

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

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

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

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

“家事法苑”微信公众号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（“家事法苑”团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬）



《“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>。

“家事法苑”家事法实务交流微信群

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

入群方式：为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。

为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，

请入群者先添加群管理员邓雯芬助理（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

目 录

一、婚姻家庭审判动态

- 家事审判婚姻案件庭前调查的5W2H-----2016-09-01 法官那些事 黑龙江省方正林区法院 孙才宇
- 房山法院家事审判庭建立家事调查员制度-----2016-09-05 北京法院网 郭晓欣 李倩 赵艳艳
- 全国百家法院试点家事审判改革 不再“一判了之”-----2016-09-16 法制日报 刘子阳
- 引入公证员诉前调处家庭纠纷-----2016-09-16 法制日报政法·司法 石飞 吕磊
- 全国首家“诉讼与公证对接工作室”启用“家事大数据”-----2016-09-13 律新社 陈文媛
- 妥善处置彩礼纠纷 维护农村社会稳定——江西玉山法院关于审理婚约财产纠纷案件的调研报告
-----2016-09-16 人民法院报 江西玉山法院
- 琅琊 合力调和家事纠纷-----2016-9-16 人民法院报 周瑞平 朱一村
- 全国百家法院试点家事审判改革 河南这样干-----2016-09-17 大河网(郑州)
- 驱散家暴阴霾 撑起和谐晴空-----2016-09-18 人民法院报 裴玉洁
- 家事案件审理与 中医“辨证论治”-----2016-09-27 人民法院报 高岚
- 最高法院国际司法协助研究基地揭牌-----2016-09-27 人民法院报 杜涛

二、一般审判动态

- 为立案假造合同 被识破招致处罚-----2016-09-24 人民法院报

三、立法动态

- 新规:北京无购房资格者无法单独出现在房本上-----2016-09-10 北京青年报

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

- 同床共枕二十余载 男子竟不知妻子真名 -----2016-09-23 嘉兴日报 记者张帅 通讯员秀舟

(二) 婚姻无效撤销案例

(三) 子女抚养亲子关系案例

- 法院在亲子关系诉讼中对婚生子女的推定规则-----2016-09-14 法信 最高院民一庭
- 张铁林被判赔偿私生女18年抚养费-----2016-09-20 新京报 记者刘洋
- 离婚时,人工授精而生的子女应如何对待?-----2016-09-20 裁判要旨通纂 王林清 杨心忠等
- 爸爸去哪儿? 执行法官的十年追寻-----2016-09-26 宝法新媒体工作室 深圳宝安法院

(四) 财产分割案例

- 奇葩前任! 离婚后家电被判归女方, 男子竟“淘”二手货冒充-----2016-09-19 上海法治报
- 登记在一方名下的电站股份属夫妻共同财产还是个人财产? ----2016-09-22 桂林法院网 灌阳县人民法院 胡秋兰
- 指导案例66号 雷某某诉宋某某离婚纠纷案-----2016年9月19日最高人民法院审判委员会讨论通过

(五) 损害赔偿案例

- 离婚时无过错方要求“出轨”方赔偿精神损失, 法院是否支持-----2016-09-05 法信

(六) 扶养赡养案例

- 对未尽抚养义务的父母仍应履行赡养义务-----2016-09-01 人民法院报 淮安区法院 夏奕 贺同新
- 年满60周岁就可以不支付赡养费了?-----2016-09-07 江苏高院 洪泽县人民法院 张世勋 张中华
- 断绝拟制血亲关系协议无效 法院判决应承担义务-----2016-09-28 上海法治报 佳木江南

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

- 离婚协议子女作为房屋受赠人能否提起请求履行赠与条款的诉讼-----2016-06-22 九江法院网 卢金
- 经法院调解书确认赠与子女的房产能否通过执行程序获得-----2015-09-18 九江县法院 杨秀丽

(八) 恋爱同居纠纷案例

(九) 其他相关案例

- 涉外家事诉讼程序案例6则-----2016-09-08 “家事法苑”团队整理

依死者生前声明未在墓碑上雕刻子女姓名不构成侵权-----2016-09-16 指导性案例审判规则
重婚罪的追诉期限应当从重婚行为终了之日起计算-----2016-09-16 离婚大师
法院对违背社会公序良俗的民间借贷行为的认定-----2016-09-26 法信

(十) 赠与案例

有配偶者基于婚外同居将夫妻共同财产赠与第三者的行为无效-----2016-09-12 法律家
“你离婚嫁我，房子归你”-----2016-09-30 东莞市第三人民法院 广州日报

(十一) 夫妻债务案例

丈夫轻信谎言借钱被骗 法院认定不属于夫妻共同债务-----2016-09-02 人民法院报 何春晓 杨长平
丈夫瞒妻申请贷款未还 妻子为何成为共同债务人-----2016-09-05 江苏高院 苏州工业园区人民法院 长成

五、继承

(一) 继承审判动态

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

老汉起私心擅改共同遗嘱 一纸判决还老太临终遗愿-----2016-09-07 浦江天平 上海虹口法院
孤男百万遗产应归谁?-----2016-09-12 人民法院报 李自庆
家庭意外风险增多复杂继承有法可依-----2016-09-02 法制网 滨海时报 楚轩

六、房产、股权、信托

(一) 房产

执行标的系被申请人唯一住房的双方可达成执行和解协议-----2016-09-13 指导性案例审判规则
60 平米小屋归属之争上演罗生门-----2016-09-23 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员罗越

(二) 股权

有限公司内部赠股收益可作为遗产继承-----2016-09-10 指导性案例审判规则

(三) 信托

七、社会新闻、

歌手陈红母亲名下公司变更登记材料被鉴定为作假-----2016-09-06 前街一号
新婚才半年发现丈夫与前妻开房 难道原配成“小三”?-----2016-09-12 上海法治报 季张颖
昆仑万维实控人“背后的女人” 一次财产分割拿走 70 亿-----2016-09-12 每日经济新闻 记者曾剑
A 股诞生最贵离婚案: 周董慷慨解囊 75 亿-----2016-09-13 环球老虎财经
首部反家暴题材微电影《伤痕》首映-----2016-09-15 人民法院报
动迁放弃面积又后悔 姐弟结怨-----2016 年 09 月 27 上海法治报 记者金豪 通讯员张燕

八、异域资讯

美国批准《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》-----2016-09-14 华政国际私法评论
德国联邦法院: 跨境同性代孕判决承认中的公共秩序保留问题-----2016-09-17 国际私法通讯

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

法律困境与路径选择: 家庭共有财产制度再探析-----2016-09-01 华科大社科学报 池骋
法律困境与路径选择: 家庭共有财产制度再探析-----《华中科技大学学报》(社会科学版) 2016 年 04 期 池骋
司法视域下夫妻财产制的价值转向-----2016-5-10 《中国法学》2016 年 01 期 赵玉
从解释论的角度看夫妻一方财产婚后增值的归属问题-----2016-09-13 中国民商法律网 黄哲雅
对民法总则(草案)撤销监护资格条款的改进建议-----2016-09-14 人民法院报 华东政法大学 孙煜华
土地承包经营权能否继承?-----2016-09-14 中国民商法律网 张泽丰
《物权法》第 29 条是否规定了遗赠的物权效力?-----2016-09-16 中国民商法律网 陈素素
制度论争: 公证遗嘱是绝对权威吗?-----2016-09-17 中国民商法律网 张楚欣
对我国继承法特留份制度的再思考-----2016-09-23 法学中国

2016年陕西省法学会婚姻家庭法学研究会年会——暨海峡两岸家庭法热点问题研讨会预通知-----2016-08-31
小狗欢欢的继承权-----2016-09-26 民事审判与参考 范忠信
我国家事审判改革路径之探析-----《法学论坛》2016年第5期 中国政法大学 曹思婕
认真对待占有保护请求权——评《今日说法》播出的“谁是潘志心”案-----2016-09-28 吴生论法 吴光荣
17件鲁迅家书手稿归属引官司-----2016-09-29 互联网胡萝卜 郭俊

（二）法官视点

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-----2016-09-02 最高院民一庭
安徽首例“男子受家暴”获人身保护令-----2016-09-01 界首市人民法院 季守方
一出《双面胶》，逃避还是继续——记首份人身安全保护令撤销案-----2016-09-03 南京市玄武区人民法院
浅析家庭暴力中的受害者应如何收集证据-----2016-09-02 中国法院网桂林法院 覃珍华
此案法院是否应立案再审-----2016-09-06 北大法律信息网 自贡市自流井区人民法院 冯万超
家事审判的四盏指引明灯：孝、悌、恩、慈-----2016-09-07 法官那些事 黑龙江省方正林区法院 孙才宇
妻子私自堕胎侵害丈夫的生育权吗？法官这样说-----2016-09-07 人民法院报 陕西城固县法院 魏继儒 刘鹤
浅议婚约财产纠纷及对策和建议-----2016-09-08 中国法院网大通法院 肖红
死亡抚恤金不能遗嘱继承-----2016-09-08 人民法院报 重庆市綦江区人民法院 徐贤飞 刘义
离婚诉讼中婚前获得的宅基地利益的分割-----2016-09-12 九章研究所 北京市一中院 李军
分居期间一方治病的借款能否在离婚时要求对方分担-----2016-09-05 北京法院网 孙静波
夫妻约定“财产AA制”“双重效力”你需知-----2016-06-22 北京法院网 陈自喜
民间借贷纠纷中虚假陈述的认定及责任承担-----2016-09-15 中国法院网重庆涪陵法院 叶路辉 米志富
法浅析探望权和抚养权纠纷案件的执行难问题及对策——以家事审判为视角
-----2016-09-18 法润花季 上海二中院少年庭
少年法庭抚养探望类家事案件研究——基于北京法院的调查-----2015.5
家事审判调研《预防青少年犯罪研究》赵德云 刘靖靖 宋莹 陈轶等
子女不得以物权排他性对抗其应承担的法定赡养义务-----2016-09-19 重庆法院网 张登明 王倩
“假离婚”的隐患：离了就是离了 复婚或许并不容易-----2016-09-03 工人日报 北京市石景山区人民法院
婚姻关系存续期间能否要求精神损害赔偿-----2016-09-22 重庆法院网 丰都法院 黄黔川
结婚不足一年彩礼是否需要返还-----2016-09-12 湖南法院网 东安县人民法院 周建明
浅议探望权的强制执行-----2016-09-14 湖南法院网 石门县法院 谭慧
以转移户口为目婚姻关系是否必然无效？-----2016-09-22 裁判要旨通纂 王林清、杨心忠等
以夫妻共同财产出资、登记在一方名下的股权的处理思路-----2016-09-23 北京审判 北京三中院民二庭
论家事审判中当事人主义的限制和职权探知主义的适用——以两例家事纠纷案件为切入点
-----2016-09-26 重庆法院网 重庆三中院 张海瑞
论共同债权-----2016-09-22 重庆法院网 南川法院 丁瑶进
我国夫妻财产制度的缺陷与思考-----2016-09-13 渭南市
中院网 华州法院 马晓明
离婚纠纷精神损害赔偿之浅谈-----2016-09-02 全州法院 蒋艳玲
离婚协议中对房产归属的约定能否对抗法院强制执行？-----2016-09-24 庐州判官
浅析探望权和抚养权纠纷案件的执行难问题及对策——以家事审判为视角
-----2016-09-18 法润花季 上海二中院少年庭
以无性婚姻为由提起的离婚诉讼，是否可以获得法院支持？-----2016-09-27 裁判要旨通纂 王林清 杨心忠等
司法实务中对最高法院“关于适用民诉法的解释”若干条款的理解-----2016-09-28 北京审判 北京三中院民二庭
确认之诉中诉的利益及其裁判考量-----2016-09-28 重庆市第五中级人民法院 郝绍彬 刘德宝
夫妻忠诚协议能否保卫婚姻-----2016-03-22 广西法院网 柳城法院 黄茜
“人身保险金”能否作为遗产继承？-----2016-09-28 重庆法院网 城口法院 余秋江

柳城县法院分析家事案件执行工作特点并提出对策-----2016-03-30 广西法院网 柳城法院 黄汉柳
融水法院分析探视权案件执行难的原因及对策-----2016-03-30 广西法院网 融水县人民法院 戈宁

(三) 检察官视点

(四) 律师视点

中国民商事判决在境外法院的承认与执行系列之六: 台湾-----2016-09-02 国浩律师事务所 刘国林 陈卓
拳王阿里的遗产猜想-----2016-08-25 法律与生活杂志 赵宁宁
家事法非诉业务指引-----2016-09-16 高杉 LEGAL
假离婚司法救济裁判实务总结-----2016-09-14 离婚大师 广东广强律师所 吴杰臻
A股上市公司证券非交易业务大“揭秘”-----2016-09-18 家族律评 北京市中伦(上海)律师所 蓝艳
不动产所在地法并非不动产遗嘱准据法——《涉外民事关系法律适用法》对境外居民遗嘱的影响
-----2016-9-18 法客帝国 广东海埠律师事务所 黄善端
“边诉讼边抢娃”成常态, 建议完善离婚诉讼期间的“亲权”设计-----2016-09-20 浙盟二总一支 柯直
《2015年杭州离婚诉讼大数据报告》-----2016-09-21 柯直家事律师团队
两岸家庭婚姻中心案例分析——长期分居及两岸相互认可与执行民事判决-----北京盈科律所 陈建宏
离婚案件中子女抚养问题大数据分析 -----2016-09-30 家事实务 团队原创

(五) 文件选读

婚姻登记一方身份虚假中的诉讼时效问题 -----2016-09-09 中国出版社
婚姻继承判决中涉及到的北京市小客车指标如何易主? -----2016-09-13 裁判要旨通纂 王林清 杨心忠

(六) 媒体视点

女儿被爸爸“拐走”了-----2016-09-18 法制日报
女儿的控告信-----2016-09-19 经济与法
遗嘱“过堂”多无效或部分无效, 怎么办 -----2016-09-18 法制日报记者 马超
免费遗嘱库受欢迎-----2016-09-18 法制日报关注
中国超生夫妇在德获难民身份 当地华人: 孩子成居留工具-----2016-09-19 环球时报 青木
公证疑云——继承权放弃是被忽悠还是又反悔-----2016-09-13 海南特区报
如何做到不再让孩子受到二次伤害? -----2016-09-20 民主与法制杂志 记者李天琪
婚姻法又遇到新问题了-----2016-09-21 法治周末 陈霄
“国家母亲”如何才能名副其实? -----2016-09-22 民主与法制杂志 刘一尘 黄俊卿
老人将拆迁款全给孙子引争议-----2016-09-25 法制日报 记者马超
推开离婚这扇窗-----2016-09-20 法治周末 记者陈霄
八旬老人起诉要离婚 似为房屋动迁谋利益-----2016-09-21 上海法治报 记者徐荔
浙江省法学会婚姻法学研究会调研杭州女性婚姻权利-----2016-09-24 民主与法制时报 记者孔令泉
吸毒母亲 VS 继祖母, 谁能赢得少年监护权-----2016-09-26 法律与生活杂志 李飒
29省份修订计生条例 22个省份在新条例中明确社会抚养费征收标准 社会抚养费四大焦点如何变化?
-----2016-09-27 上海法治报

(七) 公证专题

许多年后, 当面对立遗嘱的黑洞洞的摄像头, 你想说什么? -----2016-08-23 遇见 PEOPLE 练情情
南京公证处遗嘱数量同比去年创新高-----2016-09-23 南京公证处订阅号 李敏
继承公证中继父母子女抚养关系的审查与认定-----2016-09-29
中安在线-安徽法制报(合肥) 安徽省合肥市中安公证处 鲁卫群

十、新书资讯

《中国法院 2015 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》-----中国法制出版社; 2015 年 4 月 1 日第 1 版
新书面市《中国私人财富法律管理最前沿》-----2016-09-26 家族律评 主编贾明军

特别声明

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

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

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

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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

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

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正文

一、婚姻家庭审判动态

家事审判婚姻案件庭前调查的 5W2H

2016-09-01 法官那些事 黑龙江省方正林区法院 孙才宇

法官在家事审判婚姻案件审判工作中往往对夫妻关系，家庭关系方面发现不了问题，或者有了问题却不知道如何解决。有就是不去发现问题、分析问题，直接依照法律规定在人身权，财产权部分进行调解或判决。有的把简单的问题搞得复杂化，有的却将复杂的问题搞得简单化。形形色色当事人不同的背景、不同的素养、不同的条件出现不同的问题，而具体的解决办法也不一样。给家事审判法官在办案过程中带来了一定的难度。

家事审判婚姻案件的法官要对夫妻关系，家庭关系具有较强的分析能力，达到妥善解决问题的能力，才能做到案结事了。解决问题的前提和关键就是分析问题，问题分析透了，知道了来龙去脉，解决问题时就抓住了更本。法官在此基础上才能平息问题、解决问题。

一个法官，要做好案件的问题的分析。家事案件存在什么问题？产生问题的原因是什么？怎样去解决这些问题？解决后的效果会是什么？



首先，要全面考虑夫妻关系家庭矛盾问题发生及发展的起因过程。发现问题一般通过诊断就像中医的望闻问切，发现问题后需要及时分析问题，分析问题会进一步加深对问题的了解，运用科学的、条理的工作方法对婚姻的各种因素进行分解，运用5W2H分析法，就是：

why——为什么离婚。

What——结婚理由是什么，双方当事人的优点是什么，缺点是什么，都承担了什么责任和义务，没有承担了什么责任和义务。

where——应该了解家庭中哪些事情？家里成员有几个，家庭成员的身体健康情况，心态情绪情况，经济情况，工作状况怎么样。离婚的原因在哪里；对方欠缺的地方在哪，优势在哪里；自身欠缺的地方在哪，优势在哪里，个人经常去的地方是哪里，在哪方面干涉对方不喜欢你参与的事。

when——时间都去哪了，什么时间都做了什么，业余时间都做了什么

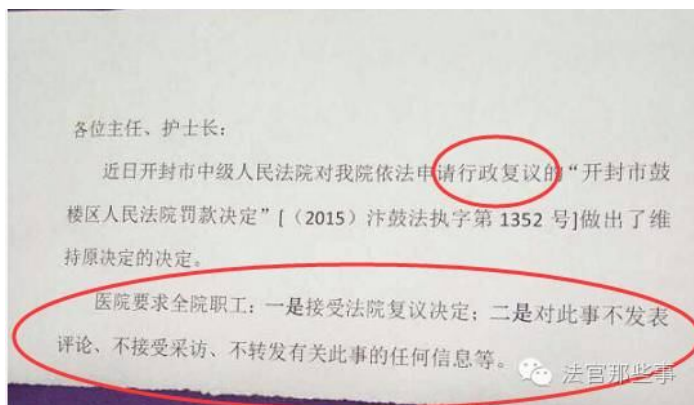
who——谁同意离婚，谁不同意离婚

how——怎么做才能挽回婚姻，怎么做能够弥补自己的不足，怎么做才能利于孩子成长

hope——希望对方能达到什么样标准，希望对方成为什么样的人

针对5W2H这些因素在家事审判婚姻案件庭前调查中分析来夫妻关系，家庭问题的实质，充分释放当事人的不满，了解当事人的心态，明确当事人自身的不足，加强当事人和好的意愿。讲故事，摆道理，让当事人知耻，让当事人知道所拥有的一切都来之不易，让当事人知道离婚对孩子的影响，然后再进行开庭，那么庭审过程就很顺畅了。

送两张图：无法确定真伪，但似乎可以证明，法律赢了。



ps：法官那些事已开通留言功能，请大家尽情留言吧！

“家事法苑”团队奉献

房山法院家事审判庭建立家事调查员制度

2016-09-05 北京法院网 郭晓欣 李倩 赵艳艳



日前，为落实最高人民法院关于积极推进家事审判改革工作要求，房山法院家事审判庭首设专门家事调查员，高效审理了一起法定继承纠纷案件。

2016年6月，房山法院家事审判庭收到孙老汉的一纸诉状，将其两个儿子一个女儿告上法庭，其称家里老宅院是其与已故妻子共同所建，妻子故后，一直未能就继承事宜达成一致，故起诉至房山法院，要求法院判予老宅院四间，其中三间归孙老汉所有。

家事审判庭接到起诉状后，迅速组织调解和开展调查等相关工作，委托司法局调查员的同时，指派该庭一名专门调查员，分别走访了孙老汉所在村的村委会、孙老汉家、案件所涉房屋处，通过走访富庄村干部、孙老汉、两个儿子儿媳及部分村民就孙老汉家庭情况、房屋建筑情况、家庭纠纷的形成等进行调查，探明孙老汉一家矛盾的根源，并形成调查报告提供给承办法官庞立新，为下一步调解工作做准备，使调解工作更加具有针对性。

房山法院家事审判庭作为北京市3个家事审判改革试点之一，积极探索家事审判方式和工作机制创新，创新建立家事调查员制度，根据法官指派，对当事人的婚姻状况、身心状况、家庭关系、经济状况等必要事项进行调查，探明矛盾根源。

今后，房山法院家事审判庭将继续落实最高人民法院关于积极推进家事审判改革的工作要求，结合该院家事审判工作实际及队伍情况，推出更多创新举措。

全国百家法院试点家事审判改革 不再“一判了之”

2016-09-16 法制日报 刘子阳

清官难断家务事，古今中外概莫能外。家事案件情、理、法相互交织，剪不断理还乱，对法院而言是件“头疼事”。

近年来，婚姻家庭关系中的新情况新问题不断显现，家事案件数量不断增长，类型日益多样，处理难度不断增大。据统计，近3年来，全国法院每年审结的一审婚姻家庭继承纠纷案件均在150万件以上，且呈逐年增长趋势，2015年已超过170万件，约占全国民事案件的三分之一。

最高人民法院审判委员会专职委员杜万华坦言，随着改革开放的不断推进，我国家事审判出现一些不适应。法院往往用财产类案件审判模式审理家事案件，对当事人感情修复问题过问不多。

据了解，2016年6月1日起，全国100个左右基层人民法院和中级人民法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作，从审判组织、财产申报、证明标准、调解工作、制止家暴、诉讼程序等多个方面，探索家事审判专业化。家事案件法院不再“一判了之”，改革大幕已经拉开。

着重感情修复劝和不劝分

因为家庭琐事逐渐产生矛盾，结婚不到3年的王晓磊和刘娟就闹起了离婚。刘娟向法院起诉，执意要求离婚。河南省新乡市红旗区人民法院法官没有直接决定开庭审理，而是将小两口引导到专门调处家事纠纷的诚城社区家事调解室。

不到3个小时，两人竟挽着手含羞带笑地走了出来。原来，他们在此走完了调解室特设的“四部曲”——看电影、造氛围、品茶香、忆往事，冰封已久的感情被缓缓地打开了。

两口子闹到法院要离婚，小小的一纸判决裁定，连接着一个家庭背后众多人的喜怒哀乐。

河南省高级人民法院规定，各地法院成立家事案件调解委员会，至少配备1名专业工作人员。特邀调解员可以

“家事法苑”团队奉献

从退休法官、检察官、警官、大学教师、心理辅导师等人员中选聘，家事调解员调解家事纠纷着重感情修复，修复不成的，要形成书面调解报告，供家事法官审判案件时参考。

河南高院院长张立勇认为，不能只要夫妻双方都同意离婚，法院就立马判离婚。要注意区分婚姻死亡还是婚姻危机，如果是婚姻危机，就不要轻易判决离婚，要注重感情的修复。不少离婚案件中，夫妻双方只是一时冲动。

河南法院将专业化作为主攻方向，要求各级法院在现有人员和编制不变的情况下，积极和有关部门沟通、协调，争取建立有独立编制的家事审判庭。建立家事审判庭有困难的，应当成立专门的家事合议庭，集中审理家事案件。

构建多元化纠纷解决机制

一个案件要达到案结事了，往往需要通过多种纠纷解决机制。

据介绍，江苏省苏州市法院系统坚持诉调对接，推动建立多元化家事纠纷解决机制，充分调动社会力量，确保家事纠纷得到依法妥善处理。民意审判方式就是其中的探索之一。

在苏州市下辖的常熟市人民法院审理的一起继承案件中，死者周某的母亲陈某与妻子陶某因遗产继承引发纠纷，双方数次协商未果，矛盾不断激化，后诉至法院。

陈某年轻守寡，一人将独子周某抚养长大，出巨资为儿子结婚购房，所购房屋登记在儿子儿媳名下。周某意外死亡时，其与陶某结婚不满两年，婚后未生育子女。陶某作为死者的配偶，要求分割四分之三以上房屋份额，陈某无法接受。

常熟法院通过巡回审判的方式，邀请当事人所在地居委会、群众代表旁听庭审，并以投票方式汇总民意，最终以主流民意作为参照作出裁判。该案目前已经二审终审，双方当事人之间的矛盾也已妥善化解。

苏州市中级人民法院民四庭庭长包刚说：“家事审判工作承担着平衡个人利益、家庭利益、社会利益冲突和协调的功能，其处理效果直接关系到社会的和谐稳定，因此更需要社会力量的参与，需要发挥好相关职能部门的作用，建立多元化纠纷解决机制。”

2014年6月，苏州中院会同市司法局、市妇联联合制定《关于加强婚姻家庭纠纷案件诉调对接工作的实施意见》，引入婚姻家庭人民调解委员会，协助法院化解各类婚姻家庭纠纷，法院对婚姻家庭人民调解委员会组织当事人达成的人民调解协议，通过司法确认等方式，赋予调解协议强制执行力。

除此之外，苏州妇联还在全市各乡镇、街道均聘任了一名或一名以上家事纠纷特邀调解员，在全市组建家事纠纷大调解网络，法院通过该网络委派或邀请当事人所在地的特邀调解员协助法院化解家事纠纷。经由婚调委参与调解的家事纠纷均得以妥善处理，未有一起案件因处理不善引发极端事件。

人身保护令阻断家庭暴力

陈颖虽从未遭受肢体暴力，但回家后的每一刻都让她如坐针毡。

丈夫张源对她制定了严厉的“家规”，只要一有事情未合他意，便会招来漫天辱骂。一次，陈颖在与张源通电话时被骂得忍无可忍，鼓起勇气挂断电话。谁知当晚张源一回家就对着陈颖一顿怒吼，并将其手机夺走、摔得粉碎。

几经折磨，陈颖彻底绝望，到广东省珠海市香洲区人民法院起诉离婚。法院查明事实后，认定张源的行为构成精神暴力，遂发出人身安全保护裁定，限制其与陈颖往来。

这是香洲区法院一起较为经典的精神家暴案件。据统计，自2009年7月发出全国首份人身安全保护令，截至目前，香洲区法院通过这种方式禁止施暴人施暴，维护了100多名当事人的生命财产安全。

作为全国第一批反家暴试点法院，香洲区法院是全国人身安全保护裁定发出数量最多、种类最齐的法院。除认定精神暴力以外，还曾处理过性暴力、家庭成员互殴等特殊家暴类型。

广东省高级人民法院副院长谭玲说，人身保护令的出现，是防止家庭暴力理念的重大转变，改变了传统“法不入家门”的消极做法，开辟了国家公权力防治家庭暴力的新途径，尝试运用司法手段将事后惩罚转变为事前保护。

引入公证员诉前调处家庭纠纷

2016-09-16 法制日报政法·司法 石飞 吕磊

云南省昆明市官渡区人民法院全面探索改革家事审判机制，去年与昆明市明信公证处共同建立多元化纠纷解决机制服务基地，引入公证员中立性调处以来，赢得当事人的普遍认可，调解率达81.50%。

家事审判机制改革刻不容缓

根据官渡区法院发布的数据，2015年，官渡区法院受理各类民事案件9000余件，其中，婚姻家庭纠纷案件1500

余件,占整个法院各类民事案件总数的六分之一,婚姻家庭纠纷案件呈现出案件增幅快、适用法律难、审理难度大的特点。

70多岁的张大妈是四川人,10多年前来到官渡区再婚。2014年,老伴儿去世,留下一处住房。房产如何继承,张大妈和3个继子女发生分歧,诉至法院。

官渡区人民法院关上法庭庭长赵梦告诉《法制日报》记者,按照继承法分割房产,如果老太太取得该房,就应向其他继承人支付房屋折价款;如果老人放弃该房,只分得折价款,老人还要重新买房住,无论如何,都会给老人带来困难。用审理普通财产案件的思路审理家事案件,往往面临着诸多“两难”甚至“多难”的尴尬处境。

官渡区法院院长孙敏认为,很多法院总是希望通过裁判达到定分止争的效果,往往忽略了家庭成员之间情感的修复和治愈。对抗式的审理方式会导致当事人之间矛盾激化,很容易导致高离婚率和家庭关系彻底破裂。近年来,我国多地出现了因婚姻家庭案件导致的杀人、伤人和自杀事件,家事审判机制已经到了不得不改的地步。

诉讼对接公证诉前化解纠纷

官渡区法院经过半年多的探索,今年5月10日与昆明东骏公证处共同在关上法庭成立全省首家家事纠纷案件诉讼与公证对接服务点,设立家事审判调解工作室,同时公布家事审判实施细则(试行)和家事案件诉讼指南。

据介绍,成立家事审判调解工作室次日,关上法庭就成功调解了一起家事纠纷案件。

妻子过世留下一笔遗产如何继承,父子俩争执不休,最终闹上关上法庭。法官了解案件详情后,在征得父子俩同意的前提下,把他们带到家事审判调解工作室,由东骏公证处的公证调解员进行调解。

值得注意的是,调解室桌子上的身份牌用“父亲”“儿子”等称呼取代了原有的原告、被告,工作人员说:“这样的称呼能够唤起双方心底的亲情,有利于调解的顺利进行。”

据了解,公证调解员现场提供遗嘱继承、公证委托等相关事宜的咨询服务,帮助当事人分析诉讼、公证解决方案的利弊、风险,提供调解建议,鼓励当事人在公证部门的协助下,通过对话而不是对抗解决纠纷。

家事审判主要受理婚姻家庭纠纷和继承纠纷等两类案件,主要包括婚约财产纠纷、离婚纠纷、婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、抚养纠纷、赡养纠纷、法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷等18类案件。

东骏公证处综合业务一部部长付玉波说,法院将无纠纷或无诉讼相对人的继承案件、可能化解的家事类财产纠纷案件及其他公证处认可可以移交其处理的案件等交由公证处前置处理,使得部分案件在诉前便以公证的方式化解。目前,官渡区法院与东骏公证处建立了遗嘱类、继承类公证案卷和相应裁判案卷查阅快速通道以及与继承事务相关的业务风险信息通报机制。

孙敏告诉记者,法院与公证处就婚姻家庭、继承纠纷案件,宣告失踪、宣告死亡案件,婚姻登记档案信息等相关事宜实现信息共享。家事案件具有其特殊的复杂性及专业性,法院解决家事纠纷不能简单地评断对错是非、就案办案,而是要以消除对立、弥合亲情、恢复情感为目标,建立家事纠纷诉讼与公证对接服务点,可以在诉前化解家事纠纷,也是法院案件数量激增及司法改革背景下全面推进家事纠纷案件公证程序前置试点工作的一次有益探索。

据了解,官渡区法院关上法庭的法官多为女性,家事审判庭的成立,将发挥关上法庭的调解优势,坚持“和”的审判宗旨和理念,探索专业化审判道路,以“调解优先,调判结合”为原则,以终局化解矛盾为目标,为当事人创造一个良好的交流和表达诉求的平台。本报昆明9月15日电

全国首家“诉讼与公证对接工作室”启用“家事大数据”

2016-09-13 律新社 陈文媛

都说清官难断家务事,到法院打家事官司,虽然可以解决一部分问题,但是周期长、取证难,司法成本很高,加剧了法院“案多人少”的矛盾,老百姓自己也颇费周折。有没有更好的办法?有!2016年4月15日,普陀区人民法院与普陀公证处在普陀区人民法院诉讼服务中心举行了诉讼与公证对接协议签约仪式,并为“诉讼与公证对接工作室”揭牌。普陀区人民法院是全国五十家“多元化纠纷解决机制改革示范法院”之一,普陀公证处与普陀区人民法院推出的全国首项诉讼与公证对接机制,将家事公证程序前置,优化了司法资源配置,降低了司法成本。

无法提供相关证明,求助公证解难题

家事继承案件中,继承人往往会向法院起诉请求分割财产,根据我国《民事诉讼法》的相关规定,应当由继承人提交证据证明继承人及财产的具体情况,但是某些相关证明往往是继承人难以取得的,因此法院不能进行立案处理。

“家事法苑”团队奉献

“公证处与法院对接后，有些法院不能解决的问题，通过公证处同样可以实现遗产继承的目的。”普陀公证处主任高剑虹在采访中表示，当事人在公证处进行正式登记受理后，工作人员可以代为取证，维护当事人的合法权益。

普陀公证处为当事人提供全方位优质服务，受到当事人的称赞。受益于诉讼与公证对接机制的张女士向公证处赠送锦旗，感谢公证处为她排忧解难。

张女士的丈夫李某生前是上海西部企业（集团）有限公司的一名员工，公司“事改企”的补偿活动李某也在补偿范围之内。由于李某之母死于李某之后，涉及到转继承的问题。

尽管李某的兄弟姐妹对母亲应继承遗产的权利表示放弃转继承，但是李某有一小妹妹身患怪病，未申报户口，并于1958年过世。张女士无法提供丈夫小妹妹的报死亡户籍证明，且年代久远，医院也无法出具证明。由于选择法院诉调解决，必须由原告举证，为此法院不予立案。

张女士到普陀公证处提出公证申请。公证处受理此案并代为取证，进行了大量调查，包括查询老户籍、死者父母及兄弟姐妹档案，采取排除法、再加上证人证言，最终确认小妹妹确于1958年死亡，及时为张女士继承已故丈夫遗产出具了公证书。

“这个案件属于疑难案件，除了基本的到死者单位、派出所、民政局、档案馆进行调查，我们还走访了五六家单位，采取了大量的证人证言。”普陀公证处主任高剑虹说，公证人员需要做大量的调查取证工作才能对当事人负责。

过户房产需要法院出具执行裁定书，而法院又无法出具时，当事人郑某颇为苦恼。

郑某与父母共有一处房产，几年前父母离婚后，父亲将其名下产权份额通过诉调转让给儿子郑某，调解书中确定由郑某和母亲共同给付70万元补偿款给父亲。2015年6月郑父死亡，2015年11月郑某与母亲持法院调解书到房产交易中心登记产权遭拒，理由是产权人之一死亡要求法院出具执行裁定书才可以过户。因郑某既是申请人，又是被申请人，故法院无法出具执行裁定书。

法院再次诉调立案后发现无法办理，通过诉讼与公证对接机制将该案移交公证办理。普陀公证处仅用十天时间便办结此案。郑某持公证书顺利办理了产权登记，并写信到上海市司法局，对普陀公证处表示感谢。

无相对被告不能立案，法院移交公证办理

有明确的被告是当事人起诉的法定基本要件。依照《民事诉讼法》第一百零八条的规定，当事人起诉必须符合的基本要件之一即是“有明确的被告”。家事继承案件中，当事人因没有相对被告而选择起诉与自己并无纠纷的第三者时，往往会遭到第三者的拒绝。

王先生于2015年持表哥袁甲自书遗嘱选择诉调要求接受遗赠取得袁甲名下房产，因袁甲生前未婚、无子女、父母早亡、无兄弟姐妹，故没有相对被告，于是选择状告死者生前单位。之后，王先生持法院调解书顺利取得表哥遗留的房产。没多久，王先生整理表哥遗物时，发现表哥还留有一笔存款，需再次立案，再次将单位列为被告，单位领导认为平白无故一次次做被告，有损单位名声，表示不同意再做被告。

普陀区人民法院诉讼服务中心公证咨询窗口的工作人员在了解了王先生财产继承案的基本情况，确认其为无纠纷类案件，符合诉讼与公证对接要求，为其出具公证办理联系单，并分流到普陀公证处。

王先生的案件正式登记立案后，普陀公证处分别到王先生表哥的工作单位、银行民政局和档案馆、派出所查询了、存款状况、婚姻状况、户籍档案，并且通过上海市公证遗嘱信息库查询遗嘱情况。通过一系列调查，公证处确认了王先生的继承受遗赠权，并且为其出具相关公证书。

“如果不是公证处，这笔存款我就拿不到了，普陀公证处帮了我很大的忙。”受益于诉讼与公证对接机制的当事人王先生向律新社连连称赞普陀公证处。

许某丈夫何甲于2015年3月突发心脏病猝死。何甲生前与弟弟何乙共有一处房产，许某选择诉调要求继承丈夫何甲遗产，何乙收到法院通知后得知自己是被告非常恼火，明确表示与大嫂并无纠纷，不愿做被告，许某不得不撤诉。普陀区人民法院将案件移交给普陀公证处办理。在公证处，叔嫂双方顺利达成产权分割协议。

“普陀公证处与房产、民政、户籍、公证遗嘱库等单位进行信息对接，并与档案馆、疾病预防控制中心建立婚史登记信息、死亡信息快速查询通道，这就是我们的技术手段优势。”普陀公证处主任高剑虹表示，通过互联网信息共享机制和快速核查渠道，相当于建立了一个数据网络，公证处工作人员能够在网上对相关信息进行查询，通过快速核查渠道查明相关事实这是法院并不具备的。

多元化纠纷解决机制，缓解法院“案多人少”

普陀区人民法院在诉讼服务中心设置公证咨询办理窗口，由普陀公证处指派资深调解人员值岗，现场提供遗嘱、继承、委托等相关事宜的咨询服务，形成“诉调对接公证”的一站式服务。对于无诉讼的家事案件，由公证处办理公证；对于诉前调解的家事案件，由工作室调解员进行调解，调解成功的分流到公证处，调解不成功的由普陀区人民法院立案。

公证服务对接机制的运行，对诉讼案件形成了合理分流。普陀公证处办理接收法院移交的案件，凡符合法律援助条件的或者当事人有其他特殊困难的，参照诉调案件收费标准予以减免。

“2015年7月到2016年3月底，将近9个月的时间，公证人员在法院诉讼服务中心共接受711人次咨询，发放200多份公证联系单，出具了100多份的遗产继承等相关公证文书，起到效果是非常明显的。根据法院统计，同期信访量也有明显下降。”普陀公证处主任高剑虹表示，通过公证解决当事人的问题，使当事人免于诉讼，诉讼与公证对接机制深受当事人欢迎。

普陀区人民法院与普陀公证处将合作范围拓展至诉前调解阶段，对于一些继承纠纷、婚姻家庭财产纠纷中，当事人举证困难或一方在外地等情况，实行诉前委托公证机构调查核实相关事实的方式，并出具公证文书，使得部分案件在诉前便可以通过公证的方式直接解决，减轻了审判压力。

“今年4月15日，与普陀公证处联合推出的‘诉讼与公证对接工作室’，是探索无纠纷家事案件的快速解决机制。”普陀区人民法院诉调对接中心主任张骏晔表示，案多人少是法院系统长期面临的现实问题，随着司法改革的推进和立案登记制的实施，这一矛盾更加突出。诉讼与公证对接机制是普陀区人民法院在司法体制改革背景下完善多元化纠纷解决机制的一项有益探索。

妥善处置彩礼纠纷 维护农村社会稳定

——江西玉山法院关于审理婚约财产纠纷案件的调研报告

婚约财产，俗称彩礼，是指男女双方在缔结婚约过程中，男方以结婚为目的，基于当地农村风俗习惯，于婚前给付女方数额较大的财产。受传统的婚姻习俗影响，彩礼在我国农村地区大量存在，并且彩礼的种类名目日渐繁多，数额亦不断攀升，一旦双方不能缔结婚姻或离婚，则彩礼的处置往往容易引发纠纷。由于此类纠纷大多掺杂着一系列家庭隔阂、经济利益之争等，使得矛盾化解难度增大、社会不安定因素增多。为妥善审理此类案件，维护农村社会和谐稳定，江西省玉山县人民法院就此开展了专题调研。

一、审理情况

2011年共审结婚约财产纠纷案件27件(包括离婚纠纷中原告提出的彩礼返还请求)，涉案标的额119万元；2012年审结39件，涉案标的额258万元；2013年审结54件，涉案标的额321万元；2014年审结78件，涉案标的额416万元；2015年审结95件，涉案标的额654万元。

二、主要特点

1. 案件数量呈增长趋势。婚约财产纠纷案件数量呈逐年上升趋势，成为继离婚纠纷后又一增长较快的婚姻家庭类案件。在婚姻家庭类纠纷中，婚约财产纠纷的数量连续五年位于离婚纠纷之后，高于其他婚姻家庭类纠纷。以2015年为例，婚姻家庭类案件总计625件，其中离婚纠纷487件，占77.9%，婚约财产纠纷95件，占15.2%，其他如抚养、扶养关系纠纷、赡养、继承关系纠纷等婚姻家庭类纠纷只有43件，占6.9%。

2. 彩礼的种类名目繁多，数额大。随着经济社会的快速发展和人民群众生活水平的提高，彩礼除了金银首饰、高档手机、手表等贵重物品外，现金支付动辄就是“九万九”“十万八”不等，更有甚者要求男方购房买车，导致一些农村男方家庭债台高筑，因婚返贫。

3. 诉讼主体不限于订立婚约的男女。实践中，给付彩礼并不单纯是男女双方之间的事情，因订婚时男方一般在经济上并不独立，就给付人而言，既可以是婚姻关系中的男方本人，也可以是婚姻关系中男方的亲属，包括父母兄姐等。同理，就收受该彩礼而言，既包括婚姻关系当事人本人，也包括其亲属接受给付的情形。因此，在婚约财产纠纷中当事人除包括缔结婚约的男女外，也包括双方父母等亲属。

三、存在问题

1. 事实认定难。缔结婚约过程中，多数是男方及其父母在双方亲属或媒人的见证下向女方给付彩礼，一般情况下男方不会要求女方出具相应的书面收据。一旦产生纠纷，双方在是否给付彩礼及彩礼的金额上往往各执一词，此

“家事法苑”团队奉献

时当事人所能提供的证据也只能是在场的证人证言，并且在场人多为男方或女方的亲属，证明力较弱。有的证人不愿出庭作证，有的即使出庭作证，也无法保证会客观中立地陈述，直接导致案件事实难以认定。

2. 法律适用难。目前，我国处理彩礼纠纷的主要裁判依据是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条，法律及司法解释对于何为彩礼、彩礼范围以及彩礼返还额度均未有明确规定。

3. 矛盾化解难。按照传统的婚约习俗，如果男方悔婚，女方则无需返还彩礼，反之，则由女方返还彩礼。由于这种民间习惯法则已经在农村社会根深蒂固，导致法官明法析理和调解工作难以开展。一些当事人在相识短期内便开始同居，导致女方怀孕，甚至流产。在解除婚约的同时双方由爱转恨，女方更倾向于认为自己才是最大的受害者。而给付彩礼的一方极易因彩礼给付导致家庭困难，甚至全家负债。若处置不当会因一起婚约财产纠纷，演变成为两个家庭甚至是两个家族的矛盾，严重影响农村社会稳定。

四、对策建议

1. 遵循高度盖然性的证据原则。鉴于婚约财产纠纷的特殊性，当事人对同一事实举出相反证据时，应当遵循高度盖然性原则来认定案件事实，即只要一方所举证据的证明力明显大于另一方提供证据的证明力，且足以让法官对其所主张的事实产生高度信任，并能排除其他合理怀疑，即可认定该法律事实。对于其他如金银首饰、高档手机、手表等实物彩礼，男方若保存购物发票的金额、给付日期与银行卡付款数额、日期一致，也应认定为合格证据。

2. 完善法律规范，明确裁判依据。明确男方以结婚为目的给付女方数额较大的现金，或者给付价值较高的实物，均可认定为彩礼。至于达到多大的数额或者多高的价值，应当结合当地的经济状况酌情确定。明确规定彩礼如何返还，即双方未办理结婚登记手续且未同居生活的或办理结婚登记手续但确未共同生活的，是否全额返还；双方共同生活时间不满两年的或未生育子女的，如何返还；双方有过错或者一方有过错而导致婚约解除或离婚的，如何确定返还比例等。

3. 加强审判指导，统一裁判标准。充分发挥审判委员会的工作职能，根据本地区的农村风俗习惯，对涉及彩礼认定、财产范围、返还比例等争议较大的案件进行讨论研究，总结经验。难以下定论的案件及时报送请示上级法院，并定期发布参考性案例，指导本地区的审判实践，做到同区同案同判，从而规范法官自由裁量权，维护审判权威。

4. 发挥基层组织优势，合力化解矛盾。基层党组织在群众中有较高的威信，容易取得当事人的信赖。彩礼纠纷并不仅仅是男女双方的纠纷，更是两个家庭甚至是两个家族的矛盾。只有充分调动、发挥基层组织的作用，才能促使当事人各方平等协商、互谅互让、定纷止争，从而有利于当事人既解开“法结”，又解开心结，最大限度减少社会不和谐因素。（课题组成员：桑志祥 吴刚 马丹 余晴 单赋颖）

琅琊 合力调和家事纠纷

2016-9-16 人民法院报 周瑞平 朱一村

阿海与小云曾是夫妻，在2010年10月生下儿子小强时，都才刚满20岁。琐碎烦乱的生活，将收入微薄的他们压得喘不过气，两人经常为小事争吵。2014年9月，他们到民政局调解离婚，当时约定阿海自行抚养婚生子小强，不要求小云支付抚养费；阿海每月给小云1000元。

这两年物价飞涨，阿海在工厂打工的工资一毛没涨，加上母亲看病治疗，儿子马上就要上学，经济实在拮据。于是，阿海想到让儿子去法院起诉，向小云讨要抚养费。

今年7月27日，小强起诉到安徽省滁州市琅琊区人民法院，要求小云每月给付1000元抚养费。

小云得知被儿子告上法院后很恼火，当初调解离婚时，约定阿海每月给她1000元，阿海至今一毛钱也没给过。8月17日，小云也委托律师起诉到法院，要求阿海每月给付1000元。

8月25日，琅琊法院婚姻家庭审判庭合并审理这两起家事纠纷。

在调解室里，王维娜、张朝珍两位资深调解员耐心倾听阿海的诉说后，理解阿海家庭经济困难，独自抚养小强不容易。但毫不客气地批评阿海没有遵守离婚协议，不向小云支付每月1000元生活费。现在小强要求妈妈支付抚养费，阿海就该先守信，付给小云生活费。

唐慧法官从小云的委托代理人处了解到，小云现已准备再婚，她既然没从阿海那里拿到生活费，就不想支付抚养费。

阿海提出，怕小云再婚后对儿子的成长造成不良影响，今后要限制小云探视儿子的时间。

庭长刘艳和阿海的援助律师叶红红都告知阿海，妈妈探视孩子是法律规定的权利，不能做过分的限制。

法官、调解员、律师经过一个多小时的合力调解，双方当事人当场达成两份协议：自今年8月起，小强由其父阿海自行抚养，至他独立生活时止；小云自愿放弃主张阿海每月给付1000元的权利，另可每月探视小强两次。

“‘一人闹纠纷，一家不安宁；一户闹纠纷，四邻不安宁’，家事纠纷貌似琐碎小事，但涉及的不仅仅是法律问题，更多关系到亲情的延续和家庭、社会的和谐，靠一纸判决是不能从根本上解决当事人之间的矛盾。”琅琊区人民法院院长邓金文说，该院婚姻家庭审判庭女法官们针对不同案件，单独运用或交叉运用背靠背法、寻根求源法、社会帮助法、情感重温法、消除隔阂法、展望未来法和子女维系法等，化解家事纠纷，尽力修复受损的感情，抚慰当事人受伤的心灵。

该院每年的调解率高达80%左右，审结案件无信访案、申诉案、错案，实现了案结、事了、人和。

全国百家法院试点家事审判改革 河南这样干

2016-09-17 大河网(郑州)

清官难断家务事，古今中外概莫能外。家事案件情、理、法相互交织，剪不断理还乱，对法院而言是件“头疼事”。

近年来，婚姻家庭关系中的新情况新问题不断显现，家事案件数量不断增长，类型日益多样，处理难度不断加大。据统计，近3年来，全国法院每年审结的一审婚姻家庭继承纠纷案件均在150万件以上，且呈逐年增长趋势，2015年已超过170万件，约占全国民事案件的三分之一。

最高人民法院审判委员会专职委员杜万华坦言，随着改革开放的不断推进，我国家事审判出现一些不适应。法院往往用财产类案件审判模式审理家事案件，对当事人感情修复问题过问不多。

据了解，2016年6月1日起，全国100个左右基层人民法院和中级人民法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作，从审判组织、财产申报、证明标准、调解工作、制止家暴、诉讼程序等多个方面，探索家事审判专业化。家事案件法院不再“一判了之”，改革大幕已经拉开。

着重感情修复劝和不劝分

因为家庭琐事逐渐产生矛盾，结婚不到3年的王晓磊和刘娟就闹起了离婚。刘娟向法院起诉，执意要求离婚。河南省新乡市红旗区人民法院法官没有直接决定开庭审理，而是将小两口引导到专门调处家事纠纷的诚城社区家事调解室。

不到3个小时，两人竟挽着手含羞带笑地走了出来。原来，他们在此走完了调解室特设的“四部曲”——看电影、造氛围、品茶香、忆往事，冰封已久的感情被缓缓地打开了。

两口子闹到法院要离婚，小小的一纸判决裁定，连接着一个家庭背后众多人的喜怒哀乐。

河南省高级人民法院规定，各地法院成立家事案件调解委员会，至少配备1名专业工作人员。特邀调解员可以从退休法官、检察官、警官、大学教师、心理辅导师等人员中选聘，家事调解员调解家事纠纷着重感情修复，修复不成的，要形成书面调解报告，供家事法官审判案件时参考。

河南高院院长张立勇认为，不能只要夫妻双方都同意离婚，法院就立马判离婚。要注意区分婚姻死亡还是婚姻危机，如果是婚姻危机，就不要轻易判决离婚，要注重感情的修复。不少离婚案件中，夫妻双方只是一时冲动。

河南法院将专业化作为主攻方向，要求各级法院在现有人员和编制不变的情况下，积极和有关部门沟通、协调，争取建立有独立编制的家事审判庭。建立家事审判庭有困难的，应当成立专门的家事合议庭，集中审理家事案件。

构建多元化纠纷解决机制

一个案件要达到案结事了，往往需要通过多种纠纷解决机制。

据介绍，江苏省苏州市法院系统坚持诉调对接，推动建立多元化家事纠纷解决机制，充分调动社会力量，确保家事纠纷得到依法妥善处理。民意审判方式就是其中的探索之一。

在苏州市下辖的常熟市人民法院审理的一起继承案件中，死者周某的母亲陈某与妻子陶某因遗产继承引发纠纷，双方数次协商未果，矛盾不断激化，后诉至法院。

陈某年轻守寡，一人将独子周某抚养长大，出巨资为儿子结婚购房，所购房屋登记在儿子儿媳名下。周某意外死亡时，其与陶某结婚不满两年，婚后未生育子女。陶某作为死者的配偶，要求分割四分之三以上房屋份额，陈某无法接受。

常熟法院通过巡回审判的方式，邀请当事人所在地居委会、群众代表旁听庭审，并以投票方式汇总民意，最终

“家事法苑”团队奉献

以主流民意作为参照作出裁判。该案目前已经二审终审，双方当事人之间的矛盾也已妥善化解。

苏州市中级人民法院民四庭庭长包刚说：“家事审判工作承担着平衡个人利益、家庭利益、社会利益冲突和协调的功能，其处理效果直接关系到社会的和谐稳定，因此更需要社会力量的参与，需要发挥好相关职能部门的作用，建立多元化纠纷解决机制。”

2014年6月，苏州中院会同市司法局、市妇联联合制定《关于加强婚姻家庭纠纷案件诉调对接工作的实施意见》，引入婚姻家庭人民调解委员会，协助法院化解各类婚姻家庭纠纷，法院对婚姻家庭人民调解委员会组织当事人达成的人民调解协议，通过司法确认等方式，赋予调解协议强制执行力。

除此之外，苏州妇联还在全市各乡镇、街道均聘任了一名或一名以上家事纠纷特邀调解员，在全市组建家事纠纷大调解网络，法院通过该网络委派或邀请当事人所在地的特邀调解员协助法院化解家事纠纷。经由婚调委参与调解的家事纠纷均得以妥善处理，未有一起案件因处理不善引发极端事件。

人身保护令阻断家庭暴力

陈颖虽从未遭受肢体暴力，但回家后的每一刻都让她如坐针毡。

丈夫张源对她制定了严厉的“家规”，只要一有事情未合他意，便会招来漫天辱骂。一次，陈颖在与张源通电话时被骂得忍无可忍，鼓起勇气挂断电话。谁知当晚张源一回家就对着陈颖一顿怒吼，并将其手机夺走、摔得粉碎。

几经折磨，陈颖彻底绝望，到广东省珠海市香洲区人民法院起诉离婚。法院查明事实后，认定张源的行为构成精神暴力，遂发出人身安全保护裁定，限制其与陈颖往来。

这是香洲区法院一起较为经典的精神家暴案件。据统计，自2009年7月发出全国首份人身安全保护令，截至目前，香洲区法院通过这种方式禁止施暴人施暴，维护了100多名当事人的生命财产安全。

作为全国第一批反家暴试点法院，香洲区法院是全国人身安全保护裁定发出数量最多、种类最齐的法院。除认定精神暴力以外，还曾处理过性暴力、家庭成员互殴等特殊家暴类型。

广东省高级人民法院副院长谭玲说，人身保护令的出现，是防止家庭暴力理念的重大转变，改变了传统“法不入家门”的消极做法，开辟了国家公权力防治家庭暴力的新途径，尝试运用司法手段将事后惩罚转变为事前保护。

驱散家暴阴霾 撑起和谐晴空

——广西东兴法院家事巡回法庭反家暴工作纪实

2016-09-18 人民法院报 裴玉洁

家庭暴力行为对家庭成员造成了巨大的伤害，同时给社会带来了不稳定因素。广西壮族自治区东兴市人民法院家事巡回法庭自2015年6月成立以来，一直努力探索家庭暴力案件的审判机制，积极创新举措，加强法律干预，坚持多方联动，全力杜绝家暴现象的再升级，维护家庭和谐，用司法为涉家暴案件的受害者开辟了温暖的庇护港湾。

至今，家事巡回法庭共审理涉家暴婚姻案件68起，调解制止家暴行为40起，发出人身安全保护令3个。

走访取证：让证据为家暴受害者“说话”

2月29日上午，东兴法院家事巡回法庭法官前往防城港市港口区，到一起离婚纠纷案件的当事人家中进行调查取证。该起纠纷的原告女方在起诉时表示自己遭受了家庭暴力，为保护当事人人身安全与权益，家事巡回法庭法官决定上门了解该案男方实施家暴的情况。

男方当事人阮某对法官的到访表现得十分激动，将自己关在房间中，拒绝与法官交谈。法官决定给阮某一些时间让他平复情绪，便先向阮某的母亲了解阮某是否有向女方实施家庭暴力现象。经过法官的真诚劝导，阮某同意配合法官调查，但态度仍较为强硬。

在向阮某了解施暴情况的过程中，法官以拉家常为切入点，渐渐消除了与阮某的隔阂，并以客观中立的态度取得了阮某的信任。看到阮某激动的情绪开始缓和，法官向阮某阐明家庭暴力的危害性与法律后果，劝导其夫妻之间出现矛盾时应多沟通，而不是采取过激方式。阮某表示认识到了自己的错误，日后会以合理方法处理夫妻之间矛盾。

针对家庭暴力案件，东兴法院在发现客观事实、追求实质公正价值取向指导下，强化法院依照职权调取相关证据的职能，采取上门走访调查，向当事人邻居、亲人及社区居委会了解相关情况等方式收集证据，并加大加害人举证责任，全力维护受害申请人的合法权益。

联动调解：多部门组成家庭“维和队”

“家事法苑”团队奉献

“是我太冲动了，给妻子造成这么大的伤害，我真的很后悔。”8月4日，在一起离婚纠纷当事人的工作单位中，东兴法院家事巡回法庭法官与东兴市妇联工作人员及当事人所在单位领导一同，成功进行了一次联动调解，男方当事人李某对自己的家暴行为悔恨不已。

李某和妻子黄某都在事业单位工作，有较高的文化素质。在2016年初的一次争吵中，李某开始动手殴打妻子，此后便每月对妻子实施数次家庭暴力，倍受伤害的黄某向法院提起离婚诉讼。

东兴法院家事巡回法庭法官在受理此案后，考虑到案件中家暴反复发生及双方当事人受教育程度高等实际情况，决定与妇联等部门启动家暴联动调解机制。8月4日，家事法庭法官和市妇联工作人员联系了李某工作单位领导，与黄某一起来到李某工作单位，开展心理疏导与调解工作。联动调解小组向李某严肃指出了家暴行为的违法性，李某表示悔改，并保证再也不向妻子实施家庭暴力。经过联动调解小组的共同努力，调解在和谐的气氛中结束，李某和黄某又有了携手前行的信心。

反家暴法实施以来，东兴法院积极与妇联、公安、司法、民政等职能部门协调，推动形成了法院为主、各职能部门联动调解的综合解决机制。各部门加强沟通联系，强化联动配合，发挥整体优势，及时有效地干预、制止家庭暴力行为。2016年3月，东兴市妇联牵头设立“惜缘”工作室，致力开展婚姻家庭辅导工作，家事巡回法庭法官作为工作室志愿者，积极与多部门联合开展诉前调解工作，至今已参与调解涉家暴纠纷28起。

人身保护令：抵御家暴的“司法之盾”

“法官，我的丈夫又打我了，请帮帮我！”7月17日，东兴法院家事巡回法庭法官突然接到了来自当事人陈某的电话。据陈某反映，在法院发出人身安全保护令后，其丈夫依旧对其实施家暴行为。法官迅速联系了警方，一个小时后，一副手铐铐在了黄某的手上。因涉嫌家暴，法院依法对其作出拘留5天的决定。

为保护家庭暴力受害人及其特定亲属的人身安全，防止家庭暴力继续发生，东兴法院家事巡回法庭建立了人身安全保护制度。根据反家庭暴力法规定，法院可根据申请人的申请发出人身安全保护令，责令被申请人停止对申请人实施家庭暴力，禁止骚扰、跟踪、接触、威胁申请人及其近亲属。如违反上述禁令，法院将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

该院在发出人身安全保护令后，同时将人身安全保护令抄送辖区公安机关，辖区公安机关负责履行保护义务。妇联组织接到法院的人身安全保护令后，会同家事法官一起，进一步做好对家庭暴力成员的教育、引导、劝解、说服及监管工作。家事巡回法庭法官对当事人保持关注，不定期进行电话沟通、上门走访，掌握近况。

家事案件审理与 中医“辨证论治”

2016-09-27 人民法院报 高岚

以“辨证”的眼光，来探究家事案件中情感裂痕的不同机理，再根据不同的情形以相应的疗法“论治”。如此，往往能修复破裂的情感，化解彼此的纠纷。

家是社会生活的基本单元，是人类社会中最主要、最普遍的社会组织。如何审理好家事案件，修复破损的情感，已成为人民法院平息纷争、化解矛盾的一个重要方面。

经过多年的办案实践，笔者发现，中医“辨证论治”的原理在审理家事案件的过程中，常常十分有用。

所谓辨证和论治，是中医诊治疾病过程中相互联系的两个方面。辨证乃是将中医四诊（望、闻、问、切）所收集的症状和体征，通过分析、综合来辨清疾病的原因、性质、部位等机理，并加以概括、分析与判断。论治则是即根据辨证的结果，确定相应的治疗方法。

离婚案件涉及到爱情的裂痕，依据“辨证”的原理，爱情的裂痕在不同类别的男女之间常各有缘由、各具特点。

年轻人的离婚案件，多与经济因素有关，同时掺杂着年轻人冲动、思虑不周全的性格因素，年轻人对爱情充满了憧憬，但一旦步入婚姻的殿堂，现实生活又与爱情的憧憬相距甚远，因而导致离婚纠纷的产生。而老年人的离婚案件却常因为生活的孤独与摩擦所致，老年人生活较为寂寞、少有人交流，内心的苦闷导致情绪上特别容易动怒，进而导致离婚。

找出不同症结后，就需要采用不同的方法来“论治”。对于年轻人的离婚案件，可尝试采用“换位思考法”与“情感解怨法”来修复彼此的裂痕。通过摆事实、讲道理来引导双方进行换位思考，让双方体会到彼此的难处。针对老年人离婚案件，可采用“情感取信法”与“温馨回忆法”来化解彼此心结。为老人交流创造一个融洽、和谐的环境，以温情的话语让老人重新回忆起彼此昔日的甜蜜时光。

“家事法苑”团队奉献

赡养纠纷案件，表现在抚养权的争夺及抚养费的分配上。这一类纠纷如果以“辨证”的视角来看，常涉及到亲情与爱情的裂痕，往往在长辈与晚辈之间产生隔阂。纠纷多是由爱情的破裂开始，逐渐导致亲情的裂痕，进而产生情感的疏离。

针对此类纠纷产生的机理，辅之以相应的“论治”，可尝试采用“耐心劝导法”与“情感调解法”。调解是一个循序渐进的过程，案件往往不是一次调解就能成功，常常要反复做工作，这就需要法官要有耐心，从爱情的裂痕入手，耐心劝导，倘若能修复彼此爱情的裂痕，就能达到釜底抽薪的效果。如果双方感情确已破裂，就必须从亲情的裂痕着手，劝导双方多从孩子的成长入手，本着相互体谅的原则，为孩子尽量创造一个好的成长环境，减少因离婚而对孩子造成的伤害。

在这一过程中，法官态度对双方的影响较大，如果法官耐心的倾听双方的诉说，让双方把各自憋在心里的烦恼、委屈倾诉出来，像亲人一样，和善地提醒他们处理感情和事务不妥的地方，最终与双方建立一定的情感，往往能使双方都能接受法官所提出的意见，进而化解彼此的心结。

最高法院国际司法协助研究基地揭牌

2016-09-27 人民法院报 杜涛

本报讯 9月23日，最高人民法院国际合作局与华东政法大学合作框架协议签约暨最高人民法院国际司法协助研究基地（华东政法大学）揭牌仪式在华东政法大学举行。最高人民法院国际合作局、华东政法大学相关人员参加了签约仪式。

根据框架协议，双方将从理论研究、司法协助、学术交流、课题科研、人才培养、资源共享等方面开展合作，包括对国际司法协助相关基础理论问题的研究，对涉及国际司法协助的国际公约的研究，对如何开拓与“一带一路”沿线国家司法协助的研究，中国法院与外国法院在互惠基础上开展民商事判决承认与执行的理论与实务研究等。

二、一般审判动态

为立案假造合同 被识破招致处罚

北京昌平一当事人伪造证据被罚款1万元

2016-09-24 人民法院报

本报北京9月23日讯“原告刘某存在伪造证据，妨碍人民法院审理案件的行为，应当予以处罚。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条第一款第一项、第一百一十五条第一款、第一百一十六条第一款、第三款的规定，决定如下：对刘某罚款10000元，限于2016年10月30日前交纳。”今天，北京市昌平区人民法院作出罚款决定，对原告刘某不诚信的诉讼行为依法进行了处罚。

今年6月份，刘某一纸文书将妻子程甲、妻弟程乙诉至法院。刘某诉称，妻子程甲在2014年时，将其与刘某共同所有的房屋私自卖给了妻弟程乙，并将房屋过户到程乙名下。刘某要求程乙将房屋重新过户到其名下，程乙拒绝。刘某遂诉至法院，要求确认程甲与程乙签订的房屋买卖合同无效，程乙返还房屋。立案时，刘某提供了程甲与程乙签订的房屋买卖合同的复印件。

“我们没有签过这个合同，更不知道合同怎么来的。”程甲和程乙在答辩时，对合同的真实性和来源均提出了质疑。随着庭审的进展，在法庭举证阶段，刘某仅提供了一份证明房屋已经过户在程乙名下的判决书作为证据，而未将程甲与程乙签订的房屋买卖合同作为证据，这一点引起了法官的怀疑。

“立案时提交的房屋买卖合同是否作为证据提交”、“为什么不作为证据提交”、“你是怎么得到的这份合同”、“为什么合同上有不动产登记机构的印章”，在法官一连串的追问下，刘某终于承认“合同是找社会上的闲杂人员花200元做的”。法官当庭对刘某的行为进行了训诫，并告知刘某需要承担相应的法律责任。程乙表示房屋没有登记在他的名下。

庭审结束后，为进一步核查合同的真实情况及房屋的登记信息，承办法官来到昌平区住房建设委员会和昌平区不动产登记事务中心查询材料，经核实，刘某提供的程甲与程乙签订的房屋买卖合同根本不存在，房屋也未登记在程乙的名下，而是登记在程乙的妻子秦某名下。

承办法官根据《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定，对刘某伪造证据提起诉讼的行为进行处罚。刘某收到罚款决定书之后后悔不已，“我没有办法查到房屋的登记情况，所以才造了个假合同想让案子先立了再说，我接受处罚结果……”（王苗苗）

■法官说法■

近年来，法院不断加大对民事诉讼案件中伪造证据行为和虚假诉讼的打击力度，伪造证据的行为不仅侵犯他人的合法权益，破坏社会诚信，也扰乱了正常的诉讼秩序，损害司法权威和司法公信力，情节严重的还可能受到刑事处罚。此次昌平法院对刘某伪造证据的行为进行制裁，用事实表明对司法不诚信行为的零容忍，用行动诠释司法权威不容侵犯，为诚信有序的诉讼秩序的构建增加正能量，向社会传递了遵法、懂法、守法的理念。

三、立法动态

新规：北京无购房资格者无法单独出现在房本上

2016-09-10 北京青年报

近日，在北京通过假结婚买房路径遭遇了政府部门的封堵。据了解，为封堵通过假结婚骗购房资质买房，夫妻双方购房时，已无法以无购房资质一方名义单独署名房本。据了解，本市已在购房网签环节执行这项新举措。

无购房资质房本上不能单独署名

据了解，通过实行购房网签环节的这项新举措，如果夫妻双方一起买房，男方有购房资格、女方没有，那么就不能再出只有女方名字的房本。而此前，本市夫妻双方买房，房本上的“名字”一般会有三种写法：男方、女方、双方共同。新规执行后，没有北京购房资格的一方，就无法单独出现在房本上。

今年以来，包括北京在内的一线城市房价大涨。一名打算通过假结婚购房的人士表示，这么多年的经验证明，还是投资房产的回报率最高。投入50万元，贷款150万元，按照一些核心地段房价的涨幅，如果半年房价涨25%，投入资金的收益率就高达100%。这种获取暴利的心态，让许多暂时没有购房资格的人通过假结婚获取“房票”，进入楼市。

自2011年2月北京出台限购令以来，很多外地人购房被限制，由此催生出诸如“假结婚”取得购房资质的非正当方式。虽然2013年北京市出台的“新国五条”中明确规定：“对不如实申报、提供虚假材料骗取购房资格的家庭，不予办理产权登记手续，家庭承担相应的法律责任，且5年内不得在本市购买住房。构成犯罪的，将依法追究刑事责任。”但通过“假结婚”买房的案例依然没有消失。

“假结婚”购房曾被明码标价

北京青年报记者此前曾在多家房地产中介公司调查“假结婚”购房的情况，一些小型的房地产中介甚至对此明码标价，价格从5万元到15万元之间不等。这些房产中介收集了许多北京户籍人士，这些北京户籍就成为购房假结婚的“房票”，他们以假结婚的方式帮人买房，最终收取报酬。这种交易快则一两周完成，短则几个月，买房前双方做个婚前财产公证，刚买完房就可以办理离婚手续。一名房地产业务员甚至将此形容为“政策型无风险套利”，由于其间存在暴利，吸引了部分房产中介以此为主业。

“假结婚”购房存在多重风险

据了解，目前夫妻双方购房时，在网签环节的确已无法再单独将房产记入无购房资质一方的名下。这项举措其实出台已有一段时间，主要是为了防止一些人假结婚钻住房限购的政策漏洞。但在实际运作中，一些假结婚购房人士依然可以通过房本下来以后再更名的方式购房。

但也有理性的房地产中介表示，通过假结婚购房存在多重风险及隐患。如果双方办理的是真的结婚证，则购房行为发生在婚后，理论上应属于夫妻共同财产，若离婚时对方提出分割财产的要求，则实际购房人的利益有可能蒙受巨大的损失。北京现在因假结婚而发生的房产纠纷已不在少数。

相关阅读：北京新规整治“假结婚真买房”

按照这项网签新政所要求，以家庭名义购房的京籍家庭，网签之时，只能有两种选择：一种是选择购房家庭中具备购房资格的人为买受人，出具单独所有不动产登记证；一种是选择购房家庭中具备购房资格人为买受人的同时，选择将不具备购房资格人作为买受人的共有权人。而第三种情况，将购房家庭中不具备购房资格人为买受人且单独所有，将无法生成网签。

例如，如果夫妻双方一起买房，男方有购房资格、女方没有，那么就不能再出只有女方名字的房本。而此前，本市夫妻双方买房，房本上的“名字”一般会有三种写法：男方、女方、双方共同。新规执行后，没有北京购房资格的一方，就无法单独出现在房本上。

据了解，“假结婚”是从去年开始在北京房地产市场兴起的一种“骗购”手段，和“假离婚”一样，目的都是为了获

得再多买一套房的资格。通常的操作手段是，本身无购房资格的一方，通过中介机构找到一位具备“房票”的“假结婚”对象，双方先签订婚前财产协议，注明婚后所购房屋为无资质一方的个人财产；接着，双方去办理结婚、购房手续，待房本下来后，再办理离婚，无购房资质一方由此顺利在北京买到一套房产。一些“房虫”专门在做这样的买卖，他们以自己身上的购房资质为资本，以假结婚的方式帮人买房，最终收取 10 万元左右的报酬。

楼市新政牵动人心：上海楼市新政造谣者被抓！此前官方曾辟谣

9月8日，上海警方通报，7人涉嫌编造传播“上海房地产信贷新政”谣言被刑事拘留。

据上海警方官方微博称，为提升个人房产销售业绩，房产中介人员故意在网络上编造、传播“9月起本市将实行购房信贷新政”的谣言，造成上海市房地产市场不稳定。9月6日晚，经上海市公安局组织力量侦查，7名恶意编造、传播相关谣言的涉案人员被一举抓获，现已被依法刑事拘留。

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

同床共枕二十余载 男子竟不知妻子真名

2016-09-23 嘉兴日报 记者张帅 通讯员秀舟

本报讯与他朝夕相处、同床共枕了 20 多年的妻子，竟然一直向他隐瞒了真实姓名。妻子到底做过什么？曾经是怎样一个人？她到底还有多少事情瞒着他？一连串的问题让张先生缓不过神来……近期，秀洲法院依法审理了这样一起离婚纠纷案件。

在 1991 年 12 月，张先生经人介绍与一名自称为“王兰秀”的女子相识。相恋两年后，张先生与“王兰秀”在 1993 年 3 月 6 日登记结婚，同年的 4 月，生育一子。在这期间，张先生也从未见过妻子的身份证，甚至连结婚登记也是凭借从妻子老家寄过来的婚姻状况证明办理的。婚后，两人感情还不错，不过妻子平常连银行卡都是办在张先生的名下。张先生也曾有些纳闷，但每逢问起此事，妻子总是借故推托，搪塞过去了。

一晃 20 多年过去了，夫妻俩商量把妻子的户口从老家贵州迁到嘉兴。2014 年春节，“王兰秀”回老家办理相关手续，并带回了两份证明。张先生一看傻眼了，同床共枕 20 多年的妻子，原来真名叫王开珍，于是夫妻俩大吵一架。张先生一直没有弄清楚为何妻子隐瞒自己的真实姓名。同年 4 月，妻子又突然离家出走，不知去向。张先生在多次寻找无果后，于 2016 年 2 月向秀洲法院起诉要求离婚。

法院在受理该案后，因张先生无法提供妻子的联系电话，法院将应诉材料邮寄至王开珍的户籍地贵州，邮件签收后无人前来应诉，随后法院向其公告送达了相关材料，并进行了公开开庭审理，但是王开珍未到庭。法院审理后认为，原、被告虽系自主婚姻，婚后在共同生活中由于家庭琐事等产生矛盾，致使夫妻关系不合睦，被告离家出走与原告分居两年有余，相互间不履行夫妻义务，可认为夫妻感情确已破裂，判决支持了原告张先生的诉讼请求。

（二）婚姻无效撤销案例

（三）子女抚养亲子关系案例

法院在亲子关系诉讼中对婚生子女的推定规则

2016-09-14 法信 最高院民一庭

【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：《婚姻法解释（三）》第 2 条明确规定了亲子关系诉讼中的推定规则，将以往亲子关系诉讼中所适用的事实推定上升为法律推定。审判实践中，人民法院在一方当事人已经为其主张提供了必要证据予以证明，另一方没有相关证据又拒绝鉴定的情形下，可以推定就亲子关系提出主张的一方当事人的主张成立。本期法信小编结合相关法律、案例和专家观点，对亲子关系诉讼中推定规则的适用进行说明，供读者参考。

法信码 | A2. J2322

另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定

法信 · 法律依据

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》

第二条 夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证

据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。

当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

2. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

法信 · 相关案例

1. 一方提供的证据已具有高度盖然性，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，可以推定亲子关系成立——王某诉于某非婚生子抚养纠纷案

本案要旨：亲子关系作为一种血缘关系，在没有科学依据的情况下不宜随便推定，但在一方提供的证据已经达到较高盖然性的程度，而另一方仍拒绝进行亲子鉴定的情况下，可以慎重推定亲子关系的存在，以保护非婚生子的合法权益。

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. 一方对拒绝做亲子鉴定既未提供证据，又无法做出合理解释的，应承担举证不能的法律后果，人民法院可推定亲子关系成立——吴天成诉徐坤年抚养费纠纷案案

本案要旨：当事人虽然否认与相对人存在血亲关系，但未能提供相应的证据推翻亲子关系的指认及证明其主张成立，也未对拒绝做亲子鉴定作出合理解释，应对其举证不能承担相应的法律后果。即可推定当事人与相对人存在亲子关系。

案号：（2008）沪一中少民终字第 53 号

审理法院：上海市第一中级人民法院

来源：《中国审判案例要览》（2009 年民事审判案例卷）

3. 没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院推定亲子关系存在——苏明琪与李晓明子女抚养纠纷案

本案要旨：当事人请求确认亲子关系应提供必要证据证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院应当在综合审查原告举证、充分听取当事人陈述并考虑未成年人利益的基础上，推定亲子关系存在。

案号：（2011）通中少民终字第 0005 号

审理法院：江苏省南通市中级人民法院

来源：法信精选

法信 · 专家观点

1. 当事人就亲子关系发生争议，一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的情况下，人民法院适用推定的方式判断亲子关系的法律适用

（1）夫妻一方向人民法院提起婚生子女否认之诉，负有举证证明其主张的责任。这是主张利己事实者负举证责任的证据原则在具体案件中的体现。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第一款规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。”因此，要求提起婚生子女否认之诉的当事人承担举证义务符合民事诉讼证据司法解释关于当事人举证责任的规定。

（2）提起婚生子女否认之诉的当事人所举证据对于其主张所依据的事实是必要的。根据形式逻辑的要求，欲达到证明目的，证据必须满足必要和充分两个条件，本条司法解释采用了“必要”来描述原告举证所要达到的一种证明程度。其想表达的意思是如果只是怀疑或者臆想而没有证据支持，换句话说，也就是原告的证据尚不足以使裁判者相信可能确有其事的程度，则根本不具备举证责任向被告转移的条件，原告的诉讼请求可能直接被驳回。这时其提出进行亲子鉴定的申请亦不会得到支持。反之，提起婚生子女否认之诉的当事人所举证据尽管不够充分，但这些证据足以使裁判者相信可能确有其事，则举证责任转移给另一方当事人。

（3）另一方当事人没有相反证据又拒绝做亲子鉴定，是指另一方当事人虽然反驳否认婚生子女的诉讼请求，但没有证据或者证据不足以支持其观点，并且拒绝做亲子鉴定。其中拒绝做亲子鉴定，既可以是其本人拒绝配合收集亲子鉴定所必需的检材，也包括利用其直接抚养或控制未成年子女的条件，拒绝让未成年子女提供检材进行亲子鉴定。

(4) 在满足上述条件的情况下，人民法院可以推定主张亲子关系不存在一方的请求成立。此种情形下所作出的判决，依据是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第二款的规定，即“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”。此时举证责任已从提起否认婚生子女之诉的当事人一方转移至其相对方，故在其没有证据的情况下，应当承担不利的诉讼结果。应当注意的是，根据推定作出的否认亲子关系的判决，实质上是一种法律推定，是可以被客观事实推翻的。因此，法律允许当事人和利害关系人就判决申请再审，但法律意义上亲子关系的恢复必须经人民法院通过再审判决确认，否则，即使当事人持亲子鉴定结论自行声明亦属无效。

(5) 本条司法解释第二款所述提起确认亲子关系之诉的当事人所需承担的证明责任与提起婚生子女否认之诉的当事人所负举证责任并无不同。

(6) 无论是婚生子女否认之诉还是非婚生子女认领之诉，本司法解释所提供的是在一方当事人已经提出了必要证据，而另一方当事人没有相反证据又不配合亲子鉴定，处理此类问题的一种方法，而不是处理此类案件的原则。因此，两款规定均分别表述为人民法院“可以”推定主张亲子关系不存在一方请求成立和人民法院“可以”推定请求确认亲子关系一方的主张成立。借鉴立法技术分析可知，“可以”不同于“应当”，是可以这样，也可以不这样的意思。司法解释的起草者选择“可以”一词所要表达的意思是，这里不过是提供了一种适用针对一方当事人没有证据又拒绝做亲子鉴定的情况下，人民法院适用证据规定处理此类纠纷的方法。但不能将其绝对化，因为真实的血缘关系并非亲子关系成立的唯一要素，亲子身份关系的安定，婚姻、家庭的和谐稳定和未成年子女利益最大化仍然是人民法院处理涉及亲子关系的案件时所应遵循的原则。机械地理解本条司法解释，则可能导致裁判者一味地追求血缘真实，而忽略当事人在常年共同生活中形成的亲情，损坏当事人现存的家庭模式和现实生活利益。裁判者应当极力避免产生如此消极的裁判效果。

(摘自《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著，人民法院出版社2015年出版)

2. 最高人民法院民一庭关于推定亲子关系纠纷的审判指导意见

(1) 提起非婚生子女认领诉讼的当事人应当是诉讼时该子女法律意义上的父母之外的自然人。但并非只要原告完成了举证责任，人民法院均要适用本条司法解释第2款之规定，支持其主张

尽管我国法律中缺少有关认定亲子关系之标准的规定，但婚姻关系存续期间出生的子女一般应认定为婚生子女是人民法院在审判实践中掌握的一项不成文的办案规则。相对于婚生子女否认之诉而言，非婚生子女认领之诉的情况更为复杂。对于提起非婚生子女认领之诉的当事人的主张是否予以支持，不能简单地认为当事人提供了必要的证据、对方当事人没有证据亦拒绝做亲子鉴定，就一概要适用本条司法解释的第2款推定主张确认亲子关系一方的请求成立。而应当根据案件的具体情况，决定是否要推定亲子关系成立，支持原告的诉讼请求。对于有迫切抚育需要的未成年人，则应果断适用本条司法解释第2款之规定，判决确认亲子关系，以保护未成年人的合法权益。对于请求认领已经跟随母亲另组家庭生活的未成年人为其婚生子女的当事人，人民法院在具备本司法解释第2款条件的情况下，还应权衡支持其诉讼请求对未成年子女的影响，该子女是否已经被继父通过法律程序收养、子女是否因年幼适宜随母亲生活以及主张认领非婚生子女的一方是否曾因虐待、遗弃子女被判刑等情况，均应成为人民法院综合考量是否适用本条司法解释支持其主张的因素。对于成年子女请求确认亲子关系，由于不涉及其父或母的抚养义务，对于亲子鉴定应当严格掌握。如果其提供的证据不足以令裁判者相信可能确有其事，而对方当事人没有证据或证据不够充分但拒绝亲子鉴定，则人民法院应当在真实血缘联系与当事人身份关系及家庭的和谐、稳定以及自然人的名誉权之间进行衡量，以决定是否要通过推定确认亲子关系。

(2) 子女利益最大化原则在审判实践中的体现

在审理涉及亲子关系的婚姻家庭案件中，未成年子女利益最大化原则是人民法院考量衡平各方当事人利益时不能忽略的一个原则。亲子鉴定必须有未成年的配合，因此，对于10岁以上的未成年人，人民法院不能简单地强制其进行亲子鉴定，而应当对其意思表示给予一定的重视。在决定是否进行亲子鉴定的问题上，要考虑其对事件的理解程度和态度，通过其监护人做好工作，避免极端事件的发生。如果10岁以上的未成年人了解情况后，坚决抵制亲子鉴定，人民法院不能简单地认定未成年人的监护人没有证据而又拒绝亲子鉴定，进而判决支持提起身份确认之诉的当事人胜诉。

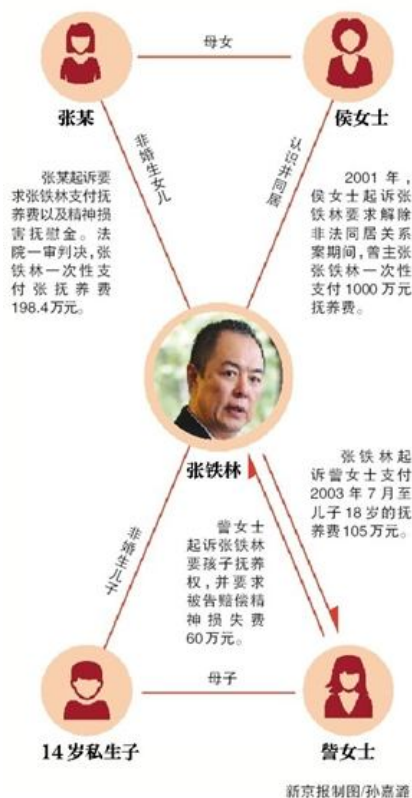
（摘自《推定亲子关系纠纷的处理》，作者：最高人民法院民事审判第一庭，载《民事审判前沿》（第一辑），最高人民法院民事审判第一庭编，人民法院出版社 2014 年出版）

张铁林被判赔偿私生女 18 年抚养费

2016-09-20 新京报 记者刘洋

法庭认女，已一次性支付抚养费 198.4 万元；另一非婚生子被生母索抚养权，近日将审理

张铁林两起涉非婚生子女诉讼关系图



演员张铁林被非婚生女儿告上朝阳法院，索要出生至 18 岁的抚养费和“不承认女儿”的精神抚慰金。新京报记者昨日获悉，张铁林于法庭上承认了女儿，法院判决其一次性支付女儿至 18 岁的抚养费 198.4 万元。目前，该判决已经生效，张铁林已实际履行判决内容。

由于张铁林是英国国籍，且涉及隐私，该案在朝阳法院涉外法庭不公开审理。新京报记者了解到，该案在庭审上的争议主要围绕抚养费多少展开，张铁林一方认为对方提出的近千万抚养费过高。

另据记者了解，张铁林的另一个非婚生儿子的母亲瞿女士，诉张铁林索要孩子抚养权，预定将于本月底审理。张铁林认为瞿女士未尽到抚养义务，索要儿子的抚养费一百余万元，法院也已立案。

1 原告张某

不被父亲承认患上抑郁症

2015 年 6 月初，演员张铁林被张某告上法庭。张某诉称，1997 年 5 月，她的母亲侯女士与张铁林认识并同居，1999 年 4 月 30 日生下她，2000 年 8 月张铁林与母亲因感情不和分居，她由母亲独自抚养，张铁林未曾支付抚养费。

2014 年 4 月，因母亲无力独自负担其出国留学费用，同时办理出国留学需要父母签字同意，于是联系张铁林。但张铁林拒不承认张某是其亲生，将其监护权全权交付张某母亲，从此不再理会张某。

张某说，同年 8 月，张铁林带其外国女儿张月亮参加节目，自己因此受到刺激并患上抑郁症。2015 年 5 月 18 日，经过协商，张某与张铁林及其代理律师向司法鉴定机构申请做亲子鉴定，但张铁林在鉴定结果将出时通知撤销鉴定。

张某起诉要求张铁林支付从出生至 16 岁的抚养费 653 万余元，16 周岁至 18 周岁的抚养费 160 万元，以及

精神损害抚慰金 160 万元。

2 被告张铁林

不认女儿因与其母有纠葛

新京报记者了解到，此案开庭审理时，张铁林认可张某系自己的女儿，但指出张某从出生到一岁四个月都由自己抚养，抚养费应按 14 年 8 个月计算，在此期间实际发生的费用中合理合法应由自己支付的部分，同意承担。

就张某主张的精神损害抚慰金，张铁林认为没有事实和法律依据。就亲子鉴定问题张铁林认为，并非针对张某个人的疑虑，是因为跟张某母亲有感情纠葛。

此外张铁林一方还指出，张某母亲侯女士一直称有经济困难，生活艰辛，但张某主张的 1 至 3 岁的抚养费 30 余万，3 岁后各种辅导班、兴趣班费用 60 万余元，住房、医疗、保姆等费用加起来也达 600 余万元。

2001 年，侯女士起诉张铁林要求解除非法同居关系案期间，曾主张张铁林一次性支付 1000 万元抚养费。张铁林表示，没有履行抚养义务的原因之一，就是侯女士将女儿带走，并在后续沟通中索要费用过高。

3 法院判决

抚养费参照教育和生活状况

法院经审理认为，张铁林作为张某之父，应履行抚养教育的义务。张某常年随其母亲生活，故有权要求张铁林支付抚养费。关于抚养费的具体数额，张某主张过高，且未能提供充分证据证明其所主张的数额系实际发生。考虑到张某主张的抚养费期间跨度长，且日常支出项目繁杂，部分支出也未必有相应票据，未全面保存相关证据亦情有可原，故法院根据张某的成长教育情况、北京市的实际生活水平等情况酌情确定十岁之前的抚养费标准为每月 8000 元，十岁至十八岁的抚养费标准为每月 12000 元。

针对张某虽提出心理治疗费用，但就此未能提供充分证据证明，故法院在确定抚养费标准时就该因素未予考虑，如日后确实发生大额医疗费用以及必要的教育费用，双方可另行协商解决。张某以张铁林拒不承认亲子关系造成其精神损害为由主张精神损害抚慰金，属侵权法律关系，与本案抚养费纠纷不属于同一法律关系，不宜在本案中一并处理，张某可另行主张。

法院作出一审判决，张铁林一次性支付张某至十八岁的抚养费 198.4 万元，驳回原告其他诉讼请求。

■ 相关新闻

张铁林儿子生母诉讨孩子抚养权

张铁林另一个非婚生儿子的母亲訾女士，将其告上法院索要孩子抚养权，并要求 60 万的精神损失费。而同时，訾女士也被张铁林告上朝阳法院，认为訾女士未尽到抚养义务，起诉索要儿子的抚养费一百余万元。记者昨日还了解到，訾女士起诉张铁林的抚养权案件将于 9 月 29 日不公开开庭审理。张铁林以儿子名义起诉訾女士索要抚养费案件目前已经立案。

訾女士起诉称，她 2001 年在读书时，和当时在广东暨南大学做讲师的张铁林相识，在和张铁林处对象及结婚的承诺下怀孕并生子。2002 年生子后，她在老家和北京的租住地抚养儿子，但 2009 年 8 月，张铁林一方强行带走孩子，9 月訾女士到被告住处寻找孩子时遭遇车祸。“无论怎样哀求见见孩子，被告都置之不理，至今原告已经 6 年未曾见上自己的孩子，被告的野蛮行径给原告身心和健康造成巨大伤害。”为此，訾女士起诉要孩子抚养权，并要求被告赔偿精神损失费 60 万元。

随后在今年 6 月，张铁林又以儿子名义将訾女士告上法庭索要抚养费。张铁林一方称，在孩子出生后，訾女士仅承担了 6 个月的抚养义务，后便交由张铁林抚养。2009 年 7 月前，訾女士偶尔赴张铁林住所探望儿子，但至起诉时长达近 7 年时间，被告非但继续逃避对孩子的抚养义务，且未再对孩子进行任何探问，其间甚至未给孩子打过一个电话。因此起诉訾女士支付 2003 年 7 月至儿子 18 岁的抚养费 105 万元。

离婚时，人工授精而生的子女应如何对待？

2016-09-20 裁判要旨通纂 王林清、杨心忠等

判要旨：人工授精而生的子女与婚生子女同等对待，夫妻双方均有抚养子女的义务，离婚后男方仍应支付抚养费。

规则解读

人工授精而生的子女与婚生子女同等对待，夫妻双方均有抚养子女的义务，离婚后男方仍应支付抚养费。

案件审理要览

案件来源：参见《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，王林清、杨心忠、赵蕾著，北京大学出版社2014年10月第1版第405页。

1 基本案情

张某与李某于2000年7月结婚，婚后多年不育，经医院检查，丈夫张某无生育能力。2003年10月至12月，张某多次陪同妻子李某到医院使用人类精子库精子实施人工授精手术。2004年，李某生下一子取名张小某。刚开始，张某非常喜欢张小某，经常以父子关系示人，后张某认为张小某非自己亲生，开始对其不冷不热，李某为此事与张某发生多次争吵并大打出手，夫妻感情急剧恶化。2008年5月，李某带张小某另寻住处独自抚养张小某。

2010年12月，李某起诉请求法院判决与张某离婚，并要求张某每月支付孩子张小某抚养费1000元，直至张小某成年为止。张某辩称，同意与李某离婚，但不同意支付孩子抚养费，因为当时自己并不想要孩子，只是李某非常想要一个孩子，自己才口头同意接受人工授精手术的，再者张小某并非自己亲生，与自己没有血缘关系，自己当然没有抚养义务。

2 审理要览

法院经审理认为，张某与李某双方分居达两年之久，夫妻感情确已破裂，应当准予离婚。张小某系张某、李某夫妻关系存续期间且双方一致同意进行人工授精所生的子女，视为夫妻双方的婚生子女，张某对孩子张小某有抚养的义务，每月应支付抚养费1000元，直至其年满18周岁为止。一审宣判后，双方当事人均未上诉，一审判决现已发生法律效力。

规则适用

关于张小某的法律地位及张某应否支付张小某抚养费的问题，有三种意见：

第①种意见认为，张小某系人工授精而生，只与其生母李某有血缘关系，而和张某没有血缘关系，张某既非生物学意义上也非法律意义上的父亲，故张某在离婚后不承担张小某的抚养费。

第②种意见认为，人工授精而生的子女与婚生子女同等对待，张某与李某均有抚养张小某的义务，离婚后张某仍应支付抚养费。

第③种意见认为，人工授精而生的子女兼有血缘、婚姻与抚养协议的三重属性，不能混同于婚生子女，而是独立的法律主体，法律应赋予其独立的法律地位。张某应否给付抚养费，还得另行考衡再作决定。

笔者同意第②种意见，主张人工授精而生的张小某应视为婚生子女，享有与婚生子女同等的权利义务，张某应支付其抚养费。主要理由如下：

① 张小某系张某与李某夫妻关系存续期间所生子女。医学上根据授精方法的不同，将人工授精分为将丈夫的精子植入妻子子宫内的同质授精和将第三人捐赠的精子植入妻子子宫内的异质授精两种情形。对于同质授精所生子女的法律地位一般没有质疑，该子女应视为夫妻双方的婚生子女。对于异质授精所生子女的法律地位则比较复杂，根据最高人民法院《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的复函》的规定，异质授精只有在夫妻关系存续期间受孕或出生，才有获得婚生子女的可能和资格。为保护子女的权益，若该子女在事实婚姻关系存续期间人工授精而生，也应类推为婚生子女。在本案中，张小某系张某与李某夫妻关系存续期间且经夫妻双方一致同意人工授精而生，当然应视为婚生子女。

② 张小某系张某与李某双方一致同意人工授精而生。根据最高人民法院《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的复函》的规定：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间的权利义务适用婚姻法的有关规定。”“一致同意”的意思表示，既可以是口头的，也可以是书面的，还可以从实际行动推定。张某多次陪同李某到医院实施人工授精手术，虽未办理书面同意手续，但并未提出反对或不同意见，应视为张某默示同意李某进行人工授精手术。张小某出生后，张某多次以父子关系示人，也表明张某认可张小某为其婚生子女，据此可以认定张小某是张某与李某一致同意进行人工授精所生。

③ 第①种意见、第③种意见均不符合我国法律的规定，也不符合国际上通行的立法惯例和司法判例，不利于保护该类子女的合法利益。将夫妻关系存续期间且双方一致同意人工授精而生的子女视为婚生子女，既可最大限度地保护该子女的合法利益，也保护了夫妻的名誉权和隐私权，有利于维持和谐的家庭婚姻秩序，也是司法参与社会管理的一大创新。

综上，笔者认为，本案中，法院将人工授精而出生的张小某视为婚生子女，判令张某承担抚养费是合法合理的。

爸爸去哪儿？执行法官的十年追寻

2016-09-26 宝法新媒体工作室 深圳宝安法院

故事的起因是这样的……1998年，阿莲与已有家室的许军在深圳相识，并于1999年3月诞下一个女儿婷婷好景不长，双方感情很快就宣告破裂，并因此对簿公堂

军 VS 莲

宝安法院的审理和判决

判令双方的非婚生女婷婷由其生母莲抚养，军2000年9月18日支付10000元抚养费，并自2001年3月份起，每月负担抚养费500元，直至婷婷18周岁。

后来，因婷婷达到上学年龄，开支明显增大，她由阿莲代理提起了诉讼，要求增加抚养费。

军 VS 莲

深圳市中级人民法院审理后作出终审判决

从2005年3月份起，许军应支付的抚养费变更为每月1000元

然而……故事到这才只是开始

2005年9月判决发生法律效力后许军却人间蒸发了阿莲依法向法院申请强制执行一位又一位法官接力办理这个案件十年没有查到许军一星半点的消息但是，法官们从未放弃直至2016年初

执行法官借助网上查控平台发现了有关许军身份信息的最新线索，并两次奔赴他的户籍地调查。这才知道他不仅仅将名字改成了徐某刚，还因为其一代身份证号码与他人相同，在升级二代身份证时变更了身份证号码。确认了被执行人的新身份，执行法官掌握了他的出入境的记录。2016年7月15日下午5点50分，消失了十年之久的许军，在深圳某边检站出境前往香港时，被边检部门截获，宝安法院将其带回，并对其司法拘留十五日。该案后续执行及许军的违法事实，法院也在进一步调查处理中。

这十年来，婷婷，与母亲阿莲孤苦相依。家境困难，母亲无经济收入，女儿幼小无依。宝安法院几乎每年都为她们申请一定的经济救助，才能够维持两母女的基本生活。可以说，婷婷，是宝安法院的执行法官们看着一年年长大的。许军无视法院生效判决之约束，枉顾至亲血脉抚养之责，让其女儿维持基本生活都困难，让司法机关耗费大量人力、物力等公共资源。这种行为，不仅逃脱不了道义、人伦上的强烈谴责，同时也逃脱不了法律的严惩。

注：本文中的许军、徐某刚、阿莲、婷婷等均为化名。

Yi' ban' shen

（四）财产分割案例

奇葩前任！离婚后家电被判归女方，男子竟“淘”二手货冒充

2016-09-19 上海法治报

这年头，夫妻之间关系不好，最终选择离婚的事情已不再鲜见，但经法院判决离婚后，竟从二手市场“淘来”旧家电，用以冒充本归前妻所有的陪嫁物品，这样的前任就绝对算得上是个“奇葩”了。

近日，浦东新区人民法院执行局就查处了这样一起案件，俗话说“偷鸡不成蚀把米”，最终，企图上演“狸猫换太子”戏码的被执行人孙某因故意偷换执行标的物妨碍执行，被法院处以罚款5000元。

感情破裂

“冤家”夫妻2年间先后提出离婚

家住浦东新区高桥镇的唐某与前夫孙某相识于2008年，相恋两年后，两人顺理成章登记结婚，并生下一个宝贝女儿。婚后初期夫妻关系还算融洽，虽然也偶有拌嘴，但总体上相安无事。然而，随着时间推移，两人常因琐事发生争吵，孙某抱怨唐某好吃懒做一副少奶奶做派，唐某则怀疑孙某在外面拈花惹草搞外遇，原来的偶有拌嘴变成了“两天一小吵，三天一大吵”，夫妻感情开始分崩离析。

2014年中，孙某曾主动提出离婚，但唐某坚决不同意，法院考虑到两人婚姻尚有挽救余地未予准许。然而，法院提供的冷静期并未让夫妻俩重修于好，二人之间的矛盾反而发展到水火不容的程度。2015年初，法院再次收到离婚诉状，但这次，主动起诉离婚的人换成了唐某，孙某表示同意。

事已至此，两人姻缘已是无可挽回，法院最终判决二人离婚，并对两人名下房屋、存款、子女抚养等问题一并

作出处理，其中，在被告孙某处属原告的婚前财产彩电两台、冰箱一台、洗衣机一台、空调两台归原告唐某所有。

不念旧情

“奇葩”前任用二手家电以次充好

判决生效后，孙某除履行部分义务外，对于唐某陪嫁家电却迟迟未予返还，因其逾期未予履行判决义务，唐某于近日向浦东法院执行局申请强制执行。

受理本案后，执行法官龚海依法向被执行人孙某发出了执行通知书，责令其限期履行判决义务。然而，让人始料未及的是，在双方交接家电时，唐某发现，孙某提供的家电并非判决确认的婚前购买物品，其品牌、型号、成色等均与原物有较大差异。唐某当场提出质疑，并将情况反馈至浦东法院。

龚海法官获悉情况后，立即传讯孙某协助调查真相。经过仔细讯问，孙某承认，该批家电系其通过二手市场“淘来”的旧家电，目的是将判决属于前妻的婚前陪嫁家电全部替换，企图以次充好，蒙混过关。

确认该情况后，执行法官对孙某这种荒唐的违法行为予以严厉训诫，责令其深刻反省并作出检讨，同时依法对其处以罚款 5000 元。经过教育，孙某主动写下具结悔过书承认了自己的违法行为，对其妨碍执行的行为及后果表示后悔，承诺将按照判决履行义务，并当场缴纳了全部罚金。作者 | 陈颖婷 陈卫锋 郑岗

登记在一方名下的电站股份属夫妻共同财产还是个人财产？

2016-09-22 桂林法院网 灌阳县人民法院 胡秋兰

【案情】

原告李某某、被告文某某于 1995 年经人介绍认识后自由恋爱登记结婚，婚后初期感情较好，后因双方性格不和，为日常生活琐事经常争吵打架，影响了夫妻感情，原告遂提起本案诉讼，要求法院判决原、被告离婚，分割夫妻共同财产。婚姻存续期间，被告工作所在的国有电站进行国有企业改制，2002 年，被告及电站的职工与当地政府签订了《电站产权转让合同》，被告及电站的职工出资将电站产权购买下来，被告出资占股 62.5 千瓦，其中 5.71 千瓦股份是用被告领取的身份置换费 16023 元购买的。2006 年，电站一名股东转让其股份，被告与其余股东共同出资将其股份购买，每人占 1.6 千瓦股份。

【分歧】

一种观点，电站股份是原、被告婚姻存续期间取得的财产，并且被告已领取了企业根据桂林市政府关于企业改制后职工身份置换问题解决的相关文件规定发放的身份置换费，应属于夫妻共同财产。

另一种观点，电站股份与被告的职工身份不可分割，相当于被告的一份工作，应属于被告的个人财产。

【评析】

对登记在被告名下的灌阳县仁义电站 64.1 千瓦的股份，其中，2002 年购买的 62.5 千瓦股份中的 56.79 千瓦股份和 2006 年购买的 1.6 千瓦股份是原、被告婚姻存续期间取得的财产，结合被告在庭审中对于购买该部分股份资金来源的陈述及桂林市政府关于企业改制后职工身份置换问题解决的相关文件规定，故该 58.39 千瓦股份属于夫妻共同财产；对用被告的身份置换费 16023 元购买的 5.71 千瓦股份，结合《电站产权转让合同》、关于变更《电站产权转让合同》部分条款的协议内容及桂林市政府关于企业改制后职工身份置换问题解决的相关文件规定，被告的身份置换费 16023 元是企业改制后对被告工作期间作出的贡献进行补偿并对今后的生活提供一定的保障的款项，故简单地将该身份置换费款项购买的股份认定为夫妻的共同财产或夫妻个人财产均不妥，以企业改制时双方婚姻存续年限为依托，参照最高人民法院于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）第十四条“人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值得，所得数额为夫妻共同财产”的处理原则，因被告陈述单位统一交了养老保险，被告在 60 岁退休，而被告 18 岁半参加工作，因此，在被告的身份置换费购买的 5.71 千瓦股份中，原、被告婚姻关系存续年限（5 年半）的股份数为 0.76 千瓦，属于夫妻共同财产，其余 4.95 千瓦股份属被告的个人财产。综上，登记在被告名下的灌阳县仁义电站的 64.1 千瓦股份，其中 59.15 千瓦的股份属原、被告的夫妻共同财产，由原、被告各占一半的份额，另 4.95 千瓦的股份属被告的个人财产。

指导案例 66 号 雷某某诉宋某某离婚纠纷案

来源：最高人民法院审判委员会讨论通过 2016 年 9 月 19 日发布

关键词 民事/离婚/离婚时/擅自处分共同财产

裁判要点

一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，离婚分割夫妻共同财产时，依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。

相关法条

《中华人民共和国婚姻法》第 47 条

基本案情

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

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

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

裁判结果

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

裁判理由

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

本案二审期间双方争议的焦点在于雷某某是否转移夫妻共同财产和夫妻双方名下的存款应如何分割。《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”这就是说，一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

本案中，关于双方名下存款的分割，结合相关证据，宋某某婚前房屋拆迁款转化的存款，应归宋某某个人所有，宋某某婚后所得养老保险金，应属夫妻共同财产。雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款为夫妻关系存续期间的收入，应作为夫妻共同财产予以分割。雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式，将尾号为 4179 账户内的 195000 元转至案外人名下。雷某某始称该款用于家庭开销，后又称用于偿还外债，前后陈述明显矛盾，对其主张亦未提供证据证明，对钱款的去向不能作出合理的解释和说明。结合案件事实及相关证据，认定雷

某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。根据上述法律规定，对雷某某名下中国工商银行尾号 4179 账户内的存款，雷某某可以少分。宋某某主张对雷某某名下存款进行分割，符合法律规定，予以支持。故判决宋某某婚后养老保险金 14322.48 元归宋某某所有，对于雷某某转移的 19.5 万元存款，由雷某某补偿宋某某 12 万元。

（生效裁判审判人员：李春香、赵霞、闫慧）

（五）损害赔偿案例

离婚时无过错方要求“出轨”方赔偿精神损失，法院是否支持

2016-09-05 法信

导读：离婚损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿，离婚损害赔偿请求权的过错行为是法定的，即《婚姻法》第四十六条规定的四种情形。在法定情形之外，无过错一方能否要求“出轨”一方进行精神损害赔偿的，在学术界存在不同意见。本期法信小编结合相关法律、案例和观点，对夫妻关系中无过错方要求精神损害赔偿法院如何判决进行说明，供读者参考。

法信 · 相关法律文件

1. 《中华人民共和国婚姻法(2001 修正)》

第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

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。

2. 《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》

第八条 因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。

1. 分居期间，夫妻一方与婚外异性发生不正当男女关系，离婚时，无过错方可以要求精神损害赔偿——陆某诉陈某离婚案

案例要旨：婚姻关系的存续应以夫妻感情为基础，在婚姻关系存续期间，夫妻双方分居长达 3 年之久，应当认定夫妻关系已无和好可能。在分居期间，夫妻一方与婚外异性存在不正当关系的，应认定一方在导致夫妻感情破裂问题上存在过错，无过错方有权要求精神损害赔偿的，法院应予以支持。

典型意义：我国婚姻法第四条规定了夫妻的互相忠实义务。婚姻应当以感情为基础，夫妻之间应当互相忠实，互相尊重，以维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。维护夫妻之间的相互忠诚，不仅仅是道德义务，更是法律义务。本案中，陈某与她人存在不正当男女关系，伤害了陆某的个人感情，损害了双方之间的婚姻关系，陈某的行为是不道德的，亦违反了我国婚姻法规定的夫妻之间的忠实义务。陆某作为无过错方，有权提起离婚诉讼并同时请求损害赔偿，人民法院依法予以支持。

来源：《最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例》 2015-11-20

2. 离婚后发现一方在原婚姻存续期间与他人发生不正当关系并生育一女，无过错方提出精神损害赔偿的，法院应予支持——周某诉张某离婚后损害责任纠纷案

案例要旨：离婚后，夫妻一方发现在原婚姻关系存续期间，另一方与他人存在不正当男女关系，并为其生育一女，导致离婚的，过错方应承担相应的民事赔偿责任。无过错方提出精神损害赔偿的，法院应予支持。

典型意义：夫妻互相忠实，不背叛爱情，不仅是传统美德，也是法定义务。对婚姻不忠实，是难以容忍的不诚信，它不仅破坏了夫妻关系，拆散了家庭，也伤及无辜的子女，而且败坏了社会风气，是法律所禁止的行为。因此，在离婚后发现被告的婚姻存续期间的出轨行为，请求精神损害赔偿，人民法院依法予以支持，以彰显法律的公正和道德力量。

来源：《最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例》 2015-11-20

3. 夫妻一方婚外性行为侵犯了对方的配偶权，给另一方带来了精神压力和痛苦，过错方应当承担精神赔偿责任——应小明诉陈淑红离婚后损害责任纠纷

案例要旨：在婚姻关系存续期间，夫妻一方发生婚外性行为，其行为违反夫妻之间应当互相忠实、互相尊重的法律规定，且侵犯了另一方的配偶权，应承担相应的精神损害赔偿赔偿责任。

裁判理由：原告与被告系夫妻关系，在婚姻关系存续期间，应当互相忠实、互相尊重。原告与被告在婚姻关系存续期间的2007年1月19日所生一女陈思颖与原告不存在生物学意义上的亲子关系，这一事实表明，被告在婚姻关系存续期间与他人存在婚外性行为，该行为违反了《中华人民共和国婚姻法》第四条关于夫妻之间应当互相忠实、互相尊重的法律规定。且被告的上述行为侵犯了原告的配偶权，给原告带来了精神压力和痛苦，对原告所造成的精神损害是显而易见的，被告应当给予原告精神抚慰和补偿。原告要求被告赔偿精神抚慰金的请求，其合理部分应当予以支持，但其要求的10万元数额明显过高，应当结合本案的具体情况，对其精神损害赔偿数额予以综合考虑，酌情减少。

来源：《中国审判案例要览（2009年民事审判案例卷）》

4. 夫妻一方与其他异性同居导致感情破裂而离婚，无过错方有权获得精神赔偿——张某诉李某离婚纠纷案

案例要旨：在婚姻关系存续期间，一方与其他异性同居，另夫妻间出现矛盾、发生争执，导致夫妻感情破裂，且双方同意离婚，应予准许。同时，与异性同居的一方可以向另一方要求给付精神损害赔偿金。

裁判理由：本案中，张某与李某本系自由恋爱、自主结婚，感情基础较为牢固，现因张某在婚姻关系存续期间与其他异性同居，导致夫妻间出现矛盾、发生争执，影响了夫妻感情。夫妻感情是夫妻关系得以维系的基础，张某与李某现均对共同生活失去了信心，不愿意继续维持婚姻关系，夫妻感情已经破裂。由于张某与异性同居导致夫妻感情破裂而离婚，对李某造成了精神伤害，存在重大过错，因此李某有权要求精神赔偿，具体金额应视具体情况裁定。

来源：《人民法院指导案例裁判要旨汇览（婚姻家庭·继承卷）》

1. 因婚内私生他人子女引发的精神损害赔偿纠纷，应依据《民法通则》及《精神损害赔偿解释》处理

问：王某与董某结婚并生育一子，双方离婚后，王某进行亲子鉴定，发现自己并非孩子的亲生父亲，遂起诉要求女方返还抚养费，并赔偿精神损失25万元。对此类精神损害赔偿之诉是否应当支持，审判实践中存在不同意见：一种意见认为，女方确有过错，且对男方构成精神伤害，故应当支持；另一种意见则认为，女方的行为并不符合法定的离婚损害赔偿构成要件，抚养非亲生子女能否视为一种精神伤害有待商榷，故不宜支持。请问哪种意见比较妥当？

答：抚养未成年子女是父母的法定义务，而男方受欺骗抚养了非亲生子女，代替孩子的亲生父亲履行了法定的抚养义务，男方得知事实真相后，当然有权利追索以前所支付的抚养费。从男方的角度来看，女方在婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女，对其精神上造成了巨大伤害，故其同时有权要求侵权者赔偿精神损失。

需要指出的是，这里的赔偿精神损失与《婚姻法》第46条规定的离婚损害赔偿是两码事，婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女并不一定构成“与他人婚外同居”的赔偿要件，即通奸生育子女与“持续、稳定地共同居住”不能等同。而判决女方赔偿精神损失的依据应是《民法通则》及最高人民法院《精神损害赔偿解释》中的有关规定。

（摘自《因婚内私生他人子女引发的精神损害赔偿纠纷应如何处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》2010年第4集（总第44集），法律出版社2011年版出版）

2. 有配偶者与他人同居导致离婚的，受害人可以请求精神损害赔偿

确立过错赔偿制度有利于制裁实施重婚、姘居、家庭暴力等行为的有过错当事人，保护无过错方的权益。最高人民法院的司法解释中规定有离婚分割财产时应当照顾无过错方的内容。国外也有类似的规定，如法国民法典规定，“如果离婚的过错全在夫或妻的一方，则该方得被判赔偿损害，以补偿他方因解除婚姻而遭受的物质或精神损失。”

关于本条内容，在立法中有一个变化的过程。2000年10月九届全国人大常委会第十八次会议审议的婚姻法修正案草案的规定是：“因一方重婚、实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员、或遗弃家庭成员而导致离婚的，无过失方有权请求损害赔偿。”有些同志提出，婚外同居行为也应当构成过错赔偿的理由。2000年12月九届全国人大

常委会第十九次会议审议的婚姻法修正草案将这一规定修改为：“因一方重婚或即使不以夫妻名义但形成婚外同居关系、实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员、或遗弃家庭成员而导致离婚的，无过失方有权请求损害赔偿。”最后又修改为本条的规定。

离婚时的过错赔偿涉及对多种损害的赔偿。因一方重婚或有配偶者与他人同居而导致离婚的，主要涉及对精神损害的赔偿。实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员会涉及人身伤害，还可能发生财产损失，受害人都可以请求赔偿。

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

（六）扶养赡养案例

对未尽抚养义务的父母仍应履行赡养义务

——江苏淮安市淮安区法院判决牛庆英诉戚立杨等四人赡养纠纷案

2016-09-01 人民法院报 淮安区法院 夏奕 贺同新

裁判要旨

成年子女对于因离婚而未能尽抚养义务的父亲或母亲的赡养责任，不能因其与他人缔结新的婚姻关系并由已形成抚养关系的继子女承担了部分赡养责任而免除，而应与该继子女共同履行赡养义务。

案情

原告牛庆英与戚国华生有二子一女。1984 年，牛庆英与戚国华发生家庭矛盾后离家出走，所生女牛爱玲（已去世）随牛庆英生活并由其抚养，所生子戚立杨、戚立山随戚国华生活并由其抚养。1986 年 1 月，同镇居民刘凤权与牛庆英结婚后，其子刘洪峰、女刘海蓉则随同一起生活。2000 年 8 月，牛庆英与刘凤权经法院调解离婚后独自生活，地方政府每月给付生活费 120 元。2012 年 10 月，牛庆英以刘洪峰、刘海蓉未尽赡养义务为由向法院提起诉讼。经法院主持调解，刘洪峰、刘海蓉每人每年给付牛庆英赡养费 970 元。2016 年 4 月，牛庆英又以要求戚立杨、戚立山、刘洪峰、刘海蓉每人每月给付赡养费 1000 元为由，再次向法院提起诉讼。

裁判

江苏省淮安市淮安区人民法院经审理认为，赡养父母是子女应尽的义务，不因任何事由而发生改变，子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母有要求子女给付赡养费的权利。原告牛庆英系被告戚立杨、戚立山的母亲，现因年老丧失劳动能力，被告戚立杨、戚立山应承担赡养义务，其二人以原告未对自己尽抚养义务为由提出不应承担赡养费，无法律依据，法院不予支持。依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一、三款，《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条之规定，判决四被告每人每月承担牛庆英生活费 200 元。

宣判后，原、被告均未提起上诉，判决已发生法律效力。

评析

本案的争议焦点是：母亲因与父亲离婚而出走，致未能履行对未成年子女的实际抚养义务，而在母亲与他人缔结新的婚姻关系后，与新家庭的两个未成年子女形成具有抚养关系的继子女与继父母关系，在继子女已经部分履行赡养义务的情况下，未受抚养的子女是否仍应承担赡养责任？

1. 对父母赡养是法定义务，不以父母是否抚养为前提

赡养是因婚姻、血缘或收养关系所派生出来的法定的权利义务，是指子女对丧失劳动能力、生活不能自理又无其他生活来源的父母在经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。子女对父母履行赡养扶助义务，既是我国多部法律的明确规定，也是公民对家庭和社会应尽的责任。对于不履行赡养义务的子女，法律赋予无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。对于父母对子女的抚养，虽是父母的应尽义务，但此两项义务并非相互依据的对向性关系，子女对父母的赡养并不以父母履行了抚养义务而成立，即子女履行的赡养义务不以父母履行抚养义务为前提，它体现了我国法律对老年人这一特定社会弱势群体的保护，可以说它既是一项法律规定义务，也是我国传统伦理道义的一种要求，任何人都不能以被赡养人有过错、放弃继承权或其他任何理由、任何附加条件推卸责任，改变自己的赡养义务。

2. 赡养及抚养的特殊情形

我国婚姻法第二十一条规定，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利，同时规定禁止父母溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。刑法也有关于负有抚养义务的父母对年幼、没有

独立生活能力的子女拒绝抚养，情节恶劣构成遗弃罪的规定，结合其他相关法律规定，如果父母犯有严重伤害子女感情和身心健康的罪行的，原则上可能丧失要求被害子女赡养的权利。但从本案来看，牛庆英并无对所生两个儿子有溺婴、弃婴和残害行为以及犯有严重伤害子女感情和身心健康的罪行，其与戚国华离婚后，因生活环境的改变，二人对子女抚养方式必然有所变化，夫妻双方原来对子女的共同直接抚养不得不改变为一方的单独直接抚养，可以说牛庆英对女儿的抚养和戚国华对两个儿子的直接抚养既体现了我国社会男子传宗接代的传统思想，也体现了父母双方在抚养子女上的责任分工，这种分工要求父母一方各自承担将己方所抚养子女抚养至独立生活，他方非遇特殊情况无须另行承担。事实上，在我国广大农村，一方对另一方所直接抚养的子女再行承担抚养职责不仅在经济上难以做到，而且受到新建家庭和社会风俗等多方面制约。可以说牛庆英对牛爱玲的单独抚养与戚国华对戚立杨、戚立山的单独抚养都是父母双方对所生子女抚养的重要组成部分，并不属于牛庆英对戚立杨、戚立山有条件抚养而拒绝抚养的情况。

3. 具有共同履行的赡养义务

赡养义务具有人身专属性，生子女对生父母的赡养义务因血缘关系而成立，继子女对继父母的赡养义务则是因继父母的婚姻关系存续期间对继子女的抚养关系而形成，虽然形成时间和原因不同，但都不能以父母或继父母的婚姻关系解除而消灭，也不因血缘的远近和抚养义务的多少而产生赡养义务多寡和先后的区别，他们是同等责任、同时履行。我们既不能片面要求生子女承担主要赡养义务，继子女承担次要义务，也不能强调继子女由于得到更多的抚养而承担更多的责任，而应当从各义务人的自身职责出发，秉承合法、合情的原则，由他们共同平等地承担赡养责任，以有利于正当、合理、有效地解决矛盾纠纷。

本案案号：(2016)苏0803民初字第3822号

案例编写人：江苏省淮安市淮安区人民法院 夏奕 贺同新

年满60周岁就可以不支付赡养费了？

2016-09-07 江苏高院 洪泽县人民法院 张世勋 张中华

李某：“支付赡养费？我已经年满60周岁了，没钱给也不会给。”

法官：“拒不支付法律文书确定的赡养费给付义务，依法可以进行十五日以下拘留或者处以1万元以上10万元以下罚款。”

李某：“爱怎么办就怎么办？我满60岁了，不能拘留我，我也没有钱给，再说我也一直照顾我的父母”

法官：有能力赡养必须赡养，确无条件进行赡养的可以起诉变更赡养费用数额，但在变更之前必须履行生效文书确定的义务。

这段对话就发生在近日，洪泽法院在解决执行难专项活动中，该院与多部门联动，通过走访调查，执结一起八旬父母申请执行六旬儿子李某赡养费纠纷案。老王、老李共有5名子女，本案的被执行人李某排行老大。2015年，几个子女因赡养老人发生争执，诉至法院解决。法院判决李某和其他子女一样每月支付其父母200元。判决生效后，只有李某一直未能履行。

该院立案执行后，送达执行通知书过程中，发现李某常年外出打工。承办法官通过走访申请执行人及其邻居，得知被执行人李某目前在淮安从事建筑装潢工作。执行干警随即赶往建筑公司并带被执行人回院谈话。最终在多方做工作无效的前提下，该院依法对其处以15日司法拘留。司法拘留第2日，老李在其家人帮助下缴清所有赡养费并表示以后将按时支付赡养费。

法官说法：

不论被执行人是否年满60周岁，有无履行能力，在通过诉讼等法定形式变更赡养费支付标准之前，诸如年满60周岁、无能力履行、已履行照顾义务、其他子女赡养费已足够父母使用等理由，均不能对抗生效法律文书确定义务的国家强制力。拒不履行的，根据民事诉讼法第一百一十一条规定，可以处以15日以下拘留或者1万元以上10万元以下罚款。

老汉与妻分居没钱生活 4继女不愿赡养被起诉 断绝拟制血亲关系协议无效 法院判决应承担义务

2016-09-28 上海法治报 佳木江南

都说养儿防老，当父母老了之后，子女对他们负有当然的赡养义务。但是，这样的义务是否也包括继父母呢？

多年以前，四姊妹的母亲带着女儿们改嫁，孩子们终于成年了，但是继父和母亲之间的感情却不和睦，还闹起了“分居”。独自生活在外的继父要求女儿们承担赡养义务，女儿们心不甘情不愿，于是闹上了法院。

近日，江苏省金坛市法院对这起赡养费纠纷案进行了公开宣判。

老光棍和寡妇结婚了

王某年轻的时候，因家境贫困等原因，到了谈婚论嫁的年龄，却没有媒婆愿意登门说亲，一直到31岁，还是光棍一个。在上世纪七八十年代，30多岁还讨不来老婆，是挺让人着急的事情。王某也多方托人说媒，终于有一个丧偶的寡妇杨某愿意和他一起生活。

杨某的年纪比王某要大一些，而且还有4个女儿。面对杨某的情况，王某起初有点犹豫，但是“老婆孩子热炕头”，能吃口热乎饭，有个贴心人一起过日子就挺好的，王某觉得凭自己的条件也不能有太过分的要求，于是在和杨某相处了一段时间后，就与她组成了家庭。

婚后，王某与杨某约定再生育子女，两人将全心全意把4个女儿抚养成人。当时大女儿已经14岁，小女儿才6岁，为了让4个孩子健康成长，王某与杨某共同遵守当初的约定，没有再生育子女，而是每日辛勤劳作，改善家庭条件，并顺利盖起了新房。

闹分居要求女儿赡养

4个女儿逐渐成人，也先后都有了自己的家庭。生活压力终于不像以前那么大了，然而生活矛盾却越来越多了。王某与杨某经常因为一些生活琐事拌嘴，而每逢这种时刻，4个女儿不是协调劝解，而是一致帮母亲“助威”，王某觉得“势单力薄”，甚至感觉委屈，一气之下就搬出去租房独住了。

然而，年近70岁的王某，已经没有劳动能力，只能靠仅有400多元农保金勉强度日，于是将4个女儿诉至法院，要求女儿们承担赡养义务。

庭审中，4个被告坚决不肯赡养王某，原因是4个人在成长过程中，王某为养育她们只出过力并未出过钱。而且4名被告还提供了一份早些年与原告签订的协议，协议第四条约定：王某（甲方）放弃要求乙方（4名被告）尽赡养义务，及身后事宜不要求乙方处理，即甲方与乙方4名子女断绝拟制血亲关系。

协议内容违法不采纳

法院经审理后认为，子女对父母有赡养扶助的义务，该义务包括经济上帮助、生活上照顾、精神上慰藉。4个被告虽不是王某亲生的，但原被告间已形成了继子女关系，依据我国婚姻法的有关规定，继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用该法对父母子女关系的有关规定。为此，4个被告依法对原告王某有赡养义务。

至于4个被告以之前与原告王某签订的协议为由，请求法院驳回原告要求赡养的诉讼请求，法院认为，原被告签订的协议第四条的内容是违背法律规定的，为此，被告的辩解本院不予采信。

据此，法院判决4名被告每人每月10日前支付原告王某生活费250元；原告王某自2016年起的医疗费除农村合作医疗报销外的费用由4个被告各负担四分之一。

法官析案

“百善孝为先”一直是中国社会各阶层所尊崇的基本伦理道德，孝敬父母乃“天之经、地之义、人之行、德之本”，这其中的“父母”自然包括将自己抚养成人的继父母。

本案中，原告王某与4名被告既存在继父与继子女的姻亲关系，又存在长期共同生活而形成的抚养关系，而且原告王某与4名被告的母亲杨某仍处于婚姻存续期间，原、被告之间的拟制血亲关系并不因私下达成的协议而自然解除。继子女对继父母有赡养义务，无劳动能力的或生活困难的继父母，有要求继子女付给赡养费的权利。

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

离婚协议子女作为房屋受赠人能否提起请求履行赠与条款的诉讼

2016-06-22 九江法院网 卢金

【案情】

万某和胡某1996年恋爱并登记结婚，1998年生育女儿万小小，2012年因感情不合协议离婚，协议约定登记在胡某名下房屋归女儿所有，办理离婚手续后胡某一直拖延办理过户手续，现万小小已年满18周岁，向法院提起诉讼要求胡某办理房屋过户手续，法院能否受理？

【分歧】

“家事法苑”团队奉献

第一种意见：万小小作为受赠方，当其表示接受赠与时，赠与合同成立，已形成新的法律关系，赠与合同权利义务方为胡某和万小小，因此万小小有权提起诉讼。

第二种意见：履行离婚协议中的房屋过户手续仍属于离婚协议的内容，是万某和胡某的协议约定，万小小既不是离婚协议中的权利人，也不是民事义务的承受人，作为原告起诉不合格。

【分析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

1、根据《中华人民共和国合同法》第一百八十八条规定：“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，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。本案中万小小的诉讼请求不属于上述法律规定的受赠人享有交付请求权的情形。万小小作为赠与合同的相对人不能起诉要求胡某履行赠与合同，因此，万小小并不具有原告资格。

2、依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》第八条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有约束力。”离婚协议中将夫妻共同财产赠与子女，不同于合同法上的一般赠与，属于夫妻双方对共同财产的共同处分行为，夫妻双方均应受离婚协议的约束，不能单方反悔。因此，要求履行离婚协议内容是万某和胡某的权利义务，万小小并无权利。

经法院调解书确认赠与子女的房产能否通过执行程序获得

2015-09-18 九江县法院 杨秀丽

【案例】

甲起诉与乙离婚，双方协商同意离婚，婚生子丙随母亲乙生活，甲、乙共有商品房一套赠与丙，由法院出具民事调解书对该内容进行了确认。事后，房产一直未过户到丙名下，乙要求甲一同将房子过户给丙，但甲迟迟未履行。现丙到法院想通过执行程序将房屋过户到其名下。

【分歧】

第一种意见认为，丙可以通过执行程序获得房产，因为法院出具的民事调解书上已经确认将房屋赠与给丙，且《公证法》第三十七条规定，对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。经法院调解书确认的赠与效力应该不低于公证的效力，因此，丙可以凭借调解书通过执行程序得到房产。

第二种意见认为，丙不能直接通过执行程序获得房产，因为丙不是该案的当事人。

【管析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

一是赠与合同是双务合同，一方表示愿意赠与，另一方表示同意，赠与合同方可生效。本案中，法院的调解书仅仅是对甲、乙将共有房屋赠与婚生子丙这一意愿予以确认，至于丙是否同意不得而知，因此该调解书并不是赠与合同，那么，丙也就不能依据该调解书类比公证文书而通过法院执行程序获得房产。

二是生效法律文书的执行原则上是由当事人提起。

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第19条规定，生效法律文书的执行，一般应当由当事人依法提出申请。发生法律效力具有给付赡养费、扶养费、抚育费内容的法律文书、民事制裁决定书，以及刑事附带民事判决、裁定、调解书，由审判庭移送执行机构执行。可见，本案中，丙并不是甲、乙离婚纠纷一案的当事人，自然也不能依据生效的离婚调解书提出执行申请。

综上，子女是不能直接经执行程序获得受赠财产的，但是受赠子女可以通过另行起诉来请求获得财产。

(八) 恋爱同居纠纷案例

(九) 其他相关案例

涉外家事诉讼程序案例 6 则

“家事法苑”团队整理编辑

目录

1. 香港居民蔡文祥诉王丽心离婚诉讼管辖权异议案
2. 香港居民郑宜熟诉王鑫艺离婚案在香港法院受理后又向内地法院起诉被驳回案

“家事法苑”团队奉献

3. 王力健申请承认美国法院离婚判决案

4. 李庚丁映秋申请承认日本国法院作出的离婚调解协议案

5. 日本国民五味晃申请承认和执行日本国法院作出的生效债务判决案

6. 蒋筱敏申请承认新西兰国法院解除婚约的决议书效力案

1. 香港居民蔡文祥诉王丽心离婚诉讼管辖权异议案

【案情】

原告：蔡文祥，男，40岁，籍贯福建晋江市，香港居民，现住香港北角和富道。

被告：王丽心，女，38岁，籍贯福建晋江市，香港居民，现住香港九龙土瓜湾。

原告蔡文祥为香港居民，与被告王丽心经人介绍于1980年11月按民俗举行婚礼，于1981年在福建省晋江市补办结婚登记手续。婚后感情尚好，生育一男一女，两子女随被告在晋江舍井生活。1992年6月18日，被告王丽心以会夫为由获准携两子女往香港定居。原、被告在共同生活期间，未能正确处理夫妻关系而产生纠纷，造成双方于1994年10月分居生活，原告蔡文祥据此于1994年12月6日向晋江市人民法院提起离婚诉讼。1995年12月25日，晋江市人民法院以原、被告实际分居时间短，夫妻感情尚未破裂为理由，判决不准原告蔡文祥与被告王丽心离婚。1997年1月14日，原告蔡文祥再次向晋江市人民法院提起离婚诉讼，诉称：与被告王丽心婚后感情一般，经常产生纠纷，并于1994年10月分居生活。1994年12月6日向晋江市人民法院提起离婚诉讼，被判决不准离婚。判决之后，双方仍分居至今，夫妻已无和好可能，感情确已破裂，故再次提起诉讼，请求判决准予离婚，子女由原告抚养。

被告王丽心在答辩中提出管辖权异议，称：导致夫妻感情破裂的原因是原告的重婚行为。本诉讼案并非一般普通离婚案，它涉及在港的重婚问题，在香港可一并审理。离婚案的双方当事人及其子女户籍、生活均在香港，应由被告所在地法院受理，以香港法例解决较为实际；双方婚姻关系存续期间拥有的共有房屋、物业等，大部分在港、澳，在香港诉讼较为方便；现已向香港法援处申请离婚，且被接受交法院进行排期。请求将该案交由香港法院受理。

【审查与裁判】

晋江市人民法院对王丽心的管辖权异议，经审查认为：原告蔡文祥与被告王丽心的婚姻缔结地在福建省晋江市，本院对该案具有管辖权。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第三十八条之规定，该院于1997年8月12日作出裁定：

驳回被告王丽心对本案管辖权提出的异议。

被告王丽心不服一审裁定，向泉州市中级人民法院提出上诉，诉称：虽然双方婚姻缔结地在福建晋江，但双方及婚生子女长期居住在香港，双方在婚姻关系存续期间的财产大部分在港、澳，同时香港法院已接受上诉人的离婚申请。请求中级人民法院撤销晋江市人民法院民事裁定，由香港法院对本案行使管辖权。

被上诉人蔡文祥辩称：双方的住所地虽然在香港，但婚姻缔结地在福建省晋江市，根据有关规定，原审法院对本案有管辖权。

泉州市中级人民法院审查认为：上诉人与被上诉人的婚姻缔结地虽然在晋江市，但双方及其子女均居住在香港，且部分夫妻共同财产也在香港，为便利当事人诉讼和今后执行，本案应由当地法院管辖为宜，上诉人王丽心上诉的理由可以成立，原审裁定驳回王丽心对本案管辖权提出的异议不当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条的规定，该院于1997年11月4日作出裁定：

撤销晋江市人民法院民事裁定，本案由当事人直接向香港法院起诉。

【评析】

1997年7月1日，中华人民共和国恢复对香港行使主权。本案的审理过程正好跨越在这重要的历史期间，应当如何正确处理案件管辖的问题，在审理过程中主要涉及以下几个问题：

一、本案香港居民到内地进行离婚诉讼，内地人民法院是否可以立案受理

最高人民法院1984年4月14日(84)法民字第3号《关于原在内地登记结婚后双方均居住香港，现内地人民法院可否受理他们离婚诉讼的批复》规定：“对于夫妻双方均居住在港澳的同胞，原在内地登记结婚的，现在发生离婚诉讼，如果他们向内地人民法院请求，内地原结婚登记地或原户籍地人民法院可以受理。”这是最高人民法院对港澳同胞离婚诉讼特殊管辖所作的规定。原告蔡文祥与被告王丽心的婚姻缔结地是在晋江，两婚生子女均在晋江出

生并生活一段时间，现原、被告及其子女均居住香港，符合最高人民法院上述司法解释所指的情形，而且原、被告双方于1994年间曾在晋江市法院进行离婚诉讼，当时法院判决不准离婚。因此，此次原告再次向晋江市法院提起离婚诉讼，晋江市人民法院予以立案受理，是符合最高人民法院之上述规定的。

二、本案被告王丽心提出案件由香港法院受理的诉讼请求，人民法院应否予以支持

《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条规定：“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。”亦即在案件管辖上一般实行原告就被告的原则。《中华人民共和国香港特别行政区基本法》对香港的司法制度和终审权作了规定。根据法律规定的原则，对涉及香港居民案件的管辖，应遵循方便当事人诉讼，有利于民事争议解决和相互尊重，充分协商，不争管辖，便利争议解决的原则。就本案而言，被告王丽心于1997年8月12日在有效期限内提交的答辩状中向内地受诉法院提出管辖异议，认为双方虽然婚姻缔结地在福建晋江，但双方当事人及其子女户籍、生活均在香港，应由被告所在地法院受理，在香港诉讼较为方便；在该婚姻关系期间拥有的共同房屋、物业等，大部分在港澳之间，以香港法例解决较为实际；且其已向港方法援处申请离婚，并被接受交当地法院排期。请求该案由香港法院受理。本案二审法院鉴于当事人双方及其子女均在香港，夫妻大部分共同财产也在港澳，从有利于公正审理，保护当事人合法权益，便利当事人依法行使诉讼权利，便利法院依法进行审理和判决执行的原则出发，认为本案应由香港当地法院管辖为宜。被告王丽心的诉讼请求之理由可以成立，应予支持。而且本案诉讼一方当事人提出管辖异议，要求该案由香港法院审理，这与最高人民法院上述司法解释的“……现在发生离婚诉讼，如果他们（应理解为双方）向内地人民法院请求”的条件不符。因此，二审法院作出裁定：“本案由当事人直接向香港法院起诉”，是正确的。

责任编辑按：

依照我国民事诉讼法的规定，离婚案件的管辖，一般适用原告就被告的原则，特殊情况下适用被告就原告的原则。但不论适用什么原则，均是以被告或原告的住所地或经常居住地为管辖联系因素的。本案不论原告，还是被告的住所地或经常居住地，均不在晋江市，故晋江市人民法院对本件离婚诉讼是没有管辖权的。

我国民事诉讼法没有规定婚姻缔结地可作为离婚案件的管辖标志，作为一种例外，即上引最高人民法院的司法解释，承认在一定条件下婚姻缔结地法院对该类离婚案件可以行使管辖权。这种例外，指离婚案件的双方当事人均为港澳居民，但婚姻缔结地在内地，现双方在港澳离婚确有困难，双方回内地请求内地人民法院处理其离婚问题的，婚姻缔结地所在的内地人民法院可以受理。和前例一样，内地法院受理此种案件，必须符合司法解释规定的全部条件，只要有一项条件不具备的，内地法院就没有管辖权，不应受理此种案件。本件离婚案件双方当事人均为香港居民，并在内地结婚，但其中一方不同意内地法院处理他们之间的离婚问题，并据此提出管辖权异议，这说明本件离婚案件不具备由内地法院按特例管辖的全部条件，内地法院不应管辖此案。

前例和本例所涉及的问题，虽然不是新问题，但是在新的历史时期发生的，即案件审理跨越香港回归祖国的前后，因而使这类案件又遇上了新的内容。香港回归以后，可能还会有类似离婚诉讼起诉到人民法院的，人民法院是否仍需要执行上述最高人民法院的司法解释的规定，是一个需要深入研究的问题。可以预料的是，按属地或属人原则，内地法院受理此类案件将受到越来越严格的条件限制，直至不予受理。内地和香港特别行政区之间的民事诉讼管辖权冲突调整，应有明确的规范。

2. 香港居民郑宜熟诉王鑫艺离婚案在香港法院受理后又向内地法院起诉被驳回案

【案情】

原告：郑宜熟，男，28岁，籍贯福建省晋江市，香港居民，现住香港九龙土瓜湾道。

被告：王鑫艺，女，28岁，籍贯福建省晋江市，香港居民，现住香港北角英皇道。

原告郑宜熟与被告王鑫艺于1986年经人介绍后相识。1989年1月15日，原告往香港定居。1992年12月7日，双方在福建省晋江市民政局办理结婚登记手续。1993年，被告以会夫为由往香港探亲。1993年6月8日，双方在香港再次办理婚姻登记手续。1995年11月，被告随夫定居香港。在共同生活期间，原、被告双方为家庭琐事而产生纠纷，以致夫妻感情恶化，原告于1996年7月29日向香港民事法庭申请与被告离婚，被告于1996年12月7日应诉。在香港民事法庭排期审理期间，原告又于1997年4月23日向晋江市人民法院起诉与被告离婚。

原告郑宜熟起诉称：与被告性格不和，难以相处，请求判令与被告离婚。

被告王鑫艺答辩称：原告已于1996年7月29日向香港民事法庭起诉与其离婚，其已应诉。现香港民事法庭正在排期审理该案，请求驳回原告的起诉。

【审查与裁判】

晋江市人民法院经审理认为：原告郑宜熟与被告王鑫艺虽依法向内地婚姻登记机关办理结婚登记，但鉴于双方现均定居香港，又在香港重新进行婚姻注册，且原告已先于本院向香港民事法庭提起离婚诉讼，香港法庭对该案尚在审理当中，故原、被告之间解除婚姻关系的诉讼应由香港法庭审理。现原告以同一民事法律关系向本院提起诉讼，依法应予驳回。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条第一款第（四）项的规定，该院于1997年7月23日裁定如下：

驳回原告郑宜熟的起诉。

案件受理费人民币50元，由原告郑宜熟负担。

宣判后，双方当事人均未上诉。

【评析】

本案是香港居民向内地人民法院提起离婚诉讼的案件。内地法院立案受理后，首先涉及案件管辖问题。在审理过程中，主要有以下问题：

一、本案香港居民郑宜熟、王鑫艺离婚诉讼是否属于内地人民法院受案范围

最高人民法院1984年4月14日（84）法民字第3号《关于原在内地登记结婚后双方均居住香港，现内地人民法院可否受理他们离婚诉讼的批复》明确指出：“港澳同胞……在内地登记结婚后，在港澳进行离婚诉讼如果确有困难，我们仍应当予以解决。故对于夫妻双方均居住在港澳的同胞，原在内地登记结婚的，现在发生离婚诉讼，如果他们向内地人民法院请求，内地原结婚登记地或户籍地人民法院可以受理。”以上规定表明，香港居民回内地向人民法院提起离婚诉讼，符合上述规定条件的，内地人民法院可以立案受理。内地人民法院受理此类案件的条件是原、被告双方在香港进行离婚诉讼确有实际困难。这里所指的实际困难，在司法实践中，主要有以下几种情形：（1）双方或一方当事人为无行为能力人或限制行为能力人，其亲人均在内地，于港澳进行诉讼，既无独立进行诉讼的能力，又无法指定法定代理人参加诉讼，从而使当事人不能充分行使诉讼权利承担诉讼义务；（2）双方共同财产主要存在于内地或子女主要在内地生活、上学，于港澳进行离婚诉讼可能给审结后执行造成困难；（3）双方或一方当事人虽持港澳身份证，但长期来往或居住于内地，于港澳进行离婚诉讼可能存在送达、开庭等程序性困难；（4）某种依香港、澳门法律不予受理的情况等等。就本案而言，离婚诉讼双方当事人并无存在“在香港进行离婚诉讼确有实际困难”的情况，不符合在内地法院进行离婚诉讼之条件。因此，受诉人民法院只从程序上作出裁定，驳回了原告的起诉。

二、人民法院立案受理后作出裁定驳回原告起诉，是否合法、正确

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》第一百三十九条规定：“起诉不符合受理条件的，人民法院应当裁定不予受理。立案后发现起诉不符合受理条件的，裁定驳回起诉。”本案中，原、被告双方原先在内地婚姻登记机关登记结婚，以后赴香港定居，成为香港居民，且双方赴港后，又在港办理了婚姻登记手续，对此，可认为其婚姻关系又得到了香港婚姻登记机关的确认。本案原告郑宜熟提起的离婚诉讼，其已先行向香港法院起诉离婚，香港民事法庭也已受理并排期进行聆讯审理。而且，被告王鑫艺已应诉并明确表示应由香港民事法庭审理该案。因此，双方当事人香港进行诉讼不存在上述的实际困难，不属于最高人民法院上述《批复》里所规定的内地人民法院应当受理香港同胞离婚诉讼案件的范围。必须特别指出的是，本案被告王鑫艺明确表示应在香港法院进行离婚诉讼，因此也已与最高人民法院司法解释中规定的“如果他们（应理解为诉讼双方）向内地人民法院请求”的条件不相符合。据此，内地人民法院也不应对本案进行管辖。基于上述理由，受诉人民法院认为，本案原、被告之间解除婚姻诉讼，可在香港法院审理，现原告以同一民事法律关系又向内地人民法院提起诉讼，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条第（四）项关于“起诉必须属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖”的规定，作出驳回原告郑宜熟的起诉之裁定，是合法、正确的。

根据最高人民法院1984年4月14日（84）法民字第3号批复的含义，在当时情况下，内地人民法院受理双方均为香港居民的离婚案件应符合3个条件：1. 婚姻关系在内地缔结；2. 双方均应有由内地法院受理他们

的离婚诉讼的请求，即双方应有同意内地法院管辖其离婚诉讼的一致意思表示；3. 在港澳进行离婚确有困难。其中第3项条件“在港澳进行离婚确有困难”的司法解释本意是，港澳法院以其离婚应由婚姻缔结地法院管辖或当事人在港澳居住未满规定的年限为理由，不受理这类当事人的离婚诉讼。本案双方当事人均为香港居民，婚姻关系确在内地有效成立，但被告一方不同意内地法院管辖，不符合应双方一致意思表示的条件，且原告已先在香港法院起诉离婚，并被香港法院受理，不存在在香港进行离婚确有困难的问题。因此，本案不应由内地法院管辖。受诉法院以没有管辖权为理由裁定驳回起诉，更为合适。

实际上，受理法院据“现原告以同一民事法律关系向本院提起诉讼”的理由驳回原告的起诉，依据的是“一事不再理”的原则。但在两个法域之间，“一事不再理”原则的执行是有条件的，当事人在一个法域起诉的案件，不等于在另一个法域起诉当然不被受理。这主要看两个法域之间的司法互助关系如何，以及受案法院依据本法域的司法政策、价值取向的判断如何。所以，仅依此原则判断涉及两个法域的案件管辖，是不严谨的。

香港回归以后，此类问题是否不会再存在，不敢断言。但两个法域的法律制度不同，对当事人的诉讼利益会有影响。最高人民法院上述批复的精神是否应当继续执行，有待实践和内地与香港的司法互助问题的明确解决。

3. 王力健申请承认美国法院离婚判决书

【案情】

申请人：王力健，男，27岁，中国籍，住广东省广州市新港西路206号大院401房。

申请人王力健与彭彩娥于1986年4月16日在中国广州登记结婚。婚后没有生育子女，没有购置财产，亦没有共同的债权债务。1986年5月，彭彩娥自费到美国留学。1989年2月6日，彭彩娥向美国纽约州最高法院提起要求与王力健离婚的诉讼。彭彩娥并将起诉书副本和该法院的出庭传票寄给其弟转交给王力健。王力健收到后，没有向美国法院应诉，但写信向彭彩娥表示同意离婚。1989年2月28日，美国纽约州最高法院依据彭彩娥的请求，缺席判决解除彭彩娥与王力健的婚姻关系。判决书复印件经彭彩娥的弟弟转王力健收。1991年1月21日，王力健持美国法院离婚判决书复印件，向广东省广州市中级人民法院申请承认该判决。

【审查与裁判】

广州市中级人民法院受理该申请后，审查认为：申请人申请承认外国法院离婚判决的，应当提交外国法院离婚判决书正本。本案申请人王力健提交的美国法院离婚判决书虽然是复印件，但该复印件经美国纽约州最高法院的秘书签章证明与原件相同无异，该判决书的真实性可予认定。该判决与中华人民共和国法律无抵触。根据《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第一百二十二条的规定，广州市中级人民法院于1991年4月5日以(1991)穗法民裁字第4号民事裁定书裁定：承认美国纽约州最高法院判决解除彭彩娥与王力健婚姻关系的拘束力，该判决的拘束力从申请人接到本裁定书之日起算。

【评析】

本案是在《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》施行期间审理的。该法没有规定可以由当事人直接向中华人民共和国法院申请承认外国法院判决的问题。为了在国家主权原则下充分发挥人民法院的司法审查权的职能，更好地保护中国公民的合法权益，最高人民法院于1990年8月28日就广东省高级人民法院《关于当事人申请承认外国法院离婚判决效力有关问题的请示》作了批复，指出：“中国当事人一方持外国法院作出的离婚判决书，向人民法院申请承认其效力的，应由中级人民法院受理。经审查，如该外国法院判决不违反我国法律的基本准则或我国国家、社会利益，裁定承认其效力；否则，裁定驳回申请。裁定后不得上诉。”

这个批复，首次确立了我国民事诉讼程序制度中的一项新的程序制度——当事人申请承认外国法院判决的程序制度，并且明确规定了该程序制度的管辖法院、承认条件、承认形式和裁定一审终局效力这样一些基本内容。这就使人民法院受理这类案件有了依据。

为了使中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题具体化、规范化，1991年7月5日，最高人民法院审判委员会第503次会议讨论通过了《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》。这个规定，符合1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条规定的原则，对当事人提出申请的程序，人民法院受理申请的程序，受理申请后的审查程序，外国法院离婚判决和传唤当事人的证明要求，承认外国法院离婚判决的条件，承认的形式，裁定书的内容和生效条件以及申请受理费等具体问题，都作了较为详细的规定。这是最高人民法院作出的一个重要的司法解释，是各地中级人民法院受理和审理这类案件的

依据。

按照这个规定的要求，对此类案件应当如下办理：

一、申请人应当向人民法院提交外国法院离婚判决书的正本，而不能是复印件，目的是为了保证其真实性。象本案以美国纽约州最高法院的秘书签章来证明复印件与原件相同，并据此认定判决书的真实性，虽然不失为一种证明真实性的方法，但不能当然得到我国的承认。它必须经过外交或领事认证，除非两国之间有互免认证的协议。

二、作出裁定的依据，不应当是民事诉讼法关于裁定的适用范围的规定，而应当是民事诉讼法关于人民法院审查和承认外国法院判决的规定。

三、裁定主文的表述应为：承认某国某某法院某年某月某日某号解除某某某与某某某婚姻关系的判决在中华人民共和国领域内具有法律效力。

四、在裁定书上仅列申请人即可，而本案裁定书上还列上被申请人，这是不必要的。

4. 李庚丁映秋申请承认日本国法院作出的离婚调解协议案

【案情】

申请人：李庚，男 41 岁，中国籍，住日本国大阪府吹田市千里山西 4 丁目 39 番 A-309 号。

申请人：丁映秋，女 44 岁，中国籍，住日本国大阪府丰中市庄内幸町 2-7-8 清山庄 27 室。

申请人李庚与丁映秋于 1974 年 11 月结婚，婚后感情尚好，1975 年 2 月生一女孩李落落。1980 年 11 月，李庚赴日本留学，从此之后，双方感情逐渐淡漠。1988 年 1 月，丁映秋赴日本留学，双方在日本共同生活了一段时间之后，于同年底开始分居。

1989 年春，丁映秋向日本国大阪府地方法院提起离婚诉讼，因手续不全，大阪府地方法院未受理。1990 年 12 月，丁映秋再次提起离婚诉讼，日本国大阪府地方法院受理并进行了调解，于 1991 年 2 月 27 日调解解除李庚、丁映秋的婚姻关系；丁映秋在中国、日本国的财产归丁所有；李庚给付丁映秋生活费 200 万日元；李庚在日本国的财产归李所有；女儿李落落由丁映秋抚养，李庚给付抚养费 200 万日元。按照日本国法律规定，双方还到大阪府丰中市市长处领取了“离婚申请受理证明书”。事后，丁映秋准备回中国，向日本国大阪府地方法院要求提取李庚已交付于法院的生活费、抚养费。大阪府地方法院提出，李、丁双方解除婚姻关系的证明书得到中国法律的认可后，才能将上述费用交给丁映秋。因此，李庚、丁映秋分别向我国北京市中级人民法院申请承认日本国大阪府地方法院解除双方婚姻关系的调解协议。

【审查与裁定】

北京市中级人民法院受理申请后，经审查认为，日本国大阪府地方法院对李庚、丁映秋离婚一案作出的解除双方婚姻关系的协议书，与我国法律规定的承认外国法院判决、裁定的条件不抵触，于 1991 年 5 月 28 日作出裁定：日本国大阪府地方法院关于申请人李庚、丁映秋离婚的 1990 年第 273 号调解协议书，在中华人民共和国领域内具有法律效力。

【评析】

本案是一起申请承认外国法院作出的离婚调解协议的案件。

《中华人民共和国民事诉讼法》以及 1991 年 7 月 5 日最高人民法院审判委员会第 503 次会议通过的《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》中，对申请或者请求承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定有明确的规定，虽然该规定没有明确指出承认外国法院作出的调解协议书的问题，但是，人民法院依法应承认和执行外国法院作出的生效裁决中，理应包括外国法院作出的生效的调解协议（调解书）。因为，根据该外国的有关法律规定，只要规定法院有权以调解的方式处理案件，并有权出具调解协议（调解书），调解就属于法院的一种裁决方式，其调解协议（调解书）就是一种具有强制执行力的法律文书，属于一国法院作出的生效的裁决。另外，一般理解，法院作出的裁决，除了判决、裁定以外，通常都应当包括法院作出的调解协议。我国与波兰、法国所缔结的司法协助协定中，都明确规定，协定中所指的“裁决”，包括调解书。因此，对我国法律中所规定的承认和执行的外国法院的判决、裁定，应理解为包括调解协议（调解书）这种形式。

对当事人依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条的规定，向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的调解协议的，人民法院应在国家主权原则下，认真行使司法审查权，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十八条的规定，以及最高人民法院的有关司法解释进行审查，经审查认为该调解协议不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，可裁定承认其效力。北京市中级人民法院对本案的处理，是符合

这个精神的。

本案中有一个应注意的问题，日本国法院的离婚调解协议书中，不但包括解除双方婚姻关系的内容，还包括财产分割和生活费、抚养费的给付及子女抚养的内容。按照最高人民法院《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》第二条的规定，对该调解协议书中除婚姻关系以外的各项内容，是不在承认范围内的。就是说，申请承认的范围，仅应限定在婚姻关系上。本案北京市中级人民法院的裁定，应当是这个意义上的裁定。

5. 日本国民五味晃申请承认和执行日本国法院作出的生效债务判决案

【案情】

申请人：五味晃，男，日本籍人，系日本环境整備有限公司董事长，住日本国神奈川县伊势原市东大竹 698—5 号。

1990 年，日本日中物产有限公司及其法定代表人宇佐邦夫以在中国投资的中国大连发日海产食品有限公司急需资金为由，向申请人五味晃借款 15000 万日元。因到期未还，五味晃以日中物产有限公司及宇佐邦夫为被告，起诉至日本国横滨地方法院，要求二被告连带偿还该借款，并承担利息。1991 年，日本国横滨地方法院小田原分院作出第 529 号判决，判决二被告偿还借款并承担利息。但因该二被告在日本无可供执行的财产，判决生效后一直无法执行。1993 年 12 月 21 日，日本国熊本县地方法院根据该生效判决，在执行中作出第 171 号债权扣押令，追加中国大连发日海产食品有限公司为债务第三人，并责令大连发日海产食品有限公司将二被告在该公司的投资款人民币 485 万元予以扣押，不得向二被告偿还。同月，熊本县地方法院玉名分院又作出第 76 号债权转让命令，要求大连发日海产食品有限公司将上述扣押令扣押的人民币 485 万元转让给五味晃替代。1994 年 2 月，日本国法院依据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（即《海牙送达公约》），通过其中央机关经我国司法部将上述债权扣押令送达给大连发日海产食品有限公司。大连发日海产食品有限公司收到债权扣押令后认为，本公司虽系与该案被告之一日中物产有限公司合资成立，但该公司自 1988 年后再无投资，故该公司此后在国内所欠债务与本公司无关，日本法院欲将该案两被告在国内所欠债务转嫁给本公司，没有道理。况且，本公司系中国法人，只接受中国法律保护 and 管辖，没有义务履行外国法院的判决和裁定。因此，该公司拒绝履行该债权扣押令。五味晃因不能依日本国法院的裁判得到执行，于 1994 年 5 月 27 日向中国大连市中级人民法院提出申请，要求中国法院承认日本国上述法院的判决、债权扣押令和债权转让命令的法律效力，并执行在大连发日海产食品有限公司的扣押款。

【审查与裁判】

大连市中级人民法院接到五味晃的申请后，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条的规定，予以立案受理。该院经审查认为：中国和日本国之间，没有两国共同参加的有关相互承认和执行法院判决的国际条约，亦无互惠根据。日本国横滨地方法院小田原分院作出的判决，其当事人均系日本国国民，且双方借贷行为也发生在日本，与中国大连发日海产食品有限公司无任何法律关系。日本国熊本县地方法院在执行上述判决不成情况下，未经通知中方，便追加中国大连发日海产品有限公司为债务第三人，没有任何法律依据，实属侵犯中华人民共和国司法主权之行为。另外，日本国横滨地方法院小田原分院的判决系在被告之一宇佐邦夫缺席情况下作出的，申请人未能向中国法院提供足以证明受案法院已向宇佐邦夫发出过合法传唤的证据。故对于申请人请求承认和执行的上述日本国法院的判决、债权扣押令和债权转让命令等，我国法院不能承认。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十八条的规定，大连市中级人民法院于 1994 年 11 月 15 日裁定如下：

驳回申请人五味晃的请求。

【评析】

本案是外国籍人向中国法院申请承认和执行外国法院判决的案件，大连市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条、第二百六十八条的规定立案受理和处理，并无不当。

我国《民事诉讼法》第二百六十七条规定，外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中国法院承认和执行的，可以由当事人直接向中国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行。依照此规定，凡外国法院判决中的当事人，不论其是中国公民还是外国籍人，持外国法院生效判决、裁定向中国法院申请承认和执行，有管辖权的中级人民法院即应当立案受理。

我国有管辖权的中级人民法院立案受理当事人的申请后，应当根据我国《民事诉讼法》第二百六十八条的规定，对申请以及外国法院的判决、裁定进行审查，根据不同的审查结论，作出不同的处理。根据该条的规定，首先应当

审查的一点是，我国和作出判决的该外国法院所属国之间有无共同缔结或参加的关于相互承认和执行判决的双边或多边国际条约，或者有无这方面的互惠事实存在。本案受案法院是这样做的，是正确的。审查的结果，如果两国之间有这种国际条约或互惠事实存在，则继续进行下一步审查；如果两国之间没有这种条约关系或互惠事实存在，则因无对外国法院判决进行审查的依据（因为下一步的审查，即依据条约的规定或互惠事实对外国法院判决进行审查），即应驳回申请人的申请，终结案件。本案属于后一种情况，应当就此裁定驳回申请人的申请，而不应当作进一步的审查。同时，进一步审查的结果，应当是依据条约和我国法律规定的承认判决的条件，认为符合承认的条件的，裁定承认该外国法院的判决，需要执行的，发出执行令，依照我国法律执行；认为不符合承认的条件的，裁定不予承认，而不是驳回申请。对第二百六十八条规定所确定的程序性问题和实质性问题，应按上述理解执行。所以，本案实质上是多走了一步，有画蛇添足之嫌。当然，出现这种结果，是和法律上规定的太原则、缺乏可操作性，不无关系的。

另需要指出的是，日本国法院将其本案需执行的有关法律文书通过合法途径送达给中国大连发日海产食品有限公司，虽然有条约依据，但其目的是要该公司执行这些法律文书，即将其裁判的效力不以承认程序直接及于我国领域，这种做法是违背国家主权原则的，是对我国司法主权的不尊重。大连发日海产食品有限公司对此予以拒绝，维护了国家主权，是正确的。

6. 蒋筱敏申请承认新西兰国法院解除婚约的判决书效力案

【案情】

申请人：蒋筱敏，男，37岁，中国籍，住中国西安市西安外国语学院家属区。

1985年10月2日，申请人蒋筱敏与中国籍人陈兰在中国西安市登记结婚。双方婚后没有生育子女，亦没有产生对外的共同债权债务。1989年初，陈兰自费前往新西兰国留学，后在该国克赖斯特彻奇市长期居住。蒋筱敏仍在国内居住工作。1992年9月9日，陈兰向新西兰国克赖斯特彻奇地区法庭起诉，要求与在中国境内的蒋筱敏离婚，并放弃对在蒋筱敏处的夫妻共同财产的任何要求。该法庭将陈兰的离婚起诉状副本通过陈兰之父转送给蒋筱敏，并同时附上诉讼通知书，告知蒋筱敏对陈兰的离婚起诉应提出答辩并通知本法庭，同时应向陈兰提交答辩状副本；告知蒋筱敏应直接或通过一名中国境内的律师用航空信件委托一名新西兰律师作为其诉讼代理人。但蒋筱敏没有应诉答辩，对此诉讼未予理睬。

1992年10月14日，新西兰国克赖斯特彻奇地区法庭依据陈兰的诉讼请求和新西兰国1980年家庭诉讼条例第39条，作出第1219号判决书，决议解除蒋筱敏与陈兰于1985年10月2日在中国西安市达成的婚约。

1994年5月2日，蒋筱敏持新西兰国克赖斯特彻奇地区法庭的上述第1219号解除婚约判决书、该法庭的诉讼通知书和陈兰的离婚起诉状副本的英文本和中文译本，向西安市中级人民法院申请承认该解除婚约判决书的效力。

【审查与裁判】

西安市中级人民法院接到蒋筱敏的申请后，经审查认为符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条规定的条件，予以立案受理。该院认为：蒋筱敏申请承认的新西兰国克赖斯特彻奇地区法庭的解除其与陈兰的婚约关系的第1219号判决书，内容与我国法律不相抵触，符合我国法律规定的承认外国法院判决效力的条件。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十八条的规定，该院于1994年6月20日裁定如下：

对新西兰国克赖斯特彻奇地区法庭第1219号判决书的法律效力予以承认。

【评析】

本件是中国公民申请承认与我国没有司法协助协议关系（条约关系）的外国法院作出的离婚判决效力案。申请的受理及是否承认效力的审查，具体的应依照最高人民法院《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》（以下简称《规定》）办理。

首先，从新西兰国法院解除婚约判决书的内容来看，其中不涉及夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养等方面的内容，即不涉及执行的内容。按照《规定》第二条的规定，本案可适用《规定》处理。

其次，关于本案新西兰国法院作出的解除婚约判决书与我国民法及《规定》中使用的离婚判决的关系问题。这主要反映不同国家的文化和法学理论的差异。世界上有些国家，特别是英美法系国家认为，婚姻是民事上的要式契约，是男女双方在平等地位上的协议，即“婚姻契约说”是婚姻成立的理论依据。在这些国家的法律上，离婚即为解除婚姻契约关系。新西兰国也不例外，法院作出解除婚约的处理，就是作出解除婚姻关系的处理。“判决书”

的用法，也是一国的习惯用法，其作为法院出具的法律文书，等同于我国法院出具的判决书。因此，不能因具体表达上的差别，而拒绝受理当事人的申请或虽受理但以此为理由不承认其效力。

依死者生前声明未在墓碑上雕刻子女姓名不构成侵权

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-09-16 指导性案例审判规则

【审判规则】

墓碑并非死者亲属寄托哀思的唯一方式，死者的配偶依照死者生前作出之声明未将死者子女的姓名雕刻在墓碑上，系遵照死者声明的行为。未侵犯其子女的人格权和身份权。

【关键词】

民事 一般人格权 墓碑 死者 寄托哀思 生前声明 子女 姓名 悼念权 侵权

【基本案情】

关X、关XX系关书聪之子女，关书聪与王XX婚后又生一女王X。关书聪死后，王XX与车X结婚。后王X由他人代书作声明书一份，内容为：从立此见证之日起至我死亡之时，不允许女儿王X及其丈夫、子女，继女关XX及其子女，继子关X及其子女到其家中或医院等处探望自己，只有其妻子车X可以陪伴；故去后不必通知上列人员，骨灰由车X保存，不允许他们悼念；去世后妻子的名份只留给车X；在任何牌位或碑铭等具有悼念意义的地方只列车X为妻子。王XX死亡后，车X遵照声明，在墓碑上只刻车X为其妻敬立，没有关X、关XX、王X的名字。

关X、关XX、王X以车X未在其父亲的墓碑上刻其姓名的行为侵犯其追思、悼念父亲的权利，给其造成无法补救的精神伤害为由，提起诉讼，请求判令车X停止侵害，赔礼道歉，重新更换王XX墓穴的墓碑，刻上其姓名，并赔偿精神损失。

【争议焦点】

死者的配偶依照死者生前作出的声明未将死者子女的姓名雕刻在墓碑上，该行为是否侵犯其子女的人格权和身份权。

【审判结果】

一审法院判决：驳回关X、关XX、王X之诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉。

【审判规则评析】

根据中国长期以来的传统伦理道德观念，尽管悼念权不是法定的民事权利，但由于其包含在身份权的范畴之内，因而法律应当对其予以保护。虽然在墓碑上雕刻亲属的名字是寄托哀思的一种方式，但死者的亲属还可以通过其他方式进行悼念、祭奠活动。本案中，王XX生前曾留有不准在墓碑上雕刻于XX等人姓名的声明，该声明是王XX的个人意愿，车X未在王XX的墓碑上刻于XX等姓名的行为是遵照声明的行为。而且，于XX等仍可通过其他方式对王XX进行悼念。因而车X的行为并未侵犯关X、关XX、王X的人格权和身份权。

【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。

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

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

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

【法律文书】

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

关 X、关 XX、王 X 诉车 X 一般人格权纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】人身权法·其他人格权·祭奠权 (P09048)

【案 号】 (2010)西民初字第 5548 号

【案 由】 一般人格权纠纷

【权威公布】 被最高人民法院《人民司法·案例》2011 年第 08 期(总第 619 期)收录

【检 索 码】 C0201++9++BJ++XC0310C

【审理法院】 北京市西城区人民法院

【审级程序】 第一审程序

【审理法官】

【原 告】 关 X 关 XX 王 X

【被 告】 车 X

【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：关 X、关 XX、王 X。

被告：车 X。

原告关 X、关 XX 系关书聪（化名）之子女。1958 年 6 月，关书聪与王 XX 结婚，婚后生有一女王 X。1996 年 8 月关书聪死亡。1998 年 10 月，王 XX 与被告车 X 结婚。2002 年 12 月 5 日，王 XX 由他人代书做声明书一份，内容为：“……1. 从立此见证之日起至我死亡之时，均不允许下列人员到我家中或医院等处探望我，只有我妻子车 X 可以陪伴我：……女儿王 X 及其丈夫、子女，继女关 XX 及其子女，继子关 X 及其子女。2. 我故去后不必通知上列的所有人员，骨灰由车 X 保存，不允许他们悼念。在车 X 去世后，由她的儿子将我二人的骨灰合并，撒入大海，完成我的心愿。……3 我去世后妻子的名份只留给车 X。在任何牌位或碑铭等具有悼念意义的地方只列车 X 为我的妻子。”该声明书经北京市宝鼎律师事务所律师见证。

2009 年 3 月 18 日，王 XX 死亡。被告在王 XX 的墓穴前立墓碑一块，写有“爱夫王 XX 之墓，生于一九二七年十一月十三日，故于二〇〇九年三月十八日，妻车 X 敬立”。此后，三原告认为作为王 XX 的子女，对其父有权进行悼念、哀思并在父亲的墓碑上署名，被告未在三原告父亲的墓碑上刻原告姓名的行为侵犯了原告追思、悼念父亲的权利，给原告造成了无法补救的精神伤害。请求法院判令被告停止侵害，赔礼道歉；重新更换王 XX 墓穴的墓碑，刻上三原告的姓名；被告赔偿三原告精神损失 1000 元。

北京市西城区人民法院经审理认为，悼念死者不只有在墓碑上刻原告的名字这种方式，还可以通过其他方式进行悼念、祭奠活动。据王 XX 生前留有声明书的意愿，被告车 X 的行为并未侵犯原告的人格权和身份权。原告要求被告停止侵害，赔礼道歉，并要求被告重新更换王 XX 墓穴的墓碑，刻上三原告的姓名及赔偿精神损失 1000 元之请求，不予支持。判决：驳回原告关 X、关 XX、王 X 之诉讼请求。宣判后，双方均未提起上诉。

重婚罪的追诉期限应当从重婚行为终了之日起计算

2016-09-16 离婚大师

《刑事审判参考》公布指导案例 [第 1062 号]，总第 102 辑。撰稿：北京市朝阳区法院 李铁 张济坤 审编：最高法院刑五庭 马岩

田某某重婚案：已婚的被告人与他人建立事实婚姻关系后，又单方终止事实婚姻关系的，如何计算重婚犯罪行为的追诉期限？

一、基本案情

北京市朝阳区检察院以被告人田某某犯重婚罪，向朝阳区法院提起公诉。

被告人田某某对公诉机关指控的罪名没有异议，但辩称其 2006 年年底即与杨某结束同居关系，2012 年 3 月 20

日杨某报案时已过了5年的追诉时效。

北京市朝阳区法院经不公开开庭审理查明：1988年1月18日被告人田某某与董某某登记结婚。2004年4月，田某某与杨某确定男女朋友关系并同居，同年8月，二人在天津市举办了婚礼。后二人在北京市朝阳区购买了一套房产用于居住，并育有一子。2006年，田某某前往辽宁省大连市工作，且未告知杨某。2007年，杨某到大连市找到田某某，要求与田某某办理结婚登记，田某某表示不能与杨某结婚，并再次离开杨某。2008年年初，田某某回到董某某处生活；同年5月，在未通知杨某的情况下，田某某将登记在其名下的富东家园房产出售。2012年3月20日杨某找到田某某并报警，公安人员接报后将田某某抓获。

北京市朝阳区法院经审理认为，被告人田某某有配偶而与他人以夫妻名义共同生活，其行为构成重婚罪。关于田某某所提其重婚行为已过追诉时效的辩解，经查，田某某与杨某自2004年9月起以夫妻名义共同生活并育有一子，属于事实婚姻。田某某虽于2006年独自前往外地工作，但其离家后杨某多方寻找，二人的事实婚姻仍处于持续状态，并未解除。田某某于2008年年初才回到妻子董某某处生活，故认定2006年年底田某某的重婚行为并未終了，本案尚在追诉期限内，对田某某当庭的辩解，不予采纳。鉴于田某某对指控的基本犯罪事实能够如实供述，对其依法从轻处罚并适用缓刑。据此，依照《刑法》第258条，第67条第三款，第61条，第72条第一款，第73条第二款、第三款之规定，朝阳区法院以被告人田某某犯重婚罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年。

一审宣判后，被告人田某某提出上诉，上诉理由同一审辩解意见。北京市第二中级法院经审理，裁定驳回田某某的上诉，维持原判。

二、主要问题

已婚的被告人与他人建立事实婚姻关系后，又单方终止事实婚姻关系的，如何计算重婚犯罪行为的追诉期限？

三、裁判理由

本案中，被告人田某某先与董某某登记结婚，在婚姻关系存续期间，又与杨某以夫妻名义共同生活，属于前法律婚后事实婚的情形。田某某的行为构成重婚罪，对此并无争议。

但是，对田某某的重婚行为是否已过追诉时效，存在不同认识：一种意见认为，重婚罪的法定最高刑为2年有期徒刑，根据刑法的有关规定，该罪的追诉期限为5年。田某某2006年即离开杨某，到外地工作、定居，应当从此时开始计算追诉期限，至2012年杨某报案时已超过5年，对被告人不应再追究刑事责任。

另一种意见认为，2006年田某某离开杨某独自到外地工作，不能认定事实婚姻关系自此终止。至案发时被告人的重婚行为未超过追诉期限。

我们同意第二种意见，具体分析如下：

（一）重婚罪属继续犯，其追诉期限应当从犯罪行为终了之日起计算

继续犯，又称持续犯，是指行为从着手实行到由于某种原因终止以前，一直处于持续状态的犯罪。从客观上讲，继续犯的犯罪行为与不法状态必须同时持续，即犯罪行为的持续导致不法状态的持续。从时间上讲，继续犯必须是在一定时间内不间断的持续存在，即行为从开始到结束没有间断。就重婚罪而言，重婚不法行为和不法状态自始至终同时存在，持续侵害一夫一妻制的婚姻制度，完全符合继续犯的特征，属于继续犯。

重婚登记或者事实婚姻关系的确立只意味着重婚行为的开始而不是终了，不应把后婚婚姻关系的确立与以后的以夫妻名义共同生活行为割裂开来，而应当将二者视为完整统一的重婚行为，前者是后者开始的标志。刑法第八十九条规定，“追诉期限……犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”。因此，重婚罪的追诉期限应当从重婚行为终了之日起计算。

（二）后婚系事实婚姻的，重婚行为是否终了，应当以一方作出解除事实婚姻关系的意思表示，且婚姻关系因该意思表示实质上得以解除为判断标准

后婚系登记结婚的，重婚行为终了的时间节点比较容易判断，一般以婚姻关系经法定程序解除为准。但对于后婚系事实婚姻的，重婚行为终了的时间节点，则因个案案情复杂、多样，认定难度较大。我们认为，认定该类重婚行为是否终了应当着重考虑两个因素：一是行为人是否作出解除事实婚姻关系的意思表示；二是该意思表示实质上是否起到解除婚姻关系的作用。

事实重婚关系的解除一般要求行为人有相对明确的意思表示，包括以口头形式、书面形式通知对方解除婚姻关系，还包括以实际行动表明解除婚姻关系的意思。前者一般是指行为人通过口头或者书面直接向对方表示不再以夫

妻名义共同生活等情形。后者一般是指行为人通过躲藏、更换联系方式、住址等方式拒绝与对方接触，对婚姻关系的继续持排斥态度的行为表现。后种意思表示方式较为隐晦，据此认定行为人表明解除婚姻关系意图须十分慎重。

本案中，田某某在未告知杨某的情况下，即离开二人在北京的共同居住地，前往外地工作，被杨某找到后其又再次不告而别，并将自己购买的用于二人共同生活的房屋出售。虽然从田某某离京以后的一系列行为可以推断出，其自离京起即打算解除与杨某的婚姻关系，此后也一直持此态度，但其离京时并未向杨某说明离京原因，当时其是否已决意解除事实婚姻关系没有有力证据证实。杨某到大连市找到田某某并要求办理结婚登记时，田某某表示不能与杨某结婚，并再次离开杨某，此时田某某不仅有了口头意思表示，且以实际行动表明了该意思。综合考虑本案具体情节，可认定2007年田某某在大连市拒绝与杨某办理结婚登记，并再次离开杨某时，向杨某表达了解除婚姻关系的意思。

但是，无论是法律婚姻还是事实婚姻，婚姻关系毕竟由男女双方结成，一方作出解除婚姻关系的意思表示，并不必然导致婚姻关系自此解除，另一方是否愿意维持婚姻关系，双方是否解决财产分割、子女抚养等重大问题等因素，在认定婚姻关系是否解除时也要予以考虑。

后婚系事实婚姻的，行为人单方作出解除婚姻关系的意思表示后，如另一方对此予以认可，二人不再以夫妻名义共同生活，此种情况下即可认定事实婚姻关系自此解除，如有遗留的财产分割、子女抚养问题，可在日后通过民事纠纷解决渠道解决；如另一方对此不予认可，则说明双方对是否继续保持事实婚姻关系存在争议，从保护弱势群体、维护社会公序良俗的角度出发，应综合考虑夫妻双方的态度，财产分割、子女抚养等问题的解决情况等因素判断婚姻关系是否解除。

本案中，田某某与杨某举行婚礼后同居二年，共同购买了住房并育有一子，双方形成了较为紧密的事实婚姻关系。杨某在大连市找到离京的田某某后要求登记结婚，说明杨某仍愿意与田某某保持婚姻关系，田某某再次离开杨某时并未妥善解决财产分割、子女抚养等问题，二人的婚姻关系何去何从具有一定的不确定性。

在此情况下，不能轻易认定二人的事实婚姻关系自2007年田某某在大连市再次离开杨某起解除，否则既不利于保护婚姻关系中的弱者、打击犯罪，也不符合社会公众对婚姻关系的一般认知。田某某于2008年秘密将购买的二人共同居住的房屋出售，并回到其妻子董某某处生活，自此时起其与杨某的事实婚姻关系已不可能继续存在，故可认定二人的事实婚姻关系自此解除，田某某的重婚行为实施终了。因此，被告人所犯重婚罪的追诉期限应自2008年起计算，至杨某报案时尚在追诉时效之内，一、二审法院对被告人以重婚罪定罪量刑是正确的。

法院对违背社会公序良俗的民间借贷行为的认定

2016-09-26 法信

导读：公序良俗是民事法律的一项基本原则，裁判者在判定民间借贷合同效力时有遵行公序良俗进行司法审查的义务。实务中有违公序良俗的民间借贷情形多样，诸如因托人情、找关系、赌博吸毒所欠债务，索要“分手费”债务，负有赡养义务的子女为排挤其余子女独占遗产利益而虚构父母债务等等，在这些情形下签订的民间借贷合同应认定为无效。本期法信小编搜集整理相关法信码，为您推送相关依据、案例和观点，供您参考。

违背社会公序良俗

法信 · 法律依据

1. 《中华人民共和国民法通则》

第七条 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

第五十八条 下列民事行为无效：

- (一) 无民事行为能力人实施的；
- (二) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (三) 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所为的；
- (四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- (五) 违反法律或者社会公共利益的；
- (六) 以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

2. 《中华人民共和国合同法》

第七条 当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

第五十二条 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。

3. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

第十四条 具有下列情形之一，人民法院应当认定民间借贷合同无效：

- (一) 套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (二) 以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；
- (三) 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；
- (四) 违背社会公序良俗的；
- (五) 其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

4. 《四川省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》

16. 违背社会公序良俗的借贷合同的认定

违背社会公序良俗是指法律行为的内容及目的违反了社会的公共秩序或善良风俗，存在以下情形之一的，应认定为违背社会公序良俗，当事人因此签订的民间借贷合同应认定为无效：

- (一) 因非婚同居、不正当两性关系等产生的“青春损失费”、“分手费”、“精神损失费”等有损公序良俗行为所形成的债务；
- (二) 因赌博、吸毒等其他非法行为形成的债务；
- (三) 因托人情、找关系等请托行为形成的债务；
- (四) 具有抚养、赡养义务关系的父母子女等直系亲属之间发生的有违家庭伦理道德和社会公序良俗所形成的债务；
- (五) 其他违背社会公序良俗的债务。

法信 · 相关案例

1. 因请托形成的债务违背公序良俗的，不受法律保护——顾某与赵某民间借贷纠纷案

案例要旨：不存在真实合法的借贷事实，而是因权钱交易等违背公序良俗的请托而形成的债务，如请托关系、找人情调动工作、升学、升职等形成的债务不受法律保护。对于已经给付的部分，资金提供者主张返还的，法院不予支持。

来源：江苏十大典型民间借贷案例

2. 持借条追讨“分手费”，若债权人不能提供证据证明借款交付事实，也不能就借款发生的具体情况作出合理说明的，其请求不予支持——朱某与武某民间借贷纠纷案

案例要旨：当事人之间因分手等原因，一方承诺向另一方给付分手费，并出具借条，债权人仅凭借条起诉，人民法院应当根据当事人之间的关系、借款金额、出借人的经济能力、交付方式、交易习惯以及当事人的陈述等相关证据，综合判断借款事实是否发生。如果债权人不能提供证据证明借款交付事实，也不能就借款发生的具体情况作出合理说明的，对其请求不予支持。

来源：江苏十大典型民间借贷案例

3. 名为借贷，实为包养的协议，违反了法律规定和公序良俗，应属无效行为——张正青诉张秀方其他民事纠纷案

案例要旨：双方当事人企图用金钱去维系不正当的情人关系而签订的协议，名为借贷协议，实为包养协议，该协议违反了法律规定和公序良俗，损害了社会公德，破坏了公共秩序，应属无效行为。民事行为无效，所得的财产

应予返还。

案号：(2009)浙杭商终字第1138号

审理法院：浙江省杭州市中级人民法院

来源：浙江省参阅案例. 案例指导 2011.1(总第17期)

4. 直系亲属之间的民间借贷纠纷的认定和处理——朱跃祥诉朱学金、赵香园民间借贷纠纷案

案例要旨：1. 法律并不禁止直系亲属之间形成包括借款合同在内的交易关系。但对直系亲属之间交易关系和债权转让关系的审查和确认，应考虑特定当事人的经济状况以及有关当事人应依法承担的赡养、抚养义务等具体情况。2. 处理涉及直系亲属间交易关系的纠纷时，在意思自治和公序良俗的利益考量中应更强调公序良俗的价值取向，案件的处理结果应符合社会主义家庭道德观念与善良习俗，优先考虑保护老年人等弱势群体的合法权益，符合实体正义的要求。3. 在当事人的经济地位和诉讼能力存在明显差异的情况下，法官应妥善行使诉讼指挥权，平衡当事人的诉讼利益。

案号：(2008)民二终字第139号

审理法院：浙江省高级人民法院

来源：《人民法院案例选》2009年第4辑

5. 因为赌博、吸毒等违法行为发生的借贷关系，不受法律保护——王某诉刘某借款合同纠纷案

案例要旨：对于因赌博、吸毒等违法犯罪活动而形成的借贷关系或者出借人明知借款人是为了进行上述违法犯罪活动的借贷关系，依法不予保护。

来源：《民间借贷纠纷诉讼指引与实务解答》，张家麟主编，法律出版社2014年1月出版

法信·专家观点

违背社会公序良俗的借款合同无效

法律上的公序良俗，是指法律行为的内容及目的不得违反社会的公共秩序或善良风俗。公序良俗是民事法律的一项基本原则。这一原则在现行法上的依据是《民法通则》第7条及第58条，其次是《合同法》第7条和第52条。虽然《合同法》第52条第(4)项中所用的用语是“社会公共利益”，但一般认为，我国法上的公序良俗包含“社会公共利益”及“社会公德”，“社会公共利益”相当于“公共秩序”，“社会公德”相当于“善良风俗”。

法律行为违反公共秩序和善良风俗者无效，是罗马法以来公认的规范。即人不可通过其法律行为降低为保护公共利益而实施的法律规定的重要性，任何降低此类法律规定的重要性的行为都是绝对无效的。损害社会利益的合同，例如，以从事犯罪或帮助犯罪作为内容的合同，规避课税的合同，危害社会秩序的合同，赌博合同等非法射幸合同，违反人格和人格尊严的合同等，均属违背公序良俗而无效的合同。公序良俗在现代市场经济条件下，有维护国家利益、社会公共利益及一般道德观念的功能。因立法者不可能预见一切损害国家利益、社会公共利益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，故设立公序良俗原则，以弥补禁止性规范的不足。需要注意的是，因公序良俗原则性质上为授权性规定，目的是在遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为，而又缺乏相应的禁止性法律规定时，法院得直接适用公序良俗原则判决该行为无效。因此，本款（《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条第(四)款）规定，既是对《合同法》第7条有关公序良俗原则规定的强调，也是《合同法》第52条第(4)项有关“损害社会公共利益”的合同无效在民间借贷合同中的具体体现。因民间借贷属民事主体间纯粹的民事交往活动，本身即形式多样，种类繁多，加之目前我国社会处于经济、科技高速发展的阶段，如互联网等新型交往工具和交易载体不断冲击着传统的民事交往方式，立法及司法解释难以穷尽民间借贷合同的无效情况，也难以预测未来出现的新情况，因此，裁判者在判定民间借贷合同效力时有遵行公序良俗进行司法审查的义务。当然，公序良俗作为民法基本原则本身具有较大的解释空间，人民法院据此裁判时应审慎适用，不宜作不合理的扩张解释和不合逻辑的牵强解释。目前，我国有学者参考国外判例学说，将违反公序良俗的行为类型化为10种，具有较强的参考价值，简列如下：(1)危害国家公序型，比如以从事犯罪或帮助犯罪行为为内容的合同[如本条第(三)项之情形]；(2)危害家庭关系型，如约定断绝亲子关系的协议；(3)违反道德型，如妓馆之开设、转让合同，对婚外同居人所作遗赠等（亦如实践中出现的以性行为为对价获得借款的情形）；(4)射幸行为型，如赌博、巨奖销售变相赌博等；(5)违反人权和人格尊重行为型，比如实践中出现的以家人人身为抵押借贷的情形，过分限制人身自由以换取借款等情形；(6)限制经济自由型，比如利用互相借款扩大资金实力以分割市场、封锁市场的协议；(7)

违反公平竞争型；(8) 违反消费者保护型；(9) 违反劳动者保护型；(10) 暴利行为型。上述类型基本概括了目前民事审判活动中遇到的违反公序良俗原则的类型，实值参考。当然，在实际审判中可能遇到其他情况，以上观点并非对违反公序良俗所有情况的概括，人民法院得依具体情况加以判断。

(摘自《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，杜万华主编，人民法院出版社 2015 年 8 月出版)

(十) 赠与案例

有配偶者基于婚外同居将夫妻共同财产赠与第三者的行为无效

——李 xx 诉程 xx、冯 xx 确认合同无效纠纷案

2016-09-12 法律家

【中法码】合同法学·赠与合同·赠与合同效力·合同无效 (t0302041)

【关键词】民事 确认合同无效 婚姻关系 存续期间 婚外同居 违法关系 日常生活需要 夫妻共同财产 赠与 财产权 处理权 行为无效 不正当关系 善意 公序良俗原则 返

还

【学科课程】合同法学

【知识点】赠与 婚外同居关系 夫妻共同财产 公序良俗原则

【教学目标】明确赠与行为的效力认定，掌握夫妻共同财产的处分。

【裁判机关】xx 中级人民法院

【程序类型】民事再审

【案例效力】★★★☆☆ 被最高人民法院民事审判第一庭《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑(总第 54 辑)

收录

【案例信息】

【案由】确认合同无效纠纷

【申诉人】李 xx (原审原告、二审被上诉人)

【被申诉人】程 xx 冯 xx (均为原审被告、二审上诉人)

【争议焦点】

夫或妻一方在婚姻关系存续期间与第三者同居，此后擅自将夫妻共同财产赠与第三者的，该行为能否发生法律效力。

【裁判结果】

一审法院认定：冯 xx 明知程 xx 有配偶而与之同居，故其索取汽车、房产及将近 305 万元的钱款的行为违反社会公德；程 xx 未经其配偶李 xx 同意，将夫妻共有巨额财产赠与冯 xx，该赠与行为无效；张 x 明知冯 xx 以不正当手段获得财产，而与冯 xx 恶意串通，以借款形式转移财产，故其应返还。

一审法院判决：冯 xx 向李 xx 返还轿车及房屋，过户费用由程 xx 承担；冯 xx 向李 xx 返还 304 9928 元；张 x 对其中的 290 万元承担连带返还责任；驳回李 xx 其他诉讼请求。

冯 xx、张 x 不服一审判决，提起上诉。

二审法院认定：程 xx 的赠与行为是基于真实意思表示作出的，且已对标的物办理过户登记，故该行为有效；冯 xx 应返还其索取的资金 3 049 928 元。

二审法院判决：维持一审判决第二、三项，撤销一审判决第一项。

检察机关抗诉认为：程 xx 擅自将夫妻共同财产赠与冯 xx，冯 xx 基于婚外同居关系取得房屋和车辆，该赠与行为违反公序良俗原则，不符合善意取得的法定条件。

再审法院判决：冯 xx 返还购买车辆和房屋的对价 730 500 元以及其索取的资金 3 049 928 元；张 x 对其收到的 290 万元承担连带返还责任。

【裁判要旨】

夫或妻一方在婚姻关系存续期间与第三者同居，其行为违反了法律规定，其与第三者之间的关系属违法关系。夫或妻一方在此期间并非因日常生活需要而擅自将夫妻共同财产赠与第三者，侵害了其配偶的财产权以及对夫妻共同财产享有的处理权，因而应认定该行为无效。同时，第三者基于与有配偶者之间的不正当婚外同居关系获得赠与

财产，可以认定其主观并非善意，且其行为违反了公序良俗原则，因而从该角度讲，赠与行为亦应为无效。赠与行为被认定为无效后，第三者应返还赠与财产。

【法理评析】

夫或妻一方对夫妻共同所有的财产享有平等的处理权，双方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。双方非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。夫或妻一方在婚姻关系存续期间与第三者同居的，违反了法律关于“禁止有配偶者与他人同居”的规定。夫或妻一方在与第三者同居期间，未征得配偶的同意将财产赠与第三者的，侵犯了配偶的财产权。而第三者基于与有配偶者之间不正当婚外同居关系获得赠与财产，其主观并非善意，且其行为违反了公序良俗的法律原则，故应属无效。

本案中，李 xx 与程 xx 系夫妻关系。程 xx 在婚姻关系存续期间与冯 xx 进行婚外同居，并赠与冯 xx 现金及住房。而且冯 xx 在以办公司需要注册资金为由向程 xx 索要资金后，与张 x 签订《借款协议》，将受赠金钱转至张 x 名下。程 xx 在婚姻关系存续期间与冯 xx 同居的行为违反了法律关于“禁止有配偶者与他人同居”的规定，双方属于违法关系。程 xx 其在此期间非因日常生活需要擅自赠与冯 xx 现金及房屋的行为侵害了其配偶的财产权，该行为应认定为无效。同时，冯 xx 作为第三者，基于与程 xx 之间的不正当婚外同居关系获得赠与财产，其主观并非善意，且其行为违反了公序良俗原则，从该角度讲，程 xx 与冯 xx 之间的赠与行为亦应被认定为无效。综上。赠与行为被认定为无效后，冯 xx 应返还购买车辆和房屋的对价及其索取的资金，张 x 对其收到的 290 万元承担连带返还责任。

【适用法律】

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

【思考题和试题】

1. 赠与行为的效力如何认定。
2. 单方处分夫妻共同财产是否有效。

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

抗诉机关：xx 检察院。

申诉人（原审原告、二审被上诉人）：李 xx。

被申请人（原审被告、二审上诉人）：程 xx。

被申请人（原审被告、二审上诉人）：冯 xx。

原审第三人（二审上诉人）：张 x。

申诉人李 xx 与被申诉人程 xx、冯 xx 确认合同无效纠纷一案，二审法院作出终审判决，已经发生法律效力，李 xx 不服，提出申诉。本院作出裁定，对本案进行再审。本院依法组成合议庭，开庭审理了本案。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明，李 xx 与程 xx 系夫妻关系。程 xx 与冯 xx 于 2004 年 11 月开始婚外同居，当月程 xx 给冯 xx 20 万元现金购买轿车，冯 xx 用该款购买轿车一辆且登记在自己名下。2004 年 6 月，程 xx 购买蓝湾俊园住房一套，向开发商支付 530 500 元购房款。2005 年 4 月，程 xx 以合同更名的方式将该套房屋赠与冯 xx，房屋产权登记在冯 xx 名下。2005 年 10 月至 2006 年期间，冯 xx 以办公司需要注册资金为由向程 xx 索要资金，程 xx 共给付冯 xx 3 049 928 元。2005 年 7 月 2 日，冯 xx 与张 x 签订《借款协议》，张 x 承认实际收到 290 万元借款。

2006年7月，李xx诉至一审法院，请求判令：确认程xx赠与冯xx财产的行为无效，要求冯xx返还304.90万元、车牌号鄂a-f1385轿车一辆、蓝湾俊园住房一套，要求张x返还290万元。

原审法院经审理认为，冯xx与程xx年龄相差悬殊，明知其有配偶而以情人身份与之同居生活，并向程xx索取汽车、房产及将近305万元的钱款，其行为违反了社会公德，主观上并非出自善意。程xx未经李xx同意，将夫妻共有巨额财产赠与冯xx，侵害了李xx的合法财产权益，其赠与行为无效。第三人张x明知冯xx是通过不正当手段获得上述财产，却与冯xx恶意串通，以所谓长期借款的形式将290万元转移到自己名下，其应将该款项返还给李xx。据此判决：

1. 冯xx向李xx返还轿车及房屋，过户费用由程xx承担；
2. 冯xx向李xx返还3049928元；
3. 张x对其中的290万元承担连带返还责任；
4. 驳回李xx其他诉讼请求。

冯xx、张x不服原审判决，提起上诉。

二审法院经审理认为，程xx向冯xx的赠与行为应依合同法的规定单独判断，赠与行为是程xx的真实意思表示，且已办理过户登记，故应当认定为有效，冯xx向程xx索取资金3049928元应予返还。二审判决如下：

维持一审判决第二、三项，撤销了第一项，即冯xx返还现金但不返还轿车和房屋。

x检察院抗诉认为：程xx将夫妻共同财产赠与冯xx的行为违反了公序良俗的法律原则，冯xx取得诉争房屋和车辆是基于其与程xx之间不正当的婚外同居关系，其取得财产主观上并非善意，且不是有偿取得，不符合善意取得的法定条件。终审判决认定程xx赠与给冯xx房产与车辆的行为有效，系适用法律错误。

再审法院认为，程xx擅自处分夫妻共同财产的赠与行为无效，冯xx应返还当时购买车辆和房屋的对价730500元以及其索取的资金3049928元，张x应对其收到的290万元承担连带返还责任。再审法院据此判决如下：

1. 冯xx返还当时购买车辆和房屋的对价730500元以及其索取的资金3049928元；
2. 张x对其收到的290万元承担连带返还责任。

“你离婚嫁我，房子归你”

2016-09-30 东莞市第三人民法院 广州日报

●深圳离异男以已婚女友离婚为条件为其买房 分手后索要房子获支持

●法院：双方行为有违公序良俗 房产应归实际出资人所有

8年前，深圳离异男子廖先生结识了比自己小27岁的已婚女子向女士，他在东莞黄江买了一套房子，登记在向女士名下，两人随后签订了一份书面协议：向女士与丈夫离婚，然后与廖先生结婚，东莞黄江的房子便归向女士所有。没想到的是，两人之后发生了纠纷，廖先生诉至法院，要求向女士返还该处房产和股票。

昨日，记者从东莞市第三法院获悉，该院一审认定上述协议违背了公序良俗，判令向女士将房子过户到实际出资人即廖先生名下。向女士不服，提起上诉，二审法院维持原判。

【案情回顾】 为“套牢”已婚女友 男子出资给她买房

起诉要回房子时，廖先生已经年过花甲，说起自己的起诉缘由，他一把鼻涕一把泪。

廖先生称，他43岁离婚，因上有老下有小，家庭经济压力比较大。为了家庭，他耽误了自己的感情生活，直到2008年自己56岁时，认识了小自己27岁的向女士，双方产生了感情。“当时她说自己还是单身，很同情我的遭遇，还说要和我共度余生。”廖先生说。

向女士的承诺让廖先生以为自己找到了真爱，于是他满心欢喜地租了房，两人开始了共同生活。其间两人曾商量，由廖先生出资、以向女士的名义买一套位于东莞市黄江镇的三居室用于婚后生活。

开始几年，两人的感情生活还可以，廖先生多次要求与向女士结婚，但向女士都以各种理由予以推脱。

廖先生表示，直到2013年，他才发现向女士的行为有点异常，她经常几天都不回家，有时更是关掉手机，无法联系。在廖先生追问之下，向女士终于说出自己已经结婚并有小孩的事实。

虽然知道了真相，但年过花甲的廖先生仍未死心，他与向女士签订了一份协议书，内容为：两人在2008年5

“家事法苑”团队奉献

月相识，后产生感情，于2009年开始租房居住。经过双方协商同意，由廖先生出资在东莞市黄江镇买一套三房一厅的房子共同居住。向女士要和丈夫离婚，然后嫁给廖先生，房子归向女士所有；如果向女士不离婚，该房子则要归还廖先生。

没想到的是，后来向女士还是没有离婚，并去向不明。廖先生认为，向女士以婚约为诱饵要求其购买房产以及支付相关的生活费，是计划好的骗局，遂向法院诉请判令向女士归还房产以及股票。

【法院判决】 两人行为有违公序良俗 双方协议无效

庭审中，廖先生称，双方于2008年认识，大约2011年买了案涉房子，房子一直是他居住，也是由他偿还按揭贷款的。

东莞市第三人民法院一审认为，签订协议书时，廖先生已知向女士已婚，双方在明知该项事实的情况下，依然签订以向女士离婚作为条件的协议书。根据《中华人民共和国民法通则》第七条规定“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序”，他们的行为违反了公序良俗的基本原则，应当认定为无效。

案涉协议虽然无效，但法院认为，从协议书的内容来看，向女士是确认涉案房屋是廖先生实际出资的，即廖先生是涉案房屋的实际所有人，他只是借向女士的名义签订了商品房买卖合同，且廖先生现在依然实际占用房屋并支付剩余的按揭贷款，并有每月存款还贷的凭条为证。此外，廖先生还提供了向女士发给他的手机短信，短信中，向女士承认自己并未出钱购房。

据此，法院认为，在廖先生要求向女士返还房屋的情况下，后者应协助将涉案房屋过户登记在廖先生名下。至于廖先生主张以向女士名义购买股票的问题，因没有任何证据证明，法院不予支持。

一审判决后，向女士不服，提起上诉。她上诉称，虽然自己没有出钱付房子的首付款，但也有交付月供款，而且该房子是廖先生送给她的，他不应该索回。

东莞市中级法院二审后认为，向女士所主张的内容并无证据支持，驳回起诉，维持原判。

法官说法：

双方签订协议时 不具备结婚条件

审理该案的原审法官表示，在该案中，虽然廖先生主张本案为婚约纠纷，但实则应为物权确认纠纷。

法官解释称，婚约亦称订婚，是男女双方以将来结婚为目的而做出的事先约定。订立了婚约的男女俗称为未婚夫妻，按照我国的民间婚俗，订婚的男女往往会有一些财物的往来，俗称彩礼。虽然婚约对双方并无法律上的约束力，解除婚约也不需要诉诸法律程序，但因解除婚约往往会产生向对方索回彩礼的情况，因而会产生财产纠纷，谓之“婚约财产纠纷”。

根据本案的协议书内容可以看出，在签订协议时，向女士属于已婚人士，而“一夫一妻制”是我国婚姻制度的基本要求，因此，原、被告双方在签订协议时并不具备结婚的基础条件，自然双方对财物方面的约定不能定性为婚约财产纠纷。因此，根据原告的主张，本案更适宜定性为物权保护纠纷项下的“物权确认纠纷”。

文/广州日报记者龙成柳 通讯员钟紫薇

（十一）夫妻债务案例

丈夫轻信谎言借钱被骗 法院认定不属于夫妻共同债务

2016-09-02 人民法院报 何春晓 杨长平

本报讯（记者 何春晓 通讯员 杨长平）因轻信所谓“日本富商继承者”的虚构谎言而大举借债，王某被骗100多万元。王某无钱偿还选择“失踪”，债主便将王某的妻子诉至法院。王某的妻子究竟有没有义务进行偿还？近日，福建省厦门市思明区人民法院认定王某举债行为不属于夫妻合意，不构成夫妻共同债务，应当由王某独自偿还100多万元的本金以及相应利息。

王某是一名商人，因为生意关系结识了一名朋友。该朋友向王某虚构自己父亲是日本的大富豪，不幸于2011年4月福岛大地震中去世，留下了价值高达数亿美元的遗产。该朋友声称，在日本继承遗产要缴纳遗产税，不过自己手头资金不足，希望王某能帮忙借款，并承诺继承遗产后给予丰厚报酬。王某在之后的一年半时间内陆续给了这个朋友100多万，为此他向周围其他朋友大肆借债。王某的这位朋友最终以诈骗罪被公安机关抓获，并被法院判刑。然而这些钱早已被挥霍一空，难以追回。

因为还不上钱，王某选择了“失踪”。债主李某将王某的妻子张某告上法庭，还在法庭上提供王某被骗的刑事

判决书以及与王某资金往来的银行转账记录。李某诉称，此债务是在王某夫妻关系存续时发生的，属于共同债务，因此，王某的妻子张某要承担此笔债务。

张某辩称，李某与王某的借贷关系并未正式签订书面合同，自己对此借款更是毫不知情。同时，她还向法院提交自己的收入明细，证明一直以来自己工作和收入稳定，加上王某的职业也不错，根本没有必要为了夫妻的共同生活来借钱。因此，即使真正存在借贷关系，也应当是王某个人的债务。

法院审理认为，李某与王某之间虽未正式签订书面借贷合同，但从其提供的相关转账凭证，并结合在案的刑事判决书所认定的相关事实分析，可以认定李某与王某之间存在事实上的民间借贷关系。但是本案所涉及款项，均由李某账户直接转账至王某银行账户之中，并未由王某妻子张某经手，亦无证据证明张某知悉该笔借款，由此推断该笔借款不属于王某夫妻共同举债的合意。另外，从张某提供的工资收入情况分析，其并没有必要因个人或家庭生活进行大笔举债，也未从该笔借款中获得收益。最终，法院认为，李某借给王某的借款不属于夫妻共同生活、经营产生的债务，遂依法做出上述判决。

■法官说法■

因被诈骗等原因而举债不属于夫妻共同债务

在司法实践中，因夫妻一方被诈骗而举债的情形相对少见，如何准确认定这一法律关系，是正确审判该案件的前提。

如何认定夫妻共同债务，需把握两个大前提，即“有无举债合意”和“是否共享利益”，二者缺一不可。一方面对于夫妻双方来说，如果一方在外举债不告知其配偶，而所借款项又未用于家庭共同生活，此种情况下，要求债务人的配偶举证证明其不知道该债务的存在几乎不可能。因此，在此类案件中，债务人的配偶只能想方设法证明债务人所借款项没有用于其家庭共同生活，虽然同样困难，但终究仍然有其成功的可能性，比如本案中，妻子张某证明自身有独立经济实力，且能够证明资金往来发生在极短时间内，且流向第三人，很明显未用于夫妻共同生活，由此，妻子张某的抗辩理由自然被法院所采纳。

丈夫瞒妻申请贷款未还 妻子为何成为共同债务人

2016-09-05 江苏高院 苏州工业园区人民法院 长成

丈夫瞒着妻子向银行贷款 28 万元，后丈夫无法按约还款，银行诉至法院，在诉讼过程中，银行追加妻子为共同债务人，法院同意了银行的请求。这究竟是怎么一回事呢？

2009 年，王某与银行签订了个人住房贷款协议，贷款 28 万元，该贷款用于购买位于园区某地的一处房产，贷款期限为 216 个月，但是在还款几年后，2015 年起王某便没有继续履行还款义务了。同年，银行起诉至法院，要求其归还本金、利息和罚息等共计人民币 22 万余元。后在起诉阶段，银行认为，该笔借款为夫妻共同债务，所以将陈某追加至诉讼之中。法院同意了银行的请求。

在案件审理阶段，银行出示了《个人住房（商业用房）借款合同》一份及其他相关材料证明借款事实。本案被告王某及其妻子陈某，经法院合法传唤无正当理由，未到庭参加诉讼，法院依法缺席审理。关于本案争议焦点，该贷款是否为夫妻共同债务，法院认为，婚姻存续期间一方个人债务问题，除非夫妻一方能够证明债权人和债务人约定为个人债务的或者，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人指导该约定的，以夫或妻一方的所有财产清偿。因为被告王某及其妻子缺席审理，没有进行举证证明为夫方的个人债务，且夫方贷款目的是为了购买夫妻俩共同生活用的房产，所以法院认定为夫妻共同债务。最终判决，王某及其妻子在定期限内归还银行本金及罚息、利息等共计 22 万余元。

法官说法：

本案争议焦点之一就是如果丈夫没告诉妻子抵押贷款的事情，是否能够认定为夫妻共同债务呢？根据我国相关法律规定，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。同时根据《中华人民共和国婚姻法司法解释（二）》第二十四条，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。本案中虽然为男方王某一方进行抵押贷款的，但是其贷款的是为了购买夫妻俩共同生活用的房产，且妻方也没有举证证明非共同债务情形，所以认定为夫妻共同债务。

五、继承

- (一) 继承审判动态
- (二) 继承立法动态
- (三) 继承典型案例

老汉起私心擅改共同遗嘱 一纸判决还老太临终遗愿

2016-09-07 浦江天平 上海虹口法院

核心提示

李老伯、张老太是半路夫妻，各自有一名孩子。随着年事增长，两个老人共同订立遗嘱安排身后事，既确保自身利益也保证两个孩子的权益。然而，在老伴去世后，李老伯却重新订立遗嘱，并将房屋以买卖的形式过户给自己的儿子。张老太的儿子因此诉至法院要求确认李老伯父子俩的买卖合同无效……

起因：起私心改遗嘱

张老太与李老伯均出生于上世纪 20 年代，两人原本并不相识，一场半路婚姻让他们走到了一起。

两人于上世纪 70 年代结婚时各带了一个孩子，分别名为李田洋和李青建，其中李田洋系张老太的亲儿子，而李青建系李老伯的亲儿子。

结婚近半个世纪以来，老两口倒也过得和和美。2008 年，年事已高的老两口决定安排好身后事。为慎重起见，老两口左思右想，在方案确定后共同去了公证处立下了两份遗嘱。

遗嘱的大体内容是，如果自己先于老伴离世，则两人共有的房屋中属于自己的份额以及自己名下的其他财产由老伴继承，老伴去世后，房屋及其他财产包括老伴从自己处继承的份额由两个孩子共同继承，二人各继承百分之五十。

时隔四年后，2012 年张老太撒手人寰，先于李老伯离开了人世。根据两人之前的公证遗嘱，张老太在大连西路房屋的份额由李老伯继承，李老伯成了大连西路房产的唯一产权人。

此时李老伯起了私心，一边是自己的亲儿子，一边是与自己毫无血缘关系的继子，李老伯想来想去最终还是偏向了自己的亲儿子。于是李老伯与自己的亲儿子李青建签订房屋买卖合同，约定自己将房屋以人民币 115 万元转让给李青建，并将房屋登记在了李青建的名下。

明眼人一眼便能看穿，所谓的买卖无非只是个形式，两人仅有买卖之名并无买卖之实。为了保险起见，李老伯又去公证处重新订立了遗嘱，称之前的遗嘱已作废，自己根据意愿将房产悉数留给李青建，并免除了儿子在买卖合同中应向自己交付的房款，自己的其余财产均留给继子李田洋。

纸终究包不住火，在得知李老伯的一系列行为之后，李田洋认为李老伯的行为违背了母亲生前的遗愿，侵犯了自己的合法权益，故诉至法院要求确认李老伯与哥哥签订的房屋买卖合同无效。

对峙：修改遗嘱有效？无效？

法庭上，李田洋认为，大连西路房屋系其母亲与继父婚后于 2005 年通过房改售房共同购买。2008 年其母亲与继父所立的公证遗嘱，实际上是相互以对方遗嘱内容为生效条件的遗嘱，是共同遗嘱，也是两人当时共同的意思表示，不是一个人自由处分的遗嘱。其实质意思就是一个老人死亡后不分财产，等两位老人都去世后再由两个儿子均分。

但在其母亲过世后，李老伯与李青建恶意串通，违背了张老太的遗嘱意愿，擅自将系争房屋通过买卖形式过户到李青建名下，且买卖价格远低于市场价。因此这桩房地产买卖不是正常的买卖关系，只是李老伯将系争房屋以买卖的方式进行处置的行为，而李老伯没有权利处置系争房屋，侵害了李田洋的合法权益，应当是无效行为。

李老伯则理直气壮地表示，自己和已故妻子订立的遗嘱是各自独立的，互相没有制约。一旦一方死亡，其财产转移到生者名下，生者有权继承并自由处分。现在自己的亲儿子李青建经济困难，将房子以 115 万价格卖给李青建，并同意免除李青建的部分支付义务，是作为父亲帮自己儿子一把，于情于理都讲得通，不存在违背死者意思表示及法律规定的情况。

李老伯认为，目前李青建已经支付了 10 万房款及交易税款，自己也实际处分了房屋，所以不能按照原来公证遗嘱来执行。李老伯请求驳回李田洋的诉讼请求。哥哥李青建也同意父亲李老伯的抗辩意见。

判决：房屋买卖合同应为无效

“家事法苑”团队奉献

法院在审理后认为，民事活动应遵循诚实信用的原则。2008年李老伯和张老太所立两份遗嘱，虽然形式上各自独立，但根据订立遗嘱时的公证档案中的笔录及相关材料，两人订立该两份公证遗嘱时的共同意愿是其二人均过世后，李青建、李田洋才可以均等继承包括系争房屋在内的全部财产，应将其视为共同遗嘱。

本案中，系争房屋是李老伯与张老太的共同共有财产。李老伯在张老太过世后，未经继承程序将系争房屋以买卖方式转让给了李青建，同时免除了李青建支付对价的义务，实质上是单独变更了共同遗嘱中有关共同财产最终由两个儿子均等继承的内容。此行为侵害了他人的利益，由此法院最终判决李老伯与李青建所签订的房屋买卖合同应为无效。

法官点评·共同遗嘱

遗嘱继承是继承的一种重要形式。共同遗嘱是夫妻双方共同设立的，处分共同共有的财产及其他事务的遗嘱。它将双方的协商合意体现在遗嘱中，可使夫妻中健在一方的生活不因一方离世产生巨大的影响。但对于共同遗嘱的撤销或变更，亦应由夫妻双方共同进行。夫妻一方死亡的，生存一方仅可以撤销或变更限于涉及自己个人财产部分的遗嘱，而无权撤销或变更涉及共同财产或另一方个人财产的遗嘱部分，否则单独处分行为无效。相关权利受到侵害的继承人，可以要求撤销单独处分的行为，并按照共同遗嘱的内容履行继承事宜。

孤男百万遗产应归谁？

2016-09-12 人民法院报 李自庆

一名38岁的南京男子，因疾病发作突然去世，并留下一套房产及可观存款，财产累计超百万元。该男子系独生子，其父母、爷爷奶奶及外公外婆均已去世。按照我国继承法规定，该男子属无法定继承人者。但该男子去世后，其叔叔、伯伯及3个姨妈、1个舅舅、1个表姐共7人，均称在该男子生前及患病期间照顾过他，均主张继承死者的遗产。因僵持不下，孤男的叔叔、伯伯以原告身份，将另5人告上江苏省南京市鼓楼区人民法院，请求法院确认5被告在本起遗产继承纠纷中不享有继承权。

鼓楼区法院经过慎重审理，按照查明的事实，以照顾死者生前多寡，最终确认1名原告和2名被告享有死者遗产继承权。法院还根据3人的付出程度，确认了遗产继承份额。一审宣判后，未能继承到死者遗产的2名被告不服并提起上诉。二审审理过程中，上诉方提出撤诉。目前，一审判决已经生效。

1

孤男旧病突发留下百万遗产

1976年出生的陈凯是江苏省南京市人，其父亲陈仁林、母亲李梅芳是普通工薪阶层，陈凯是父母的独生子，父母曾对其寄予厚望。不幸的是，1991年，15岁的他突发癫痫病摔倒，此后虽经治疗，但却未能控制病情发作。这之后，父母想尽办法为其求医问药，但仍未能根治陈凯的病情。发展到后来，陈凯发病频繁，只能常年靠药物控制病情发作。

陈凯走上工作岗位后，有了稳定的收入，但由于仍经常发病，给他恋爱择友带来很大的麻烦。父母及亲友都希望陈凯能成个家，并张罗为其物色女友，但陈凯考虑到自己的身体状况，一直不愿谈对象，这给其父母精神上造成了很大的打击。

2002年，陈仁林被诊断出患上胃癌，这对一个原本不幸的家庭来说可谓雪上加霜。几个月后，陈仁林带着对妻子的恋恋不舍离开人世，这一年他尚不到60岁。父亲的去世，对陈凯打击很大，他发病频率增高，而只要陈凯一发病，均由与其相依为命的母亲李梅芳送医照料，其叔叔陈小林也会给予帮助。更不幸的是，2010年4月，李梅芳又因病重住院，生命一时危在旦夕。在李梅芳住院的3个月内，由于无人照料，作为小叔子的陈小林只好出面照料嫂子。同年7月，李梅芳因病医治无效去世。如此，陈凯便成了一个无父母依靠的单身汉。其发病时，亦均由陈小林等亲属帮着送医并照应。

2014年9月3日，独自在家的陈凯再次发病跌倒，这一次病情发作得非常严重，但倒在地上的他稍许清醒后，本能的拨打了120急救电话，救护车赶到后，随车急救人员将奄奄一息的陈凯送到就近的南京中大医院抢救。陈凯自送到医院后就已不会说话，但他急需手术切开气管救治，而手术又需要亲人签字。情急之下，医护人员从陈凯手机里找到一个新近通话记录手机号，于是便拨打了这个号码，接电话的正是陈凯的叔叔陈小林。陈小林获悉情况后，立即赶到医院，协助医院对陈凯实施抢救。在此过程中，陈小林又联系了陈凯的表姐蒋丽，蒋丽平时也经常关照陈凯，她获悉情况后随即赶到医院，并与陈小林一道协助医院对陈凯进行抢救。在其后的几天内，陈小林日夜坚守医

院，陪伴陈凯。陈凯在重症监护室抢救三天后，终因病情严重，于9月5日不治离世，一个苦难的家庭，由此彻底从人间消失。

陈凯去世后，陈小林一手负责为其办理丧事，蒋丽协助办理，这样总算较体面地把陈凯入土为安了。

陈凯去世后，留下主城区黄金地段产权房一处，存款14万余元及保险收益12万元，遗产总价值超百万，存款及房门钥匙均在陈小林处保管。由于陈凯此次从发病到去世十分突然，且人到医院后即处于昏迷状况，以致对身后财产处分未能留下任何遗言。办完陈凯的后事后，陈凯姨妈和舅舅家的几个子女找到陈小林，称他们代表各自的父母要求分割陈凯留下的遗产，遭到陈小林的拒绝。这之后，陈凯的三个亲姨妈、一个舅舅及表姐蒋丽再次找到陈小林，要求大家平分陈凯的遗产，这一次两个家族间虽经多次谈判，但却始终谈不妥。

在陈小林看来，主张分割陈凯遗产的那些亲属，根本未尽到照料及处理陈凯后事的义务，所以均不该享有继承陈凯遗产的权利。由此，双方产生矛盾，各说各有理，导致陈凯的遗产分割问题无法处置。而事实上，陈凯的情况十分特殊、罕见，即从法律上讲他无法定继承人，分割他的遗产必须走法律途径，由法院来裁决，亲属之间即便达成协议，涉房屋产权问题也无法变更或变现。

2

7旁系血亲均称照顾过孤男

2014年11月6日，陈小林和哥哥陈海林弟兄俩经合议，将陈凯的3个姨妈及1个舅舅另加蒋丽告上南京市鼓楼区人民法院，主张陈凯的遗产应主要由他们弟兄俩继承，理由是陈凯及其父母一直身体不好，平时主要由原告陈小林照应，原告陈海林也尽了一定的照顾责任。陈凯父母去世时，也都由原告陈小林料理后事。这之后，照料陈凯的担子便落在二原告尤其是原告陈小林身上，陈小林像对待自己的儿子一样照顾陈凯，还为其料理了后事。而五名被告几乎均未照料、抚养过陈凯，有的平时甚至嫌弃他，连门都不让他进，故五被告无论是从法律还是从道义上讲，均不该继

承陈凯的遗产！

法院收下起诉状后，考虑到该案的特殊性，决定先进行诉前调解。但经法院多次做工作，7名原、被告都坚持称自己多年来照顾过陈凯一家，大家都不愿在继承份额上让步，导致诉前调解无果而终。

2015年3月，该案正式进入审判程序，庭审过程中，承办法官发现此案案情复杂，处理难度大，遂将该案由简易程序转为普通程序。合议庭考虑到此案的社会价值，多次对案件进行庭前合议，确定办案思路 and 理念，力争把案件办成同类案件的示范性样本。

案件进入普通程序审理中，7名原、被告仍互不相让，都坚称自己多年来如何悉心照顾过陈凯一家，举证时，有被告方拿出多年前与陈凯一道喝喜酒的照片，有的拿出早年与陈凯在外地的合影照片，还有的向法庭提交了对自己有利的证人证言，等等。而相比较而言，原告陈小林出示的证据则能形成证据链。其申请出庭的证人中，既有陈凯的邻居，也有陈凯的同学，他们在陈凯生前都与其接触较多，他们在作证时均称原告陈小林平时对陈凯关照很多，陈凯发病时也基本由他照料。陈凯生前的单位领导、同事在向法庭出具的证人证言中，也印证了上述说法。另外，在其他当事人申请的出庭证人中，指被告蒋丽、李金芳也尽到不少照顾陈凯的义务，这些证言亦与其他证据能够相互印证，可信度较高。

此次庭审休庭期间，原告陈小林向法庭提出申请，表示原、被告愿意庭下和解，希望法院给予30天时限，法院同意了原告的请求。陈小林此举原本是不想把大家的关系弄僵，希望再次通过协商化解纠纷。但遗憾的是，30天过去，原、被告及被告与被告之间，仍无法达成和解协议。

2015年11月9日，法院对该案进行了第二次开庭，此次庭审，原、被告再次申请多名证人出庭作证，这有利于法庭进一步查明案件事实。法庭还组织原、被告调解，原告方的意见是陈凯的遗产按两个家族来分配，各得50%，然后家族间再另行分配。但5名被告拒绝原告提出的继承方案，坚持要按7名案件当事人的人头分。由于双方僵持不下，致法庭调解失败。

3

照顾过孤男的3亲属继承遗产

2016年3月10日，南京市鼓楼区法院对该案作出一审宣判，法院认为，本案中原、被告双方均不属于我国继承法所规定的法定继承人范围。被继承人陈凯无配偶、子女，也无兄弟姐妹，其父母、祖父母、外祖父母均先于其

离世。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，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产。继承法上所指的“扶养”，应包括经济和精神两个层面。被继承人陈凯患有严重的癫痫病，照顾自身能力较差，父母去世后留下其孤身一人，更需要他人的照顾和精神慰藉。原、被告双方均为陈凯的旁系血亲，理应对陈凯多加照顾，尽到道义上的责任。

法院还认为，根据庭审查明的事实及法官走访调查掌握的情况，确认原告陈小林在陈凯父母生病期间，给予了多方面的关怀，他们去世后后事也都由其料理。陈凯失去父母后，陈小林经常过去探望、照顾陈凯，平时既帮助解决生活上的困难，也满足了陈凯精神上被关爱的需求。陈凯每次发病，也大多由陈小林负责送医并陪护。陈凯最后一次发病时，陈小林昼夜守候，配合医院对其抢救。陈凯去世后，又不辞辛劳料理其后事。据此，法庭依法认定陈小林对陈凯扶养较多。此外，还有证据及可信的证人证言证实，被告蒋丽、李金芳在陈凯生前、尤其是生病或节假日期间，也对其进行过照料关爱，并经常叫陈凯到家中吃饭，给陈凯以精神慰藉。但李金芳照顾陈凯的次数少于蒋丽。

法院另认为，原告陈海林家住外地，且年岁已大，其没有可信证据证明其照顾、抚养过陈凯。另三名被告虽提供了与陈凯在一起的合影、视频资料等证据，但这些证据与照顾、抚养陈凯无关联性，据此，法庭认定该三被告未实质性照顾过陈凯。

最终法院依据上述认定，并依照我国继承法第十四条、民事诉讼法第六十四条以及相关司法解释的规定，判决原告陈小林享有陈凯房屋产权 50%的份额；被告蒋丽、李金芳分别享有陈凯遗留房产 30%和 20%的份额；陈凯遗留的现金 14.68 万元，由原告陈小林所有；驳回二原告的其他诉讼请求。陈凯的保险收益最终数额尚未确定，本案不作处理。

一审宣判后，有两名未分得陈凯遗产的被告不服并提起上诉，二审审理期

间，上诉人向法庭提供新证据，指陈凯父母去世后，陈凯曾在他们家生活过相当长的时间，以此证明他们扶养照顾过陈凯，但这些证明因缺乏事实依据并因遭到原告方驳斥，而难以起到证据效力。2016 年 7 月中旬，就在南京市中级人民法院正要对该案作出终审判决时，上诉人突然提出撤诉申请。于是，7 月 15 日，南京市中级人民法院裁定同意上诉人的撤诉请求。就此，本案一审判决生效。

（文中当事人均为化名）

连线法官

付出才有回报

针对此案的判决，本案审判长张伟在接受采访时说，从继承法第十四条的立法本意看，对非法定继承人给予一定的遗产继承，正是为了鼓励亲属、朋友间互相关爱，构建和谐互助的社会关系和温暖友爱的人际氛围，这既符合我国当前的国情，也符合中华民族的道德要求。反之，对于与被继承人存在亲属或朋友关系，但却未有任何照顾扶助行为的人，法律不支持其享有遗产继承的资格。因此，扶养的情况不同，遗产分配亦应区别对待。

张伟说，本案中原告陈小林、被告蒋丽、李金芳在被继承人陈凯父母去世后，对陈凯的生活给予了一定的关心、照料和帮助，可以认定为系继承法第十四条所规定的“继承人以外的对被继承人扶养较多的人”。其他原、被告未能拿出相应有效证据证明对陈凯给予过一定的扶助照顾，故不应享有继承陈凯遗产的资格。

张伟最后强调，我国独生子女政策持续了很长一段时间，在当前的人口结构中，三口之家仍十分普遍。受疾病、事故、自然灾害影响，类似陈凯这样的家庭不幸今后仍会出现，我国继承法第十四条的立法宗旨，正是考虑到这一因素，而鼓励亲属、朋友、邻里间互相关爱，照顾那些确需照顾的人。只有事前尽了对他人的照顾、扶养义务，被照顾、扶养的人离世后，才有资格继承他（她）的遗产，否则即便是旁系血亲，亦无资格继承死者遗产。

家庭意外风险增多复杂继承有法可依

2016-09-02 法制网 滨海时报 楚轩

现代生活丰富多彩，但人人都不愿意看到的一些意外惨剧也在时时发生，交通事故、自然灾害、突发事件等造成的意外往往对一些家庭形成毁灭性的伤害。逝者已逝，生者安息。一个家庭罹难，还牵扯着家庭成员原来的各自家庭和亲属，在伤痛和缅怀亲人的同时，通过法律途径和谐、顺利处理罹难家庭所涉及的财产继承问题，是所有亲属的共同愿望。

案例一：谁是继承人？

“家事法苑”团队奉献

吴女士与郑先生是夫妻关系，有一女郑女。一家三口在暑期自驾出游的路上遇到重大交通事故遇难。吴女士与郑先生生前共有房产一处，郑女尚未成年，生前在中国人寿保险公司留有人身意外保险一份，受益人为本人。吴女士有兄弟姐妹三人，父母已在前些年去世。郑先生无兄弟姐妹，母亲黄某健在；而且，郑先生与前妻还生有一子郑男，但郑男在父亲再婚后一直未与郑先生和吴女士共同生活。遇难的三人生前未立有遗嘱、亦未与他人签订遗赠扶养协议。现在涉及到郑先生和吴女士的房产、郑女的意外保险赔付和事故后责任方对三人的赔偿金等遗产，吴女士的兄弟姐妹和郑先生的母亲黄某都提出办理继承公证。

案情解析：在类似事故中，被继承人在同一事件中死亡，每个人的死亡时间先后决定了继承的顺序，也是办理继承权公证时最先明确的关键。确定遇难者死亡时间主要依据公安机关的法律文书。此案中，公安机关的法律文书中没有确定具体死亡时间先后，则需要依据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第二款中规定予以确认，即“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”。本案中吴女士、郑先生、郑女均有继承人，所以推定吴女士、郑先生先于郑女死亡，吴女士、郑先生同时死亡。

接下来是确定法定继承人。本案中吴女士先于其女死亡，其遗产应由郑女继承（因其与继子郑男未形成抚养关系），但由于郑女也已遇难，其合法继承人就是其祖母黄某，因此，吴女士的遗产应转由黄某继承，吴女士的三个兄弟姐妹并不能继承。郑先生的遗产则由其母黄某、其女郑女、与前期所生之子郑男共同继承，其中郑女应继承的份额转由黄某继承，故郑先生的上述遗产由其母黄某、其子郑男共同继承。郑女的遗产则由其祖母黄某继承。

案例二：谁来领取保险赔付？

刘某是王某的妻子，二人生育两名子女，都已经成年。刘某于 2010 年在保险公司投保人身意外伤害保险，刘某为投保人和被保险人，受益人是王某。2014 年春天，夫妇二人在自己经营的商铺中因火灾不幸罹难。公安机关的死亡报告称二人同时死亡。在保险公司发放刘某的意外伤害保险金时，得知夫妇二人生前均没有遗嘱，父母均在世。保险公司在发放保险金时出现分歧：一种意见认为受益人与被保险人同时死亡了，保险金应作为被保险人刘某的遗产，发放给刘父、刘母、子女，丈夫王某与妻子刘某互不继承，即王某父母不能继承。第二种意见认为虽然二人同时死亡，保险金应作为受益人的遗产，即由丈夫王某的父母和子女继承。当无法确认如何发放的情况下，保险公司向承办继承权公证的公证处进行咨询。

案情解析：该案中的关键是确认该笔保险金是谁的遗产。同样首先涉及刘某、王某的死亡时间和相应的继承关系。本案中，刘某、王某均有继承人且辈份相同，故推定刘某与王某同时死亡，他们互不发生继承。其次，要确认保险金是投保人刘某的还是受益人王某的。根据《中华人民共和国保险法》第六十四条规定：被保险人死亡后，遇有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产……：（一）没有指定受益人的；（二）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；（三）受益依法丧失受益权或者放弃受益权的，没有其他受益人的。可见，妻子刘某的保险金与以上三种情况均不相符，所以该保险金应作为受益人即丈夫王某的遗产进行处理。由于丈夫王某生前无遗嘱，故本案中所涉及的保险金应由王某的法定继承人即王某的父母、两人的子女办理继承，而投保人即妻子刘某的父母则没有继承权。

六、房产、股权、信托

（一）房产

执行标的被申请人唯一住房的双方可达成执行和解协议

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-09-13 指导性案例审判规则

【审判规则】

被申请执行人犯故意杀人罪被判处死刑，其亲属拒不赔偿刑事附带民事诉讼原告人的损失，刑事附带民事诉讼原告遂申请强制执行。法院查封了被申请执行人的一处房产，经查，该房系其及其妻子、儿子的唯一一处住房，其妻子强烈反对执行房屋并提起案外人异议。在刑事附带民事诉讼案件中，强制执行难以同时保障被申请执行人亲属和受害人亲属权益的，双方可以在自愿平等的基础上达成和解协议。被申请执行人亲属赔偿损失后，刑事附带民事诉讼原告放弃其余赔偿要求，可和解结案。

【关键词】

刑事 执行和解 故意杀人 刑事附带民事诉讼 赔偿 强制执行 唯一住房 案外人异议

【基本案情】

曾杰与其单位领导林华发生矛盾后，租赁了北京市石景山区鲁谷大街五芳园 X 号，将林华骗至该处，使用准备好的绳子捆绑林华，对其殴打，猛勒颈部，致林华机械性窒息合并颅脑损伤死亡。曾杰作案后将尸体肢解，抛尸于北京市丰台区卢沟桥北路 96 号对面水渠内。

公诉机关以曾华犯故意杀人罪，提起公诉。林华亲属林永年、韩阶平、夏耘、夏放然提起刑事附带民事诉讼。人民法院经审理，认定曾华犯故意杀人罪，判处死刑。法院查封了曾杰名下的一处经济适用房，由其妻子张 XX 和儿子曾 XX 居住。林永年、韩阶平、夏耘、夏放然申请评估、拍卖该房屋，法院告知张 XX 后，张 XX 几度情绪失控。

张 XX、曾 XX 以被执行人财产系其家属唯一住房为由，提起执行异议。

【争议焦点】

行为人犯故意杀人罪被判处死刑，其亲属不予赔偿，刑事附带民事诉讼原告申请强制执行其房屋。行为人的亲属以该房屋系唯一住房为由，提起案外人异议，双方可否达成执行和解协议，和解结案。

【审判结果】

执行异议人张 XX、曾 XX 与申请执行人林永年、韩阶平、夏放然、夏耘达成和解协议：张 XX、曾 XX 赔偿四十万元。

【审判规则评析】

执行和解，指在法院执行过程中，双方当事人经过自愿协商，达成协议，结束执行程序的活动。执行和解主要适用于平等主体之间涉及民事权利义务民事经济案件以及非国有主体为被害人的刑事附带民事案件。因在上述案件中，当事人对执行依据所确定的权利具有完全支配权或独立处分权。执行和解具有自愿性，任何人不得强迫当事人进行和解，否则达成的协议系无效的；执行和解具有合法性，不得违反国家法律、法规和政策的强制性规定，不得损害国家、集体和其他人的合法权益；执行和解具有非强制性，若一方不履行，当事人只能申请执行生效法律文书，不能强制执行和解协议。执行和解灵活方便，可以变更生效的法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式等。根据对执行标的的限制性规定，被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。执行房屋耗时长、费用高、难以做到同时保障被执行人亲属的基本生活和申请执行人的合法权益。对于较难达到利益平衡的执行案件，达成执行和解可以有效地化解矛盾，促进社会和谐。

被申请人犯故意杀人罪，检察机关提起公诉，被害人亲属提起刑事附带民事诉讼。法院查封了被执行人的住房，受害人亲属申请执行。经查，该住房系经济适用房，现由被执行人妻子和儿子居住，其妻子情绪激动，若强制执行该住房，有采取过激行为的可能，而其居住着宽敞的住房，又不履行对申请执行人的赔偿。法院在此情况下积极沟通，促成双方达成执行和解，被执行人的妻子赔偿申请执行人损失，有效地化解了矛盾。

【适用法律】

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十五条 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，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。

第二百二十七条 执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

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》第七条 对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。

【法律文书】

刑事一审判决书 强制执行申请书 案外人执行异议申请书 执行和解协议书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

张 XX、曾 XX 案外人执行异议之诉案

【案例信息】

【中法 码】 执行法·执行救济·执行异议 (P06011)

【案 号】 (2012)中执字第 642 号

【案 由】 案外人执行异议之诉

【判决日期】 2012 年 07 月 20 日

【权威公布】 被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2014 年第 1 辑(总第 87 辑)收录

【审理法院】 北京市第一中级人民法院

【审级程序】 其他程序

【申请执行人】 林永年 韩阶平 夏放然 夏耘

【被申请人】 曾杰

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《刑事判决书》

被执行人：曾杰

刑事附带民事原告人：林永年、韩阶平、夏放然、夏耘（且为以上三人代理人）。

案外人：张 XX（被执行人曾杰之妻）、曾 XX（被执行人曾杰之子）。

被告人曾杰因工作中与其单位领导林华（女，歿年 46 岁）产生矛盾，遂起意杀害林华，并事先租赁了用于作案的房屋北京市石景山区鲁谷大街五芳园×号，购买了绳子、电锯等作案工具。2009 年 3 月 9 日 20 时许，曾杰将林华骗至上述租房处，对林华进行殴打、捆绑，并用绳子猛勒林华的颈部，致林华机械性窒息合并颅脑损伤死亡。后曾杰将林华的尸体肢解，并将大部分尸块抛至北京市丰台区卢沟桥北路 96 号对面水渠内。被告人曾杰作案后被查获归案。

北京市第一中级人民法院(2009)-中刑初字第 3515 号刑事附带民事判决书判决：

一、被告人曾杰犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

二、被告人曾杰赔偿附带民事诉讼原告人林永年、韩阶平、夏耘、夏放然丧葬费、死亡赔偿金经济损失共计人民币 558 982 元。

三、驳回附带民事诉讼原告人林永年、韩阶平、夏耘、夏放然的其他诉讼请求。

北京市高级人民法院(2010)高刑终字第 667 号刑事裁定驳回曾杰的上诉，维持原审刑事部分判决。

最高人民法院(2011)刑一复 11980898 号刑事裁定核准北京市高级人民法院(2010)高刑终字第 667 号维持第一审以故意杀人罪判处被告人曾杰死刑，剥夺政治权利终身的刑事裁定。

曾杰犯故意杀人罪附带民事部分执行案，北京市第一中级人民法院于 2012 年 6 月 12 日立案执行。经查，被执行人曾杰名下有房屋一套，执行法官及时查封了该房屋。该房屋 170 多平米，属经济适用房，由被执行人之妻张 XX 和 5 岁的儿子居住。刑事附带民事原告人申请评估、拍卖该房屋。合议庭评议后意见是，本案应在保障被执行人曾杰家属基本居住权及张 XX 的财产份额主张前提下依法对该房屋予以处置。执行法官告知张 XX 本案将处置该房屋。张 XX 主张该房屋属夫妻共同财产且为家庭唯一住房，不同意法院处置。谈话时，张 XX 几度情绪失控，反对法院处置房屋，并且表示不会配合法院执行房屋，并可能采取过激行为。随后，张 XX 及其儿子依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条、第二百二十七条的规定，共同向本院提出了执行异议和案外人异议。

《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》第七条规定：“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行”。本案被执行人家属住着宽敞的大房子，却不履行民事赔偿义务，并且被执行人已无其他可供执行的财产，这对于刑事附带民事原告极不公平。而一旦执行该房屋，我

“家事法苑”团队奉献

既要保障被执行人家属基本居住权，被执行人家属为妇女和儿童，属于弱势群体，又存在拒不腾房和采取过激行为的风险。

执行法官一方面准备启动评估、拍卖程序，另一方面多次约谈双方当事人，积极创造机会，争取和解解决。一起犯罪，两名死者，两个破碎且互相敌对的家庭，并且本案刑事附带民事原告人要求不和被执行人家属见面，不希望被执行人家属以电话、短信等任何方式对其家庭进行“骚扰”。执行法官只能采取“一对一”的方式单独沟通。执行法官作为“中间人”，与双方当事人耐心沟通，晓之以理，动之以情，积极开展和解工作。执行法官不厌其烦地向张 XX 解释相关法律及法院强制执行的依据，希望她积极予以配合；同时向刑事附带民事原告人夏耘介绍本案执行难度及被执行人家属困难处境，转告被执行人家属代偿的意愿。经过多次长谈，双方当事人情绪冷静下来，增加了相互理解，也认同执行法官对案件的分析，最后都作出了适当让步，达成和解。本案被执行人曾杰家属积极履行民事赔偿人民币 40 万元，刑事附带民事原告人也已接受，并放弃其余部分的民事赔偿，至此本案和解结案。

60 平米小屋归属之争上演罗生门

测谎报告来佐证，原告终败诉

2016-09-23 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员罗越

本报讯 陈女士在乡下有间小屋，90 年代给堂弟陈果使用，并辗转到了堂弟前丈人唐老汉手里，现在由唐老汉另一个女儿在使用。2014 年陈女士提出要回房子，但对方称当初给了 1500 元买下的，不存在返还一说。矛盾无法解决诉至法院，最终青浦区法院根据各方证据，判决驳回陈女士诉请。

2014 年，陈女士得知青浦老家的堂弟陈果再婚了，感到很惊讶，“交流少，不知道堂弟离婚了，”陈女士说，“因为这样，觉得和陈果的前妻唐英一家没关系了，于是要求唐英的姐姐腾退房屋。”

陈女士称：小屋 60 来平米，是 1975 年自己父亲作为户主申请翻建的。1992 年自己取得了宅基地临时使用证。1997 年给了陈果使用。当时，陈果的岳父唐老汉开店，很多杂物没地方放，于是陈果答应给老汉使用，后来店铺不开了，就给唐英的姐姐居住使用至今。

陈果的说辞与堂姐相仿，其承认房子是陈女士的，本来前妻打算用 1500 元买下，陈女士不同意，就改成支付 1500 元使用，但没明确使用期限。之后就给唐老汉用了。

唐英和唐老汉称：1992 年陈女士委托陈果出售房屋，唐老汉出了 1500 元，由陈果夫妻转交给陈女士，购买了这间屋子。开始做仓库使用，之后给了唐英的姐姐用。其间维修了 2 次，做了室内装潢，搭建了彩钢板棚。住了 20 年了，陈女士经常回家探亲，从来没说什么。

案件焦点集中在房子是否出售给了唐老汉。各方都没有书面证据。庭审中，唐英的姐姐提出要测谎，青浦区法院委托相关机构做了心理测试并出具分析意见书。陈女士、唐老汉和唐英参加了测试，大致情况是：唐老汉相关陈述的可信度不能确定。而询问陈女士是否将房屋卖给了唐老汉、是否收到 1500 元购房款等问题时，其出现了说谎生理反应。唐英的姐姐还申请了房子所在村的村民作证人，其中有陈女士的叔叔，都表示当时听说唐老汉花了 1500 元购买了系争房屋。

法院认为，系争房屋从 90 年代起就由唐老汉使用，陈女士虽否认出售，但这么长时间对房屋状况不闻不问，有悖常理。此外，根据心理测试结果、证人证言等，法院支持唐老汉支付 1500 元购买房屋的主张。陈女士提出没有房屋买卖的书面材料问题，因陈女士和陈果是堂姐弟关系，而陈果在房屋买卖关系发生时与唐老汉是翁婿关系，未有出售的书面协议情有可原。

（二）股权

有限公司内部赠股收益可作为遗产继承

（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-09-10 指导性案例审判规则

【审判规则】

婚姻关系存续期间，夫妻一方所在公司为表彰其作出的贡献，向其赠与公司股份，并在公司章程中明确载明该股份仅可参与分红，不具备其他任何权利。由此可认定，内部赠股仅享有分红权，并非完整的股权，也不属公司法所规定的一般意义上股权的范畴。在夫妻一方死亡后，该赠股可作为其遗产由各继承人予以继承。

【关键词】

“家事法苑”团队奉献

民事 法定继承 婚姻关系 存续期间 被继承人 公司赠股 分红 收益 遗产 继承人 继承比例

【基本案情】

张 X 与李 X 系夫妻关系，二人婚后生育一子李 XX。婚姻存续期间，张 X 与李 X 在 X 有限公司进行了投资，拥有五万元的现金股权。之后公司为表彰李 X 所作的贡献，向其赠股十万元，并明确表示该十万元股份仅可参与分红。2009 年，李 X 死亡，张 X 与其子李 XX 经常发生争吵，彼此关系逐渐恶化。经查明，X 有限公司曾向李 X 的银行账户汇入两万元赠股分红。

张 X 以李 X 生前所享有的股权属遗产，其未能与李 XX 就遗产分割问题达成一致意见为由，提起诉讼，请求判令分割李 X 的遗产。

【争议焦点】

夫妻一方在婚姻关系存续期间因作出贡献而获取非完整股权。夫妻一方死后，该部分股权能否作为遗产由各继承人继承。

【审判结果】

一审法院认定：X 有限公司的五万元股权以及 X 有限公司汇入李 X 个人账户内的两万元分红均属原告张 X 与李 X 婚姻存续期间的收益，应当属于夫妻共同财产，分割遗产时，首先应将共同所有的财产一半分子张 X，余下的再由张 X、李 XX 继承；X 有限公司为对李 X 进行表彰而赠与其的十万元股份，只是一种激励机制，赠股的性质及权益分配属于公司内部自治事项，法院不宜直接确认归属。

一审法院判决：李 X 在 X 有限公司拥有股权五万元，由原告张 X 享有 3/4 的份额，被告李 XX 享有 1/4 的份额；X 有限公司在被继承人李 X 死亡后汇入其账户的人民币二万元，原告张 X 享有一万五千元，被告李 XX 享有五千元；驳回原告张 X 的其他诉讼请求。

原告张 X 不服一审判决，以 X 有限公司赠与李 X 的十万元股权具有财产性质，应当进行分割；一审判决未对该股权进行处理，损害其合法权益为由，请求二审法院依法改判。

被上诉人李 XX 辩称：一审判决正确，要求二审驳回上诉人张 X 的上诉请求，维持原判。

二审法院判决：维持一审民事判决主文第一项、第二项；因十万元赠股所产生的收益由上诉人张 X 享有 3/4 的份额，被上诉人李 XX 享有 1/4 的份额。

【审判规则评析】

公民死亡前未订立遗嘱的，其死亡后与其具有特定身份关系的亲属当然的享有继承其个人财产的权利，即法定继承权。一般来说，公民在生前取得的个人财产或财产性权益，均可被继承人继承。就股权而言，股权虽然系一种财产性权益，但其具有很强的身份属性，特别是在有限责任公司中，因有限责任公司具有人合性的特点，其设立一般以发起人之间的相互信任为基础。因此，取得股东资格的公民死亡后，其股权不得直接按照法定继承处理，在未经其他股东同意的情况下，与死亡股东具有血亲关系的亲属不能直接通过继承享有该股东的股权。而内部赠股不属于一般法律意义上的股权，其非完整的股权，仅是指分红权。据此，内部赠股本质上是股东之间对分红的特别约定，故内部赠股所生收益属于遗产的范围，继承人可进行继承。

在员工婚姻关系存续期间，有限公司对其予以表彰，并对其赠与公司股份。因公司内部赠股系企业对内部员工的一种奖励，并不属于该公司的注册资本，且并非以支付对价方式取得，公司章程亦明确载明该赠股仅可参加分红，不享有其他权利。由此可以看出，内部赠股只享有分红权，并不是完整的股权。因此，受赠股权的员工死亡后，其因该赠股取得的分红收益属于可以继承的财产，各继承人可按继承比例继承。

【适用法律】

《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。

第九条 继承权男女平等。

第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

【法律修订】

《中华人民共和国民事诉讼法》于2012年8月31日修正，自2013年1月1日起施行。本案例适用的第一百三十条修改为第一百四十四条，内容没有变更。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 民事上诉状 民事上诉答辩状 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

张X诉李XX法定继承纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】继承法·遗产的处理·遗产范围·属于遗产·收入 (T060101013)

【案 由】法定继承纠纷

【权威公布】被最高人民法院民事审判第一庭《民事审判指导与参考》2009年第2集(总第38集)收录

【检 索 码】C0702+25++MM+++0409C

【审理法院】XX人民法院

【审级程序】第二审程序

【审理法官】

【上 诉 人】张X（原审原告）

【被上诉人】李XX（原审被告）

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：张X。

被上诉人（原审被告）：李XX。

上诉人张X因与被上诉人李XX法定继承纠纷一案，不服X区人民法院民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭开庭审理了本案，现已审理终结。

张X与李X生育一子李XX。2009年2月15日李X因病去世。李X生前与张X在X有限公司曾有投资，其中出资现金股权50,000元。2006年5月10日，公司考虑到李X为公司发展所作出的贡献，由公司股东会一致决议给予其赠股100,000元，并通过修改公司章程约定该赠股可参加分红，但不享有其他权利。李X死后，张X与李XX因母子关系恶化，在分割李X遗产时产生争议。张X遂于2009年3月10日以分割遗产产生争议为由将李XX诉至X

区法院，请求分割李 X 的遗产。

另查明，X 有限公司曾以赠股分红名义向李 X 在 X 银行的个人账户汇入各种款项计人民币 20,000 元。

一审法院经审理认为：以李 X 名义在 X 有限公司拥有的股权 50,000 元，X 有限公司汇入李 X 个人账户内的 20,000 元，系张 X 和李 X 生前婚姻关系存续期间所得的夫妻共同财产，分割遗产时，应先将共同所有的财产的一半归张 X 所有，其余由张 X、李 XX 继承。至于 100,000 元赠股，根据 X 有限公司章程及对该赠股的情况说明，公司内部赠股只是公司对内部员工的一种激励机制，考虑李 X 的贡献和职务，安排公司内部股 100,000 元，不在注册资本之内。因此，赠股的性质及权益分配由股东会自行约定，属于公司内部自治事项，与公司法规定的一般股权有所不同，故其归属不宜由法院直接确认。为此，对讼争赠股在该案中也不做处理。据此，依据《中华人民共和国继承法》第 3、9、10、26 条，《中华人民共和国民事诉讼法》第 130 条之规定，判决如下：（1）被继承人李 X 在 X 有限公司拥有股权 50,000 元，由张 X 享有 3/4 的份额，李 XX 享有 1/4 的份额。（2）X 有限公司在被继承人李 X 死亡后汇入其账户的人民币 20,000 元，张 X 享有 15,000 元，被告李 XX 享有 5000 元。（3）驳回张 X 的其他诉讼请求。

一审判决后，张 X 不服该判决并向 X 市中级人民法院提出上诉。在上诉状中，张 X 对一审判决对李 X 在 X 有限公司的 100,000 元股权未做处理提出异议，认为：（1）该案诉争的 100,000 元 X 有限公司的股权具有财产性质应当进行分割。（2）一审判决使该股权的归属不明，严重损害了上诉人的合法权益。为此，请求二审法院依法对该案改判。

被上诉人李 XX 答辩认为，一审判决适用法律正确，判决适当，要求二审驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

二审法院认为，根据 X 有限公司章程及对该赠股的情况说明，该 100,000 元企业内部赠股是企业对内部员工的一种激励机制，不在注册资本之内，只是公司给予为公司作出贡献的特定人的一种福利。且该赠股并非李 X 生前或者张 X、李 XX 支付对价取得。因该案上诉人张 X 诉请分割的股权系 X 有限公司的内部赠股，李 X 及其家人并未实际出资，所以该赠股 100,000 元并未构成 X 有限公司的注册资本，且从公司章程约定“该赠股可参加分红，但不享有其他权利”来看，该赠股只享有分红权，并非完整的股权，不属于公司法所规定的一般意义上的股权。本质上，该赠股只是股东之间对分红的特别约定。既然 X 有限公司确实作出过赠股 100,000 元给李 X 的决议，李 X 也确实享受了该 100,000 元赠股所带来的收益，故因该赠股在李 X 死亡后所生收益属于可以继承的财产，各继承人可按继承比例继承。一审判决对此未做处理不妥，应予以纠正。据此，依照《中华人民共和国继承法》第 3、9、10、26 条；《中华人民共和国民事诉讼法》第 153 条第 1 款第 1 项之规定，判决如下：

1. 维持 X 区人民法院(2009)红民一初字第 261 号民事判决主文第一项、第二项。
2. 因 100,000 元赠股所产生的收益由上诉人张 X 享有 3/4 的份额，被上诉人李 XX 享有 1/4 的份额。

（三）信托

七、社会新闻

歌手陈红母亲名下公司变更登记材料被鉴定为作假

2016-09-06 前街一号

9月6日，前街一号（微信号：qianjieyihao）记者从歌手陈红前夫李军家属处获悉，陈红与前夫李军的亚之杰股权纠纷有了新进展。一份与亚之杰股份纠纷有关的司法鉴定书显示，亚之杰置业房地产开发有限公司的股份变更材料中，公司董事长李军与其母亲的签名被鉴定为非本人笔迹。而通过这些材料，该公司股权被变更至陈红母亲名下。目前，李军已向工商部门提出申请，要求撤销此前将股权变更给陈红母亲的工商登记证明。工商部门初步认定北京亚之杰置业房地产开发有限公司涉嫌提交虚假材料骗取公司变更登记，并进行立案调查。

陈红遭起诉以军人身份经商

2014年3月3日，亚之杰老总李军与前妻陈红离婚时订立《股权转让协议书》，李军将其名下北京亚之杰广告有限公司、北京亚之杰投资有限公司、北京亚之杰置业房地产开发有限公司等九家公司全部股权的50%转让给陈红。2015年6月底，李军向法院起诉称，双方订立合同时，他忽视了陈红现役军人的身份。按照《中国人民解放军内务条令》第一百一十四条规定，“军人不得经商，不得从事本职以外的其他职业和有偿中介活动。”

李军称，鉴于上述禁止性规定，他不同意由陈红经营、管理公司，但陈红趁他不在公司之际强行取得了公司的印章、证照，并实际进行了经营、管理活动。李军向法院请求判定双方签署的《股权转让协议书》相关条款无效。

此案今年2月庭审时，陈红方辩称，李军的起诉没有事实和法律依据，诉状中所涉及的《股权转让协议书》相

关条款是一个授权条款，即李军将相关权利授予陈红。《中国人民解放军内务条令》相当于部门规章，部门规章的法律效力不能作为合同无效的法律依据；此外，陈红获得授权后，并没有亲自经商的行为，李军方面的证据与本案没有关联。

股权变更材料被鉴定为笔迹造假

3月上旬，李军向工商部门提出，亚之杰置业公司此前的股权转让相关材料涉嫌造假。5月份，工商部门受理此案，并委托北京天平司法鉴定中心对变更材料的签名进行司法鉴定。

前街一号（微信号：qianjieyihao）记者从李军家属处获悉，目前该司法鉴定已经有了相关结论。李军签名的鉴定材料为2014年3月3日《北京亚之杰置业房地产开发有限公司第六届第二次股东会决议》、《出资转让协议书》，参照样本是李军签名的授权书以及离婚协议书上的签名。鉴定意见为，鉴定材料上“李军”签名与样本上李军的签名不是同一人书写。

此外，《北京亚之杰置业房地产开发有限公司第六届第二次股东会决议》、《北京亚之杰置业房地产开发有限公司第七届第一次股东会决议》李福珍（李军母亲）签字处“李福珍”的签名亦被鉴定为不是李福珍本人书写。

基于上述鉴定结论，李军已向工商登记部门提出申请，要求撤销此前工商部门将亚之杰置业公司股权变更给陈红母亲的工商登记证明。

工商部门初步认定北京亚之杰置业房地产开发有限公司涉嫌提交虚假材料骗取公司变更登记，并进行立案调查。文字/张恒 编辑/武红利

新婚才半年发现丈夫与前妻开房 难道原配成“小三”？

2016-09-12 上海法治报 季张颖

原本同一屋檐下的夫妻选择了离婚这条路，却在离婚后仍然密切联系、接触频繁，甚至被再婚的娇妻抓住两人开房的“铁证”。对于这样一出“闹剧”，曾经的一对均称是事出有因，但新婚不足两年的现妻却实难承受，最终以两人构成重婚罪为由，向闵行区法院提起控诉。

新婚才半年发现丈夫与前妻开房

陈佳与龚超原本是对恩爱的夫妻，出于种种原因，两人在2012年底遗憾结束了婚姻关系。就在2个月后，龚超与女友邱云登记结婚了。邱云原以为等待自己的是一段美好的婚姻，却不料在结婚半年之后，意外发现自己的丈夫竟与前妻在外开房，心生不满的邱云当时便搬回了娘家居住。

原本只是小媳妇闹闹脾气，但此后的情况却并没有任何好转。按照邱云的说法，在自己与老公分居期间，不仅龚超经常出入前妻住处，两人以夫妻名义共同生活，反过来老公的前妻陈佳也经常独自出入自己与老公的婚房，甚至陈佳还拥有着这套婚房的门禁卡和钥匙。

2014年12月17日晚上9点多，在亲友的陪同下，邱云来到陈佳住所讨要说法，意外发现自己的老公龚超也在房里，双方在现场就发生了激烈争执，并在当晚报了警。心灰意冷的邱云遂以龚超与陈佳两人构成重婚罪为由，向闵行法院提起控诉。

庭上，邱云的丈夫龚超辩称，其多次出入陈佳的住处主要是为了看望女儿，行使正常的探视权，且由于自己的母亲也住在陈佳处帮忙照顾女儿，故其同时也是看望自己的母亲，并没有与陈佳以夫妻名义共同生活。对于邱云指控的“多次在外开房”的事实，龚超也仅承认，曾只有过一次与陈佳在外预定酒店的情况，而当时也是为了替女儿补办生日，当晚自己就离开了，并没有任何越轨行为，所以自己的行为不构成重婚罪。

邻居证实两人以“老公老婆”相称

对此情况，陈佳在庭上也做出了一番解释。陈佳辩称，曾有一段时间，女儿寒假回了南通老家，而龚超的母亲又因腿疾行动不便，所以自己在那段时间里经常独自出入龚超的住所看望老太太，而其他时间进出龚超的住所则都是因为女儿要去父亲处。同时，陈佳也否认，自己与前夫之间并不像邻居证实的那样，在离婚后还互称“老公老婆”。

闵行法院审理后认为，双方的争议焦点在于，龚超与陈佳的行为是否构成重婚罪。邱云提出的证据经庭审质证，确能证明龚超与陈佳在双方离婚后仍有较密切联系、接触，龚超在与邱云婚后共同生活期间仍与前妻在外开房，影响夫妻感情；在邱云与之分居后，龚超却与前妻接触更为频繁，并有同时居住在各自住房的行为，虽然两人均做了相应解释，但这种接触无疑对邱云与龚超的夫妻关系造成更大的裂痕。

然而，从邱云提供证据证明事实的定性上分析，即便证人证言证明陈佳与龚超之间的来往被邻居认为是夫妻关

系，但由于两人毕竟曾经是夫妻，且共同育有一女，为探视、照顾女儿等进行联系、接触，未为法律所禁止，也是人之常情，且指控证据尚不能证明两人在往来中以夫妻名义同居生活。据此，法院认为，邱云诉龚超、陈佳构成重婚罪的证据不足，指控的犯罪事实不能成立。

昆仑万维实控人“背后的女人” 一次财产分割拿走 70 亿

2016-09-12 每日经济新闻 记者曾剑

万达集团老板王健林做客电视节目的一句“先定一个能达到的小目标，比如挣它一个亿”，在社会各界引发激烈的讨论。

《每日经济新闻》记者注意到，这句话对于一些上市公司老板“背后的女人”似乎并不适用。据昆仑万维(300418)12日收盘后公告所述，公司实际控制人周亚辉之妻一次性便从周亚辉那里分走逾70亿元市值。

老板娘分走 70 亿市值

昆仑万维自2015年初成功上市后，公司实际控制人周亚辉的个人财富持续攀升。截至目前，他持股市值已超过150亿元。但一纸财产分割，让这一资产打了个对折。

据昆仑万维公告称，公司于9月9日接到公司实际控制人、董事长周亚辉的通知，周亚辉与妻子李琼女士就股份分割达成了相关内容。据《北京市海淀区人民法院民事调解书》显示，周亚辉将其直接持有昆仑万维的2.07亿股分割过户至李琼名下，周亚辉将其持有的盈瑞世纪的实缴资本94.64万元分割过户至李琼名下。

昆仑万维招股书显示，盈瑞世纪出资额为257.5万元，其中，周亚辉作为普通合伙人出资额为231.75万元，持股90%；李琼作为有限合伙人出资25.75万元，持股10%。随着上述出资变化，李琼的持股比例已经超过46%。盈瑞世纪间接持有昆仑万维2亿股股份，李琼通过分割盈瑞世纪的实缴资本，间接获得昆仑万维的7054.36万股股份。自过户之日起，上述股份归李琼所有。

也就是说，李琼此番合计将从周亚辉手中接过昆仑万维股份2.78亿股，以上市公司12日股价收盘的25.33元计算，这部分股权价值逾70亿元。

在上述股份分割过户前，李琼通过盈瑞世纪间接持有昆仑万维2004.08万股，持股比例为1.7780%。股份分割过户后，李琼直接持有昆仑万维2.07亿股，通过盈瑞世纪间接持有9058.45万股；李琼合计持有昆仑万维2.98亿股，占昆仑万维总股本的26.4361%。

不过，此次权益变动并未危及周亚辉的实际控制人地位。在分割掉2.78亿股后，周亚辉直接持有昆仑万维1.88亿股。但其作为盈瑞世纪的普通合伙人，间接控制着该公司拥有的昆仑万维2亿股股份。总体算来，周亚辉仍合计控制昆仑万维3.89亿股，占公司总股本的34.4745%。

未知财产分割缘由

据此番披露的权益变动书显示，李琼于1977年11月出生，天津大学环境科学与工程学院硕士毕业，近五年为自由职业者。

在昆仑万维上市前后，李琼很少公开露面，即便是上市公司招股说明书对她的介绍也很少。据招股书显示，李琼持有北京创世辉煌科技中心（有限合伙）95%财产份额，并担任执行事务合伙人；此外，她还担任北京正安康健医药科技发展有限公司副董事长。而创世辉煌科技作为投资公司，持有正安康健医药7.5%股权。

对于李琼而言，此次财产分割无疑将使其成为女性巨富。据2015胡润中国女富豪排行榜来看，李琼此次获得逾70亿元身家，足以使她进入中国女富豪排名榜单前50名。不过，如果她要将这批股票变现，则还需要等待较长的时间。在昆仑万维上市之时，周亚辉、盈瑞世纪包括李琼均做出过承诺，其持股股份将锁定36个月。

《每日经济新闻》记者注意到，在公告中，关于周亚辉与李琼进行财产分割的具体缘由并未交代。记者12日曾以投资者身份致电昆仑万维，公司证券部一位女士表示，公告的内容便是公司目前可以对外披露的口径。对于控股股东层面此番股权变动是否源于婚姻等因素，她无法做出回答。

A股诞生最贵离婚案：周董慷慨解囊 75 亿

2016-09-13 环球老虎财经

前有传媒大亨默多克多次离婚，财产遭重创。近有王宝强赔了夫人又折兵，1亿财产消失踪影。今有周亚辉一纸离婚书，眼睁睁看着75亿从手指缝中溜走。

周亚辉何许人也？上市公司昆仑万维实控人、董事长。昆仑万维2015年初便成功上市，上市后周亚辉的财富

更是一路高升。现在，他持股市值已超过 150 亿元。要不是那一纸离婚书，这 150 亿可是稳稳装在他口袋里。但事实，这次离婚让他的资产打了个对折。

事情是这样的，周亚辉和妻子李琼离婚了。根据《北京市海淀区人民法院民事调解书》，周亚辉与李琼达成的关于财产分割的约定，周亚辉将其直接持有的昆仑万维 2.07 亿股股份分割过户至李琼名下，**周亚辉将其持有的盈瑞世纪的实缴资本 94.64 万元分割过户至李琼名下。**

盈瑞世纪间接持有昆仑万维 2 亿股股份，李琼通过分割盈瑞世纪的实缴资本间接获得昆仑万维的 7054 万股股份，自过户之日起上述股份归李琼所有。

这数字有点多，看得有点晕，简单给大伙算下这笔帐。**根据昆仑万维的最新股价为 25.33 元，此次划转股权的数量合计达到 2.78 亿股，对应的市值逾 70 亿元。**

此前李琼通过盈瑞世纪间接持有昆仑万维 2004 万股，占公司总股本的 1.7780%，此次股权分割过户完成后，李琼合计持有昆仑万维 2.98 亿股，占上市公司总股本的 26.4361%。以最新股价计算，此笔股权的价值达到 75.48 亿元。

此次权益变动后，周亚辉合计控制昆仑万维 3.88 亿股，占公司总股本的 34.4745%。不过，**此次权益变动并未危及周亚辉的实际控制人地位，可能是为了保持上市公司的稳定**，周亚辉仍将作为昆仑万维的实际控制人。

另外，在 2015 年年初昆仑万维上市时，周亚辉曾承诺 36 个月内不减持，该承诺期至 2018 年 1 月 21 日。**李琼承诺继续遵守上述承诺，同时承诺未来十二个月内不减持昆仑万维的股份。投资了昆仑万维的朋友们，可以先不用慌了。**

婚离完了，钱也分完了，那我们下面来说人。

在财产划分上，周董并没有像郎教授一样机关算尽，而是欣然接受了“五五分账”的结果。其实除了离婚案，周董不止一次表现出了自己的“慷慨”。

昆仑万维上市后举行了答谢晚宴，面对媒体和多年来的合作伙伴，周董再一次慷慨解囊。**周亚辉现场宣布，每位来宾抽取的昆仑万维股票在尾数都将加上一个 0。**

这就意味着会议最低的奖项 188 股变成了 1880 股。按照当天收盘时昆仑万维每股 83.41 元计算的话，周董等于是给了来宾最低 15 万的现金奖励。

这么土豪的行为，连首富的儿子都惊呆了...

除了慷慨以外，周董也是个投资达人。**他仅用 1 年时间，就已投出五家独角兽公司，可以公开的是趣分期、映客、达达。**

其中，趣分期刚刚完成 30 亿人民币融资，战略升级为趣店集团；映客是新锐直播平台；达达 2016 年 5 月与京东到家合并，获得京东 2 亿美金投资。

周亚辉伙伴王立伟名下投资的摩比神奇，只用了一年时间便开始盈利，日广告收入超过 50 万美元，预计今年利润会到 7 千万美元，也是一家独角兽公司。

而他的前妻李琼于 1977 年 11 月出生，天津大学环境科学与工程学院硕士毕业，近五年为自由职业者。

李琼为人低调，很少公开露面，即使是上市公司招股说明书对她的介绍也少之又少。所以，小编也是找不到她本人的图片。

由于周亚辉长年在美生活，有猜测认为，离婚的主要原因是周亚辉忙于工作，忽略家庭。实际上，与周亚辉结婚后，李琼一直十分神秘，昆仑万维员工几乎都没有见过老板娘本人。

据了解，他与妻子是发小，青梅竹马。在其人生多次失落的时候，妻子一直不离不弃。所以此次离婚，周亚辉很仗义的分给对方一半身家，作为补偿。

但李琼也不是省油的灯，在周亚辉事业搞得是风声水起的时候，她也不落后。李琼持有北京创世辉煌科技中心（有限合伙）95%财产份额，并担任执行事务合伙人；此外，她还担任北京正安康健医药科技发展有限公司副董事长。而创世辉煌科技作为投资公司，持有正安康健医药 7.5% 股权。

从 2015 胡润中国女富豪排行榜来看，**李琼此次获得逾 75 亿元身家，足以使她进入中国女富豪排名榜单前 50 名。**不过，她要将这批股票变现，还需要等待较长的时间。

近年来，除了昆仑万维以外，A 股市场出现的上市公司股东离婚案已不下 10 起，我们来一起梳理，A 股那些“天

价”离婚案。

电科院大股东离婚送出逾3亿“分手费”

今年1月28日，电科院（300215）公告称，实控人胡醇拟无偿划转3200万股（占总股本4.44%）股份给王萍，理由则是离婚财产分割。根据当日11.14元/股的收盘价计算，胡醇付出3.56亿元分手费。

眼下，电科院的股价已经涨20元，几乎翻倍，假设王萍没有减持，她目前持有市值已经高达6.4亿元。

豪迈科技股东冯民堂离婚，豪送14亿元

2015年5月，豪迈科技（002595）股东冯民堂与前妻刘霞离婚，冯民堂将其所持5379.75万股分割给刘霞，占上市公司总股本6.73%，以当时的股价计算，刘霞获得的股票市值达到14亿元。

豪迈科技冯民堂还创造了A股一个纪录，在股权交割后，冯民堂持有的豪迈科技股份数量还不及前妻刘霞。

三一重工高级副总裁袁金华离婚，损失22亿元

三一重工（600031）副总裁袁金华与妻子王海燕离婚后，袁金华将持有的3%的三一重工股份转移给王海燕，股票价值22亿元，被人们称为A股市场“最昂贵”的离婚。王海燕因为此次离婚，一度成为“新财富500富人榜”中的上榜女富豪。

神州泰岳董事长王宁离婚，被前妻分走14亿

2013年10月，神州泰岳（300002）董事长王宁因离婚将其所持有1.2亿股分割至前妻安梅名下，该笔股权价值高达12.3亿元，是之前创业板“最昂贵”的离婚案。

这场离婚影响颇大，因为此次离婚，王宁丧失了神州泰岳第一大股东的“宝座”，降格为第二大股东，对上市公司的控制权大大削弱。

蓝色光标董事孙陶然离婚 被前妻分走近2亿

2011年，国内“公关第一股”蓝色光标（300058）发公告称，董事孙陶然因离婚将其所拥有蓝色光标4.59%的股权分割给前妻胡凌华，当时合计市值1.68亿元。

“婚变”无论对上市公司还是对高管来说，都不是好事，往往带来的就是股价动荡或减持压力，甚至影响控股权，毕竟，被另一半分走的股权已不在其控制之中，一旦涉及到争端，公司无疑会受影响，前景也会变得充满不确定。（综合自：猫财经、九彪网）

首部反家暴题材微电影《伤痕》首映

【广东湛江市麻章区法院】

2016-09-15 人民法院报

本报讯 近年来，广东省湛江市麻章区人民法院年均受理离婚诉讼案件约150件，其中就有20多件是由家庭暴力引起。大部分家暴受害者受“家丑不可外扬”的传统观念影响，不敢报警和求医，导致证据无法固定，继而影响法院在审理婚姻家庭纠纷案件时对家暴事实的认定，受害者权益难以得到有效保护。

反家庭暴力法已实施半年，为更好地宣传反家暴法，引导家暴受害者勇敢维权，麻章区法院根据本院真实案例改编拍摄成湛江市法院系统首部反家庭暴力普法微电影《伤痕》，并于9月12日在麻章区法院举行了首映仪式。湛江中院、麻章区人大、司法局、公安局、妇联等机关单位均派代表到场参加首映仪式。首映仪式后，该影片立即在湛江新闻网、法院官方网站、微博、微信公众号、电子显示屏同步首播（影片地址：

<http://v.qq.com/x/page/m03273ewcw5.html>）。（黄寒凌）

动迁放弃面积又后悔 姐弟结怨

奉贤区青村镇调解员耐心劝导唤起亲情，冰释前嫌

2016年09月27 上海法治报 记者金豪 通讯员张燕

日前，在奉贤区青村镇大调解中心内，家住光明社区的张大姐接连签订了两份人民调解协议书，满脸笑容的对调解员说，老母亲的赡养问题和动迁房纠纷一起得到解决，姐弟俩冰释前嫌，悬在自己心头的大石头总算可以放下来了。

【事件】

动迁房屋引发纠纷 赡养老母对簿公堂

今年86岁的李阿婆丈夫早亡，膝下有张大姐、二弟、三妹、四妹等四个子女。李阿婆年事已高，患有老年痴

“家事法苑”团队奉献

呆症。2006年，李阿婆一家所居住的房屋遇到动迁，李阿婆安置到一套老人房单独居住，但将产证写在孙女（二弟的女儿）名下。当时二弟一家经济状况较为紧张，所以在安置到一套住房后，将多余平方无偿让给了张大姐，张大姐因此安置到一套面积较大的住房。

几年后，随着房价上涨，二弟开始懊悔当初无偿转让动迁平方的行为，感觉自己吃了大亏，要求大姐给予补偿。但几次沟通下来，被大姐一口回绝，原本亲密的姐弟产生了隔阂，甚至争吵。随着矛盾升级，生活困难的二弟将李阿婆安排到社区敬老院居住生活，还出售了李阿婆赠与孙女的动迁房。李阿婆住到敬老院后，二弟对她置之不理，生活费也由李阿婆的退休金支付。姐弟间的矛盾进一步激化，甚至还对簿公堂，但家庭矛盾始终未能彻底解决。

最近二弟离婚后，以无处居住只能居住在车库内为由，将李阿婆原先存放在车库内的物品全部堆放到外面，姐弟间矛盾再次爆发。经所在居委调解不成后，向青村镇大调解中心求助。

【调解】

优先调解赡养问题 耐心分析达成一致

调解员了解基本情况后认为，赡养好老母是当务之急，故提出先行解决老人赡养问题，再化解房产纠纷的调解思路，得到姐弟妹四人的一致认可。

在赡养老母的问题上，四个子女表达了各自想法：张大姐认为，作为唯一的儿子，二弟理应承担起赡养老母的责任，支付各种费用和日常看望照顾料理；二弟称，自己现在一人过着低保户的生活，女儿在监狱服刑，还要补贴小孙女学习费用，生活条件比较艰苦。“老母在敬老院，自己以后可以每天去看望照顾，但在费用方面无法分担。”三妹和四妹都表示，希望大姐和二弟能相互体谅，和睦相处，听从调解员的建议。

调解员首先肯定张大姐对老母的一片孝心，随后指出，从二弟目前的经济条件看，要求其单独承担赡养老母的全部费用确实有困难，从法律上讲，儿子和女儿在赡养老人的义务上是平等的，故建议姐弟妹四人共同均等承担赡养老母的责任。

接着，调解员对于二弟将老母赠与孙女的动迁房出售并把老母物品丢弃，又不看望照顾赡养老母的行为提出了严肃的批评教育，指出其行为不仅仅在道德上要谴责，甚至要受到法律制裁。

“老母虽然将动迁房赠送于孙女，但在有生之年拥有居住权利，现在老母居住在敬老院，子女经常去看望照顾和承担一定的赡养费用也是法定的义务，必须履行。”通过调解员一番耐心细致的法律宣传教育和动之以情、晓之以理的引导，二弟终于认识到了自身错误，表示愿意听从调解员调解。

调解员趁热打铁拟定了调解协议书，约定李阿婆在敬老院的所有赡养费用四个子女共同承担，四人每天轮流看望照顾料理老人。张大姐姐弟妹四人对此调解协议均表示接受，当场签了字。

共同赡养唤起亲情 房产纠纷迎刃而解

在随后的房产纠纷调解中，张大姐主动表示，当初二弟自愿无偿将安置面积让给自己，现在二弟有困难愿意补偿3万元。但是二弟却认为，当初如果安置面积放弃的话，动迁部门也会给予货币补偿的，故提出了10万元的补偿要求。姐弟双方各执一词，争执不下，调解一时陷入僵局。

面对僵局，调解员对二弟说，你时隔数年后反悔，再向大姐提出动迁房的补偿要求，有违诚信，向法院诉讼也无法得到支持。调解员耐心劝导二弟要以亲情为重，现在大姐已答应适当补偿，就要摆正心态，适可而止，做人务必要讲诚信讲亲情。

随后，调解员又对张大姐说，二弟提出动迁房补偿的要求确实不应该，但是考虑到他的实际困难，希望大姐尽量多体谅，帮他渡过难关，现在按照当初动迁部门货币补偿标准补偿给二弟也在情理之中。

通过调解员的开导，以及三妹、四妹的劝解，姐弟双方都作出了让步，张大姐补偿二弟4.5万元达成调解协议。至此，累积7年之久的家庭纠纷最终在调解员坚持不懈的努力下得以圆满化解。

【点评】

抓住赡养主要矛盾 逆向调解取得实效

本案例的纠纷起因是动迁房的补偿，而引发的后果却是老人的赡养得不到保障。调解员果断决定先解决老人的赡养矛盾，达成一致后，再通过重新凝聚的亲情力量，化解房产纠纷的调解方案。由于案情分析透彻，调解方案得当，取得事半功倍的效果。

针对二弟为达到自身利益，不惜损害老母合法权益，以不尽赡养义务作为要挟，推诿扯皮不负责任的行为，调

解员对其进行了批评教育,使其震慑于法律威严之下。调解中,调解员对《老年人权益保障法》中老年人所应享有的权利和子女应尽的义务进行了解读,在一脉相承的亲情感召力下,四人终于消除隔阂,达成共识。

调解员提醒老人,在有生之年,可以将自己的财产以遗嘱形式分割,但切不可实际赠送,否则一旦发生变故,自身权益很难得到保障。

八、异域资讯

美国批准《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》

2016-09-14 华政国际私法评论

2016年9月7日,美国正式向海牙国际私法会议递交了《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》的批准书。该公约于2007年11月23日由海牙国际私法会议通过,并于2013年1月1日生效。美国是第一个签署该公约的国家。公约将于2017年1月1日起对美国正式生效。迄今为止,该公约已有34个成员方。美国目前已经参加了六个海牙国际私法会议通过的公约。

随着跨国家庭纠纷的日趋增多,寻求扶养救济的现实困境引起了国际社会的广泛关注。海牙国际私法会议通过的《国际追索儿童抚养费和其他形式的家庭抚养费公约》,在抚养费国际追索问题上有了显著的新发展,不仅聚焦于行政合作机制、扶养判决的承认与执行以及法律协助等方面的具体可操作性,且突出了跨国追索抚养费程序的效率性,更为切实有效地维护了扶养权利人的利益。

在内容上,公约共九章,六十五条。公约适用于由父母与子女关系产生的对不满二十一岁的人的抚养义务,以及配偶之间的扶养请求。公约第二章“行政合作”主要规定了缔约国中央机关的指定及其职责。第三章具体规定了“通过中央机关提出的请求”。对于中央机关途径可受理的请求,公约关于权利人的六项可受理事项包括:裁决的承认与执行、请求在被请求国作出判决、请求对一项被请求国作出的判决进行修正等。公约尽可能扩大了中央机关可受理的请求范围,这对于权利人抑或是义务人都是颇有裨益的。公约的新规定还包括第十一条关于中央机关对请求书内容的审查,即请求书的形式不是强制性的。

公约第五章规定了抚养义务裁决的相互承认与执行。第二十二條规定了拒绝承认的理由,包括公共政策、欺诈、平行诉讼、被告未获得代理等。较之先前海牙公约体制,新公约的最大特点是,将扶养安排纳入了可承认与执行的裁决的范畴。公约第三十条规定,在缔约国境内达成的扶养安排,如果其在该国境内具有强制执行效力,则根据本章规定,该文件应视为一项判决可以得到承认与执行。

公约第六章规定了裁决在被请求国的执行方式。第三十四条规定了多达九种执行措施,包括工资的扣留、银行账户或者其他资金的冻结、社会保障金的扣除、财产的留置或者强制拍卖等。

此外,公约提倡缔约国之间采用包括国际协议在内的最经济与最有效的支付方式促进抚养费的转移;如果缔约国的法律对资金转移有所限制,则缔约国应对公约项下的给付资金的转移给予最高的优先权。

德国联邦法院:跨境同性代孕判决承认中的公共秩序保留问题

2016-09-17 国际私法通讯

德国国内法禁止人工辅助生殖,实施者以及中介人员最高可获三年以下有期徒刑,同时民法典强制规定身孕母亲是代孕子的法定母亲,但是德国同性伴侣在美国加利福尼亚州获得的代孕亲子关系判决却得到德国联邦法院的承认(BGH Beschluss Akz. XII ZB 463/13)。在该案中,法院通过比较承认外国判决后果和国内法制度内的相似后果,尤其是考虑儿童利益之后,认定承认海外代孕建立的亲子关系并不抵触德国公共秩序。

案情:

当事人德国公民甲与乙是在德国登记的同性生活伴侣。2010年8月,甲乙二人在美国加利福尼亚州与一名丁姓女子订立代孕协议,约定由该女子受孕,孩子为甲乙二人的子嗣,孩子出生后将孩子交付给甲乙二人。依约定,甲的精子与匿名捐赠的卵子结合,受精卵植入该女子子宫内。2010年11月,甲陪同该女子在德国驻旧金山总领事馆承认该胎儿为其子嗣,同时与该女子声明抚养义务的承担。2011年4月,经甲乙二人申请,加利福尼亚高等法院作出判决,认定同性伴侣甲乙为该女子身孕子女的双亲。2011年5月,该女子顺利产下婴儿一名。随后,该女子将孩子交给甲乙二人,由他们带回柏林。

回到柏林之后,甲乙陪同代孕子去民政局补登出生信息。民政局拒绝登记,认为该代孕子并非甲乙的子女。甲乙遂向柏林地方法院起诉,请求承认加利福尼亚高等法院2011年4月作出的判决,判令民政局登记亲子关系。一

审皆败诉后，甲乙向柏林高等法院提起上诉。联邦最高法院推翻上诉法院裁定，并由联邦最高法院改判，要求柏林地方民政局将同性伴侣甲乙二人共同登记为代孕子的双亲。

裁定理由：

由于德国法规定同性伴侣可以收养子女，因此在父母能力方面，将同性伴侣和异性夫妻作出区分，并无意义。同时，有欧洲人权法院的判例在先（*Mennesson v. France*），有基因联系的委托父母可以取得与代孕子的亲子关系。本案在父母能力方面的问题在于，法律并没有规定同性伴侣可以依据“出生”建立亲子关系，尤其是伴侣中只有一方与代孕子有基因关系的情况。考虑到德国法规定身孕母亲为代孕子的法定母亲，并不要求有基因联系，并且法律规定可以通过“认可”方式因出生取得父亲身份，因此无基因关系的同性伴侣，基于另一方伴侣子女的出生，可以建立新的亲子关系。

德国法禁止代孕并施加刑事处罚，目的是保护代孕母和子女的生理和心理方面的联系，以及代孕过程中可能发生的有违伦常的合同争议，但是在代孕行为发生以后，尤其是代孕母主动将孩子交给委托父母之后，强行法意欲保护的法益并未收到损害。此时，法律关心的重心应当转变为子女利益。本案中，加州法院判决切断了子女与代孕母之间的联系。如果拒绝承认该判决，那么在本国领域内代孕母仍是代孕子法律上的母亲，但是代孕母人在加州，加州已不认为代孕母与代孕子之间的亲子关系，而且代孕母本人无意承担代孕子女的抚养和教育义务，于是代孕子事实上仅有一位承担父母义务的人，即本案中的基因父亲。这会对儿童产生巨大的不利益，因此承认该外国判决并不抵触德国的公共秩序。

简评：

该裁定及理由建立在德国法基础之上，反应的是德国公共秩序，但其中关于跛脚亲子关系导致子女利益的损害，是评判跨国代孕亲子关系案件中不能回避的考量因素。尽管法律禁止代孕，但通过代孕出生的儿童并不是“怪物”，理应得到与普通受孕方式出生儿童同样的待遇。至少在亲子关系法上，代孕出生的子女应当享有家庭抚育和教育的权利。可类比的是违反计划生育的超生子女，尽管我国制度性歧视超生子女及父母（如缴纳社会抚养费否则不上户口），但我国法律并没有对超生子女施加亲子关系上限制，而且也不应施加限制。

技术上看，本案中需要承认的是加州法院的判决，这是因为加州家庭法规定代孕亲子关系由法院司法确认，而不是由民政部门登记。这种判决方式确认的代孕亲子关系，在承认执行方面可以享受极大的便利，比如更低的公共秩序门槛。行政登记的代孕亲子关系是否同样能获得承认，则不无疑问。另外，本案德国联邦法院并没有谈及涉及跨境代孕是否构成法律规避的问题，这也是承认判决执行制度的“福利”之一，因为承认判决程序中不得进行实体审查。

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

法律困境与路径选择：家庭共有财产制度再探析

2016-09-01 华科大社科学报 池骋

作者简介：池骋，厦门大学法学院博士生，台湾政治大学访问学者，研究方向为民商法。

[原文载于《华中科技大学学报（社科版）》2016年第4期，第54-60页]

摘要：传统的家庭共有财产制度在现代社会正逐渐走向式微，但因社会发展的不均衡与个体选择的不同，该制度在我国广大农村家庭与部分以家族式生产为主要收入形式的城市家庭中还占有一定比例，其作为一种社会现实，也是我国法律特别是民事法律发展过程中不可或缺的主题，然因现行法的缺位与其他部门法律的冲击，该制度在我国面临着在民法中体系定位不清晰、制度规范不完善、判决结果不统一的法律困境。因家庭共有财产制度项下的各具体规则在现代社会的法律性质转变和矛盾纠纷的紧迫性不同，必须选择一种适合家庭共有财产制度的修法路径，给予该制度在民法体系中妥当的安置。

关键词：法律困境； 路径选择； 家庭共有财产□

基金项目：司法部2014年国家法治与法学理论项目“家庭财产保护法律问题研究”（14SFB20027）

古代乃至近代，因生产资料与生产方式的落后，加之个人权利意识不及当代社会这般高涨，个体普遍依靠家庭这个组织来取得和管理财产，我国家庭共有财产制度现代家庭的组成形式可以分为：由夫妇两人或与其子女组成的“核心家庭”、由夫妇与已婚儿子及儿媳组成的“直系家庭”、由父母与两个及以上已婚儿子及其孙子女组成的“复

合家庭”等五种形式。而家庭共有财产制度在只有夫妻两人组成的“夫妇核心家庭”中，会与夫妻共有财产制度概念重合。为了避免混淆与阐述方便，本文所指“家庭共有财产制度”不包含夫妻共有财产制度，且在本文中“家庭共有财产制度”与“同居共财”含义相同。现代家庭组成形式分类参见王跃生：《当代中国家庭结构变动分析》，载《中国社会科学》2006年第1期。因此司空见惯。然而，自然经济与商品经济的更迭，物质文明与精神文明的不断进步令现代社会的生活模式与意识形态均发生了重大的变化，伴随而来的是民众思想上私有财产权神圣观念的觉醒与深入，大量农村人口移居城市，经济上收入形式不断丰富。在城市生活中因为居住条件的限制无法如农村一般家族式“同居”，可以通过独立的劳动和经营从家庭生产之外获得收入，他们不愿意将自己的财产轻易纳入整个大家庭中进行运营和分配，从而形成“共财”。可以说，“同居共财”的家庭共有财产制度正在逐渐走向式微。但是，因社会发展的不均衡与个体选择的不同，该制度在我国广大农村家庭与部分以家族式生产为主要收入形式的城市家庭中还占有一定的比例。家庭共有财产制度作为一种现实的存在，是我国法律特别是民事法律发展过程中不可或缺的主题。

一、家庭共有财产制度的现实状况与法律困境

（一）现实状况

（二）法律困境

二、家庭共有财产关系的成立

（一）“同居”不必然“共财”，取“财”有其道

（二）家庭共有之不动产之认定难题

（三）家庭共有关系与家庭合伙关系的厘清

三、家庭共有财产制度的主体与效力

（一）主体的范围

（二）内部效力

（三）外部效力

四、家庭共有财产的分割

（一）约定分家析产问题

（二）分割的原则与程序

五、完善家庭共有财产制度的路径选择

无论是从法律理论上亟待给予同居共财制度以确认的需求出发，还是从对于现存社会矛盾纠纷必须予以规范调整的角度，都必须对家庭共有财产制度在民法制度中妥善性安置。但因家庭共有财产已经历了从一种单纯的习惯行为到由古代国家用法典予以承认与规范的法定主义制度，因个人意志自由与私有财产神圣理念的发展，在现代社会又从法定主义演变为一种约定主义制度，在该制度项下长期的演变过程中受到的冲击并不相同，考虑其在现代社会的法律性质转变和矛盾纠纷的紧迫性不同，笔者认为完善该制度的各项法律规则的修法路径选择也有所区别：首先，对于家庭共有财产制度的成立与终止的法律性质必须在制定法层面予以准确的定性，即应当将其规范为约定制而非法定制，甚至可以考虑在当前修撰的民法典中用一至两条的内容进行规定；其次，对于在实务中分歧较大，容易引发矛盾纠纷的家庭共有不动产的认定、家庭与个人财产的边界等问题则应当用司法解释的方式做出统一；最后，对于在民间活动中已经形成较为固定习惯的分家析产之程序，则应当出于契约自由精神的考量，将这部分内容留由习俗调整，法律不予以介入。惟有如此，才能有效地保护现代家庭中各成员的合法利益，促进家庭这一社会单元组织的稳定与发展，推动社会不断进步与发展。[原文载于《华中科技大学学报（社科版）》2016年第4期，第54-60页]

法律困境与路径选择：家庭共有财产制度再探析

《华中科技大学学报》（社会科学版）2016年04期 池骋

作者简介：池骋，厦门大学法学院博士生，台湾政治大学访问学者，研究方向为民商法。

基金项目：司法部2014年国家法治与法学理论研究项目“家庭财产保护法律问题研究”（14SFB20027）

本文系作者授权后推送，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

摘要：传统的家庭共有财产制度在现代社会正逐渐走向式微，但因社会发展的不均衡与个体选择的不同，该制

度在我国广大农村家庭与部分以家族式生产为主要收入形式的城市家庭中还占有一定比例与数量，其作为一种社会现实亦是我国法律特别是民事法律发展过程中不可或缺的主题。然因现行法的缺位与其他部门法律的冲击，该制度在我国面临着在民法中体系定位不清晰、制度规范不完善、判决结果不统一的法律困境。因家庭共有财产制度项下的各具体规则在现代社会的法律性质转变和矛盾纠纷的紧迫性不同，必须选择一种适合家庭共有财产制度的修法路径，给予该制度在民法体系中妥当性的安置。

关键词：法律困境；路径选择；家庭共有财产

古代乃至近代，因生产资料与生产方式的落后，加之个人权利意识不及当代社会这般高涨，个体普遍依靠家庭这个组织来取得和管理财产，家庭共有财产制度【1】因此司空见惯。然而，自然经济与商品经济的更迭，物质与精神文明的快速进步令现代社会的生活模式与意识形态均发生了重大的变化，伴随而来的是民众思想上私有财产权神圣观念的觉醒与深入，社会形态上大量农村人口移居到城市，经济上收入形式的不断丰富。人们在城市生活中因为居住条件的限制无法如农村一般家族式“同居”，亦可以通过独立的劳动和经营从家庭生产之外获得收入，更不愿意将自己的财产轻易纳入到整个家庭中进行运营和分配从而形成“共财”。可以说，“同居共财”的家庭共有财产制度正在逐渐走向式微。但是，因社会发展的不均衡与个体选择的不同，该制度在我国广大农村家庭与部分以家族式生产为主要收入形式的城市家庭中还占有一定比例与数量。家庭共有财产制度作为一种现实的存在是我国法律特别是民事法律发展过程中不可或缺的主题。

一、家庭共有财产制度的现实状况与法律困境

（一）现实状况

根据中国社科院依据第六次全国人口普查数据的统计与运算，尽管大部分当代中国家庭已不再固守同居共财的生活方式，但施行财产共有制度的复合家庭在我国仍然占有 0.58% 的百分比。[1]63 尽管比例很小，但以中国 14 亿人口计算，中国就仍然有数百万人在这种传统家庭模式下生活与生产。与此相呼应的是，2014 年中国各级人民法院新收“分家析产”案件 1.5 万件，同比上升 12.3%，是案件数量上升幅度较大的一类社会纠纷。[2]可以说，家庭共有财产制度在我国社会的现实状况是：比例虽小，数量却依旧庞大，因此所生的家庭纠纷矛盾也十分突出。

（二）法律困境

唐代以降，各代法典中均有家庭共有财产相关制度的清晰定位与制度规范【2】，在依然沿袭而存的现实状况下该制度却在我国现行法中难觅直接而明确的规定，面临着在民法体系中定位不清晰、制度不完善、判决不统一的法律困境。

目前调整家庭共有财产关系的有民事基本法《民法通则》以及三部民事部门法《婚姻法》、《物权法》与《继承法》。【3】尽管《婚姻法》中有关夫妻共有财产的规定足够细致，但毕竟家庭共有财产与夫妻共有财产在性质上并不相同：夫妻共有财产存在法定之情况，即若夫妻之间没有约定则适用共有财产制而非个人财产制。然而，在当代家庭构造与生活模式已经发生巨大变化的情况下，家庭共有财产制度并不存在法定之情况。易言之，若家庭成员之间没有约定，财产共有制度就不会在家庭成员之间产生效力。因此，若将《婚姻法》中有关财产关系之规定准用到家庭财产关系中必然造成矛盾纠纷之产生。类似地，《继承法》中有关“均分继承”之规则可以保证继承人之间继承权的平等，但在“分家析产”案件中如果类推适用该规则，可能会对以家庭共有财产制度构建起来的家族企业或以家庭共有财产进行投资设立的商业机构或组织造成冲击，打击个体在家庭中进行创造与劳动的积极性。《物权法》出台之后，也仅对家庭共有关系一带而过，并未对其具体制度内容进行详细规制。此外，施行家庭共有财产制的家庭成员关系还与合伙、劳动雇佣等其他法律关系存在重叠与相似之处，这些都给实务中解决家庭共有财产纠纷带来了法律适用之难题。

如果民事法律不能体察与回应现实生活中存在之现象，那它就将悖离其“总结民事活动经验，调整民事主体关系”之本质。当然，我们应当清醒地认识到，作为一项缘于上千年中华民族家庭习惯之制度，应当允许其留有家庭自治与调整之空间。有鉴于此，笔者认为在当前民法典修撰的大背景下，应当在民事法律体系中明确家庭共有财产制度的定位，法律应当对涉及到可能引发矛盾的家庭共有之不动产之认定、家庭与个人财产的边界、第三人交易安全及弱势成员之保护等问题予以规制，但分家析产的程序等内容则留由习俗调整，法律不予以介入。如此规范，方能减少“同居共财”规则的不确定性，保护适用该制度的家庭成员特别是弱势地位成员的利益，在家庭成员中树立起法律意识，引导建立现代的家庭共有财产制度。笔者在以下列举出在家庭共有财产的成立、效力及分割

三个不同具体层面的法律困境，就完善该制度的路径选择上做一些探析。

二、家庭共有财产关系的成立

（一）“同居”不必然“共财”，取“财”有其道

1. 家庭共有财产制度依契约而生

对财产共有之关系应当以共同关系存在为前提，其成立主要有两种形式：依法律而生或依契约订立而生。[3]11 家庭共有财产制度在一个家庭之适用必须以家庭共同生活关系为前提，即该制度项下的主体不仅应当具有家庭之身份纽带，还必须以共同生活为保证。然而，即使具备了共同生活的前提，与夫妻共有财产依法律而生不同的是：家庭成员之间“同居”并不必然“共财”。申言之，现代家庭共有财产的取得并非同传统社会一般由法定而生，而应来源于家庭成员将共同所得和各自所得约定为家庭共有财产的行为。这种在家庭共有财产形成上的法律进化，更多地体现了家庭成员在财产上的个人意志及契约自由原则在家庭之中的运用，这种进化是与民法精神相符合的，此等观点应当在民法体系的规制中加以确认。有鉴于此，家庭共有财产可以定义为：全体或部分家庭成员依托家庭共同生活关系将共同取得或个人财产自愿约定为共同所有的法律关系。

2. 家庭共有财产的来源

家庭共有财产关系成立之后，其来源主要有三个方面：第一，家庭作为权利主体通过共同创造、共同劳动所获得的财产。在部分农村家庭中仍然按照家庭联产承包责任制进行生产生活，其家庭成员以土地为基本生产资料，共同承包、共同经营、共同收益，所得财产为家庭共有财产，共同进行消费。实际上，这种生产方式下的家庭成员是以实际劳动和消费的方式承诺了将其财产列入家庭所共有。第二，家庭成员个人取得但自愿约定纳入家庭共有的财产。此种途径作为家庭共有财产的另外一个重要来源无论是理论上还是在实践中都没有异议，其实质是家庭成员自愿将个人财产赠与家庭，作为家庭共有财产，由家庭成员共同使用。[4]116 第三，共同继承或受赠所得财产。【4】其中，对已经实行家庭共有财产制度的家庭而言，家庭成员共同继承所得遗产属于家庭共有财产；但是对于没有实行家庭共有财产制度的家庭，除非征得全体继承人的一致同意，否则家庭共同继承的财产不能当然纳入家庭共有财产之中。这是将中国传统家庭习惯与现代法律规定较为合适的协调，亦是对继承财产项下的家庭共有制度在民法体系中较为准确的定位，不再被《继承法》所覆盖，保证了其作为一项特殊存在的法律制度的应有地位。

（二）家庭共有之不动产之认定难题

在施行财产共有制度的家庭中，家庭成员在共同劳动、共同创造积累财产后，会利用共有财产进行财物的购置，如生活用品、家具或房屋等动产或不动产用以享用或者获得增值，这符合理性经济人之标准。一般来说，家庭购买生活用品或家具等动产后由家庭成员共同使用，这些财产在性质上没有争议。但在实际生活中，出于便利或其他原因，家庭在购置不动产后往往只登记在其中一名家庭成员名下，该不动产的权属该如何判定？在法律规范与法院判决实务中却产生了不同的见解。

依《〈民法通则〉意见》第 90 条的规定，该财产只需要依据家庭成员的有效约定就可以认定为家庭共有财产，但若准据《物权法》或类推适用《〈婚姻法〉司法解释（三）》第 6 条的规定，结果却截然相反：根据《物权法》所确立的公示公信原则，不动产采登记生效主义，即只能认定该不动产为不动产权登记人所有。实务中，上海市高级人民法院【5】与浙江省金华市婺城区人民法院【6】即采“归不动产权登记人所有”的见解，其认为：“家庭共有财产中，以登记为公示方式的特殊动产（如机动车辆）、不动产（如房屋）等的共有关系认定，主要通过登记来判断。”但是，北京市第一中级人民法院【7】与江西省鄱阳县人民法院[]却持有不同的观点，在案情类似的判决中否认了不动产物权登记在家庭共有财产认定中的绝对性，并且认为，“产权证上所登记的权利人仅具有权利推定的效力，登记本身并不改变事实上的法律状况”。

四家法院对于家庭共有之不动产是否适用《物权法》所确立公示规则却采取截然不同相反的态度，形成了“同案不同判”的局面，可见在实务中家庭共有制度与《物权法》冲突之问题的严重性，也使法律规范的指引与预测功能大打折扣，令老百姓在平时生活中无所适从。这是家庭共有财产制度在法律未明确规范的前提下遭遇现行法冲击的一个法律困境。笔者认为，要解决此难题的关键是认定家庭财产共有制度是属于《物权法》统领还是《婚姻法》管辖，抑或将其通过立法形式独立为一项独立的法律制度。

调查报告显示，具体化为住房的不动产是中国农村家庭的最主要财产，且相关产权通常登记在家中男性长辈之名下[5]231-247。考虑到在同居共财的情况下，男性长辈之外的其他家庭成员也为该家庭的发展投入了人力

与资金成本，也意味着其失去了将该成本投入到其他方面获取利益的机会，如果完全不顾社会现实与民事习惯，在施行共有财产制的家庭中如果准用《物权法》的相关规定，仅依据登记之效力认定不动产为男性长辈的个人财产或长辈夫妻的共有财产，显然是有失公平的。而且这样认定，容易淡化家庭观念、伤及家庭成员的情感，引发房产证署名之争，影响家庭成员之间的相互忠诚和信任。有鉴于此，笔者认为，家庭共有财产作为我国一项特殊的传统民间制度，应当给予特殊的法律空间与地位，在发生不动产纠纷时不能仅依据登记完成权属的认定，而应当充分考虑到家庭共有之情况与传统财产共有家庭对于不动产登记之习惯，将男性长辈或其他被登记为产权人的家庭成员认定为整个家庭的代表人而非产权人，产权则归全体家庭成员共有。并且，应当出台相关司法解释将该规则上升为制定法的层面，以此有效调整家庭整体利益与成员个人利益之间的关系。

（三）家庭共有关系与家庭合伙关系的厘清

家庭成员约定将个人财产纳入家庭共有的行为范式包含明示与默示两种，为一种非要式法律行为。在法律意识尚未完全普及的地区，要求父母与子女儿媳等其他家庭成员共同签订一份家庭共有财产的纸质契约，显然不切实际，且有悖于之民间的习俗惯例。只要家庭成员在观念上认同，且在行为上且付诸实践，就应当认定其财产纳入家庭共有财产的范畴，不需要书面文本的订立。但是，家庭财产共有制度的非要式特性，使其丧失了“白纸黑字”的准确定性的可能，易与其他相似法律关系相混淆。

家庭成员共同劳动与创造的组织形式可能因农村与城市所不同：农村中以家庭联产承包责任制为主；而在城市中，家庭共有财产制通常具体化为个体工商户或家族公司、家族企业。然而，施行家庭共有制度的个体工商户（或家族企业）所具有的家庭成员共同承包、共同劳动、共同经营以获取和积累共有财产的性质却与我国合伙制度中的共同出资、合伙经营、共享收益等行为方式不谋而合，并且两者都是非要式法律行为，很多时候缺少明确的合同定性。

区别家庭共有财产制与合伙的重要意义在于对家庭中处于弱势地位的女性与老人的保护。因一个家庭中的不同成员往往有着不同的分工，体力与能力不及男性的女性与老人通常进行着长期性的洗衣、做饭、带小孩等家常性的事务，使得男性得以全身心的投入到生产中去。这类家庭成员并不符合法律中有关合伙人必须出资的要求，因为其劳动并没有直接体现在对家庭事业的贡献上，也没有以货币的形式表现出来。但是，不能否认其对家庭之正常运转发挥的作用，应当在遇到家庭财产纠纷时，充分考虑这类家庭成员的弱势处境，准确区分家庭共有财产与合伙制度的边界，对从事家务劳动的妇女、老人等进行共有人地位的准确认定，方能贯彻我国民法保障弱势群体利益的人权精神与理念。另外，区分家庭共有财产制与合伙制另一方面的意义也在于对部分家庭成员合意为合伙的个人财产的保护。以防在合伙事业开创之初并未有意志与行动参与到合伙之中的其他家庭成员，在合伙事业不断壮大之时，借以家庭共有财产之名对合伙人的个人财产进行侵犯。总而言之，在家庭共有关系与合伙关系的判定过程中，应当充分考虑家庭成员的个人意志，并结合其劳动创造对家庭事业的贡献不同而做综合的考量。

三、家庭共有财产制度的主体与效力

（一）主体的范围

家庭共有财产的主体，互相之间必须具备家庭生活关系作为前提。当然并不是所有的家庭成员都具备家庭共有财产权利人的资格，而应当只限定在对家庭共有财产做出贡献的成员之间。这不仅是对按照约定并付诸于行动进入同居共财模式的家庭成员财产的保护，也是对未加入家庭共有关系之成员生活方式选择的尊重。

另外，应当明确的是，未成年人不是家庭共有人的适格主体。首先，在主观上，未成年人的个人意识发展尚不成熟，不足以表达其愿意加入家庭共同创造活动的意志；其次，在客观上，一般来说未成年人普遍没有收入来源，无法对家庭财产做出持续性的贡献；最后，未成年人虽不具有家庭共有财产的资格，但其权益保护可以通过扶养权制度进行，父母对子女的扶养可以让其得到物质的与亲情的双重保障，令其健康成长。在未成年人长大成年后并有收入来源后，若仍然与父母共同生活且财产共享，则该子女从其对家庭共有财产产生贡献之时具备共有资格。

[6]16-17

（二）内部效力

家庭共有财产成员间的内部效力主要包括：共有物的管理费用负担、共有财产的处分、共有人的关系等。学界在前两者形成了较为统一的学说并且争议较少，笔者不再赘述，惟在共有人的关系上值得重新反思。家庭成员之间没有约定或者约定不明确之时，应当认定其为共同共有还是按份公有，家庭成员是否享有共有财产潜在之份额，

份额又是否均等？即在当事人意思自治“失败”时，法律必须给予共有人关系准确的定论。

传统观点认为，在家庭成员没有约定或者约定不明确时，家庭财产共有人相互之间的关系非按份公有，而是共同共有，从而推出家庭财产共有人应当不分份额、一律平等地享有财产的所有权。【8】笔者认同家庭成员对于共有之性质在没有约定或者约定不明确时应当确定为共同共有，这符合对于家庭成员意志通常情况的推定，也符合现行法对此种情况的规定。【9】但共有人之间对家庭财产是否享有份额而非平等地共有之问题值得商榷。首先，传统观点在法律逻辑上存在瑕疵。家庭共有人共同共有的定性并不一定导致共有人不享有份额的法律结果。实际上，有些类型的共同共有如合伙和共同继承，在成立之初就确定了份额，只不过在共有关系存续期间，受共同关系的约束而“潜在地”存在，其作用并不突出。【7】155 共同共有是由按份公有修正而来，在本质上并不排斥份额。其次，从立法论的角度看，我国《物权法》与《〈民法通则〉意见》【10】虽不承认共同共有中存在份额，但却并非主流大陆法系国家的立法例观点。《法国民法典》、《德国民法典》、《瑞士民法典》均对共同共有设置了份额规则。【11】再次，传统观点所执守的观点认为，家庭成员对于共有财产的份额享有会破坏家庭的和谐稳定。笔者认为，这种观点是“若同居尊长，应分家财不均平者，与卑幼私擅用财同罪”的封建袭袭。的确，不分份额的均分制令家庭财产分割时发生纠纷的概率降低到了最低限度，但是这并非维持同居共财中个人权益与家庭稳定的惟一方式。反而正是这种观点抑制了家庭共有财产制度的发展，家庭财产中的个人份额得不到承认，削弱了家庭成员的劳动积极性，家庭财富因此无法有效累积，令家庭共有财产制度在现代逐渐式微。另外，从现实的家庭状况来看。在子女成年且具有收入来源后加入父母夫妻共有财产从而形成的家庭共有财产的家庭中，子女应当是在对家庭财产做出贡献时才开始享有共有权。然而，如果按照传统观点，子女在取得此共有权后，若日后与父母发生矛盾，竟然可以平等地均分父母一辈子辛勤劳动之成果，实乃不正义之结果。最后，共有人对于共有财产份额的享有，也不会影响第三人的交易安全，这是因为不论共有人是否享有潜在的份额都不影响其对外承担连带之债务，只不过在共有人内部的债权二次追偿时各共有人享有的比例不同而已。

有鉴于以上五点，笔者认为，我国应当有相关法令对未约定之情况下家庭共有财产予以定性，认定其为不均等份额的共同共有，家庭成员应当按照对共有财产的贡献大小享有此种内部份额。实际上，家庭共有财产之份额理论在审判实务中已经得到部分法院的承认。上文提及的司法解释规定：“对共同共有财产的分割，没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小”，按照法理，应当优先适用“等分原则”。但笔者收集的部分案例来看，法官在考量各案不同情形时，往往偏向使用“考虑共有人对共有财产的贡献大小”规则，而将“等分原则”作为一种无法判断家庭成员贡献时才采用的特殊情况。【12】这种司法判决上的将立法规定“本末倒用”的情况印证了家庭财产共有人关系定性上的法律困境与解决此问题的紧迫性。

（三）外部效力

家庭共有财产取得的三种途径中，家庭成员个人取得但自愿约定纳入家庭共享的，应当认定为家庭共有财产。但因此种共有财产非由家庭共同创造、共同劳动、共同继承或共同受赠所得，而是由家庭成员个人创造取得，因此存在有除外情形，即家庭成员虽然生活在家庭共有财产制度之下，但其有部分个人财产不愿意纳入家庭财产之中从而形成了个人财产。因此，我们应当明确的是，施行家庭共有财产制的家庭成员并非没有个人财产，个人财产并不因共有制度而被家庭必然吸收。

家庭共有财产与个人财产在家庭中同时共存的“二元结构”应当在家庭成员对外与第三人交易时产生的外部效力中有所体现。申言之，适用共有财产制度的家庭成员与第三人进行民事活动时，若该成员的目的是为了家庭的共同利益则应当由家庭共有财产承担责任，且成员之间因成立共同共有而负连带责任；若该成员是为了达成个人之目的，则由其个人财产进行偿付。但由于施行家庭共有制度的家庭成员之间往往关系紧密，当家庭内部约定与交易安全发生利益冲突时，应当保护善意的第三人，在没有证据证明第三人是知悉与家庭成员个人进行交易的情况下，应当由家庭共有财产承担对第三人承担连带责任。如此规范，既坚持了个人在家庭中的意志自由，又可以维持和保障现实生活中的正常交易秩序。

四、家庭共有财产的分割

（一）约定“分家析产”问题

家庭婚姻法中关于财产规定严重趋向“物权法化”的一个重要表现是《〈婚姻法〉司法解释三》第4条规定，“夫妻在婚姻关系存续期间请求分割共同财产的，人民法院一般不予支持。”【13】通过此规定，可以看出我国法

律将夫妻共有财产的分割视为一种非合意行为，即不能通过夫妻双方的约定分割共有财产。但家庭共有财产分割的程序是否可以通过家庭成员的约定启动，我国法律尚无明文之规定。

有学者认为“家庭生活共同关系的终止，是家庭财产共有权消灭的唯一原因”，[8]19 该观点否认了约定“分家析产”的可能性。笔者认为，该观点混淆了家庭生活共同关系与家庭财产共有关系，可以说是一个“美丽的误会”。其“美丽”之处在于，该学说希望通过禁止家庭成员约定“分家析产”来最大限度的防止家庭分解的可能性，以维持家庭这一社会单元组织的稳定，笔者赞同此学说的出发点；但其“误会”之处在于，将家庭财产共有关系的终止视同家庭生活共同关系的终止，两者实为不同层次的概念。如本文前述，家庭共有财产制度须以家庭生活共同关系为前提并有家庭成员加入共有的意志表达方可成立。易言之，家庭共有制度是家庭生活共同关系的充分非必要条件，家庭共有关系的结束并不必然使家庭分崩离析，只是在财务上各家庭成员归于自由，不再受限于家庭，在感情与亲属身份关系上并没有变化。再者，家庭共有财产的产生是由于共同生活在财产关系上所产生的结果，是为了保障家庭成员的正常生存和稳定存续。但不能排除因家庭中某些因素的变化，使得家庭成员如若不放弃共有制度反而更容易导致家庭感情的淡化与分离。现实的情况就如子女在婚前与父母同居共财，但婚后出于配偶的要求而请求在财务上独立于父母，但仍生活在一起，如若不然，可能将令现有的家庭成员关系紧张，反而不利于家庭的和谐。这也是共有财产关系终止，但家庭生活共同关系仍然延续的典型。最后，从家庭共有关系的法律性质来看。家庭共有关系因契约而生，原则上得由共同共有同意而加以终止，并且若共有人依法律或契约有请求终止共同关系的权利者，共有人中的一人或数人自得随时终止共同关系之意志表示。[3]15 例如，在长辈夫妇同儿媳组成的同居共财家庭中，四人在共有关系成立之初即约定自从家中第三代诞生之时起就“各过各”的，即对家庭共有财产进行分割，但长辈夫妇会从其个人财产中支付一部分作为雇佣保姆的费用。此种做法在欧美已经司空见惯，在我国民众独立、平等意识不断攀升的当代家庭，长辈父母不想因为第三代的诞生而成为“佣人”的观念也在城市中（尤其是长辈夫妇具有较高的社会地位或收入来源的家庭）逐渐普及。现代社会，家庭成员之间不存在人身依附关系，[9]6 因此在“第三代诞生”这一条件满足之时起，家庭中的任一成员或全部成员均可以按照契约请求终止家庭共有财产关系。

基于以上几点，笔者认为，约定“分家析产”具有法益上之正当性，对于家庭成员之间在家庭生活共同关系存续期间得分割财产这一行为应在相关的法律或司法解释中须予以确认，惟有如此，才能有效保护家庭各成员的合法利益与意志自由。

（二）分割的原则与程序

在分家析产时，若家庭成员之间对家庭共有财产形成了有效的协议或约定，则应当首先尊重权利主体的意志选择。在家庭成员之间无法达成协议时，应当本着公平合理的原则，按照家庭成员对共有财产所做的贡献（包括家庭中的女性或老人从事家务性劳动对家庭的付出），即共有财产潜在份额占有的多少进行分配。同时，应当尽量照顾没有劳动能力又没有生活来源的老、弱、病、残的家庭成员。

在古代中国，家庭往往扮演着“上以事祖先、下以继后人”的社会角色，因此，分家析产作为一项我国传统的民间习惯，除了要对家庭共有财产做出分割之外，往往还伴随对于祖先祭祀、嫡子身份传承、社会与政治地位的分配等内容。[10]124 在历史上，部分朝代也出于增赋的需要，对当时社会存在的分家习惯进行了确认，将其上升为制定法的层面，例如秦国的“分异令”。现代社会中，分家析产虽不涉及如此多内容，但也在分家析产的程序中夹杂着家庭成员对于老人赡养、遗产继承等其他事项的约定。有鉴于此，一些家庭在分家中还遵循着较为固定而慎重的程序，如邀请亲邻鉴证、对难以达成一致的家产通过抓阄决定归属、订立分家契约等。[11]48-50 但因我国幅员辽阔，部分地区已经不履行这些程序，而是通过家庭内部简单的商量即可以完成家庭共有财产制度的终止，而另外一些地区则施行在其他地区较为少见的“多次性分家”的习惯，【14】我们都应当承认这些家庭通过不同程序进行分家析产行为的法律正当性。有鉴于此，笔者认为，对于分家析产的程序方面，应该本着“法不进家门”的原则，把制度空间留给习俗以调整。

五、完善家庭共有财产制度的路径选择——代结语

虽然因为经济形态的更迭与生活模式的转变，家庭共有财产制度已经不再是时代的主流家庭模式，但社会发展的不均衡与个体选择的不同，选择在该模式生产与生活的民众数量却依旧庞大，因此所生的家庭纠纷矛盾也十分突出。然因现行法的缺位和其他部分法律的冲击，该制度在我国面临着在民法中体系定位不清晰、制度规范不完善、判决结果不统一的法律困境。

无论是从法律理论上亟待给予同居共财制度以确认的需求出发，还是从对于现存社会矛盾纠纷必须予以规范调整的角度，都必须对家庭共有财产制度在民法制度中妥善性安置。但因家庭共有财产已经历了从一种单纯的习惯行为到由古代国家用法典予以承认与规范的法定主义制度，又从法定主义到因个人意志自由与私有财产神圣理念的发展在现代社会演变为了一种约定主义制度，该制度项下在此长期的演变过程中受到的冲击并不相同，考虑到其在现代社会的法律性质转变和矛盾纠纷的紧迫性不同，笔者认为完善该制度的各项法律规则修法路径选择也有所区别：首先，对于家庭共有财产制度的成立与终止的法律性质必须在制定法层面予以准确的定性，即应当将其规范为约定制而非法定制，甚至可以考虑在当前修撰的民法典中用一至两条的内容进行规定；其次，对于在实务中分歧较大容易引发矛盾纠纷的家庭共有之不动产之认定、家庭与个人财产的边界等问题则应当用司法解释的方式做出统一；最后，对于在民间活动中已经形成较为固定习惯的分家析产之程序，则应当出于契约自由精神的考量，将这部分内容留由习俗调整，法律不予以介入。惟有如此，才能有效地保护现代家庭中各成员的合法利益，促进家庭这一社会单元组织的稳定与发展，推动我国社会不断进步与发展。

注释：

【1】现代家庭的组成形式可以分为：由夫妇两人或与其子女组成的“核心家庭”、由夫妇与已婚儿子及儿媳组成的“直系家庭”、由父母与两个及以上已婚儿子及其孙子女组成的“复合家庭”等五种形式。而家庭共有财产制度在只有夫妻两人组成的“夫妇核心家庭”中，会与夫妻共有财产制度概念重合。为了避免混淆与阐述方便，本文所指“家庭共有财产制度”不包含夫妻共有财产制度，且在本文中“家庭共有财产制度”与“同居共财”含义相同。现代家庭组成形式分类参见王跃生：《当代中国家庭结构变动分析》，载《中国社会科学》2006年第1期。

【2】以“同居共财”为主要形式的家族共有制始终是中国古代社会财产权关系的主流，从《永徽律》到《大清律例》都明确规定了同居共财制度。其中较有代表性的有：《唐律》规定，“凡祖父母、父母在，子孙不得分立户籍和分异财产，否则构成别籍异财，处徒刑三年。”《唐律疏议》还针对女性在家庭共有财产中的权利做了特别的规定，为其后的封建王朝提供了丰富的立法参考和司法实践指导依据，其立法之先进程度令人感叹。宋《户令》规定：“始有典与田宅，准例房亲邻人合得承当，若是亲人不要及着价不及，放得别处商量。”1911年《大清民律草案》与1925年的《国民律草案》的亲属编也均包含有家庭共有财产的“家制”之规定。综合参考于：蒋先福、柳思：《中国古代“富民”理想流产的法律原因——以中国古代家族财产共有制为例》，载《海南大学学报（人文社会科学）》2008年第1期；马治国、曹毅搏：《论儒家妇女观与唐代女性财产权取得制度之关系》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2015年第5期。

【3】为讨论之方便，本文将《中华人民共和国民法通则》简称为《民法通则》，《中华人民共和国婚姻法》简称为《婚姻法》，《中华人民共和国物权法》简称为《物权法》，《中华人民共和国继承法》简称为《继承法》，《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）》简称为《〈民法通则〉意见》，《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）》简称为《〈婚姻法〉司法解释（三）》。

【4】学界对于家庭成员共同继承的财产是否可以成为家庭共同财产存在争议：肖立梅老师认为，“除非征得全体继承人的一致同意，否则不能当然纳入家庭共有财产之中”；而杨立新老师则认为，“共同继承的遗产是家庭共同财产的重要组成部分。在原来就实行家庭共有财产的家庭中，共同继承的财产加入到家庭共同财产中，成为家庭共有财产的组成部分。”详见：肖立梅：《家庭共有财产的性质研究》，载《法学杂志》2009年第1期；杨立新：《共有权研究》，高等教育出版社2003年版，第261页。

【5】令人费解的是，上海高院在动产的判定上却采完全不同的见解：“动产以占有为公示标志，其共有状态虽然有时难以直观判断，但借助各当事人之间的法律关系、动产取得的原因、各当事人的出资以及对动产的实际使用状况等。”同一家法院，却对《物权法》所确立公示规则的两个方面采取截然不同的态度，足以表明《物权法》的出台对于家庭共有财产制度产生的冲击。参见上海市高级人民法院：《分家析产纠纷调解手册》，<http://www.lawtime.cn/article/1119889559940490031289>，访问时间2016年5月14日。

【6】详见“楼某某诉楼某某等共有纠纷案”，浙江省金华市婺城区人民法院民事判决书（2013）金婺民初字第1808号。

【7】详见“宋某与宋某某等析产继承纠纷上诉案”，北京市第一中级人民法院民事判决书（2014）一中民终字第8886号。

【8】此种观点见：杨立新：《共有权理论与适用》，法律出版社2007年版，第341页；杨立新：《论家庭共同财产》，载《政法学报》1994年第4期；田野：《家庭财产制研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期；杨振山：《试论我国的家庭财产共有权》，载《中国政法大学学报》1984年第2期。

【9】《物权法》第103条规定：“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”

【10】《〈民法通则〉意见》第90条规定：“对共同共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。”

【11】关于共同共有的“份额规则”体现在《法国民法典》第1477条，《德国民法典》第719、1419、2033条，《瑞士民法典》第222条，详见杨善长：《共有法律关系的内外部效力研究——以〈物权法〉第102条的评析与完善为中心》，载《河北法学》2014年第8期。

【12】在“杨某甲与杨某乙等分家析产纠纷上诉案”中，法院最终判决杨某丁可分得案中所涉家庭共有房屋的19%份额，杨某某、李某某和杨某甲可各分得27%份额。从判决书来看，法官并非本着优先考虑“等分原则”进行裁判，而是准确地计算出了案中各当事人对家庭共有财产的贡献，并将其转换为在家庭共有财产中的份额。详见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书(2014)浙杭民终字第1417号。

【13】《〈婚姻法〉司法解释三》第4条规定，“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或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；（二）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。”

【14】因本文篇幅有限，关于“多次性分家”习惯的具体内容，参见俞江：《民事习惯对民法典的意义——以分家析产习惯为线索》，载《私法》2005年第1卷。

参考文献

[1] 王跃生：《中国城乡家庭结构变动分析——基于2010年人口普查数据》，载《中国社会科学》2013年第12期。

[2] 黄彩相：《全国法院收结案数量再创新高，审判工作取得新进展——2014年全国法院案件情况分析》，载《中国法院报》2015年04月30日第五版。

[3] 谢在全：《公同共有》，载《法令月刊》（中国台湾地区）1987年第8期。

[4] 肖立梅：《家庭共有财产的性质研究》，载《法学杂志》2009年第1期。

[5] 江西省鄱阳县人民法院：《从本案谈家庭共同共有财产的认定》，

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/01/id/1196007.shtml>，最后访问日期：2016年5月14日。

[6] 杨遂全、杨玲：《共有财产范围的明确划定与保护妇女权益的实证研究》，收录于刘伯红主编：《女性权利——聚焦婚姻法》，当代中国出版社2002年版，第231-247页。

[7] 杨振山：《试论我国的家庭财产共有权》，载《中国政法大学学报》1984年第2期。

[8] 杨善长：《共有法律关系的内外部效力研究——以〈物权法〉第102条的评析与完善为中心》，载《河北法学》2014年第8期。

[9] 姚国建：《宪法是如何介入家庭的？——判例法视角下的美国宪法对家庭法的影响及其争拗》，载《比较法研究》2011年第6期。

[10] 龚继红、范文成等：《“分而不离”：分家与代际关系的形成》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2015年第5期。

[11] 俞江：《民事习惯对民法典的意义——以分家析产习惯为线索》，载《私法》2005年第1卷。

司法视域下夫妻财产制的价值转向

2016-5-10 《中国法学》2016年01期 赵玉

来源：中国私法网

【摘要】：夫妻财产制的认知，表象是民法共同共有原理，实质蕴含夫妻甘苦与共的婚姻家庭的伦理期许。我国离婚诉讼的实施效果，呈现出“重确权、轻分割、忽视矫正补偿”的倾向。从功利主义哲学出发，夫妻财产归属

确认的清晰便捷、财产分割的实质正义与弱势一方的矫正补偿，是评价一国夫妻财产制度带给家庭成员稳定安全感的权衡尺度。在个人主义理念强大的当下，财产法中大量的制度直接延伸至婚姻法，模糊了家庭生活与商业生活的差异。我国夫妻财产制度的精神气质应回归至以家庭命运共同体伦理性为依归，立法价值取向应从形式平等向实质正义转向，司法视域下夫妻财产制度应充分彰显婚姻法的伦理关怀，夫妻财产制的构造应致力于财产分配的公正与创造婚姻家庭的幸福。

[关键词]：夫妻财产制；分配正义；伦理关怀

引言

新中国成立以来三次《婚姻法》重大修改，均以夫妻财产制改革为核心。从1950年“家庭财产”的思路，到1980年“婚后所得推定共有”模式，至2001年“限定婚后所得共有制”，伴随而生的《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）、（二）、（三）》一路演进来，立法者与司法者均追求尊重财产的个性精神，从而保护个人的劳动成果；重视婚姻当事人的财产自主地位，从而防范借婚姻索取财物，力图最终实现对婚姻当事人合法权益的保护，维护家庭关系的和睦稳定，保护弱势群体，引导善良风俗。[1]为了适用社会发展新形势，明晰财产权属，推动树立正确的社会主义婚恋观，凝结法官关怀的《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（三）》（以下简称《婚姻法司法解释（三）》），其中婚姻财产关系的处理条款共计12条，占据司法解释条款2/3的江山。

“婚姻”或“家庭”，是古今中外文学著作中所描述提供安全感的温暖港湾，是人类最美好的情感寄托。无论是妻子对丈夫的关爱、夫妻对子女的疼爱以及对双方父母的敬爱，在经济学家眼中，均是市场和其他外部制度所无法提供的商品和服务。[2]可以说，蔓延着爱的婚姻与家庭，在经济学上无法用价值来衡量。在法律制度设计层面，以利他主义的伦理关怀为指引，以此构建出与主体间漠然的商业生活相迥异的家庭生活。改革开放30年，国民财富急剧增长，家庭财富类型裂变扩张，民众财产权利意识勃兴，男女平等观念至上，婚姻家庭价值观多元。相伴而生的是，居民财产贫富差距拉大，父母资助子女购房激增，个人权利意识张扬，家庭伦理观念弱化，男女形式平等遮蔽了对弱势一方倾斜保护的实质公平。我国婚姻家庭法的精神特质亟待从功利化向伦理化回归，夫妻财产制度的立法取向面临从形式平等向分配正义的价值重塑[3]，夫妻财产诉讼的利益冲突面临司法的平衡，特别是我国《婚姻法司法解释（三）》的出台，就是上述财富变迁、权利张扬时代与婚姻共同体伦理期许之间矛盾冲突的一个司法印证。《婚姻法司法解释（三）》的争议，源于司法将财产法理念直接延伸至婚姻法之中，由此所产生的司法社会效果与人们对于婚姻制度的预期产生了落差。

基于此，本文以婚姻家庭诉讼最高人民法院指导性案例、裁判文书、公报案例，最高人民法院的答复、审判业务意见、最高法院法官的著述与言说、最高人民法院法官的主流观点等为蓝本参照，围绕夫妻财产的权属确认、夫妻共同财产的公平分割、夫妻之间特定情形下弱势一方的财产矫正补偿，三个环环相扣、层层递进的夫妻财产制支撑性规则，尝试观察并追问：从功利主义哲学出发，我国司法实践中的夫妻财产制的归属确认是否清晰便捷，从而给出婚姻家庭成员对于财产确认的合理预期，符合司法社会效果价值观？夫妻离婚之际的共同财产的分割，是否最终实现分配正义，抑或仅仅是一种形式平等安排？婚姻命运共同体矫正补偿制度，是否体现了婚姻家庭法对家务劳动特殊贡献者、经济弱势一方、婚姻契约的受害者的伦理关怀？笔者认为，我国夫妻财产的权属确认、财产分割与矫正补偿的制度变革，必须体现《婚姻法》承载的公平正义价值观的人文关怀，从而成为创造婚姻家庭幸福的法律工具。

一、夫妻财产的权属确认：合理预期与司法效率

正如美国 Robert Cotter 教授所言，“合理价值，是一项制度创设活动中的法律正义观，立法应该与规制群体的合理预期相吻合，合理的法律，培育守法的公民。[4]可以说，任何一项法律所提供的结局，原理上应为受众所接受并符合理性人内心的价值观，否则必将引发规避、纷争与不效率。然而反观我国离婚诉讼中的财产确认司法实践，呈现出财产确认规则模糊难以确定、财产归属缺乏合理预期、司法裁判成本高昂的现实。

离婚诉讼中，作为最为基本的财产界定的裁判，为何变得越发复杂且难以合理预期呢？答案或许须回归到我国夫妻财产制度的模式演变之中。关于夫妻财产的权属确认分歧，无论在1950年的家庭财产共有模式、抑或1980年的婚后财产推定共有模式之下，因为财产确认归属清晰可以识别，并不成其为热点问题。2001年《婚姻法》的修正，尤其是2011年《婚姻法司法解释（三）》关于个人财产（增值）、夫妻财产、父母给子女购房权属划分的新规

则的出台，采纳了排除特定情形下个人财产的“孳息和自然增值”之外，归夫妻共同所有。这一颇具特色的夫妻财产制模式，在张扬个人财产边界，限缩夫妻财产边界的同时，面对财富类型的急剧裂变与财产关系的复杂多元，导致司法认定夫妻婚后财产的归属，成为一个缺乏合理预期，且司法裁判成本高昂的实践难题。

（一）身份属性的个人财产的司法判断：认识渐进的过程

在我国婚姻家庭财产关系框架下，离婚诉讼的财产权属划分标尺之一，即：婚姻家庭关系中的财产形态的属性，是否“专属于人身的特性”。若是，则判定为个人财产；若否，则归为夫妻共同财产。

例1，关于一方所获“竞赛奖牌、奖金”的属性判断。在“刘玉坤诉郑宪秋离婚及财产分割”一案中，黑龙江省高级人民法院认为：“奖牌和奖金，虽是在夫妻关系存续期间所得，但奖牌系刘玉坤作为残疾人运动员的一种荣誉象征，有特定的人身性，不应作为夫妻共同财产予以分割；所得奖金，因已用于支付刘玉坤制作假肢、治病等费用，系家庭共同支出，已无财产可分，郑宪秋要求平分，于法无据。”[5]例2，关于“工龄买断款”的属性，究竟是特定身份的性质而归为个人财产，还是与特定身份无关的一方劳动所得而判定为共同财产，司法裁判呈现一个认知渐进变更的过程。最高人民法院《关于印发〈全国民事审判质量工作座谈会纪要〉的通知》（1999年11月19日，法[1999]231号）中认为，可采取类推解释的方法，根据其养老保险金或医疗保险金等所共同具有的专属于特定人身的性质，确定其在财产分割中的法律适用原则，即不作为夫妻共同财产。其后，最高人民法院审判意见又认为，在离婚案件中处理有关“工龄买断款”问题时，可以参照最高人民法院《婚姻法司法解释（二）》中有关军人复员费、自主择业费的规定处理。[6]即：买断工龄款，类似军人复员费与自主择业费的性质，含有“劳动或者工作补偿、失业或再就业保障金”的性质，不宜一概认定夫妻一方个人财产或夫妻共同财产，而是以夫妻婚姻存续年限乘以年平均值得，按年份平均为若干等份，属于婚姻存续期间相应的款项，归为夫妻共同财产，属于当事人结婚之前或离婚之后对应部分，属于夫妻个人财产。这一观点成为目前审判实务中的主流观点。例3，关于“知识产权”的属性，兼顾财产性与人身性的知识产权的收益，是否属于夫妻共同财产？“关于知识产权的财产性收益取得的权属认定，侧重于知识产权的财产权收益一面，不以知识产权权利本身的取得时间为判断依据，而是以知识产权的财产性收益取得是否在婚姻关系存续期间为判断标准，判断是否属于夫妻共同财产”。[7]

上述三个典型案例，传递了如下信息：其一，“奖牌”，属于荣誉性质，归为个人财产，夫妻不可共有；“奖金”，在例1之中，因支出，无财产可分。但例1留下的疑问是，若奖金有余额，按照“军功章有你的一半，也有我的一半”的民众思维，奖牌不可分，奖金总应该作为夫妻共同财产予以分配吧？本案法官并未考量“荣誉背后的另一半的家庭付出因素”，给出了否定的回答：军功章背后的奖金，与留守家庭含辛茹苦照顾老人与子女的妻子，毫无关联；其二，关于例2之中的工龄款、军人复员费等定性，法官考虑到了“婚姻存续期间”，采纳了逐年分段计算的方式，即不简单地划归个人财产，也不一律归为夫妻共同财产，而是采纳夫妻存续期间共同生活的考虑，分结婚前、婚姻存续期、离婚后三个阶段进行了区分安排。上述认知与划分，经历六年之后，最高人民法院的态度产生了实质性的变化；其三，例3之中的知识产权的收益归属的认定（《婚姻法司法解释（二）》第12条），与知识产权的取得时间是否在婚姻存续期间无关，而是以知识产权取得收益的发生是否在婚姻存续期间之内。换言之，作为一个拥有智慧成果的知识分子的妻子，最好祝福在婚姻存续期间该知识产权能开花结果，离婚后知识产权的期待利益，与你无关。

（二）财产形态裂变下的“孳息”性质判断：司法不能承受之重

在我国婚姻家庭关系框架下，离婚诉讼的财产权属划分标尺之二，即婚前个人财产婚后的“孳息、自然增值”的归属认定准则（《婚姻法司法解释（三）》第5条），主流的观点是，考虑夫妻双方对特定财产是否存在“协作劳动、努力或管理的付出”。“付出脑力或劳力”，则视为共同财产；反之，“没有付出脑力与劳力”，则视为个人财产。[8]

例1，房屋、古董、字画、珠宝、黄金等的自然增值，基于《物权法》第116条原物主义的思路，纳入个人财产的领域，这一类似乎争议不大；例2，个人所有房屋的婚后租金归属。按照民法原理，租金属于法定孳息，按照原物主义，该收益应归个人所有。若从房屋出租，尚须投入房屋管理或劳务，则又归为经营性收益，司法的主流观点认为，租金是经营性收入，应归夫妻共同财产。然而，租金收益究竟是供求规律所赐，还是管理付出所得，实在难以定论，尽管倾向性的司法意义视为经营性收益而归夫妻共同财产；例3，秉承上述逻辑，对于婚姻存续期间夫妻一方取得铺位转租权与承租权，属于夫妻共同财产；例4，一方婚前所有果园中的果树所产生的果实，究竟是老

天爷的风调雨顺，还是夫妻的尽心而为，恐怕也不好给出答案，尽管司法倾向为夫妻共同财产；例5，夫妻一方的住房公积金或住房补贴的归属，根据国务院2002年3月24日实施的《住房公积金管理条例》的规定，结合《婚姻法司法解释（二）》第11条，该项财产也同“婚姻存续期间”绑定，根据双方和婚姻关系期间计算分割的比例；例6，婚前购买的股票、基金等金融性权益，婚后的增值部分归属问题。关于金融性权益的增值，究竟是投入脑力判断而频繁买进卖出，还是远离股市不管不问不操心从而获益更多，恐怕金融学家与投资高手也不敢做出断言。金融学理论早已存在一个真实的笑话，让猩猩抓阄形成股票组合，与普通的职业基金经理人精心挑选的股票组合，两者未来收益进行对比，或者前者胜于后者。将金融性权益的增值原因，归因于婚后夫妻的勤勉或协力，无论专业人士还是非专业人士均会一笑而过，谁是股神呢！若将个人婚前所有的股票，婚后因发生股票定增、公司重组、市场并购、公司分红等原因而产生的收益，究竟是否属于“夫妻的协力付出”，恐怕商法与金融学教授也要观点纷呈。

基于上述六个“孳息、自然增值”财产类型，发现如下司法的现实：首先，《婚姻法解释（三）》第5条的目的，在于将婚前个人财产在婚后的孳息与自然增值纳入个人财产的范畴之内。换言之，在离婚的财产法后果之中，法官将个人财产婚后没有付出双方智力或劳力的增长部分，排除在可以分割的共同财产范围之外，对于该部分增值的未来期待收益，即便婚姻存续多久，与婚姻不可挂钩，当然夫妻有约定除外；其次，按照司法解释的说明，《婚姻法司法解释（三）》第5条中的“孳息”应做限缩解释，专指非投资性、非经营性收益。“自然增值”（又称被动增值）与主动增值（含有“付出因素”）对应，这一术语的采纳有利于法官统一裁量标尺。可是，仅就上述六个财产类型观察，不同的法官面对如此专业化且含糊的标尺，在诸多个案化而非标准化的市场经济背景下，会给出不同的答案，司法裁量统一标尺的预期恐怕难以实现。

（三）个人财产转化规则：“婚姻存续期间”的法律意义

个人财产转化规则，通常是指一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的一段期间之后，可视为夫妻共同财产。[9]1980年《婚姻法》修改之际，大多数学者和人大代表均持反对说“缺乏民法依据，不符合所有权变动的规则。”2001年《婚姻法司法解释（一）》第19条采纳了“选入”的立法技术规定：“除当事人另有约定之外，夫妻个人财产不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产”，全国人大法律委员会在审议说明中指出：“现在婚姻个人财产越来越多，情况较为复杂，笼统地规定经过8年或4年就一律成为共同财产，不太合适。”关于个人财产转化规则之所以被替代的学理正当性，主流表达是：侵犯了夫妻个人财产所有权；违背所有权取得的私法原理，违背民法的公平原则与等价有偿原则，助长不劳而获的借婚姻敛财的思想。[10]这一学术之辩，最终以转化规则取消论胜出，个人财产转化规则为2001年《婚姻法》修正所废除。我们无意为个人财产转化规则重新入法进行呼吁，这已成立法定论。但我们尝试解读如下追问：“婚姻存续期间”是否值得法律层面的重视？“婚姻存续期间”对婚姻中的男女两性是否存在经济学层面的估值差异？

1. “婚姻存续期间”的法律意义

“百年好合”是中国文化传统中恭贺新婚燕尔的必备术语，也是印刻在新婚随礼的通用词汇。“白首偕老”，是中国古代诗词中一上口就能内心涌动泪水，一入眼帘就能呈现出一幅白发苍苍的老夫老妻携手看夕阳的动人画面。“婚姻存续期间”，原本承载婚姻长久稳定重大功能的术语，是否仅仅只能写入中国古代词赋之中，而不能体现在《婚姻法》的字里行间？

就“婚姻存续期间”的法律意义而言，域内外有如下几种相关的法律设计：其一，婚姻存续期间的长短与民间婚姻彩礼的返还额度相关。我国司法政策精神之中谈到“未婚男女双方确已共同生活，但未办结婚登记，彩礼是否返还及其返还的数额，人民法院可以根据双方共同生活的时间等因素，确定是否返还以及返还的数额”。在最高人民法院的公报案例之中，“同居时间”因素被法官有意忽略，例如，“杨清坚诉周宝妹、周文皮返还聘金案”，厦门市中级人民法院二审判决书指出，“杨清坚在同居前给付聘金的行为虽属赠与，但该赠与行为追求的是双方结婚。现结婚不能实现，为结婚而赠与的财物应当返还”。[11]其二，婚姻存续期间与分割特定个人财产的额度相关。例如最高人民法院《关于符合结婚条件的男女在登记结婚之前曾公开同居生活能否连续计算婚姻关系存续期间并依此分割财产问题的复函》（2002年9月19日，[2002]民监他字第4号）指出“可认定为事实婚姻关系，与登记婚姻关系合并计算婚姻关系存续期间”。又如“人民法院审理离婚案件，涉及到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产”。其三，美国法学会2002年出版的《家庭解体的法律原则》给出的示范文本之中，就采纳离婚时个人财产的转化规则，或称为个人财产的重新认

定，[12]其核心内容是：婚前个人财产，经过婚姻一定存续期间，将按照一定比例逐年转化为夫妻共同财产；婚后继承、接受赠与所得的个人财产，在婚姻存续期间经过一段时间之后，也按照一定比例进行转化为夫妻共同财产，上述规则夫妻双方可以经约定排除，法院事后也可以以实质不公平予以认定无效；其四，加拿大《配偶扶养费咨询指南》(不具有约束力)：扶养费请求权的数额依据一个随着婚姻的持续增加的配偶之间收入的百分比而被计算[13]。而从上述分析可知，我国的“婚姻存续期间”除了1950年《婚姻法》的“转化为夫妻共同财产”的法律安排之外，在目前生效的司法解释、政策文件之中，婚姻存续期间成为司法裁判之中法官考虑财产分割的因素，限于极为狭小的工龄买断款、军人复员费等特定的领域，对于其他与市场经济发展相关的财产关系与财产形态的分割，均与婚姻的存续期间长短无关。

2. “婚姻存续期间”的法经济学再思考

“婚姻存续期间”不仅具有法律层面的意义，从法经济学的成本收益观察，“婚姻存续期间”对夫妻双方而言存在着估值的此消彼长。法经济分析学派发现，在婚姻存续过程中，男性与女性的价值增长是不均衡的。在传统的家庭中，即使婚后女性继续参加社会工作，也会将主要的精力投入到家庭生活中，然而家务技能的提升只有较少的社会价值；男性则会更多发展职业技能，随着时间的推移，将会给他带来越来越高的收益。夫妻之间所扮演的角色是互惠的，但市场价值是不均衡的。[14]当婚姻以离婚而告终，男性和女性再次回到婚姻市场重新择偶时，离异女性作为一个阶层，可能整体上比男性的损失更大。[15]女性在婚姻市场因为年龄函数的贬值在很大程度上是一个相对的变量，而不是妻子和丈夫的对称性质。所以，“婚姻存续期间”本身就对夫、妻产生了价值估值的不均衡。

均衡“婚姻存续期间”对夫妻双方产生的价值差异，本应成为一个国家婚姻法夫妻财产制度设计的考虑因素。因为，法律制度的设计将会引导人们行为模式选择。[16]在一个漠视“婚姻存续期间”的法律与经济意义的模式下，必然出现三种倾向：其一，女性对于婚姻家庭减少投资，倾向于少生或者不生孩子，减少承担的家务，降低夫妻扶养义务的投入，逃脱对配偶父母的赡养，以便将更多的精力投入到提高自身职业技能上，以获取更高的市场价值；其二，女性尚年轻时，对婚姻特别警惕，一旦夫妻之间出现矛盾，将会不愿意付出精力挽救婚姻，长久的婚姻对她而言毫无价值，必须趁年轻尚有生育能力，[17]没有更严重的贬值时，重新回到婚姻市场中；其三，当女性年老时，由于“婚姻存续期间”并不能够获得公正的估值，离婚后很可能陷入到贫困的状态，年老女性将会利用一切手段，阻挠离婚的发生，实质上限制离婚自由。无论以上何种情况的出现，都背离了婚姻法的价值初衷，将会引发连锁式的社会问题。

正是为了回应或避免漠视“婚姻存续期间”的法律与经济意义导致的负面后果，无论是美国采纳离婚时个人财产按照一定比例逐年转化规则，还是加拿大扶养费请求权的数额随着婚姻的持续增加的计算方法，都倾向于以“婚姻存续期间”为参考因素之一，致力于推动实现夫妻间价值均衡的社会效果，从而公正界定、分割和有效保证离异双方在婚姻期间投入和累积起来的实在利益，实现婚姻法的法律效果与社会效果的双赢格局。个人财产转化制度，与其说是对于私人财产权利的剥夺，莫不如说是以婚姻家庭为基础的社会收益与私人损失的再度平衡。[18]

司法的过程能否推动社会的发展和进步，这种标准不是着眼于现在而是着眼于未来，司法的结论要引领未来、引领社会、推动历史的发展。[19]婚姻家庭共同财产制度设计之际，应该考虑以人伦秩序为基础，作为身份法与团体法属性的婚姻法的特质，将婚姻存续期间作为判断或权衡夫妻共同财产的选项之一，采纳一种“选出模式”的安排，即“婚姻期间个人财产按照一定比例逐年转化为夫妻共同财产，当事人另有约定的除外”，该模式可以作为一个立法的考虑。道理在于：其一，婚姻存续期限的久远，与夫妻共同财产转化的内心默契期待，成正比例增长的概率符合民众常理。其二，中国传统文化至今，结婚之际均充满对未来美好生活的期待，较少缔约对婚前或婚后共同财产与个人财产之间进行细致入微的约定。因此，基于减少最为信赖的夫妻之间的缔约成本因素考虑，[20]立法者不妨为民众婚姻家庭共同财产的设计模式，提供一个符合民众内心预期的、可以默示适用的标准财产分配文本，类似于公司示范章程一样的人合性示范条款。采纳夫妻共同财产的选出式安排，远比夫妻共同财产的事先选入安排，更符合中国民众对于婚姻伦理亲情的内心期许，更节省当事人的缔约成本。其三，婚姻家庭的稳定期许与女性在家庭中的功能因素。离婚之际，夫妻个人财产附条件默示共同的机制，或许可以承载替代离婚扶养费制度对女性关爱的公平功能。其四，一个合理的司法规则变化，不应该彻底取消转化规则，而是随着婚姻家庭共同生活期限的延长，给予阶段性递进的强制性保护。

从夫妻财产权属确认的司法实践观察，不难发现如下困惑：其一，面对未来互联网时代、金融创新时代、全民

创业时代的新型财产类型，夫妻当事人尝试预先判断婚后夫妻财产类型的个性归属，绝对是个难题；其二，伴随中国制度红利而发生的财富类型的裂变，尝试精准判断夫妻一方婚后财产的“孳息与自然增值”的法律性质，将是一个没有边界、不断衍生新的财产形态的无解话题，将引发诉讼的爆炸，司法进行个案的逐一性质认定，即便能够完成，也是一项极其耗费司法成本的缺乏效率价值支撑的大工程；其三，婚姻存续期间，在我国夫妻财产认定甚至未来的分割之际，均非一个司法考虑的因素。而夫妻婚后财产的确归属，本应是一个维持婚姻关系稳定且清晰可见的标尺。从功能视角观察，基于携手共同经营婚姻时间的沉淀，而将家庭共同使用的婚前个人财产按比例逐年转化为夫妻共同财产，辅以当事人约定排除的“选出规则”设计，本应成为最能体现我国善良风俗的司法创新与携手白头相亲相爱的儒家文化传统。一个人沉湎于物质享受成为庸俗的人，或享受物质生活而仍是高尚的人，其主要的区分点在于他是否关心别人的物质生活，承认别人的物质享受和自己的享受同样的重要性。[21]故此建议，我国关于夫妻财产的权属确认的立法，不妨借鉴我国台湾地区2002年修订“民法亲属编”第107条第2项“夫或妻婚前财产，于婚姻关系存续期间所生之孳息，视为婚后财产”的模式，王泽鉴先生解释背后的立法目的“为保障他方配偶之协力，及日后剩余财产之分配”。[22]未来的改革不妨将目前的限定夫妻共同财产推定规则中的“除孳息、自然增值”的例外条款删除，直接修改为“婚后财产全部推定共同原则，但当事人另有约定除外”更为妥当。

二、夫妻财产分割：形式平等与实质正义

英国法学家哈特指出，当评判一项法律制度的价值之际，正义理念最为频繁。[23]分配正义原则，历史上可以分为差异性正义原则与同一性正义原则。所谓差异性分配正义原则，关注的是不同的人因某些被认可的差异而得到不同的对待。所谓同一性分配正义原则，关注的是因某些被认可的同一而得到相同的对待。当进行某种差异对待时，内含对某些同一的认同，当进行同等对待时，又不得不关注某些差异的存在。德国法学家考夫曼教授说的精辟：“分配正义是公法，而对等正义是私法”。[24]

夫妻财产权属确认之后的财产分割的核心，就是解决如何实现分配正义的价值判断问题。夫妻财产的权属确认，在离婚诉讼的司法裁判过程中，仅是前置性程序或手段，而非终极目的。我国最高人民法院大法官不断重申：财产关系的明晰与个案中的财产分割，两者不能等同，而是两个问题。[25]笔者围绕夫妻财产分割三个问题观察，即：离婚之际夫妻财产分割的统领原则与司法考虑因素；司法实践中的夫妻之间、父母与子女之间、夫妻与第三人之间的财产赠与问题与相关法律适用的交错；婚姻存续期间夫妻一方要求分割财产的非法定财产制的完善。

（一）离婚之际财产分割：统领的原则与司法裁判的考量因素

夫妻离婚的司法裁判过程中，究竟以何种价值理念来指引财产分割，是以男女的形式平等价值取向，还是秉持男女分工差异之下的分割实质公平理念？我国立法上给出了多元化指引财产分割的原则群：男女平等、照顾子女和女方、照顾无过错方、尊重当事人意愿、有利于生产、方便生活、不损害国家、集体和他人利益。多原则，恰似无原则。多原则指引的表面全方位的背后，导致进行个案裁判的法官无所适从。我国婚姻家庭财产分割之际必须实现分配正义，“正义，意味着各得其分，各得其所”[26]，统领原则应该回归到男女平等原则与公平分配原则，两者相互依存、互相制约，两者的张力成为统帅夫妻财产分割的指引方向性的理念。

在男女平等原则与公平原则的统领之下，司法在裁判分割夫妻财产之际，究竟考量哪些因素呢？分割夫妻共同财产时，要全面考虑如下因素：其一，财产的资金来源，双方结婚时间长短、夫妻对家庭所作的贡献等因素，避免出现显失公平的情况；其二，对一方父母部分出资为子女购房的，离婚分割时可对出资父母的一方予以适当多分，至于多分的数额如何把握，也由法官根据案件的具体情况作出公平合理的裁判；其三，必须考虑弱势一方的基本生活保障与居住权，从而绝对防止困难一方因离婚被“扫地出门”的现象发生；其四，必须考虑夫妻财产分割纠纷的《婚姻法》与《合同法》、《物权法》以及商事等领域法律的交叉适用。

夫妻财产分割的实质正义优先于契约自由与形式平等，域外离婚裁判的司法实践凸显了这一点，或许也是我国夫妻财产分割的变革方向。以美国离婚裁判司法为例，根据有关统计现实，无论各州实行何种财产制或采用何种分割方法，从离婚案件的最终结果观察，妻子获得的总是全部婚姻财产的45-55%，这应该归功于“公平”理念的功效。[27]在德国，2009年德国立法者对于《德国民法典》亲属篇财产分割进行修改，德国法官对于财产分割案件的考虑因素与逻辑，彰显了鲜明的利益倾向性。德国法官提出财产增加额的净益补偿（均衡），一是保护了处于经济弱势地位的女方的财产权益，二是增加了财产增值方解除婚姻的财务成本，维护了婚姻稳定[28]。瑞士巴塞尔大学

Hans Hinderling 教授曾经系统提出了对后世影响深远的增值分配规则：夫妻可以根据当初的出资比例，分享彼此的增值。该理念为 1984 年《瑞士民法典》第 206 条所吸纳，此条款背后的价值取向，就是公平[29]。

（二）婚姻家庭关系之中赠与合同的效力：父母、夫妻与第三人之间

财产权的自由处分，即是意思自治的民法自由价值的体现，更是所有权理念的应有之义。夫妻财产分割领域中的一个本土化问题，就是我国婚姻家庭领域的赠与问题。既涉及到具有血缘关系的父母与子女之间赠与的财产归属的法律推定合理性安排，也涉及到夫妻之间、乃至夫妻与第三人之间赠与问题的利益衡量与民商法中的外观主义。问题的出现，一则反映我国经济增长过程中疯涨的房价归属与分割牵涉千家万户，二则映射了司法实践中出现的“伪造债务、虚假诉讼甚至出资父母与子女倒签赠与合同的种种乱象”，急需司法给予回答。

首先，夫妻之间的赠与效力问题。夫妻之间的赠与是否享有任意撤销权，以 2015 年 11 月 20 日最高人民法院公布的婚姻家庭纠纷典型案例为参照，其中“于某某诉高某某离婚后财产纠纷案”案情中，于某某在离婚协议中将夫妻共有房屋赠与未成年子女，离婚后在赠与与房产变更登记之前主张撤销，法院驳回于某某诉讼请求，于某某上诉，法院驳回上诉，维持原判。一审、二审法院认为，于某某的房屋赠与约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等内容互为前提，构成“一揽子”的解决方案。如果允许一方反悔，则破坏协议“整体性”，助长先离婚再恶意占有财产之有违诚实信用的行为。[30]在解除婚姻关系后，恢复到独立的民事主体后，法官比较容易发现赠与行为所随附的条件。在婚姻的实际生活中，夫妻一方的赠与行为通常也是家庭责任分担的“一揽子”协议，婚姻家庭生活中也没有免费的午餐。在婚姻中的赠与，一方面表达着感情，另一方面也是明确彼此权利义务的约定。例如：一方在异地工作，另一方全权承担抚养子女、赡养老人，而发生的赠与。可见，礼物赠与所发出的意识形态光芒，不应蒙蔽法学家们的眼睛，从而掩饰了自己的社会功能。几乎所有的礼物赠与都发生在交换关系之中——不论明显是商业性的，还是隐含在社会关系或者亲善关系之中的。利他的赠与具有社会价值，这一点看起来似乎是显而易见的：礼物赠与使赠与人和受赠人的状况变得更好，而没有使任何第三方的状况变得更坏。[31]在婚姻家庭生活中，赠与行为对于促进家庭成员和睦、鼓励奉献精神、减少家庭矛盾同样也起到积极作用。基于此，笔者认为应将夫妻间赠与的任意撤销权调整为法定撤销权。法定撤销权可以设定为以下三种情况：严重违反婚姻义务而引发的法定撤销权[32]、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属的法定撤销权[33]、贫困法定撤销权[34]，这样的夫妻之间赠与撤销权的调整安排或许可以更好地体现婚姻法的价值，增加离婚成本，从而维护婚姻的稳定。

其次，父母出资购房赠与子女的财产归属问题。《婚姻法》以保护弱者，维持其生存基本条件为其价值取向。面对着已经丧失劳动能力，或者即将丧失劳动能力的父母，婚姻法力图最大化地保有其财产，或者将财产维系在其直系血亲名下，确保其“老有所依，老有所养”安度晚年，有着非常重大的社会意义。《婚姻法司法解释（三）》第 7 条第 1 款规定，父母为子女出资买房且产权登记在出资人子女名下，离婚时视为只对自己子女一方的赠与。第 2 款规定，由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定双方按照各自父母的出资份额按份共有。一种观点认为，该解释第 7 条第 1 款充分体现了父母出资财产权处分的自由意愿的尊重，但第 7 条第 2 款司法解释为“按份共有”使夫妻双方此共有关系缺乏相应的法理基础，违反了我国现行婚姻法婚后所得共同制的共同共有精神，且不符合现代婚姻家庭法的自由价值取向，应当推定为该赠与由夫妻双方共同共有，这才保障了父母自由处分的意愿。[35]笔者认为，《婚姻法司法解释（三）》第 7 条第 2 款与第 1 款的逻辑贯通一致，相较于《婚姻法司法解释（二）》第 22 条第 2 款推定为赠与为夫妻双方共有而言，《婚姻法司法解释（三）》的条款价值取向层面，更加尊重父母内心的意思自治，即默示的行为应该合理推定为仅仅只对自己子女一方的赠与或根据父母出资份额推定为夫妻按份共有，父母为子女出资购买房屋之后的归属推定的所有安排，更加彰显了尊重财产处分者的自由意愿与比例性的公正价值理念，也维护了年迈父母可用于支撑养老的有价资产。

最后，就夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的行为效力认定，究竟是认定为部分无效，还是全部无效？夫妻对共同财产的性质，属于民法的共同共有，而非按份共有。依据共同共有的原理，在共同共有存续期间之内，夫妻对共同财产拥有平等的法定处分权，共同财产的分割只能在共同共有关系终止之际。民法中对共同共有原理，可以直接适用到夫妻关系将共同财产赠与他人的行为效力认定之上。在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权，夫或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；如果夫妻一方超出日常生活擅自将共同财产赠与他人，这种赠与行为应认定为无效；夫妻中的另一方以侵

犯共有财产权为由请求返还，人民法院应予以支持。

（三）婚姻期间内的财产分割诉求：非常法定财产制的法律漏洞填补

在婚姻存续期间，若发生夫妻对于共同财产管理权协商发生冲突或个人债务的范围无法衡量，导致个人债务的第三方债权人的诉求与夫妻另外一方的共同财产的分割请求之间的冲突，弱势一方利益如何得以切实保障呢？我国司法实践中曾经出现关于婚姻期间内进行财产分割诉求的真实个案。例如，在夫妻一方因犯罪需要于附带民事诉讼中支付巨额赔偿的情况下，其配偶以保留更多财产为目的诉请分割夫妻共同财产能否得以支持？我国《婚姻法司法解释（三）》第4条列举了两项重大理由，即（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有重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。除此之外，没有兜底性条款或者采用“等”字，未给予司法者根据案件具体情况灵活掌握的余地。因此，司法的逻辑是：若不离婚，其配偶出于为自己包括未成年子女保留更多财产的目的，诉请分割夫妻共同财产，人民法院不予支持。[36]

上述真实个案，揭示出一个现实的问题：法定财产制之外，增设非常法定财产制的意义以及法定事由的边界。非常法定财产制，是普通财产制（包括法定财产制与约定财产制）的对称，通常是指夫妻关系存续期间，因特定事由的出现，适用普通财产制无法维持正常的夫妻财产关系，依据法律规定或依照夫妻一方（或一方的债权人）的申请，经由法院宣告，终以分别财产制替代原有的普通财产制。[37] 该制度的核心在于经由特定情形的婚内财产分割安排，最大限度地保有婚姻关系。我国《婚姻法司法解释（三）》第4条没有“兜底性条款”，将诉请的权利人限于夫妻一方，排斥夫妻一方的债权人的设计，此系真正的法律漏洞。面对法律漏洞，法官是一个递补的立法者，须权衡利益、务实考量，且考虑公平性与伦理性，以利于社会共识的形成。[38] 笔者建议不妨考虑参考《瑞士民法典》第185条第3款关于非常法定财产制提请事由，例如：配偶他方的财产不足清偿债务或其共同财产中的应有部分已被扣押、配偶他方威胁到申请人或婚姻共同生活的利益、配偶他方以无理方式拒绝给予处分共同财产的必要同意、配偶他方拒绝向申请人报告其收入、财产及债务或共同财产状况、如配偶他方持续无判断能力等。[39]

三、夫妻离婚的矫正补偿：公平救济与弱者保护

美国著名法学家博登海默指出，“任何值得被称之为法律制度的制度，必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。”[40] 作为以婚姻家庭伦理关怀为最高追求的夫妻财产制度，无论任何国家或采纳何种立法模式，均倾斜性保障因离婚导致利益失衡的弱势一方的婚姻合理预期与财富分配的公平。夫妻财产制度中的离婚矫正补偿制度（或称离婚救济制度），就是一个经典例证。

夫妻离婚的矫正补偿，通常是指离婚经济补偿、离婚经济帮助与离婚损害赔偿，三者统称为离婚救济制度。夫妻财产的权属确认之后，财产分割之际，因婚姻生活格局中的性别差异与分工差异，导致家务特殊贡献者、经济贫困一方、婚姻忠实义务的受害者这三类主体，因离婚而带来一方就业能力的减弱、婚后生活的贫困或原来对夫妻之间忠实义务的期待落空，引发经济上的不利益由法律强制介入给予矫正补偿。夫妻离婚的矫正补偿，是离婚诉讼的司法裁判的终端规则，从离婚的法律后果的时间轴观察，处于夫妻财产的权属确认、离婚之际的财产分割的后端。夫妻离婚的矫正补偿，从制度自身的独立而言，独立于夫妻财产的权属确认与财产分割，夫妻财产的确权、分割与矫正，可以说是离婚的财产法后果的次第产生、互为考量的递进的法律话题。

（一）家务贡献补偿：功能定位与变革思路

离婚经济补偿，源自我国现行2001年《婚姻法》第40条规定，“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿”。从文义解释观察，该项补偿因“家务贡献”发生，并于离婚时实现，学界称为家务贡献补偿。

家务贡献的价值承认与经济补偿的合理给予，已然成为现代各国夫妻财产制立法的发展趋势之一。家务贡献之所以补偿，核心在于婚姻应视为夫妻共享的事业，婚姻原本应该是男女基于爱情期待而共同生活的一个命运共同体，若因婚姻存续期间的男女分工安排不同，导致家务特殊贡献的配偶一方就业能力的减弱，根据信赖保护思想就要求对由婚姻引起的财产上的不利益进行补偿，立法就应该给予某种程度的恢复性矫正补偿。基于上述认知，立法者将家务贡献补偿与分别财产制之间进行功能配置架构的思路是合乎逻辑的，我国《婚姻法》中家务贡献补偿的适用率偏低，主要症结并非适用条件的苛刻，而在于规则细化的操作性不足。

关于家务贡献补偿的改革思路，可以考虑区分共同财产制和分别财产制。首先，就婚后采取共同财产制的模式

而言，原则上不适用家务贡献补偿制度，但是存在例外。在夫妻财产共同所有制模式之下，除了婚前个人财产的孳息与自然增值之外，凡是婚姻存续期间凝结夫妻协力劳动的财产均归为夫妻共同财产予以分割，家务贡献一方的价值已经体现在夫妻共同财产的认定之中。家务贡献补偿的适用空间，若从分别财产制度扩张至共同财产制之中，不仅存在逻辑上难以自洽，且偏离了立法引入家务贡献补偿的初衷。但是，这一思路存在如下例外：（1）如果夫妻一方由于照顾子女、老人，导致了自身职业生涯关键的中断或谋生能力的减弱，从而导致自身在职业市场上的价值贬损，这一情况应给予适当补偿；（2）夫妻一方对家庭的贡献已大大超过其应维持家庭的义务时，例如照顾常年卧床的配偶父母，照顾生病或残疾的配偶、或配偶的兄弟姐妹，这一情况应给予适当补偿。此种安排有利于弘扬我国的善良风俗，鼓励对双方老人的赡养、夫妻之间的相互扶助，也鼓励对于没有法定扶养义务，却又出现生活困苦的兄弟姐妹相互帮助。其次，就婚后采取分别财产制的模式而言，可以请求家务贡献补偿。但是如何计算补偿的金额是个尚值得深入探讨的问题，一种思路是按照家庭劳务的市场价格估算[41]，另外一种思路是按照一定比例分享婚姻存续期间内一方个人财产价值的增值[42]，笔者倾向于建立剩余财产分配制度的后一种模式。

（二）“经济帮助”的替代性制度：离婚后扶养义务

婚姻，不仅作为一个夫妻劳动共同体，而且是一个夫妻共享的命运共同体。[43]若因离婚之故，导致照顾子女的一方不能够就业或生活水平不能达到婚姻期间的水准，离婚后的扶养补偿就是必须的。正是基于上述理念，域外各国纷纷设计出了离婚后的“恢复性扶养制度”，旨在矫正因离婚带给另一方生活陷入贫困的不公平，立法者在提供离婚后扶养的经济缓冲期之后，设定扶养的合理法定事由或限制条件，以限制对前配偶的终生扶养义务，鼓励前配偶尽快走向自立生活。[44]英国为保障夫妻对婚姻家庭住房的居住权以满足家庭生活之需要，离婚时法院有权签发居住权命令，判决婚姻家庭住房由不享有所有权的夫妻一方居住。[45]以德国 2008 年 1 月 1 日施行的《扶养法在修正法》为例，就是在寻求离婚后扶养义务的适用条件与合理限制之间的一个典范，其借鉴之处有二：第一，扶养请求的适用前提的认定。《德国民法典》第 1569 条第 2 款规定了这一原则，即只有贫困配偶才能够要求扶养。所谓“贫困”，是指权利人没有能力用自己的财产或者收入支付与婚姻生活水平相适应的生活需求（《德国民法典》第 1577 条）。这些条件被具体化为七个请求扶养的法律事实。每一个法律事实都与特定的贫困状况相联系，例如由于照顾子女引起的贫困（《德国民法典》第 1570 条）或者由于年老或疾病引起的贫困（《德国民法典》第 1571 条，第 1572 条）[46]。在德国立法者的思路框架下，是否提供扶养补偿的贫困认定，是与个体家庭的离婚前生活水平相挂钩，而非与当地平均生活水平相挂钩。第二，2008 年德国《扶养法》改革之后，将照顾子女而要求享有照顾扶养费的期待，限定在孩子三岁之前。这一规则的理论基础是，只有在由于婚姻引起的不利益的补偿情况下，离婚后扶养才具有特殊的合理性。

上述域外关于“离婚后扶养”的平衡设计，对我国“经济帮助”的矫正补偿机制改革具有借鉴意义。“经济帮助”制度，始自 1980 年《婚姻法》第 33 条，现行我国《婚姻法》第 42 条与《婚姻法司法解释（一）》第 27 条扩张了经济帮助的形式，将“一方的房屋居住权或房屋所有权”纳入其中，其立法初衷在于维护因离婚而导致生活困难的弱势一方的权益。何为“生活困难”，我国《婚姻法司法解释（一）》第 27 条采取限缩解释，指出“一方困难，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产，无法维持当地的基本水平”。我国“经济帮助”制度只有贫困交加之“苦”，没有生活幸福之“甜”，忽视了离婚前后，过渡性制度安排的人文关怀。

我国离婚经济帮助不仅应解决当事人离婚时的生活困难，而且应当借鉴国外立法经验，采取向有利于促进经济自立方向的立法理念转变。基于此，应对离婚帮助制度从三个方面予以改进：第一，从制度的界定层面，将“经济帮助”制度修改为“离婚后扶养”制度。我国对经济帮助这一范畴的表达，外观上似乎类似道义上的责任表述，其实质的效果却是遮蔽了离婚后扶养义务的法律本质内涵，经济帮助本应是夫妻扶养义务在离婚后的法定延伸的本质，因此域外立法通常界定为“离婚后扶养义务”。第二，从离婚后扶养的请求前提观察，我国司法中对于何谓“生活困难”，应该采取扩张解释，不能仅仅限缩为离婚后不能维持当地基本生活水平，而应指一方生活水平因离婚而明显下降，生活困难应该与个体家庭相挂钩，离婚时有权要求另一方给予适当的经济补偿。这一重新界定的理论，基于婚姻是一个命运共同体的思路。每个家庭原本就是一个差异性的千家万户，何谓贫困很难实现“一刀切”的司法裁判。第三，离婚后扶养的合理限制，立法必须限制离婚后给予配偶终生扶养，基于公平考虑，将基础性扶养期限原则上限定在照顾子女的三岁之前为妥，特殊的延长必须有合理的特殊理由。因此，若出现一方就业、疾病康复、再婚或与他人同居、子女已满三岁，就可以向法院申请终止支付扶养费。

（三）离婚损害赔偿制度：法律与道德之间游走

关于离婚损害赔偿的适用，有几种情形值得探讨。例1，“因婚内私生他人子女引发的精神损害赔偿，可否适用《婚姻法》第46条的离婚损害赔偿？法官的答案是否定的。其背后的裁判逻辑是，女方在婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女，男方代替亲生父亲履行法定抚养义务，可以要求精神损害赔偿，但法律依据是《民法通则》与最高人民法院《精神损害赔偿解释》的条款，婚姻关系存续期间与他人通奸生育子女，并不构成‘与他人婚外同居’的赔偿要件”[47]这一既定的裁判思路看似逻辑成立，令人困惑的是，若就离婚损害赔偿的立法目的而言，旨在对违反夫妻之间的忠实义务的矫正补偿或惩罚，立法本应举重以明轻，婚姻存续期间与他人通奸生育子女这一过错，难道弱于与他人同居这一过错吗？“与他人同居的情形”可以纳入离婚损害赔偿的适用范围，难道与他人通奸生育子女不能视为对夫妻之间忠实义务的违反吗？形式化地套用同居的要件，而得出对本案的否定性答案，是一个可以继续商榷的有趣话题。例2，“以配偶与他人缔结虚拟婚姻并在网络上生育子女，可否请求离婚损害赔偿？法官指出“虚拟空间的婚姻既不被法律认可，也非现实存在，所谓生育子女，更是子虚乌有，驳回原告请求”。[48]这一案件的裁判结果，在逻辑上认同。但从该案可以得出一个延伸的结论，法律所能制裁的只能是肉体上的出轨或不忠，精神层面上的出轨脱离了法律可以裁量的范畴。

就“第三者干扰婚姻关系”，即通奸或婚外恋的第三方可否称为被请求赔偿的主体而言，成为一个横跨法律与道德的争议性话题。我国2001年《婚姻法》增设的离婚损害赔偿制度，通说被认为是一种狭义的离婚损害赔偿，即：基于上述四项法定事由导致离婚，无过错方配偶只能向有过错的配偶一方主张赔偿，不能向干扰婚姻关系的第三人请求赔偿。且这种请求赔偿的时间点，仅仅限于离婚之际，我国也不承认夫妻婚内侵权赔偿。[49]离婚损害赔偿制度，本质而言，旨在维护婚姻中夫妻之间的忠实义务。因干扰婚姻关系而违反夫妻之间的忠实义务的第三者的损害赔偿问题，在各国均是一个跨越道德与法律两个领域、罪与非罪难以定性、无辜与有责界限模糊的中间地带。在学理层面，婚姻忠实义务被认为是一种相对的义务，仅能约束夫妻双方，不能约束第三人。在英美自20世纪中叶以来，通奸视为自然的爱情，交由自然爱情竞争来处理。可见，在张扬个人人权与婚姻自由选择权的时代变迁下，婚姻忠实义务呈现衰落的倾向，试图由法律强制介入诉求干扰婚姻关系的第三方给予无过错方以损害赔偿，法律层面已经是无力解决。有学者感叹道“第三者问题，永远游走于法律与道德的交界地带，显示出人性的复杂与深不可测”。[50]在这一领域，法律所能做的事情，是可以考虑在无过错方的举证责任方面如何突破

综上，夫妻离婚的矫正补偿制度（或称离婚救济制度）的机制安排，立法设计初衷饱含了对因离婚导致利益失衡的弱势一方的伦理关切，但实践之中却差强人意，相关的条款适用率偏低，近乎沦为法律文本的“稻草人条款”。家务贡献补偿的变革，应向婚姻命运共同体理念下的恢复性矫正补偿机制靠拢，经济帮助规则可以考虑以离婚后适度的扶养义务机制替代，维护夫妻之间忠实义务的离婚损害赔偿制度恐怕目前更多是一个宣示婚姻道德的宣示性条款。当现代民法已经进入一个根据社会的经济地位及职业的差异把握更加具体的人，对弱者加以保护的时代之际[51]，夫妻离婚的矫正补偿制度必将成为夫妻财产制度追求分配正义的不可或缺的重要一环。

结论

正如芒泽教授所说，“如果说存在不同的财产制度，而这有时引发人们的热情，导致革命的话，那就有必要探究一下什么样的财产制度才是正当的，并且对现存的财产制度进行批判性评价”。[52]我国未来的婚姻家庭法中的夫妻共同财产制的精神特质是什么？这在根本上取决于立法者将塑造怎样的家庭伦理，从而彰显中华民族对于家庭婚姻关系的伦理关怀。

中国儒家传统自古信奉关注家庭的伦理价值，婚姻家庭法中的伦理人假定，应该成为我国婚姻家庭法作为身份法与团体法的前提性基础，更应成为我国夫妻财产制的立法设计与司法裁判的基准。夫妻财产制的认知，表象是民法的共同共有原理，实质蕴含夫妻甘苦与共的伦理契约期许。离婚之际，司法者要面对的考量不仅是司法中的男女平等的对等正义，还包括国家作为公权对于婚姻命运共同体的弱势一方的倾斜性保护关爱。作为存在最大信赖的相互扶助的伦理人假定的婚姻关系中的夫妻而言，就共同财产的权属确认环节，基于我国传统文化与习惯认同，多数家庭并不希望进行一场类似逐利商人一般的婚姻财产与婚后财产的锱铢必较或契约划定安排，更不希望出现司法过程中对于婚前财产“孳息、自然增值”归属的耗费司法成本的法理博弈，芸芸众生的普通百姓更期待的是一个界限清晰的、假定可以携手白头的、婚后财产推定共有的模式，[53]若是强调个人财产的神圣，可以委诸于夫妻约定安排。就共同财产的分割环节而言，最重要的考虑是将婚姻视为一个命运共同体，而非仅仅是一个劳动共同体，在

均等分割的前提下，基于男女分工差异、子女抚养进行公平的考量。就夫妻财产的离婚矫正补偿而言，应体现对于家务特殊贡献者、经济贫困者、忠实义务的受害者的矫正补偿。

社会关系的第一纽带存在于夫妻之间，然后是父母与子女，再以后是家庭。“民法来源于社会生活，回应社会生活需要、并引领社会生活方向”。[54]因此，在我国民法典编纂之际，更要强调民法典中人文关怀的最高层面，就是婚姻家庭法中以夫妻身份关系为前提的夫妻财产制设计中的关怀，如果我们认可“财产权是创造人类幸福的工具”的论断，那么从功利主义哲学出发，实现婚姻家庭共同体成员的财富确认、财产分割公允与特定情形的矫正补偿的制度变革，是权衡伦理关系成员幸福感与评价每一个夫妻财产制度成败的尺度。如果说，“宪法代表一个国家的良心，民法反映一个国家的智慧”[55]，那么，婚姻家庭法折射的是一个国家的伦理。

从解释论的角度看夫妻一方财产婚后增值的归属问题

2016-09-13 中国民商法律网 黄哲雅

夫妻一方的婚前个人财产在婚后的增值，在离婚时归谁享有？2011年《婚姻法司法解释三》针对这一问题做出了特别规定。然而这一司法解释的出台并未完全解决司法实践中的争议。北京大学助理教授贺剑老师在《夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神》一文中从规则背后的立法理念出发，试图归纳出司法适用层面上的一般规则，以用于解决实务问题。

针对夫妻一方婚前的个人财产在离婚时的归属问题，我国《婚姻法司法解释三》第10条特别规定了按揭房屋的增值归属：在本金返还之外的“相对应财产增值”的返还。该条款所确定的增值归属规则很大程度上都受到美国婚姻法的启发。

《解释三》第10条背后的立法理念实有探讨之必要。总结比较法和最高人民法院的各类论证学说，其立法精神可大致分为以下四种：首先是机会赔偿的损失。这种论证思路借鉴了合同法上的信赖利益的损害赔偿理论。然而在逻辑层面却存在诸多缺陷。其次是通货膨胀的抵消。美国法上强行将通货膨胀率等同于房屋增值率的做法却并不符合我国国情。第三种是主动增值的返还。该思路与《解释三》第5条之间存在正面冲突。在美国法中，房屋增值被归为被动增值，通常是个人财产，但在一定条件下也可成为婚姻财产或共同财产。实际上，《解释三》中第5条一律将被动增值归为个人财产实际上是对美国法的误解。第四种是共同投资理念。最高法对第10条的论证——此类房屋是“婚前个人财产与婚后共同财产的混合体”就是该理念的间接说法。该理念的正当性可从交易自由视角进行论证：任何财产都不应当被迫向其他财产的投资行为提供“无息贷款”或者类似的经济支持。该理念可以推及于一切夫妻财产之间提供经济支持的情形。

《解释三》中按揭房屋的增值归属主要涉及投资比例的确定问题。首先，抵押债务能否算作投资？各地法院大致存在这样的共识：尚未偿还的抵押债务在离婚时应被作为拥有房屋的夫妻一方的个人债务，相应增值也应由其享有。即已偿还和未偿还的抵押债务都被看做一种“投资”，可以分得相应的房屋增值。

其次，抵押债务算是谁的投资？回答这个问题涉及到抵押债务的本质——究竟是与首付出资相似的一次性投资，还是需要时时维护经营的持续性投资？美国法上多倾向于前一种理解，把抵押债务对应的贷款看做投资。而从现实情况来看，将抵押债务作后一种理解更符合常识。事后偿还抵押债务的行为通常包括两类投资：一类是还本，一类是付息。前一种将持续性投资稳定下来，使其成为一次性投资，后一种则维持了抵押债务的存在。最后，除去抵押债务，首付，购房过程中的交易税费也应一同视为首付，在计算投资比例时计入。

这种以共同投资理念为前提的问题解释思路与现行法存在一定抵牾。例如与《解释二》中股票增值问题的规定。从比较法的角度来看，《解释三》中关于房屋增值的规定一味借鉴美国法上的具体制度，忽视了我国婚姻法和美国法在最初制度背景上存在的差异，值得我们关注与反思。

参考文献：贺剑：《夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神》，载《法学家》2015年第4期。

对民法总则（草案）撤销监护资格条款的改进建议

2016-09-14 人民法院报 华东政法大学 孙煜华

党和国家历来高度重视未成年人保护工作，出台了一系列保护未成年人的法律法规和政策措施，未成年人权益保护工作取得了积极成效。然而，未成年人受到监护人侵害后发现难、起诉难、审理难、安置难等实际情况依然存在。近期公布的民法总则（草案）顺应形势，专条规定了撤销监护资格的申请主体、事由、后果和补救措施。目前，

草案正在向全社会征求意见，借此“开门立法”的机会，笔者试图在解读草案相关规定和借鉴国外先进立法经验的基础上，提出自己的几点建议，供立法者参考。

民法通则第十八条规定，撤销监护资格的事由是“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益”，申请主体是“有关人员或者有关单位”。法律后果是监护人“丧失监护资格”。民法总则（草案）第三十四条对民法通则的相关规定作了相当程度的完善：首先，撤销监护资格的事由更加具体，主要包括：“（一）实施严重损害被监护人身心健康行为的；（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；（三）有严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。”其次，申请主体更加明确，覆盖：“其他有监护资格的人员，被监护人住所地的居民委员会、村民委员会，学校、医疗卫生机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。”而且“有关人员和组织未及时向人民法院提出撤销监护人资格申请的，民政部门应当向人民法院提出申请。”最后，除了规定撤销监护资格的法律后果，还增加了补救措施，即人民法院“根据最有利于被监护人的原则依法为被监护人指定新监护人”。不过，在笔者看来，民法总则（草案）的规定仍有值得改进的地方：

第一，在撤销监护资格的事由中，没有考虑到监护人存在精神疾病的情况。

监护人有精神疾病是否一律丧失监护能力？笔者以为不尽然，因为精神疾病有程度轻重，还有类型差异，有些患有精神疾病的父母未必对子女的安全构成威胁，也能承担抚养职责，应当被认为具备监护能力。当然，有的精神疾病患者对其子女有一定的危险性，如非要等到实际损害结果发生，必是为时过晚。这属于丧失监护能力的情形，监护资格自然终止，但是如果没有一个严格的撤销程序，法院就无法对其子女及时采取保护措施，而且对其作为父母的权益也保护不周。

据笔者了解，在法治发达国家，撤销有精神疾病的父母的监护资格是有严格程序的，譬如美国堪萨斯州终止父母监护权法规定，要终止患精神病的父母的监护权，儿童保护部门必须证明：（1）父母因为精神疾病不能满足儿童的身心需求；（2）有清楚和令人信服的证据表明在儿童年满 18 周岁之前，父母的精神疾病将一直持续；（3）儿童保护部门必须能够临时监护该儿童至少 6 个月；（4）在临时监护期间，已努力治疗其疾病、并尝试让父母和子女能重新相处，终归失败；（5）终止父母的监护权对儿童最有利。

所以，笔者建议在撤销监护的事由中增加一项“监护人患有精神疾病，丧失监护能力的”。至于其他具体的撤销监护的标准适合由单行的立法规定。

第二，申请的主体过于局限，程序启动的力度不够。

草案对于申请人进行详细列举，实际上仍非常有限，且申请的强制力不足。在很多发达国家，譬如美国和瑞典，未成年人住所地所在的社区居民都有权提出申请。在美国，不少州的法律规定，一旦社区居民或特定机构（如学校、医院）成员发现未成年人得不到监护或受到虐待，就有向当地儿童保护部门举报的义务，否则构成轻罪。儿童保护部门在接到举报后必须立即介入调查，并在基本核实后立即提出申请。在此后的出庭阶段，考虑到程序的专业性，诉讼的权利统一归入儿童保护部门。我国近期发生的一些案件也表明，邻居往往最有可能发现未成年人受到虐待的情况，如果给他们设定向民政部门的举报义务，就将有利于解决未成年人受到监护人侵害后发现和起诉难的问题。

因此，笔者建议在申请的主体中增加“被监护人住所地所在的村委会或居委会的居民”，同时增加规定，“上述人员和组织（草案列举的所有申请人）一旦发现被监护人利益受到损害或威胁的，应当及时向当地民政部门报告。”

第三，撤销监护资格缺乏专门的程序。

由于介入了传统的家庭自治关系，撤销程序在性质上应当与一般的民事程序相区分，不能过分强调诉讼效率，忽视个人、家庭和国家利益的平衡。以美国为例，1997 年联邦收养和家庭安全法尽管将“最有利于未成年人”作为立法的首要原则，但是仍然强调在撤销决定作出前给父母申辩的权利及自我矫治的机会。在各州，最具代表性的是华盛顿州终止父母监护权法规定。总的来说，该州的撤销监护资格程序分为三步：

第一步是临时监护。在法庭接到申请后，所作出的第一项决定就是“临时监护”。一旦儿童被临时监护，法庭就必须在 24 小时内告知其父母，同时也告知其作为父母的权利。在 72 小时内，法庭将组织听证决定临时监护是否继续。是否继续临时监护的建议由法庭聘请的儿童保护顾问提交。在此期间，父母有权聘请代理律师、申辩、提交证据以及质询证人。法庭必须给贫穷的父母聘请律师，除非他们明确、自愿地放弃这项权利。在听证之后，如法庭认为父母可能对儿童造成潜在伤害，则儿童将被暂时脱离家庭，否则必须归还父母。儿童的临时监护期不低于 6 个

月。

第二步是调查与矫治。如果法院判定儿童接受临时监护，就必须在 75 日内组织听证，以调查儿童被遗弃、虐待、被照顾不周或者无父母、父母无能力监护的事实。儿童保护机构在提供临时监护的同时，也要尽最大努力教育父母，以促成其洗心革面，让其能够履行基本的监护职责，最终能与子女团聚。这期间教育的内容包括：基本保健和照顾子女课程、教养课程、受监督的探视、参观公共卫生保健服务机构、情绪控制训练、精神健康咨询。如果父母在 6 个月内接受这些教育后仍不能得到矫治，而且儿童福利机构也确信父母在短期内不能成为尽责的父母，那么终止监护权的程序就启动了。不过，如果之前父母有过被终止监护权的历史，再次被起诉对子女未能尽监护职责，就将不需要 6 个月的矫正期。对于实施过谋杀、过失杀人或者侵害儿童犯罪的父母，也不需要接受矫治，直接进入终止监护权程序。

第三步是终止监护权程序。如果父母有虐待、遗弃自己的儿童的情况，在接受儿童保护机构教育的情况下，仍旧不能也不愿在近期内做出改变，那么就会被法庭终止监护权。

上述程序非常详密，如需借鉴，可以通过单行法细化规定，不必全部归入民法总则。但是笔者以为，“临时监护”和“自我矫治”原则非常重要，规定在监护一节中不显冗余。因此，建议增加一款规定：“人民法院受理撤销监护资格的申请后，应当根据民政部门的建议决定是否对被监护人实施临时监护，临时监护人由民政部门担任。在临时监护期间，民政部门对监护人的行为进行矫治，以促使其履行监护职责。矫治的情况将作为人民法院判决的重要依据。”

土地承包经营权能否继承？

2016-09-14 中国民商法律网 张泽丰

土地承包经营权能否继承，是自土地承包经营权这一具有中国特色的法律概念形成以来就引起激烈争论的问题。肯定说（认为能够继承）和否定说（认为不能继承）均有道理，且能提供逻辑自洽的论证。这种局面是由讨论者展开讨论的论域基点居于农村集体经济组织的组织法抑或财产法所致。中国社会科学院法学研究所研究员陈甦在《土地承包经营权继承机制及其阐释辨证》一文中，对两种观点进行了分析，提出应当在农村集体经济组织的组织法与财产法协调统一的前提下进行土地承包经营权继承机制的有效建构。

在土地承包经营权能否继承的讨论中，关涉对象主要是家庭承包中设立的土地承包经营权，不包括在其他方式承包中设立的土地承包经营权。

1

否定说和肯定说的立论分析

否定土地承包经营权可以继承主要出于以下考虑：（1）否定土地承包经营权的个人财产权属性，即土地承包经营权的主体是承包经营户，因此土地承包经营权是“农户”的财产而非集体成员个人的财产，故不能作为可继承遗产；（2）强调土地承包经营权的身份属性，即土地承包经营权的主体必须是本集体经济组织成员，故排除了城镇户籍继承人和非本集体经济组织的农村户籍继承人继承土地承包经营权的可能性；（3）土地承包经营权的社会保障功能，即若允许已“分户”并获得单独承包地后再跨户继承其他户的土地承包经营权，就相当于获得了两份福利，有违社会保障的公平性。

肯定土地承包经营权可以继承则基于以下理由：（1）强调土地承包经营权的财产权属性，将其完全归属于私权范畴，具有一般用益物权的性质，符合继承法立法和理论对于遗产的特征要求，应为可继承遗产；（2）淡化土地承包经营权身份法上的色彩，认为承包方虽以户为单位承包经营土地，实际上仍是按户内人口分配土地，家庭成员共同享有土地承包经营权（准共有）；（3）土地承包经营权的初始分配达致社会保障功能后，后续的自由流转和继承无须再承载该功能，且继承体现了权利的自主性和流动性，有利于提高财产权利的利用效率，进而更有利于实现社会保障。

2

否定说与肯定说的前见偏构

否定说和肯定说的争论，看起来是在继承法的范畴内讨论继承问题，实则是一个适用于农村集体经济组织的组织法与以物权法为核心的财产法的关系问题。二者各执一端：否定说割裂财产法的统一性来维护组织法的现实性，体现了对于组织法的偏好，其理论阐释的主要依据是农村土地承包法和继承法；而肯定说则维护财产法的统一性而

忽视组织法的现实性，体现了对于财产法的倚重，其法律依据主要是物权法。即使对于同一法律条文，二者在解释时也常常出现对立的观点。

否定说和肯定说的不同前见选择决定了其不同的解释路径与研究视角，事实上，二者“都需要考虑并追求的是，同一法律体系中的组织法和财产法应当是兼容的”。在现行农村集体经济组织法和物权法的框架下，两种观点设定的鸿沟无法弥合，农村土地承包经营权继承机制的合理建构无法实现。故有必要突破解释论的视角，以立法的形式将适用于农村集体经济组织的组织法与财产法协调统一起来，在此基础上方有可能实现关于土地承包经营权继承的共识。

3 组织法与财产法统一视野下的土地承包经营权继承机制构建

当前农村的集体经济组织制度体现了较多计划经济的遗存，集体成员与财产通过身份进行连接，而物权法为核心的财产法以市场经济为基础，主体与财产的连接机制以契约为结构要素。随着农村经济体制改革的深入，现行农村集体经济组织的运行机制表现出明显的不适应性，人与财产的连接方式越来越松动，内生于农村集体经济组织的土地承包经营权“概括继承”机制难以维系，必须予以放弃，在重构组织法与财产法关系的基础上，对土地承包经营权统一采取继承法上的继承机制。

同时，为合理兼顾农村集体经济组织的利益、实现组织法与财产法的平衡，必须构建相应的配套制度：（1）土地承包费重估与交纳制度，即当继承人不是本集体成员时，其可以继承土地承包经营权，但是必须向集体经济组织交纳承包费；且在发生继承时，要按照市场规则重新评估与确定土地承包费数额；（2）土地承包经营权补偿与收回请求权制度，即如果集体经济组织认为土地承包经营权继承人愿意负担的承包费过低，拒绝达成土地承包费协议，可以由集体经济组织向土地承包经营权继承人支付合理的补偿价格，然后将土地承包经营权收回。

原文从分析土地承包经营权继承问题上存在的两种截然对立的观点及其理论前提入手，但却试图摆脱两种观点所体现的前见局限，独辟蹊径，强调从组织法与财产法的统一中寻求关于土地承包经营权继承的共识，值得我们进一步深入探讨。

参考文献：陈甦：《土地承包经营权继承机制及其阐释辨证》，载《清华法学》2016年第3期。

《物权法》第29条是否规定了遗赠的物权效力？

2016-09-16 中国民商法律网 陈素素

《物权法》第29条将继承与遗赠一同规定为自受遗赠或者继承开始发生物权变动的效力，而产生物权效力的遗赠将导致承认意思主义的物权变动模式，打破了现行法的规定，与传统认为遗赠发挥债权效力的学说亦有龃龉。上海交通大学的庄加园老师通过《试论遗赠的债物两分效力》阐述了其对《物权法》第29条的解读。

1 遗赠的性质与效力

基于《继承法》第25条规定了受遗赠人需要对受遗赠做出表示，有学说认为遗赠的意思表示构成了要约，而接受遗赠构成承诺，而这一基于合同视角的解释路径与我国认为遗赠将财产无偿给予继承人之外第三人的单方法律行为冲突，遗赠并不以受遗赠人接受遗赠为条件。

由上可以看出，遗赠仍是基于法律行为的物权变动。而《物权法》第29条将遗赠与继承合并，似乎创设了将遗赠作为非基于法律行为的物权变动的例外。无论从比较法上的“公理”，还是认为遗赠并不具有交易性质因而不适用基于法律行为物权变动的学说，都无法合理说明将遗赠的物权变动定位于非基于法律行为的解释。

我国学界的通说认为遗赠具有债权效力，受遗赠人享有债权请求权。这一学说符合遗产债务的清偿顺序。同时，在我国现行的物权变动体系视角下，遗赠除了当事人的意思之外，仍需要进行公示。有学者认为《物权法》第29条混淆了遗赠生效与遗赠的物权变动，遗赠仍应当仅发生债法上的请求权。

2 反面论述：遗赠物权效力的缺陷？

有学者认为《物权法》第29条规定了遗赠开始的时间与继承相同，物权变动始于受遗赠人接受遗赠之时。有学者认为《继承法》第25条规定了遗赠物权自受遗赠人两个月内接受遗赠始。这两种观点都是认为遗赠直接导致物权变动。分析物权变动的解释是否适宜，应当以遗赠物权变动与遗产债务清偿的关系为基础进行利益衡量。

我国法律规定了遗产债务在遗产范围内有限清偿，并且税款与债务优先于遗赠，同时《继承法意见》第62条规定了受遗赠人亦有在受遗赠人价值范围内清偿遗产债务的义务。如果坚持物权效力说，但在我国奉行无条件的限定继承的背景下，由于缺乏公示催告程序、遗产清算制度，受遗赠人、继承人或者遗产管理人容易出现处分、消费

或者藏匿遗赠物等行为，原本应获清偿的债权人将处于不利清偿顺序，增加了诉讼负累。同时，债权人对于受遗赠人的债权请求权为普通债权，在查封扣押或者破产的风险下，处于劣后的不利地位。

受遗赠人责任模式要求当纯粹继承的遗产不足以清偿债务时，受遗赠人必须承担相应的清偿义务，此时受遗赠人面临着或承担外部责任，或放弃遗赠由继承人处分遗赠物的选择。外部责任增加了遗产清算的难度，妨害被继承人的债权人清偿，而内部责任关系仍需复杂的规则补充，需要确定遗赠物的处分是否为清偿债务所需。若要实现受遗赠人承担内部责任，则必须剥夺受遗赠人排除妨害的权限，禁止受遗赠人处分遗赠物直到该物不再为遗产债务清偿所需，而这种规则设计，实际上排除了遗赠的物权效力，归于债权效力的遗赠。

3 合适的解释路径

《物权法》第29条并不能得出遗赠何时发生物权变动的结论，受遗赠开始的时间点应当参照《继承法》与其他法律。受遗赠开始时并不能等同于“接受遗赠”，而是自遗赠人死亡时发生债法效力，受遗赠人获得债法请求权。同时，作为遗赠义务人的继承人或者遗嘱执行人，应当适用物权变动的一般规则将遗产分配给受遗赠人。

综上，通过对于遗赠法律性质与效力的探讨，以及对于遗赠物权效力缺陷的反面分析，确定了《物权法》第29条应当被解释为赋予受遗赠人债权请求权，而并非一种物权效力。

参考文献：庄加园：《试论遗赠的债物两分效力》，载《法学家》2015年第5期。

制度论争：公证遗嘱是绝对权威吗？

2016-09-17 中国民商法律网 张楚欣

《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第二十条第三款规定：“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。”这就意味着，若遗嘱人立有数份形式不同、内容相互抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱，则无论最后所立的公证遗嘱之后是否还有其他形式的遗嘱订立，均以该最后所立公证遗嘱为准。吉林大学郑倩博士和烟台大学房绍坤教授在《公证遗嘱优先效力论争》一文中认为，前述公证遗嘱优先效力的绝对化，实质上使得遗嘱人难以在特殊情况下依照自己的意志处分个人财产。有必要对公证遗嘱的效力领先地位予以弹性调整，赋予公证遗嘱相对优先的效力。

作为民事法律体系的一部分，且涉及自然人对个人合法财产的处分，遗嘱继承制度体现了私法中的意思自治理念以及民法对私有财产权的保护。自然人可以按照自己的意志设立遗嘱，亦可以合理地变更或者撤销已经设立的遗嘱。根据我国现行《继承法》、《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》、《遗嘱公证细则》等的规定，公证遗嘱在法定的各种遗嘱形式中具有绝对优先效力地位，公证遗嘱可以变更、撤销其他形式的遗嘱，其他形式的遗嘱不可变更、撤销公证遗嘱，公证遗嘱非经公证程序不得变更、撤销。

遗嘱继承制度以遗嘱自由为基础理念和原则，旨在确保遗嘱人能够按照自己的意志处分个人财产。而赋予公证遗嘱最高的效力位阶，即其他形式的遗嘱不得变更、撤销公证遗嘱，尽管有助于保障继承依据的真实性、合法性和稳定性，却会使处于特殊情况下的遗嘱人陷入困境，如意欲变更或者撤销公证遗嘱但确实无法进行严格且复杂的公证程序的遗嘱人。这显然是对遗嘱人变更、撤销遗嘱的制约，存在遗嘱人无法表达其个人财产最终处分意愿的可能。

相反，若公证遗嘱无优先效力，五种遗嘱形式地位完全平等，任何一种形式的遗嘱，只要是最后制作的，均可以变更、撤销制定在先的遗嘱，如此便可确保遗嘱人最终意愿得以实现。但这是最佳的制度设计吗？从现行法中公证遗嘱具有优先效力的原因来看，首先，公证遗嘱的规范性有利于确保遗嘱人意志的真实性。公证遗嘱真实性与合法性，是在公证人员的监督指导下，由具有公信力的国家公证机构依法按照程序进行证明，因此遗嘱人在订立时也必然更加谨慎与重视。其次，公证遗嘱的严肃性、规范性与较强的证明力有利于遗产纠纷诉讼的证据采信和事实认定，其效力优先性则有利于遗产继承的顺利进行。因此，绝对否认公证遗嘱的优先效力，会使公证遗嘱丧失其不可替代的优势，亦不可取。

前述两种绝对化的倾向均会在一定程度上干扰遗嘱人根据自己的意志处分个人财产，而若认可公证遗嘱的相对优先效力，则可以较好地解决这个问题。公证遗嘱的相对优先效力，即在正常情况下，其具有优先效力地位；在特殊情况下，坚持公证遗嘱的绝对优先效力会妨碍遗嘱人以自己的意志处分财产，则允许依照法律规定的步骤以其他形式的遗嘱变更或者撤销公证遗嘱。此处的特殊情况，其发生不以遗嘱人的意志为转移，其后果已超出遗嘱人合理控制的范围。

意思自治原则在民事法律体系中居于核心地位，民法的各项制度设计亦应遵循和贯彻这一原则，以尊重民事主

体合法合理的自由意志与自主意愿。而当绝对化的倾向妨碍立法原则与目的实现时，便要在具体的制度设计中注意避免。本文对于公证遗嘱效力地位的反思和检讨，理论上注重民法原则的贯彻与体系融洽，方法上亦考虑到绝对化倾向的缺陷与弊端，并提出了遗嘱制度修改的具体条文设计方案，具有一定的参考价值。

参考文献：郑倩、房绍坤：《公证遗嘱优先效力论争》，载《政法论丛》2016年第2期。

对我国继承法特留份制度的再思考

2016-09-23 法学中国

作者：杨立新，中国人民大学法学院教授；和丽军。刊载于《国家检察官学院学报》2013年第4期。

我国司法实践中存在大量请求确认遗嘱无效的诉讼纠纷，例如遗嘱人确立遗嘱，将遗产全部遗赠给“小三”，合法配偶起诉要求确认遗嘱无效；再如，遗嘱人将全部遗产遗赠给照顾自己的小保姆，其子女要求确认遗嘱无效。由于我国《继承法》没有规定特留份制度，面对遗嘱人通过遗嘱剥夺法定继承人份额时，司法机关只能选择或者以公序良俗为由否定遗嘱的意思自治，或者以牺牲法定继承人的合法权利为代价支持意思自治，而以上两种判决结果均追求单一法律价值，可能导致极端判决出现，从而破坏了法律价值体系的整体均衡。笔者曾在《中国社会科学报》上撰文[1]，主张在修订的《继承法》中移植特留份制度，以平衡亲属利益与社会利益，并与已有的必留份制度并行。有些学者提出不同意见，认为如果规定特留份制度，也应将其与必留份制度合一。但特留份制度是基于公序良俗对意思自治的限定，而必留份制度是基于对弱势群体的保护而对意思自治的补正，两种制度不能相互替代，更不能合一。本文针对上述反对意见，将从特留份制度在域外法律体系中体现出的立法价值、构成要素及其对我国司法实践的填补三个方面阐释《继承法》引入该制度的必要性，同时提出特留份立法规则设计，以此推动《继承法》的修改、完善。

一、特留份制度的必要性

（一）我国特留份制度的缺失及后果

我国从古至今，家的观念历来是传统道德的重要组成部分，个人都是家庭、家族、国的附属，个人价值只有处于特定的家庭、家族、社会、国家且与之趋同才能得到认同与体现，个人自由及个人财产所有权的理念远不如西方社会那样广为贯彻。尽管有着遗命、遗训、遗言或遗令等所谓的遗嘱可见于《国语·周语上》、《左传·哀公三年》及《后汉书·樊宏传》等，作为生前预先处分财产留给亲属、后代的遗嘱在秦汉时就已出现，且当时的官府在案件审理中就已经承认遗嘱继承的有效性，但基于个人财产权基础上的遗嘱自由从来就被限制。所以，遗嘱继承作为正式的法律概念，在《宋刑统·户婚》所引唐丧葬令中才有出现。[2]可见，在严格执行法定继承而排斥遗嘱继承的情况下，特留份制度的功能完全可通过法定继承得以实现，没有必要设置独立的特留份制度。

近代以来，在个人自由观念及个人财产权意识逐渐为社会接受、法律认可并推崇的情形下，遗嘱自由成为财产所有人处分自己财产时所奉行的原则，我国迅速从一个严格遵循法定继承而排斥遗嘱自由的国家，转变成一个不仅承认遗嘱继承和遗赠，而且对遗嘱自由限制最少的国家，所设置的限制仅有必留份制度，即《继承法》第19条关于“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”的规定。对此，有的将其误解为“特留份”制度，不对特留份制度与必留份制度作区分，甚至有些法规编辑者还直接将此条文冠名为“特留份规定”。这样的认识和做法都是错误的，会导致后学者对该制度以讹传讹，无助于理解与健全合理的继承法律制度。诚然，必留份规定的确会对遗嘱自由有所修正，但就其本质，实为必留份而非特留份。另外，我国对未出生胎儿预留份的规定，与赋予继承人以外的依靠被继承人扶养的无劳动能力又无生活来源的人以遗产酌给请求权一样，都是对遗嘱自由的限制，但均不属于特留份或必留份。

特留份制度是各国继承法的普遍制度，体现的是对遗嘱自由的必要限制，其制度的价值功能普世接受。我国《继承法》对此制度没有规定，如果被继承人在遗嘱中将遗产遗赠他人而不是留归其最亲密的配偶及血亲，被继承人的配偶及血亲的继承利益便无从保证。这对一个自视重视传统伦理，自视极端重视家庭传统道德，努力健全法治，意图把保护公民利益放在首位的国家来说，不能不说是一种重大的缺憾。随着社会的发展及个人财产独立经济意识的增强，在遗嘱自由渐为普遍实践的情况下，特留份制度缺失的负面效果将会更加明显，基于法律对遗嘱自由的绝对

支持，伦理道德观念更可以随意被践踏。正因为如此，修订我国《继承法》，为实践优良的传统道德伦理精神，保护特定的法定继承人的利益，让其继承遗产的权利不因遗嘱自由而丧失，急需明确设置特留份制度。

（二）国外立法例的比较大陆法系

特留份制度的历史源流及各国立法例有所不同，可以分为法国模式和德国模式。此外，在英美法系，英国、澳大利亚各司法管辖区都确立了遗属供养制度，美国法没有遗属供养制度，但不同的州分别选择适用寡妇产、鳏夫产、宅园份、动产先取份、临时家庭生活费、可选择份额等遗属保留份，来保护法定继承人的部分或全部继承权。[3] 尽管称谓各异，实施的方式也不尽相同，但其重点都是给予与被继承人共同生活者或期待其死后仰靠其财产者一定的特留财产，以为生活之保障。[4]

1. 法国模式

采法国模式立法的主要有法国、瑞士、比利时、荷兰、意大利、西班牙、葡萄牙、日本等国。

法国模式的特留份制度继受于日耳曼法。依日耳曼法的家产制，家长的财产处分权受家属的继承期待权的拘束，在教会奖励施舍而承认遗嘱处分的效力后，将遗产主要部分保留于法定继承人手中仍是维持家所必须，被继承人仅能就此以外的其余部为自由处分，即日耳曼法所谓的自由份权。特留份便是被继承人的遗产扣除自由份后的剩余部分，其他法定继承人不得剥夺。正如《法国民法典》规定：“特留份是法律规定在被称为特留份继承人的特定继承人受召唤并接受继承时，确保向其转移属于遗产的不带任何负担的财产与权利之部分。可处分的财产部分是指法律没有规定应作为特留份的、死者可以自由地无偿处分的遗产与权利之部分。”[5]

据此，法国法将被继承人的遗产分为两部分：一为特留份，它是强制从被继承人的遗产中划出后确保转移给特定继承人的无任何负担的财产权利，它实为遗产的一部分，有资格享有的仅限于法定继承人，非法定继承人不得请求特留份。且被继承人无权对特留份继承人进行选择，也无权处分特留份。特留份存在的实质，就是对被继承人遗嘱自由的限制。二为可自由处分的遗产，是指遗产中扣除特留份后，死者可以自由无偿对其进行处分的部分。从性质上看，法国将特留份定性为继承权，非继承人不得享有，丧失继承权或抛弃继承权之人当然丧失特留份权。特留份以遗产为标的，以不带任何负担的积极财产为其计算基础。

法国将被继承人遗产作两部分划分的依据是被继承人死亡时继承人类型的不同。“如财产处分人死亡时仅留有子女1人，其可以通过生前赠与或遗嘱无偿处分的财产部分不超过其全部财产的1/2；如处分人留有子女2人，其有权以此种方式无偿处分的财产部分不得超过其全部财产的1/3；如其留有子女3人或3人以上，可以无偿处分的财产不得超过本人所有的财产的1/4。”被继承人不得用遗嘱处分的部分便为特留份。在计算特留份继承人的人数时，只要是继承人的直系卑血亲，不论属何亲等，均以子女的名义包括在其中。“如果财产处分人没有直系卑血亲，但有与其未离婚的健在配偶，其可以通过生前赠与或遗嘱无偿处分的财产部分，不得超过其财产的3/4。”“财产处分人没有直系卑血亲也没有与其未离婚的健在配偶的情况下，得通过生前赠与或遗嘱无代价处分其全部财产。”

法国模式特留份制度以被继承人的财产属于家的观念为基础，以法定继承主义为出发点[6]由于法国的第2006-728号法律废止了直系尊血亲享有特留份，故法国特留份权利享有者仅包括配偶及直系卑血亲。配偶与子女相较，子女能享有更多的特留份财产权利。仅就被继承人的子女而言，子女人数越多，特留份数额就越大，被继承人能自由处分的财产就越少。只有当被继承人既没有直系卑血亲也没有健在配偶时，方可彻底地自由处分自己的财产。特留份的计算是以被继承人的遗产总额为参照数额。特留份作为不可侵害的继承份，被继承人为遗嘱时必须得留有部分遗产以保证特留份权的实现，否则被侵害人得通过扣减而从其他法定继承人处取回遗产。

2. 德国模式

德国、奥地利的特留份制度继受于罗马法义务份的规定，始基于对近亲的慈爱义务及经济扶养的观点而创设。罗马共和制末期，家制崩坏，家长权基础松弛，遗嘱自由被滥用而导致死者近亲属不得继承遗产，为确保死者对近

亲的扶养义务而产生了义务份制度。义务份权人，即特留份权利人非以继承人资格，而是以被继承人近亲的资格享有特留份。如果死者的遗嘱非因正当理由未遗留给近亲属以适当的财产，即当近亲属的义务份受到遗嘱侵害时，这些应由遗嘱人赡养抚育的亲属基于自己享有特留份权，可以向遗嘱指定的继承人请求自己的特留份，在无其他救济办法的情况下有权提起遗嘱逆伦之诉，以保护他们的继承权。[7]至优帝法，必然的继承人取得份，就其不足义务份之额，惟得提起义务份补充之诉，即惟有债权的请求权。[8]即该权利最终是通过遗产的继承人给予一定数额金钱的方式来实现。

《德国民法典》用一章共 36 条对特留份进行了详细规定。第 2303 条规定：“被继承人的晚辈直系血亲因死因处分而被排除在继承人之外的，该晚辈直系血亲可以向继承人请求特留份。特留份为法定应继份的价额的一半。被继承人的父母或配偶因死因处分而被排除在继承之外的，他们有同一权利。”在德国模式，特留份权利主体包括因死因处分被排除在遗嘱继承人之外的被继承人的父母、配偶、晚辈直系血亲，其均本为法定继承人。特留份权的义务主体为其他遗嘱继承人。当特留份权利人因死因处分被排除在遗嘱继承之外时，其可以向其他遗嘱继承人行使特留份请求权。当特留份份额不足时，特留份权利人有权向其他遗嘱继承人请求补足特留份。根据规定，特留份数额为法定应继份额的一半。特留份请求权在继承开始时发生，而且可以继承和转让。[9]在发生特定情形时，被继承人还可以剥夺晚辈直系血亲的特留份或对之进行限制。

德国模式的特留份制度以遗产自由处分为基础，以遗嘱继承主义为出发点。[10]从其性质而言，特留份是特留份权利人对其他继承人享有的一种请求权，属于债权。特留份的计算是以特留份权利人的应继份份额作为参照数额。当其权利受到侵害时，特留份权利人可以通过债权请求权的方式对其权利寻求救济。按规定，该请求并不会导致被继承人超过义务份的遗嘱处分行为无效，其他遗嘱继承人也可以用金钱等替代方式对权利人享有的特留份进行偿付，而不用涉及遗产实物的分割。这有助于遗产作为经济实物时具体功能的维系。

3. 英美法模式

英国曾是世界上将私法自治在继承法领域贯彻得最为彻底的国家，其 1837 年颁布的《遗嘱法》对遗嘱设立采取绝对自由的态度，父母可以任意剥夺法定继承人的继承权而将遗产给他人，且不受特留份或保留份的限制。在当时，“没有应继份的规定是英国遗嘱制度的一个重要特点。”[11]“近代英国法律学者，或有以此自由为绝对的，无限制者；又有以此为‘英国法最显著特色之一’者，尚有人以为‘这唯于英国法始能享有之特权。’”[12]当特留份制度作为限制遗嘱自由的最有力手段在世界范围内以一种不可逆转的趋势陆续得到贯彻时，英国 1938 年颁布的《家庭供养条例》规定被继承人对家庭成员负有不可推卸的扶养义务。其后，通过不同法规的修订完善及扩展，[13]英国最终确立以 1975 年通过的《继承法》及 1995 年通过的《继承改革法》为具体操作规则的适当扶养制度。按其继承法，英国要求被继承人将其一定数额的财产遗留给配偶和子女，如果遗产全部被遗赠给他人，则被继承人的合法配偶、无效婚姻中的配偶、离婚后尚未再婚的配偶、婚生和非婚生子女，可排除被继承人的遗嘱而继承部分遗产。同时，英国继承法赋予被继承人的配偶、未成年及不能自立生活的子女请求“财政津贴”的权利，均含有特留份的性质。而英国继承法对“财政津贴”的规定具有很大弹性，数额由法院因人、因时、因地而定，起点与我国继承法关于必留份的确定方法很相似。[14]

在美国，采用《美国统一继承法》的州都赋予被继承人的配偶、未成年子女和未独立生活的子女享有宅园特留份、豁免财产、家庭特留份的权利。故其特留份可根据财产的种类分为三种：宅园特留份、豁免财产、家庭特留份。但其对象均不是具体或特定的财产，实现方式都是从被继承人财产中提取一定数额价值的财产。故其特留份为债权性质。家庭特留份还“可以以现款一次付清，也可以在一定期间内分期付清……，家庭特留份是豁免财产，并优先于宅园特留份之外的其他债权受偿。”在权利的实现顺序上，配偶优先于子女享有特留份。[15]

与法、德等国相比，大陆法系国家特留份制度更偏重保护家族利益，防止遗产分散。英美法系国家规定特留份权利人时更看重继承人的需要，不仅要求权利人具有配偶子女身份，而且还要有受扶养的客观需要，如未成年及不能自立生活等。因此，英美等国特留份的形式更具有多样性，特留份权利的实现途径也各有不同。无论是英国的适当扶养制度、“财政津贴”权利，还是美国的宅园特留份、豁免财产或家庭特留份，其都是通过限制被继承人的遗

嘱自由来保护配偶、子女对遗产的利益。

（三）设立特留份制度的必要性

特留份，是指法律规定的遗嘱人不得以遗嘱取消的，由特定的法定继承人继承的遗产份额。[16]它起源于罗马法的义务份制度与日耳曼法上的特留份制度，[17]经由近现代以来各国的继受与发展，已成为保护被继承人较近血亲和配偶的利益而对被继承人遗嘱自由进行适度限制的制度。基于继受的源流不同，各国通过特留份制度对被继承人的意志进行强制性引导时，平衡被继承人的财产处分自由与其亲属利益、社会利益的手段也各不相同。从以上对法、德及英美等国立法例的分析可以看出，特留份制度的产生并不是出于偶然，而是根源于保护家庭亲属利益的客观需要。无论是继受于日耳曼法的法国模式，还是继受于罗马法义务份的德国模式，或是英美等国基于继承人的需要灵活采取的形式，都是以限制被继承人遗嘱自由的方式，保证遗产依传统尽量留归配偶、血亲，而不外流。各国随其发展均采纳且健全此制度也皆因该制度在继承法领域存在着重要的价值，发挥着重要的功能。

1. 限制遗嘱自由功能

就特留份的具体称谓、权利享有者、份额及其操作规则而言，各国的规定不尽相同，但各国特留份制度的根本目的，都是为避免被继承人在遗嘱处分时因过分偏爱某人而忽视其亲密的法定继承血亲的利益，故对被继承人的遗嘱自由进行限制，以保护被继承人一定范围内亲属的利益。

从继承制度的发展过程来看，古代社会基于对家庭、社会利益的重点保护，个人的人格被家庭和家族所吸收，个人的遗嘱自由受到极大限制。如密拉格利亚指出的：“古时社会的权利占优势，个人的权利则不重视。那时惟一盛行的权利，是表示家庭权利卓越的法定继承，而不是个人行为的遗嘱继承。”[18]在此，家是财产的主体，个人是家的附庸，甚至其人格也被家吸收，家长作为家的财产管理人也不具有处分财产的自由，所以也不存在产生特留份的可能。随着个人财产所有权在法律上得到承认，遗嘱便以财产所有人表达自由意志的方式得到法律的认可与尊重，遗嘱自由就成为继承领域意志自由的直接体现。当遗嘱自由发展到极致，遗嘱已经危及家庭的利益及那些需要遗嘱人抚养的家属的利益时，对遗嘱自由进行限制就成为社会发展的客观需要。此时，须对遗嘱自由进行适当限制，以达成遗嘱人与家庭、社会及需要抚养家属间利益的平衡，以矫正滥用遗嘱自由而导致的负面效果。正如学者所言：“继承的法律，应调和家庭的权利与个人的正当要求，不可忽视继承的权利与家庭有直接的关联，足以影响于公共团体，故与国家有重大的利害关系。”[19]基于限制遗嘱自由的目的，为保障与被继承人关系紧密的血亲、配偶及其他近亲能够享有被继承人的遗产，特留份制度便在各国的继受与完善。在这里，英国继承法的立法发展具有足够的说服力。

2. 继承传递功能

在世界各国，享有特留份权利的主体通常是特定的，往往仅限于被继承人的配偶和直系血亲。无论采用何种模式设置特留份制度，其权利主体多仅包括配偶、直系卑血亲、直系尊血亲中的父母，其他血缘亲属即使是法定继承人也多不是特留份权利人。即使采用全部血亲均为继承人的德国也是如此。[20]从权利的确定看，法定继承人的范围及顺序是根据对被继承人意愿推定得出，在推定过程中已经对个人、家庭、社会等多方利益因素进行权衡，而特留份只不过是违背遗嘱自由违背法定继承核心理念时对其所做的限制，因此，特留份权利人的范围与顺序往往是法定继承人范围与顺序中最为重要、核心的部分。故特留份权利人都在法定继承人的范围内，其顺序也与法定继承人的顺序相一致。所以说，特留份是不可改变的法定继承份，无论它是以遗产继承的方式获取，还是以债权的方式获得，其性质均属于遗产利益的继承，即排斥遗嘱继承的法定继承。其本质仍然在于保障被继承人的遗产仅在其最亲密的血亲之间传递而不外流，贯彻着遗产按传统仅限于血亲之间继承传递的基本理念，体现着特留份制度所具有的遗产继承传递功能。

3. 分配调控功能

基于各国特留份制度继受的法律源流不同，以及法律制度、法律体系、社会伦理、家庭结构的差异，各国在特

留份的具体操作手段上有所不同，并出现“特留份”、“保留份”、“必留份”、“必继份”、“抚养费”等不同称谓。同时，出于不同因素的考虑及兼顾平衡利益对象的差异，各国特留份权利人的范围及顺序不尽一致，但一般都与其法定继承人的范围及顺序相吻合，且都只将顺序最靠前的一至两个顺序的法定继承人列为特留份权利人。两大法系都将配偶、子女作为特留份权利主体的重点保护对象，至多再加上父母，其他亲属多因居于相对次要地位而不纳入。排除源流导致的差异，特留份制度，其本质是为保障被继承人的配偶、关系紧密的血缘亲属的利益，将被继承人遗产中的一部分强制无负担地划归其享有，让其不因被继承人的遗嘱而失去继承权。

以特留份制度对遗嘱自由进行限制并对遗产进行分配，有其正当性。正如学者所言，特留份是被继承人依遗嘱处分其遗产时，依法为法定继承人保留的一定数量的遗产份额，其目的在于防止家长对遗嘱自由的滥用和家产的分散，确保家子享有受抚养的权利。[21]从传统道义上看，死者与其直系卑亲属、直系尊亲属中的父母及兄弟姐妹均为近亲，与配偶乃为夫妻，他们之间均存在密切的亲属关系，死者如果不将遗产的一部分留归此类最亲密的人而尽予他人，则与传统道义相违背，为社会人情所谴责。从社会利益及个人需要上看，死者的配偶、关系紧密的血缘亲属与死者在现实生活中多形成扶养关系，其中部分人还必须得依靠死者的遗产才能生活，基于生活的客观需要他们也会对死者的财产心存期待。在此情形，如果以特留份的形式将遗产中的一部分按既定规则进行分配，让特定继承人获得生活的供养及经济上的保障，由此让其获得独立的生活能力，不再另寻他人扶养或社会供养而增加社会的负担，这在社会保障制度尚不健全的国家尤为重要。从适用范围上看，各国都将特留份权利人控制在法定继承人的范围内，即只有与被继承人关系最为紧密的少数继承人才能享有特留份。而部分家制尚存的国家或地区，如台湾，以特留份的方式保障与死者具有紧密关系的亲属获得死者的财产，这本身就具有维持家庭生活及家庭继承繁荣的意义。

4. 价值保持功能

在不同立法例，特留份的实现方式并不相同，但无论以继承权还是以债权实现特留份，特留份权利人只能取得遗产的一部分而不是全部。以继承权方式实现时，特留份权利人可以取得某项具体遗产的所有权。如依法国的继承权模式，特留份权利人便有权要求实物分割，这将可能导致在分割过程中实物价值被减损，且直接危及遗产的经济功能。以债权方式实现时，特留份权利人只取得法定数额的金钱。如依德国的债权模式，对于特留份权利人的特留份请求权，其他法定继承人可以金钱等替代方式对之进行支付，遗产不存在被实物分割的情形，其经济功能自然不会因特留份权的行使而受减损。

如果《继承法》规定了特留份制度，体现了这一制度的上述功能，再遇到“泸州‘二奶’遗赠案”，[22]就完全有具体的法律规则予以应对，而不会援引公序良俗原则否定遗嘱的效力，既尊重遗嘱人的自由，又能够保障特留份权利人的权利。

二、必留份与特留份的区别

基于理论或实践中，都出现将我国《继承法》规定的必留份误认为是特留份的现象，甚至认为我国《继承法》已经规定了必留份，没有必要再规定特留份制度。因而，有必要对必留份与特留份作明确的区分。

根据我国《继承法》第19条规定，必留份是从被继承人的遗产中，为缺乏劳动能力又没生活来源的继承人保留的排除遗嘱继承与法定继承适用的必要遗产份额。其特点是：首先，必留份的主体必须是法定继承人，至于其位于哪一继承顺序并不重要；其次，只有在遗嘱生效时，法定继承人同时具备缺乏劳动能力又没有生活来源这两个条件，才能从普通的法定继承人转变为必留份权利人，也才能具有排除法定继承与遗嘱继承优先享有必留份的权利；再次，按现行规定，必留份权利人所享有的遗产份额不固定，需结合被继承人的遗产数额及必留份权利人的具体情况及需要来决定；最后，基于必留份权利人对被继承人遗产的需要是基于其基本生活保障，故在继承人中如果存在必留份权利人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按规定清偿债务。[23]

从必留份的含义及其操作规则来看，其与特留份制度的确有相似之处，都是从总体上通过对遗嘱自由进行限制，

以将遗产的一定份额留归少部分法定继承人。但就具体制度来看，二者差别甚为明显。首先，从权利主体的角度来看，特留份权利人均多固定为被继承人的配偶、子女，至多再加上父母，是法定继承人中排序最靠前，与被继承人关系最为亲密，最有资格继承遗产者。而必留份权利人的设定只要求是法定继承人，且同时具备缺乏劳动能力又没生活来源便可，不必考虑其在法定继承人中的序位。其次，从权利实现的角度来看，我国继承法规定的为“双无”人员保留必要遗产份额方式实现的必留份，尽管在具体继承时，按遗产分割规则和方法可以采取折价、适当补偿或共有等方法变通处理，但总体而言，它仍是一种遗产继承权。而特留份制度基于不同的模式，或为遗产继承权，或为债权性质的请求权，或为二者的结合使用，这取决于各国继受此制度时的价值选择。再次，从权利人享有的遗产份额来看，我国对必留份没有规定具体数额，司法实践中通常根据被继承人的遗产数额及必留份权利人的具体情况及需要来决定。而对于特留份，无论是以被继承人的遗产总额为参照数额，还是以特留份权利人的应继份额为参照数额，世界各国对之都规定了确定的比例，英美法系国家有的甚至规定了具体数额。最后，从权利的优先性来看，必留份乃为法定继承人基本生活之必需，权利人如不得享有必留份，其生存都会面临困难，故我国法律规定，在继承时如有必留份权利人，那么即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按规定清偿债务。即必留份优先于债权实现。但特留份不能优先于债权，只能待遗产债务清偿完后实现。

从特留份与必留份的异同可见，尽管二者的权利人均均为法定继承人，但具体适用的对象明显不同，实现手段也各有差别，是否具有优先性更完全有异，二者间的差异远远大于其共性。所以说，必留份无法纳入特留份，特留份也无法包容必留份，更不能以必留份代替特留份，二者客观上也无法合一。基于此，在我国《继承法》修订时，特留份必须专门规定。

三、特留份的制度设计

综上可见，由于起源、继受不同及其他因素的综合影响，各国通过特留份对被继承人意志进行强制性引导时，协调被继承人的财产处分自由与亲属利益、社会利益之间平衡的手段各有不同。我国新构建特留份制度，既要立足于原有的继承法律制度体系，更要借鉴他国不同模式特留份制度的优点，以发挥最佳功能。在我国构建特留份制度应当秉承优良的道德传统，防止遗嘱自由被滥用而危及特殊法定继承人的利益，更需防止因过度的遗嘱自由而出现违背公序良俗的情形发生。为此，设置特留份制度，必须对特留份的权利主体、取得方式、取得份额、丧失情形等作明确规定，以确保特留份权利的实现，体现特留份制度的应有价值。同时，依据财产所有权具有的保证遗嘱自由能最大程度实现的秉性，也得对特留份的适用范围、条件、数额等进行严格的控制，以保证财产所有人最大程度上按自己的意志对其私有财产进行处分。

（一）特留份权利主体的规则

作为法定不可被侵害的部分，特留份是一定范围内的法定继承人基于不可被剥夺的法定继承权而享有的遗产份额。有资格获得者，必须是法定继承人，其获得基础仍然是法定继承权。基于法定继承人是否享有特留份或必留份，可将其分为两类：

一为普通法定继承人。该类继承人依法定继承顺序享有遗产继承权，如果被继承人留有有效遗嘱并对遗产作全部处分，其不得参与遗产继承。仅当被继承人没有遗嘱，或遗嘱无效，或遗嘱没有处分全部遗产时，其方能享有继承遗产利益的机会。二为特殊法定继承人，即特留份权利人（也包括必留份权利人）也是法定继承人，依其身份本就有权按法定规则、顺序取得遗产。基于该类人中的部分法定继承人或因与被继承人关系较为亲密必须得承继部分遗产，或因缺乏劳动能力又没生活来源故急需遗产维持生计，法律规定被继承人留有遗嘱时，不得剥夺此类人享有一定遗产的权利。即通过适度限制被继承人遗嘱自由的方式确保此类人有权从被继承人处取得遗产。其取得部分特留份遗产的前提仍是法定继承人身份，故可将此类人称为不能被剥夺继承权的法定继承人或特殊的法定继承人。

由于特留份实为法定继承人所享有而被继承人不得剥夺的必继份，故特留份权利主体的范围及享有遗产的份额，应遵照法定继承相同的标准与原理来确定。确定特留份权利主体范围时，借鉴国外立法例，既不宜过宽，也不宜过

窄。我国建立特留份制度，特留份权人的范围包括与被继承人关系最为亲密的子女、配偶以及父母，并根据其与被继承人的亲密程度确定所享有的特留份比例。对于其他法定继承人，不应纳入特留份权利人的范围。

（二）特留份权利行使的规则

1. 特留份份额的确定规则

特留份是继承人继承的特定应继份，除该部分外，被继承人对剩余部分遗产可以自由处分。基于特留份是纯粹的积极财产，故在计算时应扣除债务。有特留份制度的国家，也都明确规定特留份的计算标准和方法。[24]尽管数额比例不一，但总体上其份额都低于法定应继份，且往往是法定应继份的一半。

特留份的存在以被继承人的财产权为基础，只有当被继承人留有遗产的情况下，特定的法定继承人才能享有特留份。设置特留份制度，须考虑并兼顾财产所有人的意志。无论从被继承人应该承担的道义责任，还是从生前所负的扶养、扶助义务看，享有其遗产的权利主体不应仅仅被推定为特留份权利人，而毫不考虑被继承人的遗愿而剥夺其他遗嘱继承人的利益。因此，作为纯粹积极财产的特留份，对其数额的规定应以弹性或比例性的数额来规定，不应采用美国一样的固定数额。我们建议，直接依据被继承人留下的不包括任何债务的积极财产作为实现特留份的基础，按继承人应继份的比例来确定其特留份的份额。这种方式便于确定具体数额，能在保障特留份权利人利益的同时，兼顾到被继承人依自己意志对其遗产所作的利益安排。这也符合利用特留份制度对遗嘱自由进行适度限制，以协调平衡财产所有人的遗嘱自由权与特别的法定继承人不可被剥夺的法定继承权，能更为合理的兼顾特留份权利主体的利益与被继承人的遗愿，协调好多方利益的平衡。

我们建议，在特留份权利人子女、配偶与父母当中，根据他们与被继承人的亲密程度来确定其所享有的特留份比例。特留份权利人享有的具体份额为：配偶、子女享有的特留份为其应继份的1/2；父母享有的特留份为其应继份的1/3。

2. 特留份权利的实现方式

特留份是指被继承人遗产中不能用遗嘱加以处分的、按一定比例特定留给其法定继承人继承的部分。[25]在确定特留份份额时，各国多以被继承人遗留的积极财产为基数，并不包括遗产债务等消极财产在其中。特留份作为必继份，应是纯粹的积极财产，不包括任何遗产债务。我国修订《继承法》，同时也应规定相应的归扣制度，且在计算特留份、必留份时都应适用。

在继承开始后，特留份权利人可基于保全请求权保全其特留份。如果遗嘱人在遗嘱中没有对特留份作出安排，特留份权利人便有权请求遗产管理人或相关人从遗产中扣减出特留份的份额，故特留份权利的实现也是特别继承权的落实。所以，在实现特留份权利时，以行使继承权的方式来实现特留份更符合特留份实为遗产法定继承份的本质。正如依法国模式，实现特留份按遗产继承规则进行，而不以债权的方式实现。但按此方式实现特留份，在特留份份额所涉遗物与遗嘱处分所涉遗物不发生冲突时尚可，如发生冲突，就存在依据客观情况变通适用的可能。

被继承人为遗嘱时，往往会根据遗产的性能、价值及继承人的需要等决定遗产的归属，而法律也应充分尊重遗嘱人的自由安排。在被继承人与继承人之间，非金钱类遗物除具有财产的性能外，往往还有其他特别的价值与性能附属其上，比如提供方便的住宿、寄托人的感情与思念等。当法律出于对特留份权利人的保护，因执行特留份而不得不对已被遗嘱人合理安排的遗物变更所有人时，这将可能直接影响特定遗物效用的发挥。故实现特留份时，不应完全遵从法国模式全部采用遗产继承规则来分割，而应视遗嘱是否与特留份发生冲突来区别对待。当二者没有冲突时，遗嘱及特留份均按相应规则处理。当二者发生冲突时，遗嘱涉及的部分原则上按遗产继承规则处理，特留份涉及的部分在不影响遗物效能发挥的前提下按遗产继承规则处理。在特留份的实现影响到遗物效能发挥时，基于特留份的立法目的仅在于保护特留份权利人的继承利益，而非享用被继承人的遗产实物。为尽量保证遗物能按遗嘱人的安排发挥最佳功能及效用，可以由遗嘱继承人选择，或者依遗产继承规则对遗物进行实物分配，或者允许遗嘱继承

人用金钱等以债的形式对特留份进行替代偿付，以此实现特留份权利。这也符合我国《继承法》及司法解释中遗产分割的规则和方法。[26]

3. 特留份权的丧失规则

在被继承人留有遗产的情况下，作为法定继承人享有的特留份存在因出现某些特定情形而丧失的问题。与继承权因放弃而丧失相同，特留份权利也会因权利人的明示放弃而丧失，即在被继承人死亡后、遗产处理前放弃特留份均会发生丧失的法律效果。除明示放弃外，如果特留份权利人的行为具有放弃特留份权利的性质，如特留份权利人已经向受赠人履行支付标的义务的，应视其放弃特留份。在特留份权利人放弃或被视为放弃特留份后，均不得再主张特留份权利。

尽管特留份权实为不可剥夺的继承权，但其保护的侧重点却与继承权有所不同。法律规定继承权的目的是为了对法定继承人的利益进行一般保护，而特留份的立法目的则在于对法定继承人的继承利益进行特殊保护。[27]二者间包含与被包含的关系将导致权利人放弃不同的权利时会产生不同的法律后果。因特留份权以继承权为基础且包含于继承权中，故继承人享有法定继承份时就无权再享有特留份，继承人放弃继承权就意味着放弃特留份权，但其放弃特留份权并不意味着放弃继承权。所以，在同时存在其他继承人时，当某一个继承人放弃继承权就意味着其他继承人所享有的遗产份额包括特留份的份额都将随之增加，此时，如果该国继承法承认遗产的归扣制度与特留份的追索制度，则基于其他继承人特留份数额的增加，放弃继承权的人所丧失的可能就不仅仅是一种可得利益，在他曾经于被继承人死前受有特种赠与的情况下，他将受到因其他继承人特留份权利增加而导致的追索。但当某一个继承人仅放弃特留份权利时，意味着其他继承人仅仅在他放弃的特留份的份额内获益。

特留份权除因放弃而丧失外，也会因继承人实施某些违法或严重违法伦理道德的行为后被剥夺而丧失。对此，与继承权丧失的情形相统一，执行同样的标准及规则。

4. 特留份权利的恢复规则

基于特留份的本质实为继承份，故特留份的丧失与恢复应该遵循与继承权丧失与恢复大体相同的规则。依据《继承法》，当享有继承权的权利人实施了故意杀害被继承人，为争夺遗产而杀害其他继承人，遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重，伪造、篡改或者销毁遗嘱情节严重的行为时，其享有的继承权便丧失。同时，司法解释又规定，对继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。如果我国特留份恢复的规则也如此执行，将会过于苛严，且与国际通行的作法完全违背。

基于特留份实为必继份，属于法定继承人所享有的不能被遗嘱人以遗嘱剥夺的特有部分，相较其他法定继承权而言，特留份权受到的保护力度应该更大。故其因法定情形丧失后，经宽宥而恢复自然应该比恢复已丧失的继承权更为宽松，方为合理。结合目前世界各国大都规定经由被继承人的宽宥可全部恢复继承人已丧失的继承权，少数国家虽不允许经宽宥恢复继承人已丧失的继承权，但也允许恢复已被剥夺的特留份的做法，我们建议，所有因法定情形丧失的特留份，均可因被继承人的宽宥而恢复，且不附加任何限制条件。

（三）特留份与遗嘱、法定继承的冲突处理规则

特留份作为限制遗嘱自由的一种手段或措施，其限制作用只有当遗嘱内容或法定继承与特留份相冲突时才会得到体现。当被继承人的遗嘱没有危及特留份时，遗嘱将得到法律的认可并被执行。

当被继承人以遗嘱处分完所有遗产，却没有在遗嘱中为特留份权利人留下特留份时，如果遗嘱人设立的遗嘱继承人已经包括特留份权利人，且其通过遗嘱继承享有的遗产份额已经等于或超过其应该获得的特留份份额时，其应享有的特留份已经包含于遗嘱继承份中，故特留份权利人无权再另行主张特留份。如果遗嘱人设立的遗嘱继承人已

经包括特留份权利人，但其通过遗嘱继承享有的遗产份额低于应该获得的特留份份额时，特留份权利人有权就特留份的不足部分主张权利，其方法与主张遗产权利相同。遗嘱中涉及该特留份不足的部分无效，其他部分仍然有效。如果遗嘱人没有设立特留份权利人为遗嘱继承人，则该遗嘱中涉及特留份相应比例的部分无效，且须得先为特留份权利人留下相应份额的遗产后，遗产中的其他部分才能按遗嘱执行。

当被继承人以遗嘱对部分遗产进行处分，但尚有部分遗产未经遗嘱处分而须按法定继承分配时，如果遗嘱人已经设立特留份权利人为遗嘱继承人，且其通过遗嘱继承享有的遗产份额已经等于或超过其应该获得的特留份份额时，特留份权利人无权再另行主张特留份。如果遗嘱人已经设立特留份权利人为遗嘱继承人，但其通过遗嘱继承享有的遗产份额不足其应该获得的特留份份额时，特留份权利人得主张先以未经遗嘱处分部分的遗产来实现自己的特留份。只有当该部分遗产份额不能补足待实现的特留份时，才能以遗嘱处分的遗产部分来补足特留份。此时，遗嘱相关部分的效力问题按前述规则处理。

【注释】

[1]杨立新：《在〈继承法〉中规定特留份制度》[N]，《中国社会科学报》，2012-07-18，A-07版。

[2]程维荣：《中国继承制度史》[M]，东方出版中心2006年版，第288-289页。

[3]魏小军：《遗嘱有效要件研究：以比较法学为主要视角》[M]，中国法制出版社2010年版，第150-151页。

[4]陈棋炎等：《民法继承新论》[M]，三民书局1998年版，第457页。

[5]参见《法国民法典》第912条（2006年6月23日第2006-728号法律）、第913条（2007年1月3日第72-3号法律）、第914-1条（2001年12月3日第2001-1135号法律第13条）、第916条（2001年12月3日第2001-1135号法律第13条），罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第260-261页。

[6]同前注[4]，第385页。

[7]周枬：《罗马法原论》[M]，商务印书馆2009年版，第524-529页。

[8]史尚宽：《继承法论》[M]，中国政法大学出版社2000年版，第607页。

[9]《德国民法典》[M]（第3版）第2317条，陈卫佐译，法律出版社2010年版，第624页。

[10]同前注[4]，第383-384页。

[11]何勤华、魏琼：《西方民法史》[M]，北京大学出版社2006年版，第414页。

[12]陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》[M]，三民书局1980年版，第451页。

[13]其间，经由1952年《无遗嘱继承条例》的修正，1958年《婚姻诉讼（财产和抚养条例）》、1966年《继承法》和1969年《家庭改革法令》的扩展。

[14]参见刘文：《继承法比较研究》[M]，中国人民公安大学出版社2004年版，第257页；刘春茂：《中国民法学·财产继承》[M]，人民法院出版社2008年版，第317页。

[15]刘春茂：《中国民法学·财产继承》[M]，人民法院出版社2008年版，第317-318页。

[16]杨立新：《对修正〈继承法〉十个问题的意见》[J]，《法律适用》2012年第8期。

[17]史尚宽：《继承法论》[M]，中国政法大学出版社2000年版，第606-607页。

[18][意]密拉格利亚：《比较法律哲学》[M]，朱敏章等译，中国政法大学出版社2005年版，第542页。

[19]同前注[18]，第541-542页。

[20]参见陈卫佐译注：《德国民法典》[M]，法律出版社2010年第3版，第551-553页。该法典将法定继承人规定为五个顺序，所涉及的法定继承人范围包括比被继承人的祖父母的父母及外祖父母的父母更大的祖先及其晚辈直系血亲，即一切生存着的血缘亲属。

[21]李双元、温世扬：《比较民法学》[M]，武汉大学出版社1998年版，第1108-1109页。

[22]同前注[1]。

[23]参见《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（1985年9月11日法（民）发[1985]22号）第61条：“继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务。”

[24]张玉敏：《继承法律制度研究》[M]，法律出版社1999年版，第244页。

[25] 佟柔：《继承法教程》[M]，法律出版社 1986 年版，第 117 页。

[26] 《继承法》第 29 条规定：“遗产分割应当有利生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。”《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（1985 年 9 月 11 日法（民）发[1985]22 号）第 58 条规定：“人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。”

[27] 郭明瑞等：《继承法研究》[M]，中国人民大学出版社 2003 年版，第 153 页。

2016 年陕西省法学会婚姻家庭法学研究会年会

——暨海峡两岸家庭法热点问题研讨会预通知

尊敬的_____：

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会 2016 年年会暨海峡两岸家庭法热点问题研讨会拟于 10 月 28-29 日在陕西省西安市举行，诚邀您参加。现将有关会议事项通知如下：

一、会议主题

1. 家庭财产信托和保险及管理等相关问题研究
2. 成年人监护制度研究
3. 台湾与大陆家庭法之比较研究

二、会议时间

暂定 2016 年 10 月 28-29 日开会，28 日全天报到，29 日开会。

三、会议地点

陕西省西安市

地址：（待定）

电话：

四、会议费用

会议提供餐饮，住宿、交通费自理，不收会议注册费。

五、到会与否的确认

请参会代表务必于 2016 年 9 月 30 日前以电子邮件的形式向西北政法大学联系人反馈，参会回执表附后。

六、参会论文的提交

此次研讨会会将各位参会人员的论文整理出版，欢迎各位参会者积极提交论文，论文提交的截止日期为 2016 年 10 月 15 日。电子版格式为 A4 纸；标题：小三宋体居中；正文字体：小四宋体；注释采用脚注，连续编号；参考文献附文末，字体为小四黑体。

七、联系人及其联系方式

联系人：马钰凤老师 郝佳老师 朱启莉老师

联系电话：马钰凤 15129820350

郝佳 18092178689

朱启莉 13991369549

电子邮箱：hyjtfxyjh@163.com

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会
西北政法大学民商法学院
西北政法大学民商事法律科学研究中心
西北政法大学妇女与家事法律研究所
陕西法智律师事务所
二〇一六年八月三十一日

小狗欢欢的继承权

2016-09-26 民事审判与参考 范忠信

“家事法苑”团队奉献

欢欢是一条狮子狗，它的学名叫“申培欢”。关于它，最近有些新闻。

前不久，家住重庆的96岁的法学博士申庭美先生去世。申先生留下遗嘱，要将他的全部遗产留给他的爱犬“欢欢”。老人有子孙，他没有说要把遗产留给子孙。

动物要继承遗产？要接受遗赠？这让国人感到十分新鲜。从前只听说腐朽没落的资本主义国家有这等“吃饱了撑的”怪事，没想到我伟大的社会主义祖国终于也出现这等怪事。

按照中国现行的《民法通则》和《继承法》，“欢欢”是没有继承权的。《民法通则》规定，民事法律关系主体只能是公民（自然人）和法人。欢欢不是人，也不是法人，它当然不能享受民事权利。既然不是人，欢欢当然也不可能是死者的亲属，当然不能列入《继承法》规定的什么继承顺序，《继承法》从来没有说“公民可以立遗嘱将个人财产赠给法定继承人以外的狗”。

申老是法学博士，他应该知道这一点。他立下一个不为现行法律支持的遗嘱，实为徒劳。他明知如此，仍要立此遗嘱，肯定另有“企图”。

申先生企图什么呢？他大约是想通过这个惊世骇俗的遗嘱“说”些什么。这位老法学博士，八成是西洋或东洋留学归来的，因为旧中国似乎没有哪个学校曾经授予过法学博士学位。这位饱受西洋法学教育的博士，归国后面对着一整套他不熟悉也无法沟通的法律体系，度过了长达半个世纪的“谅闇不言”生涯。临终，他立下这么一个奇怪的遗嘱，显然是要提出点忠告或抗议。

申先生要抗议什么呢？我想，他是要抗议我们的不能“泽及宠物”的民法，抗议我们的不能对动物“一视同仁”的民法。他是想提醒我们，法律应该更加贴近自然，更有环境和生态意识，更有自然精神，更体现世间万物相互依存的法律哲学。

申先生的遗嘱是有充足的理由的。这当然不是人定法的理由，而是自然法的理由。

“狗通人性”。申老的这只爱犬，陪伴申老近10年。申老的儿子申学发告诉我们，“自去年12月父亲卧病以来，欢欢就没有离开过他。当父亲要喝水，它就跑到我跟前汪汪直叫。有一次我不在家，父亲从床上摔了下去，要不是欢欢冲出阳台大声叫着搬来救兵，恐怕父亲就……。至今，欢欢在没人时，就静静地趴在小窝里，两眼呆呆地盯着挂在墙上的老人遗像，一盯就是几个小时。”这样的狗，比起报纸上天天披露的那么多虐待遗弃老父老母的男女来，“人味儿”不知浓厚了多少倍！你没有理由不把它当成我们的同类，没有理由不让它享有跟我们一样的实质权利。简单地说，你没有理由不把它当成民法上的“人”。因此，申老根据自己心中的“民法”，就把欢欢当成了人。他立遗嘱就是要求我们的国法也承认欢欢是人。

国法能不能考虑申老的主张？这是从民法产生以来就一直存在的一个老问题。动物能否成为民事主体？自古罗马法以来的民法似乎就没有正式承认过动物为民事主体（好象西方有些国家近年已经有所改变），原因无非是它们没有可能像我们人类一样行使权利和承担义务。但是，这个理由是不成立的。因为我们如果坚持这一理由，就要把许多人排除在民事主体之外。

民法中关于继承权的规定，从古罗马法以来，就特别关注到了多种不能自己行使权利履行义务的人，把他们列为民事主体，保护他们的权利。民法学家们一直主张：尚未出世的胎儿，精神病人，智力障碍人，植物人，都与所有健全的人一样，对他们的亲属的遗产享有继承权，享有接受遗赠的权利。这几类人，如果从自己行使权利承担义务的实际能力来讲，一般情况下是不具备的，是不如“申培欢”的。尚未出世的胎儿，有人说要从坐胎或精卵结合时算起，就要享有继承权。那一团小小的息肉能自己行使权利承担义务吗？精神病人，其思维活动和行为的逻辑性，常常不如欢欢，能自己去行使权利承担义务吗？智力障碍人，包括十足的白痴，其智力水平有时可能不及欢欢的几分之一，绝对不可能自己完成民事行为。“植物人”，基本上只是一块活肉而已，不过保持了人形，民法上仍承认他享有完整的民事权利。

如果仅从有没有可能行使权利履行义务而言，这几类人，远远不及申老的欢欢。

既然如此，这几类人仍应该作为民事主体享有民事权利，理由是什么呢？无非是三点：第一，他们是人，是我们的同类；既然是同类，权利能力应当平等。第二，他们虽无行动能力，但他们同样要物质财富满足生存需要，因此需要同等权利获得财富。第三，他们虽然不能自己去行使权利承担义务，但完全可以借助他人的代理行使权利履行义务。

这三个理由，为什么不能用之于欢欢呢？

欢欢是一个生灵，它需要有物质财富满足生存；它有主人朋友，也同样可以借助代理来行使权利履行义务。三个理由中，欢欢符合两个。最后，你只剩下一个理由反对欢欢获得民事权利：它不是人！它“非我族类”！

这不是“种族歧视”吗？这跟过去白人歧视黑人、甲民族歧视乙民族没有本质区别！非我族类就如此剥夺其权利，我们人类就这么小心眼？

在环保和生态意识日益浓厚的今天，我们应该抛弃这种“种族歧视”。动物是我们的同类，是我们地球村的同等村民，他们的权利应该跟我们平等。我们的民法，应当体现这种自然精神。否则，我们的法律，用黄宗羲的话说，就只是狭隘的“一家（物种）之法”，而不是“民胞物与”的“天下之法”。

我国家事审判改革路径之探析

《法学论坛》2016年第5期 中国政法大学 曹思婕

作者：曹思婕，中国政法大学民商经济法学院博士研究生

摘要：加快我国家事审判的改革对于家事纠纷的解决具有重要意义。鉴于家事案件的特殊性，司法实践中存在的家事审判难点，反复证明了一般的民事纠纷审判机制已不再适应当前中国的婚姻家庭纠纷的解决。家事审判改革不仅需要构建独立的家事审判机制，更应当重视家事审判理念的革新。我们应立足中国实际，从形成独立的家事审判机制，设立家事审判调解处和未成年人观察室，组建专业的家事法官团队及加快建成家事法院五个方面积极探索成功的我国家事审判改革路径。

关键词：家事审判程序 家事审判调解处 儿童最佳利益 家事法院

婚姻是人与人之间情感与生理的结合。家庭是私人相处的共同生活单位，它构成了人类社会的基本组成单位。由此产生的婚姻家庭关系不是一般的财产法律关系，也不是一般意义上的身份关系，而是一种于情感、道德、伦理、精神及法律效力于一体的社会关系。婚姻家庭关系是指在夫妻、父母子女以及其他家庭成员之间产生的人身和财产关系。婚姻家庭关系与我们每个人息息相关，其对个人的生存和发展发挥着不可或缺的作用。和谐的婚姻家庭关系不仅是个体身心健康发展的重要土壤，而且是人类社会有序发展的召唤之一。然而，近年来婚姻家庭关系纠纷不断发生，家事案件的审判对我国现行法院的民事审判工作提出了挑战。《2015年最高人民法院工作报告》中指出：各级法院审结一审民事案件522.8万件，其中，婚姻家庭、抚养继承等案件161.9万件。【1】家事案件的审理数量在民事审判案件中已达三分之一。2015年11月19日，最高人民法院专门发布了30例婚姻家庭纠纷的典型案例。从全国法院审结的婚姻家庭案件来看，家事案件不仅呈现出案件增幅快、数量高的增长态势，而且突显出案件类型新颖、法律适用困难、审理难度加大的家事审判特点。婚姻家庭案件成为了我国民事审判案件的重要组成部分，家事审判已成为我国司法审判工作中的重要一环。

家事审判是指专门审理涉及婚姻家庭领域中各类纠纷的审判活动。正是因为婚姻家庭关系不单单是人身关系或财产关系，其所引发的纠纷也不是人身与财产纠纷的简单相加，因此，家事审判应当有别于商事审判和一般民事案件的审理。但目前为止，我国现行的民事审判机制适用于一切民商事案件的审理，其恰恰忽略了家事案件的特殊性，不利于家事纠纷的有效解决和家庭关系的和谐稳定。我国家事审判应当建立专门的家事审判程序和机制来解决家事纠纷。任何审判机制都应时代背景相吻合，与审理的案件纠纷相适宜。对于家事案件的审理，当一般的民事审判机制不合时宜时，也正是需要我们重新思索家事审判机制的关键时刻。笔者认为，我国的家事审判改革应注重家事案件的特殊性，寻找出以解决家事纠纷与维护家庭和谐为宗旨的家事审判的路径。

一、我国家事案件的特殊性

任何一个学科或者学科领域，都有自己独特的意识、独特的概念工具和范畴体系。【2】同理，法学领域中不同类型的案件也各有其自身的特殊性。婚姻家庭案件不同于一般的民事财产案件或人身损害案件，它涉及婚姻、亲权、继承、收养、抚养等基于身份关系而产生的各种纠纷。当前，我国的家事案件具有如下鲜明的特点：

第一，家事案件的纠纷是基于身份关系而产生的。我国的家事案件无论是亲子关系案件、离婚案件，还是婚姻财产分割案件、继承财产纠纷案件等等，都是以当事人之间的亲缘关系为基础。基于身份关系的存在，当事人之间产生了相应的权利和义务。换言之，正是因为当事人存有血缘或亲情关系，才会产生相关的探视权争议、请求离婚、继承财产分割争议等婚姻家庭案件。由此可见，基于身份关系而产生是我国家事案件最为基础和最为核心的特点。正是基于身份关系而产生，家事案件不单单是某项财产或利益的争夺，同时还关系着当事人情感和关系的维系与否。因此，此特殊性使得家事案件与一般的民事案件泾渭分明。一般的民事案件的当事人之间不存在身份关系。彼此陌

生的当事人之间不管是因合同关系还是因侵权关系引发纠纷，他们之间身份关系的有无都不会影响一般的民事案件的产生。

第二，家事案件具有浓厚的人伦、情感与习俗色彩。家事案件的当事人因亲缘产生了特定的身份关系，该身份关系必然包涵着伦理道德、情感教化。正如家庭中的血缘关系先天地形成了不同的“伦”，为了维护“伦”的秩序，便引申出相应的“理”。这样一种朴素的推论，不需要高深莫测的理论支持，任何一个有过正常家庭生活的人都会有切身的体会。【3】家事案件是审理有亲缘关系的人们之间的纠纷。这些有血缘或亲情关系的人们大多交往密切、交流频繁，相互之间夹杂着情感与关怀，承担着责任与义务。思想与心灵上的沟通，情感与习惯上的融合是婚姻家庭关系的必然体现。如判决离婚案件中父母对子女的探望权正是基于离婚后的父母子女之间血亲关系的依然存续而享有的一项权利和义务。与此同时，婚姻家庭生活不仅与每个个体休戚相关，而且与一国的历史渊源、民族的文化传统、当地的风俗习惯密不可分。婚姻家庭关系中隐含着风土人情，家事案件中也必不可少的蕴含着习俗传统。如纳彩是中国古代西周时期的婚姻“六礼”之一，至今彩礼仍被很多地方和家庭沿袭下来，成为婚礼习俗之一。对于彩礼的法律规定及家事案件中彩礼返还的判决无不渗透着我国的婚姻习俗传统。

第三，家事案件具有私密性和隐匿性。婚姻是指为当时的社会制度所确认的一男一女互为配偶的结合。【4】家庭是由一定范围内的亲属所构成的社会生活单位。【5】婚姻家庭纠纷是私权利主体之间的争议，但相较一般的民事纠纷，更多地涉及当事人的个人生活，关乎其个人隐私。如确认亲子关系案件与当事人的血缘鉴定直接相关；离婚纠纷案件直接体察当事人之间的情感生活；继承纠纷案件直接揭露私有财产状况；收养纠纷案件直接洞悉当事人之间的人身关系等等。诸如此类的家事案件常常涉及当事人最不为人知的生活境遇和人生实况，也往往是当事人不愿为其他第三人所知晓的。目前，我国为了保护离婚案件当事人的隐私权，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十条赋予了当事人申请不公开审理的权利。【6】随着家事案件的私密性和隐匿性得到越来越多的法律关注，在我国未来立法的构建与完善过程中，家事案件的隐私保护不会仅止步于离婚案件，我国法律将会对其他类型的家事案件给予更多的保护，当事人的隐私权也会得到更加充分的享有。

第四，家事案件关涉社会公益。家庭作为基本的细胞，构成了人类社会的有机整体。婚姻家庭关系是社会关系的特定形式，是人类社会延续不绝的生命线。【7】家庭关系的和谐与否关乎整个社会的安定团结。家庭关系的融洽幸福是社会稳定、国家安宁的根本。婚姻家庭关系破裂或矛盾激化，势必引发个人的不满与愤恨、发泄与报复，这不但使个人的婚姻家庭支离破碎，也终将扰乱整个社会的长治久安。婚姻家庭与人类社会是相互影响、相互作用地存续发展的。人类社会的经济基础、政治制度、风俗文化等影响和制约着婚姻家庭生活，婚姻家庭也对社会的延续发展发挥着不可估量的作用。不管时代如何变迁，家庭的社会地位和功能并未发生太多变化，家庭仍承担着教育、保护、繁衍后代的功能，任何一个人的成长都不可能脱离家庭的庇护。【8】家事案件的审理关乎个人、家庭和社会，彰显家事案件的社会公益不只是维持良好的婚姻家庭关系，更是构建和谐的社会秩序的应有之意。

第五，家事案件赋予了法官更大的自由裁量权。家事案件不同于一般的民事案件：一般的民事案件审判目的一目了然、明确无误，审判结果非此即彼、胜败分明；而婚姻家庭案件由于掺杂着情感、道义、伦理与社会责任，审判目的不仅仅是为了一决胜负，审判结果也不是一锤定音就能一了百了，法官裁判的宗旨更不是简单的案结事了。它需要法官充分地运用自由裁量权进行审理。诚如“由于家庭生活的复杂性，法院必须不可避免的享有相当的自由裁量权。”【9】法官的自由裁量权必须在当事人的婚姻家庭纠纷中进行审慎的平衡。家事案件法官的自由裁量权体现在两个方面：一方面是在婚姻家庭案件的调解过程中，法官运用自由裁量权进行调解，针对具体个案，综合当事人的个人情况如身份、教育背景、经济状况、生活状态等进行开导，以缓和当事人的情绪，达成合意并自觉的履行权利和义务，使案件不进入执行程序，进而实现了司法审判维持和谐共赢的审判宗旨和节约司法资源的调解效果。另一方面是在家事案件的审判过程中，法官在法律规定的范围内运用自由裁量权以法律原则为导向，辅之以传统习俗、伦理道德，兼顾亲情仁义权衡案件是非，唤醒人性的良知，警醒当事人应尽的义务。经过案件的审理，以求达到平息纠纷、弥合矛盾、修复感情的审判结局。

第六，家事案件的审理体现了对私权的尊重，并更加注重保护弱者的利益。家事案件的审理不仅是对家庭秩序的协调与维护，更是尊重公民在家事领域中的意思自治和实现家庭成员之间实质平等的有力保障。一方面，无论是对夫妻纠纷的审理，还是其他家庭成员之间的纠纷解决，尊重每一位私主体的意思自治和真实意思表示是家事案件判决的基础。任何家事审理都不能有悖于家事案件的私法属性。如离婚案件的审理是以当事人对离婚自由的真实意

思表示为前提的，即使是在离婚调解程序中也要尊重当事人对是否自愿离婚的真实意思。另一方面，在婚姻家庭关系中，由于每一位家庭成员在生理、经济、社会地位、教育程度等存有差异，各自在婚姻家庭关系的角色和地位不尽相同。通常情况下，儿童、妇女、老人常常处于弱者的地位。我国的婚姻家庭立法中，逐渐给予了弱者权益更多的保护。《婚姻法》第四十条规定了对家庭付出较多义务的一方离婚时的补偿权；第四十六条规定了无过错方在离婚时的损害赔偿请求权；2016年我国《反家庭暴力法》正式实施等，这些专门对弱者保护的法律规定，使得家事审理过程中赋予了儿童、老人、妇女特殊的法律保护。也只有家事审判注重对弱者的倾向保护，才能真正保障每一位家庭成员的权益，真正实现家事审判的实质正义。

二、我国家事审判存在的难点

在人类源远流长的历史长河里，婚姻家庭是个永恒不变的主题。它历史悠久，婚姻家庭关涉每个人的切身利益，千家万户的生活延续和整个国家的命运发展。也正因此，家事审判从来都是一项非同小可的司法工作。从新中国成立以来至今，相关的婚姻家庭立法工作不仅在积极的向前推进，而且婚姻家庭案件的审理一直备受我国司法审判的重视。家事案件的审理数量和审判难度直接反映着我国婚姻家庭生活的和睦程度，关乎国家长治久安的稳定根基。纵观我国的婚姻家庭关系，其已有重大发展和显著变化。这种不断的变化与人们的婚姻家庭观念的转变以及我国的时代背景的影响紧密相连。《2013年最高人民法院工作报告》显示：审结婚姻、家庭、继承案件73.7万件，同比上升24.5%。【10】《2014年最高人民法院工作报告》显示：审结婚姻家庭、抚养继承案件161.2万件。【11】《2015年最高人民法院工作报告》显示：婚姻家庭、抚养继承等案件161.9万件。【12】我国家事案件的数量日渐增长的同时，家事案件争议呈现了多元化，案件类型出现了新型化，案件纠纷突显复杂性。这使得法院在采用一般的民事纠纷解决机制审理家事案件的过程中遇到了诸多新问题：探视权行使、代孕法律关系、儿童权益保护的国家监护与父母责任、家庭暴力、冷冻胚胎、老年人再婚、变性人婚姻等等纠纷。它们都对我国目前的家事审判提出了棘手难题。司法审判实践表明，当前我国审理家事案件主要存在以下疑难：

第一，浮躁的“快审快决”家事审判模式。目前，我国的婚姻家庭案件都采用一般的民事纠纷审判机制。而现行的一般民事纠纷通常要经过二审终审，有些案件会进入再审。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十九条、第一百七十六条、第一百六十一条的规定，我国民事案件一审、二审的审理期限都相对较短。一般情况下，一般的国内民事案件若适用普通程序审理，一审的审理期限是六个月；若适用简易程序审理，一审的审理期限是三个月。二审中，对于判决的审理期限是三个月，对于裁定的审理期限则是三十日。婚姻家庭案件不同于一般的民事纠纷案件，家事无小事。家事审理不仅仅要关注事件纠纷本身，更加重视当事人之间的亲缘关系。反复的司法实践证明，家事纠纷当事人之间通常存有浓浓的亲情，这必然决定了家事审判的目标和价值高于一般的民事案件审判。短短几个月的法院审理，还未顾及细致体察夫妻间是否有挽回的余地，便斩钉截铁的判决一对共同生活了几年、甚至是几十年的夫妻关系终止，这关乎人一生婚姻幸福的审判未免过于草率。仅仅几个月的法院审理，还未来得及认真探询未成年子女的真实意愿，便毫无异议的判决子女抚养权的归属，这涉及孩子未来成长的审判实属令人难以信服。类似的家事案件屡屡发生，有时竟因当事人对判决结果不满又得不到有效的法律救济而引发悲剧。这不由地令我们反思，审理期限过短造成了法院不能充分调查案情进而无法找出案件纠纷的症结。此种浮躁的“快审快决”的审判模式已与家事案件的审判理念大相径庭。

第二，家事案件的当事人举证困难重重。随着家事案件类型日益丰富和新颖，当事人对案件不能充分举证始终未能得到有效的解决。首先，家事案件中，相较一般的民事案件当事人的举证能力举证难度更大。由于家事案件具有私密性和隐匿性的特点，很多纠纷的真实事实只存在于当事人之间，案外人往往难以知晓。这就大大降低了证人作证的机率。如家庭暴力案件中的受害者因缺少证人作证或未能提供有效的受害经过的证据，只能以因缺少充分的证据证明而终结案件。又缘于证据收集以不损害隐私权为前提，家事纠纷的隐匿性使得当事人以合法手段收集的证据少之又少。如一方当事人与第三人有私情，另一方当事人举证相对方有过错的离婚损害赔偿案件，多数情况下无过错方在现实面前无能为力，导致其无法通过诉讼得到应有的救济。其次，家事案件中，证据的收集几乎全部依靠当事人自身，法官处于被动地位，法官依职权调查收集证据的案件寥寥无几。现行我国没有独立的家事诉讼程序，仍采用一般的民事诉讼程序。新《民事诉讼法》与《民事诉讼法（试行）》相比，民事诉讼程序设置弱化了法院的职权干预，强化了当事人的处分权，当事人的诉讼地位受到了更多的重视。法院职权的弱化主要表现在以下几个方面：一是缩小了法院依职权调查取证的范围，【13】在证据收集上，家事案件的法官处于消极的地位，听由当事人

进行举证。而人都有自私的本性，双方当事人出示证据都是为了获得各自的利益，往往忽视对于子女的利益或双方情感上的考虑。这不但有失客观，使法官裁判有失偏颇，更使得亲情变得一文不值，双方甚至反目成仇。在法庭上，在唇枪舌剑的激烈对抗中，当事人的隐私和陈年琐事被淋漓尽致地展现出来，仅存的感情被愤怒甚至仇恨所代替，亲属因此变成了陌路人甚至仇人，双方争锋相对、锱铢必究，把亲子关系作为诉讼对象和标的进行交易。【14】此种举证明显有违家事案件审判之宗旨。

第三，家事案件的调解惯于“蜻蜓点水”。家事案件的调解尤为重要，它直接关系到能否实现家事案件以解决家事纠纷与维护家庭和谐的宗旨。我国《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》第十四条规定了婚姻家庭案件和继承案件在人民法院开庭审理时应当先行调解。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。【15】司法实践中，家事案件的调解并没有引起足够的重视与认真对待。原因主要有：一方面，迫于民事案件法官办案业务的压力。现行我国的家事案件法官并非仅专门审理家事案件，他们还肩负着审理一般的民商事案件的审判工作。大量的业务量压得法官们“喘不过气来”，在对待家事案件的调解上时间和精力都非常有限。有时甚至无暇顾及缓和当事人的对立情绪便立即询问是否同意调解，当双方当事人否定调解时便以该个案显然没有调解必要为由进入审判程序。长期下去，调解似乎成了走过场，毫无意义。另一方面，开展调解工作的法官并非每一位都擅长调解且是婚姻家庭法方向的专业人员。而家事案件中的情感纠纷最难以平息。当人们以情感正义观诉诸公权力救济时，虽然在表象上当事人是向司法机关寻求对法定权利的保护，但在实质上，其所追求的不是类似案件得到类似处理，而是裁判者个人对自己的同情和对他的个案的特别处理。【16】由此可见，家事案件更侧重对当事人精神、心里和情感上的理解与抚慰，仅仅由法官进行调解显得“势单力薄”与“力不从心”。

第四，家事案件对未成年人的保护不充分。我国的家事案件几乎都会涉及未成年人的利益，如亲子关系认定、离婚抚养权的争夺、未成年人财产继承、家庭暴力中对未成年人的保护等等。而在家事案件中，未成年人往往处于弱势的地位。一方面，在家事审判的过程中，当事人双方为了谋求私利会对未成年人施加压力如通过刁难、羞辱或提出诱惑的条件等方式，让未成年子女遭受精神的煎熬和难以抉择的痛苦，最终使得未成年子女不敢真实地表达自己内心的意愿。尤其在离婚抚养权的争夺纠纷中，父母双方为了获得未成年子女的抚养权，拼尽全力地据理力争，甚至已经忘却了获得抚养权的初衷。双方把未成年子女看作是自己的私有财产，当成是泄愤和战胜对方的工具，无视未成年子女的情感与意愿，忽视未成年子女的身心健康，无形中给未成年子女造成了心灵上的伤害和对亲情的绝望。另一方面，多数情况下，家事案件的法官与孩子接触的屈指可数。法院审理家事案件，并没有为未成年人设立单独的见面场所，这使得未成年人心理上产生在冷冰冰的法庭会见法官的抵触情绪。家事案件的法官也没有花费充足的时间和精力用心地倾听孩子的想法，体恤孩子内心的情感，导致审判结果未能真实、充分地考虑孩子的成长与发展。

第五，我国家事审判业务中婚姻家庭法专业的工作者短缺。我国现行的家事审判不容忽视的困难之一是司法人员的配置。到目前为止，审理家事案件的法官并不全部由科班出身的婚姻家庭法专业的法学人才组成，很大一部分家事案件的法官对婚姻家庭法领域涉猎很少。这样导致了潜在的家事审判危机：首先，一些法官没有真正意识到家事案件审判的价值，习惯于更多的把目光转移到巨额的经济纠纷案件的审理。似乎经济案件的判决显而易见地体现物有所属、定分止争，让法官们即刻就能感受到审判的成就感。而家事案件的审理却恰恰相反。它需要寓情于理、兼顾各方，法官对每一个个案都要付出百倍的耐心与关怀。有时法官做出的对当事人情感弥合的努力在短时间内无法奏效，只有法官的不懈努力与坚持才会最终撼动陷入僵局的亲情关系。这也正是“在司法实践中，很多法官对家事案件存在较大的偏见，认为它是琐碎细故，没有专业‘技术含量’，不能体现水平，而且家事案件调解难度大，常常吃力不讨好。”【17】其次，非婚姻家庭法专业的法官虽也竭力处理好家事纠纷，但一般来说，他们对于家事案件是一边学习一边审理的过程。当他们面对家事领域的前沿问题时，相比婚姻家庭法专业的法官们理论基础相对薄弱；当他们遇到新型家事纠纷疑难时，相比婚姻家庭法专业的法官们解决纠纷相对简单化。

三、构建我国家事审判改革路径的建议

近年来，我国的社会主义法治建设不断向前迈进，婚姻家庭领域的立法备受瞩目，如《中华人民共和国反家庭暴力法》已于2016年3月1日起正式实施；我国民法典制定之际，儿童监护制度立法正在有序的制定过程中。相应的，我国的家事审判改革已迫在眉睫。笔者认为，适应当前的现实国情，我国的家事审判改革应做如下努力：

第一，建立独立的家事诉讼程序，完善家事审判机制。尽管婚姻家庭纠纷属私法领域，但家事案件有别于一般

的民事案件。为了维护婚姻家庭关系的和睦，营造和谐稳定的社会环境，适应家事审判的需要，独立的家事诉讼程序的建立势在必行。其中，在家事诉讼程序里，一是应当规定合理的家事案件审理期限。家事案件审理最为关键的是协调紧张的婚姻家庭关系，维系亲情人伦，最终达到人和事了。鉴于家事案件的特殊性，家事案件审理期限应不同于其他的一般民事案件，我国法律应当延长家事审判的审理期限。只有规定合理的家事案件审限，才能使法官有充足的时间深入了解案情，认真剖析矛盾，作出公正判决。二是建立家事案件举证制度。家事案件举证首先要加强法官的主动性。在家事诉讼程序中明确规定法官有依职权调查取证的义务。家事裁判的依据仅仅限于当事人双方提供的证据是远远不够的，因为双方的证据往往是从自身利益出发而忽视子女及家庭的利益，双方争锋相对、激化矛盾。家事案件举证应强调当事人的对抗主义模式少一些，法院依职权主动介入纠纷。这不但可以探究纠纷的根源，而且可以提高案件审判的公正性。家事案件举证其次要强调证据收集的全面性，实地调查十分必要。在家事诉讼程序中明确规定各种社会组织有协助调查的义务。因为只有深入当事人的生活环境，了解当事人的实际生活状态，才能拨开家事纠纷的表面现象查找出矛盾的实质根源。家庭住宅区、所在社区的居委会、孩子的学校等都是实地调查的重要场所。所谓兼听则明偏信则暗，法官审理家事案件辅之以相关社会组织的帮助，查找到潜在的纠纷症结所作的判决远比仅依据表面证据得出的判决更具信服力。

第二，设立家事审判调解处，制定家事调解前置程序。家事案件调解兹事体大，它不仅由家事案件的特殊性所决定，也由协调当事人关系、寻求家庭和睦的家事审判价值所倡导。家事案件的调解不同于一般民事案件的调解，它涉及情感的调解而不是单纯的金钱物质关系的调解，它重视家庭情感与人伦道德。因此，为了更好的进行家事调解，法院应当建立家事审判调解处，作为法院专门调解家事纠纷的内设机构。近几年，在访谈中，业务庭的法官和专职从事诉前调解的人民调解员，普遍将案件数量与法院解纷人员供给不平衡作为家事案件调解工作最突出的困难。【18】因此，设立家事审判调解处不应只由法官组成，而应由婚姻家庭法专业的法院工作者或具有丰富人生阅历和家事审判经验的法院工作者作为家事调解处的调解长，并且聘请资深的婚姻法学专家学者、心理专家、情感专家、儿童专家、妇联工作者以及有社会影响力的律师组成家事调解处的成员。在家事案件审理前，由家事审判调解处先行调解。当大量的婚姻家庭法学人才和资深的社会工作者充斥到家事案件的审判队伍中来时，我国家事审判的实力将会大大的得到改善和提高。

第三，设立未成年人观察室，维护未成年人的最佳利益。家事案件中对未成年人的保护至关重要。家事纠纷中，儿童往往会受到各种潜在的或实质的伤害，始终处于弱者地位，因此家事案件审判应当首先考虑未成年人的利益。保护儿童的最佳利益不仅是家事审判的应有之义，是人权保护司法功能的具体体现，而且已被列为国际和世界各国立法和司法的基本原则和重要内容。在家事案件中，对人的情绪的安抚不是一蹴而就的，尤其是未成年人。法官在孩子情绪波动很大，思想摇摆不定的状态下询问孩子的意愿，多数会得出不实的结论。为了维护未成年人利益最大化，使家事纠纷不给未成年子女造成心灵上的阴影和感情上的创伤，法院应当设立未成年人观察室，给予子女充分平复情绪、消除顾虑及认真思考的时间和空间。关于未成年人观察室，首先，未成年人观察室的陈列应当温暖、舒适，而不是冰冷肃穆的庭审法庭布景。让孩子们感受到家一般的感觉，尽量营造一个温馨幸福的氛围，从而使孩子们在放松的心情下，产生信赖法院、主动与法官交流的效果。这样，未成年人真实、自愿地表达他她们内心的意思和情感，法官能够悉心判断出孩子的想法与意愿。其次，对于在未成年人观察室观察未成年人的情形、时限及其特殊情形，应当在家事诉讼程序中专列一节加以明确规定。法律对于一般的涉及未成年人利益的家事案件应当规定合理的观察期限，而对于特殊的涉及未成年人利益的家事案件由法律另行加以规定，如延长观察期限以达到最大限度的维护未成年人的最佳利益。

第四，形成专业的家事法官团队，加强家事案件法官的人格力量。在家事审判改革的进程中，家事法官团队的建立不可小觑。当家事案件的法官们运用自由裁量权对当事人之间的利益进行权衡时，也恰是对我国家事立法宗旨的探究；当家事裁判对法律原则与法律规则优先适用进行裁量时，也正是家事法官们充分发挥司法能动性的体现。家事案件的最终判决结果会带来意义非凡的社会影响，它是国家对家事审判追求公平正义的指向。因此，建立严格的家事法官团队准入机制必不可少。法院组建一支业务精湛、知识扎实的家事法官团队正确的运用婚姻家庭法律审理家事案件不可替代。然而，在人民主权的时代，法官的职业理性本身并不足以作为维持司法权威的根据，而要从法官的职业理性和人民意志的互相承认中去寻找司法权威的来源，即法官的职业理性与当事人生存伦理之间能够相互承认。【19】因此，当前我们在关心法官法律专业知识的增长和学历程度提高的同时，更应当重视法官个人人格

的培养和崇高品德的树立。法官的个人人格和崇高品德是法官司法审判的核心素养。伯尔曼曾说：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设！它不仅包含有人的理性和意志，而且还包含了他的情感，他的直觉的献身以及他的信仰。”

【20】尤其是家事案件的法官，由于家事案件是于情、理、法于一体的家事纷争，其中掺杂着情感与理性，包涵着传统与文化，折射出人伦与道德，家事审判关乎家庭的和谐、国家的安定和人类的延续。鉴于此，家事案件的法官们不但要具有婚姻家庭法学的专业知识，而且自身要拥有优秀的个人人格、崇高的道德品质和坚定的司法信仰。家事法官们应当具有像司法审判的前辈马锡五同志一样的高尚人格力量：深怀热爱人民的热忱，树立为民做主、排忧解难的司法宗旨和耐心认真、大公无私的奉献精神。家事案件的法官应当用崇高的道德人格树立法律权威，用刚直不阿的个人品格维护法律尊严，让法官廉洁公正的司法形象成为公平正义的鲜活标志，让法官寓情于理的司法理念为当事人所信服。

第五，加快建立家事法庭，逐步建成我国独立的家事法院。近年来，我国正积极探索改革家事审判的路径，率先在全国各地有选择地设立了“家事法庭”示范点，专门审理婚姻家庭纠纷。如深圳在宝安、福田试点建立了专门的家事法庭，曾发出人身安全保护裁定，案件成效显著等。各地家事法庭的纷纷建立为我国家事审判改革开创了新思路，为当事人解决家事纠纷提供了专业的司法审理场所和更加权威的法庭审判，为提高家事审判质量和合理配置法院资源发挥了重要作用。从这个意义上讲，我国家事法庭的设立是中国家事审判改革的新起点。诚然，虽然家事法庭的建立迈出了我国家事审判改革的关键一步，但迫于时代的呼唤和司法实践的需求，鉴于我国未来独立的家事诉讼程序的建立，形成我国独立的由中央到地方的家事法院刻不容缓。因此，我们仍需加快家事审判改革的步伐，以更加坚实有力的步伐向前迈进。家事法院是世界上多数国家和地区都普遍建立的一项制度，美国、日本、澳大利亚、德国等国家都构建了完善的家事法院制度。【21】笔者认为，我国应当立足中国的本土文化，重视当代国情与现实婚姻家庭生活，在有选择的借鉴国外先进的家事法院成功经验基础上，逐步建成有中国特色的社会主义家事法院。

结语：

每一例案件的判决都会折射出国家法律的价值取向和人文关怀。特别是家事案件的审判蕴含着一个民族的文化习俗、一方水土的风土人情、一个国家的历史传统和一个时代的社会风气。综上所述，我国的家事审判改革已成为必然趋势。在社会主义法治建设的进程中，在我国家事法律制度与时俱进、脚踏实地的制定和完善的同时，我国的家事审判改革应当不落窠臼，不固步自封于一般的民事纠纷审判机制。我国不应仅侧重于学习和借鉴世界各国先进的家事审判经验，更应当立足我国的婚姻家庭实践基础，在以“消除对立、解决纠纷、弥合感情、维护和谐”的家事审判司法理念下，探索出一条成功的我国家事审判改革路径，为维护和睦友好的家庭关系和安定有序的社会秩序做出积极地努力。这也正是本文立意之所在。

注释：

作者简介：曹思婕（1985—），女，中国政法大学民商经济法学院博士研究生，主要研究方向：民法、婚姻家庭法。

感谢：中华人民共和国最高人民法院民一庭程新文庭长、韩玫审判长及夏吟兰教授给予的诸多启迪。

【1】2015年最高人民法院工作报告（全文实录），<http://news.china.com/20151h/news/11170076/20150312/19373609.html>，访问时间2016年1月。

【2】张国刚主编，王利华著：《中国家庭史 第一卷 先秦至南北朝时期》，广东人民出版社，人民出版社，2013年版，第6页。

【3】赵庆杰：《家庭与伦理》，中国政法大学出版社2008年版，第289页。

【4】巫昌祯主编：《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社2011年版，第21页。

【5】巫昌祯主编：《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社2011年版，第22页。

【6】《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条：人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”

【7】王秀华：《经济发展与家庭伦理》，厦门大学出版社2009年版，第9页。

【8】参见曾琼：《构建婚姻家事纠纷解决机制的理性分析——建国初期婚姻司法实践经验之启示》，载《学海》

2009年01期。

【9】[英]凯特·斯丹德利著：《家庭法》，屈广清译，中国政法大学出版社2004年版，第10页。

【10】两会授权发布：最高人民法院工作报告，

http://www.legaldaily.com.cn/zl/content/2013-03/21/content_4297304.htm?node=42308，访问时间2016年1月。

【11】2014年最高人民法院工作报告（全文实录），http://news.xinhuanet.com/ttgg/2015-03/20/c_1114709093.htm，访问时间2016年1月。

【12】2015年最高人民法院工作报告（全文实录），<http://news.china.com/2015lh/news/11170076/20150312/19373609.html>，访问时间2016年1月。

【13】参见宋朝武主编：《民事诉讼法学》（第三版），中国政法大学出版社2012年版，第27页。

【14】范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第210页。

【15】《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》第十四条规定：下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。

【16】参见张勇健：《从马锡五审判方式到人民法庭审判方法》，载《人民法院报》2006年4月3日第B01版。

【17】参见陈爱武：《论家事审判机构之专门化——以家事法院（庭）为中心的比较分析》，载《法律科学》2012年第1期。

【18】参见汤鸣：《家事纠纷法院调解实证研究》，载《当代法学》2016年第1期。

【19】参见李瑜青等：《合作型司法及其权威——以法院调解为视角》，载《中国农业大学学报（社会科学版）》2011年第4期。

【20】[美]伯尔曼著，梁治平译：《法律与宗教》，北京三联书店1991年版，第28页。

【21】陈爱武：《家事法院制度研究》，北京大学出版社2010年版，第5页。

认真对待占有保护请求权——评《今日说法》播出的“谁是潘志心”案

2016-09-28 吴生论法 吴光荣

一、基本案情

2016年7月22日中央电视台一套《今日说法》栏目播出了一期名为“谁是潘志心”的节目。在节目中，一位自称名字叫潘志心的老太太声称自己受到侄子侄媳的欺负，说他（她）们强行收了自己的麦子、占了自己的地、甚至还砸破了自己的房子。侄子侄媳则说，叔叔孟庆武早在1986年时就经人介绍娶过一个婶婶，而那个婶婶才是真正的潘志心，这个原本叫张凤芹的老太太，借着原来的婶婶潘志心走失、下落不明的契机，拿着她自己的照片，用潘志心的名字和信息，办理了身份证，顶替了原来的婶婶和叔叔孟庆武生活在一起，因此无权继承孟庆武的遗产。

为了避免两家冲突扩大，在镇司法所调解下，2015年9月21日，老太太和侄子一家达成了土地调解协议，由侄子一家支付给老太太一千元钱麦收补偿款，并确认孟庆武家土地证书上所登记土地面积的一半归她所有。

虽然有了这个协议，但是至始至终都没有执行。对此，老太太认为，孟家人真正他们看上的，并不是这点地，而是它背后的一大笔钱，因为孟庆武和潘志心承包的土地已经被规划为了新建机场用地，补偿在每亩三万元左右，再加上房子也能补偿两万多，所以孟家侄子是看上了这些钱，才极力要把自己赶走的。

2015年11月10日，潘老太太一纸诉状，将老孟的侄子孟凡龙、侄媳陈美芳告上法庭，要求解除双方在2015年签订的土地调解协议，返还老孟和她承包的两亩多土地。2016年5月10日，江苏省徐州市铜山区人民法院开庭审理了本案。庭审中，双方就原告与孟庆武的妻子潘志心是否为同一人，她能否享有农村土地承包经营权证中涉及的土地权利，这一焦点问题，展开了激烈的争论。鉴于双方没有调解的余地，经过实地走访，结合法庭调查及双方提交的证据。2016年5月25日，江苏省徐州市铜山区人民法院，对本案做出了民事裁定。

二、审理结果

法院查明：本案原告潘志心，原名张凤芹，其与孟庆武妻子潘志心并非同一人，来到本地与孟庆武共同生活后，以原潘志心身份信息办理了身份证件，并以潘志心名义在当地生活。

“家事法苑”团队奉献

法院认为：因原告与原潘志心并非同一人，故虽原告姓名为潘志心，但不能由此获得原潘志心基于当地农村集体经济组织成员享有的农村土地承包经营权等权利，该权利的享有人应为孟庆武妻子潘志心，而非本案原告。

法院裁定：依照《中华人民共和国民事诉讼法》之相关规定，驳回原告潘志心的起诉。

在节目中，主审法官指出，全国统一实行土地承包责任制的时间是在1994年，当时的孟庆武和原潘志心分得了登记面积的土地，虽然2008年5月国家统一确权下发土地证时，和孟庆武生活在一起的是本案的原告，并且她持有了土地登记证书，但该证书是以1994年原始的土地登记册为准的。问题是，原来的潘志心已经走失多年、杳无音信。如今孟庆武也已经去世，那么，这土地证上登记的土地，应该由谁来享有权利呢？对此，主审法官解释说，原来的潘志心，没有经过法律程序宣告死亡，或者宣告失踪，因此从法律意义上讲，原来的潘志心仍然存在。本案的原告潘志心，她即使获得了潘志心的身份信息，但不能据此认定，她享有原来潘志心享有的所有权益。如果这个潘志心以后出现，或是有其他的法律关系产生的情况下，权益可能会产生新的变化。

三、简要评论

笔者认为，本案的裁判看似于法有据，实则极不公平，因为简单驳回原告的起诉，势必助长被告的嚣张气焰，使其误认为自己有权霸占孟庆武死后留下的土地和房屋。此外，原告在失去土地和房屋后如何生活，也未引起法官的高度重视。在节目中，中央财经大学方志平教授在认同法院判决的基础上指出，原告可以依据社会救助法向政府寻求帮助。笔者认为，原告虽然可以依据社会救助法向政府寻求救济，但这并不意味着本案的处理是公平的。

先来看程序问题。从法院认定的事实看，原告确非孟庆武原来的妻子潘志心。问题是，即使原告不是作为孟庆武妻子的潘志心，是否意味着原告没有诉权呢？原告提出的诉讼请求是解除镇司法所主持达成的调解协议，并请求被告返还两亩多地。本案所涉调解协议是原告与被告签订的协议，被告也是从原告处获得对两亩多地的占有，何以原告没有诉权？也就是说，原告并非是以作为孟庆武妻子的潘志心起诉被告，而是以作为调解协议的当事人的“潘志心”起诉被告，且诉请是解除自己与被告签订的调解协议并收回相应的土地，怎么就没有诉权呢，更何况被告在签订调解协议时，也已明知原告并非孟庆武原来的妻子潘志心。可见，法院以原告并非孟庆武原来的妻子潘志心为由直接驳回原告的起诉，从程序的角度看，并无充分理由。

再来看实体问题。从本案主审法官的解释可以看出，法官驳回原告的起诉还有一个原因，就是认为原告并非本案所涉土地的权利人，真正的权利人应是孟庆武原来的妻子潘志心。可是，虽然原告并非是案涉土地的权利人，难道被告就是真正的权利人？显然也不是。既然都不是权利人，又何以要简单驳回原告的起诉？实际上，虽然原告是以自己是权利人的身份提起诉讼，而法院并未确认其作为权利人的身份，但并不意味其诉讼请求在实体法上没有权利作为基础。根据物权法的规定，除了权利人可依物权请求权请求返还原物外，占有人亦可依占有保护请求权请求返还原物。本案涉及到的正是占有保护请求权的行使。

在我国民法上，占有只是一种事实，并非权利。法律之所以要保护占有这种事实，主要原因是为了维护社会的和平秩序，防止暴力和私力救济的发生。例如张三认为李四占有某标的物是无权占有，便认为“不义之财，人人得而取之”，因此打败了李四，将标的物从李四处夺了过来。根据物权法理论，且不说李四是否为无权占有且张三是否为真正权利人需要经过法院认定，即使李四是无权占有，而张三是真正的权利人，张三也要通过行使物权请求权才能恢复对标的物的占有，而不能通过暴力或者私力救济的方式获得对标的物的占有，否则，整个社会的和平秩序就无法获得保障。因此，一旦发生占有人对标的物的占有被他人剥夺的时候，法律不问占有人是有权占有还是无权占有，都赋予占有人请求行为人返还原物的权利，以恢复占有人对标的物的占有。

在本案中，即使认为原告并非真正的权利人，但原告与孟庆武存在同居关系是不争的事实，因此在孟庆武死后，原告取得对案涉土地的占有，亦为不争的事实。且不说被告虽为孟庆武的侄子侄媳，但并不属于继承人，亦不能取得对案涉土地的权利，即使被告对案涉土地享有权利，也应通过行使物权请求权取得对案涉土地的占有。如果被告以暴力取得对土地的占有，原告自然可以请求被告返还原物，重新获得对案涉土地的占有。问题是，如果原告并非真正权利人，她与被告达成调解协议并将案涉土地交给被告占有，在被告未履行调解协议的情形下，原告是否有权解除调解协议并请求返还原物呢？笔者认为，即使原告并非真正权利人，其所签订的调解协议也并非当然无效，在被告拒绝履行调解协议且构成根本违约的情形下，原告自然有权请求解除调解协议并请求返还原物，因为原告虽然无权将案涉土地的权利转让给被告，但被告取得对案涉土地的占有，系基于当事人所达成的调解协议。

法院判决被告将案涉土地返还给原告是否意味着原告就是案涉土地的权利人呢？当然不是。权利是权利，占有

是占有。法院判决被告返还原物的目的只是要恢复当事人对标的物占有的现状，以恢复社会的和平秩序。此种现状应维持到何时呢？根据“占有不能对抗本权”的规则，在真正权利人出现并向占有人主张权利之时，原告就应将案涉土地返还给真正权利人。在本案中，虽然孟庆武原来的妻子潘志心生死不明，但未经法定程序宣告其死亡，故理论上她还是真正的权利人。当然，利益相关人（如村集体经济组织）也可以在申请宣告其死亡的基础上向原告主张权利，请求原告返还财产。果如此，则原告不能以其是占有人为由予以抗辩，而只能寻求政府的社会救济。

当然，在本案中，也有一种观点认为，由于原告是以真正权利人的身份提起诉讼，行使的物权请求权，而非行使占有保护请求权，法院既然认为她不是真正权利人，自然可以驳回其诉讼请求。笔者认为，如果法院认定原告确非真正权利人，而原告又是以真正权利人的身份提起诉讼，法院能否直接驳回原告的诉讼请求（而非驳回起诉），也值得检讨，因为当事人可能不懂法律，如果仅仅因为当事人选择的法律不能支持其诉讼请求而驳回其诉讼请求，显然无法实现“案结事了”的目的。更好的做法，应该是贯彻“我给你事实，你给我法律”的民事诉讼理念，由法官来寻找可以支持原告诉讼请求的法律，并据此作出判决。

17 件鲁迅家书手稿归属引官司

2016-09-29 互联网胡萝卜 郭俊

9月24日，一则鲁迅后人与绍兴鲁迅纪念馆争夺鲁迅致周作人17封信的消息被公开，引发法学界热议。

相关报道称，1988年，周丰一（周作人之子）及妻、子收回在“文革”中被“红卫兵”抄家掠走的17封鲁迅写给周作人的信函后，家中成员对保留还是捐献这17封信未达成一致意见。1990年，周家决定将17封信全部交付绍兴鲁迅纪念馆代为保管，周丰一出具了代为保管《委托书》。2013年8月6日，周丰一夫妇相继去世后，其长子周吉宜被告知，17封信已经不再属于“代管”，因周丰一已于1991年9月递交其个人署名的《捐献声明》，将17封信捐赠给了绍兴鲁迅纪念馆。为了避免周家产生矛盾，此情况一直没有告诉周家后人。2013年8月19日，周吉宜致函绍兴鲁迅纪念馆，言明《捐献声明》侵犯了其他财产共有人（周作人子女及其后人）的权利，无法律效力。10月8日，绍兴鲁迅纪念馆回函表示：同意周吉宜的意见，并希望周吉宜在处置17封信时“优先”考虑自己。但周吉宜在2015年致函绍兴鲁迅纪念馆，告知拟收回17封信重新处置时，绍兴鲁迅纪念馆以“捐赠”成立为由回函拒绝。

双方交涉未果后，周吉宜等16人以要求返还代管的17封信为由，将绍兴鲁迅纪念馆诉至法院。一审判决认为，周丰一出具的《捐献声明》有效，原告的诉讼已经超过了20年的诉讼时效，驳回了原告的诉讼请求。周吉宜上诉后，二审已开庭审理但未作出判决。据了解，目前在市面上，前述17封鲁迅家书，基本拍卖价达到了每页500万元左右，换言之，这17封信的市场经济价值在亿元以上。9月24日下午，北京某宾馆会议室，多位知名学者集聚于此，参加“周作人鲁迅信函手稿物权归属研讨会”。

围绕着这17封信到底该归谁所有的话题，本报特邀请法律专家展开讨论。

主持人：郭俊

嘉宾：

吴平芳 新余学院法学院副教授

李春华 广东(深圳)穗江律师事务所律师

朱巍 中国政法大学传播法中心研究员、副教授

徐昕 北京理工大学法学院教授、博士生导师

捐赠是否有效？新法制报：作为信函继承人其中一人，周丰一未经其他继承人同意或授权就签署捐献声明，捐献行为是否有效？他能捐赠处分自己应继承的那部分吗？

徐昕：首先，17封信属于多人共有，未经其他继承人和财产共有人同意，并且在多名遗产继承人根本不知情的情况下，周丰一基于个人意愿单独捐赠，是无效的民事法律行为。其行为不代表其他产权共有人，且明显违背其他共有人的意愿。其次，这17封信是鲁迅先生写给周作人先生的家书，有特殊的人格权属性，不可以作为共有财产来分割，即使单独处分自己的份额部分，也是无效的。而且，《捐献声明》作为捐赠合同，未经“涉案信件”的共有人同意，其内容损害其他共有人的合法权益，违反了《合同法》的强制性规定，属无效合同。无效合同自然没有法律拘束力，17封信仍属于绍兴鲁迅纪念馆代管状态。

朱巍：周丰一的所有权源自继承，是从其父周作人处继承而来，如果周作人没有其他子女，或者对这些信件

“家事法苑”团队奉献

达成一致处分意愿的话，那么周丰一就取得了完全所有权。周吉宜作为周丰一之子，是继承其父财产的主体，不过，周丰一在生前已经做出处分，所以这些信件已被捐献，不属于遗物，不能继承。即便是当时这些信件还有其他继承人，也是周作人其他子女的后人，而非是现在的周吉宜，这个案件不管事实如何，周丰一的后人是没有诉权的。 吴平芳：周丰一未经其他继承人同意或授权签署捐献声明，其行为属于无权处分行为，按《合同法》第51条规定属效力待定的行为。此行为若得到其他权利人的追认或受让人系善意取得，则发生物权变动的结果，反之则合同无效。本案中，因周丰一的捐献行为未得到其他继承人的追认，而鲁迅纪念馆又不属于善意取得，如果17封信被看作是一个不可分割主体的话，捐献行为无效。

李春华：根据我国《合同法》有关规定，捐赠的对象仅限于捐赠者本人的财产，或者他人授权范围内其可以处分的财产。在本案中，如果1990年其他继承人只是授权周丰一代办委托纪念馆保管涉案信函事宜，而非授权其处理包括决定是否捐献等相关事宜，那么周丰一无权代表其他继承人对书信进行捐献。且纪念馆未进行催告并得到其他继承人的同意，那么该捐献仅对周丰一本人有效，即周丰一只能捐献属于他自己的那部分。

不告知是否属欺诈？新法制报：绍兴鲁迅纪念馆之前一直以委托保管名义占有文物，后来明知周丰一有捐献行为却不告知其他权利人，有观点认为这属于欺诈，大家对此有何看法？

吴平芳：一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。虽然纪念馆明知捐献行为却不告知其他权利人，其行为属于故意隐瞒真实情况，但并没有诱使其他权利人作出错误意思表示。而且在之后的交涉过程中，鲁迅纪念馆曾表示希望其他权利人在处置17封信时“优先”自己。因此，纪念馆的行为不是欺诈。

徐昕：毋庸置疑，绍兴鲁迅纪念馆违反了诚实信用原则。一是故意向17封信的共有权人隐瞒所谓捐赠的问题，甚至在周丰一去世后，其妻张茱芳女士到绍兴，曾特意提起这17封信的委托保存之事，馆方此时仍故意隐瞒。二是纪念馆一开始就明知有十多位共有产权人，但一直故意隐瞒。当张茱芳明确提出欲自己保管之后，馆方仍然继续隐瞒，这就上升为欺骗了。

朱巍：纪念馆的告知义务是针对财产未确定状态时，对继承者的应履行的义务。本案中，周丰一已经明确信件捐赠的事实，所以纪念馆没有义务告知其继承人这些信件的归属问题。至于欺诈，当然更不属于。若纪念馆伪造了捐赠文书，这才涉及欺诈的问题。

李春华：欺诈是指以使人发生错误认识为目的的故意行为。显然，其他继承人对于代管和捐献还是分得清的，并未因此产生错误认识，不好说是欺诈。但是，纪念馆方面隐瞒重大事实以企图蒙混过关是肯定的。周丰一出具《捐献声明》时，纪念馆方面应该知道周丰一无权代理其他继承人捐赠，却不及时催告其他继承人确认，因此该《捐献声明》对其他继承人不产生法律效力。

纪念馆能否算善意取得？新法制报：目前，从绍兴鲁迅纪念馆“取得”17封信所有权的形式来看，能否算善意取得？

朱巍：若是周丰一无权处分17封信，即便是公益捐赠，按照合同法规定也应属于无效行为，纪念馆就无法取得所有权，或者无法取得全部的所有权。

李春华：本案中，纪念馆显然不构成善意取得，不应取得17封信的所有权。首先，纪念馆并未就涉案信函给权利人支付合理的价格。其次，纪念馆明知涉案信函的权利人并非捐赠者一人，捐赠行为也并未取得其他权利人的相关授权，事后纪念馆却未催告其他权利人确认，故不能证明纪念馆在受让时出于善意。

吴平芳：根据《民法通则》和《物权法》第106条规定，善意取得必须符合四个条件：分别是让与人无处分权，受让人是善意的，受让人支付了合理对价，以及应该登记的已登记，不需登记的已交付。本案中，纪念馆在受让时没有支付合理对价，故不属于善意取得。

徐昕：依据目前所看到的案件材料，本案不符合善意取得，因为馆方没有支付任何对价，其受让是明知捐赠违背其他共有人意愿的情况下，并非善意，而是恶意。

以超时效判决妥否？新法制报：一审法院以超过最长诉讼时效为由，判决驳回周吉宜等16人的诉讼请求，却认定周丰一的捐献声明有效，这样做妥当吗？

吴平芳：一审法院以超过最长诉讼时效为由驳回起诉不当，因周吉宜对鲁迅致弟的17封信属于物权，是物权请求权，而不是债权请求权。我国诉讼时效的客体是债权请求权，物权请求权中的返还原物请求权不适用诉讼时效

的规定。只要物权存在，物权请求权就应该存在。一件物品，无论经过多少年，无论辗转多少人之手，只要占有该物品的人没有支付对价，也不存在善意取得的情况下，物品的所有人都有权要求返还原物，无权占有人必须返还。徐昕：诉讼时效的计算是从知道或应当知道权利被侵害时开始计算，由于捐赠行为无效，则不会超过20年的最长诉讼时效。退一步来讲，即使按照一审法院的逻辑，也应当适用诉讼时效的延长，即有特殊情况，人民法院可以延长最长诉讼时效，因为本案存在故意隐瞒事实，甚至欺骗的情况，周吉宜等人终结委托保管时才得知《捐献声明》的存在，实属情况特殊。

李春华：本案诉讼时效自其他继承人知道被捐献事实之日起算，期间因其他继承人与纪念馆方面一直在交涉，适用诉讼时效中断，因此本案并未超过诉讼时效。即便超过诉讼时效，一审法院的处理也有欠妥当。庭审过程中，法官可以就是否超出诉讼时效以及捐献是否有效进行调查，但是如果确认案件起诉超出诉讼时效，法院完全可以此为由驳回原告的起诉，没必要再就捐献是否有效这个实体问题进行认定。

朱巍：本案的诉讼时效的算法应该从1991年周丰一捐赠之日起算，到2011年就届满了20年的最长时效。诉讼时效一旦到了，周家后人可以继续主张权利，只不过不能用诉讼解决而已。

（二）法官视点

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

2016-09-02 最高院民一庭

【最高人民法院民一庭意见】

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。在就与父母中哪一方共同生活的问题征询年满十周岁以上未成年子女意见的同时，应当将家庭暴力作为一项重要因素加以考量。

一、案情简介

2012年4月，陆青衣以被告苏水城实施家庭暴力，多次殴打自己及儿子，导致夫妻感情破裂为由诉至某基层人民法院，请求判令：1、陆青衣与苏水城离婚。2、婚生子苏勳由陆青衣直接抚养，苏水城按月给付苏勳抚养费2000元。3、现夫妻共同居住的房屋归陆青衣所有，对半分割其余夫妻共同财产。

一审法院经审理查明，陆青衣与苏水城系自由恋爱结婚，婚生子苏勳12岁。苏勳出生后，陆青衣辞职照顾苏勳至10岁才重新工作，在苏水城的剧组做服装主管。苏水城投资拍戏失败后，开始酗酒，酒后常打骂陆青衣，有时也会殃及苏勳。苏水城承认自己多次于酒后实施家庭暴力，但认为是工作压力所致，对妻子的感情并未改变，故不同意离婚。苏水城提出，苏家三代单传，自己年过40，只有苏勳一个儿子，不能在自己这儿断了香火。如果陆青衣坚持离婚，就必须放弃直接抚养苏勳的权利，自己有能力直接抚养苏勳，可以不要陆青衣支付抚养费。

经一审法院调解，双方当事人均同意离婚，但均主张只要将孩子判给自己直接抚养，财产上可以让步。可见双方的争议主要集中在婚生子苏勳由谁直接抚养的问题上。鉴于苏勳已经超过10岁，案件承办法官专门单独听取了苏勳的意见。12岁的苏勳对于父母离婚一事并不吃惊，表示父母经常打架，早晚都得离。至于自己希望与谁共同生活，苏勳先是称愿意跟妈妈，后来又表示还要再想想。经法官耐心引导、询问。苏勳表示，自己从小就跟妈妈在家，爸爸总是出差，在家的时间不多，也不会给自己做饭吃。爸爸总是打妈妈，打自己的时候并不多。但爸爸有钱，要是跟爸爸一起生活，将来上重点中学、上大学的学费都不成问题。自己舍不得离开妈妈，但妈妈没钱，供不起自己上好学校。看得出，苏勳为此事很纠结，但他最终表示要和父亲一起生活。

二、法院裁判情况

一审法院经审理认为，根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第五条规定：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”苏勳已经年满12周岁，经法院向其征询意见，其表示要随父亲生活。苏勳的意思表示应当成为本案中确定子女由哪一方直接抚养的依据。另外，苏水城虽然有实施家庭暴力，殴打陆青衣的行为，但很少打苏勳。苏水城的经济实力也确实好于陆青衣，能够为孩子提供较好的物质生活条件。故在判决陆青衣与苏水城离婚的同时，判决苏勳由苏水城直接抚养。夫妻共同财产原则上对半分割，适当向陆青衣倾斜。

陆青衣不服一审判决，提起上诉，要求二审法院改判由自己直接抚养苏勳，苏水城按月给付苏勳抚养费2000

元。

二审法院经审理，最终改判支持了陆青衣的上诉请求。

三、主要观点和理由

二审法院在审理中存在两种观点，第一种意见是认为一审法院在这个问题上的处理有事实和法律依据，应当予以维持。具体理由是：第一，根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第五条规定：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”虽然，在涉家暴的离婚案件中，判决未成年子女与施暴方共同生活，对子女的成长可能存在不利影响，但现在苏勳明确表示愿意随父亲一起生活，如果法院作出相反的判决，是不是意味着法院剥夺了孩子跟父亲一起生活的选择权。考虑到针对该子女的家暴并非经常发生，因此，还是应当尊重未成年子女的选择。第二，比较本案双方当事人的经济条件，苏水城的经济条件确实明显好于陆青衣。陆青衣原先曾是演员，婚后为了抚育儿子，做了十年全职妈妈，早已放弃了自己的演艺事业，而且由于年龄、健康等因素，也很难恢复到适合演戏的状态。虽然重新工作，但收入不高。而苏勳面临小升初，苏水城的经济能力可能会为其成长提供更为优越的物质条件。第三，陆青衣比苏水城年轻8岁，再婚后生育的可能性更大一些，苏水城已年近五十，又是三代单传，再婚生育子女的可能性比陆青衣要小一些。综合考虑上述因素，判决由苏水城直接抚养苏勳并无不当。

另一种意见则认为，如果离婚案件中，不涉及家庭暴力问题，法院确实应当按照最高人民法院上述司法解释的规定，将年满十周岁的未成年子女的意见作为确认由谁直接抚育子女的重要考量因素，但如果案件涉及家庭暴力，则家庭暴力应当成为确认未成年子女直接抚养权归属的首要考量因素。未成年人对事务的认知能力相对于成年人来说毕竟有缺陷，他或她可能因为惧怕暴力、崇拜权威、生活需要等各种原因而不知道如何选择才符合自己的最大利益。此时，法院应当从子女利益最大化的角度作出裁判。苏水城实施家庭暴力的行为会直接对苏勳的成长带来负面影响，苏勳从父亲经济条件优于母亲考虑出发，表示要与有家暴行为的父亲一起生活，并非一种成熟的选择。在苏水城对其家暴行为没有正确认识、没有改正表现的情况下，将苏勳判归其直接抚养，不符合未成年子女利益最大化的原则。

我们认为，第二种意见更具有合理性。家庭暴力对于未成年子女的负面影响是不容忽视的。首先，孩子可能成为家庭暴力控制替代对象。正如苏勳所述，爸爸总是打妈妈，很少打我。据统计，50%以上的施暴人，在殴打配偶的同时，也殴打子女。离婚使其失去了配偶这个暴力控制对象，但很难使之立即改变暴力控制欲。如果这个施暴者没有很快再婚，没有一个新的配偶成为暴力控制的替代品，则未成年子女往往会成为这个替代品，成为家暴的直接受害者。其次，有暴力倾向的家长往往缺乏爱孩子的能力。施暴者因为自身的不安全感，往往更关注自己在家庭中的权威，特别是其他家庭成员是否对其服从并因此扼杀未成年子女的自主能力和独立发展，严重影响子女的心理健康。第三，施暴者的言行对未成年子女的负面影响不容忽视。有施暴行为的家长，缺少男女平等意识。其言行均会对子女常常形成潜移默化的影响。例如，施暴者通过施暴使得其他家庭成员服从，男孩子可能认为，这就是解决家庭纠纷的途径，于是，在他长大后建立的家庭中，也采取同样的办法迫使其配偶、子女服从。又例如，有的施暴者一边殴打自己的配偶，一边指责其语言或者行为上的“错误”，使得未成年子女认为，妈妈做错了事，所以才挨打，以后，在他认为别人有错误的时候，也采取暴力行为惩罚对方。这种做法，常常被移植到他未来建立的家庭中。第四，施暴方可以利用对未成年子女的直接抚养权继续控制其原配偶。如果施暴者得到了未成年子女的直接抚养权，则常常利用这一权利，向原配偶提出种种不合理要求。例如，有的离婚案件中，女方请求离婚的原因本来就是不堪忍受丈夫的暴力和经济控制，但施暴者利用女方对探望未成年子女的渴求，要求其继续“自愿”提供经济帮助。否则，就设置种种障碍，不让其探望未成年子女。综合上述理由，可以说明，将未成年子女判决由施暴者抚养，不符合子女利益最大化原则，不利于未成年子女的身心健康，特别是不利于斩断家庭暴力代际传递的链条。

本案中，陆青衣的经济条件固然不如苏水城，但根据我国《婚姻法》第三十七条的规定，“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”因此，苏勳对自己选择随母亲生活后，因为母亲的经济状况不如父亲，可能对自己的升学造成不利影响的担心是没有必要的，或者说，苏勳的担心不应成为人民法院在对本案子女抚养问题进行判决时需要考量的因素。因为，在苏勳的父母离婚后，苏勳仍然是陆青衣和苏水城两人的子女，苏勳的抚养费、教育

费应当与其父母的生活水平相适应。在苏勳有升学受教育的合理需要、苏水城又有负担能力的情况下，苏勳可以要求其支付费用。

苏水城所谓的苏家三代单传，不能到自己这儿断了香火等说法，完全是男权社会传宗接代思想的表现。苏勳由陆青衣直接抚养，仍然是苏水城的儿子，其与苏勳的父子关系并不因此而改变。苏水城将此作为要求直接抚养苏勳的理由，也是不能成立的。

四、最高人民法院民一庭意见

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。在就与父母中哪一方共同生活的问题征询年满十周岁以上未成年子女意见的同时，应当将家庭暴力作为一项重要因素加以考量。

执笔人：最高人民法院民一庭 韩玫

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第55辑

安徽首例“男子受家暴”获人身保护令

2016-09-01 界首市人民法院 季守方

2016年8月31日，界首法院家事少年审判庭的法官们来到该市颍南办事处派出所，在妇联、社区干部、派出所干警的协助下，发出安徽首例男子申请的人身保护令。

姜先生与比其小19岁的郑女士于1993年同居生活，后补办了结婚证，二人先后生下二女。近两年来，夫妻二人因双方孩子及经济问题产生矛盾，并发展到打骂，每每发生争执，年迈体弱的姜先生始终占不了上风。2016年3月份姜先生一纸诉状把郑女士告上法庭，请求法院判决二人离婚。在法庭上郑女士认为夫妻感情尚存，不同意离婚，随后法院做出了不准离婚的判决。在后来的日子里，二人矛盾并没有缓和，又多次发生打架，致使姜先生身体多处受伤，并住院治疗。姜先生不堪忍受妻子郑女士的家暴，于2016年8月30日向界首法院申请人身保护令，并提交了病例、伤情照片、多次报警记录等证据材料。该院家事少年审判庭立即对相关证据进行了查证，认定家暴事实的存在。

鉴于姜先生多次遭受家庭暴力并有继续遭受家暴的现实危险，该院家事少年审判庭依法作出民事裁定，禁止郑女士对姜先生实施家庭暴力。当派出所、地妇联、社区均收到民事裁定书，表示协助法院执行该保护令。郑女士当场保证遵守该保护令，不再与姜先生发生肢体冲突。

主审法官海燕介绍，家庭暴力是对家庭成员身体、心理上的折磨，是对家庭团结、亲情和睦的极大伤害，在家庭暴力中往往受伤害的妇女儿童居多，但家庭成员中的男性同样能成为家庭暴力的受害方。自3月份《反家庭暴力法》实施以来，界首法院加大宣传力度，加强与当地妇联、社区、公安机关的沟通与联络，4月份率先在全省发出第一张人身保护令，加上本起姜先生申请的人身保护令，界首法院已经发出了6起人身保护令。面对家庭暴力，越来越多的人意识到只有拿起法律武器，才能最大限度地维护自己的合法权益。

一出《双面胶》，逃避还是继续——记首份人身安全保护令撤销案

2016-09-03 南京市玄武区人民法院

2007年的电视剧《双面胶》因真实反映了当代家庭面对婆媳关系的无奈，引发了很多人的共鸣。剧中的小家庭在婆媳之间的明争暗斗中岌岌可危。不少人感叹，婆媳之争真是千古难题。其实，这样的纠葛在现实中并非完全无解。近日，玄武法院撤销了发出的首份人身安全保护令，就是一对婆媳化干戈为玉帛的真实案例。

案情回顾

今年3月29日，玄武法院受理了本院首起人身安全保护令案。

该案申请人张某向法院提出

人身安全保护令申请

认为其正在面临家庭暴力的现实危险

请求申请人身安全保护令

并向法院提交了

用以证明被申请人对其进行过威胁、辱骂

听证期间

张某的丈夫及其公公出庭作证都证明丁某（张某婆婆）确实威胁过要对申请人“白刀子进红刀子出”还证明丁某曾对其他人使用过暴力。

鉴于申请人存在面临家庭暴力的现实危险，玄武法院于3月31日作出人身安全保护令民事裁定：**禁止被申请人丁某殴打、威胁申请人张某。**

此后，双方又发生了一些不愉快的争执，但随后双方各自反省，认为自己的言行也有不妥之处，没有站在对方角度考虑问题，导致矛盾激化，对各自的生活都造成了极大的困扰。为此双方达成谅解，表示今后一家人会和睦相处，互相尊重，照顾彼此的感受。8月30日，原告向本院申请撤销人身安全保护令民事裁定。

法官寄语

法官赞赏双方结束过去，开辟未来的勇气和态度。因为爱情，张某嫁给了丁某之子。因为缘份，二人成为婆媳。她们有着不同的学识、经历、习惯和为人处世方法，二人的关系里自然就包含了尊重、帮扶、妥协与退让。在相处中出现矛盾，并不意外。双方要考虑的是自己能为对方改变多少，而不是改变对方多少。现在双方有了重新开始的态度，但此后并不一定会一帆风顺。如遇到问题，应本着一家人的态度来妥善应对。同时也希望张某的丈夫在妻子与母亲之间发挥桥梁作用，因为家和才能万事兴。只有互相尊重，照顾彼此的感受，才能打开所有的边界和心界。

附裁定书全文：

江苏省南京市玄武区人民法院 民事裁定书

(2016)苏 XXXXXXX 号

申请人张某，女，1983年生。

被申请人丁某，女，1958年生。

申请人张某与被申请人丁某申请人身安全保护令一案，本院于2016年3月31日作出人身安全保护令民事裁定。申请人于2016年8月30日申请撤销人身安全保护令，本院进行了审查。现已审查终结。

张某称，家和万事兴，闹矛盾只能让外人看笑话，现双方已达成和解，不会再存在家庭暴力情况，特申请撤销人身安全保护令。

本院经审查认为，本院发出人身安全保护令民事裁定后，双方能各自反省，值得鼓励。张某提出申请后，本院征询了丁某的意见。丁某表示，双方存在一些误会，已达成和解，现儿媳对她很好，孙女也由她和老公照顾，双方都认识到都是一家人，要和睦相处。快到中秋节了，张某当庭给了丁某慰问金1000元，丁某表示感谢。本院认为，因双方已达成和解，在本院作出人身安全保护令民事裁定后的六个月有效期内，张某申请撤销人身安全保护令民事裁定，符合法律规定，应予准许。据此，依照《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十六条、第三十条之规定，裁定如下：

撤销本院(2016)苏 XXXXXXX 号人身安全保护令民事裁定。

审判员 陈文军
二〇一六年九月二日
书记员 褚孟莹

注：本文中当事人均为化名

什么是人身安全保护令？

人身安全保护令：是一种民事强制措施，是人民法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保婚姻案件诉讼程序的正常进行而作出的民事裁定。

人身保护令适用范围：“人身保护令”的适用对象不仅仅是夫妻之间。家庭成员之间，包括夫妻、父子、兄弟“殴打、捆绑、残害、限制人身自由”等暴力行为及“经常性谩骂、恐吓”等精神侵害行为都纳入了法律规定的“家暴行径”。

人身保护令内容：可以包括一项或多项内容：禁止被申请人殴打、威胁申请人或者申请人的亲友；禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；人身安全保护令裁定生效期

间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；有必要的并且具备条件的，可以责令申请人暂时搬出双方共同的住处；禁止被申请人在距离下列 200 米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或者其他申请人经常出入的场所等。

人身安全保护令法律效力：“人身安全保护令”和一般的民事裁定书一样具有法定效力，对于拒不履行者，可以对其进行处以罚款、拘留等相关处罚。

人身安全保护令申请流程（简略）

（一）申请

人身安全保护措施的**管辖**。人身安全保护措施的申请由受害人经常居住地、加害人经常居住地或家庭暴力行为发生地的人民法院受理。两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

申请人身安全保护裁定，应当符合下列**条件**：申请人是受害人；有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；有具体的请求和事实、理由；有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。

申请人身安全保护措施的**证据**：可以是伤照、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、加害人带有威胁内容的手机短信等。

申请人身安全保护措施的裁定，无需交纳任何费用。

（二）审查

人民法院收到人身安全保护措施的申请后，应当迅速对申请的形式要件及是否存在家庭暴力危险的证据进行审查。

对于是否存在家庭暴力危险，申请人和被申请人均可以提交证明自己主张的证据，必要时人民法院也可以依职权调取证据予以核实或者举行听证。

（三）裁定

作出裁定的时间：人民法院收到申请后，应当在 48 小时内做出是否批准的裁定。

人民法院经审查或听证确信存在家庭暴力危险，如果不采取人身安全保护措施将使受害人的合法权益受到难以弥补的损害的，应当做出人身安全保护裁定。

（四）生效与执行

人身安全保护裁定自送达之日起生效。

人民法院将人身安全保护裁定抄送辖区公安机关的同时，函告辖区的公安机关保持警觉，履行保护义务。公安机关拒不履行必要的保护义务，造成申请人伤害后果的，受害人可以以公安机关不作为为由提起行政诉讼，追究相关责任。

人民法院应当监督被申请人履行人身安全保护裁定。被申请人在人身安全裁定生效期间，继续骚扰受害人、殴打或者威胁受害人及其亲属、威逼受害人撤诉或放弃正当权益，或有其他拒不履行生效裁定行为的，人民法院可以根据民事诉讼法相关规定，视其情节轻重处以罚款、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理或者告知受害人可以提起刑事自诉。

（五）撤销人身安全保护裁定的听证

申请人、被申请人可以在收到人身安全紧急保护措施的裁定后 3 日内，请求人民法院举行延长或撤销紧急保护裁定的听证。

人民法院认为有必要举行听证的，应当在听证前三日将听证通知送达申请人和被申请人。特殊情况下，人民法院可以根据需要随时安排听证。

（六）对撤回人身安全保护措施申请的审查

申请人提出申请后很快撤回申请的，或者经合法送达听证通知后不出席听证的，经审查，如存在以下因素，人民法院应当保持警觉，判断其是否因施暴人的威胁、胁迫所致。存在以下因素的，不予批准：

1. 被申请人有犯罪前科的；
2. 被申请人曾有严重家庭暴力行为的；
3. 被申请人自行或与申请人共同来申请撤销的；
4. 申请人的撤销申请无正当理由的或不符合逻辑的；等等。

浅析家庭暴力中的受害者应如何收集证据

“家事法苑”团队奉献

2016-09-02 中国法院网桂林法院 覃珍华

随着我国《反家暴法》的出台实施，各地方政法系统的有力宣传，更多的家暴受害者不再忍气吞声，而纷纷拿起法律武器，维护自己的合法权益。每一起诉诸法院的纠纷，原则上实行“谁主张、谁举证”。但家庭暴力发生在家庭成员之间，且在相对封闭的场所内，具有一定的隐蔽性，加上传统的“家丑不可外扬”的思想，导致证据难以收集。那么家暴中的受害者应如何收集证据，笔者就此问题做进一步的探讨。

一、家庭暴力的类型

所谓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、精神方面造成一定伤害后果的行为。根据家庭暴力的各种不同表现形式，大致分为以下几种类型：

一是身体暴力。即对家庭成员身体的攻击行为或虐待体罚，如推挤、拳击、掐脖子、打耳光、咬、开水烫、火烧、用刀等手段及器械伤害。如对家庭成员罚跪、强迫过度劳动、禁闭、限制行动自由、有病不给治疗等。

二是语言暴力。以威胁、恐吓、辱骂、诽谤、恶意贬低等伤害自尊的言语、捏造事实强加给家庭成员或四处宣扬。

三是性暴力。指违背配偶意愿强迫进行性行为，或强迫其进行难以接受的性行为方式，损伤其性器官，强迫拍摄淫秽照片或录像。

四是冷暴力。表现为对家庭成员冷淡、轻视、疏远、漠不关心，将语言交流降到最低限度，停止或敷衍。

二、有利于证据收集的举措

当事人在遭受家庭暴力后，应该及时进行收集、留存证据，以此证明家庭暴力的存在：

(一) 要及时向居(村)委会、妇联组织、工作单位等，寻求帮助或者调解，或者直接向公安机关报警。日后进行诉讼时，可以请求相关部门出具相关证明材料，尤其是公安机关的出警记录、告诫书。《反家暴法》第十三条明确规定，家庭暴力受害人及其法定代理人、近亲属可以向加害人或者受害人所在单位、居民委员会、村民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映或者求助。有关单位接到家庭暴力投诉、反映或者求助后，应当给予帮助、处理。

(二) 保留好诊断证明、病例本、医疗费票据等。如果在家庭暴力中受伤，则一定及时去医院治疗，并保留好诊断证明、病例本、医疗费的票据等。此外，还要在当时进行拍照，保留好照片。伤情严重的，报警后，由公安机关委托进行伤情鉴定。依照法律条款，家庭暴力情节较轻，依法不给予治安管理处罚的，由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书。

(三) 保留好原始的视听资料。如果家里或者身边有条件的，可以进行录音、摄像等，并保留好原始的视听资料。或者可以申请证人出庭作证。

(四) 受害者可以向政府机关申请庇护。施暴者经教育不悔改，而变本加厉进行暴力行为的，受害者可以向政府机关申请庇护。《反家暴法》第十五条第二款规定，无民事行为能力人、限制行为能力人因家庭暴力身体受到严重伤害、面临人身安全威胁或无人照料等危险状态的，公安机关应当通知并协助民政部门将其安置到临时庇护场所、救助管理机构或者福利机构。第十八条规定，县级或者设区的市级人民政府可以单独或者依托救助管理机构设立临时庇护场所，为家庭暴力受害人提供临时生活帮助。

总之，证明家庭暴力的存在，实质上是一个复原家庭暴力原状的过程。无论是物证、书证还是证人证言，只要能证明存在家庭暴力，只要举证合法，程序完备，都可以作为证据，以此来证明家庭暴力的存在。

全州县人民法院)

此案法院是否应立案再审

2016-09-06 北大法律信息网 自贡市自流井区人民法院 冯万超

案情：张吉于2014年5月6日向李成借款人民币20万元，约定此借款在2015年8月1日前归还。借款到期后张吉未归还李成的借款，李成便将张吉与妻子赵兰起诉到法院，要求张吉与赵兰归还借款20万元。同时，李成向法院对张吉与赵兰一起居住，而产权人为赵兰的一套住房申请诉讼保全，法院对赵兰的住房采取了保全措施。在开庭前，李成撤回了对赵兰的起诉。经法院调解，双方达成由张吉在2015年12月1日以前归还李成借款20万元及借款期满以后至还款之日止的银行同期贷款利息的调解协议。调解书生效后，张吉未在调解书确定的时间内归还李成的借款及利息。李成在申请法院执行张吉未果的情况下，李成向法院申请执行赵兰的住房以偿还张吉欠李成的借款及利息。李成认为，张吉的借款是张吉和赵兰夫妻关系存续期间的共同债务，法院应该执行赵兰的房屋。执行

“家事法苑”团队奉献

法官认为，赵兰不是本案法律文书确定的债务人。虽然在诉讼中保全了产权人是赵兰的房屋，但赵兰不是本案法律文书确定的义务人，不能将赵兰的房屋执行给李成。在生效的调解书中权利义务当事人只有原告李成和被告张吉，并未确定张吉的借款是张吉与赵兰的共同债务并由张吉和赵兰共同偿还，赵兰不是本案中承担偿还义务的当事人。调解书既未将赵兰作为20万元借款的共同被告，也未确定20万元是张吉与赵兰的共同债务，同时，也未认定产权人是赵兰的房屋是张吉和赵兰的共同财产，既然赵兰不是义务当事人，依法不能执行赵兰的房屋。在张吉无执行的财产又不能执行赵兰被保全房屋的情况下，李成便向法院起诉赵兰，要求赵兰偿还其夫妻共同债务20万元。在李成向法院起诉赵兰时，法院认为，李成与张吉的20万元借款纠纷已经通过生效的法院调解书解决，根据一事不再理的原则，李成不能对赵兰提起诉讼。李成在法院不受理起诉赵兰的情况下，为了能收回自己的20万元借款，李成又向法院申请对他与张吉借款一案进行再审。

分歧：对于李成向法院申请再审张吉借款纠纷一案是受理还是驳回，有以下两种意见：

第一种意见：应受理李成的再审申请。通过再审使赵兰进入诉讼成为案件当事人，可以使李成的合法权益得到保护。理由是：（一）张吉向李成所借的20万元是在张吉和赵兰婚姻关系存续期间的借款，是张吉和赵兰的共同债务，赵兰有共同偿还借款的义务。（二）在原审中，赵兰并未作为共同债务人承担共同债务。由于生效调解书的义务人张吉无财产偿还李成的借款，使李成的债权权利不能实现，只有赵兰进入再审案件中成为案件当事人，通过再审确定赵兰的偿还借款义务人身份后，赵兰就应用自己的财产偿还相关债务。这样，在今后的执行中就能执行产权人为赵兰的房屋，使李成的合法权益得以实现。

第二种意见：应驳回李成的再审申请。理由是：（一）在本案的原审中，借条中的借款人为张吉，李成在起诉张吉借款纠纷后追加赵兰为被告，后又自动撤回了对赵兰的起诉。张吉与李成的借款即使是张吉与赵兰的共同债务，李成只起诉张吉归还20万元借款，证明李成放弃了赵兰承担还款义务的权利；李成与张吉达成了由借款人张吉还款的调解协议，说明张吉也愿意归还向李成所借款项。假使张吉的借款用于张吉与赵兰共同的生活、生产或经营，赵兰可以作为共同债务人的话，李成在生效的法律文书中已经放弃了对赵兰的起诉，这不仅是程序上的放弃，而是包函了对实体上的放弃，因为李成将全部债务的偿还义务都确定由张吉承担。按照法律的规定，当事人有权处分自己的权益，即使要进入再审，李成也不能再增加赵兰为被告。因为，李成在诉讼中已经依法处理了自己的权益，当事人不能随心所欲不依法地增加他人的义务。（二）根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法）第二百零一条：“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审”的规定，对发生法律效力的调解书，只有当事人提出证据证明法官在进行调解时违反当事人自愿原则或者调解协议内容违反法律，才可以申请再审。在本案中，李成自己放弃对赵兰的起诉，完全是在依法处分自己的权利，既不违反法律规定，也不违反社会道德，且并未违反自愿原则进行调解，调解的内容也符合法律规定。所以，根据法律的规定，本案当事人申请的再审不符合民事诉讼法规定进入再审的情形，本案不应进行再审，既然不应进行再审就不应立案，依法应驳回当事人的再审申请。

评析：笔者同意第二种意见。案件是否应进入再审，必须看是否符合进入再审的法定条件，只有符合进入法定再审条件的案件才能进入再审。否则，对当事人再审的申请应依法予以驳回。

一、法律对再审的规定。民事诉讼法第一百九十八条“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。”第二百零一条：“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。”根据民事诉讼法的规定，对于生效调解进入再审的有两种情形：一是法院内部自行纠错的再审，即本院院长发现生效的判决、裁定、调解书有错误经本院审判委员会讨论决定再审和上级人民法院发现下级人民法院生效的判决、裁定、调解书确有错误进行再审；二是当事人认为生效的调解书有错提出申请再审，并提供了证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律，人民法院审查属实，应当进入再审。只有具备上述两种情形的生效调解书才能进入再审，否则，不应进入再审。

二、本案当事人提出的再审事实和理由并不符合法律规定的再审条件。民事诉讼法规定“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。”本案当事

人并未提出生效的调解书有错误，更未提供证据证明法官在调解中违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律。在本案中，李成提出再审申请的理由并不是法律规定的再审理由，而是因为发生法律效力调解书确定的义务人没有可供执行的财产。李成申请再审的目的是想通过再审重新确定有一套住房的赵兰为偿还债务的义务人。因为只要通过再审确定赵兰为还款义务人，李成才可以申请执行赵兰的房屋，进而实现自己的债权。李成申请再审的想法是不符合法律规定的，只有符合法律规定的再审条件的案件才能依法进入再审，否则，不论当事人以什么理由申请都不能进入再审。

三、申请人李成在原审中撤回了对赵兰的起诉，不仅是对赵兰诉讼程序上的放弃，而是包函了对赵兰诉讼实体上的放弃。由于张吉与赵兰是夫妻，此借款是夫妻关系存续期间形成，在调解书中李成确定整个债务由张吉偿还，说明李成放弃了要求赵兰偿还债务的权利。假如张吉向李成的借款为夫妻共同债务的话，依法应由张吉与赵兰共同偿还。但是，在案件审理中，李成只要求张吉偿还20万元借款。李成撤回对赵兰的起诉，只要张吉归还20万元借款的行为，不仅是在程序上撤回对赵兰的起诉，最终结果在实体上他也不要求赵兰承担偿还20万元借款的义务，他确定的还款义务人只有张吉。如果李成在调解书中并未要求张吉承担偿还全部20万元借款的义务，而是只要求张吉偿还20万元债务一部分的话，说明李成并未全部处分自己的实体权利。那么，李成要主张自己未处理部分的实体权利（不论主张能否得到法院支持），也只能另行起诉，而不是通过再审解决。而在本案中，李成与张吉达成的还款协议是全部处理了自己实体权利的合法民事行为，张吉也愿意归还向李成所借款项，并经法院确认。所以，李成在生效法律文书中确定的义务人不能履行义务的情况下申请再审的请求，是不应得到法律支持的。

综上，应依法驳回李成的再审申请。

家事审判的四盏指引明灯：孝、悌、恩、慈

2016-09-07 法官那些事 黑龙江省方正林区法院 孙才宇

中国传统文化中蕴含着丰富多彩的家庭伦理道德文化，调整家庭成员间关系的原则与规范。家事法庭充分运用“孝悌恩慈”的理念在离婚案件、赡养案件、继承案件、抚养案件中，进行引导，从而使当事人能做到：夫妻相爱，志同道合，尊敬和赡养老人，抚养和教育子女，兄弟姐妹之间和谐共处。

“孝”指引赡养案件

孝，在字面上是一个老字和一个儿子的子字上下合成。指儿子背负着老人，即上一代和下一代融为一体。“孝子对父母亲的侍奉，在日常家居的时候，要竭尽对父母的恭敬，在饮食生活的奉养时，要保持和悦愉快的心情去服事；父母生了病，要带着忧虑的心情去照料；父母去世了，要竭尽悲哀之情料理后事；对先人的祭祀，要严肃对待，孝敬父母在家，尽其敬谨之心，要晨省，昏定，照顾父母衣食起居，并且要和颜悦色，不要把工作，学习的忧愁的事情带入家中，有病的时候要尽其忧虑之情。孝道最难做到的就是“色难”。只有在内心始终有一种报答养育之心的，才能够成为称职的孝子。

如果在赡养案件中，当事人都能明确没有父母的养育就没有今天的我，在自己生长过程父母付出了多少精力，财力、物力。为了我的成长吃过了多少苦，受过了多少罪。就是在禽兽的队伍里，乌鸦都有反哺之意，羊羔有跪乳之恩。太多的人不知道感恩，认为父母做的一切都是应该的。通过孝道文化，让当事人有一颗知耻的心，感恩的心，那么赡养案件的处理不仅仅是案结事了，更重要的是修复了家庭的亲情，维护了家庭的稳定性。

大家留意一下产床，床上大约有拇指粗的铁棍是弯的，是产妇在生产时候，疼痛难忍。孩子出生后，一把屎一把尿的伺候，常常会弄到自己的身上，父母从来都没有怨言。记得有个道德学堂老师讲课的时候曾经说过，他给公公洗被屎尿弄脏的裤子的时候，没有感觉有臭味。这就是孝敬心，关爱心的作用，我们给儿女洗袜子的时候，能经常闻到臭味吗，闻不到，但去别的家时候，看到人家洗的时候，是不是就闻到了。

曾经做一个调查，百分之百的父母愿意为孩子承担病苦，哪怕病增长10倍，都无所畏惧。孩子尿了，就把孩子放在干爽的地方，自己躺在孩子尿的地方。两岁多的时候扶着东西能走了，父母还担心孩子是否碰着摔着，牵肠挂肚的不放心。上学了，不怕孩子学习不好，就怕孩子受气，让人看不起，给孩子穿好的，用好的，自己省吃俭用。孩子无时无刻不再牵动父母的心呐！父母的恩情是无法用语言表达的。

父母为儿女做了那么多，儿女根本不知道什么是孝，连回报都做不到，就像父母知道儿女喜欢吃什么，儿女却不知道知道父母喜欢什么。逛商场时候，有几个能想到为父母买什么吗。记得有个学校组织学生给家长喂饭的活动，让学生感觉父母照顾孩子的艰辛，拉近父母儿女的距离，让儿女感觉照顾人的劳累让儿女感恩，父母暖心。但这只

是回报，不是孝。

在清朝的时候，有一个儿子把他的父亲给杀了，这在当时是一个很严重的事。结果这件事出现之后，这个儿子被斩首了，所在县的县令被撤职，并且把这个县的城墙拆去一个角，因为一个大逆不道的人，是整个县的耻辱，所以把城墙拆去一角，以示惩戒。就连他们的巡抚，就相当于现在的省长也被连降两级，这就是告诉我们古代孝道的重要性。

弘扬孝道，如果政府、媒体、社会对于孝顺的人都给予褒奖和赞美，每年每个地域都举行评出诸如“十大孝子、孝媳”的奖项，引导孝顺的风气，家事审判赡养案件为零的日子就不再遥远。

“恩”指引离婚案件

中国人的在结婚的时候，人们都在祝福夫妻恩爱，百年好合。说明恩爱是真正的、深切的爱，先有了恩，才有爱。“恩”在先，“爱”在后。“恩”是“爱”的基石。家庭生活的真谛：夫妻需要恩爱，夫妻应该恩爱。为夫为妻，或贫或富，夫唱妇和，都要相互欣赏，相互恩爱。

夫妇是人伦的开始，有夫妇才有父子、兄弟、朋友、君臣。夫妻是一体，就像左右手一样，彼此感通，相互影响。好丈夫影响妻子的素养，决定家庭的价值；好妻子影响丈夫的为人，决定家庭的苦乐。

男女都应该重视德的培养，勤俭持家，仪容朴素，谈吐严谨，夫妻之间，互忍、互谅，相互体贴，不埋怨，不责怪，相互携手，在不如意的时候，多加鼓励，安慰，得意时，嘉勉。在生活上，不能样样称心如意，不可过分挑剔与比较，夫妻既然走在一起，不可有太多要求，专挑对方毛病，从不检讨自己，要相互鼓励，欣赏。有事多商量，不要因为鸡毛蒜皮小事生气，不管大小事，心平气和的提供意见是有所共识，尽力做到少缺点无缺点，夫妻必须细心观察，相互询问了解，共同研究处理方法；千万不可苦于一方，夫妻是一体，一方有难同己有难，对方受到委屈时候即使安慰排解。不要各怀心机、各执己见、各做个事，在金钱的处理上、孩子管教、家庭事情有同一目标宗旨。相互照顾扶持，生老病死的面临共同来面对，不要心有离异之念，有福同享有难同当。不要受虚荣心的影响，认为对方不如他人，一旦有较好的外来引诱，就背着违背道德，违背良心，导致家庭破坏。

妇女之美是柔和，要做母妇。说你要像一个妈妈爱护自己的儿子一样爱护自己的先生。要做臣妇。说你要像一个臣子一样，对自己的君王忠诚不二。要做妹妇，要像妹妹对哥哥一样，长幼有序。要做婢妇，说是要像一个奴婢对自己的主人一样，非常恭敬，照顾得非常周到。要做夫妇，说夫妇要相敬如宾，互相关爱。丈夫之美是刚正，象父亲一样关爱自己的妻子，象兄长一样照顾妻子，象忠臣一样做事，夫妻要举案齐眉，夫唱妇随。

离婚案件的当事人就是因为把“我”放在了第一位，不懂包容，经常抱怨，抓住对方的错误，没完没了的指责。“人非圣贤孰能无过”，既然发现了对方的错误，帮助其改正，开导解释。家是讲爱的地方不是讲理的地方。妻子象尊重领导那样尊重丈夫，丈夫对待朋友那样真诚对待妻子。夫妻互相感恩，和而有节，爱而有敬。多找对方的号称好处，不抱怨、不放任、不嫌弃。相互做到事前提醒、事后拟补。以相敬如宾、琴瑟和谐做为是夫妻关系的准则，这样的家庭夫妻之间不仅仅是相亲相爱，更有利于孩子的健康成长。

“悌”指引继承案件

兄弟姐妹之间的关系是“悌”，即一个心加上弟，做哥哥姐姐要爱护弟弟妹妹，弟弟妹妹一定要尊敬哥哥姐姐。兄弟姐妹之间的关系应该是兄友弟恭。在继承案件中，兄弟姐妹之间，为了父母留下的遗产纷争，当而不让，针尖对麦芒。致使血缘关系冷漠，相互纷争，相互埋怨；甚至不顾亲情，大打出手。如果兄弟姐妹之间彼此都把财物看的轻一些，不图钱财就没有冤仇，说话时候都忍让一点，对替对方着想，就没有愤怒了。

兄弟姐妹在生活中存在着或多或少缺陷，我们不能因为他们这点小缺陷而去疏远他们。我们应该包容他们，因为他们是我们的亲人，是流淌着同样鲜血的手足。正因如此我们更不应该为了点小矛盾，而去忘记他们曾经所赐的恩惠。不要因为小小的嫌隙跟至亲伤了和气，甚至与连电话都不打，形同陌路人。

兄弟就好象同一棵树延伸出来的树枝一样。长出枝干，各自发展，枝繁叶茂，不要因为言语不当而产生冲突，伤害了兄弟的情感。在言语当中要柔软、要和谐，绝对不要讲话很硬，很冲。有的时候是好心好意劝说，导致误会，争吵。在规劝时候，一定看对方的脸色是否高兴，声音一定要柔和，要理直气柔，和颜悦色。不要理直气壮，一副盛气凌人的态度。尊重、客气，不要指责，挖苦，话要说的尽量婉转，感到我们不是在挑他的毛病，真心的为他好。

在上四、五十岁的年纪以后，每次看到兄弟姐妹都会有这么一点感觉，白头发多了，皱纹多了。现在大都天各一方，兄弟姐妹见面的时候次数很少，有时候因为挣钱忽略亲情。有多少人因为工作关系，几年甚至十几年没有

和兄弟姐妹在一起相聚了，怕损失钱财而拒绝和亲友聚会的机会，要知道亲情是钱买不来的。年纪越大代表人生的路就走得快到尽头了，要好好珍惜这段情谊。所以兄弟姐妹之间懂得互相忍让、谦让。不要因为小小事就起了争执。没有舌头不碰牙的时候，大家把互相包容，帮助形成习惯；在外面，对别人都能和平共处了，兄弟姐妹们相处比父母长久，哥有哥的样，弟有弟的样，长兄如父，如果父母不再了，就经常去长兄家团聚。

天下无不是的父母，世间最难得者兄弟；优秀传统文化造就了中华民族“孝悌”的优良传统并延续至今。俗话说：“好男不争家中地，好女不争嫁妆衣”，快乐不是拥有的多，而是计较的少，斤斤计较才得两斤。家事审判运用“悌”道理念，劝诫兄弟姐妹之间不要把兄弟姐妹之间的关系都一切都是建立在物质，欲望上。不要比在家里得到什么，要比为家里付出了什么，注重血缘关系，注重亲情的引导，会有意想不到的效果。

“慈”指引抚养案件

慈祥温柔的爱对待孩子，中国人都非常重视子女的教育。受西方的自由思想的影响，很多父母都在追求自己的享受，而拒绝抚养孩子对离异家庭的孩子来说，最受伤害的是心灵和情感。易导致孩子心理失衡。家庭破裂遏制了孩子的情绪、性格和社会适应性的良好发展。父母离异往往会给孩子的心理带来很大的变化，很多孩子认为父母离婚是不光彩的事，子女容易产生因缺乏情感关怀而造成疏离自卑等问题，心态扭曲。因此产生消极仇视心理。

有些单亲家长因其子女失了母爱或父爱而有一种愧疚心理，便对子女过份宠爱娇惯，而不能正常地给予管教；有些单亲家长视其子女为累赘包袱，漠不关心，甚至歧视和虐待，造成孩子行为上的偏差。由于心理失衡对社会产生报复心理。单亲孩子犯罪比例占少年犯人数 30%，这是一组多么可怕的数字。

对子女的慈爱不仅仅在于抚养，更在于教育。一个家庭共识是把下一代教好，就是在显赫的人物，下一代不学好都不是成功的人，把孩子教育成人，人与人才良性循环，社会才能安定和谐。如今学校的教育功能不断的在减退，成为名副其实的知识传习所。有责任的父母不但不应该离婚，同时也应该承担起孩子的教育问题。中国约有 20% 的中小学生在心理问题。娇惯、任性、心里脆弱、缺乏毅力、逃课、酗酒、网恋、少女怀孕、自杀等问题十分突出。“宠溺有加”是成人错误的教育。官二代、富二代、明星二代违法犯罪的事例层出不穷，为我们教育方式敲响了警钟！

很多父母把孩子教育交给代理父母，补习班、保姆、电视、计算机，孩子的基本生活能力都没有，暴力倾向很大，别人教育你的孩子，责任心是不一样的。他们帮你教育孩子是利益问题，是生意，不是责任，自己教育孩子是责任，希望所有的父母要把孩子教育当作家里头等大事，不要丢西瓜捡芝麻。记得有个案例，孩子的父母为了挣钱，都出国打工，把孩子交给老师，可挣了几年的钱回国后，发现孩子学会吸毒了。为人父母者必须以身作则，因为“身教胜于言教”。

帮助孩子落实“日行一善”来增加孩子的品德，在做的时候一定要随时、随地、随机、随缘，随能力；不要强迫自己去做，更不能作秀。英国首相丘吉尔从小就落实“日行一善”，台湾马英九也教育孩子要“日行一善”，培养孩子爱心，有爱心，就能够帮助别人，就会增强集体荣誉感。家庭中共同学习《中华孝道故事》、《中华德育故事》等历史故事，并结合自己的实际生活谆谆教导，循循善诱。学习《朱子家训》、《颜氏家训》、《曾国藩家训》等修身治家之道，教育孩子成为一个正大光明、知书明理、生活严谨、宽容善良、理想崇高的人。

习近平同志指出，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，紧密结合培育和弘扬社会主义核心价值观，发扬中华民族传统家庭美德，促进家庭和睦，促进亲人相亲相爱，促进下一代健康成长，促进老年人老有所养，使千千万万个家庭成为国家发展、民族进步、社会和谐的重要基点。家事法庭的法官只有熟悉运用“孝悌恩慈”这四盏指引明灯倡导、培育和维持公序良俗。祈愿在家事法庭的努力下让家庭无怨，家庭无灾。

妻子私自堕胎侵害丈夫的生育权吗？法官这样说！

2016-09-07 人民法院报 陕西城固县法院 魏继儒 刘鹤

【案情】

刘辉与文静于 2008 年 12 月 28 日登记结婚。2009 年 4 月 8 日，双方因言语不当发生争执，文静回娘家居住。后刘辉到文静娘家，希望接文静回家，但遭到文静拒绝。2009 年 4 月 12 日文静诉至法院要求与刘辉离婚，诉讼过程中，刘辉数次动员亲友到文静娘家做和好工作，均遭到文静拒绝。5 月 12 日，已怀孕 7 个月文静与其父文明在未与刘辉协商、未告知刘辉的情况下，以文静系未婚怀孕为由到医院要求做人流手术，文明在手术同意书上的“亲

属”一栏签署了自己的名字，医院对文静实施了人流手术。7月16日文静就离婚一案向法院申请撤诉。

2009年8月10日，刘辉以文静及其父文明侵犯其生育权，对其造成精神损害为由诉至法院，要求赔偿精神抚慰金5万元。

【分歧】

妻子私自堕胎，是否侵害了丈夫的生育权？

一种观点认为，妻子的行为构成侵权，她堕胎应当告知丈夫并经丈夫同意，否则既是对丈夫知情权的侵犯，也是对丈夫生育权的侵犯，应当承担相应的侵权责任。

另一种观点认为，妻子的行为是对自己权利的处分，这是公民的基本民事权利，其他民事权利（如本案中的生育权）和基本民事权利相冲突时，应当根据法益均衡、法益价值的原则，倾向于保护公民的基本权利。

【评析】

笔者赞同第二种观点，理由如下：

1. 男性是否有生育权

在我国法律中，婚姻法第三章第十六条，妇女权益保障法第五十一条，人口与计划生育法第十七、十八条，都对生育权作出了规定。男性和女性都有生育权，即有生育的自由也有不生育的自由。所以，男性具有生育权是没有疑问的。

2. 男性生育权的实现

一般来说怀孕是双方自觉自愿的行为，男性生育权是不能自己独立完成的，需要妻子自觉自愿的配合才能实现。这种自愿不仅体现在怀孕时，并且应当体现在从怀孕一直到胎儿出生这段时间内。胎儿孕育在女方的体内，女方是否愿意继续孕育胎儿，必然涉及到女方的人身自由权和生命健康权。这两种权利是女方的基本民事权利，男方不能以任何理由加以剥夺，否则就是对女方基本人权的漠视和侵犯，也有可能造成道德的泛滥，使男方的生育权凌驾于女方的基本权利之上。所以说，男性生育权的实现不但要有男方的意愿，也应当有女方自觉自愿的配合，而且这种配合从怀孕到孩子出生这段期间都应当是自觉自愿的。

3. 男性生育权和女性生育权冲突的解决

女性进行堕胎是对自己身体权利的一种处分行为。我国法律对于人的民事权利认定是始于出生，终于死亡，并且采取的是独立呼吸说。当胎儿存在于母体时，胎儿并不能成为法律意义上的人，不具有权利能力，而被视为母体的一部分。民法上对胎儿的保护是通过母体的保护来实现的，当外在因素如他人故意伤害导致流产，视为对母体的故意伤害，是对母体的生命健康权的侵害。既然是母体的生命健康权，那么作为母体的孕妇自然有权处分。

生育权的特殊性，使男性生育权的实现，必须通过女性才能实现。在权利具体实施的过程中，由于男女身体状况的差异，必然是女性作为孕育胎儿的主体。胎儿寄生于母体当中，靠吸取母亲的营养生长发育，必然要求妇女要承担更多义务，即损耗自己的身体，承担由于怀孕而导致的各种身体上的不良反应以及精神上的焦虑。所以在法律价值取向上对妇女作更多的倾向性保护，是符合法益均衡精神的。

关于女性是否有权利堕胎，在国外也有很多著名的案例，虽然法律条文不尽相同，但是法律的追求公平正义的精神是相通的。法律历来强调权利和义务的对等，承担的义务越重，享受的权利应当越多。美国一个著名的凯赛堕胎案中，对妇女堕胎权有这样的分析：虽然堕胎的问题与良知和信仰有关，但它却不仅仅是一个哲学问题。堕胎是一件特殊的事情。它会给很多人造成影响：决定去堕胎的妇女本人；实施和协助手术的人；配偶、家庭和社会；以及潜在的、被夺去的生命。虽然堕胎是这样的一种行为，但是州还是没有权利去限制它，因为妇女的自由决策权在这里是至高无上的，法律必须保护这一点。怀孕的母亲不得不承受焦虑、痛苦以及身体上的不适，这是其他人难以体会的。从人类诞生之日起，妇女就承受着这样的牺牲，这种牺牲使她在别人眼里变得崇高。但是，州却不能以此为理由坚持妇女必须作出这样的牺牲。笔者同意以上的分析，即法律应当尊重妇女堕胎的自由意志。

笔者认为，在平等的条件下，没有人有权利要求他人以牺牲自身健康的方式来维护自己的权利，除非对方是自愿的，否则，就是对他人权利的侵犯，对社会伦理道德的违背。唯其如此，才能体现法律的公平正义。夫妻生育权的冲突，既是丈夫生育权与妻子生育权之间的冲突，同时又是丈夫生育权与妻子的人身自由权、健康权之间的冲突。一般来说，男方生育权的行使与实现需要利用女方的身体，所以更应当尊重女方的人身自由权及健康权。二者权衡，女方的这种基本权利比男方的生育权更应当优先得到保护。

浅议婚约财产纠纷及对策和建议

2016-09-08 中国法院网大通法院 肖红

婚约，是男女双方以将来结婚为目的所作的事先约定。订立婚约的行为，称为订婚或者定婚。婚约成立后，男女双方产生未婚夫妻身份。按照传统习俗和习惯，订立婚约时往往要求一方或双方给对方一定的财物，这里将按习俗、习惯给付的财物称为“彩礼”。

婚前给付彩礼的现象在我国比较相当盛行，已经形成了当地的一种约定俗成的习惯，甚至还有着比较统一的标准并且礼金数额呈逐年上升的趋势。有的当事人为了给付彩礼，不得不全家举债，家庭生活苦不堪言，如果双方最终未能结婚，往往发生彩礼返还的纠纷。我国《婚姻法》对婚约财物纠纷如何处理，由于法律、法规对返还财物的类型、数额、主体都没有明确规定，要做到在司法实践中正确认识和把握此类案件的处理任然是值得探讨和研究的。

一、婚约关系的法律效力

关于婚约的效力，大陆法系国家一般都认为订立婚约是结婚的一个阶段，但不认为婚约是一种契约之债，所以当一方不履行婚约时，另一方不得提起履行婚约之诉，也不得追究违约责任。而英美法系国家婚约的效力较大，认为婚约是以婚姻为目的的契约行为，当一方不履行婚约时，另一方可追究毁约的违约责任。

我国婚姻法不把订婚作为结婚的法定程序，并不等于禁止当事人订立婚约。只是这种婚约没有法律上的约束力，它的履行是以双方自愿为条件的，只要有一方要求解除，婚约即自行取消。一方要求解除婚约，可径行通知对方，无须征得对方的同意，更无须经过调解或诉讼程序。因为无婚姻关系的男女双方的婚约关系甚至同居关系，并不属于法律保护的社会关系。然而，订立了婚约，不等于双方将来就一定结婚，一旦双方结婚不成，就会对此期间的财产往来形成纠纷，由于婚约的解除，往往引起给付财物一方与收受财物一方彩礼方面的纠纷。彩礼属于财产的范畴，受我国民法的调整，且诉讼到法院的也越来越多。《婚姻法》第八条规定：“要求结婚的男女必须亲自到婚姻登记机关进行登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确定夫妻关系。”由此可见，在我国男女双方是否存在夫妻关系，到婚姻登记机关办理结婚登记是唯一条件。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条是这样规定的：“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；（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。”对于第（二）、第（三）项规定比较简单也好理解，以双方进行了婚姻登记为前提，既是发生纠纷，也应按照离婚纠纷来处理，在此不作过多赘述。在审判实践中对于如何理解和运用第（一）规定，分歧较大。一种观点认为：凡是双方未办理结婚登记，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，查证属实，应一律全部予以返还。第二种观点认为：不能一刀切，应具体案件具体分析，结合《民法通则》总则有关“公平”原则进行处理。这里的“应当予以支持”包括全部支持，也包括部分支持、甚至不支持。笔者倾向第二种意见。最高人民法院的这一司法解释，使得我国对婚约问题的处理有法可依。

二、婚约财产案件上升的原因

1、同案不同判引发标准失衡

因2003年12月4日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条并没有“酌情返还”限制返还比例，也没有对经济困难作出法律定义，使得司法者因自身道德结构、社会阅历不同致返还标准不一，最终引起守法者的内心失衡，此类案件乡、村组织难以调解，谁都怕吃亏，直至到公正的最后一道防线（法院诉讼）仍不接受调解。

2、打工文化酿就速配婚姻多

随着经济的不断发展，每年出外打工人数众多，很多年轻人初中一毕业就外出打工，打工时因不愿离开家乡和父母，不愿和外地青年结婚，可在家的时间又短，只有春节时才在家里呆上十几天，打理好家务、孝敬父母后，所剩时间很少。捷径就是找当地媒婆介绍邻乡、村的未婚男女谈婚论嫁，五六天时间就完成相亲—订婚—农村习俗成婚同居的过程，这种“速配”婚姻往往要以高额彩礼为代价，男女双方无充分的了解，他们之间的感情时常是同居后培养起来的亲情或现实的爱情，见面时只注重相貌和文化程度。可想而知，此种打工文化酿就的婚姻有点“悬”，很容易崩盘。

3、订婚同居带来的情法之争

目前各乡镇男、女青年在性观念、贞操意识上处于新、旧交接时期，反映在现实中有过于淡薄，有些过于保

守，但农村 90%以上在婚约确定之时，又伴随着同居生活。保守的人认为办理结婚登记只是一种形式，有时为规避计划生育，等生育男孩后才进行结婚登记。于是同居就是结婚在老百姓心中占有较大的份量。淡薄的人一般是接受西方文化较快的年轻人，他们认为，同居是双方愿意的事，与解除婚约是两码事。所以对同居时间较长，或生育了小孩，因未办理结婚登记是否返还彩礼在民间习俗中的情理与法律之间产生冲突致纠纷增多。

4、彩礼名目越来越多，数额越来越高造成一次性返还难

现在彩礼名目繁多，如见面礼、礼金（有些乡镇叫长金）、小心礼、三金钱、衣服钱、手机钱等，数额从过去的 8、9 千涨到如今的 7、8 万元。女方得到礼金有的盖了房，有的又用作礼金了，一次性返还存在很大困难，男方为确保债权，不得不打官司。

三、一般处理我国政策、法律对婚约的态度和处理原则

1、订婚不是婚姻成立的必要手续和条件，是否订立婚约由当事人自主决定，法律不予干涉，但订立婚约必须完全由男女双方自愿，其他人不得强迫干涉。中央人民政府法制委员会 1950 年 6 月 26 日公布的《有关婚姻法施行的若干问题与解答》中作出了规定 1953 年 3 月 19 日，中央人民政府法制委员会发布的新的《有关婚姻问题解答》此后，在最高人民法院关于适用法律的解释以及在司法实践中，都坚持了同样的原则。

2、婚约没有法律约束力。婚约订立后，任何一方均可作出解除婚约的意思表示，无须征得对方同意，即产生婚约解除的效力。这是因为，婚姻是男女双方基于爱情的结合，而且是双方自主自愿，如果一方要求解除婚约，说明在他们之间已不存在结婚的基础条件，因此应当允许，否则即是干涉婚姻自由。对因解除婚约而引起的财物纠纷，应区别对待。对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物，应依法没收或酌情返还。对以订婚为名诈骗钱财的，原则上应归还受害人。对以结婚为目的的所为之赠与（包括订婚信物），价值较高的，应酌情返还。对婚约期间的无条件赠与，受赠人无返还义务。

3、对因解除婚约而引起的财物纠纷，应区别对待。对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物，应依法没收或酌情返还。对以订婚为名诈骗钱财的，原则上应归还受害人。对以结婚为目的的所为之赠与（包括订婚信物），价值较高的，应酌情返还。对婚约期间的无条件赠与，受赠人无返还义务。

2003 年 12 月 4 日，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》在第十条中规定，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于下列情形，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。在第二（二）项、第三（三）项情形下，应当以当事人离婚为条件。最高人民法院的这一司法解释，使得我国对婚约问题的处理有法可依。但由于这一解释，没有明确说明婚约解除后彩礼的返还，与离婚后彩礼的返还的具体区别，如返还的数额如何把握，对生活困难如何确定等。导致审判人员由于认识的分歧，对同一案件的处理会出现不同的结果。我们认为，应将婚约财产纠纷案件与离婚纠纷案件中彩礼的返还区别对待，我们通常理解的，要把“导致给付人生活困难”作为彩礼返还的条件，而生活困难，有绝对困难和相对困难之分。所谓绝对困难，是指其生活靠自己的力量已经无法维持当地最基本的生活水平。所谓相对困难，可以是与给付彩礼之前相比，由于给付造成了前后相差比较悬殊，相对于原来的生活条件来说变得困难了。离婚时彩礼的返还要以导致给付人生活绝对困难为条件，但处理婚约财产纠纷案件时，只要造成了给付人生活相对困难，就应予以返还。该司法解释规定的三种情形，在处理婚约财产纠纷案件时，只要符合其中之一，就可以判另被支付方返还彩礼，而不能要求三种情形全部存在。对于返还的数额，在处理离婚纠纷案件中的彩礼返还时，人民法院可以根据当事人的诉讼请求并结合查证的彩礼数额予以判决。而婚约彩礼纠纷案件中，只要是属于法院查明的彩礼部分，即应全额返还。

四、婚约财产纠纷的对策和建议

1、提高婚嫁男女自身防范意识

婚约财产纠纷的发生从上面调研的特点规律来说，有它一定的必然性。对那种“上午交钱，晚上同居”的艳遇，虽然看上去很美，却给以后艰难的婚约财产返还埋下了隐患，这难道不觉得十分“后怕”？所以，笔者在此告诫各位婚嫁男女，牢记以下婚约口诀：“谈婚论嫁靠爱情，金钱婚姻不久长。不要仅听媒妁言，眼见为实才是真。身体疾病莫隐瞒，免得婚后起纷争。男女需自爱，未婚莫同居。婚姻不是戏，千万要三思。”

2、诉讼中加大诉讼财产保全力度

经笔者调查发现，我院对婚约财产案件，逐步加大了在起诉时对女方财产保全的力度，先根据线索查清女方彩

礼存放银行，再进行冻结。对彩礼进行财产保全的案件，90%以上都能得到调解结案，法律效果和社会效果明显，有的开庭前女方就找到男方自行协商，很少出现扯皮、躲猫猫的情况，起到审执兼顾的效果。

3、婚嫁男女、收受彩礼当事人应共同列为诉讼主体

如果把婚嫁男女、收受彩礼当事人割裂开来，很容易发生就案办案，忽略社会效果。把婚嫁男女列为当事人，一可以体现男女双方解除婚约的真实意愿；二可以查明解除婚约的过错责任；三有利于查明婚约财产的来源及去向；四可以判决女方承担彩礼返还的连带责任，更有利于案件的执行。

4、严格区分借婚姻索取财物、骗婚与按习俗给付彩礼的性质

区分好借婚姻索取财物、骗婚与按习俗给付彩礼的性质，不会混淆视听，放纵违法犯罪份子，还有利于建立社会诚信体系，提高人们的道德意识和道德水平，有利于构建社会主义精神文明。对借订立婚约索取财物、买卖婚姻的，属于非法所得应追缴，对以订婚为名诈骗钱财的应将诈骗所得全部退还受害人，情节严重构成犯罪的还要追究责任人的刑事责任；对于少数以恋爱、订婚为名，以送对方财物为手段玩弄异性者，因送交财产具有非法目的，解除婚约时，其要求返还财产请求不应得到支持。

婚约和婚约财产纠纷是现实中长期存在的现象，婚约是从古代沿袭下来的，在我国根深蒂固，而且以后还会存在相当长的时间，这是一个不可回避的现实问题。鉴于我国的这种现实情况，最好和最有效的解决方法是制定一部统一的法律。我国是一个统一的多民族国家，法律的健全和法制的统一是我们追求的目标。近年来随着各种法律的不断出台，媒体的宣传，以及普法力度的加强，人们的法律意识也不断加强，用法律统一人们的思想观念有现实的社会群众基础也有法律基础。既然我们无力改变这种所谓的“陈规陋俗”，考虑到法律的统一，法律的严肃性，适用法律的统一性，以及解决问题的现实性，都有必要出台一部法律，以解决这种无法可依的混乱局面，法律可以把原先体现在法律解释、民事政策中关于婚约效力的态度上升为法律，在婚姻法中明确宣告婚约不具有法律效力，任何一方当事人可随时解除婚约，并为婚约财产纠纷的解决提供一个符合大多数人利益的切实可行的依据，为一方当事人解除婚约以及解决婚约财产纠纷提供明确的法律依据和法律武器。这样有法可依，可以实现法律利益的最大化，实现司法公正和司法效率。

死亡抚恤金不能遗嘱继承

2016-09-8 人民法院报 重庆市綦江区人民法院 徐贤飞 刘义

【案情】

张某与李某生育有五个子女，即张甲、张乙、张丙、张丁、张戊。张某于1982年退休，享受养老金、医疗保险待遇等。张某的父母早已去世。1998年9月李某去世。2011年，张某因病行动不便后与张甲生活至2014年2月去世。2013年8月，张某代书立下遗嘱：“因我生病生活不能自理，只有张甲赡养我，其他几姊妹均不过问。我死后由张甲负责安葬，我的抚恤金全部归张甲享有，其他子女不能享受”。张甲诉至法院，请求确认社保部门支付的死亡抚恤金46020元归其所有。

【分歧】

第一种观点认为，死者生前立有代书遗嘱，对死亡抚恤金进行处分，是对个人合法财产的处分，法院应尊重私权自治，故应按照遗嘱继承对死亡抚恤金进行分配。

第二种观点认为，死亡抚恤金不是遗产，不能遗嘱继承，但可以参照遗产分割原则进行处理。

【评析】

笔者赞同第二种观点。理由如下：

1. 死亡抚恤金不是遗产，不得遗嘱继承

首先，从取得时间和性质上看，死亡抚恤金和遗产存在区别。继承法第三条规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，并列出了遗产的范围。死亡抚恤金是死者所在单位给予死者近亲属或者其被抚养人的精神抚慰和经济补偿，相当于生活补助费。因死亡而发放的抚恤金，含有对死者近亲属或被抚养人精神抚慰的性质。因此，死亡抚恤金不是给予死者的，也不是死者生前的财产，故死亡抚恤金不属于遗产的范围。死者生前即便立遗嘱对该笔财产进行了处分，遗嘱就该部分内容也不发生法律效力。

其次，将死亡抚恤金定性为遗产不符合立法本意。继承法第三十三条第一款规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自

愿偿还的不在其限。”显然，如果将死亡抚恤金作为遗产，则死者生前的债权人可以向其继承人主张清偿死者生前所欠债务，违反了死亡抚恤金的制度设计本意。将死亡抚恤金作为专属于死者近亲属的财产，可以充分保护死者近亲属的权益，符合立法目的。

本案中，代书遗嘱虽符合继承法关于代书遗嘱的形式规定，但死亡抚恤金是张某死亡后，社保部门支付给死者直系亲属的财产，不是张某的遗产。故张某代书遗嘱中涉及死亡抚恤金处分部分的内容无效。

2. 死亡抚恤金应考虑权利人的客观情况，参照遗产分配方法进行分割

享受死亡抚恤金待遇的人必须同时具备两个条件：一是必须是死者的直系亲属、配偶；二是死者生前主要或部分供养的人。但我国现行法律规范对死亡抚恤金如何分配并没有明确的规定，导致司法实践中做法不一。第一种做法是按照继承法中的法定继承条款来处理，各赔偿权利人均等享有死亡抚恤金。如果死者的近亲属中存在配偶的话，将死亡抚恤金参照夫妻共同财产进行分配处理，各赔偿权利人不是均等享有的，在分配时要适当向死者的配偶倾斜。第二种做法是参照《军人抚恤优待条例》《关于国家机关工作人员、人民警察伤亡抚恤有关问题的通知》等行政法规、部门规章进行分配。

死亡抚恤金如果完全按照继承法进行分割，实际上是将其视为遗产，并不妥当。但如果完全参照行政法规、部门规章进行分配，则面临着民事裁判中引用该类规范的合理性质疑，同时这些规范本身在死亡抚恤金的取得主体、发放对象以及发放方式等方面规定得也不完善。死亡抚恤金应属于死者的近亲属共有，分割时参照继承法，同时酌情考虑各近亲属的客观情况，如权利人对死者的经济依赖程度、生活紧密程度、扶养关系及生活困难情况等因素。在现行情况下，这不失为权宜之计。

本案中，死亡抚恤金是社保部门给予死者张某直系亲属的财产，死者的父母、配偶先于死者死亡，该款46020元属于原告及五名被告共有。具体分割时应综合考虑权利人对死者的经济依赖程度和生活紧密程度、扶养关系及生活困难情况等因素，酌定进行分割。

离婚诉讼中婚前获得的宅基地利益的分割

2016-09-12 九章研究所 北京市一中院 李军

疑难问题

离婚诉讼中，夫妻一方婚前经审批获得的宅基地使用权，并在其上建造的房屋，对于该宅基地利益以及房屋，另一方配偶是否有权请求予以分割？换言之，处理涉及宅基地使用权主体问题应当遵循什么样的原则和标准？

难点解析

《中华人民共和国物权法》第一百五十二条至第一百五十五条，规定了“宅基地使用权”的概念、取得、行使和转让依据等。但由于相关条文只有四条，而且关于宅基地使用权主体问题，除了明确宅基地使用人对于宅基地占有、使用的权利之外，并无其他有实质内容的依据。

而作为专门调整土地问题的《中华人民共和国土地管理法》，对于相关问题的规定，主要是该法的第六十二条，主要规定了宅基地的审批程序、“一户一宅”原则以及“农民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”。所以，宅基地使用权主体问题在法律层面具有可操作性的依据并不多。

更常见的是一些全国及地方性的规范性文件，因效力层次比较低，难以成为法院处理案件的法律依据。而且“户”本身不是一个法律概念，夫妻一方婚前申请宅基地时，宅基地使用权人是否当然包括未来与其结婚入户的配偶？并没有明确依据。

因此，《物权法》、《土地管理法》的上述规定如何与《婚姻法》关于婚前个人财产、夫妻共同财产等条款有效衔接，成为审判实践的一大难点和颇具争议的问题。

审理思路及考量因素（一）审理思路一“夫妻一方婚前经审批获得的宅基地使用权，宅基地利益为该方婚前个人财产，另一方无权分割。夫妻双方婚后有如对房屋有修缮、翻建等行为，则认定翻建部分的房屋为夫妻共同财产，应依法进行分割。

【北京】北京市第一中级人民法院在审理上诉人邢某某、被上诉人刘某某离婚纠纷上诉案【（2011）一中民终字第9850号】中认为：

2002年10月18日刘某某与邢某某登记结婚。关于农村房屋拆迁补偿款的分割，应区分婚前婚后所建房屋。

1997年4月，刘某某婚前从本村申请建房宅基地一处，在其父亲帮助下在该宅基地上建造了北正房四间、东厢

房一大间、南倒座房三间及院墙大门。

2004年4月，刘某某用邢某某留下的夫妻共同存款4500元，在自己的父亲帮助下，将南倒座房三间、东厢房一大间改建成南房四间（往南开门），同时，向后扩出建筑面积约三十平方米左右。对于此三十平方米房屋所得拆迁补偿款应认定为夫妻共同财产予以分割。根据当年的房屋拆迁政策，拆迁的房屋重置成新价为每建筑平方米600元，该部分房屋应得拆迁补偿款约18000元左右，一审法院综合双方当事人情况，判决刘某某给付邢某某房屋拆迁补偿费人民币一万元，认定事实清楚，适用法律正确，本院予以支持。

【广东】广东省佛山市中级人民法院在审理上诉人叶某、被上诉人李某离婚纠纷上诉案【（2014）佛中法民一终字第3281号】中认为：关于叶某名下位于某区某镇XX的集体土地及上盖房屋。经审查，相关土地管理部门登记记载该宅基地上盖房屋为祖屋，该宅基地所在村集体经济组织对此也出具相关证明，且李某在庭审中亦确认其在与叶某结婚之前该宅基地上盖房屋已建成，双方婚后曾修缮该房屋而未予扩建。

因此，李某主张该宅基地的上盖房屋为夫妻共同财产，理据不足，本院不予支持。

该房屋虽为叶某个人财产，但李某提出其在与叶某夫妻关系存续期间曾修理该房屋的屋顶瓦片，叶某也予确认并提出也一同修复该房屋的冷巷，故双方曾以夫妻共同财产对该房屋进行保值、增值，现该部分价值已无法查清，本院酌定叶某补偿10000元予李某。李某主张该宅基地系于其与叶某夫妻关系存续期间登记取得，根据“地随房走”的原则该财产系夫妻共同所有，但李某该主张与上述土地登记及村集体的证明相悖，且其未能提供有效证据证明该宅基地系于双方夫妻关系存续期间重新分配取得，故其该主张不能成立，本院不予支持。

【考量因素】

婚姻纠纷，应当从婚姻法的立法理念出发，婚姻法司法解释亦规定一方个人所有的财产不因婚姻关系延续而转化为夫妻共同财产。宅基地使用权作为一种用益物权，其承载的价值亦属于财产利益，也应当适用婚姻法的相关规定。宅基地使用权为夫妻一方婚前取得，则为婚前个人财产；配偶结婚后入户后并不当然享有宅基地使用权，但如果双方有婚后共同参与修缮、翻建房屋等对于共同财产的贡献，则相关房屋可认定为夫妻共同财产。

法院可根据双方对上述房屋的贡献，并根据婚姻法的相关原则，分割相关房屋的利益。

【其他参考】

- 《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第十八条
- 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十九条：（二）审理思路二“宅基地系以户为单位安置，虽然夫妻一方婚前取得宅基地使用权，但婚后另一方入户后即享有宅基地的利益。婚前在宅基地上一方建造的房屋，视为婚前财产，另一方无权分割。在相关房屋进行拆迁时，宅基地所对应的拆迁利益作为宅基地利益的转化，亦应遵循上述原则。

【浙江】浙江省海宁市人民法院在审理原告章某、被告宁某离婚纠纷案【（2014）嘉海民初字第1879号】中认为：原、被告居住的房屋被拆迁后，原告擅自将以户为单位安置的宅基地予以处分，侵犯了被告的财产权益。至于原告房屋上的拆迁补偿收益，因该房屋的建成及拆迁补偿评估都形成于原、被告婚前，故本院不作夫妻共同财产认定。法院据此对于原告婚前取得的宅基地的拆迁补偿利益作为夫妻共同财产予以分割，而对于原告婚前建造房屋的拆迁利益作为原告婚前个人财产进行处理。

【考量因素】

《土地管理法》第62条第1款的规定：

农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

依据该规定，农村宅基地的保障范围，应当当然及于与申请人同户的其他人员。夫妻一方因为婚姻而将户口迁入其农村配偶婚前经审批获得的宅基地的院落内，就成为该“户”的成员之一，根据“一户一宅”的原则，该宅基地应当具有保障该方的功能，该方亦当然享有相关宅基地的利益。

分居期间一方治病的借款能否在离婚时要求对方分担

2016-09-05 北京法院网 孙静波

离婚时，夫妻双方关注的不仅是财产的分割以及孩子的抚养，往往还要对婚姻关系存续期间发生的债务进行了

结。如果是为了整个家庭的利益而发生的债务，通常情况下也应由共同受益的夫妻双方共同分担，例如为了购置住房向银行借款。但如果是分居期间一方为了自身利益而形成的借款能否在离婚时要求对方分担呢？

案例：

高飞（化名）所在的地区因为修路要征地，根据当地的征地补偿政策，一个家庭户可按照人口数目获得相应的拆迁补偿。高飞的父母精打细算了一辈子，自然希望能获取更多的补偿，于是紧急安排他和急于结束单身生活的大龄剩女李霞（化名）相亲。一个月后两人即赶在拆迁补偿协议签订前领取了结婚证。但这段没有什么感情基础的婚姻一开始就注定不会有好的结局。因为没有举办婚礼，男方家也没有如约给付彩礼，甚至连新房都没有准备，李霞一气之下，在领完结婚证后就回到了父母家中生活，甚至没有和高飞同住过一天，更没有进行过夫妻生活。高飞原本就不满意这段婚姻，故而对于新婚妻子的离开也毫不在意。两人彻底过起了不是单身胜似单身的的生活。后来，高飞因为生病急需用钱，而此前家中获得的拆迁补偿款又因为投资失败暂时无法收回成本，不得不向朋友李浩（化名）借了2万元治病。再后来，高飞的父母因为想抱孙子，眼见这对小夫妻和好无望，便建议他与李霞离婚。于是高飞以双方感情破裂为由将李霞诉至法院，请求判令离婚，并要求李霞分担上述2万元借款。诉讼中，李浩也出庭作证，证明高飞的确向其借了2万元用于治疗。对此，李霞表示可以离婚，但因为两人名为夫妻，实际上从未真正如夫妻一样在一起生活过，自己挣钱自己花，而这2万元也是高飞用于个人治病，和她没有任何关系，故不同意分担该笔借款。

法院经审理，最后判决准予高飞与李霞离婚，同时驳回高飞的其他诉讼请求。

法官解析：

这个案例中，最关键的问题不在于离婚，而在于离婚时，一方在婚姻关系存续期间因单方受益形成的债务，是否应作为夫妻共同债务由另一方分担。我国婚姻法第四十一条规定：离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还；共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。一对夫妻之所以应在离婚时就婚后发生的债务共同承担偿还责任，究其原因在于这类债务往往是为了满足夫妻共同生活或者为了抚养孩子、赡养老人所需，所以才需要用夫妻共同财产一并清偿。

本案中，高飞和李霞作为一对闪婚夫妻，虽然领取了结婚证，在法律意义上已经成为了夫妻，但从未真正作为夫妻在一起生活过，自己挣钱自己花，自己吃饭自己睡，徒有夫妻之名却无夫妻之实。两人各自单独生活期间，财产实际上也没有发生过混同，而是各自独立，泾渭分明。双方存在争议的2万元债务虽然是在婚后发生的，但却是两人分居期间，高飞为治疗自身疾病借款形成的，李霞在主观上并不存在借款的念头，客观上也从未分享过该笔借款带来的利益，债权人李浩在借出该笔款项时也明确知道是高飞用于治疗，也就是说这2万元借款既不是为了夫妻共同利益，也不是用于夫妻共同生活，所以应认定是高飞的个人债务，其要求李霞分担该笔债务缺乏依据，故法院不应支持其该项诉讼请求。

法官提示：

婚姻有风险，结婚需谨慎。对于广大未婚青年朋友而言，首先，无论年龄多大，都不要为了结婚而结婚，而是要擦亮眼睛，寻求真爱，不然即使摆脱了“剩男”、“剩女”的身份，将来也可能因为一场失败的婚姻陷入诉讼泥潭中。其次，婚后应当保持经济的独立性，但同时也应适度地关注对方的经济状况，如果对方发生了大额资金的波动就要注意是否发生了借款或其他债务，尽量避免对方在自己不知情的情况下为其个人利益大举负债，以免自己成了潜在的共同债务人而不自知。

夫妻约定“财产AA制” “双重效力”你需知

2016-06-22 北京法院网 陈自喜

随着人民生活水平的日益提高，价值观的转变，年轻夫妻结婚之前约定双方“财产AA制”，互不干涉各自私生活等事情已经越来越常态化。身边有这样的一对夫妻，父母、亲戚朋友也都坦然接受而非“嗤之以鼻”表示不解。“财产AA制”在一定程度上带给夫妻经济独立、自主的快感，方便了夫妻之间财产管理和分割。但是这份协议毕竟只是发生在夫妻之间，如果第三方债主拿着借条找上门来以“夫妻共同债务”为由要求二人共同承担，另一方不能以“财产AA制”为由保护自己的财产还需要斟酌。

案例：白领夫妻约定财产“AA制” 第三人不知情夫妻共同偿还

80后夫妻小丽和王海都毕业于国内知名大学，王海更是曾留学美国三年，风华正茂的两人都有了一份收入不菲的

工作。个性都很强、思想都比较“潮”的两人在结婚前在双方父母的见证下签订了一份“财产AA制协议”，约定双方财产归各自所有，经济分别独立，各自的债务由个人偿还，互不干涉。2014年，小丽辞职自己独立创业，因为开店需要以个人名义向一位好友李强借款20万元，约定一年以后还清。后因经营不善，小丽无法按期归还借款，李强无奈将小丽和王海一起诉至法院要求夫妻二人偿还20万元借款。

在庭审中，王海以自己和小丽“财产AA制”为由进行答辩，认为这20万元是以小丽个人名义借的，属于其个人债务，不是夫妻共同债务，因此不同意偿还。

对于王海的答辩意见，小丽表示认可，承认这属于自己一个人的债务，应该由自己一个人承担。但同时，小丽也认可自己在借款时并没有向李强说自己和王海夫妻之间实行“财产AA制”，李强不知情。

法院经审理后认为，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。小丽和王海虽然约定双方财产AA制，但是李强作为第三人是不知情的，所以这笔债务属于夫妻共同债务，由小丽和王海共同偿还。

【法官说法】

根据我国《婚姻法》的规定，夫妻之间可以约定婚姻关系存续期间所得财产以及婚前财产所有的方式，这种约定对双方具有约束力。但是，该法第十九条第三款明确规定：“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。”所以，该案中小丽和王海之间有关“财产AA制”的约定，对他们夫妻二人是有效的。

但是，夫妻之间有关财产的约定能否对抗第三人尤其是债权人？“第三人知道”是关键。在现实生活中，对夫妻婚姻关系存续期间所得的财产进行约定，甚至婚前财产、婚姻存续期间特定归一方所有的财产进行约定，即使对这种约定进行了公证，夫妻以外的人是很难知道的；事实上，对大多数夫妻来说，他们也不愿将这种约定对外进行公示。因此，在夫或妻一方对外负有债务时，债权人是很难知道他们在婚姻存续期间所得的财产是否有约定。在此情况下，如果要求债权人或第三人知道，或者推定他们应当知道，就势必损害债权人或第三人利益，使其合法债权得不到法律的有效保护，也容易使夫或妻以有约定为借口而逃避债务。因此，第三人是否明知，应当应当由夫或妻已明白、清楚地告知第三人。是否已告知，也应当由夫或妻承担举证责任，否则就不能以有约定为由而对抗第三人。

【法官提示】

夫妻之间的财产约定协议具有对内和对外两方面的效力。对内，只要该协议是夫妻自愿签订，不损害他人或公共利益、不违反法律、强制性法规等规定，一般都是有效的，协议对夫妻双方具有一定的约束力，未经另一方同意不得变更、撤销等。对外，是指夫妻之间财产约定对于第三人的效力，根据法律规定是以“第三人知道”为关键。第三人知道约定，则约定财产制对第三人有效，夫妻一方不需要对另一方的个人债务承担清偿责任，如果不知道，夫妻任何一方不得以夫妻有约定拒绝承担另一方个人债务，应先以夫妻共同财产和个人财产先对第三人清偿债务，夫妻中非债务人的一方可以依据双方之间的约定向另一方追偿。而关于第三人是否“知道”有此约定，则需该夫妻举证证明，这样的证据可以是夫妻一方与第三人签订合同时在合同中注明的内容，或者第三人出具的知道该约定的声明书等等。因此，要想约定财产制对外有效，夫妻一定要告知第三人。

民间借贷纠纷中虚假陈述的认定及责任承担

2016-09-15 中国法院网重庆涪陵法院 叶路辉 米志富

【裁判要旨】

民间借贷纠纷中一方主张已按照借款协议还清欠款及利息，另一方主张借款协议并未履行。结合案件审理过程中双方陈述及客观证据，被认定为进行虚假陈述的一方需承担举证不能带来的不利后果。

【基本案情】

原告瞿庆、余晓系夫妻关系，被告瞿善、杨英系原告瞿庆、被告瞿涛父母。2009年12月31日，被告杨英、瞿涛作为甲方与作为乙方的原告瞿庆、余晓签订《借款协议》，其中约定：1、因甲方购买龙潭计生办负楼及院坝缺少资金，特向乙方借款，借款金额为140000元；2、借款期限为两年，从2009年12月31日起至2011年12月30日止；3、还款方式为分两年还清，第一年于2010年12月30日前还借款本金70000元及一年的利息计90160元，第二年于2011年12月30日前还清余下本金70000元及一年的利息计80080元；4、甲方用计生办负楼及院坝约800

平方米的资产作借款抵押给乙方，如两年内未还清借款，乙方有权变卖甲方计生办负楼及院坝用于抵此借款及利息。本案中，双方争议焦点即为被告是否按期归还了该借款本金及利息。

【裁判】

被告针对第一年还款，提供了被告杨英向原告余晓转账共计 62000 元及被告瞿涛取款 25000 元的银行凭证。原告瞿庆、余晓坚持认为，被告杨英共计转账的 62000 元不是归还借款的，而是支付的 2009 年被告向原告购买车辆的费用 70000 元，并称剩余 8000 元可能是支付的现金，具体记不清楚了，并同时明确当时没有约定还款时间。而被告瞿涛就此提出反驳，认为购车款在 2009 年已经按约定时间还了，并提供车款欠条原件，该欠条载明：今欠到瞿庆 70000 元，于 2009 年 12 月 30 日付清（此款已含利息）。

针对第二年应还款 80080 元，被告瞿涛提出系以其合伙股份 20% 抵偿的。原告瞿庆、余晓提出异议，并提供 2010 年 4 月、2011 年 5 月单据 6 张共计 153500 元，拟证明 20% 的股份是其出的现金并非是被告用股份抵的借款，被告瞿涛对此提出反驳，提出两原告提供的单据系双方开始合伙时的出资，并不是第二笔借款到期时的出资股份，并且合伙时原告出资不是 153500 元而是 172000 元，被告瞿涛出资 255000 元，因此被告瞿涛的股份为 60%，两原告的股份为 40%，且第二笔应还款到期时间为 2011 年年底，被告瞿涛因为合伙后没有资金，才于 2012 年 2 月份用自己的股份 20% 进行的抵偿，后两原告股份才变更为 60%，被告瞿涛股份变更为 40%。而原告瞿庆提出是 2012 年后股份进行了转换，在追问转换原因时，两原告提出股份变为 60% 系被告瞿涛挪用公款无法归还后抵偿的，并提供 2012 年 6 月 1 日至 2012 年 10 月 22 日的被告瞿涛签字的欠公款流水账 5 笔共计 123741 元，被告瞿涛提出该公款属实，是用于合伙时购买材料的，买材料后拿单据回来冲账，所以才向原告余晓签的字，况且这 123741 元也不可能是 20% 的股份。为此，被告瞿涛向本院提交证人证言，其中证实：2012 年 3 月左右，瞿庆过来说，“现在我是 60% 的股份了，你要好好给我干”，等。原告瞿庆、余晓认为证人的证言内容基本属实，但认为时间有些记不到了，无法确认。

综上情况，并结合原、被告家庭实际情况等，原告瞿庆、余晓第一次还款中对被告杨英向其转账支付 62000 元事实无异议，但坚持认为还款 62000 元系归还车辆购买款 70000 元，且没有约定期限，然而根据被告瞿涛提供的车辆购买款欠条明确表明购买时间及还款时间，足以认定两原告存在虚假陈述。第二次还款中，两原告针对被告瞿涛提出的系用股份抵偿，先是主张以现金出资的方式确定的股份而非抵偿借款，后又提出系被告瞿涛欠公款无法偿还而抵偿的股份，其陈述存在前后矛盾，并且合伙期间所欠公款系合伙纠纷，同时该欠公款发生时间为 2012 年 6 月 1 日至 2012 年 10 月 22 日，而对股份转换时间，被告瞿涛开庭陈述均一致，即提出系 2012 年 2 月份转换，两原告对此既未予否认，也没有明确提出自己认为的股份转换时间，故对被告瞿涛的该项陈述予以采信。另外，再结合被告瞿涛提出的合伙资金情况，即合伙时两原告出资 172000 元、被告瞿涛出资 255000 元，其合伙股份的 20% 即为 85400 元，与第二次还款比较吻合，而两原告虽在之后又主张系所欠公款 123741 元抵偿的 20% 股份，但同样既未对被告瞿涛提出的出资情况予以否认，也没有说明股份的具体构成，再次进一步佐证两原告陈述的不确定性。因此，对两原告两次还款的辩驳均不予采信，确认被告杨英、瞿涛已按照借款协议约定还清借款本金。

合法有效的民间借贷关系依法受法律保护，但借款清偿后，借贷双方权利义务即行终止。本案中，原告瞿庆、余晓与被告杨英、瞿涛于 2009 年 12 月 31 日签订的《借款协议》系双方真实意思表示，受法律保护，被告杨英、瞿涛应当按照约定归还本金及利息。但根据审理查明的事实，被告杨英、瞿涛已按照协议约定按时归还了借款本金，即 2010 年 12 月 7 日前已归还第一次应还本金及利息 90160 元、2012 年 2 月被告瞿涛以 20% 的合伙股份抵偿应还本金及利息 80080 元，该借款合同至此即行终止，而原告存在进行虚假陈述行为，故对原告瞿庆、余晓的诉讼请求依法不予支持，驳回原告瞿庆、余晓的诉讼请求。一审宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决现已发生法律效力。

【评析】

实践中对于怎样认定当事人可能存在虚假陈述可以从“有无客观证据证明其陈述虚假以及其自身陈述前后有无矛盾”入手。结合本案来看，对于原告虚假陈述的认定，主要抓住了庭审中原告对被告两次还款的辩解陈述中无相关证据予以佐证且陈述前后矛盾，此外，被告又可以提供相互印证的证据予以证明还款主张，所以可以认定本案原告存在虚假陈述。另外，实践中一些合同纠纷、借贷纠纷，一方当事人私自修改或添加合同、借条内容，据以进行和事实不相符的陈述影响案件事实查明，进而到达利己目的，对于此类虚假陈述可以对关键证据形式或内容进行鉴定，在结合其他证据和当事人陈述，来判断是否存在虚假陈述行为。

虚假陈述所应当承担的责任，从最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百一十条第

第二款“保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。”中看出，我国法律还未具体明确虚假陈述所要承担的责任内容，所谓的处罚是训诫、罚款、拘留还是仅就案件本身承担相应的不利后果？就目前司法实践来看，对于一般的虚假陈述当事人所要承担的责任主要是1. 承担其虚假陈述所带来的不利后果，如对其相关主张或反驳的事实不予认可；2. 承担因其虚假陈述所增加的诉讼成本，如律师费用、鉴定费用等。而对于在复杂、重大案件中进行虚假陈述，影响案件正常、有效审理的当事人，还可以对其采取一些诸如训诫、罚款、拘留等强制处罚方式。使不同程度的虚假陈述人接受与其行为相对应的处罚。

法律赋予当事人权利与义务，享受权利必然要承担义务，而为了追求自身利益的最大化，就使得破坏“权利与义务平衡”的不法行为存在。因此，对虚假陈述克以责任才能真正落实真实陈述义务。而对虚假陈述责任设置上，应当本着行责一致原则，不能过轻而起不到应有作用，也不能过重而造成新的司法不公。

法浅析探望权和抚养费纠纷案件的执行难问题及对策——以家事审判为视角

2016-09-18 法润花季 上海二中院少年庭

前言

2016年4月29日，最高人民法院印发《关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要》的通知。其中第14条明确要求，应当“加强对要求被执行人履行作为或不作为义务强制执行的专题研究，有针对性地解决实践中对行为履行义务的强制执行难题，出台相关指导意见。”作为要求被执行人履行作为义务的典型案例，探望权纠纷和抚养费纠纷的强制执行是困扰司法实践的老大难问题。近期，又恰逢家事审判方式机制改革在部分法院开展试点工作，一系列关于家事纠纷与家事审判的新认识、新理念，正不断地由各地法院从其卓有成效的实践经验中提取出来。那么，把握住探望权和抚养费纠纷作为家事纠纷的属性，从而在那些新认识与新理念的指导下重新看待其执行难问题，或许能给这一问题的解决带来更行之有效的方向。

一、提出问题：对强规硬法的家事反思

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“《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。《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》”）第三十二条规定，对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施。从这两个条文中可以看出，探望权案件的执行标的为**探望权协助义务人的协助行为**。

而在涉及子女抚养的强制执行中，《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21条规定，人民法院可依法对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他个人采取强制措施——这也能体现出此类案件中的执行标的也是一种行为，即**实际抚养子女的一方将子女“交付”给经裁判确认享有直接抚养子女权利和义务的另一方**。

除了反映两种案件的执行标的的性质，前文提到的相关规定也能表明我国现行法并不缺乏针对其在执行问题上的解决方式。而且，经过多年理论探讨与实践摸索，也出现了如“**可以拒不协助探望为由变更抚养关系**”、“**可请求精神损害赔偿**”这样基于实证法解释的有力主张，[1]但探望权纠纷和抚养费纠纷的执行难问题依然层出不穷。随着“**承担修复婚姻家庭关系**”的家事审判职能被揭示，[2]继续进行对抗色彩浓厚的“以讼止争”显然不再是解决执行难问题的最优解。如何用较为温和的方式将执行难问题防患于未然，应当是一个新的思考方向。

二、分析原因：因双重性质的难度补强

（一）对“不可替代的行为”执行的固有特点

在探望权纠纷和抚养费纠纷这两种案件中，申请执行人都是对被执行人的某种行为提出强制执行申请，那么“**行为请求权强制执行**”本身的特点，便能够解释两种案件的执行过程中所必然产生的某些障碍：

1. 较强的人身性。人身性即须由必须被执行人亲自履行。《婚姻法司法解释一》第三十二条已强调“不能对子女的人身、探望行为进行强制执行”，而在抚养费纠纷中也不妨作同样的理解。那么，只能由特定的、负有子女“交付”义务的被执行人亲自履行，似乎是可从中推出的判断。于是，我们可以将“交付”子女的行为进一步地界定为“不可替代的行为”，其人身性也更强。因而，被执行人的意愿会对强制执行的顺利与否产生直接的影响。

2. 间接执行是唯一的执行方法。根据执行行为能否直接实现执行根据所确定的内容，可以分为直接执行措施、间接执行措施和代执行措施。[3]间接执行是指通过对被执行人实施一定的精神压力，迫使其履行特定行为的执行

方法。而与之相对的直接执行，如冻结、查封、扣押、划拨等对金钱债权和对物的交付请求权的执行，通过对执行对象直接采取措施即可实现执行。《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》第五百零五条规定，被执行人不履行法律文书指定的行为，且该项行为只能由被执行人完成的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项按妨害执行对被执行人采取强制措施。其中，本作为对妨害诉讼行为的强制措施的“罚款、拘留”，同时具有了间接执行措施的性质。[4] 此外，限制出境、限制高消费、在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息等也构成我国民事诉讼法中间接执行措施的一部分。间接执行的实际效果则完全取决于被执行人对处罚后果的恐惧程度——正所谓“你可以把马牵到河边，但是你不能强迫它喝水”。[5]

（二）作为“家事纠纷”的独特难点

除了以上两个因属于“不可替代的行为的强制执行”而具有的特点，探望权纠纷案件与抚养权纠纷案件也因其“执行对象”的特殊性而具有更独特的地方，那就是**与执行人和被执行人同样具有自我意识、在法律上享有主体地位**的子女。

这一独特之处在探望权纠纷案件中尤为明显。尽管《婚姻法》第三十八条第一款的表述使得子女似乎仅能作为探望权的客体而倍受学界批评，[6] 但这无法否定，实际上作为主体而牵涉其中的子女，其意愿对探望权的执行有着实实在在的影响。也因此，司法实践也正给予子女相应的尊重。[7] 更现实的问题是，一旦对实际抚养子女的一方采取执行措施，难免会对子女学习生活乃至身心健康产生影响。

与被执行人和子女意愿的关联性，以及执行方法的有限性，使得探望权纠纷案件与抚养权纠纷案件的执行必然面对重重障碍。而且，作为典型的家事纠纷，主体意愿对执行的负面影响往往又由于下列几个原因得以加强，同时，强制色彩浓厚的执行方法也更加无法起到一劳永逸的作用：

1. 复杂的情感因素。家事纠纷的基础是身份关系的前在，而身份关系的背后隐藏着的是复杂的人际关系。因而，与其他民事纠纷相比，家事纠纷更多地涉及亲情、血缘、婚姻以及道德伦理：“**从表面上看，家事纠纷可以表现为财产分割、精神安慰费、抚育费等支付金钱的请求，但从本质上看，深层次纠纷是关于夫妻间、亲族间情感上、心理上的纠葛。**”[8] 在探望权纠纷与抚养权纠纷中，离异双方的情感纠葛，应该是较常见的左右被执行人意愿从而不配合乃至阻挠执行的因素——单纯地厌恶对方也好，通过拒绝配合执行来作为对对方报复也罢，都不妨归纳为“**将曾为夫妻的矛盾带入仍为父母的责任中**”。在探望权纠纷中甚至会出现，直接抚养子女的一方有意引导子女对另一方产生消极认识，导致申请人和未成年人子女“**从空间上的疏远发展到情感上的疏离**”[9]。另外，涉案子女的祖父母、外祖父母或其他亲属，往往也会介入其中。离婚确实为夫妻二人的法律自由，但难免也是两个家庭的分道扬镳。两个人之间的情感破裂，或许也同时是两家人之间的恩断义绝。其他家庭成员虽然是无协助义务的案外人，但对被执行人的意愿的影响不可忽略；至于出现积极协助实际抚养子女的一方阻碍执行的情况，也就不奇怪了。

通过给被执行人以精神压力的间接执行措施并不能直接消解这些消极的情感因素。更值得担忧的倒是在执行措施之压下的被执行人是否会做出极端的举动。[10]

2. 其他纠纷的牵连。无论是探望权纠纷还是抚养权纠纷，都以离婚为前提而存在。而离婚的法律意义不仅是婚姻关系的结束，也意味共同财产分割与子女抚养归属等问题的到来：“**离婚是一种契约的解决与利益的再分配，离婚过程就是最大限度的自我利益保护。**”[11] 那么，在利益再分配的过程中，可能就会出现一些在一方当事人看来并不“不公平”的结果。典型的情形便是，为了早日从婚姻中摆脱出来而答应对方“**过高**”的要求，如不直接抚养子女一方承诺极高的抚养费——这为日后的拒不支付埋下了伏笔；作为应对，直接抚养子女的一方很可能便会选择拒绝协助探望的方式。应对方的错误是显而易见的：抚养费的支付与探望权的行使是两个互不为前提的法律关系。除了指出错误并释明其可另行提起诉讼，或许更应该意识到的是，虽可单独成案的各个纠纷实为整个家事纠纷的一部分。而在以往的离婚纠纷审理过程中，除非当事人自己提出，法院一般很少就子女的探望抚养问题作出处理。于是，便容易出现，**同一对当事人先后就多起有牵连的家事纠纷向同一法院甚至不同法院提起诉讼**。[12] 如果继续强调当事人处分主义而任由各个纠纷分别成案，不仅不利于查清案件事实和统一裁判尺度，也无助于整个家事纠纷的彻底解决。

3. 事实的模糊与变动。除了以上看似是被执行人主观方面的原因，执行依据本身在可执行性上也存在着需要正视的问题。常言道，**清官难断家务事，恐怕并不是难在法律的适用上，更多地是在事实的认定上**。如果在审判过程中坚持当事人主义的传统诉讼模式而通过两造各自举证的方式来查明事实，那么受前述情感纠葛的影响的双方当

事人是否能理性地做出诉讼行为便是一个值得怀疑的问题，更不用说对抗式诉讼本身对双方的再次伤害。[13]而且，实体法对子女的“客体化”对待以及“未成年人往往成为父母利益争夺的筹码和相互斗气的工具”[14]的现实，也使得父母双方在探望权纠纷和抚养权纠纷——这两个最需要秉持“儿童利益最大化”原则的案件中，很容易无法客观地围绕“对子女有利”这一中心进行举证。这便容易导致之后的判决因事实依据上的瑕疵而难以服众。

由于探望权的长期性，事实情况的变动也容易影响执行依据的可执行性——而这似乎又不是通过在判决中详细记载探望时间、方式就可以解决的。[15]

注释：

[1] 参见张婧：《我国探望权法律制度研究》，华东政法大学硕士学位论文，2012年，第32页；张乾：《探望权强制执行措施的完善》，载《绵阳师范学院学报》2011年第12期，第21页。《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见（试行）》第二十条规定，探望权协助义务人多次阻碍探望权人正当行使探望权，经法院多次强制执行后，仍拒不履行有关探望权的生效裁判文书，探望权人据此起诉请求变更抚养关系的，人民法院在充分考虑未成年人的生活、学习、身体状况以及双方当事人的抚养条件等因素后，可将此作为变更抚养关系的裁判理由之一。

[2] 参见谢勇：《杜万华在江苏调研家事和少年审判工作时强调：转变理念、创新机制，锐意推进家事和少年审判改革》，载《人民法院报》2015年9月28日第1版。

[3] 张卫平著：《民事诉讼法》（第四版），法律出版社2016年版，第511页。

[4] “对于不可替代行为的执行，大陆法系国家普遍规定了间接执行措施。前述的拘留、罚款等措施，属于间接执行措施的组成部分，同时也具有妨害执行强制措施的性质。”见江伟主编：《民事诉讼法》（第五版），中国人民大学出版社2011年版，第426页。也有观点似乎认为针对妨害诉讼行为所采取的强制措施与实现执行的执行措施，性质不同、不宜共存，参见勒建丽：《对行为请求权的强制执行的思考》，载《河南司法警官职业学院学报》2011年第1期，第86页。

[5] 肖建国主编：《民事执行法》，中国人民大学出版社2014年版，第335页。

[6] 参见娄必县：《论未成年人子女探望权的执行——以儿童福利为中心》，载《青少年犯罪问题》2015年第1期，第61-62页；任学强：《论探望权中未成年子女的权利保障》，载《天中学刊》2010年第1期，第58-59页。关于探望权的学位论文中也常常出现对此的批评。值得一提的是，我国台湾地区有着将子女视作客体加以执行的规定：“我国台湾地区‘强制执行法’第128条规定：执行名义，系命债务人交出子女或被诱人者，除用拘提、管收、处以怠金间接执行外，亦‘得用直接强制方法，将该子女或被诱人取交债权人’。”见董少谋著：《民事强制执行法学》，法律出版社2011年版，第277页。

[7] 《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见（试行）》第十一条第二款规定，当事人对行使探望权的方式、时间等无法达成协议的，人民法院应当听取十周岁以上未成年人对探望方式、时间等的意愿，并结合当事人的实际情况，未成年人的年龄、学习情况、生活规律、身体状况等依法确定。针对抚养权纠纷也有着类似的规定，如《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5条：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑子女的意见。”

[8] 陈爱武著：《家事法院制度研究》，北京大学出版社2010年版，第42页。

[9] 娄必县：《论未成年人子女探望权的执行——以儿童福利为中心》，载《青少年犯罪问题》2015年第1期，第61页。

[10] “‘婚姻家庭矛盾处理不当，还有可能引发极端事件或暴力犯罪，严重影响当事人的幸福感和安全感。’多次参与专题调研的广东高院民一庭审判长张丽说：‘不能将一般民商事案件的理念和方法简单用于家事纠纷……’”见张慧鹏、潘玲娜、贾密：《“以家为本”的专业化审判——广东法院“专业审判+情感修复”家事审判方式和机制调查》，载《人民法院报》2016年6月9日第5版。

[11] 陈飏：《家事事件：从家、婚姻家庭到家庭纠纷的本源追溯》，载《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2014年第6期，第94页。

[12] “‘过去，经常发现一家人或一对夫妻在法院同时存在或先后诉讼多起有牵连关系的家事案件。有一对夫妻诉讼离婚后，再诉讼多个离婚财产纠纷及子女探望权纠纷等，一起离婚案件，分别在7家基层法院衍生出57起关联案件。’南京中院少年及家事审判庭庭长周侃举例说……”见赵兴武：《南京法院少年及家事审判：为了儿童利

益最大化》，载《人民法院报》2016年6月18日第1版。

[13]“对权利进行救济以及对过错方进行惩罚，就成了对抗制诉讼程序的首要价值，而其他因素（例如效率、成本、情感的承受能力等）则没有被作为重点考虑的要素。”见杨冰：《从理念转变到多元协作——略论美国家事纠纷解决机制新发展》，载《河北法学》2011年第12期，第178页。

[14] 钱晓峰、乐宇歆：《未成年人民事审判社会观护制度探索》，载《青少年犯罪问题》2015年第2期，第102页。

[15]“如另一执行案件，民事判决书对行使探望权的具体时间规定的非常详尽，其中的一项内容为‘每月原告可将孩子接走共同生活两天，具体时间在每月的第二个星期六上午九时至第二天下午四时，被告予以协助’。虽然裁判文书规定的内容详尽且可操作，但权利人每次行使权利时，都受到相对人不同程度的阻挠，以至于不得不申请法院强制执行。在执行过程中，被执行人表示愿意履行义务，但一再要求只能按判决书确定的时间履行自己的义务，不同意与申请人就探望时间及其他细节达成和解协议。由于规定的时间是周末休息日，被执行人坚持在周末履行义务，其规避法院工作人员的监督和执行的意图非常明显。这说明，在裁判中作出细化的规定自然可以明确争议事项的解决方法，但却无法兼顾现实可能出现的变动情况、也容易束缚住执行部门的执行行动，导致案件的处理陷入非常被动的境地。”见项旭峰：《关于探望权案件审理与执行情况的调研》，载《法制博览》2015年第11期，第153—154页。“执行此案的法官告诉记者，现在很多被探视儿童为学龄儿童，有繁重的学业压力，甚至周末都有培训、补课安排。而执行依据所规定的探视时间、方式、地点，在离婚若干年后，时过境迁，不合时宜。严格按照执行依据探视，将严重地影响孩子生活、学业，不利于孩子的健康发展。”见舒锐、赵丽：《四种不良状态诱发探视权案件执行难》，载《法制日报》2011年4月18日第8版。（撰稿人：段婷、陆晓波、王梓焱）

少年法庭抚养探望类家事案件研究——基于北京法院的调查

家事审判调研 | 《预防青少年犯罪研究》2015.5 赵德云 刘靖靖 宋莹 陈轶等



少年法庭抚养探望类家事案件研究 ——基于北京法院的调查

来源：《预防青少年犯罪研究》2015年05期

作者简介：赵德云，北京市高级人民法院未成年人案件审判庭庭长；刘靖靖，北京市高级人民法院未成年人案件审判庭助理审判员；宋莹，北京市高级人民法院未成年人案件审判庭审判长；陈轶，北京市高级人民法院未成年人案件审判庭助理审判员。

本文系作者授权后推送，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

摘要：未成年人司法保护水平是衡量社会法治进步和司法文明的重要标志。实践表明，许多未成年人走上违法犯罪道路之前，往往是婚姻家庭纠纷案件中的受害者。为使他们得到“全面、综合、到位”的司法保护，1999年起，北京部分法院少年法庭开始逐步探索涉少民事审判专业化道路。统计显示，北京法院少年法庭审理的涉少民事

“家事法苑”团队奉献

案件以婚姻家庭、继承纠纷为主，抚养费、变更抚养关系、探望权纠纷已成为主要案件类型。北京高院对近五年全市少年法庭审理抚养探望类纠纷案件情况进行归纳、分析、总结，发现家事领域中的未成年人权益保护工作仍有薄弱环节，部分家庭依然存在监护人从自身利益出发处理子女抚养事宜，未成年子女利益“虚位化”、“工具化”等问题。为进一步推进未成年人合法权益保护工作，结合司法审判实践，倡导探索建立符合未成年人身心成长规律的特别诉讼程序，在家事领域充分发挥“社会一条龙”平台效用，落实未成年人利益最大化原则。

关键词：家事领域；未成年人保护；特别诉讼程序；未成年人利益最大化

一、抚养探望类纠纷案件审理的总体情况

（一）案件数量稳步递增

2010年以来，我市抚养探望类纠纷案件稳定在2500件左右。随着涉少民事案件逐步纳入少年审判，在少年法庭受理的民事案件中，抚养探望类纠纷呈现稳步递增趋势。【1】2012年，全市少年法庭共审理各类一、二审涉少民事案件1653件，其中抚养探望类纠纷671件，约占全部案件数的40.6%。2013年，案件总数上升至1734件，抚养探望类纠纷增长至764件，比上一年度增加13.8%，约占全部案件数的44.1%。2014年，案件总数上升至2153件，抚养探望类纠纷增长至973件，比上一年度增加27.3%，约占全部案件数的45.1%，且明显多于人格权、侵权责任纠纷，成为涉少民事审判主要案件类型。

图1 2010-2014年我市少年法庭审理

抚养探望类纠纷案件数量变化

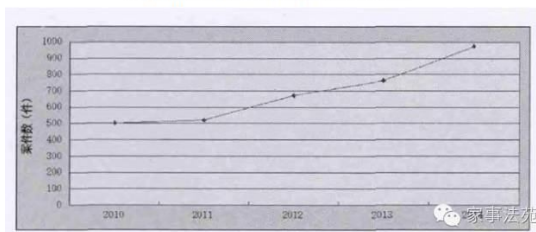


图2 2010-2014年我市少年法庭审理抚养探望类纠纷中，抚养费、变更抚养关系、探望权纠纷所占比例对比

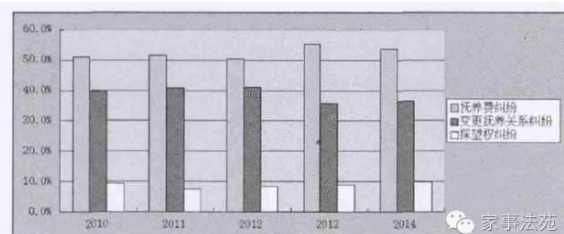


表1 2014年我市少年法庭受理涉少民事案件的类型数量情况

案由	数量	所占比例
抚养探望类纠纷	973	45.1%
侵权类纠纷	458	21.3%
人格权纠纷	396	18.4%
继承纠纷	120	5.6%
其它	206	9.6%

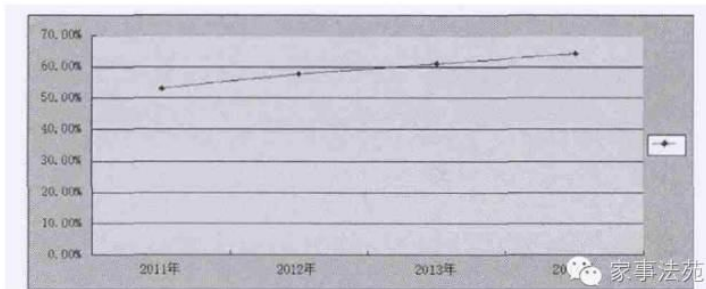
（二）抚养费纠纷比重较大

随着社会发展水平不断提高，未成年子女在生活、教育、医疗等方面的支出日益增多，父母双方因抚养费数额产生的争议频发，抚养费纠纷明显多于变更抚养关系、探望权纠纷，已占到抚养探望类纠纷案件总数一半以上。2010年至2012年，该类案件所占比例稳定在51%左右，2013年呈现小幅上升趋势，增长近4个百分点，2014年回落至53.4%。相较而言，探望权纠纷数量较少，自2010年以来，所占比例均未超过10%。

（三）案件调解、和解率逐年提高

抚养探望类纠纷案件主体之间的血缘亲情关系，使其明显区别于一般民事纠纷。为最大限度消解当事人之间的恩怨，修复受损亲情，我市少年法庭注重在诉讼中化解矛盾的实效性。2011年，审结的抚养探望类纠纷案件中，以调解、撤诉方式结案的比例为53.1%。2012年以来，该比例逐年小幅攀升，年均增长3.7个百分点，截至2014年已达到64.2%。

图3 2011-2014年我市少年法庭以调解、和解方式审结抚养探望类纠纷案件的比率变化



(四) 审判质效总体保持较好水平

抚养探望类纠纷直接关乎未成年人的切身利益，为充分保护未成年人合法权益，最大限度实现案结事了人和，我市少年法庭不断强化审判质效。2010年以来，共审理一审抚养探望类纠纷2773件，其中2504件适用简易程序审理，约占案件总数的90.3%。在适用简易程序审理的案件中，一个月内审结的占59.6%，1个月以上不满3个月审结的占40.4%。2010年以来，对一审抚养探望类纠纷判决提起上诉的案件平均比率约为23.7%，上诉案件改判、发回重审率约为5.2%。

表2 2010年以来我市少年法庭审理一审抚养探望类纠纷适用各类诉讼程序的比例情况

诉讼程序	所占比例
普通程序	9.2%
简易程序	90.3%
小额诉讼程序	0.5%

二、当前家事领域未成年人权益保护工作存在的问题

我市少年法庭始终坚持改革创新，不断适应涉少民事审判新形势，努力健全、完善工作机制，一定程度提升了未成年人司法保护水平。但抚养探望类纠纷审判实践显示，囿于社会观念、文化水平、现行法律规范等诸多因素，家事领域中的未成年人权益保护工作仍有薄弱环节，部分家庭依然存在法律意识淡薄，教养方式不当，监护人从自身利益出发处理子女抚养事宜，未成年子女利益“虚位化”、“工具化”等问题，严重损害了未成年人合法权益，需要进一步完善和解决。

(一) 部分离异、继亲家庭监护失责

审判实践发现，部分监护人存在法律知识严重不足，监护失当的行为。一是父母监管缺位。有的父母处理纠纷时以自己利益为本位，视子女为包袱，相互推诿监护职责。譬如，我市某区法院审理王某诉刘某抚养费纠纷一案，调解结案后，王某母亲以无力继续承担抚养义务为由，将年仅3岁的王某交给刘某抚养，刘某也以各种理由逃避监护职责，将王某委托给亲戚林某照顾。此后，林某多次来到法院，要求将孩子送至救助中心。为妥善保护王某的合法权益，在最高人民法院、北京市民政局的协助下，该区法院暂时将王某送至北京市未成年人救助中心监护，并与王某父母取得联系，经过多次沟通和法律释明，王某父母终于明白自身所负的监护职责，将王某接出救助中心。二是子女教育失范。在离异家庭中，父母之间往往经历了婚姻失败的打击，聚集了大量矛盾和怨恨，部分父母将子女视为开始新生活的累赘，对子女正常的身心需求漠不关心。据统计，2010年以来，我市少年法庭审理的未成年人犯罪案件中，有900余名未成年犯来自离异、继亲家庭，他们因身心需求长期遭到家庭漠视，最终走上违法犯罪道路。这类家庭中也存在针对未成年人的故意伤害、强奸、猥亵、虐待等家庭暴力犯罪现象。譬如，我市某区法院审理的被告人张某强奸继女一案，被害人魏某年仅11岁，自幼丧父，其母改嫁张某后，魏某便与张某共同生活。2011年至2012年期间，张某多次猥亵、强奸魏某，直至魏某老师发现异常，向公安机关报案，张某才被抓获。

（二）离婚后短期内频繁提起抚养探望类纠纷诉讼

调研发现，法院判决或调解离婚后不久，短期内再次提起抚养探望类纠纷诉讼的现象频发，未成年子女的教养环境处于不稳定状态，不利于未成年人身心健康成长。据统计，2014年，全市少年法庭审理的抚养探望类纠纷中，有146件是离婚后不久再行提起的，约占全部案件数的15%。北京市一中院审理的吴某诉张某探望权纠纷一案，吴某与张某2012年经法院判决离婚后，截至2014年仍然诉讼不断，双方多次以抚养费、探望权纠纷为由诉至法院，法庭上言辞激烈、相互指责，法庭外争抢子女，严重损害子女的合法权益。调研显示，这类现象发生主要有以下原因：一是离婚时未妥善处理子女抚养事宜。有的离婚纠纷中，当事人对离婚并无异议，争夺的焦点是财产和子女抚养，为说服法院将子女判归自己，故意压低抚养费请求数额，甚至表示可以自行抚养。法院判决离婚后，又以物价上涨、经济实力下降等理由，另行起诉增加抚养费，以期通过“先要人后要钱”的分步走策略达到目的。二是将这类纠纷作为离婚败诉后的缠诉手段。部分离婚案件败诉方当事人“息诉不熄火”，对法院判决不服而拒不履行抚养义务，又以抚养费给付、探望权等种种理由再次提起诉讼。

（三）抚养探望类纠纷成为利益博弈新工具

调研显示，部分当事人存在为博取案外利益，就子女抚养探望问题借题发挥的现象，严重损害了未成年子女合法权益，主要有以下几种情形：一是将子女抚养探望问题作为迫使对方满足自己权利要求的条件。有的当事人将是否给予抚养权、能否探望子女作为条件，迫使对方撤回离婚起诉或者同意离婚。二是将子女抚养探望问题作为获取其他利益的手段。有的当事人抚养子女并无困难，但因财产纠纷等问题，以子女抚养问题为由制造争讼点，以期达到对婚后财产再行分割等目的。三是为获取拆迁补偿利益提起诉讼。门头沟区法院调研发现，该院审理的部分变更抚养关系纠纷与拆迁补偿利益相关，双方当事人对变更抚养关系无争议，起诉目的仅是为了获得法院生效裁判文书，达到将未成年子女落户在拆迁地区的目的，从而在拆迁中获取更多利益。昌平区法院调研发现，该院审理的抚养费纠纷案件中，部分当事人通过以未成年子女名义索要高额特长培训费、择校费等手段，达到对婚后的拆迁补偿款再行分割的目的。

（四）隔代抚养加剧抚养权纠纷化解难度

随着生活节奏的加快和竞争压力的增加，在农村夫妇外出打工及城市双职工家庭中，常出现未成年子女由祖父母、外祖父母隔代抚养的现象。审判实践中，这类家庭的抚养权纠纷调处难度较大，矛盾容易升级，主要反映在以下方面：一是老人成为争夺子女抚养权的“主力军”。在部分案件中，双方当事人争议不大，老人却激烈争夺子女抚养权，甚至编造对方当事人存在不适宜抚养子女的情形等虚假事实，增加了案件事实的调查难度。二是当事人的态度容易受到老人影响。由于老人和孩子在长期共同生活中产生了较为深厚的感情，当事人出于对老人的尊重，常常顺从他们的意愿，极力争取抚养权。三是未成年子女的个人意愿容易受老人影响。诉讼中，老人往往利用自己与孩子的感情，通过许诺满足孩子的愿望，或是威胁若不选择随己方生活就再也不见孩子等方式，影响未成年子女的个人意愿，导致子女与祖父母、外祖父母分别在一起时，表达意愿不一致，使法官难以判断其内心的真实想法。

（五）恶意拖欠抚养费现象严重

司法实践显示，抚养费纠纷中当事人有能力给付抚养费，但拒绝履行给付义务的现象频发。北京市一中院对该院2002年以来审理的抚养费纠纷案件调研发现，欠付抚养费案件中80%存在恶意拖欠情形，部分当事人甚至通过伪造证据、隐匿转移财产等手段逃避给付抚养费义务。此外，抚养费执行也存在困难。有的当事人工资、奖金与其所在单位的效益挂钩，收入波动幅度较大，有的“下海”经商，隐形收入难以确定，导致法院难以查找财产线索，把握被执行人收入增减情况，进而影响执行效果。

（六）离婚协议存在瑕疵易引发探望权纠纷

司法实践发现，当事人协议离婚后，因为离婚协议中对探望权的约定存在瑕疵，容易引发探望权纠纷，主要有以下两种情形：一是离婚协议对子女探望问题未作约定。由于法律意识淡薄，离婚较为仓促，或者基于对离婚前子女抚养模式的默认，部分当事人在协议离婚时只对婚姻状况、财产、子女抚养问题等进行约定，忽视了对子女探望权如何行使的约定，为以后纠纷埋下隐患。二是离婚协议对探望权的行使约定不明确。尽管当事人在离婚协议中约定不直接抚养子女的一方有权探望子女，但对探望的方式、时间、地点等没有进行详细约定，导致出现未直接抚养子女一方无节制的探望子女，或者一方以约定不明为由拒绝对方进行探望，从而激化双方矛盾。

（七）探望权纠纷处理面临法律困境

探望权纠纷在审理执行中存在一些亟待解决的法律困境：一是探望权主体范围较窄。目前，我国法律仅规定未成年子女的父母有探望子女的权利。但现实社会中，独生子女组建的家庭积两代人精力、财富供养未成年子女的情形较为普遍，司法实践中常出现未成年子女的祖父母、外祖父母主张探望权的情形，导致法院裁判时面临现行法律规范与人情伦理之间的冲突。二是未成年子女真实意愿表达存在障碍。探望权纠纷中，未成年子女并非诉讼当事人，无法直接参与诉讼，但案件处理结果与其利益密切相关，法院为妥善处理纠纷，往往要求子女出庭表达意见。审判实践中，常出现父母为疏远对方与子女的关系，发泄心中不满，以子女上学、生病为由拒绝法庭要求。由于现行法律并未设置专门程序保障未成年人出庭，导致上述情形下，法院无法听取未成年子女意见，难以从子女利益出发，妥当安排探望事宜。三是探望权落实难以保障。由于探望权执行标的特殊性【2】，现行法律规定的查封、扣押财产、代为履行等执行手段无法适用于探望权案件，而罚款、拘留的处罚措施又容易激化双方矛盾，不利于纠纷彻底解决，导致案件执行难。此外，探望权具有长期性、反复性等特点，往往一次执行完毕后，因被执行人或者协助执行义务人的阻挠，申请人又再次申请执行，案件长期处于不稳定状态，执行效率低下。

三、推进家事领域未成年人权益保护工作的建议

少年司法是党委领导下的联动司法，也是社会广泛协助的参与性司法；是积极为经济社会发展服务的能动性司法，也是切实关注未成年人健康成长的教育性、保护性司法。为完善未成年人保护工作机制，努力形成由党委领导、政府支持、司法机关负责，各部门积极配合，社会各界广泛参与的工作格局，对家事领域未成年人权益保护工作提出如下建议：

（一）强化监护人责任意识，改善家庭教育方法

1. 建议学校、社区居民委员、村民委员会等组织机构探索建立单亲家庭子女档案制度，加强对辖区内离异、继亲家庭未成年子女学习、生活、心理、行为及家庭情况的了解、跟踪，及时对监护人失责行为进行干预、矫正，筑牢未成年人权益保护的家庭防线。

2. 建议充分利用教育行政部门和各类学校的资源，建立从中小学家长学校到高等教育学校家庭教育课程的亲职教育辅导体系【3】，以专门学校等重点青少年群体所在学校为主，街道社区家长学校和社会化培训学校为辅，加强监护人责任意识，改善家庭教育方式和技巧。

3. 完善我市公检法及民政部门关于处理监护人失责行为的联动工作机制。2014年底，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部出台了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，为更好地落实文件精神，建议我市相关部门尽快制定实施细则，顺畅部门间的协调配合。

4. 建议加强对家庭教育制度的研究和探索，推动家庭教育立法工作，以法律形式督促监护人加强自身素质，强制其妥当履行监护职责。

（二）探索建立未成年人独立的利益表达机制

1. 建议立法部门创设诉讼监护人制度。借鉴未成年人刑事案件诉讼程序中的合适成年人参与制度，在未成年子女为当事人，但其法定代理人无法出庭或因利益冲突不宜出庭的情形下，通过诉讼监护人代理子女出庭参加诉讼，表达子女的独立意愿，保障子女权益实现。

2. 建议从立法层面继续推进社会观护制度，将专业社工力量引入离婚、抚养探望类纠纷案件审理中，由社工协助法院查明未成年当事人的真实处境及监护人的人格品质、监护能力等情况，一方面防止未成年人沦为监护人利益博弈的“工具”，另一方面有助于法院做出妥当判决。

3. 建议探索扩大社会观护工作范围，在不以未成年子女为当事人的案件中，因涉及到子女的切身利益，需要其参加庭审，由社工陪同子女出席，安抚子女的情绪，化解子女的恐惧，为子女提供及时的关怀，保证子女不受他人干扰地表达自己的独立意愿，维护自身合法权益。

（三）建立稳定的家庭亲子抚养模式

隔代抚养是近年出现的一种社会现象。由于老人对孩子的生理保育一般多于培养教育，孩子容易形成骄横、任性的性格，长此以往，被溺爱长大的孩子对父母管教也会出现抵抗，甚至与之产生疏远。因此，建议父母增强家庭责任感，明确自身在子女教养中的角色，经常与孩子进行沟通、交流，建立良好的亲子关系。此外，老人争夺孩子的抚养权多基于传统观念束缚，认为孩子由对方抚养就丧失了家庭香火传承。为此，建议祖辈与父辈多沟通，出现家事纠纷时，主动放下心理包袱和主观偏见，从有利于未成年子女健康成长出发，理性处理矛盾，尽量减少负面

情绪对子女的不良影响。

（四）探索建立抚养费支付平台，充实社会组织服务和管理职能

1. 探索建立抚养费裁决统一登记、统一缴扣和统一支付制度。【4】为保障当事人及时给付抚养费，尝试设立抚养费生效裁判文书信息系统，建立系统与用人单位职工支付账户对接平台，当抚养费给付期限届满时，指令给付抚养费义务人的用人单位进行扣划，将抚养费划入预先设置的账户，确保抚养费纠纷案件稳妥执行。

2. 探索成立负有抚养费给付监督管理职责的社团组织。职责内容包括一方面受托管理离异父母从婚内财产分割出来专门用于未成年子女成长的金钱或财物，负责资产保值增值及抚养费按期发放；另一方面收集抚养费给付不良记录、曾被投诉或起诉的离异父母收入情况，一旦查证父母确有隐瞒、虚报收入的事实，可向有关部门进行投诉和代为提出建议，督促父母履行抚养义务。

（五）探索完善家事纠纷立案诉讼服务工作

1. 建议有效利用社会资源，建立法院与人民调解组织、司法行政部门以及其他社会组织共同化解矛盾的长效机制，邀请人民调解员、社会工作者、心理学专家等到法院立案窗口参与婚姻家庭、继承纠纷的化解工作，充分发挥他们的专业优势，协助当事人修复和重塑家庭关系，努力将家庭矛盾化解在诉讼外。

2. 建议加强立案环节的诉讼教育引导，以发放宣传手册、播放教育片等方式，引导当事人谨慎提起婚姻家庭纠纷诉讼，从未成年人子女利益最大化角度出发，明晰法律责任，合理解决纠纷。譬如，通州区法院在立案阶段向离婚案件起诉人送达《致陷入婚姻困境的父母》手册，规劝情绪冲动的父母从孩子健康成长的角度出发，冷静处理夫妻矛盾，努力维护家庭完整。该举措取得了良好成效，多起离婚纠纷的起诉人在立案阶段放弃提起诉讼。

（六）完善探望权立法，落实未成年人利益最大化原则

1. 建议适当扩大探望权主体范围。一方面确立“尊重未成年子女的意愿”原则，未成年人在与其年龄、智力相适应的范围内有权决定是否接受探望，【5】有权要求不直接抚养人履行探望职责，当事人协商或法院判决探望权的内容、方式及中止时，要尊重未成年人的意愿；另一方面，考虑到我国的家庭结构和传统文化中的祖孙辈之间的感情联系，以及对祖孙辈相互抚养、赡养义务的法律规定，在特定情形下，允许祖父母、外祖父母享有探望权。

2. 建议适当扩大探望权强制执行协助人的范围，将妇联、社区居民委员会、抚养子女的父母所在单位以及青少年权益保护等部门作为法院执行探望权纠纷案件时的协助单位。【6】在父母双方矛盾激烈、难以相互配合的情况下，由未成年子女就读的幼儿园或学校协助执行探望，以避免给子女心灵造成创伤。此外，建议民政部门审查离婚协议时，依照法律规定释法说理，涉及子女抚养时，告知当事人约定不明可能产生的后果，以及应承担的协助履行义务，引导其对探望权行使的方式、时间、地点等予以明确约定，避免日后发生矛盾，从而更好地维护未成年人的合法权益。

【注释】

【1】1999年起，我市部分基层法院少年法庭开始逐步探索，将与未成年人利益密切相关的民事案件纳入审理范围。2006年起，为落实全国部分中级法院未成年人案件（综合）审判庭试点工作会议精神，我市二中院、一中院先后成立未成年人案件综合审判庭。2013年4月，市高院成立未成年人案件综合审判庭。截至目前，全市三级法院中已有15个设立未成年人案件综合审判庭，进一步推动涉少民事审判专业化进行。

【2】张彬：《关于涉及未成年人探望权案件的调研报告》，载《未成年人法学研究专刊》2005年11月第3、4期（总第8期）。

【3】游涛、张莹：《以强制性亲职教育问责教养失职监护人——罪错未成年人监护人法律责任探究》，载《预防青少年犯罪研究》2015年第1期。

【4】马勇进、赵艳群：《对抚养费纠纷案件中未成年人权益保护问题的思考》，载《未成年人法学研究专刊》2005年11月第3、4期（总第8期）。

【5】陈懿：《我国探望权制度研究》，载《未成年人法学——家庭保护卷》，佟丽华主编，法律出版社2007年9月第1版，第173页。

【6】王燕、罗海艳：《海淀法院审理涉及未成年人民事、行政案件情况的报告》，载《少年·和谐社会的希望——少年司法回顾与展望》，人民法院出版社2006年1月第1版，第444页。

子女不得以物权排他性对抗其应承担的法定赡养义务

“家事法苑”团队奉献

2016-09-19 重庆法院网 张登明 王倩

【裁判要旨】

物权的行使应受到一定限制，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。子女对父母有法定的赡养义务，当然包括保障父母的居住，即子女有义务为父母提供适宜的居住条件，并不得以任何理由拒绝。父母无偿占有、使用子女的房屋，子女请求父母腾退其占有的房屋，有违伦理道德和社会公德，其请求依法不应支持。

【关键词】

民事案例 财产权属、排除妨碍 物权排他性 不得对抗 法定赡养义务

【案情】

原告（被上诉人）：宋亚书。

被告（上诉人）：宋大荣、马金兹。

宋大荣、马金兹系夫妻，宋亚书系宋大荣、马金兹之子。宋大荣夫妇于1982年修建木瓦房，共计有八间小房屋、一间偏房、一间厕所、一间厨房，建筑面积201.60平方米，该房屋的房产证和集体土地使用证登记在宋大荣的名下。宋大荣、马金兹在2000年之前因从事面粉加工向范正怀、郎永怀借债不能清偿，2002年5月13日，宋大荣、马金兹召集其大女婿冷千里、女儿宋琳娜、儿子宋限忠、宋亚书协商并达成协议，约定：“兹有太白村应岩组宋大荣夫妇面粉加工厂厂房一栋，由于欠债无法还债，现由（三儿）宋亚书清还，人民币壹万贰仟元正，经父、母、子三方协商，从偿还之日起房屋所有权和使用权归宋亚书所有。特此书面协议为凭证，任何一方不得反悔”。协议签订后，宋大荣、马金兹即从该房屋中搬出并居住在宋亚书家中，宋亚书还清了其父母所欠的债务，房产证由债权人转交给宋亚书。2006年3月14日，宋大荣、马金兹又搬到面粉加工厂即原房屋内居住，不准宋亚书使用，并占用了一间房屋居住，两间房屋作为厨房，一间厕所，其余房间闲置。宋亚书认为其已经偿还了父母的债务，争议房屋应归其所有，宋大荣、马金兹拒不搬出的行为侵犯了宋亚书的合法权益，请求确认双方签订的《协议书》有效，面粉加工厂归其所有，并责令宋大荣、马金兹停止侵害，搬出面粉加工厂。

【裁判结果】

石柱土家族自治县人民法院于2007年9月3日作出（2007）石民初字第420号民事判决认定，宋大荣、马金兹占有该房屋的行为侵犯了宋亚书的财产权益，应当停止侵害，将房屋交还给宋亚书。遂判决：一、宋亚书与宋大荣、马金兹于2002年5月13日签订的《协议书》有效，坐落在石柱土家族自治县南宾镇城南村白岩组的面粉加工厂厂房一栋归宋亚书所有；二、宋大荣、马金兹在判决生效后五日内将坐落在石柱土家族自治县南宾镇城南村白岩组的面粉加工厂厂房一栋交给宋亚书管理使用。

宋大荣、马金兹不服一审判决提起上诉，请求撤销原判，驳回宋亚书的诉讼请求。

重庆市第四中级人民法院于2007年11月23日作出（2008）渝四中法民一终字第3号民事判决认定，子女对父母有赡养的法定义务，有义务提供让父母满意的居住条件，并不得以任何理由拒绝，父母对其子女所有的房屋有优先选择的权利。故宋亚书请求宋大荣、马金兹搬出争议房屋有违伦理道德和法律规定，其请求不应支持。遂判决：一、维持石柱土家族自治县人民法院（2007）石民初字第420号民事判决第一项，撤销第二项；二、驳回宋亚书的其他诉讼请求。

【裁判理由】

重庆市第四中级人民法院经审理后认为，原判关于宋亚书已经偿还了双方签订的协议书约定的债务以及双方争议的房屋所有权是否已经发生变更的认定正确，应予维持。尽管宋亚书取得争议房屋的所有权，享有完全的物权，但根据《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一款的规定，子女对父母有赡养的法定义务，有义务提供让父母满意的居住条件，并不得以任何理由拒绝，父母对其子女所有的房屋有优先选择的权利。故宋亚书在有多余房屋可供使用的情况下，无法定理由拒绝其父母宋大荣、马金兹对争议房屋优先选择居住，其请求宋大荣、马金兹搬出争议房屋有违伦理道德和法律规定，其该请求不应支持。综上，原判认定事实清楚，适用法律不当，应予纠正，遂作出上述判决。

【评析】

“家事法苑”团队奉献

一、物权排他性及其限制

物权是指权利人对特定的物享有的直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权、担保物权，又分为权利人对物的占有、使用、收益、处分四项权能。

（一）物权排他性的内容及其范围

《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第二条明确规定了物权的定义，特别指出了物权具有排他性的属性。物权排他性是指物权的权利人享有排斥他人干涉的权利，同一物上不得同时成立两个以上互不相容的物权。物权排他性是物权人形成处分意思的独占性和对世性。关于物权排他性，历史上最经典的表述是十八世纪英国首相老威廉·皮特在一次演讲中形容物权不可侵犯：“即使是最穷的人，在他的寒舍里也有敢于对抗国王的权威。风可以吹进这所房子，雨可以打进这所房子，房子在风雨中飘摇，但是英王不能踏进这所房子，他的千军万马也不敢踏进这间门槛已经破坏的房子。换句话说，穷人也有国之君不可剥夺的权利。”

物权排他性效力是指在同一标的物上，依法律行为成立一物权时，不容许再成立与之有同一内容的物权，具体表现为：同一标的物上，不得同时并立成立两个或者两个以上的所有权；用益物权与担保物权则可以同时并存于同一标的物上；抵押权等担保物权可以复数地同时并存于同一标的物上，其效力依次序先后确定。物权排他性不仅排除一般人对物权的干涉，而且排除国家对物权的干涉，因此物权排他性也是划分公权力与私权利的界限，物权排他性之外属于公权力活动的范畴，物权排他性之内属于私权利的自由空间。因此物权是一种绝对权，具有排他性、对世性、绝对性，对任何人都有效力，不容许任何人侵犯或者妨碍权利的行使，权利人可以向侵权人主张物权保护请求权。

（二）物权排他性的限制

物权有强烈的排他性，如果物权的排他性不加以限制，则必然导致物权人滥用权利，妨害他人利益和公共利益发展的结果。《物权法》第七条规定“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损坏公共利益和他人合法权益”。因此，物权排他性原则不能被理解为物权人形成处分意思的随意性或者任意性。即使是作为完全物权、充分物权的所有权，即使是在崇尚所有权绝对原则的西方国家，“单纯而没有附加义务的所有权几乎只有在罗马时代初期和末期存在过。”

对物权绝对性的限制分为两个方面：一是对物权取得的限制，具体包括两方面：（1）取得物权应当符合法定形式。如取得不动产物权必须依照法律规定办理产权登记，否则法律不承认其享有物权；取得汽车等大型动产必须办理产权登记才能对抗善意第三人，一般动产必须通过交付才能取得所有权。（2）自然人、法人不能取得特定的物的所有权。如土地、森林、矿产、河流等，法律禁止流通的珍稀动植物、文物、军用品等。二是对物权行使的限制，具体包括以下几个方面：（1）公法限制即社会公共利益的限制，主要表现为宪法、行政法等公法为了公共利益而对个人物权的行使或者享有的限制，使权利人的物权丧失。征收和征用是这种限制的典型表现。在征收征用之外，因公共利益的需要，也可以对个人的财产权利以其他限制。（2）权利效力范围的限制，如各国法律都规定，个人可以对于土地拥有所有权或者使用权，但是不论城市土地还是乡村土地的建设，都必须服从规划和耕地保护的要求，个人不得主张“建筑自由”。（3）在权利人违法、犯罪时没收财产或者收回用益物权，也产生物权丧失的法律效果。（4）受到他人合法权益免受损害的限制，实施自卫或者紧急避险的人没有过错，造成他人财产损害的，责任不承担赔偿责任，则导致物权人的权利行使受到限制。（5）私法限制，如当事人约定限制物权人行使权利的任意性，这典型表现为当事人约定设立地上权等限制物权，从而对所有权的行使构成限制。（6）不动产相邻关系对物权行使的限制，《物权法》第七章规定，不动产权利人应当对相邻的不动产权利人行使权利提供必要的便利，并要求其容忍来自相邻不动产权利人的轻微伤害。（7）对行使处分权的限制。对于一些特定的物，法律虽不限制公民取得其所有权，但以其关系到国计民生、文物价值、国防安全等限制其流通或者禁止进出口。（8）社会公德的限制，物权人对物享有权利的同时，在该物上也设定了一定负担的法定义务和约定义务，物既是人类赖以生存的生活必需品，同时也是人们履行赡养义务、抚养义务等法定义务的必需载体。因此物权人在行使物权时，必须尊重社会公德，物尽其用，不得违背起码的善良的良知和社会公德，不得有违伦理道德。

对物权人排他性的限制，并不是要放弃物权排他性原则。物权作为一项重要的民事权利，将永远保留其绝对权和排他性的特征，这是物权与债权的基本区分。只是要求物权人在行使权利时，必须遵守法律，尊重社会公德，不损害他人利益和公共利益，从而使个人物权与他人利益、公共利益相互协调发展。

二、子女对父母的法定赡养义务的内容

依据《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第二十一条“子女对父母有赡养扶助的义务;子女不履行赡养义务时,无劳动能力或者生活困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利。”的规定,子女对父母的赡养义务是因婚姻、血缘或者收养关系而产生的法定义务。对于子女对父母的赡养义务的内容,《婚姻法》未作明确规定,但是《中华人民共和国老年人权益保护法》作出了较为详细的规定,具体包括以下几个方面:(一)对父母在经济上给予供养,在生活上给予照顾,在精神上给予慰藉的义务。(二)对患病的父母给予医疗和支付医疗费用,并予以细心护理。(三)为父母提供住房保障义务。子女应当妥善安排父母的住房,不得强迫父母居住条件低劣的房屋,父母自有的或者承租的住房,子女不得侵占,不得擅自改变产权关系和租赁关系,父母自有的住房,子女负有及时维修的义务。(四)其他义务。子女有为父母义务耕种土地,照管父母的林地和牲畜等,收益归父母所有等义务。

三、父母无偿占用和使用子女的房屋,子女请求父母腾退其占有的房屋,不应支持

综上,物权的排他性并不是绝对的,是要受到法律、社会公德、社会公共利益和他人合法权益等方面的限制的。特别是在物欲横流的现实社会,法律信仰淡化、道德缺失、城乡失衡等不良现象尤为突出,有的人忘却了法律、忘却了起码的诚信和道德良知,为了一己私利,滥用物权,恶意损害他人利益,挑战社会公德,造成了不良的社会影响。因此对物权排他性进行一定的限制,是十分必要的。赡养父母孝敬父母,是我国几千年不变的古训,是不容挑战的基本社会公德。子女基于对父母负有法定的赡养义务,有为父母提供住房保障的义务,子女应当妥善安排父母的住房,提供让父母满意的居住条件,并不得以任何理由拒绝,不得强迫父母居住条件低劣的房屋。父母对其子女所有的房屋有优先选择居住的权利。因此,本案中宋亚书作为子女,在有多余房屋可供使用的情况下,无法定理由拒绝其父母宋大荣、马金兹对争议房屋优先选择居住,其请求宋大荣、马金兹搬出争议房屋有违伦理道德和法律规定,其该请求不应支持。(来源:市四中院)

“假离婚”的隐患:离了就是离了 复婚或许并不容易

2016-09-03 工人日报 北京市石景山区人民法院

近日,上海爆出收紧房贷的传闻,楼市成交量随之暴涨,当地居民选择离婚买房的现象也进入“白热化”阶段。据报道,8月29日,上海徐汇区民政局离婚登记处被前来办理离婚的市民挤爆,离婚的人群从早上7时多开始排队。下午4时30分离婚登记处不得不采取了临时“封闭”措施,并在门口贴出通知请需要办理离婚登记的当事人改日再来取号办理相关事务。

离婚买房,这到底是“闹哪样”?婚离了,法律上会有什么隐患吗?

法律上从来没有“假离婚”

我国《婚姻法》第五条规定,结婚必须男女双方完全自愿,不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。第八条规定要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。取得结婚证,即确立夫妻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。

由此可以看出,我国的婚姻制度实行的是登记主义,只要婚姻双方当事人依法办理了离婚登记手续,双方当事人的婚姻关系即宣告解除,所谓的“假离婚”产生的法律后果与“真离婚”是一样的。然而,有人却心存侥幸,最终后悔莫及。

“假离婚”换来人财两空

2015年3月,谢女士将其前夫张先生诉至法院,要求撤销双方签订的离婚协议,恢复双方的婚姻关系。

庭审中,谢女士激动地表示,其与张先生是1998年1月5日登记结婚,2010年2月双方生育一子,随着孩子的慢慢长大,两人为了孩子能得到更好教育,想购置一套学区房,可是此时限购政策已出,张先生名下已经有一套房产,再次购房属于二套房,不仅需要交纳高首付,贷款利率也无法享受优惠。中介公司的职员对他们说可以通过假离婚来规避法律,等买完房再复婚就行。

可是,离婚后张先生不仅不同意支付首付、不同意复婚,还表示房产已经分割完毕,谢女士没有权利继续在该房屋内居住。张先生对谢女士的说法不予认可,表示双方的确是因为感情破裂离婚,财产已经分割完毕,不存在假离婚。

最终,经过法庭的释明,谢女士明白了法律规定,接受了现实不再要求复婚,变更诉讼请求为要求撤销谢女士

与张先生签订的离婚协议中有关财产分割的条款。

庭审后，谢女士向承办案件的法官表示，其最想的还是恢复婚姻关系，钱没有了可以挣，但是孩子是最重要的，她想为孩子提供一个完整的家，如果早知道会这样，她就不会为了能优惠购房同意“假离婚”了。

“假离婚”举证难复婚不易

生活中，为了规避政策假离婚却“弄假成真”的事情很多。北京的王先生就是这样。

王先生的情况与谢女士类似，为了获得购房指标，他与妻子办理了离婚。但让王先生没有想到的是，指标获得后，妻子却不愿意跟自己复婚了。无奈的王先生到法院起诉，要求撤销与“妻子”财产分割协议的诉讼请求，可他的诉求却没有得到法院的支持。

法院经审理查明，王先生与郝女士签订的离婚协议中，对双方所有的房产、股票、汽车、存款、孩子的抚养等问题均进行了约定，同时载明离婚的原因是因为王先生在婚姻存续期间存在过错。撤销财产分割协议的前提必须是在签订时有受到欺诈、胁迫等情形，王先生虽然主张自己在签订协议时受到欺诈，即通过“假离婚”额外获得购房指标，但是王先生却没能提供证据证明其主张，应承担举证不能的责任。

司法实践中，关于受到欺诈的举证是比较困难的，大多数当事人会因为举证不能而败诉，败诉后失去的不仅仅是财产，甚至还可能会丧失孩子的抚养权。

夫妻通过“假离婚”这种打擦边球的方式重新获得购房资格或者享受购房优惠，表面看双方获得了利益，但其实风险很大。除了上面提到的复婚、财产问题外，还会涉及继承问题——夫妻一方在“假离婚”后死亡，另一方还会丧失继承权等。

婚姻非儿戏，离婚需谨慎，假离婚同真离婚产生的法律后果一致，切不要为了房产等利益而破坏了原本长久的承诺，提醒各位切勿因小失大。

婚姻关系存续期间能否要求精神损害赔偿

2016-09-22 重庆法院网 丰都法院 黄黔川

【案情】

张某与秦某（女）系夫妻，已结婚5年，并生有一女小张。在一次偶然中张某听闻小张并非自己的亲生女儿，于是张某带小张作亲子鉴定，鉴定结论否定了张某与小张的亲子关系。在张某的逼问下，秦某承认在张某外出务工期间与刘某发生过性关系，此女也是张某与刘某所生。张某随即将秦某与刘某诉至法院，要求其赔偿精神损失费以及多年来对小张的抚养费。

【争议】

关于张某的诉讼请求能否得到支持，存在两种截然相反的观点。

一种观点认为张某的诉讼请求不应得到支持。

因为小张系张某与秦某在婚姻关系存续期间所生，因此根据婚姻法的相关规定应推定小张为秦某与张某双方共同子女，张某应为小张的父亲。所以张某对小张有法律上抚养的义务，因此不能要求赔偿抚养费。张某也没有要求与秦某离婚，根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条的规定，精神损害赔偿也无从谈起。

一种观点认为张某的诉讼请求应当得到支持。

因为小张并非张某的亲生女儿，张某对其没有抚养的义务，因此张某为抚养小张所花去费用应该得到赔偿。张某一直视小张为自己亲生女儿，在其身上花去了大量的精力，当其得知小张并非自己亲生女儿这一事实之后在精神上肯定会遭受极大的痛苦，因此应对其精神损害给予赔偿。

【评析】

笔者认为张某的诉讼请求应得到支持，理由如下：

第一、本案被告当事人身份合格，依据《中华人民共和国婚姻法》第46条的规定，必须在有法律明确规定的四种情况下，且同时提起离婚诉讼时，无过错的夫或妻一方才可向对方提起损害赔偿。在本案中张某并未单独起诉秦某要求赔偿，而是以刘某和秦某作为共同被告向其主张损害赔偿，因此也就不会与婚姻法第46条的损害赔偿提出条件产生冲突。将秦某和刘某作为共同被告，就将本案涉及的婚姻法律关系转化为了一般的人身侵权，适用侵权责任法的规定。

第二、刘某与张某构成了对张某人身权利的伤害。依据《婚姻法》第4条的规定：“夫妻之间应当相互忠实，

相互尊重”。这是婚姻法所蕴含的基本价值。对于夫妻双方而言，这是婚姻关系存续期间的一种权利和义务，从本质来说仍然是属于人身权利的一部分。对于第三方而言，应该对夫妻双方的这种人身权给予尊重。刘某和秦某不但发生性关系，且还对张某隐瞒事实生下了小张。这一系列行为构成了对张某人身权的侵害。虽然夫妻在婚姻关系存续期间所生子女在法律上有一个推定，即推定此子女为夫妻双方子女，推定丈夫为婚生子女的父亲。其法律后果就是丈夫与婚生子女形成抚养关系。但这只是为了维护婚姻家庭稳定的一种推定，当出现新的事实足以否定这一推定之时，法律上的这一推定就应该被否定。且这一法律上的推定应该是建立在夫妻双方相互忠实的基础之上。如今，秦某违背了这一忠实义务，且医学上的鉴定也否定了张某与小张的亲子关系，因此法律上的这一关于婚生子女的推定在本案中应给予否定。也即张某对小张并无法律上的抚养义务。那么多年来张某对小张的抚养支出就可依据不当得利的相关规定向刘某与秦某请求赔偿。鉴于秦某对小张也履行了抚养义务，因此在赔偿之时可以对相应部分给予减除，由刘某对剩余部分予以赔偿。

第三、张某的精神损害达到了要求精神损害赔偿的标准。依据《侵权责任法》第22条规定：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”。在中国传统文化中有这样一个名词“绿帽子”。无论是中国的正史还是小说如水浒传中对这样的行为都是持严词否定态度的。在现代社会婚姻法也对这样的行为持否定态度，作为一个正常的男人对这样的事情都是无法容忍的。在这样的环境下，张某不但被戴“绿帽子”还为别人抚养孩子数年。这样的事情对其打击不可谓不大。而这样的打击是秦某和刘某共同造成的，向其主张精神损害赔偿也合乎法理，法院对此应给予支持。鉴于张某与秦某现还是夫妻关系，财产也是共同财产，因此在精神损害赔偿数额的计算上应对秦某应当负担的部分给予减除，由刘某对剩余部分给予赔偿。来源：丰都法院

结婚不足一年彩礼是否需要返还

2016-09-12 湖南法眼网 东安县人民法院 周建明

【案情】

魏某（女）、蒋某（男）两人于2015年4月6日经人介绍相识。同年4月7日，魏某与蒋某在魏某家按照农村习俗举行订婚仪式，蒋某给付魏某彩礼人民币20000元。订婚后，因魏某未到法定结婚年龄，魏某便一直在家跟随其父母生活，蒋某外出务工。2015年6月23日，魏某与蒋某一起到东安县民政局登记结婚。婚后，魏某便跟随蒋某一起外出务工。2016年元月，夫妻双方产生矛盾，魏某回娘家居住，蒋某去接魏某，魏某不愿随蒋某回家，双方分居生活至今。现魏某以夫妻双方婚前了解不够、夫妻感情已完全破裂为由起诉，要求与蒋某离婚。经开庭审理后，被告蒋某同意离婚，但提出要原告魏某返还彩礼20000元。

【分歧】

针对被告要求返还彩礼的请求，存在三种不同意见。

第一种意见认为，被告给付彩礼的目的是为了结婚，现原、被告双方已经结婚，被告要求原告返还彩礼的请求于法无据，应不予支持。

第二种意见认为，原、被告婚前了解不够，婚后共同生活时间较短，原告未能履行作为妻子应尽的义务，婚姻关系名存实亡，被告要求返还彩礼的请求应该得到支持。

第三种意见认为，原、被告之间的婚姻关系合法有效，但因原、被告系闪婚闪离，双方共同生活时间较短，对被告返还彩礼的请求可以部分支持。

【评析】

笔者支持第三种意见，理由如下：

一、彩礼的定义

彩礼，又称财礼、聘礼、聘财等，是指夫妻一方婚前给与另一方的财物，尤指婚恋中男方给女方的聘礼或礼金。性质上是赠与，但是又与一般的无偿赠与不同，它是一种附条件的赠与行为。

二、彩礼的法律性质

彩礼既然一种附条件的赠与行为。根据法律规定附条件的民事法律行为，包括附生效条件的赠与和附解除条件的赠与。那么，彩礼究竟是属于哪种呢？

首先，我们假设彩礼属于附生效条件的赠与。那么这里的生效条件就是指婚姻关系成就时，即男女双方结婚时赠与发生效力。在男女双方结婚之前，赠与彩礼的所有权并未归受赠人所有，而仍掌握在赠与人手中，只有男女双

方成功地缔结婚姻时，赠与物的所有权才转移至受赠人。

笔者认为，将彩礼定性为附生效条件的赠与违反了婚姻自由的基本原则。因为受赠方为了能拥有彩礼的所有权，就必须与赠与方成功缔结婚姻，其严重违反了《婚姻法》婚姻自由的基本原则。我国民法通则中规定了公序良俗原则，赠与合同可以附条件，但所附的条件不能违反法律及社会公序良俗。因此将彩礼定性为附生效条件的赠与是有失妥当的。

我们再次假设彩礼属于附解除条件的赠与。那么这里的解除条件指的是“婚约解除时”。也就是说，如果所附条件未成就，即婚约未解除，那么赠与行为继续有效，彩礼所有权继续归受赠人所有；如果所附条件成就，即婚约解除，则赠与行为失去法律效力，男女双方之间的权利义务亦终止，所赠与的财产应向赠与人返还，其所有权回归赠与人。

从中华民族的传统来看，彩礼的给付是基于一定目的性的，即婚姻关系的成就，许多家庭为之尽其所能，为的都是男女双方结为百年之好。彩礼的给付，通常都是以与对方结婚为前提条件的，如果未能缔结婚姻，赠与方当然有向受赠方请求返还彩礼的权利，这符合我国《民法通则》及《合同法》等相关规定，也没有违反社会公共利益。

根据上述分析对比，我们发现将彩礼定性为附解除条件的赠与更具合理性。

三、彩礼返还的条件

前文已经分析，彩礼属于附解除条件的赠与，彩礼给付的最终目的是男女结为夫妻并共同进行长期而稳定的婚姻生活。但是将所附条件界定为婚约解除时，太过绝对，彩礼的目的不仅仅是为了缔结婚约，更重要的是享有夫妻之间的权利和履行夫妻之间的义务，是为了共同生活之目的。因此，笔者认为，彩礼所附的解除条件应该进一步表述为婚姻生活目的未达成，而不仅仅是是否登记结婚或者婚约是否解除为评判标准。婚姻生活的目的则包含多种多样的内容，其中最重要的内容包括夫妻共同生活、互相抚养、互相忠诚等。

本案中，被告蒋某为了与魏某结为夫妻并且共同生活，向魏某及其家人给付了20000元彩礼。但因夫妻双方婚前了解不够，感情基础薄弱，结婚后共同生活时间不足一年，婚姻生活的目的尚未完全达成，因此对蒋某的要求返还彩礼的请求应该得到支持，但考虑到蒋某与魏某已经结婚并且共同生活了一段时间的实际，魏某不应返还全部彩礼，笔者认为返还彩礼的80%为宜。

浅议探望权的强制执行

2016-09-14 湖南法院网 石门县法院 谭慧

摘要：探望权基于婚姻关系的破裂，配偶关系的消灭而产生，是基于父母子女身份关系的一种派生权利。探望权的执行由于牵涉到各方之亲子、亲情关系，关乎着未成年人的健康成长，探望权的执行标的具有模糊性，执行行为具有长期性、反复性等特点，使得探望权往往难以执行，本文通过对探望权的性质分析及司法实践中探望权强制执行存在的问题，对探望权强制执行的措施进行了必要的思考。

关键词：探望权 强制执行

“法官，你说这可怎么办呢，我前妻一直不肯接电话，我想看一眼女儿都不行。”像这样拿着生效的裁判文书、调解书到法院来申请强制执行探望权的案件每年都有好几例。当前探望权的强制执行问题随着离婚案件的增多已日益突出，探望权的强制执行与一般民事案件的执行所具有的特殊性，使得司法实践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，有关探望权的概念及特征；第二，有关探望权强制执行标的的争议；第三、司法实践中探望权强制执行的难点；第四、解决探望权执行难的措施。

一、探望权的概念及特征

（一）探望权的概念

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。探望权起源于英美法系，为处理离婚后父母探视子女提供了法律依据，为各国立法和法理所接受。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。”正式把探望权规定为非抚养子女一方父或母对子女亲权中的一项基本权利，同时规定了抚养子女的一方具有协助的义务。

（二）探望权的主要特性

1、亲权性。探望权的存在主要是基于一种自然的血缘

关系，体现着人伦的内涵，属于伦理道德范畴。这种基于血缘关系产生的亲权内容，不因父母离婚，法院判决子女随父或母一方共同生活而被强制割裂，或因其他法律事由归于消灭。

2、内容的非财产性。一般而言，强制执行所指向的权利均具有财产性，如股权、著作权、商标权等，虽不是纯粹的财产权利，但却有可供执行的财产性。而探望权却不同，权利人通过行使探望权只是获得情感上的满足和精神上的愉悦，而不能获得任何物质上的权益。

3、法律关系的复杂性。探望权是一种多方法律关系，其主体包括权利人、子女及原来的配偶。如果不存在法律上规定的不适宜行使探望权的情况，权利人当然享有探望权，他人无权干涉。从这种意义上看，探望权是一种形成权。但是，由于探望权的独特性，如果没有原来的配偶的协助，或者其加以阻挠，那么它往往就无法得以实现。同时，探望权行使的对象一般是未成年子女，从保护他们健康成长的角度来看，也需要征求其意见。因此，从上述情况分析，探望权存在这样三种法律关系，即权利人与原来配偶之间，权利人与子女之间，以及原来的配偶与子女之间的法律关系，他们都是其中某种法律关系的主体。

4、权利义务的统Ⓐ性。从理论上分析，将探望权理解为是一种权利是片面的。因为探望权不仅仅是为了通过经常性的探望来维系亲情，更是为了关心、照顾和教育子女健康成长，这也是父或母一方应尽义务。因此，探望权是权利和义务的统一体。

5、执行时间的持久性。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，当事人之间的权利义务即归于消灭，具有明确的履行期限。而探视权纠纷案件的执行期间具有长效性，即未与子女共同生活的一方探视子女的权利长期有效，这就决定了探视权纠纷案件执行具有长期性和反复性的特点。

二、关于探望权强制执行标的

探望权纠纷案件的执行不同于其他民事案件的执行。其他民事案件的执行有明确的执行标的，要么是支付金钱、特定物，要么是完成一定行为。而探望权纠纷案件的内容是探望权及其行使方式，具有抽象性，因而没有明确的执行标的。在司法实践中，当离婚案件被执行人一方拒绝申请执行探望权一方当事人的申请时，执行人员一般是带领申请人去探视，或者将子女带到申请执行人处，同申请人同住一段时间。从表面上看，这种带领申请执行人或者带领子女的行为都像是在完成交付，而且都像是一种将自然人进行交付的行为。因此有些学者便认为在这类案件中的强制执行标的是子女的人身。上述学者的观点存在着误区，他们混淆了直接执行措施的标的和间接执行措施的标的。强制执行标的是法律文书确定的、能够满足申请执行人权利的对象。在探望权案件中，能够满足申请人权利的客体是其本身所享有的对其子女的探视权。对于申请人而言，要求行使探视权就是要求法院允许自己履行探视这一行为；对于被申请执行人而言，其具有协助完成申请人的探视权虽然是一种义务，但是履行这种义务仍然是履行一种行为。因此，在这类型案件中的执行标的是协助义务，其本质上是属于一种行为型执行标的。①法院在被执行人不履行协助执行的义务时，可以对被执行人实施停止侵害、责令具结悔过等方式来迫使其履行义务；在适用上述方式后被执行人仍旧不协助执行时，申请执行人可以要求其向自己支付迟延履行金，具体数额可以依照罚款的有关规定；其次，被执行人多次不履行协助义务的，如果有申请人的申请，应当解除被执行人的监护权。

《婚姻法》第38条“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务”婚姻法的这一规定，明确了探望子女是不直接抚养子女一方父或母的权利，另一方有协助的义务。法律规定了协助的义务，指直接抚养子女一方的父或母应该本着方便探望人的原则，按照双方协议约定的或判决的探望方式、时间履行协助探望权人实现探望的权利的义务，不得设置障碍拒绝探望，当子女拒绝探望时，应进行说服工作。义务人的协助行为就成了探望权纠纷案件的执行对象即执行标的。

最高人民法院《民事诉讼法》意见第254条规定“强制执行的标的应当是财物或者行为”。最高人民法院婚姻法解释(一)第32条“婚姻法第48条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法强制执行的规定，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。”因此，我国探望权执行案件的执行标的只能是被执行人的行为，而不应当是人身，不能直接采取强制执行措施将未成年子女交付给探望权人。

三、探望权强制执行存在的问题

“法律总是滞后于现实”这是不争的事实，随着离婚案件的增多，离婚后不直接抚养子女的一方对探望权的执

行日趋增多，任何保证探望权的执行也日益成为我国婚姻法现阶段迫切要解决的问题。虽然我国《婚姻法》明确规定了直接抚养子女的一方有探望权，但是有关于探望权在具体的操作过程中所遇到的问题的规定则较为原则。我国关于强制执行的规定中还没有对探望权的执行问题作出专门规定。探望权在实际操作过程由于法律的空白或者不完善也存在很多的困难。

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、强制执行难。法院对那些经常无故阻挠，刁难甚至隐匿子女、拒绝对方当事人行使探望权的人，也可以适当的采取强制措施。②如拒不配合也会受到妨害民事诉讼的训诫、罚款、拘留等惩罚，同时“对拒不履行判决者可追究其刑事责任的”极具法律威慑性的规定，也可以确保这类案件得以执行。但如果将直接抚养子女一方予以拘留或刑事处罚，必然不利于子女的最大利益，所以应慎用。另外，每次探望时法院也不可能都派人前往，当事人的探视权很难通过强制执行持续地得到保证。

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？下次行使探望权是否还需要另行立案？

4、执行依据不具有可操作性。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。

四、探望权强制执行合理化建议

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。本文着重从执行工作的实际出发，提出一些想法和建议。

1、加大法制宣传力度，做好疏导教育工作。深入宣传《婚姻法》、《民法通则》等法律、法规，使当事人认识到子女和父母的关系不因父母离婚而消除，子女只是随一方共同生活，并不是归其所有。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，阻碍、拒绝对方行使探望的行为是违法的。况且，从孩子的利益考虑，探望权的实现也是保证子女身心健康的需要，孩子需要父爱也需要母爱，缺少父爱或母爱的子女均是不全面的，均不利于孩子的成长。通过宣传教育，使当事人抛弃成人间的矛盾，从适宜孩子成长的角度出发，求同存异，相互理解，相互配合，主动协助，从而使案件顺利解决。

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、村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。

3、灵活使用强制措施。探望权的执行，应多做当事人的思想工作，以疏导、教育的方法为主，争取当事人的配合，但对那些经常无故阻挠，刁难对方当事人行使探望权，甚至隐匿子女、暴力抗拒对方当事人探望的当事人，可以依据《民事诉讼法》第一百零二条的规定，以妨害民事诉讼为由予以拘留、罚款，情节严重的，以拒不执行法院生效判决书罪予以刑事处罚，以达到维护法律严肃性，教育当事人的目的。但应注意的是对直接抚养子女的一方采取强制措施时，应对未成年子女予以妥善安置。

4、区别对待子女拒绝探望。对子女拒绝探望的应根据子女的年龄和鉴别能力，正确判断拒绝探望的原因，看子女是否能够正确表达自己的意思表示。一般情况下，如果子女已满10岁，对是否进行探望已具备独立思考能力

和认识能力，人民法院应当征求子女的意见，如果子女不同意的，不应当强制执行探望权。或依据《婚姻法司法解释》第二十六条“未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求”的规定，申请中止探望权；如果经查证子女拒绝探望是受父或母的挑唆造成的，可视情节对其批评教育，甚至拘留罚款，勒令其改正错误，说服子女配合探望。

5、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”。

6、正确适用拒不执行法院生效判决书罪。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判决应负刑事责任，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。对拒不执行生效判决与阻碍执行者，要坚决制裁。立法上要尽快明确追究拒不履行法院判决罪的程序。

7、完善现有法律制度。③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。

参考文献：

①张妮佳 民事强制执行标的研究 硕士学位论文 辽宁大学 2015：21

②杨承梅 浅析探望权及其强制执行 中国法院网

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1487299.shtml>

③章海涛、赵容容 浅谈探望权的强制执行 中国法院网

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1839427.shtml>

以转移户口为目的婚姻关系是否必然无效？

2016-09-22 裁判要旨通纂 王林清、杨心忠等

裁判要旨：以转移户口为目的缔结合同的无效并不必然导致婚姻关系无效。

规则解读

我国《婚姻法》第10条以列举方式对婚姻无效的四种情形作出明确规定，并没有“其他导致婚姻无效情形”的类似表述，相关司法解释亦未对以假结婚谋取非法利益的婚姻效力作出规定，法官行使自由裁量权受到严格限制。以转移户口为目的的缔结合同的无效并不必然导致婚姻关系无效。

案件审理要览

案件来源：参见《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，王林清、杨心忠、赵蕾著，北京大学出版社2014年10月第1版第277页。

1 基本案情

2009年3月15日，河北籍女子姜某经人介绍与北京籍男子陈某相识并结婚，二人同时签订“入户付款协议”，约定：结婚时姜某付给陈某5万元，3年后户口转入北京再付余款5万元，如任何一方反悔，给付对方违约金2万元。双方并未在一起共同生活。在此期间，陈某因与他人恋爱无法登记结婚，2011年10月26日，陈某到法院起诉姜某，要求确认双方婚姻关系无效，并依法予以解除；另主张双方存在“假结婚”行为，请求法院确认“入户付款协议”及违约条款无效。姜某则主张此案应驳回陈某的诉求，要求法院按离婚程序重新审理；另主张因陈某并未依照协议帮其办理北京户口，故应按照协议约定将已付5万元退回，并赔偿违约损失2万元，否则不同意离婚。

2 审理要览

“家事法苑”团队奉献

本案中，对于双方以转移户口为目的形成的婚姻关系，以及签订“入户付款协议”的效力问题，应通过何种法律程序进行审理，存在两种处理意见：

第①种意见认为，虽然现行《婚姻法》及其解释对该类行为的效力并未作出明确规定，但双方并非以感情为基础、以长期共同生活为目的，以此形成的婚姻关系完全建立在非法转移户口的目的之上，相比《婚姻法》第10条规定的婚姻无效四种情形更加有损社会公益，应该对该法条适当作出扩大解释，认定为婚姻关系无效。

第②种意见认为，双方婚姻关系的形成并未违反《婚姻法》第10条规定的婚姻无效四种情形，司法解释中亦未对以婚姻形式侵害公共利益行为的效力作出规定，双方已经通过结婚登记形成了现实的婚姻关系，故应依法驳回陈某的诉求，陈某只能通过离婚程序重新立案、重新审理。但双方签订的协议系恶意串通损害国家公共利益的行为，理应被认定为无效合同。

规则解读

笔者同意第②种意见，理由如下：

① 法律解释的对象和范围受到严格限制

司法实践中，法无明文规定时，需要法官根据立法的基本原则和精神对现有法律、法规作出合理解释，如对法律条文的内涵进行具体界定。但是，基于民法上的“法无明文规定即自由”原则，法官不可以对强制禁止条款进行扩大解释，否则就超出了法律解释对象的合理外延。我国《婚姻法》第10条以列举方式对婚姻无效的四种情形作出了明确规定，并没有“其他导致婚姻无效情形”的类似表述，相关司法解释亦未对以假结婚谋取非法利益的婚姻效力作出规定，法官行使自由裁量权受到严格限制。本案中，双方结婚存在“以婚姻换户口”的非法利益因素，一定程度上造成了社会福利资源的不平等分配，侵害了其他公民的合法权益和可期待利益。

② 婚姻登记行为是确认婚姻关系有效的直接证据

婚姻关系的成立，必须满足《婚姻法》规定的可以结婚的前提要件，如自愿结婚、达到法定婚龄等主客观条件，并通过婚姻登记行为获得法律上的认可。而感情因素虽然是维系婚姻关系的实质要件，但其仅在法院判定是否准予离婚时进行考量，而在双方自愿登记结婚的情况下，婚姻登记机关无法对双方是否存在真情实感进行审查，只能通过双方的登记行为倒推认定，即基于婚姻身份关系的严肃性，只要双方满足结婚的形式要件且共同到婚姻机关进行登记，即可认定双方自愿并存在感情基础，至于是否一起共同生活、感情深浅、日后感情的变化，并非结婚登记机关必须审查的因素。本案中，双方显然属于自愿登记结婚，不仅满足了婚姻关系成立的主观要件，而且通过登记行为表达了长期共同生活的意思，虽然附有“以婚姻换户口”的交易条件，但双方合意掩盖，婚姻登记机关根本无从审查，并不能以此否定行政机关进行婚姻登记的公定效力。

③ 婚姻关系的存续不受任何合同效力约束

本案中，“入户付款协议”虽然是双方自愿签订，但其生效条件建立在非法目的性基础之上，是一种双方合意侵犯国家公共利益的行为，属于《合同法》规定的“无效合同”情形，不能对双方产生协议约束效力。然而，本案中的合同无效并不必然导致婚姻关系无效，因此，法院只能驳回陈某的诉讼请求，依照离婚程序重新立案、重新审理。据此可以认定双方自始不存在夫妻感情，从而判定双方离婚条件成立。

以夫妻共同财产出资、登记在一方名下的股权的处理思路

2016-09-23 北京审判 北京三中院民二庭

编者按：近日，北京市第三中级人民法院召开专业法官会议，对离婚案件中以夫妻共同财产出资、登记在一方名下的股权处理相关法律问题进行了研讨，对未登记一方的权利性质、确认股权身份的主张、公司股权的分割、登记为股东一方擅自转让股权的效力等实践中的常见疑难问题形成较为一致的意见，该院民二庭将研讨情况进行了整理，现予以推送，供审判实践中参考。

一、以夫妻共同财产出资取得股权，登记在夫妻一方名下，未登记一方的权利性质问题。

以夫妻共同财产出资而取得股权，登记在夫妻一方名下，未登记一方有权就股权的财产价值主张权利。但是，作为夫妻共同财产的只能是股权代表的价值利益和所带来的收益，未登记一方不能行使知情权、表决权等股东权利。

【依据】（一）基于《公司法》上股权的基本特性。股权具有独立性，股东将其资产用于出资设立公司后，其对于该资产的所有权消灭，故即使是以夫妻共同财产出资，该财产的共有性已经丧失。股权归属的判断应当尊重外观主义。即使在夫妻财产关系中，登记股东的配偶在没有被登记为股东的情况下，不能认定为拥有股权。婚姻法上

的法定财产共有关系，不应成为突破公司股权结构中外观主义的原因。（二）基于《婚姻法》与《公司法》规范的衔接。《婚姻法司法解释二》第十六条明确规定未登记一方转为有限责任公司股东的必经程序，与《公司法》第七十一条股权对外转让程序具有一致性，表明在此类纠纷中，《婚姻法》与《公司法》均应是重要的裁判依据。（三）基于《婚姻法》条文对于夫妻共同财产共有对象与范围的规定。《婚姻法》第十七条明确规定归夫妻共同所有的应当为生产经营的“收益”，并非规定可分享收益的权力基础或身份。股权包括自益权和共益权两方面内容，股东因自益权获得收益，该收益应当成为夫妻共同财产；但就共益权部分，如知情权、表决权等，未登记一方并没有权利请求权基础。

二、以夫妻共同财产出资，登记为有限责任公司股东的未登记配偶要求取得股东身份，应当如何处理？

未登记配偶主张确认其股东身份的，不予支持。

未登记股东主张获得股东身份的，应当参照《公司法司法解释三》第二十四条第三款关于实际出资人获得股东身份的规定处理，在未经公司其他股东半数以上同意的情况下，其请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

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，其他股东半数以上不同意未登记配偶变为登记股东的，不同意的股东应当购买相关股权；不购买的，视为同意变更。经股东同意变更的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。

三、离婚诉讼中，涉及公司股权分割的，是否可以一并处理？

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；确因股权归属问题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实际出资人并要求分割相应权益的，人民法院可在依据相关证据及利害关系人的意见的基础上，确认实际出资人身份，并在离婚案件中分割财产性利益；其实际出资人身份与案外第三人之间存在争议的，应在先行确定身份后再行分割。

四、离婚诉讼中，以夫妻共同财产出资、登记在夫妻一方名下的有限责任公司股权如何分割？

夫妻以共同财产出资取得有限责任公司股权，股权登记在夫妻一方名下，离婚诉讼中，有限责任公司的股东为夫妻中登记一方及其他股东。如果夫妻双方就股权分割协商一致，按照《婚姻法司法解释二》第十六条规定处理。

如果夫妻双方就股权分割无法协商一致，双方均主张股权且愿意和对方共同经营的，其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权的，可按比例分割股权；双方均主张股权但不愿与对方共同经营的，可通过竞价方式确定由谁最终取得股权，但亦应经其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权。

未登记一方放弃股权主张补偿款的，应在确定公司股权价值的基础上，由登记股东一方给予另一方相应的经济补偿；登记一方放弃股权，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，可以按照《公司法》的相关规定将股权转让给其他股东或股东之外的第三人，并对转让价款依法分割；无人接手，其他股东同意未登记股东加入公司的，双方之间分割股权。

五、以夫妻共同财产出资取得股权，登记为股东一方擅自转让股权的效力问题。

夫妻中未登记为股东的一方以另一方未经授权处分共同共有财产，构成无权处分为由，主张其股权转让合同无效的，因配偶不享有股权不予支持，但转让方与受让方进行恶意串通、能够根据《合同法》第五十二条应认定为无效的情形除外。

另外，根据《婚姻法司法解释一》第十七条第（二）项，若他人有理由相信转让股权为夫妻双方共同意思表示的，另一方配偶不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。故如依据在案证据能够认定另一方配偶明知股权转让，且受让人是善意，则股权转让协议对于另一方配偶亦具有约束力。

受让人是否能够取得股权，应当参照《公司法司法解释三》第二十五条规定处理，登记为股东的一方将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，未登记一方以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，应当参照《物权法》第一百零六条的规定按善意取得制度处理。登记一方处分股权造成未登记一方损失的，未登记一方可以请求其赔偿财产损失

论家事审判中当事人主义的限制和职权探知主义的适用

“家事法苑”团队奉献

——以两例家事纠纷案件为切入点

2016-09-26 重庆法院网 重庆三中院 张海瑞

德国哲学家康德说：“家庭是社会的缩影，家庭是具有自发维持能力的最小社会。”家事纠纷案件不同于普通民事纠纷案件，家事纠纷案件不仅涉及当事人之间的私益，还涉及家庭秩序、公序良俗的公益，表现出多重性的法律关系和强烈的伦理道德色彩。此类案件人身关系和财产关系互相交错，权利义务关系比较复杂，涉及夫妻忠诚、子女抚养、父母赡养、家庭财产的分配处置等。对一些家事纠纷案件的处理甚至会影响到社会主流价值观的判断。家事审判程序是解决家事纠纷案件的程序，有别于普通民事纠纷案件的程序，应属于一种特殊的民事诉讼程序。因家事审判程序的特殊性，尤其是其具有的强烈公益性和伦理性，沿用普通民事纠纷案件的审理规则，以当事人主义为中心，“谁主张，谁举证”的举证规则，已明显不利于对未成年子女以及妇女等弱势群体等合法权益的保护，不利于维护家庭的和睦以及社会的稳定与和谐。法院在审理家事纠纷案件时，应当限制当事人主义原则，适用职权探知主义原则。在审理家事纠纷案件时，法院应拥有更多的主导权，更多地利用职权维护当事人的合法权益。

一、从两起家事纠纷案件说起

(一) 案情简介

案件 1：杨某与黄某于 1989 年 11 月 28 日登记结婚，双方于 1990 年 7 月 29 日生育长女杨某 A，1995 年 5 月 4 日生育次女杨某 B。2013 年 7 月 18 日，杨某向法院起诉，请求判决准予其与黄某离婚。因黄某未到庭，一审法院依据杨某、黄某户籍所在地的村委会出具的证明，该证明内容为：1999 年下半年，黄某在与杨某吵架后独自外出，至今下落不明。认为杨某与黄某分开生活已有十四年之久，夫妻关系名存实亡，夫妻感情已完全破裂，准予杨某与黄某离婚。后黄某上诉，二审中，黄某也提供了户籍所在地的村委会出具的证明，该证明内容为，对杨某与黄某的夫妻关系情况不了解，之前出具的证明不属实。二审法院综合杨某与黄某提供的证据，认为没有充分证据证明，杨某与黄某夫妻双方感情破裂确无和好可能，驳回了杨某的诉讼请求。

案件 2：梁某与李某 1985 年结婚，1986 年生育一女。后双方因关系不睦分居，2015 年梁某向法院起诉离婚，经调解和好，但之后双方仍分居生活。梁某再次向法院起诉离婚。查明的梁某与李某的共同财产有住房两套和梁某的住房公积金账户余额 7 万余元。双方的争议在于，李某认为梁某在银行还购买有理财产品，梁某承认其曾购买过理财产品，但早已经卖掉了，而且未赚钱。一审法院认为李某对梁某购买有理财产品的主张，未提供证据证明，可以在取得证据后另案主张分割。二审法院认为，李某提供的梁某在某贵金属公司的贵金属交易界面，不能证明梁某实际购买了黄金白银且现在仍然持有，由于李某现有证据亦不足以证明梁某购买的理财产品目前尚存在，一审暂时不予处理，要求李某等待证据充分后另案主张分割并不不当，对此予以维持。

(二) 存在的问题

案件 1 中，杨某与黄某争议的事实是，双方是否于 1999 年下半年就已经分居，并导致双方夫妻感情完全破裂。因黄某未到庭，一审法院认定事实的根据除了杨某的单方陈述，就是村委会出具的证明材料。二审中，黄某对此提出反驳，并提供了相反的证据材料。案件 2 中，李某认为梁某在银行购买有理财产品，梁某也承认曾经购买过，但早已卖掉，李某也无证据证明梁某现在仍持有理财产品。按照《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”的规定，以及《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”的规定，也就是“谁主张，谁举证”的原则。案件 1 中，法院未对李某与黄某的婚姻真实情况进行调查。案件 2 中，要求李某在取得证据后，另案提起诉讼，也是审判实践中的通常做法。虽然《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第二款规定了：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”而根据《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》第九十二条的规定，人民法院依职权调查的事实，也仅限于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等方面。但这些规定还是不能完全适应家事纠纷案件审判的特殊性，严格遵循当事人主义审判家事纠纷案件，会造成案结事不了，实际矛盾久拖不决。尤其是在离婚纠纷案件中，不利于当事人的权利处于一种稳定的状态，导致之后产生更大的矛盾，并影响到其他人的权益。

二、家事纠纷案件的特殊性

“家事法苑”团队奉献

（一）家事纠纷的特性

家事纠纷一般发生在具有血缘或姻亲关系的亲属之间，当事人之间的矛盾即隐秘又繁多，比普通民事纠纷案件涉及的利益更广泛，即涉及身份关系，又涉及财产关系，还涉及未成年子女利益，甚至涉及社会公共利益。家事纠纷具有隐私性、社会性和人身性的特点，具体来说，隐私性是家事纠纷多以家庭、婚姻、亲情伦理为主要内容，涉及家庭成员内部的个人信息和私人活动；社会性是家庭是社会的细胞，是社会发展进步的重要组成部分，家庭的不和谐不仅损害当事人利益，还会影响他人、社会乃至国家利益；人身性是以传统伦理道德为载体，以婚姻家庭关系为背景，以家庭、血缘或法律拟制为基础的存在。

从实体来说，家事纠纷案件的当事人处分的权利不单单是其自身的权利，很可能涉及整个家庭的权利，如果简单的按照当事人主义原则进行裁判，容易产生“偏私”，很可能损害案外人的权益，造成对整个案件把握有失偏颇，难以实现案件实体的公平公正。从程序来说，只是按照当事人主义原则进行裁判，则容易遗漏相关证据，忽视一些貌似无关紧要，实际上却至关重要的隐情，不能最大限度的发现案件的客观真实，并最终影响纠纷的解决。

（二）家事审判的价值追求

家事审判的目的是为了恢复和睦的家庭关系，维护家庭的稳定，其具有保护公共利益的社会功能，社会公共利益的保护，是通过家事审判妥善解决当事人纷争，维持社会秩序的高度稳定。“正义具有一张普罗透斯的脸，变幻无常、随时可呈现出不同的形状，并具有极不同的面貌。当我们仔细察看这张脸，并试图揭开隐藏其表面之后的秘密时，我们往往会深感迷惑。”司法的最高理想是实质正义，由于各种主客观上的原因无法轻易达到，普通民事纠纷案件通过当事人举证、辩论等方式证明其主张的真实性，只要程序公正，由此产生的结果就被视为是公正的。家事纠纷案件与普通民事纠纷案件不同，不仅关乎当事人利益，而且具有有极强的社会公益性，家事纠纷案件的裁判结果涉及当事人之间身份关系的变化，特别是在一些确认之诉中，裁判结果一旦生效，将不会因再审理而被撤销。这决定了家事审判比其他普通民事审判更追求实质正义，对待家事纠纷案件也要慎之又慎，致力于发现实质正义。

三、家事审判中对当事人主义的限制和适用职权探知主义的必要性

（一）当事人主义与职权探知主义的比较

当事人主义也被称为当事人诉讼进行主义，源于古罗马法，主要受到私权自治的影响。当事人主义主要包括两个方面的含义：其一，法院不能依职权主动启动民事程序，程序启动的主体是当事人，也称为“当事人进行主义”；其二，法官根据当事人提供的资料进行裁判，同样也只能根据当事人主张的事实来就行判断，也称为“辩论主义”。按照当事人主义，在民事诉讼过程中，在法律允许的范围内，当事人能够自由的表达自己的意志、表现自己的行为，民事诉讼的启动、继续和发展都依赖于当事人，诉讼过程亦由当事人主导，法官则处于中立消极的裁判者位置，当事人负责调查、准备、提出证据，以及对证据价值的陈述，法官不能在当事人指明的证据范围外依职权主动收集证据。

职权探知主义是指将探寻确认事实所必需的资料作为法院职责（来予以对待）的原则。也就是说法官不限于当事人主张的事实和提供的证据范围，可以依职权主动收集事实和调取证据，其基本内涵主要包括三个方面：1. 对当事人未主张或已撤回的对案件有决定性的事实，法官依职权收集并作为裁判的依据，当事人不负担行为主张责任；2. 法官除对当事人提出的证据进行判断和采用外，还应依职权收集和采用当事人没有提出的证据，不受当事人提出证据范围的限制；3. 对当事人无争议的事实，法官调查其真伪决定是否采用，即使当事人自认的事实，对法官裁判也没有约束力。

当事人主义的适用能够有效的防止公权力过分介入私权利，保障家事纠纷案件当事人权利义务的平等。由于家事纠纷案件的特殊性和对实体正义的追求，职权探知主义的适用，则能够更好的查明案件事实，做出公正的判决，保护当事人及其他案外人的合法权益，并有利于纠纷的解决和司法公信力的提升。家事纠纷案件审判中对职权探知主义的运用，不论是在大陆法系国家，还是在英美法系国家均有所体现。例如，在德国、日本的家事纠纷案件审判程序中均有对法官依职权查明事实、调取证据，不适用自认等方面的规定。在美国的家事纠纷案件审判程序中，当事人主义长期以来占据了主导地位，但为了追求客观真实，妥善解决纠纷，通过最高法院的案例，规定法官在处理涉及公益的家事纠纷案件时具有较大的自由裁量权，准许一定的职权介入。

（二）适用职权探知主义的必要性

1. 一味遵循当事人主义难以保护家事纠纷案件当事人的权益。家事纠纷的隐蔽性，导致纠纷发生的原因以及

当事人陈述内容的真实性很难查明。在现行的当事人主义的诉讼模式下，许多时候，即便法官自己内心确认，但根据当事人的陈述和提供的证据难以认定事实的情况下，在判决时通常也会根据“谁主张，谁举证”的原则，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，对当事人提出的主张，不予支持。相反，对当事人自认无争议的事实，或者是对所谓自身权利一致的处分，则可能在即便无依据的情况下，被法官认可，并在判决中予以确认。

在家事纠纷案件审理中，特别是在离婚纠纷中，经常出现对涉及的重要婚姻事实，因当事人未能提供证据证明而不予确认，对案件的真实情况或真正离婚的原因没有揭示，没有解决潜在的矛盾，对当事人请求法官调查的事实，多数也以不属于职权调查范围为由，未予调查。在离婚纠纷审判实践中还有一种最常见的问题是，涉及家庭暴力和“婚外情”的情况，因缺乏充分有力的证据，而法官则严格遵循一般民事纠纷案件的举证原则，导致一些案件事实均以当事人举证不能而未予认定，不利于当事人合法权益的保护。

2. 家事纠纷案件中适用职权探知主义有弥补当事人主义不足的作用。法官作为中立裁判者，虽然不得也不能提出诉讼请求，不承担主张和证明的责任，但是在家事纠纷案件的审判中，法官遵循职权探知主义所承担的责任，并非主张和证明的责任，而是法院作为国家机关承担的维护公共利益的职责，以公共利益维护者身份进行调查的义务。对案件事实和证据不能随意由当事人处分，也不能随意由当事人作出虚假的陈述或自认，更不能放任当事人提供虚假证据证明，否则依据虚假事实、证据等作出的裁判是不能维护公共利益的，法官应以公共利益维护者的身份，按照职权探知主义查明事实。

在家事纠纷案件，当事人的身份有其特殊性，使得当事人有时无法取得相关证据，家事纠纷案件的证人因与当事人之间的特殊关系，迫于各种因素不愿出庭作证或者不能客观陈述，而在审判过程中，法官依照职权主动查明事实和调取证据，则能够尽可能发现案件的客观真实。

四、当事人主义和职权探知主义在家事审判中交错适用

家事纠纷案件审判中，加强对职权探知主义的适用，在一定程度上限制当事人主义的适用，并不意味着排除当事人的积极能动性。家事纠纷案件虽然不同于普通的民事纠纷案件，但毕竟属于民事纠纷案件的范畴。民事诉讼属于私人之间的诉讼，其目的在于解决民事纠纷，原则上应由当事人自主解决，即私法自治原则，公权力只有在当事人不能解决的限度内，介入纠纷的解决。

当事人主义和职权探知主义的交错适用主要体现在对案件事实的查明和证据的收集上的权限分配，并体现出交错适用的特点，二者并不相互排斥，而是互为补充，共同达到致力于发现真实、解决纠纷的目的。在当事人主义原则下，当事人首先应承担主张责任，当事人在诉讼过程中主张对自己有利的事实，如果不主张对自己有利的事实，将承担不利的法律后果，即主张责任的分配，应遵从证明责任的分配。其次是自认的拘束力，一般情况下，对当事人无争议的事实，可以直接作为裁判的依据。最后是证据申请，原则上是由当事人申请和提出，法官不依照职权主动调查和收集。在职权探知主义原则下，法官可以超出当事人的主张收集证据，调查事实的真伪，根据自由心证决定是否作为裁判资料。

（一）当事人主义与职权探知主义交错适用的注意事项

1. 明确职权探知主义适用范围。第一，家事纠纷案件中重要的事实应尽可能发现其客观真实，在适用当事人主义达不到该目的时；第二，家事纠纷案件中涉及他人、社会、国家等公共利益的事实；第三，家事纠纷案件中涉及人身关系等特殊诉讼标的需要查明的事实。

2. 职权探知主义的适用，应当体现当事人主义的精神。在适用职权探知主义审判中，当事人不能通过自认排除法院依据证据作出的对事实的认定，也不能随意放弃或承认诉讼请求，但当事人应享有起诉（即是否要求裁判）的权利和确定审判对象（即对什么进行裁判）的权利，也应赋予当事人就其权益和主张进行充分攻防的对等地位和机会。应根据不同的情形，让当事人就法院依职权调查的事实和收集的证据进行发表意见，避免对当事人造成“诉讼突袭”或“诉外裁判”，保障当事人对裁判结果的诚服和司法公信力。如日本民事诉讼法中规定：法院在未赋予当事人这种辨明机会下作出的事实认定，属于违反法律行为，进而构成上告撤销原判决定理由。

3. 应以职权探知主义适当修正当事人主义的适用。案件审理所需要的事实证据虽然应由当事人提出，但对其提出的证据是否采信需要法官借助间接事实、辅助事实、经验法则、逻辑推理等对证据进行审查、判断，并运用自由心证作出裁判。在家事纠纷案件审判过程中，为了保护公共利益的需要和发现案件真实的目的，还要主动查明事

实，收集证据。

（二）当事人主义与职权探知主义交错适用的保障机制

1. 创新家事纠纷案件审判司法理念。家事纠纷案件的当事人之间存在血缘、情感和伦理的联系，权利和义务关系比较复杂，除了涉及财产利益外，还涉及人格、身份、安全和情感利益等，还可能涉及当事人以外的亲属之间的感情、未成年人权益保护的社会责任等，根据家事纠纷案件不同于普通民事纠纷案件的特点，需要创新家事纠纷案件审判的司法理念。首先，要坚持对未成年人、妇女、老年人等弱势群体进行保护的理念，既要体现法律的一般公正，也要兼顾对弱势群体保护的个案公正。其次，要坚持柔性司法的理念，构建柔性诉讼环境，减少当事人之间的对抗，缓和当事人之间的矛盾，以消除对立情绪、修复亲情关系、实现家庭和睦为目标。最后，要坚持全面保护的理念，对同一案由中的多个诉讼请求应一并审理，减少当事人的讼累，避免人为原因割裂家事纠纷案件的诉讼请求、拆分案件的情况。

2. 制定专门的家事纠纷案件诉讼程序法。目前，我国已经制定了《婚姻法》、《继承法》、《收养法》，及保护妇女、未成年人、老年人权益的相关法律法规等家事纠纷方面的实体法。但是家事纠纷案件审判程序的立法基本处于空白状态，缺乏集中、系统的程序法律规定，只有寥寥数条规定散见于《民事诉讼法》和一些家事纠纷实体法中。随着社会的发展，社会关系日益复杂，家庭纠纷案件的类型也不断增多，对于家事纠纷案件的审理，仅靠《民事诉讼法》和分散规定于家事纠纷实体法中的法律条文，已显得捉襟见肘。尤其是对职权探知主义的适用，由于我国立法欠缺对家事纠纷案件审判专门程序的规定，致使实践中法官对适用何种诉讼模式审理家事纠纷案件处于游离状态，仅能凭借个人判断决定是否适用，不利于妥善解决家事纠纷，维护社会的稳定。

3. 设置专门的家事审判机构、配备专业的审判人员审理家事纠纷案件。设置专门的家事法院或家事法庭，是世界各国的家事纠纷案件审判机构设立的常见做法。近年来，我国法律界要求借鉴域外经验，设置专门家事审判机构的呼声也渐长。同时，应挑选家事纠纷审判业务熟练、生活阅历经验丰富、调解协调能力强、善于做群众工作、责任心强的法官充实家事纠纷专门审判机构，同时应配备一定专业化水平的司法辅助人员，并定期接受家事方面的专项培训。

五、结语

现行的对民事案件审判的整体设计思路以当事人主义为特征，在普通民事案件诉讼过程中，当事人占据主导地位，当事人对抗争诉的诉讼模式，使当事人在辩论过程中通过提出主张、举证证明正面对决，使处于中立位置的审判者据此作出裁决解决纠纷。当事人主义原则下，将民事诉讼程序的启动权、终止权以及事实和证据的举证都交给了当事人。家事纠纷案件由于其具有隐私性、社会性和人身性等特殊性质，以及更注重实质正义的实现和人道主义关怀的价值追求，在审判过程中应更加注重案件的客观真实，其审理范围也不仅仅以当事人的主张为限。案例1中，杨某虽然提交了村委会的证明，但法院仍应依职权主动查明杨某与黄某之间的夫妻关系情况；案例2中，法院也可以依职权主动查明梁某购买的理财产品情况。一味遵循当事人主义已经不能适应家事纠纷案件审判的特殊需要，当事人主义在家事纠纷案件审判中，无疑要受到限制，并适用职权探知主义，不受当事人主张事实和提供证据范围的限制，主动依职权收集证据、查明事实，在此过程中，也要准确把握职权探知主义适用的范围，实现当事人主义与职权探知主义在家事审判中合理的交错适用。

论共同债权

2016-09-22 重庆法院网 南川法院 丁瑶进

[摘要] 因为法律未作规定或错误的规定，共同债权在我国研究甚少，多在债的分类中略微带过。共同债权在现实生活中经常发生，但法律把它当做连带债权处理，造成一些主体的权利得不到救济，纠纷得不到解决。本文综合运用民法的基本理论，试图通过准确定义和揭示共同债权的法律特征、效力，将共同债权与连带债权、不可分债权区分出来。同时指明我国的法律规定的不足及改善，表明共同债权研究的意义。

[关键词] 共同共有；共同债权；立法；改善；意义

把每一个公民都看作一个个独立民事主体之现代法律理念的确立，将民事主体从夫权、父权的束缚下解脱出来，都各自享有了独立的权利义务。家庭成员聚集在一起共同生活，他们彼此之间的财产权利模糊不清，在家庭解散时，他们之前用家庭财产对外借债产生的对外债权属于何种性质。此外，现代化的生产经营方式也促使民事主体改变以往单干的局面，彼此之间的合作加深，在合作解体后合伙人之间因合伙经营产生的对外债权又该怎么定性。上述债

权均属于多数人之债，但它们是连带债权、不可分债权还是共同债权则需要做进一步分析。

一、共同债权的概念界定

要理解共同债权，首先要对这个概念进行相应的剖析。共同债权也叫共同共有债权或公同共有债权，是一个复合概念，对共同债权进行研究时，先了解一下共同共有是必不可少的。共同共有虽然出现在《物权法》中，但是“债权债务作为一种财产，可以为多数主体享有和承担，当事人之间的关系，根据共同关系产生的原因，可以是共同共有，也可以是按份共有。”[1]日本民法和我国台湾地区民法物权编就有关于共有的规定准用于所有权以外之财产权的立法和实践，所以，将《物权法》中的概念借用于债权法领域并不是概念的混淆和乱用。

（一）共同共有的定义

1. 共同共有的概念

关于共同共有概念的界定，历来众说纷纭。“有的注重强调共有人共享的所有权的权能，将共同共有定义为“两个或两个以上公民或法人，对共有的全部财产平等地享有占有、使用、收益、处分得权利”[2]；有的看重共同共有人共享权利共担义务，认为“共同共有是两个或两个以上公民或法人，根据某种共同关系对共有财产共同享有权利并承担义务”[3]；有的关注共同共有的所有权属性，认为“共同共有系基于一定原因成立公同关系之数人，基于共同关系，而共享一物之所有权者谓之共同共有”[4]；有的重视共同共有属于共有的一种形式，主张“共有人根据法律或合同的约定，基于某种共同关系不分份额地对全部财产享有权利承担义务的共有形式”[5]。

虽然共有只在物权立法上规定，但是在实践中，物权法上关于共有的规定完全可以准用于所有权之外的财产权。况且在理论上，民法领域也不禁止类推适用，所以不能因为立法技术的原因而限制其适用范围，固步自封。因此，在研究共同债权时我们完全可以适用《物权法》关于共有的规定。对共同共有这个复合概念的界定，我们认为应该要注意：一是共同特征，因为共同的特征预示着没有份额，这就将其与按份共有区分开了；二是共有性质，无论是什么样的共有，都具有共有的一般表征，因此要凸出共有的形式；三是内部关系，内部是否有共同关系与否是决定按份共有还是共同共有的关键因素，共同关系是产生共同共有的基础。基于定义方式的科学性和这三点，我认为杨立新教授对共同共有的定义比较科学，因此本文采纳之。共同共有是指两个以上民事主体基于某种共同关系，对于同一项财产不分份额地共同享有权利、承担义务的共有关系[6]。

2. 共同共有的法律特征

（1）共同共有是基于共同关系而形成的

相对于按份共有，共同共有必须以共同关系为前提，共同共有人之间的关系更为紧密，因共同目的二结合的共同关系成为共同共有的基础法律关系。当然，共同关系基本都以一定的身份关系为前提，所以共同共有主要表现为婚姻家庭领域的夫妻共有、家庭共有、遗产分割前的共有和知识产权领域的因共同合作取得的知识产权的共有。

（2）共同共有中不存在明确显在的权利份额

与按份共有不同，共同共有在共有关系存续期间不存在明确显在的份额，共有人之间只能共同行使权利共担义务风险。同时，由于共同共有具有一定的人身性，不能够继承与转让，共同共有不会发生共有份额转让和优先购买权问题，所以任何一个共有人的退出都意味着共同共有关系的消灭。当然，共同共有关系消灭后，分割财产时共同共有就转变成了按份共有了，共有人之间的潜在份额就会明确下来。

（3）对外关系上共有人须一致行动

与按份共有不同，共同共有人在共有关系存续期间，其权利受到其他共有权人的制约，其权利是不独立不完整的。因此在对外关系上，必须有共有人的一致行动，否则得不到相对人的回应，也不产生法律效力。

（二）共同债权的定义

基于上述对共同共有的分析之后，我们可以将共同债权的概念定义为：共同债权是数个债权人基于共同关系而产生的，各债权人必须共同行使权利，对外关系上无各债权人应有部分的债权。

该定义表明了：第一、共同债权属于多数人之债。根据主体的多寡可以蒋宅划分为单一之债和多数人之债，该

定义中表明了数个债权人，能够直观的表明共同债权的多数人之债的特点。第二、共同债权产生的前提是共同关系。作为共同共有债权，债权人之间存在共同共有关系，而共同共有关系势必以共同关系为前提。第三、共同债权的各债权人行使权利时必须全体一致。共同共有具有不可分割的共有权性质，各共同共有人都享有共有权，这种共有权相互支撑又相互制约，个别债权人对共同债权来说无任何权利，至少不存在独立的权利。第四、共同债权在对外关系上无债权人应有份额。共同共有的特色使得共同债权在对外关系上不存在各债权人的份额。因此，债权人不能单独行动行使权利。债务人也不能仅向个别债权人履行，否则将承担再次履行的风险。第五、共同债权是债权之一的形式特征。债权是债权人请求债务人为特定给付的权利，共同债权就是共同债权人共同请求债务人为特定给付的权利，共同债权理所当然具有债权的内容和特征。第六、共同债权是单数债权。依据各主体能否独立发生其为债权人或债务人一切之效力为准，如其效力就各主体能独立发生着，为复数之债，否则为单数之债。共同债权的多个主体只有共有权而无独立的权利，共同债权之主体之间不能发生其为债权人或债务人一切之效力，因此，共同债权是单数债权。

（三）共同债权与不可分债权、连带债权的比较

1. 共同债权与不可分债权

共同债权和不可分债权具有如下相同点：

（1）都属于多数人之债权

不可分债权和共同债权的民事主体都至少在三人或三人以上，根据债权划分的主体标准来看，它们都属于多数人债权。

（2）债务人都必须向全体债权人为给付

不可分债权虽然属于数个债权，但由于其标的不可分性，债务人只有向全体债务人为之，其履行债务的行为才能获得一致认可。共同债权因其不可分割的共同共有性质，对于债务人来说，任何一个债权人的权利都不足以使其履行债务，同样，债务人向单个债权人的履行行为也不发生清偿之效力。所以债务人也不得不向共同共有人全体为之，否则将承担再次履行之风险。虽然实质各不相同，但是债务人必须向全体债权人为给付的形式不变。

共同债权和不可分债权的区别如下：

（1）概念不同。不可分债权，谓以一个不可分给付为标的，而有数债权人之债权。共同债权是数个债权人基于共同关系而产生的，各债权人必须共同行使权利，对外关系上无各债权人应有部分的债权。

（2）法律关系数量不同。根据各主体能否独立发生其为债权人或债务人一切之效力的标准，不可分债权具有数个法律关系，只是因为标的不可分将各债权人连在一起。共同债权人拥有的是共有权，共有权相互依赖和制约，但都不是独立的权利。因此各个民事主体都不能单独的行使其共有权，因而不存在独立发生其为债权人一切之效力，所以只有一个法律关系。

（3）形成多数人之债的原因不同。不可分之债作为多数人之债是因为标的物不具有可分性，共同债权作为多数人之债则是其本质决定的。共同债权产生的前提是共同关系，而共同关系就决定了债权人一方至少就有两人。换句话说，不可分债权实际上是数个独立的债权之结合，而共同债权则是因共同关系而不可分割的多数人之债权。

2. 共同债权与连带债权之比较

共同债权和连带债权具有以下相同点：

（1）都属于多数人之债。连带债权的债权人必定是两人以上方能谈得上连带，因此是当然的多数人之债。因此，连带债权和共同债权都是因其本身的法律性质决定的多数人之债。

（2）法律关系数量相同。连带债权的数个债权人虽然都能独立发生其为债权人一切之效力，但是一个债权人行使权利后，其他债权人的权利就归于消灭，所以债权请求权只有一个，因此是一个债权。共同债权人对外一致行动，是一个集合式的主体，也只有共同债权人集体行动时才会发生法律效力，因此是一个法律关系也不容置疑。

共同债权和连带债权的区别如下：

（1）成立的基础不同。连带债权人之间有共同的目的，因此当其中一个的请求得以满足，共同目的也相应得以实现，连带债权也就归于消灭。共同债权成立的基础是共同关系，共同债权人之间因共同关系而共同经营、收益等，但这是共同关系的先在性决定的，虽有共同利益，但目的并不一定相同；共同债权成立的基础是共同关系，共同关系瓦解，共同债权也不复存在。

(2) 对外关系不同。连带债权人虽存在共同目的，但他们之间权利是独立的，是可以不依赖他人而单独对外行动的；其债权的行使过程是连带债权人目的的实现过程，债权行使的效力对其他债权人发生效力。而共同债权人的权利则是不独立的，是一个个相互依赖和相互制约的共有权，所以共同债权人只能一致对外，才能保证其权利的完整性和独立性，否则共同债权人将得不到债务人的响应，债务人的抗辩让单个共同债权人的行为归于徒劳，不产生个别共同债权人期待法律效果。

(3) 清偿、抵销及混同的效力不同。连带债权人中之一人接受清偿、抵销或产生混同后，他们的共同目的得以实现，连带债权随即归于消灭。共同债权人之一人或几人的权利不是独立和完整的，其根本不能接受清偿、抵销或产生混同。如果个别共同债权人接受清偿、抵销或混同后，共同债权仍然存在，债务人负有继续清偿的法律责任，不得以已向个别债权人履行而进行抗辩。接受清偿、抵销或混同的共同债权人则因享受利益没有法律依据而发生不当得利的返还，

二、共同债权产生的原因

1、夫妻关系的缔结而产生

虽然《婚姻法》规定了很多财产制，但由于我国的历史文化因素及婚姻家庭伦理等因素的影响，共同财产制仍然是夫妻之间主要的财产制度。夫妻关系缔结后，民事主体共同生活，他们一起对外进行经营活动，共享收益共担风险。基于共同的财产制，他们的资产是不存在份额和区分的，形成一种“你的就是我的，我的就是你的”的最紧密型的财产共同共有。在夫妻关系继续存续的情况下，不存在析产的必要，夫妻之间基于家事代理权相互代理，习惯上一般都把其中一方的行为视为双方的行为。但是在夫妻关系破裂后，家庭共同财产就需要分割，其中债权上的处分就涉及到多数人之债权债务关系。这些多数人之债权债务怎么分割，是把它分割跟一方还是将它悬置待债权实现后再分，成了不可回避的重要问题。这种分割涉及夫妻之间财产分割是否合理、公平，对相应的当事人是否做到了相应的保护。这不仅事关《婚姻法》的相关精神和规定是否得到正确贯彻，也涉及民法中的瑕疵担保责任的落实和法制的统一。这些问题的解决取决于对该债权的准确性，而唯有将其定性为共同债权才能既实现公平合理的目标又符合理论逻辑，因此，夫妻关系的缔结是共同债权产生的原因之一。

2、家庭关系中共同生活而产生

在我国，几世同堂的现象还存在，这种大家庭现象在农村尤其明显。这些大家庭在一起生活，把自己所挣得的财产置于某些人的管理之下，他们之间的产权混在一起。假如家庭对外放债，在这些权利归属不明晰的情况下，是用谁的财产放债显然是不明确的，在分家析产的时候，只有将其认定为是共同债权才能产生公平的效果。再有，家庭成员合建房屋，如果房屋被拆迁，他们合建的房屋所属也是不明确的，这些拆迁补偿款就应是他们的共同债权。如果将其作为连带债权或不可分债权，那么家庭成员之间因利益纠葛反目的可能性就非常大。另外，一些家庭成员为实现自身正当利益而进行诉讼，这样会产生大量诉讼成本。因此，将家庭成员共同生产生活产生的债权认定为共同债权，对于家庭成员的和睦和减少讼争就有不可估量的价值。

3、遗产继承而发生

在中国，一般老一辈的人死之后，兄弟之间就会分家析产。由于存在的大家庭生活方式，在遗产未分割前，遗产对于继承人来说是一个整体存在着的，他们之间没有份额存在，继承人对遗产的每一部分都享有权利，又受其他继承人的权利制约而不能单独行使权利，遗产分割时家庭会议的召开正说明了遗产共同共有这一点。如果遗产中存在债权的情形或发生变卖遗产的情况，那么，共同债权就跟着相应的发生。

4、合作创作、发明的知识产权转让发生

在进行创作或发明过程中，当事人都为知识产权的取得付出了努力。由于知识产权的特点，虽然可以分为不同的权利分别行使，但不可能进行分割成几个部分来享有。在知识产权转让时，转让人和受让人都必须将整个权利转让。对于知识产权的共有人来说，转让的权利是他们共同的，缺了谁的权利转让都不能完成(法律另有规定的除外)。转让费是转让权利的对价，既然权利没有份额，对于债务人来说，转让费也应向他们共同支付。虽然知识产权的共有人之间可能约定了份额，但是他们没有一起对外表示的时候，债务人就只能向共有人一起支付，否则都可能产生不必要的麻烦，因此，受让人和转让人之间显然是共同债权关系。

5、因合伙而发生

合伙财产包括了合伙人出资和经营所得，根据《民法通则》第32条的规定，显然合伙人的出资是归属于个人

所有的个人财产，合伙经营积累所得的收益是归属于合伙人全体的共同财产，因此共有人之间共同且不份额的对合伙积累享有权利。当合伙人因积累财产的原因而享有对外债权时，合伙人全体对积累财产而产生的外债权只可能是共同债权。《合伙企业法》第22条、第25条对合伙中财产的共同共有性质也做了相应规定。

三、共同债权的效力

(一) 对外关系

1、不得请求债权之分割[7]。共同共有关系是共同债权的基础，而共同共有关系往往以某种身份为前提，因此，共同共有具有一定的人身属性。人身属性是不可转让不可分割的，因此，在共同共有关系存续期间，共同共有债权分割受到禁止。只有在共同关系破灭的情形下，共同共有债权才产生分割的可能和必要。

2、共同债权人必须共同行使权利，各债权人不得就债权之一部或全部为处分或行使权利。一方面，共同债权对外无明显确定之份额，各债权人显然不可能对自己应有部分行使权利；另一方面，共同债权是不可分割的共同共有债权，各债权人不存在独立的权利，而应该是相互竞合的共有权。因此，共同债权的行使必须是债权人全体。

3、各债权人无独立债权，各债权人和债务人之间不得为免除、更改或抵销[8]。共同债权是一种不可分割的共同共有债权，债权人拥有的是共有权，该共有权是不具有独立性的。债权人需作为一个整体对外行动，个别债权人的抵销、更改和免除不具有法律意义。

4、债务人继承一个债权人时，不发生混同的效力[9]。债务人的继承只是对共有权的部分继承，其他共有权尚制约着所继承部分，因此，不会产生因混同而消灭债权债务的效力。

5、在诉讼法上，共同债权人作为诉讼的一方主体，其诉讼地位是共同原告或共同被告，形成的是共同诉讼形式。在共同债权法律关系中，虽然主体为数人，但是只有一个法律关系，也就是说，在诉讼法律关系中诉讼的标的是单一的，因此形成的是共同诉讼中的不可分的必要共同诉讼。

(二) 内部关系

共同债权人内部的权利义务关系共同关系所由产生的法律关系决定。依照意思表示产生的，尊重当事人的约定[10]。依照法律规定发生的，就按照法律规定处理。这样既体现了当事人的意思自治，又能在没有约定是根据法定方式处理，实现民法理论与实践的统一。

四、我国的立法现状及完善

我国《合同法》第90条规定“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的外，由分立的法人或其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务”。对于该条文的规定，我们可以运用共同债权的法理对其进行分析。第一、连带债权的债权人须有共同目的，分立后的法人或其他组织在订立合同时有的尚未产生，连主体都不存在，也就不会有意思表示，何来的共同目的。第二、连带债权的其中之一个债权人受领债权后，连带债权的目的就实现了，法人或其他组织分立后，其中之一受领了全部债权，其他债权人的利益不但没有实现，相反受到了很大的损害。在这种情况下不是目的的实现，而是纠纷的产生。因此，将这种情况认定为连带债权显然是不恰当的，而应该认定为共同债权。首先，在分立时债权人对债权未有约定的，那么分立后各方的权利义务处于不明状态，债权人对于之前形成的权利不存在明显份额，也不清楚自己到底有什么权利，这种权力界限的模糊正说明了债权人之间的共同共有关系。其次，分立后的主体实际上是对分立前主体权利义务的继承，这在法律中有明文规定。继承作为共同债权产生的原因，在继承人未对财产进行分割前，其对外享有的债权为共同债权。再次，由于没有相关约定，分立后的主体对于自己应该享有的份额不清楚，其享有的权利需要与其他分立后的主体作出相应协商。因此在法律上，分离后的各方都不享有单独权利请求债务人偿还债务。站在债务人的立场上，分离后的各个主体都处于无权状态，任何分立后的主体的单独行为债务人均可拒绝。也就是说，分立后各方只有一致行动，债务人才会配合履行债务。最后，该债权产生是因为分立前该债权债务关系中债权一方的同一性，这种共同关系影响了分立后的债权的处理。上述这些特色全部落入了共同债权的范围内，因此分立的法人或其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务的规定并不合理，而应该是共同债权、共同债务。

《物权法》第102条继续沿袭了《合同法》第90条的错误。因此应该将《合同法》第90条和《物权法》第102条中的连带债权债务改成共同债权共同债务。

五、研究共同债权的意义

研究共同债权，将共同债权与不可分债权、连带债权区分开来。微观方面，对债权人来讲，这样可以避免因受领给付债权人的欺诈行为或无资力而损害其他债权人利益，实现保护全体债权人的利益的效果，消除因法律规定不当带来的诉讼成本增加和社会秩序紊乱。站在债务人的立场，债务人可以利用抗辩权对抗个别债权人的请求和追索，避免履行后卷入纠纷，甚至承担再次履行的风险。

在宏观方面，由于共同债权人之间往往以某种共同关系为基础，他们之间往往存在某种较为紧密的社会关系。在法律上明确他们之间的权利义务，让民事主体主动运用法律的规定以确定他们的权利归属，对于那些心存侥幸、贪图小利的行为人的趁火打劫行为进行很好的抑制，从而对于人际关系的和谐有着良好的作用，产生积极地社会效果。同时，在《婚姻家庭法》上，共同债权的规定有助于《婚姻家庭法》相关精神的贯彻，在财产分割时为做到实质公平提供了条件。在目前司法实务界保守的执行法律的情况下，明文规定共同债权对于法律适用上的统一也不可忽视。

参考文献

- [1] 张玉敏主编.《民法》[M].北京：高等教育出版社，2007.311.
- [2] 陈国柱主编.《民法学》[M].吉林：吉林大学出版社，2000.176.
- [3] 王利明等.《民法新论》（下册）[M].北京：中国政法大学出版社，1998.109；王利民《物权法论》[M].北京：中国政法大学出版社，1998.343.
- [4] 王泽鉴.《民法物权（1）通则.所有权》[M].北京：中国政法大学出版社，2001.375.
- [5] 申卫星等.《物权法》[M].吉林：吉林大学出版社，1999.212.
- [6] 杨立新.《共有权研究》[M].北京：高等教育出版社，2003.134.
- [7] 史尚宽.，《债法总论》[M].北京：中国政法大学出版社，2000.697.
- [8] 史尚宽.，《债法总论》[M].北京：中国政法大学出版社，2000.697.
- [9] 张玉敏主编.《民法》[M].北京：高等教育出版社，2007.312.
- [10] 张玉敏主编.《民法》[M].北京：高等教育出版社，2007.312.

我国夫妻财产制度的缺陷与思考

2016-09-13 渭南市中院网 华州法院 马晓明

摘要：夫妻财产制度是婚姻家庭立法的一项重要内容，其规定是否科学、合理，直接影响到夫妻双方的合法权益能否得到有效的保护，能否真正体现男女平等的原则。在私有经济等多种经济形式迅速发展今天，夫妻财产的内容和形式都有了较大的变化，呈现出多样化、复杂化趋势，建立一项符合中国国情的、科学的夫妻财产制度，不仅有利于保护夫妻双方的合法权利，稳定婚姻家庭关系，而且也有利于维护涉及夫妻财产的民事交易相对人的合法权益。

一、夫妻财产制度的概念和特征

夫妻财产制度，是有关夫妻财产的归属、管理、收益、使用和处分，夫妻债务的清偿，夫妻家庭生活等费用的负担，婚姻终止时夫妻财产的清算和分割，对外财产责任等的法律制度，是适用对象范围相当广泛的一项重要财产制度。

夫妻财产制度有以下几点特征：

- 1、以男女双方结为夫妻为前提。没有结为夫妻关系，也就无所谓的夫妻关系，更没有夫妻财产权的存在，因而，必须以男女两性结为夫妻为夫妻享有夫妻财产权的前提。
- 2、须以共同生活为基础。双方在结为夫妻并共同生活后才能享有夫妻间的财产权利，承担对等的义务。假如男女仅结为夫妻关系，而未共同生活，即没有财产上的权利和义务。
- 3、夫妻财产权的平等性。夫妻财产关系属于民法范畴，民法是调整平等性的法律。
- 4、遵循公序良俗。公序良俗是法律渊源之一，其与法律一起调节人们之间的关系，也是法律的辅助工具，在法律的范围之内，要用道德来平衡自己的心，做到不偏不倚。

我国夫妻财产制度的缺陷

第一，整体结构不全。

我国夫妻财产制的整体结构不全，主要是缺乏关于夫妻财产关系的通则性规定。而关于夫妻财产关系的通则性规定，是处理夫妻财产关系的基本准则。我国现行的夫妻财产制却没有在约定财产制与法定财产制之前设立通则性规定，这不利于指导夫妻依法处理财产关系，往往不利于保护夫妻的合法财产权益及维护第三人的利益和交易安全。

第二，未设立非常法定财产制。

我国夫妻财产制只规定了通常状态下的法定财产制，即新《婚姻法》第17、18条的规定，而没有相应建立非常法定财产制。在现实生活中，婚姻关系存续期间，可能因夫妻分居，夫妻一方虐待、遗弃另一方，夫妻一方不履行扶养家庭的义务，或滥用财产的共同管理权、或夫妻一方从事个体、合伙经营发生破产等原因，夫妻他方为保护自己的合法财产权益，要求撤销法定的共同财产制，实行分别财产制。

第三，未规定夫妻财产的登记制度。

设立夫妻财产制度，不仅须有实体方面的内容，同时也要有程序方面的保障。

实践证明：一旦夫妻感情出现危机或破裂时，对财产的争执往往成为纠纷的重点之一。因此，建立夫妻财产登记制度是十分必要的，而我国却恰恰缺少这种规定。

第四，对夫妻共同对产权行使的规定过于抽象，缺乏操作性。

《婚姻法》第13条第2款规定，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。《妇女权益保障法》第43条规定，妇女对依照法律规定的夫妻共同财产享有与配偶平等的占有、使用、收益与处分的权利。这些规定，对维护男女平等有着重要意义，然而，如何保障当事人正确地行使这些权利，有效地实现真正意义上的男女平等，法律却无具体规定。因此，一旦夫妻就某项权利的行使出现纷争，不能达成一致意见的时候，法律就无所适从。解决不了这些问题，夫妻对共同财产的平等处理权就会成为一种摆设。

第五，将分居期间的财产认定为夫妻共同财产，有失公平。

我国婚姻法没有明确规定夫妻分居制度，但是，在实际生活中，夫妻双方因工作关系而两地分居或因感情不和而分居的情况并不罕见。将分居期间的财产作为夫妻共同财产，忽略了此类财产的特殊性，夫妻分居尤其是因感情不和而分居的，双方往往除了具有法律上的夫妻身份关系外，不再有任何联系，共同关系已是名存实亡。不在一起生活，互不相关的夫妻的财产，不应一律作为共同财产。将财产分给仅仅“名义”上的配偶，或者为其承担偿还债务的责任，这对另一方来说，是不公正的。

完善夫妻财产制度的思考

夫妻财产制度的建立，首先应把尊重作为平等当事人的夫妻双方的真实意思表示，充分体现当事人意思自治的原则。同时，要建立具体制度，切实有效地保护各方当事人的合法权益，真正实现在夫妻财产关系上的男女平等。

首先，确保夫妻双方对共同财产享有平等的权利。作为共同所有人，夫妻双方对夫妻共同财产享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。因对共同财产进行维修、保管、改良等所支出的费用，夫妻双方应平均分担。配偶一方因经营共有事业对外发生债务或造成第三人损害的，夫妻双方应共同承担连带责任。为了尽可能地避免出现因法律规定的过于笼统抽象而导致的一方在处分共同财产时损害另一方利益的现象，切实维护夫妻各方对夫妻共同财产所享有的平等权利，婚姻法应规定一些具体的制度和措施。

其次，限定夫妻共同财产的范围。夫妻双方约定为夫妻共同财产的财产和没有约定或约定不明确的婚后所得财产，为夫妻共同财产。下列婚后财产非经当事人特别约定，不能视为夫妻共同财产：1、一方因继承和受赠所取得的财产。2、一方在分居期间取得的财产。3、属于一方个人特有的财产。

最后，建立财产补偿制度和过错赔偿制度。财产补偿制度是指在婚姻关系存续期间，一方对夫妻共同财产所享有的权利明显超过另一方的，婚姻关系终止时，应给另一方相应补偿的制度。过错赔偿是指配偶一方因自己的过错给对方造成损失时，向对方承担相应赔偿责任的制度。

结束语：随着社会的发展，开放的进行，夫妻财产制度的完善和发展体现时代进步，其完善的立法要想充分保障当事人合法财产权益，需要全社会和广大法学界人士的关注和深入研究，使夫妻财产制度立法更加健全、更加完善、更加符合广大当事人的需要，更能保障当事人合法权益，维护民事交易安全，最终让婚姻更美好，让家庭更稳定，让社会更加和谐。

离婚纠纷精神损害赔偿之浅谈

2016-09-02 全州法院 蒋艳玲

“家事法苑”团队奉献

一、问题的提出

唐某（女）与张某（男）自由恋爱并登记结婚，婚后感情尚好并生育一子。而后张某经营有了钱财，于是渐渐嫌弃唐某，在外与他人以夫妻名义同居，唐某无奈之下诉至法院请求判决离婚并请求精神损害赔偿。对于唐某请求的精神损害赔偿是有章可循的。我国《婚姻法》第46条规定，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。《婚姻法解释一》第28条“婚姻法第四十六条规定的损害赔偿，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。由此可见，精神损害赔偿性质是一种侵权责任。

二、离婚精神损害赔偿的概述

（一）概念

离婚精神损害赔偿，指婚姻关系中，一方有法定的过错情节而给他方造成精神上的损害，在离婚的时候，没有过错的一方有权要求对其损害给予赔偿。[1] 离婚时实行损害赔偿，使有过错方得到经济上的制裁，使无过错方得到经济补偿和精神抚慰，有利于有效地维护无过错方的合法权益。

（二）性质

离婚精神损害赔偿同民法规定的精神损害赔偿既有相同之处又有自己的特征。表现在：

首先，在权利主体方面，离婚损害赔偿的主体是夫妻，夫妻本来就是人身关系特定的权利义务主体，具有亲密的感情关系，一旦一方受到对方的伤害，其打击更大，内心创伤更重；民法上的精神损害赔偿主体一般没有夫妻这种亲密的关系。其次，在侵权对象方面，离婚过错方侵犯的是婚姻权利，即夫妻一方的人格和配偶权，其损害主要表现为配偶人格利益的损害，一般侵犯人身权的行为，侵犯了公民的人格权和身份权，表现为公民的人格利益和身份利益的损害。再次，在违反义务方面，离婚过错方违反了婚姻义务，而一般精神损害的过错方，违反了民法关于人身权方面的义务。最后，因果关系方面，离婚过错方的侵权行为不仅造成无过错方的损害事实，而且导致了离婚事件的发生。

（三）意义

离婚精神损害赔偿制度体现了法律的公平和正义，使离婚的无过错方借此得到救济和保护，起到了扶善抑恶的作用。在我国，建立离婚精神损害赔偿意义重，表现在：

第一，加强社会主义法制，完善我国离婚法律制度的需要。我国宪法确立保护婚姻家庭的基本方针。我国刑法、民法通则和婚姻法对于夫妻、父母、子女等家庭成员，在婚姻家庭中的权利义务都是明确给予保护的。但由于1980年《婚姻法》的离婚制度缺乏离婚损害赔偿的规定，导致无过错配偶实施违法行为如重婚、与他人同居、家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员等导致离婚，造成无过错配偶的损害，不能依法要求赔偿。这使保护婚姻家庭的规定成为一纸空文，有损社会主义法律的严肃性。

第二，是新形势下保护离婚当事人合法权益的需要。近年来我国离婚呈逐年上升的趋势，因重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员等导致离婚的案件增多。许多无过错离婚当事人（尤以妇女居多）因过错配偶的违法行为，身心受到极度摧残。由侵权人赔偿受害方的精神损害，是对受害人感情和精神损害的一种安慰，平息或中止受害人的怨愤、报复等不良感情折磨，[2]以财产方式补偿受害人所遭受的精神损害，对受害人的精神利益和精神痛苦的赔偿，具有填补法律漏洞，实现对自己合法权益的保护。

第三，司法部门有法可依，违法必究，制裁过错方的需要。从我国司法实务界来看，由于我国旧婚姻法未规定离婚损害赔偿制度，法院一般不会责令过错方承担损害赔偿责任。尽管有些案件证据确凿，但因为法律对离婚无过错方的救济手段明显滞后，所以执法者对践踏“一夫一妻制”的行为，显得力不从心。这不仅放纵了离婚过错方的违法行为，不利于保护无过错配偶的合法权益，而且不利于维护合法婚姻关系，因此建立离婚损害赔偿制度让过错方承担精神损害赔偿责任，是婚姻法对漠视配偶利益、违反婚姻义务和婚姻行为准则的行为的谴责和惩戒，以减少这类侵权案件的发生，从而维护婚姻家庭的稳定。

三、我国离婚精神损害赔偿的现状

（一）适用范围过于狭窄

对于离婚损害赔偿的适用范围，各个国家和地区有不同的规定，如日本不论判决离婚还是协议离婚都可以请求

损害赔偿，而我国台湾民法则只承认判决离婚损害赔偿请求权。但我国新婚姻法并没有在条文中明确离婚损害赔偿的适用范围。[3]因而，有些学者认为在我国离婚精神损害赔偿制度只适用诉讼离婚而将协议离婚排除在外；在财产的范围上，更有学者认为只能限制于法定财产中，对约定财产不予考虑，从而使精神损害赔偿的适用范围过于狭窄。

（二）赔偿主体限定范围过窄

婚姻法对赔偿主体没有明文规定，但从《婚姻法》第四十六条的规定，赔偿请求权被限定为夫妻一方，但家庭成员不仅包括夫妻双方，还应包括配偶的父母、子女或其他直系亲属在内。事实上，夫妻一方因另一方对其他家庭成员实施家庭暴力或虐待、遗弃行为提起的离婚诉讼，目的就是为了保护其他家庭成员，我国法律不允许受害者作为第三人参加到离婚诉讼中，不利于家庭的稳定。

（三）赔偿义务主体只限于有过错配偶一方

现行法律把离婚精神损害赔偿义务人限制为有过错的配偶一方，使得受害人在权利保护上受到影响，实际免除了共同侵权人的连带责任。在理论上，配偶权的绝对性质决定了配偶以外的任何人都不是配偶权的义务主体，受害人应有权向其主张损害赔偿。但是《〈婚姻法〉解释一》对法律规定不明的条文做出了不恰当的限制性解释，制约了离婚损害赔偿制度功效的发挥，导致了我国婚姻法缺乏对第三者破坏他人婚姻家庭关系的法律规定，司法实践中对第三者参与破坏他人家庭的行为明显处罚不力。

（四）离婚精神损害赔偿标准不明确

《〈婚姻法〉解释一》第八条规定：“涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《精神损害赔偿解释》的规定”太过笼统。在确定离婚损害赔偿的范围和金额的时候最难把握的就是精神损害赔偿的范围和数额。至今我国法律没有对精神损害赔偿确定一个可操作的标准，给法官较大的自由裁量权。由于没有一个法定的标准，当事人的精神损害赔偿数额随意要求，实践中索赔上千、上万元的都有，影响案件的级别管辖，这造成规避管辖的嫌疑。[4]而且不同法院，不同法官对同一类型的案件会有不同的处理结果，影响裁判稳定及司法权威。

（五）法律对过错行为的限制过窄

《婚姻法》第四十六条列举了四种情形可以请求赔偿，即：重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待行为和遗弃行为。以列举的方式对赔偿的情形加以了明确规定，也就意味着对众多的过错予以了较大的限制，这将使无过错配偶方只有容忍不幸婚姻带来的苦果而毫无办法，然而现实生活中重大过错行为不仅仅限于法律列举的几种情形，例如发生婚外恋、长期通奸、吸毒、赌博等行为对配偶一方造成的损害，法律却没有保护这些受害者的合法权益，没有赋予他们在离婚时的精神损害赔偿请求权，这导致不法分子钻法律漏洞。

（六）离婚损害赔偿请求权的受害者举证困难

根据民事诉讼法“谁主张、谁举证”的证据规则，无过错方当事人就负有举证的义务。但是，绝大多数婚姻过错行为发生时多处在隐秘状态，很难有第三人在场，无过错的配偶一方无法知情。而且即使有第三人在场，由于我国现行民事诉讼法没有规定强制证人应出庭作证，能出庭作证的寥寥无几。由于婚姻关系的特殊性，往往会使得当事人取证比较难，特别是因为第三者的介入造成婚姻关系破裂，从而解除婚姻关系的情形。有的时候可能会造成取证过程中的侵权，这样无过错配偶不但不能得到损害赔偿，反而要承担侵权责任，这与立法的本意相悖。

四、完善离婚损害赔偿

（一）扩大精神损害赔偿的适用范围

对于离婚精神损害赔偿，我国应该采用广义上的做法，既包括判决离婚也包括协议离婚。因为无论是判决离婚还是协议离婚均有相同的法律效力，配偶一方在协议离婚时如果没有协议损害赔偿的数额，并不表明放弃损害赔偿请求权，如果法律对此予以否定，则受害配偶事后将无法得到相应的救济，这对受害配偶显然是不公平的；而且其立法旨在保护无过错方的婚姻损害赔偿请求权，并不限制必须经过审判程序解除婚姻关系才能请求损害赔偿。因此我国新婚姻法或其相关的司法解释应该明确规定：离婚损害赔偿既适用判决离婚的场合，也适用于协议离婚的场合，当然在协议离婚时，是否给予赔偿，由当事人双方协议约定。约定不成时可以提交诉讼解决。

从法定财产和约定财产方面来看，法定财产中可以请求离婚精神损害赔偿，在约定财产中更是成为必要，因此不能认为约定财产中无过错配偶可以请求家务补偿从而剥夺其精神损害赔偿的权利。

（二）拓宽请求权主体范围

根据《婚姻法》第四十六条第（三）（四）项规定，即家庭暴力和虐待、遗弃行为的对象是家庭成员，不限于夫

妻关系，有时还涉及子女、父母等。虽然其他家庭成员可以单独提起民事赔偿诉讼或刑事附带民事诉讼，可这样做不仅增加了诉讼成本，也会使部分受害者不愿诉讼得不到法律保护。[5]事实上，夫妻一方因另一方对其他家庭成员实施家庭暴力或虐待、遗弃行为提起的离婚诉讼，目的就是为了保护其他家庭成员。因此，法律应允许受害者作为第三人参加到诉讼中并有权请求精神损害赔偿。当然受害方的范围也应加以限制，以另一方配偶、子女和与配偶共同生活的任一方配偶父母，不能无限制的扩大。

（三）将赔偿义务主体扩大到第三者

对实施破坏婚姻关系违法行为的有过错的第三者应成为赔偿责任的主体，即侵害配偶权的第三者应成为离婚精神损害赔偿的赔偿义务主体。现行法律把离婚精神损害赔偿义务人限制为有过错的配偶一方，使得受害人权利得不到全面保护，也实际上免除了共同侵权人的连带责任。在理论上，配偶权的绝对权性质决定了配偶以外的任何人都都是配偶权的义务主体，都负有不得侵害配偶权的义务，若第三者侵害了合法婚姻关系中无过错方的配偶权，受害人应有权向其主张损害赔偿。第三者介入他人婚姻，不仅侵害了婚姻当事人的配偶权，妨害了他人的家庭安宁，而且冲击了法律所保护的婚姻家庭制度，这实质上说是对法律的破坏和违反，故第三者的行为应该受到法律的否定评价。第三者插足的行为作为一种对婚姻自由权的滥用，它所追求的只是一种力图破坏合法婚姻基础的爱情，这种不道德的行为是应受到谴责的。而且从侵权法的角度来看，第三者同有过错配偶实施了共同侵权的行为。作为被侵权人，其当然可以向两个侵权人主张损害赔偿权利，从权利主体来看，如果仅仅限于无过错方配偶，在某程度上将双方都有过错时过错较小方的权利排除在外了。另外，从社会效果来看，要求第三者进行赔偿体现了法律惩罚功能，对受害方进行了补偿和抚慰，伸张了社会正义。

（四）离婚精神损害赔偿金额应有一个可操作的标准

《〈婚姻法〉解释一》第八条规定：“涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《精神损害赔偿解释》”。《精神损害赔偿解释》第十条的规定，实际上是法官自由裁量原则的规范。法官个体认识的差别，内心确认的赔偿数额差距大，容易导致同类案件的处理结果差别太大，从而影响司法的统一和法律的权威。衡量法官自由裁量权需一个合理标准。但至今，我国法律没有对精神损害赔偿确定一个可操作的标准。关于确定离婚精神损害赔偿的数额标准，笔者认为可以参照最高人民法院《精神损害赔偿解释》中的因素来确定离婚精神损害赔偿的数额：第一，结婚时间长短。双方结婚时间的长短，受害人对配偶或家庭的奉献不一样，笔者认为，结婚时间长和对家庭奉献较大的，赔偿数额相对较高。第二，夫妻双方年龄、身体健康状况。夫妻双方年龄越大，无过错方配偶离婚以后再婚的可能性就相对较小，而且无过错方身体健康状况不好，离婚后经济压力越大，因此，笔者认为，无过错方年龄偏大或身体健康状况不好，可以要求过错方配偶或第三者给予较多的精神损害赔偿金额。第三，侵权人的侵权原因、主观动机、过错程度和具体情节，是确定离婚精神损害赔偿数额的决定性因素，过错方对受害人非财产上损害的程度和后果对受害人离婚后生活会产生一定的影响，受害人因对方的侵权行为，生理上、心理上受伤害较重，离婚后社会评价降低，这些在离婚精神损害赔偿数额的确定上理应有所反映。第四，主要考虑当地的经济状况和赔偿义务人的经济能力。要按照当地的生活水准确定赔偿数额，对侵权人的经济能力也要有所考虑，应根据具体情况确定一个受害方认可、侵权人有能力承担的赔偿数额，以便于判决的执行，确定的原则既能抚慰受害方又能达到惩治过错方的目的。

（五）扩大精神损害赔偿的过错行为范围

根据《婚姻法》的规定，构成离婚损害赔偿的行为主要有：重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员这四种情形，而对因上述情形之外的过错而导致的离婚就不能据此获得赔偿，这不能不说是立法上的瑕疵。从构成离婚损害的角度来分析，离婚本身应成为受害方提起精神损害赔偿的法定情形，这体现了法律对弱者的保护。而且婚姻本来是契约，婚姻作为合同或相当于合同，一方提出离婚，经法院或相关部门调解无效，导致婚姻家庭解体的，正常履行婚姻义务的配偶方自然可以请求精神损害赔偿。《日本民法典》第一百五十一条第二款规定：“因离婚而导致无责配偶一方的生活有重大损害时，法官可允许其向他方要求一定的抚慰金。”笔者认为，可以把离婚本身作为受害方提起精神损害赔偿的法定情形。[6]另外，在现实生活中，重大的侵害行为情形绝不能仅限于所列举的以上四种情形，笔者认为可提起离婚精神损害赔偿的情形应予扩大，对以下行为造成的离婚，无过错配偶也可提起离婚精神损害赔偿纠纷。第一，对诸如通奸、第三者等婚外行为。笔者认为，应当提起离婚精神损害赔偿的婚外行为包括：重婚、有配偶者与他人同居、包头情人、卖淫、嫖娼、通奸、第三者插足等。第二，危害家庭的

不良行为。长期吸毒、赌博这两大恶习不仅是违法行为，而且不亚于实施家庭暴力和虐待、遗弃家庭成员给另一方造成的伤害。其他危害家庭不良行为还包含“网络婚姻”，当网络的普及给人们带来便利的同时也成为人们情感交流的工具，在网上养“情人”，甚至“结婚生子”从无到有，作为“精神外遇”的网恋，影响了配偶之间的感情交流，已经成为婚姻解体的新情况。[7]第三，侵害配偶生育权。侵害生育权的行为在现实生活中的确不少，如妻子未经丈夫同意无正当理由擅自打掉胎儿的行为，就侵害了丈夫的生育权。第四，不承担家庭义务。把婚姻等同于合同，双方当事人应当履行法律规定或社会习惯认可的婚姻家庭义务，配偶权中大部分权利也是义务，一方不承担同居义务、监护子女义务、扶养扶助义务，实质上是以不作为的方式侵害了对方的配偶权，违背了婚姻家庭的本意。因上述行为导致的离婚，应准予无过错方提起离婚精神损害赔偿，以体现法律的尊严、公平和正义。在法律条文的表述上，可在《婚姻法》第四十六条中增加一项：“其他严重违反本法规定的情形。”司法实践中由法官根据《婚姻法》的精神自由裁量，提高司法实践的可操作性。

（六）减轻无过错配偶方的举证责任

一般情况下根据过错责任原则，“谁主张，谁举证”。但在某些情况下应当采用利益衡量的方法，在举证责任的分配上减轻无过错方的举证责任，实行过错推定原则，即由法官根据一般的经验法则推定必然产生损害结果。将民事责任主观要件举证责任的负担以否定的形式分配给加害人一方，从而避免受害人因不能证明对方的过错而无法获得赔偿的情形。按照过错推定，如果被告不能证明自己没有过错，法律就推定他有过错并确认他应负民事责任。同时，可以给予受害方技术和立法上的支持，比如我国已经出台相关规定，在对待破坏婚姻行为的取证上可以申请公安机关介入。[8]

参考文献

- [1]《最新婚姻法解律读与操作指南.条文精析》第113页
- [2]山东大学法学院陈勇行《论离婚案件中的精神损害赔偿》
- [3]《关于离婚精神损害赔偿的法理思考》
- [4]山东大学法学院陈勇行《论离婚案件中的精神损害赔偿》
- [5]祝铭山《婚姻家庭纠纷》，中国法制出版社
- [6]彭彦、王强《离婚精神损害赔偿问题》
- [7]李云《“网络婚姻”面临的法律问题》
- [8]武军《浅析离婚精神损害赔偿》

离婚协议中对房产归属的约定能否对抗法院强制执行？

2016-09-24 庐州判官

先看一个典型的执行异议案件：

2010年，王某与林某因股权转让发生纠纷，王某诉至法院后，申请保全了林某名下的一套房产，后法院判决林某偿还王某5000万元。在执行程序中，案外人钟某向法院提出异议，称其与林某已于1996年在民政局协议离婚，林某所欠债务系在离婚后产生，属于其个人债务。并且，在民政部门备案的离婚协议书约定，被保全的涉案房产归其所有，多年来一直由其占有和居住，只是由于政策原因一直未能过户，故请求执行法院停止对该房产的执行，并解除查封措施。

这个执行案件非常典型，将案件事实抽象以后就是：男女双方在离婚协议中约定，登记在一方名下的共有房产归另一方所有，但因故未能在离婚后及时过户，后来一方因欠债被法院查封了其名下的该房产，另一方作为案外人提出了执行异议。此时，要不要保护案外人权益？在什么情况下保护？排除执行的法理依据又在哪里？

由于这种类型的案件共性很强，其裁判结论及裁判理由具有较大的普适性，且在执行异议制度确立后，近年该类案件在实践中有增多的趋势，故值得引起重视和认真研究。

首先需要说明的是，这类案件的处理，目前法律和司法解释均没有作出明确规定，如何处理完全靠法官对案件的把握能力，靠法官解释、理解适用法律的能力。由于没有法律的明确规定，法官在裁判文书中对这类案件如何说理，确实是一个很大的难题。

我注意到，人民法院报曾在2015年，刊登了一文《离婚协议中不动产约定能否直接引起物权变动》，该文认为，“离婚协议中对房产的约定，能直接引起所有权的变动”，并以此作为排除执行的理由。

最近,《人民法院案例选》(201602),也刊载了广州中院(2014)穗中法执复议字第101号“臧某执行异议案”,标题为《臧旭霞执行异议审查案——离婚协议是否具有物权变更效力》。关于保护案外人臧某权益的理由,该案例的裁判理由认为,“离婚协议中对于不动产归属的约定,对双方具有约束力;虽未经登记,但在无善意第三人情况下,应认定发生物权变更效力”。

本文认为,广州中院的这个复议裁定,结论是正确的,但其裁判理由混淆了物权行为和债权行为,是极其错误的,是非常不可思议的。众所周知,根据物权法规定,房产所有权转移必须要登记公示才能发生法律效力,除非有法律的特别规定,例如该法28条规定的法律文书导致的物权变更自法律文书生效时发生效力等。

应当说,在当前法律框架下,离婚协议绝对不可能产生物权变动,在这个问题上,没有任何讨论的余地。因为,认为“离婚协议能产生物权变动”的观点,直接否定了《物权法》的基石——物权法定原则,在大陆法系的成文法国家,这一结论触犯了法律解释的底线和原则,是无论如何不能被法律界所接受的。

相对于刑法解释要严格遵循罪刑法定原则的要求,民商法的解释要自由一些。但是,这绝不意味着想怎么解释法律,就怎么解释,其同样要遵循一定的规则。认为“离婚协议一生效(甚至不需要民政局确认),约定的房产所有权无需登记即转移”——就像《物权法》规定的土地承包经营权和地役权那样,司法者有什么权力通过法律解释随意创设一种新的债权意思主义的物权变动模式呢?

那么,如果不承认离婚协议能产生物权变动,那该如何说理呢?该如何保护案外人配偶的利益呢?在这方面,最高法院公报案例2016年第6期,在钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案中,给我们提供了一个绝佳的范本(本文开头所举案例即为该案的简化),非常值得学习和借鉴(本案合议庭成员为姚爱华、王毓莹、姜强)。这里,特将该判决书中本院认为的说理部分,全文贴出,以供参考:

本院认为,本案系案外人钟永玉在王光与林荣达股权转让纠纷一案生效判决的执行中,对执行标的(讼争房产)提起的执行异议之诉,请求排除执行的理由为股权转让关系发生之前该讼争房产已在离婚协议中作为其与林荣达夫妻共同财产进行处分归其和四名子女所有,因此,钟永玉对本案讼争房产是否享有足以阻止执行的实体权利是本案争议的焦点。本院认为,钟永玉对讼争房产享有足以阻却执行的权利。主要理由是:

一、现有证据不能证明钟永玉与林荣达之间存在恶意串通逃避债务的主观故意,钟永玉与林荣达解除婚姻关系及有关财产约定的意思表示真实。根据原审查明的案件事实,王光与林荣达之间转让股权的时间为2009年9月,王光因该股权转让纠纷根据生效判决申请原审法院对讼争房产进行查封的时间为2013年6月,此时讼争房产登记在债务人林荣达个人名下。

钟永玉一审中提供的复印自上杭县档案馆的《离婚登记申请书》、《离婚协议书》、《审查处理结果》等三份证据,能够证明钟永玉与林荣达两人于1996年7月22日达成的《离婚协议书》已明确将夫妻双方共有的讼争房产归钟永玉及其子女所有。上述《离婚协议书》系钟永玉与林荣达两人双方自愿达成,内容不违反法律、行政法规的强制性规定,且两人亦已依该协议并经行政机关批准解除婚姻关系,故一审法院认定该离婚协议合法有效,并无不当。

由于该《离婚协议书》签订时间(1996年7月)在先,法院对讼争房产的执行查封(2013年6月)在后,时间上前后相隔长达十几年之久,林荣达与钟永玉不存在借离婚协议处分财产逃避债务的主观恶意。据此,钟永玉与林荣达在离婚协议中对于夫妻共同财产的处分行为亦属有效。王光上诉认为钟永玉与林荣达之间的离婚协议属恶意逃避债务的理由不能成立。

二、关于钟永玉对讼争房产的请求权的内容问题(庐州判官注:由于该部分的说理属于本案个性问题,对本文讨论的问题意义不大,故在此省略)。

三、由于《离婚协议书》并不存在恶意串通逃避债务的问题,且钟永玉对案涉全部房产享有请求权,因此,需要进一步讨论的问题是,钟永玉依据《离婚协议书》对讼争房产享有的权利是否足以排除执行。

在法律适用上,应当看到,最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》是针对执行程序中当事人提出执行异议时如何处理的规定。由于执行程序需要贯彻已生效判决的执行力,因此,在对执行异议是否成立的判断标准上,应坚持较高的、外观化的判断标准。这一判断标准,要高于执行异议之诉中原告能否排除执行的判断标准。

由此,最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条至第二十八条的规定就应当在如下意义上理解,即符合这些规定所列条件的,执行异议能够成立;不满足这些规定所列条件的,异议

人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

在本案中，钟永玉与林荣达于1996年7月22日签订《离婚协议书》，约定讼争房产归钟永玉及其所生子女所有，该约定是就婚姻关系解除时财产分配的约定，在诉争房产办理过户登记之前，钟永玉及其所生子女享有的是将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权。该请求权与王光的请求权在若干方面存在不同，并因此具有排除执行的效力。

首先，从成立时间上看，该请求权要远远早于王光因与林荣达股权转让纠纷所形成的金钱债权。债权的成立时间尽管并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续履行以及继续履行的顺序产生影响。例如，最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题明确规定，在均未受领交付且未办理所有权转移登记手续的情况下，依法成立在先合同的买受人的继续履行请求权就优先于其他买受人。以此类推，在本案情形，至少不能得出王光成立在后的债权具有优先于钟永玉成立在前的债权的结论。

第二，从内容上看，钟永玉的请求权系针对，并未指向特定的财产，诉争房屋只是作为林荣达的责任财产成为王光的债权的一般担保。在钟永玉占有诉争房屋的前提下，参考最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条规定的精神可知，其要求将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权，也应当优于王光的金钱债权。

第三，从性质上看，王光与林荣达之间的金钱债权，系林荣达与钟永玉的婚姻关系解除后发生的，属于林荣达的个人债务。在该债权债务发生之时，诉争房屋实质上已经因钟永玉与林荣达之间的约定而不再成为林荣达的责任财产。因此，在王光与林荣达交易时以及最终形成金钱债权的过程中，诉争房产都未影响到林荣达的责任财产。在此意义上，钟永玉的请求权即使排除王光债权的执行，也并未对王光债权的实现形成不利影响。

第四，从发生的根源上看，讼争房产系钟永玉与林荣达婚姻关系存续期间因合法建造而产生的夫妻共同财产，在钟永玉与林荣达婚姻关系解除之时约定讼争房产归钟永玉及其所生子女所有。从功能上看，该房产具有为钟永玉及其所生子女提供生活保障的功能。与王光的金钱债权相比，钟永玉及其子女享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

综上所述，本院认为，基于钟永玉与王光各自债权产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看，钟永玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产的执行，钟永玉提起执行异议请求阻却对本案讼争房产执行的理由成立，一审法院判决停止对讼争的位于福建省上杭县和平路121号房产的执行正确，应予维持。王光上诉请求撤销该项判决的理由，不能成立，本院不予支持。

在这份判决书中，裁判者通过在女方钟永玉对诉争房屋的债权请求权和申请执行人王光的金钱债权之间作出权衡，通过比较钟永玉与王光各自债权产生的时间、内容、性质以及根源四个方面，得出钟永玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产执行的结论。

本文认为，除了纯粹从法理上摆事实、讲道理外，通过类比搜索相关法条，通过体系解释的方法，可以发现能够参照的类似法条有两处，这两处法条都能用来得出排除执行的裁判结论。一处是《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第26条第1款，该款规定如下：

金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结前作出的另案生效法律文书提出排除执行异议，人民法院应当按照下列情形，分别处理：（一）该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷，判决、裁决执行标的归属于案外人且其权利能够排除执行的，应予支持；

通过对比，可以发现，在查封之前作出的另案生效法律文书，如果确认执行标的归属于案外人，法院要予以支持的。那么，进一步思考，在查封之前民政局确认并备案的离婚协议，如果该离婚协议也确认执行标的归属于案外人，那法院要不要支持呢？

都是向案外人确认房产归属的文书，一个是行政机关作出的行政文书，一个是司法机关作出的法律文书，如果将“民政局确认并备案的离婚协议”类比为《异议复议规定》第26条中的“另案生效法律文书”，那应该是可以排除执行的。何况，民政部门作为专门办理离婚手续的行政机关，其确认也有比较强的效力，司法机关应该可以将其作为排除执行的一种重要参考依据。

另外一处可以类比的支持法条，是《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17条，以及《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条，该28条规定如下：

金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

- (一) 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
- (二) 在人民法院查封之前已合法占有该不动产；
- (三) 已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；
- (四) 非因买受人自身原因未办理过户登记。

这个28条的法理在于：现实生活中，买受人签订房屋买卖合同之后，往往因各种原因长期未能过户，在该段时间内，房屋仍然登记在卖房人名下，当卖房人的其他债权人要求就该房产受偿时，执行法院应在一定条件下保护无过错不动产买受人的物权期待权。

法律的公平公正性，在没有明确依据时，是要靠体系解释比出来的。在这个意义上说，既然无过错不动产买受人的物权期待权要保护，那离婚中无过错配偶一方对约定房产的物权期待权，似乎也没有非常强的理由不保护。否则，对离婚的配偶一方是不公平的。

而且，就本文开头所举的案例中的钟某，通过对比28条成立的四个要件，可以发现钟某完全满足：第（一）项“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”，显然相当于“在人民法院查封之前已办理合法有效的离婚协议”；第（二）、（四）项显然也符合；第（三）项则不存在不符合的问题。所以，既然离婚中无过错配偶一方也满足这四个条件，自然可用这个法条的立法精神，作为排除执行的间接参照。

离婚协议中对房产归属的约定，能否排除强制执行？对于这个问题，似乎并不能一概而论，得出适用于一切案件的一刀切的答案。本文认为，执行法院应当根据具体案情，在女方对诉争房屋的债权请求权和申请执行人的金钱债权之间作出权衡和比较，重点考察以下几个方面的问题：

一是案外人与被执行人之间是否存在恶意串通逃避债务的主观故意？二是离婚协议是不是真的？是不是发生于查封之前？有无倒签日期骗取民政部门的确认？三是执行债务与离婚协议产生的具体时间？

在全面考察以上因素后，执行法院应当慎重考虑，通过灵活解释法律，在一定条件下作出裁判停止对相关涉案房产的执行，以保护无过错一方配偶的合法权益，从而实现公平正义。

浅析探望权和抚养权纠纷案件的执行难问题及对策——以家事审判为视角

2016-09-18 法润花季 上海二中院少年庭

撰稿人：段婷、陆晓波、王梓焱

前言

2016年4月29日，最高人民法院印发《关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要》的通知。其中第14条明确要求，应当“加强对要求被执行人履行作为或不作为义务强制执行的专题研究，有针对性地解决实践中对行为履行义务的强制执行难题，出台相关指导意见。”作为要求被执行人履行作为义务的典型案例，探望权纠纷和抚养权纠纷的强制执行是困扰司法实践的老大难问题。近期，又恰逢家事审判方式机制改革在部分法院开展试点工作，一系列关于家事纠纷与家事审判的新认识、新理念，正不断地由各地法院从其卓有成效的实践经验中提取出来。那么，把握住探望权和抚养权纠纷作为家事纠纷的属性，从而在那些新认识与新理念的指导下重新看待其执行难问题，或许能给这一问题的解决带来更行之有效的方向。

一、提出问题：对强规硬法的家事反思

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“《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。《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》”）第三十二条规定，对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由人民法院依法对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施。从这两个条文中可以看出，探望权案件的执行标的为探望权协助义务人的协助行为。

而在涉及子女抚养的强制执行中，《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21条规定，人民法院可依法对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事

人或者其他采取强制措施——这也能体现出此类案件中的执行标的也是一种行为，即实际抚养子女的一方将子女“交付”给经裁判确认享有直接抚养子女权利和义务的另一方。

除了反映两种案件的执行标的性质，前文提到的相关规定也能表明我国现行法并不缺乏针对其在执行问题上的解决方式。而且，经过多年理论探讨与实践摸索，也出现了如“可以拒不协助探望为由变更抚养关系”、“可请求精神损害赔偿”这样基于实证法解释的有力主张，[1]但探望权纠纷和抚养权纠纷的执行难问题依然层出不穷。随着“承担修复婚姻家庭关系”的家事审判职能被揭示，[2]继续进行对抗色彩浓厚的“以讼止争”显然不再是解决执行难问题的最优解。如何用较为温和的方式将执行难问题防患于未然，应当是一个新的思考方向。

二、分析原因：因双重性质的难度补强

（一）对“不可替代的行为”执行的固有特点

在探望权纠纷和抚养权纠纷这两种案件中，申请执行人都是对被执行人的某种行为提出强制执行申请，那么“行为请求权强制执行”本身的特点，便能够解释两种案件的执行过程中所必然产生的某些障碍：

1. 较强的人身性。人身性即须由必须被执行人亲自履行。《婚姻法司法解释一》第三十二条已强调“不能对子女的人身、探望行为进行强制执行”，而在抚养权纠纷中也不妨作同样的理解。那么，只能由特定的、负有子女“交付”义务的被执行人亲自履行，似乎是可从中推出的判断。于是，我们可以将“交付”子女的行为进一步地界定为“不可替代的行为”，其人身性也更强。因而，被执行人的意愿会对强制执行的顺利与否产生直接的影响。

2. 间接执行是唯一的执行方法。根据执行行为能否直接实现执行根据所确定的内容，可以分为直接执行措施、间接执行措施和代执行措施。[3]间接执行是指通过对被执行人实施一定的精神压力，迫使其履行特定行为的执行方法。而与之相对的直接执行，如冻结、查封、扣押、划拨等对金钱债权和对物的交付请求权的执行，通过对执行对象直接采取措施即可实现执行。《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》第五百零五条规定，被执行人不履行法律文书指定的行为，且该项行为只能由被执行人完成的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项按妨害执行对被执行人采取强制措施。其中，本作为对妨害诉讼行为的强制措施的“罚款、拘留”，同时具有了间接执行措施的性质。[4]此外，限制出境、限制高消费、在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息等也构成我国民事诉讼法中间接执行措施的一部分。间接执行的实际效果则完全取决于被执行人对处罚后果的恐惧程度——正所谓“你可以把马牵到河边，但是你无法强迫它喝水”。[5]

（二）作为“家事纠纷”的独特难点

除了以上两个因属于“不可替代的行为的强制执行”而具有的特点，探望权纠纷案件与抚养权纠纷案件也因其“执行对象”的特殊性而具有更独特的地方，那就是与执行人和被执行人同样具有自我意识、在法律上享有主体地位子女。

这一独特之处在探望权纠纷案件中尤为明显。尽管《婚姻法》第三十八条第一款的表述使得子女似乎仅能作为探望权的客体而倍受学界批评，[6]但这无法否定，实际上作为主体而牵涉其中的子女，其意愿对探望权的执行有着实实在在的影响。也因此，司法实践也正给予子女相应的尊重。[7]更现实的问题是，一旦对实际抚养子女的一方采取执行措施，难免会对子女学习生活乃至身心健康产生影响。

与被执行人和子女意愿的关联性，以及执行方法的有限性，使得探望权纠纷案件与抚养权纠纷案件的执行必然面对重重障碍。而且，作为典型的家事纠纷，主体意愿对执行的负面影响往往又由于下列几个原因得以加强，同时，强制色彩浓厚的执行方法也更加无法起到一劳永逸的作用：

1. 复杂的情感因素。家事纠纷的基础是身份关系的前在，而身份关系的背后隐藏着的是复杂的人际关系。因而，与其他民事纠纷相比，家事纠纷更多地涉及亲情、血缘、婚姻以及道德伦理：“从表面上看，家事纠纷可以表现为财产分割、精神安慰费、抚育费等支付金钱的请求，但从本质上看，深层次纠纷是关于夫妻间、亲族间情感上、心理上的纠葛。”[8]在探望权纠纷与抚养权纠纷中，离异双方的情感纠葛，应该是较常见的左右被执行人意愿从而不配合乃至阻挠执行的因素——单纯地厌恶对方也好，通过拒绝配合执行来作为对对方报复也罢，都不妨归纳为“将曾为夫妻的矛盾带入仍为父母的责任中”。在探望权纠纷中甚至会出现，直接抚养子女的一方有意引导子女对另一方产生消极认识，导致申请人和未成年人子女“从空间上的疏远发展到情感上的疏离”[9]。另外，涉案子女的祖父母、外祖父母或其他亲属，往往也会介入其中。离婚确实为夫妻二人的法律自由，但难免也是两个家庭的分道扬镳。两个人之间的情感破裂，或许也同时是两家人之间的恩断义绝。其他家庭成员虽然是无协助义务的案外人，

但对被执行人的意愿的影响不可忽略；至于出现积极协助实际抚养子女的一方阻碍执行的情况，也就不奇怪了。

通过给被执行人以精神压力的间接执行措施并不能直接消解这些消极的情感因素。更值得担忧的倒是在执行措施之压下的被执行人是否会做出极端的举动。[10]

2. 其他纠纷的牵连。无论是探望权纠纷还是抚养权纠纷，都以离婚为前提而存在。而离婚的法律意义不仅是婚姻关系的结束，也意味共同财产分割与子女抚养归属等问题的到来：“离婚是一种契约的解决与利益的再分配，离婚过程就是最大限度的自我利益保护。”[11]那么，在利益再分配的过程中，可能就会出现一些在一方当事人看来并不“不公平”的结果。典型的情形便是，为了早日从婚姻中摆脱出来而答应对方“过高”的要求，如不直接抚养子女一方承诺极高的抚养费——这为日后的拒不支付埋下了伏笔；作为应对，直接抚养子女的一方很可能便会选择拒绝协助探望的方式。应对方的错误是显而易见的：抚养费的支付与探望权的行使是两个互不为前提的法律关系。除了指出错误并释明其可另行提起诉讼，或许更应该意识到的是，虽可单独成案的各个纠纷实为整个家事纠纷的一部分。而在以往的离婚纠纷审理过程中，除非当事人自己提出，法院一般很少就子女的探望抚养问题作出处理。于是，便容易出现，同一对当事人先后就多起有牵连的家事纠纷向同一法院甚至不同法院提起诉讼。[12]如果继续强调当事人处分主义而任由各个纠纷分别成案，不仅不利于查清案件事实和统一裁判尺度，也无助于整个家事纠纷的彻底解决。

3. 事实的模糊与变动。除了以上看似是被执行人主观方面的原因，执行依据本身在可执行性上也存在着需要正视的问题。常言道，清官难断家务事，恐怕并不是难在法律的适用上，更多地是在事实的认定上。如果在审判过程中坚持当事人主义的传统诉讼模式而通过两造各自举证的方式来查明事实，那么受前述情感纠葛的影响的双方当事人是否能理性地做出诉讼行为便是一个值得怀疑的问题，更不用说对抗式诉讼本身对双方的再次伤害。[13]而且，实体法对子女的“客体化”对待以及“未成年人往往成为父母利益争夺的筹码和相互斗气的工具”[14]的现实，也使得父母双方在探望权纠纷和抚养权纠纷——这两个最需要秉持“儿童利益最大化”原则的案件中，很容易无法客观地围绕“对子女有利”这一中心进行举证。这便容易导致之后的判决因事实依据上的瑕疵而难以服众。

由于探望权的长期性，事实情况的变动也容易影响执行依据的可执行性——而这似乎又不是通过在判决中详细记载探望时间、方式就可以解决的。[15]

三、对策建议：行“以审防执”的绸缪进路

根据前文所分析的原因以及各地法院所做出的卓有成效的举措，笔者将可行的对策归纳如下：

（一）总体思路：避免进入强制执行程序

作为“不可替代的完成行为”，探望权纠纷与抚养权纠纷的执行标的的性质便决定了其在执行上必然面临一些困难。而同时作为家事纠纷，一旦进入强制执行阶段，往往便意味着当事人之间的矛盾已达到相当激烈的程度——这又会进一步地提高执行的难度。

然而，有限的执行方式也决定了正面解决强制执行难的效果有限。不少前辈提出的对策建议，也只能不断地在“重视思想工作”以及“慎用强制措施”之间重复。[16]而将学校、妇联、基层群众自治组织等社会力量作为助力引入其中，[17]似乎也不是非得在执行阶段才能采取的举措。那么，与其纠结于如何在强制执行阶段实现权利，不如思考如何能让被执行人心服口服地自愿履行——何况，导致执行难的种种因素确实在审判阶段便能得到应对。

（二）审判阶段的可行措施

1. 运用心理学方法缓解乃至消除父母的对抗情绪。帮助当事人消解对抗情绪，不仅能使双方能以理性的状态参与到诉讼活动中，从而为自觉履行判决打下良好的基础，而且时常就等于化解纠纷本身。上海市原闸北区人民法院少年综合审判庭在每年“六一”前夕开展的团体心理咨询活动，便是一个典型的例子。[18]这一活动既面向辖区内的离异家庭，也会邀请正经历离婚诉讼的父母及其子女。活动中，心理专家通过组织开展心理团询、亲子游戏等活动，使参与其中的父母正确地认识夫妻矛盾与亲子关系。于是，便出现了不少尚在诉讼阶段的夫妻决定撤诉、重归于好的美谈。

2. 不固守“不告不理原则”，主动引导离婚诉讼的当事人就探望抚养等问题达成协议或一并诉讼解决，如上海市原闸北区人民法院少年综合审判庭“一揽子解决”的做法。[19]自上海市原闸北区人民法院于2014年4月开始将涉未成年人离婚案件纳入少年综合审判庭至2015年4月，该法院受理抚养费纠纷同比减少40.8%，变更抚养关系

纠纷同比减少 43.6%、探望权纠纷同比减少 84.2%。[20] 而面对已立案的不同纠纷，可以参照南京中院创设的“归并审理制度”：对不同法院受理的多个有关联的家事案件，协调由同一家法院审理；而同一家法院受理多个关联家事案件，统一交少年及家事审判庭并由同一合议庭同一法官承办。[21] 这样不仅能避免和减少当事人讼累，也能保证家事纠纷的整体解决、统一裁判。

3. 充分利用社会力量查清事实，为判决提供扎实的事实依据。前文已提到，父母双方往往容易因曾经的感情冲突而无法律性、客观地围绕“对子女有利”这一中心进行举证。再加上事关未成年子女利益的问题具有鲜明的公益性，不宜听任父母双方自由处分。[22] 那么，为了坚持并体现“儿童利益最大化”原则，有必要在审判过程中加强职权主义，由审判人员主动介入到对案件事实的调查之中。然而，在探望权纠纷和抚养权纠纷中做出判决所需考虑的事实因素非常复杂。单就抚养纠纷而言，需要考虑父母双方的经济能力、文化程度、家庭背景、工作性质、心理状况以及孩子的性格特点、就学便利等等。审判人员需要调查的事实，不仅范围广、方面多，有时需要一定的心理学、社会学等领域的知识，而且有必要根据涉案家庭的不同特点适时做出有所针对的个性化调查。若将这一既广又深又灵活的调查工作全盘交给法官，肯定是强人所难。因而，针对这两种案件中的事实调查工作的特点，委托社会力量代为进行应当是更为明智的选择。广州、上海等地试行的社会观护员制度便是这一选择的集中体现。[23] 上海市普陀区人民法院少年庭曾成功试行的探望监督人制度，几乎也可视为社会观护员制度在探望权纠纷中的翻版。[24] 来自社工、妇联等社会组织的社会观护员，能够依靠其贴近群众生活、熟悉群众工作的天然优势，在保证调查效率的同时获得当事人的信赖；也能够以适于未成年人身心特点的方式听取其意见、反映其情况，从而避免诉讼活动对子女的“二次伤害”。[25] 此外，仿照日韩两国而构建单纯负责事实调查的家事调查官制度也是一种选择。[26]

当事人的理性参与，纠纷的整体解决，以及事实的全面清晰，相信能为产生一份顾及子女利益而又得父母信服的判决提供充足的保障。至于法律适用的正确，应是各个审判人员必需达到的要求。

（三）对执行阶段的建议

在实施上述举措之后，如果案件仍然随着当事人的申请而进入强制执行阶段，那么执行人员不妨继续参照上述举措开展工作：1. 首先对被执行人进行说服、教育，注意运用心理学的方法化解其对立情绪，使其能够理性地看待关于子女探望或抚养的判决；2. 对于因不满于其他纠纷而拒绝配合的情形，引导双方当事人围绕整个家庭纠纷达成框架性的和解协议；3. 对于因事实发生变动而导致执行阻碍的情形，应与案件的审判人员进行沟通，在了解案件事实的基础上，针对变化的情况指导当事人达成新的和解协议。

经过上述工作，如果被执行人仍以各种方式拒不配合，那么可以考虑采取强制措施，严重的也不妨以拒不履行子女抚养权判决罪移送有关机关处理。只是在实施以上强制手段时，出于“避免对未成年人正常生活学习等产生不利影响”的考虑，应注意措施实施的“层次性”与比例原则：能用较轻的措施的先用较轻的措施，若仍不执行再提高措施的强度。

结语：建多元化解的治根之道

执行工作的顺利开展离不开执行依据本身的确切可靠。相对于执行人员来说，亲身经历整个审理过程的审判人员对案件往往有着更直观、更深刻的认识。而在审执分离的前提下，执行人员与审判人员之间的交流也存在一定的障碍。那么，作为审判人员，应当尽可能地在审判阶段给出一份切实可行的执行依据，从而给接下来的执行阶段提供方便，以克服执行人员因在纠纷认识上的相对不足而产生的执行困难。

同时，一份为当事人所认同、接受的判决，也能促使当事人自发履行，进而避免强制执行程序的启动。在强制执行程序的对抗与强制色彩浓厚的现实下，使早已因复杂的情感纠葛而心力交瘁的父母双方尽可能地远离强制执行程序，对于整个家事纠纷的解决有着极为现实的意义——更何况还会涉及更为脆弱的未成年子女。

不过，相对于审判阶段对执行阶段的“预防”，如何预防家事纠纷本身或许才是问题的根源所在。这个问题的答案或许就藏在各地法院于审判阶段中所尝试的某些制度中，如社会观护员制度。除了前文提到的庭前调查的职能，社会观护员可以在法官的指导下适度参与案件调解，也能在判决或调解后，经法官通知就裁判效果进行定期的回访观护。[27] 从中不难看出，社会观护员对整个纠纷解决过程有着较高的参与度，以及其可作为独立的解纷主体的潜力。那么，何不让这些社会力量在法院的引导、推动和保障下化身为独立的纠纷解决“一元”呢？因此，构建“齐抓共管”、分层有序的多元化家事纠纷解决模式 [28]，充分发挥贴近群众的各方社会力量在预防、化解家事纠纷上

的长处，应该才是解决问题的根本之道。

注释：

[1] 参见张婧：《我国探望权法律制度研究》，华东政法大学硕士学位论文，2012年，第32页；张乾：《探望权强制执行措施的完善》，载《绵阳师范学院学报》2011年第12期，第21页。《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见（试行）》第二十条规定，探望权协助义务人多次阻碍探望权人正当行使探望权，经法院多次强制执行后，仍拒不履行有关探望权的生效裁判文书，探望权人据此起诉请求变更抚养关系的，人民法院在充分考虑未成年人的生活、学习、身体状况以及双方当事人的抚养条件等因素后，可将此作为变更抚养关系的裁判理由之一。

[2] 参见谢勇：《杜万华在江苏调研家事和少年审判工作时强调：转变理念、创新机制，锐意推进家事和少年审判改革》，载《人民法院报》2015年9月28日第1版。

[3] 张卫平著：《民事诉讼法》（第四版），法律出版社2016年版，第511页。

[4] “对于不可替代行为的执行，大陆法系国家普遍规定了间接执行措施。前述的拘留、罚款等措施，属于间接执行措施的组成部分，同时也具有妨害执行强制措施的性质。”见江伟主编：《民事诉讼法》（第五版），中国人民大学出版社2011年版，第426页。也有观点似乎认为针对妨害诉讼行为所采取的强制措施与实现执行的执行措施，性质不同、不宜共存，参见勒建丽：《对行为请求权的强制执行的思考》，载《河南司法警官职业学院学报》2011年第1期，第86页。

[5] 肖建国主编：《民事执行法》，中国人民大学出版社2014年版，第335页。

[6] 参见娄必县：《论未成年人子女探望权的执行——以儿童福利为中心》，载《青少年犯罪问题》2015年第1期，第61-62页；任学强：《论探望权中未成年子女的权利保障》，载《天中学刊》2010年第1期，第58-59页。关于探望权的学位论文中也常常出现对此的批评。值得一提的是，我国台湾地区有着将子女视作客体加以执行的规定：“我国台湾地区‘强制执行法’第128条规定：执行名义，系命债务人交出子女或被诱人者，除用拘提、管收、处以怠金间接执行外，亦‘得用直接强制方法，将该子女或被诱人取交债权人’。”见董少谋著：《民事强制执行法学》，法律出版社2011年版，第277页。

[7] 《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见（试行）》第十一条第二款规定，当事人对行使探望权的方式、时间等无法达成协议的，人民法院应当听取十周岁以上未成年人对探望方式、时间等的意愿，并结合当事人的实际情况，未成年人的年龄、学习情况、生活规律、身体状况等依法确定。针对抚养权纠纷也有着类似的规定，如《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5条：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑子女的意见。”

[8] 陈爱武著：《家事法院制度研究》，北京大学出版社2010年版，第42页。

[9] 娄必县：《论未成年人子女探望权的执行——以儿童福利为中心》，载《青少年犯罪问题》2015年第1期，第61页。

[10] “‘婚姻家庭矛盾处理不当，还有可能引发极端事件或暴力犯罪，严重影响当事人的幸福感和安全感。’多次参与专题调研的广东高院民一庭审判长张丽说：‘不能将一般民商事案件的理念和方法简单用于家事纠纷……’”见张慧鹏、潘玲娜、贾密：《“以家为本”的专业化审判——广东法院“专业审判+情感修复”家事审判方式和机制调查》，载《人民法院报》2016年6月9日第5版。

[11] 陈飏：《家事事件：从家、婚姻家庭到家庭纠纷的本源追溯》，载《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2014年第6期，第94页。

[12] “‘过去，经常发现一家人或一对夫妻在法院同时存在或先后诉讼多起有牵连关系的家事案件。有一对夫妻诉讼离婚后，再诉讼多个离婚财产纠纷及子女探望权纠纷等，一起离婚案件，分别在7家基层法院衍生出57起关联案件。’南京中院少年及家事审判庭庭长周侃举例说……”见赵兴武：《南京法院少年及家事审判：为了儿童利益最大化》，载《人民法院报》2016年6月18日第1版。

[13] “对权利进行救济以及对过错方进行惩罚，就成了对抗制诉讼程序的首要价值，而其他因素（例如效率、成本、情感的承受能力等）则没有被作为重点考虑的要素。”见杨冰：《从理念转变到多元协作——略论美国家事纠纷解决机制新发展》，载《河北法学》2011年第12期，第178页。

[14] 钱晓峰、乐宇歆：《未成年人民事审判社会观护制度探索》，载《青少年犯罪问题》2015年第2期，第

102 页。

[15] “如另一执行案件，民事判决书对行使探望权的具体时间规定的非常详尽，其中的一项内容为‘每月原告可将孩子接走共同生活两天，具体时间在每月的第二个星期六上午九时至第二天下午四时，被告予以协助’。虽然裁判文书规定的内容详尽且可操作，但权利人每次行使权利时，都受到相对人不同程度的阻挠，以至于不得不申请法院强制执行。在执行过程中，被执行人表示愿意履行义务，但一再要求只能按判决书确定的时间履行自己的义务，不同意与申请人就探望时间及其他细节达成和解协议。由于规定的时间是周末休息日，被执行人坚持在周末履行义务，其规避法院工作人员的监督和执行的意图非常明显。这说明，在裁判中作出细化的规定自然可以明确争议事项的解决方法，但却无法兼顾现实可能出现的变动情况、也容易束缚住执行部门的执行行动，导致案件的处理陷入非常被动的境地。”见项旭峰：《关于探望权案件审理与执行情况的调研》，载《法制博览》2015年第11期，第153—154页。“执行此案的法官告诉记者，现在很多被探视儿童为学龄儿童，有繁重的学业压力，甚至周末都有培训、补课安排。而执行依据所规定的探视时间、方式、地点，在离婚若干年后，时过境迁，不合时宜。严格按照执行依据探视，将严重地影响孩子生活、学业，不利于孩子的健康发展。”见舒锐、赵丽：《四种不良状态诱发探视权案件执行难》，载《法制日报》2011年4月18日第8版。

[16] 参见项旭峰：《关于探望权案件审理与执行情况的调研》，载《法制博览》2015年第11期，第153—154页；娄必县：《论未成年人子女探望权的执行——以儿童福利为中心》，载《青少年犯罪问题》2015年第1期，第65—66页；张乾：《探望权强制执行措施的完善》，载《绵阳师范学院学报》2011年第12期，第20—21页；车发强：《论探视权案件的执行》，载《山东社会科学》2012年第5期，第210—211页。

[17] 同上引。

[18] 参见卫建萍、陈凤：《上海少审：还孩子一片晴朗的天空》，载《人民法院报》2015年6月14日第6版。

[19] “自2014年4月起，该院尝试将涉少离婚案件纳入少年庭审理，力求在处理离婚纠纷时兼顾抚养、探望等纠纷的一揽子解决，在处理好夫妻婚姻问题的同时，提醒双方对孩子的心理进行缓冲处理，妥善安排离婚后的抚养费、探视权等问题，最大程度地保护好涉案少年的合法权益。”见卫建萍、陈凤：《上海少审：还孩子一片晴朗的天空》，载《人民法院报》2015年6月14日第6版。

[20] 同上引。

[21] 赵兴武：《南京法院少年及家事审判：为了儿童利益最大化》，载《人民法院报》2016年6月18日第1版。

[22] 参见周侃、徐聪萍：《家事审判：创新司法理念 探索工作机制》，载《人民法院报》2016年6月1日第7版。

[23] 广州市中级人民法院于2007年制定了《广州市法院审理未成年人民事案件社会观护（员）制度实施规程》。上海市高级人民法院于2011年与共青团上海市委员会联合制定了《上海法院审理未成年人民事、行政案件开展社会观护工作的实施意见（试行）》。

[24] 参见黄蓉、施赞：《探望监督人制度的创设实践与完善建议》，载《青少年犯罪问题》2015年第期，第102—103页。

[25] 参见钱晓峰、乐宇歆：《未成年人民事审判社会观护制度探索》，载《青少年犯罪问题》2015年第2期，第102、104页。

[26] 参见广西高级人民法院民一庭：《广西法院家事审判调研报告》，载夏吟兰、龙翼飞主编：《家事法实务》（2015年卷），法律出版社2016年版，第287页。之所以说家事调查员“单纯负责事实调查”，是因为社会观护员的职责还包括参与庭中调解、判后回访等。其中，判后回访完全可以被归纳为前文提到的“将社会力量引入执行阶段作为助力”。相比于家事调查员仅在事实上对审判工作的辅助作用，社会观护员在职责上的综合性更强，以至于几乎可独立于审判人员而作为多元化纠纷解决机制中的“一元”。

[27] 《上海法院审理未成年人民事、行政案件开展社会观护工作的实施意见（试行）》第十八条规定：“未成年人民事案件社会观护的内容包括：（一）对未成年人的个人情况、家庭情况、学习情况以及权益保护现状等进行社会调查；（二）在案件审理过程中协助法院对案件进行调解、对未成年当事人进行疏导；（三）在案件审理时出庭宣读社会调查报告，并接受原被告双方的质询；（四）案件审结后，对未成年当事人进行回访观护，了解裁判的履

行情况，考察未成年人的权益保护情况，并及时向法院书面报告回访观护情况；（五）在观护过程中发现实施伤害、虐待、遗弃等危害未成年人的违法犯罪行为或者侵害未成年人财产权益、受教育权等其他权益情形的，及时向有关部门报告，并进行适当的社会保护和干预；（六）对当事人、未成年人的监护人或近亲属进行法制、伦理道德等方面的宣传；（七）其它需要进行社会观护的内容。”

[28]“多元化家事纠纷解决模式”一词引自巫若枝的《30年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示——基于广东省某县与福建省厦门市五显镇实践的分析》（载《法商研究》2010年第2期）一文。笔者在本文的撰写过程深受该文启发，故特在此说明。

以无性婚姻为由提起的离婚诉讼，是否可以获得法院支持？

2016-09-27 裁判要旨通纂 王林清 杨心忠等

裁判要旨：虽然性功能障碍不属于《婚姻法》规定的禁止结婚的疾病，但性生活是夫妻生活中不可缺少的一部分，因此以无性婚姻为由提起的离婚诉讼，应当支持。

规则解读

夫妻感情是否破裂是判决是否离婚的唯一标准。性生活对夫妻感情的培养和持续都有很重要的作用，若一方无法接受另一方没有性行为而诉请离婚，法院可以认定夫妻感情破裂，准予离婚。

案件审理要览

案件来源：参见《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，王林清、杨心忠、赵蕾著，北京大学出版社2014年10月第1版第308页。

1 基本案情

原告任某诉称，原、被告2005年自由恋爱，2009年5月26日登记结婚，双方均系初婚，婚后未生育子女。原、被告双方婚后感情一般，后经常因家庭琐事发生争吵，被告不能与原告进行正常的夫妻生活，双方自2010年1月分居至今，夫妻感情确已破裂，故诉至法院。诉讼请求：

- （1）原、被告离婚；
- （2）依法分割共同财产；
- （3）本案诉讼费用由被告承担。

被告王某不同意离婚。

经审理查明，原、被告2005年自由恋爱，2009年5月26日登记结婚，双方均系初婚，婚后未生育子女。原、被告双方婚后感情一般，经常因家庭琐事发生争吵，自2010年1月分居至今，现原告诉请离婚，被告以夫妻感情尚未破裂为由不同意离婚。庭审中，原告主张被告无性能力，无法正常进行夫妻生活，并提供某医院出具的诊断证明书，该证明书记载：任某，处女膜完整。被告对此予以否认。另查明，现存放于北京市某区某号房屋内的夫妻共同财产及装修价值计人民币113 507元。

2 审理要览

法院认为，婚姻关系应以双方的感情为基础。原、被告双方自由恋爱，自主结婚，婚后夫妻感情尚可。但自双方结婚至今，原、被告双方没有进行过正常的夫妻生活，原告处女膜依然完整。虽然夫妻生活在婚姻关系中并非起绝对作用，但仍是婚姻关系当中所不可或缺的。原告诉请离婚，被告虽然不同意离婚，但继续维持这段婚姻关系对原告而言是不公平的，也是残酷的，故本院对原告要求与被告离婚的诉讼请求予以支持。被告不同意离婚的辩解与常理相悖，本院对其辩解不予采信。现存放于北京市某区某号房屋内的夫妻共同财产及该套房屋内的装修价值归原告所有，原告给付被告相应的折价款，具体数额依据原、被告双方在庭审中达成的意见予以确定。综上所述，依据《中华人民共和国婚姻法》第32条第3款第5项之规定，判决：

- （1）任某与王某离婚；
- （2）现存放于北京市某区某房屋内的装修价值归任某所有，任某于本判决生效后10日内给付王某折价款人民币5.5万元；
- （3）驳回原告其他诉讼请求。

规则适用

①法律对无性婚姻的认定

“无性婚姻”并不是法律术语，对于无性婚姻，法律规定得也很少。只有在最高人民法院《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》第1条中提到：“一方有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷的，或其他原因不能发生性行为，且难以治愈的。”虽然这一条不包括客观上有性能力但主观上不想发生性行为的现 象。但主观上不想发生性行为的，也应当适用该条款。人有享受性爱的权利，我国得到法律认可的性爱只发生在配偶之间，如果因为一方的原因使得另一方无法享受性爱，无疑是不公平的。同时性爱也是夫妻感情的重要组成部分，因此无法进行性生活也是认定夫妻感情破裂的重要因素。适用这一条时应注意，不是所有的无性婚姻都应当判决离婚，处理时还应当考虑以下两点：

① 有证据证明不能发生性行为

性关系是比较隐蔽的关系，除了夫妻二人，往往第三人很难得知，但夫妻二人往往又各执一词，因此能否取到足以证明无性事实的证据，是案件成败的关键。一般来说，获取这类证据的途径有两种：一种是一方性功能障碍的诊断证明，一类是女方处女膜完整的证明。结合当事人的陈述，婚前了解时间的长短，婚姻存续时间的长短等，由法官作出综合判断。

② 一方经治疗后仍难以治愈

当事人直接举证证明难以治愈是很困难的，但可以通过证明无性事实存续时间长、一方多次诊疗仍无好转、婚后多年无子女等事实来加以证明。

② 无性婚姻不构成无效婚姻

《婚姻法》第7条第2项规定，“患有医学上认为不应当结婚的疾病”，禁止结婚。对于禁止结婚的疾病，根据《中华人民共和国母婴保健法》的规定，主要包括：

① 严重遗传性疾病，是指由于遗传因素先天形成，患者全部或者部分丧失自主生活能力，后代再现风险高，医学上认为不宜生育的遗传性疾病。对诊断患医学上不宜生育的严重遗传性疾病的，医师应当向男女双方说明情况，提出医学意见；经男女双方同意，采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不能生育的，可以结婚。但婚姻法规定禁止结婚的除外。

② 指定传染病，是指《中华人民共和国传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒、麻风病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。

③ 有关精神病，是指精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。经婚前医学检查，对患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，医师应当提出医学意见；准备结婚的男女双方应当暂缓结婚。

因生理缺陷不能发生性行为的，不属于以上禁止结婚的范围，因此无性婚姻不属于无效婚姻。实际上，1950年《婚姻法》曾规定，“有生理缺陷不能发生性行为者”属于禁止结婚的范畴，但随着社会的进步，逐渐放宽了禁止性结婚的规定，1980年的《婚姻法》对此未加限制。故该类案件不能通过请求法院确认无效婚姻或者撤销婚姻的途径解决，只能通过离婚之诉解决双方的纠纷。

③ 裁判解析

夫妻感情是否破裂是判决是否离婚的唯一标准。性生活对夫妻感情的培养和持续都有很重要的作用，若一方无法接受另一方没有性行为而诉请离婚，法院可以认定夫妻感情破裂，准予离婚。但无性婚姻不是必然导致法院判决离婚，无性婚姻之所以成为离婚的理由之一，是因为性爱和夫妻感情密不可分，没有性爱很可能导致夫妻感情淡漠，但如果一方并不介意对方是否有性能力，或者双方已经孕育子女，婚姻关系存续多年都十分稳定，也就是说，性生活在夫妻关系中的作用并不是很大的情况下，法院不能仅因双方没有性行为而判决离婚。

司法实务中对最高法院“关于适用民法的解释”若干条款的理解

2016-09-28 北京审判 北京三中院民二庭

编者按：近日，北京市第三中级人民法院邀请清华大学法学院王亚新教授讲授司法实务中对最高法院“关于适用民法的解释”若干条款的理解。该院民二庭结合审判实务，对八类较为典型的法律适用争议问题进行了归纳梳理，经该院民商事专业例会讨论，形成如下意见供审判中参考。

一、法定代表人或主要负责人所做的陈述，是当事人陈述还是证人证言？

我们认为，法定代表人或主要负责人的陈述系当事人陈述，而非证人证言；未作为代理人参加诉讼的法人或其他组织的职员，经历了整个案件事实发生的过程的，其陈述为证人证言，非当事人陈述。

二、继承案件中，案外人对各方诉争的遗产主张独立权利时，法院应当如何处理？

我们认为，该问题应当区分情况处理，析产继承案件的审理内容本身就包括确权与分割、继承等多项内容，故如果案外人本身为继承人，则其应被追加为本案的原告或被告参加诉讼，其相关权利主张可在案件中统一解决，无需另诉或作为独立诉讼请求提出；如果案外人非继承人则其应当提出独立的诉讼请求，作为有独立请求权第三人参加诉讼或另诉确权。根据案件情况，必要时继承诉讼可先行中止。

三、在离婚诉讼中，第三人主张夫妻双方争议的财产为自己所有，能否列为有独立请求权的第三人？

我们认为，此种情形不宜将第三人列为有独立请求权的第三人。离婚纠纷的财产处理以离婚为前提，争议方不能作为他人离婚案件中的有独立请求权的第三人。

四、民事诉讼中列无独立请求权第三人的原因及法院审查标准。

我们认为民事诉讼列无独立请求权第三人存在三个递减层次的原因：第一层次是程序保障；第二层次是纠纷的一次性解决；第三层次是查明事实真相。案件中存在前两个层次情况的，法院应当审查通知第三人作为无独立请求权的第三人参加诉讼，但如果仅为第三层次，则需要征求当事人意见，也可视情况通知其作为证人参加诉讼。同时认为，一般情形下，不应单纯为查明案件事实追加第三人为无独立请求权的第三人。

五、对于被告不适格，法院应当裁驳还是判驳？

我们认为，在审判实践中，传统民事和传统商事领域对这个问题的处理方式截然不同，商事庭一直明确要求在最终裁决作出前，涉及当事人主体等程序问题必须以裁定的形式先确定，不能在判决中对实体和程序问题一并处理。而民事庭对此没有特别规定，传统做法是可以在判决中一并处理程序和实体问题。回归到被告主体适格问题的争论中，确实存在法院一受理或者开庭前就发现并确认不适格的情形，也存在通过多次谈话、调查甚至庭审全部结束后，合议庭在评议法律关系、责任承担等终局意见时，确认被告的主体资格存在问题。此时，确实不应当僵化地以唯一方式处理。如果是法院一受理或者开庭前就发现并确认不适格的，合议庭裁定驳回原告的起诉，或者先行裁定驳回原告对部分被告的起诉，是完全正确的。如果是通过多次谈话、调查甚至开庭后合议庭才确定被告主体资格存在问题的，往往这个确认是与案件法律关系确认、事实认定密切关联，这时“被告不适格”这样一个看上去的“程序问题”，就不应简单的“程序问题”程序处理了，应当结合全案法律关系认定、案件事实确认以及相关法律规范，对程序和实体问题一并处理才更恰当。

《中华人民共和国民事诉讼法》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。从文义解释的角度出发，“有明确的被告”并不是要求被告适格或者正确，法院经过审查后发现被告不适格，即原告告错了人的，法院判决驳回原告的诉请，这样处理亦不影响权利人另诉。

六、一审法院在不知当事人于一审期间死亡的事实的情况下对案件进行了裁判。死者继承人以死者名义提起上诉，二审法院开庭后查明死亡事实，应如何处理？

我们认为，一审法院未查明当事人死亡的事实即判定死者享有权利或承担义务，判决的主体错误，属程序严重违法，二审法院应将案件发回重审。

七、某农村房买卖合同纠纷，原告以买卖合同不存在为由要求确认所有权。一审法院认为买卖合同不成立，二审法院认为买卖合同成立但无效。此种情形下，二审法院是在否定原告诉讼请求的基础上直接驳回原告的诉讼请求，还是认定买卖合同成立，进一步认定合同无效后，支持原告的诉讼请求。此种情形下如何判断审级利益问题？

我们认为，二审不单纯是法律审，也包括案件事实审，且民事诉讼双方当事人都可以提出诉讼意见，只要该案中的事实与法律关系性质问题在一审法院已经进行了质证与辩论，则即使一审法院定性错误，二审法院也可以按照自己查明认定的事实直接审理，确定法律关系性质并作出判定，不必发回重审。

八、根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条第一款的规定，当事人主张的法律关系与法院认定的法律关系不一致，法院向当事人释明变更诉讼请求后，当事人拒绝变更的，裁定驳回起诉。除了民间借贷纠纷外，其他案件如果当事人主张的法律关系与法院认定的法律关系不一致，是作判驳还是裁驳处理？

我们认为，“法律关系不正确”适用裁驳还是判驳，也是长期以来审判实践中争议很大的一个难题。从诉讼进

程的角度把握，法院受理案件后尚未进入实体审理阶段，也就是正式开庭前，合议庭判断原告之诉法律关系不正确的，适用裁驳；开庭审理了，被告也做实质答辩了，经过审查确认原告所诉法律关系不正确，被告辩称的法律关系正确的，或者原被告所称法律关系均不正确，通过法官释明当事人拒绝变更法律关系的，适用判驳。同时从另一角度分析，如果仅审查原告诉请和证据，难以确认原告所诉法律关系与被告有关或者应承担法律规定的民事责任时，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第（一）项规定“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”，裁定驳回原告起诉是完全可以的。如果仅审查原告的诉请和证据尚不足以做出判断，听取了被告的答辩意见，审查了被告出示的证据，然后才判断原告诉请的法律关系有误，此时应理解为原告诉请的法律关系没有充分的证据和理由支持，据此在原告诉请缺乏证据和事实支持的基础上，判决驳回诉讼请求也是完全可以的。所以，我们认为，在裁驳还是判驳的问题上，应当根据个案审理的实际情况作出判断，不宜简单地以“法律关系不正确适用裁驳还是判驳”这样的命题来设限。判决驳回原告的诉讼请求，不影响原告依据正确的法律关系另行提起诉讼。

确认之诉中诉的利益及其裁判考量

2016-09-28 重庆市第五中级人民法院 郝绍彬 刘德宝

【案情】

因城市化发展的需要，重庆市J区S村面临拆迁安置补偿。该村的张某等兄弟三人均已成年，为了多分得拆迁补偿而订立了分家协议。张某起诉到重庆J区法院要求确认分家析产的约定有效。审理中，原被告双方当事人对分家析产协议的效力及真实性没有异议，但均表示请求以判决形式结案。

【分歧】

就本案的处理，有两种不同意见：

第一种意见认为，法院应判决确认该协议有效。张某兄弟订立分家协议客观真实，符合双方当事人意思自治原则。

第二种意见认为，法院应裁定驳回张某的诉讼请求。因为双方当事人缺乏基本的争议事实，不具有合法的诉的利益。

【评析】

笔者赞同第二种意见，理由如下：

1. 确认之诉应以具有诉的利益为前提

诉的利益是基于原告主张的实体利益现实地陷入危险和不安时而产生的，这种危险与不安源自侵权行为或争议状态，并能直接促成原告请求诉权保护的合理理由或事实。判断是否具有诉的利益，是确定人民法院民事案件主管的主要依据。它可以将正当的、需要诉讼保护的民事权利或形成中的权利引入到审判中予以诉讼救济，进而可能形成新的法律权利。本案中，张某与其兄弟之间的分家协议有效性确认之诉应该源自侵权行为或争议状态。但恰恰相反，双方当事人对签订分家协议有效性确认并没有面临或遭受侵权行为的损害，且双方对其真实性没有异议，这就导致张某提起的确认之诉丧失了存在的前提。

2. 确认之诉中不安与危险应当现实存在

这种不安与危险应该是已经发生或正在发生的。由于法律关系将来的发展变化随当事人主观意愿而具有不确定性，因此无法对将来的事态发展作出确定性判断。即使法院没有确认其分家协议的有效性，其分家析产合法的权利并未处于一种已经发生或正在发生的危险状态，当事人主观臆想的危险并不存在，当然也没有侵害其合法权益，故张某起诉并不符合具备诉的利益要求。

3. 确认之诉之裁判应考量公共利益

确认之诉不能违背社会的主流价值导向和公共政策等因素，因为当事人不能出于过分追求个人利益目的甚至损害国家、集体或第三人合法权益而提起确认之诉。此外，司法实践中明确诉的利益可以有效地防止当事人滥用诉权，节约宝贵的司法资源与审判成本。本案中，张某恰恰是利用公共政策的管理漏洞，起诉其兄弟，要求法院确认分家协议有效，意图在拆迁安置中获得较多的补偿。张某兄弟等三人不需要通过诉讼途径来确认相互间没有争议的法律事实。因此张某提起确认之诉，以损害拆迁人（国家或集体）利益且浪费司法资源为代价谋取私利的行为侵害了公共利益，应裁定予以驳回。

夫妻忠诚协议能否保卫婚姻

“家事法苑”团队奉献

2016-03-22 广西法院网 柳城法院 黄茜

近年来，持续上升的离婚率导致夫妻之间对婚姻的不安全感不断飙升，渴望保卫婚姻的夫妻签订了所谓的“夫妻忠诚协议”。“夫妻忠诚协议”，是指夫妻在平等协商的基础上，出于相互忠诚的要求，在婚前或婚姻关系存续期间，签订的夫妻关系存续期间内夫妻权利义务关系的协议。现如今许多夫妻想通过协议来维护婚姻关系的稳定性和夫妻关系的忠实性，使得以权力丧失的方式承担违约责任的“夫妻忠诚协议”成为一种“时髦”。

“夫妻忠诚协议”的相关法律问题及效力引发了社会各界的密切关注，但法律界对此仍未形成统一的认识与定论。人民法院对违反“夫妻忠诚协议”案件的裁判理由和结果各异，几乎雷同的案情也有不同的处理。如2012年8月江西赣县人民法院判令男方因违反“忠诚协议”中的两则条款，判决两人离婚，丈夫赔偿妻子精神抚慰金10万元，夫妻共同财产归原告所有。又如青岛市市北法院认为，双方当事人签订的“忠诚协议”属于一种道德协议，不具有法律效力，遂判决二人离婚，驳回一方要求另一方赔偿违约金30万元及空床费5万元的诉讼请求。

夫妻之间负有相互忠实的义务，不仅是道德方面的义务，也是法律上应承担的义务。因此，夫妻忠诚协议是否具有法律效力要分清情况来加以区别对待。第一，夫妻双方约定如果一方出轨或违反忠诚义务，其中一方无条件放弃所有共同财产，根据夫妻双方有权处理其共有财产的法律规定，该协议符合法律精神，符合婚姻法的本意，只要夫妻双方是完全民事行为能力人，双方意思表示真实并且出现了《婚姻法》四十六条规定情形，那么这种约定即是有效的。可以受《婚姻法》的调整，法院应当支持无过错方的诉讼请求。第二，如果双方于婚姻关系存续期间约定“若一方有外遇，则赔偿若干万元损失费”、“若违反忠诚协议，愿赔偿另一方若干万元损失费”或支付所谓的“空床费”等，这些都属于道德协议并不具备法律效力，法院应驳回其诉讼请求。第三，若夫妻忠实协议中约定“一方在婚姻期间内由于道德品质上的问题，发生婚外情，令对方名誉损失的，应当赔偿对方的名誉损失费若干元”，如果不是重婚、与他人同居的，请求的赔偿并不符合婚姻法四十六条规定的请求损害赔偿的要件但却符合一般人身权益侵权要件。在这种情形下，双方约定的损害赔偿金可以作为法院判决赔偿金额的参考依据，法律并不排除夫妻之间相互侵权应当承担侵权责任。

综上观之，对于违反“夫妻忠实义务”的行为，应区分各种情形进行具体分析和评判，法律的职责是维护社会秩序，保护公民的合法权益，但法律的适用必须依据其所规范和调整的范围进行规定，而不能超越法律去调整或过分干预夫妻双方在道德层面上产生的问题。

“人身保险金”能否作为遗产继承？

2016-09-28 重庆法院网 城口法院 余秋江

[案情介绍]

2015年9月1日，城口县人李某某驾驶的车牌号为渝F0Z***小车在省道301行驶时不幸撞到路边岩石，李某某当场死亡。李某某生前曾购买了人身保险，根据保险合同，保险公司赔偿了48000元的人身保险金，而当年李某某投保人身保险的受益人为其妻子谢某。李某某父母认为该人身保险金应作为李某某的遗产进行继承，谢某不肯。在亲戚的劝说下，谢某将该笔人身保险金分给了李某某父母18000元。

[争议焦点]

那么，“人身保险金”能否作为遗产继承？笔者试作浅要分析，不足之处请指正。

[法律分析]

人身保险是以人的寿命和身体为保险标的的保险。当人们遭受不幸事故或因疾病、伤残、年老以致丧失工作能力、死亡或年老退休时，根据保险合同的约定，保险人对被保险人或受益人给付保险金或年金，以解决其因病、残、老、死所造成的经济困难。人身保险具有如下特征：(1)保险标的人格化；(2)保险金定额支付；(3)人身保险的保险事故涉及到人的生死、健康；(4)保险人不得强制请求(如通过诉讼等形式)投保人缴纳保险费；(5)人身保险不适用代位求偿权。由此可见，人身保险不同于财产保险，其具有极强的人身依附性，多数情况下投保人都是为自己投保，投保人即为被保险人(也不包括为他人投保的情形)。因此，人身保险金应当属于被保险人。然而，由于人身保险的内容多涉及生命，当发生保险合同中约定的由保险公司给付赔偿的情形时，被保险人多半已经死亡，其本人已经无法享受该保险金，因此在人身保险合同中多指定受益人，即当事故发生后，保险金由保险合同中指定的受益人享受。那么，由于人身保险金存在是否指定了受益人的区别，其是否能作为遗产继承，需根据是否指定了受益人来区分。

“家事法苑”团队奉献

《最高人民法院关于保险金能否作为被保险人遗产的批复》：根据我国保险法规有关条文规定的精神，人身保险金能否列入被保险人的遗产，取决于被保险人是否指定了受益人。指定了受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应付给受益人；未指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产处理，可以用来清偿债务或者赔偿。

综上所述，关于“人身保险金”能否作为遗产继承应视情况而定，即被保险人如果指定了受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应付给受益人，由受益人个人所有；没有指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产进行处理。

柳城县法院分析家事案件执行工作特点并提出对策

2016-03-30 广西法院网 柳城法院 黄汉柳

柳城县人民法院是广西壮族自治区家事审判改革试点唯一的县级法院，该院自2015年7月设立家事审判团队以来，侧重抓好家事案件的执行工作，至今共收家事执行案件71件，结案46件，结案率67%，未结25件，其中和解21件，强制执行3件，委托执行1件，自动履行6件，终结本次执行程序15件。通过执结一批包括赡养费、抚养费、抚育费、交出子女、探视权、遗产继承、离婚财产分割等家事案件，该院发现以下问题：

一、执行家事案件具有特殊性：

（一）从执行标的上看，家事案件的执行标的具有多样性。家事案件的执行标的可以是财物，如分割遗产案、赡养费、抚养费、抚育费案件的执行；家事案件的执行标的也可以是行为，如探视权的强制执行；家事案件的执行标的在特殊情况下还可以是人身。

（二）从执行的时间上看，家事案件的执行时间往往具有周期性。定期支付抚养费的离婚案件、给付赡养费的案件、给付抚育费的案件以及探望权纠纷案件的执行，不可能一次性执行完毕，而且具有反复性、周期性。

（三）从申请人与被执行人之间的关系看，家事案件执行的双方当事人之间往往具有亲情或血缘关系。家事案件当事人之间的特殊关系表明，在执行中应注意维护当事人之间的亲情关系，妥善处理好法与情的关系，否则，可能给家庭或社会生活埋下不稳定因素。

二、执行家事案件有两难。

1、探视权案件和强制交出子女案件执行难。主要表现四方面：（1）被执行人不配合。（2）被探视的子女不配合。（3）案外人阻挠。（4）法院执行力量有限。如强制交出子女的案件中，有个别被执行人竟然拿子女做筹码威胁申请执行人和执行干警。如强制执行探视权经常需要执行干警陪同进行。但司法资源有限，执行干警不可能参与到申请人逐月探视的案件。同时，法院考虑到这种陪同反过来就影响了孩子的身心健康，执行干警不得不中止或终止探视权案件的执行。

2、赡养费、抚养费、抚育费（以下简称“三费”）案件执行难。主要表现在两个方面：一是应当履行义务的一方当事人想方设法拒绝给付上述费用，有玩失踪者，有将财产转移者，有干脆移民出国者。二是被执行人故意刁难、凌辱申请人后方才履行义务，使申请人尽失尊严、还承受痛苦的精神煎熬。

三、缘何家事案件执行难？

1、法定的执行措施不健全是主要原因。民事诉讼法规定的各种强制执行措施如查封、冻结或罚款、拘留等，对家事案件并不都能适用。如强制交出子女案件中，尽管子女本身就是执行的对象，但不能强制性地、粗暴地将子女“送交”给监护人。因为缺乏针对家事案件的法定强制执行措施，所以在家事案件的执行中，往往当事人拒不配合履行义务，法院强制执行会陷入被动境地。

2、家事案件执行的立法缺失是根本原因。因为我国民事诉讼法没有就家事案件的执行问题进行特别规定，家事案件特殊的执行程序、执行措施、执行原则、执行理念等无法在实践中得到贯彻和体现，必然造成“执行难”。

3、当事人自身素质不高是执行难的一个重要因素。家事案件执行的最大障碍是被执行人不予协助和配合，他们拒绝合作的原因有些是因为与申请执行人积怨很深，堵气使然；还有些则完全是由于其自私自利的本性、不良的社会环境导致，而后者一定程度上又是形成前者的重要原因。

四、缓解家事案件执行难之建议。

（一）完善家事案件执行的基本制度。笔者认为可试行家事案件的“履行保证制度”。该制度由两个内容构成：履行劝告令、履行支付令。履行劝告具有类似我国执行中的说服教育原则的功效，将其制度化有利于树立执行人性

化的理念；履行支付令则有限定期限履行的意思。这一制度可操作性较强，对拒不履行的个人的制裁措施则可以包括：批评、训诫、罚款、拘留、拒不执行法院判决裁定罪等多样化的措施。对涉及财产的执行措施包括查封、扣押、冻结、直接划扣等制裁措施。

（二）在立法上明确家事案件执行的特有原则。1、注重保护妇女、儿童、老人等弱势群体利益原则。家事案件多数涉及妇女、儿童、老人等弱势群体，这就要求强制执行法对这部分群体的利益进行特别关注。2、注重维持当事人之间和谐关系的原则。执行法官在执行中讲究“和谐”和“双赢”，才能使家事案件的执行真正实现案结事了人和。3、强制执行和说服教育相结合原则。4、慎用强制执行措施原则。“慎用”并不是不用强制措施，而是强调要把强制措施作为穷尽一切说服手段后的最终措施和威慑力量。

（三）拟立法规定恶意阻碍探视可成为变更抚养关系的法定事，以及扩大协助执行义务人的范围。如果与未成年子女共同生活一方屡次拒绝对方探望子女，情节严重的，对方则可以向法院提起诉讼，要求变更子女抚养关系，法院应当予以支持。同时，协助执行的义务人包括被执行人本人、与未成年子女实际生活在一起的祖父母、外祖父母、其他近亲属以及未成年子女就读的幼儿园、学校等。

（四）拟建立精神损害赔偿制度。这主要运用在探望权纠纷案件中。如果抚养人故意设置探视障碍，使得探望权人见不到子女，遭受精神痛苦，探望权人可以要求精神损害赔偿。判令精神损害赔偿既可以补偿探望权人不能行使探望权所受到的伤害，也可约束抚养人履行协助义务。但此赔偿必须符合最高人民法院关于民事侵权精神损害赔偿的司法解释规定的条件，实践中要严格掌握。

融水法院分析探视权案件执行难的原因及对策

2016-03-30 广西法院网 融水县人民法院 戈宁

探视权是指夫妻双方离婚后，不直接抚养子女的父亲或母亲有探望子女的权利，直接抚养子女的一方有义务协助非抚养一方行使探望子女的权利。2001年4月28日，新颁布的《中华人民共和国婚姻法》第38条明确规定了离婚父母对子女有探望的权利，首次以立法的形式确立了探视权制度。但是，探视权案件的执行一直以来都存在许多困难。因为探视权是人权，不同于物权。在司法实践中探视权难以执行有多方面的因素，有时是直接抚养子女的一方拒绝探视，有时是子女拒绝探视。法院能否强制执行？如何实现父母、子女利益和子女意志之间的平衡？这些都是探视权亟待解决的问题。因此，融水法院通过对探视权案件难的原因进行分析，并提出相应的对策，以期对人民法院探视权案件的执行有所裨益。

一、探视权案件执行难的原因

（一）作为执行依据的裁判文书中缺乏对探视权的具体规定。从近三年来审理的离婚1224件案件中，90%的当事人提出了将来探视子女的要求，法院在审理离婚案件时对此作出了处理，并在裁判文书中予以载明。虽然大多数的裁判文书中规定了当事人享有探视子女的权利，但未确定具体的探视方案，对探视的时间、探视的地点、探视方式等都没有明细的规定，导致执行人员无从下手，无法执行。

（二）当事人行使探视子女权利的长期性、反复性与人民法院执行警力的有限性和执行案件的有期限性存在矛盾。探视权执行程序，不像其他权利，如债权等，能够一次性执行完毕。探视权存在长期性的特点，只要子女尚未成年，不与子女共同生活的一方父母始终都有这个权利，并且持续的时间很长，一般从离婚到子女年满十八周岁，这期间，只要探视权人权利受阻，均可申请执行。如果法院介入，被执行人通常会迫于法院的压力而做出一种愿意履行协助义务的姿态，允许权利人探望子女。可是，离婚后的当事人双方通常在很长时间内都存在强烈的敌意，一旦法院停止监督，义务人很容易便出现反复，又以种种理由阻挠权利人探望。这样，权利人又向法院申请强制执行，周而复始，探视权人和法院都疲于奔命，导致严重的诉累和司法资源的浪费。

（三）被执行人的协助义务界定困难。被执行人自己阻挠另一方行使探视权的，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要阻挠另一方行使探望，能否认定是被执行人不履行协助义务？这些都是会对探望权的执行增加难度。

（四）子女拒绝被探视导致执行难。司法实践中，探视权执行过程中可能出现不愿意或拒绝被探视的情况，导致执行出现尴尬。一般造成这种结果的原因有：一是子女在抚养方及其家人的教育或在各种社会环境的影响下，导致对不与其一起生活的父或母的印象很差或极度陌生，从而拒绝被探视；二是处于与子女共同生活的一方可能出于报复、仇视等心理作用而教唆孩子拒绝另一方的探视。大多数执行法官在面对这种情况时，由于无法客观掌握子女

拒绝被探视的真实想法和动机，无法把握执行的尺度，导致执行工作无所适从。

（五）探视权不能对子女的人身强制执行。对探视权的强制执行不同于其他的民事权利强制执行，不能直接采取强制执行措施将儿童交付给享有探视权的当事人，因为这样就涉及到对人身执行的问题。民事强制执行的标的，只能是财物和行为，不能强制执行人身。对子女的人身强制执行，既不人道，又不利于双方当事人矛盾的解决，更不利于子女身心健康。

二、解决探视权案件执行难的对策

（一）坚持“原情”执行理念，重视思想教育和法制宣传工作。在执行时，要把思想教育和法制宣传工作贯穿始终，切实做好疏导教育工作。法院在执行这类案件时，要始终贯彻疏导教育方针。民事执行的标的只能是物与行为，不能为人身。对未成年人的人身强制执行，既不合法，也不利于双方当事人矛盾的解决，更不利于子女身心健康。法院在执行这类案件时，要做好耐心细致的思想教育与法制宣传工作，使当事人认识到父母子女关系是自然的血缘关系，不因父母离婚而解除，另一方有探望子女的权利，阻扰、拒绝对方探望既不合情，也不合法，同时也不利于子女的身心健康发展，争取直接与子女共同生活一方主动履行协助义务，使案件得以圆满解决。

（二）应全面了解案件，制作具有灵活性的裁判文书。执行名义出现问题，使执行人员无法下手执行。这就要求审判人员在办理离婚案件涉及到探视权问题时，做过细的调解工作，做好当事人的化解矛盾工作，尽量以调解方式结案。并且为以后的执行工作着想，在做调解工作时，引导当事人双方就探视权行使的时间、地点、方式等问题明细化，并在裁判文书中载明。这样在执行时，双方就严格按照裁判文书的内容履行，防止以后当事人双方把探视孩子的一些细节问题带到执行中去，阻碍执行工作的正常开展。在探视权执行中，当事人双方还可以就探视的时间、地点、方式等进一步协商，也可以突破裁判文书中确定的探视方式等内容，其目的就是方便探视权的正确行使。

（三）坚持意思自治原则，充分尊重未成年子女的意愿。如果是子女拒绝探望，应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看不到孩子的尴尬。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，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。

（四）正确适用拒不执行法院生效判决书罪。由于考虑到要从未成年子女的最大利益出发，尽量减少未成年子女在探视权纠纷中受到的无辜的伤害，所以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，但司法实践中也极适用这项规定。正是没有运用最具强制力的法律手段保证法院判决的执行，致使一些“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并与变更抚养相结合，以确保未成年子女的最大利益。

（三）检察官视点

（四）律师视点

中国民商事判决在境外法院的承认与执行系列之六：台湾

2016-09-02 国浩律师事务所 刘国林 陈卓

作者：国浩律师事务所 刘国林 陈卓随着陆台两岸经贸合作的日益深入，相关商事纠纷的发生概率也随之提高，在尚不存在专门性的两岸经贸纠纷争议解决机制的情况下，诉讼仍是解决争议的重要手段之一。在大陆进行的诉讼中，如果因被判决败诉而负有给付义务的一方当事人（下文称“判决债务人”，相对的一方当事人称“判决债权人”）居住在台湾地区或在台湾地区拥有可执行财产，那么判决债权人为了充分实现胜诉利益，就有可能需向台湾地区的法院申请认可和执行相关大陆判决（下文所称的“判决”均指民商事判决，且不包括婚姻类判决）。

两岸虽未签署过关于相互认可和执行对方民商事判决的司法互助协定，但是都在以单方行动的方式积极推进相关事宜。台湾地区在1992年实施了《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（下文简称“《关系条例》”），从立法上明确了认可与执行大陆法院判决的标准；1996年台湾桃园地方法院认可了厦门中院作出的损害赔偿判决，1999年台

湾板桥地方法院认可了海口中院作出的民事财产给付判决，该类案例证明了在台湾申请执行大陆判决具有可行性。大陆方面在 1998 年公布了《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，现已失效），首次系统地规定了对于在大陆申请执行的台湾判决的审查标准和程序；之后于 2015 年公布的《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》（法释[2015]13 号）则进一步扩大了案件管辖连接点，并适度放宽了案件受理条件。除了立法上的进步外，大陆法院在司法实务中也积极行动，上海一中院于 1998 年以裁定形式认可了高雄地方法院作出的借款纠纷判决，并予以强制执行；苏州中院于 2014 年亦裁定认可了士林地方法院作出的具有给付内容的民事判决。由此可见，两岸在法律上和事实上都会认可和执行对方的民商事判决。

在此背景下，掌握台湾法院对于申请在台执行的大陆民商事判决的审查标准，制订合适的操作指南，可以用于指导可能涉及在台执行的大陆案件的诉讼策略，也可用于评估大陆法院所作判决在台湾得到执行的可能性。一、台湾地区法院审查大陆判决的法定标准 1. 需为确定裁判《关系条例》第七十四条规定，得声请台湾法院裁定认可的，需为大陆地区作成之民事确定裁判。

虽然《关系条例》并未给“确定”作出定义，但是台湾“最高法院”在 92 年度台上字第 985 号判决中表明，判断某判决是否“确定”的依据是判决作出地的法律，而非承认地的法律。如此，某一大陆判决是否“确定”，需根据大陆地区法律进行判断。

我国的法律中虽未对“确定”一事作出明确规定，但《民事诉讼法》第一百五十五条规定，超过上诉期没有上诉的判决是发生法律效力的判决；第一百七十五条规定，第二审人民法院的判决是终审的判决，结合该法第一百二十四条第（五）项禁止“重复起诉”的规定可知，我国法院作出的已经发生法律效力判决具有禁止矛盾判决的效力，得以拘束当事人和人民法院，使其不得再为相反的主张和判断，因此可谓之“确定”。所以，可以得到台湾法院认可的大陆判决应当是二审判决，或者是上诉期满而未发生上诉的一审判决。另外需要注意的是，虽然没有案例直接表明台湾法院会因为大陆存在再审制度而否定已在大陆生效的判决的“确定性”，但是，如果相关判决确实在大陆进入了再审程序，那就存在案件被改判的可能，此时该大陆判决的“确定性”即发生动摇，该判决即存在无法得到台湾法院认可的风险。

由此可知，当事人在申请台湾法院认可大陆判决时，应注意所提交的判决在大陆是否已发生法律效力，避免提交尚处在上诉期限内或正处于二审阶段的一审判决以及处于再审阶段的判决。

2. 不得违反公序良俗《关系条例》第七十四条规定，得声请台湾法院认可的大陆判决，需不违背台湾地区公共秩序或善良风俗。

台湾《中国时报》于 1993 年刊载的《司法院提出大陆法院认可准则》一文提到，台湾“司法院”认为，如果大陆法院作成的判决违反台湾地区人民福祉原则或者违反了台湾地区法律强制禁止规定，得视个别具体情形认定是否违背公序良俗。

台湾法院对于该款的适用一般从大陆判决的程序和实体两个方面进行考量。对于程序上的公序良俗问题，台湾法院关注的是在大陆进行的相关诉讼程序是否公平、公正，作出相关判决的大陆法官是否具有中立性和独立性，作出判决的大陆法院在审理该案时是否存在秘密审判或滥用诉讼程序的现象（如采纳伪证等）。对于实体上的公序良俗问题，如果大陆判决的内容系为台湾法律所禁止之事项（如命交付违禁物、给付非法偷渡之报酬或保护赌债等），则台湾法院会拒绝认可该大陆判决。

由此可见，台湾法院在依据公序良俗标准审查大陆判决时，会对相关判决进行有限度的实质审查。由于公序良俗标准的外延较广，适用时主要赖于台湾法官的自由裁量，这就提高了大陆判决在台湾申请执行时无法得到认可的风险。因此，在实务中为了提高大陆判决获得台湾法院认可的可能性，既需要大陆律师出具大陆法律意见，向台湾法院充分说明相关诉讼程序的合法性和正当性，也需要寻求台湾律师的配合，分析相关判决的内容是否存在与台湾强行法相冲突的可能。3. 台湾法院的判决需能在大陆得到认可和执行《关系条例》第七十四条规定，只有台湾地区作成的民事裁判得声请大陆地区法院裁定认可或为执行名义，台湾法院方会裁定认可大陆裁判和以被台湾法院认可的（具有给付内容的）大陆裁判为执行名义。

正如上文所述，大陆地区不仅已立法保障台湾判决具有在大陆申请认可和执行的可能性，而且在司法实务中也已实际认可和执行了台湾判决，所以，在大陆申请认可和执行台湾判决具有可行性，也就无需担心台湾法院会适用前述规定拒绝认可大陆判决。4. 送达台湾《民事诉讼法》第 402 条第 2 项规定，台湾法院不认可判决未应诉的当

事人败诉的外国判决的效力，但开始诉讼之通知或命令已于相当时期在该国合法送达，或依台湾法律上之协助送达的，不在此限。

首先要澄清的是，虽然大陆之于台湾并非“外国”，但是由于送达问题是任何一个法制健全的法域在审查本域外作成的判决可否得到认可时普遍需考量的因素，所以，当台湾法院审查大陆判决时仍会类推适用该条款。

台湾法院在审查大陆诉讼中的送达问题时，会依据大陆地区法律，核实诉讼通知等司法文书是否依法且及时送达当事人（特别是判决债务人），从而使判决债务人有机会进行答辩。在实践中，大陆法院已多次依据《最高人民法院关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》（法释[2008]4号）协助台湾法院向住所地在大陆的当事人送达民事诉讼文书。台湾法院在审查相关大陆诉讼涉及的送达问题时，亦会重点依照该规定去判断大陆诉讼程序中的送达是否合法。

根据该规定，如果受送达人居住在大陆或送达时在大陆，或其在大陆有诉讼代理人、指定代收人或代表机构、分支机构的，均可在大陆境内完成送达；若受送达人在台湾有明确住址或明确的传真号码、电子信箱地址的，可以通过邮寄或传真、电子邮件方式送达；此外，亦可按照两岸认可的其他途径送达，当穷尽前述手段不能送达或台湾地区的当事人下落不明的，可采公告送达。

需要注意的是，该规定适用的范围是受送达人住所地在台湾的情况，如果相关大陆诉讼中的受送达人住所地在不在台湾，此时台湾法院审查送达问题的依据应当是《海牙送达公约》（如适用）、判决债务人所在地的法律（如适用）和/或大陆地区的《民事诉讼法》及相关司法解释等。

5. 管辖权台湾《民事诉讼法》第402条第1项规定，依台湾法律，没有管辖权的外国法院所作的判决不能得到台湾法院的承认。该款亦会类推适用于台湾法院认可大陆判决的案件中，理由同上。

需明确的是，据台湾学者的论述，该款中依据台湾法律确定成立与否的管辖权系指国际管辖权，而非地域管辖权或事物管辖权。在实务中如果当事人拟在台湾申请执行大陆判决，需向台湾律师征询关于国际管辖权的法律意见。至于作出有关判决的大陆法院的对事和对人管辖权的适格性问题，台湾法院的主要审查依据仍是大陆相关的法律和司法解释，必要时申请人应聘请大陆律师对此出具法律意见。二、大陆判决在台湾申请执行的程序和经认可后的效力在台湾申请执行境外民事判决有两种方式，一种适用于外国法院（包括我国港、澳地区法院）作出的民商事判决，申请人可根据台湾《强制执行法》提起许可执行之诉，此时台湾法院会考量相关外国判决是否存在台湾《民事诉讼法》所规定的四种不予承认的情形，若无则会作出许可执行判决，申请人可持该许可执行判决向台湾法院声请强制执行。另一种适用于大陆地区法院作出的判决，该程序为非讼程序，申请人需根据《关系条例》向台湾法院声请裁定认可相关大陆判决，台湾法院会考量该判决有无违反台湾的公序良俗等，若符合法定标准，则台湾法院会裁定认可该大陆判决，其后申请人可持之向台湾法院声请强制执行。

需要注意的是，按照《台湾地区与大陆地区人民关系条例施行细则》的规定，声请台湾法院裁定认可的大陆判决，应经台湾“行政院”设立或指定之机构或委托之民间团体验证。在实务操作中，大陆作出的民事判决书及生效证明书正本需先经由大陆涉台公证处（具体名单可咨询大陆地区各省、自治区、直辖市司法行政机关或公证协会）公证后，再持之往“海基会”办理公证文书验证手续。向“海基会”申请验证时，应当对每一字号的公证书填写一份申请书，备妥待验证的大陆公证书正本、身份证明文件和委托材料（授权委托书和委托人、受托人的身份证明文件）并缴纳费用（每一字号的公证书收取新台币300元），如无公证书内容自相矛盾等法定情形的，即可得到验证，验证完成后方能向台湾法院申请认可大陆判决。

在认可后的效力方面，问题具有一定的特殊性：经台湾法院许可执行的外国判决（包括我国港、澳地区法院作出的判决）既有既判力也有执行力，但是经台湾法院认可的大陆判决只有执行力而无既判力。

在台湾“最高法院”审理的96年度台上字第2531号案件中，判决债权人浙纺公司与判决债务人长荣公司间的纠纷已由上海海事法院和上海高院经两审审理并判决，经浙纺公司申请，桃园地方法院于2004年裁定认可了上海海事法院和上海高院作出的前述判决，长荣公司提起的上诉亦被台湾“高等法院”驳回，但在其后的第三审上诉中，台湾“最高法院”认为，大陆地区民事确定裁判，应只具有执行力，而无与台湾法院确定判决同一效力之既判力，债务人可依台湾《强制执行法》的规定，以执行名义成立前有债权不成立或消灭或妨碍债权人请求之事由发生为由，于强制执行程序终结前，提起债务人异议之诉。因此，在发回重审阶段，台湾“高等法院”对浙纺公司与长荣公司间的争议进行了全面的实质审查，最终确认上述上海法院作出的判决中的损害赔偿债权不存在。这一案例的确立，

使得台湾法院可在执行阶段对相关大陆判决重启全面实质审查程序，增大了在台湾申请执行大陆判决的风险。不过令人庆幸的是，大陆并未在此案发生后趋于严格审查申请在大陆执行的台湾判决，也未出台报复性政策，而是在立法上更为宽松地对待台湾民事判决，并且近几年还在最高法的层面逐年发布涉台司法互助典型案例，积极推进两岸民事司法互助关系的发展。

综上，两岸间相互认可和执行民商事判决既具备立法上的保障，也有大量实践案例作支撑，在台湾执行大陆判决完全具有可行性。如果当事人在大陆进行诉讼前即预期可能会在台湾执行相关判决，应当征询大陆律师的意见，设计合理的诉讼方案，检讨诉讼程序中的重点问题，尽力降低将来在台执行大陆判决的法律风险。如果当事人打算在台湾申请执行已取得的大陆判决，更需要及时取得专业意见，充分评估相关判决在台执行的法律风险，尽量以较低的代价去充分实现胜诉利益。刘国林 国浩南京办公室合伙人 陈卓 国浩南京办公室律师助理

拳王阿里的遗产猜想

2016-08-25 法律与生活杂志 赵宁宁

生活中，财富向来是一个经久不衰的争议话题。在遗产问题上的争斗，似乎也是富贵家族永远无法摆脱的魔咒。为财富而战的家族或富豪遗产争夺战一直堪称情节跌宕起伏又惊心动魄的“豪门大戏”，其结局只能用“令人慨叹”形容：要么亲情破裂，要么有人铤而走险或身陷囹圄。纵然是腰缠万贯、富甲一方的名门望族，其争斗最后也难免沦为了一场贻人笑柄的闹剧。

继美国传奇歌手普林斯的遗产大战之后，一代拳王穆罕默德·阿里的遗产之争再次成为家庭冲突和破裂的推手。阿里去世还不到一周，他的9个子女便为了高达8000万美元的遗产展开了一场争夺战。与此同时，几乎每天都会冒出一名新的“家庭成员”加入这场遗产争夺战中。

大量的遗产争斗案例告诉我们，财富所有者应该结合自身的资产总量、分布地域、财产种类、家庭情况、传承对象等因素，选择并逐步综合运用协议、遗嘱、家族信托等财富传承工具，进行系统、科学的传承规划，方能实现家业相传的美好愿望。

一代拳王的财富积累 拳坛“神话”

穆罕默德·阿里(Muhammad Ali-Haj)以其伟大的拳击职业生涯和激进的政治主张而名满全球，是世界拳击史上第一位三夺世界重量级冠军的人，被认为是20世纪最伟大的运动员之一。

1942年1月17日，阿里出生于美国肯塔基州路易斯维尔，原名小卡修斯·马塞勒斯·克莱(Cassius Marcellus Clay Jr.)。

没有人会想到，一次丢车的经历会成就一代拳王。那是阿里12岁那年发生的一件事情。那天，他骑着自行车去买东西，结果自行车被偷。气愤的阿里要找警察，却被人指到了一家体育馆。在此，他遇到了改变他命运的启蒙教练——地区警察同时也是拳击教练乔·马丁(Joe Martin)。

据马丁回忆说：“他说要是找到偷自行车的人，就要拿鞭子抽他。我对他说‘你不如先学会打拳’。他说‘我愿意学’。我说‘你可以从今天晚上或者明天晚上开始’。第二天天一黑他就来了。此后，他很少不来，每次我到的时候他就已经来了，我走了以后他还在这儿练。”在马丁的指导下，阿里很快打败了其他的少年拳手并在高中阶段赢得了6副肯塔基州金手套。

1960年年初，阿里开始参加业余拳击比赛。凭借其优异表现，刚满18岁的他便成为美国代表队的成员，出征1960年在意大利罗马举办的夏季奥林匹克运动会。他三战全胜，顺利进入决赛，并夺得轻量级比赛冠军。从此以后，阿里转入职业拳赛并投入传奇人物安吉洛·敦提(Angelo Dundee)门下。

1960年10月29日，阿里在路易斯维尔赢得了他职业生涯第一场职业比赛的胜利。据统计，从1960年到1963年之间，年轻的阿里在拳击场上的成绩达到了19胜0负，其中15次击倒对手获胜。

1964年2月25日，22岁的阿里参加了第一场拳王争霸赛，将“魔王”索尼·利斯顿(Sonny Liston)挑下王位，成为世界重量级拳击冠军。从此，阿里几乎所向披靡，成为新一代拳王，职业拳击也随之进入了阿里时代。即便在1966年到1967年年初这样的冠军战繁忙期间，阿里也在一年里成功七次卫冕。这样的战绩从未有其他人能做到。

就在阿里“拳峰”鼎盛时期，他却被禁赛三年半，只因他拒绝服兵役。1967年3月22日，美国地方法院以拒绝服兵役的罪名吊销了阿里在全美各州的拳击执照，并没收了他的护照。从此，拳王阿里便赋闲在家。

1971年5月8日，阿里复出。作为挑战者，阿里在比赛中两次被当时的拳王乔·弗雷泽(Joe Frazier)击倒，挑战宣告失败。1973年5月31日，他又以点数输给了肯·诺顿(Ken Norton)，经历了复出后的第二场失利。

1974年10月30日，阿里在刚果首都金沙萨挑战拳王福尔曼成功，赢得了被当时称之为“丛林大战”的挑战赛，也夺回了阔别7年的拳王金腰带。此后，阿里又连续10次蝉联拳王称号，其中包括1975年10月在菲律宾马尼拉战胜弗雷泽的“世纪之战”。

1978年9月，阿里点数战胜里昂·斯平克斯(Leon Spinks)，最后一次获得拳王金腰带。1979年，阿里宣布退出拳坛。但是，为迎战拉里·霍姆斯(Larry Holmes)，退役仅一年的阿里便在38岁时重出拳坛，企图摘取第四个重量级冠军，但并未如愿；紧接着，1981年12月，他继续挑战特雷沃·伯比克(Trevor Berbick)，同样以失败告终。此后，阿里宣布永远退出拳坛。

1984年，42岁的阿里被确认患有帕金森氏综合征。医生判断，阿里患病与头部屡受撞击直接关联。在20多年职业生涯中，阿里的头部遭受近3万次重击。

拳王身家

阿里一生创造了无数成就：在20年中22次获得拳王称号、3次夺得重量级拳王称号，在整个拳击生涯里实现了业余拳击赛103胜5负，在职业拳击赛上获57胜5负的骄人成绩。他以此辉煌战绩结束了自己的职业生涯。

2005年11月9日，在美国首都华盛顿，时任美国总统布什授予阿里“总统自由勋章”。

在职业拳击生涯中，阿里与当时所有的优秀拳手都进行过“拳台对话”，特别是与弗雷泽的“三番决斗”，是载入拳击史册的经典之战，让阿里成为一个时代的偶像。

在逐渐成为拳王的过程中，阿里除了赢得了备受瞩目的拳击成就，还赢得了数千万美元收入。

1974年，复出后的阿里在著名的森林大战中技术性击倒科曼，重夺世界拳王金腰带。仅这一场比赛，他就获得了545万美元。据报道，阿里拳击生涯中进账最多的一次比赛应该是在1980年10月10日他在拉斯维加斯参加的那场比赛。在这场比赛中，他虽被霍姆斯击倒，但却获得了790万美元收入。退休后，阿里也非常有商业头脑，从2001年到2006年，他只是授权让对方使用他的名字和肖像，就从美国艺电公司以及阿迪公司每年获得400万美元(折合人民币2625万元)收入。2006年4月11日，娱乐授权公司CKX宣布，以5000万美元现金买下了阿里80%的姓名肖像权，其余20%可在5年后全部或部分购入。

作为拳击时代的代表，拳王阿里的一生极其辉煌。他的财富也足以让人瞠目结舌。但是，据了解，阿里在私生活方面相当混乱，一生中有过四次婚姻，前三段婚姻均以离婚告终。实际上，在美国，尤其对于中产阶级和富人来说，离婚是件可怕的事情，因为他们要为离婚付出极其昂贵的代价，包括财产的分割、赡养费的支付，还有高额的律师费等，往往使腰缠万贯的富豪们身心疲惫、代价惨痛，甚至会因离婚而终生破产。

拳王阿里的三次离婚是否令他付出惨痛代价暂且不去深究。但无论怎样，据相关报道，到2012年，阿里的身价还有8000万美元(约合人民币5.2亿元)。

2016年6月4日，阿里因病不幸去世，享年74岁。伴随一代拳坛巨星的陨落，随之而来的是一场激烈的遗产争夺厮杀。

阿里遗产争夺战猜想

阿里病逝后，在接受媒体采访时，阿里的女儿汉娜这样描述她父亲的最后时刻：“我们都试图保持坚强，在他耳边低声说‘你现在可以走了。我们会很好。我们爱你。谢谢你。你现在可以回到神的身边了’。”然而，阿里刚离去，就有媒体称他的亲人已经摩拳擦掌准备开始争夺遗产了。

遗产争夺者

阿里去世时，他的亲人分别是：遗孀、第四任妻子朗尼，9个孩子(7个女儿、2个儿子)和他的亲弟弟拉哈曼·阿里(Rahman Ali)。

阿里一生结过四次婚，现任妻子是朗尼·阿里。

1964年，阿里从非洲返回芝加哥后，与大他一岁的黑人女孩桑吉·罗伊(Sonji Roi)相识。当时，桑吉·罗伊的身份是模特、鸡尾酒女招待。相识后不久，两人便于1964年8月14日举行了婚礼。然而，这段婚姻仅持续了一年半。就在阿里实现了三连冠、傲视职业拳坛的同时，他的婚姻也因感情不和宣告破裂。1966年1月10日，阿里与罗伊离婚，双方没有生育孩子。2005年，罗伊去世。与罗伊的婚姻是阿里的第一段婚姻，也是四段婚姻中持续时间

间最短的。

阿里的第二段婚姻始于1967年，他的妻子是比琳达(Belinda Boyd)，比阿里小7岁。结婚时，阿里25岁，比琳达17岁。他们的婚姻维持了10年，其间生育了4个孩子——3个女儿、1个儿子。然而，趋于平淡的婚姻安度“七年之痒”之后仍难逃魔咒。1975年，阿里在和弗雷泽对决时，被魅力四射的贝罗尼卡·波石(Veronica Porsche)所吸引。之后，阿里便与比琳达离了婚。

1977年6月，阿里与波石结婚。不幸的是，当年阿里被诊断患有帕金森氏综合征，第三段婚姻也并不长久。两年后，就在阿里访问北京后不久，他便与波石离了婚。阿里与波石共生育了两个女儿，其中一个女儿莱拉·阿里(Laila Ali)是唯一一个“继承”父业走上职业生涯的拳击手，并取得了较好的成绩。

1986年11月，阿里第四次步入婚姻殿堂，新娘是朗尼·阿里(Lonnie)。这是阿里的最后一段婚姻，朗尼陪阿里走完了人生的最后一段路。遗憾的是，朗尼和阿里并没有生育孩子，他们在结婚之后领养了一个5个月大的男孩，名为阿萨德·阿敏(Asaad Amin)。

在阿里这四段合法的婚姻中，共有7个子女——6个亲生子女、1个养子。而据媒体报道，阿里有两个私生女：一个叫米娅(Miya)，是阿里在1972年与一位名为帕特丽夏·哈维尔(Patricia Harvell)的女子所生；另一个叫卡利亚(Khaliah)，后来改名为艾莎·阿里(Aaisha Ali)，是阿里在1974年与一位16岁的女子所生。

遗产分割猜想

阿里的妻子朗尼将作为他的遗嘱执行人，而他在世的两位前妻、孩子甚至他弟弟也加入了这场遗产争夺战。

尽管截至目前，阿里的遗产分割并不明朗，但我们可以根据美国的法律进行一下猜想。

在美国，配偶和血缘关系是判定法定继承人的基本依据，法定继承人一般在配偶和基于血缘关系出生的亲属之间。

美国《统一遗嘱检验法》将无遗嘱继承人分为血亲继承人和配偶继承人。其中，血亲继承人的法定继承顺序为：直系卑血亲(指直系血亲的晚辈)为第一顺序人，父母为第二顺序人，兄弟姐妹及其直系卑亲属为第三顺序人，祖父母及其直系卑亲属为第四顺序人。在没有第四顺序继承人的情况下，则由父母双方的其他亲属参与继承。此外，出于对配偶继承权的特别保护，将配偶列为最主要的继承人，让配偶与子女或父母一起继承遗产。如果无遗嘱死亡者无生存后嗣也无生存父母，则其配偶可以取得全部遗产。该法还特别对配偶、子女、父母加以特殊定义，将其限制在一定范围以内。

《统一遗嘱检验法》对配偶所作的限制是，如果该配偶与被继承人已经离婚或者他们之间的婚姻已经被宣告无效，或已在外州离婚，或婚姻宣告无效但尚未得到本州最终判决承认有效的，或同意法院依被继承人提议作出的离婚或宣告他们婚姻无效判决的，都将排除在被继承人的配偶范围之外。

由此可见，如果阿里生前未立有合法有效的遗嘱，则根据法定继承分配遗产。虽然阿里一生有过四次婚姻，但是，他的三位前妻均与阿里离婚。所以，第四任妻子朗尼毫无疑问基于配偶关系是阿里的合法继承人。而在世的比琳达和波石均被排除在被继承人配偶范围以外，不具有继承权。

《统一遗嘱检验法》对子女的限制则在于明确排除了继子女和非婚生子女继承的可能，将子女的范围限定在有权根据法律规定通过无遗嘱继承从与其有血缘关系的父母处取得遗产的一切子女。所以，阿里与前任妻子所生之子女对他的遗产应当都享有继承权。但是，媒体报道中提及的阿里的私生女米娅和艾莎·阿里是否也享有同样的继承权，则需要证实她们与阿里之间是否确实存在血缘关系；如果她们与阿里无任何血缘关系，则其继承权将会被排除。

当然，鉴于美国除了联邦法律外，各个州的法律规定也是有区别的，涉及继承问题的具体处理，需要依据被继承人所在州的法律规定和司法判例。但是，对于阿里和朗尼的养子阿萨德阿敏则情况有所不同。根据美国《统一收养法》等可以看出，美国实行“完全收养”原则。这一原则在美国大部分州也有同样体现，对被收养未成年子女的法律拟制效力及于其收养家庭的各个方面，即与收养人婚生子女相同的法律地位。所以，阿萨德阿敏作为阿里和朗尼的养子，可以享有继承权利。

根据《统一遗嘱检验法》的规定，血亲继承人中，兄弟姐妹及其直系卑亲属为第三顺序人。可见，阿里的亲弟弟哈拉曼同样享有继承权。

尽管阿里的遗产争夺战尚未正式上演，但从目前媒体报道来看，必定是一场激烈地角逐。

根据报道显示，阿里的第四任妻子朗尼是阿里的遗嘱执行人，那我们姑且假设阿里是立有遗嘱的，当然，阿里

完全可以根据个人的意愿安排和处置自己的遗产。然而，阿里的遗嘱是否合法有效，则需要进行核实与确认，因为美国大部分州都要求遗嘱必须满足所有的有效要件。有效要件有以下四项：

1. 遗嘱人必须具备遗嘱能力。《统一遗嘱检验法》规定的年龄是 18 周岁，也是各个州通常采用的年龄标准。

2. 遗嘱人必须具备意识能力。遗嘱人在签署遗嘱的时刻必须具备意识能力。州立机关很少详细规定怎样才算具备意识能力，而只是规定遗嘱人必须“头脑理智”。因此，在法律适用过程中，法官有责任详细说明意识能力的要素，基本包括以下四点：(1)遗嘱人理解行为性质及其后果；(2)遗嘱人知道其拥有的财产类型和范围；(3)遗嘱人意识到受赠对象；(4)遗嘱人的意识必须同时满足以上三个要素并作出关于财产分配的合理判断。

3. 遗嘱人必须有订立遗嘱的目的。遗嘱中必须反映遗嘱人有订立遗嘱的意图，也就是说遗嘱人必须清楚地知道他所签署每一份文件都将成为他的遗嘱。这些文件在遗嘱人死亡时发生法律效力，其死后的遗产将按照他签署的文件的规定进行分配。

4. 遗嘱必须符合形式要件。美国的遗嘱主要有以下两种：第一种是经见证的遗嘱，需符合书面及有遗嘱人签名的要求；第二种是亲笔遗嘱，大部分州不需要满足特定要件，只需遗嘱人亲笔书写即可。

如果阿里生前立有合法有效的遗嘱，或者以遗嘱信托等方式对其生前巨额财富有所安排，则可以完全实现拳王对自己生前身家如何安置的心愿。当然，如果阿里生前没有留下明确的遗嘱，那么，他的遗产明确分给谁、分多少，还需要根据具体涉及的州法律和判例进行认定。

小结：实际上，无论阿里生前是否立有遗嘱，正如很多已故的财富拥有者一样，在遗产问题上有争执，似乎是永远无法避免的事情。古今中外，富豪们的财产怎么分配向来是重头戏。如果分配不当，家产很可能成为埋伏在家族中导致家族分裂的定时炸弹。

被称为“经营之神”的台塑集团总裁王永庆身后也不平静，围绕其 3300 亿台币遗产的豪门家族战争在其去世半年后爆发。王永庆的长子王文洋在美国法院起诉，要求法院公布王永庆遗产总额并指定他为遗产执行人。据报道，王永庆的遗产总额为 595.5 亿台币。扣除遗产税和公益捐赠，按照大房、二房和三房的协议，各自分配到了相应的遗产份额。其子女享有相同的继承权，也平等地继承了其各自的份额。

无论是拳王，还是企业巨头，对于任何一位巨额财富拥有者来说，继承问题往往是特殊且极其敏感的。人无远虑，必有近忧。遗产的继承问题对于那些毫无准备的财富拥有者来说，无疑是一颗在其身后随时可以引爆的炸弹。这个问题处理的好坏，直接关系到家族成员的和谐与稳定，甚至是整个家族的生死存亡。

财富传承密码

看多了名人身后的遗产纠纷，这样的事会不会发生在普通人身上呢？其实，遗产问题已成为一个普遍的社会现象。

虽然《中华人民共和国继承法》等法律已经非常明确地规定了继承顺序，但是，创富容易守富难，如果没有完善的财富传承计划，即便上代人创造了亿万财富，也难以避免因后代争产而发生家族内部争斗，从而导致再多的财富也无法给后代带来真正的幸福。

没有遗嘱，亲属多反目成仇

浙江省东阳市某企业家王先生突发脑溢血不幸离世，留下 20 多套房产、一家红木家具厂、一家生态农业公司、一辆进口豪车等数千万元巨额财产。

王先生生前并未就个人生前财产如何传承留下任何遗嘱或做任何安排，其妻子和女儿也从未听说王先生还有其他任何子女。所以，她们根据法定继承办理了相关继承手续。然而，就在对相关财产办理过户过程中，半路却突然杀出一个“私生女”，继承事宜被立刻叫停。

自称是王先生“私生女”的女孩拒绝进行亲子鉴定。但是，通过多方调查核实，王先生确实与某校一名女大学生生有一个女儿，被寄养在王先生的亲戚家里。“私生女”的出现使原本很顺利的遗产继承变得复杂起来，最后不得不通过诉讼途径解决。

与王先生一样没有留下遗嘱的还有辽宁省某市乡镇企业家陆先生。陆先生在 20 世纪 80 年代先后担任羊毛衫厂副厂长、铝合金门窗厂厂长等职。90 年代初，他从辽宁走出来，到海南创业。他经历了创业的千辛万苦，凭借其智慧的头脑及对市场敏锐的目光创办了幕墙装饰工程公司并迅速成为同行业的佼佼者。20 年期间，他商海沉浮，创下千万元家业，成为著名企业家。不想，因身体原因他突然离世，生前未就财产分配事宜留下半字遗嘱，公司股权也

被蹊跷转让。

陆先生生前有过两段婚姻。1982年，他在老家与一名女子结为夫妻。这段婚姻维持了12年后终结。在婚姻关系存续期间，他和前妻育有两个儿子。1994年，陆先生再婚，婚后育有三个孩子。陆先生离世之前，两个家庭的成员相处融洽。陆先生掌管着企业大权，两个家庭的成员共同参与企业的经营管理。陆先生离世后不久，他与前妻的儿子及前妻的亲属皆被逐出公司。这个特殊的家庭为了遗产的分配问题互相指责，甚至两方的矛盾到了不可调和的地步。最终，陆先生前妻的两个儿子及陆先生76岁的老母亲将其再婚妻子告上法庭，请求法院依法对属于被继承人陆先生所有的财产进行分割。原本相安无事、和睦相处的两家人，因为陆先生的突然离世且没有对遗产事先做好安排而反目成仇。

未雨绸缪，做好财富传承

像王先生和陆先生这样的案例不胜枚举。创业者辛苦打拼之后，如何让财富更好地传承呢？

第一，突破观念束缚，未雨绸缪。

财富创造者即便征服了全世界，也绕不开财富传承这个难题。国内部分高净值人群缺乏财富保全的法律意识，忌谈身后事，往往生前不做任何安排；而百年之后，当理性遭遇亲情、道德遭遇金钱时，其继承人之间的博弈与争夺战将不可避免。由于生前没有做好相关财产安排，按照我国《继承法》的规定，其生前遗留的财产将根据法定继承顺序进行分配。但法定继承未必会如本人生前所愿。因此，极大地影响财富的有效传承，甚至可能导致因为遗产继承纠纷而使原本和睦的家族分崩离析。所以，作为财富的创造者，应该打破对身后事避讳的传统观念，对相关事宜尽早做出合理安排。

第二，合理规划，使财富良性传承。

从20世纪开始，我国的私人财富呈现爆发式增长状态。巨额财富，只有通过合理的安排和规划，才能做到合理有效的传承。财富所有者生前立有合法有效的遗嘱，提前对自己的财产进行安置和处分，才能真正实现对自己财产进行安排的真实意愿；生前购买保险（如人寿保险），指定受益人，可以按照自己的意愿分配财富，避免继承人之间因遗产继承而起争端；生前设立信托，将个人生前财产放入信托，通过设置个性化的信托条款，实现理想的财富传承。无论何种传承方式，都是财富所有者真实意愿的体现。当然，也是避免财富继承者为争夺财富而挑战亲情的有效途径。

第三，注重文化传承。

《家族财富》一书作者比尔·邦纳认为，最好的财富传承还是精神和能力，而不是物质。真正的财富传承应该超越金钱，更集中于后代的才华、知识、信仰、经验和修养。文化是财富的源泉。没有先进的文化，财富就是无源之水。其实，很多财富所有者由于没有为继承人做好准备，导致去世后继承人无法应对这些财富，这是非常致命的问题。所以，财富所有者应该有未雨绸缪的意识，尽早建立一种文化，或者让所有未来的继承者拥有一个信念，即你是生产者而不是消费者。只有这样，才能让所有的财富继承者主动积极地保证并促进财富的有效、良性传承。

俗话说，“人无远虑，必有近忧”。大量遗产争斗案例告诉我们，财富所有者应该结合自身的资产总量、分布地域、财产种类、家庭情况、传承对象等因素，选择并逐步综合运用协议、遗嘱、家族信托等财富传承工具，进行系统、科学的传承规划，方能实现家业相传的美好愿望。正如欧洲乃至整个世界久负盛名的金融家族——罗斯柴尔德家族的财富家训：“金钱一旦作响，坏话随之戛然而止……只要你们团结一致，你们就所向无敌；你们分手的那天，将是你们失去繁荣的开始。”总之，“坚持家族的和谐”，才是财富的最终目的。（本文作者赵宁宁系北京金诚同达（上海）律师事务所合伙人）

摘自《法律与生活》半月刊2016年8月下半月期

家事法非诉业务指引

2016-09-16 高杉LEGAL

主讲嘉宾 | 陈汉

主持人 | 地小北

记录人 | 还不够努力的树袋熊

主讲嘉宾介绍：陈汉，意大利罗马第二大学法学博士，中国政法大学民商经济法学院副教授，硕士生导师，北京市汉坤律师事务所资深顾问。

“家事法苑”团队奉献

本文经授权发布，仅代表作者观点，不代表其供职机构及「高杉LEGAL」、「律盐」立场，且不作为针对任何个案的法律意见

一、现代家事法业务的特征

1. 特征之一：财产的新型化

现代家事法业务第一个特征是财产类型的新型化。通过比较 1981 年和 2001 年的婚姻法以及之后的几个司法解释（《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）、（二）、（三）》），我们可以看到有一部分新型化的财产已得到立法的确认。但整体而言，我国立法和司法解释还远远落后于司法实践和业务实践的要求。比如，离婚中涉及的股权分割规则、合伙份额分割规则、保险利益分割规则、信托受益权分割规则或不明确，或难以满足司法实践和业务实践需要。具体而言：

- 股权：虽然有几条司法解释规定了股权分割，但非常粗糙，其只明确了“夫妻分割在公司法角度视为向第三人转让，所以其他股东有优先购买权”，对其他的问题却未予规定。
- 合伙份额：合伙企业法中有一定的规定。但是夫妻一方为 GP（General Partner 普通合伙人）而另一方为 LP（Limited Partner 有限合伙人）的身份之时，离婚是否对合伙企业产生影响，在离婚案中仍是一个常见的争议焦点。
- 保险利益：保险法司法解释中有所规定，但并非特别清晰。
- 信托受益权：现在处于“零规定”的状态。

以上财产的新型化使得我们在出具法律文件时应具备很强的敏感性，同时还需要具备很好的法律功底使财产的分割既符合夫妻双方利益，也符合商事主体的利益。

财产新型化主要影响夫妻财产分割和财富的传承两大方面：

A. 夫妻财产分割。以股权分割为例：股权直接分割会影响商业的许多方面，所以股权直接分割的可能性比较低，比如大股东、控股股东、一致行动人，或者接受股权的一方是否需要一次性拿出高额的款额补偿对方就需要在协议中做出妥善安排。

B. 财富的传承。普通人最常见的财富传承主要涉及房产，传承的一般方式是将房子出售，继承人分享出售款。但就家族企业财富传承而言，家族企业的股权一般不能出售。因此，如何分割家族企业的股权，且不影响家族对于企业的控制权而同时满足多个继承人的继承利益就需要家庭内部通过一系列协议进行妥当安排。

上述新型财产权利的实现往往需要通过设立请求权的方式加以保障。可以说，现在是请求权的黄金时代。以前的情况比较简单，比如 80% 的股权双方各取得 40%，一页的合同便足够。但如果 80% 股权归男方所有，女方获得长期补偿权或者股权的受益权，那就需要一系列法律文件与技术手段对这种分配方式进行规制，以使得女方获得有保障的利益请求权。而这种分配方式更符合大企业或者家族企业的股权分割需求——这也是家事法非诉业务中的关键。因此，这是一个请求权的黄金时代。作为专业人士，我们需要将复杂分配方式中的请求权以及请求权相关的担保、履行和违约责任写得足够清晰。因此，出具好的法律文件，就要求对请求权有很好的理解。

2. 特征之二：从身份到契约

现代家事法业务的第二个特征是从身份到契约。在婚姻关系中，传统家事法主要由法律直接规定，而且大部分是强制性规定。但到了现代社会，契约慢慢介入到身份关系中。

A. 夫妻财产关系的契约化

2001 年婚姻法修订之前，婚姻财产是一种很特殊的法定共同财产制，即夫妻关系存续八年之后，夫妻各自名下的财产可以被确定为夫妻共同财产。在此情况下，几乎没有双方的意思自治。

2001 年婚姻法修改之后，婚姻法第 19 条允许夫妻签订婚前财产协议，也允许婚后确定财产协议。据此，夫妻关系在财产方面是通过契约进行约定，不一定为夫妻婚后推定全部共有，也不一定是完全分别所有。当然，如何在契约中平衡这两者的关系也是家事法非诉业务中的难点。

B. 亚婚姻状态的私法承认与契约化安排

亚婚姻状态的私法承认与契约化安排是更大的挑战。亚婚姻状态主要分为两类。第一种类型是同居状态，非同居同居。中国在 1994 年之后不再承认事实婚姻。所以，两个人如果有一起共同生活的意愿，但是由于种种原因没有领取结婚证的意愿，则构成同居状态。同居状态在司法解释中有很简单的规定。对于同居关系中所涉及的财产，如

果能够认定同居者共同参与购置，则可认定为共有财产。最高院的《婚姻法司法解释二》对特定同居关系的解除有所规定。在同居期间，同居者之间是否有特定权利义务，立法几乎没有规定。同居关系是一种不可忽视的亚婚姻状况，并不因为立法不明确认可而能忽视。从实务角度看，如果两个人为明确不想结婚的同居，可能需要通过协议安排生育、共同的财产及购置房产等，这些都需要意思自治后签署法律文件来规则。

另外一种亚婚姻状态就是同性伴侣。中国迄今为止不承认同性伴侣的合法地位，司法审判实践中解除同居关系的案件双方当事人也均为异性。有些人为了保证同性伴侣权利，选择去承认同性婚姻的国家，比如说加拿大、美国或者荷兰领取结婚证。很遗憾，据中国现行的司法实践和理论界主流观点，此方法无法为同性伴侣提供中国法下的保障。以继承为例，如果一方以配偶身份要求继承，首先要证明婚姻的存在，就需要对在外国领取的结婚证进行领事认证。据悉中国驻外的领事馆均不会对同性伴侣关系进行认证。因此在这种情况下，可行的解决方式是通过法律文件（例如遗嘱）来确认，对相互之间的利益进行安排。

随之而来的问题也需要进一步考虑：同性伴侣是否可以在协议中相互指定对方为受遗赠人？是否可以规定同居期间的权利义务？开销如何分摊、共同购置的房产如何共有等问题如何通过契约进行安排？以保险为例，保险是否能够指定同性伴侣为受益人？据了解，许多大陆保险公司核保时，需要考察双方关系是否不违背公序良俗，如果明确知道两人为同性关系，则有可能核保不过；而香港保险公司则普遍接受同性关系人士投保。这是立法不清晰造成的。

因此，同性伴侣关系以及异性同居关系都需要用契约以使得双方的约定非常清晰。

C. 影响：身份性契约的强制性规则考量

无论是异性同居关系还是同性伴侣关系，如果需要契约化，最需注意的是文件与条款不会在司法实践中被认定为违反公序良俗的强制性规定而无效，因此需要特别地注重个别条款的表述。无论如何，父母子女之间、配偶之间、子女之间、准配偶之间、同居伴侣之间、同性伴侣之间的协议，均为家事法非诉业务的内容。

二、常见业务内容

常见的业务内容主要包括 5 个方面，以下逐一介绍。

1. 婚前协议

2001 年起我国开始承认婚前协议，其法律依据是婚姻法第 19 条：

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

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

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

但坦率地讲，婚姻法第 19 条是一个非常失败的立法：从学术评论的角度看，婚姻法第 19 条只承认了夫妻之间可以在婚前婚后设立协议，但对协议的内容、形式、公示及其强制性的规定，均未提及。这就导致了婚姻法第 19 条既有优势也有劣势。一方面大家可以任意发挥，只要现行法律没有强制性规定，就可能可以做；另一方面，也使得大家对婚前协议的认识过于单薄，导致大家都不太认可，或者由于不理解婚前协议而不认可婚前协议。我参加过很多婚前协议的谈判，很多人因为认识错误而对婚前协议很抵制，作为专业人士，常见任务是跟当事人解释什么是婚前协议，婚前协议需要包括哪些方面。

A. 确定的认定规则

大部分婚前协议的撰写人不是律师，而是公证员。我搜集过十几个公证处出过的婚前协议，基本上仅为一页纸，从甲方、乙方信息到签字页都在一页纸上，内容也很简单：男方的全归男方，女方的全归女方，仅此而已。这样协议接受起来就比较的困难。婚前协议的目的是“确定的认定规则”。何为确定的认定规则？

对于婚前财产，常见的方式是婚前财产约定共有、部分共有或者某个固定的财产共有。比如一套家庭住房约定为共有，其他为个人所有。

对于婚后财产常见的考虑包括：

- 双方通过劳动所得的，通过投资所得的，是夫妻共有还是个人所有；
- 来自父母或者其他亲属的馈赠（或赠与），约定为一方个人所有；

- 来自股权的收入，比如男方有个公司，股权为其个人所有，其他收入变成共有。

以上不难看出，双方可以通过婚前协议逐项确认财产归属，以平衡双方的利益。

B. 基本保护

婚前协议中常见的基本保护规则主要保护两类主体：

第一类受保护主体是婚姻中经济上相对弱势并对家庭非劳动所得付出更多的一方，通常为家庭主妇。该类主体的保护模式一般有三种：最常见的处理方式是按照婚姻存续期间，每年夫妻共同财产增加的部分，或一方按照婚姻关系存续时长给予另一方一定“补偿”。第二种“补偿”的模式是设立信托：协议将经济上相对弱势的一方为受益人，并明确受益权的条件。第三种是设立家庭基金，双方以一定比例出资，即经济强势一方出较大份额，经济弱势一方出较少份额设立家庭基金保障家庭成员的体面生活需求。此外还有一种是离婚补偿，在离婚时，经济强势一方给予经济弱势一方特定补偿，比如房子、现金等。离婚补偿的约定在不离婚的情况下是没有任何意义的，因为夫妻财产均为生活中双方共同使用。

第二类受保护主体是婚姻中出生的子女。常见的保护模式是家庭共同基金。更先进的方式是设立信托，以子女作为受益人，信托的金额每年增加，或者将一方所持有的公司股权之一定比例的分红，纳入该信托中，以防止离异时另一方生活水平会有极大的降低，影响子女的受教育及其他事宜。

C. 婚前协议中的提醒

第一，婚前协议并不仅仅保护有钱一方。大多数人误解婚前协议是保护有钱的一方，以达到防止和切断对方对相关财产共有的可能性及分割的请求权。实际上，可以通过上文所述的保护机制或者确认认定规则来保证并不那么有钱一方的部分利益。而且，从债务的角度来说，越有钱的人，负债的可能性越大，且负债的合理性越强。这种情况下，如果不签婚前协议，司法实践会推定财产为共同，债务也推定为共同；如果签订了婚前协议，虽然不能够完全，但基本能将夫妻共同债务的风险隔离。生活中，并非每个离婚都能够确定地分割共同财产。学界对《婚姻法司法解释（二）》第24条如下的规定非常有意见：

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。

主要原因是因为很多人结婚多年，离婚时分到的是债务而不是财产。签订婚前协议，可以起到隔离夫妻债务的作用。

第二，穷尽式的财产清单。中国法律并不要求穷尽式的财产清单。不过在实践经验中，我曾遇到有些中美客户间的prenuptial agreement（婚前协议）。美国很多州要求婚期协议必须穷尽列举财产。很多中国客户不乐意，担心一旦被对方知晓财产状况，对方会有觊觎之心或其他的想法，影响双方感情。实践中可以采取对来源进行类型化列举，减少冲突。

第三，婚前协议内容效力问题。我个人认为，婚前协议只能是财产性的协议，而非人身性。写入人身性条款，没有真正的实际效力。比如，婚前协议可以约定对子女的安排，比如：子女将来的宗教信仰、教育问题、跨国婚姻中子女的母语等进行约定，但不可提前约定离婚时抚养权的归属。在离婚中，抚养权的判定主要依据子女最佳利益原则。如果婚前协议中约定归属于男方，而离婚时女方更适合来抚养孩子，那法官很大可能会将抚养权判给女方，所以这样的条款就没有效力了。因此，对身份的规定条款应尽量减少。

2. 亲属间赠与

亲属间的赠与是中国离婚诉讼中常见的衍生诉讼。常见夫妻间提起离婚诉讼，同时一方的父母作为原告，以女儿女婿作为被告，要求被告确认原告为被告财产的隐性共有人，或存在债权债务关系。从预防纠纷的角度来看，我们通常建议客户对亲属间的大额赠与做出一定的书面安排。

A. 父母子女之间的赠与

现行家事法中常见的亲属间的赠与有两大类，第一类是夫妻间赠与，第二类是父母子女之间的赠与。这两类赠与均适用推定规则。对于父母子女间的赠与，《婚姻法司法解释（二）》到《婚姻法司法解释（三）》有巨大的转变。《婚姻法司法解释（二）》采用严格的时间标准，即如果赠与的时间点在婚前，则认定赠与给自己子女一方，如果赠与的时间点在婚后，则不论是否登记在自己子女名下，或是登记在双方名下，均为夫妻共同财产。可以说，《婚姻法司法解释（二）》贯彻了婚姻团体主义或婚姻集体主义的宗旨。《婚姻法司法解释（三）》则推行个人主义，即

不管赠与为婚前亦或是婚后，只要赠与的财产登记在自己子女名下，也被认定为个人财产。这一转变，很大程度上是因为司法压力，为了应对一些婚姻投机现象并抑制婚姻投机。所谓婚姻投机，闪婚闪离，并通过结婚过程中父母给子女的赠与获得财产（注：按照中国的习惯，父母会在子女结婚时赠与房产等），由此产生的矛盾很多，因此《婚姻法司法解释（三）》做了转变，避免把父母子女关系与离婚联系在一起。赠与协议等法律文件可以将非可登记的资产的赠与进行明确。有人认为不写协议，灵活性更大，还可以保留债权。比如，父母资助一百万人民币予子女买房，如果到时候心情好就当作赠与，心情不好就当作债权。实践中，这样的做法风险极大。举个例子，假设一对夫妻2006年结婚，2008年一方父母提供一定资金以供夫妻买房，2014年离婚。如果此时父母主张2008年的出资双方为借贷关系，此时的主要风险包括：首先，双方是否约定利率、还款期。如果离婚时，夫妻财务状况很好，拥有汽车及其他房产，但是未归还源于一方父母的资金，这意味着该父母未想要求夫妻还钱，夫妻也根本没有想还钱，借贷关系很难成立，法院亦会推定为赠与。所以，父母子女之间的赠与应通过法律文书，将法律关系确定化。

B. 夫妻财产约定与婚内赠与

夫妻之间的赠与易被认定为夫妻间的财产约定。举几个常见的例子：

- 男方出轨，女方考虑到孩子以及婚姻的不易，选择原谅并要求男方出具书面文件写明某套房产归女方所有，但没有过户。这是否算婚内赠与？婚内赠与未履行过户是否可以撤销？
- 婚前保证书，约定婚后一定将男方人名下的房产，加上女方的名字。这是否属于赠与？还是夫妻的财产约定？

根据婚姻法第19条，夫妻间的财产约定是不需要过户而直接产生法律效力的。赠与则适用合同法，在赠与标的物交付之前，可以撤销。如何认定夫妻之间婚内赠与，在现行司法中存在着很多同案不同判的现象。如果没有清晰的约定，未来会有很大的不确定性。但很多当事人准备结婚时，都处于甜蜜之中，不会想到找律师准备协议。

再举一个可能存在的争议点作为例子：男方为某公司创始人，持有该公司大约60%的股权，女方为在校生。双方认识不久，决定结婚。女方很精明认为她现在什么都没有，而男方什么都有，双方需要婚前协议做出安排。在领结婚证前一天，双方写了一份协议，协议写明男方将其所持股权中的20%赠与女方，但考虑到公司投票权等问题，由男方代持而不过户。可惜，这段婚姻持续了不到三个月就结束了。那么，双方协议中的安排是夫妻财产约定，还是婚内赠与？如果是夫妻的财产约定，则直接发生效力。如果是赠与，是否为普通赠与？是否可撤销？本案中还有两个特殊点：第一，他们约定了不过户而做代持，是否视为已经交付了？第二，根据合同法的规定，负有道德义务的赠与是不可撤销的。夫妻之间的婚前赠与是否负有道德义务，也是有很大争议的。司法审判实践中，同案不同判的现象很严重。

C. 未来《民法典》的规定

未来《民法典》会作什么样的特别规定？作为一个大学中讲授婚姻法的老师，我一直在思考：合同法规定的赠与是普通的赠与，通常是规范陌生人之间的法律关系。而亲属间的赠与、父母子女间的赠与或者夫妻间的赠与是否需要做特别规定？《婚姻法司法解释二》和《婚姻法司法解释（三）》似乎强调了父母子女间的赠与是特别的规定，但就未来《民法典》我个人的学术观点是：第一，亲属间的赠与，应该做特别的考量，应与合同法中的赠与区别对待，分别立法；第二，立法应置于《民法典》的《亲属编》而不应该在《合同法》或者《债法》这一编。

3. 离婚协议之父母子女关系

离婚协议中，夫妻之间的财产分割主要考虑两个方面。第一，考虑双方意愿，第二，考虑法律的要求。此外，除上文提及的股权分割，并没有其他太复杂的内容。而离婚协议对父母子女关系的处理，则需要较高的技术性处理，但实践中大部分离婚协议，对父母子女关系并不重视，主要原因是需要强调很多细节。

A. 探视权

探视权是难以救济的权利，只能细化规定。假设离婚之后孩子的直接抚养权归女方，男方有探视权，如果去看孩子时，女方不让见，如何处理？通常大家都想到是找法院起诉、执行，接着执行法官去做工作，实在不行就拘人。但仅仅这次探视权得以履行，前后花费了两个月甚至半年的时间，那么下一次呢？下一次还需要重复上述步骤么？由此不难看出，探视权是难以救济得，或者说救济的成本是极高的，协议中只能细化规则，以详尽的规则来保障，包括什么情况下可以探视，什么情况下不能探视，什么情况下探视的时候应该为什么样的状态。实践中探视权的诉讼很难打，很重要的原因就是探视权仅规定了“每周看一次”。如果“每周看一次”，那么可能发生周一来，让周二

再来，周二又说周五再说吧，周五来又告知周日再来，探视权在这样的情况下很难得以履行及救济。如果协议中仅写每个月探望两次，并让当事人协商探望的规则，那么很难实践，尤其是考虑到当事人已经离婚，离婚之后很难保持良好的关系。因此关于探视权，一定要写的特别细。

B. 监护权

监护权是一个名存实亡的一项权利。离婚之后，不拥有孩子抚养权的一方可以行使监护权只有几种情况：孩子要改名字，要求父母双方都签字；孩子要申请护照，那可能父母一方就够了，但如果孩子要申请某些国家的签证，则可能要父母双方同意才能签。

这种情况下，监护权是一个名存实亡的权利。实践中，对重大事项，比如疾病治疗方案、宗教信仰、受教育权等权利，会规定需要双方书面同意，如果不同意，会有一定的具有效力的罚则。离婚协议中对于一方违反监护规则、监护人共同决定规则、或者探视的规则，双方可以约定违约金。诉讼中，法院往往会支持一部分。罚则的存在使得另一方遵守的可能性就大大增加。

C. 细节的约定

网上流传很多不错的离婚协议的版本，但还可以再细一些，比如有两个细节是在这些协议中经常看不到的。

一个细节是证件的保管。子女证件的保管其实很重要，在中国现在的社会没有证件无法出行，出生证只能在一段时间内有效，孩子稍大一些没有身份证是不能坐高铁、飞机的。所以，证件的保管是对父母双方来说，很重要的制衡规则。

另一个是抚养费的递增。众所周知，货币贬值是超乎所有人的想象，所以如果要讨论一个三岁孩子的抚养费，到他成年且不需要父母抚养需要多少年。大家可以回想一下，十五年前货币的使用价值和购买力，和今天相比差甚远。但如果只是约定确定的数字，比如一万元抚养费，对于现在有点高，但是对于十年之后，可能并不高。除了考虑每年的CPI之外，还可以考虑直接通过每两年增加10%之类的规则，保证购买力不变。此外，众所周知父母提供抚养费的法定义务到孩子18岁止，但是实际生活中有多少人18岁能够生活自理，财务自理了呢？因此，可以考虑写到以孩子完成全日制教育为止。

除了以上容易忽略的细节问题外，离婚协议中父母子女关系还有许多细节可以关注，比如能否将再婚与否设定为抚养权的变更条件。法院认可“若再婚，抚养权须变更”类似的直接规定，可能性比较小，因为这限定了对方再婚的自由。在协议中可以从技术上做灵活处理。

4. 离婚协议之财产分割

财产分割，用现在比较流行的话形容，就是有很多的“套路”。

A. 股权分割

首先是章程限制。章程限制经常使得非持股一方吃亏。举个例子：男女双方婚姻处于危机中，但一直不提离婚，双方都想让对方主动提，使自己占尽道德优势，以此在经济上获得优势。这种情况下，持股一方可以在章程上做一定的限制，此举对方财产的破坏性是很强的。章程限制股东离婚时不能直接分割股权，或者对新股东有各种的条件限制，股东会章程修订进行表决时，并不需要非持股一方去同意。

第二常见的情况，是限售股。比如，现在要离婚，双方决定不等到限售股到期，恨不得明天就各过各的。那么此时如何分割限售股？搁置争议，共同等待涨价？可以，但更多的人想明确化，在这种情况下，限售股要考虑到：出售的时期，出售时哪方拥有决定权，是否能给出确定价格。或者一方先给另一方一部分钱，待解禁后，股价（收盘价）何时达到平均价格，一方再给另一方补偿。这也是之前提到的请求权。如何将请求权写清晰且具有可执行性，就要求有很好的A股知识。

对于待上市公司，Pre-IPO公司，是最难处理的。虽然正在进行Pre-IPO，但是能否上市始终还是个未知数。如果此时双方对股份进行分割，会导致实际控制人的变更，这对双方不是很有利，因此一方不要求分割股份，但要求给予相应的金钱补偿。那么如何计算补偿的数额？如果上市失败，股份贬值严重。此时，就需要有经验的上市律师介入，分析各种可能性，并对此做出排列组合，写入协议。根据待上市公司不同发展的可能性，撰写不同的补偿价格、补偿条款，这点特别需要逻辑树思维方式。

B. 合伙份额

合伙份额是最难分割的，主要原因是合伙的人合性太强，除利益之外，合伙份额还经常涉及决策权，也可能是

双方所争夺的焦点。

C. 永久居住权

不动产能否设立永久居住权？这是一个很细节、很民法的问题。双方进行离婚分割时，房子为一方持有，但给予另一方永久居住权。此处的永久居住权并非真正的永久，通常其附有两项限制：一是自然死亡，第二是再婚。永久居住权是何种属性呢？如果将其描述成债权性的居住权，债权是没有保障的，债权的违约之后的救济非常难。同时，根据物权法定原则，物权性的永久居住权也无法设定。不过可以通过技术性处理，以支付象征性租金的方式订立租赁合同，期间为最长二十年，同时约定终止事件条款，比如一方再婚或者有稳定的异性同居伴侣，以及自然死亡。

5. 小概率事件应对

小概率事件包括飞机失事、车祸等意外事件，比如马航飞机失踪，出车祸成为植物人，或者其他原因变成限制行为能力人等。这些事件发生的可能性很小，可一旦发生，财产还在意外事件当事人名下。根据《民法通则》，配偶是成年人第一顺位监护人。坦率来说，在大多数情况下配偶是共同利益人。但在特定情况下，配偶之间也可能存在利害冲突。

还有一种情形，配偶人是共同利益人，但没有能力最大程度保证意外事件当事人及其自己的利益。比如某公司大股东身体不好，如果突发疾病，那公司谁来管理呢？该股东太太从来没管过，想让公司里其他股东，或者想让其他可信赖的朋友来管理，那么就涉及到成年人监护。对于成年人监护，民法通则既没有说明明确允许，也没有禁止。《老年人权益保护法》则明确可以事先确定成年人监护权。现在正在制定中的《民法典》，也对成年人事先指定监护成支持态度。所以，实践中，只要不违反法律的强制性规定，是可以事先确定的。

三、总结

第一，对律师而言，家事法业务常态是财产法内容。这就要求律师对财产、对财产的分割要非常熟悉。

第二，律师需要非常熟悉商事的内容和规则。我2013年加入汉坤后，曾协助处理一些非诉的问题以及一些咨询，汉坤最大的一个优势是它有很多中年级律师对商事法内容特别的熟悉，我从他们那里学到了很多。例如：我会经常去请教同事Pre-IPO股份的分割、限售股的分割。最近的业务较多涉及如何对家族企业章程中的控制权和继承方面进行规制，均为家事与商事规则的融合。大家如果想把家事律师做得好，对财产法一定要理解。中国婚姻法司法解释涉及房产的内容很多，所以对《物权法》要非常了解。只有这样，才有可能做得好家事法的非诉业务。

第三，现行法律非常粗糙。无论是身份关系，还是财产关系都非常粗糙，同时相关内容散落在不同法律中。比如，关于有限责任公司的内容在《公司法》中，同时婚姻法司法解释也有相关规定，合伙企业法、《保险法司法解释（一）》也有规定。如何将相关内容体系化，需要平时的基本功与基本资料的收集与整理。在立法很粗糙的情况下，必须用协议条款去细化权利义务，只要不违反强制性规定，民法是允许意思自治的。家事法唯一要注意的红线是公序良俗规则。

第四，重视逻辑树模式的情景演练。上文提及Pre-IPO公司股份分割，要考虑到多种情况，比如，第几轮融资，股份是否会稀释，上市成功的可能性，上市不成功的可能性，对赌失败的可能性，或者上市之前被人收购的可能性等。以上情形都需要画一个图表，用逻辑树的方式，考虑在各种情况下各方的利益。对于股份的分割，公平是第一规则，控制权是第二规则。如果只讲公平，不讲控制权，肯定无法达成协议；如果达到了公平，但是控制权或者其他有问题了，另一方也不会同意签署协议。逻辑树可以对不同情形进行不同的分析，并安排不同的补偿规则。一方不会太吃亏，一方也不会太占便宜，将来协议的可执行性，会多一些，也会好一些。

第五，家事律师要经常提供Solution，而不是说“No”。公司金融业务的律师经常说“No”，我刚入行时，带我的律师就跟我说，要勇敢地和客户说“No”，因为金融业和上市公司都是会被监管的，所以要保护客户，就要

说“No”。但家事法没有太多的“No”可以说。比如客户想将房子赠予自己未成年的孩子，作为律师肯定不能说“哎呀，张太太您不能这么做啊，万一孩子败家怎么办？”之类的。客户就一个孩子，房子肯定给孩子。在这种情况下，不应该说“No”，而是应该提供 Solution。我这里介绍一个小技巧，比如将房产的 90%给孩子，10%由父母持有，无论未来房子被孩子抵押，出售，要加名，父母都会知悉，父母仍然对该房产的处分有一定的话语权。

最后，不要有好奇心！我经常跟自己说做这一行不要有好奇心，要尊重客户的隐及他们的任何想法。客户想在婚前协议中写入这样那样的条款，千万不要去问他的原因，不要有好奇心，不要去问客户。可以有一颗八卦的心，但不要有八卦的嘴。

假离婚司法救济裁判实务总结

2016-09-14 离婚大师 广东广强律师所 吴杰臻

因近日上海假离婚潮爆发，又一再刺激老百姓的脆弱神经，刷新国人的三观。

我特意调研了约 1000 份假离婚的判决书，对假离婚的司法救济有了更深刻和全面的了解。为了让大众能看懂这篇迄今为止市面上最为全面深刻的假离婚司法救济裁判研究报告，我尝试用最通俗的语言去总结。

一、婚离了，还是没离？法院有话说！

1. 领证后即离婚，谁管你真假！

黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院在其 2015 年审理的一起假离婚的案件中认为：由于双方一办理离婚登记，离婚登记的行为系符合法律规定的解除婚姻关系的要件，并不存在所谓的“假离婚”的问题，故本院对关于“假离婚”的主张不予采信。

江西省吉水县人民法院在其 2015 年审理的一起假离婚案中认为：双方在吉水民政局签订了离婚协议并办理了离婚登记手续，在该离婚登记未被撤销之前，双方已按照离婚协议解除了婚姻关系。

在这一点上，司法界是有一致共识的，没有看到任何争议性判决。

2. 民政局宣布假离婚无效，法院不认账！

现生效的《婚姻登记条例》(2003 年)，已经取消了民政局收回离婚证的规定，但我却发现三起挺有意思的案例。

在贵州六盘水中级人法院审理的三起民间借贷纠纷案子，两被告借假离婚逃避债务。对于他们俩的离婚证，当地民政局宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证。

然而，贵州六盘水中级人法院对这份文书大胆地 Say NO！理由值得大家品味：

离婚证是确认当事人解除夫妻关系的有效证件，离婚证一经颁发，即解除了原有的夫妻关系和相应的权利、义务，这种人身关系的不可恢复的特殊性，决定了离婚证的不可撤销性。根据婚姻法规定的结婚自愿和离婚自愿的原则，取得瑕疵离婚证的当事人，即使撤销离婚证，法律也无权强制二人共同生活，在现行有效的法律规定方面，没有任何撤销离婚和宣告离婚无效的法律规定。故，上诉人提交的该份证据没有法律依据，本院不予确认。

也就是说，哪怕离婚证被收回了，法院也不认账——婚已离，休想做夫妻！

二、什么？假离婚？你们能不能拿点有用的证据来？

在 1000 起假离婚案件中，稍微有点证据的案件不超 30 起，也就是说 99%以上的假离婚都没有留任何证据。难道你们真以为情比金坚？哪来的信心？有钱假离婚买房，就不舍得花钱咨询下律师吗？

接下来，咱们看看法院在证据认定上是怎么虐他们的。

1. 离婚后仍以夫妻相称，就是假离婚吗？

在广州市中级人民法院 2014 年审理的一起假离婚案件中，双方离婚后在微信对话里仍以夫妻相称。男方辩称习惯了夫妻称谓，离婚后还没改口以及相互关心。法院认为此证据不足以证明假离婚。

2. 离婚后仍共同生活，就是假离婚吗？

在杭州市中级人民法院 2014 年审理的一起假离婚案件中，任某和潘某 2013 年 9 月 5 日办理离婚登记，任某以离婚后双方仍居住在一起的事实证明假离婚，但潘某辩解任某不履行离婚协议，所以他才不肯办搬离。法院认为，仅凭此不足以证明假离婚。

浙江省余姚市人民法院在 2016 年审理的一个假离婚案件中也表示：双方离婚后仍共同生活的事实并不影响离婚和离婚协议约定条款的效力。

对此，黑龙江省齐齐哈尔市建华区人民法院表示不服。其在 2015 年的一个假离婚案件中认为：双方离婚后又

以夫妻名义共同生活，现双方对子女抚养问题无争议，而能够确定离婚协议中离婚问题虚假而不真实，故双方财产分割问题因无离婚条件下而非真正离婚的真实表达，从实际对房产的分割违背常理公平。

哎，好乱。到底听谁的？

3. 离婚后子女实际抚养情况与离婚协议不一致，就是假离婚吗？

珠海市中级人民法院 2015 年审理的一起假离婚案中，李某认为离婚后孩子一直由他抚养，但离婚协议却约定由韦某抚养，所以是假离婚。

珠海中院认为：离婚协议中约定的孩子抚养权分配与实际中真实的孩子抚养情况存在差异，这在现实中是客观存在的，以这种差异就认定是假离婚的理由并不充足。且离婚后不久韦某与他人再婚，两个儿子均目睹父母曾多次发生激烈冲突。

估计珠海中院法官也在纳闷：能不能找个靠谱点的理由啊？

4. 双方书面约定离婚手续为假，就是假离婚吗？

江苏省宿迁市宿城区人民法院 2013 年在一起假离婚案中，给出了肯定的回答。

双方当事人在离婚前签订了书面补充协议，明确约定办理离婚登记是虚假手续，离婚协议关于财产处理的内容不是双方真实的意思表示。

这应该就是经过律师之手的补充协议吧？连“意思表示”都用上了，多精准啊！

三、证明到假离婚又如何？离婚协议有没有效，还是剪不断，理还乱。

1. 带着规避限购、出国移民、计划生育等目的离婚，是否意味着离婚协议中的财产约定不是真实意愿？

民法通则要求民事行为成立必须是真实意思表示。那么，是否可以通过离婚真实目的来推断财产分割约定不真实呢？

【支持】

在北京市第三中级人民法院 2014 年审理的一起假离婚案中，原被告为了让子女移民读书，办理了假离婚手续。法院认为他们以移民为目的办理离婚登记手续，签署离婚协议书为行政备案手续所需，双方真实意图并不在于就解除婚姻关系后的夫妻共同财产和共同债务进行实际分割。因此，离婚协议书中有关财产分割的约定并非当事人真实意思表示，对双方不具有法律约束力。

湖南省桂东县人民法院 2014 年审理的一起以逃避计生和保工作为目的的离婚案中，也认为这种财产分割约定不是双方真实意思，不具有效力。黑龙江省齐齐哈尔市建华区人民法院 2015 年的一起案件中也持相同观点。甚至重庆市武隆县人民法院在 2014 年审理的案件中认为连子女抚养的约定都不具有效力。

至于前面提到的江苏省宿迁市宿城区人民法院 2013 年的假离婚案中，则因为双方明确约定不是真实意思表示，所以协议无效。

【反对】

此时，北京市第一中级人民法院表示有话要说。

北京第一中院在 2015 年审理的一起假离婚案中，明确表示：双方在签订离婚协议时并非系在感情已完全破裂的情况下慎重考虑所签，故难以体现双方真实意思的表示。但该协议的签订过程确无欺诈和胁迫的情形，仍然有效。

大连市沙河口区人民法院在 2014 年审理的一起假离婚案中也表示：双方为了婚生女在好学区就学而办理的假离婚及离婚登记后双方仍在一起生活居住且未对房屋进行真正分割。但双方在办理离婚登记后如何生活以及双方是否按照离婚协议的约定实际对财产进行分割均不影响离婚协议的法律效力。

浙江省乐清市人民法院在一起以子女学位而假离婚的案件中持同样的观点：原、被告为实现被告陈某甲女儿陈某丁在上海读书之目的，办理了离婚登记，双方对离婚的意思表示真实，双方的离婚事实已产生法律效力，因此，原、被告于 2011 年 3 月 1 日签订的离婚协议有效。

2. 假离婚是否等同于欺诈？

北京市第一中级人民法院在上面提到的案例中已表示假离婚不等同于欺诈。

江苏省灌南县人民法院在 2014 年的假离婚案件中作出进一步的解释：欺诈是指一方当事人故意告知对方虚假信息，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为，而本案中，原告称，其与被告因意欲购买二套房及再生育子女而协议离婚，能证实，协议离婚是原、被告一致意思表示，原告处分该房产并未违背其真实

意思，其正是想通过处分房产的真实意思而达到购买二套房及再生育子女的目的，原告作为一个有认知能力的完全民事行为能力人，理应对自己的行为所导致的结果有充分的认识，其提供的证据不能证实其签订离婚协议非其真实意思表示，故对原告诉讼请求，本院不予支持。

3. 假离婚中不分或少分财产的一方，能否主张显失公平？

【支持】

黑龙江高级人民法院在其 2013 年再审的案件中表示：

张某与李某某经民政部门协议离婚，解除婚姻关系，合法有效。双方在离婚前后对财产及婚生子的归属做过多约定，但财产分割协议均是基于李某某向张某表示暂时分开冷静冷静过段时间再复婚的情形下签订的，也正是基于李某某复婚承诺，张某放弃了大部分财产，而李某某在离婚后长达一年时间，迟迟未兑现其承诺，张某在复婚无望情况下，于 2007 年 11 月 20 日诉至法院，请求撤销其与李某某签订的显失公平的财产分割协议及重新分割婚姻关系存续期间共同财产，该请求符合法律规定，且没有损害李某某的合法权益。人民法院应当根据法律规定和案件的实际情况对婚姻关系存续期间共同财产作出处理。张某与李某某于 2006 年 11 月 9 日、11 月 23 日签订的财产分割协议，因显失公平，应予撤销。双方婚姻关系存续期间共同财产，应予重新分割。

内蒙古自治区鄂托克前旗人民法院在其 2015 年审理的案件中认为：对于财产分割系财产关系，可以适用合同法，《中华人民共和国合同法》第五十四条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的……”，公平原则是民法的一项基本原则，它要求当事人在民事活动中应以社会正义、公平的观念指导自己的行为、平衡各方的利益。就本案而言，《离婚协议》中关于财产的约定为：将位于城川镇的 4 亩水浇地及 20 万元归原告张华，其余财产包括家电门市部、住房等均归被告马雷虎所有。本案原告张华作为一名离异妇女，无固定工作、住所，还需抚养次子马梓明，生活较拮据，甚至曾经选择轻生，虽被相关部门救下，但在本地区造成了一定的社会影响，相比较而言被告马雷虎在双方签订离婚协议时拥有固定住所，且从事个体经营，生活较为富足，因此根据我国民法的公平原则及婚姻法的照顾女方权益原则，上述《离婚协议》就财产分割部分显失公平，应当予以撤销。

【反对】

佛山市顺德区人民法院在其审理的一起假离婚案件中认为：双方所签的《离婚协议书》包含了离婚、子女抚养以及到共同财产、债务的承担等方面的约定，双方就上述问题达成的协议带有一定的道德义务性质，双方根据意思自治的原则达成的协议，对双方应具有法律约束力，不能仅因为一方根据协议的约定多分财产而认定显失公平。

4. 离婚协议约定与实际不符，是否有效？

在查阅的案例中，如果离婚协议没有涉及到的财产，法院均支持双方在离婚后就尚未约定的财产起诉分割。

如双方名下有财产，但备案的离婚协议中写明双方无共同财产或无财产等等。

5. 以逃避债务为目的假离婚，协议效力如何？

在查阅到的两起以逃避债务的假离婚案件中，法院均以“合法形式掩盖合法目的”为由判决该离婚协议中的财产分割约定无效。

如江苏省常州市中级人民法院（2015）常民终字第 0641 号案中，法院认为：双方办理离婚登记的目的是为了将房屋等财产转移到名下何某而规避本院执行王某甲所欠常州市玻璃钢厂债务案件，离婚协议中的财产分割部分属于以合法形式掩盖非法目的的合同条款，又何某在 2014 年《真实情况说明》中自认与王某甲办了假离婚等事实也能印证双方前述行为的不法性，故双方的财产分割协议因违反法律规定而无效。

总结

通过以上案例的分析，我们可以得出以下结论：

1. 只要领了离婚证，夫妻关系即解除。

2. 以规避限购、子女读书、计划生育等等目的而办理离婚手续，虽然双方没有离婚的实际意愿，但财产约定是否意思表示不真实、是否等同于欺诈，在司法实务中均未有统一结论。

3. 以显失公平为由撤销离婚协议，则需要看具体情况而定，并非仅因一方获得全部财产或多分财产，就必然认为是显失公平。

4. 如果离婚协议中未涉及到的财产，离婚后可以起诉分割。

5. 如果双方书面明确约定民政局备案的离婚协议不是双方真实意思表示,对双方不具有约束力,则离婚协议中的条款无效。

A股上市公司证券非交易业务大“揭秘”

——从婚姻、继承导致A股股票非交易过户案例探析

2016-09-18 家族律评 北京市中伦(上海)律师所 蓝艳

近年来,随着大量优秀民营企业涌入上市公司的行列,许多“夫妻店”、“家族店”一跃成为了富豪榜上的领军人物,一次又一次地刷新着富豪榜的排列组合。但是随着财富的不断累积,随之而来的家庭矛盾导致的夫妻婚变、“创一代”因身体或其他原因导致家族产业的传承问题也慢慢浮出了水面,“天价离婚案”、“天价继承案”不断地进入公众的视野。虽然其中的部分案件涉及了复杂的诉讼和家族纷争,但是还是有很大一部分案例是在一片“祥和、安宁”的气氛中解决的。而和平解决这些问题的主要手段就是依靠上市公司证券非交易过户方式完成上市股票的分割及继承问题。由于笔者所在的团队长期从事上市公司股权分割及传承的研究,对于上市公司证券非交易业务有较为深入的研究,希望通过本文带领广大读者一同从婚姻继承案例方面解密这项业务的来龙去脉。

一、上市公司股票非交易过户的案例回顾

根据笔者的不完全统计,上市公司股东因“和平分手”而通过证券非交易过户方式解决离婚财产分割的案例已不鲜见。

例如:国内“公关第一股”L公司股东由男方持股,因离婚财产分割将男方名下4.59%的股票通过非交易过户方式分割给女方并保留了女方所持股票对应的表决权,股票价值近2亿元[[证券日报网: http://www.ccstock.cn/gscy/qiyexinxi/2016-01-29/A1454060286191.html](http://www.ccstock.cn/gscy/qiyexinxi/2016-01-29/A1454060286191.html),最后访问时间:2016年9月17日]。

G公司股东男方因离婚财产分割将名下9.22%的股票非交易过户方式分割给女方,不但使得男方支付了1.43亿元的“共同财产分割对价款”,而男方也从公司第二大股东滑落到第三位,而女方则“空降”至并列第三大股东的位置,并且还一度引发了G公司跌去了股价的15%[[腾讯网: http://finance.qq.com/a/20111208/001286.htm](http://finance.qq.com/a/20111208/001286.htm),最后访问时间:2016年9月17日]。N公司实际控制人即男方在公司刚上市2年左右就因离婚财产分割将自己名下16%的股票通过非交易过户的方式分割给了女方,当时股票市值约合5.2亿元[[网易财经: http://money.163.com/13/0828/21/97D7H6IJO02540BQ.html](http://money.163.com/13/0828/21/97D7H6IJO02540BQ.html),最后访问时间:2016年9月17日]。

当然,除了因“和平分手”以为,因上市公司股东、实际控制人遭遇各类意外过世而需要通过证券非交易过户方式解决遗产分割的案例也有很多。

例如:R公司控股股东R先生在没有遗嘱及遗赠扶养协议的情况下过世,其配偶及两个女儿按照法定继承并通过证券非交易过户的方式获得了其个人所持有30%左右的上市公司股票,成为了R公司的控股股东[<http://finance.qq.com/a/20150126/084150.htm>,最后访问时间:2016年9月17日]。

G公司大股东Y先生突然逝世,包括其配偶在内的6名继承人,通过提交相关公证文件办理了证券非交易过户,直接及间接继承了Y先生个人所持有的超过40%的上市公司股票,而Y先生的配偶更成为了G公司的新实际控制人[<http://finance.people.com.cn/stock/n/2012/0705/c222942-18452440.html>,最后访问时间:2016年9月17日]。

Y公司第二大股东T先生持有该上市公司超过15%的股票,后因病过世,其生前所持公司股份因其他继承人主动放弃而由其配偶L女士一人继承,其所继承的股票最终也是通过证券非交易过户的方式来实现[[东方财富网: http://finance.eastmoney.com/news/1354_20150304482685612.html](http://finance.eastmoney.com/news/1354_20150304482685612.html),最后访问时间:2016年9月17日]。

二、上市公司证券非交易业务的法律依据及业务流程

1 证券非交易业务的法律依据

2011年7月1日,中国证券登记结算有限责任公司(以下简称“中登公司”)根据《证券法》、《公司法》、《证券登记结算管理办法》等法律法规、部门规章的规定,以及中登公司《证券登记规则》和上海证券交易所、深圳证券交易所、中登公司联合发布的《上市公司流通股协议转让业务办理暂行规则》等有关业务规则,制定了《证券非交易过户业务实施细则(适用于继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形)》。其中第二条明确规定“登记在本公司开立的证券账户中的A股股票(不含非流通股)、债券、基金(限于证券交易所场内登记的份额)、权证等证券,因发生证券继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形之一涉及证券持有人变更的,作

为过出方和过入方可以申请办理非交易过户登记”。中登公司以上述实施细则规定了因离婚、继承涉及的证券过户登记可以适用非证券交易过户的方式。

2016年1月4日,中国证券登记结算有限责任公司深圳分公司发布了关于证券非交易过户业务指南的修订通知,对证券非交易过户的政策法规和业务规则进行了最新的修订(以下简称“业务指南”),其中对于因继承引发的证券非交易过户业务,增加了“遗赠”部分,而离婚财产分割仍然还是属于证券非交易过户业务的一种。

2 证券非交易业务的业务流程

01 继承所涉证券过户

该业务指南的第五章第十六条至第十七条详细规定了因继承原因申请证券非交易过户时需要提交的证明文件及应当注意的问题。其中办理该项业务最重要的文件即“能够说明遗产归属的法律文书”,这些文书主要包括继承公证书、经公证的遗赠抚养协议、已生效的法院调解书、判决书。而关于继承公证书,除了要求必须符合《继承法》、《婚姻法》等法律法规的规定以外,还需要注意所过户的证券是否存在夫妻共财产分割的问题、放弃继承后再次申请赠与的非交易过户问题以及未成年继承人的说明问题。这些都是在通过继承公证的方式办理非交易过户时必须关注的问题,否则可能直接影响了相关业务的顺利办理。

02 离婚财产分割所涉证券过户

该业务指南的第六章第十八条详细规定了因继承原因申请证券非交易过户时需要提交的证明文件。根据我国《婚姻法》第三十一、三十二条的规定,男女双方自愿离婚的,可以到婚姻登记机关申请离婚,即通过民政局办法离婚证的方式解除婚姻关系;而男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼,即通过法院出具调解书、判决书的方式解除婚姻关系。因此,通过不同途径办理的离婚手续,其获得的法律文件也不同,在申请证券非交易过户时,应特别注意两种不同方式所需要提交的文件。其中特别需要提请读者注意的是,通过民政局办理离婚的申请人,其不但需要提交离婚证,最重要的是要提交“经公证的离婚财产分割协议”。另外,如果是通过法院出具调解书、判决书的方式离婚的,则离婚判决书、调解书必须说明股票分割的情况,否则还是要提供公证书。而根据笔者实际的操作经验,公证处一般不对直接对离婚协议书出具公证书,而是基于因离婚而涉及的财产分割内容进行公证,一般公证的文件为《财产分割协议》。

三、持股 5%以上的股东办理证券非交易业务的特别流程

根据笔者所列举的案例可见,很多上市公司的离婚方或被继承人都是该企业的控股股东或实际控制人,其所持有并需要分割的股票远远超过了该公司股票总发行数量的 5%以上。根据业务指南第五条的规定,这类股票在申请办理证券非交易过户之前,必须履行有关的信息披露义务,且在履行信息披露程序之后还需要经证券交易所的确认,这些程序都是申请过户手续前必须完成的,否则相关的股票将无法顺利完成非交易过户手续。除了该规定以外,结合笔者实际操作并办理的证券非交易业务,持股 5%以上的股东办理该业务时可能还会涉及到股票限售承诺及相关的信息披露事宜。

1 上市公司需要发布关于股票权益变动提示性公告

无论是上述案例中提到的上市公司,证券非交易过户所涉及的股票数量都已经远远的超过了 5%,有的甚至超过了 30%。而翻看这些上市公司的公告,无一例外的都就该股票变动发布了《关于权益变动提示性公告》,其中需要明确载明本次权益变动详细原因、所涉及股票分割的数量及对象、股票分割后的持股情况,相关的股票变动是否会导导致公司控股股东或实际控制人发生变化,也需要进行特别说明。

同时该公告还需要附上相关的被查文件,包括判决书或调解书或财产分割公证书、简式权益变动书以及详式权益变动书等。

2 信息披露义务人需签署权益变动报告书

依据《中华人民共和国证券法》、《上市公司收购管理办法》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 15 号—权益变动报告书》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 16 号—上市公司收购报告书》等法律、法规和规范性文件的规定,因离婚财产分割或继承所涉及的股票的减持人及增持人均信息披露义务人,信息披露义务人(包括投资者及其一致行动人)应在《详式\简式权益变动报告书》中披露其在该上市公司所拥有权益的股份的情况。以《简式权益变动报告书》为例,至少应当载明以下内容:

- (1) 信息披露义务人的基本情况;

(2) 是否持有或控制其他境内或境外上市公司发行在外股份总额 5% 以上的情况；

(3) 本次权益变动决定及目的，如：因婚姻变动，根据某法院判决书或调解书或财产分割公证书而进行的股份分割；

(4) 权益变动方式，包括：股份变动的方式、信息披露义务人持股情况、本次权益变动的基本情况、前 6 个月内买卖上市交易股份的情况等；

(5) 其他重大事项，包括：应披露的其他信息、信息披露义务人声明、其他相关说明等；

(6) 备查文件，包括：信息披露义务人身份证复印件、判决书或调解书或财产分割协议书及经签署的报告书等。

3 上市公司应在公司留存备查文件

上市公司应将上述报告中提到备查文件留存在公司，一般会存放于上市公司董事会办公室供有关部门或人员进行查询。

4 限售承诺或一致行动协议等

如果所涉及的上市公司股票是处于限售期的股票或股票减持人在减持股票前对于股票有相关的承诺或与其他人签署了一致行动协议的，受让股票的一方还可能就需要就股票原本所受的锁定承诺出具相关的承诺书或遵守原有的一致行动协议书。

如：L 公司股东的前妻在获得相关股票后，承诺遵守首发限售，遵守一致行动协议，表决权委托前夫行使；N 公司股东的前妻在获得股票后不但要承诺遵守该股票首发限售，同时还受到高管限售股票的限制；R 公司及 G 公司的继承人都对外承诺继续履行被继承人在持有股票阶段所做的相关承诺。

综上，上市公司证券非交易业务通过“和平”的方式解决了上市公司股东因离婚或继承问题引发的股票转让问题，该种方式交易手续简便、不引发相关的税务问题且操作过程也不复杂，是上市公司股票分割的一种重要的手段。但其中涉及到的相关法律适用、业务流程操作及注意事项则需要申请者特别的留意，且相关上市公司也应当予以积极配合。上市公司承载着整个公众社会的利益，涉及上市公司的每一个问题都事关重大，因此需要得到更多的关注！

上市公司非交易过户手续，虽然似乎只是流程问题，但办理环节复杂、涉及时间跨度相对较长，相关政策变化频繁，同时，当事人的情绪起伏变化、相关社会舆论压力等也都会造成一定进程影响，承办律师应综合掌握、及时学习，对得起客户的信任！

不动产所在地法并非不动产遗嘱准据法

——《涉外民事关系法律适用法》对境外居民遗嘱的影响

2016-9-18 法客帝国 广东海埠律师事务所 黄善端

阅读提示：按照我国现行立法下的冲突规范，遗嘱冲突规范本身排除了不动产遗嘱适用不动产所在地法律，而不动产物权冲突规范又不应用于不动产遗嘱，不动产遗嘱不以不动产所在地法为准据法，已十分明确。司法部三个相关问题的复函，但由于其内容明显与现行法律抵触，因而应当停止适用。

内容提要：

在我国冲突立法下，遗嘱相关事项的准据法主要为遗嘱人本法域法律。但在实务中，以各种理由拒绝根据《涉外民事关系法律适用法》（简称“《法律适用法》”）适用境外准据法的情况时有所见。其中一个常被用到的依据是“不动产适用不动产所在地法”的系属公式，这一依据在过去甚至为我国司法行政部门所采用。然而，我国立法事实上并未按照遗嘱处分的财产为动产或不动产而区分其冲突规范，更未对不动产遗嘱采用“不动产适用不动产所在地法”的系属公式。《法律适用法》的规定作为我国立法的选择，亦具有相当充分的理由。

详目：

一、问题的提出

二、司法部在三个复函中的见解

（一）三个复函

（二）说明及检讨

三、《法律适用法》并未规定不动产所在地法为不动产遗嘱的准据法

四、不动产遗嘱是否应适用不动产物权冲突规范？

“家事法苑”团队奉献

五、具有充分理由的立法选择

(一) 比较法的角度

(二) 采用“统一主义”的理由

六、总结

一、问题的提出

在我国冲突法立法下，遗嘱相关事项的准据法，原则上均为遗嘱人本法域法律（遗嘱方式有可能以行为地为地法律为准据法除外）。对此，法律规定已比较明确，本来并无过多论证的必要。然而，由于适用冲突法的意识薄弱，作为冲突法适用上一个顽疾的“逃避适用境外法律”的现象，在实务中始终常有所见。实务工作者在面对冲突法问题时，有的直接无视或视而不见，有的则以各种“或明或暗”的理由予以规避，以达到不适用境外准据法的目的。就境外居民遗嘱而言，在各种“逃避适用境外法律”的理由中，十分常见的是“不动产遗嘱应适用不动产所在地法”（一般以“原则”、“法理”、“理论”、“法谚”姿态出现）。眨眼一看，这一理由似乎有相当的说服力，但一旦回归法律，就发现在我国立法中此理由并无依据。

纵观我国有关机关的规范性文件，主张不动产遗嘱适用不动产所在地法的观点首见于司法部在 80 年代的几个复函中。在 1987 年及 1988 年期间，司法部先后发布三个涉及遗嘱法律适用问题的复函，即《公证律师司关于涉外遗嘱继承公证中如何确认遗嘱效力问题的复函》（[87]司公字第 65 号）、《关于办理黄兆源遗嘱继承公证的复函》（[88]司公字第 60 号）及《关于如何确认香港高等法院遗嘱检定书事的复函》（[88]司公字第 67 号）（合称“三个复函”）。在“60 号文”及“67 号文”中，司法部公证律师司比较明确的表明了处分在我国境内不动产的遗嘱应适用我国境内法律的观点。在这样的官方见解下，不动产遗嘱适用不动产所在地法的观点流行于实务之中，特别是流行于遗嘱相关公证实务之中，亦自不足为奇。

为了彻底地阐明在我国冲突立法下遗嘱原则上以遗嘱人本法域法律为准据法的立场，根除“逃避适用境外法律”的现象，本文拟以上述复函为出发点，先对司法部当时在复函中所持的观点是否有充分依据的问题进行检讨，继而进一步分析并说明在我国冲突立法下，不动产所在地法并非不动产遗嘱的准据法。

二、司法部在三个复函中的见解

(一) 三个复函

1. “65 号文”（《公证律师司关于涉外遗嘱继承公证中如何确认遗嘱效力问题的复函》）

司法部在“65 号文”中回复广东省司法厅公证管理处表示：“你处 1987 年 3 月 21 日粤司公字（1987）30 号《关于在国外立的遗嘱是否要经居住国遗嘱检验部门检定后才能依遗嘱办理继承权公证的请示》收悉。经与有关部门反复研究认为，目前《继承法》中对涉外遗嘱效力问题未作出规定，如何确认遗嘱效力需具体问题具体研究……。为慎重办理此类公证，总结经验，今后凡是公证处受理的涉外、涉华侨、涉港澳台遗嘱继承公证事项，均需逐案报我司研究，并着重了解以下几个问题：1. 遗嘱人的国籍、出生年月日，死亡年月日、亲属状况；2. 遗嘱人的住所地、立遗嘱的行为地；3. 遗嘱受益人的状况（姓名、性别、出生年月日、国籍、住所地、与遗嘱人的关系等）；4. 遗嘱中所处分的在我国境内的遗产状况（动产、不动产、价值、存放或座落地点等）；5. 遗嘱人住所地或遗嘱行为地国家对遗嘱效力的有关法律规定；6. 当事人向公证处提交的遗嘱是否办理了公证、认证。”

2. “60 号文”（《关于办理黄兆源遗嘱继承公证的复函》）

司法部公证律师司在同样是回复广东省司法厅公证管理处的《关于办理黄兆源遗嘱继承公证的复函》中表示：“……经与有关部门研究认为，在涉外遗嘱继承中，如果遗嘱人为外籍人，他在国外立遗嘱处分其在我国境内的不动产时，该遗嘱内容应符合我国的法律。在当事人申办遗嘱继承公证时，我公证机关应对该遗嘱进行检验。主要包括：确认该遗嘱是否是遗嘱人本人所立，遗嘱人在立遗嘱时是否符合行为地法律；遗嘱人在遗嘱中所处分的财产是否属于本人所有；遗嘱受益人有无变化，遗嘱有无取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权等等。……公证处根据上述遗嘱检验的要求进行审查和必要的调查核实。对于符合设立遗嘱时的行为地法律的遗嘱，且遗嘱的内容也符合我国的法律，公证处可为当事人出具遗嘱继承权公证书。”

3. “67 号文”（《关于如何确认香港高等法院遗嘱检定书事的复函》）

紧接《关于办理黄兆源遗嘱继承公证的复函》，司法部公证律师司在《关于如何确认香港高等法院遗嘱检定书事的复函》中再次回复广东省司法厅公证处，其中表明：“关于香港居民谢淡秋、吕贤藻、黄少楚、陈冰怡、黄兆

镇和霍伯谦等六件遗嘱继承案，遗嘱人均在香港设立的遗嘱，处分其在内地的房产，因此遗嘱内容应符合我国法律。在当事人申办遗嘱继承公证时，我公证机关应对遗嘱进行检验。主要包括：确认遗嘱是否是遗嘱人本人所立，遗嘱人在立遗嘱时是否符合行为地法律；遗嘱人在遗嘱中所处分的财产是否属于本人所有；遗嘱受益人有无变化，遗嘱有无取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权等等。对于遗嘱是否是遗嘱人本人所立，遗嘱人在立遗嘱时是否符合行为地法律，应由香港高等法院进行检定。根据香港惯例，遗嘱经高等法院检定后，法院即发给当事人一份遗嘱检定书及遗嘱影印件，遗嘱原件则由高等法院保存。为确认遗嘱检定书和遗嘱影印件的真实性，公证机关可要求当事人请我部委托的香港律师办理公证证明。经香港高等法院检定并由我委托的香港律师公证的遗嘱（副本），如其内容与我国法律无抵触，应视为有效遗嘱，公证机关据此为遗嘱受益人办理遗嘱继承权公证；如其内容与我国法律有抵触，应视为无效遗嘱，公证机关不能办理遗嘱继承公证；如其内容部分与我国法律相抵触，则遗嘱视为部分无效，公证机关只能对有效部分出具遗嘱继承公证书。”此复函的内容与前一个复函的内容基本一致。

（二）说明及检讨

综合三个复函的内容，可以对当时司法部的见解总结如下：

（1）司法部开始认为，《继承法》就涉外遗嘱（包括境外居民所立遗嘱）如何适用法律并未作出规定，因此对于如何认定遗嘱效力，需要先经具体研究才能明确处理意见。

（2）后来经研究，司法部公证律师司形成了“60号文”及“67号文”中的观点，这两个复函的观点均针对处分在我国境内不动产的遗嘱，未涉及处分非不动产的遗嘱。

（3）司法部公证律师司认为，境外居民在境外所立、处分内地不动产的遗嘱，既需要符合设立遗嘱时行为地法律，在内容上又需要符合内地法律。（4）在具体事项上，司法部公证律师司特别强调了遗嘱不得违反《继承法》的特留份规定。

（5）“67号文”还特别强调若遗嘱违反我国内地法律，遗嘱无效或部分无效。

由此可见，当时司法部公证律师司已经比较明确地认为，境外居民所立的处分我国境内不动产遗嘱，至少在内容上应适用我国境内法律。作为比较正式的官方观点，司法部公证律师司的观点自然对实务（特别是公证实务）产生相当大的影响。然而，从当时的法律规定看，这样的见解难以认为具有充分的依据，说明如下：

首先，在当时的立法中，并不存在直接支持不动产遗嘱适用不动产所在地法的法律依据。对此，“65号文”也明确确认对于有关法律适用问题，《继承法》并未作出规定。

其次，关于不动产物权的准据法，《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律。”但最高人民法院在解释该规定时，只明确了该“不动产的所有权”只包括买卖、租赁、抵押、使用等，并未包括不动产继承、不动产遗嘱继承或不动产遗嘱处分。

再者，对于法律对有关事项并确立冲突规范的情形应如何处理，当时的法律其实已有明确规定。按照《民法通则》第142条3款，对于涉外民事关系的法律适用，内地法律和我国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。据此，司法部既然认为《继承法》未对遗嘱的法律适用作出规定，即认为法律对遗嘱的冲突规范未作出规定，则应根据国际惯例确定其冲突规范。司法部公证律师司当时采用了不动产遗嘱适用不动产所在地法的观点，究竟是以国际惯例为依据，还是以其他理由为依据，不得而知。但在当时是否存在不动产遗嘱适用不动产所在地法的国际惯例，亦有疑问。

三、《法律适用法》并未规定不动产所在地法为不动产遗嘱的准据法

在《涉外民事关系法律适用法》（简称“《法律适用法》”）施行前，难以认为不动产遗嘱适用不动产所在地法的观点具有充分的依据，而在《法律适用法》施行后，我国立法对遗嘱冲突规范的规定即已相当明确，原则上以遗嘱人本法域法律，而非不动产所在地法律为准据法。

从文义上看，《法律适用法》的相关规定在遗嘱问题上，显然并未以遗产为动产还是不动产为区分标准而设定不同的冲突规范。在《法律适用法》中，有三个条文中的冲突规范与遗嘱具有最为密切的关系，即第12条（包含遗嘱能力的民事行为能力）、第32条（遗嘱方式）及第33条（遗嘱效力），后两个条文更是针对遗嘱的专门性冲突规范。其中，遗嘱能力冲突规范的连结点是行为人经常居所地，遗嘱方式的为遗嘱人立遗嘱时或死亡时的经常居所地或国籍国或遗嘱行为地，遗嘱效力的则为遗嘱人立遗嘱时或死亡时的经常居所地或国籍地。可见，在《法律适用法》下，遗嘱相关冲突规范基本上均以遗嘱人本法域法（经常居所地法或国籍地法）为准据法，唯一的例外是遗嘱

方式冲突规范还加上行为地作为选择性连结点。无论如何，任何的一项冲突规范均未以财产所在地为连结点，更未以不动产作为连接点以区分动产遗嘱与不动产遗嘱的冲突规范。仅从《法律适用法》上述规定的文义看，即不存在主张遗嘱应按照遗产为动产或不动产而区分其冲突规范的解释空间，更无从认为不动产遗嘱以不动产所在地法律为准据法。

形成明显对比的是，《法律适用法》第31条关于法定继承冲突规范的规定。该项条文明确以遗产为动产还是不动产为标准，区分为不同的冲突规范，动产法定继承适用被继承人死亡时经常居所地法律，不动产法定继承适用不动产所在地法律。从这个角度看，立法者在几个紧接的条文中，针对法定继承冲突规范明确按照动产和不动产进行区分，对遗嘱相关的冲突规范则未作此区分，显然表明了遗嘱相关的冲突规范并不按照动产和不动产作出不同规定的立法意图，即无论遗嘱所处分的遗产是动产还是不动产，均以相同的连结点确定其准据法。

四、不动产遗嘱是否应适用不动产物权冲突规范？

《法律适用法》第36条规定：“不动产物权，适用不动产所在地法”。该条所规定的为不动产物权的冲突规范，其连结对象为不动产物权，对于不动产物权的何种事项则未作任何限定。仅就概念而论，不动产物权的任何得丧变更及其方式和效力、不动产物权的内容等，均可涵盖在内。因此，基于遗嘱和遗嘱人死亡而发生的不动产物权变动，在概念上亦完全可被《法律适用法》第36条的不动产物权冲突规范所包含。若孤立地按照《法律适用法》第36条“不动产物权”的概念进行解释，不动产遗嘱继承适用该项冲突规范确实并不存在任何问题。

然而，类似的情况是，若仅从《法律适用法》与遗嘱相关的几项规定（第12条、第32条及第33条）看，这些冲突规范并未对其所规定的遗嘱类型作任何限定，更未以动产或不动产为标准予以限定，在概念上无论是处分动产还是不动产的任何遗嘱，均可涵盖其中。

由此可见，仅就上述不动产物权冲突规范和遗嘱继承相关冲突规范的各自文义看，它们在概念上均可适用于不动产遗嘱继承的情形，亦即构成法条竞合。法条竞合可分为重合竞合及交集竞合两种类型，前者指一项法条所规范的法律事实完全包含了另一项法条所规范的法律事实，后者则指两项法条所规范的法律事实既有互相重叠的部分，亦有互相不同的部分。上述不动产物权冲突规范与遗嘱相关冲突规范即属于交集竞合的情形，不动产物权因遗嘱发生变动的部分，属于重叠部分。互相不同的部分，则如不动产物权因转让、灭失等其他原因变动（遗嘱相关冲突规范所未规范），或如动产物权因遗嘱发生变动的部分（不动产物权冲突规范所未规范）等。

上述法条竞合的情形并不仅限于因遗嘱和遗嘱人死亡而发生的不动产物权变动，对于因遗嘱和遗嘱人死亡而发生的动产物权变动同样存在。《法律适用法》第37条规定：“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”如同不动产物权冲突规范，此动产冲突规范并未对动产物权的何种事项作任何限定，在概念上应包括动产物权的任何得丧变更及其方式和效力，以及动产物权的内容等事项，其中亦包括因遗嘱继承而发生的动产物权变动（尽管此冲突规范涉及“协议”，但协议以外的法律事实，应作为后句“法律事实”而适用此规定）。至于遗嘱相关的冲突规范，在概念上并未限定于不动产，因此在概念上动产遗嘱继承亦应属于其规范的事项。可见，动产物权冲突规范与遗嘱相关冲突规范，就基于遗嘱继承而发生的动产物权变动，同样构成法条竞合的情形。

法条发生竞合时应如何适用有关法条，属于法律解释的问题，必须综观全部相关法律条文，以体系的方法并按照立法目的进行解释，以确定针对有关法律事实所应适用的法条。对于不动产遗嘱继承，综合《法律适用法》的相关规定，理应适用遗嘱相关的冲突规范，而非不动产物权冲突规范，理由如下：

其一，按照不动产遗嘱适用不动产物权规范的观点，在逻辑上遗嘱相关冲突规范理应成为赘文。遗嘱相关冲突规范并未按照动产和不动产而进行区分，若认为不动产遗嘱继承不应适用遗嘱相关冲突规范而应适用不动产物权冲突规范，则基于相同的逻辑，动产遗嘱继承也理不应适用遗嘱相关冲突规范而应适用动产物权冲突规范，其结果即遗嘱相关冲突规范既不适用于不动产遗嘱继承，也不适用于动产遗嘱继承。这实际上使遗嘱冲突规范形同虚设，与赘文无异，这显然与立法目的不符。也许有观点认为，遗嘱相关冲突规范只是不适用于不动产遗嘱继承，但仍适用于动产遗嘱继承。然而，此观点实际上是在解释遗嘱相关冲突规范时，就不动产遗嘱继承与动产遗嘱继承采用了不同的论证逻辑，难谓不是随心所欲。

其二，参考法定继承冲突规范的规定，即可推断物权相关冲突规范并不适用于因继承而引起的物权变动。若不动产物权冲突规范应适用于因继承而引起的物权变动，则只要法律未对因继承而引起的物权变动规定相应的冲突规

范，物权冲突规范即应予以适用。因此，若立法者认为不动产继承应适用不动产物权冲突规范，则只要不对不动产继承冲突规范作出规定即可。然而，《法律适用法》第31条又明确针对不动产物权的法定继承作出规定，即可推断立法者并未认为不动产物权冲突规范应适用于不动产继承。

其三，通过与法定继承冲突规范比较，亦可推知立法者并无对遗嘱继承采用“非统一主义”立法例的意图。《法律适用法》第31条明确区分动产法定继承与不动产法定继承而规定了不同的冲突规范，即采用了“非统一主义”的立法例。若对于遗嘱继承，立法目的同样在于采用“非统一主义”，又何以在紧接法定继承条文的遗嘱继承条文中未通过明确的规定表明这种意图？可见，立法者针对遗嘱继承采用不区分不动产和动产的“统一主义”立法例的意图十分明显。若强行认为不动产遗嘱继承应适用《法律适用法》第36条而以不动产所在地法律为准据法，显然有悖于立法目的。

其四，不动产物权冲突规范在我国立法上并非《法律适用法》所新设，在《民法通则》中即已经作出了相应规定。《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律。”尽管该冲突规范所采用的表述是不动产的“所有权”而非“物权”，但在概念上同样也已经足以涵盖不动产所有权的遗嘱继承。从《民法通则》第149条关于不动产法定继承适用不动产所在地法律来看，本身即足以推知《民法通则》第144条的不动产所有权冲突规范并不涵盖不动产继承（包括遗嘱继承），否则即没有第149条存在的必要。此外，最高人民法院在《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第186条中对《民法通则》第144条的不动产所有权范围进行了解释，认为“不动产的所有权买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律”，比较明确地表示了该不动产所有权冲突规范的调整对象并不涵盖不动产继承（包括遗嘱继承）。

总而言之，以《法律适用法》及其他立法相关规定及其体系为依据，可以推知现行立法在目的上并非意图通过不动产冲突规范来调整包括遗嘱继承在内的不动产继承的法律适用问题。

五、具有充分理由的立法选择

既然法律已经相当明确地确立了遗嘱继承冲突规范采用不区分动产与不动产的“统一主义”，则在处理法律适用问题时即必须严格遵循。但为了更彻底地清除在不动产遗嘱问题上可能存在的“逃避适用境外法律”的倾向，有必要再进一步说明，《法律适用法》就遗嘱相关冲突规范采用“统一主义”，不以不动产所在地法为不动产遗嘱的准据法，作为一项在立法上的选择，实际上是一项合理并且具有充分理由的选择。

（一）比较法的角度

从比较法的角度看，“统一主义”与“非统一主义”相比，“统一主义”在19世纪后期逐渐取得优势[i]，被认为已成为主流，晚近大多数立法例亦采此项主义[ii]。在继承冲突规范（无论法定继承还是遗嘱继承）上采用“统一主义”的国家包括意大利、日本、奥地利、德国、西班牙、葡萄牙、荷兰、希腊、瑞典、埃及、伊朗、伊拉克、叙利亚、古巴、委内瑞拉、莫斯科、巴拿马和土耳其等国[iii]。特别注意的是，“统一主义”更在国际立法上得到支持和肯定。比如1928年的《布斯诺曼特法典》、1989年海牙《死者遗产继承法律适用公约》、2005年欧洲委员会有关继承法律适用的绿皮书建议等，均采用“统一主义”[iv]。

强调的是，上述采用“统一主义”的立法例或国际立法建议，均为关于继承的一般性冲突规范，即无论是法定继承还是遗嘱继承，均采用“统一主义”。而在《法律适用法》制定过程中，亦有建议我国应随主流采用完全的“统一主义”，但后来基于原立法和实践保持一致，认为就法定继承采用“非统一主义”有更大的可行性和现实性[v]，最终保留了对法定继承继续采用“非统一主义”的立法例（《法律适用法》第31条）。但是，对于遗嘱继承相关冲突规范，《法律适用法》显然采用了“统一主义”，反映了世界立法例的潮流。可见，《法律适用法》对法定继承采用“非统一主义”，对遗嘱继承则采用统一主义，既照顾了我国立法的现实，也体现了世界立法的趋势。

（二）采用“统一主义”的理由

综观在继承冲突规范上采用“统一主义”的立法例，其准据法均统一于属人法，或为被继承人本国法，或为其继承经常居所地法或惯常住所地法。从法律发展历史的角度看，“统一主义”是以罗马法的概括继承为的理论基础，认为继承为被继承人人格的延续，因此其冲突规范应以属人法为统一的准据法。而从实用的角度看，“统一主义”的最大优点，在于适用更为简便，使继承法律关系趋于简单，在更大程度上避免被继承人遗产继承问题的处理因地而异。相比之下，采用“非统一主义”，必然导致同一被继承人其遗产继承问题的处理因地而异。也是基于上述原因，“统一主义”晚近成为了世界冲突规范立法的趋势[vi]。

更重要的是，遗嘱冲突规范采用“统一主义”实际上具有重大的实益。冲突法的核心价值，本来即在于促进跨境民事交往，在于鼓励境外民事主体前来我国从事各类民事活动，而在“统一主义”下的以遗嘱人本法域法律为准据法的遗嘱冲突规范，更是具有鼓励境外居民前来我国添产置业的作用。在此冲突规范下，只要境外居民以遗嘱处分其在我国境内的遗产，尽管遗产所在地在我国境内，当无论其财产为动产还是不动产，原则上即以其本法域法律处理其遗嘱各个事项的依据。在全球化的大背景下，个人资产跨国配置亦成为了趋势。对于资产配置者来说，在考虑在哪里配置资产时，有关国家或地区的法律制度显然成为重要的考虑因素。其中，当地的继承法律制度更是一项非常重要的考虑因素。若按照当地法律，遗产继承可按照资产配置者所熟悉的本法域法律处理，显然会成为吸引在当地配置资产的有利因素。因此，我国冲突法立法采用在“统一主义”下的以遗嘱人本法域法律为准据法的遗嘱冲突规范，必然能增加境外居民在我国添产置业的信心。结合我国目前的现状，甚至可以认为，采用“统一主义”（至少在遗嘱继承上）实际上亦与“一带一路”战略所体现的精神一致。我国法律以更包容的态度对待境外法律的适用，显然会有利于促进各国各地民众与我国或内地的民事活动交往。

六、总结

综上所述，按照我国现行立法下的冲突规范，遗嘱冲突规范本身排除了不动产遗嘱适用不动产所在地法律，而不动产权冲突规范又不应用于不动产遗嘱，不动产遗嘱不以不动产所在地法为准据法，已十分明确。从更深的角度看，遗嘱冲突规范具有鼓励境外居民在我国境内添产置业功能，体现了促进跨境民事交往的价值取向，在处理境外居民遗嘱时，必须严格按照《法律适用法》的规定处理其法律适用问题，并准确适用准据法，而不应想方设法的“逃避适用境外法律”。

无论是法院、行政部门还是公证机构，在处理境外居民处分位于我国境内不动产的遗嘱时，务必正视并正确理解《法律适用法》有关冲突规范的效力。司法部的三个复函可以说是不动产遗嘱适用不动产所在地法律观点的“官方源头”。司法部公证律师司在当时提出此观点并不具备充分的法律依据，而在《法律适用法》施行后，更是与《法律适用法》明确确立的遗嘱冲突规范抵触，因此，虽然司法部至今并未明确废止三个复函，但由于其内容明显与现行法律抵触，因而应当停止适用。

附注：

[i]黄进主编：《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》，中国人民大学出版社，2011年，第70页。

[ii]刘铁铮、陈荣传著：《国际司法论》修订五版，三民书局，2013年，第451页。

[iii]黄进主编：《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》，中国人民大学出版社，2011年，第70页。

[iv]同前注。

[v]同前注。

[vi]参考刘铁铮、陈荣传著：《国际司法论》修订五版，三民书局，2013年，第450页以下。

“边诉讼边抢娃”成常态，建议完善离婚诉讼期间的“亲权”设计

2016-09-20 浙盟二总一支 柯直

民盟盟员、浙江乾衡律师事务所主任柯直反映，从基层司法实践来看，离婚案件过程中“边诉讼边抢娃”（抢夺子女的实际控制权）的情况较多，具有相当程度的普发性，甚至常常因当暴力争抢引发治安案件、刑事案件，并成为影响基层社会和谐稳定的重要诱因之一。究其根本，“边诉讼边抢娃”成常态，主要源于法律制度的诸多不完善。

第一，现有法律存在“潜在倾向”。司法解释（具体的文号，出处）明确，“对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的，可予优先考虑”。换言之，法官在判决抚养权时，更倾向于与孩子暂时居住的一方。受此影响，离婚双方自然想千方百计“抢孩子”，进而实现“子女随其生活”，以此作为争取获得抚养权的重要途径之一。

第二，缺乏诉讼期间“亲权”的顶层设计。我国现行法律法规等主要涉及离婚后孩子抚养权判定问题，对离婚诉讼和夫妻因感情不和分居期间，未与孩子居住一方的亲权保障尚缺乏清晰明确的规定，导致这一特殊婚姻存续阶段，一方藏匿孩子、另一方与未成人子女间亲权遭到侵犯的情况，难以得到法律的有效救济。同时，离婚诉讼

期限较长，另有6个月的再诉间隔期设置，也使得“思子心切”的家长容易情绪失控，甚至走向极端。

第三，抚养权判决执行较为困难。由于法院不能直接将孩子视作标的物进行执行，抚养权判决后执行往往较为困难。部分离婚当事人希望通过“抢孩子”占得先机，或避免后期的“执行难”问题，或是直接准备对抗法院执行。

为此，建议：

一、明确权利排他规定。即，在离婚诉讼期间或夫妻双方因感情不和分居期间，由一方抚养子女的，该段时间不作为法院考虑子女抚养权归属的因素。

二、明确特殊时期抚养权、亲权裁决规则。可参考《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题若干具体意见》（法发〔1993〕30号）第20条“在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可先行裁定暂由一方抚养”的原则精神，进一步补充明确，离婚诉讼、夫妻因感情不和分居、离婚诉讼被驳回后夫妻仍然分居期间，夫妻一方藏匿子女，阻止另一方探望的，经另一方申请，法院可先行裁定暂由另一方抚养，但保障对方相应的探望权利。

三、加强执行力度和制度保障。离婚诉讼、夫妻因感情不和分居期间，对跟孩子暂住在一起的一方，拒不保障另一方探望权的，或拒不执行法院裁定的，法院在后期抚养权判决时，应将情节作为重要否定因素予以考量。情节恶劣的，可予以司法拘留并处罚款。

《2015年杭州离婚诉讼大数据报告》

2016-09-21 柯直家事律师团队

柯直简介：浙江乾衡律师事务所主任，浙江大学法学院实务导师，现任中华全国律师协会民事专业委员会委员，中国法学会婚姻法学研究会理事，浙江省法学会婚姻法学研究会副会长，浙江省政策法规性别平等咨询评估机制专家组成员。曾任浙江省律协第一届婚姻家庭专业委员会主任，杭州市律协第一届婚姻家庭专业委员会主任。

曾在《中国律师》等杂志发表《我国现行涉外离婚管辖制度的缺陷及立法构想》、《婚姻法司法解释（三）适用案例评析》等论文30余篇；并多次荣获浙江省律协“律师实务理论研讨会论文二、三等奖”，主编《杭州市妇联信访维权工作实用手册》一书，获杭州市社会科学界联合会优秀成果三等奖。并主编《婚姻与家庭案件律师实务策略》（法律出版社），著有《婚姻警戒线》（中国文联出版社）。

柯直家事律师团队成员：

浙江乾衡律师事务所柯直、柯溪、吕幽幽、邹婉怡、郭圣杰，浙江大学闻之皓、陈亭艺、孙振荣、杨桂平、杜洁菲，杭州师范大学吴慧芬、叶慧萍、西藏大学俞晓勇。

2016年7月25日，最高人民法院审判委员会会议通过《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》，并将于2016年10月1日起施行。为进一步保护未成年人合法权益和离婚案件诉讼当事人的正常生活，修订后的《规定》明确要求“离婚诉讼或者涉及未成年子女抚养、监护”的裁判文书不上网公布。笔者预测，按此规定，对于原在最高人民法院的官方网站——《中国裁判文书》公布的离婚诉讼案例，届时有可能下架。为此，柯直家事律师团队对杭州各区县人民法院2015年度受理判决的离婚案件进行统计，以供社会各界参考。

本文所用数据均提取自《中国裁判文书网》公布的，自2015年受理的1695份离婚判决书（包括裁定书）。

检索途径：中国裁判文书网

检索范围：2015年1月1日至今的杭州市各县（区）法院公布的离婚判决书（裁定书）。

审理法院：杭州市各县（区）人民法院，包括上城区、下城区、江干区、拱墅区、西湖区、滨江区、萧山区、余杭区、富阳区、桐庐县、建德市、淳安县、临安市人民法院。

案件类型：离婚纠纷

文书数量：1695份

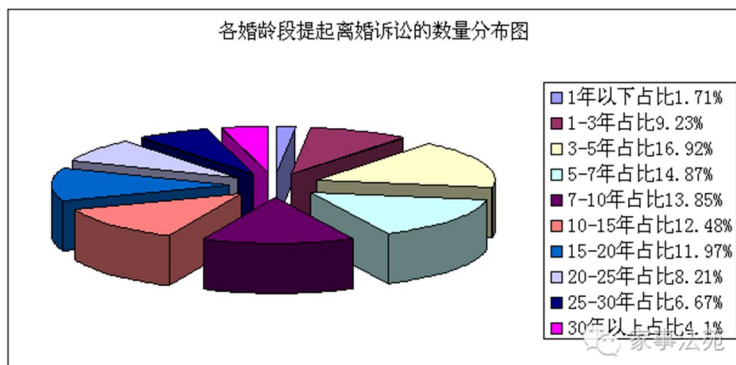
根据民政部统计公报显示：2015年度，在民政部门登记离婚314.9万对，法院办理离婚69.3万对，民政登记离婚与法院诉讼离婚的比例大约是9比2。2015年度，在杭州民政部门办理离婚的共有19447对，但由于杭州地区法院在公开统计数据时，把离婚案件归入“婚姻继承纠纷”类，所以从其公开的数据中没有离婚案件数据；而根据

“家事法苑”团队奉献

上述比例，通过法院办理诉讼离婚的，约 4300 对，离婚诉讼是民政协议解除婚姻的一种补充方式。数据报告如下：

一、“七年之痒”略有提前

各婚龄段提起离婚诉讼的比例

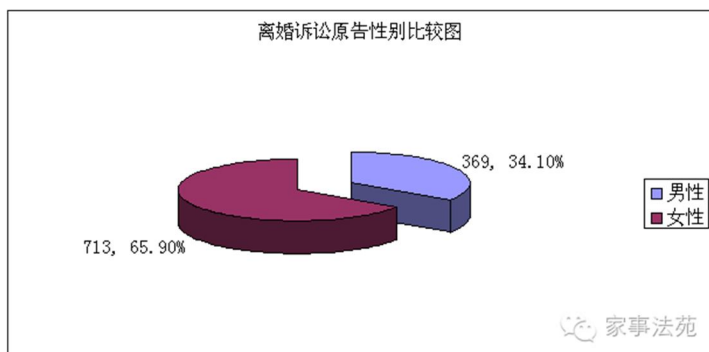


“七年之痒”一般是指人们爱情到了第七年可能会因爱情或婚姻生活的平淡规律，感到无聊乏味，要经历一次危机的考验(可能发生婚外情、外遇现象)。这个考验是感情中的转折点，一旦成功，感情便能朝向良性健康的方向发展;反之，则可能二人分道扬镳、分崩离析，最终可能导致感情解体、劳燕分飞。而大数据显示，杭州夫妻的“七年之痒”似乎已往前移动。统计显示婚龄为 3-5 年的夫妻提起离婚诉讼的占有所有离婚案件的 16.92%，其次为 5-7 年的，占 14.87%，紧挨着的是婚龄为 7-10 年的夫妻，占有所有离婚案件的 13.85%。根据大数据，结婚 3-20 年是婚姻最危险的一段时间，这 20 年是夫妻内忧外患的二十年，外有社会、工作的压力，内有子女、家庭的压力。压力的加剧兼之夫妻间的激情趋于平淡，各种各样的矛盾就会在这个期间暴露出来。而过了二十年，夫妻双方年龄达到了 45 岁，社会阅历、经济能力都有了一定的基础，经济、家庭的压力有所降低，同时理性地处理家庭矛盾。

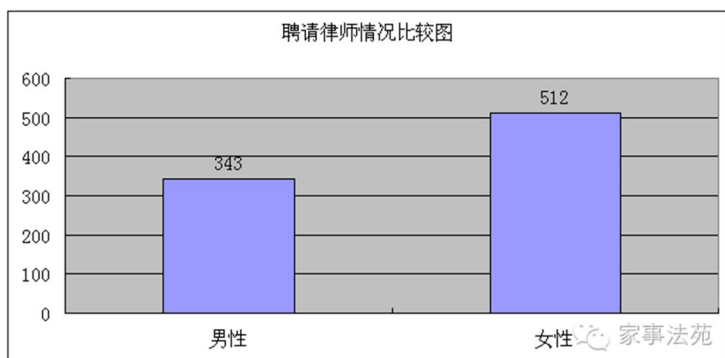
另外，我们也注意到，婚龄在 30 年以上的离婚诉讼案件占比达到 4.10%。一方面是开放的社会导致的，现在社会对离婚的接受度越来越高，另一方面也说明了老年人也越来越勇于追求自己的幸福。

二、法律自我保护意识在女性强于男性。

1、女性起诉离婚的将近是男性的 2 倍



2、女方聘请律师代理是男方的 1.5 倍

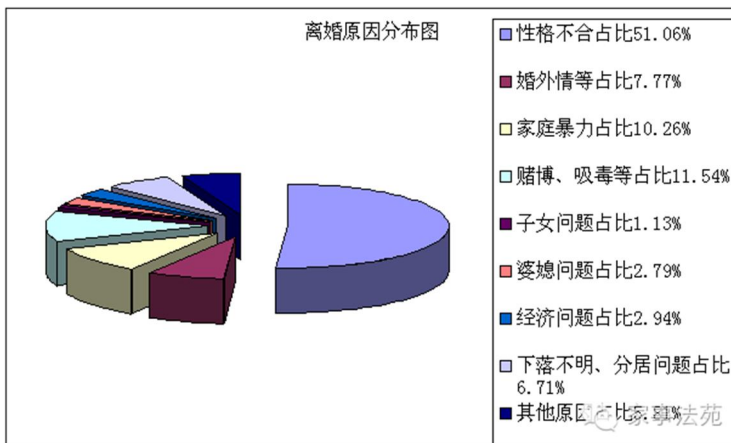
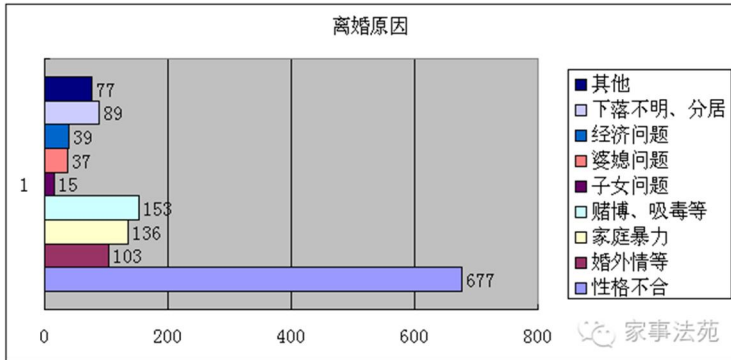


2015 年，除无法统计性别的案件外，杭州离婚纠纷诉讼原告为男性的有 369 件，原告为女性的有 713 件，女性

起诉离婚的将近是男性的2倍。在聘请律师方面，2015年杭州离婚纠纷诉讼大数据显示，在诉讼中女方聘请律师代理的有512例，而男方仅343例。

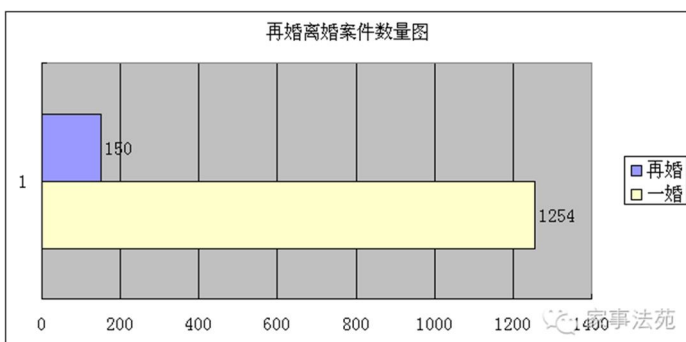
这些数字，颠覆了我们之前对于传统婚姻中女性逆来顺受的想象，杭州女性在婚姻权利上已经全方位“崛起”，不再是原来那种传统弱势的女性角色。如今，妇女在家庭的地位越来越高，有些甚至还不满足“半边天”的角色，为了追求幸福，她们敢于直面婚姻中存在的问题，学会用法律武器维护自身权益。

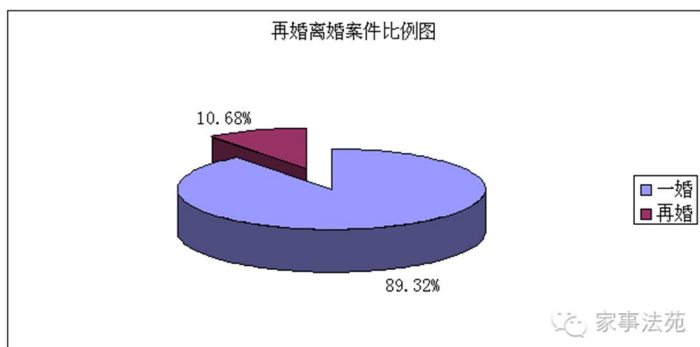
三、导致离婚的原因纷繁复杂



2015年，杭州离婚诉讼案件的主要离婚原因中，首要问题为性格不合，赌博、吸毒等原因，家庭暴力，婚外情等原因，分别为677件，153件，136件，103件，占主要原因的63.07%；其次为双方长期两地分居，经济问题，婆媳问题，子女问题，分别为89件，39件，37件，15件，占主要原因的10.62%；另有其他原因，如有生理问题，宗教信仰冲突，一方违法犯罪等原因导致离婚的。

四、再婚家庭的婚姻问题日渐凸显

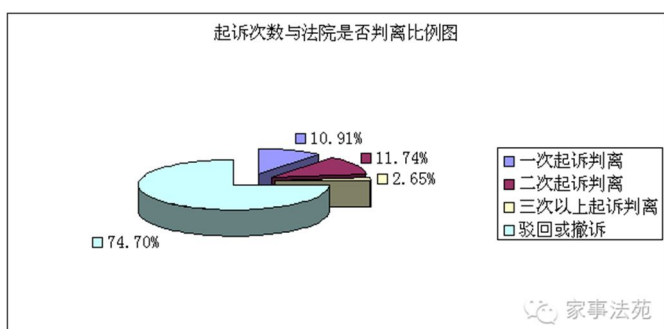
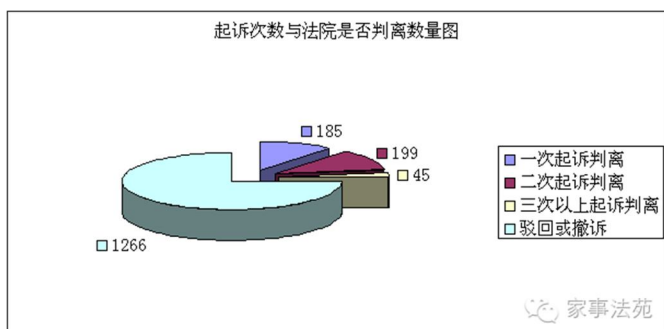




2015年,《中国裁判文书网》网上公布的杭州离婚诉讼案件中,除撤诉案件,可统计的一婚离婚的共1254件,再婚离婚的150件,占比10.68%。由此可见,再婚家庭的离婚问题还是比较突出的。笔者以为,再婚人士应当吸取前次婚姻失败的原因,更加审慎的对待新的一次婚姻,切记为了结婚而结婚,离婚是为了追求幸福,应该更加珍惜新的家庭,创造新的幸福生活。

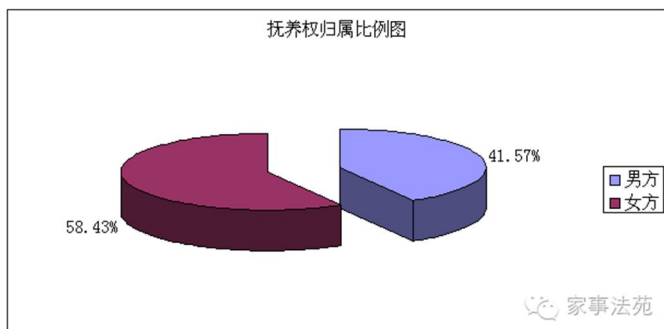
五、诉讼离婚,不是件容易的事,法院离婚判决,慎之又慎
 起诉次数与法院是否判决离婚

起诉次数与法院是否判决离婚				
	一次起诉判离	二次起诉判离	三次以上起诉判离	驳回或撤诉
案件数	185	199	45	1266
占离婚案件总数	10.91%	11.74%	2.65%	74.69%



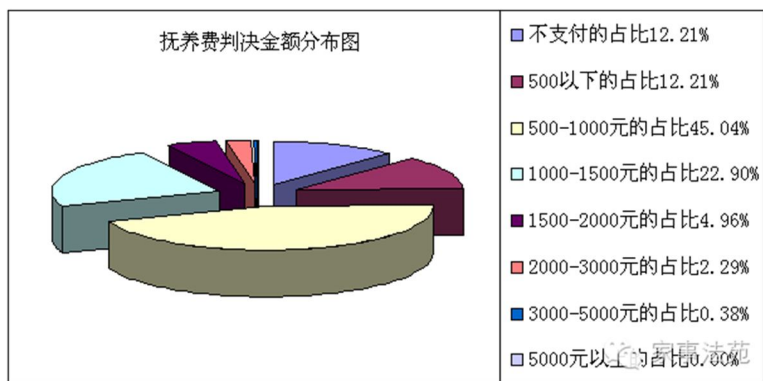
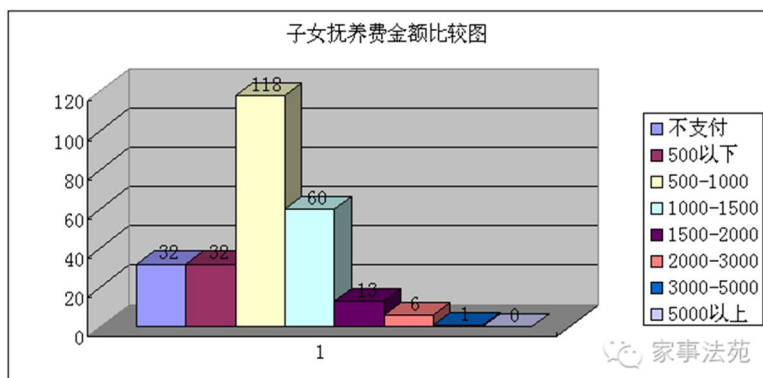
2015年,杭州市各县(区)法院共处理离婚纠纷案件1695件,其中判决准予离婚的有429件,占总案件数的25%,在这准予离婚的,包括二次起诉离婚或三次以上起诉离婚,“宁拆一座庙,不破一桩婚”,有不少人起诉离婚是未经深思熟虑,纯粹是一时冲动,其实双方感情并未破裂,诉讼作为离婚的一种手段,除了要维护当事人的权益,更是要查清事实,确保双方感情实已破裂,无和好可能再做判决,由此可见,法院对于起诉离婚的案件还是抱着谨慎的态度在处理案件的。

六、关于子女抚养权归属问题



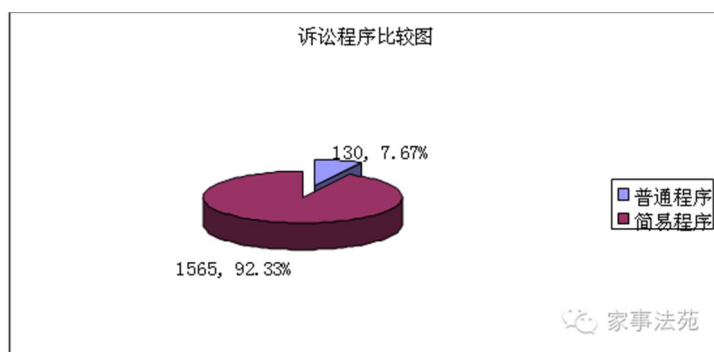
2015年，杭州市离婚诉讼案件中，判决抚养权归属于女方的占58.43%，归属于男方的占41.57%。这貌似跟我们平常认识有出入，实际上，在判决抚养权的归属问题上，法官是会综合考虑的。2周岁以下的孩子，法官考虑到孩子对母亲的依赖性更足，抚养权的归属会倾向于女方；而2周岁到以上，则会考虑双方的经济条件、教育基础，孩子对环境的熟悉度等从有利于孩子身心健康，保障孩子的合法权益出发，而且我们一贯所认为的女性在取得抚养权方面占有优势。而10周岁以上，则要征求考虑子女本人的意见。

七、关于抚养费 and 抚养费截止时间



2015年，杭州离婚诉讼，涉及抚养费的案件有262件，其中每月抚养费为500-1000元的有118件，占有涉及抚养费案件数的45.04%。在抚养费支付截止时间方面，判定子女抚养费截止时间为独立生活为止的案件占比高达83.59%。从统计数据上来看，杭州市的抚养费金额还是偏低的，这可能与城区法院公布的案件数量不如杭州边远地区法院多有关。一般而言，市中心各区的每月抚养费金额约1200元到2000元；而边远地区每月抚养费约400元到1000元。

八、离婚诉讼涉及分割财产的诉求比例较低，程序多采用简易程序

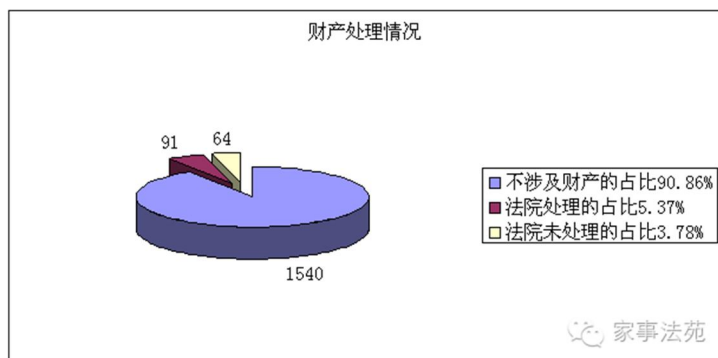


财产处理情况

涉及财产的 155 法院处理 91

法院未处理 64

不涉及财产的 1540



对于情况较为简单的离婚案件，法院一般适用简易程序，对于情况较为复杂的离婚案件或对方当事人下落不时，法院则一般适用普通程序。2015 年，杭州各法院审结的 1695 件离婚诉讼中，仅 130 件适用普通程序，形成合议庭进行审判，适用简易程序的案件占有所有离婚案件的 92.33%。这个数据超乎笔者的想象，然而，看到离婚诉讼中要求附带分割夫妻共同财产的案件数后，这个数据又显得是那么的理所应当。2015 年，杭州离婚诉讼中要求分割财产的案件 155 件，占有所有离婚案件的 9.14%，其中，法院予以处理的有 91 件，未处理的有 64 件。究其原因主要有二：

1、原告明知，如果第一次起诉没有充分的能证明感情确已破裂的证据，法院是不判离的。而在诉讼请求增加财产分割，还可能增加受理费用。

2、当事人有可能享受的财产，系家庭共同财产，不宜或不能在离婚案件中一并解决的，法院也是不作处理的。

诸位：写完这杭州离婚诉讼的大数据，笔者又想起了宝宝的离婚案件，现在，你是否对王宝强诉马蓉的离婚诉讼结果心里有点底呢？如果宝宝没有证据证明马蓉的通奸行为，在正常情况下，马蓉不同意离婚的，那王宝强和马蓉这婚可能还离不掉呢？至于宝宝在诉求取得抚养权的诉求，按大数据给的答案来看，胜算率有多少？

两岸家庭婚姻中心案例分析

——长期分居及两岸相互认可与执行民事判决

《家事法实务》（2015 年卷）北京盈科律师所 陈建宏

来源：夏吟兰、龙翼飞主编：《家事法实务》（2015 年卷），法律出版社，2016 年 5 月第 1 版。

作者：陈建宏，北京大学法学院 2007 级博士生，北京盈科律师事务所律师。

本案例为海峡两岸婚姻家庭服务中心的法律研究课题，交由两岸十名专业律师研究分析法律问题并提供法律意见，本文作者为两岸婚姻家庭服务中心法律咨询公益服务团队律师及北京台资企业协会法律咨询顾问律师。本文写作于 2015 年 5 月，所涉法律法规为当时有效规定。

【内容摘要】海峡两岸婚姻家庭服务中心是民政部直属事业单位，中心成立是顺应两岸婚姻家庭当事人呼声，帮助其维护权益，促进两岸婚姻健康发展的现实需要。而中心成立的目的或宗旨之一，在于受理海峡两岸婚姻家庭

“家事法苑”团队奉献

当事人咨询、呼吁和投诉，协助协调相关部门解决合理诉求，维护当事人合法权益。因此汇集两岸婚姻家庭当事人各项法律问题，交由熟悉两岸法律之专业律师个案研究及专业分析，辩明两岸法律制度差异，正确适用两岸法律条文，方能真正确实解决两岸婚姻家庭当事人的法律问题及纠纷。故就海峡两岸婚姻家庭服务中心象征性及特殊性个案之一即长期分居及两岸相互认可与执行民事判决，透过法律专业分析及法律适用解决现实问题，并由此引申为两岸政策及法律建言，盼能彻底全面解决该法律问题及纠纷。

[关键词] 两岸；分居；继承；认可与执行；判决

一、前言

自台湾当局于1987年11月4日开放台湾地区人民前往大陆探亲，允许大陆地区人民来台探病、奔丧或访问，从此海峡两岸人民相互间接触日趋频繁，在这之后，两岸通婚几乎呈几何级数般增长。但是，海峡两岸由于历史的原因形成了各具特点的法律制度，在婚姻关系与家庭关系的法律调整方面，因其政治、历史、社会、经济、文化诸条件的不同，规范婚姻家庭关系的相关法律制度差异颇大。

在海峡两岸人员的往来更加密切，经济文化交流的迅速发展，两岸间的婚姻关系大量发生的背景下，比较海峡两岸婚姻制度的不同，解决两岸婚姻法律的冲突，已成为一个迫切的现实问题。

另外，随着两岸关系由紧张走向缓和，两岸民商事往来不断加深，两岸民商事法律冲突频繁发生，两岸相互认可与执行民商事判决成为保障两岸人民合法权益之必要，两岸民商事法律冲突属于区际法律冲突，对于这一冲突的解决，应在对两岸相互认可与执行民商事判决现状的研究基础之上，顺应两岸现实情况，寻求妥善的解决办法。

二、案件事实

（一）财产继承

案由：胡女士，上海籍人士，1992年经人介绍并于1995年5月26日与台湾籍人士结婚，丈夫是戎民且身体状况不佳。婚后胡女士赴台与丈夫生活，精心照顾丈夫的起居直到1999年排到在台定居居留的身份。但是，丈夫在养女的挑拨下故意挑起矛盾，导致胡女士无法在台延期居留而不得已回到大陆，至今已分居15年，但婚姻为解除。事实上，2000年台湾移民部门已向胡女士核发了定居证，此定居证一直由丈夫“保管”，胡女士也无法以配偶身份合法在台定居。

2014年8月7日，胡女士的丈夫在台去世，存折账户的钱已在8月5日被她丈夫的养女取走；现胡女士的丈夫在台北有一处房产，经胡女士干涉，该房产以存在纠纷为由而限制买卖。

咨询问题：

- 1、丈夫在神志不清的前提下，由其养女代为领取邮局存款是否合法？胡女士作为配偶一方如何举证并争取权益？
- 2、胡女士如果近期能顺利的拿到台湾向她核发的定居证，定居的日期还是从2000年开始计算（在分居期间，胡没有回台湾和丈夫一起生活。），胡女士是否有权利继承丈夫在台湾的遗产？如房产、退休金等。

（二）台湾法院的判决书是否必须经大陆法院裁定认可方能生效？

案由：张先生于2014年7月赴广西省桂林市婚姻登记处与桂林籍女子办理结婚登记时，婚姻登记机关未给予办理，原因是他曾于1998年7月10日与一名福建女子登记结婚，又于2003年7月经台湾高雄市政府法院判决离婚，该离婚判决书并未在大陆法院裁定认可，故张先生目前离婚身份不被大陆认可。

问题：台湾法院的判决书是否必须经过大陆法院裁定后方能使用，依张先生个案，如果已经过了两年的裁定期，法院是否还会受理？受理的地点应该是福建（结婚地），还是桂林（裁定书的使用地）？具体的程序为何？

三、法律依据

（一）案例一

台湾地区

《民法》

《台湾地区与大陆地区人民关系条例》

《大陆地区人民在台湾地区依亲居留长期居留或定居许可办法》

大陆地区

《婚姻法》

（二）案例二

大陆地区

《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》

《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》

《民政部关于认定台湾地区有关法院离婚判决书和离婚调解书效力的通知》

四、案例分析

(一) 案例一：本案例事实在于两岸当事人长期分居是否婚姻关系自动解除，以及台湾丈夫死亡，大陆配偶如何继承及继承财产范围。

1. 分居是否影响婚姻关系

依据一般观念，分居是指夫妻双方因一定事由（感情不和、异地工作、出国留学等）而在连续一段时间内分开居住生活的事实状态，这个意义上的分居侧重从客观现象角度陈述夫妻分居事实，并不属于法律上的概念。而从法律事实的角度来看，分居是指夫妻双方在继续维持其夫妻关系的情况下，停止共同生活，并各自建立属于自己的生活方式的行为，属于一种法律事实。这个意义上的分居不同于夫妻日常生活中的自行分居行为，它是国家通过婚姻家庭立法对现实中客观存在的夫妻分居现象进行调整与规制的结果，能够引起夫妻双方及其子女乃至与第三人之间的一系列权利义务关系的发生、变更或消灭。【1】

大陆地区法律文件中最早涉及分居内容的是最高人民法院 1989 年颁布的《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》（以下简称《意见》），《意见》中归纳了 14 种可以认定夫妻感情确已破裂的情况，其中第七条涉及分居，即“因感情不和分居满三年、确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后又分居满一年，互不履行夫妻义务的”，可准予离婚。2001 年婚姻法修订之后，“分居”作为判决离婚的法定理由之一规定在我国的婚姻立法中。根据婚姻法第三十二条第三款第（四）项规定：“因感情不和分居满二年的”，经调解无效，应准予离婚。此处所谓“分居”是法院判决准予离婚所依据的法律事实，它不再是客观发生的生活事实，而是将“一定之生活事实经评价为该法律规定所规范之法律事实”。

我国台湾地区法律上无明文规定分居（别居），但法院实务承认分居（别居）【2】，即为台湾地区民法第 1001 条但书正当理由之别居，性质上不限于消极的抗辩权，而且可为积极的请求权。【3】而正当理由，主要包含不堪同居之虐待、妻受夫家属之虐待及夫之纳妾等为别居原因。

综观两岸就分居制度法律规定及理论基础，单纯夫妻感情不和分居二年以上，在大陆地区，法律明文规定“因感情不和分居满二年的”为判决离婚的法定理由之一，然在台湾地区民法第 1052 条判决离婚所列举十款离婚原因并无此项理由，追根究底在于两岸裁判离婚理由采用何种主义的差异，台湾地区倾向有责主义，而大陆地区倾向无责主义（破裂主义）。

最后，回到本案而论，大陆配偶及台湾丈夫虽已两岸分居十五年，按照现行两岸法律规定，双方婚姻关系不会自动解除，亦无人主张裁判离婚，胡女士仍保有配偶身分。

2. 大陆配偶如何继承及继承范围

对于大陆配偶如何办理继承，根据《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 66 条第 1 项规定，“大陆地区人民继承台湾地区人民之遗产，应于继承开始起三年内以书面向被继承人住所地之法院为继承之表示；逾期视为抛弃其继承权。”，由此可知，胡女士应于台湾丈夫死亡后三年内，以书面向台湾地区丈夫住所地之法院为继承之表示，否则逾期视为抛弃其继承权。

此外，大陆配偶继承财产范围，台湾地区政府为保障大陆配偶之平等权于 2009 年 7 月 1 日《台湾地区与大陆地区人民关系条例》修订第 67 条关于继承财产总额之限制，取消大陆配偶继承不得超过新台币 200 万元的限制，只要是经过许可长期居留的大陆配偶，可以继承不动产。

据此，就本案而言，按现行台湾地区《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 67 条第 5 项规定，“大陆地区人民为台湾地区人民配偶，其继承在台湾地区之遗产或受遗赠者，依下列规定办理：一、不适用第一项及第三项总额不得逾新台币二百万元之限制规定。二、其经许可长期居留者，得继承以不动产为标的之遗产，不适用前项有关继承权利应折算为价额之规定。但不不动产为台湾地区继承人赖以居住者，不得继承之，于定大陆地区继承人应得部分时，其价额不计入遗产总额。三、前款继承之不动产，如为土地法第十七条第一项各款所列土地，准用同条第二项但书规定办理。”，胡女士因其配偶身分可与养女共同继承台湾丈夫的遗产（台湾地区民法第 1138 条、第 1144 条），

在台湾地区可继承的财产，现金部分包括退休金等，不受新台币 200 万元的限制；而就不动产部分，需确认是否为养女赖以居住者，若是，胡女士不得继承之；若不是，由于胡女士已丧失长期居留的身份，因此无法直接继承，而需要将房屋按继承权利折算为价额而继承。

综前，主要案例事实之外，胡女士主张台湾丈夫的养女，在丈夫神志不清的前提下，代为领取邮局存款的合法性，因涉及民事代理权有无及恐涉及刑事伪造文书、诈欺罪之情形，【4】因未见确切事证，待补充相关事证完全再为论述。

（二）案例二：本案例事实在于两岸相互认可与执行民事判决。

两岸民事判决的相互认可和执行是民事诉讼程序的最后环节和归宿，也是司法程序功能与价值的本质所在。在民事判决的相互认可和执行问题上，两岸一直是各自单边立法，直至 2009 年 4 月 26 日海协会与海基会签署了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，其中第十条专门规定，双方同意基于互惠原则，于不违反公共秩序或善良风俗之情况下，相互认可及执行民事确定裁判与仲裁裁决（仲裁判断）。虽其议定之内容只能视为两岸政府的某种合作意向，而非对彼此都具约束力的法律意义上的区域司法互助协定。但对未来两岸司法互助开展新局，加深两岸司法互助的制度化与法律化，发挥承先启后实质性积极作用。

1. 大陆地区认可和执行台湾地区民事裁判的立法

大陆地区认可和执行台湾地区民事裁判的立法，具体表现为最高人民法院相关的四份司法解释：

（1）最高人民法院于 1988 年 5 月 26 日颁布的《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关民事判决的规定》（以下简称《规定》），使大陆认可和执行台湾地区民事裁判有了具体法律依据。

（2）1999 年《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是否受理的批复》，明确申请认可台湾地区有关法院的调解书比照《规定》办理。

（3）2001 年《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院支付令向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》，明确申请认可台湾地区有关法院的支付令，比照《规定》办理。

（4）为了落实《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》2009 年 5 月 14 日出台《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》（以下简称《补充规定》），《补充规定》明确规定了经人民法院裁定认可的台湾地区有关法院民事判决，与人民法院作出的生效判决具有同等效力。

2. 大陆地区认可和执行台湾地区民事裁判的管辖

如何确定住所地、经常居所和被执行财产所在地是申请人提出认可和执行的台湾地区民事裁判法院管辖的第一步，1988 年最高人民法院的《规定》第 3 条规定，申请由申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院受理。《规定》的这一内容，也是沿承了中国民事诉讼法法院管辖的规定，使各法律规定之间保持内在的一致。

就本案而言，关于申请大陆地区认可和执行台湾地区离婚判决的法院管辖，依照 1988 年最高人民法院的《规定》第 3 条规定，“申请由申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院。”，张先生应向大陆地区自己所在之住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院起诉，而非福建（结婚地），还是桂林（裁定书的使用地）。

3. 大陆地区人民法院裁定认可的台湾地区有关法院民事判决的效力及限制

按照 2009 年 5 月 14 日《补充规定》第 1 条第 2 款明确规定，经人民法院裁定认可的台湾地区有关法院民事判决，与人民法院作出的生效判决具有同等效力。申请人依裁定向人民法院申请执行的，人民法院应予受理。明确承认认可台湾地区判决的法律效力，即既判力。大陆人民法院对经裁定认可效力的台湾地区的判决，需要执行的，按照民事诉讼法规定的程序办理。

然而《补充规定》第 9 条又规定，申请认可台湾地区有关法院民事判决的，应当在该判决效力确定后二年内提出；当事人因不可抗拒的事由或者其它正当理由耽误期限而不能提出认可申请的，在障碍消除后的十日内，可以申请顺延期限。换言之，申请认可台湾地区有关法院民事判决有时间的限制，需于该判决效力确定后二年内提出，否则逾期未申请，根据《民政部关于认定台湾地区有关法院离婚判决书和离婚调解书效力的通知》（民基函〔1999〕4 号）的内容，凡持台湾地区有关法院离婚判决书或离婚调解书的当事人申请再婚，当事人或其原配偶是大陆居民的，该离婚判决书或离婚调解书须经人民法院裁定认可。离婚判决书或离婚调解书未经认可，或被裁定不予认

可的，视该离婚判决书或离婚调解书不具有法律效力，婚姻登记管理机关不能为当事人办理再婚登记。即发生失权的效力。

故就本案而言，张先生取得台湾地区确定离婚判决已超过十年，自然无权向大陆地区人民法院申请认可，目前唯一途径，除非原配能配合办理离婚手续，否则只能依照《规定》第13条的规定，“案件虽经台湾地区有关法院判决，但当事人未申请认可，而是就同一案件事实向人民法院提起诉讼的，应予受理。”，张先生以同一案件事实向人民法院提起离婚诉讼。

五、小结

综上所述，虽台湾地区的政府于2009年7月1日为保障大陆配偶之继承平等权，修正《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第67条关于继承财产总额之限制，取消大陆配偶继承不得超过新台币200万元的限制，只要是经过许可长期居留的大陆配偶，可以继承不动产等相关内容。然在不动产继承部份，仍加诸大陆配偶身分上“长期居留”不当限制，造成民法上权益未得充份保障，在两岸相互承认及权利平等的共识上，似有再立法修正的必要。

至于两岸签署《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》，已经为两岸民商事判决的认可和执行的进一步合作奠定基础，如何改善各自单边立法，排除及解决两岸人民权利行使的不便、消弥行政上不当的限制或条件，而在便民利民、避免讼累的前提下，双方签订有关认可和执行民商事判决的细化内容及条文，以统一认可执行的标准，避免分歧及异中求同，真正落实保障两岸人民民事权益。

离婚案件中子女抚养问题大数据分析

——以杭州市五家基层法院一年内（2015.9—2016.6）426份离婚纠纷案件判决书为样本
2016-09-30 家事实务 团队原创

背景概述

前不久令舆论哗然的“宝马”离婚案，除了财产外两个孩子的抚养权成为其中最大的关注点。9月15日，朱莉向皮特提出离婚，称是因为孩子教育的问题上产生分歧，并要求了六个孩子的抚养权。

明星离婚案中争夺孩子抚养权成为民众关注的焦点。那么司法实践在处理子女抚养权问题上到底是如何适用的，在判决抚养权归属法院会考虑什么因素？除抚养权归属问题以外，抚养费、探望权会怎么认定和判决？

智仁家事团队拟通过对最近一年度的基层法院大数据分析，了解杭州市基层法院在处理未成年子女抚养权问题上通常考量的因素，以期给大家一个参考。

一、案例样本数据说明

笔者此次大数据样本分析基于2016年9月—2015年9月一整年度，杭州市西湖区、上城区、下城区、拱墅区、江干区五个区的基层人民法院的离婚案件判决书，统计结果不包括调解和好的、撤诉的、仅财产分割的离婚案件。

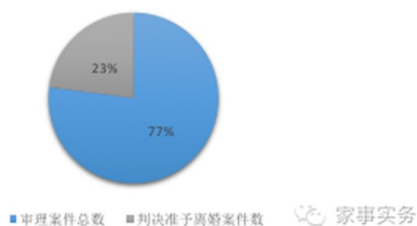
二、案例样本总体情况分析

1. 判决准予离婚的案件占总案件的比重

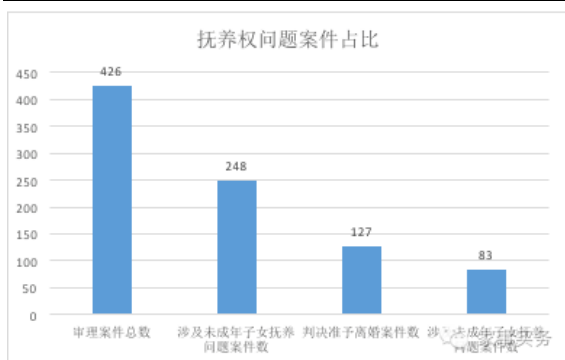
杭州市五家基层法院一年间审结的离婚案件数为426件，426件案件包括第一次起诉离婚和第二次起诉离婚的情况，其中判决准予离婚的案件数为127件，占比如上表所示约为23%。由此可见，法院判决准予离婚率不高，笔者在整理判决书时也发现，对于第一次起诉离婚的案件，

法院通常采取“驳回原告诉讼请求”的处理。

判决准予离婚案件占比



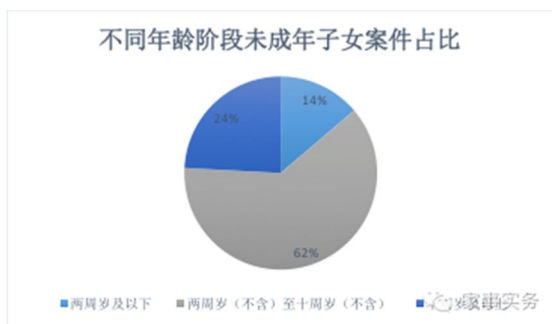
2. 涉及未成年子女抚养问题的案件占比



一年内五家基层法院审理总案件数为 426 件，其中涉及子女抚养的案件数为 248 件，占比为 58%；在所有法院判决准予离婚的 127 件案件中，涉及处理未成年子女抚养问题的案件数为 83 件，占比为 65%。在以上两项统计结果中可以看出，基层法院受理的离婚纠纷案件中，有超过一半的案件会涉及到未成年子女抚养权的问题，如果基数中不考虑未生育、子女死亡或者已经成年等原因而未主张抚养权的案件数，那么离婚案纠纷中涉及抚养权纠纷的占有相当一部分的比重。

三、抚养权归属判定中考量因素的分析

根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》中将处理未成年子女抚养问题时需要考虑的因素按照不同的年龄段进行了区分，在深入进行各类考量因素分析之前，笔者将未成年子女年龄结构作了一个大致统计，结果如下：



涉及两周岁及以下的案件数为 12 件，两周岁（不含）至十周岁（不含）的案件数为 54 件，十周岁及以上的案件数为 21 件。从上表不难发现，两周岁（不含）至十周岁（不含）的占了大多数，占比 62%。其次为十周岁及以上的，占比 24%，最少的是两周岁及以下，占比 14%。

1. 两周岁及以下

根据《婚姻法》第三十六条，离婚后哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则，从法院的判决结果上来看，在涉及未成年子女在两周岁及以下的案件中，法院的判决理由如下：

归属	判决理由	判决书摘要	案号
判归女方	现状继续哺乳原则	出生后一直随原告居住在原告父母处，从有利于郑某乙身心健康、学习成长的角度考虑，本院认为目前改变生活环境对郑某乙较为不利。	(2015)杭下民初字第 01295 号
	现状继续哺乳原则	未满两周岁，自 2014 年 3 月开始就一直跟随被告吴某在生活，从孩子年龄及生活稳定性考虑	(2014)杭江九民初字第 353 号
	现状继续哺乳原则	未满两周岁，更需要母亲的照顾，且实际一直跟随被告生活，已经形成了相对稳定的生活环境，故郑某乙由被告继续抚养对其成长更为有利	(2015)杭江民初字第 2655 号

	哺乳原则	现尚未满两周岁，根据其实际情况，本院认为应随母亲邵某共同生活为宜	(2015)杭拱半民初字第325号
	哺乳原则	尚年幼，从有利于子女身心健康、学习成长的角度考虑	(2015)杭下民初字第02133号
	抚养条件	原告具有稳定职业，在首次诉讼离婚和解后因客观情况女儿虽未随其生活，但之前女儿亦一直由其抚养	(2015)杭拱民初字第1869号
	抚养条件 哺乳原则	考虑到婚生子俞某乙未满两周岁，原、被告双方抚养子女条件相当等实际情况	(2015)杭拱民初字第2047号
	综合考虑	未满两周岁且一直跟随原告居住、生活的实际情况，从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，结合原、被告双方的抚养能力、抚养条件	(2015)杭上民初字第1432号

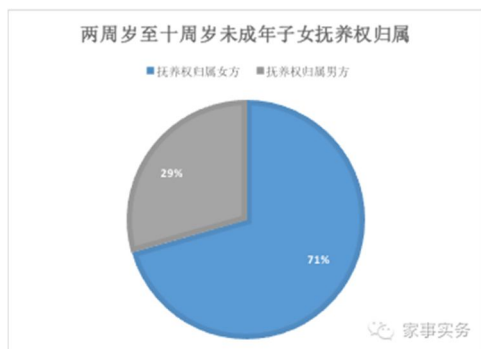
因此，根据法院判决理由，在判决不满两周岁子女的抚养权过程中考虑因素，考虑到现状继续的案件有3件，考虑到母亲抚养能力的案件有2件，还有1件在判决书中法院并没有给出明确判决理由，只出现了原则性的“结合父母双方的抚养能力和抚养条件、有利于子女身心健康的原则进行处理”类似语句。

最终这8件的判决均将抚养权判归母亲抚养，由此可以得出，在处理两周岁及以下子女抚养权的问题上，法院主要体现了对哺乳期子女保护的原则，若无特殊情况，通常都会判归女方所抚养。

2. 两周岁（不含）至十周岁（不含）

这部分年龄段的子女抚养权如上文所述，占抚养权纠纷较大的比重，《婚姻法》对于两周岁以上的子女抚养权，作了原则性规定“哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。所以在司法实践中，法院对于这类的抚养权处理考虑因素相对比较多。在54个此年龄段的判决中，有27个法院判决考虑的是现状继续，判决理由通常为“子女抚养应从有利于子女成长，不改变子女生活现状的角度出发”；有7个案件是原被告协商一致，法院根据双方意愿对抚养权归属进行判决；有4个案件法院在判决抚养权归属时，主要考虑因素是父母双方的抚养能力，抚养条件，如父母双方经常居住地不同，会考虑地区教育水平以及父母的工作稳定程度和收入。

在两周岁至十周岁这个年龄段法院有一个不同于其他两个年龄段的考虑因素，也就是区分未成年子女的性别来处理抚养权归属，也就是说，通常情况下这个年龄段的男孩子会由父亲负责照顾，女孩子由母亲负责照顾，也有基层法院在判决书中写“考虑到孩子年幼，由母亲照顾更有利于孩子成长”。有少数的案例中，法院采取综合考虑方式，其中有6个判决书中，法院在判决理由中写道“结合双方的具体情况，从有利于婚生女健康成长考虑，本院结合本案实际”。



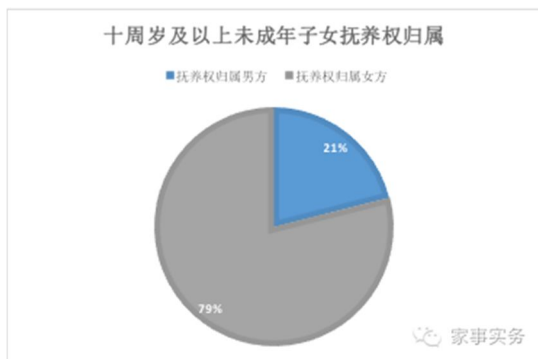
如上图所示，在此年龄段的未成年子女抚养权归属上，法院判决抚养权归属女方的为36件，男方的为15件，女方占比虽然低于不满两周岁年龄段的情况，但是仍然占大多数。

3. 十周岁及以上

对于十周岁以上未成年子女抚养权归属问题上,《具体意见》中规定“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见。”这条规定要求,法院在司法实践中应当讯问孩子的意见,在 21 个案例中,有 15 个案例判决书中体现出了法院已经询问、考虑了子女的意见,占比 71%,还是有一部分的基层法院并没有按照最高院的意见对已满十周岁以上的子女进行询问。

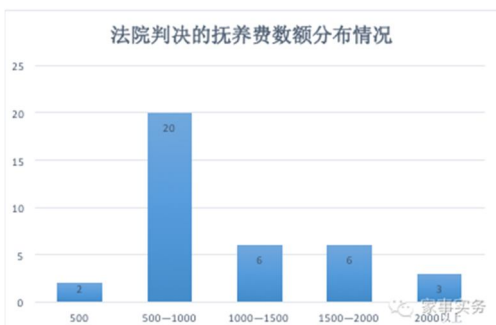
此外,笔者统计了询问结果,在 15 个询问结果中,有 4 个表示愿意与父亲一同生活,10 个表示愿意和母亲一同生活,1 个则表示不愿意同父母任何一方一起生活。

抚养权归属最终有 4 个判决属于男方,有 15 个归属女方,占比 79%。



法院在判决十周岁以上子女抚养权问题上所考虑以及判决的理由也各有不同,大概有以下几种,第一类是现状继续,这是法院运用的最多的判决理由,以维持孩子生活现状为基础,目的是为了保护孩子利益。有 4 个案例在理由中直接写明“根据本案情况,法院认为由母亲照顾比较合适”,1 个是法院考虑父母双方的经济条件和抚养能力,有 1 个是有父母双方协商一致。综合考虑包括法院只写了原则性的判决理由的有 5 个,理由为“根据本案的具体情况”。四、抚养费、探望权处理现状

法院在判决抚养权归属后,一部分基层法院会根据当事人诉请对离婚后抚养子女的抚养费、探望权进行处理,在涉及抚养权归属处理的 83 件案例中,有 40 个案例对离婚后子女抚养费进行了明确规定,1 个案例只写了适当给付抚养费,但是具体数额并未确定。9 个案件规定了未取得抚养权一方对子女的探望权。



1. 抚养费通常判决支付“1000—2000 元”

从上表不难发现,法院判决承担抚养费数额集中在 1000—2000 元范围内,在统计结果中,判决承担最低数额 500 元,最高数额 4000 元,还有 5 个案例取得抚养权一方自愿承担未成年子女抚养费,未取得一方不需要承担抚养费用的给付责任。

2. 探望权判决“每月两次”居多

关于探望权,在数据统计结果中,大致有“每周一次”、“两周一次”、“每月四次”、“每月两次”、“每月一次”,根据法院司法实践,一般判决“每月两次”的次数最多,有 4 次,其次是“每月一次”出现过 2 次,剩余的法院根据当事人的诉讼请求以及具体情况分别都有判决。

(五) 文件选读

婚姻登记一方身份虚假中的诉讼时效问题

2016-09-09 中国社会科学出版社 《民政行政复议和诉讼典型案例案例分析》

基本案情

原告：姜某

被告：某县民政局

2000年12月8日，姜某与“陈某”在某县民政局处登记结婚。婚后不久“陈某”离家出走，经多方查找下落不明。姜某向人民法院起诉离婚时，到某县公安局和该县水市镇颜家村村民委员会调查，确认“陈某”身份信息系伪造。某县民政局在受欺骗的情况下作出的婚姻登记发证行为，在婚姻登记程序有明显瑕疵，不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记管理条例》有关结婚登记的条件，该行政行为属于无效的行政行为。为此，姜某向法院提起行政诉讼，要求依法撤销被告于2000年12月8日作出的某号结婚证。

双方意见

姜某诉称

2000年12月8日，其与“陈某”在某县民政局处登记结婚。但因被告某县民政局是在受欺骗的情况下作出的婚姻登记发证行为，该行政行为形式上虽已经存在，但婚姻登记程序有明显的、重大的瑕疵，不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记管理条例》有关结婚登记的条件，该行政行为属于无效的行政行为，应依法确认该行政行为无效，请求人民法院依法撤销某县民政局于2000年12月8日作出的某号婚姻登记。

某县民政局辩称

第一，婚姻登记是依照姜某提供的材料，依法审查后，按照法定的程序进行登记的，姜某的起诉没有事实和法律依据。

第二，姜某的起诉已经超过法定的起诉期限，人民法院依法不应当受理。

第三，按照相关法律规定，姜某不应当提起行政诉讼。

审理结果

经审理法院认为，“陈某”向某县民政局提供了虚假的身份证件进行婚姻登记，导致某县民政局向姜某及“陈某”颁发的结婚证主要依据有误，依法应予以撤销。故判决撤销被告某县民政局于2000年12月8日向原告姜某颁发的某号结婚证。

评析

本案中的民政部门在婚姻登记工作的职责权限和性质认定，以及行政争议是否属于行政诉讼受案范围，是本案两个非常重要的关注点。与此同时，婚姻登记中一方身份虚假情形的诉讼时效问题也非常值得民政部门工作人员认真研究。

第一，关于民政部门在婚姻登记工作中的职责权限及其性质认定。2003年10月1日实施的《婚姻登记条例》第二条第一款规定，内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府，省、自治区、直辖市人民政府可以按照便民原则确定农村居民办理婚姻登记的具体机关。因此，对本辖区的婚姻登记属于某县民政局的法定职责。在婚姻登记中，婚姻登记机关的职责是对当事人行使婚姻自由权的合法性及其结果进行审查确认，故婚姻登记属于行政确认行为。

第二，关于本案中的行政争议是否属于行政诉讼的受案范围。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第一条第二款“当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”的规定，姜某对某县民政局的婚姻登记行为有权提起行政诉讼。

第三，关于婚姻登记中一方身份虚假情形的诉讼时效问题。根据《婚姻登记条例》第四条第一款的规定，内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。第五条第一款规定，办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：

（一）本人的户口簿、身份证；

（二）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。

本案中，在姜某申请登记结婚和被告审查登记时，姜某及“陈某”本人均亲临登记机关并提供了相关证明材料，某县民政局应当根据姜某及“陈某”提供的材料作出婚姻登记。经法院审查核实，姜某和“陈某”提供的“陈某”身份证系虚假的，某县民政局依据虚假身份证明所作出的结婚登记行为应为无效，应当被撤销。因无效行政行为自始无效，不受起诉期限的限制，故法院对某县民政局辩称姜某不应当提起行政诉讼及姜某起诉已超过法定起诉期限

的意见不予采纳。

依据《婚姻登记条例》第七条规定，婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由。作为婚姻登记机关的某县民政局，对姜某和“陈某”所提供的证件、证明材料进行审查和询问，已经尽到了相应的行政职责，无法对“陈某”身份证的内容真假作出审查判断，由此导致婚姻登记具体行政行为事实不清，所依据的主要证据明显不足，造成该婚姻登记违法而应当被撤销的后果，姜某和“陈某”应负全部责任，某县民政局不应担责。姜某在办理结婚登记后，因“陈某”离家出走提起民事诉讼，因缺乏明确的被告人民法院不予立案，若该结婚证不通过司法审查手段予以撤销，势必将影响到原告姜某的合法权益。据此，法院判决撤销上述结婚证是正确的。

法律依据

▶《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）》

第一条

第一条当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。

当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

▶《婚姻登记条例》

第二条

内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府，省、自治区、直辖市人民政府可以按照便民原则确定农村居民办理婚姻登记的具体机关。

中国公民同外国人，内地居民同香港特别行政区居民（以下简称香港居民）、澳门特别行政区居民（以下简称澳门居民）、台湾地区居民（以下简称台湾居民）、华侨办理婚姻登记的机关是省、自治区、直辖市人民政府民政部门或者省、自治区、直辖市人民政府民政部门确定的机关。

第四条

内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。

中国公民同外国人在中国内地结婚的，内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地结婚的，男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。

第五条

办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：

- （一）本人的户口簿、身份证；
- （二）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。

办理结婚登记的香港居民、澳门居民、台湾居民应当出具下列证件和证明材料：

- （一）本人的有效通行证、身份证；
- （二）经居住地公证机构公证的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的声明。

办理结婚登记的华侨应当出具下列证件和证明材料：

- （一）本人的有效护照；
- （二）居住国公证机构或者有权机关出具的、经驻该国使（领）馆认证的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明，或者驻该国使（领）馆出具的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明。

办理结婚登记的外国人应当出具下列证件和证明材料：

- （一）本人的有效护照或者其他有效的国际旅行证件；
- （二）所在国公证机构或者有权机关出具的、经驻该国使（领）馆认证或者该国驻华使（领）馆认证的本人无配偶的证明，或者所在国驻华使（领）馆出具的本人无配偶的证明。

第七条

婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件

的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由。

（节选自《行政复议和诉讼典型案例分析》）

婚姻继承判决中涉及到的北京市小客车指标如何易主？

2016-09-13 裁判要旨通纂 王林清 杨心忠

裁判要旨：在婚姻继承官司中，根据法院的判决和裁定，北京市公安交通管理部门在办理车辆转移登记手续时，小客车易主，指标跟着一并转移，在此转移过程中，无须再重新摇号。

规则解读

若法院出具判决、裁定等生效文书规范的法律关系为婚姻、继承关系，在北京市公安交通管理部门办理车辆转移登记手续时，依据法院生效法律文书取得小客车所有权的一方，可凭生效文书原件等证明材料办理车辆转移登记手续，不需要提交已取得的北京市小客车指标文件，车辆原所有人不可因此取得小客车更新指标。

案件审理要览

案件来源：参见《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，王林清、杨心忠、赵蕾著，北京大学出版社2014年10月第1版第327页。

1 基本案情

何某（男）诉喻某（女）离婚后产生财产纠纷，案件涉及夫妻两人的私家车过户。原本登记在何某名下的小汽车，经过判决归属喻某所有，但是，法院发现，根据《北京市小客车数量调控暂行规定实施细则》（以下简称《实施细则》）（修订）第26条第1款规定：“个人因婚姻、继承发生财产转移的已注册登记的小客车不适用本细则。有关机关依法办理转移登记。”第2款又规定：“因法院判决、裁定、调解发生小客车所有权转移，申请在本市办理小客车转移登记或由外省（区、市）转入本市时，现机动车所有人需提交已取得的北京市小客车指标证明文件。”上述两款规定，在司法实践操作中存在前后矛盾现象。

2 审理要览

北京市第一中级人民法院认为，上述两款规定，在司法实践操作中存在前后矛盾现象。在离婚诉讼当中，大多数情况下涉及机动车在内的共同财产的分割问题，如发生小客车财产转移的，依据法院的生效裁判文书，获得小客车所有权的一方，往往并非原登记车主，同时又未取得北京市小客车购买指标，依据上述规定第1款，有关机关应依法办理转移登记，车辆现所有权人可以直接取得原车辆上的北京市车辆牌照。但依据上述规定的第2款，因法院判决、裁定、调解发生的小客车所有权转移，需要取得指标，因此，没有获得小客车指标的，无法办理北京市车辆牌照。

规则适用

在司法实践中，无论是民事审理还是案件执行，法院都会因《实施细则》（修订）的上述规定遇到政策困扰，不利于当事人权益的保护。因此，法院向交通委员会发出司法建议书，请尽快释明或部分修改《实施细则》（修订）第26条的相关规定，明确在因婚姻继承而产生的民事诉讼中，因生效法律文书而取得机动车所有权的一方当事人，是否需要取得北京市小客车购买指标，原机动车登记所有权人是否需要另行申请配置指标。

对此，北京市交通委员会小客车指标调控管理办公室复函法院，首度明确：若法院出具判决、裁定等生效法律文书规范的法律关系为婚姻、继承关系，在市公安交通管理部门办理车辆转移登记手续时，依据法院生效法律文书取得小客车所有权的一方，可凭生效法律文书原件等证明材料办理车辆转移登记手续，不需要提交已取得的北京市小客车指标文件，车辆原所有人不可因此取得小客车更新指标。举例来说，夫妻离婚后，如果原本丈夫名下的车子归妻子所有，妻子当时没有购车指标，那么根据法院判决，指标随小客车的所有权一并归属妻子，丈夫原来的指标便不存在了，以后购车需要重新摇号。

（六）媒体视点

女儿被爸爸“拐走”了

2016-09-18 法制日报

执行·日记

在上海嘉定法院执行法官唐震看来，10多年的办案经验告诉他，涉及婚姻家庭纠纷的执行，硬来肯定是不行的，必须以柔克刚。毕竟，很多被执行人并非十恶不赦，一些过激行为或许只是他们的一时冲动。例如，本案这位

“家事法苑”团队奉献

“拐走”女儿近两个月的父亲……

6月6日 星期一 小雨转暴雨

讲述人:唐震(上海嘉定法院执行局法官)

9点,办公室,手机响起。

“孙奇出现了,就在他单位。”接到申请执行人的电话,一时间,激动、窝火……各种情绪蜂拥而来。

孙奇是一起探视纠纷的被执行人。一年多前,他与妻子周涵经法院调解离婚,年仅两岁的女儿被判给了前妻,孙奇每月可探视女儿3次,并应于当天17点将女儿送还给前妻。

离婚后的一段时间里,双方各自按照调解协议履行义务,相安无事。但这种状态两个多月前被彻底打破。那天,孙奇在探视后竟和自己的母亲联手“抢”走了女儿,还将女儿藏在了谁也不知道的地方。心急如焚的周涵向法院申请强制执行。

9点30分,孙奇所在的公司。

面对我们和赶来增援的派出所民警,孙奇显得异乎寻常地平静。当务之急是尽快让孙奇说出孩子藏在哪儿。我劝说了整整3个小时,但任凭我苦口婆心,他还是只字未吐。

拘留不拘留?这个问题摆在我的面前。拘留吧,如果孙奇坚决不说出孩子被藏在哪儿,拘留也于事无补,反倒容易激化他的对立情绪,对执行工作更加不利。不拘留吧,法院的执行威慑力如何体现?更何况,他此前已经有过传唤不到、逃避法院约谈的情形,今后万一再找不到人该怎么办。反复权衡后,我决定还是先缓一缓,观察观察再说。

12点40分,法院食堂。

孙奇吃着饭,突然低声抽泣起来。“我真不是故意躲着你们,我只是想更好地照顾孩子……”随后,他开始嚎啕大哭起来,全然不顾周边几十号人的眼光。

人心都是肉长的,回到接待室,我劝孙奇:“拒不执行法院裁判的,要触犯刑律,你愿意自己的女儿将来背负父亲犯过罪这个包袱吗?”也许是这句话触动了他,孙奇渐渐卸下防备,向我吐露心声,也道出了女儿的所在。

17点20分,江苏太仓。

在孙奇的指引下,我与周涵来到位于江苏太仓的一处公寓,孩子就被藏在这里,由奶奶照看着。

周涵见到女儿的那一刻激动万分,两个多月的分离呀,思念无尽。我示意法警不要进入房间,给他们一点私人空间。房间的一隅,与孩子久别的母亲、愧疚的父亲,还有嬉戏玩笑的孩子,那一刻,我恍然觉得这根本就是一个幸福完整的家。

回上海的路上,暴雨袭来,黄豆大的雨滴敲着挡风玻璃。孙奇不停地向前妻交待照顾孩子的种种事宜……谁说世上只有妈妈好,爸爸也是深情一片啊。

我做执行已经10多年了,婚姻家庭案件的执行,硬来肯定是不行的,必须以柔克刚。要给当事人一点空间,毕竟,很多被执行人并非十恶不赦之人,一些过激行为或许只是一时冲动。看着这个破碎的家庭和彼此对孩子的爱,我深深地感受到法与情的纠结。(本文当事人均为化名)

女儿的控告信

2016-09-19 经济与法

去年,全国法院审结一审家事纠纷案,超过170万件,占了全国民事案件的三分之一,而且呈不断增长的态势。面对错综复杂的家事,传统的审判理念往往只注重矛盾解决和财产分割,至于当事人的感情是否修复,家庭是否重归和谐,往往不在法院的审查范围之内。从2015年年底,最高人民法院在全国开始探索家事审判改革,要求家事审判法官不仅要断好案子,还要力争挽救家庭。不久前,四川泸州的彭仲芳法官,就遇上了一个奇怪的案子,一个16岁的女孩到法院告状,说父亲对她实施了“性侵”!此案非同小可,彭法官立即到当地走访调查。

2016年5月,彭仲芳法官来到合江县九支镇,见到了状告父亲的女孩—庞明。现在庞明住在外公家里。房子没有装修,显得很破旧。外公外婆年纪大了,也没什么收入,生活条件很差。但尽管如此,庞明还是愿意和外公住在一起。

庞明说,她的父亲曾经强行带她到宾馆,要求发生性关系,如果不愿意,就打她。庞明的外公说,出事以后,他带着庞明首先到镇上派出所报案。可是,派出所没有给出一个满意的答复。外公气愤不过,于是,带着庞明继续

“家事法苑”团队奉献

找其他部门反映问题。

从打古镇到纳溪区，来来回回跑了好多部门，但问题一直没得到解决。无奈之下，庞明以外公焦茂林作为监护人，向纳溪区人民法院提起诉讼。庞明的要求是，解除父亲的监护权，今后跟外公一起生活。父亲每月支付抚养费500元。面对庞明的诉讼请求，法院审查后发现，案件的主体资格不符合法律规定，无法立案。

庞明作为不完全民事行为能力人，她应该由她的监护人代为行使相应的民事诉讼权利，如果说她的外公，代为行使这个权利的话，必须有一个前提，那就是庞明的父母亲，要依照法定程序被撤销监护权，指定焦茂林为监护人之后，他才可以代为起诉。诉讼主体不合格，按照法律规定，只能将案件驳回。可那样一来，这起家事案件就无法得到解决，矛盾还会继续升级。

办理此案件的彭仲芳法官，长期从事家事审判，处理过很多古怪的家事案子。但接手这个案子后，还是让她感到十分头疼。庞明反映的问题非常严重，甚至可能涉嫌刑事犯罪。可庞明向当地许多部门都反应过，为什么一直没有答案呢？难道这事不是真的？可是，一个16岁的女孩，怎么可能拿这种事诬告自己的父亲呢？彭法官多次和庞明交流谈心，取得她的信任。终于，在一次谈话中，庞明又说出了另外一个秘密——她的妈妈在一年前，突然自杀了！

2015年6月，放学回家的庞明突然发现，妈妈在屋里悬梁自尽。警方经过调查，确认是自杀。由于没有留下任何遗言，不论是父亲还是外公，也都不知道妈妈为什么自杀。这件事在庞明心里，就成了一个迷。

庞明共姊妹三个，她是老大。父亲在镇上修摩托车，妈妈务农，日子还算过得去，但是庞明经常会看到父母之间争吵。庞明的外婆认为，导致闺女自杀的原因，是庞明的父亲有了别的女人，还带到家里过夜。

这个家庭关系之复杂，矛盾之深重，大大超出了彭法官的预料。不过让她始终想不通的是，这个案子当地是怎么调查的？为什么一直没有明确的处理结果？这背后难道另有隐情吗？看来，必须到庞明家所在的打古镇走一趟。到实地调查走访，或许能为她解开谜团，处理好这起家事纠纷，提供帮助。

泸州纳溪区打古镇党委原副书记钟仁学，去年的时候正好分管政法工作，他多次接待过庞明和外公的来访，对案情比较熟悉。

钟书记说，警方在认定了庞明的母亲系自杀身亡后，庞明的外公随即提出了庞明的父亲对庞明有不轨行为。派出所和刑警队专门调查核实，发现查无实据，基本上可以排除。警方侦查结束后，他仍然不放心，为了防止万一，他还专门安排人暗中到村里去了解情况，以其他借口进行摸排了解情况，仍然没有发现这些迹象。

警方以及镇上政府部门的调查结果是，所谓“性侵”的说法，查无实据。尽管查无实据，为了预防万一，钟书记还是安排将庞明和父亲隔离，让她和外公住在一起。是侵害事件做得太隐蔽查不出来？还是庞明有意诬告父亲呢？彭法官决定，再到庞明读书的学校去了解一下，从这里，看能不能找到些蛛丝马迹。

在打古镇中学，彭法官见到了袁愈松校长和庞明的班主任余洪明老师。在学校的调查，还是无法证实庞盛宗对女儿有过侵害。查了一圈，事件越来越显得子虚乌有。彭法官心里五味杂陈，她觉得应该去见见庞明的父亲，通过当面交谈，感受一下他说的话是真是假。在打古镇政府，彭法官见到了庞明的父亲庞盛宗。听说法官来调查案件，他愿意来把事情说清楚。

庞盛宗说，女儿这么说一定是受到了别人的挑唆，他敢负责的说自己绝对没有侵犯女儿的行为。交谈中彭法官突然提到一件事，庞明的外婆曾经说庞盛宗带别的女人回家过夜，这件事他仍然是坚决否认的。

彭法官和庞盛宗谈了很久，不断试探、观察他，没有发现他的话里有谎言和漏洞。关于“性侵”这件事，除了外公外婆的证词外，就是庞明写的一份情况说明，再无其他证据。彭法官仔细阅读这份说明，发现对事件的表述比较模糊，没有说出具体的侵害事实和细节。那这就怪了，难道庞明有意诬告父亲吗？她为什么要这样做？外公又为何一次次带着庞明去上访呢？

庞盛宗说，其实一切都是因为一套房子！庞盛宗说得房子，就是现在庞明和外公外婆住在那里的那套房子。那么，这套房子和这起莫须有的“性侵”案有什么关系呢？说到这里，就不得不提到这个家庭的另外一场恩怨。

位于合江县九支镇的这套房屋，是庞盛宗和妻子于2008年购买的，准备留给儿子结婚用，所以一直没装修，显得很破旧。买房的时候，庞盛宗向岳父家借了8万多块钱。

后来庞盛宗经济条件好些了，就把大部分借款还给了庞明外婆。庞盛宗说，由于还欠三万多元暂时还不了，外公外婆便经常催债。说如果不能还钱，就把房子过户到他们名下。

外公外婆催得很急，不还钱就过户房子。房子买完后本来一直空着，外公外婆原本住在乡下，后来为了占住房子，他们干脆从乡下搬了进来。为了房子的事双方经常吵架，庞明妈妈夹在中间里外受气，最终上吊自杀。

外公外婆为什么非要把房子过户到自己名下呢？庞盛宗说，老两口是给即将出狱的儿子准备的。原来，焦茂林还有个儿子，多年前因为抢劫杀人被判无期徒刑，后来在改造中获得减刑，还有一两年就出狱。出狱后没有住处，因此老两口想把这套房子弄到自己名下，给儿子住。

庞盛宗说，由于自己不同意过户房子，所以外公外婆就打起了庞明的主意，让她写信编造性侵的故事，希望借此剥夺父亲的监护权，通过改变庞明的监护人，来达到过户房子的目的。庞盛宗认为，庞明年纪小不懂事，完全是受了外公外婆的挑唆。加上这孩子从小和父亲感情一般，所以才写信诬告自己。他们这样做的目的，就是想得到房子。

彭法官又走访了一些知情群众，发现父亲对女儿图谋不轨这件事根本无从证实。但是，庞明的外公外婆想把庞盛宗的那套房子过户到自己名下这件事，倒确有其事。找到了这个矛盾的症结所在，彭法官觉得，应该好好和庞明的外公谈一谈了。

彭法官告诉焦茂林，按法律规定，即使撤销父亲的监护权，指定外公外婆作为庞明的监护人，也并不等于他们就能得到那套房子。企图通过改变监护权而得到房子的想法是不现实的。

通过耐心的劝说，庞明的外公终于弄清楚了关于监护和继承的基本法律关系。他表示，撤回原来的诉讼请求，不再带着庞明到处上访，让她回到学校安心读书。庞明的父亲也表示，谅解岳父岳母的做法，尽快把钱还上，和女儿和睦相处。案件虽然结束了，但考虑到庞明家的特殊情况，纳溪区人民法院决定再把工作推进一步，以援助的方式，彻底解决这个家庭的后顾之忧。

纳溪区人民法院的法官帮助庞明联系了当地的民政、政府，帮助庞明解决了在校读书期间的学费和生活费，还帮助她联系了一个爱心企业家，每个月资助她两百元，作为她的生活补贴。

家事审判改革，是我国司法审判工作的一个重大变化。今后的家事审判，都会像本案这样，以维护婚姻家庭关系稳定为基础，依法保护未成年人、妇女、老年人的合法权益，尤其注重对当事人的情感修复，以及对家庭的人文关怀。

面对一起无法立案的纠纷，法官们深入基层，调查了解真相。不仅说服了当事人撤诉，还解决了孩子的学费，再进一步延伸到对孩子生活的帮助、心理的疏导。所有这些，都是想让审判工作不再是冰冷的裁判，而是要让破碎家庭重归于好，让受伤的情感得以修复。2016年3月，最高人民法院已在全国100多个基层法院开展家事审判改革试点，从审判组织、调解工作、制止家暴、诉讼程序等多个方面进行专业化探索。随着这项改革的铺开，今后群众到法院打官司，将不仅感受法律的公平与正义，更会感受法律的真情和温暖。

遗嘱“过堂”多无效或部分无效,怎么办

2016-09-18 法制日报记者 马超

江苏是全国最早进入人口老龄化的省份之一，截至2015年底，60岁以上老年人口达1648.29万人，占户籍总人口的21.36%；65岁以上老年人口1115万，占户籍人口的14.45%。伴随着人口老龄化的加剧和财富的增加，近年来，法院受理的财产继承纠纷也呈直线上升趋势。

江苏省高级人民法院2014年的一项调查显示，房产继承等涉房纠纷占涉老财产纠纷的76.4%。因所涉财产价值较大，双方矛盾比较尖锐，往往处理难度较大。不少老年人对身后财产处理问题表示担忧。

为了防止子女因财产起纠纷，也为了避免子女将来继承财产的繁琐手续，不少老人会选择生前立下遗嘱。然而，对于掌握法律知识不多的老年人来说，想要立一份有效的遗嘱似乎并不是一件轻松的事情。2016年北京、上海、深圳、南京法院调研数据显示，超过60%的遗嘱被法院认定为无效或部分无效。

伴随着2013年国内首个公益遗嘱库——中华遗嘱库的正式成立，近年来，深圳、山东、甘肃、南京等地的一些老龄机构也纷纷成立了立足服务于当地老年人的免费遗嘱库。从这些遗嘱库目前的运作情况来看，免费遗嘱受到不少老年人的追捧。

免费遗嘱受追捧背后，凸显的是我们现有法律制度的滞后。据了解，我国现行继承法是1985年制定的，至今已有30多年。那时，改革开放刚刚起步，家庭财产少，继承关系简单。现在我国的社会经济结构、私有财产状况、家庭关系等与继承法颁布之时相比已发生了深刻的变化，继承法已无法满足和应对当今社会经济生活的需求。

“家事法苑”团队奉献

超半数代书遗嘱无效

按照人们的一般理解,只要立了遗嘱,身后事就已经安排好了。其实,事情并非那么简单。南京市基层法院在审理案件中发现,相当比例的继承纠纷之所以发生,是因为被继承人生前悄悄订立遗嘱,但由于立遗嘱人,特别是老人对相关法律规定不甚熟悉,所订立的遗嘱可能缺乏法律效力,最终还是按照法定继承处理。

在南京市秦淮区人民法院审理的一起继承权纠纷案件中,原告手握一份父亲留下的打印版“遗嘱”,称父亲将名下房产均留给他继承。对此,原告的3个姐姐均不认账,认为这份遗嘱上没有父亲签名,有可能是伪造的,父亲房产应依法由各继承人平分。

据该案主审法官、秦淮法院少年家事审判庭法官王冬青介绍,这份颇受争议的打印版遗嘱全文,包括立遗嘱人的姓名和时间均为打印,只有一枚手印按在立遗嘱人姓名处。

原告称,父亲不能写字,这份遗嘱是父亲在病床前口述,由他记录草稿并打印出来,再交给父亲和两名在场见证人按手印的。

法官调查发现,两名见证人均年事已高,庭审时已有一名去世,另一人中风在床,无法到庭说明当时情况。

最终,南京市秦淮区人民法院基于原告出具的代书遗嘱存在代书人未签名、代书人非见证人等形式上的瑕疵,且原告未能提供证据,以证明该遗嘱确为父亲的真实意思表示,认定该遗嘱无效。

“很多老人因在病中,或文化程度有限等,往往请人代写遗嘱,或者请人帮忙打印出一份遗嘱,这就是法律上所说的‘代书遗嘱’。”王冬青介绍,但由于代书遗嘱是别人“代笔”,需要有更为严格的生效条件,如内容明确、形式具体合法,至少有两个以上见证人等。

据粗略统计,在南京全市基层法院审理的涉遗嘱纠纷中,超过半数的代书遗嘱由于形式不符合法律规定,最终被认定为无效。形式上被认定为无效的遗嘱,其内容自然也失去法律效力,财产继承需按照法律规定进行。

现有遗嘱形式受挑战

为什么超过半数的代书遗嘱不符合法律规定而最终被认定为无效遗嘱呢?现有法律究竟是如何规定的呢?

我国继承法规定,代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,注明年、月、日,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。无行为能力人、限制行为能力人,继承人、受遗赠人,与继承人、受遗赠人有利害关系的人,不能作为遗嘱见证人。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。

江苏苏源律师事务所高级合伙人、婚姻家庭法专业律师孙韬认为,这些要求体现在几个方面,首先是见证人问题,见证人的人数应是两人以上,且必须由其中一人代书,见证人人数不足或者在遗嘱上签名的见证人并未代书遗嘱等情形均违反法律规定;同时见证人与继承人须无利害关系,见证人若与继承人有利害关系,法律予以禁止。

“其次是见证过程问题。被继承人订立遗嘱过程中,见证人必须自始至终在现场见证整个遗嘱订立的过程。见证人在遗嘱订立中途加入见证,或者在订立过程中临时走开,并未见证整个过程,事后回到现场签字,又或者见证人自身并未见证,仅是事后听闻后在遗嘱上签字以凑齐法定人数等情形,都会导致遗嘱无效。”孙韬告诉记者。

而据江苏省无锡市梁溪区人民法院审理家事审判的法官周溧介绍,很多老人因在病中或文化程度有限等,往往请人代书遗嘱,其中还有不少请人帮忙打印出一份遗嘱。打印遗嘱的出现,为法官审判带来难度。

“继承法在立法时,打印机并未普及,所以法律并没有考虑到打印遗嘱的情况,这方面法律是相对滞后的。”周溧介绍,被继承人的签字关系遗嘱是否是其真实意思,见证人的签字则关乎代书遗嘱是否经其见证,而用盖章、捺印的方式代替签字易产生真伪难辨的状态,影响对遗嘱效力的判断。

周溧表示,在法官看来,打印遗嘱更偏向代书遗嘱,所以形式完备至关重要。遗嘱的签字、署名等“细枝末节”问题都会关乎遗嘱的效力。打印遗嘱订立时间应清晰记载年、月、日,否则订立时间难以判断,会增加了解案件事实的难度,同时在有数份遗嘱的情况下,遗嘱订立的时间是判断何份遗嘱为最后遗嘱的唯一依据。

“现在遗嘱的形式多种多样,网络聊天、网上遗嘱、录像或者是其他比较新型、电子化的方式都有,以前的遗嘱形式的确是面临挑战。”周溧告诉记者。

对此,中国人民大学法学院教授杨立新表示认同。杨立新表示,随着社会的发展,当今遗嘱的形式日新月异。而继承法规定的遗嘱形式只有5种,公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱,这远远不够。以打印遗嘱为例,打印出来的遗嘱,即使签名盖章了,也时常不被认可。

孙韬同样表示,打印遗嘱的性质和效力问题争议很大,是属于自书遗嘱还是代书遗嘱,认识不一,同案不同判的

现象较为突出。“而对于公证遗嘱,由于不少老人年事已高行动不便,加之不想让一些子女知道自己留有遗嘱,所以一些老人并不会选择这种形式。最关键的是,公证遗嘱已经立下,将不可改变,这不利于遗嘱人真实意思的改变和表达。”

“自书遗嘱较少是因为不少老人文化水平不高或年龄太大而不方便书写。现实中,录音遗嘱、口头遗嘱一般比较少见,因为自古有‘白纸黑字’‘立字为据’的说法,所以通常还是会选择写下来。”孙韬告诉记者。

免费遗嘱库受欢迎

2016-09-18 法制日报关注

法律一时无法修改,社会又有如此巨大的需求。于是,一些老龄机构纷纷开始行动起来。

2013年3月,由中国老龄事业发展基金会与北京阳光老年健康基金会联合开展的国内首个关注老年人遗嘱的公益项目——中华遗嘱库在北京正式启动,该项目为60岁以上老年人免费办理遗嘱的咨询、登记、保管、传递服务,以协助老年人处理好身后事,建设和谐家庭。目前,中华遗嘱库已经在天津和广东设立了分库。

8月18日,由江苏省老龄事业发展基金会发起创立的省内首家遗嘱库——江苏省继承服务中心(又称江苏博爱遗嘱库)也正式启动。江苏博爱遗嘱库依托百余名公益律师等专业人士帮助市民订立合法有效的遗嘱,其中,对江苏60岁以上的老人免费服务。该遗嘱库成立不到1个月时间,就已经有超过300多位老人进行了遗嘱预约。

据中华遗嘱库管委会主任陈凯介绍,中华遗嘱库在2013年启动试点工作后,用了整整两年进行系统完善,其间经过30多次升级,经历了两万多份遗嘱的实践检验,保持平稳运行。2015年天津和广东分库先后落地,再一次检验了遗嘱库系统的稳定性。目前中华遗嘱库已经为7万多名老年人提供遗嘱服务,保管着4万多份遗嘱。

中华遗嘱库采用临时库、中转库和永久库的三级保管体系,可同时保管遗嘱的纸质档案和电子档案,用于保管遗嘱的中转库可以满足200万份遗嘱保管量,采用美国ADT高安防标准,具有严密的防火、防盗、防虫、防尘、恒温、恒湿等多重保障,以确保遗嘱安全。

据陈凯介绍,江苏遗嘱库将全程采用中华遗嘱库的遗嘱库登记系统,采取“密室登记”方式,借助指纹扫描、视频监控、电子扫描、文件存档、现场见证和密封保管等方式对遗嘱进行现场登记,老人身后如果继承人因为遗产问题发生纠纷,中华遗嘱库还将进行调解,调解不成诉至法院的,中华遗嘱库还将向法院开具证明,协助子女处理家庭纠纷。

那么,在中华遗嘱库登记的遗嘱是否会被法院认可呢?记者登录最高人民法院裁判文书网查询发现,中华遗嘱库所登记的遗嘱发生纠纷后,均直接被法院认定为合法有效遗嘱,且当事人在一审判决后均未上诉。

据了解,近年来,深圳、山东、甘肃等地的一些老龄机构均纷纷成立立足于服务于当地老人的免费遗嘱库。在现有法律框架下,此举弥补了法律的不足,一定程度上方便了老人立遗嘱,但终究还是要靠完善法律来适应当今社会对于遗嘱服务的需求,减少因遗嘱不规范而引发的纠纷,促进社会和谐稳定。

中国超生夫妇在德获难民身份 当地华人:孩子成居留工具

2016-09-19 环球时报 青木

【环球时报驻德国特约记者 青木】据德国《明镜》周刊18日报道,一对非法入境并长期居住在德国的未婚中国夫妇,近日以中国“严格的家庭政策,担心遭受歧视”为由,要求德国法院给予他们超生的孩子难民身份。周四,德国巴登-符腾堡州行政法院作出判决,判定他们的第四个孩子有权在德国获得难民身份。德国媒体指出,以中国人口政策为由成功申请难民身份还是首次,这意味着,有两个以上孩子的中国家长都有可能德国申请难民庇护。

“德国之声”称,这对父母的四个孩子均在德国出生。母亲的中国护照已过期,父亲在德国生活了约12年,也没有任何身份证件。两人都是通过组织非法移民的人贩集团进入德国的。据称,这对父母和他们的第一、第二个孩子处于“容忍居留”状态,第三和第四个孩子则获得德国司法机关给予的“辅助性保护”。不过,两者都无法与难民身份相比,后者拥有工作许可,并可获得难民补贴。所以,这对父母把德国联邦移民与难民管理局告上法庭,要求后者给予第三第四个孩子难民身份。

负责代理此案的德国律师介绍,这对家长担心,他们出生的第三和第四个孩子在中国有可能成为“二等公民”,因为中国长期以来实行一胎政策,不久前才允许普遍开放二胎。《明镜》周刊称,这对父母向德国法官表示,孩子在中国无法获得户口,也不能去上学,无法享受正常公民在教育 and 医疗等方面的社会福利。另外,他们还担心被遣返回中国,被处以罚款。

“每个难民的避难申请都是个案。”德国联邦移民与难民管理局发言人向德新社表示,从原则上来说,如果孩子

的难民身份得到确立,其家长也有权获得家庭难民保护。但前提是,家长已在家乡组建起家庭。目前这对中国伴侣的情况不符合这一要求。行政法院发言人则指出,这一判决有可能在全德国范围内成为榜样。虽然该案的判决结果一开始只在巴登-符腾堡州有效,但依照惯例,德国其它联邦州在面对类似案件时也会参照这一审判结果。

德国联邦移民与难民管理局的数据显示,仅今年前7个月,就有382名中国人递交难民庇护申请。2015年共有553名中国人递交难民申请。

此案在德国华人圈也引发巨大反响。18日,在“德国热线”华人论坛上,对于该事件的讨论已达7页。有华人指出,这个孩子不过是其父母取得德国居留权的工具而已。还有人认为,这对夫妇的做法,第一影响孩子前途,第二影响国家声誉。

公证疑云——继承权放弃是被忽悠还是又反悔

2016-09-13 海南特区报

杨阿婆提供的由公证处出具的其中一份公证书

阿婆求助:儿女“忽悠”我去公证处做公证,放弃遗产继承权

海南特区报讯 9月8日下午,今年70岁的海口市民杨阿婆拿着一份海口市椰城公证处的公证书来到海南特区报社求助,称其丈夫去世后,自己的儿子和女儿合伙“忽悠”她,让她放弃了继承丈夫财产的权利。对此,杨阿婆的妹妹在接受记者采访时表示,姐姐当初是自愿放弃继承权的,现在又反悔,就是“胡闹”。海口市椰城公证处公证员称,杨阿婆当初做公证时,经过一系列询问和笔录的程序,并且告诉了杨阿婆申请公证事项的法律意义和可能产生的法律后果,杨阿婆无异议后,在公证员面前签字按手印了。

据杨阿婆介绍,她与丈夫吴阿公生有一儿一女,分别是姐姐阿冰和弟弟阿毅,两人婚后的共同财产为美兰区上坡村的一块面积为44平方米的宅基地。去年10月15日,吴阿公不幸因病去世。“我丈夫去世后,阿冰和阿毅两人就开始合伙‘忽悠’我,让我放弃了这块宅基地的继承权。”杨阿婆告诉记者,今年5月10日上午,阿冰和阿毅两人说要带杨阿婆去将土地证上的名字改成她的。没想到,阿冰和阿毅却将杨阿婆带到海口市椰城公证处,做了放弃吴阿公遗产继承权的公证,“我以为他们是把土地证上面丈夫的名字改为我的,就签字按了手印,我都没有认真看过公证书的内容,没想到他们联手‘忽悠’我,让我稀里糊涂放弃了继承权。”

记者在杨阿婆提供的一份《放弃继承权声明》中看到,其与吴阿公共有的夫妻财产为一块面积为44平方米的宅基地,因吴阿公去世后,吴阿公拥有的份额为其遗产,由于吴阿公生前未留遗嘱,也未与他人订立遗嘱抚养协议。根据《继承法》,杨阿婆有权继承上述遗产,但她现声明自愿放弃继承遗产,并且签字按手印。同时,杨阿婆提供了两份公证书,一份是由她本人申请的,另一份是由阿冰姐弟两人共同申请的,其主要内容都是杨阿婆放弃吴阿公遗产继承权,由阿冰、阿毅两人继承。

公证员:杨阿婆阅读了相关文书,也明确表示自愿放弃继承遗产

那么,情况到底是什么样的呢?9日,为杨阿婆做公证的海口椰城公证处公证员齐有青告诉记者,杨阿婆已为此事找过他不下10次,就为了能撤销这份公证书。

齐有青称,杨阿婆等人当天到公证处做公证时,他按照正常程序,对双方提交的权利证明及相关证据材料进行了审查核实,对双方进行了询问笔录后才做的公证。在签字按手印时,杨阿婆也阅读了相关文书,并不是像杨阿婆所说的没有让她看任何文书。齐有青说,他们受理了杨阿婆的公证申请后,杨阿婆也明确表示了自愿放弃继承丈夫遗产的意愿,他也明确告诉了杨阿婆,申请公证事项的法律意义和可能产生的法律后果。

9月9日上午,记者联系杨阿婆女儿阿冰时,杨阿婆的妹妹接通了电话,她表示阿冰目前暂时不在家。对于此事,杨阿婆的妹妹表示,当初是姐姐自己自愿放弃继承权并做了公证的,现在又反悔,就是“胡闹”。而记者联系阿毅时,阿毅表示随便杨阿婆怎么去闹,他管不着,随后就挂断了电话。

律师说法:即使放弃继承权,当事人仍拥有22平方米宅基地的所有权

律师隋鹤认为,如果公证书公证的内容不是杨阿婆当初真实的意愿,是在他人诱导等情况下,让杨阿婆签字按手印的,则公证书没有法律效力,杨阿婆可以通过诉讼程序撤销该公证书并予以公告。但是从目前的情形来判断,杨阿婆具有相应的民事行为能力,并且本身有初中文化水平,能够读懂公证书上面的内容,所签署的各项公证文书,有法律效力。

在看了杨阿婆提供的相关材料后,隋鹤分析道,虽然公证书显示杨阿婆放弃了丈夫遗产继承权,但是杨阿婆依

旧拥有地上建筑物的继承权利。按照《继承法》第二十六条规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”也就是说，地上房产是杨阿婆和吴阿公在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，杨阿婆拥有一半产权，吴阿公去世后，首先要把房产的一半分割给杨阿婆，剩余的房产再有由杨阿婆以及两个子女共同继承。至于宅基地使用权，一半也就是22平米是杨阿婆分得的夫妻共同财产，而不是遗产。剩下的22平米宅基地，若杨阿婆放弃了继承权，则由子女法定继承。（责任编辑：马越）

如何做到不再让孩子受到二次伤害？

2016-09-20 民主与法制杂志 记者李天琪

虽然有相关法律和文件的支持，撤销不适格监护人监护权及转移监护权制度较之前有了更易操作的实务环境，但是在实践中如何操作才能真正实现儿童利益的最大化仍是摆在司法人员面前不小的难题。

作为亮点重点，2015年起实施的《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》（以下简称《意见》），明确了具体相关单位和人员有权向人民法院申请撤销监护人资格以及在没有其他监护人接收未成年人的情况下，确保未成年人的转移接收对象，使之不至于流离失所、无人照拂。但是我们不得不承认，目前转移监护权制度仍然缺少具体的可操作的规定和程序，来自基层的司法人员、行政人员只能在实践经验不够充分、相关职能部门对此项工作未形成成熟的体系和操作机制下，自行摸着石头过河，这中间有积极探索形成自我风格特色的，也有仍在摸索中缓缓前行的。

所谓监护权转移，是指基于保护被监护人的合法权益，在不违背法律规定的前提下，将监护人的职责部分或全部委托他人行使，并由他人承担相应法律后果的民事行为。因未出台监护权转移规则和限制的详尽解释，来自全国各地的未检未保一线工作者在具体办案过程中遇到了不同的难题。

被忽视的“真空期”

剥夺法定监护权，也就是撤销监护人资格之前，监护权很容易出现真空期。这也是广东省江门市检察院检察官邝健梅最担忧的地方。“一旦发现未成年人受到侵害，首先警方就应强制带走未成年人，避免监护人侵害未成年人权益的行为继续，接着是由民政部门，例如未成年人救助所去救助。”邝健梅说。

但是哪怕做到这一点，邝健梅还是觉得目前的规定太粗糙。“在撤销监护人资格、监护权转移之前，一直都是由国家机关和民政部门去照料未成年人，但这样的举措只能保障孩子的温饱和安全，而并非真正意义上的行使监护权，例如孩子的受教育权利等就无法落实，监护权的真空期出现了。特别是在法院一时未能判决监护权转移给谁时。这个时候就需要一个真正可以扛起监护权大旗、保障未成年人权利的机构。”然而，从现实出发，即使有单位或者机构愿意做这样的事，有时候也很难落到实处，工作效果也不能尽如人意。就拿之前福建省仙游县法院裁定剥夺一名母亲对亲生儿子的监护人资格的案例举例，将孩子从严重的家暴中解救出来后，作为原告，村委会将成为新的监护人。但无奈的是，村委会即使作为监护人，也无法为孩子提供住房和教育，最终还是由民政部门安排暂时的食宿。“民政部门只能承担临时的监护责任，这是一种有限的监护权，民政部门也无法随意安排一位工作人员去行使监护权，这不符合国情和常理。”邝健梅很无奈。

尽管《意见》中有规定法定情况法院可申请撤销监护权，但是这种做法也只是兜底行为，是一种极端措施。更重要的是，撤销监护权有时只是监护权转移的一部分，监护权的转移并不能仅靠撤销监护权就能实现最终目的。

谁来做新的监护人？

作为全国首例的江苏省徐州市铜山区撤销父母监护权案之所以能画上圆满句号，除了时间节点契合《意见》的发布，更重要的是其拥有个案的特殊性。

在该案中，铜山区民政局曾明确表示，愿意成为小玲的监护人，民政部门将积极协调各部门，整合资源，在户籍、教育和心理疏导等方面帮助小玲回归正常生活。从《意见》出发，这一做法无疑是正确的，但是民政局毕竟是一个机构，不可能像亲人一样悉心照顾小玲的日常起居。按照机构的常规做法，通常会把孩子送到相关的福利机构或者关怀救助中心，在那里如何确保小玲感受到家庭温暖、健康快乐成长，成为铜山区检察院遇到的又一难题。

好在谈起案件还涉及一位重要人物——张女士，正是她改变了小玲的命运。要不是好心的张女士在路边发现忍饥挨饿的小玲，并将其接回家中，小玲不会在感受温暖后，对其诉说被生父和近邻性侵的悲惨遭遇；如果张女士选

搔沉默不去报警，小玲现在恐怕仍得提心吊胆地生活在噩梦中。经过半年多的相处，小玲早已把张女士视作妈妈，小玲苦求张女士收留她，张女士和丈夫也十分愿意。

可怜的小玲幸运地遇到了张女士，虽然与小玲没有血缘关系、无抚养义务，张女士依然主动要求承担监护责任。不过法院考虑到张女士和丈夫有一名三岁女儿需要抚养，家庭负担不宜过重，故指定当地民政局作为监护人。让小玲和张女士一家高兴的是，鉴于对未成年人意愿的尊重，民政局紧接着又与张女士签订协议，由张女士对小玲形成“类家庭”式抚养教育，小玲可以继续生活在张女士家中。

同样，像小玲一样找到好归宿的，还有来自无锡市、就读于惠山区前洲某学校的13岁的晨晨。晨晨父母长期吸毒，并于2015年因贩卖毒品被判刑，使得正逢人生成长关键期的她无人监管、生活无着落。惠山区检察院遂联合妇联等部门与晨晨亲属对转移监护权进行听证，数日后，前洲街道民政办经区民政局授权与主要监护人晨晨姑妈李女士及另一名补充监护人签订了监护协议，每月支付1100元作为孤儿低保，直至晨晨成年。这起案件中，惠山区检察院极尽努力缩短时间流程，争取给晨晨的生活带来最小的影响。

然而，像小玲和晨晨这样能幸运且及时找到最适宜生活环境的情形并不是很多。在以往媒体曝光的数十起撤销监护人监护权案件中，除个别情形下法院能指定的符合法定条件的监护人，大多数的还是由民政部门担起监护人的职责，被侵害未成年人或被安置在SOS儿童村，或被送到儿童福利院，也有人被流浪乞讨人员救助管理站接收。暂不论这些地方能否为被侵害未成年人提供适合其成长的环境，毕竟从关爱未成年人的身心发展出发，物质条件和精神条件同等重要，在转移监护权后，对新的监护人履行监护职责的情况如何监督、评估和追责？目前法律没有规定细则。

规定不明的情形下，可能会导致两种行为的泛滥：一、监护权转移后，法律未明确规定专门具体的监护监督部门，公检法都有权去监督，然而正因无法确认哪一部门最终负责，恐沦为“都有监督权、谁也不监督”的窘境。二、由于缺乏对转移后监护权的干预和监督，很多监护人未能尽到其监护职责，结果变为一种恶性循环，也就是即使换了监护人，未成年人的合法权益依旧难以保障，监护权转移的法律目的——保护未成年人的权益和健康成长依然落空。

他山之石，可以攻玉

在具体的相关实施细则出台前，我国香港地区和其他国家对于未成年人权益保护的相关经验，我们完全可以借鉴学习。

拿前文所述的监护真空期为例，在德国，家事法官可以授予一些儿童援助部门对儿童行使监护权，如果一直未能有监护人行使监护权，援助部门将行使监护权直至未成年人成年；在美国，在实施完“终止父母权利”制度之后，都会有专门的福利机构去扛起监护权大旗。

2004年，日本对其在2000年公布实施的《虐待儿童防止法》进行了修改，将“如果发现有虐待的必须举报”修改为“认为有虐待的必须举报”。在美国，对虐童等行为规定了“强制报告制度”，医生、教师、警察、邻居等遇到相关情况都有法定的举报义务，并且在接到举报后，警方必须出警，必须依法进行调查确认。

在我国香港，社会福利署会有针对性地充分发挥购买服务在保护未成年人领域的作用，如热线电话服务、幼儿教育、学校社会工作服务等，多样性的服务完善了社会救助体系。

为什么他们能作出这样细致的规定？这一切都源于对侵害未成年人权益行为的零容忍。当我们习以为常的小事、家务事有一天会上升到刑法追究责任的高度时，就不会有人敢忽视孩子们的权益。如美国许多州的法律规定，成人如果将儿童单独留在汽车中，就有可能涉嫌构成“忽视照管儿童罪”，或将面临牢狱之灾；如果父母给儿童品尝酒精饮料，被发现后会以“虐待儿童罪”被起诉。像这种精细化的立法在未成年人保护领域值得去借鉴。

未成年人救助保护是一项专业性强、涉及面广、需要具备较高综合素质和业务能力的专业工作。对困境未成年人及其家庭实施指导帮扶和家庭监护能力综合评估，对监护人开展心理疏导和教育辅导，为困境未成年人提供人性化、专业化的救助保护服务，对侵权监护人提起监护资格转移诉讼等工作，涉及社工、教育、心理、医疗卫生、法律等诸多专业领域，对一线工作者提出了较高要求。因此，我们有必要学习国外通过政府购买服务、开展项目合作等方式，为专业社会组织参与未成年人监护保护工作创造良好的环境，全面提升未成年人监护保护工作专业化水平。

监护权事关未成年人的健康成长，撤销、转移父母监护权案件均须妥善、谨慎处理，这不是单独一个部门能够

完成的，可能需要检察院、法院、公安、民政、工青妇、村（居）委会等相关职能部门积极有效的配合，当然也需要社会的共同努力。

这两年来，虽然针对不称职监护人殴打、虐待、遗弃、忽视未成年人的行为我国开始重拳治理，让数十名儿童脱离魔爪、走出阴霾，但是在欣喜之余，我们还应该反思，我们的法律是否已经完善？现行的法律是否还有细致的空间？实践中实务职能部门遇到了哪些困难？作为监护人的家长更应扪心自问：自己是否做到了在抚养照料未成年人过程中尊重孩子、科学爱护孩子，在源头上尽到监护职责！

婚姻法又遇到新问题了

2016-09-21 法治周末 陈霄

课题组成员、西北政法大学婚姻法学者郝佳认为，某种意义上，我们的婚姻立法是有一定滞后性的。2000年，还在研究单位公房离婚时怎么分，才过了几年，这个话题就过时了，现在碰到更多的是贷款购房的问题

婚姻法又遇到新问题了

法治周末记者 陈霄

在离婚自由度的贡献上，1980年的婚姻法算是居功甚伟。

萌生开展离婚调查念头时，中华女子学院教授林建军刚好在北京某基层法院挂职，其间她翻阅了些近二三十年的离婚判决书，强烈感受到躲在冰冷文字背后怨偶的影子、法条的脉动和时代的气息，遂想推开这扇窗子一探究竟。这一想法得到了所在法院领导和学界同仁的支持，并最终有了这本《中国式离婚调查报告》（以下简称《报告》）。

开展离婚调查，一个重要考虑是获知离婚法适用的真情实况，为立法和理论提供支撑。

林建军教授认为，“婚姻立法智慧的凝聚，不应就法律思考法律，而应置身于婚姻审判实践，将联结法律规范与法律事实的司法活动作为修正现行相关立法的重要路径。此外，婚姻家庭深嵌于社会母体之中，社会问题会投射到婚姻家庭以案件形式反映在司法窗口，通过离婚调查，还可把握婚姻家庭问题的社会脉动，前瞻婚姻立法及理论前沿，把握未来”。

1 尴尬的离婚标准

在离婚自由度的贡献上，1980年的婚姻法算是居功甚伟。

在那之前，司法实践中长期奉行的是“正当理由”的离婚标准，现在流行的第三者插足、喜新厌旧等，并不构成所谓的正当理由，无论夫妻感情如何，均不准予离婚。

36年前的婚姻法确立了“感情确已破裂”的离婚标准，这种转变当时得到了实务和理论界的大加赞赏，但却在后来引发了尴尬的实务难题。

事实上，无论是法官还是律师，对于感情这种纯粹主观精神上的体验和感受，都是非常难以把握的。“而且进入到离婚诉讼的当事人出于防卫、求胜或报复心理，往往也很难对感情状况作出理性、客观、真实的描述，这进一步增加了判断的难度。”

林建军教授告诉法治周末记者，由于上述标准过于模糊，审判实务中，如果被告不同意离婚，则“首次起诉不判离”的比重较大。“当该做法不断重复使用时，意味着首次起诉不判离已规则化、制度化，成为替代感情破裂模糊标准的有效工具。”这种司法实践中的做法长期以来招致了理论界的批评。

“但实际上，我们更应该反思的是现行法律和理论本身。”林建军教授认为，法院采取“首次起诉不判离”，原因是多方面的，其中的关键原因在于我国离婚法定标准本身不够科学和客观，导致实践难于把握无所适从，当现有规则难以为审判实践提供有效的法律供给，感情本身又非常主观模糊、隐秘时，法院不得不审慎地创制更安全可行的规则。

调研中还发现，婚姻法对于所谓感情破裂规定的四种法定情形，在司法实践中也并不具有典型性和代表性。

在78.6%的判决离婚案件中，当事人主张的离婚原因并不在这四项法定情形中。在法院认定的离婚原因中，四项法定情形所占的比例更低，粗略估计可能不足30%。此次调研发现，法院认定最多的离婚原因是经常争吵，其次为因感情不和分居满两年。

《报告》建议，以婚姻关系破裂标准替代感情破裂标准，使离婚法的调整对象走出人的情感和精神生活的误区，调整更为客观的婚姻或夫妻关系，使离婚标准更具客观性、科学性。

2 财产分割的难题

“家事法苑”团队奉献

正如备受关注的王宝强婚变案一样，在狗血的出轨、第三者插足的喧嚣过后，王宝强的上亿身家如何分配最终成为舆论关注的焦点。在大部分的离婚案件中，财产分割也是整个诉讼活动的一个核心关键点。

“在许多案件中，共同财产的分割甚至成为决定夫妻双方是‘和平分手’还是‘反目成仇’的关键。”林建军教授说。

调研发现，价值越大的财产争议越大，涉房屋类案件当事人矛盾激烈难调解；随着社会经济的发展，出现了新类型的财产分割案件，例如知识产权和淘宝网店、游戏账号等虚拟财产的分割主张；涉基金类的财产案件数量明显出现大幅增长。

《报告》指出，涉及财产分割的立法比较分散，出现矛盾冲突的情况比较常见，关于新类型财产的分割存在立法空白，而且对夫妻共同财产分割考量因素的规定过于原则。

据介绍，外国法院对离婚财产分割的考虑因素是比较全面的，包括了财产的来源、对婚姻财产所作的贡献、婚姻持续时间长短、婚姻期间的生活标准及离婚对生活标准的影响程度、抚养照顾子女的情况、身体状况、就业与谋生能力、是否有挥霍浪费隐藏转移婚姻财产等不当行为，等等。

课题组成员、西北政法大学婚姻法学者郝佳认为，某种意义上，立法是有一定滞后性的。“2000年，我上大学时，大家还在研究游戏装备是不是财产，现在这根本不是问题；那时还在研究单位公房离婚时怎么分，才过了几年，这个话题就过时了，因为我们现在碰到更多的是贷款购房的问题。”

如今，伪造夫妻共同债务、家庭信托等新问题层出不穷，这在30年前的立法中是不可能考虑的到的，日新月异的社会现实是促成立法变革的重要因素，郝佳说。

《报告》建议，针对不断出现的新情况新特点，适时出台相关司法解释，比如虚拟财产的立法，汽车限号政策导致的分割难题应对等；同时完善夫妻财产分割的考量因素。

3 离婚救济适用堪忧

什么情况下能在离婚时提出损害赔偿？按照现行法的规定，有存在家庭暴力，有配偶者与他人同居，虐待、遗弃家庭成员和重婚4种情形。

调研显示，10年的1000起案件中，提起离婚损害赔偿的案件仅有17.3%，最终被法院认定的只有十分之一。

当事人真正提出具体赔偿要求后，被法院支持的几率也很低，在具体提出赔偿要求的60起案件中，只有15得到了法院的支持。在实践中操作难度最大的是举证问题。

“这样低的认定率和支持率，使得当事人对此种救济方式感到无力与无助。”《报告》指出。

10年来，涉及经济帮助的案件只有3.3%，主要集中在患病、无住房和无收入来源三方面，当事人提出经济帮助要求后，法院的支持率较高，约为89.3%。

关于家务劳动补偿的案例在10年中极少，只有千分之一，而且此案还并非纯粹对家务劳动提出补偿要求，而是基于家庭暴力的存在同时提出了损害赔偿和家务补偿。

这与2003年中国法学会婚姻家庭法学研究会在北京、哈尔滨、厦门的抽样调查结果以及2008年国家社科基金一个项目在北京、上海、哈尔滨调查的结果基本一致。

“在我国目前的司法实践中，（离婚救济）法律制度的设计难以达到其预期目标。”《报告》建议，扩大离婚损害赔偿制度的适用范围，通过法律技术性规定向弱势地位一方倾斜。

“国家母亲”如何才能名副其实？

2016-09-22 民主与法制杂志 刘一尘 黄俊卿

近年来，未成年人权益受到侵害的案件频频进入公众的视野，南京养母虐童案震动全国、徐州女童遭亲生父亲性侵案让人揪心。未成年人的父母本是他们最值得信赖和依靠的人，而在这些案件中，他们却变成了孩子们的施虐者。这些父母的观念多受到几千年封建传统之“父父子子”观念影响，把孩子当作他们的私人物品，把涉及未成年人权益的一些法律问题看成是家务事，对未成年人没有树立正确的认识。如南京养母虐童案，在被告人被判刑后，孩子的生母竟然指责媒体和社会干涉家事，破坏家庭，认为孩子被打是孩子不听话，打孩子是必要的管教手段。这样落后迂腐的观念和对法律认知的不足，对于保护未成年人权益是巨大的阻碍。

虽然有些父母观念落后，但不可否认的是全民的法律素养正在不断提高。未成年人的权益本就是国家和社会重点保护对象，这些热点案件引来关注的同时也引发公众思考，当监护人无法尽到监护责任或其本身就是侵害未成年

人权益的施暴者时，他们是否还有资格成为这些孩子的监护人？监护权转移制度能否达到保护未成年人权益的目的？

我国关于监护制度的法律规定，或由民法通则、民通意见所规制，或散见于婚姻法、收养法、未成年人保护法等部门法以及一些司法解释的条文中。我国也加入了联合国《儿童权利公约》，其中第三条第一款规定：“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一种首要考虑。”这是“儿童最大利益原则”的规定。同时，最高人民法院、最高人民检察院、公安部和民政部于2014年12月18日发布《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》（以下简称《意见》），对于监护权转移制度也有了更细致的规定。但是我国的未成年人监护制度理念落后、形式分散、内容存在很多空白以及诸多不足，多数情况下仅有原则而没有具体的实施细则，因此在具体实践中还存在着如下的诸多困境。

转移前存在的困境：谁来提出？

关于提起监护权转移的主体，《意见》第27条规定：“下列单位和人员（以下简称有关单位和人员）有权向人民法院申请撤销监护人资格：（一）未成年人的其他监护人，祖父母、外祖父母、兄、姐，关系密切的其他亲属、朋友；（二）未成年人住所地的村（居）民委员会，未成年人父、母所在单位；（三）民政部门及其设立的未成年人救助保护机构；（四）共青团、妇联、关工委、学校等团体和单位。申请撤销监护人资格，一般由前款中负责临时照料未成年人的单位和人员提出，也可以由前款中其他单位和人员提出。”可见《意见》规范了广泛的主体，可以向法院申请撤销监护人资格，但是这样的规定存在一个问题，即《意见》所列人员或单位有没有先后顺序，若无先后顺序，那么谁都是启动主体，但谁也不是唯一的主体，都以为他人会提起撤销诉讼，实际上反而没有人提起该诉讼。

同时，在“家丑不可外扬”的观念影响下，当确实需要转移监护权的情况发生时，民事上的“不告不理”原则是否还能适用，即国家政府应该在何时才能干预监护权的转移。

转移过程中可能的困境：向谁转移？

在监护权转移的过程中，最具争议、最难以确定的就是将监护权转移给谁。《意见》第36条规定：“没有其他监护人的，人民法院根据最有利于未成年人的原则，在民法通则第十六条第二款、第四款规定的人员和单位中指定监护人。指定个人担任监护人的，应当综合考虑其意愿、品行、身体状况、经济条件、与未成年人的生活情感联系以及有表达能力的未成年人的意愿等。”那么，当未成年人没有其他监护人时，“儿童最大利益原则”该如何体现？对于民法通则第十六条第二款、第四款规定的人员和单位该如何考量？是否需要引入第三方评估机构？第三方评估机构的资质如何确定？评估的标准如何确定？在这过程中，未成年人自己的意见是否该受到重视？若未成年人年纪太小，判断能力不足，其意见是否还需要重视等问题都摆在眼前。诸如此类的难题，都意味着未成年人监护权的转移绝非易事。

而且，在监护权转移的过程中，临时监护如何保障未成年人的权益。《意见》虽然规定了七种情形可以撤销监护人的资格，但是当未成年人的权益受到侵害、警方将孩子强制带走以避免侵害行为的继续时，此时需要由民政部门去救助。这样的救助一般只能保障温饱和安全，却没有任何人员或单位能行使监护权中的其他权利保护，例如让其接受教育等。民政部门只能承担临时的监护责任，而对于孩子的成长来说，不仅仅需要物质方面的供给，还应当包括提供教育和心理的慰藉，而这些都不是民政部门能简单解决的问题。

监护权转移后必然的困境：谁来监督？

监护权转移后，是否会出现新的监护人怠于履行职责，让未成年人权益再次被侵害是有关部门最担心的问题，那么监护权转移后的监督就显得尤为重要。但是，监护权转移后，法律并未明确规定具体的监督部门，这样极易发生公检法相互踢皮球的情况。若缺乏相应的体系和制度去监督监护权转移后的事项，那么即使更换了监护人，未成年人的权益可能还是难以得到有效的保障。

从“儿童最大利益原则”出发，有血缘联系的家庭当然是更适合孩子健康成长的，且当监护权已经转移，而孩子的亲生父母悔过想要重新取得监护权是否符合“儿童最大利益原则”，若符合又该如何操作呢？《意见》第38条规定：“被撤销监护人资格的侵害人，自监护人资格被撤销之日起三个月至一年内，可以书面向人民法院申请恢复监护人资格，并应当提交相关证据。”即监护权是可以恢复的，但是期限限于撤销之日起三个月至一年内。那么可能存在这样一种情况，即原监护人被撤销监护权后痛惜悔过，但却超过撤销之日起三个月至一年的时限，还能否恢复监护权？

从现实困境到制度环境：如何完善？

当前，未成年人监护权转移制度取得了一定的效果，但是一个制度的发展必然伴随着不断的修正与改进。从本文的上述问题出发，为了更好地让未成年人监护权转移制度发挥效果，可以从以下几个方面入手对监护权转移制度进行完善：

一、细化制度设计，深化儿童利益最大化原则

监护权转移的制度设计，形式上是家与国的博弈，但实质上是国家的大爱担当，让“国家母亲”名副其实。当父母不能、不宜或不愿履行其监护职责时，国家有权力也有责任对此进行干预，甚至最终取得监护权。未成年人监护权转移制度不在局限于私法领域，而渐渐带有公法的色彩。

在制度设计层面，完善监护国家干预制度显得十分重要，如：（1）家庭监护监督制度，这种监督制度要常态化，贯穿始终；（2）家庭监护的支持制度，即国家对家庭的支持，其中最重要的当属对家庭监护的教育指导；（3）家庭监护的评估制度；（4）强制干预制度，要推动形成以家庭监护为基础、以社会监护为补充、以国家监护为保障的监护干预制度；（5）临时监护制度，在整个监护制度设计的每一个环节，都应当以“儿童最大利益原则”为指导，进行精细化的制度设计。并探索监护权限制制度，对于监护权的剥夺可以仅剥夺一定年限，后续经过考察和评估后可以恢复监护权。这样可以给那些改过自新的父母以机会，让孩子尽量能在其亲生父母的家庭中成长。

二、完善评估机制，引进社会中介组织和机构

监护权转移作为涉及未成年人切身利益的大事，需要完善监护权转移前、转移过程中、转移后的评估和监督机制，以确保该制度能最大限度地保护未成年人的权益。剥夺监护权应当谨慎，是最后的手段，不到万不得已不可实施。从本质上看，被剥夺监护权的父母及其孩子都是受害者。

撤销监护权极有可能就此改变孩子的一生，除了慎之又慎之外，还应当有一个有效的路径保障取得良好的效果。通过引进社会中介组织和机构，建立和完善评估及跟踪制度，并将此制度贯穿于整个监护权转移的始终。

有三条路径值得参考：

一是评估有无必要提起监护权撤销诉讼。对于性侵、吸毒等应当一票否决，但对于暴力伤害、出卖、遗弃、教唆未成年人实施犯罪的则需要经过仔细认真的评估。包括其主观恶性以及施暴的意愿和目的，应当对需要撤销和需要给予救助的情况进行区分。同时，对整改可能性评估，考虑设置考验期以及先剥夺后恢复制度。

二是对新监护人的评估，应当包括：监护意愿（有没有利益纠纷）、经济能力、家庭成员情况、脾气性格、与孩子的关系、孩子的信任度等。

三是在如何评估未成年人本人的意愿方面，心理专家应到场。对孩子进行背景调查，即孩子是否有恶习；判断孩子意愿是否自愿、是否理性等。

三、强化顶层设计，增强各部门联动

就未成年人监护权转移制度而言，从文字的规定到具体实践的落实，是需要制度和各职能部门的推动。针对未成年人监护权转移的系统性工程而言，其并非靠单个程序或某个部门就能完成的，需要司法机关、行政机关、社会团体齐心协力，共同确保这项制度的完成。在实践中，各部门间的会商和协调制度非常重要，应当在法律层面明确并固定下来，确定各部门具体分工及牵头部门。建立多部门联动机制，法院、检察院、公安部及民政部的职责需清晰、分工需明确，才能有效整合资源，事半功倍。

四、完善配套机制，确保监护权转移制度贯彻落实

未成年人监护权制度的贯彻落实，需要相关配套制度，第三方机构、NGO 以及社工机构的作用不容小觑。例如，对于家庭监护提供经济救助和心理指导的帮扶；对于怠于履行监护职责的父母，检察机关应积极行动，依据反家暴法、未成年人保护法等法律规定，联合妇联、教育部门等职能机关进行教育；对于监护权转移后的未成年人的户籍及学籍问题，公安部门及教育部门应当给予一定政策上的优惠。

老人将拆迁款全给孙子引争议

2016-09-25 法制日报 记者马超

本报通讯员 顾建兵 芦霞

章老汉生于1938年，和妻子周老太生育了一子两女，均随周老太姓周，2008年周老太去世。2010年8月，章老汉立下遗嘱，载明“遵照已故妻子的遗愿和本人意见，将名下位于江苏省海安县城的房屋一套及本人名下的一切财产赠

予孙子小周所有”。

2012年,涉案房屋被政府征收,章老汉选择了货币补偿的安置方式,并将88万元房屋拆迁补偿款全额汇入孙子小周的账户。2014年10月,章老汉因病过世。同年12月,章老汉的两个女儿将哥哥周某和侄儿小周告上了海安县人民法院,认为房屋补偿款中44万元属于周老太的遗产,应按法定继承由配偶、一子二女共同继承,请求判决哥哥周某和侄儿小周返还22万元。

庭审中,两被告认为,周老太生前对其遗产处置有明确的意思表示,且最终体现在章老汉的遗嘱中,即遗产均留给孙子小周。两被告提供了遗嘱,还申请遗嘱的两位见证人到庭作证。但原告对被告所举证据逐一反驳,不予认可。

海安县人民法院审理认为,涉案房屋为章老汉与周老太生前夫妻共同财产,周老太先于章老汉去世,在周老太去世时,案涉房屋一半的价值依照婚姻法、继承法的相关规定成为周老太的遗产,且继承开始。周老太死亡时案涉房屋尚为实物,此后案涉房屋被政府征收,故实体房屋被拆迁补偿款所替代,房屋拆迁补偿款中属于房屋价值转化的项目纳入遗产范围。基于实际情况,扣除与房屋价值无关的搬迁补偿款2087元、过渡期内的临时安置补偿7513元,案涉房屋拆迁补偿款中属于周老太遗产的数额应为43.5万余元。根据法定继承原则,由章老汉、两个女儿、周某继承。

因章老汉年老体弱,3个子女的谋生能力远远强于章老汉,按照继承法对“生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾”的原则,法院酌定3个子女各继承10万元,其余均由章老汉继承。

周某作为案涉房屋拆迁协议签订时章老汉的委托代理人,且小周为其子,对拆迁补偿款的处置可认定为周某和小周共同所为,故判决周某和小周共同返还两原告20万元。

两原告不服,向二审法院提起上诉。近日,江苏省南通市中级人民法院对这起继承纠纷案作出维持一审的终审判决,认定该馈赠书内容不能证明系章老汉老伴本人的真实意思表示,章老汉未经其他继承人同意处分老伴遗产的行为无效。

遗嘱只能处分自己合法财产

■以案释法

该案一审承办法官刘春华介绍说,遗嘱只能处分自己的合法财产。日常生活中,未对个人合法财产进行明确界定,进而没有授权处分配偶或家人的共同财产的并不少见,该部分属于越权处分,非经权利人追认不发生法律效力。

本案的最主要争议是章老汉遗嘱中“遵照已故妻子遗愿”是否有事实依据,周老太对自己遗产的分割有无留下遗嘱。对此,双方存在完全对立的主张。按照民事诉讼法相关规定,被告对此应承担举证责任。

被告提供了章老汉的遗嘱,但章老汉本身属于周老太遗产的继承人之一,属于有利害关系,加之仅凭该表述也达不到确定周老太遗嘱的证明要求,而被告提供的证人证言又相互矛盾,结合原告质证意见,法院综合认定被告主张的周老太生前留有遗嘱的事实证据不充分,不予采信。故章老汉擅自处分周老太遗产的行为无效,周老太的遗产应

按法定继承处理。

推开离婚这扇窗

2016-09-20 法治周末 记者陈霄

在中国,结束一段婚姻从来没有像今天这样简单自如。今年1月,郑州一对情侣上午高高兴兴领了结婚证,下午就又怒气冲冲地领了离婚证

中华女子学院教授林建军领衔的课题组从跨度10年的1000份离婚判决书中也揭示了一些人们不知道的:离婚并非从来都如此容易,“七年之痒”确实存在,“感情破裂”的标准是个令人尴尬的规定……

在2016年8月的最后一周,排队离婚的上海市民挤爆了民政局的婚姻登记处——数年甚至数十年的感情抵不上一个被官方“辟谣”的传言——那里面满是购房名额、首付和契税。

这是半世纪前乃至十年前都无法想象的场景:财产成了婚姻关系最重要的考量因素,离婚像吃饭一般稀松平常。

其实都不需要考量1000份离婚判决书,事实就显而易见——财产已经成为离婚时最关注、争议最为激烈的问题。否则人们不会津津乐道于王宝强的九套房产上亿身家如何分割,舆论更不会在马蓉宋喆串谋夺财的质疑风声中炸了锅。

不过,中华女子学院教授林建军领衔的课题组从跨度10年的1000份离婚判决书中也揭示了一些人们不知道的:离婚并非从来都如此容易,“七年之痒”确实存在,“感情破裂”的标准是个令人尴尬的规定……

《中国式离婚调查报告》(以下简称《报告》)不仅仅是北京一个基层法院或者学者的直接观感,这是时代的折

“家事法苑”团队奉献

射。

那么难，这么易

在中国，结束一段婚姻从来没有像今天这样简单自如。今年1月，郑州一对情侣上午高高兴兴领了结婚证，下午就又怒气冲冲地领了离婚证。

这甚至不会引起多大的错愕感。早在12年前，离婚证的颜色变成与结婚证一样的紫红色，就暗示了这种观念上的转变。

也是在同一年，中国离婚数量比例的格局发生了逆转，登记离婚人数超过了诉讼离婚。

这在上世纪70年代完全无法想象。彼时，“在婚姻的缔结和解除上，政治成了唯一的衡量标准，作为婚姻家庭成立基础的情感因素，被彻底抛弃”，夫妻因政治观点或派别不同而对立甚至离婚，16岁少年张红兵的检举导致自己的母亲被以“现行反革命罪”枪决。

政治之外，还有社会观念的束缚。北京律师陈旭至今清晰记得那个当事人的名字，一个固执的学者，认定与妻子没有感情了，非要离婚，妻子死活不肯，官司便从上世纪60年代开始打。

“不记得跑了多少次法院，就是离不了，因为没有正当理由嘛。”陈旭现在想起来就笑了，感情不和，这在当时可不叫什么正当理由。

确切地说，真正的离婚自由是在1980年的那部婚姻法确立的，将“夫妻感情确已破裂”作为判决离婚的法定标准。在该法颁布的第二年，中国的离婚数字较前一年增长了4.8万对，离婚增长率高达14.1%，这还仅是离婚量增长的第一个高潮。

那个固执的学者在打了27年的离婚官司之后，终于成功离婚。陈旭还记得八几年时他在法庭上激动得不得了的样子。

“（感情破裂作为离婚标准）这个变化是具有划时代意义的，这一标准的确立，意味着不爱了就能构成双方婚姻解体的法律原因。”课题组成员、西北政法大学婚姻法学者郝佳对法治周末记者说，立法此举对人们婚姻观的影响是潜移默化的。

“以我个人的经历来看，在上世纪80年代初，离婚还是人们社交话题中的禁忌，人们对于离婚的双方当事人也更倾向于作出负面评价。而现在，人们对于离婚的看法更加中性，它更多被视为一段关系的结束而已。”郝佳说。

2003年的婚姻登记条例是对离婚自由的进一步强化，简化了离婚手续，在此之前，诉讼离婚的比率远高于登记离婚，占离婚总数的六成以上，到2004年时这一比例下降到30%左右，此后便一直保持这一格局。

一路走高

不过，已经在立法中被确立的这种自由并没有马上被社会接受。

陈旭也仍然记得，那个悲惨的机关公务员因为离婚被单位双开的事：早前在农村已经娶妻，但因为是包办婚姻没感情，双方也没有共同生活过，男方提出了离婚。

30年前，这种行径被斥为喜新厌旧的现代陈世美，惊动了妇联和工会。

“男方真的完全没有过错，不像现在什么小三出轨之类的，就是不想过了，离个婚搞得身败名裂。”陈旭说。

单位对个人私生活的束缚在随后的数年间被逐步的瓦解，2003年的婚姻登记条例施行后，离婚当事人再也不需要提供单位出具的婚姻状况证明。

《报告》指出，在婚姻观转变的过程中，组织及社会舆论等传统约束逐渐丧失，而新的责任和约束又没有很好地建立起来，这也是造成我国离婚率不断攀升的原因之一。

当1990年又一波离婚高潮到来之时，全社会针对离婚条件是否严苛的问题，展开了一场大规模的讨论。

法学界普遍认为，应当在保障离婚自由的前提下，防止草率离婚；而来自社会学界的反对意见则认为，离婚自由应被充分保障，婚外情不应受到法律惩罚。

30年后，当陈旭看到一个28岁的女客户把离婚当成解决矛盾的手段，一年之内三次离婚三次复婚时，内心感慨万千。

调研也发现了同样的现象。报告指出，2001年至2010年这十年，我国第一代独生子女逐渐进入婚育年龄，由

于在独生环境下缺乏处理人际关系、矛盾纠纷的经验，他们有时难以处理好家庭矛盾。“另一方面，随着受教育程度的提高，独生子女们的独立意识提升，精神情感需求增加，对婚姻期望值提升，重家庭对于个人心理和情感的满足，与柴米油盐的生活形成了强烈反差，维系婚姻的难度增大。”林建军教授在接受法治周末记者采访时说，调研发现，在本世纪的第一个十年，“性格不合”是提出离婚的主要理由之一。

从社会发展的角度，人口流动增大，异地恋网恋增多，广泛就业、婚姻推迟、家务劳动减少等原因，都导致了婚姻的不确定性增加。“婚姻内聚力减弱，家庭情感淡漠，破裂家庭走高。”

调研也发现，在某些特定时期，也出现了具有鲜明时代特征的离婚，例如2001年至2003年不乏夫妻一方因对方痴迷法轮功而诉请离婚的情形，而近年来一方因另一方上网聊天不顾家或与他人在网络虚拟环境中恋爱而诉请离婚的也时有发生。

立法也在这一时期作出了调整，2001年婚姻法修正案进一步细化了离婚救济补偿制度，以实现离婚从形式自由向实质自由迈进。

郝佳举例说，法律规定感情破裂就能离婚，那么我如果不爱了，或者受到家暴了，想要离婚，但我没有收入，离开这个家无法独立生活，即在客观上还是无法离婚，因此修正案规定了离婚损害赔偿制度、离婚经济帮助制度等。

分财产，分财产

2016年8月最引人注目的新闻，除了奥运会，就是王宝强婚变。

一位资深法官在看了几天的讨论之后感慨，无论是学者、律师还是法官，大家关注的似乎都是王的财产分割问题，都想着如何多分或不让对方分财产，往往忽略了离婚诉讼中双方当事人婚姻关系的结束与亲子关系的重构。“而大家似乎都见惯不怪了。”

不过这并没有什么好奇怪的，这是几十年来另一个非常直观的变化：财产在婚姻家庭观的比重大幅增加。

在21世纪的第一个十年，经济发展引发的家庭财产内容变化（价值高，形式多样）已经导致了多种多样的家庭矛盾，同样也给法院审理离婚诉讼增加了难度。

调研发现，2001年时，北京某基层法院判决离婚案件所涉夫妻共同财产的最高值在20万至50万元，而到了2010年，这一数值已升至1000万元以上。

“财产分割往往是案件的主要争议点，价值越大的财产争议越大。”林建军教授说，与此同时也出现了虚拟财产等新类型的财产分割案件。

“经济理性渗透进家庭，部分人的择偶成为‘择钱’‘择财富’，部分人离婚的重心是分财产，亲情在金钱面前不名一文。”

另一个带有时代感的元素体现在要求分割的财产上，在刚刚进入本世纪之初时，家电家具的分割还涉及锅碗瓢盆、被子、衣柜等生活必需品，但越往后的年份这些生活必需品就变得越不重要，诸如电脑、相机等个人享受型的物品逐渐成为争议的焦点。

“改革开放前人们离婚分什么？我听一位老法官讲，锅碗瓢盆都要分，官司打得厉害的，一双筷子都要一人一根。现在人们分什么？股票、基金、债券都是法庭上常见的财产类型，我上大学时还在研究单位公房离婚时怎么分，过了几年这个话题就过时了，因为现在我们碰到更多的是贷款购房的问题。”郝佳说。

财产争夺也因地域特色的原因而变得复杂，在北京，由于汽车摇号政策的施行，夫妻双方在离婚时对汽车的争夺变得越发激烈。

利益，利益

“就我个人的办案经验而言，财产分割、子女抚养问题，的确是双方争议的焦点，离婚与否倒成了没有悬念的问题。”陈旭感慨，这是时代发展的产物，为离婚打上几十年的官司，这是不可想象的了。

比起触手可及的利益，离婚不再是天大的事情，从中国的楼市火起来，人们在这一点上便开了窍。

去趟民政局，领本证，恢复了单身的身份，再去买房，能够省下来数十万元，这笔账人人都算得过来。为了孩子上学，离婚，放弃婚后房产，带着孩子将户口迁回名校学区房的父母家，可以省去购买价格高昂的名校学区房。这种逐利思维后来得以拓展，黑龙江妇联的一次调研发现，因为一笔一两千元的供暖费，每年供暖期前都会出现离

婚潮。

人们给这些开开心心、算计好处的离婚命名为“政策性离婚”。

有网友一针见血地总结道，如果离婚可以获得这么大的利益，为什么不呢？

社会对“政策性离婚”给予了最高额度的宽容和理解，这些行为被认为是情比金坚的精明，而不是风气的沦丧。倒是对于引发这类连锁反应的政策批评指责声从未间断。

无法确切统计到“政策性离婚”对这些年攀升的离婚率有多大的影响，不过最近深圳监管部门引用第三方的数据称，在过去一年，深圳离婚购房占到了总购房的45%。

在中国裁判文书网上，最近3年基于假离婚而引发的纠纷也呈现出“井喷”状态，并且越是在东部沿海发达地区，这个数值越高。

在一场场缜密精确的算计中，利益是显而易见的，风险是唯一值得考量的，情感的地位一再沦落，甚至遭遇不屑地反问：who care？

“工具理性特别是‘经济理性’这类适用于市场的逻辑越界进入家庭，家庭成员在家庭中成为经济人、理性人，家庭的核心价值关爱、责任、奉献淡化，义务感、责任感淡化。”林建军教授说。

在这样的转变过程中，没有人能够说得清社会观念和立法导向究竟是谁影响了谁。

在实务久旱待甘霖时出台的极富实践操作指导性的婚姻法司法解释(三)，一度遭受了婚姻法学界的批评。

正如《报告》中指出的那样，它是否真正解决了实践中财产关系处理的难题，还需要长期的时间检验，但它正以全面的财产法思维来覆盖那种原本无法抛却情感因素和纽带的婚姻家庭领域。

“在司法上，通过技术将爱情与财产强硬的剥离，必会撼动婚姻家庭关系稳定的基础。”《报告》指出。

八旬老人起诉要离婚 似为房屋动迁谋利益

维系家庭和睦 法院二审驳回诉请

2016-09-21 上海法治报 记者徐荔

都说少年夫妻老来伴，相互扶持到白头是多少人梦寐以求的。然而，现在离婚这件事却好像越来越普遍，甚至连80多岁的老人都闹着要离婚。前不久，上海市第二中级人民法院就判决了一起离婚纠纷案，一位已经83岁的老人，不服一审判决，上诉要与老伴离婚……

八旬老人闹着离婚

周老伯今年83岁了，身体还算不错的他连日来一直为官司烦恼着，他正在打官司，要与80岁的妻子赵阿婆离婚。周老伯称，他和赵阿婆都曾有过婚史，也都有子女，后来他们因为各种原因各自离婚，经人介绍后相识，并决定再婚。1992年，周老伯和赵阿婆走到了一起。

刚结婚时，周老伯和赵阿婆的感情还不错，想着两人可以互相扶持到终老，周老伯还把户口迁到了赵阿婆承租的小房子里。不过赵阿婆的房子太小了，多了周老伯入住，显然很多不方便。于是，赵阿婆就和周老伯暂时住到了赵阿婆女儿的家里。

为了解决住房困难，周老伯和赵阿婆根据当时的政策向单位申请分配住房，经过双方单位沟通协商，由赵阿婆的单位分配了一套19.5平方米的房屋给赵阿婆和周老伯。

房子问题解决了，周老伯和赵阿婆的感情却出了问题。

根据周老伯的说法，因为两人脾气性格不合，在生活中不断因为小事发生矛盾，最终导致无法共同生活。赵阿婆曾经提出过离婚，还写过离婚协议书，只不过两人没有就房屋分割达成协议，所以没有签字。2002年开始，周老伯就与赵阿婆过起了分居生活。

十多年过去了，周老伯认为自己和赵阿婆常年分居，感情彻底破裂，所以起诉要求离婚。同时周老伯还提出，要求将房屋依法分割。周老伯还提到，这套系争房屋一直租借给别人居住，现在正处于动拆迁征询阶段。

维系和睦未判离婚

面对周老伯的诉讼，赵阿婆并不同意，她承认与周老伯早就因为经济问题产生争吵，也一直分开生活，但是她认为周老伯之所以要离婚，都是为了得到动拆迁利益。赵阿婆说自己现在身体不好，今年年初还因为严重的心脏病住进医院，需要人照顾，不同意离婚。

其实，这不是周老伯第一次提出离婚了。去年6月，周老伯就提出过离婚，当时法院一审判决不予支持。周老

伯提起上诉，但是没有在规定期限内缴纳上诉费，并申请撤回上诉。所以事情不了了之。

当时法院审理后认为，周老伯和赵阿婆都是 80 岁以上的高龄老年人，对此离婚诉讼，赵阿婆坚决不同意离婚。法院根据维系家庭和睦、稳定，以及保护老年人合法权益的基本原则，且赵阿婆现在身体欠佳，双方更应互相关心、互相照顾，所以，周老伯要求离婚的诉讼请求难以支持。周老伯应珍惜以往的夫妻情份，共同维系家庭的和睦关系；赵阿婆在今后的生活中，也应多加关心帮助周老伯，消除隔阂、相扶相助，以共享老年人安乐生活。

据此，法院一审判决，不支持周老伯要求与赵阿婆离婚的诉请。

提出上诉终审驳回

一审判决后，周老伯向二中院提出了上诉。周老伯坚持认为，他和赵阿婆分居已经长达十多年，两人感情已经彻底破裂，他依旧要求离婚。

关于房子问题，周老伯提出，房子现在正在动迁询问中，但是赵阿婆为了多获得动迁利益，已经将女儿女婿等人的户口迁入，这样明显侵犯了他的动迁利益。周老伯认为，他和赵阿婆在 2002 年已经做出了分割，即他分 8 平方米，赵阿婆拥有 11.5 平方米，现在也要求依法分割。

赵阿婆的态度则和一审时一样，不同意离婚。二中院审理案件期间，当事人都没有提交新的证据。

法院经过审理后认为，周老伯和赵阿婆都是年事已高的老人，而且都是再婚，对婚姻更应谨慎待之。现周老伯没有能提供夫妻感情破裂的充足证据，而赵阿婆则坚持表示不同意离婚，而且赵阿婆身体欠佳，双方更应互相关心、相互照顾。因此，法院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

浙江省法学会婚姻法学研究会调研杭州女性婚姻权利

2016-09-24 民主与法制时报 记者孔令泉

本报讯（记者孔令泉）浙江省法学会婚姻法学研究会于 9 月 18 日公布了一份研究报告，报告由浙江省法学会婚姻法学研究会副会长柯直率领的柯直家事律师团队完成。

柯直是中国法学会婚姻法学研究会理事，长期从事婚姻法学研究。该报告依据杭州市各区县人民法院 2015 年度的 1695 份离婚判决进行大数据分析而成。

2015 年度，全国民政登记离婚与法院诉讼离婚的比例约为 9：2。在杭州市民政部门办理离婚的共有 19447 对，报告由此推算，通过杭州市各级法院办理诉讼离婚的约有 4300 对。

报告分析发现，杭州夫妻的“七年之痒”提前。婚龄为 3 至 5 年的夫妻提起离婚诉讼的占有所有离婚案件的 16.92%；婚龄为 5 至 7 年的，占 14.87%；婚龄为 7 至 10 年的，占有所有离婚案件的 13.85%。结婚 3 至 20 年是婚姻最危险的时期。婚龄在 30 年以上的离婚诉讼案件占比 4.10%。报告认为，离婚率趋高一方面是社会开放导致的，另一方面说明老年人也越来越勇于追求自己的幸福。

在离婚案件中，女性起诉离婚的约是男性起诉离婚的 2 倍，女方聘请律师代理离婚诉讼的比例是男方的 1.5 倍。这颠覆了传统婚姻中女性逆来顺受的印象。报告认为，杭州女性越来越不能忍受“凑合”过日子。杭州女性在家庭的地位越来越高，为了追求幸福，她们敢于直面婚姻中存在的问题，学会用法律武器维护自身权益。

杭州市夫妻离婚原因中，首要因素为性格不合，一方赌博、吸毒等；其次是家庭暴力，婚外情等，此类原因占主要原因的 63.07%；此外是双方长期两地分居，经济、婆媳、子女问题，占主要原因的 10.62%。

另有数据表明，再婚离婚案件占比 10.68%。再婚家庭的离婚问题比较突出。报告认为，再婚人士应当吸取前次婚姻失败的教训，更加审慎地对待新的婚姻。

数据显示，2015 年，杭州离婚诉讼中要求分割财产的案件占有所有离婚案件的 9.14%。法院大都采用简易程序审理此类案件，简易程序审理案件占有所有离婚案件的 92.33%。报告指出，因为首次提起离婚诉讼法院一般不准许离婚，而首次起诉即诉求财产分割可能增加案件诉讼成本，当事人为节省诉讼费，首次诉讼一般不涉及财产分割，这表明离婚案件男女双方较为精明。

2015 年，杭州市各区县法院判决准予离婚的案件占总案件数的 25%。报告认为，杭州法院对于起诉离婚的案件持谨慎态度。

在判决子女抚养权归属问题上，法官会综合考虑。2015 年，杭州市离婚诉讼案件中，判决子女抚养权归属女方的案件占 58.43%。对 2 周岁以下的孩子，法官判决抚养权的归属会倾向于女方；10 周岁以上孩子，判决抚养权时征求子女本人的意见。杭州市中心各区每月抚养费金额约 1200 元到 2000 元；边远地区每月抚养费约 400 元到 1000

元。

柯直告诉民主与法制社记者,《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》将于2016年10月1日起施行。《规定》明确要求“离婚诉讼或者涉及未成年子女抚养、监护”的裁判文书不上网公布。按此规定,原在最高人民法院网站《中国裁判文书网》公布的离婚诉讼案例,将可能下架。

吸毒母亲 VS 继祖母,谁能赢得少年监护权

2016-09-26 法律与生活杂志 李飒

2015年9月22日,年近七旬的胡广春在一次外出钓鱼途中遭遇车祸,抢救无效身亡。胡广春的去逝,将一直与他相依为命的孙子胡浩然推入困境。

胡浩然今年14岁。在他6岁时,父亲胡斌与母亲屠晋妹协议离婚,他归父亲抚养。不幸的是,2010年,胡斌因车祸意外身亡,胡浩然转由爷爷胡广春抚养。

如今,爷爷也撒手而去,小浩然该由谁来抚养?很快,一场监护权与抚养权的大战拉开了帷幕。

奶奶:孩子是我从小带大的

就在胡广春去世后不久,屠晋妹便一纸诉状将胡广春的三个兄弟姐妹以及胡广春的前妻刘元芳诉至南京市六合区人民法院(以下简称六合法院),要求确认胡浩然的监护权和抚养权归自己所有。

2016年4月,此案第一次开庭时,庭上出现这样一幕——

被告胡广元(胡广春的哥哥):她(屠晋妹)在孩子几岁的时候都能抛弃孩子,不管他,这时候来管他,是要哺乳呀,还是要钱呀?

被告胡广明(胡广春的弟弟):我认为合情合理应该归她母亲抚养。

被告胡风华(胡广春的妹妹):我认为她有血缘关系。不管怎么样,走到天涯海角,还是认母亲、认儿子,这是中国的风俗。

被告刘元芳(胡广春的前妻):离婚这么多年,你没有尽到做母亲的责任,从来没有来问过他、管过他。

这一幕乍看让人不知所云,四名被告中,有两人居然向着原告。这就不能不介绍一下所谓的“奶奶”刘元芳。

被告席上唯一不姓胡的刘元芳,其实身份最尴尬,她不是浩然父亲胡斌的亲生母亲,也已不是浩然爷爷胡广春的妻子。

刘元芳是在1997年踏进胡家门的。当时,胡斌已经16岁了。起初,她与胡广春只是同居。直到2008年12月,他们才领了结婚证。但是,两人又在2010年6月5日协议离婚。按照刘元芳的说法,她是为了照顾浩然才离婚不离家的。

胡广春的妹妹胡风华认为,刘元芳与胡广春离婚是另有隐情。“她(刘元芳)跟安徽的这个男的复婚了,复婚以后房子也给她了”。

原来,刘元芳在认识胡广春之前,已经有过一段婚姻。她与前夫生育了三个孩子。刘元芳说:“他(前夫)那里分房按人头,一个人分45平方米。我的小孩跟他商量‘把我妈户口搞回来,我们还能多分45平方米。要不,我就只拿这几十平方米,不够住’。”

胡广春的大姐胡凤英说:“她(刘元芳)是‘假离婚’,我弟弟都知道。”

既然刘元芳与胡广春办理了离婚手续,从法律关系上,刘元芳跟浩然其实没有关系了,那她怎么也被列为被告了呢?因为浩然称她“奶奶”,至今还在随她生活。

刘元芳尴尬的身份,让胡家兄妹认为她另有目的,是故意霸占着孩子不放。只有胡广元支持她继续抚养浩然,因为浩然从小由她带大,知冷知热。

母亲:我就想要小孩,钱我没想过

作为胡浩然的亲生母亲,屠晋妹想取得儿子的监护权,于情于法都应该获得支持,为什么胡广元坚决反对呢?

胡广元说,屠晋妹从未支付过抚养费,也没有探望过孩子。刘元芳说,就在胡斌死的时候,屠晋妹来过一次,后来她就再没来了。

屠晋妹表示,离婚后,她一个月为儿子支付400元抚养费,一年给一次。之前都是给胡斌。胡斌去世后,她跟孩子爷爷胡广春联系过,但是看不到孩子,家里进不去;去学校看,小孩被接走了。

胡广春去世后,为了要回孩子的抚养权,屠晋妹说她曾去过一次胡家。但是,胡家人没有让她进门。

“家事法苑”团队奉献

“那天晚上，你 10 点钟过去敲门，还带那么多人来，门口砸成那样子，谁能给你开门？你看小孩，不能白天正常来吗？”胡广元质问道。

屠晋妹说：“白天小孩上学。”

胡广元反问：“礼拜天不上学，你为什么不能礼拜天去呢？你是真正关心孩子吗？”

屠晋妹说：“我就想要小孩，钱我没想过。”

六合法院少年及家事审判庭的黄苏法官是本案的主审法官。她表示，被告方只是认为原告长期没有尽到义务。但是，这个“长期”内，原告并没有一些很明显的遗弃或者虐待小孩的行为。因此，并不能认为原告不适宜今后继续监护小孩。

然而，第一次开庭后，黄苏法官听到这样一个消息：原告屠晋妹有吸毒史。六合法院的一位人民陪审员家住南钢六村。由于他长期在社区工作，对这个社区的情况比较清楚。据他了解，屠晋妹有吸毒史。得知此情况后，法院立刻到雨花台分局西善桥派出所查证，从该所调取了一份《行政处罚决定书》和一份《社区戒毒决定书》。这两份材料显示，2012 年 8 月，屠晋妹因吸毒被行政拘留 10 日；2014 年 6 月 12 日，屠晋妹因吸毒被行政拘留 15 日；同年 6 月 12 日，屠晋妹又被处以社区戒毒三年。

2016 年 7 月，本案第二次开庭。庭审中，屠晋妹表示自己现在已经不吸毒了。按照社区戒毒的管理办法，屠晋妹应从社区戒毒决定书下达之后 15 天内到社区戒毒办公室报到，但她一直没有去社区报过到。法官问其最近一年内有无做过尿检，屠晋妹的回答是“没有”。

正是由于屠晋妹没有到社区报到，也没有进行尿检，她没有证据证明她确实已经戒毒了，法院认为不排除她目前还在吸毒的情况。

法院在取得屠晋妹正处于社区戒毒的证据后，逐个走访了胡浩然的近亲属，了解他们是否有抚养浩然的意愿和条件。

调查走访中，胡家兄妹都向法官表示无力抚养胡浩然。浩然的外公、外婆多年没有跟浩然共同生活，缺乏感情沟通。虽然他们表示愿意抚养浩然，但是两人都年近八旬，经济能力有限，不具备抚养孩子的条件，况且他们也愿意尊重浩然的意见。所以，法院认为浩然的近亲属都不宜作为他的监护人。

焦点又重新回到屠晋妹和刘元芳身上。

孩子：我想跟奶奶一起生活

刘元芳没有工作，自从胡广春去世后，刘元芳和浩然两人的生活来源就成了问题。

2010 年，胡斌车祸去世后，胡广春将赔偿款存成定期，存在了胡浩然名下，要等到他成年才能取。而胡广春的赔偿费因大家对于胡浩然的监护人问题有争议，所以一直未启动赔偿程序。

尽管刘元芳眼下照顾浩然存在各种困难，但是，看着浩然长大的邻居们还是希望浩然跟着这个刘奶奶生活。邻居们曾将这些想法写成申请，经社区盖章后，交给法院，证明屠晋妹没有尽到抚养义务，请求让浩然继续跟随刘元芳生活。

同时，浩然本人也用书面的形式向法院表达了对自己今后生活的意愿。

“法官，你们好！请不要把监护权给那个女人(妈妈)。从我爷爷去世后，那个女人从来没来问候过一次。冬天那么冷，雪那么厚，也不闻不问。她的心真是好狠，好毒呀！如果把监护权给那个女人，那么我这一生就真的让她给毁了，我连学都不上了，我要离家出走，我绝不会跟她过的，她就是为了钱、钱、钱！”

庭审中，看完胡浩然的信，屠晋妹的代理人立刻提出对这封信的真实性不认可，“不知道是否为胡浩然亲笔所写。另外，从写的内容来看，这个小孩这么多年来，没有受到正确的引导。正因为这样，胡浩然由他母亲抚养，对孩子的健康成长才最好”。

被告席上的胡广明和胡凤华也认为这封信是受人操控的。

刘元芳说：“法官可以去了解，去问胡浩然，我们绝对没有人操控他，是他自己想这样写的。”

法律规定，10 周岁以上孩子的抚养权争议应当征询孩子本人的意见。由于胡浩然年满 14 周岁，对事物有一定的识别能力，所以，庭审结束后，黄苏法官单独询问了胡浩然。

法官：“你妈妈现在要求你跟他一起生活，你怎么想的？”

浩然：“我不愿意。”

法官：“你想跟谁一起生活？”

浩然：“我奶奶。”

法院：孩子由奶奶抚养更利于健康成长

作为主审法官，黄苏心里明白，这个案件在处理孩子监护权的同时，对未来胡广春车祸赔偿金的保管使用方式，也是大家相当关注的焦点。只有找到一个双方认可的赔偿金的保管使用方式，才能更好地保障胡浩然今后的生活。

庭审中，针对胡斌、胡广春的两笔赔偿款，被告胡广明提出：“赔偿款的问题，大家都不可靠。屠晋妹这个年龄，可能再嫁。而刘元芳，我们更不放心，她跟孩子没有一点儿血缘关系。”

屠晋妹表示：“我就想要小孩，钱我没想过。”刘元芳也说：“钱不要落到我们手，我不想参与这笔钱。我不是他亲奶奶，胜过他亲奶奶。如果讲我图那个钱，我可以什么钱都不要，房子公证，钱公证，我去打工带这个小孩。”

第一次开庭后，法院联系到南京市公证处。公证处提出，他们有财产托管的管理方法，由市公证处设立专门账户，钱款存到专门的账户里。公证机关按照当事人协商确定或者法院判决书确定的数额，在固定的期限，向需要使用该笔钱款的人支付固定的数额款，以保证他们的生活。

对于这种财产监管方法，原告与四名被告均表示同意。

休庭之后，法官当庭宣读了判决书——

本院认为，由原告屠晋妹直接抚养胡浩然并不适宜，故对于原告的诉请本院不予支持。被告刘元芳虽与胡浩然没有血缘及法律上的亲属关系，但在胡浩然年幼时就与其共同生活。刘元芳在与胡浩然的爷爷胡广春离婚后，仍与胡浩然生活在一起，刘元芳也一直承担着照顾胡浩然的责任至今，他们之间已经建立了深厚的祖孙之情。现刘元芳愿意对胡浩然承担监护责任，胡浩然也表示愿意随刘元芳共同生活，且胡浩然住所地的湖滨社区居委会也表示目前由刘元芳抚养胡浩然较为适宜。故本院认为，胡浩然应由刘元芳抚养更有利于其健康成长。

最终，法院驳回了原告屠晋妹的诉讼请求，胡浩然由刘元芳抚养，屠晋妹自2016年7月起于每月给付胡浩然抚养费400元，至胡浩然18周岁止。

宣判后，刘元芳跪地哭着说：“我谢谢你们，我绝对尽我的努力照顾他。”

屠晋妹则显得十分失落，她没有想到因为自己的过失而失去抚养儿子的机会。法院表示，如果屠晋妹将来能成功戒掉毒瘾，依然有权向法院申请变更抚养关系。而法院也会通过案后回访跟踪制度，继续关注浩然今后的生活，确保他有一个安全、健康、温暖的成长环境。

29 省份修订计生条例 22 个省份在新条例中明确社会抚养费征收标准 社会抚养费四大焦点如何变化？

2016-09-27 上海法治报

□据新华社报道

近日，《北京市社会抚养费征收管理办法》向社会征求意见。截至目前，全国已有29个省份修订计生条例。其中，广东、安徽、山东等22个省份在新修订计生条例中明确了社会抚养费的征收标准。

社会抚养费如何征收？钱花在哪了？是否和上户挂钩？“新华视点”记者就公众关切的几个焦点问题进行了追踪。

焦点一：各地抚养费按照什么标准征收？

记者梳理发现，29个省份修订的计生条例基本提倡一对夫妻生育两个子女，不符合法律、法规规定多生育子女的，属于超生。对于“超生”公民，各地都要求征收社会抚养费，不过标准各异。

——按本地人均居民收入基数征收，有的给出弹性区间。对于违反条例多生育1个子女的，河南、山东等地按计征基数的3倍征收；江苏按照计征标准的4倍征收；陕西、福建等地按计征基数征收2倍至3倍的社会抚养费；辽宁则按照计征基数的5至10倍征收。

——以家庭年收入为基数征收，有的还按月预征。山西明确社会抚养费征收标准与超生人群收入挂钩，按照夫妻双方上年总收入的20%，合计征收7年的社会抚养费；湖南要求按照上年度总收入的2至6倍征收。贵州还按月预征夫妻标准工资各30%的社会抚养费。

——按职业制定处罚标准，国家工作人员还要受行政处分。河北规定，国家工作人员、企业职工按本人上年度工资总额2.5倍的金额征收，民营企业经营者和个体劳动者按本人上年度纯收入2.5倍的金额征收。辽宁规定，

“家事法苑”团队奉献

国家工作人员超生的，根据违法情节严重程度，按照人事管理权限分别给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除的行政处分。

——多生多罚，超生2个及以上子女或重婚超生的加重处罚，有的递进累加。吉林规定，超生2个以上子女的，以超生1个子女应征收的社会抚养费为基数，按照超生子女数为倍数征收社会抚养费；河北按生育第3个子女的征收金额各加百分之百征收，生育第5个以上子女的，征收金额以此递进累加。

焦点二：征收标准是否过高？

多地公布新修订的计生条例后，一些网民提出，社会抚养费征收过高，且标准差异较大。

记者注意到，目前，新修订计生条例中明确征收标准的22个省份，不少地方改变了原来的征收标准倍数。如山东省在今年1月22日通过的计生条例修正案中，已将原来规定基数的3到6倍，改为按规定基数的3倍征收。湖北、河南等8省也将计征基数调整至3倍及以下，其中黑龙江最低，只征收计征标准的1倍。

但是，部分省份的征收标准未作调整，比如，北京和辽宁计征上限仍然定为10倍。

据了解，国务院《社会抚养费征收管理办法》给予各地“自由裁量权”：社会抚养费的具体征收标准由省、自治区、直辖市规定。

山东省人民政府参事邓相超认为，虽然各地情况不同，社会抚养费征收标准有适度差别是必要的，但差别过于悬殊会损害征收的公平性。

针对一些地方计征标准存在倍数区间的情况，湖北省一乡镇计生办郭姓工作人员介绍，超生家庭情况不一样，条件好的可按最高倍数计征，条件差的可按最低倍数计征。

上海金融与法律研究院研究员傅蔚冈表示，针对个人的财产情况不同，法律上允许存在一定弹性区间，但是基层自由裁量权过大，容易带来执法不规范和权力寻租。这需要各县级人口计生部门依法依规严格执行，并加大征收过程中的监管和法律惩戒力度。

焦点三：收取的社会抚养费花在哪里了？

收取的社会抚养费去哪儿了，一直为公众关注。根据《社会抚养费征收管理办法》规定，社会抚养费及滞纳金全部上缴国库，按照国务院财政部门的规定纳入地方财政预算管理，任何单位和个人不得截留、挪用、贪污、私分。社会抚养费上缴国库后，作为地方财政收入的一部分，由地方政府连同其他财政收入一起，统筹用于本地区各类公共服务和社会事业支出。

然而，多年来，社会抚养费的征收数目不清、去向不明，备受诟病。据了解，仅在2013年，22个省份公开了征缴总额且支出不详。此后，社会抚养费的收支情况几乎再也没有公开。

记者多地调查发现，社会抚养费领域贪污案件时有发生。2011年1月至2015年5月，王某甲任贵州省大方县长石镇新阳村支部书记期间，用假收据收取社会抚养费共计60100元；2013年11月至2014年12月，安徽省望江县财政局民生办公室办事员鲍某某将其收到的675000元社会抚养费中存入其个人账户用来进行期货交易。

2015年3月至4月，山东省委第一巡视组对兰陵县开展专项巡视发现，在社会抚养费的征收、管理、使用中，截留、坐收坐支、使用不合规票据、甚至打白条现象比较普遍，违规违纪问题严重。

中国社会科学院政治学研究所副研究员刘山鹰认为，社会抚养费征收程序、执法手段应充分法治化、透明化，并加入外部监督力量；还要明确其用途，如失独家庭的补助、社会公共服务等。

焦点四：征收抚养费是否与上户挂钩？

国务院办公厅今年1月份印发《关于解决无户口人员登记户口问题的意见》，提出要全面解决无户口人员登记户口问题，禁止设立不符合户口登记规定的任何前置条件。

山东省公安部门要求，新生儿一律凭《出生医学证明》办理出生登记，不允许设定其他前置条件；合肥市新生儿上户与征收社会抚养费分别由市公安局与市卫生和计划生育局负责，两者不挂钩。

“我的二孩2011年出生，属计划外生育，需要妻子所在镇计生部门出具证明材料，缴纳社会抚养费，所以一直没上户口。”合肥居民姜先生说，今年8月，他仅凭夫妻双方身份证、结婚证、户口本以及新生儿出生医学证明，顺利把孩子上户了，“目前还没有接到罚款通知”。

山东滨州市公安局沾化分局富源派出所所长范玉超介绍，目前，在不需要其他部门提供社会抚养费缴纳证明的

情况下，已有一些不符合计生条例的新生儿在该所顺利办理户口登记。

此外，记者调查发现，虽然目前户口已经与社会抚养费脱钩，但一些地方，是否缴清社会抚养费却与孩子入学相挂钩。昆山市2015年底公布《昆山市新市民子女公办学校积分入学办法（试行）》规定，对超生孩子，缴清社会抚养费的扣30分，未缴清的要扣减50分。此外，还有城市对违反计划生育政策行为未接受处理或未处理完毕的，不能申请积分入学。

“无论是否属于超生的孩子，都应享受公平的教育机会，不能拿社会抚养费作为入学的门槛。对于上户、入学或参加医保等公共服务的基本公民权利，都应取消歧视性条件。”傅蔚冈说。

（七）公证专题

许多年后，当面对立遗嘱的黑洞洞的摄像头，你想说什么？

2016-08-23 遇见 PEOPLE 练情情

今时今日，立一个正正规规的、效力最高的公证遗嘱，你必须面对摄像头，把生命的最后嘱托，一五一十告诉摄像机里黑洞洞的镜头。镜头前，有人侃侃而谈，有人犹豫不决，有人痛哭流涕。想象着与生命告别的那一刻，几人能够心甘情愿。即便是一个假想的场景，也让无数立遗嘱人唏嘘不已。

对生命，我总是如此好奇。2014年7月，我获准进入了广州市南方公证处的遗嘱录像室。一台电脑，桌上一部摄像枪，头顶三个圆滚滚的摄像头。每年，有1000多名广州市民走进这个房间，当着公证员的面，对着摄像枪的镜头，立下自己的遗嘱。这里是一个隐秘的宝藏，记录了无数普通市民的财富安排和真挚情感。

见证

7月23日，两名南方公证处公证员要给一位八旬老人办理公证遗嘱。征询当事人意见后，公证员同意我作为记者陪同前往，见证订立公证遗嘱的全过程，前提是不泄露遗嘱的详细信息。

立完遗嘱老人放下心头大石

尽情歌唱

老人住在广州一家环境优美的老人院，窗明几净，医疗、休闲设施齐备。由于这位老人患有高血压、心脏病等疾病，不适宜长途驱车前往公证处订立遗嘱，两名公证员只好来到老人住地为其办理。

这位老人虽已年过八旬，但精神矍铄。我们见到她时，她正在上音乐课，拍子打得很响亮。上午唱歌，下午打麻将，每天如此。年轻时，她是北方某市京剧团京剧演员，育有三男两女，约10年前随女儿迁居广州。爱美的习惯在这位花旦身上从未改变，一头优雅的银发，穿着舒适精致的衣服，对镜梳妆仍是每天的必备功课。

“婆婆，在这里住得习惯吗？”我问她。

“不习惯也得住啊！我每天看见饭就发愁。”老人的牙掉光了，但总惦记吃干饭，糊烂的饭菜端上来，她就皱眉头。她知道今天是过来办遗嘱的。事实上，这一天她已经等待许久，一切手续都办妥了，只等她签名确认和录像。

老人的女儿用请求的语气对公证员说：“一会问话的时候，能不能不说‘遗嘱’两个字，怕老人忌讳。”公证员表示为难，立遗嘱人必须明确表明自己办理的是公证遗嘱。

公证员的问话开始了。这样的问话是一种惯例。一名公证员询问，一名公证员录像。

公证员：“您叫什么名字？”

老人：“我叫**”。

公证员：“您今天办理什么公证？”

老人：“遗嘱公证。”

公证员：“您今天身体怎么样？”

老人：“挺好。”

公证员：“头疼不疼？晕不晕？血压高不高？”

老人迅速地回答：“不疼。不晕。不高。”

公证员：“这份遗嘱是我们根据您的意思草拟打印出来的，现在我给您读一遍。”老人的遗嘱要求在其百年之后，将其名下的唯一一套房产归其中一个子女所有。

公证员：“我刚才给您读的遗嘱，是您的意愿吗？”

“家事法苑”团队奉献

老人：“是的。”

公证员：“那好。请说一下您的婚姻状况。您有几次婚姻？几个孩子？”

老人：“我结过两次婚，有五个孩子。”

公证员：“您五个孩子分别叫什么名字？”老人回答得很流畅。

公证员：“您的父母还健在吗？”

老人：“哎呀，我都八十多了。我是孤儿！”说到父母，老人稍微有些激动。

公证员：“这个房屋您之前有没有抵押过？处分过？”

老人：“没有。”

公证员：“您之前有没有立过遗嘱？”

老人：“没有。”

公证员：“这套房子，为什么说是您的个人财产？”

老人：“是我在丈夫去世后买的。”

公证员：“买的时候有没有计算您丈夫的工龄？”

老人：“没有，都是我自己的。”

公证员：“这房子，您为什么只给其中一个孩子，您还有其他四个孩子呢？”

老人：“因为他（她）对我好。”

公证员：“别的子女不好吗？”

老人：“都很孝顺。但之前我生了大病，是他（她）出钱给治的，住院一天就一万。我欠他（她）的！”说到这个，老人非常激动。若干年前，她突然晕倒，差点成了植物人，幸亏被抢救过来了。老人也没有其他财产了，每月的退休金勉强够在养老院的开支，这套房子就当还给当年出钱为其治病的孩子，其兄弟姐妹也没有意见。

公证员：“您这个房子留给孩子，那给不给配偶啊？算不算夫妻共同财产？”

老人：“只给孩子一个人，不给配偶。”

公证员：“好的。今天我们做的是公证遗嘱，今后您如果要变更遗嘱，要再来我们公证处办理。”

老人：“不变了，给了人家的还能要回来吗？呵呵。”

公证员：“我的意思是，您以后如果要改变遗嘱，不论是口头遗嘱、自书遗嘱，都不能推翻公证遗嘱。要变更，就要到公证处变更。”

老人：“我知道。”

公证员：“这份遗嘱是不是您的真实意愿呢？”

老人：“是。”

公证员：“有没有人强迫您？”

老人：“没有。”

公证员：“您还有什么要补充的吗？”

老人：“没有。”

公证员：“那好，您现在在这里签名，摁手印吧。”

签名让老人有点犯难，她架上老花镜，要了一张废纸，先练习了一番，手哆哆嗦嗦，但笔画清晰。她先后要签七个名，花了十几分钟。签完字，负责录像的公证员特地让老人抬起头正面对着镜头。老人把眼睛摘下来，捋了捋头发，美美一笑。

签完字，老人如释重负，“以后我就可以安心唱歌、打麻将了，什么都不想了”。她主动提议要给大家表演两天后她的参赛节目——手语歌《爱的奉献》。女儿拿着谱子哼唱歌曲，老人配合做手语动作，嘴角挂着微笑，其乐融融。

之后，公证员又找到老人院的住院医生，询问老人的身体状况，并开具了精神状况证明。办遗嘱，首先要确定的事情，就是立遗嘱人神智清楚，否则遗嘱无效。

档案

“家事法苑”团队奉献

与富豪、名人高调的遗嘱安排相反，普通的人遗嘱是私密的，甚至连儿女也不知情。我们没有办法揭开这些私密的匣子，也没有必要。唯一知晓这些秘密的公证员，在不触犯隐私的前提下，向我讲述了他们所知的一些真实故事。这里也是了解广州市民真实心声的一扇窗户。

遗嘱究竟长啥样？

藏在床底下 死后子女找不着

无论从法律上来看，提前立遗嘱是一件多么明智和稳妥的做法，传统的中国人对“遗嘱”二字始终心存畏惧。为讨吉利，香港人将遗嘱称为“平安纸”。

遗嘱真的只是一张纸吗？事实上，遗嘱形式多种多样，分为自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱等，其中以公证遗嘱的证明力最高。原来遗嘱这么灵活，可以自己写、口头说、录音录像、别人代写都行。但公证遗嘱要求相对较高，因而效力也最强，它要求立遗嘱人到公证处，提供相关证明文件，在遗嘱上签名。“签名确认的同时，我们还要求录音录像。这是这几年才流行的做法，主要是为了保险，避免纠纷产生。”南方公证处负责人说。

单纯书面的遗嘱，有时会引发质疑：这是本人的签名吗？是不是被强迫签的名？立遗嘱时有没有犯糊涂啊？录个像，相对就保险了。录像的时候，有些老人照本念经，已经经过了深思熟虑。有些老人会临时短路，说不清楚。有些老人对着镜头会紧张得说不出话来。也有些老人情绪激动，说着说着就扯到别的事情上了，这一辈子，多么不容易。

有些老人立遗嘱后藏着掖着，到死子女也没见过遗嘱的模样。也有老人担心提早公布遗产分配方案，会造成子女反目。广州有这样一个真实的案例，一位老人订立了公证遗嘱，把唯一一套房子留给长期与自己居住的孙女。她把遗嘱的内容口头告诉过儿子、女儿和孙女。但数年前，老人猝然离世，家人却无论如何也无法找到这份公证遗嘱，也不知道是在哪个公证处办理的。直到去年，家人才在大扫除时，在床底下的一个藤条制成的箱子里发现了这份遗嘱。

广州市荔湾区法院曾对2008年至2012年的继承案件进行过一番统计，发现该院审理的继承案件中，法定继承纠纷占87%，遗嘱继承纠纷不足10%。这说明，在广州，通过省钱订立遗嘱的方式处分财产的人只占极少数。

南方公证处的数据同样说明广州订立公证遗嘱的人数不多，但逐年缓慢上升，2009年有950件遗嘱公证案件，2010年迅速上升至1356件，2011年有1415件，目前仍旧处于每年一千多件的水平。

老人的心思你别猜！

财产只给子女 子女配偶无份

公证员总结，这几年广州老人来立遗嘱，分配财产的方式不外乎四种：一是老两口同来，约定谁先走，遗产就留给对方，由对方处置。二是子女比较多，有些经济比较困难，有些较为富裕，老人的遗嘱要求把财产留给经济困难的子女，尤其是残疾的、没有办法自食其力的子女。第三种情况，是子女多人，为免争斗，干脆平分。还有一种情况是，看哪个子女孝顺，就把财产留给哪个子女。

“过去，老人重男轻女的思想严重，这十多年已经大大改观了，不少人会把财产分给女儿，甚至只给女儿，不给儿子。”一名资深的公证员说，生活在农村和城中村的老广，比如洗村、员村、杨箕村等，财产留给儿子的思想还比较严重，但对绝大部分新广州人来说，由于计划生育政策的实施和男女平等观念的转变，很多人在分配遗产问题时，已经不太考虑性别问题，关键看谁最孝顺，谁长期照顾父母。

公证员还发现了一个有趣的现象，由于现代婚姻的不稳定性增加，老人在立遗嘱时，声明把财产留给子女的同时，还会附加一句：该财产属于子女个人，不作为该子女的夫妻共同财产。我国《婚姻法》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”。如果不是通过订立遗嘱，作出这样的声明，子女继承的父母的遗产，在法律上，会被认定为夫妻共同财产。

“很多老人来立遗嘱，其中一个重要的考虑，是为子女着想，把财产单独留给子女。”订立遗嘱时，公证员都会问该财产给不给子女配偶，但得到的回答几乎都是：“不给，只给个人。”

遗嘱档案一：成功老爸把家训写进遗嘱

一位高龄的广州某国有企业退休老人来到公证处。他带来了一份洋洋洒洒数千字的自书遗嘱欲办理公证。这位老人退休前身居高位，一生勤勉励志，积累下了不少财富。他在自书遗嘱中回忆了自己一生的丰富经历，并总结了

自己取得成功的关键因素，立下家训，以传后世。

公证员：“阿伯，您的自书遗嘱写得好精彩啊！”

老人：“我想了很久的了。”

公证员：“但公证的遗嘱内容一般只包括财产的处分。我们做的遗嘱跟您的自书遗嘱不一样。”

老人：“只有财产分配怎么行啊？你以为我死后就只留下那几套房子吗？我一生拼搏奋斗的精神才是无价之宝。”

公证员：“我理解。可是……”

老人：“都说富不过三代啊。我的子女继承了我的财产，如果不继续奋斗，家业是不长久的。”

我国的公证遗嘱的文书规范里，只对确定的财产性内容进行记载，对精神性的、主观的内容一般不予体现。公证遗嘱的内容简洁、明了，这位老人的自书遗嘱的大部分内容不能写进文书。不过，为了照顾老人的感受，公证员允许老人在录像时，把自己的心声阐述出来。

遗嘱档案二：离异母女互立遗嘱给对方

广州一对母女，日前一起来到公证处，分别订立了公证遗嘱。母亲已经 60 多岁，女儿 30 多岁，她们各自立下遗嘱，把财产留给对方。

公证员：“请说一下您的婚姻状况。”

女儿：“我离婚了，没有孩子。”

公证员：“结过几次？”

女儿：“1 次。”

公证员：“为什么财产只都留给母亲？”

女儿：“我很小，爸爸就不要我了，是妈妈一个人把我养大的。”

公证员：“您还年轻，今后不打算结婚要小孩了吗？”

女儿：“走一步看一步吧。好男人差不多绝迹了吧，我不指望男人。”

公证员说，父母和子女一起来立遗嘱，相互把财产留给对方，这种案例有过好几例。有个成功女性，在广州拥有多套房产，但早年离异，孩子也跟了男方，她最近也来立了遗嘱，把房产悉数留给母亲。

遗嘱档案三：30 岁空中飞人提早立遗嘱

有一个在广州外资大型企业工作的女性，80 后，方才 30 出头，日前也来立了遗嘱。

公证员：“您这么年轻就来立遗嘱，有什么特殊的原因吗？”

80 后：“立遗嘱有年龄限定吗？”

公证员：“没有。我们会问得稍微细致一些，请见谅。”

80 后：“我每个月至少半个月要出差，国内国外，飞来飞去。最近看新闻，空难特别多，而且都是无缘无故的，至今没个说法。”

公证员：“不怕十万只怕万一。您的个人财产和夫妻共同财产都有哪些？”

80 后：“个人财产有车和一些存款；夫妻共同财产就是还在供的一套房。”

公证员：“打算怎么处分？”

80 后：“都归我丈夫和儿子所有。”

公证员：“您父母健在吗？”

80 后：“身体都挺好。”

公证员：“不给父母留吗？”

80 后：“不用了，父母都有退休金，房子也有。分了给父母，到时候兄弟姐妹又来争，反而说不清了。”

立遗嘱并不只是老人的事情。这些年，已经开始有些 80 后来立遗嘱了。这些年轻人大多受过高等教育，接受西方文化，觉得早立遗嘱，是对家人的负责的态度。

遗嘱档案四：儿子逼老爸把房子留给他

一对父子来到公证处。儿子说，爸爸要办理公证遗嘱，百年后由其继承房产。爸爸六七十岁，干瘦，低着头。公证员：“我们问话的时候，亲属不能在旁边。”（儿子悻悻走开了。）

公证员：“老人家，过来立遗嘱是您本人的意愿吗？”

老人低头不语，看了看遗嘱室紧闭的大门。

公证员：“您是想把现在住的房子留给这个儿子是吗？”

老人不说话，依旧低着头。

公证员：“确定房子给儿子吗？”

老人还是不说话。公证员心里大概有数了，把老人送出门。

儿子焦急地迎上来：“怎么回事啊？不是说好把房子给我的吗？”嘟嘟囔囔责备起父亲来。

公证员感慨，办理遗嘱的案件多了，也渐渐看出了世态炎凉。有些儿女一心惦记着遗产，催促父母来办公证，但父母心里并不心甘情愿。有些子女以为办理了遗嘱公证后就高枕无忧了，冷落父母，甚至言语相讥，以致有些老人又悄悄回来变更遗嘱。

遗嘱档案五：儿子不孝财产留女不留儿

让一位女公证员印象最为深刻的一个案件是，两三年前，她来到医院为一位老人办理遗嘱公证。重病中的老人，神智仍算清晰，有女儿侍奉在旁。这位老人有五个孩子，4个女儿1个儿子。

公证员：“老人家，您现在身体怎么样？”

老人：“哎，不知道什么时候能出院。”

公证员：“精神好吗？”

老人：“精神倒是还行，不能下床，整天看电视。”

公证员：“百年后，您的房产打算怎么处置？”

老人：“卖了，分给四个女儿。”

公证员：“为什么不给儿子？”

老人：“儿子打我！住院这么久，也从没来看过我。”一说儿子，老人情绪失控，在镜头前嚎啕大哭起来。

这位老人去世后，她儿子找到公证处来，怀疑这份遗嘱是假的。于是，公证处给他看了母亲立遗嘱时的录像。儿子无言，不再争辩，惭愧地走了。公证员说，遗产传儿不传女的观念已经改变了，现在的老人都比较实际，比较开明，哪个子女孝顺，财产就留给谁。

遗嘱档案六：退休医生想立安乐死遗嘱

三年前，南方公证处到广州市友好老年公寓为老人们作免费公证咨询。期间，一位70多岁的老人拄着助行器来到咨询台。她掏出一份自书遗嘱。

老人：“我写了一个这样的遗嘱。你们能给我做个公证吗？”

公证员接过老人用黑色签字笔写好的自书遗嘱细看。遗嘱写道：“人早晚都会死，是自然规律，不可抗拒。我要求自己活着时要有生活质量，当我在精神上不能给周围的人带来快乐，在生活上依靠护工全全帮助时，我请两个儿子按母亲的遗嘱办理：不送我到医院检查和治疗，吩咐护工在饮食上给我逐渐减量。顺其自然，让我少受痛苦，折磨，回归大自然。”

公证员：“阿姨，我看您现在身体挺好的，精神也很好，就别为这些事情担忧了。”

老人：“你们是怕我寻死吗？我不是这个想法。我生活很幸福。”老人拿出一叠厚厚的家庭照片展示给公证员，说明自己有一个幸福的家庭，从童年、青年到老年，都平坦幸福，并不是想要寻死。

老人：“我以前也是个医生。我见过太多病人，临死还插着很多管子，非常痛苦。那没有必要，人必有一死，能安详地离开就是最大的幸福。”

公证员：“您这个自书遗嘱给儿子看过了吗？”

老人：“还没有。他们不一定听我的话，也不想他们难办。所以，我想你们给我做个公证。”

公证员：“我非常理解您的心情，但这种公证，目前不合法。我们做不了。”

公证员说，事实上，有很多老人有这种心愿，希望安详地、体面地死去。但目前“安乐死”的做法在国内并不

合法，无法为其办理此类公证。

注明：本文 2014 年 7 月曾刊登于广州日报，属于练情情的职务作品。转载需获得授权，并注明出处和作者。



南京公证处遗嘱数量同比去年创新高

2016-09-23 南京公证处订阅号 李敏

今年三月份以来，南京房价不断上涨，房地产市场异常火爆。伴随着房产价值的巨幅增加，为了防止家庭因得失和，越来越多的人前往公证处咨询遗嘱公证事宜。

南京公证处统计了今年 8 月份我处办理的遗嘱公证数量，为 171 件。而去年同期我处办理的遗嘱公证数量为 104 件，同比增长了 64%。去年全年我处办理遗嘱公证 1500 件左右，而今年仅截止到七月份，办理的遗嘱数量就超过了去年全年的总量。

我处针对市民逐渐增长的遗嘱公证需求，安排了多项措施。

对于 80 周岁以上的老年人办理遗嘱公证，免收公证费，减轻老年人负担。同时我处安排专门公证人员咨询和办理遗嘱，专人专办大大缩短了遗嘱预约办理的时间。考虑到老年人行动不便，对于材料齐全符合条件的，公证员会加急为当事人制作好公证书，当场交给立遗嘱人带走，避免老年人往返劳累。对于有遗嘱公证需求的病重或腿脚极不方便的特殊当事人，符合办证条件的，我处安排公证员上门服务办理遗嘱。

总结我处办理的遗嘱公证，呈现出几个明显特点：

第一，立遗嘱人绝大多数为 70 周岁以上的老年人。主要考虑年龄大身体不好，提前安排好身后事，防止家庭矛盾。年轻人也有订立遗嘱的，有一位当事人因为工作原因经常出差，基于交通安全考虑而订立遗嘱。

第二，立遗嘱的原因，主要基于婚姻生活不稳定（多见于再婚家庭或子女婚姻生活不稳定）、家庭矛盾、重大疾病等原因。

第三，遗嘱处分的财产中房产占绝大部分，少数也涉及存款、股票、不动产等其他财产。

同时，遗嘱背后有些现象也引人关注。绝大部分老年人是在子女的陪同下来到公证处立遗嘱的。有些是子女前来咨询预约，到了办理时间时，公证员却发现老年人神志不清；还有老年人在办理时故意忘记或说错家庭住址等信息，公证员单独耐心询问发现老年人并不想订立遗嘱，因为生活需要子女照顾所以在子女的压力之下来到公证处的；还有的老人被不同的子女带来公证处订立不同内容的多份遗嘱。上述情况都不符合遗嘱公证办理的条件。子女切不可出于个人私利，对老人施加压力强迫办理。

继承公证中继父母子女抚养关系的审查与认定

2016-09-29 中安在线-安徽法制报(合肥) 安徽省合肥市中安公证处 鲁卫群

【内容摘要】继承公证业务中涉及继父母子女之间抚养关系的审查与认定是经常困扰公证人员的一个难点，本文初步对继父母子女之间的抚养关系、继承关系进行了分析，并简要阐述了笔者采用自由裁量的方法去识别、判定继父母子女之间的抚养和继承关系。

“家事法苑”团队奉献

一、我国对继父母子女间享有继承权的法律规定及存在问题

我国继承法第十条规定：遗产法定继承的第一顺序：配偶、子女、父母。子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女，父母包括生父母、养父母和有抚养关系的继父母。我国婚姻法第二十七条规定：继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。应当承认，我国继承法确立继父母子女间有限制的享有相互继承的权利，对和谐再婚家庭关系以及融洽继父母与继子女之间的姻亲关系具有积极而不可低估的作用。然而由于现行继承法规定的模糊性，也给继承实务带来一定的处理困难，比如形成抚养关系的具体标准是什么，继父母离异后抚养事实是否会自动消灭，等等。这些问题也当然会困扰继承公证实务，增加公证审查的难度。

二、认定继父母子女之间形成抚养关系的几种观点

如前所述，由于我国继承法对何谓“有抚养关系”没有作出明确界定，理论上存在不同的看法，这些不同的观点可以大致归纳为：（1）负担费用说，认为应以继父母负担继子女的全部或部分生活费和教育费为标准；（2）生活照顾说，认为继父母与未成年的继子女应共同生活，并对继子女进行了教育和生活上的照顾（在此种情形，即使未负担抚养费用也应认定为形成抚养关系）；（3）共同生活说，认为只要继父母与继子女共同生活，应可以认定他们之间形成抚养教育关系；（4）必要之共同财产负担说，该观点认为，在继父与母亲、继母与父亲实行夫妻共同财产制的情况下，以夫妻共同财产支付子女的全部或者部分生活费、教育费的，或在继父与母亲或继母与父亲实行约定财产制的情况下，以继父与母亲或继母与父亲的共同生活费来支付子女全部或部分抚养费的，才符合“有抚养关系”的要件。这些判断标准分别从不同的抚养事实角度加以审视，见仁见智、各具千秋，但又都或多或少有失之偏颇的地方。

三、笔者的观点和自由裁量

笔者认为，抚养关系的形成需要具备以下几点：（1）继父母对继子女有抚养的意思且继父母给付了继子女部分或全部生活费用；（2）继父母对继子女形成教育和生活上的照料，继子女对继父母形成了赡养、扶助；（3）抚养标准应尽到生活扶助义务的程度，这种程度应与当地的一般生活状况、水平相适应；（4）被抚养人应当同意。

抚养关系既应包括事实上的抚养，即继父母与继子女共同生活，相互照顾，也应包括纯粹经济上的抚养。对未成年继子女而言，最好的抚养当然是上述二者的结合，但即使未成年继子女未与继父母共同生活，继父母只要对继子女承担了部分或全部生活费、教育费支付义务的，都应视作“有抚养关系”。办理涉及继父母子女之间的继承公证，审查其相互之间是否形成抚养关系，比较容易判断的是未成年子女跟随继父或继母共同生活、形成抚养事实的情形。在这种情形下，不必强调父与继母或母与继父是否实行财产共有制，并以该共有财产作为抚养费抚养教育了继子女，原则上只要具有继父母子女间共同生活、形成了抚养事实，即可径直认定享有继承权。不容易判断的是未成年子女未跟随继父或继母共同生活，相互之间存在经济抚养关系的情形。对此种情形，比较妥当的办法是，在要求当事人提供基层组织出具的书面证明材料的基础上，再要求被继承人的其他继承人对该继子女与被继承人是否形成事实抚养关系予以确认，如果均一致认可，且该继子女也不否认，应判断为适格。继父母对继子女的继承公证中涉及的抚养事实判断，也可以此类推。

四、抚养关系的广义理解

需要特别指出的是，对何为“有抚养关系”，理论上讨论较多的往往偏重继父母对未成年继子女的抚养教育一面，而忽略继子女对继父母的赡养照顾一面。学理上认为“抚养”这一概念分为广狭二义，广义的抚养是指亲属间相互供养的法律责任，并无身份、辈分的区别，而狭义的抚养则特指平辈亲属之间的相互扶助与照顾关系。我国婚姻法将广义的抚养分为长辈对晚辈的抚养，晚辈对长辈的赡养，配偶之间和兄弟姐妹之间的抚养三种。我国继承法对该问题采用的也是广义的抚养概念，即此概念中既包含了长辈对晚辈的抚养与平辈之间的抚养，同时也涵盖了晚辈对长辈的赡养。“有抚养关系”的继父母子女间的继承关系中，必然包括因继子女对继父母的赡养关系而引致的继承。

五、父与继母或母与继父的再婚关系终止后，已经形成抚养关系的继父母子女间是否还享有继承权。

在公证实务中，一个比较棘手也比较难以判断的问题是，已经形成抚养关系的继父母子女间，在父与继母或母与继父的再婚关系终止后，继子女对继父母或继父母对继子女是否还享有继承之权利。对此理论上存在着两种截然不同的观点。一种观点认为，在这种情形下，相互之间的继承权当然丧失。比如，某甲的生母与继父再婚后，某甲

受继父抚养，形成了有抚养关系的继父与继子之间关系，后来，由于其生母与继父感情不和而离婚，离婚后某甲遂跟随生母生活，继父未再继续对其进行抚养。在这种情形下，如果原继父去世，某甲就没有权利继承其遗产。另一种观点则认为，无论是因为离异或生父（母）、继母（父）一方死亡，继父或继母与继子女之间的抚养关系均不当然解除。因为继父（母）与继子女已形成的抚养教育关系，是一种独立的权利义务关系，这种独立的权利义务关系的产生，除有生父母再婚的原因外，还要有继父母对继子女进行了抚养教育的客观事实，正是这种客观事实使得继父母子女间有了法律上的与亲生父母子女关系相同的权利义务关系。如果生父（母）与继母（父）离婚，除未成年的继子女被生父母一方带走，继父母终止对该继子女的抚养而致抚养关系解除外，被继父或继母长期抚养并已成年的继子女受继父或继母抚养教育的事实并不能消失，有抚养教育关系的继父母与继子女间的父母子女权利义务关系，也并不自然终止。笔者赞同后一种观点。众所周知，已过去的事实已经被历史所固定，任何人包括法律也不能予以否认。虽然再婚父母的婚姻关系因离异而解除，姻亲关系丧失，但继子女与继父母业已形成的抚养事实已经被定格，除非作为权利人的继父母或继子女自己放弃这一权利，或者经由法院判决解除，否则其相互之间的继承权利应当得到法律的尊重与保护。以上情形的处理我们可以在相关的法律规定中找到依据：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》（法发【1993】30号）第13条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”离婚时未成年子女随生父母的，原来与继父母已形成的抚养关系终止，继父母子女间的父母子女权利义务关系终止。最高人民法院《关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》（1988年1月22日）中指出：“继父母与继子女已形成的权利义务关系不能自然终止，一方起诉要求解除这种权利义务关系的，人民法院应视具体情况作出是否准许解除的调解或判决。”

综上所述，对继父母子女抚养关系的审查与认定是继承公证中的难点，公证人员应准确理解我国现行相关法律的规定，同时公证人员应加强自身的法理及道德修养，提升自己综合审查认定的功力，采用自由裁量或心证的方法有效判定相关抚养事实，准确理清继父母子女的法律关系。

十、新书资讯

《中国法院 2015 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》

中国法制出版社；第1版（2015年4月1日）

丛书名：中国法院 2015 年度案例

平装：270 页

语种：简体中文

开本：16

ISBN：9787509360460

条形码：9787509360460

商品尺寸：24.2 x 16 x 2.2 cm

商品重量：458 g

品牌：中国法制出版社

ASIN：B00WHPQ6V8 《中国法院 2015 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》汇集全国各地法院最新审结的典型案件，分卷分类编排；高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息。主审法官撰写，“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路。不论您是法官、检察官、执法人员，还是律师、法律顾问、案件当事人，《中国法院 2015 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。编辑推荐

《中国法院 2015 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》简单便易、权威实用。目录

一、离婚及夫妻共同财产分割

1. 离婚纠纷中夫妻财产处理时合理性的把握

——刘某诉龙某离婚案

2. 夫妻共同财产的认定及分割

——李治某诉康某离婚案

“家事法苑”团队奉献

3. 离婚案件中夫妻共同财产的认定及举证责任的分配
——孙某诉吴某华离婚案
4. 离婚后财产纠纷中房屋归属的判定须考虑的因素
——张乙诉张甲离婚后财产案
5. 夫妻一方在其单位所持有的股票期权是否应认定为夫妻共同财产
——邱某诉桂行某离婚后财产案
6. 夫妻个人财产婚后增值之归属
——陈莉某诉贾俊某离婚案
7. 夫妻婚后经济各自独立下财产、债务如何处理
——郑某诉贺耀某离婚案
8. 婚前一方个人所有的房屋，结婚后出售该房屋重新购房，离婚时婚内购买的房屋是否应当作为夫妻共同财产予以分割
——金某诉杜晓某离婚案
9. 婚前交首付买房，离婚按比例分房
——李甲诉李乙离婚案
10. 婚后父母为子女购置房屋的出资属于赠与还是借贷
——张福某诉吴某离婚后财产案
11. 婚后父母出资购房且出具借条性质的认定
——蔡某诉张某离婚案
12. 以结婚为目的共同购置的房屋为约定共有
——李正某诉刘亚某婚约财产案
13. 婚内财产分割案件的审理要点
——郑陈某诉林颜某婚内财产分割案
14. 夫妻约定将一方所有房产产权证“加名”变更登记前能否撤销
——陆某诉马红某夫妻财产约定案
15. 离婚案件中涉及小产权房的一般处理方式
——李某诉谢宝某离婚案
16. 隐瞒处分夫妻共同财产是否属于法定婚内财产分割事由
——徐志某诉陈素某婚姻家庭案
17. 离婚诉讼合理期间内一方无故转移夫妻共同财产的视为恶意转移财产
——陈飞某诉苏某离婚案
18. 婚姻关系存续期间付出劳务，离婚时是否应分得财产
——才格某诉胡日其巴特某离婚案
19. 彩礼返还比例的确定
——曹某诉李某婚约财产案
20. 精神病人离婚相关问题分析
——陈小某诉张彦某离婚案
21. 涉及精神病人离婚纠纷案件的处理
——王书某诉张立某离婚案
22. 被告利用虚假信息登记结婚后下落不明，原告权利如何救济
——陈华某诉邓小某离婚案
23. 驳回起诉与驳回诉讼请求之审查
——杨少某诉张嫦某离婚后财产案
24. 当事人经常居住地应如何认定

——张某诉李宇某离婚案

25. 外国法院离婚判决的效力

——李冬某诉刘玉某离婚案

二、子女抚养及抚育费

三、赡养

四、继承

五、分家析产

六、分割死亡赔偿金

文摘 现原告坚持离婚，被告表示同意，经法庭调解双方已无和好可能，故对原告要求离婚的请求予以支持；对婚生女的抚养，依原、被告双方的意愿处理。对子女抚育费的负担，根据《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》第七条的规定，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。参照2013年青海省道路交通事故人身损害赔偿费用计算标准，农牧民人均生活消费性支出年/人5338.94元，由被告每月给付子女抚育费445元。对家庭财产的分割，依照顾子女和女方权益的原则处理。被告关于结婚时原告没有带来任何财产，而且婚后家中牲畜不增不减，没有存款，故不给原告任何财产的辩称意见，考虑原、被告婚后共同生活十年，虽然原告结婚时没有带去任何财产，但婚后与被告共同操持家务，放养牲畜，牲畜在十年中不断繁衍更新，况且家中牲畜的增减、存款的有无，与原、被告的共同管理、经营有关。结合本案实际，对原告可适当少分部分牲畜，故被告的该项辩称与公平原则相悖，不予支持。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十六条“当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外”的规定，被告关于牲畜中有其与前妻女儿的20只羊的辩称意见，只有本人陈述，没有相关证据证明，且原告不予认可，故不予支持。

乌兰县人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条，第三十二条，第三十六条，第三十八条第一项、第二项，第三十九条的规定，作出如下判决：

一、准许原告才格某与被告胡日其巴特某离婚；

二、婚生女满德某随原告才格某共同生活，被告胡日其巴特某自2013年10月起每月给付子女抚育费445元至十八岁止；

三、夫妻共同财产中大方帐房一个、大绵羊13只（其中母绵羊7只）、绵羊羔12只、大山羊20只（其中母山羊10只）、山羊羔15只、马一匹归原告才格某所有；棚圈一座，太阳能晒板一个，铁丝网2000米，剩余大小绵羊、山羊共计101只，马5匹归被告胡日其巴特某所有；

四、被告胡日其巴特某给付原告才格某棚圈折价款13800元人民币；

五、债务7700元人民币，欠茶卡农场药店及商铺的3700元由原、被告各偿还1850元；欠拉铁丝网4000元由被告胡日其巴特某偿还。

新书面市《中国私人财富法律管理最前沿》

2016-09-26 家族律评 主编贾明军

出版日期：2016-09-01 法律出版社

2016年元月，由贾明军律师牵头组成的“笨鸟俱乐部”内部交流小组在上海举办了第一届学术交流年会。交流小组的各个成员从中国私人财富法律管理的各个业务领域出发，将相关业务领域划分成不同的板块，包括信托、基金会、保险、股权设计、移民、婚姻协议、遗嘱、财富争议解决及其他法律保障等，并以提交论文的方式发表了自己的学术性见解，这些论文囊获了中国私人财富法律管理业务领域*前沿且*具价值的学术性内容。本书所收录的论文都是具有代表性、学术性、实用性的文章，希望本书对中国私人财富法律管理业务起到推动作用，让该业务领域更为社会大众所了解，同时让有志于从事私人财富法律管理业务的法律从业者们能通过本书获得该业务领域*前沿的专业知识。

本书目录

私人财富法律管理工具——信托篇

乱花岂能乱人眼——告诉你真实的境内家族信托/李魏/

“家事法苑”团队奉献

信托保护人在国内家族信托的实践/杨建军/
境外家族信托设立实务中的若干问题/任文霞/
离岸股权信托设立的风险与防范/祝双夏/
私人定制离岸信托的构建/赵宁宁/
慈善信托在家族财富传承中的作用与案例分析/王小成/
私人财富法律管理工具——保险篇
保险工具在私人财富管理中的作用和实践/张晓俊/
保险金信托在财富传承中的运用/葛蔓/
债来如山倒——大额保单和私人信托真的能避债吗？/魏小军/
私人财富法律管理工具——股权设计篇
百年家族企业的股权设计之道——以真功夫家族争议为视角/孙韬、刘博涵/
新三板在财富保护与传承中的影响/许乃义/
股权设计与税收筹划在财富管理中的运用/郑春杰/
私人财富法律管理工具——综合运用篇
从工具到平台——公证对私人财富法律管理业务的作用/潘浩/
国籍与身份变动的法律后果及风险防范/王薇/
二代移民法律问题初探/易轶/
“婚变”对公司投融资及上市的风险与防范/曹成/
协议和遗嘱在私人财富管理中的作用与实践/张承凤、何文骏/
化解豪门恩怨的钥匙——婚姻协议和遗嘱/王秀芳/
私人财富法律规划之房产保护与传承/付忠文/
企业家私人法律顾问在财富传承中的作用及实践/舒蓉月/
私人财富法律管理工具——争议解决篇
法院认定配偶单方擅自转让股权后的法律责任追究与维权/吴卫义/
异性之间赠与效力案例探析/蓝艳/
试析人寿保险利益在婚姻纠纷中的分割/蔡晓霖/
离婚诉讼中涉股票期权的分割与处理/杨晓林、邓雯芬/
法院依“夫妻表见代理权”认定股权代持的裁决之商榷/公维亮/
多层股权架构实际控制人股权分割评析/高洁/
婚姻家庭财富争议的解决/曹冬梅/

特别声明

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

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

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

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众号订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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

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

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com