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™团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月1-2期，无偿赠阅。

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

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

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

家事法苑™微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（家事法苑™团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬）

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》电子版下载启事

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

目 录

一、婚姻家庭审判动态

江苏家事审判心理学重点研究基地成立----------2017-01-03 人民法院报 朱旻 周杨明

上海浦东：破解“清官难断家务事”困局----------2017-02-05 人民法院报 陈卫锋

夫妻争抚养权互称对方性格不好 法院启动心理测评----------2017-02-04 重庆晚报 唐中明

昆明“85后”小夫妻诉讼离婚领到全省首份离婚证明---------2017-02-14 云南网(昆明) 都市时报记者 林舒佳

内蒙乌达：“四项措施”推进家事审判改革----------2017-02-09 中国法院网

乌达区法院推进家事审判改革----------2017-2-13 乌海日报 郑宇

鲁甸县人民法院出台家事案件调查、调解工作细则 ----------2017-02-14 光明网-法治频道 孙满桃

商丘中院聘请家事调解员巧断家务事----------2017-02-14 大河日报

广西贵港覃塘区法院推进家事审判工作纪实----------2017-01-04 人民法院报 陈毅清 黄朝霞 李倩

家事审判的“隆化模式”----------2016-11-21 法制日报 于春江

清官巧断家务事 家事审判改革“良庆模式”效果显著——专访南宁市良庆人民法院院长韦良

----------2017-02-19 人民网-广西频道

围绕三项重点任务 扎实推进改革试点工作----------2017-02-20 人民法院报 罗书臻 詹旋江

春风化雨巧解纠纷，筑牢家庭和睦根基——宝安法院参加全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点推进会

----------2017-02-21 宝法新媒体工作室

加强观念和业务能力交流 推动反家暴工作迈上新台阶----------2017-02-24 人民法院报 记者曹雅静

最高院公布婚姻法司法解释（二）补充规定和配套通知----------2017-02-28 法语峰言 最高人民法院妥善审理涉及夫妻债务案件 维护健康诚信经济社会秩序--最高人民法院有关负责人就“婚姻法司法解释（二）”有关问题答记者问----------2017-02-28 新华社

二、一般审判动态

以公民应随父母姓不予办理户籍登记系不履行法定职责----------2017-02-04 指导性案例审判规则
妻子被丈夫起诉离婚心中不快 撕传票掌掴法官----------2017-02-08 现代快报 记者王晓宇
安徽法院诉前调解工作规则（试行）----------2017-02-10 多元化纠纷解决机制
试管婴儿胚胎移植前丈夫遇海难失踪，法院判决：移植手术继续----------2017-02-16 澎湃新闻 陆玫 周洁

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

以协议离婚为条件的离婚协议在一方提起离婚诉讼后不能生效----------2017-02-17 指导性案例审判规则
被以暴力殴打方式强迫遵守家规一方可要求离婚----------2017-02-23 指导性案例审判规则

（二）婚姻有效、无效撤销案例

女子假冒军人结婚领证 男方发现起诉西城区民政局撤销结婚证胜诉----------2017-02-06 法制晚报 记者洪雪
夫妻一方所患疾病不属禁止结婚的疾病类型则婚姻有效----------2017-02-12 指导性案例审判规则

（三）子女抚养亲子关系案例

最高法院权威案例：年代久远的境内收养及境外收养的认定----------2017-02-08 小军家事
离婚后享有抚养权一方提出的不利于孩子身心健康的探望时间能否予以支持----------2017-02-09 法律家

（四）财产分割案例

离婚前购买的彩票离婚后中奖怎么分----------2017-01-26 中国法院网 江苏省昆山市人民法院花桥法庭 何跃武
香港夫妻离婚，内地房产归谁？上海一中法院二审适用香港法律改判----------2017-02-23 上观新闻 若水

（五）损害赔偿案例

男方提供毛发得出的亲子鉴定结论证明非亲子关系证明力不足----------2017-02-08 指导性案例审判规则

（六）离婚后财产纠纷及相关纠纷

以协议离婚为条件的离婚协议在一方提起离婚诉讼后不能生效----------2017-02-17 指导性案例审判规则
怀孕诓复婚？帮人养儿子？广州男子诉请返 12 万抚养费被驳回！----------2017-02-17 信息时报 记者魏徽徽

（七）恋爱同居纠纷案例

“喜当爹”的财产纠葛：请求房产遭驳回，不当得利得返还----------2017-02-15 广州市中级人民法院 白云法院

（八）其他相关案例

同性婚姻登记|孙文麟、胡明亮诉长沙市芙蓉区民政局不履行婚姻登记法定职责案---------2017-02-14 中国宪政网

（九）赠与案例

这边登记结婚那边百万赠情人 妻子怒告美籍丈夫及“小三”追讨共同财产胜诉
----------2017-02-15 上海法治报 金豪 敖颖婕
大数据中的彩礼：彩礼是离婚元凶？（附典型案例）|聚法案例----------2017-02-27 聚法

五、继承

（一）继承审判动态

国画大师许麟庐遗产继承纠纷案终审落槌----------2017-02-07 北京二中院

（二）继承典型案例

徐学林与骆长莲、徐爱存第三人撤销之诉案----------
《民事法律文件解读》2016 年 11 月 江苏省南通市中级人民法院 陈建全 张娟娟
遗嘱未生效时被继承人处分遗嘱所涉房产的行为如何定性——王 X 洁、王 X 芝、王 X、郭 X 诉王 X 龙遗嘱继承纠纷案----------2017-02-12 法律家
刘某诉李某某、李小某、刘某某、燕某继承案----------2017-02-25 北京一中院

六、房产、股权、信托

（一）房产

用假离婚证逃税 谁该负责？----------2017-02-22 北京晚报 记者张宇

（二）股权

王云与青海珠峰虫草药业有限公司股东资格确认纠纷----------2017-02-25 小军家事

七、社会新闻

亿万富翁除夕离婚 向妻子分割超10亿元市值股份----------2017-02-03 搜狐新闻
婚礼办完 老挝媳妇不见了----------2017-02-05 华商报
马航MH370失踪者丈夫申请“宣告死亡”----------2017-2-25 新京报 刘洋
女子为儿子在上海考大学离婚嫁老人 因遗产起纷争----------2016-02-27 中国江西网 作者叶伟

八、异域资讯

这个歪果仁为啥不做富太太，在新加坡开起Uber车？----------2016-07-18 新加坡万事通
9号台记者助澳洲母亲赴黎巴嫩夺子，却被捕控罪：每年竟有1000多名孩子被拐带出国-----2016-04-12 澳洲新闻
“60分钟” 节目再陷夺子丑闻----------2016-04-27 澳洲新快网
英法庭判定居收入门槛合法，跨国婚姻路在何方？----------2017-02-25 欧洲时报内参 中国侨网
家事法律师操守条列 修改前征询意见----------2017-2-21 联合早报 傅丽云
出轨被手机“出卖”法国男子告优步----------2017-2-13 联合早报网讯 麦可欣

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

在中国代孕合法化，你支持吗？----------2017-02-09 凤凰读书 刘长秋
中国代孕规制的模式选择--------2017-02-11《法制与社会发展》2009年第4期 中国人民大学法学院 王贵松教授
家事纠纷解决机制国际经验研究----------《人民论坛》2015年08期 山西大学商务学院 张翼杰
两情若是长久时，又岂在婚姻里头？——论非婚同居的国际私法问题--------2017-02-14 华政国际私法评论 杜涛
全国首例非法代孕监护权纠纷案|非法代孕与未成年人最大利益原则的实现
----------2017-02-16 中国法律评论 中央财经大学 朱晓峰
代孕行为，如何规制？----------2017-02-16 中国法律评论 毕竞悦
家暴致离婚案件子女抚养权归属审判研究——从儿童保护法律视角对调研结果及典型案例的分析
----------2017-02-20《妇女研究论丛》2017年第1期 中华女子学院 张荣丽
比较法视野下的“父母责任”----------2017-02-22 法学中国《北方法学》2016年第1期 夏吟兰
强制公证废止后不动产继承登记风险防范思考----------2017-02-23 不动产登记 大连房地产经济学学会 贾广葆
离婚的心理咨询----------2017-02-23 北大六院 丛中
当眼里掉进了睫毛——从“南京虐童案”看法律干预家事纠纷----------2017-02-26 现代法治研究 苏力
反家庭暴力法若干规定的学理解读----------2017-02-27
《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2017年第1期 中国社会科学院法学研究所 薛宁兰

（二）法官视点

养育母亲获得代孕子女监护权之法律基础----------2017-02-05 人民法院出版社 侯卫清
产权登记在子女名下的房屋离婚时能否认定夫妻共同财产
----------2016-12-27 中国法院网 江西省抚州市临川区人民法院 江聪越
爱心捐款能否作为遗产继承----------2017-02-06 抚州法院 江西省宜黄县人民法院 张星
肖峰：七份离婚判决中抚养判项存在的瑕疵简析----------2017-02-06 法语峰言 肖峰（最高法院）
一方父母赠与夫妻双方的资金可以作为离婚时分割夫妻共同房产份额的考量因素
----------北京市第三中级人民法院网 邓青菁
婚姻法解释二24条的存废之争归根结蒂是一个学术之争----------2017-02-13 湖北省宜昌市中级法院 王礼仁
共同签字不是防止虚假夫妻债务的神丹妙药——兼谈夫妻共同债务规则构建------湖北省宜昌市中级法院 王礼仁
“物权法与法官裁判思维的相关问题”----------2017-02-17 北京审判 北京三中院民三庭
离婚诉讼中民事赔偿审理的探讨----------2015-03-30 汾西县人民法院 赵华英
扩大人身安全保护令适用范围 遏制抚养权探望权滥用----------2017-02-16 季凤建的法学世界 季凤建
为什么受伤的会是你，离婚案法官？----------2017-02-07 南京市中级人民法院 秦淮法院 王冬青
“物权法与法官裁判思维的相关问题”----------2017-02-17 北京审判 北京三中院民三庭
那些年和好的离婚案----------2017-02-18 法律读库 徐立伟
法教义学与结果责任：二十四条的另一种视角----------2017-02-19 法律读库 蒋保鹏

同居，你真的考虑好了么?----------2017-02-20 京法网事 张慧聪
离婚协议中房产赠与条款能不能撤销？----------2017-02-21 江苏高院 金湖县人民法院 葛寅
《婚》法解释（二）究竟有没有问题？----------2017-02-21 禅眼观法 最高院院长信箱
杜万华大法官：关于夫妻共同共有房屋出售的裁判尺度----------2017-02-08 法信
精打细算：抚养费纠葛里的“弯弯绕”----------2017-02-22 南京市秦淮区法院 王冬青
家事调查员：感情修复冷静期的离婚案调查调解之体会----------2017-02-23 海沧法院 厦门市海沧区人民法院
一言不合就要离？冷静之后再决定！家事法庭首试离婚纠纷冷静期--2017-02-23 海沧法院 厦门市海沧区人民法院
情人节之后的离婚案----------2017-02-22 微伟道来 微伟
软底拖鞋打孩子不是家暴？长宁法院今年第一份涉未成年人人身保护令大爆料！-------2017-02-23 上海长宁法院
遗赠扶养协议如何书写才能保证法律效力----------2017-02-24 雨花法院 王轶
倍受争议的第 24 条，果真是婚姻的炸弹吗？----------法官驿站 巴人闲话 上里巴人
涉外民商事审判中的识别、识别偏差及解决路径----------2016-06-29 上海市高级人民法院 朱工宇

（三）律师视点

执行被执行人名下财产，被执行人配偶以系夫妻共同财产为由，提起案外人异议，要求仅能执行一半，如何处置？
----------2017-02-03 金陵濛语 夏从杰
生存的配偶可以先拿亡故配偶财产的一半，剩下的再跟其他继承人分？
----------2017-02-03 台湾成鼎律师事务所律师 梁维珊
配偶同意担保书效力之质疑----------2017-02-05 海坛特哥 储江南
婚内投保，离婚时如何分割？浙江这 10 个案例告诉你----------2017-02-04 家事无小事 朱媛卉
夫债妻怎么还？高院的最新意见让婚姻风险变小----------2017-02-07 小军家事 魏小军
婚前协议司法审判观点抽样分析综述----------2017-02-08 家族律评 袁芳
《民事审判指导与参考》婚姻家事类 39 个案例裁判观点集成
----------2017-02-16 审判研究 江苏金汇人律师事务所 徐健整理
夫妻一方未经配偶书面同意即转让夫妻共有土地，受让人有理由相信系夫妻共同意思表示的，转让合同有效
----------2017-02-19 法客帝国 北京市安理律师事务所 唐青林 李舒 杨巍
2016 济南离婚诉讼大数据报告----------2017-02-18 泰泉高端家事 山东泰泉律师事务所 李卉
诚以梦为马，断不负韶华——记优秀家事专业律师祝双夏----------2017-02-20 家事观察 孙怡薇
婚姻不仅是肉体的结合更是财产的合并|闲谈婚姻法解释二第 24 条--------2017-02-23 闲话法律 润阳法客王卫军
婚姻家事律师的发展与业务创新----------2016-11-22 安徽永承律师事务所 曹冬梅

（四）文件选读

最高人民法院关于于某申请承认与执行外国法院民事判决一案的请示的复函
----------最高人民法院原载《涉外商事海事审判指导》2012 年第 1 辑
事实婚姻关系如何处理----------《民事审判指导与参考》第 67 辑 最高人民法院民事审判第一庭

（五）媒体视点

“24 条”不该成为别有用心者的“劫财神器”----------2017-02-05 中国妇女报 高富强
婚姻法司法解释第 24 条引争议 离婚被负债纠纷频发----------2017-01-17 新京报 谷岳飞
婚姻保鲜期缩短 七年之痒变五年 北京 100 起离婚案大调查----------2017-02-07 北京晚报 王蔷
梦洁股份 60 岁董事长离婚：给妻 10 亿元股票，否认为了减持----------2017-02-09 澎湃新闻 欧阳李宁
中国社科院法学所性别与法律研究中心召开研讨会——重构夫妻债务规则 避免因婚姻“被负债”
----------2017-02-08 中国妇女报 王春霞
退休法官惨遭报复杀害，只因 22 年前的一桩离婚判决？----------2017-02-16 新京报 记者贾世煜
子宫出租|隐秘的代孕王国----------2017-02-16 中国法律评论《中国新闻周刊》记者王珊
曾网上多次扬言报复！沭阳刺伤法官男子“结仇”始末----------2017-02-19 新京报
五年回家路----------2017-02-20 经济与法
14 岁怀孕、逃婚 5 次，重庆巫山童养媳被买下的悲惨人生----------2017-02-28 新京报 记者江峡
24 条的规定秉承了婚姻法的原则和精神——专访最高人民法院审判委员会副部级专职委员杜万华
----------2017-02-28 王春霞

“共同生活所负的债务”需尽快明确——专访中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰
----------2017-02-28 中华女性网 王春霞

（六）公证专题

城镇户口的子女可否继承农村父母的土地承包经营权？----------2017-02-07 公证文选 拉丁鹰公证咨询组
昆明市明信公证处“温情遗嘱”送温情----------2017-02-22 法制网 记者陈虹伟 马越
诉讼与公证协调服务机制是这样运作的----------2017-02-24 公证人 四川法制报
继承人可以通过公证处查询被继承人名下存款等事宜，有财产可以继承的人赶紧看了！-----2017-02-24 福建司法

十、新书资讯

重磅·荐书:《最高人民法院多元化纠纷解决机制改革意见和特邀调解规定的理解与适用》
----------2017-02-07 多元化纠纷解决机制

十一、典型案例

2016 年江苏法院家事审判十大典型案例----------2017-02-28 江苏高院

特别声明
简报编辑：家事法苑™团队
简报顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：侯晓婷、邓雯芬
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™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
简报电子版获取：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。
家事法苑™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。

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律师（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。

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

家事法苑™微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw

正 文

一、婚姻家庭审判动态

江苏家事审判心理学重点研究基地成立

2017-01-03 人民法院报 朱旻 周杨明

2016 年 12 月 28 日下午，江苏省高级人民法院家事审判心理学重点研究基地在东南大学九龙湖校区揭牌。

据了解，江苏法院每年受理家事案件 11 万件左右，占一审民事案件受案总数的四分之一。基地作为全国首个家事审判心理学重点研究的创新平台，将为江苏法院提供家事审判心理学案例分析与咨询服务，研究设计家事审判心理疏导工作规程。为法院家事法官、家事调解员、心理疏导员的业务培训提供专业支持，并致力于家事审判心理学相关人才的培养。充分发挥高校的学术研究优势，基地还将利用大数据分析，深度挖掘家事案例资源，开发全省家事调解与审判案例库等。

揭牌仪式上，江苏高院院长许前飞表示，希望合作为学科建设和发展注入活力。同时认为，研究基地的成立既是时代要求也是大势所趋，在家庭伦理失范日益突出的现实背景下，合作的双方都肩负着弘扬社会主义核心价值观的责任与担当。

上海浦东：破解“清官难断家务事”困局

2017-02-05 人民法院报 陈卫锋

浦东法院、高桥镇的领导共同为“浦东法院外高桥法庭家事调处中心”揭牌。资料图片

俗话说“清官难断家务事”，这是因为在家事纠纷中，往往不是单纯的财产纠纷，而是夹杂着种种复杂的亲情关系。因而，这样的场景在法院并不少见：案件调解时，当事人情绪激动，难以沟通；案件判决后，矛盾依然深重。

2016 年 4 月，最高人民法院院长周强在最高法专题会议上强调，要积极推进家事审判方式和工作机制改革，充分发挥家事审判职能作用，维护家庭和谐，保障未成年人、妇女和老年人合法权益，促进社会公平正义，维护社会大局稳定。

上海市浦东新区人民法院积极贯彻这一精神，外高桥人民法庭通过探索专设调解机构、专业审判团队、专门审判程序等“一篮子”创新举措，“清官难断家务事”的困局正在得到破解。

■专设调解机构： 家事纠纷在“家”解决

家庭是社会的细胞，也是构成社会的基本单位，稳固的家庭关系是社会和谐稳定的基石。据统计，在浦东法院外高桥法庭受理的案件中，涉及离婚、继承、析产等家事纠纷的比重高达 50%，高桥镇这类案件的比重更是达到 80%以上。在当前家事纠纷“诉讼爆炸”的形势下，构建一套更加系统、高效的家事纠纷化解机制，对于缓解诉讼压力，构建社会、家庭和谐安宁都具有重要意义。

为此，外高桥法庭和高桥镇政府合作，在“三级四层”纠纷化解网络和“一公里诉调对接圈”的机制上，精心设计了“三级化解机制”：除在法庭层面成立“调处中心”，由承办法官对矛盾复杂、诉前调解不成的纠纷进行调解外，还在镇、村一级分别成立“家事纠纷调解工作室”及“预调工作室”，对尚未诉诸法院、处于诉调调解阶段甚至还处在萌芽阶段的纠纷，就地在“家”化解。

2016 年 12 月 20 日，“浦东法院外高桥法庭家事调处中心”“浦东新区高桥镇家事纠纷调解工作室”正式挂牌成立，并在上海率先尝试将心理咨询引入家事纠纷调解程序。

浦东法院副院长傅玉明在揭牌仪式上表示：“作为浦东法院‘三级四层’纠纷化解网络的继续深化和拓展，调处中心和调解工作室的成立是社会治理创新的重要探索，将在家事矛盾纠纷多元化解方面发挥重要作用。”

据悉，为了让当事人缓和情绪，法庭还将一间家事纠纷调解室专门作为心理疏导室，取名“心•家园”，内部布置温馨、放松，以有效减轻当事人的心理压力。

在调解力量的选择上，为了兼顾不同区域、不同类型家事纠纷的解决，调处中心和调解工作室将着力构建一支多元化的调解队伍，除若干专门从事家事纠纷调解的特约调解员之外，还将从各村居调委主任、工青妇社会组织、公职律师、心理咨询师等群体中择优选用。

■专业办案团队： “互联网+”远程调解

为了提升家事纠纷调解工作的专业性，促进形成长效机制，外高桥法庭专门组建了一个专业团队——家事纠纷审判团队。据外高桥法庭庭长陆罡介绍，该团队由 3 名长期从事家事审判的专业法官、3 名法官助理及 3 名书记员组成。

法官韩伶，外高桥法庭家事审判团队负责人，2010 年从事民事审判工作至今，共审结 2240 余件各类民事案件，

无一件被发回重审，无一件矛盾激化；法官杜向红，从事家事审判 25 年，具有丰富的家事纠纷调处经验，曾被授予“巾帼建功女办案能手”称号；法官龚文诒，专业从事家事审判 15 年，擅长处理涉及复杂家庭财产分割问题的家事纠纷，多次荣获“办案能手”称号。

外高桥法庭还为诉前调解设置了相应的制度和流程，可以为当事人提供全流程家事纠纷化解服务。在这些制度中，除纠纷导入机制、巡回指导和确认机制、巡回审判机制之外，还有一个别具特色的网络指导、确认机制。

原来，在“互联网+”时代，法官们通过借助信息技术，也可以让家事案件的调解跨越时空的限制。这既能较好地解决当事人因工作繁忙、住址在外地或出差在外等原因而无法到庭等问题，又能有效提高矛盾化解的效率。外高桥法庭为此还专门制订了网络调解规则，无缝对接司法审查确认。

事实上，已经有多起案件的当事人体验到了远程网络调解带来的方便。例如，在一起交通事故纠纷中，湖北籍受害人刘某因交通事故，致左上肢功能部分丧失、骨盆骨折畸形愈合、脑震荡后综合征，分别构成三个十级伤残，行动不便，只能在家治疗。在被告肇事司机邹某以及某保险公司的申请下，外高桥法庭成功组织了一场“面对面”的远程视频调解，原、被告双方很快达成了调解协议，受害人顺利在中秋节到来之前拿到了急需用于治疗的 16 万余元。

在外高桥法庭和高桥镇政府签订的《关于协同推进家事纠纷化解机制构建工作合作协议》里，创新“互联网+”环境下的调解工作也是重要内容之一。今后，通过双方合作开设的“家事”微信公众号、架构网络指导平台、构建家事电子信息平台等载体，将实现“家庭”“调委会”“法庭”之间即时、畅通的网络连接。

■专门审判程序：

引入心理咨询、疏导“私人订制”

考虑到家事纠纷具有的亲缘、隐私、伦理、公益等特殊性，一套行之有效的审判程序就必然有别于一般的民事案件，为此，外高桥法庭专门为匹配家事纠纷案件的审理特别打造了“订制版”审判程序。

对于家事案件的诉讼程序，外高桥法庭坚持以调解为核心，采取“调解优先、前置调解、强化调解、全程调解”的原则。对于诉前调解不成的案件，在诉讼过程中，法官还将继续组织调解或委托调解工作室进行诉中调解。

笔者发现，外高桥法庭“订制版”审判程序的最大特色之一，是将心理咨询引入家事纠纷调解程序，而这也是上海市基层法庭的首次尝试。今后，在案件审理过程中，法庭将对可能存在心理问题、情绪问题、感情问题的当事人，引导专业心理咨询、辅导师介入，给予其心理评估、疏导，助力诉讼程序的平稳、高效推进。

华东师范大学心理学专业堪称全国一流，徐光兴是该校心理学系教授、博士生导师，上海市心理卫生学会心理咨询专业委员会主任、国家教育部中小学心理健康教育委员会专家委员、华东师范大学心理健康辅导中心主任，这次接受浦东法院的聘请，在调处中心和调解工作室担任心理辅导顾问。他认为，家事纠纷当事人往往存在长期纠纷，彼此不信任，调解、判决难度大，容易造成过激的恶性事件，如果在诉讼前后均有心理咨询介入，将大大减轻其发生的可能性。

在案件判决后，法庭还将考虑进行定期走访并了解当事人及其亲属的动态，延伸家事审判内涵，真正实现“案结事了”。

浦东法院院长张斌告诉笔者：“外高桥法庭的家事纠纷化解机制，是浦东法院‘三级四层’纠纷化解网络的重要组成部分，该体系通过‘工作站’‘分中心’‘中心’和‘审判庭’之间的有效衔接，已经实现对全区 36 个街镇的全覆盖，运行以来，成效显著。今后，浦东法院将进一步促进诉讼与非诉方式的相互配合和衔接，高效率、高质量地化解家事纠纷，让司法审判助力基层矛盾化解的效能进一步得到彰显。”

夫妻争抚养权互称对方性格不好 法院启动心理测评

2017-02-04 重庆晚报 唐中明

重庆晚报讯 夫妻离婚上演小孩争夺大战，互称对方性格不好，不利于小孩成长。近日，市二中法院审理一起离婚争夺小孩抚养权案时，首次对双方当事人启用心理测评。据悉，该案是市二中法院制定《家事案件心理疏导暂行办法》后，启动心理测评的首例家事审判案件。

张女士和刘先生于 2010 年 3 月经人介绍相识，同年 6 月登记结婚，并于同年 11 月生育一子小兵。2015 年 5 月，张女士以夫妻感情破裂为由诉至法院要求与刘先生离婚，被驳回。2016 年 6 月，张女士再次起诉要求离婚。一审法院判决同意离婚，婚生子小兵由刘先生抚养。

张女士向市二中法院提起上诉，要求抚养小孩。庭审中，双方均陈述对方性格不好，不利于小孩健康成长，均强烈要求抚养婚生子小兵。

市二中法院家事审判合议庭经研究后，决定根据该院《家事案件心理疏导暂行办法》规定，对双方启动心理测

评。从法院聘任的 4 名心理疏导员中共同选定一名，由该名心理疏导员对当事人的心理健康状况、对未成年子女成长的影响等进行综合评估，并形成心理评估报告，该报告将作为最终裁判的重要参考依据。

据悉，受聘的 4 名心理疏导员全部具有国家二级心理咨询师资格，来自医院或专门的心理咨询结构。

昆明“85 后”小夫妻诉讼离婚领到全省首份离婚证明

2017-02-14　云南网(昆明) 都市时报记者 林舒佳

通过诉讼离婚的当事人或多或少有这样的遭遇——每当要证明婚姻状况时，都得拿出法院的裁判文书。而涉及双方离婚理由、财产分割等内容的裁判文书示于人前，当事人难免尴尬。

为避免这种尴尬，官渡区法院在家事审判改革试点工作中推出新举措，开具裁判文书时附带开具一份离婚证明，既简单便携又能保护当事人隐私。2 月 7 日，官渡区法院对该院审理的一起离婚纠纷案发出了全省首份离婚证明。

离婚证明不涉及详细案情

经朋友介绍，“85 后”昆明姑娘李英（化名）认识了比自己小一岁的小伙杨华（化名）。2014 年，两人登记结婚，婚后生育了一个儿子。

婚后由于种种原因，两人的感情出现了裂痕。更让李英无法接受的是，在自己怀孕期间，老公出轨了。去年 8 月，李英向法院起诉离婚，提出孩子由她抚养，杨华每月支付相应的抚养费，并分依法分割夫妻共同债务。

法庭上，杨华也表示愿意离婚。

官渡区法院审理后认为，双方均同意离婚，证明夫妻感情已彻底破裂，法院准许双方离婚。今年 2 月 7 日，除了拿到官渡区法院的判决，李英、杨华还拿到了一份内容精练的离婚证明。

昨日下午记者看到，在这份离婚证明上，只是简洁地写明了离婚双方的基本身份情况、法院裁判文书的案号以及该判决书生效的时间，还写着“兹证明离婚双方已于该民事判决书发生法律效率之日解除婚姻关系”。

离婚证明简单便携又保护隐私

官渡区法院关上人民法庭庭长赵梦介绍，2016 年 5 月开始，官渡区法院在关上法庭设立“家事审判庭”，专门负责承担全区范围内家事纠纷审判工作，主要包括婚姻家庭纠纷、继承纠纷两大类案件。

赵梦法官介绍，根据现行法律规定，离婚有两个途径，一是起诉至法院，由法院审理后出具民事判决书或者双方达成调解意见后出具民事调解书；二是到民政局协议离婚，由民政局出具离婚证。

在审理离婚纠纷时，有的夫妻拿到判决书或调解解除婚姻关系的法律文书后，会问法官：“有离婚证吗？”这可让法官为难了，“有不少当事人将诉讼离婚和在民政局办理协议离婚混淆起来，以为经过诉讼也会领到离婚证”。

一般情况下，法院出具的裁判文书通常包含当事人对离婚的事实及理由、财产分割、孩子抚养等个人隐私内容的阐述。可诉讼离婚后，当事人办理相关手续需要证明婚姻状况时，这些信息并非必要，反而会令当事人尴尬。

为此，官渡区法院关上法庭专门设计了离婚证明。该创新举措从当事人的角度出发，充分体现了家事审判温情的一面。

内蒙乌达：“四项措施”推进家事审判改革

2017-02-09　中国法院网

截至 2016 年 12 月底，内蒙古自治区乌海市乌达区人民法院家事法庭共受理各类家事案件 81 件，结案率 100%，家事审判方式和工作机制改革初见成效。

打造专业化审判团队。设立家事审判庭，组建“3+1”专业化家事审判团队，由具备心理咨询师资格的女法官进行案件审理。同时，采取“客厅家居式”布置方式，摆放家庭关系称谓席卡，营造温馨的审判环境，高效化解家事纠纷。

刚柔相济处理家事纠纷。在审理婚约财产纠纷等案件时，注重地区风俗习惯，坚持既要依照法律法规，又要符合“公序良俗”的原则，刚柔相济，妥善处理家事纠纷。

心理引导化解家庭矛盾。离婚案件比起关涉的法律问题，更多是因亲属关系引起的非法律矛盾，该院在庭前调解中采用心理引导、消除对抗等方式处理家事纠纷，找准切入点，“对症下药”，让当事人找寻对方身上的优点，回忆曾经的幸福点滴，反省自身的不足来修复婚姻的裂痕。

诉前调解保护未成年权益。注重保护未成年子女权益，诉前调解中，通过深入了解案情，科学研判，调查走访等，竭力消除家庭成员的对立情绪，恢复情感，让双方在理解的基础上互相包容，避免诉讼对抗而可能引发的亲情伤害，不仅“案结”，还要“事了”。

乌达区法院推进家事审判改革

2017-2-13 乌海日报 郑宇

本报讯 2016 年，乌达区创新举措，推进家事审判改革。截至 2016 年 12 月底，乌达区法院家事法庭共受理各类家事案件 81 件，结案率 100%，家事审判方式和工作机制改革初见成效。

打造专业化审判团队。乌达区法院设立家事审判庭，组建“3+1”专业化家事审判团队，由具备心理咨询师资格的女法官进行案件审理；采取“客厅家居式”布置方式，摆放家庭关系称谓席卡，营造温馨的审判环境，高效化解家事纠纷。

刚柔相济处理家事纠纷。在审理婚约财产纠纷等案时，乌达区法院注重地区风俗习惯，坚持既要依照法律法规，又要符合“公序良俗”的原则，刚柔相济，妥善处理家事纠纷。

心理引导化解家庭化解。离婚案件更多是因亲属关系引起的非法律矛盾，乌达区法院在庭前调解中采用心理引导、消除对抗等方式处理家事纠纷，找准切入点，“对症下药”，让当事人找寻对方身上的优点，回忆曾经的幸福点滴，反省自身的不足来修复婚姻的裂痕。

诉前调解保护未成年人权益。乌达区法院注重保护未成年子女权益，诉前调解中，通过深入了解案情，科学研判，调查走访等，竭力消除家庭成员的对立情绪，恢复情感，让双方在理解的基础上互相包容，避免诉讼对抗可能引发的亲情伤害，不仅“案结”，还要“事了”。（郑宇）

鲁甸县人民法院出台家事案件调查、调解工作细则

2017-02-14 光明网-法治频道 孙满桃

为认真贯彻落实最高人民法院法（2016）128 号《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》和法（2016）129 号《关于在部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的通知》文件精神，建立健全符合家事案件特点的纠纷调解机制，配备一支专业队伍，运用具体有效、可操作性强的手段，化解家事纠纷，推动家事审判专业化、人性化，鲁甸县人民法院在经过前期开展试点工作的基础上，充分调研，收集信息，制定出台《离婚案件调查、调解工作细则》（以下简称《细则》）。

《细则》的基本原则是为理性审判注入情感关怀，区分案件类型，注重主动调查和收集有利于案件调解的信息和证据，以实现“化干戈为玉帛，最大限度实现家庭和谐、社会稳定”为最高审判目标。

《细则》除规定了“借力调解”、“不公开调解”等传统民事案件的纠纷化解机制外，在借鉴国内其他试点法院的先进经验基础上，首创昭通市范围内的“家事调查员暨陪调员”机制，制定了配套的《家事调查员暨陪调员工作实施方案》，规定了家事调查员暨陪调员的选任、培训和基本工作职责，目前鲁甸法院正在全县范围内进行调研，力争第一批家事调查员能够在 3 月底前全部投入工作岗位。

此外，《细则》的另一重点内容是打破传统诉讼格局，一是将婚姻案件区分为冲动离婚、危机婚姻和死亡婚姻三类，对不同类型的案件，设置了不同的冷静期，并针对不同案件类型明确了家事调查的内容、调解方向和调解次数、回访内容。二是规定了“圆桌审判”方式为主体审判模式，并规定法官在调解过程中要重视利用家事调查过程中收集的相关物件修复夫妻感情，并保障双方回味过往的时间和空间。三是规定了“回访”制度，延伸家事案件判后司法服务。鲁甸县人民法院 叶丹

寓情于理用“五心”解民忧

商丘中院聘请家事调解员巧断家务事

2017-02-14 大河日报

本报讯（记者李燕实习生杨风）家庭是社会的细胞，家庭的和谐稳定是国家发展进步的重要基石。商丘中院作为全国首批家事审判方式和工作机制改革试点单位，下大气力研究家事审判规律，积极转变家事审判理念，全面创新家事审判工作机制，努力提升家事审判能力和水平，家事审判改革取得显著成效。2016 年 10 月，商丘中院选聘

的 40 名家事调解员、10 名心理咨询师正式上岗。这是商丘中院深化家事审判改革的又一重要举措。上岗 5 个月来，这批家事调解员发挥专业特长，用真诚、用爱心、用热情，协助法官做好家事调解工作，为维护婚姻家庭关系和谐稳定，作出了努力，也得到了社会好评。

家事调解员曹秀英以前在单位人事科上班，曾经在河南电视台做过百姓调解员。她对当今离婚案件的多发性、年轻化已经见怪不怪，但是有些案件还是让她头疼。当事人刘某某与丈夫结婚 7 年多，由于不能生育丈夫要与其离婚。刘某某将丈夫起诉至法院，要求精神赔偿 10 万元。一审判于刘某某 3.5 万元的精神赔偿。由于双方对原审判决中关于精神赔偿问题争议较大，刘某某提出上诉，并要求精神赔偿 10 万元，分割共同财产。曹秀英在接手本案之后，对案件进行追踪，了解到双方症结在精神赔偿数额问题上，并以此作为突破口。最终在曹秀英的劝解下双方各退一步，以 5 万元结束了这场纷争。

曹秀英说，法庭承担人文关怀的责任，引入家事审判员与调解员机制，为化解家庭纠纷多了一个缓冲地带，在很多时候，可以让当事人很有尊严地达成和解，这是法律的进步。

商丘中院要求家事调解员做到“五心”，即静心倾听、谈心了解、掏心交流、交心互动、舒心化解。起诉到法院的家事纠纷，矛盾往往难以调和，双方情绪激动，心有郁结。要诊断婚姻状况，修复婚姻关系，治疗受伤心灵，就得打开当事人心扉，让当事人坦诚相见，把之前一些想说而没办法说出来的心里话毫无保留地吐露出来，找出当事人间发生纠纷的根源，了解双方心结所在，然后对症下药。和当事人讲事实、摆道理；向当事人讲解法律法规，让其识法、懂法、知法、守法；结合案情、民俗、证据，分别站在不同的立场对案件加以分析，让当事人对自己的诉求有一个合理的预期。

已过半百的李建春本是一家企业的经营者，如今他也成了家事调解员。两个多月来，他成功调解案例 10 余起，且未发生当事人反悔、案件反复的情况。

“也有特别棘手的案子，难调解，但是不管多难都会想法去解决。”李建春说，“有一次接手了一起离婚纠纷案件，两个当事人气势汹汹地来到调解室大打出手，闹得整个调解室鸡飞狗跳。我把他们分开到两个房间让他们坐下慢慢说。冷静过后的两人看我态度诚恳就停止了争吵说起各自情况。”

原来这两人因家庭琐事引起纠纷，当事人张某起诉要求离婚。了解情况后，李建春先是尝试着看能否调解双方和好。但经多番调解原告对于离婚态度坚决，双方确实已无和好的可能，在征求被告吴某的意见后双方协商一致同意离婚。最终这场纠纷在李建春耐心、细致、接地气的调解中画上了一个圆满的句号。

李建春说，无论是什么样的纠纷，他始终做到认真履行职责，坚持严格调解与灵活处理相结合，努力做到小事不扩大，大事不激化，力争给每个当事人一个公正公平的说法和交代。

较其他民事案件，家事纠纷有其自身的复杂性，所以有“清官难断家务事”的说法。商丘中院的家事调解员通过创造温馨轻松氛围，再设身处地、换位思考，和他们推心置腹，加以疏导，以家为核心，以情为线索，使双方互相体谅理解，最后求同存异，使之达成一致意见，进而定纷止争，最终实现案结事了、维护家庭和谐稳定的目的。

“128”模式断好壮乡家务事

广西贵港覃塘区法院推进家事审判工作纪实

2017-01-04　人民法院报　陈毅清　黄朝霞　李倩

地处少数民族聚居区，三分之二以上为壮族人口，百分之九十为农村居民，家事案件常年占民商事案件总数的三分之一……广西壮族自治区贵港市覃塘区人民法院近年来应势而为，在家事审判改革中发挥专业团队力量，抓住妇女儿童工作重心，以部门联动促进多元化解机制提质扩容，探索出“128”家事审判新模式，家事纠纷得到及时有效解决，切实维护了壮乡群众的合法权益。

1 支专业团队：专攻情感修复

“谢谢老婆给我机会，我一定好好珍惜。”2016 年 10 月 12 日，在覃塘区法院家事审判法庭，罗某当场提出撤诉，与妻子关某言归于好。此前，因妻子关某回娘家一年多，罗某无奈向法院提出离婚诉讼。起诉后，关某拒不出庭，且不愿配合诉讼工作。法官便驱车来到关某娘家，做通其父母的思想工作，劝说关某，这才有了在法庭的调解下与丈夫摒弃前嫌，和好如初的画面。

家事纠纷有明显的血缘、亲情特点，修复情感显得格外重要。为了使法官擅打情感修复战，覃塘区法院以专业化为目标，组建一支精英团队：设立 3 个家事审判合议庭，配备法官 10 名，其中 2 名更是拥有心理咨询师资格。该院一方面把家事法官从其他类型的案件中剥离出来，专职审理家事案件，使之形成专业化的审判思维；另一方面，紧盯情感修复，从心理层面攻破当事人的思想壁垒，既让当事人愿意出庭，解决缺席率高的问题，又确保双方能够平等协商，把矛盾纠纷解决到位不复发。

围绕审判团队的专业化问题，该院制定了家事法官准入门槛，申请入门的法官必须首先在审判岗位实际审理案件 2 年以上，同时开展系统性培训，以心理疏导、情绪安抚、拟制方案为重点内容，不断提高家事法官的心理分析、交谈沟通和解决实际问题的能力。

该院家事审判庭从 2015 年 8 月被确定为广西家事审判改革试点至今，成功审结案件 563 件，调解或撤诉 314 件，结案率 99.2%，调撤率 55.8%，并且实现了零信访投诉。

2 类保护措施：聚焦妇女儿童权益

“有了这项措施，我的探视权就有保障了！”当事人曾某开心地说道。曾某与丈夫叶某离婚后，探视儿子小叶的权利总是得不到保障。在法官的建议下，曾某提出书面申请，覃塘区法院为其建立了首份子女探望档案。

建立探望档案制度是为了适应家事案件审判实践。覃塘区法院从人性化、温馨化着手，对经法院判决的离异家庭统一建立案件档案，设置专门的探望中心，提供父母与子女共同游戏、学习、交流的场所，并对未成年人进行心理健康辅导。对于父母一方有意侵害另一方探视权的行为，由家事法官进行思想教育，促使双方协商确定探视期，在探望中心完成探视行为。2016 年 1 至 10 月，该院已建立探望档案 19 例，帮助 5 对离异夫妻重新复合，不仅解决了探望难的问题，还有效修复了社会关系。

覃塘区法院还积极在 17 个民族村（屯）各设立 1 个村级法官服务点，指定 1 名法官为长期服务人员。家事法官也定期进驻站点提供服务，开展法制宣传、法律咨询、诉前调解和案件调查等工作。根据实际情况，该院扩大依职权调查取证的范围，尤其是对涉及家暴或多次起诉的离婚案件，走访当事人的亲属、邻居、村委（街道）干部，不仅可以摸清案情，还可和他们一同做好当事人的思想工作。仅 2016 年，该院已为全区 160 多名妇女主任讲授法制教育课，发出人身安全保护令 3 份，妥善化解有家暴隐患的诉前纠纷 37 个，法院和法官的社会满意度得到较大提升。

8 项联动机制：多元化解凝聚合力

“多亏了法官，这笔钱总算拿回来了。”家住石卡镇福龙村的李婆婆感慨道。

李婆婆的儿子遭遇车祸死亡，获得了 45.5 万元赔偿金。当初说好由公婆与媳妇陈某共同管理这笔钱，但不久钱被陈某转走，拒绝分割。接手案件后，法官立即启动家事纠纷联动平台，由家事调查员向村中有威望的叔伯以及陈某的娘家人详细了解事件情况，并与司法所工作人员对接，拟出调解方案。之后，法官以圆桌形式召集婆媳双方进行调解，从法、理、情多个角度仔细释明法律规定，最终成功调解了这场纠纷。

家事纠纷联动平台是覃塘区法院推动“家改”工作的一项创新举措。该平台由覃塘区政法委牵头，法院、妇联、公安、司法、群工、民政等职能部门联动加入。联动平台的背后，是联动处理机制、首问负责机制、调查员（调解员）机制、人身保护机制、心理疏导机制、诉后跟踪及帮扶机制、信息联享机制和联合培训机制等 8 项机制互联互动、共为一体的多元化解机制体系。依靠这一体系，家事纠纷的处理实现了由法院单打独斗向多部门齐抓共管的转变。

“多元化解机制就是通过补足能力短板，扩大资源和人力优势，实现部分带动整体的效能。”覃塘区法院院长黄敏开解释说。以调查案情为例，信息联享系统汇聚了 7 个部门收集到的信息，调查工作也不再是法院一家单干，而是分头负责，最后再将各自掌握的案情进行汇总，形成信息集合体作为审判依据。

2016 年，有关部门共参与协调纠纷 78 次，占家事案件的 30.35%；办案周期同比缩短 11.4 天，效率提高约 27%，家事审判改革取得明显成效。

家事审判的“隆化模式”

2016-11-21 法制日报 于春江

家家有本难念的经，可清官也难断家务事。

法院里审理民事案件的法官都知道：审理家事，难。“家事案件年均上案 580 件，占全部民事案件五分之一，并且有连年上升的趋势。”近日，河北省承德市隆化县人民法院院长王建平接受《法制日报》记者采访时表示，家庭是社会最基本的组织细胞，解决家庭纠纷对促进社会和谐具有重大而深远的影响，法院必须迎难而上。

为此，推进家事审判方式和工作机制改革成为必由之路。今年 6 月，隆化法院从审判机构专门化、审判团队专业化、审判程序特定化、审判场所特殊化、社会辅助多元化 5 方面入手，研究制定出符合审判规律的家事审判工作机制和符合家事案件特点的审判程序，挑选审判经验丰富、综合素质高、善于进行心理疏导沟通的 3 名法官和 2 名人民陪审员组建家事审判团队，成立起承德市法院系统首个家事审判法庭。

“推进家事审判专业化，对于加强社会治理、推进社会建设具有十分重要的意义。”王建平介绍，截至今年 10 月初，隆化法院受理家事案件 486 件，审结 441 件，结案率 90.74%，比其他民事案件结案率高出 12 个百分点，改革初见成

效。

审判更专业法庭有妙招

作为基层法院最传统的案件类型，家事纠纷没有复杂的法律关系，也很少有巨额的涉案标的，但是对于办案的法官来讲却并不轻松。

“我们的一线法官并不畏惧裁判本身，但却畏惧家事纠纷案件背后的那种虐心。”隆化法院副院长石广志从事民事审判 30 年，他对记者说：“家事纠纷往往伴随着情感纠葛，闹到法院的案件，很多情感已经撕裂，再公平公正的裁判也无法弥合伤痕累累的心灵，办案法官的心里压力可想而知。”

今年 6 月 21 日，李某某与王某离婚案在隆化法院家事法庭开庭审理。庭审中，经验丰富的主审法官赵国文察觉到有点不对劲：虽然被告王某对原告起诉事实全部认可，而且对原告的诉讼请求也全部接受，但其情绪却有些异常。因此，赵国文并没有当庭宣判，而是在庭上进行了一番思想疏导，庭下又分别进行调解，然后确定了 15 日的期限，让两人分别回家冷静冷静，择日再作调解。

“冷静期”是隆化法院家事法庭审理离婚案件的一个独特制度。“许多离婚案件，是当事人产生矛盾后，因一时激愤而提起的诉讼，因此，设置一定时间的‘冷静期’十分必要。”赵国文向记者介绍，在李某某与王某离婚案中，双方都同意离婚，且对财产债务都已确定一致，如草率地按双方意见直接判决离婚，就会使本不该破裂的家庭走向破裂。

为此，隆化法院家事法庭在离婚案件受理后至宣判前，根据案情尝试设立合理期限的“冷静期”，探索建立双方合意的“冷静期”扣除审限制度。“在‘冷静期’，当事人可以从激愤的状态冷静下来，谨慎地看待自己的婚姻，防止草率离婚；法官也可以从对婚前基础、婚后感情、离婚原因等方面认真分析入手，评估是‘婚姻危机’还是‘死亡婚姻’，如果是前者及时在挽救调和上多下功夫。”石广志说。

李某某与王某离婚案庭审结束后，赵国文通过其他途径对案情进行了详细的再了解，得知原告执意要求离婚的心态，让被告感到绝望，处理不好很有可能会激化。就在合议庭商量解决办法时，不好的消息果然来了，“王某情绪失控，购买 5 升汽油，要烧毁房屋”。

案情就是命令，隆化法院家事法庭全庭立即行动。主审法官赵国文当即拨通被告电话，劝其理智对待，相信法律，不要莽撞；书记员迅速备齐必要工具材料，司机立即启动车辆，全员赶赴事发现场。途中，法庭还电话联系了被告居住地的村干部及公安派出所。经多管齐下做工作，被告终于放弃点火举动，情绪也逐渐稳定下来，一起即将发生的恶性事件被有效阻止。

法官像老师调解像课堂

“在这里，最大的感受就是像回到了学生时代，法官说法字字在理，句句戳心，整个过程犹如传授人生真谛的课堂。”一位刚刚走出家事审判调解室的当事人对记者说。

走进隆化法院家事审判法庭的调解室，首先映入眼帘的是一幅“礼之用，和为贵”的字画，上面写着“将相和，国家强；家人和，业兴旺；夫妻协力，山求玉；婆媳同心，土变金；妻贤夫祸少，子孝父心宽；家和万事兴”。

据了解，这间调解室的利用率比审判法庭高，审结的案件中有八成是在这里和解的。在调解室没有原告、被告的桌牌，看到的是妻子、丈夫、母亲、儿子等亲切的称呼，当事人就像开圆桌会议一样，在法官主持下进行纠纷调解，而调解已成为隆化法院家事法庭修复婚姻、维系亲情、缓解矛盾升级的良方妙药。

小马与小姜都是 80 后，两人经人介绍相识，经过一年多的相知相爱，走入婚姻殿堂，一年后还生育了可爱的女儿。但近两年来，随着妻子小姜对微信的迷恋渐深，两人的感情也发生了变化。在劝说、吵架、家人介入等招数均不奏效后，小马到法院起诉离婚。

针对具体案情，法庭专门安排一位女法官负责该案。在法院调解中，这位女法官重点做起批评规劝妻子小姜的工作，和颜悦色而又语重心长，只经过一次调解双方就和好如初。“女法官规劝女当事人，效果就是比男的强。”隆化法院家事审判法庭庭长杨德礼说。

杨德礼介绍，立案前调解、庭审前调解、庭审中调解、庭审后调解、判决后调解是家事儿审判不可缺少的 5 个步骤，也是家事审判的重点工作。

家事审判结案率大提高

“家事纠纷的背后，往往隐藏着不为人知的情感纠葛，心理情绪很难把控。法官调解有助于避免矛盾向暴力事件转化，还能了解纠纷状况、及时抚慰弱势群体。所以，审理家事纠纷最重要的工作就是调解。”石广志直言。

隆化法院家事审判法庭还积极搭建了家事纠纷社会化解决平台，汲取妇联、村委会、人大代表、政协委员等社会主体的身份优势、经验优势、职能优势，借助多元纠纷解决机制改革，构建新型家事纠纷综合协调解决机制，在攥指成拳、聚合出击中实现定分止争。在该法庭审结的案件中，近 90%的纠纷都以调解结案。

以往,隆化法院参与家事案件审理工作的法官占全部民事审判法官的一半以上,家事案件的平均审理期限高于全部民事案件的平均审限 15 天以上。如今,有了家事审判法庭,隆化法院家事审判的结案率提高了、法官的压力也有所减轻,法院工作运行更有效率。

今年 7 月,承德市两级法院家事审判改革经验交流会在隆化召开,相关县区法院系统听取了隆化法院家事审判工作的经验介绍,家事审判的“隆化模式”将得到更大延伸。

清官巧断家务事　家事审判改革“良庆模式”效果显著

——专访南宁市良庆人民法院院长韦良

2017-02-19 人民网-广西频道

编者按:2016 年 4 月 21 日,最高人民法院下发《关于在部分法院开展家事审批方式和工作机制改革试点工作》的通知(法【2016】129 号)。决定在全国范围内选择 100 个左右基层人民法院和中级人民法院,自 2016 年 6 月 1 日起,开展为期两年的家事审批方式和工作机制改革试点工作。

南宁市良庆区人民法院作为广西三家基层法院之一,被列为全国家事审判方式和工作机制改革试点工作法院。良庆区法院在充分认识家事案件特殊性的基础上,转变传统家事审判理念,通过组建由优秀法官、专业婚姻咨询师、青年律师志愿者以及家事专职人民陪审员和人民调解员构成的高标准、高规格家事审判团队,整合法院资源,打造以“和”为主题的家事审判中心,设立家事巡回法庭,创建家事纠纷联动式、多元化化解机制,制定完善家事审判制度及工作规范,加大宣传力度等七大举措,构建了具有“良庆特色”的家事审判模式,有力地促进了家庭稳定与社会和谐。

今天,记者就家事审批改革的“良庆模式”等相关问题,专访了良庆区法院院长韦良,请他就“良庆模式”的形成、取得成效和发展等问题进行解答。

记者:为什么需要进行家事审判改革?

韦良院长:家事案件具有一定的特殊性,一是家事纠纷受案数较多,二是家事案件具有强烈的伦理性。家事案件当事人的心理较复杂,既希望解决纷争,又不愿意亲属关系因此交恶;既要求分清是非,又存在辈份、亲情等顾虑;既要求彻底查清事实真相公平处理纠纷,又不愿意过度公开个人、家庭、家族隐私,也不可能从此老死不相往来。家事案件审理结果和质量的高低,关系到当事人及其家庭成员终生利益乃至数代人恩怨。为此,家庭案件的解决和司法审理,在时间、场合、方式、程序等方面有很高要求,又需要较大灵活性。三是家事纠纷亲情浓厚容易调解。在充分认识家事案件特殊性的基础上,我院转变家事审判理念,不断增强司法柔性和情感治愈性,加大对家事纠纷的联合调处力度。

记者:在家事审判改革中良庆法院是否先行先试?

韦良院长:2014 年 12 月,我院在原有“妇女儿童维权岗”的基础上正式成立家事法庭。2015 年 8 月,我院被广西高院正式确立为全区家事审判改革试点法院,2016 年 5 月,我院又被最高法院确立为全国家事审判方式和工作机制改革试点法院。

记者:家事审判改革“良庆模式”是如何形成?

韦良院长:“良庆模式”的形成包括人才团队的建设、资源整合、机制建设等多个方面。

1、组建了一支“6+18+4+62+44”型的家事审判团队

在全区法院中率先引入专业心理咨询师、婚姻家庭咨询师驻院参与家事案件调解工作。团队包括 6 名优秀法官、18 名具备国家二级以上资质的心理咨询师和婚姻家庭咨询师、4 名青年律师志愿者和 62 名人民调解员,并聘请辖区三镇 44 个村委妇代会主任作为家事调查员。

2、整合全院资源,立、审、执全程跟进

在诉讼服务中心,设立家事案件立案专窗、开辟“绿色通道”,实行家事案件的优先立案、优先送达、优先排期的“三优先”原则;发挥信访接待室、驻院婚姻家庭咨询师、青年律师志愿服务岗、驻院人民调解员的“前沿”位置优势,接待来访群众,提供家事纠纷的诉讼指引、回答法律咨询;咨询台陈列家事案件专用诉讼指南和家事相关法律宣传册。刑庭与家事法庭共同为涉及家庭暴力等刑事案件被害人提供司法救助与心理辅导。执行局将涉民生专项执行活动与家事审判相结合,确保执行的速度与力度。

3、提升硬件,设立以“和”为主题的家事少年审判中心

家事审判中心设置了家事法庭、家事调解工作室、家事多功能工作室、家事文化长廊等专门场所,与具有较强对抗性与严肃性的传统法庭布局不同,增加了诸多温馨舒适的“家”元素,以满足家事审判改革的人性化需求;同时,通过安装摄像传输设备,在心理咨询师或法官与未成年子女沟通谈话时,父母可同步视听,了解子女内心想法

和心理状况，促进亲情弥合；家事文化长廊通过具有传统中国“家”文化的图片文字和我院家事审判典型案例，引导当事人以更积极、更有担当的态度去看待和化解家庭矛盾。

4、强化调解，设立家事纠纷诉前调解中心

针对现实存在的常规家事案件调解形式化、过场化的情况，为更好地化解家事纠纷，给予家事纠纷当事人有效的心理疏导，指导当事人合理地解决婚姻家庭矛盾，我院专门设立家事纠纷诉前调解中心，由专业心理咨询师、婚姻家庭咨询师为家事纠纷当事人提供心理疏导与婚姻家庭咨询，让双方宣泄情绪，引导来访者觉察问题、认识问题、修正问题，使矛盾在进入正式庭审前得到解决，最终能够以理性的态度去处理、解决家事矛盾。

除了充分调动本院的资源外，我们还积极跟各界联合起来，一是与广西婚姻家庭研究会、城区妇联“惜缘工作室”联合开展“心理、法律双干预”，通过合作方式，构建起一个家事法官与心理咨询师、律师志愿者共同化解家事纠纷的平台。至今，家事法庭通过“双干预”的工作方式，促使 307 对夫妻重归于好。

二是与南宁市救助管理站、良庆区民政局、良庆区妇联四单位共同设立良庆区反家暴庇护中心、良庆区人民法院探视中心。2015 年 12 月，我院庇护中心可免费为家暴受害人提供紧急庇护居所、心理疏导、法律咨询、诉讼指导等服务。

三是 2015 年 3 月，我院在良庆区民政局婚姻登记处挂牌成立家事巡回法庭，派一名法官常驻，为前来民政部门办理离婚或咨询离婚事宜的当事人提供法律支持。通过将司法服务关口前移，主动接触家事纠纷，大大拉近与群众的距离，巡回法庭在调解离婚纠纷方面取得了明显成效。2015 年以来，家事巡回法庭共接待来访人员 1857 人次，调解离婚 472 件，调解和好、劝退离婚 273 对夫妻，提供反家暴、子女抚养、财产分割等咨询 550 余人次。

四是创建家事纠纷联动式、多元化解决机制，制定了《南宁市良庆区人民法院关于创建家事案件联合化解机制工作方案》，成立了以城区党委常委政法委书记为组长的联合工作领导小组，把家事联合化解工作纳入到城区平安建设工作中，建立起相对稳定的联合工作机制。根据联动单位职责权限，将处理家事案件所需的调解、调查、收集固定证据、救助庇护、紧急医疗、心理咨询、法律援助、普法教育、辅助申请人身保护令等职能明确为不同组织机构的工作职责，细化了各单位在处理家事案件上的工作内容与协作流程，合力解决家事纠纷所涉及的各种问题。

此外，我院还制定了一套《家事审判方式与工作机制改革制度汇编》，共分为“审判方式改革篇”、“反对家庭暴力篇”、“联合化解纠纷篇”三大部分，囊括了二十余项具体工作制度与规范，详细规定各项制度的启动、运行规程和操作办法，为改革提供了充分的制度保障。

记者：良庆法院家事审判改革取得了哪些成果？

韦良院长：自开展家事审判改革以来（2015 年 1 月 1 日—2016 年 12 月 30 日），我院家事案件收案 1061 件，结案 1021 件，结案率 96.23%。其中，调解结案 737 件、撤诉结案 62 件，调解撤诉率 78.26%，在所有民事案件类型中调撤率居于首位。

记者：目前家事审判改革中存在的困难和问题？

韦良院长：首先是亟待设立专门的家事法庭，目前我院家事审判成员都是从各个业务庭抽调出来，除了原来民事审判法官外，其他家事法官还要兼顾原庭室审判任务，工作精力难以集中。此外，由于缺少机构保障，不仅家事审判成员缺乏归属感，各项工作也很难以家事法庭的名义开展。对此，如果成立独立审判庭将能让法官更专注于家事审判，更好开展审判改革各项工作。

其次，还面临人力、物力及经费问题、联动单位的协助、家事审判所要求的程序受限于现有民诉法的程序规定等问题。

记者：请您谈谈下一步工作计划

韦良院长：首先是充分发挥我院创立的家事纠纷联合化解工作机制作用，在党委、政法委的大力支持与协调下，加强与各联动部门的配合，商讨制定人身安全保护裁定的执行、涉家暴案件的证据固定与处置等工作制度，明确各部门的工作职责，落实反家庭暴力工作的衔接。着重加大与公安、团委、教育部门沟通，让有条件接触家庭暴力第一手信息的公安干警、学校教师等了解《反家庭暴力法》对家暴案件处理要求，更好地利用已建成的反家暴庇护中心。

二是充分利用我院新建的“家事少年审判中心”，积极开展家事案件与涉未成年人案件的调解、疏导、帮抚工作。同时，利用家事文化长廊，做好寓审判、普法、教育于一体的综合防治体系。

三是继续加强“反家暴庇护中心”与“探视中心”的宣传与完善工作。严格遵循无地域、无性别、无年龄“三无”机制，让更多有需求的当事人能够得到真正的帮助。

四是加强学习，学习国内外家事审判改革的优秀做法与经验。（蒋卫龙、曾明慧）

杜万华在全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作推进会上强调

围绕三项重点任务 扎实推进改革试点工作

2017-02-20 人民法院报 罗书臻 詹旋江

2 月 18 日，最高人民法院在福建省泉州市召开全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作推进会。最高人民法院审判委员会专职委员杜万华出席会议并讲话，福建省高级人民法院院长马新岚出席并致辞。

杜万华指出，自最高人民法院部署开展家事审判方式和工作机制改革试点工作以来，各地法院积极争取地方党委和政府的支持，在转变审判理念、强化机构人员配置、加强建章立制、创新工作方式机制、提升物质保障等方面，取得明显进展，试点工作取得显著成效。

杜万华要求，各级人民法院要深入学习领会习近平总书记 2016 年 12 月在会见第一届全国文明家庭代表时的重要讲话精神，贯彻落实习近平总书记关于注重家庭、家教和家风建设的要求，深刻认识家事审判方式和工作机制改革的重要意义，充分发挥司法职能作用，全力实现习近平总书记提出的努力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，成为人们梦想启航的地方的目标。家事审判维系的婚姻家庭关系是社会稳定的基础。当前我国离婚数量高，影响人数众多，导致未成年人抚养、妇女权益维护、老年人赡养等社会问题出现，对经济、政治、文化、社会管理等方面带来不同程度的影响。各级人民法院要通过家事审判，为实现人民安居乐业、社会安定祥和以及我国“五位一体”总体布局建设提供强有力的司法保障。

杜万华强调，家事审判改革是一项重要的综合性改革，包括依托多元化纠纷解决机制改革，建立社会广泛参与的家事纠纷多元调解机制，依托以审判为中心的诉讼制度改革，探索符合家事审判特点的家事审判程序改革，依托司法人员分类管理制度改革，探索家事审判机构和队伍专业化改革等三个方面内容。要围绕这三项重点任务，扎扎实实推进改革试点工作，积极推动多元化纠纷解决机制改革，积极探索家事诉讼特别程序，重点加强家事审判机构和队伍建设，着力提升家事审判物质装备保障水平，积极推动家事审判理论与实践相结合，科学规范家事审判绩效考评工作，进一步做好家事审判新闻宣传工作，努力推动家事审判与少年审判协同发展。

马新岚表示，福建法院历来高度重视和大力加强家事审判工作，作为全省法院司法品牌建设重点项目来部署推进。福建法院要认真贯彻落实会议精神，扎实深入推进家事审判方式和工作机制改革，将司法为民、公正司法最终体现在千千万万个家庭都幸福美满上，为社会文明进步、和谐稳定提供有力司法保障。

会上，福建、山西、吉林、江苏等 10 个高院以及部分试点法院介绍了试点工作情况，与会人员实地考察了泉州市中级人民法院和泉州市鲤城区人民法院家事法庭。最高人民法院有关部门负责同志、全国部分高院和试点法院有关负责同志、专家学者代表、泉州市相关负责同志等参加会议。

春风化雨巧解纠纷，筑牢家庭和睦根基

——宝安法院参加全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点推进会

2017-02-21 宝法新媒体工作室

2 月 18 日，全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点推进会在福建泉州市召开，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华、民一庭庭长程新文等领导及来自全国十省份、区三级法院、北京师范大学和南京师范大学专家学者参加了会议。宝安法院党组成员、副院长张艳红率队参加会议并代表宝安法院作工作汇报。

会上，张艳红副院长结合我院家事审判方式及工作机制改革的经验做法，从家事审判改革的社会背景、树立科学的家事审判理念、专业化家事审判机制改革、构建家事纠纷综合协调解决机制等方面，全面地介绍了我院家事审判改革试点工作的开展情况及取得的初步成效。

宝安法院一直致力于追求**“信任、保护、关怀、温暖”**的家事纠纷审判目标，不断更新理念，以更加科学、人性的审判理念指导家事审判改革工作。

2016 年 5 月，宝安法院成为**“全国家事审判方式和工作机制改革试点法院”**之一。

我院家事审判改革的社会背景

宝安特殊区情

- 外来务工人员数量庞大，人口倒挂现象十分严重，流动家庭数量多。
- 处于市场经济最前沿，传统婚姻家庭观念较为薄弱。

家事纠纷处理呈现“多、大、新、难”等特点

- 案件数量多、夫妻财产多
- 案件标的额大
- 案件类型新、财产形式新

- 调解难、调查取证难

审判专业化、解纷社会化趋势

原有单一的纠纷化解手段、参与主体，已经难以适应多样化的当事人需求以及多元化的家事诉讼理念。

科学的家事审判理念

从单纯调整功能

向调整、修复、救治复合功能转变

形成法律关系调整、社会关系修复、心理创伤救治等多重功能复合的价值追求。

从单纯关注当事双方权益

向关注子女、家庭、当事双方、社会利益转变

- 更加坚定树立“未成年子女最大利益保护原则”。
- 更加注重家庭文明及家风建设。
- 更加高效维护当事双方合法权益。

专业化家事审判机制改革

在区党委政府的统筹协调下，构建起以司法为主导的多方参与的家事纠纷综合协调解决“大格局”，构建起切合家事审判实际、提升纠纷调处效果、维护社会公共利益的一整套家事审判机制。

审判力量专业化

- 2013 年，成立全省首家具有独立建制的家事审判庭，统一所有家事案件。
- 组建 6 个家事审判团队，按照**“法官+助理+事务官”**进行配置。
- 定期举行审判业务、心理评估、家事案件审判业务培训。

审判场所专业化

2016 年，我院家事审判改革提速换挡，建立家事诉讼中心。

我院的家事诉讼中心坚持以现代化理念为指导，作为家事案件专业化审判、家事纠纷综合协调解决、当事人专业心理疏导、家庭文明家风建设等集成式平台。

家事诉讼中心设置有**现代化圆桌审判庭、专业调解室、单面镜观察室、心理疏导室、社工工作室、调查室、幸福家庭成长学校**等，还具备沙盘推演，用于心理测评和心理疏导。

审理机制专业化

1. 设立家事案件立案流转绿色通道。

设立专门窗口受理家事案件，强化家事纠纷诉讼指引与提示。

启用区别于其他案件的特色档案袋，方便案卷识别，提高案件流转效率。

推行家事纠纷调解前置程序，强化家事纠纷诉讼指引与特别提示制度，推动家事案件有序、快速流转。

2. 创建独特的家事案件审理程序。

制定并施行家事案件办理“1+5”文件，创设了财产申报、冷静期、人身安全保护令、家事调查员、离婚证明书等制度。

家事纠纷综合协调解决机制

搭建诉前联调平台

“婚调委+调解工作室”新模式

- 2016 年 3 月，宝安法院与妇联共同成立**婚姻家庭纠纷人民调解委员会**。
- 区婚调委在宝安法院设立**婚姻调解员工作室**，一名具有国家二级心理咨询师资质的婚调员常驻工作室参与我院婚姻家庭纠纷的诉前联调。

构建反家暴联防机制

- 与妇联、公安共同签署了**《家庭暴力预防与处理工作体系工作方案》**，搭建全区统一的家庭暴力预防与处理平台。将反家暴纳入“智慧宝安”网络化平台，与“85908590”服务热线对接。
- 与公安会签了**《关于执行人身安全保护令的办法》**。2013 年 7 月，发出了第一份人身安全保护令，3 年间，共发出了 16 份人身安全保护令。

构建家事调解员+家事调查员机制

由心理专家、妇联工作人员、专业社工、人民调解员等担任家事调查员、调解员。目前，已有 53 名家事调查员、76 名家事调解员参与驾驶纠纷化解工作。2013 年-2016 年， 60 余宗家事案件适用家事调查员制度。

建立心理观护及回访机制

- 与妇联、心理咨询机构合作，由心理咨询师无偿对需要的当事人或其亲属进行心理辅导。
- 未成年人参与庭审的，由社工为其提供庭前、庭中、庭后陪同服务。
- 进行家事案件诉后回访，向妇联、团委、当地居委会等发出**《社会帮扶建议函》**，切实为涉案家庭提供有效社会帮扶。

建立流动人口信息共享机制

2015 年初，与区流动人口和出租屋管理机构建立流动人员居住信息共享机制，便于查找当事人的居住地址，有效解决流动人口法律文书送达难问题，确保当事人亲自出庭。

搭建诉前联调平台

“婚调委+调解工作室”新模式

新设立的家事诉讼中心不仅是家事纠纷的处理中心，也是“暂时性问题家庭”的修复场所。

与妇联、高校、专业人士（婚姻指导师）等开设形式多样、内容丰富的幸福家庭讲堂，进行婚姻家庭知识培训。

家事审判方式改革成效

2013-2016 年，宝安法院年平均受理约 **2000 件**，四年间，共审结家事案件 **8014 件**，结案率 **94.04%**，调撤率达 **61.19%**，服判息诉率均在 **90%**以上；改判率低于全市平均水平。

2015 年，最高院审委会杜万华专委到宝安法院指导家事审判改革工作，对改革成效给予充分肯定。

广东省高院谭玲副院长也多次到宝安法院调研家事审判工作，指出宝安法院家事审判改革工作是全省家事审判改革的优秀基层样本。

创新家事审判改革入选深圳 2013 年度“十大政法创新”；家事庭获评“2015 年度深圳市社会治安综合治理先进集体”；《人民法院报》、《羊城晚报》等多家媒体对宝安法院的家事审判改革进行了专题报道。

未来，我们将深入贯彻落实此次会议精神，把家事审判专业化和家事纠纷综合协调解决机制改革作为工作重点，探索人员分类管理新机制、社会深入参与家事审判机制等。

我们将充分发挥家事审判的重要职能作用，妥善化解家事矛盾纠纷，维护当事人合法权益，制裁不法和侵权行为，促进家庭和睦，培育良好家风，为未成年人健康成长营造良好家庭环境，切实保障和推动社会文明进步。

加强观念和业务能力交流 推动反家暴工作迈上新台阶

黄尔梅在纪念反家庭暴力法实施一周年座谈会上强调

2017-02-24 人民法院报 记者曹雅静

本报北京 2 月 23 日讯　今天上午，中国法官协会、中国女法官协会联合举办反家庭暴力法实施一周年暨法律适用座谈会。中国法官协会副会长、中国女法官协会会长黄尔梅出席会议并讲话。中国法官协会、中国女法官协会、最高人民法院等有关领导和同志参加座谈会。会议围绕反家庭暴力法一年来实施情况，以及在法律适用方面的突出问题进行座谈、分析和研讨。

黄尔梅认真听取了与会代表的交流介绍，充分肯定了本次会议的意义和效果。她强调，我国反家庭暴力法的颁布具有里程碑意义，走在世界前列，受到国际上广泛的关注和好评。全国法院特别是北京、上海、广西、福建、云南等地法院反家暴审判工作有序开展，作用明显、成效显著。她希望，此次座谈会能够为与会代表提供一个提高反

家暴观念和业务能力的交流平台，推动反家暴工作迈上一个新的台阶。

黄尔梅指出，反家庭暴力法正视中国传统观念存在的问题，打通了公权力干预私人领域的渠道，依据司法实践，规范多种公权力介入手段。该法明确，轻微家暴可以由人民调解委员会、居委会、村委会、妇联等部门劝诫、调解，也可提起民事诉讼，申请人身安全保护裁定；对较严重但不构成犯罪的家暴，可依治安管理处罚法予以行政处罚；对已构成犯罪的严重家暴，应依法定罪判刑。

黄尔梅强调，要加强相关部门的配合衔接，在实践中积极摸索、磨合；要完善配套工作制度，在民事诉讼法中设立特别程序，进一步规范举证责任、诉讼期限、生效方式等程序，通过司法解释对相关概念、适用范围及实践中的具体问题作出规定；要探索构建家事审判机构，包括反家暴工作在内的家事审判专门合议庭或者审判庭，以提高反家暴工作的专业化水平。

黄尔梅要求，要加强民事、行政、刑事保护的紧密衔接，形成保护链，用好相应手段进行处置和救济；加强对家庭暴力犯罪的预防，开展反家庭暴力宣传、教育活动，充分发挥法律的威慑、教育和指引功能，减少家庭暴力的发生，实现法律的预防功效。

最高院公布婚姻法司法解释（二）补充规定和配套通知

2017-02-28　法语峰言 最高人民法院

一、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）的补充规定》

在《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十四条的基础上增加两款，分别作为该条第二款和第三款：

夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

补充后第二十四条的完整条文为：

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的情形除外。

夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人起诉主张权利的，不予支持。

夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人起诉主张权利的，不予支持。

二、《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

家事审判工作是人民法院审判工作的重要内容。在家事审判工作中，正确处理夫妻债务，事关夫妻双方和债权人合法权益的保护，事关婚姻家庭稳定和市场交易安全的维护，事关和谐健康诚信经济社会建设的推进。为此，最高人民法院审判委员会第 1710 次会议讨论通过《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）的补充规定》，对该司法解释第二十四条增加规定了第二款和第三款。 2017 年 2 月 28 日，最高人民法院公布了修正的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》。为依法妥善审理好夫妻债务案件，现将有关问题通知如下：

一、坚持法治和德治相结合的原则。在处理夫妻债务案件时，除应当依照婚姻法等法律和司法解释的规定，保护夫妻双方和债权人的合法权益，还应当结合社会主义道德价值理念，增强法律和司法解释适用的社会效果，以达到真正化解矛盾纠纷、维护婚姻家庭稳定、促进交易安全、推动经济社会和谐健康发展的目的。

二、保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利。在审理以夫妻一方名义举债的案件中，原则上应当传唤夫妻双方本人和案件其他当事人本人到庭；需要证人出庭作证的，除法定事由外，应当通知证人出庭作证。在庭审中，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》的规定，要求有关当事人和证人签署保证书，以保证当事人陈述和证人证言的真实性。未具名举债一方不能提供证据，但能够提供证据线索的，人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证；对伪造、隐藏、毁灭证据的要依法予以惩处。未经审判程序，不得要求未举债的夫妻一方承担民事责任。

三、审查夫妻债务是否真实发生。债权人主张夫妻一方所负债务为夫妻共同债务的，应当结合案件的具体情况，按照《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》第十六条第二款、第十九条规定，结合当事人之间关系及其到庭情况、借贷金额、债权凭证、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，综合判断债务是否发生。防止违反法律和司法解释规定，仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

在当事人举证基础上，要注意依职权查明举债一方作出有悖常理的自认的真实性。对夫妻一方主动申请人民法院出具民事调解书的，应当结合案件基础事实重点审查调解协议是否损害夫妻另一方的合法权益。对人民调解协议司法确认案件，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》要求，注重审查基础法律关系的真实性。

四、区分合法债务和非法债务，对非法债务不予保护。在案件审理中，对夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负的债务，不予法律保护；对债权人知道或者应当知道夫妻一方举债用于赌博、吸毒等违法犯罪活动而向其出借款项，不予法律保护；对夫妻一方以个人名义举债后用于个人违法犯罪活动，举债人就该债务主张按夫妻共同债务处理的，不予支持。

五、把握不同阶段夫妻债务的认定标准。依照婚姻法第十七条、第十八条、第十九条和第四十一条有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则以及有关婚姻法司法解释的规定，正确处理夫妻一方以个人名义对外所负债务问题。

六、保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响。树立生存权益高于债权的理念。对夫妻共同债务的执行涉及到夫妻双方的工资、住房等财产权益，甚至可能损害其基本生存权益的，应当保留夫妻双方及其所扶养家属的生活必需费用。执行夫妻名下住房时，应保障生活所必需的居住房屋，一般不得拍卖、变卖或抵债被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋。

七、制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼。对实施虚假诉讼的当事人、委托诉讼代理人和证人等，要加强罚款、拘留等对妨碍民事诉讼的强制措施的适用。对实施虚假诉讼的委托诉讼代理人，除依法制裁外，还应向司法行政部门、律师协会或者行业协会发出司法建议。对涉嫌虚假诉讼等犯罪的，应依法将犯罪的线索、材料移送侦查机关。

以上通知，请遵照执行。执行中有何问题，请及时报告我院。

妥善审理涉及夫妻债务案件 维护健康诚信经济社会秩序
--最高人民法院有关负责人就“婚姻法司法解释（二）”有关问题答记者问

2017-02-28　新华社

新华社北京２月２８日电 题：妥善审理涉及夫妻债务案件　维护健康诚信经济社会秩序——最高人民法院有关负责人就“婚姻法司法解释（二）”有关问题答记者问

新华社记者 罗沙、杨维汉

最高人民法院２８日公布《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）的补充规定》（以下简称“司法解释（二）补充规定”）和《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》（以下简称“通知”）。最高人民法院有关负责人接受记者采访并就相关问题回答了记者提问。

记者：一些社会公众对如何适用“婚姻法司法解释（二）”第二十四条存在不同认识，请介绍第二十四条起草的情况。

答：２００３年１２月，最高人民法院出台“婚姻法司法解释（二）”，自２００４年４月１日起施行。其中第二十四条规定为“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”。第二十四条的规定，秉承了婚姻法的原则和精神，是严格限定在现行法律规定范围内对法律适用问题作出的解释，没有超越现行法律规定。这也是最高人民法院历来遵循的制定司法解释的工作原则。

随着社会经济发展变化，家庭财产模式也随之发生深刻变化。现行的婚姻法是２００１年修改的。该法第四章“离婚”中第四十一条就离婚后的债务偿还问题专门规定：“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。”可见，较之１９８０年婚姻法有了较大变化，最为明显的就是删除了“男女一方单独所负债务，由本人偿还”的规定。

在２００３年起草“婚姻法司法解释（二）”时，司法实践中反映较多的情况是，夫妻以不知情为由规避债权人，通过离婚恶意转移财产给另一方，借以逃避债务。考虑到立法的变化以及婚姻法规定，结合当时的经济社会生活和司法实际情况，最高人民法院在对债权人利益和夫妻另一方利益反复衡量和价值判断后，按照法律规定的内在逻辑性、举轻以明重的解释方法，确定了第二十四条的表述。随后的实践表明，“婚姻法司法解释（二）”出台后，“假离婚、真逃债”，破坏交易安全的社会现象受到遏制，市场秩序得到有效保护。

随着社会经济的发展，一般家庭拥有的财产数量和类型不断增加，社会公众的婚姻家庭观念和家庭投资渠道也日趋多元化。许多家庭的财富可能因此而快速增长，同时因投资而产生债务的风险也在不断放大。既然婚姻法规定

了婚姻关系存续期间生产、经营的收益归夫妻共同所有，那么根据权利、义务、责任相统一原则，因投资经营产生的债务由夫妻共同承担自是应有之义。因此，对夫妻一方因投资经营所负债务，适用第二十四条规定按夫妻共同债务处理，与婚姻法相关规定精神是一致的。

记者：最高人民法院为什么要出台“司法解释（二）补充规定”和“通知”？

答：近年来，公众持续关注第二十四条的适用问题，对此条文存在不同解读。有观点主张修改、暂停适用甚至废止该条规定，理由主要是该条规定与婚姻法精神相悖，过分保护债权人利益，损害了未举债配偶一方利益。

最高人民法院也陆续接到一些反映，认为该条规定剥夺了不知情配偶一方合法权益，让高利贷、赌博、非法集资、非法经营、吸毒等违法犯罪行为形成的所谓债务以夫妻共同债务名义，判由不知情配偶承担，甚至夫妻一方利用该条规定勾结第三方，坑害夫妻另一方等，有损社会道德，与婚姻法精神相悖，造成不良社会影响。

现实中个体婚姻家庭情况千差万别，主张修改、暂停适用或者废止第二十四条观点所列举的情况，如有的离婚案件当事人置夫妻忠实义务、诚信原则于不顾，虚构债务或为赌博、吸毒、非法集资、高利贷、包养情妇等目的恶意举债确实存在。但是，这些确为虚构的债务和在实施违法犯罪行为时产生的非法债务，历来不受任何法律保护，不属于第二十四条适用范围，不能依据此条款判令夫妻另一方共同承担责任。至于现实中适用第二十四条判令夫妻另一方共同承担虚假债务、非法债务的极端个例，也是因为极少数法官审理案件时未查明债务性质所致，与第二十四条本身的规范目的无关。

因此，司法审判中未严格依法处理案件，出现的判令夫妻一方承担虚假债务或非法债务，需要人民法院进一步改进司法作风，提高司法能力和水平。

当然，审判中还有个别受案法院在夫妻另一方未能提出反证的情形下，就简单将上述虚假债务、非法债务直接认定为夫妻共同债务。甚至在执行阶段不当引用第二十四条认定夫妻共同债务，并将夫妻另一方直接追加为被执行人。这显然与第二十四条作为司法审判标准、不适用于执行阶段的基本属性不一致。这不但可能侵害夫妻另一方的合法权益，而且还可能造成部分社会公众误解。

鉴于目前社会对夫妻债务问题的广泛关注，最高人民法院经过认真研究，决定出台“司法解释（二）补充规定”，补充增加了两款规定，分别作出了对虚假债务、非法债务不受法律保护的规定。这既进一步表明了最高人民法院对虚假债务、非法债务否定性评价的鲜明立场，也是针对当前婚姻家庭领域新情况、新问题的最新回应。为了指导各级法院正确适用补充规定，最高人民法院同时下发了“通知”。

记者：夫妻一方与第三人串通，通过生效判决或调解书对虚假夫妻共同债务加以确认的情形时有发生。这次是否提出了有针对性的要求？

答：“第二十四条让虚假夫妻共同债务由夫妻另一方负担，损害夫妻另一方合法权益”是不赞成此条款的诸多理由中的一条。但该理由忽视了第二十四条适用的前提是“真实债务”。如果债务不真实，就不存在适用这条的可能。

之所以个案中存在适用第二十四条后，虚假债务被认定为夫妻共同债务的情形，主要是因为个别法官对债务是否虚假未依法从严审查，其中重要原因就是当事人、证人不到庭参加诉讼。由于虚假诉讼中所涉债权根本就不存在，故当事人、证人因害怕其虚构债务行为败露，往往不敢亲自参加诉讼。

为此“通知”中依据民诉法司法解释规定，明确提出当事人本人、证人应当到庭并出具保证书，通过对其进行庭审调查、询问，进一步核实债务是否真实。未举债夫妻一方如果不能提供证据证明债务为虚假债务，但能够提供相关证据线索的，人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证。与此同时，通知还明确要求，人民法院未经审判不得要求未举债夫妻一方承担民事责任。

记者：某些个案中还存在一些法院只是简单核对双方当事人诉辩主张和相应证据，就根据表面证据或单个证据作出将虚假债务认定为夫妻共同债务的判决情形。有没有较好的解决途径？

答：由于结案压力、工作责任心等主客观因素影响，个别法官确实存在简单、机械处理夫妻共同债务案件现象。必须指出的是，简单机械处理夫妻共同债务，是司法审判应当亟须改进的方面。为此，最高人民法院在“通知”中明确提出要求，在认定夫妻一方所负债务是否为夫妻共同债务时，应注意根据民间借贷司法解释规定的诸多因素进行综合判断。

具体来说，要结合借贷双方之间是否存在亲朋好友、同事等利害关系，经合法传唤是否到庭参加诉讼、借贷金额大小与出借人经济能力是否匹配、债权凭证是否原件及其内容是否一致、款项交付方式、地点和时间是否符合日常生活经验、当地或者当事人之间的交易习惯、借贷发生前后当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，判断债务是否发生。“通知”强调，要坚决避免仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

记者：从以往虚构夫妻共同债务案件情况看，夫妻中举债一方经常会主动承认债务真实存在，而夫妻另一方虽否认却无从证明。对此有无对策？

答：这种情形确实存在。由于夫妻共同生活和生产经营的需要，夫妻一方对外举债实属正常。基于各种原因，举债夫妻一方未告知夫妻另一方某项特定举债也在所难免。而要求夫妻另一方事后证明特定债务没有发生，相当于证明没有发生的事实。这对夫妻另一方而言，未免要求苛刻。

为了缓解夫妻另一方的举证困难，“通知”提出，在举债一方的自认出现前后矛盾或无法提供其他证据加以印证时，人民法院应主动依职权对自认的真实性做进一步审查。例如，夫妻一方对另一方对外举债真实性持异议的，可以申请法院对相关银行账户进行调查取证。

二、一般审判动态

以公民应随父母姓不予办理户籍登记系不履行法定职责

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-02-04 指导性案例审判规则

【审判规则】

行政相对人自出生起即享有民事权利能力，享有姓名权。行政相对人可以依法变更、使用自己的姓名。虽然行政相对人为无民事行为能力人，但是其父母可以为其进行姓名变更。虽然法律中规定子女可以随父母一方姓，但其如果依法重新选择姓氏，法律亦不应干涉。因此，行政相对人的父亲在为行政相对人办理户口登记时，公安机关以孩子应随父亲或母亲一方姓为由，拒绝为其办理户口登记，该行为不符合法律规定。属于公安机关不履行法定职责。

【关　键　词】

行政　公安　法定职责　民事权利能力　姓名权　依法变更　拒绝　户口登记

【基本案情】

夏万里与赵倩于 2009 年结婚，并于一年后生育一子，孩子的祖母姓夏、祖父姓耿。夏万里与赵倩给儿子取名耿 X，耿 X 随祖父姓。夏万里前往京城路派出所（河南省荥阳市公安局京城路派出所）为耿 X 办理户籍登记时，京城路派出所认为：根据《中华人民共和国婚姻法》第二十二条关于“子女可以随父姓，可以随母姓”， 耿 X 应当随父亲或者母亲其中一人姓，故不为耿 X 进行户籍登记。

耿 X 以京城路派出所侵犯其姓名权为由，提起诉讼，请求判令京城路派出所履行法定职责，为其办理出生户籍登记手续。

【争议焦点】

行政相对人在其孩子出生后，欲为其办理户口登记，因孩子的姓并非随父亲、母亲的其中一方，故公安机关以孩子的姓应随父亲、母亲一方为由，不为其办理户口登记。在此情况下，行政机关是否属于侵犯其姓名权。

【审判结果】

一审判决：被告京城路派出所依法为原告耿 X 办理户籍登记。

宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

姓名权是公民依法享有的决定、使用、变更自己的姓名并要求他人尊重自己姓名的一种人格权利。姓名权保护的客体是权利人的姓名。其中，姓名权包括自我命名权。自我命名权即是自然人决定自己姓名的权利，任何人无权干涉。自然人的姓，原则上不能选择。在我国现实生活中存在子女随父姓的习惯，但根据我国现行《婚姻法》二十二条的规定：子女可以随父姓，可以随母姓。但是该法律并未进行强制性的法规定，即如果自然人依法重新选择姓氏，法律亦不应干涉。姓名一般均是自然人出生时由其父母确定，但此并非对自我命名权的否定，实际上是父母亲权的表现，是父母实施亲权的代理行为。自然人成年后，亦可以通过姓名变更手续，变更自己的姓名。自我命名权的另一个表现是自然人选择自己别名的权利，可以根据自己的意志和愿望，来确定登记姓名以外的笔名、艺名以及其他相应的名字，任何人均不得加以干涉。而且根据《民法通则》第九十九条的规定：公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。根据户口登记条例第十八条第一款的规定：未满十八周岁的人需要变更姓名的时候，由本人或者父母、收养人向户口登记机关申请变更登记。

本案中的行政相对人虽然是一名刚出生的婴儿，自其出生之日起即为中华人民共和国公民，拥有民事权利能力，因此其享有姓名权。公安机关根据《婚姻法》第二十二条规定不能姓父母姓以外的姓为由，拒绝为其办理户口登记。该规定从字面上看，其并非法律的强制性规定，公民欲变更自己的姓名法律亦是允许的，而且根据《民法通则》第九十九条的规定，行为人有权决定自己的姓名，而且根据上述理论虽然行政相对人为无民事行为能力人，但是根据

户口登记条例的规定由其父母为其办理更名亦是被允许的。因此，公安机关不予办理的行为属于不作为的行为，应当依照法律规定为其办理户口登记。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款　公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。

《中华人民共和国婚姻法》第二十二条　子女可以随父姓，可以随母姓。

《中华人民共和国户口登记条例》第十八条第一款　未满十八周岁的人需要变更姓名的时候，由本人或者父母、收养人向户口登记机关申请变更登记。

【法律文书】

行政起诉状　行政答辩状　律师代理意见书　行政一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例　有效　参考适用

耿 X 诉河南省荥阳市公安局京城路派出所公安行政不作为案

【案例信息】

【中　法　码】行政法·行政不作为·不履行法定职责·表现形式·拒绝履行·明确表示不履行(A08010104011)

【案　　号】　(2013)荥行初字第 14 号

【案　　由】　其他（公安）/行政登记

【权威公布】　《人民法院报》2014 年 7 月 3 日刊载

【检　索　码】　C02234+5++HAZZXY0314C

【审理法院】　河南省荥阳市人民法院

【审级程序】　第一审程序

【原　　告】　耿 X

【被　　告】　河南省荥阳市公安局京城路派出所

【裁判文书原文】　　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《行政判决书》

原告：耿 X。

法定代理人：夏万里。

被告：河南省荥阳市公安局京城路派出所。

原告法定代理人夏万里（原告祖母姓夏）和赵倩于 2009 年 6 月登记结婚，并于 2010 年 4 月 9 日生育一子，因原告祖父姓耿，故给原告取名耿 X。后夏万里到被告河南省荥阳市公安局京城路派出所（以下简称京城路派出所）给原告申请出生户籍登记时，被告京城路派出所认为依照婚姻法第二十二条“子女可以随父姓，可以随母姓”的规定，原告的姓氏须与父母一方姓氏保持一致才能进行出生户籍登记，不能更改其他姓氏进行登记，未给原告进行登记。

夏万里认为被告侵犯了原告的姓名权，遂以原告名义起诉，请求法院判决被告履行法定职责，为原告办理出生户籍登记手续。

河南省荥阳市人民法院经审理认为，原告为无民事行为能力人，由其法定代理人代理行使其姓名权符合法律规定。被告作为户口登记机关，有职责对其户籍管辖区内人员进行户口管理。婚姻法第二十二条条款不属于强制性法律规范，原告以耿 X 为名字进行户籍登记并不违反法律规定。判决：被告京城路派出所依法为原告耿 X 办理户籍登记。

宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

妻子被丈夫起诉离婚心中不快 撕传票掌掴法官

2017-02-08 现代快报 记者王晓宇

现代快报讯，因丈夫起诉离婚，女子周某心中不快，在连云港市东海县法院工作人员向其送达开庭传票过程中，竟然撕毁传票，后又掌掴承办法官。最终，周某被法院处以司法拘留 15 日的处罚。

2016 年 10 月 20 日王某某(男)向东海县法院起诉要求与妻子周某离婚同日，东海县法院以离婚纠纷立案受理。在送达开庭传票过程中，因原告王某某所提供的被告周某手机号码无人接听，家中亦无人接收，周某单位同事称也无法联系到周某本人，邮政工作人员数次送达无果后将邮件退回法院。

2016 年 12 月 30 日下午 5 时许，承办此案的法官李长江与书记员宋书豪来到周某所在单位，发现周某的车辆停在院中，遂到其办公室送达开庭传票。被告周某态度嚣张，拒不配合，不仅拒绝签收送达材料，反而将传票撕毁、丢弃。

李长江法官对周某进行法律释明，书记员宋书豪用手机拍照存证。当法官和书记员准备离开时，周某指使下属关闭办公室前门，将书记员宋书豪挡在房内，并对其手机实施抢夺。李长江法官发觉后，迅速向领导汇报，并再次进入周某办公室平息事态。

周某见李长江法官折返，指使下属将办公室前后门关闭，先是以污言秽语辱骂法官，继而以巴掌搧打李长江面部。直至东海县法院领导会同公安民警到达现场，事态才得以平息。

事发后，周某躲藏起来。东海县法院院长刘刚表示，对损害法官权益、损害司法权威的行为决不手软，也决不放过，必须严惩。2 月 6 日上午，当事人周某被抓获归案。

东海县法院认为，被告周某撕毁传票、抢夺证据、辱骂并掌掴承办法官，致法院工作人员无法正常执行公务，情况恶劣，决定依法对其司法拘留 15 日。

安徽法院诉前调解工作规则（试行）

2017-02-10　多元化纠纷解决机制

编者按

最高人民法院《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》发布后，各地法院不断探索创新，纷纷出台各项举措，贯彻落实《意见》的有关部署和要求。针对登记立案前调解工作缺乏操作依据、调解程序不规范等问题，安徽省高级人民法院在结合本省诉调对接工作实际的基础上，于 2016 年 12 月 30 日制定印发《安徽法院诉前调解工作规则（试行）》。现将《诉前调解规则》原文刊登，供各地法院参考借鉴。

安徽法院诉前调解工作规则（试行）

皖高法立一〔2016〕4 号

2016 年 12 月 30 日

为深入推进矛盾纠纷多元化解机制建设，规范诉前调解工作，满足人民群众多元司法需求，维护社会和谐稳定，根据最高人民法院《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》、《关于人民法院特邀调解的规定》和安徽省高级人民法院《全省法院进一步完善矛盾纠纷多元化解机制工作意见》的相关规定，结合我省法院诉调对接工作实际，特制定本规则。

第一章　总则

第一条 【诉前调解】 诉前调解是指**登记立案前**，行政机关、人民调解、行政调解、商事调解、行业调解等具有调解职能的单位、组织或者个人，接受人民法院委派进行调解（包括行政和解），促使当事人在自愿合法的基础上达成协议，化解矛盾纠纷的一种活动。

第二条 【诉前调解组织、调解员】 诉前调解组织、调解员一般应当**从人民法院建立的特邀调解组织和特邀调解员名册中选择**；名册内没有适宜的调解组织或者调解员的，也可以从尚未进入名册的单位、组织或者个人中选择。

第三条 【调解原则】 诉前调解应当遵循下列原则：

（一）自愿平等合法；

（二）便捷高效利民；

（三）诚实信用；

（四）不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益；不违反公序良俗；

（五）**未经当事人同意，调解过程和调解协议内容不得公开**，法律另有规定的除外。

第四条 **【适用范围】** **民商事纠纷、行政纠纷。**但根据法律、法规不适宜进行调解、行政和解的纠纷除外。

第二章　权利义务

第五条 **【纠纷当事人】** 纠纷当事人的权利义务：

（一）**有权接受、拒绝或者要求终止**诉前调解；

（二）**有权选择或者接受**调解组织、调解员；

（三）**有权申请调解员回避**；

（四）**有权表达真实意愿**，提出合理要求，自愿达成调解协议；

（五）不得进行虚假调解，**不得提供虚假证明材料**；

（六）遵守诉前调解规则；

（七）**不得有加剧纠纷、激化矛盾的言行；**

（八）**不得泄露**对方当事人商业秘密或者个人隐私；

（九）法律法规或本规则规定的其他权利义务。

第六条 **【诉前调解组织、调解员】** 诉前调解组织、调解员的权利义务：

（一）接受人民法院委派**依法独立开展**调解工作；

（二）在接受委派调解后与当事人联系，开展调解工作；

（三）确认纠纷当事人身份，告知当事人权利义务及诉前调解规则等事项；

（四）及时、认真制作诉前调解工作记录；

（五）在规定期限内完成调解工作，终止调解后及时向委派的人民法院反馈调解情况，并移送相关材料；

（六）**不得强迫调解、违法调解，不得侮辱当事人；**

（七）**不得偏袒一方当事人**，不得收受、索取当事人财物或者谋取其他不正当利益；

（八）**保守调解秘密**，未经许可，不得向任何组织或个人披露、不得私自复制或擅自使用调解过程中获取的案件信息，但法律法规另有规定的除外；

（九）法律法规或本规则规定的其他权利义务。

第七条 **【诉调对接中心】** 诉调对接中心在诉前调解中，承担以下工作职责：

（一）对适宜调解的纠纷，积极引导当事人通过诉前调解的方式解决；

（二）指导当事人选择或者指定调解组织或者调解员；

（三）办理委派调解的相关手续；

（四）指导调解组织和调解员开展调解工作；

（五）**为诉前调解提供必要的场所、条件等相关服务；**

（六）协调调解过程中的相关事项；

（七）**达成调解协议的，根据当事人申请出具调解书或者进行司法确认；未达成调解协议，当事人坚持诉讼的，移交登记立案；**

（八）将诉前调解相关信息**及时录入**“安徽法院案件信息管理系统”的登记立案前调解模块；

（九）**管理诉前调解流程**，组织开展诉前调解数据统计、分析和业绩考核；

（十）**组织调解员的业务培训；**

（十一）承担其他与诉前调解有关的工作。

第三章 诉前调解流程

第八条 **【调解引导】** 当事人通过到诉讼服务大厅现场提交诉讼材料或者通过诉讼服务网申请立案的，对经审查符合立案条件且适宜调解的纠纷，**立案工作人员应当帮助当事人评估诉讼风险，并可以建议当事人通过民商事纠纷中立评估机制，对判决结果进行预测，积极引导当事人优先选择诉前调解方式解决纠纷。**

当事人同意诉前调解的，立案工作人员应当向当事人提供《诉前调解确认书》，由当事人签署确认，并将纠纷移交诉调对接中心。

第九条 **【确定调解组织、调解员】** 起诉人同意诉前调解的，可以在诉调对接中心的指导下，**选择调解组织或者直接选择一名调解员；也可以要求或者接受诉调对接中心指定调解组织或者调解员。**

被起诉人同意诉前调解，但不同意起诉人确定的调解员的，由双方共同协商确定一名调解员。**协商不成的，可以采用以下方式处理：**

（一）各方当事人坚持由一名调解员调解的，由诉调对接中心或者调解组织指定。当事人不同意指定，或者连续两次不同意指定的调解员的，视为不同意诉前调解。

（二）各方当事人要求或者同意由两名以上调解员共同调解的，各自选择一名调解员，并由诉调对接中心或者调解组织另行指定一名调解员主持。

对于重大、疑难、复杂的纠纷，按照本条第二款第（二）项的规定确定调解员。

调解员确定后，当事人有正当理由的，**可以向诉调对接中心或者调解组织申请更换。**

第十条 **【调解登记】** 诉调对接中心应当在确定诉前调解组织或者调解员的**当日进行调解登记，编立“多元调”字号**并完成材料上传、信息录入等工作。

第十一条 **【移送调解】** 诉调对接中心应当在调解登记后 5 日内制作《委派调解函》，连同相关材料移送给

调解组织或者调解员。

第十二条 **【调解准备】** 调解组织接受委派调解后，应当在5日内按照本规则第九条的规定确定调解员，将调解时间、地点等相关事项通知各方当事人，也可以通知与纠纷有利害关系的案外人参加。

调解员接受委派调解后，应当在3日内将调解时间、地点等相关事项通知各方当事人，也可以通知与纠纷有利害关系的案外人参加。

第十三条 **【告知事项】** 调解程序开始之前，调解员**应当告知各方当事人权利义务、调解规则、调解程序、调解协议效力、司法确认申请等事项。**同时，各方当事人应当承诺调解过程中无恶意串通、规避法律等虚假调解的行为。

第十四条 **【调解方法】** 调解员应当**根据纠纷的具体情况采用适当的方法进行调解。**可以**通过共同协商或者单独沟通的方式**进行；可以**采用面对面沟通或者电话、视频等方式**进行；可以**邀请对解决纠纷有帮助的人员参与**；可以**提出解决争议的方案建议**。

调解过程中需要人民法院指导或者帮助的，调解组织或者调解员应当告知诉调对接中心，诉调对接中心应当及时安排。

第十五条 **【调解协议】** 调解员主持各方当事人达成一致意见的，应当制作调解协议。**调解协议应当载明以下内容：**

（一）当事人基本情况；

（二）纠纷基本事实和争议事项；

（三）调解结果和协议生效条件。

调解协议应当由各方当事人和调解员签名、盖章；由调解组织主持达成调解协议的，还应当加盖调解组织印章。

调解协议应当送达给各方当事人，并提交给诉调对接中心。

第十六条 **【无异议调解方案认可】** 虽未达成调解协议，但当事人之间已就主要争议事项达成共识、分歧不大的，调解员**可以依据无异议调解方案认可机制进行处理**。

第十七条 **【无争议事实记载】** 虽未达成调解协议，但当事人之间就相关事项没有争议，**调解组织或者调解员应当依据无争议事实记载机制对相关事实予以固定**，在《委派调解反馈函》中进行记载，连同相关材料一并提交给诉调对接中心。

第十八条 **【调解终止】** **有下列情形之一的，调解终止：**

（一）当事人达成调解协议的；

（二）任何一方当事人明确表示不愿意再继续调解的；

（三）当事人分歧较大，难以达成调解协议的；

（四）其他导致调解难以进行的情形。

第十九条 **【终止确认】** 调解终止的，调解组织或者调解员应当在5日内制作《委派调解反馈函》，反馈调解工作情况和结果，连同相关材料一并提交给诉调对接中心。

诉调对接中心应当在收到上述材料后3日内，将调解结果录入“安徽法院案件信息管理系统”的登记立案前调解模块，确认调解终止。

第二十条 **【调解期限】** 根据本规则**进行调解的期限为30日**，从调解组织或者调解员收到《委派调解函》和相关材料时起算。各方当事人同意延长调解期限的除外。

第二十一条 **【诉调衔接】** 诉调对接中心在收到《委派调解反馈函》和相关材料后3日内，应当根据不同情形分别处理：

（一）达成调解协议，并要求法院出具调解书的，登记立案后移送审查；

（二）达成调解协议，并申请司法确认的，由有管辖权的基层人民法院审查；不申请司法确认的，按规定办理调解终止手续；

（三）未达成调解协议，当事人坚持起诉的，移交登记立案；不再起诉的，按规定办理调解终止手续。

第四章 监督管理

第二十二条 **【调解回避】** 有下列情形之一的，调解员应当自行回避，当事人有权申请其回避：

（一）是一方当事人或者其代理人近亲属的；

（二）**与纠纷有利害关系的**；

（三）与纠纷当事人或者代理人有其他关系，可能影响公正调解的。

调解员有本规则第六条第（六）、（七）项行为的，当事人有权要求其回避。

调解员有上述情形，但各方当事人同意由其调解的除外。

第二十三条 **【业务培训】** 各级人民法院应当定期或者不定期对诉前调解员进行业务培训，不断提高调解员的能力水平。

第二十四条 **【指导监督】** **人民法院**应当加强对诉前调解组织、调解员工作的指导、监督，确保调解工作依法合规进行；**上级人民法院应当加强对下级人民法院**诉前调解工作的指导、监督，及时总结经验，提高工作实效。

第二十五条 **【考核保障】** 人民法院应当建立诉前调解组织、调解员管理制度和奖惩机制，依据“安徽法院案件信息管理系统”登记立案前调解模块中记录的调解工作信息，进行工作考评。

人民法院应当根据实际情况**向诉前调解员发放相关补贴，对表现突出的诉前调解组织和调解员给予物质或者荣誉奖励；支持相关单位、组织按照市场化运作，提供纠纷解决服务并适当收取费用。**

第五章 附则

第二十六条 **【期间】** 本规则所规定的期间届满日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日。

第二十七条 **【解释主体】** 本规则由安徽省高级人民法院立案一庭负责解释。

第二十八条 **【生效时间】** 本规则自 2017 年 1 月 1 日起施行。

试管婴儿胚胎移植前丈夫遇海难失踪，法院判决：移植手术继续

2017-02-16 澎湃新闻 陆玫 周洁

浙江舟山市的一对夫妻，完成试管婴儿取卵、取精术并保存了 5 个胚胎，计划在 4 个月后植入女方体内。

不料，丈夫在原定植入日期前因海难失踪，女方因要求继续完成移植被拒绝，将医院告上法院。

2 月 16 日，澎湃新闻（www.thepaper.cn）从舟山定海区法院获悉，该院已作出判决：医院需为女方实施胚胎移植术。

33 岁的阿菊（化名）和丈夫阿洋结婚多年未孕，尝试通过试管婴儿术受孕。2016 年 2 月，两人在舟山市妇幼保健院进行取卵、取精。医院告知他们，将通过低温保存技术保存 5 个胚胎。因阿菊的身体需要调养，定于 6 月将胚胎解冻、移植。夫妇按医院要求签署了多份知情同意书。

可就在 2016 年 5 月，阿洋出海时遇海难失联，至今下落不明。2016 年 7 月，阿菊想到保存在医院的胚胎，希望通过移植生下子女；阿洋的父母也将这些胚胎看作阿洋最后的血脉，非常希望阿菊进行手术。

为此，舟山市妇幼保健院伦理道德委员会专门进行讨论，结果是认为阿菊的要求不符合相关条件和程序。

首先，阿洋失踪，阿菊属单身妇女，根据原卫生部《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中的社会公益原则，不能为单身妇女实施胚胎移植。其次，辅助生殖技术须经夫妇双方自愿同意并签署知情同意书后实施，阿洋现在无法签署胚胎移植的知情同意书。再次，阿洋可能无法生还，若阿菊通过胚胎移植生育孩子，单亲环境下成长会对孩子带来影响，根据“保护后代原则”，医务人员有义务停止该技术实施。

经多次沟通未果，阿菊 2016 年 10 月向法院起诉，要求医院继续履行医疗服务合同，完成体外受精、胚胎移植手术。

定海区法院审理认为，患者要求实施辅助生殖技术的主张能否得到支持，要综合两方面审慎评判：一方面，生育权是人的基本权利，在道德、法律许可范围内尽量保障不孕夫妻生育权是基本的考量标准；另一方面，实施辅助生殖技术须符合安全、有效、合理的原则。

根据具体案情，法院认为，阿洋虽下落不明，但目前从法律上尚不能认定其死亡，阿菊系已婚妇女，而不是单身妇女。即使阿洋死亡，阿菊也别于单身妇女要求实施辅助生殖技术的情形。孩子可能出生在单亲家庭，不能就断言会因此遭受严重的生理、心理和社会损害，不违反“保护后代原则”。另外，阿洋在失联前对通过辅助生殖技术包括实施胚胎移植术生育子女已表达了明确意愿，医院不应拘泥于阿洋不能签署新的知情同意书这一形式问题。

经审理，法院对阿菊的诉讼请求予以支持，判定医院继续履行与阿菊间就“体外受精—胚胎移植”签订的医疗服务合同，为其施行胚胎移植。

澎湃新闻了解到，该判决已生效，医院将视阿菊的身体情况，择期为其进行胚胎移植手术。

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

以协议离婚为条件的离婚协议在一方提起离婚诉讼后不能生效

（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-02-17 指导性案例审判规则

【审判规则】

男女双方签订离婚协议约定，在双方办理离婚登记后，男方即向女方支付补偿费并承担夫妻共同债务。此后，女方拒绝协助男方办理离婚手续，并提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议约定的内容。因离婚协议是以双方办理离婚登记为前提的附条件民事协议，当女方提起离婚诉讼致使协议离婚的条件不再具有成就可能时，双方签订的离婚协议不能发生效力。女方无权再要求男方履行离婚协议约定的义务。

【关 键 词】

民事　离婚后财产　离婚协议　离婚登记　补偿费　夫妻共同债务　离婚诉讼　协议离婚　附条件民事协议　履行义务

【基本案情】

王 X 与李 X 于 2010 年办理结婚登记手续，婚后李 X 被其所在单位派遣到外地工作。王 X 于 2012 年 1 月在李 X 的邮箱中发现了李 X 与他人存在不正当关系，其遂与家人前往李 X 工作处，到达后发现李 X 所租房屋内存在李 X 与他人同居的证据。王 X 与李 X 为此发生纠纷，并前往当地公安机关。经公安机关调解，双方签订了离婚协议，协议载明：李 X 在婚内与他人保持同居关系，严重伤害配偶王 X 的感情，双方同意到婚姻登记部门登记离婚。王 X 承诺在协议签署之日起一周内协助李 X 前往婚姻登记部门办理离婚手续。李 X 承诺，其与王 X 婚后购买的按揭房屋归王 X 所有，未交付的按揭款由李 X 承担支付责任；夫妻共同债务均由李 X 承担；李 X 向王 X 支付青春损失补偿费二十万元。嗣后，李 X 多次要求王 X 协助办理离婚手续，王 X 均未同意。李 X 多次找到王 X 的父母，并威胁王 X 的父母另王 X 与其办理离婚手续。

王 X 以李 X 与其婚姻关系存续期间同第三人保持同居关系，在其发现后双方签订了离婚协议，李 X 应按协议约定的内容履行义务为由，提起诉讼，请求判令王 X 与李 X 离婚；李 X 与王 X 婚后购买的按揭房屋归王 X 所有，未交付的按揭款由李 X 承担支付责任；李 X 向王 X 支付青春损失补偿费二十万元；夫妻共同债务七十万元由李 X 承担。

李 X 辩称：王 X 所称的协议上本人的签字确为真实，但该协议系本人在受王 X 胁迫的情况下签订，并非本人真实意思表示。同时，该协议中所作承诺应当以王 X 与本人去婚姻登记部门登记离婚为条件，现王 X 与本人未能办理离婚登记手续，该协议不应发生法律效力。故请求驳回王 X 的诉讼请求。

【争议焦点】

男女双方签订离婚协议约定女方协助男方办理离婚手续后，男方即向女方支付补偿费并承担夫妻共同债务，此后，女方拒绝协助男方办理离婚手续并提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议约定的内容，该离婚协议是否已发生法律效力。

【审判结果】

一审法院认定：被告李 X 在与原告王 X 婚姻关系存续期间，与第三人保持同居关系，被告李 X 的此种行为违反了其对原告王 X 的忠诚义务，致使双方感情破裂，应准予双方离婚；双方在公安机关的调解下签订离婚协议，询问笔录以及办案警务人员均能证明被告李 X 是基于真实意思表示签订的离婚协议，故不存在胁迫事宜不；但双方签订的离婚协议中关于财产分割的约定，应当以双方办理离婚登记手续为前提条件，而现在原告王 X 已经提起了离婚诉讼，则该条件不再可能成就；被告李 X 已经表明其对离婚协议中关于财产分割的内容反悔，故双方签订的离婚协议中关于按揭房屋分割的内容不能生效；我国相关法律及司法解释未规定离婚协议中不属于财产分割的条款的生效条件，故依据当事人意思自治原则，应认定离婚协议中不属于财产分割的条款生效；被告李 X 应当依约独自承担全部夫妻共同债务，并向原告王 X 支付青春损失补偿费二十万元。

一审法院判决：准予原告王 X 与被告李 X 离婚；被告李 X 向原告王 X 给付青春损失补偿费二十万元；原告王 X 和被告李 X 夫妻关系存续期间所欠共同债务七十万元均由被告李 X 承担；驳回原告王 X 其他诉讼请求。

被告李 X 不服一审判决，提起上诉称：本人与被上诉人王 X 签订离婚协议时，被上诉人王 X 与其亲属是以暴力方式胁迫本人签署，故该离婚协议并不是出于本人真实意思表示，应当依法撤销；同时，该离婚协议中所有不利于本人的约定均是以被上诉人王 X 与本人办理离婚手续为前提条件，而被上诉人王 X 并未协助本人办理离婚手续，该前提条件并未成就，故离婚协议中不利于本人的条款均不具备生效条件。据此，请求撤销一审判决中判令本人向被上诉人王 X 给付青春损失补偿费二十万元，以及夫妻共同债务七十万元由本人独自承担。

被上诉人王 X 辩称：一审判决事实认定清楚，适用法律无误，上诉人李 X 提出的上诉理由没有事实和法律依据，故请求二审法院维持一审原判，驳回上诉人李 X 的上诉请求。

二审法院判决：维持一审判决中准予被上诉人王 X 与上诉人李 X 离婚的内容；撤销一审判决中上诉人李 X 向被上诉人王 X 给付青春损失补偿费二十万元，被上诉人王 X 和上诉人李 X 夫妻关系存续期间所欠共同债务七十万元均

由上诉人李X承担的内容；驳回被上诉人王X的其他诉讼请求。

【审判规则评析】

协议离婚是指夫妻双方具有自愿离婚的意思表示，对子女抚养、财产分割问题达成书面协议的前提下，到婚姻登记部门申请离婚，在婚姻登记部门审查后，准予办理离婚登记。双方自婚姻登记部门发放离婚证书时起，离婚生效。离婚协议是夫妻双方为了不通过诉讼离婚而达到协议离婚的目的，所签署的书面协议，若不能实现则将与双方签订离婚协议目的相违背。离婚协议属于一种附条件的民事协议，而所附生效条件即为双方协议离婚。因此，在夫妻双方签订离婚协议后，未能协议离婚，则离婚协议的生效条件并未成就，即不能生效。

在男女双方婚姻关系存续期间，女方发现男方与其他异性存在不正当男女关系，双方为此发生争执，在公安机关调解后签订了离婚协议，约定女方协助男方办理离婚登记后，男方因其过错赔偿女方补偿费并承担夫妻共同债务。此后，双方并未办理离婚登记，女方提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议的内容。因男方在离婚协议中所作的承诺，是以双方协议离婚为前提的，故双方的离婚协议属于附条件的民事协议。而男方提起了离婚诉讼致使离婚协议所附条件不可能再成就，双方签订的离婚协议并未生效，女方则无权依据离婚协议向男方主张权利。

【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(三)》第十四条 当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

【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

王X诉李X离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚效力·离婚协议效力·生效 (L040403013)

【案 由】 离婚后财产纠纷

【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》2012年第2集(总第50集)收录

【检 索 码】 C0502+12++MM++++0411C

【审理法院】 XX人民法院

【审级程序】 第二审程序

【上 诉 人】 李X（原审被告）

【被上诉人】 王X（原审原告）

【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（原审被告）：李X。

被上诉人（原审原告）：王X。

上诉人李X因与被上诉人王X离婚后财产纠纷一案，不服X县法院民事判决，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。

原审法院经审理查明：原告王X与被告李X经他人介绍自由恋爱，并于2010年登记结婚。婚后，李X因工作原因被派驻到外地工作，很少回家，两人感情逐渐淡薄。2012年1月，王X无意中查看到李X邮箱中有李X与他人交往的暧昧邮件。为此，王X及其家人赶赴外地准备质问李X。不料，在李X所租住房屋内，发现李X有和他人同居的证据。为此，双方扭打至当地派出所。经派出所协调，双方达成离婚协议一份。主要内容为：“鉴于李X在与王X婚姻关系存续期间与赵X保持同居关系的行为，严重伤害王X的感情，婚姻已无法继续。王X同意与李X到民政局登记离婚。为此，李X承诺：（1）李X和王X共有的按揭房屋一套归王X所有，剩余按揭款由李X独自承担；（2）李X和王X共同向好朋友张X所借70万元，由李X在一年内分6次归还；（3）给予王X青春损失补偿费20万元；（4）截至离婚之日，家庭所负其他债务均由李X承担。王X承诺：在协议签署之日起一周内协助李X去民政局办理协议离婚手续。”协议签订两周后，原告王X以李X为被告向X县法院起诉离婚。具体诉讼请求为：（1）王X与李X离婚；（2）李X和王X共有的按揭房屋一套归王X所有，剩余按揭款由李X独自承担；（3）李X给予王X青春损失补偿费20万元；（4）李X承担家庭共同债务70万元（即向张X所借款项）。

被告李X辩称，该协议是在王X胁迫下签订，并非其真实意思表示。而且，李X在协议中所承诺事项，均以到民政局登记离婚为前提，既然双方登记离婚不成，则应适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）的相关规定，依法认定该协议不发生法律效力。故请求法院驳回王X有关房屋、青春损失补偿费和家庭共同债务的诉讼请求。

X县法院受理本案后，查明如下事实：（1）李X确实与案外人赵X不以夫妻名义共同居住；（2）李X对王X提交协议上自己签名的真实性无异议；（3）在是否离婚的问题上，双方均同意离婚；（4）李X曾多次找王X办理协议离婚手续，均遭王X拒绝；（5）李X以王X拒绝办理登记离婚手续是因其岳父母阻挠为由，多次上门威胁其岳父母；（6）经法院释明后，双方均表示家庭其他财产不在诉讼中处理，由双方协商解决。

一审法院经审理认为，夫妻之间的忠实义务是夫妻感情维持的重要基础。本案中，李X与案外人赵X的同居行为违反了其对配偶王X的忠实义务，造成了夫妻间感情的裂痕。事后，李X多次上门威胁王X父母的行为又加速了夫妻间感情的破裂。在本案审理过程中，经受理对双方当事人多次调解无效，应准予离婚。至于李X依据双方间离婚协议提出的有关按揭房屋、青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的诉讼请求则应具体情况具体分析。首先，案涉离婚协议并非胁迫所致。从案涉离婚协议的签订背景来看，双方是在当地派出所主持下签订，派出所的询问笔录以及经办民警均可证实李X主动提出离婚并同意签订案涉离婚协议，在离婚协议起草过程中，李X并未表示过不同意见。其次，协议中有关按揭房屋分割条款没有生效。理由在于，李X与王X签订的离婚协议中有关财产分割的约定，是以双方登记离婚为前提。既然王X已诉至法院，说明到民政局登记离婚已不可能，而李X又在离婚诉讼中明确表示对离婚协议中有关财产分割的条款表示反悔。故根据《婚姻法解释（三）》第十四条“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”之规定，案涉按揭房屋的分割条款没有生效；再次，协议中有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的条款已经生效。其理由在于，《婚姻法解释（三）》第十四条针对的只是离婚协议中有关夫妻共同财产分割的条款生效，规定财产分割条款的生效以登记离婚或到法院协议离婚为前提。但该条文并未涉及非财产分割条款的效力，故从尊重当事人意思自治出发，不管登记离婚是否实现，离婚协议中非财产分割条款均已生效。因此，应判决支持王X有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的诉讼请求。至于李X和王X的失妻共同财产，经法院释明后，双方均坚持不在本案中。

并处理，而是由双方自行协商处理方案。故从尊重当事人诉权出发，对李X和王X的其他夫妻共同财产，法院不予处理。综上，X县法院一审判决如下：一、准予王X与李X离婚；二、李X于判决生效后15天内向王X给付青春损失补偿费20万元；三、王X和李X夫妻关系存续期间所欠张X共同债务70万元均由李X承担；四、驳回王X其他诉讼请求。

李X对一审判决不服，向X市中级人民法院提起上诉称，案涉离婚协议签订时，王X及其家人对自己进行了推搡、扭打，自己人身当时正受到威胁。因此，离婚协议是在自己被胁迫的情形下签订，应予以撤销。另外，从离婚协议的内容也可看出，所有关于对李X不利的规定都以到民政局登记离婚为前提，现在到民政局登记离婚没有实现，说明这些条款生效的条件还未具备。故一审法院依据这些条款作出判决，属于认定事实不清，适用法律不当，应予纠正。由上，李X提出上诉请求如下：一、维持一审判决第一项、第四项；二、撤销一审判决第二项、第三项；三、驳回王X其他诉讼请求；四、一、二审诉讼费用由王X承担。

王X提交书面答辩意见认为，一审判决认定事实清楚、适用法律正确，请求二审法院维持一审判决，判决驳回李X的上诉请求。

X市中级人民法院经审理认为，李X有关离婚协议是在被胁迫的情形下签订应予撤销的观点不能得到支持，理由在于：首先，王X及其家人虽然因情绪失控，对李X进行了扭打，但并未造成李X身体伤害。而且离婚协议签订是在派出所，有该所警察在场监督。因此，即便王X及其家人有威胁行为，也会被警察制止。其次，即便李X签订离婚协议确实是被胁迫所致，李X也应就撤销该协议提出独立的诉讼请求，但一审中李X并未提出撤销协议的诉讼请求，故二审没有必要再就该新的诉讼请求进行审理。至于案涉离婚协议中有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的条款是否生效的问题，李X认为这些条款没有生效的主张，应予支持。其理由在于，从案涉离婚协议中有关“王X同意与李X到民政局协议离婚。为此，李X承诺”的约定可知，李X承诺的前提是“王X同意与李X到民政局协议离婚”。可见，李X之所以在离婚协议中作出所有对自己不利的承诺，都是以登记离婚为条件。这在法律上应被视为附条件的民事法律行为，在所附条件未成就的情形下，民事法律行为未生效力。也就是说，在王X未与李X登记离婚的情况下，李X在协议中的承诺均不产生效力。因此，王X不能依据离婚协议主张有

关青春损失补偿费 20 万元以及家庭所有共同债务由李 X 承担。综上，X 市中级人民法院作出二审判决如下：一、维持一审判决第一项、第四项；二、撤销一审判决第二项、第三项；三、驳回王 X 其他诉讼请求；四、一、二审诉讼费用由李 X 承担。

被以暴力殴打方式强迫遵守家规一方可要求离婚

（最高法院公布的具有指导作用的案例中确定的审判规则）

2017-02-23　指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻关系存续期间，一方为控制对方而制定多条不成文的家规，并在对方行为违反家规时对其进行辱骂、殴打，该行为构成家庭暴力。实施家庭暴力一方的行为给受害方造成人身损害及精神痛苦，侵害了受害方的人身权利。在此情况下，受害方提起诉讼请求离婚，且经调解无效的，应准予离婚。同时，还可禁止实施家庭暴力一方对受害方进行殴打、威胁、跟踪以及骚扰，以保护受害方的人身安全。

【关　键　词】

民事　离婚　家庭暴力　婚姻关系　存续期间　控制　配偶　伤害后果　家规　暴力殴打　人身安全　威胁

【基本案情】

1988 年 8 月，陈 X 转与张 X 强登记结婚，结成合法夫妻。二人于 1989 年 7 月生育女儿张 XX。在婚姻关系存续期间，张 X 强经常对陈 X 转实施打骂行为，故陈 X 转于 1989 年向法院提起离婚诉讼。之后，陈 X 转因张 X 强当庭认错并作出不再施暴的保证而撤回起诉。在陈 X 转撤回起诉之后，张 X 强未能按照保证停止施暴，而是要求陈 X 转对其完全服从。当陈 X 转违背张 X 强意愿时，即以辱骂相威胁，甚至对其实施暴力殴打。张 X 强还规定了包括陈 X 转洗衣服必须让其满意、被辱骂后不得反驳、被殴打后不得告知他人在内的多条不成文家规。2012 年 5 月 14 日，张 X 强以陈 X 转未将其衣服洗净为由，对陈 X 转进行辱骂，并命令其重新清洗，因遭到陈 X 转拒绝，而对其实施殴打行为。张 XX 亦在阻拦过程中被打伤。

陈 X 转以长期遭受张 X 强的辱骂、殴打，夫妻感情确已破裂为由，提起诉讼，请求判令其与张 X 强解除婚姻关系。

张 X 强答辩称：其与陈 X 转之间系一般夫妻纠纷，且保证不再殴打陈 X 转。

庭审中，张 X 强态度粗暴，辱骂、指责、贬损陈 X 转，但坚决拒绝离婚。

【争议焦点】

婚姻关系存续期间，夫妻一方为控制配偶而制定多条不成文家规并在配偶违反家规时对其进行辱骂，此种情况下，配偶是否有权起诉离婚。

【审判结果】

宣判前，一审法院依原告陈 X 转申请发出人身安全保护裁定，禁止被告张 X 强殴打、威胁、跟踪、骚扰原告陈 X 转及张 XX。

一审法院判决：准许原告陈 X 转与被告张 X 强离婚。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

根据相关司法解释的规定，家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。法律同时规定，存在实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的情形，男女一方要求离婚，经调解无效的，应准予离婚。实施家庭暴力一方一般出于控制对方的目的，故家庭暴力亦是在婚姻关系存续期间一方控制另一方的一种手段。综上，以殴打的方式对配偶的身体、精神等方面造成一定伤害，配偶起诉离婚，法院经调解无效的，应判决准予离婚。无过错一方还有权要求实施家庭暴力一方对其进行赔偿，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。

夫妻双方缔结婚姻关系后，男方为控制女方而为女方制定多条不成文的家规。在女方行为不符合男方规定的要求时，男方便对其进行辱骂、殴打，给女方的身体造成了一定程度的伤害。据此，应认定男方的行为构成家庭暴力。根据我国相关法律规定，家里暴力的受害方有权提起诉讼请求离婚，法院在调解无效的情况下，应予以准许。因此，女方有权就家庭暴力事宜请求离婚。为保护女方及其子女的人身安全，还应禁止男方对其二人进行殴打、威胁、跟踪以及骚扰。

【适用法律】

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

离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：

（一）重婚或有配偶者与他人同居的；

（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；

（四）因感情不和分居满二年的；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

第四十六条　有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

（一）重婚的；

（二）有配偶者与他人同居的；

（三）实施家庭暴力的；

（四）虐待、遗弃家庭成员的。

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

【法律文书】

民事起诉状　民事答辩状　律师代理意见书　民事一审判决书

【效力与冲突规避】

指导性案例　有效　参照适用

陈 X 转诉张 X 强离婚纠纷案

【案例信息】

【中法　码】婚姻家庭法・离婚制度・离婚条件・家庭暴力　(L0402023)

【案　　由】　离婚纠纷

【权威公布】　最高人民法院公布：十起涉家庭暴力典型案例(2014 年 2 月 27 日)

【检　索码】　C0502+11++MM++++0312B

【审理法院】　XX 人民法院

【审级程序】　第一审程序

【原　　告】　陈 X 转

【被　　告】　张 X 强

【裁判文书原文】　　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

原告：陈 X 转。

被告：张 X 强。

一审法院经审理查明：原告陈 X 转、被告张 X 强于 1988 年 8 月 16 日登记结婚，1989 年 7 月 9 日生育女儿张 XX（已成年）。因经常被张 X 强打骂，陈 X 转曾于 1989 年起诉离婚，张 X 强当庭承认错误保证不再施暴后，陈 X 转撤诉。此后，张 X 强未有改变，依然要求陈 X 转事事服从。稍不顺从，轻则辱骂威胁，重则拳脚相加。2012 年 5 月 14 日，张 X 强认为陈 X 转未将其衣服洗净，辱骂陈 X 转并命令其重洗。陈 X 转不肯，张 X 强即殴打陈 X 转。女儿张 XX 在阻拦过程中也被打伤。

2012 年 5 月 17 日，陈 X 转起诉离婚。

被告张 X 强答辩称双方只是一般夫妻纠纷，保证以后不再殴打陈 X 转。

庭审中，张 X 强仍态度粗暴，辱骂陈 X 转，又坚决不同意离婚。

法院经审理认为，家庭暴力是婚姻关系中一方控制另一方的手段。法院查明事实说明，张 X 强给陈 X 转规定了很多不成文家规，如所洗衣服必须让张 X 强满意、挨骂不许还嘴、挨打后不许告诉他人等。张 X 强对陈 X 转的控制还可见于其诉讼中的表现，如在答辩状中表示道歉并保证不再殴打陈 X 转，但在庭审中却对陈 X 转进行威胁、指责、

贬损，显见其无诚意和不思悔改。遂判决准许陈 X 转与张 X 强离婚。一审宣判后，双方均未上诉。

一审宣判前，法院依陈 X 转申请发出人身安全保护裁定，禁止张 X 强殴打、威胁、跟踪、骚扰陈 X 转及女儿张 XX。裁定有效期六个月，经跟踪回访确认，张 X 强未违反。

（二）婚姻有效、无效撤销案例

女子假冒军人结婚领证 男方发现起诉西城区民政局撤销结婚证胜诉

2017-02-06 法制晚报 记者洪雪

法制晚报讯 结婚领证后发现妻子军人身份造假，彭先生认为民政局在办理婚姻登记时严重失职，将西城区民政局告上法庭。记者今天获悉，二中院终审撤销了西城区民政局于 2014 年颁发给两人的结婚证。

案情

军人领结婚证后发现妻子身份造假

2014 年，彭先生、李女士以军人身份到西城区民政局申请登记结婚，并提交了军人婚姻登记证明、军官证复印件等证明材料。民政局经审查认为两人符合结婚条件，为两人办理了结婚登记，并颁发了结婚证。彭先生当时为现役军人，常住户口所在地为河北省；李女士提交的军官证复印件显示所在单位为“某部”。

后彭先生诉至一审法院称，领证之后，他对妻子的身份产生了怀疑。领证三天后，他发现对方伪造了现役军人的身份。在单位领导的安排下，他与李女士一同到北京查实李女士的身份及单位时，李女士承认了造假的事实。之后，李女士采取各种方式胁迫他接受这个事实，并维持婚姻生活。

彭先生说，因李女士的行为，导致他被迫于 2014 年年底转业。

彭先生认为，西城区民政局在婚姻登记审核上没有进行详细调查核实，对婚姻登记管辖权没有提出异议，在程序审批上把关不严、审查不力，严重失职。领取结婚证月余时，他要求西城区民政局对李女士的登记手续进行核查，发现李女士军人身份登记信息涉嫌造假，西城区民政局没有及时采取任何补救措施。故诉请法院依法撤销他与李女士 2014 年的结婚证。

民政局：是否是军人不是民政局审查内容

西城区民政局辩称，在为彭先生、李女士二人办理结婚登记中，民政局完全按照民政部、总政治部《关于军队人员婚姻管理有关问题的通知》的规定，要求两人提交军人婚姻登记证明、军官证、居民身份证等相关证明及证件。其中军人婚姻登记证明为双方单位政治部门向对方单位政审调查后方能出具，二人均系自愿提交。

西城区民政局对两人的结婚申请进行了严格审查，对两人提交的材料进行形式性审查，且二人在申请结婚登记声明书中确认没有隐瞒事项，提供信息事实完全真实，在此基础上为二人举行颁证仪式。被告认为，某部是否有李女士这个人，不是西城区民政局审查的内容。二人符合婚姻法规定的男女双方结婚的实质要件，证件的真伪不能成为阻碍婚姻登记成立的实质要件。如果彭先生认为李女士的行为构成欺诈，其并不愿意和非军人的李女士结婚，应当向法院申请离婚，而不是要求西城区民政局撤销结婚证。

案件中，李女士的行为不属于胁迫，不属于可撤销的情形。故西城区民政局在为彭先生、李女士办理结婚登记过程中尽到了审查义务，程序合法，适用法律正确，请求驳回彭先生诉讼请求。

被指造假女子：领证前已经告知真实身份

案件第三人李女士辩称，她与彭先生恋爱两年。领证前，她按照彭先生的要求在家乡公安机关、民政局和村委会办理了各种证明，并告知彭先生她的身份是村民。彭先生安排她怎么做就怎么做，彭先生带她到西城区民政局办理登记手续。婚姻登记双方完全自愿，无任何不当，彭先生的诉讼请求不能成立，被诉结婚证合法有效，请求维持西城区民政局所作婚姻登记。

判决

撤销结婚证

一审法院判决后， 西城区民政局不服上诉到二中院。

二中院经审理认为，彭先生、李女士申请办理结婚登记时，李女士提交的材料显示其所在单位系某部政治部，常住户口所在地为西城区民政局所在区，故二人向西城区民政局提出申请，西城区民政局亦据此受理。

现某部政治部保卫部出具的证明显示，该部并无名为李女士的干部，李女士在申请结婚登记时提交的军官证系伪造。西城区民政局用于办理结婚证的证明材料中的军人婚姻登记证明、李女士军官证记载的内容不具有真实性，故被诉结婚证因上述材料的不真实而丧失了合法性基础。尽管西城区民政局对二人所提交的材料进行了合理审查，被诉结婚证仍应依法撤销。二中院认为，一审法院判决撤销被诉结婚证应予维持。据此，二中院驳回西城区民政局上诉，维持一审法院作出撤销彭先生与李女士 2014 年的结婚证的判决。

夫妻一方所患疾病不属禁止结婚的疾病类型则婚姻有效

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-02-12 指导性案例审判规则

【审判规则】

当事人在婚前患有慢性肾功能不全尿毒症期、慢性肾小球肾炎、代谢性脑病、多发性肾囊肿、器质性精神障碍，并在患病期间与另一方当事人缔结婚姻。当事人的近亲属以当事人婚前患有医学上不应结婚的疾病，且婚后仍未治愈为由申请宣告婚姻无效。但当事人所患疾病既不属于法律禁止结婚的疾病类型，又不属会传染、遗传或发生攻击性危害行为的其他疾病，故该婚姻仍为有效。

【关　键　词】

民事　婚姻无效　患病期间　缔结婚姻　近亲属　疾病　禁止结婚　传染　遗传　攻击性　危害行为　婚姻有效

【基本案情】

张 XX 系张 X 等三人的父亲，张 XX 通过他人介绍与赵 X 相识并缔结婚姻关系。张 XX 与赵 X 于婚后共同购买了一处房产用于共同居住。结婚两年后，张 XX 因患有脑出血、尿毒症、呼吸循环衰竭去世。

张 X 等三人以张 XX 经医院诊断患有慢性肾功能不全尿毒症期、慢性肾小球肾炎、代谢性脑病、多发性肾囊肿、器质性精神障碍，在张 XX 住院期间，赵 X 与张 XX 至民政局登记结婚，结婚登记时张 XX 意识不清、智能低下不具有真实意思表示，且患有不能结婚的疾病为由，提起诉讼，请求判令赵 X 与张 XX 的婚姻无效。

赵 X 辩称：本人与张 XX 出于双方真实意思表示结婚，并不存在张 X 等三人所诉称的事宜；另张 X 等三人称张 XX 患有医学上认为不应该结婚的疾病，没有法律依据。张 XX 所患疾病并不属于禁止结婚的疾病范畴，故其与张 XX 的婚姻合法有效。

【争议焦点】

夫妻一方在婚前患有慢性肾功能不全尿毒症期等肾病，患病期间与另一方缔结婚姻，双方的婚姻关系是否有效，另一方亲属能否以夫妻一方患有法律上不应结婚的疾病为由申请宣告婚姻无效。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告张 X 等三人的诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

无效婚姻是指因欠缺法律规定的结婚实质要件或者形式要件而导致男女双方的婚姻不具有法律效力。我国法律明确规定，婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的，婚姻无效。根据我国相关部门规章规定，不应当结婚的疾病主要包括四类：（1）严重遗传性疾病：由于遗传因素先天形成，患者全部或部分丧失自主生活能力，子代再现风险高，医学上认为不宜生育的疾病；（2）指定传染病：艾滋病、淋病、梅毒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：精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病；（4）其他与婚育有关的疾病，如重要脏器疾病和生殖系统疾病等。据此，对于患病禁止结婚的立法目的，实际是为防止疾病传染、遗传或发生攻击危害行为。当夫妻一方或双方存在较为严重的疾病，但不属于上述类别的疾病，亦没有其他会传染、遗传或发生攻击性危害行为的疾病时，则应尊重和保护当事人自愿缔结的婚姻，不应认定婚姻无效。

夫妻一方在婚前患有慢性肾功能不全尿毒症期、慢性肾小球肾炎、代谢性脑病、多发性肾囊肿、器质性精神障碍，在患病期间与另一方自愿缔结婚姻。夫妻一方虽患有上述严重疾病，但是其患有的疾病均不属于法律规定的不应结婚的疾病，也不属于会传染、遗传或发生攻击性危害行为的其他疾病，同时其与另一方结婚时是基于真实意思表示，故应尊重双方缔结婚姻的选择，不应认定夫妻双方婚姻无效。

【适用法律】

《中华人民共和国母婴保健法》第八条　婚前医学检查包括对下列疾病的检查：

（一）严重遗传性疾病；

（二）指定传染病；

（三）有关精神病。

经婚前医学检查，医疗保健机构应当出具婚前医学检查证明。

第九条　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。

第十条　经婚前医学检查，对诊断患医学上认为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生育的，可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。

第三十八条　本法下列用语的含义：

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。

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。

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。

产前诊断，是指对胎儿进行先天性缺陷和遗传性疾病的诊断。

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）》第七条　有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：

（一）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。

（二）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。

（三）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。

（四）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。

【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

张 X 等三人诉赵 X 婚姻无效纠纷案

【案例信息】

【中　法　码】婚姻家庭法·结婚制度·婚姻效力·有效婚姻　(L0303011)

【案　　号】　(2010)南法民初字第 191 号

【案　　由】　婚姻无效纠纷

【判决日期】　2010 年 12 月 01 日

【权威公布】　被最高人民法院《人民司法·案例》2012 年第 18 期(总第 653 期)收录

【检　索　码】　C0502+14++CQ++NA0310C

【审理法院】　重庆市南岸区人民法院

【审级程序】　第一审程序

【原　　告】　张 X 等三人

【被　　告】　赵 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：张 X 等三人。

被告：赵 X。

2008 年 6 月 20 日，经婚姻介绍所介绍，张 X3 人之父张 XX 与赵 X 相识，双方于 2008 年 8 月 18 日登记结婚。同年 11 月 21 日，张 XX 与赵 X 以两人名义购买了位于重庆市南岸区南坪街道福红路 46 号 6 栋 27-8 号房屋一套共同居住。2010 年 11 月 7 日，张 XX 因呼吸循环衰竭、脑出血、尿毒症在重庆市第六人民医院病故。

张 X3 人诉称，2008 年 3 月 4 日，其父张 XX 因患有器质性精神障碍在中国人民解放军第三军医大学新桥医院治疗，经医院诊断，其患有慢性肾功能不全尿毒症期、慢性肾小球肾炎、代谢性脑病、多发性肾囊肿、器质性精神障碍。同年 8 月 18 日上午，赵 X 瞒着张 X3 人，带着正在重庆市第六人民医院住院治疗的张 XX 到民政局登记结婚。出院后，两人对外相互以夫妻相称，共同生活。

张 X3 人认为：1. 其父张 XX 与赵 X 进行结婚登记时，不具备自愿结婚的真实意思表示。根据张 XX 的病情，结合医学对该疾病的临床陈述，可以认定张 XX 在登记结婚时意识明显受限，不可能真实表达出自愿结婚的意思，对

于结婚的意义和产生的后果也无法意识。2．张 XX 患有器质性精神障碍、代谢性脑病、高血压脑病、脑梗塞、脑萎缩等疾病，表现为意识错乱、神智不清、幻听幻觉、智能低下、记忆衰退、情感障碍等，属于医学上认为不应该结婚的疾病。张 X3 人起诉请求：宣告赵 X 与张 XX 的婚姻无效。

赵 X 辩称：1．赵 X 与张 XX 缔结婚姻关系，系双方真实意思表示，该婚姻合法有效。张 XX 与赵 X 先后到婚姻介绍所登记，双方均有觅偶意向，后两人经婚姻介绍所介绍相恋。8 月 18 日上午，赵 X 与张 XX 一起去民政局登记结婚，回到医院后，两人还向医院其他人散发了喜糖。因此，张 XX 与赵 X 结婚系其真实意思的表示，是他们对婚姻生活的自愿选择。2．张 X3 人称张 XX 患有医学上认为不应该结婚的疾病，没有法律依据。根据相关法律规定，不宜结婚的疾病主要包括 X 些严重的传染病、严重遗传性疾病和精神病三类，张 XX 所患疾病并不属于区学上禁止结婚的疾病范畴，故张 XX 与赵 X 结婚并未违反婚姻法相关规定，婚姻合法有效。

重庆市南岸区人民法院经审理认为，本案双方当事人诉争焦点是：第一，关于张 XX 婚前是否患有医学上认为不应当结婚的疾病问题。根据 1994 年母婴保健法第八条、第九条、第十条、第三十八条之规定，医学上认为不应当结婚的疾病主要包括三类：一是指定传染病，即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；二是严重遗传性疾病，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；三是有关精神疾病，指精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。本案张 XX 所患疾病诊断为患有慢性肾功能不全尿毒症期、慢性肾小球肾炎、代谢性脑病、多发性肾囊肿、器质性精神障碍，不属于上述法律规定的三种类型，故并不导致婚姻无效。第二，关于张 XX 与赵 X 结婚是否是其真实意思表示的问题。经西南政法大学司法鉴定中心鉴定，张 XX 登记结婚时在《申请结婚登记声明书》与《结婚登记审查处理表》上的签名、捺印均系张 XX 本人的签字和捺印。从法庭调取的医院病程记录与护理记录显示，张 XX 在结婚前后几天，神志清楚，精神状态较好。证据之间能相互印证，形成证据锁链，故对于张 X3 人提出的张 XX 结婚时已失去意思表示能力，不是自愿结婚的理由，法庭不予采信。

综上，根据婚姻法第十条，最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第 7 条，母婴保健法第八条、第九条、第十条、第三十八条之规定，判决：驳回申请人张 X3 人的诉讼请求。

一审宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

（三）子女抚养亲子关系案例

最高法院权威案例：年代久远的境内收养及境外收养的认定

2017-02-08 小军家事

发生在很多年前的收养事实，或者境外收养，如何确认收养关系的存在？

根据最高人民法院在一则案例中阐述的意见，基本经验有：

1、境内：对年代久远的收养事实，应结合当时特定的社会环境和传统习俗予以认定。当事人提供的《亲属关系证明书》、《出国或往港澳申请表》、档案材料关于家庭成员或社会关系的记载等材料，均系历史形成，能够比较完整地展现当时的实际情况，可据以认定养母女关系的存在。

2、境外：外国地方政府家庭成员卡，经公证及认证，可确认其证明效力。再结合其他案件事实，可认定养母女关系。

最高人民法院《刘应心与许明月、刘荣枝、刘生镒、刘万龙、刘惠珍、王丽萍、王志辉、王云峰、刘维纯、刘银杏、刘秀杏、刘淑英、刘淑琼继承析产纠纷申请再审民事裁定书》写道：

刘应心申请再审称，……（二）原审认定刘秀杏为郭池娘养女与事实不符。根据福建省厦门市公安局思明派出所出具的《户口登记底册》载明，户主刘秀杏；曾合春，与户主关系为“母”。该证据足以排除刘秀杏与郭池娘存在收养关系。（三）原审认定郭碧杏为郭池娘养女与事实不符。……

本院经审查查明，福建省厦门市中级人民法院（1998）厦房终字第 162 号判决书认为，“不宜在本案推定刘秀杏的身份，且不应排除郭碧杏、刘爱珠亦系养女的可能性。”……

本院经审查认为，申请人的再审理由不成立。

……

（二）关于刘秀杏是否为郭池娘养女。

原审认定刘秀杏为郭池娘养女的主要证据有：

1、2001 年 7 月 6 日厦门市鹭江公证处出具的亲属关系证明书。

2、1978 年 4 月 30 日《出国或往港澳申请表》载明：姓名刘秀杏，家庭主要成员女儿王娟娟、母亲郭池娘、丈

夫王华贤、兄刘明辉（亦称刘振德）；刘秀杏与王华贤的结婚证书，该结婚证书载明主婚人郭池娘、曾合春；

3、厦门市劳动局出具的刘惠珍的父亲刘生聚的情况载明：主要社会关系姑刘秀杏；

4、厦门市公安局出入境管理摘录：刘秀杏，侄儿刘成聚、刘应心；

5、1958 年 12 月 20 日刘秀杏的职工登记表载明，家庭成员部分，夫王华贤、翁姑曾合春、女王娟娟、母郭池娘；

6、1971 年 2 月 18 日刘秀杏的职工登记表载明，主要社会关系养母郭池娘、大姐郭碧杏。

此外，还有照片及部分往来书信等。在上述两份职工登记表中，根据刘秀杏填写的家庭成员情况，曾合春应为刘秀杏婆婆。故刘应心再审提供《户口登记底册》，并依此主张刘秀杏与郭池娘不存在收养关系，证据不充分。根据本院再审查明的事实，（1998）厦房终字第 162 号民事判决并未明确刘秀杏的身份，刘应心以该判决主张刘秀杏非郭池娘养女，依据不足。

本院认为，本案所涉事实年代久远，有当时特定的社会环境和传统习俗，刘秀杏提供的上述系列证据均系历史形成，能够比较完整地展现当时的实际情况，原判决综合全部案件事实，认定郭池娘与刘秀杏之间存在养母女关系，并无不当。刘应心再审未能提供其他相反证据推翻原判决认定的事实，对其该项再审申请，本院不予支持。

（三）关于郭碧杏是否为郭池娘养女。

刘淑英提供的印度尼西亚泗水市第二行政区乡政府家庭成员卡，经当地公证处公证，并由印度尼西亚司法与人权部及外交部确认及我国驻泗水总领馆认证。刘应心虽对该证据证明的事实提出异议，但并未提供足以推翻相关事实的相反证据。原判决在确认该证据证明效力的基础上，结合其他案件事实，综合认定郭碧杏与郭池娘之间存在养母女关系，并无不当。此外，根据原审查明的事实，《阄分书》和《分给合同书》是对刘育才遗产的分配，刘育才去世时，郭池娘尚未收养郭碧杏，故上述析产协议未分给郭碧杏相应份额，并不能由此推定郭碧杏与郭池娘之间不存在收养关系。

……

裁定如下：

驳回刘应心的再审申请。

离婚后享有抚养权一方提出的不利于孩子身心健康的探望时间能否予以支持

——韩 X 诉杨 XX 探望权纠纷案

2017-02-09　法律家

【中 法 码】婚姻家庭法学·父母子女关系·探望义务（106031）

【关 键 词】民事　探望权　离婚　非直接抚养方　探望时间　利于子女身心健康　直接抚养方　协助配合

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】探望权 离婚

【教学目标】明确探望权的概念，掌握探望时间的确定。

【裁判机关】辽宁省沈阳市中级人民法院

【程序类型】民事二审

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

【案例信息】

【案　　由】探望权纠纷

【案　　号】（2015)沈中民一终字第 00092 号

【判决日期】2015 年 02 月 10 日

【审理法官】 王洋 刘小丹 刘春杰

【上 诉 人】 韩 X（原审原告）

【被上诉人】 杨 XX（原审被告）

【争议焦点】

夫妻双方离婚后，依据法院的判决，非直接抚养的一方可以每周探望孩子一次，可以在其住处过夜。之后，孩子的直接抚养人提出因民族信仰，以孩子人身安全等问题主张将探望时间更改为一个月探望两次，且不能过夜，此种情况下，孩子的直接抚养人主张的探望时间能否得到支持。

【裁判结果】

一审法院判决：一、准予原告韩X与被告杨XX离婚；二、双方婚生女孩杨xx（2011年12月1日出生）由被告杨XX抚养，原告韩X自本判决书生效之日起每月给付被告杨XX子女抚养费一千元至子女满十八周岁时止；三、原告韩X自2014年1月至本判决生效之日止每月给付被告杨XX婚内子女抚养费一千元；四、双方家庭财产：47寸松下电视等财产（详见卷内原告韩X提供的家庭财产清单，现均在原告韩X处）均归原告韩X所有；五、被告杨XX名下住房公积金81 738.88元归被告杨XX所有，被告杨XX于本判决书生效之日起十日内给付原告韩X财产折价款40 869.44元；六、驳回双方其他诉讼请求。

一审法院宣判后，被告杨XX不服一审判决，向法院提起上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

探望权系夫妻离婚后非直接抚养孩子一方享有的权利，其系基于父母子女之间的血缘亲情设立的权利，目的系为了保护子女的身心健康发展，因此应以有利于孩子健康成长原则确定探望孩子的时间。同时，直接抚养孩子的一方负有义务协助配合另一方行使探望权，直接抚养孩子一方主张的另一方可以探望孩子的时间，不利于孩子健康成长，侵犯了当事人合法权利的，依法不应予以支持。

【法理评析】

探望权，是指离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的与未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。探望权系基于父母子女关系而产生的一种身份权，设立探望权的目的在于保护未成年子女的身心健康，使其可以得到更多的亲情和关爱。根据我国《婚姻法》的规定，行使探望权的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。

父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。据此，夫妻离婚后对于子女的探望问题应以有利于孩子身心健康为原则，在不影响子女的学习、严重改变子女生活规律的前提下，确定一段时间内，间接扶养方可与子女单独交流。间接扶养方在行使探望权时，直接抚养子女的一方负有协助的义务。若直接抚养子女的一方不履行协助探望的义务，或者是采取各种手段，阻碍另一方实现探望权，则具有探望权的一方可通过向人民法院起诉，实现自己的探望权。

本案中，夫妻双方离婚后，孩子的父亲为直接抚养人，母亲应依法享有探望权。依据法院的判决，母亲探望时间为每周五晚上十七时至次日晚上十七时，之后孩子父亲提出因民族信仰不适宜被接走、孩子的母亲不能保证孩子安全、孩子母亲工作性质不能保证陪孩子时间等理由，要求探望时间改为每个月探望两次，这侵犯了孩子母亲的探望权，同时孩子的成长过程需要母亲的关怀，孩子父亲提出允许孩子母亲探望的时间不利于子女身心健康的，故不能支持其主张。

【适用法律】

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

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：

（一）重婚或有配偶者与他人同居的；

（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；

（四）因感情不和分居满二年的；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

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

离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

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

第三十七条 离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的

合理要求。

第三十八条 离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。

父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。

第三十九条第一款 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（一）》第二十四条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。

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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

【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

【思考题和试题】

1. 简述探望权的定义及设立的目的。

2. 探望权是基于什么法律关系产生的权利。

3. 法院在处理探望纠纷时主要应考虑哪些因素。

【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）：韩 x，女，1985 年 11 月 6 日出生，蒙古族。

被上诉人（原审被告）：杨 xx，男，1982 年 4 月 29 日出生，回族。

委托代理人：杨 x，男，1953 年 12 月 24 日出生，回族，杨 xx 父亲。

委托代理人：刘 xx，女，1954 年 5 月 19 日出生，回族，杨 xx 母亲。

上诉人韩 x 与被上诉人杨 xx 离婚纠纷一案，沈阳市皇姑区区人民法院作出(2014)皇民四初字第 549 号民事判决后，韩 x 不服该判决，向本院提起上诉。本院于 2014 年 12 月 25 日立案受理后，依法组成由审判员王洋担任审判长，代理审判员刘小丹、刘春杰（主审）参加评议的合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。

原审中韩 x 诉称：夫妻双方感情已经破裂，韩 x 要求离婚，婚生女孩由韩 x 抚养，杨 xx 每月给付子女抚养费 1 000 元；不同意给付杨 xx 婚内子女抚养费；要求在韩 x 住处的双方家庭财产均归韩 x 所有；要求分割杨 xx 名下婚姻关系存续期间的住房公积金；因杨 xx 在婚姻中有过错，要求杨 xx 赔偿韩 x 精神损失费 50 000 元；诉讼费共同承担。

原审中杨 xx 辩称：夫妻感情确已破裂，同意离婚；要求婚生女孩由杨 xx 抚养，韩 x 每月给付子女抚养费 1 000 元，因孩子自 2012 年 4 月 28 日至今一直由杨 xx 方抚养，故要求韩 x 给付婚内子女抚养费每月 1 000 元；在韩 x 处的双方家庭财产同意归韩 x 所有；公积金同意依法分割；杨 xx 没有过错，不同意赔偿精神损失费；诉讼费不同意承担。

原审法院经审理查明：当事人于 2009 年 12 月经人介绍相识，2011 年 3 月 11 日登记结婚，婚生女孩杨 xx 于 2011 年 12 月 1 日出生。婚后初期夫妻感情尚可，后双方因家庭生活琐事产生矛盾，导致夫妻感情破裂，故韩 x 于 2014 年 4 月 28 日起诉来院要求离婚。在双方婚姻关系存续期间，自 2011 年 3 月 3 日截止至 2014 年 9 月 28 日杨 xx 名下住房公积金缴存 78 392.88 元，杨 xx 自 2014 年 8 月每月缴存公积金 1673 元。当事人双方于 2014 年 1 月开始分居，分居期间，杨 xx 与杨 xx 及杨 xx 父母共同生活。双方共同财产有：47 寸松下电视等（详见卷内韩 x 提供

的家庭财产清单），以上财产均在韩 x 处。

原审法院认为：婚姻关系存续应以夫妻感情为基础。当事人双方虽系自主婚姻，但婚后并未建立起真正的夫妻感情，现韩 x 起诉来院要求与杨 xx 离婚，杨 xx 亦表示同意，足证双方夫妻感情已经破裂，故对韩 x 要求离婚的诉讼请求应准予。

关于子女抚养问题，双方均主张子女抚养权，本庭考虑在双方分居期间，婚生女一直随杨 xx 及杨 xx 父母共同生活，维持现在的生活状况更有利于子女的健康成长，故婚生女由杨 xx 抚养为宜，韩 x 应依法给付子女抚养费。关于子女抚养费数额，原审法院根据收入情况及子女实际需要酌定每月给付 1 000 元。关于杨 xx 主张韩 x 给付婚内子女抚养费问题，韩 x 表示在 2014 年 1 月分居前子女一直由双方轮流抚养，在分居后孩子确随杨 xx 共同生活，韩 x 虽未支付子女抚养费，但杨 xx 的工资也系夫妻共同财产，足够支付孩子的日常生活开销，故不同意给付婚内子女抚养费。原审法院认为父母对子女有抚养教育的义务，自 2014 年 1 月起婚生女一直由杨 xx 及其父母抚养，故韩 x 应支付子女抚养费，关于子女抚养费数额，原审法院根据韩 x 的收入情况及子女实际需要酌定每月给付 1 000 元。关于杨 xx 名下婚姻存续期间住房公积金分割问题，名下婚姻关系存续期间缴存的住房公积金为夫妻共同财产，应依法分割。关于其他家庭财产问题，双方均同意归韩 x 所有，原审法院予以准予。关于韩 x 主张的精神损失赔偿问题，杨 xx 予以否认，韩 x 也未能提供有力证据加以证明，故对韩 x 该项诉请法院法院不予支持。

原审法院依据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十六条、第三十七条、第三十九条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：一、准予韩 x 与杨 xx 离婚；二、双方婚生女孩杨 xx（2011 年 12 月 1 日出生）由杨 xx 抚养，韩 x 自本判决书生效之日起每月给付杨 xx 子女抚养费 1 000 元至子女满十八周岁时止；三、韩 x 自 2014 年 1 月至本判决生效之日止每月给付杨 xx 婚内子女抚养费 1 000 元。四、双方家庭财产：47 寸松下电视等财产（详见卷内韩 x 提供的家庭财产清单，现均在韩 x 处）均归韩 x 所有；五、杨 xx 名下住房公积金 81 738.88 元归杨 xx 所有，杨 xx 于本判决书生效之日起十日内给付韩 x 财产折价款 40 869.44 元；六、驳回双方其他诉讼请求。案件受理费 300 元（韩 x 垫付），由双方各承担 150 元。

宣判后，韩 x 不服该判决，向本院提起上诉。上诉称：1、请求二审法院判决韩 x 不承担 2014 年 1 月至 12 月的婚内子女抚养费年月 1 000 元；2、今后子女抚养费应该由 1 000 元变更为 650 元，按月工资的 20%计算；3、请求法院判决中明确行使探望权的方式和时间，韩 x 要求接走孩子探望，并保证探望时间；4、请求法院判决杨 xx 给付韩 x 经济补偿 20 000 元。

被上诉人杨 xx 辩称：一审法院审理正确，请求维持原判。韩 x 应该给付 2014 月 1 月至判决生效之日止孩子抚养费每月 1 000 元。关于探视权，杨 xx 从未剥夺韩 x 的上诉权，是韩 x 自己放弃权利。韩 x 不能保障孩子的正常生活秩序和安全，所以我方不放心韩 x 接走孩子。并且我们的民族不同，我们是回族，生活习惯也不同，所以为了维护和谐的民族关系，孩子在我们这生活更有利孩子的生活。我方同意探视，女方周六周日到我家看孩子，或孩子奶奶跟着孩子去女方那，到孩子有识别能力以后我方同意孩子单独出去。关于经济补偿，在一审时韩 x 没有提出，所以二审中不同意补偿。

本院查明的案件事实与原审法院查明的案件事实一致。

本院认为：子女抚养费是为满足子女生活成长而由父母双方共同承担的费用，父母向未成年子女支付抚养费既是法律义务亦属道德约束，父母双方应当根据本地生活水平及自身收入情况，履行此项法律义务。韩 x 提出其不应承担 2014 年 1 月至 12 月的婚内子女抚养费年月 1 000 元的主张，不符合法律规定，因自 2014 年 1 月起婚生女杨 xx 一直由杨 xx 及其父母抚养，抚养子女的相关费用亦由杨 xx 承担，故韩 x 应支付此期限内的婚内子女抚养费；关于今后子女抚养费数额问题，原审法院根据韩 x 收入情况及子女实际需要，并结合本地经济发展水平，酌定每月给付 1 000 元，并无不当。

关于探望权问题，韩 x 在二审中提出的探望权及经济补偿金问题，因韩 x 在一审中并未提出上诉两项主张，故其此两项上诉请求，不属二审法院审理范围，本院对此不予审查。但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十四条的规定，人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。因此，关于如何行使子女探望权问题，韩 x 作为杨 xx 母亲，可另行主张。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款（一）项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十四条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 300 元，由韩 x 承担。

本判决为终审判决。

（四）财产分割案例

离婚前购买的彩票离婚后中奖怎么分

2017-01-26 中国法院网 江苏省昆山市人民法院花桥法庭 何跃武

【案情】:

黄某与妻子王某于 2015 年 11 月办理了协议离婚。离婚前黄某在街边彩票店随手购买了一张 10 元的福利彩票，开奖时间恰好是双方离婚二日后开奖，黄某幸运的中了 8600 元并在朋友圈发消息炫耀，王某得知后要求奖金一人一半，理由是彩票是黄某与王某离婚前所购，属夫妻共同财产。黄某则认为奖金是婚后取得，不属夫妻共同财产，故不同意分割。

【评析】:

笔者认为，彩票奖金虽不属于夫妻共同财产，但王某也是彩票的共同出资人，故仍有权要求分割奖金。理由如下：1、我国法律规定夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，除法律有特别规定或双方约定的外，是夫妻共同财产，归夫妻共同所有。2、我们首先要明确，彩票本身并非财产，而是一种合同凭证，是彩民购买彩票时彩票发行中心与彩民签定的一个射幸合同的凭证。在射幸合同这种合同关系中，彩民能否获得一定的奖金是不确定的，彩民持有彩票这个权利凭证，享有一种期待利益。很显然，在本案中，彩票是在王某和黄某夫妻关系存续期间购买，故应当认定彩票是以夫妻共同财产购买的，王某正是基于共同出资而与黄某同为与彩票发行中心签订射幸合同的一方当事人。故彩票中奖后，王某和黄某自然就共同享有要求彩票中心支付相应奖金的权利，而不应由黄某独自享有，故黄某在取得 8600 元奖金后，王某有权要求分得其中的 4300 元。

相关法律：

1、我国法律规定夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，除法律有特别规定或双方约定的外，是夫妻共同财产，归夫妻共同所有。

2、彩票本身并非财产，而是一种合同凭证，是彩民购买彩票时彩票发行中心与彩民签定的一个射幸合同的凭证。在射幸合同这种合同关系中，彩民能否获得一定的奖金是不确定的，彩民持有彩票这个权利凭证，享有一种期待利益。

香港夫妻离婚，内地房产归谁？上海一中法院二审适用香港法律改判

2017-02-23 上观新闻 若水

摘要

“双方没有协议选择共同适用的法律，应适用共同经常居所地法律，没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”

一对香港夫妻 20 年前在上海买下一处房产，如今两人离婚面临财产分割，对该处房产的归属各执一词，打起官司。一审法院认定房产系夫妻共同财产，女方不服上诉。

近日，上海市第一中级人民法院依法审结此起涉外不动产所有权确认纠纷案，二审依法改判本案准据法适用中国香港地区法律，该处房屋归女方所有。

香港夫妻离婚 争夺内地房产

徐灵（女）与张贺均为香港地区居民，两人于 1987 年在香港注册结婚，之后生下女儿张茜茜。此后张贺常驻内地打理生意，徐灵在家当全职太太，照顾女儿的起居。为了往来居住便利，1998 年，徐灵来上海实地考察之后，出首付款购买了一套房屋，以自己的名义申请了银行贷款并按期还款，并将房子登记在自己名下。

2014 年，徐、张夫妇在共同走过 27 个年头后，夫妻关系走到尽头，徐灵在香港提出离婚诉讼，香港地区法院出具暂准离婚令，但尚未完成财产分割。2015 年，为了确认上海所购房屋的归属，张贺将徐灵在上海告上法庭。

由于中华人民共和国内地法律（以下简称内地法律）和香港特别行政区实施的法律（以下简称香港法律）关于婚姻财产的规定不同，这对香港籍夫妻就该房产纠纷当依据香港法律还是内地法律处置，看法不一。

两地法律存差异 法律适用遇难题

张贺认为本案系不动产物权纠纷，依据法律规定应适用不动产所在地法律。根据《中华人民共和国婚姻法》规定，该处位于上海的房屋系婚后购买，属于夫妻共同财产，因此张贺请求法院确认其对该处房屋享有 50% 的产权份额。

徐灵则认为按照法律规定，在双方并未就本案适用的实体法律达成一致的前提下，应适用双方共同经常居所地

法律，即香港法律。根据香港法律规定，夫妻婚后财产的处分，除双方有明确的协议外，应适用夫妻分别财产制，婚后取得但登记在一方名下的财产，应由该方取得完全的所有权。该处房屋是徐灵出资购买，银行贷款也系徐灵归还，故张贺无权要求取得系争房屋的所有权。

一审法院认为，徐灵、张贺均系香港特别行政区居民，婚姻缔结地为香港，不动产所在地为内地，共同经常居住地为内地。在二人无法协议选择适用法律的情况下，张贺要求适用《中华人民共和国婚姻法》，符合《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的规定。一审法院遂依据《中华人民共和国婚姻法》认定系争房屋属于夫妻共同财产。

徐灵不服，向上海一中法院提起上诉。

因婚姻关系产生财产争议 适用经常居住地法律

上海一中法院认为，首先，关于本案纠纷应适用的冲突规范。徐灵、张贺对系争房屋权属纠纷基于双方的婚姻关系，具有明显的人身属性，故应适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》关于夫妻财产关系准据法选择的规定。

其次，关于本案所有权争议所涉实体法律的选择适用。依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的相关规定，“双方没有协议选择共同适用的法律，应适用共同经常居所地法律，没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”

本案中，徐灵、张贺于 1987 年在香港地区登记结婚，且此前长期居住于香港地区，故双方的共同经常居所地应认定为香港地区。即使婚后两人长期异地生活，无共同的经常居所地，也应适用共同国籍国法律，即香港法律。

综上，上海一中法院依据已查明的《香港法例》第 182 章《已婚者地位条例》的相关规定，就张贺与徐灵关于涉案房屋产权的归属，适用夫妻分别财产制。因系争房屋登记于徐灵名下，应认定为徐灵所有，遂撤销一审法院的判决，二审改判驳回张贺的诉讼请求。

（五）损害赔偿案例

男方提供毛发得出的亲子鉴定结论证明非亲子关系证明力不足

（最高人民法院公布的地方参考性案例中确定的审判规则）

2017-02-08 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻双方协议离婚，约定婚生子女由女方抚养，男方按月给予抚养费后，男方以女方在婚姻关系存续期间存在不轨行为，婚生子并非其亲生为由，提起诉讼，并提供鉴定机构出具的咨询意见书一份。该意见书载明，依据男方提供的毛发，得出的鉴定结果为男方与婚生子非亲子关系。由于毛发具有可替代性，男方提供的咨询意见书不足以证明其主张。而婚生子为年满十八周岁的成年人，对重新与男方进行亲子鉴定不予配合，此时应尊重婚生子的选择，不应采取强制措施。此种情况，应认定男方与婚生子存在亲子关系。

【关　键　词】

民事　离婚后损害责任　协议离婚　子女　婚姻存续期间　不轨行为　咨询意见书　亲子关系　检材　可替代性　成年人　强制措施

【基本案情】

邓 X 与郑 X 于 1993 年 9 月 25 日登记结婚，婚后育有一女郑 XX。邓 X 与郑 X 于 2009 年 5 月 14 日经另案法院调解离婚，调解书内容载明：郑 X 与邓 X 协议离婚；邓 X 负责抚养女儿郑 XX，郑 X 每月支付邓 X 抚养费六百元人民币，从 2009 年 5 月起至郑 XX 年满十八周岁止；此外，调解书对双方的共有财产作出了具体分割。另外，调解书亦载明邓 X 与郑 X 双方无其他纠纷。

郑 X 以邓 X 在婚姻关系存续期间实施欺诈行为，郑 XX 非本人亲生女儿，严重违法婚姻法及相关法律，使其物质及精神受到损害为由，提起诉讼，请求判令：1、判决邓 X 返还其女儿 17 年又 7 个月的抚养费，每月按 600 元计算，合计 115 600 元，以及预交大学教育费 30 000 元，共计 156 600 元；2、邓 X 应当返还离婚时所分的住房一间；3、判决邓 X 承担精神损害赔偿 50 000 元。

邓 X 辩称：本人在婚姻关系存续期间没有不轨行为，郑 XX 为郑 X 亲生女儿。本人与郑 X 离婚后，仍与郑 X 共同居住在一间房屋，郑 X 与河南籍女子同居后，为达到让本人搬离的目的，称女儿非亲生对本人提起诉讼。女儿郑 XX 对父母离婚抵触情绪非常大，现已经住宿在学校。综上，不同意郑 X 的诉讼请求。

郑 X 提交了华大方瑞中心的咨询意见书，鉴定书中写明郑 X 委托我中心进行鉴定，通过邮寄的方式寄来毛发检

材两份，收到时间为2012年10月11日。两份检材分别用信封包装并标记有父亲、女儿的字样。通过鉴定，结果显示：检材1与检材2非亲子关系。

邓X对上述郑X提供的鉴定证据不认可。

【争议焦点】

鉴定机构依据男方单方提供的毛发作出主要内容为“男方与婚生子不具有亲子关系”的鉴定结论后，男方能否以该鉴定结论要求女方赔偿精神损失。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告郑X的诉讼请求。

原告郑X不服一审法院判决，提起上诉称：本人已经提交了郑XX与本人没有血缘关系的证据，且被上诉人邓X亦没有提供反证，应推定本人主张成立。故请求撤销一审判决，改判支持本人的全部诉讼请求。

被上诉人邓X辩称：上诉人郑X的上诉请求和理由没有事实和法律依据，依法应予驳回。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【审判规则评析】

亲子鉴定就是利用法医学、生物学和遗传学的理论和技术，从子代和亲代的形态构造或生理机能方面的相似特点，分析遗传特征，判断父母与子女之间是否是亲生关系。根据我国相关法律规定，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。据此，当夫妻一方提起诉讼请求确认亲子关系不存在，并提供由法律认可并由司法机关指定的鉴定机构作出的证明材料予以证明，另一方没有提供反驳对方主张的证据，又拒绝鉴定亲子关系的，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。主张亲子关系不存在的一方提供证据不足以证明其主张，须重新进行亲子鉴定，夫妻双方当事人均同意，但子女不予配合，若子女为年满十八周岁成年人，应尊重子女的选择，不应采取强制措施，进而应认定亲子关系存在。

夫妻双方协议离婚，约定由女方负责抚养女儿，男方提供抚养费。之后，男方向法院主张女方在婚姻关系存续期间存在欺诈行为，女儿非其亲生，并提供相关司法鉴定机构出具的咨询意见书，证明以毛发为检材样本进行检测，鉴定结论为婚生女儿与男方不存在亲子关系。但由于毛发具有可替代性，因此男方提供的证据不足以证明亲子关系不存在的主张。男方与女方所育女儿为年满十八周岁的成年人，其不配合重新进行亲子鉴定的，应尊重子女的选择，而不应采取强制措施。据此，对男方主张女儿与其无血缘关系，要求物质与精神损害赔偿的主张，不应支持。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第三十六条　父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

第三十七条　离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。

《中国人民共和国民事诉讼法》第六十四条　当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。　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。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条　当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

【法律文书】

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

郑X诉邓X离婚后损害责任纠纷案

【案例信息】

【中　法　码】民事诉讼法·民事诉讼证据·证据能力与证明力·证明力·不具有完全证明力的证据·鉴定结论　(C04030203061)

【案　　号】　(2014)一中民终字第 1284 号

【案　　由】　离婚后损害责任纠纷

【判决日期】　2014 年 03 月 17 日

【权威公布】　被最高人民法院《中国裁判文书网》收录

【检索　码】　C0502+13++BJYZ++0414D

【审理法院】　北京市第一中级人民法院

【审级程序】　第二审程序

【审理法官】　刘秋燕　徐冰　范磊

【上诉　人】　郑 X（原审原告）

【被上诉人】　邓 X（原审被告）

【上诉人代理人】　吴庆祥（北京市智汇律师事务所）

【裁判文书原文】　　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：郑 X。

委托代理人：吴庆祥，北京市智汇律师事务所。

被上诉人（原审被告）：邓 X。

上诉人郑 X 因离婚后损害责任纠纷一案，不服北京市石景山区人民法院(2013)石民初字第 27 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

郑 X 在一审法院诉称：邓 X、郑 X 于 1993 年 9 月 25 日结婚，婚后感情不和，长期分居，于 2009 年 5 月 14 日离婚。在婚姻关系存续期间，于 1995 年 2 月 23 日生有一女，抚养费用大部分都由郑 X 负担。自邓 X、郑 X 离异后，随着女儿的长大，据郑 X 和家人观察，其品相与郑 X 毫无相似之外，为了解惑释疑，特向北京华大方瑞司法物证鉴定中心申请 DNA 亲子鉴定。经检验，其结论是郑 X 不是郑 XX 父亲。由此可见，邓 X 在婚姻关系存续期间，故意实施了欺骗行为，婚后不仅维持婚外情，还和他人发生不正当关系，所生之女儿，使郑 X 误认为己出，承担了不应有的抚养义务。还应当着重指出，女儿本是我近半生的希望之一，但残酷的事实使之成为泡影，对郑 X 精神上是重大打击和摧残。返还抚养费、精神损害补偿，也将久久难以抚平心灵的创伤。此外，离婚时郑 X 考虑到，邓 X 和女儿共同生活，使女儿衣、食、住、行方便，茁壮成长，把郑 X 单位的福利分房，有阳台的一间分给了邓 X。离婚后，邓 X 又向郑 X 预支了女儿大学教育费三万元，现物是人非，理应返还住房及预支的大学教育费。郑 X 认为，邓 X 在婚姻存续期间，充满欺骗性质的行为破坏了正常家庭秩序，严重违反婚姻法及相关法律规定，必须承担相应的法律责任，故诉至法院。诉讼请求：1、判决邓 X 返还其女儿 17 年又 7 个月抚养费，每月按 600 元计算，合计 115600 元，以及预交大学教育费 30000 元，共计 156600 元；2、邓 X 应当返还离婚时所分的住房一间；3、判决邓 X 承担精神损害赔偿 50000 元；4、判决邓 X 承担本案的诉讼费。

邓 X 在一审法院辩称：不同意郑 X 的诉讼请求。邓 X 从来没有不轨行为，孩子肯定是郑 X 的。2009 年他离婚但是没有分家，一直住在同一居室里，离婚后仍然是矛盾不断，到后来郑 X 找了一个河南的女子，没有结婚但是同居，之后河南的女子跟邓 X 矛盾不断，后来郑 X 找邓 X 谈，说他们要结婚了，让邓 X 搬出去，可以给邓 X 几万元。河南籍的女子一直给郑 X 出各种各样的主意，目的是把邓 X 撵出去，这诉讼也是其中一个计策。为了把邓 X 赶出去。孩子在出现这个事情后，对这个事情抵触情绪比较大，她认为父母的离婚涉及到她个人觉得很丢人，所以不跟父母住一起，上学的时候住宿，周六、日会去姥姥家住。

北京市石景山区人民法院经审理查明：郑 X 与邓 X 原系夫妻关系，双方于 1993 年 9 月 25 日登记结婚，1995 年 2 月 23 日生一女郑 XX。双方于 2009 年 5 月 14 日经北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第 11493 号调解书调解离婚，调解书约定如下内容：“一、郑 X 与邓 X 离婚；二、婚生女郑 XX 由邓 X 抚养，郑 X 自 2009 年 5 月起每月支付抚养费人民币六百元，至郑莹莹十八周岁时止；三、共同财产沐泽台式电脑一台、海尔冰箱一台、木制双人床一张归郑 X 所有；惠普笔记本电脑一台、联想台式电脑一台、松下洗衣机一台、沙发床一张归邓 X 所有；四、位于北京市石景山一四二号住房一套，其中带阳台的房屋一间归邓 X 所有，另一间归郑 X 所有，客厅、卫生间、厨房双方共有；五、双方无其他纠纷”。

郑 X 主张自 2009 年 5 月至 2012 年 9 月每月支付郑 XX 抚养费 600 元，并提供了邓 X 签名的收据 4 张。对此邓 X

当庭表示认可。

在庭审中，郑 X 提交了北京华大方瑞司法物证鉴定中心方瑞亲子咨字(2012)第 925 号咨询意见书，鉴定书中写明“2012 年 10 月 11 日收到委托方郑 X 邮寄来的两份检材；检材 1 为毛发，用信封包装，上标有父亲字样；检材 2 为毛发，用信封包装，上面标有女儿字样。……根据上述遗传标记分型结果，不支持检材 1 是检材 2 的生物学父亲。”郑 X 主张自己拔了郑 XX 的头发然后寄送到鉴定机构，鉴定结论郑 X 不是郑 XX 的亲生父亲。对此，邓 X 称郑 XX 今年高考很少回家，郑 XX 从未有印象其父说过要和她做亲子鉴定，也未有印象父亲拔过她的头发，所以不认可该鉴定。现在郑 XX 的情绪很激动，郑 XX 和邓 X 都不理解郑 X 的做法。

另，在诉讼中法院多次与邓 X 沟通希望能与郑 XX 取得联系，希望邓 X 配合让郑 XX 到庭参与诉讼。因今年郑 XX 参加高考，郑 X、邓 X 均表示愿意给其提供一个宽松的考试环境，待孩子高考结束后再进行相关程序。法院待郑 XX 高考后多次联系被告，希望邓 X 能够让孩子到法院进行相关调查，邓 X 均以孩子抵触为由没有配合。

上述事实，有(2009)海民初字第 11493 号民事调解书、北京华大方瑞司法物证鉴定中心咨询意见书及原、被告当庭陈述在案佐证。

北京市石景山区人民法院判决认定：当事人对自己诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据予以证明，证据不足以证明当事人事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。现在郑 XX 已满十八周岁，法院无法强制其进行相关鉴定。第一，本案中郑 XX 是在郑 X 与邓 X 在婚姻关系存续期间所生，应当视为婚生子女；第二，郑 X 现在并无法证明其检材来自其女儿；第三，该报告并非鉴定意见而是咨询意见，且邓 X 对此意见不予认可；第四，现在郑 X 无法提供其他证据进一步证实其诉讼主张，故综合以上因素对于郑 X 的诉讼请求，法院不予支持。

综上所述，依据《中华人民共和国婚姻法》第三十六条、第三十七条，《中国人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：驳回郑 X 的诉讼请求。

郑 X 不服一审法院的判决，向本院提起上诉，请求本院撤销一审判决，改判支持其全部诉讼请求。郑 X 的上诉理由是一审法院适用法律错误。我方已经提交了证据证明郑 XX 确实与我没有血缘关系。在邓 X 未提交反证的情况下，应当推定我的主张成立。

邓 X 同意一审法院的判决，不同意郑 X 的上诉请求和理由。

本院经审理查明，原审法院查明的事实属实，本院予以确认。以上事实有当事人在二审期间的陈述在案佐证。

本院认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。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。郑 X 主张其与郑 XX 不存在血缘关系，郑 X 应当提供充分证据证明其主张。郑 X 提供的咨询意见书中虽不支持检材 1 是检材 2 的生物学父亲，但郑 X 提供的检材存在替换的可能性。郑 X 未能证明咨询意见书的检材 1 和检材 2 来自于郑 X 和郑 XX。本院认定郑 X 提供的证据不足以证明其主张，应由郑 X 承担相应的不利后果。本院对于郑 X 的主张不予采信。

需要明确的是，婚姻法司法解释三中规定，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。本案中，郑 XX 不配合做亲子鉴定，并非邓 X 不配合做亲子鉴定，不能因郑 XX 不配合做亲子鉴定而推定郑 X 的主张成立。考虑到郑 XX 是成年人，本院不宜采取强制措施，限制郑 XX 自由，强制其作亲子鉴定。

综上所述，原判认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审诉讼费用四千九百二十四元，由郑 X 负担（已交纳二千四百六十二元，余款于本判决生效后七日内交纳）。

二审案件受理费四千九百二十四元，由郑 X 负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

（六）离婚后财产纠纷及相关纠纷

以协议离婚为条件的离婚协议在一方提起离婚诉讼后不能生效

（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-02-17　指导性案例审判规则

【审判规则】

男女双方签订离婚协议约定，在双方办理离婚登记后，男方即向女方支付补偿费并承担夫妻共同债务。此后，女方拒绝协助男方办理离婚手续，并提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议约定的内容。因离婚协议是以双方办理离婚登记为前提的附条件民事协议，当女方提起离婚诉讼致使协议离婚的条件不再具有成就可能时，双方签订的离婚

协议不能发生效力。女方无权再要求男方履行离婚协议约定的义务。

【关 键 词】

民事　离婚后财产　离婚协议　离婚登记　补偿费　夫妻共同债务　离婚诉讼　协议离婚　附条件民事协议　履行义务

【基本案情】

王 X 与李 X 于 2010 年办理结婚登记手续，婚后李 X 被其所在单位派遣到外地工作。王 X 于 2012 年 1 月在李 X 的邮箱中发现了李 X 与他人存在不正当关系，其遂与家人前往李 X 工作处，到达后发现李 X 所租房屋内存在李 X 与他人同居的证据。王 X 与李 X 为此发生纠纷，并前往当地公安机关。经公安机关调解，双方签订了离婚协议，协议载明：李 X 在婚内与他人保持同居关系，严重伤害配偶王 X 的感情，双方同意到婚姻登记部门登记离婚。王 X 承诺在协议签署之日起一周内协助李 X 前往婚姻登记部门办理离婚手续。李 X 承诺，其与王 X 婚后购买的按揭房屋归王 X 所有，未交付的按揭款由李 X 承担支付责任；夫妻共同债务均由李 X 承担；李 X 向王 X 支付青春损失补偿费二十万元。嗣后，李 X 多次要求王 X 协助办理离婚手续，王 X 均未同意。李 X 多次找到王 X 的父母，并威胁王 X 的父母另王 X 与其办理离婚手续。

王 X 以李 X 与其婚姻关系存续期间同第三人保持同居关系，在其发现后双方签订了离婚协议，李 X 应按协议约定的内容履行义务为由，提起诉讼，请求判令王 X 与李 X 离婚；李 X 与王 X 婚后购买的按揭房屋归王 X 所有，未交付的按揭款由李 X 承担支付责任；李 X 向王 X 支付青春损失补偿费二十万元；夫妻共同债务七十万元由李 X 承担。

李 X 辩称：王 X 所称的协议上本人的签字确为真实，但该协议系本人在受王 X 胁迫的情况下签订，并非本人真实意思表示。同时，该协议中所作承诺应当以王 X 与本人去婚姻登记部门登记离婚为条件，现王 X 与本人未能办理离婚登记手续，该协议不应发生法律效力。故请求驳回王 X 的诉讼请求。

【争议焦点】

男女双方签订离婚协议约定女方协助男方办理离婚手续后，男方即向女方支付补偿费并承担夫妻共同债务，此后，女方拒绝协助男方办理离婚手续并提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议约定的内容，该离婚协议是否已发生法律效力。

【审判结果】

一审法院认定：被告李 X 在与原告王 X 婚姻关系存续期间，与第三人保持同居关系，被告李 X 的此种行为违反了其对原告王 X 的忠诚义务，致使双方感情破裂，应准予双方离婚；双方在公安机关的调解下签订离婚协议，询问笔录以及办案警务人员均能证明被告李 X 是基于真实意思表示签订的离婚协议，故不存在胁迫事宜不；但双方签订的离婚协议中关于财产分割的约定，应当以双方办理离婚登记手续为前提条件，而现在原告王 X 已经提起了离婚诉讼，则该条件不再可能成就；被告李 X 已经表明其对离婚协议中关于财产分割的内容反悔，故双方签订的离婚协议中关于按揭房屋分割的内容不能生效；我国相关法律及司法解释未规定离婚协议中不属于财产分割的条款的生效条件，故依据当事人意思自治原则，应认定离婚协议中不属于财产分割的条款生效；被告李 X 应当依约独自承担全部夫妻共同债务，并向原告王 X 支付青春损失补偿费二十万元。

一审法院判决：准予原告王 X 与被告李 X 离婚；被告李 X 向原告王 X 给付青春损失补偿费二十万元；原告王 X 和被告李 X 夫妻关系存续期间所欠共同债务七十万元均由被告李 X 承担；驳回原告王 X 其他诉讼请求。

被告李 X 不服一审判决，提起上诉称：本人与被上诉人王 X 签订离婚协议时，被上诉人王 X 与其亲属是以暴力方式胁迫本人签署，故该离婚协议并不是出于本人真实意思表示，应当依法撤销；同时，该离婚协议中所有不利于本人的约定均是以被上诉人王 X 与本人办理离婚手续为前提条件，而被上诉人王 X 并未协助本人办理离婚手续，该前提条件并未成就，故离婚协议中不利于本人的条款均不具备生效条件。据此，请求撤销一审判决中判令本人向被上诉人王 X 给付青春损失补偿费二十万元，以及夫妻共同债务七十万元由本人独自承担。

被上诉人王 X 辩称：一审判决事实认定清楚，适用法律无误，上诉人李 X 提出的上诉理由没有事实和法律依据，故请求二审法院维持一审原判，驳回上诉人李 X 的上诉请求。

二审法院判决：维持一审判决中准予被上诉人王 X 与上诉人李 X 离婚的内容；撤销一审判决中上诉人李 X 向被上诉人王 X 给付青春损失补偿费二十万元，被上诉人王 X 和上诉人李 X 夫妻关系存续期间所欠共同债务七十万元均由上诉人李 X 承担的内容；驳回被上诉人王 X 的其他诉讼请求。

【审判规则评析】

协议离婚是指夫妻双方具有自愿离婚的意思表示，对子女抚养、财产分割问题达成书面协议的前提下，到婚姻登记部门申请离婚，在婚姻登记部门审查后，准予办理离婚登记。双方自婚姻登记部门发放离婚证书时起，离婚生

效。离婚协议是夫妻双方为了不通过诉讼离婚而达到协议离婚的目的，所签署的书面协议，若不能实现则将与双方签订离婚协议目的相违背。离婚协议属于一种附条件的民事协议，而所附生效条件即为双方协议离婚。因此，在夫妻双方签订离婚协议后，未能协议离婚，则离婚协议的生效条件并未成就，即不能生效。

在男女双方婚姻关系存续期间，女方发现男方与其他异性存在不正当男女关系，双方为此发生争执，在公安机关调解后签订了离婚协议，约定女方协助男方办理离婚登记后，男方因其过错赔偿女方补偿费并承担夫妻共同债务。此后，双方并未办理离婚登记，女方提起离婚诉讼要求男方履行离婚协议的内容。因男方在离婚协议中所作的承诺，是以双方协议离婚为前提的，故双方的离婚协议属于附条件的民事协议。而男方提起了离婚诉讼致使离婚协议所附条件不可能再成就，双方签订的离婚协议并未生效，女方则无权依据离婚协议向男方主张权利。

【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(三)》第十四条 当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

【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

【案例信息】王 X 诉李 X 离婚后财产纠纷案

【中 法 码】婚姻家庭法・离婚制度・离婚效力・离婚协议效力・生效 (L040403013)

【案 由】 离婚后财产纠纷

【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》2012 年第 2 集(总第 50 集)收录

【检 索 码】 C0502+12++MM++++0411C

【审理法院】 XX 人民法院

【审级程序】 第二审程序

【上 诉 人】 李 X（原审被告）

【被上诉人】 王 X（原审原告）

【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（原审被告）：李 X。

被上诉人（原审原告）：王 X。

上诉人李 X 因与被上诉人王 X 离婚后财产纠纷一案，不服 X 县法院民事判决，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。

原审法院经审理查明：原告王 X 与被告李 X 经他人介绍自由恋爱，并于 2010 年登记结婚。婚后，李 X 因工作原因被派驻到外地工作，很少回家，两人感情逐渐淡薄。2012 年 1 月，王 X 无意中查看到李 X 邮箱中有李 X 与他人交往的暧昧邮件。为此，王 X 及其家人赶赴外地准备质问李 X。不料，在李 X 所租住房屋内，发现李 X 有和他人同居的证据。为此，双方扭打至当地派出所。经派出所协调，双方达成离婚协议一份。主要内容为：“鉴于李 X 在与王 X 婚姻关系存续期间与赵 X 保持同居关系的行为，严重伤害王 X 的感情，婚姻已无法继续。王 X 同意与李 X 到民政局登记离婚。为此，李 X 承诺：（1）李 X 和王 X 共有的按揭房屋一套归王 X 所有，剩余按揭款由李 X 独自承担；（2）李 X 和王 X 共同向好朋友张 X 所借 70 万元，由李 X 在一年内分 6 次归还；（3）给予王 X 青春损失补偿费 20 万元；（4）截至离婚之日，家庭所负其他债务均由李 X 承担。王 X 承诺：在协议签署之日起一周内协助李 X 去民政局办理协议离婚手续。”协议签订两周后，原告王 X 以李 X 为被告向 X 县法院起诉离婚。具体诉讼请求为：（1）王 X 与李 X 离婚；（2）李 X 和王 X 共有的按揭房屋一套归王 X 所有，剩余按揭款由李 X 独自承担；（3）李 X 给予王 X 青春损失补偿费 20 万元；（4）李 X 承担家庭共同债务 70 万元（即向张 X 所借款项）。

被告李 X 辩称，该协议是在王 X 胁迫下签订，并非其真实意思表示。而且，李 X 在协议中所承诺事项，均以到民政局登记离婚为前提，既然双方登记离婚不成，则应适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）的相关规定，依法认定该协议不发生法律效力。故请求法院驳回王 X 有关房屋、青春损失补偿费和家庭共同债务的诉讼请求。

X 县法院受理本案后，查明如下事实：（1）李 X 确实与案外人赵 X 不以夫妻名义共同居住；（2）李 X 对王 X 提

交协议上自己签名的真实性无异议；（3）在是否离婚的问题上，双方均同意离婚；（4）李X曾多次找王X办理协议离婚手续，均遭王X拒绝；（5）李X以王X拒绝办理登记离婚手续是因其岳父母阻挠为由，多次上门威胁其岳父母；（6）经法院释明后，双方均表示家庭其他财产不在诉讼中处理，由双方协商解决。

一审法院经审理认为，夫妻之间的忠实义务是夫妻感情维持的重要基础。本案中，李X与案外人赵X的同居行为违反了其对配偶王X的忠实义务，造成了夫妻间感情的裂痕。事后，李X多次上门威胁王X父母的行为又加速了夫妻间感情的破裂。在本案审理过程中，经受理对双方当事人多次调解无效，应准予离婚。至于李X依据双方间离婚协议提出的有关按揭房屋、青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的诉讼请求则应具体情况具体分析。首先，案涉离婚协议并非胁迫所致。从案涉离婚协议的签订背景来看，双方是在当地派出所主持下签订，派出所的询问笔录以及经办民警均可证实李X主动提出离婚并同意签订案涉离婚协议，在离婚协议起草过程中，李X并未表示过不同意见。其次，协议中有关按揭房屋分割条款没有生效。理由在于，李X与王X签订的离婚协议中有关财产分割的约定，是以双方登记离婚为前提。既然王X已诉至法院，说明到民政局登记离婚已不可能，而李X又在离婚诉讼中明确表示对离婚协议中有关财产分割的条款表示反悔。故根据《婚姻法解释（三）》第十四条“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”之规定，案涉按揭房屋的分割条款没有生效；再次，协议中有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的条款已经生效。其理由在于，《婚姻法解释（三）》第十四条针对的只是离婚协议中有关夫妻共同财产分割的条款生效，规定财产分割条款的生效以登记离婚或到法院协议离婚为前提。但该条文并未涉及非财产分割条款的效力，故从尊重当事人意思自治出发，不管登记离婚是否实现，离婚协议中非财产分割条款均已生效。因此，应判决支持王X有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的诉讼请求。至于李X和王X的失妻共同财产，经法院释明后，双方均坚持不在本案中。

并处理，而是由双方自行协商处理方案。故从尊重当事人诉权出发，对李X和王X的其他夫妻共同财产，法院不予处理。综上，X县法院一审判决如下：一、准予王X与李X离婚；二、李X于判决生效后15天内向王X给付青春损失补偿费20万元；三、王X和李X夫妻关系存续期间所欠张X共同债务70万元均由李X承担；四、驳回王X其他诉讼请求。

李X对一审判决不服，向X市中级人民法院提起上诉称，案涉离婚协议签订时，王X及其家人对自己进行了推搡、扭打，自己人身当时正受到威胁。因此，离婚协议是在自己被胁迫的情形下签订，应予以撤销。另外，从离婚协议的内容也可看出，所有关于对李X不利的规定都以到民政局登记离婚为前提，现在到民政局登记离婚没有实现，说明这些条款生效的条件还未具备。故一审法院依据这些条款作出判决，属于认定事实不清，适用法律不当，应予纠正。由上，李X提出上诉请求如下：一、维持一审判决第一项、第四项；二、撤销一审判决第二项、第三项；三、驳回王X其他诉讼请求；四、一、二审诉讼费用由王X承担。

王X提交书面答辩意见认为，一审判决认定事实清楚、适用法律正确，请求二审法院维持一审判决，判决驳回李X的上诉请求。

X市中级人民法院经审理认为，李X有关离婚协议是在被胁迫的情形下签订应予撤销的观点不能得到支持，理由在于：首先，王X及其家人虽然因情绪失控，对李X进行了扭打，但并未造成李X身体伤害。而且离婚协议签订是在派出所，有该所警察在场监督。因此，即便王X及其家人有威胁行为，也会被警察制止。其次，即便李X签订离婚协议确实是被胁迫所致，李X也应就撤销该协议提出独立的诉讼请求，但一审中李X并未提出撤销协议的诉讼请求，故二审没有必要再就该新的诉讼请求进行审理。至于案涉离婚协议中有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担的条款是否生效的问题，李X认为这些条款没有生效的主张，应予支持。其理由在于，从案涉离婚协议中有关“王X同意与李X到民政局协议离婚。为此，李X承诺”的约定可知，李X承诺的前提是“王X同意与李X到民政局协议离婚”。可见，李X之所以在离婚协议中作出所有对自己不利的承诺，都是以登记离婚为条件。这在法律上应被视为附条件的民事法律行为，在所附条件未成就的情形下，民事法律行为未生效力。也就是说，在王X未与李X登记离婚的情况下，李X在协议中的承诺均不产生效力。因此，王X不能依据离婚协议主张有关青春损失补偿费20万元以及家庭所有共同债务由李X承担。综上，X市中级人民法院作出二审判决如下：一、维持一审判决第一项、第四项；二、撤销一审判决第二项、第三项；三、驳回王X其他诉讼请求；四、一、二审诉讼费用由李X承担。

怀孕诓复婚？帮人养儿子？广州男子诉请返12万抚养费被驳回！

2017-02-17 信息时报 记者魏徽徽

你不信任我，还让我还抚养费。早知道这样，干嘛复婚？

银行卡里的钱，不是我们的共同财产，是什么？

广州一男子离婚后将前妻及与前妻有经济往来的一名男子告上法庭，怀疑前妻在第一次离婚后利用怀孕诓他复婚，害他帮别人养了 5 年儿子，并疑心前妻汇巨款的男子即孩子生父，请求法院判决两人返还其支付的抚养费 12 万余元。日前，这起侵权纠纷在广州法院终审，该男子因证据不足被驳回诉求。

疑点 1

怀试管婴儿是诓他复婚？

陈某诉称，他与阿娟 2008 年离婚，阿娟声称她通过人工授精怀上了试管婴儿，种种原因他被迫在 2009 年复婚。不久后，阿娟生下与他非父子关系、疑似另一名男子林某非婚生子的小陈。2014 年两人经越秀区法院调解离婚，小陈由阿娟携带抚养。

陈某怀疑阿娟利用怀孕诓他复婚，自己帮林某养了多年儿子，还怀疑前妻瞒着他把夫妻共同财产转移给了林某。陈某称，当时因部分银行卡在阿娟手中，他误以为夫妻双方没有共同财产。2015 年在另外一宗案件过程中，陈某发现，阿娟提交的一张银行卡流水中，记录了两人第二次离婚前，阿娟将 37.9 万余元存款转给了林某。

陈某认为，阿娟和林某合谋侵犯了他的合法权益，并导致他在夫妻共同生活期间为非亲生子支付了 12 万余元的抚养费。阿娟骗了他，林某之所以嫌疑最大，是因为林某多次作为旁听者出庭；而离婚期间因阿娟更换家里的门锁，他两次报警，林某在两次警方调解中都全程参与。据此，陈某起诉请求法院判令阿娟和林某连带返还转移的夫妻共同财产 18.9 万余元并退还 12 万余元的抚养费。

疑点 2

转账是不是夫妻共同财产？

庭审过程中，林某辩称他与阿娟相识于 2010 年，当时阿娟已有孩子，小陈并不是他的孩子。阿娟向他所付款项实为向他支付的借款。

阿娟则辩称，她向林某转账的 37.9 万余元不是个人财产，2013 年起她与林某合伙做资金转借生意，故有资金往来。而是她向他人借入的用于转借给林某的资金，她还提供了《借条》。阿娟说，她从来没有欺骗、隐瞒过陈某。陈某与她第二次离婚后，曾经进行过五次诉讼，在各次诉讼中陈某均表示及承认：在与她复婚前已清楚知道第三人并非为其亲生儿子。

在本案诉讼期间，陈某提出要求林某与小陈进行亲子鉴定的申请。林某则提出鉴定的条件为，陈某同意与其签订协议约定：如第三人并非自己的儿子，则由陈某向他支付赔偿款 20 万元，否则不同意该申请。经法院释明，陈某表示不同意与林某签订前述协议，故鉴定无法进行。

法院判决

属继父子关系理应抚养

越秀区法院一审认为，阿娟已提交了相应的银行账户流水及证人证言予以证实，转账给林某的款项不是夫妻共同财产。陈某也确认，复婚后双方的收入由各自掌控，也无法认定陈某与阿娟复婚后，确实积累了大额资产可供阿娟转付他人。

从本案查明的事实分析，复婚时阿娟已怀有身孕，陈某亦清楚知晓小陈并非其亲生子女，在此情况下仍自愿复婚从而与小陈形成了抚养关系，其应对该行为承担相应的法律责任，即理应对小陈承担起抚养、教育的责任及义务。

陈某主张林某为小陈的父亲，应承担相应的举证责任。而陈某未能就此提交相关证据。2016 年 12 月底，越秀区法院驳回陈某全部的诉讼请求。近日广州中院二审维持原判，目前该判决已经生效

（七）恋爱同居纠纷案例

“喜当爹”的财产纠葛：请求房产遭驳回，不当得利得返还

2017-02-15 广州市中级人民法院 白云法院

案情简介

阿辉与小翠相识于桑拿中心，交往一段时间后，双方发生关系。三个月后，小翠告诉阿辉自己怀有了他的身孕，要求阿辉为其购置住房一套。阿辉考虑到确实与小翠发生过关系，有了自己的小孩也正常，便相信了小翠，并认为既然是自己的孩子，为其购置一套房子抚养自己的孩子也是应该的，于是就给了小翠 18 万元作为购房首付款，房屋登记在小翠名下，剩余房屋贷款由小翠自行偿还。

随着时间推移，阿辉看着渐渐长大的孩子越看越觉得不像自己，于是带着孩子去做亲子鉴定，结果，亲子鉴定结论显示小翠所生的“儿子”小聪并不是阿辉的生物学儿子，孩子的亲爹另有其人。

此后，阿辉多次要求小翠返还购房款，但小翠都以种种理由推托不还。对此，阿辉认为自己因误信小翠，认为小翠所生的孩子是自己亲生的，才会为其支付购置房子首期款，现在亲子鉴定小孩不是自己的生物学儿子，故小翠取得的房屋首期款等利益属于不当得利。于是阿辉向法院起诉，要求判决房屋的所有权归其所有。

法院经审理认为，由于争议的涉案房产原权属并不登记在阿辉名下，房屋产权现登记在小翠名下，该房屋并以小翠名义办理了银行按揭，房屋仍处于按揭贷款还贷期。结合阿辉就涉案房产按揭贷款偿还的陈述内容，应当认定小翠就该房屋的购买亦有出资。

法院判决

法院判决认为，根据不动产物权登记取得的原则，应当认定涉案房产的产权人为小翠。

后阿辉另案以不当得利起诉，要求判令小翠返还首期购房款以及相关的税费 180000 元。法院经审理认为，对于阿辉就本案诉请主张返还的首期购房款和相关税费，生效判决虽驳回了阿辉就争议涉案房产主张撤销赠与及返还房屋产权的诉讼请求，但已认定阿辉实际就涉案房产首期房款 18 万元的支付。小翠理应就上述款项即所得不当利益予以返还。

法官释法

关于房产所有权的归属问题

阿辉的证据仅能证实他实际支付首期房款 18 万元，由于房产现登记在小翠名下，阿辉亦非权属人，该房以小翠名义办理了银行按揭，房屋也一直由小翠还贷，故应当认定小翠就该房屋的购买亦有出资。根据不动产物权登记取得的原则，应当认定涉案房产的产权人为小翠。

关于不当得利是否应当返还的问题：

由于小翠在怀孕产子至亲子鉴定意见出具之前，一直告知并使阿辉误认小翠所生育的孩子与其有血缘关系。在此期间，阿辉在小翠故意隐瞒小孩真实身份情况的欺诈行为下，所作出的以帮扶小翠及小孩日常生活为目的的款项给付应当认定为非阿辉本人真实意愿的错误意思表示，小翠据此所取得的不当利益应予返还。

《中华人民共和国物权法》第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。”任何物权的设立、变更、转让、消灭都会涉及第三人利益，因此，物权的设立、变更、转让和消灭必须公开、透明，以利于保护第三人利益，维护交易安全和秩序。物权与公示不可分离，公示是物权的基础，所以公示原则是物权制度的基本原则。登记是物权公示的基本方式，通过登记，使第三人了解物权变动的信息，不仅能够使权利的变动形成一种公信力，使已经形成的权利变成一种干净的权利，更重要的是使第三人能够通过登记了解权利的状况以及权利是否存在负担，为不动产交易的当事人提供一种风险的警示。

案件中，房屋登记在小翠名下即是一种公示，房屋的所有权在没有其他法律明文规定例外的情况下应当是属于小翠所有，所有权以登记公示为准。阿辉提供给小翠的 18 万元房屋首期款，虽然用途是用于购买房屋，但从法律上来说仍属于债权债务的法律范畴，并不会导致已登记在小翠名下房产的公示效力发生变动，阿辉也只能主张不当得利的返还，而直接主张房屋所有权在法律上不会被支持。

（八）其他相关案例

同性婚姻登记|孙文麟、胡明亮诉长沙市芙蓉区民政局不履行婚姻登记法定职责案

2017-02-14　中国宪政网

湖南省长沙市中级人民法院

行政判决书

(2016)湘 01 行终 452 号

上诉人（原审原告）孙文麟。

委托代理人黄思敏，湖北典恒律师事务所律师。

委托代理人石伏龙，湖南人和律师事务所律师。

上诉人（原审原告）胡明亮。

委托代理人石伏龙，湖南人和律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）长沙市芙蓉区民政局，住所地：湖南省长沙市芙蓉区人民东路 189 号。

法定代表人黄萍，局长。

委托代理人黄天明，系长沙市芙蓉区民政局副局长。

委托代理人周福康，湖南君见律师事务所律师。

孙文麟、胡明亮因认为长沙市芙蓉区民政局（以下简称芙蓉区民政局）不履行婚姻登记法定职责一案，不服长沙市芙蓉区人民法院(2016)湘 0102 行初 3 号行政判决，上诉至本院。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

一审法院查明，孙文麟、胡明亮均为男性。2015 年 6 月 23 日，孙文麟、胡明亮到芙蓉区民政局要求办理结婚登记。芙蓉区民政局工作人员在审查后，认为孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》关于结婚必须是男女双方的规定，决定对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请不予办理结婚登记，并当场告知孙文麟、胡明亮不予办理结婚登记的理由和结果。孙文麟、胡明亮不服，诉至法院,请求判令芙蓉区民政局为其办理结婚登记。

一审法院判决认为，我国实行婚姻登记制度。《婚姻登记条例》第二条规定，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。据此，芙蓉区民政局具有对辖区内居民结婚登记申请作出是否办理婚姻登记的法定职权。《中华人民共和国婚姻法》第二条、第五条、第八条以及《婚姻登记条例》第四条、第七条规定，结婚必须是男女双方，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，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。本案中，孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合我国上述法律、行政法规的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请，不予办理结婚登记，并当场告知孙文麟、胡明亮结婚登记申请不符合我国上述法律、行政法规关于男女双方登记结婚的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请作出不予办理结婚登记行政行为符合法律、行政法规的规定，且行政程序合法。综上所述，孙文麟、胡明亮的诉讼请求无法律依据，依法不应支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条的规定，判决驳回孙文麟、胡明亮的诉讼请求。

上诉人孙文麟、胡明亮上诉称：行政行为在执法人数、资格、审查核实申请材料、告知理由和结果、陈述申辩权、以及送达书面的不予受理通知单等程序上没有依照湖南省的相关行政程序性规章。一审法院没有采信民政局的证据，故行政行为没有证据。一审法院认定民政局工作人员对上诉人的材料进行了审查及依法完成了告知义务，是错误的。婚姻法没有明确禁止同性婚姻，婚姻法第二条的男女平等应当是男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚。刑法中聚众淫乱罪等包括了同性的情况，婚姻登记也应当涵盖同性婚姻。根据宪法等对于平等和人权的规定，婚姻登记排除同性是歧视，对同性申请婚姻登记应予办理。对于本案涉及的宪法上的平等权与人权、婚姻法的婚姻自由等规定，一审法院对此予以回避，法律适用不当。综上，请求法院判决：1、撤销一审判决发回重审或者查清事实后改判；2、由被上诉人承担一二审诉讼费用。

被上诉人芙蓉区民政局答辩称：民政局作出的行政行为不是不予受理结婚登记，而是受理后不予登记，决定不予登记前对上诉人申请结婚进行了审查和询问。不予登记的依据就是婚姻法和婚姻登记条例，无需其他证据。对于婚姻法的相关条款，立法原意即异性婚姻，行政机关是法律的执行机关，只能严格依法执法，没有超越法律的权力。被诉行政行为程序合法，审认定事实和适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

当事人向一审法院提交的证据和依据已随案移送本院。经审查，本院对一审采信的证据予以确认。但，芙蓉区民政局在一审中提交的何建平的自述材料，能够反映案件事实经过，对于上诉人提出结婚登记申请及被上诉人不予登记的事实，对方当事人也予以认可，依法可以作为认定案件事实的依据，应予采信。一审法院以该证据不是作出行政行为时形成的为由不予采信，将证据资格与证明力等同，应予纠正。

本院经审理查明的事实与一审查明的事实一致，本院予以确认。

本院认为，根据起诉状，本案孙文麟、胡明亮的诉讼请求是请求判令芙蓉区民政局为其办理结婚登记。根据《中华人民共和国婚姻法》第二条、第五条、第八条等相关规定，办理结婚登记的必须是男女双方。二上诉人均为男性，明显不符合法律规定的办理结婚登记的条件，其要求判令被上诉人为其办理结婚登记，理由不成立。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条“原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求”的规定，其诉讼请求应予驳回。一审判决驳回其诉讼请求，符合上述法律规定，上诉人认为被上诉人没有为其办理结婚登记在程序上和实体上均违法，故一审判决驳回其诉讼请求错误，理由不成立，不予支持。上诉人提出刑法中聚众淫乱罪的处罚对象包括同性，婚姻登记也应涵盖同性，婚姻法中的“男女平等”应当解释为男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚等，其理解明显超出婚姻法相关规定中“男女”的文义范围，属于曲解法律，不予采信。上诉人认为根据宪法等关于平等和人权的要求，婚姻登记排除同性是歧视,对同性申请婚姻登记应予办理，该主张系否认法律的效力，理由不成立，不予支持。综上，上诉人的上诉理由均不能成立，其

上诉请求没有法律依据，不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审受理费 50 元，由上诉人孙文麟、胡明亮负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　周　永

代理审判员　黄　姝

代理审判员　陈丽琛

二〇一六年六月二十七日

书　记　员　刘　赞

相关法条

《中华人民共和国婚姻法》

第二条　实行婚姻自由一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。

第五条　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　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。

（九）赠与案例

这边登记结婚那边百万赠情人 妻子怒告美籍丈夫及“小三”追讨共同财产胜诉

2017-02-15 上海法治报 金豪 敖颖婕

昨天是西方情人节，打开手机，满屏都是秀恩爱。然而也有曾经的有情人，在节日前黯然分手，更有甚者走上法庭剑拔弩张。日前上海市一中院审结的一起赠与合同纠纷上诉案中，上演了一场“小三”现身，为了财物与“原配”互撕的闹剧。法院根据“原配”王女士的诉请，查明后判令曾与王女士丈夫同居的小洪将获赠的部分财物计 111.4 万余元予以返还。

王女士与美国男子雷蒙于 2014 年 6 月在中国登记结婚。之前，双方曾签订婚前协议一份

双方约定：

雷蒙在中国没有房产，因此女方的房屋为双方的固定住所；

男方没有任何财产和银行存款，女方有两处公寓及银行存款人民币 10 万元，女方同意与男方共同居住在她的公寓，用女方的钱供双方生活花销；

任何一方将来有工作或生意，收入都属于双方所有。

然而雷蒙并没有忠于和王女士的这段婚姻。几乎在同一时段，雷蒙又结识了有配偶的女子小洪。

2014 年 5、6 月

一边在与王女士准备结婚的雷蒙，一边又与小洪走到了一起，瞒着王女士在外过起了“甜蜜”的“两人世界”。

2014 年 5 月 22 日至 2014 年 11 月 19 日期间

雷蒙通过其名下的建设银行账户向小洪多次打款，金额共计人民币 107 万余元。

2014 年 12 月 1 日

雷蒙又让人向小洪汇款 20 万美元。

此后

小洪也通过自己名下的不同银行账户陆续给雷蒙或者后者指定的账户汇款合计人民币 120 余万元。

2016 年 1 月，雷蒙和小洪的关系走到了尽头。两人分手后，雷蒙的妻子王女士以小洪和雷蒙为共同被告提起了诉讼，要求法院判令认定雷蒙给付小洪人民币 132 万元的处分行为无效，并要求小洪返还这 132 万元。一审对小洪与雷蒙之间往来钱款经过逐一审核，经过抵扣后判令雷蒙赠与小洪 111.4 万余元的行为无效，小洪需将上述钱款返还王女士。小洪不服判决，上诉至上海一中法院。

二审期间，小洪又拿出自己的出入境记录、好友出具的证明、租房合同及银行交易明细等证据，意欲证明雷蒙还曾拿着小洪的银行卡去提现或消费，而自己与好友合租居住。但鉴于证人未能到庭以及证据真实性无法确认等原因，小洪的这些证据未能被法庭采信。

上海一中法院审理后认定，因所涉钱款是在雷蒙与王女士夫妻关系存续期间流转至小洪处，该款项是雷蒙与王女士共同共有的财产，故无论是基于王女士、雷蒙所称的流转原因赠与，还是小洪所称的流转原因保管，共同共有人王女士要求小洪返还该款都合法有效。因雷蒙对小洪的赠与侵犯了王女士的共同共有权，故属无效行为，小洪应予返还。

小洪二审中坚持雷蒙签字的四份证明中涉及的钱款应当认定为返还的款项，实系主张行使抵销权。但且不论四份证明的真实性，即使其中确有部分是雷蒙提取化用，亦难以认定该行为是雷蒙与王女士夫妻合意，用于家庭共同生活之中，即缺乏依据确定王女士对雷蒙可能提取、化用小洪的钱款负有返还之责。故小洪在本案中主张抵销，理由与依据均不足。遂作出维持原判的终审判决。（文中人物均系化名）作者 | 金豪 敖颖婕

大数据中的彩礼：彩礼是离婚元凶？（附典型案例）|聚法案例

2017-02-27 聚法

近日，一张**“中国彩礼地图”** 在网络上走红，该图以地图形式标注了中国各地的结婚彩礼金额，引发网友热议。

（图片源于网络）

中国自古以来婚姻的缔结，就有男方在婚姻约定初步达成时向女方赠送聘金、聘礼的习俗，这种聘金、聘礼俗称“彩礼”。在新中国成立之后的一段时间，彩礼和与彩礼相关的订婚和婚约都受到了批判，曾一度被废止，但在民间始终顽强存在。

由彩礼引发的纠纷似乎从未间断过，今天小编就带你从司法数据来看**彩礼问题**。

数据来源：聚法案例

时间范围：2014 年 1 月 1 日-2017 年 2 月 20 日

数据范围：聚法案例数据库中关于“彩礼”的民事、刑事判决文书

数据总数：75361 份

一、审判年份

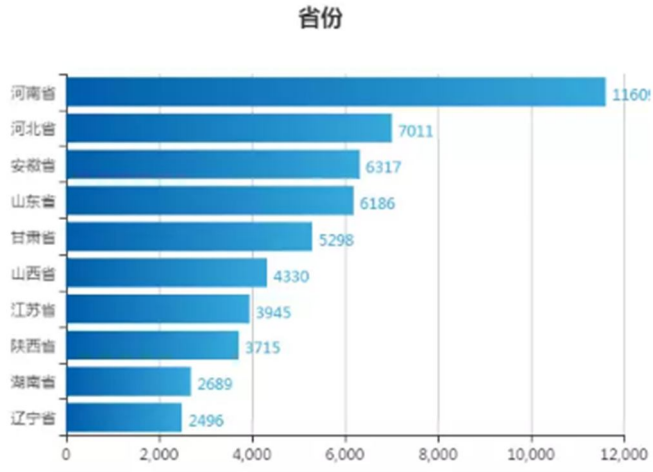
审判年份	数量（份）
2014	24689
2015	29403
2016	21236
2017	33

根据**聚法可视化**显示的数据来看，**2015 年的“彩礼”案件数量最多**，判决文书达到 29403 份，占比为 39.02%；2014 年判决文书为 24689 份，占比为 32.76%；2016 年判决文书为 21236 份，占比为 28.18%，2017 年判决文书为 33 份，占比 0.04%。

2016 年案件数量相较于 2014 年及 2015 年来说较少，这大概和 2016 年多地政府相继出台的**彩礼指导标准**有关（例如河南省汤阴县伏道镇以镇政府名义下发《农村红白事标准参照指导意见》，提出**“彩礼总数控制在 5 万元以内，酒席共不超过 15 桌”**），这些指导意见被认为是为遏制农村高价彩礼风而制定的**“限价令”**，其也在一定程度上

减少了农村彩礼纠纷。

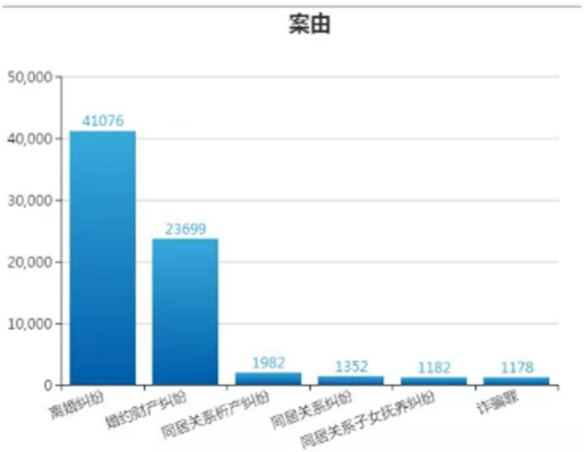
二、省份



根据**聚法案例可视化**显示的结果来看，“彩礼”案件判决文书**排名前五的省份**为河南省（11609 份，占比为 15.40%）、河北省（7011 份，占比为 9.30%）、安徽省（6317 份，占比为 8.38）、山东省（6186 份，占比为 8.20%）、甘肃省（5298 份，占比约为 7.03%）。

“彩礼”案件文书数量排名第一的河南省，**其数量比位居第二名的河北省多出了 4598 份**，此现象与其人口数量不无关系，河南省作为我国人口第一大省，由于人口基数大，相应的，案件数量也会多一些。

三、案由



根据**聚法案例可视化**显示的结果来看，“彩礼”涉及的民事案由集中于**离婚纠纷**（41076 份，占比约为 54.50%）、**婚约财产纠纷**（23699 份，占约为 31.44%）、**同居关系析产纠纷**（1982 份，占比约为 2.63%）、**同居关系纠纷**（1352 份，占比约为 1.79%）、**同居关系子女抚养纠纷**（1182 份，占比约为 1.56%），而涉及的刑事案由集中于**诈骗罪**（1178 份，占比约为 1.56%）。

从结果来看，彩礼案件中**离婚纠纷占比高达 54.50%**，占据了案由的半壁江山。小编通过对案例进行数据抽取与分析，发现离婚纠纷中涉及彩礼，**多是彩礼返还问题**，也即离婚时，男方要求女方归还全部彩礼或部分彩礼；亦或是男女双方先领取结婚证，后女方家庭索要高额彩礼作为**“婚姻保证金”**，致使彩礼成了离婚的导火索。

而关于**彩礼诈骗**，最高法曾公布**指导案例**确定了**审判规则**：

具体案例：

黄彩梅（女）于 2013 年 10 月与河南人王志帅（男）通过他人介绍相亲。黄彩梅提出依照当地风俗，看望老人需准备红包。王志帅将装有 1360 元的红包交给黄彩梅，后黄彩梅同意与王志帅结婚，但需彩礼 38000 元，王志帅同意通过银行卡将彩礼礼金转账给黄彩梅。黄彩梅得到钱后拒绝与王志帅见面拒接电话且找各种理由推诿。次年 3 月，黄彩梅又与河南人王永安（男）通过媒人介绍认识。同样以结婚彩礼礼金方法骗得王永安钱财共计人民币 31000 元。后黄彩梅仍以各种理由推诿并拒接电话。黄彩梅实施两起诈骗罪，骗取被害人共计 70360 元。案发后，黄彩梅退还王永安 31000 元，退还王志帅 39360 元。

审判规则：

行为人以结婚索要彩礼为手段，虚构事实，使被害人陷入错误认识中，被害人基于错误认识而向行为人支付彩礼，且骗取钱财数额巨大，行为人在得到钱财后，各种理由推诿拒不见面，行为人的行为构成以以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。故行为人的行为应认定为诈骗罪。

四、彩礼新“玩法”

彩礼发展到了今天，形式各种各样，以下几种为近年来的最新“玩法”：

“万紫千红一片绿”：

万紫：10000 张 5 元的

千红：1000 张 100 元的

一片绿：600 张 50 元的

“三斤一响”：

即百元人民币称三斤，大约十一二万，加上一辆价值最少四五万的小轿车

“一动不动”：

动：10 万元以上的小轿车

不动：120 平米以上的房子

小编只想说：真会玩.....还有更厉害的玩法吗，欢迎贡献在留言板上.....

五、关于彩礼问题的规定

彩礼问题，涉及的更多的是**彩礼返还**问题。大量的案例显示，有相当多的当事人认为彩礼是为结婚而给付的，离婚了就应返还，其实，这是个误解。

最高人民法院于**《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》**对婚姻关系中的彩礼问题和处理婚姻关系的程序问题作了解释，对彩礼的返还问题及其情形进行了明确。

解释（二）第十条明确规定：

当事人**请求返还按照习俗给付的彩礼**的，如果查明属于以下情形，人民法院**应当予以支持**：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。

六、结语

虽然法律对彩礼问题做出了相关规定，一定程度上统一了彩礼纠纷案件裁判尺度，但因规定过于简略和原则，已难以适应如今社会生活中越来越复杂的彩礼纠纷。

古今中外，彩礼和婚约共同承担着促进婚姻缔结的使命，但婚姻的维系更加需要的是两个人能同甘共苦相互扶持。愿有情人终成眷属，更愿有情人不因彩礼成为“两条路上的人”。

附典型案例：

马国强与马玉美离婚纠纷二审民事判决书

（2016）新 40 民终 835 号

上诉人（原审原告）：马某甲，住伊宁县。

被上诉人（原审被告）：马某乙，住伊宁县。

上诉人马某甲因与被上诉人马某乙离婚纠纷一案，不服伊宁县人民法院（2015）伊县民初字第 2789 号民事判决，向本院提出上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审判决认定：马某甲与马某乙经媒人介绍认识，于 2015 年 3 月 3 日在伊宁县墩麻扎镇民政办依法登记结婚，婚后未生育子女，因双方婚前缺乏了解，婚后也未注重培养夫妻感情，常为家庭琐事发生争执。2015 年 8 月 23 日，因双方发生争执，女方回娘家居住至今。女方陪嫁物品有衣柜一个。

原审判决认为，马某甲请求与马某乙离婚，马某乙同意离婚，该院予以准许。对于马某甲要求返还彩礼 100200 元，庭审中其未提供证据证明是否给马某乙送彩礼，再者两人结婚后共同生活五个月，马某甲也未提供证据证明其符合《婚姻法》规定的可以退彩礼的情形，故对该诉求不予支持。对于马某乙要求返还陪嫁物品的请求，马某乙的陪嫁物，属于其婚前个人财产，应归其个人所有，庭审中，虽马某甲未提供证据证明陪嫁物品的存在，但马某乙认可陪嫁物品衣柜一个，该院予以确认。综上诉述，依照《中华人民共和国婚姻法》第十八条、第三十二条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：一、准许马某甲与马某乙离婚；二、马某乙的陪嫁物品衣柜一个（在马某甲处）

归马某乙所有。三、驳回马某甲其他诉讼请求。案件受理费300元，减半收取150元，由马某乙负担。

马某甲不服原审判决，上诉称：我在原审已充分举证给马某乙送彩礼100200元，借结婚索要大额彩礼的习俗不应得到法院支持。请求撤销原审判决第二项、第三项，改判马某乙返还我彩礼100200元。

针对上诉人的上诉请求及理由，马某乙答辩称：我并没有收到彩礼，不应返还；即使我父亲收到彩礼，我已经和马某甲领取结婚证并共同生活了六个月，不符合返还彩礼的条件。

本院经审理查明的事实与原审查明的一致。

本院认为，因双方当事人对原审法院判决离婚均无异议，本案争议的焦点为：马某乙是否应当返还马某甲彩礼。《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）》第十条规定，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。马某甲与马某乙已办理结婚登记手续且已共同生活，马某乙不存在借婚姻骗取财物的情形；马某甲没有提供充分证据证明其因给付彩礼导致生活困难。综上，上诉人的上诉请求依法不能成立，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费150元，由上诉人马某甲负担。

本判决为终审判决。

审判长白瑞芳

代理审判员周丽萍

代理审判员张长胜

二〇一六年五月三十日

书记员杨春磊

五、继承

（一）继承审判动态

国画大师许麟庐遗产继承纠纷案终审落槌

2017-02-07 北京二中院

2016年12月29日，随着北京市高级人民法院对著名国画大师许麟庐继承纠纷案作出“维持二中院作出的驳回许麟庐部分子女要求继承许麟庐遗产诉讼请求”的终审判决，涉及72件名人字画等标的额高达21亿元的遗产继承纠纷案终审落槌。案件宣判后，许麟庐妻子、九十八岁高龄的王龄文老人特意送来书有“秉公办案、专业精湛”的锦旗表示致谢。

许麟庐生前通过书面遗嘱将其所有财产留给妻子王龄文，但许麟庐与王龄文的部分子女不承认遗嘱真实性，要求法定继承许麟庐所有遗产，双方争执不下。

该案经一审、二审，重审、再二审，历经4年之久。重审期间，二中院采用“3+2”模式（即3名法官加2名陪审员的组成合议庭）审理该案， 人民陪审员在案件评议过程中，从常识和常理角度，特别是对案件的争议焦点—遗嘱的真实性做了有力论证，为实现裁判民意基础和法律基础的相融合发挥了积极作用。

二中院重审认为，王龄文所提交遗嘱符合法律规定的自书遗嘱形式要件，合法有效。王龄文除遗嘱外还提交了许麟庐与遗嘱合照的电子照片，而该照片经鉴定未发现有技术修改的痕迹。在各方均认可的比对样本中，“许”字既有“讠”字旁的写法，也有“言”字旁的简写即三点水的写法。根据一般常识，在书法创作中用不同名字、字体、写法署名落款名章均很常见，故许麟庐部分子女的质疑不成立。此外，王龄文与许麟庐共同生活七十余年，遗嘱内容系许麟庐将财产留给结发妻子，亦符合人之常情。许麟庐部分子女主张王龄文向法院提交的遗嘱系伪造，因其未能提供充分证据予以证明，法院不予采信。据此，驳回了许化夷等人要求继承许麟庐遗产的诉讼请求。

（二）继承典型案例

徐学林与骆长莲、徐爱存第三人撤销之诉案

《民事法律文件解读》2016年11月 江苏省南通市中级法院 陈建全 张娟娟

裁判要旨：

死亡抚恤金的分配规则应类推适用继承法，参照遗产分配规则，认定死亡抚恤金分配权原则上由法定继承人享有，同时，还应兼顾依靠死者生前扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人的生存权。

案情简介：

徐相周与苏梅系夫妻，婚后未生育，收养一女徐爱存。苏梅 1979 年去世。1981 年徐相周与郑荣英结婚，婚后未生育。郑荣英与前夫生育的徐学林、徐小明、徐艳芳随二人共同生活。除徐艳英未成家，另两人先后成家另居。1993 年郑荣英病逝。随后，徐相周与骆长莲结婚，婚后无子女。徐相周于 2014 年 9 月 17 日病逝，同年 10 月社保机构发放丧葬费 6000 元，一次性抚恤金 124790 元。2015 年 5 月 7 日，骆长莲将徐爱存诉至如东县法院，要求分配丧葬费和死亡抚恤金。2015 年 5 月 27 日双方在法院达成调解协议。2015 年 6 月 11 日，徐学林以自己是徐相周继子女为由申请赊销上述调解书。法院建议其提起第三人撤销之诉。

法院裁判：

如东县人民法院一审审理认为，死亡抚恤金是国家以财产补偿的方式，对死者形成特殊身份关系的特定自然人的一种安慰性补偿，本身不具遗产属性。享受其分配权的主体，除法律规定的特定群体，原则上案法定继承人范围确定。而徐学林与徐相周形成继父子关系时已成年。其对徐相周有过的付出和资助不属于法定义务，不构成法律意义上的抚养关系，在徐相周病重时的探视并非事实上的赡养。因此，根据《继承法》第十条第五款之规定，徐学林不具备徐相周的法定继承人资格，驳回其诉讼请求。

作者评析：

死亡抚恤金分配权原则上参照遗产由法定继承人享有

一、死亡抚恤金的性质探微

二、既有判决的类型化总结

三、两种理念的价值权衡

四、基于本案的处理意见

遗嘱未生效时被继承人处分遗嘱所涉房产的行为如何定性

——王 X 洁、王 X 芝、王 X、郭 X 诉王 X 龙遗嘱继承纠纷案

2017-02-12　法律家

【中 法 码】继承法学·遗嘱继承·遗嘱的变更、撤销·推定形式（t0405023）

【关 键 词】民事　遗嘱继承　被继承人　继承人　房屋买卖合同　房屋所有权处分房屋　意思表示　撤销遗嘱　对价　法定继承

【学科课程】继承法学

【知 识 点】遗嘱的撤销 遗嘱继承人 房屋买卖合同 法定继承 遗嘱继承

【教学目标】掌握遗嘱撤销的概念，明确遗嘱撤销的情形。

【裁判机关】北京市第二中级人民法院

【程序类型】民事二审

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

【案例信息】

【案　　由】法定继承纠纷

【案　　号】（2010）二中民终字第 23939 号

【上 诉 人】 王 X 洁 王 X 芝 王 X 郭 X（原审原告）

【上 诉 人】 王 X 龙（原审被告）

【争议焦点】

被继承人订立遗嘱确定由继承人继承房产，其后双方以出售形式将房屋转移至继承人名下，该遗嘱尚未生效时，被继承人处分遗嘱所涉房屋能否认定为对遗嘱的撤销。

【裁判结果】

一审法院判决：被告王 X 龙分别给付原告王 X 洁 115 000 元，给付原告王 X 芝 115 000 元，给付原告郭 X115 000 元；给付原告王 X115 000 元；王鑫德在中国工商银行的存款均归被告王 X 龙所有；王鑫德名下的承德风力发电 20000 股中的 4000 股归原告王 X 洁所有、4000 股归原告王 X 芝所有、4000 股归原告郭 X 所有、4000 股归原告王 X 所有、4000 股归被告王 X 龙所有；唐山股票 1000 股归被告王 X 龙所有；秦皇岛三号机 1000 股归被告王 X 龙所有；王鑫德的丧葬费及一次性抚恤金共计 95 805 元，被告王 X 龙给付原告王 X 洁 19 161 元，给付原告王 X 芝 19 161 元，给付原告王 X19 161 元，给付原告郭 X19 161 元；、驳回原告王 X 洁、王 X 芝、王 X、郭 X 的其他诉讼请求。

原告王 X 洁、原告王 X 芝、原告王 X、原告郭 X 不服一审判决，提出上诉。

被告王X龙不服一审判决，提出上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

被继承人通过订立遗嘱确定其所有房屋的继承人，而后被继承人与遗嘱继承人签订房屋买卖合同，以出售的形式将房屋所有权转移至遗嘱继承人名下。因被继承人死亡前遗嘱尚未生效，故被继承人此时处分遗嘱涉及的房屋视为改变了遗嘱意思表示，应认定为对遗嘱的撤销。故该房屋出售后的对价应当按照法定继承而非遗嘱继承处理。

【法理评析】

遗嘱是指遗嘱人生前对其死后遗产或其他事物依法作出的个人处分即处理的嘱托，遗嘱于遗嘱人死亡时生效。遗嘱是遗嘱人的单方法律行为，依据遗嘱人单方的意思表示即发生变更和撤销的效力。《中华人民共和国继承法》第二十条规定：“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。”同时，遗嘱人订立遗嘱后，如果在生前实施与遗嘱意思表示相反的行为，致使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。因此，遗嘱人可在生前通过处分遗嘱所涉财产达到撤销或者部分撤销遗嘱的法律效果。

被继承人有多名法定继承人，其在生前订立公证遗嘱，并在遗嘱中表明其所有的房屋在其死亡后由指定继承人继承。而后被继承人与指定继承人签订房屋买卖合同，以出售的形式将房屋所有权转移至指定继承人名下。因遗嘱效力的实现，应当以被继承人在死亡前一直保持对房屋的所有权为必要条件。被继承人在生前与指定继承人签订房屋买卖合同，虽然从形式上指定继承人均能取得房屋所有权，但是指定继承人通过房屋买卖取得房屋与通过继承成取得房屋的法律依据并不相同。因被继承人在生前将房屋出售时，遗嘱继承并未开始，指定继承人仅为房屋的买受人身份。而被继承人将遗嘱处分的房屋出售，实际是以出售行为改变了遗嘱的意思表示，属于对遗嘱的撤销。因此，上述房屋出售后的对价，应当作为被继承人的遗产，由其各法定继承人予以继承。

【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。

第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第十条 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。

第十三条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

最高人民法院《关于贯彻执行＜中华人民共和国继承法＞若干问题的意见》第三十九条 遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。

第四十二条 遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。

第五十二条 继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。

【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

【思考题和试题】

1.遗嘱在何种情况下能够变更或撤销。

2.简析撤销遗嘱的方式。

3.浅谈遗嘱撤销的要件。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：王X洁。

上诉人（原审原告）：王X芝。

上诉人（原审原告）：王X。

上诉人（原审原告）：郭X。

上诉人（原审被告）：王X龙。

上诉人王X洁、王X芝、王X、郭X因与上诉人王X龙遗嘱继承纠纷一案，不服北京市朝阳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。

原审法院经审理查明：被继承人王鑫德与王学贞系夫妻关系，婚后育有子女五人，分别是王X洁，王X芝，王燕萍（已去世），王X，以及王X龙。王学贞于2007年11月29日去世，王鑫德于2009年6月21日去世。在本案审理过程中，王燕萍于2010年5月21日去世。王燕萍继承人为郭X，法院依法追加郭X为本案共同原告参加诉讼。王鑫德和王学贞于2005年3月15日和2005年3月16日分别书写签名的公证遗嘱各一份，遗嘱内容均为：“我和老伴王学贞（王鑫德）拥有坐落于北京市朝阳区延静西里、北京市朝阳区力源里、北京市朝阳区力源里及北京市朝阳区延静西里的房屋共四套，现我自愿订立遗嘱如下：在我去世后，为了防止纠纷，我自愿将上述房产中属于我的份额留给我的儿子王X龙所有，其他人无权干涉。”经核实，在王鑫德、王学贞生前，以王鑫德名义与王X龙于2006年7月28日签订两份房屋买卖协议，与肖亚娜于2006年7月21日签订房屋买卖协议，与王小龙于2006年7月28日签订房屋买卖协议，上述房屋买卖协议显示王鑫德已经将四套房屋分别卖给了王X龙、王小龙及肖亚娜，涉案两套房屋买受人为王X龙，房屋合同价款分别为270000元及350000元。王X龙称涉案房屋的买房款均已付清，但未提供充分证据。

另查实，华北电网有限公司出具谆据证实已经发放王鑫德一次性抚恤金90805元，丧葬补助费5000元，上述款项已由王X龙领取。王鑫德名下有股票基本金：承德风力发电20000股，每股1元；唐山股票1000股，每股1元；秦皇岛三号机1000股，每股1元。王鑫德在中国工商银行的账户余额为0.02元；另一账户余额为334.42元；第三账户的余额为0.09元；第四账户的余额为130.71元；第五账户的余额为1600元。王X洁所述北京市朝阳区延静西里房屋购房款24000元是由其支付，未提供充分证据。王X龙出具的证据可证实其对父母照顾较多。

原审法院经审理认为：被继承人王鑫德、王学贞所作公证遗嘱为最后有效的遗嘱，遗嘱中指向的为四套房屋。而根据法律规定，遗嘱人生前的衍为与遗嘱的意思表示相反而使遗嘱处分的财产所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或者部分被撤销。涉案房屋在王鑫德与王学贞去世之前即已被处分。因此，涉案房屋不再属于王鑫德与王学贞遗产的范围。但是，出卖房屋所得价款应当属于王鑫德与王学贞的遗产。虽然王X龙称已经支付了购房款，但是并未充分举证。因此，上述房屋合同价款总计620000元应当作为王鑫德和王学贞的遗产由各继承人依照法定继承予以分割。同时，存款及股票也应作为遗产由各继承人依照法定继承予以分割。在具体分割时，考虑到王X龙对王鑫德、王学贞尽了较多赡养义务，可适当多分遗产。至于24000元购房款一节，作为共同债务处理证据不足。另外，王X龙领取的一次性抚恤金90805元及丧葬补助费5000元应属于各继承人共同共有，一并予以处理。

原审法院依据《中华人民共和国继承法》第三条、第五条、第十条、第十三条、第二十条、《最高人民法院关

于贯彻执行（中华人民共和国继承法）若干问题的意见》第三十九条、第四十二条、第五十二条之规定，作出如下判决：

一、被告王 X 龙于本判决生效之日起七日内分别给付原告王 X 洁 115000 元；给付原告王 X 芝 115000 元：给付原告郭 X115000 元；给付原告王 X115000 元。

二、王鑫德在中国工商银行的存款均归被告王 X 龙所有。

三、王鑫德名下的承德风力发电 20000 股中的 4000 股由原告王 X 洁所有、4000 股由原告王 X 芝所有、4000 股由原告郭 X 所有、4000 股由原告王 X 所有、4000 股由被告王 X 龙所有；唐山股票 1000 股由被告王 X 龙所有；秦皇岛三号机 1000 股由被告王 X 龙所有。

四、王鑫德的丧葬费及一次性抚恤金共计 95805 元，被告王 X 龙于本判决生效之甘起七日内给付原告王 X 洁 19161 元，给付原告王 X 芝 19161 元，给付原告王 X19161 元，给付原告郭 X19161 元。

五、驳回原告王 X 洁、王 X 芝、王 X、郭 X 的其他诉讼请求。

一审判决后，各方当事人均不服判决，向北京市第二中级人民法院提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为：原审法院认定涉案房屋不再属于王鑫德与王学贞遗产的范围并无不当，本院予以认可。出卖房屋所得价款应当属于王鑫德与王学贞的遗产。上述房屋合同价款总计 620000 元应当作为王鑫德和王学贞的遗产由各继承人依照法定继承予以分割，存款及股票也应作为遗产由各继承人依照法定继承予以分割。考虑到王 X 龙对王鑫德、王学贞尽了较多赡养义务，在具体分割时可适当多分遗产。至于 24000 元购房款一节，原审法院认为作为共同债务处理证据不足，本院予以认可。王 X 龙领取的一次性抚恤金 90805 元及丧葬补助费 5000 元属于各继承人共同共有，原审一并予以处理并无不当。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，应予以维持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，作出判决如下：

驳回上诉，维持原判。

刘某诉李某某、李小某、刘某某、燕某继承案

2017-02-25　北京一中院

遗嘱继承中的遗嘱执行人未必就是遗嘱继承人。这需要法院根据遗嘱人所立遗嘱的内容，结合遗嘱解释及遗嘱执行人等相关制度，对具体身份加以确认，并将相关财产依据法律予以处分，从而达到充分反映遗嘱人的真实意思表示，保障继承人的合法权益的目的。

相关法条

《中华人民共和国继承法》第五条、第十条、第十一条、第十三条、第十六条、第十七条、第二十七条、第二十九条。

基本案情

刘某某、刘某诉称：母亲李某死亡后遗留有 806 号房屋及银行存款、基金等约 55 万元，上述财产均在李某某处，要求继承分割。

李某某辩称：李某留有自书遗嘱，已经将上述遗产遗嘱给李某某继承。

李小某辩称：李某所立的遗嘱符合法律规定，为有效遗嘱。

燕某辩称：遗嘱的内容只是李某授权由李某某全权处理李某的遗产，而非归李某某所有，遗产应当按照法定继承处理。

审理结果

一审法院经审理后判决：一、登记在李某名下的 806 号房屋一套及李某名下在中国工商银行、北京银行、北京商业银行、兴业银行的存款共计四十六万零八百五十一元三角八分归李某某所有。二、李某名下的融通债券基金、银华保本基金、博时沪深 300 基金份额归李某某所有，李某某给付刘某某、刘某补偿款各一万一千二百五十元五角五分；给付李小某补偿款一万七千五百零一元一角。三、驳回刘某某、刘某其他诉讼请求。

刘某不服一审判决并诉至北京一中院，北京一中院经审理后判决维持一审第二项判决，改判如下：

一、李某名下的 806 号房屋归李某某所有。李小某、刘某某、刘某协助李某某办理房屋产权过户登记手续，将该房屋过户至李某某名下。李某某给付李小某房屋折价款一百六十二万六千六百元，李某某给付刘某某、刘某房屋折价款一百六十二万六千六百元；二、李某名下的由李某某保管的中国工商银行、北京银行、北京商业银行、兴业银行的存款共计四十六万零八百五十一元三角八分归李某某所有。李某某给付李小某十五万三千六百一十七元，李

某某给付刘某某、刘某十五万三千六百一十七元；三、驳回刘某某、刘某其他诉讼请求。

裁判理由

北京市第一中级人民法院经审理认为：

本案的争议焦点是：李某所立自书“遗嘱”的内容是否应具有遗嘱效力。遗嘱是指遗嘱人生前在法律允许的范围内，按照法律规定的方式对其遗产或其他事务所作的个人处分，并于遗嘱人死亡时发生效力的法律行为。

首先，遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示。

其次，遗嘱应明确财产的归属。从李某所立遗嘱的字义上理解，李某死亡后，李某的房产及物品等由李某某全权处理。李某的银行存款交李某某保管处理。李某所立遗嘱的内容体现的实质是由李某某负责处理李某的遗产，不是由李某某个人继承李某的遗产。

故原审法院依照李某的上述遗嘱，将李某的806号房屋一套及李某名下的存款确认归李某某所有系认定事实和适用法律的错误，法院予以纠正。因此，李某死亡后所遗留的全部个人财产，应当进行法定继承，刘小某的份额由其子女刘某某、刘某代位继承。

裁判解析

我国《继承法》规定了法定继承、遗嘱继承、遗赠抚养协议继承三种继承方式，其中遗嘱继承较为复杂，容易产生争议，本案涉及遗嘱继承中遗嘱解释及遗嘱执行人身份的确认两个问题。

一、遗嘱解释

遗嘱作为遗嘱人的法律行为，旨在依遗嘱人之意思表示的内容发生一定的法律效果，如何确认遗嘱反映遗嘱人的真实意思表示是遗嘱继承纠纷案件中需解决的主要问题。由于种种原因，遗嘱人的意思表示可能会出现歧义或空白，惟有通过对遗嘱内容进行解释确认，才能确定法律行为的法律效果，保证遗嘱内容真实反映遗嘱人的意思表示。

根据我国《继承法》第二十二条的规定，遗嘱必须真实反映遗嘱人的意思表示，这是遗嘱解释的目标，其包含两个层次的问题：首先，遗嘱必须是遗嘱人真实意思的自由表达，即遗嘱人在头脑清醒状态下自愿、自由地订立遗嘱，不存在遗嘱人受欺诈、胁迫、行为能力受限制及遗嘱被伪造、篡改等导致遗嘱无效的情形。这是一个从内到外、从虚到实的问题，即非物化的遗嘱人的内心意思表达出来，转化为可见的物化的遗嘱。其次，在确认遗嘱是遗嘱人自由意思表示的情况下，如果对遗嘱的内容理解出现歧义，如何解释遗嘱才能反映遗嘱人的真实意思表示，最大程度还原遗嘱人当时的内心状态，真正契合遗嘱人所要表达的真实意思，这也是本案所需要解决的问题。这是一个从外到内、从实到虚的过程，即物化的可见的遗嘱的哪一种解释才是遗嘱人立遗嘱时真实的内心意思。这涉及遗嘱解释的目标。

进一步而言，遗嘱是一种单方法律行为，其不同于合同，不存在相对人信赖利益的保护问题，所以其解释也应属于意思主义，即以探求遗嘱人真实意思为目标。遗嘱解释的过程，实际上是判断遗嘱是否具有歧义，如有歧义，则在遗嘱可能具有的各种含义中，通过考量案件各种事实，确定其中最能反映遗嘱人真实意思的一种，并将其作为实现遗嘱法律效果的基础。

在司法实践中，遗嘱解释分为前后联系而又不可分割的两个阶段：首先，要判断遗嘱内容是否存在歧义。这个阶段解决的主要问题是遗嘱内容表达了什么意思，遗嘱内容所表达的意思是否是遗嘱人的真实意思表示。理论上，此阶段遗嘱解释主要是确认跟遗嘱有关的法律事实，属事实问题、事实判断。其次，确认遗嘱案件的有关法律事实后，在遗嘱内容可能具有的多种含义中选取其中最为正确的一种，即最接近遗嘱人内心真实意思表示。实际上，此阶段是确认何者为遗嘱法律效果的依据，属法律问题、价值判断。

具体到本案，遗嘱解释的第一阶段是要判断李某于所立自书遗嘱是否存在争议，双方当事人对该遗嘱的理解是否一致以及各自有何种理解。遗嘱解释的第二阶段则要在遗嘱内容可能具有的多种含义中选取其中最能反映李某真实意思的一种。

就李某所立遗嘱，存在的两种解释是遗嘱中涉及的财产全部归李某某继承还是李某某仅是遗嘱执行人，履行管理遗嘱职责，按照遗嘱或法律规定将遗产予以处分。在李某所留遗嘱理解存有争议的情况下，就需要解决哪一种解释是李某真实意思的表示这个问题，这就需要对遗嘱执行人制度加以探究。

二、遗嘱执行人身份的确认

根据《继承法》第十六条：公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。遗嘱执行人制度的设立旨在促成遗嘱人生前的遗嘱意愿按其真实的意思表示得以执行，保障相关继承人及利害关系人的合法权利。根据法律规定，遗嘱执行人应该由遗嘱人指定担任。

本案中，根据李某所立遗嘱，李某某是否为遗嘱执行人成为案件的焦点。根据《继承法》十六条之规定，李某

可以指定李某某为遗嘱执行人，所以，李某某作为遗嘱执行人不存在身份及程序上的障碍。

据此，问题主要集中于李某某是该遗嘱的遗嘱执行人还是遗嘱继承人，分析该问题，则需要结合遗嘱内容予以确认。首先，结合李某的文化程度及其工作内容（新华社国际部离休干部），李某对于文字的含义以及如何表达自己的真实意思不存在障碍，其在遗嘱中所用的文字及语句可以反映其立遗嘱时的真实想法，不存在用语错误或表述错误的情况。其次，根据该遗嘱的表述及用语，“全权处理”、“保管处理”、“保存”均可以理解为一种管理或保管的意思表示，难以扩大解释为所有的意思表示；退一步而言，如果李某想在遗嘱中表达所涉财产归李某某所有的意思表示，按照其自身情况，完全可以表达清楚，避免争议；综上所述，李某在遗嘱中并未有所涉财产全部归李某某的意思表示，李某某不是该遗嘱的遗嘱继承人。最后，根据继承法第十六条之规定，李某指定李某某为遗嘱执行人未违反相关法律的规定，合法有效，且更符合其真实意思的表示，所以李某某的身份为遗嘱执行人，其职责在于管理遗产，按照遗嘱内容或法律规定对遗产予以分割继承，保证遗嘱内容得以执行。

本案中，一审将李某所留遗嘱内容理解为李某某为遗嘱继承人，所涉财产归李某某继承依据不足。二审根据李某所立遗嘱的内容，结合遗嘱解释及遗嘱执行人等相关制度，确认李某某为遗嘱执行人而非遗嘱继承人，并将相关财产依据法律予以处分，反映了李某遗嘱的真实意思表示，保障了继承人的合法权益。

六、房产、股权、信托

（一）房产

用假离婚证逃税 谁该负责？

2017-02-22 北京晚报 记者张宇

卖家出售二手房 买家未代缴所得税 档案里莫名出现一张离婚证

2015 年 3 月，张先生通过中介公司将自己名下一套“满五不唯一”的住房出售，但在缴纳税款时，买房人孙女士仅缴纳了契税，并未缴纳近 20 万元的个人所得税。心怀疑虑的张先生发现，交易税费的档案中竟然有自己的离婚证和唯一住房承诺表，这与自己已婚且不是唯一住房的情况不符，但孙女士对此表示不知情，并把张先生告上法庭，要求其继续履行合同，张先生提出反诉，要求解除合同，并向孙女士和中介公司提出各 26.9 万元和 280 万元的赔偿请求。

一审法院判决解除合同，张先生退还 5 万元定金，二人均不服，上诉至市一中院。今天上午，此案二审开庭。

案情

满五不唯一

竟免缴个人所得税

一审法院查明，2015 年 3 月，张先生通过中介公司北京怡然居客科技发展有限公司（以下简称怡然居客公司），将其名下一套位于昌平区东小口镇约 48 平方米的房屋，以 134.5 万元的总价售与买房人孙女士，之后孙女士支付定金 5 万元。

买卖合同约定：交易房屋性质为“满五不唯一”，孙女士承担全部税费。合同还约定，因房屋为“满五不唯一”，个人所得税应当按照差额的 20%或全额的 1%计征。

张先生称，根据当时中介的计算，孙女士要支付的个人所得税为 18 万元。

2015 年 4 月，孙女士只缴纳了契税 1.22 万元，对于孙女士免征个人所得税，张先生深感疑惑，向孙女士及中介公司追问原因，但未得到明确答复。后张先生查询了交易档案，竟发现其中有自己的离婚证复印件及家庭唯一住房承诺表，上有自己的签字。

张先生认为怡然居客公司与孙女士中的一方或者两方串通伪造了离婚证及承诺表，逃税这不仅会影响自己的信用记录，甚至会引来刑事责任，而孙女士对此表示不知情，并把张先生告上法庭，要求其继续履行合同之外，提出违约金的赔偿请求，张先生提出反诉，要求解除合同外，还要求孙女士赔偿违约金 26.9 万，第三人怡然居客公司先行赔偿自己置换房屋交易成本等损失 280 万元。

一审

买家中介都称

不存在违约情况

一审庭审中，昌平地方税务局出具了一份说明，经其核算，此次交易少缴税款共计 19 万多元。因涉嫌伪造离婚证这一情况，该局已于 2015 年 8 月报案，但截至一审庭审时，并未有进展。

庭审中，张先生提交了一份中介公司为其出具的《情况说明》，中介公司承认张先生当时并未提交离婚证。关于签字问题，张先生称当时他人只将一沓材料的右下角逐页翻起让他签字，其在未能仔细阅读材料内容的情况下被

骗所签。

孙女士在一审答辩中称，自己是严格按照税务部门的手续缴纳，不存在违约情况。第三人怡然居客公司称，同意孙女士的诉求，不同意张先生的反诉请求。

值得注意的是，庭审中的另一份证据显示，涉案交易的中介公司员工白某，曾为孙女士介绍了一位自称有办法避税的朋友，但要收取避税金额的一半作为报酬。“我清楚地知道自己的错误，不应该做出这样的事情。”证据中白某称。

一审法院审理认为，孙女士和张先生各有过错：孙女士对税费数额不知情的辩称，不合常理；张先生在唯一住房承诺表上签字，未尽到注意义务。最终，法院判决解除合同，张先生返还 5 万元定金，驳回双方其他诉求。

二审

买卖双方诉苦

房价大涨损失大

今天上午的庭审，孙女士一方请求法庭撤销一审法院判决，发回重审，或者改判，支持其一审全部诉求。张先生一方称，请求法庭撤销一审法院判决中的第二项和第四项，即退还 5 万元定金和驳回其赔偿请求，改判支持其一审全部诉讼请求。

张先生一方认为，一审法院判决双方均有过错，是不正确的，合同的解除是孙女士故意偷逃税款导致，张先生在签订过户手续时已经尽到合理的注意义务，“交易大厅人员众多，加之对方设计欺骗，我很难察觉。”

另外，张先生提到，自己要置换的房屋价格已经从当时的 500 多万涨到了现在的 1000 多万。

孙女士一方称，在整个房屋交易过程中，自己均按照合同的要求，办理税费手续，履约不存在过错。针对一审中白某的证言，孙女士称，上面既没有白某的签字，也没有中介公司的盖章，“另外，白某目前是公安机关通缉的嫌疑人，其证言的效力值得怀疑。”

孙女士也提到房屋涨价，“涉案房屋已经涨价一倍，我们最后却只收到 5 万元定金。”

第三人怡然居客公司称，同意一审判决，不同意二上诉人的上诉请求。白某的行为不是职务行为，公司不应为其买单。

截至记者发稿，本案还在审理中。

（二）股权

王云与青海珠峰虫草药业有限公司股东资格确认纠纷

2017-02-25 小军家事

本案要点提示

本案中，王云取得珠峰公司股东身份的条件有二：1、其与王辉及海科公司之间存在合法有效的代持股协议；2、王云向珠峰公司实际出资，并经公司其他股东过半数同意其显名为公司股东。首先，虽王云在家庭会议中商定将自己持有的珠峰公司股份全部转让给王辉，实际是由王辉代持股的意思，但家庭会议未就有关王云与王辉之间存在代持股合意的问题达成任何书面记载，缺乏明确合意。而王云提供的证人证言即珠峰公司由王云筹建，由王云实际控制并行使公司的经营管理权，这些证人证言不足以证明王云与王辉之间存在代持股的合意。其次，对于王云向珠峰公司实际出资的问题，一审法院认定的 1500 万元与 1000 万元两笔款项由王云分别转入王辉与美信公司，但转款时间在公司决定注册资本之前，且相差 3 个多月，不能认定所转款项用于认缴珠峰公司此次增加的注册资本。故王云不能取得珠峰公司股东身份。

从本案中，可以总结出，实际出资人成为公司股东必须具备以上两个条件即：1、实际出资人与名义出资人必须存在合法有效的代持股协议，存在代持股的合意；2、能举证证明实际出资人向公司实际出资，最后经公司其他股东过半数同意其显名为公司股东。

案号

（2014）民二终字第 21 号

（2015）民申字第 692 号

法院查明

2005 年 2 月 16 日，沈南英作为转让人与王云作为受让人签订《专利权转让合同》约定，沈南英将冬虫夏草真菌发酵生产方法的专利权以 515 万元的对价转让与王云。转让对价中的 15 万元，由王云为沈南英代垫出资，使沈南英持有新公司 15%的股权。

珠峰公司于 2005 年 2 月 24 日注册成立，注册资本为 100 万元，其中王辉以货币出资 45 万元，占出资总额 45%，

王云以货币出资 40 万元，占出资总额 40%，沈南英以货币出资 15 万元，占出资总额 15%。王辉为执行董事，为公司法定代表人，王云为公司监事。

2005 年 11 月 10 日，珠峰公司决议将注册资本增至 2000 万元，其中，王辉出资 1400 万元，占 70%，王云和沈南英分别出资 300 万元，各占 15%，并办理工商变更登记。

2008 年 7 月 15 日，王辉、王云和沈南英签订股份转让协议，王云将所持珠峰公司股权 300 万元全部转让给王辉，王辉出资额增加至 1700 万元，办理工商变更登记。

2011 年 11 月 18 日，珠峰公司决议将注册资本由 2000 万元减少至 100 万元，选举王辉为执行董事。

2011 年 12 月 21 日，王健账户转入王辉账户资金 1500 万元，王辉用于对珠峰公司增资；2011 年 12 月 23 日，青海美信医药有限公司（以下简称美信公司）转入珠峰公司账户资金 1000 万元，王辉用于珠峰公司增资。

2012 年 4 月 5 日，珠峰公司决议增加注册资本 4900 万元，股东王辉认缴新增注册资本 4165 万元，增资后出资 4250 万元，持有 85%的股权；海科公司认缴新增注册资本 735 万元，持有 14.7%的股权；沈南英出资 15 万元，持有 0.3%的股权，并办理工商变更登记。

2012 年 4 月 18 日，沈南英要求确认珠峰公司 2008 年 7 月 15 日以转让股权为主要内容的股东会决议、2011 年 11 月 18 日以减少注册资本金为主要内容的股东会临时会议决议、2012 年 4 月 5 日增加注册资本金为主要内容的股东会临时会议决议无效，分别向西宁市城东区人民法院提起诉讼，经该院和西宁市中级人民法院一、二审审理，均驳回其诉讼请求。

一审判决

原审法院审理认为，本案中，王云主张其为珠峰公司实际出资人，及其与王辉、海科公司等名义股东之间的公司股东权属纠纷属于公司内部股东资格确认纠纷，并不涉及公司外部善意第三人利益，应遵循实质要件优于形式要件的原则，以实际出资为权利归属的判断标准，而不能仅仅以工商登记、公司章程、股东名册等外部形式要件内容否定实际出资人的权益。鉴于本案涉及珠峰公司股权纠纷的主体系家庭成员，王云、王辉以及谭海红设立的一人公司海科公司相互之间关系具有特殊性，互相之间的投资权益纠纷属于公司内部纠纷，应结合珠峰公司的成立背景和公司具体运营管理中的相关事务以及本案证人证言所反映的情况，围绕王云对珠峰公司有无出资，以及其是否参与珠峰公司经营管理等实质要件作为判断王云主张是否成立的前提。

现实中，隐名投资协议形式多样，既有书面的，也有口头或事实的，本案中，王云与王辉及海科公司之间虽没有隐名投资或代持股的书面协议，王辉与海科公司亦否认“代持股合意”，但王云、王辉其他家庭成员即父母、姐姐均出庭证明珠峰公司是由王云起意筹资成立，家庭会议就王云出资、王辉代为持股等事宜进行过商议和决定。时任珠峰公司总经理的逯益民也出庭证明，其系受王云邀请和聘任出任珠峰公司总经理职务，并作证证明王云在珠峰公司设立和建设过程中，投入了大量资金，付诸精力和行动对公司进行实际管理。按照社会日常生活常理和人情世俗思维判断，上述家庭其他成员与王辉和王云之间血缘关系同等，不存在单方的利益关系，逯益民作为珠峰公司高管人员，对其担任珠峰公司总经理时公司相关情况的介绍具有客观性，珠峰公司、王辉也不能提供反驳证据证实证人证言的内容存在虚假性，上述证人证言的证明力应当得到部分的采信和确认。

另外，从公司设立的背景和原始股东组成来看，珠峰公司是基于王云受让获得虫草真菌发酵专利的技术为基础而成立，公司设立之初形成的公司章程、股东名册以及公司登记资料亦能证明，王云系珠峰公司的原始股东之一。虫草真菌发酵技术专利权出让人亦是珠峰公司股东之一的沈南英也认可王云系珠峰公司实际股东。2008 年 7 月，王云虽然与王辉签订了股权转让协议，名义上将股权全部转让与王辉，但通过王云提供的 2011 和 2012 年间，逯益民等人与之联系的往来电子邮件显示，此期间，珠峰公司总经理逯益民、珠峰公司营销顾问覃晶晶、公司营销经理朱永明、公司员工沈海英、熊静涛等人报请王云批示的内容涉及到公司产品增加规格、资金计划、外地市场营销规划、人事安排、公司发展规划和经营管理等与公司运行密切相关的具体事宜。珠峰公司 2010 年 12 月 18 日股东会决议文件仍载明王云为股东并签字。以上事实，能够证明王云名义上丧失珠峰公司股东身份后，但实际上仍参与着珠峰公司的日常经营管理活动，就公司事务行使相关管理和决策权利，其与珠峰公司的权益归属存在重大利害关系。王云与王辉及海科公司之间虽然没有签订书面代持股协议，考虑作为兄弟两人的特殊关系，且王云、王辉父母和姐姐均出庭证明以及沈南英也证明王云的实际出资人身份，因此，从王云开始创立公司，参与公司基本建设和运营管理，与证人证言等证据形成印证，王云作为珠峰公司实际股东的事实应予确认。

二审判决

本院经审理认为，本案当事人二审争议的焦点问题为：一、王云与王辉及海科公司就珠峰公司相关股权是否存在代持股合意；二、王云是否向珠峰公司实际出资及其出资数额；三、珠峰公司是否应当为王云签发出资证明、记

载于股东名册和办理工商登记的相应变更手续。

本院认为，珠峰公司在成立之初，王云作为原始股东之一享有珠峰公司 40%的股权，其后经历 2005 年增资和 2008 年股权转让，王云所持珠峰公司股份全部转让给了王辉，截至本案一审诉讼前，王云在珠峰公司不持有任何股份，其已不是珠峰公司股东名册上记载的股东。根据《中华人民共和国公司法》第三十二条第二款的规定，王云无权直接向珠峰公司主张股东权利。按照《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国公司法＞若干问题的规定（三）》第二十四条的规定，王云如要取得珠峰公司股东身份，应建立在其与王辉及海科公司之间存在合法有效的代持股协议，且王云向珠峰公司实际出资，并经公司其他股东过半数同意其显名为公司股东的基础上。

本案中，王云以珠峰公司注册资本均由其提供，并实际参与了珠峰公司经营管理拥有重大事项决策权，王辉只是代为持有股份为由，主张登记在王辉和海科公司名下的珠峰公司相应股权应由其享有，但王云并未提供其与王辉及海科公司之间存在书面代持股合意的证据，王辉与海科公司亦否认存在代持股合意。虽然，原审中王云与王辉的父母、姐姐均出庭证明珠峰公司是由王云起意筹资建立，并在珠峰公司成立初期由家庭会议就王云出资、王辉代王云持股 45%的事宜进行了商定，其后至 2008 年王云将自己持有的珠峰公司股份全部转让给王辉，实际是由王辉代持股的意思，也经家庭会议商定，但家庭会议未就有关王云与王辉之间存在代持股合意的问题达成任何书面记载，且上述家庭成员证人证言并未明确对于珠峰公司 2012 年 4 月增资至 5000 万元过程中，由王云实际出资王辉代其持有相应股份的行为经过了家庭会议讨论决定，另外，家庭成员对于海科公司成为珠峰公司股东并持有股份的事宜均不知情。此外，原审认定王辉增资 4250 万元中 2500 万元系王云通过王健和美信公司的出资，但该两笔资金转入时间均为 2011 年底，且并未直接用于王辉对珠峰公司增资，而是历经了数个账户流转后于 2012 年 4 月才被王辉用于增资。对此，本院认为，在王云与王辉及海科公司之间就 2012 年 4 月增资过程中代持股事宜缺乏明确合意的情况下，结合上述资金的转入及流转过程，王云对于此次增资具有出资的意思表示并协商由王辉及海科公司代为持股的证据不足。

另外，根据王云起诉状及二审答辩状中的陈述，其选择隐名的原因在于规避《专利权转让合同》为沈南英垫资的义务，以及避免离婚有关财产分割争议、避免以前经营存在的纠纷对珠峰公司产生不利影响等事由。因此，即便认为通过家庭会议形式对有关代持股事宜达成口头约定，但该代持股合意目的在于逃避相关债务、损害第三人利益，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项的规定，应属无效。

综上，本院认为，由于在珠峰公司 2012 年 4 月增资至 5000 万元过程中，并无证据证明王云与王辉及海科公司之间达成了合法有效的代持股合意，王云委托王健和美信公司转款系用于此次增资的意图亦不明确，因此即便增资资金来源于王云，亦不能就此认定王云对记载于王辉及海科公司名下珠峰公司股权享有股东权益，故王云要求确认王辉及海科公司在珠峰公司的相应股权由其享有的诉讼请求，因证据不足，本院不予支持。在此基础上，王云要求珠峰公司为其签发出资证明书、将其记载于股东名册并办理工商登记，缺乏事实和法律依据，本院亦不予支持。股权具有财产权和人身权的双重法律属性，根据公司法的规定，股东应当在公司章程上签名、盖章，公司应当置备股东名册记载股东姓名及出资额，记载于股东名册的股东有权向公司主张行使股东权利。选择隐名出资方式而由他人代持股权的出资人，无权向公司主张行使股东权利。王云基于投入珠峰公司相关款项产生的合法财产权益可依其他法律关系另行主张。

再审裁定

本院经审查认为，本案主要焦点问题是王云主张王辉代其持有珠峰公司的股权，请求判令王辉和海科公司持有的珠峰公司 99.7%的股权属于王云所有应否支持。首先，关于申请人王云与被申请人王辉之间是否有存在合法有效的代持股合意问题。从王云在本案一审、二审中举证情况看，王云未能提供其与王辉及海科公司之间存在书面代持股合意的证据，王辉与海科公司亦否认存在代持股合意；王云与王辉的父母、姐姐虽然出庭证明珠峰公司是由王云筹资建立，家庭会议商定王云出资、王辉代王云持股 45%，2008 年王云将自己持有的珠峰公司股份全部转让给王辉，实际是由王辉代持股的意思，这也经家庭会议商定，但上述家庭成员证人证言并未明确对于珠峰公司 2012 年 4 月增资至 5000 万元过程中，由王云实际出资王辉代其持有相应股份的行为经过了家庭会议讨论决定，家庭会议也没有形成任何书面记载，王辉亦否认曾参加过家庭会议。而且，家庭成员对于海科公司成为珠峰公司股东并持有股份的事宜亦均不知情；王云提交的珠峰公司相关人员的证人证言，主要内容为珠峰公司由王云筹建，由王云实际控制并行使公司的经营管理权，这些证人证言不足以证明王云与王辉之间存在代持股的合意，以及珠峰公司 2012 年 4 月增资之时王云实际认缴注册资本；王云签署珠峰公司文件的行为，亦不足以证明王云与王辉之间存在代持股的合意。其次，关于申请人王云是否已向珠峰公司实际出资问题。王云主张其向珠峰公司实际出资不少于 12494 万元，一审判决只认定其中 2500 万元为王云对珠峰公司增资至 5000 万元时的出资。而一审判决认定为王云对珠峰公司出

资的两笔共计 2500 万元，第一笔 1500 万元王健转账给王辉的时间为 2011 年 12 月 21 日，第二笔 1000 万元美信公司转入珠峰公司的时间为 2011 年 12 月 23 日，而珠峰公司决定增加注册资本为 5000 万元的时间为 2012 年 4 月 5 日，且该两笔款项经数个账户流转后被王辉用于增资，更没有证据证明王云明确表示该两笔转款系用于认缴珠峰公司此次增加的注册资本。因此基于上述事实，并不存在王云申请再审所称认定案件基本事实缺乏证据证明，适用法律错误的问题。

七、社会新闻

亿万富翁除夕离婚 向妻子分割超 10 亿元市值股份

2017-02-03 搜狐新闻

董事长离婚，向妻子分割逾 10 亿元市值

梦洁股份老板姜天武分割 1.27 亿股股票后，仍为公司实际控制人

潇湘晨报记者黄路长沙报道

天价离婚案又现！

1 月 27 日是除夕佳节，湖南一位亿万富豪宣布离婚了，将向妻子分割逾 10 亿元市值的股份。

将分割 1.27 亿股公司股票

这位亿万富翁名叫姜天武，湖南上市公司梦洁股份的老板。他持有梦洁股份 2.55 亿股股份，以最新股价 8.11 元计算，姜天武身家高达 20.66 亿元。

据梦洁股份 1 月 25 日晚间公告，公司实控人、董事长姜天武与伍静女士签署离婚协议，姜天武应将 1.27 亿股公司股票分割至伍静名下，上述股份市值约 10.24 亿元。

财产分割后，姜天武持股比例降低至 18.67%，而伍静加上其姐妹伍伟 1.1%的持股，将合计持股 19.76%，

为了解决上述问题，姜天武与梦洁家纺另外四位重要股东李建伟、李菁、李军、张爱纯分别签署了《表决权委托协议》，姜天武将合计拥有 2 亿股的表决权，占梦洁股份总股本的 29.36%，比伍伟、伍静姐妹合计持股 19.76%，高出 10 个百分点。

公开资料显示，李建伟、李菁、李军、张爱纯是姜天武的嫡系，其在梦洁股份的职位分别是董事、总经理、副总经理、副总经理。

另外，过户完成后，姜天武对伍静持有的 1.27 亿股具有优先受让权。

据此前梦洁股份的 2016 年全年业绩预计，公司全年实现净利润 13979 万元至 17086 万元，同比变动在-10%至 10%区间。

欲打造国际“智能工厂”

“世界是自己的，与他人毫无关系”，正如姜天武在微博上曾发的文字。

梦洁股份实控人姜天武虽然因离婚，失去了一半的财富，但作为公司单一表决权比例最大的股东，姜天武先生仍为公司实际控制人，目前公司的外延布局仍在稳步推进中。

据 1 月 14 日梦洁股份发布的公告显示，公司董事会已审议通过《关于调整公司 2016 年非公开发行股票方案的议案》，拟募集不超过 7.8 亿元投入“智能工厂建设项目+020 营销平台项目”。

广发证券行业研究员糜韩杰分析认为，“公司全面实施‘互联网+CPSD’战略，积极向‘家庭生活’相关产业进行延伸，加上已公告用 1.6 亿元购买大方睡眠 51%股权，我们预计外延式并购项目将持续落地。”公司有望继续保持稳健经营，并通过转型升级，解决传统业务痛点而取得高于行业增速的持续发展。

婚礼办完 老挝媳妇不见了

2017-02-05 华商报

花了 11 万元彩礼娶回来，布置新房办婚宴

28 岁的小段花了十几万元彩礼，不远千里从老挝娶回个洋媳妇。布置新房、办婚宴，可没想到，办完婚礼刚过几天，洋媳妇走了。

“给 11 万彩礼，把媳妇领回家”

小段是泾阳县兴隆镇齐家寨村人，从事装卸工作，28 岁了还没有结婚，56 岁的父亲老段看在眼里急在心上。“我们一家三口都是残疾人，儿子左手有残疾，以前也在本地说过媳妇，但一直说不下。”老段说。

去年 11 月 22 日，老段认识了本地的一个媒人王某。“对方说可以给我儿子介绍一个老挝媳妇，给 11 万彩礼，就能把媳妇领回家。”老段说，他们附近的几个村子都有从老挝娶来的媳妇，现在过得也不错。想着家里的状况，他同意了王某的要求。

“11 万彩礼分三次给，去老挝先给 6 万，把媳妇领回来再给 3 万，媳妇的所有合法手续办完再给 2 万。”老段说，合法手续就是指媳妇的迁移证、长期居住证等，有这些手续才能办结婚证。

给小段娶媳妇，小段当然要看一下。去年 11 月 24 日，小段和王某一起去了老挝，老段也如约打给王某 6 万元。

转眼快一个月过去，小段那边的媳妇谈好了。去年 12 月 22 日，小段和王某一同乘飞机回泾阳。“回来之后，说媳妇过两天就到，但一直拖到了今年 1 月 13 日，媳妇才过来，我们当天晚上 9 点多，去西安火车站接的媳妇，回来后一直很顺利。”老段说。

媳妇叫阿丽，长相乖巧，老段一家人欣喜万分，如约将 3 万元给了王某，同时催促王某尽快把媳妇的合法手续办过来，一边张罗着给儿子布置新房和婚礼。“阿丽家在老挝一个山里的村子，家里很穷，我见过他父母亲戚，她也愿意和我在一起。”小段说，“我们去那边随时有翻译跟着，回来简单的语言还能沟通，这次她自己走了，我感觉她是在骗我。”

没领结婚证 先办的婚礼

阿丽来的时候带着身份证、户口本和护照，都是自己随身保管，只留给老段家一份户口本和护照的复印件。“护照 2 月 9 日就到期了，我就一直催王某办手续，王某说阿丽的一个亲戚过几天来，会把所有的手续都带过来，给我微信上发了所有手续的照片。”老段说，到最后，王某说让先给娃结婚，回头办手续。

根据约定，最后 2 万元要等所有手续办完后才能给，但 1 月 20 日左右，老段将最后的 2 万元打给了王某。“对方说老挝那边的中介一直催了，他自己都把钱垫了，所以我们就把钱汇给他了。”老段说。

1 月 22 日，老段在镇上的一个饭店摆了 13 桌，给儿子办了婚礼，但没有结婚证。“结婚后，媳妇表现还挺好的，陪着儿子走亲戚，亲戚也都给红包。”老段说。但让人没想到的是，1 月 29 日（大年初二）下午 4 时许，小段和媳妇走亲戚回来，一个转身，媳妇没了，小段一家人慌了。“听村子里人说，阿丽坐上了一辆白色轿车走了。”老段说，之后的 4 天，他和亲戚一直在寻找阿丽，但没有消息。

2 月 4 日，老段家门口贴的“囍”字表明刚刚办过喜事。里屋为小段的新房，客厅里电视、茶几沙发均为崭新的。卧室中，崭新的空调上也贴着“囍”字，衣柜、床及床铺均是新买的。床头上方，挂着小段和媳妇的照片。“这床上铺的都是买最好的，房子也是新装修的。”小段的奶奶说。

阿丽的户口本和护照复印件均为老挝文字，一般人无法看懂，只能在户口本复印件上看到三张照片，显示阿丽为 1990 年出生。阿丽走后，小段的一个亲属在微信上曾联系过对方，但对方只断断续续重复说到，阿丽要回家……华商报记者多次拨打阿丽电话，但对方一直处于关机状态。

据中间人王某介绍，他之前在老挝那边打过工，第一次给人介绍那边的媳妇，彩礼钱除过自己的一部分，其他的全部给了老挝的中间人。“我和老段家还有点亲戚关系，肯定不会骗他们，但这个媳妇是跑了，还是走失了，我也说不清。”王某说。

“我给儿子布置新房娶媳妇都是借的钱，现在只希望尽快找到人，以后的话再说吧。”老段说。目前，老段已向泾阳警方提供了详细资料，希望能尽快找到阿丽。

华商报记者 刘军伟 摄影 刘军伟

马航 MH370 失踪者丈夫申请“宣告死亡”

2017-2-25 新京报 刘洋

女子张颖（化名）因公乘坐马航 MH370 出差后失联，苦苦寻找近三年未果后，其丈夫王亮（化名）诉至法院，要求宣告妻子死亡。新京报记者昨日获悉，通州法院日前受理了该起申请宣告公民死亡案件。据悉，这是首例公开的马航 MH370 乘客家属申请“宣告死亡”案。

据介绍，张颖为某外资公司员工，2006 年和王亮登记结婚。2014 年 3 月，因外海业务需要，张颖被派往马来西亚出差。业务处理完毕后，其预订了 2014 年 3 月 8 日马来西亚航空公司 MH370 航班从吉隆坡返回北京。飞机起飞后不久与地面失去联络。

马航 MH370 失联事件随后引发全世界关注。王亮说，得知消息的他难以置信，还以为弄错了。他天天盯着电视、网络，希望有生还者消息。可时间一点点过去，救援各方一直没有搜寻到生还者，悲痛的他只能去马来西亚处理后续赔偿等事宜，但仍期待着奇迹发生。

2015 年 1 月 29 日，马来西亚民航局宣布马航 MH370 失事，并推定机上所有 239 名乘客和机组人员已遇难。得知这一消息，王亮的希望彻底破灭。因为没有妻子的死亡证明，王亮无法代为处理各种事务，本人也无法组织新家庭。于是诉至法院，要求宣告张颖死亡。

目前此案正在审理过程中。新京报记者获悉，该起案件相当于找不着被告，因此起诉材料需要通过公告形式送达，一般得半年左右方能进一步开庭审理。

■ 追问

已推定遇难为何还要宣告死亡？

北京市京师律师事务所律师庞理鹏表示，宣告死亡是指自然人离开住所，下落不明达到法定期限，经利害关系人申请，由人民法院宣告其死亡的法律制度。在没有确切证据充分证明相关主体事实死亡的情况下，一般都需要通过这种方式宣告死亡。

“宣告死亡制度主要解决失踪人的整个民事法律关系状态问题，侧重保护被宣告死亡人的利害关系人的利益，因此一般都需要经过这个程序”，庞理鹏介绍，该程序一般要经过申请、公告等步骤，到开庭审理需要半年左右的时间。

宣告死亡后，如被找到甚至还活着该如何处理？庞理鹏表示，如果被宣告死亡人仍然活着，经被宣告死亡人或者利害关系人申请，法院应当撤销原判决。(记者刘洋)

女子为儿子在上海考大学离婚嫁老人 因遗产起纷争

2016-02-27 中国江西网　作者叶伟

结婚一年后老人去世 96 万遗产起纷争

女子婚前承诺书称财产各不相干 但她却和老人的弟妹争起了遗产

法院判决女子作为合法妻子分得 25 万余元 老人弟妹分得 60 万余元

中国江西网讯 近日，上海市静安区人民法院披露一起遗产诉讼案，引起关注。记者注意到，这起案件中的一方当事人是上饶人，詹女士为了让儿子能在上海考大学，与丈夫离婚，并嫁给上海一名比她大 29 岁的老人。而一年后，这名上海籍老人去世，留下 96 万余元遗产引发该女子与老人弟妹之间的争夺。

起因

上饶女子离婚嫁给上海一老人 老人 1 年后去世留下 96 万元遗产

据介绍，40 岁的女子詹某，是上饶人，但在上海打工近 20 年。

法院的判决信息披露称，就在 2013 年 9 月 23 日，詹某与老家青梅竹马的丈夫王某办理了离婚手续，一个月后，詹某又闪电般地与年长 29 岁的上海籍陈老伯登记结婚，两人婚后未生育。

据介绍，在与詹某结婚前，退休多年的陈老伯独居上海市新闸路一房屋内，而在前几年，该地块遇上动迁，自认为已到风烛残年，膝下无子女的陈老伯选择了货币分房。而在拿了一笔动迁费后，他就在距离妹妹家不远的康定路某处租房居住。鉴于陈老伯是孤老，所在街道逢年过节都会派员前往他处慰问。开始，街道地区并不知晓陈老伯与詹某登记结婚，但纸包不住火，陈老伯结婚的消息还是悄悄传开了。

然而，陈老伯却在与詹某结婚一年后的 2014 年 10 月 6 日去世，留下遗产约 96 万元，且在死前陈老伯未设立任何遗嘱或遗赠。

发展

女子以妻子名义起诉 一份《承诺书》出现

最终，这件事闹到了法院，詹女士将丈夫陈老伯的弟弟妹妹告上法院，理由是他们不告诉陈老伯葬礼的时间和墓地的位置，而且死后留下 96 万余元遗产，陈老伯没有子女，而她与陈有合法的婚姻关系，作为配偶是第一顺序继承人，应由她来继承陈老伯的全部遗产。

“郑重声明这次和你办理结婚登记，是为儿子王某某能在上海考大学所办手续，感谢你的帮忙和支持。双方婚前婚后财产归各自所用，以后各方的财产对方无权享用和支配。双方生活各不相干，对方也无权过问个人的隐私，更不得提不合理的要求，一切以儿子为中心……承诺人：王某、詹某、陈某某。2013 年 10 月 17 日。”就在庭审期间，一份《承诺书》由陈老伯的弟弟妹妹向法院递交，在这份《承诺书》上，三人约定各自财产归属。

结果

女子分得 25 万元 老人的弟妹得大头

法院信息披露，法庭上，陈老伯弟弟妹妹认为，这份承诺书中，詹某及其前夫王某与陈老伯，对权利义务进行了明确约定，认为詹某与陈老伯结婚目的，是为了詹某儿子在上海读书之需，求陈老伯假借结婚之名提供帮助。他们还称，尽管詹某与前夫在法律上解除了婚姻关系，但事实上两人还是如同夫妻一起生活;而詹某与陈老伯虽然在法律上有婚姻关系，但生活中分开居住经济互不相干，日常生活中更没有夫妻之实。特别是在陈老伯平时生活及生病期间，詹某从未给予陈老伯关心和照顾，完全靠陈老伯的弟弟妹妹们照顾，这有街坊邻居可以证明，请求法院驳

回詹某要求继承遗产之诉。

日前，法院作出判决。法院认为，尽管《承诺书》不是遗嘱，但詹某、王某与陈老伯约定的是分别财产制，对于一方去世后的财产处理，另一方可以继承。鉴于詹某系死者陈老伯的合法妻子，依法享有继承陈老伯遗产的权利。但根据詹某与陈老伯办理结婚登记前，詹某及前夫共同向陈老伯承诺，詹某与陈老伯登记结婚是为了詹某之子能在上海考大学，并非以双方长久共同生活为目的。另外，法院还认为，本案陈老伯的弟弟妹妹在劳务等方面给予了主要扶助，故陈老伯的弟弟妹妹们也有权继承遗产。具体金额由法院根据实际情况兼顾对陈老伯所尽义务酌情予以考虑分配，法院在认定的遗产总额中，判决由詹某继承其中的 25 万余元，除去丧葬费等剩下的其余遗产 60 万余元由陈老伯的四个弟妹们继承。

说法

法律上不存在“假结婚” 不建议此种行为

“法律上是不存在‘假结婚’一说，所以也不建议所谓的假结婚，一旦有事就很麻烦。可以看出，陈老伯的弟弟妹妹都认为，女子詹某和他们的哥哥是假结婚，但法律就是这样，一旦办了结婚登记手续就是结婚了。”江西律师罗久保告诉记者，虽然《承诺书》写得清清楚楚“各方的财产对方无权享用和支配”，但这只是生前行为，不涉及遗产继承问题，而到了遗产纠纷时，已经从婚姻法变成了继承法，产生的法律事实不同导致适用法律不同。

“体现法律精神及公平公正原则。”律师认为，虽然詹某和陈老伯属于夫妻关系，詹某是第一顺序继承人，但其并未和陈老伯实际生活在一起，也没有在陈老伯生病期间，花时间精力照顾他，而陈老伯的弟弟妹妹虽然是第二顺序继承人，但对陈老伯尽了主要照顾，可以参与遗产分配，而且可以多分。(江南都市报)

八、异域资讯

这个歪果仁为啥不做富太太，在新加坡开起 Uber 车？

2016-07-18 新加坡万事通

现在在新加坡用 Uber 打车软件已经是一件普遍的事，不少人的生活中已经少不了 Uber 了。但哪天你打开 Uber 车的车门，发现司机是一位金发碧眼的白人女性，你会觉得奇怪吗？

来自英国的 Anna 是一位非同一般的 Uber 车司机，虽然在新加坡有成千上万的 Uber 司机，但其中 98%都是本地人，而 Anna 也是第一位老外女司机。Anna 说，不少乘客都会觉得坐她的车很新奇，有一次一个乘客喝醉了酒，还问她是不是华裔女性假扮的。。。

每周工作 30 小时，从富太太到 Uber 车司机

Anna 这样一个英国女子，怎么就会在新加坡开起了了 Uber 呢？2010 年 Anna 和在银行工作的丈夫一起搬来新加坡，2013 年 Anna 也成为了新加坡的永久居民（PR），原本 Anna 可以在家过着相夫教子，其乐融融的生活，但没想到丈夫因为婚外情和她离婚，Anna 只能自己带着 10 岁的儿子和 8 岁的女儿。

和丈夫离婚后，Anna 想带着孩子一起回去，但却走不了，原因是因为一部公约——《海牙国际诱拐儿童民事公约》。

《海牙国际诱拐儿童民事公约》

为了确保未满 16 周岁的孩子，不会因为父母离婚或者家庭纠纷，而被其中一方擅自拐带出国，所以像 Anna 这种情况，她必须得到前夫的同意，才能带着孩子离开新加坡回去。

Anna 估计，在新加坡至少有 200 名外籍的离婚妇女和她是一样的情况，不能回家。

虽然丈夫每月给她的赡养费足够支付他们在巴西立租房的钱，孩子上学的学费和其它一些生活开销，但 Anna 还是希望每天自己能开车接送孩子放学，这样孩子会更加方便，所以从今天 4 月其她就做起了 Uber 车的司机。

由于考虑到 Anna 一个人生活还带着两个孩子，租车行给了她 9 折的租车优惠，利用孩子们上学和睡觉的时间，Anna 平均每周大约 30 小时从事 Uber 服务， 这也给她的生活增加了不少乐趣。

用自己的经验开导他人

和丈夫离婚后，Anna 最担心的是自己的两个孩子。“女儿是班里唯一一个白人小孩，而且也是唯一一个父母离婚的白人小孩，对孩子来说适应过程会很漫长。”

Anna 非常乐意和别人分享自己的经历，也会用自己的故事去开导别人。曾经就有一个女乘客告诉 Anna 自己的丈夫也出轨了，Anna 就用自己的经历来鼓励这名女乘客继续努力生活下去。

不少坐过 AnnaUber 车的人都会给她留言，佩服她的坚强也感谢她能分享自己的故事。

上周五，28 岁的乘客 Rachel 乘坐了 Anna 的车，他表示，不少新加坡人对外国女性尤其是白人已婚女性都会有一点偏见，认为他们就是呆在家里，无所事事的阔太太，但如果他们听了 Anna 的经历就会有所改观了，离了婚，

还带着两个孩子，其实这样的女性是非常伟大的！

9 号台记者助澳洲母亲赴黎巴嫩夺子，

却被捕控罪：每年竟有 1000 多名孩子被拐带出国

2016-04-12 澳洲新闻

九号台“60 分钟”节目摄制组成员和来自布里斯本的母亲 Sally Faulkner 今晚预计将在黎巴嫩法庭出庭，并将面临控罪。据称在 Faulkner 女士的两个小孩在贝鲁特街头被掳走时，九号台和 Faulkner 女士正在拍摄一个有关"找回孩子"行动的节目。在绑架事件之后，摄制组成员、Faulkner 女士和国际儿童寻回机构的成员被黎巴嫩当局逮捕。

上周，Faulkner 女士的两个孩子，四岁的 Noah 和六岁的 Lahela 被从她的前夫 Ali el-Amien 手里夺走。当地媒体和九号台播放的 CCTV 监控录像显示，Noah 和 Lahela 在繁忙的贝鲁特街头被一组蒙面男人从他们的奶奶身边夺走，然后被塞到一辆车里。

这些孩子被送到了 Faulkner 女士的身边，但是九号台的摄制组成员，包括 Tara Brown 在内，以及国际儿童寻回机构的成员随后不久就被逮捕。

当局不久后又发现了 Faulkner 女士和孩子们，Faulkner 女士被逮捕，孩子们被送回到他们的父亲处。

Faulkner 女士声称自己的前夫也就是孩子的父亲，带孩子返回他的祖国黎巴嫩度假，却拒绝把孩子送回澳大利亚。因此她决定从黎巴嫩贝鲁特繁忙的街头，自行把孩子带走。

周末期间，黎巴嫩当局将逮捕的澳大利亚人分开，其中 Faulkner 女士和 60 分钟节目的著名记者 Tara Brown 被送往一所女子拘留所，摄制组男性成员则被送往另外一所拘留所。

Tara Brown, 60 Minutes (YouTube)

九号台的欧洲记者 Tom Steinfort 对 Today 节目表示，九号台已经聘请了一名有名望的本地刑事律师来代表其职员的首次出庭。他说：“我们有可能会得知他们是否会被指控，以及那些指控可能会是什么。这是个有点棘手的法律程序，有可能会花点时间。”

60 分钟节目组成员已经被关押了五天，周末，澳大利亚的领事官员探望了他们，据称他们的精神状态良好。

九号台表示，该台的新闻时事总监也刚刚抵达了贝鲁特。在昨晚的 60 分钟节目中，九号台称“我们团队最不希望的就是成为他们自己的故事的主人公”。

澳大利亚外长毕晓普说，澳洲政府已经向被捕的澳洲人提供了领事援助，并且表示希望能够代表被拘押的这两名澳籍人士跟黎巴嫩官员进行交涉。

毕晓普说，外交部已经联络了九频道以及当事各方的律师，她本人也与澳大利亚驻黎巴嫩大使就这个问题进行了讨论。

“我们会提供尽可能多的支持，跟黎巴嫩政府官员会面，不遗余力地查明电视拍摄组人员涉及事件的情况。目前，我们了解到收押人仍未被释放，他们是否会受到起诉，这一点会在不久以后决定。”

另外，据相关内部人士透露，澳洲每年有 1000 多名孩子在父母关系破裂之后被其中一位绑架并拐带到海外。

工作人员称他每周会接到近 30 通电话，都是那些孩子被带到海外去的绝望父母。“如果你问政府有关这方面的问题，他们会告诉你大概每年有 300 个孩子被绑架并拐带。但是其实每年有 1000 多名孩子被拐带出澳洲。”

该工作人员表示他接触到的这类案子中大部分孩子都被拐到了东南亚或中东那些没有签订《国际诱拐儿童民事方面公约》的国家。

一个由联邦政府出资运行的组织（International Social Service Australia）就为这些留下来的家长提供建议和法律服务。该组织表示他们从父母那里收到了 465 起咨询，有些人的孩子已经被诱拐，而有些人则担心孩子会被诱拐。

但是也有人表示，想要知道究竟有多少名孩子被诱拐以及有多少名孩子最终回到澳洲非常困难，因为国际父母绑架在澳洲并没有触犯刑法。

“并不是所有绑架案都有上报，就算有上报，也没有保存完整的数据。”

去年联邦政府引进了新的法律，将澳洲孩子在海外非法逗留行为定义为犯罪，但是有关人士表示这还远远不够。“我们希望父母绑架孩子能被视为犯罪，就像美国那样。不是为了把父母关起来。而是能像 FBI 那样采取行动。在美国，孩子如果被诱拐，FBI 会介入，他们会和国际警方联系，但是在澳洲，这只是民事问题，要花很多年才能解决。”

“60 分钟” 节目再陷夺子丑闻

2016-04-27　澳洲新快网

本报讯 据《每日电讯报》报道，澳洲九号台“60 分钟”节目继此前“黎巴嫩夺子事件”赔偿案后再曝新丑闻。据悉，该台记者海耶斯（Liz Hayes）曾协助过 2014 年一位澳洲母亲赴土耳其夺回亲子。

然而该事件与黎巴嫩夺子事件最明显的区别在于，当时海耶斯与其团队当时在黎巴嫩境外等候接应该名母亲与其孩子。不过后来“60 分钟”节目却没办法再继续报道该事件，因为被拐孩子的父亲以绑架幼童罪将他们以及该名母亲告上法庭。

“60 分钟”节目记者海耶斯（Liz Hayes）。（《每日电讯报》图片）

据悉，那位澳洲母亲与其丈夫离异后居住在土耳其，但其丈夫不但取消了他们儿子的出入境文件还拒绝将孩子带回澳洲。当她接到孩子后便前往希腊岛，那里有“60 分钟”节目工作人员在那里等候接应。

尽管这两起案件存在相似性，九号台发言人前晚却表示，“这两起事件情况完全不同。”发言人拒绝透露九号台此案最终赔偿问题以及赔偿人信息。土耳其与黎巴嫩不同，该国是海牙诱拐儿童公约（Hague child abduction convention）签署国之一，遵循各国父母监护权法令。

黎巴嫩涉案记者艾拉明（Ali Elamine）近期在 Facebook 上发表了一张她与五岁女儿拉赫拉（Lahela）及其三岁儿子诺亚（Noah）的合照，照片中的她面带微笑。该照片发表前几个小时内，刚好是涉案澳洲母亲福克纳（Sally Faulkner）被只身遣送回国的时候。

福克纳也在 Facebook 上发布了一张她与女儿的合照。“这对我来说是痛苦而又美好的回忆。我有很多与他们的合照，随后再发布，”她说。

艾拉明事后却有意外收获，他妻子同意签字放弃孩子监护权，而九号台也会对其进行相关补偿。

而曾当过兵的惠林顿则通过律师表示他对九号台以及联邦政府表示失望，因为他们竟然把自己抛弃在黎巴嫩不管。

请翻阅 4 月 28 日《澳洲新快报》

英法庭判定居收入门槛合法，跨国婚姻路在何方？

2017-02-25 欧洲时报内参 中国侨网

据 BBC 中文网报道，英国上诉法院星期三(2 月 22 日)裁定，英国公民的年薪必须达到某一个水平以上，他们的非欧洲经济共同体配偶才能定居英国的规定“原则上合法”。

英国一些家庭上诉指这规定违反家庭团聚的人权。

在 2012 年开始生效的法例规定，英国公民的非欧洲经济共同体(European Economic Area)配偶不能够在英国定居，除非他们的工资达到每年 18600 英镑或以上。最低收入的规定也影响在英国定居的难民。

假若英外籍夫妇有一个孩子，最低收入的门槛上升至 22400 英镑，此后每多一个孩子收入门槛提高 2400 英镑。

上诉法院的七位法官批评 18600 英镑年薪的规定“有缺陷”并“令人受苦”，最低收入门槛没有考虑到受影响儿童的利益，而且完全不理会其他收入来源。

2012 年的保守自民党联合政府引进这项法例，目的是避免英国公民的外籍配偶对英国纳税人造成财政负担。

不过，规定不包括来自欧洲共同体的外籍配偶，也不会考虑外籍配偶本身的收入条件，即使他们可能有比英国籍伴侣更高薪的工作。

这项移民规定为很多有非欧洲经济共同体配偶的家庭带来影响。

28 岁的英国人罗拉·萨根与美国籍丈夫史宾沙·罗斯结婚不到一年，但他们可能要分隔两地。

史宾沙的学生签证在今年 1 月到期，他申请在英国永久居留但遭拒绝，他面临被驱逐出境的命运。

罗拉是研究生，由于要兼顾学业只能做半职工作，但她必须有一份年薪 18600 英镑的职业、并已经工作了半年，才符合让外籍丈夫定居英国的规定。

史宾沙认为有关规定是荒谬的，“她不过是爱上了一个拿着错误护照的人，却不能够与她所爱的人在自己国家厮守。”

罗拉与史宾沙只是法例生效以来受影响的数以千计的夫妇之一。

安迪·罗素与中国籍太太和两个儿子。

来自英格兰巴斯的安迪·罗素形容自己是“幸运儿”。2012 年他与中国籍太太莫莉带三岁和五岁的两名儿子从中国返回英国。之后莫莉需要再回到中国申请配偶签证，安迪则忙于找一份符合最低收入门槛的工作。

由于莫莉当时已申请配偶签证，所以不能够以游客签证逗留英国，与丈夫和儿子分隔两地一年之久，靠 Skype 通话保持联系。

安迪说，幼子形容莫莉是“电脑妈妈”。他表示：“真令我心碎。”

安迪说，莫莉不在身边，两个儿子渐渐忘却怎样说中文，而莫莉本身的英语能力有限，影响了两个儿子与母亲的交流，“令他们失去对母亲的一些尊敬，但现在母子关系改善很多。”

莫莉最终在 2013 年获得配偶签证。

安迪理解政府需要处理移民问题，但认为不应该牺牲家庭团聚，“这简直是丑闻”。

英国上诉法院在星期三(22 日)宣布裁决时表示，政府的这项规定原则上合法，却没有首要考虑儿童的利益，规定也缺乏弹性。

上诉法院的法官在 2016 年 2 月审理了一批测试案例，包括两对英籍巴基斯坦籍夫妇，一对黎巴嫩难民夫妇和一对刚果民主共和国籍难民夫妇。

黎巴嫩难民夫妇的丈夫有研究生的学历，却找不到适合的工作而不获居留权，即使与他条件相近的太太能够说流利英语和受聘于高薪厚职。

来自刚果的难民夫妇中，丈夫已获英国居留资格，可是他的太太不获准定居英国。

英国内政部发言人回应上诉法院的裁决说，法院肯定了他们避免新移民对纳税人构成财政负担的工作，“符合国家利益”，“不过，我们将谨慎研究上诉法院就有关特别案例和涉及儿童个案的评论。”(中国侨网)

家事法律师操守条列 修改前征询意见

2017-2-21 联合早报 傅丽云

家事司法法院首席法官邓碧云表示，拟议修改的条例能确保家事法律师应对挑战同时，也照顾到涉案孩子的福利。

家事司法法院和新加坡律师公会昨天起展开一项咨询，邀请律师就家事法律师专业操守条例的修改发表看法。

这也是律师专业法令首次计划把家事法律师应遵循的专业操守条文，归纳在法令里。该法令已包含涉及刑事律师专业操守的条例。

家事司法法院首席法官邓碧云昨天在家事司法法院闭门工作坊上宣布上述有关咨询的消息。工作坊在最高法院礼堂举行。

家事法律师为客户最佳利益设想的当儿，往往因许多互相冲突的需求，面临棘手的道德问题。

拟议修改的条例能确保这些律师应对挑战同时，也照顾到涉案孩子的福利，还能鼓励客户考虑通过调解避免打官司。

咨询活动为期一个月，收集到的建议将提呈给“专业操守条例工作小组”，再交由大法官考虑通过。

邓碧云法官说，家事法律师的工作很独特，因为所做的涉及持续家庭关系。律师须了解调解的重要，让各造自己决定他们的未来。

她说，许多诉讼人因为有精神健康和其他问题，最好交由辅导或第三造协助。律师因为与客户接触，最了解他们是否需要协助，以及如何协助他们。

须通知客户　所有解决纠纷途径

修改条例的建议包括：律师须通知客户所有解决纠纷的途径，包括辅导和调解，劝请客户慎重考虑，确保客户得到明确信息后，才做好决定是否要继续打官司。

如果客户要打官司，律师也须劝请客户在诉讼过程中，应持有具建设性和合理的态度，并考虑到孩子的利益，以及诉讼对孩子的影响。

如果客户有家庭纠纷，律师须采取有建设性和调解的方法，直到诉讼完成为止。律师也得注意到孩子的利益、客户的精神健康、客户不愿解除冲突等都将影响客户的最佳利益。

另外，律师须通知客户，不论各方或孩子的意愿如何，法庭的考量将以孩子的利益为主。

其他建议还包括：律师如果担任育儿协调员（Parenting Coordinator）或孩童代表，须确保自己不会引起利益冲突，包括日后不能成为任何一造的律师，或代表与该家事案有关的案件。

邓碧云法官说，家事法律师扮演非常重要的角色。他们对案件了如指掌，知道如何在庭上陈述立场，可是如果律师能以更具建设性和解决问题的方式去呈现，让法官在获取既有组织又全面的信息后作出裁决，那么客户将从中获益。

她说，律师也应劝导客户探讨法律以外的课题，包括家庭面对的经济和情感冲击。

家事司法法院每年处理约六七千宗新离婚申请，涉及的未成年、未满 21 岁的孩子有 5000 人左右。

邓碧云法官说，为了提高效率，法院改变了案件管理方式，至今取得良好成果。在一年内就审结的离婚案（包括离婚附属事项）有所增加，从 2012 年的 46%，增至 2016 年的 74%。

获临时离婚令和正式离婚令的平均天数，也分别从 2012 年的 68.6 天和 155 天，减至 2016 年的 53.1 天和 115 天。

另外，有异议而须上庭的离婚附属事项也减少。2012 年和 2014 年的离婚申请分别有 6275 起和 6019 起，但是离婚附属事项有异议的申请，分别有 524 起和 429 起。

出轨被手机“出卖”法国男子告优步

2017-2-13 联合早报网讯 麦可欣

法国南部一名商人因约车应用程序把他和情人约会的行程发送到太太的手机里，而将优步告上法庭。

据英国广播公司报道，这名男子称，有一次他用妻子的苹果手机叫了一部优步车，后来他虽退出登录，但优步应用程序继续向妻子的手机推送他的叫车订单。妻子犹如远程监控，出轨丈夫行踪遭曝光。后来这对夫妻以离婚收场。

据法国媒体报道，这名男子向优步索赔高达 4500 万欧元。

男子的律师告诉法新社，其当事人是优步应用程序“漏洞的受害者”，“漏洞给他的个人生活带来了问题”。

《费加罗报》报道称，该男子提出巨额索赔，其律师不予置评，只说其当事人希望保持匿名。《费加罗报》还说，也有其他用户遇到同样的问题。

《费加罗报》自己做了一项试验，用一部苹果手机登录、退出优步，然后用另一部苹果手机叫车。后来，软件将订单推送给两部手机。

报道还说，优步 12 月发步更新之前，这个漏洞只影响苹果手机，安卓好像没问题。

优步未就有关报道作回应。

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

在中国代孕合法化，你支持吗？

2017-02-09 凤凰读书 刘长秋

1982 年 2 月 9 日，中共中央、国务院发出了“关于进一步做好计划生育工作的指示”，提倡一孩政策。然而三十五年后的今天，人口的断崖式下跌和生育率的持续下降，已经到了让所有人慌神的地步。面对这种情况，在全面开放“二孩政策”之后，关于代孕合法化的讨论似乎再一次被提上了日程。

在这样的风口浪尖之时，人民日报官方微博近日发起了一项关于“代孕合法化，你支持吗？”的投票调查，引发了网友激烈的讨论。

有人认为代孕合法化是弃人权于不顾，将引发大量的违法犯罪行为，给社会发展带来重大隐患，言辞激烈者甚至认为代孕的合法化迟早将带来嫖娼的合法化；也有人认为代孕合法化没那么可怕，毕竟中国存在的大量代孕需求也是需要解决的。

事实上，代孕并不是中国独有的现象，在美国部分州、印度、泰国以及俄罗斯等国家和地区，代孕现象都不少见。美国甚至已经发生过多起因为代孕婴儿监护权的归属纠纷而诉诸法院的案件，并引发过学术界以及社会公众的巨大关注和争议。

由于中国长期以来一直对代孕都持全面禁止的立场，代孕在过去并非众所周知，直到最近几年代孕产业在中国一度泛滥才引发了国内外媒体与学术界的持续关注。

但目前中国的代孕情况究竟如何，许多人并不了解，今天读书君为你找到了一本首部国内全面研究代孕规制的专著，并选取其中的一部分带你了解一下代孕在中国的现状及其成因。

看完现状后，我们再来一起讨论其合法化的可能行吧。

代孕在中国的现状及成因

✪ **刘长秋**

代孕在中国的现状

从 1978 年英国首例试管婴儿诞生到 2010 年中国广东富商依靠代孕方式孕育 8 胞胎，再到 2014 年武汉查处的“中美泰非法代孕事件”，以及 2015 年上海市闵行区人民法院审理的国内首例因代孕引发的监护权纠纷案，代孕已跨越世纪、跨越国界，悄然“潜伏”在中国民众身边，成为国人生活中的一道异景。

30 多年来，辅助生育技术的发展以及高达 15%—20%的不孕不育率，让中国代孕市场发展壮大。目前，代孕在中国已悄然形成产业链。在网络上随意输入“代孕”等关键词，立即会蹦出十几万条搜索结果，其中多数为提供代孕服务的中介机构。

打开这类机构的主页，则可以看到“代孕常识”、“收费标准”、“代孕妈妈报名”、“捐献卵子报名”等版块和内容。有些代孕广告甚至明确标明“年薪 8 万—15 万元”，并列出明细：代孕纯补偿 10 万元，分娩前第三、五、六、七、八月，每月支付 1 万元，分娩后再支付 5 万元。还有诸如生活费补助，孕前三个月 4000 元/月，三个月后 2000 元/月，其余医疗补偿 2000 元；居住在花园式小区、家电齐全，孕后保姆照顾；到车站后，安排接待等。

代孕在中国已经极为泛滥，以致在代孕中介的安排和帮助下，花费数十万元就可以绕开目前中国多个部门的相关规定，享受一条龙式的代孕生育服务。

一般而言，从选择代孕母亲、体检、医院到出生证明，甚至到在出生国拿绿卡等一切环节，都会被代孕中介机构明码标价，并全部负责到底。

以部分媒体记者暗访时一些代孕中介机构的客服所作的介绍为例，“基本代孕的操作流程是夫妻双方取精取卵制成胚胎，移植到代孕母亲体内生产，费用是 45 万元。包生男孩要对染色体进行筛选，费用是 120 万元。

生美国国籍小孩需顾客飞国外取精取卵，然后找美籍代孕母亲生产，费用是 180 万元。而 185 万元可包干项目，即代孕生产美国国籍男孩”。代孕在中国的产业化程度令人震惊，而其中涉及的性别选择问题将会对中国男女性别比例带来的隐患，代孕过程中完全将代孕女性当成生育工具的伦理堕落也无法不令人揪心。

现在，一项代孕“业务”的利润少则数十万元，多则上百万元，有些代孕中介的年收入甚至高达数千万甚至上亿元人民币，让很多从事其他产业的人艳羡不已。

由于中国现行的《人类辅助生殖技术管理办法》已经对医疗机构与医务人员实施代孕手术的行为进行了明令禁止，因此，正规医疗机构与医务人员在代孕产业中能起的作用相对较小（但也有很多医疗机构与医务人员为利益所诱而非法参与）。

各种非法的代孕中介与从事非法医疗服务的机构与人员是代孕得以在中国兴风作浪的主要原因。同时，由于现有规制措施的失利，代孕在中国已经愈演愈烈。如何应对和规制代孕，已经成为困扰相关管理部门的一个重大难题，成为对中国社会治理能力的一个严峻挑战。

不仅如此，代孕也催生了很多违法犯罪现象。由于代孕在中国并不合法，属于地下产业，所以与代孕有关的当事人根本得不到法律的保护。这经常会催生一些欺诈或要挟行为。

现实中，代孕公司并非清一色只做收钱“帮忙”的生意，很多都涉嫌敲诈勒索，就像一个无底洞，还动辄以“流产”胁迫委托人。不少求子若渴的夫妇，盲目相信了一些代孕机构的承诺，不但未能如愿得子，反而遭遇各种敲诈勒索，到最后人财两空。媒体已对这类案件多有报道。

此外，中国代孕乱象中的“100 万元包生男孩”、“是女孩就堕胎直到怀上男胎”、“高中生大学生稀里糊涂卖卵”等，也极大地扰乱了正常的生育秩序，给中国男女性别平衡带来冲击。这些都给社会发展带来重大隐患。

代孕在中国泛滥的成因

1. 人类辅助生殖技术的进步支撑着代孕产业的发展

代孕的产生及其产业化需要有一个起码的前提，即技术的支撑。自 1983 年湖南医学院生殖工程研究组用冷冻精液进行人工授精取得成功，并顺利分娩出婴儿以来，人类辅助生殖技术便在中国飞速发展，不仅人工授精技术已经非常成熟，就连技术难度较大的体外受精—胚胎移植技术也已经进入了第三代。

而依据最新的发展来看，人类辅助生殖技术已经发展到了能够实现“三亲育子”的阶段。（所谓“三亲育子”技术，就是利用试管受精技术将来自父母的基因与一名女性捐赠者的健康线粒体相结合，避免缺陷线粒体影响下一代，同时将健康基因传递下去。这名女性捐赠者的基因占新生儿基因总体的 0.1%。）

英国议会下院 2015 年 2 月 3 日就表决批准了“一父两母”3 人基因共同育子技术，以减少某些严重遗传疾病的患病风险。

现在，运用人类辅助生殖技术，专业人员不仅能够使具有良好子宫功能的人成功怀孕生子，甚至可以运用多胎术、减胎术控制胎儿的数量。更有甚者，连孩子的性别与基因缺陷都可以被准确地检测出来。例如，在体外受精的情况下，胚胎在植入子宫前就能够进行基因检测，从而避免将来因胚胎含有不被接受的基因而不得不流产。

而选择代孕者，除了由于自身无法正常生育这一主要原因外，有的是希望通过代孕来解决多胎、孩子性别或基因选择等问题。由此可见，现代生命科学技术发展尤其是人类辅助生殖技术的进步是代孕在中国产生并产业化的技术原因。

2．不孕不育率攀升产生了现实的代孕需求

代孕之所以在中国发展成为见不得光的灰色产业，成为困扰管理者的一道难题，其根本原因在于中国确实存在有关代孕的现实需求。

2009 年中国人口协会公布的《中国不孕不育现状调研报告》显示，目前全国平均每 8 对育龄夫妇中就有 1 对面临生育方面的困难，中国的不孕不育率攀升到 12.5%—15%。接近于发达国家 15%—20%的比率，而这个数字在 20 年前仅为 3%。

其中，以 25—30 岁者最多，呈年轻化趋势。在现有的不孕不育者中，部分人是可以借助人工授精、试管婴儿技术实现自己生儿育女的梦想的，但也有很多人则由于先天无子宫、子宫发育不良、接受过子宫切除手术或其他不适宜再怀孕的手术、患有不适宜怀孕的疾病、有过习惯性流产或已经过了生育年龄等原因而无法借助以上技术解决，只能求助于代孕。

依照市场经济的基本定律，有需求就有供应，代孕黑市就这样出现了。

3．高额的利润刺激了代孕产业链的产生

按照亚当·斯密的说法，现实生活中的人都是具有理性的“经济人”，追求利益的最大化是人的本性。马克思也指出：“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。”而“如今对于经济行为来说，法律权力越来越微弱，强烈的利益会驱动人们违反法律规范”。

对于代母来说，每个月数千元的生活补助以及代孕完成并交付孩子后可以获得的高额报酬——尽管该报酬经代孕中介等的层层盘剥已比客户支付的少了数倍不止——要比其他工作更容易赚取。因此，虽然代孕过程中可能需要面对多种艰辛、风险和健康损害，代孕完成后也必须直面母子分离，但出于经济利益的考虑，大多数代孕女性还是愿意从事代孕。

而对于中介机构与医疗机构而言，完成一次代孕服务不但自己几乎不用承担任何身体上的风险与精神上的伤害，反而可以比较容易地获得巨额利润，这显然太有诱惑力了。代孕产业链由此促成。

4．中国现有法律在规制代孕方面明显失当

中国卫生部（现卫计委）于 2001 年颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》等规章及规范性文件，对医疗机构及其人员实施代孕服务的行为进行了明令禁止。

然而，在中国代孕产业化形成的过程中，起主导作用的却是在中国大量存在的代孕中介与提供代孕的女性，他们并不在此办法的涵盖范围内。

依据权利本位中的权利推定规则，在法治社会中，凡是法律没有禁止的，就是公民有权利去做；凡是法律没有明确授权的，就是政府不能主动去干预。因此，政府依法只能处罚医疗机构及医务人员从事代孕的行为，却无权处罚代孕女性与代孕中介。

而对医疗机构与医务人员，现行规定的处罚力度也非常微弱，与违法实际所得的十多万元甚至数十万元的收益比，相去甚远。这使中国现有法律在规制代孕方面明显失当和乏力，成为导致代孕在中国产业化的制度根源。

——摘自《代孕规制的法律问题研究》刘长秋/上海社会科学院出版社/2016

中国代孕规制的模式选择

2017-02-11　《法制与社会发展》2009 年第 4 期 中国人民大学法学院 王贵松教授

摘要:代孕是一个法律、伦理上的共同难题，国外存在着私法自治型、政府管制型、完全禁止型三种规制模式。中国政府采取了完全禁止的规制模式，却未能取得、也很难取得预期的效果。代孕是实现生育权的一种方式，却可能与代孕者、小孩的人格尊严和公序良俗相抵触。国家对代孕的规制，应该本着基本权利的基本原理，考量社会的接纳程度，在生育权、人格尊严与公序良俗之间作出适当的权衡，从而抛弃完全禁止的规制模式，履行其对多种基本权利的保护义务。

几家欢喜几家愁，有人在为人口爆炸而忧心忡忡，也有人因无法生育而紧锁眉头。于是，一种“代孕”的服务应运而生。然而，这种技术难度不大的“代孕服务”却引发了一系列的法律和伦理困境，或禁止，或放纵，或认为破坏自然的规律、贬低孕育的价值，或认为这是满足父权主义传宗接代的欲望，将女性身体和婴儿商业化，或认为这是现代科技给人类所带来的福祉，消除了不孕者的无尽苦痛，维护了婚姻家庭的稳定，如此种种，褒贬不一。法律规制（国家）应于何处着手，道德评判（社会）如何方为适当，值得我们去认真思考。

目　次

一、一起代孕案件所引发的思考

二、代孕规制的三种模式

三、代孕规制的中国选择

四、结语：宪法引导代孕规制模式的变革

一、一起代孕案件所引发的思考

中国政府明令禁止代孕，但地下代孕禁而不绝，争议时有发生，甚至对簿公堂。2008 年 9 月 11 日，南宁市江南区法院审结了一起离奇的抚养权纠纷案，小孩是一对夫妻（被告，妻子不孕）用 15 万元委托一女子（原告）所生。法院认为，原被告签订的代孕协议明显违反公序良俗，当属无效。但孩子已经出生，孩子的父母对孩子均有抚养权，由亲生母亲抚养孩子，对孩子的成长当然是有利的，但在其父母必须分开的情况下，孩子只能确定由更有利于抚养孩子的一方携带。为孩子的健康成长着想，应由被告携带抚养孩子为佳。这一民事案件的首要问题在于判断代孕协议的合法性，至于小孩的抚养则是另外一个层次的问题。法院在这里只是简单地以其违反公序良俗为由认定无效，而对于委托方的生育权、代孕者和小孩的人格尊严等问题则只字未提。在中国，**宪法是否能保护这些少数人的权利，能否在生育权与公序良俗之间进行一次较量**，这是本文所要关注的问题。

所谓代孕，是指女子以为他人生育小孩为目的而怀孕生子的行为，这里的“他人”多数是不能或不宜生育者，而不包括自己的丈夫或性伙伴。该女子一般被称为“代理孕母”、“代孕妈妈”（Surrogate Motherhood）。应该说，“借腹生子”的现象自古有之。但传统的借腹生子是既借腹又借卵，而且还要通过性行为授精怀孕，在生育之后，既不给分娩者任何名分，也不由其抚养，而委托方享有父母身份和抚养的权利。只是到了当代，可以通过人工授精的办法，让不能怀孕或不宜怀孕的夫妇精卵受精之后植入代理孕母子宫中，只借腹不借卵，从而实现现代型代孕的目的，也在一定程度上避免了传统借腹生子的道德困境。也正是现代科技的发达，使得精子和卵子的来源变得多样化（参见图 1），使得生物学母亲、分娩的母亲和抚养的母亲可能会发生分离，使得子女的法律地位或者父母的认定变得更为复杂。

代孕按照不同的标准可以有不同的分类：1. 从胎儿与孕妇之间有无血缘关系的角度可分为：妊娠代孕（gestational surrogacy）与基因型代孕（genetic surrogacy），前者又被称为完全代孕（full surrogacy）、宿主代孕（host surrogacy）等，即将不包含孕妇自身卵子在内的合子植入孕妇子宫，怀孕生子，包括上表中的①～③，它只是借腹而已；后者又被称为部分代孕（partial surrogacy）、直接代孕（straight surrogacy），是指将孕妇的卵子与非孕妇丈夫的精子以某种方式授精，由其怀孕生子，包括上表中的⑤，它不仅借腹，还借卵。当然，说⑤是基因型代孕，只是从目的上而言的，其最初的意旨在于生育一个小孩归精子所有者一方抚养，其实质是非婚生子女。2. 从授精方式的角度可分为：体外授精代孕（IVF. surrogacy），传统型代孕（traditional surrogacy）两种，前者是指将体外授精后的受精卵植入代理孕母的子宫，怀孕生子；后者是指将孕妇的卵子与非孕妇丈夫的精子以性行为的方式授精，怀孕生子。这一分类在道德上有意义，但在法律上则是没意义的，因为包括中国在内的多数国家法律连通奸都不予禁止。3. 从是否收费的角度可将代孕分为有偿代孕和无偿代孕。从各国的实践来看，这一分类是有法律意义的。在上表中，比较特别的是④和⑥。在②和③中，委托方找来的捐献的精子或者卵子与自己的卵子或精子结合，其所生子女也应视为委托方夫妻精子卵子的结晶。但在④和⑥中，不论精子还是卵子均与委托方无关，如果将这两种情形也称之为代孕，则完全是从委托的目的上而言的。④和⑥中的关系认定愈形复杂。

代孕的类型如此多样，一律禁止是否妥当，禁止的目的何在，到底要维护怎样的价值和利益，又能通过怎样的形式去维护所谓的价值和利益，恐怕还不能简单地作出判断。

二、代孕规制的三种模式

应该说，国家的法律和社会的伦理均可能对代孕持一定的态度，不同类型的代孕被法律或伦理承认的可能性是不同的。考察世界上的主要发达国家可以发现，它们对代孕进行规制的模式大致可以分为三种：私法自治型、政府管制型和完全禁止型。

（一）私法自治型

所谓私法自治型，是指**国家对于代孕行为只是制定规则，而任由私人之间依据私法途径完成，政府不予监管**。美国的许多州便属于这一类型。

美国并无统一的代孕联邦立法，也没有联邦最高法院的判决，而委诸各州自行其道。1973 年的《统一亲子法》（Uniform Parentage Act）只是对人工授精有所规定，2000 年修订时增加了关于代孕协议（Surrogacy Arrangement）和代孕子女法律地位的内容，但该法只是统一州法运动的一部分，并无实际的法律效力。各州多数没有专门的代孕立法，而主要由法院的判例在代孕问题上发挥着重要的作用。

第一个具有代表性的判例是发生在 1985 年新泽西州的 Baby M 案。该案中，代理孕母与委托方签订契约，孕母的卵子以体外授精的方式怀孕生子——基因型代孕，之后却拒绝交付婴儿，被委托方诉诸法院。新泽西州最高法院

认为，从该代孕协议的内容来看，代孕协议实质上是收养协议，但收养不得付费，该协议违反新泽西州的法律；以协议的形式让母亲停止行使所有的亲权，让孩子脱离生母而成长，也违反了新泽西州的公共政策。故而协议当属无效。孩子的母亲就是分娩他的女性，她有权行使自己的亲权。但从孩子的最佳利益（Best interests）出发，应将该案中的孩子判由委托方抚养。这一判决看似否定了代孕协议的合法性，但法院也指出了代孕协议合法性的空间：**在当时的法律状态下，假设孕母并非被迫交付她的孩子，那么自愿的、无偿的同意担任孕母并不违反现行的法律**。法院同时指出，这一判决并不影响立法机关改变当时的法律状态，使代孕协议合法化。

1993 年，加利福尼亚州最高法院有关另一类型代孕——妊娠代孕的判决亦引起了高度的关注。在 Johnson v. Calvert 案中，代孕协议规定，以委托方夫妇的配子植入受托女子的子宫，该女子代孕成功后放弃对孩子的一切权利，其对价是购买保险并在成功分娩后支付一定的费用。但该夫妇发现孕母隐瞒了曾经流产的事实，孕母也发现该夫妇未购买足额的保险，遂要求给付足额，否则将拒绝交付婴儿。加州最高法院认为，在加州法律之下，虽然基因和分娩都可以建立起母子关系，但两者不能发生在同一个女人身上时，想要生孩子的是孩子的自然的母亲。该夫妇是孩子的基因上的、生物学上的、自然的父母，孕母对孩子不享有亲权。因此她就不能寻求宪法对母亲权利的保护。代孕并不是非自愿的奴役，契约在缔结时并无强迫，而且女性对于腹中的胎儿享有绝对的自主权，因此不能说代孕协议侵犯了其终止妊娠的自由。代孕协议是合法有效的，具有执行力，能够对抗孕母的主张。对于代孕协议是在剥削或贬低女性、特别是经济条件差的女性的主张，加州最高法院认为那是一个适合在议会讨论的问题，那里才有大量的经验性数据去加以验证，法院在案件中所能判断的只是案件中可能的后果。尽管常识会认为弱势的女性更有可能去做代孕的事情，但也**没有证据表明代孕协议比因经济需求而接受低廉的甚至不情愿的工作更会剥削人。也没有证据表明代孕会形成孩子只是商品的观念**。能看得到的有限资料表明，**代孕并不存在对所有参与者严重的负面影响。**这一判决认定了代孕协议和代孕付费的合法性，并将孩子判给了委托方。上述两个判决看似结论完全不同，但却都十分重视基因的因素，其差别只是由于各州的法律不同所致。

目前，美国有 26 个州允许代孕，5 个州和 1 个特区（包括亚利桑那、密歇根、纽约、犹他、华盛顿以及哥伦比亚特区）认为代孕是犯罪，其他 19 个州认为代孕协议无效，并禁止缔结带有报酬和对价的代孕协议，但并不反对自愿的代孕。由此可见，绝大多数州均允许自愿的无偿代孕，其他类型的代孕则各州有所不同。

（二）政府管制型

所谓政府管制型，是指**政府对于代孕问题进行管制，如无政府的许可，不得实施代孕，代孕行为也要受到政府的监督。**英国就属于这一类型。

1978 年，世界上第一例成功的试管婴儿在英国诞生，标志着人类在胚胎学上的重大进步，同时也显示了英国人工生殖技术的水准。为了探讨人工生殖技术对社会可能造成的影响，英国于 1982 年成立了人类授精与胚胎发展研究委员会，1984 年公布瓦诺克报告（Warnock Report），建议禁止代理孕母行为，强调因个人目的而利用另一人代理怀孕是不道德的，且担心造成商业剥削的危险及私下利他性代孕或不收取费用的代孕。然而，1985 年，英国法院审理了一起跨国代孕的案件（Baby Cotton 案），一名英国女性通过美国的商业中介机构为瑞典的一对不孕夫妇顺利产下一名女婴。法院认为有偿代孕违法，但基于子女的最佳利益将小孩判给了瑞典的夫妇。这一案件说明代孕已现实地存在于英国。为了应对由此所引起的恐慌，英国于当年就迅速制定了《代孕协议法》（The Surrogate Arrangement Act 1985）。该法虽然只有五条内容，却为代孕行为提供了基本的准则。该法禁止商业性的代孕行为，禁止媒体刊登代孕的广告，但对于非商业性的代孕则持放纵态度，对代孕行为的后果、对子女的法律地位等问题亦未置一词。1990 年，英国为弥补《代孕协议法》的缺憾，制定了《人类授精与胚胎法》（Human Fertilisation and Embryology Act 1990）。该法要求代孕须获得人类授精与胚胎研究管理局（Human Fertilisation and Embryology Authority，HFEA）的许可；**代孕协议不具有执行力，不是双方权利义务的根据，而只是代孕关系存在的证据；代孕可以支付“合理的费用”，但不得进行其他的金钱给付；该法坚持分娩者为生母的原则，**认定代孕者（包括基因型代孕和妊娠代孕）为母亲，**委托方可以依据《收养法》来获得亲权。**《人类授精与胚胎法》对于代孕制度的完善确实是有其积极意义的，解决了代孕子女的身份确认问题，为代孕者提供了一定的法律保障，还加强了国家对代孕问题的监管，但是该法并非专门的代孕法，对于“合理的费用”也未作界定，否定了代孕协议的执行力之后，也给法官和当事人增添了认定的负担。代孕中的问题未能全部解决，是否要制定一部专门的代孕法等问题正在热烈的讨论之中。但可以肯定的一点是，英国不承认代孕协议的强制性，允许非商业性的代孕。

（三）完全禁止型

所谓完全禁止型，是指**国家禁止各种形式的代孕，甚至以刑罚加以惩罚。**德国、法国、日本等均属于这一类型，但无一例外均存在着地下代孕。

这里主要来考察与中国具有相似文化背景的日本。日本称代孕为“代理出产”，称代理孕母为“代理母”。日本厚生省厚生科学审议会曾在2000年12月提出“人工生殖原则的报告”，确立了生育的子女福祉优先、不得将人当作专门的生殖工具、充分考虑安全性、排除优生思想、排除商业主义和守护人的尊严等六大原则，它认为无论是妊娠代孕还是基因型代孕，均是将人当作专门的生殖工具，给第三人造成极大的风险，特别是考虑到生育下来的孩子的福祉，应该禁止代孕。不过，日本政府对此并未立法，但在执法上明确禁止任何形式的代孕。

近年来颇受关注的向井亚纪代理孕母事件也被提到了日本最高法院。该案中，高田延彦与向井亚纪夫妇因无法生育，便用自己的精子卵子委托一个住在美国内华达州的美国女子代孕生下一对双胞胎，并经内华达州法院认定亲子关系成立。该夫妇回日本后作为亲生子申报户口，但东京品川区长以分娩者不是向井亚纪，不认可其嫡出亲子关系，拒绝予以登记。该夫妇不服，先后诉至东京家庭法院、地方法院、高等法院，请求撤销决定。东京高等法院认为，日本民法在制定时并未考虑到自然怀孕之外的方法来怀孕生子，但不能说这种方式无法兼容于现行法秩序之中，人工授精已经得到法律的承认，只是在民法上尚无法依据代孕协议确定亲子关系。而内华达州法院已依据该州法律认定了其间的亲子关系，且代孕协议仍优先考虑代理孕母的身体和生命安全，并未侵犯代理孕母的尊严；参考该夫妇与小孩之间的血缘关系，考虑到小孩的福祉，承认该确认判决在国内的效力并不违反公序良俗。遂要求品川区长受理该登记申请。

但这一判决被日本最高法院推翻。日本最高法院认为，代孕协议虽然在美国内华达州合法，并取得内华达州法院对法律上亲子关系的认定，但外国判决在日本国内申请强制执行，须以不违反日本国法律及公序良俗为前提。然而日本民法并不能包含不怀孕分娩者可为母亲的旨趣，故其母子关系不能成立。于是否决了向井亚纪将经代理孕母生下的两个小孩登记为自己子女的申请。但法院同时也强烈希望立法能考虑社会的一般伦理感情，尽快对医疗法制、亲子法制作出研究。日本妇女组织、医学界等社会各界就此也展开了激烈的争论，目前日本政府仍未就此立法。

三、代孕规制模式的中国选择

各种代孕规制模式的存在，也显示了代孕问题的社会性和复杂性。不同国家对代孕问题有着不同的接纳程度和规制密度，会根据自身的情况作出适当的选择，而不必一味地追随所谓的自由、所谓的秩序，中国亦应如此。

（一）中国现行的代孕规制模式

目前，中国对代孕行为的规制主要由卫生部的部门规章规定的。2001年《人类辅助生殖技术管理办法》明确规定“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”（第3条第2款），医疗机构违法实施代孕技术的，要由卫生行政部门进行处罚，直至追究刑事责任（第22条第2项）。《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》在“保护后代的原则”之下规定“医务人员不得实施代孕技术”。由此可见，第一，**中国政府的态度是禁止代孕**，不论是妊娠代孕还是基因型代孕。按照“伦理原则”的体系解释，禁止实施代孕技术，其动因在于“保护后代”。这一目的具有正当性，只是其实际的考虑恐非局限于此，这里姑且不论。第二，**代孕行为的惩罚对象是实施代孕技术的医疗机构**。对于代孕的委托方不予惩罚，不仅有其法律原因，也有很长的传统背景。孟子曰：“不孝有三，无后为大。”（《孟子·离娄上·第二十六章》）国人对于传宗接代的情感根深蒂固，不得已而寻求代孕时，应该说情有可原。**代理孕母代人生育，其所受的苦难不可谓不大，若已是经济上的弱势群体，国家再施以惩罚，更属不当**。故而惩罚医疗机构有其合理之处；而且作为规章制定者的卫生部也很难对医疗机构之外的主体进行惩罚。

然而，我国这种对代孕的完全禁止模式并没有收到预期的效果。现实中，代孕的广告、网站肆意流布，代孕行为我行我素，但鲜有被惩罚者。其原因何在？是执法不力，还是完全禁止型的规制模式自身存在着重大的缺陷？笔者认为，两方面的原因都是存在的，但很大程度上是因为规制模式自身存在缺陷，导致执法时很难找到合法的手段去实现既定的目标。

（二）选择代孕规制模式的考虑因素

上文所述的三种代孕规制模式，其首要的差别在于代孕是否合法，换言之，能否允许代孕行为存在，若允许，又允许何种类型的代孕。至于其后续的子女的法律地位、父母的身份认定等问题，主要是亲属法问题，其确定的方法亦非三种模式自身所特有，多数均秉承子女最佳利益的原则来处理身份上的法律问题，这里不予探讨。

1．代孕与人的尊严

代孕能否被合法化，最大的问题在于代孕是否对代孕者的人格尊严构成侵犯，是否对代孕所生小孩的人格尊严构成侵犯。

一般认为，“人的尊严”在神学上的依据在于人是依据上帝的形象所塑造成的，其在哲学依据上则是与康德哲学相联系的。康德认为人类与其他生物不同，人类具有智慧的能力以实践理性，他是根据个人信仰和意志而行动的。

因为人类本身即是一道德主体，是自己的主人而非受制于他人。强调人的自律，提出了他的道德命令："你的行动，要把你自己人身中的人性，和其他人身中的人性，在任何时候都同样看作是目的。永远不能只看作手段。""一切目的的主体是人。"在二战之后，人的尊严（或人性尊严，人格尊严），超越了哲学、伦理学、神学而被实定法化了，在日本、德国和中国等国宪法当中均相继作出明文规定，只是在表述和内涵上可能略有区别。德国基本法第 1 条规定，人性尊严不可侵犯，对它的尊重与保护是所有国家权力的义务。日本国宪法第 13 条规定要"尊重个人"，第 24 条提及保障婚姻、家族中的"个人尊严"。中国宪法第 38 条也规定，"公民的人格尊严不受侵犯"。德国联邦宪法法院曾在其判决中提出了著名的"客体公式"："当一具体的个人，被贬抑为客体、仅是手段或可代替之数值时，人性尊严已受伤害"。其实，这种界定基本上都是与康德哲学的体现，强调了**人的主体目的性和非手段性**。

从代孕的通常过程来看，首先是委托方想到了要找一个代孕的人，由其怀孕生产，然后才有代孕者的出现。换言之，有了代孕的需求，才有了代孕服务的出现。委托方若以金钱购买这种"服务"，则是将代孕者当作"人类生产的工具"、"孵化器"，有侵犯代孕者人格尊严之嫌。但如果代孕者同意代孕，是否意味着对人性尊严的放弃呢？从基本权利的原理来说，个人可以不行使基本权利，甚至可以放弃某些基本权利，但是不能超越合理的界限。若某一基本权利的保障同时也寓有公共目的，则该基本权利不得放弃；若人性尊严因放弃某基本权利而受到侵害，则可强迫接受该基本权利。从基本权利的保障而言，应以生命权、人性尊严不可放弃为底线。人性尊严并非仅仅为自身的体验，很大程度上是来源于社会的评价与认同。即便孕母自愿放弃，国家也不能坐视不管，因为它对孕母的人格尊严负有保护的义务。

就代孕行为合法性争议而言，婴儿在代孕行为中的法律地位也受到了很高的关注。一种经常的批评是婴儿被当作商品，可以通过金钱来买卖。众所周知，买卖婴儿在各国法律中都是禁止的，它侵犯了婴儿的主体性，也侵犯了生育婴儿的母亲的人格尊严。那么，代孕所生的婴儿是否被当成商品了呢？在美国的 Baby M 案中，新泽西州高等法院对此作出回应："给代孕的钱不是因将孩子交付给他的父亲而支付。恰恰在出生这一点上，不论协议如何规定，母亲和父亲对孩子都拥有同等的权利。生物学上的父亲是为她能愿意怀孕分娩而支付代孕的费用。父亲并不是在购买孩子的出生，那是他自己生物基因上的孩子。他不能购买已经属于他的东西。"当然，该案涉及到的是基因型代孕，故而委托的男子是孩子的亲生父亲，所以法院的逻辑大致是可以成立的。但既便如此，新泽西州最高法院仍然作出了不同的判决："这是买卖儿童，或者至少可以说是买卖母亲对其子女的权利，其间唯一的缓和因素就是购买者是孩子的父亲。禁止付费收养所要阻止的几乎所有的罪恶在这里都存在着。"如果收费，不仅侵犯代孕者的人格尊严，也会降低孩子的社会评价，侵犯孩子的人格尊严。

国家对于有偿代孕应予禁止，以践履其对人格尊严的保护义务；**对于无偿代孕，由于其并未购买女性子宫的服务、并未买卖婴儿，并无侵犯人格尊严之嫌**，则可以在考虑公序良俗等其他因素的情况下予以适当放开。

2．代孕与公序良俗

现实中，中国和日本、法国一样均以代孕协议有悖于公序良俗而归于无效。我国《民法通则》第 7 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"。一般认为，这就是确定了公序良俗原则。

首先，社会是否普遍不认可代孕。从中国代孕者的实际生存状况来看，代孕者往往是躲避自己熟悉的群体，在一个陌生的环境中从事代孕行为。这从一个侧面说明，社会并不认可代孕行为。而委托方则往往采取极为隐蔽的方式——例如夫妻双双调往外地，等走完整个代孕流程之后，再带着小孩重现天日。这也说明，社会并不认可委托代孕。这种社会认知（需调查之后得出结论）对代孕能否合法化具有重要的影响。一定的法律制度要与整个社会的价值观念相协调，如此才能获得存在的正当性和现实可能性。当然，由于社会伦理变化缓慢，在社会伦理明显有悖于宪法所确定的价值体系时，则有可能、也应该突破这种前立法的限制，以新的制度引导社会观念的变迁。

其次，代孕中是否存在着经济压迫而被认为有违公序良俗者。从诸多实例来看，代孕者多迫于经济困难而与委托方签订代孕协议，为其代孕。确实也很难想象，经济条件优越者会为普通不孕者代孕，所以多数不存在所谓的自愿代孕。而这也被诟病为富人对穷人的剥削。应该说，这种说法占有道德上的优势，但代孕者的经济劣势却不是通过禁止代孕就能解决的，而且不可忽视的一点是，社会上确实存在着一种人，她并无经济压力，却好为人母、喜欢备受呵护、乐于享受与胎儿进行交流的幸福，其代孕的意愿可能是真实的、自愿的。

最后，代孕协议的履行充满了风险，限制了代孕者的自由，也往往被认为违反公序良俗。例如，在代孕过程中，委托方有可能中止协议。代孕者如果堕胎，则是对其身心的摧残；如果继续生育，则子女的利益难以保护。代孕分娩后，委托方可能因已经离婚或者婴儿有先天性残疾而拒绝抚养小孩，这时代孕者又何以自处？代孕者在怀孕期间与胎儿已形成感情，分娩后按照代孕协议的要求就要将小孩交付给他人，甚至不得探视，这种抑制"母子"情感有违天性。代孕者在代孕过程中要受到委托方的诸多限制，诸如在代孕之初不能发生性行为，以防止无法分辨分娩之

子的血亲；在代孕过程中行动自由也会受到很大的限制，要根据委托方的要求定期检查，甚至在饮食等日常起居生活方面也会受到限制。从诸多实例来看，代孕者的情绪在代孕过程中常常会发生很大的波动。如果代孕者意图毁约，但囿于经济上的压力和报酬的诱惑，很难实现自我意思的自主。美国某些州之所以能对此予以反驳，其根源在于它秉承罗伊判决意旨，承认女性对于胎儿的自我决定权，女性可以不受代孕协议的约束。但在中国宪法的价值体系中，却很难承认女性的这种自我决定权。但是，如果代孕协议没有约束力，让代理孕母有更大的自我决定权，代孕行为或许还有一定的存在空间。我们同时也要看到，代孕发生争议的情形只占很小的比例，以很小的比例来驳斥整个代孕行为的价值，显然有失偏颇。

从上述分析来看，即便是公序良俗也不能为禁止所有种类的代孕提供充分的理由。我们还要看到，在现代法治国家，**公序良俗中的所谓“公序”应包含“宪法秩序”的内容。如果宪法保护代孕的方式，则公序良俗也应适时跟进**，作出符合宪法要求的解释。

3．代孕与个人的生育权

代孕还关系到一个在中国非常值得引起重视的宪法权利，那就是生育权。我国宪法第 49 条规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”“夫妻双方有实行计划生育的义务。”“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。”既然有计划生育的义务，那么就必须有生育的事实前提。既然婚姻家庭受国家的保护，既然强调父母与子女之间的关系，那么，生育权应该内含于其中。《人口与计划生育法》第 17 条亦明确规定“公民有生育的权利”。从事实层面来说，代孕是实现生育权的一种方式。要禁止代孕，特别是禁止那些不能怀孕、不宜怀孕者寻求代孕的协助，就必须要有充分的根据，必须符合法律保留原则和比例原则的要求。

从限制基本权利的要求来看，**用卫生部的规章来宣称禁止代孕是违反法律保留原则的，这也是其无法获得预期效果的部分原因**。从比例原则来说，首先要看禁止代孕的目的是什么，目的本身的合宪性也是需要检视的。从卫生部的文件来看，禁止代孕是为了保护后代的权利。应该说，这一目的具有正当性，而且禁止代孕与这一目的也确实具有关联性。从理论上说，对代孕进行限制，可能保护的利益除了孩子的尊严之外，主要是代孕者的尊严以及社会的公序良俗。至于其他目的，如杜绝男权主义等，则不具有正当性，混淆了法律规制的界限。其次要看是否符合必要性的要求，要看除了禁止代孕之外是否还存在其他的手段实现同样的目的。如果存在着其他的手段，而实施其他的手段对当事人权益造成的侵犯小于禁止所造成的侵犯，则禁止之举则违反必要性要求。采取禁止代孕的手段确实是一种保护后代权利的方式，使其人格尊严免受侵犯。但从上文分析可以看出，在没有金钱交易的情况下，允许代孕也同样不会侵犯孩子的尊严。而后一种方式恰好又能避免因禁止代孕而给生育权所构成的侵犯。故而**禁止代孕是不能通过必要性审查的**。既然已经不能通过必要性的审查，比例原则的第三个子原则——损益均衡原则也就不必再行考察了。

有人或许说，实现生育权有多种方式，对于不能或不宜生育者来说，寻求代孕是一种方式，试管婴儿也是一种方式，收养可能也算是一种。但事实上，试管婴儿并不是让胎儿在试管中孕育，它仍然要母亲的子宫里怀孕的。对于先天性无子宫或因病切除子宫不能怀孕以及不宜怀孕者来说，试管婴儿技术仍然是无能为力的。即便是那些子宫尚能正常运转的女性来说，代孕的怀孕率和活产率要比试管婴儿要高得多。而收养同样也不能取代代孕，收养的小孩与带有血统的小孩还是有差别的，多数人还是比较希望有一个带有自己血统的孩子，国家不能强迫人民放弃这种传统观念。而且收养在法律上也有收养人年龄、身体状况、经济条件等诸多的限制和繁琐手续的阻隔。无论是因社会的压力（不孕者常被讥讽为“不生蛋的鸡”）、婚姻家庭的安定还是自身对子女的渴望，不能怀孕、不宜怀孕者对生育的诉求是正当而强烈的。无偿代孕既可以帮助他人实现生育权，也不会侵犯代孕者的人格尊严，国家不仅不能禁止，而且还应创造一定的条件去保护这些少数人的基本权利。

（三）代孕规制的可能选择

如此看来，完全禁止型的代孕规制模式是很难满足宪法要求的，即便是将卫生部的规章上升为法律也同样如此。采用完全禁止型的规制，使得国家根本无缘插手现实发生的代孕，无法进行有效的规制和保护，也忽视了少数人正当而强烈的诉求。代孕在一定限度内是可以存在的，即便这一合法的空间可能只是有限的。

1．自由、博爱与代孕的有限合法化

近代立宪主义的基本精神就是要保障人的自由和权利，在无害于他人的情况下国家不得随意干涉，公民享有一种不受国家干涉的权利。正如密尔所言，“这条原则就是：人类之所以有理有权可以各别地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉，唯一的目的只是自我防卫。这就是说，对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当，唯一的目的只是要防止对他人的危害。若说为了那人自己的好处，不论是物质上的或者是精神上的好处，那不成为充足的理由”。对自由的限制仅仅在于侵害了他人的自由或者妨碍了公共利益。如

果代孕者和婴儿的人格尊严未受侵犯，如果代孕者出于博爱的伟大精神，甘愿为不能怀孕、不宜怀孕者奉献自己的子宫，那么，这就应成为一个自由的领域，国家也毫无理由去禁止这种代孕行为的发生，这种代孕行为就应该予以合法化。

能够合法化的代孕是有限的。**无偿代孕可以允许，有偿代孕当予禁止。**有偿代孕则可能因为金钱的缘故而让代孕者因经济拮据而失去缔约的自由，可能贬低女性的存在价值，减损孩子的人格尊严。当然，**主张无偿代孕，并不意味着委托方不可以承担必要的生活负担**，但其限度是不能超出正常的生活水准，不能在此外支付其他形同报酬的费用。

至于是否要区分基因型代孕与妊娠代孕，笔者以为，从法律的角度来看，这种区分是没有意义的。基因型代孕与妊娠代孕的区别仅仅在于卵子是否来源于孕母。基因型代孕如果精子来源于委托方的男子，则代孕所生子女相当于非婚生子女。而法律本着自由原则和自我责任原则，对于非违背女性意愿的性行为是不予惩罚的，更何况基因型代孕也并非仅有性行为一种方式怀孕，它还可以通过体外授精的方式来完成怀孕。故而，对于基因型代孕也不应予以禁止。

2．政府监管型的规制之策

放弃完全禁止型代孕规制模式，并不意味着要转入私法自治型的规制模式，因为国家在代孕行为中负有对人格尊严的保护义务。国家怠于履行，同样不符合宪法的要求。如此，对于代孕的规制模式，便只有政府管制型可供选择。鉴于中国的医师协会等行业组织并不具有很强的独立性，政府对代孕的规制还是需要行政机关直接介入才能确保国家保护义务的履行。

目前卫生部只是对实施代孕手术的医疗机构实施惩罚，但这一规制显然是存在重大漏洞的。我们不妨先来看看整个代孕的流程（参见图 2）。

目前只是惩罚实施人工授精的医疗机构，其结果要么是迫使医院走入地下实施手术，要么迫使代孕者想方设法与代孕者直接发生性行为，成功怀孕。所以惩罚医疗机构是无法实现规制目的的。在现代社会中，委托方要找到代孕者是非常困难的，因而代孕中介的存在便显得十分重要。如果要彻底禁止代孕，那么惩罚代孕中介是非常有效的。应该说，通过代孕中介寻找到代孕者和通过人工授精将受精卵植入子宫，这两步是整个代孕过程中的最重要的环节。故而，政府对代孕的规制可从这两个环节入手。

政府规制的直接目的在于防止有偿代孕的发生，如果没有防止有偿代孕的办法，则仍然要禁止代孕，以免损害代孕者和小孩的人格尊严。应该说，完全禁止代孕的有偿是有困难的。首先，可禁止商业性代孕中介，因为中介是整个代孕中的一个重要环节，商业化会破坏整个过程博爱和自由的性质。其次，明确规定禁止有偿代孕，同时也要对整个代孕的过程进行监管，防止有偿代孕的出现。对于超出合理费用（饮食、医疗、保险、看护、服装、住宿费等）之外的报酬，可予以没收；也只有在认定了不存在有偿代孕的情形后，才允许委托方申请认定亲子关系。

在委托方的资格问题上，鉴于目前社会对代孕的认同状况，**委托方只能是不能怀孕或不宜怀孕者。委托方应获得行政机关代孕的许可，方能寻求实施代孕**。对于那些可以正常怀孕而没有时间或者不愿意生育者，即便不予许可，也不构成对其生育权的限制。对于不能或不宜怀孕的单身族、同性恋者，可以在相关社会认知发展一定阶段之后放开。立法者应每隔几年对社会认知进行一次考察，适时改变当前的政策。至于代理孕母与委托方之间是否要限制在三代血亲之外，以便防止祖母代孕之类的事情发生，则更多地属于社会伦理的调整领域。

行政机关在许可时也应帮助委托方消除一些错误的思想，充分分析代孕所衍生的各种问题，并可对委托方和代理孕母进行身心评估，确保代孕的健康实施。对于实施人工授精等代孕手术的医疗机构，虽然应不予惩罚，但应科以告知的义务，使代理孕母和委托方均在知情同意的前提下实施代孕手术。

四、结语:宪法引导代孕规制模式的变革

在代孕这个多种社会规范（宪法、行政法、刑法、社会伦理）共同发挥作用的领域，各种社会规范之间却存在着一定的冲突。按照法制统一的要求，行政法和刑法的规定自然要服从宪法的统辖。如此，**最大的也是最难以解决的冲突便存在于宪法与社会伦理（公序良俗）之间**。一方面，我们需要区分法律与伦理道德所能发挥作用的领域。法律要看外在的行为有无侵及他人权益或公共利益的情形，如果不存在这种情形，那么国家就不能予以干预，否则即有违国家权力的公共性特质。并不是任何道德评判均可诉诸法律予以保障的，国家不能侵入个人自由的空间。另外，国家通过禁止代孕去实现不确定的、间接的目标也不具有正当性。另一方面，我们也需要着力化解宪法与社会伦理之间可能的冲突。宪法与社会伦理有诸多关联，两者能够相互促进，相互维护。但由于两者并非同步发展，发生冲突亦在可能之间。如何处理两者的冲突，对于两者来说都是个需要认真考虑的问题。变化缓慢的社会伦理需要适应宪法的发展，需要逐步舍弃不合理的道德准则，革除不合宪的伦理观念。虽然基于社会伦理具有广泛的社会基

础，宪法又不能轻易触动，而应以宽容为原则来处理。但宪法的宽容亦包含着对不宽容者的不宽容，否则新的社会价值就不会兼容于旧的社会伦理，社会伦理也得不到发展。就代孕问题而言，禁止不能生育、不宜生育者利用代孕的手段，这是对生育权这一基本权利的限制，严重缺乏正当性，社会伦理在这里也应遵从宪法对少数人人权的保障要求，适时发展。根据两者协调之后的结果，国家对于代孕的规制就应调整为政府监管型模式，亦应遵循协调生育权、人格尊严、公序良俗的宪法准则对相关的规制措施予以调整。

家事纠纷解决机制国际经验研究

《人民论坛》2015 年 08 期 山西大学商务学院 张翼杰

张翼杰，山西大学商务学院副教授。本文系 2013 年度教育部人文社会科学研究项目“社区组织建设中家事纠纷解决机制研究”的阶段性成果，项目编号：13YJAZH138 出处：《人民论坛》2015 年 08 期

家事纠纷，是发生在家庭成员之间的，基于血缘和姻缘产生的有关身份和财产关系方面的纠纷。由于受主体间情感和血缘的影响，其权利义务关系不同于普通的民事法律关系：它既涉及家庭成员的个人隐私，也涉及父母赡养、子女抚养、财产继承、家庭关系的维系等多种复杂亲情关系，所以不便公开审理，也不便采用简单的契约方式调整，更不便权威性地裁判。家事纠纷的特殊性，决定了家事纠纷的解决，无论是从纠纷解决的机构还是方式上，都有必要建立一套区别于普通民事纠纷的机制。综观世界各国，许多国家都设立了专门机构和特别程序来解决家事纠纷，借鉴国外家事纠纷解决机制，能够为我国建立和完善家事纠纷解决机制开辟一个全新的思路。

澳大利亚家事纠纷解决机制

澳大利亚非常重视家庭立法和家事纠纷的解决，1975 年制定了《家庭法》、1988 年制定了《子女抚养费（登记与收取）法》和《子女抚养法修正法》、1989 年制定了《子女抚养费（评估）法》等。根据联合国倡导的“儿童最大利益原则”和人权保护理念，以构建和谐家庭为总目标，从 2005 年开始多次修改家庭立法，在《家庭法》中新增了家事纠纷解决机制（以下简称 FDR 新机制），它是《家庭法》最具特色的内容之一，其中有许多制度和理念值得借鉴。澳大利亚采取非诉讼和诉讼相结合综合家事纠纷解决机制。

非诉讼解决机制。1975 年澳大利亚《家庭法》规定了原发性纠纷解决制度（简称 PDR），它是最具特色的法庭之外解决纠纷的程序和服务，是澳大利亚解决所有家庭纠纷案件的前置程序，只有先经过 PDR 程序不能解决的才能进入诉讼程序。

一是家事咨询服务。近年来，澳大利亚政府为了预防家事纠纷、及时化解家庭矛盾，通过了“家庭关系服务计划”，在社区设立了“家庭咨询服务”机构，从源头预防和制止家事纠纷的发生和激化，更好地为当事人提供家庭关系的咨询服务。家庭咨询员可由法院的首席执行官授权法院官员或工作人员担任，也可聘请法院外的其他具有“家庭服务资格”的人，或从司法部批准的具有从事家庭咨询资质的组织，如“家庭关系中心”人员中通过行政委任产生。家庭咨询员的职责包括：为提出离婚的夫妻提供和解帮助的服务，为已分居且有子女的当事人拟订抚养计划，为受离婚影响的子女提供服务等。

二是家事纠纷调解服务。不同于家庭咨询服务，家事纠纷调解服务不解决感情问题，只调解具体家事纠纷，如夫妻分居或离婚时对其争议的财产归属、子女抚养等问题。《家庭法》规定，凡涉及父母对子女的养育纠纷或向法院提起抚养令申请时，必须先经调解服务，向法院提交由家事纠纷调解员出具的已进行调解服务的证明，除非出现家庭暴力、子女虐待或者紧急事项等，所有分居的父母（从 2008 年 7 月 1 日起）在向法院申请养育令之前，必须先尝试通过家庭纠纷调解机制解决争议，否则不被受理。《家庭法》要求调解员与当事人有利害关系时应当回避，调解的时间、场所、程序等符合当事人的需求；调解前首先对当事人说明调解的注意事项，并对当事人纠纷和调解作出评估；在调解服务不再适合时，当事人可要求终止服务。①澳大利亚家事纠纷调解是诉讼前置程序，即在开庭审理之前，调解员仍有对家事纠纷调解的权利，并且调解与审判相分离。

三是家事纠纷仲裁服务。《家庭法》第 3 章第 19 条 D 款到 H 款将仲裁分为由当事人申请而提起的仲裁和由家庭法院提起的仲裁。前者又叫私人仲裁或不公开仲裁，这种仲裁的启动权掌握在当事人手中；后者必须征得所有当事人的同意，否则仲裁不具合法性。以上仲裁结果都不具有强制力，只有经登记的仲裁裁决才与法院的判决具有同等效力。澳大利亚 FDR 模式下的仲裁，仅包括婚前、婚内财产协议，对涉及子女抚养及夫妻扶养协议，均不得仲裁。②家事纠纷仲裁服务具有成本低、程序简单、灵活性强、裁决终局性，利于隐私的保护等优点，在解决当事人有关家庭财产纠纷中作用越来越大。但仲裁由于灵活性大，有时可能导致双方当事人利益失衡。

四是家事纠纷调停制度。调停作为澳大利亚较早的家事纠纷解决机制，是家庭法院审理案件前的重要手段，调停会议是前置听证会的一种。调停适用于解决家庭财产纠纷，所有涉及财产的案件都要经过调停会议，且双方当事人和其律师必须亲自出席，这是强制性的，这与采用自愿调解制度不同。同时，调解员是由家庭法院、治安法庭或

经核准的调解机构指定的，而调停员是由当事人推荐或双方共同协商确定的；调解不仅解决财产问题，更重视对家庭关系和未成年子女的保护，而调停仅解决家庭财产纠纷；调解员对实质性纠纷提供建议方面几乎保持沉默，而调停员常常会运用专业知识和经验为当事人提供合理的解决方式。实践中适用调解还是调停根据纠纷确定，如当事人仅对家庭财产产生争议，适用调停较合适，即由一个相对公正、客观的第三方对有争议财产作出客观评价。但若对未成年人监护和抚养产生争议，就应选择调解。③另外，为尽早解决家事纠纷，双方当事人在选择咨询、调解或仲裁之前往往会进行协商，所以协商也成为 PDR 的一个前置程序。

诉讼解决机制。一是澳大利亚的家庭法院。纠纷的解决体制中，法院是争议解决机制这一连续统一体中的最终机制。澳大利亚根据联邦宪法的规定，联邦司法结构包括联邦最高法院、联邦法院以及家事法院。因此，澳大利亚家事法院是专门设立处理家庭及离婚纠纷的一个高等级专门法院，与联邦法院的地位相当，其判例具有普遍约束力。

二是家庭顾问制度，又称诉讼家庭服务制度。它与非诉讼家庭服务制度一起构成 FDR 新机制。依《家庭法》规定，家庭顾问由法院首席执行官根据需要配备并任命的官员、聘请的专业从事儿童及家庭事务的心理学家或社区工作人员组成，其职责是提供诉讼中的家事咨询和调解服务。

美国家事纠纷解决机制

近 20 年来美国家事纠纷解决机制经历了理念与制度的转变，主要体现在对对抗制诉讼程序的反思、对家事纠纷自身属性的深刻理解和对家事纠纷解决机制目的的重新认识等方面，并在此基础之上产生出一系列新的制度和程序，体现出法院与其他社会组织协作共同解决家事纠纷的新趋势。这种转变也为我国完善家事纠纷解决机制提供了新的思路。

一是摒弃传统的对抗制纠纷解决机制。对抗制诉讼体制是美国民事诉讼制度的核心，“公平竞争”是其理念基础，对民事争议要求当事人通过直接对抗或竞争来解决，双方充分举证以实现正义。在这种制度下，当事人提出主张、举证和对决性辩论，法官只是沉默的裁判者，以实现正义为其首要价值。研究显示，夫妻在诉讼中的对立程度影响子女对离婚后果的适应能力。目前，美国各州家事法院均认可这种理念，并采取了非对抗的家事纠纷解决机制来处理家事纠纷。除此之外，家庭法律师也摒弃对抗制诉讼体制，使家事纠纷解决机制由对抗转向协同，由审判庭走入会客室。

二是对家事纠纷属性的再认识。传统通过法律解决民事纠纷，其目的在于对过错方惩罚和对权利救济，从而实现公平和正义。发生在家庭成员间的家事纠纷不同于一般民事纠纷，主体之间存在亲属关系和情感因素，不可能从法律层面上来确定双方的对错，纠纷的解决需要家庭成员间的协同、体谅、互让及情感的相容，所以，家事纠纷解决机制不能盲目崇尚法律手段，更需要多学科情感干预，以满足家事纠纷当事人情感需求。

三是将家事纠纷的预防放在首位。家事纠纷预防制度的完善能从根源上真正杜绝家事纠纷的发生。美国现阶段的预防措施主要包括：第一，婚姻教育计划。美国联邦政府对婚姻教育计划投入大量资金，许多州还将婚前教育、培训和计划作为领取结婚证的必经程序，鼓励当事人事前通过家庭伴侣协议、婚前协议、监护协议等明确双方的权利义务关系，特别是对家庭收益、支出及财产等进行约定以避免纠纷。第二，预防性法律服务。预防性法律服务所追求的理念是预防纠纷比纠纷发生后以诉讼解决纠纷更有利于家庭和谐和社会稳定。它将家庭律师定位为预防和控制纠纷的实施者，从家庭的决策到家庭的经营再到纠纷的解决，最大限度地降低家庭纠纷诉讼，降低引发诉讼的法律风险。

随着美国家事纠纷解决机制在理论方面的变革，使之日益摆脱了对传统对抗制诉讼程序的依赖，出现了许多个性化、灵活性的家事纠纷的预防和解决途径：

亲职教育计划。在预防和减少家事纠纷的机制上，亲职教育计划是美国的一项重要举措。1996 年美国亚利桑那州政府颁布了一项法律，要求在全州实施“家庭关系教育”，该法案要求父母若打算离婚、分居或申请子女的抚养权、监护权时必须参加“亲职教育课堂”。该课堂目的在于与父母探讨有关离婚的影响、家庭的重建以及离婚后子女应有的权利等。讲授内容包括：父母行为对子女的影响、沟通的技巧、教养子女的技巧、避免或解决矛盾的技巧、父母如何帮助子女适应离婚或分居生活、父母与子女冲突的负面影响等。其重点是教育父母及子女如何应对离婚家庭变故后的生活。离婚期与分居期对父母或子女都是最困难的适应期，实践证明，参加亲职教育课堂的父母能较好地适应变故后的生活，同时还减少了诉讼。

和解程序。和解程序在美国家事纠纷解决机制中地位重要，有 98%以上的家事纠纷都是通过和解程序解决的。近年来，美国和解程序有了新发展：一是调解制度。目前，调解已成为美国一些州解决家事纠纷的主要途径和裁判的前置程序，通过经验丰富的调解员与双方当事人的沟通交流，达成调解协议的成功率很高。二是早期中立评估程序。这是为当事人提供实体问题的沟通程序，以低成本、促进当事人及律师尽早展开调查，分析评估当事人处境为

目的，可以使双方获得来自专业人士就纠纷现状以及诉讼可能性的评估。近年来，该程序与调解有着相同地位，它使得当事人感觉自己没有被排除于案件解决程序之外，对案件的顺利解决大有益处。三是监护调解服务项目。由具有丰富家事服务工作经验的心理专家作为监护调解人，调解关于子女的监护纠纷，为当事人提供咨询、教育服务，对当事人在长期生活中经常发生的日常监护问题作出决策。

协作式法律服务。协作式法律服务主张摒弃家事纠纷领域内的对抗制理念，尝试同自己的律师通过合作，采取互利共赢的程序来解决纠纷。这一模式已经成了化解家事纠纷最有效机制之一，它由四方会议和参与协议两部分构成。四方会议作为协作式法律服务的核心内容，最好的诠释了团队的力量。在四方会议中，纠纷双方公开、诚信、充分地披露相关信息，和律师会面积极、主动协商解决纠纷；参与协议是法律服务不可少的一部分，为避免诉讼，他们以协作的方式工作、以善意的动机参加、询问和回复，目的是确保当事人和律师更好的理解和接受法律服务。参与协议中的“剥夺代理资格”是最具特色的条款。该条款规定，当协作式法律服务未能促成双方和解，诉讼不可避免时，原先的律师不得再代理该当事人提起诉讼。

日本家事纠纷解决机制

家事诉讼程序单独立法。日本是最早将家事诉讼程序单独立法的国家，早在 1898 年就颁布了专门调整家事身份关系的《人事诉讼程序法》，对婚姻、亲子和收养关系等进行特别规定。1939 年，日本《人事调停法》将调停制度引入亲属法领域，对人事诉讼案件的调停进行明文规定，成为较早区分家事调停和民事调停，并对家事调停进行明文规定的国家之一。之后又于 1947 年颁布家事审判法，建立了专门的家庭法院，对婚姻、家庭等身份关系案件进行调停，并实行调停前置主义；检察官可以参与家事诉讼，发表辩论意见、提起上诉；法官适用职权探知主义，可依职权调查取证，认定当事人未主张的事实。

实行强制的“调停前置主义”。日本重视家事调停，并实行“调停前置主义”，即家事纠纷起诉法院前必须先接受“家庭裁判所”的调停。对于可以调停的案件不经调停而直接起诉的，法院应将案件交家庭裁判所进行调停；甚至对已经进入诉讼程序但可调停的案件，法院仍可以依职权随时将案件交由家庭裁判所调停。只有调解不成，当事人才可向普通法院提起诉讼，法院适用人事诉讼程序审理。

日本家事调停程序启动依当事人口头或书面申请，由调停委员会（调停委）主持。调停委由 1 名家事法官和 2 名以上的家事调停委员组成，调停决定由调停委成员过半数通过，如不能形成多数意见，家事法官有最终决定权。日本家事调停分三个阶段：首先，调查。调停前家庭法院调查官调查纠纷涉及的各种问题，采取临时措施避免纠纷恶化，然后向调停员报告。其次，核实当事人背景。调停员认真核实当事人的生活背景、成长环境、经历及性格等，必要时采纳调查员报告中的意见，以更好地帮助当事人理性分析，正确解决纠纷。最后，签订调停协议。在调停委主持下双方达成协议，经登记就具有终局效力。

遵循职权探知主义。日本的《人事诉讼程序法》明确规定，法官可以依职权调查取证、认定当事人未主张的事实，当事人自认和辩论受到限制。日本审理家事案件时，采取职权探知主义，赋予法官较大的调查权、决定权、处分权和监督权。

检察官参与家事诉讼。日本《人事诉讼程序法》规定对于收养案件、亲子案件和婚姻案件检察官可单独提起诉讼、列席审判，参与家事诉讼，发表辩论意见，并提出上诉，以监督家事纠纷案件的审理。

综上所述，澳大利亚、美国、日本三国经验告诉我们：应设立专门的家事法院或家事法庭，制定专门的家事审理程序；将调解作为家事纠纷诉讼的前置条件；制定专门的家事法，明确家事调停案件的范围、程序等，将公正、效率、和谐、共赢作为确定家事诉讼程序的价值目标；建立与之相对应的专门的家事纠纷解决机制，包括咨询、调解、仲裁、诉讼等；在基层设立专门的家事纠纷非诉解决机构“家事调解中心”等。

两情若是长久时，又岂在婚姻里头？——论非婚同居的国际私法问题

2017-02-14 华政国际私法评论 杜涛

自 20 世纪 70 年代以来，随着社会思想的变化和社会福利制度的进步,在西方国家，人们的婚姻家庭观念发生了重大变化。最明显的现象就是结婚率下降，离婚率上升，而非婚同居现象日益增加。[1]非婚同居(nonmarital cohabitation)目前在各国并没有一个统一的定义，而且非婚同居在各国法律中的地位并不一样。澳大利亚、新西兰和美国一些州已经通过立法承认非婚同居关系，并将其称为“家庭伴侣”（domestic partners），[2]并建立了家庭伴侣登记机构（Domestic Partners Registry）。比如在加州、华盛顿特区、内华达州和俄勒冈州，经过合法登记的同居伴侣享有与已婚夫妻类似的权利。[3]但美国也有几个州立法禁止非法同居关系（比如密苏里州、佛罗里达州和密歇根州）。据统计，目前美国有大约 750 万对非婚同居者。[4]在欧盟国家，大约 40%的新生儿童是非婚生子女。[5]目前欧盟成员国中已有 14 个国家承认了非婚同居关系[6]，有的国家称之为民事结合（civil union），

有的国家称之为“登记伴侣”（registered partnership）。[7]在拉美，非婚生子女比例更是高居全球各大洲之首。[8]在英国，非婚同居在 2012 年已经占全国人口的 11.7%，达到 590 万人。预计到 2031 年，将有四分之一的伴侣是以非婚同居方式生活在一起。在美国，2010 年有 6.6%的家庭属于非婚同居家庭。即使是在相对保守的亚洲各国，非婚同居现象也在大幅增长。

非婚同居带来了大量新型的法律纠纷，包括同居伴侣之间的财产分割、扶养费追索、子女抚养等,给传统的婚姻家庭法带来了冲击。在国际私法领域，跨国的非婚同居现象也带来了相关案件的管辖权、法律适用和判决承认与执行问题。

对于登记伴侣关系，中国内地法律尚不予承认。而对于非婚同居，我国《婚姻法》虽然未作规定，但是 1989 年最高人民法院发布《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》和 2001 年《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）》[9]有专门规定。根据该规定，我国在一定条件下将非婚同居作为事实婚姻对待。2003 年的《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》进一步要求人民法院受理当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起的诉讼。

我国国际私法并没有专门针对非婚同居关系作出规定，因此，非婚同居当事人在我国境外依照当地法律获得的权利和义务，在我国并不被承认。[10]但是，对于非婚同居期间所生子女，我国法律仍然给予平等保护。

我国香港特别行政区禁止同性婚姻，同时也不承认境外同性婚姻的效力。[11]但是，我国澳门特别行政区对于境外登记伴侣（包括同性伴侣）的态度较为宽容，一定程度上可以承认其效力。[12]

[1]据称有三分之二的美国夫妻承认在结婚前有非婚同居关系; See Rhoades, G.K., Stanley, S.M., &Markman, H.J., A Longitudinal Investigation of Commitment Dynamics in CohabitatingRelationships, Journal of FamilyIssues, 33(3),(2012), pp.369-390.

[2]家庭伴侣这一概念最早由美国同性恋权利活动家 Tom Brougham 首倡。加州一些城市最早制定相关法律，并逐渐包括了同性和异性同居关系在内。

[3]CAL. FAM. CODE § 297 :California Code - Section 297.

[4] M. Jay, The Downside ofCohabitation Before Marriage, New YorkTimes. 2012-04-15.

[5]参见欧盟官方统计网站：
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/dataset?p_product_code=TPS00018，2016 年 7 月 6 日访问。

[6]分别是比利时、丹麦、德国、芬兰、法国、爱尔兰、卢森堡、荷兰、奥地利、瑞典、斯洛文尼亚、捷克、匈牙利和英国。

[7]苏格兰 2006 年颁布《家庭法》，允许同性之间和异性之间建立事实同居关系；匈牙利 2009 年也通过了类似的《登记伴侣法》。

[8]
http://sustaindemographicdividend.org/articles/international-family-indicators/global-childrens-trends,2013 年 7 月 6 日访问。

[9]法释[2001]30 号。

[10]参见中国外交部对海牙国际私法会议问卷调查的回复：
https://assets.hcch.net/docs/c11de156-4c61-4297-a092-0bca2f18abcb.pdf

[11] QT v Director of Immigration [2016] 2HKLRD 583.

[12]参见澳门特别行政区对海牙国际私法会议问卷的答复：
https://assets.hcch.net/docs/81a0d0f1-5d66-4d21-8795-258359faf30c.pdf

附：判决书

P×与 W×监护权纠纷案

中华人民共和国北京市第一中级人民法院

民 事 裁 定 书

（2016）京 01 民辖终 288 号

上诉人（原审被告）Px（中文名皮 x），男，1982 年 5 月 24 日出生，德意志联邦共和国国籍。

委托代理人项薇，中华人民共和国北京市天睿律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）Wx（中文名王 x），女，1975 年 6 月 22 日出生，德意志联邦共和国国籍。

委托代理人卢辉。

上诉人皮 x 因与被上诉人王 x 监护权纠纷一案，不服中华人民共和国北京市海淀区人民法院（2015）海少民初字第 377 号民事裁定，向本院提起上诉。本院于 2016 年 5 月 17 日依法受理后，组成由法官安李超担任审判长，法官李妮及周维平参加的合议庭审理本案。本案现已审理终结。

王 x 在一审起诉称：其与皮 x 在 2004 年相识，曾是男女朋友的恋爱关系，但并没有同居生活，各自有独立的生活。2006 年 5 月 31 日，其与皮 x 的非婚生女儿 xxWang（中文名王 xx）在德意志联邦共和国（以下简称德国）帕绍市出生。按照德国的法律规定，其对于非婚生女儿拥有单独的监护权和抚养权，所以皮 x 没有任何权力干涉和决定有关孩子的一切事情。孩子出生后，其一直单独抚养女儿。2009 年年中其与皮 x 开始同居生活，直到 2011 年 11 月结束。2012 年其与女儿王 xx 搬回北京生活，并定居于北京。

2012 年德国法院终审判决认定其依据德国法律拥有对女儿王 xx 的单独监护权，但在其与女儿移居北京后，皮 x 依据中国法律，同时也享有了共同监护权。但皮 x 自享有共同监护权之后，并不履行监护义务，甚至严重侵害到王 xx 的民事权利和出行自由，导致对王 xx 的生活成长和身心健康都造成了严重的不良后果。基于此，其诉至法院，提出如下诉讼请求：1、判决王 x 对非婚生女儿王 xx 拥有单独监护权，女儿王 xx 由王 x 单独抚养；2、判决皮 x 支付抚养费折合人民币 10000 元每月，2013 年 9 月至今共计人民币 230000 元；3、判决皮 x 返还女儿账户中的抚养费共计人民币 28000 元；4、诉讼费由皮 x 承担。

皮 x 在提交答辩状期间对管辖权提出异议，认为王 x 及其女儿王 xx 均系德国公民，王 x 及其女儿在中国境内并没有住所，且案件主要事实亦发生在德国，故本案应由德国法院管辖。王 x 对此不予认可，称其与女儿已经在北京居住生活四年，其经常居住地在北京市海淀区，应由一审法院继续审理。为证明自己的主张，王 x 提交了甘家口派出所出具的住宿登记表，记载其与王 xx 住址为北京市海淀区 xx 号院 x 号楼 xx。王 x 另提交北京市海淀区人民政府甘家口街道办事处 xx 社区居民委员会于 2016 年 3 月 2 日出具的证明，记载：王 x、王 xx 自 2012 年至今一直居住在北京市海淀区 xx 号院 x 号楼 xx。

一审法院经审查认为，不服指定监护或者变更监护关系的案件，可以由被监护人住所地人民法院管辖。现有证据可以认定王 x 及其女儿王 xx 自 2012 年起一直在北京市海淀区居住，依据《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》第十条之规定，裁定驳回被告 Px（中文名皮 x）对本案管辖权提出的异议。

皮 x 不服一审法院裁定，向本院提起上诉，请求撤销原裁定，并将本案移送至德国法院审理。其主要上诉理由为：本案的当事人及其共同的女儿均系德国公民。《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》第三条明确规定：公民的住所地是指公民的户籍所在地。被监护人王 xx 没有中国户籍，因此王 xx 在中国并无住所地。

王 x 的答辩意见为，请求二审法院维持一审裁定，具体理由为：第一、根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条的规定，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地和经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖。本案涉及到监护权和抚养权的人身关系问题，王 x 及其女儿王 xx 自 2012 年起就一直居住在北京市海淀区，故北京市海淀区为其住所地。第二、根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十五条的规定，父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。本案中，王 x 的经常居住地为中华人民共和国北京市海淀区，故可以依据中国法律认定中国法院具有管辖权。

本院经审查认为：

第一、本案的双方当事人均为外国公民，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》第五百二十二条的规定，本案争议的法律关系依法应认定为涉外民事关系。

第二、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十五条规定：父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。本案中，王 x 与皮 x 之间的监护权纠纷属于”父母子女人身关系”的纠纷，且双方当事人没有共同经常居所地，故管辖法院的判定应当适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。王 x 向法院提交了中华人民共和国北京市公安局甘家口派出所出具的《临时住宿表》及中华人民共和国北京市海淀区甘家口街道办事处 xx 居委会出具的《证明》，证明王 x 自 2012 年起一直在中华人民共和国北京市海淀区居住，故一审法院及本院均认定中华人民共和国北京市海淀区为王 x 的经常居所地。因此，本案管辖法院的判断应当适用中华人民共和国法律。

第三、《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》第十条规定，不服指定监护或者变更

监护关系的案件，可以由被监护人住所地人民法院管辖。本案中的被监护人为王 xx，中华人民共和国北京市公安局甘家口派出所出具的《临时住宿表》及中华人民共和国北京市海淀区甘家口街道办事处 xx 居委会出具的《证明》，证明王 xx 自 2012 年起一直在中华人民共和国北京市海淀区居住，故本案应当由中华人民共和国北京市海淀区人民法院管辖。

综上，皮 x 的上诉理由缺乏法律及事实依据，本院不予采纳。对其上诉请求，本院不予支持。一审法院对本案的处理正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项及第一百七十五条的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

一审案件受理费七十元，由上诉人 Px（中文名皮 x）负担（于本裁定生效之日起七日内交纳至一审法院）。

本裁定为终审裁定。

审　判　长　　安李超
审　判　员　　李　妮
代理审判员　　周维平
二〇一六年五月二十七日
书　记　员　　张　娈

全国首例非法代孕监护权纠纷案|非法代孕与未成年人最大利益原则的实现

2017-02-16 中国法律评论 中央财经大学 朱晓峰

在我国现行法律体系下，并非所有代孕协议都当然无效，对此应依据民事行为的一般生效要件区分处理。例如，在满足行为能力、意思表示要件的前提下，有偿代孕协议会因违反社会公共利益原则而无效，但无偿的、合乎社会公共道德且不违反社会公共利益原则的代孕应为有效。

当代孕协议无效时，子宫提供者即受托人是代孕子女法律上的母亲，而基因提供者即生物学上的父母则并非当然是代孕子女法律上的父母。受托人在符合当前《收养法》规定的前提下，有权将代孕子女送养，而收养人只要符合法律规定的条件即可收养，至于其是委托人还是第三人则在所不问。

当受托人下落不明时，有权机关应依未成年人最大利益原则将代孕子女送养，其送养时应重点关注事实上已与被收养人共同生活且行使抚养教育职责的委托人，在无证据证明委托人存在不利于被收养人身心健康成长的情形时，应依法确立其与被收养人之间的父母子女关系并由其行使监护权。

目次

一、案情概要
二、判决要旨
三、判决评释
四、结论

本文原题为《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释》，首发于《清华法学》2017 年第 1 期，为阅读方便，略去脚注，如需引用，请参考原文。

本文是北京市 2015 年社会科学基金项目“生育中人格利益的民法保护”（15FXC046）、司法部 2014 年国家法治与法学理论研究项目“中国语境下人格尊严的私法保护”（14SFB30031）的阶段性成果。感谢作者授权。

案情概要

陈某与罗某（以下全文统称“委托人”）是夫妻关系，因妻子陈某患有不孕不育症，两人遂商定通过体外授精及代孕方式生育子女。为此，两人在将丈夫罗某的精子以及非法购买的卵子委托医疗机构进行体外授精并形成受精卵之后，非法委托第三人（以下全文统称“受托人”）进行代孕，共支出约 80 万元。

2011 年 2 月，一对异卵双胞胎出生。陈某通过非法手段为双胞胎办理了出生医学证明，登记的生父母为委托人，并据此办理了户籍申报。此后孩子一直随陈某与罗某共同生活并由其进行抚养。2014 年 2 月 9 日，罗某因突发疾病去世。此后，两个孩子由陈某单独抚养。

2014 年 12 月 29 日，罗某父母诉至法院，他们认为罗某是两个孩子的生父，而陈某与他们无亲生血缘关系，且未形成法律规定的拟制血亲关系，要求成为孩子的监护人并抚养两个小孩。

判决要旨

（一）一审判决

上海市闵行区人民法院经审理认为，陈某并非卵子提供者，因而不能形成生物学上的母亲，又非分娩的孕母，

亦无法将代孕子女视为其婚生子女；同时因陈某与代孕子女间欠缺法定的必备要件而未建立合法的收养关系，且代孕行为本身不具有合法性，所以陈某与代孕子女之间也不存在拟制血亲关系。

在代孕子女生父罗某死亡而生母不明时，为保护未成年人的合法权益，代孕子女的祖父母要求担任监护人等要求于法有据。因此，一审法院支持了原告的诉讼请求。陈某不服，提起上诉。

（二）二审判决

上海市第一中级人民法院经审理认为，代孕子女是罗某与陈某在婚后由罗某与其他女性以代孕方式所生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。由于代孕子女在出生后一直随同委托人共同生活近三年之久，在罗某去世后又随陈某共同生活二年左右，所以在陈某与代孕子女之间已经形成了有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务关系适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。

代孕子女的祖父母的监护权在陈某之后，其提起的监护权主张不符合法律规定，同时从儿童最大利益原则考虑，由陈某获得监护权更有利于两个孩子的健康成长。因此，二审法院支持了陈某的上诉请求，判决孩子的监护权归陈某所有。

（三）两审判决的主要分歧

两审法院均认定有偿代孕协议无效，并当然认为作为基因提供者的丈夫即生物学上的父亲为代孕子女法律上的父亲，肯定其对代孕子女的监护权。存在的主要分歧是：

一审法院认为作为委托人之一的陈某与代孕子女既无自然血亲关系，亦无拟制血亲关系，对代孕子女并无监护权。其据此依据《民法通则》第 16 条等认为，在未成年人法律上的父母法律或事实上无法行使监护权时，由处于第二顺位的祖父母行使监护权，故其支持了两原告的诉讼请求。

二审法院则认为陈某在与罗某的婚姻存续期间已经与代孕子女因事实上的抚养教育关系而形成了受法律保护的继父母子女关系，其依法对继子女享有优先于祖父母的监护权，同时考虑到未成年人最大利益原则的保护，应由继母继续行使对代孕子女的监护权，故其支持了上诉人的诉讼请求。

由于两种判决结果针锋相对，因此有必要说明，在现行法律体系下究竟哪种解决思路更站得住脚，或者说正当性、合法性的说理论证更充分，结论更为准确。下文拟从规范解释的角度对此进行分析检讨，并探求非法代孕情形中如何落实未成年人最大利益原则。

判决评释

依据基本案情以及两审法院判决书的基本论证思路，于此需要检讨的核心问题有三：

第一，假设两审法院进行推理的前提正确，即代孕子女生物学上的父亲在现行法上当然为其法律上的父亲，那么该法律上的父亲的配偶若与代孕子女并无生物学上的关系且未通过法律程序收养代孕子女，其就当然与代孕子女无法律意义上的规范关系吗？规范依据为何？

第二，假设两审法院进行推理的前提无误，那么精子、卵子和子宫的提供者分别与代孕子女之间的规范关系如何？究竟应当以什么标准来界定代孕子女法律上的父母？规范依据为何？

第三，若问题二得出的结论指向两审法院的推理前提存在谬误，那么应当如何确定代孕子女的监护人？界定标准为何？在现行法律体系下是否存在规范依据？

下文拟就这几项问题，在检讨法院判决的基础之上，探析我国现行法律体系下的规范依据与可行的解决方案。

（一）继父母子女之间的法律关系

若承认生物学上的父亲为代孕子女当然意义上的法律上的父亲，那么就必须澄清于此父亲的配偶与代孕子女之间的法律关系。

因为在我国现行民事法律体系内部，婚姻家庭之内的父母子女关系主要通过自然血亲和拟制血亲两条途径形成，其中自然血亲的父母子女关系是核心，以该类型为模型而通过拟制血亲构造的父母子女关系又包括通过法定收养程序形成的养父母子女关系以及男女通过再婚而与对方配偶的亲子所形成的继父母子女关系两种。

在继父母子女关系中，继父母是指子女对父母一方或者双方再婚配偶的称谓，继子女是指后婚配偶一方对对方配偶的子女的称谓。对于夫妻关系存续期间一方与婚外第三人之间所出之非婚生子女是否可以成为婚姻关系中另一方的继子女，尽管在学理上仍存在否定性见解，例如傅鼎生教授即认为有抚养关系的继子女必须是婚前生育，但该观点并未为被学界的主流观点所接受，也没有取得司法实践的普遍支持。

一般来讲，于此情形下婚姻无过错方依然可以与过错方的非婚生子女形成继父母子女关系。由此表明，在本案当中，若承认夫妻婚姻关系存续期间提供精子进行代孕的丈夫为由其抚养之代孕子女法律上的父亲，那么就必须承认妻子与代孕子女之间的继父母子女关系。

当然，存在继父母子女关系并不必然使继父母与继子女之间建立《婚姻法》第 21 条所规定的父母子女关系，即继父母并不必然对继子女负有监护职责。对于继父母子女关系是否可以适用调整父母子女关系的一般规则进行调整，还需要依据其他标准进一步判断。

1. 继父母子女关系准用父母子女关系的一般界定标准

正如司法实践所明确指出的那样，“继父母子女间的权利义务关系，既不同于生父母子女关系，也不同于养父母子女关系；生父母子女之间的权利义务是无条件的，养父母子女之间的权利义务要看收养关系是否存在，而继父母子女之间的权利义务则要看继子女是否受到继父或继母的抚养教育。”

因为依据《婚姻法》第 27 条第 2 款规定，继父母子女关系适用第 21 条等规定的父母子女关系的前提，是继父母与继子女之间存在事实上的“抚养教育”关系。

对于第 27 条规定的“抚养教育”关系的判断，司法实践中主要从五个方面展开，包括继父母是否为继子女给付了经济上的抚养支出、继父母与继子女之间是否存在共同生活的事实、继父母对继子女的抚养是否在时间上满足了持续性的要求、继父母在主观上是否具有抚养继子女的意愿、继子女是否已经成年等。

对于司法实践所坚持的这些判断标准，我国学理上也普遍持赞成态度。这意味着，以是否存在“抚养教育”的事实关系为标准进行衡量，若继父母与继子女之间没有依据《收养法》第 14 条等所确立的收养规则形成合法收养关系，但他们之间存在事实上的抚养教育关系，那么依据该抚养教育关系存在的事实可以类推适用《婚姻法》中关于父母子女关系的规定来调整继父母子女关系；若继父母与继子女之间并不存在事实上的抚养教育关系，且不存在合法的收养关系，那么双方之间的关系即不得类推适用《婚姻法》中关于父母子女关系的规定。

据此标准，本案中上诉人陈某在与未成年之继子女长达五年之久的共同生活当中，始终以夫妻共有财产及个人财产抚养继子女，并且具有强烈的抚养继子女的主观意愿，所以依据前述司法实践所普遍坚持的一般标准，其与继子女之间的权利义务关系得依据《婚姻法》第 27 条第 2 款规定而适用该法第 21 条等所规定的父母子女关系进行调整。

2. 准用父母子女关系的法律效果

依据《婚姻法》第 27 条第 2 款规定，既然存在事实性抚养教育关系的继父母子女关系可以准用《婚姻法》确立的父母子女关系规则来处理，那这就意味着在我国现行民事法律体系下，当继父母与继子女之间存在着事实上的抚养教育关系时，继父母子女关系就会产生如同父母子女关系一样的法律效果，同样也会受《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《侵权责任法》等调整和保护。

因为依据《婚姻法》第 21 条、第 22 条、第 23 条、第 24 条等所确立的调整父母子女关系的主要规则，明确了父母子女之间的主要权利义务包括了父母对子女有抚养教育的义务，若父母不履行该义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有权向父母主张给付抚养费；子女有权随父姓，也有权随母姓；父母有保护和教育未成年子女的权利和义务；父母和子女有相互继承遗产的权利。

这实际上表明了存在事实上的抚养教育关系的继父母子女关系参照适用父母子女关系法的核心意义在于，继父母因事实性抚养教育关系的存在而成为继子女法律上的父母，继父母子女之间的权利义务，完全等同于父母子女之间的权利义务。

以此为基础，在未成人法定监护人确定的问题上，依据《民法通则》第 16 条规定，未成年人法律上的父母是未成年人的第一顺位的监护人。只有在未成年人法律上的父母死亡或没有监护能力时，未成年人的有监护能力的祖父母等才可以成为监护人。

因此在本案当中，若承认代孕子女生物学上的父亲在现行法上当然为其法律上的父亲，那么该法律上的父亲的配偶虽然与代孕子女并无生物学上的关系且未通过法律程序进行收养，但若其事实上已经在抚养教育孩子，则其就会因此取得被抚养教育之继子女法律上母亲的地位。该法律地位在取得之后，其存续本身就主要取决于继父母与继子女之间事实性抚养教育关系的存续以及当事人的主观意愿等。

如果该抚养教育关系存在且继父母依然愿意继续抚养继子女，即使继子女法律上的父母死亡，也不影响继父母与继子女之间法律上父母子女关系的存续，继母依然是继子女法律上的母亲，为其第一顺位的监护人。

当然，依据《民法通则》第 18 条第 3 款，当监护人存在法律上或事实上不利于被监护人之利益实现情形的，其他有监护资格的主体甚至民政部门有权通过法律程序撤销继母之监护人资格。而在本案中，原告并未就此提出有效证据予以证明，因此自无从撤销陈某的监护人资格。

3. 小结

综上，若法院承认精子提供者罗某为代孕子女法律上的父亲，那么由于罗某与陈某系夫妻关系，在夫妻关系存

续期间，陈某已经与罗某的亲子因事实上的抚养教育关系而形成了被现行法所保护的可适用父母子女关系规则调整的继父母子女关系，陈某据此成为罗某之亲子法律上的母亲，当然为其第一顺位的监护人，并且陈某对继子女的监护权并不会因罗某的死亡而当然发生变化。

两位原告为代孕子女的祖父母，依据《民法通则》第 16 条规定，其监护资格在代孕子女法律上的母亲之后，若其无法依据《民法通则》第 18 条第 3 款撤销陈某的监护人资格，其诉讼请求就无法获得法院支持。因此，一审法院于此的法律适用存在问题。

（二）代孕子女法律上的父母

承认上诉人陈某是对代孕子女有法定监护权的继母，是以精子提供者罗某为代孕子女法律上的父亲为前提，两审法院均认为，基因提供者即生物学上的父亲是代孕子女法律上的父亲。但这一判断是否于法有据，还需要依据现行法在厘清生物学上的父亲即精子提供者、生物学上的母亲即卵子提供者、分娩的孕母即子宫的提供者与代孕子女之间法律关系的基础上，进一步予以判断。对此需要明确如下三个问题：

1.先决条件：代孕协议的效力

代孕过程中普遍涉及代孕协议的法律效力界定问题。就代孕协议的本质来看，其属于民事行为。在我国现行民事法律体系下，依据《民法通则》第 55 条规定，民事行为是否有效取决于当事人是否具备相应的行为能力、意思表示是否真实以及是否违反法律或社会公共利益。在我国当前的法律实践中，界定代孕协议是否有效，最受争议的是其是否构成对法律或社会公共利益的违反。那么代孕协议是否违反了法律的禁止性规定或社会公共利益原则呢？

（1）代孕协议是否违反法律

依据《人口与计划生育法》第 17 条，公民享有生育权；依据《妇女权益保障法》第 41 条，妇女享有生育的自由。对于生育权的具体实现途径以及妇女所享有的生育自由，法律并未予以明确规定。这是不是意味着，特定民事主体为了生育权的实现而有权与那些享有生育自由的女性约定，通过由后者以代孕的形式来完成前者所欲实现的生育目的？

依据《民法通则》第 5 条、第 6 条、第 7 条等规定，公民的合法权益受法律保护，但公民合法权利的形使必须遵守法律规定，在无法律规定时应遵守国家政策；尊重社会公共道德，不得损害社会公共利益。由此需要界定的是，在狭义的法律即制定法并未就与代孕有关的事项作出规定时，普遍意义上被认为属于国家政策的行政规章，会对前述代孕协议的效力产生影响吗？

在当前的法律实践中，与代孕事宜相关的行政规章主要包括卫生部 2001 年颁布的《人类精子库管理办法》以及《人类辅助生殖技术管理办法》等。其中依据《人类精子库管理办法》第 3 条规定，精子与卵子的采集与提供应遵守当事人自愿和符合社会伦理原则，并且不得以营利为目的。

这意味着，在非以营利为目的的前提下，当事人自愿且符合社会伦理原则的，精子、卵子的采集协议并不违反该行政规章。例如，在沈新南等与刘金法等监管权和处置权纠纷案中，当夫妻存在生育障碍时，其与医院达成的通过法定程序采集精子、卵子并形成体外胚胎的协议，产生法律约束力。同时，依据《人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条规定，禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎，医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。

问题是该行政规章于此仅强调受其管理的医疗机构与医务人员不得实施代孕技术，其仅希望通过技术垄断与控制而限制代孕事件的发生。卫生部此举实际上意味着，若夫妻双方中的妻子没有生育能力，那么其原则上无法通过与她人达成代孕协议而实现生育目标。因为于此场合通过有效协议所取得的体外胚胎仅能通过代孕技术而由婚姻共同体之外的第三人完成孕育的过程，这种技术恰恰是被《人类辅助生殖技术管理办法》所禁止的。

就此而言，即使国家政策可以作为民法法源而在司法实践当中事实性地发挥裁判功能，现行法以及相关的国家政策对代孕协议的效力也并未完全予以明确肯定或否定，因此不能遽然以《民法通则》第 55 条规定的违反法律规定来否定代孕协议的效力。对此，尚需通过社会公共利益原则进一步界定。

（2）是否违反社会公共利益原则

依据《民法通则》第 7 条、第 55 条，民事行为应当符合社会公共道德，不违法社会公共利益。对于何谓社会公共利益，什么情形下会存在对社会公共利益的违反，法律并无明确规定，学理上也存在较大争议。一般认为，当民事协议以从事犯罪或帮助犯罪为内容，规避课税为目的，危害社会秩序，违反性道德，违反人格和人格尊严，危害家庭关系，限制经济自由，违反公平竞争，违反劳动者保护等时，即可认定民事行为因违反社会公共道德而无效。

在有偿代孕场合，代孕协议双方以受托人通过子宫提供生育服务行为为标的，并以一定之金钱为该服务之对价，属于对作为民法之价值基础的人的尊严的严重违反。康德以来的法律实践观所坚持的人仅能是目的而不能被当作工具的基本立场承认，每个人都“有权要求其他任何人尊重他的人格、不侵害他的生存（生命、身体、健康）和

他的私人领域；相应地，每一个人对其他任何人也都必须承担这种尊重他人人格以及不侵害他人权利的义务”。

而在当代中国，考虑到曾经存在过的十年“文革”对于人的尊严的公然践踏的惨痛历史教训，1982 年《宪法》第 38 条明确规定了人格尊严不受侵犯。这种不受侵犯的宪法上的人格尊严虽然不能直接作为民事裁判依据，但其可以通过民法上作为一般条款的公序良俗原则亦即社会公共利益原则而对民事活动产生影响。而将女性的子宫通过代孕协议确定为委托人提供生育服务的工具，恰恰是对《宪法》所确定的人之尊严以及以之为基础的社会公共利益的严重违反，于此场合的代孕协议当然无效。

存在问题的是，对于无偿的情谊代孕行为是否当然无效，值得讨论。以人之尊严的普遍承认为基础的社会公共道德观，还应当内涵尊重人格自由发展的积极要素。

在我国现行法律体系下，特别是在此之前稍微放开的严厉的计划生育政策影响下，对于那些因国家实施计划生育政策而仅生了一个孩子的夫妻来讲，在孩子成年后因事故去世而自己又因为年龄或者其他缘故一方或者双方丧失生育能力的场合，在不违反人伦基本原则的前提之下，是否可以适当承认那些基于友情而无偿代孕的行为？

如果人因自主意志选择不生或少生，那么其基于《宪法》所享有的基本人权中内涵的以基因传承以及种的繁衍为核心的生育权在实践中遭遇的风险就属于自己责任的范畴；但如果因为国家的干预而使人被迫选择只生一个，那么人因为这种选择而在嗣后遭遇生育权实现危机时，国家是否有义务采取补救措施来为这些陷于困境的家庭提供救济？而通过有限度的承认代孕，恰恰可以在技术上部分程度的去解决失独家庭在这里所面临的困境。

就此而言，在坚持保护人的尊严的价值基础之上，基于人格自由发展特别是特定情形下生育权的实现的考虑，无偿的友情代孕行为并不必然因违反社会公共利益原则而无效。

（3）小结

综上，在本案中，委托人与受托人之间签订有偿的代孕协议，以金钱给付作为受托人提供子宫并孕育体外胚胎之行为的对价，侵犯了受托人的人格尊严，违反了社会公共道德以及由此体现出来的社会公共利益原则，依据《民法通则》第 7 条、第 55 条，应为无效。

对此，二审法院在判决书中笼统地认为《人类辅助生殖技术管理办法》“虽为部门规章，不能作为确认代孕子女法律地位及监护权的法律依据，但国家对于代孕之禁止立场已为明确。私权领域虽有‘法无禁止即可为’之原则，却并不代表私权主体的任何权利义务都可通过民事协议来处分，代孕行为涉及婚姻家庭关系、伦理道德等人类社会之基本问题，不同于一般民事行为，故不适用契约自由原则。尽管代孕行为在我国尚不合法……”等，并没有根据代孕所涉具体事宜对代孕协议的效力进行区分界定，显然并不适当。

2.代孕协议无效时父母子女关系的确定

当代孕协议未违反法律强制性规定等而为有效时，自然应依据代孕协议中的约定来确定代孕子女法律上的父母以及当事人之间的具体法律关系。当代孕协议因违反法律规定而无效或有效的代孕协议当事人事后产生争议时，确定相关主体的权利义务，主要应考虑如下几种情形：

（1）生物学上的父母是否当然为法律上的父母

在我国现行法律体系下，法律上父母子女关系的确立，主要通过二条途径：一是自然血亲关系，依据《婚姻法》第 25 条，在父母子女关系上，包括婚生子女与非婚生子女权利平等；二是拟制血亲关系，包括收养关系以及继父母子女关系，前者依据《婚姻法》第 26 条规定，经法定程序收养的子女与养父母的关系为父母子女关系；后者依据《婚姻法》第 27 条规定，若继子女由继父母抚养和教育，其二者之间的关系准用父母子女关系。

第一条途径的核心在于是否存在自然血缘的事实，第二条途径则主要取决于当事人的自由意志。据此司法实践认为，依据自然血缘而形成的父母子女关系是无条件的，而依据法律拟制所形成的父母子女关系则是有条件的。

在我国当前的法律实践中，是否存在生物学上的血缘关系，对法律上父母子女关系的确定至关重要。一般而言，当婚内所出之子女并非母亲之配偶在生物学上的子女时，其与母亲的配偶之间也不存在法律上的父母子女关系，只有其生物学上的父亲才是其法律上的父亲，负有相应的抚养义务。另外在子女非为婚内所生且其出生本身违背生物学上的父亲的意志场合，生物学上的父亲也对该与之有血缘关系的子女负有法定抚养义务而不能拒绝。

当然，生物学上的血缘关系并不必然导致法律上父母子女关系的建立。在存在法定事由时，这两者之间的规范联系即会被切断。例如，经生父母同意进行的收养、利用合法捐精者提供的精子所孕育的子女等，生物学上的父母即不再是法律上的父母。对此，本案二审法院也明确予以承认。司法实践之所以如此的主要考虑是，法律上的父母子女关系应是典型、简单、稳定、符合社会伦常的一种社会关系，从而利于家庭关系的稳定和谐以及未成年人最大利益原则的实现。

存在问题的是，本案二审法院一方面承认血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，另一方面又认为“对于生母

的认定，根据出生事实遵循‘分娩者为母’原则；对于生父的认定，则根据血缘关系而作确定”，在逻辑推理上显然并不严谨，并且也可能违反现行法的基本义旨。

因为承认子宫提供者为代孕子女当然的法律上的母亲，同时又承认生物学上的父亲为其当然的法律上的父亲，那么依据《婚姻法》中规定的事实抚养教育关系确定父亲的配偶与子女之间的继父母子女关系，依据类推解释规则而承认生物学上母亲的法律地位即为当然之理。

如此一来，本案中代孕子女法律上的父亲有一位，而法律上的母亲则有三位，并不符合我国现行民事法律体系中尤其是《婚姻法》中规定的父母子女关系的典型外观，与二审法院在判决书中所明确宣称的当前社会一般的生活观念格格不入，有违社会公共道德原则。另外，这种违背一般社会观念的父母子女关系对代孕子女而言过于复杂且不稳定，并不利于未成年人身心健康的成长，有违我国法律实践中所普遍承认且被二审法院在判决书中明确肯认的未成年人最大利益原则。

因此，本案两审法院均以代孕子女与罗某之间存在生物学上的血缘联系而当然确定二者之间存在法律上的父母子女关系，并不妥当。

（2）子宫提供者优先保护的正当性与合法性基础

事实上，以精子、卵子、子宫的提供者为标准，可以将代孕场合的主要情形区分为：精子为丈夫一方提供，卵子与子宫皆由第三人提供；精子为丈夫一方提供，卵子由妻子一方提供，子宫由第三人提供；精子为第三人提供，卵子由妻子一方提供，子宫由第三人提供。对于前三者何者为代孕子女法律上的父母，我国现行制定法并未提供明确答案。对此究竟应该依据什么标准来进行界定呢？

在我国司法实践中，有法院在阐述女性生育权应优先于男性保护的法理意见时认为：“法律概念上的生育权存在于受孕、怀胎和分娩的全过程。相较于男方在生育子女时仅发生性行为即可，女性生育子女要历经受孕、怀孕、生产近十个月的时间，女性的投入显然更多，因此其在生育权上应优先于男性保护。”

在比较法的视野下，联邦德国宪法法院在就类似问题阐述判决意见时也表明：

男女之间在生理结构上的差异决定了他们在漫长而又艰辛的生育过程中的角色与相应的地位，男性在此过程中仅参与了最初的短暂的一瞬，且这短暂的一瞬也是与身体上的快乐相关的，而之后父亲与子女关系的建立主要是通过时间上的与生育过程本身无关的社会行为来完成；

女性则完全不同，其不仅要经历艰辛而又漫长的孕期，而且还有至为痛苦的分娩以及哺乳等长期的生理行为，其身体上所承受的痛苦深深的影响着她们对性以及生育的认知，对其而言，性爱以及生育并不完全意味着身体上的享受，而是与痛苦和责任密切相关。

相较于女性，男性则不会有类似的感受，其更注重身体上的享受而忽视与性行为密切关联的社会责任。

同样的道理，相较于精子和卵子的提供者而言，子宫的提供者即受托人全程参与了孩子的孕育过程，其与子女之间更容易建立密切的关系，这种骨肉之情在应受法律保护的伦理价值层面高于基因方面的价值。就此而言，原则上应当将受托人即孕母确定为代孕子女法律上的母亲。

对此，本案二审法院也予以明确承认，其在判决书中写到：“母子关系的确立更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，在于母亲对孩子在精力、心血、感情上的巨大投入和无形付出，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑。”

当然，学理上的主要反对意见认为，将受托人当然的界定为代孕子女法律上的母亲，并未考虑代孕的初衷，也未考虑未成年人之最大利益原则。事实上，优先承认受托人的法律地位，并不意味着委托人以及未成年人的利益不会被考虑。因为：

第一，尽管代孕协议可能会因为违反社会公共利益而被认定为无效，但在代孕协议无效场合，受托人优先取得法律上的母亲地位后，若委托人仍愿意通过法定收养程序同代孕子女确立收养关系，在取得合乎《收养法》规定的被收养人之父母同意并符合法定条件时，仍然可以实现代孕的原初目的。当然，依据《收养法》第 2 条，于此场合的收养应在充分保障被收养人之最大利益原则的前提下才可以实施。这与《德国民法典》中规定的代孕场合的收养情形一致。

第二，若委托人事后反悔不要代孕子女，而受托人也不愿或者事实上无经济能力抚养代孕子女，那么依据《收养法》第 2 条、第 4 条、第 5 条，受托人符合条件的可以依法将孩子送养。受托人因此遭受损害的，可以依据《民法通则》第 61 条第 1 款、第 106 条第 2 款或《侵权责任法》第 6 条结合第 2 条主张民法上的损害赔偿。

第三，承认子宫提供者法律上优先受保护的法律地位，正是基于未成年人之最大利益原则的考虑。实践证明，由于子宫提供者事实上全程参与了生命的孕育过程，其与代孕子女之间更容易建立密切的关系，一般情形下是代孕

子女利益的最佳照看者。在受托人拒绝或者无能力抚养未成年人时，还可以通过收养制度等来最大程度的保障未成年人之最大利益的实现。

当然，对于未成年人最大利益原则的保护来讲，将精子、卵子以及子宫提供者当中的哪一个确定为法律上的父母只是立法上的一种“决断”，确立任何一方在法律上的优先地位都可能存在缺陷。因此，重要的毋宁是个案中依据利益衡量规则就具体的应受保护的未成年人来确定保护其最大利益实现的最优方案。

（3）基因提供者不应被承认的正当性与合法性基础

除了在孕育过程中的参与度方面的考虑外，拒绝将精子、卵子提供者优先确定为代孕子女法律上的父母，还考虑到了如下因素：

第一，避免法律评价中可能出现的逻辑矛盾。因为在现行法律体系下，通过适用《民法通则》第 7 条、第 55 条规定的社会公共道德原则和社会公共利益原则来判定有偿代孕协议无效，实际上是否定了委托人通过有偿代孕来实现自己的生育权并建立与代孕子女法律关系之意思表示的效力。若现行法在否定了有偿代孕协议的效力之后，又承认委托人与代孕子女之间在法律上的父母子女关系，其实就否定了之前关于代孕协议无效的效力评价，这在法律适用的规范逻辑体系上是自相矛盾的。

对此，本案二审法院在判决书中予以明确承认，其在判决书中写道：“承认‘分娩者为母’的认定原则， 亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，‘分娩者为母’的认定原则亦与 我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。”

第二，代孕协议无效场合夫妻双方的平等保护。在有偿代孕场合，当精子为夫方提供且卵子与子宫皆由不同的第三人提供并进行代孕，或精子为第三人提供、卵子由妻子提供且子宫由第三人提供并进行代孕的，当代孕协议因违反法律规定而无效时，若优先保护基因提供者，则当提供了精子或卵子的夫或妻事实上在成为代孕子女生物学上的父母后，自然也就成了其法律上的父母。

这也就意味着，因代孕协议无效而被法律否定评价的夫妻双方共同意思表示事实上仅会对代孕中未提供基因的婚姻一方产生实际效力，而对提供了基因的一方并未产生任何影响。这显然违反了民法的平等保护原则。而本案二审法院在判决当中采取双重标准，一方面依据出生事实遵循“分娩者为母”原则确定生母，另一方面依据自然血缘关系确定生父，显然并不适当。

第三，避免形成过于复杂的社会关系进而影响未成年人最大利益原则的实现。在代孕场合尤其是局部代孕场合，即作为委托人的夫妻其中一方提供了精子或卵子而由第三人提供子宫的场合，若承认基因提供者为代孕子女法律上的父母，那么就会形成一种全新的社会关系。因为子女法律上的父母是基因提供者，而基因提供者中有一方并非婚姻共同体的成员。

基于法律的规定，法律上的父母对未成年子女负有法定抚养义务，而婚姻共同体中非基因提供者一方因与继子女之间存在抚养教育的事实而形成继父母子女关系。

这样，就像本案所示情形一样，对代孕子女而言，其存在着三位法律上的母亲，第一位是子宫提供者，第二位是基于基因即自然血亲关系而形成的母亲，最后一位是基于事实上的抚养教育即拟制血亲关系而形成的母亲。由此形成的过于复杂的社会关系可能导致未成年人社会认同方面的偏差，影响未成年人之身心的健康发展，与《未成年人保护法》等制定法所确立的基本价值取向不相符合，与未成年人最大利益原则不相符合。

（4）小结

综上所述，在本案中，作为精子提供者的罗某，并不当然是代孕子女法律上的父亲。双胞胎法律上的母亲原则上是作为案外第三人的受托人即子宫提供者。两审法院均以精子提供者罗某为双胞胎生物学上的父亲为纽带，确定二者之间存在法律上的父母子女关系，进而认定在罗某死亡时由双胞胎的继母或生物学上的祖父母为其监护人，显然并不准确。

（三）代孕子女的监护人

既然代孕子女法律上的母亲是受托人即子宫提供者，那么依据《民法通则》第 16 条，该子女的法定监护人原则上只能是受托人。同时，由于代孕本身的特殊性，在确定监护人时存在争议的，需要考虑如下几种情形：

1.委托人与受托人之间存在争议

（1）受托人反悔

若受托人在代孕子女出生后反悔而没有依据代孕协议将之交给委托人，那么委托人也无权主张对代孕子女的监护权。即使委托人依据《收养法》第 2 条规定的未成年人最大利益原则而以委托人在经济能力、教育背景、家庭环境、生活习惯等方面存在着不利于代孕子女成长的因素而主张收养，原则上也不能对抗受托人基于法定监护权而享

有的权利。

依据《收养法》所确定的收养规则，我国现行民事法律体系当中，实际上隐含着承认未成年人之生父母为其最大利益的照看者的基本价值判断，只要生父母愿意照看，那么原则上其享有的监护权就不能被剥夺。在例外情形下，若未成年人之生父母不具备完全民事行为能力且其可能构成对该未成年人的严重危害，则该未成年人的其他监护人可以将其送养。

若受托人存在《收养法》第 5 条第 3 项规定的特殊困难而无力抚养代孕子女，那么其有权将代孕子女送养。受托人有权依据《收养法》规定而将子女送给符合收养条件的第三人，也有权将之送给符合条件的受托人收养。于此存在的基本判断依据，是《收养法》第 2 条规定的被收养人之最大利益原则等。这也符合比较法上的惯常做法。

（2）委托人反悔

若委托人在代孕子女出生之后反悔而不再主张对孩子的抚养权，于此场合受托人又不想抚养或无力抚养孩子，对此应如何处理？

于此情形下，首先依据子宫提供者优先原则，受托人依然是代孕子女法律上的母亲。同时，由于委托人明知自己的委托行为会导致受托人身体、健康以及人身自由受侵害而依然从事相应行为，符合《民法通则》第 106 条第 2 款或《侵权责任法》第 6 条结合第 2 条所规定的关于侵权责任成立的一般构成要件。

因此，对于受托人因代孕所遭受的损害，包括因代孕行为本身导致的包括收入损失等在内的财产损失，包括身体、健康等受损所遭受的精神损害以及孩子出生之后必须支出的包括抚养费在内的相关费用等，受托人可以向存在过错的委托人主张侵权法上的损害赔偿责任。同时考虑到受托人本身对于相关损害的发生亦存在过错，因此依据《侵权责任法》第 26 条的规定，可以适当减轻委托人的责任。

若受托人无力抚养子女，依据《收养法》第 5 条第 3 项规定，其有权将孩子送养，具体情形如前所述。

2. 委托人与第三人之间存在争议

若受托人依据协议将代孕子女交给委托人而与之没有争议，但委托人与协议外的第三人就子女的抚养问题发生争议，那么，在确定监护权时应考虑：

（1）可以查找到受托人

由于受托人即子宫提供者是代孕子女法律上的母亲，所以在符合法律规定的前提下其有权自由选择收养人。这意味着，若委托人亦符合《收养法》规定，则受托人与委托人可以通过法定收养程序，使委托人与代孕子女之间建立以拟制血亲为基础的父母子女关系，委托人据此即可取得其对代孕子女的监护权。这种做法在比较法上也有例可循。

例如，在德国的法律实践中，依据《德国民法典》第 1741 条第 2 款，在委托代孕场合，委托人因受托人同意进行收养的，也为法律所允许。而在第三人请求收养的场合，若未成年人已经被委托人事实性地照顾着，并且这种照顾也符合法律的一般性规定，如果在这种情形下未成年人以后健康成长的危险并不能被具体地证实，则对请求收养该未成年人的第三人而言，生母的同意就是不可或缺的。

（2）受托人下落不明

依据《收养法》第 4 条，查找不到生父母的儿童可以被收养。因此，若受托人事实上已无法查找到，那么就可以依《收养法》中的具体收养规则来确定代孕子女法律上的父母。依据《收养法》第 2 条、第 3 条，收养应遵循的主要原则包括被收养人最大利益原则；保障被收养人和收养人的合法权益原则；平等自愿原则；不得违背计划生育的法律、法规以及社会公德。

尽管现行制定法并未明确未成年人最大利益原则的核心位置，但我国当前的司法实践实际上已经将之奉为第一原则。这也就意味着，当其他原则与该原则发生冲突时，司法实践原则上会优先保护未成年人最大利益原则。本案审理依然应遵循这一实践作法，即当最大利益原则与社会公共利益原则相冲突时，仍应选择优先保护前者：

一方面，本案中代孕子女事实上自其出生之时已经由委托人抚养教育了近六年之久，其间并无证据显示委托人存在着不利于被抚养人的不利情形，若无正当理由而再行为被扶养人重新确定监护人，则被抚养人势必需要重新适应新的生活环境，建立新的社会关系等，明显与被收养人的最大利益原则不相符合。因为依据未成年人最大利益原则，稳定的人际关系是未成年人健康成长所必需的，其中尤其重要的是未成年人与父母之间这种人际关系的连续性。

另一方面，委托人与受托人之间订立的有偿代孕协议因违反社会公共利益原则而无效，若在此之后又承认委托人对代孕子女的监护权，则会抵消法律在消极评价有偿代孕时为保护相关社会公共利益原则所产生的效力，亦即由委托人收养可能存在违反社会公共利益原则之虞。

之所以选择优先保护被收养人之最大利益原则，德国相应法律实践给出的理由是：当有偿代孕场合的未成年人

一经出生，确定未成年人收养的一般性的预防式的衡量标准，即不再适当，对于该类型中未成年人的收养而言，唯一具有决定意义的是，具体被收养的未成年人的最大利益的实现。该正当性理由亦适应于本案的论证。

对此，本案二审法院审理法官亦明确承认并指出：

“无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律充分保护。……根据儿童最大利益原则，从双方监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归实际抚养人陈某更有利于孩子的健康成长。”

3.小结

综上所述，在本案中，当代孕子女的法律上的母亲即子宫提供者下落不明时，应以《收养法》第2条所确立的被收养人最大利益原则为核心，依据《收养法》第4条、第5条、第6条等，依法在委托人与代孕子女之间建立以收养为基础的拟制血亲关系，明确陈某为代孕子女法律上的母亲，由其行使监护职责。

结论

在现行法未对代孕问题提供明确解决方案的背景下，法律实践应以理性的态度在既存法律体系中通过规范解释论的方案为相关法律纠纷的适当解决提供规范依据。

从本案的判决结果来看，两审法院在法律适用时所普遍存在的问题是，其当然的认为基因的提供者是代孕子女法律上的父母，并没有充分顾及到现行法体系下将基因提供者确定为法律上的父母在正当性与合法性论证方面存在的重大缺陷，由此导致相应判决在法律适用方面存在明显错误。

相比较而言，依据民事行为的生效要件将代孕协议区分为有效、无效两种类型，在有效的情形下依据协议约定确定当事人之间的法律关系，在无效的情形下将子宫提供者确定为代孕子女法律上的母亲，并在其下落不明时依据未成年人最大利益原则为其确定法律上的父母以行使监护权，可能在合法性基础与正当性基础的论证方面更为充分。

代孕行为，如何规制？

2017-02-16 中国法律评论 毕竟悦

神华研究院战略研究主管

代孕技术作为一项人工生殖辅助技术，是在20世纪90年代才产生的。它的产生给人类没有生育能力的夫妇带来了福音，然而由该技术引起的代孕行为会涉及很多伦理及法律上的相关问题。各国对其态度不一，我国已于2001年立法禁止。本文以美国法为背景主要探讨代孕引起的宪法问题。实际上在美国许多问题都能转化成宪法问题，通过以美国法为例的分析，可以起到“他山之石”的作用。

目次

一、 导言
二、 政府介入性与生育
三、 政府介入契约自由
四、 在平等权之下讨论
五、 结语

本文原题为《用代孕解决人口问题,美国宪法怎么看？》,转自微信公众号“悦微知著”2017年2月13日推送，敬请关注！

导言

代孕就是由于妻之子宫无法生育、生育会有危险或不愿生育，采用人工手段将夫之精子和妻之卵子在体外人工受精形成人工胚胎，将胚胎植入他人的正常子宫内，借助他人的子宫生长出与夫妇有相同遗传基因的子女，此分娩者称为代理母亲。

代孕行为在英美等西方发达国家早已经存在，其中尤以美国为甚。它是伴随着人类生殖技术的发展而产生的，它的出现一方面为许多因各种原因丧失怀孕能力的家庭带来了福音，另一方面作为一项人工辅助生殖技术，也引起了诸多的法律问题和伦理问题，正如克隆技术一样。本文试图对这一现象所引起的宪法问题作一归纳和阐述。

要对代孕引起的宪法问题进行探讨，首先需要了解美国在这一问题出现时的宪法背景，包括美国的女性主义运动背景。在1954年的布朗案中，最高法院废除了种族隔离。从1970年代起，最高法院开始通过解释平等保护条款来打击以种族之外的特征为依据的不平等，特别是基于性别的不平等。

而在此之前，在美国的绝大部分历史中，最高法院不愿支持妇女全面参与美国社会生活的要求。

布莱德雷大法官在Bradwell v. Illinois, 83U. S. (16 Wall.) 130, 141 (1873)中的补充意见已是臭名昭著：**“如同自然本身，民法一向承认男女在各自领域和命运上的诸多差别。”**争取妇女普权的运动于1920

年取得成功，第十九修正案获得通过，该修正案取消各州依据性别限制选举权。

到了 1960 年代，女权运动新的浪潮再次出现。1973 年的罗伊诉韦德案（Roe v. Wade）既是关于女性的案件，也是美国宪法中的经典案例。最高法院判决，堕胎是女性的私人权利，女性的身体是女性私有的，堕胎是她的自由。关于这一案件的许多观点自然成为讨论代孕问题的背景。

政府介入性与生育

正如罗伊案中所确认的，生育是女性自己的事，不应受外界干预。那么政府或者说法律是否应该介入性与生育行为呢？

许多对这个问题的争论涉及到了两个立场间的对立。一方认为，政府不应该压制或者干涉性与生育。性与生育应具有免受政府侵犯的自由，属于自然权利；对于想要代孕的人，法律应该尊重他们的隐私，必须允许个人自我选择决定与性行为和生育有关的事情。

与上述观点相对，另一方认为，应该允许政府控制性和生育行为。政府应该确保性行为和生育保持其最佳的、通行的、自然的形式，不被人为的外界影响所污染、改变或玷污。性服务不应该用于现金交易，性行为应该受保护防止兽性化。根据这方观点，法律恰当地保证了生育与性行为免于代孕中可耻的经济交易。

尽管双方有这些不同，但是两种立场之间有许多相同之处。他们都倾向于假定，通行的生育与性行为领域是正义的，甚至是自然的。第一方强调免受政府规制的性与生育行为的必要，第二方则立足于新教的立场，保护性与生育免受有害的外界影响。2 第一方强调性是自然的，第二方则认为性出于某种理由适于独立于自然的野蛮状态。

但问题的关键在于生育与性行为领域是否真的是自然的、正义的，应该由人们自由选择、不受政府干涉。实践表明，参与有偿代孕协议的女性往往处于弱势地位，靠出卖自己的生育能力谋生，这显然是社会的产物。

最一般地讲，性与生育的现状有时应该被视为孕育不平等的母体。对女性性与生育能力的法律与社会控制已经成为性别不平等的主要历史根源。即使在今天，这种控制仍旧是创造不平等的机制。正如以前一样，现在不平等通常作为对“实际区别”或者自然的回应而正当化。

然而，实际上，法律实践通常通过指涉应该被正当化的事物而帮助创造区别。比如使女性与男性同工不同酬、因而鼓励女性而不是男性从事于照料儿童的法律。即使区别是生物性的，而非法律的产物，但正是法律实践使生物区别转变成社会不利状态的根源。既然法律早已介入在先，没有理由强调性与生育是自然的而政府不应介入。

反对创造或者固化了不平等的法律是完全合理的，在此只能“以暴治暴”，以法律的手段矫正法律已经带来的不平等。

政府介入契约自由

既然性与生育应当受到政府规制，那么如果把代孕协议视为契约，政府是否也能介入呢？在美国，许多法院和州的立法者正在决定法律是否应该以及如何规制女性向不育又不愿收养孩子或者不想自己亲自生育的夫妻出卖生育能力生产孩子的协议。选择自由，实际上是契约自由，是代孕协议提倡者的战斗口号。至少低级法院已经表明，宪法自由禁止政府限制这种协议。

然而，代孕行为实际上是代孕者变相地出让自己的身体器官为他人无偿或有偿服务。在有偿代孕的情况下，代孕者往往经济窘迫、处于经济利益的考虑。

代孕行为作为一项人工生育辅助技术，其初衷本来是为解决那些没有生育能力的家庭服务的，但在实际生活中有可能被少数人滥用，一旦被滥用，将带来严重的法律及伦理后果。

有的女子自己本身具有生育能力，但怕自己的身材因生育变形、怕怀孕及生产时的痛苦而要求借他人之腹生一个自己的孩子，想用金钱换来“轻松”并“生下”孩子。在他们心目中，代孕母亲就像一台生产机器，可以随时为他人服务生子，由于双方互惠互利，任其发展可能会出现职业代孕群体———以专门出租自己的子宫为他人代孕为职业。

由于受经济利益的趋使，愿意出租子宫的大有人在，当然也不排除少数人是为了重温怀胎十月的快乐感觉。然而当人的器官———子宫一旦成了商品、一个可获得巨大利润的商品，在这样一个追求经济利益最大化的社会，若不加以规范和禁止，将会是极其危险的。

根据传统民法理论，人体是不能成为民事法律关系的客体的，任何人不得买卖人体及所属器官。公民对其自身的肢体、器官享有独立的、排他的、完全的支配权和保护权。代孕行为侵犯了代孕妇女的身体权，因而对于代孕协议，政府应该介入。

对政府规制代孕协议的质疑在于：代孕协议一般是自愿的，代孕者是一个理性的个人，这样做必然对她有好处。不允许代孕协议对于消除代孕妇女所面临的苛刻条件于事无补。它只是消除了一种女性或许可以抵消苛刻条件的机

制。消除对她们而言可能的最优选择不是解决背景不平等的明智之举。

然而关键在于出售生育能力的根本问题不是女性的背景条件，而是对于那些参与协议的人以及一般的女性和孩子而言，出售很可能适得其反。允许这些女性和孩子被当作出售和利用的对象将影响到男性如何看待女性，女性如何看待自己，以及男女如何看待孩子。

在这里，代孕与卖淫很相似，都是出卖自己的身体。卖淫已经影响到了女性的社会理解（social perception）；代孕体制将产生同样的后果。这两者都与不平等有密切关系。

在平等权之下讨论

上面的讨论从表面上看似乎背离了罗伊案的判决，并不承认女性对自己身体的自由控制。然而实际上，与罗伊判决一样，政府介入代孕强调的是确保妇女的性行为和繁殖功能不为他人利用和控制。要解释这个问题，必须放到平等权的原则之下讨论。

这个原则最早由约翰·斯图尔特·密尔提出：

“调整目前社会两性关系的原则——一种性别对另一种性别的法律从属——本身是错误的，并且现在是人类进步的一个主要障碍；而且……它应该被完全平等的原则所取代，一方面承认没有权力或特权，另一方面承认无人无资格。”

在一定程度上，这个原则就意味着立法机关可以防止社会把看似道德无涉的特征——最明显的在种族和性方面——转变成社会不利状态的体制根源。女性的性与生育能力不可以成为第三方利用和控制的对象，法律不可以使女性与男性的区别成为女性社会伤害的体制根源，更谈不上把伤害推卸给“自然”。

通过允许女性的生育能力成为别人所有和利用的对象，代孕一定程度上（即使是在适当的程度上）歧视了女性，对代孕（以及卖淫）的立法规制是对性别平等的重要许诺。

一个女性的性与生育服务在市场上被自由交易将使一种普遍深入的不平等形式合法化，即把女性的社会角色视为生育的工具，并且利用这种角色把女性创设为二等公民。代孕协议如果被推广将会影响到男女关于恰当的男女角色的态度。对孩子也可能有负面影响。得知有人的生育能力已经被出售或者可能被出售会对孩子产生有害的后果。

结语

当然，对于上述反对代孕协议的理由还会有许多反对意见，比如：可能许多或者大多数参与这种协议的女性将很高兴如此做，而非处于生活所迫；使允许这种协议的外部性变小也是可能的；而其负面影响范围是极其不具有确定性的，关于恰当的男女角色的社会态度受到了大量因素的影响，代孕协议很可能只是其中很小的一个因素；对不育夫妻（女性也涉及其中）的好处足以抵消其弊端，等等。

的确，代孕这一现象的出现也是应社会的需要而产生的。

据统计，在中国，现有有生育障碍的夫妇比例大约为 10%～15%。因为各种原因不能生育后代，给这些家庭带来了痛苦和阴影，有的甚至影响到家庭的稳定，他们迫切需要借助科学技术给他们带来生育的幸福。

我国每年大约有 100 万人左右需要经过生殖辅助技术的介入来实现他们生育的梦想，他们的需求成为一个潜在的市场，使得包括代孕技术在内的人工生殖技术得以走进平常百姓。还有大量的育龄女性因各种原因不愿意生育，比如有的爱美女性觉得生育子女会影响到身材，有的担心十月怀胎的劳累与风险，有的因为工作原因长年没有固定的怀孕时间等等。

我国卫生部在 2001 年制定颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》，该办法第三条规定：

“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定”；“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎，医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。

从我国政府的态度来看是禁止各种代孕行为的。

虽然国家已经明令禁止代孕这一行为，但是由于有广阔的需求市场，这一行为在民间仍大量存在，更有医疗机构因受经济利益驱动而敢于冒违法之风险实施这一手术。据报道，在成都、重庆、西安及其它城市都曾相继出现过女性自愿高价出租自己的子宫、充当代理母亲为别人代孕子女的广告，一时应征者众多，这在社会上引起了较大的反响。

代孕这一技术打破了传统的生育观念和生育秩序，作为一项新的技术，它犹如一把双刃剑，给众多家庭带来欢乐的同时也会带来相应的法律和伦理问题，宪法层面的思考只是一种视角，重要的是法律在保障平等的前提下规制代孕。 （本文写于 2004 年）

家暴致离婚案件子女抚养权归属审判研究——从儿童保护法律视角对调研结果及典型案例的分析

2017-02-20《妇女研究论丛》2017 年第 1 期 中华女子学院 张荣丽

摘要：文章通过对调研中发现的家暴致离婚案件子女抚养权问题的研究，归纳出家暴行为对被控制和藏匿儿童和目睹儿童的身心健康产生的负面影响。结合中国已经加入的保护儿童国际公约及未成年人保护法和反家暴立法的发展，提出司法机关在处理家暴致离婚案件时，应该遵循儿童最大利益原则，儿童特殊优先保护原则，有利于子女身心健康、保障子女合法权益三个基本原则，将儿童抚养问题放在重要的位置上优先考虑，妥善解决。文章还通过对调研结果和典型案例的分析，对司法机关合理确定家暴致离婚案件子女抚养权归属提出了一些具体的建议，期望通过法院对抚养权的合理裁判，尽可能地预防和避免儿童成为新的家暴受害人，在现有法律框架下实现儿童利益最大化。

在研究针对妇女的家庭暴力过程中，很多时候会发现男方的暴力行为也影响到家庭中的子女。在对部分已经离异的受暴妇女进行访谈时，她们除了叙述自己遭受的家庭暴力外，常会谈及离婚过程中自己在子女抚养权问题上遭遇的种种痛苦经历，例如惧于丈夫的暴力，不得已在离婚协议或者离婚诉讼中放弃子女抚养权；孩子被丈夫抢走藏起来，自己身为母亲却无法哺育照顾孩子，情感倍受煎熬；争夺子女抚养权诉讼漫长而艰辛；留在丈夫身边的孩子又开始遭受家庭暴力，自己无能为力；身为外籍女性，遭受家暴离婚时感到无助，面临维权的巨大经济成本等等。透过她们的陈述，我们关注到一直以来隐身在家暴受害妇女后面的一个群体——家庭中的儿童。他们在父母离婚过程中遭遇的困境引发我们对这部分儿童抚养权的归属问题进行思考和研究。

根据中国《未成年人保护法》及中国加入的联合国《儿童权利公约》的相关规定，文中涉及的未成年人、儿童、子女等概念均指未满 18 周岁的人。由于家庭暴力的施暴人主要是男性，受害人主要是女性，因此，基于本文的研究主题，如果没有特别说明，文中的施暴人特指已婚男性，受害人特指已婚女性；“家暴致离婚案件”特指家暴行为是导致夫妻双方感情破裂的重要原因，且家暴行为已经由公安机关出警记录、法院颁发保护令、公安机关出具告诫书、鉴定机构的伤害鉴定结论证明或者在离婚判决书中得到法院确认的离婚案件。

一、家暴致离婚案件中的困境儿童问题

根据中国《反家庭暴力法》第二条的规定，所谓家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。全国妇联和国家统计局组织的第三期中国妇女社会地位调查显示，在整个婚姻生活中曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式家庭暴力的女性占 24.7%[1](P950)。各地的调研数据也表明，家庭暴力已经成为导致婚姻解体的重要原因。发生暴力的家庭解体对于受害人来说是一个好事，意味着可以基本上摆脱暴力的伤害和威胁，开始新的人生。但是对于这类家庭中的未成年子女来说，家庭解体可能恰恰是他们陷入困境的开始。调研中我们发现有两类儿童的权益保护问题值得特别关注：一类是在离婚诉讼开始前及诉讼过程中被一方当事人控制和藏匿起来的儿童，另一类是与施暴人共同生活的家暴目睹儿童。

（一）在离婚过程中被控制和藏匿的儿童

2016 年，媒体借一起名人争子案把离婚“抢孩子”这一社会现象深度揭露出来①。这里所说的抢孩子，不是指双方争抢孩子的抚养权，而是赤裸裸地针对儿童人身的控制和藏匿。抢孩子通常的做法是：一方在离婚前把孩子全面控制藏匿起来，脱离另一方的监护和抚养，造成孩子事实上的单亲抚养监护状态。抢孩子的人一般都是夫妻关系中强势的一方，例如家庭暴力关系中的施暴人。抢孩子的原因包括想获得孩子的抚养权、留住后嗣香火、报复女方、要挟女方撤回离婚起诉或者尽快同意离婚，等等。虽然缺乏大范围的统计数据，但是从调研中访谈的资料、收集的案例和小范围的统计数据看，被抢儿童以低龄儿童为主②，尤其是 2 周岁以下的儿童居多。这一方面是由于低龄儿童容易控制、转移和藏匿，另一方面是由于 1993 年 11 月 3 日最高人民法院发布的《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》（以下简称《子女抚养意见》）中规定离婚时 2 周岁以下的子女抚养权一般归女方，这使得部分男性通过法律途径获得 2 周岁以下子女抚养权无法得到司法机关的支持，于是乎这部分人铤而走险，采用抢孩子的非常手段强争子女抚养权。

（二）与施暴人共同生活的家暴目睹儿童

家暴致离婚案件中另一类需要特别关注的儿童是“目睹儿童”。家庭暴力研究中的所谓目睹儿童是指在家庭中未遭受家暴，但经常亲眼见证家庭暴力发生的未成年人。联合国发布的《2013 暴力侵害儿童全球调查报告》中列举的数字显示，每年约有 1.33 亿至 2.75 亿的儿童亲眼目睹发生在其父母之间的某些形式的暴力行为。学者的研究表明中国的目睹儿童也不在少数，“19.3%的学生说明在自己的家里目睹过严重的暴力”[2](P84)。在我们的调研中，有子女的受暴妇女在反映她们遭受男方的家暴时，几乎都谈到孩子也看到了施暴过程。调研期间我们掌握的个别极端案例中，孩子不仅目睹父亲对母亲施暴，甚至还目睹了母亲不堪虐待杀死父亲的过程，该女童目睹母亲犯罪后曾一度失语[3]，目睹儿童心理遭受家庭暴力伤害的严重程度可见一斑。在研究中，一般认为目睹儿童都有情绪困扰

问题，可能成为暴力行为的习得者，变成潜在的施暴人，或者因目睹暴力行为发生而在心理上受到伤害。在家暴离婚案件中，由于施暴人施暴的对象是妻子而非子女，目睹儿童并非家暴的直接受害者，因此，有些家暴致离婚案件中的目睹儿童被判归施暴人抚养。施暴人的家暴行为对其要求子女抚养权是否会产生影响及影响程度，调研中一位民庭法官的回答比较具有代表性：

如果一方有针对子女的严重施暴行为，在确定子女抚养权归属时，对施暴人的抚养权是一票否决的，我不会把孩子交给打他的人抚养。对于那些虽然有家暴行为，但是施暴对象不是子女的，我会把家庭暴力行为当成对施暴人获得子女抚养权的一个不利因素加以考虑，但是不会因此就剥夺其子女抚养权，要根据案件具体情况定夺③。

应当说，这个法官的想法和做法在司法实践中具有代表性，很多案件中子女抚养权也是这样判的。然而，调研中我们发现，离婚使得原本遭受家暴的母亲得以摆脱暴力伤害，但是男方的施暴心理和错误行为模式并没有得到矫正，那些原本隐身在受害妇女后面的目睹儿童与施暴人共同生活一段时间后，其中一些儿童很快就成为母亲的替代品，沦为施暴人新的发泄对象，有些施暴人甚至把对妻子离婚的不满发泄到子女身上。由于儿童没有反抗和自卫能力，施暴人的家暴行为后果更加严重：网络和媒体曾曝光多起父亲对婴幼儿施暴的消息，施暴人将孩子遍体鳞伤的照片发到女方手机或者发至朋友圈等社交网络，以此报复女方，或者试图用对子女施暴的血腥图片来刺激要挟女方回到自己身边。2015 年，笔者在调研过程中访谈湖南的一位家暴受害妇女，她谈道：

我儿子在我们离婚时表示愿意和爷爷、奶奶、爸爸在一起生活，因为他知道他爷爷、奶奶和爸爸不会让他跟我。我们离婚有一年多了，刚离婚时，他爸爸不让他和我接触见面，也不让他接我的电话。今年他说想和我在一起，我和他爷爷奶奶说了这件事，他爸爸好像对他又好了一点。十多天前，我儿子和他爸爸发生了冲突，他爸爸拿起椅子砸他，没有砸到。……他爸爸骂他：你跟我犟？你能犟过我吗？你妈都没犟过我！……我现在就担心儿子，我告诉他不要惹爸爸生气，如果爸爸打你，爷爷奶奶会护着你，他们是你的保护伞④。

二、家暴行为对儿童身心健康的负面影响

家暴行为对儿童成长会产生很大的负面影响，因此，《未成年人保护法》在“家庭保护”一章针对父母列举的诸多禁止性规定中，把对子女实施家庭暴力放在了首位。最高人民法院中国应用法学研究所在 2008 年 3 月发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第十三条中详细描述了家庭暴力使未成年人在心理健康、学习和行为三个方面产生的障碍，例如，儿童注意力难以集中，学习成绩下滑，因而出现逃学、辍学现象；挨打使儿童自尊心受到打击，不信任他人，他们从施暴者那里学习到用拳头解决问题，长大后可能出现反社会的暴力倾向；目睹父母家人之间的家庭暴力使他们陷入极不安全的心理状态，等等。除此之外，调研中发现的一些情况表明家庭暴力行为还会给困境儿童带来一些更实际的负面影响，《未成年人保护法》第三条规定的儿童依法享有的四大基本权利——生存权、发展权、受保护权和参与权在被控制藏匿儿童和家暴目睹儿童身上都受到不同程度的损害。

（一）儿童应享受的母爱被剥夺

接受母乳喂养、享受母爱对于儿童身心健康发展的重要性是毋庸置疑的。“新生儿期的保健措施重点是合理喂养，最好选用母乳喂养”[4](P115)，“母亲的照顾行为会对婴儿的发展有深远的影响。母亲温暖而敏感，……有助于婴儿形成安全的依恋关系，有利于他们好奇心的培养、探索环境行为的增加以及智力的发展，有利于婴儿健全心理功能的发展。”[4](P388)正因为哺乳、母爱对儿童身心发育健全具有特别重要的作用，才有离婚时 2 周岁以下的子女抚养权一般归女方的法律规定。但是，在一些家暴致离婚案件中，孩子被施暴人抢走后，基本上就见不到母亲了。即便法院在离婚判决中明确女方离婚后有探视权，也难以顺利实现——离婚前都见不到孩子，离婚后更难见到。一些年龄较大的目睹儿童还被禁止接触母亲。母爱的匮乏和缺失对儿童的身心健康、人格发育都造成巨大负面影响，现实生活中，一些发生在儿童身上的悲剧往往与母爱缺失有直接关系。可以说，限制、剥夺儿童享受母亲的哺育和母爱是对儿童施加的最大的身体和精神暴力。

（二）低龄儿童人身安全存在隐患

孩子被抢走后，有同城藏匿的，有跨省藏匿的，有把孩子从城市（乡村）带到乡村（城市）的，甚至有带孩子出国一去不回的。抢孩子的人因工作等原因往往无法亲自抚养子女，他们会把孩子送回老家由孩子的祖父母照看，或者将子女藏匿在亲友身边，这就导致被抢的孩子事实上脱离了父母双亲的监护，处于身边没有法定监护人的生存状态。儿童，尤其是低龄儿童如果脱离父母的细心照料，往往存在较多的安全隐患。拥有法定监护权的母亲无法实际履行监护责任，这是很多失子母亲们焦虑痛苦、到处寻找、不断投诉的根本原因——她们时刻担心年幼孩子的安危。

（三）儿童发展受到阻碍

以目睹儿童为例，家暴给这些儿童造成心理伤害的同时，有些目睹儿童也从暴力中学习到了某种力量——用暴

力表达情绪和宣示权力的力量。

一位遭受家暴的外籍妈妈说，她鼓起勇气公开了自己遭受家暴的经历，非常重要的一个原因就是她的女儿对她说："如果爸爸再打你，我就用筷子、剪刀戳他！"她意识到目睹家庭暴力已经严重损害了孩子的心理健康，家庭暴力在她家里已经出现了代际传递的苗头。

目睹儿童无论是与共同生活的施暴人还是与他人交往，容易采用对抗甚至暴力的方式进行沟通，例如在学校对同学实施校园暴力，在社会上打架斗殴。他们的不良品行对其未来的发展构成障碍，"家庭暴力导致家庭关系恶化，青少年缺少关爱，整日目睹暴力侵害，甚至本身就是被害人，导致放任自流，实施赌博、吸毒、盗窃、抢劫等违法犯罪活动。据统计，有近 10%的青少年罪犯自小生活在家庭暴力中，说明青少年犯罪根源之一与家庭暴力紧密相关。"[5](P37)其他研究也表明家庭暴力与未成年人犯罪之间关系密切[6](PP56-57)。

（四）儿童表达和参与的权利被剥夺

被抢的儿童在离婚大战中被"物"化，成为一个随时可以转移藏匿的"东西"，一个谈判的筹码。他们丧失了基本的人身自由，被粗暴地改变原有的生活、学习环境，被迫与母亲或者兄弟姐妹分离，其情形近似"人质"。法律赋予儿童的表达和参与权利被成年人利用身份优势加以剥夺，儿童的幸福和权益在成年人争权（抚养权）夺利（房屋财产）的过程中被忽略和牺牲。

这两类儿童的权益困境给司法机关审理家暴致离婚案件提出了一个非常严肃的问题：当有明确证据证明施暴人有严重家暴行为，或者在离婚诉讼中有抢孩子的行为后，司法机关是否还要把子女抚养权判归施暴人。

三、确定离婚案件子女抚养权归属应遵循的基本原则

原则，指观察问题、处理问题的准绳[7](P151)。作为成文法国家，中国立法机关重视在部门法典中申明该法遵循的基本原则，以确保法律在执行时不偏离立法宗旨和立法目的。《婚姻法》对离婚后子女抚养权归属、抚养费的给付、对子女的探视权等有明确具体的规定，但是无论在"总则"部分，还是在"离婚"一章中都没有对处理子女抚养权问题明确规定需要遵循的基本原则，只是规定在双方无法达成一致协议的情况下，"由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决"。《子女抚养意见》中规定："人民法院审理离婚案件，对子女抚养问题，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第二十九条、第三十条及有关法律规定，从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。根据上述原则，结合审判实践，提出如下具体意见"。笔者理解这段话有三重含义：第一，《婚姻法》处理离婚子女抚养归属问题是有原则的，这就是"有利于子女身心健康，保障子女的合法权益"，这既是司法机关处理子女抚养权问题的出发点，也是解决该问题的归宿；第二，贯彻该原则时要"结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况"，使得子女抚养权问题最终达到"妥善解决"的目的；第三，《子女抚养意见》中的各项具体规定系根据此原则并结合中国审判实践而产生。20 多年过去了，中国特色社会主义法制体系已经建成且不断完善，这期间《婚姻法》《妇女权益保障法》《未成年人保护法》等都经历了修改完善，很多司法解释也适时退出了历史舞台，但是，《子女抚养意见》为法官、律师、当事人在诉讼中屡屡引用，妥善解决了许多错综复杂的子女抚养权纠纷，发挥着定分止争的重要作用。该司法解释强大的生命力说明该意见对婚姻法涉及子女抚养问题的解释是精准的，确立的审判原则是合理和有前瞻性的，具体规定是符合社会主流观念期待的。

但是，单纯依靠"有利于子女身心健康，保障子女的合法权益"原则尚不能全面地保护儿童利益，因为何为"有利于"并没有一套客观标准，不同的人站在不同的立场有不同的解读。例如，一个商业达人的富爸爸和一个没有工作的全职妈妈，显然前者的抚养能力更强，他可以从幼儿园起到高等教育阶段，一直给子女提供优越的生活环境和优质的教育资源，还可以对子女创业、购房、结婚等提供资金支持，把孩子判给富爸爸是孩子一个好的归宿，这似乎是不言而喻的；再比如，多子女家庭离婚时爸妈各自带走一个或者几个孩子，既可以满足双方抚养子女的愿望，又可以平衡双方在抚养教育子女方面的支出，这似乎也入情入理。司法实践中，类似的抚养权判决或者调解结果比比皆是，包括司法人员在内的不少人认为这样处理是符合《婚姻法》相关规定精神的。但是，站在儿童权利的视角审视，这样的处理结果可能并不符合儿童的切身利益：一个忙于商务的父亲无法像全职妈妈那样悉心陪伴照顾年幼的孩子，让他们充分享受来自家庭的关爱；人为地割断手足亲情，让原本朝夕相处、亲密无间的兄弟姊妹分离到两个家庭中，对孩子来说是童年被强加的一种"生离"的痛苦经历。因此，在处理子女抚养权归属问题时，除了要遵循《子女抚养意见》中确立的"有利于子女身心健康，保障子女的合法权益"原则之外，为了儿童的利益和幸福，还需要有其他原则的支持和补充。

"婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护"是中国《宪法》的明确规定，《婚姻法》《妇女权益保障法》《未成年人保护法》《刑法》《民法》等法律中为落实宪法规定，针对婚姻、家庭、母亲和儿童均有具体的保护性规定。1991

年中国加入了联合国《儿童权利公约》，公约第三条确立了“儿童最大利益原则”，该原则已成为国际社会保护儿童工作所要遵循的基本准则；修订后的《未成年人保护法》在“总则”部分的第三条中强调“国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯”。这一规定被概括为“对儿童的特殊优先保护原则”。这些原则是儿童保护事业发展到现阶段诞生的最新保护理念，是国际社会在儿童保护领域达成的共识，是国家作为儿童的最高监护人在处理涉及儿童的事务时需要遵循的基本原则。上述原则与司法解释中规定的“有利于子女身心健康，保障子女的合法权益”原则结合在一起，加上相关法律中对妇女儿童的具体保护规定，能够帮助司法机关在审理离婚诉讼时优先考虑儿童的抚养问题，更加合理地确定子女抚养权归属，保护儿童合法权益不受侵犯。2013 年北京市朝阳区法院对英语培训师李某与其外籍妻子离婚案件的判决很好地综合体现了上述原则：人民法院没有用双方的经济收入状况来衡量双方的抚养能力，进而依据经济实力判定抚养权的归属，也没有因多子女而把 3 个孩子拆散分给父母双方抚养。法院以儿童最大利益为首要考虑，在查明李某有家暴行为并在判决书中加以确认的情况下，将 3 个孩子的抚养权全部判归女方，由李某承担子女抚养费每人每年 10 万元至 18 周岁。在判决的同时，法院依照女方的申请做出人身安全保护裁定，禁止李某殴打、威胁女方，为女方和孩子在离婚后能有一个安全和宁静的生活环境提供司法保障。该案关于子女抚养权的判决可视为国家作为儿童的最高监护人借助个案再次重申：涉及儿童的一切行为，不论是由公立或私立社会福利机构、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⑤。该案的判决结果尊重子女的意愿和选择，肯定母亲长期照料 3 个孩子并为她们营造稳定生活环境付出的努力，否定男方的家暴行为，没有支持施暴人对子女抚养权的主张。在男方抚养子女和男方支付抚养费、由女方抚养全部子女两种方案中，法院基于儿童利益选择了后一种方案，同时，用人身安全保护裁定防范施暴人在离婚诉讼期间和离婚后对女方及子女进行骚扰和施暴，保护妇女儿童人身安全。这份突出儿童权益保护的判决做出后，社会反响良好，判决结果在社会上广泛传播，成为司法机关处理家暴致离婚案件子女抚养权归属的典范[8]。

四、关于审理家暴致离婚案件妥善处理子女抚养权归属的建议

从婚姻法视角看待子女抚养权问题与从儿童保护法视角看待子女抚养权问题，侧重点是不一样的：前者是在解决离婚问题的过程中结合双方情况解决子女抚养问题，后者是在保障儿童利益最大化的前提下解决离婚问题。子女抚养权问题解决不好，不仅有损儿童的利益，而且可能在离婚判决后引发新的纠纷和诉讼，增加审判压力。近年来，中国司法机关不断强化对家暴受害人的司法保护：2015 年 3 月 2 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《反家暴意见》），对家庭暴力行为构成犯罪的刑事案件做出了具体处理规定；2016 年开始，全国 100 家试点法院开始进行家事审判改革，要求各地审判机关在审理离婚案件时要考虑未成年人利益最大化，如果未成年人的抚养问题不能解决，法院一般不能判决离婚[9]。总体来说，司法机关的执法工作是向着有利于儿童保护的方面发展的。笔者根据相关法律规定，结合调研中反映出的实际情况和女性受害人群体的合理利益诉求，对司法机关处理有家暴情节的离婚案件子女抚养权归属问题，提出如下几点建议：

（一）对情节较为严重的施暴人主张子女抚养权的不予支持

如前所述，无论是基于抚养权审判应遵循的基本法律原则，还是基于部分儿童与施暴人共同生活后遭受家庭暴力的现实，将子女判归有较严重家暴行为的人抚养使得儿童处于较大的风险中，至少其人身安全处于不确定状态下，有悖儿童最大利益原则规定精神。因此，对于已经查明的家暴情节较为严重者，不管其暴力行为是否针对儿童本人，司法机关不应支持这类人对子女抚养权的主张，特别是在另一方主张子女抚养权并且具备抚养条件的情况下。最高人民法院发布的司法干预家庭暴力的典型案例中，有一例“李某娥诉罗某超离婚纠纷案——优先考虑儿童最佳利益”案件，法院在该案中确定子女抚养权归属的理由值得给予特别重视⑥。高法将该案作为典型案例公布，其示范作用不言自明：应该“避免儿童生活在暴力环境中”，不管施暴人的施暴对象是谁，儿童与他们一起共同生活的结果就是可能形成暴力人格，造成家庭暴力的代际传递。所以，和施暴人共同生活是一种不利于儿童成长的抚养模式，因而施暴人主张子女抚养权也就不应获得司法机关的支持。

（二）慎将子女抚养权判归有抢孩子行为的一方

目前，中国法律对离婚后的子女抚养问题规定较为明确，但对婚姻关系存续期间父母对子女的抚养方式并未做出特别具体的规定，因此，由父母一方抚养或者双方共同抚养，或者委托他人临时照料都不违反法律规定，这也是抢孩子现象屡屡发生的原因：司法机关在判决前对抢孩子的人缺乏有效的处罚措施。有些法院出于执行便利，孩子目前随哪方生活便把孩子判归哪一方，无形中助长了抢孩子的现象。对于抢孩子属实的离婚案件，在夫妻双方都要求子女抚养权的情况下，建议法院对离婚前控制藏匿子女情节严重的一方做出惩罚性判决：将子女抚养权判归另一方。如果抢孩子的一方拒不履行法院的判决裁定，法院可以依照《民事诉讼法》的有关规定对其采取强制措施。对

于父亲一方即使获得子女抚养权也无法亲自抚养，孩子要由祖父母或者其他亲友代为抚养的，由于祖父母在儿童成长过程中始终不能代替父母的角色和作用，在女方愿意抚养子女的情况下，从有利于儿童身心健康角度出发，即使女方在经济收入、住房等方面的条件不如男方，或者是全职主妇，也以判决由女方直接抚养子女，由男方支付抚养费为宜。

（三）查明家暴受害人放弃子女抚养权的真实原因

很多家暴受害人放弃子女抚养权并非出于自己的真实意愿，而是被施暴方威胁恐吓的结果，因此，建议法院在审理有家暴现象的离婚案件时，对于受害人放弃子女抚养权的，要查明放弃抚养权是否出于受害人的真实意愿。如果受害人是在施暴人胁迫下违背真实意愿放弃抚养权，且受害人有抚养能力的，在其向法庭做出愿意抚养子女的真实意思表示后，应将子女抚养权判归受害人一方。与此同时，为了保护受害人离婚过程中及离婚后的人身安全，在其提出申请的情况下，法庭可以依照《反家庭暴力法》第四章的有关规定，向其颁发人身保护令。如果司法机关在被害人的陈述中发现施暴人的行为构成犯罪的，要根据施暴的程度和触犯的罪名，依照四部门《反家暴意见》中的规定，属于公诉案件的，移送公安机关处理；属于自诉案件的，人民法院应当告知被害人有权提起刑事自诉。

（四）征求子女意见时需查明子女意愿是否真实

根据《子女抚养意见》中的规定，父母双方对 10 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。此时，子女意见的表达往往对抚养权的归属起到至关重要的作用。调研中有律师反映，开庭前有些家长用玩具、食品、承诺带去玩等方式哄骗甚至威胁、恐吓孩子，要求他们必须向法官说愿意和自己共同生活，孩子到了法院便如此这般背诵一番，这类现象在司法实践中并不鲜见。因此，为防止子女虚假表达造成法庭误判，法官最好不要让父母直接把孩子带到法庭接受询问。10 周岁以上的孩子基本上都在学校就学，建议法官与学校和学生班主任联络沟通，在保护儿童隐私的情况下与该儿童在学校单独见面，在了解儿童对与父母共同生活问题的真实意愿后，结合案件具体情况确定子女抚养权的归属。

（五）做好与施暴人共同生活儿童的家暴预防工作

对于因各种原因致使未成年子女只能与有施暴行为的人共同生活的离婚案件，法院应依照《未成年人保护法》《反家庭暴力法》的相关规定，对案件中的儿童实施特殊优先保护，做好家庭暴力的预防工作。鉴于这部分家长有过家庭暴力行为，有伤害、虐待子女的潜在风险，因此，建议法院在审理家暴致离婚案件时，庭审中设计专门的“法制教育”和“书面告知”环节。“法制教育”是法官在庭审中向离婚当事人说明中国法律对儿童的特殊优先保护原则和具体保护规定，尤其是对监护人具体监护责任和具体教育方式的规定，要将《未成年人保护法》“家庭保护”一章的内容及《反家庭暴力法》第十二条⑦内容告知双方，同时说明违反法律规定需承担的法律责任；“法制教育”之后，为了强化和固定教育内容，法庭可以将上述法律规定书面打印，一式三份，由双方签字确认后，一份放入案卷，两份分别交当事人双方。这种由法庭主持的儿童保护法律教育和告知过程，对施暴人既是一次法制教育，也是一种精神上的震慑，起到一个预先警示的作用，使其未来在与子女共同生活中能依法履行监护职责和抚养义务，对暴力行为有所收敛。如何从程序上加强对儿童的保护，对家庭暴力预防在先，各地家事审判改革的试点法院可以在工作中逐步探索完善。

五、结语

离婚案件当事人从改革开放初期的争财产、争房产到现在的争孩子，从一个特别的角度反映出经济繁荣后人的价值的凸显。未成年人在离婚案件中终于摆脱了与财产、房产并列的“待分配”状态，成为需要特别对待和优先保护的人，这是社会文明进步的表现，也是儿童保护理念在全社会普及的结果。社会的发展、法治的进步，要求司法机关在审理家暴致离婚案件时需从传统的夫妻本位观转变为儿童本位观，要把儿童的利益和幸福放在首位，把子女抚养权问题上升到事关未成年人基本人权的层面优先考虑，站在儿童保护的立场上确定抚养权的归属，力争通过审判为儿童营造一个稳定、安全，有尊严的生活和学习环境。司法实践中很多案例和我们每个人的成长经历表明：金钱的堆砌、物质的满足无法使儿童自动成长为一个身心健康的人，也无法让他们感受人生的真正快乐和幸福。父母的关爱和陪伴，家庭的和睦和温馨才是儿童身心健康、快乐幸福的基础。儿童能否在一个安全稳定的环境中过一种宁静有序的生活，事关其一生幸福。因此，谁能给子女以细心的关爱照顾，谁能给孩子营造安全稳定的生活环境，谁能够依法履行监护职责和抚养义务，法院才能代表国家把儿童抚养权交给谁。

注释：略

[参考文献] 略

作者简介：张荣丽（1964-），女，中华女子学院法学院副教授。研究方向：刑事诉讼法、妇女儿童权益保障法。

本文选自《妇女研究论丛》2017 年第 1 期第 46-53 页

比较法视野下的“父母责任”

2017-02-22 法学中国《北方法学》2016 年第 1 期 夏吟兰

父母是子女最大利益的守护者，对未成年子女的生存与发展承担首要责任。当代国际社会，在《儿童权利公约》标准的指引下，以父母履行责任与义务，保障子女最大利益为特征的子女本位立法已成为各国亲子关系立法的主流。我国婚姻法中涉及亲子关系的内容自 1980 年婚姻法以来从未修改，仍残存着父母本位立法的痕迹。有关父母对子女权利义务的规定过于概括、简略，父母抚养教育子女的内涵、边界及法律责任不明确、不具体，对子女权利的保护不周延。我国应在婚姻家庭法中单独设立亲子关系章，将“父母责任”作为上位法律术语，涵括父母对于子女在人身关系和财产关系方面所有的权利义务，全面、系统、具体地规范父母责任。对不履行或不当履行父母责任者，应当明确规定父母责任丧失、转移和恢复的条件和程序，由国家公权力介入，对未成年子女实行国家监护。

亲子关系是家庭关系中的重要组成部分，亲子关系法是婚姻家庭法的重要内容。所谓亲子关系，在法律上是指父母和子女之间的权利义务关系。其中，父母对于子女特别是未成年子女权利义务的行使和负担是基于亲子关系的身份所产生的涉及人身关系和财产关系的义务和责任。正如恩格斯所指出的：“父亲、子女、兄弟姐妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼，这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。”

抚养和教育未成年子女是我国《宪法》《婚姻法》《未成年人保护法》的明确规定，是父母的法定义务。《婚姻法》在第 3 章家庭关系第 23 条中明确规定：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”但这一规定过于原则，父母抚养教育子女的内涵、边界及如何承担法律责任不明确、不具体，没有充分体现子女本位及子女利益优先的立法理念，在司法实践中问题重重。笔者拟从保护儿童人权的视角，对确立父母法律责任的原则、宗旨、体系框架、法律术语及其内涵等方面进行实证法及比较法的深入探讨，以期在制定“民法典婚姻家庭编”时，充分体现子女本位的立法理念，进一步修改及完善我国的亲子关系法。

一、子女本位与父母责任

近代以降，亲子关系立法的宗旨从家族利益优先的“家本位亲子法”、到父母利益优先的“亲本位亲子法”，再发展至子女利益优先的“子本位亲子法”。当今社会，以父母履行责任与义务，保障子女最大利益为特征的子女本位立法已成为各国亲子关系立法发展的大趋势。

（一）子女本位立法理念之人权法渊源

在漫长的人类历史长河中，儿童在传统上一直不曾被看作是权利的主体，而是法律保护的客体。儿童的权利不能得到充分的关注和切实的保障。所以，儿童人权的实现必须从重新定义儿童在家庭和社会中的地位开始。

子女本位的现代亲子法的立法原则可以追溯至 1924 年《日内瓦儿童权利宣言》。在此后的 1959 年《儿童权利宣言》、1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》、1986 年《关于儿童保护和儿童福利、特别是国内和国际寄养和收养办法的社会和法律原则宣言》等若干国际人权文件中均重申和进一步发展了儿童最大利益原则，并明确将儿童人权视为普遍性人权的组成部分。儿童最大利益原则和子女本位的立法理念构成了 1989 年《儿童权利公约》的价值基础。“儿童也是平等的人；作为人类成员，儿童拥有与成人一样与生俱来的价值”。儿童作为独立的权利主体，享有权利并得到保护。《儿童权利公约》第 3 条明确规定：“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。缔约国承担确保儿童享有幸福所必需的保护和照料，考虑到其父母、法定监护人、或任何对其负有法律责任的个人的权利和义务，并为此采取一切适当的立法和行政措施。”

（二）父母对子女的生存与发展承担首要责任

《儿童权利公约》在明确规定保护儿童人权是缔约国的国家责任的同时，也强调了家庭和父母对于儿童的保护、养育和发展具有重要责任。“深信家庭作为社会的基本单元，作为家庭所有成员、特别是儿童的成长和幸福的自然环境，应获得必要的保护和协助，以充分负起它在社会上的责任”。父母或其他负责照顾儿童的人负有在其能力和经济条件许可范围内确保儿童发展所需生活条件的首要责任。人权事务委员会认为：保证儿童受到必要的保护的责任落在家庭、社会和国家身上。虽然公约没有说明这种责任应如何分配，但家庭，特别是父母对创造条件，促进儿童个性的和谐发展，使他们享受公约确认的各项权利负有主要责任。

家庭是最有利于儿童健康成长的环境。父母与子女之间存在着天然的血缘联系，具有人伦关系，体现了人类个体的生命成长和延续的规律。父母既是子女的自然抚养人，也是法定抚养人，具有保障子女健康成长的使命和责任，对子女的生存和发展当然应承担首要责任。正如费孝通先生在他的《乡土中国生育制度》中提到的：“所以能使男

女长期结合成夫妇是出于人类抚育作用的两个特性：一是孩子需要全盘的生活教育；二是这教育过程相当的长。孩子所依赖于父母的，并不是生活的一部分，而是全部。”《儿童权利公约》要求缔约国应尽其最大努力，确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认。“父母，或视具体情况而定的法定监护人对儿童的养育和发展负有首要责任。儿童的最大利益将是他们主要关心的事。为保证和促进公约所列举的权利，缔约国应在父母和法定监护人履行其抚养儿童的责任方面给予适当协助，并应确保发展育儿机构、设施和服务。”父母对子女不仅有权利，而且有义务照管和监督子女，而其他有关公权力机关及社会团体仅作为有益补充。只有在亲子关系不彰的情形之下，后者才能强力介入，以弥补前者欠缺。

1989 年《儿童权利公约》推动了各国亲子法由“父母本位”向“子女本位”发展。许多国家先后对其国内的亲子法、儿童法等相关立法进行修订，将子女最大利益原则作为立法的基本原则，以子女本位作为确立和规范父母责任的基本宗旨，并为此修改了原有的法律术语和法律体例。例如，德国亲属法将亲权改称为父母照顾、英国儿童法将父母监护改称为父母责任，强调父母身份是责任而非权利。俄罗斯家庭法将“未成年子女的权利”单独成章，专门作出明确的保障性规定。上述这些立法在法律术语、名称、体例上的变化均体现出父母子女法律地位平等，儿童具有独立的主体地位，儿童最大利益原则的立法理念。这种以父母履行责任与义务，保障子女最大利益为特征的亲子关系立法，就是具有现代亲子法精神的子女本位立法。

我国 2006 年修订的《未成年人保护法》明确规定了“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。”并在家庭保护一章中规定：“父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。”强调父母抚养未成年子女是其法定的职责和义务，国家对未成年子女的权利给予优先和特殊的保护。但我国在 2001 年修订婚姻法时，对亲子关系未作修订，未能将儿童最大利益原则纳入修法的内容。未来在制定“民法典婚姻家庭编”时，应当充分体现子女本位的立法理念，以子女最大利益为核心，构建我国亲子关系立法的框架结构、法律术语、具体内容，强化父母责任与义务，保护未成年子女利益。

强制公证废止后不动产继承登记风险防范思考

2017-02-23 不动产登记 大连房地产经济学学会 贾广葆

一、化解不动产继承登记法律风险的几点思考

不动产继承登记强制公证取消后，依据现行的法律法规以及规章，因继承、受遗赠办理不动产登记的，公证材料不再是必须提交的材料。但并不等于不动产继承登记就没有任何法律风险可言，相反因此引发的却是多重风险难点的思考。

1.如何更好地核实申请人提交材料的真实性

申请人提交材料的真实性、可信性是继承不动产登记的前提和基础，也是不动产继承登记强制公证取消后首先要解决的问题，更是不动产继承登记顺利进行的关键。《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）第十六条规定，不动产登记机构重点审查申请人提交的“与他人利害关系的说明材料”，实际上是为了进一步证实所提交材料的真实性、可信性而采取的多种办法、多元角度来充分印证其或亲属死亡证明或遗嘱证明或协议证明或亲属关系证明等材料的真伪。因此，如何面对任务繁重、错综复杂的各类证明材料的核实、审查，正确把握、认定申请人提交材料的真实性、有效性，是不动产登记机构需要解决的重要课题。

2.如何甄别和认定全部法定继承人的范围

法定继承人范围的认定，是继承、受遗赠办理不动产登记是否成立的最终目的，也是合法继承人是否确立的最终结果。按照《继承法》的规定，法定继承人的范围一般有父母、子女、配偶之间的继承人、非婚生子女、继父母子女、养父母、养子女、进了主要瞻养义务的儿媳或女婿，转继承和代位继承等，特别是丧失继承资格的继承人的甄别和认定。其继承范围广泛、继承人员众多、继承环节错综、继承内容复杂、继承时间久远、继承资格难定，给合法继承资格的继承人和丧失继承资格的继承人的准确审查、甄别、认定带来了极大的困难和压力。因此，知晓法律规定、熟识继承知识、掌握登记环节、准确把握确立法定继承人的范围，是不动产继承登记首先要解决的问题。

3.如何规范印证死亡证明材料的真实有效

死亡证明材料是否真实有效，是继承、受遗赠办理不动产登记能否登记的关键。而申请人提供的死亡证明一般包括公安机关、医疗机构、民政部门的证明；也有乡镇、社区等单位的证明；还有火化、殡葬、证人证言等证明。证明众多，各地又不统一，当事人往往为此往返多次，吃尽苦头。因此，如何规范印证死亡证明材料的真实、有效，是不动产登记不可回避的问题。

4.如何主动引导当事人所提供材料的选择权利

尽管司法部早在2016年7月废止了继承不动产强制公证的规定，《条例》《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细则》）明确规定，因继承、受遗赠办理不动产登记的，公证材料不是必须提交的材料。但时至今日，仍有一些地方公证、登记部门把公证材料作为继承、受遗赠必须要提交的材料。因此，主动告知、提醒和引导当事人提供材料的多种选择方式：所提交的材料可以不经公证、也可以经公证，真正落实法律法规赋予当事人提供材料的选择权利，是不动产登记机构必须解决的问题。

5.如何准确认定众多遗嘱的法律效力

遗嘱的法律效力如何，是不动产继承登记的关键环节。《继承法》规定，遗嘱有口头、自书、代书、录音和公证遗嘱等，而在同一个因继承、受遗赠不动产登记中，往往可能出现一个或数个遗嘱，也可能出现相同或不相同的两个遗嘱，还可能出现不同形式的遗嘱等。遗嘱的形式多样、错综复杂，但当事人的目的宗旨只有一个，就是尽量让自己受遗嘱、受遗赠继承合法。作为不动产登记机构来说，没有前置条件，即公证机关公证文书把关，如何弄懂弄通各个遗嘱的相关内容和条件、如何面对遗嘱的各种复杂情况、如何确定当事人所提供遗嘱的法律效力，是不动产登记机构必须重视的问题。

6.如何规范管控登记申请受理环节和程序

规范管理登记申请受理审查环节和程序，是不动产继承登记成功与否的保证，也是不动产继承登记成功的基础。虽然《条例》《细则》对登记申请受理、申请人提交材料、材料审查、出具书面通知等环节都做了非常详尽而规范的规定。但在登记具体环节的运行操作中，仍然会出现一些不尽人意、尚不规范、甚至出错的地方，给当事人带来一些不必要的麻烦和问题。因此，准确规范、合法管控、严格审查、精心把握登记申请中的每一个环节程序，是确保不动产继承登记成功的保证。

二、化解不动产继承登记法律风险的对策

针对不动产继承登记强制取消后带来的一些法律风险和难点问题，为了避免复议或诉讼的风险，当务之急应从以下五方面加以改进。

1.广泛宣传真正落实不动产继承登记的有关法律法规，理性认识公证的作用，走出不动产继承公证的认识误区

及时落实废止1991年司法部、建设部联合出台的《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》（司公通字〔1991〕117号）以及2009年中国公证协会公布的《办理继承公证的指导意见》，真正落实2016年7月司法部发布的《关于废止〈司法部、建设部关于房产登记管理中加强公证的联合通知〉的通知》，把政策交给群众，做到政策法规公开透明。同时，认识公证的某些局限性，既不能盲目否定公证的作用，也不能盲目高估。

2.积极引导当事人先行解决继承纠纷，尊重支持法律赋予当事人的选择权利，创建设立当事人申请承诺信用制度，把不动产继承登记风险降低到最小程度

引导当事人先解决不动产继承矛盾纠纷，后办理不动产继承登记。当事人在提交继承不动产登记的申请过程中，往往会出现有利害关系的第三人或更多关系人提出异议，要求其主张该不动产的继承权利，登记机构应主动引导、积极支招告知申请人及所有有利害关系的人先行解决不动产继承纠纷矛盾或不动产权属争议，待法院或仲裁机构出具生效的法律文书后再申请办理不动产继承登记，确保不动产继承登记顺利实施。

3.不断完善和规范不动产登记的程序、内容、方法，强化和规范登记申请受理、材料审查、书面通知、发放证书等环节合法性的管控

不断完善和规范不动产继承登记的程序、内容、方法，加强登记机构人员的能力、素质、责任心教育，在不动产继承登记工作实践中，不等、不靠、不指望公证机构的公证书的把关风险，认真做好不动产继承登记的每个环节的工作，明确每个环节的责任，建立健全和完善规范不动产转移登记等制度，确保不动产所有权继承登记符合不动产统一登记制度和《物权法》等相关法律法规，强化、规范不动产继承登记各个环节合法性的管控。

4.进一步优化、磷选、改革、甄别不动产继承登记的相关材料，做到既合理合法，方便群众，又能有效避免登记风险

既要坚持要求不动产继承登记的申请材料合理合法，符合法律法规所要求提供的相关必备材料，又要确保当事人在不动产继承法律事实确定后已经取得的且便于方便出示的有关材料；既要确保材料的真实性、法律性，又要有效避免所提供登记申请材料可能出现的风险责任。

5.采取多样化方法，规范公告形式，加强登记机构的自身建设，完善登记机构的纠错机制和责任追究机制

发布公告，安民公示，是现行不动产登记、发放不动产所有权证的必须必备环节，必须严格遵守。而在不动产所有权继承登记中，由于继承房屋、遗嘱房屋的固有特点，可采取政府主管部门官方网站、纸质文件、小区、村委会、居民委公告专栏、居委会社区口头告示等多样化的方法，对公告的形式、内容、地点和时间作出规范性的规定，

把政策交给群众，真正发挥不动产继承登记公告的作用。同时，建立登记机构的纠错、追究机制。《物权法》《土地登记办法》《房屋登记办法》等相关法律法规规章，特别是《条例》《细则》，对当事人提供虚假申请材料骗取房屋申请登记和登记机构玩忽职守、滥用职权、循私舞弊的，规定了相应的法律责任和处置办法。建议建立和完善登记机构纠错和责任追究机制，明确不动产登记机构自我查找、自我检查、自我纠错的职责、内容、程序和方法，并相应通过立法加以规范。同时，充分赋予登记机构的上级隶属的国土资源房屋局主管部门撤销错误登记的权力。

更多内容请关注《中国房地产》

综合版 2017 年 2 期 封面. jpg

《中国房地产》是 1980 年建设部创办的房地产专业期刊、社科类一级期刊、全国重点院校中文核心期刊、住建部优秀期刊。我刊始终坚持“为国土房管事业的改革和发展服务、为繁荣国土房管理论研究服务”的办刊宗旨，深入开展“热点”“重点”问题研究，及时宣传有关方针政策，广泛交流各地经验。杂志分为：综合版、市场版、学术版三个版本，栏目包含：不动产登记、房屋交易管理、物业管理、房地产市场、房地产开发、房地产中介、土地市场、住房保障、棚户区改造、住房公积金等，对各级领导科学决策极具参考价值。

离婚的心理咨询

2017-02-23 北大六院 丛中

离婚，是伤痛，是感情沟通不畅。离婚前，先尝试去做几次心理咨询吧，让爱流动起来。无论是否离婚，终生不忘“个人成长”。

“离婚”的心理咨询（基本要领）

丛中　　北京大学第六医院

离婚，是婚约的解除，同时还包括财产分割和子女的未来养育等。

离婚，对于夫妻来说，尽管是一种解脱，但，无论如何，也是一种伤痛，尽管这伤痛经常主要不是离婚本身造成的。

什么是“家”？妈妈在哪里，哪里就是孩子的家。家是孩子成长的重要环境（有些像是“革命根据地”）。离婚后，孩子往往就失去了这个“家”，特别是当妈妈爸爸都再婚后，各自有了自己的家庭，孩子即使读大学了，也害怕春节放假，因为，放假的时候，看同学们都各回各家了，自己却不知道该回哪个家，不知道哪里才是自己的家。孩子会有一种“无家可归”的痛失感。

离婚，不止是去换一张离婚证书，还有一大堆需要处理的事情。

因此，离婚前，建议最好能够去做几次心理咨询。

关于离婚的心理咨询，有哪些基本要领呢？

一、明确离婚心理咨询的目标

尽管人们可以有各种原因或理由想要离婚，但是，总体来说，离婚的原因主要是两个人之间的感情沟通不畅。

这样的婚姻，即使不离婚，感情沟通不畅，两个人在一起生活，也照样是痛苦的。

不要把感情沟通不畅所造成的痛苦，记账在离婚头上。

所以，面对将要离婚的夫妻，心理咨询工作不是挽留婚姻或拆散婚姻，其目标只有一个：促进双方的感情沟通。

感情沟通增进之后，仍然有两个可能的结果：不离婚，或者离婚。

心理咨询师，所能做的只有一个：搭建一个心理平台，促进夫妻感情沟通与交流。

二、离婚心理咨询的两个工作方向

1、关系取向：以调整互动关系为主，促进双方的情感沟通。在心理咨询过程中，帮助当事人具体分析两个人之间是如何匹配和互动的，其间存在哪些错位和误区等；以维护爱情亲密关系为目标，调动双方的意愿，各自调整自己，以适应关系的维系。

前提是，双方都愿意为改善互动关系而努力。

这样的离婚咨询，往往需要两个当事人同时前来接受心理咨询。

在这个过程中，心理咨询师经常会有如下的提问：

“你们是从什么时候开始，渐行渐远的？”

“你们之间最大的分歧是什么？具体有哪些？”

“曾经当初你们是如何爱上对方、并选择跟对方走入婚姻的？”

“结婚后，包括结婚前的恋爱阶段，曾经有过一段幸福的时光？当时你们是如何做到的？”

“你们愿意共同努力，调整自己，向对方走近吗？”

婚姻关系，一定是要“各取所需”，主体间性，最终达到“双赢”，这样的关系才能得到双方的认可，并愿意继续维系这种关系。

在关系取向方面，心理咨询师会帮助分析婚姻中的互动模式，属于“等位交换互动模式”，还是“错位交换互动模式”，比如，“同伴关系”、比翼双飞（等位交换）？还是“母婴关系”，“付出下半身以换取对方的上半身”、郎才女貌、嫁汉吃饭（错位交换），等。以明确各自对婚姻的期待，各自的愿望和需要，并主动调整自己，适应对方。

一旦自己知道了对方的期待、愿望和心理需要，我就知道如何“雪中送炭”、“投其所好”、投怀送抱啦。当双方都愿意主动为对方去做这些的时候，双方的情感沟通就会变得通畅起来了，相互之间的爱也就自然而然地流动起来了。

2、个体取向：婚姻中的两个人，当想要离婚的时候，最好各自都让自己去做一系列的个人成长心理咨询。

在个人成长心理咨询中，分析自己的人格特点、幼年成长环境、原生家庭、早年创伤，及其对后来的爱情及婚姻关系造成的影响。

这样的心理咨询，属于个体的心理成长咨询。

建议丈夫和妻子，分别找两个不同的心理咨询师分别定期去做咨询；最好去找精神分析取向的心理咨询师。

在个人成长的基础上，进一步讨论如何处理自己当下的婚姻关系。

这往往又有三个努力方向与成长环节：

（1）面对离婚，“我要改变对方！以满足我的需要。”

这经常是来访者最想要的结果，也是来访者最受挫败、最失望的一个方向。

咨询师帮助来访者，共情来访者的愿望和需要，并一起面对惨败，然后探讨下一步该怎么办。

（2）既然对方是不可改变的，那么，我只能改变自己对待婚姻爱情关系的手段和方式，以适应两个人之间的“关系”（关系取向），适应对方的感情需求。这时，咨询师要理解共情体谅来访者为了维系关系所承受的内心委屈。

一般来说，在夫妻关系中，各自都还是需要有某种程度的忍让或让步啦。

（3）回到“个体独立生活”的立足点上来。

每个人恋爱结婚前，都曾经是一个人独立生活的。后来，遇到了爱人，选择了走入婚姻；现在，又面临离婚。无论结婚前，还是结婚后，还是当下想要离婚，或者是将来离婚后的生活，对于当事人来说，共同的只有一个，那就是，“无论怎样，都要努力让自己活得好一些！”

是否离婚，表面上看，是在处置婚姻关系，是否把对方留下来。本质上来说，是当事人在选择自己的未来生活。

情况往往会是这样的：一旦来访者不去强行改变对方了，一旦把生活的重心重新收回到自己身上，让自己活得好起来了，他们之间的婚姻关系也会有所改善。当然了，仍然会有很多人最终选择了离婚。

三、离婚前的生活协议

既然夫妻两个人都已经开始探讨将来要离婚了，那么，在办理离婚手续之前，两个人依然需要具体讨论：离婚前的这段日子，两个人将如何度过这最后一段共同相处的日子。

这时，心理咨询师带领夫妻当事人一起商量，离婚前的生活将如何度过，各自的愿望和需要是什么；并在此基础上，促进夫妻双方能够在尽量详细的感情互动和生活细节方面，形成约定，达成协议。离婚前，双方参照该协议具体观察执行；以观后效。

在达成协议时，不仅要有尽量详细的具体内容，各自去做哪些事情，承担哪些责任、履行哪些义务，协议还应该包括检查验收的时间期限，比如，设定三个月或半年作为时间期限。

四、离婚前的心理准备、对未来做出设想和安排

离婚，不仅是去办一个离婚证，做到“组织上离婚”，更是要首先提前做到“思想上离婚”。

即，离婚前，自己要在内心做好“离婚前的心理准备”。

心理咨询师，在咨询中，可以跟来访者一起讨论：

“你准备过几个月之后，去办理离婚手续、换取离婚证书？”

“你会去跟父母家人或朋友闺蜜等一起探讨关于离婚的经验和观点、意见吗？”

“在离婚之前，你还有哪些事情要具体去做吗？”

“离婚后，你住哪儿？你有房子住吗？孩子由谁来抚养？你有工作和经济收入来源吗？你的收入维持你的个人生活，以及抚养子女吗？”

“离婚之前，你是否先要给自己找到一份工作？”

“离婚后，你的未来生活将会是怎样的呢？如何告知父母家人？”

“离婚后，你有朋友吗？”

“你将来还要再找一个人结婚吗？再婚的那个人，会是怎样的呢？你将如何进入你的下一段婚姻生活？”

……

2017-2-23

当眼里掉进了睫毛——从“南京虐童案”看法律干预家事纠纷

2017-02-26　现代法治研究　苏力

【作者简介】苏力，北京大学天元讲席教授，博士生导师，教育部长江学者特聘教授

【文章来源】《现代法治研究》2016 年第 1 期

一、案情和问题

因疑心收养两年的 8 岁男孩施某某报告的考试成绩(全班第一)不实，认真仔细追问后，李某琴发现 孩子又一次考试抄袭，说谎。一气之下，李随手拿起竹制的“痒痒挠”，又用孩子书包中掉出的塑料跳绳， 抽打男孩数十次，造成男孩遍体体表伤。班主任发现后，将男孩体伤拍照上传网络，引发了社会强烈关注。 警方随后介入。经公安鉴定，男孩后背和四肢有 150 余处表皮挫伤，占体表面积 10%，构成轻伤一级。

受害人的生母(李某琴的表妹)先后主动向公安机关和检察机关提交了调解请求、刑事谅解书和刑 事和解书，请求乃至哀求不追究李某琴刑事责任，被拒绝。检察机关半年后以涉嫌故意伤害罪提起公诉。 李某琴在法庭上承认自己打了孩子，认错道歉，却拒不认罪。一审认定李某琴犯故意伤害罪，判有期徒刑 6 个月。[2]南京市中院二审维持原判。[3] 江苏省高院在其发布的 2015 年度典型案件中认为此案“在中国未成年人保护案件中具[有]里程碑式 意义”。[4]2016 年 6 月,此案判决书获得了“第三届全国青年法官优秀案例评选”特等奖![5] 但在我看来，并将以本文来论证，此案从各方面来看都是失败的。所谓的里程碑很可能只是也应当是告诫“此路不通”的一个界碑。这一失败的最直观表现为，尽管用心良好，旨在加强法律对家暴的制裁， 保护未成年人，乍看起来似乎社会效果也还不错(回应了网络上的强烈呼声)，但实际效果并不好。不仅被 定罪的“罪犯”始终不认罪，二审后仍坚持申诉。[6]而且，半年牢狱后，当李某琴走出监狱之际，早在监狱门口等候的法定受害人施某某哭喊“妈妈”，孩子生母则跪倒在地，一再哭称“对不起”，三人相拥痛哭。

即便在网络上，当初有很多读者看到男孩体表伤痕照片后，确实对李某琴义愤填膺，骂她“蛇蝎心肠”，“最狠莫过妇人心”，要求严惩李某琴，但只要稍微注意一下，真没有谁说李某琴是“罪犯”的。即 便李最终被定罪，但仅就我看或浏览过的所有相关新闻中，没看到任何一篇文字称李某琴“罪犯”或“犯 罪嫌疑人”的![8]这似乎是一个没有罪犯的罪案。

相反，网上也有不多的评论认为，因孩子不好好学习且屡屡说谎而打孩子，不好，但可以理解，有时 甚至必要，这是父母关爱孩子的一种特定方式，在社会中颇为普遍。此案本应难得糊涂地予以“带过”， 如今法院如此高调以树典型(也即法院自称的“里程碑”)的方式处理此案会毁了这个孩子，令其一生为 此蒙上阴影，也毁了大人。李某琴一审的最后陈述也认为“公安、检察机关、学校和社会、网络给孩子 带来的伤害比我打还要大!”[9]

不是不知道“法不容情”，甚至还知道“大义灭亲”，但这些词本身并没有意义，除非此案的事实和是 非曲直要求如此。这些词本身并非针对此案事实的具体分析和论证。此案事出有因，但这个“因”不足 以支持这样一个判决。相反，获得特等奖的二审判决书清楚表明此案判决不仅显然违背了法律的明确规定， 而且给出的判决理由和相关论证全然不能成立，与本案的事实和争议完全脱节，事实上近乎强词夺理。

我会以细致的分析来论证这一点。但批评此案判决只是为了论证，由于家事纠纷争议的相关各方之间 关系复杂、微妙和特殊，通常并不适合法律，尤其是刑事法律的强硬介入。但凡这并不是拒绝法律的规制， 只想提醒这个时代的公众和法律人，包括法学人，法律的规制应当明智、有效和可持续。

下一节通过具体细致分析此案以及更一般的家教中的暴力来展示这类看似“暴力”互动中复杂的利害 包容关系，这种包容关系一般足以保证家庭成员间的“家暴”互动，不好看，却大致是有节制的，而且 对双方乃至对社会也通常有利，即便出于好心的司法鲁莽介入通常则会事与愿违。第三节则以二审法院 判决书为分析样本，展示此案法律分析论证在经验上无法成立，逻辑上自相矛盾，此案判决理由不仅羸 弱，甚至虚假，因为主导此案判决的其实是意识形态优先的欲加之罪。但我并不认为导致这样一个不靠 谱的判决的主要原因是法官的智识。第四节具体分析，此案司法处置中，有哪些社会因素作为社会背景 强力介入并扭曲地促成了这一判决，促成了此案判决理由的牵强附会，甚或强词夺理。促使此案的一个 基本判断是历史中国不注意保护未成年人的权益，这是一个错得离谱的判断。第五节因此借历史中国“父 慈子孝”这一根本问题的法律实践，来展示历史中国法律在规制家事上曾经的深刻洞察、开阔视野以及 明智运作，希望唤醒当代中国人特别是法律人能从更广阔的政法视角来理解家

事法律的实践。最后是一个简单的结语。

二、“打是疼、骂是爱”

尽管未加限定，其实这只是传统中国有关家庭关系的一个重要命题，但在如今流行“人受造平等”的 现代，它已很不受人待见——至少在公共场合。是的，人们都厌恶以强凌弱。但另一方面，在中国社会 实践中，即便今日，作为社会常规，仍有许多人认为、接受并实践，为教育自家孩子，尤其是男孩，特 别是为纠正孩子诸如说谎、小偷小摸(包括偷家里的钱和物)、学校打架(欺负其他孩子，即所谓“霸凌”) 之类的毛病，父母亲或监护人不但可以，甚至有道德义务和社会责任打骂孩子，但不能过分。

这种打，传统的说法，是要让自家孩子“长记性”。但孩子往往是“记吃不记打”，不能指望打骂一次 就能解决问题，父母必须有持久战的心理准备。这意味着，父母打骂孩子往往不只是一两次。打骂不好， 这都承认。但严格说来，有理由将这种打骂理解为一种行为矫正或规训，目的是培养孩子一种良好的社 会行为习惯。而之所以普遍接受这一常规，就因为中国人长期以来一直认为，这类毛病不是小问题，而 是有关人格品行的大问题，必须从小并及早纠正，否则会贻误孩子终生，既是对孩子未来社会生活不负 责任，也是对整个社会不负责任。

但这种打骂或规训，也并非——有些现代中国人，尤其是知识分子，有意或无心混淆的——要把孩子 整得老老实实，服服帖帖，完全没有个性。事实上，这从来都不是中国人特别是男子汉的理想人格—— 想想“威武不能屈，富贵不能淫，贫贱不能移”以及“士不能不弘毅”诸如此类的。只要稍微注意一下 普通中国人的日常社会实践，就会发现，他们予以严格规训的行为通常不包括一般的“顽皮”或“调皮 捣蛋”。民间甚至有略显刻薄的“忠厚是无用的别名”这种说法。[10]普通中国人一般认为，男孩子就应当“皮” 一点。所谓“皮”，包括了“顽皮”，即积极进取、有想象力和富有创意，也包括了“皮实”，即身体、情 感和心理上经得起社会和生活的挫折和摔打。

也正是基于对中国社会中孩子必需之人格的想象，长期以来，中国人一直真诚相信并(在家庭教育中) 普遍实践“打是疼，骂是爱，不打不骂不成材/是祸害”，相信“棒头出孝子，箸头出忤逆”。[11]事实上，这种社会实践也不限于中国甚或东亚，至少英语中也同样有孩子“不打不成器”的俚语。[12]这或许表明，出 于管教孩子打孩子不大可能是一个认知或道德上的错误，这或许是普世的，即便不能称之为价值，只是人 们从长期社会实践中蒸馏出来一个不得已或“必需”。李某琴不过是这一历史传统的实践者之一。在法庭上， 她对自己为什么打孩子的最重要辩解就是:“宝宝当时不听话，撒谎，我改了 3 年都没有改掉他撒谎的毛病， 我担心他以后会学坏，他平时会抄别人的作业，我很着急，我是想把他教好。”

中国人对孩子说谎的潜在社会危害性的传统判断有可能夸大了。至少有一些儿童心理学研究表明，儿 童说谎的原因并非道德人格不健全，甚至可能是人格发展的必要阶段。[14]而且，从物竞天择的进化论视角 来看，我不得不承认，如今很难提出一个本质主义和普世主义的道德人格了。任何所谓健全的人格，包 括今天社会流行的独立、平等、富有创造力和想象力等，说到底，全都打上了这个时代的功利印记。但 也正因此，我才敢断定，普通中国人对自家孩子道德人格的担心，以及与之相伴的可能过于严苛的规训 和惩戒，是基于现实的考虑，而并非什么家长制、专制主义、威权主义或把孩子当成私有财产的结果， 而关于这一点我后面还会有更多分析。

这些现实的考虑包括:首先，尽管种种颇有道理的关于说谎的儿童心理学研究，但我们并不能确定地 知道为什么，即便在同一家庭，有些孩子屡屡说谎。因此这就令父母不得不向不好的方面想，他们选择 了相信，也确实有一定社会证据支持:说谎、不诚实这类行为问题与受社会制裁的违法犯罪有更高概率的 关联。另一方面，父母也从生活经验中得知，一个习惯说谎或不诚实的成年人偶尔也能得手，但趋于最 终被社会抛弃或放逐，其社会发展前景会更差，“吃不开”，甚至进监狱，不可能有什么真正的尊严。在 此我没有，也不打算，引证任何研究成果来表明这种社会信念的真假。这不重要。重要的是，即便为假， 但是，只要普通民众有这种信念，那些真正关心自己孩子长远和根本利益的父母就不敢对孩子的这类行 为掉以轻心。

如何教育和规训呢?只要不过分天真，迷信理性，认为讲讲道理就足以且总能改变孩子的行为，那么 就必须承认，哪怕父母苦口婆心，循循善诱，也可能部分甚或全部失败。事实上，若从理性选择理论的 视角看，说教也许能改变人们对约束条件的以及对自身行为的长期成本收益的理解和想象，但不大可能 改变人们行为的实在约束条件，因此很少能真正有效改变人们的行为。“说嘴没用，只能打”，我对“只能” 持保留，但我只能承认普通人对这一点理解非常深刻。事实上，如今也有日益增多的正反两方面的直接 和间接经验支持这一点。[15]

还必须考虑到两点，一是儿童心理发展和行为塑造具有不可回溯性，不可能“只不过从头再来”。也 有“浪子回头”，但这句话真正关键的是后半句——“金不换”。其次，同任何其他人乃至国家相比，孩 子教育成功还

是失败，受影响最大的只有父母，其他人，包括国家，其实都无所谓，即便在网络上义愤 填膺看似热心肠的公众，其实都只是路人。无论孩子成功或失败，他们都没有任何直接的损失。而对于 望子成龙的父母来说，只要孩子行为不端，那就是自己一生的重大甚至最大的失败，不但没法指望“养 儿防老”，甚至可能因此受累受罪挨骂，孩子就会是一项负资产，这就是中国人说的“讨债鬼”。

现代工商业社会的法律基本上是以自由主义和个体主义为基础的，也只能如此，即假定每个人独立，有各自独立的人格和尊严，因此责任自负，国家有最后的责任保护每个公民的权利义务。但在家庭关系上，尤其在父母教育孩子包括打骂教育孩子的问题上，这种假定就非常不现实了，因为父母同孩子以及夫与妻之间不可能变成完全原子化的相互独立的个体。从日常持久有效的社会教育和家庭教育来看，即便可以，也不可欲，不值得追求。说国家是每个公民的最终监护人，但从现实的普遍可能性来看，父母或监护人通常比任何他人，事实上也比国家或任何代表国家行使公权力的个人，有更大的利益和动力自觉尽一切可能和最大努力来教育孩子，避免教育规训的失败。因为一旦孩子教育失败，无论是父母的自我感知，还是社会的常规判断，都不仅仅认为是孩子的失败，或多或少地，都会认为这也是甚至首先是孩子父母的失败。不论理论如何，作为一个事实，自古以来，无论是普通人，还是抽象的社会或国家，都赋予了父母或是强加给他们教育孩子的全权责任。就是“子不教，父/母之过”，或是如民间骂人的“有人生，没 人养;有人养，没人教”。

必须看到，尽管当代法律人一直坚持宣称，太多的中国父母或监护人在父母子女关系上并不真的接受 “人受造平等/自由”这种自由主义或个人主义高大上，他们无法从这一应然层面来看待和理解自己与孩子的政治法律关系。相反，他们总是非常务实地看待自己与孩子的现实的社会规范关系。在国家或公众眼里， 如果孩子成了一个违法者，一个罪犯，那就是违法者或罪犯，就应当受到惩罚;国家和社会，通过国家的 警察、检察官和法官，会毫不犹豫地经必要的法律程序将犯罪的孩子送进少管所、监狱，甚至刑场;广大 公众也会立刻另一套嘴脸，义正辞严地指责父母从小未尽到教育责任。但在绝大多数父母心目中，也只 有在他们心目中，即便犯了罪，他们也还是自己的孩子。他们也会骂孩子，甚至会骂“挨千刀的”，但母 亲仍会感到这是自己身上“掉下来的一块肉”。这种切身的感觉是今天为法治意识形态话语神圣化的民众 或国家永远不会有的。

我们必须理解这种深刻复杂甚至纠结的生活和情感上的利害关系，正是这一关系催生了家庭内父母对孩子的这种旨在教育的打骂，塑造了“打是亲，骂是爱”的逻辑，无论它是如何政治不正确!

李某琴女士并非生母，只是养母。但这只表明她对养子的关爱程度也许会弱于孩子的生母，她与这个 孩子仍然有某种亲缘血缘关系，这是任何其他人都不能与之相比的。事实上，李某琴之所以主动要求收 养这个孩子，不可能因为她一般的爱心比他人更强，而只是因为这是自己表妹的孩子，这就是基于基因 的包容性、利他性在起作用。而两年多来的收养和养育经历，从理论上看，也会强化她与孩子的互惠性 利他关系。

事实上，此案之发生就源自李某琴对养子过于强烈的关爱，而并非关爱不够。她之所以愤怒，之所以 打孩子，之所以下手那么重，证明的并非她不爱孩子，有意虐待孩子。相反，证明的是她真心且强烈关爱 孩子，关心孩子的未来发展。如果是个普通人，此案中的热心公众(另一称谓则是“好事者”)，也包括国 家和公检法工作人员，他们会像李某琴一样或更关心这个孩子报告的考试成绩真假吗?李某琴没有简单相 信孩子自称考试第一，她费心回想了孩子以往的成绩，发现可疑，随后认真追问，甚至威胁要给孩子的同 学一个个打电话，才查出事情真相。她的全部愤怒，包括应受谴责的粗暴、野蛮和暴力，都至少部分源自 她对孩子的真实关爱。“恨铁不成钢”，“爱之深，恨之切”，并在那一刻令他们变成了“冤家对头”!

但上述分析，仅想说明，父母(包括养母、后母以及其他监护人)出于家庭教育的关切打孩子与无血 缘亲缘关系的普通大人打小孩(不是孩子)是断然不同的。在前一种情况下，父母的利益通常很大程度 上与孩子是一致的，而后一种情况下，大人与孩子的利益通常不一致，甚至直接对立。因此法律不应对 前一种情况简单套用普遍模式，简单地，并必定是粗暴地介入前一情况。当然，这并非完全拒绝法律介入。 如果情况极端，如造成了死亡或伤害足够重大，乃至有足够的法律根据和理由介入，就可以甚至应当介入。 因此，李某琴案的下一个问题是此案的情况极端吗?有足够的法律根据和理由吗?这就必须转向考察此案的具体情况，考察相关的法律根据和法官判决理由。

三、法治意识形态的“裸奔”

此案受害人体表挫伤被公安鉴定为轻伤，如果受害人与加害人是陌生人，可以指控故意伤害罪。但鉴 于此案的养母和养子关系，就此案二审判决书介绍的情况来看，此案判决缺乏法律根据，也没有说服力 的判决理由。此案判决的实际根据是一个与此案的是非对错高度脱节、甚至无关的司法追求和先期公共 政策判断，即希望加大保护未成年人的权益，创立一个所谓的里程碑式的典型案例。这种欲求如此强烈， 乃至于此案已不是为法律学人批评的“先定后审”，而变成了一种法治意识形态的“裸奔”，仅就字面意 义上甚至可以说是“欲加之罪”，尽管

在此完全摒弃了其通常附带的邪恶用心。并非夸张，我对这一断言负责。这一节将细致分析此案的判决理由，展示其中的虚张声势、言不由衷、 语无伦次甚至是理屈词穷。

首先，必须注意，尽管媒体一致将此案概括为“虐童罪”，但无论检察院起诉指控李某琴的罪名，还 是法院判决认定的，都不是虐待罪，而是故意伤害罪。鉴于李某琴与受害人的养母养子关系，这一罪名 的选择就很值得关注。我不了解此案检察官的具体追求，但仅就常规的虐待罪的构成理论，若要成功指控李某琴，检察官会遇上两个很难克服的法律障碍:首先，除非被害人因受虐重伤或死亡，虐待罪属于告诉才处理的自诉案件，[16]检察机关介入缺乏足够的法律根据;其次，虐待罪是指“经常[.....]从肉体和精神上摧残迫害家庭成员，[且]情节恶劣”(着重号为引者添加)。 “经常”在此案很难证明，且一定要“情节恶劣”，这都给检察机关的指控增加了难度。但检察官觉得必须指控，因此只能舍近求远，指控故意伤 害罪。而这就表明检方有强烈的“欲加之罪”欲求。

我并不反对检察官的这种努力。抽象来看，在一定限度内，我理解甚至支持。我支持是因为任何法律 都是基于以往的经验做出规定，但法律人要用法律回应的却永远是全然无法确知的未来的千奇百怪的事 件，因此，如果罪行法定过分苛刻，检察官以及法官缺乏适度的裁量权，如尼采所言，只是历史的奴隶， 他们就不可能有效履行“依法治国”的政治职能。适度的裁量权与法治，因此与罪刑法定原则并不必然 相悖，[18]除非裁量性选择已明确为法律排除，或推演论证的理由过于牵强，太缺乏说服力。也因此，我们 需要转而考察指控，但更重要的是法庭认定的，这一故意伤害罪是否过于牵强。

根据损害他人身体的后果不同，故意伤害罪分为轻伤、重伤与致人死亡三种情况;其中轻伤“指物理、 化学及生物等各种外界因素作用于人体，造成组织、器官结构的一定程度的损害或者部分功能障碍[.....] 的损伤”。经公安鉴定此案受害人施某某的体表挫伤构成了轻伤，我对此不置疑。但此案至少有两点值得 特别关注的。第一，尽管并未如此限定，但典型的故意伤害的一个未明言的假定通常发生在两个分离的 自由个体之间，而本案李某琴与施某某是亲密养母与养子。即便行为与结果完全相同，这两种情况的社 会危害性显然有区别。若容忍非普通人之间的故意伤害，社会上这类行为有可能长期继续存在甚至增多， 而适度容忍在亲密家庭成员之间的这种所谓的(我下面会解说这个“所谓”)故意造成的轻伤害，鉴于母 子间构成特殊利益共同性，不大可能导致这类行为长期继续或在全社会激增。

而且，也由于李某琴与受害人的这一特殊关系，这其中的故意也就很不靠谱，只是个“所谓”罢了。二审判决书无法掩饰地暴露了这一点。在相关段落中，二审法官一句话的第一分句未加说明地断言“本案系故意伤害刑事案件”;紧接着，第二分句又称李某琴犯罪是“出于对施某某的关心、教育”，受众还没转过来(也转不过来!)，第三分句又宣称李某琴“以暴力手段摧残施某某的身心健康”。如果将这三个分 句散开，鱼目混珠，人们有可能不注意这三个分句，但作者就敢生生地将这三个分句拼成一句话，这何 止是令人震惊，简直就是令人震惊!张三出于关心和教育故意伤害李四?这能说得通吗?出于关心和教 育的行为一定是直接故意的行为，即便造成了伤害，那从逻辑上的矛盾律来看，这一伤害也不可能同时 是故意伤害，甚至都不能解释为间接故意，即放任某种罪犯希望并知道会发生的犯罪后果发生;最多也只 可能是过失，而过失伤害是侵权行为，并不构成犯罪。但这样一来，就必须宣判李某琴无罪。但这是法 院和法官不能接受的，法官于是接着用了摧残一词。依据我们日常用法中，摧残只能是直接故意。因此， 就出现了“张三出于对李四的关爱而[故意]摧残李四的身心健康”。这还像话吗?但这才暴露了法官“欲 加之罪”的强烈心结，只能如此裸奔了。真不是我刻薄。让我引证这随后的判决理由[19]：

未成年人的父母或其他监护人依法对其有抚养教育的权利和义务，但该项权利的行使不得超越法律边界，应受到国家法律的监督。未成年人并非父母或其他监护人的私有财产，其生命健康权不应以任何理由受到侵害，物质生活的优越性不应亦无法替代对未成年人生命健康及人格尊严的权利保障。国家作为未成年人的最终监护人，有权力亦有责任对侵害未成年人合法权利的行为进行监督、干预，此系国家公权力的合法行使，符合未成年人利益最大化原则的要求。

但这段文字怎么看也不像在陈述此案的判决理由，也不是论证，而只是在唱高调，一片政治正确的法 治和权利话语的泥淖，不但难以穿越，不知从哪里穿越，甚至很容易深陷其中。因为这些文字丝毫无助 于我们评价判断此案当事人的行为的合法性，令人无法感到法院为什么一定要将针对普通人的故意伤害 罪拓展到此案的养母，有什么令人信服的必要性、合理性。让我一句句分析。

难道只是“未成年人的父母[.....]抚养教育[孩子]的权利[.....]行使不得超越法律边界，应受 国家法律的监督”吗?其实每一权利的行使莫不如是。因此这个套套逻辑并没告知读者有关此案的任何 新信息。法官在此似乎在暗示，李某琴出于关爱而打骂孩子是在行使其抚养教育孩子的权利，只是超出 了法律边界。但这个边界究竟

在哪里呢?光暗示是不行的。而且，这里还称抚养教育孩子是父母的权利 也是“义务”，但随后作者就仅讨论权利行使不得超过法律边界，却回避了从义务角度讨论李某琴打骂孩 子。为什么回避，就因为一个麻烦:法律是否应当惩罚一个履行义务的人，或是过度履行义务的人?

法官没有告诉我们，父母教育孩子的权利边界何在，因为没有制定法对此有明确的规定。这是家事， 同历史上各国一样，这个边界是由人们在长期社会生活中形成的共识来确定并以社会舆论维护的。也许法 官应当看一看社会生活。但她也没指出这个边界，即便是粗略的，因为她没有能力，或是根本不敢。其实， 就我的了解，在中国社会，长期以来，父母打孩子，其实一直受制于一些不成文的民间规则或禁忌(也 可称习惯法/民间法/软法，名称虽不同，但在这里，功能大致相同)。我试着概括如下:

除非(一定年龄的)女孩主动招惹男孩，一般不打女孩; 必须事出有因，不能拿孩子“出气”，或是“下雨天打孩子，闲着也是闲着”; 不能打头，不打脸，最好打屁股和掌心，不会伤筋动骨;以及 继父母应(比亲生父母)尽可能避免或更少打孩子。

这只是我的粗略概括，没追求完整，也不一定正确，他人既可以补充，也可以争论。我这么做只是想表明，别以为正式法律没规定，民间没有形成文字，中国社会中就没有打骂孩子的边界了。当然，对不对， 合适不合适，以及今天能否以及应否继续，或如何修改，则是另一回事。

因此，这些概括并不意味我一定接受或认同这些规矩。我相信习惯性社会规范应当，并会，与“时” 俱进。这个“时”，是社会经济政治制度约束条件的变化，而不是喧嚣的观念/话语/意识形态流变，除非 它们构成了一种实在的社会约束。

尽管并不一定接受，我还得回过头来说，这些界定却不是专断任性的，而是有道理的。不打女孩是社 会的共识，因为历来都有“娇养女孩”的习俗，其中的道理很多，不可能在此一一展开。这里只讲一点， 那就是，女孩通常比男孩听话;除非到了青春期，开始“招惹”男孩，不大听爸妈的话了——其实只是她 无法抵抗她喜欢的异性之诱惑。在现代看来，这也不算是很大的问题，但在传统社会，这确实是大问题， 因为没有避孕措施等种种原因，一旦出格，风险就完全落在女性身上。父母因此不得不用以严厉的管教 和惩罚来防范，这更多是为了女孩的未来。所谓事出有因，是指必须因为孩子有道德品性和人格意味的 不轨，如说谎、小偷小摸他人或自家钱财以及打架惹事等。道理很简单，前面也说过，这类问题对孩子 的未来以及社会都风险更大。不打头，是因为这有可能损伤孩子的智力;不打脸，是容易在脸上留下伤痕， 孩子要脸，不愿出门，怕见人，伤自尊(不说“人格尊严”，但“打人不打脸”就是要保护就是这种人格 利益);也还因为，万一脸上留下伤痕，有可能影响孩子的未来，如婚姻;伤筋动骨则可能损害孩子的身体。 继父母避免打孩子，既是要避免外人的猜疑误解，也是要避免被打孩子的误解因此引发抗拒心理，避免 加剧继父母与孩子之间的紧张关系，一旦心存芥蒂，就更不利于今后的家庭管教。

概括不完整，分析太粗略，但这仍表明民间规范是充分兼顾了父母和孩子的多重长远利益的，是在 比较之后确定的，因此总体来说是趋于利益最大化的。而且我也不说这全都是且仅仅是为了孩子的利益。 绕个弯就能看清，所有这些限定也与父母(甚至继父母)的各种利益兼容。也恰恰因为这种兼容，这些 关于打孩子的民间规范才有望父母能自我执行(self-enforcement)。最多只需借助社区的舆论压力，就可 以实现一种“无需[制定]法律的秩序”。

注意，这份判决书还有其他一些基于错误的假定，并以此对此案判决予以合理性论证。例如，判决书暗示，李某琴以打骂这种不可欲的方式教育孩子，是因为她把“未成年人[当成了]父母或其他监护人的私有财产”。[21]这个假定是错误的。李某琴打骂孩子也不是因为她为孩子提供了“物质生活的优越性”，因此试图“替代对未成年人生命健康及人格尊严的权利保障”。李某琴当时没有，也不可能有，那么复杂的计算和权利理念;之所以打骂孩子，很简单，就因为她觉得自己受骗了，因此火冒三丈。这道理是再简单不过了，没有必要竖起一个思想指导行动的稻草人，用不现实的假定来替代论证。这不仅是无的放矢，而且也是法官的一种虚张声势的大义凛然，是公关，一定要把此案的法律根据或理由说得更高大上。但也因此，至少让我感到的恰恰是此案的判决根据和理由非常牵强，事实上此案判决就没有一个真正靠谱的判决理由。至于判决书中莫名其妙地断言“未成年人的生命健康权不应以任何理由受到侵害”(引者加的着重号)，则更令人疑惑，难道法院想暗示，成年人的生命健康权可以以某种理由受到侵害? “国家作为未成年人的最终监护人，有权力亦有责任对侵害未成年人合法权利的行为进行监督、干预，此系国家公权力的合法行使，符合未成年人利益最大化原则的要求。”这话也不全对，至少很不准确。国 家当然有权力有责任监督和干预何止是未成年人而是一切公民的合法权利保护，并没有人质疑这一点，但重要的是从这一点并不能推断，由警察、检察官和法官代表的，在此案中国家的这一具体干预就一定 是公权力的合法行使。公权力行使合法与否不仅仅取决于权力来源，还取决于，甚至更多取决于，权力 行使是否必要，是否适度。有时，哪怕权力行使者追求符合未成年人利益最大化原则，这一合法的公权 力行使也未必真就符合未成年人利益最大化原则的要

求。因为是否符合利益最大化原则，从来也不取决于法官是否想到了并在判决书中写进了这一原则，而必须对各种可能的判决后果予以比较评估。最大化 概念隐含的是利益比较。但整个判决书中，除了这一断言外，我没看到任何对具体利益的分析和比较。

未做比较，这突出表现为公安、检察院以及法院对被害人及其生母的程序选择的拒绝。根据《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(以下称《意见》)[22]第 8 条规定，对于被害人有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件，在立案审查时，应尊重被害人选择公诉或者自诉的权利。本案被害人施某某及其生母张某某依法向公安机关递交了书面材料，要求调解处理本案，被害人亲生父母亦已出具谅解书，均表示对李某 琴的谅解，并经审查确系被害人自愿提出的，若严格依法，公安机关本应撤销案件。但公安机关、检察 机关选择了无视和拒绝被害人及其父母的程序选择。

二审判决书中，南京中院解说了为何拒绝被害人的程序选择。其理由是:(1)被害人是未成年人，不 具备独立的判断能力及权利处分能力，不能认识到该项程序选择权的法律后果;(2)被害人的亲生父母，因与此案被告李某琴是表姐妹，其请求因此不能当然代表被害人施某的独立意思表示和根本利益诉求。

这个论证很成问题。受害人确实年幼，也许确实不具备独立的判断能力和权利处分能力，但从法理上看， 替代者应当由甚至只能是其亲生父母。公检法机关还是拒绝了。理由是被害人的生母与被告李某琴是表 姐妹，李某琴对被害人生母有恩。这个理由极为牵强，首先生母在此面对的是自己亲生儿子身心健康的 重大利益，她与李某琴仅是旁系血亲关系，生母有多大可能因表姐妹关系而牺牲对她显然更重要更亲密 的母子关系?而且法院完全不讨论被害人生父的请求权，似乎这个利害关系人从来就不存在似的。

而且，即便被害人或其生母真的不能选择程序，这也不意味着他或她的法定选择权自动可以并应当由公安机关、检察官来行使，并由法院来决定处置，因为没有这样的法律强制规定，[23]也没有这样的惯例;至少法院没有提出足够的理由，或给予足够论证，公检法机关是在年幼受害人无力行使之权利的缺省设置或天然代理。事实上，法院在此也只是认定亲生父母亲不能当然代表受害人的独立意思表示和根本利益诉求，但为什么公安机关或检察机关乃至法院在此案就当然能代表被害人的独立意思表示和根本利益诉求?法院没有给出任何论证。 事实上，如果真正严格依据《意见》，公安、检察院和法院则应当对此案进行调解或和解。《意见》不仅明确规定了尊重被害人意愿的这一基本原则，并特别强调“在立案、采取刑事强制措施、提起公诉、 判处刑罚[.....]时，应当充分听取被害人意见，在法律规定的范围内做出合情、合理的处理。对法律规定可以调解、和解的案件，应当在当事人双方自愿的基础上进行调解、和解”。

但问题是为什么，不顾《刑法》和《意见》的明确规定以及刑事司法实践长期形成的惯例，有悖天理 人情，公安、检察院以及一审二审法官一再拒绝听取被害人的意见，从立案到提起诉讼，再到判决?这 样做对他们没有好处，一般说来，这只会增加他们的工作量，也有法律上的风险，尤其是不得不面对利 益相关者的种种诉求，甚至很难自圆其说;二审判决书的语无伦次或强词夺理就是典型的例证。只可能有 一个解释，突破现有的刑法制度框架，创造一个保护未成年人的里程碑式的刑事判例。

四、纠结的社会现实

这是一种任性的追求。尽管此案中，相关公检法机关可以说是着力追求一种公共利益，有一定民意支 持且相当的高大上，相关人员并无其他不当私利，但这一追求客观上是以损害此案被告李某琴和养子及责后妈——“不是自己(生)的孩子”。中国民间因此一直有“儿要亲生，钱要自挣”的老话，告诫女性 养别人的儿比养自己的儿更难。

不仅如此，由此带来的另一负面效果则是，那些其实并不歧视继子女的后妈或出于自我保护措施，很 容易趋向于尽量少管或不管孩子，[34]这样减少了自己的麻烦，也减少了社会的猜疑，而因为不是亲生，无 论孩子结果如何，至少不会心生内疚。只是，若从全社会的格局来看，这就是后妈减少了自己在家庭教 育中的投资，进而也就减少了家庭这种社会组织的福利产出。

在一定程度上，李某琴就是这种僵硬的社会偏见的一个牺牲品。一些细节在此案中被人们和法官忽视 了，李某琴不是孩子的生母，但她只是特定意义上的后妈，却非典型的后妈，她自己的以及自己丈夫的 孩子都已分别长大成人了，已经不存在同李某琴养子争夺各种生活资源的冲突，并且孩子是李某琴主动 收养的，这意味着李某琴没有偏心自己亲生儿女虐待非亲生儿女的动机和可能。更重要的是，她还不只 是孩子的养母，也是养子的表姨，她同这个养子之间有基因分享，因此与养子有生物学上的包容利他性。[35] 总之，用传统的后妈来套李某琴就是一个基于偏见的认知和判断错误。但由于太多普通人，很可能还有 本案的法官，只看到养母与后妈的相似，却对这些精细的细节差异不关心，也不清楚，特别是无法甚或 拒绝从社会生活经验层面和/或生物学层面理解这些细节

差异的社会意义，自然也就不可能细心理解和精 细拿捏此案被告与受害人之间的复杂纠结的共同利害关系。

也因此，公众以及此案初审和二审法官就根本不可能看到此案判决对于整个社会的另一潜在的负效 用，不仅此判决对李某琴及其孩子、孩子生父母不公正，更大的具有社会公共政策意义的问题在于，通 过实实在在的制裁，该判决大大弱化、震慑甚至摧毁了至少一些养母或后母对非亲生孩子本来还可能有 那么一点尽管并不不很多的责任感。李某琴认真用心管教养子的做法，是粗暴，但只要不太过分，总体 上会增加家庭的社会正产出，是一种教育的自发社会投资，是社会福利的产出，并因此会令整个社会从 中获益。如果后母/养母出于自我保护不管孩子或不用心管教孩子，则会令整个社会受损，客观上减少了 私人和家庭对社会教育的投资。

这类问题在当今中国其实已经是个比较大的问题了。在传统中国则不是，因为当时离婚很少，除非妻 子离世再娶，后母相对今天很少。除了叔伯兄弟因谁没有儿子而过继，其他形式的孩子收养很少，因此 养母也不多，并且由于无他人竞争资源和“养儿防老”的规划，这种养母也不会放弃对过继的儿子的管教， 因此传统社会中后母或养母不会影响全社会的教育投资或家庭的福利产出。只是，随着当今中国社会城 市化和社会流动性增长，中国的离婚和再婚数量连年增长。[36]在中国的都市地区，可能有近一半的孩子 已经或迟早将生活在后母或养母的家庭，加之社会养老，这都令母亲缺乏足够自我利益来努力管教孩子， 这意味着家庭的自发教育投资以及其他相关的福利产出都会因此逐步降低。而且，从社会和法律的公共 政策来看，应当以稳定且适度的制度激励鼓励父母对孩子的管教，因为这种弥散在社会和家庭的日常生 活的管教一定会比政府部门甚或社会公益组织的同类管教更有效。

在此背景下，就可以看出，即便本案法官未刻意追求，甚至根本就没想到，此案判决客观上还是在这 一社会语境中获得了另一种实在的法律公共政策意味:它客观上向全社会的后妈或养母发出了一个信号， 不要严格严厉管教孩子，这可能引来社会的舆论压力，弄不好还会惹上官司。这一判决因此为后母/养母尽量少履行甚至不履行其本可能甚或愿意履行的家庭教育责任提供了一个法律借口。这意味着，中国的 家庭教育会随之弱化，社会对国家干预家庭事务的需求会加大。而国家若无法满足，事实上国家注定无 法满足这一无底洞的需求，这就意味着随着这种样式的未成年人保护的强化，中国社会很可能会出现更 高的青少年违法犯罪率。

因此，考虑到正在变化的中国社会语境，有亲妈打孩子，与养母打孩子，其他情节相同或近似，从起 诉、定罪和监禁的实际制度激励(包括反激励)效用来看，从社会的公共政策上看，甚至应从严制裁亲妈， 对养母则理当从轻，必要时，甚至可以网开一面。

五、曾经的审慎与明智

看似且容易被误解，因此，本文的要点并非反对法律介入家事，而是法律如何介入家事。如果真如 某些学者主张的，法律是一种艺术，或法学还能算是门学问，那么，法律就一定要关注分寸和节制，不 仅要有丝丝入扣的合情合理，更重要的是国家和社会的强制力行使及其对社会各领域的介入都必须明智、 有效且可持续。否则，法学就或者是鹦鹉学舌的意识形态高大上，法律就不过是以意识形态高大上包装 的鲁莽暴力。而在这一方面，尽管不受今天的法学人和法律人的待见，历史中国为我们其实提供一些出 色的制度先例。深藏其中的大视野、大格局和大智慧至今仍可能令我们大开眼界，深受启发。

首先是传统中国对儿童的保护。并非如同许多学人污蔑的，传统中国从来不注意对儿童的制度性保护， 只把孩子当做私人财产。确实，那时没有未成年人保护。但未成年人这个概念并不是一个普世的更不是 一个天然的范畴，它其实是现代工商社会这个特定时代的产物，从不普世，即便在今天。在现代工商社会， 人只有接受现代社会生活必需的文化、科学教育、技术训练和社会规训，大致到 18、9 岁，才算成人，但 也不真的因为他的身体到这时才发育成熟，而只是这时他们才可能作为受过足够社会和知识规训且有足 够创造力的劳动者进入社会。而在传统农耕社会，由于种种原因，没必要也不可能催生未成年人的概念。 不仅农业生产活动需要的就是丛林社会中自然演化出来的普通人的体力和智力，而且当时人的预期寿命 也不允许一个可在校园内奢侈挥霍 15 年的少年和青年。因此，那时才有 12 岁出使赵国因功赐任上卿的甘 罗，才有 17 岁率 800 轻骑斩敌数千勇冠全军受封冠军侯的霍去病。不只属于天才或世家子弟，而是当时的 普世价值，想想汉乐府《陌上桑》的“十五府小吏”，想想李白《长干行》中的“十四为君妇”！[37]事实上， 农耕时代，任何人从儿童早期，也即 6、7 岁起，就必须以某种方式学习和参加家庭生产劳动，无论是放 牛、放羊、喂鸡、抓鱼还是绣花。因此，你才可能真切理解辛弃疾笔下的“大儿锄豆溪东，中儿正织鸡笼， 最喜小儿无赖，溪头卧剥莲蓬”。[38]他们并非令现代法律人痛不欲生的童工，这只是农耕时代儿童必要的 教育训练，因为必要，也是对儿童的一种保护。

因此，传统中国未保护“未成年人”，不是因为中国人道德卑下，文化落后，缺乏启蒙，而只因为当 时的中国社会从功能上就不需要“未成年人”这样一个分类。但保护儿童却从来是、也一直是传统中国 的社会共识，是

一种普遍且非常强大的社会规范。在现代法律分类上，这可能属于“软法”，却比硬法更 神圣和坚强，其地位相当于“天理”，因此高于“国法”，是历史中国的“三纲”之一，相当于今天的宪 法基本原则，具体内容则是“父父子子”，或“父慈子孝”。[39]

强调“父慈”针对的是人类天性或生物学的一个显著特点，因男性女性分别拥有的生育资源不同而在社会生活中表现出来的男性的一个“缺点”:父亲天生不如母亲对孩子慈爱，并因此将父慈规定为一种由 社区舆论强制实施的父亲的基本义务，并因此是中国农耕社区最核心的制度性规则之一。不仅如此，为 更有效保护孩子的重大权益和健康，农耕时代的中国一直以各种方式，包括赞同来鼓励“携子之手，与 子偕老”，同时通过包括对经典的解释，除了双方协议离婚的“和离”外，事实上是一步步收紧离婚，而 其中最核心的其实是不允许丈夫以各种借口抛弃妻子，“休妻”。因此，即便那种今天看起来全然是压迫 女性的规范要求，“嫁鸡随鸡，嫁狗随狗”，其社会实践的实际功能却是为女性主张“不离不弃”提供了 强大意识形态根据和正当性!

但鉴于历史中国国家政治治理能力薄弱，“专制”中国，秦汉除外，[40]的实际治理格局一直是“皇权不下乡”，也因此，历史上确实有不少“父不慈” 的现象，典型的如出卖儿女。还不一定是闹饥荒，想给孩子找条活路。有的就是父亲贪财或是有赌博、 吸毒等恶习。也不全是普通农民，也有所谓知书达理的知识分子，著名的如窦娥的父亲，把七岁的窦娥 卖给他人做童养媳，换取盘缠，进京考学当官，[41]并——按照某人的逻辑——由此造成了窦娥的悲剧。

但奇怪的是，历代中国王朝却一直不曾公开宣布以法律制度制裁“父不慈”，相反，却惩罚“子不孝”。 自《北齐律》之后，“不孝”成为后世王朝宣布要予以严惩的十项重罪——即“十恶”——之一。然而，若回顾历史，因“子不孝”而惩罚的判例，我孤陋寡闻，不仅极为罕见，也非常乖张。完全可以不夸张 的说，那些被以“不孝”之名处理的案件的核心问题都不是典型的“不孝”。[42]据此，我的概括是，对“不 孝”的实际法律制裁，其实也只是“雷声大，雨点小”，甚至无。

但不能由此结论认为这真是法治不健全，或是国家虚伪，或是“执法不严”。我在其他地方就曾分析过，历史中国各朝各代之所以如此行事， 在“父慈子孝”问题上，无论是介入或是不介入，甚或只是“高高举起，轻轻放下”，都有基于社会整体 和长远格局的综合考虑，反映的是古人的明智。[43]

若仅从从生物特点来看，父亲确实通常不如母亲关爱自家孩子，但古代中国的立法者和执法者深刻洞察，即便如此，一般而言，在亲子关系确定的情况下，父亲还是比任何其他外人(也比那些一直以“爱 民如子”为座右铭的各级官员或书生)更关爱自己孩子。换言之，“父慈”有一定的生物根据，有可能成为或大致是，尽管不必定总是，农耕社会的生活常态。但中国古人也从大量的生活经验中察觉，所有的生物都趋于关心后代，因此“子孝”这一规范是缺乏生物根据的。换言之，除非国家以某种方式干预并 予以制度性激励，“子不孝”就会是农耕社会的常态。

依据中国传统的“损有余而补不足”的自然哲学智慧和自然公正(natural right)，[44]这种不平衡的自然状态也许要求国家法律的某种干预，并且鉴于古代中国的国家治理能力很弱，法律制度的介入也就必须 做出明智的选择，令干预普遍、有效和可持续。换言之，国家应更多防止和惩罚“子不孝”。

但事实表明，中国古人的目光甚至更犀利，洞察力更深邃。他们抗得住一时的自然正义情感的冲动， 更仔细考察和分析基于人性的父子关系互动的长期社会后果。尽管没有这样的术语，事实上，“父慈子孝” 这种对应性表述就表明古人是把父慈子孝关系视为一个特殊的双务合约，其最大的特点是非同时履行， 先期履行与后履行相隔 20 年上下。一旦从这一角度切入，就可以推定，有些父亲即便很机会主义，不很或不想关心自己的孩子，但也恰恰因为这种机会主义，为了避免自己“老无所养”的风险，他也有了关心自己孩子的福利的激励。如果他卖了孩子，或是以其他方式逃避养育孩子的义务，他就不可能指望老来 获得孩子的赡养。若在母亲独自照料下长大成人，这一刻孩子也事实上有了一个类似父亲先期不履行的 抗辩理由，至少在社会规范层面就已大大弱化了孩子的“子孝”义务。剩下的，最多也只是，“你可以不 仁，我不能不义”，这只是一种极为淡薄的责任或义务了;只剩下——民间很有分寸的说法——“他好歹 也是你父亲”，不是养育之恩，而仅仅是一层稀薄的生物关系。换言之，“子不孝”是对“父不慈”的报应， 理所当然。

真正的风险在于，由于“父慈子孝”是个非同时履行的双务合同，这就给后履行的一方留下了太大的 机会主义风险。应当防止，也必须防止，但其他社会制裁力量作用不够，必须有国家强制力的介入。因 为如果父亲先期履行了“父慈”的义务之后，儿子拒绝“子孝”，先期履行的父/母则没有任何反制手段， 来迫使儿子履行其应尽的义务。国家若不干预，任其自由放任，父/母就会处于绝对不利的位置。不仅如此， 这还会向社会发出一个对于整个社会都不可欲的信号，“养儿不能防老”，“好人没好报”，这就会进一步 弱化男子(相对于母亲)本来就偏

弱的抚养后代的生物本能，这还会为一些男子拒绝履行“父慈”义务 或与妻子分担养育责任提供了借口。

在综合了所有上述这些考虑之后，基于社会的公正考虑，基于在这一点上国家干预的绝对必要和无可 替代，历史中国才动用国家法律力量介入这个在儒家理想中一直温情脉脉的领域。而且，也正因为对人 性及其现实行为形态理解深刻，对这其中涉及的各方和各种利害都有精细盘算，这一非常有限的国家干 预一直获得了传统中国的民众的支持和认同。即便如此，在法律实践上，甚至对不孝的实际司法干预也 极少，仍然尽可能借助了农耕社区的舆论压力。这实在是一种非常明智的制度设计和选择。

还必须指出，“父慈子孝”这个非同时履行的双务合同的实际履行通常相隔 20 年甚或 30 年。要确保 这样的合同义务在日常生活中的切实履行，尽可能减少国家法律实践的干预，一个至为关键的制度前提 是有一个长期稳定有序且高度同质的农耕村落社区，确保人们的关系稳定且长期博弈，从而社区才可能 对相关各方持足够强大的压力。只有有了这样的社区作为制度环境，国家就只需要在法律上宣布制裁不孝， 宣布“以孝治天下”，却无需或只需很少的国家正式法律实践的干预，就可以保证父慈子孝这一宪法基 本原则的基本和普遍实现，这就大大节省了执法的成本。这可以说是在当时中国的经济、社会、制度和 信息条件下的极为明智和有效率的制度。[45]

并不是倡导，时过境迁，旧的制度格局根本已不可能重复。但这种法律介入的谦抑、审慎，基于全面深刻理解之上的明智审慎的法律调度和介入，毫无疑问，仍值得今天的法律人汲取。

六、结语

从一个不起眼的案件切入，本文力求展示法律介入家事的复杂性。这种复杂在于，相关人和事以及生 物和社会利益的纠结，往往剪不断理还乱，简单用城市工商社会普遍的人际关系格局来套家事关系，也 许一时干脆利落，但不可能有效和可持续。基于自由主义的或个人主义的法律推论，在许多法律领域， 会颇为有效，也能成立，但在家事领域注定会搁浅。因此，此案的意义并不仅限于此案，这涉及一个当 代司法一直关注不够、进路一直过于单一的重要领域。[46]

不仅如此。此案本身也有许多复杂性，涉及了众多冲突的利益。如此案中李某琴是养母，却并非简单的 无血缘的收养，而是有一定亲属关系的养母;此案涉及家庭教育和儿童学习，与儿童说谎这一行为矫正有关; 打了孩子，打得还颇重;有很强的视觉冲击力，尤其在网络上。所有这些细节，都使得此案更为复杂，必须精 心拿捏。这不是一个只要占领了道德高地，一个短促突击就可鸣金凯旋收兵回营的案件。这是一件难办的案件。

因此，我也就不避嫌疑，坚定走在一些政治不正确的刀刃上。我不仅为“打是亲骂是爱”做了某种辩 解，而且试图概括中国人打孩子的隐形规矩和其中的道理，在一些正人君子看来，不信仰法治，明显讲“歪理”。我说过，不一定支持，但我从不认为民间长期广泛流传的许多格言俗语毫无道理。即便已经过时， 那也是曾经的道理。我不怕抨击和痛斥，但更期待分析和争论，甚至丰富或补充。但最重要的是，我希 望以身试法，这种努力或许能激发中国法律人和法学人从我们看似平庸平淡的生活中，将我们的一些感 动和感觉、确信和实践中的道理讲出来，将母语中一些曾令我们感动但就是发不出声来或不敢读出声来 的字，读出声类来。[47]不是为了同别人矫情，仅仅为了同自己矫情，为了同学术矫情。我们的生活中，我 们的生活感受中，也应当有法学发展的源泉或是酵母。

尽管对此案我有自己的判断，对法院判决有很多批评，但我并非借机过把上诉法官的瘾。我追求的是 把那些被现有法治话语有意无意遮蔽的问题重新摆上台面，在理性的光浴中，并转着圈打量。有些东西 没有，也不大可能，因依法治国，因法治与社会发展，就会从我们的生活中消失，它们仍顽固地恪守着 自己——它们比我们更顽固或是更忠贞，要求我们认真对待，另眼相看。

但必须说，从此案二审判决书来看，我们的法官太教条了，他们几乎只是重复大词，坚持政治正确的 法治意识形态话语，不会从生活，从此案的细节，从那一丝一缕的事实中，发现并概括相关要素，并用 老百姓的话来分析表达，他们也不懂得如何说理，不知是说给或该说给谁听，如何让人能听懂。在强调 司法判决书写作改革 17 年后，在要求除法律规定例外的所有判决书上网之后 3 年后，[48]这份获得特等奖判决 书很令我怀疑相关努力的成效。

也许我太苛刻了?其实不是我苛刻不苛刻的问题。中国司法的威信，中国法院的威信在很大限度寄托在法官的判决上，有时也还附着于判决书。现实比我苛刻。

最后，我想回到本文的主旨上来，法律的边界，以及法律在任何领域的明智介入。中国确实已日益现 代化，城市化了。随着国家财政汲取能力增加，治理能力的增强，通过法律控制、规制、管理社会的能 力也已全面增强。“皇权不下乡”的格局自新中国建立以来已彻底改变，当代中国农村新型城镇化也已铺开。建设法治国家、法治政府和法治社会的说法成为流行的口号。国人，几乎所有的法学家，都趋于强 调扩大法律的规制范围，强化法律的

规制力量，法律也以各种方式潜入到家庭，似乎国家已该改变对家 事纠纷传统的不告不理的基本国策，似乎整个社会都要求或期待国家这个现代利维坦以全面能动的方式 介入家庭事务，承担起比方说更多的保护儿童和未成年人的使命。一些法律人看到了这其中的职业利益， 纷纷在保护人权保障未成年人的权益的旗号聚集起来，提出了并推销着种种真诚或不真诚的法治规划和 方案，有务实的，但也有不切实际的，有些甚至是可能贻误社会的。他们不断创造和提升着整个社会的 法律期待，通过创立诸如李某琴案这样所谓的里程碑!

我无法反对这种种努力。我只想通过分析此案指出，重要的问题并不是这种期待或某种努力是否高大 上，重要的是所有这些努力都涉及关于人类、社会和国家的一些更基本的假定。社会和法律变革在多大 程度可能改变人性，彻底改变一些领域的基本特点，并因此在这种意义上可以引发某种可以称为社会进 步的变化?理论上的无所不能、无所不在的世俗上帝，国家或人民，能否就总体而言真的比每个公民自 身更能有效保护他们自己，保护他们的家庭和孩子。我会迟疑，一个全称判断，至少目前。

普通人的日常生活经验以及大量的社会事实令我不敢忘记英国法学家斯蒂芬在将近一个半世纪前的告诫:[49]

确实有这样一个真实却无法界定领域，法律和舆论的侵入会造成更大的伤害，而没带来好处。试图 用法律或舆论的压力来规制家庭事务，规制爱情或友谊或其他许多类似事情，这就好比想用钳子夹出眼 里的睫毛:也许眼珠子都出来了，却还没夹到那根睫毛。

这段话的要旨并非，尽管似乎是，拒绝法律介入这个领域。斯蒂芬只是强调，本文则力求展示，法律 并非无所不能，尤其在家庭事务中，在那里，是有另外一些一些机制、规则或互动在起作用，即便并非 总是非常有效，但长期来说，往往比法律更有效，因此不能匆忙鲁莽地使用法律。我们必须充分理解这 一领域的复杂性，要精细权衡法律介入(或不介入)的利弊，更应避免法律介入引发更糟的后果，并因 此自我限制法律的行使。

因为法律就像莎士比亚所言，“像巨人那样强有力，当然很好:但若像巨人那样使用这力量，则是暴虐”。[50]

文章摘要等部分有所删减，特此声明!

反家庭暴力法若干规定的学理解读

2017-02-27 《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2017 年第 1 期 薛宁兰

中国社会科学院法学研究所社会法研究室主任、研究员。

摘要

修改已有法律与制定专门反家庭暴力法并行，是上世纪八十年代以来国际社会防治家庭暴力的法律改革战略。2000 年以来，中国先后修改婚姻法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、刑法等法律，将“禁止家庭暴力”上升为法律的一项基本原则，并确立相应救助和惩治措施。2016 年 3 月 1 日实施的中国《反家庭暴力法》以预防和制止家庭暴力，保护家庭成员合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐社会稳定为目的。然而，这部法律在家庭暴力概念界定、监护人资格撤销、人身安全保护令等条款的规定上，还有进一步解释的空间。

关键词：反家庭暴力法；家庭暴力概念；监护人资格撤销；人身安全保护令

家庭暴力并非中国独有，而是世界性的社会问题。修改已有民事刑事法律与制定专门反家庭暴力法并行，是近些年来国际社会防治家庭暴力的法律改革战略。[1] 2000 年以来，我国先后修改婚姻法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、刑法等法律，将“禁止家庭暴力”上升为一项法律基本原则，并确立相应救助和惩治措施；全国 31 个省（区、市）修订本地区妇女权益保障法实施办法，增加禁止对妇女的家庭暴力；29 个省（区、市）颁行专门的预防和制止家庭暴力地方法规；新近，全国人大常委会公布实施《反家庭暴力法》。[2]这部法律在反家暴的立法理念和制度措施上有许多创新。受篇幅所限，本文仅对反家暴法部分条款予以学理解读，期待相关立法、司法解释及地方实施办法对该法未尽明了事项尽快做出权威解释，促其有效实施。

一、立法之目的

立法目的（或宗旨）是任何一部法律开篇即明确的内容。《反家庭暴力法》第一条指出：“为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定，制定本法。”从中可见，我国反家暴法的立法目的是多重的，相互之间环环相扣，不断递进。具体而言，预防和制止家庭暴力，保护该法所调整的社会关系主体的基本权利，是它的首要目的；其次，要建立和维护非暴力的，以“平等、和睦、文明”为特征的婚姻家庭关系；最终，促进家庭和谐与社会稳定。反家暴法恰当处理了个人基本权利保障、非暴力的新型婚姻家庭关系维护与社会和谐稳定的关系，它因此可被解读为人权保障法、文明倡导法、和谐促进法。

反家暴法不同于传统法律部门中的立法，它是一部集实体法规范与程序法规范，民事法规范、行政法规范与刑事法规范于一体的社会立法。综合考察这部法律的基本原则、体系架构、特有的预防、制止与救济措施，及其法律

责任体系，笔者认为，它属于社会保护法范畴。社会保护法以反歧视，保护弱势群体利益，促进权利平等享有和实现为目标。反家庭暴力法秉持这一价值理念，是保障生活在婚姻家庭等亲密关系中的人们免遭暴力侵害，平等相处，充分享有人格尊严权、健康权、生命权等基本权利的“诸法合体式”立法。[3] 因此，从法律体系角度看，反家暴法属于社会法范畴，若将之归于民法部门中的婚姻家庭法，难免有望文生义之嫌。

二、家庭暴力之界定

实施《反家庭暴力法》的首要关键，在于正确理解家庭暴力这一核心概念。反家暴法第二条将家庭暴力界定为：“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”理解这一概念，需从家庭暴力的关系主体、行为方式及类型两方面展开。

（一）家庭暴力的关系主体

“家庭暴力的关系主体”，是指家庭暴力的实施者和直接受害人。[4] 反家暴法第二条指出家庭暴力是发生在“家庭成员之间”的不法侵害之后，第三十七条又规定：“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。”因此，它所调整的家庭暴力的主体范围涵盖家庭成员和有共同生活关系的非家庭成员两类。

1．家庭成员。家庭成员是家庭暴力侵害的关系主体中的最主要类型。家庭成员是一个耳熟能详的用语，在我国立法中被广泛使用。[5] 然而，何谓“家庭成员”，确定其的标准是什么？在我国宪法、民法通则、婚姻法中并没有界定。学理上，有学者建议“将具有权利义务关系的亲属作为划定家庭成员范围的基本标准。”[6] 也有学者直接对此做出界定，认为“家庭成员是指依法享有一定权利和负担一定义务的亲缘关系最近的近亲属，包括父母与子女、夫与妻、兄弟姐妹、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女。”[7] 两种见解的主要依据是现行婚姻法。

现行婚姻法在第三章家庭关系中，确立了夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙四类近亲属间的权利义务。现行继承法所列法定继承人范围[8]也与婚姻法的上述规定吻合，夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙因此享有相互继承遗产的权利。儿媳与公婆、女婿与岳父母之间，通常情形下互不享有法定权利，也不承担法定义务。[9] 可见，依照现行法，家庭成员仅限于配偶及上述所列血亲，并不包括儿媳与公婆、女婿与岳父母等姻亲。显然，这是有局限性的。反家暴法对于家庭成员范围的界定，既要注意与现行婚姻法、继承法的对接，又要基于反家暴立法的宗旨，有所突破。笔者认为，反家暴法第二条所谓“家庭成员”的范围，除包括婚姻法确立的夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙四类亲属外，还应将儿媳与公婆、女婿与岳父母等姻亲纳入。这是因为，一方面，现实生活中，夫妻双方发生纠纷后常会波及对方的父母（公婆或岳父母）及其家庭成员（姑嫂叔伯等）。对于姻亲间的暴力冲突，实务中常将之作为家庭暴力对待；另一方面，计划生育政策实施多年后，我国家庭的少子化和结构单一化成为普遍状态，姻亲尤其是直系姻亲，即便不在同一屋檐下共同生活，也不可避免地发生着情感的、经济的联系。在制定民法典，完善婚姻家庭法的当下，我国有必要在确立亲属和近亲属范围时，借鉴其他国家和地区民法典[10]，将一定范围内的姻亲纳入法律的调整范围。

2．有着共同生活关系的非家庭成员。反家暴法不仅要规制婚姻家庭内部的暴力，还要预防和制止其他亲密关系中的暴力行为。我国反家暴法最终将之表述为“家庭成员以外共同生活的人”。“共同生活”一词在婚姻家庭法中常被使用，它通常是指夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙等亲属之间基于亲属身份，所为的同食共寝，以及夫妻间的性生活。反家暴法第三十七条所谓“共同生活”的含义，当然不是指亲属间的共同生活，而是指非家庭成员之间基于某种特殊的情感关系或依法具有类似于家庭成员的权利与义务而形成的共同生活关系。非家庭成员间的共同生活关系类型，既包括由恋爱所形成的非婚同居关系，也包括依法形成的监护、扶养、寄养关系，同时，还包括家庭成员以外的其他亲属之间形成的事实上的共同生活关系。

反家暴法将有着共同生活关系的非家庭成员之间的暴力纳入规制范围，其合理性可从三方面展开：（1）扩大该法调整的关系主体范围，是反家庭暴力法的性质决定的。反家庭暴力法是社会保护法，不是婚姻家庭法，它所调整的关系主体范围可以不与婚姻法完全纯合。不仅如此，在我国新近颁行的处理家庭暴力犯罪的相关规定中[11]，已将因监护、扶养、寄养、同居等关系而共同生活的人们之间的暴力犯罪纳入家庭暴力犯罪范畴；（2）这些非家庭成员间有着情感的、经济的依赖性，彼此关系接近或类似于“家庭成员关系”。他们之间暴力的特征也与家庭成员间的暴力非常相似，例如，暴力行为反复发生，具有周期性；暴力行为发生后外界难以知晓，具有隐蔽性；加害人行为的动机常常是为控制对方，等等；（3）扩大调整的主体范围是国际反家庭暴力运动经验的总结，也为许多国家及地区立法采纳。[12] 然而，已有立法例通常将之称为“特定的亲密关系之人”，并不强调双方具有“共同生活关系”。[13] 我国法如此规定，会将没有共同生活关系的“前配偶”、“前同居者”之间发生的暴力排除在外。这样是否妥当，值得进一步观察和讨论。

（二）家庭暴力的行为方式与类型

在列举常见的家庭暴力行为方式和两种主要暴力类型后，反家暴法第二条分别用两个“等”字，予以兜底。这为今后执法和司法时，根据具体案情，认定家庭暴力，留出了解释和裁判的空间。

1．在行为方式上，作为和不作为都可构成家庭暴力

以作为的方式实施家庭暴力是常见的，如“殴打、捆绑、残害、谩骂、恐吓，限制人身自由”等。然而，家庭成员或有共同生活关系的非家庭成员之间的不作为也可以构成家庭暴力，这主要是指监护人或扶养照料者对无或限制行为能力的被监护人、被扶养照料者负有法定作为义务，但懈怠履行此项义务，如不给他们吃饱、穿暖、不予照料护理，或将之遗弃，有病不给治疗等等，使其处于冻饿、生命健康和安全得不到保障的危险境地，甚或造成伤残死亡的损害后果。这些不作为也构成家庭暴力，如果致被监护人、被扶养照料者身体受到严重损害甚或死亡的，依照我国刑法，可构成遗弃罪或者故意杀人罪，例如，发生在南京市的一吸毒母亲将两个年幼女儿留置家中，长期不归，致使姐妹俩死亡案，审理法院最终以故意杀人罪判处被告人无期徒刑。[14]

2．性暴力也是家庭暴力的独立类型

反家暴法确认身体暴力和精神暴力这两种最常见的家庭暴力类型。对于性暴力能否作为家庭暴力的独立类型，立法过程中颇有争议。反家暴法最终未将性暴力独立归类，而是用“等”字涵盖在未列举的暴力类型中。

笔者认为，性暴力也是常见的家庭暴力类型，属于反家暴法第二条所谓“等行为”之列。将性暴力作为家庭暴力的独立类型，理由主要是：

（1）它是性别间暴力的特有形式。性自主权是自然人享有的一项基本人格权，我国依法保护妇女和女童的性自主权，除在制定民法典总则编时应在民事权利一章明确列举性自主权、在刑法中设强奸罪、奸淫幼女罪外，还应在界定反家庭暴力法的核心概念——家庭暴力时，将性暴力单独列举，从而明确即便是夫妻之间，也不能借履行夫妻互负同居义务之名，在对方不愿意的情形下，采取暴力的方式强迫对方发生性关系。并且，发生在家庭等亲密关系中的性暴力不限于夫妻之间，也会出现在父母子女等其他亲属，以及共同生活者之间。2014 年初，最高人民法院公布十大涉家庭暴力典型案件,案例十便是养女长期被养父性侵害的犯罪案件。[15]

（2）家庭内部的性暴力对受害人的损害后果严重并且持久。全国妇联和国家统计局 2010 年联合组织开展的“第三期中国妇女社会地位调查”数据显示，遭受家庭暴力的妇女中，有 1.7%曾在婚姻生活中遭受过强迫性行为。[16]婚姻生活中的性暴力实为婚内强奸。它对受害人的影响和伤害远比单纯的精神暴力和身体暴力严重。由于夫妻间的性行为是婚姻家庭关系中最为私密之事，加之“家丑不可外扬”传统观念制约，许多妇女在遭受性暴力后只能默默承受。如果不将这种有损人格尊严的暴力侵害纳入法律规制范围，极易形成性暴力的“恶性循环”，并会成为一些女性实施“以暴制暴”违法犯罪行为的直接诱因。

（3）将性暴力作为家庭暴力的独立类型有着国际法上的依据和国内先例。1992 年联合国消除对妇女歧视委员会“对妇女的暴力行为”第 19 号一般性建议，1993 年联合国《消除对妇女暴力宣言》、1995 年北京第四次世界妇女大会《行动纲领》，都确立了性暴力在家庭暴力类型中的独立地位。将对妇女的家庭暴力概括为“在家庭内发生的身心方面和性方面的暴力行为”。1996 年，联合国《家庭暴力示范立法框架》建议各国立法界定家庭暴力时“采用尽可能宽泛的有关家庭暴力行为以及在家庭暴力中的各种关系的定义”。指出“所有这些由家庭成员对家庭中的妇女所施加的以性别为基础的肉体上的、精神上的以及性的侵害行为，……都可视为‘家庭暴力行为’。”[17]从其他国家法律对家庭暴力的界定看，将性暴力单独列举的国家有：新西兰、马来西亚、南非等国。在我国，早在 2000 年湖南省人大常委会颁行的《关于预防和制止家庭暴力的决议》中[18]，就将性暴力与身体暴力、精神暴力相并列，规定在家庭暴力的定义之中。

三、监护人资格撤销与恢复

对于遭受家庭暴力的特定人群给予特殊保护，是反家暴法确立的一项基本原则。[19] 其中，未成年人和不具有完全行为能力的成年人，属于无或限制行为能力者，不能独立或不能完全独立进行民事活动。他们的人身、财产及其他合法权益保障通过民法监护制度，由监护人予以监督和保护。现代监护制度以保护被监护人权益为基本目的，对于父母等监护人懈怠监护义务或滥用监护权利，严重侵害被监护人利益的，国家公权力会及时介入，通过司法程序，撤销其监护资格，由其他监护人承担监护职责；没有其他监护人的，由法院另行指定监护人。在我国，对于未成年人，在没有合适人员和其他单位担任监护人的情况下，法院应指定民政部门担任监护人，由其所属儿童福利机构收留抚养。[20] 当家庭监护失灵时，国家公权力及时介入，由公权机构（民政部门）或社会组织代表国家履行对儿童的监护责任，是当代监护制度公法化和社会法化之表现。[21]

严格说来，监护人资格撤销是民法监护制度的必要组成，对其制度构成的设计是民法总则和婚姻家庭法的任务。然而，由于我国民事立法长期处于婚姻法先行“独立”、民法典长期缺位、民法通则变通补遗的状态[22]，监护制

度一直存有缺漏。现行《民法通则》、《未成年人保护法》虽设专条规定监护人资格撤销[23]，却原则性强、难以实施，致使这一制度“沉睡”多年，没有发挥应有作用。[24]《反家庭暴力法》在家庭暴力的处置一章专条就监护人对被监护人实施暴力，依法撤销其监护资格做出规定。第二十一条第一款规定：“监护人实施家庭暴力严重侵害被监护人合法权益的，人民法院可以根据被监护人的近亲属、居民委员会、村民委员会、县级人民政府民政部门等有关人员或者单位的申请，依法撤销其监护人资格，另行指定监护人。”与《民法通则》第十八条第三款、《未成年人保护法》第五十三条相比，《反家庭暴力法》不仅明确了监护人对被监护人实施家庭暴力是撤销其监护资格的法定情形，还明确请求权人范围，具体化了前两部法律所谓“有关人员或者有关单位”。

笔者认为，本项条款还有需进一步细化之处。首先，哪些具体情形构成本条所言“严重侵害被监护人合法权益”，这无疑会成为今后司法的焦点。2015 年 1 月 1 日起施行的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《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”）对此有较为详尽列举，其第三十五条以例示性方法，详细列举六项具体情形和一项兜底条款。[25]从中可见，该条所列可判决撤销监护人资格的六种情形，均是“严重侵害被监护人合法权益”的行为，这与反家暴法第二十一条精神相吻合。换言之，监护人有家庭暴力行为的，并非一律产生撤销其资格的法律后果，只有那些“屡教不改”，或对被监护人身心“造成严重后果”，甚或“构成犯罪”的，才属于反家暴法第二十一条第一款所言可依法撤销其监护人资格的情形。

再者，监护人资格被依法撤销后能否恢复，以及何种情形下方可恢复？对此，《反家庭暴力法》没有涉及。笔者认为，法律确立撤销监护人资格制度的目的是多重的：既是对监护人先前暴力行为的民事制裁，也是对受到侵害的被监护人的民事救济，更是阻却监护人对被监护人继续实施暴力的预防措施。对于原监护人确有悔改表现的，可在制度建构时，增加监护资格恢复的规定，为其改过自新留有空间。毕竟，家庭对于儿童、对于成年的不具有完全行为能力者而言，是其安身立命的最佳场所。在监护人资格撤销制度中增加资格恢复环节，符合反家暴法的立法目的。“意见”第四十条以“确有悔改表现”和“适宜担任监护人”做为恢复监护人资格的条件，为监护人资格恢复确立了基本判断标准。

鉴于“意见”只适用于儿童（即未成年人）监护人资格的撤销与恢复，故有必要在适用反家暴法相关解释或地方实施办法中，以该法第二条确立的家庭暴力概念为依据，对因家庭暴力致监护人资格撤销中的“严重侵害被监护人合法权益”的情形做出解释，例如，对被监护人实施身体的、性的、精神的侵害，严重损害其身心健康的；再如，将被监护人置于无人监管和照看状态，致其面临死亡的现实危险或者造成严重伤害后果。对于监护人资格恢复（及不得恢复）的情形，由于反家暴法未专条规定，实务中，可依“意见”规定执行。[26] 期待立法机关起草民法总则，编纂民法分则婚姻家庭编时，对监护人资格撤销与恢复做出全面系统完善。

四、人身安全保护令性质与内容

人身安全保护令，是人民法院为保护家庭暴力受害人的人身和财产免受施暴人侵害而依法做出的裁定。民事保护令制度是上世纪 80 年代以来，国际公认的保护家庭暴力受害人的有效司法救济措施。它为许多国家法律所采用，弥补了传统法律仅限于事后救助家庭暴力受害人的局限性，增强了对受害人的事前和事中保护。我国《反家庭暴力法》从实体内容到程序规范，专章系统地对民事保护令制度做出规定，内容包括：保护令的申请、申请的形式、管辖法院、适用的条件、保护令的种类、保护令的内容、保护令的有效期限，以及保护令的送达与执行。

关于人身安全保护令的性质，首先，它不是令加害人承担的民事法律责任，而是对受害人的司法救济措施。表面上看，民事保护令的内容，均是针对加害人的，如禁止其实施一定行为（不得继续施暴），或者责令其实施一定行为（迁出住所）。实际上，反家暴法如此规定的目的在于，通过法院发布要求加害人不为或为一定行为的命令，来保护受害人人身安全，而不是以此惩罚加害人。对于加害人行为的惩处，我国民事、行政、刑事法律中已有规定，可根据加害人行为的违法程度，决定其所应承担的法律责任。就民事法律责任而言，加害人的暴力行为因此导致离婚的，可依照婚姻法，由无过错配偶一方提起离婚损害赔偿；加害人的暴力行为致受害人有损失的，可依照侵权责任法，提起侵权损害赔偿；还可依民法通则，对严重侵害被监护人权益的加害人，撤销其监护人资格等。再者，人身安全保护令也不属于民事强制措施。依照我国《民事诉讼法》，拘传、罚款、训诫、拘留是针对诉讼参与人（包括原被告等）和其他有妨碍民事诉讼行为的人所采取的强制措施，其目的在于保证诉讼程序正常进行，故，民事强制措施依附于已经开始的民事诉讼。人身安全保护令独立存在，申请人身安全保护令并不依赖于已经开始的民事诉讼，也不依赖于其他任何法律程序。[27] 它发挥着制止暴力、遏制暴力升级，保障受害人安全的特殊功能。

人身安全保护令的内容，是法院依法核发的，对家庭暴力受害人的具体救助与保护措施。它是民事保护令制度的核心。在其他国家及地区的法律中，基于救济范围、救济时间、适用条件等不同，将保护令分为通常保护令、暂时保护令或紧急保护令不同类型[28]，并且，不同类型保护令的内容是不同的。我国《反家庭暴力法》没有对此做

出区分，仅在第二十九条一般性地列举出保护令的四项具体措施，即：（一）禁止被申请人实施家庭暴力；（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；（三）责令被申请人迁出申请人住所；（四）保护申请人人身安全的其他措施。本条采例示性立法方法，列举了禁止施暴令、禁止接触令、迁出令三项具体措施，同时配以一项兜底条款。据报道[29]，反家暴法实施后不久，各地法院陆续裁发人身安全保护令，其内容主要是法条明确列举的禁止施暴令和禁止接触令。可以想见，司法实践会不断丰富人身安全保护令的内容，本条所谓“保护申请人人身安全的其他措施”，需要最高法院在司法解释中予以具体化。依其他国家和地区法律规定，紧急保护令的内容不如通常保护令广泛。例如，我国台湾地区“家庭暴力防治法”第 14 条确立的通常保护令的内容有十三项之多，除禁止令、迁出令、远离令外，还包括：给付令，如判令加害人支付被害人医疗费、住所租金、子女的抚养费和学费等；决定令，如确定其与未成年子女会面交往的时间、地点及方式，或暂时停止其行使会面交往权，或暂时停止其监护权；防治令，如命令加害人完成处遇计划等。[30]

结语

本文侧重于关涉反家暴法性质、调整范围，以及创新性制度条款的解读。由此可见，反家暴法立足于对婚姻家庭及其他共同生活关系中妇女、儿童、老人、残疾人等易受侵害群体基本权利的保障，是国家对家庭暴力进行系统化、制度性防治，推进社会治理体制创新法律制度建设的重要举措。反家庭暴力法集预防、制止、救助、惩戒等多种功能于一体，其防治措施是综合性的；它强调预防为主、早期干预，确立了若干对家庭暴力的事前预防和事中制止措施，弥补了已有相关法律过于原则和零散，侧重事后救济与惩戒之不足，丰富和强化了国家、社会干预家庭暴力的法律措施和手段，从而进一步完善了我国反家庭暴力法律体系。

注释：

[1]黄列.家庭暴力:从国际到国内的应对（下）[J].环球法律评论,2002(夏季号):233-237.

[2]《中华人民共和国反家庭暴力法》2015 年 12 月 27 日由第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议公布，2016 年 3 月 1 日起施行。

[3]薛宁兰.论我国家庭暴力法的定位与宗旨——基于《反家庭暴力法（征求意见稿）》的思考[J].中华女子学院学报，2015（2）：22.

[4] 蒋月.家庭暴力的概念和内涵之诠释[J].妇女研究论丛，2016(1):7.

[5] 例如，婚姻法规定“禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”（第三条）、“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。”（第四条）治安管理处罚法规定，虐待家庭成员，被虐待人要求处理的，或者遗弃没有独立生活能力的被扶养人的，处五日以下拘留或者警告。（第四十五条）刑法规定“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。”（第二百六十条第一款）

[6] 夏吟兰.家庭暴力概念中的主体范围分析[J].妇女研究论丛，2014(5):51.

[7] 同前页注释②：7.

[8]《继承法》第十条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。”第十一条规定：“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。”

[9]《继承法》第十二条规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”可见，儿媳女婿对公婆岳父母遗产享有继承权，仅为该法确立的特殊情形。

[10] 例如，《日本民法典》第 725 条将六亲等内的血亲、配偶、三亲等内的姻亲确立为亲属；《韩国民法典》第 767 条将亲属定义为“配偶、血亲及姻亲为亲属。”我国澳门地区民法典第 1461 条指出：“结婚、血亲关系、姻亲关系及收养均为亲属法律关系之渊源。”我国台湾地区民法典亲属编第一章通则，在第 969 条、第 970 条、第 971 条中，对姻亲的概念和范围、亲等、姻亲关系的消灭做出较为详尽规定。

[11] 2015 年 3 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》指出：“发生在家庭成员之间，以及具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员之间的家庭暴力犯罪，严重侵害公民人身权利，破坏家庭关系，影响社会和谐稳定”，应当依法及时、有效干预和惩治。参见黄尔梅主编：《家庭暴力犯罪案件司法政策理解适用与案例指导》，北京：人民法院出版社，2015 年，第 3 页。

[12]1996 年联合国《家庭暴力示范立法框架》指出：“家庭暴力立法范畴内的各种关系包括：妻子、居住伙伴、前妻或以前的伴侣、女朋友（包括不住在一起的女朋友）、女性亲属（包括但不局限于姐妹、女儿、母亲等）以及其他的女性家务工作者。”参见陈明侠、夏吟兰、李明舜、薛宁兰主编：《家庭暴力防治法基础性建构研究》，北京：中国社会科学出版社，2005 年，第 368 页。

[13] 例如，韩国 1998 年《家庭暴力处罚特别法》、南非 1998 年《反家庭暴力法案》、美国 2005 年《反对针对妇女的暴力法案》，以及我国台湾地区 1998 年《家庭暴力防治法》、香港地区 2009 年《家庭及同居关系暴力条例》等，均将曾为配偶者、曾为血亲或姻亲关系者、曾为同居关系者等纳入主体范围。参见夏吟兰主编：《家庭暴力防治法制度性建构研究》，北京：中国社会科学出版社，2011 年，第 608-685 页。

[14]该案具体事实与判决结果参见黄尔梅主编《家庭暴力犯罪案件司法政策理解适用与案例指导》，人民法院出版社，2015 年，第 98——106 页。

[15] 最高人民法院公布十起涉家庭暴力典型案例[N]，人民法院报，2014-02-28.

[16] 宋秀岩主编. 新时期中国妇女社会地位调查研究（下卷）[M].北京:中国妇女出版社,2013:493.

[17]陈明侠,夏吟兰,李明舜,薛宁兰主编.家庭暴力防治法基础性建构研究[M],北京：中国社会科学出版社,2005:368-369.

[18] “决议”第十三条指出：“本决议所称家庭暴力，是指发生在家庭成员之间的，以殴打、捆绑、禁闭、残害或者其它手段对家庭成员从身体、精神、性等方面进行伤害和摧残的行为。”资料来源：http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=35506，访问时间：2016 年 6 月 11 日。

[19]《反家庭暴力法》第五条第三款规定：“对于遭受家庭暴力的未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者给予特殊保护。”

[20] 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《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》第 36 条。

[21] 曹诗权.未成年人监护制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2004:240; 李霞.监护制度比较研究[M].济南:山东大学出版社,2004:249.

[22] 李霞.监护制度比较研究[M].济南:山东大学出版社,2004:65.

[23]《民法通则》第十八条第三款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”《未成年人保护法》第五十三条规定：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。”

[24]据报道，从 1986 年—2013 年，全国无一例撤销监护人资格案件进入司法程序。参见“剥夺监护权制度‘沉睡’二十余年”，《京华时报》，2013 年 7 月 8 日，第 C02 版。

[25]《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》第 35 条规定：“被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：（一）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；（二）将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；（三）拒不履行监护职责长达六个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；（四）有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；（五）胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年人正常生活和学习的；（六）教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；（七）有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。”

[26]《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》第四十条第一款指出：“人民法院经审理认为申请人确有悔改表现并且适宜担任监护人的，可以判决恢复其监护人资格，原指定监护人的监护人资格终止。”第二款明确了一般不得判决恢复监护人资格的情形，具体包括：“（一）性侵害、出卖未成年人的；（二）虐待、遗弃未成年人六个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的；（三）因监护侵害行为被判处五年有期徒刑以上刑罚的。”

[27] 《反家庭暴力法》第二十三条确立了人身安全保护令的独立性，规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”

[28]夏吟兰主编.家庭暴力防治法制度性建构研究[M].北京:中国社会科学出版社,2011:157.

[29]王春霞. 最高法院将适时出台反家庭暴力法司法解释[N].中国妇女报，2016-04-11，A1 版。

[30] “加害人处遇计划”是台湾地区家庭暴力防治法第二条确立的对加害人的矫治措施，其内容包括：对加害人的认知教育辅导、亲职教育辅导、心理辅导、精神治疗、戒瘾治疗或其他辅导与治疗。

（二）法官视点

养育母亲获得代孕子女监护权之法律基础

2017-02-05 人民法院出版社 侯卫清

导语：

解决代孕子女监护权之归属问题，首先需要对代孕子女的亲子关系及其法律地位作出认定，其次是根据儿童最大利益原则对代孕子女的监护权归属作出一妥当的判断结论，再次是从现有法律规范中寻找根据，选择适当的法律途径对判断结论予以论证。下面我们以上海法院的“罗某某、谢某如与陈某监护权纠纷案”为例为上述问题进行全面评析。

【裁判要旨】

在现有政策法律条件下，代孕子女的亲子关系，生母应根据“分娩说”认定为代孕母亲，有血缘关系的委托父亲认领的，应认定为生父，所生子女为非婚生子女。根据婚姻法关于“有抚养关系的继父母子女关系”这一条款的立法目的及立法意图，其子女范围可扩大解释至包括夫妻一方婚前婚后的非婚生子女，其形成以同时具备父母子女相待的主观意愿和抚养教育的事实行为为要件，养育母亲可基于其抚养了丈夫之非婚生子女的事实行为及以父母子女相待的主观意愿，而与代孕子女形成有抚养关系的继父母子女关系。代孕行为的违法性并不影响对代孕子女在法律上给予一体同等保护，在确定其监护权归属问题上应秉承儿童最大利益原则，尽最大可能地保护未成年子女的利益。

【案例索引】

一审：上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第 2 号

二审：上海市第一中级人民法院(2015)沪一中少民终字第 56 号

【案情】

上诉人(原告原告)：陈某

被上诉人(原审被告)：罗某某、谢某某

罗某某、谢某某系夫妻，罗某系其两人之子。罗某与陈某于 2007 年 4 月 28 日登记结婚，双方均系再婚，再婚前，罗某已育有一子一女，陈某未曾生育。婚后，罗某与陈某通过购买他人卵子，并由罗某提供精子，采用体外授精—胚胎移植技术，出资委托其他女性代孕，于 2011 年 2 月 13 日生育一对异卵双胞胎。两名孩子出生后随罗某、陈某共同生活，2014 年 2 月 7 日罗某病去世后则随陈某共同生活至今。审理中，罗某某、谢某某提供了其在美国的女儿女婿出具的同意代为抚养孩子的承诺书。

另查明，经司法鉴定，不排除罗某某、谢某某与两名孩子之间存在祖孙亲缘关系，排除陈某为两名孩子的生物学母亲。

罗某某、谢某某起诉称，其子罗某与陈某结婚后，采用购买卵子、由罗某提供精子、委托其他女性代孕的方式生育了一对异卵双胞胎。罗某已于 2014 年 2 月 7 日因病去世。罗某某、谢某某认为，罗某为两名孩子的生父，陈某并非生母；代孕行为违法，陈某与两名孩子之间未形成拟制血亲关系；罗某某、谢某某作为祖父母，在孩子生父去世、生母不明的情况下，应由其作为监护人并抚养两名孩子，故请求确认其两人为两名孩子的监护人，陈某将两名孩子交由其抚养。

陈某辩称，采用代孕方式生育子女系经其与罗某夫妻双方协商，孩子出生后亦由其夫妻实际抚养，故应类推适用最高人民法院 1991 年 7 月 8 日的《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函》(以下简称最高院 1991 年函)视为夫妻双方的婚生子女；如无法认定为婚生子女，则基于其夫妻共同抚养孩子的事实，应认定陈某与孩子已形成事实收养关系；如无法作出上述认定，则应在卵子母亲和代孕母亲两者中认定孩子的生母，现不能确定生母是否死亡或丧失监护能力，故应驳回罗某某、谢某某要求作为监护人的诉请。

【审判】

一审法院认为，本案的争议焦点为代孕所生的两名孩子是否可视为陈某与罗某的婚生子女、陈某与两名孩子是否形成拟制血亲关系及陈某是否享有法定监护权。一审法院认为，根据司法鉴定意见书，排除陈某为两名孩子的生物学母亲，双方不存在自然血亲关系。原卫生部的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条明确规定禁止代孕，最高院 1991 年函所指向的受孕方式为合法的人工授精，孕母为妻子本人，本案中不符合上述司法解释的情形，故不适用该规定。陈某既非卵子提供者，又非分娩之孕母，其请求认定以买卖卵子、代孕方式生育之子女为其婚生子女之主张，法院不予支持。婚姻法确认的拟制血亲包括养父母子女关系和继父母子女关系。养父母子女关系的形成应当符合法律规定的条件并办理收养登记手续，本案中因欠缺法定的必备要件而不能成立合法的收养关系。拟制血亲关系必须依据法律规定加以认定，对于代孕过程中产生的基因母亲、孕生母亲、养育母亲各异的情况，养育母亲是否

构成拟制血亲法律并无规定。代孕行为本身不具合法性，难以认定因此种行为获得对孩子的抚养机会后双方可以形成拟制血亲关系。据此，一审法院判决支持罗某某、谢某某的诉讼请求。

陈某不服一审判决，提起上诉。上诉请求为：撤销一审判决，改判驳回罗某某、谢某某的诉讼请求。上诉理由为：(1)代孕行为虽被禁止，但因此所生子女的法律地位并无法律规定，根据最高院 1991 年函的精神，血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，故不能排除委托方妻子能够成为孩子母亲，从而认定孩子为婚生子女的可能性。(2)代孕行为的违法性并不导致孩子丧失应有的法律权利，也不导致陈某必然丧失监护权。本案中陈某事实上已抚养了丈夫罗某与案外人所生之子女，可推定形成事实收养关系或有抚养关系的继父母子女关系。(3)确定未成年人监护权归属应秉承子女利益最大原则，本案无论从双方的监护能力、孩子的生活环境、与孩子的情感建立、隔代教育之弊端等方面考虑，将监护权判归陈某更有利于孩子的健康成长。

罗某某、谢某某针对陈某的上诉理由辩称，(1)代孕不合法，不能适用最高院 1991 年函认定两名孩子为婚生子女，仅能视为罗某的非婚生子女。(2)陈某既非基因母亲，亦非代孕母亲，其与两名孩子不存在自然血亲关系；代孕行为违法，陈某与两名孩子之间亦不形成任何一种拟制血亲关系。(3)子女最大利益原则的适用应以严格执行现有法律法规为前提，对监护能力、生活环境、情感建立、隔代教育之弊端等因素的考量只能在有监护资格的同顺位人员中才有比较之余地，而陈某不具有监护资格。故请求二审法院维持原判。

二审法院认为，本案的主要争议为代孕子女的法律地位之认定及其监护权归属，包括是否可视为婚生子女、是否形成拟制血亲关系及如何适用儿童最大利益原则。对于上述问题，我国法律目前没有明确规定，尽管如此，法院基于不得拒绝裁判之原则，仍得依据民法等法律的基本原则及其内在精神，结合社会道德和伦理作出裁判。

第一，关于代孕子女的法律地位之认定。本案中代孕所生的两名孩子的亲子关系，法律上的生母应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者，法律上的生父根据血缘关系及认领行为认定为罗某，由于罗某与代孕者之间不具有合法的婚姻关系，故所生子女为非婚生子女。陈某主张类推适用最高院 1991 年函视为婚生子女，因该函针对的是以合法的人工生殖方式所生育子女的法律地位之认定，而代孕行为不具有合法性，故不符合类推适用之情形。

第二，陈某与两名孩子是否形成拟制血亲关系。收养法明确规定收养必须向民政部门登记方始成立，经补办公证而确认的事实收养关系仅限于收养法实施之前已经收养的情形，故本案中欠缺收养成立的法定条件；如按事实收养关系认定，实际上是认可了代孕子女的亲权由代孕母亲转移至抚养母亲，这将产生对代孕行为予以默认的不良效果，故认定不成立事实收养关系。婚姻法第二十七条第二款关于“有抚养关系的继父母子女关系”的规定，系以是否存在抚养教育之事实作为拟制血亲形成与否的衡量标准。根据上述规定，其形成应同时具备两个条件：一是双方以父母子女身份相待的主观意愿；二是抚养教育之事实行为。缔结婚姻之后一方的非婚生子女，如果作为非生父母的一方具备了上述主观意愿和事实行为两个条件的，亦可形成有抚养关系的继父母子女关系。本案中陈某存在抚养其丈夫罗某之非婚生子女的事实行为，且已完全将两名孩子视为自己的子女，故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系，至于该非婚生子女是否代孕所生对于拟制血亲关系的形成并无影响。

第三，关于代孕所生两名孩子的监护权归属。联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则，我国作为缔约国亦应在立法及司法中体现这一原则。就本案而言，无论是从双方的年龄及监护能力，还是从孩子对生活环境及情感的需求，以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，将监护权判归陈某更符合儿童最大利益原则。

据此，二审法院判决：一、撤销上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第 2 号民事判决；二、驳回罗某某、谢某某的原审诉请。

【评析】

本案中需要解决的具体问题为代孕子女监护权之归属，但解决子女监护权问题，首先需要对代孕子女的亲子关系及其法律地位作出认定，其次是根据儿童最大利益原则对代孕子女的监护权归属作出一妥当的判断结论，再次是从现有法律规范中寻找根据，选择适当的法律途径对判断结论予以论证。

一、代孕子女的亲子关系及其法律地位之认定

我国婚姻法对于亲子关系的认定未作出具体规定，司法实践中，对于生母的认定，根据出生事实遵循“分娩者为母”原则；对于生父的认定，根据血缘关系而作确定，婚生子女适用婚生推定及婚生否认，非婚生子女适用认领。现有的人工生殖技术包括人工体内授精、人工体外授精—胚胎移植(俗称试管婴儿)、代孕三种，其中前两种已为大多数国家包括我国所认可。针对人工授精的情形，最高院 1991 年函中明确规定，“夫妻双方一致同意进行人工授精的，所生子女视为夫妻双方的婚生子女。”试管婴儿的情形与此类似，亦可适用上述之规定。而代孕与上述两种人工生殖方式不同的是，其将怀孕分娩这一环节从不孕夫妻中的妻子一方转移到了其他女性身上，从而背离了“分娩者为母”的原则及由此建立的法律制度。关于代孕子女的亲子关系认定，目前理论上主要有四种学说：血缘说、

分娩说、契约说、子女利益最佳说。上述四种学说中，“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦符合我国的文化传统及伦理观念，更与目前国家对代孕的禁止立场相一致，故代孕子女的亲子关系认定，法律上的生母应认定为代孕者；法律上的生父，如具有血缘关系的委托父亲认领的，应认定为生父，如生父未认领的，则可以提起认领之诉；所生子女为非婚生子女。

二、根据儿童最大利益原则确定代孕子女监护权之归属

本案是未成年人监护权纠纷，所涉及的事务关乎儿童之切身利益。关于处理儿童事务的行为准则，联合国《儿童权利公约》确立了儿童最大利益原则，我国作为成员国，理应在立法和司法中体现该原则之精神。但是，儿童最大利益原则是国际法上的一项纲领性原则，适用于具体案件时不仅要体现其精神，同时需将之转化为国内法，使之具备可操作性。本案中存在着三者之间的利益冲突，一方面是祖父母基于家族血缘关系而对孩子拥有的利益；另一方面是陈某作为女性养育孩子的权益；还有一方面是代孕子女的利益。在这三者之利益中，应将代孕子女的利益置于首要地位，以子女的需求作为确定监护权的衡量标准。同时，在权衡及抉择时，不能仅仅将孩子视为需要保护的对象，只从监护人的年龄、经济条件、监护能力等外在条件上进行衡量，还应将孩子作为独立的权利主体，从孩子的立场考虑其心理、情感之需求，以及生活环境、家庭结构关系对其之影响。综合上述各方面因素，我们认为将监护权判归陈某更符合儿童最大利益原则。

三、养育母亲获得代孕子女监护权的法律途径之选择

在根据儿童最大利益原则确定代孕子女监护权之归属后，即面临着法律途径之选择，因为根据实质判断所得出的结论并不当然成为裁判结论，而需依据现有之法律规范，从法律途径上进行求证。对此，讨论过程中主要形成有四种观点：

第一种意见认为可类推适用最高院 1991 年的函视为夫妻双方的婚生子女。

第二种意见认为，代孕目前不合法，故应根据“分娩说”认定代孕者为法律上的生母，具有血缘关系的委托父亲认领的，认定为法律上的生父，所生子女为非婚生子女。生父认领之后，根据大陆法系国家的做法，跟生父有合法婚姻关系的养育母亲可以通过收养途径取得养母的身份地位，至于收养法规定的必须登记生效之障碍，可以根据司法部的通知经由补办公证来解决形式要件问题。

第三种意见在代孕子女的亲子关系及法律地位认定上同意第二种意见，但主张基于陈某抚养了其丈夫之非婚生子女的事实行为，且具有将孩子视为自己子女的主观意愿，可通过扩大解释“有抚养关系的继父母子女关系”这一法学概念，认定双方已形成拟制血亲的继父母子女关系。

第四种意见认为，养育母亲作为孩子生父的妻子，可确认为关系密切的其他亲属朋友愿意监护的类型，在前一顺序有监护资格的人缺乏监护能力时，可从后一顺序有监护资格的人中确定。

最终二审判决采纳了第三种意见，基于如下之理由：

1.法院在判定子女监护权归属时应最大化地保护子女利益。就本案而言，如认定养育母亲为“关系密切的其他亲属朋友愿意监护的”类型，则双方不具有亲子身份，身份关系上会给孩子造成困扰，不利于其健康成长。

2.法院应在现有法律框架内作出司法裁判。代孕目前不合法，故不能类推适用最高院 1991 年函认定为婚生子女，否则无异于以法院判决的方式直接认可了代孕行为的合法性，而若认定为事实收养关系，虽非直接肯定代孕行为，亦将产生对此予以默认的不良效果，且违反收养法关于收养必须登记的形式要件之规定。

3.扩大解释符合婚姻法“有抚养关系的继父母子女关系”这一条款的立法目的及立法意图。探求婚姻法关于该条款的立法目的及立法意图，其要求有抚养教育之事实方成立拟制血亲的继父母子女关系，是出于保护未成年人的目的，基于权利义务对等原则，鼓励继父母善待继子女，促进家庭关系的和谐稳定。而子女出生时间先后之意义在于，如果子女在缔结婚姻之前已经存在，非生父母一方在与有子女一方结婚时可以选择是否要成为继父母并与继子女共同生活。基于此，扩大解释“有抚养关系的继父母子女关系”之法学概念符合婚姻法的立法目的及立法意图，只需明确其形成条件为同时具备以父母子女相待的主观意愿和有抚养教育的事实行为。

作者为上海市第一中级人民法院法官，本文已收录进由最高人民法院民事审判第一庭编写的《民事审判指导与参考》2016 年第 3 期。

产权登记在子女名下的房屋离婚时能否认定夫妻共同财产

2016-12-27 中国法院网 江西省抚州市临川区人民法院 江聪越

【案情】

陈某与赵某于 2006 年 6 月登记结婚，2007 年 6 月生育一子陈某某。2008 年 6 月，陈某与赵某购买商品房一

套，并将房屋产权人登记为他们的儿子陈某某。2016 年 8 月，陈某想与赵某离婚，赵某同意离婚，但提出要分割登记在儿子名下的房产。

【分歧】

对产权登记在儿子名下的房产能否认定为夫妻共同财产存在以下两种观点：

一种观点认为，对于产权登记为子女的房屋，在没有明确的赠与的意思表示情形下，赠与关系不成立，该子女只是名义上的房屋所有权人，实际上的所有权人应为其父母，故该房屋宜认定为陈某与赵某的夫妻共同财产。

另一种观点认为，父母在办理产权登记时将产权人登记为子女，应视为父母对子女的赠与，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。故该房屋只能认定为陈某某的个人财产。

【管析】

对于产权登记为子女的房屋在离婚时能否认定为夫妻共同财产，笔者赞成第二种观点，理由如下：

首先，《房屋登记办法》第 14 条规定“未成年人的房屋，应当由其监护人代为申请登记。监护人代为申请未成年人房屋登记的，应当提交证明监护人身份的材料；因处分未成年人房屋申请登记的，还应当提供为未成年人利益的书面保证。”据此可知，未成年人获得房屋登记的情形，当然包括接受赠与并由其监护人（即父母）代为申请。对于产权登记为未成年子女，虽然没有明确的赠与的意思表示，但是显然能从夫妻双方一致同意将房屋产权人登记为未成年子女以及监护人代为申请等情形中，认定赠与关系成立。

其次，根据《合同法》第 47 条之规定，对于纯获法律上利益的合同，限制行为能力人可以独立订立合同，根据《民法通则》第 12 条第 2 款之规定，无行为能力人则由他的法定代理人代理。本案中，从房屋所有权证以及登记簿上将权利人登记为未成年人的事实中，按照日常生活经验，很明显地体现出行为人具有赠与的意思表示；从夫妻双方一致同意和代为申请登记的默示的积极行为中，同样可以推断出行为人具有代为接受赠与的意思表示。本案中，当事人虽未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同的意愿，从法官审判的角度来看是一种推定形式。因此，对于没有明确的赠与意思表示的情况，从父母所从事的民事行为来看，应当认定成立赠与合同关系。

再者，按照《民法通则》第 12 条第 2 款的规定，接受他人的赠与，无论是动产还是不动产，即使是纯获法律上利益，无行为能力人也不能单独为民事活动，应由他的法定代理人代理。本案中父母既是赠与人，又是受赠人的代理人，这涉及到法定代理人“自己代理”的效力问题，在此情况下，若将房屋认定为夫妻共同财产，显然不利于维护无行为能力人的利益，违反“监护人应当履行监护职责”的原则，不能达到立法目的。据此，对于将产权登记为未成年子女的房屋，尽量作有利于该子女的考虑（法律另有规定的除外），无论父或母提出分割或收回该财产，法院不能支持，以充分维护未成年人的利益。

综上，产权登记为子女的房屋在离婚时不宜认定为夫妻共同财产，而是子女的个人财产。

爱心捐款能否作为遗产继承

2017-02-06 抚州法院 江西省宜黄县人民法院 张星

【案例】

刘某与黄某结婚多年且未有子女。2014 年 6 月刘某患癌症住院，其所在单位组织员工为其捐款 12 万余元，并声明该笔捐款仅用于刘某治病。同年 7 月，刘某去世，治疗花费捐款 5 万余元。2015 年，黄某与刘某生前所在单位就剩余 7 万元捐款的最后归属诉至法院。

【分歧】

本案中，对黄某能不能继承该笔捐款主要有以下两种意见：

第一种意见认为，捐款可以作为遗产继承。捐款其实是一种赠与的法律关系，捐款事实已经形成，接受捐款人就已取得了对捐款的合法所有权，当然可以由其受益人作为遗产进行继承。

第二种意见认为，捐款不可以作为遗产继承。本案中，单位的捐款作为特殊目的使用款项，刘某本人是没有所有权的，其被继承人也就无从谈起继承这笔财产。

【管析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

首先，从捐款的目的看，捐款本身是为了扶贫济困，而并不是使受赠人或其亲友从中谋取利益。当捐款到达被捐赠人以后，捐款是有明确的特殊公益用途的，那就是治病救人。如果受捐赠人去世了，捐款还有剩余，捐款的特殊目的就不能得到实现，捐款就绝不应该由其受益人挪作他用。从继承法的角度来讲，公民对这些财产首先要有所有权，而捐款作为特殊目的使用款项，何某某是没有所有权的，其被继承人自然也就不存在继承的说法。

其次，在本案中，刘某的单位捐款时明确表示，该笔捐款用于刘某治病。如果在刘某去世时，其因为治病有尚未偿还的夫妻共同债务，那么捐款应可以首先用于偿还债务。但该笔剩余捐款作为遗产进行继承明显违背了捐款的特定目的，是不合理的。因此，本案中，黄某要求与继承剩余捐款的请求不应该得到支持。

综上，笔者同意第二种观点。

肖峰：七份离婚判决中抚养判项存在的瑕疵简析

2017-02-06　法语峰言　肖峰（最高法院）

离婚诉讼中的未成年子女抚养关系而言，各地法院作出的离婚判决相关判项写法不一，容易产生争议。为此，笔者从裁判文书网上随机选取 10 份判决书，就其各自“抚养”判项的写法，作一简析。

判决 1：

二、婚生子金某乙随被告金某甲生活，自本判决生效之日起至其十八周岁止，婚生子金某乙的教育费由原、被告各半负担，原告徐某每月负担其生活费 500 元，支付方法：教育费凭发票按实结算，原告在每年的 12 月底前支付当年度的教育费；原告在每年的 8 月底前支付当年度的生活费；

笔者个人观点：该判项写法存在以下值得商榷之处：

1、有无必要在判项中写“婚生子”。“婚生子”一般是指在婚姻存续期间出生的孩子。而非婚生子指不是在婚姻存续期间出生的孩子，包括未婚生育的孩子和离婚后出生的孩子。根据《婚姻法》第 25 条第 2 款规定，不直接抚养非婚生子女的生付或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。因此，非婚生育后再结婚的父母离婚时，非婚生子女也有权主张抚养费。此时，有必要在判项中直白的写明非婚生子女吗？除是否婚生之外，子女还有继子女和养子女的情形。继子女，是指丈夫与前妻或妻子与前夫所生的子女。《婚姻法》第 27 条第 2 款规定“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的关系，适用本法对父母子女关系的有关规定”。这表明继父母与继子女之间形成抚养教育关系时等同于亲生父母与子女之间的关系，产生父母子女间的权利和义务。虽然 1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 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，但如果继父或继母同意继续抚养的，判项中是否还应写明“继子女”？如果有养子女，则根据《婚姻法》第 26 条第 1 款规定，养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。因此，实务中，也存在养子女的抚养关系处理问题。此时，判项中是否应注明“养子女”？事实上，判项要解决的并不是子女的属性，而是要从最大化保护未成年人利益出发，确定其父母中哪一方直接抚养子女更为适宜。如果在判项中标明“婚生子”、“非婚生子”、“继子女”和“养子女”则难免有区分对待之嫌，对未成年人健康成长未必有利。

2、“随被告金某甲生活”的写法是否合适。“随　　生活”的表述，可能是受到了 1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的影响。该司法解释第 1 条就规定“两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活”。但该司法解释是针对的 1980 年《婚姻法》。1980 年婚姻法第二十九条规定“离婚后，子女无论由父方或母方抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务”。为了避免当事人将“由父方或母方抚养”误解为抚养权归属一方，当时的司法解释采用了以“随　　生活”替代“由　抚养”的表述方式。但 2001 年修改的婚姻法第三十六条已将上述条文中的“离婚后，子女无论由父方或母方抚养”修改为“离婚后，子女无论由父或母直接抚养”。增加“直接”两字已可以避免当事人将“由　直接抚养”误解为抚养权归属一方。另外，“随　生活”，也可能让人误解为抚养只限于生活照料。而根据《婚姻法解释一》第 21 条“抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用”规定，抚养费包括但不限于生活费开销。

3、在判项中将抚养费分解为“教育费和生活费”是否周全。正如前述《婚姻法解释一》第 21 条规定，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。因此，该判项只列明生活费、教育费，而不考虑医疗费等费用，似乎有欠周全。

4、在判项中将抚养费给付期限表述为“自本判决生效之日起至其十八周岁止”，忽视了“不能独立生活”的情形。这里的“满十八周岁”是衡量成年与否的标准，而根据《婚姻法》第 21 条第 2 款“父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利”。可见，是否能独立生活也是抚养费给付期限的一个参考因素。根据《婚姻法解释一》第二十条“婚姻法第二十一条规定的不能独立生活的子女，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非主观原因而无法维持正常生活的成年子女”。而满 18 周岁的成年人也存在不能独立生活的可能，可以主张抚养费。

题外话：根据最新诉讼文书样式，判项中不再写明当事人的诉讼地位。也即判项中的“原告”、“被告”的表述

应删除，直接写明当事人的姓名即可。

判决 2：

二、婚生子刘某乙由刘某甲抚养，被告殷某甲应于每月 15 日前支付抚养费 2500 元直至刘某乙年满十八周岁止，判决生效当月的抚养费于该月 30 日前支付；

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项写法虽然不再表述为“随　　生活”，但“由　　抚养”的表述，仍可能让当事人产生抚养权归父母一方的错觉。另外，支付抚养费 2500 元没有写明支付对象，也有不妥。

判决 3：

二、原、被告婚生子侯嘉乐随原告生活，由被告侯一×自 2015 年 9 月起每月给付子女抚养费 500 元。

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项遗漏了给付抚养费的截止期限和给付方式。至于给付抚养费的起点时间明确为 2015 年 9 月也与离婚诉讼中的抚养费给付以判决生效为前提不一致。

判决 4：

二、婚生子由原告魏某某抚养，被告刘某某自 2014 年 9 月起每月支付魏俊某抚养费 400 元至其独立生活止。

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项虽写明了抚养费给付截止时间为“至其独立生活时止”但没有考虑未成年子女的成年问题，同样有失周延。

判决 5：

二、婚生女丁某乙由原告邵某负责抚养教育，被告丁某甲于本判决生效后十日内将女儿丁某乙送回给原告邵某；被告丁某甲自本判决生效后次月起至丁某乙独立生活时止每月承担抚养费人民币 2000 元，于每年的 6 月 30 日、12 月 30 日各结算给付一次；

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项写明了“由　　负责抚养教育”容易让人理解为对未成年子女的抚养教育判给一方，这显然与婚姻法第 36 条第 2 款“离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务”相悖。

判决 6：

二、婚生子殷某由原告曹某抚养，被告商某某每月支付抚养费 1000 元，从本判决生效之日起至殷某 18 周岁独立生活止；

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项虽写明了“至殷某 18 周岁独立生活止”，但“18 周岁独立生活”的表述，容易让人理解为满 18 周岁即可独立生活，这显然与现实不符。

判决 7：

原告沈某某与被告徐某某婚生女徐某 A，女，2001 年 10 月 7 日出生，由被告徐某某抚养教育成年；徐某 B，女，2007 年 7 月 8 日出生，由原告沈某某抚养教育成年。

笔者个人观点：除了存在前述列明的瑕疵之外，该判项还列明了未成年子女的性别和出生日期，显然于法无据。至于“由　　抚养教育成年”也既有失周延，也于法无据。

说了这么多，那么判项怎么写才比较好呢？笔者个人建议如下：

____和____的未成年子女___由____直接抚养。　　从本判决生效之日起每月/季/年　（写明具体支付方式）向　支付抚养费　　元，直至　　已满 18 周岁且能独立生活时为止。

注：为避免个别人仍将“由　　直接抚养”误解为“抚养权归　　”，可在判决中的“本院认为”部分就“离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务”作一阐释。

如果您觉得本文：哎呦，还不错哦！请添加并向朋友推荐最高院法官公众号：法语峰言。我们将通过该公众号与您分享更多法律实务文章（投稿邮箱 xf636@163.com）。

在此，特别强调，其他公号需转载本公号内容，必须事先通过后台征得本公号同意。

一方父母赠与夫妻双方的资金可以作为离婚时分割夫妻共同房产份额的考量因素

——赵艳秋诉李伟离婚纠纷案件

北京市第三中级人民法院网　邓青菁

合议庭成员：邓青菁、张玉娜、刘向飞

承办人：邓青菁

作者单位：北京市第三中级人民法院

发布时间：2016-11-28 10:52:28

原文链接：http://bj3zy.chinacourt.org/article/detail/2016/11/id/2358061.shtml

裁判要点

1、婚后父母部分出资为子女购房，房屋产权即使登记在出资人子女名下，该部分出资仍应视为对夫妻双方的赠与，该房屋属于夫妻共同财产。

2、婚后父母部分出资为子女购房，在认定父母出资系赠与夫妻双方的情况下，离婚时，该赠与部分不宜排除在分配房产份额的考量因素之外。

3、财产分配应以财产自身构成情况作为分割基础，照顾子女和女方权益的原则应在此基础上进行平衡，不宜脱离该基础片面适用。离婚后，男女双方所得财产均具有抚养教育子女的功能，不应仅局限于直接抚养孩子一方的财产上。

相关法条：

《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）第七条规定：婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）第二十二条第二款：当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

《中华人民共和国婚姻法》第三十九条规定：离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

案件索引

一审：北京市朝阳人民法院（2014）朝民初字第 21259 号民事判。

二审：北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第 5333 号民事判。

基本案情

赵艳秋（女）诉称：我与李伟于 2003 年通过网络相识，2004 年 12 月 13 日登记结婚，2007 年 11 月 7 日育有一女李音乐。后李伟多次向我提出生二胎，要求生一个儿子。我没有回应李伟，从此双方关系疏远。2011 年 4 月 25 日，我发现李伟将房本、煤气卡、电卡等重要物品全部拿走并将存款转走，完全不顾我及女儿的生活。故我诉至法院，要求与李伟离婚；要求抚育女儿，李伟按月支付抚养费 3600 元；分得李伟手中共同存款及公积金的 70%；分割共同债务 62 525.84 元；分得共同车辆；分得北京市朝阳区百子湾南二路 76 号院 3 号楼 2 单元 702 号房屋（以下简称 702 号房屋）及屋内物品，可按 5 900 000 元的 30%给付李伟房屋补偿款；由李伟分得北京市丰台区丰桥路 6 号院 11 号楼 18 层 1 单元 1801 号房屋（以下简称 1801 号房屋），李伟按房价款的 70%给付我补偿款。

李伟（男）辩称：我与赵艳秋感情确已破裂，故我同意离婚。我要求自行抚育婚生女；如婚生女由赵艳秋抚育，要求每月探望孩子 4 次；分得赵艳秋手中共同存款及公积金；赵艳秋返还共同存款 30 000 元；分割共同债务；分得共同车辆；702 号房屋系李伟父母出资为李伟购买，该房屋及屋内家具家电属于李伟的个人财产；要求分得 1801 号房屋，按房价款 30%给付赵艳秋补偿款；分得赵艳秋持有的公司股份；因赵艳秋对我实施家庭暴力，故要求赵艳秋给付精神损害抚慰金 100 000 元。

法院经审理查明

赵艳秋与李伟于 2004 年 12 月 13 日登记结婚，2007 年 11 月 7 日生育一女李音乐。李音乐此前跟随赵艳秋、李伟一起生活，自 2011 年上半年双方发生矛盾并分居后，李音乐随赵艳秋生活至今。赵艳秋称其月收入 12 000 余元；李伟称其月实际收入不足 10 000 元。根据李伟参保情况显示，李伟社会保险缴费基数为 12 603 元。

关于两套房产的情况：2005 年 8 月 9 日，李伟作为买受人与出卖人签订《商品房买卖合同》，约定李伟购买 702 号房屋，房屋建筑面积 108.73 平方米，房价款 1 067 616 元。后从赵艳秋银行账户内支付了购房款 1 017 616 元。2006 年 5 月 13 日，李伟补交面积差购房款 54 196 元及契税 32 154.36 元、公共维修资金 21 436 元、律师费 1500 元、公证费 220 元。2007 年 6 月 18 日，李伟取得该房屋的所有权证，房屋所有权人登记在李伟名下。在原审法院审理中，赵艳秋、李伟均表示 702 号房屋的现价值为 5 900 000 元，现该房屋由赵艳秋使用。赵艳秋在法院审理中主张购房款 1 067 616 元的来源为赵艳秋父亲给付 50 000 元、李伟母亲给付 821 000 元及赵艳秋、李伟的共同存款；购房款 54 196 元的来源为赵艳秋、李伟的共同存款，并主张上述 821 000 元中有 220 000 元为李伟、赵艳秋结婚礼金，100 000 元为赵艳秋、李伟共同存款。李伟主张购房款来源为其父母给付购房定金 50 000 元、其父母于 2005 年 8 月 6 日向赵艳秋的银行帐户内存入 150 000 元、其父母于 2005 年 8 月 7 日、8 日向赵艳秋银行账户内汇款 821 000 元、其父母于 2006 年 4 月 24 日向李伟银行帐户存入 100 000 元，702 号房屋系其父母出资为李伟购买。根据赵艳秋提供的证据显示：2006 年 5 月 13 日，赵艳秋银行帐户内被提取 28 000 元、李伟银行帐户内被提取 12 000

元。根据李伟提供的证据显示：2005 年 8 月 7 日、8 月 8 日，李伟之母王丽华向赵艳秋银行帐户内汇入总计 821 000 元；2006 年 4 月 24 日，王丽华向李伟银行帐户内存入 100 000 元，该帐户于 2006 年 5 月 13 日支出 75 632 元。李伟就其父母给付购房定金 50 000 元、其父母于 2005 年 8 月 6 日向赵艳秋的银行帐户内存入 150 000 元的主张，未向法院充分举证。

2006 年 5 月 17 日，赵艳秋作出买受人与出卖人签订《北京市商品房预售合同》，约定赵艳秋购买 1801 号房屋，房屋建筑面积 102.09 平方米，房价款 357 941 元。同日，赵艳秋购买北京市丰台区丰桥路 6 号院地下车库四-2 层 2-053 号车位（以下简称 053 号车位），车位款 130 000 元。赵艳秋支付上述购房款、车位款。2007 年 12 月 12 日，赵艳秋补交房屋面积差价款 10 760 元。2009 年 7 月 6 日，赵艳秋取得 1801 号房屋的所有权证，房屋性质为经济适用房，所有权人登记在赵艳秋名下。2008 年 10 月 22 日，赵艳秋取得 053 号车位的所有权证，所有权人登记在赵艳秋名下。在原审法院审理中，赵艳秋、李伟均表示 1801 号房屋及上述车位的现价值为 2 800 000 元，现该房屋由李伟使用。2011 年 11 月，父母李荣、王丽华作为原告起诉了赵艳秋、李伟，要求赵艳秋、李伟偿还因购买及装修 1801 号房屋向其借款 610 000 元及利息。2012 年 9 月 11 日，原审法院作出（2012）朝民初字 29646 号民事判决书，判决赵艳秋、李伟偿还李荣、王丽华借款 500 000 元及利息损失。现该判决已发生法律效力。

就两套房屋中的存放的财产、各自名下的存款、车辆的情况及债务情况双方均各自举证陈述。

裁判结果

北京市朝阳区人民法院于 2015 年 2 月作出判决：一、准赵艳秋与李伟离婚。二、婚生之女李音乐由赵艳秋负责抚育，李伟自判决生效之月起，按月支付子女抚育费一千五百元，至李音乐十八周岁止。三、自判决生效后次月起，李伟于每月第一周周六上午八时至十时将李音乐接走，当日下午十九时之前送回，赵艳秋予以协助。四、位于北京市朝阳区百子湾南二路 76 号院 3 号楼 2 单元 702 号房屋归赵艳秋所有；赵艳秋于判决生效后七日内给付李伟折价款五百二十万元。五、位于北京市丰台区丰桥路 6 号院 11 号楼 18 层 1 单元 1801 号房屋及北京市丰台区丰桥路 6 号院地下车库四-2 层 2-053 号车位归李伟所有；李伟于判决生效后七日内给付赵艳秋折价款一百四十万元。六、放置在北京市朝阳区百子湾南二路 76 号院 3 号楼 2 单元 702 号房屋内三星 37 寸电视一台、洗衣机一台、单开门冰箱一台、布艺沙发一套、布床头双人床一张、皮革床头双人床一张、电视柜一个、木质餐桌一张、椅子四把、木质衣柜二个、联想笔记本电脑一台，归赵艳秋所有。七、放置在北京市丰台区丰桥路 6 号院 11 号楼 18 层 1 单元 1801 号房屋内单开门冰箱一台、洗衣机一台、海尔热水器一台、美的壁挂空调二台、木质大衣柜一个、电视柜一个、布艺三人沙发一个、木质餐桌一张、椅子四把、双人床二张，归李伟所有。八、京 P60583 号车辆，归李伟所有；李伟于判决生效后七日内给付赵艳秋折价款三万元。九、双方名下存款、公积金归各自所有；李伟于判决生效后给付赵艳秋共同存款二十五万元。十、共同债务五十二万一千三百二十五元八角四分以及因借款产生的利息，由赵艳秋与李伟各自负担一半。十一、驳回赵艳秋其他诉讼请求。

判决后，李伟、赵艳秋均不服，双方上诉的主要争议在两套房产，尤其是 702 号房产的分配问题上。赵艳秋上诉认为李伟父母对 702 号房屋出资系对夫妻双方的赠与，故赵艳秋不应支付过多的房屋折价款给李伟。李伟上诉认为根据自己父母出资的情况及产权证登记在自己名下的事实，702 号房产应属于李伟的个人财产。

本院经审理后于 2015 年 12 月作出判决：一、维持北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第 21259 号民事判决第一项、第八项、第九项、第十项；二、撤销北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第 21259 号民事判决第四项、第五项、第六项、第七项、第十一项；、三、变更北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第 21259 号民事判决第二项为：李伟、赵艳秋之女李音乐由赵艳秋抚育，李伟自本判决生效之月起，每月支付赵艳秋子女抚育费三千六百元整，至李音乐十八岁止；四、变更北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第 21259 号民事判决第三项为：李伟每月探视李音乐二次，每次时间为周六上午八时至下午十九时之间（从本判决生效之月起执行）；五、位于北京市朝阳区百子湾南二路 76 号院 3 号楼 2 单元 702 号房屋归李伟所有，李伟于本判决生效后十日内支付赵艳秋折价款二百万元；前述房屋中的电器、家具等物品归李伟所有；六、位于北京市丰台区丰桥路 6 号院 11 号楼 18 层 1 单元 1801 号房屋及北京市丰台区丰桥路 6 号院地下车库四-2 层 2-053 号车位归赵艳秋所有，赵艳秋于本判决生效后十日内支付李伟房屋折价款一百二十万元；前述房屋内的电器、家具归赵艳秋所有；七、驳回李伟、赵艳秋的其他诉讼请求。

裁判理由

争议两套房产的裁判理由：

首先，根据本案已查明的情况，购买 702 号房屋的主要房款系来源于李伟父母。从目前查证属实的数额计算，共计 89 万余元。虽然李伟一方主张其余购房款亦系其父母支付，但根据本案目前证据，本院难以认定剩余房款系

李伟父母支付，故李伟主张依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释三》第七条第一款之规定，确认 702 号房屋系李伟父母对李伟个人的赠与，702 号房屋属李伟个人财产的请求，依据不足，本院不予支持。依据《中华人民共和国婚姻法》第十七条之规定，702 号房屋属于李伟、赵艳秋的夫妻共同财产。1801 号房屋依据该条款规定，亦应属于夫妻共同财产。涉案房屋的分割应考虑房屋出资的来源、当事人对房屋的贡献、房屋的登记情况、房屋的使用情况并兼顾保护妇女、儿童的合法权益等多种因素。虽然赵艳秋主张依据《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》第二十二条之规定，702 号房屋李伟父母的出资在没有明确赠与李伟个人的证据下，应属于李伟父母赠与夫妻双方的财产，但本院认为在分割房屋时应考虑购买房屋时出资的具体情况。李伟、赵艳秋在婚后两年之内购买两套房屋，购买两套房屋的出资主要部分均来源于李伟父母，无论李伟父母对该两套房屋出资的定性系赠与或借贷，李伟父母对于李伟、赵艳秋婚后获得住房，稳定婚姻生活质量的贡献不可忽视。且李伟父母对于两套房产的出资，系在李伟、赵艳秋婚姻关系存续的情况下支付，其意图明显系为李伟创造良好的婚姻生活环境，减轻儿女经济负担。现李伟、赵艳秋离婚，虽然依据相关法律规定李伟父母对于 702 号房屋的出资，应确定为对李伟、赵艳秋夫妻双方的赠与，但结合本案上述实际情况，从赠与财产的来源与赠与目的出发，李伟在 702 号房屋的份额应占据主要部分，故该套房屋宜判归李伟所有，李伟应支付合理的折价款给予赵艳秋，具体数额本院将结合房屋价款、从保护妇女、儿童利益的角度予以确定。原审法院仅从保护妇女、儿童利益角度出发，忽视本案房屋出资的具体情况，所作处理不妥，亦不合理。原审判决的处理结果，造成赵艳秋背负巨额债务，该结果既未保护妇女儿童的权利，亦造成李伟无法获得分割后的 702 号房屋的实际财产权益。本院对此予以纠正。1801 号房屋登记在赵艳秋名下，宜归赵艳秋所有，赵艳秋支付李伟相应折价款，具体数额本院将依据该房屋的价款、从保护妇女、儿童利益的角度予以确定。702 号房屋及 1801 号房屋内目前的家具电器随房屋归李伟或赵艳秋各自所有。

其次，赵艳秋主张孩子李音乐在 702 号房屋附近上学，以此作为主张 702 号房屋归属自己的依据之一。对此，本院认为，孩子上学带来的居住上的问题，属于赵艳秋与李伟抚育孩子的范畴。李伟与赵艳秋离婚，必然导致夫妻财产分割，并重新确定归属。财产分割与孩子抚育是两类性质的问题，虽然财产分割需要考虑孩子抚育的因素，但该因素并非绝对条件，财产分割本质上还是要针对财产本身形成的来源、性质等方面进行考虑。而双方对于子女抚育的问题，包括孩子上学等生活问题，作为孩子的父母，需要双方在离婚后协调沟通，利用双方各自在离婚后获得的财产为孩子的生活创造良好的条件，尤其是获得 702 号房屋的李伟一方，如何利用获得的财产为孩子上学提供良好的条件，系其作为父亲应承担的义务。

案例注解

一、婚后，父母部分出资为子女购房，该部分出资应认定为对夫妻双方的赠与，但该部分赠与财产仍可作为分割房屋份额的考量因素。

本案中，702 号房屋系男方父母在婚后部分出资购房，该出资比例达到购房款的百分之八十以上，但仍未能达到婚姻法解释三第七条第一款所认可的百分之百出资比例。故男方父母的该部分购房出资依据婚姻法解释二第二十二条之规定，应认定为对夫妻双方的赠与。该争议房产亦应认定为夫妻共同财产。由此可见，婚姻法解释三第七条第一款在司法实践适用过程中的把握是非常严格的。第一、婚后一方父母需要百分之百出资购房，第二、该房产登记在出资人子女名下。而实践中经常出现本案中的情况，即房屋产权登记在出资人子女名下，但父母并未能百分之百出资购房，尤其是客观事实上近乎全部出资但未能达到全部出资的情况，或因举证能力不足，造成法律事实上无法认定全部出资的情况。此时往往引起较大争议，在案件审理中易引起离婚双方当事人及双方父母矛盾激化，将三个家庭带进诉讼的漩涡，官司一打数年，缠诉闹访不断。究其根本原因还在于新生家庭接纳了原生家庭的财产后，原生家庭的财产大幅减少，以至于难以发挥养老功能，故新生家庭在接纳财产的同时，也承担起原生家庭的养老功能。一旦新生家庭解体，对原生家庭来说，也就意味着财产的丧失，养老保障消失。故当前离婚案件中反映的家庭财产矛盾，已不仅导致婚姻双方的关系解体，同时还影响甚至决定另外两个原生家庭的生活状态。避而不谈原生家庭的情况，不符合社会发展的实际，亦无法彻底解决社会矛盾，法律倡导的公平正义成为空谈。故在本案的处理中，将视角扩大到三个家庭的空间，将新生家庭与原生家庭对房产出资的情况作一回顾，以实事求是的态度探求父母出资的本意，由此在遵循婚姻法相关规定的情况下，尽量在房产份额的分配上，做到公平合理。赠与财产依据法律规定已经成为夫妻共同财产，但在分割房产份额的过程中，并不排除“赠与财产”作为考量房产分割的一个因素，从财产形成的贡献来看，亦可以作为出资方子女对房产的付出，故本案在确定争议房产系夫妻共同财产的性质基础上，在分割时充分考虑了赠与部分的情况，作出了相关的处理。

二、财产分配应以财产自身的情况为基础，在此基础上适用保护子女、妇女权益的原则，而不能仅仅片面强调

该原则。双方离婚所得的财产均应用于抚养教育子女。

本案中，女方一再以子女抚育为理由要求 702 号房屋归自己所有。而对 702 号房屋的财产构成如前所述，应以财产本身的性质作为分割的基础依据。子女抚育是分割的因素之一，与前述将“赠与财产”作为房产分割的考量因素是一样的性质，只是该条原则在财产分割中具有极其重要的地位，是处理婚姻家庭的基本原则。原则的适用需要以实际的财产作为依托，而考量财产应从财产自身的性质出发，在基础性的分配前提下，适用该条原则，进一步平衡双方利益，达到财产分配的公正合理。且房产归属与谁并不一定代表利益分配的有利性。本案中，从女方的经济状况来看，房产归属与其势必造成巨额债务，男方亦无法实现其分配利益。该种处理结果必然会引起双方不满，而女方的利益亦未得到实际保护。故妇女、儿童权益在离婚案件中如何保护，应从案件的实际出发，不可机械操作。另外，子女的抚养教育不因离婚案件的结束而终止，双方因离婚得到的财产均具有抚养教育子女的功能。子女的抚养教育问题应从长远角度出发进行考虑，不应仅局限于案件本身。从方便抚养出发，直接抚养子女的一方往往较未直接抚养子女一方在财产分配上占据更为有利的地位，但这不意味着未直接抚养子女一方所获得财产就不再具有教育抚养子女的功能，故本案在最后虽然将争议较大的 702 号房屋分配给了未直接抚养子女一方的男方，但仍特别强调作为父亲应利用自己获得的财产为子女的成长教育承担自己应负担的责任。

署名:合议庭成员：邓青菁、张玉娜、刘向飞

承办人：邓青菁

编写人：邓青菁

婚姻法解释二 24 条的存废之争归根结蒂是一个学术之争

2017-02-13 王礼仁

婚姻法解释二 24 条的存废之争，归根结蒂是一个学术之争。目前，废止 24 条的主要阻力在于学界维持的观点占主流。解决学术争议，应当用学术方法解决，不能把 24 条废止难，完全归责于最高院，也不能把 24 条废止的希望，都寄托于最高院。目前，当务之急是扫清废止 24 条的理论障碍。

一、学术问题用学术方法解决，坚持君子之争

我批评 24 条的错误，始终都是从学术的角度进行分析评论。包括对一些学者和最高院法官个人观点提出的不同意见，也都以学术分析方法展开的。尽管有时言辞犀利，但都是讲法理，摆事实。

同时，我对任何学术上的争议讨论，都是对事不对人。即只针对学术观点，不针对学术学者本人。所以，我对不同观点的反对或批评，一般不会考虑作者身份背景（认理不认人），只要是我认为有问题者，都会提出不同看法。但我绝对不会为了反对某个人而反对或批评。

以最高院吴晓芳为例，我批评她的观点较多的是 24 条和登记婚姻效力行政诉讼。但我们在很多学术观点上又是保持一致的，或是相互支持的。比如在在亲子诉讼、夫妻赠与等方面，无论是在司法解释制定过程中，还是在实施过程中，我是坚定的支持者。

吴晓芳法官也善于听取意见，对我也有很大支持。比如重婚无效能否阻却问题。她改变自己的看法支持了我的观点，并亲自审阅我的稿件刊在最高院刊物上。登记婚姻效力行政诉讼，她后来也放弃原来的观点。

吴晓芳法官对婚姻法学理论和婚姻法司法解释做出了许多贡献，值得充分肯定。吴晓芳法官也是我最关注和学习的主要学者（法官型学者）之一。她也是我长期跟踪研究和学习的主要对象之一。可以说，她的每一篇文章和各地讲座内容，我都了如指掌，并认真学习和研究。

我关注吴晓芳法官，主要是她的身份和影响。吴晓芳法官的有些观点实际上就是学术上的主流观点，我反对吴晓芳法官的观点，实际上是以吴晓芳法官为媒介，反对某些主流观点。

二、法学理论对立法和司法解释具有直接影响力

主流学术观点不仅直接影响立法或司法解释，而且凡是学术上阻力大，司法解释中的问题或错误也难以纠正。只有学术上不太关注的问题或反对少的问题，才容易纠正。夫妻债务的相关规则也是如此。

（一 ）理论上阻力小的两个夫妻债务处理意见最高院则放弃原先立场

最高院有两个文件涉及夫妻债务，我先后有两次批评和质疑，因为没有学界阻力，最高人民法院最终放弃你了原来的立场。

一是最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（征求意见稿）》第 29 条，对夫妻一方以个人名义对外借款的处理原则，基本上还是沿袭了婚姻法解释二 24 条的逻辑思维。我在《<婚姻法>解释二第 24 条的三大错误与三大伤害》【1】一文中，对 29 条提出了尖锐批评，最高院最终取消该规定。

二是第八次民事商事会议纪要(征求意见稿)中的夫妻债务处理意见，我在《对最高法院关于夫妻债务六个补充

意见的简评》【2】和相关文章中，也表示质疑，最后的正式纪要，也取消了夫妻债务规定。

（二）24 条废止或修改难的阻力来自于理论界

根据我的了解，24 条出台后，理论上很少批评，即使有批评，也没有人提出废止。现在虽然在理论界有部分学者主张废止，但仍然是少数派。

我多次通过各种渠道或各种形式“试水”，发现理论上的反对废止的声音仍然是主流。即使最近，理论界反对废止 24 条仍然处于优势。比如，我将我主张废止 24 条的文章发到不同微群里，在学者较多的群里，反对者多余支持者。

（三）对理论上废止 24 条的阻力或影响不可低估

如前所述，主流理论始终影响或左右立法和司法解释。比如，登记婚姻效力行政诉讼，在制定过程中，我提出了反对意见，后来草案删除了登记婚姻效力行政诉讼。但在最后通过前，还是被学者强行推上去了。结果造成了“一卡二乱三慢”的登记婚姻效力行政诉讼乱像。实际上，很多司法解释都是受学者观点影响。但一旦在司法实践中出现问题，受指责的自然还是最高院。在人们对司法解释三一片质疑和反对声中，2015 年在北京的一次学术会议上，我对一名知名学者提出了“司法解释三的学者责任问题”。当然不是说追究学者责任，而是说，有些问题，学者也值得反思，问题并不仅仅是最高院或吴晓芳法官所致。

对于 24 条也是如此，吴晓芳法官也曾力图修改。但也是因为受到理论上所谓“合同相对论”方案的影响，最终夭折。

24 条与婚姻法 41 条相对立的“内外有别论”，实际上也并不是吴晓芳法官提出来的，也是其他人的观点，但最后成为主流观点。我批评吴晓芳法官的“内外有别论”，实际上也是批评“内外有别论”背后的主流观点，吴晓芳法官只是一个靶子，代人受过而已。

2016 年，吴晓芳法官也曾提出，现在的“内外有别论”理论确实存在问题。但目前理论界还是有很多人坚持这种“内外有别”观点不放，并认为它有利于保护债权人。这就造成了 24 条废止难。

三、废止 24 条的关键在于扫清理论障碍，达成理论共识

由于 24 条的存废之争归根结蒂是一个学术之争、理论之争，最终也只能通过理论方法解决。

1.目前要调整思维，要把 24 条能否废止作为一个理论争议问题对待。即应当把 24 条存废的理论根据作为主要研究对象，澄清理论是非问题。

2.主张存废 24 条的人们，要把扫清理论障碍作为首要任务。只有站在理论的制高点，才能最终取得胜利。

3.主张维持 24 条的人们，要提出充分合理的论证，对 24 条本身存在的缺陷及其造成的实际后果，要从理论上与实践上进行有说服力、有实际效果的回应。否则，难以服众。

希望能够通过真正的学术争鸣，最终达成 24 条存废的理论共识。

注释

【1】《<婚姻法>解释（二）》第 24 条的三大错误与三大伤害》,北大法律信息网，

http://article.chinalawinfo.com/Space/SpaceIndex.aspx?AuthorId=105878&&PubDate=2015-01

中国社会科学网， http://www.cssn.cn/fx/fx_hyfx/201501/t20150128_1495641_4.shtml

【2】《对最高法院关于夫妻债务六个补充意见的简评》

http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0102wwfv.htm

共同签字不是防止虚假夫妻债务的神丹妙药——兼谈夫妻共同债务规则构建

湖北省宜昌市中级人民法院 王礼仁

王礼仁，湖北省宜昌市中级人民法院审判长，三峡大学法学院兼职教授，主要从事婚姻审判理论与实务研究。

来源：婚姻法直播的博客（新浪博客）

【摘要】 共同签字不是防止虚假夫妻债务的神丹妙药，家事借贷性质与举证责任分配，才是防止虚假债务与违法债务的有效手段。目前产生虚假债务和违法债务的根本原因，不在于是否共同签字，而是推定规则和举证责任分配错误。

【关键词】夫妻债务；共同签字；虚假债务;违法债务；防止

夫妻债务共同签字由“反 24 条联盟”率先提出，[1]随后得到了社会各方面的积极相应和认可。目前包括夫妻债务的受害者及部分全国人大代表、[2]法官、[3]学者[4]等，都主张夫妻债务应当实行共同签字或者实行大额共同签字制度。

这种建议也引起了最高人民法院的关注与认可。最高人民法院一些法官也提出：“建议立法机关在编纂民法典

‘婚姻家庭编’时，专门规定夫妻一方大额举债应由另一方签字同意或事后追认，否则应由举债一方承担偿还责任。这样规定有利于避免婚姻风险，平衡保护债权人和未举债夫妻一方的利益。”［5］ 可以说，共同签字已经成为当前完善夫妻债务的主流观点。

我认为，夫妻债务共同签字自然有一定好处，一是判断是否属于夫妻共同债务可以“一刀切”，以是否签字为准，司法操作比较简单；二是可以强化家事知情权，对防止虚假违法债务有一些作用。我也支持共同签字，可以把共同签字作为认定夫妻共同债务的一种形式。但不要一味迷信共同签字，高估共同签字的价值与作用，更不能把共同签字作为认定夫妻共同的唯一根据。无论是一律共同签字，还是大额共同签字或事后追认，都不是预防虚假违法夫妻债务的神丹妙药。

而且，单纯强调以共同签字形式要件认定是否属于夫妻共同债务，忽视夫妻债务的实质要件，还会在理论和实践中滋生诸多问题。一是违反夫妻共同债务本质；二是在现实生活中难以行通；三是并不能从根本上杜绝虚假违法债务；四是现行夫妻债务制度与签字制度无法在过度期间有效连接；等等。

首先，对于目前现行制度下的夫妻债务应当如何处理，共同签字制度无法解决，即目前没有共同签字的夫妻债务不可能考虑用将来预设的立法去处理。同时，当共同签字制度实施后，共同签字制度生效前的债务如何处理，也是一个问题。如对于没有共同签字的夫妻债务，是否一律认定为个人债务？如果不认定个人债务，又将采取何种标准处理？共同签字的夫妻债务判断标准，在新旧法律交替实施的衔接过程中，将会出现严重的混乱现象。

其二，即使在未来的立法中，按照共同签字认定夫妻债务也并非是最佳选择。重大家庭事务需要共同决定，这在家事代理制度中规定是很有必要的，但却不能将其作为判断共同责任或共同债务的唯一条件。完全依照是否共同签字的形式要件判断是否夫妻共同债务，将会面临诸多挑战。如当共同签字出现欺诈时，怎么办？当没有共同签字的大额借贷用于正当家庭生活时，如何认定？当不需要签字的小额借贷，没有用于家庭生活时，如何认定？当一方不能签字或拒绝签字时，一方用于家庭生活的单独借贷，如何处理？等等。

法律的科学性不在于刻板和细微，而在于疏而不漏。夫妻共同债务无法用一个刻板的“一刀式”标准解决所有问题。共同签字并不能应对各种复杂的夫妻债务现状，只有回到夫妻共同债务的本质上，科学界定夫妻共同债务，合理分配举证责任，才是解决夫妻债务的有效途径。

一、大额共同签字只是程序（形式）要件，不能成为判断是否属于夫妻共同债务唯一要件

1. 一方借贷数额大小只与家是代理权限有关，仅仅涉及家事代理权的范围，与是否属于夫妻共同债务并无必然联系。

2. 重大家庭事务由夫妻共同决定的意义主要有二：一是贯彻夫妻平等原则，防止一方独断专权，增加透明度和知情权；二是重大家事共同协商决定，有利于决策的科学性，减少失误。

3. 重大家庭事务由夫妻共同决定，主要强调的是“程序要件”，而夫妻责任并不能完全根据程序决定。就夫妻债务而言，是否符合夫妻共同债务，不能仅仅只看程序要件，还要看“实质要件”。大额借贷的程序要件，并不能决定夫妻债务的真正性质。比如，虽然非为共同签字的重大借贷，但确实用于共同生活者，亦属于夫妻共同债务。相反，不需要共同决定的小额借贷，非为家庭生活，而是用于个人赌博等挥霍浪费，亦非共同债务。因而，判断是否属于共同债务，不能单纯看是否大额或共同签字，而应根据夫妻共同债务本质判断。

二、根据现有法律和法理，巨额借贷理自然属共同决定事项，民法上不宜单独规定巨额债务标准

婚姻法解释一对家事代理权限已经做了相应规定，其中明确规定家庭重大事项应当共同决定。巨额借贷明显不属于日常家事代理范围，自然属于由夫妻共同决定的重大事项。因而，对于巨额借贷，事实上已经属于共同签字的范围。将来制定民法典时，在“婚姻家庭法”一编中设立家事代理权时，也只需要规定重大事项夫妻共同决定即可，夫妻债务中的大额标准不宜在民法中直接规定。但在司法实践中，各地可以根据具体情况掌握。对于应当共同决定（签字）而没有共同决定的大额借贷，应当合理分配风险责任。

三、在法律中强制规定共同签字才能认定共同债务，未免过于僵化，司法中也难以执行

因为强行规定大额共同签字制度，就必须明确大额的起点标准，划分大额与小额的界限。而大额标准因地区差异、家庭差异难以有一个统一标准，只能根据各个家庭具体情况确定，其具体标准难以确定。即使确定一个具体标准，也不能成为区分个人债务与共同债务的唯一标准。

1. 确定大额标准后，未达到大额标准、不需要共同签字的一方小额借贷，是否都要认定夫妻共同债务？比如未达到共同签字大额标准的小额借贷，确实用在赌博等非家庭生活上，对此是否可以以小额不需要签字为由，都要认定夫妻共同债务？如果认为一方小额借贷不一定都认定夫妻共同债务，那又适用什么标准判断呢？

2. 一旦确定大额共同签字具体标准后，一方巨额举债没有共同签字，但其确实用于家庭共同生活或经营，是否

一律不认定为夫妻共同债务，强制排除于夫妻共同债务之外？如果认为一方用于家庭共同生活或经营的巨额举债，可以认定夫妻共同债务，那这又是适用什么标准判断呢？

3. 当立法上确定大额共同签字具体标准后，一方根据法律确定的大额标准，采取“化大为小、化整为零”，将一次借款变为多次借款，用于个人挥霍，那又将用什么标准判断是否属于夫妻共同债务呢？

可见，以共同签字作为认定夫妻共同债务的标准，对于没有用于共同生活的小额借贷与用于共同生活的大额借贷，如何划分是否属于夫妻共同债务的标准则面临困境。

四、共同签字在现实夫妻实际生活中也无法完全行通。从现实生活看，至少有下列诸多情形，事实上不可能共同签字

1. 夫妻一方临时出现神志不清而家庭需要借款。比如一方处于病危等紧急情况下，另一方为其借贷治病，结果抢救无效而死亡。这个没有共同签字的债务在处理死亡配偶遗产时，如果继承人为争夺遗产发生纠纷后，其他继承人能否以没有共同签字和追认为由，否认为共同债务呢？如果不能否认其为夫妻共同债务，那又适用什么标准判断呢？

2. 一方长期神志不清，另一方处理家事需要借贷。如有的夫妻一方是无行为能力人或限制行为能力人（包括精神失常者与低智能者），没有处理家事能力，对是否需要借贷也无法正确判断或无识别能力，另一方能否单独举债？其单独举债用于家庭生活能否认定共同债务？

3. 夫妻两地分居（在外打工经商或临时出差等），双方不在一起时，一方因家事确实需要借贷。如一方在外经商的巨额借贷，确实用在经营上，或者一方在家的巨额借贷，确实用在家庭生活上，举债人也可以证实，但因事后夫妻闹矛盾，另一方不认可、不追认了，又将如何处理呢？

五、共同签字无法杜绝虚假债务或许沦为新的害人工具

大额共同签字作为唯一判断标准后，不仅可能使虚假或违法债务通过小额借贷或化整为零的小额借贷中“漏网”，而且将共同签字作为判断夫妻债务的唯一标准，还可能会弄巧成拙，把另一方“做死”，签字可能成为一种新的害人工具。

夫妻之间的知情权或重大事项共同决定，与男女平等原则一样重要，都是完全必要的，都是应当大力提倡和努力实现的。但在没有完全实现男女平等的前提下，夫妻之间的知情权或重大事项共同决定也不可能完全实现。同时，在部分男女不平等的家庭，强制共同签字则可能流于形式，成为另一方利用的“橡皮图章”。比如，不参与经营或不能控制家庭开支的家庭妇女，对于她们来讲，所谓家庭财产知情权，只能靠男方告知。所谓借贷实际用途，也只能听男方怎么说。如果男方借款时不如实告知或编造借款用途，女方又怎么能够知道？如果女方不能控制经营或家庭开支，借款后的实际用途她事实上也无法知晓或控制。特别是在夫妻感情好的时候，另一方又有什么理由怀疑，只能深信无疑。因而，共同额签字的初衷虽然是美好的，但不能达到预期效果。在男女不平等的家庭，无论如何强调知情权或重大事项共同决定，事实上不可能实现。在无法了解真实情况或无法控制资金实际用途情况下共同签字，无疑会出现漏洞，共同签字形式与实质不符的情形，将会给司法带来新挑战。

1. 硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，可能会滋生“空白借条”批量签字现象。在现实生活中，有很多夫妻并没有达到政治和经济完全平等，而且在现有家庭中，至少有 10%的家庭是夫妻“一方执政”（多数是男方），即家庭事务和经济开支等各种家庭事务完全由一方决定或经手，另一方对家庭的经济开支等事务处于不管、不问、不知状态。对于这种类型的家庭，夫妻共同签字则可能成为一种多余的形式。

但一旦法律规定签字为判断夫妻债务的唯一标准后，完全“执政”一方就可能要求另一方批量签署空白借条，以便自己对外经营或处理其他家事借贷之用。另一方也不得不签订“空白借条”，以表示“概括授权”，但实际用途则仍然一无所知。如果“执政”一方产生离婚念头或者心怀不测，就可以借“空白借条”大做文章，单位“空白公章”乱用的现象，将为成为夫妻借贷的翻版，离婚审查“空白借条”效力可能成为新常态。

2. 硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，还可能出现骗取对方签字或或欺诈性签字等现象。对于夫妻“共同执政”来说，如果一方采取欺诈手段让另一方签字，但事后发现借款并非用于夫妻共同生活。对此又将如何处理？如果将共同签字上升为认定债务的唯一依据，共同签字就可以把另一方“做死”。

现有夫妻共同债务认定标准主要以用于共同生活为标准，以夫妻合意为补充，夫妻合意债务并不一定用于夫妻生活。但一旦将合意上升为认定夫妻共同债务的唯一要件后，只要共同签字，一方没有用于家庭生活，都要认定共同债务，这对不能直接控制用途的一方来讲，显然与签字初衷不合。在这种情况下，签字只是更有利益保护举债人和债权人，对签字一方反而更不利。

3. 不硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，受欺诈签字方有救济路径。对于一方采取欺诈手段或与

债权人恶意串通，以“家事借贷”为由让另一方签字借贷，但实际上其借贷没有用于家庭生活。如果不硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，签字方则可在夫妻内部不承担责任。能够证明债权人有恶意串通的，对债权人也可以不承担责任。

六、硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，违反婚姻法的基本法理，破坏婚姻法律体系的统一性

在夫妻债务上完全以共同签字为判断夫妻债务的标准，不符合婚姻法家事代理的基本原理，这种立法与整个婚姻立法体系不协调。夫妻一方对外借贷，只是家事代理的很小一部分，硬行规定夫妻债务必须共同签字，则直接涉及夫妻一方对外有无家事代理权的重大立法问题，即其它家事也是否都要共同签字？没有共同签字的一方家事代理行为是否对另一方都不产生法律效力？夫妻之间还有无家事代理权？同时，如前所述，共同签字或共同决定，也只涉及家事的程序问题，另一方是否承担责任，则主要看实质内容，用程序要件否认实质责任，也缺乏正当性法律根据和理论基础。

七、共同签字还可能会侵害弱势配偶一方权利

如果硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，在婚姻关系中还可能出现两极分化的不平等借贷现象。即夫妻中掌握财权的一方，可以不需要对方签字，自己借贷自己偿还，而没有掌握财权的弱势配偶一方（多数是妇女）真正需要借贷时，则可能面临无法借贷的困境。

一是由于弱势配偶一方没有独立的偿还能力，一旦有了签字制度后，债权人很难区别那是大额、那是小额的具体标准，无法判断是否应当共同签字，对于没有偿还能力的配偶一方，债权人可能会因顾忌另一方没有签字事后不追认，干脆不借给没有独立偿还能力的弱势一方。那么，如果弱势一方在紧急情况下（如生病住院等）对方无法签字（当时不在一起），需要大笔资金时，没有另一方的签字，就可能难以借到资金，以致损害其合法权益。

二是在双方感情不好或产生矛盾时，另一方拒绝签字，弱势配偶一方因维持必要生活需要（日常生活、医疗、子女抚养等）借贷，也会难以借贷。

三是被遗弃、被虐待的配偶因生活需要借贷，另一方根本不可能签字。

很显然，硬行规定共同签字为判断夫妻债务的唯一标准，弱势配偶一方只能面临两种结果。一是无法借贷；二是即使借贷后（如有借贷能力的父母兄弟姐妹因同情其遭遇而借贷），按共同签字论，也难以认定共同债务。无论是哪种结果，对弱势配偶一方不仅不公平，更会损害其合法权利。

但如果没有这种呆板的签字制度，弱势一方因生活需要借款，债权人只需要考虑家庭或夫妻共同有偿还能力，就可以放心的借贷。而且，只要是用于正常生活需要，弱势一方需要借贷，对方不签字或不能签字，弱势一方单独借款（包括巨额医疗费借贷等）后，法院也可以认定为夫妻共同债务，强制另一方承担责任。

八、法律不需要强制规定共同签字才能认定共同债务，只需要合理分配风险责任即可

各个家庭情况不同，夫妻关系不同，借贷人与出借人的信任程度也不同，法律只需要规定重大事项共同决定即可。对具体事项是否共同商议，由夫妻根据具体情况选择决定。根据家事代理权限，对于本应当由夫妻共同决定的巨额借贷，夫妻一方决定或者债权人仅向夫妻一方借贷，他们就应当承担相应的风险责任。夫妻一方主张共同债务时，就需要证明用于家庭生活。债权人主张另一方承担连带责任时，也应当证明其家事借贷性质或有理由相信是夫妻共同合意的善意。否则，另一方不承担偿还责任。这样规定比大额签字的死规定更具灵活性和科学性。

九、处理夫妻债务的关键在于坚持“家事借贷”原则，合理分配举证责任

目前产生虚假债务和违法债务根本原因不在于是否共同签字，而是推定规则和举证责任分配错误。

只要把一方借贷的共同责任限定在“家事借贷”（即为家庭需要借贷）性质内，并合理分配举证责任，就完全可以堵塞虚假违法债务漏洞。由于法律对 “日常家事借贷”与 “重大家事借贷”的要求不同，其证明也不尽相同。

1.对于日常家事范围的举债，债权人主张债务时，应当举证证明用于家庭共同生活，或者对自己有理由相信用于家庭共同生活的“善意”作出合理解释或证明。否则，不能认定为夫妻共同债务。

2.对于巨额举债，本应当由夫妻共同决定，但债权人仅与一方交易，他就应当承担由此带来的风险。即债权人主张夫妻共同承担责任时，应当证明一方举债用于家庭需要。不能证明用于家庭需要的，则要证明自己有理由相信属于夫妻共同合意。否则，不能认定为夫妻共同债务。对于巨额举债，只要是用于家庭需要，都容易证明。没有用于家庭需要，债权人证明自己有理由相信属于夫妻共同合意，其证明难度很大。这样，不仅可以将非举债方的责任控制在“家事借贷”范围内，排除虚假或违法债务，还可以倒逼债权人主动控制风险，对于巨额举债进行风险评估，自行决定是否要求另一方签字。

3.上述规则也适用于目前处理夫妻债务。对于目前的夫妻借贷，尤其是大额借贷，完全可以按照上述规则处理。而且有婚姻法 41 条和婚姻法解释一家事代理规定为依据。

十、小结

无论是从家事代理原理上看，还是从现实生活看，大额借贷共同签字，只能作为司法实践中判断是否属于夫妻共同债务标准之一，但不宜作为唯一判断标准，故无需在立法上规定共同签字才能认定夫妻共同债务，只需要合理分配举证责任即可。

无论是从家事代理原理上看，还是从现实生活看，大额借贷共同签字，只能作为司法实践中判断是否属于夫妻共同债务标准之一，不宜作为唯一判断标准。故不宜在民法上规定共同签字才能认定夫妻共同债务，只需要合理分配举证责任即可。

只要规则合理，不签字有时可能对债权人不利，签字对债权人倒是更有利。这样可以倒逼债权人主动要求夫妻共同签字，以减少风险（目前银行贷款即是如此）。相反，夫妻签字则要倍加警惕，稍不注意，则会掉入签字陷阱，处于不利地位。

总之，防止夫妻虚假违法债务，主要在于科学界定夫妻共同债务标准，合理分配举证责任，与共同签字与否并无直接关系。重大家事共同决定或重大借贷共同签字，虽对认定夫妻共同责任有一定作用，但更多意义则是体现夫妻在家庭事务中的知情权和平等决策权。

注释

[1]《婚姻法》解释（二）第24条】显蝇露蛆 http://www.360doc.com/content/16/0125/14/13571124_530446009.shtml；婚姻有风险，领证需谨慎 http://media.weibo.cn/article?id=2309403979445504498570&jumpfrom=weibocom&from=timeline&isappinstalled=0

[2]妇女抱团维权“反24条联盟” 夫妻共同债务或致妇女权益受损 http://www.nmzx.org.cn/bencandy.php?fid=72&id=59811

代表建议修改认定夫妻共同债务法定条件借贷合同上须夫妻共同签字 中国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/dbgz/2015-04/30/content_1935306.htm

[3]温岭市人民法院陈泳滨《对于完善夫妻共同债务案件裁判规则的思考——以《婚姻法》第41条和《婚姻法解释二》第24条为分析对象》夏吟兰，龙翼飞主编 《家事法研究》，2014年卷， 社会科学文献出版社，2014年10月出版 ，第272页。

芜湖市镜湖区人民法院民一庭丁玉婷《从倾斜到平衡：论夫妻共同债务推定制度的反思与重构》，http://whjhq.gov.cn/714/readnews.asp?id=1295 。

[4]梁经顺 李俊论夫妻共同债务的确认及其风险防范，《西南政法大学学报》 2011年05期

[5]最高院民一庭第二合议庭《关于2012－2014年离婚案件相关情况的调查分析报告》（执笔人：最高院民一庭吴晓芳法官）原载于2016年6月出版的《民事审判指导与参考》（总64辑）。

“物权法与法官裁判思维的相关问题”

2017-02-17 北京审判 北京三中院民三庭

编者按:北京市第三中级人民法院邀请中国人民大学姚辉教授讲授了“物权法与法官裁判思维的相关问题” ，该院民三庭结合姚辉教授的授课内容及审判实务，梳理出若干疑难问题，经过法官会议讨论，形成如下意见，供审判参考。

一、在法教义学中，如何划分不动产物权的变动模式？

姚辉教授认为，不动产物权变动模式是法教义学中的一个基本命题。一般认为，物权的变动分为基于法律行为的物权变动和基于事实行为的物权变动。在基于法律行为的物权变动中，立法例上主要有两种模式：登记要件主义和登记对抗主义。登记要件主义是指登记公示对于依法律行为而发生的物权变动，发挥决定物权成立的作用。在此种模式下，发生变动的不动产物权以登记为成立要件，未经登记则不成立，登记的性质为设权登记。德国、我国台湾地区民法原则上采此模式。登记对抗主义是指登记对于依法律行为而发生的物权变动，只发挥物权成立的证明作用，而不发挥决定作用。在此种模式下，不动产物权变动以登记为对抗要件，虽未经登记，物权仍然成立，但登记后该物权可以对抗第三人，登记的性质为宣示登记。法国、日本民法原则上采此模式。我国司法中很多疑难案件的产生，根本原因在于对法教义学缺乏共识，以致法官裁判案件时，在请求权基础上达不成一致。

二、基于《物权法》第九条和第二十四条的规定，应如何理解我国法律所确定的物权变动模式？

我们认为，在法教义学上，不动产物权是以登记为公示形式，动产物权是以占有为公示形式。在实践中，需要注意对于船舶、航空器和机动车等特殊动产物权变动模式的把握。特殊动产与普通动产的区别在于，其在行政管理

上需要进行登记，未进行登记不得对抗善意第三人；但其物权变动仍然需要通过占有的方式实现。故第三人若要对交易安全产生合理信赖，就有必要对交易相对人是否同时是特殊动产的占有人及物权登记人两方面进行审查，否则其主观状态就难以被认定为“善意”。以此来理解《物权法司法解释（一）》第六条规定，特殊动产受让人已经支付对价并取得占有的，物权已经发生变动；而转让人虽是物权登记人，但欠缺对特殊动产占有的公示形式，故其债权人不应被认定为属于“善意第三人”。在另一种情况下，如果特殊动产通过占有改定后仍由转让人占有，或交付后受让人又转借给转让人使用，且仍登记在转让人名下，此时与之交易的第三人通过占有和物权登记两方面审查，无法得知物权已经发生变动的事实，则应被认为属于“善意第三人”。

三、应如何理解《物权法司法解释（一）》中所确定的民事诉讼与行政诉讼的关系？

我们认为，在司法实践中，应当注意区别不同案件中民事诉讼与行政诉讼的性质。基于不动产物权归属及其原因行为所产生的争议，应当属于民事争议的性质。具体而言，当事人以产生不动产登记行为的基础法律关系，如买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等为由提起相应诉讼，要求法院做出与不动产登记情况相异的判决的，人民法院应当作为民事案件受理，而不应以登记的公信力为由，要求当事人先提起行政诉讼，再来解决民事争议。同时，根据《物权法司法解释（一）》第一条的“但书”内容，如果当事人依据《行政诉讼法》第 61 条规定，已经提起行政诉讼并申请一并解决民事争议的，且人民法院一并审理的，其无需另行提起民事诉讼。

四、出卖人因履行房屋买卖合同将房屋过户至买受人名下，后法院判决确定该房屋买卖合同无效，则该房屋的所有权何时产生变更？还是自始未发生变更？

姚辉教授指出，通常的理解是只有自房屋重新变更所有权登记后，物权方归出卖人所有。这种理解符合对于《物权法》第九条的表面认知，但混淆了登记形式与权利本体的区别。姚辉教授认为，应当区分权利表征与权利本体，不应将二者等同视之，不能认为表征不变，权利就不变；登记状况仅是权利表征，登记变更并不必然代表权利本体的变更。权利与登记的关系应当是：由真实的权利状态决定登记，而非由登记决定权利状态。以此思路来讨论，当法院生效判决确认房屋买卖合同无效时，就产生了所有权的变更，应当认定房屋所有权此时恢复到初始状态。

五、裁判中应如何处理民事行为的判断和其他性质的判断之间的关系？

姚辉教授认为，民法上判断应当以民事法律作为依据，而不应被其他性质的判断来取代。具体而言，在关于不动产物权登记与归属的案件中，对于当事人基于意思自治的设权行为的判断不应依赖于行政机关的权利表征行为；在民刑交叉案件中，对于民事中基于当事人意思自治行为的判断不应依赖于公法的判断。如在民间借贷案件中，借贷行为涉嫌犯罪或已经构成犯罪的情况下，合同是否有效？按照传统思维，这样的合同因为违法当然无效；但在《民间借贷司法解释》第十三条中规定，这样的合同并不是必然无效，而是要依赖于根据《合同法》第五十二条和《民间借贷司法解释》第十四条进行的判断；因此，不能当然认为《合同法》第五十二条中的“法律”必然包括刑法，否则就失之于简单。此外，不能以行政规制来代替民事审判，更加不能试图通过民事审判来达到行政规制的目的。如在关于资质挂靠的案件中，驾驶员发生交通事故，是否应当就此确认驾驶员与被挂靠单位之间有劳动关系？而实质上，双方之间很可能是雇佣关系而非劳动关系。故不能因为想要达到遏制挂靠的行政管理目的，就当然的认定双方之间存在劳动关系。

六、如何全面理解《物权法》第十五条关于物权变动原因与结果相区分的原则？

姚辉教授认为，合同约定的物权变动是否发生，原则上不应影响到债权的设立及合同的效力。在审判中应当排除行政管理对合同效力的影响，将合同效力与物权变动脱钩，将买卖合同等设立债权的负担行为与动产交付、过户登记等引起物权变动的处分行为相区分。具体而言，认定物权变动是否成立，在不动产是以登记为准，动产以交付为准；而认定合同是否有效，则要从行为人的民事行为能力、意思表示真实、内容不违反效力性强制性规定、内容实现具客观可能性等方面予以考虑。即物权变动是否实现，不影响合同效力。例如，矿业权转让合同未经国土资源主管部门批准并办理矿业权变更登记的情况下，当事人主张矿业权发生物权变动效力的，人民法院应当不予支持。在合同是否生效这个关键问题上，有观点认为合同自国土资源主管部门批准之日起生效，但合同中报批义务及相关条款除外；也有观点认为合同自成立之日起具有法律约束力，这就涉及到在区分债权行为与物权变动的前提下，不同解释路径的问题。但无论持何种观点，当事人仅以未经国土资源主管部门批准为由主张合同整体无效的，人民法院不应予以支持。从最高法院的司法解释来看，《合同法解释（二）》第十五条、《买卖合同司法解释》第三条规定，都秉持了将物权变动与债权行为予以区分的原则，历年司法解释的观点是一致的。

我们认为，应当建立起将债权行为与物权变动相区分的理念。但应当进一步注意区分的是，作为物权变动生效要件的登记，与作为合同生效要件的行政管理部门的审核批准，属于两个不同的概念。《物权法》第十五条虽然规定了当事人订立的涉及物权变动的合同，其效力不受物权变动是否实际发生的影响，但并不能以此推出合同必然生

效的结论，该条同时对合同生效规定了前提条件，即“除法律另有规定或者合同另有约定外”。《合同法》第四十四条第二款规定，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。在这里，批准、登记等手续是该类合同生效的法定要件。因此，虽然应将债权行为与物权变动相区分，认定合同生效与否不受物权是否变动的影响；但如果法律对合同生效要件另有规定的，应当从其规定。

七、根据《物权法》第二十八条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第七条规定，能够“导致物权设立、变更、转让或者消灭”的人民法院、仲裁委员会的法律文书范围应当如何确定？

姚辉教授认为，从物权法第二十八条的文义看，并非人民法院、仲裁委员会作出的所有法律文书均可直接引起物权变动。究竟哪些法律文书能够引起物权变动，实践中存在一定争议。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》对此进行了限缩性解释，规定“在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书”方属于物权法第二十八条所称的法律文书。因此，针对诉讼、仲裁和执行中的程序性问题或者特定事项作出的裁定、决定、命令、通知书等，以及单纯解决身份关系的法律文书，原则上不涉及物权设立、转让、变更或者消灭，不会直接引起物权变动；确认法律文书只是确认当事人是否享有所争议的物权，并不改变原来已存在的物权，也不导致物权变动；给付法律文书并没有改变既存的法律关系，而只是经由生效裁判实现当事人之间既存的法律关系，故均不应属于物权法第二十八条所称的导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书。而形成性法律文书在确定之时，无须强制执行就自动发生法律关系变动的效果，因此，形成性法律文书应当属于物权法第二十八条所称的导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书。

八、如何认识作为裁判方法的利益衡量？

姚辉教授认为，利益衡量在有些时候可以实现，比如在生命健康权与名誉权发生冲突时，一般认为生命健康权要重于名誉权；但在很多时候，利益衡量可能面临着不存在压倒性利益的价值判断困境。比如在某案中，村民大会作出决议将荒地长期承包给十几个村民，但在土地有了收益之后，村民大会又作出决议收回了土地。虽然在程序上村民大会决议合法，但实质上并不公平。如果进行利益衡量，多数人的利益和少数人的生存权益之间孰轻孰重，并不容易得到一个压倒性的价值判断。又如在拆迁的情形中，违章建筑、非法建筑物等背后都存在一定的财产利益，是否应予保护，这样的利益衡量也很难作出。又如关于夫妻债务的认定问题，《婚姻法司法解释（二）》第二十四条是将夫妻一方以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务，夫妻一方如果否认，则应承担相应举证责任。该规定引起了一定争议，认为不利于维护作为社会细胞的家庭的稳定。在新的司法解释中，曾试图将举证责任放在债权人一方，但又引起了争议，认为不利于市场经济的发展。由于相关争议过大，也导致了新的司法解释对此未能规定。

我们认为，利益衡量作为一种裁判方法，一般是在法律适用发生冲突时采用；此时，利益衡量方法确实具有一定优势，如有利于帮助裁判者跳出具体法条，从宏观上把握案件走向，使裁判结果更加符合公平正义，防止裁判结果违反大多数人的道德直觉等。不可否认的是，在一定情形下，利益衡量确实也面临价值冲突的两难境地，但司法裁判从来就不是绝对的逻辑推理，而是与价值判断须臾不可分的复杂思考过程。这就要求法官能够更加准确的从宏观上把握社会的主要矛盾和发展走向，无疑，这是对法官提出的更高要求。

附：相关法律及司法解释

《物权法》第九条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

《物权法》第十五条：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

《物权法》第二十四条：船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

《物权法》第二十八条：因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

《物权法》第一百零六条：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《合同法》第四十二条：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

《合同法》第四十四条：依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

《合同法》第五十一条：无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

《合同法》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。

《合同法》第一百三十二条：出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。

《探矿权采矿权转让管理办法》第十条：申请转让探矿权、采矿权的，审批管理机关应当自收到转让申请之日起 40 日内，作出准予转让或者不准转让的决定，并通知转让人和受让人。准予转让的，转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起 60 日内，到原发证机关办理变更登记手续；受让人按照国家规定缴纳有关费用后，领取勘查许可证或者采矿许可证，成为探矿权人或者采矿权人。批准转让的，转让合同自批准之日起生效。不准转让的，审批管理机关应当说明理由。

《物权法司法解释（一）》第一条：因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。

《物权法司法解释（一）》第二条：当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。

《物权法司法解释（一）》第六条：转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的“善意第三人”的，不予支持，法律另有规定的除外。

《物权法司法解释（一）》第七条：人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

《民间借贷司法解释》第十三条： 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定，认定民间借贷合同的效力。 担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任。

《民间借贷司法解释》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。

《合同法解释（二）》第八条：依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的"其他违背诚实信用原则的行为"，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

《合同法解释（二）》第十五条：出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

《买卖合同司法解释》第三条：当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担

违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

《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。

离婚诉讼中民事赔偿审理的探讨

2015-03-30 汾西县人民法院 赵华英

在离婚纠纷案件中，原告在离婚诉讼的同时，要求被告赔偿其因在婚内受到伤害所造成的物质和精神损害的案件为数不少，但究竟是适用《婚姻法》第四十六条规定还是适用《刑事诉讼法》第一百零二条刑事附带民事诉讼审理，根据相关法律规定，笔者谈以下意见：

《婚姻法》第四十六条规定：有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（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。同时最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）第三十条第一款规定“符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出”。依据以上法律规定原告作为受害方在以离婚诉讼为前提下，要求被告损害赔偿必须同时提出。最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题解释（一）第二十八条指出离婚纠纷损害赔偿包括物质与精神两个方面，因此，其伤害后果的标准也应当以这两个方面的损害事实作为参考标准 ，即包括精神伤害和肉体伤害的事实。审理此类案件适用《中华人民共和国侵权责任法》以及有关民事法律的规定。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百零二条规定:附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只是为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第一百五十五条规定:对附带民事诉讼作出判决，应当根据犯罪行为造成的物质损失，结合案件具体情况，确定被告人应当赔偿的数额。犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用;造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。附带民事诉讼当事人就民事赔偿问题达成调解、和解协议的，赔偿范围、数额不受第二款、第三款规定的限制。

由此可见，离婚纠纷中过错方损害赔偿的数额大于刑事附带民事诉讼中被告人赔偿的数额。实践中，作为受害方是以离婚为前提下要求民事赔偿诉讼，还是以刑事附带民事诉讼赔偿诉讼，人民法院应该如何审理此类案件呢？

根据立案先后的规则，如果无过错方以刑事先予立案，人民法院就应依《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百零二条规定，由被告人按刑事附带民事赔偿；如果无过错方依《中华人民共和国婚姻法》第四十六条以民事先予立案，人民法院就应按有关法律规定，由过错方按民事赔偿范围给予对方赔偿。

这样，在实践中，往往造成了这种程序的冲突和实质的差异。过错方总会利用这种法律的差异，寻求对自己较为有利的一方面，引起了诸多不必要地累诉。

笔者认为，最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第一百五十五条规定与《中华人民共和国侵权责任法》第四条、第二十二条规定相抵触。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第一百五十五条规定，对附带民事诉讼作出判决，应当根据犯罪行为造成的物质损失，结合案件具体情况，确定被告人应当赔偿的数额。该条规定刑事附带民事诉讼的赔偿仅限于物质损失。而《中华人民共和国侵权责任法》第四条第一款规定：“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。”根据该法律规定，同一行为承担刑事责任后，并不免除侵权责任的承担。《中华人民共和国侵权责任法》第二十二条规定：“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。”根据该法律规定，只要某一行为侵害他人人身权益造成他人严重精神损害，无论该行为是否被追究刑事责任，被侵权人均可请求精神损害赔偿。

最高法院上述司法解释实际规定了刑事案件被害人不能提起精神损害赔偿诉讼。该规定不仅没有法律依据，而且明显与《中华人民共和国侵权责任法》第四条、第二十二条相抵触。

希望最高法院和人大等立法者及时修改与法律相抵触的上述司法解释，维护当事人的合法权益，尽量缩小同一案件以离婚纠纷的民事赔偿诉讼还是刑事附带民事诉讼的差距，争取达到两者的统一，减少当事人的累诉，为法院审理该类案件提供有力的法律依据，消除程序的冲突和实质的差异。

扩大人身安全保护令适用范围 遏制抚养权探望权滥用

2017-02-16 季凤建的法学世界 季凤建

摘要

为遏制滥用抚养权或探望权行为，宜扩张解释反家庭暴力法第 29 条第 4 项，扩大人身安全保护令的适用范围，构建抚养权或探望权临时处分制度。

案例一：申请执行人黄某与被执行人陈某抚养权纠纷案，某法院于 2016 年 8 月 30 日作出调解书，确定双方之子陈黄某由黄某抚养。后陈某未将陈黄某送交黄某，黄某于 2016 年 10 月 19 日申请执行。因黄某未能向法院提供陈某和陈黄某下落线索，法院于 2017 年 2 月 13 日作出本次执行程序终结裁定。

案例二：申请执行人刘某与被执行人张某离婚纠纷案，某法院于 2016 年 7 月 2 日作出判决，确定双方之女刘张某由张某抚养；刘某每周六探望刘张某。因探望中发生矛盾，刘某于 2016 年 8 月 7 日申请强制执行。张某称刘某每次探望都会挑拨其与刘张某的关系，探望完毕后刘张某就情绪波动；刘某坚持严格依判决书执行。因刘张某可能出现心理伤害，且探望具体方式不明确，法院于 2016 年 12 月 5 日作出本次执行程序终结裁定。

滥用抚养权、探望权应当纳入“家庭暴力”范围

在探望权或抚养权执行案件中，与子女共同生活一方为达到阻止另一方探望或不交付子女目的，往往会随意变更子女居所、隐匿其住所或将其送亲属代管，甚至将其偷偷带出国边境；而不与子女共同生活一方为与另一方斗气，往往不按约定方式探望子女、探望中挑拨其与另一方矛盾，甚至暴力抢夺子女。以上做法，是当事人一方对其抚养权或探望权的滥用，严重妨碍另一方探望权或抚养权的正当行使。

而依照反家庭暴力法第二条规定，家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为，是家庭暴力。前述滥用抚养权或探望权行为，不利于子女与离婚父母之间亲子关系维护，可能对子女形成精神损害，应纳入“家庭暴力”范围。

扩张解释反家庭暴力法，遏制抚养权、探望权滥用

为预防和制止家庭暴力，反家庭暴力法专章规定了人身安全保护令。根据该法第 29 条规定，人身安全保护令可包括以下措施：（一）禁止被申请人实施家庭暴力；（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；（三）责令被申请人迁出申请人住所；（四）保护申请人人身安全的其他措施。为有效预防和制止滥用抚养权或探望权行为，宜对第 29 条第四项进行扩张解释。具体来说，将遏制滥用探望权或抚养权措施纳入人身安全保护令，从而扩大人身安全保护令的适用范围。这主要基于以下三个方面考虑：

一是弥补行为保全制度在婚姻家庭领域适用的不足。根据民事诉讼法第 100 条规定，对离婚父母一方滥用抚养权或探望权，可能导致离婚、抚养、探望纠纷判决难以执行或者执行中对子女形成精神损害，法院可作出行为保全裁定，责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。但行为保全的前提是正在进行离婚、抚养、探望纠纷诉讼，而实践中很多当事人或根本不愿意进行此类诉讼，或不能忍受诉讼的冗长，或其诉讼目的与行为保全内容有冲突，暨抚养权或探望权纠纷具有明显非讼特征，无法与行为保全制度兼容；而反家庭暴力法规定的人身安全保护令，独立、简单、快捷，能满足当事人诉求。故扩张解释第 29 条第 4 项，扩大人身安全保护令的适用范围，能弥补行为保全制度在婚姻家庭领域适用的不足。

二是弥补人身安全保护措施类型单一的不足。如前所述，反家庭暴力法第 29 条只规定了 4 项人身安全保护措施，而美国 1994 年《模范家庭暴力法》规定了 8 项，英加澳德等国的相关规定也都在 7 至 15 项之间，我国台湾地区家庭暴力防治法规定了 13 项，中国应用法学研究所《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》规定了 9 项。因此，宜对具有兜底性质的第 29 条第 4 项进行扩张解释，扩大人身安全保护令适用范围，实现对滥用抚养权或探望权的合理规制，避免在抚养权或探望权案件中出现未成年人精神损害现象。

三是从源头上减少抚养权或探望权执行不能。实践中，抚养权或探望权案件大都难以实际执行，其主要原因之一是审判与执行过于分离，未能切实贯彻子女利益最大化原则。对反家庭暴力法第 29 条第 4 项规定进行扩张解释，扩大人身安全保护令的适用范围，就是要把子女的需求作为优先考虑的对象，次要考虑离婚父母抚养或探望需求，从而实现子女利益最大化；法院作出人身安全保护裁定，责令离婚父母作出一定行为或禁止其作出一定行为，能明确抚养权或探望权行使的界限，从源头上预防双方在离婚、抚养、探望问题上分歧升级，这能为抚养权或探望权执行奠定良好的基础，减少执行不能现象。

以人身安全保护令构建抚养权或探望权临时处分制度

反家庭暴力法第 29 条前三项在申请人与被申请人之间建立物理隔离，抚养权或探望权的行使虽以接触与会见为特征，但其界限一旦明确，就会在离婚父母与子女间形成法律隔离，故对第 29 条第 4 项进行扩张解释，并不存在法律障碍。扩张解释第 29 条第 4 项，实际上就是要构建抚养权或探望权的临时处分制度，具体包括两方面内容：

一方面是构建抚养权临时处分及子女交付制度。人身安全保护令如禁止将子女带离经常居住地、禁止单方委托

他人代为抚养、禁止限制子女人身自由、禁止抢夺子女等，对抚养权进行临时处分并提前进行子女交付，能避免找不到子女下落、无法进行子女交付现象，减少类似前述案例一执行不能案件数量。

另一方面是构建探望权临时行使及协助执行义务制度。采用人身安全保护令的形式确定不与子女共同生活离婚父母一方的探望权利以及另一方协助义务，如临时确定探望时间、地点、频度、对象、方式等，可以为该案探望权的行使积累经验，为探望权判决提供直接参考，避免出现前述类似案例二无法执行现象。

本文刊登于 2017 年 2 月 16 日《中国妇女报》

为什么受伤的会是你，离婚案法官？

2017-02-07 南京市中级人民法院 秦淮法院 王冬青

王冬青　秦淮法院少年及家事审判庭法官

最近，网络热炒离婚案件法官被杀案件，很多人在评论这起事件，缅怀这位退休法官。也有很多人疑惑，为什么都是离婚案件？作为一名长期审判离婚案件的法官，从当前离婚案件的现状和特点出发，发现端倪。

“离婚案无小事”

电影《我不是潘金莲》中屡次提到“大”和“小”的问题。李雪莲认为她离婚的事是天大的事，值得花十几年的时间、关闭自家的旅店和餐馆、顶着周遭所有人的非议，去上访讨个说法。别人都认为，这是屁大点儿的小事。

笔者认为，家庭是社会的细胞，离婚案处理的都是“细胞”级的事儿，从这个角度说，离婚的确属于小事。但当你见识过庭审上的离婚当事人及其家人，经常互吵得面红耳赤，甚至撞墙自残、冲砸、群殴时，不会再觉得这只是“家庭琐事”。而作为居中的法官，也绝不敢将离婚案当做小案来裁判。

光看表面还不够，离婚诉讼是大是小，还要从案件的复杂程度和实际影响来判断。

一、离婚案是复合之诉

离婚诉讼是通过司法程序处理夫妻间的身份关系和财产纠纷的。具体而言，在一般的离婚案件中，法院需要一案处理以下常规事项：离婚、子女抚养、共同财产分割、共同债务负担等。对任何一项，原、被告均可以提出诉讼主张，且被告的诉请不算反诉。换言之，原告提离婚，被告提不离婚；原、被告各自争取抚养权、抚养费和探视权；原告主张分割部分财产和债务，被告可以再提其他的财产和债务。与其他案件一般仅审理原告诉请相比，离婚案法官的工作量几近翻倍。

上述每个诉讼主张，都可能成为矛盾尖锐、证据复杂的争议焦点。比如：原告起诉离婚，被告坚决不同意离婚，双方都焦灼，针锋相对，法院判离或不离，必定其中一方难以接受。

再说子女抚养，现在多数夫妻仅育有一个子女，抚养权的争夺有多激烈，不言而喻，而在夫妻双方条件相当的情况下，裁判抚养权的归属常令法官伤透脑筋。

共同财产的分割就更加复杂了，且不说离婚诉讼基本都涉及房屋、装修、轿车、存款、股票、公积金、保险等常规项目，还有部分案件涉及网店、知识产权、游戏币等特殊财产，其中单房产一项就含商品房、拆迁安置房、经济适用房、房改房等多种类型。更别提还有当事人心积虑转移财产的，更是让诉讼不断扩展，矛盾升级。

离婚诉讼每年有增无减，个案审理如此纷繁复杂，法官为避免诉讼拖延、积案如山，往往追求法定审限内尽快结案。在这种办案形势下，如何做到既要在一案中依法裁判多项争议焦点，又要根据不同当事人的认知水平、性格特点和情感模式妥善解决家庭矛盾、打开心结，于一个普通法官而言，确实是对法律专业、心理学、人文关怀、情商的巨大挑战。笔者认为，离婚案件应当以稳妥处理每起案件为第一要务，而不是结案效率，这应当作为对离婚案件法官的基本职业关怀。

二、离婚案当事人的特有属性

在我国，离婚有两种途径，一种通过协议在民政局登记离婚，手续简易，好聚好散；另一种就是协议不成或无法协议离婚的，来法院诉讼离婚。从这个角度上讲，离婚案的当事人都是经筛选过的少数群体。

一般而言，当事人涉及诉讼，对抗情绪激烈，矛盾难以调和，自不必言；而离婚案直击最亲密、最熟悉的另一半，由爱到恨，再到法院，一路的积怨，当事人寄希望于法官在一案的法定审限内作出了断，难度之大，可想而知。

还有一部分离婚案件当事人自身存在特殊情况，给法院的审理和裁判工作带来困难。以下略举三例。

“精神病人”。我国婚姻法禁止结婚的精神类疾病人群，一般限于患“遗传性精神病”，如精神分裂症、癫痫等未经治愈者。司法实践中，法院不时会遇到一类精神病人离婚的案件，许多当事人甚至不自知疾患，造成裁判无法实现法律上的预期后果。

“家庭暴力人群”。有的离婚案件当事人是夫妻之间存在家庭暴力，还有其中一方是家庭暴力的实施者或受害

人。我国现已加大了对家庭暴力的立法规制和惩处，但对其心理健康的关注和呵护尚不到位。因家庭暴力存在隐蔽性、持久性的特点，使得相关当事人的心理和情绪状态不免异于常人。如何在离婚案件中妥善处理，而不是简单惩治家庭暴力问题，是法院需要面对的重要课题。

“关押人员”。离婚案件法官出差开庭，一般是去两个地方：“戒毒所”和“监狱”。这类当事人被限制人身自由，不可能协议离婚，只能选择诉讼。如果说其他案件到这些地方，只是换了个法庭地点，那么离婚案件法官走到那里，就基本（不是全部）决定了裁判的结果。戒毒所的人，因符合“吸毒屡教不改”的法定离婚情形，一般就会判离。而监狱犯人，往往符合“判处长期徒刑或其违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情”这一条，判离婚的几率也很大。这是依法办案。但是，作为一个身陷囹圄的被告，事先如不懂相关法律规定，法院判决离婚无异于雪上加霜，难免令其心生恨意。

三、难以承受的判离婚后果。

傅法官退休后被二十年前判决的一个离婚案件当事人杀害，时隔多年，被告仍耿耿于怀，恐怕是其将当下不佳的生活境况与此前的离婚联系起来，将愤怒发泄到判决的法官身上。

如前所述，离婚是复合诉，那么判决离婚会将各个事项一一作出裁断。包括，解除婚姻关系，抚养权判给其中一方，对方支付抚养费，夫妻共同财产一分为二（比如，房产，一方得房，一方拿折价款），夫妻共同债务一分为二，个人财产归各自所有等。多数案件实现利益平衡还好，但部分案件的当事人依照法律规定可能会面临极端情况：不同意离婚而判决离婚、想要孩子却失去抚养权、收入有限还要每月支付抚养费、失去住房得到的折价款买不起新房、再承担一半的夫妻共同债务等离婚后的法律后果。于他而言，离婚案败诉的损失确实很大。除了调解，法官爱莫能助。但调解不成，败诉的风险和后果不仅落在了一方当事人头上，还可能殃及判决法官。

以上说的还只是案件败诉的直接后果。随着时间推移，被离婚的一方可能会逐渐发现，自己的人生发生了很多改变：生活中没有了一家团圆，经济上不再有爱人支撑，亲友圈里多了异样的眼光，辛苦打拼模糊了方向，甚至身体出现疾患。这时候，如果他没能调整好心态重新振作，而是将这一切归罪于他人，就极易发生报复性质的恶性事件，只是对象可能是原配偶、法官，也可能是其他无辜的周遭人。

以上所述都是离婚案件法官每天面对的工作常态和可以想见的客观问题，这不是呼吁，也不是抱怨。毕竟裁判纠纷是法官的分内之职，职业风险无处不在，难以避免。**但发现问题，直面问题，解决问题，应当成为业界同行、法律共同体乃至整个社会的共同课题。**

“物权法与法官裁判思维的相关问题”

2017-02-17 北京审判 北京三中院民三庭

编者按:北京市第三中级人民法院邀请中国人民大学姚辉教授讲授了“物权法与法官裁判思维的相关问题”，该院民三庭结合姚辉教授的授课内容及审判实务，梳理出若干疑难问题，经过法官会议讨论，形成如下意见，供审判参考。

一、在法教义学中，如何划分不动产物权的变动模式？

姚辉教授认为，不动产物权变动模式是法教义学中的一个基本命题。一般认为，物权的变动分为基于法律行为的物权变动和基于事实行为的物权变动。在基于法律行为的物权变动中，立法例上主要有两种模式：登记要件主义和登记对抗主义。登记要件主义是指登记公示对于依法律行为而发生的物权变动，发挥决定物权成立的作用。在此种模式下，发生变动的不动产物权以登记为成立要件，未经登记则不成立，登记的性质为设权登记。德国、我国台湾地区民法原则上采此模式。登记对抗主义是指登记对于依法律行为而发生的物权变动，只发挥物权成立的证明作用，而不发挥决定作用。在此种模式下，不动产物权变动以登记为对抗要件，虽未经登记，物权仍然成立，但登记后该物权可以对抗第三人，登记的性质为宣示登记。法国、日本民法原则上采此模式。我国司法中很多疑难案件的产生，根本原因在于对法教义学缺乏共识，以致法官裁判案件时，在请求权基础上达不成一致。

二、基于《物权法》第九条和第二十四条的规定，应如何理解我国法律所确定的物权变动模式？

我们认为，在法教义学上，不动产物权是以登记为公示形式，动产物权是以占有为公示形式。在实践中，需要注意对于船舶、航空器和机动车等特殊动产物权变动模式的把握。特殊动产与普通动产的区别在于，其在行政管理上需要进行登记，未进行登记不得对抗善意第三人；但其物权变动仍然需要通过占有的方式实现。故第三人若要对交易安全产生合理信赖，就有必要对交易相对人是否同时是特殊动产的占有人及物权登记人两方面进行审查，否则其主观状态就难以被认定为“善意”。以此来理解《物权法司法解释（一）》第六条规定，特殊动产受让人已经支付对价并取得占有的，物权已经发生变动；而转让人虽是物权登记人，但欠缺对特殊动产占有的公示形式，故其债权人不应被认定为属于“善意第三人”。在另一种情况下，如果特殊动产通过占有改定后仍由转让人占有，或交付后

受让人又转借给转让人使用，且仍登记在转让人名下，此时与之交易的第三人通过占有和物权登记两方面审查，无法得知物权已经发生变动的事实，则应被认为属于“善意第三人”。

三、应如何理解《物权法司法解释（一）》中所确定的民事诉讼与行政诉讼的关系？

我们认为，在司法实践中，应当注意区别不同案件中民事诉讼与行政诉讼的性质。基于不动产物权归属及其原因行为所产生的争议，应当属于民事争议的性质。具体而言，当事人以产生不动产登记行为的基础法律关系，如买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等为由提起相应诉讼，要求法院做出与不动产登记情况相异的判决的，人民法院应当作为民事案件受理，而不应以登记的公信力为由，要求当事人先提起行政诉讼，再来解决民事争议。同时，根据《物权法司法解释（一）》第一条的“但书”内容，如果当事人依据《行政诉讼法》第 61 条规定，已经提起行政诉讼并申请一并解决民事争议的，且人民法院一并审理的，其无需另行提起民事诉讼。

四、出卖人因履行房屋买卖合同将房屋过户至买受人名下，后法院判决确定该房屋买卖合同无效，则该房屋的所有权何时产生变更？还是自始未发生变更？

姚辉教授指出，通常的理解是只有自房屋重新变更所有权登记后，物权方归出卖人所有。这种理解符合对于《物权法》第九条的表面认知，但混淆了登记形式与权利本体的区别。姚辉教授认为，应当区分权利表征与权利本体，不应将二者等同视之，不能认为表征不变，权利就不变；登记状况仅是权利表征，登记变更并不必然代表权利本体的变更。权利与登记的关系应当是：由真实的权利状态决定登记，而非由登记决定权利状态。以此思路来讨论，当法院生效判决确认房屋买卖合同无效时，就产生了所有权的变更，应当认定房屋所有权此时恢复到初始状态。

五、裁判中应如何处理民事行为的判断和其他性质的判断之间的关系？

姚辉教授认为，民法上判断应当以民事法律作为依据，而不应被其他性质的判断来取代。具体而言，在关于不动产物权登记与归属的案件中，对于当事人基于意思自治的设权行为的判断不应依赖于行政机关的权利表征行为；在民刑交叉案件中，对于民事中基于当事人意思自治行为的判断不应依赖于公法的判断。如在民间借贷案件中，借贷行为涉嫌犯罪或已经构成犯罪的情况下，合同是否有效？按照传统思维，这样的合同因为违法当然无效；但在《民间借贷司法解释》第十三条中规定，这样的合同并不是必然无效，而是要依赖于根据《合同法》第五十二条和《民间借贷司法解释》第十四条进行的判断；因此，不能当然认为《合同法》第五十二条中的“法律”必然包括刑法，否则就失之于简单。此外，不能以行政规制来代替民事审判，更加不能试图通过民事审判来达到行政规制的目的。如在关于资质挂靠的案件中，驾驶员发生交通事故，是否应当就此确认驾驶员与被挂靠单位之间有劳动关系？而实质上，双方之间很可能是雇佣关系而非劳动关系。故不能因为想要达到遏制挂靠的行政管理目的，就当然的认定双方之间存在劳动关系。

六、如何全面理解《物权法》第十五条关于物权变动原因与结果相区分的原则？

姚辉教授认为，合同约定的物权变动是否发生，原则上不应影响到债权的设立及合同的效力。在审判中应当排除行政管理对合同效力的影响，将合同效力与物权变动脱钩，将买卖合同等设立债权的负担行为与动产交付、过户登记等引起物权变动的处分行为相区分。具体而言，认定物权变动是否成立，在不动产是以登记为准，动产以交付为准；而认定合同是否有效，则要从行为人的民事行为能力、意思表示真实、内容不违反效力性强制性规定、内容实现具客观可能性等方面予以考虑。即物权变动是否实现，不影响合同效力。例如，矿业权转让合同未经国土资源主管部门批准并办理矿业权变更登记的情况下，当事人主张矿业权发生物权变动效力的，人民法院应当不予支持。在合同是否生效这个关键问题上，有观点认为合同自国土资源主管部门批准之日起生效，但合同中报批义务及相关条款除外；也有观点认为合同自成立之日起具有法律约束力，这就涉及到在区分债权行为与物权变动的前提下，不同解释路径的问题。但无论持何种观点，当事人仅以未经国土资源主管部门批准为由主张合同整体无效的，人民法院不应予以支持。从最高法院的司法解释来看，《合同法解释（二）》第十五条、《买卖合同司法解释》第三条规定，都秉持了将物权变动与债权行为予以区分的原则，历年司法解释的观点是一致的。

我们认为，应当建立起将债权行为与物权变动相区分的理念。但应当进一步注意区分的是，作为物权变动生效要件的登记，与作为合同生效要件的行政管理部门的审核批准，属于两个不同的概念。《物权法》第十五条虽然规定了当事人订立的涉及物权变动的合同，其效力不受物权变动是否实际发生的影响，但并不能以此推出合同必然生效的结论，该条同时对合同生效规定了前提条件，即“除法律另有规定或者合同另有约定外”。《合同法》第四十四条第二款规定，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。在这里，批准、登记等手续是该类合同生效的法定要件。因此，虽然应将债权行为与物权变动相区分，认定合同生效与否不受物权是否变动的影响；但如果法律对合同生效要件另有规定的，应当从其规定。

七、根据《物权法》第二十八条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》

第七条规定，能够“导致物权设立、变更、转让或者消灭”的人民法院、仲裁委员会的法律文书范围应当如何确定？

姚辉教授认为，从物权法第二十八条的文义看，并非人民法院、仲裁委员会作出的所有法律文书均可直接引起物权变动。究竟哪些法律文书能够引起物权变动，实践中存在一定争议。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》对此进行了限缩性解释，规定“在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书”方属于物权法第二十八条所称的法律文书。因此，针对诉讼、仲裁和执行中的程序性问题或者特定事项作出的裁定、决定、命令、通知书等，以及单纯解决身份关系的法律文书，原则上不涉及物权设立、转让、变更或者消灭，不会直接引起物权变动；确认法律文书只是确认当事人是否享有所争议的物权，并不改变原来已存在的物权，也不导致物权变动；给付法律文书并没有改变既存的法律关系，而只是经由生效裁判实现当事人之间既存的法律关系，故均不应属于物权法第二十八条所称的导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书。而形成性法律文书在确定之时，无须强制执行就自动发生法律关系变动的效果，因此，形成性法律文书应当属于物权法第二十八条所称的导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书。

八、如何认识作为裁判方法的利益衡量？

姚辉教授认为，利益衡量在有些时候可以实现，比如在生命健康权与名誉权发生冲突时，一般认为生命健康权要重于名誉权；但在很多时候，利益衡量可能面临着不存在压倒性利益的价值判断困境。比如在某案中，村民大会作出决议将荒地长期承包给十几个村民，但在土地有了收益之后，村民大会又作出决议收回了土地。虽然在程序上村民大会决议合法，但实质上并不公平。如果进行利益衡量，多数人的利益和少数人的生存权益之间孰轻孰重，并不容易得到一个压倒性的价值判断。又如在拆迁的情形中，违章建筑、非法建筑物等背后都存在一定的财产利益，是否应予保护，这样的利益衡量也很难作出。又如关于夫妻债务的认定问题，《婚姻法司法解释（二）》第二十四条是将夫妻一方以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务，夫妻一方如果否认，则应承担相应举证责任。该规定引起了一定争议，认为不利于维护作为社会细胞的家庭的稳定。在新的司法解释中，曾试图将举证责任放在债权人一方，但又引起了争议，认为不利于市场经济的发展。由于相关争议过大，也导致了新的司法解释对此未能规定。

我们认为，利益衡量作为一种裁判方法，一般是在法律适用发生冲突时采用；此时，利益衡量方法确实具有一定优势，如有利于帮助裁判者跳出具体法条，从宏观上把握案件走向，使裁判结果更加符合公平正义，防止裁判结果违反大多数人的道德直觉等。不可否认的是，在一定情形下，利益衡量确实也面临价值冲突的两难境地，但司法裁判从来就不是绝对的逻辑推理，而是与价值判断须臾不可分的复杂思考过程。这就要求法官能够更加准确的从宏观上把握社会的主要矛盾和发展走向，无疑，这是对法官提出的更高要求。

附：相关法律及司法解释

《物权法》第九条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

《物权法》第十五条：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

《物权法》第二十四条：船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

《物权法》第二十八条：因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

《物权法》第一百零六条：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《合同法》第四十二条：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

《合同法》第四十四条：依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

《合同法》第五十一条：无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

《合同法》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。

《合同法》第一百三十二条：出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。

《探矿权采矿权转让管理办法》第十条：申请转让探矿权、采矿权的，审批管理机关应当自收到转让申请之日起 40 日内，作出准予转让或者不准转让的决定，并通知转让人和受让人。准予转让的，转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起 60 日内，到原发证机关办理变更登记手续；受让人按照国家规定缴纳有关费用后，领取勘查许可证或者采矿许可证，成为探矿权人或者采矿权人。批准转让的，转让合同自批准之日起生效。不准转让的，审批管理机关应当说明理由。

《物权法司法解释（一）》第一条：因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。

《物权法司法解释（一）》第二条：当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。

《物权法司法解释（一）》第六条：转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的“善意第三人”的，不予支持，法律另有规定的除外。

《物权法司法解释（一）》第七条：人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

《民间借贷司法解释》第十三条： 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定，认定民间借贷合同的效力。 担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任。

《民间借贷司法解释》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。

《合同法解释（二）》第八条：依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的"其他违背诚实信用原则的行为"，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

《合同法解释（二）》第十五条：出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

《买卖合同司法解释》第三条：当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

《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。

那些年和好的离婚案

2017-02-18 法律读库 徐立伟

情人节的第二天，一对原打算离婚的小夫妻，在二审期间和好了，作为原告的女方撤回了起诉。（原文请见《女

法官札记：情人节之后的离婚案》）

那篇文章最后，我提到，这是我做民事法官十余年，第三个二审和好的离婚案。今天有人好奇的问我，另外两单是什么案件。因为实在是太稀缺了，那两个案，到现在，我依然清晰如昨。

第一件的时候有点久远，应该是我做助理审判员的时候。

这件案，让我印象最深刻的是，当我坐在法庭上的时候，推开门进来的是一对牵着手的年轻人。他们算不得金童玉女，璧人一双，甚至看起来长相很是普通，不过倒也是般配，没有觉得两个人差距很大，至少外观来看。

两个人拉着手进来，径直走到审判台前，开门见山的就冲着我说："法官，我们和好了，不离婚了"。**那种阵势，像是一场战争的胜利者，言语之间全是傲娇。**倒是我，第一次见这场面，一时竟不知道说什么，好像说了一句恭喜的话，于是强忍着心中的狂喜，手忙脚乱的指挥书记员做了一个笔录，具体因为什么和好，因为什么不离婚，竟然没有八卦一下，以至于现在，脑海里回忆出来的，就是这如电影般的镜头画面。

那个案子用现在的话说，简单就是神一样的存在，这么多年过去了，这种温馨而意外的场景再也没有出现在法庭内。

与这一件案不同的第二件案，虽然结局也是和好，但却充满了喜剧感。

一审法院照例随上诉状呈上来一审的卷宗，男方是原告，一审支持其诉求，判决其与女方离婚。现在女方上诉，请求不离婚。这个案与其他案不同的是，一审卷宗中附了一个奇怪的说明，仔细看，是一审承办法官写的。内容是说，在一审判决之后，女方找到一审法院，强烈要求不离婚，男方也有意和好，但鉴于一审判决已经做出，故建议双方上诉，烦请二审法院注意该情况，看能否调解。

这个只有半页纸的说明，令我很是好奇这当事人的真实想法，为什么会变来变去。一审的卷宗显示，虽然男女双方都在同一个村，但无论法院怎么通知，女方就是不来参加诉讼，法官电话也接，但就是不到庭。也许法官也"死心"了，"一怒之下"，支持了男方的诉求。

无论法官是不是真怒了，做出的判决却是黑纸白字的有法律效力了，于是有了一审法官的说明。

我就是带着这么多的疑问走进了二审的审判庭。

与之前的案件一样，两个人一起走进了法庭，虽然没有恩爱的牵手，但从他们的脸上仍可以感受到与以往离婚案完全不同的明媚，就像刚刚沐浴了阳光一样。这种情景暗示着我，他们应该不是来离婚的，至少到目前为止，他们的想法还是没有变的。

男女双方与另外两件案的当事人不同，他们的双方都为成熟的七零后，年纪相仿，男方略大，育有两个女儿。

这两个人，从外貌上来看，反差虽不算太大，但一眼看去，男方穿着中规中矩的长袖白衬衣，挽起了袖子，深色的西裤，看上去并不是太新，衬衣并没有扎进裤子里，而是放在外面，从发型到长相，一切都没有新意，普通的像个邻居，如果非要定性，那应该属于本分老实型。

相比起来，女方则显得靓丽多了，她身材高挑，又不算单薄，皮肤白净，眼睛很是好看，不仅仅是双眼皮，还让人觉得笑眯眯的。微卷的短发被染成了板栗的棕色，细看又觉得有点红色。白色的紧身 T 恤，胸前是彩色的图案，像是花，又像是树，更吸引人的是牛仔短裤下的是一双美腿，娇好的身材便是来源于此。她从上到下透露着一个熟女的妩媚与丰腴，而且不落俗套，反而觉得青春阳光。

站在我面前的就是这样两个人，以我的经验来看，属于典型的互补性格。

还没等我问及具体的原因，女方便像倒豆子一样噼里啪啦地和我说了起来，言语间有对自己贪玩而对家庭的歉意，有对法院工作的不好意思，再问及为什么不参加一审庭审，她脸一红，露出一点点害羞，低头说了一句，不想离婚呗！

男方见女方将前前后后说了个透，于是一句话也没有说，也许原本他也不会说。

女方是个很活泼开朗的性格，挺招人喜欢，但终还是给法院增加了工作，我还是善意的批评了她，同时告诉她，不能拿法律不当回事，离和不离都得来法院，这样置之为理，惹恼了你老公，惹恼了法律，都不是开玩笑的。

自始至终，男方就静静地看着他的女人，似笑又非笑，那眼神，有一丝丝爱的光芒。

程序搞完之后，我破例用手机给他们在法庭照了一张合影，背后是庄严的法庭，前面是他们并排站着，肩膀自然地靠在一起。

婚姻与爱情，爱情与婚姻，真是一对奇怪的组合，在爱情里，我喜欢你的样子，在婚姻里还是不是一样呢？好好想想！ ◆ **文章仅代表作者观点。**◎ 作者：徐立伟（微伟），微信公众号"微伟道来"。

法教义学与结果责任：二十四条的另一种视角

2017-02-19 法律读库 蒋保鹏

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第二十四条非常有名，有名到了千夫所指的地步。

在某搜索网站搜索“二十四条”，得到的推荐是：“反二十四条联盟最新动态”；

相关搜索为：“婚姻法二十四条”、“婚姻法二十四条太不公平了”、“因二十四条被负债群”、“被负债婚姻法二十四条”、“婚姻法二十四条如何规避”、“因为婚姻法二十四条想死了”以及“婚姻法二十四条的修改新闻”。百度贴吧、知乎、微信等活跃度高的网媒上，以二十四条为关键词的文章、帖子也是不可胜数。

一则法律条文成为社会热点，这是一件好事，对法律的关心是法治社会的特征之一，而公共事务的讨论则是的言论自由的必然要求。不过对二十四条的讨论，呈现非常激烈的对立，尽管有极多呼吁，但全国人大和最高法院的意见十分坚定，这是很少见的。

从法律技术上讲，我是站在“反二十四条联盟”的反面的。当然，二十四条的实际运行结果并不如设想的那样，**但是否一定要采用修改法律的方式解决，也是可以讨论的。**

▌ 法教义学视角

法教义学不同于法社会学、法政治学、法史学等，它并不在法律规范之外寻求法的效力来源，而是将法律规范本身视为正当的。法教义学在法律规范体系内部，采用逻辑的方式进行评价，专注于对现行法律的解释和系统化工作。

按照阿列克西的经典概括，法教义学的基本工作有三个层次：

1、法律概念的逻辑分析；

2、将这种分析概括成为一个体系；

3、将这种分析的结果用于司法裁判的证立。

▌ 法律解释方法

法律解释乃是法教义学的核心。一般来讲，法律解释的方式有几种：

文义解释，以文法规则分析法律的语法结构、文字排列乃至标点符号等，以理解法律条文的含义。文义解释的要旨在于防止脱离法律文本而进行恣意理解，维护法律的稳定性和可预测性。

历史解释，根据制定法律时的历史背景、法律发展的源流来探寻法律制定者的真意或法律制定时的文本意义。

体系解释，并不将法律规范视作独立的、分割的条文，而是与其他法律规范及法律部门整体相结合，以该规范在整体中的地位和作用同时联系其他规范来解释其内容和含义。

目的解释，按照法律制定所追求的目的反推法律规范的含义和外延。这种解释方法的缺陷在于，解释者实际上具有了一定的立法职能，从而很容易突破文义解释、历史解释和体系解释的限制，而产生造法的效果。所以目的解释的方法是最慎重采用的。

▌ 法律适用顺序

在我国立法体系中，最高法院的司法解释的位阶是在法律之下的，即司法解释不得突破法律的限定，只能在法律规定之下就具体应用作出规范。这就是以法教义学视角分析二十四条的第一个方面，即体系解释的方法。

二十四条所规定的内容是夫妻共同债务，其上位法渊源为婚姻法第四十一条：

“【共同债务】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。”

本条实际上规定了共同债务的要件，即共同生活，非共同生活所负之债则不是共同债务。从法律规范位阶高低的角度看，二十四条必须受到该规范的约束，即如果不是共同生活所负，那么二十四条就不可适用。

典型的非共同生活所负之债，学界和实务界多有研究，最高法院也有过具体意见。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（法发[1993]32 号）就做了列举性规定，包括：夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；其他应由个人承担的债务。

最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函（[2015]民一他字第 9 号）也明确，夫妻一方对外担保之债不应当适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。其背后的逻辑是，不考虑主债权的问题，仅就担保行为而言，其具有单务性和无偿性，担保人仅从担保行为中无法获得收益，故对担保之债的负担无法为共同生活增益，自然不符合四十一条规定的共同债务的要件。

而赌债、嫖资等非法债务更不必说。

以法教义学视角分析二十四条的第二个方面，以逻辑解释的方式考察二十四条本身，其内容也是有递进性的。但书作为特殊规范，其效力高于前述的一般规范，即在夫妻双方或一方能够举证证明存在但书情形的，则不适用前述的共同债务规范。

所以，在二十四条的适用上，存在如下的递进顺序：首先考察对外负债是否用于共同生活，如否，则直接适用四十一条来否定共同债务；如是，则其次考察是否符合二十四条但书规定，如是，则不适用二十四条共同债务的规范；如否，再考虑适用二十四条认定共同债务。

▌ 举证责任视角

前文所述，在案件符合四十一条或二十四条但书的情况下，二十四条关于共同债务的规定就不适用。但这只是从反面论述了二十四条如何不适用，即必要条件，而并未阐明二十四条如何适用，也就是说，依据二十四条得出裁判结论的充分条件并未论及。事实上，二十四条可视作实体法上对“结果意义上的举证责任”的规定，即只有在待证事实真伪不明的前提下才可适用。

举证责任，也称证明责任，有广义和狭义之分。狭义的举证责任是指，当事人对自己的主张不能提供证据，或者提供证据不能证明自己的主张的，将承担不利的诉讼后果。狭义的举证责任又称客观的举证责任、实质上的举证责任或结果意义上的举证责任（结果责任）。广义的举证责任则有三重含义：第一，当事人对自己提出的主张，应当提供证据，又称主观的举证责任、形式上的举证责任或提供证据责任；第二，当事人对自己提供的证据应予以说明，以表明自己所提供的证据得证明其主张，又称说服责任；第三，狭义的举证责任。其中，前两种含义，统称为行为意义上的举证责任（行为责任）；狭义的举证责任即结果责任，是举证责任的核心。

结果责任最初由德国法学家尤里乌斯格拉查（Julius Glaser）提出，后经莱昂哈德（Leonhard）和罗森伯格（Rosenberg）等人大力倡导，成为举证责任的主流观点。格拉查等人研究举证责任时，不将当事人的举证活动作为分析的基准，而从举证活动的接受者即法院的角度出发，将审理终结时案件事实真伪不明的状态与此时法院适用实体法相联系。

结果责任论者认为，案件事实真伪不明是诉讼中存在的一种状态，这种状态的发生于当事人的举证活动并无完全的对应关系，即在当事人未能进行举证、进行了举证或者法院依职权调取证据之后，仍然可能存在真伪不明的情形，法官无法形成心证，作出肯定或否定的判断。所以，在诉讼程序开始之前，法官必须确定，由哪一方承担因待证事实真伪不明而败诉的后果。结果责任的承担不受诉讼进程的影响，是在诉讼开始之前就确定的，不可转移的（换言之，行为责任是可以在诉讼中转移的），是完全由实体法规定的。

结果责任的适用有两个条件，其一是待证事实真伪不明，其二是案件审理已尽。

事实真伪不明，即法官对待证事实的真伪未能形成心证，故无法做出肯定或者否定的判断。这涉及证明标准问题。在这个问题上，英美法系与大陆法系均以盖然性作为民事诉讼的证明标准，只是对盖然性的要求不同。

英美法系以盖然性占优为认定事实的标准，即如果对待证事实的证明达到了真实性的可能性超过 50%的程度，即可认定案件事实，从而采用实体法规范进行裁判。

故，英美法系中，对案件事实的真伪的证明处于 50%的状态，即可能性与不可能性相当时，就可适用结果责任的规定进行裁判。

大陆法系以高度盖然性作为民事诉讼的证明标准，“就是在证据无法达到确实充分的情况下，如果一方当事人提出的证据已经证明事实的发生具有高度盖然性，法官即可予以确认。”

德国学者认为，在穷尽了可以获得的所有证据之后，如果证据显示待证事实的可能性（盖然性）达到了 75%的程度，就可认定事实的存在；而即使可能性超过 50%而未达到高度盖然性的标准，法官也无法形成内心确信，此时待证事实仍处于真伪不明的状态，法官则可依据结果责任的规范，判决承担举证责任的一方承担败诉后果。

我国现行的民诉法解释第一百零八条，从本证和反证的角度出发，明确规定了本证需要令法官的内心确信达到高度可能性，即高度盖然性的标准，才能视为完成了举证责任。这表明，我国民事诉讼也以大陆法系普遍采用的高度盖然性为证明标准。

从诉讼程序看，如欲适用举证责任的规范进行裁判，其必要条件为法官对案件的审理已经达到了可以做出判决的程度，即案件审理已尽。对案件进行事实审理的目的就要尽可能追究事实真实，为此必须给予诉讼当事人以充分的机会提供证据并进行辩论。

尤其是，在现行民诉法第六十五条和民诉法解释第一百零一条、一百零二条对逾期举证的证据是否失权问题做了更宽泛的规定的背景下，法官不可轻易采用证据规定第三十四条作出证据失权的认定。这与德、法、日等大陆法系国家在证据失权问题上的立法、司法态度是相同的。

如上所述，我们完全可以将婚姻法解释二第二十四条认定为结果责任的规定，即法官对某案件中的债务是否属于共同债务的问题处于真伪不明、无法形成心证的状态下方可适用的规范。也就是说，如果当事人举证已经达到高度盖然性的证明标准，法官可以形成心证认为该债务属于/不属于共同债务——从是否符合共同债务/个人债务的典型情形、是否符合四十一条规定的“共同生活”要件、是否符合家庭共同利益标准、是否明显超出日常生活及生产经营所需等若干方面判断——则二十四条根本无需适用；只有在穷尽举证后，仍然无法达到内心确信，才可根据二十四条规定，以夫妻一方未能完成举证责任而判决其承担败诉的后果。

最高人民法院中国应用法学研究所出台的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第六十条：“认定夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务的性质，不能机械适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条规定，而应综合考虑是否为家庭共同利益所负。主张为夫妻共同债务的一方应做出合理解释，相对方对此享有抗辩权。人民法院可以根据逻辑推理和日常生活经验进行判断，避免相对方的利益受损或放纵恶意债务人的不法行为。”这也是从法官形成心证的角度做出的建议。债权人做合理解释、相对方得以抗辩、法官根据逻辑和经验进行判断，最终目的是为了使法律事实尽可能接近客观真实，平衡利益并保护善意主体。

二十四条规定是固定的，法官审理案件却是灵活的；法律规范是工具，应为人所用，而不是相反。

▌ 结论

二十四条不可机械适用。首先审视案件是否符合四十一条规定的共同生活要件，其次考察是否符合二十四条但书的规定，最后才能适用二十四条关于共同债务的规范。

从方法论上看，如果法官可以结合证据，运用逻辑和经验法则，内心确信构成或不构成共同债务，则不必适用二十四条；只有在待证事实真伪不明、法官无法形成心证的情况下，才能运用二十四条规定的结果责任判令共同债务的承担。即是，对二十四条的适用一定要慎重，要尊重司法认知的规律，不可简单粗暴直接拿来。这无疑对法官提出了很高的要求，但这种责任不可推卸。

同居，你真的考虑好了么？

2017-02-20 京法网事 张慧聪

编者按：随着现代都市生活节奏的加快，以及社会思想潮流的变化，越来越多的年轻男女选择不婚或晚婚，同时以“同居”的方式与另一方共同生活。海淀法院经调研发现，2016 年北京地区基层法院全年审理的同居关系类型案件多达上百件，这些案件的处理需要依据哪些法律规定？同居关系又有哪些法律风险？请看法官为您简单介绍。

法律禁止有配偶者与他人同居

1998 年，王女士与郑先生同居。2000 年，王女士与前夫离婚。2003 年，郑先生出资以王女士名义签订商品房买卖合同，购买了 1 号房屋。2004 年，王女士取得所有权证。2007 年，郑先生与前妻离婚。后王女士与他人交往，2015 年郑先生以双方为同居关系，1 号房屋为双方共同财产为由将王女士诉至法院，请求：依法根据出资情况及王女士的过错分割 1 号房屋（房屋归王女士所有，王女士按郑先生的实际出资比例给付房屋补偿款）。

王女士辩称：郑先生主张的同居期间双方都在婚姻中，双方不存在法律上的同居关系。1 号房屋是其购买，房产证也是其名下，故不同意郑先生上述诉求。

法院审理后认为，郑先生与王女士在各自均有配偶的情况下同居，基于此种特殊关系，2003 年，王女士在购房屋时，郑先生的出资行为应视为赠与行为，且赠与的是相应的购房款，而非房屋的所有权。现购房款已交付，赠与行为已完成，现主张分割房屋的实质是撤销赠与，因其主张无事实与法律依据，故法院对此不予支持。

法官释法：同居行为是指没有配偶的男女双方，自愿不进行结婚登记而长期以夫妻名义一起共同生活的行为。**《中华人民共和国婚姻法》第 3 条第 2 款规定，禁止有配偶者与他人同居。**郑先生主张其与王女士为同居关系，要求分割由其出资购买的房屋，该主张的成立，须以双方未婚为前提。若二人同居时双方各自均有配偶，则无法适用法律规定的同居关系分割共同财产的法律规定。

共同所得，按一般共有财产处理

2009 年，于某与案外人签订《存量房屋买卖合同》，购买一套房屋。同年年底，于某与姚某签订《房屋共有协议》，约定上述房屋为二人共同购买，产权为二人共有。房产证也相应载明二人为共同产权人，后二人自房屋交付后一直在此房屋共同生活。2011 年二人分手，2012 年姚某与案外人登记结婚。于某将姚某诉至法院要求依法分割上述房屋（房屋归姚某所有，姚某按照房屋现值的二分之一给付于某房屋补偿款）。

姚某辩称，房屋虽登记为共同所有，但于某并未实际出资，房屋分割条件不成立，不同意于某的起诉请求。法院经审理认定，双方在同居期间购买房屋，虽有共同所有的约定，但此约定并非等同于份额均等。最后法院在查明购买房屋的出资情况后，根据出资比例计算出补偿款数额，并判决房屋归姚某所有，姚某给付于某相应的房屋补偿

款。

法官释法:**《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 92 条规定:在共同共有关系终止时,对共有财产的分割,有协议的,按协议处理;没有协议的,应当根据等份原则处理,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,但分割夫妻共有财产,应当根据婚姻法的有关规定处理。**故共同共有关系结束后如何分割共有物,应区分共同共有人之间的财产关系予以区别对待。

法定的夫妻共同财产制中夫妻关系存续期间积累的财产属于双方共同共有,分割时采取的是均等分割原则。而**解除同居关系时,同居生活期间共同取得的财产,应按一般共有财产处理,分割时采取的是按份分割原则,此时,共有人的实际出资和投入将直接影响到共同共有物的分割份额**。

同居关系,相互之间不享有继承权

刘某与邢某一直以夫妻名义共同生活,但一直没有办理结婚登记。2014 年年底邢某去世,后刘某以其与邢某之间形成事实婚姻,其为邢某的配偶为由主张依法继承邢某的遗产。邢某的继承人不认可刘某的配偶身份,认为其没有相应的继承权。本案法院经审理认为,刘某与邢某之间不构成事实婚姻,而属于同居关系,故据此驳回了刘某要求依法继承的诉求。

法官释法:**根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释(一)》规定:1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前,未依法办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女,已经符合结婚实质要件的,按照事实婚姻处理。**《婚姻登记管理条例》公布实施以后,男女双方符合结婚实质要件的,在案件受理前补办结婚登记;未补办结婚登记的,按解除同居关系处理。本案被继承人邢某与刘某同居后,直至 2014 年邢某去世,都未补办结婚登记手续,故刘某与邢某之间不成立事实婚姻关系,无法以配偶的身份取得邢某的法定继承人资格。故刘某主张其与邢某之间是事实婚姻关系,要求继承邢某遗产的请求,于法无据,法院不予支持。

结 语

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)》规定:当事人起诉请求解除同居关系的,人民法院不予受理。所以选择以同居关系一起生活的当事人需要从思想上认识到这种并未进行结婚登记的婚姻形式是不受法律保护的。只有案件涉及当事人之间的财产纠纷等其他事由,法院才可就财产问题进行审理。在这里建议在考虑婚姻缔结时选择通过婚姻登记的方式给自己的婚姻关系予以法律的保护,给自己的婚后生活以法律的保障。

离婚协议中房产赠与条款能不能撤销?

2017-02-21 江苏高院 金湖县人民法院 葛寅

案情

刘某与陈某 2015 年 10 月在婚姻登记机关协议离婚,其签订的财产分割协议约定:双方的共同财产房屋一套归未成年的儿子所有,儿子随刘某生活,该房屋暂由刘某与儿子居住。

陈某与刘某离婚后随即又与他人结婚,因经济因素陈某拒绝将房屋过户至儿子名下。2016 年 6 月,陈某以收入减少、房价上涨、经济拮据等为由,诉至某县基层法院,请求撤销离婚协议中房产赠与条款。

分析

陈某反悔要求撤销离婚协议中的赠与房产条款能否得到支持,对此有两种不同的观点。第一种观点认为,婚姻登记部门在办理离婚登记时,根据《婚姻登记条例》的规定,只要求自愿离婚的双方当事人对子女和财产问题协商一致作出适当处理,并不对财产分割协议进行实质性审查。《合同法》第 186 条规定了赠与合同的任意撤销权,条件是**赠与房产的产权未发生转移,不适用社会公益和道德义务性的赠与合同以及经过公证的赠与合同,而在婚姻登记机关签订的赠与合同并不属于法定不能撤销的合同,故陈某的诉讼请求可以得到支持。**

第二种观点认为,**离婚协议中的房产赠与条款与整个离婚协议是一个整体,不能单独撤销。男女双方基于离婚事由将夫妻共同财产处分给子女的行为,可视为一种有目的的赠与行为,在双方婚姻关系因登记离婚而解除的情况下,应认为赠与房产的目的已经实现,故赠与房产条款不能随意撤销。**而《婚姻法司法解释(三)》第 8 条也规定:“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议,对男女双方具有法律约束力”。以离婚协议中赠与条款的法律约束力对抗任意撤销权的任意性,根据特别法优于一般法的原则,这类纠纷应当优先适用《婚姻法司法解释(三)》的规定。

观点

笔者同意第二种观点。虽然,《婚姻法司法解释(三)》第 6 条规定:“婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方所有的房产赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法

院可以按照《合同法》第186条的规定处理。”也就是说，除了经过公证的赠与合同，或者具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不可撤销，一般的赠与合同在标的物权利转移之前是可以撤销的。但同样是赠与房产，性质是不同的，单纯的赠与行为是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与合同，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

而在民政部门登记离婚时达成的财产分割协议所涉及的赠与条款，与解除婚姻关系密不可分，是有目的的赠与行为，根据《婚姻法司法解释（二）》第8条的规定，“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”《婚姻法司法解释（二）》第9条也规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情节的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”故陈某的诉讼请求不能得到支持。

《婚》法解释（二）究竟有没有问题？

2017-02-21 禅眼观法 最高院院长信箱

导读

本文为最高法院院长信箱：关于“撤销婚姻法司法解释（二）第24条的建议”的答复的内容。供司法审判实务中参照适用。需要说明的，本文在结构未变动的情况下，对相关表述进行了整理，方便学习。特此说明。全文可参见最高院的文件。

现行法律、司法解释对于夫妻共同债务问题的规定如下

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。共同财产不足以清偿的，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。”

最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

《婚姻法》第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”

解读

从上述条文中可以解读出的含义有，第三人如果不知道该约定呢？是否就得以夫妻共同财产清偿？全国人大常委会法制工作委员会胡康生主编的《中华人民共和国婚姻法释义》一书中的相关解释是：“在第三人与夫妻一方发生债权债务关系时，如果第三人知道其夫妻财产已经约定归各自所有的，就以其一方的财产清偿；第三人不知道该约定的，该约定对第三人不生效力，夫妻一方对第三人所负的债务，按照在夫妻共同财产制下的清偿原则进行偿还。

关于第三人如何知道该约定，既可以是夫妻一方或双方告知，也可以为第三人曾经是夫妻财产约定时的见证人或知情人。如何判断第三人是否知道该约定，夫妻一方或双方负有举证责任，夫妻应当证明发生债权债务关系时，第三人确已知道该约定。本款中的‘夫或妻一方对外所负的债务’是指夫妻一方以自己的名义与第三人之间产生的债务，至于是为夫妻共同生活所负的债务，还是个人债务，在所不问，即无论是为子女教育所负债务，或个人从事经营所负的债务，还是擅自资助个人亲友所负的债务，都适用本款的规定。”由此可知，婚姻法司法解释二第二十四条是符合婚姻法立法精神的。

现行司法解释有关夫妻共同债务的认定和判决遵循的原则没有问题

我国婚姻法规定的夫妻财产制是以婚后所得共同制为普遍原则。现实中多数中国家庭实行的也是婚后所得共同制。实行约定财产制的夫妻较少。既然结婚后夫妻的收入是共同的，那么为共同生活所负债务也就应当共同偿还。偿还的办法是首先用夫妻共同财产偿还，共同财产不足清偿的，或财产归各自所有，离婚时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。这是我国婚姻法第四十一条的基本内容。

如果在婚姻关系存续期间，有债权人持夫妻中一方以个人名义所借债务的凭证，要求这对夫妻还债，除非债务人认可是个人债务并有能力用其个人财产偿还，否则，就要用夫妻共同财产偿还。债务人的配偶抗辩该债务不属于夫妻共同债务成功的意义在于，如果其有婚前个人财产，则不以个人财产还债，如果其离婚，则不必继续还债。如果该债务被认定为夫妻共同债务，则夫妻对债务的清偿要负连带责任，且不仅仅以夫妻共同财产为限，离婚、债务人死亡，均不能成为免除其原配偶连带清偿责任的法定事由。

关于举证责任分配

一方面对于夫妻来说，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是不合理的，因为这等于是要求其证明一种主观状态。如果将债务人向其配偶告知举债情况视为一种行为，则没有告知就是没有行为，要求对于不存在的行为证“无”,在逻辑上是讲不通的。因此，债务人的配偶只能设法证明债务人所借款项没有用于其家庭共同生活。提供这种证据对于债务人的配偶来说也是有一定难度的，但并非不可能，实践中不乏成功的例子。相对于举证责任分配给债务人的配偶来说，分配给债权人则更不合理。

我们认为，婚姻法第四十一条和婚姻法司法解释二第二十四条都是处理夫妻债务的法律依据，但两者规制的法律关系不同。在涉及夫妻债务的内部法律关系时，应按照婚姻法第四十一条的规定进行认定，即在夫妻离婚时，由债务人举证证明所借债务是否基于夫妻双方合意或者是否用于夫妻共同生活，如举证不足，配偶一方不承担偿还责任。在涉及夫妻债务的外部法律关系时，应按婚姻法司法解释二第二十四条之规定进行认定。同时，在司法解释二第二十四条“但书”的两种情形外，如配偶一方举证证明所借债务非用于夫妻共同生活的，配偶一方不承担偿还责任。

审判实务注意的问题

有关夫妻共同债务的问题，法学理论界的观点不尽一致，司法实践中也仍然存在不少问题。2014 年，最高人民法院民一庭针对江苏省高级人民法院的请示，作出过函复，基本内容是：

在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。

在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷案件中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

需要特别强调的是，夫妻共同债务应当通过审判程序来认定，不能由执行程序认定。如果夫妻共同债务可以通过执行程序来认定，没有参加诉讼的配偶一方就失去了利用一审、二审和审判监督程序维护自己合法权益的机会，这显然是不公平的。

结语

夫妻一方举债的情形在现实生活中非常复杂，实践中不仅存在夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间举债给其配偶造成损害的情况，也存在夫妻合谋以离婚为手段，将共同财产分配给一方，将债务分给另一方，借以达到逃避债务、损害债权人利益目的的情形。

最高人民法院将积极配合全国人大和有关部门做好相关问题的立法调研工作。待条件成熟时，我们将就夫妻共同债务问题制定新的司法解释，为更好地保护婚姻案件中各方当事人的合法权益提供依据。

同时，在下一阶段工作中，最高人民法院将认真对待并积极吸收采纳社会各界提出的合理建议和意见，深入探索审判实践中加强妇女儿童权益保护的有效途径和方法；通过家事审判改革试点工作的推进，加大对下审判指导力度；通过指导性案例的集中发布，明晰夫妻共同债务认定标准，统一司法裁判尺度；通过加大对虚假诉讼的制裁打击力度，依法保护当事人的合法权益，切实维护好未成年人、妇女和老年人的合法权益。

杜万华大法官：关于夫妻共同共有房屋出售的裁判尺度

2017-02-08 法信

导读：在房屋买卖合同纠纷中，经常会涉及夫妻共同所有房屋被夫妻一方单方出售应如何处理的问题。房屋一般是夫妻共同财产中最重要的组成部分，甚至涉及夫妻双方的基本居住权，夫妻一方未经另一方同意擅自出售夫妻共同共有的房屋，将会造成另一方重大的财产损失。各级法院在处理该类问题时都比较慎重，但是，由于部分法院在合同效力的判断、夫妻另一方与买受人之间的利益平衡等问题上存在认识分歧，在夫妻共同所有房产的最终归属的裁判上“同案不同判”现象并不少见。在《婚姻法司法解释（三）》颁布实施后，对夫妻单方出售夫妻共同所有房产的处理作出了明确的规定，很大程度上统一了裁判尺度。本期法信针对夫妻共同共有房屋的出售问题，结合最高人民法院审判委员会副部级专职委员大法官的相关观点、提供法院相关案例、法律法规供读者参考。

大法官观点

婚姻法司法解释(三)第 11 条规定了关于夫妻共同共有房屋的出售问题。在司法实践中，许多实质上由夫妻双方共同共有的房屋在进行房屋登记时登记在了夫妻一方名下。虽然房屋登记在夫妻一方名下，只要是夫妻关系存续期间用共同财产所购买的房屋就属于夫妻双方共有的财产，是否在房产证上加上另一方的名字，对双方的权利义务没有影响。实践中，夫妻一方在与第三人商定卖房时，可能与配偶进行过商议，也可能没有进行过商议就与第三人签订了房屋买卖合同。合同签订之后，卖房人的配偶作为房屋共有人，以卖房人未经其同意为由请求确认已签订的

房屋买卖合同无效。另外还有一种普遍的情况，即对于夫妻一方与第三人签订房屋买卖合同之事，其配偶是知道的，但是房屋买卖合同签订之后，由于房屋价格上涨而反悔，其配偶以未经其同意为由请求确认房屋买卖合同无效。这两种情况都涉及夫妻内部权利义务关系和夫妻一方与第三人买卖房屋的外部权利义务关系的处理问题。我们认为，夫妻之间的权利义务的确值得关注，但是在外部权利义务关系与内部权利义务关系发生冲突时，要优先保护外部权利义务关系。那么应当如何认定夫妻一方与第三人签订的房屋买卖合同的效力呢？经过调研，我们认为应当按善意取得制度来处理该类问题，因此我们作出了婚姻法司法解释(三)第 11 条第 1 款的规定，即一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。这一款的适用有以下几个条件：第一，第三人属于善意购买，而非与配偶一方恶意串通损害另一方的利益；第二，买受人支付了合理对价；第三，买受人已经办理了产权登记手续。在这三个条件均已具备的情况下，不能认定房屋买卖合同无效。

当初在制定这一款时，就有许多专家指出，如果所卖的房屋是夫妻双方唯一的居住用房，应当认定房屋买卖合同无效，理由是房屋一旦卖给第三人之后，出卖人家庭成员的权益就无从保障。在认真研究之后，我们并没有采纳这一观点，因为作为夫妻唯一的居住用房的房屋也存在复杂的情况，该房屋可能是一套大豪宅，也可能是一套小蜗居。如果夫妻一方出售的是一套大豪宅，能够再用卖房的钱去买一套住房，这时就应当保护善意第三人的利益。然而如果夫妻一方出售的是其拥有的唯一一套小蜗居，该房屋出售后其一家人就无房可住了，但是个人的生存权是第一位的，生存权应当优先于债权保护。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 6 条规定："对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。"第 7 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所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。"由上述两条可见，对于包括夫妻双方在内的家庭成员居住权的保护问题，在上述关于执行的司法解释中已经予以明确规范。此外，对于哪些债权是不能执行的，需要在与执行相关的法律或司法解释之中予以明确。例如，一个老太太欠了很多债务，但是她每月的收入只有仅能保障其基本生活的养老金，人民法院能否判决将老太太的全部养老金予以扣除以用来清偿其债务呢？这显然是不合理的，因为我们要优先保护该老太太的生存权而非其债权人的债权。此外，还有一种情况，例如夫妻一方擅自处分夫妻共有房屋，在保护善意第三人利益后，可能确实损害了出卖人配偶的权利，为此，我们制定了婚姻法司法解释(三)第 11 条第 2 款的规定，即夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。

（摘自《杜万华大法官民事商事审判实务演讲录》，杜万华著，人民法院出版社 2016 年 10 月出版）

法信·相关案例

1.未经配偶同意处分夫妻共有房屋且不符合善意取得要件，该房屋买卖合同无效——张某诉李某房屋买卖合同纠纷案

本案要旨：夫妻出售共同所有的房屋，一般应由夫妻双方共同在合同上签字或者盖章，一方以自己名义与买房人签订房屋买卖合同，买房人支付定金后，卖房人主张未经配偶同意，要求解除合同的，买房人应对卖方配偶知道且同意房屋买卖合同签订的情况予以证明。买房人无法证明卖房人配偶知情且同意卖房，又不符合善意取得的构成要件，该房屋买卖合同无效，人民法院对继续履行合同的请求不予支持。

来源：北京市第一中级人民法院网　2010-07-15

2.夫妻一方擅自出售夫妻共同所有房屋，且购房人不构成善意取得，该房屋买卖合同无效——李艳红、李艳丽与李凤三、李龙确认合同无效纠纷案

本案要旨：夫或妻对夫妻共同财产有平等的处理权，非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要决定时，双方应当平等协商一致。一方未经对方同意擅自出售房屋，约定的价格不符合合理的价格，且转让价款未实际支付，虽已办理产权过户登记手续，但不符合善意取得的构成要件，该出售房屋的行为损害了另一方的合法权益，房屋买卖合同无效。

案号：（2015）红民初字第 3229 号

审理法院：内蒙古自治区赤峰市红山区人民法院

来源：中国裁判文书网　2015-11-10

3.夫妻一方擅自出售房屋，买受人符合善意取得的要件，夫妻另一方请求认定合同无效的，人民法院不予支持——杨长发、匡文艳与曾志辉房屋买卖合同纠纷案

本案要旨：夫妻一方未经对方同意与买受人在平等自愿的基础上，签订房屋买卖合同，且符合善意取得的构成

要件，夫妻另一方以不知情或不同意为由请求法院确认房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

案号：（2015）永中法民二终字第 357 号

审理法院：湖南省永州市中级人民法院

来源：中国裁判文书网　2015-09-24

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法》（2001 修正）

第十七条　夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

2.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(一)》

第十七条　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。

3.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(三)》

第十一条　一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。

夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。

精打细算：抚养费纠葛里的“弯弯绕”

2017-02-22　南京市秦淮区法院　王冬青

随着社会经济发展水平不断提高，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。抚养费纠纷案件属于关切未成年人权益的民生案件，主张抚养费虽为普通百姓身边事，但若处理不当易使家事矛盾扩大，影响未成年人的身心健康。

今天我们就通过三起典型案例一起解读

存在于抚养费纠纷里的幕后原由

典型案例

案例

01

高额课外培训费该不该付？

高女与林男于 2012 年在法院诉讼离婚。当时，婚生子小林不满三岁，法院判归母亲抚养，林男每月支付抚养费 1500 元。2016 年初，高女以小林的名义再次将林男诉至法院，要求增加抚养费，理由是小林入学后课外辅导班、特长班价格不菲，单就培训费这一项，每月开支就高达 6000 元，原定每月 1500 元的抚养费完全无法满足小林的教育需要，请求法院将抚养费提高至每月 3000 元。

法院经审理后认为，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。通常情况下“三费”是指公立性、基本性的生活性支出、公立教育机构按规定收取的费用、一般疫病的医疗费支出。原告以课外培训费价格不菲，导致教育成本增加为由，要求增加抚养费于法无据。鉴于目前物价水平确有上涨，生活成本提高，结合父母双方负担能力，法院依法酌定抚养费增加至 1800 元。

法官说法

目前，随着中小学生学习竞争日益激烈，参加课外辅导成为常态，这一现象确实会使直接抚养人的抚养成本增加。鉴于现行法律对抚养费的规定，额外的教育费等支出，例如择校费、私立学校的教育费、校外补课费、课外培训费等，除了特殊成长阶段的必要性支出可予适当支持；此外，则以抚养义务人协商一致，同意共同承担为前提。

案例

02

约定的抚养费 4500 元还能再涨？

包男在婚姻关系存续期间，与第三者杨女发生不正当关系，生育一女小杨。孩子出生后不久，包男与杨女签订抚养协议，约定包男每月支付抚养费 4500 元至孩子年满 18 周岁。后包男以家庭矛盾激烈为由，在协议签订后不到一年便不再支付小杨抚养费，杨女便诉至法院要求包男支付拖欠的抚养费。在审理过程中，杨女申请法院调取被告的收入证明显示，被告每月收入 3 万余元，于是当庭要求增加抚养费至 8000 元。

法院经审理后认为，子女抚养费的数额，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；有固定收入的，抚养费一般可按其月收入的百分之二十至三十的比例给付。鉴于包男和杨女之前存在抚养费约定，原、被告的生活情况并无重大变化，且结合当地实际生活水平，每月抚养费 4500 元完全能够满足孩子的生活需要，故原告要求增加抚养费于法无据，法院不予支持。

法官说法

对于存在先前抚养费支付标准的，包括双方存在约定或经法院判决、调解确定的抚养费标准，只有当子女实际需要或抚养义务人负担能力等相关条件发生较大变化时，才来衡量是否需要确定新的标准。对过于频繁地主张提高抚养费标准的，而当事人自身实际情况没有发生显著变化的，法院不应予以支持。

案例

03

辞职待业能否要求降低抚养费？

2016 年初，郭女发现丈夫盛男出轨，便想尽办法劝盛某回心转意，与外遇分手。盛男不胜其扰，坚决要与郭女离婚。为了达到尽快离婚的目的，盛男同意将孩子留给郭女，每月支付一半工资作为抚养费共计 5000 元。后双方明确将上述内容约定在离婚协议中。三个月后，盛某得知抚养费支付的比例过高，要求降低抚养费到 3000 元，被郭女拒绝后，盛某将其诉至法院，要求降低孩子的抚养费。诉讼过程中，盛某提出，因郭女在离婚后多次找到他单位去吵闹，散播盛男出轨的言论，影响其在公司的形象，无奈之下盛某只能辞职。现失业在家，没有收入，请求法院将抚养费降至 1000 元。

法院经审理后认为，离婚协议约定在先，合法有效。原告因个人原因从原单位辞职，并不表明其丧失了抚养能力。现原告身体健康，专业领域内的工作经验丰富，其从事正常的工作，完全可以获得相应的劳动报酬，以履行其在离婚协议中自愿确定的抚养义务，故法院驳回原告诉请。

法官说法

对于要求减少抚养费的，法院优先考量双方先前的协议，不轻易以承担能力的变化来改变双方先前达成的协议。原因是，离婚协议是一种兼具人身性和财产性的特殊协议。一旦协议生效，夫妻身份关系立即解除，非经法定复婚程序无法恢复，故财产关系理应按约履行。否则极易产生部分当事人为了达成离婚目的，随意签订抚养费协议，一旦离婚再通过诉讼程序“依法办事”的道德和伦理风险。故除非出现法定事由（如收入减少，虽经努力仍维持在较低水平；长期患病或丧失劳动能力；因违法犯罪被收监失去经济能力等），法院一般不会判令减少抚养费。

抚养费纠纷除了案件数量逐年上升之外，

还存在以下**几个特点**：

1

法院判决或调解离婚后不久，短期内再次提起抚养类纠纷诉讼的现象多发。这种情况极易导致未成年子女的教育环境处于不稳定状态，不利于未成年人身心健康成长。

2

抚养权判归女方抚养，频繁诉至法院要求增加抚养费的案件屡见不鲜。这与女方在离婚时割舍不下孩子，执意要求抚养权，而离婚后又发现抚养成本高、自己经济能力不如男方，心理失衡等现实状况密切相关。有女当事人抱着“有枣没枣、打两杆子试试的心态”，过几个月或一年就会来诉讼一次，令被告方在离婚后诉讼不断，苦不堪言。

3 离婚后，男方常以收入降低为由主张减少抚养费。部分当事人会通过辞职、调换工作、伪造收入证明等手段，隐匿实际收入状况，逃避给付抚养费的义务。

以上问题发生的**主要原因如下**

1

离婚时未妥善处理子女抚养事宜。或者是离婚协议约定不明，或者是由于一方当事人为了达成离婚或不离婚的目的，恶意将离婚协议约定的违反个人的真实意思，进而导致协议离婚后很快发生新的争议。

或者部分当事人在诉讼离婚过程中，为说服法官将子女判归自己，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。

2

离婚双方缺乏理性的监护权意识，甚至在离婚后，有意或无意地将夫妻矛盾转换成抚养矛盾。少年家事庭法官经常会在审判过程中以及判决理由中，注重向当事人强调一点：父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务，不直接抚养子女的一方对未成年子女有给付抚养费的义务。

但很多离婚当事人仍然认为是把钱（抚养费）给了对方，有对方占了便宜的想法，实际履行义务过程中难免会出现拖欠或执意降低抚养费的思想。

殊不知，抚养孩子是一项普世性的父母义务。无论父母离婚、分居与否，向子女提供抚养费都是不可免除的法定义务。不直接抚养一方支付抚养费，是其履行抚养义务的具体方式，也决定着孩子的成长条件和生活质量。离婚双方如能在抚养问题上协同合作，不发生争议，将是给予孩子最好的成长环境。

3

现行的法院审理和执行机制不能切实防范当事人隐匿收入、恶意拖欠抚养费的行为。比如，有的当事人会通过伪造证据、隐匿转移财产等手段逃避给付抚养费义务，还有人的工资、奖金与所在单位效益直接挂钩，收入波动幅度较大，隐形收入难以确定，而当前个人所得税税务机制不完备，导致法院难以查实其财产状况，影响审判和执行效果。

家事调查员：感情修复冷静期的离婚案调查调解之体会

2017-02-23 海沧法院 厦门市海沧区人民法院

2016 年 11 月 22 日，对于其他人来说只是再普通不过的一天，却令海沧法院的家事调查员喻秀乐、吴文飙喜出望外，因为今天，他们负责调解的一起离婚起诉案的女方当事人，终于愿意和他们见面了。

为了说服正在气头上的当事人，两位调查员可下了一番苦功夫。又是被挂电话又是被放鸽子，甚至喻秀乐连英文专业的优势都用上了，这才以诚恳之心打动了女方当事人，这没点本事和足够的耐心，还真当不了家事调查员。

调查员小档案

吴文彪：身兼多职，除了是海沧法院的家事调查员，也是是海沧区人大代表、兴旺社企同驻共建理事会理事长、海沧区正诚联调共治社工中心主任。

喻秀乐：外企退休的管理人员。九八贸易洽谈会志愿者，连续五年被评为优秀志愿者，热心公益，沟通能力强。

当事人正在与调解员喻秀乐、吴文飙面谈。

“我家属于华北地区，他家在闽南地区，所以生活习惯和饮食文化都有很大差异，经常会因此产生矛盾，并且他很大男子主义，使我难以忍受，加之他的脾气暴躁，时常因为父母、子女等家庭琐事和我大动干戈……”女方当事人终于肯对调查员敞开心扉。从交谈中，调解员初步了解了这对夫妻的主要矛盾、感情经历、家庭状况等情况。但婚姻出现问题肯定不仅仅是单方面的原因，所以调查员认为必须联系上该案的另一位当事人，才能全面了解此案。

或许是听闻妻子已经开始接受法院的调解，在为挽回这段感情做努力后，之前法院开庭时拒绝到场的男方当事人，也决定接受调查员的面谈。

当事人正在于调解员喻秀乐、吴文飙面谈。

“说实话我也不想离婚，我只希望我的妻子能做些改变。而且我们有两个孩子，孩子也那么大了，如果离婚了对孩子会有不好的影响，并且我不希望两个孩子生活在两个不同的家庭。再者我们夫妻这么多年了，还是有感情的。

所以，我希望我的妻子能有一些改变，例如出去找工作，学习新的事物。”男方当事人直接表达了不想离婚的想法，这令两名调解员都感受到希望。他们认为，应该充分让两名当事人交流这段感情修复冷静期中所获得的体会以及感受到的变化，也希望可以当场讨论出双方都满意的解决办法，所以他们决定安排一次同时约谈。

双方当事人同时与调解员进行面谈。

“我们是局外人，所以能站在更加客观的角度上看待你们的问题。如果你们需要，我们愿意给你们提供一些参考意见。”喻秀乐、吴文飙就从为了孩子健康快乐成长为基本出发点进行调解促和，一次次，一遍遍耐心仔细地帮助他们分析其婚姻共有基础，现状和形成的原因和双方都应调整，改进自己性格，态度和在家中的处理事务的方式方法。

经过了近两个月的坚持努力，三次单独约谈后，双方当事人都认识到家庭的和谐稳定对孩子的健康成长是很重要和必要的，也逐渐认识到各自的短板和不足以及自身可以改进提升的空间，并愿意为之改变。

2017 年新年到来之前，一个濒临破碎的家庭也迎来了新生，经过调查员喻秀乐、吴文飙的努力，提出离婚的当事人到法院提出了撤诉申请，并得到了法院的准许。

小 编 唠 嗑

“百年修得同船渡，千年修得共枕眠”，希望广大夫妻们，以此古话作为维护和珍惜夫妻感情的箴言。

给孩子的父亲母亲

你们虽然不是牵着手来到这里，但是你们一定会牵手回家。

没有不爱自己孩子的父亲母亲。不论后来经历过怎样的风雨，夫妻两人闹过多大的矛盾，母亲总还是会收拾坏情绪为孩子编织美好的生活，父亲也一定不放弃为孩子打下更坚实的基础。为了孩子，你们总还是愿意多体谅对方一点，多照顾对方一些。

接下去的日子里，你们依然是孩子的看世界的第一扇窗口，依然是孩子接触生活的第一部电视剧。撇开孩子去追逐自由生活显然太自私，但仅仅是为了孩子而佯装幸福生活又似乎太无私。于是，在两者之间，有一个绝妙的办法，那便是从心出发，去发现生活里藏匿的幸福。这股幸福也许是早起时流过你窗口的晨岚，也许是枕边人半睡半醒时朦胧的双眼，也许是孩子下学回来的一声“爸爸”“妈妈”的轻声呼唤……不论是什么，生活中处处藏匿爱的痕迹，它们可能在任何时刻与你不期而遇，让你会心微笑。

多和孩子说说话；注意观察和表扬孩子的优点；父母之间互相谦让，做好榜样，不要在孩子在场的时候吵架；给孩子稳定而深远的爱，让他（她）可以感受并且回复你们同样的爱意……

一言不合就要离？冷静之后再决定！家事法庭首试离婚纠纷冷静期

2017-02-23 海沧法院 厦门市海沧区人民法院

在开始今天的内容前

小编想和各位谈谈离婚这件事

不论双方因何种矛盾产生想要分开的想法，本着“家和万事兴”的原则，所有的法官们都希望夫妻双方能互谅互让，共同守护好婚姻关系。

让我们来看两个案例

案例一

林某与王某在网络上相识、相恋。大学毕业后，林某不远千里来到厦门与王某一同生活、创业。近十年的时间，两人已有了两个孩子，创办的公司也初具规模，眼看生活越来越好，林某却一纸诉状要求法院判决离婚。

第一次庭审王某缺席，他并不愿面对。法官询问后得知，林某现在全职在家照顾孩子，因为没有工作收入使其有些自卑，王某平日里所显露出来的大男子主义对她更是雪上加霜。加上王某近几个月没有及时给家里生活费、老人对她做家务指指点点等等生活琐事，让她非常憋屈，因此与王某爆发了争吵。

在法官的再次确认下，林某吐露了心迹，其本意并非真的想离婚，只是王某的口无遮拦和对家庭不够关心让她无法接受。而王某也万万没想到林某竟会诉上法庭请求离婚。法官当下决定，暂时停止诉讼程序，尝试给予双方离婚冷静期。

案例二

在海沧的另一处房子里，住着冯某、蒋某两夫妻以及他们的两个孩子。夫妻两虽然同处一屋，却已分床而眠了很长时间。冯某有时一天要打三份工，回到家已经是下半夜，而本应该承担家庭责任的丈夫蒋某却做着一份轻松的工作。

这个从外地来厦打工的女子数十年如一日辛劳工作，但经济的压力、观念的差距、丈夫的不尊重，让她不堪重负。就在她起诉到法院前，两人又大吵了一架。

蒋某在接到法院通知后从未露面，只在电话里含糊地表达自己不愿离婚的想法。法官在详细了解了两人相识、相恋的过程以及现状后，发现夫妻间的矛盾并未达到水火不容的地步，而且一旦家庭破裂，将给两个年幼的孩子留下阴影。于是法官也给两人发出了冷静期通知书，启动了离婚纠纷冷静期。

在这里先插播一下离婚纠纷冷静期制度内容

离婚纠纷冷静期，是指在离婚案件审理期间，法官根据内心确信，认为双方当事人的感情可能尚未完全破裂的，暂停诉讼程序，而给予夫妻双方一定的期限，并通过一定社会力量的介入，促使当事人理性对待家庭纠纷，推动婚姻矛盾的化解。冷静期制度采用强制原则，法官依职权或依当事人申请而启动，对当事人具有拘束力，当事人无正当理由不得拒绝。

冷静期时间一般为 2 个月，从审判部门向双方当事人发放冷静期通知书的次日开始计算。在冷静期程序启

动后，法官会会同妇联、家事调查员、心理咨询师、当事人亲友深入寻找离婚纠纷双方的矛盾根源，积极开展劝和工作，帮助双方当事人平息纷争。冷静期届满后，对于双方当事人和好的及时制作调解书或撤诉裁定书；对于一方仍然坚持离婚的，则继续诉讼程序，通过开庭、庭后调解双方当事人仍然未能和好或达成一致的，及时依法判决。

后记

在冷静期过后，林某主动向法院递交了撤诉申请书，表示经过家事调查员的引导、调解，其与王某已经和解，希望继续幸福生活。而冯某仍不愿给蒋某机会，希望法院能判决离婚。

在缔结婚姻时，人们怀抱爱和希望，惟愿拥有温暖小家。但随着时间推移，渐渐忘记最初的愿望而把家变成一个冰冷的争斗场。愿回归爱的怀抱，在离婚的决定前冷静再冷静。

致夫妻书

初入婚姻殿堂的理由也许各不相同，但憧憬着未来幸福生活的心情必定是一样的。

大家携手走过了或长或短的岁月，共同见证了他（她）从青涩稚嫩到八面玲珑，从青春活泼到成熟稳重，从为人子女到为人父母，从对方脸上逐渐细密的皱纹看到岁月在自己身上滑过的痕迹，茫茫人海中，我何其有幸，可以有一人伴我同行。

婚姻有着数不清的问题，生活也面临着数不清的困难，但生活对每个人都是公平的，你付出多少，就收获多少。你只抱怨、逃避、懈怠，那你也绝无可能得到别人的理解、尊重和宽容。

所以，容忍你可以容忍的，沟通你可以沟通的，改变你可以改变的，是为自己负责，也为他负责，更是为你们以后的人生负责。

祝你们幸福。

情人节之后的离婚案

2017-02-22 微伟道来 微伟

昨天是情人节，朋友圈几乎被各式各样的狗粮晒满，仿佛这一天，全世界的夫妻都忘记了柴米油盐的琐碎，全世界的情侣都会一生一世，微信红包适时的提高了额度，红包飞舞着，从这个口袋进入了另一个口袋，每个人都雀跃着，感受着节日带来的精神愉悦。

不得不说，现在的人真得很有闲情逸致，无论什么样的节日，无论被不被商家利用，都最终会变为吃喝玩乐的借口和理由，真是应了老友那句话，怎么着都离不开，花点钱吃点好的，简直就是真理。

人是情感的动物，女人更是，在 2 月 14 号这一天，男人的心思与努力往往能起到事半功倍的效果，今天的庭审便是最好的证明。

这是春节后的第一个离婚案，依旧是青春的年纪，并不成熟的面孔，恋爱五年，结婚一年多，孩子形成于登记前，诞生在登记后，按时间算应该是呀呀学语的最可爱阶段。

简单的三口之家，一纸判决就会土崩瓦解。

“宁拆十座庙，不毁一桩婚”，这是一个离婚案的当事人在强烈要求不离婚的情况下，坐在上诉人的位置向我说的，在他眼里，这也许是法官的“罪恶”，只是没办法，这么多年，我不得不亲手毁了一桩又一桩。

今天的小两口，没有律师，没有家属，一人一边，没等我走进法庭，前方的“探马”已经微信报告了法庭内无法形容的安静。这种案件，过分的平静，会更让人忐忑，因为几乎没有蛛丝马迹可以作出预判。

我进入法庭后，要求当事人起立，虽然很多法官并不严格执行这个规则，但我坚持要求书记员喊起立，除了尊重，更多地是通过这一简单的动作可以环视现场的每一个人，如果是律师，就可以看一下他的着装，如果是当事人，就可以看一下他的表情。就是这一眼，你可以初步评估一下，是严谨，还是求其，是坦然，还是惴惴，是冷漠，还是不屑。

两个当事人都端坐着，他们站起来的时候，除了怯怯的看了我一下之后，在那站立的一瞬间头又看向了桌面，桌面干干净净的，一张纸也没有。他们对法庭充满了陌生，也有些不安。

上诉的男方黑黑的，贴着头皮的短发，典型的广东人面容，深色的夹克衬托的他显得有点忠厚，他的双手放在桌上，交叉着，偶尔摆弄一下，并不明显，头依旧低着，似乎望着手，又似乎望着地，又似乎什么也没有看。

女方并没有像男方一样坐在靠近审判台的第一把椅子上，她选择了第二把椅子，她起立的那一刻，我看到了她并不高，瘦瘦的，土土的秋式黑色连衣裙，搭配了同样并不明亮的风衣外套，齐耳的短发倒是顺顺的，一副金属眼镜显得有点斯文，只是那副面孔总让人觉得有满腹心事，甚至下一秒就会流下眼泪来。

这样的两个人就这样坐着，一审判决了他们离婚。

没有人敢说自己是家庭矛盾的完美处理者，尤其是在中国这样的家庭，父母子女之间界限模糊为一潭的情况下。

女方的起诉状充分地印证了这点，婆媳矛盾，兄弟纠纷，仍旧是我们熟悉的鸡毛蒜皮，显然，这个略有点木讷的男人并不是一个解决问题的能手，女方言语之间的不满，大多是认定男方在关键的时候并没有与她同一个战线。

毫无疑问，婚姻是社会的推动力量，婚姻本应是以解散旧有的原生家庭为代价，从而建立一个新家庭。而中国，新家庭与原生家庭之间往往因为割裂的并不彻底而产生了各种各样的矛盾。年轻人希望父母帮自己买房子、带孩子，但却不希望与他们二十四小时同居一室共同生活，父母们也很少开明到心甘情愿的看着孩子们过自己的小日子而放弃大家庭的热闹忍受孤独。于是，婚姻家庭的矛盾大多由此引发，没有界限感的利己主义，往往使得婚姻中两个人的问题衍生为两代人、三代人、甚至两个家庭的矛盾。所以，法庭上的婚姻家庭案，旁听很少没有人的，他们自然的分坐，有时会有莫名的势均力敌。

事实上，作为法官，今天我的作用是微弱的，男方上诉请求不离婚，并得到了女方的同意，根本的原因应该是他们自己做出了努力与妥协，五年的恋爱的美好，终难敌一年的婚姻现实，好在他们及时的救济与折返，走进法庭之后还能合好。昨天的情人节，男方有点得意地说，他送了花和 520 的红包给女方。我不知道女方同意这个结果是不是深思熟虑，但不能否定，这个节的催化作用还是很明显的。

女方还是象征性地向男方提了几个要求，比如说，要改掉坏脾气，要尊重妇女，要搬出来住等等。男方应承着，真心还是假意，远不是几个点头就能看出来的。我也例行地给了他们一顿告诫和鼓励，虽然那些要求双方沟通啊、谦让啊、互相体谅的话，连我自己发起飙来也难遵守，但还是一股脑儿的倒给了他们。

这是我做民事法官十余年，第三个二审合好不离婚的，说罕见，并不为过。

其实，离婚容易，好好过下去，不容易，希望以后都不会再在法庭上见到他们！

软底拖鞋打孩子不是家暴？长宁法院今年第一份涉未成年人人身保护令大爆料！

2017-02-23 上海长宁法院

近日，长宁法院少年庭发出今年第一份人身保护令。

申请“人身安全保护令”应符合：有明确的被申请人；有具体的请求；有遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险的情形。

本案申请人是 7 岁男童睿睿，被申请人是其已经 59 岁的爸爸，睿睿妈妈作为法定代理人向长宁法院提起人身保护令申请，称睿睿爸爸经常对睿睿进行打骂、恐吓，她多次报警仍不能阻止其打骂孩子的行为，并提供了多段爸爸打骂孩子的视频录像，请求法院：1、禁止睿睿爸爸的家暴行为；2、将睿睿的学校接送卡交与妈妈；3、不许睿睿爸爸与睿睿共同居住。

在向法院申请人身安全保护令时，受伤害者的报警材料、治疗诊断材料及伤势鉴定报告等都会成为非常有利的证据。

长宁法院顾薛磊法官收到申请后立即组织上门调查，分别听取了睿睿爸爸和睿睿的说法。睿睿爸爸一再强调自己只是给孩子做规矩，吓唬吓唬孩子，并不是真打，还拿出打孩子用的拖鞋表示是软底的；睿睿表示，爸爸主要是因为学习问题打他，有时候自己坚持己见，爸爸就会在警告三次后采取打的方式教育他。通过视频证据可以反映，睿睿爸爸在教育孩子时缺乏耐心，多次采用暴力方式，尤其有扯头发、打耳光、用鞋底抽打孩子的臀部、大腿等行为，已超出了父母教育孩子必要的手段和方法，直接侵害了孩子的人身健康权，是一种违法行为。

顾法官在了解情况后对睿睿爸爸进行了批评教育，睿睿爸爸表示接受批评，今后会改正。

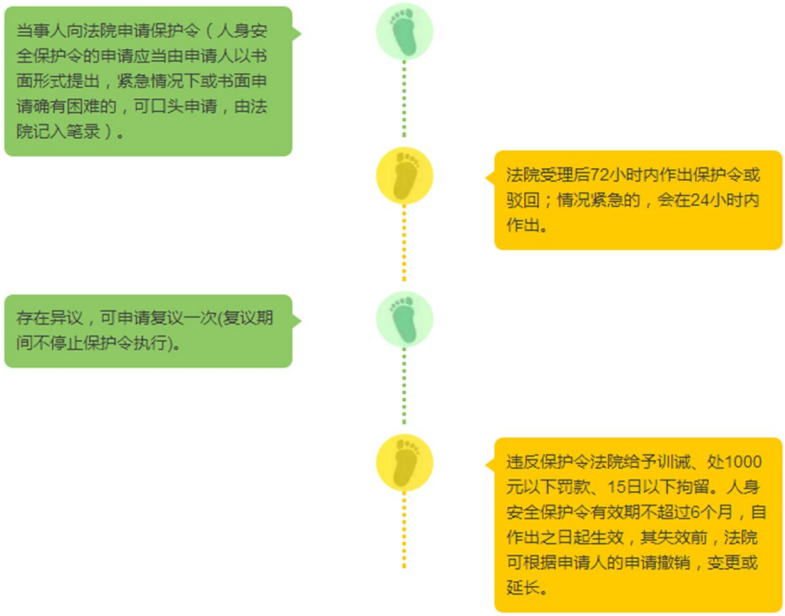
鉴于睿睿与爸爸平时相处中关系尚融洽，平时教育也主要由爸爸负责，顾法官最终做出人身保护令裁定，禁止睿睿爸爸对其实施家庭暴力，其余两项申请不予支持。

【法官寄语】

家庭环境是影响孩子身心健康最重要的因素，夫妻之间不和、家庭之间的吵闹都会让孩子的心理产生不安全感、压抑和焦虑。采用打骂的方式教育孩子是不科学的，不可能从根本上解决问题。希望爸爸妈妈们都能够树立正确的教育观，改变“棍棒底下出孝子”的错误观点，与孩子多沟通，和孩子一起读书，不要因为学习成绩责骂孩子，不要因为试卷的低分或者错误就认为孩子没有出息，遇到问题要与孩子共同分析原因所在，共同解决问题，陪伴孩子快乐成长。

此外，青少年在遭遇家庭暴力时，应立即寻找保护途径，第一时间拨打 110 报警或者向所在学校、居（村）民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映，也可以向法院申请人身安全保护令。

保护令出具的程序为：



遗赠扶养协议如何书写才能保证法律效力

2017-02-24 雨花法院 王轶

引导关注

如今，丁克族和失独家庭越来越多，该群体的养老问题、遗产继承问题日渐凸显，由于没有子女，不少老人选择与关系亲密又无法定继承权的亲友签订遗赠扶养协议，以解决自己的生养死葬问题。然而，现实生活中，当事人签订遗赠扶养协议的法律效力，时常引发争议。

案 情 回 放

人物关系

被继承人：王某，无子女

原告：陶某、马某，系王某的干女儿、女婿

被告一：林某，系王某的妻子

被告二：刘某，系林某与前夫之子

被继承人王某名下有南京市雨花台区某小区 201 室的房产一套，林某与王某曾于婚前书面约定：1.婚后林某享有该房产的一半产权；2.双方自愿将该房产交由刘某继承拥有。该二人登记结婚后，该房产登记在林某、王某两人名下，系共同共有。

婚后王某、林某感情不和。2012 年，由陶某代笔、王某口述并签字立下“遗嘱”一份，载明：“现有干女儿女婿陶某、马某经常关心照顾我的生活，让我非常开心，我觉得这样的生活才是我需要的，考虑再三，因年龄渐大，也为了我的生活长期有人照顾，所以我自愿将我名下的某小区 201 室房屋产权留给干女儿陶某、女婿马某，特此申明……此书由干女儿代笔，我签字生效，干女儿、女婿签字生效”。2014 年王某去世，随后其妻林某以继承纠纷将刘某诉至法院。经审查王某除配偶林某外已无其他第一顺序继承人，双方一致同意 201 室房屋归刘某所有，案件以调解结案。

2015 年，原告陶某、马某向雨花法院提起第三人撤销之诉，认为王某签订的“遗嘱”系遗赠扶养协议，自愿将其所有的 201 室房屋的二分一产权留给自己，而被告林某、刘某通过法院民事调解书，处置了该房产。故请求撤销该民事调解书，将 201 室房屋的二分之一产权判归两原告所有。

法 官 说 法

本案中涉及法定继承与遗赠扶养协议两种继承方式。根据《中华人民共和国继承法》第五条规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。即遗赠扶养协议的法律效力高于遗嘱和法定继承。本案中，林某通过法定继承取得属于王某的一半房产，之后将房屋过户给刘某。若两原告与被继承人王某之间的遗赠扶养协议有效，那么两被告的做法确实侵害了两原告的合法权益，应当予以撤销。本案的争议焦点在于两原告持有的“遗嘱”是否为有效的遗赠扶养协议。

1 什么是遗赠扶养协议？

遗赠扶养协议是由《中华人民共和国继承法》确立的一项法律制度，即遗赠人可以与扶养人签订遗赠扶养协议。

按照协议，扶养人承担遗赠人的生养死葬的义务，遗赠人的财产在其死后转归扶养人所有。

2 遗赠扶养协议有哪些生效要件？

《中华人民共和国继承法》第三十一条第一款规定：公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议，按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

遗赠扶养协议须采用书面的形式，是双方的民事行为且须由双方的意思表示一致才能成立。遗赠扶养协议是双务有偿的行为，双方都负有相应对待给付的义务，任何一方享受权利都是以履行相应的义务为对价的，任何一方都不能无偿地取得他方的财产。

3 两原告持有的“遗嘱”是否为遗赠扶养协议？

本案中，从原告为被继承人王某代写的“遗嘱”内容来看，原告陶某为王某代写的“遗嘱”内容中仅有“生养”部分，没有关于“死葬”的部分，不符合遗赠扶养协议的构成要件，两原告也未能举证证明其为王某履行了“生养死葬”的义务。故此“遗嘱”并非遗赠扶养协议。两原告无权继承王某的 201 室房屋的二分之一产权，依法驳回两原告的诉讼请求。

墨迹晕染分割线

遗赠扶养协议作为一种法律制度，不仅能保障遗赠人生前得到扶养，死后得到安葬，还能让扶养人得到遗赠人的遗产作为感谢，实现二者的利益兼顾。那么，怎样签订一份有效的遗赠扶养协议呢？

签订遗赠扶养协议的注意事项

1、遗赠扶养协议须采用书面的形式，应明确具体写出遗赠扶养双方各自的权利义务：

扶养人要明确同时负担生养和死葬的义务，并写明提供扶养的具体内容、办法和期限。最好具体到生前饮食、生活、医疗等方面的安排以及死后丧葬事务办理及费用承担。

2、遗赠内容应具体写明遗赠财产的名称、数量、处所，并提供有效的证明文件。

3、遗赠扶养协议签订后，扶养人需切实履行了生养死葬的义务，必要时还须举证证明，若没有切实履行相应义务或不能举证证明自己履行了相应义务，遗赠扶养协议将成为一纸空文，扶养人无法通过遗赠扶养协议取得遗赠人的相应遗产。

倍受争议的第 24 条，果真是婚姻的炸弹吗？

法官驿站 巴人闲话（ID：barenxianhua）上里巴人

婚姻法因为与每个人息息相关，因此备受关注，每一次的修改或者司法解释出台都会受到广泛讨论，即便如此，也没有哪一条规定像“24 条”这样受到如此多的抨击，废除之声从其颁布环绕至今。2003 年，最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第 24 条中规定“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

该条款出台之初就受到了许多学者的抨击，认为它预先推定夫妻债务要共同承担，导致大量的夫妻个人债务被认定为夫妻共同债务，使无辜者遭受了感情与经济的双重伤害。尤其是网上许多离异女性的现身说法更显示出该法之“恶”，她们甚至结成“反 24 条”同盟，力图推动废除该法条。

诚然，任何法律都是在社会发展与实践中不断调整与完善，如果一项法律制度没有让社会秩序往好的方面发展，而是引起了大量的社会问题，那可以认定这个法是“恶法”，理应被废除。可是用一个法律人的眼光来看 24 条，它真的如此罪大恶极，是一颗婚姻的炸弹，不废除不足以平民愤吗？

对于第 24 条的出台背景，最高院杜万华法官如此解释，“2003 年在制定婚姻法解释（二）时，出现一个情况，夫妻双方联合对付债权人，以作假的方式通过离婚将财产转移到一方，借以逃避债务。这种现象在沿海经济发达地区比较突出，欠发达地区也有所反映。根据这个情况当时反复讨论，婚姻法解释（二）第 24 条在把握度的程度上争论了很长时间。确定第 24 条的表述之后，夫妻双方恶意对付债权人的现象得到遏制。”

所以，该法条的出台并非是无的放矢，而是有着特殊的社会背景，司法实践中出现了大量债务人通过转移财产、假离婚等手段来逃避债务，使债权人追偿落空的现实情况。该条说到底就是在不同权利主体作出了平衡，即是优先保护债权人，还是优先保护夫妻关系中的相对方。

从结果来看，司法选择了优先保护债权人。这样的选择无可厚非，因为借贷关系是外部关系，债权人相对于夫妻两人而言是外人，不可能完全了解夫妻双方感情如何，夫妻财产如何分配。而婚姻关系相对于借贷而言是内部关系，夫妻双方更加知根知底，对于财产的掌握更容易。从恶意发生的概率来看，夫妻双方联合对付债权人的概率要远大于夫妻之间的加害，司法实践的案例也印证了这种可能性。

当然，现在客观上出现了许多夫妻一方“被负债”的案例，说明该法条并非完美，是“两害相权取其轻”后作出的取舍。但是，这样的后果并非不可弥补，因为处理夫妻的对外债务并非只有这一个法条，即便适用该第 24 条，该条也规定了另外情况。如果承办法官能够根据实际案情，灵活适用法律，完全可以避免“被负债”情况的发生。

关于夫妻对外债务的审理思路，最高院除了第 24 条的规定，在 1993 年的时候还出台过一个司法解释，即《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》，其第 17 条规定：夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：(1)夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；(2)一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；(3)一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；(4)其他应由个人承担的债务。该条的宗旨是认定为夫妻共同债务必须具备“共同生活”的特征。该宗旨在 2014 年最高院给江苏高院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》中被再次明确，即“如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。”

有许多法律专家认为该举证责任分配不合理，被负债人需要“证无”，而非“证有”。如何举证，个案的情况都不同，无法确定一个统一的标准。但如此规定毋宁说是给办案法官传递一个信息：在认定是否属于夫妻共同债务时，要严格把握借款是否用于“共同生活”，如从借款的发生时间、借款的金额、借款的用途、夫妻感情等多方面综合考虑后，感觉借款明显不可能用于夫妻共同生活的，则应认定为一方个人债务。

法条是死的，但法官是活的，法律规定不完美之处，正是法官发挥价值所在之处。美国宪法简单精炼，寥寥数条却支撑起美国的宪政体系，靠的就是美国大法官们在社会的发展前进中根据新情况不断对宪法作出解释，使宪法成为一部活的宪法。法律既然赋予了法官裁判权，法官就应该有担当，敢于根据自己的内心确信作出最正确的判决，而非机械地适用法律，用司法艺术弥补立法的不完美。

最后需要指出的是，感情才是婚姻的基础，婚姻悲剧产生的根源在于感情的磨灭和遇人不淑，法律的某些规定可能放大了婚姻的不幸，但法律规定并非不幸的源头。如果不反思悲剧如何一步步产生，而只是对法律结果耿耿于怀心生愤怒，这也是是对法律、对立法者的不公。

冰冷的法条，温情的判决——从个案看婚解二 24 条的适用

来源 ｜ 庐州判官（ID：lz-panguan）

作者 ｜ 蒋鸿铭（合肥市蜀山区人民法院法官）

原编者按：关于婚解二第 24 条，我以前曾在《法律不是嘲笑的对象 ‖ 评婚姻法解释二第 24 条的适用》一文中提出，“作为司法工作者，当你根据自己对 24 条的理解，得出明显不公正的裁判结论时，与其嘲笑、攻击法律条文的不合理性，不如反思自己的解释能力和解释方法，不如反思自己掌控案件的能力，不如反思自己是否机械僵化的适用了法律”。具体到本案中，应综合各种案件事实谨慎认定夫妻共同债务的成立，由于借款明显不合常理，如果此时仍僵化的赋予配偶方过重的证明标准，并以其不能证明借款未用于共同生活为由判决其承担共同还款责任，这显然是非正义的。本案承办法官紧扣各种反常的案件事实，最终通过条分缕析的说理，驳回了原告对债务人配偶的诉请，双方当事人均服判息诉，从而维护了个案正义。这也启示裁判者，善良的心是最好的法律，法条可能是冰冷的，但判决完全可以是温情的。

作者按：上周与判官神聊中，谈及婚姻法解释二 24 条的争议，我和判官一致认为 24 条只可修不可废。个人以为，24 条目前最大的问题可能是在对夫妻共同债务的判定中，为法官预留的解释空间太小，也未明文列举一些债务特征赋予法官审查权（这方面可以对比下民间借贷司法解释的 16 条、19 条），以致一旦法官在适用时不重视或不敢自由心证，就可能引发个案中的不公。无独有偶，前不久我办理了一起涉及 24 条的民间借贷案件。整个合议庭乃至书记员，都非常确信债务系男方个人债务，但女方确实无法完成 24 条规定的举证责任。在此情况下，我从案件事实出发，进行了充分的推理（充分到我自己都感到非常奔放……），最终以一种近乎碾压的气势，驳回了原告对女方的诉请。后，各方均服判未上诉。判官对我的判决书非常感兴趣，审阅后表示建议放到公号上与各路同仁共赏（pi）析（pan）。我就恭敬不如从命，忝着熊脸借宝地发出来抛砖引玉吧。

安徽省合肥市蜀山区人民法院

民事判决书

（2016）皖 0104 民初 1896 号

原告：马某某，男，1989 年 7 月 16 日出生，汉族，住 XX。

委托诉讼代理人：彭某，北京某某（合肥）律师事务所律师。

被告：张某某，男，1987 年 8 月 13 日出生，汉族，住 XX。

被告：肖某某，女，1985 年 4 月 26 日出生，汉族，住 XX。

委托诉讼代理人：吴某某（系肖某某母亲），住址同上。

原告马某某与被告张某某、肖某某民间借贷纠纷一案，本院于 2016 年 3 月 11 日立案后，依法适用普通程序，于 2016 年 8 月 30 日公开开庭进行了审理。原告马某某及其委托诉讼代理人彭骏，被告张某某、被告肖某某及其委托诉讼代理人吴某某均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告马某某向本院提出诉讼请求：

1.被告张某某立即向原告偿还借款 165000 元；2.被告肖某某对上述债务承担连带清偿责任；3.本案诉讼费保全费由两被告承担。

事实和理由：2015 年 11 月 21 日至 2015 年 11 月 23 日，张某某向原告借款 165000 元，其中，157000 元是原告分别多次转账给张某某和肖某某，8000 元以现金方式借给张某某，2015 年 11 月 23 日张某某就上述借款向原告出具了借条两张，并承诺于当天下午 4 点半之前还清。

同时，张某某与肖某某是夫妻。故该借款应该为夫妻共同债务。肖某某应对原告连带承担上述债务。自上述借款被借用以来，被告完全不守信用，至今未向原告偿还债务，在这期间原告虽多次以打电话、当面催要等方式要求被告偿还债务，但张某某一直不予理睬或身影无踪，未予偿付。现原告为维护自身合法权益，特诉至贵院，请求法院判如所请。

被告张某某辩称：

1.我和原告都是做刷卡套现业务的，借款用途是为了归还信用卡和赌博所欠债务。2.我出具借条的当晚，因为我前妻肖某某生了孩子，他们要我请客，我喝多了，被他们拉着去了附近的茶楼一起赌博。赌博也有原告参与，借款中也有输给原告的一部分，也有输给别人原告借钱给我的一部分。

被告肖某某辩称：

1.张某某借钱时，我正在分娩住院期间，借款的事实我完全不知晓，借款也没有用于夫妻共同生活。而且我方有生活来源，不需用这笔钱。2.原告转入部分借款的我名下银行卡一直由张某某控制使用。据我所知，这笔钱被张某某赌博挥霍了，其中也有原告参与。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对原告提交的各项证据和被告提交的证据 2、4、5 的证据效力，本院均予以认定并在卷佐证。

被告提交的证据 1、3 与本案没有关联性，本院对其证据效力不予认定。

就本案事实，根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定如下：

2015 年 11 月 23 日，被告张某某向原告马某某出具借条一张，内容为：“今借到马某某人民币陆万伍仟元正￥65000，保证今天下午 4 点半前还清。”同日，张某某还向马某某出具借条一张，内容为：“今借到马某某人民币壹拾万元正￥100000，4 点半前还清。”

2015 年 11 月 21 日，马某某向张某某转账情况如下：

11 时 43 分转账 30000 元，12 时 19 分转账 40000 元，14 时 48 分转账 32000 元。

2015 年 11 月 22 日 9 时 46 分，马某某向肖某某名下银行账户转账 10000 元；13 时 45 分，马某某向张某某转账 15000 元。

2015 年 11 月 23 日 12 时 24 分，马某某向张某某转账 30000 元。

马某某进行上述转账均使用其民生银行尾号 1387 账户。

庭审中，马某某对借款用途解释为：2014 年我和张某某就认识了，2015 年张某某说家庭有点困难，要做生意急需资金，向我借钱，我就借给他了。

张某某则对借款用途解释为：当时我在肥西路朝阳大厦 16 楼所租房内赌博，借款全部用于支付赌资，马某某于当日晚上也参与了赌博；银行卡取现有限制，每天最多现金取 2 万元，11 月 21 日马某某打给我的钱，我没有取完，次日最多也只能取两万元，我就让他把钱打到了肖某某的银行卡上，但这张卡一直是我在控制使用。

另查：肖某某系聋哑人，自 2006 年起在合肥天蚨电器成套设备制造有限公司工作，现月收入 1300 元。

2012 年 10 月 10 日，肖某某与张某某结婚。2015 年 11 月 13 日，肖某某在安徽省妇幼保健院生育女儿，2015 年 11 月 20 日出院。

2015 年 12 月 22 日，张某某与肖某某在合肥市蜀山区民政局协议离婚。

肖某某的委托诉讼代理人吴某某陈述：我和爱人均有退休收入，退休后也仍在务工，长期以来均补贴肖某某和

张某某的生活。

本院认为：本案的争议之处在于张某某借款的金额、性质和肖某某是否应承担共同还款责任。

首先，两张借条载明的借款金额共计 165000 元，而马某某分五次转给张某某、肖某某名下账户累计 157000 元，差额 8000 元。而五次转账中，金额最小的一笔仅 10000 元。在张某某否认的情况下，马某某主张的现金交付 8000 元借款似欠缺必要性，存在可疑之处。

第二，讼争借款转账交付在 2015 年 11 月 21 日和 22 日期间，两张借条均出具于 2015 年 11 月 23 日，且均注明“下午 4 点半前归还”，而同时马某某称借款系用于张某某生意需要。从日常生活经验来看，上述陈述可谓反常。如确系生意需要，为何在两天内分五笔转账交付？又为何均为同一账户转出却最短的转账间隔尚不足半小时（11 月 21 日 11 时 43 分 30000 元，12 时 19 分 40000 元）？

加之，如马某某主张的现金交付 8000 元借款属实，则“为生意需要”的十几万元讼争借款在两天内累计交付达六次之多，却又在 11 月 23 日就约定了极短的还款时间，这愈加有违常理。而张某某称讼争借款所借为偿还赌债，则明显更符合讼争借款多次交付、还款紧迫的特征。

第三，肖某某于 2015 年 11 月 8 日生产，11 月 20 日方才携新生儿出院，显需卧床休息，马某某却于 11 月 22 日就向肖某某名下账户转账 10000 元，再由张某某于次日出具借条确认，此种借款形式近乎怪异。即便马某某对肖某某生育的情况全不知情，那其如何知晓肖某某名下银行账号？不难推知，2015 年 11 月 22 日 9 时 46 分马某某向肖某某名下银行账户转账 10000 元时，明知该银行卡在张某某控制之下。

以上种种异状，明显有违日常生活经验法则。尽管尚不足以作出讼争借款系用于赌博的认定，但亦不能令本院相信讼争借款确有 165000 元并用于张某某、肖某某夫妻家庭生活。本院根据马某某转账总额，认定借款本金为 157000 元。根据马某某的自述，其在 2014 年就认识张某某，却在讼争借款存在上述种种异常的情况下连续多笔交付借款，显然未尽到一般理性人的正常注意义务。现马某某主张肖某某承担共同还款责任，本院不予支持。

综上，本院认定马某某向张某某出借 157000 元，上述借款系张某某个人债务。依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第二百一十一条，《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》第十六条、第二十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零五条之规定，判决如下：

一、被告张某某于本判决生效之日起十日内返还原告马某某借款本金 157000 元；

二、驳回原告马某某的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 3600 元，保全费 1345 元，公告费 400 元，合计 5345 元，由原告马某某负担 260 元，由被告张某某负担 5085 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或代表人的人数提交副本，上诉于安徽省合肥市中级人民法院。

审　　判　　长　　蒋　　鸿　　铭
人 民 陪 审 员　　宁　　笑　　云
人 民 陪 审 员　　刘　　腊　　梅

二〇一六年九月二十一日

书　　记　　员　　刘　　艺

附 1：本案证据目录

一、原告马某某提交证据如下：

1. 借条两份，证明：张某某向原告借款 165000 元的事实。

2. 中国民生银行个人账户对账单和交易明细，证明：张某某向原告借款 165000 元的事实

二、被告肖某某提交证据如下：

1.工商银行交易凭证；2.离婚协议书；3.个人外汇买卖凭证；

证据 1-3 证明：张某某与肖某某婚姻关系存续期间产生的大量个人债务，并在离婚时给予隐匿未向我方告知，导致我方为其承担了大量债务。

4.残疾人证，证明：肖某某系二级残疾人。5.出生医学证明、出院小结各一份，证明：2015 年 11 月 9 日前后，肖某某在省妇幼保健院生产，对本案借款不知情。

被告张某某未提交证据。

附 2：本案适用的法律条文

《中华人民共和国合同法》

第八条　依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。

第六十条　当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第二百一十一条　自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

《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》

第十六条　原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩已经偿还借款，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明，人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。

第二十七条　借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》

第二十四条　债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

《中华人民共和国民事诉讼法》

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。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第一百零五条　人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。

涉外民商事审判中的识别、识别偏差及解决路径

2016-06-29 上海市高级人民法院 朱工宇

国际私法中的“识别(characterization)”又称“定性(qualification)”，是一项重要而复杂的制度，与之相关的理论分歧源远流长。依通说，识别系依据一定的法律观点或法律概念，对有关事实的性质做出定性或分类，把它归入特定的法律范畴，从而确定应援引哪一冲突规则的法律认识过程。在涉外民商事审判实践中，识别与管辖权、法律适用并列为三大问题，是处理案件“首先碰到的一个问题……直接影响着案件的处理结果”。[1]如将法官选择并适用法律审理之过程，比作史诗英雄曼涅劳的海上漂泊之旅，那么识别之目的就是求得神谕以确定探索准据法的起点和方向。

一、神话与法律：涉外民商事审判中的识别难题及意象透视

荷马在《奥德赛》（Odyssey）卷四，为引出奥德修未卜的命运，插叙了斯巴达王曼涅劳（Menelaus）的回忆。与木马计的谋主类似，他找不到回乡的路，被困海中而不知就里。多年后，他在法洛岛（Pharos）遇海女埃多塞雅（Eidothea），后者知其处境、促其思考，并称只有抓到她父亲普洛调（Proteus），才能明白被困原因和解脱方法。曼涅劳依她计策，与同伴一道捉住老海神，迫使其在百般变化后显露本相，解答他的困惑并揭晓众人的命运。

哲学家以为“希腊神话本身包含着表示一切思想的无穷寓意和象征”。[2]事实上，曼涅劳的困境也是法官的困境，选择准据法的旅程往往并非坦途，不同的起点或将通向不同的终点。以“美国总统轮船公司与菲达电器厂、菲利公

司、长城公司无单放货纠纷再审案”[3]（美轮公司案）为例，作为少见的经一审、上诉及再审的涉外商事案件，其各阶段的法律适用大相径庭，究其原因，在于对争议性质、特别是对记名提单是否为物权凭证的不同定性。

正如曼涅劳借重了海神父女的双重晓谕，在一个典型的涉外案件的识别过程中，法官要借助一定的识别依据对识别对象进行分类，从而明确其属何连结对象以确定冲突规则，进而再借助冲突规则以确定准据法。识别依据可能是法院地法或外国法，且存在三个对象，即案件事实、基础规范（其与识别依据及准据法均可能存在重合或交叉）和冲突规则。在通过法院地证据规则确认事实后，法官不能直接考察其与基础规范的契合关系（但实践中存在先行或同时的情形），而是必须先行确定冲突规则以选择准据法。表面上看法官考查的是事实与冲突规则连结对象的契合关系，但在更本质层面，则是按照一定依据对事实所仰赖的基础规范进行分类，确立其与法院地冲突规则连结对象的对应关系。

由于不确定因素较多，涉外案件的识别在审理中是一难点。对神话意象的深入剖析，或将有助其解决。

二、幻形与本相：识别之思维特征及识别冲突与偏差之探讨

海神之百般变幻，是水的流动性和镜像性的象征。在冲突法识别过程中，正如水不断反映观水者的形状，不同诉讼阶段进入感知范围的事实与规则（与国内案件不同，可能仰赖于外国法的查明、准据法的确定等条件）可能有所不同，定性将不断反映识别者的新认识，故其思维具有持续性、反复性、阶段性及形态的阶段特定性。

（一）识别依据之争及其可能扩张

当基础规范是内国法时，如法院地国际私法与实体法存在差异；或当基础规范是外国法时，如法院地法体系对外国法规则的定性或分类有别于其所属的法律体系，或法院地法根本不存在同一或类似规则，都会发生识别冲突。

《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《适用法》）第八条明确：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”在立法上确立识别依据“法院地法说”，或将有助于结束实践的混乱状态。然德国司法经验表明，三种识别冲突中，对“内国实体法漏洞”和“内国国际私法和实体法体系差异”所致冲突，法院地法说无法妥善处理。[4]

因此实践中长期存在“准据法说”与“法院地法说”之争，并产生了介于其间的诸多混合理论。准据法说要求用来解决争议问题的准据法也应当是对争议事实进行分类的依据。沃尔夫以为“考究外国法是否适用而不斟酌它的分类，这是不按照外国法的本来面目来看待外国法”。[5]尽管该说存在逻辑矛盾（定性是准据法确定之前提，何以准据法又是定性之前提？），但亦有其现实性。

鉴于认识是不断更替深入的持续思维过程，实践中必然存在通过考察可能被适用的法律来进行定性和反复比较的可能性和合理性。美轮公司案似可为一例。另如“广东省轻工业品进出口集团公司与 TMT 贸易有限公司商标权属纠纷上诉案”[6]，最高法院在我国尚无《信托法》的情况下，就将案件识别为信托关系，则较接近比较法识别说。

《适用法》未规定识别依据的例外，完全排除了将准据法说、分析法学与比较法说、个案识别说、功能识别说、分割识别方法、折中办法、以政策分析为基础的适当标准[7]等作为涉外民事审判定性依据的可能性，未免有些武断，或将落后国际立法潮流。

（二）识别阶段之争及其可能扩张

1.准据法确定之后的二级识别

二级识别是相对一级识别而言的，发生在准据法选出之后。一级识别按法院地法，二级识别则依选定的准据法进行。主流观点虽不否认二次或多次识别现象，但普遍不认可二级识别。努斯鲍姆批评它“只会徒增混乱，因为这种依该外国法对该外国法的概念进行解释已完全不同于法律选择中的识别了，在这个阶段，已经不存在识别冲突了”。[8]

然而，关于“二级识别”的传统争论都没有考虑到国际条约统一规定识别现象的可能性以及由此带来的影响。[9]2009 年联合国《全程或部分海上国际货物运输合同公约》（《鹿特丹规则》），首次以统一实体法公约的形式，就“承运人的识别”和“货物控制方的识别”作出专门规定，且成员国对其规定不得保留。

假设法院依本地实体法对案件作出定性后，冲突规则指引《鹿特丹规则》为准据法。此时，若法院所属国是公约成员国，则法院应依照公约进行二次识别；若其无成员国义务，出于完整准确适用公约的需要，如不存在公共秩序保留事项或内国强制性规定[10]，法理之正当性依然要求其依公约进行二次识别，以确定该公约是否适用。

此时，二次识别解决的不仅仅是解释问题，还涉及准据法的选择。特别是当《鹿特丹规则》有关承运人识别的规定与法院地法的规定相矛盾的时候，还会存在依据国内法识别和依据国际公约识别的冲突。[11]公约没有对非承运人的法律责任进行规定，若经二次识别当事人不符合其所界定的承运人条件，则公约可能不适用，法院将再次面临法律选择难题。

二级识别同样反映了识别依据“准据法说”的现实性。不管承认与否，国际条约规定识别制度的探索，已然成

为二级识别现象萌发的土壤。无论中国将来是否加入《鹿特丹规则》，都有必要未雨绸缪，明确《适用法》第八条是否具强制或公共秩序属性，或依后文建议对该条进行修改。

2.管辖权确定阶段的识别问题

批判者认为识别“与诉讼管辖权并没有直接的关联”，因为“管辖权的确定首先依据人的因素（主要是被告住所地），而非具体案件的性质”，此时“案件定性无需进行”，但其也承认，“当法院决定有无特殊管辖权时，确实需要对案件进行定性。”[12]

其实，当被告在我国无住所而需要确定特殊管辖权时，一般也无需定性，因为无论何种财产权益纠纷，只要诉讼标的物、被告可供扣押财产所在地、被告代表机构住所地在我国境内，法院就可行使管辖权。（《民事诉讼法》第二百六十五条）

然在其他情况下，当涉及侵权之诉与违约之诉竞合时，或需要适用特殊地域管辖规定及我国加入的国际条约的管辖规定时，依然需要定性。

另，涉外案件常涉及仲裁协议或条款，在“中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”[13]和“江苏省物资集团轻工纺织总公司诉(香港)裕亿集团有限公司、(加拿大)太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”[14]中，对争议定性的主要目的就是为了解决诉讼与仲裁之间管辖权的冲突。

实证研究也指出，涉外民商事审判中提出管辖权异议，尤以协议仲裁和地域管辖不妥为理由的最为集中。事实上，我国民事判决要得到外国的承认与执行，外国法院首先考察的也是我国法院的管辖权与其定性是否契合。

（三）识别冲突及偏差之探索解决

神话中，普洛调只有真身受缚，才会吐露真言。他的本相，是与事实和规则相契合的正确识别结果。但在程序法允许的识别过程终局前，法官通过定性所捕捉的可能只是幻象。

1.识别冲突问题

识别冲突源自法律冲突，主要是个客观问题，不可能完全解决。但为免司法限入僵局，在修改《适用法》时应确立识别依据的“例外原则”，借鉴我国“国际私法示范法”中的“如果依法院地法不能适当解决的，可以参照可能被选择适用的法律来解决”；或保加利亚法中的“如果相关法律制度或者概念在法院地法中不存在，且根据法院地法进行解释后也不能确定，则在识别时应考虑规定这些法律制度或概念的外国法。识别时应顾及所调整的法律关系中的国际因素以及国际私法的各种特性。[15]”

2.识别偏差问题

识别偏差与识别冲突不同，是主观问题，包括“错误”或“误差”，误差是相对错误而言的，“是由于法院或法官在不同的诉讼阶段对有关事实构成的性质认识不同造成的”，而其根本原因又在于各阶段的“审查权限不相同、接触的证据不相同、采用的识别依据不相同、办案人员认识水平不相同”。但识别误差“并不必然导致法律适用和判决结果的错误”。[16]

与识别冲突相比，在我国司法实践中识别偏差问题可能更值得重视。有必要突破理论束缚，承认在冲突规范适用阶段外的识别现象，由《民事诉讼法》作出回应，唯此才能消误差于端倪、使错误得到救济。

建议将定性的启动前溯至立案时，作为程序问题，识别依据只能是法院地法。一旦做出定性，法院应尽量保持前后一致，但容许管辖权阶段的识别与法律选择阶段的识别存在误差。对已受理的争议，若误差不影响管辖依据，则法院可继续行使管辖权；若误差导致管辖权依据变化，且当事人提出管辖权异议，则法院应中止管辖权。

三、孤身与同伴：识别过程中的法官职权主义与当事人主义

曼涅劳的海上漂泊，与奥德修有一大不同，即他一直结伴而行，后者却常被神刻意保持孤立。或许，这也是奥德修的归途尤为漫长的原因。曼涅劳听从海女建议，邀同伴参与诱捕。那么，为避免识别出现偏差，法官是否应当重视当事人的作用？

（一）请求权竞合情况下的识别

请求权竞合，是指一个生活事实符合多个法律构成要件，从而产生多个请求权，而这些请求权的目的只有一个。[17]我国承认请求权竞合的最典型规定是 1999 年《合同法》第一百二十二条。

2008 年《民事案件案由规定》（以下简称《案由规定》）强调：“在请求权竞合的情况下，人民法院应当按照当事人自主选择行使的请求权，根据当事人诉争的法律关系的性质，确定相应的案由。”从而确立了当事人主义原则。但也有观点认为承认请求权竞合违反“你给我事实，我给你法律”的法官知法原则，作为大陆法国家，法官不应受制于当事人提出的法律观点的拘束。[18]

《适用法》第八条的“涉外民事关系”，一般认为指诉讼标的或诉因，在我国语境里可称为“案由”。[19]但我国

冲突规则的“连接对象”，并不直接对应《案由规定》的“案由”。在国际私法理论中，识别是法官为适用冲突规则而依职权行使公权力的行为。案由应当依据当事人选择的请求权确定，并不意味着涉外民事审判中，确定连接对象必然依据当事人的选择，特别是在当事人选择不明时。

从以往的实践看，我国法院似倾向于依职权识别。以“陆红诉美国联合航空公司国际航空旅客运输损害赔偿纠纷案”[20]（陆红案）为例，原告前后的请求均未明确权利基础，但从原告请求救济的范围来看，最初的请求是基于违约，变更的请求因包含“精神损害赔偿”而应视为基于侵权，法官依职权确定为侵权。遗憾的是，尽管替当事人作出定性，法官适用的冲突规则却不合逻辑。当时我国法律未明确侵权纠纷可合意选择准据法，故侵权应适用侵权行为地法，即日本法（日本也是两公约成员国），法官却直接依据合同法冲突规则适用了两公约，虽然最终准据法正确，但冲突规则适用错误。

（二）不存在请求权竞合时的识别

当不存在请求权竞合时，无论原告选择何种诉因，法院拥有依职权定性的最终决定权，且定性应具有唯一性。但在当事人就案件定性形成合意时，我国法院似也曾予以尊重，如最高法院将美轮公司案定性为合同纠纷的表面理由就是“双方当事人没有异议，应予认定”。

另有必要指出，对无单放货的定性，最高法院早年采单一性标准（侵权），排除了竞合的可能性。但经历美轮公司案后，又在法释〔2009〕1 号文中改变立场，其第三条规定：“正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任，或者承担侵权责任。”从而将之前认定的提单单一性质论改成了双重性质论，并赋予了当事人选择权。

（三）调和矛盾之初步思路

请求权竞合情况下，法院应尊重当事人的诉因选择权，并根据当事人选择的诉因确定应适用的冲突规则，但法院可在当事人作出选择前行使释明权，告知其相关权利及选择的后果，特别是在当事人选择不明确时；除非经实体审理，法院认为不存在请求权竞合。

四、故土与福地：影响识别取向的思归情结及其克服路径

曼涅劳一心思归，当神谕要他先折回埃及向神献祭（sacrifice）时，他却不愿再穿过那片迷雾与风暴之海。在涉外审判中，同样存在这种思归情结（Homebound Complex），即尽量适用法院地法的趋向。除公共秩序保留、直接适用的法、域外法不能查明等制度外，不当识别也是排除域外法适用的工具之一。定性依据法院地法，是《适用法》明文规定；但为选择法院地法为准据法，而有意忽略定性、模糊定性、挑拣定性、歪曲定性，却是错误的倾向。

（一）思归情结的原因追问

1.冲突法的无序庞芜

冲突规则缺乏稳定性、明确性和可预见性。卡多佐以为冲突法是“法学最令人头疼的那部分”，法官裁判涉外案件时，“逻辑在此显得更加冷酷无情，更加漠视最终的目标。”[21]

2.裁判者的有限理性

法官对域外法有本能的戒惧疏远心态，而对本地法则有倍感亲切的自然倾向。[22]尽管审理涉外案件的法官整体业务素养要高于审理纯国内案件的法官，但因其法律意识难免打上特定国内法的烙印，若无系统的涉外案件裁判方法的训练，实践中也难以熟练掌握并运用国际私法。

3.服务需求的全面提升

面对日益激增的司法服务需求，法官难有足够时间思考，甚至往往凭直觉得出裁判结论的心证过程，不愿或不能形诸笔墨。司法服务标准的提升、社会分化带来的道德多元化和异质化，也使裁判面临更多争议，在现有的司法和社会评价体制下，适用外国法会增加裁判风险，而作模糊定性、适用中国法却是较为安全的选择。

4.法官释法的制度瓶颈

我国法官的任务仅限于适用法律，并无释法、造法的权力。法官是在用裁判的方式解决纠纷，而不是确定规则。法院没有动力对案件作充分论证，如果不说理同样能审结且不受追究，何乐而不为？一旦习惯懈怠或放弃努力，法官对裁判的把握，就值得疑问了。

（二）思归情结的克服路径

神谕指出，曼涅劳注定将前往福地（Elysium），故土并非其归途之终点。因此，回埃及献祭是一种隐喻，既是要他让步牺牲，又是要他留步思考。法官必须牢记，法院地法并非探索的终点，漫长的游历与适当的停留，都是为找到最终的准据法，即使准据法就是法院地法，即使故土成为福地，那也是因漂泊而升华的故土。

1.国际私法：统一冲突正义与实质正义之要求

传统冲突法及实践关注的冲突正义主要是一种程序正义或形式正义，只为寻求可用的法律，但并不考虑其是否

合适。法官的思归情结，或许是基于实质正义的一种反动。但即使适用我国法是合理的，也不能因此牺牲形式正义，而应追求两者之统一。冲突规则连接点的软化（softening）处理，就是平衡冲突正义与实质正义的一种应对方式。

2.司法能力：协调结构配置及业务素养之矛盾

当前我国法院特别是基层法院中具有国际法视野的法官依然较少，不少法院在招录法官助理时甚至暗示不需要国际法专业，在更多法院取得涉外案件审理权限且涉外案件不断增长的背景下，这种短视或将导致结构性缺陷。除优化法官的数量及结构配置，法院还应加强对其涉外裁判能力的培养并提供方法论指导。

3.解释权限：平衡绝对服从和适度创造之冲突

法律不经解释不能适用。当找到的法律规则属于或包含不确定概念时，社会目的与法律目的不同时，以及法无明文规定时，就更需要对法律作出价值补充和漏洞补充。[23]在释法瓶颈尚无法突破的情况下，应赋予法官进行法内续造和价值衡量的自由裁量权，以适度创造平衡绝对服从，从而激发法官的释法积极性。

五、茫然与知晓：涉外民商事审判中的识别方法论建构

曼涅劳迷途的原因之一，在于其不知迷途的原因。法官适用冲突规则时出现偏差，原因之一在于其不知如何正确识别。海德格尔说：“理解总是根植于我们预先已有的东西。”[24]若非海女详细谋划，曼涅劳不可能擒住海神。只有掌握识别的方法论，法官才能正确适用法律。

识别问题天然不应通过立法解决，只应强化理论、原则和方法对法官的指导。识别过程必须在裁判文书中有所体现，心证应当公开，如此方能达成识别方法论的规范与统一，进而达成适法的规范与统一。建议如下：

（1）对涉外法律关系的定性，不能也不应止步于确定案由。（2）即使立法坚持识别依据法院地法，仍应对识别依据作扩张解释，法院地法应包括法院地国际私法（含国际条约与惯例）。（3）允许法官进行比较法的考察，从制度的功能和目的着眼，寻找我国法中最切合或最近似的法律范畴。（4）法院应尊重并首先考虑当事人对案件事实的定性，但也应通过释明进行引导。（5）在实际办案及文书撰写时，定性都应当在确定管辖权和法律适用之前先行处理。（6）定性时应结合事实详细阐述理由，指明所依据的具体法律规则，不应笼统称之为法院地法。（7）论证步骤应清晰合理，不应颠倒顺序或笼统讨论。识别时应先判定涉外因素,再确定具体法律关系。当存在多个法律关系时，若其有主次之分，应先定性主法律关系、再定性从法律关系；若其互相独立，则依诉请或事实的顺序定性；若存在程序与实体之分，先处理程序性问题，再处理实体性问题。

余论、想象与现实

海神父女寄身的法洛岛（Pharos），后为亚历山大灯塔（古代七大奇迹之一）之所在，这使原来的神话增添了新的象征意义。“Pharos”也因其指引航行之伟业，成为灯塔的代名词。而识别之功能，即在于成为指引法官走出法律迷途的灯塔。

亚历山大灯塔毁于地震，识别制度的正确适用，却不能毁于法官的随意、懈怠或曲解。奇迹再美好，也只是回忆与想象，在法律的现实世界，我们不仅要寻找灯塔，更应以新技术重建灯塔，使识别制度变得更为科学、更为实用。

（三）律师视点

执行被执行人名下财产，被执行人配偶以系夫妻共同财产为由，提起案外人异议，要求仅能执行一半，如何处置？

2017-02-03 金陵瀛语 夏从杰

按语：

今天开始，春节假期宣告结束，正式开启工作模式。我和我的老伙伴、小伙伴都来高高兴兴地上班啦！

首先给各位好友拜个晚年，祝大家在新的一年里：工作顺利，全家安康，鸡年大吉。

春节期间，本号资深作者夏从杰法官在整理家务时，右手不慎被玻璃割伤，伤口较深，缝补三针，并绑有药物纱布，以利伤口愈合，因此，近期码字多有不便，原计划假期新创的文章，未能按计划如期完成，所以，近期推送文章不能做到如往日般繁密、经常，特此致歉，敬请见谅！

正文：

司法实践中，如果判决没有判明是夫妻共同债务，基于审、执分离原则，不得在执行程序中认定系夫妻共同债务，于此情形，只能作为被执行人一方的债务进行执行。当然，如果判决判明属于举债一方个人债务，作为被执行人一方债务执行，自不待论。

上述两种情形的执行中，如果执行被执行人名下财产时，比如房产、车辆等，被执行人配偶以系夫妻共同财产为由，提起案外人异议，要求留取一半份额归其所有，如何处置？

被执行人名下的财产包括婚前财产和婚后所得财产。

对于被执行人名下的婚前财产，因其属于被执行人个人财产，其配偶没有理由提起案外人异议，即使提起了案外人异议，也难以得到法院支持。

但如果对于被执行人名下的婚后所得的财产，比如房产、车辆、工资等，配偶以系夫妻共同财产为由，提出案外人异议，应依照民诉法第 227 条进行审查，对异议裁定不服的，可以提起案外人异议之诉。

基于婚后所得共同制的原则，被执行人婚后所得的财产，原则上属于夫妻共同财产。一旦配偶提出了案外人异议，法院往往会予以支持。申请执行人不服的，可提起申请人异议之诉。最终结果是，被执行人名下的婚后财产，可以执行一半，留取一半份额给配偶，比如，财产变价款，保留一半给配偶。

既然对于被执行人名下的财产，要保留一半份额给配偶。有人提出，对于配偶得到的一半，根据婚后所得共同制，也是夫妻共同财产，理论上依然可以再次执行一半，如此多次反复执行，配偶分得的变价款将无穷小，直至趋于无，最终结果是，被执行人名下的财产依然可以全部执行。

这种看法，有一定道理，基于婚后所得共同制，配偶可要求保留一半价款归其所有，但同样基于婚后所得共同制，配偶所得的这部分价款，同样也属于夫妻共同财产，依然可以继续执行一半。如此反复多次操作，配偶将几无保有分得价款的可能。

但仔细想来，这种操作法，造成的后果只能是，配偶为了维护自己财产权益将不可避免的选择离婚，因为离婚后，配偶原则上可理所当然地获得一半的财产。如果法院的执行，成为了逼迫夫妻离婚才能解脱债务的境地，这种执行方法是不是过于流氓？执行的妥当性、合理性，难免为人诟病。

因此，对于被执行人名下的夫妻共同财产执行分割后，对于配偶所分得的一半财产，视同离婚分得的财产，应视为其个人财产。通过拟制技术，将执行强制分割后的财产，视同配偶个人财产，不可继续执行配偶所分得的一半。而且，不但本案不可继续执行，其他案件也不得执行。当然，能诉讼确认属于夫妻共同债务的，可以执行配偶，自当别论。

只有这样解释和拟制，才不至于让执行沦为逼迫配偶离婚的境地。

需说明的是，对于被执行人婚后所得财产执行一半份额后，视同离婚。配偶所分得的一半价款，既然视同离婚，如果被执行人将来再获得了其他财产或者其他收入，在清偿本案债务时，应视同被执行人的个人财产，法院可以全部执行，配偶不得再次提出案外人异议，直至清偿完毕为止。

但如果被执行人对家庭成员产生了法定抚养或扶养义务，当然在执行被执行人财产时，要保留被执行人生活及所负担的抚养义务所必需的部分。比如被执行人的配偶没有收入，在家里照顾小孩、老人，在分得一半财产后，经过一定时间的消费，消耗殆尽。虽然被执行人财产已因配偶分割一半后而视同了离婚，被执行人将来取得的财产视同被执行人个人财产，法院可以全部执行，且配偶不得再次提出异议要求分割，但如果配偶没有收入，被执行人则对其负有扶养义务，执行时就不能全部执行，而要保留扶养义务所必需的部分，否则，带来的后果必然是劳燕分飞。因为其配偶无法生活，不可避免选择离婚或者选择自己外出工作，让被执行人留在家里照顾小孩、老人，这样，对于债权人利益的实现将更为不利。俗话说：甘蔗没有两头甜，镜子没有两面光。在家里有老人、小孩需要照顾、抚养的情形，很难做到“刀切豆腐两面光”，只能有一个人外出工作，相应的夫妻之间的抚养义务必然会发生。

综上所述，对于被执行人婚后所得的财产执行一半，留取一半给配偶是合理的。

既然只能执行一半，必然加剧执行难，影响债权实现，是否对债权人不公呢？

本文认为，这种所谓的对债权人的不利益，如果是因为确实是被执行人个人债务，本质上属于配偶拿走该拿走的一半，不是真正的不利益。如果依法可以确认为夫妻共同债务，债权人没有在起诉中确认，这种不利益仅仅是暂时的，其可以另行起诉确认案涉债务为夫妻共同债务，而可以要求配偶承担连带责任。一旦胜诉，不仅可以执行被执行人，还可以执行配偶，这就圆满的解决了这个问题。

只是这样造成了债权人再次起诉的诉累，但这种诉累是债权人自己造成的。为何不在起诉被执行人时，要求确认是夫妻共同债务呢？为何不把配偶作为共同被告呢？既然没有将配偶作为共同被告，剥夺了配偶的程序权利，再次起诉确认属于夫妻共同债务，属于为程序正义所必须付出的代价，所谓诉累完全是自己诉讼策略不当造成的，属于应当缴纳的“学费”，不可怨天，更不可尤人，因为这本身是债权人自身的错。

当然，执行实践中，配偶提出异议、要求分走一半价款的比较少见。这是因为，如果配偶不想离婚，还想与被执行人继续生活，那么，被执行人的债务早晚都是要清偿的，所谓“欠债还钱，天经地义”，所以，配偶通常不会要求分割一半财产而提异议。而且，如果提出异议分得了一半财产，那债权人不能实现债权，可以选择起诉确认系夫妻共同债务，从而可以执行配偶，这样，配偶提出异议纯属“竹篮打水一场空”，不但毫无实益，还会承担迟延

履行的加倍利息。所以，实践中，几乎没有配偶以夫妻共同财产为由提起案外人异议的，想必，也是衡量了这种后果。

因此，除非确系是被执行人的一方债务，而非夫妻共同债务，且配偶想与被执行人离婚，才会提出案外人异议，以分割相应的财产。否则，配偶很少会有以系夫妻共同财产为由，而提起案外人异议和异议之诉，来要求分割一半财产的。

有鉴于此，执行中，往往对于被执行人的婚后财产，在配偶没有提起案外人异议时，几乎没有主动将财产变价款分给配偶一半的。

但是，一旦配偶以夫妻共同财产为由，提起了案外人异议，在法律上应当依照上述操作，保护配偶的合法权益。

当然，既然配偶基于夫妻共同财产为由，要求分得被执行人财产的一半价款，那么，基于同样理由，配偶婚后所取得的财产，符合婚姻法第 17 条规定的，也属于夫妻共同财产，具备一定条件时，依然可以执行一半份额。

对于如何执行被执行人配偶名下的婚后财产问题，将另行撰文探讨，拟于明天推送，敬请关注。

关联法条

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

（一）工资、奖金

（二）生产、经营的收益

（三）知识产权的收益

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

生存的配偶可以先拿亡故配偶财产的一半，剩下的再跟其他继承人分？

2017-02-03 台湾成鼎律师事务所律师 梁维珊

在台湾地区配偶之一方死亡，生存的配偶基本上都听过，除了继承外，同时还存在一个特殊且可以主张的权利，所以有「生存的配偶可以先就亡故后的配偶拿一半财产，然后再与子女就剩下的另一半遗产均分。」这个说法，但配偶之一方死亡，是否生存的他方能直接主张先要一半的财产吗？所谓的「先拿一半」到底法源基础是什么呢？

其实「先拿一半」的说法不精确，正确来说**配偶之一方死亡时，因为法定财产制关系消灭，所以生存的配偶得主张的是剩余财产分配请求权**，这里所讲的剩余财产分配请求权，就是台湾地区民法第 1030 条之 1 以下所规定的剩余财产分配请求权，因此在**法律客体适用上，自然要依据剩余财产分配请求权的相关规定为请求**，而生存的配偶在主张剩余财产分配请求权时，**主体上是对已故配偶的其他继承人主张剩余财产分配请求权**。

所以读者会问，那生存的配偶基于剩余财产分配请求权，是否就想当然的可以先拿亡故配偶的一半财产呢？这就要回归到台湾地区有关剩余财产分配的法律适用。依据台湾地区民法第 1030 条之 1 第 1 项的规定，原则上剩余财产分配请求权是「夫或妻现存之婚后财产，扣除婚姻关系存续所负债务后，如有剩余，其双方剩余财产之差额，应平均分配。」其中因继承或其他无偿取得之财产与慰抚金则排除在外，不列入剩余财产分配之范围内。不过同条文第 2 项也明确规定：「依前项规定，**平均分配显失公平者，法院得调整或免除其分配额**。」法条所称的「平均分配显失公平」，是交由法院来审酌夫妻一方是否有不务正业，或浪费成习等情事，对于财产的增加并无贡献，像前述的有不务正业、浪费、对双方婚后财产的增加没有任何贡献、对家庭也没有贡献的一方，在立法理由中明确表示「自不能使之坐享其成，获得非分之利益。此际如平均分配，显失公平，应由法院酌减其分配额或不予分配。」所以，**主张剩余财产分配请求权，最终是否能均分剩余财产，还是看法院的认定，并不是一定就能拿到一半的财产**。

生存的配偶对已故配偶的其他继承人主张剩余财产分配请求权之后，依民法第 1138 条及第 1144 条的规定，能再与其他继承人均分已故配偶的遗产，台湾地区最高法院认为「夫妻剩余财产差额分配请求权在配偶一方先他方死亡时，属生存配偶对其以外之继承人主张之债权，与该生存配偶对于先死亡配偶之继承权，为**各别存在的请求权**，两者迥不相同，**生存配偶并不须与其他继承人分担该债务**，自无使债权、债务混同之问题。又继承人对被继承人之权利、义务，不因继承而消灭。」（最高法院 104 年度台上字第 773 号判决）所以，**生存配偶能主张的剩余财产分配请求权，与因配偶身份而享有的继承权，二者在法律上是不同的权利**，不能混为一谈，而生存的配偶对其他继承人主张剩余财产分配请求权时，其他继承人是不能以遗产继承为由，答辩以继承是继承被继承人的权利及义务，进而要求生存的配偶分担亡故配偶的生前债务，因为这是基于剩余财产分配请求权而生的请求权，在法律上并不是遗产。

所以说坊间常见的「生存的配偶可以先就亡故后的配偶拿一半财产，然后再与子女就剩下的另一半遗产均分。」这个说法，其实不够精准，正确来说，生存的配偶固然得对其他继承人主张剩余财产分配请求权，然法院不见得会

依前述规定直接采均分的方式，而可能审酌相关事证后，为适当的分配，所以生存的配偶不见得可以「先拿一半」。

配偶同意担保书效力之质疑

2017-02-05 海坛特哥 储江南

通过文本解释的方法，本文质疑了在银行信贷业务中适用甚多的配偶同意担保书在法律上的效力与意义，进一步认为该担保书的存在易兹争议，留有风险，应尽快停止其在银行业务当中的使用。

一、欲成目的

配偶同意担保书（下称“担保书”）在银行业务中广泛适用，就其目的，似乎甚为显然。许多前台业务人员都会不假思索地说：“这个很简单嘛，担保人的配偶出于各种原因，不愿意在担保合同上签字，于是就叫他（她）签一份担保书。这样一来，担保人的配偶就加入了担保关系当中，这笔担保债务变成了夫妻共同债务。届时银行去法院起诉、执行的时候，担保人的配偶就跑不了。”这样的一种目的表述，应当不会有人举手反对。但问题并没有那么简单，仅从该担保书的内容来看，笔者认为似乎难以达成上述目的，反而可能使银行陷入弄巧成拙的尴尬境地。

二、文本解释

基于同一目的，各银行就该担保书的内容大同小异。在此，笔者仅以某股份制银行在开展业务中所使用的版本为例展开分析，以起到举一反三之效。从笔者掌握的资料来看，配偶同意担保书在该行有两个版本。两版本比较下来，意思基本无殊。在形式上，新版本在旧版本的结尾加了一句话：“基于该担保的债务为夫妻共同债务，以夫妻共同财产予以清偿”。依笔者揣度，之所以加上这句话，意在将原本隐含在担保书当中的夫妻共同债务的意思予以明确化和外部化，一来可算作银行对客户尽到了风险提示义务，二来在今后的诉讼、执行中也能给予法院就该担保书所欲追求的法律效果以清晰的说明。

两个版本在意义上并无二致，不会影响笔者所做的文本解释。但考虑旧版已不再适用，所以本文仅采现行版本予以分析。既然是文本解释，就必须忠实于原文之涵义和逻辑。在此之前，有必要转录该担保书之内容，以供对照。再加之，银行对于诸如抵押或质押此类物的担保因价值巨大，向来慎之又慎，程序严谨，手续齐备，当事人多无异议；而对于人之保证，银行则较为轻视，又因涉及保证人一般财产，对当事人权益影响甚巨，所以实践中常是纠纷和争议的高发之处。具体到本文来说，以保证为内容的配偶同意担保书亦不例外，所以本文将以“保证担保”为例。而本文随后的分析将指出也仅有“保证担保”能够填入该所谓的担保书中。

配偶同意担保书

致 XX 银行：

因担保人陈 XX 自愿为 XXX 有限公司向贵行申请办理授信业务提供保证担保，详见编号为 XXXXXXX 的《保证合同》。本人作为担保人/担保人业主的配偶，完全理解上述相关合同的内容，同意向贵行提供上述担保，基于该担保的债务为夫妻共同债务，以夫妻共同财产予以清偿。

本人签字：吴 XX

年　　月　　日

上述内容即为某银行配偶同意担保书的完整表述，看似复杂，其实就三层意思：1、陈 XX 为 XXX 有限公司向银行借款的保证人；2、吴 XX 系陈 XX 的配偶，知道陈 XX 替 XXX 公司保证的事情，且同意陈 XX 这样的一种保证行为；3、该笔担保债务是夫妻共同债务。

担保书的逻辑是这样的：保证合同上的保证人是陈 XX，尽管银行的《保证合同》一般都明确了保证人需要以家庭共同财产承担保证责任，但如果没有保证人配偶吴 XX 的“加入”，这一点其实很难做到。那怎么样让保证人的配偶“加入”呢？最稳妥的办法当然是让配偶也在保证合同上签字，同样作为保证人而存在。但是不知何种原因，配偶总是不太愿意在保证合同上签名，于是配偶同意担保书便应运而生，在保证人与其配偶间搭起了桥梁。在银行看来，取得了“配偶同意”则似乎增强了保证人的保证能力，原因便在于通过使用担保书纳入了保证人的家庭财产。

有观点不认同笔者上述第二层的意思解释，认为应当是配偶同意其自身向银行提供保证担保。这里提出三点反驳的理由：1、如果是配偶自身向银行提供保证，担保书前文为何要赘述“因担保人 XXX 自愿为 XXX 公司”……和本人作为该担保人配偶……等表述，直截了当地写 XXX 自愿为 XXX 公司提供保证担保不就得了吗，简单明了，且效力直达。而正是需要表明笔者前述的几层意思，才需要交代此些背景性材料；2、从担保书的遣词用句中，从未将配偶定义为“担保人”，甚至在落款签字处也只称为“本人签字”；3、若是将之理解为配偶自身提供保证担保，那这与在保证合同上作为保证人身份签字有何异处，既然配偶当初不情愿在保证合同上签字，那又为何愿意在担保书上签字呢，难道仅仅是因为文本标题不同而已吗？

三、效力分析

如若采笔者的文本解释，则银行的“配偶同意担保书”实为“同意配偶担保书”，即同意自己的配偶作为担保人为某借款人向银行提供担保。如是之，则该担保书之内容可见两点明显纰漏。

一是配偶对外做出的担保行为凭什么需要取得另外一方的同意呢？能够作为保证人的配偶必定是法律上具有完全民事行为能力的人，既不是未成年人，也不存在精神障碍，有完全的能力为自己行为做出良好的安排并负起责任。配偶另一方的同意与否并不能影响其对外提供担保的效力。若按担保书之逻辑，一个人结婚之后，其行为能力反而降低，对外交易皆需取得配偶一方的同意。婚前大丈夫的担当竟受婚姻所绊，颇为讽刺。

二是即便取得保证人配偶的同意，是否即意味着该笔保证债务即成为了夫妻共同债务了呢？其中答案没那么简单，在概念方面还得转化一下。因为这里的夫或妻并不是一般意义上的主债务人，而是保证人。尽管夫或妻的保证债务也是一种债务，但要认定其是否为夫妻共同债务方面，并没有专门的法律法规可循，而只能准用一般的夫妻共同债务。由此来说，在保证人的配偶不追认该保证债务的情形下，夫妻共同保证债务的认定途径有四条：1、法律法规的直接规定；2、合同明确约定；3、保证人配偶作出的单方行为，如出具承诺函或担保书等；4、依据法律精神或价值判断的类推适用。

如前述，我国目前尚没有夫妻共同保证债务的直接法律规定，仅存在最高院对福建高院的一纸批复（[2015]民一他字第 9 号），其中明确了夫妻一方对外担保之债不应认定为夫妻共同债务。依据合同约定当然可以，但遗憾的是保证人的配偶并没有在保证合同上签字。再看银行的该担保书，从内容上看，保证人的配偶仅是知晓并同意了保证人的保证行为而已，并无其自身愿意加入到该保证关系当中来成为共同保证人的明确意思表示，据此无法认定保证人的配偶亦为保证人的事实；如此看来，银行想利用配偶同意担保书的方式将保证人个人的债务转变为夫妻共同债务其实是无法实现的。

既无法律规定，也没有约定或单方行为，那是否还可以认定夫妻共同保证债务呢，一种情形似乎可以。依据现行法律实践中的价值判断，债权人即银行若能证明保证人从该保证行为当中获得了报酬或好处，并将该报酬或好处实质性的用于家庭共同生活或经营，则该保证债务有可能被认定为夫妻或家庭的共同债务。但该种证明难度何其高也，暂不说我国社会生活中的保证大多数系无偿的，即便让债权人证明了是有偿的，又如何能追踪报酬的实际用途呢？

有观点说，该版本的担保书不是明示“该担保债务为夫妻共同债务……”

吗？但这好比是无源之水，无本之木，属于是没有任何的法律基础作为依据就直接得出了结论。因为它没有遵循上述任何一条的认定途径，不能把结论直接当做论据使用。所以，该句话仅仅是自说自话而已，并无法律上的意义。

银行的配偶同意担保书除上述纰漏之外，还有两个问题值得提出。担保书原意系将个人担保债务转为夫妻共同债务，而只有“保证”这种人的担保因涉及保证财产范围的大小，才有个人或夫妻或家庭债务之说，至于抵押、质押等物上的担保并无相应说法。因此，“配偶同意担保书”实为“同意配偶保证书”，担保方式应仅限为保证，而不应是一个开放式选项。同样据此，“担保人业主”一词用语欠妥。以笔者推测，银行在这里可能是考虑了担保人为非法人组织的情形，如合伙企业。因合伙企业的债务由其投资人承担补充的、连带责任，因此有必要将合伙企业对外保证的情形让投资人配偶知晓并同意。但是这种担心是多余的，合伙企业与其投资人毕竟还是两个不同的主体。当初银行同意合伙企业担任保证人，主要考量的也是合伙企业自身财产状况，至多再参考其投资人实力。但合伙企业是保证人不代表其投资人也是保证人，而与投资人之配偶就隔得更远了。在承担保证债务时，也需以合伙企业的财产优先清偿，不足部分再以其投资人财产予以补充，至于是否要动用到投资人的家庭财产，则系另一法律判断问题，不是该担保书所能解决的。再从字面上分析，该担保书是同意自己的配偶作为担保人为某借款人向银行提供担保，如合伙企业作为担保人的话，其何来配偶一说呢？

四、一些建议

综上分析，笔者建议各银行应停止使用所谓的配偶同意担保书，理由可归纳如下：1、事与愿违，无法达成将个人保证债务转化为夫妻共同保证债务的预期目的；2、担保书目的既与保证合同一致，则利用保证合同足以，且效力充足，因此该担保书也无修改必要，纯属画蛇添足；3、担保书的内容表述留有解释空间，解释空间即是风险所在，无疑将留有担保人或法院以说辞，对银行业务存有潜在风险。

婚内投保，离婚时如何分割？浙江这 10 个案例告诉你

2017-02-04　家事无小事 朱媛卉

编者按

通过整理浙江省离婚纠纷中有关婚内投保的保单分割案例得到以下处理规则：（1）夫妻关系存续期间，一方分别以自己和配偶为被保险人投保多份保险，在离婚时，以自己为被保险人的保单由自己享有，以配偶为被保险人的保单由被保险人享有；（2）投保人与被保险人同为一人的，保单利益由投保人享有，投保人给付配偶已缴纳保费一半的补偿金，但有例外，如案例 6，分割的是保险的限制，而非已缴纳保费；（3）投保人以自己为被保险人投保人身意外保险，受益人为第三人，离婚时因事故尚未发生，保险赔偿金属于未能确定的财产权益，不能作为夫妻共同财产予以分割；（4）婚内投保，被保险人为子女的，保险视为对子女的赠与，不能作为夫妻共同财产予以分割，例外，若所投保险，以子女为被保险人，生存保险金受益人为子女，身故保险金受益人是夫或妻，因尚未根据保险合同得到利益，在离婚诉讼中不予处理；（5）一方婚前购买的保险，部分保险费在婚姻关系存续期间缴纳的，离婚时分割该部分保险费。

一多份保单，投保人均为夫妻中一方，被保险人分别为夫或妻，保单由被保险人所有。

1 陆某甲与童某离婚纠纷

【案号】（2015）东民初字第 197 号

【要点】两份保险为夫妻共同财产，投保人为被告，被保险人分别为原告和被告，分割财产时，法院判决保险由原、被告各享有一份。

【法院查明】

原、被告双方一致确认的其他夫妻共同财产有：被告向中国平安人寿保险股份有限公司投保的平安智富人生终身寿险 2 份，投保人为被告，被保险人分别为原告和被告，保险合同编号分别为 PXXX9、P1XXX4。

【法院判决】

被告童某向中国平安人寿保险股份有限公司投保的平安智富人生终身寿险由原、被告各享有一份（保险合同编号为 P1XXX9 的归原告陆某甲享有，保险合同编号为 P1XXX4 的归被告童某享有）。

【相关案例】在相近的案例处理中，本案法院判决书所持观点属于大多数。持相同或相似立场的判例有：（2015）绍越民初字第 2068 号

2 李某与曹某离婚后财产纠纷

【案号】（2014）绍民初字第 651 号

【要点】婚姻关系存续期间被告为自己与原告分别投保了同样的保险，为原告投保的保险在未取得原告同意的情况下退保，为自己投保的保单未退保，法院判决对半分割退保金与未退保保单在婚姻关系存续期间缴纳的保费，未退保保单由被告所有。

【法院查明】

夫妻关系存续期间，被告于 2008 年 5 月 30 日向中国平安人寿保险股份有限公司投保一份平安富贵人生两全保险（分红型），保险公司于同年 6 月 6 日签发保险单，投保人为李某，生存保险金受益人为李某 100%，身故保险金受益人为曹丽琴 50%与曹丽镜 50%。共缴五年，现已缴清全部保费 505000 元（其中婚姻关系存续期间共计缴纳 404000 元）。被告于 2010 年 6 月和 2012 年 6 月获得两次金额为 18000 元的生存保险金。被告又于 2009 年 1 月为原告投保一份相同品种的保险。2013 年 7 月 8 日因原告未按期缴纳最后一期保费，被告未经原告同意办理该份保险的退保业务，保险公司经审核，同意退保，退保金 290730 元，应领红利 10750.41 元，偿还贷款本金 238392.21 元，偿还贷款利息 522.50 元。本次合计退费 62565.70 元，保险公司将该笔退费汇入被告的账户。

【法院判决】

本院认为，因涉案两份保险合同具有投资性质，且其中一份已经退保，故本院只对该份保险的退费及被保险人为被告的一份保险合同在夫妻关系存续期间缴纳的保费进行处理，处理后，原告与被告名下的该份保险合同再无任何关联。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 8 条：“夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。”之规定，按原、被告各半分割处理，各得 233282.85 元，故被告应给付原告 233282.85 元。

3 夏某与陆某甲离婚纠纷

【案号】（2014）嘉秀民初字第 1011 号

【要点】人寿保险基于财产价值及投保金额状况，可归被保险人所有。原告投保了以被告为被保险人的保险一份，归被告所有；原告以自己为被保险人的保险三分，归原告所有。

【法院查明】

原、被告于 1990 年经人介绍相识，××××年××月××日登记结婚，××××年××月××日生育一女，取名陆某乙。2005 年 5 月，原告向太平人寿保险有限公司杭州分公司投保了被保险人为被告的保险一份（保险合同编号……97008），保险费 5044 元。2005 年 5 月，原告在太平人寿保险有限公司杭州分公司投保了被保险人为原告的保险三份（保险合同编号…05008、…68008、…29008），保险费合计 6794 元。2005 年 6 月，原告在太平人寿保险有限公司浙江分公司投保了被保险人为陆某乙的保险一份（保险合同编号……57008），保险费 5477 元。

【法院判决】

夫妻共同财产中的车辆及人寿保险，基于财产价值及投保金额状况，可归登记所有人和被保险人所有。在太平人寿保险有限公司杭州分公司投保的被保险人为被告陆某甲的保险一份（保险合同编号…97008）归被告陆某甲所有。在太平人寿保险有限公司杭州分公司投保的被保险人为原告夏某的保险三份（保险合同编号…05008、…68008、…29008）归原告夏某所有。

【相关案例】在相近的案例处理中，本案法院判决书所持观点属于大多数。持相同或相似立场的判例有：（2015）绍越民初字第 2068 号

二投保人与被保险人同为一人，保单利益由投保人享有，投保人给付配偶已缴纳保费一半的补偿金。（相反案例：非分割保费，而分割保单现值。）

4 陈某与吕某离婚纠纷

【案号】（2014）杭滨民初字第 26 号

【要点】夫妻关系存续期间购买的人寿保险，因未达到兑付条件，只能该保险已缴纳的保费作为夫妻共同财产进行分割，双方各享有一半份额，且鉴于该保险的被保险人及投保人为被告吕某，故保险价值由被告享有，被告应支付原告一半的保费。

【法院查明】

夫妻关系存续期间，吕某曾购买华泰人寿保险合同号为 000029161183008 的“财智人生终身寿险”一份，被保险人为吕某，受益人为吕某某，以被保险人身故为保险金的兑付条件，该保险已缴纳保费 36000 元。

【法院判决】

被告吕某购买的华泰人寿保险 000029161183008 号“财智人生终身寿险”尚未达到兑付条件，只能将该保险已缴纳的保费 36000 元作为夫妻共同财产进行分割，双方各享有一半份额。鉴于该保险的被保险人及投保人为被告吕某，故保险价值由被告享有，被告应支付原告一半的保费，合计 18000 元。

5 姚某与郑某甲离婚纠纷

【案号】（2013）杭滨民初字第 590 号

【要点】原告在婚后投保的两份人身险，作为夫妻共同财产进行分割，相关利益归原告享有，原告支付被告相当于已交保险费一半的补偿款，红利金额较小，归原告所有，不再分割。

【法院查明】

婚后，原告向中国平安人寿保险股份有限公司投保了两份人身险，其中保单尾号为 4679 的保险合同已缴纳四期保费共 9664 元，至 2013 年 5 月底有红利 243.46 元；其中保单尾号为 4826 的保险合同已缴纳四期保费共 16000 元。

【法院判决】

对于原告作为投保人的两份商业保险，对原告所缴付的保险费 25664 元，应按夫妻共同财产进行分割，两份保险合同的相关利益归原告姚某享有，姚某支付郑某甲补偿款 12832 元，相应的红利金额较小，以归原告所有为宜，本院不再分割。

【相关案例】在相近的案例处理中，本案法院判决书所持观点属于大多数。持相同或相似立场的判例有：（2015）台玉港民初字第 375 号；

（2014）舟嵊民初字第 80 号；（2015）浙温民终字第 19 号；（2010）嘉平新民初字第 181 号；（2015）衢龙民初字第 00414 号；（2014）温鹿西民初字第 144 号；（2014）杭淳民初字第 295 号；（2016）浙 06 民终 430 号；（2014）嘉平民初字第 660 号

6 黄某与严某甲离婚纠纷（相反案例：分割保单现值）

【案号】（2015）舟定民初字第 1061 号

【要点】在双方没有特别约定的情况下，应认定原告以夫妻共同财产支付保险费，相应的保险可得利益（原文摘录，对此保留意见——小编）应为夫妻共同财产。故现应分割的是该保险的现值，而非已支付的保险费。

【法院查明】

原告黄某和被告严某甲于1990年秋相识，××××年××月××日登记结婚。××××年××月××日，双方生育女儿严某乙。2008年3月，原告以其自己为被保险人投保了泰康卓越财富（2007）终身寿险（万能型）保险，缴费期间为10年，每年缴费6000元，保险期间为终身。2012年11月，原告申请领取上述保险单项下个人账户价值的部分金额15000元，保险公司扣除手续费300元，给付原告14700元。审理中，经本院查询，截至本案庭审辩论终结时，上述保险的现金价值为29785.49元。

【法院判决】

对于双方争议的原告为其自己购买的保险产品，原告在夫妻关系存续期间为其自己购买保险，在双方没有特别约定的情况下，应认定原告以夫妻共同财产支付保险费，相应的保险可得利益应为夫妻共同财产。故现应分割的是该保险的现值29785.49元，而非已支付的保险费。

三人身意外保险，受益人为第三人，事故尚未发生，保险赔偿金属于未能确定的财产权益，不能作为夫妻共同财产予以分割。

7 陈某甲与王某离婚纠纷

【案号】（2015）绍虞东民初字第81号

【要点】原告所投保险为人身意外保险，指定受益人为婚生子，该保险利益属于第三人的权利，且本案审理过程中，该保险事故尚未发生，保险赔偿金属于未能确定的财产权益，故不能作为夫妻共同财产予以分割。

【法院查明】

本院经审理查明，原告陈某甲与被告王某经人介绍认识后，于××××年××月××日登记结婚，于××××年××月××日生育一子，取名陈某乙。

原告陈某甲于2007年5月28日投保了一份平安智富人生终身寿险（万能型），被保险人为原告陈某甲，受益人为婚生子陈某乙。该保险的缴费年限为10年，保险金额为50000元。依据保险条款，被保险人身故或发生重大疾病、意外伤残的，保险公司将赔付相应的保险金。在本案诉讼过程中，原告陈某甲未发生保险事故。

【法院判决】

关于被告要求分割原告商业保险利益的请求，本院认为，该商业保险系人身意外保险，且指定受益人为婚生子陈某乙，该保险利益属于第三人的权益，故该保险合同的现金价值不能作为夫妻共同财产分割。且在本案审理过程中，该保险事故尚未发生，保险赔偿金属于未能确定的财产权益，不能作为夫妻共同财产予以分割。

000pt;mso-font-kerning:1.0000pt;″ >对于双方争议的原告为其自己购买的保险产品，原告在夫妻关系存续期间为其自己购买保险，在双方没有特别约定的情况下，应认定原告以夫妻共同财产支付保险费，相应的保险可得利益应为夫妻共同财产。故现应分割的是该保险的现值29785.49元，而非已支付的保险费。

四 婚内投保，被保险人为子女，视为对子女的赠与，不作为夫妻共同财产分割。

8 金某与陈某甲为离婚纠纷

【案号】（2012）台黄民初字第823号

【要点】原、被告投保的以自己为被保人的保险均具有人身性，应以谁投保谁享有为原则，再以双方保险退保金和红利扣除借款的金额为依据进行折价。而以子女为被保险人投保的保险，应视为对子女的赠与，不作为夫妻共同财产处理。

【法院查明】

原告金某在中国人寿公司投保了四份以自己为被保险人的保险，分别为国寿鸿祥两全保险、国寿美满一生年金保险分红型、国寿个人养老保险分红型、99鸿福终身保险，四份保险未指定受益人，原告以保单为担保，于2012年2月13日向中国人寿公司分别借款42000元和24000元，约定还款期限为2012年8月13日，到期还本息分别为43371.03元和24783.44元,从中国人寿公司截止2013年5月23日投保信息单可以看出,该四份保险的退保金、红利和扣除借款的结算金额约为57986元（5390元+24279元+21326元+6991元）。被告陈某甲亦在该公司投保了两份以自己为被保险人的保险，分别为99鸿福终身保险、康宁终身保险，该两份保险截止2013年5月23日止的退保金、红利和扣除借款的结算金额约为28297元（15600元+12697元），未指定受益人，同时，被告以女儿陈某乙为被保险人亦向中国人寿公司投保两份保险。

【法院判决】

关于原、被告在中国人寿公司投保的保险分割问题。原、被告投保的以自己为被保险人的保险均具有人身性，应以谁投保谁享有为原则，再以双方保险退保金和红利扣除借款的金额为依据进行折价。因此，原告金某应支付给

被告陈某甲保险折价款 14844.5 元[（57986 元-28297 元）÷2]。至于被告陈某甲投保的以女儿陈某乙为被保人的保险，系父亲对女儿的赠与，不应作为夫妻共同财产处理。

【相关案例】在相近的案例处理中，本案法院判决书所持观点属于多数。持相同或相似立场的判例有：（2010）杭下民初字第 1144 号；（2012）浙嘉民终字第 337-2 号

9 黄某与李某离婚纠纷

【案号】（2012）温瑞民初字第 588 号

【要点】原告投保的以儿子为被保险人的人寿保险，生存保险金受益人为儿子，身故保险金受益人是原告，但原告尚未根据该人寿保险合同得到利益，故在本案中不予处理。

【法院查明】

原告与被告于 1998 年经人介绍认识，1999 年订婚，2001 年 3 月 6 日办理结婚登记手续，2001 年 11 月 9 日生育儿子李逸博。原告与中国平安人寿保险股份有限公司订立合同，投保人为原告，被保险人为儿子李逸博，该合同于 2010 年 5 月 28 日 0 时生效。

【法院判决】

关于原告与保险机构订立的人寿保险合同，其生存保险金受益人为儿子，身故保险金受益人是原告，但原告尚未根据该人寿保险合同得到利益，故在本案不予处理。

五 婚前购买的保险，部分保险费在婚姻关系存续期间缴纳，分割该部分保险费。

10 钱某与钟某离婚纠纷

【案号】（2015）浙绍民终字第 206 号

【要点】婚前购买的保险，部分保费系在双方婚姻关系存续期间所缴纳，对该部分应认定为夫妻共同财产，被告主张原告已支付保费的 50%给被告，予以支持。使用夫妻共同财产支付保险费的，投保方应支付给配偶相当于所支付保险费一半金额的补偿金。

【一审法院查明】

2009 年 6 月 16 日，原告钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保鑫盛（分红型）保险，受益人为孟汕，每年交保费 666 元，缴费期限为终身；2009 年 10 月 12 日，原告钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保富贵人生（分红型）保险，受益人为孟汕，每年交保费 26326.9 元，缴费期限为 5 年；2009 年 3 月 20 日，原告钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保智盈人生（万能型）保险，受益人为孟汕，每年交保费 6000 元，缴费期限为终身；2010 年 3 月 1 日，原告钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保鑫利（分红型）保险，受益人为孟汕，每年交保费 1155 元，缴费期限为 20 年；2010 年 4 月 12 日，原告钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保鸿鑫 04（分红型）保险，受益人为孟汕，每年交保费 1503.5 元，缴费期限为 20 年。

【一审法院判决】

原告钱某作为投保人在婚前购买的保险。原告认为该保险其系婚前购买且保险费系由其个人财产支付，故不应予以分割。被告认为该保险，部分保险费系在双方婚姻关系存续期间所交纳，对该部分应为夫妻共同财产。该院认为，原告虽认为保险费系其个人财产支付，但其未提供证据予以证明，故被告主张由原告支付已经支付保费的 50%给被告，并无不妥，可以准许。经核算，××××年××月××日至 2012 年 8 月 22 日，原告钱某支付上述保险保费共计 44309.9 元。

【二审法院查明】

钱某作为投保人在中国平安人寿保险股份有限公司投保了五份保险，受益人为孟汕，××××年××月××日至 2014 年 6 月 3 日，钱某共需支付上述保险费计 131279.80 元，保险取得收益 71745.16 元。

【二审法院判决】

关于保险费的问题，钱某主张其用个人婚前财产支付中国平安人寿保险股份有限公司的保险费，且上述保险定期有收益也可用于支付保险费，因钱某所提供的婚前财产以用于清偿中国建设银行的贷款，在其未提供其他婚前个人财产用于支付保险费的情况下，本院推定保险费系用夫妻共同财产支付，经核算，××××年××月××日至 2014 年 6 月 3 日，钱某需支付上述保险费共计 131279.80 元，因钱某投保的上述保险所得收益可用于支付部分保险费，扣除保险收益支付的保险费部分 71745.16 元，钱某实际用夫妻共同财产支付保险费 59534.64 元，钱某应向钟某支付 29767.32 元。

夫债妻怎么还？高院的最新意见让婚姻风险变小

2017-02-07 小军家事 魏小军

江苏高院统一民事审判中婚内债务问题的执法尺度，重申夫妻债务有限连带

“2016 年 8 月 底，江苏省法院民一庭在常州召开全省民事审判工作例会，省法院民一庭庭长俞灌南就民事审判中的疑难问题统一了执法尺度，其中对夫妻债务问题的表述是这样的：

夫妻债务问题是困扰民事审判的大难题，对于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务如何处理，实践中应把握以下三点：

（1）在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。

（2）在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。 即原则上属于夫妻共同债务，除了三种情形：债权人与债务人明确约定为个人债务的；夫妻双方约定婚后财产归各自所有，且告知债权人的；举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活的。

（3）关于责任财产的范围问题。婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务，未举债的配偶一方对该债务承担有限连带责任，其责任范围限于夫妻共同财产，其个人的婚前财产以及离婚后取得的财产等与夫妻共同生活无关的财产应排除在外。而对于举债一方的责任范围， 应以个人全部财产及夫妻共同财产中其享有的部分对债务承担清偿责任。

以上内容源自丨江苏省高级人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导》2016 年第 2 期”

这个法律适用意见，一方面重申了最高人民法院民一庭[2014]民一他字第 10 号文的精神，在继续坚持夫妻债务内外有别论的前提下，适当修正了婚姻法司法解释二 24 条——增加一种夫妻债务连带的除外情形“举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活的”；另一方面，也重申了江苏高院 2016 年 3 月 9 日发布的典型案例六中遵循的立场“婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务，未举债的配偶一方对该债务承担有限连带责任，其责任范围限于夫妻共同财产，其个人的婚前财产以及离婚后取得的财产等与夫妻共同生活无关的财产应排除在外。”

江苏高院采用的夫妻债务有限连带，在婚姻法司法解释二第 24 条的负面效果日益显现的背景下，是极富意义的司法实践。笔者在 2009 年发表的《论我国的夫妻共同债务推定规则》一文中提出夫妻债务有限连带的建议以来，理论和实务界鲜有回应。但事实上，如果不改变现行夫妻法定财产制，夫妻债务有限连带可能是最能兼顾各方诉求、实现相对公平的制度安排了。

在现行法定财产制下，夫妻一方举债形成的财产和收益通常自然地（无缝隙）归夫妻共有，所以站在债权人的立场也很自然地会要求债务人夫妻共同承担。但对于夫妻一方来说，另一方举债让自己拿婚前或离婚后的财产去偿还，以至于对方举债自己成为“后半生只能吃低保的老赖”显然也极不公平，从而让已婚者人人自危。在债权人和配偶均需要保护的背景下，有限连带不失为一种相对合理的方案。毕竟，对债权人来说，责任人扩展到举债人配偶，无疑得到了更强的保障；而对配偶方来说，纵使遇人不淑被负债，也不影响离婚后自己从头再来——不至于成为后半生只能吃低保的“老赖”。

当然，站在立法的角度，我本人倾向于用类似“剩余共享”或“增益共同”的夫妻法定财产制，来取代我国现行的婚后所得原则上共同共有的财产制，以消除夫妻债务连带的婚姻财产制根基。只是，在夫妻法定财产制尚不能改变的前提下，有限连带应为首选。且迫于配偶受害者越来越多，婚姻法司法解释二 24 条受到越来越广泛的质疑，最高法院宜尽快在全国推广适用。

婚前协议司法审判观点抽样分析综述

2017-02-08 家族律评 袁芳

课题组成员：贾明军、蓝艳、袁芳 执笔人：袁芳

一、引言

婚前协议，是婚前财富筹划重要的核心文件。在实践中，跨境的婚前财富筹划最为复杂，可能涉及不同法系、不同法域、不同专业的律师、不同工种的财富管理机构的密切配合，代表了婚前财富筹划的最高阶段。不过，由于跨境婚前财富筹划是顶尖客户的法律需求，只有极少数客户需要，也律师才能承办，实践中大量婚前协议涉及的是普通家庭，既有普通再婚家庭、老年“夕阳”婚姻，也有财产基本在境内的家族企业、高净值人士的国内普通婚前协议。并且，国内法视角下的普通婚前协议业务，是跨境婚前筹划业务的基础，因此，国内婚前协议的撰写及协议效力，是财富管理律师的基本功。

为普及婚前协议法律服务业务，探究婚前协议效力，掌握了解中国法院系统针对“婚前协议”签署后的认可态度，中伦律师所贾明军律师团队，开展了《婚前协议司法审判观点抽样分析》的课题研究，本文为抽样分析综述，供律师、审判人员及财富管理界人士参考。

二、婚前协议概念及法律依据

（一）婚前协议的概念

目前，《婚姻法》、最高人民法院相关司法解释中，没有对婚前协议的概念作明确定义。学术界各有观点，但总体表述差异不大。我们认为，婚前协议，是指男女双方对各自婚前、婚后所得的财产性质、所有权归属、家庭关系、人身关系、子女生育等事项所做的约定。就财产内容来看，约定的内容可以是婚前财产及婚后各自所得归各自全部或部分所有，也可以是任何一方婚前的财产婚后共同共有或部分共同共有。

（二）约定的范围及效力

目前，婚前财产协议约定，婚后一方财产完全归另一方所有的条款是否有效，因对目前婚内约定的法律条文的理解不同而尚有争议[1]。事实上，现在的婚前协议内容，已经不限于财产的约定，还有关于子女及抚养的约定、尊老孝道的约定、家族事务原则的规定等。其中，哪些能够有效、哪些可能仅为成立、哪些无效等都需要律师把握及审判实践的检验当然实践也需要发展，包括审判理念的发展。

就目前的司法审判实践而言，绝大多数判例对于婚前协议效力认定，还是以财产约定、或是附条件的财产约定为中心的，涉及面有限。但律师与审判人员也应予以重视。

本综述仅限于抽样的司法文书中，涉及到的“婚前协议”内容审判观点的分析，这样能较为客观反映婚前协议的现状效力的认知。

三、案例抽样及效力分析

（一）案例择选

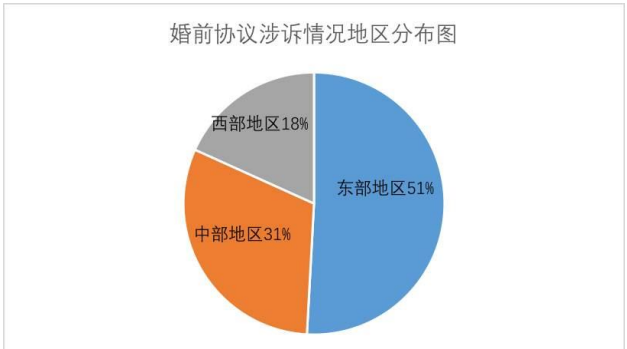
笔者在中国裁判文书网上输入“婚前协议”，一共检索到 580 个涉及民事案由的案例。需要指出的是，笔者仅以“婚前协议”为关键词进行搜索，而实践中双方当事人婚前缔结的协议不一定以“婚前协议”统称，因此本次调查报告的结果还是具有一定局限性的。

（二）婚前协议相关数据图

1. 时间性与空间性分布

首先，笔者搜索到的 580 个案例分布的时间性和空间性如下图所示。

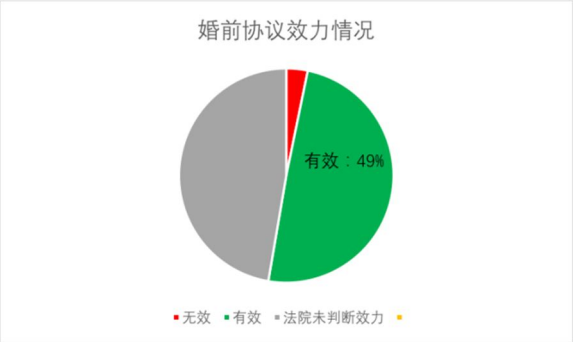
从图中我们可以看到因婚前协议而引发的诉讼在***最近四年内呈快速增长，2013 年之前鲜有此类争议，2013 年开始快速增多。***这跟经济的发展、婚姻观念的开放不无关系。



而在婚前协议诉讼案件的空间分布上，***东部地区占了近一半，其次是中部，最后是西部。***这也与三大区域的经济发展水平基本相一致。

2.2016 年度案例择选

其次，在 580 份法院判例中，笔者选取了 2016 年作为本调查分析报告的基础。笔者选取了在 2016 年发生的 190 份民事判决书，其中一审判决 139 份、二审判决 47 份、再审判决 4 份。经过读者对这 190 份民事判决书的逐份阅读和分析，发现其中有 56 份是跟婚前协议无关的，（此处的“无关”指关键词机械定位错误（如“离婚前协议”）或者案由与婚前协议实在毫无关联的），43 份是在民间借贷或者合同纠纷、财产纠纷中作为对抗第三人的证据使用的，而这 43 份判决书中，法院无一例外都判决夫妻应对第三人的债务承担连带责任。在剩下的 91 份跟婚前协议有关的判决书中，***有 46 份是法院直接认定有效或者直接作为判决依据的，4 份被法院认定无效***，还有 44 份是在离婚纠纷中作为证据提到了，但是由于跟诉讼请求关系不大或一审不判决离婚等原因，法院在判决中未判断其效力也未作为判决依据之一。



（三）婚前协议的效力探析

婚前协议从本质上来说，是有关身份关系的协议，虽然也属于广义上的“合同”，但根据法律规定，还不能完全适用《合同法》的规制[2]。当然，如果没有特别法的规制，根据合同法的原则，具有完全民事行为能力的双方当事人出于真实的意思表示而约定非法律禁止之内容，符合合同成立之要件，应得到法律的保护。但合同成立与合同有效是两回事，婚前协议中条款的效力当然并非成立即有效，还得依据具体情况而定。

首先，结合个案具体的协议，法院大多从单独的条款来认定此条款是否有效，而不认定整个婚前协议是否有效；

其次，在 4 份被认定无效的法院判决中，其无效理由主要是以下两种：

第一种，婚前协议中约定以公证作为协议生效要件，而双方当事人未公证。

第二种，婚前协议约定超出法律允许的范围，涉嫌违反法律强制规定。

在笔者阅读到的 4 份无效判决中，有 3 份属于此种情况：

1.违反婚姻自由的强制性法律规定而无效

比如，在(2016)陕 0902 民初 341 号判决书。该判决中，陕西省安康市汉滨区人民法院认为：原、被告在《婚前协议》中约定：“婚前，男方向女方支付定金肆万元，以保证双方对婚姻的坚守，谁违反婚姻的坚守，则按定金定义处罚。”“非男方原则性错误造成的婚姻破裂，女方双倍退赔婚前男方向女方支付的定金”。原、被告所达成的定金条款违背了《中华人民共和国婚姻法》的婚姻自由原则，属无效协议，原告应退还被告支付的 40000 元。

2.违反“借婚姻索取财物”的强制性法律规定而无效

比如，在（2016）甘民申 606 号法院判决书。该判决中，甘肃省高级人民法院认为，根据《中华人民共和国婚姻法》的有关规定，合法、正常的婚姻关系应当以婚姻自由、男女平等为基础。本案中，申请人袁某某与被申请人汪某某双方签订的“婚前协议”将房屋、金钱的赠与作为双方缔结婚姻关系的条件，违反了《中华人民共和国婚姻法》第三条“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。”的规定，对社会道德风尚和婚恋价值观所造成的影响是消极、负面的。为了倡导社会主义精神文明、促进社会和谐稳定，依据我国婚姻家庭的基本制度和基本原则，本院对双方“婚前协议”的效力不予认定。

3.约定间接违反法律强制性规定而无效

比如，（2015）杭拱民初字第 1583 号判决书。该判决中，杭州市拱墅区人民法院判决如下：原、被告《婚前协议书》关于原告出资 8 万元装修、购买电器的款项的约定明确，但从该约定内容可知，徐某同意将 8 万元款项转换为装修和电器，双方确认该部分属于徐某的财产，目前装修和电器的现值应折价归还徐某，本院酌情确定为 64000 元。……被告主张原告赔偿离婚损失费 500000 元。本院认为，《婚前协议书》的相关约定表面上未限制当事人的离婚自主权，但实际上束缚了双方提出离婚的自由，违背了婚姻自由的原则，不应受到人民法院的保护，故对被告的该相应请求不予支持。

4.协议即使有效，法院也可能有酌情判决的灵活度

此外，即使婚前协议有效、约定合法，也不意味着法院一定会按照婚前协议来判。

（1）协议有效，但因视为“赠与”故而可以撤销

婚前协议约定一方婚前房屋婚后由双方共有，但不动产产权变更须以登记为要件，仅有协议约定无法产权的变更。在实践中，有太多男女双方在结婚之前约定男方个人名下所有的房屋需添加女方的名字的案例。但以婚前协议的形式约定一方名下个人所有的财产变更为共同财产的情形中，法院一般认定为赠与，而赠与是一种要式行为，在实际交付或过户登记之前可以撤销，除非赠与行为是属于具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的或者经过公证的，因此对于此类约定的诉讼请求法院还需要结合具体情况来判决。

在（2016）陕01民申12号判决中，陕西省西安市中级人民法院指出：根据双方婚前协议约定，计某某自愿将其名下两处房产各50%的产权赠与贾某某，但并未办理变更产权登记，也未实际交付，而且贾某某亦未能提供确实有效的证据证明上述赠与行为属于具有救灾、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，原审据此认为计某某请求撤销婚前协议中关于赠与贾某某两套房产各50%产权的约定与法有据，判决依法予以支持正确。

（2）个别审判观点认为婚前协议的效力仅作为参考，具体还要结合法律规定处理

在（2016）沪02民终7190号法院判决中，一审法院判决认为虽然徐某、顾某某订立了《婚前协议书》，但因我国婚姻法对婚前协议的效力没有规定，故原审法院在处理孩子抚养和财产分割时仅将该协议书作为参考，仍然依照婚姻法的相关规定进行处理。上海市第二中级人民法院作为二审法院认为原审认定事实清楚，所作判决正确。

四、结论

虽然我国婚姻法及其司法解释对婚前协议无明确规定，但从笔者阅读的判决书的结果来看，有效的婚前协议大部分判决均予以尊重，但也存无效、有效但可撤销、有效但只酌情参考的案例。因此，婚前协议效力的认定，也需各案分析，签订婚前协议时，不能随心所欲，更需仔细斟酌才能达到签署婚前协议的目的。那种一概认定“婚姻前协议签署就有效”的观点是不客观的。涉及重大、复杂财产关系的婚前协议，由专业律师参与更为妥善！

---

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

[2]《中华人民共和国合同法》第二条 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

《民事审判指导与参考》婚姻家事类 39 个案例裁判观点集成

2017-02-16 审判研究 江苏金汇人律师事务所 徐健整理

导读：《民事审判指导与参考》是最高法院主编的年度系列书籍，自34辑开始每期均刊登案例，对处理相同相似案件具有较高参考价值。审判研究公众号于2015年9月已经推送过徐健律师整理的裁判观点集成。相关内容原发于金汇人律所公号，ID为JHRSXHS。在全面更新至最新一本第67辑的基础上，我们会继续推送第34 - 67辑中不同领域的内容汇总，方便法律同仁学习参考。

01.不宜以显失公平为由支持一方请求撤销登记离婚时的财产分割协议的主张丨第 34 辑

案情摘要

李某诉称其与包某于 1998 年登记结婚 ，2005 年生有一女。包某经常对其打骂，经常用自杀、自残方式要求其满足她的意志，其对包某心存恐惧，期间包某多次要求协议离婚，但是其因担心子女犹豫不决，后包某到其单位及父母处哭闹，其无法正常工作。2006 年 2 月包某又找到李某，要求协议离婚，表示如果李某放弃全部财产，将来再从一无所有爬起来，还会与其结合。在包某威逼利诱的情况下，在父母均不知情的情况下，鬼使神差签了字。现要求确认离婚协议显失公平，提出重新分割。

法院处理

一审法院驳回李某要求重新分割财产的请求，双方未上诉。

最高法院民一庭意见

登记离婚时双方自愿签订的财产分割协议，对双方均有约束力。一方反悔以协议显失公平为由请求法院变更或者撤销财产分割协议，法院经审查未发现订立协议时存在欺诈、胁迫等情形的，一般应当依法驳回当事人的诉讼请求。

02 ． 夫妻双方在婚姻存续期间签订的涉及财产问题的协议效力丨第 34 辑

案情摘要

王某与尹某 1990 年结婚 ，2000 年尹某以工作忙为由不经常回家居住，王某产生怀疑。双方约定如尹某晚上十二点至凌晨七时不回家居住，每一小时支付 100 元 “空床费”。事后因尹某经常不回家居住，尹某总计向王某出具了“空床费”4000 元的欠条。后双方发生争议，尹某将王某打伤，王某起诉到法院要求离婚，除了主张将共同财产判决王某所有外，并要求支付医疗费、误工费，还要求支付精神损失 2 万元和“空床费”4000 元。

法院处理

一审法院认为 “空床费”属于精神损害赔偿范畴，判决离婚，分割夫妻共同财产，尹某支付精神损害抚慰金 4000 元 。王某不服上诉 ，二审改判尹某支付精神抚慰金 2000 元，补偿费 4000 元及医疗费，其他维持原判。

最高法院民一庭意见

夫妻在婚姻关系存续期间签订的涉及财产问题的协议，经审查不存在欺诈、胁迫的情形，系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，应认定有效。离婚时一方主张按照协议履行的，法院应予支持；在不解除婚姻关系同时也没有实行分别财产制情形下，对该主张不予支持。

03 ． 当事人以婚姻法规定的无效婚姻四种情形以外的理由申请宣告婚姻无效法院不予支持丨第 35 辑

案情摘要

王某与陈某系事实上的叔嫂关系。2004 年 6 月 28 日，王某与陈某的哥哥在民政部门登记结婚，因陈某的哥哥无身份证，借用陈某身份证办理了登记手续，在得知该情况后，王某起诉至法院，要求判令王某与陈某离婚。

法院处理

经法院释明，王某撤诉。

最高人民法院民一庭意见

当事人以婚姻法规定的无效婚姻的四种情形（重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈及未达到法定结婚年龄）以外的理由宣告婚姻无效的，应当驳回当事人的诉讼请求，告知其可以依照《行政复议法》及《行政诉讼法》规定的程序办理。

04 ． 为婚外情调查合同支出的费用不属于婚姻法第 46 条规定的 “损害赔偿” 范畴丨第 36 辑

案情摘要

赵某与何某系夫妻关系。2006 年何某怀疑赵某与他人同居生子，何某聘请调查事务所进行调查，费用总计 6000 元。后调查事务所提供了赵某婚外情及同居生子的证据，何某支付了 6000 元。何某起诉至法院，要求离婚，分割财产，同时要求赵某支付精神抚慰金 50000 元及调查费 6000 元。

法院处理

法院支持了何某要求判决离婚、分割财产的请求，判决精神抚慰金 20000 元，驳回了赔偿调查费的请求。

最高法院民一庭意见

离婚损害赔偿中经济损失和精神损失的内容均是基于配偶一方导致离婚的过错行为，强调的是对因受配偶侵权行为损害的无过错的配偶提供经济和精神上的救济，为婚外情调查支出的费用不属于婚姻法第 46 条规定的损害赔偿的范围。

05． 婚前以一方名义购买房屋，婚后用夫妻共同财产补交部分购房款，离婚分割时应当考虑房屋价格的市场因素予以合理补偿丨第 36 辑

案情摘要

魏某与徐某 2002 年 10 月登记结婚，2009 年生有一女。魏某 1998 年单位房改，预交房款 35008.8 元和设施费 1800 元。2002 年 11 月 30 日魏某再补交 26000 元，购得该住房。后徐某要求离婚，双方均认可房屋价值 12.5 万元。

法院处理

法院判决双方离婚，子女归魏某抚养，徐某支付抚养费，房屋归魏某，同时，按照房屋价值的升值率计算，给徐某合理补偿，魏某支付 25870 元补偿款给徐某。

最高法院民一庭意见

对于婚前以一方名义购买并支付大部分房款的房改房，离婚时判决归一方所有，但对婚姻存续期间用夫妻共同财产补交剩余房款的，应考虑房屋价格的市场因素，对另一方合理补偿。

06 ． 遗嘱人生前以赠与方式处理遗嘱所列部分财产的，应视为遗嘱被部分撤销丨第 37 辑

案情摘要

老张在 2004 年老伴去世后由保姆邓某照料生活。2005 年初老张与邓某登记结婚，随后指定邓某是其财产的唯

一继承人，包括房产和部分存款。2006 年老张去世后，老张的儿子持房主是自己名字的房产证要求邓某迁出房产。邓某拒绝后老张儿子起诉至法院，法院查明在老张与邓某结婚后，双方年龄、生活习惯等差距大，对邓某不满意，在其子女看望其后，邓某大吵大闹加剧了冲突。2005 年生病住院儿子照顾期间，将房屋赠与儿子并且办理了过户手续。邓某以遗嘱为依据，认为是房主。

法院处理

一审法院原则上支持了老张儿子的请求，但是考虑到邓某的需要，判决 90 天内迁出房产。

最高法院民一庭意见

具有完全民事行为能力的自然人有权根据自己的意愿，通过遗嘱处分自己的财产。立遗嘱人也有权在有生之年通过赠与的方式处分自己的财产，不受遗嘱行为、内容的限制。因此遗嘱人生前行为与遗嘱的意思表示相反，使遗嘱处分的财产在继承前开始灭失的、部分灭失、部分转移的，遗嘱视为被撤销或者部分被撤销。

07 ． 宣告死亡的利害关系人的顺序问题丨第 37 辑

案情摘要

潘某于 2000 年 10 月 12 日失踪，经公安机关侦查仍然下落不明。潘某的妻子李某、父亲潘宝某向法院宣告潘某失踪，法院审理后宣告潘某失踪，指定李某为财产代管人。李某管理数百万的财产，不愿宣告潘某死亡，2008 年潘宝某申请宣告潘某死亡。

法院处理

宣告潘某死亡。

最高法院民一庭意见

在失踪人长期下落不明，且符合宣告死亡法定条件之时，配偶基于财产掌控等目的恶意长期不申请，致使其他利害关系人合法权益受损害，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 25 条的规定，申请宣告死亡的第二顺序利害关系人，可以向法院申请宣告死亡。

08 ． 申请疾病型婚姻无效的主体资格认定丨第 37 辑

案情摘要

高某与其前夫 1981 年离婚，双方有一子女朱某。高某和杨某于 1983 年结婚，1990 年分居，1995 年离婚。2006 年朱某将高某送入养老院，2007 年 1 月经上海市长宁区精神卫生中心鉴定高某为老年痴呆症，2007 年 7 月高某与杨某复婚。2007 年 12 月经华东政法大学司法鉴定中心鉴定高某为老年痴呆混合型，无行为能力。其后经法院宣告高某为无民事行为能力人。为此，朱某要求宣告高某与杨某复婚无效。

法院处理

宣告高某与杨某复婚无效。

最高法院民一庭意见

基本型无效婚姻的申请主体一般应当是婚姻当事人或者与患病者共同生活的近亲属。但是对“与患病者共同生活的近亲属”不宜机械理解，而应该结合案情进行判断，同时应当以患病者利益保护作为考量基点。

09 ． 继承纠纷中的公司增股 （干股） 处理丨第 38 辑

案情摘要

张某与李某生育一子张小某，2009 年 5 月张小某去世，李某生前与张某在某有限公司有投资，其中现金股权 50000 元，2006 年公司决议考虑到李某对公司的贡献，赠与其股权 100000 元，并且修改章程约定该股权可以参与分红，但是不享受其他股东权益。李某死亡后，张某与张小某关系恶化，张某起诉至法院要求分割李某的遗产，法院查明公司分红名义向其账户汇入 20000 元。

法院处理

5000 万元股权由张某继承 3/4，张小某继承 1/4，汇入的分红，张某继承 15000 元，张小某继承 5000 元。

最高法院民一庭意见

在审理有关增股继承案件，应当注意公司增股约定受赠人只参与分红，不因此而持有公司股权成为公司股东或者因此增加持股比例等附加条件等情形时，该增股实为股东之间分红的特别约定，本质上就是公司的收益分红权，故对该增股的继承，不按照一般股权继承处理，而只依法将收益分红权在继承人之间分割即可。

10 ． 附登记离婚条件的财产分割协议的效力认定丨第 39 辑

案情摘要

戴某与秦某 2006 年 12 月 30 日签订离婚协议书一份，内容是双方去民政部分登记结婚，子女归女方抚养，男方不承担抚养费，房产归男方所有，2007 年 1 月至 2012 年 12 月女方每月支付男方 1000 元，等等，后双方未去民政部门办理离婚登记。2007 年戴某（男方）起诉要求判决离婚，子女归男方抚养，财产按照 2006 年离婚协议书分割。

法院处理

对于男方要求按照离婚协议书约定分割不予支持，依法进行分割。

最高法院民一庭意见

附登记离婚条件的财产分割协议，是以双方协议离婚作为前提的，未能在婚姻登记机关协议离婚的情况下，该离婚协议并没有生效，对夫妻双方均不能产生法律约束力，不能作为法院处理离婚案件的直接证据。

11． 通过家庭承包方式取得耕地土地承包经营权，农户成员死亡时，不发生土地承包经营权继承丨第 40 辑

案情摘要

王父在二轮土地承包中，作为户主（成员有王父及其长子王甲、次子王乙），通过家庭承包方式与 1997 年 6 月与村委会签订了 10.7 亩耕地的承包合同，并且于 1998 年 4 月获得土地承包经营权证书。2008 年王父去世，王甲向法院起诉要求继承并且分割 10.7 亩土地承包经营权，王乙答辩称王甲 2003 年大学毕业成为公务员，无权再对土地经营承包权主张权利。

法院处理

一审判决王甲与王乙均等分割 10.7 亩土地承包经营权。二审改判，撤销一审判决，驳回王甲起诉。

最高法院民一庭意见

按照 《农村土地承包法》第 15 条、31 条及最高人民法院 《关于审理涉及农村土地承包合同案件适用法律问题的解释》第 25 条第 1 款的规定，通过家庭承包方式取得的土地承包经营权的权利主体是本集体经济组织的农户；农户成员具有本集体经济组织成员资格为前提；除非承包地为林地，在土地承包经营权系通过家庭承包方式取得的情况下，农户成员死亡不发生土地承包经营权的继承。

12． 因未成年子女被他人擅自送养引起的纠纷性质以及精神损害赔偿的适用丨第 41 辑

案情摘要

王某于 1998 年 11 月 26 日入住市医院足月分娩，次日分娩一女婴，女婴因分娩出现情况转小儿科治疗，王某因产褥热也住院治疗，于 12 月 19 日出院。王某住院期间，其丈夫张某在国外，王某住院、出院手续系张某父亲张甲办理。在王某女儿治疗期间，张甲向医院表示不要女婴，放弃治疗，交由市医院处理。市医院在治疗结束后转送他人抚养。1989 年 7 月张甲与医院签订的协议明确医院对于女婴出现的问题有一定责任，补偿张甲 2000 元，同时明确家属提出放弃治疗，家属为了不给王某刺激，一致告诉王某女婴死亡，医院对此不承担责任。1993 年 10 月王某委托律师得知情况后，王某、张某起诉至法院，要求：1、市医院赔礼道歉；2、市医院交还孩子；3、赔偿财产损失 28 万元；4、赔偿精神损害 122 万元。

法院处理

一审以超过诉讼时效驳回王某、张某诉讼请求，二审改判市医院赔偿精神损害 6 万元。

最高法院民一庭意见

父母是未成年子女的法定监护人，对未成年子女有抚养教育的权利和义务。任何人非法使未成年人脱离监护人，导致亲子关系遭受严重损害的，应承担民事责任。对受害人以擅自送养人为被告提起损失的，应将案由定为侵犯监护权纠纷案，受害人请求赔偿精神损害的，人民法院应当予以支持。

13． 维护未成年人合法权益是处理监护权纠纷的一项重要原则丨第 41 辑

案情摘要

徐欣某，1984 年出生，其父徐良某 2001 年因病死亡，2002 年其母吉某与严某结婚，徐欣某自幼与祖父母共同生活。2004 年升入初中后为方便上学随其母居住，但是周末仍然回祖父母家，严某与吉某结婚亦带有其与前妻所生之子。2007 年吉某交通事故死亡，徐欣某回到祖父母家生活。严某认为与徐欣某形成继父女关系，是徐欣某的监护人，徐欣某应当与其共同生活，其财产应当由其代管。徐欣某的祖父母起诉要求确认其二人是其监护人。

法院处理

判决徐欣某祖父母担任徐欣某的监护人。

最高法院民一庭意见

《民法通则》第 16 条及民法通则若干意见第 11 条至 19 条规定是人民法院处理监护权的依据。在涉及未成年人监护权的案件中，维护未成年人权益是人民法院确认监护人时必须首先考虑的问题。我国现行法律未规定在继父母与继子女之间的身份关系消灭后，仍然有抚养继子女的法定义务。因此，对于曾经受继父母抚养教育的继子女来说，其生父（母）死亡后，继父母并非是继子女的当然法定监护人。

14 ． 被继承人电脑中的身后安排可否视为其自书遗嘱丨第 42 辑

案情摘要

赫某 2009 年 10 月死亡，赫甲、赫乙和赫丙是其子女。赫甲、赫乙及赫丙协商就遗产继承达成一致意见，但是在处理继承的过程中，发现赫某电脑中有身后安排，包括全部财产处理，赫丙认为这是父亲留下的遗嘱，应当按照此意见处理，赫乙认可，但是赫甲不予认可，起诉至法院要求依法继承。

法院处理

一审法院认为身后安排不属于自书遗嘱，但是三人已经达成遗产的继承协议，应当按照遗产继承协议处理，赫丙要求按照遗嘱继承重新分割没有依据，驳回赫甲方的诉讼请求。二审达成调解，按照原先的协议处理。

最高法院民一庭意见

立遗嘱是要式法律行为。不存在计算机中以“身后安排”等形式出现的所谓“网络遗嘱”，因不具备自书遗嘱“由遗嘱人亲笔书写、签名，注明年、月、日”的形式要件，不能被认定是我国继承法中规定的遗嘱人的自书遗嘱。

15 ． 夫妻一方父母以子女名义购置房屋，是认定赠与的是房产还是购房款丨第 44 辑

案情摘要

罗某与黄某于 2002 年 12 月 30 日登记结婚。2006 年黄某之母赵某以黄某的名义与某办事处签订了房屋转让协议一份，约定某办事处向黄某转让一套房产及车库，赵某分 4 次支付了 17 万元预付款，案外人顾某代赵某支付了 17 万元，2007 年 5 月 21 日在办事处协助下，房产转让协议中的黄某变更为赵某。2007 年 5 月 9 日罗某与黄某分居，208 年 4 月法院判决罗某与黄某离婚，但是告知争议的 34 万元购房款另行处理。罗某离婚后，起诉黄某及赵某，索要 17 万元房款。

法院处理

一审认定赵某以黄某的名义签订合同，支付房款表明是将房屋赠与黄某，但是在交付前将买受人及付款客户变更为赵某，故赠与尚未成立，驳回罗某诉讼请求，二审维持一审判决。

最高法院民一庭意见

父母出资以其子女的名义购房并已向子女作出赠与的意思表示的房屋，应视为父母对子女的赠与。在房屋未交付使用且产权登记尚未完成前，作为赠与人的父母有权撤销该赠与。在尚未付清该房屋全部款项、房屋登记尚未完成，父母即表示撤销赠与的情况下，女子因离婚或者离婚后分割夫妻共同财产进行的诉讼中，不宜认定父母赠与的只是实际支付的购房款，将上述购房款作为夫妻共同财产进行分割。

16 ． 被诱使脱离监护的限制民事行为能力人侵权，任何确定民事责任丨第 45 辑

案情摘要

白某与刘某于 2004 年同居，2007 年刘某与其前妻所生之女刘恬某因琐事与白某发生争议，白某用水果刀将刘恬某刺伤，医治无效，刘恬某死亡。经鉴定，白某系间歇性精神病人，作案时为发病期，无刑事责任能力。刘某以白某的父母亲为被告，要求其父母赔偿损失及精神损害赔偿 50 万元。经查，刘某在与白某同居后，其父母将白某是间歇性精神病人情况告知了刘某，但要求双方正式结婚，刘某找人花钱做了假结婚证。

法院处理

刘某以虚假结婚证欺骗白某父母亲，监护责任转移给刘某，白某案发时已经脱离了其父母的监护，与刘某共同生活，不能要求其父母承担责任。而刘恬某未满 18 周岁，刘某负有监护责任，明知刘恬某与白某有矛盾，白某有精神疾患，放任双方相处，应当承担相应责任。驳回刘某诉讼请求。二审部分维持了刘某的诉讼请求。

最高法院民一庭意见

虽然目前我国法律对于 1994 年 2 月 1 日以后未办理婚姻登记即以夫妻名义共同生活，不再视为事实婚姻。同居者之间不具有夫妻权利义务关系。但一方明知对方为限制民事行为能力的情况下，诱使其脱离其监护人的监护而

与之同居，进而伪造结婚证，使用欺诈手段使监护人误以为被监护人已经结婚的，监护权应由其配偶行使的情况下，对于被监护人出现的侵害他人民事权益的后果，应承担主要责任。其法定监护人有一定过错的，亦应承担部分民事责任。受害的未成年人的监护人未尽监护责任的，亦应作为减轻加害人法定监护人之责任的因素予以考虑。

17． 农村五保户因交通事故等侵权行为致死获赔的死亡赔偿金应归谁所有丨第 45 辑

案情摘要

苏某未婚、无子女，仅有一姐姐与其同村居住，其于 1999 年入住乡敬老院。2009 年因交通事故死亡，经其姐姐、乡敬老院与肇事方调解，达成处理意见，除了丧葬费外，获赔死亡赔偿金 9 万元，责任方将款项汇入交警队账户。苏某姐姐认为死亡赔偿金不是遗产，是给家属的赔偿，起诉至法院，乡敬老院辩称苏某是五保户，死亡赔偿金应当归乡敬老院。

法院处理

一审判决苏某姐姐与乡敬老院各获得 45000 元，二审撤销一份判决，9 万元归苏某姐姐所有。

最高法院民一庭意见

农村五保户因交通事故死亡获赔的死亡赔偿金，不应归属于公益事业的乡敬老院所以。根据《侵权责任法》第十八条第一款的规定的“被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任”，死亡赔偿金的请求主体只能是死者的近亲属。

18．抚养孙子女、外孙子女的祖父母、外祖父母主张探望孙子女、外孙子女的，人民法院应当予以支持丨第 46 辑

案情摘要

2003 年明天山 2 岁时父母离婚，由其母傅某抚养，但是因傅某工作原因，实际由傅某之母贺某实际抚养。2008 年 3 月傅某车祸死亡，因明天山之父明某无能力，明天山仍然虽贺某生活。2010 年贺某脑溢血，明天山随其父生活，考虑到其父亲无能力，贺某每月给付生活费 600 元。半年后，明某按月领取生活费，但是不带明天山看望贺某，贺某多次要求看望，明某均拒绝。贺某起诉要求法院支持定期探望明天山。

法院处理

一审因婚姻法没有规定为由，驳回起诉，二审撤销，指令一审法院审理。一审法院再审驳回诉讼请求，二审征求了明天山的意见后，撤销一审判决，要求明某每月至少带明天山探望贺某一次。

最高法院民一庭意见

虽然我国婚姻法将探望权的主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在未成年子女的父亲或者母亲死亡的情况下，依照婚姻法第二十八条的规定，代替自己已经死亡或者丧失行为能力的子女对孙子女、外孙子女尽抚养义务的祖父母或者外祖父母主张探望孙子女或者外孙子女的，人民法院应当予以支持。

19． 侵权行为导致身份不明的侵权人死亡的，民政部门等行政部门或者其他机构是否有权提起民事诉讼丨第 46 辑

案情摘要

案例一：2009 年 7 月张某驾驶出租车碰撞到一流浪女性，致使该女性死亡，张某逃离现场，认定张某负全责，女性基本情况不详。民政局向人民法院提出刑事附带民事诉讼，要求张某、出租公司、保险公司赔偿死亡赔偿金等。案例二：王某于 2008 年 3 月驾驶变形拖拉机将一路人撞死，认定王某与路人同等责任。路人情况不详。民政局向法院提出诉讼，要求各被告赔偿死亡赔偿金等。

法院处理

第一个案例：一审认定民政局不具备主体资格，驳回起诉。二审有两种意见。第二个案例：判决支持了民政局的诉讼请求，保险公司上诉。二审也形成两种意见。

最高法院民一庭意见

因侵权行为导致流浪乞讨人员等身份不明人员死亡的，无赔偿权利人或者赔偿权利人不明，在法律未授权的情况下，民政部门等行政部门或机构向人民法院提起民事诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，驳回起诉。

20．农村五保户因交通事故等侵权行为致死获赔的丧葬费应归谁所有丨第 46 辑

案情摘要

李某未婚、无子女、父母亡故，仅有一妹妹，其于 2000 年入住乡敬老院。2009 年因交通事故死亡，乡敬老院处理了丧葬事宜，支付费用 5234 元，李某妹妹支付寿衣 400 元。经其妹妹、乡敬老院与肇事方调解，达成处理意见，获赔死亡赔偿金 9 万元，还获得丧葬费 9693 元。责任方将款项汇入交警队账户。李某妹妹与乡敬老院就丧葬费 4459 元归谁所有发生争议。

法院处理

一审判决归乡养老院所有，二审判决除了乡敬老院实际支付 5243 元外，其余归李某妹妹所以。

最高法院民一庭意见

农村五保户因交通事故死亡产生的丧葬费，不应归属于公益事业性质的乡敬老院所有。根据《侵权责任法》第十六条、第十八条第一款的规定，被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任，赔偿范围包括丧葬费。丧葬费由他人代垫垫付费用在合理范围内的，垫付人有权依据《侵权责任法》第十八条第二款的规定请求侵权人赔偿。其实际支出费用少于合理范围，多出部分，被侵权人近亲属有权主张权利。

21 ． 离婚案件不能忽视对当事人身份及是否存在婚姻关系的审查丨第 48 辑

案情摘要

张某与何某系同居关系，1997 年共同生活仅摆过酒，未办理结婚登记。2010 年张某起诉要求判决离婚，双方的子女归张某抚养，共同财产依照现状归各自所有。起诉时张某与何某共同到法庭，何某表示除了孩子归其抚养外，其余同意张某意见。双方表示不知道需要带结婚证，表示下次带来，双方签署了送达地址确认书，何某留下手机号。案件受理后，何某答辩称同意张某离婚条件，但是存款 7 万元归其所有。法院通知双方到庭，但是何某手机一直关机，法院判决，双方离婚，根据张某请求进行判决。张某表示结婚证在何某手上。半年后，何某到上级法院申请再审，表示从未登记结婚，也没有写过答辩状同意离婚，要求驳回请求。

法院处理

法院提审后，撤销一审判决，驳回张某诉讼请求。

最高法院民一庭意见

人民法院审理离婚案件，应当着重审查当事人身份及当事人之间是否具有合法的婚姻关系。对于已经发生法律效力的离婚判决，再审中发现一方当事人主体不适格或者当事人具有合法婚姻关系的，应当裁定撤销原判，驳回原告的请求。

22 ． 离婚协议中非财产分割条款效力认定丨第 50 辑

案情摘要

王某与李某自由恋爱结婚，2010 年登记结婚，后李某到外地工作。2012 年王某发现李某与他人交往的暧昧邮件，又发现李某与他人同居的证据，双方发生争议后，经派出所协调，双方签订离婚协议一份，约定房产归王某所有，贷款李某归还，李某支付王某青春损失费 20 万元，家庭债务均由李某承担等。双方未办理结婚登记。王某起诉要求离婚，按照协议书处理，李某认为按照婚姻法司法解释三的规定，协议未生效，要求驳回对房产、青春损失费及家庭债务承担的诉讼请求。双方同意财产不在本案中处理。

法院处理

一审判决离婚，李某支付青春损失费 20 万元，家庭债务 70 万元李某承担。二审除了判决离婚外，驳回青春损失费及家庭债务承担的诉讼请求。

最高法院民一庭意见

人民法院在认定离婚协议中非财产分割条款的效力时，应依法审查协议这非财产分割条款的具体内容。如果离婚协议中非财产分割条款涉及当事人自身权益的处分且当事人在诉讼中明确表示对该非财产分割条款表示反悔的，一般应认定该非财产分割条款没有生效。

23 ． 登记在外籍夫妻一方名下的房屋权属认定的法律适用问题丨第 52 辑

案情摘要

黄某与张某均为第二代美籍华人，2001 年在美国登记结婚，2002 年张某在中国工作期间于某市购房房产一套，权利人等级为张某。2007 年黄某于该市法院起诉，要求依据中国法律确认为夫妻共同财产。张某认为应当适用当事人国籍法，不应适用中国法律，要求驳回。

法院处理

一审及二审均已本案应当适用美国法，黄某未提供美国法律，适用中国法律有明显的规避目的为由，均驳回黄某诉讼请求。

最高法院民一庭意见

根据涉外民事法律关系适用法第二十四条规定，夫妻财产关系，当事人协议协商选择适用一方经常居住地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择，适用共同经常居住地法律；没有共同解除居住地法律的，适用国籍国法律。

24 ． 婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化丨第 53 辑

案情摘要

2012 年陈某起诉赵某离婚，要求分割赵某名下一处 90 平方米的房产，理由是赵某变卖了婚前个人房产又增添了部分款项购买的，在夫妻关系存续期间购买属于夫妻共同财产。赵某认为变卖了婚前个人财产后增添了个人婚前存款购置本案房产，婚前房产及存款均在与陈某的婚前财产公证书中记载，不同意分割。

法院处理

一审判决房产归赵某所有，赵某支付陈某房价一半款项补偿。二审撤销赵某支付补偿判决。

最高法院民一庭意见

当事人以生产、经营之外的其他方式使用总计的婚前个人财产，即使该财产的形态发生变化，不导致上述财产所有权及其自然增值归属的变化。

25 ． 任何判断遗嘱是否为缺乏劳动能力又没有社会来源的继承人保留了必要的遗产份额丨第 54 辑

案情摘要

陈甲、陈乙和陈丙的父亲陈某风死亡，陈某风立有遗嘱，陈甲、陈乙各继承公司 30%的股份，陈丙三年前车祸重伤，丧失行为能力。考虑到陈丙再婚妻子胡某曾经提出过离婚，陈某风将公司 35%的股份留给陈丙的儿子陈某岳，并且限制其在陈丙有生之年进行转让，遗嘱要求陈某岳照顾其父亲生活，陈甲、陈乙有监督之责。2011 年胡某以陈丙法定代理人名义提出诉讼，要求确认遗嘱无效，理由是未给丧失劳动能力的陈丙留有资产。

法院处理

一审以未给无劳动能力人保留必要份额为由判决遗嘱无效，陈丙按照法定继承继承遗产，二审撤销一审判决，驳回诉讼请求。

最高法院民一庭意见

判断遗嘱人所立的遗嘱是否违反继承法第十九条的规定，属于没有为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，应当对遗嘱的实质内容进行分析。主要遗嘱人在充分遗产时为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人今后生活做了特别安排，即使形式上没有指定其继承遗产，亦不应当认定遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额。

26 ． 夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的纠纷应如何处理丨第 54 辑

案情摘要

李某与程某是夫妻关系，程某与冯某婚外同居，期间程某给冯某现金 20 万元购买轿车，程某购买房屋一套，支付房款 530500 元，通过变更合同方式登记在冯某名下，为冯某注册资金支付 3049928 元。此外冯某与张某签订借款协议，张某承认收到借款 290 万元。李某起诉至法院，返还现金 304 万元，轿车一辆、住房一套，张某返还 290 万元。

法院处理

一审判决冯某返还轿车及房屋，返还现金 304 万元，张某对 290 万元承担连带返责任。二审改判，冯某返还现金但是不返还车辆及房产。检察院提出抗诉，再审判决返还轿车及房产对价 730500 元，现金 304 万元，张某对 290 万元承担连带返责任

最高法院民一庭意见

夫妻一方与他人婚外同居违反了婚姻法的禁止性规定，这种婚外同居关系属于违法；在婚姻存续期间，夫妻双方对共同财产部分份额共同享有所有权，夫或者妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时，应当协商一致，任何一方无权单独处分夫妻共同财产；如果夫妻一方超过日常生活需要擅自将共同财产赠送他人，这种赠与行为应认定无

效；夫妻中的另一方以侵害共同财产权为由请求返还的，人民法院应予支持。

27 ． 家庭暴力是人民法院在审理离婚案件中确定子女抚养问题时不可忽略的因素丨第 55 辑

案情摘要

2012 年陆某以苏某多次实施家庭暴力，多次殴打自己及儿子，起诉至法院要求离婚，儿子归陆某抚养。法院查明苏某多次酗酒打骂陆某，有时伤及儿子。苏某认为对陆某仍有感情，年过四十，只有一个儿子，不同意陆某抚养。法院征求了 12 岁的儿子的意见，儿子很纠结，但是最终表态和父亲共同生活。

法院处理

一审判决儿子归苏某，财产上对陆某有一定倾斜，二审改判儿子归陆某抚养，苏某按月支付抚养费。

最高法院民一庭意见

在涉及家庭暴力的离婚案件中，人民法院在判决确定子女直接抚养权归属时，应当将有利于未成年子女的健康成长即子女利益最大化作为原则。在就与父母哪一方共同生活的问题征询年满 10 周岁以上未成年子女意见的同时，应当将家庭保留作为一项摘要因素加以考虑。

28 ． 离婚协议中房产赠与条款的撤销问题丨第 54 辑

案情摘要

王某与李某在婚姻登记部门协议离婚，约定共同的房产一套归未成年儿子所有，儿子随王某生活，该房屋由王某与儿子暂时居住。李某离婚后又与他人结婚，拒绝将房产过户至儿子名下。李某起诉称离婚时欠考虑，收入下降，因尚未过户，要求撤销赠与。

法院处理

一审判决撤销赠与成立，房产仍然属于王某与李某共同财产。二审驳回李某诉讼请求。

最高法院民一庭意见

协议离婚时夫妻双方达成将房产赠与子女的条款，与解除婚姻关系密不可分，在双方当事人已经达成协议离婚的情况下，一方反悔请求撤销赠与条款的，人民法院经审查没有发现欺诈、胁迫情形的，应当判决驳回其诉讼请求。

29 ． 个人所有房屋的婚后收益认定及其处理丨第 56 辑

案情摘要

王某与李某 2008 年 8 月登记结婚。婚后李某出售自己婚前房产的款项购买了另一房产，房款 181800 元，登记在自己名下。王某用自己婚前住房公积金 45000 元进行了装修。2011 年 6 月李某将房产出售他人，转让价款 448000 元，包括婚后双方购买的家具、电器等，估价约 8000 元，包含在总房款中。王某一套婚前房产，婚后出租，租金约 72000 元。2011 年 10 月王某起诉离婚，要求分割李某购买的房产增值部分。李某同意离婚，但是认为房产增值属于个人财产，王某租金收入 72000 元属于夫妻共同财产。

法院处理

一审判决李某支付装修补偿款 40000 元及家具、电器款 4000 元，王某 72000 元支付李某租金 36000 元。二审驳回上诉，维持原判。

最高法院民一庭意见

一方婚后用个人财产购买房产，离婚时该房产属于“个人财产的替代物”，应当认定为个人财产，其自然增值也属于个人财产，一方个人所有的房产婚后用于出租，其租金收入属于经营性收入，应当认定为夫妻共同财产。

30 ． 一方个人财产婚后收益问题的认定及处理丨第 57 辑

案情摘要

郭某与冯某离婚案件，查明财产如下：1、郭某婚前开设股票账户，登记时市值 21 万元，婚后经常买进卖出，离婚时市值 365000 元。2、冯某婚前买了 18 万元基金，婚后一直未操作，市值 201000 元。3、郭某婚前持有某公司股权，与美国某公司签订置换协议，取得美国某公司 100 万元股票，后该美国公司每一股票新增 2 股，现值 300 万元。4、冯某婚前继承爷爷遗产 500 万元，婚后借款给朋友，每年利息 80 万元，共收取利息 240 万元。5、郭某婚前购买黄金 100 万元，离婚时涨了 2 倍。6、郭某婚前出资 100 万元购买一副名画，离婚时价格涨到 600 万元。7、郭某婚后定期购买彩票，因冯某反对，郭某用婚前积蓄购买，中奖 100 万元，扣税后 80 万元。

法院处理

一审认定：1、郭某股票账户婚前 21 万元，离婚时 365000 元，增值 155000 元属于夫妻共同财产；2、冯某基

金一直未动，属于自然增值，基金增值仍然属于个人财产；3、郭某婚前持股，但是转让及取得美国公司股票均发生在婚后，股票市值并非完全取决于资本市场，资本运作是审批，股票增值部分属于夫妻共同财产；4、利息是本金生产的法定咨孳息，与投资收益风险性及确定性性质不同，增值部分属于个人财产；5、郭某购买的黄金及名画，，认定为个人财产；6、购买彩票镇江属于夫妻共同财产。二审维持原判。

最高法院民一庭意见

一方婚前用个人财产购买股票、基金等，如果婚前关系存续期间进行了交易，其收益应当认定为夫妻共同财产。如果没有进行买进和卖出的操作，离婚时账面收益增倾向于认定为自然增值；一方婚后用个人财产购买彩票取得的收益，如果当事人没有约定，该收益应认定为夫妻共同财产；乙方财产用于借贷而于婚后取得的利息属于法定孳息，离婚时应当认定为个人财产。

31 ． 当事人仅以人身安全保护裁定为依据请求离婚损害赔偿人民法院不予支持丨第 59 辑

案情摘要

2012 年，方水莲以楚茗实施家庭暴力为由提出离婚，同时，向法院申请人身保护裁定，朱某的妹妹作为方水莲的证人。楚茗辩称：方水莲与朱某长期保持不正当的关系，朱某的妹妹是方的同学，其证言不可信，不同意离婚。鉴于在诉讼中楚茗情绪激动，法院做出了人身保护裁定，但是对于方水莲要求离婚的诉讼请求不予支持。6 个月后方水莲再次提出离婚，并且以婚姻法第三十六条第三项为依据，要求赔偿。

法院处理

一审法院判决离婚，同时以一审期间的人身保护裁定为依据，判决楚茗赔偿 5000 元。楚茗提出上诉。二审认为方水莲未提供证据证明楚茗实施家庭暴力，仅有的一次所谓冲突是楚茗到朱某家寻找方水莲发生，第一次审理法院发出人身保护裁定基于楚茗在诉讼中情绪激动。二审撤销了离婚损害赔偿的部分。

最高人民法院民一庭意见

当事人仅以法院发出的人身保护裁定为依据，主张其配偶实施家庭暴力并请求离婚损害赔偿的，法院不予支持。

32 ． 支付抚养费与夫妻一方擅自处分夫妻共同财产纠纷属于两个不同的法律关系丨第 59 辑

案情摘要

马某与田某是夫妻关系。田某在婚姻存续期间，与曹某婚外生育一女田某某。田某多次通过银行转账给曹某转入 2475196 元。马某认为田某擅自处分夫妻财产侵害其合法权益，提出诉讼，要求确认田某支付曹某的 2475196 元无效，曹某应予返还。曹某辩称田某支付的并非赠与，而是女儿的购房费用，部分已经用于支付日常生活及女儿抚养。同时认为，即使认定赠与，田某个人份额内的部分应当有效。

法院处理

一审判决田某赠与行为无效，曹某返还 2475196 元，曹某上诉，二审维持原判。

最高人民法院民一庭意见

未成年或者不能独立生活的子女有要求父母支付抚养费的权利，但支付抚养费与夫妻一方擅自赠与婚外第三人财产纠纷是两个不同的法律关系，权利人可以另案主张子女抚养费。

33 ． 夫妻共同债务还是个人债务丨第 61 辑

案情摘要

初某与孔某是夫妻，孔某 2013 年 10 月起诉要求离婚。诉讼期间，初某提出 2012 年向马某借款 150 万元，连本带息 200 万元，因生意亏本无力偿还，要求作为夫妻共同债务处理。孔某认为其对初某借款一无所知，自己月收入近万元，家庭无特殊开销，离婚前初某也是公司职员，有固定收入，家里的保姆负责日常开销记账，因此借款既不知情也没有用于家庭生活，不应承担。

法院处理

一审期间，马某到庭，提供了借据，载明借款 150 万元，到期归还 200 万元。并且提供 150 万元的转账凭证。一审判决认为孔某与初某夫妻婚姻期间实施夫妻分别财产制度未告知马某，判决认定 150 万元属于夫妻共同债务。孔某不服上诉，二审认为：1、初某借款是发生于双方已经分居至离婚未与孔某共同生活期间，2、孔某收入足以支付家庭日常社会，无特殊支出，3、家中保姆近三年的记账并无记载用于共同生活，遂认定借款 150 万元不属于夫妻共同债务。

最高人民法院民一庭意见

离婚案件中，主张于婚姻存续期间以个人名义所举的债务属于夫妻共同债务的一方当事人，除了要证明债务的真实存在并且产生于婚姻存续期间外，还有责任举证证明所借款项用于夫妻共同生活。

34 ． 当事人就探望权再次起诉的，人民法院应当受理丨第 62 辑

案情摘要

杨某与陈某 2009 年 11 月结婚，婚后生育一子陈某某。2013 年 3 月 15 日双方经法院调解离婚，双方约定陈某某归陈某抚养，杨某享有探望权，每月一次，每次一天，逢端午、中秋和春节可以在午饭前接外出吃饭（5 小时为界），逢寒暑假杨某可有一天探望时间（不含在每月一天时间中）等。后杨某认为每年 19 天半的探望时间太短，不能满足交流需要，遂于 2014 年 1 月 22 日起诉，请求随时探望陈某某。

法院处理

一审考虑孩子成长需要的同时，结合双方居住等客观因素，酌情增加，从 19 天半增加到 49 天。陈某上诉，二审维持一审判决。

最高法院民一庭意见

当事人就探望权再次起诉的，法院应当受理，不适用“一事不再理”原则。

35 ． 夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务丨第 65 辑

案情简要

李某于 2012 年 7 月和 9 月分三次向王某借款 150 万元，并且出具三张欠条，宋某在三张欠条上均签字提供担保。借款后李某未按照约定还款，王某向法院提出诉讼，请求判令：李某、陈某（李某之妻）共同归还借款本金 100 万元及利息，宋某及其妻子叶某对李某和陈某的还款承担连带责任。宋某、叶某均辩称叶某对于担保不知情，不属于夫妻共同债务，叶某不承担责任。

法院处理

一审法院认为叶某作为宋某妻子也应承担连带责任，判决李某与陈某共同偿还本金 100 万元及利息，宋某和叶某对债务承担连带责任，承担责任后有权向李某和陈某追偿。宋某和叶某上诉，二审法院认为《婚姻法解释（二）》第二十四条并未限制 “债务” 的种类，保证债务也是债务的一种，遂判决驳回上诉，维持原判。宋某与叶某申请再审。

最高法院民一庭意见

担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同债务，夫妻一方对外担保之债不能适用《婚姻法解释（二）》第二十四条规定认定为夫妻共同债务。

36 ． 不动产婚内共同还贷及增值的计算丨第 65 辑

案情摘要

甲男 2004 年购房一套，价格 18 万元，首付 8 万元，从银行贷款 10 万元，契税及其他费用 1 万元。婚前甲男归还本息合计 5 万元。2008 年甲男与乙女结婚，房屋价值 41 万元，产权登记在甲男名下。婚姻存续期间共同还贷 10 万元将贷款清偿完毕，其中本金 7 万元，利息 3 万元。2012 年离婚时房屋价值 90 万元。双方对于离婚没有异议，对于房屋补偿款数额有争议。甲男认为虽然婚后还贷本息 10 万元，但是均是从其银行卡工资中扣除，女方没有参与还贷，无权要求补偿。乙女认为婚后男方收入属于共同收入，离婚时应当按照 90 万元减去 18 万元作为基数进行补偿，要求补偿款 40 万元。

法院处理

一审法院认为婚后甲男的工资属于夫妻提供财产，因此应当给与女方补偿。第一步计算房产的升值率，按照房产现价格除以（结婚时诉争房产价格+共同归还利息+其他费用）=90/（41+3+1）=200%，第二步计算补偿款，即共同还贷部分除以不动产的升值率=10*200%=20 万元，非登记一方取得二分之一，即 10 万元，判决支付乙女补偿款 10 万元，乙女提出上诉，二审驳回上诉，维持原判。

最高法院民一庭意见

在适用《婚姻法解释（三）》第十条时，涉及夫妻共同还贷款项及其相应增值部分的数额等于以夫妻共同还贷部分乘以不动产升值率。所称的不动产升值率，是用不动产现价格除以不动产成本，不动产成本包括购买不动产价格+共同还贷的利息部分+其他费用（比如契税、印花税、营业税、评估费等）。

37 ． 认定夫妻共同财产涉及父母为子女买房出资性质如何确定丨第 66 辑

案情简介

叶某与刘某婚姻存续期间，叶某的父母全额出资为其购买房屋，房屋登记在夫妻双方名下。后刘某起诉要求离婚，要求分割房屋。一审法院判决叶某与刘某离婚，认定案涉房产属于夫妻共同财产。叶某不服提出上诉，在此期间叶某父母向另一法院起诉叶某，主张购房款系借款，双方迅速达成调解，法院调解书确认购房款为借款，后叶某在二审中以调解书为依据主张购房款为夫妻共同债务。一审笔录中法院询问双方有无共同债务，双方均回答没有。二审中叶某提供了自己书写的“借据”，刘某认为该借据系离婚期间后补的。

法院处理

二审法院认为购房款系赠与性质，案涉房产系夫妻共同财产。

最高法院民一庭意见

离婚诉讼中，夫妻一方持有婚姻存续期间一方所欠债务的生效法律文书，主张该债务为夫妻共同债务的，不宜直接将该法律文书作为认定夫妻共同债务的依据，对于夫妻共同债务的认定应加强举债一方的举证责任，其应当能够证明所借债务用于夫妻共同生活、经营或者基于夫妻双方的合意。

38 ． 同居期间所得财产的处理原则丨第 67 辑

案情简介

郭甲、郭乙和郭丙是兄弟关系，郭丙和徐某某在 2002 年 5 月开始同居，生育一子一女，后因矛盾无法共同生活，徐某某起诉要求分割双方共同期间购买的两套房产并且对子女抚养问题做出处理。两套房产登记在郭丙名下，但是郭甲、郭乙提供转账凭证证明实际购买人系郭甲、郭乙，郭丙认可郭甲、郭乙的意见，徐某某认为系家庭共同经营所得购买，但是未提供证据。

法院处理

一审法院认为虽然郭丙、徐某某未办理结婚登记即同居，但是从保护妇女角度处出发，判决房产郭丙和徐某某各一套。一审中，郭甲、郭乙要求参加诉讼，法院未准许。郭丙不服上诉，二审维持一审判决。郭甲、郭乙提出第三人撤销权诉讼，认为原判决侵犯其合法权益，请求予以撤销。再审法院认为郭丙与徐某某同居期间的财产分割，不适用婚姻法有关财产分割的规定，本案诉争的房产由郭甲、郭乙出资购买，徐某某未提供证据证明出资购买，诉状房产并非同居期间的共同财产，原判决侵害了郭甲、郭乙的合法权益，应当予以撤销。

最高法院民一庭意见

在审理同居关系纠纷时，对当事人同居期间所得的工资、奖金和生产、经营的收益以及因继承、赠与等途径获得的合法收入，原则上归其本人所有；如果双方在同居期间有共同购置财产或者共同经营所得的收入，应当按照双方处置份额、所做的贡献等公平合理地予以分割。

39 ． 借贷行为构成刑事犯罪，但所借款项未用于夫妻共同生活的，不能认定夫妻共同债务丨第 67 辑

案情简介

2011 年 4 月邢某以买房名义向周某借款，签订了借款合同，借款 8000 万元，期限三个月，对于利率等做了约定。周某将款项交付给了邢某，期满后邢某未归还本息。2012 年 11 月周某向公安机关报案，2013 年 1 月公安机关以涉嫌诈骗立案侦查，后邢某被法院判决认定构成合同诈骗罪，判处刑罚处罚，对骗取的钱财责令退赔。赵某系邢某的妻子，周某以夫妻共同债务为由提出诉讼，要求赵某就借款合同项下的债务承担连带责任。

法院处理

一审认定系夫妻共同债务，判决赵某、邢某共同归还借款本息。赵某上诉，二审撤销一审判决，支持了赵某上诉请求。

最高法院民一庭意见

婚姻存续期间的借贷行为已经为生效刑事判决书认定为犯罪，但所借款项未用于夫妻共同生活的，不能认定为夫妻共同债务。

夫妻一方未经配偶书面同意即转让夫妻共有土地，受让人有理由相信系夫妻共同意思表示的，转让合同有效

2017-02-19 法客帝国 北京市安理律师事务所 唐青林 李舒 杨巍

裁判要旨：

夫妻一方转让夫妻共有土地，只要受让人有理由相信土地转让系夫妻共同意思表示，土地转让合同就有效。尽管法律和司法解释均认为应该由共有权人同意，但是“同意”的方式不一定是书面形式表示同意。亦即，口头形式或书面形式或其他形式表示同意，只要有证据可供查证属实，均应视为共有权人的同意，而不是必须要经过转让人配偶书面同意。

案情简介：

一、2011 年，陈思经与赵小雲签订《卖地协议》，约定陈思经将所属某土地卖给赵小雲，总价 98 万元。赵小雲已向陈思经支付定金 10 万元，陈思经未将土地使用权过户给赵小雲。

二、签订《卖地协议》前，陈思经曾借案外人冯某的电话征求其配偶的意见，冯某到庭作证，证明陈思经当时已征得其配偶的同意。

三、赵小雲向广东省云浮市中院提起诉讼，诉请陈思经继续履行《卖地协议》。广东省云浮市中院判决：赵小雲与陈思经继续履行《卖地协议》，陈思经将土地使用权过户到赵小雲名下，赵小雲向陈思经支付剩余土地转让款 88 万元。

四、陈思经不服广东省云浮市中院判决，向广东省高院提起上诉。广东省高院判决驳回上诉，维持原判。

五、陈思经不服广东省高院判决，向最高人民法院申请再审。最高法院裁定驳回再审申请。

败诉原因：

虽然《城市房地产管理法》规定共有房地产未经其他共有人书面同意不得转让，但是最高法院裁定认为只要受让人有理由相信夫妻一方转让共有房地产系夫妻共同意思表示，土地转让合同就有效。尽管法律和司法解释均认为应该由共有权人同意，但是“同意”的方式不一定是书面形式表示同意。亦即，口头形式或书面形式或其他形式表示同意，只要有证据可供查证属实，均应视为共有权人的同意，而不是必须要经过转让人配偶书面同意。

本案转让人陈思经在签订《卖地协议》前通过电话征得其配偶的同意，且庭审中有案外人出庭作证，最高人民法院据此认为受让人赵小雲有理由相信陈思经转让土地系夫妻共同意思表示，《卖地协议》有效，不支持陈思经以其配偶未书面同意为由提出的《卖地协议》无效的主张，陈思经因而败诉。

最高人民法院认为，“《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第四项关于共有房地产未经其他共有人书面同意不得转让的规定，并不影响人民法院根据上述司法解释认定转让夫妻共有房地产的效力并相应予以执行”。

败诉教训、经验总结：

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

一、夫妻一方在转让夫妻共有土地时要慎重，只要受让人有理由相信土地转让系夫妻共同意思表示，例如受让人有证据证明转让方的转让行为获得了其配偶的口头同意，转让合同就有效。签订土地转让合同后夫妻一方再企图以其配偶未书面同意为由主张合同无效的，法院不会支持。

二、土地受让人如果对夫妻一方转让共有土地是否取得其配偶同意存疑，可以要求转让方出具其配偶同意土地转让的书面文件。

相关法律规定：

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》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。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条　下列房地产，不得转让：

（一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第三十九条规定的条件的；

（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；

（三）依法收回土地使用权的；

（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；

（五）权属有争议的；

（六）未依法登记领取权属证书的；

（七）法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

以下为该案在最高法院审理阶段“本院认为”部分关于土地使用权转让合同效力的论述。

陈思经与赵小雲于 2011 年 4 月 6 日签订涉案《卖地协议》前，曾经借案外人冯某的电话以征求其配偶孙爱莲的意见。在诉讼中，陈思经主张当时没有打通电话，而赵小雲主张陈思经当时已经征得了其配偶孙爱莲的同意。无论陈思经当时是否打通电话征得其配偶孙爱莲的同意，上述事实至少说明陈思经与赵小雲签订《卖地协议》时已经意识到陈思经应当征求其配偶的意见。如果陈思经当时未打通其配偶的电话，其应当暂缓签订协议，或者事后及时

打通电话征求其配偶的意见并向赵小雲反馈。而陈思经径自签订《卖地协议》，之后直至一审期间陈思经均未提出其配偶不同意转让涉案土地使用权，在二审中才提出其配偶不同意转让的主张。赵小雲在一审中申请证人冯某到庭作证，该证人证明陈思经当时已征得其配偶的同意。

综合上述事实，二审判决认定赵小雲有理由相信陈思经签订《卖地协议》系陈思经夫妻共同意思表示，并无不当。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第十七条第二项规定："夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。"据此，二审判决不支持陈思经以其配偶不同意转让涉案土地使用权为由提出《卖地协议》无效的主张，并无不当。本案二审判决生效后，涉案土地使用权已经由一审法院执行登记至赵小雲名下。《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十八条第四项关于共有房地产未经其他共有人书面同意不得转让的规定，并不影响人民法院根据上述司法解释认定转让夫妻共有房地产的效力并相应予以执行。

案件来源：

最高人民法院，赵小雲与陈思经的土地使用权出让合同纠纷申请再审民事裁定书【（2014）民申字第 3 号】

著作权声明：转载需在文章首部醒目方式注明：作者+单位名称+来源于公众号民商事裁判规则。否则侵权必究。

2016 济南离婚诉讼大数据报告

2017-02-18 泰泉高端家事 山东泰泉律师事务所 李卉

2016 济南离婚诉讼大数据报告

——泰泉高端家事赠你婚姻保鲜秘钥

前言：

据国家民政部数据显示，从 2002 年开始，中国的离婚率就一路走高，仅 2016 年上半年全国依法在民政局办理离婚手续的就有 168.3 万对，比上年增长 11%。离婚率居高不下并且呈递增态势，一方面反映出社会开放度提高、法治进步和公众婚姻价值观念的变化，但在另一方面也给社会稳定和人际关系的发展埋下隐患。如今网上甚至流行这么一句话："结婚是失误，离婚是觉悟，再婚就是执迷不悟了。"反观当下公众的婚恋价值取向，倡导对婚姻的正确态度，树立婚姻危机管理意识，变得十分必要。溯本清源、对症下药，究竟夫妻之间为什么离婚、离婚与人们的择偶观、年龄、性别、家庭结构等因素是否有关、传说中婚姻的"杀手"有哪些、法院在审理离婚案件时又有何规律可循，对于这些问题，泰泉高端家事通过对济南市各基层法院在中国裁判文书网上自 2016 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日公布的 1579 份离婚判决书进行分析和总结，并形成本报告，供大家借鉴和参考的同时，以期找寻使婚姻保鲜和长久经营的良方，希望每一段婚姻都能"执子之手，与之偕老"。

检索途径：中国裁判文书网

检索范围：2016 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日济南市各基层法院公布的离婚判决书。

检索截止日期：2017 年 1 月 5 日

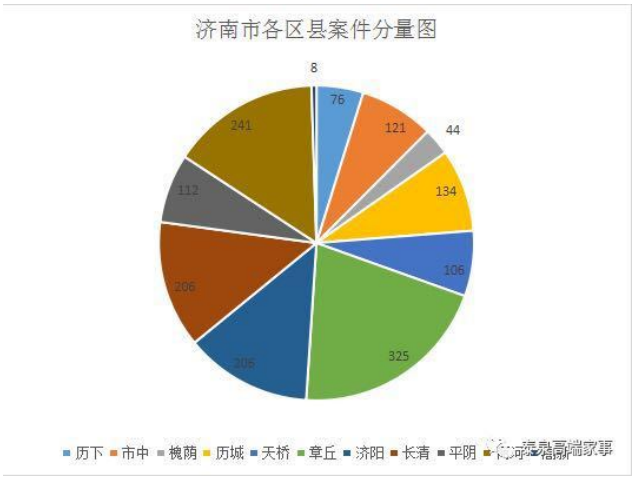
审理法院：济南市各基层人民法院，包括历下区、市中区、天桥区、历城区、槐荫区、高新技术产业开发区、长清区、章丘市、济阳县、商河县、平阴县人民法院。

案件类型：离婚纠纷

文书数量：1579 份

	历下	市中	槐荫	历城	天桥	章丘	济阳	平阴	商河	高新
案件	76	121	44	134	106	325	206	112	241	8

泰泉高端家事



一、婚姻几年之痒——我想坐时间飞船赶到前面看结局

各婚龄段离婚数量表		
婚龄	所涉案件	比例
1年以下	111	7.03%
1-3年	243	15.39%
3-5年	246	15.58%
5-7年	191	12.10%
7-10年	211	13.36%
10-15年	199	12.60%
15-20年	161	10.20%
20-25年	93	5.89%
25-30年	65	4.12%
30年以上	49	3.10%
未说明	10	0.63%

泰泉高端家事

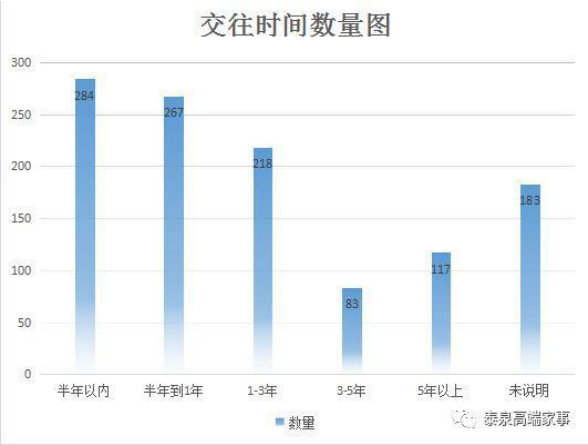
（一）离婚爆发“高危区”

通过检索的数据显示，在 1579 份离婚判决中，除 10 份判决未有夫妻双方婚龄信息外，其他 1569 例离婚案件中，结婚第 3-5 年起诉离婚的夫妻为 246 对，所占比例最高，为 15.58%，其次为结婚第 1-3 年和第 7-10 年，

所占比例分别为 15.39%和 13.36%，数据差别基本不大，均在 200 例以上。结婚 1-5 年处于婚姻初期，中国大多数夫妻往往经历着孩子出生和入学、工作打拼等事项，因为生活琐事导致的矛盾极易再此阶段积聚和爆发，进而引发离婚。另外，俗话有“七年之痒”之说，源自玛丽莲梦露主演的电影《The Seven Year Itch》，意指夫妻到第七年可能会因婚姻生活的平淡规律感到无聊乏味，容易面临婚外情等危机考验，离婚率偏高，在此，泰泉数据进一步验证了其正确性。

总体来说，离婚比较高发的阶段集中在夫妻结婚第 2-20 年间，所占比例高达 79.23%，而从结婚第 20 年开始，离婚数量开始回落和递减，其中有随着年龄增长和生活打磨，大多数夫妻对于离婚可选性降低的因素，但更多的还是，夫妻之间经过几十年的风雨陪伴，积累了深厚的感情，如果不是矛盾恶化到非常严重的程度，一般不会选择离婚。

（二）青梅竹马 or 闪婚族



在泰泉高端家事检索的 1579 份离婚判决中，除 610 份判决未对夫妻双方的认识时间作出说明外，其余 969 份判决中，离婚夫妻中认识半年以内所占比例最高，也就是我们通常说的“闪婚族”，他们将来面临离婚的风险极高。数据还显示，男女双方认识 3 年以内结婚，随着认识时间的增加，离婚数量呈递减趋势。从而表明，男女双方婚前在一定程度上相互了解有利于减少将来可能发生的婚变。

（三）择偶观与婚姻稳定性的关系

虽说目前随着时代的进步，人们婚恋观和择偶观正在悄然发生着改变，网络和电视节目相亲作为新择偶方式也逐步为公众接受，传统相亲慢慢被时代摒弃，但是受现代人生活方式和择偶观的影响，经人介绍和自由恋爱并步入婚姻殿堂的人群仍然占多数。1579 份离婚判决显示，离婚夫妻择偶方式占前三位的是：经人介绍认识所占比例最高，占全部比例的 71%，其次是自由恋爱，占比 14%，再次是通过网络认识，占比 4%。这在一定程度上反映出当今社会的择偶架构及其对婚姻稳定性的影响。

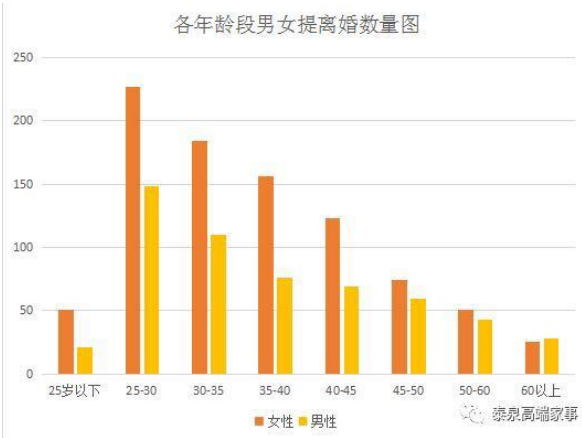
二、离婚由谁提出——婚姻的列车上谁把谁抛下

（一）女性更容易提离婚？

离婚由谁提出数量表	
原告	所涉案件
男方	503
女方	1072

随着中国经济的发展和男女平等基本国策的大力推进，“男尊女卑”“三从四德”等传统观念盛行的封建时代已经一去不复返了。现代女性在社会生产中承担着与男性同样的角色，经济独立性越来越高，其对婚姻生活的质量也有了更高的要求。然而，女性在现代婚姻中的弱势地位并没有改变，道德束缚的解除和法律意识的增强，让女性在生活中有机会结束痛苦的婚姻，找到更适合的伴侣，过上更高质量的婚姻生活。据泰泉高端家事本次统计的 1579 份离婚判决数据显示，除 4 份判决未明确列明当事人的性别信息外，剩余 1575 件离婚判决中，有 1072 件是由女方起诉离婚，占总体比例的 68.06%。

（二）“30 岁离婚群”

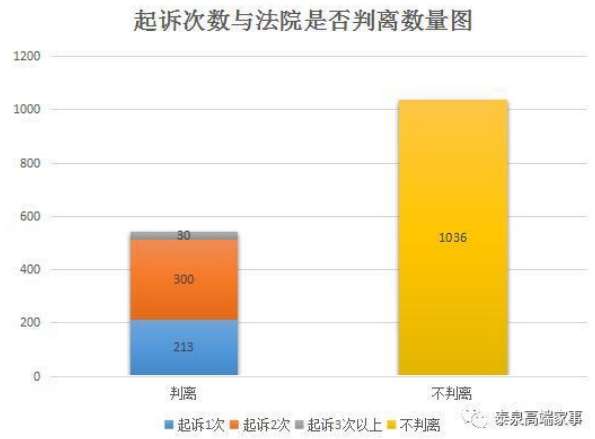


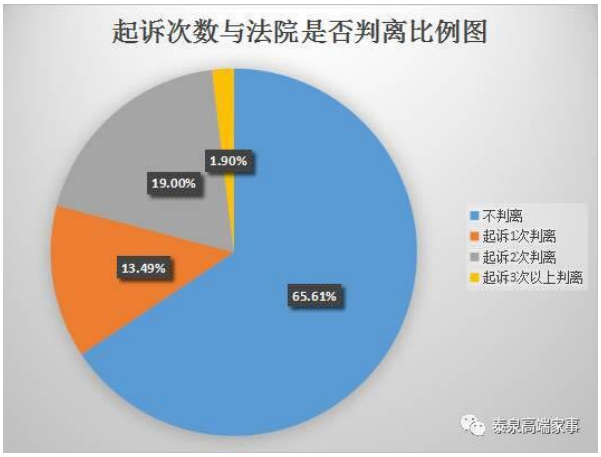
泰泉高端家事本次统计的数据显示，无论男性还是女性，年龄段在 25-30 岁区间内的离婚人群所占比例最高，随着年龄段的趋增，离婚群数量占比也逐渐下降。另外，30 岁以后，男女离婚群在差量上越来越小，到 50-60 年龄段基本持平，而 60 岁以上男性离婚群出现反超的迹象。这与男女两性在各年龄段的不同的情感需求有着密切的关系。

三、能否说离就离——宁毁十座庙，不破一桩婚

起诉次数与法院是否判离数量表			
是否判离	所涉案件	起诉次数	数量
判离	543	一次	213
判离		两次	300
判离		三次及以上	30
判不离	1036		

泰泉高端家事



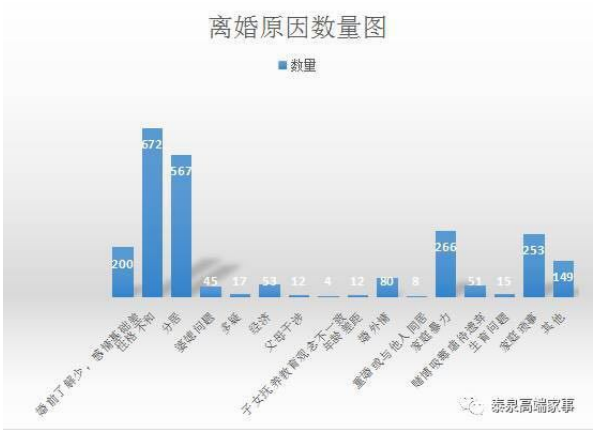


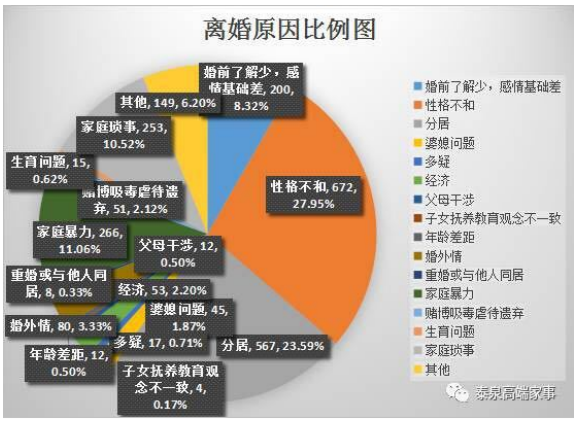
我国《婚姻法》规定，有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。这是夫妻一方存在法定过错并有证据认定的条件下起诉判离的情形。据统计，1579 份离婚判决中，有 1036 份是不判离的，占比 65.61%，另外 543 份法院判离的判决书中，第一次起诉判离的为 213 份，占比 13.49%，其中，因被告当庭同意离婚而判离的为 127 份，占比 8.04%，因一方存在法定过错判离的为 66 份，占比 4.18%，其他原因判离的为 20 份，占比 1.27%。由此看出，法院在是否判离的问题上还是持谨慎态度，基于对婚姻的法律保护和离婚的慎重，夫妻一方第一次起诉离婚，大多数情况下法院是不判离的，即使感情确已破裂，非被告同意和存在法定原因等情节，法院判不离后，一方仍需要经历六个月的感情修复期，才能第二次起诉离婚。针对这一司法现状，有人提出质疑，认为这极大的增加了离婚的成本和难度，不利于保护弱势女性的婚姻自主权，但是不可否认的是，由于离婚案件的特殊性和感情的多变性，很多人只是因为一时冲动而起诉离婚，而对于婚姻中诚心悔过一方，司法的宽宥态度更有利于维护家庭和社会的稳定。

四、离婚原因——给我一个不爱你的理由

离婚原因分析表		
离婚原因	数量	比例
婚前了解少，感情基础差	200	8.32%
性格不和	672	27.95%
分居	567	23.59%
婆媳问题	45	1.87%
多疑	17	0.71%
经济	53	2.20%
父母干涉	12	0.50%
子女抚养教育观念不一致	4	0.17%
年龄差距	12	0.50%
婚外情	80	3.33%
重婚或与他人同居	8	0.33%
家庭暴力	266	11.06%
赌博吸毒虐待遗弃	51	2.12%
生育问题	15	0.62%
家庭琐事	253	10.52%
其他	149	6.20%

泰泉高端家事



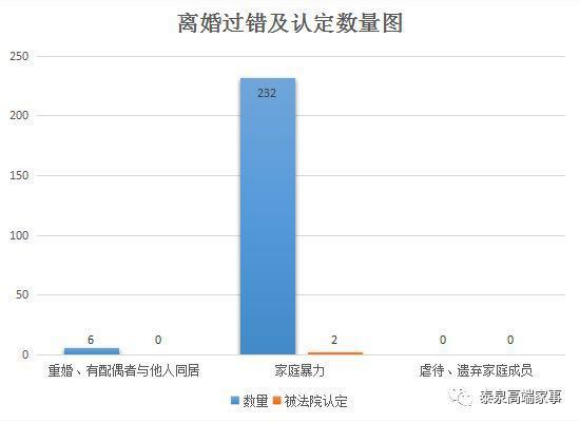


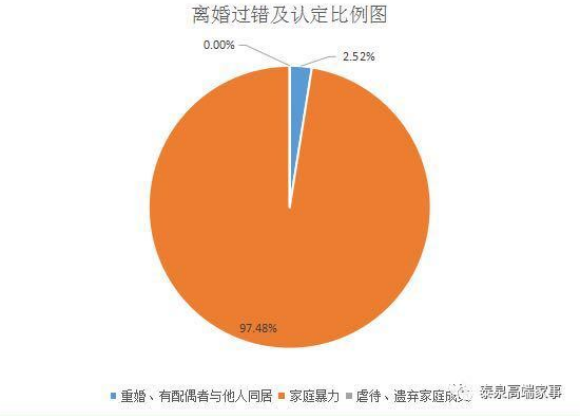
列夫·托尔斯泰在代表作《安娜·卡列尼娜》中开篇提到，幸福的家庭都是相似的，而每个不幸的家庭都有各自的不幸。千万个婚姻面临危机的家庭中，不幸的原因也成万千，泰泉高端家事挖掘婚变的源头，究竟是谁在最初埋下毒种？通过分析数据，在本次统计的 1579 份离婚判决书中，排除当事人在诉讼中因各种原因不想提及和追究等因素，离婚原因位居前五位的为性格不合、分居、家庭暴力、家庭琐事、婚前了解少，感情基础差，分别占比 27.95%、23.59%、11.06%、10.52%、8.32%，而长此以往备受关注的婆媳问题、父母干涉、经济、子女抚养和教育问题、婚外情等问题所占比例则非常低。内因是决定事务发展的主要因素，在离婚问题上也不例外，夫妻间性格不合、缺乏感情基础以及琐事矛盾等原因终究是导致离婚的罪魁祸首，长期分居和家暴更是矛盾恶化的触发点，如果夫妻双方在发生矛盾时，只是一味归咎于外部因素和找借口，不从自身找原因，触及不到矛盾的本质，也很难消除隔阂和修复感情，因此，建议男女双方在婚后也要学会经营婚姻和维系感情，遇到问题要多沟通，加强相互间的了解，培养彼此间的信任，如非万不得已，慎用分居的方法“冷静冷静”，更要杜绝采用家暴等极端方式宣泄愤怒，唯此，才是化解夫妻矛盾的正确打开方式。

五、离婚过错问题——是谁谋杀了我的爱情

离婚过错及认定数量表		
离婚过错	所涉案件	被法院认定
重婚、有配偶者与他人同居	6	0
家庭暴力	232	2
虐待、遗弃家庭成员	0	0

泰泉高端家事





《婚姻法》第四十六条规定，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（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。在司法实践中，当事人在离婚诉讼中法定过错的提出及认定情况又是怎样的呢？本次统计数据显示，1579 份离婚判决书中，涉及法定过错的案件有 238 份，其中家暴指控比例最高，为 232 份，占比 97.48%，但只有 2 份被法院最终认定，其中 1 份被法院判决离婚并支付过错损害赔偿金，涉重婚及有配偶者与他人同居的为 6 份，占比 2.52%，均未被法院认定，无涉虐待、遗弃家庭成员的案件。以上数据一方面反映出家庭暴力的严重性，其目前已经成为导致离婚的主要“杀手”，并逐渐成为一项不容忽视的社会问题，另一方面也反映出过错在审判实践中认定难的现状，由于大部分当事人缺乏诉讼经验，在没有证据或证据不充分的情况下，其诉求是很难获得法院支持的。

六、再婚离婚问题——踉踉跄跄的受伤，跌跌撞撞的坚强

再婚离婚问题数量表	
婚姻次数	所涉案件
初婚	1336
再婚	243

泰泉高端家事

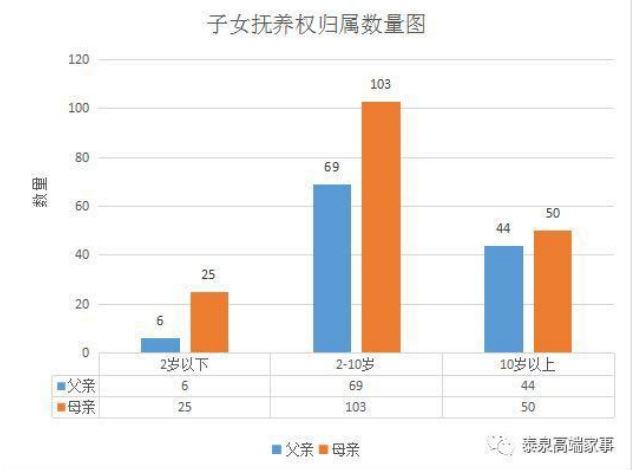
随着社会开放度的日渐提高，目前再婚已经稀松平常，且逐渐为大多数人的婚恋观所接受，可是单就离婚问题而言，再婚夫妻之间却更容易爆发矛盾和纠纷，心理学家约翰·戈特曼就曾经对 3000 个家庭、700 对新婚夫妻长达 40 年的婚姻及家庭关系进行研究，最后得出，再婚的离婚率竟然比初婚的离婚率高 10%。泰泉高端家事本次统计与分析显示，在 1579 份离婚判决中，再婚夫妻离婚共有 243 起，占总体比例的 15.39%，其中最终被法院判决准予离婚的 78 起，判离比例为 32.1%。这个比例相对来说还是比较高的，可见，一旦幸福的记忆被扭曲，便预示着当事人在如何经营好一段婚姻的问题上需要帮助，再婚的道路上，如果不能及时调整和寻得解法，便难逃跌跌撞撞的命运。

七、子女抚养问题——逃离原生家庭的魔咒

（一）子女抚养权归属

子女抚养权归属数量表					
2 岁以下		2-10 岁		10 岁以上	
父亲	母亲	父亲	母亲	父亲	母亲
6	25	69	103	44	50

泰泉高端家事

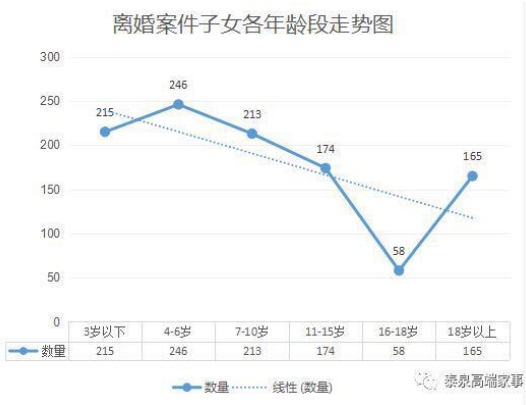


根据我国法律的规定，夫妻离婚时，2 周岁以下的子女一般归母亲抚养，10 周岁以上的子女尊重孩子的意愿，2-10 周岁的子女需要根据父母双方的情况综合进行考虑，按照有利于子女成长的原则作出判决。泰泉高端家事本次统计的数据显示，1579 份离婚判决书中，涉及子女抚养权的案件为 297 份，其中，涉及 2 周岁以下子女抚养权的共 31 起，有 25 起子女被判归母亲抚养，占 80.65%；涉及 2-10 周岁之间子女抚养权的共 172 起，有 103 起子女被判归母亲抚养，占 59.88%；涉及 10 周岁以上子女抚养权的共 94 起，有 50 起判归母亲抚养，占 53.19%。总体来看，无论在哪个年龄段上，法院判决子女归母亲抚养的比例均高于判归父亲抚养，这包含夫妻双方协商、尊重孩子意愿、经济、不改变孩子成长环境等众多因素，也体现了司法实践中对妇女权益的倾斜性保护。

（二）孩子大了，婚也该离了？

离婚案件子女各年龄段数量表					
3 岁以下	4-6 岁	7-10 岁	11-15 岁	16-18 岁	18 岁以上
215	246	213	174	58	165

泰泉高端家事

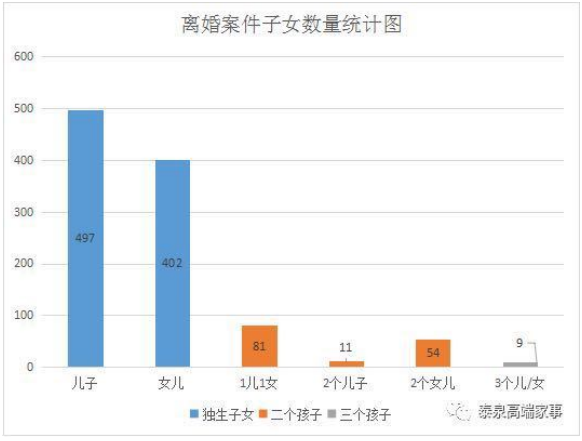


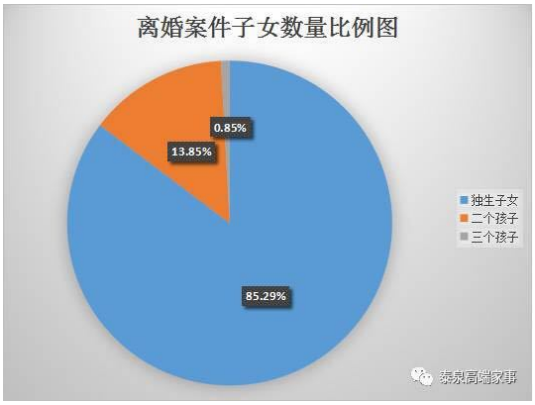
泰泉高端家事通过对 1579 份离婚判决进行统计，其中涉及子女年龄的共 1071 份，数据显示，子女 4-6 岁区间离婚案件数量最多，为 246 件，在整体上构成离婚数量的一个“小高峰”，究其原因，可能与该区间所处的子女入学年龄阶段相对应，该阶段子女对父母的依赖性相对降低，且夫妻之间容易爆发子女教育等潜在矛盾，从而引发感情危机。此外，在子女 16-18 岁区间，离婚数量达到最低，这正与子女所处的高中受教育阶段相对应，该阶段，大多数父母为了给子女创造一个良好的学习和生活环境，一般不会选择离婚，家庭相对稳定。子女 18 岁以上，离婚案件数也随之上升，该阶段子女已经成年或步入大学阶段，生活独立性大大提高，作为父母辈的夫妻之间潜藏的矛盾这时候再次爆发，离婚率也成上升趋势。

（三）家庭结构与婚姻稳定性的关系

离婚案件子女数量统计表					
独生子女		两个孩子			三个孩子
儿子	女儿	1 儿 1 女	2 个儿子	2 个女儿	
497	402	81	11	54	9

泰泉高端家事

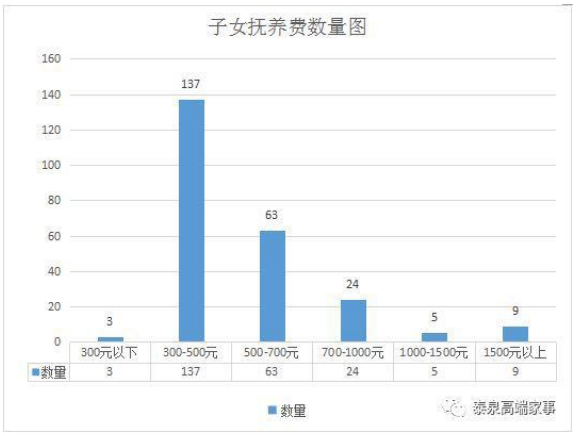


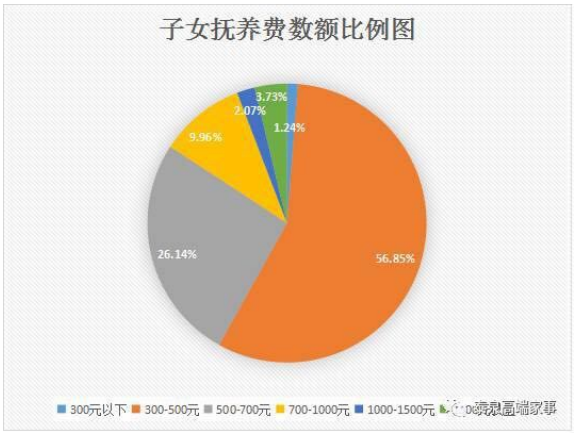


据可检索的数据显示，1579 份离婚判决中有 1054 份对孩子数量作了标注，其中独生子女的家庭为 899 起，所占比例为 85.29%，两个孩子的家庭为 146 起，所占比例为 13.85%，三个孩子的家庭数量最少，共 9 起，所占比例为 0.85%。这在一定程度上反映出多个孩子的家庭结构更有利于婚姻的稳定。

八、**子女抚养费**——我问你爱我有多深

子女抚养费数量表	
抚养费数额	所涉案件
300 元以下	3
300-500 元	137
500-700 元	63
700-1000 元	24
1000-1500 元	5
1500 元以上	9
共计	241





泰泉高端家事本次统计的数据显示，在 297 份涉及子女抚养权的离婚判决中，除双方自行协商不支付子女抚养费以外，其余有 241 份对子女的抚养费数额作出判定，该抚养费数额多集中在 300-500 元之间，占比 56.85%，其次是 500-700 元、700-1000 元，所占比例分别为 26.14%、9.96%，而抚养费数额在 300 元以下、1000-1500 元和 1500 元以上所占比例相对较低，抚养费的平均数额为 558 元。总体来看，法院判决抚养费的标准相对较低，与子女抚养的实际花费有一定的差距，究其原因，法院判决的抚养费主要是子女的生活费用和基本的医疗、教育费用，而现代社会，随着人们生活水平越来越高，子女抚养所需要的成本也越来越高，抚养子女绝不再是吃饱穿暖的问题，各种辅导班、特长培训班、旅游娱乐等等各项花费已渐渐成为必需，因此建议法院在判决抚养费时可适当予以考虑。

2016济南市各区县抚养费判决数额			
区县	最低（元）	最高（元）	平均（元）
历下区	500	2100	1258
天桥区	300	1100	825
槐荫区	500	600	567
市中区	300	1500	817
历城区	300	2000	787
高新区	无	无	无
章丘市	100	2000	510
济阳县	400	1500	481
平阴县	220	600	427.2
长清区	300	2000	531
商河县	300	700	338

泰泉高端家事

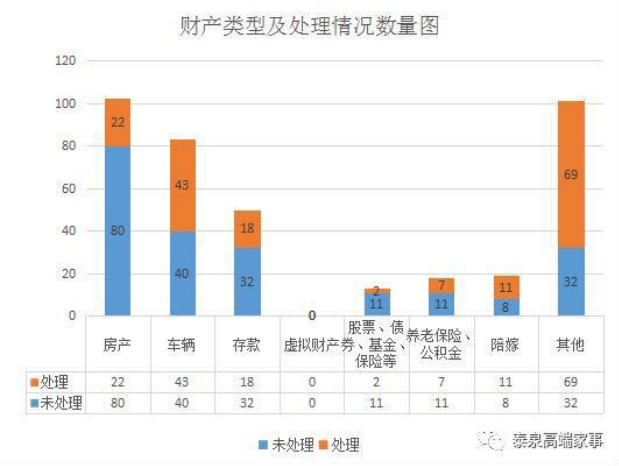
根据本次统计与分析，除高新区未检索到涉抚养费数额的具体信息外，济南市其他各区县抚养费平均数额由高到底依次为：历下区 1258 元，天桥区 825 元，市中区 817 元，历城区 787 元，槐荫区 567 元，长清区 531 元，章丘市 510 元，济阳县 481 元，平阴县 427.2 元，商河县 338 元。这与济南市各县区的经济发展水平和消费水平基本一致。

九、财产处理情况——明年华发虽可啄，却不道人去梁空巢也倾

（一）财产类型及处理

财产类型及处理情况数量表								
	房产	车辆	存款	虚拟财产	股票、债券、基金、保险等	养老保险、公积金	其他财产（家具、家电）	陪嫁
所有判决中涉及	102	83	50	0	13	18	101	19
判离中处理数目	22	43	18	0	2	7	69	11

泰泉高端家事



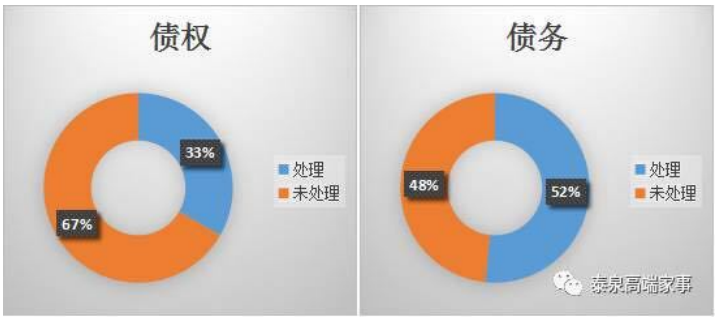
现代家庭的财产类型不再局限于传统的房子、车子和存款，伴随股票、债券、基金、保险、公积金以及虚拟财产等新兴财产形式逐渐显现，离婚诉讼中可分割的财产类型也变得丰富多样起来。在泰泉高端家事本次统计的 1579 份离婚判决中，有 280 份涉及财产分割，其中涉及房产的判决 102 份，法院最终处理的 22 份，处理比例为 21.57%；涉及车辆的判决 83 份，法院最终处理 43 份，处理比例为 51.81%；涉及存款的判决 50 份，法院最终处理 18 份，处理比例为 36%；涉及股票、基金、债券保险等的判决 13 份，法院最终处理 2 份，处理比例为 15.38%；涉及养老保险、公积金的判决 18 份，法院最终处理 7 份，处理比例为 63.64%；涉及陪嫁的判决 19 份，法院最终处理 11 份，处理比例为 57.89%；涉及其他财产（家具家电等）的判决 101 份，法院最终处理 69 份，处理比例为 68.32%。由此可见，并非涉及财产的所有案件法院都会予以处理，许多案件由于财产本身权属不明或法院不宜作出判决等原因在离婚判决中并未一并处理。我们认为，对于财产分割问题，法院应尽可能本着调解为主、判决为辅的原则，若无法定原因，应在离婚诉讼中一并处理，以追求最大程度的定纷止争和减少诉累。

（二）债权债务

离婚案件债权债务数量表

	债权	债务
总数	21	60
未处理	14	29
处理	7	31

泰泉高端家事

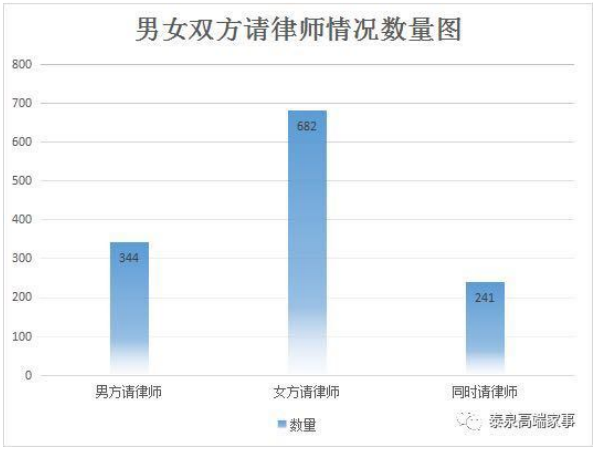


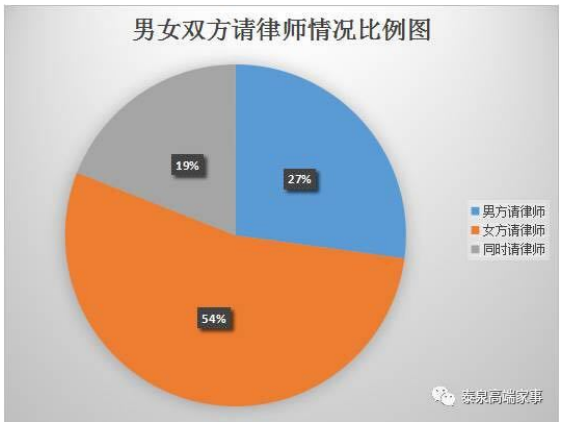
法院在审理离婚案件中，对于涉债权债务的案件究竟如何处理呢？根据我国《婚姻法》41 条，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。在司法实践中，如果债务人一方举证充分，足以认定所涉债务为夫妻共同债务的情况下，由法院依法予以分割。但是，实践中还有很多情况下，由于所涉债权债务由于涉及案外第三人利益，法院一般对此债务暂不予处理，建议当事人另案起诉。泰泉高端家事本次统计数据显示，1579 份离婚判决中，涉及债权案件数为 21 件，其中法院处理 7 件，占比 33%；涉及债务案件数为 60 件，其中法院处理 31 件，占比 52%。

十、是否请律师——黑暗旅程幸好有你相伴

男女双方请律师情况数量表			
	女	男	同时请律师
数量	682	344	241

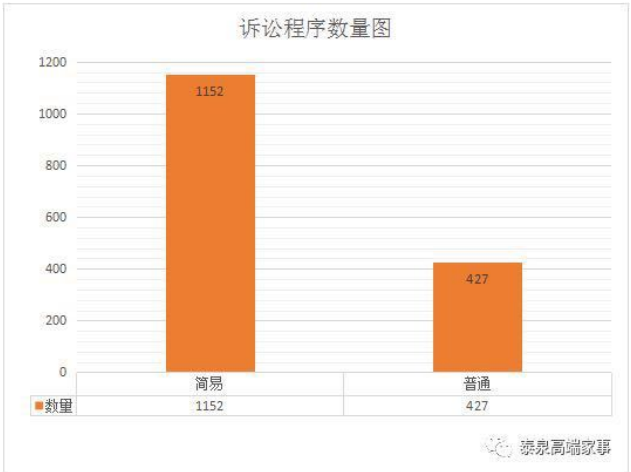
泰泉高端家事



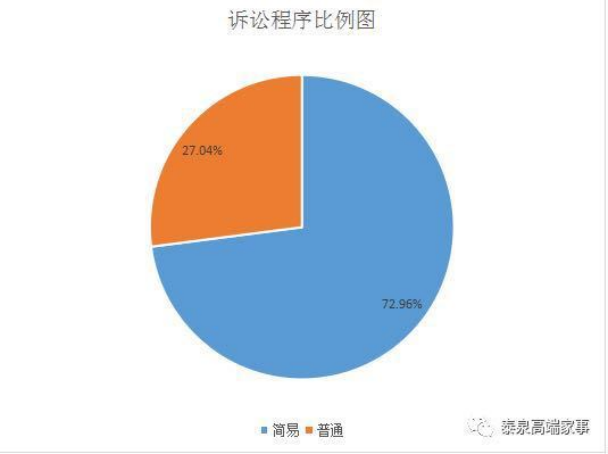


聘请律师为自己维权是每一位公民的权利。据泰泉高端家事本次对济南市 1579 份离婚判决进行统计分析，其中共有 1026 位当事人聘请了律师，其中男性 344 位，占总体比例的 33.53%；女性 682 位，占总体比例的 66.47%；而在离婚诉讼中，男女夫妻双方同时聘请律师的数量为 241 对，占涉聘请律师案件总数的 30.7%。该数据反映出，女性在选择聘请律师的概率方面明显大于男性，这一方面表明我国女性的法律维权意识有了显著的提高，另一方面也暗示了女性在婚姻生活中其合法权益较男性更容易遭受侵害。泰泉高端家事建议，作为弱势一方的女性朋友，应进一步提高自身的法律意识，正确掌握维权方法，学会运用法律工具保护自己和自己的婚姻。

十一、诉讼程序——其实最好的告别，是将你遗忘在路上



诉讼程序数量表	
诉讼程序	数量
简易	1152
普通	427



基层法院或派出法庭审理离婚案件，对于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单案件适用简易程序，对于情况较为复杂的案件适用普通程序。泰泉高端家事本次统计数据显示，1579 份离婚判决中，有 1152 起案件适用简易程序审理，占总体比例的 72.96%；另外 427 起案件适用普通程序审理，占比 27.04%。审判实践中，对于第一次起诉离婚，法院一般以不判离为原则，一般适用简易程序，但如果另一方同意离婚且财产或子女等情况复杂，法院会由简易程序转为普通程序；对于第二次以上起诉离婚且案情复杂的，则通常适用普通程序。当然这还取决于受理法院的审判资源及法官的案件压力。

以上就是泰泉高端家事对 2016 年中国裁判文书网上所载济南市各基层法院离婚判决的统计与分析，以期为迷失在围城里的朋友指引方向，以儆效尤、防微杜渐，也为婚姻本身找寻一个长久保鲜的秘方，同时也希望每一位战斗在法律最前沿的同仁在参考和借鉴的同时，就其中的法律问题和争议点与我们做广泛而深入的交流，在分享的基础上共同提高，共同打造一个符合法律人心目中更加美好的法治的明天。

如果说，时间是唯一的计量单位，泰泉高端家事在这里祝愿每一个家庭都永远幸福，每一对夫妻都能“执子之手，与子偕老”。（泰泉高端家事荣誉出品）

诚以梦为马，断不负韶华——记优秀家事专业律师祝双夏

2017-02-20 家事观察 孙怡薇

本文已刊登在《浙江律师》2016 年第六期总 58 期

初见祝双夏律师，是在我的求职面试上。这位律界丽人，身穿剪裁利落的西装，脚踩典雅知性的高跟鞋，全框眼镜后透着灼灼目光，完全满足了我对女律师的所有想象。而此后，在与她的面试问答、交流中，她所展现的严密逻辑，优雅谈吐，都让我认识到，她，就是我应该学习的律界巾帼。

师从祝律师，让我有机会能在往后朝夕相处的时间里，一点一点走进这个专业、敬业的的法律人的日常，习得她的律师之道。

“做好手上的每一个案子”

2001 年正式执业，2009 年成为律所合伙人，2015 年当选杭州律协家事专委会主任，2016 年当选省律协婚家专委会主任，祝律师曾用“从一而终”这 4 个字，概括过她的律师之路。

出生在浦江的她，从小就是班上的尖子生。哪怕是高考失利，也仍以全县第 4 的优异成绩，步入了名牌政法大学的门槛。对法律有着偏爱的她，填报入学志愿时，在每一个志愿栏上都执拗地写上了“法学”二字。最终她如愿以偿地始攻读法律，而后又选择了律师这个行业。

都说“做律师难，做女律师更难”。而对于祝律师来说，一个初出茅庐的法学生，要在他乡异地的杭城立稳脚跟，更是难上加难。困难摆在眼前，该怎么克服？“什么也不想，我就一步一步地做好手上的每一个案子。”祝律师说，“每个案件都是一件艺术品，用心打磨，自己感受的到，别人也看得到。”

诚如祝律师所说，不论是从接待当事人到案情脉络整理，不论是从诉讼策略选择到诉状证据成文，不论是从庭前审核准备到结案反思总结，她都全身心地投入其中，审阅每一份案卷材料，斟酌每一句法律用语，宏观梳理案件

症结，微观把握文书细节。

不久前，祝律师代理了一个案件，在收到一审判决书后，逐字逐句地对文书中的用语进行反复推敲并最终发现问题所在：在判决书中，法院在查明事实部分，利用对两个短句之间逗号、句号的承接会导致主体不同的语法技巧，将借条中利息的起算时间作了重新解释。于是，祝律师便以法院认定事实出现矛盾为据提起上诉，并最终获得胜诉，有效地维护了当事人的合法权益。“受人之托，忠人之事”，这句话在祝律师办案过程的方方面面都得到了淋漓尽致地体现。

我曾经问过她一个问题：“怎样成长为一个优秀的律师？” “多看书”，祝律师的答复简洁明了却也实事求是。的确，想要成为一名优秀的律师，无法一步登天，唯有一步一个脚印兢兢业业。在祝律师的办公室，除了几处绿意，便是几大柜的书籍，再无其他。她总会打趣地说道：“腹有诗书气自华。我颜值不够，还不得赶紧多看几本书啊？”新鲜知识的补给，给了她客观冷静思考的思维，也让她能从容应对各种情形。流水不腐，户枢不蠹，所谓慎独，大抵是如此。

“笔杆子、嘴巴子、鞋底子”，是对律师自身业务能力的形象概括。但祝律师并非是一个天生的演说家。看着如今在法庭上、讲座上据理力争、侃侃而谈的祝律师，你一定想不到她曾是一个在别人面前大声讲话都会紧张的人，这一切都归功于自己的严格要求及多年的历练。“工欲善其事，必先利其器”，祝律师对此仅淡淡一笑带过，唯有了解她的人才知道，她是付出多少努力才成就如今的自己。惟其艰难才更显勇毅，惟其笃行才弥足珍贵。

祝双夏律师参加第三届中国婚姻家事法实务论坛

“像鸟儿爱惜自己的羽毛一样，维护专业形象！”祝律师在全省实习律师上岗培训班上如是讲，也是她自己处理问题时始终坚持的态度。“每一份向当事人、法院出具的落有自己签名的法律文书，都是想被人展示的另一个自己。”祝律师说，诉讼请求是否准确代表着法学功底，代理意见是否简明扼要代表着法律思维，书写格式是否专业代表着办案态度。“对每一个案子都要有敬畏之心”，这是对律师的要求更是律师职业的底线。

“家事律师”为理更为情

年轻律师在执业之初对专业定位会有迷茫，祝律师也是如此。随着律师行业的蓬勃发展，她愈来愈感受到做专业化是对律师业提出的要求。特别是 2008 年从英国访学回来后，她敏锐地看到家事业务的前景，便决心在传统业务上进行创新，开创另一片天地。

相较于其他专业方向的律师，家事律师有着特殊性。讲究的不仅仅是法律功底，更重要的是在离婚、抚养、继承等这些涉及身份权的问题上，显示出情与理的考量。选择专攻家事业务，一方面需要律师有过硬的专业素质，另一方面也需要律师有细腻的情感，能与当事人将心比心。单纯争取当事人应当享有的权利，并不意味着真正的成功。

而今的家事专业，更是跳出诉讼的圈子，开始涉及财富管理与传承等高端非诉业务，也对律师的专业能力提出了更高的要求。心中梦想一经抉择，她便只风雨不改。10 年的磨砺，祝律师已成长为一个出色的家事律师。

“秉公而行，兼济情怀，保证法律效果与社会效果相统一”，这是祝律师的办案圭臬。而这个理念，在调解“河北虐童案”中发挥的淋漓尽致。

2016 年 6 月 14 日，微博曝出河北女孩琪琪被父亲施暴的照片，立刻引发公众哗然。当天下午，杭州警方便协助控制了在杭的虐童男子，而祝律师也在接到警方电话匆匆赶往调解现场。在警局会议室，祝律师与琪琪母亲就其关心的变更抚养权、剥夺监护权、男方是否构成犯罪等问题，进行了耐心解答。此后祝律师又陪同琪琪母女与男方见面，为双方协商拟定调节方案。经长达几小时的悉心疏导，双方最终达成谅解协议，约定琪琪变更由母亲抚养。事后，男方也表示很后悔，并承诺以后要尽好父亲的责任。该案的和解，既保障了当事女童的合法权益，又达到了警示男方的效果，警方也称赞祝律师的调解工作达到了很好的社会效果。

案件解决了，祝律师却并没如释重负。因为网上愈演愈烈的要求严惩男方的声音。她连夜加班，就此事撰文发表，提到必须践行“未成年人利益最大化”原则，并一针见血地指出：如果对男方进行行政拘留，再进行耗时耗力的跨省诉讼争夺孩子抚养权，一定不是上上策。因为双方矛盾激化的结果，最终受伤的是无辜的孩子。基于此，最优先处理方案是让孩子回归正常生活，将伤害降到最低。

回溯案件始末，不得不让人折服于祝律师处理问题的水平和能力；而能如此高效调解结案的背后，是因为祝律师有一颗真正为当事人着想、对当事人负责的心……

“你真是我的贵人”

出秋转冬。冷风猛袭杭州，小雨淅淅沥沥。祝律师驱车前往吴山广场，参加“第 17 个国际反家暴日——消除对妇女的暴力”现场咨询。

对她来说，参加这样的志愿服务活动，早已成为了平日生活的一部分。每一次普法宣传、婚姻家庭法律知识讲

座，她总会认真准备，以自己丰富的办案经历直切问题关键点，让人醍醐灌顶。同时作为都市快报《律师来了》专栏的签约律师，经常就热点问题进行普法解读，对读者的咨询问题也都细致解答。不少读者，正是通过这一专栏认识她的……

“做律师，就一定要担得起社会责任”。这句话就像是一盏明灯，照亮着祝律师专业与公益并济的前行的路。在祝律师分享她办过的印象深刻的案子时，有不少就是在法律援助时接触到的。

今年初，她受杭州市妇联指派，援助一位女性家暴受害者。该妇女长期遭受丈夫家暴，公安接警记录不下十几次，最近一次甚至被打成头颅骨折。祝律师接受了委托，在详细了解情况，查阅全部的证据材料，将每一次家暴的时间一一列明，并整理出示相应证据，同时将几年间所有的医疗凭证全部核对后统计了金额呈交法庭。以详实有力的证据证明了离婚纠纷中家暴程度的严重。

该案的开庭日期，定在《反家暴法》实施日的当天，庭审中，针对男方律师“即使有家暴也是家务事”的辩称，祝律师以“结婚证不是家暴的通行证、家庭不是法外之地”的代理意见予以严正驳斥。该观点之后被多家媒体引用宣传，起到了向社会公众普法的效果。

“你真是我的贵人！”当女方用最为简单朴实的话语，传递出深深的感激之情时，祝律师却只腼腆地笑着摆了摆手……

梅花香自寒苦来。省优秀青年律师、市优秀女律师、杭州律师新星奖、杭州市五一巾帼标兵等荣誉，是对祝双夏勤奋付出的肯定。我庆幸有这样一位好导师。

落落大方，随性优雅，说到兴起时笑意爽朗。法庭上思路敏捷、布阵有方，孩子面前循循善诱、满腹柔肠。15年辩场律坛的纵横驰骋，祝双夏还是那个最真实的律师，坚定前行在公正公平公益的路上……

家事观察由智仁家事团队创办，团队由智仁律师事务所高级合伙人、浙江省律师协会婚姻家庭委员会主任祝双夏担任首席律师，同时汇聚了多名在婚姻、继承、私人财富管理领域业务精深、经验丰富的专业律师，是国内较早研究和提供私人财富管理与传承专业化法律服务的律师团队。

婚姻不仅是肉体的结合更是财产的合并|闲谈婚姻法解释二第24条

2017-02-23 闲话法律 润阳法客王卫军

最近最高院就热议的“婚姻法解释二第24条“存留问题，在其网站上进行了回复。进一步对“婚姻法解释二第24条（下文称“24条“）“不能废除及如何适用进行了详细阐述。然而，主张撤销的声音并未平息，包括一些人大代表高调宣称提案就是废除婚姻法解释二的第24条。最高院的出台的婚姻法解释二到底该不该废除？笔者的观点是绝对不能废除。在当前中国社会诚信体系没有完全建立起来之前，如果胆敢废除“24条”，和在当下的中国“废除死刑”一样，必然造成更大的社会矛盾。夫妻一方在婚姻关系存续期间，对外举债，应当由夫妻双方共同偿还，是有其深刻的社会背景。

一、中国传统的婚姻文化决定了夫妻双方财产的混合成为常态

婚姻是什么？不同的人有不同的回答，有些人认为：婚姻是爱情的坟墓，有些人认为：婚姻是一种责任和义务。德国哲学家叔本华认为：结婚就意味着平分个人权益，承担双份义务。其实婚姻不是仅仅是义务、责任，也是权利。在中国传统的社会文化中，婚姻是一种极其隆重的事情。在《礼记•昏义》中，明确了典型的婚姻六礼模式，纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎 。之所以，婚姻礼仪在中国传统社会中如此的隆重，其中一个重要原因就是“嫁出去的姑娘、泼出去的水”，在以后的人生道路之中，出嫁女除了结婚时的嫁妆外，基本上是没有资格再去继承其父母的财产（当然，在一些朝代也有出嫁女继承的规定，但是都规定的相当严苛，与男子的权利基本上很难对等）。出嫁女所能获得的财产，在富人家里是从其丈夫的财产和自己带来的嫁妆以及后面的生活运营，在穷人家里基本上出嫁女就是和丈夫共同经营自己的“小家”，而妻子和丈夫都具有处分自己财产的权利。自此，我们可以看出，在中国的传统社会中，妻子和丈夫的财产在结婚时，就开始就完美的结合。换句话说，婚姻不仅是夫妻双方肉体的结合，更是夫妻双方财产的合并。在中国的现代社会，虽然我国现行《婚姻法》对夫妻财产规定了可以约定财产制，但在社会的实际生活中，采取夫妻财产约定制的家庭少之又少，多数家庭依然延续了中国数千年的传统文化，结婚期间并不对夫妻的财产进行约定。在这种背景下，夫妻的财产基本上都是由夫妻双方共同处分。可以说，中国现代的婚姻，多数依然延续了中国传统的模式。

二、法律自身也有局限性，不可能做到每个群体利益都能完美保护

法律本身就是保护常态、打击“异形”。换句话说，法律注定是保护大多数人的利益，或多或少的损害一小部分人的利益。（笔者这样说，肯能就有很多人要开始攻击了，请先等一等，等我说完）。我们可以看看法律的制定过程。法律是由专门机关起草，然后由全国人大代表表决通过的。先不说代表你举手的人大代表是不是你选举时，投

没投票的问题，就是在表决过程中，除了宪法之外，多数法律只要过半数同过，这个法律就生效的，就必须执行。那么对于当时那些投反对票的人，生效的法律对他们能不生效吗？也就是说，法律只保护多数人的意志，少数人的意志是无法得到保护的。如上所述，中国社会中，多数婚姻遵从了中国传统文化的婚姻秩序，那么立法必然就会对其大多数人的利益进行保护。对于少数人来说，就必须无条件的遵从。

三、婚姻关系中的男女双方均存在“选人”的责任和义务

笔者曾看到过一篇文章，“婚姻有风险、结婚需谨慎”，具体文章内容我没看，但是就这标题，我就觉得很好，说的一点都没错。 结婚本来就是自由行为，选择和谁结婚，选择不和谁结婚，并不是由别人来定，而是自己来决定。而我国婚姻法对结婚的年龄也有明确规定：男 22 岁、女 20 岁。也就是只有成年人才符合法定的结婚条件，作为一名成年人，就有义务和责任对自己的行为负法律后果。假设有人很不幸运，选择了一个“渣渣”结婚了，婚后这个“渣渣”就向外大肆举债，而且还背着你，后来债权人要你共同偿还，你不还吗？不还？可能行不通吧。很多人未必会选择法院的手段来解决，恐怕不但你要还，甚至还会出现“子债父还”。不论是婚姻还是生活，作为成年人，你得对你的行为负责。

四、在诚信制度尚不健全、违法成本低廉的现实下，”假离婚”现象竟然成为逃避债务获取非法财产的最佳选择

由于目前社会诚信制度尚不健全，借钱不还俨然成了一道难题。据笔者统计，某基层区法院中的民商事案件中，民间借贷纠纷竟然占了三分之一强，也就是一千个案子中，就有 300 多个是民间借贷。虽然民间借贷案件中，有许多案件确实存在一些有争议，但是大多数借贷关系就没争议，就是被告没钱还，或者不愿意还。更有可恶者，在借钱之前就和老婆“假离婚”，把自己的财产都转移给老婆孩子，自己还不让外人知道。然后去借钱，借完了钱就消失了。从刑法角度，借钱的人给出借人打了欠条，并且也承认借钱属实，称就是没钱还，这种情况还不能构成刑事犯罪。而民事角度，原告胜诉了，但是借钱的人早就把钱转移了，银行根本没存款，名下财产早就在借钱之前就偷偷转移，现在就“孤家寡人”，“要钱没有，要命你还不敢，你把我加黑名单，你加好了，反正我也不坐飞机，不坐动车”，这就是部分民间借贷的真实写照。 如果作为夫妻一方没有举债人承担偿还债务觉得冤，那么这帮债权人不更冤！

综上所述，我认为婚姻法解释二第 24 条绝对不能废除，如果一旦废除，将会出现更多的社会纠纷。假如废除之后，那就意味着三分之一的民商事案件的命运会出现巨大的转折，法院是可以不支持，那讨债公司可能就要盛行了，后面会出现更复杂的矛盾。

婚姻家事律师的发展与业务创新

2016-11-22 安徽永承律师事务所 曹冬梅

摘 要：我国婚姻家事律师已有 30 多年的发展历史，是伴随我国律师制度恢复而相伴产生；只是在近年才有专业的婚姻家事律师，婚姻家庭律师业务的发展经历了三个时期；当前婚姻家庭法领域法律关系渐趋复杂，婚姻家庭法与合同法、物权法、侵权法、知识产权法、公司法交叉关联，出现一系列争议、疑难问题；如离婚股权分割、股权转让、股东资格认定、股权继承、上市公司股份分割等。由于财产种类繁多及所涉及的标的额越来越大，如杜双华五百亿的离婚案，创下中国诉讼标的之最！婚姻家庭律师业务也越来越受到律师的重视。改革开放使世界了解中国，国际交流日益深化使跨国、跨境婚姻越来越多，这对婚姻家庭法律师提出了更高端的要求，同时，资本市场的完善使得私人财富急剧增长，婚姻家庭律师业务出现一系列的创新领域；如财富传承、私人信托、私人银行、移民及财富跨境管理等等，新形式下婚姻家庭新业务创新面临着巨大的挑战，如何使婚姻家庭法律服务水平提升到国际化、区际化，将是一个更全新的课题；婚姻家事律师享有宽广的舞台。

关键词：婚姻家事律师 发展 创新

一、婚姻家事律师概念

婚姻家事律师，指以办理与婚姻家庭关系相关的法律服务为主要业务的律师。在传统婚姻家事法律的概念中，婚姻家庭律师被局限于办理离婚，继承案件，显然这些案件是无法适应新时代婚姻家庭律师的发展的。婚姻家事律师可以发扬传统，同时大胆创新。从婚姻家庭代理业务方面，婚姻家事代理业务不再停留在离婚诉讼上，而是可能涉及到股权分割、公司上市等复杂的法律问题，婚姻家庭律师具有宽广的市场前景，但我们该如何开拓这个市场，实现自我价值呢？主要在于婚姻律师自己的知识储备和技能的提升。机会从来不是给予没有准备的人的，只有完成了专业知识与相关联的专业知识的积累，才是一名合格的婚姻家事律师。

佛家对婚姻和财产的诠释是这样的：面对婚姻，情感为上，一切随缘；面对财产，奉献为高，有舍才有得。要追求人生的幸福必须遵循这两大法则。对婚姻家事律师可归纳为三种：

一是帮人离婚。最初的婚家律师业务主要是离婚和析产。当事人因为“感情破裂”找律师帮忙。这时律师所做

的就是，根据当事人的诉求，争取离婚或不离婚。或者使出浑身解数为当事人争取更多财产。此层面婚家律师的工作被喻为“折房子”，是“忠人之事”。

二是帮人和好。许多专业婚家律师兼修并掌握了心理咨询知识，他们首先会根据当事人的情况进行一些心理学分析，接下来他们会尽力帮助当事人修复裂缝的爱情，点燃冷却的心灵，找回青春的激情。这层面婚家律师的工作被喻为“修房子”，为“忠人之家”。

三是为人造福。这时的律师能够娴熟应用哲学智慧与哲理技巧，帮助当事人建立稳固的婚姻家庭基础，促进家庭和睦团结，进而维系社会的和谐稳定。可以教会你作为夫妻如何相互忠实、理解、宽容……，还有以“法”胜“情”妥善处理的行为艺术。这些律师处理业务的能力和水平已经到了追求“妥善”和“艺术”的境界，他们不仅考虑该不该离？如何离更好？该不该分？如何分更好？他们还为当事人规划婚姻、打理财产，他们不单是离婚的“打工仔”，更是婚姻的设计师，有的还是当事人事业与人生的规划师。总之，他们不再只是“疗伤者”，更是“造福人”。这种婚家律师的工作被喻为“造房子”，能“忠人之心”。

“忠人之事”是工匠，“忠人之家”是好人，“忠人之心”为天使。婚姻家事律师都应争当“天使”。

二、婚姻家事律师的业务发展

1950 年 5 月 1 日新中国第一部婚姻法颁布，距今已经 63 年，1979 年律师制度恢复仅有 34 年，姻姻家庭律师业务也伴随着律师走过了 34 年的路程 。

（一）从婚姻法律的地位看婚姻家庭业务的重要性

1、从毛主席的指示看婚姻立法的重要性。

63 年前伟大的毛主席就说了一句话：“婚姻法关系到千家万户男女老少的切身利益，其普遍性仅次于宪法的国家根本大法之一。”这是中国第一部法律，确实关系到千家万户，所以其重要性仅次于宪法。 毛主席指示 63 年前就说了，这对婚姻立法有着很大的推动，也指出了婚姻法的重要性。

2、从国以家为本，家以人为本，人以身为本，身以爱为本这四句话看婚姻家庭业务的重要性。

家庭、婚姻、爱情是永恒的旋律，而且是没有空间和时间界限的，这个话题是没有时间和空间的界限，家庭是社会组成的基础和细胞，家庭是社会关系的总和，这也是我们常说的一句话：家事无小事。

3、从社会发展看婚姻家庭业务的重要性。

随着中国社会的发展和中国社会经济体制的改革深入，在意识形态政治文化领域都发生了深刻的变化，这种变化又渗透到每个家庭导致人们对生活理念、价值观念、道德准则和择偶的条件都不断变化，一段失败的婚姻会影响一个人的一生，会祸及到相关联的人。63 年来，我国婚姻法治建设始终牢牢把握着时代的脉搏， 婚姻法在社会发展中，不断地完善，逐步解决了新形势下婚姻及家庭出现的各种情况和问题，使婚姻法治更加科学，更符合时代发展的需要，婚姻家庭是个古老的、常新的、永恒的话题，她赋予了作家、诗人创作的灵感，也赋予了专家、学者和律师更多更新的业务内容和研究范围，我们专业律师深深体会到婚姻家庭业务既是传统业务，又是不断创新的业务，更一项极富有挑战性的业务。

（二）从婚姻家庭法律的历史变革看婚姻家事律师的业务发展

建国以来，改革 30 多年来，中国经历了经济、政治体制的重大改革，这个改革也使人们的婚恋观、夫妻关系、子女 关系、财产关系都呈现了时代的特点，随着这个变化， 随着婚姻家庭业务的发展婚姻家事律师的业务也可以分为 3 个阶段。

1、婚姻法的创建阶段（1950—1980 年）

1950 年 5 月 1 日新中国第一部婚姻法颁布，这个阶段的人们思想单纯，财产有限，案件简单。这 30 年，中国的建设刚刚开始，新中国刚刚成立，百废待兴，正处于建设时期，此时人们的婚姻观念具有浓厚的政治、阶级色彩。人们为了政治上的进步，绝对不会提自己的婚姻和感问题。当时也都是无产者，争议的财产大部分都是生活用品。直到 1979 年律师制度恢复时，律师才参与对婚姻家庭案件的办理 ，争议的焦点是婚姻的解除问题，对财产的争议很小；由于历史的特殊原因，把婚姻案件划分为小案件，把婚姻案件说成是含金量小、案情简单。

2、巩固发展阶段（1981-2000 年）

此阶段的特点是观念更新、地域广阔、财产增多、程序复杂。第二部婚姻法是在 1981 年的 1 月 1 日开始实施的，这部婚姻法一共是 5 章 37 条，在内容上也发生了变化，有总则，结婚、家庭关系、离婚，附则。 这部法律重申了婚姻自由、一 夫一妻、保护妇女子女合法权益以及禁止包办和重婚。根据时代的特点和需要，增加了许多新的内容，确立了监护制度，完善了婚姻登记程序，规范了收养行为，细化了婚姻法原则的规定。此阶段外出求学、打工等因素人口流动频繁，由于环境、身份等因素的变化，离婚率不断攀升；这期间婚姻家事律师所代理的案

件数量越来越多，但大多数争议的焦点仍是婚姻关系、子女抚养问题，财产的争议标的并不巨大。

3、法律完善阶段（2001-2013）

这个阶段的特点是不动产增加，高科技元素进入了家庭，财产千变万化，案件复杂。

由于时代的发展，法律明显滞后，2001 年 4 月 28 日通过了婚姻法的修正案，一共是 5 章 51 条。这 5 章的内容有总则、结婚、家庭关系、离婚，除此而外，有救助措施与法律责任，这是法治社会的一大进步，提出了夫妻间的忠实义务，提出了平等和睦和文明的家庭关系的原则，将夫妻关系分为人身关系、财产关系两个方面，人身关系涉及到两个义务和六项权利。哪两个义务呢？一个是同居义务，一个是忠实义务， 权利有配偶权、夫妻姓名权、生育权、人身自由权、住所决定权、日常家事代理权，这是婚姻法赋予我们人身权利的一些内容，还有财产权。财产权有几个制度：约定财产制、法定财产制、特殊财产制，同时细化了离婚的法定条件，补充了禁止重婚，禁止家庭暴力和其它违背一夫一妻制度的行为 内容，增设了婚姻无效和可撤销制度，扩充了离婚救济的方式，家务劳动补偿的原则，经济困难的帮助原则和离婚过错的赔偿原则，以及无过错赔偿请求权的法律制度，建立了对家庭暴力受害者、被遗弃成员的救护制度，强化了婚姻当事人的法律责任，至此，婚姻家庭的法律制度进入了全面发展新时期。随着司法审判的需要，最高人民法院相继出台了对《婚姻法》的三次解释，此时期婚姻家庭案件呈现出复杂、疑难性，基于经济的快速发展，法律关系错综复杂，家庭财产剧增等等因素。婚姻只是一个外壳，打开这个壳以后，会发现婚姻案件不仅涉及了动产、不动产、无形资产，还涉及了合伙法、公司法、证券法、股权法、著作权法 以及跨国资产，涉及了继承、子女抚养、探视、收养等许多问题；而且现在婚姻案件的标的少则都是五六十万，大则上亿，涉及面广，影响大，处理不好就会影响社会的安定和谐。婚姻案件既涉及企业的商业秘密，又涉及个人隐私，所以，婚姻家事律师需要有较高的职业道德和执业技能；于是就出现了专业的婚姻家事律师：有专业的不动产分割律师、公司股权律师、财富传承律师、私人财富管理律师等等，新时期对我们婚姻家事律师是一个新机遇，更是一个新挑战，我们大有可为。

三、婚姻家事律师业务的创新

（一）婚姻家事律师的传统业务

按照律师传统的划分标准，我们这个业务范围总体划分为两大类：一类是诉讼，一类是非诉。这是基本的划分标准。诉讼当中包括各种纠纷，按照最高法院案由分类，将其分为 14 类：1、身份权纠纷；2、婚姻家庭纠纷；3、离婚纠纷（包括离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠 纷）；4、同居关系析产、子女抚养纠纷；5、婚姻无效纠纷；6、撤销婚姻纠纷；7、夫妻财产约定纠纷；8、抚养纠纷（包括子女的抚养、夫妻之间的扶养，还有 赡养纠纷）；9、监护权纠纷；10、探望权纠纷；11、收养关系纠纷；12、分家析产纠纷；13、继承纠纷；14、适用特殊程序的案件代理。比如说要申请确认外国判决书的效力问题，包括确认人的失踪以及人的死亡等等，这是特殊的程序诉讼案件。统一归为第 14 类。这几类关系基本上囊括了现在案由中的几十个案由，具体的大家可以依据案由走。在非诉讼方面包括：咨询、代书；起草、修改、审查协议；现在契约在每个家庭当中非常盛行，契约怎么起草，怎么有效？是律师的工作范围。其次是律师的见证，做的更多是律师的遗嘱见证以及双方有效协议的见证，除此之外还 有代为办理收养登记手续等业务。

（二）婚姻家事律师的创新业务

婚姻家事律师的明天在哪里，婚姻家事律师高端业务在哪里？这是我们无数次思考、审视的问题。发展源于创新，创新源于知识；改革创新是律师行业健康发展的核心理念，创新是律师行业发展的不变动力，婚姻家事律师新业务领域的探索，亦是传统律师业务的实务创新，在新形势下，婚姻家事律师已经开拓了如下新业务，我们必须进行学习与推广：

1、代办征婚尽职调查业务

在 2007 年上海何鑫律师事务所是专门从事征婚尽职调查业务业务，在接受富豪委托后，对来面试的征婚者进行详尽的身份、财产调查，公开打出广告，标榜为“亿万富翁的结婚律师”。据了解，他们做了 40 多单业务，收费都在 6 位数以上，并且做成功有 38 件。所以，什么才算合适？只要不违反法律规定，没有什么可去指责或者制止的，有市场就有需求，有需求就有服务。

2、企业家事业务

（1）企业家事律师业务的定义

“企业家事”律师业务，是以婚姻、继承法律业务为中心和切入点，对股东的婚姻、继承问题提供全程的律师服务，把公司利益与股东个人利益相结合，从而在股东面临家事纠纷时达到公司、股东个人双重合法利益的最大化。目前，企业家事业务最为集中的亮点，是“离婚对公司企业股权的影响”，未来继承（股权传承）、结婚、民企家族

利益的平衡，都将成为企业家事律师发展的核心业务。

（2）企业家事律师服务的内容

股东婚前、婚内协议、避免、减少离婚对股权影响，由离婚产生的系列股权纠纷案、股权继承、股权传承法律事务、股东的家事法律顾问等。

此婚姻家事创新业务是上海沪家律师事务所贾明军的探索与实践，并且已经代理有近十家公司股东离婚股权分割案件。

3、财富传承业务

（1）财富传承的定义

财富传承就是帮助当事人把物质化的家庭财富和精神化的家庭财富（社会责任感、家族船业精神、荣誉感等）通过直接交付和间接交付（长期委托管理、短期代理、信托）的途径，传递予法定继承人或指定继承人，使当代创业财富合法、合理、合情地完成代际传递。财富传承是财富传（递）和财富承（受）的合称。

每个创业者都是一篇动人的故事，一本厚重的书，其所属家族也往往代代传下来了一定内涵的家族文化。财富传承的家族文化传承和地域文化传承，与物质财富传承同等重要。

（2）财富传承法律服务有三个阶段：

第一准备阶段

创造财富者选定继承人，制订计划，完成部分或全部财富的交付风险评估和程序安排。顾问律师或专项代理律师在这一阶段可以发挥诉讼经验优势，尤其是对股权、物权变动的可能纠纷和其他风险做出预案。

第二落实阶段

交付是财产传承的关键，也是最难最有变数的阶段。表面上一切尽在计划，律师指导委托人按照步骤走下去即可，实际上这是考验律师实战经验、专业素质和应变能力的核心阶段。无论投资经理人、职业经理人、理财规划师还是一般诉讼律师，都难以胜任。

第三收尾阶段

继承人领受财富，或者基金会、信托公司、职业经理人等间接、分期交付财富（或者财富孳息）的，律师若能受托继续担任顾问，则下一个雇主、委托人将会出现，律师业务也就实现“可持续发展”了。这是一个令双方都能接受和感到愉快的结局。

4、私人财富管理业务

（1）私人财富管理业务定义

是指面向财富人群（家庭），为其资产管理、投资、信托、税务、保险、遗产安排、房地产、收藏、子女教育等广泛领域，是由专职财富管理顾问为高端客户指定一套解决金融问题的方案，以满足客户复杂多样的需求。

（2）哪些机构需要私人财富管理业务

商业银行的私人银行、商业银行的零售部、个类人寿保险公司、基金公司、证券公司、信托公司、第三方理财机构、外资银行。

（3）律师在私人财富管理中服务模式

为高端客户直接提供法律服务、为私人银行综合理财计划进行把关、为其它中介机构为高端客户的服务进行把关、金融机构内部提供法律服务、为高端客户进行财富沙龙讲座、为私人银行内部客户经理进行培训等。

5、涉外婚姻家庭业务

（1）涉外婚姻家庭业务概念

凡民事关系的一方或双方当事人是外国人，无国籍人、外国法人的，民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或消灭民事权利义务关系的法律事实发生在国外的，均为涉外民事关系。律师受委托为涉外民事关系中的当事人进行婚姻家庭代理的为涉外婚姻家庭业务。

（2）涉外婚姻业务范围

第一诉讼法律事务

代理涉外离婚诉讼、代理涉外夫妻财产约定、代理涉外恋爱同居关系、代理涉外子女抚养、代理涉外监护权、代理涉外收养关系、代理涉外追索扶养费、代理涉外变更抚养关系（抚养费）、代理涉外婚姻无效、 撤销婚姻、代理涉外离婚损害赔偿、代理涉外子女探视权、代理涉外离婚后财产、代理追究虐待、遗弃诉讼、代理追究涉外重婚自诉案。

第二代理非诉业务

代理申请承认外国法院判决、代理涉外离婚调解、代理起草涉外诉前协议离婚、起草涉外婚前（婚内）财产约定、起草涉外离婚、分居协议、担任涉外家庭法律顾问、向涉外当事人提供心理咨询、对涉外当事人的分居协议进行见证、对涉外婚前、婚内财产协议进行见证。

6、婚姻辅导业务

婚姻家事律师可以成为婚姻家庭辅导员，与心理咨询师、婚姻咨询师一起对当事人进行婚姻辅导，婚姻当事人及时接受婚姻指导服务，可以成立婚姻家庭辅导室，将婚姻辅导置于诉讼之前，及时引导当事人在离婚前先接受辅导服务，帮助婚姻当事人树立正确的生活态度及婚恋观念，从而更有效地避免草率离婚行为，及时挽救他们的婚姻和家庭，既起到了预防作用，又发挥稳定剂作用。婚姻辅导将根据当事人的需求，走进了家庭，辅导涉及到婚前辅导，婚姻辅导，生育 的身心辅导和离婚辅导以及离婚后的心理矫正。这些在国外很普遍，而国内却刚起步，此业务是法律空白，有巨大的发展机遇。

创新是一种精神，一项任重道远的使命，是引领律师行业升级转变的重要内因，是中国律师行业发展的永恒课题，也是中国律师行业永葆长青的关键所在。我们只有创新行业发展思路，共同分享发展机遇、共同应对各种挑战，在创新中有所为有所不为，才能使我国的律师行业在经济全球化的历史进程中立于不败。

婚姻家庭案件的创新业务一样能使我们腾飞，婚姻案件无大小，婚姻案件一样成就大律师。

参考文献

1、贾明军《新型婚姻家庭业务的探索与实践》。

2、孙长刚《涉外涉港澳台婚姻家庭与继承案件实务技巧》。

3、王芳《婚姻家庭法律律师专业品牌打造及市场营销》、《婚姻家事法业务创新领域的开拓》。

4、郝惠珍《婚姻家庭律师业务概述》。

5、陈凯《财富传承法律实务与律师业务创新》。

（四）文件选读

最高人民法院

关于于某申请承认与执行外国法院民事

判决一案的请示的复函①

2012 年 2 月 23 日 来源：人民法院出版社法规编辑中心编：《解读最高人民法院司法复函》（下），人民法院出版社，2016 年 11 月第 1 版，第 1307 页。最高人民法院原载《涉外商事海事审判指导》2012 年第 1 辑。

最高人民法院

关于于某申请承认与执行外国法院民事

判决一案的请示的复函①

2012 年 2 月 23 日　[2012]民四他字第 3 号

辽宁省高级人民法院：

你院[2011]辽民一他字第 10 号《关于于某申请承认外国法院民事判决一案的请示》收悉。经研究，答复如下：

我国公民于某向人民法院申请承认的是南非共和国南豪登高等法院所作 2011/2794 号判决（以下简称 2011/2794 号判决），该判决系撤销南非共和国约翰内斯堡中央离婚法院所作 7373/2009 号离婚判决（以下简称 7373/2009 号判决）的判决，应当属于离婚判决的范畴。根据《最高人民法院关于中国公民承认外国法院离婚判决程序问题的规定》（以下简称《规定》）第一条第一款的规定，在南非共和国与我国没有订立相关司法协助协议的情况下，人民法院应当依照《规定》的相关规定对本案进行审查。

根据你院请示所述事实，于某于 2010 年 9 月 10 日向沈阳市大东区人民法院提出与韩某某的离婚诉讼，该案正在沈阳市大东区人民法院审理之中。该诉讼在立案时间上早于于某在本案中向沈阳市中级人民法院提出承认 2011/2794 号判决的申请，亦早于韩某某向沈阳市中级人民法院提出承认 7373/2009 号判决的电请。根据《规定》第十二条（四）项的规定，在于某与韩某某的离婚诉讼正在由我国法院审理的情况下，对于于某在本案中申请承认的 2011/2794 号判决不应予以承认。同理，此前沈阳市中级人民法院亦不应当作出[2010]沈中民四特字第 50 号民事裁定对韩某某申请承认的 7373/2009 号判决予以承认。该裁定存在法律适用错误，可以以人民法院主动发现错误为由通过审判监督程序以撤销。

此复。

注释：

①根据需要，本复函及请示略去当事人身份信息。——编者注

相关阅读：

1.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

2.戴霞 林芳：内地与香港离婚判决的承认与执行探讨

3.陈建宏：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

4.国外离婚判决在国内生效需经法院承认

事实婚姻关系如何处理

《民事审判指导与参考》第 67 辑 最高人民法院民事审判第一庭

《民事审判指导与参考》第 67 辑，人民法院出版社 2017 年 1 月第 1 版，民事审判信箱，第 275 页。

本文来自于网络，如欲引用，请务必查找核对原文。

问：对认定为事实婚姻关系的双方当事人，如果在一起共同生活多年，一方坚决要求“离婚”，人民法院在调解无效的情形下，可否判决不准离婚？

答：未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求“离婚”的，如果在 1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，应当按照事实婚姻处理。也就是说，未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活者，是否被认定为事实婚姻，是以 1994 年 2 月 1 日为界的，之后一概认定为同居关系。

对事实婚姻在一定条件下予以保护，并不意味着其效力完全等同于登记婚姻，在具体处理上要与登记婚姻有所区别。《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第六条就明确规定：“审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解。经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚。”而合法登记结婚的当事人提出离婚时，人民法院经调解不能和好的，如果认为夫妻感情没有彻底破裂，也可以判决不准离婚。也就是说，如果人民法院认为夫妻感情没有彻底破裂，可以在调解和好无果的情况下，依法判决登记婚姻的当事人不准离婚，再给双方当事人一次挽救婚姻关系的机会，而对事实婚姻关系的当事人就只能调解或判决准予离婚。毕竟事实婚姻不是登记婚姻，本来双方就没有依法进行结婚登记，在一方坚决要求解除这种事实婚姻关系时，不能强行要求双方仍然以夫妻名义继续同居，即事实婚姻与登记婚姻的“待遇”不能完全等同。

因上述司法解释第六条的规定与 2001 年修订后婚姻法的规定没有抵触，在审理此类“离婚”案件时仍然可以适用。

（五）媒体视点

“24 条”不该成为别有用心者的“劫财神器”

2017-02-05 中国妇女报 高富强

备受争议的婚姻法司法解释（二）第 24 条又成为地方两会的关注点之一。在今年浙江省两会上，身为该省政协委员的宁波市妇联主席杨小朵提交了提案，建议尽快修改“24 条”等相关内容，确保不知情方的合法权益得到维护。

2003 年 12 月，最高人民法院审判委员会通过了《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（二）》，其中第 24 条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。”

从该司法解释的立法原意来看，之所做这样的规定，主要是为了保护债权人的合法权益。据最高人民法院审判委员会专职委员杜万华介绍，在制定该司法解释之前，夫妻双方通过假离婚的方式，将夫妻共同财产转移给一方，而将债务分配给另一方，以此达到逃避债务的目的。

然而，一个不能回避的事实是，在基本遏制住了夫妻双方恶意对付债权人这一现象后，**新的问题随即而来，那就是夫妻一方与案外人恶意串通伪造债务损害配偶的合法权益。**仅 2016 年 8 月—11 月，到宁波市妇联投诉或寻求帮助的妇女就有 12 人；这些妇女反映的问题有一个共同特点：

自己在不知情的情况下，被法院判决承担丈夫或前夫的巨额债务，个人财产被法院冻结或拍卖。

事实上，“24 条”引发的被负债问题，不仅出现在浙江宁波，根据中国裁判文书网的公开数据，以“24 条”为依据被判定为夫妻共同债务的案件，2014 年和 2015 年连续两年高达 7 万余件，覆盖全国 31 个省（直辖市、自治区）；2016 年同类案件更是激增至 12 万余件。不少来自全国各地的受害者还建了微信群和 QQ 群，抱团取暖寻求各方帮助。

夫妻共同债务当然应由夫妻共同偿还，夫妻中的任何一方均不能因离婚而免除债务；如果夫妻共同财产不足以清偿这些债务，强制执行他们的婚前财产也问题不大。但是，既然是夫妻的共同之债，至少在举债时应该得到夫妻

双方的共同签字认可，而“24 条”的轻率之处在于，是把婚姻关系存续期间一方的举债推定为夫妻共同债务。

尤其需要引起注意的是，在 2015 年召开的第八次全国法院民事商事审判工作会议上，虽然最高人民法院曾专门强调，夫妻共同债务应当通过审判程序而不是执行程序来认定，但有的基层法院直接引用“24 条”的规定，把没有参加诉讼的配偶直接追加成被执行人，剥夺了他们在法庭上抗辩的程序性权利。

最近几年，呼吁修改“24 条”的声音不绝于耳，不但相关专家学者发表论述文章，一些人大代表和政协委员也在全国或地方两会提交了相关建议和提案。反对修改“24 条”的人主要担心，如果这个条款做了修改，假借离婚恶意逃债的情形卷土重来怎么办？

诸如此类的担心虽说有一定的道理，但我们更应该思考的问题是：

在＂被负债＂案件持续增长的情形下，原有的债务规则是不是有顾此失彼的地方？如果债务规则推定一方所举之债不溯至配偶的婚前财产，债权人放债是不是就会更趋于理性？债权人在放债之前，是不是也应该考虑相关的风险？毕竟，任何人的合法财产都应给予充分的保障，恶意逃债应该加大力度打击，恶意侵吞他人财产同样应该想办法杜绝。

虽然《婚姻法》规定的夫妻双方应当共同偿还的债务仅限于“夫妻共同生活所负债务”，但是，从媒体的相关报道来看，这些在对方不知情的情况下产生的债务，早已超出了“共同生活”的范畴，动辄就是几十万几百万。如果巨额债务必须由夫妻双方共同偿还，根据权利义务对等的原则，当然举债的决定就不能由一方擅自做出。

结为法律意义上的夫妻，各自的婚前财产并不必然地发生混同，更不应该一律推定彼此要为债务互相担保。**构成需要夫妻双方偿还的共同债务，应该有夫妻双方明确的意思表示，共同债务，共同签字，否则，债权人就应该承担不利自己的后果。**

客观而言，“24 条”实施十余年来，对于保护债权人合法权益和打击债务人恶意逃债方面发挥了至关重要的作用，但同样不能否认的是，这个条款确实存在漏洞，给恶意侵吞配偶财产的不法行径打开了方便之门。法律条款应该努力守护公平正义，而不该变成别有用心者的劫财神器。

“24 条”到了该修改的时候了！

婚姻法司法解释第 24 条引争议 离婚被负债纠纷频发

2017-01-17　新京报 谷岳飞

有这样一个群体，他们都是离婚者，离婚之后，若干债主突然而至，称前夫或者前妻欠下了不小的债务，要求另一方还钱。

他们称自己是“24 条受害者”——《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。”

司法实践中，法院往往以二十四条裁决，他们需为前夫(前妻)的举债承担连带责任。

相关法律界人士表示，这条司法解释 2004 年实施，原是为了最大限度保护债权人，打击夫妻利用离婚避债现象，但近年来其漏洞逐渐显现，招致各方批评。

根据中国裁判文书网的公开数据，由于民间借贷纠纷案件频发，被判定为夫妻共同债务的案件大量爆发，2014 年和 2015 年连续两年高达 7 万余件，2016 年更是猛增至 12 万余件。其中，一些案件中，非举债方配偶或前配偶往往对借债及其借款去向、下落并不知情。与此同时，此类案件中，上诉率居高不下。

24 条的设立是否合理，近年来引发了诸多争议，也有多位人大代表，政协委员呼吁修正或废除二十四条。

1 月 16 日，苏州。

坐在被告席上，不到 90 斤的汤婷显得瘦小，为了让自己看起来更体面些，她特意穿了一件粉红色呢子大衣出庭。

这是汤婷第二次参加庭审，她还记得去年 11 月 1 日第一次开庭时的紧张，这是她 35 年的人生中，第一次进到法院，刚落座时，她的手不由自主地发抖。这一次她平静很多，“我又没做错什么”。

这是一起借贷纠纷，案情相对简单：汤婷是苏州一家知名外企的高级关键客户经理，也是一名单亲妈妈，她被指应对一笔 43 万元的债务负责。原告向法庭出示了一张手写的借条，落款人是汤婷的前夫。原告诉称，根据相关法规，这笔债务发生在汤婷婚姻存续期间，属于共同债务，她应该承担偿还义务。

汤婷则向法庭声称自己是“被负债”。她向法庭提交了多项证据，以证明她对这项债务不知情。

“刚结束了一段噩梦般的婚姻，没想到另外一个噩梦开始了”，汤婷说，离婚没几天，几个“小黄毛”找上门，个个凶神恶煞，要她还钱。来人声称，汤婷的前夫借了多少多少钱，但现在人找不到，失踪了。

从此开始，汤婷隔三岔五便会接到讨债人电话或者被堵门。汤婷试图联系前夫，但联系不上，她不知道前夫到

底在外面借了多少债。其中一个债主声称，汤婷前夫欠了他 500 万。

前夫留下的众多债务中，有两笔债务的债权人将汤婷起诉至法院，当天开庭审理的是其中一起。汤婷到底该不该替前夫还钱成为庭审的焦点。

这起案件并未引起多少人注意，旁听席上空空如也，唯一的 3 位旁听者都是女士。她们都是汤婷的微信好友。

年纪稍大一点的叫秋风(网名)，彭云、elaine(网名)和汤婷相差不大。三人与汤婷有着类似的经历，当汤婷向法庭展示各项证据，竭力证明自己不应该承担前夫的债务时，她们从汤婷身上看到了自己。

“24 条受害者”

汤婷、elaine、秋风、彭云都是“24 条公益群”的成员。这个群体称呼自己为“24 条受害者”。她们的故事大致相似：因为前夫或出轨、或家暴、或赌博等种种原因，夫妻感情破裂，然后离婚。离婚之后，若干债主突然而至，称前夫欠下了不小的债务，要求另一方还钱。

按她们的说法，她们既非举债者、自称也不知情，但她们很难得到法官的支持。被债权人起诉至法院之后，多半都会输掉官司。

法官判决依据的是关于婚姻法的一条司法解释。2004 年 4 月 1 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)开始实施，其中第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。”

“24 条公益群”曾统计过中国裁判文书网上以“24 条”判夫妻共同承担债务的案件:2014 年、2015 年分别超过 7 万件，覆盖全国 31 个省市自治区。2016 年适用二十四条判定夫妻共同债务的案件中，有至少 1.5 万件的被告声称，自己是“被负债”、对原配偶的举债并不知情。

“24 条公益群”的一项调查显示，“24 条受害者”中 87.1%为女性；80.6%受害者受过高等教育，其中将近 7%是硕士以上高等学历；他们中间的 86.7%拥有稳定的工作及收入。

记者采访了十多位群成员。他们多数还没来得及从离婚的阴影中走出，又不得不面临突如其来的巨额债务。第一次接到法院传票时，郑忱(化名)在前一天刚确诊自己患了癌症，几项打击叠加，让这位带着两个孩子的单亲妈妈既愤怒又绝望，她一下子失控，将法院的传票撕烂，但过了不长时间，她又一边默默地流泪一边用透明胶粘好传票。

时至今日，回出租屋时，汤婷都要一口气走到顶楼，确认无人跟踪后，才下几层楼回家。年幼的女儿一同经历这一切，一次回家，帮助照看女儿的母亲在厨房炒菜，没听到她的敲门声，汤婷自己开门后，发现女儿吓得躲在桌子底下。

这位还不到 3 岁的小女孩，以为又是讨债人上门。“原来是妈妈，你吓死我了！”小女孩从桌子下冲出，将妈妈紧紧抱住。

云南曲靖某事业单位员工朱桂华和汤婷有着同样的经历。离婚第二天，前夫失联。从此开始，几乎每天都有不同的人找到朱桂华要求还钱，朱桂华工资不高，无力承担还款。在法院拍卖这套住房之前，朱桂华的工资卡、公积金被冻结，其人也被列入失信人员名单。

朱桂华说，她每天伤心度日，“脑子里像被灌入了水泥一样”，不能思考，最可怕的是，记忆力不断衰退。

朱桂华被医院诊断为重度抑郁症，入院治疗。

法官的分歧

现实生活中，24 条成为一道难以逾越的障碍。记者采访的十多起案例中，绝大多数都以被负债者败诉而告终。

姚静是安徽省淮南市一名中学教师。两年前，姚静刚经历了一段失败的婚姻，2015 年 1 月 12 日离婚。此前，她和前夫已经分居了将近一年。2016 年 7 月，她被债权人起诉至法院，债权人称，其前夫借了 86 万，逾期未还，现在联系不到人，只能找她还钱。姚静认为这笔钱她毫不知情，而且还是前夫在两人分居期间举债的，她没用一分钱，因而自信官司能赢。

2016 年 9 月 28 日，姚静接到败诉的判决书。当天正是姚静的生日，她哭得稀里哗啦，对法官充满了不解和怨恨。后来，这名法官和姚静律师沟通时解释，因为有 24 条在，他没办法不如此裁判。

这是姚静真正了解 24 条的开始，当地法院一位对其身怀同情的法官说，即使他们一审判姚静不承担前夫债务，但原告上诉之后，因为 24 条在，二审还会改判。

1 月 10 日下午，朱桂华唯一的住房降价 15%进入第二轮拍卖。

因为前夫的举债，她先后 4 次被债权人起诉，目前 3 起案件朱桂华已败诉，3 起案件涉及金额 65 万。

朱桂华告诉记者，3 起案件均是法院在她重度抑郁住院期间缺席审判，而等她出院，已经过了上诉期

经过不断的申诉，最近朱桂华刚刚看到一丝希望，2016 年 12 月 27 日，针对她的三起案件，检察院提出抗诉，

案件有望迎来重审。但法院的强制执行无法停止，看起来，这套房子已经无法保留。

也有负债者最终胜诉的个案。“24 条公益群”一位成员告诉记者，这样的个案少之又少，而且主要取决于法官的考量。

湖南宁乡县公务员朱某因为前妻炒股和赌博，欠下很多外债。近年来，他不断被告上法庭，其中最大一笔债务是 70 万。和其他案件一样，这起案件一审、二审朱某都败诉，法官均按“24 条”裁定 70 万是共同债务。

现任长沙市雨花区人民检察院党组书记、检察长的马贤兴此前曾任宁乡县人民法院院长，马贤兴回忆，朱某案再审时，他力主了对朱某案的改判，判朱某胜诉。

马贤兴告诉记者，当时他和合议庭法官探讨后认为，该案借款金额较大、未用于家庭生活，应改判为夫妻一方个人债务。但庭长不同意，认为 24 条规定很清晰，而且之前的类似案件一直都是这样判的，担心改判之后会引起大规模“翻案”。

马贤兴坚持了自己的判断，他的依据是《婚姻法》第 41 条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负债务，应当共同偿还。”据此，他认为判断共同债务的标准是“用于夫妻共同生活”。

马贤兴认为，24 条违背了上位法《婚姻法》41 条的立法精神，仅以“婚姻存续期间”这个唯一的时间要素为判断标准，再加上用了“应当”这个武断、几乎是不讲道理的“强词”，导致现实生活中，不少冤假错案产生。

既然有《婚姻法》41 条，而为何在现实生活中，大多数法官还是选择了司法解释 24 条呢？马贤兴说，司法解释是对法律的解释，是为了帮助司法裁判人员更好地理解法律及其精神。在我国，司法解释具有直接引用裁判案件的效力。它有利于细化法律规定、统一裁判尺度；但另一方面，也在一定程度上造成了司法人员的“懒政”。

他表示，现实中，一些司法人员处理案件，首先不是对案件本身涉及的多方面的价值予以综合考量和判断，而是先看司法解释有没有规定，再看法律如何规定，有规定就直接引用，机械适用。

“双刃剑”

彭云是“24 条公益群”的群主。工作之余，她的大部分精力花在反对 24 条上，呼吁社会注意“24 条的危害”、并修正这条法律。

彭云了解到，24 条设立之初，主要目的是为了保护债权人利益，防治夫妻假借离婚的名义，逃避债务。她认为，这条漏洞被 24 条堵住了，债权人的利益得到保护，但产生了新的危害，离婚一方的权益没人保护。

中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长李明舜接受采访时介绍，进入 21 世纪后，中国开始出现夫妻利用离婚恶意避债的现象：一方大额借债后，将家庭财产转移到配偶名下，之后离婚。根据当时的法律法规，即便债权人通过法院起诉追债，借债一方因名下没有财产，亦无计可施。

为了最大限度保护债权人的利益，“二十四条”应运而生，李明舜说。“二十四条”明确：只要是婚姻存续期内的债务，只要债权人主张权利，按夫妻共同债务对待，即便离婚，未举债的一方，仍有连带偿还的义务。

“二十四条”也规定了两种例外情况：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。但这两种例外情况在现实生活中可操作性差，被专家批评为形同虚设。

多位司法界人士认为，聚焦在“24 条”上的问题实际反映了婚姻关系和市场交易的冲突，尽管法条很好地保护了债权人的利益，却可能忽视了夫妻另一方的利益。可以说是一炳双刃剑。

湖北省宜昌市中级人民法院高级法官王礼仁是我国从事家事审判的资深法官之一，十多年来，他一直担任婚姻家庭合议庭审判长。王礼仁也是最早对 24 条大声说不的法官之一，近年他一再发表文章，大声呼吁废止 24 条。王礼仁说，各地适用二十四条之后，导致“三多”：申诉上访多、检察院抗诉多以及再审改判多。

王礼仁认为，夫妻一方对外承担连带责任的理论基础，是家事代理权，不是婚姻关系。后者的致命缺陷，在于把夫妻之间的一切行为都视为家事代理，从而导致“婚姻关系是个筐，任何债务往里装”的荒唐现象。

长沙市雨花区人民检察院党组书记、检察长马贤兴认为，设立 24 条在逻辑起点就犯了错误。他说，要防止夫妻串通转移财产，首先应当从规范债权开始，因为债权人掌握主动权，完全有条件也完全应该尽风险防范注意义务。夫妻一方提出较大金额举债时，如果约定为夫妻共同债务，应征得其配偶同意并签字认可。配偶签字认可，转移财产架空债务也就避免了。

马贤兴说，现在很多金融机构向已婚个人发放贷款，都得夫妻双方到银行柜台面前并拍照留存。而夫妻举债完全可以效仿。

“被负债”是因为你嫁了渣人？

30 岁的王锦兰是福建泉州一家国企的财务人员。2016 年 5 月将自己“被负债”的经历发到了微博上。这篇名为《婚姻有风险，领证需谨慎》的文章被疯狂转载，微博阅读量 640 余万。在文中，王锦兰说，只要 24 条没有被

废除，你就有可能因为结婚而背上巨额债务。

“你不过是嫁了一个渣男而已。”

“你不就是想红吗？”

“找个律师好好打官司吧，不要惊吓大家了。”

网友反应不一，鼓励者、同情者有之，但也有相当一部分人认为，所谓被负债只不过是遇人不淑而已，“被负债”与 24 条无关。

“一项司法政策不应该被‘绝望的主妇’的故事绑架。”一位作者在腾讯专栏上著文说：“被负债”是因为你嫁了渣人，而不是法律错了。

他在这篇文章中写道：“婚姻是自由的，人是要对自由承担后果的，就像投资办企业，招了一个不靠谱的经理人，只要不能证明存在恶意串通，就得为那些债务埋单。”

一位时评作者也刊文为“24 条”辩护，他认为，错的不是“24 条”，是不谨慎的放贷。说到底，避免借债误伤配偶，需要放贷机构谨慎，而不是简单地修改“24 条”，更不可随意删除这条规定。

一位叫侯虹斌的作者则撰文认为，“被负债”是因为你嫁了渣人的这套逻辑是无耻者胜，是弱者输了之后还要踏上一万只脚的丛林法则，法律的作用正是防止丛林法则的蔓延。一旦法律不是用来保护受害者，而是保护强者，法律就失去了意义。

“我不希望孩子遭遇同样的风险”

现在，汤婷还要等待第三次开庭。去年 11 月的第一次开庭之后，这位单亲妈妈将自己大部分精力花在反对 24 条上，游说社会各界支持她们。

朱桂华找到了新的人生方向：出院之后，她和全国各地“24 条受害者”集合在一起，开始积极游说每个人所能联系上的人大代表、政协委员，希望推动 24 条修法。

多位全国人大代表、政协委员也注意到“24 条受害者”的呼声。从 2013 年起，全国人大代表、湖南省司法厅副厅长傅莉娟等人连续多年在全国两会提交建议，呼吁修正 24 条。傅莉娟认为，“第 24 条”债权保护的初衷已被异化，成为对夫妻一方不当举债、恶意举债的保护。

2015 年全国“两会”，全国政协委员、全国妇联副主席兼书记处书记崔郁指出，不少基层法官依据“24 条”，将一方所欠债务统统认定为夫妻共同债务，损害家庭成员的合法权益，导致一系列不公正司法判决，催生出一批无辜受害女性，不得不同时承受配偶的背叛离弃和财产损失的双重困境。

崔郁建议最高人民法院应尽快修改完善相关司法解释，修改或删除“24 条”，对夫妻共同债务的认定标准做出更合理规定。

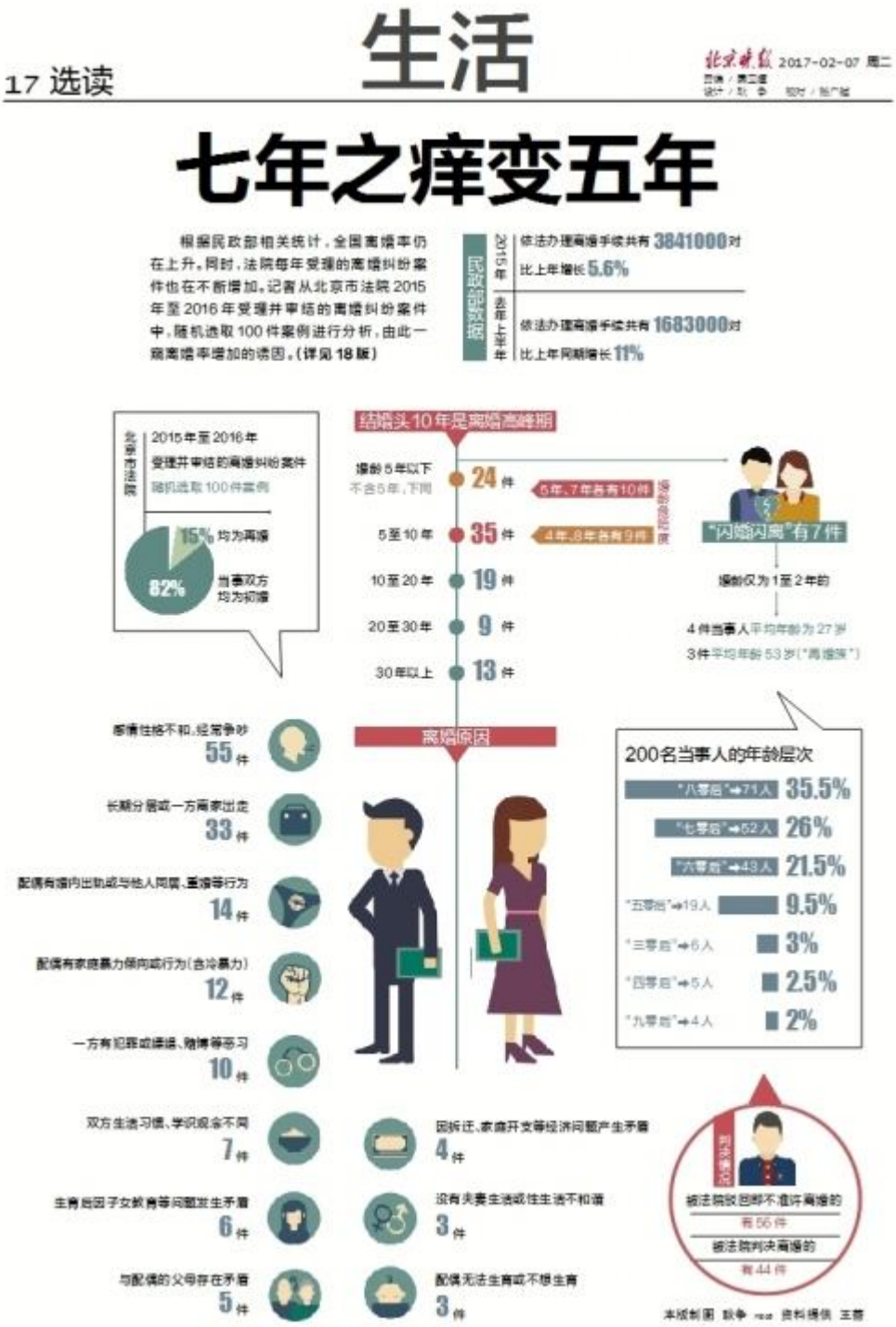
2016 年 3 月，最高院曾就关于“撤销婚姻法司法解释(二)第 24 条的建议”做出公开答复。答复称，夫妻一方举债的情形在现实生活中非常复杂，最高人民法院将积极配合全国人大和有关部门做好相关问题的立法调研工作。待条件成熟时，我们将就夫妻共同债务问题制定新的司法解释，为更好地保护婚姻案件中各方当事人的合法权益提供依据。

每当联系上一位全国人大代表，朱桂华都会第一时间在群内向大家报告进展，群内一片欢腾之声。这个时刻，朱桂华最为开心。她觉得自己在做一件有价值的事情，不仅是为了她自己，还为了每个人，包括她女儿，“我不希望我的孩子将来遭遇同样的风险”。

婚姻保鲜期缩短 七年之痒变五年

北京 100 起离婚案大调查

2017-02-07 北京晚报 王蔷



根据民政部的相关统计，2015 年全国办理离婚手续的共有 384.1 万对，其中民政部门登记离婚 314.9 万对，法院办理离婚 69.3 万对。2016 年发布的一项统计显示：北京、上海、深圳、广州位居全国城市离婚率排行榜的前四名，其中北京的离婚率为 39%。

虽然诉讼离婚案件相对比例低，但每年法院受理的离婚纠纷案件还是不断增加。记者从北京法院审判信息网公布的北京市法院 2015 年至 2016 年受理并审结的离婚纠纷案件中，随机选取 100 件案例进行分析，从中发现当下离婚案的一些特点和值得思考的问题。

离婚·时间

婚姻保鲜期缩短

总体呈两头高中间低起伏状

在 100 件离婚纠纷案中，婚龄 5 年以下（不包含 5 年，以下类同）的有 24 件，5 至 10 年间的有 35 件，10 至 20 年的有 19 件，20 至 30 年的有 9 件，30 年以上的有 13 件，总体呈现前期走高、中间落低、后期又走高的起伏状。

结婚时间 1 年至 10 年间，是产生离婚纠纷的高峰期，约占离婚案总数的近六成。其中，婚龄仅为 1 至 2 年的

“闪婚闪离”案有 7 件，主角并不全是年轻人，其中有 4 件当事人是平均年龄为 27 岁的年轻夫妇；有 3 件是属于平均年龄为 53 岁的“再婚族”。

结婚 3 至 8 年期间，离婚率持续上升，直至最高峰。此次随机选取的离婚案中，最危险的婚龄为结婚 5 年和 7 年，各有 10 件离婚案，其次是 4 年和 8 年，各有 9 件。可以说，传统的“七年之痒”已经缩短为“五年之痒”。

结婚 9 年至 11 年为倦怠期，此后离婚率不断回落。到婚龄 15 年至 25 年间，婚姻开始步入平稳期，这期间的离婚率较低。但婚龄步入 30 年之后，离婚率却再次有所上升。

其中，婚龄达到 37 年至 38 年的有 4 件案例，婚龄达到 40 年的有 1 件。这 5 件案例里有 4 件的当事人是上世纪七十年代就结婚的老夫妻，年龄多在 63 岁至 68 岁之间，随着年龄增大、退休在家、子女独立，夫妻单独相处时间增多，矛盾加剧，白发夫妻未能白头到老，最后成为“白发离婚族”。

案例 1

65 岁的杜嫆和丈夫赵诚结婚已有 38 年，婚后感情尚可。随着唯一的孩子成年后独立生活，杜嫆和赵诚均退休在家，彼此矛盾却越来越深。特别是近几年，杜嫆喜欢外出参加各种活动，但赵诚经常阻止。二人为此发生激烈争吵，赵诚甚至对老伴拳脚相加。

杜嫆认为，双方已经没有夫妻感情，坚决要求离婚。赵诚表示同意，但认为杜嫆有婚内出轨，存在一定过错，不同意分割共同房产。此外，婚后经济收入都由杜嫆掌管，要求平均分割存款。但赵诚并未提交证明存款存在和杜嫆出轨的有效证据。

法院认为双方夫妻感情已经破裂，原告坚决要求离婚，被告亦同意离婚，法院予以准许。房子和汽车归赵诚所有，由其支付杜嫆相应的折价款。

离婚·年龄

从三零后到九零后 青年初婚者是主力军

100 件离婚纠纷案中，200 名当事人的年龄层次以八零后居多，有 71 人，占总人数的 35.5%；其次为七零后，有 52 人，占总人数的 26%；排在第三位的是六零后，有 43 人，占 21.5%。其后依次为五零后 19 人，三零后 6 人，四零后 5 人，九零后人数最少，有 4 人。

如按照年龄排列，25 岁以下的有 3 人，26 岁至 35 岁的有 66 人，36 岁至 45 岁的有 53 人，46 岁至 55 岁的有 43 人，56 岁至 65 岁的有 21 人，66 岁以上的有 14 人。离婚的冲动或意愿随着年龄的增加，而不断降低。

当事双方均为初婚的有 82 起，占 82%，均为再婚的有 15 起，占 15%。

八零后、九零后正处于 25 岁至 36 岁的青年阶段，不仅工作压力大，还面临着婚姻的初始磨合期，以及生育子女的高峰期，因此所面临的考验也最多。此外，他们往往更加注重物质条件，更加注重自我的感受，这也为婚姻埋下了导火索。

案例 2

陈莉上大学时认识了同为“八零后”的富家子弟文全。文全一出手就送她十几万元的名牌皮包和首饰，迅速赢得她的芳心。陈莉没想到的是，文全隐瞒了婚史，而且还和其他女子有来往。

陈莉怀孕时，二人经常发生争执，文全不仅对她挥拳头，还多次把她赶出家门。22 岁时陈莉生下一个女孩，她没能得到精心照料，经常饿得头晕眼花，落下一身病。

结婚后，文全仍与多名女性关系暧昧，陈莉每天以泪洗面。孩子 1 岁多时，陈莉终于离开了文家，此后两次向法院起诉要求与文全离婚、孩子归自己抚养。

文全同意离婚，指出陈莉 3 年来不管孩子，也不回家，从未尽到做妻子和母亲的责任和义务。他否认对陈莉有过暴力行为，更无出轨行为。

陈莉没能举证证明自己遭受过家庭暴力，也未能证明文全曾与他人同居。离婚前文全的账户上只剩下几千元。法院最后判决二人离婚，孩子归文全抚养。陈莉既没获得孩子的抚养权，也没分得财产，付出了惨痛的代价。

离婚·原因

主要因为感情不和 婚内出轨占到第三位

对 100 件离婚纠纷案的原因调查显示，造成夫妻俩最终分手的原因是复杂的，往往有多种因素交织，其中感情不和、性格不合是夫妻离婚案提及最多的最主要原因，也因为这两个词的概括性比较强，成为很多人一言以蔽之的选择。

在 100 件离婚纠纷案件中，提及次数最多的原因是，夫妻感情不和、性格不合。原告称夫妻经常争吵、因生活琐事发生矛盾的有 55 件。

其次是夫妻长期分居或一方离家出走，造成矛盾最终不可调和的，共有 33 件。

排在第三位的原因是，配偶有婚内出轨或与他人同居、重婚等行为，有 14 件。

排在第四位的是，配偶有家庭暴力倾向或行为（包括冷暴力），有 12 件。

此外提及次数较多的离婚原因依次为：一方有犯罪或嫖娼、赌博等恶习（10 件）；双方生活习惯、学识观念不同（7 件）；生育后因子女教育等问题发生矛盾（6 件）；与配偶的父母存在矛盾（5 件）；因房子拆迁、家庭开支等经济问题产生矛盾（4 件）；没有夫妻生活或性生活不和谐（3 件）；配偶无法生育或不想生育（3 件）。

与六零后、七零后更关注子女教育、家庭经济等问题不同，对于八零后和九零后来说，他们的离婚原因更加随意：多数在相对优越的环境中成长，多为独生子女，以自我为中心，缺少忍耐，认为婚姻是自己的事，想离就离。而各种社交聊天软件的使用，也使年轻人更容易与他人交往，婚外情屡见不鲜。此外也有双方父母卷入子女婚姻，从而激化了双方矛盾。

案例 3

“八五后”小闫和“九零后”小凤相识于 2010 年，两年后结婚，过了两年又生下一子。他们的按部就班曾让很多同龄人羡慕。谁也没想到二人的婚姻会突然间解体。

去年，小闫跳槽到一家新公司，和一位漂亮的女同事交往过密。小闫在微信聊天中，和对方以“老公老婆”的口吻相称，说了一些比较暧昧的话。

小凤偶然发现微信内容后怒火中烧，和小闫发生了争吵。后来小闫向小凤道歉，小凤暂时原谅了他。2016 年春节时，小凤和同住一起的婆婆发生了争执，小闫要求小凤向其母亲道歉，但被小凤拒绝。后小凤的父母将她接回了娘家。二人在各自父母的支持下陷入冷战。

小凤最终不愿和解，决定和小闫离婚。小闫没有过多挽留，也同意离婚。最终二人迅速地结束了 4 年的婚姻，两岁的孩子判给了父亲小闫。

离婚·现象

第一次起诉多被驳回

孩子多数判给了女方

此次随机选取的 100 件离婚纠纷案中，男方作为原告起诉离婚的居多，有 57 件，占总数的 57%，女方起诉的占 43%。

总体而言，法院不会轻易判决离婚，首先离婚案一般会进行诉前调解，经调解有些原告会主动撤诉，还有少数原告自己不到庭，法院按自动撤诉处理。

而在 100 件已判决结案的离婚案中，被法院驳回即不准许离婚的有 56 件，占总数的 56%，被法院判决离婚的有 44 件，占总数的 44%。

被判离婚的 44 件案件中，属于原告第二次起诉的有 13 件，第三次起诉的有 1 件。属于再婚后又离婚的案件有 5 件。据了解，原告第一次起诉离婚时，如果被告不同意离婚，很难得到法院的支持。

被法院判决离婚的案件中，夫妻双方均同意离婚的占 90%以上。除此以外得到法院支持的离婚案中，对方婚内出轨的情形较多，有 9 件，而女方指认男方有出轨行为的居多。

一方当事人缺席判决离婚的有 7 件，这些案件的被告方均经过法院公告传唤，但均未出现。绝大多数情况是当事人长期离家出走，夫妻分居达 3 年以上，有的甚至十多年下落不明。

此外得到法院支持的还有，因男方犯罪服刑或长期吸毒，女方起诉离婚的有 5 件；存在家庭暴力现象的有 4 件。

判离的案件中涉及子女抚养的有 23 件，其中孩子被判给女方抚养的有 16 件，判给男方抚养的有 5 件，还有 2 件是双方各抚养一个孩子。

记者心语

正如一位法官所说，美满的婚姻需要具备良好的感情基础。但婚姻的维系需要双方共同营建，感情的培养需要彼此的付出，家庭的稳定需要各方的努力。不论是社会、法律，还是每个人，都不愿看见破碎的家庭带给彼此间的痛苦，带给孩子们缺少快乐的童年……面对婚姻时，每个人都应慎重抉择，婚前加强了解，婚后主动承担责任，为维护自己的家庭幸福作出努力。（文中当事人均为化名）

梦洁股份 60 岁董事长离婚：给妻 10 亿元股票，否认为了减持

2017-02-09 澎湃新闻　欧阳李宁

在实际控制人公布离婚分割股份后，梦洁股份（002397）股价不降反升，连拉两个涨停，股价创出一年来新高。

因为股价连续两个交易日内的累计换手率超过 20%，2 月 8 日晚间，梦洁股份发布股价异动公告称，经核实，

公司控股股东和实控人不存在关于公司的应披露而未披露的重大事项。截至目前，公司实控人、董事长姜天武与妻子伍静暂未办理股份分割手续。

在此之前，2017 年 1 月 25 日晚，梦洁股份发布公告称，姜天武与伍静签署离婚协议，姜天武将 1.27 亿股公司股票分割至伍静名下，占总股本的 18.67%。

根据姜天武原持有梦洁股份 2.55 亿股股份计算，双方是平分股权。以公告当天股价 8.1 元计算，姜天武艰苦奋斗 30 多年挣了 20 亿元，此时分给妻子 10 亿元。

澎湃新闻查询发现，自梦洁股份上市以来，伍静并未出现在股东名单中。此外，她的姐姐伍伟是梦洁股份的发起股东之一，一直担任董事一职，并持有梦洁股份 1.1%的股份，现在两人将合计持股 19.76%，已超过了姜天武。

但通过与公司 5%以上股东李建伟、李菁、李军以及张爱纯签订《表决权委托协议》后，姜天武将合计拥有 2 亿股公司股票的表决权，占目前公司总股本的 29.36%，仍为公司单一表决权比例最大的股东，公司实际控制人并未生变。

实际控制人的股份被分走一半的消息似乎并没有对梦洁股份的的股价造成不利影响，经过春节前后几天的消化，梦洁股份从 2 月 7 日开始拉涨停，在 2 月 9 日上午收出第 3 个涨停，午后涨停板打开，收盘 5.61%，已创出近一年新高。

以梦洁股份 2 月 7 日开盘价 8.11 元，2 月 8 日收盘价 9.8 元计算，伍静所持股份市值两日上涨 2.14 亿元。

因为姜天武已经 60 岁，在花甲之年与结发妻子离婚，有投资者质疑其目的是为了减持、套现。对此，梦洁股份副总经理李军对媒体表示，这完全是误解，如今包括其在内的 4 名高管与姜天武是一致行动人，按照《公司法》3 年内不得减持。同时，双方协议里，还增加了条款：伍静的股份，公司有优先受让权，所以不存在有减持套现之说。

对于姜天武与伍静离婚的原因，李军在接受新华网记者采访时表示，“我们老板是一个干事业的人，基本上一天到晚吃住在公司，他认为妻子思想跟不上他的节奏，他想撸起袖子加油干，一心一意将精力用在事业上来。为了离婚的事，我们也进行了劝解，还特意请他的儿子从美国回来劝说，结果也没能劝住。现在，老板去法国了，还没有回来。”

公开资料显示，梦洁股份是一家从事家纺生产的企业，主要生产梦洁绣花套件、梦洁被芯、寐套件和梦洁毛毯等床上用品、软体家具等共 8 大类。 公司于 2010 年在深圳证券交易所中小板成功上市，目前拥有“梦洁”、“寐”、“梦洁宝贝”三个具有重要市场影响力的品牌。

梦洁股份 2010 年的招股书显示，姜天武，中国国籍，大专学历，为中国家纺协会副会长。曾任长沙市棉麻土产公司被服厂车间主任、厂长；长沙市梦洁绗缝制品实业公司总经理、党总支副书记。

据公开报道，当年姜天武作为知青返乡来到长沙市棉麻土产公司被服厂，干过杂工、焊工、车工，最后将一家濒临破产的小小被服厂打造成家纺巨头。

据姜天武回忆，刚开始到被服厂他对厂里的机器几乎一无所知。只有大专文凭的他利用课余时间自学，最后把工厂所有自动化流程技术全都掌握，后来也就升为了维修班长。

1987 年，被服厂的效益开始转亏为盈，姜天武也出任厂长一职。1997 年，长沙被服厂与长沙市棉麻土产公司分立，更名为梦洁绗缝制品实业公司，正式成为独立法人单位。2001 年，改制完成，湖南梦洁家纺有限公司成立，姜天武出任公司董事长、总经理。

在梦洁股份 2010 年上市时，姜天武持有梦洁股份限售流通股 2411.54 万股，占发行后总股本的 38.28%，按上市当天的收盘价计算，他的持股市值超过 14.5 亿元。一举踏入亿万富豪俱乐部。

2015 年，梦洁股份实现营业收入 15.2 亿元，净利润 1.55 亿元。根据 2 月 8 日晚间发布的股价异动公告，根据公司 2016 年 10 月 27 日披露的《2016 年第三季度报告》，其中对 2016 年度经营业绩预计为：2016 年度归属于上市公司股东的净利润变动幅度为-10%-10% ，2016 年度归属于上市公司股东的净利润约为 1.40 亿-1.71 亿元。目前，公司实际情况与业绩预告内容不存在重大差异。

中国社科院法学所性别与法律研究中心召开研讨会——

重构夫妻债务规则 避免因婚姻“被负债”

2017-02-08 中国妇女报 王春霞

中国社科院法学所性别与法律研究中心召开研讨会——
重构夫妻债务规则 避免因婚姻“被负债”

制定民法典婚姻家庭编时，应在夫妻关系一章中增设日常家事代理权制度。在日常家庭事务范围内，夫妻互为

代理人。夫妻非因日常生活需要对共同财产做重要处理决定，双方应当平等协商，取得一致意见。同时在夫妻财产分割部分，专条界定夫妻债务，即夫妻为共同生活、共同经营和履行法定扶养义务所负债务，是共同债务。

■ 中国妇女报·中华女性网记者 王春霞

作为一家中央级媒体的记者，李秀萍因前夫借的一笔280万元的债务而陷入困境。经过法院两次审理，在李秀萍看来这笔并未用于她和前夫共同生活的债务，因是夫妻关系存续期间夫妻一方所借，被法院依据婚姻法司法解释（二）第24条认定为夫妻共同债务，李秀萍唯一一套房产被法院查封，工资被冻结。

婚姻法司法解释（二）第24条规定："债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，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。"

"个案中感到无能为力"的李秀萍结识了与她有着类似遭遇的人，她们作了一个调查，呼吁尽快修改婚姻法司法解释（二）第24条。结合调查报告，中国社会科学院法学所性别与法律研究中心日前召开夫妻债务规则研讨会。

适用"24条"判定夫妻共同债务案件激增

李秀萍告诉中国妇女报·中华女性网记者，她们在2016年4月底开始做问卷调查，呈现受害人群体特征，带动大家告别创伤、精神成长、跳出个案、推动修法。

调查报告显示，根据2017年1月13日中国裁判文书网数据，伴随民间借贷纠纷案件逐年高发，适用"24条"判定夫妻共同债务案件在2013年突破万件，达到18039件，2014年和2015年此类案件数量激增，分别高达8万余件和8.8万余件，2016年增至12万余件。记者发现，2005年到2012年，此类案件数量均在低位徘徊，2012年仅为4149件。

调查报告显示，在非举债的夫或妻一方称对债务并不知情的情况下，适用"24条"判定夫妻共同债务案件比例也逐年递增，2014年和2015年连续两年激增至万起以上，2016年该项数据已高达1.5万余起。

调查报告显示，参与实名调查的527人称对涉案借款毫不知情，超过52.8%的举债方跑路或因各种原因缺席审判，完全无处质证，举证难度极大。仅25.8%的涉案诉称借款可能用于经营；27.7%的涉案诉称债务为虚假债务、涉案诉讼为虚假诉讼；52.6%债权人为职业高利贷者。

对527位"被负债"者的问卷调查显示，87.1%为女性，12.9%为男性；80.6%受过高等教育；86.7%拥有稳定工作及收入。

李秀萍介绍，77.8%的举债方资不抵债或逃债，导致受害人承担连带责任后根本无处追偿。受害人群体严重缺乏有效社会支持系统，部分受害人表现出创伤后应激障碍。

"24条"难免使非签约方的财产权利受到损害

除了第24条，我国现行法律对于夫妻共同债务问题的规定还包括以下两条：婚姻法第41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。共同财产不足以清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。"

婚姻法第19条第三款规定："夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。"

李秀萍告诉记者，婚姻法司法解释（二）第24条的规定过分注重债权保护，几乎免除债权人在缔结债务时的一切审慎注意义务，却忽视对婚姻关系中不知情非举债人一方权益的保护。规定的两种例外情形不符合我国国情。夫妻一方以个人名义在外大额举债，并不符合夫妻共同债务的"为夫妻共同利益"这一本质特点。这种夫妻共同债务的推定，违反婚姻法第41条的立法精神。

在中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心主任、研究员薛宁兰看来，婚姻法第41条对夫妻共同债务认定标准已有明确规定，即"为夫妻共同生活所负的债务"，婚姻法司法解释（二）第24条违背了这一立法的初衷。

已故著名法学家杨大文教授主编的《亲属法与继承法》一书对于婚姻法司法解释（二）第24条提到，"由于这个司法解释强调的仅是合同中有无明确的约定为个人债务以及债权人是否知道夫妻双方有实行分别财产制的约定，而在实践中又不能完全排除签约方的债务并非用于婚姻共同生活的情形，有时难免使非签约方的财产权利受到损害。"

中国社会科学院法学所研究员、性别与法律研究中心顾问陈明侠认为，"24条"的问题不只涉及维护妇女权益问题，更是社会问题，因为涉案当事人可能是女性，也可能是男性，还可能涉及子女，应加以正视，尽快采取行动。

2016年3月17日，最高人民法院在其网站发布《关于"撤销婚姻法司法解释（二）第24条的建议"的答复》。答复称，目前，现行司法解释有关夫妻共同债务的认定和判决遵循的原则没有问题。既然结婚后夫妻的收入是共同

的，那么为共同生活所负债务也就应当共同偿还。在司法解释（二）第 24 条“但书”的两种情形外，如配偶一方举证证明所借债务非用于夫妻共同生活的，配偶一方不承担偿还责任。

需尽快重构夫妻共同债务认定标准

李秀萍等呼吁，尽快废除婚姻法司法解释（二）第 24 条，或者修正、重构夫妻共同债务规则。李秀萍告诉记者，必须严格限定夫妻日常家事代理权。判断夫妻共同债务的标准有两个：一是举债是否用于家庭共同生活；二是举债是否夫妻共同合意。一方举债必须具有家事代理性质，并严格限定在日常家事代理范围内，才能认定夫妻共同债务。明显超越日常生活所需的大额借贷，必须经夫妻双方共同签字确认，仅一方签字的都视为其个人债务，配偶不负连带责任。

中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心副主任谢海定检索学术研究文章后发现，学者们普遍认为婚姻法司法解释（二）第 24 条在法律逻辑、实践中都存在问题。大多数学术观点认为，“24 条”关于夫妻共同债务的认定应补充夫妻共同同意以及债务用于夫妻共同生活。在程序法上，需要从举证责任上加以完善。

薛宁兰认为，婚姻法司法解释（二）当时出台是有其合理性的。如今市场经济不断发展，社会各种乱象影响到婚姻家庭。“24 条”带来的问题反映出我国婚姻家庭法长期缺乏夫妻日常家事代理权这一制度。制定民法典婚姻家庭编时，应在夫妻关系一章中增设日常家事代理权制度。在日常家庭事务范围内，夫妻互为代理人。夫妻非因日常生活需要对共同财产做重要处理决定，双方应当平等协商，取得一致意见。同时在夫妻财产分割部分，专条界定夫妻债务，即夫妻为共同生活、共同经营和履行法定扶养义务所负债务，是共同债务。共同债务在离婚时应当用共同财产清偿；共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，以双方个人所有财产均等偿还；发生争议的，由人民法院判决。

中国社会科学院法学所研究员、性别与法律研究中心成员徐卉认为，举债需夫妻共同签字问题，其他国家相关法律并未要求，是作为大家都会遵守的民间习惯，债权人从规避风险的角度知道举债人已婚一定会要求夫妻双方签字。在我国处于转型时期的当下，从规范的角度，可以要求夫妻对外举债必须共同签字。

最高人民法院在答复中也表示，将积极配合全国人大和有关部门做好相关问题的立法调研工作。待条件成熟时，将就夫妻共同债务问题制定新的司法解释，为更好地保护婚姻案件中各方当事人的合法权益提供依据。通过家事审判改革试点工作的推进，加大审判指导力度，通过指导性案例的集中发布，明晰夫妻共同债务认定标准，统一司法裁判尺度。

退休法官惨遭报复杀害，只因 22 年前的一桩离婚判决？

2017-02-16 新京报 记者贾世煜

春节期间，广西陆川县沙坡村热闹依然。唯一的不同是，村庄的两端，多了两个破碎的家庭。傅明生与龙建才是一个村的人，两人岁数相差不大，傅明生 63 岁，龙建才 67 岁。

目前没有人知道，两位已过花甲的老者小时候是否相识。但从现在的结果来看，两人生命中共有过两次交集。一次是 22 年前，傅明生是法院审判长，龙建才是一起离婚案的当事人，傅明生判决龙建才离婚案成立。另一次交集，就是 20 天前，龙建才拿一把水果刀，刺进了傅明生的脖颈。

龙建才在案发现场被捕，警方执法仪记录下的画面里，龙建才操着含混的方言恨恨地说：“他判我离婚！”

1 月 26 日，农历腊月二十九。广西陆川县沙坡镇沙坡街，中午 1 点左右。

沙坡街位于沙坡镇中心，分为新街和旧街。新街热闹非凡，店面里唱着 80 年代的流行歌曲，大门敞开。熙熙攘攘的人群中，龙建才在街上游荡。

沙坡村过路塘队的龙超（化名）在沙坡街卖鸭子时，遇到了龙建才。他记得，龙建才看起来没什么异常，还问他鸭子卖完了没。

龙超向新京报记者回忆，龙建才穿着灰色上衣，深色裤子，蹬着一双破旧的黑色凉鞋。寸头、圆脸、身形瘦削，挤在人群里，看起来再普通不过。

这个时间，傅明生刚吃完午饭，照例打开电脑看新闻，儿子开了家床上用品店，傅明生没事就帮忙照看，身旁的两个乳白色卷帘门敞开着。老伴詹素娟要哄 1 岁半的小孙女睡觉，进了二楼的卧室。

案发时，一楼的门店内，只有傅明生一人。

沙坡镇派出所所长卢智说，按龙建才事后的交代，他当时窜进屋内，直接绕到了傅身后。突然用一只手搂住傅，另一只手持刀向傅明生的脖子捅去。

事后公布的尸检证明显示，傅明生全身共有 13 处创口，头颈部有 12 处。还有一刀砍在了傅明生右手虎口处，应该是他下意识阻挡时被砍的。

有目击者对官方称，看到傅明生倒在了电脑桌旁边。头朝门外躺着，身下流了一摊血。

在街上摆摊的亲戚赶过来，寻到一块门板，抬着傅明生向三百多米远的镇卫生院跑去。

接诊的医生詹梅珍回忆说，中午 1 点 21 分，她接到电话，得知傅被捅了。4 分钟后，傅被抬过来时，瞳孔放大，已无生命体征。

她记得，傅明生穿了一件黑色的夹克衫，身上还挎着钱包。脖子左右两侧均有伤口。

根据警方的讯问，捅完傅明生，龙建才又跑到傅家楼上，试图寻找傅明生的老伴詹素娟。

傅明生的儿子傅健宇说，当天中午，他母亲在房间里听到有人敲门的声音。所幸的是，龙建才并没能打开房门。

“他要杀我全家。”傅健宇说，开门不成后，龙建才又拧开了傅家的煤气阀门。

二次行凶未果。几分钟后，龙建才提着一把长约 20cm 的不锈钢水果刀，从楼梯上走下来。

这个二十分钟前还在沙坡街上晃悠、与熟人闲聊的人，已经变了副模样：他右手拿着水果刀，脸上、衣服、鞋子上都是血。

案发现场离沙坡镇派出所只有 100 多米远，接警后，派出所 5 名民警全员出动，跑着赶到现场。

龙建才被当场抓捕。办案民警描述，龙没有反抗。

带头抓捕的卢智记得，他喊了句，“反正我也不要命了！”

20 多年前的旧事　22 年前的判决

审讯很顺利，龙建才供认不讳。

面对当地媒体的镜头，龙建才说，“当时想找他寻仇都找不到……开始是想打他，岂止想打他，我是想杀他。”

陆川县刑侦大队副队长林发光透露，龙建才事先在沙坡街上买好了水果刀，还多次到傅家门前踩了点。直到 26 日看到傅明生独自坐在门店里。

按警方的讯问，龙建才持刀杀人，缘于一起 20 多年前的旧事。

1994 年，龙建才被前妻陈某起诉要求离婚。经调解无效后，陆川县法院判决准予两人离婚。傅明生是当年此案的审判长。

陆川县法院副院长阮伟达日前在接受媒体采访时说，男方的性格比较暴躁，对妻子有虐待家暴的行为，女方也明确不想和男方一起生活了，没有感情。傅明生就是根据这个情况，依据法律的规定，经过挽救调解没有和好的情况下才判决离婚的。

新京报记者获得的司法文书显示，原告陈某与龙建才在 1989 年相识，同年 6 月结婚。龙建才比患有小儿麻痹的陈某大 18 岁，两人育有 2 个男孩。

陈某诉称，龙建才从 1991 年开始打骂自己，并参赌置家庭于不顾。两人的夫妻感情已彻底破裂，陈某于 1994 年春节期间离开龙建才家。请求法院准予两人离婚，并由其抚养大儿子。

官方公布的通报中，陈某还曾因遭到打骂欲喝农药轻生，被邻居劝止。

而龙建才不愿离婚。他在法庭上辩称，陈某生理有残疾，自己主动挑起了家庭的重担。而且，他不曾打骂过陈某。至于陈某的出走不归，龙建才认为是其受他人拐骗，与他人有不轨行为。

审理期间，龙建才因两次强行拖拉陈某，被法院司法拘留。

在村里人看来，这次被拘留也成为他日后寻仇的导火索之一。

司法文书记录，陈某起诉要求离婚后，龙建才曾从客车上将陈某强行拖拉回家，并将其身上的 200 多元钱拿走。一审庭审后，龙建才要求陈某跟其回家不成时，又强行拖拉陈某，并在路上对其进行辱骂。最后法院将其拘留。

陆川县法院认为，龙建才指责陈某与他人有不轨行为，陈某指责龙建才有参赌行为均依据不足。龙建才在法院两次传唤期间均采取妨碍诉讼的方式，限制陈某的人身自由，从而导致感情彻底破裂。该案经法院调解和好无效，准予两人离婚。大儿子由陈某抚养，小儿子由龙建才抚养。

判决后，龙建才向玉林市中院提出上诉。他认为，自己与陈某感情未破裂，还有和好希望。

▲傅明生家门口。

玉林市中院审理认为，原判认定事实清楚，证据充分，适用法律正确。龙建才的上诉被驳回，中院宣布维持原判。

陈某改嫁到了陆川县温泉镇，目前杳无音讯。 45 岁的龙建才成了光棍。

村里有传言称，在法院作出离婚判决前，傅明生的妻子将陈某介绍给了他人。这让龙建才将傅明生夫妇视为有着“夺妻之恨”的仇人。

不过，警方和法院均向记者坦言，他们也注意到了这个传言，经过调查后发现传言不实。

各自轨迹的生活

龙建才杀了人的消息，很快在村里传开。沙坡村的村民们觉得意外，“没想到他会走到这一步。”

很长一段时间里，傅明生和龙建才循着各自的轨迹生活，毫无交集。

傅明生在陆川县法院工作，住在 20 多公里外的县城。龙建才则前往百色市隆林县打工，很少回家。

3 年前，傅明生退休，回到老家沙坡村生活。儿子开了家床上用品店，傅明生时常帮忙看店。不忙的时候，他就上到楼顶种菜，喂鸡养鸭。

再后来，傅明生的孙女出生了。

傅健宇的手机相册里，傅明生抱着 1 岁半的小孙女，站在一楼的门店里，左手比出 V 字。一老一少，笑得眯起了眼。

再翻出以前的照片，傅穿着一身深蓝色正装，白衬衣、红领带，站得笔直，眼神中透出威严。

在傅健宇的记忆中，父亲不抽烟，不喝酒，也从不接受吃请。从小到大，父母从来没有主动带他去外面餐馆吃过一顿饭，就连家里吃的青菜都是楼顶自己种的。

有时他会觉得，父亲有点儿木讷，不善交际。

提起老同事傅明生，陆川县法院研究室主任覃坤说，他为人低调，每次有集体照相时都远远地躲在角落里。

从 1978 年到 2013 年，傅明生在法院工作了 35 年，最终以审判员的身份退休。覃坤说，由于沙坡法庭撤并，从庭长退下来当审判员时，傅明生没有提任何要求。

傅健宇说，他的母亲常说父亲就是劳累命，工作上不懂得抗拒，调去哪里就去哪里。

隔路相邻的裁缝店李姐（化名）说，傅明生不爱说话，经常坐在电脑前上网看新闻。他的老伴常和她们聊天，邻里相处和睦。

在邻居们眼里，这个 63 岁的老人身体硬朗，时常穿着一件松松垮垮的白汗衫。他的头发花白，脸上的法令纹像是刀刻的一般，整个人朴素又整洁。

沙坡村的另一边，龙建才给村民留下的印象是：孤僻、穷苦、妻离子散。

离婚之后，龙建才独自过了 22 年。这些年里，村里人极少见到龙建才。据警方透露，龙在百色市隆林县做工，靠修摩托车、开三轮车拉客为生。

被捕后接受媒体采访时，他仍恨意满满，“我每年都会回来一次，目的是为了寻找傅明生报仇解恨，但 22 年一直都没有找到他！”

警方透露，龙建才近年来患上胃穿孔，做了几次手术，于去年 3 月回到沙坡村。

沙坡村村民龙超注意到，得了胃穿孔以后，龙建才比以前瘦了不少，看起来眼神暗淡。

据当地村民描述，龙建才在家为数不多的时间里，他都独居在自家的平房里，很少与人交往。

龙建才的邻居唐姐（化名）对新京报记者说，他不爱说话，有点古古怪怪的。

破碎的家

春节期间，沙坡村热闹依然。唯一的不同是，村庄的两端，多了两个破碎的家庭。

如果不是这场突然如其来的横祸，傅明生本可以有个幸福的晚年生活。

接诊抢救傅明生的医生詹梅珍，是傅的侄女。在她的印象里，傅明生与老伴感情甚好。天气晴朗的晚上，他们老两口都要一起出来散步。

就在事发的前几天，詹梅珍还到傅明生家串门。傅明生很开心，亲自下厨，做了一桌子菜。她说，傅明生身体硬朗，没得过什么病。

傅明生家是一栋临街的农家小楼。大门紧闭，未贴春联。

一楼的白色招牌上写着红色楷书：永昌旅社。傅健宇说，这栋楼由傅明生在上世纪 90 年代修建，之前借给了傅健宇的堂哥用来经营旅社。

坐在傅明生家里，傅健宇的女儿依在身边，警惕地瞪着黑溜溜的眼睛，伸头偷看外来的陌生人。她只有 1 岁半，十几天前刚学会叫爷爷。

▲凶手龙建才的家。

小孩子并不知道家里发生了什么。

傅明生的母亲詹素娟在床上躺了几天，不吃也不喝。

“父亲辛劳一辈子，还没有来得及享福，人就没了。”到现在，傅健宇仍无法接受这个现实。

从傅明生家步行到龙建才家，只需 10 几分钟的功夫。

龙家是连体的 5 间平房。大门紧锁。透过窗户望进去，龙家屋内的墙没有粉刷，红色的砖裸露着。

屋里摆着一台 20 多寸的黑色老式电视机。电饭煲、饮水机和电风扇，都落上了厚厚的灰尘。

警方透露，龙建才受审时曾称，离婚时判给他的小儿子不成器，把家里值钱的东西都卖掉了。

当地村民称，大约三年前，龙建才的老母亲去世了。再后来，唯一的小儿子也出去打工，再回来。

根据警方调查，龙建才系家里的独子，先后有过两次婚姻。在第一任妻子生了三个女儿后，双方离婚。后与前妻陈某相识结婚，生下两个儿子。一个生于 1989 年，另一个生于 1991 年。

两个儿子，如今都杳无音信。

法治不会向暴力屈服

傅明生的遇害，被舆论视为对法律的挑战。

2 月 4 日，事发 8 天后，傅明生遇害案由当地媒体率先披露。次日下午，陆川县法院在官方微博发声，对此事的经过作出通报。

此后，中央政法委、最高法等部门也先后表态，将依法严厉打击暴力袭法行为，坚决维护司法权威，维护司法人员人身安全。

2 月 6 日凌晨，最高人民法院在官微发文，“不要再让正义蒙羞，不要再让法袍染血！法治不会向暴力屈服。”

同日晚，中国法官协会法官权益保障委员会发表声明，强烈要求对行凶歹徒依法予以严惩。声明中表示，保障法官有效履行职权，是维护国家治理秩序和社会公平正义的内在要求和必要条件。傅明生法官虽然不幸罹难，但法治不会向暴力屈服。

傅明生的案件并非个例。在此之前，已发生北京女法官马彩云遭枪击殉职，湖北十堰法官被刺等案件。

摆在司法界面前的问题是，如何防止法官遭到暴力伤害？

2016 年 7 月，中办国办印发的《保护司法人员依法履行法定职责规定》明确，对以恐吓威胁、滋事骚扰、跟踪尾随、攻击辱骂、损毁财物及其他方式妨害司法人员及其近亲属人身自由和正常生活的，公安机关接警后应当快速出警、有效制止。

今年 2 月 7 日，最高法发布《人民法院落实〈保护司法人员依法履行法定职责的规定〉的实施办法》。该办法坦陈，起草过程中，有同志建议进一步拓展司法警察职能，尤其是在法官八小时以外安全保障问题上发挥更大作用。但是，按照相关法律和司法文件，司法警察仅在法院内部具有执法权，在法院外不具有执法权。

“此外，司法警察人数较少，难以像公安机关那样对社会面进行网格化布警和控制，指望司法警察贴身保护或及时出警，都不具备可行性。因此，在司法警察的执法权限问题上，《办法》未作突破性规定。”前述文件写道。

在清华大学法学院教授张建伟看来，尽管目前关于司法人员保护的规定相对具体了一些，但仍显得有些空洞。他表示，对于司法人员受到的一般性威胁，警察可能无暇顾及。而对司法人员的日常性保护，相关制度仍不健全。

对于如何保护法官，陆川县法院一位法官也感到困惑。他说，办案多了，法官经常会受到当事人的威胁。虽然保护司法人员有规定，但也不能因为有人说一句威胁的话就把他拘留，这样反而更加激化矛盾。

张建伟认为，法官遇害跟社会暴力化的倾向有一定联系，也跟人们对司法的不信赖有关。在遇到纠纷的时候，希望通过司法解决，但又对司法充满疑虑，对司法机关的公正性仍然充满着不信任。

傅明生案激起的涟漪，在人们的叹息声中渐渐沉寂。

案发不久，龙建才即被检察院批准逮捕。

2 月 9 日，傅明生下葬。

傅健宇则听到了一些让他不舒服的声音，有人说，傅明生是判错了案，才被人杀了。

他希望组织上能追认傅明生为烈士，“到底有没有判错案，应该给一个说法。”

文丨新京报记者贾世煜 编辑丨胡杰 摄影丨贾世煜 校对丨陆爱英

子宫出租|隐秘的代孕王国

2017-02-16 中国法律评论《中国新闻周刊》记者王珊

本文首发于总第 792 期《中国新闻周刊》

“吕总，您就是活佛再世！”

这是一位母亲发来的报喜信息。就在此前一刻，她的孩子刚刚出生。只不过，这名婴儿的身世有点特殊，他有不止一位母亲：一个提供了健康的卵子，另一个用子宫孕育了他——孩子是通过代孕生产的。

收到这条微信的时候，醉醺醺的吕进峰正在 KTV 包间里唱歌。他迅速地回了一句，“给钱就行”。

这位 39 岁的江苏人是国内最早从事代孕中介的那批人之一，通过搭建委托人和代孕母亲之间的联系赚取服务

费。吕进峰亲历了这个隐秘而庞大的地下王国从无到有的过程，并努力拓展疆土，成为王国的领袖。截至目前，他一手创立的 AA69 代孕公司已经“生产”了上万名婴儿。

一

在位于上海的办公室里，吕进峰斜靠在沙发上，用手划拉着手机屏幕，偶尔回条微信，显得漫不经心。在他身旁，一位中老年妇女望着他，眼神里满是恳求。她叫秦月（化名），上海本地人。前段时间，秦月陪着女儿、女婿一起来签合同。女儿今年 31 岁，7 年前发现患有癫痫，随着病情越来越重，后来干脆在家休养。从前两年开始，秦月夫妇就一直催女儿女婿要个孩子，他们找生殖科医生问过，回答是“体质不适合要孩子”。失望之余，秦月替女儿选择了代孕。这次，她是来和吕进峰商量如何用促排卵药的。

代孕，是指在体外受精的卵子形成胚胎后，将其植入代孕母亲子宫内，由代孕母亲替人完成怀胎和分娩的过程，属于人工辅助生殖技术的一种。

还差一天，秦月的女儿就要进入排卵周期了。人工辅助生殖技术的第一步就是促排卵。在获取高质量的卵子之后，才能在实验室里使其与精子结合并培养成胚胎，再植入母体的子宫。

秦月的女儿已经服用了数天的妈富隆。妈富隆是一种避孕药，在促排卵时服用可以调整体内的激素水平，以便生成更为健康的卵子。然而，在吃了妈富隆后，秦月的女儿癫痫发作的频率从 20 天一次变成每天发作。每次发病的时候，她都有预感，便找个地方坐下来，接下来会有几分钟不省人事。

刚开始，秦月很慌张，询问了医生才知道，女儿现在每天服用的妈富隆，与治疗癫痫的药物相抵触。即便这样，他们并没有选择停药。

秦月是在众多代孕网站上找到吕进峰的，这个与女婿同龄的男士声称自己在国内最早从事代孕行业，并多次接受媒体采访。“我们这其实是爱心事业。”她记住了吕进峰的这句话。

1986 年，中国大陆诞生了第一名试管婴儿。10 年后，国内首例代孕母亲试管婴儿在北京出生。“中国试管婴儿之母”、北医三院妇产科教授张丽珠主持了这项手术。她曾做过 6 例代孕母亲试管婴儿，成功了 5 例。

大多数寻求代孕治疗的患者的共性是，卵巢仍能排卵，但胎儿发育的土壤——子宫有问题，需要借别人的子宫。代孕技术出现以后，很多医院将其视为巨大的商机，一时间，纷纷开展这项业务。但争议也随之而来，很多人认为，代孕挑战了传统生育方式与社会道德观念，带来的伦理与管理问题是当时的体制与政策所不能承载的。

基于此，国家卫生部 2001 年颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》，明确规定，人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。

然而，随着不孕不育人群的逐渐增多，像吕进峰这样的私人代孕中介开始出现。**原本在医疗机构被明令禁止的代孕，纷纷转入地下。**

秦月眼前的吕进峰个头不高，肤色微黑，胖胖的，笑起来脸上若隐若现地有两个酒窝。

秦月女儿代孕的价格总共是 65 万元，这是吕进峰的“公益互助协议”里所能享受到的最优惠价格。吕进峰向《中国新闻周刊》提供的一份代孕协议书显示，代孕套餐总共分为四类。其中，第一类是在客户身体情况准许的情况下，提供合格的精子和卵子，两年之内公司保证其至少有一名健康的婴儿出生。其他各类套餐则在第一类的基础上，针对客户身体状况以及卵子、精子的来源有相应的加价。例如，如果客户自己的卵子不行，需要另外支付 6 万～10 万元的捐卵费用；根据捐卵女孩的样貌、身高、学历不同，则价格不等。“65 万元起价，最高 135 万，”吕进峰说，“就跟买房子一样，可以分期付，也可以一次性付款。”当然，对同样的套餐，分期付款的总额要比一次性付清贵。吕进峰是个精明的生意人，每一步都算得很清楚。

所有的费用都是由秦月老两口支付的，这花掉了他们一辈子的积蓄。他们觉得愧对女婿，“你说如果我女儿得了其他什么毛病，比如说心脏不好，我们还能跟亲家说。可是这个毛病，我们怎么开口？女婿很优秀，对女儿不嫌弃已经不容易了，我们愿意出这个钱。”

再服用一天妈富隆，秦月的女儿就要开始打促排针了。秦月一方面担心女儿会不会对新的促排药物有反应；另一方面还担心取卵的时候女儿会癫痫发作。她问吕进峰能否将原先定的取卵时间，由晚上六七点钟改为上午——女儿每天下午六点多都会发作一次，她担心这样会影响取卵，或者即使成功取出，卵子的质量也会不好。“你没到我这一步，不明白我多揪心，你一定要给我做成。”她再三恳求吕进峰。

秦月让吕进峰感到有点为难。在制订促排方案之初，一位医生听说客户有癫痫，就拒绝了，第二位医生考虑了半天才下决心接受这位病人。他的医疗基地里的医生都是从上海一些医院的生殖中心请来的，白天都要上班。“一是医生没时间，只能晚上取；二是白天也不安全。”他对秦月说。

按照《人类辅助生殖技术管理办法》的规定，聘请医务人员进行代孕手术，是不允许的，更何况吕进峰没有经过任何资质审批。对于一个医生，吕进峰每年需要支付上百万的工资，这还是保守的价格。他时刻都很小心，害怕一旦不小心被曝光，一切投入就打了水漂。

送走了秦月，吕进峰又见了另一个女客户。对方 30 多岁，老公出轨，和小三生了一个儿子，还大摆喜酒。她气不过，又没有办法——自己心脏不好，不能生育，也不具备促排取卵的条件。她希望吕进峰能帮自己找到一名捐卵者和一名代妈（代孕母亲的简称）。她打算偷丈夫的精子，跟卵子结合孕育成胚胎，放到代妈的肚子里。吕进峰觉得这笔订单关系有点复杂，最后在签协议的时候，他加了一条：“此次代孕是夫妻单方面同意，如若发生纠纷，跟乙方没有关系。”乙方就是吕进峰的代孕公司。

二

与客户见面签订协议是吕进峰的规矩，如果实在无法面签，也要进行视频会话。他把这一条写进了他的协议中：与董事长吕进峰先生当面签约，是您权益的唯一保证。这句话后面还特意打了三个感叹号，又把“当面签约”四个字用红色凸显出来。

吕进峰说，自己是被逼得没办法才立下这规定的。从他 2004 年开始从事代孕这一行到现在，国内的私人代孕市场发展迅速。据他估计“从业者有 3 万多人，鱼龙混杂”。在这种情况下，有不少人打着他的旗号行骗，冒充他公司的员工或仿建他的网站，最后，受骗者都会找到他这里。

这也从一个侧面说明了吕进峰在该行业的地位与生意的火爆。在此次来上海之前，吕进峰已辗转广州、深圳、佛山、厦门、泉州等多个城市，见客户、谈业务、应酬，每天晚上回到酒店都超过 12 点。由于缺乏睡眠，他有两个难以消除的黑眼圈。

代孕的确为吕进峰开通了一条财路，也许一开始他并没想那么多。从前，他在苏州的外资企业从事物流工作，一度做到中层管理岗位，一个月也只能赚到四五千元。好不容易存了些钱，打算做点生意，却被骗光了。

2004 年，吕进峰的妻子怀孕。为了学习育儿经验，他整天泡在搜狐网的母婴论坛上。他发现，有很多人无法生育，其中一些人提到去国外做代孕。他就想，“国内代孕的事情怎么没人做呢？”

吕进峰萌生这一想法之时，学界乃至整个社会对中国不孕不育人群规模的判断依据还在参考上世纪 90 年代的调查数据：育龄人群中的不孕不育率仅为 3%～5%，低于发达国家的 5%～8%的比例。然而，**人们尚未意识到，中国的不孕不育人群正在迅速增长。**2009 年，由中国妇女儿童事业发展中心、中国人口协会共同发布的《中国不孕不育现状调研报告》称，**中国育龄人群的不孕不育率已经攀升到 12.5%至 15%，接近发达国家的比率。不孕不育者以 25 岁至 30 岁人数最多，呈年轻化趋势。**

吕进峰买了几台电脑，注册了若干个 QQ 号群发广告。他在广告中自称是代孕公司的负责人，有意向者可以联系他。“当时 QQ 群发还没有限制，估计百分之五十的用户都能收到我的广告。”通过这种方式，吕进峰将客户、代妈、医生联系了起来。

AA69 的域名也是当时注册网站时他随手敲出来的一组符号。生意做大以后，他就让员工对客户这样解释：“69 组合起来就像一个太极八卦，取‘阴阳相合’的意思，AA 则是要做到最好的意思。”

吕进峰还清楚地记得，他的第一位客户是浙江舟山人，第一位代孕母亲人在四川，他自己则在苏州，三人的距离加起来相当于从中国的最北边走到最南端。吕进峰从苏州坐了近 50 个小时的火车才找到报名的代孕母亲，又跟她一起坐火车到北京完成移植操作，并将其交给一家机构托管。“我当年就是有点创新和冒险精神，看得远一些，胆子大一点。”吕进峰对《中国新闻周刊》表示。

如今，当年仅有吕进峰一人的皮包公司已经慢慢打造成一个“婴儿生产线”：销售人员吸引和接待客户，后勤人员负责代妈的生活保障，每个人都在“制造婴儿”这条流水线上有着各自的分工。为保护隐私，很多有代孕需求的人喜欢在网上投石探路。为吸引这批潜在客户，吕进峰专门设立了一个由 20 余人组成的微信群及网页营销推广团队。他还向搜索公司购买关键词，以使他的网页能够被潜在客户第一个搜到。“一个关键词的费用，一个月就需要好几十万。”

熟人推介也是一种渠道，而这一般需要支付不菲的介绍费。据一位业内人士介绍，“最多的时候，他们付过 5 万元的介绍费。”从各家医院的生殖科购买客户信息已经是常见的手段，“业务员常去医院跑，10 来页 A4 纸，都是客户信息，只需要几千块钱。”

吕进峰现在要做的，就是在协议书上签字。“每天都要签好几单。”他想对具体数字的保密，但又忍不住想炫耀，“到目前为止，我们这儿已经有上万名婴儿诞生了。”

吕进峰将潜在的客户与医疗机构及医务人员、捐卵者、捐精者、代孕母亲等各个方面联系起来，从中赚取利润。

早年间，人们对代孕还不大了解，他所在城市的公安及联防队员某次误认为他是以“代孕”的名义拉皮条、组织嫖娼，把他暴打了一顿。事情还上了当地的报纸。

他曾很委屈地对记者说，“我没有做违法的事情，没有干坏事，也不是给别人介绍小三和二奶，法律规定医疗机构和医务从业人员不能做代孕，又没有说民间不行。”随着媒体对代孕关注度的增加，吕进峰发现，找他麻烦的人反而少了。“我发现，越是公开告诉别人我在做什么，执法部门反而觉得没有惩办我的依据；默默无闻，却容易受伤害。我没有资本，也没有背景，只能选择公开。”

吕进峰统计了一下，到目前为止，他总共接受媒体采访 30 多次。他让公司员工去做了很多奖杯，在底座上刻上接受采访的时间，一个奖杯对应一家媒体，一个个摆放在他办公桌后面的柜子里。最大的奖杯上写着“新加坡电视台”，这是他去年接受采访的纪念。有些来采访的媒体人甚至后来也成了他的客户。

媒体报道除了给吕进峰带来“安全”之外，还增加了他的知名度。越来越多的客户在看了报道后找到他要求代孕。让他更没想到的是，客户多了之后，好的医生也愿意从正规医院的生殖中心出来兼职。尽管法律规定“合法医疗机构开展限制性的执业活动，例如开展代孕活动、买卖胚胎的、擅自进行性别选择等情况之一的将被给予警告、3 万元以下罚款”，但相比每单数十上百万的利润，这样的规定就显得毫无约束力。吕进峰说，“有人说代孕违背伦理，除了这些不靠谱的话，他们（执法机构）也说不出来什么。”

如今，吕进峰的生意已经在全国开枝散叶，在上海、广州、武汉、北京、山东等地都设有办公室，面积均有上百平方米。这些公司以“生物科技有限公司”的名义注册，隐匿于教育、服装、营销机构之中。

AA69 公司原本的 Logo 是找一家公司设计的，橘黄色的圆环包裹着绿色的小蝌蚪，外面又缠绕了一层橄榄枝。圆环象征着女性的子宫和卵子，小蝌蚪代表精子，整个 Logo 寓意他的公司就像环绕的橄榄枝，守护生命。但吕进峰现在觉得，还是换成自己的头像合适，因为这样更加“高大上”。在吕进峰办公室里供奉着一尊绿度母佛像。绿度母在藏传佛教中为观世音的化身，取“观音送子”的吉意。

每年 3～5 月，是公司最忙的时候，上一年年底签约的要开始启动，新客户一般也会在这个时候找过来。吕进峰不仅在不孕不育人群与代孕母亲之间搭建了桥梁，还可以直接操作代孕手术，这是令其他代孕中介眼红的地方。

三

吕进峰将他的客户们进行了分类。**第一种是职业女性，这是最常见的类型。**“她们多在大城市生活，年龄大多在 30 多岁。有的人曾经怀孕过但考虑到事业发展选择了流产，后来演变成习惯性流产，子宫也出现问题；有的则是年龄大了，卵巢功能不好，甚至出现早衰现象。”这样的客户往往会抱着厚厚的病历来，一边翻给工作人员看，一边讲述他们看病的艰辛历程、身体遭受的折磨以及家庭、社会造成的压力，不乏有人痛哭流涕。“也有很多是早年立志做丁克，20 岁不生，30 岁也不生，到了 40 岁想生却发现生不了了。”

第二类为失独家庭。失独者多数已经丧失了生育能力，需要帮忙寻找捐卵者。“这些人基本上五十多岁，也有六七十岁的，孩子出意外后，工作也不做了，找我们一心一意生孩子。”根据全国老龄办发布的《中国老龄事业发展报告（2013）》，2012 年，中国失独家庭已超百万个，每年新增 7.6 万个失独家庭。当年，人口学家预计，中国失独家庭未来将达 1000 万。

在吕进峰看来，失独家庭的客户一般都比较挑剔，看了一个又一个捐卵女性，不是不满意相貌、身高，就是嫌学历低。有一对父母光是挑捐卵者就挑了半年，看过不知多少人。“有的要求捐卵者身高 165 甚至 168 公分以上、气质好、长得要跟明星一样、名牌大学毕业，比找老婆要求还高；有的就想生个跟原来女儿、儿子一样的孩子。比如原来是女孩，代孕就指定要生女孩。”

2016 年二胎政策的全面放开，也为吕进峰贡献了不少客户。“很多是跟我年龄差不多的人，原先是政府公职身份，想多要一个孩子不敢生，现在放开了，身体条件却不行了，只能找我们。”吕进峰也经常会碰到非常传统的家庭，第一胎是个女儿，一定要生个儿子，“尤其是福建、广东那块儿，不生儿子或者家里不生三四个都让人瞧不起。”此外，一些特殊群体也在他的业务范围内，比如同性恋群体，“来找我们的多是男同，素质都很高。”

梁鸿（化名）是吕进峰从业过程中遇到的一个特殊客户，他俩开始认识的时候梁是他的客户，没想到最后两人发展成了合作伙伴。

今年 53 岁的梁鸿曾经是一名普外科大夫，甚至还做过一家公立医院的一把手。现在他在一家私立医院开展代孕业务。他的 4 个孩子中，有 3 个孩子都是通过代孕的方式生出来的。

梁鸿的第一个孩子生于 1992 年，有先天性心脏病。1998 年，即中国实施计划生育的第 13 个年头，他的老婆再度怀孕。鉴于儿子的身体状况，夫妻俩决定既然政策允许，就要了这个孩子。然而令他痛心的是，最终妻子不仅意外流了产，还切除了子宫。

为了继续要孩子，梁鸿想到了代孕。但是他发现，国内的公立医院不被允许开展代孕业务，而私人诊所的技术和设备太差。在到处找不到路子的情况下，梁鸿最终遇上了吕进峰。在吕的帮助下，梁生了一个女孩，如今已经 4 岁。

这次使用代孕成功后，梁鸿的妻子心想，何不用这样的方式多要几个孩子？她忍不住劝梁鸿，“要不你去学生殖吧。”梁鸿起初有些犹豫，后来真的从普外科转行到了生殖医学科。

“跨界”比较大，一切都要从头学起。梁鸿经过多年的摸索，如今在行业内已经有了点名气。“这个行业里，有哪些医生在做，我都清清楚楚，包括三甲医院有哪些医生，都数得出来。由于回报丰厚，后来，有些医生干脆从公立医院辞职出来，全职从事代孕。”

2014 年，梁鸿亲自将他和妻子精卵结合形成的两个冷冻胚胎解冻后，移植到一位代孕母亲的肚子里，为自己生下了一对龙凤胎。他还成了吕进峰的医疗顾问，公司碰到什么问题，都会发个微信或打个电话向他请教。吕进峰对这位“梁院长”也很客气。

做这一行的人自己利用代孕生孩子的，并非只有梁鸿一个人。他认识的一位老板就很享受这种“近水楼台”的便利。去年，一名医生将 4 颗胚胎分别移植到 4 位代孕母亲的子宫里——它们全都是使用同一位代孕公司老板的精子受精形成的。不过在胚胎着床后医生检查发现，4 个胚胎都是雌性。这位老板随即让 3 位代孕母亲做了流产，只保留了其中一个胎儿。他表示，“明年还要做，继续生儿子。”

虽然寻求使用代孕服务的人越来越多，但是普通人不可能有这位老板那样的“潇洒”。吕进峰说，“找我们的人中，99%都不具备生育能力，就想生一个孩子；只有 1%的人自己能生，但是想花钱找人生。”

国家中医药管理局不孕不育基地等机构发布的《2012 中国不孕不育患者需求调研报告》则指出，“调查人群中，一年不孕不育发病率为 10%，两年不孕不育发病率为 15%，10 年内无子女占 25%。就诊年龄最小的 23 岁，最大年龄 40 岁。” 吕进峰说，“每个月联系我们想做代孕的意向客户，至少有五六百，业务以火箭般地速度在增长，每年的增幅约有 50%。”

不孕不育患者是代孕产业的刚需群体，随着这一群体的增加，代孕中介的从业人员也在急速增长。吕进峰保守估计，仅从他那出去自创公司的就有 50 多人。《纽约时报》的一篇报道指出，中国约有千家提供代孕服务的公司，成规模的约有二三十家。狂飙的还有价格。2004 年，吕进峰的第一例代孕生意结束后，付给代孕母亲五万元，“她就已经开心了。”后来这一费用涨到了 8 万，又从 8 万涨到 10 万、12 万乃至 18 万，如今已高达 20 万，翻了四番。一些医疗机构也眼红这个市场，蠢蠢欲动。“没有拿到牌照的地下生殖中心少说也有两百多家左右，有些就是在纯粹做代孕。”吕进峰说。

代孕行业的竞争变得激烈起来。监管的真空更助长了这一行业的畸形繁荣。**由于代孕在中国是法律的灰色地带，没有任何规则来规范这些地下代孕中介的经营活动。**“行业内大部分还都是手工作坊，夫妻店、兄弟店，找个地方就做。”吕进峰手下的员工张浩告诉《中国新闻周刊》。

实际上，辅助生殖技术是高精尖的医疗技术，需要配备全套医疗设备，包括试管婴儿操作台、显微镜、胚胎培养箱、胚胎储存室、操作床等，如果纯进口，整套设备下来得六七百万。“很多中介机构使用的是一些公立医院淘汰下来的设备，总价不会超过 80 万。”整个操作过程需要在无菌常温实验室进行，这要求医院必须装配有百级层流操作系统，以保证成功率。吕进峰说，他在上海的设备就耗资上千万元，一套净化空气的层流设备不下数百万。然而，他知道有些老板“就买几台空气净化器放在房间里，成本不过千元”。

这就令很多代孕机构的手术成功率难以得到保证。“很多客户没有那么多的钱，就会选择到便宜的机构去做，最后孩子没生出来，钱也打了水漂。”吕进峰说。没有技术和实力支撑，很多机构都只是昙花一现。另一家代孕机构的董事长则表示，“这些倒闭了的机构有时直接换个名字就能重新开张捞钱了。”

在这种情况下，因代孕发生纠纷、甚至有人利用代孕诈骗钱财的情况也很常见。比如，在胚胎移植失败后，代孕机构掩藏真相，伪造产检证明，继续向客户骗取费用。2015 年初，《羊城晚报》报道了一对夫妻因“借腹生子”被骗的经历。一对结婚 10 年未育的夫妻，在已经花了 40 多万元之后，被中介以代孕妈妈身体不适等多种理由索取额外费用。这对夫妻拒绝支付，对方以流产相威胁，最终真的给代孕母亲做了流产手术。事后，代孕机构又声称“胚胎本身有问题”，要求该夫妇向代妈赔偿 17 万元。也有客户耍赖反悔的情况。有的人想要生儿子，结果生下来是女孩，就拒绝支付尾款。

代孕产业背后是丰厚的利润。“做一单业务，利润在 30%～60%之间。”一位曾在代孕机构工作过的财务人员告诉《中国新闻周刊》，在给业务员统计工资的时候，她发现，“一个业务员一个季度的提成接近 16 万”“一单业务，业务员可以提 3 到 10 个点。”

如果以最低 65 万元的标准、一单业务 30%的利润起算，吕进峰迄今总共开展了上万个婴儿的业务，保守估计利润至少上 10 亿。吕进峰笑而不语，“不要只是谈钱，我们是做爱心事业。”

美国哥伦比亚大学教授德博拉·斯帕尔在她的《婴儿生意》一书中，专门探讨了辅助生育市场的现状。最让她吃惊的是：在她所接触过的众多领域里，这是一个很明显存在买卖双方，而且有金钱交易的行业，但是没有人承认他们正在从事商业交易。这一点，在吕进峰身上尤甚。“我们是献爱心，做慈善。”无论是公开面对媒体，还是面对每一个客户，他都是如此表示，然而谈业务的时候，他照样对客户讨价还价，锱铢必较。

就在几天前，一对客户购买捐卵者卵子的 9.5 万元费用没有到位，尽管第二天就要取卵，然后与男客户的精子进行体外受精，吕进峰还是不假思索地拒绝了他们对胚胎成型后就移植进代妈子宫的请求。“先把胚胎冻上，钱一到位，就移植。”

吕进峰说，“这个行业如今已经是传统行业，产业化了，不是你们想象的那样（隐蔽）。” 的确，这个巨大的婴儿生产王国已经被细化成一条分工明确的生产流水线：有中介负责寻找代孕母亲；捐卵市场也有专门的从业者，争相在互联网上发布招聘信息；还有人提供代孕手术所需的各种医用器械。只不过，这个与个人隐私紧密相关的行业，一直在常人注意不到的角落里隐秘地运作着。

四

来自湖南郴州的陈芳（化名）从事的是这个流水线上最重要的“工种”。 她今年 32 岁，不知是否是多次怀孕所致，还算年轻的脸上已经有了细纹。还有三个多月就要临产了，陈芳面部鲜有表情，不爱说话，也不像同屋别的代孕妈妈那样喜欢十字绣或者织袜子、织毛衣。她只有一个爱好——看电视。除了睡觉以及每天两次在小区里散散步，她几乎所有的时间都手握遥控器，从一个频道换到另一个频道，“我只要有电视就行。”

吕进峰的代孕公司将陈芳介绍给顾客而赚取中介费，她则靠出赁自己的子宫获取报酬。在吕进峰这里，像陈芳这样的代孕母亲有 200 多名。“大家做这个就是为了钱。”说这句话时，陈芳眼角的纹路微微有些舒展。

对于代妈，吕进峰的公司有一个“完善”的工资计划：每个月给予每个代妈 2000 元生活费；怀孕 3 个月以后，除工资之外，每个月再发 1 万元酬劳；第 5 个月后，这一额度上升到两万，一直持续到临产；余款在孩子安全出生后一次性支付，总计 20 余万元。代孕机构除了要付给代妈酬劳，还要承担她们住处的房租、水电、保姆费等。当然，这些钱最终都出在客户身上。

陈芳住的房子有 130 多平方米，三室一厅，只有床、桌子等基本的家具摆设。房子里还住着另外两位代孕母亲：一个刚生完孩子在坐月子，年龄 30 岁，代孕之前自己生过一个女孩；另一个也是 30 岁，怀孕 36 周，自己育有两个女孩，大的 11 岁，小的 7 岁。和陈芳一样，两人也是初中学历。陈芳是三人中最早住进来的，选了主卧，有一个小的壁橱间和独立卫生间。事实上，她并没有多少物品需要盛放，房间里空空落落。

代孕机构对代孕母亲的住所选择是有窍门的，一般青睐一梯两户或两梯四户的户型。即使是出去散步，上午也得在 9 点以后才能出门，下午则是两三点钟，以避开上下班高峰期。“所有这些措施，都是为了避免她们见到很多人，我们也会嘱咐她们不要和陌生人乱说话。”一名后勤人员说。

其实，客户往往比代孕中介还要谨慎。一名曾采访过代孕夫妻的记者告诉《中国新闻周刊》，“一对夫妻在代孕的时候受骗，向我们爆料，还带着我去了代孕机构所在的公司追讨债款。事情结束后没多久，再跟他们联系，发现号码已经换了。”

很多女客户在代孕妈妈怀孕的同时会假扮怀孕，根据月份大小购买相应的假肚子，甚至会假装孕吐。“前几年，这样的客户挺多，这两年很多人接受了代孕的观念，假装怀孕的也就少了。”吕进峰说。

代孕母亲由保姆照看。保姆据说是从月子中心请的，负责她们的一日三餐。 保姆只是这条婴儿生产流水线上的一名后勤服务人员。吕进峰公司驻点在这个城市的后勤人员有二十多名，这支队伍为两百多名代孕母亲服务。

除了代孕母亲的日常起居有人照顾外，还有人专门陪同她们去医院产检。和普通妊娠一样，代孕母亲也要进行产前的所有常规检查。负责陪同接受孕检的后勤人员要记住医生的叮嘱事项，并帮代孕母亲拿药；最后，他们一直要服务到婴儿产出后的 DNA 亲子鉴定环节。

代妈产检也是分批进行的，一般不会超过 3 位。“一下子带着么多大肚婆去，会引起怀疑的。”上述后勤工作人员告诉《中国新闻周刊》。整个待产的生活让陈芳觉得颇为舒适。10 年前生自己的孩子的时候，虽然不用下地干活，但还是要操持家务，为丈夫和公婆准备三餐。

这是陈芳第二次做代孕母亲。2015 年 11 月，她刚替一对不能生育的夫妇产下一个女儿。生下的小女孩白白净净，眼睛很大，头发也比平常的婴儿茂密，陈芳对这个从自己肚子里取出的“小玩意”爱不释手。然而，两人的相处只维持到陈芳出院，“客户就把她抱走了”。

在接触代孕这行之前，陈芳刚从老家出来一年多，在广东一家玩具厂打工，每个月的收入只有两三千。只是初中毕业生的她，连“试管婴儿”这个词都没听过。“一开始，我也怕是骗人的，但是我的一个老乡去和吕总的公司接触了下，觉得没有问题。”

陈芳先和丈夫商量了下，丈夫反对。“你别被人骗了、卖了”，丈夫冲她吼，并让她赶紧回家。但一次代孕成功就能赚 20 多万块钱，相当于在玩具厂打工 6 年收入的总和，“如果做不成就顶多白做，又没什么损失。”陈芳还是瞒着丈夫偷偷去做了胚胎移植。

在移植前，陈芳和两三个年纪相仿的人被带到医院做了孕前检查，主要包括抽血化验和妇科检查。B 超检查显示，子宫的健康状况良好。所有费用由吕进峰的公司支付。检查合格者即可进入下一步的胚胎移植中。

在她的印象中，做移植的房间不是很大，有一名穿着白大褂的医生和两三个护士。上手术台的时候她有些哆嗦，她甚至难以相信，放入体内的这个小东西会在子宫内发育成和自己儿子一样的生命。短短几分钟，移植就完成了。陈芳没想到，“就像去菜市场买个菜那么简单”。

看似简单的步骤，却需要精心设计好每一个细节。例如，为了获得真实的婴儿出生证明，在产妇入院前代孕机构就要用客户的信息给代孕母亲办理一张假身份证，头像是代孕母亲本人的。入院手续刷客户自己的身份证办理，如果医生、护士查房需要看身份证，则由代妈出示假证件。“医生又看不出来！这样，婴儿出生后医院就会开出生证明，拿去入户。”

跟孩子分开那天，是陈芳第一次见到她所服务的客户，也就是“小玩意”未来的父母。确切地说，正在床上坐月子的她只是隔着门缝瞥了一眼这对中年男女。按照行规，在代孕母亲待产期间，客户是可以来探望和陪护的，然而，多数客户出于隐私的考虑，选择不露面。孩子被抱走的时候，陈芳偷偷抹了几把眼泪。“十月怀胎，肯定会流眼泪嘛，但后来就不再难过了，毕竟没有养她。”她用牙齿慢慢地磨一下嘴唇，眼睛盯着正在播放的电视。

陈芳从代孕机构那里如愿得到了 20 多万元的酬劳。按照协议，孩子生出来如果超过 7 斤 2 两，代孕母亲将获得额外奖励，每超出 1 两，客户多支付其 500 元。陈芳为此多拿了 2500 元的红包。

拿着钱，陈芳回到了老家农村，还了丈夫早年跑运输时欠下的债，把家里两层半的老楼房推倒，重新盖了一套 3 层半的小楼——多出来的半层是用来晒稻谷的。

房子盖好后，钱也花完了，装修的钱却没有着落。思量再三，丈夫同意她去再做一次代孕母亲。只是这次不是她一个人出来，一起来的还有村里的几个姐妹。在家盖房的这段日子里，陈芳将自己的经历讲给她们听，“她们看到我赚到了钱，都很信任我。我们也不是跟别人睡觉的那种（生孩子），大家也是有困难也才会出来做这个。”陈芳并不觉得有什么不妥，“现在这样的太普遍了，太多了，一般做过的人都会介绍人过来。”关键是，每介绍一个代妈给代孕机构，她可以获得 1 万元的介绍费。

代孕中介对代孕母亲的要求并不复杂：24～32 岁，已婚，生过孩子。“如果没生过孩子，代孕时万一剖腹产，自己再想要孩子，要隔 3 年，风险较大。”吕进峰公司的一名后勤人员解释说。**由于需求大，代孕母亲供不应求，排队的客户往往并没有挑选代孕母亲的机会。**

“代妈多来自四川、贵州、云南、江西等地的农村，其实哪里人都有。”多数代孕母亲像陈芳一样，赚了钱就回家盖房子或做生意。“有人生了一次，回家做生意做不下去，就又出来做，生两三次的都有。”

上海社会科学院法学所生命法研究中心执行主任刘长秋总结，就代孕动机来说，金钱是女性作代理孕母的最大动力。美国一份调查也显示，90%的代孕者承认，假如她们能支付自己日常生活费的话就不会替他人怀孕。在国际市场上，从事商业代孕的主力军是印度的贫穷妇女。中国的情况也是如此，**“很多从事代孕的人之所以选择这样的工作，大多是生活所迫，而生一个孩子所获得的收入，往往是他们最为看重的。”**刘长秋告诉《中国新闻周刊》。

2016 年 6 月，陈芳子宫里再次移植进了一个胚胎，距离上次生产仅有半年时间。这次，她已经颇有经验，“专业”了不少，甚至还能安慰同批移植的姐妹。她只有一个担心，即移植的时候子宫内膜会不会脱落，“如果脱落了，就白做了”。

事实上，子宫内膜脱落的概念并不像陈芳理解的那样。从医学角度来讲，子宫内膜厚度会影响女性子宫的环境，过厚或过薄都有可能影响胚胎着床的成功率。胚胎移植后可能无法着床或者着床后容易脱落，从而造成流产，而不是陈芳所理解的当场脱落。不过，没有人跟她详细解释这个概念，她只能从手术医生、护士甚至姐妹那里获得一些一知半解的知识，并尽力让自己理解。

胚胎移植成功后，等待陈芳的是 75 天的黄体酮注射。黄体酮是孕激素，是一种常规的保胎手段。黄体功能不全会导致妊娠率下降，流产率增加。作为试管婴儿操作的最后一步，用黄体酮来帮助胚胎着床和保胎大约为三个月左右。每天，都会有护士过来给陈芳打针。黄体酮针是一种油剂，推起针来很慢，会很疼。而且随着注射次数的增

多，皮肤吸收变慢，注射会变得越来越痛苦，很多代孕母亲的臀部会红肿疼痛、结硬块，陈芳也不例外。

在 20 多平米的房间里，代孕母亲的生活被支配着。她们需要由后勤人员来安排基本的生活。代孕协议用几个“不得”和“必须”将代孕母亲的行动掌控在一定范围内，他们有向家人通电话的权利，但不得告诉任何人关于居住地的详细地址，不得带任何人进入居住地，不得与未经需求方同意的任何人见面。

在移植前，代孕母亲被要求每天外出累计时间不得超过 4 个小时，21 点前必须回居住处，23 点前必须就寝；移植以后的半个月内，除上厕所，必须卧床休息，吃饭均需在床上进行，其间不可以洗澡；怀孕 3 个月后，除了定时散步和产检外不得外出，22 点前必须就寝。如果违反，要接受相应的处罚。

代孕母亲还需要配合客户的要求进行胎教，例如听音乐、锻炼、看书。也有客户会给代孕母亲单独租房子，每天陪着，直到待产。一位中介人员曾遇到一件事。一次，他手下的一个代孕母亲给她打电话，“把我接回去吧，我要累死了。”沟通后才知道，客户要求代孕母亲每天早上起床念英语，中午磨墨写字，文化水平不高的代妈说“不会写”，但客户不依不饶，“你只管写，乱画都行。”

有时妊娠反应严重，陈芳会没胃口。保姆给她熬鲫鱼汤，浓白的鲫鱼汤端到面前，她却怎么都喝不下去。“但喝不下去也要喝，胎儿没有营养长不好，我们做这个，也想保证成功。”

在吕进峰公司的协议里写着，如果产检发现胎儿小于正常范围，会扣除不菲的佣金。“发现偏小以后，产检过程中多次（相隔一个月以上）发现胎儿偏小，每发现一次扣代孕佣金 5000 元。甲方保证其生养的婴儿不得轻于 2700 克（指怀孕单胞胎）。每少于 50 克，甲方的代孕佣金减少 2000 元”。

几次产检，陈芳都有些缺铁性贫血，医生给她开了补血药。世界卫生组织（WHO）资料表明，50％以上的孕妇会生理性贫血，其中最为常见的是缺铁性贫血。缺铁性贫血不仅危害到孕妇自身的健康，还可导致死胎、早产、分娩低体重儿、新生儿营养性贫血等。

事实上，生育本身就是一种充满风险的行为。医学研究表明，孕妇在孕期及生产时，可能会面临妊娠合并心脏病、羊水栓塞、子宫破裂、大出血、感染等数 10 种风险。除了以上风险，代孕母亲还要承受药物损害、卵巢过度刺激综合征等在内的更多风险和伤害。

在美国得克萨斯州，由于代孕母亲必须要承担代孕过程中的许多风险，该州法律要求医师在签约前，必须告知契约当事人（包括代孕母亲和委托人）人工生殖的成功率；植入胚胎与多胞胎怀孕的风险；相关程序的性质和费用；人工生殖中服用促排卵药物、取卵和植入精卵或者胚胎对于健康所产生的风险，以及代孕对心理可能造成的影响。这些都能够帮助当事人对于契约深思熟虑，假如一方反悔，法院要强制双方遵守契约。

在中国，代孕各方所有的保障都系于一纸合法性基础不足的协议上。当然，协议对某些可能产生的后果也进行了一些规定，例如：甲方在孕期 3 个月至 5 个月前发生意外流产或经大型三甲医院鉴定必须流产，如因需求方原因，甲方的身体伤害治疗费用由需求方承担，另外需要支付 15％总代孕佣金＋5000 元赔偿金；如果甲方在协议期限内死亡，经公安部门鉴定为需求方责任，则需求方除应该承担的法律责任外，赔偿甲方家属 10 万元整。“需求方”是吕进峰的公司，甲方是代孕母亲。“有时候家属闹一闹，我们赔得就多一些，这也没有办法。”吕进峰说。

2007 年之后国内私人代孕产业发展迅猛，这才引起政府部门的注意并开始严厉打击。吕进峰也没逃过去，“有三个代妈被拖走强制堕胎，两个双胞胎、一个单胎，赔了好几百万。”

今年春节刚过，国内有关代孕合法化的讨论又成为热门话题。多年以来，每当有关于代孕法规制定的动态，吕进峰都格外关注。历次有关这一问题的公开讨论，甚至让他所处的整个代孕行业都很紧张。

2015 年底，《人口与计划生育法》修订表决期间，吕进峰可谓坐立难安。当时草案打算将“代孕条款”写进《人口与计划生育法》，并在第 35 条规定：“禁止买卖精子、卵子、受精卵和胚胎，禁止以任何形式实施代孕”。国家卫计委希望通过此举将代孕这一事情上升到法律的层面。这被外界视为国家层面将对代孕实行全面管理的标志。“如果禁止代孕被写进《人口与计划生育法》，那就意味着，地下代孕将不再是灰色地带，而是违法行为，有法律依据了。”吕进峰密切地关注着。结果到了最后一天，表决稿删除了“禁止代孕”的条款。

在吕进峰看来，“从国内目前的情况（包括不孕不育现状）来说，国家肯定不会有太大的打击力度，现在（监管）就是真空期了，是默许。”说到这儿，他突然又有些惶恐，一旦代孕合法化，肯定会有大量的资本流入这个行业，医疗机构本身也会去开展业务，到时候竞争力可能就保不住了。

面对目前的局面，吕进峰迫切地需要巩固自己代孕王国的地位。几年前，他就有建设医疗基地的想法，但当时遭遇了骗子，赔了不少钱，这件事就被搁置下来。从 2016 年年初开始，他频繁地奔波于北京、上海等地之间，筹划并建设了新的基地。现在，每一位客户在签约前，都被邀请到基地来参观，吕进峰通过这种方式建立客户对他的信心。

“目前，我基本上可以无视其他对手。就像手机厂商有成千上万，但大头利润还不是被苹果拿去了？”吕进峰有自己的雄心，他想象着代孕合法化之后，“租一座大楼，就叫 AA69 大厦”。

“你看，我们的沙发都是私人定制的，我就喜欢高大上。”在他其中一家基地的办公室里，吕进峰整个人都陷在沙发里，他高高地架起二郎腿，双手肆意地搭在沙发扶手上，仿佛是这个地下王国的统治者。★

（本刊记者陈俊丹、实习生马秀岚对本文亦有贡献）

曾网上多次扬言报复！沭阳刺伤法官男子“结仇”始末

2017-02-19　新京报

又见法官遭报复！法官作为法治正义的捍卫者，怎么成了诉讼风险主要承担者？

2 月 17 日晚，江苏省沭阳县人民法院官方微博通报，当日 13 时 50 分许，该院周龙法官步行上班途中至法院大门附近时，一名男子开车将其撞倒，随后下车持刀对其连续刺戳。周龙胸腹部及双上肢多处中刀，肺穿透伤，伤及心包，当场失血性休克。

2 月 18 日，沭阳县中医院重症监护室外，围着十几位周龙的亲友和同事。周龙的家属告诉新京报记者，周龙的肺部、小肠受伤严重，目前已脱离危险期，还不能说话，但意识清醒，他还需在重症监护室内至少一周。

沭阳县人民法院通报还称，据初步查明，行凶者名为胡小干，系一名长期闹访、缠访的被执行人。事发后，胡小干被沭阳县公安局民警当场抓获。

结怨于一起债务纠纷案判决

2 月 18 日凌晨 2 点 30 分，沭阳法院官微通报，经初步调查，犯罪嫌疑人胡小干，因对法院关于其相关债务纠纷的判决及执行心存不满，长期闹访缠访，此次蓄意行凶。目前，案件正在进一步侦查之中。

▲2 月 18 日，遇刺的法官周龙仍在重症监护室医治。新京报记者 付珊 摄

沭阳县人民法院官网显示，周龙出生于 1964 年，现任沭阳县人民法院党组成员、副院长、审判委员会委员，曾任该院执行局局长，长期工作在民商事审判及执行一线。

周龙的家属告诉新京报记者，胡小干的案子从 2011 年开始，之后持续与法院纠缠多年。

新京报记者获得一份宿迁市中级人民法院的终审判决书显示，胡小干出生于 1985 年。2010 年 7 月 4，胡小干父亲胡道美向刘某借款 7 万元(月息 2%)。后胡道美于 2011 年逝世，无法偿还。刘某要求胡小干及其母亲吴某、妹妹胡某共担欠款及利息。

沭阳县法院一审判决认为，胡道美生前与吴某、胡小干、胡某一直在一起共同生活，胡道美生前所购买房屋虽登记在胡小干名下，并与胡小干共同经营木材加工，胡道美借款用于家庭共同经营，应认定为家庭共同债务，因此判决由吴某、胡小干、胡某三人共同负担债务。

宿迁中院的终审判决显示，一审后，胡小干提出上诉，认为自己婚后与父亲及其他家人分开生活，其父亲并没有把借的钱交由自己支配，他自己也没有继承父亲财产，法院判定大家为家庭共同成员是认定错误。2012 年 7 月 23 日，宿迁中院终审判决：胡小干的上诉理由依据不足，维持原判。

新京报还获得了另一份判决，与上述案件类似，涉及 6 万元的借款，胡小干也以同样的理由上诉被驳回。

之后，因不履行法院判决，沭阳县法院决定对胡小干名下的三套房产进行司法拍卖。周龙家属告诉新京报记者，当时周龙分管执行庭。

胡小干与周龙的矛盾，也就此埋下伏笔。

当地曾就疑犯信访开听证会

胡小干败诉之后，多次去信访局上访，也开始在网上发帖。

新京报记者检索发现，判决生效后，沭阳吧、江苏吧等多个百度贴吧里开始频繁出现署名为胡小干的实名举报帖。这些帖子从 2012 年起持续至去年。

在贴吧里，记者看到了一份署名胡小干、向沭阳县人民法院提出的申诉书，胡小干认为父亲借的钱并非自己所借，自己无需还款。他还表示，被执行的三间房是自己全资购买，并且在保全之前，就已卖给别人。

胡小干请求沭阳县人民法院解除对他 3 间门面房的财产保全，赔偿因错误保全，给他带来的一切经济损失，并撤销拘留决定书。

这是他多年里在网帖里反复提出的诉求。

在多个署名胡小干的网帖和博客中，都表达对法院判决和对沭阳法院人员的强烈不满和辱骂。

据当年参加听证会的人士刘庆(化名)透露，2013 年，沭阳县相关部门注意到胡小干的网帖。沭阳县政法委委托县信访局召开听证会。这个听证会持续 1 个多小时。参加听证会的有县人大代表、县公检法、法制办、舆情办负责

人、胡小干所在村的支部书记，镇政法委书记等共 9 名听证员，还有 3 名网友被邀请旁听。

刘庆告诉新京报记者，周龙也旁听了这场听证会。

▲2013 年，沭阳县相关部门针对胡小干信访事项召开听证会。胡小干坐在当事人席上。受访者供图

听证会的结论是案件判决没问题。刘庆也认为，法院的判决没有问题。

刘庆告诉新京报记者，听证会之后，法院拍卖了胡小干的房产。

疑犯网上多次扬言报复法官

“周龙早就知道胡小干要报复。”刘庆说，2015 年，胡小干在网上声称要报复案件承办人。

刘庆记得，当时胡小干甚至在网上写出，“如果这个时候再不处理我的事情，是不是要死两条人命才可以解决”这类的话。

他看到网帖后立即打电话提醒周龙。周龙告知他，这并非胡小干第一次发出威胁。“周龙说，胡小干昨天就去中院找承办法官了，他还带着刀。”刘庆说，周龙说心里有数，并且做了安排。

新京报记者通过胡小干在网帖里留下的手机号，搜索到胡小干的微信，发现其微信名即是要“办周龙”的言词，微信签名也是对周龙的辱骂。

周龙的家属告诉新京报记者，周龙并没有太在意胡小干带来的威胁，“他本人不是太较真的人，没有放在心上。”

2013 年的听证会，胡小干也参加了，他在听证会的表现，给人留下固执、偏激的印象。胡小干不顾秩序，经常插嘴，嗓门大，话语粗鲁。

听证会之后，刘庆曾尝试劝胡小干，希望他不要在网上骂人，教他用法律的方式来表达诉求。但是，胡小干听不进去，还埋怨刘庆，“不向着他，他就骂人。骂人瞎眼。”在刘庆看来，胡小干不懂法律。

多次尝试之后，2014 年，刘庆放弃了，删了胡小干的 QQ 号，不再与他联系。

直到 2 月 17 日晚上，刘庆看到新闻，“胡小干真的实施了报复。”

各级法院纷纷发声谴责

周龙遇袭后，引起社会广泛关注，江苏省检察院、高院、最高人民法院也先后发声进行谴责。

17 日晚，江苏省人民检察院官方微博@江苏检察在线发布消息称，案件发生后，江苏省检察院第一时间启动重大敏感案事件快速反应机制，指导宿迁市检察院、沭阳县检察院依法提前介入该案，对侦查取证工作进行引导。

18 日凌晨，江苏省高级人民法院官微发布“表示强烈愤慨和谴责”的声明。

声明中称，“周龙法官同时也是江苏省法官权益保障委员会的委员，一直以来对如何加强法官权益保障工作出谋划策，尽心尽力。当前全国法院正在打响执行攻坚战，全力解决执行难，并全力推进法官权益保障工作，但法官权益屡屡被侵害，这充分说明当前法官权益保障工作形势严峻，任重道远!法官权益尚得不到有效保护，法官何以保障社会公平正义和人民群众的生命安全!”

18 日上午，最高人民法院官网刊发中国法官协会法官权益保障委员会谴责文章称，上月，广西陆川退休法官傅明生被残害的血迹犹在，近日又发生江苏沭阳法官遭受不法侵害的暴力事件。严峻的现实警示我们，加强法官履职保护已经刻不容缓。

“我们强烈呼吁有关方面尽快建立法官职业安全特别保障机制，切实采取各种有效措施，落实保障法官依法履职所必须的人格尊严和人身安全保障制度，法官的尊严和安全必须得到全社会的共同维护!”

——江苏省法官权益保障委员会

新京报记者 付珊 实习生 赵明

法官履职安全不应是诉讼风险“牺牲品”

这是近年来屡现的法官遭报复事件中的最新一例。中国法官协会权益保障委员会和江苏省法官权益保障委员会均发表声明，谴责暴力、呼吁保护法官的尊严和安全。而这份呼吁并非多余：在广西退休法官傅明生遇害给社会带来的锥心之痛尚未平复，这起恶性事件又在伤口上撒了盐。作案者手段之凶残、心智之猖獗，无异于对法治底线的直接践踏。要慰藉正义，必须对其依法从严惩治。

现实中，很多基层法官常处于社会矛盾冲突的一线，面临的职业风险和人身危险远高于一般公职人员。新旧秩序观念的碰撞、不同利益诉求的博弈，经常一股脑涌向法院，依靠一纸裁判定纷止争。有个常识是，几乎每份裁判中都存在不被支持的一方，很多诉讼行为也存在风险，法官即便在实体上、程序上以及后续释法工作上能做到位，也未必能让原、被告胜败皆服。

每次承受暴力伤害的，或许是某位法官，但这绝非一人之不幸。如果法官行使职权，还要掂量可能的人身风险，

如果裁判和执行不能免予暴力威胁，那么个人安全将取代公平正义成为法官履职的首要追求，司法作为社会最后一道正义防线，也面临被“暴力即公理”法则攻陷的危险。

近年来，国家在制度法规层面给予法官的保护，也在强化。不论是“两办”出台的《保护司法人员依法履行法定职责的规定》，还是最高法出台的《人民法院落实〈保护司法人员依法履行法定职责规定〉的实施办法》等，都在强调保护司法人员依法履职的权利。

但这些文件仍侧重于对工作时间、工作区域的安全保护，而下班之后才是安全风险最大的时段，近期多名法官遇袭，也都发生在非工作时段。由于危险的发生存在不确定性，派人对法官进行全天候贴身保护很难做到。但防微杜渐，严惩侮辱、诽谤、威胁、跟踪、骚扰法官的行为，发现即惩处，并尽量将诉讼未了的纠纷导入法治路径，实现更独立的依法裁决，而非让法官作为风险的末梢承受者。

保护法官的人身安全，关乎司法权威与法治尊严。法官作为法治正义的捍卫者，不应成为诉讼风险主要承担者。而保障其履职安全，也该有更多切实举措。**口邓学平(律师)**

五年回家路

2017-02-20　经济与法

在广州市的一家医院里，有这么一位特殊的“病人”，这个小女孩她只有 5 岁，可是她却一个人在这家医院里整整住了 5 年，吃饭、说话、走路她都是在这里学会的。陪伴她长大的是医生和护士，那么，她的父母呢？她为什么会一个人在医院住了这么长的时间而不回家呢？

这里是广州市妇女儿童医疗中心儿科重症监护室，这个小女孩名叫燕子。她出生刚 4 个月后，就住进了这里。一住就是五年。

重症监护室的病床成了燕子的家，这里的医生护士把燕子当作自己的孩子来看待，燕子也早把医生护士当成了自己的爸爸妈妈。

重症监护室的护士还为病房里的这位“特殊住户”制作了一段充满爱心的视频，从视频中我们不难看出，这些医生护士和燕子在长达五年的时间里，已经建立起胜似亲情的感情。但是，我们不禁会问这燕子难道没有父母吗？究竟是什么原因让她长期滞留在医院呢？

医护人员说燕子有亲生父母，既然燕子有父母，但为什么她的父母却忍心把孩子丢在医院，而不接她回家呢？事情还得从五年前说起。2012 年的 3 月 15 日，广州市妇女儿童医疗中心儿科重症监护室接诊了一位特殊的病人，一个刚出生 4 个月的女婴。女婴全身糜烂，高烧不退。

经过医院确诊，这位全身皮肤瘀斑、高烧不退，名叫燕子的女婴得了暴发型流行性脑脊髓膜炎，简称流脑。是一种由致病菌经鼻咽部侵入血循环，形成败血症，具有强烈传染性的疾病。这样刚生下来的婴儿很难存活，一般几个小时到一两天之内就会死亡。

但在医生的大力抢救下，刚出生 4 个月的燕子大难不死，终于从死亡线上抢救了回来。

据燕子的主治医生陶建平说，他从医近 30 年。燕子能够活下来算是命大。但是，这次救治也给燕子留下了一些后遗症。

由于组织缺血导致身上的皮肤大面积坏死，留下一个又一个斑痕，而最让人无法接受的却是燕子的鼻子，已经坏死脱落了。

劫后余生，在经历病魔的折磨后燕子活了下来，我们又不禁为燕子感到庆幸，但谁也没想到的是，正是这场疾病留下的一系列后遗症，让孩子在病房一待就是五年。

在经过三个月的治疗后，燕子终于脱离的生命危险，并逐渐康复。医院认为患者已经具备了出院条件，于是他们通知燕子的父母，但是让他们诧异的是，燕子的父母却拒绝接孩子出院。

燕子的父亲今年五十多岁，是出租车顶班司机。燕子是他唯一的孩子，他认为燕子之所以出现这种情况，全是医院的责任。因为孩子刚出生的时候五官端正，跟现在判若两人。

不管医院怎么解释，燕子的父亲就是不肯接孩子回家。而医院三番五次的送孩子回家，也被燕子的父亲拒之门外。他坚持认为医院应该对此负责。

在孩子能否接回家的这件事上，燕子的父亲态度非常的坚决，不接。广州市妇女儿童医疗中心则坚持认为，燕子的病已经治好。孩子的父母就应该把孩子接回家，而至于孩子失去了鼻尖、鼻翼这完全是疾病的后遗症造成的。但燕子的父亲却坚持认为燕子的鼻头缺失和身上的斑痕都是由于医院存在医疗过错行为所造成的，因此要求院方负全责。于是医患双方展开了拉锯战，这可苦了燕子这个孩子，有家不能回，只能住在医院的重症监护室里。

由于父亲拒绝接她回家，燕子只能继续住在医院，与其他的同龄人相比，在燕子的眼中看到更多的是白色，在

她的身边没有一起长大的伙伴，没有可以肆意撒娇的父母，更多的时候，她都是一个人在静静的玩耍。

医者仁心，尽管医生护士把燕子当成自己的女儿来对待。但是随着孩子的一天天长大，如果一直在医院，没有及时和社会接触，将会对她的健康成长造成极大影响。

因为多次协商没有结果，2013 年 9 月，广州市妇女儿童医疗中心向广州市荔湾区人民法院提起医疗服务合同诉讼，要求燕子父母将孩子接回家，并支付已欠下的 42 万多元的医疗费用。

2014 年 4 月 17 日，广州市荔湾区人民法院开庭审理此案。法庭上燕子的父亲认为，如果医院听他的，孩子就不会出现鼻子缺失的问题。是医院错失了最佳治疗的时机。他说懂点医学知识，如果在孩子脸变黑的时候，按照他的方法，给孩子喝犀牛角水，也许孩子不会变成现在这样。

医院认为，暴发型流行性脑脊髓膜炎，是一种具有强烈传染性的疾病，所谓的偏方根本不起作用，也不适合在家接受治疗。

陶建平说，作为医生，他不能答应患有严重传染病，而且病情危急的燕子离开医院，万一有什么意外，任何人都担不起这个责任。而站在燕子父亲的角度来说，他用偏方，给燕子喂犀牛角水来救孩子，也无可厚非，这种救女的迫切心情可以理解。但事情后来却演变成因为后遗症而拒绝出院，这究竟是与医院的救治不当有关，还是燕子根本就不符合出院条件呢？

院方说，上个月他们已请院外专家评估过，燕子完全具备出院在家照顾的条件。燕子父亲则强调孩子满身都是疤痕，自己无法接她出院。

显然，燕子父亲和医院的矛盾在抢救燕子的过程中就已经产生。当燕子父亲提出他的治疗方法，没得到医院允许，而燕子容貌又发生巨大变化的时候，他认为医院必须为此负全责，自然也包括 42 万的医疗费用。医院在充分考虑燕子父亲的实际情况后，决定不再追究这笔费用，只要求燕子父亲把孩子接回家。

法院经审理认为，经医院多科专家会诊，认为燕子的流脑已治愈，皮肤瘢痕未影响生活及肢体活动，鼻部缺损目前不宜接受整形手术，符合出院标准。况且燕子目前尚年幼，父母的陪伴、关爱、照顾对其身心健康成长至关重要。2015 年 3 月，广州市荔湾区人民法院作出一审判决，被告燕子父母到原告广州市妇女儿童医疗中心为燕子办理出院手续并将燕子接回家。

广州市荔湾区人民法院作出了判决，被告燕子父母到医院为燕子办理出院手续，并将燕子接回家。事情到此，似乎已经有了一个了结。但燕子的父亲却不服这个判决，而是上诉到了广州市中级人民法院，2016 年 8 月，广州市中级人民法院作出终审判决，驳回燕子父亲的上诉，维持原判。虽然这个判决已经生效，但燕子的父亲却仍然坚持己见，不同意接燕子回家。那么，燕子究竟能不能离开住了 5 年的医院回家去呢？

2016 年 9 月，广州市妇女儿童医疗中心向广州市荔湾区人民法院申请强制执行，看着燕子天真无邪的笑脸，具有二十多年执行工作经验的招汝荣，感觉遇到了从未有过的为难。如果勉强让孩子回家，父母消极接收，怠于履行抚养义务，对孩子的成长十分不利。

那么，该如何才能让燕子的父亲心甘情愿的把她带回家呢？通过与燕子父亲的面对面交流，执行法官发现，燕子父亲自 2014 年开始就没有固定工作，收入十分不稳定。更麻烦的是燕子的母亲由于“看不到希望”在 2015 年就和燕子的父亲离婚了。由此看来，燕子父亲不接孩子回家的确另有隐情。

如果简单粗暴的动用司法强制力把燕子“送回家”，迎接燕子的极有可能是一个肢离破碎、生活无着的边缘家庭，以及一个冷淡无爱的“冰冷”父亲，其结果不但无法达到法院判决所期望的“助其欢愉成长，平复容貌缺撼带来的精神伤痛”，反而会对燕子造成再次身心伤害。

每个月，招汝荣都会去一次燕子住的的医院，看望她。但每一次，招汝荣都深切的感受到，从小没有感受到父爱和母爱的燕子，已经错失了由父母亲陪伴，接触社会、探索世界的宝贵时光，也错失了与同龄孩子一起入读幼儿园接受学前教育的最佳时机，如果再继续拖下去，燕子还将会错过入读小学接受义务教育。以后融入社会生活的机会，人生之路将愈加艰辛。

燕子已经 5 岁，不能再等了。但面对忍心将亲生骨肉留在医院病房达 5 年之久的父母，要在较短时间内扭转他们坚持了 5 年之久的错误执念，使他们配合执行心甘情愿把燕子接回家，这似乎是一项不可能完成的任务。而且，即使他们真把燕子接回家，但从没离开过医院病房生活的燕子，带着暂时无法消除的容貌缺撼，能够闯过心理关口，顺利回归家庭、学校和社会吗？

要让燕子顺利回归家庭，招汝荣觉得必须先解决燕子父亲的生存问题，同时希望借助社会力量为燕子回家后的后续生活提供帮助。

在执行局的大力推动下，燕子父亲所在社区的街道和一些社会慈善机构纷纷伸出援助之手，表示愿意帮助燕子

回家，帮助燕子的父亲，让他没有后顾之忧。

在荔湾区人民法院执行局和各方力量的推动帮助下，终于一步一步打通了燕子父亲砌筑多年的壁垒藩篱，彻底放下了戒备和对抗。表示，自愿接燕子回家。强制执行成功转化为自愿履行。

从离家到回家，燕子用了五年，从拒绝到接受，只是一刹那，不善言语的燕子父亲用实际行动告诉我们：关爱在于沟通，只要有爱，父女的路会越走越宽广。

家是温暖的港湾，这种感觉对刚刚过完年回来的我们感同身受，小燕子的回家之路之所以揪人身心，正是因为回家的感觉是幸福的。在所有法院执行类别中，行为类执行是最多样复杂的，尤其是与人身相关的行为执行，采用简单粗暴的执行方式其效果可能适得其反，因此每一次执行，都是对执行法官智慧和经验的考验，需要执行法官以人为本，采取合法、合情、合理的执行手段。燕子回家的这个执行案，围绕未成年人最大利益原则，通过人性化执行手段，刚柔相济，以柔制刚，最终确保生效判决依法有效执行，通过司法执行向人民群众传递了司法的力度和温度，也最终让燕子踏上了一条不再冷冰冰的回家路。

14 岁怀孕、逃婚 5 次，重庆巫山童养媳被买下的悲惨人生

2017-02-28 新京报 记者江峡

“我当时 13，他已经快 30 了，我对这个男人的感觉就是恶心，特别讨厌他”马泮艳说。据马泮艳回忆，陈学生因为马泮艳总想着逃跑，会对其拳脚相向，嘴里还念叨着“你是我买来的，跑到哪里去。”

如果没有之前的经历，马泮艳应该和所有二十八九岁的女人一样。她的朋友圈里有记录生活的小视频，有用当下流行 app 拍下的自拍照，还有和妈妈一起庆生时的蛋糕。

然而之前的经历，让她除了一个普通的未满 30 岁女人之外，有了另外一层“甩不掉”的身份——“重庆巫山童养媳事件当事人”，这是马泮艳个人微博的介绍信息。

2 月 19 日，“童养媳三姐妹”中的马泮艳、马泮辉回到巫山县，向十几岁时强迫她们嫁入他门的人要个说法。

13 岁的“新娘”

“做梦都梦到背着书包去上学。”马泮艳的妹妹马泮辉说，作为三姐妹中最小的一个，她也没能逃离掉当童养媳的命运。

马家三姐妹的童年从马泮艳 9 岁时开始走向失控。1997 年，身患精神病的母亲病情发作，将父亲打死，母亲被派出所刑拘后，因病情免于刑事责任，被放出来后，母亲带着三个女儿投靠大伯，“可能因为对妈妈打死爸爸事情记恨在心，大伯经常打妈妈。”二姐马泮艳说。

母亲在不久后离家出走，便再也没有回到过巫山县，三姐妹由此生活在了伯父马正松家。

大伯马正松家里带上马泮艳三姐妹有 8 人之多，全靠他屋子前的一块耕地维持。生活 4 年后，13 岁的马泮艳被“嫁给了”一个 29 岁的男人——陈学生。据陈学生爸爸透露，当时给了马正松 4000 块钱。

“什么都不懂，家里亲戚用大货车拉着我要送我走，去到陈家之后，陈家请了亲戚朋友，杀了头猪，摆了十几桌。”年幼的马泮艳并不知道这就是所谓的“结婚”，迷迷糊糊就成了别人的“新娘”。

“我当时 13，他已经快 30 了，我对这个男人的感觉就是恶心，特别讨厌他”马泮艳说。

到陈家后，马泮艳与陈学生两人前往福建打工，因当时马泮艳仍未成年，未能在福建找到工作，又被陈家人送回到巫山。

正是在这次外出中，马泮艳与陈学生发生性关系，2002 年，14 岁的她怀了孕。“当时还小，旁人说年纪小怀孕很容易掉，说从田坎跳一下可能会流产”，听到这种说法，她一次又一次去跳那个可能会让孩子流产的田坎，“也没掉啊”马泮艳神情苦涩。

不太想让孩子出生，也不敢真的去打掉，本该上初中的年纪，马泮艳却半推半就地当上了未成年妈妈。

用刮胡刀“割”出来的孩子

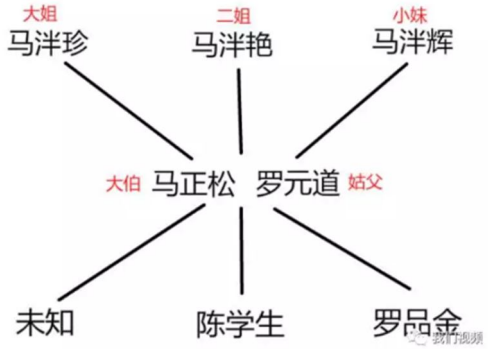
妹妹马泮辉的生活仿佛是马泮艳的翻版。

12 岁时，马泮辉被嫁到了同村罗家，**“天天守着我，直到我怀孕。”**马泮辉回忆，她刚刚嫁过去的时候还没有月经初潮。

15 岁的时候，马泮辉生了第一个孩子。“整整痛了两天，孩子还是生不出”马泮辉回忆道，罗家找来一个接生婆，接生婆说如果再生不出来很可能会死在肚子里，**“他们用刮胡子那么大的刀片，一个按住这边脚，一个按住那边脚，在下身开了个口，孩子就生出来了，然后用线缝了几针。”**马泮辉当时哭喊着不要用刀割，但是她的声音没有人愿意听。

2012 年 5 月，随着年龄变大，马泮辉无法忍受当时的生活，“他总是纠缠不清，我又跑不掉，就想着死了算了。”

她说到做到，喝下了一瓶药想一了百了，但被及时救了回来，自那以后，罗品金决定答应马泮辉离婚。



▲关系示意图，人物上下对应

“你是我买来的，逃到哪里去”

离婚后，马泮辉去投靠了成功出逃的姐姐。此次姐妹二人一同回到巫山县，马泮辉见了自己的“前夫”罗品金，新京报记者了解到，罗品金是在订婚前才知道当时的马泮辉只有 13 岁，而非同村没人罗元道（马家三姐妹的姑父）所说 16 岁，**“从没有没考虑过幼女结婚的事情**，全是被罗元道害的，她没满 16 岁，是幼女结的婚，我宁愿去坐牢。”他还对马泮辉说：**“如果为了两个孩子我们还能走到一起，我是没有意见的。”**

马泮辉当然不想也不会重拾这段没领过证的事实婚姻，想到曾经的经历，**她“除了哭，就是恨。”**

马泮艳的日子也不好过。因为没受过教育，在广州的时候只能通过在工厂当女工维持生计。

生活中的拮据马泮艳可以忍受，最让她难以释怀的还是之前的种种经历。从 14 岁到 20 岁，马泮艳曾先后 5 次尝试逃跑，最难受的一次，她已经跑到了大伯家，求大伯借钱坐车逃跑，却仍是被陈家人抓了回去。据马泮艳回忆，陈学生因为马泮艳总想着逃跑，会对其拳脚相向，嘴里还念叨着**“你是我买来的，跑到哪里去。”**

2008 年，马泮艳生下儿子后再次逃跑，这次逃跑终于让她脱离掉那段噩梦一样的生活，出逃成功后，马泮艳一直在广州务工。

2011 年，马泮艳所在工厂的大姐告诉她户口本很重要，她这才生起了想办一个户口本的念头，万万没有想到的是，她在巫山县档案馆查到：2008 年，马泮艳的户口已从金花村迁到乌龙村（陈学生户口所在地），且显示为已婚状态。

虽然曾和这个男人生过两个孩子，但马泮艳清楚地记得，**自己从来没有去民政局办理过任何手续、签署过任何文件，怎么就“已婚”了？**她随即来到曾“被卖过去当童养媳”的陈家要求离婚，但遭到陈家人的严加看守，据马泮艳回忆称，陈家人给“买了自己”的陈学生打电话，让他回来看管好自己的媳妇。

为了避免旧事重演，她找邻居要了 15 块钱，当晚逃走到了巫山县城，在县城一家茶馆上班，攒下 1200 块钱。她不想也不敢再回到这片伤心地，暂时打消了离婚的念头，事情也就不了了之。

“我之前不知道怎么办，后来才有人告诉我可以维权。”马泮艳说。

辞去工作，专注维权

2015 年，马泮艳在打工过程中遇到一个社工，讲述自己的经历之后，社工鼓励她勇敢拿起法律武器维权。

2016 年 5 月，马泮艳向巫山县人民法院提起诉讼，要求法院判决自己与陈学生离婚。同日，她去双龙派出所报案，控告陈学生在自己未成年时时强迫自己发生性关系，属于强奸幼女。

2016 年 6 月，巫山县人民法院判决马泮艳与陈学生离婚生效，孩子归男方抚养。

婚离成了，但马泮艳的诉求还没有完全达成。她现在已经辞去广州的工作，回到巫山县，走上维权之路，“希望陈学生判刑，追究大伯马正松和四姑父罗元道拐卖妇女儿童罪和遗弃罪。”

陈学生曾给过大伯 4000 块“抚养费”，罗品金给了 4000“抚养费”，3000 礼金，大伯说只是换家寄养，但马泮辉的前夫罗品金则对记者坦言，**自己是奔着结婚给的钱，不是为了抚养一个孩子。**

村里的人曾劝他不要再追究这件事，“他们说这样对孩子不好，还坏了村里的名声。”但是马泮艳不这样认为，她对新京报记者说，自己不会再回到那个村子里生活，“他们不能理解我。”

而随着事情的发酵，众多媒体报道后，“巫山童养媳马泮艳借维权骗捐”的说法出现在网络上，对此，马泮艳表示：“微博有人打赏，不多，知乎上有人捐了几百块，就这些。”

而网络上流传的小说体裁“童养媳逃婚记”，里面用了马泮艳的名字，她却表示自己与那些文章没一点关系，

“全都是瞎写的。”

巫山县政府：无法认定拐卖儿童罪

现在，马泮艳在其社交网站上表示，自己还有几个诉求：

1、希望当年报案的结案民警收到处罚

解读：去年，《京华时报》曾对马泮艳在 12 岁时是否曾报过案进行核实，派出所民警表示确实有报过案，且当时检查其处女膜已破。但因马泮艳伯父说其已嫁给了陈学生，当地派出所据此判断这是一起家庭纠纷，没有管。

2、办结婚证的人受到惩罚

解读：民政局员工刘忠辉（已退休）于 2008 年在马泮艳未出席、未签字的情况下办理婚姻登记，违反了《婚姻登记条例》的相关规定，已受到党内严重警告处分。

3、前夫陈学生及姑父罗元道坐牢

解读：马泮艳认为罗元道是“卖掉”她和妹妹的主谋，陈学生则是在未满 14 岁时在其不同意的情况下与其发生了强制性行为，属于强奸幼女。2016 年，马泮艳在回巫山县办理离婚是，去派出所报案“陈学生强奸幼女”时，被告知强奸罪追诉期最高只有 10 年，她当时已经 28 岁，超过追诉期，不予立案。

日前，重庆市巫山县县委宣传部主管的巫山网发布一则名为《巫山县政府新闻发言人就马泮艳相关情况答记者问》中，对以上诉求做出回应。

1、无法证实当时公安机关不作为

双龙派出所无报案书证，时任民警证实未接到报警，马泮艳无法辨认所述接警民警，未查到当地卫生院对检查马泮艳是否为处女的接诊记录。

2、不能认定大伯及姑父拐卖行为

姑父罗元道见马正松家老小 8 人靠他一个人养活确实困难，在征得 13 岁马泮艳同意后，将马泮艳送往陈学生家。马正松主观上未以牟利未目的，客观上没有出卖行为，不能认定其涉嫌拐卖妇女儿童。

3、不能证明陈学生涉嫌强奸

法律规定，与未满 14 岁幼女发生性关系即构成强奸罪。马泮艳女儿与 2002 年 10 月 26 日（农历 9 月 21）出生，据医学专家意见，其第一次产女受孕时间在 2002 年 1 月至 3 月期间，马泮艳户籍资料显示，2002 年 1 月 24 日满 14 周岁。现有证据不能正实陈学生在马泮艳未满 14 岁时与其发生性关系。

最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女
双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复
（2003年1月8日最高人民法院审判委员会第1262次会议通过）法释[2003]4号
2003-01-24 08:57:32
中华人民共和国最高人民法院公告
《最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》已于2003年1月8日由最高人民法院审判委员会第1262次会议通过，现予公布，自2003年1月24日起施行。
我们视频

对于 14 岁之后发生的性关系，由于时间较为久远无法取证。

记者 江峡　　编辑 冯丹

24 条的规定秉承了婚姻法的原则和精神

——专访最高人民法院审判委员会副部级专职委员杜万华

2017-02-28 王春霞

最高人民法院审判委员会副部级专职委员杜万华日前接受中国妇女报·中华女性网记者专访，介绍了《婚姻法司法解释二》第 24 条的出台背景，回应了社会各界对 24 条的一些争议。

记者：近年来，公众、媒体及部分人大代表、政协委员持续关注 24 条法律适用问题。有观点主张修订甚至废止该条规定，理由主要是该条规定与婚姻法精神相悖，过分保护债权人利益，损害了未举债配偶一方利益。您怎么看？

杜万华：最高人民法院陆续收到一些来信来访，反应该条规定剥夺了不知情配偶一方合法权益，让生产经营负债以及高利贷、赌博、非法集资、非法经营、吸毒等违法犯罪行为形成的所谓债务以夫妻共同债务名义判由不知情配偶承担。甚至部分离婚案件当事人为虚构债务、包养小三恶意举债等也让不知情配偶承担。这些都有损社会公德，与婚姻法精神相悖，造成不良社会影响。

上述现象其实与 24 条规定没有必然联系。既然婚姻法第十七条规定婚姻关系存续期间生产经营的收益归夫妻共同所有，那么根据权利、义务、责任相统一原则，因投资经营产生的负债由夫妻共同承担自是应有之义。那些并不存在的债务或者在实施违法犯罪行为时产生的非法债务本身就不受任何法律保护，自然也就不属于 24 条调整的范围。

24 条的规定，秉承了婚姻法的原则和精神，严格限定在现行法律规定范围内对法律适用问题作出的解释，没有超越现行法律规定。

婚姻法司法解释关于夫妻债务处理的规定，也是随着婚姻法的变化而与时俱进地调整。我国三部婚姻法分别制定于 1950 年、1981 年、2001 年。1980 年婚姻法确立了夫妻共同财产制，第 32 条规定了“男女一方单独所负债务，由本人偿还”。针对该规定，1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 17 条中解释了男女一方单独所负债务的类型。随着社会经济发展变化，家庭财产模式随之发生深刻变化。2001 年婚姻法建立了我国的现代婚姻财产制度，删除了关于“男女一方单独所负债务，由本人偿还”的规定，相关司法解释需要随之修订。

同时，2001 年修改婚姻法时，我国已经建立社会主义市场经济。在当时的社会背景下出现一个社会现象，就是夫妻双方联手坑债权人，通过离婚恶意转移财产给另一方，借以逃避债务，一度还比较严重。

考虑到立法的变化以及婚姻法第 17 条、第 18 条、第 19 条、第 41 条等条款规定，结合当时的司法实际情况，最高人民法院在对债权人利益和夫妻另一方利益反复衡量和价值判断后，按照法律规定的内在逻辑性，举轻以明重的解释方法，确定了 24 条的表述。

当然，制定这一条时我们内部争论也非常大，反复讨论。我至今都能记得当时争论非常激烈的场面，其实，大家现在所说的情况，当初我们都考虑到了。但是，不制定，婚姻法的精神落实不了，当然，在制定 24 条时也参考了域外的规定。法国等国家和地区民法典的基本思路和 24 条是一致的。

从婚姻法司法解释二实施后的社会效果看，夫妻联手坑债权人的现象得到了有效遏制。随着社会的发展，出现一些新情况、新问题，配偶一方和债权人联手坑配偶另一方的情况开始出现。通过分析，我们认为，虚假债务、违法债务、正常债务，鱼龙混杂，比较纷乱，原因主要有三个方面：社会诚信建设、道德建设没有跟上社会发展的步伐；一些法官处理案件时有些简单化现象，特别是对债权债务关系性质认定、证据采信、审理过程中当事人诉讼权利保护等方面存在一些问题。甚至曾经执行过程中直接追加配偶一方作为被执行人；出现这些问题，我们认为是法律实施过程中事实认定的问题，而非司法解释的问题。

一些人大代表建议，废除 24 条，还有的建议，废除 24 条后，规定个人债务由个人偿还。个人所借债务由个人偿还，刚好是 2001 年婚姻法废掉的条文，这是和人大的立法思路明显冲突。

法律条款废除的一个前提必须是利大于弊。通过对学界、媒体、网络争论的深入了解发现，主流观点是保留 24 条。法律的存废，最要防止的是拆东墙补西墙，如果废除 24 条，有可能出现已经被遏制的社会现象反弹，按下葫芦浮起瓢，社会效果会成大问题。

记者：您认为，应当怎么解决“被负债”的困境？

杜万华：我们的指导思想是，既然社会发展出现了新情况新问题，又不是简单废除一个条款就能解决，那我们就应当坚持实事求是原则，有针对性地解决问题，哪个问题突出就解决哪个。需要说明的是，我们始终坚定保护妇女合法权益。

经过认真评估、反复思考，我们认为，妇女们反应比较多的问题，一个是虚假债务，一个是非法债务。24 条基本内容是不错的，所针对的是真实债务、合法债务。因此，最高法院审判委员会对 24 条作了补充规定，增加两款规定，同时下发通知，进一步规范司法审判行为。

记者：请介绍一下《解释二补充规定》和《通知》的主要内容。

杜万华：《解释二补充规定》增加的两款分别规定了虚假债务、非法债务不受法律保护。《通知》进一步强调、细化了对人民法院审理涉及夫妻债务案件的要求。

关于正确适用法律和弘扬传统美德相结合的问题。审理夫妻债务案件，严格讲是家事案件，主张要德治和法治相结合。一旦有了道德理念，行动就会更加自觉。

关于夫妻一方与第三人串通，通过生效判决或调解书确认虚假夫妻共同债务的甄别问题。之所以个案中存在适用 24 条后，虚假债务被认定为夫妻共同债务的情形，主要是因为个别法院的法官对债务是否虚假未从严审查。而未能查明的一个主要原因就是当事人、证人不到庭参加诉讼。《通知》依据民诉法司法解释的规定，明确提出当事人本人、证人应当到庭并出具保证书，通过对其本人进行调查、询问，进一步核实债务是否真实。未举债夫妻一方虽不能提供证据证明其债务为虚假的抗辩成立，但能够提供相关证据线索的，人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证。而且《通知》还指出了实务中未经审判即要求未举债夫妻一方承担民事责任的做法不妥，并提出了改正要求。

关于全面审查证据，防止机械简单办案的问题。《通知》中明确提出要求，在认定夫妻一方所负债务是否为夫妻共同债务时，应注意根据民间借贷司法解释第十六条第二款、第十九条规定的诸多因素进行综合判断。具体来说，要结合借贷双方之间是否存在亲朋好友、同事等利害关系，经合法传唤是否到庭参加诉讼、借贷金额大小与出借人经济能力是否匹配、债权凭证是否原件及其内容是否一致、款项交付方式、地点和时间是否符合日常生活经验、当地或者当事人之间的交易习惯、借贷发生前后当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，判断债务是否发生。强调要坚决避免违反法律和司法解释规定，仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

关于对夫妻中举债一方承认虚假债务的依职权审查的问题。日常生活中，基于各种原因举债夫妻一方未告知夫妻另一方某项特定举债在所难免。要求夫妻另一方事后证明特定债务没有发生，相当于证明没有发生的事实。这对夫妻另一方而言，未免要求苛刻。为了缓解夫妻另一方的举证困难，《通知》提出，在举债一方的自认出现前后矛盾或无法提供其他证据加以印证时，人民法院应主动依职权对自认的真实性做进一步审查。例如，对夫妻一方对外举债的真实性持异议的一方，可以申请法院对相关银行账户进行调查取证。在夫妻一方与第三人达成确认债务的调解协议，并申请人民法院出具调解书的情形下，应当结合案件其他事实从严审查调解协议是否损害夫妻另一方的合法权益。特别是对人民调解协议司法确认案件，由于其达成调解协议时，人民法院并未参与，故更有必要按照民事诉讼法司法解释要求，重点审查基础法律关系的真实性。

关于夫妻一方所负非法债务坚决不予保护的问题。目前社会公众反映强烈、最不能接受的是，有的法院判决夫妻一方因从事赌博、吸毒等违法犯罪活动而无法清偿的债务，最终被界定为夫妻共同债务，让不知情也未参与违法犯罪活动的另一方承担该债务。这个问题其实有以下情形：一是夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所欠下的赌债、毒债；二是夫妻一方因从事赌博、吸毒等违法犯罪活动需要，向他人借款，他人明知或应知其借款目的，事后还向未举债配偶主张共同债务的。这些情形法院均不支持。

关于涉及夫妻债务案件相关法条选择适用的问题，《通知》明确提出，要注意区分不同阶段夫妻债务的认定标准。如果夫妻双方已经离婚，在判令夫妻另一方承担夫妻共同债务时，应依据婚姻法第四十一条确定的夫妻共同债务标准作出判断。

关于确保承担夫妻共同债务一方的基本生存权益问题。24 条只是司法审判的实体裁判标准，只对裁判结果产生影响，本身并不会导致个别媒体所报道的夫妻另一方因被人民法院适用 24 条判令承担夫妻共同债务而出现“无家可归”“无钱治病”“食不果腹”等悲惨情况。

上述情形即便出现也只可能是因执法不严所致。最高人民法院在制定有关执行的司法解释、司法政策时，一直秉持“生存权高于债权”的基本理念。早在 2004 年制定的《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第五条、第六条就规定人民法院对被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品、生活必需费用、义务教育所需物品不得查封、扣押、冻结。对被执行人及其所扶养亲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。即便是 2015 年颁布的《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》第二十条，也明确了在保障被执行人基本居住权益的前提下，才能例外执行被执行人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋。《通知》中重申了上述理念并强调了要在执行中依法保护夫妻另一方的基本生存权益。

人民法院严格按照婚姻法第十七条、第十八条、第十九条和第四十一条有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则以及有关婚姻法司法解释的规定，并在案件审理中全面落实《通知》所提要求，应能有利于基本解决夫妻债务争议问题。

记者：有观点认为，夫妻共同债务的一个重要前提是为了夫妻共同生活所负债务，在您看来，夫妻共同生活应当如何理解？

杜万华：现在对夫妻共同生活确实有不同看法。我个人认为，婚姻法第 17 条，夫妻在婚姻关系存续期间生产、经营的收益归夫妻共同所有。共同生活的概念不能够仅仅理解为家庭生活，就是说在住房范围内的生活，应该包括

生产、经营。因此，在经营过程中，不断取得债权、物权，也会产生债务，如因管理经营共同财产所产生的债务。这些应该属于夫妻共同债务。

记者：下一步，最高人民法院将采取哪些措施，进一步完善解决夫妻财产问题？

杜万华：目前婚姻法关于夫妻财产制度只有 5 条相关规定，肯定是不够的。西班牙民法处理夫妻共同债务有 114 条，很多国家至少几十条。下一步我们要完善立法和司法解释，解决在夫妻债务、夫妻财产制中存在的问题。

婚姻法第四章“离婚”中第四十一条规定“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还”，社会公众、实务界和理论界对该条中“原为夫妻共同生活所负的债务”的理解存在争议，我们将加大司法调研力度，条件成熟时，将就此出台相关司法解释或规范性文件。与此同时，还将持续发布指导性案例，就家事审判领域中出现的新情况、新问题，统一裁判尺度。

目前，我国正在积极编纂民法典，在民法总则通过后，民法分则编纂工作将要启动。我们将积极配合全国人大的立法工作，对婚姻家庭领域中的夫妻财产问题、夫妻债务等问题作进一步分析研判，以更好指导各级人民法院妥善审理涉及夫妻债务案件。

“共同生活所负的债务”需尽快明确

——专访中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰

2017-02-28 中华女性网 王春霞

中国妇女报·中华女性网 记者王春霞

对于《最高人民法院关于适用<婚姻法>若干问题的解释（二）的补充规定》和《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》，中国妇女报·中华女性网记者专访了中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰。

记者：您对《解释二补充规定》和《通知》如何评价？

夏吟兰：《解释二补充规定》最重要的是在适用婚姻法解释（二）第 24 条时明确排除了虚假债务、非法债务。总的来说，出台补充规定和通知，有利于排除非法债务和虚假债务，从程序上保证债务的真实性，以达到保护当事人利益的目的。从某种意义上来说，这是对婚姻法司法解释（二）第 24 条的补充措施。

记者：您认为《补充规定》和《通知》有哪些亮点？

夏吟兰：首先，明确规定虚假债务、非法债务不受法律保护。法官要依职权在审判活动中严格审查债务的真实性，对于能够提出相关证据线索的，法官应当根据当事人的申请，调查取证，以排除虚假债务，制裁虚假诉讼。对于夫妻一方因赌博、吸毒等非法行为所负债务，非举债方不承担清偿责任。

其次，减轻了非举债方的举证责任。《补充规定》和《通知》要求当事人本人、证人到庭作证并出具保证书，要求如果当事人一方不能提供相关证据的，特别是非举债一方，法庭可以根据当事人申请依职权调查。这就强调了法庭要主动作为。司法实践中诟病较多的是非举债方举债困难，甚至举债不能，非举债一方对配偶他方举债之事不知情，让他举证，实属无法完成的任务。通过法庭依职权调查，主动作为，确保债务的真实性，有利于缓解非举债一方的举证困难。

第三，明确规定了判断共同债务应考虑的因素。《补充规定》和《通知》确定了全面审查证据，根据多项因素判断债务是否发生，判断哪些属于夫妻共同债务，哪些属于夫妻个人债务，作为给法官执法的参考标准。实际上，《补充规定》与《通知》具有司法解释的性质，这些比较详尽的执法标准，可以指导法官如何正确适用法律，防止法官错误理解、机械适用 24 条。

第四，明确提出生存权高于债权的人权保护理念。《补充规定》和《通知》提出“生存权高于债权”的人权理念，从人权的角度来看站位比较高。实际上，这种做法在司法实践中本来也有，如清偿债务、破产案件的执行中要维持非举债一方以及要抚养的当事人的基本生活。此次，最高法院特别强调，执行中依法保护夫妻共同债务另一方的基本生存权益，要保留必要的生活费用、生活必需品，特别是强调要保护基本居住权，值得肯定。以前在法律中没有特别明确提出过。

记者：对于如何更好地处理夫妻共同债务，您还有哪些建议？

夏吟兰：现在的问题是，哪些是夫妻共同债务，哪些是夫妻个人债务，法律并未明确。 婚姻法第 41 条规定的是“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还”。目前，对“共同生活所负的债务”的理解存在争议，同时，这一规定只是在离婚时有了债务如何解决，并未明确规定什么是夫妻共同债务，哪些属于夫妻共同债务，哪些属于夫妻个人债务。

2001 年制定婚姻法时，经济活动相对简单。随着市场经济的快速发展，特别是私营企业、个体企业的增加，经

济活动比过去更为复杂，在维护市场交易安全，保护债权人利益的同时，如何保护夫妻未举债一方的利益，这个利益平衡问题需要认真调研。

当下，夫妻共同财产远不只是用于夫妻共同生活。从这角度上，我认为夫妻共同债务除了为了夫妻共同生活，还要考虑是否有共同举债的合意，以及夫妻是否分享了债务所带来的利益。借债必须经过对方同意，同意的方式可以讨论，但是对方不能完全不知情，这一点非常重要。此外，夫妻共同财产制的重要特征是共同占有、使用、收益，处分，包括夫妻共有财产的增加，也包括减少，既有债权、也有债务，都要经过对方同意，这是共同财产制的应有含义。因此，我认为，夫妻共同债务是为了共同生活，有共同举债的合意，夫妻有共同处分的权利。

在民法典婚姻家庭编起草的过程中应该解决这个问题，明确规定哪些是夫妻共同债务，哪些是个人债务，这样就可以从根本上解决目前存在的问题。当然，婚姻法的修改有一个过程。期待最高法院加大调研力度，尽快出台相关司法解释或者规范性文件，明确什么是共同生活所负的债务，更好地回应社会关切。

（六）公证专题

城镇户口的子女可否继承农村父母的土地承包经营权？

2017-02-07 公证文选 拉丁鹰公证咨询组

（2017）第 3 号（2017 年 2 月 7 日答复）

>>>问题：农村土地承包经营权属于父母，现在父母去世，已经是城镇户口的子女是否可以继承该土地承包经营权？

>>>答复：

一、定义：土地承包经营权属于用益物权，是指土地承包经营权人为从事种植业、林业、畜牧业，对其承包的集体所有或者国家所有由农民集体使用的土地所享有的占有、使用、收益的权利。土地承包经营权是我国农村土地法律制度中特有的概念，是农村集体经济组织实行土地承包责任制的产物。根据农村土地承包法，所谓农村土地，是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地。

二、关于法定继承人继承承包收益：承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。

三、关于法定继承人继续承包：立法只明确规定在下述两种情形下其继承人可以在承包期内继续承包，而对于耕地、草地则没有明确规定。（一）林地承包人死亡；（二）土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的承包人死亡。

四、学理上的分歧：对于农村土地承包经营权是否可作为遗产继承有肯定与否定两种完全不同的观点。

（一）肯定土地承包经营权可以继承基于以下理由：（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。

（二）否定土地承包经营权可以继承则主要出于以下考虑：（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。

五、司法实践观点：林地以外的，以家庭承包方式取得的土地经营权不是遗产。土地承包法规定的继承人继续承包也并不等同于继承法所规定的继承。《中华人民共和国最高人民法院公报》李维祥诉李格梅继承权纠纷案（ 2009 年第 12 期总第 158 期第 37-39 页）【裁判摘要】：根据《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条的规定，农村土地家庭承包的，承包方是本集体经济组织的农户，其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。家庭承包方式的农村土地承包经营权属于农户家庭，而不属于某一个家庭成员。根据《中华人民共和国继承法》第三条的规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。除林地外的家庭承包，当承包农地的农户家庭中的一人或几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，由于承包经营权的取得是以集体成员权为基础，该土地承包经营权归于消灭，不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营，更不能作为该

农户家庭成员的遗产处理。

昆明市明信公证处“温情遗嘱”送温情

2017-02-22 法制网 记者陈虹伟 马越

“遗嘱”是一个人留在世间的最后一席话，是一种安排、一份嘱托或一个心愿。在很长一段时间里，办理遗嘱公证员都注重的是如何处分好当事人的财产，却忽视了在财产处分的背后有家庭、亲情、爱情和孝道作为支撑。遗嘱公证，对公证员来说或许只是一项常规业务，但对当事人来说，不仅是财产的传承，更是爱和情感的传递。如果忽视这些，那么，公证员办理的公证遗嘱将只是一份冷冰冰的法律文书。基于这种对当事人的理解、尊重与人文关怀，2014 年明信公证处提出了“温情遗嘱”公证业务。

记者了解到，之所以称之为“温情遗嘱”，是因为公证员在为当事人办理遗嘱前就应该走进当事人的情感世界，彼此信任、毫无保留，公证员需要做到耐心地倾听，与当事人无话不谈。当公证员敲动键盘的时候，公证员应该从内心感受到了这份遗嘱在字里行间表达的内容，对坐在面前的当事人到底意味着什么，到底能为他解决什么。遗嘱本身只是感情的一个载体，是用最朴素、最真挚的语言来表达最深沉、最厚重的情感的载体。在家庭结构中，假如全是一套套法律法规和契约，虽然正确，但并不管用，因为在以亲情为纽带的家庭关系中不愿或不接受冷漠的法律调整。

对于“温情遗嘱”，明信公证处的公证员是以实际行动来表达和营造的。他们首先对遗嘱的模版进行改进，加入立遗嘱的原因、目的，立遗嘱人对子女的期望和嘱咐，及后事处理等内容；其次加入摄像环节，在专门的遗嘱办证室内让立遗嘱人留下一段影像，述说自己的过去和对子女、亲属的嘱托，日后由明信公证处公开给其家人，使家人在接受遗嘱之时内心有了更为缓和的空间；最后根据当事人意愿办理遗嘱保管，并出具保管证书。代为保管的公证遗嘱独立存放不与遗嘱公证卷宗一同归档。除此之外，明信公证处还根据回访制度进行回访，以做到善始善终。

在提供“温情遗嘱”公证业务的过程中，明信公证处公证员印象最深的一件事，是关于有一退休老干部打电话到明信公证处家事法律中心，咨询如何办理遗嘱公证的问题。但让人想不到的是，这位退休老干部所立遗嘱安排的并不是财产问题，而是关于他去世后骨灰在何处安葬的问题。由于老人希望能够将自己的骨灰安葬在昆明本地的公墓，而子女却执意要将其骨灰带回老家，在与子女多次协商无果的情况下，老人只得通过明信公证处来寻求帮助，希望能够了却他人生最大的愿望。明信公证处家事法律中心的公证人员得知这一情况后，亲自前往了老人的家中，耐心倾听了老人坎坷的经历以及为何要将骨灰安葬于昆明的原因。在与老人交流的过程中，公证员当场表示愿意作为老人的遗嘱执行人，帮助老人实现这个对他来说最为奢侈的愿望。俗语说：“解铃还须系铃人”。通过提前征得老人同意，明信公证处的公证员尝试和老人的子女进行沟通，以求解决之道。公证员将老人最真挚的想法、情感传递给了他的子女，也耐心倾听了子女的想法，通过开诚布公的交流，最终，老人的子女表示愿意遵从老人的愿望，让他在百年之后的骨灰葬在昆明本地。老人听到公证员与子女沟通成功的消息后，在电话那头深深地舒了一口气，哽咽着反复念叨：“谢谢你们公证处、谢谢你们公证处…”

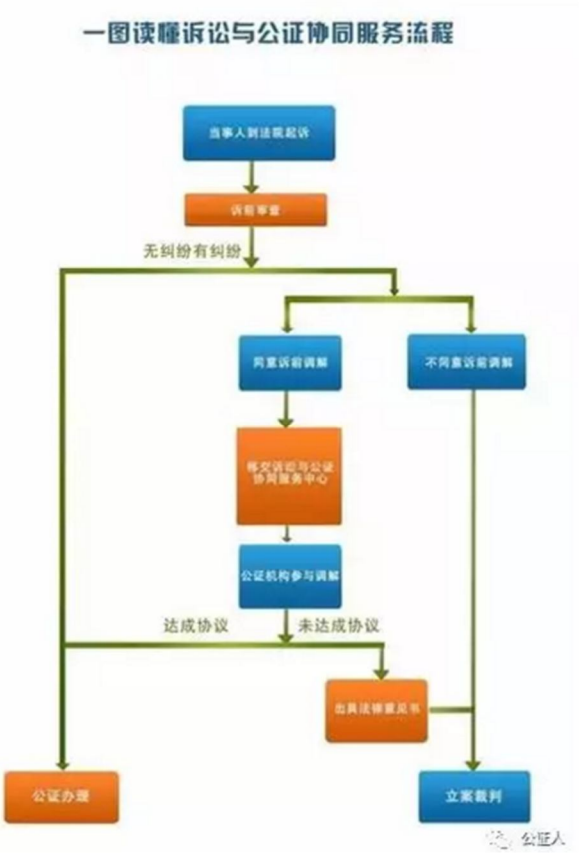
明信公证处的高效管理和高度使命感，使我国其他城市存在的遗嘱公证难的问题并没有在昆明出现过，也正是由于明信公证处的“温情遗嘱”公证业务，使昆明市民享受到了快捷便民的遗嘱公证服务。鉴于立遗嘱人以老年人为主，明信公证处的家事服务中心设在当街的明显位置，并专设家事服务法律咨询岗，每天都会免费为百姓解答法律疑难问题。去年一年间，明信公证处共办理温情遗嘱 600 多件，保管遗嘱 100 多件，遗嘱执行 20 余件。从较低的收费标准与较高的社会效益对比来看，这无疑是他们回馈给社会的一项公益服务。

诉讼与公证协调服务机制是这样运作的

2017-02-24 公证人 四川法制报

如何实现法院与公证机构的协同服务？今日，律政公证处和武侯法院成为四川省“第一个吃螃蟹者”。他们共同建立的诉讼公证协同服务纠纷解决机制，到底是如何运作的？

看下面这张图，你就懂啦！



公证人 严艺文 制图

如果还不清楚，那就继续读下去！

协同服务的范围包括哪些？

诉讼公证协同服务纠纷解决机制协同服务范围主要包括四类：

1. 无纠纷或无诉讼相对人的继承案件
2. 通过调解可能化解的家事类财产纠纷案件
3. 对诉讼文书（开庭通知、裁判文书等）的送达和裁判文书的执行过程进行保全证据等公证
4. 赋予强制执行效力的公证债权文书的执行、提存公证

机制将如何运作？

“定时定人定岗”机制 即在武侯法院诉讼服务中心设立诉讼与公证协同服务中心。律政公证处将指派具有丰富经验的公证员值岗，现场提供与公证相关的咨询服务，向当事人提供调解服务。公证员了解与分析当事人纠纷产生根源，通过对话而非对抗方式解决纠纷。如当事人愿意公证方式解决的，由公证机构依公证程序办理公证，并出具公证书；如当事人不愿意选择调解或其他非正式纠纷解决机制的，法院正式立案审理。形成“诉调对接公证”的“一站式”服务。

继承等领域纠纷解决机制中非诉调解和公证程序前置试点工作 针对有纠纷的案件，由法院交由公证机构进行诉前调解，调解成功后直接进入公证程序；对调解不成的案件则由公证机构出具含有相关法律事实和争议梳理的公证法律意见书，并将相关案件材料移交法院。

信息共享和理论交流机制 公证机构利用自身优势，为法院提供公证遗嘱信息、医学死亡证明档案信息、婚姻登记档案信息和存款查询信息等。法院也可向公证机构提供婚姻家庭、继承纠纷案件、宣告失踪、宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件、监护权特别程序案件等的裁判文书。

协同服务机制将发挥什么作用？

律政公证处主任李勇告诉记者，首先是发挥公证在民商事领域纠纷分流化解的职能，优化区域资源配置，降低司法成本。法院引入公证法律服务，由公证机构对那些不存在争议，或者争议较小的家事财产纠纷进行诉前分流，有助于分流化解社会矛盾纠纷。同时，减轻法院审判压力，为法官集中精力确保结案质量提供坚实保障。

其次，发挥非诉讼方式在解决纠纷效果方面的优势，辅助解决重大疑难案件、群体诉讼案件、弱势群体诉求、公益诉讼、申诉信访等复杂问题。

此外，通过借助公证职能锁定证据，加速法院裁判文书的效力实现，并为当事人赢得诉讼提供证据支持。

继承人可以通过公证处查询被继承人名下存款等事宜，有财产可以继承的人赶紧看了！

2017-02-24　福建司法

各省、自治区、直辖市司法厅（局），新疆生产建设兵团司法局，各银监局，各国有商业银行、股份制商业银行，邮储银行：

为保障存款人及其继承人的合法权益，便利当事人申办存款继承公证，及时办理银行存款过户或者支付手续，根据我国《商业银行法》、《公证法》、《继承法》等法律法规的规定，现就办理继承公证过程中查询被继承人名下存款等事宜通知如下：

一、经公证机构审查确认身份的继承人，可凭公证机构出具的《存款查询函》查询作为被继承人的存款人在各银行业金融机构的存款信息。

公证机构出具《存款查询函》，应当审查确认存款人的死亡事实及查询申请人为存款人的合法继承人。

二、银行业金融机构接到《存款查询函》后，应当及时为继承人办理查询事宜，并出具《存款查询情况通知书》。

继承人为多人的，可以单独或者共同向银行业金融机构提出查询请求。查询申请人可在公证机构签署《委托书》，授权他人代为查询。

三、公证机构在办理继承公证过程中需要核实被继承人银行存款情况的，各银行业金融机构应当予以协助。

四、在办理继承公证过程中查询或者核实银行业金融机构管理、知悉的具有遗产性质的其他财产权益的情况依照本通知执行。

五、公证机构，银行业金融机构要加强协作、配合，积极做好存款查询和核实工作，切实保障存款人及其继承人的合法权益，维护银行存款过户和支付秩序。

六、本通知自发布之日起施行。本通知执行过程中遇到的问题，由司法部会同中国银行业监督管理委员会解释。

请各省(区、市)司法厅(局)和银监局，分别将本通知转发至本辖区内各公证机构、各银监分局和银行业金融机构。

附件：1.《存款查询函》格式

2.《存款查询情况通知书》格式

3.《委托书》格式

司法部　中国银行业监督管理委员会

2013 年 3 月 19 日

存款查询函

（　　）第　　号

各有关银行业金融机构：

本公证机构已经受理×××(查询申请人姓名)(身份证件类型及号码)的继承公证申请，并对存款人×××（存款人姓名)(身份证件类型及号码)的死亡事实(死亡时间：××年××月××日)及×××(查询申请人姓名)的继承人身份进行了审查确认。请根据×××(查询申请人姓名)的申请，协助查询被继承人×××(存款人姓名)名下的个人银行存款信息以及银行管理、知悉的理财产品、股票、基金、信托等其他财产权益的关联信息。

公证机构联系人：　　联系电话：

×××公证处(公章)

××年××月××日

注：

1.本函仅用于查询被继承人遗产信息，不作为相关财产支付或者过户的凭据。

2.如查询申请人另行委托他人查询的，请在本函中附注如下内容：查询申请人×××委托×××(受托人姓名)（身份证件类型及号码)代为查询上述信息(见所附当事人签署的《委托书》)。

3.本函由接受查询的银行业金融机构收执留存，公证机构依照查询需求出具相应份数。

存款查询情况通知书

×××公证处：

×××(查询申请人姓名)于××年××月××日提交了你处出具的《存款查询函》[(××)第××号]。现将查询情况通知如下：

一、存款信息

存款人姓名（户名)：

存款人身份证件类型及其号码:

存款基本情况:

二、管理、知悉的理财产品、股票、基金、信托等其他财产权益的关联信息:(可另纸出具)

金融机构联系人:　　联系电话:

×××金融机构(印章)

××年××月×××日

注:

1.本通知书仅用于办理继承公证，不得用于其他用途。

2.定期存款应当列明存款的存入时间;对于活期存款，如果被继承人死亡后仍有存取记录的，应当列明该存取记录。上述存款记录以打印清单的形式附在本通知后。

3.存款如处于冻结等权利受限状态的，请在“备注”栏中予以注明。

委 托 书

本人×××(查询申请人姓名)(身份证件类型及号码)系存款人×××(存款人姓名)(身份证件类型及号码)的×××(亲属关系)。现存款人×××(存款人姓名)已经于××年××月××日去世，我作为其合法继承人，现在×××公证处签署此委托书，授权×××（受托人姓名)(身份证件类型及号码)代为办理查询被继承人×××(存款人姓名)名下的个人银行存款信息及银行管理、知悉的理财产品、股票、基金、信托等其他财产权益的关联信息。

委托人:(签名)

××年××月××日

注：该委托书应当与《存款查询函》相粘连，并加盖公证机构钢印。

法制日报社福建记者站新媒体编辑 魏凯

十、新书资讯

重磅·荐书:《最高人民法院多元化纠纷解决机制改革意见和特邀调解规定的理解与适用》

2017-02-07 多元化纠纷解决机制

图书介绍

最高人民法院于2016年6月28日发布了《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（以下简称《意见》）《关于人民法院特邀调解的规定》（以下简称《规定》）。《意见》是今后一个时期指导全国法院开展多元化纠纷解决机制改革的纲领性文件，《规定》以司法解释的形式对特邀调解制度进行系统规范，是多元化纠纷解决机制改革的最新法律成果。为了让广大法官、律师、调解员、仲裁员、公证员等从事纠纷化解工作的人员和社会各界更好地理解和掌握《意见》和《规定》的内容，最高人民法院司改办组织有关参与起草的同志编写了本书。

本书包括对《意见》的条文解读、对《规定》的条文解读、大法官谈多元、专家解读、相关规范等五个部分。条文解读部分，包括“条文释义”、“经验推介”、“域外比较”、“规范链接”等四个栏目，其中“条文释义”阐明条文的基本内容，解释条文涉及的术语，介绍条文的目的和意义；“经验推介”以各地在探索多元化纠纷解决机制中的先进做法和成功经验为基础，以实例的方式说明条文在实务中的运用；“域外比较”介绍各国、各地区在ADR制度、规则等方面的发展状况，以供参考借鉴；“规范链接”简要列举与条文相关的法律、规章制度，以便查阅。大法官谈多元、专家解读部分，可以帮助广大读者更深刻地理解《意见》和《规定》。

目　　录

第一部分　《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》条文解读

第二部分　《关于人民法院特邀调解的规定》条文解读　【条文释义】

第三部分　大法官谈多元

努力构建具有中国特色的多元化纠纷解决体系　李少平

大力提高对多元化纠纷解决机制重要性的认识　胡云腾

积极构建多方力量共同参与纠纷解决的新格局　刘贵祥

推动诉调有机对接　促进纠纷多元化解　杨万明

矛盾纠纷多元化解的河北创新实践　卫彦明

大力推进在线纠纷解决机制建设　陈国猛

着力搭建“六大平台”打造矛盾纠纷多元化解聚集地　张坚

山东法院推动多元化解纠纷地方立法的探索与实践　　白泉民

努力为人民群众提供多元化纠纷解决路径　龚稼立
多元化纠纷解决机制的实践与展望　王海萍
第四部分　专家解读
深化多元化纠纷解决机制改革的战略安排和创新举措　胡仕浩　龙飞
人民法院特邀调解制度的功能与价值　胡仕浩　柴靖静
多元化纠纷解决机制改革的时代意义及其要点　汤维建
法治社会的多元化纠纷解决　季卫东
特邀调解：多元解纷机制的制度性创新　贾宇
多元化纠纷解决机制的国际化发展趋势　范愉
展望多元化纠纷解决机制建设的新发展　王亚新
以“共建共享”理念推进多元化纠纷解决机制改革　廖永安
多元化纠纷解决机制中的几个创新点　肖建国　黄忠顺
多元化纠纷解决机制中的商事调解及改革空间　杨力
让律师在多元化纠纷解决机制中担当新角色　吕红兵
多元化纠纷解决机制改革的理论提升　赵蕾
第五部分　相关法律及规范性文件
一、多元化纠纷解决机制改革相关立法
中华人民共和国民事诉讼法(节选)(2012 年 8 月 31 日修正)
中华人民共和国人民调解法　(2010 年 8 月 28 日)
厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例　(2015 年 4 月 1 日)
山东省多元化解纠纷促进条例　(2016 年 7 月 22 日)
二、中央有关政策性文件
关于印发《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》的通知
(2011 年 4 月 22 日)
关于推进行业性专业性人民调解工作的指导意见(2016 年 1 月 5 日)
三、最高人民法院相关司法解释和司法文件
最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定
(2002 年 9 月 16 日　法释〔2002〕29 号)
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
(2003 年 9 月 10 日　法释〔2003〕15 号)
最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定
(2004 年 9 月 16 日　法释〔2004〕12 号)
最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见
(2009 年 7 月 24 日　法发〔2009〕45 号)
最高人民法院关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见
(2010 年 6 月 7 日　法发〔2010〕16 号)
最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定
(2011 年 3 月 23 日　法释〔2011〕5 号)
最高人民法院关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案
(2012 年 4 月 10 日　法〔2012〕116 号)
最高人民法院　中国保险监督管理委员会关于在全国部分地区开展建立保险纠纷诉讼与调解对接机制试点工作的通知
(2012 年 12 月 18 日　法发〔2012〕307 号)
最高人民法院印发《关于确定多元化纠纷解决机制改革示范法院的决定》的通知
(2014 年 12 月 31 日　法〔2014〕358 号)
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(节录)
(2015 年 1 月 30 日　法释〔2015〕5 号)

最高人民法院　中国证券监督管理委员会关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知

(2016 年 5 月 25 日　法〔2016〕149 号)

最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见

(2016 年 9 月 12 日　法发〔2016〕21 号)

最高人民法院　中国保险监督管理委员会关于全面推进保险纠纷诉讼与调解对接机制建设的意见

(2016 年 11 月 4 日　法〔2016〕374 号)

十一、典型案例

2016 年江苏法院家事审判十大典型案例

2017-02-28　江苏高院

江苏法院积极稳妥开展家事审判工作方式和工作机制改革试点工作，以“维护婚姻家庭和谐稳定，依法保障未成年人、妇女、老年人的合法权益，培育和践行社会主义核心价值观，促进社会和谐健康发展”为目标，依法保护当事人的合法权益，积极发挥家事审判特有的治愈、恢复、监护职能。通过与各级妇联、公安等部门建立协作机制，构建了反家暴防治网络。2016 年全省法院共发出人身安全保护令 275 件，占全国法院发出人身安全保护令总数的 1/3。值《反家庭暴力法》施行一周年之际，省法院与省妇联共同向社会各界和广大群众公布家事审判十大典型案例，弘扬孝老爱亲传统美德，彰显法律的公正。

心理疏导春风化雨，消除隔阂重归于好

案情

经某（女）与张某（男）于 1997 年 7 月经人介绍相识相恋，并于 1998 年 1 月办理结婚登记。婚后两人育有一儿一女，家庭和睦。2015 年张某因家庭琐事打骂经某，经某认为张某的家暴行为侵犯了自己的身体健康，伤害了双方的夫妻感情，遂于 2015 年 5 月 4 日向法院起诉要求离婚并申请人身安全保护令。

江苏省市铜山区人民法院认为，张某殴打经某的行为已经构成家庭暴力，遂依据经某的申请依法发出了人身安全保护裁定，禁止张某殴打、谩骂、威胁经某并依法送达双方当事人。案件审理过程中，承办法官经过实地走访了解到张某与经某夫妻之间的矛盾源于双方之间未能进行有效的沟通，案件存在调解和好的可能性。承办法官依据该院《少年家事案件心理疏导规则》，邀请专职心理咨询师对双方当事人分别进行心理疏导。通过数次的心理疏导，夫妻双方逐渐意识到导致他们沟通产生误会和矛盾的根源何在，并在心理咨询师的帮助下尝试学会了用全新的沟通交流模式相处。最终，通过心理咨询师的参与，承办法官的调解，夫妻双方重归于好，经某也主动提出撤诉申请。经某撤诉后，承办法官通过案后回访了解到张某未再实施家暴行为，双方恢复到平静的生活。

点评

本案在审理过程中没有就当事人的诉请直接裁判，而是根据个案的特殊情况邀请了心理咨询师这一具有专业资质的人员参与进来，以专业力量辅助离婚案件的审理。从以往法院对离婚案件的审理注重感情是否破裂及离婚后财产分割等问题直接深入到当事人的心理诉求，进一步分析出现婚姻危机的原因，通过了解双方当事人的心理、情感需求，妥善处理双方之间的矛盾。目前，全省家事审判改革试点法院根据最高法院和省法院的改革试点要求已经将心理疏导员全部配备到位，借助心理学专业领域人员及时为当事人提供心理疏导和治疗等服务。2016 年 12 月，省法院与东南大学合作共建了全国首个家事审判心理学重点研究基地，重点研究心理学介入家事审判的创新机制，为家事案件当事人提供心理诊疗服务。

夫妻之间负有法定的扶养义务

案情

孟某（女）与何某（男）于 2006 年登记结婚，婚后不久即分居生活。孟某因患有精神疾病多次住院治疗，2012 年 12 月，孟某又因左乳癌入院治疗。期间，孟某实际支付医药费 26352.18 元。2015 年 10 月，孟某诉至法院要求何某支付已发生的医疗费，并按月支付扶养费。

江苏省南通市崇川区人民法院认为，《婚姻法》第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利。”孟某因患重疾致贫，且无法工作丧失生活来源，符合婚姻法规定的被扶养人范围和条件。何某作为孟某的丈夫在具备扶养能力的情况下应当承担扶养义务。遂判决何某给付孟某医疗费 23000 元，并每月给付孟某扶养费 1500 元。

点评

夫妻之间应当相互扶持，患难与共。近年来，因夫妻一方患病导致夫妻感情淡化，因意外事故导致婚姻难以维

系，一方离家不离婚以及一方坚决离婚、不尽扶养义务的纠纷层出不穷，婚内扶养案件也愈来愈多。婚内扶养义务不仅仅是一个道德问题，更是夫妻之间的法定义务，《婚姻法》第二十条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方给付扶养费的权利。”有扶养能力的一方必须自觉履行这一义务，特别是在对方患病或是丧失劳动能力的情况下更应该做到这一点。如果一方不履行这一法定义务，另一方可通过法律途径实现自己的合法权益。扶养责任的承担，既是婚姻关系得以维系的前提，也是夫妻共同生活的保障。本案中，作为妻子的孟某因病致残丧失劳动能力，作为丈夫的何某却撒手不管，法院鉴于孟某确实需要扶养，而何某又有一定的经济能力，判令何某承担医疗费并支付扶养费，充分保护了需要扶养一方的权利，也给那些不尽夫妻扶养义务的人一定的警示。

未成年人遭受家庭暴力，

未直接抚养一方有权申请人身安全保护令并请求变更抚养权

案情

陈某（女）与徐某（男）于 2009 年协议离婚，约定婚内所育子女徐某某随徐某共同生活。2015 年，徐某与何某再婚，因何某脾气火爆，经常对徐某某实施家暴。2016 年 3 月 15 日，陈某向法院起诉要求变更抚养权。第一次开庭审理后，徐某和何某再次对徐某某实施家暴，陈某遂向法院申请人身安全保护令。法院收到陈某申请后，立刻前往当地派出所调取出警记录及现场照片，并前往徐某所在村村民委员会调查，在村委会的配合下向当时在场村民做了调查笔录，随即法院发出人身安全保护裁定并送达给徐某、村民委员会及派出所。

江苏省启东市人民法院认为，子女抚养应从有利于子女的身心健康，保障子女的合法权益出发，并结合父母双方的抚养能力和抚养条件等情况综合予以考虑。陈某提供的证据能够证明徐某及其妻子何某对徐某某有实施家暴的行为，遂判决变更徐某某由陈某抚养。

点评

父母离异对于未成年人来说已经是一种伤害，家庭暴力的存在更是挥之不去的梦魇。为了更好的维护未成年人的合法权益，保护未成年人的健康成长，《反家庭暴力法》第二十三条第二款规定：“当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”本案中，陈某作为徐某某的母亲，虽未直接抚养徐某某，但在徐某某遭受家庭暴力时有权依法向法院申请人身安全保护令。对于子女抚养权的确定应从有利于子女身心健康、保障子女合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。《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意见》第十六条明确规定，与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的，一方要求变更子女抚养权的，人民法院应当准予变更。本案中，基于徐某与何某的家暴行为，法院通过判决变更抚养权，充分保护了未成年人的合法权益。

父母不履行监护职责，监护权可依法变更

案情

钱某某（男）与陈某某（女）婚后育有一子钱某。2007 年 5 月 2 日，钱某某因病去逝，同年 10 月陈某某离家出走至今未归。陈某某离家出走后，钱某一直随爷爷奶奶共同生活。2016 年 5 月，钱某的爷爷奶奶向当地村民委员会提出申请，要求指定二人为钱某的共同监护人。当地村民委员会认为钱某的生母陈某某仍然在世，不宜指定钱某的爷爷奶奶担任共同监护人。2016 年 8 月，钱某的爷爷奶奶诉至法院，要求变更为钱某的共同监护人。

江苏省常州市武进区人民法院认为，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 11 条规定，认定监护人的监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。本案中，陈某某自 2007 年 10 月离家后，未再与钱某有联系，在事实上无法履行有效的监护行为，客观上造成监护不能。钱某作为年仅 13 岁的未成年人，为其及时地确定明确、有效的监护人对其利益影响重大。为了更好地维护未成年人合法权益，保障其日常生活、学习顺利的进行和开展，综合考虑钱某与两申请人的关系及两申请人的监护能力，法院依法变更钱某的爷爷奶奶为其共同监护人。

点评

父母是未成年子女的法定监护人。同时，我国《未成年人保护法》第五十三条规定，父母或其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人资格，依法另行指定监护人。在指定监护人时，应从未成年人利益最大化原则出发，从有利于未成年人身心健康的角度，综合考量与未成年人的情感联系、健康状态、个人品格、文化程度、经济能力、未成年人本人的意愿等因素，慎重作为决定。本案通过判决形式依法变更监护人，既保护了未成年人的合法权益，又让未成年人

的父母更加珍视其享有的法定监护权，法定监护权既是一种权利，同时也意味着责任与担当。

婚姻关系存续期间未成年子女可以要求父母一方支付抚养费

案情

杨某（男）与费某（女）2010 年 11 月 15 日登记结婚，婚后生育双胞胎女儿杨甲、杨乙。近年来，费某与杨某因琐事产生矛盾，致夫妻关系不睦。杨某曾于 2014 年 7 月 21 日向法院提起离婚诉讼，法院判决不准离婚。自此费某与杨某开始分居生活，杨甲、杨乙随费某生活，费某无业，杨某月收入 5000 元。杨甲、杨乙向法院提起诉讼，要求杨某给付抚养费。

江苏省盐城市大丰区人民法院认为，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。杨某应自与费某分居开始给付杨甲、杨乙抚养费。抚养费的数额应根据子女的实际需要、父母的负担能力和当地的实际生活水平综合考虑后予以确定。结合杨某月收入 5000 元、费某无工作收入，法院酌定杨某自 2014 年 8 月起每月给付杨甲、杨乙生活费 2000 元，并负担其医疗费、教育费的 50%。

点评

我国的法定夫妻财产制为婚后所得共同制。在夫妻关系正常的情况下，夫妻在婚姻关系存续期间的所得一般为夫妻共同财产，一方以自己的收入抚养子女可以视为另一方的共同抚养，通常不会产生要求支付抚养费的问题，因此未成年子女要求支付抚养费，多数是在夫妻双方离婚时或离婚后才产生。但在夫妻因感情不和分居生活时，则另当别论。此时，夫妻各自控制和支配着自己使用的那部分财产，与夫妻分别财产制或离婚后各自的财产关系相似。此种情形下，如果不允许未成年子女主张抚养费，势必使一些父母借此逃避自己应尽的法定抚养义务。《婚姻法解释三》第三条明确规定：“婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”因此，父母对未成年子女的抚养义务是无条件的、强制性的，解除婚姻关系并不是父母给付子女抚养费的前提，婚姻关系存续期间，父母拒不履行抚养子女义务的，子女亦有权请求支付抚养费。

抚养照顾孙辈的（外）祖父母有隔代探望权

案情

王某夫妇的女儿王某某婚后生育周某某。在周某某婴幼儿阶段、上幼儿园期间以及王某某患病期间，王某夫妇均参与了对周某某的抚养照顾。2013 年 4 月 5 日，王某某因病医治无效去世。此后，周某某随其父亲周某与周某父母共同生活。王某夫妇多次要求探望周某某，均被周某以各种理由拒绝。王某夫妇遂诉至法院，请求判令准予其对周某某行使探望权。

江苏省苏州市虎丘区人民法院认为，我国《婚姻法》虽然没有将（外）祖父母列入探望权主体范围，但正常的亲属之间的往来，有利于未成年人亲情观念和关心他人等良好品行的养成，部分弥补了单亲家庭子女父（母）爱的缺失，符合未成年人利益最大化的保护原则。王某夫妇与周某某具有亲属关系上的权利义务，且参与对周某某的抚养照顾，将对女儿的思念寄托在外孙身上，是情理之所在。如果不允许王某夫妇进行适时探望，对已年逾花甲的王某夫妇，无疑是极大的心理伤害，也有悖于中华民族的传统美德和公序良俗。故从有利于未成年人健康成长的角度出发，对我国法律规定之精神、中华民族文化传统等方面综合考量，判决王某夫妇每月可探望周某某一次至其十八周岁止，周某给予必要协助。

点评

司法实践中，对于未成年人的（外）祖父母是否享有探望权，颇有争议。有观点认为，按照中国传统，祖孙之间关系非常亲密，即所谓的“隔代亲”，（外）祖父母探望（外）孙子女天经地义，而且有利于未成年子女的身心健康，同时也符合我国的家庭伦理，因此应赋予（外）祖父母探望权。另有观点则认为，从立法意义上，探望权的主体是特定的，只是赋予离婚后不与未成年子女共同生活的父（母），人民法院作为司法机关，无权随意对《婚姻法》第三十八条做扩张解释。《婚姻法》只是规定人们在婚姻家庭领域中所必须遵守的基本准则，还有诸多问题有赖于通过道德规范、风俗习惯来加以调整。根据《婚姻法》第三十八条的规定，享有探望权的主体仅是不直接抚养子女的父（母），其他近亲属即使有探望未成年人的感情需求，一般也不能由国家强制力保护其探望的权利。因此，通常情况下，（外）祖父母起诉主张探望（外）孙子女不是法律调整的范围。但是，在特定情况下，应当允许对探望权主体的突破。例如（外）祖父母依照《婚姻法》第二十八条的规定，代替自己已经死亡或者无抚养能力的子女尽抚养义务时，人民法院应支持其探望（外）孙子女的诉讼请求。一方面，此种情形下赋予（外）祖父母探望权有利于弥补未成年人情感交流的缺失，维系亲属关系的和谐稳定，另一方面，法律既然要求（外）祖父母在特定情形下

对未成年（外）孙子女尽抚养义务，如果不赋予其探望权，则不符合民法权利义务相一致的原则。

未办理结婚登记手续即同居生活彩礼可酌情返还

案情

2013 年 3 月，周某（男）和张某某（女）经人介绍建立恋爱关系。2013 年 6 月 30 日，周某给张某某购买了总金额 41294 元的金手镯、钻戒等，2014 年 1 月，双方举办了结婚仪式。在举办结婚仪式前，周某另给付了张某某 68000 元的彩礼，张某某则购买了电视、洗衣机、冰箱等物品作为陪嫁。后张某某和周某在未办理结婚登记的情况下即同居生活，同居期间张某某曾怀孕流产。2015 年 7 月中旬，周某和张某某发生争吵后，周某诉至法院要求返还 68000 元的彩礼及 41294 元的金手镯、钻戒等。

江苏省仪征市人民法院认为，彩礼通常系男女双方以缔结婚姻为目的，婚约一方给予对方的数额较大的金钱或价值较大的财物。如果双方未办理结婚登记手续，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院应当予以支持。本案中，考虑到周某与张某某已按习俗举行婚礼，并以夫妻名义共同生活约一年半，有部分彩礼用于筹备婚礼和日常生活，结合张某某举行婚礼时陪嫁的家电等物品在周某处，张某某与周某同居期间曾经怀孕流产等情况，判决张某某返还周某 30000 元。

点评

彩礼，是中国几千年来的婚嫁习俗。按照这种风俗，男方要在娶妻时向女方家下聘礼。彩礼的多少，随当地情况、当事人的经济状况等因素而定。近年来，随着人们生活水平的提高和居民收入的增加，彩礼的数额也不断增加，小到金银首饰，大到汽车、住房、股票，由于彩礼价值的增大，男女双方事后因感情不和及其他原因而解除婚约引发的彩礼返还纠纷也日益增多。根据《婚姻法解释二》第十条第（一）项的规定，如果双方未办理结婚登记手续，当事人应返还彩礼。此处的“双方未办理结婚登记手续”并非针对双方已共同生活的情形，如果未婚男女虽未办理结婚登记手续但确已共同生活的，则法院应根据双方共同生活的时间、彩礼数额、有无生育子女、财产使用情况、双方经济状况等因素，酌定是否返还及返还的数额。

离婚分割夫妻一方婚前购买的按揭房屋应根据

夫妻另一方的贡献给予合理补偿

案情

冯某某（女）与张某某（男）系大学同学，双方于 2008 年 10 月恋爱，2014 年 9 月 1 日登记结婚，2015 年 5 月 2 日生一子张某。婚后双方常因生活琐事产生矛盾导致夫妻感情破裂，冯某某诉至法院，要求与张某某离婚，由其抚养张某，并由张某某承担坐月子费用及医疗费。另查明，冯某某在 2013 年 10 月曾与案外人何某某签订《商品房买卖合同》购买房屋一套，于 2013 年 11 月 6 日登记到冯某某名下，张某某出资 58 万余元，尚欠贷款 36 万元，该房屋用于婚后共同居住，目前该房屋含装修价值现值 180 万元。

江苏省南京市浦口区人民法院认为，冯某某与张某某虽系自主恋爱结婚，但因婚后不注重夫妻感情培养导致夫妻感情破裂，现双方均同意离婚，应予准许。结合双方的抚养能力和抚养条件，婚生子张某由冯某某抚养，张某某每月支付抚养费 1200 元。坐月子费用 10000 元及医疗费 3800 元，由张某某承担 6900 元。涉案房屋虽产权登记在冯某某名下，但系双方以结婚为目的购买的房屋，张某某支付了首付款，房屋装修及家具家电则主要由冯某某出资，考虑到婚生子由冯某某抚养，本着照顾妇女和未成年人的原则，涉案房屋判归冯某某所有，冯某某向张某某给付房屋折价款 85 万元，尚欠贷款由冯某某承担。

点评

对于夫妻双方婚前以按揭方式购买的房屋，离婚时该房屋应如何分配，《婚姻法解释三》第十条作出明确规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付了首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”本案中，涉案房屋虽系以冯某某的名义购买，办理按揭贷款，并登记在冯某某名下，但首付款却由张某某支付，虽然与司法解释规定的情形略有不同，但法院的处理结果却秉承了司法解释的精神。首先，涉案房屋虽然登记在冯某某名下，但鉴于张某某支付了首付款，并参与了夫妻共同还贷，对涉案房屋有贡献，故涉案房屋不能认定为冯某某的个人财产。其次，将涉案房屋判归冯某某所有有其合理性，因为冯某某婚前已经通过银行贷款的方式向房地产公司支付了全部购房款，获得房屋的物权只是财产权利的形态转化，故将按揭房屋判归产权登记一方有充分的法理基础。另一方面，将按揭房屋判归一方所有的基础上，未还债务也应由其继续承担，这样处理不仅易于操作，也符合合同相对性原理。因为，

婚前一方与银行签订抵押贷款合同，银行是在审查其资信及还款能力的基础上才同意贷款，其属于法律意义上的合同相对人，离婚后由其继续承担还款义务也是名正言顺的。最后，鉴于张某某支付了首付款并参与了共同还贷的行为，离婚时应结合不动产的市场价格及其出资份额、所作贡献，对其做出公平合理的补偿。

婚后父母为子女购房出资在未明确表明出资性质时应认定为对夫妻双方的赠与

案情

2013 年 5 月 10 日，陈某与房地产开发公司签订《商品房买卖合同》，约定陈某购买该公司开发的一处商铺，首付款 755000 元。2013 年 5 月 9 日，陈某的父亲陈某某将首付款汇入房地产公司的账户。2015 年 5 月 7 日，涉案房屋登记为陈某与其妻子胡某某共同共有。近期，陈某与胡某某产生矛盾分居生活。2016 年 3 月 1 日，陈某就涉案房屋首付款向陈某某出具欠条，载明欠到首付款 755000 元。2016 年 4 月 1 日，陈某某诉至法院，要求判令陈某与胡某某归还借款 755000 元及利息。

江苏省泗阳县人民法院认为，陈某某为陈某与胡某某购房出资，该出资究竟是借款还是赠与，陈某某未提供证据证明其真实意思表示，但涉案房屋登记在陈某与胡某某名下，应视为该款项系对陈某与胡某某的赠与。父母出资是借款还是赠与应在出资时予以明确表示。本案中，在陈某与胡某某夫妻感情不和且已分居的情况下，陈某向陈某某出具借条，与常理不符，且可能损害胡某某的利益。遂驳回了陈某某的诉讼请求。

点评

我国婚姻家庭领域在子女结婚方面具有浓厚的传统伦理观念，父母在子女婚嫁时出资购房似乎成为父母的法定义务。现实生活中，由于父母与子女不和、子女离婚时父母为保全自己的出资等原因经常会出现父母请求返还出资的情形。从司法实践反馈情况来看，父母请求返还出资所主张的基础法律关系通常是借贷而非赠与。对此，通常从以下几个方面考量：一是应首先尊重当事人意思自治。对父母出资性质的认定原则上应以父母的明确意思表示为依据。如果父母与子女之间约定为赠与或者父母明确表示为赠与，即为赠与关系。对于父母出资赠与的意思表示，应发生在出资的当时。一旦父母在出资时作出赠与的意思表示，则赠与关系成立生效。即使父母日后再主张借贷关系也不应得到支持，以防止当子女婚姻有变或父母子女关系恶化，父母违反诚信原则以所谓的借贷关系为由要求返还出资。二是对借贷关系是否成立的举证责任应严格遵循“谁主张谁举证”的原则。具体到父母出资情形中，在出资性质处于真伪不明状态时，应将出资为借贷这一事实的证明责任分配给父母一方。首先，赠与为单务法律行为，而借贷为双务法律行为，相对于证明借贷关系，赠与关系更难以证明。其次，借贷关系中往往都有借据，而赠与关系中赠与人没有必要保留证明赠与关系存在的证据，因此主张借贷关系的父母会比主张赠与关系的子女更接近证据并更容易保留证据。再次，父母子女之间的血缘关系也决定了父母出资为赠与的可能性高于借贷关系。从中国现实国情来看，子女刚参加工作缺乏经济实力，无力独立承担高额的购房费用，绝大多数父母出资的目的是为了解决或改善子女的住房问题，希望子女过得更加幸福，而不是有朝一日要回出资，父母借贷给子女买房的比率要远远低于将出资赠与给子女买房。因此，由主张借贷关系这一低概率事件存在的父母来承担证明责任与一般人日常生活经验感知相一致。因此，为了避免日后产生纷争，我们建议父母在为子女购房出资时最好能“先小人后君子”，明确出资的性质，防止自己的财产权益受损。

养子女不尽赡养义务 养父母有权起诉解除收养关系

案情

李某某夫妇于 1989 年 6 月 24 日捡拾一名弃婴取名李某。夫妻二人省吃俭用将李某抚养成人，双方以父母子女名义共同生活至今。共同生活期间，李某与李某某夫妇因家庭琐事发生矛盾。李某某夫妇曾于 2015 年 3 月 24 日诉至法院，要求解除与李某的事实收养关系，未获得法院支持。事后，双方关系仍未缓和，李某离家出走，与李某某夫妇断绝往来。李某某夫妇再次诉至法院，要求解除与李某的事实收养关系，李某迁出二人居住的房屋。

江苏省沭阳县人民法院认为，李某某夫妇两次起诉解除收养关系，李某长期未与李某某夫妇联系，法院系公告送达的法律文书，李某未到庭应诉，漠视收养关系的存续，现李某某夫妇解除收养关系的态度坚决，可以认定双方关系恶化，无法共同生活。涉案房屋系李某某夫妇建设，李某某夫妇要求解除与李某的收养关系，并要求李某迁出涉案房屋的诉讼请求，应予支持。

点评

百善孝为先，赡养老人回报养育之恩是中华民族的传统美德，更是子女应尽的法定义务。子女应对老年人履行经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。先哲孟子名言“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼，天下可运于掌”，将敬老爱幼提高到了治国安邦的高度，成为中国传统文化的精华。天下父母们在“幼吾幼以及人之幼”上大都做得无私而近乎完美，把子女养大成人后仍无怨无悔地奉献余热，心甘情愿地被“傍老”、“啃老”，相比之下

子女们做得又如何呢？答案是令人遗憾的。在我国步入老龄化社会的今天，不少子女和父母对簿公堂，原因是老人得不到最起码的赡养。父母、子女在彼此矛盾冲突和泣血伤痛后终于无奈地诉诸法律。这不能不说是和谐社会大篇章下的不和谐音符。本案中，两位善良的老人将捡拾的弃婴含辛茹苦抚养成人，所谓“亲娘不及养娘大”，但李某的行为丝毫未体现知恩图报之情，仅仅因为家庭琐事与两位老人闹矛盾便下落不明与老人断绝关系，不尽任何赡养义务，我们不禁要问：为何子女与父母之间的亲情如此淡漠？老人的白发清泪，两度起诉解除收养关系的无奈与叹息，不能不引起我们的深思。

特别声明
简报编辑：家事法苑™团队
简报顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：侯晓婷、邓雯芬
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™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
简报电子版获取：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。
家事法苑™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。

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

家事法苑™微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw

“家事法苑”家事法实务交流微信群群规则

（2015 年 11 月版）

“家事法苑”家事法实务交流微信群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、侯晓婷、邓雯芬、王志锋、徐文丽、杨竹一、何显刚、陈建宏、李炜、辜其坤、李丹、谷友军、季凤建、严健、麻长春、王钦、李琳。

1、建群宗旨

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。

本群无意走向综合群，其他如刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决。

2、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，未经群主同意，严禁擅自拉人进群，擅入者立即清退；

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。

3、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上修改群昵称，不接受实名规则免入，经一次提醒不配合的劝退。

律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：山东淄博徐文丽律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字，头像不得使用带有律所 LOGO 或商业营销色彩文字的图片。点击群界面右上角两小人头标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改。

公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海李**公证员；

学者、学生署名方式：学校简称+姓名，如“南师大赵莉”，广西师大李**。

法官（检察官）署名方式：省份（城市）法院+姓名的方式，如果确有难处不愿意实名，可采取省份（城市）+法院+真实姓氏+法官（身份）的方式，如北京法院李法官、如宜昌法院王礼仁，检察官署名方式相同。

民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群；

5、基本设置

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可；

如群中有太多不熟悉的面孔：可在群系统设置界面打开“显示群成员昵称”；

6、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上！特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言交流，要注意顾及他人感受，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除大年三十至初二三天及八月十五中秋节外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

7、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

8、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

9、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）!

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络(个人网站、博客、公号)、经常性转帖到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流微信群。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理员的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主及管理员团队提出申诉，集体商量给出最后处理结果。

11、关于入群开通微信实名认证、绑定银行卡问题的说明

承蒙大家支持、参与，我群学术实务专业交流氛围越来越好。不少群友也积极推荐相关朋友入群，但 请群友推荐介绍新人入群前务必提前说清楚：

腾讯公司目前对微信群管理政策，500 人为上限，前 40 位无论群主其他群友可直接拉人入群(无需经过其同意)，第 41—100 位，需发邀请经受邀人同意方能入群，而第 100 位以上入群者需要先进行"实名认证"，即开通微信支付功能，绑定一张银行卡。这是其通过此手段绑定用户的功利做法、也涉嫌利用垄断地位强迫"消费"行为、涉嫌违法，已有外地律师代理此类公益诉讼，希望能尽早纠正霸王条款。

因微信本身是免费使用，也不必跟它计较，可按照提示要求关联绑定一个银行卡(如过分担心，可绑定一个不常用、没钱的储蓄卡)即可， 微信支付功能是大势所驱、非常时尚、非常方便，也很安全，如消费仍需再次输入密码，开通无妨，并不是加群收费，不轻易消费即可。

绑定银行卡、开通微信支付的方式也很简单：

①用户点击微信界面下方的【我】，即可找到并进入【钱包】。

②然后依次点击页面右上角的【…】，在弹出的选项中选择【添加银行卡】。

③按提示填写银行卡号（收发红包仅支持绑定借记卡）、该卡银行预留手机号等信息，银行将发送验证码至该手机号。

④填写银行卡信息，并设置 6 位数的支付密码，二次确认支付密码并支付即可。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护!

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2015 年 10 月 31 日

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知

（2016 年 3 月版）

“家事法苑”家事法主题群，由“家事法苑”团队于 2011 年 6 月建立，历经 100 人群、200 人群、500 人群、1000 人群、2000 人群，2014 年 1 月设新 2000 人群（淘汰旧群）、2015 年 1 月群满员删 500 名“僵尸粉”、2015 年 9 月再次群满员又删 500 名“僵尸粉”，现又再次 2000 人满员。现决定启动“家事法苑”家事法主题 QQ 群分群（群号：171337785）。

主群及分群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、王志锋、徐文丽、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

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。

本群无意走向综合群，其他如司法改革、法律理念等宏观话题以及刑事、商事、劳动、交通事故等其他法律专业领域话题可另行解决。群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友响应，应自觉马上转为私聊。

2、实名申请：

为保障本“家事法苑”家事法主题群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群口碑相传方式，对外不作宣传，设置“只能通过群号（群号：171337785）找到这个群”，普通网友在 QQ 查找群时无法通过搜索关键词找到本群。

本群倡导实名交流，本群由群主负责新人审批，申请人必须先了解、承诺严格遵守本群群规，再以“城市+单位名称+姓名”实名方式提交申请，不实名或提交信息资料不全，管理员不予通过。

新群友提出申请前，应阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、群内实名标注群名片，署名方式：

群友署名基本方式：地域（省、直辖市）+城市+单位简称+姓名+职业。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经群主或管理员一次提醒，仍不配合的，劝退！

律师及相关职业群友头像，不得显示律所（团队）字号、具体部门职务、业务方向、及其它带有商业营销色彩文字。

群名片署名示例：

1）律师，地域（省或直辖市、市）+律所字号+姓名，如:北京天驰君泰所段凤丽律师、天津君申所王志锋律师、山东（淄博）建仑所所徐文丽律师、江苏（南京）众贤所严健律师。

群名片中不得显示电话、律所部门、职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2）高校学者、同学：如:“重庆西政***”或“西政-***”，如果是在读学生，应注明学生字样，以区分于学者，如北大学生***!

3）法官、检察官，入群申请必须提供城市单位及真实姓名，但在群内如果确有顾虑可使用地域+真实姓氏+身份职业方式，以示区分身份，如“湖北王法官”、“贵州法院杨法官”、“广东李检察官”!

4）公证员，城市+单位简称（或职业）+姓名，如 “北京**公证处王**”,“杭州公证员李**”。

5）其他司法所、房管、民政、妇联、媒体等界别朋友，城市+单位名称或简称或职业身份+姓名，如：北京**司法所**，武夷山房管李炜，山东潍坊奎文婚登刘彩霞，上海妇联***，北京法制日报赵**，山东公司法务***等。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群。

5、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体各界别较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上，珍惜缘分，特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言表述要注意顾及他人感受，特别是不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除农历大年三十、初一、正月十五、八月十五中秋节这几天外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

6、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的!

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

7、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

8、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络(个人网站、博客、公号)、经常性转帖到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流 QQ 群。

9、群内交流字号设置

群内交流字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12 号字为宜，黑色。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主、管理员及任一群友的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主、管理员及任一群友均有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，群友务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主提出申诉，由群主给出最后处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”家事法主题 QQ 群管理团队

2016 年 3 月 6 日