大学朱晓喆老师提供原文电子稿。

作者：庄加园（上海交通大学副教授）

德国哥科隆大学法学博士，中国社会科学院民法学研究所博士后。主要研究方向物权法、担保法、破产法、民事诉讼法（强制执行法）、德国私法。

一、引言

有配偶者与第三人出于自愿而发生性关系的行为，被称为通奸。在古代社会的很多国家和现今的不少伊斯兰国家，仍将通奸行为作为犯罪而对待。但在很多欧美国家，通奸行为早已不再被视为犯罪，而仅作为道德领域的评价问题。当刑法领域的通奸去罪化在欧美国家几成共识时，民法应该如何评价这一行为，是否会使行为人承担如损害赔偿之类的不利后果，恰是本案的讨论问题。

德国法在学理上将通奸（Ehebruch）这类行为归入 “干扰婚姻关系”[Ehestörung]）的案型。当发生此类情形时，受到干扰一方的配偶向法院起诉，要求一方配偶或干扰婚姻关系的第三人承担损害赔偿责任，这类案件在实务中屡见不鲜。这一诉讼请求是否受到支持，不仅关系到教义学的理论，更牵涉到一国的社会伦理、家庭道德等因素，需要将两者结合起来，才能得出妥当的解决方案。

二、侵权责任

在德国民法中，配偶一方能否基于侵权行为，向干扰婚姻关系的第三人或另一方配偶提起损害赔偿请求权（如精神损害赔偿、支出的抚养费用、可得利益丧失），首先取决于婚姻关系是否构成民法典第 823 条的保护对象。本条明列生命、健康、自由、身体四项绝对权利，婚姻显然不在其中。那么它是否能归入德民第 823 条规定的“其它权利”？

按照通说，“其它权利”指的只是绝对权。据此各权利人得以向其他人要求，不得妨害其行使权利或由行使该权利所生的权能。这其中包括用益权、役权、专利权、著作权、商标权等德民第 823 条未曾列举的绝对权。但家庭权利可否归入德民第 823 条中的其他权利，却存有怀疑。

1．婚姻的人身关系

学说中认为，婚姻给予配偶一项保护婚姻生活共同体的绝对权。由于通奸行为是一项粗暴侵犯婚姻的权利，势必会导致通奸双方，即违反忠实义务的配偶与干扰婚姻的第三人，都负有赔偿由于侵犯婚姻所生损害的义务。这一损害，即使不包括所失利益，也要包括遭受的损害。

以联邦最高法院为代表的通说，却不同意以上观点。它将干扰婚姻关系区分为干扰婚姻的人身关系和干扰婚姻的空间内容领域。干扰婚姻关系若仅发生于前者，例如违反建立婚姻生活共同体的义务（Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft）、忠实义务等，原则上并不发生侵权法上的损害赔偿义务（德民第 823 条）。

基于婚姻人身关系而发生于配偶之间的义务，虽然也得到法律明文确认，但原则上不能被强制执行，也不引起罚金和损害赔偿。它们只能由当事人根据道德习俗的约束和根据良心所提出的要求而自愿履行。在帝国法院 RGZ 6, 159 的判决中，妻子要求法院判决违反婚姻所生人身义务的丈夫，不得与第三人发生性关系，不得与其进行共同家庭生活。但这些诉讼请求都未获得法院支持。

（1） 立法资料与司法实践

正如民法典立法理由书所持的观点，这类请求权并不符合婚姻的本质，所以它在民法典起草时就遭到否定。帝国法院在其判决追随了这一观点。联邦最高法院亦接受了帝国法院的立场。它认为，制裁干扰婚姻行为只能根据家庭法来进行。因此，原告所享有的损害赔偿请求权，也只能来自于家庭法。纯家庭法上的义务，如忠实义务、同居义务，配偶一方违反缔结婚姻所生的义务，不能被强制执行。在违反上述义务的情况下，除发生家庭法部分所规定的请求权以外，并不发生其他的损害赔偿请求权。

学说观点对此批评甚多，它们认为干扰婚姻的行为可能引起损害赔偿义务（德民第 823 条以下）。联邦最高法院明确拒绝这一观点，并坚持认为，虽然违反法律关系可能引起普遍的财产损害赔偿请求权，但婚姻关系却不是以上能引起财产损害的法律关系。这一行为只是婚姻的内部事务，它并未被侵权责任构成要件的保护范围所涵盖。如

果没有配偶一方的协助，干扰婚姻的行为根本是不可想象的。所以，干扰婚姻关系在更大的程度上表现为婚姻内部事务。

（2）法院所持的主要反对理由

民法典立法理由书的理由固然冠冕堂皇，帝国法院的判决尽管言之凿凿，联邦最高法院改弦更张的判决并非罕见。联邦最高法院之所以在此坚持否认侵权法的损害赔偿请求权，主要还是基于以下考虑：国家不宜干预家事；家庭法已有特殊规定在先，财产法规则不宜越俎代疱；以及不可预测的负面效应。

A．国家不宜干预家事

配偶彼此间的关系主要具有道德方面的因素，因此这一领域的规则在很大的范围中，不宜于通过国家强制力来干涉。配偶履行基于婚姻关系所生的义务，只能根据自愿约束和自己的良心来得到保证。通过国家惩罚或者威胁实施惩罚，都会违反婚姻的道德基础。即使这一强制针对的是婚姻外的第三人，它的实际效果也会间接地针对配偶一方。

倘若法律通过金钱惩罚来维持婚姻，实际上等同于施加惩罚，它逾越了家庭法的目的。德国旧《民事诉讼法》第 888 条第 3 款的强制罚金（Zwangsgeld）条文明示，对于违反婚姻关系人身义务的行为，并不适用罚金的规则。这表明，即使法院判决妻子履行这一义务，该义务既不能被强制履行，也不能被施加罚金。这一“优待”违反婚姻关系人身义务的规则，在新时代中得到重述。它被移入了 2009 年 9 月 1 日生效的《家事与非讼事件程序法（FamFG）》第 120 条第 3 款：缔结婚约和夫妻同居的义务不受强制执行。

B．家庭法特殊规则的封闭性质

保护既有的婚姻共同体、恢复该共同体，不应诉诸保护权利和法益的一般规则，而应依赖于特别的家庭法规定。这是由于民法典对违反基于婚姻所生义务及其后果，着实规定了不少条文（参见德民第 1361，1933，2335 的条文）。无过错的配偶不仅可以向有过错的配偶要求合理或公平的扶养费用，而且还能要求一笔款项，使他能够维持如同婚姻依然存在的生活状态。此外，无过错的配偶在有过错配偶死亡时，对于遗产享有如同婚姻依然存在的权利。

这些特别规则说明，违反配偶间纯家庭法上义务的法律后果，最终是在家庭法中封闭性地得以解决。若配偶之间适用财产法关系的规则，比如民法典第 823 条以下的规范，将在很大的范围内使得家庭法规则失去其意义。因为基于债法规定的损害赔偿义务，将远远超过家庭法规定的义务范围。由此，家庭法规定中的相关义务，将在很大程度内成为具文。

虽然不能否认，缔结婚姻既有财产法上的效果，也有家庭法上的效果。然而，原则上必须区分的是，纯家庭法上的义务与基于婚姻所发生的、配偶之间的财产法义务。纯粹家庭法上的义务，如建立婚姻生活共同体的义务（Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft）、忠实义务，只要求人们作出符合该义务的行为方式。违反这类义务并不导致违反债法上的义务，而是只能从家庭法自身的规定而得出结果。

C．不可预测的负面效应

联邦最高法院忧虑，倘若承认侵权法上的损害赔偿，则会带来一系列不可预测的负面效应。民法典立法理由书早已指出，如果认可这种损害赔偿义务，就会有人基于低劣的动机，利用离婚来达到为己谋利之目的，由此很可能导致配偶间的诉讼显著增加。而且很多情况下，离婚诉讼和扶养费诉讼都会伴随着损害赔偿诉讼。此外，损害赔偿诉讼必须准确地确定婚姻过程以及配偶的行为。而根据经验，离婚原因不仅存于第三人干扰婚姻关系的情况，而且可能来自于有过错配偶自己的事由，比如持续拒绝履行婚姻义务。

法院在判决中还指出，承认配偶一方的损害赔偿，就等于承认干扰婚姻者基于共同侵权的损害赔偿责任。当干扰婚姻关系者承担损害赔偿责任时，他就可以向作为共同侵权者另一方配偶要求追偿（德民第 426 条）。此时，还会出现的问题是，倘若适用民法典第 254 条与有过失，便会导致有过错的配偶一方承担主要或全部的责任。配偶一方在承担侵害婚姻的损害赔偿之后，再根据多少份额与干扰婚姻人承担内部责任，这一点很难确定。

由此可见，以上理由都表明，侵权法的损害赔偿并不适用于配偶之间违反婚姻人身义务的行为。不仅与第三人发生通奸关系的配偶一方不必承担侵权责任，第三人干扰婚姻关系也不构成侵权责任。因此，原告在诉讼请求中所要求的这些财产损害，包括如误工费之类的可得利益，都无法在德国法上得到支持。

（4）第三人侵犯一般人格权所致精神损害并不成立

如本案判决中所指出的那样：“两被告不光彩的做法，…，给原告造成了极大的精神打击”，此时，受害人是否可以基于一般人格权的侵犯，而提起精神损害赔偿。原告在起诉中要求赔偿精神损害 3 万元，法院在判决中同意给予原告 1 万元的损害赔偿，却未予详细说明理由。这一精神损害赔偿请求权在德国法上是否也能得到支持？

NJW 1973，991 一案中，联邦最高法院明确否认了基于一般人格权的精神损害赔偿。在该案中，原告与其妻子分居，被告在此期间与原告妻子多次发生性关系，原告以此为由诉请被告赔偿抚慰金 10000 德国马克。法院认为，只有在严重侵害一般人格权的情况下，受妨害者才能要求以金钱赔偿非物质损害。加害者侵害一方配偶人格权的实现，是以借助配偶另一方协助的方式，对他人婚姻生活共同体不受妨碍的权利施加干预。这一方式在很多干扰婚姻关系的情况，还需要其他的前提，方可构成严重侵犯一般人格权。

由于一般人格权保护领域的界限是如此开放，以致于它必须考虑到其他法律上被保护的领域才能获得认可。而立法者不仅对婚姻的行为放弃了直接和间接的国家强制力，而且也放弃了对不忠于婚姻或类似情形的惩罚措施，仅仅满足于成文法所规定的家庭法上的效果。鉴于这一特殊之处，人格权保护的意义不会被轻视，也并非未予足够考虑。由此可得知，在高度人身性关系的领域，法律呈现出不愿进行管制的意图。

既然国家已经拒绝对夫妻间的人身关系施加强制，而一方提出可诉请的抚慰金请求权与国家强制干预措施并无差异。因此，对于不忠实于婚姻的罪孽以及第三人的参与，并不发生精神损害赔偿请求权。这一立场并未随着时代变迁而有所改变。相反，随着《刑法典》第 172 条通奸罪于 1969 年被废除，拒绝干预的这一立场更是得到了强化。

2．排除妨碍，消除危险的请求权

德国法院虽然不支持违反配偶间人身关系所生的损害赔偿请求，但若配偶一方将干扰婚姻关系的第三人带入婚姻住宅，此时，另一方配偶可以对第三人或配偶主张排除妨碍，消除危险的请求权（类推适用德民第 1004 条）。本案虽未曾提到这一情况，但鉴于此类案型配偶一方所得到的保护，仍有必要予以重视。

德国联邦最高法院曾经在战后处理过这样一个案件。原告与其丈夫结婚多年，并育有九岁的女儿。她的丈夫与第三人保持多年的婚外性关系。1948 年 7 月，原告带着女儿与丈夫分居，但仍住于婚姻住宅中，并共同操持家务。1948 年 11 月她丈夫的情人搬入家中，并与其丈夫使用公用的房间，而原告和女儿仍然住在卧室中。原告向法院起诉该情人，要求她离开家中。

判例指出，当婚姻领域的空间内容，如婚姻和家庭住宅等，受到他人妨害时，配偶一方可以对婚姻干扰人或者另一方配偶提起诉讼，要求排除由此引起的妨碍，并防止将来发生的干扰（类推适用德民第 1004 条）。这是因为婚姻中除了纯人身领域之外，通常还存在房屋空间为标的物的特定领域。它作为共同婚姻和家庭生活的外部客观基础，并使得每个家庭成员可能发展其个性。婚姻和家庭住宅，它尤其是妻子为其和家庭的利益，发挥和实现个性所依靠的自然工作领域。只要配偶对该领域的权利通过其他方式不能实现，他就享有《基本法》第 6 条对婚姻和家庭所提供的，不受限制的国家法律保护。配偶对这一受到保护的利益与其和家庭的利益不可分割。

如果妻子受到丈夫或第三人对外部的婚姻生活空间的持续侵犯，使得她不可能维持妻子和母亲的角色，并无法保证妇女尊严、人格权与健康不受侵犯，那么她就需要《基本法》第 6 条所赋予的保护。面对如此的干涉，妻子可以要求排除由此引起的妨碍，并防止将来发生干扰的重复危险。也就是说，妻子可以要求干扰婚姻关系的第三人退出婚姻或家庭住宅，并且要求她以后也不准进入这里。

仍然悬而未决的问题是，保护婚姻住宅在教义学究竟如何建构。通说将房屋空间为标的物（räum-gegenständlich）的婚姻领域归入德民第 823 条第 1 款的“其它权利”。也有学说将德民第 823 条第 2 款与基本法第 6 条或者德民第 1353 条第 2 款联系起来。甚至还有观点主张，在空间内容的婚姻领域中，被保护的法益应该是一般人格权。不过，这一教义学争论从保护当事人的法律效果来看，却是殊途同归，并无太大的差异。

3．例外情况下对妻子的损害赔偿请求权（德民第 826 条）

司法实践一概地否认德民第 823 条所生的赔偿请求权，无论是财产损害，还是非财产损害。这却未说明能否在此适用德民第 826 条。

科隆州高等法院在 1999 年的一则判决中，认为妻子违反忠实义务的行为通常并不构成违反善良风俗的加害行为。在这一案件中，妻子隐瞒与他人多次发生性关系的事实，由此使得丈夫相信孩子是自己的亲生骨肉，但并不构成德民第 826 条规定的违反善良风俗的加害行为。只有具备特殊的情况，才构成违反善良风俗的行为。

卡尔斯鲁厄州高等法院在 1991 年的判决中认可了德民第 826 条的损害赔偿请求权的前提要件。这一案件中，作为被告的孩子母亲在法定的受孕期间除了和原告保持性关系之外，还与其他两名男子发生性行为。作为被告的孩子母亲基于明示询问，向原告表示，只有他才是孩子的父亲。此外，她还有意识地违背事实真相，向青少年部门（Jugendamt）澄清说明，她在法定的怀胎（受孕）期间（Empfängniszeit），只和原告保持了私人的性关系。本案中被告的行为虽不致构成直接故意，却也构成间接故意。鉴于医院已为被告颁发了母亲证明（Mutterpaß），被告应估计到，原告会承认自己是孩子的父亲。因此她不应违背事实而陈述在受孕期间只和原告发生过性关系。被告最终被判决赔偿因原告承认不实父子关系所引起的损失，它包括原告支付给孩子的抚养费，撤销父子关系的诉讼费用。

在本案中，只有妻子承担德民第 826 条损害赔偿的义务，并不牵涉第三人的问题。这里构成违背善良风俗的加害行为，是导致孩子被错误认定他人之子的欺诈操纵。为此，有学者指出，对父子关系产生怀疑的丈夫，通过妻子的明确表示，事实上获得了一个额外的债务人。也就是说，在今后确认父子关系不存在时，丈夫求偿权的实现因妻子充当保证人而得到加强。倘若丈夫对孩子生父的抚养费求偿权，因后者缺乏给付能力而无法实现时，妻子就必须为此承担责任。

法院在判决中，将该损害赔偿请求权的相对人仅限于配偶一方，却没有延伸至干扰婚姻关系的第三人。因此，有观点认为，如果干扰婚姻关系的第三人与孩子母亲通谋，恶意掩盖孩子的真实身份，该第三人也可能构成德民第 826 条的背俗加害行为。因此，判例所确定的根据德民第 826 条所生的损害赔偿请求权相对人过于狭窄，在必要情况下应该扩及于干扰婚姻关系的第三人。

但需要注意的是，这里所指的违反善良风俗的加害行为，是指配偶通过虚假陈述，致使另一方配偶相信孩子是亲生骨肉。在此并不涉及干扰婚姻关系而发生的侵害。德民第 826 条保护的乃是更高层次的一般法益，而不是违反配偶之间基于婚姻关系所发生的人身义务。所以，从这个意义上而言，德民第 826 条的这一保护并不涉及家庭关系领域。

三、有限费用的求偿

本案原告所提出的诉讼请求，包括误工损失 3200 元及精神损害赔偿费 3 万元，原告为他人之子支付的保胎费、生活费、医疗费、营养费、护理费、陪护费等合计 1.9 万元，以及亲子鉴定费用、差旅费 3500 元。对于这些费用，如何进行分类，值得研究。

曾有学者将基于干扰婚姻关系而生的损失分为遭受损失（eintretende Nachteile）与所失利益（entgehende Vorteile）两类。前者包括：（1）侦查通奸事实之费用；（2）通奸子女之生产费用；（3）对通奸子女之抚养费；（4）撤销通奸子为自己子女之费用；（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。后者包括：（1）配偶另一方基于婚姻关系所负有的给付义务，如操持家务、教育孩子等；（2）基于婚姻关系所发生的机会与损失，如继承权；（3）考虑到既有的婚姻关系，第三人所给予无过错的配偶的所有财产利益，比如岳父给予的抚养费补贴，无偿或低价的提供出租公寓等。

由于德国判例不支持当事人基于侵权行为的损害赔偿请求权，使得当事人无法实现其所要求的全部赔偿。那么，无论是遭受损失，还是所失利益，也都不在侵权法的保护范畴之中。但若一概否定所有的费用求偿权，未免过于严苛。于是民法典家庭编仍然开启一道“后门”，使得当事人在有限范围内得以求偿部分支出的费用。这些费用主要发生在以下遭受损失的范围：抚养他人之子的费用、撤销父子关系诉讼的费用，乃至支出的分娩费用。

首先需讨论的问题是有关抚养费的求偿权，请求权相对人究竟是孩子，还是生父，或者两者皆可？他们所依据的请求权基础分别何在？

1．抚养费请求权

（1）针对受抚养人（他人子女）的不当得利请求权

养父误以为其妻生下之子为亲生骨肉，而为这一孩子支出抚养费用。养父发现孩子是他人之子后，是否可对孩子要求返还数年的抚养费用？民法典的立法计划中最初打算通过立法排除这一请求权，但最终没有实现。当养父与孩子的父子关系被撤销时，但生父无法被确定的情形，这一请求权仍有适用空间。

养父对于抚养的他人子女可依据德民第 812 条第 1 款第 1 句享有不当得利请求权。因为养父误认他人子女为其自己子女而给付扶养费用，两者存在抚养费的给付关系，养父为给付人，他人子女为给付受领人。后因法院判决，撤销抚养人与“被抚养人”（他人子女）的父子关系，使得他们在法律上扶养的原因溯及既往地消灭。他人子女因抚养人支出费用而受有利益，这一利益属于民法上的不当得利，当属无疑。

不过考虑到善意的给付受领人主张德民第 818 条第 3 款，使得这一不当得利请求权无法实现。当得利人为善意时，即不知该给付无法律原因——抚养人并非其生父，他便可以主张德民第 818 条第 3 款，主张因给付所得的现存利益不再存在，从而阻止养父对其行使不当得利请求权。只有当得利人为恶意时，他才可根据德民第 818 条第 4 款承担加重的不当得利返还责任。也就是说，如果被抚养的孩子知晓养父并非亲生父亲，这是这个孩子才承担返还受领的抚养费及利息等的义务。

通常而言，孩子并不知支付抚养费的养父并非其亲生父亲，因此他自己的善意较易得到法院支持。有关现存利益的判定，对于没有财产和收入的未成年人而言，也不构成疑难问题。现存利益之所以不再存在，是因为其为抚养孩子所支付的资金已被耗尽，作为给付受领人的孩子自然不享有抚养费的现存利益。但通常情况下，给付受领人须根据德民第 818 条第 2 款的规定返还现存利益的价值。这就是说，如果孩子在此情况下，基于养父的抚养费给付从自己的收入或财产中节省了支出费用，那也会构成不得当得利。但未成年孩子通常除这一请求权之外，既无收入，也无其他财产，所以在此也不构成支出费用的节省。

由此，抚养人针对受抚养人（他人子女）的不当得利请求权，通常由于德民第 818 条第 3 款的阻碍而落空。

（2）针对亲生父亲的请求权

1）其请求权基础

由于针对孩子的不当得利请求权通常无法实现，抚养人便只能向亲生父亲索要抚养费。这一请求权基础究竟为何，有待澄清。

如果主张该请求权基础为无因管理，则面对的障碍是抚养人（养父）并无为生父清偿债务的主观意思。可以肯定的是，抚养人对于他人子女的抚养，在不知情的情况下，无论从其主观的角度，还是从客观的角度来看，都是在履行自己的抚养义务，因此并不存在管理他人事务的意思。

支持不当得利的请求权的观点认为，如果抚养人为他人清偿债务，引起他人的抚养义务消灭，则他根据德民第 812 条第 1 款第 1 句，对亲生父亲主张追索型不当得利请求权（Rückgriffanspruch）。这一情况类似德民第 267 条中第三人清偿的利益状况。但第三人清偿他人债务，须有为债务人清偿债务的意思，抚养人向他人子女给付抚养费，

按其意思只是履行自己的债务，并未引起亲生父亲的抚养义务消灭，所以其对亲生父亲的不当得利请求权并不成立。

2）抚养请求权的法定让与（德民第 1607 条第 3 款第 2 句）

正如以上分析的那样，追索抚养费的请求权基础在一般规范中都无法得到支持。为此，民法典的立法者才考虑了法定的债权让与规则，以此为抚养义务人追索提供请求权基础。

A. 德民第 1607 条第 3 款第 1 句的法定债权让与

德民第 1607 条规范的是血亲之间因代替义务人承担抚养义务而发生的法定债权移转。直系血亲按照法律顺位在一定条件下，互相承担抚养义务，不同顺位的血亲并不因为承担抚养义务而成为连带债务人。若某人在给付抚养费后，发现自己本无抚养义务或处于后一顺位，这时它可向本应承担抚养费的人进行追索（德民第 1607 条第 1 款）。

德民第 1607 条第 3 款调整的血亲关系是孩子对父母一方的法定债权转让。为此。该条第 1 句规定，在符合某些要件的情况下发生法定的债权移转。当无抚养义务的血亲或父母一方为父母另一方履行抚养义务时，在其引起义务人的抚养义务消灭范围内，孩子对父母亲一方的债权根据法律移转于此人（法定债权转让）。

B. 准用德民第 1607 条第 3 款第 2 句的法定债权让与

与父母、子女这类血亲之间的抚养费追索不同，孩子的养父由于父子关系的撤销具有溯及既往的效力，所以他对孩子抚养的义务也溯及地归于消灭。那么，这一情况便不符合法定债权让与的要件——让与人与受让人之间存在血亲关系，生父由此无法援引该条一般的法定债权让与（德民第 1607 条第 3 款第 1 句）。但判例还是为了婚生养父的利益支持适用这一规则。

直至六十年代末，现在的法定债权让与规则（旧德民第 1615b 条、现德民第 1607 条第 3 款第 2 句）才出现在民法典中。根据这一条款，“作为父亲的第三人”（养父）在对孩子支付抚养费后，也能准用该条第 3 款第 1 句。不过，这一请求权的发生前提是：父子关系已由发生既判力的判决所确定(德民第 1599 条第 1 款，第 1600d 条)。只有这样，作为父亲的第三人在引起生父抚养义务消灭的范围内，使得孩子对生父的抚养费债权移转于他。由此，作为父亲的第三人才能向生父主张受让抚养费追偿的债权。不过，如果养父实际上所支付的抚养费数额超出法定抚养费数额，这一法定转让债权的内容也只限于孩子向父亲要求的抚养费限额。

德民第 268 条第 3 款也规定了法定的债权让与，它与德民第 1607 条第 3 款第 2 句在效果上非常相似。但德民第 268 条第 3 款适用的情形是，由于债权人对于债务人的标的物申请强制执行，致使有丧失该标的物权利或占有危险的人，都有权向债权人清偿。在该第三人向债权人清偿的范围内，债权移转于第三人。误人他人之子为自己之子而加以抚养，首先不具备德民第 268 条第三人销除权的前提，即不存在强制执行的情形。其次，养父以为是在履行自己的扶养义务，没有清偿生父抚养债务的意思。所以，这两个条款虽然同为法定债权让与，但适用情况却各不相同。

需要注意的是，根据同条第 4 款，这一法定债权转让不能造成抚养权人的不利益。这一款的基本思想来自于民法典法定债权让与的一般规则（第 268 条第 3 款第 2 句）：即无人会转让一个有害于其自身利益的法律地位（nemo subrogat contra se）。因此，抚养权人不应处于比债务人自身给付更差的地位。当抚养义务人同时面临债权受让人和抚养权人的债权时，抚养权人的债权优先于根据该条债权受让的人。若子女生父的给付能力有限，行使追索权可能影响到子女对现在生父的抚养费请求权，则养父向生父追索法定转让的抚养权数额应劣后于子女的抚养费请求权。

2. 撤销父子关系的诉讼费用

养父为父子撤销诉讼中所支付的诉讼费、律师费用，可否要求并非撤销程序当事人的生父返还。德国司法实践予以肯定，其请求权基础是基于家庭法上的抚养义务与以上所提及的法定债权转让。

有观点认为，养父为孩子所支付的撤销父子关系的诉讼费用，只是具有贷款的性质，而不属于抚养费用的范围。德国联邦最高院并未支持这一观点，反而认为撤销父子关系的诉讼费用的权利基础也应在于抚养义务。诉讼费用预支应该使得没有能力负担诉讼的抚养权人得以进行诉讼。抚养义务的范围也应一般地限制于抚养权诉讼的支出费用。撤销诉讼对于澄清孩子血统（Abstammung），他的人身以及法律与社会关系具有十分重要的意义，以至于抚养孩子生活所需的费用不能作狭义的理解，而应被广义地理解。它不仅限于维持生活的开支、以及营养或教育费用（德民第 1610 条第 2 条），而且也应包括澄清孩子血统的诉讼费用。

3.养父为生父支付妻子分娩的费用（类推适用第 1607 条第 3 款）

本案中原告要求赔偿的费用中除生活费、营养费外，大多是与孩子出生相关的费用，即分娩费用。民法典并未如抚养费求偿那样对于妻子分娩费用设有专门条款。民法典仅在非婚生子女出生时，使得妻子根据德民第 1615 l 条第 1 款第 2 句享有对孩子生父关于分娩费用的请求权。对于婚生子女的分娩费用，民法典却未予规定。

20 世纪 50 年代末期，联邦最高法院曾在一则判决中认为，孩子的养父为生父支付了这一笔费用，使得生父省却了这笔费用。生父由此以养父的损失而保有该利益，并无法律上的原因。参照德民第 812 条的规定，生父必须向养父偿还这笔费用。但以不当得利作为分娩费用请求权基础，其缺陷至为明显。因为养父在此并无为生父清偿分娩费用的意思，因此未能消灭妻子对生父的这一请求权。

德国学者认为，这里的困难在于，分娩费用的请求权作为一个独立的种类，立法者仅使妻子作为请求权人。虽然原则上孩子所有的抚养费用请求权，都可以通过“生活所需”的扩张解释，经由德民 1607 条第 3 款的法定债权让与的规则转让给养父。然而，这里仍缺少一条关于生父承担分娩费用的请求权规则，即养父不能对生父追偿分娩费用。倘若养父支付分娩费用，而生父却由此节省了这一费用的支出，这样的情况实在是毫无理由。这一利益状况原则上与德民 1607 条第 3 款的法定债权让与完全相似。而且，分娩费用根据家庭法的修改，也能够被视为抚养费用。因此，有必要类推适用德民 1607 条第 3 款，而不是将法定债权让与仅限制于孩子的抚养请求权。

四、中国法上的思考和启示

有关婚姻家庭领域的规则，各国法域呈现出巨大的差异性。由于受到习俗、宗教、伦理等本土特有因素的影响，家庭法的本土性和多样性在比较法上表现得十分显著。通常在研究这一领域，不能简单照搬他国的法律和规则，而必须和本国的现实背景相结合，也是得到学界公认。但在中国走向世界、融入全球的时代，我们的家庭婚姻生活不自觉地吸收了西方社会的不少伦理规范，而和不少自古流传的道德习俗渐行渐远。所以即使在家庭婚姻关系的某些方面，我国法律和欧美法律之间表现出某些不经意间的相似，也并不令人称奇。

1．忠实义务的性质

我国审判实践中，此类干扰婚姻关系的案例并不少见。判例和学说对此分歧较大。有意见主张，侵害的对象是名誉权。有判决认为，配偶一方违反忠实义务致使另一方人格权受到侵害。另有学者援引《侵权责任法》第 2 条，主张配偶一方的“人身权益”受到侵害。还有意见认为此类行为违反了《婚姻法》第 4 条规定的夫妻之间应当相互忠实的规定，侵害了配偶另一方的配偶权。通过以上的整理，我们可以看出，学界和判例对于支持干扰婚姻关系的侵权损害赔偿的理由虽然有所分歧，但大多从违反配偶间的忠实义务出发，来认定通奸一方配偶的侵权责任。

所谓忠实义务，按照我国学者的观点，主要是指贞操义务，即专一的夫妻性生活义务。我国《婚姻法》并未在“家庭关系”一章明确夫妻的忠实义务，却在“总则”中加入了“夫妻应当互相忠实，互相尊重”的条款。由于这一条款规定于总则中，所以被认为不是权利义务规范，而是宣导性、倡导性规范。忠实义务没有被列为法定义务的主要原因在于，这一义务根本上是道德义务，而不是法律义务；而且这一领域具有家庭伦理和高度人身性，法律不便干预家事，也不适宜强制履行这一义务。因此，《婚姻法司法解释（一）》第 3 条规定：“夫妻双方当事人一方单独以他方违反《婚姻法》第 4 条为依据提起诉讼的，人民法院不得受理”，更是说明了这一义务不具有可诉性，而只是夫妻关系的基本准则，仅具有导向性意义。尽管反对声不少，但目前的主流意见还是支持以上观点。

忠实义务性质究竟是法律义务，还是道德义务，直接决定了是否允许此类案件的损害赔偿，所以这一问题确实出于关键环节。不过换个视角来看，法律上的义务未必都具有可诉性和可执行性。典型者如民法上的不真正义务（Obliegenheit），它既不可被诉请履行，也不可被强制执行。义务人未履行此义务，只会使其不能得到某些财产，而不会减少其现有财产。如保险法上最大诚信义务，投保人在保险事故发生后如未及时履行通知义务，可能会导致其保险金给付请求权丧失或减少。再如善意取得人的调查义务，当出让人无处分权而转让物权时，受让人如对出让人的物权权属产生怀疑时，应当履行调查义务。若他未尽到这一义务，可能由于重大过失而作为恶意人，无法依据善意取得规则而获得转让物的物权。

忠实义务作为配偶之间的人身义务，其效力更弱于不真正义务，这是由于其人身性质和伦理性质所决定的。配偶之间基于婚姻所产生的人身义务，尤其是其中具有高度人身属性的义务，如所谓判决夫妻同居之诉通常不能被诉求，也不可被强制执行（《家事与非讼事件程序法》第 120 条第 3 款）。但这不表示违反这些义务就不会产生任何后果，在德国法上会对离婚时夫妻分割财产的数额、抚养请求权的行使等事项产生影响。我国学说和判例论证忠实义务时，虽然看到了这类义务不适宜诉请和强制执行，却以财产法上的一般义务标准来衡量家庭法上的人身义务，忽略了家庭法上的义务更多地只是作为导向性规范，用于对人们的行为提出要求。

不过，从具体效果而言，若《婚姻法》只将忠实义务作为道德义务来看待，并在具体场合规定违反这类义务的法律后果，这一模式与德国民法典的实际效果差异不大，倒也不失为一种务实的立法方式。

2．我国法上的孩子抚养费用追索的法律适用

若第三人干扰婚姻关系的侵权行为得到承认，那么抚养费自然也可列入损害范围讨论。但若侵权行为不成立，那么在我国法上同样会出现养父追偿抚养费的请求权困扰。

正如上文分析所示，无论是不当得利、还是无因管理，都由于养父不知被抚养人并非其子的事实而无法适用。给付人在前者重没有为他人清偿债务的意思，后一种情况下，管理人不具有为他人管理债务的意思。由于我国民法通则中债权的规定过于简陋，合同法也没有考虑到这点，即使代位清偿而生的法定债权让与的一般规则（德民第 268 条）在我国也未规定，导致类推适用的法律条文也无法找到。由此，抚养费追偿的请求权基础在当前法制下面临着缺失的境况。为此，实有必要借鉴德民第 1607 条第 3 款第 2 句，将基于父子关系撤销而发生抚养费求偿（养父向生父求偿）作为代位清偿的特殊情况来予以规范。以代位清偿的基本规则，使得养父在受让法定移转的抚养费用的范围内，得以向孩子的生父追偿。同时，应该借鉴德民第 268 条第 3 款“债权法定让与不得有害于原债权人”的思想，在抚养费求偿债权与孩子的抚养请求权相冲突时，为了孩子的利益，使得后者的债权优先于前者。

父子关系撤销后，养父得否向孩子主张返还支出的抚养费用，目前只有适用我国《民法通则》第 92 条的不当得利的规定。但这一规定过于简陋，没有规定对善意得利人的优待。所以从现有法律仍然找不到阻止这一不当得利请求权的规范。将来在立法中，要么在不当得利的有关规定中加入对于善意得利人的优待条款（仿德民第 818 条第 3 款），要么在家庭婚姻法律中设专条予以规定，排除这一请求权的适用，以免给既无收入、又无财产的孩子带来过重的经济负担。

五、结论

德国的审判实践对于基于干扰婚姻关系而提出的侵权赔偿诉请，基本采取了否定的态度。其理由主要在于国家不愿干预具有人身、伦理属性的个人空间：而且民法典家庭编的规则已经提供了一个相对封闭的补救规则；另外，如果法院支持此类损害赔偿，恐怕会产生一系列负面效应。虽然学界对此有反对意见，但是司法的立场始自帝国法院，延续至联邦最高法院，几乎都未有变化。

对于干扰婚姻关系的第三人进入婚姻空间内容的领域，如家庭住宅等。受到干扰的一方配偶可以提出排除妨碍的请求，并可在有干扰之虞时提出消除危险的请求。该请求权既可向该第三人，也可向协助干扰的配偶提出。

唯一能在此适用的损害赔偿请求权基础来自于德民第 826 条。当配偶一方有违反善良风俗的行为时，如恶意作出不实陈述，使得另一方误认他人之子，此时构成违背善良风俗的损害赔偿。但此时的救济与干扰婚姻关系并无直接关系。

考虑到撤销父子关系后，养父为孩子支出的一系列费用若无法求偿，不免过于严苛。立法者在民法典家庭编特设了若干条文，借助于法定债权让与的规则，使得养父可以向生父追索为孩子支出的抚养费、撤销父子关系的诉讼费用，乃至妻子的分娩费用，以实现有限费用的追偿。

因干扰婚姻关系所生之子为他人之子，父子关系撤销后的请求权基础如下：

1．损害赔偿请求权——第三人不成立，配偶例外成立

针对第三人的侵权损害赔偿请求权（德民 823 条第 1 款）原则上不予支持，包括所谓侵犯一般人格权的抚慰金。例外情况下，根据德民 826 条存在对配偶一方的损害赔偿请求权。

2．排除妨碍与消除危险的类似保全请求权——配偶、第三人皆可成立

在空间内容的婚姻领域中，配偶一方对于他人对其权利的干涉，可以对干涉人或者另一方配偶提起诉讼，要求排除由此引起的妨碍，并防止将来发生的干扰。

3．请求返还抚养费的不当得利请求权——被抚养人（孩子）

因为德民第 818 条第 3 款优待通常为善意的孩子，则该请求权无法实现。

4．孩子抚养费的法定债权让与——孩子生父（第三人）

德民第 1607 条第 3 款第 2 句特设专文，使得作为父亲的第三人在对孩子支付抚养费后，作为父亲的第三人才能向生父主张受让的债权。

5．撤销父子关系诉讼费用——孩子生父（第三人）

抚养孩子生活所需的费用应作扩大解释，包括澄清孩子血统的诉讼费用。在此适用德民第 1607 条第 3 款第 2 句的法定债权让与。

6．分娩费用——孩子生父（第三人）

法无明文规定。最高法院判例有关存在生父不当得利的观点有误，学者建议类推适用德民 1607 条第 3 款第 2 句。

人身安全保护令实施现状、挑战及其解决

2016-08-16 蔷薇之家 陈敏

《反家庭暴力法》实施一个月来，人民法院积极贯彻落实人身安全保护令制度。一些基层法院根据受害人保护的现实需要，扩大了保护范围，增强了保护力度。比如，对发生在已成家分开独立生活的亲兄弟之间，以及发生在儿媳、公婆之间的控制型暴力行为适用《反家庭暴力法》第二条和第三十七条规定，[1]大大扩展了受保护人群的范围。再比如，适用《反家庭暴力法》第二十九条第四款兜底条款，在裁定中规定了空间隔离和财产保护等内容，[2]起到了有效止暴和保护妇女财产权益的作用。还比如，为了及时制止家庭暴力，保护受害人，部分法院在受理人身安全保护令申请后，8 小时内作出裁定，并送达到申请人和被申请人手上，[3]使处于恐惧中的受害妇女得以安心。

同时，人民法院在实施人身安全保护令的过程中也面临着诸多挑战。本文拟以调研结果为基础，分析其原因，并提出建议。

一、人身安全保护令发出少，但受到挑战相对较多

笔者通过调研发现，《反家庭暴力法》实施首日，即 2016 年 3 月 1 日当天，全国有 5 个基层法院共发出 5 份人身安全保护令，而在整个 3 月份，我们统计到全国法院共发出 33 份人身安全保护令。就是说，全国 3117 个基层法院在《反家庭暴力法》实施的第一个月内，每天大约总共发出 1 份人身安全保护令。

与人身安全保护令的发出数量相比，受到挑战的份数却不少。在前述 33 份人身安全保护令中，共有 4 名被申请人以不同形式挑战了司法权威，占比 12.12%。具体情况如下：

第一位受送达时当场表示不遵从。被申请人是哥哥，曾因非法持有毒品罪、抢夺罪、盗窃罪数次服刑，曾砸坏弟弟家两扇不锈钢门，还曾在弟弟家点火烧坏家俱，甚至还存在持刀向亲人索取钱财和砸门推打亲生母亲等行为。服刑期间父母将房子给了他弟弟，即申请人。出狱后，他一直纠缠弟弟，认为父母偏心，“剥夺我的继承权”。弟弟希望哥哥采取诉讼途径解决双方的纠纷。哥哥称不懂法、没钱、没文化、没法打官司。弟弟称哥哥自 2016 年 1 月开始，几乎天天上门“打破我的家门，推打我的母亲”，并数次以言语相威胁。弟弟多次报警，警察认为家务纠纷不归警察管。2016 年 3 月，弟弟向法院申请人身安全保护令。同月 22 日，听证会结束后，某法院当场送达有效期为六个月的裁定：“禁止哥哥骚扰、跟踪、接触、谩骂、殴打弟弟；禁止哥哥在弟弟住所 50 米范围内活动”。哥哥当场表示：若拿不到房产还要“天天去”（弟弟家闹）。他果然在之后的几天里天天堵在弟弟家门口，直到警察上门后才服从。

第二位受送达时当场以自杀相威胁。2016 年 3 月 18 日，辖区人民法院到当事人家中送达人身安全保护令时，被申请人言词激烈，抗拒明显，几度要以跳楼自杀相威胁，局面险些失控，直到 110 警察到场后，他才同意让申请人回娘家休养。据了解，当时若没有 110 警察的介入，申请人根本无法离开现场。此前，被申请人用刀扎伤申请人，伤口深度达 15 公分。被申请人被行政拘留释放后，立刻去医院把申请人接回家，此后将她关在家中不许出门。送达前，人民法院考虑到被申请人的严重暴力倾向，送达时若遇抵抗，体力处于弱势的女法官可能难以制衡被申请人，故事先请当地公安机关协助送达，未获同意，派几位法警陪同送达。但被申请人显然只服从公安警察，而不服从司法警察。

第三位违反保护令后拒交罚款已一月有余。被申请人在 2016 年 1 月因殴打、威胁、限制妻子的人身自由而被送达人身安全保护令。2016 年 3 月 7 日 8 日，他连续两日在申请人单位门口守候，要求她跟自己回家。申请人吓得不敢去上班。对法院依据《反家庭暴力法》第三十四条规定开出的 500 元罚单，他明确表示“反正没钱，你们法院看着办”。截止 2016 年 4 月 13 日，他仍拒交罚款。

第四位干脆拒绝领取人身安全保护令，承办人只得对人身安全保护令进行留置送达，贴到他家门上。[4]

上述被申请人挑战司法权威的案例，均发生在《反家庭暴力法》实施第一个月内，说明人民法院自行送达和执行人身安全保护令缺乏相应的威慑力和强制力。

二、原因探析

笔者通过调研了解到，抛开申请人的原因不谈，从人民法院的角度来看，主要是《反家庭暴力法》第三十二条关于“人身安全保护令由人民法院执行”的规定，使很多基层法院对于实施人身安全保护令有了“后顾之忧”。[5]这是因为人民法院承担人身安全保护令的执行义务确实存在很大困难。

（一）人民法院不具备执行涉及人身权利类民事裁定的职能

按照法律规定，人民法院发出的各种法律文书的执行分两类，一类是执行裁决，另一类是执行实施。撇开执行裁决不谈，人民法院作出的执行实施类的法律文书，只有涉及金钱给付类、财产交付类和子女探视类才由人民法院自行执行。还有大量的由法院作出的但不是由人民法院执行的法律文书，如人民法院作出的强拆法律文书，法律规定由行政机关执行；人民法院作出的刑事判决，法律规定由刑罚执行机关执行。这些法律规定由其他机关执行的法律文书，都属于根据各机关的不同职能进行的设计，人民法院无法自行执行。《反家庭暴力法》规定的人身安全保护令的执行涉及人身权利类，虽然由人民法院作出，但属于人民法院无法自行执行的执行实施类的事项。

（二）司法警察不具备公安警察的职能

司法警察虽然也是警察，但司法警察和承担打击违反犯罪行为维护社会治安义务的公安警察的职能是不同的。根据《人民法院司法警察条例》第三条规定：“人民法院司法警察的任务是预防、制止和惩治妨碍审判活动的违法犯罪行为，维护审判秩序，保障审判工作顺利进行。”据此，司法警察是审判辅助力量。司法警察根据法官的指令，在人民法院围墙内（而不是法院围墙外）和诉讼过程中从事“预防、制止和惩治妨碍审判活动的违法犯罪行为”。司法警察的职能既不包括送达法律文书，也不包括及时处理发生在审判区域外的违法行为，而被申请人违反人身安全保护令的行为，通常发生在申请人生活和工作的各个区域，司法警察鞭长莫及。

实现正义需要天平更需要剑

另外，由于近几年来人民法院受理的案件数量呈井喷式上升，司法警察力量即便全部用于保障法庭安检、刑事案件值庭和执行庭的需要都很勉强，有的地区司法警察力量严重不足，甚至连协助本院执行庭完成强制执行任务都无法做到。在这种情况下，陪同承办法官执行人身安全保护令送达的可能性不大。

（三）人民法院没有可用于监督被申请人的机制。

监督被申请人自动履行人身安全保护令的禁止性规定，是有效预防和减少人身安全保护令被违反的数量、维护人身安全保护令的威慑力和司法权威的重要手段。但是，除非是为了完成强制执行的任务，执行庭法官和司法警察通常都是在外出执行的路上，不可能留在办公室接听申请人的电话。正如全国人大常委会法工委社会法室副主任陈

佳林在接受央视采访时所说：“人身安全保护令它虽然是人民法院做出了裁定，但是人民法院很难 24 小时内来监督被申请人是否履行人身安全保护令，而我们的居委会、村委会、公安机关，他们深入社区，了解加害人的情况，而且我们公安机关又有着 24 小时出警的这种法定职责，所以我们觉得应该由公安机关、村委会、居委会来监督加害人是否违反人身安全保护令，如果加害人违反了这种人身安全保护令，受害人向公安机关报警的话，那么我们公安机关应当及时地出警，依法处置。”[6]

（四）送达法官面临人身危险性

由案件承办法官送达的普通模在受送达人是施暴人的情况下存在较高的人身风险性。家庭暴力是基于性别的暴力，受害方主要是女性，施暴方主要是男性。因此当施暴男性成为被申请人时，他们与其他法律文书的送达对象的一个很大的不同，是他们具有较高的暴力控制倾向。因此对于任何试图妨碍其暴力控制受害方的第三方，他们都不同程度地抱有敌意。

人身安全保护令通常由民一庭、家事审判庭、反家庭暴力合议庭的法官做出。在这些业务庭中，女法官占绝大多数，甚至有的全部由女法官组成。人民法院作出的禁止被申请人施暴的人身安全保护令，是对其暴力行为进行的司法控制，是以其人之道还治其人之身。但是，被申请人习惯于控制别人，却不习惯于被别人控制，特别是女性。当作出人身安全保护令的法官既是女性，也是作出禁止被申请人继续暴力的人身安全保护令的承办法官时，有的被申请人就会尝试通过威胁恐吓等手段控制女法官，企图达到继续控制申请人的目的。实践中女法官及其家人因此受到暴力威胁、伤害甚至杀害的情况，在人民法院反家庭暴力试点阶段以及近几年不止一次出现过。[7]

另外，一旦施暴人不服从人身安全保护令的规定，即使是因为施暴人的原因出现意外情况，法院和法官很可能成为替罪羊，不仅要承担社会舆论的压力，还很可能要承担“工作失职”的后果。这对法院和法官来说，都是现实的风险。

（五）违反人身安全保护令的法律责任可操作性较弱

《反家庭暴力法》第三十四条规定：被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。从形式上看，《反家庭暴力法》似乎已经赋予人民法院有效的惩罚违反人身安全保护令行为的手段，实际不然。

该条前半部分对应的是《刑法》第三百一十三条拒不执行判决、裁定罪。但是，无论是根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》，还是《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》，有能力执行而拒不执行，情节严重的情形，一般是指有能力执行却故意不执行金钱给付义务的行为，不包括涉及违反人身安全保护令的暴力行为。[8]《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》的规定，在实践中与刑事程序法、民事程序法的适用还有待衔接。[9]因此，实践中很少针对违反民事裁定行为立案并移送公诉并审判，以致于自 1997 年《刑法》第三百一十三条增加拒不执行判决、裁定罪以来，“各地判决此类罪名案件寥寥无几，拒不履行家事案件法律文书的刑事案件至今尚未听闻”[10]。

该条后半部分中的训诫，对于有暴力倾向的人来说，几乎不起作用。罚款，也因为法定的数额不能超过 1000 元，对富有的被申请人来说成本太低，对贫穷的被申请人来说，完全可以置之不理，因此几乎都没有实际效果。本文开头提到的那位违反人身安全保护令后拒交罚款的被申请人就是一个典型的例子。拘留指的是司法拘留。根据《人民法院司法警察条例》：司法警察没有现场拘留权。需要对违反人身安全保护令的被申请人采取司法拘留措施的，需要报主管院领导批准。同时，由于人民法院没有可以关押违反人身安全保护令被申请人的场地等配套措施，需要事先跟当地公安机关协商借用关押场地。这些不便情形都会使得司法拘留成为一个不可能那么常用的措施。

这种立法规定与实际情况严重脱节的情形，给人身安全保护令的实施带来了很大的难度，严重影响了人身安全保护令发挥止暴的效果。

三、完善人身安全保护令制度的建议

解决上述问题的途径有三种，一是修改《反家庭暴力法》，规定公安机关为执行义务机关；二是借鉴域外经验，修改《刑法》，增设违反人身安全保护令罪；三是修改相关法律和条例，赋予司法警察相应的权力。

（一）修改《反家庭暴力法》，规定公安机关为执行义务机关

公安机关承担人身安全保护裁定的执行义务，既有法律依据、又有成熟的配套机制、还符合域外通行做法，通过立法修改确立公安机关执行人身安全保护令的“刚性职责”，是最简单有效的方法。

1. 法律依据。依据《警察法》第二条，人民警察有义务“保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动”。家庭暴力侵害公民在家庭中的人身安全、自由和财产权益的行为，属于需要制止和惩治的违法犯罪活动，正是公安机关的职责范围。《反家庭暴力法》也是基于《警察法》的这项授权，

才在第十五条规定了公安机关接到家庭暴力报案后应当及时出警、制止家庭暴力并及时调查取证和鉴定伤情的义务。[11]这说明公安机关有明确的权力和义务在国内任何地方进行预防和制止家庭暴力的活动。

2.成熟的工作机制。110 报警热线是 24 小时制的。据接受过中国应用法学研究所 2009 年在北京举办的提高涉家庭暴力案件干预技能培训的长沙警察们反映：我国目前 110 系统的设置完全可以满足公安机关执行人身安全保护令的需要。2015 年 11 月 26 日，参加全国人大立法调研的福建省莆田市的副市长兼公安局局长、市公安局治安支队副支队长、当地派出所所长也都表示：公安机关应该而且完全有能力承担此项工作。

事实上，在 2008 年至 2015 年期间，人民法院反家庭暴力试点工作过程中被申请人违反人身安全保护裁定的情况也不同程度地出现过，而在《反家暴法》立法过程中，有全国人大常委会委员、“两会”代表、专家学者、以及接受立法调研的各级试点法院在各种反家暴法座谈会上以及书面意见中反复呼吁“立法应当由公安机关执行人身安全保护令”，但遗憾的是，这个重要建议未能被《反家庭暴力法》吸收。公安派出所和巡警部门的设置是网格式的。这种备勤机制使公安机关接到当事人报警后，有能力及时出警，制止家庭暴力，并按照有关规定调查取证，协助受害人就医、鉴定伤情等。

3.域外通行做法。据笔者研究发现，法院签发涉及人身安全的民事保护令，不由法院执行，而是由包括警察在内的相关机构负责送达和执行，是美国、加拿大、法国、瑞典、丹麦、荷兰、阿尔巴尼亚、西班牙、澳大利亚、新西兰、南非、日本、菲律宾、马来西亚、毛里求斯等国家的通行做法。以美国为例，无论发出保护令的是民事法官还是刑事法官，按照法律规定，保护令的送达和执行都由辖区警察负责。警察必须在法官签发保护令后 8 小时内完成送达任务。未能在 8 小时以内完成送达任务的，辖区警察必须在申请人住处附近安排巡警，以便见到被申请人时，第一时间通知其对方已持有保护令，并告知其保护令的具体内容，同时警告其不得违反保护令的规定，否则将会因违反保护令而被逮捕。美国波士顿州一位警长曾这样强调警察执行保护令的重要性：“保护令得到有效执行是保护令制度发挥作用的关键。如果保护令得不到执行，便只是一张纸而已。因此，美国警察最重要的警务工作之一，是送达和执行法官发出的民事保护令。”[12]

我国台湾和香港地区也有类似的规定。台湾《家庭暴力防治法》第二十一条规定，保护令核发后，当事人及相关机关应确实遵守，并依下列规定办理：一、不动产之禁止使用、收益或处分行为及金钱给付之保护令，得为强制执行名义，由被害人依强制执行法申请法院强制执行，并暂免征收执行费。二、于直辖市、县（市）主管机关所设处所为未成年子女会面交往，及由直辖市、县（市）主管机关或其所属人员监督未成年子女会面交往之保护令，由相对人向直辖市、县（市）主管机关申请执行。三、完成加害人处遇计划之保护令，由直辖市、县（市）主管机关执行之。四、禁止查阅相关信息之保护令，由被害人向相关机关申请执行。五、其它保护令之执行，由警察机关为之。前项第二款及第三款之执行，必要时得请求警察机关协助之。

香港《家庭及同居关系暴力条例》（1986）第 5（2）条规定：凡强制令根据第（1）款附有逮捕授权书，警务人员无需手令，即可逮捕任何他合理地怀疑在违反该强制令的情况下，施用暴力，或进入或留在该强制令指明的处所或地方（视乎强制令的内容而定）的人；该警务人员并具有进行逮捕时所需的一切权力，包括使用适度武力强行进入某处所或地方进行该次逮捕的权力。

修改《反家庭暴力法》，明确规定人身安全保护令由公安机关执行，是完善该法的最简单有效的途径。该法开始实施不到一年就建议修改似乎有点不合常理，但人身安全保护令制度是实现立法目的[13]最有效的措施，由于立法规定不合理而导致其难以发挥重要作用，则修改立法又是必要的。

（二）借鉴域外经验，修改《刑法》，增设违反人身安全保护令罪

人身安全保护令能否有效止暴，取决于其能否得到履行，更取决于其遭到违反时，惩罚能否立即到位，否则便会变成一张白纸，不仅无法发挥止暴作用，反而可能给受害人一种虚假的安全感，使其面临实际的危险而不自知。其背后的逻辑是：人都是有理性的，人即使在潜意识中都会对自己的行为做得与失的分析。当一个人通过施暴无代价获益时，以后当其需要获取某种利益时就会再次施暴，而如果其行为不仅无效而且还会让其付出较大的代价时，其重复某种行为的可能性就会大大减少。具体到被申请人来说，若被申请人知道违反人身安全保护令不会有什么法律后果，就会不断出现违反人身安全保护令的行为。但当其清楚地意识到违反法院禁令将导致其损失大于收益，则其主动履行的可能性就会大大增强。这是很多届家和我国台湾地区立法者的共识。

以美国、新西兰、日本和我国台湾地区为例。美国多数州规定与民事保护令有关的藐视法庭罪或者违反民事保护令罪。有的州则规定同时构成民事和刑事藐视法庭罪。违反者可能被判处监禁或者罚款。比如，最高 6 个月或者 1 年、最低 3-5 ?有期徒刑。

新西兰《家庭暴力法》第四十九条规定：无正当理由不遵守保护令条件或者违反保护令的，构成违反保护令罪，处 3 年以下有期徒刑。

日本《配偶暴力防止暨被害人保护法》第二十九條规定：配偶或事实上之夫妻，于地方裁判所核发保护命令之后，若有故意违反保护命令之行为，得处 1 年以下有期徒刑，或者 100 万元以下之罚金。

我国台湾地区《家庭暴力防治法》第二（2）条规定“家庭暴力罪是指家庭成员间故意实施家庭暴力行为而成

立其它法律所规定之犯罪。”第六十一条规定，违反法院依第十四条第一项、第十六条第三项所为之下列裁定者，为本法所称违反保护令罪，处三年以下有期徒刑、拘役或科或并科新台币十万元以下罚金。

他山之石可以攻玉，在《刑法》中增设违反人身安全保护令罪，可以有效提升人民法院应对违反人身安全保护令行为的能力，增加人身安全保护令预防和制止家庭暴力的威慑力。

（三）修改相关法律和条例，赋予司法警察执行的权力和力量

若目前修改《反家庭暴力法》的可能性不大，而人身安全保护令的实施又需要强制力，就需要司法警察协助承担人身安全保护令的执行义务，因此有必要对现行《刑事诉讼法》、《治安管理处罚法》、《人民警察法》和《人民法院司法警察条例》做相应的修改。在此基础上，应当赋予司法警察承担执行人身安全保护令所需的职权，同时还应当增加司法警察的编制。

只有当人身安全保护令的强制执行问题得到保障，其止暴作用才能得到充分发挥，签发数量才能得到提高，更多的家庭暴力受害人以及潜在的家庭暴力受害人才能受益。

【注释】

[1]《反家庭暴力法》第二条：本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。第三十七条家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。

[2]比如，在一些人身安全保护令的措施中，除了引用该条第一、二款外，还出现了“被申请人 XX 不得进入申请人 XX 位于 XX 市某处的住所”、“在人身安全保护令有效期内，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产”、“禁止被申请人距离申请人住所、工作单位、工作期间其他出入场所周围 200 米范围内活动”等内容。

[3]《反家庭暴力法》第二十八条规定人民法院受理申请后，应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请；情况紧急的，应当在二十四小时内作出。

[4]在本文完稿时，即 2016 年 4 月 15 日，从某基层法院传来了刚刚发生的又一起被申请人违反人身安全保护令的事件。

[5]调研渠道包括基层法院、民间妇女组织和媒体报道。

[6]CCTV-12“一线”节目，《住手，以法律的名义（下）》，2016 年 3 月 2 日播出。

[7]在 2008 年至 2015 年人民法院反家庭暴力试点工作期间，作出人身安全保护令裁定的女法官，在作出决定前、送达时、执行期间都有人连同其未成年子女遭到被申请人各种形式的抗拒和威胁，而按照现行法律规定，人民法院既没有迅速有效的强制执行手段，报警又遭遇“还没有发生伤害事件无法干预”的瓶颈。

[8]季凤建，“法律责任落地，反家暴法才能落地”，载《中国妇女报》2016 年 2 月 26 日。

[9]季凤建，“家事案件执行难问题新探”，载《第二届中国婚姻家庭法实务论坛”论文集》（2015）第 445 页。

[10]季凤建，“家事案件执行难问题新探”，载《第二届中国婚姻家庭法实务论坛”论文集》（2015）第 445 页。

[11]《中华人民共和国反家庭暴力法》第十五条第一款规定：“公安机关接到家庭暴力报案后应当及时出警，制止家庭暴力，按照有关规定调查取证，协助受害人就医、鉴定伤情。”

[12]陈敏、黄斌，“美国民事保护令制度考察报告”，载中国应用法学网。网址：http://www.court.gov.en/yyfii:/sycs （查阅时间：2016 年 2 月 25 日）。

[13]《反家庭暴力法》第一条：为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定，制定本法。

【作者】陈敏，中国应用法学研究所研究员。

【声明】感谢陈敏老师授权本微信公众号转载其最新研究成果。原文发表于《预防青少年犯罪研究》2016 年第 3 期。北大法宝引证码：CLI.A.1214438。

人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 8 期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

中国人民大学复印报刊资料 2016 年《民商法学》期刊第 8 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 8 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。

婚姻家庭法

彩礼的性质及其返还问题的法律研究/邓晶宜//黔南民族师范学院学报（都匀），2016.2.83~87，93

体外胚胎的基因遗传权保护问题探析：兼评“江苏无锡冷冻胚胎案”/杨遂全，李早早//西南石油大学学报：社会科学版（成都），2016.3.64—71

论体外胚胎的处置权归属/于佳佳//上海政法学院学报（法治论丛），2016.3.34~43

比较法视野下代孕案件的处理/肖永平，张弛//法学杂志（京），2016.4.65~73

有限开放代孕之法理批判与我国代孕规制的法律选择/刘长秋//法治研究（杭州），2016.3.140~147

合同法视角下代孕关系及其规制/刘晓//理论观察（齐齐哈尔），2016.5.65~66

夫妻共同债务认定的困境与出路/李若夫//萍乡学院学报，2016.2.40~ 45

登记于夫妻一方名下的股权归属与转让法律问题研究 / 夏平//潍坊工程职业学院学报（青州），2016.2.71～75

婚内向“第三者”赠与法律适用的困境及出路 / 郭英华，左惠//行政与法（长春），2016.4.117~ 122

夫妻财产约定的法律适用研究：以《婚姻法》第 19 条与《婚姻法司法解释（三）》第 6 条为讨论中心/朱奕奕//中共杭州市委党校学报，2016.2.80~ 89

简论儿童受照顾权/陈焱光，张耀方//武汉商学院学报，2016.2.75~ 78

论被监护人受侵害时的法律救济 / 郑永宽//福建江夏学院学报（福州），2016.2.59~ 70

论成年被监护人医疗决定问题：以被监护人意愿为中心 / 满洪杰//山东大学学报：哲学社会科学版（济南），2016.3.49~ 57

特别监护人制度：解决失独父母鉴字难问题的根本出路 / 谢勇才//山东社会科学（济南），2016.6.163~ 169

分析成年监护中受监护人范围及相关理念 / 吴先泉//法制与经济（南宁），2016.4.104~ 105，114

幼儿伤害事故监护职责辨析 / 王颖//法制与经济（南宁），2016.5.97~ 99

论我国未成年人公共监护制度的构建：以老年人监护为视角/陈舒筠，吴国平//内蒙古农业大学学报：社会科学版（呼和浩特），2016.1.37~ 40

继承法

农村已婚妇女遗产继承权的法律探讨/袁翠清//长春大学学报：社会科学版，2016.5.77~ 80

比较法视野下的后位继承研究 / 周子凡//净月学刊（长春），2016.2.99~ 106

遗产管理制度的体系化研究 / 石婷//学术探索（昆明），2016.5.74～80

完善我国遗嘱执行人制度的立法设想 / 张傲男//传播与版权（南宁），2016.4.158~ 159

论我国继承制度中对债权人利益保护的不足与完善 / 叶晓青//中国公证（京），2016.2.52—55

论放弃继承与债权人撤销权的立法平衡/陈舒筠//常州工学院学报：社科版，2016.1.83~ 86，94

政策解读丨海外中国公民收养外籍儿童可获哪些领事协助

2016-08-28　领事直通车 任正红

《跨国收养方面保护儿童及合作公约》“序言”提出，跨国收养可以为在其原住国不能找到适当家庭的儿童提供永久家庭的优势。随着社会物质生活条件的发展与变化，当今人们的跨国收养行为具有双重好处：既能使特殊情况的孩子享受到家庭的温暖；又能满足没有子女的家庭享受天伦之乐的愿望。

当前，有的国家（如菲律宾、日本等）法律规定：若居住在本国的外国人要求在当地同本国儿童建立收养关系，该外国收养人应当出示“有关收养行为符合其国籍国法律”的证明。也就是说，海外中国公民如欲在居住国收养该国儿童，当地主管机关一般要求当事人向中国领事申请办理“有关收养行为符合中国法律”的证明。

那么，中国国内法律规章对跨国收养行为有何规定？海外中国公民收养外国籍儿童可获中国领事哪些协助呢？

中国尚无本国公民收养外国籍儿童的法律规定

迄今，中国同美国、英国、法国、加拿大、西班牙、瑞典、挪威、冰岛、丹麦、爱尔兰、比利时、芬兰、荷兰、新西兰、新加坡、澳大利亚、意大利等 17 个国家，以签订双边协议的方式建立了跨国收养协助关系。据此，并依自 1992 年 4 月 1 日起实施的《中华人民共和国收养法》（以下简称《收养法》），上述 17 个国家的公民可到中国内地收养中国籍儿童。

然而，《收养法》仅规定“中国公民或外国人在中国内地收养中国籍儿童”的内容，而无“中国公民在国外收养外籍儿童”的条款。即使如此，为满足中外当事人建立跨国收养关系的需要，中国驻外使领馆领事（以下简称中国领事）还是可以依法为海外中国公民在居住国收养外国籍儿童提供一些协助。

中国领事为海外中国公民出具“收养领事证明”

领事证明，是指中国领事为便利海外中国公民在居住国办理相关手续，应当事人的申请，就某一特定事项涉及的中国现行法规、政策、制度而出具的一种书面介绍或说明。尽管《收养法》中尚无“中国公民在国外收养外国籍儿童”的具体规定，但中国国内法律规章中已有相关的原则性规定。

自 1987 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”第 143 条规定：“中国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。”由此，中国领事可应本国公民的申请，为其欲在居住国收养外国籍儿童出具“收养领事证明”。

自 2011 年 4 月 1 日起实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 28 条规定：“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”据此，中国领事可应本国公民的申请，为其欲在居住国收养外国籍儿童出具的“收养领事证明”，其格式如下：

“依照《中华人民共和国收养法》，中国公民在中国境内收养中国籍儿童应同时具备无子女、有抚养教育被收养人的能力、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病以及年满 30 周岁等条件。中国公民在境外收养外国籍儿

童，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，‘收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。’中方对中国公民×××按××国法律收养××国籍儿童不持异议。如将来被收养的××国籍儿童申请赴华，中国驻外使领馆将根据有关法律规定为其办理相应的入境手续。”

综上所述，中国领事依法为海外中国公民出具“收养领事证明”，可为中国公民在国外收养外籍儿童提供切实可行的协助。同时，海外中国公民与外籍儿童的跨国收养关系一旦在居住国依法成立，中国领事可应中国收养人的申请，为其收养的外籍儿童办理入境中国的手续，或为该收养人需要送至中国内地使用且经居住国主管机关公证认证的收养关系证明等相关材料办理领事认证手续。《人民日报海外版》 2015 年 04 月 18 日 第 06 版 任正红

（二）法官视点

浅议离婚协议中财产赠与后的撤销效力及利益保护

2016-07-28 抚州法院网 崇仁县人民法院 官尹

签订离婚协议，已成为近年来夫妻双方至民政部门登记离婚、和平分手的一个权利义务分配约定方式。然而离婚之后，一方常常反悔了协议拟定的赠与，要求行使撤销权。针对协议之中的赠与财产可否予以撤销，这就关涉到时赠与特有的撤销权。能否撤销赠与，要整合考量离婚协议独有的赠与特性，解析合同差异。笔者经过归结之后，认为离婚协议的赠与内容不应被随便解除。而是要在协议的基础上，侧重保障偏弱一方必备的权利，厘清违约责任。

一、赠与合同的性质

合同法第 185 条的规定，赠与行为是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的行为。从民事法律行为的分类看，赠与行为属于双方民事法律行为，即双方当事人意思表示一致才能成立的民事法律行为，也就是说，赠与人向受赠人发出赠与的意思表示，受赠人必须做出接受的意思表示时赠与法律关系才能成立。

二、离婚协议中的财产赠与不应简单套用合同法中的赠与合同

男女双方在离婚协议中对房屋所作的财产处理，与双方解除婚姻关系、子女抚养等条款构成离婚协议的整体，关于房屋归子女所有的约定是依附于双方婚姻关系的解除，带有身份关系性质，不同于一般性的单纯财产赠与。而婚姻、收养、等有关身份关系的协议，不适用合同法，故双方在离婚协议中对房屋的处理即使构成对子女的赠与，也因为在特定时间（父母婚姻关系解除，家庭解体）和父母子女之间的特定关系也不应简单套用合同法关于赠与合同的规定撤销离婚协议中对财产的处理。

三、撤销赠与的效力

按照《合同法》的规定赠与人依法享有任意撤销权、法定撤销权以及赠与免除权，“赠与人，在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，但是“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”。法律之所以规定赠与人的任意撤销权，是出于公平的考虑，因为赠与合同是无偿合同，不需要受赠人支付对价，即使附义务的赠与，也是义务依附于赠与，没有赠与就没有义务。任意撤销权的例外规定，是基于信赖利益的考虑，赠与人不得随意免除其信赖义务。赠与人不需要任何理由就可以撤销赠与，但该撤销权的行使得以请求权的方式才能完成，即需通过向受赠人要求或向人民法院起诉的方式撤销赠与，而不像其他形成权如放弃继承权、授予代理权、追认权那样，只要行为人做出意思表示即可发生相应的民事法律关系变动的法律效果。

《婚姻法》司法解释二第 8 条规定，离婚协议中关于财产分割的条款，对男女双方具有法律约束力。男女双方协议离婚后就财产分割问题反悔的，请求变更或者撤销财产分割协议的，如未发现存在欺诈、胁迫等情形，不能支持。离婚协议中已经明确约定将房屋归子女所有的，作为父母双方对财产处分的合意，并经国家民政机关确认并备案如不存在欺诈、胁迫等情形，则该协议作为双方真实意思表示，对男女双方具有法律约束力，均应继续履行该协议。因此，夫妻之间有关房产赠与的约定，无需经过物权变动手续，离婚时法院可以判决房产归受赠方所有，对赠与房产一方，主张撤销赠与合同的请求不予支持。

相对于《物权法》及《合同法》的规定，《婚姻法》对夫妻财产关系的规定属于特别规定，应当优先适用《婚姻法》的规定。

四、法院是否应在调解书或判决书中确认离婚协议的效力

司法实践中当事人会在离婚诉讼中协议将共同财产赠与给子女，然后以判决书予以确认，有的在调解书中予以确认，认为这是调解自愿原则和处分原则的体现，法院应当尊重当事人的真实意思表示。对于当事人的自愿处分行为我们应当尊重，但当司法权介入时，我们应当依照法律规定予以审查。法院不能以调解书或判决书的形式确认离婚当事人将共同财产赠与给子女。

首先，根据民事诉讼法基本原则，人民法院只能针对当事人及其诉讼请求进行审理，虽然最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 9 条规定，调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。但只是基于调解过程的诉讼请求，仍然没有突破超出诉讼当事人的范围；

其次，赠与行为是双方民事法律行为，除了赠与人做出赠与的意思表示以外，还需要受赠人接受的意思表示赠

与才能成立，法院在不明知子女是否接受赠与的情况下确认赠与关系欠妥。即使子女表示接受赠与，由于其并不是离婚案件的当事人，人民法院也不能在离婚的裁判文书上确认案外人的权利义务。至于子女能否作为第三人申请参加或者人民法院依职权追加子女为离婚案件的第三人参加诉讼，法律及其相关司法解释未做出明确规定，司法实践中也无案例可以参考，此做法值得商榷，有待法律的明确规定；

最后，人民法院发生法律效力的调解书、判决书具有确定的法律效力，非经法定程序撤销，当事人必须履行，否则可能会引起执行程序的启动。我们知道赠与人享有任意撤销权和法定撤销权以及赠与免除权，这些法定的权利，一旦条件成就，赠与人只能以请求权的方式来实现，必然引起诉讼，如果法院做出撤销赠与的判决，就与确认赠与的调解、判决相冲突，似乎只有通过审判监督程序撤销生效的调解、判决后，才能实现撤销权，这是我们不愿意看到的情况。基于以上原因，对于离婚诉讼中当事人将共同财产赠与给子女的，我们可以将其明确表示赠与的财产不做共同财产处理，而作为已经赠与的财产（他人的财产）进行处理。在离婚诉讼过程中，当事人也可能协商将共同财产赠与给子女，如果人民法院的调解书确认当事人的赠与行为，必然涉及子女（案外人）的权利义务，子女是否接受赠与，该赠与能否被撤销，相关法律并未作出明确的规定。

五、如何保护受赠与方的利益

根据《婚姻法》36 条的规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。未成年人的父母是未成年人的监护人。监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。当一方没有配合办理产权过户手续时，另一方应作为子女的监护人请求一方继续履行合同义务，办理产权过户手续，维护被监护人的利益，而不应以一方违约为由请求撤销协议分割房屋，从而损害被监护人的利益。《物权法》中关于“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力;未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”的规定，主要是为了使物权变动通过登记产生公示公信力，保护交易安全。而在男女一方或双方请求撤销离婚协议中关于财产分割约定的情形下，并不涉及交易第三人的保护。故在一方违约没有办理产权过户手续时，在没有法定的不能继续履行的情况下，另一方应当作为监护人要求其继续履行合同义务，保护被监护人的利益。

夫妻离婚时能否将设置抵押权的房屋赠与婚生子所有

2016-08-03 重庆法院网 开州区人民法院 熊军

【案情】

原告盛某某与被告何某甲于 2000 年 7 月 31 日生育婚生子（双胞胎）何某乙、何某丙，2000 年 6 月 16 日办理结婚登记手续。双方在婚姻关系存续期间通过银行按揭购买房屋两套（均办理了抵押登记），分别位于重庆市开州区某某街道某某路（产权证号为 312 房地证 2014 字第 0XXXX 号）和重庆市开州区某某街道某某路（产权证号为 312 房地证 2013 字第 3XXXX）。2015 年。被告何某甲因贩毒被刑事拘留，原告盛某某诉至法院要求与其离婚，经协商，被告何某甲同意离婚，另双方还一致同意将夫妻共同财产，即上述两套房屋赠与二婚生子共同所有。

【分歧】

第一种意见认为，夫妻双方自愿赠与登记在自己名下的房屋，系双方的真实意思表示，双方有权处分，应予以准许。

第二种意见认为，夫妻双方将设置抵押权的房屋赠与婚生子所有，未经抵押权人同意，其擅自赠与的行为侵害了抵押权人的利益，不应准许。

【评析】

1、我国关于抵押物转让的立法演变

（1）《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第一百一十五条第一款规定：抵押物如由抵押人自己占有并负责保管，在抵押期间，非经债权人同意，抵押人将同一抵押物转让他人，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。

(2)《中华人民共和国担保法》第四十九条第一款规定：抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第六十七条规定：抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

（3）《中华人民共和国物权法》第一百一十九条第二款规定：抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

从上述法律规定可以看出，我国关于抵押物转让的立法，经历了一个从严格限制到逐渐宽松的演变过程，从而使得抵押物物尽其用，也平衡了抵押权人、抵押人和受让人的利益。

2、结论：设置抵押权的房屋允许有条件的转让

从上述法律规定可以看出，设置抵押权的房屋要变更产权登记，需要满足一定条件，如经抵押权人同意，转让

后抵押人应将价款要么向抵押权人提前清偿债务，要么提存；如未经抵押权人同意，受让人应代抵押人提前清偿债务消灭抵押权。

具体就本案而言，夫妻离婚时如一致同意将共同所有的房屋赠与婚生子所有，法院应向夫妻双方释明，如未清偿债务，涤除抵押权，即使双方一致同意赠与婚生子所有，也无法完成产权变更登记手续，如需完成产权变更登记手续，应经抵押权人同意，提前清偿债务，以涂销抵押登记。

保护令要慎用严发

2016-08-04 人民法院报 楚仑

人身安全保护令作为一种行为禁令，必须要依法进行，它直接介入家庭关系，务必要严格把关，不能将法律的关怀演变成另一种溺爱。

据中国法院网报道，重庆一对再婚夫妻因感情不和发生肢体冲突，妻子便向法院申请人身安全保护令。法院认为此种情形不符合人身安全保护令的申请条件，遂裁定驳回。笔者认为，人身安全保护令作为一种行为禁令，必须要依法进行，它直接介入家庭关系，务必要严格把关，不能将法律的关怀演变成另一种溺爱。

人身安全保护令是“护身符”，并非要为家庭关系设置“隔离墙”。反家庭暴力法第二十三条明确指出，当事人有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，可以向人民法院申请人身安全保护令。不难看出，人身安全保护令旨在为家庭弱势一方提供法律上的庇护，使其免遭暴力伤害，这是预防和制止家庭暴力，维护平等、和睦、文明家庭关系的必然要求。但也要看到，人身安全保护令毕竟通过司法程序作出，无论最终结果如何，这种形式对普通人来讲难免接受起来有几分难度。这最终将影响整个家庭关系，甚至在家庭成员之间形成一条难以填平的鸿沟，这绝非是人身安全保护令制度的设置初衷。

申请人要慎用人身安全保护令。家庭关系并不同于一般的社会关系，它以血缘血亲关系为纽带，事关伦理亲情。特别是在长期的婚姻关系中，夫妻双方难免会为日常琐事而争吵甚至发生一定程度上的肢体冲突，但这要与家庭暴力区别开来，否则司法程序的介入可能会使夫妻关系雪上加霜，适得其反。另外，反家庭暴力法第二十八条要求，人民法院要在受理申请后的七十二小时内（情况紧急的在二十四小时内）作出人身安全保护令或者驳回申请。这无疑要求法官要在较短的时间内查明申请人是否符合作出人身安全保护令的条件，这需要法官多方走访调查、实地求证，而实际中符合条件的比例并不算高，这在一定程度上浪费了司法资源。

人民法院对人身安全保护令要严格把关。根据反家庭暴力法第二十七条，作出人身安全保护令要求有明确的被申请人、有具体的请求以及有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形。条件看似简单，其实并非如此。因为“遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险”在法律上并非确定性条款，在判断标准上也难免有几分弹性。对此，法官要做到心中有数，同时兼顾实事求是的原则。心中有数要求法官要掌握学理上的判断标准，同时要结合日常情理以及生活经验法则进行综合认定。实事求是则要求法官绝不能够仅听当事人一面之词，而是要向事实要证据，通过走访调查，向当事人邻里亲朋、当地妇联、居委会或者村委会全面了解情况。

综上，人身安全保护令要慎用严发。申请人要以家庭关系为重，切记意气行事，当然确实遭受到家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，也要依法行使自己手中的权利。同时，司法也须审慎而行，有所为、有所不为，并可借助多元化纠纷解决机制来修复受伤的亲情。

分割婚内隐藏转移共同财产的司法认定

2016-08-01 中国法院网 付建国 郝绍彬

【案情】原告吴某与被告李女士系夫妻关系。婚后夫妻感情尚可，但近几年常因家庭财务发生争执。吴某认为妻子刻意向其隐瞒存款数额和存款形式，且未征得自己同意单方处分存款，用于购买基金、外借、参与非法集资等。经沟通无效后，吴某遂依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第四条之规定诉至法院，请求依法分割夫妻共同存款，判令以后工资收入由双方共同管理。

【分歧】

被告行为是否属于婚内隐藏、转移财产行为，存在两种意见：

一种意见认为，李女士向原告隐瞒存款数额和存款形式，且未征得原告的同意，单方处分存款，属婚内隐藏、转移财产行为，应支持原告诉求。

另一种意见认为，李女士即便其实施了上述行为，但这并未改变财产所有权的性质，故不能认定其存在隐藏、转移财产行为，应驳回原告诉求。

【评析】

笔者同意第二种意见。

1.李女士行为并不构成严重损害夫妻共同财产利益行为。根据《婚姻法解释三》可知，实施严重损害夫妻共同财产利益行为是分割婚内财产的前提。本案双方均未主张离婚，属于典型婚内分割共同财产案。原告认为被告存在隐瞒存款数额和存款形式，且未征得同意即用存款购买了基金、借贷等行为，侵犯自己对存款知情权和平等处分权，为此主张分割共同存款及以后收入共同管理权。先不说其举证不足问题，即便被告实施了原告所说的上述行为，

但这些行为并未致款项所有权发生改变，其款项仍然是在被告名义下，且受被告实际控制。另外，双方并未对家庭财产进行约定，故二人婚后财产在性质上仍属夫妻共同共有。故被告即便实施了上述行为，但这并不属于严重损害夫妻共同财产利益的行为。

2.吴某主张婚内分割共同财产不符合法定条件。在婚姻存续期间，夫妻一方请求分割共同财产，原则上不予支持。但根据《婚姻法解释三》第四条规定，有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（1）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（2）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。所谓隐藏转移财产行为主要包括以下情形：转移存款，即将自己名下银行存款或股票账户资金等取出或转账到他人名下，导致离婚时其名下并无银行存款可分。虚假过户，即没有实际的买卖或赠与关系，与他人串通，将不动产、车辆等过户到第三人名下，他人为名义上所有者，但实际上所有权和控制权仍在自己，致使配偶一方无法分割到财产。变卖资产，即将己方名下资产通过中介或他人介绍出卖给第三人，取得现金，规避配偶分割资产。私赠他人，即包括赠与给情人或其他有暧昧的第三者，或者赠与给其他熟悉的人，导致夫妻财产的减少。

上述共同特点就是财产所有权的改变。本案中，原告并无证据证明被告用存款购买基金、外借，且是否发生所有权转移，故无法认定被告存在隐藏转移财产的事实，也即不符合婚内分割共同财产法定条件，故应驳回其诉讼请求。（作者单位：黑龙江大庆高新区人民法院 重庆市第五中级人民法院）

浅议离婚协议中财产赠与后的撤销效力及利益保护

2016-07-29 江西法院网 崇仁县人民法院 官尹

签订离婚协议，已成为近年来夫妻双方至民政部门登记离婚、和平分手的一个权利义务分配约定方式。然而离婚之后，一方常常反悔了协议拟定的赠与，要求行使撤销权。针对协议之中的赠与财产可否予以撤销，这就关涉到时赠与特有的撤销权。能否撤销赠与，要整合考量离婚协议独有的赠与特性，解析合同差异。笔者经过归结之后，认为离婚协议的赠与内容不应被随便解除。而是要在协议的基础上，侧重保障偏弱一方必备的权利，厘清违约责任。

一、赠与合同的性质

合同法第 185 条的规定，赠与行为是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的行为。从民事法律行为的分类看，赠与行为属于双方民事法律行为，即双方当事人意思表示一致才能成立的民事法律行为，也就是说，赠与人向受赠人发出赠与的意思表示，受赠人必须做出接受的意思表示时赠与法律关系才能成立。

二、离婚协议中的财产赠与不应简单套用合同法中的赠与合同

男女双方在离婚协议中对房屋所作的财产处理，与双方解除婚姻关系、子女抚养等条款构成离婚协议的整体，关于房屋归子女所有的约定是依附于双方婚姻关系的解除，带有身份关系性质，不同于一般性的单纯财产赠与。而婚姻、收养、等有关身份关系的协议，不适用合同法，故双方在离婚协议中对房屋的处理即使构成对子女的赠与，也因为在特定时间（父母婚姻关系解除，家庭解体）和父母子女之间的特定关系也不应简单套用合同法关于赠与合同的规定撤销离婚协议中对财产的处理。

三、撤销赠与的效力

按照《合同法》的规定赠与人依法享有任意撤销权、法定撤销权以及赠与免除权，“赠与人，在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，但是“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”。法律之所以规定赠与人的任意撤销权，是出于公平的考虑，因为赠与合同是无偿合同，不需要受赠人支付对价，即使附义务的赠与，也是义务依附于赠与，没有赠与就没有义务。任意撤销权的例外规定，是基于信赖利益的考虑，赠与人不得随意免除其信赖义务。赠与人不需要任何理由就可以撤销赠与，但该撤销权的行使得以请求权的方式才能完成，即需通过向受赠人要求或向人民法院起诉的方式撤销赠与，而不像其他形成权如放弃继承权、授予代理权、追认权那样，只要行为人做出意思表示即可发生相应的民事法律关系变动的法律效果。

《婚姻法》司法解释二第 8 条规定，离婚协议中关于财产分割的条款，对男女双方具有法律约束力。男女双方协议离婚后就财产分割问题反悔的，请求变更或者撤销财产分割协议的，如未发现存在欺诈、胁迫等情形，不能支持。离婚协议中已经明确约定将房屋归子女所有的，作为父母双方对财产处分的合意，并经国家民政机关确认并备案如不存在欺诈、胁迫等情形，则该协议作为双方真实意思表示，对男女双方具有法律约束力，均应继续履行该协议。因此，夫妻之间有关房产赠与的约定，无需经过物权变动手续，离婚时法院可以判决房产归受赠方所有，对赠与房产一方，主张撤销赠与合同的请求不予支持。

相对于《物权法》及《合同法》的规定，《婚姻法》对夫妻财产关系的规定属于特别规定，应当优先适用《婚姻法》的规定。

四、法院是否应在调解书或判决书中确认离婚协议的效力

司法实践中当事人会在离婚诉讼中协议将共同财产赠与给子女，然后以判决书予以确认，有的在调解书中予以确认，认为这是调解自愿原则和处分原则的体现，法院应当尊重当事人的真实意思表示。

对于当事人的自愿处分行为我们应当尊重，但当司法权介入时，我们应当依照法律规定予以审查。法院不能以

调解书或判决书的形式确认离婚当事人将共同财产赠与给子女。

首先，根据民事诉讼法基本原则，人民法院只能针对当事人及其诉讼请求进行审理，虽然最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 9 条规定，调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。但只是基于调解过程的诉讼请求，仍然没有突破超出诉讼当事人的范围；

其次，赠与行为是双方民事法律行为，除了赠与人做出赠与的意思表示以外，还需要受赠人接受的意思表示赠与才能成立，法院在不明知子女是否接受赠与的情况下确认赠与关系欠妥。即使子女表示接受赠与，由于其并不是离婚案件的当事人，人民法院也不能在离婚的裁判文书上确认案外人的权利义务。至于子女能否作为第三人申请参加或者人民法院依职权追加子女为离婚案件的第三人参加诉讼，法律及其相关司法解释未做出明确规定，司法实践中也无案例可以参考，此做法值得商榷，有待法律的明确规定；

最后，人民法院发生法律效力的调解书、判决书具有确定的法律效力，非经法定程序撤销，当事人必须履行，否则可能会引起执行程序的启动。我们知道赠与人享有任意撤销权和法定撤销权以及赠与免除权，这些法定的权利，一旦条件成就，赠与人只能以请求权的方式来实现，必然引起诉讼，如果法院做出撤销赠与的判决，就与确认赠与的调解、判决相冲突，似乎只有通过审判监督程序撤销生效的调解、判决后，才能实现撤销权，这是我们不愿意看到的情况。基于以上原因，对于离婚诉讼中当事人将共同财产赠与给子女的，我们可以将其明确表示赠与的财产不做共同财产处理，而作为已经赠与的财产（他人的财产）进行处理。在离婚诉讼过程中，当事人也可能协商将共同财产赠与给子女，如果人民法院的调解书确认当事人的赠与行为，必然涉及子女（案外人）的权利义务，子女是否接受赠与，该赠与能否被撤销，相关法律并未作出明确的规定。

五、如何保护受赠与方的利益

根据《婚姻法》36 条的规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。未成年人的父母是未成年人的监护人。监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。当一方没有配合办理产权过户手续时，另一方应作为子女的监护人请求一方继续履行合同义务，办理产权过户手续，维护被监护人的利益，而不应以一方违约为由请求撤销协议分割房屋，从而损害被监护人的利益。《物权法》中关于“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力;未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”的规定，主要是为了使物权变动通过登记产生公示公信力，保护交易安全。而在男女一方或双方请求撤销离婚协议中关于财产分割约定的情形下，并不涉及交易第三人的保护。故在一方违约没有办理产权过户手续时，在没有法定的不能继续履行的情况下，另一方应当作为监护人要求其继续履行合同义务，保护被监护人的利益。

单亲家庭子女的法律保护问题和处理建议

2015-11-19 江西法院网 石城县人民法院 蔡梅风

随着社会经济发展，因各种原因导致的离婚现象增多，离婚人群年轻化日益明显，而随之带来的各种负面影响已经凸显，尤其离婚后单亲家庭子女法律保护问题值得重视。

一、离异单亲家庭子女法律保护存在问题及原因

1.侵害小孩权益的事实取证困难，权益保护举步维艰。夫妻离婚后，单亲一方面时常情绪发泄在小孩身上，实施家庭暴力，由于家庭暴力犯罪通常在家庭中或其他非公共场所实施，没有第三者在场，难以取证，致使小孩受到人身和心理的创伤难以得到法律及时的保护。

2.小孩抚养保护常常缺失。夫妻离婚，小孩判决一方抚养，另一方承担抚养费，判决支付抚养费的，往往很少主动履行抚养义务。

3.单亲留守小孩受侵害比较多。夫妻离异后，在小孩生活安排方面一般由他（她）们的爷爷奶奶、外公外婆或者其他人来照顾。但是，他们精力有限，年老体弱，或者自己生活还困难，单亲留守小孩作为一个弱势群体，缺乏自我保护意识和自我保护能力，很可能会成为不法分子的侵害对象。

4.单亲未成年人心理偏差，容易自伤或受诱导实施犯罪行为。单亲小孩的心理问题比较突出，常表现两种倾向，一种是由于亲情缺失，长期积压内心造成性格内向，行为孤僻，自卑懦弱，不合群，缺乏爱心，不善与人交流；另一种是具有较强的逆反心理，脾气暴躁、易冲动、情绪不稳定、自律能力差。这些不健康心理容易扭曲，一旦受到刺激，容易走极端自伤，也容易受社会不良因素诱导，常常将无端小事升级为打架斗殴，多为故意伤害。

二、加强对离异单亲家庭子女法律保护的建议

1.从司法层面加强法律保护。在刑事、民事、行政、执行等各项审判工作都要贯彻全面保护的原则，使人民法院成为保护儿童权益的正义场所。对涉儿童维权案件树立优先保护和特别保护观念，开辟“绿色诉讼通道”，优先处理，对虐待、强奸、猥亵、侵害儿童的行为予以严厉的打击，对探视权优先保护，对依法追索抚养费的案件先予执行。对办结的案件进行回访，开展儿童权益保护的法律咨询活动，扩大维权工作的社会效果。延伸少审司法职能，加强判决与矫正工作的无缝衔接，做好矫正对象的定点回访工作，积极开展“法制进课堂”、“法制进社区”工作，积极预防青少年违法犯罪。

2.多元联动，加强维权保护。政府有关职能部门在各自的职责范围内，尽量维护儿童的合法权益。加强联动，

成立儿童维权保护的专门机构或组织。如成立志愿者队伍对孩子进行一对一的帮扶；设立儿童图书馆、阅览室，丰富留守儿童的精神食粮；配置视频通话设备为孩子和离异父母定期进行视频通话，加强对离异父母关爱子女的引导，冰释前嫌，都积极与孩子沟通、见面，对孩子进行关爱和陪伴，不要让孩子缺失父母一方的爱随时了解孩子的需求，增进与家人的感情。作为学校要重视对离异家庭孩子的心理辅导和关爱。对离异家庭的儿童可以建立专门的档案，定期进行跟踪和访谈；开展丰富多彩的课外活动，增加孩子与老师、同学的接触，让他们在集体归属感中淡忘家庭的忧伤；培养孩子正确的人生观和价值观。

3.加强对离异单亲家庭儿童的合法权益综合治理。积极探索留守儿童维权的社会综合治理工作，建立司法局、法院、检察院、信访、公安、交警等部门建立了沟通协作网络，采取定期检查、回访的办法，运用法律、法规做到个案预防、专项预防、同步预防、系统预防，把可能诱发的不安定因素消除在萌芽状态，尤其关注离异单亲小孩健康成长的社会环境。

儿童最大利益原则在执行抚养费案件中的运用

2016-08-03 人民法院报 广东省中山市第二人民法院 李世寅

司法实践中，不少离异父母基于各种理由拖欠未成年子女抚养费的现象十分严重，抚养费的拖欠往往使离异家庭未成年子女陷入困境，其生活、教育受到影响，严重影响未成年子女的生存发展，引发社会悲剧，不少未成年子女甚至因此而走上了犯罪道路。限于法院在对抚养费执行、保障未成年子女权益方面仍有许多不足之处，导致儿童最大利益原则在执行程序中未能完全应用，严重影响到未成年子女权益的保护，为破解难题，笔者在此略抒己见。

一、抚养费执行案件中被执行人抗拒执行的表现

1.有的被执行人传统家庭观念、亲情观念淡薄。不少被执行人并非完全没有履行能力，只是对社会、对家庭的责任感与道德感的确失，对未成年人子女重生不重养，不愿支付抚养费。尤其是在解除非法同居纠纷案件中，一方当事人甚至怀疑未成年子女是否为自己的亲生子女，甚至拒绝亲子鉴定、反复申诉上访，对抗执行，造成法院执行障碍。

2.有的被执行人法律意识淡薄。被执行人虚假承诺、逃避执行、伪造证据以逃避履行应负的义务，对拒不履行法院生效法律文书所确定的义务后果没有意识或重视不够，造成受到司法拘留等强制措施后后悔不已。

3.有的被执行人存在心理不健康因素。离婚后，不少被执行人将夫妻感情的积怨转嫁到未成年子女身上，认为既然子女由另外一方抚养，自己可以不出或者少出抚养费用；或将子女视为自己的私有财产，拒绝对方行使合法的探视权利；或者以未成年子女的抚养费作为干涉对方生活的工具使用等等，上述因素在强制执行该类案件过程中爆发出来，导致执行案件出现对抗甚至暴力抗法现象发生。

二、儿童最大利益原则在执行程序中的运用

1.将儿童最大利益原则作为执行工作的主要理念之一

联合国《儿童权利公约》把儿童最大利益原则作为保护未成年子女权益的最高原则。该公约规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为首要考虑。”我国作为《儿童权利公约》的缔约国，理应执行此原则并将其落实在具体的法律法规中，尤其是在民事诉讼案件强制执行程序中，这样才能从根本上保障未成年人合法权益。笔者认为，可以借助执行改革契机，在受理抚养费执行案件较多的法院，专门成立抚养费案件执行团队或执行小组，选派具有一定执行经验的法官负责该类案件的专项执行，并列入优先清理执行积案的范围。由于抚养费纠纷案件执行，往往涉及婚姻家庭、儿童心理等方面，要执行好此类案件，要求承办法官应有相当的生活阅历，并具备较强的群众工作能力，掌握一定社会学、心理学知识，由专门的执行机构负责执行，有利于处置疑难问题，更好地保护未成年子女的合法权益，实现法律效果与社会效果的统一。

2.设立抚养费案件主动执行机制

对具有执行内容，履行期限届满，债务人到期没有主动履行生效裁判文书的抚养费案件，在事先征得债权人同意的前提下，家事审判部门的承办法官可主动移送执行部门，无需债权人另行申请执行。具体做法包括：由法院执行法官将该类案件的主动执行理念贯彻执行的全过程，主动实行执行流程公开；主动实施“四查一告知”，主动向房产、国土、银行、车辆、工商等部门查询，主动掌握被执行人的财产线索；主动穷尽执行措施，对有履行能力而拒不履行的被执行人主动采取限制出境、在媒体上公开曝光、对“赖债者”发出限制高消费令等，敦促被执行人自动履行债务；主动加强执行和解，积极促进当事人达成执行和解，解除当事人的对立情绪，使该类案件执行周期缩短，更全面保护未成年子女权益。

3.强化执行措施，加大对抚养费案件执行力度

集中执行，一次给付。对个别有履行能力，但难以寻找，或有意常年外出不归逃避履行抚养义务的被执行人，法院执行部门可以采取集中执行的办法，果断采取强制措施，依法强制执行，将剩余未支付的抚养费用一次性执行到位，交付给申请执行人，避免申请执行人日后因对方恶意拖欠而重复起诉造成的讼累。

形成合力、执行联动。执行法官要善于联合基层调解组织、被执行人所在地居委会以及被执行人的家庭，共同

促使义务人自觉履行义务。随着我国城市社区文化的建立，居委会、街道、社区民警所承担的职能越来越多样化，与辖区内居民的联系日趋紧密。结合我国国情，法院可与公安、教育、妇联、社区居委会等部门建立横向联系，通过签订合作意向书、请求协助执行等形式，充分调动被执行人所在单位、村居委会、学校、社区民警的积极性，以整合全社会可利用资源，协助法院执行。如执行法官可以加强与辖区内各社区进行执行协助沟通，由收到协助执行通知的社区主动每年将被执行人的土地分配款及股份分红汇入法院账户或支付给离婚子女，直至抚养费给付完毕。与人民调解委员会、被执行人所在地居委会加强沟通，变法院一家执行为多家共同监督执行，也可通过组织被执行人家庭成员和亲属长辈参加的动员执行会，依靠亲属的监督和说服促使被执行人定期履行义务。

加大有关部门的协助执行力度。主要通过完善执行指挥中心建设与专项查控措施，利用信息化技术，通过网络专线分别与银行、国土、房管、公安交警、教育等单位连接，实现了对被执行人银行开户、国土房产、机动车辆、工商股权、非上市公司托管股权、股票证券、房屋租赁、住宿登记等信息查询功能，并开辟绿色通道，将抚养费纠纷案件列入优先协助查询范围，会对破解此类案件执行难问题起到很大作用。

努力促成执行和解。对于确实有履行困难的被执行人，执行法官要尽力开展促进和解工作，促成双方当事人互让互谅，达成执行和解。在执行过程中，执行法官不仅仅要致力于金钱给付的到位，更要关心离婚子女的心理，着重于被执行人与离婚子女关系的修复。从离异夫妻矛盾纠纷入手，尽力化解双方矛盾，使被执行人意识到抚养费对其子女的重要性。只有当执行法官做通被执行人的思想工作，修复其与子女关系，让其从心理上主动、愿意支付抚养费甚至其他费用，才能更好地保障离婚子女的正常生活学习，也才能从根本上解决抚养费执行难问题。

建立未成年子女抚养费纠纷案件信息库。由法院将该类案件义务方当事人信息提交社会征信系统，使义务方的收入透明化，对违反义务者，纳入失信惩戒信息库，对其权益进行限制。通过执行联动限制不履行债务的被执行人贷款、置业、项目审批、信誉评级、高消费、限制购买高铁及飞机票等措施，挤压其生产发展和生活自由的空间，迫使其自动履行债务，从源头上减少进入强制执行的抚养费纠纷案件，减少执行难度。

4.探索建构未成年人权益保护机构及救济机制

设立未成年人权益保护机构。借助社会治理创新改革，由政府部门设立专门机构或以购买社会服务方式由社会组织负责权益保护，由上述机构或团体负责对抚养费案件中未成年人的父母或监护人的行为进行监督。执行法官可以定期配合义工等相关人员走访回访未成年人的生活状况，监督其抚养费的提取、使用情况，限制其父母对未成年子女抚养费的处分，对重大财产处分行为须经该权益保护机构许可，必要时应召开听证会并进行公示。

建立未成年人社会救济金机制。由地方政府设立专门的具有独立法人资格的救济基金，采取政府划拨经费、接受社会捐赠等多种方式筹集资金，用社会资金对确无执行财产而又生活困难的未成年子女进行救济，确保其生活权益与教育权益不受影响。如法国的“家庭给付机关”，美国的“子女抚养代理机构”，就具有负责未成年子女抚养费的责任。法院也可以申请上级部门，在司法救助基金中单独设立执行案件儿童救助基金，以保障在被执行人无履行债务能力情况下，通过司法救助途径，拨付申请执行人一定金额的基金，以维持被抚养未成年子女生存生活条件，保障其合法权益。

夫妻约定一方财产归对方所有或共有的法律判断

北京市第三中级人民法院 陈锦新 王忠 吴强兵

导读：对于夫妻约定一方财产归对方所有或共有的效力问题，立法未予明确，实务界认识不一。下文从夫妻财产约定与夫妻间赠与的界分出发，就相关约定的生效时间、应否履行物权变动手续、能否撤销以及能否发生返还请求权等问题给出观点，为法律适用提供思路。

一、问题的提出

“ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有”的情况，通常体现为夫妻一方将房产等大额财产全部或部分份额给付对方。司法审判实务的个案情形不一，这里选取了三个具有代表性的案例。

案例 01

马某与张某于 2005 年登记结婚 ， 2011 年双方签订协议，约定马某婚前出资首付款、婚后共同还贷并登记在其个人名下的房屋为夫妻共有，协议签字生效，后一直未加名。2013 年 6 月张某起诉离婚，要求确认房屋为夫妻共同财产。法院判决离婚，认为双方采用书面形式对房屋产权进行约定，属夫妻财产约定，不违反法律法规强制规定应予认可，对双方均具约束力。遂判决该房屋归马某所有，由马某支付张某相应房屋折价款。

案例 02

惠某名下，有一套婚前由父母出全款购买的房屋。2012 年惠某与侯某登记结婚 ， 婚后双方约定将该房屋登记为双方共同共有，后又约定登记至侯某名下，两次约定均办理了权属变更登记。期间侯某多次与异性开房。

惠某诉至法院离婚，要求撤销赠与。一审法院经审理认为：第一次约定属夫妻约定财产属性，不得撤销；第二次约定属赠与行为，侯某存在婚外情，惠某可行使法定撤销权撤销。遂判决撤销惠某与侯某第二次房屋权属变更登记行为。二审法院认为两次变更登记行为均属于赠与行为，侯某存在婚外情，惠某可行使法定撤销权予以撤销，遂判决撤销两次房屋权属变更登记行为。

案例 03

冯某与王某 2002 年 2 月登记结婚 ，二人于同年 7 月份签订了协议，约定冯某将婚前的房屋一套转让给王某，该行为与双方夫妻关系无关，声明签订之日王某取得该房屋，但未办理过户手续。王某诉至法院要求确认涉诉房屋为其所有。法院生效判决认为冯某与王某的约定属赠与协议，不具有公益、道德性质，亦未经过公证，财产权利未转移，赠与人可撤销赠与。遂判决驳回王某的诉讼请求。

从上述案例裁判来看，法官对夫妻财产约定与夫妻间赠与存在认识分歧，裁判基础的论理不足，似有从结果到依据的反推裁判逻辑过程之嫌，如果撤销约定就适用夫妻赠与条款，不予撤销则适用夫妻财产约定规则，但整体上裁判结果还是公正的。如此局面，主要是因为我国有关夫妻约定财产制立法较为粗鄙，缺乏可操作性和救济途径，加之对夫妻财产约定的理论认识不足，相关法律及司法解释存在诸多冲突。

司法实践中，解决 “ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 的认定问题，实质上就是要区分该约定属夫妻财产约定还是夫妻间赠与。这需要我们在现行《婚姻法》 约定夫妻财产制具体设置的基础上 ，厘清夫妻财产约定和夫妻间赠与的内涵，区分该约定是否属于附随的身份法律行为，这直接关乎到法律的选择和适用。如果认定为夫妻财产约定，则适用《婚姻法》的相关规定；如果认定为夫妻间赠与，则适用《合同法》关于赠与合同的规定。

二、“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”属性认定

（一）夫妻财产约定的界定

所谓夫妻财产约定，又称夫妻财产制约定或夫妻财产制契约，指夫妻或即将成为夫妻之人，就夫妻之间的财产关系采用何种夫妻财产制所订立的契约。[1] 相对于一般财产契约，夫妻财产约定具有如下特征:

其一，主体的特定性。夫妻财产约定的当事人须具备夫妻身份，夫妻财产约定可在婚前或在婚姻存续期间缔结，但如果婚姻关系不成立、被宣告无效或被撤销，则该约定自始不生效。所以，夫妻财产约定的生效以当事人具备夫妻身份为前提。夫妻可以成为一般财产契约的主体，但不具备夫妻身份的人不能订立夫妻财产约定。

其二，内容的特殊性。夫妻财产约定解决的是夫妻财产制的问题，内容主要是选择夫妻财产制或者变更、排除法定夫妻财产制的适用。如果夫妻约定的内容与夫妻财产制无涉，则不发生夫妻财产约定的效力，夫妻的日常家务代理权即属此列。基于此代理权所发生的财产关系，不能成为夫妻财产约定的内容。

其三，效力上的附随性。对于婚姻法中的身份法律行为，可分为形成的身份法律行为和附随的身份法律行为，前者以亲属关系之设定、废止或变者更为目的，如结婚行为；后者以形成行为为前提，附随此等行为而为之行为，夫妻财产约定当属于此。夫妻财产约定可以婚前订立，但生效以婚姻的缔结作为前提；婚姻无效或被撤销，夫妻财产约定亦不生效；婚姻关系消灭的，夫妻财产约定未履行部分效力终止。

其四，形式上的要式性。夫妻财产约定优先于夫妻法定财产制的适用，关系夫妻财产的具体分配，法律要求当事人慎重对待夫妻财产约定，将夫妻财产约定设定为要式行为，夫妻双方只有存在书面协议的情况下才能生效。

其五，法律效果的特殊性。与一般财产契约的债权性不同，夫妻财产制约定具有物权性，直接发生夫妻财产法的效果，即当事人选定的财产制度后，排除、变更法定财产制的适用，协议后无须采取 《物权法》 要求的物权变动形式实现物权的转移。

（二）夫妻财产约定 “落地为” “夫妻约定一方财产归对方所有或共有”

关于现行夫妻约定财产制中，是否包含 “夫妻约定一方财产归对方所有或共有” 的情形，最高法院对此持反对意见，“ 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。”[2] 《婚姻法》 司法解释三第 6 条就是在此观点的基础上设立的。笔者认为，该观点是对 《婚姻法》 第 19 条规定的夫妻财产约定的错误解读，“ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 应属 《婚姻法》 第 19 条中的 “部分各自所有、部分共同所有” 的范畴。

首先，法理上，“约定一方财产归属于对方所有或共有”乃独创式的夫妻财产制契约的题中之义。

通说认为，对夫妻财产制契约的内容，各国各地区立法主要有两种模式：第一，选择式的夫妻财产制契约。即设置几种典型的夫妻财产制，由当事人选择，当事人不能选择立法设置之外的财产制。如我国台湾地区的 《民法》第 1004 条规定 ：“ 夫妻得于结婚前或结婚后，以契约就本法所定制约定财产制中，选择其一，为其夫妻财产制 。”第二，独创式的夫妻财产制契约。即法律不限制夫妻财产制契约内容，允许当事人根据自己的意愿任意选择夫妻财产制，或变动法定夫妻财产制。如 《法国民法典》第 1387 条规定：“ …… 夫妻之间的特别约定，只要不违反善良风俗和以下各项规定，如其认为适当，得随其意愿订立之。”[3]

《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，对双方具有拘束力。”

概而言之，夫妻财产约定的类型包括全部共有、分别所有和部分共有、部分分别所有三种情形。作为某一特定类型的夫妻财产制，其内容应是确定的，从文义上进行解读，“全部共有” 、“分别所有” 相对应的是 “一般共有制” 和 “分别所有制” ， 而 “ 部分共有、部分分别” 的具体内容则明显是不确定的。但从 “ 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 ” 来看 ，约定有可以确定的内容的按照约定；对于没有约定的财产或指向不明部分的财产，依然遵照法定财产制分配。关于 “ 部分共有、部分分别” 中的 “部分” ，既可以是部分财产，也可以是某特定财产或其部分份额，只要约定指向的财产可以确定即可，这里的财产既可以是婚前财产也可以是婚后取得的财产，这与独创式立法模式是相符的。

因为独创式立法模式下，排除或变更法定财产制的约定存在两种情形：一是直接以有名的夫妻财产制度替代法定财产制；二是对法定财产制的部分内容加以变动，此处的部分内容，可以是某类财产或是某特定财产，除约定范围内的财产，其他财产仍为法定夫妻财产制。正如史尚宽先生所述 ，“ 夫妻财产契约不必及于全部财产，对于一定之个个财产，亦为可能，例如一笔土地为特有财产或为付与夫管理之财产。”[4] 我国夫妻财产约定已经涵盖了所有的夫妻财产契约类型，是开放选择式的，属于独创式的夫妻财产制契约，当事人可以不定向任意选择，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”属夫妻财产约定的题中应有之义。

其次，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”一直为立法所允许。

1950 年 《婚姻法》 未涉及夫妻财产约定的内容，确立了自由约定的原则。中央人民政府法制委员会曾指出：“ 这种概括性的规定（指第 10 条关于夫妻财产的规定），不仅不妨碍夫妻间真正根据男女权利平等和地位平等原则来作出对于任何种类家庭财产的所有权处理权与管理权相互自由的约定；相反，对于一切种类的家庭财产问题，都可以用夫妻双方平等的自由自愿的约定方法来解决，也正是夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权的另一具体表现。”[5]

1980 年的《婚姻法》第 13 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外 。” 这一条规定确立了以法定共有制为原则，“当事人另有约定”为例外，赋予了当事人通过约定变动法定夫妻财产制的整体或个别内容。

2001 年《婚姻法》修正案的第 19 条规定承继了这一理念，并进行了细化。“ 可以对婚前婚后财产约定全部所有、分别所有及部分分别、部分共有” 的表述，赋予当事人可以约定方式变动第 17 、18 条规定的共有财产和个人财产范围。

全国人大常委会法制工作委员会对 《婚姻法》 第 19 条所规定的约定财产范围是这样阐释的 ：“ 一是婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有。如夫妻可约定一方所得的工资、奖金，生产经营的收益等，归该方所有。二是婚姻关系存续期间所得的财产共同所有或部分共同所有、部分各自所有。如夫妻可约定各自工资、奖金一半归夫妻共有，一半归各自所有。三是约定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。如夫妻可以约定女方婚前父母所送的嫁妆归夫妻共同所有。当然也可以约定一方婚前财产在婚后归对方所有。”[6]

这里，明确将 “一方财产在婚后归对方所有”列为可以约定的范围，这一精神在后来的 《婚姻法》 司法解释一中也有所体现，如第 19 条规定 ，“ 婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外 。” 由此可以推出，一方个人财产可由当事人约定而转化为夫妻共同财产或者对方个人财产。

再次，夫妻财产约定在实践中多针对特定财产。

现实生活中，当事人一般很少采用选择某种财产制来直接替代法定夫妻财产制。即使采用名为 “ 分别财产制 ” 的约定，也不免对夫妻共同生活费用等问题加以特别约定，并对某些共有财产加以保留。

多数情况下，夫妻财产约定都针对法定夫妻财产制进行部分变通，如约定婚前一方的房屋婚后归于夫妻共有或另一方所有、婚后一方所得股权不作为共有财产等，文章开头所提及的案件都属此类型。这样的约定，目的在于部分变更法定夫妻财产制的内容，但不是完全排除了法定夫妻财产制的适用，即约定不涉及的财产归属仍应遵循法定夫妻财产制的规定。“夫妻约定一方财产归对方所有或共有” 在我国民间长期存在，“部分共有、部分分别”的 规定将这一现象涵盖其中，承认其法律效力，以达解决该类纠纷之功效。

（三）夫妻财产约定与夫妻间赠与的界分

史尚宽先生认为 ：“ 夫妻财产契约，与未婚或已婚配偶间有财产法内容之法律行为不同。在前者关于配偶间婚姻财产法上秩序，惟得于配偶间行之。其他法律行为（例如赠与、买卖、借贷、租赁、合伙）则在其人（配偶）之间，亦为可能。”[7] 由此，对于夫妻财产当事人之间既可以行夫妻财产约定，亦可进行赠与。夫妻间赠与是指夫妻一方将个人财产赠与对方的行为，其与夫妻财产约定的区别在于：

首先，行为性质不同。

如前所述，夫妻财产约定在性质上属于附随的身份法律行为，其虽以财产关系为内容，但依赖于婚姻关系而存在。若发生婚姻不成立或离婚的情形，则夫妻财产制契约即不生效或无效。夫妻财产约定中，“ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有”基于夫妻身份而为之，其目的在于缔结婚姻或借此来增进相互之间的感情，以达到维护家庭稳定、维系婚姻长久的目的。而夫妻间赠与属财产行为，受赠人能够无偿接受赠与人的馈赠，其效力与夫妻关系是否存在无关，也就是即使不存在夫妻关系，赠与人也会对受赠人作出赠与表示，案例三即属于此情形。

其次，形式效力不同。

夫妻间财产约定常与身份关系的存在结合，或与夫妻间的抚养扶助、家庭劳务结合在一起，或与其他财产的转移及未来财产的分配结合在一起。夫妻财产约定是重要之事，故法律要求应以要式为之，协议一旦订立对内便发生物权变更的效果，未经物权变动手续，对外不得对抗善意第三人，亦不得任意撤销。而夫妻间赠与则属于单务诺成行为，受赠人基于赠与合同取得要求赠与人交付赠与物的债权，不发生物权的变化，赠与人实际取得赠与物需要按照《物权法》的规定要求履行物权变动手续，物权实际变动之前，赠与人可以依照《合同法》行使任意撤销权，出现法定撤销情形的，物权变动后亦可撤销。

再次，目的不同。

在婚姻关系存续期间，夫妻财产内部的变动出于婚姻稳定的动机，对当事人并无实质上的影响，双方作为婚姻共同体对财产当然均享利益。即无论约定的特定财产归一方所有，还是双方共有，都由双方共同使用，收益也归夫妻双方享有，约定发生的变动可谓“有名无实”。只有在离婚或者是夫妻一方死亡时，约定的财产变动才有意义。所以，约定双方所追求的产权变动意思与身份变动相关联。而赠与合同的赠与人有明确的无偿移转财产的意思，受赠人接受赠与，一旦赠与合同成立并实际履行，则赠与物归受赠人所有，赠与人不再期望对赠与物享有任何利益，不得限制、影响受赠人行使对赠与物的权利，受赠人可排除赠与人对赠与物的使用。

综上，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”的属性为何，需要从行为性质、订约动机及形式等方面加以区分。如果即使不存在婚姻关系，婚姻一方亦会作出将其财产“归对方所有或共有”的表示，是为夫妻间赠与，属一般财产行为，适用《合同法》以及《物权法》的相关规则；如果一方书面作出将其财产“归对方所有或共有”的表示背后，是基于婚姻关系缔结或者是维系婚姻家庭基础的希冀，是为夫妻财产约定，属附随的身份法律行为，适用《婚姻法》的规定。

三、“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”的法律适用

厘清“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”的属性之后，司法实践需要解决约定的生效、物权变动形式、约定的撤销及离婚财产返还问题。

（一）生效时间

对于“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”，如认定为夫妻间赠与，根据《合同法》，在不存在合同无效情形下，赠与合同自受赠人接受赠与意思表示之时成立，当即发生法律效力。“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”如认定为夫妻财产约定，其生效时间为何，《婚姻法》缺乏规定，各国法律规定也并不相一致。日本《民法》规定，夫妻财产契约必须在结婚申报前订立，否则无效（第755条）；且夫妻财产契约如果不在结婚申报之前就此契约进行登记，不得对抗夫妻的承受人及善意第三人。[8]依我国台湾地区《民法》，夫妻财产制契约的订立、变更或废止，应以书面为之；如不以书面形式订立，即不生效力。至于契约之登记，仅为对抗第三人之要件，并非生效要件。也就是说，夫妻财产制契约，在夫妻之间应于书面订立、变更或废止时立即生效，只是没有依法办理登记，则不能对抗第三人。[9]

再看我国的《婚姻法》第19条，只规定夫妻财产约定应当采用书面形式，无需登记，夫妻财产约定未采用书面形式不生效力。书面夫妻财产约定如系婚前达成，则自婚姻缔结时生效，未能婚姻登记的，不生效力；如系婚姻期间达成，则自协议签订之时生效。

（二）应否履行物权变动手续

根据《物权法》的规定，物权移转过程包括订约及履约两个阶段：前者是当事人达成将移转物权的合意，后者基于此合意而为登记或交付。当事人达成将移转物权合意的合同，是为“物权移转合同”，该合同并不发生移转物权之效，其目的在于保证物权移转。亦即当事人订立“物权移转合同”，非承诺物权即时移转，而是承诺物权将移转，此时在当事人之间仅存在债权，不发生物权的变动。“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”如若认定为夫妻间赠与，合同生效以后，受赠人基于合意取得债权请求权，其要取得赠与物的所有权，应当按照《物权法》进行动产交付或不动产过户手续，物权变动手续履行完毕后，受赠人取得赠与物。

夫妻财产约定的物权变动形式与上述规则迥异，夫妻财产约定之效力有内外之分，约定的性质对内属于“物权合同”，订约与履行行为合二为一，订约目的为实现物权变动，约定生效即产生“拘束力”，这里的“拘束力”也就是物权变动的效力；对外未登记不得对抗善意第三人。因此，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”如认定为夫妻财产约定，约定生效当然发生物权变动效力，无须另行经过物权变动程序。未经物权公示的，不得对抗善意第三人。

（三）能否撤销

“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”如认定为夫妻间赠与，根据《合同法》第186条的规定：“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。”就是说，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”中包含社会公益、道德义务性质内容或经公证的，不得撤销；此外在物权移转之前，赠与人均可任意撤销赠与。

赠与物物权转移后，受赠人存在《合同法》第 192 条规定的情形时，赠与人亦可行使法定撤销权。因为赠与合同属无偿合同，受赠人存在 “ 严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、对赠与人有扶养义务而不履行、不履行赠与合同约定的义务 ” 行为时，与赠与人的初衷是明显相违背的。故而，即使在物权发生转移的情况下，赠与人亦可基于法定撤销权撤销合同，要求受赠人返还赠与物。但赠与人法定撤销权的行使，需在知晓或者应当知晓撤销原因之日起一年内行使。

“夫妻约定一方财产归对方所有或共有”如认定为夫妻财产约定，能否撤销？这在 《婚姻法》 中并未明确。

就此，法国在民法中确立了 “ 夫妻之间财产性质的利益 ” 的原则，即 “ 夫妻之间财产性质的利益不视为赠与 ”。法国最高法院的判决中进一步明确：“采取全部概括共同财产制并规定将全部共同财产归属健在配偶的条款 ， 是第 1524 条与第 1526 条所规定的一种选择，由于这种选择不视为赠与，因此，为此目的的改变夫妻财产制的协议并不损害夫妻共同子女的特留份权利 。”[10] 夫妻双方选择一般共同制，可使一方无偿取得财产共有权，但不能适用 《合同法》中赠与合同的规定，“ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 亦属夫妻财产约定，故亦不能适用 《合同法》 中赠与合同的规定。夫妻财产约定属于附随的身份法律行为，以婚姻关系的存在作为基础，只要是婚姻关系存在，约定财产物权即已变动，约定履行完毕，不得任意撤销。

正因为 《婚姻法》 中缺乏对夫妻财产约定撤销的规定，面对实践中大量存在的 “闪婚闪离”现象，约定给予方的利益难以得到司法保障，同时这也会对公平理念造成冲击。

为了解决这一突出问题，最高法院基于实用主义的考虑，颁行了 《婚姻法》 司法解释三，将当事人的意思表示与物权登记挂钩，对 《物权法》 进行扩张适用，但这是对部门法律各守边界的跨越，是《物权法》对婚姻家庭应保持谦抑性的突破。

这是因为，婚姻家庭法是调整特定亲属身份者之间人身、财产关系的身份法，亲属之间的人伦关系非出于功利目的而创设存在，依附于身份的财产关系亦不直接体现经济目的，带有鲜明的 “公法”秩序和社会保障、福利色彩，这决定了婚姻法应考虑家庭共同体利益，与物权的个人本位主义完全不同。虽然物权法发挥着财产基本法的规范和指导作用，但亦应意识到其调整作用的有限性。对于家庭财产关系应当保持一定的谦抑和理性，不宜由物权法详加规定的具体问题，应当交由家庭财产法进行规范和解决，对婚姻家庭法在调整家庭财产关系过程中给予充分尊重和谦让。

《婚姻法》司法解释三中 ，第 6 条的规定虽然能够较为简单便捷地解决 “ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 的撤销的问题，但这样规定对于意图不加区分，均可认定为夫妻间赠与，造成 《婚姻法》 体系的混乱，同时也给裁判者在法律选择适用上带来困难，出现撤销用夫妻间赠与、不撤销用夫妻财产约定的现象。

（四）能否发生返还请求权

夫妻间赠与撤销后，赠与人当然可以要求受赠人返还赠与物。但夫妻财产约定不能撤销，离婚时给予方能否要求接受人返还给予物，是理论及实务中十分令人头疼的问题。

各国法律对此处理并不相同。《法国民法典》第 267 条规定：“ 在因一方配偶单方过错而宣告离婚的情况下，该方当然丧失另一方配偶在结婚时或其后原已同意的一切赠与及一切财产利益。另一方配偶保留原已同意给予他（她）的一切赠与及一切财产利益，不论此种赠与及利益是否具有相互性质。” “在因夫妻双方均有过错宣告离婚的情况下，夫妻各方均得撤销原同意给予对方得赠与及利益之全部或一部。”《法国民法典》第 269 条规定：“ 在基于共同生活破裂而宣告离婚的情况下，主动提出离婚请求的一方当然丧失对方原已同意给予他（她）的赠与及利益，另一方配偶保留其受领的赠与及利益。 ” 亦即返还请求权的根据取决于离婚原因，尽管 《法国民法典》第 1527 条明文规定因夫妻财产约定而获得的利益不视为赠与。

在德国的司法判例中，很少将夫妻间的给予定性为赠与，而是定性为 “以婚姻为目的的给予”。给予方或以结婚为目的，或为了实现、安排、维持或保障双方的婚姻共同生活而给予另一方财物；同时给付人设想或期待婚姻共同生活将继续存在，并且在此种共同生活框架下对财产及其孳息有共同权利，这种期待或设想构成给予的交易基础。[11] 这种“ 以结婚为目的的给予 ” ，在交易基础因婚姻破裂而丧失时，会产生对给予一方的补偿问题。补偿数额需参考婚姻持续及共同享受给予物的时间、给付类型、范围、双方对家庭的投入、双方的财产收入等因素。

我国 《民法通则》在第 4 条规定 ：“ 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则 。” 相较于其他民事部门法 ，《婚姻法》 属于特别法，婚姻家庭关系与身份密切相关，具有亲密情感和信任长期性，其中的人身关系是需要非算计的利他奉献精神的，依附的财产关系从属于前者，不具有等价有偿性。除不具有等价有偿性外，“ 在私法的正义理念下，身份法的立法价值应侧重于自由、平等和公平三种，而其中又应以公平为价值取向，在个体利益与社会利益的均衡之间寻找切入点。”[12] 法律行为通常是行为人为自己设定义务的行为，自愿原则体现为意思自治，故在处理法律后果时，裁判者应当探求行为人之真意，同时需要把握公平价值，平衡双方的利益。

显然，“夫妻约定一方财产归对方所有或共有” 为夫妻财产约定的，给予方出于终身共同生活的目的而为之，“终身共同生活” 包含了给予方对婚姻的美好期许，对家庭稳定、生活幸福的希冀，离婚显然是对其作出无偿给予行为的违背；给予人既丧婚姻又失钱财，可谓是 “赔了夫人又折兵”，离婚后给予人丧失了约定物而得不到相应

的补偿，对其是不公平的。

如此，是对民法原则的违反，故应赋予给予人要求返还约定物或补偿的权利，但离婚基于给予方重大过错的除外。

需要指出的是，返还请求权的行使必须要遵循公平原则，考虑相关因素，以达双方利益的平衡。相关因素具体言之包含：（1）离婚的原因，如接受人存在不贞等重大过错，给与人不存在过错的，约定物应全部返还；（2） 婚姻持续时间；（3） 双方对婚姻家庭经营所做的贡献；（4） 除约定物外，各方所分割财产的价值；（5） 双方的经济收入状况。裁判者应综合考虑上述因素，并对双方利益加以权衡，确定是否返还约定物以及如何给付经济补偿，以达公平之效。

立法的缺失、司法解释的不当填补、理论研究的不深入，这三点可以说是 “ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 存在司法认定障碍及法律适用逻辑倒位的立体原因，以上拙见仅为法律适用提供一种思路。要真正解决 “ 夫妻约定一方财产归对方所有或共有 ” 的法律适用问题，尚需从立法上加以修正、完善，确立科学的标准、规则，增强可操作性，如此方能为审理案件提供明确的依据，帮助裁判者走出困境。

注：

[1] 余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 286－287 页。

[2] 奚晓明：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 13 页。

[3] 林秀雄：《夫妻财产制研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 94－186 页。

[4] 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 341 页。

[5] 刘素萍：《婚姻法学参考资料》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 65 页。

[6] 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国婚姻法释解》，群众出版社 2001 年版，第 79 页。

[7] 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 341 页。

[8] [日]我妻荣、有泉亨：《日本民法・亲属法》，夏玉芝译，工商出版社 1996 年版，第 63 页。

[9] 陈琪炎等：《民法亲属新论》，三民书局 2008 年版，第 179、181 页。

[10] 罗结珍译：《法国民法典》（下），法律出版社 2005 年版，第 1181、1182 页。

[11] [德]迪特尔・施瓦布：《德国家庭法》，王葆莳译，法律出版社 2010 年版，第 109、111 页。

[12] 刘宏渭、赵军蒙：“论我国婚姻家庭立法的价值取向——兼议夫妻财产约定”，载《法学杂志》2012 年第 7 期。

民间借贷案件中夫妻共同债务的司法认定

2016-05-02 乐山市中级人民法院 王进

一、 夫妻共同债务司法认定现状

通过选取 L 市法院审结的有关夫妻共同债务司法认定的民间借贷案例及最高人民法院公报的民间借贷案例，对案例的裁判结果进行简要分析，并引用相关的民间借贷纠纷中夫妻共同债务认定方面的司法案例，反思司法实践中民间借贷案件夫妻共同债务司法认定现状。

（一）向某民间借贷纠纷系列案及反思

向某、王某原系夫妻关系。2013 年 4 月 7 日向某向曾某借款 10 万元，《借条》载明用途为其工作的建筑工地购买钢材，向某在借款人处签字。

2013 年 4 月 8 日向某向魏某出具《借条》载明：“今借到魏某现金 200000.00 元整，向某在借款人处签字。

向某分别于 2013 年 5 月到 12 月中旬，分 8 次向饶某借款总计 165 万元，借款之后除归还了 8 万元的利息外均未履行还款义务。

一审法院认为向某与出借人借款是双方真实意思表示，且该借款发生于向某与王某夫妻关系存续期间，诉讼中当事人均未提供关于该借款债务性质约定的证据，王某也未对其抗辩事实提供证据予以证明，依照《婚姻法司法解释（二）》第 24 条、《婚姻法》第 19 条第 3 款之规定判决支持了出借人的诉讼请求。

王某以一审法院认定事实不清，证据不足，其对向某所借款项并不知情且没有证据证明上述借款用于了夫妻共同生活，不应认定为夫妻共同债务为由提起上诉。

二审法院认为，出借人提供证据能证明出借人关于民间借贷关系成立并生效的主张，王某虽以“不知情”为由不予认可该借款的真实性，但未提供相应证据予以证明其主张，其应承担相应的不利后果，二审法院维持了原判。

在上述案件的判决中法院均适用相同的法律规定将夫妻一方以个人名义的借款推定为夫妻共同债务，而未考虑到借款是否为夫妻共同生活所借的目的，亦未考量向某短时间内大量举债的款项是否用于夫妻共同生活，而将举证责任分配给未参加举债的配偶一方。

（二）何某诉陈某、邹某民间借贷纠纷案及反思

陈某与邹某原系夫妻关系， 2011 年 2 月 24 日办理离婚登记，离婚时双方约定“婚后的共同财产及共同债务每人承担 50%”。2011 年 3 月 15 日陈某与邹某分割婚内共同财产的诉讼经法院组织调解双方达成协议，结婚后的夫妻共同财产及登记于陈某名下的住房一套估价 20 万元归陈某所有，陈某支付邹某房屋 10 万元房屋折价款。

陈某于 2009 年 10 月 11 日向何某出具的《借条》载明：“今借到五姑婆何某人民币 60000 元整。”同日，吴某向陈某出具《收条》一张载明：“今收到陈某购房款 7 万元正。”在陈某与邹某离婚后，何某向法院起诉要求陈某与邹某连带偿还借款 6 万元。

一审法院认为何某和陈某均未提供证据证明该笔借款用于陈某、邹某婚姻关系存续期间的共同生活，亦未能证明陈某、邹某有共同借款的意思表示，判决陈某偿还何某借款本金。

陈某认为该借款发生在婚姻关系存续期间，实际用于了夫妻共同生活应认定为夫妻共同债务为由提起上诉。

二审法院认为提交了补强证据之后，在能够确认何某与陈某存在真实债权债务关系的事实基础上，该款实际用途为购买房屋且陈某、邹某离婚时对婚姻关系存续期间的共同所有的房屋进行了分割，根据处理夫妻共同债务的相关司法解释规定该借款应认定为夫妻共同债务，由陈某、邹某共同承担还款责任。二审法院判决撤销原判，改判陈某、邹某连带偿还何某借款。

基于相同的法律事实，但由于一、二审法院举证证明责任的分配方式不同，一、二审的判决结果截然不同，以至于当事人在进行经济活动时无法对自身的利益有合理预期，容易造成公众对司法权威的怀疑。

（三）赵某诉项某、何某民间借贷纠纷案及反思

项某、何某系于 2005 年 9 月 20 日办理结婚登记。2010 年 7 月，项某、何某开始分居。2010 年 9 月 28 日、2011 年 6 月 1 日何某分别向法院起诉要求与项某离婚均未支持何某的离婚诉讼请求。何某、项某的第三次离婚诉讼尚未审结。在三次离婚诉讼中项某均未提及本案的债务。

2009 年 6 月 18 日项某何某签订的处分夫妻之间财产及债务协议均没有涉及到本案款项。

赵某与项某系朋友关系，项某向赵某出具落款日期为 2007 年 7 月 20 日的《借条》一张，载明向某借款 20 万元整。由赵某书写、项某签字确认的《催款通知单》载明，因债务到期后项某未还款，款项于 2009 年 7 月 23 日、2011 年 7 月 27 日分别延期两年。借款发生时，向某名下的银行账户内存款余额接近借款金额。项某在偿还个人购房贷款时从其银行账户内支取了等额的款项。

法院认为赵某应对涉案借款已实际交付的事实承担举证证明责任。首先，虽项某认可收到了赵某主张的借款并陈述了款项的用途，但其辩称该借款用于了夫妻共同生活应当认定为夫妻共同债务，项某陈述的借款用途与查明事实不符。由于考虑到项某、何某二人的婚姻状况和双方之间存在的利益冲突，本案中项某对该借款的自认并不必然产生何某自认债务的效果。其次，赵某虽主张其具有相应出借现金能力但未提供相应的证据予以证明，经释明逾期提供证据可能产生的法律后果仍明确表示拒绝提供证据证明其交付款项的事实，故应承担举证不能的法律后果，驳回赵某的全部诉讼请求。一审判决后双方均未上诉。

本案中法官在怀疑夫妻一方可能存在与第三人虚构债务侵害配偶另一方利益的嫌疑时，虽举债配偶一方认可债务存在，但仍要求出借人对民间借贷关系成立并生效的事实承担举证证明责任。民间借贷案件夫妻共同债务认定时应分两个步骤，判断民间借贷的事实是否成立，在成立的基础上再认定债务的性质是否是夫妻共同债务。认定民间借贷事实时应严格把握民间借贷合同系实践性合同的特征，合同生效以款项的交付为要件；判断债务性质则应该依据婚姻法的相关精神处理，并按照对内对外遵循不同举证责任分配制度的原则办理。

二、解构造成以上问题的原因

（一）民间借贷案件中夫妻共同债务的特殊性

债权因其具有相对性，故除法律规定的债务类型，如侵权行为、无因管理、单方允诺、不当得利等法定债务类型外，原则上当事人得依契约自由原则以契约形式创设。民间借贷合同的特征主要是大多数只有债权人、债务人两方主体，一般很少有相应的见证人，而绝大部分的民间借贷行为都发生在同事、亲朋好友及父母、兄弟姐妹等熟人之间，由于受利益的驱动，容易出现夫妻一方与“债权人”串通虚构债务损害夫妻另一方利益的现象。2011 年到 2015 年上半年，全国法院审结民间借贷纠纷案件数量为：2011 年 59.4 万件、2012 年 72.9 万件、2013 年 85.5 万件、2014 年 102.4 万件、2015 年上半年 52.6 万件。 乐山全市法院 2011 年审结民间借贷案件数量为 608 件、2012 年 861 件、2013 年 913 件、2014 年审结 1073 件、2015 年截止 9 月 10 日为 1163 件。乐山市中级法院审结的 2011 年 1 月以来，截止 2015 年 9 月 10 日审结的 3715 件民事案件中，民间借贷案件有 337 件，占民事案件的比利是 9%；其中 38 件民间借贷案件涉及夫妻共同债务，占全部民间借贷案件的百分比是 11.3%。从相关数据看近年来民间借贷案件在逐年上升，与之有关联的涉及夫妻共同债务纠纷的案件数量也有相应的增加。

（二）有关夫妻共同债务认定的立法现状与不足

《婚姻法》第 41 条明确了判断夫妻共同债务的基本原则，是司法实践中夫妻共同债务认定时首要遵循的基本准则。但夫妻共同债务推定规则为《司法解释（二）》第 24 条所确定后逐渐成为认定夫妻共同债务时比较常用的方

法。

1.夫妻共同债务认定的立法现状

《婚姻法》、《司法解释（二）》和《离婚财产分割意见》共同构成了我国认定夫妻共同债务的法律体系。但适用的范围、适用的条件有一定的区别，《离婚财产分割意见》一般认为是适用于夫妻离婚时的财产分割案件中，《婚姻法》及《司法解释（二）》则应用于夫妻共同债务的认定中的主要法律依据。该规定判断债务是否为夫妻共同债务时只考虑时间因素，没有关注婚姻法关于夫妻共同债务必须与夫妻共同生活相关的立法精神。

2. 夫妻共同债务认定立法不足

《婚姻法》从立法层面明确了基于夫妻身份关系取得的财产除夫妻双方另有约定的情形外是夫妻共同共有财产，为夫妻共同生活目的所负的债务亦是由夫妻双方共同承担还款责任的债务。而从《婚姻法》第 41 条法律条文理解，发现债务人在不需要取得债权人同意的情形下即可以将原本属于连带债务的夫妻共同债务的偿还方式予以变更，其通过单方行为擅自转移债务承担方式的行为违背了相关立法中关于债权债务的精神。 《司法解释（二）》第 24 条确立认定夫妻共同债务推定规则的良好初衷是保障债权人的合法利益、维护市场交易秩序，减少交易成本。但从该司法解释实施以后的效果看，运用推定规则认定夫妻共同债务有违夫妻共同债务的本质及民事活动中的诚实信用原则，不利益保护非举债夫妻一方的利益，从而加大了婚姻的经济风险。

3.夫妻共同债务司法认定中的困难

考量了不同立法目的的法律规范,同时具有法律效力的夫妻共同债务共同生活之目的标准及以婚姻关系存续期间之时间标准在司法实践中存在矛盾之处。

（1）“推定论”加重非举债方证明责任

诉讼中的举证证明责任是指当法律事实的真实性无法确定时，法官按照立法规定的举证制度在当事人间分配证实法律事实真伪的提交证据的义务，要求承担举证证明责任的将会面临败诉的风险，即承担举证不能的后果。我国立法及司法解释对举证证明责任有明确规定。

《司法解释（二）》虽然规定了债务人夫妻一方抗辩情形，但日常生活中因受制于受传统文化的影响，夫妻即使有关于夫妻财产归属的约定但签订书面约定财产制的微乎其微。且由于我国夫妻财产制的相关制度不健全，即便是夫妻之间签订了书面的财产约定，亦没有相应的机关办理该项登记事务，债权人无从知晓夫妻双方有关财产制的约定。部分案件中债权人即使知道夫妻关于财产的约定，但基于利益的考虑，也不会轻易承认；基于相同的利益考量，债权人为了自身利益最大化，也不可能在债权凭证，非举债夫妻一方存在事实上的举证不能，忽视了“推定论”语境下非举债方夫妻一方存在事实上的举证不能。

（2）“用途论”“推定论”并行引发裁判结果冲突

认定夫妻共同债务的司法过程中必然考量为共同生活的目的是《婚姻法》第 41 条之立法精神实质。目前立法及司法解释的缺陷，依据该条文裁判时法官拥有较大的自由裁量权，日常生活中婚姻关系存续期间债务发生的原因繁多，不利于发挥法律的指引功能；由债权人承担“共同生活目的”的举证责任，私密性高是婚姻家庭生活的属性，款项的具体用途上债权人存在无法知晓的可能。

偏重于债权人利益保护及维护交易安全的《司法解释（二）》第 24 条对认定夫妻共同债务时法官的自由裁量权受到一定限制与抑制，但作为主张法律关系成立的借款合同一方当事人的债权人承担较轻的举证证明责任，由并非债权债务合同当事人的非举债夫妻一方承担极重的举证责任，从合同相对性考量双方的权利义务时处于严重失衡状态。

（3）“虚构债务”侵害非举债方利益

《司法解释（二）》对于改变“用途论”语境下夫妻共同债务认定过程中存在的举债夫妻双方通过转移夫妻共同财产逃避夫妻承担共同债务的现象有积极的意义，但由于社会诚信意识缺失及经济利益的驱使，出现了夫妻一方通过恶意举债或与“债权人”串通虚构债务却利用“推定论”规则认定为夫妻共同债务损害夫妻另一方利益的案件。该类型案件中的债权人大多是与出具借据夫妻一方关系密切的亲人，审理中出具借据夫妻一方大都确认该借款关系的真实性，民间借贷合同大都在两方当事人之间产生，一般案件只要当事人能合理陈述借款过程及款项交付的细节，非举债夫妻一方的抗辩即使能够引起法官的合理怀疑但受制于事实上的举证不能而无法提供相应的证据证明起主张，根据民事诉讼证据高度盖然性的规则一般也都认定为夫妻共同债务。

三、利益平衡机制下的夫妻共同债务认定

（一）利益平衡机制的价值选择

夫妻债务的认定涉及夫、妻、债权人三方主体的利益，在处理夫妻共同债务时如何解决三方的利益冲突，事关债权人利益实现的可能性及社会和谐稳定。解决利益冲突的夫妻共同债务司法认定过程中必将是进行法律价值取舍、价值判断及利益平衡的反复过程，面对社会快速发展给司法带来的挑战与立法自身滞后性间的冲突，急需作出有价值的立法选择妥善化解矛盾、平衡各方利益，利益平衡机制的构建不失为一种理想的手段。

1.利益平衡机制的内涵

利益平衡是一种实现目标的过程、方式、价值选择亦或是手段和制度。考察利益平衡原则的渊源，可以发现利益平衡最早出现在罗马法中，我国古代对利益平衡有着相应的建树，体现在司法实践中则是规则化、程序化利益衡量制度。被称为利益冲突调节器的法律，在选择夫妻债务制度时必须考虑三方之间利益平衡，构建以利益平衡机制为导向，确立妥善解决三者利益冲突的立法，达到维护交易安全与夫妻利益平等保护的目标。

2.构建利益平衡机制之必要性

近年来经济发展方式的转变与产业结构的调整，以夫妻共同债务问题为代表的夫妻财产关系愈来愈复杂，对传统的夫妻财产关系造成了冲击，但立法的滞后性，尤其是夫妻共同债务立法的不足和立法与立法解释之间的冲突存在，已经不适应社会经济的发展格局。社会的发展趋势对立法的发展提出了新的要求，包括婚姻家庭立法在内的现代民事立法的重心已从传统的偏重财产权属立法向保障财产关系即交易安全的立法上转变，以保障动态流动的安全实现静态权属价值。

债权转让、债务加入等形式的债权债务流转以及诉讼中当事人亲自参加庭审的比例不高等因素的存在，是民间借贷案件事实的认定问题成为案件审理中的重点、难点， 夫妻债务认定会影响三方之间的利益是一项复杂的工程，构建利益平衡机制的关键是怎样实现三者之间关系平衡？社会经济发展对交易效益的追求，必然要求完善立法以加强对财产动态权益的保护，传统婚姻立法注重对夫妻内部正义价值的追求已不能适应社会的发展趋势。

3.如何适用利益平衡机制

根据分析法的本质，在构建夫妻共同债务的利益平衡机制中，应该照顾到夫妻双方及债权人的主体利益以及法律对社会的规范指引价值。首先是主体利益方面。有关夫妻债务制度的设计应认识到保护夫妻利益与债权人利益置于相同的位置上，即夫妻债务制度的立法要达到平衡夫妻内部正义同外部交易安全的关系，平等保护商事主体体现在商事交易中的利益不因婚姻关系具有的人身性和社会性的多种属性而受影响。其次是发挥规范指引价值方面。法律的发展以经济为基础，立法也必然要符合经济发展的趋势与需求，随着我国经济不断发展，对交易安全的保障需求比保障夫妻之间利益的需求显得紧迫，但受到伦理传统、立法观念的束缚，对保护夫妻之间利益的规范相对于保护交易安全的规范处于优势，且更利于社会公众所接受。可以说利益平衡机制构建的过程是一个引导社会公众立法观念变革的过，夫妻债务制度的根本所在是保护夫妻利益，夫妻双方从事经济活动并获取利益的权利必须予以保障，基于同样的利益考量，第三人与夫妻双方交易的权利也应同等保护。

（二）完善夫妻共同债务制度

针对现行夫妻债务制度存在的漏洞与缺陷，借鉴立法技术成熟国家的立法经验，在利益平衡的价值选择中完善我国夫妻债务制度。

1.健全财产约定登记公示制度

夫妻财产约定制度在我国婚姻法中虽然有相关的规定，司法解释也确认的该制度，但立法及司法解释均未对夫妻选择约定财产制后如何对外履行告知义务的举措和途径进行设定。在夫妻双方约定了夫妻财产制而缺乏告知途径时，由非举债夫妻一方证明完成债权人明知夫妻双方关于实行财产约定制的举证责任基本不可能，即无法达到约到财产制的本意和效果。经济发展和社会进步带来的变化是夫妻作为商事主体的交易活动日趋活跃，社会的发展和公众观念的更新，具备了推行财产约定、登记公示制度的社会基础，根据我国目前的法治环境和公众对行政机关的信赖利益， 建议立法中采用日本的夫妻财产约定登记模式，具体做法是可以在房地产管理部门进行登记。

2.限制夫妻共同债务举债金额

在立法中应积极回应社会对司法的需求，明确夫妻共同债务定义及债务范围的同时，适当限制夫妻一方为共同生活举债的金额以适度的立法控制非举债夫妻一方的风险，具体可以分两个层次设计立法模式。第一层次小额债务夫妻代理制。考虑到各地的消费能力和消费水平有差距，可以以省级行政区上年度就业人员年平均工资水平予以确定夫妻共同生活举债金额，明确金额后债权人可以依据该规定规制相应债务风险。第二层次是建立大额举债夫妻共同合意制。债权人在出借大额款项时负有审慎的注意义务，且履行审慎注意义务的成本比较低，确立小额债务金额之后，对于夫妻一方个人名义举债超过小额债务夫妻代理金额的债务则有必要由夫妻双方达成合意，由夫妻双方签字确认，或者借助电讯、网络技术取得夫妻双方共同合意举债的证据。

3.建立非正常夫妻关系的登记制度

社会转型对共同债务的认定带来了挑战。基于夫妻共同债务系为夫妻共同生活负债的目的，如分居等夫妻的婚姻状态也是判断夫妻一方举债是否为夫妻共同债务的标准。但也面临的问题是非举债夫妻一方在提供证据证明婚姻关系处于分居状态时存在证明力低下的事实，因此建立如常年分居、婚外同居等非正常夫妻关系登记制度，夫妻关系处于非正常状态超过一年的可以到民政部门登记，可以作为发生纠纷时判断夫妻共同债务的因素考量。

（三）规范夫妻共同债务认定程序

在完善夫妻共同债务制度立法的同时，法官结合个案的特殊性，基于个案价值考量灵活分配举证证明的责任，实现个案的利益平衡。

1.兼顾利益平衡的举证机制

兼顾利益平衡分配举证责任时，审理中法官要结合各方当事人的陈述、民间借贷交易习惯、分析案件的实际情况、综合当事人的举证能力、举证成本、当事人离证据的距离，平衡双方当事人的举证利益，大胆、灵活的运用逻辑推理和生活经验法则分配举证责任。化解目前举证责任分配失当问题应划分四个层次的举证证明责任。一是债权人承担一般举证责任。前面所述确立小额债务夫妻代理制后，当债务金额在限定的范围内时直接推定该债务为共同债务由夫妻双方承担还款责任。二是债权人承担全部举证责任。当夫妻一方个人名义对外举债的金额超过规定的限制金额后，超过部分一般推定为举债夫妻一方的个人债务，如果债权人主张该笔债务为夫妻共同债务的则其应对该债务发生系夫妻双方的共同合意或者债务是为夫妻共同生活产生之事实承担举证证明责任。三是举债夫妻方的主要举证责任。当夫妻一方以个人名义对外负债不论是举债夫妻一方还是债权人主张为夫妻共同债务的，在夫妻内部划分比例时举债夫妻一方均应对该债务的实际用途承担举证证明责任，如其在此时举证不能则应承担相应的份额。四是非举债夫妻抗辩举证责任。非举债夫妻方抗辩夫妻一方个人名义所负债务未用于家庭共同生活的，其应承担相应的举证责任。

2.强化法官审查职责

在涉及夫妻共同债务认定的民间借贷纠纷案件中，为防范夫妻一方与债权人虚构债务损害非举债夫妻方利益的行为发生，对于民间借贷金额大、借贷次数多或者发生于亲属之间次数频繁的民间借贷案件要严格审查借款事实。举债夫妻一方对借贷事实的自认并不能免除债权人对借款合意及款项交付事实的证明责任。法官可以在庭审中要求债权人、举债夫妻一方提供借款实际交付的依据，审查债权人出借款项时的经济实力，分别对双方关于借贷的交易详细过程进行调查，并对款项的流动痕迹进行核实，排除案件中的合理怀疑。

3.离婚析产案件债权人出庭制度

司法实践中将离婚诉讼中诉讼与财产处理程序合并审理可以简化诉讼程序，司法实践中对夫妻共同债务的认定一般是根据举债夫妻一方的单方陈述,而无较强证明力的证据予以证实，为查明案件事实，同时也为了保障债权人合法利益，离婚诉讼中除要求举债夫妻一方提供举债的相关证据外，还可以释明要求举债夫妻一方通知债权人作为证人出庭作证利于查明案件事实。

四、结语

通过立法上完善夫妻共同债务制度，司法中规范夫妻共同债务认定程序，合理平衡夫妻之间、夫妻与债权人之间、债权人与非举债夫妻一方之间利益，构建利益平衡机制，达到维护交易安全与夫妻利益平等保护的目标。围绕审判实践中遇到的民间借贷案件中夫妻共同债务认定困境展开实证研究，并对如何完善目前的夫妻共同债务制度进行思考，并提出了相应的建议，希望对审判实务中类似案件的处理有一定的可借鉴之处。

离婚诉讼中涉及按揭房屋处理的三个疑难问题

2016-08-10 中国法院网 江西省鄱阳县法院 曹智宏 邹来水

按揭房屋作为一种新类型财产，在离婚案件中对其进行处理时必然会面临普通财产所不曾遇到的难题及争议。虽然立法对于离婚时按揭房屋的处理目前尚是空白，但社会的发展与法律的滞后本就是一对永恒的矛盾，再成熟完善的法律法规也不可能为实践中出现的所有疑难问题提供现成的标准答案。本文在现行法律法规框架下，立足审判实践，对离婚案件中涉及按揭房屋处理的三个疑难问题进行探析，以达到抛砖引玉之目的。

一、尚未还清贷款的按揭房产能否分割

对于尚未付清全部房价款的按揭房屋，在离婚诉讼中能否进行财产分割，理论上存在两种针锋相对的观点。一种观点认为当事人在付清全部房价款之前，对按揭房屋还未取得所有权，既然没有所有权，就不宜对按揭房屋的权属进行分割，可以先判归某一方使用。《最高人民法院民一庭涉及婚姻案件处理分析民事审判实务问答》的相关意见就持这种观点。另一种观点认为当事人只要进行了房屋权属登记，就已经从开发商那里取得了所有权，陆续偿还的只是欠银行的贷款本息，而不是房价款，既然取得所有权，理当可以分割。

在金融实践中，按揭指购房人将其与房产商的房屋买卖合同项下的购房人所有的房屋抵押给银行，银行贷款给购房人并以购房人名义将款项交由房产商以支付房屋价款，若购房人到期不能还本付息，则按揭银行有权将该抵押房屋变价并优先受偿，其中，并不存在将按揭房屋的所有权转让银行的环节。所以，按揭人对于尚未付清全部贷款的按揭房屋拥有所有权，离婚时可以进行分割。

因此，在离婚诉讼中，对于已经取得权属登记的按揭房产，即使尚未还清银行按揭贷款，也不能将其认定为尚未取得所有权而不将其作为夫妻共同财产进行分割。一方按揭购房，其与银行之间形成的是以所购房产为担保的债权债务关系（如果婚后配偶一方参与共同还贷，则是以夫妻共同财产清偿夫妻一方的婚前个人债务，离婚时应由权属一方给予补偿），不妨碍按揭房产的权属确定与分割。

二、按揭房产权属取得时间如何确定

以权属登记的取得时间作为区分按揭房产是婚前所得还是婚后所得的时点，是严格按照法律规定推导出的答案。可以说这种推导在逻辑无懈可击，在适用上也十分简洁明快。但由于多方面原因，从签订房屋买卖合同到房屋权属登记还存在有较长的时间差。购房人进行房屋权属登记时，仅享有申请的权利，能否登记成功以及何时登记成

功，既与登记机关的工作效率有关，也取决于相关各方当事人的配合。许多房屋由于非购房人本身的原因，无法及时甚至永远无法办妥权属登记。如果机械遵守登记生效主义，以权属登记时间来判别财产性质，等同于把按揭人的财产置于由偶然性因素左右的不确定状态，其唯一也是致命的问题在于其可能得出有失公允的结论。对于不同的当事人，可能仅仅因为办理房产权属登记的时间差异就导致了财产性质的不同，还可能出现一方完全没有出钱却仅因为结婚登记就成为房屋共有人。这不仅让一般民众难以接受，也有违婚姻立法确立个人财产的初衷。在这种情况下，如果仍然坚持让现实适应理论，那就是典型的削足适履。

追溯不动产物权登记的立法目的，即在于维护交易安全，保护第三人的利益。物权法的公示原则使物权变动过程公开化、确定化，使物权变动通过一定的客观物态形式出现，从而使第三人可以通过公示获悉不动产权利的性质与归属。在离婚诉讼中，分割只在夫妻之间进行，并不存在与善意第三人的利益冲突。对于讼争房屋的事实及权利状态，夫妻双方都是清楚的。按揭房屋的分割争执的焦点只是在于，购房人取得按揭房屋所有权的时间是不是必须等同于取得权属登记的时间。显然，从不动产公示制度设计的目的来看，登记生效主义在夫妻之间并无坚决贯彻之必要。

我国《物权法》第二十八条至第三十条规定了不动产物权登记生效的若干例外，如规定因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。鉴于房屋产权登记仅仅只是不动产对外公示和取得政府担保该所有权归属的方法，不动产物权的登记时间不应影响不动产物权业已确定的归属。在婚前一方签定购房合同，也办理了相应的按揭手续情形下，该买卖合同的双方主体业已明确，对售房人享有请求交付房屋、办理产权过户的权利也已经明确。为避免有失公允的结果出现，笔者认为，在夫妻之间，一方婚前按揭贷款的房产应当以办理按揭手续而非以房产权属登记的取得作为所有权取得的判断时点，这应作为《物权法》登记生效主义的相关规定在适用上的又一个例外。只要夫妻一方在婚前按揭购房，且房产权属登记在该方名下的，无论该方的权属登记系在婚前取得还是在婚后取得，都应认定房产系该方的婚前个人财产。

三、婚前财产的按揭房屋婚后增值部分能否分割

按揭房屋为共同财产，则房屋增值部分作为共同财产分割，当无异议。但若按揭房屋为婚前个人财产，婚后夫妻共同清偿贷款，房屋增值部分能否作为共同财产分割？在司法实践中，判决可谓五花八门。有些法院按借贷来处理，无权分享增值；而有些法院则判决有权分享增值。

《婚姻法司法解释二》虽规定婚姻关系存续期间一方用婚前个人财产投资取得的收益属于夫妻共同财产。但是，按揭房屋是否可以视为个人财产投资则值得商榷。因为房屋具有两栖性，既可以作为消费品，也可以作为投资品。在实现生活中，大多数普通居民购买一套房产只为居住使用，非为投资盈利，扩大认定按揭房产增值为投资收益十分牵强。

从物权法的角度来讲，财产的收益属于孳息的范畴，孳息包括天然孳息和法定孳息。房屋的增值应属于法定孳息，原则上应归属于物的所有人或其它合法权利人，即一个人婚前财产的孳息不应转化为夫妻共同财产。但是，如果孳息的取得离不开对方所做出的贡献，还应该区别对待。在美国，法院考虑增值部分的分割时，往往要区分该增值是主动增值还是被动增值。主动增值是指一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳动(包括一方主要从事家务劳动而另一方从事商业活动)而增值，被动增值是指因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化而产生的增值。被动增值仍应视为个人财产而不作为夫妻共同财产分割，主动增值是因他方或者双方的贡献所致而应作为夫妻共同财产予以分割。这种做法的合理性在于：承认非财产所有人配偶的劳动价值，承认其对家庭的贡献。尽管一方婚前个人财产仍归该个人所有，但该财产在婚后的增值，如果凝聚了另一方配偶的贡献，另一方配偶有权享受这种收益，或者因此而得到补偿。

对于一次性付款购买的房子而言，房屋因市场价格波动而发生的增值，当属被动增值无疑，如果房屋属于一方婚前个人财产，另一方在离婚时无权要求分享增值部分。但按揭房屋则需另当别论。因为按揭房屋需要夫妻双方还款供养，夫妻双方对于按揭房屋都是有贡献的，即便非按揭人没有工资收入，家务劳动本身也可视为一种贡献。这种贡献应当划归主动增值的范畴。所以，对于按揭房屋的增值，非按揭人也是有权利要求分享的。其实，法不外乎情理，如果按借款关系处理，无权分享增值，则与大众的情理相悖，无助于定纷止争，也与司法的终极目标公正价值相违背，同时，司法不仅要解决个案纠纷，还要兼顾社会效果，能不能分享增值的效果，孰优孰劣，一目了然。因此无论从情理的角度还是从社会效果的角度，作为婚前财产的按揭房屋婚后增值部分应当分割。基于衡平的考虑，法律可特设依贡献分享增值的请求权。在房产贬值的情形，参与还贷、装修的一方不过是取回与其先前之付出相符的应得补偿，并不存在可以苛责该方而要求其分担损失的理由，这看起来不甚对称，然而却并无不公。

婚前购房婚后还贷增值补偿的裁判方法

2016-08-16 审判研究 江苏省镇江市京口区人民法院 张子敏 孙文

导读：立法沉默处，司法喧嚣时。夫妻一方婚前购房婚后共同还贷，离婚时房屋获得方应对另一方就共同还贷款项对应的增值部分进行补偿，婚姻法解释第十条做了明确规定，但未明示如何计算。实践中各地法院方法不一，长期缺乏明确的裁量标准。本文成稿于 2014 年 7 月，获全国法院系统 26 届学术讨论会二等奖，今天仍然值得一读。

离婚纠纷案件中，对夫妻一方婚前购买婚后夫妻双方共同还贷房屋在离婚时分割补偿问题，《婚姻法解释三》第十条［1］ 明确规定 ，房屋权属获得方需要对另一方就共同还贷款项对应财产的增值部分进行补偿。由于共同还贷款项对应财产不具有独立性，对其增值部分的计算只能依靠计算共同还贷款项在总资产中的占比及增值系数来确定。实践中不同法院之间、同一法院的不同法官之间的计算方法存在较大差异。下文着重对计算方法的核心要素购房成本进行细致剖析，力求总结一套相对公平、适宜推广的裁判方法。

一、共同还贷增值补偿的裁判现状评析

我们通过在中国裁判文书网上的检索，按时序调取了 2012 年 6 月至 2014 年 6 月期间 ，12 个省份 207 份准予离婚的民事判决书，以是否存在实质性分割房产增值为标准，筛选后得到涉及婚前购房婚后还贷增值分割的样本 32 个，其中典型样本 15 个，对 15 份判决逐份阅读解析，发现仅在 15 份判决中采用的计算方法就多达 8 种。

为了叙述和讨论方便，我们选用一则实践中的典型案例［2］作为样本，以各个地区不同法院的裁判方法［3］在该案例中进行验证。

案例

2008 年 7 月，李某购买某市房屋一套并登记在自己名下，购房合同价为 120 万元，首付 36 万元，贷款本金 84 万元，贷款期限 20 年，利息 60 万元。房屋办理产权证时，李某另行支付了税金、维修基金 2 万元。

2010 年 ，李某与王某登记结婚 。2014 年王某诉至法院要求与李某离婚，并分割共同的房产。法院经审理查明，李某婚前偿还房屋贷款本息 14 万，其中利息 7 万，李某与王某婚姻存续期间 ，双方共偿还房屋贷款 28 万元 ，其中利息为 14 万元 ，李某申请法院对结婚时和离婚时的房屋价格进行评估，评估价分别为结婚时 190 万元，离婚时 300 万元。

离婚时，李某应当给付王某的房屋分割补偿款如何确定？

依托上述案例，我们可以对不同计算方法进行详细考察比较：

表一：计算方法适用比照表

序号	适用法院及裁判年份	核心计算公式	增值补偿
方法1	镇江京口法院（2012）京民初字第1398号，新疆伊犁哈萨克自治州塔城中院（2014）塔民一终字288号，合州椒江法院（2013）台椒民初字第1719号	共同还贷本息÷（购房合同份+总利息）×离婚时房屋现值÷2［4］	23.33万
方法2	南京中院（2013）宁民终字第3345号	（共同还贷本金÷购房合同份×离婚时房屋现值+共同还贷利息）÷2	24.49万
方法3	南京玄武法院（2013）玄孝民初字第82号，张南市中区法院（2012）市民初字第1898号	［共同还贷本息÷（首付+已还本息）×（离婚时房屋现值-购房合同份）+共同还贷本息］÷2	46.3万
方法4	日照中院（2014）日民一终字第80号，青岛中院（2013）青民五终字第2152号，南京秦淮法院（2013）秦民初字第220号	共同还贷本息÷购房合同份×离婚时房屋现值÷2。	34.99万
方法5	南京中院（2013）宁民终字第2088号，合肥中院（2014）合民一终字第870号	共同还贷本息÷结婚时房屋份值×离婚时房屋现值÷2	22.1万
方法6	乌鲁木齐中院（2013）乌民一终字第85号，延边中院（2014）靖中民终字第127号	共同还贷本息÷（购房合同份+已付利息）×离婚时房屋现值÷2［5］	29.78万
方法7	北京昌平法院（2013）昌民初字第2925号	共同还贷本息×房屋现值÷购房合同份÷购买年限×婚姻存续年限÷2	23.33万
方法8	重庆三中院（2014）渝三中法民终字第40号	［共同还贷本息×房屋现值÷（购房合同份+总利息+装费基金）］÷2	23.07万

通过上表可以发现，根据不同计算方法所计算出的补偿款存在较大的差异，计算公式展现的是如何确定增值部分的思考路径，也是法律语言与精神的另一种传达，通过对公式所表达法律意图的探究、公式间利弊的比较，可以更清楚地看出不同计算方法的法律实质。

七种计算方法的评价：

方法 1 和方法 8 意在表达，夫妻共同还贷本息在购房总成本中的贡献比例。两者的不同在于，方法 8 将购房中其他支出款项也纳入了购房成本，补偿额度略低于方法 1 。两种方法将部分婚前的还贷及增值纳入婚后共同增值考虑的范围，在购房时间早于结婚时间且跨度较大的案例中这样的计算方法缺点会非常明显。同时，两种方法均将全部归还的利息作为购房成本进行考量，但在房屋现值的代入中却不再考虑房屋利息，这很难解释为何同为购房成本的利息在购房时纳入考虑而在评估现值时不纳入考虑。

方法 2 的主要意图是，不考虑还贷利息在房屋中的增值，本金增值后加上已付利息为补偿的数额。从房屋现值

的判定不包含利息的角度出发，此方法有一定的合理性。该方法最大的优势是解决了夫妻贡献计算利息，而现值变量中未计算利息的矛盾，但是根据 《婚姻法解释三》 的规定，婚前购房所欠贷款属于个人债务，如果将还贷利息从增值资格中剥离，实际上将共同偿还利息变成对买房方偿贷的一种无息借款，尽管计算结论与方法 1 相差无几，但形式上的非公正性是该方法的硬伤。

方法 3 严格按照将《婚姻法司法解释三》第十条第二款中的表述顺序进行计算，即：共同还贷额 + 共同还贷对应增值部分 = 补偿价款。此种方法思路比较明确，计算数据易得，但是在计算中婚后还贷增值部分包含了婚前还贷的增值内容，所得补偿结论会偏高。将首付 + 已还本息组成购房成本，在理解上存在障碍。

方法 4 最大限度维护了受补偿方利益，将购房成本变量最小化，将夫妻贡献与现值变量最大化，是所有公式中计算结论最高的。该方法非常易于理解操作，但如方法 3 一样，该方法完全无视婚前的还贷的个人财产增值因素，结论缺乏说服力。

方法 5 重点在于对婚姻期间增值的重点解释，还贷本息均作为夫妻贡献，购房成本为婚姻缔结时的房屋价值，排除了婚前还贷增值纳入共同增值考虑的可能性。该方法是在法理障碍上最小的一种，适用较为便利，易于被大众接受，但此方法的运用需进行两个时点房屋价值的评估，相对成本较高。

方法 6 提出了 “实际总房款” 的概念，其本质是将购房成本拟制为购买合同价 + 已付贷款利息，避免了购房本金在购房成本中的重复计算，该方法在避免本金重复计算上具一定的合理性。

方法 7 的总体意图是，将房屋的增值系数平均分摊到购房至离婚的数年当中，按照婚姻存续时间计算得出应该享有的实际增值率。该方法的优点是可以在仅作一次评估的前提下，利用纯数理的方法得出婚姻开始至终结期间的增值，以较低的成本完成了婚姻存续期增值的计算任务，缺点是该方法建立在增值平均的推定下，在房价不稳定的大背景下，该方法适用容易产生极端的结论。

二、共同还贷款项对应财产增值部分的计算

（一）计算的基本思路

对共同还贷款项对应财产增值部分的确定，主流的处理思路不外乎两种：

一是先确定房屋从结婚到离婚的时间区间内的增值系数，再乘以共同还贷的数额，得出增值数额；二是先确定共同还贷在房屋增值起点时的占比，再乘以房屋现值，得出增值数额。

表一中所展现的八种计算房屋均是在这两种思路中展开。从数学公式的角度上看，两种思路是一个计算效果。我们可以将上文所列各类方法所采用公式中的变量进行精简，在数据上更明晰的看出各计算方法间的计量差异。从整理的全部判决文书的核心计算方法来看，多数法院致力于对法律原文的解读，尽量遵循简便易解的计算原则，没有出现从银行抵押权利占比，个人偿债及其增值排除等较为偏门的方法作为计算路径。

故我们可以认为实践中，大多数法院的计算规则都遵循着这样的基本计算逻辑即：

夫妻贡献 × 增值系数（房屋现值÷原值），也即：

$$\frac{\text{分子变量（现值变量）}}{\text{分母变量（购房成本）}}\text{（增值系数）} \times \text{共同还贷贡献}$$

或同等表述为：

$$\frac{\text{分子变量（共同还贷贡献）}}{\text{分母变量（购房成本）}}\text{（贡献占比）} \times \text{现值变量}$$

表二：变量的内容一览

变量名称	变量内容	变量值［6］
还贷贡献变量	共同还贷本金	10万
	共同还贷本息	21万
购房成本变量	购买合同价	120万
	结婚时房价	190万
	购买合同价+贷款利息	180万
	首付+已还本息	78万
	购买合同价+已还利息	141万
	购买合同价+贷款利息+税费、基金	182万
现值变量	现值	300万

在离婚案件房产分割中所谓的购房成本是指在房屋增值的前提下，相对于离婚时房屋价格作为增值终点而言的增值起点，也即以什么价格作为增值公式的分母。在调取的所有案件裁判中对购房成本的变量采集均没有跳出表二中所列六种情形。

为了更清楚、简易的看出不同方法间采用数据的法律意图和本质差别，我们大致可以将这些变量分为三类：

一是原始购房成本。原始购房成本是指在增值时单纯依照购买房屋的合同价作为增值起点，不考虑贷款约定利息、已付利息、税金等其他因素。方法 2、4、7 采用了此种认定标准。

二是拟制购房成本。拟制购房成本是指将购房人所应负担或实际负担的应付利息、实付利息或税金基金等与购房合同价相加所得作为增值计算起点。方法 1、3、6、8 属于应用拟制购房成本确定结论。拟制购房成本将诸多因素，特别是利息因素纳入成本的考虑范围，一定程度上平衡了纯粹使用购房合同价产生的利益失衡。

三是评估购房成本。评估购房成本是在抛弃婚前购房支付款项的各种因素前提下，以房屋结婚时点的评估价值视为购房成本也即作为增值计算的起点。方法 5 采用了此认定标准。

根据变量精简购所得的基础计算公式以及上文对变量的分类可知，分子变量值和现值变量值越大则补偿额度越高，分母变量值越大则补偿额度越小，对上述三个变量的不同排列组合，体现了裁判者对于增值的不同理解。在分子变量所代表的夫妻贡献上，调查中几乎所有的方法都认同将夫妻共同还贷本息作为变量确定依据。但对分母变量所代表的购房成本，分歧最大，有数种采集方案。现值变量的采集虽然有三种选择，但以现值与购买价的差值计算的情形下，采用的是增值与本金累加的计算模式，以现值为增值终点依据的计算思想并无二致。对变量的内容拆分和归集中可以看出，不同方法的补偿差距在于对增值的起点的不同理解差异，映射到法律问题上即是对购房成本的认知差别。

（二）购房成本变量的确定

对于房产增值部分的计算方法的探寻，犹如在森林般广阔的数学方法中找到一条出路。如果从数学科学的角度出发，基于不同的数学思想，可供选择的计算方案至少有五种以上，且每种不同的数学思路中还存在数种不同的计算方式。[7] 但我们要寻找的不是更复杂的计算方法，考虑因素过多，房屋增值的计算将是一个无比复杂的函数，基础数据的采集要求会将当事人和法官都拖进浩瀚无边的数据之海，即便能够出台这种计算方法，也会被束之高阁。在购房成本变量的确定过程中，更应考虑是否符合司法解释的文义，变量的组成是否符合家庭伦理的期待，是否过分的过大了方法适用成本。我们认为对购房成本变量的确定将会受到以下三个方面的影响和制约。

1．司法解释文义的制约

依法教义学要求，对计算方法的解释始终以《婚姻法》及相关司法解释的条文为依据，应当透过法律解释得出结论而非遵循理论的指引，这既是为了减少了对计算方法的论证负担，也有利于提高计算结论的可预期性和统一性。计算方法的内容来源是法条，回归法律规范，对条文的重新解读是在计算方法犹豫中的再次审题。

《婚姻法解释三》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外应认定为夫妻共同财产。”房屋购买于结婚前，则购买日至结婚日期间的还贷部分显然属于夫妻一方的个人财产，其所对应的增值不应当计入夫妻共同增值的序列中。所以无论将房屋购买成本设置为购买价还是首付款加已付本息，都是对婚后增值吸收婚前增值的表达，方法的采用尽管有可能为潜在的弱势方提供更多的补偿，但反之也可能重创貌似强势的得

房方。

《婚姻法解释三》第十条第二款的补偿内容，由两个部分组成：一是婚后共同还贷支付的款项，二是其对应财产增值部分”，从文义角度来看，法律规范本身明确将共同还贷本息作为补偿项进行了确认，同时 “对应财产增值部分”并不包含 “对应财产”以外的其他财产的增值，故从立法的文义解释上，对应款项增值仅包含以共同还贷款项为基数的计算增值。

2．家事伦理性的影响

家事纠纷是在夫妻、亲子、其他家庭成员及近亲属之间发生的人身和财产关系的纠纷。婚姻作为家事纠纷的主要种类，在法律规则之下始终存在着功利性与伦理性的矛盾。这不仅影响着立法过程也包括裁判技术的确定。

（1） 形式平等中兼顾性别机会平等。理论上，男和女的任何一方都有可能成为购房方或补偿方，尽管 《婚姻法解释三》 第十条站在了一个相对中立的角度去解决房产的分割问题，但现实的习惯使得绝大部分的男性进行初始购房活动的开展，而女性为共同生活所需的其他方面提供更有利的协助，这样在婚姻结合时才不致于发生功能的重合和资源的浪费。有学者将该司法解释在伦理上的缺陷归纳为：过分保护个人财产忽视无形贡献；片面司法效率忽视家庭稳定。[8]《婚姻法司法解释三》第十条如何确定补偿额给司法回应伦理期待提出了难题，也让我们感觉到实践中一直坚持财产均等分割原则可以更多的向公平分割原则靠拢。

（2） 遵循法律规则中的价值导向。法律对家事纠纷的化解只是确保底线，驯化道德又止于道德。随着经济的发展，我们很难说 ，《婚姻法解释三》 第十条增值部分补偿的财产分割方案就一定损害了女性，它只是否定不劳而获，否定借婚敛财，打破了无论作为男性还是女性都本不应当存在的不合理期待。在具体运用这一条时我认为仍然应当坚持这个价值导向，避免对购房成本过分低的评判导致畸高的补偿结论。

（3） 厘清家事诉讼的特殊审判尺度。我们不能用一般民商事案件的证明标准去要求家事领域内的精细化处断。夫妻共同还贷是个累进的过程，依照民商事的一般裁判尺度增值幅度应线性递减，我们很难想象夫妻共同一次性还贷十万元与夫妻逐年共同还贷十万元，两者间的巨大补偿差距会在社会中引起怎样的不安与质疑，也不能保证锱铢必较的计算就能给分道扬镳的夫妻带来慰藉和公平感。如果要求法律不加区别的介入家事领域，只会“剪不断、理还乱”。家事诉讼范围内应当赋予法官对微争议事实的处断权限，同时对结论影响不大的因素进行拟制或合并考虑。在购房成本的确定上，我们未必是要找一个精确的计量数值，或许在对丧失房屋所有权相对弱势一方保护的原则下进行购房成本拟制更为可行。

3．计算方法应用的成本考量

对房产增值部分的计算，其本质是一个方法论的问题，既然是一种方法，就必然要考虑实现途径与实现目标本身的性价比，最为理想的方法是用最小的经济成本实现最大的公正目标，理论上，我们完全可以将这个数学计算问题的解决全部交给金融机构和数据公司，由他们在考虑所有因素的情况下得出每种情况下最公平的计算方案，甚至开发出一款 APP 将计算规则制作成某些函数，个案运用时对应的数据采集工作由法官调取或当事人根据举证责任去完成，最终得出非常统一、标准的结论。

但方法适用成本是耗费大量的司法资源和当事人精力去作与模块相对应的个案数据采集工作，这个成本很可能大大超过此方法与其他计算方法结论间的差距值。所以在解决夫妻共同房产的分割问题上，退而求其次，在公正和经济之间找到一个具有性价比的计算规则，不失为一个较为合理的选择。我们认为房产分割的司法成本包括两个方面：

（1） 数据成本。审判成本和数据采集的数量、难度总是呈正相关。有的数据在大部分案件中轻易可得，如购买价款、还贷本息、有的则要消耗更多的资源才能得到，如结婚时房屋价格，我们可以将采集成本大但与案件结论相关度低的数据忽略，如利息的增值数据，转而更高效的利用易得的数据。

（2） 说服成本。一种计算方法的成本优势除了计算上的简便易得之外，让大众更易接受和理解，降低结论校验和解释的难度也是成本的应有之意。选择计算方法所表达的法律意图若过于复杂难解，即使表达精准也不易推广，因验证难度较大产生质疑所带来的说服成本不可忽视。

（三）应当注意涤除或附加进入购房成本的因素

1．婚前还贷婚后增值因素

夫妻一方购房后，至婚姻缔结期间所产生的还贷款项，在婚姻存续期间仍然会有一个增值效应。这部分增值与夫妻另一方的协力无关，对该部分数额应当纳入到购房成本中考虑，也即提高增值起点，以保障购房方婚前的还贷增值在共同还贷增值补偿中涤除。

2．尚未偿还的利息因素

尚未偿还的利息因素是指夫妻关系解除后获得房屋权属的一方，应当继续承担的银行贷款利息。在婚前购买房屋婚后共同还贷增值分割的案件中，购房成本是房屋登记产权人为维持房屋权利状态所必须支付或已经支付的对价。婚姻存续期间夫妻共同还贷是夫妻另一方协助产权方免于房屋因还贷不能而被拍卖或实现抵押权，所以在购房成本的理解上，我们可以以这样的逻辑来剔除和验证购房成本的组成因素：如果购房成本的组成因素中剔除某个因素未

必导致房屋不能维持产权人权利状态的，则该因素为多余因素，属于扩大了的购房成本。房屋的贷款总利息，不支付未来贷款的利息并不影响现有的权利状态，故贷款总利息属于扩大购房成本项，首付款如果缺失则必然引起购房合同争议，影响权属，故首付款属于购房成本必然发生项。在部分法院采用的方法将贷款总利息计入购房成本事实上是将产权人未来偿还贷款利息的义务分摊给了夫妻双方，从而稀释了共同还贷的贡献。

3．购房必要开支因素

购房必要开支因素是指一方购房后至实际获得房屋所有权所应当支付的款项，包括房屋的税费、公共维修基金等。该部分的款项内容一般在总房款中占比较小，但仍属于购房成本之列，正如上文第 2 项之分析，该部分因素的缺失，必然导致房屋无法维持权利状态，故应当作为购房成本的附加。

综合考虑限制条件和上述各种因素，对数种方法对照甄别可以判断 ，方法 1 和方法 8 均将未来数十年应偿还的贷款总利息全部纳入计算稀释了共同还贷份额，扩大了购房成本；方法 2 仅计算共同还贷本金突破法律规范的限制，法律依据不足；方法 3 以首付和已还本息之和作为购房成本，其对购房成本理解过于限缩导致计算结论畸高，有违公平；方法 4 单纯依据购房合同价作为增值起点，明显将婚前个人还贷部分纳入了婚后增值计算，亦不可取；方法 5 需要进行两个时点房屋价格评估，成本过高；方法 6 在没有突破法律规范限制的情况下，客观地反映了购房实际发生的成本，易于理解和验证，具有较低计算成本，但未能考虑房屋购置税费基金等他项支出，略有瑕疵；方法 7 的成立，建立在房屋每年增值率均衡的基础上，在增值率波动剧烈的案例中，该方法可能会得出极端的结论，存在使用上的狭隘性。

婚姻中财产的分割没有绝对的公平。综上，我们认为可以在方法 6 的基础上进行适度改进确立更有说服力的计算公式即：

共同还贷增值计算结论 = 共同还贷额 ÷ （购房合同价格 + 已还贷款利息 + 获得房屋必要开支） × 离婚时房屋现值 ÷ 2

三、基于 “其他贡献” 对公式计算结论的调整

极端的不公常隐匿在看似公平的逻辑迷雾之中，标准化的计算方法并不能一劳永逸。作为法官我们经常能听到当事人特别是女性当事人这样的呼喊和抱怨：“ 我和他（她）这么多年，到头来就剩下这点钱，这点钱现在能干什么啊，我什么也没有。”

一个家庭组建过程中，各方无形的付出尽管很难加以量化，但因此完全无视此番“贡献“不但不能对社会的诚信起到合适的引导，恐怕司法结论也会逐渐丧失公信力。若以纯数学方法得出的结论直接等同共同还贷增值补偿方案，在一些案件中仍然会遭遇适用的尴尬，以数理方法评价婚姻，存在不可避免的伦理与功利间的根本矛盾，在法律原则的指引之下，对家庭“贡献”的类型化考量，并基于类型因素的考虑，对计算结论进行调整或许是对标准化计算下伦理缺憾进行补遗的方向。

（一）基于其他贡献调整补偿额度的实证分析

计算标准化在给法官裁判提供了便利的同时，也将非常 “完美”的掩盖离婚纠纷的伦理性，在承办越来越多的婚姻案件后，我们感觉到在离婚案件中，当事人间的总体利益的平衡像是公正适用法条之外的另一种价值指引着我们找寻裁判的答案。正是对上述矛盾的忧虑，我们认为房产的增值补偿裁判方法更应该做富有弹性的安排。实践的案件中，有的法院在计算结论之后依据对原则的理解对计算结论进行了适当调整。

在本文开篇对法律文书进行筛选后得到的 32 个样本之中，有 4 篇文书在使用公式计算法以后，根据案件的具体情况对数额进行了适当的调整，具体如下表 [9]：

表三：原则调整计算基数的示例

序号	适用计算公式	调整依据［10］	调整幅度	适用法院
1	方法4	平衡双方利益	调低5000元，-10%	南京秦淮法院（2013）秦民初字第220号
2	方法5	适当照顾子女和女方权益	调高103元，+0.1%	合肥中院（2014）合民一终字第870号
3	方法6	照顾女方权益及住房情况	调高1600元，+1.6%	南京中院（2013）宁民终字第3512号
4	方法4	考虑添附、装潢因素，照顾女方权益	调高3600元，-6%	龙岩市中院（2014）岩民终字第415号

从实践中法官调整计算结论的案例来看，敢于在本来已具有很强说服力的计算公式结论之上附加个人对于数额调整的理解的案件少之又少，在所有调查案件中占比约为十分之一。即便有调整，幅度也非常轻微，有的甚至只是出于对数额给付的方便，对实质结论影响微乎其微。而且在进行调整的案例中所涉房产均为2000年以前获得房屋产权，当时的产权机制、还贷记录尚不健全，酌定调整亦包含了些许事实难以查明下平衡双方利益的无奈。

（二）基于其他贡献调整补偿额度的法律论证

在家庭婚姻的法律规则制定过程中，立法者从未忽视贡献因素在财产分割中的影响力，立法者一直试图将“家庭贡献”、“男女的社会性差异”等社会伦理因素对计算的调整更明确化的固定下来。

从《婚姻法》第四十条规定的“一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿”，到《婚姻法解释三》征求意见稿第五条：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。另一方对孳息或增值收益有贡献的，可以认定为夫妻共同财产”，对夫妻对家庭人和物的贡献考量一直是立法上希望完成但难以周全的任务，《婚姻法解释三》以贡献非法律术语为由在最终定稿时还是取消了这个表述。

尽管如此，但“贡献“进入裁判视野仍然符合婚姻家庭法的大趋势，只是在进入方式上还未达成统一认识。有学者提出夫妻一方对他方婚前财产有所贡献的，贡献范围内所生利益为夫妻共同财产。虽然没有贡献，但是一方以其婚前财产所得利益为唯一生活来源的，其婚后所得利益以对方所得共同财产相等价值为限视为夫妻共同财产。［11］《婚姻法解释三》第七稿中仍然没有加入贡献的考虑，但是在最终公布的第十条中，增加了照顾女方和子女权益原则，可以说从立法上仍旧温和的给予了数据计算之外合理补偿的空间和考虑“贡献”的可能。

（三）可考虑的其他贡献因素及调整限度

从查阅数量上看，大多数法院在计算结论的处理上遵循公式化处理方法。在婚姻案件中，主动增值的因素实在太多，以共同还贷作为增值补偿依据也只是给出了基本的判断方法。如何将主动增值入法，或许在现阶段通过立法的演绎逻辑尚不能解决，需要司法实践不断总结后，通过归纳的方法，将贡献逐类纳入进来。

我们认为出现以下几类贡献，可以在裁判调整计算基数时予以考虑：

1．投资上的贡献

夫妻一方对婚前所购房屋有较大的资金上的付出包括首付混合出资为方式，或对婚前房屋进行了装修装潢使得房屋产生了较大的增值。部分案例中对房屋的装潢进行单独评估并进行价值分割，这种方法容易导致年代较长的装潢评估值非常低，而装潢与房屋具有使用上的配套性，离开房屋后的装潢残值非常有限，我们认为在房屋现值评估中一并纳入为宜，并且将装潢作为投资贡献的类别，考虑男、女双方的贡献大小调整还贷补偿额度。

2．劳务上的贡献

婚姻存续期间，一方对房屋进行了修葺、管理、维护使得房屋在市场上同等房屋中保有了较高的价值，如果该劳务的付出与房屋的增值有相当的因果关系可以在增值中考虑该贡献的作用，有人提出具体标准可以参照各地区职工基本年平均工资来确定，［12］该方案也不失为一种选择。

3．机会上的贡献

贡献人对房产在经济上没有投入，劳务上也没有明显付出，但通过法律意义上的作为和努力，使得房屋获得了更优的交易价值和更多的交易机会。例如在平等市场中，贡献人通过自身努力以明显优于当时的交易价格购置或出卖房屋。

《婚姻法解释三》第十条所确立的“照顾女方和子女权益原则”，给了调整计算基数的空间，但规定得

过于笼统，原则适用对象也较为局限。立法上若表述为 “兼顾非房屋产权人对房屋贡献的大小”或许更为适宜。在裁量幅度上，鉴于目前共同还贷贡献仍是夫妻对房屋增值的主要前提，结合实践中法院调整的采样情况来看，我们认为基于其他贡献的调整以不超过共同还贷增值计算结论的 30%为宜。

结论

《 婚姻法解释三》 第十条规定的目的 ，是让婚前放弃购房机会婚后参与共同还贷的一方获得相应的补偿，通过上文的分析，增值的补偿始终与贡献的大小相关联，这其中既包含明确的还贷贡献，也应当包含较难量化，但仍可考虑的其他贡献。在该条文的适用上我们认为可以遵循以下裁判思路：

共同还贷增值补偿结论 = 共同还贷增值计算结论 + 基于其他贡献的调整结论

离婚房产增值的分割既要保障增值计算方法的科学一致性，又要兼顾伦理习惯的现实合理性，在一个保留着厚重家事习惯与传统的国度里，二者的冲突与平衡挑战着立法和司法技术的极限 。 “清官难断家务事” ， 但断与不断家事就在那里。对家事案件来说，统一裁判标准与伦理适当性同等重要。《婚姻法解释三》给未来立法备份了充足空间，也预留了裁判者发展该解释的余地。期待本文的探讨在今后的司法解释中能找到答案和回应。

---

[1]《婚姻法解释三》 第十条规定：“ 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”

[2] 案例来源于吴晓芳撰写的 “ 《婚姻法司法解释（三）》适用中的疑难问题探析”，载《法律适用》2014 年第 1 期。为讨论方便，我们拟定案例中的住房用途为自住。

[3] 为更清晰的呈现不同方法间的差别，我们在下面所列的表一中抽象出裁判文书中本院认为部分所确定的核心计算法则作为重点比较内容。

[4] 该方法是奚晓明主编《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》中认为的多数法院适用可行的简易方法。

[5] 部分最高法院法官认为这种方法相对公平。杜万华、程新文、吴晓芳：“关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》的理解与适用”，载《人民司法×应用》2011 年第 17 期。

[6] 此处数值是以本文注释中案例的变量数值为例。

[7] 丁贺、张蕾在“关于婚姻法司法解释房产增值部分计算方法的思考”中提出了以资金占比为计算基础的比例分割法，以房屋月均增值为计算基础的月均增值法、以扣减银行占比为计算基础的基线分割法等等，本文开头所列举的诸多法院所采用的计算方式，仅为比例分割法数学思想下的计算方式延伸。载《徐州审判》2012 年第 2 期。

[8] 陈伯礼、王哲民：“按揭房屋离婚分割制度的伦理思考——兼议婚姻法司法解释（ 三）（ 征求意见稿） 第 11 条”，载《中国社会科学院研究生院学报》2011 年第 5 期。

[9] 在所调查的文书中，在适用计算方法后仍进行调整的文书共 4 篇。调整的幅度为-10%%-1.6%，数额自 103 元至 5000 元。

[10] 调整依据的得出是对调查裁判文书中本院认为部分的说理进行提炼获得。

[11] 裴桦：“论夫妻一方婚前财产于婚后所生利益的归属”，载《当代法学》2008 年第 5 期。

[12] 袁梅：“论个人婚前按揭房屋的合理补偿”，载《长春理工大学学报》2013 年第 3 期。

法官困惑：夫妻感情破裂到底谁说了算？

2016-08-17 轩言碎语 小轩

小轩刚任助理审判员的时候，最喜欢办离婚案子，那些年离婚案子感觉很简单，一般都是迫不得已才到法院诉讼离婚，而且当时财产分割也非常简单。这些年经济越来越发展，离婚案件数量逐年递增，案件也越来越复杂了，从以前分割房屋电视机到现在分割股权小车等等。最近王某诉马某的离婚案子天天刷屏，一些法律界人士分析来分析去。包括一些文宣也跟风，硬生生将一件可能不公开审理的案件弄成舞台剧在演。

判决很多案子，很多类型的案子。心中最没底最想不通的就是离婚案件的：判决不准离婚。自己在庭审中振振有词说：离婚案件，法庭最主要查的就是夫妻感情是否破裂。那么，什么是夫妻感情是否破裂？这怎么界定，听说有法院刚认定人家夫妻感情确已破裂判决离婚了，结果判决生效一周后人家复婚了。

困惑有几个方面：一、作为一种适用法律的理性判断，在婚姻的一方坚持要离的情况下，法院有时候却判决不准离婚，这种结论，我自己都蛮纳闷的。靠判决维持下来的婚姻是不是强扭的瓜呢？靠判决持续的婚姻是不是不道德的？二、那么，能不能取消这种不准离婚的的判决，对于一方坚持离婚的一律判决准于离婚呢？这显然又不符合我们关于稳定婚姻关系，稳定家庭稳定社会的理论。 这是一对显而易见而又几乎无法调和的矛盾。虽然许多专家许多教材包括婚姻立法都告诉我们，我们是在认定当事人感情尚未破裂的情况下才判决不准离婚的，这种判决与婚

姻理念并不矛盾。但不要忘了，婚姻是鞋子，舒服与否只有脚趾头知道。当事人哭着闹着要离，法官怎知人家感情尚未破裂？

这里面一定有问题，或者是理念，或者是理论，或者是立法。

法官只能忠实的执行法律，那么我们来看看婚姻立法方面：在婚姻法的总则中，讲了婚姻自由，禁止强迫和买卖婚姻，以及夫妻间应互相忠实、互相尊重。通篇的精神就是婚姻以自愿为基础。 但在离婚一章中，却确立了两个标准。其一、第三十一条规定，双方自愿离婚的，准于离婚。其二、第三十二条的通篇精神是，一方坚持离婚的，只有确认双方感情确已破裂的，才可判决准于离婚。

我们常讲婚姻自由，婚姻自由即包括结婚自由也包括离婚自由。自由的根本内涵是自愿，也就是说，结婚是自愿的，婚姻的保持也是基于双方的自愿。如果一方不愿维持这个婚姻了，那这个婚姻就应解除。而婚姻法规定的一方坚持离婚，只有确认双方感情确已破裂才准离婚，坚持的不再是自愿的标准，而是感情的标准，这个标准与婚姻法通篇确立的婚姻以自愿为基础的标准是明显相悖的。

我们在看看法官在审理离婚案件中关于感情是否确已破裂的一些困惑：

1、什么是夫妻感情确已破裂？

立法上并无定义。

最高法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》司法解释也未给出定义。

学术界似乎也回避一个准确的定义。

立法、司法解释、学理都习惯于给罗列一些现象，告诉我们这些就是感情确已破裂。而且，罗列的一些现象似乎还不一定是普遍的感情确已破裂的表现，比如“重婚或有配偶者与他人同居的、有赌博、吸毒等恶习屡都不改的”等。

可是，如果我们从定义上都弄不清什么是感情确已破裂，那么我们怎么去作认定？

2、如何认定夫妻感情确已破裂？

有关司法解释和学界通说除了罗列一此现象，还给予我们一条判断标准线。那就是对婚姻基础、婚后感情、离婚原因和夫妻关系的现状以及有无和可能等方面作综合分析认定。

这些标准，看似简单明了，实际上很难操作。

其一，法官认定案情要靠证据，可不管是婚姻基础还是婚后感情等等，当事人几乎都很少能举证证明。毕竟，谁结婚时预备着离婚？

其二、感情是个动态变化的东西。婚前基础好，不见得婚后还好，婚后感情差，不见得没好的时候。曾审过一对八十多岁的老人离婚案，她说离婚是因为七十年前父母包办，婚姻基础确实差，可有什么意义？至于离婚原因，许多人根本说不清原因，都是婚姻中鸡毛蒜皮的事儿，凡正就是烦了厌了不想过了？而这些鸡毛蒜皮的事逐一在法庭上陈述，法官们也很烦，如果一天开五个离婚案子的庭，听得都是这些，法官肯定居委会大妈们还累。

其三、感情是人的心理活动，虽然从原理上讲我们可以基于客观判断主观，可这个客观本身就没有证据去判断评定，你何以去判断主观？我们直观见到的是一方坚持离婚，这是法官亲见的客观，但常常又不能作为判断的依据。

其四、感情是很个体的东西，很难用一般的标准去判断。一对从不吵闹的夫妻可能是双方互厌到不屑于争吵，一对经常吵破天的夫妻还可能是谁也离不了谁。

再说说别的，婚前感情基础？两天见面就领证算不算婚前感情基础薄弱？那么一见钟情算什么？闹离婚的时候，要求离婚的肯定不承认当初的一见钟情。婚后感情？全国人大常委会法工委编的婚姻法释义里面要求这块既要考察过去，又要着眼于现在。有错吗？没错。但是感情是动态的，我见过很多在庭审中查明事实是婚后经常打的头破血流，且一方庭审中扬言法院若判决不离就死在法庭上的案件，但经过法官们耐心细致的分析、指出双方性格上的缺陷，然后两人手拉手出了法院大门的。这又算什么？离婚的原因，这个太多了，小轩审理一个离婚案子，离婚的理由是：嫌弃被告没钱。小轩被噎住了，无言了。

在判决不准离婚的判决理由中，通常这样表述：双方的婚姻生活中并未出现足以导致双方感情破裂的的事实，本院在审理中也未发现其他导致夫妻感情却已破裂的情形，且原告关于双方感情确已破裂的主张没有证据支持。

但事实上不准离婚的原因有下列几种情形：

1、主张离婚的一方有明显过错，而对方坚持不离的；
2、不同意离婚的一方有重大疾病，离婚会导致生活无着的；
3、结婚时间较长，又系第一次提出离婚的；
4、坚持不离的一方情绪激烈，判离有可能导致严重后果的；
5、在经济社会地位占优势的一方起诉离而又不能证明对方有明显过错的；
6、其他判离有可能导致不良后果的情形；

但这些和婚姻自愿原则以及夫妻感情有关系吗？

论婚姻家庭案件中隐私性证据的把控

2016-08-19 海坛特哥 王忠 吴强兵 贾旭

一、问题的提出

案例一、在张女士上诉张先生离婚纠纷中，男方曾以感情破裂为由诉至法院要求离婚，法院驳回了其诉讼请求。后男方再次起诉要求离婚，女方提交了男方书写的悔过书两份，称男方在婚姻存续期间和婚外异性有不正当关系，并据此要求男方赔偿其精神损害抚慰金 15 万元。一审法院判决准予离婚，但认为此忏悔书虽然可以证明男方与其他异性发生过不正当男女关系，但尚不构成法律规定的应当予以损害赔偿之情形，故对女方主张的精神损害抚慰金未予支持。二审期间，男方对悔过书的真实性无异议，但称系女方逼迫其所签，但没有提出相关的证据。二审法院认定男方系离婚中存在过错的一方，在法院主持下经调解由男方给付女方精神损害补偿款 5 万元。

案例二、1996 年 3 月，丁某与马某认识并登记结婚。婚后因丁某不孕，婚姻出现裂痕。2004 年 5 月，马某与朱某认识，并成了“相好”。丁某得知这一情况后便决定离婚。为了证明对方存在过错并能够获得精神损害赔偿，她安排其弟跟踪马某，并偷拍下马某与朱某关系亲密的一些镜头，以此来作为丈夫与她人存在不正当关系的证据。丁某 2004 年 9 月将马某告上法院，请求判决他们离婚，并判令马某赔偿其精神损失费两万元。诉讼过程中，丁某向法庭出示了马某与朱某同居时的亲昵照片及资料。而马某却认为丁某派人对其跟踪，偷拍他和朱某的一些照片，侵犯了他的隐私权，证据不合法。法院审理认为，丁某提供的证据因为是第三人通过跟踪、偷拍的手段所得，侵犯了他人隐私权，该证据不具有合法性，故不予采纳。经法庭主持调解，丁某放弃了精神损害赔偿诉求，法院判决准许丁某与马某离婚。

案例三、陈某诉妻子成某离婚案在上海南汇法院审理期间，成某获悉丈夫在安某租赁的房屋内后，便邀自家亲戚王某等 3 男 3 女到该房屋内，拍摄了安某和陈某同睡一床的照片。同去的 3 名男性将陈某围住，成某打了安某的耳光，并按住安某不让她起床。王某剥去了安某的内衣，安某用毯子遮盖自己的身体，在与成、王两人的争执过程中，臀部外露。为此，安某诉至法院，要求成、王二人因为对她的侮辱行为赔礼道歉并赔偿精神抚慰金 5 万元。法院认为，公民享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，成某调查收集丈夫陈某不忠于妻子的证据未尝不可，但其行为应合乎法律规定。成某和王某在安某租赁的房屋内捉奸，侵害了安某的人格权，构成了对安某的精神损害，成、王二人对此应承担民事责任。

婚姻以两性的忠贞不二为基础和核心，无论是从传统的家庭伦理还是道德、法律出发，忠实义务不仅是对双方的约束更是对婚姻的保障，也是全社会对家庭道德的底线要求。如果涉及婚外性行为或是婚外同居行为，无疑严重损害夫妻之间的互相信任，严重侵害夫妻之间的感情，动摇婚姻的基础，必然给对方造成精神痛苦。婚姻家庭案件中,涉及到婚外同居、婚外性行为的情形会影响到过错的认定，直接关系离婚诉求是否能得到法院的支持，且关涉到财产的分割、婚姻损害赔偿，所以案件双方当事人将取得该类证据视为把握婚姻案件的利器。但是这类证据因为极具隐蔽性，取证十分困难，证明标准也非常高。为了取得该类证据有些当事人甚至采取了不当的方式，该类证据的采信直接关系到配偶权与隐私权之间的冲突较量,法官对此存在着不同的认识。对于该类证据如何采信,应明确其认定规则，是摆在法官面前不可回避的难题。

二、隐私权证据特征

其一，隐秘性。涉及到婚外同居、婚外性行为的情形，主要存在于婚姻过错一方与第三人之间，通常不愿为外人所知晓，且性的行为本身主要存在于私密的空间，取证的难度非常大。

其二，爆炸性。夫妻之间互负忠诚义务，婚外性行为自然为婚姻所不允，可能会直接导致婚姻的解体。通常诉讼中一旦夫妻一方在庭审中举证另一方存在婚外性行为，将在离婚诉讼中占据绝对优势，可达一击制胜之功，所以非过错方对取得该类证据可谓是不遗余力，全面采集相关信息，甚至采取不正当的手段，如跟踪、偷拍、窃听、暗访、捉奸等形式，过错方以证据的非法取得进行对抗，使得法院对该类证据的采信存在争议。

其三，波及性。夫妻过错一方存在婚外情，无过错方取得的直接证据，在能够直观展示一方过错的同时，必然会牵涉到第三人的隐私，无过错方采取不当手段取得证据及对证明事实的不当扩大，必然会侵犯到第三人的隐私权益，无过错方的维权与他人的隐私权之间发生了必然的碰撞，这也给法院的认定带来困难。

其四，形式多样性。实践中遇到的该类证据十分繁杂，可谓是五花八门，如（1）过错一方或婚外异性做出涉及婚外情行为的书面材料；（2）过错方与婚外异性亲密关系的各种照片；（3）反映婚外情内容的录音录像等视听资料；（4）手机短信、通讯软件聊天记录和电子邮件等；（5）关于过错方与他人租房相关单据、同居区的邻居、保安等服务人员的证人证言、警方的笔录等其他证据。这些证据中除了极少数直接反应婚外性行为或婚外情事实，大多都是碎片性的，且存在保存困难、稳定性差、易删减编辑、难以辨明身份等特点。

正是基于以上特征，使得主张过错方取得直接证据难度大，对于碎片化的零星证据，法官不得不根据自己的生活经验、专业知识和逻辑对这些证据作出符合社会常理和生活法则的判断。对于不当证据，也直接要求法官在对其背后隐含的法益进行博弈取舍。

三、隐私性证据的证明标准

（一）高度盖然性原则

法律事实来源于生活真实，但生活真实具有不可逆性，无法还原，所以法律事实不可能复制生活真实，让法律真实回归生活真实也是不可能的，故而民事诉讼中分配证明责任，要求达到生活真实的原本状态也是强人所难。通常，民事诉讼的证明标准只要达到高度盖然性的程度。法官应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

如某案中，通过法院调查的开房记录看，妻子多次与同一异性在外地出差期间共居一室，丈夫称妻子存在婚外性行为，妻子辩称入住标准间，共居一室是为了省钱，人各一床别无其他。对此，法院认为生活中确不排除存在这种纯洁男女关系的可能性，但是，根据查明的事实，二人原属同事关系，均为已婚青年男女，开房同居时间地点多在外地城市出差期间，且根据法院调取的开房记录及妻子的自认，双方存在长期、多次同宿一室的事实，根据逻辑推理和日常生活经验，丈夫主张妻子存在婚外情行为的事实更加符合生活常识。此外，婚外情行为既为社会道德所谴责，在离婚纠纷中有此行为者往往会处于不利的地位，同时，婚外情行为又是极为私密的行为。考虑到道德约束及离婚诉讼中的法律成本，涉事当事人往往会极力掩饰相关痕迹，以致于受害方发现确切性接触证据是极其困难的。此种情况下，要求提供确凿无疑的证据，显属过苛。法院认为丈夫提供证据的证明力已具有明显优势，足以证明其主张，法院依法予以采信。

通过以上的案例可以看出，隐私性证据的证明标准应该是高度盖然性，这个高度盖然性又不太好把握，可以说是仁者见仁智者见智，简单说来就是达到常人的证明标准，通过证据显示的碎片，能够让一般人相信存在婚外性行为或同居的事实。

从证据质的层面上看，无论证据的数量如何齐全，任何证据都不等于案件事实本身。不管何种证据材料都只能是对民事纠纷事实一个侧面（指真实合法的证据）甚至是歪曲的反映（典型的如伪证）。再从证据量的层面上考察，民事诉讼中通过证据调查所能获取的全部证据，“就像一个花瓶打破后的有限碎片，正如你无法找到所有的碎片，从而重新拼起一个完整的花瓶一样，凭借这些事实的碎片重构的案件事实与客观事实之间或多或少的差别总是不可避免的。”因此，尽管证据裁判主义是现代诉讼的理性选择，但这种主要依靠法官或民事纠纷裁决者个人的主观意识与经验知识来对事实“碎片”进行必要的挑选与组合，以最终确定民事纠纷事实的过程不可避免地要带来另外一个问题，即如何在最大限度上抑制裁决者主观随意性，以保证通过事实“碎片”重构的案件事实与客观事实之间的差异降至最低，并在最大限度上发现及还原民事纠纷的真相。

（二）不同类型证据的证明效力

1.录音录像证据。能够比较感官比较直观地反映事件的真相，该类证据通常是隐私性证据中的王者，一旦提供了性行为内容或是自认存在性行为的证据，法官采信的可能性极高，但此类证据又有剪辑的危险，所以应当给予对方异议的权利，必要时应当提起鉴定。

2.聊天工具证据。如短信、微信、QQ 聊天记录等等，通常情况下，对方常以不知情，不是自己所发为由进行抗辩，对此，因为聊天工具、手机具有专属性，聊天工具通常都会设定密码，具有高度的保密性，手机在日常生活中也是机不离身，具有人机合一的特点，所以如果一方能够提供以上证据，已属十分不易，如果聊天内容能够证明对方与第三者之间存在高度亲昵的关系，虽不能直接反应存在婚外情的实质行为，但也能根据生活常理进行推断。

3.照片。照片反映的内容虽然多不会是实质内容，但如果内容存在牵手、拥抱、接吻等超出一般男女礼仪的行为，更有甚者在公众场合出现以上行为，或是多次共同出入宾馆、单元楼等私密性场所，亦能做出认定。

4.证人证言。如果同居区的邻居、保安等服务人员的证人证言、警方的笔录等其他证据，能够反映过错方的不当行为的，也应认定。

（三）经验原则的适用及自由心证的开展

在法官的理性思维中，合法性为其思考的中心与重心，当然它并不等于科学无误绝对的真理，而是内应于法律职业客观要求的独特思维，即合法性思考。所以法官在审理婚姻家庭案件更应借助自己的专业化的知识，通过司法经验对事实进行甄别还原，根据生活经验，按照通常人的标准去认识，利用法律规则进行评判。如不存在直接反应存在婚外情证据的情况下，法官可以通过其他证据所反映的细节运用生活经验法则进行碎片放映，形成电影画面，进而做出判断。这里有一则台湾法院的案例，最高法院 95 年度台上字第 234 号判决称：“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固可断言，惟本件原审既未认定上诉人与诉外人杨女间有‘通奸’之行为，得否仅以上诉人于特定期间内与杨女有密切电话通联、其机车多次停放杨女住处楼下、杨女之母与他人之录音对话显示上诉人与杨女交往，及上诉人与杨女先后四次同班机出入国境，即谓上诉人与杨女之交往已逾越通常男女社交礼仪范畴，违背夫妻之忠贞义务，而故意以背于善良风俗之方法，侵害被上诉人基于配偶关系之身份法益，并令上诉人依民法第一百九十五条之规定，赔偿被上诉人非财产上之损害，亟待进一步厘清。原判决未详加审酌，所为上诉人败诉之判决，自属难昭折服。”或直接反应的证据因不合法性不予采信的情况下，法官虽对该证据不予认定，但基于婚外情或婚外性行为客观真实的存在，可以对内心确认进行补强，对存在其他片面性证据进行肯定性的认识，即使除此外别外其他证据，也可通过其他方式对无过错方在财产分割时进行倾斜，以达救济无过错方之目

的。

但是需要注意的是，法官应当向双方当事人及社会公开其心证的过程，避免心证黑箱的存在，这直接体现在裁判文书的说理上。具体而言，说理部分应当重点加强以下几个方面的工作：（1）尽量准确地归纳双方当事人的诉辩主张和争议焦点，对双方的各个观点是否采纳、各个主张是否支持，一一作出详尽说明；（2）尽量完整地反映双方当事人各自举证、互相质证、法官认定的过程，对法官采信相关证据的推理论证过程进行详尽说明，对法官采纳相关观点的理由进行严格分析；（3）不仅要正确适用法律，更要作好具体法条的法律解释和适用理由的法律论证工作；（4）如需运用经验法则进行事实认定，则必须更加充分注意推论的严谨性和合理性；（5）在修辞上需注意裁判文书的可接受性，可适当引入道德沟通部分。如此才能增强文书的说服力，才能使双方当事人信服，起到良好的社会示范效果，避免信访的发生。

四、隐私性证据的排除

现代社会各国均将婚姻关系纳入到了法律的调整范围之内，男女双方以长期共同生活为目的，依据法律规定的条件和程序缔结婚姻后，其合法的配偶关系即受到法律保护，在配偶双方之间产生配偶权。法律规定的配偶权的内容非常广泛，具体而言包括了配偶姓名权、配偶人身自由权、配偶住所选择权、配偶间同居的权利、要求配偶忠实的权利、以及配偶间的日常家事代理权等内容。这里的要求配偶忠实的权利集中体现为性的专属性，即夫妻之间除了与对方为性行为之外，与其他人不允许之，相互忠实是一项法定义务而非单纯的道德要求。首先，从传统婚姻家庭概念的理解，男女双方必须以永久共同生活为目的才能缔结婚姻。只有在相互忠实的基础之上，男女双方才能实现永久共同生活的目的，婚姻才有存在的基础。可见忠实是婚姻生活最基本的要求，所以婚姻要求配偶之间必须相互忠实，配偶一方要求对方配偶承担忠实义务也就是配偶权最为基本的内容之一。其次，从《婚姻法》的相关规定来看，第 3 条明确规定，“坚持一夫一妻原则，必须禁止重婚和有配偶者与他人同居的行为。”第 10 条还将重婚作为婚姻无效的第一种原因；还在第 32 条将重婚和有配偶者与他人同居作为离婚的法定条件。虽然《婚姻法》对没有达到以上程度的婚外情、婚外性行为作出明确的禁止性规定，但这类情形明显是对夫妻性的专属性的侵权，对无过错方的伤害是难以弥补的，对家庭稳定和睦的破坏性是致命的，也为社会伦理道德所不容。

婚外情发生在过错方与第三人之间，反映这类情形的证据也必然会涉及到第三人关于性的隐私，隐私权与配偶权必然会在婚姻家庭纠纷案件中产生交锋。隐私权是指自然人享有的对其个人的，与公共利益、群体利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的具体人格权。在我国隐私权已经为立法所保护。例如，最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》和《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中，运用名誉权的保护方法对隐私权进行保护，对隐私权采取间接保护的模式。《侵权责任法》第二条第一款规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”第二款中将隐私权纳入到民事权益的范畴。隐私权作为人的基本权利之一，自然人无论是婚前还是婚后都当然地享有隐私权。对于夫妻而言，婚外性行为是一种不道德的行为，甚或因重婚或婚外同居而构成违法犯罪行为，行为主体当然不愿意他人知晓二人之间的如此秘密，婚外性行为是行为主体二人的私事无疑。因此，婚外性行为当然应当属于个人的隐私。这种人格权是一种法律上的权利，不受不法僭用或侵害，不得以可能造成一般人的精神痛苦或感觉羞辱之方式非法侵入。与性隐私权对应的，即权利主体以外的所有不特定人，都负有对他人涉及性行为的隐私不予侵入、窥视、干扰、刺探、调查、擅自公布并严格保守秘密的义务。

隐私性证据的取得是无过错方对其配偶权的行使，但必然会触及到过错方与第三人的隐私，二者的界限为何，是法官不可回避的难题，在保证夫妻配偶权与隐私权之间进行权衡取舍。所以，对于隐私性证据的采用，应当强调合法性，非法证据因其本身的不合法性和恶性的示范效应，不为法律及社会所提倡。

1.取证主体。对隐私进行取证的主体，包括有权主体和无权主体。有权主体是指有法律依据和正当理由对他人隐私进行取证的主体，包括法律赋权主体、合法知情主体、隐私侵权主体三种类型。无权主体则是没有法律依据和正当理由对他人隐私进行取证的主体。有权主体调查他人隐私不视为侵权，取得的证据可以作为合法有效的证据使用；无权主体调查他人隐私则视为侵权，取得的证据为非法证据应予以排除。婚姻家庭案件中，夫妻一方是另一方性隐私的知情者，是性隐私的有权取证主体，如其本人跟踪偷拍，偷拍到的证据是合法证据，法院应当依法采信。这除了其跟踪到自己家中偷拍，而且，即使在公共场所，比如公园、郊外等，甚或是跟踪进入发生不正当关系人的私人隐秘场所，如果不是事先潜入蹲点，其偷拍到的证据，都可作为合法证据予以使用。但是，这种知情权具有专属性，附随其人身，不得转授他人。如果婚姻一方委托他人跟踪偷拍，此他人因不是法律赋权主体，也不是合法的性知情权主体，同时也不是性隐私侵权主体，非有权取证主体，其所取得的婚外性行为的证据理应排除，因为该委托授权侵犯了他人的性隐私权，而且，客观上有造成他人隐私泄露扩散的严重风险隐患，故法院应依法优先保护性隐私权，来禁止以第三人跟踪偷拍的方式捉奸。

2.被取证主体。被取证主体一般包括隐私的权利主体和知情主体。隐私的权利主体可以对自己的隐私进行收集固定并加以公开利用或不公开利用，只要不是违反公德良俗，法律一般都会是允许的。比如，丙女为了取得其丈夫甲男与第三者乙女二人婚外性行为的证据，不是直接向甲乙二人取证，而是找到知情的第三人，比如照相馆，要求其提供甲乙二人有亲昵行为的合影照片，则照相馆有权拒绝。因为照相馆只是知情主体，无论是从商业权保密角度

还是隐私权保密角度，都无权向他人提供客户的照片。同时，丙也没有向知情的第三人照相馆取证的权利。但是，如果是法律赋权机关比如法院在办理离婚案件中需要查证案件事实的需要，则有权向知情的第三人照相馆调取甲乙二人的照片作为定案依据。

3.取证的手段。对于有权主体在需要获取他人性隐私时，其采取的手段也必须是合法正当的手段，以避免侵害他人的合法权益。无论是采取现场捉奸直拍还是采取秘密窃录，都必须注意保护性隐私权人的合法权益。如侵入他人居住范围的捉奸行为构成侵权，因为虽然夫妻一方存在婚外性行为的知情权，但是无权侵入第三者的住宅获取现场证据，更不应该安排其他无权利的人现场入室获取证据，这种行为严重侵犯了性隐私权。除私人住宅之外，到宾馆现场捉奸或者是偷偷安装窃听录音录像设备也不被允许。但是如果受害者是在自己的住宅卧室内获取证据，不存在侵入他人住宅的性隐私侵权行为，不论是现场直拍还是偷偷安装窃听录音录像设备，都是一种完全合法的取证行为。

五、隐私性证据的法律后果

隐私性证据证明的事实一旦为法官所采信，必然会成为离婚案件中的杀手锏，成为判断感情破裂的标准，法官在财产分割方面通常也会同情无过错方，予以多分。虽然可能非法证据不被法院所采纳，但是证据本身反应的内容足以加强法官内心对婚外情或同居事实的确认，从而起到与合法证据相同的效果。

（一）离婚

《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。婚姻法对离婚要求的标准是感情确已破裂，与婚外性行为有关的，法定达到离婚的标准是重婚或有配偶者与他人同居，但司法实践中，几乎无一例外，只要一方存在婚外性行为，另一方提起离婚诉讼，法院均确认感情破裂，判决离婚。

（二）财产分割

《婚姻法》第四十六条：有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。婚姻法确定的标准也是非常高的，只有达到重婚或同居标准才能提起财产损害赔偿。但是司法实践中，无过错方是离婚诉讼中的弱者，法官通常会同情弱者，在分割财产时会适当照顾无过错方，无过错方要求精神损害抚慰金的，法官也会酌情予以考虑。这一考虑虽然没有明确可以援引的法条予以支持，但并不违反法律的规定，因为《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(法发[1993]32 号)开篇即明义:“人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理，应当依照《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》及有关法律规定，分清个人财产、夫妻共同财产和家庭共同财产，坚持男女平等，保护妇女、儿童的合法权益，照顾无过错方，尊重当事人意愿，有利生产、方便生活的原则，合情合理地予以解决。”从该表述可以看出，“照顾无过错方”是离婚中财产分割的原则之一，法官对无过错方予以倾斜，并不违反法律的规定。如此把握分割尺度亦符合公众的价值取向，合乎公平理念，更易于为公众所接受。

作者介绍：吴强兵　北京市第三中级人民法院法官
贾旭　北京市第三中级人民法院法官
王忠　德恒律师学院执行校长

法院如何认定夫妻间房产转移登记的法律效果：五种情况逐一解读

2016-08-17　法治昌明 古月昌明

一、基本案情

2010 年 8 月 30 日王某某与张某某登记结婚，双方均系再婚。婚后未生育子女，张某某婚前育有一子秦汉，1997 年 11 月 30 日出生，张某某表示秦汉由其自行抚养。1987 年 4 月 28 日，王某某与其前妻古婷婷登记结婚。2000 年 3 月 24 日，王某某与北京市西城区卫生局签订《房改售房合同》购买了北京市昌平区北七家镇西湖新村 22 号楼 3 单元 341 号房屋一套。2007 年 7 月 11 日，王某某与前妻古婷婷经北京市朝阳区人民法院调解离婚，该房屋判归王某某所有，王某某给付古婷婷房屋折价款 11 万元。2012 年 4 月 19 日，双方到北京市昌平区住房和城乡建设委员会以夫妻间房屋转移登记的形式申请变更该房屋的产权登记，双方各占 50%的份额。申请的内容如下：王某某与张某某系夫妻关系，双方共同出资购买位于昌平区北七家镇西湖新村 22 号楼 3 单元 341 号住房一套，证号为：京房权证昌私字第 63444 号：当时产权登记在王某某名下，现因夫妻等相关问题，双方自愿申请将产权人由王某某变更为王某某、张某某共有。2012 年 5 月 9 日，双方再次申请变更该房屋的产权登记，变更为由张某某单独所有。申请的内容如下：王某某与张某某系夫妻关系，双方共同出资购买位于昌平区北七家镇西湖新村 22 号楼 4 层 3 单元 341 号住房一套，证号为：京房权证昌私字第 523865、523866 号：当时产权登记在王某某、张某某名下，现因婚姻等

相关问题，双方自愿申请将产权人由王某某、张某某变更为张某某。

双方在婚姻关系存续期间共同购置了沙发一套、空调一台、热水器一台。双方均认可洗衣机一台、木雕小象两只及油画一幅系王某某的婚前财产。在审理过程中，王某某从西湖新村的房屋中取走其个人财产清单如下：工艺品瓶子七只，老式座钟一台，香炉一个，珊瑚摆件一个，字画一幅，普洱茶树一个。

另查，王某某系四级肢体残疾。

二、审理结果

昌平区法院经审理认为：夫妻关系是以感情为基础的，现王某某与张某某均同意离婚，法院准予。张某某表示自行抚养其与前夫所生子女，法院对此不持异议。关于房屋问题，法院认为，该房屋应为夫妻共同财产。理由如下：该房屋原系王某某的婚前财产，在王某某与张某某结婚后，经两次变更后，登记为张某某单独所有。两次转移的类型均为夫妻间房屋转移登记，根据以上证据，可以认定王某某同意将其婚前财产变更为夫妻双方的共有财产。张某某辩解转移登记的行为系赠与行为，但根据双方向建设委员会提供的申请及转移的类型均不能证明双方有赠与的意思表示。关于对房屋的分割问题，在法院释明后，双方均不申请对房屋的价值进行评估，故法院根据房屋的出资情况及王某某、张某某双方的自身情况酌情予以确定双方在房屋中所占的份额。其他财产的分割问题，法院根据本案的实际情况予以确定，王某某提出的 11 万元外债，系王某某婚前债务，应由王某某自行偿还。综上所述，**一审法院依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十九之规定，判决如下：一、王某某与张某某离婚；二、张某某与前夫所生之子秦汉由张某某自行抚养；三、坐落在北京市昌平区北七家镇西湖新村二十二号楼四层三单元三四一号房屋一套，其中王某某占有百分之七十的份额，张某某占有百分之三十的份额；**四、王某某的婚前财产工艺品瓶子七个、老式座钟一台、香炉一个、珊瑚摆件一个、字画一幅、普洱茶树一个、洗衣机一台、木雕小象两只、油画一幅归王某某所有；五、婚后共同财产沙发一套、空调一台、热水器一台归王某某所有，王某某给付张某某财产折价款三千元，于判决生效后十日内给付；六、王某某婚前所欠外债由王某某负责偿还；七、驳回王某某的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行金钱给付义务，则应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

王某某、张某某均不服一审判决，向本院提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为：王某某与张某某夫妻感情已经破裂，现双方均同意离婚，应予准予。

诉争房屋问题，本院认为，根据已经查明的事实可以认定，该房屋原系王某某的婚前个人财产，在王某某与张某某结婚后，经两次变更后，现房屋登记产权人为张某某。王某某变更登记的物权处分行为，探求其真实意思表示，只有赠与能够解释该物权变动的原因，否则无法解释房屋由个人财产变更为共同财产的行为,但并未有证据表明王某某已将该房屋全部权利赠与张某某，张某某取得房屋所有权在婚后，故不能认为诉争房屋已经变更为张某某的个人财产。本院确定房屋为双方共有，双方各占 50%的份额。一审法院处理不当，应予纠正。关于王某某上诉所称居住权问题，因其未在一审中提及，一审法院未予处理并无不当，王某某可另行解决。

一审法院针对抚养问题、债务承担问题及其他共同财产分割问题的处理均无不当。

上诉人称一审违反法定程序，并无充足的事实依据。

综上所述，一审判决适用法律有误，王某某关于“一审法院分割比例不当”的上诉请求缺乏事实及法律依据，本院不予支持。张某某的上诉请求合理部分，本院予以支持，判决：一、维持北京市昌平区人民法院（2012）昌民初字第 11255 号民事判决第一、二、四、五、六、七项；**二、撤销北京市昌平区人民法院（2012）昌民初字第 11255 号民事判决第三项；三、坐落在北京市昌平区北七家镇西湖新村二十二号楼四层三单元三四一号房屋一套归王某某与张某某共有，其中王某某占有百分之五十的份额，张某某占有百分之五十的份额；**四、驳回王某某的上诉请求；五、驳回张某某的其他上诉请求。

三、评析

本案作为一件常见的离婚纠纷案件，其争议焦点在于王某某婚前个人名下的房产，经过两次登记变更到张某某名下，该房产的性质和份额如何确认。随着近年来房产价值大增，以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》的出台，离婚纠纷中的财产分割，尤其是房产分割问题已经成为离婚纠纷最为主要的争议点，特别是房产价值大、对当事人生活影响巨大，能否合法合理处理好夫妻存续期间的房产分割已经成为法院处理离婚纠纷的首要难题。正因为此，对于这一婚内变更房产登记案例的分析和阐释，在处理离婚纠纷中具有典型意义。

1．我国婚姻法下的夫妻财产制

夫妻财产制，也叫做婚姻财产制，是指关于夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、适用、收益、处分，以及债务的清偿、婚姻关系解除时财产清算等方面的法律制度。[1]我国《婚姻法》第十七条、第十八条以及第十九条规定的夫妻财产制包括约定财产制和法定财产制。

约定财产制，又称为夫妻财产契约，是夫妻以契约依法选择或者创设夫妻财产制。[2]也就是说，约定财产制是以契约的形式，规定了夫妻间哪些财产是男方的、哪些财产是女方的，哪些财产属于夫妻共同财产。

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。当然，我国婚姻法对约定的形式做了明确规定，夫妻财产的约定必须采用书面形式，口头约定无效，仍按照法定财产制处理。

与约定财产制相对应的是法定财产制，法定财产制是指依照法律规定而直接适用的夫妻财产制。[3]《婚姻法》的第十七条、第十八条规定了哪些属于夫妻共同财产，哪些属于夫妻个人财产。根据《婚姻法》的立法精神，其基本上确认了“以婚后所得共同制为基础的夫妻财产制度”。[4]也就是说，夫妻婚后所得以夫妻共同财产为原则，以夫妻分别财产制为例外，夫妻婚后所得一般情况下归夫妻双方所有，在法定（《婚姻法》第十八条）或者约定的情况下，归夫妻一方所有。

2．夫妻间变更房产登记的性质

根据《物权法》第九条和第十四条的规定，不动产物权的变更，应当经依法登记，物权变更自记载于不动产登记簿时发生效力。也就是说，在通常情况下，变更房产登记的效力就是改变了房屋的所有权属性，简而言之，房产在谁名下，就是谁就享有该房产的所有权。至于产生这种物权变更的原因是买卖、赠予还是其他合同关系，对方是否妥善履行了义务，则再所不问。

这是房产变更登记的一般规则和性质。而夫妻间变更房产登记则有所不同，原因在于我国婚姻法同时承认上述两种夫妻财产制。

实行约定财产制的夫妻之间如果出现了房产登记变更的情况，其房屋产权归属，应当从其约定，没有太多可以解说和研究的空间。实行法定财产制的夫妻，在婚姻存续期间，夫妻名下的房产登记发生了变更，则要根据房产原先归属情况以及变更情况具体分析。下面就主要分析这些情况：

（1）夫妻个人名下变更为夫妻双方名下

夫妻个人名下变更为夫妻双方名下是夫妻间房产变更的常见形式之一，这一情况下，房产虽然登记在个人名下，但是根据房产取得的时间、性质，也可以分为房产属于夫妻一方财产和夫妻共同财产两种。

第一种情况：房产原属一方财产的情形。

房产属于夫妻个人财产的情况：一是夫妻一方婚前购买的房产；二是遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的房产；三是婚后由一方父母出资为子女购买，产权登记在出资人子女名下的房产。在这种情况下，房产从一方名下，变更登记到双方名下，则显然房屋的归属从夫妻个人财产转化为夫妻共同财产。至于这种夫妻个人财产到夫妻共同财产的性质是什么，则决定了夫妻共同财产的份额及什么时候能够认定移转的问题。在此，存在两种不同的意见，一种是一审法院的意见，认为本案中两次转移的类型均为夫妻间房屋转移登记，根据以上证据，可以认定王某某同意将其婚前财产变更为夫妻双方的共有财产。但根据双方向建设委员会提供的申请及转移的类型均不能证明双方有赠与的意思表示。另一种则是二审法院所认为的夫妻间房产转移登记，就是物权处分行为，探求其真实意思表示，只有赠与能够解释该物权变动的原因。

我们认为，既然一、二审法院都认定，本案中的房产变更登记产生了从丈夫一方婚前财产转变为夫妻共同财产的效力，那么房产的物权肯定发生了变动，从而妻子获得了房屋的部分所有权。在这个过程中，妻子并没有支付对价，因此这种物权的变动显然具有赠与的性质。而且一审法院虽然认为双方没有赠与的意思，但是也没有认定房屋所有权发生变更的原因行为到底是什么性质，在定性上错在偏差。

在这种情况下，夫妻间房产变更本质上是一种赠与行为，那么，这一行为就应当符合合同法第十一章关于赠与合同的规定，也就是说，夫妻间房产变更是一种实践的、单务的行为，夫妻间约定变更房产登记，但是没有实际变更登记的，可以随时撤销，不再变更，但是经过公证的除外。

房产由夫妻个人财产变更为夫妻共同财产后，如果双方未明确约定房产的份额，那么房屋应由双方共同共有。

第二种情况：房产原属夫妻共同财产的情形。

如果房产原先就是夫妻共同财产。例如，夫妻结婚后出资购买的房屋，虽然登记在夫妻一方名下，但仍属夫妻共同所有，此时，房产登记的所有权人从一方变更为双方，房屋仍属夫妻双方共同所有，如果没有在份额上作特殊的约定，在法律上不会产生物权变动的效果。

（2）夫妻双方名下变更到夫妻一方名下

第三种情况：房产登记在夫妻双方名下，那么房产确定就是双方共同的财产。变更到夫妻一方名下，之后房产到底是夫妻双方的共同财产还是登记所有人一方的财产就要取决于变更登记的真实意图了。

如果在夫妻间转移登记时向房地局提交的申请书或者相关约定、转让协议中明确写明房屋登记在夫妻一方名下后，房屋所有权人变更为夫妻一方所有，另一方放弃房屋产权等内容，那么可以确定房产从夫妻共有的状态变更为夫妻一方单独所有了。

但是，如果虽然房产从双方名下变更到一方名下，但是双方没有约定，或者约定不明确，那么这种夫妻间的转移登记就不能够产生物权变动的效果，房屋仍属于夫妻共有。在本案中双方第二次将房产从王某某、张某某名下变更为张某某名下时，申请的内容为：王某某与张某某系夫妻关系，双方共同出资购买位于昌平区北七家镇西湖新村

22 号楼 4 层 3 单元 341 号住房一套，证号为：京房权证昌私字第 523865、523866 号：当时产权登记在王某某、张某某名下，现因婚姻等相关问题，双方自愿申请将产权人由王某某、张某某变更为张某某。虽然申请中也有将产权人从两人名下变更为张某某一人名下的字样，但是推敲其原意，还是不够明确，特别是没有明确房屋产权由张某某一人所有，以及王某某放弃房屋产权的意思表示。

另外，根据《婚姻法》第十八条第三项的内容，夫妻关系存续期间，只有遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产才能够确定为夫妻一方的财产。那么，上述的分析仍然成立，也就是说，只有双方在转移登记时，十分明确地体现出房产在由双方名下变更为一方名下后，房屋产权归夫或妻一方所有，房屋产权才会从双方变更为一方，否则仅仅是变更了房屋登记的产权人名称而已，对于房屋的所有权没有影响。

（3）夫妻一方名下变更到另一方名下

夫妻一方名下变更到另一方名下，物权变更的情况其实在上面两种类型中也都出现过，原理也都是一样的，可以分别讨论如下：

第四种情况：房产原属夫妻双方所有，变更后之后房产到底是夫妻双方的共同财产还是登记所有人一方的财产，与上文夫妻双方名下变更到夫妻一方名下的情形是一样的，也要看双方在夫妻间转移登记时的真实意图到底是什么，这既通过夫妻向房地局提交的申请书或者相关约定、转让协议证明，也可以提交夫妻间对于房产名称变更的相关约定或者协议来证明。如果明确是转移到夫妻一方名下，对方放弃房屋所有权的，那么房屋就属于登记一方所有，如果不是这样，则房屋仍属于夫妻共有。

第五种情况：房产原属夫妻一方所有，在变更登记为另一方所有后，房产的产权情况与上述房产原属双方所有的情形在法律上并无本质区别，也是要看转移的意图来证明房产的归属。

纵观上述那么多种情况，可以总结出一个规律，就是在处理夫妻间房产转移登记后产权归属的案件时，如果转移后登记在夫妻双方名下的，房产肯定属于夫妻共同财产；如果转移后登记在夫妻某一方名下的，就要看具体转移登记的申请材料或者双方约定的协议，其中明确约定房产归登记方一人所有的，为该方单独所有，否则房产则属于夫妻共有。

本案中，房产经过两次转移登记，从王某某名下，变更为张某某名下，根据上述转移的规则，第一次转移后，房产应属夫妻共有，第二次转移时，虽然房产登记在张某某名下，但是由于转移登记时，夫妻没有明确约定房产归张某某一人所有，王某某放弃房产等，故法院判决房产由双方所有符合法律规定和相关的法理。

3．参照适用本案例时应注意的问题

（1）结合婚姻法司法解释来处理

上述案例是夫妻间转移登记的一般原则和规律，由于在审判实践中，案件情形五花八门，对于房产初始产权的判断，要应当结合婚姻法的司法解释，特别是司法解释三中父母出资房产的认定来判断。

（2）综合婚姻时间长短、出资情况等因素

如果双方对夫妻双方转移登记的意图各执一词，且无法拿出充分的证据证明，法官可以综合结婚时间的长短，双方婚前对房产的出资情况来进行判断，如果还是无法明确归一方所有，则判决双方共有更为妥当。

[1]李志敏主编：《比较家庭法》，北京大学出版社 1988 年版，第 109 页。

[2]杨立新主编：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 102 页。

[3]杨立新主编：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 102 页。

[4]奚晓明主编：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 91 页。

夫妻婚内借款合同的效力及处理方式

2016-08-22 重庆法院网 城口法院 余秋江

一、婚内借款合同合法有效的条件

民间借贷在法律性质上属于《合同法》第十二章规定的借款合同，司法实践中的民间借贷，主要是指自然人、法人、其他组织及其相互之间进行资金融通的行为。《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。同时，我国现行其他法律也未禁止夫妻之间在婚内相互借款的行为，根据私法领域“法无禁止即可为”的法理，夫妻间婚内订立借款合同是可以成立的。

二、婚内借款的三种情形及处理方式

（一）实行夫妻分别财产制的婚内借款。《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”。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。

（二）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%。

（三）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，不因婚姻关系的缔结而转化为夫妻共同财产。因此，夫妻一方借款人应全额偿还另一方借款本息。

离婚协议书能否作为证据证明夫妻感情完全破裂?

2016-08-17 江西法院网 宜黄县人民法院 龚谷婵

【案情】

陈某因种种原因，向法院起诉要求与其妻子李某离婚。为证明其与妻子感情完全破裂，陈某向法庭提供了一份离婚协议书，该离婚协议中对子女抚养问题，财产等均做了约定，且双方都在该离婚协议书上签名。

【分歧】

对于该份离婚协议书能否作为证据证明夫妻感情破裂，实务中存在两种观点：

第一种观点认为：可以依据该离婚协议认定原、被告夫妻感情确已破裂。理由是，我国婚姻法对婚姻制度实行婚姻自由原则。这不仅包括结婚自由，也包括离婚自由。夫妻双方自愿签订离婚协议，是其对婚姻关系处理的一种方式，若夫妻感情未破裂，则离婚协议不可能出现。

第二种观点认为：夫妻双方签订的离婚协议不能作为法院处理离婚案件的依据，充其量只能把协议中涉及婚姻关系的处置问题作为一个可参考的因素在裁判中予以考虑，必须结合其他证据认定夫妻感情已经完全破裂。

【评析】

笔者同意第二种意见，及离婚协议不能作为证据证明夫妻感情完全破裂，理由如下：

1. 离婚协议涉及婚姻的身份关系和财产关系处理，具有特殊性。

2. 离婚协议是双方在同意离婚的基础上为处理子女抚养、财产分割、债务承担等问题而自愿达成的协议，该协议是附延缓条件生效的协议。依据《婚姻法》的规定，解除婚姻关系除了需要双方当事人之间签订离婚协议之外，还需要到婚姻登记机关办理登记手续，领取离婚证方可。原被告双方签订了离婚协议书，却未能到婚姻登记机关领取离婚证，说明双方未履行所签的离婚协议，对此应视为双方已经反悔，该离婚协议未生效。

3. 离婚协议是在特定的条件下产生的，当事人在主观上、客观上均存在一定的局限性。实践中，离婚协议有的是在诱骗、胁迫下签订的；有的是为了避免矛盾，一气之下签订的；有的是为了达到非法目的签订的，有的甚至是为了假离婚。在这种情况下，签订的离婚协议往往不是夫妻双方真实意思表示。由于夫妻关系的特殊性，相比一般协议的当事人而言，夫妻二人签订的离婚协议具有一定的随意性，不慎重性。即使不是双方真实意思表示事后也难有证据可以认定。因此，仅凭离婚协议书证明夫妻感情完全破裂是不慎重、不严肃的。

综上，笔者认为离婚协议书不能作为独立的证据证明夫妻感情完全破裂。

遗赠扶养协议纠纷的调研报告·基本情况＋审判难点+裁判思路

2016-08-25 审判研究 北京市第三中院 吴强兵 江锦莲

导读：本文以 112 件案件为样本 ，梳理遗赠扶养协议纠纷案件的基本情况和主要特征，并结合司法实践概括审理难点，提出裁判思路和立法建议。

《 继承法 》规定了遗赠扶养协议制度 ，由于遗赠扶养协议立法过于简单，制度设计存在漏洞，裁判者难以把握该类纠纷裁判尺度。为了解遗赠扶养协议纠纷案件现状，我们对北京市法院审理的 112 件遗赠扶养协议纠纷案件进行了整理分析，总结该类纠纷的主要特征、审判难点及剖析原因，并提出裁判思路和立法建议，以期对遗赠扶养协议制度的完善提供有价值的参考。

一、遗赠扶养协议纠纷案件基本情况

（一）调研对象界定及样本

遗赠扶养协议是遗赠人和扶养人之间关于扶养人承担遗赠人生养死葬的义务，遗赠人的财产在其死后归扶养人所有的协议。根据《继承法》，公民可以与个人签订遗赠扶养协议，也可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。

我们以遗赠扶养为关键词，利用北京法院“搜案” 系统进行搜索 ，共搜得 2008 年至 2013 年审理的相关案件 214 件，逐案过滤后，剔除不属于遗赠扶养协议纠纷的、重复的 [1] 和无文书的，[2] 剩余 112 件。下文即以 112 件遗赠扶养协议纠纷案件为样本展开分析。

（二）总体概况

1 ． 案件数量

2008 年审理该类案件 14 件，2009 年审理该类案件 16 件，2010 年审理该类案件 24 件，2011 年审理该类案件 31 件，2012 年审理该类案件 13 件，2013 年审理该类案件 14 件，呈先增后减的趋势。

遗赠扶养协议纠纷案件数量

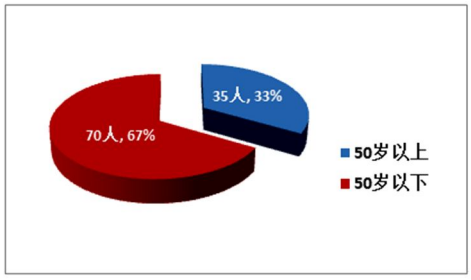
2．遗赠人情况

表：遗赠人相关情况数据统计

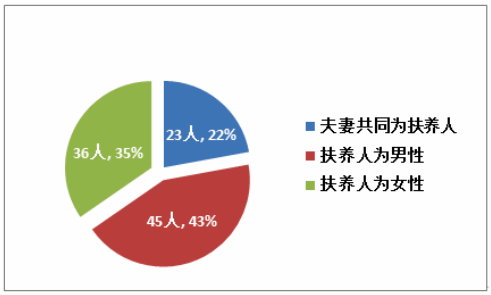
年龄结构	有遗赠人年龄信息的 67 件：遗赠人在 70 岁以下的 20 件；70 岁至 80 岁的 29 件；80 岁以上的 18 件。
性别情况	有遗赠人性别信息的 105 件：遗赠人男性的 77 件；女性的 17 件；夫妻共同作为遗赠人的 12 件。
职业情况	有遗赠人职业信息的 72 件：其中遗赠人是农民的 46 件；无业的 5 件；其他 21 件。
家庭情况	有遗赠人家庭信息的 72 件：其中遗赠人孤寡、无子女的 44 件；有子女的 28 件。

3．扶养人情况

从年龄情况来看，有扶养人年龄信息的 105 件，其中 50 岁以下的 70 件；50 岁以上的 35 件。详见下图。



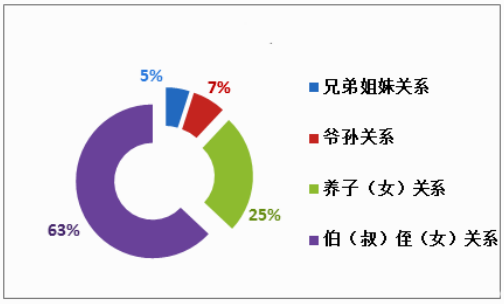
从扶养人性别看，有扶养人性别信息的 104 件，其中扶养人是男性的 45 件；女性的 36 件；夫妻共同作为扶养人的 23 件。详见下图。



二、遗赠扶养协议纠纷案件的主要特征

（一）法律关系复杂

从调研可以看出，遗赠扶养协议绝大多数存在于遗赠人与自然人扶养人之间，少数存在于遗赠人与集体所有制组织之间。扶养人多为遗赠人较为亲近的亲戚。有些案件中既有遗嘱又有遗赠扶养协议，有些案件中还存在多份遗赠扶养协议。各种法律关系交织在一起，厘清十分不易。请见下图。



（二）协议形式多样

遗赠扶养协议纠纷案件中，协议的订立以书面形式为主，也有采用口头约定、音像固定等。书面形式有手写的或打印的，亦有打印与手写混同的，经过公证的极少。协议名称更是五花八门，比如遗赠扶（抚）养协议、协议书、收养协议、房地产继承书、遗赠书、分家单等等。协议的内容也各不相同，有仅涉及生养死葬、死后取得遗产的，亦有规定协议如何履行，出现违约时，应如何处理的。

（三）争议焦点集中

通过调研发现，该类案件当事人的起诉理由主要是对协议效力有争议、扶养人未尽到扶养义务、扶养人无法继续履行协议、扶养人侵占遗赠人财产、遗赠人恶意处分约定遗产、遗赠人另立遗嘱或与他人另立遗赠扶养协议等。争议焦点则是集中在协议的认定、协议的性质、协议的效力、扶养人是否合理履行扶养义务、遗赠人是否履行保证约定遗产完整之责等。

（四）调撤难度大

协议双方在共同生活的过程中，因多方面的原因造成履约困难，各自解约的决心较大，在解约后的经济赔偿问题上难以形成统一意见。且遗赠扶养协议所涉及的标的多为房产，经济利益较大，当事人矛盾较深，调解工作存在较大困难。有些案件即便经过法院做工作撤诉了，但矛盾和问题没有解决，再次起诉的概率高。

三、审理难点及原因分析

（一）审理难点

1．遗赠扶养协议及其效力的认定

涉及遗赠扶养案件中，协议形式多样，名称各式各样内容各不相同，有些遗赠人生前已经将财产交付或过户给扶养人，因此是否属于遗赠扶养协议及协议是否有效成为裁判者审查的重点。从诉讼请求来看，协议签订者及其利害关系人起诉要求确认协议效力的案件共 18 件，占总数的 16%。如扶养人要求确认遗赠扶养协议有效或要求确认协议中约定的财产归其所有；遗赠人或其法定继承人要求确认遗赠扶养协议无效，主要理由多为：遗赠人签订协议时非完全行为能力人，协议中的遗赠人非本人签名，或内容违法等。由于立法过于粗略，裁判者可直接引用的法律较少，以致说理各异，裁判不一。

2．遗赠扶养协议性质界定

对遗赠扶养协议的性质，裁判者存在两种不同的看法，一种观点将其定性为一般财产合同，因为遗赠扶养协议仅仅涉及到遗赠人生养死葬及死后财产的处理，解决的主要是财产利益，遗赠人与扶养人之间的身份关系不变，并不涉及身份利益；另一种观点是将其定性为具有人身性质的特殊合同，即身份合同，遗赠扶养协议虽是协议双方的合意，但无论是主体还是权利义务产生的时间、协议内容都存在特定性，有别于一般合同，且是对原属于死者的权利义务的重新安排，协议签订后，双方即具有一定的人身依附性。对遗赠扶养协议的性质如何理解，直接影响到法律的适用问题，主要表现在能否准用《合同法》的相关规定。

3．遗赠扶养协议的解除

遗赠扶养协议解除的情形各异，归纳起来主要分为两类。一是扶养人不（完全）履行协议导致遗赠扶养协议被解除。扶养人是否尽到扶养义务往往成为协议双方争议的焦点，由于协议中对扶养人扶养义务的约定详略不一，扶养义务的范围及标准如何去确定是裁判者的审查重点，扶养人需对其尽到扶养义务加以证明，这直接关系到协议是否解除及解除后的补偿问题。二是因遗赠人违约而解除协议。主要表现为：遗赠人生前另行签订遗赠扶养协议，与他人形成遗赠扶养关系；另立遗嘱；将协议约定的财产出卖或赠与他人；扶养人提供扶养供给，遗赠人拒绝接受等。

（二）原因分析

针对以上特征及审理难点，本调研分析原因如下：

1．遗赠扶养的履行基础薄弱

首先，从情感上来看，遗赠扶养与家庭养老有别，家庭养老建立在血缘之上，扶养人与被扶养人之间存有亲缘伦理关系，感情基础深厚；而遗赠扶养协议以契约为基础，双方为达成互利而联系到一起，缺乏像家庭成员之间的天然情感，责任感脆弱。其次，解决途径单一。遗赠人与扶养人之间长期存在供养关系，难免出现生活矛盾，扶养人如不能提供令遗赠人满意的经济扶养、生活照料、精神安慰，或是遗赠人随意处分协议财产，因双方的信赖基础

缺乏，以致矛盾发生后，难以找寻可信的中间人从中调和，像居委会、村委会等基层组织的调解能力弱化，协议双方的纠纷只能通过诉讼的方式解决。

2．法律规范缺失

（1）未明确遗赠扶养协议性质。遗赠扶养协议涉及的是遗赠人生前的权利、义务以及死后的财产处理等事项，并置于《继承法》之中。但是未明确其性质为何，致使裁判者存在“财产合同”与“身份合同”的认识差异，从而影响到法律的适用问题。

（2）对遗赠扶养协议的主体规定较窄。从我国现行《继承法》以及相关法律规定的字义来看，遗赠人应限定为无法定扶养人、拥有一定财产、需要扶养的自然人，扶养人须是法定继承人以外的公民或集体经济组织。但随着非公有制经济的发展，民事主体类型更加丰富，集体经济组织的限定无法满足政策的需要；同时，司法实践中不乏被继承人与部分继承人，或与继承人之外的其他人签订扶养协议的情况，如果准用遗赠扶养协议的规定，似有类推之嫌，如果否认扶养协议的效力，又有违遗赠人的意志，造成两难境地。

（3）关于遗赠扶养协议的订立、履行、解除的规定缺乏。首先，关于协议的订立。《继承法》及意见对遗赠扶养协议的生效要件没有明示，如实质要件中缔约人的行为能力是否应当完全，裁判者多借助《民法通则》及司法部《遗赠扶养协议公证细则》的规定，要求缔约人必须是完全民事行为能力人。但缔约人为非完全民事行为能力人的，其与他人签订的协议效力应如何认定；存在多个法定监护人时，协议签订是否需要所有监护人代为签订；部分监护人代为签订的，效力又该如何认定，这都是摆在裁判者面前的难题。形式要件上，遗赠扶养协议应否以书面形式订立，是否需要进行见证、公证。其次，关于协议的履行。扶养人需要按照协议约定的内容对遗赠人进行扶养，如约定不详时，扶养的标准应如何把握，是否囿于生养死葬，除了物质供给以外，是否还包括精神性扶养；协议约定的财产应如何进行日常管理，收益应如何进行分配；遗赠人生前处分约定财产应恪守哪些必要的限制，这些都是需要立法予以明确的。再次，关于协议的解除问题。《意见》第56条规定：“扶养人或集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿；遗赠人无正当理由不履行，致协议解除的，则应偿还扶养人或集体组织已支付的供养费用。”该规定赋予了协议人在“无正当理由不履行，致协议解除”情形下的单方解除权，但对“无正当理由不履行”的具体情形没有涉及；扶养人原因致协议解除的“一般不予补偿”的后果，应如何去把握也未明示。如果双方协议解除合同的，供养费用应当如何补偿；扶养人先于遗赠人死亡的，协议是否当然解除，解除后的供养费用应如何补偿等等，均有待法律的补充。

3．履行监督保障机制缺乏

目前，遗赠扶养协议的履行主要依靠的是协议双方的自觉、自愿，至于协议的履行程度，则无人从旁加以监督。由于遗赠人多为老弱病残，在协议履行过程中，如果扶养人不履行或者不完全履行扶养义务，甚至存在杀害、虐待、遗弃、威逼利诱遗赠人的情形，作为弱者的遗赠人有难不敢申，显得孤苦无助，往往难以维护自己的利益。甚至发生扶养人骗取信任，取得财产后一走了之，导致遗赠人处于生活无着落之境地的情况。[3] 由于遗赠扶养协议的履行存在阶段性，扶养人履约在先，遗赠人履约在后，扶养人的利益也同样存在风险。如果遗赠人生前不遵守协议的约定，随意处分、隐匿、毁损约定财产，扶养人未能及时发现，其应有的权利也将难以实现。

四、裁判思路及立法建议

（一）遗赠扶养协议的法律适用

面对形形色色的遗赠扶养协议纠纷，裁判者在适用法律时捉襟见肘，故而统一认识显得尤为重要，这直接关乎到具体法律的适用。

1．明确遗赠扶养协议的财产合同性质

我们认为，遗赠扶养协议的实质本性，概言之即遗赠人和扶养人互付对价的财产合同。

首先，遗赠扶养协议是遗赠人和扶养人的合意。是否合同主要看双方当事人是否达成追求某种具有民法意义上的后果的共同意思，而遗赠扶养协议在订立、变更、解除的过程中，均遵循契约自由的原则，是遗赠人和扶养人意思表示一致的产物。

其次，遗赠扶养协议合乎合同关系之特性。遗赠扶养协议自协议成立之日即发生法律效力，扶养人依协议履行扶养义务，对遗赠人给予生活上的照料及必要的经济供养，在其死后负责办理丧葬事宜，扶养人可取得遗赠人的遗产。如果扶养人不履行扶养义务的，遗赠人有权请求解除遗赠扶养协议，遗赠人亦不得违反约定对遗产进行随意处分，并负有死后将遗产遗赠扶养人的义务，双方权利的实现均有赖于对方义务的履行。虽然协议双方义务的履行有先后之分，存在时间上的分离，但这丝毫不影响遗赠扶养协议自始生效的事实。

再次，遗赠扶养协议是财产法律关系。遗赠扶养关系中，无论是扶养人为遗赠人日常生活所支出的医疗费用、提供的劳务，还是在遗赠人死亡后，扶养人承继的遗产，都具有经济价值和财产属性，遗赠扶养协议并不以协议双方存在某种身份为前提，亦不会改变双方的身份地位。之所以将遗赠扶养协议规定在继承编而不规定于合同法编则是民法立法技术使然：在五编制或以五编制为基础的其他编制模式下，亲属编、继承编独立成编的理由与物权编债权编不同，前者采用生活事实类似原则，后者采用法律效果类似原则为指导。[4]

2．准用《合同法》的相关规定

遗赠扶养协议既属财产合同，在《继承法》没有特别规定的情况下，可以适用《合同法》的部分规定。

（1）关于遗赠扶养协议的无效、变更及撤销。如果遗赠扶养协议存在《合同法》规定的无效情形，应属无效；如果存在因重大误解订立协议、在订立协议时显失公平、一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立协议的情形时，可以请求变更或撤销；在原定的扶养条件不足以维持扶养或者履行能力出现变化时，协议双方亦有权要求变更协议。

（2）准用债权人的撤销权和不安抗辩权。遗赠扶养协议如未对财产的使用、管理进行约定，该权利为遗赠人所持有，但应善意且不损害扶养人的利益，不得将约定财产无偿赠与、低价出售他人、放弃到期债权，或毁坏该财产，也不得在该财产上设定担保及用益物权。出现上述情形的，扶养人可请求准用《合同法》中债权人的撤销权和不安抗辩权。如遗赠人毁损约定财物或将约定财产转让第三人，扶养人可中止履行合同，行使不安抗辩权；如果受扶养人无偿转让约定财产或放弃约定到期债权，扶养人可以请求法院撤销受扶养人的无偿转让或放弃债权的行为，行使债权人的撤销权。但对于遗赠人怠于行使到期债权的行为，扶养人不能以自己的名义代位行使遗赠人的债权。因为债权人行使代位求偿权，须是债务人怠于行使到期债务，致使债权人的已到期债权不能实现，而遗赠扶养协议的的义务履行具有阶段性，扶养人的债权需待到遗赠人死亡时才能实现，不符合代位求偿的条件。

（二）遗赠扶养协议的立法完善

遗赠扶养协议立法规制的缺失，致使司法裁判无所适从，故应从协议主体、生效要件及内容、协议解除等方面加以完善，以满足审判之需。

1．扩大协议主体范围

从相关法律规定来看，遗赠扶养协议的双方主体都是特定的，遗赠人为无法定扶养人、拥有一定财产、需要扶养的自然人，扶养人为法定继承人以外的公民或集体经济组织，这主要囿于立法当时的社会制度、观念，但这样的规定显然已不合时宜，无法满足实践的需要。

（1）扩大遗赠人范围。我们认为，无论是谁，只要拥有一定个人财产，认为自己需要别人扶养，而别人又愿意对其扶养的，在不违背国家法令和社会公共利益的情况下，即可通过协商订立协议。因为实践中不乏遗赠人有法定扶养人，但与法定扶养人之间关系不睦，法定扶养人因出国留学、异地工作、安家而无法尽到扶养义务，或是法定扶养人不愿扶养的情形，禁止遗赠人与他人签订遗赠扶养协议，不仅有违遗赠人的意志，更难达到颐养天年之初衷。故，将是否存在法定扶养人作为限定能否签订遗赠扶养协议的条件实无必要。

（2）扩大扶养人范围。其一，将法人或其他组织纳入扶养人之中。随着养老商业化的推进，已有不少具有养老功能的民事主体，如一些宗教机构、慈善机构或者其他民间养老机构，参与到养老行业中来，依然将其排除在遗赠扶养主体之外，显然是不合适的，无法发挥其应有的优势。故，法律应赋予这些法人或其他组织的扶养人资格，允许其与拥有一定财产，特别是只有不动产的老年人签订协议，这样既能满足遗赠人的实际需求，又能保障其安度晚年，同时，这与《老年人权益保护法》第 24 条“鼓励公民或组织与老年人签订扶养协议或其他扶助协议”的规定也是相一致的。

其二，将法定继承人纳入扶养人范畴。首先，符合民众继承习惯。这里有一则由西南政法大学陈苇老师领衔的课题组所做问卷调查，主要内容为：由几个继承人共同协商，最后由某个继承人负责对老人养老送终，而老人的全部遗产归由该继承人一人继承的情况。被调查者选择听说或亲历过这种情况的，北京、重庆、武汉和山东省的被调查对象分别占 75.4%、75.3%、72.5%、60.0%；表示能够接受的，则分别占 78.7%、76.4%、67.2%、73.5%。[5]

这一调查结果在本次调研中也得到了充分的验证，112 个案件中，协议双方存在父母子女关系的就有 14 件，协议名称虽然不一，但内容多涉及赡养与继承事宜。协议签订后，不排除协议扶养人的法定赡养义务，如果协议解除，其应有的赡养义务仍需承担。其次，尊重自我决定权。老年人既可对自己的财产进行管理、使用、收益、处分，又能够自由地选择与自己感情好、意气相投的人建立新的扶养关系，将遗产留给自己最愿意给予的人，既满足了老年人的意愿，又能使被继承人尽心尽力扶养，可谓是两全其美。简而言之，只要是有一定财产、意欲他人扶养的自然人，与愿意对其扶养且有扶养能力的自然人、法人或其他组织，均可签订遗赠扶养协议。

2．明确遗赠扶养协议的生效要件

（1）实质要件。订立遗赠扶养协议是一种民事法律行为，故其实质要件应与一般民事法律行为的生效要件相一致。协议双方应具有完全民事行为能力、意思表示真实、协议内容不违反法律和社会公共利益。但对不具备完全民事行为能力的人，可以允许监护人代其签订遗赠扶养协议以实现养老。监护人代签协议，应当尽量征求其他法定继承人的同意并通知其他法定继承人到场，以避免被继承人死后的遗产继承纠纷。如果部分监护人代为签订协议，应当综合协议内容、协议履行等因素来综合考量协议效力。对协议内容显失公平的，其他监护人可以被监护人名义提起撤销之诉；如果代签者与他人恶意串通损害被监护人利益的，其他监护人可以被监护人名义提起无效之诉；被继承人死亡后，该协议必然会侵犯到其他法定继承人的权益，其他法定继承人可以自己的名义起诉扶养人及代为签订协议的部分监护人，要求确认合同无效。

（2）形式要件。由于遗赠扶养协议是扶养人在遗赠人死亡后取得遗产的依据，属死因处分，其效力高于法定继承和遗嘱继承，因此，为了保证遗赠人意思表示真实，建议立法明确遗赠扶养协议的订立应采用书面形式，口头或者其他形式的协议一律无效。遗赠扶养协议应当由遗赠人亲笔书写后，由遗赠人与扶养人双方共同签字盖章。如遗赠人不能亲笔书写的，也可以由没有利害关系的第三人代书或者电脑打印，并由两名无利害关系的第三人在场见证，并由见证人和代书人签字摁印。协议双方可以在遗赠扶养协议签订后前往公证机关进行公证。

针对目前司法实践中存在的广大农村地区的口头协议现象，鉴于农民教育程度较低，法律意识淡薄，加之农村地区有其独特的风俗习惯，我们认为一概认定为无效未免武断，但考虑到遗赠扶养协议一般涉及像不动产这样的大宗财产，裁判者应对自称扶养人的当事人提高证明标准，除证明人外，还需要提供已很好地尽到扶养义务的证据，否则，应认定为无效。

3．明定遗赠扶养协议的内容

司法实践中，遗赠扶养协议的内容丰富多样，且不乏人性化的表述，“生养死葬”显得过于粗略。由于遗赠扶养协议涉及的是扶养义务和遗产继承的安排，有其自身的特定价值，内容包括扶养人为遗赠人履行经济供养、生活照料、精神慰藉、死后丧葬事宜等以及协议双方约定的其他义务和履行方式，遗赠人将约定的遗产遗赠给扶养人，协议双方亦可对遗赠财产的日常管理和收益等进行约定，以达物尽其用之功效。

（1）扶养人义务标准。扶养标准以约定为准，如果协议中未能明确扶养标准，可结合遗赠人的财产状况，以遗赠人过去的生活标准或当地平均生活标准为准。具体言之，若遗赠人本来生活优越，需要的是得到精神上的照顾，以其过去的生活标准为准即可；若遗赠人虽有一定财产，但生活水平一般，则可以当地平均生活水平为准。此外，遗赠人与扶养人可能共同生活在一起，也可能分开生活，后者扶养人须定期看望遗赠人。遗赠人死后举办葬礼的标准，协议有约定的从约定；协议未约定或约定不明的，应把握尊重习俗、力求节俭的原则，按照法定标准执行。如此既能体现对死者的尊重及其亲属的安慰，又能避免丧葬费用过高而发生铺张浪费现象。

（2）遗产范围。协议约定的遗产范围可以是全部遗产，也可以是遗产中的某一部分，或是某一项特定遗产。扶养人继受遗赠人的遗产范围，协议有约定的从约定，如未约定或约定不明的，应推定为遗赠人的全部遗产。这样的推定，可以避免未尽扶养义务的法定继承人来争夺遗产，有利于促使扶养人尽心扶养。

4．增补遗赠扶养协议的解除及后果

（1）解除方式。为了保证遗赠人的遗嘱自由，保障协议双方的合法权益，遗赠扶养协议可以解除，解除方式可设定如下：一是协议解除。协议经双方协商一致后可以解除，解除后果可由双方协定。二是单方解除。首先，遗赠人恶意处分协议标的物的；遗赠人毁损协议标的物的；遗赠人就约定遗产立有多份遗赠扶养协议，未告知扶养人的；遗赠人无故不接受扶养人扶养，经催告仍不接受的，扶养人可单方解除协议。其次，扶养人故意杀害遗赠人的；扶养人虐待、遗弃遗赠人，情节严重的；扶养人无正当理由不按约定履行扶养义务，经催告仍不履行的，遗赠人可单方解除协议。再次，因不可抗力而导致协议无法履行的；遗赠扶养协议中约定了单方解除协议条件且条件成就的，协议任何一方均可解除。一方行使解除权，应通知对方。三是法定解除。鉴于扶养行为本身具有特定的身份属性，当扶养人丧失扶养能力或先于遗赠人死亡的，协议自动解除。如果遗赠人与扶养人的继承人达成继续履行协议的，也可以由扶养人的继承人继续履行遗赠扶养协议。

（2）解除后果。遗赠扶养协议解除后，协议尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行实际情况和解除原因进行处理。

首先，在双方协议解除或法定解除情况下，遗赠人应当对扶养人已经履行的扶养义务予以适当金钱补偿。

其次，协议一方单方解除协议的，通知到达对方时协议即行解除。如因扶养人的过错致协议解除的，扶养人不得就其已履行的义务要求遗赠人补偿；协议解除如系遗赠人的过错所致，遗赠人应对扶养人已经履行的扶养义务的价值进行全额补偿，扶养人请求损害赔偿的，可视遗赠人的履行能力酌定。

再次，扶养人在遗赠人死后知晓单方解除情形的，应区别对待。如生前处分遗产给第三人的，第三人取得该遗产时若为恶意，扶养人有权要求第三人返还该遗产，遗产不存在的，应返还同等数额的价款；第三人取得遗产时若为善意，无偿取得的，以返还现存遗产或利益为限，有偿取得的，支付的价款应归扶养人所有，若价款已被遗赠人所消耗，扶养人可就遗赠人的其他遗产优先受偿。如遗赠人毁损标的物的，遗赠人有其他未列入协议遗产范围的遗产，扶养人可优先受偿。就约定遗产存在数份遗赠扶养协议未告知扶养人的，各扶养人就同一遗产按实际支付扶养费数额的比例受偿。

（三）遗赠扶养协议履行监督保障机制的构建

遗赠扶养协议的履行存在阶段性，且双方的势力不均衡，利益实现存在风险，我们认为可以通过履行监督人及不动产登记制度的设立，督促协议双方履行各自的义务，以保障权利的实现。

1．设立履行监督人制度

遗赠扶养协议的履行基础薄弱，我们认为可参照国外民法上的监护监督人和遗嘱执行人制度设立履行监督人，监督人在监督扶养人按照约定完全、适当地履行扶养义务的同时，监督遗赠人保证约定财产的完整。

（1）近亲属监督。由于客观原因而无法履行法定扶养义务的近亲属，在遗赠人与扶养人签订遗赠扶养协议后，其扶养义务并未免除，法律应赋予其监督扶养人积极履行扶养义务的权利，以保障遗赠人免受侵害；但主观上不愿履行扶养义务的近亲属，因其逃避扶养义务的履行，对被扶养人的感情淡薄，不仅不会关心被扶养人的生活状况，更有可能出于争夺遗产的目的，对扶养人的扶养进行百般刁难，故不应赋予其此监督权。遗赠人为非完全行为能力人的，其监护人可以监督遗赠扶养协议的履行，如发现扶养人存在不履行或怠于履行遗赠扶养协议行为的，监护人可以被监护人的名义起诉要求解除遗赠扶养协议。

（2）社区监督。我国《民法通则》之中的监护制度明确规定，在没有其他监护人的情况下，居民委员会、村民委员会担当监护人。遗赠人不存在近亲属监护人的，如果遗赠人、扶养人属于同一居民委员会、村民委员会管辖的，由该组织进行监督；如果遗赠人、扶养人分属不同居民委员会、村民委员会管辖的，遗赠人、扶养人所在组织均有监督权，发现不适当履行行为时，应及时告知本辖区之外的协议人及其所在组织。（3）协议监督人。遗赠人、扶养人均为完全民事行为能力人的，经双方协商一致，可以选择近亲属或其他人作为履行监督人，但应征得所选人的同意，监督人的监督职责、程式、手段，均可由双方协商确定。履行监督人可以按照约定获得适当的报酬，协议对报酬无约定的，推定为无偿监督。

2．明定不动产预告登记制度

遗赠扶养协议中约定的遗产多是房屋等不动产，为保证扶养人能在遗赠人死后顺利获得受遗赠之物，建议设定不动产预告登记，宣告扶养人对不动产的准所有权，保障其对约定遗产的受遗赠期待权，以促使其尽心尽力地扶养。这是因为在不动产权利的转让中，债权行为的成立与不动产的转让登记之间一般存在着较长的时间间隔。虽然不动产所有人在债权成立后承担了未来转让不动产所有权的义务，但是债权人享有的债权无对抗第三人的效力，所以债权行为目的的实现也就存在着风险。为了使风险降到最低，我国 《物权法》 明确了该项制度 ，将尚未成为物权的债权请求权予以公示，以对抗第三人物权的特有效力，该制度同样可以适用于遗赠扶养协议。可在《继承法》中予以进一步明确：“ 扶养人有权要求将约定遗赠的不动产进行预告登记。遗赠人的行为对扶养人造成损害的，扶养人可依照《合同法》行使不安抗辩权及债权人的撤销权。”

[1] 重复的是指同一案件有一审、二审或再审文书的，只选取终审文书。

[2] 无文书。是指撤诉或者其他原因没有文书信息的。

[3] 杨标：“遗赠抚养缘何执行难 ？ ”，载《老年人》2000 年第 6 期。

[4]（德）梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 20 页；黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 16-17 页。

[5] 陈苇：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社 2008 年版，第 231、365、477、574－575 页。

夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力

2016-08-26 法客帝国 天津市和平区法院 于筱江

来源|《人民司法·案例》（2015 年第 8 期，第 58 页-第 60 页）

法客按：夫妻将共同财产登记在一人名下，一方擅自将房屋办理抵押登记的，在符合善意取得等法定条件的情况下，另一方不得以其不知情为由主张抵押合同无效。当然，债权人欲根据抵押权的善意取得制度主张抵押权，亦需要具备必要的条件，如需尽到足够的注意义务等。这个案例就是此类之典型。

【裁判要旨】

夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋作为抵押物签订抵押借款合同，如果合同相对方为善意，履行了给付款项的义务，并且已经办理抵押登记手续，应当认定合同有效。另一方主张撤销抵押权的，人民法院不予支持。

【检索案号】

一审：（2012）津和民三初字第 1069 号

二审：（2013）津一中民二终字第 0069 号

【案情】

原告：王某。

被告：李某、中国民生银行股份有限公司天津分行（以下简称民生银行）。

王某与李某原系夫妻关系。2009 年 5 月 8 日，李某与民生银行签订个人购房借款合同，用于购买华亭佳园房产，并以该房产作为抵押物，借款金额为 56 万元。合同中写明抵押房产共有人为王某，李某及王某均在合同中签字。此后，上述个人购房借款合同中的欠款全部还清。2011 年 9 月 26 日，李某与民生银行签订个人额度借款合同及最高额担保合同，提交了婚姻状况声明，签字确认如下内容：“截至本声明签署之日，本人的婚姻状况为无配偶。”借款金额为 92 万元。李某再次以华亭佳园房产作为抵押财产，并办理了他项权证。王某未在该合同中签字。民生银行当庭提交了李某办理贷款时证明自己无配偶的相关材料复印件，其中李某的户口页复印件中登记的婚姻状况为“离异”，户口登记日期为 2007 年 4 月 15 日。离婚证复印件中离婚登记的日期为 2007 年 3 月 15 日。离婚协议书的签署日期为 2007 年 3 月 15 日。李某当庭否认上述材料为其提供给被告民生银行，但未提交证据予以证实。

经法庭调查确认，王某与李某于 1994 年 4 月 13 日登记结婚，后因感情不和，于 2012 年 3 月 12 日在江苏省兴化市民政局办理了离婚手续。二人均确认：华亭佳园房产为婚姻存续期间的共同财产，离婚协议书中约定该房产系双方共有财产，离婚后各自拥有 50%的所有权。产权证书中权利人登记为李某，未注明有共有人。2012 年 8 月，王某以对 2011 年办理的贷款及抵押事实并不知情为由，向法院起诉，要求：

- 1. 判令李某与民生银行签订的个人额度借款合同和最高额担保合同无效；
- 2. 判令二被告撤销作为合同担保的房产在房管部门的抵押登记；
- 3. 判令二被告为原告办理在该担保房产产权登记上增加原告为共有人的手续。

【审判】

天津市和平区人民法院认为，二被告签订的个人额度借款合同及最高额担保合同系双方的真实意思表示，且并未违反法律、行政法规的强制性规定。王某提出的 2009 年办理房屋抵押贷款时作为共有人进行了签字的事实，不足以证实民生银行与李某在 2011 年签订合同时明知抵押房屋存在共有人的情况。王某提交的证据不能够证实二被告签订合同时存在恶意串通损害第三人利益的情形，故二被告签订的个人额度借款合同应确认为有效。签订借款合同及对夫妻共同财产设定抵押都是夫妻共同生活中对共同财产的重要处分行为，对此夫妻双方应在平等协商并取得一致意见的基础上方能有效行使。李某未经原告同意，属于擅自处分共同财产。但在本案中，民生银行在签订借款及抵押合同时，审核了房屋产权证等有关材料，已尽到足够的审查注意义务，其为善意，并有偿取得抵押权，且已办理抵押登记，其抵押权应予保护，抵押合同应当确认有效。因此，王某要求确认合同无效并撤销抵押登记的诉讼请求，不予支持。对王某的损害，应由擅自处分共有财产的李某承担责任。

2012 年 11 月 14 日，天津市和平区人民法院判决驳回原告王某的全部诉讼请求。宣判后，王某不服一审判决，向天津市第一中级人民法院提起上诉。天津市第一中级人民法院经审理认为，原审判决认定事实清楚，处理结果并无不当，于 2013 年 6 月 14 日判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第 11 条规定，一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。该条款规定明确了夫妻双方中一方未经对方同意出售房屋的情形，但并没有规制本案中涉及的房屋

抵押的情形。而且，该条款中也没有对房屋买卖合同的效力予以明确。本案中，李某利用虚假的离婚证明签订了借款合同和抵押合同，对于此种情况合同效力应当如何认定，法律和司法解释中均没有规定，在审判实践中亦存在争议，出现了同案不同判的情况。如何在保护交易安全和保护所有权人利益中寻求平衡点，是本案引申出的民法学界颇有争议的问题。该问题关涉无权处分的认定、善意取得制度、物权变动的原因与结果区分原则等民法制度及理论，非常值得研究。

一、处分夫妻共有财产问题在审判实践中的不同观点

本案的情况应当如何处理，在司法实践中亦存在三种不同的观点。第一种观点认为，应当确认合同无效，撤销抵押权。根据合同法规定，无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。物权法规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。担保法的司法解释中规定，共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人同意，抵押无效。基于上述规定，李某签订抵押借款合同系无权处分行为，又没有经过原告的追认，双方亦不存在特别约定，应确认借款合同和抵押合同无效，撤销抵押。第二种观点认为，应当确认合同无效，但银行因善意取得而获得的抵押权不应当被撤销。被告李某基于无权处分签订的合同属于无效，而根据物权法关于善意取得的规定，银行完全符合善意取得的条件，其取得的抵押权为物权，权利位阶高于合同产生的债权，不应当因确认合同无效而被撤销。第三种观点认为，合同有效，抵押权不应当被撤销。笔者同意第三种观点，具体理由将在后文中详细阐述。

二、认定合同有效的原因

结合案件事实和有关法律规定综合分析，本案的情况应认定借款合同和抵押合同有效，理由如下：

（一）根据物权的原因行为与结果行为区分原则。

李某与民生银行签订的借款合同和抵押合同是双方的真实意思表示，并且已经实际履行。抵押合同是物权变动的原因，即便李某设定抵押的行为属于无权处分行为，亦不影响引起物权变动的抵押合同的效力。最高人民法院在

制定关于买卖合同纠纷的司法解释时，亦从物权的原因行为与结果行为区分的角度，确认了无权处分人签订买卖合同的效力。

（二）合同相对人基于善意产生对无权处分人有权签订合同的误认。

房屋所有权登记证书上登记的权利人仅为李某一人，李某提供了虚假的婚姻状况声明、户口本、离婚证、离婚协议等证明。银行在无法辨认出上述证件真伪的情况下，通过表面证据的审查，有理由相信被告李某具有处分房屋的权利，可以确认民生银行在签订合同时出于善意。

（三）根据物权登记公示原则。

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，以其登记作为对外公示的要件。因此，民生银行作为善意信赖公示登记的合同相对方，根据房屋所有权登记证书上的权利人姓名进行交易的行为应当予以保护。这也是房屋所有权登记公示制度对房屋所有权人和交易相对人实现双重保护的应有之义。

（四）根据保护交易的原则。

如果确认合同无效，则产生自始无效的法律后果，已经签订并且实际履行了的合同自始不发生法律效力，不利于鼓励交易和保护交易安全。学界通说认为，无权处分制度的目的或者立法宗旨是：维护交易安全和秩序，保护交易相对人的权益。[注 1：梁慧星：“如何理解《合同法》第 51 条”，载《人民法院报》2001 年 1 月 8 日 7 版；王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 304 页。]如果确认合同无效，无视当事人之间因合同所产生的期待，使当事人就签订合同所做的一切努力皆归于消灭，将造成社会资源的极大浪费，严重违背无权处分制度的立法宗旨，因此，已为学者们所广泛否定。[注 2：奚晓明：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 75 页。]

（五）根据过错承担和救济途径平衡原则。

在本案中，如果将审查离婚证等材料真伪的义务强加给银行，明显不公，也不利于交易的便捷。而作为夫妻一方的原告，在明知房屋经登记才能取得所有权的情形下，仍然同意将共同所有的房屋登记在李某名下，可以推定其已经授权李某代为处理共有房屋相关事务，李某对房屋的处分应被视为夫妻家事代理权的组成部分。因此，相比较而言，民生银行并无过错。从救济途径来看，本案中，房屋贷款已经发放给李某，该笔款项应当属于夫妻共同财产，原告在与李某离婚后，可以就该笔款项向李某追偿。而对于银行来说，如果失去抵押权，在李某不予归还贷款的情况下，则债权失去了保障，银行即使获得了向李某要求赔偿的权利，也与要求偿还贷款的债权相竞合。综上，应当确认借款合同和抵押合同有效。

三、担保物权的善意取得问题

善意取得，是指受让人以财产所有权转移为目的，善意、对价受让且占有该财产，即使出让人无转移所有权的权利，受让人仍取得其所有权。[注 3：王胜明主编：《物权法解读》，中国法制出版社 2007 年第 1 版，第 230 页。]我国物权法规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。因此，我国物权法明确规定了除所有权之外的其他物权也适用善意取得制度。

在本案中，首先，原告未提交证据证实民生银行在签订合同时明知被告李某系处分夫妻共有房屋的行为，而民生银行提供了其认定李某有处分权的依据，因此，应当认定民生银取得抵押权是出于善意的。其次，民生银行已经履行了发放贷款的义务，应视为交付了相应的对价，并且价格合理。再次，民生银行已经办理了抵押登记手续，履行不动产物权的公示，产生了公信效力。综上，本案的情形完全符合善意取得制度的规定，应当认定银行已取得房屋的抵押权，对原告要求撤销抵押的诉讼请求应予驳回。（作者：于筱江；单位：天津市和平区人民法院）

成年近亲属被扶养人生活费的适用条件

2016-08-26　审判研究 江苏淮安经济技术开发区法院 包晓琴　张坤

侵权案件中，受害人因侵权行为致残或死亡，伤者或死者的近亲属起诉要求赔偿义务人承担相应赔偿责任时，死亡赔偿金、残疾赔偿金、被扶养人生活费数额比较高，往往成为双方的争议焦点。就当前的审判实践而言，焦点之一就是如何认定成年近亲属符合丧失劳动能力又无其他生活来源的条件。下文将以成年近亲属类别的被扶养人生活费评判标准为论点，结合实务中遇到的主要问题，探讨成年近亲属被扶养人生活费的裁判尺度。

一、被扶养人生活费性质辨析

损害扶养赔偿是指加害人侵害他人的生命权、健康权，以致被害人劳动能力丧失或降低，造成受害人生前或丧

失劳动能力以前扶养人的扶养来源的丧失或减少，从而应依法赔偿必要扶养生活费的侵权赔偿制度，这种损害赔偿显见于 《民法通则》 《产品质量法》 《医疗事故处理条例》 《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》 等多部法律法规以及司法解释中。

关于被扶养人生活费，在理论上有两种观点支持，一种是 “扶养丧失说”，即依法定扶养义务供给生活费的未成年人或者成年人因此丧失了可靠的生活来源，应予以赔偿，被扶养人实际上是间接受害人；一种是 “继承丧失说”，即接受受害人扶养的人丧失本应获得的利益，即逸失利益。

理论界和实务界的通说认为，现行法律法规所采用的是 “继承丧失说”，即认为被扶养人生活费是被扶养人预期利益减少的一种消极损失。由于受害人的收入除却其本人消费以外，其余都用于家庭的共同生活或者共同积累，当受害人的劳动能力丧失或者降低时，必然导致共同生活或者积累部分的丧失或减少，这种预期的利益就是家庭成员在财产上遭受的消极损失。

在相关的司法解释之中，通过技术分解，将受害人因侵权行为造成的 “收入损失” 分为 “人均可支配损失” 与 “被扶养人生活费” ，即认定被扶养人生活费是受害人正常收入的一部分，与残疾赔偿金、死亡赔偿金一致，均是对受害人因劳动能力丧失或降低而导致收入减少的赔偿，而实质则是对被扶养人可得利益的赔偿。

二、实务中主要问题类型及解决

最高法院 《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》 第二十八条规定，被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算 …… 被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属 ……

相对于纷繁复杂的司法实践，上述法律规定太过于笼统，对于被扶养人的主体资格及丧失劳动能力又无其他生活来源的标准均未做详尽规定，导致审判实务中主要出现下列问题。

（一）夫妻一方能否认定为被扶养人

我国现行法律规定中的扶养关系主要包括赡养、扶养、抚养三种，分细来说，主要有父母对未成年人的抚养义务、子女对父母的赡养义务、夫妻间的扶养义务、有负担能力的祖父母、外祖父母对父母死亡的未成年孙子女、外孙子女的扶养义务、有负担能力的孙子女、外孙子女对子女死亡的祖父母、外祖父母的赡养义务、有负担能力的兄姐对父母死亡或无力抚养的未成年弟妹的扶养义务、有能力负担的弟妹对丧失劳动能力兄姐的赡养义务。

然而依前述规定，夫或妻一方受到侵害时，另一方是否能认定为适格的被扶养人？

部分学者认为，夫妻在关系存续期间基于共同生活产生相互对等的扶养关系，这种存续在未来并不稳固，特别是一方死亡时婚姻关系随之终止，因而不应赔偿；部分学者则认为，法律规定夫妻间有扶养义务，现一方受到侵害导致其本应享有的生活费丧失或降低，就应予以赔偿。

笔者认为， 《婚姻法》 第二十条规定 ，夫妻间有扶养义务，这种扶养虽以夫妻关系存续为条件，不同于父母与子女间基于子女出生而一直附随、无法终止的义务。但一方受到损害时，其劳动能力丧失导致夫妻双方本应享有共同生活的收入基础变动，进而影响没有劳动能力又无生活来源的另一方本应享有而一方本应负担的生活费用，故从情理而言，应予以赔偿。

此外，父母或子女可依照现行法律获得较长年限赔偿，这种赔偿基于被扶养人生命的延续，并未实际考虑未来各种可能性而直接给予的赔偿。相应的，受害人致残的，婚姻关系并未就此终结，夫妻间仍然负有扶养义务；即使受害人死亡，客观上也并不一定导致另一方的改嫁、再娶，不应以死亡作为条件来衡量受害人是否应承担另一方的扶养义务，更不应以婚姻关系较为脆弱为由区别于父母、子女间的扶养义务，故从法理而言，也不应排除侵权人的赔偿责任。

同时，应当注意到的一点是，这种赔偿并不是无限制的，正是由于夫妻间的扶养义务系基于夫妻关系存续而产生，当另一方再行嫁娶时，双方即不再互负扶养义务，故对于夫妻一方的被扶养人生活费年限应参照双方年龄、夫妻关系、寿命、扶养人工作年限等条件综合考量，以短期年限（五年以下）处理为宜，超过此期限的，赔偿权利人仍有权提出有关请求。相对的，在确定合理的赔偿后，若被扶养人另行与他人结合，应允许赔偿义务人以不当得利为由追偿相应的费用。

（二）特殊情况下无劳动能力的认定

根据法律规定，被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属，其中关于成年近亲属的丧失劳动能力且无其他生活来源的要求不能简单从字面进行理解。

审判实践中，对于无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人，如精神病人、先天残疾等生活无法自理的人，当然可以作为被扶养人。但若碰到虽有劳动能力但客观上无法从事劳动的情形，如受害人死亡，其母一直照顾因病卧床的父亲，并未实际工作，这种情况下，能否简单认定其有劳动能力而不支持被扶养人生活费？

笔者认为，其实不然，法律虽然规定了丧失劳动能力的条件，但对于客观上无法参加且一直未参加工作、有合理事由的成年近亲属，仍应推定为适格的被扶养人。理由是：首先，法律规定了受害人与被扶养人之间的扶养关系；

其次，被扶养人虽然有劳动能力，但确因合理缘由无法参加工作；再者，受害人未受到损害时家庭生活维持收支平衡，而受害后收支明显不符，这种收支不符是基于侵权行为产生的可得利益损失，应予以赔偿。

（三）特殊情况下无其他生活来源的认定

审判实务中，一般以退休年龄来衡量是否符合丧失劳动能力条件。但是由于社会经济的不断发展和社会保障制度的不断健全，各种国家层面以及社会层面的养老保险、商业保险层出不穷。此时很多被扶养人在退休后，已经享有政府或保险公司发放的养老金，侵权人一般会以此为由抗辩被扶养人生活费的赔偿。

实践中，部分法院判决支持应判决数额与领取养老金的差额部分，部分法院则直接驳回被扶养人生活费的诉讼请求。笔者认为，这两种做法都混淆了养老金与收入来源的概念，同时也未明确被扶养人生活费系受害人收入一部分的法律性质，并不可取。

事实上，不管是国家层面强制缴纳的养老保险，还是社会层面自行购买的商业保险，都是被扶养人与第三人之间的法律关系。被扶养人出于对日后充裕生活的考虑，往往会选择缴足养老保险、多选购商业保险，这些都是由自身的投资行为所带来的收益，是基于法定或者约定而享有的社会保障，不应成为侵权人免于赔偿的理由。此外，对于被扶养人而言，受害人的致残或死亡，均会导致其应得被扶养人生活费的缺失，这种缺失不能以被扶养人自身投资所得而弥补，否则侵权人不仅没有受到应有的制裁，反而因被扶养人自身的支出减轻了赔偿责任，违背了一般的公平正义准则。

三、结语

综上，被扶养人生活费虽然争议不断，但关于其适用条件已经有了明确的法律规定，对法律条文的理解，不仅要基于本身含义，更要基于社会公平正义价值的考量，结合客观的实际认知，不能片面的适用条文，以防止对被扶养人的保障缺失，更不能因此破坏了最基本的公正理念。

继承法之归扣制度

2016-08-24　中国法院网长沙天心法院 廖龙芝

【内容摘要】：很多国家的继承法中已存在归扣制度，我国是否要移植该制度于继承法中值得讨论。归扣制度在实现共同继承人之间遗产分配的公平上发挥着重大的作用，但是其自身存在一定缺陷，并且与法律制度有冲突之处。笔者认为在现行制度下无需将归扣纳入继承法作为遗产分配制度之一，而仅需通过完善补充现有继承法制度即可。

【关键词】：归扣 特留份 共同继承

我国现行《继承法》未规定财产归扣制度。有学者认为这是我国立法上的漏洞，应当加以补充。我国民法典立法研究课题组编写的《中国民法典:继承编条文建议稿》及张玉敏教授主持的《继承法立法建议稿》中均规定了归扣制度,似乎在我国建立归扣制度已成为必然趋势。然而，在考虑在法律上规定一个新的影响财产分配的制度之前，应对该制度的渊源，价值和目的及与现存法律制度是否冲突进行分析。

一、罗马法上的归扣制度

从各国民法规定来看，归扣又有扣除、合算、冲算、扣减等称谓。所谓归扣，一般是指被继承人对于继承人为其应继份之预付，为赠与或遗赠，于算定其现实之应继份时，应予以加算或扣除的制度。【1】

财产归扣源自古罗马继承法。在罗马法中，已解放和已出嫁的直系卑亲属，与仍处在家长权下的子女一样享有对其父系血亲尊亲属的继承权，但前者的劳动所得或者得到的赠与、遗赠以及嫁妆归他们自己所有，而仍在家长权下的子女等，其劳动所得和接受的赠与、遗赠等，都要放在家中归家长所有或用益，这就产生了不公平现象。大法官为了补救此项缺陷，则设了一种“财产加人”(collatio bononun)，简称“加人”(collatio)制度。“加入”制度的实质，就是将所有晚辈直系血亲的财产都计入遗产的范围内，让全体继承人在平等的条件下分配遗产。后来，随着家父权的逐渐消亡，这种制度逐渐演变为赠与冲算制度，即将被继承人生前给予继承人的赠与，在遗产分割时要归入遗产进行分配。【2】

罗马法上创立加入制度的目的在于维护共同继承人应继份的平衡，其根据是尊亲属对卑亲属有同等的慈爱，其情感是一样深的，因而在继承时应当一视同仁，平均分配，尊亲属过去对某卑亲属的赠与或设立的嫁资等，视为该卑亲属预先提取了自己的应继份，所以现在继承被继承人的遗产时，应当将预先取得的那部分财产“加人”到遗产中，以示公平。【3】各国民法正是考虑到了罗马法上“加人”的上述特殊功能，为维护继承人在继承被继承人财产上的公平，遂确立了遗产分割中的归扣制度。从归扣制度的渊源与流变看，实现共同继承人间的公平是归扣制度的根本目的之所在。

至于被继承人生前的特种赠与行为性质，则被认为是应继份的预付。我国学者称“将生前特种赠与拟制为应继份的预付比较准确地说明了归扣制度的理论基础”【4】

本文认为：归扣制度目的在于实现共同继承人之间遗产的公平分配。此制度在一定程度上的确有利于实现公平，但是如果将此制度明确规定与法律之中作为法定继承遗产分配的一个制度，尚存很多疑问与矛盾之处亟待解决。

二、归扣制度产生的疑问及分析

（一）公平与自由之博弈

遗产分割的归扣制度是否与私有财产的自由处分相矛盾？于继承法中明确规定归扣制度实质是在无遗嘱继承规则时，立法机关推定被继承人若订立遗嘱会采取将其生前之特种赠与从应继承财产中予以扣除。然法律的此种推定是否能代表继承人生前的意思，令人生疑。

首先，被继承人生前特种赠与可能是出于对于部分子女的偏爱或怜悯（尤其对那些收入相对较低的子女），被继承人并不希望该子女在继承遗产时还必须从应继份额中扣除特种赠与的部分。

其次，如果被继承人于生前实施特种赠与时未明确作出反对归扣的意思表示，法律则以默示推定的方式为被继承人赠与继承人财产增加了负担。对于有反对归扣意图却未明确作出者，法律的此种推定不免有不尊重被继承人意思之嫌。纵如很多学者所言，我国现实民间遗产分割存在类似财产归扣的习惯，但同时应注意继承法作为裁判法，主要功能是有效合理的处理主体之间纠纷，其更多的是其消极的角色，而不能为主体行为施加较多的形式要求，（尤其是对财产分配方面），否则，就为主体行为自由设立障碍。

最后，有的学者认为虽然被继承人有特种赠与的意思表示，但是被继承人的真意可能并非是普通的赠与，因而应将这种赠与拟制为应继份的预付。适用法律的前提条件是确定事实，即使是要使用到推断的方法也是要谨小慎微的，法律若只以“可能”就可以变成对应继份的拟制，肯定会造成更大的不公平，在天平的两端，一边是被继承人生前明确的赠与意思表示，另一边是模糊的“真意可能并非是普通的赠与”，孰轻孰重，一目了然。

（二）归扣制度于理论上是否存在冲突？

首先，在归扣制度中，法律拟制被继承人生前给继承人的特种赠与为应继份的预付。那么试问继承人对该特种赠与享有什么权利？众所熟知，被继承人死亡之前是其财产的所有人，将来的继承人之享有继承期待权，被继承人死亡后，继承人对遗产始享有继承既得权。将生前特种赠与拟制为对继承人应继份额的预付实际上否认了继承期待权和继承既得权的区别，或者说将继承期待权提前实现。

其次，在应继份少于特种赠与时，对此差额如何处理？特种赠与高出应继份的部分是否需要返还？如需返还，则已经作为应继份的预付的财产此时有相当于撤回部分预付，那么，不利于财产归属的稳定性，也导致法律关系的繁杂。对于不许返还，此时，大于应继份的特种赠与认定为与应继份的预付似乎不够准确。

再次，归扣制度与所有权制度相冲突。所有人对自己的私有财产有自由处分的权利。被继承人无论何种原因在其生前以赠与方式将其财产转移给被赠人，进行了相应交付或登记，所有权即发生变动，被赠人即成为赠与物的合法所有人，赠与物也就不在于被继承人（赠与人）有关联。若引入归扣，在法律上将被继承人生前的特种赠与拟制为法定继承人的应继份的一种预付，意味着赠与物在遗产分割时要归入到遗产进行分配。那么，会与私人对其合法财产享有排他的绝对的所有权发生不可调和的冲突。若称仅以受赠与物的相应价额予以扣除，那么试问本来以继承人与被继承人之间血缘关系为基础的继承难道还实行等价交换关系？尤其若在应继份小于特种赠与，采差额返还时，则进一步否定了赠与生效后受赠人对赠与物的所有人地位。继承人与被继承人生前获得财产的性质也就不能定性为赠与了。难道此时继承人与赠与物之间是借用或占有关系？

另外，归扣是否令赠与有必要区分为对一般人的赠与和对继承人的赠与？财产归扣将生前的赠与具有特留份预付的性质，使得被继承人生前对不同对象的赠与产生不同的效果。若赠与一般人则发生充分的完整的所有权转移；若赠与继承人则继承人对获得的赠与份额要承担被归扣的后果，也即其在应继份大于或等于特种赠与时，并未享受到除提前获得赠与物之所有权的其他任何利益，毕竟该部分赠与物迟早都归继承人所有，继承人只是预取了而已。

（三）现有制度下归扣制度充分发挥作用的空间有多大？

归扣制度是为了解决法定继承中共同继承人之间分配遗产的公平。我国继承法上规定了特留份制度及父母死亡后成年兄姐对未成年弟妹的照顾扶养义务制度，使得对于无劳动能力有无生活来源的人及未成年人来说，以在很大程度上弥补了遗产平分造成的不平等。而归扣充分发挥作用的空间主要仅限于部分子女获得特种赠与，而尚有其他成年子女未获赠的情形。对于如此窄小的使用空间，在整个遗产分配制度中强行纳入归扣制度，其可取性尚不如对此窄小空间做某种调和型建议规定。

（四）在现有制度下归扣制度真的能达到预期的公平么？

首先，将被继承人生前给予继承人的特种赠与视为应继份额的预付，使得同为受赠人，一般受赠人能获得充实、完整、确定的受赠物，而与被继承人具有血缘关系的感情亲近的继承人却要承担受赠物被归扣的忧虑？这实际上造成了同为受赠人之间不平等的法律后果。归扣制度是法律为了保证继承人之间的公平而设置的制度，但是该制度不应该是以牺牲受赠人之间的公平为代价。

其次，归扣制度中所称的共同继承人之间的公平是相对被继承人遗产范围而言的，其认为将遗产的范围扩大到被继承人生前特种赠与即达到了这种公平。但是，如果从权利义务相一致的角度出发，这种公平可能是另一种实质意义上的不公平。如在我国，长子女在家庭中往往承担较多的义务，不仅在其年幼时帮助父母照顾弟妹，而且在其工作后用自己的工资补贴家用。在这种情况下，父母给他的未作明确说明的特种赠与可能是对他多年家庭付出的一种补偿，如果按照归扣制度进行处理，显然对其是不公平的。【5】

再次，特种赠与包含营业、婚嫁、另居、为继承人支付的保险费和偿还债务支出的费用以及超出正常费用的教育费。那么试问如果所获赠与的那部分利益已经适当的消灭，例如对于获得用于营业的特种赠与的继承人，如其合理正常营业未盈利甚至亏损，在参加遗产分配时，同样适用归扣，对该继承人是否不公？

三、结论

综上，虽然归扣制度在实现共同继承人公平分配遗产上能够发挥重大的作用，但是该制度自身存在一定缺陷，且同法律制度存有冲突，部分学者有关在我国设立归口制度的理由也不充分，故不应将归扣制度纳入继承法。我国设立归扣制度的条件还不够，但可以在继承法中规定，遗产分配时应当适当的考虑依继承人自被继承人处获得的特种赠与额相应减少其所获之继承份额，同时对我国继承法中的特留份制度进行完善等方式对我国继承制度进行改革。

参考文献：

【1】、史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 版，第 230 页。
【2】、张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社 1999 年版，第 152 页。
【3】、周丹：《罗马法原论》（下）商务印书馆 1996 年版，第 536 页。
【4】、房绍坤、朱呈义：《论遗产分割中的归扣制度》，法制与社会发展（双月刊），2003 年第 6 期，第 66 页。【5】、王翔：《对我国应否建立归扣制度的商榷》，石河子大学学报（哲学社会科学版），2007 年 12 月，第 21 卷第 6 期，第 63 页。

夫妻约定一方名下房产分割给另一方是否以变更登记为权属认定条件

2016-08-12　中国法院网北京三中院　王忠　朱伟　刘艳辉

【基本案情】

唐灵诉称：唐为于 2011 年 9 月 16 日在浙江宁波出差期间猝死，未留下遗嘱。其名下财产有位于北京市朝阳区东三环北路二十三号财富中心 B 座 3 单元 B 号房屋（以下简称财富中心房屋）等多处房产、银行存款、轿车等。唐为的继承人是配偶李英及子女唐灵、唐勇。唐灵诉至法院，请求判令：由唐灵、唐勇、李英共同继承唐为的全部遗产。

唐勇、李英共同辩称：认可唐灵、唐勇、李英作为唐为的继承人参与继承，但登记在唐为名下的财富中心房屋并非唐为的财产，不应作为遗产予以继承。虽然该房屋是以唐为的名义购买并向中国银行贷款，但根据唐为与李英签订的《分居协议书》，财富中心房屋是李英的个人财产，之所以没有变更至李英名下，是因为有贷款没有还清。该协议书没有以离婚为前提，属于双方对婚后财产的安排，在唐为去世前，双方均未对此协议反悔。因此该协议书是有效的，财富中心房屋是李英的个人财产，不属于唐为的遗产。对于唐为名下的其他财产同意依法予以分割继承。

法院经审理查明：李英与唐为系夫妻关系，二人生育一子唐勇。唐为与前妻曾生育一女唐灵，离婚后由前妻抚养。唐为父母均已去世。唐为于 2011 年 9 月 16 日在外地出差期间突发疾病去世，未留下遗嘱。

2010 年 10 月 2 日，唐为与李英签订《分居协议书》，双方约定：“唐为、李英的感情已经破裂。为了不给儿子心灵带来伤害，我们决定分居。双方财产作如下切割：现在财富中心和慧谷根园的房子归李英拥有。李英可以任何方式处置这些房产，唐为不得阻扰和反对，并有义务协办相关事务。湖光中街和花家地的房产归唐为所有。唐为可以任何方式处置这些房产，李英不得阻扰和反对，并有义务协办相关事务。儿子唐勇归李英所有。唐为承担监护、抚养、教育之责。李英每月付生活费 5000 元。双方采取离异不离家的方式解决感情破裂的问题。为了更好地达到效果，双方均不得干涉对方的私生活和属于个人的事务。”2012 年 11 月 28 日，北京民生物证司法鉴定所出具司法鉴定意见书，鉴定意见为该《分居协议书》上唐为签名为其本人所签。

关于财富中心房屋，2002 年 12 月 16 日，唐为作为买受人与北京香江兴利房地产开发有限公司签订了《商品房买卖合同》，约定：唐为购买北京香江兴利房地产开发有限公司开发的财富中心房屋，总金额为 1 579 796 元。庭审中，唐灵、唐勇、李英均认可在唐为去世时间点，该房屋尚欠银行贷款 877 125.88 元未偿还。此外，房产、李英与唐为名下还有其他两处房产、汽车及银行存款等财产。

【裁判结果】

北京市朝阳区人民法院于 2014 年 4 月 8 日作出（2013）朝民初字第 30975 号民事判决：一、被继承人唐为遗产车牌号为京 KN1255 号北京现代牌轿车由李英继承，归李英所有，李英于判决生效后十日内向唐灵支付折价款一万六千六百六十六元六角七分；二、被继承人唐为遗产位于北京市朝阳区湖光中街 2 号院第 1 栋 1 层 104 号房屋归李英所有，李英于判决生效后十日内向唐灵支付折价款一百八十万元；三、被继承人唐为遗产位于北京市朝阳区东三环北路 23 号财富中心 B 座 3 单元 B 号房屋归李英所有，并由李英偿还剩余贷款，李英于判决生效后十日内向唐灵支付折价款八十八万五千一百八十元六角九分；四、李英于判决生效后十日内向唐灵支付被继承人唐为遗产家属一次性抚恤金一万八千三百六十六元六角七分；五、李英于判决生效后十日内向唐灵支付被继承人唐为遗产工会发放的家属生活补助费五千三百六十六元六角七分；六、驳回唐灵其他诉讼请求。

宣判后，李英、唐勇提出上诉。

北京市第三中级人民法院于 2014 年 8 月 25 日作出（2014）三中民终字第 09467 号民事判决，认为《分居协议

书》属婚内财产分割协议，应优先适用《婚姻法》的相关法律规定，不应强制适用物权登记公示原则，故对本案予以调整，判决：一、维持北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第 30975 号民事判决第一项、第二项、第四项、第五项；二、撤销北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第 30975 号民事判决第六项；三、变更北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第 30975 号民事判决主文第三项为：位于北京市朝阳区东三环北路二十三号财富中心 B 座三单元 B 号房屋归李英所有，并由李英偿还剩余贷款；四、驳回唐灵其他诉讼请求。

【评析】

本案二审争议焦点为财富中心房屋的权属问题。李英、唐勇认为根据《分居协议书》的约定，该诉争房屋是李英的个人财产，不应纳入唐为的遗产范围予以继承；唐灵认为该诉争房屋登记在唐为名下，应当作为其遗产进行继承。

笔者认为，解决该争议焦点的关键在于厘清以下三个子问题：

第一，唐为与李英于 2010 年 10 月 2 日签订的《分居协议书》的法律性质。

李英、唐勇认为该协议属于婚内财产分割协议，是唐为与李英对其婚姻关系存续期间所得财产权属的约定，该约定合法有效，对双方均具有约束力；唐灵认为该协议系以离婚为目的达成的离婚财产分割协议，在双方未离婚的情况下，该协议不发生法律效力。法院认为，本案中唐为与李英签订的《分居协议书》是婚内财产分割协议，而非离婚财产分割协议。理由如下：

首先，从《分居协议书》内容来看，唐为与李英虽认为彼此感情已经破裂，但明确约定为不给儿子心灵带来伤害，采取“离异不离家”的方式解决感情破裂问题，双方是在婚姻关系存续的基础上选择以分居作为一种解决方式并对共同财产予以分割，并非以离婚为目的而达成财产分割协议。其次，从文义解释出发，二人所签《分居协议书》中只字未提“离婚”，显然不是为了离婚而对共同财产进行分割，相反，双方在协议书中明确提出“分居”、“离异不离家”，是以该协议书来规避离婚这一法律事实的出现。再次，《婚姻法》第十九条第一款对夫妻约定财产制作出明确规定：“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。约定应采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”本案所涉及的《分居协议书》中，唐为与李英一致表示“对财产作如下切割”，该约定系唐为与李英不以离婚为目的对婚姻关系存续期间所得财产作出的分割，应认定为婚内财产分割协议，是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定。

第二，本案应当优先适用《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）还是《婚姻法》的相关法律规定。

李英、唐勇认为，应适用《婚姻法》第十九条之规定，只要夫妻双方以书面形式对财产分割作出约定即发生法律效力，无需过户登记；唐灵主张，本案应适用《物权法》第九条之规定，不动产物权的权属变更未经登记不发生法律效力。本院认为，该问题首先要厘清《物权法》与《婚姻法》在调整婚姻家庭领域内财产关系时的衔接与适用问题，就本案而言，应以优先适用《婚姻法》的相关规定处理为宜。理由如下：

物权领域，法律主体因物而产生联系，《物权法》作为调整平等主体之间因物之归属和利用而产生的财产关系的基础性法律，重点关注主体对物的关系，其立法旨在保护交易安全以促进资源的有效利用。而《婚姻法》作为身份法，旨在调整规制夫妻之间的人身关系和财产关系，其中财产关系则依附于人身关系而产生，仅限于异性之间或家庭成员之间因身份而产生的权利义务关系，不体现直接的经济目的，而是凸显亲属共同生活和家庭职能的要求。故《婚姻法》关于夫妻子女等特别人伦或财产关系的规定不是出于功利目的创设和存在，而是带有“公法”意味和社会保障、制度福利的色彩，将保护“弱者”和“利他”价值取向直接纳入权利义务关系的考量。

因此，婚姻家庭的团体性特点决定了《婚姻法》不可能完全以个人为本位，必须考虑夫妻共同体、家庭共同体的利益，与《物权法》突出个人本位主义有所不同。在调整夫妻财产关系领域，《物权法》应当保持谦抑性，对《婚姻法》的适用空间和规制功能予以尊重，尤其是夫妻之间关于具体财产制度的约定不宜由《物权法》过度调整，应当由《婚姻法》去规范评价。本案中，唐为与李英所签协议关于财富中心房屋的分割，属于夫妻内部对财产的约定，不涉及家庭外部关系，应当优先和主要适用《婚姻法》的相关规定，《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定应作为补充。

第三，《物权法》上的不动产登记公示原则在夫妻财产领域中是否具有强制适用的效力。

李英、唐勇认为，婚内财产分割协议只涉及到财产在夫妻之间的归属问题，依双方约定即可确定，无须以公示作为物权变动要件；唐灵则主张财富中心房屋的产权人是唐为，即使唐为与李英曾约定该房屋归李英拥有，也因未办理产权变更登记而未发生物权变动效力，该房屋仍应纳入唐为的遗产范围。本院认为，唐为与李英所签《分居协议书》已经确定财富中心房屋归李英一人所有，虽仍登记在唐为名下，并不影响双方对上述房屋内部处分的效力。理由如下：

《物权法》以登记作为不动产物权变动的法定公示要件，赋予登记以公信力，旨在明晰物权归属，保护交易安全和交易秩序，提高交易效率。但实践中，由于法律的例外规定、错误登记的存在、法律行为的效力变动、当事人的真实意思保留以及对交易习惯的遵从等原因，存在大量欠缺登记外观形式，但依法、依情、依理应当给予法律保

护的事实物权。《物权法》第二十八条至第三十条对于非基于法律行为所引起的物权变动亦进行了例示性规定，列举了无需公示即可直接发生物权变动的情形。当然，这种例示性规定并未穷尽非因法律行为而发生物权变动的所有情形，《婚姻法》及其司法解释规定的相关情形亦应包括在内。

在夫妻财产领域，存在大量夫妻婚后由一方签订买房合同，并将房屋产权登记在该方名下的情形，但实际上只要夫妻之间没有另行约定，双方对婚后所得的财产即享有共同所有权，这是基于《婚姻法》规定的法定财产制而非当事人之间的法律行为。因为结婚作为客观事实，已经具备了公示特征，无须另外再为公示。而夫妻之间的约定财产制，是夫妻双方通过书面形式，在平等、自愿、意思表示真实的前提下对婚后共有财产归属作出的明确约定。此种约定充分体现了夫妻真实意愿，系意思自治的结果，应当受到法律尊重和保护，故就法理而言，亦应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴。因此，当夫妻婚后共同取得的不动产物权归属发生争议时，应当根据不动产物权变动的原因行为是否有效、有无涉及第三人利益等因素进行综合判断，不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据，只要有充分证据足以确定该不动产的权属状况，且不涉及第三人利益，就应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人。需要指出的是，此处的第三人主要是相对于婚姻家庭关系外部而言，如夫妻财产涉及向家庭以外的第三人处分物权，就应当适用《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定。而对于夫妻家庭关系内的财产问题，应当优先适用《婚姻法》的相关规定。

本案中，《分居协议书》约定“财富中心房屋归李英拥有，李英可以任何方式处置这些房产，唐为不得阻挠和反对，并有义务协办相关事务。”该协议书系唐为与李英基于夫妻关系作出的内部约定，是二人在平等自愿的前提下协商一致对家庭财产在彼此之间进行分配的结果，不涉及婚姻家庭以外的第三人利益，具有民事合同性质，对双方均具有约束力。财富中心房屋并未进入市场交易流转，其所有权归属的确定亦不涉及交易秩序与流转安全。故唐灵虽在本案中对该约定的效力提出异议，但其作为唐为的子女并非《物权法》意义上的第三人。因此，虽然财富中心房屋登记在唐为名下，双方因房屋贷款之故没有办理产权过户登记手续，但《物权法》的不动产登记原则不应影响婚内财产分割协议关于房屋权属约定的效力。且结合唐为与李英已依据《分家协议书》各自占有、使用、管理相应房产之情形，应当将财富中心房屋认定为李英的个人财产，而非唐为之遗产予以法定继承。

案例注解

在立法与实践的双重层面，物权法与婚姻法都未作好充分有效的衔接，均需进一步完善。就审判实践而言，法官通常会囿于物权法规定而存有认识误区，在婚姻财产纠纷中过分强调物权登记主义原则，将夫妻财产约定放在物权法视角下作惯势思维的考察，忽略了物权登记仅系权利推定，而非最终确定权利。我们应当兼顾身份关系案件的特殊性，在约定财产制下，夫妻之间的财产约定在内部关系上应视为准物权契约，对夫妻双方均有效力，即使所涉财产未经物权变动登记，也可发生物权转移的效果，双方均应严格遵守约定。

本案就是基于上述认识对一审判决结果进行改判的，具有典型的示范意义，一定程度上是重新确立了这一领域的法律适用规则，在理论界与实务界都取得了非常积极的反响与评价，并最终入选最高院公报案例。

浅谈探望权的强制执行

2016-04-13 中国法院网 江苏省如皋市人民法院 章海涛 赵容容

内容摘要：《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。探望权，是指离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。当前探望权的强制执行中存在着一些争议和问题，本文将从以下几方面入手，探析一下探望权强制执行问题：第一，有关探望权强制执行的争议；第二、司法实践中探望权强制执行的难点；第三、解决探望权执行难的措施。

关键词：探望权、强制执行、难点与措施

探望权，又称见面交往权，是指离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。我国《婚姻法》第三十八条规定：离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议，协议不成时，由人民法院判决。 父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。

一、探望权强制执行的相关争议

修订后的《婚姻法》第四十八条规定：“对拒不执行有关扶养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探望子女等判决或裁定的，由人民法院依法强制执行。有关个人和单位应负协助执行的责任。”所以探望权是可以由国家强制力来保证实施的。关于探望权强制执行的问题，有几种争议观点：

有观点认为，探望权的强制执行会给父母双方造成影响，甚至一方可能造成被法律制裁的后果。通过法院的强制执行，可能权利方会实现其探望权。但是，对未成年的子女来讲，他能够理解吗？恐怕执行的暴力留给他的只能是可怕的回忆，通过强力实现的权利，可能不会使小孩子产生与父亲或母亲团聚的欢乐。他们认为，家庭法纯粹是私法，家庭关系与个人私生活联系最密切，而且婚姻家庭的许多现象通伦理道德联系密切，法律的规定则将个人的

私秘公开化，并且还具有强制力。探望权不能实现的情况确实存在，但是个别的现象。法律是关于一般现象的一般规则，法律对探望权应当关注，但是是否有必要通过立法加以关注，还是通过道德的途径加以解决。法律是道德的底线，但是法律具有强制性。婚姻家庭关系中有许多的现象法律没有去规定，比如婚内强奸现象，婚外情现象等。为什么法律没有规定，就是认为这种行为还是道德调整的范围。那么探望权有特殊性吗？当然没有。如果法律规定了，也不应当规定可以强制执行。可以像夫妻相互忠诚的义务那样作原则的规定，不必变为独立的诉讼请求权。法律过分深入到婚姻家庭中去，必然会削弱家庭的自我调节功能。公权力渗入家庭领域实际是权力观念的膨胀。

司法实践部门在探望权立法时也有不同意见。认为法律不能解决一切问题，将道德规范解决的问题用法律来解决会适得其反。法律对探望权的规定法院执行此类案件数量的增加，而且探望权案件相关法律规定不完善，也会造成执行效果不理想，加大社会对法院的不满。

但是，法律已经对此作出明确的规定，法律总是要执行的。我们认为，探望权案件的执行，是未与子女共同生活的一方对子女的亲权得以实现的法律保障，也是体现法律保障未成年人合法权益的体现。如果当事人就探望权的履行产生争议，生效的法律文书不能够执行会直接威胁到法律的尊严、司法的公正，探望权的强制执行势在必行。

二、实践中探望权强制执行的难点

探望权纠纷的发生，多是由于夫妻在离异时就已矛盾重重，离异后无法心平气和地协商子女的探望问题而产生的。加上探望权主体、客体、内容及标的的特殊性，决定了探望权案件执行的难度比较大。主要难度比如：

1、被执行人的协助义务界定困难。被执行人阻挠另一方行使探望权的，认定被执行人拒不执行判决自无异议，但被执行人的父母即子女的祖父母或外祖父母阻挠另一方行使探望权，能否认定是被执行人拒不履行协助义务？有时子女本身不愿到父或母处时，又如何处理？

2、缺乏法定的执行措施。既然是执行，就应有一定的执行措施，而民事诉讼法规定的各种措施如查封、冻结或替代履行等，对探望权的执行都不适用。因为子女并非执行对象或标的，不能对子女本身采取强制执行措施。有人认为：有关当事人拒不让对方探望子女，执行法院应根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。但上述内容为对妨害民事的强制措施，因此，拘留、罚款等并非执行措施。

3、执行程序终结不易确定。婚姻法并未规定父或母行使探望权的期限，在子女成年前，父母对子女都有抚养、教育的权利和义务，因而可以认为在子女成年前，父或母对子女都有探望的权利。这种权利从父母离婚时起将延续相当长时间，因此使如何认定案件已经执行完毕十分困难。假设父母离婚时子女 3 岁，父或母行使探望权为每月 1 次，这个月的探望权问题通过执行程序获得了解决，能否说这起执行案件已执行完毕？而现行有关规定又要求执行案件的执行期限为 6 个月。以江苏省法院系统为例，现行的审判绩效考核机制把审理执行的天数作为一项重要的考核指标，如果是探望权纠纷的执行，必然增加了执行的期间，对执行人员来讲，也抱怨承办这样的案件。

4、离婚诉讼的当事人对探望权行使的时间地点有时约定在比较特定的时间和场合，造成执行的困难。如果按照传统的执行程序，在权利受到侵犯后再申请人民法院执行。那么原来约定的特殊时间和地点就永远不能够实现其探望权。比如有的当事人约定在子女生日或者特定的节日，比如春节、国庆节等等，往往有的当事人就在探望日要到时将小孩带走，这时候权利人再去人民法院申请执行，人民法院再依法立案执行，根本不可能实现原来当事人探望的目的。

5、有的离婚案件中，对探望权的约定比较含糊。只是明确一方有探望权，没有明确具体的时间地点等，这样的条文在执行过程就很难执行，不能操作。还有的协议仅仅写明当事人有探望权，探望权的时间、地点由双方自协商。如果因这样的协议产生纠纷，当事人产生探望纠纷，当事人必须通过诉讼程序，将探望的内容具体明确后，才可以申请人民法院强制执行。

三、解决探望权执行难的措施

婚姻法的规定为探望权不能及时得到实现的权利人申请强制执行提供了明确的法律依据。由于探望权案件的执行牵涉各方之间的亲子、亲情关系，决定了探望权执行的复杂和特殊。在执行过程中要特别注意执行的方式和技巧。人民法院在执行探望权纠纷的案件时，要注意强制执行探望权的特殊性。同时，在执行探望权纠纷的案件过程中也要时刻体现维护子女最大利益的宗旨。要解决好执行难的问题，我们可以采用更多的执行措施和方法。

1、要坚持依法切实执行的原则。在强制执行的过程中，执行人员要严格按照法律的相关规定进行，不得采用恐吓、威胁等不法手段；不得对当事人双方进行调解，重新安排探望的时间等具体内容。而应当依法保障判决书内容的切实实现，维护法律与司法的权威。事实上，执行过程中的和解措施，本来是执行的双方自己就生效法律文书进行协商的过程。但是，这样的措施已经被作为人民法院执行机构在执行过程中再次主持调解的依据，司法实务中称为二次调解，实际对人民法院判决的权威性有极大的打击。执行的目的就是要让生效的法律文书得以全部履行，探望权的案件的执行也应当注意这样的情况。执行机构不是审理机构，不能够再就探望权的行使的具体内容做出变更，如果确实有必要进行变更也应当由审理的机构来进行，这是人民法院内部分工所确定的原则。

2、加大要求有关单位与个人协助执行的范围和力度。如果当事人双方矛盾激烈，难以相互配合，可以考虑由有关单位与个人协助执行。根据司法实践，协助执行的单位与个人一般包括：1)、照看子女的祖父母或外祖父母及

其他相关人；2）未成年子女就读的幼儿园、小学及中学；3）、抚养子女一方所在单位；4）、妇联、居委会及青少年权益保护部门。由这些部门或个人协助执行，让他们经常性地做好被探望子女的父或母的疏导教育工作，有利于案件的执行，也避免给未成年子女幼小的心灵带来更大的创伤。在国外，如离异一方拒不为另一方探视子女提供方便而需要采取强制措施时，一般是由社会义工对此进行监督协助，避免影响子女的身心健康。在我国，还没有这样的机构，同时法律也没有这方面的规定。实践中，妇联和青少年权益保护部门可以作为法院执行这类案件时的协助单位。

3、适度运用强制措施。在执行中应该尽可能保障父母双方与子女正常接触与联系的渠道，保证子女获得父母的关爱。同时要做到教育与强制相结合。在强制执行探望权时，应对过错方进行必要的教育与疏导，争取其提高认识、自觉履行，以在最大程度上减少可能对子女带来的影响。因为，无论对父母的任何一方采取强制措施，必然会给子女的心理造成不良的影响。但是，在教育无效的情况下，应坚决依法采取强制措施，要树立法律的权威。对拒不履行探望权判决、裁定的，人民法院虽然不能对未成年子女的人身进行强制执行，但可对有关单位和个人采取强制措施。这些强制措施包括训诫、责令具结悔过、罚款、拘留乃至追究刑事责任。需要说明的是，这些强制措施应该慎重、适度使用。强制措施如果运用不当，不仅可能无法维护申请人的权益，还有可能给未成年子女的身心造成伤害。也就是说，在执行过程中，应着重运用疏导教育、训诫、责令具结悔过及罚款措施，对拘留及刑事处罚应慎用。而且强制措施实际是对不履行协助探望权行使义务人违法行为的制裁，不能指望通过对其制裁就能够顺利实现探望权。笔者曾经处理过一个离婚案件，男方在离婚时即将小孩转来转去，女方根本不清楚小孩的下落，人民法院强制执行的过程中，依法对男方家族的四人先后采取强制措施，执行历时两年，男方始终未交出孩子，两年的时间女方没有能够见到孩子，人民法院在这样的情况下也没有更好的执行措施，也很无奈。

如果是子女拒绝探望的，要弄清子女拒绝探望的原因。司法实践中，不与子女共同生活一方探望子女时，子女不愿与对方接触，甚至明确拒绝父母一方看望的情形时有发生。有的甚至是法院强制执行探望时，孩子钻在父母一方怀中不露面，致使出现探望者近在咫尺却无法实现探望权。应该说，探望权不仅是父母的权利，也是子女的权利。法院应根据子女的年龄与鉴别能力，来正确判断子女拒绝探望的原因，看子女能否独立作出拒绝父母一方探望的意思表示，究竟是子女不愿意接受探望，还是受另一方的错误教育乃至挑唆而不愿接受探望。如子女年龄较大，有判断能力，不愿接受探望，就不能强制执行；如果后者，可根据情节是否严重，对直接抚养子女一方采取批评教育甚至罚款、拘留等强制措施，责令其改正错误行为，说服子女同意接受探望。

4、完善现有法律制度。可考虑把不履行探望协助义务作为变更抚养关系的法定理由及确立侵害探望权精神损害赔偿制度。直接抚养子女一方拒绝对方探望子女，或故意设置探望障碍，使探望权人探望不到子女，必然遭受精神痛苦。探望权人可以请求精神损害赔偿，于法理相符。同时，一方探望不到子女，使子女得不到父母双方的关爱，不利于子女身心的全面健康成长，理应成为变更子女抚养关系的理由。

5、探望权案件应当允许延长执行时间。其他民事案件的执行，除定期支付抚养费的离婚案件外，往往是一次执行完毕，而探望权具有行使时间长期性和行使次数的反复性特点。如一次执行完毕即告结案，不利于对被执行人保持法律的威慑力，极有可能使权利人的权利再次受到侵犯，再次提起执行，从而出现一个判决书或调解书而权利人多次或反复申请执行的局面。因此，此类案件不宜仓促结案，应在一次执行完毕后等待观察一段时间再作出相应的处理。唯有如此，才能确保法律效果和社会效果的有机统一。

6、审理与执行相互兼顾。探望权执行难有的直接来源于审判。有的法官在审理探望权纠纷时，方法简单，思想工作不到位，对一方行使探望权的方式、时间没有让当事人充分协商，也没有提出适当的探望方案而是简单地下判，以致于其中的一方产生对抗情绪；有的判决则是含糊其词。如：只判决一方每月可以探望一次子女，而对探望的具体日期、地点和方式却没有写明，给拒不执行的一方提供了理论依据，给执行工作带来了不必要的麻烦；有的判决不考虑孩子的意志，不顾孩子的身心健康而简单地下判，致使未成年子女拒绝配合探望。因此，法官在审理这类案件时，应先让当事人对探望问题充分协商，力争达成协议，确需判决的，也要尽量明确、具体，要充分考虑到以后判决的执行，努力不使对探望权的判决成为“白判”。

7、正确适用拒不执行法院生效判决文书罪。虽然刑法和民事诉讼法规定了被执行人拒不履行法院生效裁判应负刑事责任，但司法实践中极少适用这项规定，没有运用最具强制力的法律手段保证法院判决的执行，使一些“软对抗”的被执行人逍遥法外，使得这项法律规定形同虚设。对拒不执行生效裁判与阻碍执行者，要坚决制裁。立法上要尽快明确追究拒不履行法院裁判罪的程序。据报载，美国一妇女因不让其享有“探视权”的前夫探望女儿，被法官判处监禁数年。如果我们的法律能作出如此严肃的规定，如果我们的法院能如此认真地执行法律，探望权的执行也就不会再难。

综上所述，《婚姻法》将探视权列入可强制执行的范畴，是我国法律改革的进步，但是如何确切的实施这一法律规定，还需要在司法实践中作进一步的探索和完善。

追索抚养费是否受诉讼时效的限制

2016-08-31 中国法院网 江西省石城县法院 吴春苑

【案情】1993 年肖某和李某经人介绍认识后，双方于 1993 年 12 月登记结婚。1995 年 2 月肖某和李某共同生育一女小肖某。婚后肖某和李某长期因生活琐事争吵，2000 年 3 月李某带着其女小肖某搬回娘家居住。自李某及小肖某搬出肖某家后，小肖某的一切费用均由李某承担，肖某未再支付任何费用。2016 年小肖某向人民法院起诉要求法院判决肖某支付其应当承担的小肖某未成年期间实际产生的抚养费 30 万元。

【分歧】抚养费追索是否受诉讼时效的限制？

第一种意见认为，抚养费请求权作为一种法定债权，既然是债权就应当受到诉讼时效的限制。

第二种意见认为，从司法实践现实看，如果追索抚养费不受诉讼时效的限制，可能会导致大量抚养费纠纷案件诉至法院，从客观上讲也不利于家庭和睦和社会的稳定，因此抚养费不应当受到诉讼时效的限制。

【评析】笔者认为应当综合看待抚养费的诉讼时效问题。

根据《婚姻法》第二十一条规定父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。《最高人民法院关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第十一条 抚育费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚育费。及《婚姻法》司法解释（一）第二十一条 婚姻法第二十一条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。 抚养费的法律属性和特点有三：(1)抚养义务的无条件性。父母对未成年子女的抚养义务是无条件的，子女一旦出生，无论父母经济条件及负担能力如何，也不论是否愿意，均必须依法承担抚养义务。即使降低自己的生活水平、牺牲自己的事业发展和生活享受，也必须首先保障子女的生存和生活。(2)抚养内容的复合性。即父母对未成年子女的抚养涉及子女身心成长、发展的全过程，是全方位的抚养，所以抚养内容既包括提供子女所必需的一切生活费用，为子女健康成长和发展提供经济保障；又包括提供子女教育、学习费用，保证子女充分享受接受义务教育的权利，为培养和提高子女的文化素质和生活技能创造条件。(3)抚养义务的长期性与持续性。从子女出生时开始，到子女达到成年年龄乃至具有独立生活能力为止，父母均应责无旁贷地承担抚养义务。

法律上基于身份关系而产生的请求权有两大类：基于纯粹的身份关系产生的请求权和基于非纯粹的身份关系产生的请求权。对于前者，其请求权内容并非诉讼时效调整的对象，所以不属于诉讼时效适用范围；对于后者，因侵权的行为和事实处于持续状态，起算点无法计算，所以也没有适用诉讼时效的必要。从请求权的性质看抚养费请求权应当系身份权请求权，即民事主体在其身份权的圆满状态受到侵害或者有侵害之虞时，向加害人请求加害人为一定行为或者不为一定行为，以回复或者保持身份权圆满状态的权利。身份权请求权由于与特定身份关系密不可分，且涉及公序良俗和伦理道德，故不适用诉讼时效。

但是尽管我们认为上述请求权不适用诉讼时效的规定，但由于享有上述请求权的身份可能存在一定的期限，故上述请求权不适用诉讼时效并非是永久的。例如，对于给付赡养费请求权，在赡养法律关系存在的情形下被赡养人方享有，在被赡养人死亡的情形下，该请求权主体不存在，该请求权也不存在。在抚养法律关系中，在抚养法律关系存续期间，给付抚养费请求权不应适用诉讼时效的规定，但在抚养法律关系不再存续的情形下，给付抚养费请求权应适用诉讼时效的规定。即在被抚养人尚处于被抚养期间，即使该抚养费的拖欠已超过两年诉讼时效期间，但法律对被抚养人请求给付抚养费的请求权仍应保护。但如果被抚养人已不具备被抚养条件，如满十八岁以后再要求其十八岁以前的抚养费的，则应适用诉讼时效的规定。因婚姻法及其司法解释所规定的抚养权利主体仅为未成年，即只有当子女处于未成年或不能独立生活状态下时才有具有被抚养人的身份。当子女成年或者有独立生活来源时即失去了被抚养人的身份，此时抚养费用已经丧失功能，不具备保护利益。因此给付抚养费请求权诉讼时效期间截止到被抚养人年满十八周岁或独立生活。

综上，本案中在小肖某已经成年的情况下，尽管其父肖某在其未成年期间未尽抚养义务，但由于小肖某起诉时其已成年，已经失去了要求给付抚养费的被抚养人身份。因此小肖某的诉讼请求不应当得到保护。

违法建筑不宜作为离婚夫妻共同财产分割

2016-08-31 重庆市第五中级人民法院 江津区法院 刘德宝 蒋 璐

【案情】

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”。

【分歧】

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。

【评析】

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。

执行程序中追加被执行人配偶并不是以执代审

2016-08-31 庐州判官

一、问题的提出

在执行程序中，执行法院裁定追加被执行人配偶为被执行人？并直接执行配偶名下的夫妻共同财产？这个问题非常常见和重要，其结论直接给基层执行实践带来重大影响。目前，理论界对此见仁见智，实务界做法不尽相同，广大基层执行法官常为此困惑不已。

比如，甲起诉乙欠钱不还，判决主文载明乙五日内向甲偿还借款 10 万元，但判决书未对债务是否为夫妻共同债务作出认定。那么甲在立案执行后，执行法院能否追加乙的配偶丙为被执行人，并直接执行丙名下的财产呢？

二、各方观点集锦

（一）反对追加的观点

在执行理论及实务界，有不少人认为不宜追加，其代表性的理由在于：**“债权人拿到法院判决直接向法院申请强制执行，有的基层法院直接引用婚姻法解释（二）第 24 条，把未参加诉讼的配偶另一方直接追加为被执行人，这显然不合适。当时制定这个司法解释本身就是司法审判的裁判标准，夫妻共同债务的认定只能在审判阶段不能在执行阶段“。**

”夫妻共同债务应当通过审判程序来认定，不能由执行程序认定。因为如果夫妻共同债务可以通过执行程序认定，那没有参加诉讼的配偶一方就失去了利用一审、二审和审判监督程序维护自己合法权益的机会，这是不公平的”。

反对者的这些理由，可总结为四点：一是夫妻共同债务只能在审判程序中认定，直接追加有以审代执的嫌疑；二是从立法原意上来看，婚姻法解释（二）第 24 条禁止适用于执行程序中；三是直接追加堵死了被执行人配偶的救济途径，会损害其利益；四是追加被执行人是“例外之策”，应当坚持适用情形法定原则，现行法中无追加依据。

（二）最高院执行局的观点

在《执行工作指导》第 46 辑中，就“夫妻一方为被执行人案件，能否执行夫妻共同财产或配偶的个人财产”问题时，最高法院执行局曾认为：“执行依据未明确债务为夫妻债务为夫妻一方个人债务的，如果债务发生在夫妻关系存续期间，配偶不能证明非夫妻共同债务的，可以推定为夫妻共同债务，并可以直接执行夫妻共同财产、配偶（包括已离婚的原配偶）的个人财产。配偶有异议的，可以根据《民事诉讼法》第 227 条的规定进行救济”。

众所周知，《执行工作指导》上刊登的执行疑难问题解答，都是最高院执行局集体讨论的结果，是执行实务工作经验的结晶，基本上代表了最高执行机关对某个问题的倾向性意见，因此这些解答都是非常慎重的。

（三）各地法院对这个问题的做法

根据我掌握的资料来看，全国多地高院对这个问题的倾向性指导意见，以及很多地方基层法院的操作方法，都是按《执行工作指导》上的解答进行的。比如，上海高院《关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》认为：执行机构有权在执行中对所涉债务是个人债务还是夫妻共同债务作出判断，符合一定条件时可以追加被执行人的配偶为被执行人。

浙江高院《关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》认为：执行机构可以判断执行依据确定的债务是否属于共同债务，但无需追加配偶为被执行人，可以直接作出裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者配偶一方名下财产。

江苏高院《关于执行疑难问题的解答》认为：执行实施机构有权审查并作出是否追加的裁定。只有个别地方，如北京法院明确表示，不得裁定追加被执行人的配偶为被执行人，申请执行人主张共同债务的，告知其通过其他程序解决。

此外，宁夏高院（2015）宁执复字第 5 号裁定、福建高院（2014）闽执复字第 14 号裁定、江西高院（2014）赣执异字第 1 号裁定、河北高院（2014）冀执复字第 70 号和（2015）冀执复字第 15 号裁定、广东高院（2014）粤高法民二执复字第 1 号裁定中，均明确可以追加配偶并认定执行债务属于夫妻共同债务。

（四）司法解释征求意见稿的观点

最高法院《关于变更和追加执行当事人的若干规定》（征求意见稿）第 4 条明确规定：婚姻关系存续期间的债务，除法律文书确定其为个人债务外，推定为夫妻共同债务，可以执行夫妻共同财产。共同财产由债务人一方的配偶占有时，可以追加其配偶为被执行人。

2011 年，《强制执行法草案》（征求意见第六稿）出台，其中第 23 条第 4 款明确规定：除执行依据中确定的义务人外，下列主体可以作为执行债务人：（四）执行依据确定或者依执行依据推定的夫妻共同债务的夫或者妻，包括前夫或前妻。

（五）本文观点

本文认为，对于夫妻关系存续期间发生的执行债务，结合《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第 9 条第 4 项、第 10 条第 2 项规定，**申请人申请追加被执行人配偶为被执行人的，执行法院可以直接控制（处分）配偶名下的任何夫妻共同财产或个人财产，并在控制财产后给被执行人配偶送达执行裁定书和追加裁定书。被执行人配偶如不服的，按照执行异议案件立“执异字”案号后，可以根据民诉法第 227 条提起案外人异议、案外人之诉予以救济。**

三、直接追加被执行人配偶并不是以执代审

有人认为：为杜绝执行乱，追加被执行人不应是“常规之举”，而应是“例外之策”，应当坚持适用情形法定。比如，《民诉解释》第 472 条至 275 条，《执行规定（试行）》第 76 条至第 82 条，《制裁规避意见》第 20 条，都是法条明文规定的追加情形。但追加被执行人配偶并无法条明文规定，因此执行实践中不能追加。

不可否认，追加对当事人影响较大，为防止执行乱，遵循“追加情形法定”的原则当然是对的，但对此要有正确的理解。实际上，并不是法律明文规定了追加的情形才能追加。正确的理解是：只要是法律明文规定的共同债务

的“推定”情形，或者是法律明文规定互负连带责任的“推定”情形，都可视为追加被执行人的法定依据。

比如：法条甲规定了 B 对 A 所负的外债承担连带清偿责任，现在执行依据中确定的执行债务人只有 A，那么执行法院可据此直接追加 B 为被执行人，这里的追加依据就是甲法条。典型如《公司法》第 63 条，当执行依据中确定的被执行人为一人公司时，执行法院可据此直接追加一人公司股东为被执行人。

应该说，在追加变更当事人司法解释生效前，目前直接追加被执行人配偶确实没有明文的法律条文支持。但是，婚姻法解释（二）第 24 条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”本文认为，该条完全可以作为追加配偶的间接依据。

这是因为，24 条确立了夫妻共同债务的推定规则：只要是婚姻存续期间所负债务，除有例外情形用证据推翻外，原则上一律推定为夫妻共同债务。例外情形除了这个法条中规定的两种外，还有 2014 年最高院对于江苏高院的复函《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》中补充增加的一种情形：配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活。

因此，对于夫妻关系存续期间的债务，如配偶不能举证证明以下三种情形之一的，则认为夫妻共同债务。这三种情形是：（1）债权人与债务人明确约定为个人债务；（2）债权人知道夫妻财产 AA 制的约定；（3）债务并非用于夫妻共同生活。

那么，推定有什么法律意义呢？2001 年，最高法院出台的《关于民事诉讼证据的若干规定》第 9 条第 3 款规定：下列事实，当事人无需举证证明：（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实。

据此，对于夫妻关系存续期间的债务，“应当按夫妻共同债务处理”，这属于司法解释推定的法律事实，申请执行人无需举证证明，执行法官可直接推定该事实存在。既然司法解释明文规定了推定，当然是有法律效力的，又为何不能适用？可以认为，婚解（二）第 24 条，实际上是将被执行人配偶置于债务人和被执行人的地位，该条就是追加配偶的法定依据，这并不存在理论上的障碍。

还有论者认为，“追加配偶为被执行人，实际上是要认定执行依据确定的债务为夫妻共同债务，涉及实体问题。如果在执行阶段认定，存在以执代审的嫌疑”，这个或许是最大的反对理由。本文并不否认共同债务的判断是实体问题，实体问题最终需要通过审判程序解决，执行阶段并没有认定夫妻共同债务的权力。

有人打着“以致代审”的旗号，作为反对追加的理由，颇具一定的迷惑性。但仔细分析，你会发现这其实是一种误解。实际上，直接追加配偶为被执行人，并不是什么“以执代审”，也并没有违反“夫妻共同债务不能由执行程序认定”的规则。因为，推定只是基于概率、效率、成本作出的，“推定”不是“认定”，并不具有终局性，配偶有权提出异议用证据推翻。

所以，“认定”的权限仍然在审判庭，追加并没有否认“夫妻共同债务最终要通过审判程序来认定”的规则，执行局并没有最终确认“夫妻共同债务”的权限。既然如此，何来的“以执代审”呢？怎么就违反了“夫妻共同债务不能由执行程序认定”的规则呢？如果执行局真的行使了“夫妻关系存续期间的债务是否为共同债务”的最终判断权，那才叫“以执代审”好不好？

四、婚解（二）第 24 条可以适用于执行程序中

此外，还有一种观点认为，当时制定婚姻法解释（二）第 24 条时，这个司法解释本身就是司法审判的裁判标准，立法原意是不能用于执行程序中的。本文认为，这种追求立法原意的法律解释思路，并不合适。该条司法解释并没有说禁止适用于执行程序，既然没有说，为什么不能据此推定为夫妻共同债务呢？

法律一经制定，便落后于时代，立法者便不能垄断解释权（其解释只是多种学理解释中的一种），而应当由司法者从实质正义的角度出发，结合当时的社会生活作出合乎法律精神和目的解释结论。法律文本是死的，法律解释者是活的。当文本出现多个解释结论时，在不违背文本明文规定的情况下，解释者应不偏不倚，胸怀正义，观察哪种解释更合理，更能符合司法实践的需要，那么这种解释就是相对合理的。

以立法原意进行否定，显然是法律解释理念出了问题。法律解释的目标应是存在于法律规范中的客观意思，而不是立法者制定法律规范时的主观意思或立法原意。法律具有稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，否则在失去活力的同时，也会导致在适用时得出非正义的结论。

立法原意是立法者当时的意图，但由于立法者众多，这个原意是很难确定的。而且，即使承认立法原意的存在，那么它也不是一成不变的，也要随着时代发生变化。这样的法律才有生命力，才能适应时代变化和复杂的司法实践。

就像数年前，南京几名男同性恋者聚众淫乱一样，即使当时的立法者以刑法立法原意只处罚异性淫乱为由坚决反对，也不影响南京法院以聚众淫乱罪定罪量刑。同理，即使婚解（二）第 24 条的立法原意仅限于审判，那司法者也可以将夫妻共同债务的推定规则解释适用于执行程序中。

五、直接追加是基层执行实践的迫切需要

实事求是的说，面对无耻至极的老赖，面对社会反响强烈的执行顽疾，如果法院系统再作茧自缚，自缴刀枪，再莫名其妙的自己堵死执行老赖配偶财产这条有力渠道。如此带来的后果将是灾难性的，将直接导致大量能够执结

的案件得不到执结，将直接导致执行难问题更加雪上加霜。

对于局外人来说，很多老赖的无耻、狡诈、可恶、出尔反尔，没有从事过基层执行工作的人是很难想象和体会的。笔者就碰到不少人，为将审判庭糊弄过去，调解协议爽快签下后，很快就换号躲猫猫。原告立案执行后，根本找不到人，找不到财产，你说执行法院和法官能有什么好办法？

每个执行法官手上，每年都会有积攒的死案件，因得不到执行而长期积压。基层众多小标的案件，正是通过直接扣划被执行人配偶的财产来执结的。何况，一些被执行人的配偶对此可能都无话可说，法院为何就不能执行配偶名下的夫妻共同财产呢？ 既然人家配偶自己可能都没有异议，那法院系统为什么要自捆手脚，自弃这一执行利器呢？

按照最高法院《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》(法发[2015]7 号)，全国中级法院一审民商事案件的立案标的额大幅度提高，中部等 15 省所辖中院管辖诉讼标的额，提至 3000 万元以上。

执行与审判不同，审判存在二审，中院还有上诉案件可办，但执行由于不存在二审，且全部由一审法院立案执行，那么在法发[2015]7 号文件下，中高级法院已经基本无案可办了。目前，几乎 90%以上的执行案件压在了基层，基层院承受的执行压力之大可想而知。如果禁止追加被执行人配偶，对基层而言无异于是一场重大灾难，将直接导致许多能执结的案件结不了案。

现在有些搞理论的同志写一些脱离实践的文章，说什么不应该追加配偶为被执行人。还有一些长期在高级别法院工作的同志，接触到的有限高大上的执行案件大都是些以大企业为被执行人，涉案标的动辄都是几千万乃至数亿元。上述人员或许很难理解，追加被执行人配偶这一利器，对基层法院的执行法官意味着什么？

比如，我就曾办过这样一个执行案件：黄某欠李某 7000 元，调解结案后拖了两年多就是不给钱，申请人经常来法院催问。我接手本案后，开始联系黄某时，其还承诺送钱过来，后来要么不接，要么接了挂断，或者阴阳怪气，恶语相向。我不动声色，有意将本案冷却一段时间，但密切关注黄某及其配偶的财产状况。功夫不负有心人，终于有一天，查到了黄某配偶的存款并直接扣划。

我将扣划裁定寄出后，黄某妻子打电话询问了一番，但也只得心虚的就此作罢。在收到送达回执后，我即通知李某前来领款，本案就这样得以顺利执结。可以想象，如果不允许追加，这个案件可能这么快结案吗？对于那些持反对意见的人，如果看到这个案件不知会作何感想？如果这些同志有机会到基层从事几年执行工作，我相信他们很可能就会改变自己的观点。

六、直接追加损害配偶利益是小概率事件

现实生活中，如果夫妻关系正常，债务人配偶对债务的发生（尤其是民间借贷），绝大多数情况下应该是知情的，而且家庭也大都从债务中获得了一定的利益（所谓“用于共同生活”本质上就是共益）。于是，从保护债权人的角度出发，第 24 条确立了夫妻共同债务的推定规则。这其中蕴含的逻辑是，法律在提供救济途径的前提下，直接推定配偶一方对债务是知情或获益的。

实际上，自该条司法解释生效以来，多年来一直遭到批判，甚至有法官言辞激烈的写文章称之为国家一级立法错误。主要反对理由是：推定效力过强，除外情形过少，举证责任重到几乎无法推翻，对配偶一方有失公平。尽管如此，我仍然认为，该条司法解释是相对合情合理的。

对此，有一种观点认为，可能存在对被追加一方的诉讼权利保护不足。这样的规定在实践中非常危险的，可能导致夫妻一方与他人恶意串通转移共有财产。不可否认，当夫妻关系不好，一方恶意举债或伪造债务时，所举债务没有用于夫妻共同生活时，根据婚姻法解释（二）第 24 条，直接推定夫妻共同债务并执行，确实可能会损害无辜的配偶一方的利益。

但是，问题的关键是：出现这种案件的概率有多大？司法实践中，对于夫妻关系存续期间的债务，是共同债务的多？还是非共同债务的多？在 100 个夫妻关系存续期间产生的债务中，因没有合意或没用于夫妻共同生活而不是共同债务的，试问有几个呢？如果不这样做，那广大债权人利益又如何保护？为了一个小概率事件，让申请人再打一个确认夫妻共同债务的官司，这样的制度设计可行吗？

任何一种法律制度设计，都不可能完美无缺。妥当的结论，要切合执行工作实际，要考虑制度设计的投入与产出成本。这个法条的处理思路，本质上是在债权人利益和债务人配偶利益之间，进行价值衡量和选择的结果。在这两者之间，法律选择保护债权人的利益，这是完全符合当下社会生活现实的。

法律是平衡各方利益的，其不会无缘无故作出推定，从现行法上来看，法律作出推定的情形是很少的，肯定是基于非常强的理由。推定是权衡利弊慎重思量的结果，不会无缘无故的随便作出的。**法律对于极高概率的事件，直接推定某种事实在法律上成立，同时赋予可能被误伤的被推定方救济的权利。这种立法例有其合理性，也不鲜见，如侵权法上归责原则中的过错推定原则即为适例。**

再如《公司法》第 63 条，直接推定一人公司人格被否认，这里面蕴含的法理都是一样的。因为从实践来看，一人公司三会全无，几乎所有一人公司的财产和股东都是混同的，尤其是自然人设立的一人公司更是如此。正是基

于这种考虑，《公司法》第 63 条作出了保护债权人利益的推定规则，并赋予没有混同的极个别公司提出证据进行推翻的救济权利，这是完全符合实践需要的。

从实践来看，包括我在内的很多执行法官，在实践中早已这么做了，而且效果还很好。一般来说，配偶主张不是夫妻共同债务的很少，提出执行异议的也很少。夫妻关系存续期间的债务，绝大多数都是夫妻共同债务，所以强制执行被执行人配偶名下的夫妻共同财产时，侵犯被执行人配偶财产权利的可能性有，但是很小、很小。

更重要的是，那些声称对被执行人配偶权利保护不足之人，不知是否考虑过申请执行人的权利了吗？尤其是在交通事故类的执行案件中，你看到过申请人那绝望而又无助的眼神了吗？执行最重要的价值是效率，只强调保护老赖配偶的权利，而不知道保护生效法律文书确定的权利人的权利，这又是何种逻辑呢？

此外，从另外一个角度来看，通过对比《最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》和《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》，也可以找到支持直接追加被执行人配偶的合理性。

复函指出：“夫妻一方对外担保之债不应当适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务”。答复指出：“在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，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”。

显然，针对夫妻一方的对外担保之债和夫妻关系存续期间的普通债权，在是否适用婚姻法解释（二）第 24 条的推定规则上，两个复函给出了截然相反的回答。这是为什么呢？其中蕴含的法理，还要从概率论和成本论来解释。

众所周知，与一般债权请求权相比，特别是与民间借贷案件中的债权相比，担保之债的一个重大特点就是无偿性。担保之债的特殊性，决定了最高院两个复函差异的由来，决定了不宜直接将其推定为夫妻共同债务。因为，担保作为一种负担性行为，在担保人与债务人无特别约定的情况下，担保只是承诺帮债务人还钱，其本身并不会给担保人及其配偶和家庭带来什么利益。

于是，对于夫妻关系存续期间的债务（特别是借贷），由于实践中绝大多数都是共同债务，综合考虑概率、效率、司法成本等及各方利益，婚姻法解释（二）第 24 条在给配偶提供救济途径的前提下，直接推定为夫妻共同债务。但是，对于夫妻一方的对外担保之债，由于实践中几乎都不是夫妻共同债务，本着保护配偶一方利益的原则，复函明确不得根据婚姻法解释（二）第 24 条推定为夫妻共同债务。这一正一反，正好说明本文观点的合理性。

七、追加损害配偶利益的个案有充分的救济途径

在反对追加的理由中，容易给被执行人配偶利益造成损害、剥夺了其通过一审、二审、再审救济的权利的说法，杀伤力确实很大。但是，损害配偶利益的个案是完全可以通过救济程序弥补的。

在执行实践中，如果被执行人配偶不服，认为执行债务是个人债务，不应该执行其名下的财产，其完全可以根据民诉法第 227 条提出案外人异议，如果异议被驳回，还可以提起案外人之诉。而且，如果案外人之诉败诉，配偶还可以上诉，可以申请再审，法律提供了如此充分的救济渠道，何来对被执行人配偶诉讼权利保护不足之说呢？

我注意到，有一种观点认为，案外人之诉制度的设计目的，只是用来解决案外人实体权利能否排除执行的问题，不能解决夫妻共同债务的认定问题，所以案外人之诉不能实现救济被执行人配偶的目的。但事实并非如此。在案外人之诉中，民诉解释第 312 条赋予案外人的确权请求，既包括权利存在，也包括权利不存在。

在案外人之诉中，审判法官在判断债务是否为夫妻共同债务时，对于配偶一方提出的证据采信上，完全可以灵活解释婚解二第 24 条，通过灵活把握“用于夫妻共同生活”的证明标准和程度，来达到保护无辜配偶利益的目的。一般说来，如果配偶举证证明“债务为赌债”、“夫妻关系不好、长期分居、下落不明”等案件事实存在高度可能性时，法官基本上可以据此形成“债务是否用于夫妻共同生活”的自由心证。

因此，案外人完全可以在提出排除执行诉请的同时，同时提出确认执行债务不属于夫妻共同债务的诉请，前者属于形成之诉，后者属于确认之诉。这两个诉完全可以合并审理且一并作出裁判，这正好从反过来说明，追加配偶与“共同债务只能通过审判程序来认定”并不矛盾，追加配偶也并不是真正的“以执代审”。

如果经实体审理，确认执行债务不属于夫妻共同债务，则执行债务只能按照被执行人个人债务来处理。此时，追加裁定自然失去法律效力，业已控制的财产也可以解封，执行法院也不会继续执行配偶名下的财产，如此怎么可能会损害到无辜的被执行人配偶的利益呢？

法定继承纠纷案件中人民调解协议效力认定之探讨

——黄某某诉屠振某等法定继承纠纷案

2015-12-03 上海法院网 编写人周艳华

【案例要旨】

人民调解协议[①]是在人民调解组织的组织下，双方当事人自愿达成的协议。2011 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国人民调解法》首次以法律形式肯定了人民调解协议的司法确认制度，终结了人民调解协议不具有司法强制执

行力、难以被当事人重视的尴尬局面，无疑有利于鼓励当事人选择人民调解的方式解决纠纷，也有利于缓解法院当前的办案压力。2011 年 3 月 30 日施行的最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》规定法院对确认申请进行审慎司法审查，上海市高级人民法院亦在《关于民事调解协议司法确认程序的实施细则（试行）》做了相关规定。但在司法实践中，当事人往往回避对人民调解协议确认有效或者申请撤销之诉，而是在诸如法定继承、分家析产等诉讼中一并要求确认之前达成的人民调解协议书无效并重新进行析产继承，这势必要求承办法官根据实际案情，在判断人民调解协议有效与否的基础上，根据当事人的诉请做出相应的裁判，并从避免诉累角度出发，依法确认当事人相关的权利和义务。

【案情简介】

原告黄某某。

被告屠振某。

被告屠兰某。

第三人朱某某。

第三人徐某某。

第三人张某某。

第三人屠某某。

原告黄某某与被继承人黄金某于 1981 年 12 月 2 日登记结婚，黄金某系再婚。婚后，原告黄某某、黄金某及黄金某与前夫所生一子一女即本案被告屠振某、屠兰某共同生活。后，四人共同居住在位于上海市奉贤区奉城镇城东村某号的宅基地房屋中，被告屠振某、第三人屠某某结婚后亦居住于上述房屋中，该房屋宅基地使用证户主为黄金某，权利人为黄金某、黄某某、屠振某。上述房屋的部分于 2004 年第一次拆迁，安置获得位于上海市奉贤区奉城镇某花苑 1 号 202 室的房屋一套，于 2009 年办理产权证，产权人为黄金某。2008 年，上述房屋的其余部分再次拆迁，被继承人黄金某于 2008 年 3 月 17 日签订了拆迁补偿协议，后安置获得上海市奉贤区奉城镇兰博路某小区 4 号 102 室、4 号 301 室、2 号 301 室房屋三套。

被继承人黄金某于 2010 年 4 月 7 日死亡后，原、被告三人因房屋分配产生矛盾，遂于 2010 年 5 月 18 日在上海市奉贤区奉城镇城东村人民调解委员会主持下，达成人民调解协议如下：某花苑 61 平方米归屠兰某所有；某小区 94 平方米（301）归屠振某所有；某小区 94 平方米（102）归黄某某所有；某花苑 61 平方米产权过户由屠兰某负责……。协议签订后，被告屠兰某未办理某花苑房屋产权变更手续，该房权利人仍登记为黄金某，现无人居住，由两被告保管房屋钥匙。

后原告黄某某、被告屠振某再次因房产分配产生矛盾，双方及第三人屠某某遂于 2011 年 10 月 21 日在上海市奉贤区奉城镇城东村人民调解委员会主持下达成调解协议如下：奉城镇某小区小区 2 幢 4 单元 301 室 94.37 平方米房屋产权归屠振某所有；奉城镇某小区小区 1 幢 2 单元 301 室 94.14 平方米房屋产权归黄某某所有；奉城镇某小区小区 2 幢 4 单元 102 室 94.03 平方米经双方同意折价人民币 47 万元，屠振某付黄某某 23.5 万元，先付 5 万元，余款 18.5 万元保证 11 月底付清给黄某某。但，2 幢 4 单元 102 室预售合同放在黄某某处，等余额款付清后交给屠振某……。协议签订后，被告屠振某支付原告黄某某房屋折价款 50,000 元，尚有 185,000 元折价款未付清。2012 年 9 月，原告黄某某取得奉贤区奉城镇兰博路 2 号 301 室房屋产权，且原告在庭审中表示该套房屋由其与第三人张某某签订房屋买卖协议，后双方产生合同纠纷，现该房屋由第三人张某某居住，两被告对此未有否认。2012 年 9 月，被告屠振某及第三人屠某某取得奉贤区奉城镇兰博路 4 号 102 室房屋产权，现该房由被告屠振某、第三人屠某某家庭共同居住。2012 年 11 月，第三人朱某某、徐某某从被告屠振某处买受取得奉贤区奉城镇兰博路 4 号 301 室房屋产权，买卖合同价款由被告屠振某获得。

现原告黄某某认为两份人民调解协议违反继承法规定且侵害自己及被告屠兰某的权益，系无效协议，遂涉讼要求依法继承分割上述四套房产。

被告屠振某辩称，要求按照有居住权的人数分配房屋，其在签订第二份协议后已支付原告黄某某房屋折价款人民币 50,000 元，但不愿再支付剩余款项，请求法院依法处理。

被告屠兰某辩称，2010 年原、被告三人在村里签协议，其分得 2004 年拆迁安置的某花苑房屋，原告黄某某、被告屠振某各分得 2008 年拆迁安置的两套房子中的一套。后来黄某某和屠振某向拆迁部门又多要了一套房子，相当于 2008 年拆迁安置了三套房子，两人在 2011 年协议分掉了，其未参与 2011 年的调解协议，但其认可黄某某和

屠振某的协议，并不主张该三套房子中的权利，只主张2010年协议中分给其的某花苑的房屋。原、被告对于相关财产的分割已在村里调解完毕，其同意村里的调解方案。

第三人朱某某、徐某某、张某某未提供书面述称意见。

第三人屠某某述称与被告屠振某辩称意见一致。

【审判结论】

上海市奉贤区人民法院认为，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利。民事法律行为从成立时具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。本案被继承人黄金某死亡后，未留有遗嘱和遗赠抚养协议，故作为第一顺序继承人的原、被告应当按照法律规定继承遗产，但必须分清家庭共同财产、夫妻共同财产及遗产的范围。原、被告及第三人屠某某后因分割财产产生纠纷，经基层人民调解委员会调解，先后签订了两份调解协议书，该行为可视为原、被告及第三人屠某某对家庭共同财产分割和遗产继承的合并处分。由庭审查明事实可知，协议内容均是各方真实意思的表示，亦不存在协议无效的相关情形，且被告屠兰某对原告黄某某、被告屠振某、第三人屠某某于2011年10月21日签订的协议予以追认，故上述两份协议均合法有效，双方均应依法履行。原告认为协议无效的理由及要求重新依法分割继承相关财产的诉讼请求，因缺乏相应的事实和法律依据，法院难以采信和支持。故依照《中华人民共和国民法通则》第五十四条、第五十七条、第七十六条、《中华人民共和国继承法》第十五条、第二十六条、《中华人民共和国合同法》第四十四条、第五十一条、《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条第二款、第六十四条第一款、第一百四十四条的规定，判决：一、原告黄某某与被告屠振某、屠兰某于2010年5月18日签订的人民调解协议书及原告黄某某与被告屠振某、第三人屠某某于2011年10月21日签订的人民调解协议书均合法有效；二、位于上海市奉贤区奉城镇兰博路2号301室的房屋归原告黄某某所有；三、位于上海市奉贤区某花苑1号202室的房屋归被告屠兰某所有；四、位于上海市奉贤区奉城镇兰博路某小区4号102室的房屋归被告屠振某及第三人屠某某所有；五、位于上海市奉贤区兰博路某小区4号301室的房屋转让价款归被告屠振某所有；六、被告屠振某在本判决生效之日起十日内给付原告黄某某上海市奉贤区兰博路某小区4号102室房屋的折价款185,000元。

【评析意见】

一、关于原、被告间先后达成的两份人民调解协议书的效力问题

被继承人黄金某去世后，原、被告三人因房屋分配产生矛盾，并在调委会主持下达成人民调解协议，将当时三人确认的家庭财产即某花苑61平方米房屋、某小区94平方米房屋（301）、94平方米房屋（102）进行了分割，其中第一套房屋已办理权利人为黄金某的产权证，后两套为黄金某生前与有关部门签订拆迁补偿协议所确定的动迁房屋，当时该两套房屋尚未交付。

时隔一年半后，原告黄某某、被告屠振某再次因房产分配产生矛盾，黄某某、屠振某及其妻子屠某某（即本案第三人）三人又在调委会主持下达成调解协议，三人未对前一调解协议中已获产权证的61平方米房屋重新做出约定，仅达成合意就向有关部门协调多争取的一套动迁房屋、以及前一调解协议中已分配过的两套动迁房屋，共计三套动迁房屋进行了重新的约定，黄振某获得两套动迁房屋、黄某某获得一套动迁房屋、黄振某需支付黄某某相应的房屋折价款。

至此，本案相关的两份人民调解协议均已形成，但因为第二份人民调解协议签订时，作为法定权利人的被告屠兰某没有参加，系黄某某、屠振某、屠某某对拆迁过程中增加的家庭共同财产进行了擅自的处分，属于最高院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第七条第三项“损害案外人合法权益”的处分行为，是人民法院不予确认调解协议效力的情形之一，故第二份人民调解协议尚不能得到人民法院的确认。然，在此次诉讼中，被损害合法权益的被告屠兰某当庭表示对原告黄某某、被告屠振某、第三人屠某某签订的第二份人民调解协议予以追认，明确表示其仅主张第一份人民调解协议中确认的61平方米房屋的财产权利，其余财产由其他权利人自行处分。至此，根据《合同法》第五十一条即“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”，因被告屠兰某的追认排除了前述的法院不予确认调解协议效力的情形，且本案两份人民调解协议均是各方真实意思的表示，不存在协议无效的其他情形，故法院依法确认两份协议均合法有效。

二、关于合法有效人民调解协议的内容在判决主文中确认的问题

我国《民法通则》明确规定民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。本案

中，原告黄某某已于 2012 年 9 月取得 2 号 301 室房屋产权，被告屠振某及第三人屠某某已于 2012 年 9 月取得 4 号 102 室房屋产权，被告屠振某于 2012 年 11 月将 4 号 301 室房屋出售予第三人朱某某、徐某某，均是双方基于调解协议取得产权、处分财产的行为，均合法有效。另，原告黄某某可基于 2011 年调解协议要求被告屠振某履行给付 4 号 102 室房屋剩余折价款的义务，被告屠兰某亦可基于 2010 年的调解协议获得某花苑 1 号 202 室房屋的产权。

在确定判决主文的过程中，合议庭曾有过不同的意见。一种意见认为原告黄某某的诉请为依法继承分割诉争的四套房产，而该四套房产现在的产权状况除有一套登记在被继承人黄金某名下需进一步确认外，其余三套均有明确的产权人即本案原告黄某某、被告屠振某、第三人朱某某和徐某某，故判决仅需确定产权尚未明确的房屋的归属，对产权已明确的房屋无需处理；一种意见认为本案原告黄某某是基于认为人民调解协议无效的前提下提出重新分配房屋，故判决主文应当首先确认协议有效，并按照协议内容明确相关财产的权利人、相关财产折价款的权利人，虽然其中部分房屋产权已明确登记，产权人已获得绝对的物权，但是鉴于诉判一致的要求及全案判决完整性、避免当事人不必要诉累的考虑，在判决中对物权人已经明确的房屋进行再次的确认，同时对调解协议中明确的房屋折价款的给付义务也一并予以确认。最终，合议庭决定按照第二种意见对本案作出如上判决，且二审法院亦对上述判决予以确认。

三、对假设被告屠兰某不追认第二份人民调解协议情形案件处理方法的思考

因被告屠兰某对第二份人民调解协议进行追认，导致本案中两份涉及财产处理的人民调解协议均合法有效，法院最终的判决也是依据两份协议约定的内容进行了进一步的确认。纵观本案，被继承人黄金某死亡后，未留有遗嘱和遗赠抚养协议，故作为第一顺序继承人的原、被告应当按照法律规定继承遗产，但必须分清家庭共同财产、夫妻共同财产及遗产的范围，原、被告及第三人屠某某后因分割财产产生纠纷，经基层人民调解委员会调解，先后签订了两份调解协议书，该行为可视为原、被告及第三人屠某某对家庭共同财产分割和遗产继承的合并处分。所以，被告屠兰某的追认行为直接导致相关权利人对整个家庭共同财产、被继承人黄金某和原告黄某某夫妻共同财产、被告屠振某和第三人屠某某夫妻共同财产用两份人民调解协议“一揽子”处分。

然而，如果被告屠兰某对第二份人民调解协议未予追认，则在合法有效的第一份人民调解协议处分的三套房屋之外，对于第二份调解协议中涉及的第四套房屋，法院应当依法进行析产分割，因第四套房屋系动迁安置房，根据相关的动迁规定及具体动迁协议，法院在处理时应当厘清动迁安置人相关的权益并予以确认，也即将财产中的家庭共同财产、夫妻共同财产、遗产部分进行明确的分割，在此基础上再对遗产进行继承，在此不再赘述。

【附录】

编写人：周艳华

案例索引：

一 审：上海市奉贤区人民法院（2013）奉民一(民)初字第 6104 号（审判长周艳华，代理审判员姚彩兴，人民陪审员王妹，书记员李陆昕）

二 审：上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民一(民)终字第 2966 号 （审判长羊焕发，审判员马丽，代理审判员陈敏，书记员王翀）

[①] 本文所论述的人民调解协议不包括人民法院立案后委托人民调解组织调解所达成的协议，因为纠纷此时已经纳入人民法院的审判程序中，并不同于完全无审判力量参与的人民调解。

未婚同居关系中的女性权益法律保障探究

2016-08-17 福建法院网 长乐法院 陈珠

【论文提要】从人类产生至今两性关系就以多种方式存在，婚姻不是通向家庭和性生活的唯一合法桥梁。随着现代生产力的急剧发展，婚恋观念的转变，两性关系的处理更加多元化，未婚同居现象应运而生。在我国，未婚男女自主选择同居已经日益公开和普遍。但由此引发的物权确认、侵权赔偿等法律纠纷也在逐年增长。女性因同居受到损害的事实日益普遍，但现实生活中，我国没有专门的法律规范对未婚同居现象予以规定，现行婚姻家庭法在规范未婚同居问题上的缺位，侵权法在解决女性同居损害问题上的局限，司法实践中对女性权益保护的组织的走过场化，致使同居中女性的人身及财产权益在受到损害时难以得到法律的救济。保护女性的合法权益是对男女平等原则的必要补充，是女性生理因素的要求，是衡量我国文明程度的天然标尺。为此，应加强未婚同居的相关立法，分阶段对未婚同居现象用法律制度加以规范；另一方面要从司法实践中促使部门职能专门化并落实各项制度，从而保护未婚同居关系中女性的合法权益。

【关键词】未婚同居 女性 立法构想 法律保障

引言

随着科技与社会经济的发展、人口流动速度的加快、人们性观念的转变以及婚姻自由原则的确立，两性关系愈发多元化。未婚同居[1]，不需要考虑婚姻状态下多加入的经济、地位、背景、发展等非感情因素，因此呈现普遍

性。以长乐市为例，“先上车再补票”的婚约，在侨乡长乐尤其盛行。[2]因长乐地区风俗及地方伦理价值观念的不同，未婚男女不论是先同居后领结婚证或同居不领结婚证的人数比例均逐年增加。经调研，未婚同居引发的各类案中，女性处于明显劣势。[3]保障妇女合法权益是全社会的共同责任，国家采取必要措施，逐步完善保障妇女权益的各项制度，消除对妇女一切形式的歧视，保护妇女依法享有的特殊权益。[4]

一、未婚同居关系中女性权益遭受损害的具体表现

或爱或性，或者是单纯地不想受到婚姻的束缚。近年来，未婚同居的情况在我国逐渐增多，由此引起的纠纷也愈发凸显。男女双方选择了未婚同居，可是到最后或因感情不合，或因男方与他人结婚都走到了对簿公堂的结局。在多数案例中，女性都受到一定的伤害，一是对非婚生子女抚养的责任以及同居中财产的无法得到，二是承受男方轻易另觅伴侣的精神打击。可最终却因法律的不完善无法得到救济。未婚同居中除了产生财产纠纷外，还有身体健康、精神损害、子女抚养等纠纷。

重庆师范大学心理教育咨询中心主任刘东刚在其“同居成本”论中提出，在同居关系中女性有五项成本偏高，有些女性甚至为此付出沉重的代价，而男性的成本几乎为零。这五项成本分别是社会文化成本、生理成本、经济成本、身体健康成本、心理成本。[5]虽然不能完全赞同“同居成本”论中男性的成本几乎为零这一说法，但是笔者相信男女两性并非像一般契约关系中的当事人一样平等，女性在事实上处于弱势地位，更容易遭受同居带来的伤害。而以上五项成本的描述也包含了涉诉比例较大的关于未婚同居关系中女性权益受到侵害的三大表现。

（一）财产损失

案例：潘某（女）与陈某 2002 年相识后共同生活，但双方未结婚登记。2004 年 12 月 21 日双方共同出资购买一套单元房，后一起装修入住并共同还贷。2008 年 1 月 18 日生育一子，其子出生后一直随潘某生活。不久，陈某与他人登记结婚。2010 年 6 月 10 日潘某诉至法院要求对同居财产与非婚生子女抚养问题进行判决。[6]

对于案例中常出现的财产损失的救济手段，从目前我国现状上看是相对完善的。立法上有相关规定对其加以支持，司法实践中，在处理此损害纠纷时社会也多从人情角度对女性以保护。但女性在此纠纷中的损害是根深蒂固的，涉及历史传统等因素。

从历史传统来看，“男主外，女主内”生活模式在当今社会仍存在。在未婚同居期间，男性以自己的能力在外获取财产，女性因为生理特点、性别因素以及传统观念等影响，选择在家与柴米油盐打交道，从事大量的后勤服务性的家务劳动,在没有收入的情况下其只能依靠男性的固定给付用以消费。女性为家庭和配偶付出很大，其人力资本的效益却未得到承认，而女性的人力资本具有专有性，是一种不可收回的资本，从经济学角度看，这一损失的资本是沉没成本，当同居关系终止时，沉没成本越大，女性所受的损失越大，其就越难退出同居关系。女性通常不愿意去接受先前投入的资金被浪费掉的事实，因此陷在沉没成本效应中无法自拔，这种“避免浪费的愿望”若单纯从经济上看，加入未来可能的收益计算也许可以得到正值，但从感情的收益看必然是负值--在无意义的关系中继续投入感情，对女性未来的生活显然不益。

（二）女性的身体健康受侵害

女性在未婚同居中的身体健康权受到侵害主要表现在两方面。一是同居男性的暴力对女性身体与心理的伤害，二是反复怀孕对女性身心健康的伤害。

1、暴力伤害

随着未婚同居现象的增多，发生在同居者之间的暴力现象也开始增多。在未婚同居中虽然双方并没有建立法律意义上的家庭关系，但其生活模式和婚姻家庭生活模式相同，[7]在长期的同居生活中，同居双方和婚姻关系中的夫妻双方一样也会面临各种矛盾与冲突。男女双方的生理差异决定了女性在体力上低于同龄男性，因此女性也就成为同居暴力中的受害者。

2、反复怀孕对女性的伤害

在同居关系中，男女双方几乎不会有生育的计划，而同居关系中常常伴有避孕失败而怀孕的现象，即使现代避孕技术使性行为导致怀孕成为必然的可能性已在降低。同居中，女性如果怀孕，常被迫生育或是堕胎，二者都可能使女性遭受身心的双重伤害，或带来计划外生育等问题，同居中的女性无法忽视这些成本。实际的调查统计表明，有相当一部分女性在同居过程中都曾意外怀孕。很多为逃避婚姻而选择同居的女性在怀孕后多会选择人工流产，而流产手术对女性的生理及心理都有很大伤害。实践中，一些女性同居者反复多次的人流手术甚至使她们永远丧失了生育能力，这种伤害是永远无法弥补的。[8]据国家相关部门统计，全国每年约有近 500 万例未婚流产者。[9]

在同居中因流产受到损害而提起诉讼的，对于男女双方均无配偶而自愿同居的，司法实践中常以现行法律没有规定；或以女性作为有完全民事行为能力人，应当预见同居可能导致的结果，男方不存在主观过错为由驳回诉讼请求，对女方损害不予救济。但是，众所周知，女方身体损害与同居性行为存在因果关系，而对此产生的损害后果由受害者一方承担，明显有失公平。[10]

（三）子女抚养与继承权方面遭受的不利

案例：戴某（女）与周某经人介绍认识后于 2005 年 3 月开始同居生活，至今未办理结婚登记手续，2006 年 10

月 14 日生育一女。2008 年 5 月 30 日双方因感情不合协议解除同居关系，并约定女儿由戴某抚养，后戴某带女儿回娘家生活至今。2010 年 8 月，戴某诉至法院，要求判决双方所生之女由戴某直接抚养，周某每月支付抚养费直至女儿成年止。法院认为，戴某与周某未办理结婚登记即同居生活，违反了我国婚姻法规定，其同居关系不受法律保护，但由此产生的子女抚养纠纷，人民法院应予受理。[11]

以上案例看来，未婚同居虽不是法律上规定的正式的两性关系形式，但必然也会产生子女抚养与同居双方继承权的问题。我国现有法律上有对于非婚生子女适用婚生子女相关规定的说法，因此在子女抚养问题上尚没有大问题。

在继承财产上，同居女性为家庭付出的劳动是没有实质上的估量，而男性多有自己的财产，法律也并没有规定同居中当事人双方的财产是共有的，所以在继承问题上女性存在弱势，甚至得不到任何保障。

同居关系不仅仅是双方的感情问题,也是与婚姻一样会涉及双方共同生活期间的费用负担、相互扶持、子女抚养、忠诚义务,会涉及家庭暴力和女性家务劳动无价值等问题，而在我国现行法律以及司法制度中，对未婚同居现象描述仍有缺失与不足。在其日益国际化的今天，更应完善法律等规范以加强对同居女性及其子女的保护。

二、未婚同居关系中女性权益立法保障之不足及其完善

如果一项纠纷无法进入到司法程序，而是长期游离于国家公权力之外，那就有可能酿成更大的悲剧，如果一个人的权利长期遭到漠视甚至剥夺,那他就会使自己成为一种肆无忌惮的破坏性的力量。这对社会稳定是非常有害的。[12]因此从大方向上说，要维护社会稳定，就要切实改善未婚同居相关立法与司法不足这一现状，依法保护未婚同居关系中女性的合法权益，依法追究侵犯未婚同居中女性当事人合法权益的人的责任，切实贯彻男女平等原则。

有法可依是我国司法实践中必须遵循的原则之一。因此保障未婚同居关系中女性权益必须明确相关的法律法规。未婚同居现象既然存在了，我国法律就不能采取中立态度，法律的视而不见会影响同居现象的存在，这是对我国相关立法亟待改善的一大有力说词。

（一）未婚同居相关立法及其不足

拿破仑在制定民法典时说过：“同居者无视法律,法律也无视他们”(les concubins se passent de la loi,laloi se désintéresse d’ eux)。[13]法国法律曾长期坚持拿破仑的这种强硬态度,“非婚同居不会被依法指控为犯罪,但也不受法律的保护”。在我国，以 1994 年相关法律规定为界，1994 年之前，法院可以依据有关事实婚姻的司法解释来解决其中大部分的案件，而 1994 年之后，立法不再承认事实婚姻，这类案件的处理就成了法院的一个重要问题。

现有法律中,《中华人民共和国妇女权益保障法》、《劳动法》、《继承法》、婚姻家庭法、侵权法等基本构成了保障妇女权益的法律体系，[14]上述法律对于未婚同居有相关但却不全面的规定。

我国婚姻法对未婚同居及其财产的处理没有明确规定，非婚同居关系找不到系统合适的法律法规予以规范。[15]在 2001 年之后对未婚同居采取不干预，不保护，不禁止的法律态度。现行婚姻家庭法在规范未婚同居问题上的缺位，致使同居中女性的权益受到损害时难以得到法律的救济。而与此形成鲜明对比的是，同居中的男性并不会因此而受到任何伤害，反而轻而易举地借助未婚同居的形式来逃避婚姻义务，此外男性还可以在未婚同居中享受婚姻之利。在这样的法律规则下，男性成为事实上的同居受益者。[16]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）中规定，当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理，但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的，人民法院应当受理并依法予以解除。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。这一规定中明显缺失了未婚同居中的双方权益的法律救济途径。《解释（二）》排除了除违法同居之外的男女同居关系的可诉性即意味着排除其非法性，这是司法活动的进步。

妇女权益保障法是妇女权益保障的专门性法律，但该法仅涉及一些原则性规定，没有对未婚同居现象以具体规定。

侵权法在解决女性未婚同居损害问题上具有局限性。各国婚姻家庭中的损害赔偿往往存在着排除侵权法适用的情形。[17]由前所述可知，女性在未婚同居中的损害是多元化的，侵权法单一的救济方式对有些损害无可奈何。所以，总的说来，女性在未婚同居中的损害问题并不能在侵权法的框架下得到很好解决。

以上分析看来，同居女性权益保障的相关法律法规大多是在其他法律的宏观规定及原则性规定中，其适用多是法律有具体规定的从其规定，法律没有具体规定的可借鉴其他相关法律加以适用这一方式的实践，从这点说来，没有专门性可言。当然，也有专门针对未婚同居中女性权益的法律规定，如 1989 年 11 月 21 日颁布的《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》，但此规定有着以下不足：一是缺乏时效性。这一规定是在二十几年前颁布的，与当前现状脱节很大，并且其颁布后还经历了 94 年关于婚姻的相关法律法规的变动。二是等级效力较低。这一规定仅以意见的形式颁布，其法律效力较低。

（二）完善相关立法之构想

结合我国未婚同居现状以及学者对该现象的探讨研究，笔者认为关于我国未婚同居关系中女性权益保障的相关立法可以有以下三种构想。

1、新规定纳入现有法律

这是纳入法律高度但不专门化的构想。为维护法律制定的稳定性原则，也为了维护法律的严肃性，笔者认为可以将现有法律不足之处加以规定，重新纳入现有法律中。如对于在未婚同居关系破裂时对在同居中承担家务劳动的女性的补偿以新规定入法；对在女性反复怀孕流产手术导致的身体伤害也适用特殊规定，即不用证明同居男性的过错直接以侵权法相关规定来保障女性的身体健康权。这一构想是应对日趋发展壮大的未婚同居群体的应急措施。可以说是当前最完美的想法，因其本身就有在现有法律及实践中体现，如若实行，只需将剩余的其他相关规定纳入，本质上绝不违反法律的基本原则。但这一做法可能造成多数法律的零星变动，从这点来说最终还是违反了法律的确定性原则，这也与此构想的初衷相矛盾。

2、同居协定或同居合同、契约的确立

这是专门化但不提高到法律高度的构想。可以将同居关系视为一种契约关系，依《合同法》及《婚姻法》的相关规定加以调整，以解决目前无法可依的尴尬境地。[18]学界中也大都赞同以合同方式保护女性在未婚同居中的权益。社会学家伯纳德曾说过：未来社会婚姻的最大特点，正是让那些对婚姻关系有不同要求的人，作出各自的选择。同居关系是本着意思自治原则而确定的，而合同也是双方当事人意思自治的产物，这二者在本质上有着共通之处。

视婚姻为契约是在西方国家产生并至今仍在西方法学界占统治地位的重要学说，婚姻契约说在人类婚姻史上具有历史性的进步意义[19]，同居可类比。未婚同居者大多使用同居契约进行，同居协议优先使用，以契约内容保护当事人的权利和义务，彻底体现当事人意思自治。个人取得权利，负担义务，完全取决于个人自由的意思。[20]未婚同居关系契约化，可以借鉴美国的相关规定，在美国，因为未婚同居不具有婚姻的法律地位，其救济手段主要是对当事人之间契约关系的保护，美国大多数州都有要求制定和强制实行未婚同居合同的规定，其目的在于保护未婚同居者，特别是女性同居者的合同权利和义务。[21]因此在关于未婚同居关系中女性权益的财产权、身体健康权、继承权等权利的保障可以以双方契约为先。女性更可以制定财产协议，财产公证或者遗嘱公证等来保障自身权益。

3、类婚姻法的未婚同居法的制定

这是专门又入法的构想。法律是最低的道德，单独的未婚同居法的制定更能体现法律的稳定性。可以预见，将来的未婚同居可能会成为两性关系中的主流模式。在未婚同居成为主要两性关系模式时，可以制定与婚姻法并行不悖的未婚同居法，这一法律的制定并不会动摇婚姻法的初衷，法律对未婚同居者权利义务的规定，是使人们清楚地认识到未婚同居在法律上的利弊，避免了当事人盲目冲动的选择未婚同居。中国人民大学教授杨立新也曾在检察日报发表文章，提出应立法规范准婚姻关系

因此，我国可以在立足国情的基础上，借鉴法国 2000 年开始实施的“紧密关系民事协议”（PACS）制度。PACS 是一种两人共同生活模式的全新尝试。它在关系的成立、解除和法律效力等方面均有别于婚姻，并没有动摇婚姻制度的稳固地位。虽然法国社会对 PACS 的制定一直存在争议，有人认为这相当于鼓励“试婚”，[22]很可能动摇婚姻的基本，不利于社会家庭稳定，不过不可否认的是，在法国越来越多人在接受 PACS。但要提出的是，由于法国社会对未婚同居问题的宽容，造成了法国“先生子后结婚”这一社会现象。我国已经是一个人口大国，若借鉴法国 PACS，必须杜绝此现象的产生。这又是一大难题，但相较于未婚同居可能产生的若干纠纷，此问题在我国现有政策下是可以弥补的，且已经在进步。法律的制定必定有相关的配套制度的辅助，我国可以制定未婚生子规定的制度，或是更进一步加强落实计划生育这一基本国策。

以上是笔者针对当前国情及学者的探究得出的立法构想结论，从根本上说，上述三种构想都是为了很好地解决现实中未婚同居相关法律的不足。第一种构想将其他未婚同居中发生却无法在法律中寻找依据的现象以法律规定下来，并根据其内涵将其分别纳入已有的法律中。笔者认为，这一构想虽因其已在司法实践中存在只能称其为半构想，且是应对当前未婚同居现象的最快捷方式，毕竟法律及其他法规的制定不是一蹴而就的，但并非长远之计，终有一日仍要被摒除。第二种构想是当前学界比较多人赞同的，也是笔者较有共鸣的。在人权思想遍及全球的今天，以契约方式订立未婚同居的相关规定，既有利于维护法律的稳定性，又有利于保障当事人的意思自治，是与国际接轨的一种立法方式。第三种构想上升到国家专门性法律层面。法律是严肃庄严的代称，如若上升到法律层面必定会有相应的强制性的规定，在可以自主选择的情况下选择强制性法规对于倡导自由民主的今天有些相悖。但是必须表明的是，如若终有一天，未婚同居成为全国极大多数人民两性关系的选择，类婚姻法的未婚同居法的制定将会成为必要。

因此，笔者认为针对当前中国国情，应确立以第二种立法构想为最终方向，以第一种立法构想为保障或说应急预案，以第三种立法构想为后盾的立法构想体系，切实以法律形式保护未婚同居中女性的权益。

三、对未婚同居关系中女性权益司法保障之不足及其改进建议

“司法是社会正义的最后一道防线”。立法是根本，司法是保障，在探讨维护同居关系中女性权益保障中，除了对立法方面进行改进外，也应从司法方面进行加固，在实践中，应先看到司法方面的不足，从而寻找原因与对策，更好地实现最终追求之价值。

（一）司法实践的不足

在处理同居案件当事人双方的关系问题上，虽然最高人民法院的司法解释和新婚姻法都做出了一定的规定和解

释，但这些规定比较概括和简单，不能完全满足司法实践的需要。在司法实践中，未婚女性在寻求救济时仍受到限制。机构、组织职能的模糊化影响其职能的发挥，很多机构或为了贪图解决事情的方便，或是迷恋解决大案的威名，或是对管辖权不明确的案件的高高挂起，均无法很好地实现自身的职能；相关制度的缺失使法律适用不能得到最大满足化。

1、相关机构、组织职能的模糊性

关于维护女性权益的组织、机构在数量上可以说已达到合理数值，其中有专门机构，如妇联，也有相关机构或称边际组织，如村居委会。但从目前看来，各个机构在维护女性权益中没能很好地发挥作用。首先是专门机构宣传力度的不足。在广大群众的生活圈里，对于维护女性权益的专门机构几乎一无所知，因此在遇到问题时无法及时地寻求帮助；即使是有些许认识度的人，在遇到问题不得已寻求帮助而被动去认识以外也无法很好地认识到机构存在的意义，有些地区甚至无法感受这些机构的存在。这种机构隐形化存在性无法实现其存在的初衷，起不到教育、帮助甚至是威慑作用。其次，相关机构不能很好地将自身的职能最大化。“搭便车”是经济学上一种社会效益扩大化的方式。相关机构无法实现在以自身专业职能为主的基础上，发挥其边际效益，为维护女性权益发挥“便车”作用，进一步提升维护女性权益的力度。

2、管辖权冲突时的不协调性

管辖权冲突在法学领域里有其自身的专业化解释，在此处笔者将其主体借用到涉及维护女性权益的所有机构中，即不仅是指审判机关在审理案件时的管辖权，也可指村委会等机构的地区管辖权的冲突。中国是“人情大国”，很多地区无法回避以情感处理案例的事实的发生。在同居关系中产生的纠纷，男女双方地区的居委会可能产生管辖权冲突，可能因为此类案件的复杂程序而推搡，也可能因为案件的有利可图而争抢，这既不利于维护权益，也不利于资源的合理利用。女方作为出嫁的一方，也会参照正式结婚的礼节，在同居过程中到男性方一同生活，一旦与男性产生冲突，极大多数情况下必须依靠男性方的村居委会解决问题，而男性由此就有了地理优势。这对女性而言明显是不利的。

3、立法单方的无依靠性

法律的严肃性注定了在运用法律过程中的刚正不阿，但正如前文所述，同居是具有强大的自由基因在内的一种生活方式，在司法实践中单纯地只运用法律没有明确的软性制度相配套，虽然可以得到法理的实现，却无法得到情理的体现。

对此，要坚持专门机关工作与群众路线相结合的原则，从以下几方面改善司法实践的不足。

（二）对于司法实践不足的改善

1、相关机构、组织的职能专门化

妇联是政府联系妇女群众的桥梁和纽带，是国家政权的重要社会支柱之一，是保障妇女权益的最具有广泛的代表性、群众性和社会性的群众组织。在未婚同居现象逐渐发展的今天，甚至可能成为未来两性关系主流的情形下，妇联更应该发挥作用，深刻贯彻落实《中华人民共和国妇女权益保障法》，强化其职能，设立专门机构用于维护未婚同居女性这一群体的权益，定期举行系列对未婚同居中的女性的普法宣传工作。

民政局是政府主管社会行政事务的职能部门，其主管的事务包括婚姻登记，在有涉及婚姻的范围内，民政局应做好自身的工作。婚姻登记制度是对于适婚男女双方最有保障的一项规定，民政局在日常工作中应发挥自身的优势，宣扬婚姻的保障性，从而让女性在现有未婚同居法律缺失的情况下选择婚姻的保障，从源头上保障女性的合法权益。

村、居委会是与百姓沟通的一线桥梁，在司法实践中，未婚同居双方若想解除同居关系，如若无其他相关证据必须有村、居委会的证明。曾有案例表明，一女性年少离家与一男子在男子所在地同居并生育子女。在而后的日子里陆续受到男子的暴力及精神威胁，意欲选择直接离开与同居方解除关系，却因当地的舆论与相关习俗及其他规定无法达成，最终想选择以法律方式保障自己的权益，但因其在同居地的地位以及男方在当地的关系网，无法得到相关立案文件也无法得到村委会的证明，其维权之路漫漫。因而在各种情形下，在发现管辖范围内村民或居民的权益受损害的，村、居委会应大公无私地维护权益受损方的正当权益。

而以上所述相关机构也可以在一定条件下启动联动机制，加强横向合作，扩大纵向结合，共同为保障女性权益发力。

另外在条件许可的情况下可以考虑在法院内部确立审理婚姻家庭案件的专门庭室，从而将未婚同居案作为其中的重点。必要时法院可以邀请妇联、村居委会或其它专业人士参与到维护女性权益的队伍中，

2、完善相关制度

司法机关在对待同居女性关系的司法过程中，必须严格以法律为准绳，在自由裁量的过程中准确地把握好自由度，以相关制度为辅具，将社会伦理纳入参考系数内，以民众舆情为参考值在司法过程中实现保障女性权益的“情理之中，法理之内”。　　为更好地实现以上价值，保护未婚同居关系中女性的权益，司法机关可以考虑辅以相关制度。在当今的司法实践中，调解在解决民事关系中是更优于诉讼的手段。未婚同居中女性可能受到同居财产以及生理因素等方面的局限，诉讼资本低于男性。未婚同居是当事人双方意思自治的产物，用调解方式更有利于当事人

双方的长远相处。因此在处理未婚同居中女性权益受损的案件时，完全可以类比于婚姻纠纷的解决方式建立未婚同居纠纷调解机制。这一机制符合和谐社会构建的主流，有利于当事人双方以后的关系发展。以一案例说明，李某与林某与 1988 年 1 月按农村习俗举行婚礼后以夫妻名义同居生活，一直未办理结婚登记，婚后生育三子女，后因李某离家长期外出，提起解除同居关系诉讼，法院根据最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第十四条的规定，主持调解，最终双方当事人自愿达成协议，[23]达到事了案结人和之效果。对双方后来的相处与子女的抚养起到了润滑剂的作用。

另一方面，可以比照婚姻法的损害赔偿制度，建立未婚同居关系中的财产分割制度和损害赔偿制度。在司法审判中，对于解决同居关系发生的财物纠纷，审判者可以比照婚姻法中对于女性及弱势方的照顾原则，在法律及情理上保障女性的权益。对于女性在同居中受到的暴力及因反复流产的伤害，可以适当给予请求精神损害赔偿的权利。

司法机关必须严格将立法与司法中的制度相结合，横向协作，共同发力维护女性合法权益。

结语

未婚同居在世界范围内日益呈现普遍化，在这样一种背景和趋势下，女性由于其生理等因素相对处于弱势，各国为了更好地改善这一现象，保障女性的权益，或者制定专门的法律，或者批准相关的契约规定，或者在原来的法律架构下拓展相关的规章制度，或是转变相关机构职能，而我国在此方面仍处于真空地带，这不利于社会的和谐稳定及其发展进步。正如大多学者所期盼的，我国也应在立足本国国情的基础上，积极借鉴他国的相关立法，改善我国已有的法律以及机构设置的不足，切实保障未婚同居关系中女性的权益，落实男女平等原则，维护健康稳定的婚姻家庭关系，促进社会的文明与发展。

---

[1] 本文中笔者倾向于将未婚同居概念较学界通说进一步狭义化，即未婚同居的主体仅指从未有过婚史的单纯意义上的适婚男女。因此可从婚姻状态上将非婚同居分为未婚同居、双方曾有过婚史的同居以及婚外同居。

[2] 东南快报:《长乐特有婚俗导致彩礼纠纷频发》,载 http://news.163.com/10/0604/04/68ABKNQG00014AED.html，于 2011 年 4 月 14 日访问。

[3] 陈博:《男女未婚同居现象普遍 同居女友难索青春赔偿费》，载 http://www.chinanews.com/life/2011/03-10/2895505.shtml，于 2011 年 4 月 14 日访问。

[4]《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条、第四条。

[5] 人民网:《婚前同居 男人的付出零成本》，载 http://www.chinadaily.com.cn/hqss/2010-05/10/content_9829831.htm，于 2011 年 4 月 15 日访问。

[6] 参见福建省长乐市人民法院（2010）长民初字第 495 号民事判决书。

[7] 王坤:《女性在非婚同居中损害的法律救济》，载《河北法学》2009 年第 7 期，第 147 页。

[8] 徐静莉:《非婚同居关系中女性权益的保护》，载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2008 年第 6 期，第 58 页。

[9] 海南新闻网-南国都市报:《全国每年 500 万未婚流产手术 其中一半是学生》，载 http://learning.sohu.com/20070403/n249164004.shtml，于 2011 年 4 月 15 日访问。

[10] 钱叶卫:《非婚同居性行为损害赔偿问题研究》，载《中华女子学院学报》，2009 年第 3 期，第 37 页。

[11] 参见福建省长乐市人民法院（2010）长民初字第 1713 号民事判决书。

[12] 李凤章:《非婚同居中女性合法权益的保护》，载《甘肃政法学院学报》2003 年总第 69 期，第 26 页。

[13] David Bradley,Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdiction-Determ inants of Legal Policy,International Journal of Law,Policy and Family,2001,(15),pp.22-50。

[14] 李银柱:《农村妇女权益保障的法律思考》，载龙翼飞等主编《和谐社会中的婚姻家庭关系的法律重构-纪念<婚姻法>修订五周年》，政法大学出版社 2007 年版，第 100 页。

[15] 房庆山:《论非婚同居合同》，载《山东省农业管理干部学院学报》，2009 年第 5 期，第 124 页。

[16] 参见王坤:《女性在非婚同居中损害的法律救济》，载《河北法学》2009 年第 7 期，第 148 页。

[17] 克雷斯蒂安·冯·巴尔，张新宝译，《欧洲比较侵权行为法》，法律出版社 2000 年版，第 3 页。

[18] 房庆山:《论非婚同居合同》，载《山东省农业管理干部学院学报》，2009 年第 5 期，第 124 页。

[19] 王卫国,夏吟兰，《民法学卷五婚姻家庭继承法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 2 页。

[20] 参见何丽新:《婚姻法领域意思自治的扩张与限制》，载龙翼飞等主编《和谐社会中的婚姻家庭关系的法律重构-纪念<婚姻法>修订五周年》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 66 页。

[21] 夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 28 页。

[22] 新华国际:《围观全球婚恋：我们的婚姻过时了吗？》，载 http://www.hebei.com.cn/zygl/system/2011/01/22/010288045_04.shtml，2011 年 4 月 15 日访问。

[23] 参见福建省长乐市人民法院（2010）长民初字第 2526 号民事调解书。

（三）检察官视点

（四）律师视点

婚前股票，婚内收益，离婚怎么分？

北京市京师律师事务所 李博文

【导读】

夫妻一方婚前投资股票，婚后产生的收益在离婚时是否应当作为共同财产进行分割？依照《婚姻法》司法解释（三）第五条之规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

夫妻一方在婚前投资的股票所产生的分红，其性质究竟是孳息，增值还是经营收益？司法实践中，婚前投资股票婚后产生收益，离婚怎么分？

问题一：孳息？增值？还是经营收益？

孳息，指的是从原物中所出的收益，通常分为天然孳息与法定孳息两种。依照物的自然性质而产生的收益物称之为天然孳息，比如：植物结出的果实、动物的产物如鸡蛋、羊毛；依照法律关系产生的收益为法定孳息，比如：存款利息、有价证券收益、股权分红、未经共同经营管理的房屋租金等收入。

自然增值，是指该增值发生的原因是因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻一方或双方是否为该财产投入物资、劳动、努力、投资、管理无关。

对于股票增值的定性素来是有争议的。一种意见认为，股票增值部分是依附于股票本金而产生，无股票本金也就无增值部分可言，股票增值应当是夫妻一方个人财产。第二种意见认为，炒股有亏有赢，用家庭积蓄参与炒股赢利后将家庭积蓄退出股市，但所得的赢利已无法分清是何部分股金所产生，且该部分收入是在夫妻关系存续期间所得，应认定为共同财产。

笔者认为：孳息，带有确定性和定期性的特点，分为法定孳息和天然孳息。投资收益，带有风险性和不确定型，需要投资者通过主观判断以及持续经营等劳动付出。而且，在现实生活中出现了职业炒股人，专门以炒股为业，或单纯靠炒股收入存活，如果将股票的增值收益不区分情况，全部视为夫妻一方的财产，不利于保护另一方的权益。将股票的收益理解为投资经营的收益较为妥当。

问题二：婚前投资股票婚后产生收益，离婚怎么分？

单纯婚前个人财产为来源——

案例一 浙江省高级人民法院 （2009）浙民终字第 138 号

案情简介：何甲与项甲 2001 年经人介绍相识，于 2002 年 8 月 16 日登记结婚。2006 年 12 月 20 日，何甲向杭州市中级人民法院提起诉讼，请求判令其与项甲离婚，并依法分割夫妻共同财产。审理过程中，双方对于被告于婚前投资的股票在婚内产生的 5000 元美金的收益是否应当界定为夫妻双方共同财产的问题产生争议。

一审法院杭州市中级人民法院认为：对于该笔 5000 美元，因该账户是股票交易账户，虽然初始的交易资金来源于被告婚前资金，但其后的交易发生在夫妻共同生活期间，该款亦是从该账户内在双方婚姻存续期间内支取，则该款项仍应界定为夫妻共有财产，应由双方共同分割。即项甲应支付何甲美元 2500 元。

浙江省高院二审审理认为：从资金来源来看，该 5000 美元来源于项甲婚前存入其 B 股股票交易账户的 1 万美元，且该资金账户在存入 1 万美元后未有其他资金转入，B 股股票在分居前也未有过交易。被上诉人亦无证据证明此款项为婚后炒股获利或婚后有夫妻共同资金投入其中。根据《中华人民共和国婚姻法》第十八条第一款之规定，应认定该 5000 美元为上诉人个人婚前财产。原审判决将其作为夫妻共同财产进行分割不当，应予纠正。

婚前个人财产投资，无法证明婚后投资亦是个人财产

案例二 南京市中级人民法院 二审 （2014）宁民终字第 3214 号

邹某与张某于 2008 年 5 月 16 日办理婚姻登记，后因双方感情不和诉讼离婚，南京市建邺区人民法院于 2014 年 6 月 9 日作出（2014）建民初字第 87 号民事判决，邹某不服该判决提起上诉。审理过程中，双方对于夫妻共同财产范围的认定，尤其是邹某婚前投资的股票在婚后增值部分的认定上存在较大争议。

原审法院认为，从银行对账单上看，由于邹某在婚前的股票交易基本处于静止状态，而仅从邹某提供的银行账户明细不能证实其婚后用于炒股的资金来源，邹某认为现有的股票价值不属于夫妻共同财产的理由不能成立，故张某主张分割股票价值余额的主张，原审法院予以支持。

二审期间，邹某主张中国银行借记卡在双方婚前余额达 24 万余元，其在婚后分五次取出 20 万元存入兴业银行股票帐户，于婚前出卖出租车的所得的 60 万转入兴业银行股票帐户，故以上 80 万元均系其个人婚前财产。被上诉人张某认为，上诉人邹某于婚后存入兴业银行股票帐户的 5 笔共 20 万元是夫妻关系存续期间存入，不能证明系邹某婚前财产，对 60 万元承认是邹某个人财产。

二审法院南京市中院审理认为，夫妻关系存续期间取得财产，推定为夫妻共同财产，但一方有证据证明系其个人财产的除外。本案中，上诉人邹某主张兴业银行股票帐户在婚后转入的钱款均是其个人婚前财产，故股票余额亦是其个人财产，不应作为夫妻共同财产进行分割，对此邹某应承担相应的举证责任。对于邹某无法说明钱款的来源，亦无法说明钱款非夫妻共同财产投入的部分，应认定系夫妻共同财产投入。因邹某将其个人婚前财产在婚后投入股

票帐户且该款已与夫妻共同财产投入股票帐户的钱款混同，故现该帐户余额均应视为夫妻共同财产，但考虑到邹某个人财产对股票帐户投入较多，法院酌情认定了张某应获得的股票价值补偿款的数额。

【审判要点】

投资分为直接投资与间接投资，其中间接投资表现得比较隐蔽，其并不直接投资于企业，其收益通常与企业的经营活动并不直接关联，主要表现为购买股票、债券、投资基金等有价证券获得的红利、股息、基金投资收益及转让上述证券所得与扣除本金的差额。此种情况下股票的增值为间接投资行为的收益，应当属于夫妻共同财产，另一方当然可以请求分割。

我国实行的是法定婚后所得共同制，夫妻婚前个人财产的所有权原则上不因婚姻的成立而改变，如果将个人财产用于投资，不管这种投资是在婚前还是在婚后，其本金仍归个人所有。对于婚后这些财产的增值，是属于夫妻共同财产还是个人财产，要根据《婚姻法》第 17 条《婚姻法》司法解释(二)第 11 条，分情况予以确定：

对于用婚前财产在婚后进行生产经营活动所得的增值，如开公司、作买卖，投资入股当股东所得的盈利，所分的红利，属于从事生产、经营的收益，应认定为夫妻共同财产。

对于一方婚前财产的婚后自然孳息，根据物权原理，孳息所得应归物的所有人或合法权利人，一方婚前存款的利息、婚前房屋自然的增值、出租而未通过劳动所取得的房屋租金，应认定为一方个人的财产。

一方用婚前个人积蓄在婚后购买的有形财产，其只是原财产价值形态发生了变化，价值的取得始于婚前，财产的性质没有变，也仍应认定为一方的婚前财产。

一方用婚前财产生产经营的负增值即亏损，依照最高法院相关司法解释，婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失，离婚时一方要求以夫妻共同财产抵偿的，不予支持，应由其婚前财产所有人自行承担。

因此，针对上述问题，还要看具体情况：要考虑当事人是否在婚后用夫妻共同财产对股票追加了投资。如果有，追加部分以及整个股票账户所产生的收益属于夫妻共同财产。离婚时股票需要进行分割，以结婚登记日为起算点，婚前的股票市值为个人财产，给予配偶婚后股票的收益（离婚时股票的市值减去结婚时股票的市值）一半的折价款。

如果没有以夫妻共同财产追加新的投资，婚前的股票市值为个人财产，婚内的股票收益为夫妻共同财产，离婚时给予配偶股票婚后收益（离婚时股票的市值减去结婚时股票的市值）一半的折价款。

离婚保险分割大数据报告

2016-08-03 佳和家事桂芳芳　桂芳芳、孙祥武、陆婧婧

很多夫妻在婚姻续存期间共同购买了保险，但是多数当事人在离婚时都会忽略保险的分割与处理，或对保险的分割存在误区。本报告通过对离婚时保单分割的当前现状、地域分布、裁判观点等进行分析。

前言

当前中国的离婚率逐年上升，离婚时财产的分割更是引发一系列诉讼，财产分割问题成为司法实践中的难题。普通百姓尤其是高净值人士越来越重视保险的保障功能，很多夫妻在婚姻续存期间共同购买了保险，但是多数当事人在离婚时都会忽略保险的分割与处理，或对保险的分割存在误区。

现行法律法规对离婚时保险如何分割并无明确的法律规定。保险种类繁多，不同的保单设置也让离婚时保险分割成为司法实践中的难题。

本分析报告通过中国裁判文书、无讼案例等网站收集裁判文书，对离婚时保单分割的当前现状、地域分布、裁判观点等进行分析。同时结合可视化图表，给予读者直观简洁的感受，为您处理类似纠纷提供可参考的数据。

样本基本信息

案例：中国裁判文书网,无讼案例

期限：2007 年至 2016 年 7 月 22 日（以案件审结的时间计算）

法院：全国各级法院

限定案件类型：婚姻类案件

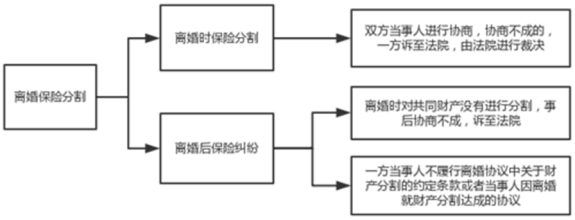
检索关键词：离婚、财产分割、保险、判决书

案例收集截止日期：2016 年 7 月 22 日

数量：采样 1080 件

其中裁判观点整理：216 件

离婚保险分割情形



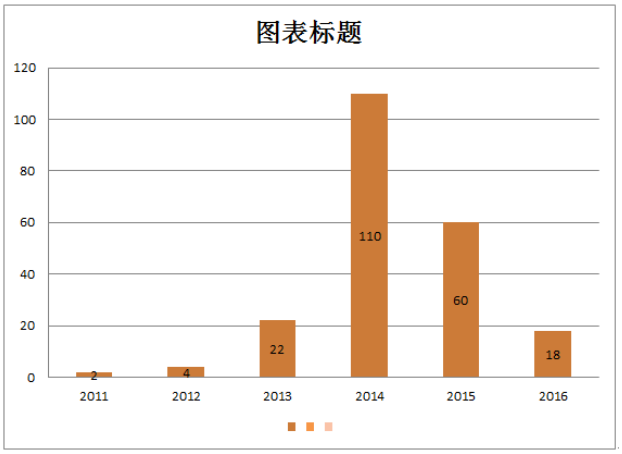
对收集到的裁判文书进行整理可知，离婚保险分割可以分为离婚时保险分割与离婚后保险分割。离婚时保险的分割：双方当事人进行协商，协商不成的，一方诉至法院，由法院进行裁决。

离婚后出现保险分割纠纷的事由有：

一、离婚时对共同财产没有进行分割，事后协商不成，诉至法院。

二、一方当事人不履行离婚协议中关于财产分割的约定条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议。

案件数量年份分布



根据案件数量年份分布图数据，2011-2012 年此类纠纷数量很少，2011 年 2 件、2012 年 4 件。2013—2016 年此类案件激增，2013 年 22 件，2014 年 110 件，2015 年 60 件，2016 年至今 18 件。其中 2014 年保险分割类裁判文书数量是 2011 年该文书数量的 **55 倍**。

离婚保险分割裁判文书全国地域分布

全国离婚保险分割裁判文书地区分布
（来源：中国裁判文书网）

地区	比例	地区	比例
山东省	6.94%	北京市	6.48%
江苏省	8.33%	**上海市**	**5.55%**
河北省	6.94%	贵州省	1.38%
安徽省	4.62%	山西省	0.21%
四川省	3.24%	江西省	2.31%
湖南省	4.16%	广西壮族自治区	1.85%
河南省	4.16%	云南省	0.21%
浙江省	5.09%	天津市	3.70%
湖北省	2.77%	内蒙古自治区	2.31%
重庆市	0.21%	宁夏回族自治区	1.85%
陕西省	1.85%	黑龙江省	2.31%
辽宁省	6.48%	青海省	0.72%
福建省	2.31%	新疆维吾尔	0.92%
广东省	5.09%	海南省	0.21%
甘肃省	1.85%	吉林省	1.85%

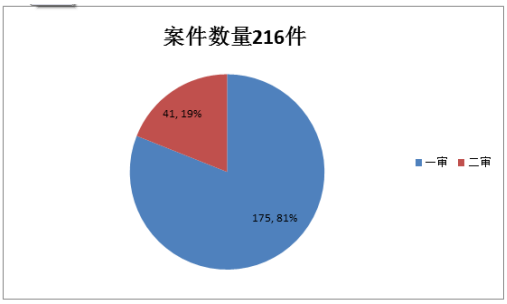
（点击图片可以查看大图）

根据全国各地离婚保险分割裁判文书分布数据，**江苏省**以占比 **8.33%**位居榜首，其次四位依次为：山东省占比 6.94%、河北省占比 6.94%、北京占比 6.48%、辽宁省占比 6.48%。此外，广东省、上海市二个省市作为中国超大城市，分别以 5.09%和 5.55%，位居中游位置。

但在地域分布上，可见有一定规律。沿海地区离婚保险分割类裁判要多于内陆地区，整体上东南部地区裁判数

量多于西北部。

审理程序分布



（点击图片可以查看大图）

从分布图可知，离婚保险分割仅有 19%的案件进入二审，共 41 件；**一审**案件占比较大，共 175 件，占比 **81%**。

法院裁判意见

离婚保险分割涉及的类型很多：在婚前购买的保险、在婚后购买的保险；一方在婚姻关系存续期间购买保险、双方在婚姻关系存续期间购买保险；保险人、被保险人、受益人中某两方是同一人等。

现详细介绍常见五种情形法院裁判意见，其余情形参见本报告第七部分。

1、夫妻用共同财产为子女所购保险，子女为受益人，该保险应视为对子女的赠与，离婚时保险一般不予分割，离婚后子女的保险费由抚养权人继续缴纳

【相关判例】（2014）青民五终字第 1055 号、（2014）嘉民一终字第 34 号

2、婚姻关系存续期间，以自己为被保险人向保险公司投保，该保险离婚后可归投保一方所有，其给付对方保险费或现金价值的一半价款

【相关判例】（2014）闵民一（民）初字第 8238 号、（2014）绍嵊民初字第 1149 号

3、夫妻双方互为投被保人或受益人为对方，离婚后变更投保人或受益人，给对方一半补偿款；或退保，给对方补偿现金价值的一半

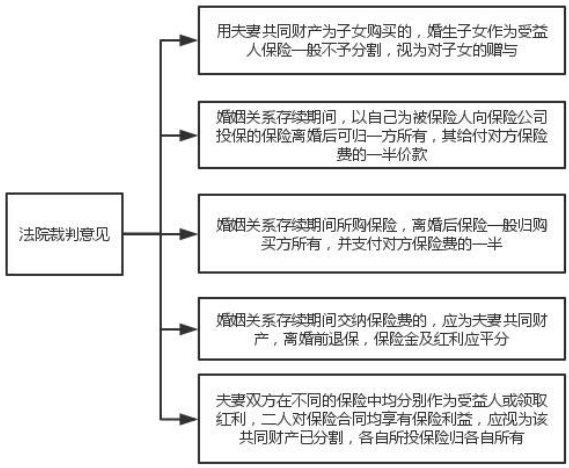
【相关判例】（2016）鄂 1022 民初 539 号、（2016）苏 1102 民初 706 号

4、婚姻关系存续期间交纳保险费的，应为夫妻共同财产，离婚前退保，保险金及红利应平分。

【相关判例】（2014）嘉民一（民）初字第 5382 号、（2014）铜民初字第 2363 号

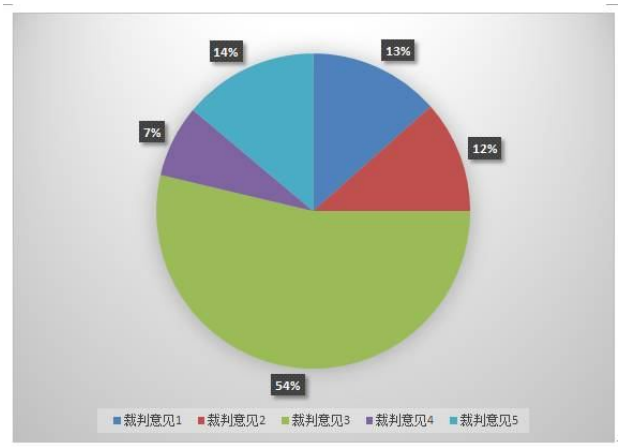
5、夫妻双方在不同的保险中均分别作为受益人或领取红利，二人对保险合同均享有相应且大致相当的保险利益，应视为该共同财产已分割，各自所投保险归各自所有。

【相关判例】 （2015）浦民一（民）初字第 28775 号、（2015）浦民一（民）初字第 28775 号



（点击图片可以查看大图）

以上五种裁判意见在收集到的案例中占比如下：

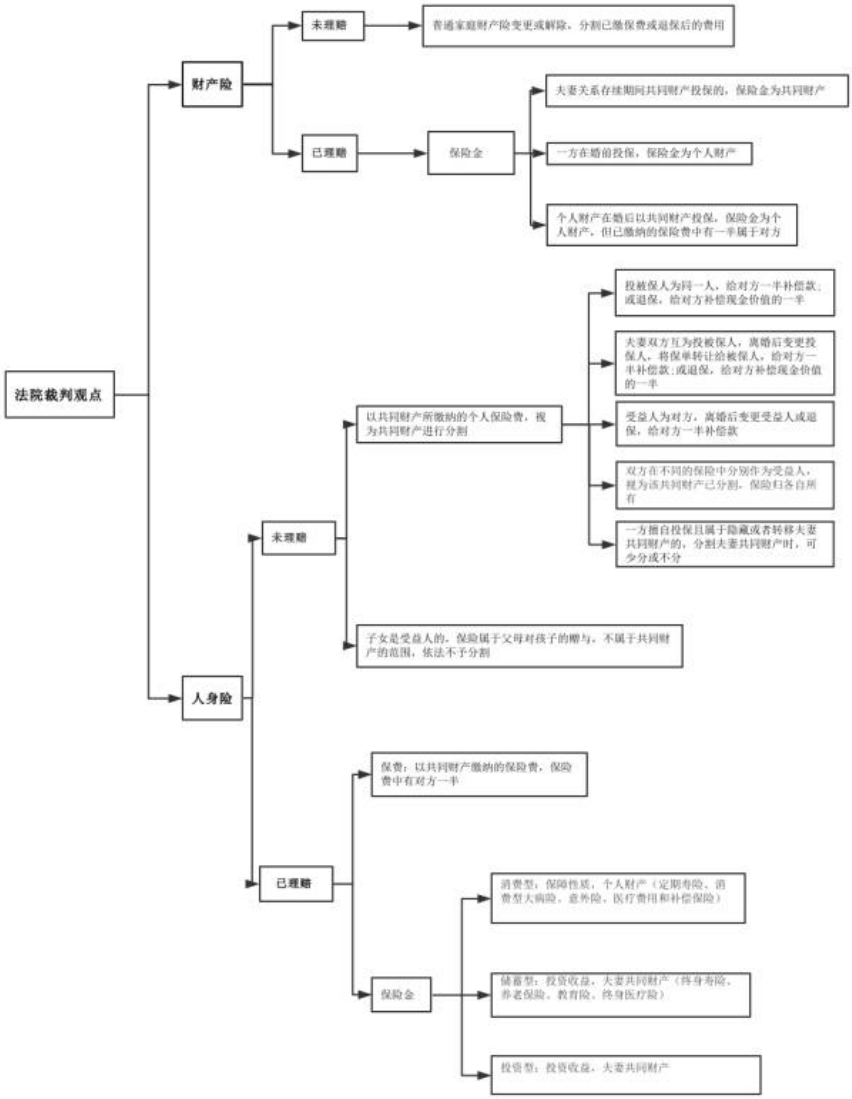


（点击图片可以查看大图）

据图片中的数据可知，裁判意见 3（夫妻双方互为投被保人或受益人为对方，离婚后变更投保人或受益人，给对方一半补偿款；或退保，给对方补偿现金价值的一半）占据离婚保险分割中的一半，具体为 **54%**。

其他分割方法，依次为裁判意见 5（夫妻双方在不同的保险中均分别作为受益人或领取红利，二人对保险合同均享有相应且大致相当的保险利益，应视为该共同财产已分割，各自所投保险归各自所有）占 **14%**、裁判意见 1（用夫妻共同财产为子女购买的，婚生子女作为受益人保险一般不予分割，视为对子女的赠与）占 **13%**、裁判意见 2（婚姻关系存续期间，以自己为被保险人向保险公司投保的保险离婚后可归一方所有，其给付对方保险费的一半价款）占 **12%**，裁判意见 4（婚姻关系存续期间交纳保险费的，应为夫妻共同财产，离婚前退保，保险金及红利应平分）占 **7%**。

法院裁判观点一览表



结语

综上，近年来随着保险在风险管理及家族财富管理传承中的角色逐渐被认可，家庭配置保单的比例逐渐升高。离婚时保单分割纠纷增多，然而由于法律规定的滞后性及保单设置的多样性，离婚保单分割的裁判结果具有一定的复杂性。

原则上，为子女购买的保险属于对子女的赠与，实践中倾向于不分割；夫妻婚后购买的保单属于夫妻共同财产，离婚时应作为夫妻共同财产进行分割。具体分割时视保单设置的不同有不同情形，最终的原则是将投入（投保人）、风险（被保险人）与利益（受益人）归于同一人，由该方给对方补偿款，一般是保费的一半，有的判例中为现金价值的一半。

本报告系佳和家事律师团队对裁判案例进行整理研究后所得，由于案例数量、案件类型及研究方法等受到一定限制，且裁判观点处于变动中，因此以上报告仅供参考。

香港离婚判决在内地的承认问题，怎么看？

2016-08-07 家事无小事 魏小军

香港虽然已经回归，但它跟大陆地区的司法体系是相互独立的。香港法院作出的任何判决，在大陆地区并非当然生效。要想让香港法院作出的判决，在大陆地区发生法律效力，首先要经过内地法院的承认。那么，内地法院是如何看待这个问题的？又该怎么评价实践中严重的意见分歧呢？壹内地法院对待香港离婚判决的三种态度NO.1 //一律不予承认《广东省高级人民法院关于暂时不予承认香港特别行政区法院离婚判决法律效力的批复》（粤高法民一复字[2007]6号）指出：

香港回归后，香港特别行政区与内地尚未就相互承认生效判决达成相关安排。对于香港法院作出的离婚判决，暂时不予承认为宜。你院在裁定不予承认该离婚判决的法律效力时，应告知当事人可向内地人民法院提起离婚诉讼。

NO.2 // 只承认解除婚姻关系部分，其余不承认（2015）深中法涉外初字第 46 号民事裁定书中，法院认为：本案为申请承认涉港离婚判决，可以参照《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行处理。

刘 XX 住所地在广东省深圳市，因此，本院对本案有管辖权。参照《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第二条，对该离婚判决中涉及的夫妻财产分割、生活费负担等内容不予承认。

该离婚判决中解除双方婚姻关系的内容已经发生法律效力，不违反我国法律的基本原则，不危害我国国家主权、安全和社会公共利益，本院予以承认。NO.3 // 全面承认典型案例 1.在（2014）洪民四初字第 2 号裁定书中，法院认为：香港区域法院于 2010 年 2 月 26 日作出的 FCMC2009 年第 16318 号离婚判决，已于 2010 年 4 月 27 日生效，且不违反我国法律的基本原则和社会公共利益。依照最高人民法院（91）民他字第 43 号批复，裁定如下：对香港区域法院 FCMC2009 年第 16318 号离婚判决的法律效力予以承认。

典型案例 2.在（2014）沪二中民认(港)字第 1 号裁定书中，法院认为：中华人民共和国香港特别行政区区域法院于 2004 年 11 月 11 日作出 FCMC2004 年第 4690 号离婚判决，该判决结果为准予姜仁娣(KEUNG YAN TAI)与方某某(FONG HON BUN)解除婚姻，并已于 2005 年 2 月 17 日生效。2005 年 4 月 26 日，双方对共同财产分割达成一致，中华人民共和国香港特别行政区区域法院作出 FCMC2004 年第 4690 宗命令。

本院经审查认为，香港特别行政区区域法院在 2004 年第 4690 宗婚姻诉讼案件中作出的判决及命令，符合我国法律规定承认香港特别行政区法院判决效力的条件。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 154 条第 1 款第(十一)项之规定，裁定如下：

（1）对中华人民共和国香港特别行政区区域法院作出的 FCMC2004 年第 4690 号判决中准予解除姜仁娣(KEUNG YAN TAI)与方某某(FONG HON BUN)婚姻关系的法律效力予以承认；

（2）对中华人民共和国香港特别行政区区域法院于 2005 年 4 月 26 日在 FCMC2004 年第 4690 宗婚姻诉讼案件中作出的命令的法律效力予以承认。贰对上述实务姿态及观点的评析 NO.1 // 一律不承认，与现行法不符首先，《最高人民法院关于我国公民周芳洲向我国法院申请承认香港地方法院离婚判决效力，我国法院应否受理问题的批复》指出：“我国公民周芳洲向人民法院提出申请，要求承认香港地方法院关于解除英国籍人卓见与其婚姻关系的离婚判决的效力，有管辖权的中级人民法院应予受理。受理后经审查，如该判决不违反我国法律的基本原则和社会公共利益，可裁定承认其法律效力。”实际上表明了对香港法院离婚判决应予承认的基本立场。

而《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第 1 条也表明，符合该文件要求的涉及离婚财产处理、扶养费给付的香港判决应予以承认和执行。

其次，根据《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 551 条规定：“人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件，可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。”

故此，《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》、《最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》对人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件的有关问题作出了规定，应可准适用于香港法院离婚判决的承认和执行问题。

结合《民事诉讼法》第 276 的规定，人民法院和香港法院可以根据缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。因为香港《婚姻诉讼条例》、《婚姻法律程序与财产(修订)条例》认可内地法院就离婚及关联事项作出的判决，基于互惠原则，内地法院也应认可香港法院的相关判决。

再结合《民事诉讼法》281、282 条，香港法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要内地法院承认和执行的，可以由当事人直接申请承认和执行。如相关判决不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益，法院应予以承认和执行。

综上，内地法院一律不予承认香港离婚判决的做法，与当前的立法及司法解释不符。

NO.2 // 只承认解除婚姻关系部分，也不合适内地法院不承认香港法院判决涉及财产分割、生活费负担的理由，是《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第二条。该条规定：“外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用本规定。”

但无论从文义还是结合《民事诉讼法》及《关于适用<民事诉讼法>的解释》，都无法得出外国夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决不予承认执行的结论。该条的原意，应当是该规定本身只能用于解决婚姻关系解除判决的承认和执行；至于涉及夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养判决的承认和执行，遵循其他规定。

《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第 1 条明确规定：“香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决，当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。”对符合该条规定的财产及扶养费给付判决，人民法院不应拒绝承认和执行。NO.3 // 全面承认，是合理方案如前所述，对香港法院离婚及关联事项判决的承认，既有最高法院的相关意见作支持，又可准用涉及外国判决的相关规定。香港法院就离婚及关联

事项作出的判决，只要没有违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益，均应予以承认。叁结 语对香港法院作出的离婚及其关联判决在内地的承认问题，很长时间以来是家事及私人财富管理法律实务中的隐痛。因为司法处理的不一致，面对当事人的询问，律师往往难以给出明确回答，甚至长期处理家事案件的法官也很是踌躇。

香港作为中华人民共和国的一部分，其法院作出的离婚判决在内地的地位，甚至不如外国，荒谬程度可见一斑。在香港回归近二十年之际，这样的问题不应当再成为问题。无论从哪个角度出发，予以承认都应当是基本。

港澳台地区及外国离婚判决的承认、执行相关规定汇总

2016-08-07 家事无小事团队 家事无小事

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十六条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

第二百八十一条 外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

第二百三十九条 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。《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》第五百四十三条 申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，应当提交申请书，并附外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的，申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件，但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的，按照规定办理。

第五百四十四条 当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，裁定驳回申请，但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。承认和执行申请被裁定驳回的，当事人可以向人民法院起诉。 第五百四十七条 当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定。当事人仅申请承认而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。

第五百四十八条 承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定或者外国仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭进行审查。人民法院应当将申请书送达被申请人。被申请人可以陈述意见。人民法院经审查作出的裁定，一经送达即发生法律效力。

第五百五十一条 人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件，可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定（1991 年 7 月 5 日最高人民法院审判委员会第 503 次会议讨论通过）第一条 对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，中国籍当事人可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决。

对与我国有司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，按照协议的规定申请承认。

第二条 外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用本规定。

第三条 向人民法院申请承认外国法院的离婚判决，申请人应提出书面申请书，并须附有外国法院离婚判决书正本及经证明无误的中文译本。否则，不予受理。

第四条 申请书应记明以下事项：

（一）申请人姓名、性别、年龄、工作单位和住址；

（二）判决由何国法院作出，判决结果、时间；

（三）受传唤及应诉的情况；

（四）申请理由及请求；

（五）其他需要说明的情况。

第五条 申请由申请人住所地中级人民法院受理。申请人住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地中级人民法院受理。

申请人不在国内的，由申请人原国内住所地中级人民法院受理。

第六条 人民法院接到申请书，经审查，符合本规定的受理条件的，应当在七日内立案；不符合的，应当在七日内通知申请人不予受理，并说明理由。

第七条 人民法院审查承认外国法院离婚判决的申请，由三名审判员组成合议庭进行，作出的裁定不得上诉。

第八条 人民法院受理申请后，对于外国法院离婚判决书没有指明已生效或生效时间的，应责令申请人提交作出判决的法院出具的判决已生效的证明文件。

第九条 外国法院作出离婚判决的原告为申请人的，人民法院应责令其提交作出判决的外国法院已合法传唤被告出庭的有关证明文件。

第十条 按照第八条、第九条要求提供的证明文件，应经该外国公证部门公证和我国驻该国使、领馆认证。同时应由申请人提供经证明无误的中文译本。

第十一条 居住在我国境内的外国法院离婚判决的被告为申请人，提交第八条、第十条所要求的证明文件和公证、认证有困难的，如能提交外国法院的应诉通知或出庭传票的，可推定外国法院离婚判决书为真实和已经生效。

第十二条 经审查，外国法院的离婚判决具有下列情形之一的，不予承认：

（一）判决尚未发生法律效力；

（二）作出判决的外国法院对案件没有管辖权；

（三）判决是在被告缺席且未得到合法传唤情况下作出的；

（四）该当事人之间的离婚案件，我国法院正在审理或已作出判决，或者第三国法院对该当事人之间作出的离婚案件判决已为我国法院所承认；

（五）判决违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益。

第十三条 对外国法院的离婚判决的承认，以裁定方式作出。没有第十二条规定的情形的，裁定承认其法律效力；具有第十二条规定的情形之一的，裁定驳回申请人的申请。

第十四条 裁定书以“中华人民共和国××中级人民法院”名义作出，由合议庭成员署名，加盖人民法院印章。

第十五条 裁定书一经送达，即发生法律效力。

第十六条 申请承认外国法院的离婚判决，申请人应向人民法院交纳案件受理费人民币一百元。

第十七条 申请承认外国法院的离婚判决，委托他人代理的，必须向人民法院提交由委托人签名或盖章的授权委托书。委托人在国外出具的委托书，必须经我国驻该国的使、领馆证明。

第十八条 人民法院受理离婚诉讼后，原告一方变更请求申请承认外国法院离婚判决，或者被告一方另提出承认外国法院离婚判决申请的，其申请均不受理。

第十九条 人民总法院受理承认外国法院离婚判决的申请后，对方当事人向人民法院起诉离婚的，人民法院不予受理。

第二十条 当事人之间的婚姻虽经外国法院判决，但未向人民法院申请承认的，不妨碍当事人一方另行向人民法院提出离婚诉讼。

第二十一条 申请人的申请为人民法院受理后，申请人可以撤回申请，人民法院以裁定准予撤回。申请人撤回申请后，不得再提出申请，但可以另向人民法院起诉离婚。

第二十二条 申请人的申请被驳回后，不得再提出申请，但可以另行向人民法院起诉离婚。

最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定（1999 年 12 月 1 日最高人民法院审判委员会第 1090 次会议通过）

法释[2000]6 号

1998 年 9 月 17 日，我院以法[1998]86 号通知印发了《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件几个问题的意见》，现根据新的情况，对人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件的有关问题重新作如下规定：

一、中国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，人民法院不应以其未在国内缔结婚姻关系而拒绝受理；中国公民申请承认外国法院在其缺席情况下作出的离婚判决，应同时向人民法院提交作出该判决的外国法院已合法传唤其出庭的有关证明文件。

二、外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，如果其离婚的原配偶是中国公民的，人民法院应予受理；如果其离婚的原配偶是外国公民的，人民法院不予受理，但可告知其直接向婚姻登记机关申请再婚登记。

三、当事人向人民法院申请承认外国法院离婚调解书效力的，人民法院应予受理，并根据《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行审查，作出承认或不予承认的裁定。

自本规定公布之日起，我院法[1998]86 号通知印发的《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件几个问题的意见》同时废止。

2000 年 2 月 29 日

最高人民法院关于我国公民周芳洲向我国法院申请承认香港地方法院离婚判决效力

我国法院应否受理问题的批复（1991 年 9 月 20 日（91）民他字第 43 号）黑龙江省高级人民法院：你院〔1991〕民复字第 5 号请示收悉。经研究，我们同意你院意见，即：我国公民周芳洲向人民法院提出申请，要求承认香港地方法院关于解除英国籍人卓见与其婚姻关系的离婚判决的效力，有管辖权的中级人民法院应予受理。受理后经审查，如该判决不违反我国法律的基本原则和社会公共利益，可裁定承认其法律效力。

此复 广东省高级人民法院关于暂时不予承认香港特别行政区法院离婚判决法律效力的批复(2007 年 6 月 8 日粤高法民一复字[2007]6 号）中山市中级人民法院：你院报来的关于《徐雪梅申请承认香港法院离婚判决一案的请示》收悉。经研究，答复如下：香港回归后，香港特别行政区与内地尚未就相互承认生效判决达成相关安排。对于香港法院作出的离婚判决，暂时不予承认为宜。你院在裁定不予承认该离婚判决的法律效力时，应告知当事人可向内地人民法院提起离婚诉讼。此复

最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第九十五条的规定，最高人民法院与香港特别行政区经协商，达成《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简称《安排》），并于 2006 年 7 月 14 日签署。 《安排》已于 2006 年 6 月 12 日由最高人民法院审判委员会第 1390 次会议通过，现予公布。根据双方一致意见，本《安排》自 2008 年 8 月 1 日起生效。

最高人民法院

二〇〇八年七月三日

根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第九十五条的规定，最高人民法院与香港特别行政区政府经协商，现就当事人协议管辖的民商事案件判决的认可和执行问题作出如下安排：

第一条 内地人民法院和香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决，当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。

第二条 本安排所称“具有执行力的终审判决”：(一)在内地是指：

1、最高人民法院的判决；2、高级人民法院、中级人民法院以及经授权管辖第一审涉外、涉港澳台民商事案件的基层人民法院(名单附后)依法不准上诉或者已经超过法定期限没有上诉的第一审判决，第二审判决和依照审判监督程序由上一级人民法院提审后作出的生效判决。

(二)在香港特别行政区是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭和区域法院作出的生效判决。本安排所称判决，在内地包括判决书、裁定书、调解书、支付令；在香港特别行政区包括判决书、命令和诉讼费评定证明书。当事人向香港特别行政区法院申请认可和执行判决后，内地人民法院对该案件依法再审的，由作出生效判决的上一级人民法院提审。

第三条 本安排所称“书面管辖协议”，是指当事人为解决与特定法律关系有关的已经发生或者可能发生的争议，自本安排生效之日起，以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。本条所称“特定法律关系”，是指当事人之间的民商事合同，不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。本条所称“书面形式”是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容、可以调取以备日后查用的形式。书面管辖协议可以由一份或者多份书面形式组成。除非合同另有规定，合同中的管辖协议条款独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响管辖协议条款的效力。

第四条 申请认可和执行符合本安排规定的民商事判决，在内地向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院提出，在香港特别行政区向香港特别行政区高等法院提出。

第五条 被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的，申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地，既在内地又在香港特别行政区的，申请人可以同时分别向两地法院提出申请，两地法院分别执行判决的总额，不得超过判决确定的数额。已经部分或者全部执行判决的法院应当根据对方法院的要求提供已执行判决的情况。

第六条 申请人向有关法院申请认可和执行判决的，应当提交以下文件：(一)请求认可和执行的申请书；(二)经作出终审判决的法院盖章的判决书副本；(三)作出终审判决的法院出具的证明书，证明该判决属于本安排第二条所指的终审判决，在判决作出地可以执行；(四)身份证明材料：1、申请人为自然人的，应当提交身份证或者经公证的身份证复印件；2、申请人为法人或者其他组织的，应当提交经公证的法人或者其他组织注册登记证书的复印件；3、申请人是外国籍法人或者其他组织的，应当提交相应的公证和认证材料。向内地人民法院提交的文件没有中文文本的，申请人应当提交证明无误的中文译本。执行地法院对于本条所规定的法院出具的证明书，无需另行要求公证。

第七条 请求认可和执行申请书应当载明下列事项：(一)当事人为自然人的，其姓名、住所；当事人为法人或者其他组织的，法人或者其他组织的名称、住所以及法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所；(二)申请执行的理由与请求的内容，被申请人的财产所在地以及财产状况；(三)判决是否在原审法院地申请执行以及已执行的情况。

第八条 “申请人申请认可和执行内地人民法院或者香港特别行政区法院判决的程序，依据执行地法律的规定。本安排另有规定的除外。申请人申请认可和执行的期间为二年。前款规定的期间，内地判决到香港特别行政区申请执行的，从判决规定履行期间的最后一日起计算，判决规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算，判决未规定履行期间的，从判决生效之日起计算；香港特别行政区判决到内地申请执行的，从判决可强制执行之日起计算，该日为判决上注明的判决日期，判决对履行期间另有规定的，从规定的履行期间届满后开始计算。

第九条 对申请认可和执行的判决，原审判决中的债务人提供证据证明有下列情形之一的，受理申请的法院经审查核实，应当裁定不予认可和执行：(一)根据当事人协议选择的原审法院地的法律，管辖协议属于无效。但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外；(二)判决已获完全履行；(三)根据执行地的法律，执行地法院对该案享有专属管辖权；(四)根据原审法院地的法律，未曾出庭的败诉一方当事人未经合法传唤或者虽经合法传唤但未获依法律规定的答辩时间。但原审法院根据其法律或者有关规定公告送达的，不属于上述情形；(五)判决是以欺诈方法取得的；(六)执行地法院就相同诉讼请求作出判决，或者外国、境外地区法院就相同诉讼请求作出判决，或者有关仲裁机构作出仲裁裁决，已经为执行地法院所认可或者执行的。内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益，或者香港特别行政区法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的，不予认可和执行。

第十条 对于香港特别行政区法院作出的判决，判决确定的债务人已经提出上诉，或者上诉程序尚未完结的，内地人民法院审查核实后，可以中止认可和执行程序。经上诉，维持全部或者部分原判决的，恢复认可和执行程序；完全改变原判决的，终止认可和执行程序。内地地方人民法院就已经作出的判决按照审判监督程序作出提审裁定，或者最高人民法院作出提起再审裁定的，香港特别行政区法院审查核实后，可以中止认可和执行程序。再审判决维持全部或者部分原判决的，恢复认可和执行程序；再审判决完全改变原判决的，终止认可和执行程序。

第十一条 根据本安排而获认可的判决与执行地法院的判决效力相同。

第十二条 当事人对认可和执行与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院申请复议，在香港特别行政区可以根据其法律规定提出上诉。

第十三条 在法院受理当事人申请认可和执行判决期间，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。已获认可和执行的判决，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。对于根据本安排第九条不予认可和执行的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请，但是可以按照执行地的法律依相同案件事实向执行地法院提起诉讼。

第十四条 法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后，可以按照执行地法律关于财产保全或者禁制资产转移的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全或强制措施。

第十五条 当事人向有关法院申请执行判决，应当根据执行地有关诉讼收费的法律和规定交纳执行费或者法院费用。

第十六条 内地与香港特别行政区法院相互认可和执行的标的范围，除判决确定的数额外，还包括根据该判决须支付的利息、经法院核定的律师费以及诉讼费，但不包括税收和罚款。在香港特别行政区诉讼费是指经法官或者司法常务官在诉讼费评定证明书中核定或者命令支付的诉讼费用。

第十七条 内地与香港特别行政区法院自本安排生效之日(含本日)起作出的判决，适用本安排。

第十八条 本安排在执行过程中遇有问题或者需要修改，由最高人民法院和香港特别行政区政府协商解决。

最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定(2015 年 6 月 2 日最高人民法院审判委员会第 1653 次会议通过)

法释〔2015〕13 号 中华人民共和国最高人民法院公告《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》已于 2015 年 6 月 2 日由最高人民法院审判委员会第 1653 次会议通过，现予公布，自 2015 年 7 月 1 日起施行。

最高人民法院

2015 年 6 月 29 日

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

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

关法院民事判决。

第二条 本规定所称台湾地区法院民事判决，包括台湾地区法院作出的生效民事判决、裁定、和解笔录、调解笔录、支付命令等。申请认可台湾地区法院在刑事案件中作出的有关民事损害赔偿的生效判决、裁定、和解笔录的，适用本规定。申请认可由台湾地区乡镇市调解委员会等出具并经台湾地区法院核定，与台湾地区法院生效民事判决具有同等效力的调解文书的，参照适用本规定。

第三条 申请人同时提出认可和执行台湾地区法院民事判决申请的，人民法院先按照认可程序进行审查， 裁定认可后，由人民法院执行机构执行。申请人直接申请执行的，人民法院应当告知其一并提交认可申请；坚持不申请认可的，裁定驳回其申请。

第四条 申请认可台湾地区法院民事判决的案件，由申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院或者专门人民法院受理。申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的，由最先立案的人民法院管辖。申请人向被申请人财产所在地人民法院申请认可的，应当提供财产存在的相关证据。

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

第六条 申请人委托他人代理申请认可台湾地区法院民事判决的，应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国当事人签名或者盖章的授权委托书应当履行相关的公证、认证或者其他证明手续，但授权委托书在人民法院法官的见证下签署或者经中国大陆公证机关公证证明是在中国大陆签署的除外。

第七条 申请人申请认可台湾地区法院民事判决，应当提交申请书，并附有台湾地区有关法院民事判决文书和民事判决确定证明书的正本或者经证明无误的副本。台湾地区法院民事判决为缺席判决的，申请人应当同时提交台湾地区法院已经合法传唤当事人的证明文件，但判决已经对此予以明确说明的除外。申请书应当记明以下事项：（一）申请人和被申请人姓名、性别、年龄、职业、身份证件号码、住址（申请人或者被申请人为法人或者其他组织的，应当记明法人或者其他组织的名称、地址、法定代表人或者主要负责人姓名、职务）和通讯方式；（二）请求和理由；（三）申请认可的判决的执行情况；（四）其他需要说明的情况。

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

第九条 申请人申请认可台湾地区法院民事判决，应当提供相关证明文件，以证明该判决真实并且已经生效。申请人可以申请人民法院通过海峡两岸调查取证司法互助途径查明台湾地区法院民事判决的真实性和是否生效以及当事人得到合法传唤的证明文件；人民法院认为必要时，也可以就有关事项依职权通过海峡两岸司法互助途径向台湾地区请求调查取证。 第十条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请之前或者之后，可以按照民事诉讼法及相关司法解释的规定，根据申请人的申请，裁定采取保全措施。 第十一条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，当事人就同一争议起诉的，不予受理。一方当事人向人民法院起诉后，另一方当事人向人民法院申请认可的，对于认可的申请不予受理。 第十二条 案件虽经台湾地区有关法院判决，但当事人未申请认可，而是就同一争议向人民法院起诉的，应予受理。 第十三条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，作出裁定前，申请人请求撤回申请的，可以裁定准许。 第十四条 人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，报请上一级人民法院批准。通过海峡两岸司法互助途径送达文书和调查取证的期间，不计入审查期限。 第十五条 台湾地区法院民事判决具有下列情形之一的，裁定不予认可：（一）申请认可的民事判决，是在被申请人缺席又未经合法传唤或者在被申请人无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下作出的；（二）案件系人民法院专属管辖的；（三）案件双方当事人订有有效仲裁协议，且无放弃仲裁管辖情形的；（四）案件系人民法院已作出判决或者中国大陆的仲裁庭已作出仲裁裁决的；（五）香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的法院已就同一争议作出判决且已为人民法院所认可或者承认的；（六）台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的仲裁庭已就同一争议作出仲裁裁决且已为人民法院所认可或者承认的。认可该民事判决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或者损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可。 第十六条 人民法院经审查能够确认台湾地区法院民事判决真实并且已经生效，而且不具有本规定第十五条所列情形的，裁定认可其效力；不能确认该民事判决的真实性或者已经生效的，裁定驳回申请人的申请。裁定驳回申请的案件，申请人再次申请并符合受理条件的，人民法院应予受理。 第十七条 经人民法院裁定认可的台湾地区法院民事判决，与人民法院作出的生效判决具有同等效力。 第十八条 人民法院依据本规定第十五条和第十六条作出的裁定，一经送达即发生法律效力。当事人对上述裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

第十九条 对人民法院裁定不予认可的台湾地区法院民事判决，申请人再次提出申请的，人民法院不予受理，但申请人可以就同一争议向人民法院起诉。 第二十条 申请人申请认可和执行台湾地区法院民事判决的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定，但申请认可台湾地区法院有关身份关系的判决除外。申请人仅申请认可而

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

第二十一条 人民法院在办理申请认可和执行台湾地区法院民事判决案件中作出的法律文书，应当依法送达案件当事人。 第二十二条 申请认可和执行台湾地区法院民事判决，应当参照《诉讼费用交纳办法》的规定，交纳相关费用。 第二十三条 本规定自 2015 年 7 月 1 日起施行。《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》（法释〔1998〕 11 号）、《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院民事调解书或者有关机构出具或确认的调解协议书向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》（法释〔1999〕10 号）、《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院支付命令向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》（法释〔2001〕13 号）和《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》（法释〔2009〕4 号）同时废止。

最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排（2006 年 2 月 13 日最高人民法院审判委员会第 1378 次会议通过法释[2006]2 号

根据《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》第九十三条的规定，最高人民法院与澳门特别行政区经协商，就内地与澳门特别行政区法院相互认可和执行民商事判决事宜，达成如下安排：

第一条 内地与澳门特别行政区民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括劳动民事案件）判决的相互认可和执行，适用本安排。本安排亦适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。本安排不适用于行政案件。

第二条 本安排所称“判决”，在内地包括：判决、裁定、决定、调解书、支付令；在澳门特别行政区包括：裁判、判决、确认和解的裁定、法官的决定或者批示。本安排所称“被请求方”，指内地或者澳门特别行政区双方中，受理认可和执行判决申请的一方。

第三条 一方法院作出的具有给付内容的生效判决，当事人可以向对方有管辖权的法院申请认可和执行。没有给付内容，或者不需要执行，但需要通过司法程序予以认可的判决，当事人可以向对方法院单独申请认可，也可以直接以该判决作为证据在对方法院的诉讼程序中使用。

第四条 内地有权受理认可和执行判决申请的法院为被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院。两个或者两个以上中级人民法院均有管辖权的，申请人应当选择向其中一个中级人民法院提出申请。澳门特别行政区有权受理认可判决申请的法院为中级法院，有权执行的法院为初级法院。

第五条 被申请人在内地和澳门特别行政区均有可供执行财产的，申请人可以向一地法院提出执行申请。申请人向一地法院提出执行申请的同时，可以向另一地法院申请查封、扣押或者冻结被执行人的财产。待一地法院执行完毕后，可以根据该地法院出具的执行情况证明，就不足部分向另一地法院申请采取处分财产的执行措施。两地法院执行财产的总额，不得超过依据判决和法律规定所确定的数额。

第六条 请求认可和执行判决的申请书，应当载明下列事项：（一）申请人或者被申请人为自然人的，应当载明其姓名及住所；为法人或者其它组织的，应当载明其名称及住所，以及其法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所；（二）请求认可和执行的判决的案号和判决日期；（三）请求认可和执行判决的理由、标的，以及该判决在判决作出地法院的执行情况。

第七条 申请书应当附生效判决书副本，或者经作出生效判决的法院盖章的证明书，同时应当附作出生效判决的法院或者有权限机构出具的证明下列事项的相关文件：（一）传唤属依法作出，但判决书已经证明的除外；（二）无诉讼行为能力人依法得到代理，但判决书已经证明的除外；（三）根据判决作出地的法律，判决已经送达当事人，并已生效；（四）申请人为法人的，应当提供法人营业执照副本或者法人登记证明书；（五）判决作出地法院发出的执行情况证明。如被请求方法院认为已充分了解有关事项时，可以免除提交相关文件。被请求方法院对当事人提供的判决书的真实性有疑问时，可以请求作出生效判决的法院予以确认。

第八条 申请书应当用中文制作。所附司法文书及其相关文件未用中文制作的，应当提供中文译本。其中法院判决书未用中文制作的，应当提供由法院出具的中文译本。

第九条 法院收到申请人请求认可和执行判决的申请后，应当将申请书送达被申请人。被申请人有权提出答辩。

第十条 被请求方法院应当尽快审查认可和执行的请求，并作出裁定。

第十一条 被请求方法院经审查核实存在下列情形之一的，裁定不予认可：（一）根据被请求方的法律，判决所确认的事项属被请求方法院专属管辖；（二）在被请求方法院已存在相同诉讼，该诉讼先于待认可判决的诉讼提起，且被请求方法院具有管辖权；（三）被请求方法院已认可或者执行被请求方法院以外的法院或仲裁机构就相同诉讼作出的判决或仲裁裁决；（四）根据判决作出地的法律规定，败诉的当事人未得到合法传唤，或者无诉讼行为能力人未依法得到代理；（五）根据判决作出地的法律规定，申请认可和执行的判决尚未发生法律效力，或者因再审被裁定中止执行；（六）在内地认可和执行判决将违反内地法律的基本原则或者社会公共利益；在澳门特别行政区认可和执行判决将违反澳门特别行政区法律的基本原则或者公共秩序。

第十二条 法院就认可和执行判决的请求作出裁定后，应当及时送达。当事人对认可与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院提请复议，在澳门特别行政区可以根据其法律规定提起上诉；对执行中作出的裁定不服的，

可以根据被请求方法律的规定，向上级法院寻求救济。

第十三条 经裁定予以认可的判决，与被请求方法院的判决具有同等效力。判决有给付内容的，当事人可以向该方有管辖权的法院申请执行。

第十四条 被请求方法院不能对判决所确认的所有请求予以认可和执行时，可以认可和执行其中的部分请求。

第十五条 法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后，可以按照被请求方法律关于财产保全的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全措施。

第十六条 在被请求方法院受理认可和执行判决的申请期间，或者判决已获认可和执行，当事人再行提起相同诉讼的，被请求方法院不予受理。

第十七条 对于根据本安排第十一条（一）、（四）、（六）项不予认可的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请。但根据被请求方的法律，被请求方法院有管辖权的，当事人可以就相同案件事实向当地法院另行提起诉讼。本安排第十一条（五）项所指的判决，在不予认可的情形消除后，申请人可以再行提起认可和执行的申请。

第十八条 为适用本安排，由一方有权限公共机构（包括公证员）作成或者公证的文书正本、副本及译本，免除任何认证手续而可以在对方使用。

第十九条 申请人依据本安排申请认可和执行判决，应当根据被请求方法律规定，交纳诉讼费用、执行费用。申请人在生效判决作出地获准缓交、减交、免交诉讼费用的，在被请求方法院申请认可和执行判决时，应当享有同等待遇。

第二十条 对民商事判决的认可和执行，除本安排有规定的以外，适用被请求方的法律规定。

第二十一条 本安排生效前提出的认可和执行请求，不适用本安排。两地法院自 1999 年 12 月 20 日以后至本安排生效前作出的判决，当事人未向对方法院申请认可和执行，或者对方法院拒绝受理的，仍可以于本安排生效后提出申请。澳门特别行政区法院在上述期间内作出的判决，当事人向内地人民法院申请认可和执行的期限，自本安排生效之日起重新计算。

第二十二条 本安排在执行过程中遇有问题或者需要修改，应当由最高人民法院与澳门特别行政区协商解决。

第二十三条 为执行本安排，最高人民法院和澳门特别行政区终审法院应当相互提供相关法律资料。最高人民法院和澳门特别行政区终审法院每年相互通报执行本安排的情况。

第二十四条 本安排自 2006 年 4 月 1 日起生效。

公租房能作为遗产继承吗？

2016-08-08 海坛特哥 北京市安衡律师所 李定寰

“公租房”的官方名称是“公共租赁住房”（以下简称“公租房”）。第一次听说“公租房”是前几年我做助理的时候，当时一听到”租”字，脑中立刻蹦出不可以作为遗产继承的想法。那么，它到底是什么样子，下面让我们来一步一步的揭开它的神秘面纱。

一、什么是“公租房”？

根据《北京市公共租赁住房管理办法（试行）》的规定，是指政府提供政策支持，限定户型面积、供应对象和租金水平，面向本市中低收入住房困难家庭等群体出租的住房。

供应对象为北京市中低收入住房困难家庭，包括已通过廉租住房、经济适用住房、限价商品住房资格审核尚在轮候的家庭以及其它住房困难家庭。

申请条件为 1、在本地无住房或者住房面积低于规定标准；2、收入、财产低于规定标准；3、申请人为外来务工人员的，在本地稳定就业达到规定年限。

租赁期限最长不超过 5 年，合同期满承租家庭应当退出住房。承租家庭需继续承租的，应在合同期满前 3 个月内提出申请，由产权单位会同相关单位复核，符合条件的续签租赁合同。

由此可见，公租房的产权人是国家或集体而非承租人，其性质属于公房，即属全民所有或集体所有的房屋，承租人依据房屋租赁合同取得的只是房屋使用权，原则上其承租权不得继承，但是，与公租房所对应的权益，却应另当别论，比如公租房因拆迁所产生的拆迁补助等。

二、原承租人死亡，公租房能否变更承租人？

根据我国《合同法》的规定，承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

立法是否与现实挂勾是检测一个法能否成为良法的依据之一。民以食为天，食以安为先，这是出自《汉书·郦食其传》的经典，当今社会，让人最有归属感的莫过于一套属于自己的房屋，所以，人们总是倾尽所能置办一套房产，但高昂的房价还是让许多人买不起房，从而住房租赁也就成为解决人们居住的一个必要方式。

“住”一般是以家庭为单位的，虽然在租赁合同上承租人一般仅是一个人，但其家庭其他成员通常会一同居住，所以租赁合同也涉及到了其他共同居人的利益，因此法律在调整房屋租赁关系时，除了要考虑承租人的权益，也应该关注如果遇到承租人死亡的情况，其死亡后其他共同居住人的居住利益。

承租人死亡后，生前未与其共同生活的亲属或者法定继承人，如果确需继续租用住房的，享有优先承租权，可以与出租人另行签订房屋租赁合同。承租人死亡后，生前与承租人共同居住的人可以继续租赁原住房，但应与出租人办理续租手续，变更承租人。承租人死亡后无共同居住之人的，租赁关系终止。原共同居住之人另有住房的，也可以终止租赁关系。

对于公租房租赁，《城市房屋租赁管理办法》第 11 条第 3 款规定：住宅用房承租人在租赁期限内死亡的，其共同居住两年以上的家庭成员可以继续承租。另外，《北京市人民政府关于城市公有房屋管理的若干规定》第 12 条第（五）项规定：承租者外迁或死亡，原同住者要求继续承租的，须经出租单位同意，并新订租赁合同。

三、变更承租人的程序

按《北京市公共租赁住房后期管理暂行办法》第 12 条的规定，承租家庭因自身原因提出在申请家庭成员间变更承租人的，可向公共租赁住房产权单位设立的租赁管理服务站提出申请，并按下列程序办理：

（一）承租家庭推举一名具有完全民事行为能力的承租人，填写变更书面申请，明确变更原因。产权单位核定家庭各项费用均已结清后，收齐承租人身份证、户口本、租赁合同、死亡证明、共同申请人同意变更意见书等材料后，报送到承租家庭原申请户籍所在区县住房保障管理部门审核。

（二）区县住房保障管理部门组织街道办事处（乡镇人民政府）住房保障管理部门对家庭申请情况进行复核，家庭仍符合配租条件的，应在公共租赁住房小区公示 10 日。公示无异议的，区县住房保障管理部门应在 15 日内将同意变更意见反馈给产权单位；公示有异议的，区县住房保障管理部门组织相关部门进行复核。

（三）产权单位在接到反馈意见 5 日内，为家庭办理承租人变更手续，租赁期限为原合同剩余期限。

经复核，家庭不再符合配租条件的，区县住房保障管理部门按照相关规定作出取消家庭保障资格的决定，并在 15 日内将处理结果书面告知产权单位。

注：需提请读者注意的是，各地（甚至北京市内各区县）对公租房的管理规定不尽相同，如遇有公租房相关问题，请以当地公租房管理机构的答复为准。

附：承租家庭申请书样式

承租家庭申请书：

承租人_____，身份证号码_____，备案登记编号_____，租赁合同编号_____。本家庭为_____区县保障性住房申请家庭，于___年__月__日起承租位于____区（县）_____号楼__单元____号公共租赁住房，建筑面积_____平方米，合同期限____年，月租金____元，承租家庭成员共__人，分别为_____。现经承租家庭成员协商一致，提出申请：

□因承租人死亡变更承租人；□家庭成员间变更承租人；□调整配租房屋；□同套型内调换配租房屋地点；□续签租赁合同；□自愿终止租赁合同。具体原因说明：

特此申请。

申请人：　　联系电话：

①承租人签名：　　日期：

②承租家庭成员签名：　　日期：

③承租家庭成员签名：　　日期：

④承租家庭成员签名：　　日期：

注：本通知书一式两份，交办理保障家庭入住手续单位一份，区县住房保障管理部门留存一份。

共有人擅自处分共有物纠纷裁判要点与实务观点集成

2016-08-08 ilawyer 徐忠兴

阅读提示：因共有人未经其他共有人的同意擅自处分共有物引发的纠纷，往往涉及处分人、其他共有人及第三人的权益，其中又包含了共有、无权处分、善意取得等多项民法规范的适用问题，还可能涉及婚姻法的相关规定应予适用。对于此类纠纷的处理，最高人民法院在相关案例及公开出版物中阐明了相应的裁判要点与实务观点，现整理集结于本文，以飨读者。

作者：徐忠兴〔微信：xzx_lawyers〕

来源：ilawyer 微信公众号首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

2016 年第 90 期（总第 183 期）

【裁判要点】

1. 夫或妻一方转让夫妻共同共有的公司股权，能够认定另一方明知且受让人是基于善意的，该股权转让协议对另一方具有约束力。

适用解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条第二款的规定，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人

有理由相信夫或妻一方做出的处理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。因此，夫或妻一方转让共同共有的公司股权的行为，属于对夫妻共同财产做出重要处理，应当由夫妻双方协商一致并共同在股权转让协议、股东会决议和公司章程修正案上签名。但是如果第三人有理由相信夫或妻一方转让共同共有的公司股权是夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。根据上述规定，夫妻双方共同共有公司股权的，夫或妻一方与他人订立股权转让协议的效力问题，应当根据案件事实，结合另一方对股权转让是否明知、受让人是否为善意等因素进行综合分析。如果能够认定另一方明知股权转让，且受让人是基于善意，则股权转让协议对于另一方具有约束力。

要点索引：最高人民法院（2007）民二终字第 219 号“彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案”，载《最高人民法院公报》2009 年第 5 期（总第 151 期）。

2. 共有人未经其他共有人的同意，擅自处分共有财产的，属于无权处分，可以根据《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》第三条第一款的规定处理。

适用解析：《合同法》第五十一条是关于无权处分的规定，该条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”据此，处分财产只能由享有处分权的人行使。即使是对共有财产享有共有权的共有人，也只能依法处分其应有的份额，而无权擅自处分共有财产。尽管《合同法》第五十一条规定的无权处分与某个共有人未经其他共有人同意擅自处分共有财产具有一定区别，即前者无处分权，后者有部分处分权，但大多数学者及审判实务通常将后者作为无处分权的一种特殊情形对待。因此，未经许可擅自处分共有物属于无权处分。对此，可以根据《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》第三条第一款的规定处理，即“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”

要点索引：北京市第二中级人民法院（2013）二中民终字第 00379 号“张林诉雷秉欧、李术宝房屋买卖合同纠纷案”，见陈文文：《无权处分共有物之合同及处分行为的效力判定》，载最高人民法院《人民司法·案例》2015 年第 22 期。

3. 夫或妻一方非因日常生活需要处分夫妻共同财产，第三人主观上是善意的，该处分行为有效。

适用解析：《婚姻法》第十七条规定，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条第（二）项对“平等的处理权”作出进一步解释：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”该条规定明确了夫妻对外处理非日常生活需要的表见代理制度。若客观事实足以使第三人有理由相信，处分夫妻共同财产系夫妻双方共同的意思表示，则第三人主观上是善意的，夫妻一方不得以不知道或者不同意处分夫妻共同财产为由，对抗善意第三人。

要点索引：最高人民法院（2008）民申字第 677 号“蔡月红与李炳、麦赞新股权转让合同纠纷案”，见潘杰：《夫妻一方向第三人转让夫妻公司全部股权的效力认定》，载最高人民法院《人民司法·案例》2011 年第 22 期。

4. 夫或妻一方已明确表示征得另一方同意将夫妻共同财产出卖给第三人，并代表另一方在买卖合同上签字的，可以认定第三人有理由相信其为夫妻共同意思表示。

适用解析：《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）》规定，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作出处理决定，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。据此，夫或妻一方已明确表示征得另一方同意将夫妻共同财产出卖给第三人，并代表另一方在买卖合同上签字，可以认定第三人有理由相信其为夫妻共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

要点索引：重庆市第二中级人民法院〔2009〕渝二中法民终字第 419 号“赵候英诉华官军、唐中清房屋买卖合同纠纷案”，见陈庆：《赵候英诉华官军等房屋买卖案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2009 年民事审判案例卷）》，人民法院出版社 2010 年版，第 28—34 页。

5. 夫或妻一方非因日常生活需要擅自将共同财产赠与他人的，另一方有权要求受赠人返还财产。

适用解析：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。夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。第三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。婚姻存续期间，一方将夫妻共同财产擅自赠与他人，因他人接受赠与的财产并没有付出相应的对价，因此不属于有偿取得，不能适用善意取得制度。同时，如果所赠与财产的数额较大，且并非日常生活需要，赠与一方亦无权单独处理，其无偿赠与他人的行为损害了夫妻另一方的合法权益，有违公平原则。因此，该赠与行为应认定为无效，夫妻另一方作为财产所有人和利害关系人有权要求受赠人全部返还该财产。

要点索引：李某与杨某不当得利纠纷案，见《“用公开促公正建设核心价值”主题教育活动——婚姻家庭纠纷典型案例》，载最高人民法院网，发布时间 2015 年 12 月 4 日。

6.《城市房地产管理法》第三十八条第（四）项的规定，属于管理性强制性规范，违反该规定并不导致相应的房地产买卖合同无效。

适用解析：《城市房地产管理法》第三十八条第（四）项规定："共有房地产，未经其他共有人书面同意的"，不得转让。该规定属于管理性强制性规范，即共有人之一的登记权利人违反该规定引起的法律后果是，登记部门在房屋买卖合同当事人申请办理房地产权属变更登记时，如果经审查发现，登记权利人出卖共有物并没有得到其他共有权人的同意，不符合法律规定的共有物处分条件或者当事人约定的共有物处分条件，则登记部门根据上述规定不予办理房地产权属变更登记手续。但是，对于这种管理性强制性规范的违反，并不导致登记权利人同买受人签订的房地产买卖合同无效的法律效果。

要点索引：王某军与李某强、童某东房屋买卖合同纠纷案，见仲伟珩：《房屋登记权利人出卖共有房屋不符合法律规定或者合同约定条件的合同效力问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013年第4辑（总第56辑），人民法院出版社2014年版，第128—133页。

7.登记权利人出卖共有房屋，不符合共有物处分的法律规定或者共有人约定的处分条件，但买受人是善意且合同约定的对价合理，其他共有权人请求确认房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

适用解析：登记权利人出卖共有房屋，不符合《物权法》第九十七条关于共有物处分的规定或者共有人之间的另行约定，如果买受人是善意，且买卖合同约定的对价合理，虽未办理房屋所有权变更登记手续，但根据《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》第三条第一款的规定，即使出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者完全的处分权，其同买受人所签订的房屋买卖合同仍然有效，故其他共有权人请求确认房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

要点索引：王某军与李某强、童某东房屋买卖合同纠纷案，见仲伟珩：《房屋登记权利人出卖共有房屋不符合法律规定或者合同约定条件的合同效力问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013年第4辑（总第56辑），人民法院出版社2014年版，第128—133页。

8.登记权利人出卖共有房屋，不符合共有物处分的法律规定或者共有人约定的处分条件，买受人请求履行合同，其他共有人拒不协助办理房屋权属变更登记手续的，人民法院应驳回买受人的诉讼请求。

适用解析：出卖人出卖登记在其名下的共有房屋不符合《物权法》第九十七条规定的条件或者共有人约定的条件，在房屋买卖合同有效的情况下，买受人请求履行房屋买卖合同，其他共有人不同意出卖该共有房屋，并表示不予协助办理该房屋权属变更登记手续的，人民法院应驳回买受人关于继续履行合同的诉讼请求。在人民法院认定房屋买卖合同有效的情况下，买受人可以变更诉讼请求为要求出卖人承担债务不能履行的违约责任，赔偿其基于有效合同履行可以获得的利益。

要点索引：刘某与李某、陈某房屋买卖合同纠纷案，见仲伟珩：《出卖人出卖登记在其名下的共有房屋不符合法律规定或者共有人约定的条件，买受人请求强制履行房屋买卖合同的纠纷处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014年第1辑（总第57辑），人民法院出版社2014年版，第149—153页；北京市第二中级人民法院（2013）二中民终字第00379号"张林诉雷秉欧、李术宝房屋买卖合同纠纷案"，见陈文文：《无权处分共有物之合同及处分行为的效力判定》，载最高人民法院《人民司法·案例》2015年第22期。

【实务观点】

1.对共有物的处分既包括事实上的处分，也包括法律上的处分。

适用解析：民法上所谓处分，是指所有人决定所有物的命运，将所有物消费掉或者毁弃，称为事实上的处分；将所有物出卖或赠送他人，称为法律上的处分。对共有物的处分，也包括这两方面的内容，如将共有的粮食消费，为事实上的处分，将共有的房屋出卖给他人，为法律上的处分。

观点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第303页。

2.按份共有人约定对共有物的处分应经全体共有人一致同意的，可以认定该约定有效。

适用解析：《物权法》在对按份共有物的处分问题上兼顾效益原则和公平原则，实行"多数决"原则。即：占份额三分之二以上的按份共有人同意，即可处分共有物。但如果按份共有人约定对共有物的处分应经全体共有人一致同意，则应当依照约定行事。

观点索引：见胡康生主编、全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第222页。

3.当事人因对共有物的处分或重大修缮发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当根据《物权法》第九十七条的规定进行审理。

适用解析：如果共有人之间对共有物的处分或重大修缮订有协议，在共有人因对共有物的处分或重大修缮发生纠纷提起诉讼时，应首先审查该协议是否合法有效。如果有效，则要依据该协议确定是否违约。如果无效，或者协议约定不明确，则应根据《物权法》第九十七条的规定进行审理。如果当事人之间没有对共有物的处分或者重大修

缮进行约定，也应该适用《物权法》第九十七条的规定进行处理。根据该条的规定，必须经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意。否则，各共有人不得处分共有物或者对共有物作重大修缮。

观点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 304 页。

4. 夫妻一方非因日常生活需要擅自将共同财产赠与他人的，应认定赠与行为全部无效，夫妻中的另一方有权请求返还赠与财产。

适用解析：在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般原理，在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，也无权在共有期间请求分割共同财产。夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有半数的份额。只有在共同共有关系终止时，才可对共同财产进行分割， 确定各自份额。因此，夫妻一方非因日常生活需要擅自将共同财产无偿赠与他人的行为应为全部无效，而非部分无效。夫妻中的另一方以侵犯共有财产权为由请求返还的，人民法院应予支持。

观点索引：见《一方将夫妻共同财产擅自赠与他人的行为无效》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 2 集（总第 38 集），法律出版社 2009 年版，第 315 页；另见吴晓芳：《夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的纠纷应如何处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑（总第 54 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 119—124 页。

5. 出卖人未经共有人同意，出卖登记在其个人名下的共有房屋，买受人符合善意取得的，可以依据《物权法》第一百零六条第一款的规定处理。

适用解析：出卖人未经共有人同意，与买受人签订房屋买卖合同，出卖登记在其个人名下的共有房屋，如果买受人是善意，且支付了合理对价并已经办理了房地产转移登记手续，这种情况下已经构成了《物权法》第一百零六条第一款规定的善意取得，此时，可以根据该款的规定加以处理，即买受人取得房屋所有权，其他共有权人以登记权利人处分共有房屋未经其同意，不符合法律规定的共有物处分条件或者当事人约定的条件，要求确认房屋买卖合同无效并追回该共有房屋的，人民法院应当基于买受人已经善意取得了该共有房屋，对于共有人的诉讼请求不予支持。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 88—89 页。

6. 出卖人未经共有人同意，出卖登记在其个人名下的共有房屋，尚未办理完成房屋所有权变更登记，但买受人支付了合理对价且善意的，应认定房屋买卖合同有效；买受人未能取得房屋所有权的，有权要求出卖人承担相应的违约责任。

适用解析：出卖人未经共有人同意，与买受人签订房屋买卖合同，出卖登记在其个人名下的共有房屋，如果买受人是善意，且支付了合理对价但尚未办理完成房屋所有权变更登记的，基于出卖人处分共有房屋的行为构成无权处分，根据《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》第三条第一款的规定，此种无权处分影响的是能否实现物权的变动，而不影响物权变动的原因行为买卖合同的效力，故对于其他共有人以登记权利人处分共有物未经其同意，不符合法律规定的条件或者当事人约定的条件，要求确认房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。但是由于出卖人并没有取得所出卖房屋的所有权或者处分权，则其不能履行同买受人所签订的买卖合同，属于合同履行的不能，其应承担相应的违约责任。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 88—89 页、第 94 页。

7. 共有人擅自处分共有物，认定受让人受让共有物时是否为善意，应以受让人对不知且不应知转让人无处分权无重大过失以上过错为标准。

适用解析：受让人为善意，是认定共有人擅自处分共有物的合同效力及适用善意取得的首要条件。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第十五条第一款规定了受让人善意的一般认定标准，即“受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。”对此规定的理解，应当明确受让人的善意应以其不知且不应知转让人无权处分为判断标准，这其中包含两方面的内容：（1）受让人不知道转让人无处分权。认定受让人的善意，最为基本的是其对转让人系无处分权人的事实并不知情。受让人对此无需承担举证责任，而应由主张受让人并非善意的对方当事人举证证明。（2）受让人对不知道转让人无处分权无重大过失。对于重大过失的认定，通常以行为人欠缺一般人具有的注意为判断标准，换言之，只要行为人稍加注意即可以避免出现认识错误或者发生损失，而其没有尽到此注意义务时，应认为存在重大过失。

观点索引：见杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 358—359 页。

8.主张受让人为非善意的对方当事人，应就受让人受让物权时为非善意承担举证责任。

适用解析：按照法律规定的方式公示的物权一般应推定为真实物权。在此前提下，受让人只要相信权利公示的正确性，并根据公示状态进行交易，应直接推定其为善意，无需就其为该交易时的善意再行举证证明。因此，无论受让人在具体案件中的诉讼地位如何，都不应影响其举证责任的负担，对于其“善意”之主观状态，无须承担举证责任，而是应当由主张其为非善意的对方当事人，就受让人受让物权时，存在明知或因重大过失而未知转让人无处分权的主观恶意，承担举证责任。

观点索引：见杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 361 页。

9.不动产善意取得中的善意判断时点，应当以登记事项记载于不动产登记簿时为准。

适用解析：《物权法》第一百零六条规定要求，受让人获得善意取得制度保护，取得无处分权人转让的不动产物权的，应当在受让该不动产时为善意。对于应将何时作为“受让不动产时”，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第十八条第一款的规定，应将“依法完成不动产物权转移登记之时”，作为“受让不动产时”，也就是判断不动产善意取得中的善意时点。也就是说，作为受让人想要取得善意取得制度的保护，实现从无处分权人处取得的不动产物权，获得法律的认定，需要在完成不动产物权转移登记之前，始终保持主观善意，即不知道且不应当知道转让人无处分权的事实。根据《不动产登记暂行条例》第二十条、第二十一条第一款的规定，应当以登记事项记载于不动产登记簿时作为确定“依法完成不动产物权转移登记”的具体时间点。

观点索引：见杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 420—421 页。

10.普通动产善意取得中的善意判断时点，一般应以“依法完成动产交付之时”为准，但在观念交付情形下，应依交付方式的不同作出不同认定。

适用解析：动产物权变动以交付为发生变动的基本原则，在动产交付采取现实交付的情况下，自然应当以“依法完成动产交付之时”作为动产善意取得中的善意判断时点。在动产以简易交付、指示交付、占有改定等观念交付方式实现交付的情形下，善意受让人的善意判断时点如下：（1）简易交付的，由于受让人在动产物权变动之前，已经先行占有该动产，转让人转让该动产物权，无需再进行现实交付，而是通过与受让人达成转让合同的方式即可，动产物权自转让合同生效时发生物权变动的效力，故应当按照《物权法》所规定的物权发生变动效力的时间确定动产交付时间，即应当将转让动产法律行为生效时作为动产善意取得的善意判断时点。（2）指示交付的，由于动产物权设立和转让前，第三人已依法占有该动产，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付，故受让人的善意判断时点，应当按照《物权法》第二十六条的规定确定，即按照转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时确定动产交付时间，也就是受让人的善意判断时点。（3）占有改定，是指转让动产物权时，让与人与受让人约定，由让与人继续占有该动产，受让人则取得该动产的间接占有，以代替现实交付。《物权法》第二十七条规定，动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。也就是说，转让人与受让人之间关于由转让人继续占有该动产的约定生效时间，即为动产交付时间，确定受让人是否为善意的判断时点，也应当相应确定为转让人与受让人之间上述约定生效的时间。

观点索引：见杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2016 年版，第 421—423 页、第 431—432 页。

11.判断出卖人未经共有人同意出卖共有房屋的价格是否合理，一般应以合同约定的交易对价与市场同类房屋的价格是否相当为标准。

适用解析：在出卖人未经共有人同意出卖共有房屋的情况下，买受人所支付的对价是否合理，通常是认定买受人是否为善意以及买卖合同是否有效的重要标准之一。对此，一般应以客观标准进行判断，即只要合同约定的交易对价与市场同类房屋的价格相当，就应推定为合理对价；如果存在交易价格同市场同类房屋价格悬殊，则可以根据日常生活经验足以判断该对价确实明显有悖常情的，构成不合理对价。特殊情形下，法院也可以将争议房屋交由房屋估价机构进行估价。考虑到市场交易的个体性差异和交易行情的多变性，只要评估价与合同约定对价不存在明显差异，则应认定对价属于合理范畴。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 95 页。

12.《城市房地产管理法》第三十八条第（四）项的规定，不是认定共有房地产买卖合同效力的依据。

适用解析：《城市房地产管理法》第三十八条第（四）项规定：“共有房地产，未经其他共有人书面同意的”，不得转让。该规定属于管理性强制性规范。即共有人之一的登记权利人违反该规定引起的法律后果系在登记部门办理房地产权属变更登记时，如果登记部门经审查，发现登记权利人的处分并没有得到其他共有权人的同意，不符合法律规定的共有物处分的条件或者当事人约定的共有物处分条件，则登记部门基于管理的需要不予办理房地产权属变更登记手续。但是，这种管理性强制性规范的违反，并不导致登记权利人同买受人签订的房地产买卖合同无效。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 89 页。

13.共有人处分共有房屋不符合法定或约定的条件，买受人请求继续履行合同的，人民法院应当向当事人释明变更诉讼请求为解除合同、由出卖人承担违约责任；当事人拒不变更的，人民法院应当驳回其诉讼请求。

适用解析：根据《物权法》第九十七条的规定，处分共有物未经份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，或者不符合当事人之间关于共有的约定的，则不能实现物权的变动，无法完成该房屋的权属变更登记手续，进一步则该合同无法继续履行，以实现权属的变更登记手续。而在合同无法履行的情况下，人民法院应当向当事人释明，由当事人变更诉讼请求，即由原来的请求继续履行合同变更为解除合同、由出卖人承担违约责任。对此，《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》第三条第二款作了明确规定。如果当事人在人民法院释明后，仍然不变更诉讼请求的，则人民法院应驳回当事人的诉讼请求。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 95—96 页。

14.买受人购买夫妻共有房屋且已经构成善意取得的，即使该房屋为夫妻双方的唯一住房，夫妻另一方也无权追回该房屋。

适用解析：《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）》第十一条规定：“一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。”该条规定与《物权法》第一百零六条的规定精神一致。根据上述规定，买受人在购买夫妻共有房屋且已经构成善意取得的情况下，夫妻另一方是否可追回房屋的问题上，并未区分该房屋是否为夫妻共同生活居住的唯一房屋而作不同处理。因此，如果买受人已经善意取得了房屋产权，则即使所购买的房屋为夫妻双方唯一的住房，也不能突破《物权法》第一百零六条的规定，即夫妻另一方无权要求追回该房屋。

观点索引：见仲伟珩：《共有人处分共有物不符合法律规定条件或者共有人约定条件的纠纷处理》，载杜万华执行主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》第 1 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 96—97 页。

《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承（上）

2016-08-12 JHR 金汇人律师事务所 徐健

《民事审判指导与参考》自第 34 期开始刊登“民事审判信箱”，至今已经到 65 期，总计刊登了 32 期。“民事审判信箱”内容均由最高法院民一庭法官对相关民事审判问题进行解答，具有一定的实务参考价值，我们将逐步分专栏汇编给大家，对于篇幅较长的解答我们进行了精简，请以原文为准。由于新的司法政策和司法解释的发布，解答中有些观点与最新的观点、意见不一致，请大家注意。

1、女方怀孕后因种种原因背着男方私自做了人工流产，而男方及其家人都非常希望有个孩子。男方认为女方的行为侵犯了自己的生育权，到法院要求损害赔偿。一种意见认为应当支持，因为夫妻双方都有平等的生育权，女方私自流产的行为导致男方生育权无法实现；第二种意见认为对男方的诉讼请求应予以驳回，因为夫妻双方生育权的实现需要协商一致，男方不得强迫女方违背意愿进行生育。请问如何处理？（第 34 期）

答：倾向性观点认为：生育权是法律赋予公民的一项基本权利，夫妻双方各自都享有生育权只有夫妻协商一致，共同行使这一权利，生育权才能实现。如果妻子不愿意生育，丈夫不得以其享有生育权为由强迫妻子生育。妻子未经支付同意终止妊娠，虽可能对夫妻感情造成伤害，甚至危及夫妻婚姻稳定，但丈夫并不能以本人享有的生育权对抗妻子享有的生育决定权，故妻子单方面终止妊娠不构成对丈夫生育权的侵犯。第二种意见是比较适当的。

2、在一起交通事故中，甲因乙驾驶的机动车肇事身亡。甲的妻子丙、未成年子女丁、戊向法院起诉乙要求赔偿，全部损失包括死亡赔偿金 25 万元。诉讼中，已以独立请求第三人参加诉讼，请求将甲的遗产，直接判决归已清偿甲结欠其的 30 万元债务，死亡赔偿金是否是遗产？（第 34 期）

答：“死亡赔偿金”并非“赔命钱”，也不是赔给死者的，死者在法律上和事实上都不能享有或者行使此项损害赔偿请求权。“死亡赔偿金”在内容上是对构成“经济性同一体”的受害人近亲属未来收入损失的赔偿，其法律行政为财产损害赔偿，其赔偿请求权人为具有“钱袋共同”关系的近亲属，是受害人近亲属具有人身专属性质的法定赔偿金；因此“死亡赔偿金”不是遗产，不能作为遗产继承，死亡受害人的债权人也不能主张受害人近亲属在获得死亡赔偿金的范围内清偿受害人生前所欠债务。

3、继父母与继子女下称抚养关系后，有抚养关系的继父母子女关系能否解除的问题，审判实践中存在较大争议。一种观点认为：继父母与继子女之间形成抚养关系后，相互之间的权利义务与生父母完全相同，无论在什么情况下都不能解除，即使生母与继父或者生父与继母婚姻关系解除了，继父母与继子女已经形成的权利义务关系也不能消除；另一种观点认为：继父母与继子女关系的基础首先是姻亲关系，在形成抚养关系后才转化成为法律上的拟制血亲关系，如果生母与继父或者生父与继母离婚，继父母子女之间的权利义务也随之消灭，请问任何掌握？（第 35 期）

答：继子女与继父母之间的关系，虽然是以生父母与继父母之间的婚姻关系为前提，但在继父母与继子女下称抚养关系后，它是一种独立的民事法律关系，它可以在一定的条件下解除，但不能认为生母与继父或者生父与继母的婚姻关系一旦解除，继子女与继父母之间权利义务关系也自然终止。审判实践中应注意把握的是：第一，生母与继父或者生父与继母离婚时，继父或者继母对曾受其抚养教育的继子女，不同意继续抚养的，应当由生父母抚养。第二、在通常情况下，受继父母抚养成人并独立的继子女应当承担赡养继父母的义务，双方关系原则是不能自然终止。但是如果双方关系恶化，经当事人的请求，人民法院可以解除他们之间的权利义务关系。但成年继子女必须承担丧失劳动能力、生活困难的继父母晚年的生活费用。

4、夫妻双方关系恶化而分居，一方抚养未成年子女，另一方对子女不管不问，子女可否请求另一方给付抚养费？（第 36 期）

答：抚养未成年子女是父母的法定义务，法律没有规定离婚是终止子女抚养费的前置条件，尽管夫妻没有离婚，子女也可以追索抚养费。如果双方最终离婚，既可以要求法院对离婚后的子女抚养问题做出处理，也可以要求另一方一并支付婚姻存续期间应当给付的抚养费。

5、结婚登记时男方未到场却通过熟人关系领取了结婚证，双方在当地举行了婚礼并共同生活生育子女，后男方以外死亡，其母亲到法院申请宣告婚姻无效能否得到支持？（第 37 辑）

答：结婚登记时一方未亲自到场虽然影响婚姻登记机关对双方结婚是否属于自愿的审查，但要求双方亲自到婚姻登记机关只能说结婚登记的程序条件之一。如果双方当事人在结婚登记时不违反结婚的实质条件，尽是一方未到场，随后双方还举行了结婚仪式，且共同生活生育子女，就不能认定男方系非自愿结婚。因此处理此类纠纷，应当首先审查双方是否具有婚姻法所规定的无效婚姻的几种情形，如果没有法定的无效婚姻情形，仅是婚姻登记时一方没有到场，实际上双方已在一起生活，法院应当驳回当事人申请宣告婚姻无效的请求。

6、被保险人与受益人在同一事件中死亡且不能确定先后死亡时间的，如两者相互之间本身就有继承关系，是否按照《继承法》及其司法解释的改的确定死亡先后顺序？（第 38 辑）

答：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 2 条：相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。而新修改的《保险法》第 42 条第 2 款则规定：“受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先。”比较上述不同规定可知，当保险人与受益人存在继承关系时，就两者死亡的推定时间，《意见》第 2 条与《保险法》第 42 条第 2 款之间可能存在法条适用上的重合现象。在目前立法和司法解释并未对此作出明确厘定的情况下，关于保险金继承中可能涉及的死亡时间推定以适用《保险法》第 42 条第 2 款为宜，除此之外，其他财产继承仍然应仍应以现行的《继承法》和相关司法解释为依据。

7、在一次台风中，李某与其所有的渔船一起失踪。3 年后，李某的母亲与妻子就李某的财产发生争议，李妻诉至法院，要求继承李某的遗产，对李妻的诉讼请求能否支持？（第 39 辑）

答：对李妻的诉讼请求不应予以支持。李妻起诉要求继承李某的财产，但是没有证据证明李某已经死亡。在李某未被证明生理死亡，又未被人民法院依法宣告死亡的情况下，李妻以李母为被告要求继承李某的遗产的诉讼请求，是得不到支持的。

8、重婚是构成婚姻无效的情形之一的，“有配偶者与他人同居”是离婚损害的赔偿的情形之一，事实上的重婚与“有配偶者与他人同居”的主要区别是什么？（第 39 辑）

答：重婚分为法律上的重婚和事实上的重婚。有配偶者又与他人登记结婚的，是法律上的重婚，虽未登记单确与他人以夫妻名义同居生活的，为事实上的重婚。根据我国刑法和最高人民法院《关于<婚姻登记管理条例>施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》的规定，已登记结婚的一方与他人又登记结婚或者与他人以夫妻名义同居生活形成事实婚姻，应认定为重婚行为并予以法律制裁。但是在现实生活中，不少人采取了规避法律的方式，在与他人婚外同居时，既不去登记结婚，也不以夫妻名义同居生活。针对这种情况，修订后的《婚姻法》特别规定“禁止有配偶与他人同居”。因此，事实上的重婚和“有配偶者与他人同居”之间最大的区别在于是否以夫妻名义同居生活，如果双方以夫妻名义同居生活，则构成事实上的重婚；如果双方没有以夫妻名义同居生活，则不属于《刑法》予以处罚的范围，而属于《婚姻法》禁止的行为。最高人民法院婚姻法司法解释一第 2 条规定的很明确：“婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。”有配偶者与他人婚外同居，其直接构成离婚的法定理由，同时无过错的配偶一方有权提起离婚损害的赔偿请求。

9、王某的父亲因病去世，其母亲因遗产问题与其祖父母产生纠纷，其母亲遂拒绝祖父母看望孙子。王某的祖父母起诉到法院，请求法院判令每月两次探望孙子。请问祖父母请求探望孙子的诉讼请求能否得到法院的支持？（第 40 辑）

答：现行的《婚姻法》第 38 条第 1 款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方

有协助的义务。”由此可以看出，享有探望权的主体是“不直接抚养子女的父或母”，探望权的产生以父母双方婚姻关系的解除为前提条件，并以不直接抚养子女为必要条件。祖父母探望孙子应当是合情合理的，但不是法律调整的范围，就像夫妻关系中的同居权不是现行《婚姻法》调整的范围一样。鉴于祖父母、外祖父母起诉请求保护其探望孙子女、外孙子女的权利缺乏相应的法律依据，故法院应当裁定驳回起诉，除非将来《婚姻法》修订后将探望权的主体扩大到祖父母、外祖父母。

10、因男方是现役军人，其在服役期间委托父母照顾孩子。女方曾向法院起诉离婚被驳回，男方的父母不准女方看望孩子，也不让女方接走孩子，女方遂起诉至法院，请求判令孩子由其监护。男方父母称目前儿子与女方尚未离婚，两人均是孩子的监护人，自闹离婚以来，女方一直未履行监护职责，作为孩子的祖父母，是受儿子的委托照顾，请求法院驳回女方的诉请。本案如何处理？（第 41 辑）

答：本案因男方在部队服役，不具备日常监护职责的客观条件，其有权委托第三人来履行监护职责。但女方作为孩子的父母，是法定监护人，其具有监护能力，又有亲自监护孩子的要求，监护权应当由女方来行使。

11、文某与沙某是夫妻，2005 年在 A 市登记结婚，二人户籍均为 A 市，婚后一直居住在 A 市文某父母家中。2006 年至 2008 年期间，文某与沙某以夫妻名义在 B 市购得房产 3 套。2009 年 1 月沙某向 B 市法院起诉离婚，并且涉及 B 市的三产房产，则该三处不动产所在地法院是否有管辖权？（第 42 辑）

答：《民事诉讼法》第 22 条规定“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖”，民诉意见第 4 条规定“公民的住所地是指公民的户籍所在地；法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地”。因此在被告文某户籍地在 A 市的情况下，则 A 市是文某的住所地。对于本案的管辖，依据民事诉讼属地关系“原告就被告”的一般原则，在被告住所地即其经常居住地的情况下，应当由被告住所地人民法院管辖，因此本案应当由 A 市法院管辖。对于民事诉讼法第 34 条第 1 项的规定“因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖”，应当理解为不动产作为诉争标的而发生的纠纷，对于夫妻一方起诉到法院离婚涉及不地产分割的案件，则应当按照民事诉讼法第 22 条确定的原则确定案件管辖。

12、《公司法》第 76 条确认了股东资格可以继承，但是对于股东资格继承的程序和具体问题没有涉及。实践中，公司股东死亡后同一顺序继承人可能有两人以上，他们是单独继承股东资格还是共同继承股东资格呢？在继承人对公司重大事项存在争议时，他们应当如何行使股东的表决权呢？（第 43 辑）

答：我们认为，继承即是对遗产的分割，不仅是对财产份额的分别取得，而且包括了各继承人对股东资格的分别取得，否则，如果允许多个继承人共有一个股东资格，在股权行使上将产生许多不必要的麻烦。当继承人为多数时，公司应当变更股东名册，按照继承人继承份额析分各人持股份额，将他们分别登记为股东。不过由于有限公司股东人数做多不能超过 50 人，当多个继承人分别取得股东资格会突破有限公司人数上限的，应当由各继承人协商转让其继承份额，以适应公司股东人数符合法定要求。

13、婚姻关系存续期间，双方以夫妻共同财产购买房屋，产权登记在未成年子女名下，离婚时如何处理？一种观点认为，按照物权法的规定，不动产权属证书是权利人享有该不动产的证明，如果夫妻将房屋登记在未成年子女名下，就意味着购买房屋赠与未成年人，离婚时就作为未成年人的财产处理，夫妻双方无权予以分割。另一种意见认为，不能仅仅按照产权登记情况将房屋一概认定为未成年人的财产，还应审查夫妻双方的真实意思表示。请问那种观点比较适当？（第 43 辑）

答：我们倾向于另一种观点。双方婚后用夫妻共同财产购买房屋，子女尚未常年，如果产权登记在子女名下，夫妻离婚时不能简单的完全按照登记情况将房屋认定为未成年子女的财产。不动产登记分为对外效力和对内效力，对外效力是指根据物权公示公信原则，不动产物权经过登记后，善意第三人基于对登记的信赖而与登记权利人发生的不动产交易行为应当受到法律保护；对内效力指应当审查当事人的真实意思表示来确定真实的权利人。现实生活中，夫妻共同出资购买房屋后，可能基于各种因素将房屋登记在未成年女名下，但这不意味着该房屋的真实权利人即为未成年子女。人民法院应当注意审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。如果真实意思确实向房屋赠与未成年子女，离婚时应将该房屋认定为未成年子女的财产，由直接抚养未成年子女一方暂时管理，如果真实意思并不是将房屋赠与未成年子女，离婚时将该房屋作为夫妻共同财产处理比较适宜。

《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承

2016-08-15 JHR 金汇人律师事务所 徐健

《民事审判指导与参考》自第 34 期开始刊登“民事审判信箱”，至今已经到 65 期，总计刊登了 32 期。“民事审判信箱”内容均由最高法院民一庭法官对相关民事审判问题进行解答，具有一定的实务参考价值，我们将逐步分专栏汇编给大家，对于篇幅较长的解答我们进行了精简，请以原文为准。由于新的司法政策和司法解释的发布，解答中有些观点与最新的观点、意见不一致，请大家注意。

14、王某与童某结婚并且生育一子，双方离婚后，王某进行亲子鉴定，发现自己并且孩子的亲生父亲，遂起诉要求女方返还抚养费，并且赔偿精神损失 25 万元。这类精神损害是否予以支持？（第 44 辑）

答：抚养未成年子女是父母的法定义务，男方受欺骗抚养了非亲生子女，代替孩子的亲生父亲履行了法定抚养

义务，男方得知事实真相后，当然有权要求追索此前支付的抚养费。从男方的角度，女方在婚姻存续期间与他人通奸生育子女，对其精神上造成巨大伤害，故同时有权要求侵害者赔偿精神损害。需要指出的是，这里赔偿精神损失与《婚姻法》第 46 条规定的离婚损害赔偿是两码事。判决女方赔偿精神损损失的依据是《民法通则》及最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中的有关规定。

15、我和某房地产公司老总张某没有进行登记结婚，但我和张某 1997 年起到其去世前一直住在以夫妻名义共同生活在一起，并且我为张某生了两个儿子。按照《婚姻法》的规定，我的两个儿子对张某的遗产有继承权，请问，我作为孩子的母亲，对张某的遗产有继承权。（第 44 辑）

答：最高人民法院婚姻法司法解释一第 5 条规定："未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：一、１９９４年２月１日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；二、１９９４年２月１日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。"根据上述精神，自 1994 年 2 月 1 日起即使你和张某以夫妻名义生活在一起，并且具备结婚的实质要件，但是未补办结婚登记的，仍然不能认定存在婚姻关系，而认定为同居关系。因此，基于你同张某自 1997 年之后只有同居关系，而不是婚姻关系，故你对张某的遗产不享有继承权。

16、张某的母亲死亡后，其遗产未做分割，张父继续居住。两年后张父再婚，与其妻赵某共同在此生活。张某留学在国外，得知其父病逝的消息回国后发现，赵某已经将房屋转让给齐某。张某是否可以起诉赵某和齐某，追回原属于其父母的房产？（第 45 辑）

答：房屋原属于张某父母财产，张母去世后，二分之一系张母遗产，二分之一系张父财产，张某继承其母遗产的二分之一，其父继承遗产的二分之一。张父去世后，张父的房产份额系婚前财产，赵某不能作为共有人，但是可以作为配偶继承张父遗产的二分之一，张某处分了全部房产侵害了张某的财产权和继承权。张某是否能够追回房产取决于齐某是否构成善意取得，即购房手续是否完备、合法，已经进行了房屋产权转移登记、支付了对价、不了解赵某没有全部产权等。如果齐某善意取得，法院不会判决齐某归还房产，只能要求赵某赔偿损失。如果齐某不属于善意取得或者没有进行产权变更登记，则张某的诉讼请求可以得到法院支持。

17、在双方关系被认定为事实婚姻的情形下，一方主张解除婚姻关系，另一方坚决不同意，如果双方以夫妻名义生活多年，调解无效，人民法院能否判决不准离婚？2001 年婚姻法修订后，此前最高法院出台的司法解释有关条款是否还继续适用？（第 45 辑）

答：对双方当事人属于事实婚姻的情况，在具体处理上与合法登记婚姻并不相同。最高法院 1989 年 11 月 21 日《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第六条明确："审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解。经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚。"而不像合法登记结婚当事人提出离婚时，法院调解不能和好的，如果认为夫妻感情没有彻底破裂，也可以判决不准离婚，对于事实婚姻就只能调解或者判决准予离婚。需要注意的是最高人民法院在 2001 年 4 月 28 日修改后的婚姻法实施前出台的一系列司法解释，只要与婚姻法没有抵触，仍然可以在审理有关婚姻家庭案件中继续适用。

18、我离婚已经三年，按照法院判决书，当时刚上小学的儿子由其父亲抚养，我一直未与儿子共同生活，无法行使对他的教育权。日前儿子在学校与他人打架被受害人家长提起人身损害赔偿之诉，法院通知我与前夫一起作为儿子的法定监护人参加诉讼有依据吗？（第 46 辑）

答：婚姻法第三十六条规定："父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。"因此，你离婚后虽然不直接抚养儿子，但与儿子之间的母子关系并未改变，法律上的权利义务关系也没有改变。鉴于你儿子未成年的情况，法院根据《民法通则》第十六条关于"未成年人的父母是未成年人的法定监护人"的规定，将你列为法定监护人，通知你参加诉讼是有充分法律依据的。

19、如何认定受遗赠人"知道遗赠后两个月内"的起算点？（第 46 辑）

答：继承法第二十五条第二款规定："受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。"这里规定的两个月为接受遗赠的除斥期间，应当从受遗赠人知道遗赠之日两个月内开始计算。我们认为，应当把继承法第二十五条第一款和第二款联系起来理解，继承从被继承人死亡时开始，被继承人活着时，即便做了遗赠公证，受遗赠人也不适合在其生存时就表示接受遗赠，只能等待被继承人死亡后再表达自己愿意接受遗赠的意愿。如果受遗赠人在被继承人死亡后才得知受遗赠之事，应当在知道受遗赠后两个月内作出接受或者放弃遗赠的表示。

20、我与妻子均是再婚，在婚前均有自己的住房。我于婚前按揭贷款购买了一套房屋共双方婚后居住，至今贷款尚未还清。离婚诉讼中，我主张该套房产归我，对方亦表示同意，但要求从三年以来房屋价格上涨带来的收益中分一半给她，我现在又不想卖方，请问法院会支持她吗？（第 47 辑）

答：她的要求是合理的。你婚前以个人名义签订购房合同，支付首付款，按揭贷款购房并且将房屋登记在个人名下，但是婚后双方共同偿还贷款，因此上述房屋有一部分属于你个人财产，但是也有一部分夫妻共同财产的属性。既然对方已经同意房屋归你，争议就是如何就婚姻存续期间双方偿还银行贷款所形成的财产权益向对方补偿的问题。人民法院在判决时，不然要判例你就婚姻存续期间双方共同还贷支付的款项和其相应财产增值部分，给对方补偿。

21、赵女士向人民法院起诉离婚，理由是丈夫一年前与另一女子在网上注册结婚，并且“生育”了子女，其丈夫将大部分时间、精力花在网上，对配偶和子女漠不关心。赵女士请求判决离婚同时要求其丈夫赔偿损失。赵女士这一请求能否得到支持？（第 48 辑）

答：赵女士的请求不能得到法院支持。婚姻法第四十六条规定因一方重婚导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿，这里的重婚是指法律意义上的重婚，内涵是有配偶者又与配偶之外的异性登记结婚，或者虽未登记结婚但构成事实上的重婚，即有配偶者又与配偶以外的异性以夫妻名义共同生活。网络上登记结婚不与法律所认可，所谓生育子女，更是子虚乌有。即便法院判决离婚，也不会依婚姻法第四十六条的规定，支持赵女士要求赔偿的请求。

22、立遗嘱人在遗嘱这约定给继承人的房屋在被继承人死亡前已经被拆迁，但立遗嘱人并未修改遗嘱，立遗嘱人死亡后，遗嘱中确定中的原房屋继承人能否以原房屋被拆起后所得补偿房屋或者补偿款作为原房屋的变更物主张继承？（第 49 辑）

答：遗嘱人在立遗嘱后，还可以通过各种法律允许的方式撤销原遗嘱中的财产处分行为标的物所有权人同意标的物被拆迁的行为是导致标的物灭失的重要因素。标的物所有人在遗嘱中将标的物处分给他人后，又以行为作出了与立遗嘱相反的意思表示导致标的物灭失，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》第三十九条“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”之规定，该遗嘱涉及的标的物被拆迁部分视为撤销。遗嘱人遗嘱中所涉及的标的物被拆迁获得的补偿金或者产权调换房屋与原标的物为不同的物。对遗嘱人而言，该补偿金或产权调换房屋属于遗嘱后新获得的财产。由于遗嘱人并未明确表示标的物被拆迁后的对价—补偿金或者产权调换房屋的充分方式作为遗嘱的组成部分，故不能将补偿金或者产权调换房屋作为遗嘱中标物的变更。

23、民法通则规定的诉讼时效是 2 年，离婚两年后发现有离婚尚未分割的夫妻共同财产，为什么仍然可以诉请分割？（第 50 辑）

答：对于离婚时未分割的夫妻共同财产，任何一方都有权请求进行分割，而不受两年的诉讼时效限制，理由有三：1、夫妻共同财产制是典型的共同共有。分割共有物的请求权，实质是形成权，不应受诉讼时效的限制。2、我国物权法中没有规定时效取得制度，因此根据物权法的规定，所有权不会单纯因为时间经过而发生变化，也就是说夫妻共同财产，如果在离婚是没有分割，不会因为时间经过而改变性质，双方关系解除，也不能使原本属于两个人的共同财产变更为一人所有。3、如果司法解释离婚时未经分割的财产经过 2 年诉讼时效就不能再进行分割，无疑会鼓励转移、隐藏夫妻共同财产的不诚信行为。

24、怀孕期间，女方起诉要求离婚并且明确表示不要孩子，双方协议约定女方中止妊娠，男方给女方一笔补偿，女方已经拿到补偿，但事后反悔，又生下孩子，此时男方是否需要承担抚养费？（第 50 辑）

答：生育权生育人身权，因此限制生育的协议是无效的。女方执意生育不能免除男方作为父亲的任何义务，在此情况下，男方仍然需要承担抚养义务。

《民事指导与参考》“民事审判信箱”汇编之二婚姻及继承（下）

2016-08-17 JHR 金汇人律师事务所

《民事审判指导与参考》自第 34 期开始刊登“民事审判信箱”，至今已经到 65 期，总计刊登了 32 期。“民事审判信箱”内容均由最高法院民一庭法官对相关民事审判问题进行解答，具有一定的实务参考价值，我们将逐步分专栏汇编给大家，对于篇幅较长的解答我们进行了精简，请以原文为准。由于新的司法政策和司法解释的发布，解答中有些观点与最新的观点、意见不一致，请大家注意。

25、夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义对外负债，但所借款项没有用于夫妻共同生活的，债权人能否要求夫妻双方连带偿还？（第 50 辑）

答：我国婚姻法规定，除了法律规定为夫妻一方的财产或者夫妻对财产另有约定的以外，夫妻在婚姻存续期间所得工资、奖金、生产收益等财产，归夫妻共同所有，与此相应，夫妻在婚姻存续期间所负的债务，也因由夫妻共同偿还。婚姻法司法解释二第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”“按夫妻共同债务处理”意思就是债权人可以请求夫妻双方共同偿还，债务人的配偶对该债务负连带清偿责任。所以主要夫妻一方在婚姻存续期间对外负债，即使是以个人名义，原则上债权人都可以请求夫妻双方连带清偿，除非存在以下情形：（1）债权人与债务人明确约定为个人债务，包括债权人明知债务人借款要用作个人消费而仍然出借款项的情形；（2）夫妻对婚姻存续期间所得财产约定归各自所有，且第三人知道该约定的，债务人的配偶主张存在除外情形的，要承担举证责任。至于债务人没有将借款用于夫妻共同生活，债

权人在款项出借之后没有办法也没有义务监管，债务人的配偶也不能以此对抗善意债权人。如债务人与其配偶离婚的，债务人的配偶可以依据婚姻法第四十一条的规定主张债务没有用于夫妻共同生活，应当由债务人一人承担，从而就已经向债权人清偿的部分向债务人追偿。

26、在夫妻一方因犯罪需要附带民事诉讼中支付巨额赔偿金，其配偶能否依据物权法第九十九条的规定，提起民事诉讼请求分割夫妻共同财产，以防止所有夫妻共同财产被强制执行？（第 51 辑）

答：依据婚姻法第十七条的规定，夫妻财产如果没有实行约定财产制，则实行婚后所得共同制。物权法第九十九条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”，因此请求分割夫妻共同财产应当是“共同共有的基础丧失或者有重大理由”。对于夫妻来说，共同共有的基础丧失应当是发生了离婚的事实，而在不离婚的情况下需要分割夫妻共同财产则由婚姻法司法解释三第四条明确规定为“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的”和“一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”从立法层面上，没有兜底性条款或者采用“等”，因此在不离婚的情况下，共同诉讼分割夫妻共同财产是一种极为特殊的情况，人民法院应当严格掌握。故在夫妻一方因犯罪需要附带民事诉讼中支付巨额赔偿金的情况下，其配偶处于为自己包括未成年子女保留更多财产的目的，提起民事诉讼请求分割夫妻共同财产不应予以支持。另外，人民法院在执行刑事附带民事诉讼判决时，不会将被执行人其他家庭成员的个人财产作为执行标的，如果执行夫妻共同财产，也会为家庭成员保留必要的基本生活必需的财产。

27、在校读书子女是否都可以要求父母支付生活费？（第 51 辑）

答：关于不能独立生活的常年子女请求政府抚养费的问题，1993 年颁布的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第十二条曾细化为“一个前提、三种情形”。一个前提即是父母有给付能力，三种情形则是：(1)丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力，但其收入不足以维持生活的；(2)尚在校就读的；(3)确无独立生活能力和条件的。由于该法并未对在校就读的学历教育氛围作出区分，故成年子女只要在校就读，往往就依据该条款请求父母支付抚养费，但显然与学历教育的现状不符。参加自学考试、成年教育和网络大学等教育形式的成年子女本身不需要全日制在校就读，可以通过劳动收入养活自己，即使全日制大学就读的成年也完全可以助学金、奖学金、助学贷款和校内勤工俭学等形式独立完成学业。为此 2001 年颁布的婚姻法司法解释一第二十条对不能独立生活的子女进一步限制为两种情形：第一种是指尚在校接受高中及其以下学历教育，第二种情形是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。这里的高中学历教育一般指普通全日制高中学历，也包括职业高中、中等专业学校和技工学校等级别相当于普通高中学历的学历教育。在校就读的子女请求父母支付抚养费的情形有三：1、年龄不满 18 周岁的未成年人；2、年龄满 18 周岁仍然在普通全日制高中、职业高中、中等专业学校和技工学校等学校就读的；3、该成年子女虽然在校就读，但已经丧失或者未完全丧失劳动能力，无法维持正常生活的。

28、如果离婚诉讼的当事人重要一套房为夫妻共同财产的房屋居住，又均无能力补偿对方，法院能否判令双方离婚后对该房屋各占二分之一的产权？（第 52 辑）

答：这样的判决是不对的。一物一权是物权法基本原理，在不具备分别登记产权的情况下，在一个物上判决两个所有权存在，明显违反法律规定。如果不做分割，双方实际上还是共有状态，判决一人一半，就是确定按份共有，仍然存在谁实际控制、使用房屋的问题。在上述情况下，判决当事人离婚后对夫妻共同共有的房屋产权按份共有不是分割夫妻财产的好办法，一般不宜采用。

29、我结婚时与丈夫约定不收养其与前妻生育的子女，以后生育自己的子女。因孩子的生母在国外工作，故孩子寄宿在学校，每个周末回家，但是婚后不到半年，丈夫 10 岁的孩子玩弹弓将同学眼睛射伤，伤者家长起诉至法院，要求要求赔偿并且将我夫妻二人列为被告，我是否需要承担赔偿责任？（第 53 辑）

答：婚姻法第二十七条第二款规定：“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”你与丈夫之子并未形成抚养教育关系，因此，法院不会判决不承担民事责任。

30、婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题。（第 54 辑）

答：婚姻法司法解释三第七条适用的前提是：其一，父母全额出资且产权登记在出资人子女名下，其二购买的不动产的目的是“为子女”，而非父母本身。审判中应当区分“赠与”与“挂名”的真实情况，否则离婚时因挂名登记导致父母与子女之间争夺产权，极有可能损失父母的切身利益。如果离婚时尚未取得产权证书又缺乏明确赠与一方的证据，婚后父母为子女购房的出资应当视为对夫妻双方的赠与。如果一方父母出资而房屋产权登记在另一方名下，除非当事人能够提供父母出当时的书面约定或者声明，证明出资父母明确表示向子女的配偶赠与，一般应当认定向夫妻双方的赠与；如果婚后一方父母为子女购房产权登记在夫妻双方名下的，该房屋应当认定为夫妻共同财产。如果父母只是支付了房屋价款的一部分，其余款项由夫妻双方共同支付，则出资父母并不能取得房屋产权，就

无法决定将房屋赠与子女并且登记在子女名下。父母部分出资只能决定其出资份额赠与何方，在欠缺出资是而非离婚时的“确定”赠与一方的有关证据的情况下，按照婚后所得赠与归夫妻双方共有的原则，将父母出资部分认定为向夫妻双方赠与更为合理。对父母部分出资应当按照婚姻法司法解释二第二十二条的规定处理，当事人另有约定的除外，在具体分割不动产时，可以对出资父母的子女一方适当多分。

31、双方协议离婚后，一方不愿因按照离婚协议约定，将自己名下的房屋赠与子女或者他人时，另一方请求法院判决一方按照协议约定办理房屋过户手续是否支持？（第 55 辑）

答：离婚协议中有关房屋赠与的约定并不构成一般意义上的赠予合同。在相对方已经按照约定与赠与人解除婚姻关系的情况下，赠与人也应当按照履行给付房屋的义务，否则构成违约，离婚协议相对方有权请求法院判决其履行房屋交付义务。婚姻法司法解释二第八条“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”的规定可以理解为上述精神的体现。

32、一方起诉离婚时，要求法院将其父母在自己婚后部分出资购买的房屋判令归自己所有，能否得到法院支持？（第 56 辑）

答：父母为子女婚后购买房屋支付了部分房款（往往是首付款），以子女名义签订房屋买卖合同并且将房屋登记在子女一方名下或者双方名下，这种情况不属于婚姻法司法解释三第七条规定的服务为子女全资购房登记在自己子女名下的情形，不能将房屋所有权判决给一方，而是应当根据婚姻法司法解释二第二十二条第二款的规定，将该首付款认为对夫妻双方的赠予。相应的，该房产不管是登记在一方名下还是双方名下，都是夫妻共同财产。

33、一方婚前购买的股票婚后增值，另一方可否请求分割增资部分？（第 59 辑）

答：不区分情况将股票增资视为一方的财产，不利于另一方的权益保护，将股票收益理解为投资收益较为妥当。如果股票账户一直没有动的，则为一方婚前财产，另一方无权要求分割其增值部分；如果股票账户一方在婚后进行过操作和管理，其增资应当作为夫妻共同财产，另一方可以请求分割增资。购买股票、债券、基金、投资基金等有价证券获得的红利、股息、基金投资收益及转让所得扣除成本的差额，应当属于间接投资，这种情况下，收益属于夫妻那共同财产。

34、一方婚前贷款购房，离婚诉讼中需要提供什么样的证据，才能证明婚后共同还贷？（第 60 辑）

答：需要两个方面：一是从还贷时间看，还贷时间只要处于婚姻存续期间，一般即可认定是双方用夫妻共同财产还贷，而不必刻意区分还贷资金来源于夫妻哪一方的收入。另一方看夫妻之间是否实行分别财产制或者涉及房屋还贷有无特殊约定，有特殊约定的，则否定适用婚姻法司法解释三第十条的适用。

35、在国内结婚并定居在国外的华侨夫妻起诉离婚，是否必须提供其居住国法院以离婚诉讼必须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理的证据，人民法院才予以受理？（第 63 辑）

答：这一理解是错误的。从当事人的角度看，双方当事人均为中国公民，依中国法律在中国缔结婚姻关系。现原告向中国法院提起离婚诉讼，被告对此不提出异议，说明当事人均接受中国法院的管辖。而且从方便本国公民诉讼的角度，人民法院不应当拒绝受理案件，也不应当将当事人提供居住国法院不受理其离婚案件的证据作为人民法院受理此类案件的前提条件。

36、在涉外离婚诉讼中，涉及分割夫妻共同财产时按照涉外民事关系适用法第二十四条规定是否可以选择适用我国法律还是适用法院地法律？（第 63 辑）

答：涉外民事法律关系适用法第二十七条规定，诉讼离婚，适用法院地法律。根据该条规定的立法精神，主要是指判决离婚的应适用法院地法。也就是说，如果涉外离婚诉讼由中国法院审理，则是否离婚需要根据我国婚姻法的规定加以判断，即需要根据我国婚姻法第三十二条规定的判断夫妻感情是否破裂。至于涉及夫妻共同财产分割问题，可以允许当事人根据该法第二十四条关于“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”。另外需要说明的是，对于涉及夫妻人身关系及父母子女之间的人身财产关系的，则应当根据涉外民事关系适用法第二十三条、第二十五条的规定处理。

37、夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产与另一方共有，但没有办理房产加名登记，赠与一方请求法院撤销应如何处理？（第 65 辑）

答：目前审判实践中有两种意见，一种认为应当按照婚姻法司法解释(三)第六条的规定处理；另一种认为应当按照婚姻法第十九条的规定处理，夫妻之间的约定对双方有拘束力，不必非要去办理房产加名登记，否则会架空婚姻法第十九条的规定。对于夫妻一方将个人房产全部赠与另一方的问题，婚姻法司法解释(三)第六条已经给出答案，但将个人房产约定为共同共有或按份共有的情形，赠与人在产权变更登记之前能否撤销的问题，目前仍然存在争议。由于现行婚姻法第十九条规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”有的观点认为，既然夫妻之间的约定对双方有法律上的约束力，夫妻之间关于赠与房产的约定，不涉及第三人，只要意思表示真实，没有欺诈、胁迫的情形，就应该认定为有效，履行房屋变更登记手续不是必要条件，赠与一方请求撤销赠与的，人民法院不应予以支持。在审判实践中，对夫妻将一方所有的房产约定为共同共有或按份共有时，

按照婚姻法第十九条的规定，有的法院就认为这种约定对夫妻双方有约束力，判令继续履行有关的赠与协议；如果夫妻约定将一方所有的房产全部赠与另一方，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。其实这个问题的关键点在于：对夫妻之间的房产赠与行为，究竟是按合同法上的赠与处理还是按照婚姻法第十九条的约定处理？无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少，都属于夫妻之间的有效约定，实质上都是一种赠与行为。问题是这种有效的赠与约定是否可以撤销？现行婚姻法中缺乏相应的规定。夫妻之间赠与的标的包括动产和不动产，合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与"；"赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续"；"具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付"。婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定也没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有，在没有办理变更登记之前，依照合同法第一百八十六条的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。

因此，夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。

如何认定夫妻单方转让其名下股权的效力？婚内转让股权是否必须征得配偶的同意？ 2016-08-17 法律出版社 上海通润律师事务 郁忠 赵莉

法院观点：

股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。

审理法院：最高人民法院（2014）民二终字第 48 号

上诉人：艾某；

上诉人：张某。

被上诉人：刘某。

原审第三人：王某；

原审第三人：武某；

原审第三人：张某珍；

原审第三人：折某。

艾某、张某系夫妻关系。2011 年 10 月 26 日，张某与刘某签订一份《协议》，约定：张某自愿将其在某工贸公司的原始股份额 660 万元以 13，200 万元转让刘某，刘某在签订本《协议》时支付定金 1000 万元。某工贸公司与刘某签订正式合同、移交相关手续、变更工商登记后支付 50%，余款在刘某进入某煤矿及移交财物、资产证件等手续时一次性付清。张某保证其股份有绝对排他权利，否则，按《协议》第六条承担责任。该《协议》第六条约定："本协议签订后应诚实守信，不得违约，不得解除，不得主张无效。否则，协议价款如数归还，还应向对方赔偿经济损失，损失额为本协议价款的总额；若所转让的股份按市场交易价已超过协议价款总额的两倍以上时，执行市场价格超出总份额部分的标准予以赔偿。"该《协议》还对其他事项作了约定。刘某按《协议》约定向张某支付定金 1000 万元人民币，张某向刘某出具了 1000 万元的收条。

同年 12 月 16 日，双方签订一份《股权转让协议》，约定：张某自愿将其在某工贸公司的 500 万元原始股份转让给刘某，转让价款为 18，960 万元。刘某在协议签订时先付张某 1000 万元，待刘某进入某煤矿，张某将财务、财产等相关手续移交完毕后，刘某再付 9000 万元。余款待刘某变更为某工贸公司董事后一次性付清。张某保证转让的股份权属清楚，无任何他项权利设定。若产生纠纷，由张某负责处理，给刘某造成的损失，张某按该协议第六条的约定承担违约责任。该协议第六条的约定与 2011 年 10 月 26 日《协议》第六条的约定相同。协议还约定，在本协议签订后 7 日内，保证刘某进入某煤矿，某工贸公司的一切合法权益由刘某享有。该协议还对其他事项作了约定。在该协议签订的当天，刘某按协议约定向张某支付 1000 万元人民币，张某向刘某出具了 1000 万元的收条。

上述两份股权转让协议签订后，刘某共向张某付款 7600 万元。张某按刘某的要求，将其在某工贸公司的股权分别变更为：刘某占 14.28%，王某占 10.99%，武某占 5.49%，张某珍占 10.99%，折某占 13﹪18%，总计变更在刘某及四位第三人名下的股权为 54.93%。同时，刘某以 20277 万元收购了工贸公司 85 位隐名股东的全部股权。

2004 年 12 月 22 日，设立某工贸公司的登记申请书载明的股东为：张某、赵某、张某华、许某华、张某平。2011 年 12 月 19 日，张某按照协议约定，在工商行政管理局办理了股东变更登记。某工贸公司的法定代表人张某变更为刘某，股东变更为刘某、折某、张某珍、王某、武某。

2011 年 12 月 26 日，张某将 7600 万元付款全部退回刘某。

2004 年 12 月 25 日设立某工贸公司的验资报告附的"注册资本实收情况明细表"载明：某工贸公司的股东为张

某货币出资 1170 万元，享有 54.94%的股权。但根据张某与刘某签订的两份股权转让协议的约定，张某向刘某转让的股权额为 1160 万元。

2012 年 5 月 23 日，艾某、张某诉至某高级人民法院，请求确认张某与刘某签订的股权转让协议无效。

各方观点：

上诉人艾某、张某观点：（一）一审判决适用法律错误。在夫妻关系存续期间，如果双方没有特别约定，一方以夫妻共有的财产投资入股，相应的股权为夫妻共有财产。所以，因夫妻一方擅自转让其名下的股权，首先适用民法、婚姻法的规定。股东因是否有权单方处分夫妻共同财产引起的纠纷并不涉及公司的组织和行为，也不属于股东之间、公司与股东之间、股东与管理层之间等公司法律关系，因此，作为调整商事行为的公司法处于适用的次要地位。一审判决引用《民法通则意见》第 89 条规定，同时又引用《合同法》第五十二条的规定，明显存在矛盾和错误。（二）一审判决认定事实和程序均有错误。1、刘某购买张某股权的行为不属于善意第三人。善意的判断标准，应该是受让人不知道且无义务知道转让人无权处分，如果其知道或应当知道的，则不构成善意。在刘某与张某签订股权转让协议时，对张某有配偶是明知的，且上述股权是夫妻共同财产，其收购股权应当征得共有人的同意。刘某在取得其他八十多位小股东股权时，转让方均是夫妻共同签字确认。一审判决以夫妻之间具有家事代理权，且转让价款大大高于实际投入为由，推定刘某属于善意第三人不能成立。2、一审判决回避本案实质上是转让中外合资企业的股权和采矿权，侵犯了艾某、张某的诉讼权利。从合同内容看，刘某名义上是受让某工贸公司的股权，实际是受让某矿业公司的股权并取得矿权，该转让行为均需审批。因此，本案合同违反法律强制性规定，应当认定无效。综上，请求撤销一审判决，改判支持艾某、张某的一审诉讼请求。

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

某省高级人民法院审理认为，本案争议的焦点是：股东张某转让股权是否应当经其妻艾某同意，否则，股权转让行为是否无效。

首先，我国《公司法》第七十一条规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让股权；不购买的，视为同意转让。”《婚姻法司法解释（二）》第十六条规定“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司的股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”根据上述法律规定，股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须征得其配偶的同意。即使在有限责任公司的出资系夫妻共同财产，但非公司股东的配偶，要成为公司的股东，还须征得其他股东的同意，只有在其他股东明确表示放弃优先购买权的情况下，股东的配偶才可以成为该公司的股东。在过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的情况下，只能对转让出资所得财产进行分割。综上，股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须要征得其配偶的同意。上述法律规定，体现了有限责任公司人合性的法律特征。虽然，股权的本质为财产权，但我国《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”据此，股权既包括资产收益权，也包括参与重大决策和选择管理者的权利。所以，股权并非单纯的财产权，应为综合性的民事权利。故我国《公司法》第七十一条及《婚姻法司法解释（二）》第十六条规定了股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须征得其配偶的同意。且我国现行法律和行政法规没有关于配偶一方转让其在公司的股权须经另一方配偶同意的规定。从本案股权转让的事实看，张某转让其在某工贸公司 1160 万元的出资予刘某，获得 32，160 万元的对价；同时，刘某受让了某工贸公司其余 85 位隐名股东的全部股权；某工贸公司的法定代表人由张某变更为刘某，并在工商部门进行了变更登记，艾某应当知道其夫张某转让股权的事实。

其次，虽然涉案股权系张某与其妻艾某的共有财产，《民通意见》第八十九条规定了在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但该条“但书”又规定：“第三人善意、有偿取得该财产，应当

维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”再者《婚姻法司法解释（一）》第十七条第（二）项规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，司法取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”根据该条的立法本意，因夫妻之间存在着特殊的身份关系，故夫妻之间相互享有家事代理权。在本案中，两份股权转让协议的原始出资额为1160万元，但转让价款为32，160万元，是原始出资额的27.7倍，且刘某已按约支付了7600万元的价款，并进行了工商变更登记，刘某有理由相信两份股权转让协议系艾某、张某夫妇的共同意思表示，也足以证明刘某受让该股权符合善意取得的法律规定，且两份股权转让协议并不存在我国《合同法》第五十二条规定的情形。根据本案查明的事实，刘某不但受让了张某在某工贸公司的股权，而且以20，277万元收购了某工贸公司85位隐名股东的全部股权，实际上刘某及第三人折某、张某珍、王某、武某收购了某工贸公司。综上，艾某、张某夫妇主张股权转让协议无效的理由依法不能成立。

最高人民法院意见：

本案二审的争议焦点是关于张某与刘某签订的股权转让协议的效力认定问题。原审判决驳回艾某、张某主张股权转让协议无效的诉讼请求，艾某、张某为此向本院提起上诉，其理由之一是：夫妻一方擅自转让其名下的股权，另一方诉请确认无效，实际是家庭财产纠纷，首先应当适用民法、婚姻法的规定，作为调整商事行为的公司法处于适用的次要地位。法院认为，艾某、张某提起本案诉讼，所依据的是张某与刘某签订的两份股权转让协议，并提出确认协议无效、返还股权的诉讼请求。因此，在双方当事人之间形成的是股权转让合同法律关系，本案案由亦确定为股权转让纠纷。故对本案的处理应当适用我国《合同法》、《公司法》的相关调整股权转让交易的法律规范，而不应适用调整婚姻及其财产关系的法律规定。艾某、张某的该项上诉理由不能成立，法院不予支持。

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

笔者认为本案的焦点问题有三个：1.公司股权是否属于夫妻共同财产？2.持股的夫妻一方是否有权单方转让公司股权？3.本案股权转让协议是否有效？

首先，公司股权是否属于夫妻共同财产？《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”这表明公司股权除了具有财产权的特点外，还包括参与重大决策和选择管理者的权利，这体现了有限责任公司人合性的法律特征。应当说公司股权是一种综合性的民事权利。另外，《婚姻法司法解释（二）》第十六条规定“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的按以下情形分别处理……”。从该条规定可以得知公司股权中的财产权利是属于夫妻共同财产，而其他决策和管理的权利则属于股东的专属权利。

其次，持股的夫妻一方是否有权单方转让公司股权？《公司法》第七十一条规定：“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……”。从该条规定可以看出，有权转让公司股权的主体是股东本人，另外，公司股权包含的权利内容不仅仅是属于夫妻共同财产的财产权利，还包含股东参与决策、管理公司的权利，所以股东的配偶不能作为公司股权转让的主体。也就是说，股东转让公司股权无须征得配偶同意。

最后，本案股权转让协议是否有效？既然持股的夫妻一方有权单独转让公司股权，本案上诉人作为股东和股东配偶主张股权转让协议无效，就不能适用无处分权人擅自处分财产的法律规定，而应当适用《公司法》关于股权转让、《合同法》关于合同无效的法律规定。《公司法》第七十一条规定：“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”。《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定”。本案中上诉人张某与被上诉人签订的二份股权转让协议是双方真实意思的表示，被上诉人按照协议约定支付了股权转让款，工商登记也办理了股东变更手续，且经过了其他股东的同意；另外，本案上诉人艾某也没有提供张某与刘某恶意串通损害其利益的相关证据。因此，本案不符合《公司法》及《合同法》关于股权转让

协议无效的法律规定，故最高人民法院没有支持艾某、张某要求确定股权转让无效的上诉请求，应当是正确的。

未完待续关联案例 1

案件名称：许某与张某、张某黎股权转让纠纷

审理法院：江苏省南京市中级人民法院（2014）宁商终字第 689 号

法院观点：本案中，许某以张某为逃避分割夫妻共同财产，擅自转让属于夫妻共同财产的讼争股权为由，主张张某与张某黎之间股权转让协议无效，应建立在讼争股权系许某与张某夫妻共同财产的基础之上。现股权原持有人张某与受让人张某黎均认可张某系代张某黎持有股份，据此，许某应证明张某系 A 公司的实际股东。在公司股权存在代持关系的情况下，公司的工商登记资料等外部表征上，代持股人是以公司股东的身份存在。因此，在股东身份存在争议的情况下，除工商登记资料及股东名册等的记载外，还要结合持股人有无实际出资、与被代持人有无代持关系等其他证据相互佐证。本案中，许某既未能举证证明张某有实际履行出资义务的能力，亦未能举证证明张某实际履行了出资行为，其仅凭工商登记资料中的记载，欲否定张某自认的与张某黎间的代持股关系，并进而认为张某系讼争股权实际所有人的主张，依据不足，法院不予采信。张某非讼争股权的实际所有人，讼争股权非许某与张某的夫妻共同财产，许某以张某擅自转让夫妻共同财产为由主张案涉股权转让协议无效并进而要求 A 公司配合办理相关工商变更登记的诉讼请求，缺乏事实及法律依据，法院不予支持。

关联案例 2

案件名称：原告赵某诉被告申某、申某娟股权转让纠纷

审理法院：浦东新区人民法院（2014）浦民二（商）初字第 3153 号

法院观点：本院认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

本案中，原告以“被告申某在处分属原告与被告申某共同所有的申冯公司股权时未征得原告同意”为由，要求确认系争《股权转让协议》无效，但作为申冯公司股东，被告申某对自己名下股权进行处分属行使股东权利的商事行为。依据《婚姻法》的相关规定认定申冯公司股权属原告与被告申某的夫妻共同财产，则原告与被告申某对申冯公司股权均享有相应权益，若被告申某对自己所持股权份额进行处分，并未必然损害原告财产权益，不属无权处分行为。本案中，原告与被告申某虽进行过离婚诉讼，但法院对被告申某要求离婚的诉讼请求未予支持，本案庭审中，被告申某明确表示，原告与被告申某之间将来若涉及离婚财产分割事宜，则被告申某同意在分割共同财产时在自己应得的财产份额中扣除系争的 3%股权，据此，被告申某对自己所持财产份额的处分不属无权处分行为，亦不会损害原告财产权益。此外，鉴于系争股权有一部分已转让给案外人且完成工商变更登记手续，如果认定系争协议无效将会对案外人的利益产生影响。结合以上因素综合考量，法院对原告要求确认系争《股权转让协议》无效的诉讼请求难以支持。

婚内转让股权是否必须征得配偶的同意？

关键词：股权转让夫妻共同财产未经配偶同意善意争议焦点：

1. 庄某是否有权提起本案诉讼？2. 谷某未征得庄某同意将股权转让给朱某的股权转让协议是否有效？

案件名称：原告庄某与被告谷某、被告朱某股权转让纠纷

法院观点：

1. 投资 A 公司（包括增资）的资产应为谷某与庄某的夫妻共同财产，故庄某有权提起本案诉讼。2.《物权法》规定，共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

审理法院：上海市闵行区人民法院（2013）闵民二（商）初字第 S2002 号

原告：庄某。

被告：谷某；

被告：朱某。

第三人：A 公司。

庄某和谷某于 1996 年 7 月 8 日登记结婚。朱某和谷某系母女关系。

2004 年 6 月 8 日，谷某和朱某共同出资设立 A 公司，注册资本 30 万元，谷某出资 20 万元，朱某出资 10 万元，庄某担任 A 公司法定代表人。

2005 年 1 月，A 公司申请增加注册资本 20 万元，由谷某出资，增资后 A 公司注册资本变更为 50 万元，谷某出资 40 万元，占注册资本的 80%；朱某出资 10 万元，占注册资本的 20%。

2008 年 11 月 10 日，庄某和谷某签订一份《协议书》，就 A 公司经营权事宜达成如下协议：一、公司经营权即日起交由谷某全权负责，经营权涵盖人事权、营销自主权等一系列与公司经营相关之权利；二、公司财务二人共管，

庄某持财务印记中私章一枚，谷某负责保管财务章、公章、营业执照等相关证照；三、公司收入中财务经手存入银行，二人不得私自挪用，公司应优先偿还对外借款；四、二人每月领取固定薪资，鉴于目前公司经营状况不佳，暂定 2 万元/人/月，其中谷某还要负责家用。

2011 年 8 月 1 日，谷某和朱某签订《股权转让协议》，约定：一、谷某将所持有 A 公司 60%股权（出资额 30 万元）作价 30 万元转让给朱某；二、附属于股权的其他权利随股权的转让而转让；三、朱某应于本协议签订之日起 3 日内，向谷某付清全部股权转让价款。同日双方签署关于股权转让的《股东会决议》并办理了股权变更工商登记手续，并将 A 公司法定代表人变更为谷某。

2013 年 7 月，庄某向谷某发出《要求恢复工商登记的函》，内容为：当初为了做生意方便，庄某让谷某和谷某母亲朱某做了 A 公司的人头股东。不料经好友提醒，经检阅工商机构信息，发现谷某擅自将 A 公司 60%股权转给朱某。A 公司的一切都是庄某投资的，要求十日内恢复原状。

因原、被告双方就股权转让事宜协商未果，故本案涉讼。

诉讼中，两被告确认谷某和庄某处于分居状态。

各方观点：

原告认为第三人 A 公司股权属于原、被告夫妻共同财产，被告谷某擅自处分行为无效。**被告谷某辩称：**两被告签订的股权转让协议合法有效，已经支付了对价，原告在上海注册过两家公司，被告朱某曾经借款给第三人 A 公司用于经营，因还不出钱，后来借款转为投资；第三人 A 公司的一部分是夫妻共同财产，以注册登记为准，但第三人 A 公司事实上与原告无关。

本案原告庄某系台湾地区居民，故本案系涉台纠纷。诉讼中，原、被告及第三人一致同意本案纠纷适用中国大陆法律处理，不违反法律强制性规定，根据当事人意思自治原则，法院确认本案适用中国大陆法律处理。

本案争议的焦点在于：一、庄某是否有权提起本案诉讼？二、谷某未征得庄某同意将股权转让给朱某的股权转让协议是否有效？

对于第一个争议焦点，庄某和谷某于 1996 年 7 月 8 日登记结婚，A 公司系由谷某、朱某于 2004 年 6 月 8 日投资设立，在无证据证明谷某投资款为其个人所有的情况下，其投资 A 公司（包括增资）的资产应为其与庄某的夫妻共同财产，故庄某有权提起本案诉讼。

对于第二个争议焦点，《公司法》虽未规定有限责任公司股东转让股权须经配偶同意，但《物权法》规定，共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权。1.受让人受让该不动产或者动产时是善意的；2.以合理的价格转让；3.转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。根据本案事实来看，1.庄某和谷某夫妻分居，朱某作为谷某的母亲，对于庄某和谷某的夫妻关系状况应当是明知的，故朱某和谷某在签订股权转让协议处置作为庄某与谷某夫妻共同财产的公司股权时，未征得庄某的同意，法院难以确认朱某在受让股权时是善意的；2.被告谷某向被告朱某借款 30 万元以谷某持有 A 公司的 60%股权作价偿还，但朱某未能提供已向谷某交付 30 万元的有效凭据。朱某受让股权行为也不应认定为善意。所以在庄某和谷某婚姻关系出现不和时，谷某未征得庄某的同意，处置与庄某的共同财产而签订的本案系争股权转让协议应为无效。

笔者认为本案有二个焦点问题：1.本案原告庄某的诉讼主体资格是否适格？2.谷某未征得庄某同意将股权转让给朱某的股权转让协议是否有效？

第一个问题，原告庄某的诉讼主体资格是否适格？《民事诉讼法》第一百一十九条规定：“起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”本案涉及的公司股权中的财产利益是原告与被告谷某的婚后共同财产，被告谷某擅自将公司股权转让给被告朱某，已经涉及原告的财产利益，因此原告与本案有直接的利害关系，同时原告也有明确的诉讼请求要求确认股权转让无效。因此，本案原告的诉讼主体资格适格，原告有权提起本案诉讼。

第二个问题，谷某未征得庄某同意将股权转让给朱某的股权转让协议是否有效？《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”另外，《公司法》第七十一条规定：“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……”

从上述法律规定可以看出，公司股权是包含财产权利、决策权利和管理经营权利的综合权利，具有特定的人身属性，转让股权是股东自身的权利，公司法并没有规定转让股权须经股东配偶同意，因此，本案被告谷某是有权对外转让公司股权的。但是股权中毕竟包含了财产权利，该财产权利属于夫妻共同财产，因此股权转让协议是否有效，则还应适用合同法、物权法、婚姻法的规定综合判断。《合同法》第五十二条规定："有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的……"《物权法》第一百零六条规定："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人……"《婚姻法司法解释（一）》第十七条第（二）项规定："夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，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。"因此，本案股权转让协议是否有效，应考虑二方面的因素：一是股权受让人被告朱某是否是善意的；二是股权受让人被告朱某是否支付了合理的对价。被告谷某在转让股权时，被告朱某作为谷某的母亲，明知原告与被告谷某夫妻关系失和并已经分居，因此无法使人确信被告朱某是善意的；另外，被告谷某与被告朱某并未提供已支付股权转让款的相关证据，因此无法证明被告朱某支付了合理对价。综合上述二点事实，故法院最终做出股权转让协议无效的认定。

未完待续关联案例

案件名称：上诉人魏某、张某与被上诉人谈某股权转让纠纷

审理法院：江苏省无锡市中级人民法院（2014）锡商终字第 0005 号

法院观点：首先，谈某对张某将江开公司的股权转让给魏某是知道的。证人的证言相互印证，莫某、何某、任某与本案当事人均无利害关系，但并不影响其证言的效力，尽管谈某的女儿，与双方均有利害关系，但并不影响其证言的效力。尽管谈某对证人证言的真实性予以否认，但其并未提供证据推翻证人证言，其仅仅是否认知晓股权转让事宜。故对证人证言的真实性予以认可。从莫某、何某的证言看，股权转让时，谈某在江开公司工作，公司的员工都知道张某在转让股权前与谈某进行了多次协商，将股权转让给魏某，谈某是同意的。其次，股权具有社员权的性质，带有一定的人身性。夫妻双方以共同财产投资形成的股权，就股权身份性而言并非夫妻共同财产，夫妻共同关系指向的是股权的价值利益，即股权带来的收益及转让股权所取得的对价。本案中，张某将股权转让给魏某并未影响到股权的价值利益，是将股权的价值利益转化为股权转让所得的对价。最后，股权转让的时间是在 2002 年，而谈某起诉要求确认股权转让协议无效的时间是 2013 年，在长达 10 余年的时间内，谈某均未提出异议，而是在其与张某夫妻感情不和准备离婚的情况下，以不知道股权转让为由要求确认股权转让协议无效。综上，从现有证据可以认定谈某对张某将股权转让给魏某是明知的，且谈某亦未提供证据证明张某转让股权侵犯了其应享有的股权价值利益，故张某与魏某于 2002 年 11 月 20 日签订的股权转让协议合法有效。

继承纠纷裁判规则 7 条丨天同码 97

2016-08-17　审判研究　北京天同律师事务所　陈枝辉

导读：天同码，是北京天同律师事务所借鉴英美判例法国家的钥匙码编码方式，收集、梳理和提炼司法判例的裁判规则，进而形成中国钥匙码的案例编码体系。《中国商事诉讼裁判规则》（中国钥匙码—天同码系列图书）已由天同律师事务所独家出品并公开发售，点击阅读原文可以查看详情。经与天同诉讼圈商定，审判研究于每周三独家推送全新天同码系列。

本期天同码，节选自最高人民法院中国应用法学研究所编 《 人民法院案例选 》 总第 85－87 辑部分有关继承纠纷内容。

规则要述

01 ． 父母子女之间附期限分产协议，不应作为遗嘱对待

父母子女之间约定父母去世后其房产归子女所有的协议，属分产协议而非遗嘱，受赠子女享有对该房产的期待权。

02 ． 城镇户籍人员对农村宅基地使用权，亦享有继承权

非本农民集体成员的城镇居民，因继承房屋占用农村宅基地的，可依规登记发证，权利受侵犯时，可提行政诉讼。

03 ． 房屋赠与合同设定义务的，受赠人应履行约定义务

房屋赠与合同中为赠与人设定了居住权保留权利的，即便该房屋已办产权过户登记，亦不得作为受赠人财产执行。

04 ． 遗嘱中设定 " 嫁人后丧失继承权 " 的限定内容无效

遗嘱中设定"我妻今后嫁人，房屋归我侄子所有"等约束内容，因限制继承人婚姻自由，违反法律规定，应无效。

05．农村土地承包经营权不属“承包收益”，不能继承

土地承包经营权因不属于《农村土地承包法》第31条、第50条规定的“承包收益”，不得依《继承法》规定继承。

06．公有住房原承租人死亡后，承租权的归属确认规则

允许上市置换交易的公产房因可直接变现而具有财产价值，对该房屋所体现的财产权益应比照私有财产规则处理。

07．死亡赔偿金分配原则，应综合考虑共同生活等因素

死亡赔偿金应根据与死者关系的远近、共同生活的亲密程度，分配权利人的生活状况等情况综合考虑、合理分配。

规则详解

01．父母子女之间附期限分产协议，不应作为遗嘱对待

父母子女之间约定父母去世后其房产归子女所有的协议，属分产协议而非遗嘱，受赠子女享有对该房产的期待权。

标签：遗嘱丨分产协议丨期待权丨继承

案情简介：1983年，陈某与其两子陈兄、陈弟签订父子协议，其中约定两间平房待陈某夫妇过世后归陈兄所有。1999年，陈兄亡故。至2008年，陈某夫妇均亡故，此前两间平房已被拆迁，拆迁部门已确定陈某享有两间平房的安置权。2011年，陈兄之妻及子女作为原告起诉陈弟，要求判决确认陈某名下已被拆迁的房屋安置权归原告所有。

法院认为：①《民法通则》第54条规定：“民事法律行为时公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”案涉父子协议分割家庭财产，约定赡养父母事宜系当事人真实意思表示，对各方均具有法律约束力。其中关于诉争平房权属约定，即在陈某夫妇去世这一期限届至时，该平房即属陈兄所有，陈兄享有取得该平房所有权的期待权。陈兄去世后，其享有的该期待权理应由其法定继承人享有。②陈兄虽先于陈某夫妇去世，诉争平房亦不应作为遗产由其法定继承人继承，而应根据分产协议约定确定权利归属。诉争平房在陈某去世前已被拆迁，在陈某去世后，该平房的安置权利应属陈兄第一顺序继承人享有。

实务要点：父母子女之间约定父母去世后其房产归部分子女所有的协议，属分产协议而非遗嘱，即便受赠子女先于父母去世，在父母嗣后去世这一期限届至时，对该房产的期待权亦应由该子女其他法定继承人继承。

案例索引：浙江宁波鄞州区法院（2011）甬鄞民初字第358号“陈某等与陈春某等物权确认纠纷案”，见《陈文杰、陈文霞等诉陈春芳、陈国芳等物权确认纠纷案——附期限分产协议中财产归属的认定》（韩涛），载《人民法院案例选》（201304/86:118）。

02．城镇户籍人员对农村宅基地使用权，亦享有继承权

非本农民集体成员的城镇居民，因继承房屋占用农村宅基地的，可依规登记发证，权利受侵犯时，可提行政诉讼。

标签：权属登记丨行政诉讼丨继承丨宅基地使用权

案情简介：1992年，区政府将薛兄、薛弟父母建造的房屋颁证在居住人薛兄名下。2005年，薛父去世。2011年，取得城镇户籍的薛弟以其享有继承权为由，诉请撤销区政府颁证行为。

法院认为：①《宪法》第13条第2款规定：“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”《继承法》明确规定，公民的房屋时公民个人的合法财产，可以作为遗产予以继承。即，宅基地上房屋可以继承，根据“地随房走”原则，公民继承了房屋当然可以使用房屋所占宅基地。故事实上在集体组织内部，宅基地使用权得以继承。②国土资源部《关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》（国土资发〔2008〕146号）第3条第1款规定：“严格落实农村村民一户只能拥有一处宅基地的法律规定。除继承外，农村村民一户申请第二宗宅基地使用权登记的，不予受理。”即农村宅基地使用权可继承。国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》规定：“非本农民集体成员的农村或城镇居民，因继承房屋占用农村宅基地的，可按规定登记发证，在《集体土地使用证》记事栏应注记‘该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人’。”故薛弟对诉争宅基地使用权拥有继承权。③区政府仅依村委会出具的证明，而未对诉争宅基地使用权权属进行实质性审查，在未查明土地历史使用情况和现状情况下颁发宅基地使用权证，程序违法，故判决撤销区政府为薛兄颁发的《集体土地建设用地使用证》。

实务要点：城镇户籍的继承人因继承房屋占用农村宅基地的，可按规定登记发证。政府颁证行为侵犯该继承人合法权益时，可依法提起行政诉讼。

案例索引：山西忻州中院（2012）忻中行终字第31号“薛某与某政府土地行政登记案”，见《薛万田诉忻州市忻府区人民政府土地行政登记案——城镇户籍人员对农村宅基地使用权是否享有继承权》（曲攀），载《人民法院案例选》（201304/86:320）。

03 ．房屋赠与合同设定义务的，受赠人应履行约定义务

房屋赠与合同中为赠与人设定了居住权保留权利的，即便该房屋已办产权过户登记，亦不得作为受赠人财产执行。

标签：执行丨房屋丨房屋赠与丨附义务丨物权登记

案情简介：2008 年，韩某父母将名下房屋公证赠与儿子韩某，赠与合同约定“赠与人继续享有在该房屋无偿居住的权利”。2011 年，韩某因犯罪被判处死刑，同时被判决赔偿受害人父母何某、王某经济损失 42 万余元。何某、王某据此申请执行韩某名下房屋时，韩某父母以前述赠与合同约定提执行异议。

法院认为：①《合同法》第 45 条第 1 款规定：“当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。”案涉赠与合同中仅约定了赠与人将赠与房屋转移给受赠人后，受赠人有义务保证赠与人房屋居住需要，并未约定附生效条件。从合同约定内容看，应理解为赠与人在赠与合同中为受赠人设定了一定义务，受赠人办理产权转移登记后，应履行约定义务。此合同属《合同法》第 190 条规定的附义务赠与合同，受赠人是否履行所附义务均不影响赠与合同成立和生效。②依《物权法》第 15 条规定，设立、变更、转让和消灭不动产物权，以合同生效为基础。未办理物权登记，不影响合同效力。韩某取得所有权根据系赠与合同约定，而非过户行为本身。房屋转移登记只是产生物权公示公信力效果，而非产生物权原因。故虽然本案赠与合同已生效，并办理过户手续，但韩某对该房屋所有权因赠与人享有居住权而受限制。法院以尚未达到可执行条件，中止执行并无不当，申请执行人可待具备执行条件时，恢复执行，判决驳回何某、王某诉请。

实务要点：赠与人在房屋赠与合同中为受赠人设定了居住权保留义务，受赠人办理产权过户后，法院不能依产权登记，将该房屋作为受赠人财产予以执行。

案例索引：山东高院（2013）鲁民一终字第 66 号“何某与张某等执行异议纠纷案”，见《何某、王某诉张某申请执行人执行异议之诉纠纷案——房屋所有权转移登记的法律效果》（张豪），载《人民法院案例选》（201303/85:206）。

04 ．遗嘱中设定 “ 嫁人后丧失继承权 ” 的限定内容无效

遗嘱中设定“我妻今后嫁人，房屋归我侄子所有”等约束内容，因限制继承人婚姻自由，违反法律规定，应无效。

标签：遗嘱丨法律效力丨婚姻自由

案情简介：2006 年 11 月，张某自书遗嘱“我妻今后嫁人，10 号楼归我侄子所有”。同年 12 月，张某去世。2007 年，张某妻蔡某与他人结婚并于次年生一女且在 10 号楼为女儿举办“百日酒”。2012 年，张某侄起诉蔡某，要求判令张某名下 9 号楼、10 号楼归其所有。

法院认为：①公民可以依法立遗嘱处分个人财产。本案中张某亲笔书写遗书及签名，注明年、月、日，并经数名证人见证签名，就其居住房产予以处分，故其书写遗书为自书遗嘱。公民立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或法定继承人以外的人，为遗赠。张某侄属法定继承人以外的人，其诉讼主张基于遗赠法律关系而提出，故本案应为遗赠纠纷。②案涉 10 号楼并未列入遗赠范围，张某侄亦未张某法定继承人，同时不存在代位继承、转继承等情形，故张某诉请判令 10 号楼归其所有的主张，无法律依据。③婚姻自由系我国宪法规定的一项公民基本权利，亦系《婚姻法》规定的基本婚姻制度，具体而言体现为婚姻自主权这一人格权利，即自然人有权在法律规定范围内，自主自愿决定本人婚姻，不受其他任何人强迫与干涉。张某去世后，蔡某是否再婚应完全由其自行决定，如蔡某选择再审亦人之常情，故张某立下遗嘱设定约束内容，限制蔡某婚姻自由，违反有关婚姻自由的法律规定，故张某遗嘱中“我妻今后嫁人，10 号楼归我侄子所有”内容应属无效，即张某受遗赠内容无效。④即便前述张某受遗赠内容有效，依法律规定，受遗赠人应在知道受遗赠后两个月内，作出接受或放弃受遗赠表示。到期未表示的，视为放弃受遗赠。本案中张某死亡后，张某侄作为遗书持有人并居住在同村，应知晓张某遗产内容中其受遗赠条件成就，但张某未举证证明其在条件成就后两个月内作出接受遗赠的表示，应视为放弃受遗赠，故判决驳回张某侄诉请。

实务要点：遗嘱中设定诸如“我妻今后嫁人，房屋归我侄子所有”等约束内容，因限制继承人婚姻自由，违反有关婚姻自由的法律规定，应属无效。

案例索引：江苏无锡中院（2013）锡民终字第 0453 号“张某与蔡某遗赠纠纷案”，见《张超军诉蔡丽珍遗赠纠纷案——遗嘱有效性审查》（赵玲洁），载《人民法院案例选》（201303/85:163）。

05 ．农村土地承包经营权不属 “ 承包收益 ” ，不能继承

土地承包经营权因不属于《农村土地承包法》第 31 条、第 50 条规定的“承包收益”，不得依《继承法》规定继承。

标签：继承丨承包经营权丨承包收益

案情简介：2011 年，段弟承包土地及其父房屋和所占土地均被征收，段弟领取承包土地补偿款及宅基地补偿款 13 万余元。已另立户的段兄以 10 年前父母去世后，承包地及房屋属于遗产为由，诉请分割。

法院认为：①《农村土地承包法》第 15 条规定：“家庭承包的承包方式本集体经济组织的农户。”第 16 条规定：“承包方享有下列权利：……（二）承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿……”从以上法

律规定看，农村承包地征收补偿对象时合法拥有土地承包经营权的农户。本案段弟与其父母属同一农村承包经营户。段弟父母去世，作为同一农户成员的段弟仍在，并享有涉案承包地农户身份。段兄系另一农村土地承包经营户的主体，其诉请分割涉案承包地补偿款缺乏法律依据。②对涉案宅基地及房屋属双方当事人父母部分，双方当事人均享有继承权，但段兄提供证据中未显示有房屋补偿款，且宅基地补偿款包含有段弟自有宅基地部分，段兄未提供证据证明其父母宅基地在涉案宅基地补偿款中应享有份额，故判决驳回段兄诉请。

实务要点：农村土地承包经营权在户主或其他成员死亡后，剩余农户成员持续享有承包经营权。该土地承包经营权因不属于《农村土地承包法》第 31 条、第 50 条规定的“承包收益”，不得依《继承法》规定继承。

案例索引：河南商丘中院（2012）商民二终字第 770 号“段某等法定继承纠纷案”，见《段东诉段春法定继承纠纷案——农村承包土地经营权可否继承》（赵艳、孙康君），载《人民法院案例选》（201304/86:114）。

06 ．公有住房原承租人死亡后，承租权的归属确认规则

允许上市置换交易的公产房因可直接变现而具有财产价值，对该房屋所体现的财产权益应比照私有财产规则处理。

标签：公有住房丨承租权丨权属确认

案情简介：1997 年，张某为承租人的天津某宗教产公房被拆迁后，就新分配安置公房，由张某与妻子王某继续居住。2000 年，经张某申请，承租人变更为张某女。2008 年，张某去世。王某起诉张某女，要求确认该房由其本人承租。

法院认为：①依天津市《公有住房变更承租人管理办法》第 2 条规定，公产房承租人在承租期内死亡，其同居一处、共同生活同户籍两年以上的家庭成员，可申请住房租赁过户。住房租赁过户按其家庭成员中配偶、子女、其他亲属顺序，并征得家庭成员同意后方可办理。对于申请住房租赁过户达不成协议的，法院可根据案件具体情况确定某一家庭成员享有承租权，但需给其他家庭成员适当的经济补偿。诉争平房原承租人为张某，承租权应属张某、王某夫妻二人共同享有。该房被拆迁后，新分配的安置房承租权仍应归二人共有。张某生前将诉争房屋承租权让与张某女体现了张某本人意志，在张某已死亡情况下，应认定王某与张某女共同对诉争房屋享有权益。②诉争房屋虽系宗教产公房，但该房屋允许上市置换交易，可直接变现为金钱，具有财产价值，对该公产房屋所体现的财产权益应比照私有财产规则处理。考虑本案实际情况，从有利执行角度出发，判决诉争房屋由张某女继续承租，张某女给付王某经济补偿款 18 万元。

实务要点：允许上市置换交易的公产房因可直接变现而具有财产价值，对该公产房屋所体现的财产权益应比照私有财产规则处理。

案例索引：天津一中院（2012）一中民一终字第 555 号“王某与张某等租赁合同纠纷案”，见《王淑姮诉张洁、第三人天津市宗教房产公司房屋租赁合同纠纷案——公产房原承租人死亡后承租权的归属确认》（周中、林坤），载《人民法院案例选》（201401/87:181）。

07 ．死亡赔偿金分配原则，应综合考虑共同生活等因素

死亡赔偿金应根据与死者关系的远近、共同生活的亲密程度，分配权利人的生活状况等情况综合考虑、合理分配。

标签：交通事故丨死亡赔偿金丨分配原则

案情简介：2013 年，张某因交通事故死亡，法院判赔死亡赔偿金及精神损害赔偿金 10 万余元。两外嫁女儿郭某、余某诉请儿子杨某均分。诉讼中，余某与杨某达成和解协议，领取 5000 元后放弃本案诉请。

法院认为：①死亡赔偿金系对死者家属整体预期收入损失的一种财产性损害赔偿，亦系对死者家属精神、心理损害的赔偿，应根据与死者关系的远近、共同生活的亲密程度，分配权利人的生活状况等情况综合考虑、合理分配，如有协议的按协议处理。②余某与杨某之间签订和解协议，并放弃在本案中的诉讼请求，系其自愿对自己民事权利和诉讼权利进行的处分行为，应为有效。③张某因交通事故去世前，自 1990 年丧失劳动能力以来，一直跟随杨某居住生活，杨某尽主要赡养义务，与张某共同生活的亲密程度较高，且杨某生活困难，经济状况较差，对赔偿款依赖性较高。综合以上情况，应对杨某予以多分。判决张某死亡赔偿金及精神损害赔偿金 10 万余元，由郭某分得 3 万元，杨某分得 7 万余元。

实务要点：死亡赔偿金系对死者家属整体预期收入损失的一种财产性损害赔偿，亦系对死者家属精神、心理损害的赔偿，应根据与死者关系的远近、共同生活的亲密程度，分配权利人的生活状况等情况综合考虑、合理分配，如有协议的按协议处理。

案例索引：湖北当阳法院（2013）鄂当阳民初字第 00964 号“郭某与杨某等财产分割案”，见《郭先菊、余春莲诉杨清平财产分割案——财产分割纠纷中死亡赔偿金的性质认定及分配》（文晓威），载《人民法院案例选》（201401/87:168）。

法学博士亲历离婚诉讼，再来谈家事制度改革

2016-08-20　海坛特哥　雨萧

题引：人的每一次情感选择，几乎都会带来人生的巨大变化。维系这个社会运行的，不仅仅是道德，更是法律的规则。

【按语】

没想到读到博士毕业，考过律师资格证，人生看起来算光鲜，第一场官司居然是自己的离婚官司。诉讼耗时一年半之久，如今方到尘埃落定时刻。

恰逢网上热炒王宝强的“离婚撕逼大战”，已然赶超里约奥运会的新闻热度。宝宝 8 月 14 日周日凌晨微博爆料，其老婆马蓉与其经纪人宋喆婚外不正当性关系。第二天一早律师张起淮就陪同其到朝阳区人民法院起诉离婚，第三天马蓉则委托律师起诉宝宝侵犯名誉权要求赔礼道歉。

看这申明的第一直觉是，何必呢？个人还是认同菲姐的做法，不要给局外人任何机会去肆意消费你生活。只要撕出去，对孩子的伤害就必然存在，对未来的伤害就在。经历长期“离婚撕”，我的价值观仍然是：孩子最重要，眼看未来，不要跟过去过不去。

即便走法律程序，婚姻终有终结的一天，如此“撕”就是最好的战略么？从过来人看，此冰绝非一日之寒，更不太可能是当日才知道，当时就崩溃！而且律师已然参与，先取证婚外出轨，发声引舆论风暴，接着起诉，调动全国帮忙扒。

娱乐圈本就是一个无限放大的花花世界，公众人物的一言一行、任何私生活都在显微镜下。其实也蛮悲剧的，所以更要保护好自己的隐私。别人的生活，他者都不过是看戏的人，而且根本看不到全剧，现在来断定“事实与公理”还为时过早。但凡进入离婚诉讼，没有一年两年，是不可能审理终结的，何况这个案子关系股权等财产分割、抚养权争议等重大分歧，双方都已然撕破脸，不定还有其他枝节。

现在宝宝坚持起诉，坚持闹大，以其影响力，这就是一个很大的法律案件了。

法律人在围观者中，更应多说说法律层面的事情，如能借助此案推动我国家事制度及其诉讼改革，也是一件功德。

千万不要莫名推波助澜，说些诸如“即便是出轨的一方，在财产分配中也不会受到任何损失!”或者“一定要看好自己的财产，任何时候都要防着另一半!”等等不是法律人该说的话！最好用能懂的语言说清法律的规则。别再让当年的二奶案、彭宇案重演，实情被曲解，法理没说清，让法律蒙尘。

每个人只能陪我们走一段路，故人要走的时候，不要动则撕逼。

如果必须“撕”，那就在法律层面，“撕”出水平和境界。

我个人的案子，其实是被逼到起诉的地步。因为双方都学法律，分割规则上理应心知肚明。一开始以为他是借着诉讼拖时间。后来才发现，离是真心想离，但对财产是真心舍不得放手。本以为到了起诉的地步，他的律师会告诉他“什么是婚前财产？什么是夫妻共同财产？”可是没有，事实上，律师不是不明白，而是“心有小九九”。从首次开庭时的挑衅到再次开庭时全无斗志，法官和律师在越来越多的证据面前会明白案件事实。而另一方面，我的律师非常棒，她不会觉得问题都出在对方身上，她认为婚姻中的问题一定是双方的，会站在全局和未来的立场上劝你有些要妥协，有些要忍耐。

这个经历中，有几点体会你一定要听：

1、 首选协议离婚。诉讼离婚是长期抗战，时间成本很大，经济支出也大。所以，但凡双方能谈成的，建议坐下来谈，没有人比当事人自己更明白家庭财产以及多年婚姻的真相，能协议尽量协议。但若分歧太大，也不能无原则让步，因为我们是凡人，必须为孩子、为未来考虑。

2、 一旦进入诉讼，一定要找个好律师。好的家事律师，不仅帮你厘清证据、找到财产线索、应对法庭调查与辩论，争取最大权益，而且着眼未来，真正解决问题。千万不要以为自己的事情自己还不清楚么，事实上，证据的准备、法庭的应对以及双方的谈判，律师都不可或缺。譬如，虽然法院调取了流水，但一般当事人只看大面，律师则会条分缕析。

3、 法庭不是八卦的地方，法庭是打证据的地方。所以，证据的收集、整理以及有逻辑的展示非常关键。没必要在法庭上诋毁对方或者喋喋不休，好的法官会把控庭审的进度，也不会给你这样的机会。譬如因为我是学法律的，所以平时就有整理文件和留小票的习惯，没成想大把的票据日后都是证据。在法庭上，用证据来说话，而不是情绪化发言，证据会组成一条清晰的线索。

4、 最好有婚前财产协议。这真的不是什么需要避讳的事情，你看看国外为什么几乎结婚前都签订婚前协议，大款都做公证遗嘱！因为确有必要。签协议，不影响以后天长地久的幸福；写遗嘱，不妨碍咱认真负责、快乐阳光的生活。它只是要保护你我，保护真正的至亲爱人。

是，立法会有问题，很多部门利益的纠扯，还会有各种漏洞所在；司法本身有问题，比如时间成本高、还会有一些诉讼技巧防不胜防；但是，当你百般无计的时候，只有靠法律！只有依靠法律规则，只有依靠司法的公正判决来支持你、保护你。

现在，文书要上网，庭审要直播，可以基本相信司法是公正的！法官处于矛盾的漩涡之中，他更希望早日案结

事了！即便一时没有真相，不能尽如人意，别斗气。人生是一辈子，继续努力，用行动书写！

如下，是一个亲历过离婚诉讼的女博士，从法律角度进行的反思。

一、我国家事制度及离婚诉讼的痛点

1、对女性和孩子的倾斜性保护不够

资本面前没有性别之分，所谓强弱也并非在离婚问题上双方谁更坚强的事。只是就现实双方个体的力量对比而言（不谈个案的例外）。显然，一般而言，女人和孩子，相对于男方更弱小。婚姻法及其司法解释中虽说“保护妇女和儿童的合法利益”，但是司法实践中又是如何落实的？

社会日益进步，不再通过农耕渔猎等体力活来取酬，转而依靠头脑取酬，女性地位日益上升。但社会地位上升的同时，女性最重要的性别价值仍然在于繁衍和生育后代，但繁衍生育必须两个条件：一个是合适的对象，再一个是养育的条件。婚姻制度能很好的保护她们和她们的孩子嘛？

一旦在养育后代的过程中，父亲的角色或者母亲的角色缺席，那么单亲家庭中的一方必然要承担成双重的物质压力和精神付出——这本应是双方承担的责任啊。

在离婚诉讼中，现在判决中所谓的抚养费或者说生活费标准——一般按月工资收入的 20~30%比例给付。我们的法律自我设限，定在最高额是对方收入的三分之一——坦白的说，我国的抚养费，在大城市也不过是 1500-2500 左右，这点钱只能让孩子活着，根本不能解决孩子的教育问题，无法保障其成长有较好的经济基础。

如果弱者一方没有可以持续且不错的经济实力，孩子日后培养就很成问题。

孩子，不仅是父母的，也是社会的，他们的教育与培养质量，关系到族群后代的竞争力。婚姻制度，应该在离婚时对孩子有更多倾向性的保护。

在某种程度上，中国社会现在对孩子的责任，主要是由家庭负担的，而不是由社会承担的。如果国家和社会不能更多的关爱孩子，如单亲妈妈的税收福利保障，抑或是对孩子的教育救济，那么就请在婚姻制度设计上，在判决的时候，对孩子的保护更多一些！这也是国家未来的竞争力。如他们不能健康快乐的成长，未来甚至可能成为问题的根源。请法律人在制度设计，一定要从全局和长远考虑。

在离婚析产时，法院一般会公平分配。所谓财产对半平分本身可能就是一种不公平。

谁能计算中女性从事家务劳动的比重和取酬？计算一日一日柴米油盐酱醋茶的日常开销？现在有多少职业女性，她承担社会角色的同时，还比男人承担了更多的家庭角色。

一旦协商不成，女性被拖进诉讼，有不少人会劝：算了，与其耗费心力长期耗着，不如就接受退而求其次的补充协议，这样起码可以早点开始新生活！这当然是发心的为女性好，可是在宽宏大量的心态之下，又有谁去追问过制度的不公？制度对单亲妈妈和她孩子的保护本来就不够充足。

一方当然可以选择退步以求早日事了，但另一方如果连基本责任都不能履行到位的话，签订这样的协议不是大度，而是愚蠢。协议，是提供给在一个话语体系的对手的。

更残酷的还不要提，一旦婚姻错位、解体、变化，女性如果要重新组织家庭，成本显然更大。因为维系家庭关系很重要的亲子关系再造可能性大大减弱，因为女性最佳生育年龄已经在第一次婚姻中错失。相反，男性的生育年龄可以持续很久，起码要多出 20 年。对这样一个显著的差别，中国的婚姻法却没有任何的相对应的保护与倾斜。

某天听广播，因为奥斯卡的评审 60%以上是男性，90%以上是白人，所以新近出现了抵制奥斯卡的声音。之前，也有女演员出来控诉，同等条件下，男性演员的片酬要高于女性。同样，如果一个婚姻政策的制定主体是男性的话，他如何能发心的去体会另一个性别的呼吁呢？

离婚救济制度中的看似公平而实则不公平的这些现实，本质是我们在制定婚姻制度时的价值倾向问题。这个问题，恐怕不是短期内能纠正的。但法律人应该看到，并努力改变它。

2、协力推动家事法院的成立，高效解决离婚纠纷

因为陷入旷日持久的离婚诉讼，被迫去更多的了解我国的婚姻制度及其诉讼机制。三年多以来，情绪很复杂。现在终于真正的平静，真正的放下、谅解、宽恕，并坦然面对未来。

可是，如能尽快早日解决纠纷，对当事人双方都是一种解脱。

但谈到尽快！家事法官们也颇为无奈吧。听闻某四大银行之一对于法院的调查要求经常一拖就是好几个月，法院内部安排取证的车辆也很难协调，有限的陪审员经常约不上，诸如种种。经历诉讼，才体会到法官每日都处于矛盾的漩涡之中。但其实他们的收入并不高，社会尊荣也远远不够，没有获得与“最终裁判者”相称的收入与地位。

“法官待遇及员额制”这个话题，关系到司法改革。我不甚了解，也不是我一个当事人能说清楚的。只建议如有机会的话，法律人应该亲自去打一场官司，这样你再看法律文本，再谈司法改革，体验会不一样。

准备起诉时，听律师说，原告第一次起诉，只要对方不同意，法院一般会驳回，只能六个月之后再起诉。所以，有的律师首次起诉时并不会把所有的财产都写上要求分割，因为这样意味着要交大笔的诉讼费。当时觉得很奇葩，必须起诉两次？！但的确，如有一方不同意，法院不会轻易判决离婚。离婚诉讼动则一两年以上，根本没法像《民事诉讼法》写的那样，六个月结案。我听某律师讲，她手里还有三年还没有判决的案子，甚至有案子一年来都没开

过一次庭。

在漫长的诉讼中，我常想，如有专门的家事法院，会不会更快一些？

婚姻和继承纠纷的案子占了我国民事诉讼中最大比例，但迄今我们并没有一个专门的家事法院。

诉讼中属民事诉讼最多，民事诉讼中，又属家事诉讼最多。

我国为什么就不能有专门的家事法院？

根据周强院长 2016 年 3 月在全国人大所做的人民法院工作报告：各级法院审结一审民事案件 622.8 万件，审结婚姻家庭等案件 173.3 万件。可见，民事纠纷是最多的，而家事纠纷占了民事案件中的 27.8%，几近三分之一强。此外，各级法院以调解方式处理案件 498.1 万件，这里面一定有不少也是家事纠纷吧。

与之同期，一审知识产权案件 12 万件，商事案件 334.7 万件，刑事案件 109.9 万件，受理行政案件 24.1 万件（审结 19.9 万件）。

从数据上，可以明白看出，当前最大的社会纠纷集中在何处？婚姻家庭案件被刑事案件还多！离婚诉讼并不比行政诉讼案件、知识产权案件、海事案件低端，领域不同而已。这些都有了专门的法院。更何况，家事领域关系到社会基本细胞——家庭组织的稳定。

人的每一次情感选择，几乎都会带来人生的巨大变化。维系这个社会运行的，不仅仅是道德，更是法律的规则。

早一点解决婚姻家庭的纠纷，其实更有利于将普及法律规则，让其亲身感受到律师的关键、司法的重要。这难道不更有利于法治社会的建立么？要知道，法治文化的培养才是最难的，而家事的土壤离普罗大众最近。

家事法院或者家庭法院在国外很普遍，日本的家事调停实行调停前置主义，英国有专门的审理前谈话程序，家庭法院内部设有婚姻协谈人员。

可以说，我们的法庭也努力过，但是差距太大，真没法调解。而且，真的是人少案多啊，一次开庭和下一次开庭之间整整隔了八个月。

婚姻诉讼的解决，最重要的问题不是在法庭上分清两个人在婚姻中的是是非非（当然，这种是非判断对于确定婚姻关系是否破裂很有必要），更重要的是，作为一种解决婚姻问题的制度，尽快顺利的分割财产从而保护社会秩序稳定的价值，从法律上确保后代抚养的基本物质保障以及精神成长的必须。

这两点，才是最关键的。

而这些，是经过法律训练的人，是专门的家事法院才能承担的任务，不同于《生活广角》、《调解现场》这样的广电节目。

二、额外的鸡汤——远离那些让人变不好的人，自在生活

1、别遇到男权癌，不幸遇到，尽早离开

前段时间陈岚那篇大热的“男权癌比先兆子痫更致命”，真叫一个痛快。

还有之前某个做了公务员的凤凰男去相亲，写的那些个条件，也被众人痛快淋漓的骂了一顿。

结合一众朋友经历，综合一些“道听途说”，借着婚姻这题目说说鸡汤：

我们讨厌的绝不是凤凰男的出身，出身谁也不能决定，我们鄙视的是“凤凰男”所代表的的男权癌的思维和心态。

“孔雀女”和“凤凰男”之间的差异，本质上是因为原生家庭根深蒂固的价值观、人生观、审美观以及消费观等诸观不一的差异。所谓“门当户对”是有科学依据的，因为以上诸观趋同一致。当然，任何原生家庭都不能限制一个有着强大反省能力、强大生命力的人的成长。经历教育，经历人生，你们如果能持续成长，彼此的婚姻仍然可以很幸福的。当然，前提是你对自己和另一半都有准确的判断。这对于二十几岁的年轻人，还是相当难的，不得不感叹命运之手的拨弄！

时代在进步，越来越多的女性感知到“金钱独立、精神独立和人格独立”的人生真谛，不再把人生依附在一个或者几个男人身上。

从黑暗中走来，告诉你们几个男权癌的惯常表现，也是坏婚姻中会经常遇到的问题，遇到的话，早点叫醒自己啊——就像 PAPI 酱有一期讲“男人的暧昧”，最后的结论就是“女人不要犯贱”！如果男人身上偶尔有的话，也可以反省下，反省只会让你的生活更好更幸福。

（1）想生儿子！多子多福是人之常情，坚持丁克也可以理解。关键是在政策条件和家庭现状允许的情况下，两个人共同商议决定。且不说生男生女本就是男人定，而且生孩子更多是作为母亲付出最多。遇到姑娘们流泪讲创伤，现在都会明白的告诉她，人生有两个重要决定，一个是，和谁结婚？还有一个，和谁生孩子？不要糊涂。如果你曾糊涂了一回，那么在生孩子之前，还有一个反省的机会。这也是对孩子负责。

（2）家庭暴力！我原来真不知道，在中国婚姻里面，家庭暴力这么普遍。很多高知女性也不一定明白，家庭暴力包括了身体暴力、经济控制、性暴力和精神暴力。对方开始干涉你的发型、你的着装，你回家的时间，你的社交，你的收入支出，这种干涉全是以所谓关心和爱的名义，其实不过是控制和压制的一种手段，因为但凡有一点争辩或者反抗，得到的将是遍地狼藉、言语羞辱甚至人身攻击。家暴的存在往往是持续的，而且不自觉的逐渐加大。

隐忍或者轻易的原谅施暴者，往往会重蹈覆辙。简单的讲，只要他出手过一次，就绝不原谅。

（3）一方移情或者出轨。第三者这个称呼在某种程度上是一个女人对另一个女人的羞辱而已。任何时候，任何一方和婚外第三人的问题，本质上仍然是婚姻之内的两个人出了问题。“相爱容易，婚姻不易，且行且珍惜”这句话真得很棒。另有所爱，概率很高。在这个过程中，最考验人性的，并不是一个人爱上了别人的事实，而是一旦发生，你对家庭、孩子、以及爱人、情人的态度和作为。另有所爱，不一定导致离婚，应对这样的难题，心念和行动更昭示本性。

如果一个人明白告诉我：“我不再爱你了，因为我喜欢上别人了”。再痛苦，我也一定会放手了，而且在心底佩服他的真实，日后不定能继续做朋友。所以，特别欣赏菲姐的态度，爱谁是我的权利，没有必要跟任何人解释！但是在爱任何一个人的时候，我自己都是自由的、坦荡的！

2、请对勇敢结束婚姻，追求自由的女性保持尊重和敬意

这个社会越来越宽容，真的，这就是社会进步的表现。我妈说，以前是不敢想象的。女人一旦离婚，很难独立养活孩子，也会生活在风言风语里。

就离婚自由而言，本就是人类的进步。没有选择的自由，就会屈服于强权或者暴力，不得不继续屈辱的活着。在民事合同中、在婚姻生活中，甚至在政治生活中，选择离开的自由永远很重要。可以预见的未来，女性主动提出离婚的比例必将逐年上升。

人类社会，需要互助。人活着，需要伴侣。

这个同路人，对你的人生很重要，选择一人，开始一段路，建立一个家。当然，开始的选择不一定是最佳，或者过程中有了变化，同路人不能再陪你走下去。心怀善意去接受、解决并放下。

幸福和快乐这东西，是演不出来的，你再演，高手也看得出破绽。最好的人生，是自在做自己，给别人以快乐，给社会以价值。

我预计，在女性拥有更好的生存实力后，中国的离婚率会有一个长时间的上升周期——人生那么短，基本生存满足后，人们会更要求一个有质量的生活。

爱，原本就是一种非常个体的体验，除了本人的心，别人嘴里多是八卦。

人和人之间如果没有互爱，缺乏深刻的相爱关系，人生的快乐和幸福会少很多，人生成就以及成就感也会少很多。有哈佛 70 年的跟踪报告，只有家庭幸福的人，才能取得更大的成就，也才更健康。我信。

世界有时候是问题推动的，爱有时经由痛来提醒。离开一段坏掉的婚姻，你会更珍惜人间真情。

三、郑重的告诫——提前签订婚前财产协议

正因为亲历过这些苦，姐才思考了之前根本不会思考的这些问题。

1、婚姻制度首要是确保私有财产继承和后代抚育

这里不谈爱情，只谈婚姻。

人类通过婚姻制度组成家庭，形成秩序。婚姻，是人类为了自己快乐相互陪伴、养育更高质量的后代（或者也是基于自私，然后利他）的选择。如果爱的内核和制度职能完美的结合，那自然是再好不过。

可是，童话不常有，童话中并不需要法律。

婚姻法律制度，在我看来，最重要的职能就两个：一是保障私有财产的继承；二是确保后代养育。婚姻制度当然建立在爱的基础上，但是不能决不能忽视“财产的问题和孩子的问题”，对孩子的保护，就更应该从社会救济的角度加以倾斜。这两点才是最关键的制度使命。

一旦内在爱的内核裂变，婚姻所要履行的职能也必然缺失，这样的婚姻就是不稳定的。如何让这样的婚姻平顺的解体，才符合人性，实现社会资源的新配比，达到社会更为和谐的稳定。

如果法律人不从社会财产秩序的维护以及人类繁衍的角度去设计制定结婚与离婚的规则，只和众人追逐那些边角八卦，那他就没法“火中取栗”，去维护和实现法律的公平正义。

你处在什么时代，就要受这个时代下的婚姻家事制度约束或者影响，如“80 年代的独生子女政策、2013 年的单独二孩政策，2015 年的全面二孩，老婚姻法的共同财产经过八年混同，新婚姻法的婚前财产规定等等……”。在现在的法律制度下，提醒各位，签定婚前财产协议利大于弊。如你不避讳，写遗嘱也有必要。我一闺蜜特别有意思，前段时间打电话，说她准备去做一个公证遗嘱，如果她哪天挂了，把他们家的猫交给我，问我同意不？我说，同去，我也准备做个公证遗嘱呢。我俩都是法学博士，真不是逗你玩的。

2、认真对待婚前财产协议

我有一大学美女同学，长期在加拿大生活，偶尔会聊她和她男朋友的事情，她现在做移民律师和家事律师，也会承办一些婚姻的案件，所以对国内外婚姻制度的差异有着深刻了解。

在国外，结婚会是一件非常慎重的事情，之前可以到处玩，可以同居，但是结婚就意味着一心一意，意味着财产在一起了，所以绝大多数人婚前会签订财产协议。决定生孩子，更是慎之又慎的重大决定。一旦发现两个人之间有了问题，分开也是非常正常的事情，对孩子的探视和抚养责任不会因为两个人之间关系的变化而僵硬。从制度上

讲，国外的婚姻制度中有两点值得我们努力学习，那就是婚前财产协议制度和子女保护机制。

婚前财产协议可以预防很多麻烦。婚前财产是父母积累的，或者是自己打拼的，这个处置应该是基于“财产所有人”的意志。

作为法律人，很讨厌一些女人假装弱者的歪歪（或者很多是男权癌借着女人的口说的吧），以为结了婚，人家的财富就自动转到你名下了。真是贪心不足蛇吞象啊。你想给的话，可以像罗康瑞一样，结婚的时候就把公司一半的股份都写成朱玲玲。你想要的话，婚前就去一哭二闹三上吊啊。法律应该保护正常的交易关系，而不是通过婚姻制度去强制性剥夺之前对方及其家族所创造的财富。

两个独立的个体，登记结婚后，财产所得性质就发生了质的变化，结婚日之后，你们入账的收入不分谁多谁少，成为共同财产，变成半对半；一旦生养了下一代，升级为父母，责任加大，人生捆绑更紧密。这两个时间点非常非常重要。

如果我当年签了婚前财产协议，可能就会少很多麻烦。

如果我当年晚一点再要孩子，可能人生就会发生巨大的变化。

当然，我现在特别爱我的孩子，他是珍宝，帮我找回自己，找到未来。

婚姻是个非常非常重要的人生选择，不要把它当成赌博，这个赌博的成本太大了，那是以你的生命历程为代价。起诉离婚的时候，都没有告诉老爹老娘。直接找律师去起诉了，因为传统的他们一直反对。但是，看到你下定决定，看到你现在如此活的坦荡，如此开心，他们也会随着支持你的决定。

犯了错当然要付出代价，而离开错的才能遇见对的。

一旦发现婚姻存在问题，及早解决，不要漠视，不要旁顾，不要因为他人闲言碎语而犹豫不决，即便这是你的亲人。真正的精神独立，是从自己决定自己的人生开始的。

记得《我在伊朗长大》里面有一句话，印象特别深刻，奶奶在女主角想要离婚的时候说：“孩子，犯了错，就要改正，犯的错误越大，改正的成本就越大。”有这样的奶奶，真是厉害啊。不要因为这个错位，付出更大的成本，包括未来。

在法庭的最后称述中，我这样说道：

“每一个人都有着自己的出身、原生家庭和教育经历，每个人都不可能和自己的过去分开。我们都不是完美的人，只有有着深刻反省能力的人才能跳脱得开。

我曾经历如许多痛苦，不是为了带着“恨”继续生活的。

我很庆幸，现在依然能够阳光、坦荡，快乐和上进。我很庆幸，法院帮我们结束了一个错误的婚姻，未来的生活不再有彼此的参与。

我宽恕过去。希望彼此都能有反省，改正，面向未来开始新生活的能力。我尤其不想伤害我的孩子，无限努力和隐忍只为给他一个安全、温暖和快乐的成长环境。更希望未来对方能用自己的实际言行，做一个负责任的父亲，懂得并珍惜人生的宝贵。”

现在的我无比快乐，没有恨，没有纠结，笑容亦是发自内心的绽放。

费时费力写这篇文章，是希望以自己的反思，晃醒那些在“错误的人生选择”中，麻醉自己、保持奴性或者玩火暧昧的姐妹，发掘出内心的自我，过真正坦荡、快乐的生活。

希望更多的法律人看到，来促进中国婚姻家事制度稍微进步，能够更多的从正面解读婚前财产协议，协力推动家事法院的成立，改变现行的离婚规则的不公平，对单亲妈妈及其子女施以倾向性的保护。

宝宝的离婚大战，必然会在一年左右的时间成为一场活生生的“普法课”。

我们活在当下的制度之中，当下构成我们命运的一部分。我们每一个人的言行，尤其是法律人的言行，将成为变局的一部分。我们不参与八卦与流言，身为法律人，终归对于“法律”有信仰，对“法治社会”有所期待。

保单强制执行大数据报告|法商论财富

2016-08-18 佳和家事 桂芳芳 孙祥武 夏文怡

小佳说

近年来的法院审判工作中出现了负有合法到期债务的债务人无其他可执行财产但存在现金价值的保单的情况，此时法院能否执行其保单现金价值？本分析报告通过对保单强制执行的当前现状、地域分布、裁判意见等进行分析并对上述问题进行解答。

目录

前言
一、样本基本信息
二、人身险保单强制执行
（一）被执行人为投保人
（二）被执行人为被保险人

（三）被执行人为受益人
三、财产险保单强制执行
四、法院裁判意见一览表
五、保险公司的风险及其应对
六、结语

前言

随着保险业的发展和保险类型的多样化，保险在承担社会保障功能的同时，还被作为投资理财工具广泛使用。近年来的法院审判工作中出现了负有合法到期债务的债务人无其他可执行财产但存在现金价值的保单的情况，此时债权人请求法院解除保险合同或者直接执行保单现金价值是否合法？法院在收到上述请求时，是否会要求保险人执行，保险人是否应当执行？

由于我国现行法律法规、司法解释未对保单的强制执行作明确规定,实践中保险公司与法院之间就保险公司是否应当解除保险合同、扣划保单现金价值等发生分歧。因此,有必要就前述问题进行深入分析。

本分析报告通过中国裁判文书、无讼案例等网站收集裁判文书，对保单强制执行的当前现状、地域分布、裁判意见等进行分析并对上述问题进行解答。同时结合可视化图表，给予读者直观简洁的感受，为您处理类似纠纷提供可参考的数据。

样本基本信息

案例：中国裁判文书网,无讼案例

期限：2008 年至 2016 年 8 月 1 日（以案件审结的时间计算）

法院：全国各级法院

限定案件类型：执行类案件

检索关键词：执行、保险、保单

案例收集截止日期：2016 年 8 月 1 日

数量：采样 755 件

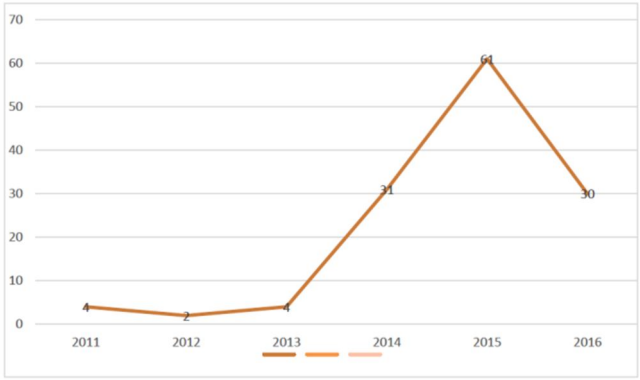
其中裁判观点整理：136 件

人身险保单强制执行

研究保单能否被强制执行,需分别讨论谁名下的债务、谁名下的保单。因此，我们从债务人（被执行人）分别为投保人、被保险人及受益人三方面进行研究，投保人作为被执行人的情况为普遍情况，亦是本报告的重点。(注：为方便论述，本报告中如无特别说明，投保人、被保险人、受益人不是同一人）

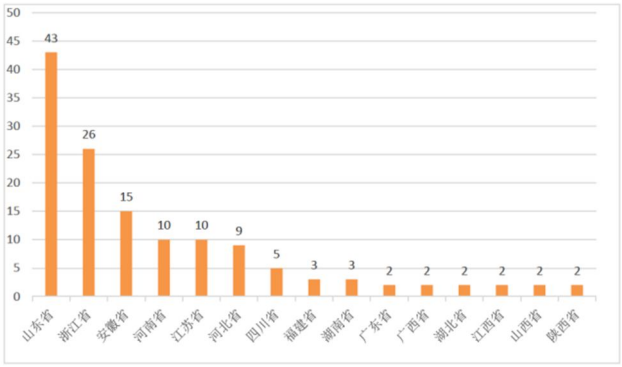
01 **被执行人为投保人**

1、案件数量年份分布



根据案件数量年份分布图数据可知，2011-2013 年此类纠纷数量很少，2011 年 4 件、2012 年 2 件、2013 年 4 件。2014—2016 年此类案件激增，2014 年 31 件，2015 年 61 件，2016 年至今 30 件。从数据看出近三年人身险保单执行案件大幅度提升。

2、人身险保单强制执行裁判文书全国地区分布



（点击图片可以查看大图）

全国人身险保单强制执行裁判文书地区分布
（来源：中国裁判文书网）

地区	占比	地区	占比
山东省	31.60%	浙江省	19.10%
安徽省	11.00%	河南省	7.40%
江苏省	7.40%	河北省	6.61%
四川省	3.67%	福建省	2.21%
湖南省	2.20%	广东省	1.50%
广西省	1.50%	湖北省	1.50%
江西省	1.50%	山西省	1.50%
陕西省	1.50%	共计	136

（点击图片可以查看大图）

根据全国各地离婚保险分割裁判文书分布数据，山东省以占比 31.60%位居榜首，其次四位依次为：浙江省占比 19.10%、安徽省占比 11.00%、河南省占比 7.40%、江苏省占比 7.40%。其余省份占比较少。

3、法院裁判意见

（1）人身险保单可以强制执行的情形及理由

A 可以强制执行

情形 1. 投保传统型、分红型、投资连接型、万能型人身保险产品后负债，投保人不能偿还债务又不自行解除保险合同提取保险单的现金价值以偿还债务的，人民法院在执行程序中有权强制代替被执行人对该保险单的现金价值予以提取

【典型案例】（2015）鲁执复字第 107 号、（2016）鲁执复 119 号

情形 2. 被执行人为了规避强制执行而购买人寿保险的，保险合同可被解除，解保后保单现金价值可被强制执行

【典型案例】（2014）浙金执复字第 1 号、（2014）金婺执异字第 3 号

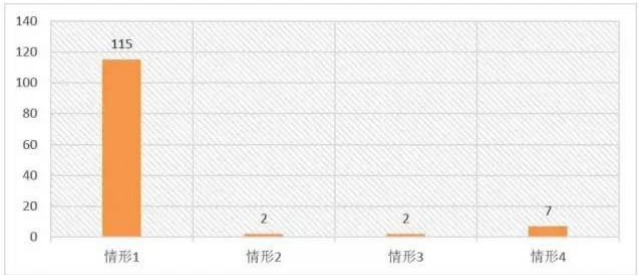
情形 3. 在刑事案件侦查或审理过程中，投保人用赃款购买人寿保险，且保险公司明知保费为赃款而恶意承保的，人寿保险将依法强制解除，购买人寿保险的保费将面临上缴国库或返还

【典型案例】(2014)洪刑执异字第 107-32 号

情形 4. 在法院强制执行过程中，被执行人将保险合同向法院提供担保，解除合同退保后或将合同担保给法院后，法院对保单现金价值有权予以执行

【典型案例】(2015)济执复字第 47 号

上述四种情形在收集案例中的数量如下：



（点击图片可以查看大图）

根据图表可知，司法实践中情形 1 占据多数，在收集的 136 件案例中，共有 115 件。其次是情形 4,有 7 件、情

形 2、3，各有 2 件。

B 裁判理由

司法实践中的上述 4 种执行情形中，法院所持的理由如下：

一、保单的现金价值属于投保人的投资性权益，不属于《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》第五条规定的不得查封、扣押、冻结财产的范围。

二、根据保险法的相关规定，投保人享有单方解除合同的权利，合同解除后保险人必须向投保人支付保单现金价值。保单现金价值的计算方法是确定的，这就意味着保险人在合同解除时支付给投保人的金钱是确定的。因此保单的现金价值作为投保人享有的一种确定的投资性权益，归属于投保人。

三、《中华人民共和国保险法》第十五条对保险人解除保险合同做了严格限制，究其立法本意应是避免保险人滥用合同解除权，从而保护投保人的合法权益，并非是对人民法院强制执行保单现金价值的排斥性规定。

因此，人民法院对被执行人投保的人寿保单的现金价值强制执行不违反法律规定。

C 其他情形

根据法律规定，除上述四种情形外，以下两种情形，人身险保单也能够被强制执行：

情形 1. 执行过程中投保人自愿退保，退保后的保单现金价值法院有权予以执行

法律依据：（一）《保险法》第十五条：除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。

（二）《保险法》第四十七条：投保人解除合同的，保险人应当自收到解除合同通知之日起三十日内，按照合同约定退还保险单的现金价值。

根据《保险法》的上述规定，退保后的保单现金价值为投保人之合法财产，如投保人为被执行人，法院对其退保后保单现金价值可以强制执行。

情形 2. 生效民事判决书判决人寿保险合同无效或撤销人寿保险合同的，法院执行生效法律文书时，可以强制解除保险合同，并执行退保后保单现金价值

法律依据：（一）《合同法》第五十六条：无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。

（二）《合同法》第五十八条：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。

（2）人身险保单不能强制执行的情形及理由：

情形 1. 投保人与保险人未在保险合同中将法院强制执行作为合同解除的一种特殊情形，且未出现保险法规定或者保险合同约定的保险公司可解除保险合同的情形

【典型案例】（2014）锡执异字第 0037 号、（2015）济执复字第 2 号

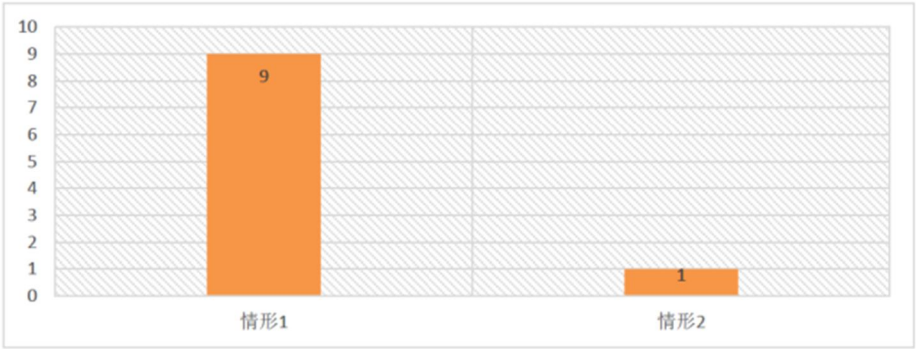
裁判理由：合同解除是合同相对人终止合同的一种方式。《中华人民共和国保险法》第十五条规定，除本法另有规定或者合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同。因此，如果投保人与保险人未在保险合同中将法院强制执行作为合同解除的一种特殊情形，且未出现保险法规定或者保险合同约定的保险公司可解除保险合同的情形，保险合同的解除权只能归投保人所有，法院不宜直接要求保险公司解除保险合同并提取现金价值。

情形 2. 被执行人投保的是以被保险人的身体健康与疾病为投保内容的保险合同

【典型案例】（2014）浙温执复字第 36 号

裁判理由：被执行人签订的保险合同，以被保险人的身体健康与疾病为投保内容，属于人寿保险范畴，具有人身保障功能。法院强制执行该保单的现金价值将会危害被保险人的生存权益。因此，该类人寿保险不宜强制执行。

上述二种情形在收集案例中的数量如下：

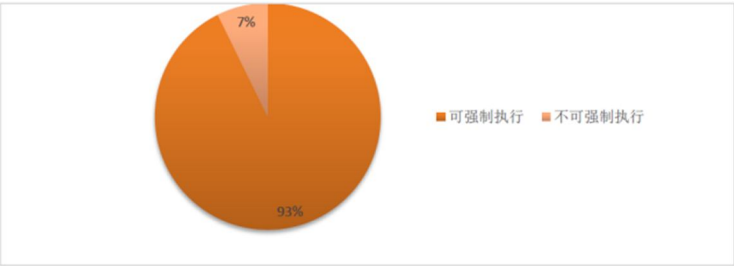


（点击图片可以查看大图）

据图可知，情形 1 在不可强制执行中占据绝大多数，情形 2 占比很少。

4、人身险保单裁判意见分布图

可强制执行与不可强制执行占比如下：



（点击图片可以查看大图）

在收集的 136 个裁判文书中，寿险保单可被强制执行的裁判意见占 93%；法院认为不可强制执行的占 7%。据此可以看出，在寿险保单能不能被强制执行的问题上，法院的态度更加倾向于保单可被执行。

2 **被执行人为被保险人**

1. 被保险人未死亡

在投保人、被保险人及受益人均是不同主体时，法院不能强制执行保单。

2. 被保险人已死亡

《保险法》第四十二条的规定：被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：1、没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；2、受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；3、受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。**故当被执行人是被保险人且出现《保险法》第四十二条规定的三种情形时，保险金是被保险人的遗产，法院可以强制执行。**（参见：《最高人民法院关于保险金能否作为被保险人遗产的批复》）

【典型案例】（2015）港执异字第 00006 号

3 **被执行人为受益人**

1. 已领取保险金

如果投保人或者被保险人在人寿保险合同中指定受益人的情况下，保险人应当按照合同约定的份额将保险金支付给约定的受益人。所以，**被执行人是受益人的，法院对该保险金能强制执行。**（参见：广东高院《关于执行案件法律适用疑难问题的解答意见》问题十一、《最高人民法院关于保险金能否作为被保险人遗产的批复》）

【典型案例】（2015）兰执异字第 00008 号

2. 未领取保险金

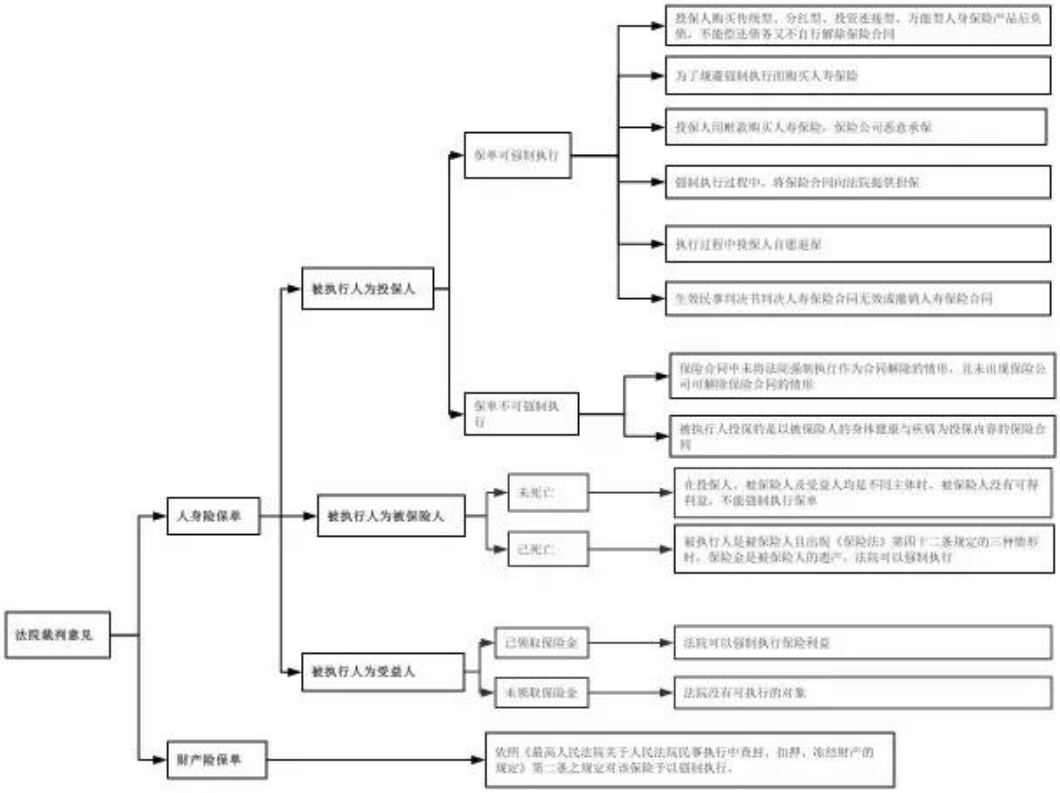
被执行人是受益人，但尚不能因保险合同获得保险利益，此时法院没有可强制执行的对象。

财产险保单强制执行

《中华人民共和国保险法》第三十三条规定，财产保险合同是以财产及其有关的利益为保险标的的保险合同。财产保险是纯经济性的商业保险，是以小的成本换取较大保障的风险经营形式，是一种间接地保障经济利益的形式。这里的保险金不是为了满足对生命、健康的救济而设计的，**法院对于该险种的执行通常依照《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》第二条之规定对该保险予以强制执行。**（参见：昌邑执行《浅议如何执行被执行人的保险单现金价值》）

【典型案例】（2014）诸执字第 66-1 号

法院裁判意见一览表



保险公司的风险及其应付

近年来，对于人身保险产品能否被强制执行的问题素有争议，浙江省和广东省分别在 2015 年和 2016 年出台相关规范，对本省的执行案件进行指导，详见（2015 年《浙江省高级人民法院关于加强和规范对被执行人拥有的人身保险产品财产利益执行的通知》、广东省高级人民法院《关于执行案件法律适用疑难问题的解答意见》）。

法院会要求保险公司协助执行寿险保单，在下列情形下，保险公司将面临相应的法律风险。

(1)被法院要求协助单方解除保险合同，并将保单现金价值支付给指定的人。此时，保险公司如协助执行，则存在违反《保险法》和保险合同的风险。

(2)被法院直接裁定解除保险合同，要求保险公司协助将保单现金价值支付给指定的人。此时，如果保险公司对寿险保单作退保处理并支付保单现金价值后，被保险人或受益人持保单向保险公司索赔，保险公司将面临可能须履行原保险合同的风险。

(3)对法院不合法的司法协助要求，保险公司如果置之不理或者处理不恰当，法院可能会以妨碍民事诉讼为由对其采取司法强制措施。（参见：曹顺明 段冉.《寿险保单强制执行的法律问题研究》）

实践中，保险公司为了规避可能遇到的风险，常见的做法有：**提出执行异议，若法院对异议不支持，则提出复议。穷尽异议程序后，如法院仍然要求保险公司协助执行，则按照法院裁定协助执行。**

结语

对本次保险执行类裁判文书的分析可以看出，在一般条件下，被执行人是投保人，保单易被法院执行；被执行人是被保险人，被保险人死亡后，若有指定受益人的，保险金不用于偿债；被执行人是受益人，领取保险金后法院可强制执行。

对“离婚协议签字后生效”的一点看法

2016-08-25 中国法学网 江苏国山律师所 余一平律师

《最高人民法院公报》2011 年第 12 期刊发了"莫君飞诉李考兴离婚纠纷案"。该案谈到了离婚协议的生效问题。其裁判摘要中写到："婚姻当事人之间为离婚达成的协议是一种要式协议，即双方当事人达成离婚合意，并在协议上签名才能使离婚协议生效。"因为职业的关系，笔者有时也看到协议离婚的当事人所持离婚协议书中写有"本协议经双方当事人签字后生效"等字样。

笔者认为，离婚协议经双方当事人签字后生效说法欠妥，有必要进行纠正。在我国，离婚和结婚一样，双方当事人均必须到婚姻登记机关办理登记。《婚姻法》第三十一条规定："男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，应即发给离婚证。

"《婚姻登记管理条例》第二条规定："中国公民在中国境内结婚、离婚、复婚的，必须依照本条例的规定进行登记。"

由此可见，选择协议离婚的，夫妻双方只有办理了离婚登记，取得了离婚证，才能解除双方的夫妻关系。

那么应当如何认定离婚协议的性质及其生效条件呢？

首先，离婚协议不适用我国《合同法》。我国《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。"第二款规定"婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适应其他法律的规定。"因此，虽然法律、行政法规没有规定离婚协议应当办理批准、登记等手续后生效，但由于不适用《合同法》第二条，因而也不适用《合同法》第四十四条第一款规定"依法成立的合同，自成立时生效。"

其次，根据婚姻法及相关法律规定，婚姻双方当事人协议离婚的，必须要符合实质要件、形式要件和程序要件。所谓实质要件是指离婚必须要夫妻双方有离婚的合意，对子女的抚养和共同财产分割达成协议（对共同财产的分割有遗漏的还可以另行提起诉讼）；形式要件就是必须要有书面的离婚协议，双方当事人签字确认；程序要件就是双方当事人必须同时到婚姻登记机关办理离婚登记手续，取得离婚证。这是我国对协议离婚管理的法定要求。

由此可知，离婚这一民事行为须经过登记发给离婚证才能产生离婚这一法律效果，那么作为这一双方合意民事行为表现内容的离婚协议不也就是要经过登记这一法律程序才能产生双方预期的法律效果吗？所以，离婚当事人签署离婚协议后不在婚姻登记机关办理离婚登记并取得离婚证，是属于尚未完成我国《婚姻法》规定的协议离婚的程序条件，故该协议还未生效，这种未生效协议导致的后果就是双方的夫妻关系一直存在，未成年子女的监护人一直是夫妻双方。尽管当事人可能按照该离婚协议处理了财产，甚至办理了财产所有权的物权变更登记，但双方在法律关系上仍是夫妻，因此基于离婚协议而进行的财产归属的变更不产生分割财产的法律效果。而且，由于离婚协议不在我国《合同法》调整范围，因此签署离婚协议的一方当事人如果反悔、不愿到婚姻登记机关办理离婚登记，对方当事人也不能根据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释二》第八条规定持该离婚协议诉至法院要求对方办理离婚登记。

再次，如果在未办理离婚登记并取得离婚证前就认可离婚协议的法律效力，将使我国的基本的社会管理制度之一的结婚、离婚变成合同自由行为，无制度可言，而这与现代文明也格格不入。其他国家和地区虽然离婚形式多样，但没有一个对之不行使有效的管理。如法国，夫妻双方共同请求离婚的，须双方向法官提交确定离婚的协议草案，请予以批准。在德国，双方申请离婚与一方申请离婚一样，均由法院判决为之。而在我国台湾地区对两自愿离婚者，则规定有二人以上证人之签名并应向户政机关为离婚之登记。之所以要这样规范，原因就是协议离婚是与人身关系密切联系的一个民事法律行为，具有普遍性与伦理性的特点。

由此，离婚协议在双方当事人办妥离婚登记手续并取得离婚证之前是一种未生效的合同，而不是双方当事人在协议上签字后即行生效的合同，当事人在协议上签字只能表明协议双方就离婚及相关事项达成合意，协议成立。

需要说明的是，我国《婚姻法》第三十一条规定的离婚登记与《婚姻法》第二条规定的婚姻自由不是同一个层面概念。前者指的是离婚的一种程序要件，后者指的是确立婚姻关系的一个原则，一个总则性的规定。

最后，"莫君飞与李考兴离婚案"的裁判也是建立这样的理念之上的。所以，该案在裁判理由中认为，莫君飞与李考兴所商定的离婚协议因为李考兴没有在协议上签字而协议没有成立，虽然可以有人证明李考兴当时确实是同意协议内容的，但因为离婚协议是要式的，因此协议仍然没有成立。其后，莫君飞与李考兴也没有赴婚姻登记机关进行登记取得离婚证，即解除夫妻关系没有完成法定程序，因此该协议更谈不上生效了。因而他们的离婚协议上的子女的抚养、财产分割也就不产生法律效力。

（五）文件选读

最高法民一庭：不动产婚内共同还贷及增值的计算方式

2016-08-01 法信

裁判规则

导读：婚前以个人财产按揭购房，产权登记在个人名下，婚后夫妻二人以夫妻共同财产继续偿还贷款。离婚时，若夫妻双方未就房产归属达成协议，房屋如何分割成为难题。最新出版的《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑）中，对于一方婚前贷款购买不动产、婚后夫妻共同还贷的情形，离婚时如何计算共同还贷的增值部分作出了详尽的介绍。本期法信小编围绕《民事审判指导与参考》中的典型案例，结合相关法律条文、案例对不动产婚内共同还贷及增值的计算进行说明，供读者参考。

最高人民法院民一庭意见

在适用《婚姻法解释(三)》第十条时，涉及夫妻共同还贷款项及其相对应增值部分的数额等于以夫妻共同还贷部分乘以不动产升值率。所称不动产升值率，是用不动产现价格除以不动产成本，不动产成本包括购买时不动产价格＋共同还贷的利息部分＋其他费用(比如契税、印花税、营业税、评估费等)。

一、案情简介

甲男2004年购房一套，当时价格18万元，甲男首付8万元，从银行贷款10万元，契税等其他费用1万元，婚前甲男还贷本息合计5万元。2008年甲男与乙女结婚，房屋价值41万元，产权登记在甲男名下。婚姻关系存续期间双方共同还贷10万元将贷款清偿完毕，其中本金7万元，利息3万元。2012年离婚时房屋现值90万元。

甲男与乙女双方对解除婚姻关系没有异议，但对房屋补偿款的数额有异议。甲男认为，其婚前已经与房地产公司签订购房合同并从银行贷款，虽然婚后还贷本息共计10万元，但每月银行都是从其工资卡中定期扣款，女方并没有参与还贷，离婚时无权获得任何补偿款。乙女认为，双方没有约定实行分别财产制，男方的工资收入应当属于夫妻共同财产，离婚时应按房产现值90万元减去男方购房时的价格18万元作为基数对其进行补偿，即乙女应获得的补偿款是40万元。

二、审判结果

一审法院经审理认为，甲男和乙女结婚后还贷10万元，虽然系甲男每月用自己的工资卡归还银行贷款，但双方当事人并没有约定实行分别财产制，甲男的工资收入应当属于夫妻共同财产。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释(三)》)第十条“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务，双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿”的规定，第一步应先计算诉争房产的升值率，即诉争房产现价格除以(结婚时诉争房产价格＋共同已还利息＋其他费用)＝90/(41＋3＋1)＝200%；第二步计算非产权登记一方所得补偿款，即共同还贷部分乘以不动产升值率，该数额的一半即为应补偿的数额。10乘以200%＝20万元，非产权登记一方所得补偿款为10万元。一审法院判决诉争房产归甲男所有，甲男应支付给乙女10万元补偿款。

乙女不服提起上诉，二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

三、主要观点及理由

对于一方婚前贷款购买不动产、婚后夫妻共同还贷的情形，离婚时如何计算共同还贷的增值部分，有法官提出了分步计算的方法，第一步是计算不动产升值率，不动产升值率＝不动产现价格除以不动产成本，而这里的不动产成本等于购买时不动产价格＋共同已还利息＋其他费用。在计算不动产升值率时，必须考虑利息成本，不能简单地用不动产现价格除以购买时价格直接得出升值率。“其他费用”是指交易所涉及的成本，属于购房的必要支出，如契税、印花税、营业税、评估费、中介费等，但不包括公共维修基金和物业费，因为其费用产生的基础并非交易，而是不动产长期使用中产生的费用；第二步是计算非产权登记一方所得补偿，即共同还贷部分乘以不动产升值率，该数额的一半即为应补偿的数额。

计算具体补偿数额时，应注意确定计算时点，这里的增值是指婚后增值，不包括婚前增值，后者属于一方的个人财产。同时还应考虑两种情形下的修正问题，一是离婚时贷款尚未清偿完毕，只能将夫妻共同已经偿还的利息计入不动产成本，而不能将长达20年或者30年的尚未还贷的利息都纳入成本，否则会出现非产权登记一方既未享受后续可能产生的升值收益、却要现时承担因计入所有利息导致补偿额降低的不公平结果；二是一方购买不动产后经过一段时间才结婚的情形，计算不动产升值率时，应以结婚时不动产价格作为计算依据，不能以购买时不动产价格作为依据，因为购买不动产至结婚前这段时间不动产的增值收益属于一方婚前个人财产。

我们认为，上述分步计算法简明易懂好操作，对审判实践中审理相关的案件提供了可资借鉴的方法。

另外需要指出的是，在离婚分割争议房产时，法官不仅要明了“双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分”，同时要根据婚姻法第三十九条的规定，根据财产的具体情况，按照照顾子女和女方权益的原则作出公平裁判。也就是说，计算出的补偿数额不是绝对的，法官可以根据案件的实际情况行使一定的自由裁量权，目的只有一个，即相对公平合理地解决纠纷，平衡保护离婚双方当事人的利益。

审判实践中，有时也会遇到房价下跌的情况，比如购买房产时在一个比较高的点位，婚后夫妻共同还贷若干年后，离婚时房产的现值反而比当初购买时下跌了。面对这种房产没有增值甚至出现负增长的情况，我们认为，产权登记一方至少要给另一方共同还贷本息一半的补偿。原因有二，一是一方婚前已经签订房产买卖合同，购买什么小区、什么楼层、什么朝向的房产是购买方自己的选择，另一方婚后只是共同参与还贷，购买方自然应当承担房价下跌的风险；二是离婚时房产判归产权登记一方，如果只是用于居住而非投资，房价暂时下跌并不会对其造成实质性损失。

（以上内容均摘自《不动产婚内共同还贷及增值的计算》，载于《民事审判指导与参考》2016年第1辑（总第65辑），杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭编，人民法院出版社2016年6月出版，执笔人：最高人民法院民一庭吴晓芳。）

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法(2001修正)》

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。

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(三)》

第十条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

法信 • 相关案例

1.一方婚前贷款购买房屋，婚后夫妻共同还贷，离婚时，确定财产增值补偿款额的参考标准一般为：以夫妻共同财产偿还银行按揭款的数额×房产增值率×50%——黄某诉姜某离婚纠纷案

案例要旨：婚前由一方按揭购买房屋，婚后夫妻双方共同还贷支付房款，离婚时，人民法院判决该房产归产权登记一方的，对婚姻关系存续期间共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，依照《婚姻法解释(三)》第十条第 2 款规定，并按照《婚姻法》第三十九条第 1 款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。人民法院在根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益原则的前提下，对双方婚后共同还贷支付的款项之增值部分妥为判决。确定财产增值补偿款额的参考标准一般为：以夫妻共同财产偿还银行按揭款的数额×房产增值率×50%。

审理法院：四川省成都市中级人民法院

来源：《案例解读婚姻法司法解释（三）》，最高人民法院中国应用法学研究所编，人民法院出版社 2011 年出版

2.婚姻关系存续期间，夫妻双方共同支付房款增值部分的数额等于夫妻共同支付款项乘以房产净增值率——张琳诉李春黎离婚纠纷上诉案

案例要旨：夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，在婚后双方共同支付房款首付、房屋贷款及补交房款的，离婚时，人民法院可以判决房屋归产权登记一方所有，剩余未偿还的贷款由产权登记一方个人偿还，并向另一方支付婚姻存续期间共同支付房款首付、房屋贷款和补交房款的款项及其增值部分的补偿款，房屋款项增值部分按照夫妻双方共同偿还款项乘以房屋净增值率计算。

案号：（2015）郑民三终字第 589 号

审理法院：河南省郑州市中级人民法院

来源：法信精选

3.对于一方婚前签订购房合同支付首付款，婚后双方共同还贷的房屋，分割时人民法院可按房屋的出资及实际使用情况判决房屋归非产权登记一方，并对另一方进行补偿——焦某与张某离婚后财产纠纷案

案例要旨：对于一方婚前签订购房合同支付首付款，婚后双方共同还贷的房屋，分割时人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，但该分割方法并非绝对，不能据此排除将此类不动产判归非产权登记一方所有的可能。涉案房屋的购房款大部分由非产权登记方及其家人出资，离婚后，非产权登记方一直在该房屋中居住，故根据涉案房屋的出资情况以及实际使用情况，应由非产权登记一方取得该房屋的所有权，并对产权登记方进行补偿。

案号：（2015）苏民再提字第 00019 号

审理法院：江苏省高级人民法院

来源：中国裁判文书网 2015.10.12

这些行为在司法实践中被认为是“家庭暴力”

2016-08-02 法信

【小贴士】点击文末左下角“阅读原文”，即可查看往期文章；一键关注“法信”，从此不错过每一篇实务干货和法律资讯。

导读：2016 年 3 月 1 日《中华人民共和国反家庭暴力法》的正式施行，为家暴受害者提供了有效保护。司法实践中哪些行为被认为是“家庭暴力”？本期法信小编将通过相关法律条文、案例要旨及司法观点进行详细阐释，希望能为读者提供参考。

法信码 | A2.I24186

家庭暴力的手段

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国反家庭暴力法》

第二条 本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。

第三条 家庭成员之间应当互相帮助，互相关爱，和睦相处，履行家庭义务。

反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。

国家禁止任何形式的家庭暴力。

2.《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。

3.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(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。

法信 • 相关指南

《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(最高人民法院中国应用法学研究所)(2008.03)

第三条 家庭暴力的类型

根据有关国际公约、国外立法例以及被普遍认可的学界理论研究成果，家庭暴力包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。

(1)身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人、或限制受害人人身自由等使受害人产生恐惧的行为;

(2)性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为，或残害受害人性器官等性侵犯行为;

(3)精神暴力是加害人以侮辱、谩骂、或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为;

(4)经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制， 摧毁受害人自尊心、自信心和自我价值感， 以达到控制受害人的目的。

法信 • 相关案例

1.滥施“家规”构成家庭暴力——陈某转诉张某强离婚纠纷案

本案要旨：家庭暴力是婚姻关系中一方控制另一方的手段，一方对另一方进行威胁、指责、贬损，控制另一方，构成家庭暴力，法院应准许双方离婚。

来源:《最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例》;《最高人民法院公报》 2015 年第 2 期(总第 220 期)

2.从视觉上折磨对方，造成对方恐惧的，构成精神暴力——郑某丽诉倪某斌离婚纠纷案

本案要旨：婚后夫妻一方对另一方进行威胁，从视觉上折磨对方，造成对方恐惧的，该行为构成精神暴力，属于家庭暴力的一种形式。

来源:《最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例》;《最高人民法院公报》2015 年第 2 期(总第 220 期)

3.婚姻和同居关系中，只要一方对另一方实施了殴打行为，即构成家庭暴力——李 1 诉李 2 离婚纠纷案

本案要旨：婚姻和同居关系中，只要一方对另一方实施了殴打行为，即构成家庭暴力。施暴方是离婚案件中的过错方，无过错方主张精神损害赔偿的，人民法院应当根据过错方的过错程度、暴力发生时的情境以及过错方的经济能力等情节确定赔偿数额。确定未成年子女抚养权时，人民法院应当将家庭暴力列为重要考虑因素。人民法院认为确有必要的，可以在宣判的同时，发出人身安全保护裁定。

案号:(2012)朝民初字第 03041 号

审理法院:北京市朝阳区人民法院

来源:《人民司法·案例》2013 年第 22 期

法信 • 相关观点

1.家庭暴力的类型

家庭暴力，根据不同标准可以作不同划分。如以施暴者与受害人之间的关系为依据，家庭暴力以划分为夫妻间的家庭暴力、父母子女间的家庭暴力、其他亲属间的家庭暴力三大类。目前世界上最常见的分类，是以被侵犯的权益为依据，将家庭暴力区分为身体暴力、性暴力和精神暴力三个大类。

身体暴力是指以殴打、捆绑等外力直接伤害受害人身体的暴力行为。身体暴力的后果，通常会在受害人身上形成外伤，看得见。性暴力是指家庭成员中的某个人或某几个人针对另一个或另几个家庭成员强行实施性侵犯的行为。丈夫违背妻子意愿强迫发生性关系是最常见的性暴力，也有其他男性家庭成员对女性家庭成员实施性侵犯的情形。精神暴力是指家庭成员之间实施的经常性的侵害他人人格尊严的不法行为，对家庭成员进行精神折磨为精神暴力的常见形式。实际上使家庭成员认为行为人的经常性精神折磨行为足以令其产生恐惧、受辱即可构成精神伤害。

(摘自《离婚损害赔偿制度研究》，于东辉著，人民法院出版社 2006 年出版)

2.我国家庭暴力在行为模式上主要是肢体暴力

《解释(一)》(《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)》)关于家庭暴力的主要

表现形式或手段有：殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段。施暴者通常不会只用一种方法，往往是多法兼施。

殴打，是指对他人身体实施打击。包括拳打脚踢或借助于物理工具伤害等。其具体表现很多，前面已经叙述，不再赘述。

捆绑，是指以绳索等缠绑，限制其肢体活动或身体自由。

残害，就是对他人身体(精神)进行摧残伤害、杀害。包括泼毒及下毒等。如使用硫酸、盐酸等毁坏他人身体或面容；以农药、毒品投入他人饮食中；以电流、煤气等暗害或谋杀他人。……

强行限制人身自由，就是以暴力、威胁等手段，限制他人的人身自由活动。如强行对他人监禁、将他人锁在屋里，威胁不准外出等。

其他手段，是指上述没有列举的其他暴力手段。包括以暴力相威胁或威逼等强制手段。如以暴力相威胁强制他人跪地；以暴力相威胁强制他人与其发生性行为；以暴力相威胁，逼迫他人进行自辱性行为(如强制他人吃粪便)；以暴力相威胁强制他人超体力劳动、不让休息等。总之，凡是以武力或以武力相威胁，致使他人身体或精神受到一定伤害的行为，都属于暴力。

（摘自《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》，王礼仁著，人民法院出版社 2009 年出版）

3. 性暴力也属于家庭暴力

从家庭暴力的表现形式看。由于家庭暴力的表现形式多样复杂，通常人们将家庭暴力概括为对家庭成员的“身体、精神、性”等三方面实施的暴力行为。由于《婚姻法司法解释（一）》对家庭暴力的认定并不单指夫妻之间的暴力，还包括对子女等其他家庭成员实施的暴力，故采用三者并列的方法并不妥当。所以，《婚姻法司法解释（一）》没有将对“性”方面实施的暴力单独列出，而是仅对家庭暴力给家庭成员造成的“身体”“精神”伤害后果进行了规定，对“性”暴力问题，可以通过身体、精神等两方面加以解决。需要注意的是，《婚姻法司法解释（一）》是囿于条文逻辑性的考虑，未将“性”的侵害与“身体”“精神”并列，但不容置疑，夫妻一方实施侵害另一方的性方面的人身权利，仍属于家庭暴力。这一点从最高人民法院中国应用法学研究所出台的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》可以看出，该指南明确规定，家庭暴力，是指发生在家庭成员之间，主要是夫妻之间，一方通过暴力或胁迫、侮辱、经济控制等手段实施侵害另一方的身体、性、精神等方面的人身权利，以达到控制另一方的目的的行为。

（摘自《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，王林清、杨心忠、赵蕾主编，北京大学出版社 2014 年出版）

夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产与另一方共有，但没有办理房产加名登记，赠与一方请求法院撤销应如何处理

《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑）作者：《民事审判指导与参考》研究组

本文系扫描件，如欲查找、引用，请务必核对原文。

答：目前审判实践中有两种意见，一种认为应当按照婚姻法司法解释（三）第六条的规定处理；另一种认为应当按照婚姻法第十九条的规定处理，夫妻之间的约定对双方有拘束力，不必非要去办理房产加名登记，否则会架空婚姻法第十九条的规定。对于夫妻一方将个人房产全部赠与另一方的问题，婚姻法司法解释（三）第六条已经给出答案，但将个人房产约定为共同共有或按份共有的情形，赠与人在产权变更登记之前能否撤销的问题，目前仍然存在争议。由于现行婚姻法第十九条规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”有的观点认为，既然夫妻之间的约定对双方有法律上的约束力，夫妻之间关于赠与房产的约定，不涉及第三人，只要意思表示真实，没有欺诈、胁迫的情形，就应该认定为有效，履行房屋变更登记手续不是必要条件，赠与一方请求撤销赠与的，人民法院不应予以支持。在审判实践中，对夫妻将一方所有的房产约定为共同共有或按份共有时，按照婚姻法第十九条的规定，有的法院就认为这种约定对夫妻双方有约束力，判令继续履行有关的赠与协议；如果夫妻约定将一方所有的房产全部赠与另一方，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。其实这个问题的关键点在于：对夫妻之间的房产赠与行为，究竟是按合同法上的赠与处理还是按照婚姻法第十九条的约定处理？无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少，都属于夫妻之间的有效约定，实质上都是一种赠与行为。问题是这种有效的赠与约定是否可以撤销？现行婚姻法中缺乏相应的规定。夫妻之间赠与的标的包括动产和不动产合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定也没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有，在没有办理变更登记之前，依照合同法第一百八十六条的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。

因此，夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。

夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务

《民事审判指导与参考》2016年第1辑（总第65辑） 最高院民一庭 韩延斌 柳凝

本文系扫描件，如欲查找、引用，请务必核对原文。

一、案情简介

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：宋某，男。

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：叶某，女，系宋某妻子。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：王某，男。

一审被告：李某，男。

一审被告：陈某，女，系李某妻子。

李某于2012年7月和9月分三次向王某借款合计人民币150万元，并依次出具三张借条，约定借款月利率1.8%。宋某在三张借条上均签字提供担保。借款后，李某未按约还本付息和承担担保责任。经王某不断催讨，李某仍余100万元借款本金及自2013年1月18日起的利息未支付。故王某向一审法院提起诉讼，请求判令：李某、陈某共同偿还其本金人民币100万元及利息，暂合计106万元；担保人宋某及其妻叶某对李某和陈某的上述债务承担连带责任。

宋某辩称，一是其为李某的借款提供担保纯粹因朋友关系，其以为李某有足够偿还能力。因此，其瞒着妻子叶某为李某提供了担保，此担保系个人行为，叶某对此不知情。二是李某向王某的借款都由李某收取，其没有从中获取任何经济利益，其妻叶某及家庭更没有得到任何经济利益。因此，本案不涉及其妻叶某，不应由叶某承担连带清偿债务的责任。

叶某辩称，一是宋某为李某向王某借款提供担保系宋某个人行为，担保产生的债务是宋某个人债务，叶某对此担保并不知情。如果宋某事前告知，其不会同意他提供担保，该债务系宋某个人债务。二是其不应承担连带清偿债务的责任。其不是李某向王某借款的担保人，虽然宋某是其丈夫，但提供担保系个人行为，担保所产生的债务系个人债务，与其无关，不应承担连带清偿债务的责任。

二、法院裁判情况

一审法院查明，李某分别于2012年7月11日、7月19日、9月5日，分三次向王某各借款50万元、50万元、50万元，合计150万元，并依次出具了三张借条。宋某在三张借条上签具为担保人，为李某的三笔借款债务向王某提供担保。宋某与叶某系夫妻关系。李某已支付50万元用于偿还债务，尚欠本金100万元及相应利息。一审法院认为，合法的借贷关系受法律保护。王某请求李某偿还借款本金100万元的诉讼请求，于法有据，予以支持。李某与陈某系夫妻关系，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（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）第二十四条“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理”的规定，李某与陈某共同承担本案借款的还款责任。由于双方在借条中未对担保方式进行约定，故担保人应按照连带责任保证承担保证责任。叶某作为宋某的妻子，亦应与宋某共同承担本案借款的保证责任。一审按照《中华人民共和国民法通则》第八十四条第二款、第九十条、第一百零八条，《中华人民共和国担保法》第十八条、第十九条、第三十一条，《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）》第二十四条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决：李某、陈某偿还王某借款本金100万元及相应利息；宋某、叶某对上述100万元借款本金及利息承担连带还款责任，宋某、叶某在承担连带清偿责任后，有权向李某、陈某追偿。

一审判决后，宋某、叶某不服，认为宋某为李某向王某借款提供担保，是宋某的个人行为，该债务系宋某个人债务，叶某虽与宋某是夫妻关系，但叶某对宋某的担保不知情，夫妻双方没有共同举债的合意。且宋某的担保行为没有给叶某及家庭带来任何利益，宋某更没有将借款用于家庭共同生活，不应认定为夫妻共同债务。一审判决叶某与宋某共同承担借款保证责任错误。王某辩称：一审认定叶某应与宋某共同承担本案借款的保证责任，适用法律正确。本案依法应当按夫妻共同债务处理，作为夫妻另一方的叶某应对其丈夫宋某向李某提供担保所负债务承担共同责任。李某辩称：其向王某借款，叫朋友宋某帮助担保，担保过程中，宋某提出不能让其配偶知道。所有借款都是其个人使用，宋某未从中得到任何利益。

二审法院认为，本案借款事实、欠款情况及宋某提供保证的事实各方均无异议，争议焦点在于宋某的妻子叶某对该保证债务应否承担连带责任。《婚姻法解释（二）》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”《中华人民共和国婚姻法》第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”因此，在对外判断是否为夫妻共同债务时，只有“债权人与债务人明确约定为个人债务”“债权人知道夫妻约定财产归各自所有”这两种情形下夫妻无需承担连带责任，否则夫妻均需对外承担连带责任。宋某和叶某并不能证明本案存在此两种除外情形，故本案应按《婚姻法解释（二）》第二十四条前半段的规定处理，即应按夫妻共同债务处理。此外，《婚姻法解释（二）》第二十四条中并未限制“债务”的种类，保证债务

仍然是债务的一种，也应适用该法条。据此二审判决维持原判。

宋某及叶某对二审判决不服，提出再审申请，其理由及王某答辩，与其二审观点基本一致。

三、主要观点和理由

再审审查过程中，对于本案中叶某应否对宋某的担保债务承担连带责任，即夫妻一方的担保之债是否适用《婚姻法解释（二）》第二十四条的规定，存在两种不同观点，审判实务中对此问题的理解也并不统一。

第一种观点认为，担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同生活债务，担保不排除其他利益但不必然导致连带责任，担保之债不应当适用《婚姻法解释（二）》第二十四条的规定，夫妻一方的担保之债不宜认定为夫妻共同债务。叶某不应当对宋某的担保债务承担连带责任。

第二种观点认为，担保之债虽为从债务，但与普通债务没有本质的区别，与《婚姻法解释（二）》第二十四条规定不冲突，叶某应对宋某的担保债务承担连带责任。

我们认为，第一种观点更具合理性，理由如下：

1．关于夫妻共同债务，婚姻法第四十一条规定为：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”《婚姻法解释（二）》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”婚姻法第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”据此，夫妻共同债务有两个特性：一是用于夫妻共同生活或共同生产、经营活动的；二是产生于双方婚姻关系存续期间夫妻双方共同举债，或一方虽以个人名义举债但另一方同意。婚姻法第四十一条以是否用于夫妻共同生活作为认定夫妻共同债务的标准，采用“目的论”，更偏向于反映婚姻的本质，更符合权利义务的一致性，有利于保护未受益的一方；《婚姻法解释（二）》第二十四条以是否发生于婚姻关系存续期间为标准，采用“名义论”，更偏向于对债权人的保护。但《婚姻法解释（二）》是对婚姻法的解释，不能背离婚姻法第四十一条规定的精神，在客观上不能用于夫妻共同生活的，不能成为夫妻共同债务。在目前法律没有明确界定夫妻共同债务的内涵以及具体范围的情况下，应以婚姻法第四十一条作为审判的主要依据。据此，夫妻共同债务主要有两大类：第一类是法定共同债务，主要包括三类情形：第一类婚后为共同生活所负之债；第二类婚前个人所负用于婚后夫妻共同生活的债务；第三类结婚后夫妻一方对外所负的债务，但非举债配偶能够证明为个人债务的除外。第二类是约定共同债务。运用《婚姻法解释（二）》第二十四条判断是否明确约定为个人债务时，不应拘泥于当事人的口头表述或书面记载等形式，而应注重实质，对于一方个人债务的延续、专属于一方的个人债务及无偿行为所生之债务，即使其未在合同中明确约定，也应认定为个人债务。

2．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》中载明：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中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法解释（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。

3．就夫妻一方以个人名义设立的保证债务而言，如果其对外担保并收取了经济利益，这种利益往往用于家庭生活，那么就属于夫妻共同债务的范畴，应由夫妻对该担保之债承担连带清偿责任。而对于夫妻一方无偿保证所生之债务则应认定为个人债务，因为保证人既没有从债权人也没有从债务人处获得对待给付，无法给保证人带来任何利益，对于夫妻共同生活目的的实现没有任何帮助，因此该保证债务的设定并没有基于夫妻共同生活的可能，属于《婚姻法解释（二）》第二十四条规定的明确约定为个人债务的情形，不属于夫妻共同债务的范畴，应认定为夫或妻一方的个人债务。

4．婚姻法不仅应强调夫妻共同体的意义，更应注重夫妻作为独立自然人的个体价值。如果一味过度强调保护债权人的利益，忽略了非举债配偶一方的利益，在债权人与非举债配偶一方之间缺乏利益平衡机制，将违背法律公平理念。以个人名义所负的债务应当首先推定为个人债务，若债权人或者以自己名义负债的夫或妻想要认定该债务为夫妻共同债务，其应当对其主张负举证责任。若不能举证证明该债务是夫妻共同债务，应认定该债务为个人债务，由负债的夫或妻以其个人财产对债务承担清偿责任。

四、最高人民法院民一庭意见

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。

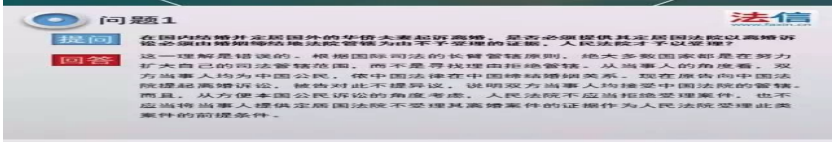
最高法民一庭对离婚案件审理中疑难问题的权威意见| 附图解报告

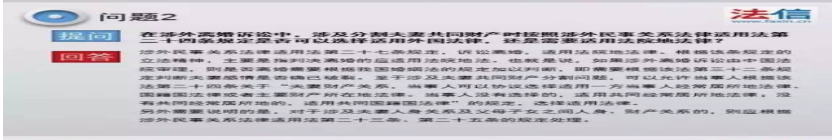
2016-08-06 法信

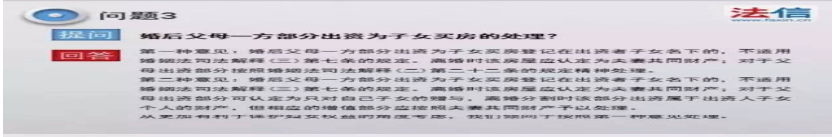
导读：离婚案件中，婚后父母一方部分出资为子女买房的处理等问题，成为审判实践中的疑难问题。本期法信小编对《民事审判指导与参考（2015 年全四辑）》（杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭编）中有关离婚案件审理

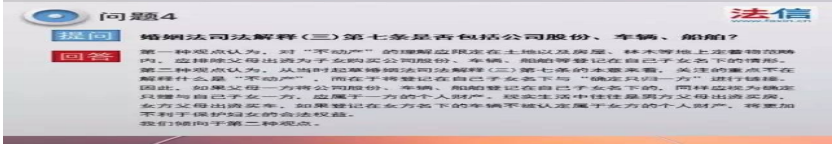
中常见疑难问题进行了综合整理，并以图解形式解读《2012 年-2014 年离婚案件相关情况的调查分析报告》，供您参阅。

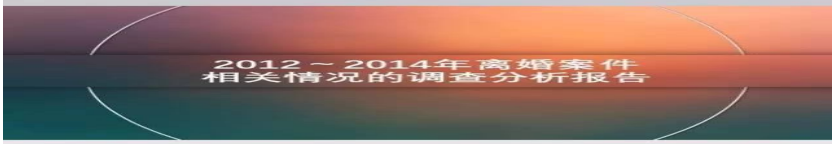
离婚案件审理中疑
难问题的权威意见


问题1
法信
提问
回答

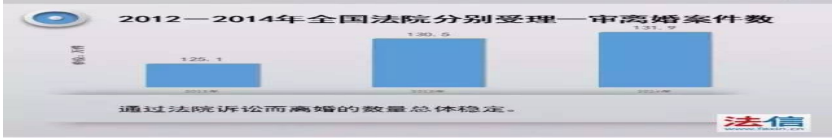

问题2
法信
提问
回答

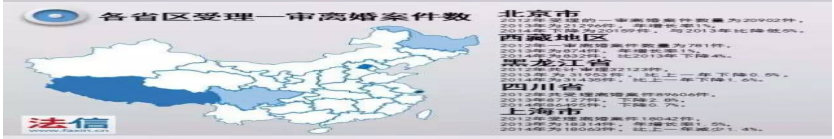

问题3
法信
提问
回答

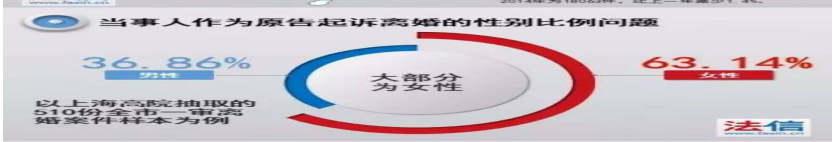

问题4
法信
提问
回答

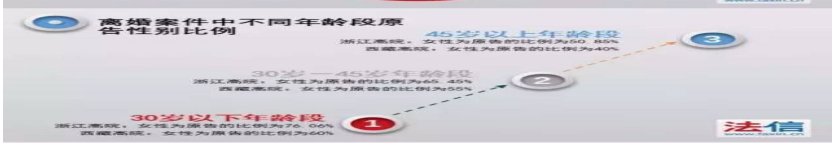

2012～2014年离婚案件
相关情况的调查分析报告

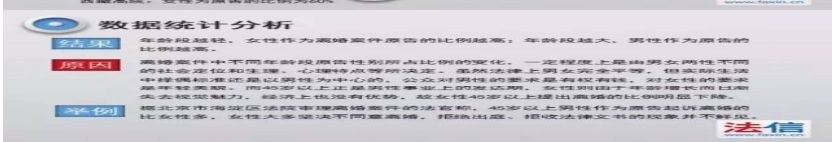
2012～2014年各级法院受理的一审离婚案件数量
242.3
68.1
281.5
68.5
295.7
67.9
法信


2012—2014年全国法院分别受理一审离婚案件数
125.1
130.5
131.9
通过法院诉讼而离婚的数量总体稳定。
法信

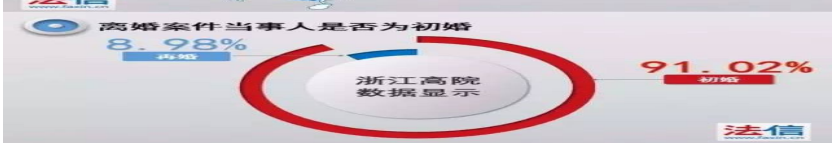

各省区受理一审离婚案件数
北京市
西藏地区
四川省
上海市
法信

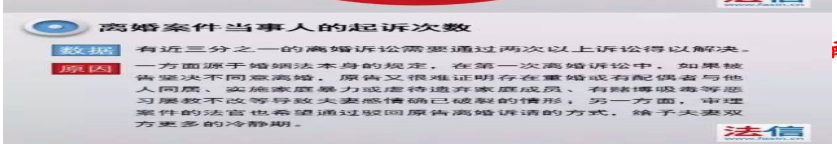

当事人作为原告起诉离婚的性别比例问题
36.86%
男性
大部分
为女性
63.14%
女性
以上海高院抽取的
510份全市一审离
婚案件样本为例
法信


离婚案件中不同年龄段原
告性别比例
45岁以上年龄段
30岁—45岁年龄段
30岁以下年龄段
法信

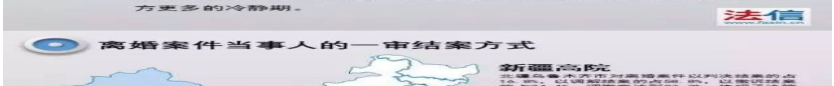

数据统计分析
结果
原因
举例
法信

离婚案件当事人的生活区域
上海市
浙江省
广西省
山西省
法信


离婚案件当事人是否为初婚
8.98%
离婚
浙江高院
数据显示
91.02%
初婚
法信


离婚案件当事人的起诉次数
数据
原因
有近三分之一的离婚诉讼需要通过两次以上诉讼得以解决。
法信

献


离婚案件当事人的一审结案方式
新疆高院

（问答 1-2 的内容摘自《民事审判指导与参考》2015 年第 3 辑（总第 63 辑），杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭编，人民法院出版社 2016 年 4 月出版；问答 3-4 内容及数据样本摘编自：《关于 2012-2014 年离婚案件相关情况的调查分析报告》，载于《民事审判指导与参考》2015 年第 4 辑（总第 64 辑），杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭第二合议庭编，人民法院出版社 2016 年 6 月出版。执笔人：最高人民法院民事审判第一庭法官吴晓芳。）

《民事审判指导与参考》婚姻家庭 36 个案例裁判观点汇总

2016-08-20　离婚大师

第 1-30 个案例裁判观点由无锡金汇人律师事务徐健所整理，

第 31-36 个案例裁判观点由广东广强律师事务所婚姻家庭法律事务部龙中美整理，

1. 不宜以显失公平为由支持一方请求撤销登记离婚时的财产分割协议的主张（第 34 辑）

【案情摘要】李某诉称其与包某于 1998 年登记结婚，2005 年生有一女。包某经常对其打骂，经常用自杀、自残方式要求其满足她的意志，其对包某心存恐惧，期间包某多次要求协议离婚，但是其担心子女犹豫不决，后包某到其单位及父母处哭闹，其无法正常工作。恰逢单位续签劳动合同，担心失去工作，精神压力很大。2006 年 2 月包某又找到张某，要求协议离婚，表述如果李某放弃全部财产，将来再从一无所有爬起来，还会与其结合。在包某威逼利诱的情况下，在父母均不知情的情况下，鬼使神差签了字。现要求确认离婚协议显失公平，要求重新分割。

【法院处理】一审法院驳回了要求重新分割财产的请求，双方未上诉。

【最高人民法院民一庭意见】登记离婚时双方自愿签订的财产分割协议，对双方均有约束力。一方反悔以协议显失公平为由请求法院变更或者撤销财产分割协议，法院经审查未发现订立协议时存在欺诈、胁迫等情形的，一般应当依法驳回当事人的诉讼请求。

2. 夫妻双方在婚姻存续期间签订的涉及财产问题的协议效力（第 34 辑）

【案情摘要】王某与尹某 1990 年结婚，2000 年尹某以工作忙为由不经常回家居住，王某产生怀疑。双方约定如尹某晚上十二点至凌晨七时不回家居住，每一小时支付 100 元“空床费”。事后因尹某经常不回家居住，尹某总计向王某出具了“空床费”4000 元的欠条。后双方发生争议，尹某将王某打伤，王某起诉到法院要求离婚，除了要求将共同财产判决王某所有外，并要求支付医疗费、误工费，还要求支付精神损失 2 万元和“空床费”4000 元。

【法院处理】一审法院“空床费”属于精神损害赔偿范畴，判决离婚，分割夫妻共同财产，尹某支付精神损害抚慰金 4000 元。王某不服上诉，二审改判尹某支付精神抚慰金 2000 元，补偿费 4000 元及医疗费，其他维持原判。

【最高人民法院民一庭意见】夫妻在婚姻关系存续期间签订的涉及财产问题的协议，经审查不存在欺诈、胁迫的情形，系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，应认定有效。离婚时一方主张按照协议履行的，人民法院应予支持；在不解除婚姻关系同时也没有实行分别财产制的情形下，对该主张不予支持。

3. 当事人以婚姻法规定的无效婚姻四种情形以外的理由申请宣告婚姻无效法院不予支持。（第 35 辑）

【案情摘要】王某与陈某系事实上的叔嫂关系。2004 年 6 月 28 日，王某与陈某的哥哥在民政部门登记结婚，因陈某的哥哥无身份证，借用陈某身份证办理了登记手续，在得知该情况后，王某起诉至法院，要求判令王某与陈某离婚。

【法院处理】经法院释明后，王某撤诉。

【最高人民法院民一庭意见】当事人以婚姻法规定的无效婚姻的四种情形（重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈及未达到法定结婚年龄）以外的理由宣告婚姻无效的，应当驳回当事人的诉讼请求，告知其可以依照《行政复议法》及《行政诉讼法》规定的程序办理。

4. 为婚外情调查合同支出的费用不属于《婚姻法》第 46 条规定的“损害赔偿”范畴。（第 36 辑）

【案情摘要】赵某与何某系夫妻关系。2006 年何某怀疑赵某与他人同居生子，何某聘请调查事务所进行调查，费用总计 6000 元。后调查事务所提供了赵某婚外情及同居生子的证据，何某支付了 6000 元。何某起诉至法院，要求离婚，分割财产，同时要求赵某支付精神抚慰金 50000 元及调查费 6000 元。

【法院处理】法院支持了何某要求判决离婚、分割财产的请求，判决精神抚慰金 20000 元，驳回了赔偿调查费的请求。

【最高法院民一庭意见】离婚损害赔偿中经济损失和精神损失的内容均是基于配偶一方导致离婚的过错行为，强调的是对因受配偶侵权行为损害的无过错的配偶提供经济和精神上的救济，为婚外情调查支出的费用不属于《婚姻法》第 46 条规定的“损害赔偿”的范围。

5. 婚前以一方名义购买房屋，婚后用夫妻共同财产补交部分购房款，离婚分割时应当考虑房屋价格的市场因素予以合理补偿。（第 36 辑）

【案情摘要】魏某与徐某 2002 年 10 月登记结婚，2009 年生有一女。魏某 1998 年单位房改，预交房款 35008.8 元和设施费 1800 元。2002 年 11 月 30 日魏某再补交 26000 元，购得该住房。后徐某要求离婚，双方均认可房屋价值 12.5 万元。

【法院处理】法院判决离婚，子女归魏某抚养，徐某支付抚养费，房屋归魏某，同时按照房屋价值的升值率计算，给徐某合理补偿，魏某支付 25870 元补偿款给徐某。

【最高法院民一庭意见】对婚前以一方名义购买并支付大部分房款的房改房，离婚时判决归一方所有，但对婚姻存续期间用夫妻共同财产补交剩余房款的，应考虑房屋价格的市场因素，对另一方合理补偿。

6. 遗嘱人生前以赠与方式处理遗嘱所列部分财产的，应视为遗嘱被部分撤销。（第 37 辑）

【案情摘要】老张在 2004 年后老伴去世后由保姆邓某照料生活。2005 年初老张与邓某登记结婚，随后指定邓某是其财产的唯一继承人，包括房产和部分存款。2006 年老张去世后，老张的儿子持房主是自己名字的房产证要求邓某迁出房产。邓某拒绝后老张儿子起诉至法院，法院查明在老张与邓某结婚后，双方年龄、生活习惯等差距大，对邓某不满意，在其子女看望其后，邓某大吵大闹加剧了冲突。2005 年生病住院儿子照顾期间，将房屋赠与儿子并且办理了过户手续。邓某以遗嘱为依据，认为是房主。

【法院处理】一审法院原则上支持了老张儿子的请求，但是考虑到邓某的需要，判决 90 天内迁出房产。

【最高法院民一庭意见】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方式处分自己的财产，不受遗嘱行为、内容的限制。因此遗嘱人生前行为与遗嘱的意思表示相反，使遗嘱处分的财产在继承前开始灭失的、部分灭失，部分转移的，遗嘱视为被撤销或者部分被撤销。

7. 宣告死亡的利害关系人的顺序问题（第 37 辑）

【案情摘要】潘某于 2000 年 10 月 12 日失踪，经公安机关侦查仍然下落不明。潘某的妻子李某、父亲潘宝某向法院宣告潘某失踪，法院审理后宣告潘某失踪，指定李某为财产代管人。李某管理数百万的财产，不愿宣告潘某死亡，2008 年潘宝某申请宣告潘某死亡。

【法院处理】宣告潘某死亡。

【最高法院民一庭意见】在失踪人长期下落不明且符合宣告死亡法定条件时，配偶基于财产掌控等目的恶意长期不申请权，致使其他利害关系人合法权益受损害，《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 25 条的规定，申请宣告死亡的第二顺序利害关系人，可以向法院申请宣告死亡。

8. 申请疾病型婚姻无效的主体资格认定（第 37 辑）

【案情摘要】高某与其前夫 1981 年离婚，双方有一子女朱某。高某和杨某于 1983 年结婚，1990 年分居，1995 年离婚。2006 年朱某将高某送入养老院，2007 年 1 月经上海市长宁区精神卫生中心鉴定高某为老年痴呆症，2007 年 7 月高某与杨某复婚。2007 年 12 月经华东政法大学司法鉴定中心鉴定高某为老年痴呆混合型，无行为能力。其后经法院宣告高某为无民事行为能力人。为此，朱某要求宣告高某与杨某复婚无效。

【法院处理】宣告高某与杨某复婚无效。

【最高法院民一庭意见】基本型无效婚姻的申请主体一般应当是婚姻当事人或者与患病者共同生活的近亲属。但是对“与患病者共同生活的近亲属”不宜机械理解，而应该结合案情进行判断，同时应当以患病者利益保护作为考量基点。

9. 继承纠纷中的公司增股（干股）处理（第 38 辑）

【案情摘要】张某与李某生育一子张小某，2009 年 5 月李某去世，李某生前与张某在某有限公司有投资，其中现金股权 50000 元，2006 年公司决议考虑到李某对公司的贡献，赠与其股权 100000 元，并且修改章程约定该股权可以参与分红，但是不享受其他股东权益。李某死亡后，张某与张小某关系恶化，张某起诉至法院要求分割李某的遗产，法院查明公司以分红名义向其账户汇入 20000 元。

【法院处理】5000 万元股权由张某继承 3/4，张小某继承 1/4，汇入的分红，张某继承 15000 元，张小某继承 5000 元。

【最高法院民一庭意见】在审理有关增股继承案件，应当注意公司增股约定受赠人只参与分红，不因此而持有公司股权成为公司股东或者因此增加持股比例等附加条件等情形时，该增股实为股东之间分红的特别约定，本质上就是公司的收益分红权，故对该增股的继承，不按照一般股权继承处理，而只依法将收益分红权在继承人之间分割即可。

10. 附登记离婚条件的财产分割协议的效力认定（第 39 辑）

【案情摘要】戴某与秦某 2006 年 12 月 30 日签订离婚协议书一份，内容是双方去民政部门登记离婚，子女归女方抚养，男方不承担抚养费，房产归男方所有，2007 年 1 月至 2012 年 12 月女方每月支付男方 1000 元；等等，后双方未去民政部门办理离婚登记。2007 年戴某（男方）起诉要求按照判决离婚，子女归男方抚养，财产按照 2006

年离婚协议书分割。

【法院处理】对于男方要求按照离婚协议书约定分割不予支持，依法进行分割。

【最高法院民一庭意见】附登记离婚条件的财产分割协议是以双方协议离婚为前提的，在双方未能在婚姻登记机关协议离婚的情况下，该离婚协议并没有生效，对夫妻双方均不能产生法律约束力，不能作为法院处理离婚案件的直接证据。

11. 通过家庭承包方式取得耕地土地承包经营权，农户成员死亡时，不发生土地承包经营权继承。（第 40 辑）

【案情摘要】王父在二轮土地承包中，作为户主（成员有王父及其长子王甲、次子王乙），通过家庭承包方式于 1997 年 6 月与村委会签订了 10.7 亩耕地的承包合同，并且于 1998 年 4 月获得土地承包经营权证书。2008 年王父去世，王甲向法院起诉要求继承并且分割 10.7 亩土地承包经营权，王乙答辩称王甲 2003 年大学毕业成为公务员，无权再对土地经营承包权主张权利。

【法院处理】一审判决王甲与王乙均等分割 10.7 亩土地承包经营权。二审改判，撤销一审判决，驳回王甲起诉。

【最高法院民一庭意见】按照《农村土地承包法》第 15 条、31 条及最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包合同案件适用法律问题的解释》第 25 条第 1 款的规定，通过家庭承包方式取得的土地承包经营权的权利主体是本集体经济经济组织的农户；农户成员具有本集体经济组织成员资格为前提；除非承包地为林地，在土地承包经营权系通过家庭承包方式取得的情况下，农户成员死亡不发生土地承包经营权的继承。

12. 因未成年子女被他人擅自送养引起的纠纷性质以及精神损害赔偿的适用。（第 41 辑）

【案情摘要】王某于 1988 年 11 月 26 日入住市医院足月分娩，次日分娩一女婴，女婴因分娩出现的情况转小儿科治疗，王某因产褥热也住院治疗，于 12 月 19 日出院。王某住院期间，其丈夫张某在国外，王某住院、出院手续系张某父亲张甲办理。在王某女儿治疗期间，张甲向医院表示不要女婴，放弃治疗，交由市医院处理。市医院在治疗结束后转送他人抚养。1989 年 7 月张甲与医院签订的协议明确医院对于女婴出现的问题有一定责任，补偿张甲 2000 元，同时明确家属提出放弃治疗，家属为了不给王某刺激，一致告诉王某女婴死亡，医院对此不承担责任。1993 年 10 月王某委托律师得知情况后，王某、张某起诉至法院，要求：1、市医院赔礼道歉；2、市医院交换孩子；3、赔偿财产损失 28 万元；4、赔偿精神损害 122 万元。

【法院处理】一审以超过诉讼时效驳回王某、张某诉讼请求，二审改判市医院赔偿精神损害 6 万元。

【最高法院民一庭意见】父母是未成年子女的法定监护人，对未成年子女有抚养教育的权利和义务。任何人非法使未成年人脱离监护人，导致亲子关系遭受严重损害的，应承担民事责任。对受害人以擅自送养人为被告提起损失的，应将案由定位侵犯监护权纠纷案，受害人请求赔偿精神损害的，人民法院应当予以支持。

13. 维护未成年人合法权益是处理监护权纠纷的一项重要原则。（第 41 辑）

【案情摘要】徐欣某，1984 年出生，其父徐良某 2001 年因病死亡，2002 年其母吉某与严某结婚，徐欣某自幼与祖父母共同生活。2004 年升入初中后为方便上学随其母居住，但是周末仍然回祖父母家，严某与吉某结婚亦带有其与前妻所生之子。2007 年吉某交通事故死亡，徐欣某回到祖父母家生活。严某认为与徐欣某形成继父女关系，是徐欣某的监护人，徐欣某应当与其共同生活，其财产应当由其代管。徐欣某的祖父母起诉要求确认其二人是其监护人。

【法院处理】判决徐欣某祖父母担任徐欣某的监护人。

【最高法院民一庭意见】《民法通则》第 16 条及《民通意见》第 11 条至 19 条规定是人民法院处理监护权的依据。在涉及未成年人监护权的案件中，维护未成年人权益是人民法院确认监护人时必须首先考虑的问题。我国现行法律未规定在继父母与继子女之间的身份关系消灭后，仍然有抚养继子女的法定义务。因此，对于曾经受继父母抚养教育的继子女来说，其生父（母）死亡后，继父母并非是继子女的当然法定监护人。

14. 被继承人电脑中的身后安排可否视为其自书遗嘱。（第 42 辑）

【案情摘要】赫某 2009 年 10 月死亡，赫甲、赫乙和赫丙是其子女。赫甲、赫乙及赫丙协商就遗产继承达成一致意见，但是在处理继承的过程中，发现赫某电脑中有身后安排，包括全部财产处理，赫丙认为这是父亲留下的遗嘱，应当按照此意见处理，赫乙认可，但是赫甲不予认可，起诉至法院要求依法继承。

【法院处理】一审法院认为身后安排不属于自书遗嘱，但是三人已经达成遗产的继承协议，应当按照遗产继承协议处理，赫丙要求按照法定继承重新分割没有依据，驳回赫甲方的诉讼请求。二审达成调解，按照原先的协议处理。

【最高法院民一庭意见】立遗嘱是要式法律行为。不存在计算机中以“身后安排”等形式出现的所谓“网络遗

嘱”，因不具备自书遗嘱“由遗嘱人亲笔书写、签名，注明年、月、日”的形式要件，不能被认定是我国继承法中规定的遗嘱人的自书遗嘱。

15. 夫妻一方父母以子女名义购置房屋，是认定赠与的是房产还是购房款？（第 44 辑）

【案情摘要】罗某与黄某于 2002 年 12 月 30 日登记结婚。2006 年黄某之母赵某以黄某的名义与某办事处签订了房屋转让协议一份，约定某办事处向黄某转让一套房产及车库，赵某分 4 次支付了 17 万元预付款，案外人顾某代赵某支付了 17 万元，2007 年 5 月 21 日在办事处协助下，房产转让协议中的黄某变更为赵某。2007 年 5 月 9 日罗某与黄某分居，2008 年 4 月法院判决罗某与黄某离婚，但是告知争议的 34 万元购房款另行处理。罗某离婚后，起诉黄某及赵某，索要 17 万元房款。

【法院处理】一审认定赵某以黄某的名义签订合同，支付房款表明是将房屋赠与黄某，但是在交付前将买受人及付款客户变更为赵某，故赠与尚未成立，驳回罗某诉讼请求，二审维持一审判决。

【最高法院民一庭意见】父母出资以其子女的名义购买已向子女作出赠与的意思表示的房屋，应视为父母对子女的赠与。在房屋未交付使用且产权登记尚未完成前，作为赠与人的父母有权撤销该赠与。在尚未付清该房屋全部款项、房屋登记尚未完成，父母即表示撤销赠与的情况下，女子因离婚或者离婚后分割夫妻共同财产进行的诉讼中，不宜认定父母赠与的只是实际支付的购房款，将上述购房款作为夫妻共同财产进行分割。

16. 被诱使脱离监护的限制民事行为能力人侵权，如何确定民事责任？（第 45 辑）

【案情摘要】白某与刘某于 2004 年同居，2007 年刘某与其前妻所生之女刘恬某因琐事与白某发生争议，白某用水果刀将刘恬某刺伤，医治无效，刘恬某死亡。经鉴定，白某系间歇性精神病人，作案时为发病期，无刑事责任能力。刘某以白某的父母亲为被告，要求其父母赔偿损失及精神损害赔偿 50 万元。经查，刘某在与白某同居后，其父母将白某是间歇性精神病人情况告知了刘某，但要求双方正式结婚，刘某找人花钱做了假结婚证。

【法院处理】刘某以虚假结婚证欺骗白某父母亲，监护责任转移给刘某，白某案发时已经脱离了其父母的监护，与刘某共同生活，不能要求其父母承担责任。而刘恬某未满 18 周岁，刘某负有监护责任，明知刘恬某与白某有矛盾，白某有精神疾患，放任双方相处，应当承担相应责任。驳回刘某诉讼请求。二审部分维持了刘某的诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】虽然目前我国法律对于 1994 年 2 月 1 日以后未办理婚姻登记即以夫妻名义共同生活，不再视为事实婚姻。同居者之间不具有夫妻权利义务关系。但一方明知对方为限制民事行为能力的情况下，诱使其脱离其监护人的监护而与之同居，进而伪造结婚证，使用欺诈手段使监护人误以为被监护人已经结婚的，监护权应由其配偶行使的情况下，对于被监护人出现的侵害他人民事权益的后果，应承担主要责任。其法定监护人有一定过错的，亦应承担部分民事责任。受害的未成年人的监护人未尽监护责任的，亦应作为减轻加害人法定监护人之责任的因素予以考虑。

17. 农村五保户因交通事故等侵权行为致死获赔的死亡赔偿金应归谁所有。（第 45 辑）

【案情摘要】苏某未婚、无子女，仅有一姐姐与其同村居住，其于 1999 年入住乡敬老院。2009 年因交通事故死亡，经其姐姐、乡敬老院与肇事方调解，达成处理意见，除了丧葬费外，获赔死亡赔偿金 9 万元，责任方将款项汇入交警队账户。苏某姐姐认为死亡赔偿金不是遗产，是给家属的赔偿，起诉至法院，乡敬老院辩称苏某是五保户，死亡赔偿金应当归乡敬老院。

【法院处理】一审判决苏某姐姐与乡敬老院各获得 45000 元，二审撤销一审判决，9 万元归苏某姐姐所有。

【最高法院民一庭意见】农村五保户因交通事故死亡获赔的死亡赔偿金，不应归属于公益事业的乡敬老院所有。根据《侵权责任法》第十八条第一款得规定：“被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任”，死亡赔偿金的请求主体只能是死者的近亲属。

18. 抚养孙子女、外孙子女的祖父母、外祖父母主张探望孙子女、外孙子女的，人民法院应当予以支持。（第 46 辑）

【案情摘要】2003 年明天山 2 岁时父母离婚，由其母傅某抚养，但是因傅某工作原因，实际由傅某之母贺某实际抚养。2008 年 3 月傅某车祸死亡，因明天山之父明某无能力，明天山仍然随贺某生活。2010 年贺某脑溢血，明天山随其父生活，考虑到其父亲无能力，贺某每月给付生活费 600 元。半年后，明某按月领取生活费，但是不带明天山看望贺某，贺某多次要求看望，明某均拒绝。贺某起诉要求法院支持定期探望明天山。

【法院处理】一审以婚姻法没有规定为由，驳回起诉，二审撤销，指令一审法院审理。一审法院再审驳回诉讼请求，二审征求了明天山的意见后，撤销一审判决，要求明某每月至少带明天山探望贺某一次。

【最高法院民一庭意见】虽然我国婚姻法将探望权的主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在未成年子女的父亲或者母亲死亡的情况下，依照婚姻法第二十八条的规定，代替自己已经死亡或者丧失行为能力的子女对

孙子女、外孙子女尽抚养义务的祖父母或者外祖父母主张探望孙子女或者外孙子女的，人民法院应当予以支持。

19. 侵权行为导致身份不明的侵权人死亡的，民政部门等行政部门或者其他机构是否有权提起民事诉讼。（第46辑）

【案情摘要】1、2009年7月张某驾驶出租车碰撞到一流浪女性，致使该女性死亡，张某逃离现场，认定张某负全责，女性基本情况不详。民政局向人民法院提出刑事附带民事诉讼，要求张某、出租公司、保险公司赔偿死亡赔偿金等。2、王某于2008年3月驾驶变形拖拉机将一路人撞死，认定王某与路人同等责任。路人情况不详。民政局向法院提出诉讼，要求各被告赔偿死亡赔偿金等。

【法院处理】1、第一个案例，一审认定民政局不具备主体资格，驳回起诉。二审有两种意见。2、第二个案例，判决支持了民政局的诉讼请求，保险公司上诉。二审也形成两种意见。

【最高法院民一庭处理】因侵权行为导致流浪乞讨人员等身份不明人员死亡的，无赔偿权利人或者赔偿权利人不明，在法律未授权的情况下，民政部门等行政部门或机构向人民法院提起民事诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，驳回起诉。

20. 农村五保户因交通事故等侵权行为致死获赔的丧葬费应归谁所有。（第46辑）

【案情摘要】李某未婚、无子女、父母亡故，仅有一妹妹，其于2000年入住乡敬老院。2009年因交通事故死亡，乡敬老院处理了丧葬事宜，支付费用5234元，李某妹妹支付寿衣400元。经其妹妹、乡敬老院与肇事方调解，达成处理意见，获赔死亡赔偿金9万元，还获得丧葬费9693元。责任方将款项汇入交警队账户。李某妹妹与乡敬老院就丧葬费4459元归谁所有发生争议。

【法院处理】一审判决归乡养老院所有，二审判决除了乡敬老院实际支付5243元外，其余归李某妹妹所有。

【最高法院民一庭意见】农村五保户因交通事故死亡产生的丧葬费，不应归属于公益事业性质的乡敬老院所有。根据《侵权责任法》第十六条、第十八条第一款的规定，被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任，赔偿范围包括丧葬费。丧葬费由他人代垫垫付费用在合理范围内的，垫付人有权依据《侵权责任法》第十八条第二款的规定请求侵权人赔偿。其实际支出费用少于合理范围，多出部分，被侵权人近亲属有权主张权利。

21. 离婚案件不能忽视对当事人身份及是否存在婚姻关系的审查。（第48辑）

【案情摘要】张某与何某系同居关系，1997年共同生活仅摆过酒，未办理结婚登记。2010年张某起诉要求判决离婚，双方的子女归张某抚养，共同财产依照现状归各自所有。起诉时张某与何某共同到法庭，何某表示除了孩子归其抚养外，其余同意张某意见。双方表示不知道需要带结婚证，表示下次带来，双方签署了送达地址确认书，何某留下手机号。案件受理后，何某答辩称同意张某离婚条件，但是存款7万元归其所有。法院通知双方到庭，但是何某手机一直关机，法院判决，双方离婚，根据张某请求进行判决。张某表示结婚证在何某手上。半年后，何某到上级法院申请再审，表示从未登记结婚，也没有写过答辩状同意离婚，要求驳回请求。

【法院处理】法院提审后，撤销一审判决，驳回张某诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】人民法院审理离婚案件，应当着重审查当事人身份及当事人之间是否具有合法的婚姻关系。对于已经发生法律效力的离婚判决，再审中发现一方当事人主体不适格或者当事人具有合法婚姻关系的，应当裁定撤销原判，驳回原告的请求。

22. 离婚协议中非财产分割条款效力认定（第50辑）

【案情摘要】王某与李某自由恋爱结婚，2010年登记结婚，后李某到外地工作。2012年王某发现李某与他人交往的暧昧邮件，又发现李某与他人同居的证据，双方发生争议后，经派出所协调，双方签订离婚协议一份，约定房产归王某所有，贷款李某归还，李某支付王某青春损失费20万元，家庭债务均由李某承担等。双方未办理离婚登记。王某起诉要求离婚，按照协议书处理，李某认为按照婚姻法司法解释三的规定，协议未生效，要求驳回对房产、青春损失费及家庭债务承担的诉讼请求。双方同意财产不在本案中处理。

【法院处理】一审判决离婚，李某支付青春损失费20万元，家庭债务70万元李某承担。二审除了判决离婚外，驳回青春损失费及家庭债务承担的诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】人民法院在认定离婚协议中非财产分割条款的效力时，应依法审查协议这非财产分割条款的具体内容。如果离婚协议中非财产分割条款涉及当事人自身权益的处分且当事人在诉讼中明确表示对该非财产分割条款表示反悔的，一般应认定该非财产分割条款没有生效。

23. 登记在外籍夫妻一方名下的房屋权属认定的法律适用问题（第52辑）

【案情摘要】黄某与张某均为第二代美籍华人，2001年在美国登记结婚，2002年张某在中国工作期间于某市购房房产一套，权利人登记为张某。2007年黄某于该市法院起诉，要求依据中国法律确认为夫妻共同财产。张某认

为应当适用当事人国籍法，不应适用中国法律，要求驳回。

【法院处理】一审及二审均以本案应当适用美国法，黄某未提供美国法律，适用中国法律有明显的规避目的为由，均驳回黄某诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】根据涉外民事法律关系适用法第二十四条规定，夫妻财产关系，当事人协议协商选择适用一方经常居住地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择，适用共同经常居住地法律；没有共同经常居住地法律的，适用国籍国法律。

24. 婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化（第 53 辑）

【案情摘要】2012 年陈某起诉赵某离婚，要求分割赵某名下一处 90 平方米的房产，理由是赵某变卖了婚前个人房产又增添了部分款项购买的，在夫妻关系存续期间购买属于夫妻共同财产。赵某认为变卖了婚前个人财产后增添了个人婚前存款购置本案房产，婚前房产及存款均在与陈某的婚前财产公证书中记载，不同意分割。

【法院处理】一审判决房产归赵某所有，赵某支付陈某房价一半款项补偿。二审撤销赵某支付补偿判决。

【最高法院民一庭意见】当事人以生产、经营之外的其他方式使用总计的婚前个人财产，即使该财产的形态发生变化，不导致上述财产所有权及其自然增值归属的变化。

25. 如何判断遗嘱是否为缺乏劳动能力又没有社会来源的继承人保留了必要的遗产份额（54 辑）

【案情摘要】陈甲、陈乙和陈丙的父亲陈某风死亡，陈某风立有遗嘱，陈甲、陈乙各继承公司 30%的股份，陈丙三年前车祸重伤，丧失行为能力。考虑到陈丙再婚妻子胡某曾经提出过离婚，陈某风将公司 35%的股份留给陈丙的儿子陈某岳，并且限制其在陈丙有生之年进行转让，遗嘱要求陈某岳照顾其父亲生活，陈甲、陈乙有监督之责。2011 年胡某以陈丙法定代理人名义提出诉讼，要求确认遗嘱无效，理由是未给丧失劳动能力的陈丙留有资产。

【法院处理】一审以未给无劳动能力人保留必要份额为由判决遗嘱无效，陈丙按照法定继承继承遗产，二审撤销一审判决，驳回诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】判断遗嘱人所立的遗嘱是否违反继承法第十九条的规定，属于没有为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，应当对遗嘱的实质内容进行分析。主要遗嘱人在处分遗产时为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人今后生活做了特别安排，即使形式上没有指定其继承遗产，亦不应当认定遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额。

26. 夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的纠纷应如何处理（54 辑）

【案情摘要】李某与程某是夫妻关系，程某与冯某婚外同居，期间程某给冯某现金 20 万元购买轿车，程某购买房屋一套，支付房款 530500 元，通过变更合同方式登记在冯某名下，为冯某注册资金支付 3049928 元。此外冯某与张某签订借款协议，张某承认收到借款 290 万元。李某起诉至法院，要求冯某返还现金 304 万元，轿车一辆、住房一套，张某返还 290 万元。

【法院处理】一审判决冯某返还轿车及房屋，返还现金 304 万元，张某对 290 万元承担连带返责任。二审改判，冯某返还现金但是不返还车辆及房产。检察院提出抗诉，再审判决返还轿车及房产对价 730500 元，现金 304 万元，张某对 290 万元承担连带返责任

【最高法院民一庭意见】夫妻一方与他人婚外同居违反了婚姻法的禁止性规定，这种婚外同居关系属于违法；在婚姻存续期间，夫妻双方对共同财产部分份额共同享有所有权，夫或者妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时，应当协商一致，任何一方无权单独处分夫妻共同财产；如果夫妻一方超过日常生活需要擅自将共同财产赠送他人，这种赠与行为应认定无效；夫妻中的另一方以侵害共同财产权为由请求返还的，人民法院应予支持。

27. 家庭暴力是人民法院在审理离婚案件中确定子女抚养问题时不可忽略的因素（第 55 辑）

【案情摘要】2012 年陆某以苏某多次实施家庭暴力，多次殴打自己及儿子，起诉至法院要求离婚，儿子归陆某抚养。法院查明苏某多次酗酒打骂陆某，有时伤及儿子。苏某认为对陆某仍有感情，年过四十，只有一个儿子，不同意陆某抚养。法院征求了 12 岁的儿子的意见，儿子很纠结，但是最终表态和父亲共同生活。

【法院处理】一审判决儿子归苏某，财产上对陆某有一定倾斜，二审改判儿子归陆某抚养，苏某按月支付抚养费。

【最高法院民一庭意见】在涉及家庭暴力的离婚案件中，人民法院在判决确定子女直接抚养权归属时，应当将有利于未成年子女的健康成长即子女利益最大化作为原则。在就与父母哪一方共同生活的问题征询年满 10 周岁以上未成年子女意见的同时，应当将家庭保留作为一项摘要因素加以考虑。

28. 离婚协议中房产赠与条款的撤销问题（第 54 辑）

【案情摘要】王某与李某在婚姻登记部门协议离婚，约定共同的房产一套归未成年儿子所有，儿子随王某生活，该房屋由王某与儿子暂时居住。李某离婚后又与他人结婚，拒绝将房产过户至儿子名下。李某起诉称离婚时欠考虑，收入下降，因尚未过户，要求撤销赠与。

【法院处理】一审判决撤销赠与成立，房产仍然属于王某与李某共同财产。二审驳回李某诉讼请求。

【最高法院民一庭意见】协议离婚时夫妻双方达成将房产赠与子女的条款，与解除婚姻关系密不可分，在双方当事人已经达成协议离婚的情况下，一方反悔请求撤销赠与条款的，人民法院经审查没有发现欺诈、胁迫情形的，应当判决驳回其诉讼请求。

29. 个人所有房屋的婚后收益认定及其处理（第 56 辑）

【案情摘要】王某与李某 2008 年 8 月登记结婚。婚后李某用出售自己婚前房产的款项购买了另一房产，房款 181800 元，登记在自己名下。王某用自己婚前住房公积金 45000 元进行了装修。2011 年 6 月李某将房产出售他人，转让价款 448000 元，包括婚后双方购买的家具、电器等，估价约 8000 元，包含在总房款中。王某一套婚前房产，婚后出租，租金约 72000 元。2011 年 10 月王某起诉离婚，要求分割李某购买的房产增值部分。李某同意离婚，但是认为房产增值属于个人财产，王某租金收入 72000 元属于夫妻共同财产。

【法院处理】一审判决李某支付装修补偿款 40000 元及家具、电器款 4000 元，王某 72000 元支付李某租金 36000 元。二审驳回上诉，维持原判。

【最高法院民一庭意见】一方婚后用个人财产购买房产，离婚时该房产属于“个人财产的替代物”，应当认定为个人财产，其自然增值也属于个人财产，一方个人所有的房产婚后用于出租，其租金收入属于经营性收入，应当认定为夫妻共同财产。

30. 一方个人财产婚后收益问题的认定及处理（第 57 辑）

【案情摘要】郭某与冯某离婚案件，查明财产如下：1、郭某婚前开设股票账户，登记时市值 21 万元，婚后经常买进卖出，离婚时市值 365000 元。2、冯某婚前买了 18 万元基金，婚后一直未操作，市值 201000 元。3、郭某婚前持有某公司股权，与美国某公司签订置换协议，取得美国某公司 100 万元股票，后该美国公司每一股票新增 2 股，现值 300 万元。4、冯某婚前继承爷爷遗产 500 万元，婚后借款给朋友，每年利息 80 万元，共收取利息 240 万元。5、郭某婚前购买黄金 100 万元，离婚时涨了 2 倍。6、郭某婚前出资 100 万元购买一副名画，离婚时价格涨到 600 万元。7、郭某婚后定期购买彩票，因冯某反对，郭某用婚前积蓄购买，中奖 100 万元，扣税后 80 万元。

【法院处理】一审认定：1、郭某股票账户婚前 21 万元，离婚时 365000 元，增值 155000 元属于夫妻共同财产；2、冯某基金一直未动，属于自然增值，基金增值仍然属于个人财产；3、郭某婚前持股，但是转让及取得美国公司股票均发生在婚后，股票市值并非完全取决于资本市场，资本运作是审批，股票增值部分属于夫妻共同财产；4、利息是本金生产的法定孳息，与投资收益风险性及确定性性质不同，增值部分属于个人财产；5、郭某购买的黄金及名画，，认定为个人财产；6、购买彩票中奖属于夫妻共同财产。二审维持原判。

【最高人民法院民一庭意见】一方婚前用个人财产购买股票、基金等，如果婚姻关系存续期间进行了交易，其收益应认定为夫妻共同财产。如果没有进行买进与卖出的操作，离婚时的账面收益更倾向于认定为自然增值；一方婚后用个人财产购买彩票所得收益，如果双方当事人没有事先约定，该收益应认定为夫妻共同财产；一方财产用于借贷而于婚后取得的利息属于法定孳息，离婚时应认定为一方的个人财产。

31. 当事人仅以人身安全保护裁定为据请求离婚损害赔偿人民法院不予支持（第 59 辑）

【案情摘要】2012 年 1 月，方水莲以楚茗实施家庭暴力为由诉请离婚，请求法院判令双方解除婚姻关系，并就财产分割及子女抚养问题予以处理。由于受诉法院为受理人身安全保护裁定申请的试点法院，方水莲在起诉时向该院申请人身安全保护裁定，然未提供充足证据证实楚茗存在家暴行为，但诉讼中楚茗情绪激动，曾威胁如果方水莲坚持离婚，将对其和朱某实施暴力，该院作出了人身安全保护裁定，禁止楚茗对方水莲实施家庭暴力。该案经一审法院第一次审判后判决驳回了方水莲的诉讼请求。6 个月后，方水莲再次以同样理由请求离婚。除重复上次诉讼中的请求外，方水莲以婚姻法第四十六条第三项为依据，并以上次诉讼期间人民法院发出的人身安全保护裁定作为楚茗实施家庭暴力的证据，请求判令楚茗向其赔偿 5 万元。

【法院处理】一审法院认为，方水莲以第一次离婚诉讼期间人民法院发出的人身安全保护裁定作为楚茗实施家庭暴力的证据，以婚姻法第四十六条第三项为法律依据，提出离婚损害赔偿请求，事实和法律依据充分，应予支持。但考虑到方水莲并未就楚茗对其实施家庭暴力的具体情况举证加以证明，故酌情判决楚茗赔偿方水莲 5000 元。楚茗不服上诉。

二审法院认为，方水莲虽依据婚姻法第四十六条第三项请求损害赔偿，但自始未举出充分的证据证明楚茗家暴，更没有证明楚茗的家暴行为是导致双方当事人离婚的原因。且一审法院已经查明：方水莲与朱某关系暧昧是导致夫妻感情破裂的原因。一审法院在第一次受理方水莲提起的离婚诉讼期间根据方水莲的申请向楚茗发出人身安全保护裁定，主要原因是楚茗在诉讼中情绪激动，曾扬言要对方水莲实施家庭暴力，而并非法院在查实楚茗施暴后采取的措施。故二审法院支持了楚茗的上诉请求，撤销了一审判决中有关离婚损害赔偿的判项而维持了一审判决的其他判项。

【最高人民法院民一庭意见】当事人仅以法院发出的人身安全保护裁定为据，主张其配偶实施家庭暴力并请求离婚损害赔偿的，法院不予支持。

32. 支付抚养费与夫妻一方擅自处分夫妻共同财产属于两个不同的法律关系（第 59 辑）

【案情摘要】马树某与田某是夫妻关系，田某在与马树某婚姻关系存续期间，与曹某婚外生育一女田某某。田某多次通过银行转账方式给曹某的账户转入 2475196 元。马树某认为田某擅自处分夫妻财产侵害其合法权益，提出诉讼，要求确认田某支付曹某的 2475196 元无效，曹某予以返还。曹某辩称田某支付的并非赠与，而是女儿的购房费用，部分已经用于支付日常生活及女儿抚养。同时认为，即使认定赠与，田某个人份额内的部分应当有效。

【法院处理】一审判决田某赠与行为无效，曹某返还 2475196 元，曹某上诉，二审维持原判。

【最高法院民一庭意见】未成年或者不能独立生活的子女有要求父母支付抚养费的权利，但支付抚养费与夫妻一方擅自赠与婚外第三人财产纠纷是两个不同的法律关系，权利人可以另案主张支付子女抚养费。

33. 夫妻共同债务还是个人债务（第 61 辑）

【案情摘要】初某与孔某是夫妻，孔某 2013 年 10 月起诉要求离婚，诉讼期间，初某提出 2012 年向马某借款 150 万元，连本带息 200 万元，因生意亏本无力偿还，要求作为夫妻共同债务处理。孔某认为对初某借款一无所知，自己月收入近万元，家庭无特殊开销，离婚前初某也是公司职员，有固定收入，家里的保姆负责日常开销记账，因此借款既不知情，也没有用于家庭生活，不应承担。

【法院处理】一审期间，马某到庭，提供了借据，载明借款 150 万元，到期归还 200 万元。并且提供 150 万元的转账凭证。一审判决认为孔某与初某夫妻婚姻期间实施夫妻分别财产制度未告知马某，判决认定 150 万元属于夫妻共同债务。孔某不服上诉，二审认为：1、初某借款是双方已经分居，至离婚时一直未与孔某共同生活；2、孔某收入足以支付家庭日常社会，无特殊支出；3、家中保姆近三年的记账并无记载初某所借款项用于共同生活，遂认定借款 150 万元不属于夫妻共同债务。

【最高法院民一庭意见】离婚案件中，主张于婚姻存续期间以个人名义所举的债务属于夫妻共同债务的一方当事人，除了要证明债务的真实存在并且产生于婚姻存续期间外，还有责任举证证明所借款项用于夫妻共同生活。

34. 当事人就探望权纠纷再次起诉的，人民法院应当受理（第 62 辑）

【案情摘要】杨某与陈某 2009 年 11 月结婚，婚后生育一子陈某某。2013 年 3 月 15 日双方经法院调解离婚，双方约定陈某某归陈某抚养，杨某享有探望权，每月一次，每次一天，逢端午、中秋和春节可以在午饭前接外出吃饭（5 小时为界），逢寒暑假杨某可有一天探望时间（不含在每月一天时间中）等。后杨某认为每年 19 天半的探望时间太短，不能满足交流需要遂于 2014 年 1 月 22 日起诉，请求随时探望陈某某。

【法院处理】一审考虑孩子成长需要的同时，结合双方居住等客观因素，酌情增加，从 19 天半增加到 49 天。陈某上诉，二审维持一审判决。

【最高法院民一庭意见】当事人就探望权再次起诉的，人民法院应当受理，不适用“一事不再理”原则。

35. 夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务（第 65 辑）

【案情摘要】李某于 2012 年 7 月和 9 月分三次向王某借款 150 万元，并且出具三张欠条，宋某在三张欠条上均签字提供担保。借款后李某未按照约定还款，王某向法院提出诉讼，请求判令：李某、陈某（李某之妻）共同归还借款本金 100 万元及利息，宋某及其妻子叶某对李某和陈某的还款承担连带责任。宋某、叶某均辩称叶某对于担保不知情，不属于夫妻共同债务，叶某不承担责任。

【法院处理】一审法院认为叶某作为宋某的妻子，也应当承担连带责任，判决李某与陈某共同偿还本金 100 万元及利息，宋某和叶某对债务承担连带责任，承担责任后有权向李某和陈某追偿。宋某和叶某不服上诉，二审法院认为《婚姻法解释（二）》第二十四条并未限制“债务”的种类，保证债务也是债务的一种，遂判决驳回上诉，维持原判。宋某与叶某申请再审。

【最高人民法院民一庭意见】担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同债务，夫妻一方对外担保之债不能适用《婚姻法解释（二）》第二十四条规定认定为夫妻共同债务。

36. 不动产婚内共同还贷及增值的计算（第 65 辑）

【案情摘要】甲男 2004 年购房一套，价格 18 万元，首付 8 万元，从银行贷款 10 万元，契税及其他费用 1 万元。婚前甲男归还本息合计 5 万元。2008 年甲男与乙女结婚，房屋价值 41 万元，产权登记在甲男名下。婚姻存续期间共同还贷 10 万元将贷款清偿完毕，其中本金 7 万元，利息 3 万元。2012 年离婚时房屋价值 90 万元。双方对于离婚没有异议，对于房屋补偿款数额有争议。甲男认为虽然婚后还贷本息 10 万元，但是均是从其银行卡工资中扣除，女方没有参与还贷，无权要求补偿。乙女认为婚后男方收入属于共同收入，离婚时应当按照 90 万元减去 18 万元作为基数进行补偿，要求补偿款 40 万元。

【法院处理】一审法院认为婚后甲男的工资属于夫妻共同财产，因此应当给与女方补偿。第一步计算房产的升值率，按照房产现价格除以（结婚时诉争房产价格+共同归还利息+其他费用）=90/（41+3+1）=200%，第二步计算补偿款，即共同还贷部分除以不动产的升值率=10*200%=20 万元，非登记一方取得二分之一，即 10 万元，判决支付乙女补偿款 10 万元，乙女提出上诉，二审驳回上诉，维持原判。

【最高人民法院民一庭意见】在适用《婚姻法解释（三）》第十条时，涉及夫妻共同还贷款项及其相应增值部

分的数额等于以夫妻共同还贷部分乘以不动产升值率。所称的不动产升值率，是用不动产现价格除以不动产成本，不动产成本包括购买不动产价格+共同还贷的利息部分+其他费用（比如契税、印花税、营业税、评估费等）。

（六）媒体视点

撤销监护资格 体现司法责任

2016-08-07 人民法院报 郝绍彬 李天全

对侵害未成年人权益的监护人依法撤销监护人资格并指定适格监护人，体现了司法干预监护的鲜明特点，也是司法保护未成年人权益的具体化。

安徽省砀山县一名 6 岁女童遭到生母刘某及刘某的男友虐待，导致轻伤一级。女童生父武某遂将刘某起诉至法院，申请撤销刘某的监护人资格，指定自己为女童的监护人。近日，砀山县人民法院对该案作出判决，支持了武某的诉请。

监护人侵害未成年人的新闻屡见报端，引起公众对此类现象的持续关注。落实未成年人合法权益保护最大化原则，须妥善处理监护人对未成年人的教育扶养权与合法监护的关系， 对侵害未成年人权益的监护人依法撤销监护人资格并指定适格监护人，体现了司法干预监护的鲜明特点，也是司法保护未成年人权益的具体化。

监护人应当依据民法通则、未成年人保护法和婚姻法等法律规定履行好法定的监护职责，保护被监护人的身心和身体健康，照顾被监护人的生活，对被监护人进行管理和教育，维护被监护人的合法权益。监护侵害行为大都是发生在父母和未成年子女之间，即通常人们习以为常的家务事，发生在家里和不易被人发觉的场所，未成年人受到侵害存在发现难、起诉难、审理难、安置难等实际问题。目前，因侵害未成年人权益被撤销监护资格案件总体较少，这与缺乏积极有效的监督、报告、变更等内容的反应机制直接相关，亦是未成年人国家监护在民事领域面临的困境。

落实未成年人国家干预监护，需要未成年人保护机构共同发力。未成年人保护机构包括县级以上人民政府有关部门、司法机关、人民团体、社会组织、居民委员会、村民委员会、企业事业单位。这些未成年人保护机构是未成年人国家干预监护制度的责任主体。2015 年 1 月 1 日起，多部门联合颁布的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》明确规定，有性侵害、出卖、暴力伤害未成年人以及利用未成年人乞讨等七种严重情形的监护人，将被法院判决撤销其监护人资格。现实生活中，发现和核实不当监护行为难，故对与未成年人接触较多的医生、教师、治安民警、社区管理人员等群体，当发现有虐待、家庭暴力、遗弃等侵害未成年人合法权益的现象时，及时向未成年人保护机构报告最具现实针对性和可操作性。

司法处置监护人侵权问题，关键在最大限度维护被监护未成年人利益。针对家庭暴力、遗弃、虐待、性侵等监护人侵犯未成年人利益的情形，必要时撤销其监护资格，并选定适格的继任监护人。针对监护人缺失的情况，如弃婴、流浪儿童，应当通过司法程序指定民政局、村委会等适格主体承担监护职责，并对监护人的监护行为进行监督和定期评估。针对留守儿童、单亲家庭、低收入家庭、监护人身患疾病等监护人监护能力存在瑕疵的情况，在专门未成年人保护机构进行调查了解后，由国家提供物质帮助和资金支持，在未成年人就医、入学、生活等方面，为临时监护、医疗救治、教育等提供适当帮助，确保未成年人在营养、教育、住房等方面受到公平对待。

夫妻离异，能否轮流抚养孩子？

法院：双方达成协议，可以准许

2016-08-09 人民法院报 杨青烨 陈义熙

本报讯 一起离婚案件中，夫妻双方虽同意离婚，但在抚养 3 岁女儿的问题上互不相让，均要求取得抚养权。日前，这起抚养权争夺案二审在重庆市第一中级人民法院的调解下达成协议，确定在女儿小小上小学期间，由担任小学老师的妻子吴某抚养，其他时间则由丈夫陈某抚养。

2011 年，家住重庆市江北区的陈某和吴某走进婚姻的“围城”。由于二人是“奉子成婚”，婚前缺乏感情基础，婚后琐事导致夫妻矛盾不断积累。2012 年，女儿小小的出生并没有给这个家庭增添稳定的基础，反而因在哺育孩子过程中的琐事纠纷，使得双方感情进一步走向破裂。经过三年的“拉锯战”，2014 年 11 月，吴某抛下女儿小小独自返回娘家居住，与陈某彻底分居。之后一年时间，双方互不往来。

2015 年 12 月，吴某起诉至江北区人民法院，要求与陈某离婚，并请求法院判决女儿小小归自己抚养。陈某在法庭上辩称，小小出生以来，一直由陈某和爷爷奶奶共同抚养。陈某在一家大型国有企业担任中层干部，有较好的收入，能为女儿提供良好的居住和学习环境。吴某身患乙肝，且喜好打麻将，生活习惯很差，不宜抚养小小。因此，陈某虽表示同意离婚，但不同意让出小小的抚养权。今年 4 月，江北区法院作出一审判决，同意双方离婚，小小的抚养权归男方陈某。

判决作出后，吴某不服，向重庆一中院提起上诉。二审中，吴某辩称，自己虽然是乙肝病毒携带者，但是根据医院诊断，并无证据可以认定其不能再生育或不宜与子女共同生活。吴某系当地小学老师，非常想让女儿以后就读她所在的学校，亲自教育女儿并为其创造最好的学习环境。

重庆一中院家事审判合议庭对案件进行讨论后认为，在儿童成长过程中，如能尽量使其同时享受到父爱和母爱，对其健康成长具有很大帮助。鉴于双方的特殊情况，从有利于子女成长的原则出发，应当多做双方的调解工作，争

取能够让双方轮流抚养女儿小小。为此，承办法官除了通过面谈、电话等方式为当事人做工作，还专门建立微信群随时随地与夫妻双方在线交流。为加大调解力度，家事审判合议庭决定启用多元化纠纷解决机制来化解矛盾，在法官付永雄的主持下，邀请了当地司法所所长和妇联干部共同参与调解。通过多方努力，陈某和吴某逐渐解开心结，同意以小小成长为重，由双方轮流抚养小小。为避免双方在履行调解协议时因理解分歧产生矛盾，调解协议将探望的时间、地点、频率等作了详细规定，此外，为了方便小小就近入学，协议中还特别约定“随着抚养权的变更，小小的户籍应该提前一年迁出与抚养人一起”。至此，重庆一中院成功审结了首例轮流抚养子女案。

（杨青烨　陈义熙）

■法官说法■

该案承办法官说，根据相关调查数据，离异家庭子女有自卑心理的占48%；性格较孤僻或感情较脆弱的均为44%；具有心理早熟倾向的占24%。采取协议轮流抚养子女方式，能够保障子女所期望的与父母双方接触，使子女得到相对完整的父爱和母爱，最大限度地减少因父母离婚对子女的伤害；能够充分发挥父母二人的长处，提高抚养的质量；有利于子女在身体、智力、情感等方面得到健康发展，以适应现代社会的要求。

因此，本着保护未成年人利益的原则，在父母双方均具有抚养子女的意愿、能力与条件的情况下，如双方能协商一致，合理安排轮流抚养相关事宜，法院可以准许离婚双方轮流抚养子女。

北京新规：离婚协议需载明无子女无财产无债务等

2016-05-18 法制晚报 陈斯

昨日，北京市民政局制定印发《北京市婚姻登记工作规范》，简化婚登手续。按照新规，集体户口当事人办理婚姻登记事项不再需要复印户口首页，只需提交常住人口登记卡（表）。

此外，按照新规，离婚协议书应当如实载明当事人双方无子女、无财产或者无债务等事项，不得省略；离婚后再要求更换变更协议内容的，婚姻登记机关不予受理。

《法制晚报》记者了解到，为方便市民婚姻登记，市民政局为全市婚姻登记机关统一开通婚姻登记网上预约功能和互联网网页，并要求具备条件的婚姻登记处开通婚姻登记网上预约功能及人工、语音咨询电话等功能，电话号码在本市114查询台登记。

另外，婚姻登记场所不得设在婚纱摄影、婚庆服务、医疗等机构场所内，上述服务机构不得设置在婚姻登记场所内。

四类婚登在区县民政局办理

自2005年起，北京市制定的《北京市婚姻登记工作规范（试行）》已颁布了10余年。

为了完善婚姻登记规范化管理，本市陆续下发了《北京市民政局关于涉外、涉华侨、涉港澳台婚姻登记下放区民政局办理的通知》、《北京市民政局关于本市居民婚姻登记跨区办理的通知》等多个文件。新《规范》的出台，标志着以上文件已经作废。

记者了解到，新《规范》规定了四种情况可由本市任一区民政局办理，包括：双方或者一方常住户口在本市的内地居民之间的婚姻登记；常住户口在本市的内地居民同外国人、香港居民、澳门居民、台湾居民以及华侨的婚姻登记；部队驻地或者入伍前常住户口在本市的现役军人婚姻登记；双方或者一方工作地或者生活地在本市的外国人、香港居民、澳门居民、台湾居民以及华侨之间的结婚登记。

离婚后变更协议内容

将不予受理

在离婚登记方面，《规范》完善了离婚协议审查制度。离婚协议书中应当至少载明双方姓名、性别、身份证件号（外国人、香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨应当同时载明身份证件名称）、结婚登记日期、办理结婚登记的机关、离婚原因、自愿离婚的意思表示、对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。

值得注意的是，如果双方无子女、无财产或者无债务的，离婚协议书也应当如实载明该事项，不得省略。

相比10多年前的《试行规范》，新《规范》首次明确了多种离婚登记不予受理的情况，包括离婚登记完成后，当事人要求更换离婚协议书或者变更离婚协议内容的，婚姻登记机关不予受理。在外国或者港澳台地区结婚的当事人申请离婚登记的，婚姻登记机关不予办理。外国人、香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨之间申请离婚登记的，婚姻登记机关不予办理。

从现代婚姻法律制度看牛郎织女传说

2016-08-12 人民法院报 闫晓

中国的情人节——“七夕”始于汉代，又名七夕乞巧节，东晋葛洪的《西京杂记》有“汉彩女常以七月七日穿七孔针于开襟楼，人俱习之”的记载。七夕最有名的传说当属牛郎、织女的爱情故事，《古诗十九首》中就有“迢迢牵牛星，皎皎河汉女。纤纤擢素手，札札弄机杼。终日不成章，泣涕零如雨。河汉清且浅，相去复几许？盈盈一水间，脉脉不得语。”作为一名法律人，笔者尝试从现代婚姻法律制度的视角对牛郎、织女的传说进行分析、解读。

其一，牛郎、织女的结合符合我国现代婚姻法律制度关于婚姻自由的价值追求。中国古代婚姻讲究“父母之命、

媒妁之言”，缔结婚姻关系时婚姻当事人不能自主，必须完全听命于自己的父母，还要经过媒妁的中间介绍。周礼有言“男不亲求、女不亲许”。另外，要讲究门当户对，婚姻被视为不同家族之间的利益结合，而对婚姻当事人的感情则不加考虑。传说中的牛郎、织女则完全突破了封建束缚、门第之见，从一见钟情到相濡以沫再到患难与共，反映了古代青年男女对爱情自主、婚姻自由的不懈追求。我国的现代婚姻法律制度破除了封建礼教的枷锁，在婚姻法中规定，我国实行“婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度；禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”，真正体现了婚姻自由的原则，建立起以感情结合为基础的婚恋价值观，强调缔结婚姻必须是婚姻关系当事人的自由意志。传说中的牛郎、织女虽隔银河相望而始终不离不弃，正体现了现代婚姻法律制度对包办婚姻的反对，对干涉婚姻自由的爱情观、婚姻观的反抗。

其二，从现代婚姻法律制度看牛郎、织女的婚姻效力。中国古代青年男女结婚不但要讲究“父母之命、媒妁之言”，还要履行“纳彩、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎”所谓“六礼”的结婚程序，也就是俗语讲的“明媒正娶”。只有这样的婚姻，才能为封建社会所认可。现代婚姻法律制度则提倡移风易俗，简化结婚程序，破除礼教束缚。我国婚姻法规定，只要结婚男女双方达到法定婚龄，不存在禁止结婚的情形，符合一夫一妻制，在双方自愿的基础上就可以到婚姻登记机关登记从而缔结婚姻关系，也就是将结婚登记作为婚姻关系唯一的生效要件。民间的订婚、结婚仪式、举行婚宴等仅仅是一种民俗传统，这些行为本身并非婚姻关系的生效要件。那么，牛郎、织女的婚姻既未按照古代传统明媒正娶，也没有履行现代的登记手续，他们的婚姻如果延续到今天是否合法有效呢？依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的相关规定，未按婚姻法的规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，如果在 1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。牛郎、织女的结合既符合婚姻法规定的结婚的实质要件，双方对外又以夫妻名义共同生活，依据上述司法解释，可以认定牛郎、织女之间构成事实婚姻，双方存在婚姻法规定的夫妻间的权利义务关系。

其三，从牛郎、织女传说看婚姻法对诉讼离婚的相关规定。首先，诉讼离婚是一种民事法律行为，是典型的表示行为，也就是说形成诉讼必须要有当事人离婚的意思表示，即有起诉至法院要求离婚的行为，如果婚姻当事人不起诉则不会形成离婚诉讼。同时，法律保障婚姻自由既保障结婚自由也保障离婚自由，离婚必须基于婚姻关系当事人本人的意思表示，他人无权干涉。牛郎、织女对自己的婚姻忠贞不渝，没有“离婚”的意思表示，王母娘娘无论如何干涉，也无权决定牛郎、织女离婚与否。其次，我国婚姻法以夫妻感情确已破裂作为离婚的实质要件，婚姻法第三十二条第三款规定，离婚诉讼中有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚，其中第四项规定为“因感情不和分居满二年的”。该规定中将分居满两年作为认定夫妻感情破裂的依据是附条件的，即分居的原因是基于感情不和，如果分居仅仅是由于工作、学习等客观原因造成的而没有涉及感情因素，则不适用该项规定。牛郎、织女传说中，两人千百年来隔银河相望，“分居”并非基于感情不和，而是王母娘娘干涉其婚姻自由造成，因此不属于“可以认定双方夫妻感情确已破裂的情形”。

一言以蔽之，牛郎、织女的爱情传说寄托了人们对意思自治、个人自由的向往，寄托了国人对美好爱情、幸福婚姻的追求，这也是传说历经千年而传诵至今的内在魅力。

谁偷卖了我的房？

2016-08-15 人民法院报 曹竹园 古林

江苏省海门市的黄志明一家 5 口人在自己位于市中心的一套房子里住了十多年，突然有一天闯入一群气势汹汹的不速之客，告知他们房子早已易主，他们只能算是租客，而黄志明多年来一直小心翼翼地把房产证藏在自家的箱子底，从未拿出来示人，更别提卖房子了！这到底是怎么回事呢？

今年 7 月下旬，笔者走访了本案办案法官及当事人黄志明，还原了一起父母为偿还赌债，联手偷偷卖掉爷爷买给孙女的房子、爷爷愤而为孙女维权却又无法代理的家庭悲剧，让人喟叹。

1　疼爱有加，祖父母送孙女一套新房

1956 年出生的黄志明，退休之前是海门市一家建筑站的职工，因为效益不错，黄志明所在单位曾给黄志明分了一套福利房。黄志明唯一的儿子黄野原本也在建筑站工作，后来下海创业，生意上没有成功，却沾染上了赌博的恶习，老夫妻俩对他是百般无奈。2001 年初，黄野的女儿小雨出生了，黄志明夫妇将孙女视若珍宝。在小雨 11 个月大时，黄志明拿出他们多年的积蓄，在市区梨园路给小雨买了一套 153 平方米的新房和一间 26 平方米的车库。

由于对儿子黄野十分失望，黄志明以小雨委托代理人的身份和开发商签订了购房合同，并将房产证上的房主直接登记为小雨一个人的名字。随后，黄志明将梨园路的房子装修好，带着一家人住了进去。小雨也没有辜负爷爷奶奶的期望，从小就学习成绩优异，还跟爷爷奶奶特别亲。老两口筹谋着，等小雨长大了，他们就住回原先单位分的福利房，把梨园路的新房卖掉筹款，用作给小雨出国留学的经费。

“爸、妈，我看你们年纪也慢慢大了，爬楼梯太累了，等我的生意赚到钱后，就给你们买一套带电梯的大房子，住在高层里，往下看就是风景，让你们好好享福！”2011 年的一天，黄野破天荒地带着黄志明夫妇到饭馆里撮了一顿。酒足饭饱之后，黄野称自己的生意马上就要盈利了，但急需投入一笔钱，希望父母能把那套福利房卖掉，在资

金上帮自己一把，等赚了钱一定好好孝敬父母。

见儿子如此信誓旦旦，黄志明夫妇商量后，就配合儿子把福利房以 130 万元的价格卖掉，并将卖房的钱全部给了儿子。

拿到这笔钱后，黄野首先还掉了一些赌债，余下的钱就作为流动资金投到了自己的生意里，然而因为他疏于打理，生意一直没有起色。自然，他向父母允诺的要买一套带电梯的房子也就没有时间表了。

原本的两套房产倏地就变成了一套，除了对儿子又一次失望外，黄志明夫妇忽然想起梨园路那套新房的房产证还在黄野手上。老两口顿时警惕起来，赶紧催着儿子黄野将那套房的房产证送回来，并特意找来一块布把房产证细细地包好，藏在了自己房间一个箱子的最底层。

俗话说，“隔代亲，更动心”。虽然儿子的不争气，让黄志明夫妇心痛不已，但是聪明伶俐的孙女小雨却让他们舒展了眉眼。眼瞅着到了上初中的年纪，小雨凭着梨园路那套房产顺利地上了当地一所最好的中学，学习成绩一直在班级名列前茅。

2 惊魂未定，父母联手卖了女儿的房

“你们识相点就赶紧搬走，不然对你们不客气!”2014 年 9 月的一天早晨，黄志明的家里突然闯入一群气势汹汹的不速之客，叫他们马上迁出居住的房子。13 岁的小雨和奶奶紧紧抱在一起，眼睛里满是惊恐。

“这里就是我家，你们要干什么！再不走我就报警了!”黄志明赶紧上前和那几个五大三粗的男人争辩。其中一名高个男子亮出一本房主名字登记为沈斌的房产证，接着从随身携带的包里又拿出了身份证：“你睁大眼睛看看清楚，这个房子早就换主人了。要不是给你儿子一点面子，让你们租着又住了一年多，去年 8 月份就把你们赶出去了。不信你问问你儿子!”

因黄野前一晚彻夜未归，黄志明赶紧拨通了儿子的电话。“爸妈，是我把房子卖了，我知道这一天迟早要到来，我对不起你们，更对不起小雨!”面对父亲的质询，黄野嗫嚅着说道。

黄志明一下子懵了，这套房子的房产证自己藏得好好的，房主的名字是小雨，手续都是自己亲自去办理的，黄野怎么偷偷地就能把这套房子给卖了呢?

在黄野的连声自责中，黄志明得知了事情的缘由。

2012 年 4 月，黄野打牌输光了自己的积蓄，还欠了朋友沈斌 20 万元的债务。躲债的日子也不好过，沈斌多次电话向黄野催讨欠款，还威胁如果不还钱就去找他家人的麻烦。

黄野的妻子李敏也不堪其烦，走投无路之下，黄野夫妻俩就把主意打到了女儿小雨名下的那套房子上。原本他们计划把房子过户到他们自己名下用以抵押贷款，但是咨询房屋交易中心后，却得知自己孩子的房子不能过户给父母。这可怎么办呢?

“你们直接把房子过户给我不就行了？”得知这一情况后，债主沈斌迫不及待地提出了自己的想法。没想到他这荒唐的想法竟然得到了黄野夫妇的同意。4 月 16 日，黄野、李敏和沈斌夫妇签署了房屋买卖合同，合同内容为：卖方小雨，简称甲方，监护人黄野、李敏；买方沈斌夫妇，简称乙方。一、经双方协商，订合同如下：甲方自愿将坐落在海门镇梨园路建筑面积 153.39 平方米的房屋（另有车库 26.35 平方米）出卖给乙方。二、甲乙双方商定成交价格为人民币 102 万元。三、甲方在 2012 年 4 月 18 日前，将上述房屋连同过户后的

产权证交付给乙方。

在房屋过户之前，黄野、李敏二人和沈斌夫妇还专门约定，一旦经济状况好转就会把房子收回来，并且主动出了房子的过户费。房子过户后，沈斌用该房抵押贷了 70 万元给了黄野夫妇，还给了他们一张 10 万元的欠条。三人还另外约定，这房屋贷款所得 70 万元的利息为每月 5000 元，黄野以房租的形式支付，如果连续三个月不支付的话，沈斌即可解除合同。

更可笑的是，为了完成房屋的过户，黄野和李敏还在产权中心签署了一份保证书，上面写着：“我们是小雨的监护人，依照《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国未成年人保护法》及《房屋登记办法》，我们将代为处分其名下的梨园路这套房产，并保证该处分行为系保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，如有纠纷，一切后果由我们负责。”

就这样，小雨名下的房子悄无声息地就变了户主，小雨和爷爷奶奶一直被蒙在鼓里长达两年之久。而黄志明夫妇多年来替孙女精心保管的那个房产证，竟然是黄野为糊弄老两口而找人做的高仿品。

也就是说，两年多来，小雨一家五口人竟然是以每月 5000 元的租金租住在这套原本属于自己的房子里。更讽刺的是，不争气的小雨父亲在交了几个月的房租后就停止了交钱给沈斌，于是沈斌也翻脸了。

沈斌让人把房子里的物件大概打了个包，请人直接运到了黄志明乡下的老房子里。黄志明夫妇欲哭无泪。

3 难掩失望，诉讼阻于无代理权

小小年纪就经历了如此大的波折，原本开朗爱笑的小雨不知不觉沉默了很多，学习成绩更是一落千丈。“爷爷，我不想活了，我不懂为什么爸爸妈妈要这样对我，我实在想不通……”

看到聪颖好学的孙女变成了如此这般，黄志明心如刀绞，他暗暗下定决心：一定要把孙女的这套房子要回来！

一定要让孙女回到以前快乐的时光！

2013 年 10 月 21 日，小雨以原告名义，黄志明以原告监护人、代理人身份，向海门市人民法院提起民事诉讼，要求确认被告黄野、李敏以及沈斌夫妇之间签订的售房协议无效，要求撤销被告沈斌夫妇名下的涉案房屋登记。其理由为：2012 年度，原告学习和生活均正常，原告也不欠外债，根本不需卖房变现。四被告为了各自私利，串通一气坑害原告，四被告的行为已严重侵犯了原告的合法权益。根据相关法律规定，原告的监护人黄野、李敏侵害了原告的合法权益，原告只得让祖父黄志明作为其他有监护资格的人代理原告向法院起诉，要求侵害原告权益的人承担民事责任。

2014 年 1 月到 5 月期间，海门法院先后三次开庭对本案进行了审理。2014 年 8 月，海门法院对本案作出一审裁定：驳回原告小雨的起诉。法院认为，未成年人的父母是其法定的第一顺位监护人，应由黄野、李敏二人作为监护人来替小雨起诉。作为小雨的爷爷，黄志明目前还没有资格作为法定代理人来打这个官司。

此外，原先的房主是小雨，黄野、李敏是以小雨监护人身份代小雨来签订房屋买卖合同的，在法律意义上存在房屋买卖关系的是小雨及沈斌夫妻俩，所以把黄野、李敏作为本案被告并不合适，因此驳回。

对这样的判决，黄志明当然不服。2014 年 9 月，小雨与黄志明祖孙俩向南通市中级人民法院提起上诉，要求撤销海门法院的相关民事裁定书，依法改判，确认黄野、李敏以小雨名义与沈斌夫妇之间签订的售房协议、房屋买卖合同无效。2015 年 1 月，南通中院作出民事裁定：驳回上诉，维持原裁定。其理由为：黄野、李敏作为小雨的父母，是第一顺位监护人，非因法定事由、非经法定程序，不得随意变更或剥夺黄野、李敏的监护人资格。但在本案中黄野、李敏被列为共同被告，不宜再作为小雨的法定代理人。黄志明虽是其他对小雨有监护资格的人，但在未经法定程序赋予其小雨诉讼期间法定代理人身份的情况下，其无权代理小雨提起诉讼，原审认定其无权以法定代理人身份代理小雨进行诉讼并无不当。

也就是说，打了两次官司，案件还仅仅停留在作为祖父的黄志明是否具有或者取得了孙女小雨的监护人资格，是否能够代理小雨这个未成年人来提起诉讼这个层面上。两级法院均认为，小雨的父母系小雨的第一顺位监护人，爷爷黄志明无权作为小雨的法定代理人来打这个官司。那么眼下需要解决的第一个难题，就是通过法定程序，让小雨的爷爷黄志明取得法定代理人身份，让他有权代理小雨来打这个官司。

于是，在 2015 年 7 月，黄志明再一次向海门法院提起变更监护人之诉，要求：一、撤销黄野、李敏对小雨的监护人资格及诉讼期间法定代理人的资格；二、赋予申请人为小雨的监护人及诉讼期间法定代理人资格。

根据民法通则的规定，监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理；要求变更监护关系的，按照特别程序审理；既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。为此，海门法院依法适用特别程序，对此案进行了公开开庭审理。

但在此案的审理过程中，黄志明放弃要求撤销两被申请人的监护人资

格，坚持要求撤销两被申请人作为小雨诉讼期间法定代理人资格及指定其为小雨诉讼期间的法定代理人。经法律释明，黄志明仍坚持这一请求。

海门法院审理认为，本案在特别程序审理中，申请人放弃了要求撤销两被申请人监护人资格的申请，却坚持要求撤销及指定法定代理人的申请，不符合特别程序审理条件。

最终，海门法院作出民事裁定：本案终结审理。

（文中当事人均为化名）

案后余思

可寻求的法律救济途径

“如果申请人认为两被申请人侵害了被监护人小雨的财产权，可以其他有监护资格人的身份直接起诉，作为民事权益争议进行诉讼。”本案确认合同无效之诉的二审承办法官卢丽介绍说，《中华人民共和国民法通则》第十八条规定，监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。同时，《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 20 条规定，监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益，其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理。也就是说，如果小雨的爷爷认为小雨的父母侵害了小雨的财产权，可以直接向法院起诉他们，可以以一家人之间打官司的方法来解决问题，维护未成年人合法权益。此外，如小雨的爷爷在依法打赢变更监护人资格之诉的官司后，可以再以小雨原来的监护人，也就是小雨的父母侵害被监护人的合法权益，要求其承担相应的责任，也可进一步就本案的房屋买卖合同是否有效进行法律确认。

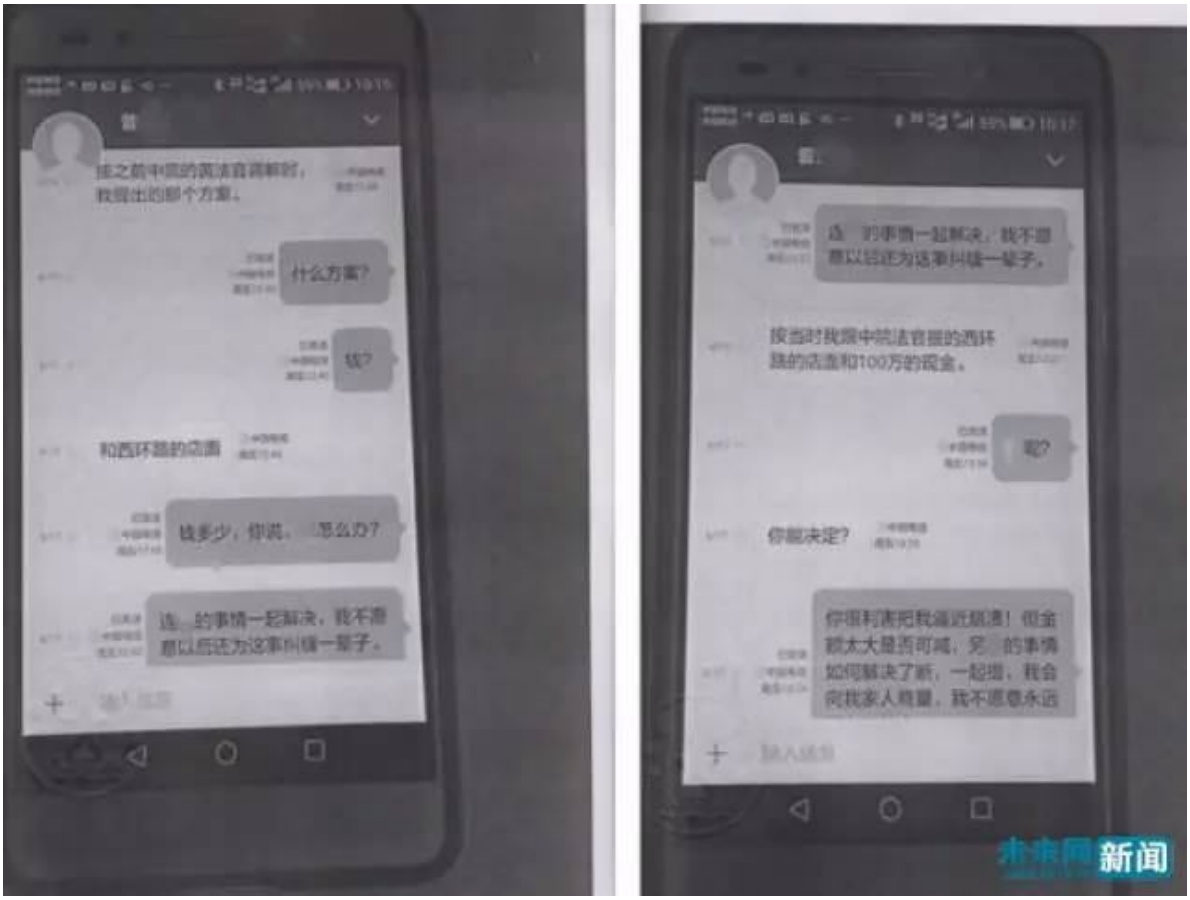
“对监护人处分未成年子女房产的时候，不管其是出于正当的善意的目的，还是出于不正当的目的抑或是其他不可告人的目的，最好能在产权交易上定一些必要的制约机制，比如可以为子女专门设定一个安全账号，最大限度

地维护未成年人的合法权益，让他们能够健康快乐地成长。”

“我讨厌我妈妈！”少年用头撞车拒绝跟母亲走，父亲要抚养权却……

2016-08-16 未来护航 李盈盈

未来网张晓宇（化名）爬到前去探视的张先生身上，偷偷在他耳边说：“爸爸，你能不能带我出去？”但是，当他被爸爸如约送回妈妈住处时，晓宇哭喊着：“我就是不要来这里（妈妈家），我讨厌我妈妈，我妈妈是坏蛋！”



图为张先生和前妻曾女士就变更孩子抚养权事宜的协商短信截图。

按照法院判决书把儿子送往前妻曾女士家里时发生的这一幕，深深刺痛了张先生的心，他不希望这种粗暴的方式影响孩子幼小的心灵。“可是，无论孩子怎么抗拒，她（曾女士）毕竟是儿子的亲生母亲，我也不希望他们的关系很僵。”

2012 年 11 月，法院判福建泉州的张先生和曾女士离婚，儿子的抚养权归曾女士。但是，自 2011 年 2 月，曾女士离开家，至 2016 年 1 月，晓宇就没有见过妈妈，不知道妈妈对他而言意味着什么。

图为张先生和前妻曾女士就变更孩子抚养权事宜的协商短信截图。

儿子 9 个月 妈妈离家出走

2011 年 1 月 31 日（大年 28），张先生和曾女士 3 岁多的女儿张萌（化名）在北京安贞医院成功做完心脏病手术，待各项指标检查都显示正常后，跟随爸爸妈妈返回福建泉州的家。

然而，大年三十（2011 年 2 月 2 日）的早上，女儿再次发病，心率紊乱，住进了泉州第一医院的重症监护室，医院向家属下了病危通知书。

2011 年 4 月 20 日，张萌因医治无效夭折。此前一天正好是弟弟晓宇的一周岁生日，没有蛋糕，没有庆祝，也没有妈妈的怀抱，只有爷爷在家里照看他。

张先生痛苦地说：“我女儿的手术是成功的，可是后来还是走了，这是我最无法接受的事情。”

一边是医院重症室里等待抢救的女儿，一边是家里嗷嗷待哺的 9 个多月大儿子。然而，屋漏偏逢连夜雨，2011 年 2 月 4 日，大年初二的早上，曾女士回婆家一趟，晚上在家里住了一夜。第二天（大年初三）的早上，曾女士把家里保险柜的金银首饰、电脑等贵重物品全部带走，去了娘家，再也没有回婆家。

直到，2016 年 1 月中旬，曾女士要求法院对张先生采取强制措施，把儿子张晓宇带到法院，张晓宇才看到久未谋面的妈妈。

5 年未见 孩子哭喊：我讨厌妈妈

2016 年 1 月 18 日，6 岁的张晓宇被带到福建省泉州市丰泽区人民法院，执行人员把张晓宇和他的妈妈曾女士关在一间执行的房间里，负责强制执行的人员守在房间外面，孩子在里面哭闹了 3 个多小时，睡着后，被妈妈带回到孩子的外公外婆家。

张先生表示，千错万错，离婚是大人的错，不希望孩子受到一丁点的影响和伤害。但是，2016 年 1 月 18 日，曾女士把孩子从法庭带走后，并没有按照她在法庭上的承诺，暂时请假一段时间在家里，与孩子培养感情，第二天就把孩子扔在家里不管，自己跑去上班。此时，离放寒假还有近半个月的时间，曾女士不让晓宇继续去幼儿园上学。

据悉，晓宇被曾女士从法院接走的二十多天，是晓宇 5 年来和妈妈在一起的仅有时光。

对于这个陌生的妈妈，晓宇极其抗拒。

在妈妈家的二十多天里，晓宇天天用爸爸给他的电话手表打电话，哭闹着要爸爸接他回家。“为了让孩子安心在他妈妈那里住下来，我不断做孩子的思想工作。”张先生告诉儿子，“她是你的妈妈，那边也是你的家，你先在那里住，回头爸爸给你买玩具，我找机会和你妈妈商量看看能不能让你回来住两天。你想爸爸了，就掰着手指数，数

到 7，爸爸就去看你，好不好？”

张先生表示，“我每天都拿着手机，生怕错过儿子打过来的电话，但从来不敢主动给孩子打电话。”希望他们母子能利用这相处的机会好好培养感情，也担心万一打电话给儿子，她妈妈一不高兴把孩子的手表电话没收了，他就和孩子断了联系。

“因为不放心孩子，这二十多天里，我每天晚上都会到孩子外婆家（住一楼）的墙外面听孩子是否哭闹。”

2016 年 2 月 10 日，正值大年初三，晓宇的爸爸前去探视，一见到爸爸，晓宇偷偷在他耳边说：“爸爸，你能不能带我出去？”经过协商，曾女士同意让张先生带晓宇出去一个小时。一个小时后，张先生如约把孩子送回来，可是孩子拉着汽车的把手不下车，哭喊着“我就是还不想回去。”

“晚上我们再来看你，好吗？”晓宇爷爷问。

“我就是不要，我就是不要回去。”晓宇哭闹着说。

“你不要哭，如果再哭以后就不会让你出来了，你就见不到奶奶了。”晓宇奶奶说，“你不进去，你妈妈会说我们不讲信用。”

晓宇继续大哭：“我就不要，我就不要回去。”

……

晓宇的奶奶劝他说：“你妈妈、你外公都在这里等你，你去找她们吧，你妈妈很爱你，晚上你和你妈妈睡。”

哭闹不止的晓宇说：“我不要找我妈妈，我不想和我妈妈住，我要跟爸爸回去住，我要和你（晓宇的奶奶）睡。”

无论爷爷奶奶和爸爸怎么做工作，晓宇就一直哭喊：“我不要去她那里，我讨厌我妈妈，我妈妈是个坏蛋！”

边哭边喊，闹了将近两个小时，晓宇冲着来他的外公外婆吼到：“我要晚上，我要晚上七点（再回来）。”无奈，双方达成协议，晚上 7 点再把晓宇送到外婆这里。

等到晚上 7 点，张先生开着车把孩子送回来，一停车，晓宇就哭着喊：“我就知道你是来这里，我不要来这里。”“劝了两个小时左右，仍然不管用，晓宇拒绝吃饭，拉着副驾驶椅子后面的把手，用头向车玻璃上撞。”

当未来网记者致电孩子的妈妈曾女士，希望从她那里核实孩子的近况，但遭到拒绝。

法院阴影 “爸爸，你又来这里干什么？”

2016 年 2 月 10 日晚上，见孩子以极端的方式拒绝回他妈妈家，张先生只好把儿子带回自己的家。张先生也很无奈，“这毕竟是个好的开始，如果双方的关系缓和了，以后也许可以让我把孩子带出去 2 个小时，一天或者两天。所以无论孩子怎么闹，我还是得遵守承诺。”

“其实我不想把孩子带回我家，因为那样会我和他妈妈产生矛盾，一旦吵架对孩子不好，他妈妈也会去法院闹。”张先生告诉未来网记者，难道要一次、两次把孩子送到法院吗？那样对孩子的伤害太大了！法院的强制执行给晓宇留下了可怕的心理阴影。“如果你不跟妈妈走，你爸爸就得坐牢。”

“初三的晚上我一夜没睡，因为孩子夜里做噩梦一直哭闹，在梦里还哭着说‘我就不要回去，我不回去！’‘爸爸什么时候来接我？’”

第二天，晓宇发烧住进了医院。“我发信息给他妈妈，让她来医院看孩子，和孩子培养感情。”张先生告诉记者，“无论她（曾女士）好也罢，坏也罢，毕竟他是孩子的母亲，儿子早晚得面对这个无法改变的事实。孩子没法选择自己的父母，我不希望孩子和她的关系那么紧张。我给她发信息说‘你们是母与子的关系，不是判决书三个字的关系，你来陪他，时间长了，总有一天，他会心甘情愿地让你牵着他的手，跟你走。’”

对此，曾女士只回复了三个字：“按判决”。

春节后，爸爸把晓宇再次送进幼儿园，据老师讲，第一天，晓宇一直哭，接下来两三天，神情都是呆的。

据张先生回忆，后来，去接晓宇的时候，发现他贴着墙壁慢慢向外走，还探出头向门外看，发现是爸爸接他，他才跑出来。“刚开始的时候我以为他和我躲猫猫，后来，接连几次他都是这样，我就很奇怪，问他为什么偷偷向外看？他说：‘我怕是她（曾女士）！又把我抢走！不让我见你们。’”

有一次，张先生开车带着孩子去办事，经过法院门口时，晓宇紧张地从后排座位上揽着爸爸的脖子问：“爸爸，你干嘛来这里？你还要把我送到这里吗？”

从那以后，每次带着孩子出去，都要绕开法院。但是，法院在市中心，外面有个很大的电子屏，上面有张先生的微信头像、姓名、身份证号、家庭住址等信息。“我特别害怕孩子看到这些。万一我儿子看到了，他问我，我怎么回答呢？”

此前，孩子一直无忧无虑，也从来不问有关妈妈的事情，经过法院的强制执行以后，孩子总是小心翼翼，一看到爸爸在家里整理法院应诉材料的时候，他就会走过来问：“爸爸，你又在做我的事情吗？”得到肯定后，他就默默地自己去玩了，不打扰爸爸。

据了解，曾女士启动了张先生“拒不执行判决裁定罪”的自诉案，对此，张先生表示，他希望要回儿子的抚养权。但是，前妻曾女士提出，如果张先生给她一套价值 200 多万的门面房和 100 万现金，儿子的抚养权就归他。

“这个条件太离谱，我哪有那么多钱，房子是父母出资买的，供父母养老用，我做不到。”张先生无奈地说。

本案裁定结果将在近期公布，孩子该何去何从？未来网记者将持续关注。

夫妻间赠与如何适用法律

2016-08-20　中国民商法律网 王艺璇

夫妻间赠与与夫妻财产约定、普通赠与都有相似之处，那么对其应如何适用法律呢？是依夫妻财产约定而适用《婚姻法》还是依普通赠与而适用《合同法》？对此，理论和实务界观点不一，大连海事大学法学院裴桦教授在其《也谈夫妻间赠与的法律适用》一文中在总结和评析现有观点的基础之上提出了自己的解决之道。

1 关于夫妻间赠与法律适用的不同观点及评析

目前我国学术和实务界关于夫妻间赠与的法律适用问题主要有三种观点：适用《合同法》有关赠与的规定，适用《婚姻法》有关夫妻财产约定的规定和作为“以婚姻为基础的赠与”适用特殊规则。但是每一种解决路径均存在不足。

首先，持第一种观点的学者认为我国《婚姻法》规定的三种夫妻财产约定的模式（分别所有、共同共有和部分共同共有）并不包括一方将所有财产约定为另一方所有的情形，此情形即夫妻间赠与行为，应依《婚姻法解释（三）》适用《合同法》有关赠与的规定。此种观点看似有理有据，但是，一方面其将全部赠与与部分赠与区别对待极易导致不公平的结果，另一方面其忽视夫妻关系这一前提而仅考虑财产法律关系难以避免处理结果过于刚性的弊病。其次，持第二种观点的学者强调夫妻间赠与关系包含在夫妻间财产约定中，这在一定程度上缓解了观点一硬性划分全部赠与和部分赠与的弊端，但是也难以避免处理结果过于刚性。并且相较于观点一的刚性有利于赠与人（赠与人的任意撤销权），观点二的刚性更易为受赠方所利用（依《婚姻法》第 19 条，约定生效，所有权即发生转移）。最后，持第三种观点的学者将夫妻间的财产赠与划分为夫妻财产制的约定和一般财产约定（包括夫妻间赠与），其认为后者应只针对特定财产，在法律适用上应主要依情势变更规则确定赠与方是否可变更或撤销赠与。这一观点克服了前述两种在实务上存在的弊端，但是也存在难以跨越的障碍，其一，其违背了合同信守原则，也未尊重当事人的意思自治；其二，其也与我国现行的法律相脱节，因为情势变更规则主要适用于交易行为，将其用于婚姻家庭领域无论在法律或学术界均难以接受。

2 我国夫妻间赠与法律适用问题的出路

解决夫妻间赠与的法律适用问题，其核心是对夫妻约定财产制的认识和选择，我国现行夫妻约定财产制是独创式财产制，并且因其充分尊重当事人意愿易于缓和和解决夫妻财产纠纷，因此我国在未来必将继续适用独创式财产制。在这一背景下，因独创式财产制中夫妻约定财产制与夫妻间赠与难以区分，因此应将其一道纳入夫妻财产约定，而由《婚姻法》统一调整，适用相同的规则。

此结论与上述观点二重合，因此下一步应解决的问题是如何克服前述观点二处理结果过于刚性的不足？由于婚姻家庭案件与一般财产纠纷案件有着本质上的区别，其具有强烈的伦理色彩，也更多牵涉社会公共利益，因此公权力应有更广泛的适用余地。具体到夫妻间财产赠与，法官的自由裁量权应发挥主要作用。当然，法官的自由裁量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。通过诚实信用原则维护双方的利益平衡，以及当事人与社会利益的平衡。在具体操作过程中，法官应依诚实信用原则综合考虑但不局限于以下几点：婚姻持续时间的长短、赠与的真实意图、赠与财产的情况、双方的婚姻状况、婚前赠与还是婚后赠与等等。

另外也应注意到，在平衡夫妻双方利益的问题上，法官的自由裁量权并非唯一选择，我国现有的夫妻财产分割制度、经济帮助制度等在一定程度和一定范围上也可达此目的，并且在具体制度与基本原则之间，应当是具体制度适用在先，在穷尽一切具体制度之后，基本原则方有适用的余地。

因现有法律并未明确规定夫妻间财产赠与问题，因此其法律适用存在争议，学术和实务界现存主要的三种观点均有其合理性但也存在难以跨越的理论或技术难题。裴桦老师的观点无疑为夫妻间赠与的法律适用问题提供了一条全新的解决思路，但是这种解决方法也必然对法官水平提出了更高的要求和期待。

参考文献：裴桦：《也谈夫妻间赠与的法律适用》，载《当代法学》2016 年第 4 期。

“隔代探亲权”：尊重情理的司法更具人性温度

2016-08-21 人民法院报 杨朝清

当地司法机关支持“隔代探亲权”的积极尝试和有益探索，不仅没有破坏公平正义，反而提升了司法的温度。

近日，重庆市首例隔代探亲权抗诉案最终获法院胜诉判决，丁洪夫妇最终如愿见到了被前儿媳带往国外生活的孙子。法律界人士表示，隔代亲属探视权于情合理，但于法没有明确依据，这起隔代探亲权诉讼案从法院不受理到检察院抗诉，再到法院判决胜诉，为此类案件的司法判决实践提供了有益借鉴。

与公众熟知的“隔代寄养”相比，“隔代探亲权”无疑是一个新鲜的词汇。在利益主体多元化、价值观念多样化的当下，离婚率升高导致不少家庭结构出现破裂，孙子孙女和爷爷奶奶处于一种分开的状态。这不仅是一种物理上的距离，也是一种心理上的距离感和隔阂感。隔代探亲，便成为一些老人的利益诉求和情感需要。

夫妻分道扬镳、一方取得未成年孩子的抚养权，另一方探视权遭遇直接或者间接阻挠的不在少数。至于祖辈的隔代探亲权，更是难以成为现实。一方面，隔代探亲权处于某种意义上的夹缝地带、边缘地带，缺少法律依据，难

以得到法律的支持；另一方面，一些夫妻离婚，和老人处理不好关系也是症结之一；让老人探亲，他们在情感上和心理上都难以接受。

老人都对孙子孙女有着深厚的感情，将其视为“心肝宝贝”。可是，一旦子女和配偶离婚，孙子孙女就成为“别人家的孩子”，老人探视孙子孙女就沦为某些人眼中的“非分之想”。得不到法律的撑腰，让一些老人隔代探亲的渴望陷入一种被忽略、被漠视的尴尬境地，甚至“说了也白说”。在缺乏“先例判决”的格局下，“隔代探亲权”起初得不到法院的支持在所难免。

祖辈和孙辈之间的血缘关系不因夫妻婚姻关系的改变而改变。“隔代探亲权”说到底不是利益博弈，而是争取情感慰藉和情感支持。在这种合乎情理、于法无据或依据不充分的情形下，当地司法机关支持“隔代探亲权”的积极尝试和有益探索，不仅没有破坏公平正义，反而提升了司法的温度。

“隔代探亲权”不仅是老年人权益保护的伸展，也是社会治理观念重塑和更新的产物——将法律的严肃性和执行的灵活性有机结合，让同样的规则更具有人性温度、更具有操作性，离不开司法从业者的价值坚守。一方面，要在尊重事实的基础上，对符合规则的特殊案例“另眼相看”，寻找情与法的缓冲地带和中间地带；另一方面，也要守卫底线，不能让规则的人性化异化为 “任性化”。

中国离婚夺子之争背后的司法困境

016-08-20 搜狐新闻

190 天后，对于儿子被抢走时的每一个细节，吴丹妮仍记得清清楚楚。

那天，五六个体格壮硕的陌生人，撬门开锁，强闯进她位于浙江温州的家中，两人分别将她和母亲控制住，一人单手将吴丹妮两岁多的儿子从床上拎出家门，塞进一辆车里绝尘而去。

寒冬腊月里，仅穿着内衫和尿不湿的儿子哇哇大哭。

此后，这位 31 岁婚礼策划师再也没见过自己的儿子。那个授意抢走儿子的人，是孩子的生父。当时，吴丹妮正与他办理离婚手续。吴丹妮比丈夫小 4 岁，他们在朋友聚会上相识。

吴丹妮称，丈夫长期沉溺游戏，且对她数次以暴力相加。儿子自出生后，也仅是由吴丹妮、婆婆和保姆照管。去年 12 月底，在撞破丈夫出轨后，吴丹妮带着孩子回到娘家。今年 1 月，她向法院提起离婚诉讼。

但提起诉讼仅仅月余，孩子就被抢走。

吴丹妮并非孤例。近年来，中国许多夫妻在离异前后陷入夺子之战，围绕抚养权和探视权展开一场场拉锯。其间所暴露出一众社会问题、司法漏洞。这些问题一度令骨肉相隔者求告无门，遭受更大的痛苦和身心折磨。

骨肉相隔

与吴丹妮不同，在对丈夫离婚诉讼前，戴晓磊就被剥夺了与儿子相处的权利。她的前夫，是热播电视剧《琅琊榜》的武术指导刘杰。

自幼长于加拿大的戴晓磊与刘杰恋爱四年后结婚，但婚后龃龉不断，戴晓磊经常遭到丈夫的殴打。

2012 年，戴晓磊在加拿大生下儿子晨晨，在儿子 9 个月时，她带着孩子回到中国，“想让孩子的爷爷奶奶见见孙子”。一年多后，2014 年 1 月 1 日，刘杰的家人以照顾孩子为由，强行把孩子从北京带回河北老家。戴晓磊由于拒绝再次遭到刘杰的殴打。

一个月后，在刘杰老家，戴晓磊因孩子的刷牙问题，再次与刘杰家人发生冲突被赶出门。那一天，是她最后一次与孩子相见。

其后的 929 天里，戴晓磊想尽一切办法，依然未谋孩子一面。今年 4 月，一审法院在认定了刘杰的家暴行为后，判定双方离婚，但孩子判归刘杰抚养。对于这一判决，戴晓磊表示不服，提起上诉，二审正待开庭。

而在戴晓磊诉诸法律等待抚养权归属再次判定之时，41 岁的陈婉捧着法院的判决书、调解书，却依然找不到自己孩子。

陈婉的 13 年婚姻在黑龙江绥化度过，其间，丈夫出轨且不断对她实施家暴。甚至儿子的出生也未曾改善这段婚姻关系。在婚姻的最后三年里，陈婉独自抚养孩子，并面对丈夫每月定期上门的催逼离婚。

2013 年 4 月，心灰意冷之下，陈婉与丈夫协议离婚，根据协议，孩子归陈婉抚养。

带着孩子，陈婉离开绥化回到自己的故乡——一个三四线的小城市，她并未拒绝前夫的探视，“因为孩子需要父亲”。双方的平和维系到去年 12 月 4 日，没有任何先兆，前夫将孩子带回绥化，本约定停留一周，但在陈婉上门接孩子之时，却遭到了拒绝。此时陈婉才知晓前夫早已令结家庭，且育有一女。

此后的 8 个多月里，陈婉陷入与前夫的拉锯战，双方一度对簿公堂。但即使法院的判决书、调解书都明确孩子归陈婉抚养，甚至申请到了法院强制执行，但她依然接不回孩子。

与前两者不同，林优的离婚堪称和平。这位结束了 10 年婚姻的外企高管，在和前夫协议抚养权时，觉得”始终是两个人的孩子“，也因前夫身为国航机长，实质上并不能照顾孩子，所以将抚养权让给了前夫，在她看来“仅仅也是个名义”。这段婚姻结束后的两年，确实因前夫长期执飞，孩子一直在天津，由林优和她的父母照顾。但去年 5 月，前夫却在与林优的一次口角之后，带着孩子搬去了北京，此后两个多月，只有在孩子回天津看牙时，林优

才被获准见孩子。

去年 7 月，趁着幼儿园暑假，林优提出要与孩子相处两周，得到前夫允准。其后，林优向法院起诉变更抚养权，身在美国的前夫得知后断然拒绝。去年 8 月 1 日，前夫的朋友和家人堵住林优家的电梯，试图抱走孩子，最终在警察的干预下，这次抢夺未曾成功。

惊魂未定的林优带着父母和孩子逃离了天津，辗转多地。2015 年国庆，当林优带着孩子和父母在成都旅游时，几个人从一辆车上冲下，将她按倒在地，把孩子夺走。

报警后至今 10 个月过去，孩子仍音讯全无，留给林优的，只有那天从孩子脚上脱落下的一只鞋。

她们无路可走

无论是吴丹妮、戴晓磊、陈婉还是林优，这些旦夕间就被迫与骨肉相隔的母亲们，都渴望要回孩子，最起码，也希望自己的探望权得到保障。

向对方哀求，几乎是她们本能之下第一选择。

在儿子抢走的那一天，吴丹妮赤着脚冲下楼，扒住车门的她最终被甩开。当天，她发了微信给丈夫的家人，却在发下一条时，被所有人拉进黑名单。她也曾试图回到丈夫和公婆居住的小区里寻找，向停车场的大妈、邻居打听孩子的下落，但始终未果。

更令吴丹妮绝望的是，当她终于联系到丈夫，询问孩子下落时，对方避开不谈，在电话那头只是说：“你回来，回来就能看到孩子”。

当发现电话沟通无用，甚至连孩子都联系不到时，戴晓磊选择了跟踪——一个并不怎么理智的方式。与孩子被隔绝 8 个月后，戴晓磊偶然得知刘杰准备回河北，决定尾随其去探望孩子。但在戴晓磊买票上车时，刘杰发现了她，她被对方拖下车，一路拽打。反抗无用下，戴晓磊只能逃进车站派出所寻求庇护。

当个人的努力已宣布无效之后，痛苦的母亲们试图求助一切与此相关的部门来解决此事。

但令她们失望的是，即使是在孩子遭遇暴力抢夺的情况下，警方等相关部门给出的态度仍是“这是家事”。

为要回孩子，陈婉求助过派出所、居委会、妇联、法院，但遭遇的却是层层推诿，无奈之下，她几乎被逼成访民，法院每一个接待日她都会出现。

孩子被破门抢走后，吴丹妮报警后虽获立案。但至今已过去 6 个月，派出所方面并没有实质性进展。最近一次派出所联系她，则是因为吴丹妮将自己的境遇发在了网上和本地媒体上，派出所致电要求“和她谈谈”。

诉诸法律最终成为她们的“最后一根稻草”，但她们发现，这根“稻草”对她们来说，似乎也没有多大意义。

因为前夫拒绝服从法院判决和调解，以种种理由不肯交出孩子，陈婉试图申请强制执行，但法院以“没有先例，不知道怎么执行”及“找不到孩子”为由拒绝了她，陈婉只能自行上网查询案例资料，打印出来递交给法院。最终尽管申请到强制执行，法院却仍然推诿。

在近期的一次沟通中，法官向陈婉提出这样的调解要求：为保证孩子的教育质量，前夫要求陈婉必须搬到哈尔滨。这一要求被陈婉拒绝，她无法担负起省城的生活开销。

法官反问她：“你不是说为了孩子能放弃一切吗？”

无辜的孩子

事实上，遭受伤害的除了母亲们，还有那些陷入父母之争的孩子们。

林优的儿子有有在被父亲带去北京后，想出了许多办法见母亲。这个还在念幼儿园的孩子牢牢记住了母亲的电话号码，他躲过保姆，给母亲打电话。在电话中，他准确地报了自己在北京的住址，央求妈妈“快来接我”。

由于只有去天津看牙才可以见到母亲，有有甚至想出了晚上不刷牙的办法——似乎只有这样，他的牙才会变糟，而牙变糟糕了，就能再见到母亲了。

这个年幼的孩子在短短两月间便经历过两次暴力被抢。第一次，他目睹了姥姥在电梯里下跪磕头，只求对方不带走自己；第二次，他在成都街头，从母亲怀里被人抢走。有有哭着央求来人“不要抢我”，母亲却因担心拉扯坏他而最终松手。

10 个多月过去，关于孩子的近况，林优已无从知晓。她唯一知道的是，在前夫将孩子接去北京后的很长一段时间里，陪伴孩子最多的是罹患重症且失聪的爷爷，以及一个保姆。

陈婉的儿子曾亲眼目睹父亲为逼母亲离婚大声吼叫，也曾目睹过母亲和父亲一家发生冲突后一身伤痕。在陈婉的描述里，这个原本性格开朗的孩子变得低沉、没有安全感。

这个 7 岁的男孩走到哪里都抱着一个玩偶——他称其为“最好的朋友”。在被父亲带走后，父亲告诉他这个玩偶是“他最亲的”。男孩和这个玩偶交流，玩耍，却也会没有任何理由突然发怒，将玩偶摔在地上。

这个离开了母亲的孩子，也脱离了原本的生活轨道。他没有去上学，也不再爱看书，反而被获准通宵打游戏，在和母亲交流时，一提起电脑游戏，他立刻就兴奋起来。

而对戴晓磊的儿子而言，这个被强行带离母亲身边，缺失母亲关照的孩子，并未因此得到父亲的补偿。由于刘杰常年在外拍戏，照管孩子的事情便由刘杰的父母和姐姐接管。在戴晓磊母亲与刘杰母亲的一段对话录音中，刘杰

的母亲和姐姐对此已是十分不满。

司法困境

在谈到上述类似案例的实质问题时，尽管许多部门以“家事”为由拒绝介入，但在不少专家看来，抢夺孩子实质是暴力行为，这不但是对父母另一方的明显侵权，也对孩子造成严重伤害。

长期致力于反家暴的妇女研究中心顾问冯媛指出，抢孩子的行为，是赤裸裸的家庭暴力，拿孩子当筹码，也对孩子造成极大伤害。目睹了抢夺、偷和骗，被迫与父母一方隔绝，这些都会对孩子日后的交往和社会适应形成障碍。

“同时，还会扭曲孩子的是非观和价值观。”冯媛说。

目前在婚姻纠纷中，关于抢夺藏匿孩子的状况并未有详细数据，但界面新闻记者从多名法律界人士处获悉，在家事案件中，未成年人抚养探望纠纷的比例极高，抢夺藏匿孩子便是其中一种。

今年 6 月 1 日，北京市高级人民法院发布《北京市法院少年法庭抚养探望类家事案件审判工作报告》，对近五年全市少年法庭审理的抚养探望类纠纷进行专题调研。报告显示，2014 年，北京法院少年法庭共审理涉少民事案件 2153 件，其中抚养探望类纠纷 973 件，比上一年度增加 27.3%，约占全部案件数的 45.1%

此前，法律界人士也曾对抢夺和藏匿孩子的现象展开过讨论。这些案件背后也折射出当前的司法困境。

著名婚姻法律师，中国婚姻家庭法学研究会理事杨晓林认为，当前法律在婚姻家庭方面有一个重大难题没有解决。即婚姻法中规定的“离婚后子女由一方直接抚养”与监护的关系与界限。根据民法总则，孩子在父母离婚后由一方直接抚养。而另一方面，与国际接轨，中国实行的是“父母共同监护”。但由于二者的界限、表述和关系在法律中不清，致使当前的执行中，很多时候“直接抚养”被默认为是“得到孩子全部的权利“，夫妻离异后便是“老死不相往来”，失去抚养权的一方被认为只有给抚养费的义务，孩子所有的生活、教育，重大权利，他（她）无权干涉。

以林优为例，在杨晓林看来，林优的做法也有失妥当，尽管孩子被暴力抢夺遭遇可悯，但在抚养权协议归丈夫所有的情况下，林优带着孩子离开的行为也算“抢孩子”。而她出此下策的原因则是探视权和干涉孩子生活教育的权利无法得到保障。

杨晓林称，不解决前述两者的关系，再跟侵权责任法结合，对保障父母和孩子的权利就无从谈起。

在当前中国的司法实践中，往往是判决时孩子跟谁在一起，法院就将孩子判给谁。这种“得孩子者得天下”的判定被认为实际上造成了强抢孩子的恶性循环。

北京源众性别发展中心主任李莹称，在抚养权问题上，很多时候因为法官有很大的自由裁量权且法律条文太宽泛，如在抚养权的判定中，所谓的“有利于子女的身心健康，结合抚养能力和抚养条件”，导致法官主要看的是经济条件，对孩子的情感需求，陪伴需求考虑的并不是太多。

“在双方经济条件基本相当的情况下，双方都想要孩子的情况下，一般是孩子在谁手上给谁。”李莹称。

李莹表示，这种判定致使大家都意识到，孩子在谁手上，很可能就判给谁，于是，很多人在离婚前，即婚姻存续期间就开始抢孩子，致使另外一方与孩子隔绝。

基于此，李莹称，法律需要对“婚内探视权”进行规定，即对仍在婚姻存续期间，一方想探望孩子的情况进行规定，但当前司法对此仍是一片空白。

此外，尽管在处理抚养权纠纷时，“子女利益最大化”是原则之一，但不少专家指出，在许多实践中，“子女利益最大化”并未得到很好实施，一些父（母）即使获得了孩子的抚养权，很多时候也很难尽到抚养义务，往往由自己的父母或者亲属代劳。

杨晓林指出，在判定抚养权时，必须明确一个基本原则，即应由孩子的亲生父母中一方直接抚养，而不是交由其父母、兄弟姐妹代为抚养。

杨晓林说：“孩子的祖父母，以及父母的兄弟姐妹，都不能代替父母在孩子成长过程中的作用，必须要亲自抚养，如果法院能够确定这个原则的话，对许多案件，无论是离婚案件，还是变更抚养权的案件都是有好处的。”

此外，不少专家对于戴晓磊一案的判决结果表示震惊。在法院已认定一方存在家暴行为的情况下，仍将孩子判归施暴者，这与反家暴原则与未成年人保护，都明显相悖。

戴晓磊的代理律师戚连峰称，虽然目前《婚姻法》《反家暴法》《未成年人保护法》等相关法律和司法解释中，并没有明确提出“家暴施害者不适合拥有抚养权”，但也有一些法律条文或研究曾提及“家庭暴力施害方不适宜直接抚养子女”

据其介绍，2008 年，最高人民法院中国应用法学研究所发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》中曾提及，在办理涉及家庭暴力的婚姻家庭案件过程中，应当坚持照顾受害人，以及因此直接或间接受害的未成年子女的原则。

此外，该指南明确提出，“加害方不宜直接抚养子女”。指南明确，考虑到家庭暴力行为的习得性特点，在人民法院认定家庭暴力存在的案件中，如果双方对由谁直接抚养子女不能达成一致意见，未成年子女原则上应由受害人直接抚养

戚连峰也称，尽管《未成年人保护法》并未明确提出家暴施害者不适合拥有抚养权，但其中明确提及“保护未

成年人身体健康、精神健康”。“根据我们对法律的理解，家庭暴力对未成年人的成长是非常不利的。”

对于当前抚养权和探视权执行不力的问题，杨晓林建议引入惩罚性判决。

上文曾提及，陈婉在诉诸法律，申请强制执行抚养权时，最初被法院以“孩子不是财产，不能执行”为由拒绝。杨晓林认为，这是错误的认知，他说，“究其法律本身来看，抚养权强制执行，并非针对孩子的本人，而是对对方妨碍执行行为的处罚措施。”

而对于强制执行难以实施的问题，多名律师均表示这已成为普遍问题。界面新闻曾报道过央视主持人柴华北在抚养权判归对方后，长期拒交孩子一事。由于柴华北并未按照按照终审判定，将孩子交给对方，即未履行法律文书确定的义务。2014 年 9 月 11 日，北京市朝阳区人民法院以其“有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务”将其列入“失信人黑名单”，而朝阳人民法院也曾几次派出法警，但几次铩羽而归。

直到去年 12 月，朝阳法院执行庭明令，如果柴华北仍拒交孩子叫会被拘留，柴华北才不得不将孩子交给对方。

而截至发稿时，界面新闻记者了解到，在绥化北林区人民法院执行庭的强制执行下，付出了巨大代价的陈婉重新将孩子接回。

基于前述案例，杨晓林指出，强制执行在当下并不应该成为问题，目前对于不履行法院生效的法律文书，已有一些措施，如被列为全国失信人名单，同时，法院也可以采取罚款、拘留等措施，经司法拘留后，仍妨碍破坏民事执行的，可移交公安机关执行，视情节轻重可判处 3 年以下的有期徒刑。

（应受访者要求，吴丹妮、陈婉、林优为化名）

学习退步不是父母变更抚养关系的理由

2016-08-25 人民法院报

本报讯 近日，广西壮族自治区河池市中级人民法院对一起变更抚养关系纠纷上诉案作出终审判决，驳回上诉，维持不变更抚养关系的一审判决。

宜州市龙头乡某村的韦某和王某于 2005 年 10 月登记结婚，2007 年 10 月生育一女，名韦某某。2012 年，王某诉至法院要求与韦某离婚。同年 6 月达成调解协议，双方自愿离婚，女儿韦某某随母亲王某共同生活，父亲韦某每周可探望女儿两次等。

韦某在离婚初期尚能按约定行使探望权，此后为督促女儿学习，韦某不断要求增加探望时间。即便在女儿与王某共同生活期间，韦某也要求王某将女儿的学习情况全程录音、女儿的作业等交其审查。王某虽感无奈，但也尽力予以配合。

近期，因女儿学习成绩退步，韦某难掩焦虑，直接将王某告上法庭，要求判决女儿改由其抚养。

一审法院在表示理解韦某“望女成凤”心情的同时，也对王某配合韦某行使探望权的积极态度予以肯定。同时认为父母对子女教育方式的不统一，不能成为变更抚养关系的理由，且韦某某也向法院表达了愿意维持现状的意见，故判决对韦某的诉讼请求不予支持。

一审判决后，韦某不服，以王某没有责任感，对女儿的学习关心少，自己的经济条件也比王某优越等为由提起上诉，要求法院重新作出判决，女儿韦某某由自己抚养。

河池中院经审理认为，稳定的抚养关系有利于子女的健康成长。当父母离婚后因抚养问题发生争执不能达成协议时，法院应当根据子女利益和父母双方的具体情况来判断是否变更抚养关系。韦某与王某在此前的离婚诉讼中已达成调解协议，约定女儿随王某共同生活。上述协议内容是当事人协商一致的结果，对双方均具约束力。韦某某的意见应以一审法院所作调查笔录为准。韦某与女儿韦某某每周相处时间较长并非王某不尽抚养义务所导致，孩子学习成绩的起伏和一方经济条件的优越亦非变更子女抚养关系的法定情形。在王某的抚养条件未发生重大变化的情况下，不宜随意变更抚养关系。

需要强调的是，双方所生之女韦某某刚满 8 岁，正处于培养情绪控制能力的关键阶段，父母离异势必使其产生诸多不安情绪，此时更需要父母的悉心呵护和耐心引导，而非在孩子面前展示对立态度和渲染焦虑情绪。虽然相关司法解释对于变更抚养关系，有征求 10 周岁以上未成年子女意见的规定，但对于一个年仅 8 岁的孩子来说，其在一审中以书面形式向法官表达了意见，为避免对未成年人造成心理伤害，综合本案实际情况，再次征求韦某某本人意见已经没有意义，也希望当事人双方能够多顾及孩子的情感和心理承受力。原审法院认定事实清楚，适用法律正确，所作判决并无不当。故二审驳回上诉，维持原判。

（邵日恒）

■法官说法■

本案主审法官认为，夫妻离婚后，未成年子女一般随父或母共同生活，直接抚养方应承担起抚养和教育孩子的主要责任，非直接抚养方则可行使探望权和履行支付抚养费等义务。对于孩子的生活和学习安排，非直接抚养方要积极配合，也有权提出意见、建议，但需把握好分寸。不应越俎代庖，横加指责和干预，更要尽力避免使孩子遭受到父母离异后的二次伤害。离婚虽然意味着无法成为好夫妻，但双方应该且完全可以成为好父母。

第三只眼看通奸丨妻子不忠，曾让古代男性立法者愤怒

2016-08-24 法律出版社 法治周末 俞飞

美国电影《红字》中表现的对通奸者的处罚场景。

影星王宝强因妻子婚外情而引发的离婚大战，引爆网络，相关网帖阅读量超过 50 亿次。网络红人凤姐也跨洋发文力挺王宝强，强调通奸在美国是犯罪。不少网友呼吁：**中国刑法应恢复通奸罪。**

1979 年，通奸罪从中国刑法中消失。而在如今的美国，尚有 21 个州保留通奸罪，但现实当中多备而不用，成为具文。无论怎样，在今天这个时代通奸罪早已过时

然而，古代法律如何规制通奸？欧洲中世纪王公贵族又有几多通奸丑闻？“爱”到犯罪无怨尤，这场法律与人性的持久战，歹戏拖棚，究竟会拖到何时？

妻子不忠，让古代男性立法者愤

“在世界各地，自古到今，性与法律诉讼一直相伴左右，没有什么性出轨行为小的不值得这个法庭或那个法庭干预。”美国记者埃里克在《性审判史：一部人类文明史》一书中观察，“所有的古代文明都关注于控制人类的性生活。”

公元前 2100 年，早期苏美尔人的《乌尔纳姆法典》，这部人类最古老的成文律法第七条：“如果某个男人的妻子与别的男人私通，这女人要被处死，男人要被释放。”没有什么比妻子不忠更让古代男性立法者愤怒，女人出轨会饱受折磨，最后处死，无人质疑如此审判的合理性。

没有确凿证据证明妻子犯下通奸罪时，河流就派上了大用场。根据著名的古巴比伦“河流神判法”，女性被扔进河里，以洗清对她的怀疑。如果她幸存下来，法官会宣布她无罪；如果她沉入河底，那就是罪有应得。

《汉谟拉比法典》第一二九条：**“倘自由民之妻与其他男人同寝而被捕，则应捆缚此二人而投之于河。倘妻之主人保存其妻之生命，则国王亦将保存其奴隶之生命。”**由此可见在古巴比伦法律不能在判处一个人死刑的时候，而对另一个人仁慈。正如法制史学者沙宣所说：**“汉穆拉比法典在对待通奸罪时，坚持通奸二人同样处罚是不同寻常的。因为其他古代法律一般都假设女性能抵制男性的诱惑。”**

古埃及法律毫不犹豫地惩罚出轨的妻子，而惩罚通常由丈夫实施。一个案件讲述了男子温保纳，发现老婆与人通奸，他用一头鳄鱼抓住奸夫，将其拖入水底，出轨的妻子则被活活烧死。这个案例或许比较极端，更常见的情形是，偷情的老婆被割掉鼻子，奸夫被鞭打一千下。

古犹太人严格禁止通奸，将其与危及希伯来人的严重罪行相提并论。如果说中东其他地区的法律，让戴绿帽子的丈夫自行惩罚妻子和情夫，犹太人则认为妻子背叛丈夫无异于背叛整个社会，要受到公众的干预和社会的惩罚。

通奸很难取证，犹太法律中为人熟知的考验方法——喝苦水法登场。满腹狐疑的丈夫把妻子带到牧师面前，后者递给她一杯苦水(圣水、教堂泥土混合物)。“如果别的男子没有与你同床，你没有出轨和不忠，那么希望这杯水所带来的诅咒不会伤害到你。”如果她已被认定不忠，牧师会这样说：“这杯水会让你大腿瘦弱，小腿肿胀，上帝会让你的同胞诅咒你、谴责你。”《圣经》告诉世人，如果她是无辜的，她会怀孕；如果她有罪，那就会失去子宫。仅仅因为丈夫的嫉妒，犹太法律允许他们一而再再而三地让妻子喝下苦水。

通奸从来不曾远离希腊丈夫的脑海。公元前 620 年，雅典最早立法者德拉古制定法律，如果丈夫在家捉奸在床，他有权处死奸夫。当时雅典广场上，不时看到奸夫遭到鞭笞，异物(萝卜、鱼)塞入肛门，热沥青褪去阴毛。喜剧诗人嘲笑道：“如何能在记起德拉古苛法的时候，还能动起来与已婚女人交好？”

希腊法律规定妻子出轨后，丈夫必须与她离婚，否则就丧失自己的公民权。尚武的斯巴达人对处罚通奸兴趣不大。婚姻是向国家输送勇士的机制，国家可不管孩子来自何处，只要健康就好。

古罗马奥古斯都大帝与大他 17 岁的女人通奸，休掉妻子，却于公元前 18 年颁布严禁通奸的法律。男人与他人妻女有染，就有被法庭判处通奸罪的可能，剥夺大部分财产，流放到海岛上。除非情夫是演员、卖淫者或拉皮条的，否则丈夫无权处死他。

奥古斯都的立法，特别针对已婚女性，一旦她被打上通奸者的烙印，她就被永远地贬低成卖淫女。从那一刻开始，她就得穿上妓女的宽大袍衫，不能与她原先阶层的人再婚，而要为所有男人提供性服务，饱受肉体的虐待。

奥古斯都的爱女茱莉娅曾有名言：**“只有在船满载的时候才装不下其他水手。”**意思是，如果在怀着丈夫孩子的

时候偷情，就不会有私生子产生。她和十个姘头浩浩荡荡地走在罗马街头，当众做出乱交行为。女儿的通奸丑闻让奥古斯都名声扫地，他将女儿囚禁在庞达提里亚岛上。

偷情成风的中世纪

基督教义主张一夫一妻，教会法规定通奸为罪。受此影响，中世纪欧洲各国，无不将通奸定为重罪，严加惩处。天主教会甚至以通奸罪，将法国国王腓力一世革出教门。

无奈严刑峻法，也难阉割人性。黑暗的中世纪，通奸乱象无日无之。

与三宫六院七十二御妻的东方帝王相比，天主教约束国王严守一夫一妻，不得离婚。上有政策，下有对策。欧洲国王要求宫廷贵族让妻子每天进宫来觐见王后。一个漂亮而富有魅力的妻子对丈夫的政治生涯是多么的重要，不必多言。妻子上了国王的床，丈夫青云直上，不在话下。哪怕妻子难入国王法眼，只要吸引到贵族同僚，那也不坏！一个占了便宜的上司，自然会对他提携有加。

法国交际花蒙特斯庞夫人、拉法利耶夫人、方当诗夫人、昂古列姆公爵夫人……路易十四众多的情妇，有的为丈夫挣到一个肥缺，有的为丈夫挣到一笔数目不菲的年金。花着这么来的一大笔钱，男人多少感到有点儿不好意思。对此，莫里哀宽慰那些忸怩的丈夫说："同朱庇特(宙斯)分享并不丢人。"笑骂由人，好官我自为之。

德皇腓特烈·威廉二世的宫廷，容克贵族还没学会法国贵族优雅的调情，气氛则更加热烈和直白。德意志科学院院长夏多瓦哀叹："整个波茨坦活脱脱是一个大妓院。所有的人家都只想攀上国王，攀上宫廷。人人都争先恐后地献上自己的妻女。最热心的是高级贵族。"

丈夫想和爱妻同房，要像看牙医一样提前预约。梅列瓦尔伯爵有一次就忘了预约，推开妻子卧室的门，发现妻子躺在床上，身边还有一个年轻军官。"夫人，您太不小心了，万一进来的是别人呢？"

伯爵温言说罢，平静地离开了房间，还带上了门。法国上流社会高度赞扬：**丈夫冷静有教养；妻子充满"优雅的激情"**——在丈夫离开后，她坚持让惊魂未定的情人把刚才被打断的事情做完。

另一位阿康贝勋爵更是雍容大度。得知妻子和情夫私奔，亡命天涯。他急忙令人火速把自己的马车给他们送去。"让勋爵夫人坐一辆租来的普通马车去私奔，实在是有失身份。"他夫子自道。

这便是中世纪欧洲社会的游戏规则：**丈夫对妻子的不忠百般容忍、甚至纵容。男人的耻辱并不在于戴绿帽子，而是在于吃醋，这完全是没有教养的表现，将受到整个社交界的耻笑和摒弃。**而作为妻子，她的耻辱则在于勾引不到一个情夫。

风气移人，修道院里的修士也难清心寡欲。他最喜爱的工作就是一户一户地拜访农舍。在那里，他总会碰到单独在家的农民妻子，农民是勤劳的，总是在地里干活儿。所以中世纪有了一句在全欧洲流行的谚语：**"教士不需要结婚，因为农民有老婆。"**

上行下效，行吟诗人大肆鼓吹，婚姻从来就不是爱的圣礼和爱的完成，而是爱的最可怕的障碍和最危险的敌人。社会舆论公开推荐情人之爱，鼓励女性从私通中找到解脱。流风所及，欧洲每一位妇女都希望拥有一名情夫；每一名完美的骑士，都希望拥有一位女神。

《拿破仑法典》对通奸的男人们做出的唯一的、小小的限制——可以享有通奸的乐趣，只是不能把姘妇带到家里去。拿破仑当然管不了英国人，18 世纪很多英国人为了省钱而把情人养在家里，在一张桌子上吃饭。晚饭后，妻子和情人往往会一起出去，散一小会儿步。

通奸除罪成潮流

从 19 世纪开始，西方各国先后开启通奸除罪化运动，意大利(1969 年)、马耳他(1973 年)、卢森堡(1974 年)、法国(1975 年)、西班牙(1978 年)、葡萄牙(1982 年)、希腊(1983 年)、比利时(1987 年)、瑞士(1989 年)、奥地利(1997 年)、罗马尼亚(2006 年)，纷纷废除通奸罪。**今天的欧洲，没有一个国家的刑法规定通奸罪。**

反观美国，小说《红字》反映早年北美清教徒惩罚通奸的严酷法律。通奸的妻子，甚至会被法官宣布禁止再婚。小说中纽约的奥托和弗里达这对夫妻相处了近 10 年，直到 1914 年 10 月，弗里达邂逅了名叫金格拉斯的男子，并迅速坠入爱河，频繁地在男方公寓幽会，直到奥托于 1915 年提出离婚。

"自 1914 年 10 月起，在不同的时间和地点，被告一直与原告认识的这位男性通奸。通奸并没有经过原告的同意、纵容、默契或承诺。"法官丹尼尔选择惩罚女方的方式在当时非常流行：禁止她再婚。华盛顿大学法学院卡恩教授解释上世纪的处罚：**"这在当时是一个常识：你已经在婚姻中犯了过错，再婚不能保证不会再犯。"**

过去即异国。宾夕法尼亚州于 1973 年废除通奸罪，近年来还有西弗吉尼亚州(2010 年)、科罗拉多州(2013 年)、新罕布什尔州(2014 年)效仿。如今的美国，尚有 21 个州保留通奸罪，但现实当中多备而不用，成为具文。

谁人不知，美国性方面的古老法律很多已经过时。比如在密西根州，同一个未结婚的女人发生性关系是违法的；在弗吉尼亚州，婚前性行为违法；而在佐治亚州，禁止购买自慰用的震荡按摩器等。

通奸除罪，并不等于没有任何严重后果。2012 年，美国中情局局长彼得雷乌斯因婚外情曝光而辞职。担任过美军中央司令部司令、驻阿富汗美军司令的彼得雷乌斯，官拜四星上将，一度被视为美国总统的可能人选，前程似锦。这么一个美国英雄最终却栽在婚外情丑闻上，让人扼腕叹息。

美国《军事审判统一法典》第 134 条规定：**“通奸无疑是不可接受的行为，它将在军人的服役履历上留下不良记录。”**包括强制退伍、没收全部工资和津贴乃至一年徒刑。耶鲁大学军事法学者尤金说：**“领取工资的退休正规军人，终生受到《军事审判统一法典》的约束。”**

值得注意的是，在彼得雷乌斯居住的弗吉尼亚州，通奸是违法的，但他并未遭到任何刑事起诉。现在的美国社会，只从道德层面加以声讨谴责这些违背婚姻义务的过错人，通奸在很多州是配偶可以提出离婚的法定理由，法官往往在离婚诉讼中，对孩子抚养权、离婚抚养费和离婚财产分配，作出对无过错方更为有利的民事判决。

“没有人会因为通奸坐牢。”加州大学伯克利分校法学教授穆雷认为，一些州至今把通奸定罪的意义在于告诉人们，通奸是耻辱和严重违背社会道德价值的，把这类犯罪的定义保留在法典里，主要是作为社会道德舆论的导向而已，并无实际执行的可能和必要。2012 年《纽约时报》指出：**“通奸罪之所以仍然存在的原因之一，是因为想要把它从州法中废除必须要有政客主动提出，只是很少有人愿意这样做而已。”**

1947 年日本废止通奸罪，1979 年通奸罪从中国刑法中消失，2015 年韩国宪法法院废除通奸罪。数据会说话，生活在 21 世纪，一个“性行为不再限定于婚姻内”的时代，通奸罪早已过时。

“外嫁女”不享补贴?检方抗诉维护其合法权益

2016-8-26 正义网-检察日报

正义网讯(记者李轩甫 通讯员吴淑骁)“感谢检察院为我们百姓做主,是你们维护了我们‘外嫁女’及儿女的合法权益!”近日,杨梅等人带着锦旗来到海口市检察院,一再表示感谢。

杨梅等 11 人是海口市秀英区长流镇会南村委会富教村民小组的村民。2014 年 1 月,富教村民小组制定“租赁款预支方案”,预支金额为每人 4000 元。后来村民小组又制定“土地征地款预支方案”,预支金额为每人 5 万元。但是这些预支方案并没有将“外嫁女”纳入到补贴人员的范围。富教村民小组以杨梅等人属“外嫁女”及款项是预支款为由,不同意给杨梅等人分配。杨梅等人多次与会南村委会富教村民小组交涉无果,最终向法院提起民事诉讼。

2014 年 6 月,海口市秀英区法院经审理认为,杨梅等人户籍所在地为海口市秀英区长流镇富教村,系农业家庭户口。杨梅等“外嫁女”在嫁入地并没有分到承包地和任何征地补偿款。在征地补偿款安置方案确定时,杨梅等“外嫁女”婚后户籍仍在富教村,在嫁入地亦未分配土地或土地补偿款,可以认定其具有富教村集体经济组织成员资格,随他们生活的未成年人,应认定具有集体经济组织成员资格,遂作出一审民事判决,判决支持杨梅等人诉求。

富教村民小组不服提出上诉,2014 年 11 月海口市中级法院经审理认为,对于仅户口登记在集体经济组织,但不在集体经济组织实际生产、生活的,应当认定其不具有集体经济组织成员资格。按照我国农村风俗,女性出嫁即随丈夫生活,杨梅等人的证据不足以证明其仍在富教村生产生活,认定杨梅等 11 名“外嫁女”不具有富教村民小组集体经济组织成员资格,遂撤销一审判决。

接到二审判决书后,杨梅等 11 人向海口市中级法院申请再审,但被法院驳回。无奈之下,杨梅等人来到海口市检察院申请民事诉讼监督。海口市检察院经审查认为,该案的争议点在于对农村集体经济组织成员资格的认定。

根据有关法规的规定,认定集体经济组织成员的关键是征地补偿安置方案确定时是否以本集体经济组织的土地为基本生活保障,其次才考虑是否有户籍以及较为固定的生产、生活,且生产、生活的标准只要求较为固定,并非绝对固定,是一项兼顾的标准,并非基本标准。

土地是农民最基本的生活保障,虽然有短暂性的外出务工以及缴纳城镇医疗、养老保险,但这并不等于她们已被纳入城镇居民社会保障体系。外嫁女的户口没有随迁,也未在嫁往的村取得承包地,仍是富教村村民,二审判决认定缺乏证据佐证,适用法律错误。据此,海口市检察院依法提请海南省检察院对此案抗诉,并得到支持。2016 年 4 月,海南省检察院依法向海南省高级法院提出抗诉。

海南省高级法院再审认定,杨梅等 11 名“外嫁女”及未成年子女具有富教村民小组成员资格,2016 年 7 月,海南省高级法院撤销海口市中级法院二审判决,维持海口市秀英区法院一审判决,判决村民小组向杨梅等 11 人支付土地租赁款和征地补偿款合计 59.4 万元。

“天价彩礼”为哪般？

2016-08-26 中国民商法律网 林福申

进入经济转型期以来，我国农村“天价彩礼”现象屡见不鲜，彩礼返还问题层出不穷。对此，2003 年最高人民法院出台《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》用于解决彩礼纠纷，但由于制度设计较为粗糙，并未产生预期的社会效果。因此，在结合《央视调查农村天价彩礼》等专题报道的基础上，对我国“天价彩礼”现象进行体系化思考多有裨益。

“爷爷娶奶奶用了半斗米；爸爸娶妈妈用了半头猪；我娶媳妇却用了爹娘半条命。”这是今天众多即将步入或者刚刚步入婚姻殿堂的年轻人的真心感慨。面对不断飙升的彩礼，返璞归真、回归感情的呼声不断增强，法律是否应予规制也渐渐成为讨论的热点。

一飞涨的彩礼，无奈的现实

彩礼，一般是指男女订婚或结婚时，由男方给付女方或女方家一定数额的金钱或实物，作为婚约或婚姻成立的

程序和标志。彩礼产生于中国古代实行的聘娶婚制，最早可以追溯到周代“六礼”中的纳征或称纳币环节，是婚姻有效缔结的必经程序，并随着中国奴隶社会、封建社会的发展得到不断强化，一直沿袭到清朝末年，甚至在解放前国民党政府旧法中还规定：“订婚或结婚须有媒妁之婚书或收受聘财方为合法有效。”基于对中国几千年男女婚姻关系从本质上讲“是撇开双方本人的黑市交易和以物易物交换”的深刻认识，新中国建立后，传统的包办婚姻、买卖婚姻为法律所禁止，边区政府在根据地倡导的婚姻自由原则也在 1950 年《婚姻法》中被明确规定下来。至此，公开或变相的、带有买卖婚性质的彩礼聘金或聘礼逐步销声匿迹，但受风俗习惯的影响，民间带有赠与性质的彩礼却有愈演愈烈的倾向。

随着时代的发展，我国彩礼已经从 80 年代的“四大件儿”变成现在听起来更为专业的“穿金带银、一动不动、三斤三两，万紫千红一点绿”的标配了，甚至在婚介市场上，相亲者会依据学历、身高、长相、家庭状况等条件，为对方“分等按级”、“明码标价”，将婚恋作为敛财的工具，将子女作为交换的客体。价格飙涨的彩礼，反映的是受旧社会制度习惯感染的婚姻当事人及其亲属们的“贪图某些眼前小利”，造成的是：剩男“望女兴叹”、剩女苦不堪言，甚至为了娶妻倾家荡产、为了要钱痛失良缘的可悲局面。

面对农村彩礼价格满天飞的社会现实，我们不禁发出：“天价彩礼何时休”的感叹，法律是社会正义的守护神，更是社会风俗的风向标，或许建构性的法律无力扭转民族性的习惯，但其背靠国家权力、内含公正灵魂而展露出的与生俱来的渗透力与影响力，势必拥有移风易俗的巨大力量。因此，要想刹住“天价彩礼”之风气绝对离不开法律的支持，但彩礼应“存”应“废”在学界尚未达成一致的结论。

二彩礼是“存”是“废”

1、彩礼具有合理性

一些学者主张：现代意义上的彩礼，虽源于聘娶婚制，但其精神内核、制度运作已经“脱胎换骨”，应当作为一项延续至今的悠久历史文化传统加以保护，至少是不加或者少加干预，单纯贴上意识形态的标签而“口诛笔伐”是不妥当的。并且，彩礼习惯并未随经济发展、社会转型、婚恋观念的变化而消失，反而在当今社会——无论是偏僻边远的农村还是发达开放的城市——为人们约定俗成地遵守着，足看出其旺盛的生命力。因此，彩礼之于中国现代社会仍具有合理性。

（1）代际财富转移

在旧中国，基于“尊尊亲亲”、男尊女卑等制度基础，彩礼是出嫁女的身价钱。一方面，子女是父母的，婚姻主婚权由父母等尊长享有，父亲在择偶、成亲上起实质性的作用。另一方面，由于婚后女儿的法律与社会关系全部跟随夫家，与娘家实际上仅有感情联络而无赡养、抚养的义务，因此，彩礼归出嫁女父母所有和支配实为对劳动力丧失的偿付与养老的补充和保证。在此制度设计下，“女家嫁女必收聘财，反映出一种礼仪形式掩盖下的交换关系，即男家出了聘财换回了儿媳，女家收受了聘财嫁出去了女儿”。

而在当今社会，婚姻自由、男女平等的原则早已以法律形式固定下来，对父母的赡养义务也并不会因为结婚而消失，彩礼原有的交换性质不复存在。由于思想制度的转变，彩礼的归属从原本归女方父母逐步转变为归女方自己或归小家庭：或是用于购置新婚用品、举办婚姻庆典、蜜月旅行等支出，或是储存下来，以备小家庭未来的开销。可见，彩礼很大程度上不再是两个家族之间的交易，而已然演变为父辈给予子辈的馈赠。

（2）仪式性重于实质性

由于在经济补偿方面功能的退化，赠送彩礼的风俗成为确定男女恋爱关系，并设想未来成立婚姻关系的象征，其仪式地位也体现在彩礼相互流向的社会趋势上，即不再必然是从男方转移至女方，女方及其家长向男方赠送彩礼的情况同样屡见不鲜。

有的学者尝试从法律经济学的视角为彩礼寻找合理的依据，认为彩礼习惯是现代社会的信号传递机制：“彩礼直接反映了男方的家庭经济情况，或者间接测度了男方创造财富的能力”，作为赠与人的男方通过彩礼表明“赠与人愿意负担成本——既包括金钱成本又包括时间成本……赠与人是富有的，因此将能够供养得起受赠人”，同时，“女方在接受彩礼之后，往往通过‘回礼’的方式进行信息传递”。彩礼在反映双方家庭经济状况信号之外，赠送彩礼往往通过公开的订婚或结婚活动来进行，双方邀请亲属、朋友等熟人到场见证其婚恋关系，这种仪式安排实际上要求当事人双方以各自社会声誉为担保，降低悔婚的可能性，更有利于婚前准备的顺利开展，这一点在更具熟人社会特点的农村体现得更为明显。故而有学者评论称：“今天，人们更加看重的，不是彩礼的经济价值的多寡，而是彩礼所包含的丰富的内涵及它们所代表的意义。”

以上便是彩礼合理的主要依据，另有部分学者从经济学、功能主义、文化、民俗学等不同领域加以说明论证，但究其本质，均能划归上述财富转移与仪式象征这两点之中。

2、彩礼不具有合理性

从众多媒体报道、社会调查中不难看出：自 50 年代以来，越来越沉重的彩礼飞涨可以主要归结为以下三方面原因：

（1）男方家庭的传统观点

在中国广大农村，以传宗接代为核心的农民本体性价值转变得非常缓慢，这种地方性共识促使父母自儿子出生之日起就要为其将来娶妻生子操心劳神，只有当为儿子操办完婚姻大事、看到孙子呱呱落地，才算尽到绵延家族的责任与义务。在这种儿子的婚姻费用是绝大多数农村父母的一项刚性支出的前提下，贫困家庭在沉重的经济负担和精神压力下不胜负荷，一方面这是由于长期挣扎于入不敷出、寅吃卯粮困境中的家庭很难存有积蓄，不堪彩礼支付之苦；另一方面，“改革开放以后，以经济建设为中心，青年人择偶越来越注重对方的收入、住房以及与之相关的学历、职业和工作能力状况”，在这样的婚姻市场中，其他择偶因素上的劣势地位迫使劣势男性呈送数额巨大的彩礼，这对于贫困家庭来说无疑是雪上加霜。

（2）女方家庭的“待价而沽”

在人口结构上，由于出生性别比例和长期重男轻女的影响，农村中女性短缺的问题逐渐显化，加上现代化的不断推进，人口流动加速，农民工进城务工现象普遍，农村适婚女性人口大量降低，这使得婚姻市场上女性处于“供不应求”的状态，男性要想获得婚姻资源“就需要付出更多的经济的或社会政治的代价，彩礼便是其中的一种，甚至是最重要的一种。”

面对天价彩礼的问题，仅指责女方“无度索取”、漫天要价并不合适，因为“单从道义的角度讲，女方家长不会忍心向未来的女婿索要巨额彩礼而使女儿的婚后生活举步维艰”，但身处低收入农户家庭中的未婚妻子很可能尚有多位未婚兄弟，为了准备男孩婚姻开支，女方父母不得不寄希望于女儿婚姻带来的高额彩礼。故此，天价支出实际上“传染”到了待嫁的女儿身上。

（3）双方家庭的攀比与面子

在农村较为封闭的竞争环境中，普遍认为彩礼是女儿身价的体现，彩礼高，说明女儿嫁得好，父母也感到脸上有光。在激烈的面子竞争中，村民相互攀比，女方“要价”越来越高，使得“彩礼进入了一个无限恶性竞争的怪圈”。

反观男方家庭，身处婚姻压力不断加大的社会氛围中，父母往往会因为婚姻费用的不足、娶不到好媳妇而对儿子心生愧疚，而日益拉大的农村婚龄男性经济实力差距更是为彩礼金额的飞速上涨“推波助澜”。“在传统乡土社会里，大部分农民的通婚半径都是在 5 公里之内”，相似的地理环境、民俗习惯、经济状况，使得处于经济劣势的男性与平均水平相差不大，但在打工潮席卷中国农村，传统通婚圈被打破，全国婚姻市场形成的今天，富裕地区的彩礼水平急速拉升了农村婚姻成本，这使得农村男性家庭不得不付出更多来“紧跟潮流”。

综合考察上述原因，高额彩礼毫无益处也并不合理。

回过头来细究上面总结出的彩礼合理的两点原因，不难发现：无论是经济上还是文化上，彩礼无需法律规制的理由都很脆弱。

从财富转移上讲，父母支持子女成婚固然无可非议，但支付天价彩礼费实为对给予方（大多为男方父母）的剥削，即使彩礼最终归属年轻家庭，同样会助长年轻人依赖父母的惰性，有些子女为了追求独立、幸福的婚后生活甚至合谋向家长索取更多财富，正如《南方周末》评论的那样：“成家就是换个方式啃老”。在高昂的彩礼面前，农村父母为了给儿子结婚倾家荡产、负债累累的案例不在少数。可见，在经济发展的社会大潮中，彩礼容易异化为女方家向男方家或子女向父母索要巨额财富的手段。

从仪式象征上讲，我国结婚的形式要件为登记而非仪式婚，通过举办订婚仪式、公开赠送彩礼以达到约束对方婚前行为、降低悔婚几率的目的，这与结婚自由的法律精神背道而驰，婚约的有效并无法律上的约束力，没有双方信任基础的彩礼赠与反而增加了财产处分的风险。农村生活逐步从熟人社会过渡到陌生人社会，年轻夫妇逐渐从家族依赖转变为独立家庭，利用声誉“担保”双方结婚目的、利用金钱一窥对方经济实力，这样的彩礼仪式功能注定会在社会发展的主流中被淘汰。

退一步讲，彩礼的互信互赠作为民间习俗在农村一些地方被人们视为传统并普遍遵循，这种行为无可厚非，将其简单地划归陈规陋习加以批判未免过激。随着农村婚恋观念愈加开放和自由，利用社会手段疏通、引导，相信彩礼与婚姻的特殊联系会愈发稀薄。但是，当今严重异化、日趋恶化的高额彩礼现象，早已超出公序良俗原则的容忍范围，直逼“绝对不能就人身签订契约”等社会底线。面对我国男女比例严重失调、生育率过低的人口“新常态”、人口老龄化加剧、农村贫富差距拉大等严峻形势，亟需刹住天价彩礼这辆“濒临失控”的高速列车，而要想抑制彩礼风气，移走横亘在乡村爱情面前的彩礼大山，法律规范才是根本手段。

三给予彩礼是何性质

规范彩礼问题，首先要明确给付彩礼的法律性质。

《婚姻法司法解释（二）》第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

（一）双方未办理结婚登记手续的；

（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；

（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”

在此基础上，结合我国《合同法》，学界对给付彩礼性质提出了赠与说、附条件赠与说、附义务赠与说、定金说、从契约说等不同学说，其中，附条件赠与说获得了最高人民法院的支持并成为学界认可的主流，其背后的法律基础为合同法第 45 条中的附解除条件的合同。当解除条件成就时，赠与合同自动失效，获利一方对彩礼的占有无法律上的依据，因此赠与方有权请求返还。

四

彩礼如何返还

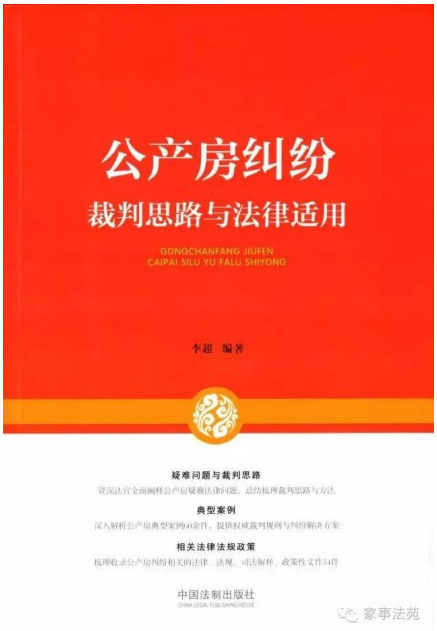
经过上述讨论，学界暂时就给予彩礼是一种附条件的赠与达成一致，此时需要考虑的问题集中于：当婚约解除或夫妻离婚时，已经交付的彩礼应如何返还？对此，2003 年颁布的《婚姻法司法解释（二）》第十条给出了初步的解决方案。虽然解释的出台为司法实践中大量存在的彩礼返还纠纷提供了统一的解决模式，但不得不说，现有规定较为粗糙、模糊，如：诉讼主体不明，彩礼范围不清，当事人过错、彩礼用途、接受彩礼一方的家庭经济状况、女方怀孕、流产、生育等因素并未进入彩礼返还时的考察范围。因此，为了解决如今我国彩礼飞涨、天价彩礼屡见不鲜的问题，现有规定亟需进行修改完善。

（七）公证专题

十、新书资讯

【新书】《公产房纠纷裁判思路与法律适用》

2016 年 4 月 1 日　第 1 版 中国法制出版社　李超编著



基本信息

出版社：中国法制出版社；第 1 版（2016 年 4 月 1 日）

平装：489 页

语种：　简体中文

开本：16

ISBN：9787509374597，7509374596

条形码：9787509374597

商品尺寸：24.8 x 17 x 2.6 cm

商品重量：862 g

品牌：中国法制出版社

ASIN：B01GJFNSOO

《公产房纠纷裁判思路与法律适用》通过疑难问题与裁判思路、典型案例、相关法律法规及政策三方面，具体阐释公产房在权属确认与保护、租赁、转让、继承、离婚、拆迁安置等方面的裁判思路与法律适用，为纠纷当事人及法律工作者防范风险、处理疑难问题，提供全面实用的法律指引。

编辑推荐

《公产房纠纷裁判思路与法律适用》由李超编著，中国法制出版社出版。

作者简介

李超，法律硕士，天津市高级人民法院法官。曾任天津市和平区人民法院、天津市滨海新区人民法院法官。民盟成员，民盟天津市委社会发展委员会委员。民盟天津市和平区委委员，天津市和平区政协委员。在《民商法论丛》、《人民司法》、《法律适用》、《月旦民商法》等期刊公开发表论文 20 余篇。参加多项省部级以上课题，主要有：国家和社会科学基金项目《公司新类型出资的实证考察与制度完善研究》(13BFX096)、教育部人文社会科学基金项目《民事政策的法源性研究》(11YJA820055)等。主要研究方向为民法学，代表性学术成果有：《侵权法上的防御性请求权研究》，载《法学新论》(台湾地区)2012 年第 4 期；《履行请求权之界限与给付不能》，载《月旦民商法杂志》(台湾地区)2010 年第 1 期；《物之毁损的恢复原状与金钱赔偿——多种侵权责任方式下的解释论》，载《法律适用》2012 年第 2 期；《建筑物区分所有权法案例分析》(主编)，对外经济贸易大学出版社 2009 年版。

目录

第一部分疑难问题与裁判思路
一、公产房的概念与特征
二、公产房“使用权”的法律性质
三、处理公产房纠纷的基本原则
四、婚姻家庭案件中的公产房承租问题
五、公产房承租权的继承问题
六、转让公产房承租权合同效力
七、已购公房上市交易问题
八、“央产房”上市交易问题
九、拆迁安置中的公产房问题
十、公产房纠纷中的“腾房”问题
第二部分典型案例
一、婚姻家庭、继承纠纷
1. 折价分割
2. 房屋分割原则
3. 暂时居住
4. 征求管理单位意见
5. 夫妻共同财产
6. 财产约定
7. 承租权与户籍
8. 同等保护
9. 拆迁款的分割
10. 权属确认顺序
11. 工龄折算
12. 承租权归属确认
13. 遗嘱继承
14. 共同共有
15. 遗产范围
16. 工龄利益
二、公产房租赁合同纠纷
17. 租赁合同的区分
18. 租赁价格
19. 承租凭证
20. 合同解除
21. 租赁合同效力
22. 文物保护
三、公产房买卖（置换）合同纠纷
23. 擅自拆改的责任
24. 家庭成员的同意
25. 承租权转让条件
26. 善意取得
27. 转让合同的效力

28. 抵押条款
29. 过户手续与合同履行
30. 违约金
31. 居间义务
32. 央产房买卖的条件
33. 赔偿损失
34. 信赖利益
35. 购买产权
36. 出售公产房的特别约定
37. 部分产权
四、权属确认与保护纠纷
38. 承租权人变更案件的受理
39. 转让承租权案件的受理
40. “企业产”承租人的变更
41. 返还房屋
42. 占住费用
43. 承租人权利的保护
44. 居住权
45. 腾退房屋的条件
46. 原始调配对象的权益
47. 相邻通风、采光和日照妨害
48. 第三人参加诉讼
49. 承租权过户手续
50. 产权购买与服务年限
51. 换房纠纷
52. “文革产”的保护
五、公产房拆迁安置纠纷
53. 拆迁时承租人利益的保护
54. 承租人的拆迁安置
55. 拆迁利益的分割
56. 承租权转让无效与拆迁利益
57. 拆迁安置补偿协议的签约主体
……
第三部分相关法律、法规及政策

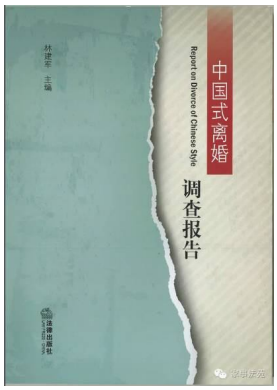
文摘

2. 根据《天津市关于加强公产住房租赁过户、调换、置换管理的若干意见》第 1 条第 1 款中住房租赁过户条件的规定：“承租人死亡或户口迁出本市，其同居一处、共同生活同户籍两年以上的家庭成员，可以申请住房租赁过户。住房租赁过户按其家庭成员中配偶、子女、其他亲属的顺序，并征得家庭成员同意后方可办理。”本案中张×甲于 2008 年 4 月死亡，同年 5 月 19 日张×将户籍迁入讼争房屋，显然张×入住讼争房屋不符合上述规定也未争得其他家庭成员的同意。而王××虽将户籍迁出，但 1997 年 10 月建国道××号平房拆迁时，张×甲亦迁至南开区鞍山西道××里××号独单，与妻、女四人共同生活，符合上述规定的承租人承租条件。而河北区人民法院（2010）北民重字第 1 号民事判决，适用《中华人民共和国民法通则》第 5 条，认定张×甲、张×之间的承租行为有效，显然适用法律错误，应予纠正。

人王××称，其诉讼请求及依据的事实和理由与一审一致，请求法院判令：第一，诉争房屋由王××承租；第二，确认张×和第三人天津市××房产公司租赁合同无效；第三，诉讼费由张×承担。被申诉人张×称，其答辩意见及所依据的事实和理由与一审相同，请求法院驳回王××诉讼请求。再审第三人天津市××房产公司表示，我单位只是根据拆迁部门下达的房屋分配通知单来订立房屋租赁合同的，在此之前的事情我方不清楚，讼争房屋具体由谁承租我们服从法院判决，但法院不能将房屋承租人变更至已故的张×甲名下。

《中国式离婚调查报告》

《中国式离婚调查报告》（林建军主编，法律出版社，2016 年 7 月第 1 版）



责任编辑 / 陈慧
装帧设计 / 凌点工作室
出版 / 法律出版社
总发行 / 中国法律图书有限公司
印刷 / 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
编辑统筹 / 法律教育出版分社
经销 / 新华书店
责任印制 / 沙磊
开本 / 720 毫米×960 毫米 1 / 16
版本 / 2016 年 7 月第 1 版
印张 / 13.5 字数 / 220 千
印次 / 2016 年 7 月第 1 次印刷

林建军主编

林建军， 中华女子学院法学院教授、中华女子学院中国妇女人权研究中心执行主任。兼任中国法学会婚姻法学研究会副秘书长、中国婚姻家庭研究会副秘书长等职。2010-2013 年曾任北京市海淀区人民法院副院长（挂职）。

长期从事妇女法、婚姻家庭继承法研究，出版《妇女法基本问题研究》等学术专著两部，主编（副主编）学术著作二十余部：在《中国法学》、《法学杂志》、《妇女研究论丛》等刊物发表论文三十余篇；主持和参与科研课题近二十项，其中主持国家社会科学基金课题一项，参与国家社会科学基金重大项目两项、国家社会科学基金课题一项。

发表的学术论文和所著专著先后荣获中国法学会婚姻法学研究会优秀科研成果论文类一等奖、专著类一等奖，第三届中国妇女研究奖论文类一等奖、第二届中国妇女研究奖专著类三等奖等奖项。

本书是以北京市某区人民法院 2000-2010 年十年间 1000 份离婚诉讼判决书为样本，通过实证考察与学理分析，对我国婚姻解体的整体状况与《婚姻法》及相关司法解释适用状况进行全景展示的法学力作，设“离婚调查报告”与“离婚案例精析”两部分。书中数据翔实，图表直观，阐释明晰，所涉论题极具现实意义。对研习婚姻法的法学读者、对我国离婚状况感兴趣的社会学读者，以及对大众读者，本书均可从不同视角与不同层丽提供有价僚的阅读体验与收获。

导言

近年来，我国工业化、城市化进程发展迅速，社会经济、文化等多种因素交织，给婚姻家庭带来了一定冲击：婚姻凝聚力减弱、破裂家庭增多、两性关系放任、公民财产种类增加、价值及变动性增大等。这些都直接或间接折射到审判实务中，在司法窗口集中反映出来。但长期以来，我国离婚立法的理论研究缺乏与离婚审判实务的密切互动，较少从审判实务这一维度对离婚立法适用情况加以系统梳理分析：一方面实证调研不够，缺乏离婚案件的实证调研数据支撑；另一方面从审判实务中探寻立法问题不够，将审判实务中的问题做问题化的处理并加以研究分析上升为学术理论不够。

本书以司法裁判结果为取向，从北京市某基层法院随机抽取 2001-2010 年每年 100 件十年总计 1000 件离婚判决书，以此作为样本逐一进行统计分析研究。本书样本量较多，时间跨度大，涉及的指标全面，对离婚判决书的统计分析涉及离婚率、离婚案件程序适用、离婚当事人情况、共同财产情况、子女情况、子女抚养归属抚养费、离婚原因、离婚救济制度、涉外离婚案件等近 40 项指标，呈现的问题具有代表性。

之所以选择法院离婚判决书作为研究样本对离婚立法的适用状况进行实证考察，是因为判决书作为法院依法解决夫妻离婚的书面处理决定，承载着适用法律、解决冲突、宣示正义的重要功能，是法院适用离婚法律规范的权威载体，也是解读离婚法律规范适用状况的重要窗口。

本书置身于司法，将千份离婚判决的实证调查分析作为重要的事实前提，从中获知法律适用的真实图像，依据实证调研数据解读、评析我国的离婚立法，从中透视分析审判实务中呈现出的立法问题，探究外部社会变迁对离婚的影响，提出构建我国离婚立法的构想，并进一步将经验事实提炼总结为学术理论。

目　录

第一部分“中国式离婚”调查报告 / 1
第一篇　考察：离婚案件之时代背景 / 3
第二篇　描述：离婚案件之实证调查/22
第三篇　检审：离婚案件之法律适用评析/87
第四篇　修正：离婚立法之前瞻/140
第二部分“中国式离婚”案例/155
一、石某某诉张某某子女探望权纠纷案/157
二、李某某诉郜某某离婚损害赔偿纠纷案/164
三、原告韩某诉被告刘某某确认亲子关系纠纷案/172
四、原告周某某诉被告刘某某离婚后财产分割纠纷案/179
五、李某某诉杨某某离婚后财产纠纷一案（涉新类型财产）/189
六、宋某某诉白某某离婚纠纷一案（经济帮助）/194
七、张某某诉李某某离婚纠纷一案（抚养）/201

《家事审判理论与实践》

广西高级人民法院民事审判第一庭编著，法律出版社，2016 年 6 月 1 日第 1 版

家事审判是民事审判的基础与支柱，审理好婚姻家庭案件对于弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，具有重要意义。

广西各级法院、妇联积极探索妇女儿童维权岗工作新模式，在广西法院系统开展以维护妇女儿童合法权益为核心，以司法审判为主要阵地的妇女儿童维权岗创建工作。

基本信息
出版社: 法律出版社; 第 1 版 (2016 年 6 月 1 日)
外文书名: The Theory and Practice of Trial on Family Law
丛书名: 广西审判实践与研究丛书
平装: 515 页
语种： 简体中文
开本: 16
ISBN: 7511895468, 9787511895462
条形码: 9787511895462
商品尺寸: 22.8 x 16.4 x 3 cm
商品重量: 762 g
品牌: 中国法律出版社
ASIN: B01HR956XM

编辑推荐

《家事审判理论与实践》由法律出版社出版。

目录

一、家事审判总论
1.关于构建与完善家事审判机制的实证研究——以 G 市基层法院为切入点
2.专门化视角下的家事审判机构之重购
3.构建我国家事纠纷调解制度之探索
4.家事专业化审判的改革考量
5.论婚姻家事案件专业化审判
6.如何在“妇女儿童维权岗”审判工作中发挥妇联组织的作用
二、离婚案件审理
1.离婚损害赔偿制度中农村离异妇女权益保护的反思——以儒家传统婚姻家庭文化的影响为研究视角
2.困境与重构：论我国夫妻共同债务认定规则——以平衡交易安全与夫妻合法权益为切入点
3.离婚案件中当事人过错责任的确认及承担

4. 事实婚姻与非法同居关系辨析
5. 论同居关系中女性权益的保护
6. 离婚损害赔偿制度的不足与完善
7. 浅议离婚纠纷案件执行工作中如何维护妇女儿童权益
8. 浅析离婚案件中“婚前按揭房产”的归属及其分割
9. 离婚案件中的妇女权益保护问题研究
10. 个人财产保护对婚姻家庭和谐稳定的影响——对《婚姻法解释（三）》第 10 条的质疑

三、农嫁女权益保护

1. 论农村出嫁妇女土地承包经营权保护现状和完善途径
2. 论农村集体经济组织成员资格认定的困境和出路——以农村妇女土地补偿款分配纠纷为视角
3. 妇女土地权益案件的受理与审判
4. 在歧视的破解中寻求保护——以完善农村妇女土地权利保障为视角
5. 婚姻纠纷案件中妇女土地权益的保护——以天峨县法院近 3 年受理案件为例

四、反家庭暴力

1. 对家暴零容忍——在家暴案件中维护妇女儿童合法权益
2. 对家暴说不——在家暴案件中维护妇女儿童合法权益
3. 家暴案件中妇女权益的救济困境及应对
4. 浅淡家暴案件中妇女儿童的合法维权
5. 试论在家庭暴力中妇女儿童权益的维护
6. 尽力在家庭暴力案件中维护妇女儿童的合法权益
7. 涉及家庭暴力离婚案件举证难问题研究
8. 同在一片蓝天下——对如何规范农村家庭暴力司法介入的探讨
9. 妇联组织联动法院做好预防和制止家庭暴力工作思考

五、未成年人权益保护

1. 农村留守儿童合法权益法律保护问题研究——以苍梧县人民法院农村留守儿童案件审判为视角
2. 农村留守儿童监护缺失的法律问题研究
3. 农村留守儿童法律权益保护的现状及对策分析
4. 论我国未成年人民事审判机制的完善
5. 未成年人司法保护问题研究
6. 农村留守女童的现状分析与保护措施探究
7. 论留守儿童父母的监管责任
8. 从来信来访中维护妇女儿童合法权益——以浦北县妇联为例

六、未成年人刑事审判

1. 浅析未成年人转向制度
2. 未成年人犯罪特殊累犯研究——以社会秩序与未成年人保护利益平衡为视角
3. 浅谈未成年人犯罪的特点、成因及对策
4. 未成年人犯罪新闻报道中隐私权的保护问题
5. 论未成年人犯罪的成因及预防
6. 预防未成年犯重新犯罪实务探析——以容县人民法院未成年案为脉络
7. 有效辩护在未成年人刑事裁判中的适用
8. 未成年人社会调查制度的运用与完善
9. 性侵未成年人犯罪案件的特点、原因及预防对策——关于大新县检察院近三年办理性侵案件的调查
10. 如何发挥妇联组织在涉及未成年人案件审判中作用对合适成年人制度研究——以灵山县人民法院少年审判为例

七、调研报告

1. 广西法院家事审判调研报告
2. 关于在审理承包地征收补偿费用分配纠纷案件中维护妇女权益的调研报告
3. 广西女性犯罪情况调查研究
4. 关于民事审判中婚姻家庭纠纷妇女维权问题的调研报告
5. 灌阳县人民法院婚姻家事案件审理的现状与对策
6. 建立跨区域未成年人刑事案件审前社会调查制度的调研报告
7. 关于预防性侵未成年人犯罪的调查报告——以 G 省（区）N 市 J 法院的数据为蓝本

8.关于女性犯罪的调查与研究
9.发挥妇联组织优势积极推动《中华人民共和国妇女权益保障法》贯彻实施调研报告
10.乡镇妇联协助法院开展调解工作面临的困境及其对策建议
11.南宁市妇女儿童权益法治保障分析报告
12.南宁市妇女儿童维权岗创建工作实践与思考——以法院创岗经验为视角
13.武宣县妇联充分发挥妇联组织在涉及妇女儿童审判中作用的调研报告

序言

序

“家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风。”这是习近平总书记 2015 年 2 月 17 日在中共中央、国务院举行的 2015 年春节团拜会上讲的一段话。

家事审判是民事审判的基础与支柱，审理好婚姻家庭案件对于弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，具有重要意义。随着我国经济社会发展进入新常态，家庭伦理关系中的新情况、新问题不断显现，家事案件的类型日益多样化，矛盾化解难度日益加大，人民群众对家事审判发挥权益保障、情感治愈等职能的期待越来越高，新时期人民法院维护社会和谐稳定、参与创新和加强社会治理的任务越来越艰巨。探索家事审判规律，开展家事审判方式改革，从制度上为家事审判改革提供保障，提升家事审判的质量与水平势在必行。

自 2011 年以来，广西各级法院、妇联积极探索妇女儿童维权岗工作新模式，在广西法院系统开展以维护妇女儿童合法权益为核心，以司法审判为主要阵地的妇女儿童维权岗创建工作，着力打造具有民族边疆地区特色和亮点的“广西法院妇女儿童维权岗”这一妇女儿童维权公益品牌，为妇女儿童撑起了一把把庄严而不失温情的保护伞。近几年来，广西各级法院共创设了 400 多个“妇女儿童维权岗”，形成覆盖广西绝大部分行政区域，且延伸至基层人民法庭的三级维权网络，依法维护了广大妇女儿童人身财产权益。2015 年 8 月，广西高级法院又下文将南宁市江南区人民法院等十家基层人民法院作为家事审判改革试点单位，要求试点法院依托现有的妇女儿童维权岗平台推进家事审判改革，积极探索建立家事法官与妇联、人民调解等群团组织紧密合作的多元化纠纷解决机制。广西的家事审判改革工作得到最高人民法院的肯定和社会各方赞誉。

2015 年 4 月，经广西法院“妇女儿童维权岗”创建活动领导小组研究，决定在广西法院系统、妇联系统开展优秀妇女儿童维权调研报告、论文征集评选活动。经过周密部署、精心组织，共征集到调研报告、论文 130 余篇。这些调研报告、论文涉及家事审判改革、离婚案件的处理、农嫁女权益保护、反家庭暴力、未成年人权益保护及刑事审判等诸多领域，范围广、内容丰富、资料翔实。为了进一步巩固家事审判理论研究成果、表彰先进，更好地推动广西家事审判工作，广西高级法院决定将这次调研报告、论文评比获一、二、三等奖及优秀奖的 60 余篇文章集结出版。选集选题丰富，集中反映了近年来广西法院、妇联系统在家事审判及妇女儿童权益保护理论研究工作中的最新成果，必将给广西的家事审判工作带来较大的促进作用。

家和万事兴，家固天下稳。当前，司法体制改革正在向纵深推进，家事审判改革是本轮司法体制改革的重要内容，人民法院应当抓住机遇，顺势而为，锐意推进家事审判工作专业化发展。广大法官、妇联干部们在紧张的工作之余，能潜心总结，深入研究，积极探索，精神可嘉。在本书即将付梓之际，特致以热烈祝贺！

广西壮族自治区高级人民法院院长

黄克

文摘

在具体操作中，家庭暴力受害人、监护人、近亲属、警察等有权向法院申请保护令，人身保护令分为暂时保护令和通常保护令，暂时保护令由法院不经庭审快速核发，期限可以稍短，而通常保护令由法院经庭审核发，期限可以较长。根据国外的经验，人身保护令的成功之处在于将对受害人的事后救济变为事前保护，对于防控家庭暴力的发生起着良好、积极的作用，创建了国家公权力介入家庭暴力防治的新路径。同时，还应完善民事保护令的配套制度。明确公安机关作为人身安全保护裁定的执行义务机关，并明确公安机关执行人身安全保护裁定的程序和执行时间期限。另外，需要制定有关警察职责的履行与监督的制度，以进一步推进防治家庭暴力工作的开展。

（三）完善立法实现无缝对接

在立法层面上，制定防治家庭暴力专门性法律，为防治家庭暴力提供法律依据，确保遭受家庭暴力侵害的受害人能够得到充分的法律保护，是遏制家庭暴力行为发生的有效途径和良好对策，也使防治家庭暴力有法且可依。在法律中明确家庭暴力的概念、种类、主体范围、处理程序、相关部门或机构的职责及对家庭暴力的预防、惩罚和赔偿措施等，使之具有较强的操作性。在该法的条文中直接规定一些救济措施，如参照其他国家的人身保护令制度，

立足实际，引入人身保护令制度。

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

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队
顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：邓雯芬、侯晓婷
家事法苑 TM 家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑 TM 新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan
家事法苑 TM 婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com