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

大力推进家事审判方式和工作机制改革试点--2017-05-03 人民法院报 最高人民法院审判委员会专职委员 杜万华
我院首创未成年子女财产登记报告制度----------2017-05-04 常州市天宁区人民法院
杜万华：正确认识当前家庭职能定位 积极维护家庭共同生活基础----------2017-05-15 最高人民法院 谢勇
家事审判改革的江苏探索----------2017-05-23 江苏法制报 朱旻 周杨明
谭琳在调研婚姻家庭权益保障等问题时强调 引导妇女理性反映诉求依法维权----2017-05-23 人民法院报 罗书臻
谭琳在广东福建调研时强调 在婚姻家庭权益保障工作中彰显平等公平理念------2017-04-24 人民法院报 罗书臻
中国法官协会中国女法官协会在四川开展调研活动 黄尔梅要求深入推进加强妇女儿童合法权益司法保护
----------2017-05-04 人民法院报 李延忱
疗伤与祛痛：北京家事审判的变革之道----------2017-05-22 人民法院报 刘白露
江苏 专业化审判“一揽子解决家事纠纷”----------2017-05-20 人民法院报 朱旻 周杨明
家事审判 盐城样本的精准解析----------2017-05-15 人民法院报 兆军 梁悦
探索与创新 家事审判的未来之路----------2017-05-13 人民法院报 记者王俏
探索构建新格局 理清家事止纷争——浙江宁波市海曙区法院关于家事调查官制度的调研报告
----------2017-04-20 人民法院报 张丹丹 袁永达 刘先霞 罗书君 冯一文 徐巧玲

朝天 “家人”解决家事纠纷无难事----------2017-04-01 人民法院报 记者王俏
权益保护、情感修复 泸州探索家事审判新模式----------2017-04-22 人民法院报 曾莲 豆雪霞
家庭氛围 柔性司法 社会关爱——河北秦皇岛法院打造人性化家事审判方式纪实
----------2017-05-10 人民法院报 记者丁力辛
衢州衢江 家事审判，原来可以“很美”的----------2017-05-08 人民法院报 刘吟秋 吕秋红 苏来琪
虞城家事审判 从“三心”到“三无”----------2017-05-07 人民法院报 陈金华
河南家事审判保万家平安 2016 年帮助两万多濒临破裂家庭重归于好----------2017-05-07 人民法院报 冀天福
天津市红桥区人民法院家事审判庭挂牌一年效果显著----------2017-04-06 天津日报
家事审判引入现代心理技术----------2017-05-25 中安在线-安徽法制报

二、一般审判动态

罗湖法院审结《民法总则》通过后 首宗隐私权纠纷案件----------2017-05-13 深圳罗湖区法院
17 岁少年向好友借款九千还不上 法院:借贷无效----------2017-05-21 法律图书馆
鄂尔多斯女记者遭受家暴致死案宣判 被告人犯故意伤害罪被判死缓-----2017-4-6 人民法院报 王晓东 乌兰托亚

三、立法动态

北京市继承（受遗赠）不动产登记工作程序（试行）----------2017-05-05 鱼龙聊房屋知识

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

借用他人身份证登记婚姻关系成立（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）
----------2017-05-11 指导性案例审判规则
丈夫离家十三年 归来直接诉离婚 留守妻子的付出如何补偿？----------2017-04-08 人民法院报 顾建兵 芦霞

（二）子女抚养亲子关系案例

离婚时争抢抚养权 再婚后又要退给前夫 法院坚持“子女利益最大化”原则妥处纠纷
----------2017-05-04 法官姐姐 林雅芳
明知子女非亲生 约定抚养费是否应履行？----------2017-05-09 江苏高院 纪石平
大三女生状告父亲索抚养费 因满 18 周岁被驳回----------2017-05-18 人民法院报
失职父母丧失监护权拒付抚养费 法院强制执行保障被监护人权益---2017-05-26 人民法院报 梅贤明 林金东 方芳
一次性支付抚养费约定不妨碍子女在必要时主张增加抚养费——重庆一中院判决周某抚养费纠纷案
----------2017-04-27 人民法院报 重庆市第一中院 陈义熙 刘婷婷
离婚时争抢抚养权 再婚后又要退给前夫 法院坚持“子女利益最大化”原则妥处纠纷------2017-4-13 人民法院报

（三）财产分割案例

分割夫妻共同财产时应否给予困难方帮助——诸 XX 诉潘 XX 离婚纠纷案----------2017-05-10 法律家
结婚仪式举行后办理登记前父母为子女所购房屋属婚前财产（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）
----------2017-05-24 指导性案例审判规则

（四）扶养赡养案例

独生子无力赡养老父 孙辈是否有赡养义务----------2017-05-19 人民法院报 林倩
为逃避赡养义务假离婚净身出户 法院调解挽回母子情----------2017-5-2 人民法院报 吕佼 陈晗
父母诉儿不赡养 儿子拒履被判刑----------2017-04-01 人民法院报 程贵忠 杨维臣
拒不给付八旬老母房款 导致老人借宿生活窘迫，天津南开法院判处不孝“老赖”有期徒刑！--2017-05-26 新说法

（五）离婚后财产纠纷及相关纠纷

北京市第三中级人民法院召开离婚后财产纠纷案件审理情况新闻通报会------2017-05-04 北京三中院 王雨 秦喆
为购房假离婚 法律风险有点大----------2017-4-9 人民法院报 张晓玲

（六）其他相关案例

前夫对财产分割不满 借公司名义恶意起诉冻结女方财产----------2017-05-24 上海一中法院
弃婴与养父母“反目成仇”----------2017-5-8 人民法院报 李金宝
女子微信摇到的丈夫债务缠身欲离婚，法院驳回：给个挽救机会----------2017-05-31 楚天都市报 余皓 龚子英

（七）赠与案例

夫妻约定若子女为亲生则在男方婚前房产上加名，该约定可否撤销？
----------2017-05-15 中国法院网 重庆市渝中区法院 屈冬梅法官
为打动女网友，沪男子汇 45 万委托她理财，要求还钱时对方称系赠与----------2017-05-27 上海法治声音 王治国

（八）夫妻债务案例

浙高院案例：丈夫借钱后又都转给第三人，妻子要一起还债吗？----------2017-05-12 小军家事 朱媛卉
妻子的绝命书----------2017-05-26 经济与法

五、继承

（一）继承典型案例

为儿子上学离婚再嫁约定经济 AA 制，少妻能否继承老夫遗产？----------2017-05-21 人民法院报 鲁婧晗
非婚生子与死者遗孀争遗产对簿公堂 厦门中院：依据法律和公序良俗，原配应多分
----------2017-5-5 人民法院报 安海涛 李仁莹
按手印没用？母亲打印遗嘱无效致两姐妹对簿公堂----------2017-05-26 民主与法制新闻客户端 王纳 罗云

六、房产、股权、信托

（一）房产

继承公证书被撤销后已设立抵押权是否有效----------2017-05-03 公证圈 刘爱兵
房东去世且继承人缺失，买受人如何取得房屋产权？特别程序----------2017-05-23 儒者如墨 赫少华
妻子擅自卖房 丈夫拒认合同 法院认为构成根本违约判决解除合同-------2017-5-13 人民法院报 黄义涛 刘翠红

七、社会新闻

妻子起诉离婚他却迁怒于法官 辱骂又骚扰，结果被拘留罚款----------2017-05-15 南阳报业传媒

八、异域资讯

英国最贵离婚案！20 年家庭主妇得 4.5 亿镑，丈夫辩称贡献大被法官痛扁！----------2017-05-13 英伦大叔
新娘遭家暴后获澳大利亚签证----------2017-05-16 中国新闻网

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

上海召开“家事审判法官论坛”----------2017-05-07 最高人民法院 严剑漪 陈凤
“婚姻关系存续时间”推定夫妻共同债务依据何在----------2017-05-05 中国民商法律网 路英豪
婚姻登记行为是否具有可诉性----------2017-05-08 法信
【学术大咖论家事】家事“三员”的职能定位与体系协作（上）----------2017-05-11
中国家事审判改革与探索 最高人民法院应用法学研究所 任容庆
论家事诉讼中家事“三员”的职能定位与体系协作----------最高人民法院应用法学研究所 任容庆
农村妇女土地权益亟需维护----------2017-04-27 壹号土地学习小组 陈林
“10 万份涉家暴判决书”一文的大数据误区----------2017-05-17 人民法院报 陈敏
离婚案件庭审中分手暴力的防范----------2017-05-18 中国应用法学研究所 陈敏
民法分则继承编立法研究----------2017-05-19 中国民商法律网 陈素素摘编 作者杨立新
第四届中国婚姻家事法实务论坛举办----------2017-05-21 婚姻法学研究会 家事法苑团队制作
第四届中国婚姻家事法实务论坛暖场沙龙之家事法实务讲坛丨综述-----2017-05-22 家事法苑 家事法苑团队整理
案例评析| 1918 年《法律适用条例》在一起国籍冲突案件中的适用----------2017-05-22 国私案例研究 齐湘泉
案例评析|清末胡继增与海伦涉外婚姻争议的国际私法解读----------2017-05-05 国私案例研究 齐湘泉
《民法总则(草案)》第 34、35 条评析——监护执行人的撤销与恢复----------
《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2016 年 06 期 华东政法大学 李霞
论我国共同抚养制度的构建----------吉林大学 张凌寒
彩礼性质的区域差异----------2017-05-26 民事审判参考 贺雪峰
登记机构应以法定途径对不当判决说“不”----------2017-05-31 中国不动产官微 刘守君

（二）法官视点

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质----------2017-05-03 北京三中院 黄海涛
被执行人配偶名下财产的执行问题解析----------2017-05-09 海坛特哥 重庆市高级人民法院 苏福 周禅
离婚案中未成年子女的抚养权如何归属？看薛法官量化赋分调研
----------2017-05-10 中国家事审判改革与探索 浙江瑞安法院 薛箴言
特殊身份关系的附条件赠与无权撤销----------2017-05-13 海坛特哥 重庆市渝中区人民法院 屈冬梅
简析离婚案件中的保险金分割----------2017-05-15 法语峰言 肖峰（最高法院）
“互联网+”时代背景下关于离婚案件中网店分割的法律问题研究——以 C2C 交易模式下的淘宝网店为视角
----------上海市第二中级人民法院网 刘婷
浅议离婚判决中的“不准许”或“驳回”的辨析适用----------2017-05-21 中国法院网 云南省马龙县法院 金靖
人身安全保护令如何温柔出鞘----------2016-12-18 人民法院报 李徐州
消除四种误区 提高人身安全保护令适用率----------2017-05-24 人民法院报 王道强
夫妻忠诚协议是否可以单独诉讼----------2017-4-12 人民法院报 楚士将 殷芹
婚姻登记机关为离婚男女“补领”结婚证的处理----------2017-05-10 人民法院报 沙燕
用亲情打开亲情的死结----------2017-5-14 人民法院报 吴显敏
如何保障遗嘱的自由与限制----------2017-4-13 人民法院报 曾亚妮
夜问之情债协定----------2017-05-27 基层法官 夜问书生
未成年子女抚养费能不能变更？这里有您想知道的信息----------2017-05-27 北京三中法院风景线
离婚协议对子女之法律效力分析----------2017-05-27 最高人民法院司法案例研究院 丁军生
夫妻一方侵害共同财产的认定时间丨高杉 LEGAL----------2017-05-26 高杉 LEGAL 王忠等

（三）律师视点

婚姻家庭纠纷典型案例 8 则----------2017-05-03 审判研究 北京天同律所 陈枝辉律师
游植龙律师在“第四届中国婚姻家事法实务论坛”上作主题发言----------2017-05-09 南粤家事
从“世纪争产案”看有限公司的股权继承----------2017-05-11 家族律评国浩律师（深圳）所 李芳
被执行人有待继承遗产如何处理？----------2017-05-18 强制执行实务研究 付晓雷
夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（一）----------2017-05-20 法学 45 度 徐忠兴
夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（二）----------2017-05-21 法学 45 度 徐忠兴
夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（三）----------2017-05-22 法学 45 度 徐忠兴
夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（四）----------2017-05-23 法学 45 度 徐忠兴
我国的夫妻共同债务，是个伪问题----------2017-05-27 法律读库 周恺

（四）媒体视点

家事案件审判丨根本之道在于治愈隐痛----------2017-05-03 法庭内外杂志社 刘白露
儿子与养父母“反目成仇” 解除收养关系后还有继承权吗？----------2017-05-08 中国审判 新媒体中心
专家建议家事审判不宜一刀两断式裁判 第四届中国婚姻家事法实务论坛在京举行
----------2017-05-09 民主与法制时报 汤瑜
刷脸办公证，哥哥惹祸，弟弟背锅？----------2017-05-15 人民法院报 李鸿光 方涵
第四届中国婚姻家事法实务论坛上，专家建议——应设立离婚补偿性和救济性扶养费
----------2017 年 5 月 17 中国妇女报·中华女性网记者 王春霞
古代“家暴”立法 李清照为摆脱家暴不惜坐牢----------2017-05-21 中国审判 新媒体中心
家暴打得脾脏摘除，丈夫入狱后，她拿到了离婚损害赔偿金丨拍案----------2017-05-23 重案组 37 号 刘洋
孪生哥哥“克隆”弟弟办公证----------2017-5-15 人民法院报 李鸿光 方涵
产后抑郁，谁来救赎？----------2017-4-24 人民法院报 曹竹园 徐振宇 古林
“走火入魔”的求爱者----------2017-4-17 人民法院报 章伟聪

（五）公证专题

夫妻财产约定的公证及公示制度构想----------2017-05-08 公证文选 张瑜明
家事纠纷之多元化解决机制探——以公证为视角----------2017-05-09 公证文选 重庆市公证处 向光敏

继承公证的风险防控----------2017-05-16 公证文选 苏坤

十、新书资讯

《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》----------2017 年 3 月 1 日第 1 版 法律出版社 肖峰 田源主编

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

大力推进家事审判方式和工作机制改革试点

2017-05-03 人民法院报 最高人民法院审判委员会专职委员 杜万华

为积极应对家事案件数量逐年上升、类型趋于复杂多样、矛盾化解难度加大等现实情况所带来的一系列负面影响，充分发挥家事审判职能作用，妥善化解家事矛盾纠纷，维护家事案件当事人合法权益，2016 年 5 月，最高人民法院部署在全国选择 118 个中基层法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。改革的目标是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。

一、深刻把握家事审判改革的重要意义，积极转变家事审判理念，准确把握家事审判职能

自 2016 年 5 月 11 日最高人民法院召开家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议以来，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，取得了明显进展。试点法院不断完善家事审判多元化纠纷解决机制，探索建立家事案件婚姻冷静期、心理测评干预、情况调查、案后跟踪回访等制度，推动建立反家庭暴力整体防治网络，成效良好，获得社会各界广泛好评。将近 90%的法院成立了专门家事审判机构，其中独立建制的家事审判庭和少年家事庭占 70%；78.4%的法院与相关部门建立了联席会议机制或者达成了合作事项；79.2%的法院改善了硬件设施，66.4%的试点法院出台了规范性文件；55.2%的试点法院成立了家事调解委员会；22%的家事案件开展了诉前调解工作。在大家的共同努力下，试点工作取得了显著的成效。同时，我们也要看到，当前家事审判改革面临不少问题和困难，我们四级法院都要以勇于担当的精神，找准问题，克服困难，不断推动家事审判改革工作深入开展。

（一）深刻把握家事审判改革的重要意义

从全国范围看，家事审判改革的推进并不平衡，有少数法院试点工作的开展不尽如人意，有的法院还处于观望状态，很多创新工作机制没有启动，有的法院对改革要求的落实浮于表面，没有扎扎实实地贯彻实施，甚至有的法院对最高人民法院报送数据材料的通知都不重视，心理干预、情况调查、回访帮扶等特色工作还没有全面铺开。这既有客观的困难，也有主观认识的不足。因此，强调家事审判改革的重要意义仍然很有必要。

家庭的和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党和国家历来重视家庭建设，近年来更是重视有加。习近平总书记高度重视家庭家教家风建设。他指出，无论时代如何变化，无论经济社会如何发展，对一个社会来说，家庭的生活依托都不可替代，家庭的社会功能都不可替代，家庭的文明作用都不可替代。他强调，家庭是社会的细胞，家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明，家庭的前途命运与国家和民族的前途命运紧密相连。他强调，国家富强，民族复兴，人民幸福，不是抽象的，最终要体现在千千万万个家庭都幸福上，我们要重视家庭文明建设，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，成为人们梦想起航的地方。

但是，多年来我国离婚率持续攀升，对和谐稳定的家庭建设提出了新的挑战。民政部统计数据显示，离婚率自 2003 年以来连续 14 年递增，2014 年有 295.7 万对夫妻办理离婚手续，2015 年有 314.9 万对离婚，2016 年有 346 万对离婚。与此同时，人民法院的婚姻家庭抚养继承纠纷等家事案件也持续上升，成为民事审判的第一大类案件，占全部民事案件的三分之一左右，其中离婚案件占比很高。2014 年审结一审家事案件 161.9 万件，离婚案件 130.7 万件；2015 年审结一审家事案件 173.3 万件，离婚案件 139.1 万件；2016 年审结家事案件 175.2 万件，离婚案件 139.7 万件。如果将民政部门的登记离婚数量与法院离婚案件数量相加，全国每年的离婚当事人的数量多达近 1000 万人，因离婚涉及的未成年、近亲属等人员数量多达 5000 万人。如将历年的数值累加，因离婚导致家庭破裂和家庭危机所涉相关人员数量十分巨大。伴随着离婚和离婚纠纷数量的不断增长，家庭破裂和家庭危机导致大量社会问题产生，如未成年人的教育与抚养、妇女权益维护、老年人赡养等社会问题频发。这必然对社会的经济、政治、文化、社会管理等方面都会带来程度不同的影响和冲击。因此，加强社会治理，维护社会稳定，必须将家庭建设放在十分重要的地位。最高人民法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作，就是为了积极应对家事案件数量逐年

上升、类型趋于复杂多样、矛盾化解难度加大等现实情况所带来的一系列负面影响，充分发挥家事审判职能作用，妥善化解家事矛盾。

（二）积极转变家事审判理念

长期以来，一些地方婚姻家庭案件被边缘化，不少法官存在一种错误认识，认为婚姻家庭案件技术含量低，都是些家长里短的事，体现不出专业水平。很多法官不愿意从事家事审判工作，更愿意办理其他民商事案件，这是个极大的认识误区。家事审判是民事审判的基础与支柱，家事法官不仅要精通法律，还要具备心理学、社会学等方面的知识，家事审判是一门专业性很强而且跨学科领域的工作，我们的家事法官要有这样的专业自信。

在家事审判理念上，要进行“三个转变”：要从机械遵循辩论主义和处分原则的财产纠纷审判思路，转变为强化法官的职权探知、自由裁量和对当事人处分权的适当干预；要从偏重财产分割、财产利益保护的审判理念，转变为更加重视身份利益和人格利益；要从单纯强调审限内结案，转变为适当放宽婚姻家庭案件的审限限制，为彻底化解家庭纠纷和修复家庭成员心理创伤提供条件。

（三）准确把握家事审判职能

家事改革的目标是：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。这要求我们审理家事案件时，要以维护婚姻家庭为目标。在依法保护当事人合法权益时要更加注意依法保护未成年人、妇女、老年人的合法权益，特别是要将未成年人利益最大化放在重要位置予以考虑。

家事审判不能再像以前那样仅限于裁判这一个职能，其更重要的一个职能是对婚姻家庭的救治。救治婚姻家庭，首先要判断婚姻是否死亡。如果婚姻确实已经死亡，人民法院应当保护当事人的离婚自由。但是，如果当事人婚姻并未死亡，只是出现危机，就应当积极救治。家事审判的职能要包括修复婚姻家庭关系、治愈情感、为未成年人提供监护等。维护婚姻家庭稳定，并不等于不准离婚，而是指人民法院不能随意、在未对危机婚姻进行救治的情况下，轻而易举地判决离婚。对于已经死亡的婚姻，在保证不出现社会危害的情况下，要及时予以解除。在离婚案件中，如果夫妻双方未对未成年子女的抚养作出适当安排，对其离婚自由应当予以适当限制。

二、建立社会广泛参与的家事纠纷多元调解机制

家事审判改革是一项重要的综合性改革，包括三个方面的内容：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。

多元化纠纷解决机制改革主要集中在家事领域，多元化纠纷解决机制改革的成功，很大程度上要以家事审判方式和工作机制改革的成功为前提，这也是家事审判改革的重点和难点。

要争取党委的领导和社会各界的支持。做好家事审判工作，党委的领导和支持至关重要，同时也离不开政府部门和社会力量的支持和参与。各试点法院要在党委的领导下，与民政、妇联、共青团、社区、社会组织、高校等单位合作，在建立多元家事纠纷解决机制方面已经取得一些成果。今后还要继续争取党委的领导和支持，加强与相关部门的沟通联系，动员社会各方面力量共同参与家事纠纷化解，完善家事审判多元化纠纷解决机制。最高人民法院正在积极协调，准备建立包括中央综治办、国务院妇儿工委、民政、教育、妇联等十多家部门共同参与的家事审判改革部际联席会议制度，力争形成“党委领导、政府尽责、法院牵头、社会参与”的良好工作局面。联席会议机制建立以后，一定程度上可以解决各部门之间配合协作的问题，并将为全国各地起到示范作用。

要探索引入专业人员和依托专业机构协助家事案件审理。最高人民法院与北京师范大学签署了家事审判心理学社会学研究合作框架协议，随后还将成立研究中心并开展包括人员培训、案例编纂等具体合作事项。一些法院与高校建立了心理学方面的合作机制，值得大家学习借鉴。有条件的法院，可以设置相应的专业性辅助设施，借助专业领域人员及时为当事人提供心理疏导和治疗等服务。

要延伸家事审判的社会辐射功能。积极与民政、司法、妇联等部门建立长效协作机制，建立家事案件案后跟踪回访及帮扶制度，共同帮助当事人解决实际困难，修复或重建婚姻家庭关系，促进家事纠纷的有效解决。

要推动建立反家庭暴力整体防治网络。2016 年 3 月 1 日起反家庭暴力法正式施行后，全国法院共计发出了 680 余份人身安全保护令，尚未发现严重违反人身安全保护令构成犯罪的案例，人身安全保护令起到了很好的震慑效果，许多长期遭受家庭暴力的受害人特别是妇女、未成年人和老年人的人身权益得到了有效保护。同时，人身安全保护

令的执行也存在困难，主要是一些法院与公安机关的协作配合不够顺畅。最高人民法院将在建立联席会议机制过程中加强与公安部的协调，明确公安机关协助保护令的具体职责。各高院和试点法院也要努力与公安、司法、民政、妇联等部门建立协作机制，形成人身安全保护令有效执行的合力。

三、积极探索家事诉讼特别程序

目前人民法院审理家事案件的程序法依据是民事诉讼法。要通过家事改革，积极探索家事特别程序制度，推动家事特别程序法的制定。贯彻调解优先原则，积极试行家事案件调解前置制度，耐心细致做好各阶段诉讼调解工作。加大家事诉讼中法官的职权干预力度，聘用或者聘请家事调查员参与家事案件调查，对于当事人确实难以举证的重要的案件事实，依职权调查取证。强化不公开审理原则，以不公开审理为原则、以公开审理为例外。积极推广离婚证明书制度，与民政部门的离婚信息建立共享机制。强调当事人亲自到庭原则，强调当事人原则上应当亲自到庭参加诉讼，力求实现纠纷的彻底化解。坚持未成年人利益最大化原则，对涉及未成年子女抚养的离婚案件，开展全面的情况调查，必要时引入心理疏导和测评机制，对抚养权归属问题综合作出合理的裁判。适当放宽家事案件审限，通过不计入审限或者延长审限的方式适当放宽审限，实行“离婚冷静期”和回访帮扶工作，开展积极的心理干预和调解工作，尽可能地修复家庭关系、钝化矛盾。同时，还要推行财产申报制度，改革裁判文书体现柔性司法等。

四、积极探索家事审判机构和队伍专业化改革

推进家事审判方式和工作机制改革，必须与司法人员分类管理和法院内设机构改革相适应，努力建设符合家事审判特点的审判机构和队伍。专业机构和专业人员，是做好专业工作的前提和保障。家事审判的特殊性、家事审判队伍的专业性以及家事案件数量的居高不下，都决定了成立家事审判庭很有必要。笔者认为，经过一段时间的试点运行，有条件的试点法院都应当成立家事审判庭，合议庭模式只适用于案件量少或者司法改革后只保留审判团队的地区。目前全国还有一些试点法院没有成立独立的家事审判庭，要抓紧研究加强家事审判机构建设。要强调的是，相当比例的家事案件由人民法庭审理，家事审判机构建设一定要与人民法庭的建设很好地结合，共同均衡推进家事审判工作。家事法庭要协调指导各乡镇人民法庭家事案件的审理，家事法庭创建的制度机制、整合的各类资源，要与人民法庭共享。试点法院应当选拔任用熟悉婚姻家庭审判业务，具有一定社会阅历，掌握相应社会心理学知识，热爱家事审判工作的法官担任家事法官，保证家事法庭有足够的员额法官。同时，探索引入社会团体工作人员和向社会购买服务等方式充实专业性审判辅助人员，走专业化与群众路线相结合的道路。要完善家事审判绩效考评机制，在评先评优、树立先锋模范的选择上，要向家事法官适当倾斜，用政策、荣誉和感情激发他们的工作热情和创造活力，将优秀法官吸引到家事法庭。

家和万事兴，家固天下稳。社会的发展、国家的富强，都需要建立在家庭幸福和谐的基础之上。各级法院要站在深入推进人民法院司法改革、维护社会和谐稳定，为“四个全面”“五位一体”发展战略提供司法保障的高度，充分认识开展家事审判改革的必要性和重要性，坚定信心，锐意进取，攻坚克难，为推动家事审判改革作出更大的贡献。

我院首创未成年子女财产登记报告制度

2017-05-04　常州市天宁区人民法院

离婚时，孩子的财产怎么办？

随着社会的飞速发展，未成年人拥有财产权益的方式和形式越来越多种多样，从获得财产的方式上来看，不仅有因受赠、继承取得财产，也有一些未成年人因获奖、知识产权等享有财产权益；从财产的形式上看，不仅有传统的存款、房屋，也有股权、债权等财产权益。天宁法院家事庭在审理离婚案件中发现，有些当事人忽视未成年子女独立的财产权益，双方将未成年子女的财产视为夫妻共同财产要求予以分割；有些当事人表面上主张的是未成年子女的财产权益，实际上更加激烈地争夺子女的抚养权以获得掌控子女财产的权利；有些当事人双方均能够认识到未成年子女有独立的财产权益，但对于直接抚养子女一方监管子女财产存在一定的顾虑和不信任。

登记报告让未成年子女的权益更有保障

针对以上离婚案件中存在的未成人子女财产问题，为保护未成年人独立的财产权益，妥善解决离婚案件中的相关矛盾，天宁法院首创离婚案件未成年子女财产登记报告制度，制作未成年人财产登记表，登记表包括填写说明、未成年人财产登记明细表、关于未成年子女财产的监管协议、未成年人财产管理人承诺四个部分。未成年人财产登记报告制度要求双方对子女的财产进行申报，使法院能及时获知未成年子女的财产状况，法院在核实后进行备案登

记，在夫妻离婚时，就未成年子女的财产开具清单，登记造册，交由直接抚养子女一方代管，与未成年子女共同生活的一方定期向另一方报告未成年子女财产的管理、使用情况。对于夫妻双方均不信任对方的情况，双方也可以另外协商选定未成年人子女财产监管人，由双方均信任的第三人监管未成年子女财产，定期向双方报告未成年子女财产的管理情况，如为未成年人利益需使用其财产，必须经父母双方同意。对于十周岁以上的未成年人，选定管理人时应征询其本人意见。

有了规则，事情就好办了

近期，我院审理的张某（女）与李某（男）离婚一案中，夫妻双方矛盾激烈，对于财产分割争议较大。双方均认可刚满 13 周岁的女儿李小某名下有 17 万存款，存折在李小某的爷爷李某甲处。张某认为女儿李小某愿意随自己生活，17 万元应由自己管理，而李某认为这 17 万元的主要来源是自己父亲李某甲每年给女儿李小某存的压岁钱，这笔钱不能够给张某管理。针对案件情况，承办法官向李小某本人征询抚养意见并询问了其名下存款情况，李小某表示愿意随母亲张某生活，也知道自己名下有存款的情况，但她既不希望父亲管理这笔钱，也不希望母亲管理这笔钱，而 a 是希望由爷爷李某甲继续保管自己的存折。李小某对承办法官说：“爸爸妈妈都有可能钱不够的时候把我的钱拿去花了，但爷爷不会，他说是给我存的上大学的钱，每年都帮我存。”

承办法官要求李某提供了李小某名下存款的银行账户明细，召集张某、李某及李某甲，向他们说明了未成年子女财产登记报告制度的内容以及李小某本人的意愿，希望张某与李某夫妻双方都能够从孩子的利益出发，妥善处理李小某名下 17 万元存款的情况。经过法官的说明和劝解，张某、李某不再针锋相对，均同意由李小某的爷爷李某甲继续管理该 17 万元存款至李小某十八周岁，李某甲也愿意继续管理该笔存款，并承诺非为李小某所需不能动用，而且要求法庭要向张某、李某说明，他们夫妻双方不能来用孩子的钱。三方还协商李某甲在管理李小某的存款过程中，李某甲每半年以交付银行存款明细复印件的形式向张某、李某报告李小某的存款情况。三方协商一致后，共同签署的未成年子女财产财产登记表一式四份，张某、李某、李某甲各一份，法院附卷一份。

随后，因子女财产的妥善处理，减弱了夫妻双方之间的矛盾，经过承办法官的释法与调解，张某与李某就子女抚养与夫妻共同财产分割也达成一致，张某与李某的离婚案件顺利调解结案。

杜万华：正确认识当前家庭职能定位 积极维护家庭共同生活基础

2017-05-15　最高人民法院　谢勇

5 月 10 日至 12 日，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华带领最高人民法院和全国妇联联合调研组到浙江杭州、丽水、温州调研家事审判工作。杜万华与浙江部分家事审判法官、妇联、司法行政机关工作人员、全国及省市人大代表、政协委员、学者、律师、调解员代表座谈，同与会人员就家庭职能、家庭建设、家事纠纷、家事审判和未成年人、妇女、老年人权益保护等问题亲切交谈。对浙江青田等法院组织观调团参与家事审判、在庭审中引入道德规范机制等改革措施予以肯定，要求各地人民法院正确认识新时期家庭职能定位，积极发挥家事审判的裁判和救治职能，着力维护家庭共同生活的情感基础和物质基础。

杜万华要求，各级人民法院要深刻认识家庭建设在社会建设、道德建设、经济建设、文化建设中的重要意义，深刻认识大力推进家事审判改革的必要性和迫切性，勇担使命，砥砺前行。要牢牢抓住家事审判机构专门化和审判队伍专业化这个改革的牛鼻子。家事纠纷涉及情感和心理、交织伦理和道德、贯穿身份关系和财产关系、与特定的社会经济道德环境紧密相联，需要法官具备较高的专业素养和特定的生活背景，可积极探索专业化的家事审判团队制度。改革试点法院要变单项突进为全方位推进家事审判改革试点工作。要准确判断婚姻危机和婚姻死亡。对婚姻危机，要通过离婚冷静期、心理咨询、帮助夫妻排除感情障碍、建立有效沟通等方式积极救治，强化家庭共生活的情感基础。对矛盾冲突较大的死亡婚姻，要通过调解、心理干预等方式钝化矛盾，缓和冲突后妥善处理。既维护当事人的婚姻自由权，又尽可能防止出现极端事件。对一般性的死亡婚姻，要依法及时判决或调解离婚，通过心理干预等方式帮助当事人理性处理离婚纠纷、治疗当事人尤其是未成年子女的情感和心理创伤，帮助各方当事人以积极心态投入离婚后生活，为当事人建立新的和谐家庭关系奠定基础。

杜万华强调，目前中国家庭中，既是消费单位又是生产经营单位的家庭数量十分庞大。这个庞大的家庭群体对社会而言承担着人口生产和物质资料生产的职能，对家庭成员而言承担着生产生活互助和心灵情感寄托的职能。要正确认识新时期夫妻“共同生活”的内涵和外延；要深入分析当前家庭建设的主要问题和问题的主要方面，全面掌握当前家庭纠纷尤其是家庭债务纠纷的范围、程度和根源，既要看到当前经济下行、民间借贷数量大幅上升、社会

诚信缺失等外部原因，也要在家事审判中对事实查明、法律适用、裁判尺度等问题准确把握；要在保护交易安全和效率的基础上审慎探索家庭成员对外借贷时各方当事人的注意义务；要严格依法打击家事审判中虚假诉讼、虚假陈述、作伪证等违法犯罪行为，注意防范恶意串通损害他人利益等不诚信行为；要深入研究家庭生产经营危机转化为生活危机的情况，树立生存发展权优先于财产权的意识，对于深陷沉重债务负担的家庭和家庭成员，在依法保护债权的同时要优先保护债务人的人格权、生存权、未成年子女受教育权等基本人权，维护家庭成员赖以共同生活的基本物质基础，守卫家庭安宁。

人民法院新闻传媒总社

家事审判改革的江苏探索

2017-05-23 江苏法制报 朱旻 周杨明

江苏省高级法院新闻办公室与江苏法制报社编辑部的“紧密型”互动合作主要体现在对全省法院“重点工作”“中心任务”系列战役性报道的主题策划与落实。今年以来，我们已经携手完成全省法院系统“基本解决执行难”的多轮以报纸版面为主阵地、全媒体参与的“融合报道”，收获丰硕成果，赢得各界好评。今天起，双方精心组织的“江苏家事审判改革系列报道”闪亮登场！首篇由特约记者朱旻、周杨明采写，出手不凡，值得关注！

编者按

2016 年，江苏法院共新收一审家事案件 120438 件，是仅次于民间借贷的第二大类民事案件。与此同时，家事案件的类型日益多样。冷冻胚胎归属、隔代探望权、代孕监护纠纷等新类型案件屡见不鲜。2016 年 5 月,为贯彻落实最高法院家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议精神,在最高法院确定的江苏 3 家试点单位外,省法院另行确定了 12 家中、基层法院作为改革试点单位。一年来，全省法院将家事审判作为司法改革的一项重要内容，改革机制解难题，创新方法出举措，形成了像贾汪、铜山、建湖等具有江苏特色的家事案件专业化审判模式。从今天起，本报将连续刊登各地家事审判经验，以供学习借鉴。

着眼情感治愈

审判理念亲情化

“情感是家庭稳定的粘合剂，家事审判过程同时是一个对问题家庭和家庭成员的情感治愈过程。”省高院民一庭副庭长王蔚采访中谈到，全省法院在家事审判改革工作中提出了要树立家庭本位的理念。对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益。对家庭财产关系的处理以有利于家庭成员共同生活的团体主义为价值追求，从而发挥家事审判家庭成员间情感的治愈性职能。

有这样一个案例。女儿 10 岁时，老王与妻子离婚，女儿由前妻抚养。之后老王远赴上海打拼，并再次成了家。对于 800 元抚养费，老王按月打到前妻账户上，从不拖延。后因家庭出现变故，老王连续三个月未支付抚养费,女儿将其告上法庭。当老王来到别开生面的法庭里，特别是听到女儿泪述“三年没见过父亲了，起诉不为钱，只是希望见一面”时，这位父亲上前与女儿相拥而泣……

“当时联系到老王，老王一开始以自己有代理人为由拒绝出庭。但我们一直坚持从父女之情出发做老王的工作。开庭那一天，法官与原、被告双方同坐在圆桌前，营造了家庭温馨平等的氛围。这个案例让我们深有感触，法律的刚柔并济应该与当事人的亲情融合在一起。”谈及这个审理不久的案子，铜山法院家事庭庭长胡徐梅深有感触。

记者了解到，我省法院在家事审判改革试点工作中着眼情感治愈，强调树立一揽子解决家事纠纷的理念。

“通过适当放宽婚姻家庭案件的审限限制，重视诉前的调解和结案后的延伸服务，为彻底化解家庭纠纷和修复家庭成员创伤提供条件。

其中南京中院提出“坚持保护弱者，柔性司法、能动司法、一体化司法”的家事审判理念，在离婚纠纷中对婚姻关系、子女抚养、财产分割问题归并审理，体现出家事纠纷的一次性解决。盐城中院向社会聘请资深社区工作人员、教师、心理医生作为回访帮扶的智囊队伍，对家事案件所涉当事人进行有重点的回访帮扶。盐城建湖法院通过设立“亲情驿站”，有效化解了离婚后探望未成年子女难题等。

着力司法实践

诉讼程序专业化

结婚 3 年的小杨要离婚，理由是丈夫老孙背着她给了他和前妻的儿子 1000 元钱。老孙觉得自己给儿子钱没错，妻子因此离婚太小题大做。小杨却觉得这事儿挑战到了她的底线，双方僵持不下，最后闹到了徐州市贾汪区法院。

当庭调解和好没有成功后，法官认为，双方缺乏沟通是矛盾的根源，双方应珍惜再婚 3 年来的夫妻感情。遂给双方 3 个月的冷静期，并给双方一个表格，表格中列出 10 个问题，要求双方在冷静期内进行思考，慎重作出选择。10 个问题分别为：对方的长处、结婚时的承诺、抚养子女情况、财产添置情况、解决问题是否必须离婚、如不离婚自己如何改变等。冷静期内，家事法官不间断跟踪问询，仅 40 日，双方到法院办理了和好手续。

针对冲动型离婚不断增多以及危机婚姻调解离婚易、调解和好难的现状，江苏各个改革试点法院积极探索设置“感情冷静期”，贾汪法院则形成了较为成熟的“感情冷静期”工作机制。

“对于冲动型、偶然型及过错型婚姻，我们在诉讼期内设置 3 个月的冷静期，通过心理疏导，引导当事人舒缓情绪，冷静思考，多方位权衡利害得失，从而达到修复夫妻感情的目的。”贾汪法院院长李徐州认为，诉讼期内 3 个月冷静期的适用，虽然延长了审理期限，但对及时化解夫妻矛盾，避免冲动型离婚向危机婚姻转化起到了重要作用。据介绍，2016 年贾汪法院审理的冲动型离婚 80 例，经过冷静期适用，最终全部调解和好、调解撤诉后结案。

记者在采访了解到，2016 年，全省法院新收一审家事案件中离婚案件近 10 万件，且呈现出案情日趋复杂化。现状与问题倒逼，在推进家事审判改革试点工作中，全省法院注重探索家事诉讼特别程序的司法实践。

“省高院副院长李玉生指出，全省试点法院率先实现了家事审判机构的专业化建设。目前全省 15 家试点法院已全部成立了少年及家事审判庭，实现了家事案件的集中审理。此外基于家事案件的特殊性、家事审判职能的特殊性，全省试点法院大胆探索适应家事审判自身特点的专门化审理程序。比如宿迁宿豫法院、灌云法院探索离婚案件调解前置程序；南京溧水法院采用远程视频庭审方式方便当事人诉讼；镇江润州法院从保护当事人隐私的角度出发，积极探索“离婚证明书”制度在家事审判中的具体适用等。

着眼凝聚合力

解纷力量多元化

联合社会力量，联动化解家事纠纷，采访中了解到这样一个改革的试水之举。崇川法院作为南通市的主城区法院，辖区 10 个街道都设有妇联组织。在区妇联的推荐下，崇川法院选任 10 个街道妇联干部作为人民陪审员的同时，又把他们纳入法院家事调解委员会。具体由区妇联在工作日安排 1 名街道妇联调解员到法院家事法庭轮值，协助专职调解员调解家事纠纷。妇联调解员分布在各个街道，他们熟悉社情民意，又有一定的调解经验，试点改革工作开展以来，法院选任的妇联调解员共调解家事纠纷 151 件，调解达成协议 71 件、撤诉 3 件、息诉 7 件。

深入探索家事审判多元纠纷化解渠道，崇川法院充分运用“大调解”机制，与辖区文峰街道仁爱社会工作发展中心合作，通过向社会购买服务的方式，委托社会团体作为家事调解员对婚姻家庭、子女抚养、老人赡养等案件，以面谈、走访、调查等多种形式，对当事人的财产情况、子女抚养、老人的赡养等特定事项进行调查，并出具调查报告，为家事案件的审理提供参考依据。

原告赵某(女)与被告庄某(男)原系夫妻关系，2014 年 12 月，赵某、庄某夫妇作为甲方与张某、郭某夫妇作为乙方签订《合伙购买出租车协议书》，约定由甲、乙双方共同出资以庄某的名义购买出租车一辆，挂靠在南通出租车公司从事营运活动，购车款双方均摊，经营收益由双方均分。车辆购买后，甲、乙双方轮流使用从事客运出租运输。2016 年 2 月，赵某、庄某因感情不和经法院调解离婚。因出租车涉案外人利益，离婚案件中对车辆未作处理。同年 6 月，赵某诉至崇川法院，要求对出租车和车辆的营运收入进行分割。

诉讼中，原、被告对出租车的市场价值不能达成一致，法院便委托鉴定机构对出租车进行价值评估。鉴定机构以网约车经营合法化、现阶段出租车的价值难以评估为由终结鉴定程序。为确定出租车价值，法院委托家事调查员对出租车的交易行情进行调查。家事调查员接受委托后，自乘出租车向当地不同公司出租车司机进行调查，并出具了调查报告。

“我院参考调查报告后作出了相应判决。如何确定车辆的营运价值，是本案的处理难点。在司法鉴定无果的情况下，我们发挥了家事调查员的司法辅助作用，一审宣判后，双方当事人均服判息讼。”崇川法院院长娄宏春谈到。

多元调处，联动化解是改革的关键词。省高院民一庭审判长张娅为记者详细介绍了推进家事审判改革工作中，全省实现家事纠纷多元调处的几个“组合拳”。

1 建立家事调解委员会。

各试点法院在妇联、民政、村（居）委会、司法所等组织机构选聘具有丰富调解经验的特邀调解员，发挥他们贴近社会的工作优势，进一步提高家事案件调解的成功率和裁判的认同度。泰州高港法院成立民调群、妇女儿童维

权群，借助辖区妇联、民调组织等基层力量解决了委托送达、调解、案后回访等工作，延伸了家事审判的“最后一公里”。

2 建立诉讼与公证对接机制。

在家事审判中引入公证前置处理案件，由公证调解员为当事人提供调解、建议和公证服务，减少纠纷进入诉讼。比如常州天宁法院与常州市公证处共建家事审判与公证服务对接机制，挂牌设立了家事审判与公证服务对接工作室。

3 家事审判心理疏导的全程介入。

徐州铜山法院通过招聘专业心理学人才，实现心理疏导工作的“内外结合”。省高院还与东南大学合作共建全国首家“家事审判心理学重点研究基地”，基地的成立在探索完善家事案件心理疏导机制，提供专业心理疏导和进行家事审判心理学专业培训方面提供着有力的专业支持。

省高院民一庭庭长俞灌南在接受记者采访时说

家事审判改革已经取得了初步成效。下一步，我们将在各试点法院改革试点工作基础上，进一步探索家事诉讼特别程序的司法运用。包括感情冷静期制度的设置方式、适用范围以及冷静期内相关配套措施衔接机制如何进一步完善，家事案件心理疏导工作如何有效开展与反馈等，争取试点工作为将来的家事诉讼特别程序立法工作提供江苏样本。

谭琳在调研婚姻家庭权益保障等问题时强调
引导妇女理性反映诉求依法维权

2017-05-23 人民法院报 记者罗书臻

本报讯 5 月 12 日，全国妇联副主席、书记处书记谭琳带领最高人民法院与全国妇联联合调研组在北京进行了调研，与北京市三级法院、妇联、民政等相关人员深入交流，倾听专家、律师、当事人等各方意见，了解妇女儿童老年人婚姻家庭权益保障面临的主要问题、家事审判方式和工作机制改革试点情况等，听取民法典分则亲属编编纂等方面的意见和建议。调研组由最高人民法院民一庭、全国妇联权益部有关负责同志和全国人大代表、有关专家学者组成。北京市高级人民法院院长杨万明会见了谭琳一行并进行了工作交流。

调研组充分肯定了北京市在推进家事审判改革、保障妇女儿童权益工作中的积极探索。谭琳表示，北京各级法院重视调查研究，善于针对审判实践中的问题对审判规则进行深入思考，提出的解决思路和建议很有启发；市婚姻登记部门在登记实践中遇到的问题恰恰说明家事无小事，一些问题需要通过立法进一步明确；市妇联配合开展婚姻家庭矛盾纠纷化解和落实反家庭暴力法的相关机制建设，为做好维权工作打下很好的基础，期待在个案维权方面发挥更大作用。

谭琳强调，各级妇联组织应引导妇女理性反映诉求，依法维护自身的合法权益，各地妇联应当关心有维权需求的妇女，协调社会各方面资源，为有实际困难的妇女提供力所能及的帮助与服务。

谭琳在广东福建调研时强调
在婚姻家庭权益保障工作中彰显平等公平理念

2017-04-24 人民法院报 罗书臻

本报讯 （记者罗书臻）4 月 16 日至 20 日，全国妇联副主席、书记处书记谭琳带领最高人民法院与全国妇联联合调研组，深入广州、深圳、厦门等地开展调研，了解妇女儿童老年人婚姻家庭权益保障面临的主要问题、家事审判方式和工作机制改革试点情况等，听取民法典分则婚姻家庭或者亲属编编纂等方面的意见和建议。调研组由最高人民法院民一庭有关负责同志、全国妇联权益部和有关专家学者组成。

调研期间，调研组实地考察了广东省广州市中级人民法院少年家事审判庭、深圳市宝安区人民法院家事诉讼中心，福建省厦门市海沧区人民法院家事法庭，详细了解了家事审判改革在不同试点法院的运行模式，以及中基层法院在司法实践中保障妇女儿童合法权益的创新经验和做法。调研组与广东、福建两地部分全国及省人大代表、政协委员、律师、学者，以及省市县三级法院、妇联、民政等相关人员深入交流，倾听各方意见建议。

调研组充分肯定广东和福建在推进家事审判改革、保障妇女儿童权益工作中的积极探索和创新经验。谭琳表示，广东作为改革开放的前沿阵地，率先启动家事审判改革、创新离婚财产申报制度、通过行政诉讼维护农村妇女土地权益，深圳将婚姻家庭调解纳入矛盾纠纷多元化解机制给予财政专项保障，福建多部门合作机制运转有效，厦门在家事审判程序中注重未成年人心理健康，这些理念做法值得进一步总结推广。她希望，广东、福建两地可在现有基

础上加大改革创新力度，结合实际不断探索好经验、好做法。

谭琳指出，当前我国经济社会关系日益复杂，不少利益矛盾冲突折射影响到家庭，使妇女儿童老年人婚姻家庭权益保障工作面临诸多挑战，需要我们在工作中审慎全面地考虑问题，特别要在具体工作中传递和彰显平等、公平、相互尊重等价值理念，采取有力措施，将社会主义核心价值观纳入法治建设，促进社会和家庭和谐稳定。

中国法官协会中国女法官协会在四川开展调研活动 黄尔梅要求

深入推进加强妇女儿童合法权益司法保护

2017-05-04 人民法院报 李延忱

本报讯 近日，中国法官协会、中国女法官协会赴四川省成都市、广安市，就保障妇女儿童合法权益的反家庭暴力、性侵未成年人（留守儿童）、中小学生欺凌和暴力等热点问题开展调研活动。中国法官协会副会长、中国女法官协会会长黄尔梅听取汇报并讲话。

黄尔梅对成都、广安两市法院的工作给予充分肯定。她指出两地法院在反家暴法实施过程中积极开展有关家庭暴力案件的审判工作，成立专门合议庭或成立保护妇女及未成年人合法权益办案组，这些好的经验和做法值得协会给予大力推广和宣传。

黄尔梅针对现阶段低龄幼童受侵害比例较高，犯罪嫌疑人利用熟人身份，更容易接近受害者，使得性侵案件容易发生的情况，强调要加强家庭和学校对儿童的教育和管理，加强儿童自我保护意识。司法机关应严厉打击性侵未成年人犯罪的案件，加强与公益性组织、家庭、学校、社区、妇联等部门的联系，建立一套多方面、多层次、社会多机构联动防治儿童性侵害的工作机制。

黄尔梅强调，要认真贯彻教育部、最高人民法院等部门《关于防治中小学生欺凌和暴力的指导意见》，各级法官协会、女法官协会应加大法治宣传，认真开展预防中小学生欺凌和暴力教育。每个家庭、学校等应做好事前预防、事后回访，防止事件再次发生。充分发挥沟通职能，加强与其他群团组织的联系，共同预防和解决校园欺凌和暴力的现象。

在调研结束后，黄尔梅一行还专程考察了第五巡回法庭设施并看望慰问正在加班的干警。

疗伤与祛痛：北京家事审判的变革之道

2017-05-22 人民法院报 刘白露

家事无大事，家事难了事。每一起诉讼到法院的家事纠纷，都有着中国传统观念中不足为外人道的种种隐痛。这些案件对于法官来说，下判容易，修复艰难。想要审理好家事案件，往往需要超越案件审理本身，倾注大量的精力和心血才能真正实现案结事了。

2016 年 4 月，最高人民法院始推家事审判方式和工作机制改革，作为改革试点单位，北京东城、西城、房山 3 家法院结合自身实际，立足改革探索，推出了一系列卓有成效的家事审判改革创新举措。

■改革重点 借助审判修复婚姻家庭关系

长期以来，婚姻家庭的稳定性建设普遍被认为是自己的事，内部的事，是几乎不受外部评价、介入和引导的私人领域。实际上，婚姻家庭的不稳定不仅影响直接当事人，还极易引发未成年人犯罪、老年人权益保护等弱势群体社会问题，关系到整个社会机器的有序运转。

自 2014 年 10 月以来，北京法院共受理一审家事案件 121476 件，审结 112351 件，平均调撤率 69.6%。家事案件作为人民法院最为传统的案件类型，是民事案件中数量最多的一类，其中离婚、继承类案件占比三分之二强。

与传统家事案件不同的是，随着时代的发展和社会的进步，家事案件的审理出现了一些新的特点，审理难度不断加大。以涉诉财产分割为例，许多家事案件中涉及的家庭财产利益如房产等动辄几百万甚至千万，个别社会人群的家庭财富分割标的甚至达到几十亿。同时，新类型财产案件不断出现，股权、期权、保险产品、信托财产等新型财产形态不断出现，涉及小产权房、公租房、农村宅基地房屋等法律定性上有争议的案件持续增加。科技发展带来的新类型案件也不断涌现，如人工生殖技术发展带来的新类型家事案件，电子类、信息类等新遗嘱类型，网络虚拟财产分割等都需要法院在界定法律性质基础上进行裁判。

然而，对于这些新情况、新问题的处理和破解，还无法涵盖此次家事审判改革首要解决的难点问题。传统家事案件审理中，法官往往用财产类案件审判模式审理家事案件。案件一来，法官先问是否愿意离婚，当事人一说愿意离，审判方向马上转变为财产分割和子女抚养，至于当事人感情的修复问题，法官过问并不多。最高人民法院关于

家事审判改革的思路明确提出，家事审判的基本定位是，要维护婚姻家庭关系的稳定，依法保护未成年人、妇女、老年人的合法权益。因此，家事审判理念要变偏重财产分割、财产利益保护为全面关注当事人身份利益、财产利益、人格利益、安全利益和情感利益，真正借助审判修复婚姻家庭关系。

■借外“安内”

多种社会力量助结家事纠纷

2016 年 7 月 27 日，北京市第二中级人民法院与北京悦群益众社会工作发展服务中心正式对接，在家事案件审理中引入社会资源。悦群益众社会工作发展服务中心是一家 4A 级社会组织，专门为需要帮助的个人和群体提供社工服务。在与北京二中院合作后，将引入心理咨询师、社会工作师、律师等专业人群参与到部分家事案件的审理过程中，为需要服务的当事人提供心理疏导、诉讼引导等服务。

2016 年 8 月，悦群益众中心委派社会工作师张老师参与了一起离婚案件审理，并对当事人及近亲属进行心理疏导，在北京法院首次引入社会工作师辅助审理离婚类家事案件。刚满 10 岁的刘小童（化名）的爸爸起诉到法院要求离婚，原因是在自己因突发脑出血昏迷住院后，小童的妈妈仅仅支付了入院当天的抢救费用后就再也没有出现过，后续治疗的费用和陪护工作都落在了老人的身上。法官在庭审过程中了解到，小童的妈妈和奶奶长期不和，积怨很深，就连每次到法院，老人都是满腹牢骚。但考虑到小童的爸爸身患癌症，帮忙把小童拉扯大的爷爷奶奶又已年迈，一审法院最终判决小童由妈妈抚养。

矛盾可想而知，老人舍不得长期离开孩子，案件上诉到北京二中院，要求就子女抚养和财产分割重作处理。在征求当事人的意见后，社会工作师张老师开始参与庭审，她的任务不仅仅是对小童的父母，更是对小童和奶奶作心理疏导，帮助他们调整心理状态，接受判决结果。经过反复交流，老人想明白了，气儿也顺了，甚至能与儿媳面对面沟通。法官随即和张老师达成一致，在法院的心理咨询室安排了一次祖孙探视，老人见到孙子笑靥如花。二审虽未改判，承办法院依然收到一面充满感激之情的锦旗。

除了社会工作师，北京二中院还在家事审判中引入“百姓评理团”，选取七至九位有一定生活经验的社区工作者、心理咨询师、人民调解员、家庭治疗师、社会工作者、民主党派人士、律师等社会各界人士，在征得双方当事人同意后，参与庭审旁听，并对争议事实发表评理意见，作为法官判案参考。案件判决后，由“三师”针对来法院信访当事人的不同情况协助化解矛盾。其中，律师主要对于判决中确有问题的进行引导申诉；社会工作师针对判决没有问题、但确有困难的群众链接社会资源，协助寻求社会救济；心理咨询师则针对案件没有问题也不存在困难的上访人进行心理疏导。

此外，北京市西城区人民法院还借助妇联、司法局、青少年维权组织、人民陪审员等各方力量，在全区范围内选聘有经验的家事调查员，在社区形成工作网络，了解涉诉家庭的相关情况，给法官处理案件提供客观意见，服务审判实践。北京市东城区人民法院甚至在家事案件审理过程中邀请当事人的领导、同事、亲友和关系密切的街坊邻居到调解现场一起调解，形成修复当事人情感的最大合力。

■前延后伸

给当事人更多庭外关注

“冷静期”和“案后回访”，是西城区法院家事审判改革试点以来的一套组合拳。“冷静期”的主要做法是，对于起诉到法院的家事类纠纷，首先由立案法官引导当事人接受立案前“冷静期”调解，负责具体调解工作的是西城区法院精心挑选的 29 名人民陪审员。经过诉前调解，在“冷静期”内达成调解协议的，即时制作人民调解协议或法院调解书。未在“冷静期”内达成调解协议的，及时立案。“冷静期”制度自 2015 年 10 月试行以来，累计收到 575 件，28%的家事纠纷在“冷静期”内得到解决。对于调解不成的案件，由于在“冷静期”内就部分争议达成一致并疏导了情绪，减轻了法官在庭审中的压力。

老王是西城区法院的一名前法官，退休后现在是西城区人民调解委员会常驻家事审判庭的专职调解员。他每天一早来到家事调解室，几乎整整一天都闲不下来。他的目标就是“帮当事人念顺那本难念的经”。

老王曾经处理过一起“冷静期”内的继承案件：被继承人去世后，他的母亲、两个女儿和前后三任妻子都提出继承要求。来到家事调解室的时候，第一任妻子要争房产，第二任妻子要分家析产，未办结婚手续的第三任妻子掌握着所有的银行存折和工资卡。被继承人的老母亲哭哭啼啼，一大家子谩骂争吵不断，混乱不堪。老王见到他们的时候，一上来根本没提继承的事，而是告诉他们，“要想告慰死去的亲人，首先就要好好说话。”等大家情绪平静下

来，老王开始给他们上法律课，讲法律关系、审理程序、夫妻共同财产等等，讲清楚后，才开始一点一点做调解工作。前后 6 次“约谈”后，协议达成并当即执行完毕。老王在他的“冷静期”结案表格里欣慰地划了一笔。

对于一些法律程序上结束的案件，家事法官更关注判后当事人的情况和情绪。西城区法院家事审判庭针对一些积怨较深或有特殊困难的家事案件，邀请调解员、社区工作人员进行定期“案后回访”，关心当事人的案外需求。

■情感修复

更加注重为当事人疗伤

怎样打开心结，让爱真正回家？西城区法院在被确定为试点法院之前，就开始了家事案件情感修复工作机制的探索。西城区法院家事审判庭法官张爽曾经处理过一个 6 次判决驳回离婚请求后，二审法院发回重审的离婚案件。原告、被告双方都是中科院的退休职工，多年前，他们唯一的儿子意外猝死，女方一直无法生育，失去了联结纽带后，随着时间的推移，夫妻两人感情越来越淡。2009 年起，男方开始起诉离婚，诉一次，驳一次，先后 6 次，法院都判决驳回诉讼请求。在诉讼过程中，女方受不了失掉儿子又失婚姻，精神状态出现严重问题。而实际上，从 2010 年开始，男方就开始单独抚养自己婚外的非婚生子，夫妻两人的婚姻，早已名存实亡。第六次离婚诉讼被驳回后，男方上诉，二审法院发回重审。重审过程中，张爽找到已是老太太的女方谈过几次话，但女方反复告诉法官说：“没有家了活着没有意思。”案件一度难以进展。

劝和还是判离，张爽开始认真思考案件下一步的方向。直觉告诉她，判离容易，但想让老太太真正走出来，恐怕没那么简单。张爽在北京西城区妇联的支持下，找到了一位心理专家，专门去做老太太的工作。

“当我第一次看到神情呆滞、恍惚的老太太，听到她祥林嫂式的喃喃自语时，我就知道婚姻已经是她的唯一执念。”心理专家王学荣说，“但并不是所有的案件都适合调解和好的，帮助不适合在一起的夫妻化解干戈、理性分手，也是一件很重要的事情。”这个判断，与张爽完全一致。他们先后 3 次上门做工作之后，老太太走出了阴影，配合法院完成了离婚诉讼程序。

“疗伤”也讲艺术。2016 年 7 月 19 日，西城区法院 32 法庭，张爽在主持一起离婚案件的调解。调解之前，张爽说：“开庭之前，我们先来看一段视频。”法庭播放的视频里，是当事人一家四口相亲相爱、儿女嬉戏玩耍的画面，像每一个美满家庭的日常，温馨暖人。起诉离婚的女方和男方都是博士，儿女双全，收入丰厚，因为怀疑男方出轨，女方强烈要求离婚。

张爽在第一次开庭后，判断原告、被告双方有很好的感情基础，于是她邀请了 3 名家事调解员、婚姻情感专家和双方的共同好友参与了这次调解。看到视频后，泣不成声的女方说：“没想到法庭播放了我们生活的视频，心里有说不出的滋味。”等原告冷静下来，婚姻情感专家凑到低头垂泪的原告身边，轻声抚慰，和家事调解员一起连着做了 3 个小时的疏导。最后，在朋友的陪同下，夫妻两人选择了包容，一起离开法院。

江苏 专业化审判“一揽子解决家事纠纷”

2017-05-20 人民法院报 朱旻 周杨明

2016 年，江苏法院共新收一审家事案件 120288 件。家事案件的类型呈现出日益多样化，冷冻胚胎归属、隔代探望权、代孕监护纠纷等新类型案件屡见不鲜。

2016 年 5 月，为贯彻落实最高人民法院家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议精神，在最高人民法院确定的江苏 3 家试点单位外，江苏省高级人民法院另行确定了 12 家中、基层法院作为改革试点单位。一年来，江苏法院将家事审判作为司法改革的一项重要内容，改革机制解难题，创新方法出举措，形成了具有江苏特色的家事案件专业化审判模式。

■着眼情感弥合 审判理念亲情化

“情感是家庭稳定的黏合剂，家事审判过程同时是一个对问题家庭和家庭成员的情感治愈过程。”江苏高院民一庭副庭长王蔚在采访中谈到，江苏法院在家事审判改革工作中提出了“树立家庭本位”的理念。对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益。对家庭财产关系的处理以有利于家庭成员共同生活的团体主义为价值追求，从而发挥家事审判家庭成员间情感的治愈性职能。

有这样一个案例。女儿 10 岁时，老王与妻子离婚，女儿由前妻抚养。之后老王远赴上海打拼，并再次成了家。老王按月将 800 元抚养费打到前妻账户上，从不拖延。后因家庭变故，老王连续 3 个月未支付抚养费，女儿将其告上法庭。当老王来到法庭，听到女儿泪述“3 年没见过父亲了，起诉不为钱，只是希望见到一面”时，这位父亲上

前与女儿相拥而泣……

“当时联系到老王，老王一开始以自己有代理人为由拒绝出庭。但我们一直坚持从父女之情出发做老王的工作。开庭那天，法官与原、被告双方同坐在圆桌前，营造出家庭温馨平等的氛围。”谈及这个案子，徐州市铜山区人民法院家事庭庭长胡徐梅说。

记者了解到，江苏法院在家事审判改革试点工作中着眼情感治愈，强调树立一揽子解决家事纠纷的理念。通过适当放宽婚姻家庭案件的审限限制，重视诉前的调解和结案后的延伸服务，为彻底化解家庭纠纷和修复家庭成员创伤提供条件。

南京市中级人民法院提出“坚持保护弱者，柔性司法、能动司法、一体化司法”的家事审判理念，在离婚纠纷中对婚姻关系、子女抚养、财产分割问题归并审理，让家事纠纷得到一次性解决。盐城市中级人民法院向社会聘请资深社区工作人员、教师、心理医生作为回访帮扶的智囊队伍，对家事案件所涉当事人进行有重点的回访帮扶。建湖县人民法院通过设立“亲情驿站”，有效化解了离婚后探望未成年子女难题等。

■着力司法实践

诉讼程序专业化

结婚 3 年的小杨要离婚，理由是丈夫老孙背着她给了他和前妻的儿子 1000 元钱。老孙觉得自己给儿子钱没错，妻子因此离婚太小题大做。小杨却觉得这事儿挑战到了她的底线，双方僵持不下，最后闹到了徐州市贾汪区人民法院。

当庭调解和好没有成功的，如果法官认为双方缺乏沟通是矛盾的根源，双方应珍惜夫妻感情，即给双方 3 个月的冷静期，并给双方一个表格，表格中列出 10 个问题，要求双方在冷静期内进行思考，慎重作出选择。

这 10 个问题分别为：对方的长处、结婚时的承诺、抚养子女情况、财产添置情况、解决问题是否必须离婚、如不离婚自己如何改变等。冷静期内，法官不间断跟踪问询，仅 40 天，双方就到法院办理了和好手续。

针对冲动型离婚不断增多以及危机婚姻调解离婚易、调解和好难的现状，改革试点法院积极探索设置“感情冷静期”，贾汪区法院则形成了较为成熟的“感情冷静期”工作机制。

“对于冲动型、偶然型及过错型婚姻，我们在诉讼期内设置 3 个月的冷静期，通过心理疏导，引导当事人舒缓情绪，冷静思考，多方位权衡利害得失，从而达到修复夫妻感情的目的。”贾汪区法院院长李徐州表示，诉讼期内 3 个月冷静期的适用，虽然延长了审理期限，但对及时化解夫妻矛盾，避免冲动型离婚向危机婚姻转化起到了重要作用。2016 年，贾汪区法院审理的冲动型离婚有 80 例，经过冷静期适用，最终全部调解和好、调解撤诉后结案。

采访了解到，2016 年，江苏法院新收一审家事案件中离婚案件近 10 万件，且呈现出案情日趋复杂化。现状与问题倒逼，在推进家事审判改革试点工作中，全省法院注重探索家事诉讼特别程序的司法实践。

江苏高院副院长李玉生介绍，试点法院率先实现了家事审判机构的专业化建设。目前全省 15 家试点法院已全部成立了少年及家事审判庭，实现了家事案件的集中审理。此外基于家事案件和家事审判职能的特殊性，江苏试点法院大胆探索适应家事审判自身特点的专门化审理程序。

比如宿迁市宿豫区人民法院、灌云县人民法院探索离婚案件调解前置程序；南京市溧水区人民法院采用远程视频庭审方式方便当事人诉讼；镇江市润州区人民法院从保护当事人隐私的角度出发，积极探索“离婚证明书”制度在家事审判中的具体适用等。

■着眼凝聚合力

解纷力量多元化

联合社会力量，联动化解家事纠纷，记者在采访中了解到这样一个改革的试水之举：崇川区人民法院作为南通市的主城区法院，辖区 10 个街道都设有妇联组织。在区妇联的推荐下，该院选任 10 个街道妇联干部作为人民陪审员的同时，又把他们纳入法院家事调解委员会。具体由区妇联在工作日安排 1 名街道妇联调解员到法院家事法庭轮值，协助专职调解员调解家事纠纷。妇联调解员分布在各个街道，试点改革工作开展以来，妇联调解员共调解家事纠纷 151 件，调解达成协议 71 件。

崇川区法院还深入探索家事审判多元纠纷化解渠道，充分运用“大调解”机制，与辖区文峰街道仁爱社会工作发展中心合作，通过向社会购买服务的方式，委托社会团体作为家事调解员对婚姻家庭、子女抚养、老人赡养等案件，以面谈、走访、调查等多种形式，对当事人的财产情况、子女抚养、老人的赡养等特定事项进行调查，并出具

调查报告，为家事案件的审理提供参考依据。

原告赵某（女）与被告庄某原系夫妻关系，2014 年，赵某、庄某夫妇作为甲方与张某、郭某夫妇作为乙方签订《合伙购买出租车协议书》，约定由甲、乙双方共同出资以庄某的名义购买出租车一辆，从事营运活动，购车款双方均摊，经营收益由双方均分。车辆购买后，甲、乙双方轮流使用从事客运出租运输。

2016 年 2 月，赵某、庄某因感情不和经法院调解离婚。因出租车涉案外人利益，离婚案件中对车辆未作处理。同年 6 月，赵某诉至崇川区法院，要求对出租车和车辆的营运收入进行分割。

诉讼中，原、被告对出租车的市场价值不能达成一致，法院便委托鉴定机构对出租车进行价值评估。鉴定机构以网约车经营合法化、现阶段出租车的价值难以评估为由终结鉴定程序。为确定出租车价值，法院委托家事调查员对出租车的交易行情进行调查。

“我院参考家事调查员提交的调查报告后作出了相应判决。如何确定车辆的营运价值，是本案的处理难点。”崇川区法院院长娄宏春介绍，一方面，如果以出租车价值难以确定为由，对案涉出租车营运价值不作处理，忽视了对处弱势地位妇女合法权益的保护。另一方面，在专业的司法鉴定机构尚不能确定车辆营运价值的情况下，法院作为居中裁判者酌定车辆的营运价值，怎么能让当事人信服？在司法鉴定无果的情况下，应发挥家事调查员的司法辅助作用。宣判后，双方均服判息讼。

多元调处、联动化解是改革的关键词。江苏高院民一庭法官张娅为记者详细介绍了推进家事审判改革工作中，全省实现家事纠纷多元调处的几个“组合拳”。

建立家事调解委员会。各试点法院在妇联、民政、村（居）委会、司法所等组织机构选聘具有丰富调解经验的特邀调解员，发挥他们贴近社会的工作优势，进一步提高家事案件调解的成功率和裁判的认同度。泰州市高港区人民法院成立民调群、妇女儿童维权群，借助辖区妇联、民调组织等基层力量解决了委托送达、调解、案后回访等工作，延伸了家事审判的“最后一公里”。

建立诉讼与公证对接机制。在家事审判中引入公证前置处理案件，由公证调解员为当事人提供调解、建议和公证服务，减少纠纷进入诉讼。比如常州市天宁区人民法院与常州市公证处共建家事审判与公证服务对接机制，挂牌设立了家事审判与公证服务对接工作室。

家事审判心理疏导的全程介入。基于修复家庭关系等考虑，在家事审判中引入心理疏导机制，可以最大限度地使双方负面情绪得以缓解，防止家庭暴力以及恶性刑事案件的发生。比如铜山区法院通过招聘专业心理学人才，实现心理疏导工作的“内外结合”。江苏高院还与东南大学合作共建全国首家“家事审判心理学重点研究基地”，基地的成立在探索完善家事案件心理疏导机制，提供专业心理疏导和进行家事审判心理学专业培训方面提供着有力的专业支持。

“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，是本轮家事审判改革的重点和难点。各试点法院要努力推进各项诉调对接平台建设，充分利用妇联、民政、司法等多方面力量，通过委托调解、委派调解、特邀调解等做好家事案件的调处工作，推动构建司法、行政和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决模式。”今年 3 月，全省法院家事审判方式和工作机制改革试点工作现场推进会上，李玉生强调。

家事审判 盐城样本的精准解析

2017-05-15 人民法院报 兆军 梁悦

自 2014 年 1 月少年及家事案件审判庭组建以来，特别是去年 5 月被江苏省高级人民法院确定为家事审判方式和工作机制改革试点单位后，盐城市中级人民法院倾情贯注“和”理念，全力打造家事审判改革的“盐城样本”。如今，在广袤的盐阜大地上，家事审判改革犹如春风细雨，滋润着家风之和、民风之美，描绘出一道道靓丽风景。

■内力+外力：织密人才“网”

“王庭长，从 2006 年开始，我和前夫就开始闹。如果没有法官的悉心关爱，我也许至今还陷在那段感情泥潭中不能自拔。是你们让我重新看到了生活的美好。在这儿，我也想对自己曾在庭审中拒脱口罩等不理性行为向您道个歉，请您原谅！”今年年初的案后走访中，曾一度誓言与婚姻共存亡的方某判若两人，对盐城中院少年家事庭庭长王迎付表示，她要以阳光的心态开启人生的“下半程”。

一个矛盾积攒长达 10 年之久的案件，为何盐城中院能够举重若轻，成功打开当事人的心结呢？分管少年家事庭的党组成员、政治处主任李悦以一个关键词点出了“秘诀”所在，那就是：人才。

办案是主业，法官是主力。早在谋划组建少年家事审判庭之初，该院党组就以过硬的文凭学历、丰富的社会阅历和长期的办案经历为标准挑选“能工巧匠”，由拥有法律、财务双学历，自学考取心理咨询师，在多岗位历练的王迎付担任庭长，将诸如全省优秀法官周联联等充实到少年家事庭。同时，着眼培养“精兵强将”，调入在一线摔打锤炼过一段时期的青年法官。目前，少年家事庭形成了 3 名员额法官，2 名助理审判员，5 名辅助人员的专业团队。

颇为“吸睛”的是，在团队内部，成立 1 名资深法官+1 名年轻法官的“1+1”传帮带模式，组建 2 名党员+1 名书记员的“2+1”的帮教对子，从法学理论、实务经验、当事人心理、民风民俗等方面，全范围打造家事审判领域专业的人才传承体系。

在配强院内审判团队的同时，该院坚持目光向外，联合盐城市司法局、妇联及老龄办成立家事调解委员会。委员会通过单位推荐和公民自荐的方式，向社会公开选聘“三员”，即：家事调查员 20 名、家事调解员 20 名和心理疏导员 10 名，一大批心理专家、贤达人士、基层工作者被纳入到家事矛盾调处的“统一战线”，借力全市专业人才，进一步充实家事审判力量。

为促进法官与“三员”的无缝对接，该院将“三员”的姓名、职务、专长等相关信息汇编成册，并组建微信群，一旦出现“疑难杂症”，在“点对点”选任相关人员的同时，即可快速开出精准解纷的“良方”。

方某之所以能够走出婚变带来的心理阴影，正得益于国家二级心理咨询师孙建芳的及时介入。孙建芳从帮助她减轻压力开始，春风化雨般引导她卸下心防、抛去猜忌、宣泄不良情绪，这才带她迎来人生的“柳暗花明”。该案也成为法官与心理疏导员合作的“代表作”。

当独奏曲变成交响乐，家事审判的质效“红利”持续显现。据了解，2016 年，家事审判庭共受理二审案件 316 件，其中调解 132 件，调解率达 42%，无一引发重大信访或网络炒作。

■硬件+软件：拆除隔阂“墙”

走进盐城中院的家事调解室，首先映入眼帘就是一个以绿色为底色，包含房子、YC、三个人及鸽子的独特 Logo——盐城法院少年及家事法庭标识。

标识见证着追求品质的决心，诠释着塑造品牌的魄力。这个拥有完全“自主产权”的作品系该院新闻处携手少年家事庭一手策划。在他们的创意当中，绿色象征着生命和希望；顶部房子形状寓意少年及家事法庭工作的保护对象——家庭；YC 为“盐城”的汉语拼音首字母，代表盐城法院少年家事审判庭；三个人系三口之家，大红色突出孩子，彰显少年家事审判侧重未成年人权益保护；鸽子则表明追求安宁与和谐的宗旨，而展翅飞翔则寓意通过法官的积极作为托举起家庭的腾飞和兴盛。

调解桌旁摆放相关家事纠纷知识和典型案例的小册子，挂壁式电视机则视情播放结婚誓词及相关微电影，强化教育。心理咨询室设置心理沙盘，将房树人心理测试引入，并张贴《心理咨询守则》，引导当事人放下负担。而圆桌审判庭顶端圆形带吊顶与圆形审判桌旨趣互映，将原专属少年犯罪案件的审判形式拓展到家事审判领域。

“我老太婆迷信着咧。一看到四个女儿和我围着这圆桌坐一起，就有一种过年团圆的感觉，这是圆满解决问题的吉兆呀！”去年 2 月，在一起因女儿鲜来探望而引发的赡养纠纷案中，当一家人和解，70 多岁的李奶奶对承办法官陆霞敞开了心扉。

值得一提的，在去年 9 月诉讼服务中心落成时，该院眼光前瞻，在中心设立母婴室及心理咨询室。在为群众提供温馨服务的同时，一旦发现明显的负面心理征兆时，心理疏导即在案件的“源头”展开，为包括家事纠纷在内的各类矛盾化解做好铺垫。

在硬件升级的同时，各类延伸服务的软件提档也是少年家事审判的主打特色。聚焦弱势群体司法需求，扎实展开各类回访帮教活动，将司法的爱与暖延伸至权益保障的最后一公里。如未成年人帮教方面，开展“折翼修复”司法行动；妇女维权方面，开展“与法同行，四季花开”活动；老人年维权方面，开展“法润白首，共享夕阳”的暖阳服务。

据了解，从 2016 年开始，“折翼修复”司法行动累计帮教 1300 余名受婚姻家庭案件影响的未成年人、76 名未成年犯，发放《帮教行动》手册万余份，先后获得首届江苏志愿服务展示交流会铜奖、江苏省十佳青年志愿服务项目等表彰。

■焦点+难点：善解姻缘“结”

如果将家事案件的审理比作“一盘棋”，那离婚纠纷正是“棋眼”所在。“家庭是社会的‘末梢神经’，婚姻是家庭的‘基本骨架’。我们以此项目化的合作平台，促进妇联与法院之间，目标使命再聚合，优质资源再集合，工作机制再融合，要以 1+1〉2 的效果培育好家庭、树立好家风，为厚德盐城建设添柴加薪！”在盐城市妇联婚姻危机服务项目工作室揭牌仪式上，妇联副主席董玲玲点出了“强强联合”的长远意义。

创意并非从天而降。郭华炜，华东政法大学研究生毕业，在对盐城两级法院 2013 年以来每年的家事案件进行统计分析后，他敏锐地发现，在家事纠纷领域，存在一个“二八定律”，即，家事纠纷数量的 80%系离婚纠纷。同时，其他 20%的扶养、抚养以及探视权等案件又是由离婚纠纷衍生而来的。

婚姻危机服务项目工作室正是由妇联设立在法院的“婚姻危机安全岛”，其面向盐城两级法院的离婚案件当事人，对存在家庭暴力行为的，由法院发出人身保护令，妇联同时接入，共同督导改正。对于婚姻危机中的认识或行为误区，由妇联通过财政支付的方式购买社会服务，全方位提供心理、就业技能等方面的辅导。

2016 年，盐城法院系统共发出人身保护令 11 张，为 9 名遭遇家庭暴力的当事人提供庇护，为 25 名当事人提供就业机会。

革故鼎新，守正出新。在全面总结婚姻纠纷审理经验后，今年年初，该院“三个穷尽”原则让此类案件审理的水平“再上层楼”。穷尽调解措施。探索建立家事纠纷前置程序，综合“三员”等一切有益主体，坚持庭前必经调解、庭中精准调解、庭后视情调解的“三段论”。穷尽保护手段。明确审前家庭财产申报程序、探索婚姻冷静期、划出职权调查范围责任等，成为弱势主体权益保障的“定心石”；穷尽法治宣传。开展巡回审理，发放“家庭暴力告诫书”“离婚风险提示书”，并结合“崇法尚德好家庭、好母亲”评选，加强正面引导。

近日，聚焦“夫妻感情破裂”标准过于抽象问题，该院又精心推出《360° 夫妻感情测评表》，此表从婚姻背景、感情基础、危机分析和恢复诊断四个方面，收集到是否系独生子女、有无婚史、恋爱时间等 60 个项目，再根据权重综合打分，以更加明晰的方式全面考量夫妻感情的客观状况，为案件的妥善处理打下科学的基础。

■上级+下级：串联创新“链”

“基层法院离矛盾纠纷最近，离人民群众最近，是家事审判改革天然的‘苗圃地’和‘试验田’。全市两级法院要摒弃单打独斗的狭隘思维，通过强化组织领导和统筹谋划，开辟出更多‘微创新’、‘微革命’的金点子，推动家事审判改革上下联动、协同发力。”去年 5 月，在盐城中院成立家事审判方式和工作机制改革试点工作领导小组时，该院党组就以明确的思路和要求定向谋篇。

由此，在盐阜大地上，由南向北 10 个基层法院统一成立少年家事审判庭，并以统一受案范围、统一标识、统一裁判标准的“三统一”为“规定动作”，同时倡导“自选动作”，鼓励“精耕细耘”。

在此过程中，盐城中院充分发挥二审的指导、监督和协调功能，规范创新之举，串联创新之链。聚焦“指导”功能，构建家事审判条线微信群，每天交流业务心得；每季度召开一次家事条线例会，并编发工作简报，传达改革动态、加强工作交流、督促责任落实；每年评比和发布家事各类型典型案例，统一裁判尺度。聚焦“监督”功能，在强调“调为主”的理念时，坚持“当判则判”，严防“久拖不决”，倒逼基层法院案件审判质量提升。去年，二审共发改案件 28 件，发改率同比上升 1.4%。聚焦“协调”功能，对重大疑难案件以及生存权等新类型案件，通过两级法院力量，共同推动息诉服判。

凝小聚大，枝繁叶茂。在两级法院实践与理论的激荡融合下，一大批制度性成果加速涌现。目前，盐城中院已制定了《家事案件审理规则》《家事案件调查规则》《家事案件调解工作规则》《家事案件心理疏导工作规则》《人身保护令实施细则》《家事案件判后回访帮扶工作规则》等 6 个规范性文件，成为全市两级法院审理家事案件的“标准手册”。

更为可喜的，基层法院创新的系统集成效应不断释放。建湖法院成功创建“全国青少年维权岗”，东台法院少年家事庭被命名为“全国敬老文明号”“全省维护妇女儿童权益示范岗”，大丰法院“1+N”青少年帮教体系被省法院推广……

“盐城中院对司法改革的大势辨得明，对家事审判的规律把得准，对创新创优的举措抓得实，在先试先行中推出了不少精品力作，为江苏乃至全国的家事审判改革的深入推进都提供了有益借鉴。”去年 8 月，来院视察的最高人民法院审判委员会专职委员杜万华一行，对盐城中院的家事审判改革工作给予高度评价。

探索与创新 家事审判的未来之路

2017-05-13 人民法院报 记者王俏

今年 3 月 8 日，四川省安岳县人民法院发出了一份《离婚冷静期通知书》，引起社会热议。5 月 4 日，由四川省女法官协会、四川省泸州市中级人民法院主办，泸州市纳溪区人民法院承办的家事审判探索与创新研讨会在纳溪区召开。来自四川省高级人民法院和广元市、泸州市、眉山市、广安市两级法院的法官们在此交流、讨论了家事审判创新工作的方法及成效，西南政法大学、西南财经大学、四川警察学院等高校的教授也莅临现场。

四川高院副院长刘楠在会上表示，家事审判探索与创新研讨会对推进四川省家事审判改革具有重要意义，要转变观念，重视家事审判改革，下一步要加快制定推进家事审判改革的若干意见。

■离婚冷静通知书 将形成制度规范

“劝君珍惜婚姻家庭”“奉劝你们静下心来，细细考虑对方的付出与艰辛，互相理解与支持”，3 月 8 日，安岳县法院向一对因琐事而一时冲动想离婚的“85 后”夫妻发出了第一份《离婚冷静期通知书》，限定这对夫妻冷静 3 个月，原则上其间不得向对方提出离婚。法官为小夫妻的离婚诉求摁下“暂停键”。

消息一出，这份通知书立马成为了网络热点，新浪微博的阅读量超过 2560 余万。

“这对小夫妻的矛盾属于冲动性的婚姻危机。在案件审理过程中，法官感到女方有放弃诉讼的意愿，而男方比较冷淡。”安岳法院院长李一兵介绍，经过一番了解，法官决定制发《离婚冷静期通知书》，由于没有先例，法官收集了许多材料后仔细推敲，并与院领导商定后才最终完成。通知书运用了许多情真意切的劝解语言，言辞恳切，旨在弥合、修复小夫妻的感情。

在家事案件审理中，设置离婚冷静期是一种全新探索。李一兵说，目前该院已初步形成《关于离婚案件冷静期设置的操作规范（试行）》（暂命），正在征求意见和修订的过程中，以指导工作规范开展，为改革试点工作进一步积累经验。

《规范》设置了对离婚冷静期的法官职权干预制度，并确定了直接干预和间接干预两种方式，针对案件的具体情况，或由法官、审判辅助人员行使调解、进行家事调查、提起心理辅导等职权，或委托第三方履行相关职权。

而谈及第一份通知书的影响力，李一兵坦言，“不曾想到会引起如此大的反响”。但李一兵认为，这“恰恰反映了人们对家事审判改革的巨大关注”。

■让群众信服

清官也能断家务事

去年 6 月，广元市朝天区人民法院被最高人民法院确定为家事审判方式和机制改革试点法院。

朝天区法院院长张艳秋介绍，此后，该院加大了巡回审理力度，挑选有教育意义的典型案例，到群众中审判、调解，以案说法，发挥法律的指引和教育作用。仅 2017 年，家事法庭开展巡回审理 43 件次，受教育群众达 3000 余人。

在处理纠纷中，朝天区法院还将民间风俗习惯、人情世故与法理相结合，用“群众认同的态度倾听诉求，群众认可的方式查清事实，群众接受的语言诠释法理，群众信服的方法化解纠纷”。

张艳秋称，这是变“清官难断家务事”为“清官能断家务事”。

■柔性司法

与人性化理念并具

温馨、和睦、人性化，是在此次会议上被高频率提及的词汇。根据家事案件的特点，很多法院都提出“柔性司法”理念，更容易让当事人接受。

峨眉山市人民法院副院长任辉介绍，该院设立了家事审判科技法庭、圆桌式家事调解室和标准化心理疏导室，总建筑面积达 300 多平方米。其中，心理疏导室分设两区——心理疏导区和情绪发泄区。心理疏导区设置了心理测试沙盘等专业辅导设备，情绪发泄区则有沙袋等设施。

广安市广安区人民法院探索总结了“三四五”调解法。该院副院长蔡琼介绍，“三”即“亲情弥合三部曲”：第一乐章是矛盾缓和，第二乐章是心灵反省，第三乐章是亲情挽留，第四乐章是“四步调解法”。调解法的第一步是拉家常找症结，然后会重点进行单独谈话说明差距，再让双方协商提出解决方案，最后法官会提出问题促进调解。

安岳法院则将标准化审判庭改建为“回桌式”，加入极具传统文化的中国结、剪纸、字画和挂件等，营造“家”的氛围，消减当事人对立情绪。在审判庭两侧走廊上设置“法官寄语墙”和“家书墙”，以及“我爱我家”照片墙，

帮助当事人唤回亲情，重温“家”的温暖。

为避免当事人对心理辅导和情感宣泄过于敏感，安岳法院还新建了心理辅导室和情感宣泄室（兼具亲情观察室），融入安岳特色柠檬文化内容，将心理辅导室取名“柠都心语”，情感宣泄室取名“柠檬花开”，配备沙盘、沙袋及附属相关设备，帮助当事人找到回归心灵的途径，进而使身心失调、社会适应不良、人格发展障碍等问题得以化解。

■对家暴说“不”

建立起庇护港湾

一脸瘀青、双眼已肿成一条线的周某来到纳溪区法院江宁人民法庭，向法官询问是否可以申请保护令。去年 3 月，作为集中办泸州市纳溪区的家事案件、四川省婚姻家庭纠纷调解示范基地的江宁法庭，发出了川南第一份人身安全保护令。

发出保护令后，江宁法庭即向当地派出所及村委发出了协助执行通知书。江宁法庭庭长彭仲芳告诉记者，这能有效制止加害人的家庭暴力行为，促进案件的解决。截至目前，江宁法庭共发出 12 份人身安全保护令。

纳溪区法院受理人身安全保护裁定申请，48 小时作出是否批准的裁定，裁定制作后向被申请人或同住成年家属送达，同时抄送辖区派出所。

该院还联合区妇联，在江宁法庭成立反家庭暴力中心和家庭暴力临时庇护所，为遭受家庭暴力或者可能存在遭受家庭暴力危险的受害者提供临时救助。成立至今，反家暴中心已接到暴力投诉和求助 28 起，对 3 名家暴受害者进行了临时庇护。

峨眉山法院也与民政部门联合建立了反家庭暴力庇护中心，为遭受家庭暴力侵害，人身安全受到威胁的妇女、儿童、老人等受害人提供临时栖身庇护救助场所。

纳溪区法院院长何猛讲述了未来反家暴中心运行的“理想模式”：区内各部门掌握到需要预防、制止或救助的家暴受害者信息，了解其需要何种帮助，及时反馈到反家暴中心。反家暴中心根据受害者的情况提供法律咨询、法律援助、心理疏导、临时救助等。

“未来的无家暴世界要靠教育教化来最终完成。”何猛表示，要紧握教育教化的利器从源头上控制减少家暴的发生。

西南财大副教授何霞认为，法院作为家暴联动机制的最后一线，要充分发挥职能作用。反家暴要以预防为主，通过宣传——特别是要充分运用传统文化进行宣传——和摸排等，备注家暴情况等信息，在遇到家暴情况时及时阻断，防止向恶性案件转化。

■少年与家事审判结合

心理咨询师修复情感

泸州市江阳区人民法院结合自身特点和需要，成立了家事少年综合审判庭，将少年审判与家事审判合并。“我们着力打造家事审判与少年审判的‘强强联合’，既避免了因重复设置造成的司法资源浪费，又有效延续少年审判的理念和做法，在家事审判改革中继续完善发扬少年审判的经验和做法。”江阳区法院院长王郁逊说。

江阳区法院将心理咨询师制度引入家事审判。早在 2010 年，该院就成立了四川省首家少年审判庭心理辅导中心。心理咨询师在庭前、庭中、庭后给未成年犯进行心理咨询和矫正，帮助他们重新塑造对社会、家庭和学校的认识。

“我们在西南医科大学、泸州职业技术学院等学校、医院聘请了 4 名经验丰富的心理咨询师，通过开展心理测评、咨询、矫正等，了解未成年人犯罪的原因，并有针对性地进行心理调节。”

目前，该院已有 2 名审判人员通过了国家三级心理咨询师考试，取得了心理咨询资格。

此外，江阳区法院还定期聘请专业人员对家事审判及辅助人员在调解方法、家庭心理学等知识方面进行培训演练，组织家事审判及辅助人员召开交流会和座谈会，让审判及辅助人员相互分享有效的心理咨询经验，商讨疑难问题的解决方法。

西南政法大学副教授朱凡认为，江阳区法院在家事审判心理咨询师制度方面的探索意义突出，希望能够对家事审理程序引入心理咨询师有后续的跟进调研。

探索构建新格局 理清家事止纷争

——浙江宁波市海曙区法院关于家事调查官制度的调研报告

2017-04-20 人民法院报

近年来，如何充分发挥审判职能，依法维护婚姻家庭关系稳定和保护未成年人、妇女和老年人等弱势群体的合法权益，成为家事审判中迫切需要解决的问题。为此，浙江省宁波市海曙区人民法院于2015年4月建立家事调查官制度，在家事案件审理中委托家事调查官开展社会调查、判后回访等工作，取得了较好的法律效果和社会效果。日前，海曙法院对该制度运行情况作了调研。

一、基本情况

家事调查官制度主要适用于离婚案件、变更抚养关系纠纷、监护权纠纷及探望权纠纷等涉身份关系的案件。2015年4月至2016年12月，该院共在135件案件适用家事调查官制度。其中，离婚纠纷96件，探望权纠纷15件，继承纠纷10件，变更抚养关系纠纷6件。

二、主要做法

1.家事调查官选任。选任的家事调查官具有公益性、专业性、文化程度高三个特征，主要有三个来源：一是海曙区关工委下的“银发护苗工作室”，主要由从公安、法院、检察院和司法局等专业机构退休同志及高校老师组成。二是“宁静港湾”婚姻家庭服务中心。该中心是以妇女、儿童和家庭为主要服务对象的社会公益组织。三是宁波大学法学院律风公益社团学生志愿者。家事调查官队伍实行“2+2”模式，即由工作室或中心各派2名成员和2名大学生组成调查团进行调查。

2.运行流程。第一，法官在庭前通过接触当事人，沟通了解后，判断案件是否适用家事调查。如确定需要，法官向当事人告知家事调查官功能及具体启动程序等事项。第二，法官指定机构选定调查官，并开具授权委托书，记载委托调查事项。法官组织家事调查官召开案情介绍会，向调查官介绍案情以及注意事项。第三，家事调查官向双方当事人、亲属以及社区单位等开展社会调查。调查形式主要为面对面访谈，并制作询问笔录，特殊情况下可对相关调查对象进行电话采访，调查官制作备忘录以便事后查证。调查期限一般为10天。第四，家事调查官完成社会调查报告，并由法官将调查报告于开庭前三天分别送达双方当事人。庭审中，家事调查官出庭宣读调查报告，双方当事人就报告内容的争议点向其进行询问，法官对调查官调查过程及当事人有异议的地方进行询问。

3.调查报告采信情况。法官对家事调查官所作的调查报告的真实性、合法性以及关联性进行审查后决定是否采信，并在民事判决书的“本院认为”部分，对于采信的调查报告进行表述。目前只有一件案件未采纳家事调查官作出的调查报告。

三、运行成效

1.案件调撤率显著提升。家事调查官通过调查，对双方当事人的矛盾焦点和各自的情况掌握比较充分。部分案件在调查官调解后，双方当事人自行到法院达成调解协议。部分案件虽然没有庭前调解成功，但经庭审后，双方对调查报告中的结论心中有了预判，最终促成调解。据统计，家事调查官介入的案件调撤率达80.7%。

2.当事人服判息诉率高。委托中立的家事调查官进行案件调查，不仅使得当事人打消对法官偏向的质疑，也促使法官裁判理由更具客观、公正性，当事人对判决结果的认可度也大幅提升。调查官制度运行以来，适用调查制度案件的上诉率大大低于同期其余案件。

3.更多家庭关系被修复。家事调查官对家事案件的介入，不仅能够帮助法官分担工作，与当事人进行深入沟通，促使双方当事人能够心平气和分析各自优缺点，从而促进当事人矛盾和解，而且在庭前调解中充当中间人，积极挽救当事人婚姻，使诸多的社会关系得到修复，彰显了司法的温暖关怀。

四、对策建议

1.明确家事调查官制度法律地位。在立法层面规范家事调查官制度，明确家事调查官制度的合法性，并对家事调查官的选任、程序、调查报告的性质、采纳标准及回避程序等作出规定，使得家事调查官制度有法可依。

2.完善家事调查制度启动机制。当前，海曙法院假释调查官制度的启动标准主要依靠法官个人判断。要明确家事调查官制度的适用范围，确立不同类型的家事案件家事调查统一启动标准。建立当事人自主申请启动程序机制，为当事人申请启动家事调查制度提供条件。

3.规范家事调查工作规程。家事调查官在谈话前和当事人做好沟通预判工作。在谈话过程中，家事调查官若需要与当事人单独进行沟通，可采取必要的隔离措施，杜绝其他不相干人员干扰。明确各调查官之间的分工配合，在调查结束后应予以合议，并对报告内容开展讨论，提升社会调查报告质量。

4.加强家事调查官管理。建立家事调查官选拔和淘汰机制，通过调查官互评、当事人评价、法官评价等方式，对调查官进行综合考评，对于能力出众的家事调查官给予嘉奖，对不能胜任的家事调查官及时培训，或者予以解聘。完善队伍保障机制，制定案件调查补贴标准，确保家事调查制度有效运行。

5.加大工作成果宣传力度。家事调查官制度运行以来，海曙法院积极加大对外宣传力度。通过宣传，社会公众对家事调查官制度有了初步了解。但实践中，社会公众拒绝接受调查、不配合调查的情形时有发生。以后要进一步加强与新闻媒体的合作，利用法院的微信、网站等平台，加大家事调查工作成果宣传力度，扩大家事调查制度的影响力，提高社会公众对家事调查官制度的接受度。

（课题组成员：张丹丹　袁永达　刘先霞　罗书君　冯一文　徐巧玲

朝天 “家人”解决家事纠纷无难事

2017-04-01 人民法院报 记者王俏

“滩大不养鱼、山高摔死鸡”，四川省广元市朝天区山高涧深、坡陡壁峭，汉、回、蒙古、满、羌、布依族等多民族聚居而融合着多种文化，针对辖区宗教信仰与生活习俗各异、家事案件占传统民事案件17%的特点，朝天区人民法院创新司法为民方式，成立家事法庭，并以此为依托，打造法官工作室、妇儿维权合议庭等亮点，先后获“四川省法院系统先进集体”，广元市“巾帼文明岗”“优秀法庭”“三八红旗集体”等荣誉称号。

■“天人合一”建阵地

记者注意到，朝天区法院家事审判法庭为平台式，法官审判席与当事人席处于同一高度。在席卡设置上，将原告、被告席卡改为丈夫妻子、父母子女等称谓席卡，庭审现场既严谨又温馨。

朝天区法院研究室主任李兴勇告诉记者，这样做既可以缓解部分当事人排斥被告角色的心理和剑拔弩张的对立情绪，同时又拉近了法官与当事人之间的距离。

在家事法庭审判庭旁，就是亲情调解室。李兴勇说，考虑到婚姻家庭案件大都会涉及到有血缘至亲的纠葛和感情，无论谁赢了官司都不好受，所以设置了亲情调解室。在案件进入家事法庭后，法庭根据案件情况邀请人民调解员、德高望重的长者一并参与调解。

该院的妇儿维权工作室联合其他职能部门，开设妇儿权益保障绿色通道，为妇女、儿童、老人提供咨询、帮助、指导、救助，最大限度保障他们的合法权益。

同时专门聘请心理咨询师入驻心理咨询室。在诉前，他们会根据当事人意愿，开展心理咨询、心理危机干预、心理疏导工作。在诉中，负责调整、修复婚姻家庭关系。诉后，开展案件回访、跟踪问效工作。

汪叶是朝天区法院家事法庭庭长，也是四川法院系统的调解能手。在当地老百姓眼里，汪叶不仅能断家务事，而且效果特别好。

因为受百姓爱戴和信任，朝天区法院在羊木人民法庭挂牌成立了汪叶工作室。汪叶告诉记者，家事案件比较特殊，当事人既希望解决纷争，又不愿意亲属关系因此恶化；既要求分清是非，又存在辈分、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。

汪叶介绍，现在工作室运用口头起诉登记、网络视频调解等方式，构建家事纠纷化解网络。组织自愿调解队，通过熟人、村组干部、邻居做工作等多方法化解纠纷，打造家事纠纷化解环境。并运用当地地方语言开展调解工作，提升家事纠纷化解效果，确保小矛盾在家庭内化解，大矛盾在村组、社区内化解。

朝天区法院家事法庭全年审结案件达426件，调解案件占全部案件的98.3%，无一案件发回重审或改判。自今年3月7日汪叶工作室成立以来，已审结涉家事纠纷20余件，全部调解成功。

“我们一切尊重老百姓的意愿，只要他们能心平气和地坐下来，说明案件就有调解的可能。”朝天区法院副院长刘克说，“我们将进一步结合朝天区实际，挖掘更多更丰富的便民利民举措，让为民司法更好地生根发芽。”

■“扶梯开方”备功课

“你丈夫/妻子让你满意的行为有哪些？做过最令你感动的事是什么？”

“在你们夫妻生活出现问题时，你是否主动反省过自己的不足之处？你发现自己的问题在哪儿？”

在朝天区法院家事审判法庭办公室，一份《离婚前二十三问》问卷调查表映入记者眼帘。问卷包括家庭基本信息、原生家庭状态、家庭生活点滴、个人对婚姻态度、个人行为方式以及共同生活期间双方交集等方面。

汪叶告诉记者，问卷是经过多方调研，由院领导班子、家事审判庭集体讨论设计的。这不仅仅是一份表格，更

是当事人的回忆录。在这一问一答中，当事人大都能回忆起恋爱时的状态及过去的美好生活，也能反省自己在平日生活里的不足之处。

“有好几对年轻人在做完这个问卷调查后，泪流满面。然后我们趁热打铁，对他们进行心理辅导。有两对夫妻当着我们的面紧紧相拥。”汪叶回忆说。

“除这份问卷外，我们还会向当事人发放《离婚风险十本账》，奉劝当事人离婚有风险，决定须谨慎，如不考虑好，将欠十本账……”汪叶解释，这十本账包括“经济账、时间账、健康账、再婚账、情感账、教育账、名誉账、家庭账、事业账、社会账”，从子女成长、财产损失等十个方面来提醒当事人离婚可能带来的风险。

除风险告知、庭前提醒外，朝天区法院还建立了一系列制度，确保家事审判方式和机制改革试点工作顺利完成——

推行离婚前财产登记制度，及时介入诉前及诉讼中的财产保全措施，防止部分当事人转移夫妻共同财产，保障当事人合法权益。

建立案件审理联动机制，该院与乡镇、公安、妇联、团委等相关部门联动，了解辖区家庭基本情况，对涉家事纠纷信息定期互换，做到资源共享，为家事纠纷的审理做好准备。

规范家事案件办理流程。为做足家事审判的改革试点工作，该院制定《家事审判工作方式及工作机制改革实施方案（试行）》和《家事诉讼程序操作规程（试行）》等规章制度，为家事案件审理提供操作规程、审理依据。

建立弹性审限制度。对婚姻危机进行判断。如果是死亡婚姻，快审快结；如果是危机婚姻，用更多的时间进行情感修复。在现有审限制度下提高审判质量和效率，加强诉调对接，通过邀请调解、庭外和解等举措，确保家事纠纷一次性解决。

实行全程留痕制度。加强家事法庭信息化、规范化、网络化建设，实现一站式立案诉讼、电子化查询案件进程、远程视频接访等功能，干警之间、法庭之间、法庭与院机关之间实现网络资源共享和数据实时交换，家事案件办理过程全程留痕、全程跟踪。

“家事纠纷不能简单地以一判定论。”朝天区法院院长张艳秋表示，该院一方面要求家事法庭法官具有精深的专业素养，另一方面要求他们具有丰富的调解技巧，再加上院内外的监督，才能做好家事审判工作。

■“乡规民约”做文章

朝天区法院家事法庭借力乡规民约，大力开展家事纠纷化解工作。

除在家事法庭粘贴“糟糠之妻不下堂”“六尺巷的故事”“兄弟手足之恩”等等传承历史孝悌、感恩故事的字画，让当事人在潜移默化中接受教育外，该院还开展了家事审判法律法规宣传。

今年 3 月 20 日，朝天区法院家事法庭法官深入案发地，巡回审理了一起赡养纠纷，近 400 名群众旁听了案件审理。庭审间隙，家事法庭法官通过当地方言，就继承法、婚姻法等法律法规进行了讲解。

汪叶说，为让老百姓更好地学习、了解法律，该院将部分典型的家事纠纷放在巡回法庭审理，一方面让当事人感受到家庭的温馨和谐，有助于化解家庭矛盾；另一方面让当事人及周边群众反思如何做到父慈子孝、兄弟和睦、夫妻恩爱。

汪叶对记者说，要审理好家事案件，法官必须能当一个接地气的“俗人”，将民间的风俗习惯、人情世故与法理、情理有机结合起来，用群众语言、群众办法来解决群众问题。

“我刚来法庭那会儿，汪庭长就要求我学说四川话、学朝天方言，她对我说不会说当地方言，老百姓不一定会相信我，更不用说相信我会帮他们办事了。”王欢是在朝天区法院工作的一名志愿者。她对记者讲述了近期家事法庭运用当地办法处理家事纠纷的一个案例。

今年 1 月，一名陈姓女子来到家事法庭申请人身安全保护令，法庭审查后，根据相关法律规定，依法作出人身安全保护令的裁定，禁止李某对陈某实施家暴、禁止骚扰陈某的近亲家属。

在送达裁定时，了解到被申请人家族观念重，法庭便找来家族中的长者，向其释明相关规定，经过做工作，被申请人认识到家庭暴力的错误，并在今后的生活中努力改正。

汪叶表示，法庭对各类家事案件特别是调解和好的离婚案件及赡养案件做到 100%回访，督促当事人及时履行义务，保障案件办理效果。

“朝天区法院作为家事审判工作的全国试点单位，运用乡规民俗，探索符合朝天区实际的家事审判改革机制，

对全市的家事审判工作起到了促进作用。”广元市中级人民法院院长邓庆国说。

“朝天区法院领导班子提出了一系列司法便民利民举措，真是一年一个变化，一次一个提升，体现出法院对执法办案工作的重视，为朝天营造和谐稳定的社会环境保驾护航，区人大将一如既往地支持法院的工作。”朝天区人大常委会主任梁黎也对朝天区法院的工作表示赞赏。

权益保护、情感修复 泸州探索家事审判新模式

2017-04-22 人民法院报 曾莲 豆雪霞

案件审理+权益保护、情感修复，这是四川省泸州市中级人民法院的家事审判“1+2”创新模式。

2016 年，最高人民法院对家事审判进行了重新定位、重新部署，将婚姻家庭、继承纠纷合并为一类案件，与合同案件、权属侵权案件构成民事案件的三大门类，并在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作，积极回应人民群众司法需求。

家事审判改革势在必行。泸州中院积极探索创新，重点打造四川家事审判试点法院之一的纳溪区人民法院江宁人民法庭为家事审判法庭，运用家事案件“1+2”的创新模式，在庭前引入家事调查员和心理咨询师等，多措并举，得到群众好评。

庭审：邀请家事调解员，圆满结案

李小明（化名），现年 8 岁，是李某华、杨某英的孙子。李小明之父李某良因公死亡，李某华、杨某英获得死亡赔偿金 95 万元。10 万元用于安葬，李某华、杨某英支付李小明 20 万元后不再愿支付。李小明之母万某秀将公婆告上法庭。

为保护李小明的合法权益，避免双方矛盾激化，江宁家事法庭运用家事案件“1+2”的创新模式，通过案件审理+权益保护、情感修复，在庭前引入家事调查员，查明真相。

原来，万某秀与李某良一直未办理结婚登记，且在与李某良同居前与他人已育有 3 名子女，并与大儿子一家共同居住生活，家庭关系复杂。李某华和杨某英担心将赔偿金给了李小明后，万某秀会将这笔钱用于其他家庭成员。

近日，江宁家事法庭公开开庭审理了这起死亡赔偿金分割纠纷。法庭邀请了部分市人大代表、政协委员、新闻媒体代表及群众现场观摩。

江宁家事法庭法官着重从充分保障未成年人、老年人的权益，彻底解决当事人后顾之忧的角度出发，邀请了家事调解员参与案件调解，李某华和杨某英认识到赔偿金是用于孙子未来的生活、学习，且作为爷爷奶奶无权支配应由原告获得的部分赔偿金。

法官始终将情感修复贯穿整个过程，从法理、情理两方面做双方的思想工作，特别是李小明尚且年幼，为预防其父亲死亡及母亲与爷爷奶奶之间的纠纷对其精神上造成负面的影响，专门邀请西南医科大学的专业心理咨询师对他进行了心理疏导和干预。

最终，双方均同意了法院的调解方案，即由二被告再支付原告赔偿金 30 万元，并由关工委监管该笔赔偿金的使用至原告成年为止。

中国庭审公开网、纳溪区人民法院官方微博、官方微信对该案进行了庭审直播。案件庭审后当庭调解结案，获得了一致好评，取得了良好的法律效果和社会效果。

庭审结束后，泸州中院副院长张明勇、纳溪区法院院长何猛与代表委员进行了座谈、交流。

创新：权益保护，心理咨询师情感疏导

家事案件情、理、法相互交织，剪不断理还乱，对法院而言是件“头疼事”。

随着经济社会的快速发展，传统婚姻家庭观念不断改变，家事审判所调整的家庭伦理关系，不断显现新情况、新问题，案件类型多样化，矛盾化解难度加大。

泸州市两级法院科学应对，以建设法治泸州为助力，牢固树立全面司法保护的核心理念，坚持法律与情理结合、纠纷化解与权益保障同步、理念更新与审判实践统一，创新探索“1+2”模式。

张明勇介绍，泸州法院转变家事案件审判理念，探索建立反家暴中心、临时庇护站、家事调查员、家事调解员、社会观护员、心理咨询、回访帮扶、设置婚姻冷静期等制度。

同时，引入心理辅导干预制度，修复当事人情感及减少家事纠纷对家庭的不良影响；整合资源，与公安、民政、妇联、关工委等部门联动，建立反家暴联动机制，加大对家事案件中弱势群体的权益保护，强化家庭成员之间的情

感修复，在家事审判的机制上不断探索创新，全力推进家事审判工作。

2016 年，泸州法院受理婚姻家庭类纠纷案件占全市民事案件总数的 20.8%，上诉率仅为 1.32%。

家庭氛围 柔性司法 社会关爱

——河北秦皇岛法院打造人性化家事审判方式纪实

2017-05-10 人民法院报 记者丁力辛

最高人民法院于 2016 年 4 月确定河北省秦皇岛市两级法院为家事审判试点法院后，秦皇岛市中级人民法院首先在该市海港区、青龙县、昌黎县三个基层法院进行试点。三家法院积极探索、勇于创新，努力打造“秦皇岛版”的人性化家事审判方式，取得可喜成绩。

去年 1 月至今年 3 月，三法院共受理家事纠纷案件 2358 件，审结 2129 件，结案率达 90.28%。三法院审结的家事纠纷案件均未发生越级上访。

营造家庭氛围

家事纠纷具有亲情与矛盾共存这一鲜明的特点，家事审判也应根据此特点创出鲜明的特色。

基于这种认识，青龙县人民法院家事审判庭改变了审判席高高在上的传统布置，而是法官和当事人座位采用洽谈模式。针对多发的离婚、继承、抚养、赡养四类家事纠纷，该院有针对性地悬挂了宣传画，并配有醒世警句，告诫当事人不要因为一时冲动互不让步，毁了亲情和家庭。

昌黎县人民法院家事审判庭的法官席和当事人席按 U 型设计，好似一个拉家常的场所。张贴在法庭里的法官温馨寄语更让人感到暖心：我们希望和您真诚地沟通，共同抚平您生活中的遗憾。

海港区人民法院家事审判庭力求家庭化：设置亲情会见室和心理疏导室；设置客厅式家事审判庭，绿植点缀在房间四周，用沙发、茶几代替审判桌椅。

海港区法院家事审判庭在审理张某诉赵某离婚纠纷一案时，赵某提出要在法庭上见见孩子，张某则不同意。法官请张某参观了亲情会见室和家事审判庭后，张某便同意了对方的要求。调解当天，张某带着孩子来到法庭，法官先将双方及孩子请到亲情会见室，让赵某与孩子见面。随后的调解中，赵某表示自己不同意离婚了，因为他更加感觉到家庭的可贵和孩子的可爱，并主动向对方道歉。张某也说，看到他们父子玩得这么开心，也不希望孩子成长在一个单亲家庭里，张某遂撤回了起诉。

推行柔性司法

家事纠纷案件多是因情生怨，三法院在处理此类案件时以情字为突破口，积极推行柔性司法，不仅让当事人感受到司法的公平和正义，还让当事人感受到司法的关怀和温暖。

法官们因案而异，采取了许多行之有效的方法。

海港区法院借用婚礼录像、结婚照、全家福等小道具调解婚姻纠纷。钱某与刘某是一对婚龄达三十年的老夫妻。钱某说刘某脾气暴躁，刘某说钱某在外有女人。调解前，法官请他们的儿子提供了两人的照片。调解时，儿子将他们不同年代的合影带到法庭。看到一张张照片，双方回忆起过去美好甜蜜的生活，刘某泪如雨下，钱某长吁短叹，双方的态度有了明显转变。钱某对刘某说，自己并没有外遇，自己已是快当爷爷的人了，知道自爱。刘某放弃了离婚的念头，双方最终和好。

昌黎县法院则选择孩子生日当天来调解抚养纠纷。周某与林某未婚生育一子，周某被判刑后，林某让儿子随其姓林。周某出狱后对儿子改姓不满，因此不履行抚养义务，林某诉至法院。法官有意把开庭时间选在了孩子生日这一天。“爸爸，今天是我的生日！”听到几年不见的儿子的呼唤，周某愣住了。他含泪抱住儿子：“我的好儿子，放心吧，我的儿子我养。”随后，双方达成抚养协议。当天，双方还一起为孩子过了生日。

青龙县法院请当事人亲属协助法官调解婚姻纠纷。因男方马某有外遇，女方周某提出离婚，而且态度非常坚决。法官得知周某与婆婆关系非常好，胜似亲母女，就上门请周某的婆婆协助法院做双方的工作。调解这天，婆婆来到法院，她先批评了儿子，尔后对儿媳说：“咱娘儿俩处得这么好，当娘的哪能舍得让你走哇。看在孩子的分上，看在我们老两口的面子上，你给他一次机会吧。”马某也后悔不已，希望妻子给他一次机会。马某还写了保证书。周某被法官所做的工作打动了，放弃了离婚的念头。在法官回访时，周某的婆婆激动地说：“他们过得很好。要是判了他们离婚，哪还有今天的好日子！”

善借社会关爱

因家事纠纷带有更多的家的元素，法院审理此类案件时更需要有关部门的协助与配合。妇联可以说是妇女的娘家，娘家人出面调处纠纷让女当事人有亲切感；乡村干部比较了解当事人的情况，请他们协助更能切中要点；人民陪审员调处诉前纠纷可以让小事不出街、不出村，既可减少当事人诉累，又可减轻法院负担。

海港区、青龙县、昌黎县三家法院主动与妇联、残联、民政、司法行政等单位建立密切联系，借助社会关爱处理家事纠纷。

海港区法院在家事审判庭设立了民调联络员工作室，由辖区司法所派员接待群众咨询。民调联络员工作室每年接待咨询 400 多人次，其中 60%的咨询人了解相关法律知识后选择自行解决纠纷，10%的咨询纠纷由民调联络员调解解决，其余 30%的咨询纠纷或去民调组织解决，或起诉到法院。近年来，家事法庭年均收案减少了 200 多件，群众咨询减少了 500 多人次。

昌黎县法院注意发挥妇联的优势，将全县 448 个村的基层妇女干部纳入家事纠纷调解网络，并聘请了 22 名家事纠纷调解员。对案情简单、当事人有调解愿望的家事纠纷，法庭采取法律指导、委托调解等方式，及时启动诉前调解；对诉讼中的家事纠纷，法庭及时与当事人所在地的妇女干部取得联系，适时邀请妇女干部参与调解工作。在基层妇女干部和家事调解员协助与配合下解决的家事纠纷已占家事审判庭受理案件的三分之一以上。

青龙县法院充分发挥舆情调查员、信访协理员、民调助理员、廉政监督员、人民陪审员这“五大员”的作用，选聘了 1300 名“五大员”参与家事审判。

秦皇岛中院日前召开全市家事审判方式和工作机制改革推进现场会，推广三法院的主要做法和经验，并强力推进家事审判十大机制建设，该市法院的家事审判工作已全面推开。

衢州衢江 家事审判，原来可以“很美”的

2017-05-08 人民法院报 刘吟秋 吕秋红 苏来琪

衢江法院家事调解中心法官黄甘富动之以情，晓之以理，在劝导一起案件当事人珍惜家族情谊。胡宗明 摄

“清官难断家务事 ”，家事纠纷向来难以化解，但浙江省衢州市衢江区人民法院家事调解中心的法官和他们的调解团队却温情断家事，巧解千千结，成为当事人心中一道“最美”的风景。

“近几年，衢州以弘扬‘南孔’儒家文化为抓手，在全国打响了‘最美’衢州的城市品牌。衢江法院因势利导，树立‘最美’家事调解品牌，将矛盾纠纷化解与弘扬‘最美’精神进行无缝衔接，倾力追求‘最美’法律效果和社会效果。”说起衢江法院的家事审判工作，该院院长程品方如是介绍。

■“最美”团队参与家事调解，志美行厉

幸福的家庭大多相似，不幸的家庭各有各的不幸。为了妥善处理好家事纠纷，衢江法院家事调解中心自 2016 年 8 月成立以来，积极探索家事纠纷化解新模式，成立专业化的家事调解审判团队，打造具有衢江特色的家事纠纷化解平台。

该院选派了“全国模范法官”、“浙江好人”吴宏斌，“最美衢州人”柴宏玮，“最美法院人”黄甘富等优秀法官担任家事调解指导法官，建立“1 名家事指导法官+1 名人民调解员+N 名特邀人民调解员”的家事调解团队。

“尽管是第一次打官司，但幸运的是，我碰到了柴法官。”回忆起今年元旦前夕，来法院递交诉状却连诉讼费都无力缴纳的窘况，家住衢江区云溪乡的金女士至今仍不胜唏嘘。

去年 11 月，金女士的丈夫在帮其堂舅新建的房屋安装铝合金窗时，意外摔落，不治身亡。今年 1 月中旬，经法院调解，最终双方达成调解协议，由对方赔偿金女士一家 27.8 万元。

“案件经过调解得以圆满化解，但当时仍是远水救不了近火”，沉浸在回忆中的金女士，双眼蓄满了泪水，脸上一片阴霾。原来，被告虽然签下了调解协议，却并没有能力立刻支付所有赔偿。当时家里刚刚筹钱造完新房，两个孩子小的只有 2 岁，大的自幼患有肾病身体虚弱，丈夫突遭横祸，家里没了顶梁柱，连基本的生活都成了问题。

“我老公有一份 20 万元的意外险，向保险公司理赔，可总是办不下来，如果不是柴法官，还不知什么时候能拿到保险金，年都没法过！”金女士满怀感激地说道。

原来，作为有着丰富办案经验的法官，柴宏玮深知案结不一定等于事了，金女士家拮据的经济情况，始终牵动着他的神经。他一面督促保险公司尽快履行赔付义务，一面联系团区委寻找好心人进行结对帮扶。后来，在他的努力协调下，保险公司的理赔金现已全额支付，不少社会爱心人士也向金女士一家伸出了援助之手，金女士一家的经济状况得到好转。

“柴宏玮法官曾因高速公路勇救 8 人被评为 2015 年 4 月份的‘最美衢州人’，他巧办案化解纠纷的故事很多、很精彩。黄甘富法官也十分了得，他承办案件的调解率达 90%以上，其中‘无碰撞交通事故’、‘三个月的宝宝当原告’等多起案件在中央电视台《今日说法》、《社会与法》等栏目播出，那可是中央电视台的节目!”说起自己家事调解中心的同事，衢江法院诉讼服务中心主任吴宏斌，这位曾在基层法庭待过 22 年的全国模范法官，言语间不无骄傲。

化解家事纠纷不仅仅是法院的工作。推动建立司法力量、行政力量和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制，完善多元化纠纷解决机制，形成有效的社会合力，切实妥善化解家事纠纷，是家事案件审判专业化改革的需要，也是促进社会和谐的现实需求。

2016 年初，衢江法院会同区团委、区妇联多次召开座谈会，就如何合作开展家事纠纷化解诉调衔接工作交换意见，并于 4 月份联合出台了《关于家事纠纷诉调衔接工作机制的实施意见》，为家事调解中心建设奠定了坚实的基础。

此后，衢江法院聘请 20 名“最美衢州人”为特邀调解员，打造最美家事调解品牌。同时，与妇联、团委、律师协会等携手，吸纳一批热衷社会公益的心理咨询师、婚姻家庭咨询师、律师等，建立家事纠纷化解人才库，以供组建“最美”调解团队之需。此外，在婚姻家庭、相邻关系等案件中引入由人大代表、政协委员、社会贤达等组成的调解观察团，旁听庭审，参与纠纷化解。

“经过不断努力，衢江法院打造了一支家事调解精英团队，使家事审判更加专业化、人性化，促进‘无讼’理念深入人心。”程品方介绍道。

■“最美”精神引入家事调解，向美而行

今年 1 月 18 日，衢州市委常委、宣传部长诸葛慧艳在衢江法院印发的《家事调解工作简报》第 2 期上作出批示：“衢江法院将‘最美’精神引入家事调解，向美而行，既促进了社会和谐稳定，又弘扬了先进文化，实现了法治与德治的无缝衔接，值得总结和推广。”

衢江法院家事调解工作与“最美”文化相融合后，究竟产生了怎样的化学反应呢？

在衢江法院家事调解中心，记者见到了一位特殊的特邀调解员，他就是来自衢江区樟潭街道的苏阳松。

“我站在领导后面一排，习近平总书记很热情地和我握了手。”老先生说，去年 12 月 12 日，是我国第一届全国文明家庭表彰大会在北京召开的日子，他们家成为衢州市唯一一个获得“全国孝老爱亲最美家庭”殊荣的家庭。

据老先生介绍，他是胡金凤家的长子，94 岁的胡金凤老人（现已去世）育有 9 个子女，都已成家，这个由 9 个小家庭、44 口人组成的大家庭，盛行团结互助、尊老爱幼之风。

“只要是对社会有价值、有意义的事，我都愿参加” ，苏阳松诚恳地说道，“来到法院诉讼的家庭，多半关系出现了裂痕，甚至已经濒临破碎。如今，我就希望将自己的一些人生经验运用到家事调解工作中来，成就更多幸福美满的家庭。”

老先生的说法很快得到一起赡养纠纷案件当事人胡大爷的印证。

“我们老两口都挺好的，看，这些水果都是大孙女给我们买的。”清明节前夕，当记者跟随衢江法院家事调解中心的法官们到胡大爷家中回访时，胡大娘掩饰不住内心的喜悦，高兴地说道。

年逾花甲的胡大爷有两子两女，均已成家。胡大爷因生病住院花去近 6 万元的医疗费，自己付了 1.6 万元，剩余费用都是次子垫付。胡大爷一家原本关系和睦，后来因土地补偿款分配等问题，儿女间产生矛盾，胡大爷与长子也多年不相往来。这次胡大爷生病，长子也没有付过医药费。为此，胡大爷将长子诉至法院。

此案牵涉家庭成员之间多重矛盾，如果判决结案，势必让彼此积怨更深。因多次调解未果，最后一次开庭时，法官调整了调解方式，组织了包括苏阳松在内的 10 名社会贤达人士组成调解观察团，旁听庭审，在了解案件事实的基础上，有的放矢地发表调解意见。

“子女理应孝敬、赡养父母，不能与父母斤斤计较，否则，子欲养，亲不在，悔之晚矣!”当天调解时，苏阳松向被告强调了“羊跪乳，鸦反哺”的道理，闻者动容，同时他也劝告胡大爷“做父母的，还是要一碗水端平，不能厚此薄彼!”被告深受感动，在苏阳松及其他观察团成员的鼓励下站起来叫了胡大爷一声“爸爸”。苏阳松又趁机拉起被告女儿的手走到胡大爷面前，孙女当场落泪，并告诉爷爷，自己已谈恋爱，过几天带去给他们看看。胡大爷连声说：“好了，好了，一切都过去了。”

此案只是衢江法院将“最美”精神引入家事调解的一个缩影。该院在调解等候区滚动播放“最美”人物先进事迹，通过“最美”人物、“最美”精神的示范引领作用，传递正向价值，集聚正能量。同时通过对个案的审理，发挥司法规范、评价、指导、引领社会价值的功能，不断强化传统美德对法治的支撑作用，实现法治和德治有机结合。

■“最美”效果实现定纷止争，美益求美

“我现在陪着父亲颐养天年，重新回到他身边，尽为人子女的责任，很开心。感谢你们，欢迎来上海做客!”

五一节后，柴宏玮和衢江法院特邀调解员、心理咨询师郑琼霞同时收到了一起离婚纠纷案件当事人徐某发来的短信，他们倍感欣慰。

徐某与张某原本是对幸福夫妻，他们均出生于上世纪六十年代。改革开放初期，年轻上进的安徽农村小伙张某到上海打工，遇见知书达理的上海女青年徐某，两人冲破重重阻力，于 1988 年登记结婚。婚后，温柔贤惠的徐某毫无怨言地跟随张某落户安徽农村，之后又随张某在浙江打工安家。张某勤劳肯干，经过多年打拼，已成为一家大型企业的高管，年薪颇丰。然而幸福生活在 2014 年戛然而止，两人唯一的儿子因抑郁症跳楼自杀。

儿子的决绝，使得徐某与张某几近崩溃。最初两人尚能互相安慰，但随着时间流逝，张某想再要一个小孩的愿望越来越强烈，而徐某因年龄关系已无生育能力。徐某觉得可以领养一个小孩，但张某认为自己正年富力强，完全可以再生育一个小孩。为此，两人开始产生分歧，情感上的裂痕逐渐显现。张某遂向法院起诉，要求离婚。

出于职业的敏感性，此案承办法官柴宏玮决定组织双方进行调解，并邀请特邀调解员郑琼霞参与调解。

“我与徐某接触后，发现徐某情绪非常不稳定，远未走出丧子之痛，对张某有着很大的情感依赖，离婚极有可能成为压死骆驼的最后一根稻草。”郑琼霞是当地一所中学的心理辅导老师，也是国家二级心理咨询师，说起徐某，仍能感觉出她发自心底的那份心疼。

在法官和心理咨询师的建议下，张某决定撤回起诉，但他们的婚姻已无回旋的可能。为此，郑琼霞主动加了徐某的微信，与她保持联系，进行心理疏导。柴宏玮进一步做案件调查，了解到徐某在上海的老父亲尚且健在，弟弟一家对徐某也非常关心、牵挂。柴宏玮和郑琼霞将掌握到的信息进行汇总，制订出以亲情感化为中心的心理疏导方案，决心帮助徐某找回生活的信心。

在法官与心理咨询师的共同努力下，徐某的情绪逐渐平稳，打消了轻生的念想，并主动向法院起诉离婚。徐某的态度使得张某深感亏欠，他表示今后张某遇到任何困难，他都愿意帮助，在财产分割上向徐某作出了补偿。至此，一场由“失独”引发的离婚纠纷顺利结案。

衢江法院始终以化解矛盾纠纷、做到案结事了为出发点，一方面全面关注当事人利益，在裁判之外更加注重家庭关系的修复；另一方面积极延伸司法触角，增加家事审判的社会辐射功能，健全完善内外部协调配合的案后跟踪、回访、帮扶、教育引导等机制，使群众司法获得感明显提升。

“自 2016 年 8 月推行家事审判改革以来，家事纠纷诉前化解率从 3%提升至 58%，增长了近 20 倍；调撤率从 55%提升至 74.82%，增长了近 20 个百分点；平均审理天数从 46 天降至 30 天左右，缩短了近三分之一。”拿着这份优秀的成绩单，程品方自豪地说，“实现从‘案结事了’到‘事了人和’转变，我们的‘最美’家事调解审判团队可以说是功不可没。”

抬眼望去，衢江法院诉讼服务中心墙上挂着一块牌匾，上面“无讼”二字格外醒目。

虞城家事审判 从“三心”到“三无”

2017-05-07 人民法院报 陈金华

河南省虞城县人民法院自 2016 年 5 月被确定为家事审判方式改革试点法院以来，秉承以“家”促“和”理念，在创新家事纠纷多元化解机制过程中，总结出的“一二三”工作法（精心打造“一个平台”、用心开展“二个延伸”、温心做好“三个到位”），缓解了案多人少矛盾，所办家事案件“无矛盾激化、无积怨成仇、无‘民转刑’案件”发生，取得了良好效果。

■架设过滤网： 精心打造“一个平台”

“真没有想到我起诉的案子还没有正式立案，法官和调解员就给解决好了，我作为老大一定和弟弟搞好家庭团结，按照法官和调解员说的，处理好家庭关系……”4 月 6 日上午，在虞城县法院家事案件诉调对接中心，46 岁的刘某一边在法官和调解员的指导下和弟弟签订诉前调解协议，一边不停地表示感谢。在该院家事诉调中心像这样的场景几乎每天都会发生。

为缓解案多人少压力，减少诉讼案件发生，虞城县法院在诉讼服务中心设立“家事案件诉调对接中心”，以该中心为平台，聘请退休法官、人民调解员等社会力量，在家事法官的指导下，对来院诉讼的家事纠纷分类过滤，对当事人开展诉前引导，告知诉讼风险、诉讼成本及用非诉讼方式处理纠纷的好处。

“诉前调解既不伤和气、不缴纳诉讼费，又能够避免亲人之间对簿公堂的尴尬。”说起诉前调解的好处，家事调解员老姜顿时来了精神。

“家事纠纷都是鸡毛蒜皮的小事，都说清官难断家务事，如果这些小事长期不处理，就会积怨成仇，加深亲情之间的矛盾，为纠纷化解带来难度。”对于家事纠纷，调解员老张同样有自己的见解。

去年 5 月以来，虞城法院聘请的 3 名退休法官与家事调解员已在“家事案件诉调对接中心”诉前化解各类家事纠纷 190 多件，减轻了一线法官的办案压力。

■机制多元化：

用心开展“二个延伸”

“感谢法院家事调解员在处理我与妻子的离婚案件中能够为我们保密，尽管调解员多次来单位找过我，但单位的同事只知道我与调解员是朋友关系，并没有一个人知道离婚的事情……”在该院家事调解室，已经与妻子和好的王某专程找到调解员表示感谢。

王某所说的保密，其实就是该院在化解家事纠纷中“二个延伸”的做法。第一个延伸：即由“家事案件诉调对接中心”将家事案件过滤后向县直各部门延伸。由家事法官委托具有妇联、教师、心理咨询师等特殊身份或工作经历的调解员以第三人或当事人朋友的身份，亲自到当事人所在单位进行谈心调解，并确保隐私保密工作。第二个延伸：以该院被确定为全国内设机构改革试点法院为契机，把家事案件向整合后的黄冢、站集、城郊、李老家、利民、杨集 6 个家事巡回法庭和辖区 657 个乡村微调解机构延伸，做到家事纠纷小事不出村，大事找法庭，微调解，全覆盖。

为达到多元化社会效果，该院结合审判实践，在处理家事纠纷过程中，把家事案件分为“婚恋纠纷型、生活矛盾型、赡养抚养型、口角小事型和单亲留守型”五种纠纷类型。在委托、委派案件时，根据调解员、心理咨询师的工作、生活阅历和文化知识面等特点，有针对性地进行委托、委派，提高了工作效率。

“二个延伸”工作的有效开展，化解了一个个家事“小”矛盾，“小”纠纷，避免了“小事”拖大，矛盾激化，将不稳定因素化解在萌芽状态。

■化解藏技巧：

温心做好“三个到位”

“我已经成功辅导了 20 多个婚姻案件当事人，尽管个别当事人脾气不好，但通过耐心的心理疏导，他们都会有所改变，并愿意接受心理辅导。”来自虞城县高中的二级心理咨询师丁翠霞老师感慨地说。

为诠释家事审判工作理念，虞城县法院面向社会公开选聘了 6 名二级心理咨询师和 40 名志愿者作为家事法庭调解员，其中常驻法院心理咨询师 3 名，常驻调解员 10 名，在 4 名家事女法官的带领下，按照“诉前调解不厌其烦、诉中服务诚恳耐心、诉后释法以情感人”的要求开展工作，把“诉前调解到位、诉中服务到位、诉后释法到位”贯穿始终。

“如果不是家事法庭在处理我和丈夫离婚时给予 3 个月的冷静期，说不定我们这个家真的就散了，是家事法官和调解员的不懈努力挽救了我们的家庭。”一心想和丈夫离婚的刘女士说。

其实，每一位到该院家事法庭的当事人都会有刘女士同样的经历。家事案件情理法相互交织，往往是剪不断理还乱，矛盾冲突大，处理难度大。面对每一起家事案件，家事合议庭的女法官们都会穷尽一切手段进行诉前调解，调解成功的，退回起诉材料，当事人不同意以非诉讼方式解决的，则按照程序给予立案。去年 10 月，家事法庭通过诉前调解，一次性化解涉及 12 个家庭的相邻关系纠纷，稳定了小区群众的生活。

67 岁的家事调解员李在辉老人是一名退休医生，她在调解一起家暴离婚案件时，发现王女士非常深爱自己的丈夫，她和心理咨询师利用调解技巧，一面做王女士的心理疏导工作，一面支持王女士与丈夫离婚。老人支持离婚的做法让王女士深感意外。在之后 2 个多月的时间里，李在辉先后 6 次将王女士的丈夫叫来给王女士赔礼道歉，夫妻俩最终言归于好。

虞城县法院“一二三”家事审判工作法的探索与实践，得到了县综治办、县妇联和上级法院的支持与肯定。为

提高家事调解员素质，县委政法委连续举办“全县村级人民调解员培训班”，对 25 个乡镇的司法所长和 200 多位人民调解员进行业务培训，邀请全国优秀人民调解员授课，提升了村级调解员的调解技能，使“党委领导、政府支持、综治牵头、法院推动、多方参与、合力促调”的多元化纠纷化解要求落地生效。去年以来，虞城法院办理的 1177 件家事类案件，没有一件积怨成仇、矛盾激化和“民转刑”案件发生。今年 2 月 16 日全市法院家事审判机制改革推进会在虞城法院召开，有力地促进了该院家事审判工作的开展。

河南家事审判保万家平安
2016 年帮助两万多濒临破裂家庭重归于好

2017-05-07 人民法院报 冀天福

本报讯 （记者冀天福）2016 年全国法院开启家事审判改革，河南法院的女法官乘改革的东风，着眼和睦家庭建设、和谐社会建设，积极探索实践家事审判方式和工作机制，帮助 2.2 万余个濒临破裂的家庭重归于好，包括推行人身保护令遏制家庭暴力，开展多元化解、心理咨询等。2016 年，家事女法官诉前、诉中调解案件 18.6 万余件，调撤率 61.3%。

在河南省家事审判改革中，2 个试点中院和 36 个试点基层法院的家事审判组织成员以女性法官为主。改革要求女性家事法官必须熟悉婚姻家庭审判业务，具有一定社会阅历，感情平稳、心态健康，没有情感创伤，富有同情心，掌握相应社会心理学知识，热爱家事审判工作，能够较好地处理家庭矛盾和婚姻纠纷。

女法官们着眼于家事纠纷伦理性、情感性、私密性的特点，紧紧贴合家事审判规律，勇于探索和创新家事审判方式，成为家事审判改革领域中勇敢的前行者。在审判中，她们坚持诉前诉中调解制度，建立家事案件庭前调查制度，设置审理程序中婚姻冷静期，试行审前家庭财产申报制度，探索心理疏导全程介入，实行离婚证明书制度。她们以柔和的语言、温和的态度、亲切的笑容，让两万多对感情破裂的夫妻破镜重圆，让冷漠远去的父子温情相拥，让反目成仇的兄弟握手言和。

河南法院在家事审判中大力推行柔性审判，确立了以修复亲情关系为主的改革理念。在审判实践中注意区分婚姻死亡和婚姻危机，对死亡的婚姻依法判决离婚，对危机婚姻下大功夫进行感情修复。为更好拉近法官与家事纠纷当事人之间的距离，缓和各当事人之间对立冲突的关系，家事审判法庭工作环境一改普通法庭庄严肃穆的布置，采用圆桌式开庭，会客厅式调解，家庭式心理疏导。全省各试点法院成立了家事审判法庭、家事审判调解室、亲情修补工作室、婚姻家庭心理疏导工作室。用会议桌、沙发代替传统的审判台，用“丈夫”“妻子”“孩子”“父亲”“母亲”“儿子”等座签取代“原告”“被告”座签，配备沙发、衣架、饮水机、茶具、电脑等设备和用品，并在这些办公室的四周墙壁张贴布置真诚感人的标语、贴画、故事，营造温馨环境，突出和谐、亲情、友爱的理念，烘托家庭氛围，将法庭的严肃性和家庭的温馨性有机结合，缓解当事人双方对立的情绪。

同时，女法官们还利用家事审判平台，宣传家事审判文化。在家事审判庭四周绘制如二十四孝、弟子规、容为大、和为贵等传统文化。开展“家事主题日调解”活动，在父亲节、母亲节、重阳节前开展赡养纠纷专题调解，七夕节前开展离婚纠纷专题调解等。

河南法院在家事审判中，着眼对弱者的保护，减少和遏制伤害。在离婚诉讼中要求夫妻双方对未成年子女的生活和学习安排妥当后，再解决其双方的身份关系和财产问题，努力把因父母离婚给子女的伤害降到最低点。同时，在家事审判中力推人身保护令制度，遏制家庭暴力，号召家庭成员学会用法律武器维护自己的合法权益，勇于对家暴行为说“不”，为促进社会和谐稳定发挥了积极作用。

天津市红桥区人民法院家事审判庭挂牌一年效果显著

2017-04-06 天津日报

原标题：法律无情 法官有情

2016 年 3 月，作为最高人民法院确定的家事改革试点单位，天津市红桥区人民法院在全市率先挂牌设立了家事审判庭，家事审判庭目前以离婚和离婚后财产纠纷案件进行集中改革试点。2016 年受理 579 件，结案 579 件。离婚及离婚后财产纠纷案件占到全部家事纠纷的六成以上，是最主要的家事案件类型，兼具身份性、人身性、伦理性、敏感性、复杂性等家事纠纷鲜明特色。

经过对审判队伍的重新整合，家事案件的审判效果和审判质量都有了较大提升。2015 年度离婚案件调撤率 50.2%；调解率为 30.6%，息诉服判率为 89.8%；2016 年度离婚案件调撤率 52.2%，调解率 33.2%，息诉服判率为 91.2%。其

中一个没有积案、轻装上阵、专门审理家事审判案件的审判组，截止到2016年年底，调撤率59.3%，调解率为41.8%，息诉服判率为96.6%。

典型案例： 子女利益法律保护 离婚自由正当限制

原告马某（男方）与被告武某（女方）于2009年5月登记结婚，2013年1月生育婚生子。2015年8月，双方闹矛盾开始分居生活。分居期间，婚生子随原告生活，由爷爷奶奶照顾。双方无夫妻共同财产及共同债务。案件审理中，双方均同意离婚，但均不主张抚养子女，争议焦点集中于婚生子的抚养问题。对此，法庭主持对双方进行了调解。但双方始终坚持己见，无法达成一致意见。于是，法官对双方当事人进行了充分的法律释明，明确告知若双方不能对子女抚养问题进行妥善安排，则双方的离婚自由会受到一定限制。在“冷静期”后，最后一次庭审中，原告的父亲也来到法庭，并表示可以帮助原告照顾孩子，原告经过权衡后表示同意孩子由其抚养，但要求被告每月给付子女抚养费。法官遂判决双方离婚，婚生子由原告抚养，被告每月给付子女抚养费，双方均未上诉。

法官心得：我国实行婚姻自由制度。根据《婚姻法》的相关规定，男女双方自愿离婚，应予准许，但父母对子女有抚养和教育的义务，双方离婚时应对子女抚养和财产分割作出适当处理。本案中，原被告作为婚生子的亲生父母，却均不同意由己方抚养，属于违反法定抚养义务的情形，构成对子女权益的侵犯，违反我国《未成年人保护法》保护儿童权益的基本原则。家事法官因此依法对双方的离婚自由进行适当合法干预。原被告虽然最终解除了婚姻，但在家事法官的努力下，婚生子得以妥善安置，子女权益得到了良好的保障。

法官诊断危机婚姻 耐心工作双方和好

原告师某（女方）与被告李某（男方）于2008年6月登记结婚，2011年1月生育一子。因原告发现被告在共同生活期间有出轨行为，一气之下要求与被告离婚，被告也当庭同意离婚。在庭审过程中，主审法官成永哲察觉到，双方自由恋爱，感情较深，原告并非真心想与被告离婚，双方对婚生子也均非常疼爱。根据红桥区人民法院出台的全国首个《危机婚姻、死亡婚姻诊断处理标准》，成永哲判断，尽管被告可能存在出轨行为，但双方感情并未破裂，在法庭上的表现冲动多于理性，双方的婚姻属于“危机婚姻”，应当尽量去弥合。成永哲于是在庭下耐心单独询问了双方想法。不出法官所料，原告只是不忍被告的出轨行为，想通过起诉的方式震慑一下被告，希望他能踏踏实实过日子。没想到被告当庭同意离婚，顾及到自己的面子，原告只好坚持与被告将离婚进行到底。而被告之所以同意离婚，也是自感存在过错，面对原告的指责不愿过多辩驳。法官与书记员周洁在耐心劝导原告的同时，也积极做被告的工作，希望双方能够重归于好。几经周折，在法官的努力下，原告于2016年12月申请撤回起诉，并对成永哲法官的工作表示感谢。

法官心得：家事法官的每次离婚判决，都是慎之又慎的。好多年轻的当事人其实还并未明白婚姻的真谛就匆匆结婚、匆匆离婚，许多时候都是出于一时冲动，事后又后悔不已。就像去医院看病要望闻问切、抽血化验，法官在家事审判中坚持调解前置和情感修复，对婚姻状况也要进行综合诊断，属于“危机婚姻”的，哪怕是有百分之一的希望，也会紧紧抓住多做调解，特别是已经有子女的家庭。毕竟孩子是最无辜的，一个完整的家庭成长环境对于幼儿来说至关重要。能够看到万家灯火平安和谐，家事法官吃苦受累也幸福满满。

死亡婚姻好离好散 虐心恋情画上句号

原告陈某是第二次起诉离婚。被告小丽在原告一无所有的情况下与其结婚，多年来从未嫌弃，且和其父母多年来对原告付出极多，使原告有了今天的成就。如今，原告却起诉离婚，小丽内心充满抱怨、委屈及愤怒，无法接受，坚决不同意离婚。在了解小丽的想法后，承办法官多次与其沟通，但小丽丝毫听不进去法官所说的话，甚至以如果判决离婚，就自杀来威胁承办法官。尽管小丽不同意离婚，承办法官经过诊断认为，双方的感情确已破裂，无和好可能。小丽坚决不同意离婚，也只是为了拖垮原告，而非挽救婚姻，双方已属于“死亡婚姻”。案件审理时，法官邀请了家事调解员参与调解。调解过程中，调解员拉着被告的手，听被告哭诉多年的辛酸与苦楚，拥抱她、安慰她，让她明白若感情已不在，不如及时放手，给自己一份解脱，重新开始新的生活。被告小丽似乎听进了调解员情真意切的话语，终于同意与原告调解离婚，最后双方和平分手，一段虐心的情感纠葛就此画上了句号。

法官心得：“危机婚姻”与“死亡婚姻”情形不同，处理方式也不同。对于确已没有挽救可能的“死亡婚姻”，法官调解的重心就在于让双方平和接受离婚现实，妥善处理好财产分割、子女抚养等后续问题，以好心态开启新生活。在离婚案件调解中，家事调解员发挥了巨大作用。许多调解员或是常年身处一线、充分接地气的社区工作者，或是善于把握心理、因材施教的老教师，且年龄多在50岁左右。他们人生经验丰富，熟悉家庭生活。一些法官不

便表达的话，能通过他们更好地传递给当事人。有了他们，家事法庭柔情的氛围更浓，给当事人家的感觉更强。

权益保障+情感治愈

改革试点一年来，家事审判庭遵循调解前置、不公开审理、倾斜保护、感情修复等家事审判原则，创新了婚姻诊断、心理评估干预、离婚“冷静期”、财产申报等工作机制，充分发挥了家事审判权益保障和情感治愈双重作用，初步实现由单一诉讼向多元化纠纷解决转变，由法官单打独斗向联合化解纠纷转变，由单纯审判向延伸服务的转变，改革取得初步成效。

离婚案件财产申报制度 离婚案件中，财产分割关系重大，同时也是案件审理的难点和焦点。离婚案件财产认定难以成为不争的事实，当事人往往从自身利益出发，不如实提供和陈述财产情况，隐藏、转移夫妻共同财产或虚构债务的行为时有发生。家事审判庭创新举措，规定当事人在举证期限届满前，必须填写《家事案件当事人财产申报表》，全面准确地申报夫妻关系存续期间形成的夫妻共同财产状况。家事法官充分向当事人释明法律后果，不如实申报的，可根据情况视为有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的行为，判决时将酌情考虑少分财产甚至不分财产，构成妨害民事诉讼的，将依照《民事诉讼法》的规定予以制裁。责令当事人申报财产的同时，法官会积极对当事人进行证据指引。这一制度有助于查清夫妻共同财产，一次性解决财产问题，提升了司法公信。

危机婚姻、死亡婚姻诊断机制 家事案件受理后，由法官助理在庭前依照起诉状、卷内材料情况，以及送达起诉状副本时与被告的沟通情况，对案件综合判断，根据双方矛盾情况、子女情况、财产情况、分居情况等因素进行分级，对涉及家庭暴力案件、多次报警处理案件、经济特别困难当事人等给予特殊关注，让家事法官提前有预判、心中有预案。

在此基础上，法院制定了《危机婚姻、死亡婚姻诊断处理标准》，从实体规则和程序规则两个方面，制定具体的标准或作为判断、区别死亡婚姻与危机婚姻的依据。家事法官按照诊断及处理标准，制定婚姻关系诊断表，对照危机婚姻、死亡婚姻的诊断要素，作出婚姻死亡或者危机的诊断结果，从而选择不同的审判、调解思路。对确属婚姻死亡的，重在解除，并依法做好未成年子女安排、弱势一方财产分配与救济以及对心理危机进行适当干预。对属于婚姻危机的，重在修复和治疗，从感情弥合、修复的角度，做好心理疏导、调解，进行婚姻挽救。

心理评估干预机制 调整、修复和治疗家庭关系，是家事审判改革的重点内容之一。2016 年年底，法院与天津商业大学法学院合作签订了《关于构建家事法庭心理干预机制的合作协议》，在家事案件中引入心理干预机制。通过心理咨询员从专业角度界定当事人的心理状态、矛盾性质及复杂程度，分析人格特征，找出矛盾根源，抚平创伤，缓和关系，帮助当事人解开心结，也为法官的审判工作提供参考意见。

离婚“冷静期”制度 诉讼活动需要高度理性，而婚姻案件的当事人由于家庭、感情等多重因素，往往被冲动情绪左右。为避免当事人草率离婚，也为了给予双方当事人挽救婚姻的机会，对诊断为危机婚姻的案件，在征求当事人意见的前提下，给双方设立一个月以上的“冷静期”。让当事人有一个慎重考虑、最终做出决定的缓冲时间，也有利于当事方发现事情真相，依法维护权益。“冷静期”内，法官不对案件进行实体审理，并且通过主动回访了解情感变化，引导当事人思考如何化解婚姻危机、安排子女未来生活，通过心理干预或心理辅导，消除当事人偏激情绪，正确对待和冷静处理婚姻危机。

离婚自由适当限制机制 家事审判以维护婚姻家庭稳定，依法保护未成年人、妇女、老年人合法权益为目标。实践中，存在双方均要求抚养或均不同意抚养子女的情况，甚至出现当事人将孩子遗留在法院的极端情况。因此在离婚案件中，双方即便均同意离婚，但拒不承担子女抚养义务或未妥善安排的，依法建立驳回离婚诉请规则，对当事人离婚自由进行合法限制。

人身安全保护机制 与有关部门沟通协调，力求建立反家庭暴力整体防治网络。法院审理涉及家庭暴力的案件时，可根据公安机关的出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据，认定家庭暴力事实，并作出人身安全保护令民事裁定书。

家事审判多元化纠纷解决机制 与区妇联、区民政局共同建立了家事纠纷联动化解机制，三方签订了《关于建立家事纠纷联动化解机制的意见》，妇联推荐 8 名家事案件特邀调解员，专门针对离婚案件，与法官共同完成家事纠纷的调解工作。

繁简分流工作机制 推广要素式审判，在立案之初向当事人释明诉讼所需材料，指导举证应诉。发挥法官助理

作用，通过庭前会议、证据交换解决核对身份、权利义务告知等程序性事项以及明确诉辩意见、固定无争议事实、归纳争议焦点等辅助事项。创新公证录音电话送达系统和其他电子送达方式，有效提升案件效率。2016 年审结的 579 件离婚案件中，简易程序适用率高达 89.6%，平均审理天数约 70 天。（烟颐 王飞）

家事审判引入现代心理技术

2017-05-25 中安在线-安徽法制报

5 月 23 日上午，马鞍山市雨山区人民法院家事审判法庭内，小段（男）和小袁（女）因离婚官司接受法官调解。夫妻俩和法官围绕圆桌，依据“丈夫”、“妻子”等称谓标牌找到各自座位。让小袁很诧异的是，庭审刚开始，法庭居然播放起当年二人的结婚录像，还有家庭照片。因为婚后经常和小段闹矛盾，小袁早就不知道当年无比珍视的结婚录像、结婚相册放在哪里，没想到竟然在法院看到了。法官注意到，小袁偷偷擦去了眼角的泪。

这是雨山法院家事法庭的法官，正在用感情调查、情感回归、亲情规劝、案后回访“情感四步修复法”对闹离婚的小夫妻进行调解。

雨山法院将家事审判与心理学研究深入融合，将现代心理技术引入家事审判，走出了一条以家风文化和心理辅导为重心、专业化审理和多元化解纷并举的新路子。

◆专业测验透析幼童内心

小亓（女）与小吴（男）婚后育有一子小欧（化名）。双方经常因家庭琐事产生争执，小亓认为双方感情已经破裂，起诉离婚，但小吴不同意。

承办法官在前期的走访调查中了解到，小吴在婚后多次当着孩子的面,对妻子施暴，双方已分居两三年，小欧一直随母亲和外祖父母共同居住。

由于夫妻双方情感确实破裂，为确定小欧的抚养权归属，实现未成年人利益最大化，法院委托专业心理咨询师对小欧进行了“房树人投射测验”，即令小欧绘出具有房、树、人 3 种元素的画作。根据小欧画作，心理咨询师通过心理投射作用机制分析得出，父母的不和谐关系已严重影响到小欧的心理健康，房树人的作品显示小欧处在自闭和抑郁的情绪中，内心存在强烈的焦虑、恐惧与无助感，对母亲依恋感较强。

根据心理咨询意见，法官最终成功调解该案，让双方了解到不良家庭生活环境对孩子身心发展带来的巨大伤害。双方同意调解离婚，孩子抚养权归母亲，父亲享有每月 2 至 4 次探视权。

雨山法院还设置了单面镜观察室，对于父母条件相当，儿童又不能清楚表达自身意愿的抚养权纠纷，通过孩子与父母双方的接触，根据专业心理咨询人员的解读，判断由谁抚养更有利于子女健康成长。

这个由 3 名法官、2 名法官助理、3 名书记员组成的家事审判团队，有 3 名拥有心理咨询师资质、3 名拥有婚姻家庭咨询师资质、2 名拥有房树人心理测试资质、1 名拥有沙盘治疗师资质。审判团队结合审判实践，编撰了《创伤后精神紧张性障碍手册》、《房树人测试简明分析手册》、《图画的心理象征意义简明分析手册》等，使用情感反应、内容反应、自我暴露、指导等专业心理技术，在个案中进行标准心理测试，包括房树人测验及箱庭疗法，辅助家事案件的审理。目前，该院与北京师范大学心理学院等建立起常态化合作机制，在法官培训、课题调研、考察交流等方面进行合作，推进家事审判和心理学研究共同发展。

◆情感观察评估母女反目

老吴与娜娜是母女。 2008 年，老吴和丈夫老黄与娜娜签订一份赠与合同，合同约定老夫妻俩自愿将自有农村房屋全部产权赠与娜娜个人所有，老吴夫妻俩有终身居住权，3 人并就该合同进行了公证。2011 年，老黄过世。老吴以老黄、娜娜均非受赠房产所在地农村集体经济组织成员，不具备相应的赠与人及受赠人资格为由，向法院提出确认赠与合同无效的诉讼请求。

案件受理后，家事审判庭依托家事多元调解委员会，进行了庭前调查和上门走访，调查结果显示，老吴共有两女一子，有重男轻女思想，娜娜作为长女，较为孝顺、懂事，最小的弟弟则较为任性、不懂事。

涉案房屋面临拆迁，升值明显。雨山法院组织当事人及其部分亲朋、邻居，尝试利用情感修复手段达到案结事了的目的。在此过程中，特邀情感观察员通过旁听审理过程、对当事人心理、情感进行综合评估，确定当事人母女之间存有较为浓厚的亲情，只因其他因素参与，母亲心中有所倚重、有所衡量。法官通过“背对背”调解、亲情规劝等方式，最终，当事人各退一步，达成调解协议。

雨山法院推行的情感观察员制度，是由法院具有法律、心理等专业知识背景的工作人员担任情感观察员，根据

具体案情需要，通过对案件审理过程进行旁听，对当事人心理、情感等情况进行评估，并形成分析报告，提出意见和建议供法官参考。在情感观察员制度之外，雨山法院还与专业心理咨询机构达成合作协议，由后者指定专人负责案件当事人的心理辅导。在征得当事人同意的情况下，委托心理咨询师或者由家事法官在诉前、诉中乃至诉后对当事人进行心理咨询和辅导救助，有助于当事人情绪得到合理宣泄，后期心理得到正确重建。截至目前，家事审判庭已为45名未成年子女进行心理修复，为72对离婚纠纷当事人提供婚姻质量评估，促成38对夫妻重归于好。

◆家事调查员多元解纷争

在引入现代心理技术基础上，雨山法院将案件审判与区域特点、乡情民俗等有机结合，积极探索家事纠纷社会化解决方式，推动建立家事纠纷综合协调解决机制，形成有效社会合力，切实妥善化解家事纠纷。推动成立了全省首个家事多元调解委员会，吸纳妇联、司法局、辖区村（社区）、心理咨询机构的工作人员，组建专门家事调解员队伍，形成“梳、劝、帮、教”调解新模式。通过建立家事调查员制度，充分发挥家事调查员进行家事矛盾调查、判前风险评估和判后回访等职能作用，最大限度地化解家事纠纷。

5月11日，雨山区家事审判联席会议第一次会议召开，在雨山法院推动下，形成党委政府领导，各部门参与的联动机制。

据统计，雨山法院自2015年6月成立家事审判庭以来，共受理各类家事案件862件，审结732件，其中调解撤诉结案457件，调撤率达62.4%，取得了较好的社会效果。

•彭林本报记者唐欢•

二、一般审判动态

罗湖法院审结《民法总则》通过后　首宗隐私权纠纷案件

2017-05-13　深圳罗湖区法院

隐私权是公民的重要民事权利，保护隐私是保障公民自由和尊严的应有之义，也是社会进步的重要标志，备受关注。

今年3月15日，全国人大通过的《民法总则》顺应时代发展、回应社会关切，明确规定了对公民隐私权和个人信息的保护，为捍卫公民的隐私权和信息安全提供了更加有力的法律武器，该法将于今年10月1日起施行。

近日，罗湖法院依据现行法律，审结了该院《民法总则》通过后的首宗隐私权纠纷案件，该案件系因被告偷拍、跟踪原告行踪而引发。

同事竟成了跟踪狂

罗湖法院经审理查明，原告刘某与被告罗某均系某公司员工。被告罗某将原告刘某车牌号码等信息告知被告陈某，并指使被告陈某跟踪、偷拍原告车辆。

自2016年11月8日至11月23日，被告陈某多次驾车进入原告刘某所居住的小区车库，跟踪、偷拍原告车辆，获取原告车辆位置信息。

2016年11月23日，被告陈某再次进入原告居住的小区时，被小区保安以及原告当场发现，原告刘某与被告陈某随即进行了交涉，被告陈某承认了跟踪、偷拍行为，并称是受被告罗某指使。

2017年3月7日，原告刘某将车辆开至修理厂维修时，修理工人发现车辆的右后轮踏板处被人安装了GPS跟踪器，原告刘某遂向公安机关报警。

窥探他人隐私，触犯法律红线

罗湖法院认为，本案为隐私权纠纷。根据法律规定，隐私权是指自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。

公民的隐私权关系到公民个人的生活安宁和人格尊严，依法受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。被告陈某为获取原告刘某个人生活轨迹，非法跟踪、偷拍原告车辆，其行为侵犯了原告隐私权，依法应承担相应法律责任。

被告罗某指使被告陈某实施侵权行为，并向被告陈某提供原告车牌号码等个人信息，与被告陈某属共同侵权，依法应承担连带责任。

原告因隐私权受到非法侵害，要求侵权人停止侵害，赔礼道歉，于法有据；原告因隐私权遭受非法侵害，请求赔偿精神损害，有法律依据，两被告的侵权行为造成原告精神上损害，依法应予赔偿；原告主张赔偿其因维权产生的律师费，有委托代理合同、收费票据等予以证实，予以支持。

据此，依法判决，被告停止侵权行为，登报向原告赔礼道歉，并赔偿原告精神抚慰金人民币 10000 元和因维权产生的律师费 28000 元。

原告收到判决书后，

送锦旗对承办法官依法判决表示感谢。

目前，该案判已生效。

17 岁少年向好友借款九千还不上 法院:借贷无效

2017-05-21　法律图书馆

今年 2 月,福建省漳州市诏安县人民法院接到一起借贷合同纠纷案,而这起案件借贷双方的当事人均为未满 18 周岁的未成年人。

2015 年 2 月 23 日,17 岁的胡兵(化名)因事急需用钱,便向家境较好的朋友丁强(化名)借款 9000 元。看胡兵很是着急的样子,同为 17 岁的丁强便拿出 9000 元借给了胡兵。与此同时,胡兵还按照一般借款规矩,出具了借条给丁强,约定两个月以后还款。

然而,当借款到期后,胡兵却没有还款的意思。之后一年的时间里,丁强多次向胡兵索要借款,胡兵均未归还。而在这一年里,丁强曾多次看到胡兵参与赌博。无奈,丁强向诏安县法院提起诉讼,要求胡兵偿还借款本金 9000 元及利息。

经办法官初步判断这起纠纷涉及借贷合同法律关系,然而,当经办法官通知胡兵前来应诉,胡兵却消失了,随后,法官以公告送达的形式告知胡兵。

最终,法院经审理认定胡兵与丁强之间的借贷合同无效,胡兵因无效合同从丁强处获得的 9000 元应归还丁强。与此同时,双方因不存在有效的借贷关系,因此,丁强要求胡兵支付利息的诉讼请求,法院不予支持。

■以案释法

未成年人属限制民事行为能力人

有借有还、还本付息本是最正常的民间借贷关系,法律也依法对民间借贷行为进行保护。可在本案中,法官判案的依据并不是基于双方有效借款行为的存在,即因双方合意形成的民间借贷合同,而是以借贷这一民事行为本身无效判令借款一方将财产返还,这又到底是为何呢?

法院在判决书中指出,根据我国《民法通则》规定,10 周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。法官庭后介绍,即将在 10 月实施的《民法总则》更是将限制民事行为能力人的范围扩大到 8 周岁以上的未成年人。

此外,已满 16 周岁的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。根据相关规定,10 周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

根据我国合同法规定,限制民事行为能力人订立的合同属于效力待定的合同,需要经法定代理人追认后,合同才有效,否则视为无效。我国《民法通则》规定,民事行为被确认无效后,一方当事人基于无效民事行为从对方取得的财产应返还对方。

本案中,双方当事人均为 17 岁,属于限制民事行为能力人。且借款额度高达 9000 元,明显与其年龄、智力不相适应。此外,虽然两人已满 16 周岁,但丁强所能提供的证据仅有借条,并没有其他证据证明胡兵在订立合同时是以自己的劳动收入为主要生活来源的事实,因此不能判定其为完全民事行为能力人,故二人之间的借贷合同应属无效。最后,法院依法判决胡兵应当返还 9000 元给丁强,而对丁强要求胡兵支付利息的诉讼请求则不予支持。

鄂尔多斯女记者遭受家暴致死案宣判
被告人犯故意伤害罪被判死缓

2017-4-6 人民法院报 王晓东 乌兰托亚

本报讯　近日，内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院依法对被告人金柱故意伤害罪一案作出一审宣判。法院以故意伤害罪对被告人金柱判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身。

被害人红梅是鄂尔多斯市杭锦旗广电中心记者。法院审理查明，被告人金柱与红梅系夫妻，金柱曾经多次酒后对红梅有过家庭暴力行为。2016 年 4 月 5 日下午下班后，金柱因红梅出去应酬而对其产生不满。当晚 21 时许开始，

金柱自己在家饮酒，期间多次给红梅打电话，但红梅的手机处于关机状态。至 23 时 30 分许，金柱见红梅仍未回家，便驾车出去找，驾驶至小区花池附近时看到红梅从出租车上下来，出租车走后金柱下车打了红梅几个耳光，致红梅倒地后又踢了红梅。之后金柱将红梅拉到自己车后座，自己坐在驾驶座上揪住红梅的头发，将红梅头部往车后门玻璃上撞击。金柱在车内对红梅实施完殴打后，二人回到家中，又因红梅出去应酬的事情发生了争吵。2016 年 4 月 6 日 8 时许，红梅因身体不适向单位请假未去上班。当天 13 时 40 分许，金柱起床后将儿子乌某某送到学校，返回家的途中到锡尼镇社保局巷内的“久久宏门市部”买了一瓶红云磁化粮食白酒，并在门市部内喝酒，喝完酒后，又买了一瓶红云磁化粮食白酒于 15 时 34 分许回到家中，在一楼的卧室内继续喝酒。15 时 40 分许，金柱在二楼与红梅发生争吵，并再次殴打红梅。后金柱发现红梅在二楼的卧室床边趴着，并口吐白沫。金柱于 18 时 56 分拨打 120 急救电话，120 急救人员赶到现场发现红梅没有生命体征，经抢救无效而死亡。经鄂尔多斯市公安司法鉴定中心鉴定，红梅系因头部多次受到钝性外力作用致颅内出血而死亡。金柱在案发现场被杭锦旗公安局刑警大队民警抓获。

法院经审理认为，金柱因对红梅出去应酬而产生不满，于 2016 年 4 月 5 日晚对进行殴打，并于次日酒后再次对实施殴打，致红梅死亡，其行为已构成故意伤害罪。金柱与红梅结婚后因酗酒的恶习，多次对红梅进行家庭暴力，犯罪情节恶劣，手段残忍，社会危害性大，应予严惩。在综合案情事实基础上，法庭遂作出上述判决。

宣判后，金柱当庭未表示是否上诉。

三、立法动态

北京市继承（受遗赠）不动产登记工作程序（试行）

2017-05-05　鱼龙聊房屋知识

北京市继承（受遗赠）不动产登记工作程序（试行）

《北京市继承（受遗赠）不动产登记工作程序（试行）》适用于我市行政辖区内不动产登记申请人因继承（受遗赠）取得不动产权利申请办理的转移登记。市不动产登记中心、各区不动产登记中心在办理该类不动产登记时均应按照本规定开展工作。

一、提交经公证的材料或者生效的法律文书的不动产登记

不动产登记申请人提交经公证的材料或者生效的法律文书的，登记部门按照《不动产登记暂行条例》、《不动产登记暂行条例实施细则》、《北京市不动产登记工作规范（试行）》的相关规定办理。登记部门可以根据实际工作情况，将提交经公证的材料或者生效的法律文书的不动产登记申请人作为绿色通道的服务对象之一，为其提供更便捷的服务。

二、不提交经公证的材料或者生效的法律文书的不动产登记

不动产登记申请人不提交经公证的材料或者生效的法律文书的，登记部门可安排专门的业务窗口负责此类登记业务的政策解释、办理流程介绍、申请材料接收等工作。对此类登记业务可以按照以下工作程序办理：

（一）核实不动产登记有关情况

工作人员在向拟通过继承（受遗赠）办理不动产登记的申请人介绍需要提交的申请材料、继承材料查验流程、公示期限等不动产登记的办理要求后，应告知其至档案窗口查询不动产登记的有关情况，包括是否存在抵押登记、查封登记、预告登记、异议登记、网签等情形。同时提示其应在对查询结果中影响不动产权利转移的情形进行处理后申请办理继承（受遗赠）不动产登记，否则可能会影响最终的登记决定。

申请人持身份证明文件、亲属关系证明、被继承人（遗赠人）死亡证明、遗嘱或遗赠抚养协议等文件向档案窗口申请查询拟继承（受遗赠）的不动产登记有关情况。经审核，符合查询条件的，档案窗口应向申请人出具《查询结果》（附件 1）。

（二）不动产登记申请

1. 申请材料

1.1　申请材料形式

不动产登记申请人提交申请材料应同时提供原件和复印件，登记部门工作人员在核对原件与复印件的一致性后，在复印件上注明“与原件一致”字样并签字，留存复印件。因特殊情况不能提供原件的，可以提交该材料的出具机构或职权继受机构确认与原件一致的复印件。对于除申请人外的其他继承人的身份证明文件，可只提交复印件，登记部门应告知申请人在继承材料查验时其他继承人员需携带身份证明原件，届时进行一致性的核对。

1.2　申请材料种类

继承（受遗赠）不动产登记申请人向不动产登记机构提出登记申请，提交的申请材料包括：

①不动产登记申请书；

②所有继承人或受遗赠人的身份证、户口簿或其它身份证明；

③被继承人或遗赠人的死亡证明，包括医疗机构出具的死亡证明、公安机关出具的死亡证明或者注明了死亡日期的注销户口证明、人民法院宣告死亡的判决书、其他能够证明被继承人或受遗赠人死亡的材料等；

④所有继承人或受遗赠人与被继承人或遗赠人之间的亲属关系证明 ，包括户口簿、婚姻证明、收养证明、出生医学证明，公安机关、人事档案管理机关以及村委会、居委会、被继承人或继承人单位出具的证明材料，其他能够证明相关亲属关系的材料等；被继承人生前有工作单位的，必须提供被继承人单位出具的亲属关系证明。

⑤继承人已死亡的，代位继承人或转继承人可参照上述材料提供；

⑥被继承人或遗赠人享有不动产权利的权属证明材料；

⑦被继承人或遗赠人生前有遗嘱或者遗赠扶养协议的，提交其全部遗嘱或者遗赠扶养协议；

⑧继承人就继承不动产达成协议的，提交不动产继承协议；

⑨因受遗赠取得不动产权利的，提交接受遗赠表示的书面文件；

⑩被继承人或遗赠人生前与配偶有夫妻财产约定的，提交书面约定协议；

⑪拟继承（受遗赠）的不动产登记有关情况《查询结果》以及根据查询结果需要提交的有关文件；

⑫依据相关法律法规和规定需要提交的其他材料。

2.申请材料审查

在不动产登记申请环节，登记部门应认真审查申请人提交的申请材料是否齐全、是否符合法定形式。

对未提供被继承人或遗赠人生前的遗嘱、遗赠扶养协议或与配偶有夫妻财产约定的，由申请人提供书面材料明确不能提供的原因。

所有继承人的身份证明文件，以及陪同申请人到场签署相关文件的抵押权人、预告登记权利人、网签合同买受人的身份证明文件，应按照《北京市不动产登记工作规范（试行）》1.10.4 对申请人身份证明材料的相关规定执行。有委托代理情形的，应按照《北京市不动产登记工作规范（试行）》关于委托代理的有关规定执行。

抵押权人、预告登记权利人、网签合同买受人陪同申请人到现场签署相关文件的，登记部门应留存相关影像资料。工作人员应作为见证人在签署的文件上签字。

3.告知继承材料查验时间

经登记部门审查，申请人提交的申请材料齐全，符合法定形式，应在受理登记前进行继承材料查验。可以进行继承材料查验的，登记部门应当场出具《继承材料查验时间告知书》（附件 2）。登记部门应在申请之日起 10 个工作日内安排继承材料查验；特殊情况下，可与申请人共同约定现场查验时间。查验时间不计入登记办理时限。

（三）继承材料查验

1.查验的目的和要求

继承材料的查验是向全部法定继承人或受遗赠人核实申请人提供的申请材料是否属实、询问全部法定继承人或受遗赠人对申请人通过提交的申请材料证明其具有继承权并办理不动产登记是否存有异议、以及见证放弃继承权的继承人签署放弃继承权声明的过程。

登记部门通过查验工作核实申请人提供的申请材料是否属实，决定是否受理申请人提出的不动产登记申请。

查验时，登记部门应向到场人员告知相关责任和义务，并制作询问笔录，由到场人员本人签字并摁留指纹进行确认。

2.查验条件

现场查验工作应在不动产所在地的不动产登记部门进行，由两名以上的工作人员共同完成。

查验时，全部法定继承人或受遗赠人应共同到场。如应到场人员未到场，则不得进行查验。

3.查验程序

3.1　告知

3.1.1 工作人员自我介绍

工作人员应向到场的继承人或受遗赠人进行自我介绍，到场的继承人或受遗赠人认为工作人员与查验事项存在利害关系，要求工作人员进行回避的，应填写《继承材料查验工作人员回避申请书》（附件 3）。登记部门能够当场核实相关情况的，应当场进行核实，当场不能核实的，应暂停查验工作，于三个工作日内核实完毕，并与申请人确定新的查验时间。经登记部门核实，反映的情况属实的，应安排其他工作人员进行查验。

3.1.2 告知查验目的和相关责任

工作人员应向到场的继承人或受遗赠人告知继承材料查验的目的和相关要求，明确要求到场人员向登记部门如实告知相关情况，因隐瞒真实情况或者提供虚假文件导致不动产登记结果错误的，到场人员应承担相应的法律责任。告知到场人员若有不认识字的人或者存在不理解的问题应当场及时提出，由工作人员进行解释。

3.1.3 签署相关文件

工作人员应要求到场人员认真阅读《继承（受遗赠）不动产登记继承材料查验相关事宜告知书》（附件 4），阅读后应在签字表上签字并摁留指纹。

到场人员应签署《继承（受遗赠）不动产相关事宜如实告知承诺书》（附件 5），承诺书应由承诺人本人签字并摁留指纹。

3.2 查验和询问

3.2.1 重点查验内容

查验当事人的身份是否属实、当事人与被继承人或遗赠人的亲属关系是否属实；

被继承人或遗赠人有无其他继承人；

被继承人或遗赠人和已经死亡的继承人或受遗赠人的死亡事实是否属实；

被继承人或遗赠人生前有无遗嘱或者遗赠扶养协议；

申请继承的遗产是否属于被继承人或遗赠人个人所有；

根据申请材料需要核实的其他情况。

3.2.2 询问与记录

工作人员可以就继承人或受遗赠人是否齐全、是否愿意接受或放弃继承、就不动产继承协议或遗嘱内容及真实性是否有异议、所提交的资料是否真实等内容进行询问，做好记录并签字。该记录应由到场的全部法定继承人（受遗赠人）签字并摁留指纹进行确认。询问记录原件作为登记材料纳入登记档案。到场人员要求保留记录的，可向其提供复印件。

3.2.3 签署相关文件

继承人放弃继承的，签署《放弃继承权声明书》（附件 6），工作人员作为见证人应在声明书上签字。

工作人员应要求申请人签署《继承（受遗赠）不动产登记具结书》（附件 7）。

3.2.4 查验中止

经查验和询问，得知有继承人未到场的，或需要补充提交相关证明文件的，应中止查验，并向申请人出具《继承材料查验中止告知书》（附件 8）。

3.3 查验结果意见

查验后，工作人员应根据申请人提交的材料以及查验、询问的情况，出具《继承（受遗赠）不动产登记继承材料查验结果意见书》（附件 9），就查验和询问过程中了解到的申请材料记载内容是否属实、是否存在其他继承人、其他继承权人对申请人取得继承权有无意见等进行说明。意见书应就申请材料是否符合法定形式、申请材料与询问结果是否一致进行判断。

该意见书作为不动产登记能否受理和受理后审核的参考意见，不作为登记材料存入登记档案，相关人员对该意见书应妥善保管。

（四）不动产登记受理

经查验和询问，符合下列条件的，登记部门应当予以受理：

1.申请登记事项在本不动产登记部门的登记职责范围内；

2.申请材料形式符合要求；

3.申请人与依法应当提交的申请材料记载的主体一致；

4.申请登记的不动产权利与登记原因文件记载的不动产权利一致；

5.申请内容与询问记录不冲突；

6 .法律、行政法规等规定的其他条件。

不动产登记申请人因继承取得不动产登记的，符合受理条件的，应直接出具受理告知书；因受遗赠、遗赠扶养协议取得不动产的，应在申请人缴纳相关税款并向登记部门提交完税凭证后，出具受理告知书。

登记部门对不符合受理条件的，应当书面告知不予受理的理由，并将申请材料退回申请人。

（五）不动产登记审核

受理后，登记部门应按照《不动产登记暂行条例》、《不动产登记暂行条例实施细则》、《不动产登记操作规范（试行）》、《北京市不动产登记工作规范（试行）》等法律法规及有关政策规定的审核规则进行审核。认为需要进一步核实情况的，可以发函给出具证明材料的单位、被继承人或遗赠人原所在单位或居住地的村委会、居委会核实相关情况。核实情况期间，不动产登记审核中止，不计入登记办理时限。

经审核，存在不予登记情形的，应向申请人出具《不予登记告知书》。经审核，符合登记条件的，应对拟登记的不动产登记事项进行公示。

（六）公示及登记

对拟登记的不动产登记事项在北京市规划和国土资源管理委员会网站进行公示（附件 10），公示期为 60 日。公示期满无异议，且经进一步核实不动产登记有关情况，未发生影响不动产登记情形的，将申请登记事项记载于不动产登记簿。

公示期间，当事人对公示有异议的，应当在提出异议的期限内以书面方式到不动产登记机构的办公场所提出异议，并提供相关材料，登记部门应当按下列程序处理：

1.根据现有材料异议不成立的，登记部门应当将登记事项及时记载于不动产登记簿。

2.异议人有明确的权利主张，提供了相应的证据材料，不动产登记机构应当不予登记，并告知当事人及异议人通过诉讼、仲裁等方式解决权属争议后方可申请办理相关不动产登记。

附件：1. 查询结果

2. 继承材料查验时间告知书

3. 继承材料查验工作人员回避申请书

4. 继承（受遗赠）不动产登记继承材料查验相关事宜告知书

5. 继承（受遗赠）不动产相关事宜如实告知承诺书

6. 放弃继承权声明书

7. 继承（受遗赠）不动产登记具结书

8. 继承材料查验中止告知书

9. 继承（受遗赠）不动产登记继承材料查验结果意见书

10. 继承（受遗赠）不动产登记事项公示

附件 1

查 询 结 果

查询人:

根据你的查询申请，现将坐落_____房屋的查询结果告知如下：

不动产权利人：

不动产权证号：

房屋建筑面积：

房屋规划用途：

房屋权利来源:

抵押情况： □有抵押 □无抵押

查封情况：　　☐有查封 ☐无查封
网签情况：　　☐已网签 ☐无网签
异议登记：　　☐有异议登记 ☐无异议登记
预告登记：　　☐有预告登记 ☐无预告登记
其他情况：

以上查询结果仅供查询人办理继承（受遗赠）不动产登记时参考。查询人对查询结果中涉及国家机密、个人隐私、商业秘密的信息负有保密义务，不得泄露给他人，也不得不正当使用。

查询结果截止时间为_____年_____月_____日_____点_____分。

查询部门（盖章）
年　　月　　日

附：办理继承（受遗赠）不动产登记时参考使用本查询结果的注意事项

办理继承（受遗赠）不动产登记时参考使用本查询结果的注意事项

申请办理继承（受遗赠）不动产登记业务时，对不动产登记查询结果存在以下情形的，应予以注意：

一、存在查封的情形

建议待解封后申请办理不动产转移登记。在查封期内的，将不予办理登记。关于查封的解封问题，请向查封法院进行咨询。

二、存在抵押登记的情形

1.抵押权人同意注销的应先注销抵押登记后申请人再申请不动产登记。

2.申请人与抵押权人同意进行抵押变更的，在办理继承不动产权利登记时，申请人应与抵押权人一并到场，共同提交双方关于同意办理抵押变更登记的书面文件。抵押权人不能到场的，应提交经公证的双方关于同意办理抵押变更登记的书面文件。

3.抵押权人既不同意注销抵押登记也不同意办理变更登记的，将不予办理登记。

三、存在预告登记的情形

1.预告登记权利人同意注销的应先注销预告登记后申请人再申请不动产登记。

2.双方同意进行不动产预告登记变更的，申请人应与预告登记权利人一并到场，共同提交双方关于同意办理预告登记的变更登记的书面文件。预告登记权利人不能到场的，应提交经公证的双方关于同意办理预告登记的变更登记的书面文件。

3.预告登记权利人既不同意办理预告登记注销也不同意办理变更登记的，将不予登记。

四、存在异议登记的情形

申请人坚持办理继承（受遗赠）不动产登记的，申请时应提供知悉存在异议登记并自担风险的书面承诺。

五、存在网签的情形

在办理登记申请时，网签合同买受人应到登记机构现场签署同意书，或提交经公证的网签合同买受人同意申请人办理因继承（受遗赠）转移登记的书面文件，否则将不予办理登记。

附件 2

继承材料查验时间告知书

（2016）年（东城）第（0001）号

申请人：_____

_____年_____月_____日，收到您提交的申请材料办理不动产登记，申请继承/受遗

赠_____（被继承人）名下的坐落于_____

_____的不动产，不动产权证号为_____。

按照《中华人民共和国继承法》第二条规定，继承从被继承人死亡时开始；第二十三条规定，继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。请您通知被继承人死亡（生理死亡或被宣告死亡）时的全部法定继承人和受遗赠人（有遗嘱见证人的通知其一并参加）于_____年_____月_____日上午/下午_____时，至_____区不动产登记中心（地址：_____）_____房间进行继承材料现场查验。相关事项通知如下：

1. 查验时需携带本告知书，到场人员需携带身份证（原件、复印件）、户口本（原件、复印件）。

2. 查验时请同时携带本日提交的申请材料原件。

3. 全部继承人和受遗赠人有无民事行为能力人、限制民事行为能力人的，应由其监护人代为参加。监护人应携带被监护人身份证明、监护关系证明及监护人的身份证明，以及被监护人为无民事行为能力人、限民事行为能力人的证明材料。除父母作为法定监护人代未成年人子女参加查验的情况外，其他情形应提交法院出具的行为能力证明和监护关系证明。相关材料应同时携带原件及复印件一份。

4. 继承人和受遗赠人中有委托他人参加的，应提交经公证的委托授权书。

5. 联系电话：_____。如不能按时参加查验，请提前 5 天告知我中心，由我中心另行安排时间。

特此告知。

北京市规划和国土资源管理委员会

（登记专用章）

年　　月　　日

本告知书一式二份，申请人（全部共有人）持一份，不动产登记中心留存一份。

附件 3

继承材料查验工作人员回避申请书

北京市规划和国土资源管理委员会：

_____（申请人姓名）申请继承（受遗赠）_____（被继承人）名下的坐落于_____的不动产，不动产权证号为_____。本人与被继承人是_____关系，是其法定继承人/受遗赠人之一。现向你委申请要求办理继承材料查验的工作人员_____回避。理由如下：

_____

_____

_____

_____

_____

_____

特此申请。

签字：

摁留指纹处：

年　　月　　日

附件:4

继承（受遗赠）不动产登记

继承材料查验相关事宜告知书

_____年_____月_____日，我委收到申请人_____提交的申请材料办理不动产登记，申请继承（受遗赠）_____（被继承人）名下的坐落于_____

_____的不动产，不动产权证号为_____。

按照《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国继承法》、《不动产登记暂行条例》、《不动产登记暂行条例实施细则》及《国土资源部关于印发<不动产登记操作规范（试行）>的通知》（国土资规〔2016〕6 号）的有关规定，我委对申请人_____提交的继承材料进行查验，现将有关事项告知如下：

一、继承材料查验的工作人员

本次查验由我委_____区不动产登记中心_____、_____等____名工作人员进行查验。

到场人员认为工作人员与被查验事项有利害关系、可能影响查验结果的，可填写《继承材料查验工作人员回避申请书》，要求工作人员进行回避的申请，提出回避申请后，我中心将对反映的情况进行核实，对能够当场核实相关情况的，将当场进行核实，当场不能核实的，暂停查验工作，于三个工作日内核实完毕，并与申请人确定新的查验时间。经核实，反映的情况属实的，将安排其他工作人员进行查验。

二、继承材料查验的目的

1.继承材料查验应在全部法定继承或受遗赠人共同到场的情况下进行。

2.继承材料查验是向全部法定继承人或受遗赠人核实申请人提供的申请材料是否属实、询问全部法定继承人或受遗赠人对申请人通过提交的申请材料证明其具有继承权并办理不动产登记是否存有异议、以及见证放弃继承的继承人签署放弃继承权声明的过程。

3.继承材料查验的目的在于通过查验，核实申请人提供的申请材料是否属实，以进一步判断能否受理不动产登记申请并进入不动产登记审核程序。

4.继承材料查验工作不解决各继承人或受遗赠人之间关于遗产归属的争议和异议，若在查验和询问过程中，出现争议或异议情形，我中心将立即停止查验，各继承人或受遗赠人应通过相应法律途径解决争议或异议。

三、到场参加继承材料查验人员的责任和义务

1.《中华人民共和国继承法》第二条规定，“继承从被继承人死亡时开始”，到场人员应是被继承人死亡时按照《继承法》具有继承权的全部法定继承人或受遗赠人。

2.《中华人民共和国继承法》第二十三条规定，“继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知”。因此，到场的继承人均负有通知其他继承人的法定义务，因到场人员未履行通知其他继承人的义务，导致本次查验存在可能未到场的继承人，损害其他继承权人利益，进而造成不动产登记结果错误的，到场人员将负相应的法律责任。

3.不动产是重大的财产权利，到场参加继承材料查验的人员应向我中心如实告知相关情况。因到场人员隐瞒真实情况，给他人造成损失的，将依法承担赔偿责任；构成犯罪的，将依法追究刑事责任；造成不动产登记结果错误的，我中心保留追究相关法律责任的权利。到场人员应亲自签署《继承（受遗赠）不动产相关事宜如实告知承诺书》，并摁留指纹。

四、其他事项

1. 本次查验将全程摄像（或录音）/将拍照留存。查验过程形成的影音文件和纸质材料将作为不动产登记档案资料保存。

2.在查验过程中，我中心将进行询问并形成询问笔录，并要求到场人员签定特定的文件，到场人员应在

签字同时摁留指纹（拇指或食指）。相关文件将作为登记档案进行保存。

3.若本次查验后，符合不动产登记申请并经审核拟于进行不动产登记的，在将登记事项记载于不动产登记簿之前，将在北京市规划和国土资源管理委员会网站对有关登记事项进行公示，公示内容包括被继承人姓名、不动产坐落、登记原因等。

4.到场人员对本告知的内容有疑问或者不清楚的，请当场提问，工作人员将进行解答。对告知内容有异议的，请一并提出。若无疑问和异议，请在签字表上进行签字并摁留指纹。

北京市规划和国土资源管理委员会

（登记专用章）

年　　月　　日

全部法定继承人、受遗赠人签字表

序号	姓名	签字	摁留指纹	身份证号	签字时间
1					
2					
3					
4					
...					

附件 5

继承（受遗赠）不动产相关事宜如实告知承诺书

本人_____（身份证号：_____），于_____年_____月_____日到场参加北京市规划和国土资源管理委员会就申请人_____继承/受遗赠被继承人_____名下的不动产（不动产证号：_____；坐落：_____）进行的继承材料查验。对不动产登记机构询问的事项以及其他可能关系到申请人继承该不动产的有关事实，本人承诺将如实告知，并自愿承担由此产生的一切法律责任。

承诺人签字：

摁留指纹处：

时间：　　年　　月　　日

附件 6

放弃继承权声明书

声明人：_____，男/女，身份证号：_____，联系电话：_____，现住_____。

被继承人_____于_____年_____月_____日在_____
_____（地点）死亡，死亡后遗留有如下房产：

坐落：

不动产权证号：

本人与被继承人的亲属关系是_____。根据《中华人民共和国继承法》第十条/第_____条的规定，本人是被继承人的合法继承人之一，对被继承人死亡时遗留的上述遗产享有合法继承权。

现本人郑重声明，本人自愿无条件放弃对上述遗产的继承权。

以上情况均真实无误，如有虚假，本人愿意承担由此而引起的一切经济和法律责任。

特此声明。

声明人签字：　　摁留指纹处：

时间：　　年　　月　　日

见证人（登记部门工作人员）签字：

见证时间：　　年　　月　　日

附件 7

继承（受遗赠）不动产登记具结书

申请人：_____身份证号：_____。

被继承人（遗赠人）：_____身份证号：_____。

申请人_____因继承（受遗赠）被继承人（遗赠人）的不动产权，于_____年_____月_____日向_____申请办理不动产登记，并提供了_____
_____等申请材料，并保证以下事项的真实性：

一、被继承人（遗赠人）_____于_____年_____月_____日_____死亡。

二、被继承人（遗赠人）的不动产坐落于_____。

三、被继承人（遗赠人）的不动产权由_____继承（受遗赠）。

四、除第三项列举的继承人（受遗赠人）外，其他继承人放弃继承权或者无其他继承人（受遗赠人）。

以上情况如有不实，本人愿承担一切法律责任，特此具结。

具结人签字：

摁留指纹处：

时间：　　年　　月　　日

附件 8:

继承材料查验中止告知书

申请人:

_____年_____月_____日您向我委申请办理坐落于_____

_____不动产的继承（受遗赠）不动产登记。我委于 _____年

_____月_____日对此申请进行了继承材料查验工作。经查验，存在有继承人未到场的情形/需要补充有关文件，现中止查验。待通知未到场继承人后/补充提交有关文件后再行约定继承材料查验时间。

未到场继承人为_____。

需要补充的文件：1.

2.

3.

4.

因继承（受遗赠）的法律关系复杂，再次查验时仍可能发现存在影响您办理继承（受遗赠）不动产登记的情形，请您务必通知全部继承人（受遗赠人）到场，并按查验要求提交有关文件。

感谢您的理解和支持。

北京市规划和国土资源管理委员会

（登记专用章）

年　　月　　日

附件 9

继承（受遗赠）不动产登记继承材料查验结果意见书

申请人_____申请继承（受遗赠）被继承人/遗赠人_____名下的不动产（坐落：_____；证号：_____），于　　年　　月　日进行继承材料查验。

一、查验和询问的基本情况

1. 申请继承（受遗赠）的不动产的所有权人情况，是否存在其他共有人（单独所有、共有）。
2. 到场人员的身份是否属实。
3. 到场人员与被继承人（遗赠人）的亲属关系是否属实。
4. 被继承人（遗赠人）有无其他继承人。
5. 被继承人（遗赠人）的死亡事实是否属实，死亡时间是否属实。
6. 已经死亡的继承人或受遗赠人的死亡事实是否属实。
7. 遗嘱或遗赠扶养协议是否真实，到场人员对其内容和真实性有无异议。
8. 经询问，是否存在其他的遗嘱或遗赠抚养协议。
9. 申请人作为继承人/受赠人是否有丧失继承权的情形。
10. 到场人员对申请人提交的资料真实性是否有异议,对申请人取得不动产权利是否存在异议。
11. 放弃继承权的，是否在工作人员见证下签署放弃继承的文件。
12. 本次查验后是否需要补充提交其他材料。

二、受理和审核环节需要注意的问题

如遗嘱/遗赠扶养协议是否符合法定形式；是否可能存在其他继承人的情形；遗嘱中对应该保留继承份额的，该不动产作为遗产之一是否保留相应份额；是否有无行为能力人/限制行为能力人的监护人代替被监护人放弃

继承权的情况以及其他可能影响继承效力及遗嘱效力的情形。

查验人签字

时间：　　年　　月　　日

附件 10

继承（受遗赠）不动产登记事项公示

编号：（2016）东城第（0001）号

现有不动产登记申请人申请继承（受遗赠）不动产，经初步审定，我机构拟对该不动产办理因继承（受遗赠）取得不动产权利的转移登记。现对拟登记的不动产登记事项进行公示，如有异议，请自本公示之日起 60 日内将异议书面材料送达我机构。逾期无人提出异议或者异议不成立的，我机构将予以登记。

被继承人（原权利人）：

不动产坐落：

房屋用途：

房屋建筑面积：

异议书面材料送达地址：_____　　联系方式：_____

公示单位：北京市规划和国土资源管理委员会

（登记专用章）

年　　月　　日

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

借用他人身份证登记婚姻关系成立

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-05-11 指导性案例审判规则

【审判规则】

结婚时，女方未达到法定结婚年龄，而是借用其姐姐的身份证与男方办理结婚登记。而后，女方起诉离婚，应先按照民事诉讼程序，对于诉讼时男女双方均达到法定结婚年龄的，应确认该婚姻关系成立并且有效。

【关　键词】

民事　离婚　法定婚龄　身份证　结婚登记　民事诉讼程序　婚姻关系　成立

【基本案情】

刘 X 与赵 X 在打工期间相识并建立恋爱关系，而后因刘 X 怀孕但未达到婚龄，刘 X 遂使用其姐姐刘 XX 的身份证（刘 X 自己的照片）与赵 X 登记结婚。随后，刘 X 又用刘 XX 的身份证为其子女办理出生证明。其后，赵 X 外出打工，从此再未与刘 X 联系。

刘 X 遂以赵 X 长时间外出未归为由，提起诉讼，请求判令其与赵 X 离婚，子女由其抚养，并要求法院向民政部门发出司法建议，建议民政部门撤销其婚姻登记。随后，经人民法院建议，刘 X 将诉讼请求变更为请求法院确认其与赵 X 存在婚姻关系，刘 XX 与赵 X 不存在婚姻关系，并确认其与赵 X 之间的婚姻成立有效，判决其与赵 X 离婚，子女由其负责监护。

经依法公告传唤，赵 X 逾期未到庭参加诉讼，亦未向法院提交书面答辩状。

【争议焦点】

未达到法定结婚年龄的女方借用他人身份证与男方登记结婚，之后女方起诉离婚，且在起诉离婚时双方均已达

到法定结婚年龄。此种情况下，能否认定双方的婚姻关系有效。

【审判结果】

一审法院判决：刘X与赵X的婚姻成立有效；刘XX与赵X的婚姻关系不成立；刘X与赵X离婚；子女由刘X负责监护。

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】

就本案而言，由于刘X结婚时未达到法定婚龄，遂使用其姐姐刘XX的身份证与赵X办理结婚登记，孩子出生后，又将刘XX的身份证用于其子女出生证明的办理，该行为并不能予以认定。但实际上，刘X与赵X存在共同结婚的合意与行为，并且双方已共同生活。而刘XX与赵X之间并无结婚的意思表示，更不存在共同生活的事实，故刘X与赵X的婚姻关系成立，刘XX与赵X的婚姻关系不成立。就目前而言，刘X与赵X均达到法定结婚年龄，其已不存在婚姻无效的情形，故二者婚姻成立应认定有效。另由于赵X下落不明已超过两年，刘X与赵X的夫妻关系已名存实亡，因此刘X的离婚请求应予支持。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第十条 有下列情形之一的，婚姻无效：

（一）重婚的；

（二）有禁止结婚的亲属关系的；

（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；

（四）未到法定婚龄的。

第十一条 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条 当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。

【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

刘X诉赵X离婚纠纷案

【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　　由】 离婚纠纷

【判决日期】 2010年04月12日

【权威公布】 被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选（月版）》2010年第3辑(总第15辑)收录

【部门体系】 婚姻家庭法学

【检　索码】 C0502+11++HBYCDJ0310C

【审理法院】 湖北省宜昌市点军区人民法院

【审级程序】 第一审程序

【原　　告】 刘X

【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：刘X（女）。

被告：赵X（男）。

原告刘X（女）与被告赵X（男）于2004年9月在宜昌市打工期间相识并建立恋爱关系，因原告刘X怀孕而未达到婚龄，便用其姐姐刘XX的身份证（刘X自己的照片）与被告赵X登记结婚，2006年底，被告赵X外出打工，从此再未与原告联系。2009年12月11日原告向宜昌市点军区起诉要求与赵X离婚，子女由本人抚养，并要求法院向民政部门发司法建议，建议民政部门撤销其婚姻登记。在审理过程中，承办法官罗红军认为，此案可以直接在民事诉讼中根据王礼仁《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》一书中的婚姻成立与不成立之诉理论处理，并就其具体诉讼技术问题与王礼仁同志磋商。王礼仁认为，一方面按离婚处理，一方建议撤销婚姻登记，两者相互矛盾，而且司法建议也不能成为原告独立的诉讼请求。王礼仁建议通过法院释明，由原告变更诉讼请求，将婚姻成立与不成立之诉与离婚之诉合并提起，法院合并审理。罗红军法官采纳了此建议。通过法院释明，刘X变更诉讼请求为：请求法院确认刘X与赵X存在婚姻关系，刘XX与赵X不存在婚姻关系，并确认刘X与赵X的婚姻成立有效；判决刘X与赵X离婚；女儿赵XX由刘X负责监护。经依法公告传唤，被告赵X逾期未到庭参加诉讼，亦未向法院提交书面答辩状。

2010年4月12日，宜昌市点军区人民法院经审理认为，原告刘X因未达法定婚龄，借用其姐姐刘XX的身份证与被告赵X办理结婚登记、后又用刘XX的身份证为其子女办理出生证明，其行为是错误的。但原告刘X与被告赵X具有共同结婚的合意和行为，且双方以夫妻身份共同生活；刘XX与赵X没有结婚的合意，也没有以夫妻身份共同生活的事实。因此，刘X与被告赵X的婚姻关系成立，刘XX与赵X的婚姻关系不成立。现原告刘X与被告赵X均已达法定婚龄，其婚姻无效的情形已经消失，应当认定其婚姻成立有效。因被告赵X下落不明已两年有余，双方夫妻关系名存实亡，故对原告刘X的离婚请求，本院予以支持。出生医学证明上登记为赵X与“刘XX”之女赵XX与原告刘X的亲权关系概率大于99.99%，应认定刘X系赵XX生母，刘XX不是赵XX生母。遂依法作出如下判决：一、原告刘X与被告赵X的婚姻成立有效；刘XX与赵X的婚姻关系不成立。二、原告刘X与被告赵X离婚。三、子女赵XX由原告刘X负责监护。

丈夫离家十三年 归来直接诉离婚
留守妻子的付出如何补偿？

2017-04-08 人民法院报 顾建兵 芦霞

江苏省海安县的孙琳在丈夫张平离家外出打工时，孩子尚幼，公公婆婆犹在。但丈夫一走就是13年杳无音讯，再回来他竟直接到法院起诉离婚。

法院会同意他的离婚诉求吗？妻子孙琳这么多年为家庭的付出能获得补偿吗？

1988年，经朋友介绍，时年20岁的孙琳认识了张平。半年后，两人按照家乡的风俗举行了结婚仪式。婚后不久，孙琳就有了身孕。大着肚子的孙琳看着张家的晚餐经常是清粥和凉拌酱瓜，本就没胃口的她更觉食不下咽，于是常常跑回娘家改善伙食。好事乡邻的风言风语，让张平的父母觉得很没面子，两人就开始经常为此发生争吵。

儿子出生后，小两口的摩擦并未减少。后来因家庭琐事，逐渐发展成三天一小吵五天一大吵。张平要不是闷头不作声生气，要不是气不过两人开始扭打，最后引来大伙相劝。

2002年，在儿子快上初中的时候，两人的又一次争吵后，张平一气之下，提出欲外出打工。没想到孙琳竟一口答应，骑虎难下的张平只得背上行囊离开了家。

刚开始，张平在外很想家，不时的打电话回来，但好强的孙琳仍不时指责丈夫不该这样婆婆妈妈，要他安心在外打工，赚了钱才能回来。几回下来，张平逐渐由忍着不打电话，变为融入打工生活不再想打电话。

不觉已到年底，张平打电话说，今年出来得迟，没赚到多少钱，问孙琳怎么办。考虑到来回花费不菲的车票，孙琳让张平明年再回家，张平愣了很久。2003年开始，张平几乎就没有打电话回家了。等到了年底，孙琳再次拨打他的电话时才发现，之前联系的号码已经停机。

张平不在家时，孙琳与老人的相处反而平和了很多，还有孙琳父母时时接济，过得虽说不上好，但仍然拉扯儿子读完中学，并为张平的父母养老送终。

这期间，张平前几年有赌气不回家的成分，后又认识了一个女友。直到女友提出要确定关系，张平才想起自己还有婚姻在身。

2015年6月，张平在外出13年后回到了家乡，没想到他还没妻子打个照面，就直接将妻子诉至海安县人民法院，请求法院判决两人离婚。法院经审理驳回了张平的诉讼请求。

2016年底，打定主意的张平再次向法院提起离婚诉讼。孙琳终于意识到，他们的这段婚姻早已名存实亡了。她

同意离婚，但要求张平对她这么多年的付出作出补偿。

今年 3 月底，海安县人民法院开庭审理此案。法院审理认为，张平和孙琳相识后以当地风俗举行婚礼并同居生活，至 1994 年 2 月 1 日前双方已符合结婚实质条件，虽未办理结婚登记手续，但双方之间系事实婚姻关系。张平自 2002 年外出至 2015 年未归，不尽夫妻义务，可以确认夫妻感情已经彻底破裂。张平要求与孙琳离婚，予以准许。张平长达十几年对家庭、父母和子女不闻不问，孙琳则一直尽职尽责，独自赡养张平父母、料理其丧事，并将婚生子抚养成人，对家庭做出了巨大贡献，酌定由张平补偿孙琳子女抚育费和赡养费等合计 3 万元。

该案承办法官陆兴逢介绍说，根据我国相关法律规定，父母的抚养义务要求：婚姻关系存续期间、父母一方不尽义务、未成年或不能独立生活子女请求。而赡养义务人包括老年人的婚生子女、孙子女及外孙子女，但不包括儿媳。儿媳作为赡养人的配偶仅应当协助赡养人履行赡养义务。本案起诉时，双方婚生子已经成年，严格说来法律上不支持张平给付孙琳子女抚养费。但法律的立法本意是为了保护未成年人的合法权益以及维护家庭的稳定，且婚姻一方在特定条件下有就抚养费提起诉讼的权利。本案中，被告在原告离家后为了抚养子女的确付出了很多，无论从情理还是从法律维护公平正义的角度，判令原告就抚养费给予被告一定的经济补偿均更为妥当。就赡养而言，被告在原告外出长达 13 年的时间里，为其父母养老送终，并不是其法定义务，原告亦应给予被告一定的经济补偿。

（二）婚姻无效撤销案例

（二）子女抚养亲子关系案例

离婚时争抢抚养权,再婚后又要退给前夫,法院坚持“子女利益最大化”原则妥处纠纷

2017-05-04 法官姐姐 林雅芳

案情简介

本报讯 今年 31 岁的蒋女士与张先生 9 年前自由恋爱后步入婚姻殿堂，升级做父母时两人尚未满 22 周岁。结婚 4 年后，双方因夫妻感情破裂，于 2012 年 8 月在民政局协议离婚。离婚时蒋女士娘家家境优裕，因此为了争取 4 岁儿子张小某的抚养权，蒋女士当时主动承担了照顾儿子成长所需的所有费用，未要求张先生支付抚养费。

两人离婚后均再组家庭，蒋女士与现任丈夫又生育一子一女，而张先生的新家庭也添一子。这些年蒋女士因娘家生意陷入泥淖，她名下的房产也均用来变卖还债，自己亦因生育、照顾二孩处于失业状态。蒋女士认为，随着孩子的成长，大儿子的教育、医疗等所需抚养费用越来越多，自己的经济条件发生了巨大改变，已精疲力竭无力继续承担照料大儿子生活,故近日特地向江苏省昆山市人民法院起诉要求将 9 岁儿子的抚养权变更至前夫张先生名下。

法庭上张先生坦言，认为张小某从小跟随母亲生活，当时离婚时自己也竭力争取过儿子的抚养权，但当时蒋女士不同意，考虑到蒋女士家庭经济状况较好且儿子更适宜跟随母亲生活，便同意了蒋女士的协议。现在张小某就读市区某重点小学，自己则生活在乡镇，儿子跟现在的家庭未共同生活过，故无法融合，若强制变更抚养权势必影响张小某的学习，故坚决不赞同蒋女士的变更请求。

面对这对把孩子当成皮球“踢”的父母，承办法官坚持“子女利益最大化”处理原则，综合考虑子女意愿，又分别征询双方意见，最后两人当庭达成调解协议，张小某的抚养权仍旧归属蒋女士，考虑到蒋女士的抚养能力、经济状况等客观因素，张先生每月给付 1250 元的抚养费至孩子成年为止。

法官提醒

离异夫妻应避免对孩子二次伤害

近年来，法院受理的抚养纠纷案件逐渐增多，在离婚案件当事人逐渐低龄化的趋势下，夫妻双方离婚时子女年龄普遍都偏小。一个家庭的破碎，受害最大的莫过于这个家庭中的子女，离婚家庭子女抚养问题的关键，在于怎样保护子女的健康成长权，解决子女抚养问题的总原则是：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。每一位再婚的年轻父母在接纳新一段婚姻生活的同时都应当自省，在婚姻这条路上重走一次，是否能更成熟地面对养育一个孩子所需面临的种种困难？作为父母，是否更有担当？是否能够更理性地处理新家庭与孩子的相融问题？切莫将孩子当成皮球，以免对无辜的孩子造成第二次伤害。

明知子女非亲生 约定抚养费是否应履行？

2017-05-09 江苏高院 纪石平

赵某与李某原系夫妻关系，2016 年 6 月 1 日，双方签订离婚协议，约定子女李小随女方赵某生活，李某每年支付抚养费 8000 元至李小 18 周岁止。协议签订后，李某未按协议约定支付抚养费。2017 年 6 月 1 日，原告李小诉至

法院，请求判令李某支付 2016 年 6 月 1 日至 2017 年 6 月 1 日的抚养费 8000 元。法院审理查明，李小于 2012 年 6 月出生，李某在婚后一年发现无法生育，长期经治疗未痊愈，对于李小非其亲生是知情的。李某辩称，李小非其亲生子女，其没有义务支付抚养费，请求法院驳回原告的诉讼请求。

本案争议焦点为：李某在明知李小非其亲生子女的情况下，离婚协议约定的抚养费是否应支付问题。

一种观点认为，李某与李小之间并非父子关系，也不构成法律规定的养父子关系，不应适用婚姻法规定父母子女关系的有关规定，李小向李某主张抚养费应不予支持。

另一种观点认为，虽然李小非李某亲生，但在李某知情自愿的情况下，非亲生子女受男方抚养之日起双方已形成事实上的养父子女关系，并非为女方欺骗男方抚养非婚生子，故双方之间的法律关系应适用婚姻法规定的父母子女关系的有关规定，李小有权向李某主张抚养费。

笔者认为上述两种观点均不妥。以收养是否依法成立为依据，将收养分为法律收养和事实收养。依照法律规定的实质要件和形式要件而成立的收养为法律收养，符合法律规定的实质要件，当事人以父母子女关系长期共同生活，周围群众也认为是父母子女关系，但未办理收养手续的收养为事实收养。中国有条件地承认事实收养。事实收养未经法定程序，当然是不符合法律要求的。鉴于我国的具体情况，在有关收养的法规和政策颁行前，成立收养时无法可依，无章可循，事实收养并不违法。在收养法规和政策颁行后的事实收养，则是违法的。

本案中，李小于 2012 年 6 月出生，我国《收养法》于 1992 年 4 月 1 日施行，李小非李某亲生子女，双方虽已共同生活多年，但一直未依法办理收养手续，不能认定双方形成合法的收养关系，双方之间法律关系不应适用婚姻法中关于收养法律关系的规定，李小无权以自己名义向被告起诉要求支付抚养费。就本案抚养费支付问题，赵某与李某在离婚时协议约定了李小的抚养费负担问题，鉴于李某对李小非其亲生是知情的，该协议不存在欺诈、重大误解等情形，协议内容不违法法律、行政法规强制性规定，当事人应按约履行，故本案可由赵某向李某起诉要求李某按协议约定支付李小的抚养费。

来源：淮安经济技术开发区人民法院

大三女生状告父亲索抚养费
因满 18 周岁被驳回

2017-05-18 人民法院报

本报讯　大三学生小筝（化名）虽然已年满 18 周岁，却因求学深造而无法独立生活，无奈向父亲索要抚养费。近日，江苏省如皋市人民法院审结了这起成年在校大学生与父亲的抚养费纠纷案，驳回了原告的诉讼请求。

今年 22 周岁的小筝，是南通某大学三年级学生。2016 年 1 月，小筝的父母因感情不和协议离婚。协议中约定，小筝随母亲共同生活，父亲倪某每月支付小筝生活费 600 元，至小筝能够独立生活为止。

小筝诉称，父母的离婚协议并没有被很好地履行。自去年 9 月份开始，父亲倪某再也没有给过她一分钱的生活费。高昂的学费和生活费让小筝一筹莫展，甚至一度有了辍学的想法，后在母亲的帮助下才继续接受教育。无奈之下，小筝一纸诉状将父亲告上了如皋市人民法院，要求他支付抚养费至完成学业。

被告倪某认为，女儿是已满十八岁的大学生，具备了独立生活能力，而自己每月仅有 3000 余元的收入，上面还有年迈的父母，因此拒绝继续对小筝大学期间进行经济资助。

法院另查明，由于家庭的原因，小筝在父母离婚后，除在学校学习外，一直随母亲生活，平时和父亲联系较少，同时倪某的父母年老多病，需要他尽一定的赡养义务。

如皋法院经审理认为，《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一款、第二款规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或者不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。”根据该条规定，小筝如果通过法律要求其父亲抚养，只有在以下两种情况下，才能得到法院的支持：一种是她尚未成年，另一种是她虽然已经成年，但是不能独立生活。但小筝在父母离婚之时，已满 21 周岁，且正在接受大学教育，依法属于能够独立生活的成年子女，已成年的小筝必须培养起自立自强的意识，可以通过助学贷款、勤工俭学等来完成学业，她的父亲已经没有支付抚养费的法定义务，故判决驳回小筝的诉讼请求。（陈向东　贾俊辉）

■连线法官■

该案承办法官介绍说，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第

二十条的规定，婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。本案中，小筝已年满 22 周岁，作为在校大学生，身体、智力状况正常，完全具备劳动能力，不符合“不能独立生活的子女”的标准。

法官同时指出，从法律上说，已经年满 18 周岁就读大学的子女，父母没有承担学费、生活费的义务。但大学生正处在求学的阶段，高等教育也不是义务教育阶段，小筝的父亲应考虑父女之情和自己的经济条件，给予女儿适当的经济帮助，投资自己未来的幸福，而小筝也应定期或不定期地向父亲汇报生活、学习情况，加强父女间感情交流，以期能取得父亲的理解和帮助。

失职父母丧失监护权拒付抚养费
法院强制执行保障被监护人权益

2017-05-26 人民法院报 梅贤明 林金东 方芳

本报讯 （记者 梅贤明 通讯员 林金东 方芳）夫妻感情失和，竟弃孩子于不顾，被法院依法撤销监护权后还不履行抚养义务。5 月 24 日，福建省仙游县人民法院在多次调解未果后采取强制执行措施，将孩子的抚养费执行到位，保障了孩子的合法权益。

据了解，王某与朱某经人介绍相识后，于 2011 年初登记结婚。婚后二人一同前往外地工作，同年年底，朱某诞下一女婴。在孩子出生两个多月时，王某、朱某两人因家庭琐事发生争执，一气之下，朱某回娘家生活，王某则继续在外地工作，而孩子开始由王某父母来照顾。

六年来，因王某与朱某一直未履行监护人的抚养义务及监护职责，王某父母于 2015 年向仙游法院提起诉讼，要求撤销王某与朱某的监护人资格。仙游法院经审理后，判决撤销王某与朱某的监护人资格，并指定王某父母为本案婚生女孩的监护人。

尽管监护人资格被撤销，但父母仍有抚养未成年子女的义务，未成年人子女有权要求父母给付抚养费。该案判决生效后，王某与朱某仍未履行抚养义务。无奈之下，女孩经法定代理人协助，于 2016 年提起对其母亲朱某的抚养费诉讼。在抚养费纠纷中，法院多方组织调解未果，经一、二审判决生效后，朱某仍未履行生效裁判义务。最终，法院采取强制执行，执结本案。

■连线法官■

该案主审法官强调，夫妻间的感情纠纷，不管原因如何，过错在谁，都不能将未成年人子女弃之不理。为人父母者，在夫妻之间产生纠纷时，不能把子女当成赌气对象，也不能把子女当成在处理夫妻纠纷中争取利益的筹码。作为父母不抚养子女、不履行监护职责，不仅会遭受道德的谴责，也会受到法律的制裁。即使父母被依法撤销子女的监护权，但仍不能免除对自己的抚养义务。在保护未成年人权益方面，法律从来不是摆设，更不是一纸空文。

一次性支付抚养费约定不妨碍子女在必要时主张增加抚养费

——重庆一中院判决周某抚养费纠纷案

2017-04-27 人民法院报 重庆市第一中院 陈义熙 刘婷婷

裁判要旨

基于儿童利益最大化和依法保护未成年人合法权益原则，离婚协议虽约定子女随一方生活，另一方一次性支付抚养费后不再承担任何抚养费用，但子女仍可在必要时要求未直接抚养方每月另行支付抚养费。

案情

周治明与刘影原系夫妻关系，周某系双方婚生子女。周治明与刘影于 2007 年 7 月 25 日协议离婚，离婚协议约定周某由母亲刘影抚养，周治明一次性支付 2 万元抚养费后，不再承担周某的任何抚养费用。父母离婚时，周某仅 2 岁，2 万元的抚养费不足以支付周某日常的生活费、学费等，刘影无力独自抚养周某，向周治明主张增加抚养费，双方协商未果。周某于 2016 年诉至法院，要求周治明自 2014 年 9 月起每月支付抚养费 1000 元至周某独立生活时为止。

裁判

重庆市铜梁区人民法院经审理认为，父母与子女间的关系、父母对子女的抚养义务，不因父母离婚而消除。本案原告周某的父母在离婚协议中虽约定周治明一次性支付 2 万元抚养费后，不再承担周某的任何抚养费用。但原告的母亲不能做出对原告不利的承诺，离婚协议关于抚养费的约定无效，结合原告周某所在地的生活水平，一审法院

判决被告周治明从2016年5月起每月给付原告周某抚养费600元至原告年满18周岁。

周治明不服一审判决，提起上诉。重庆市第一中级人民法院经审理认为，上诉人周治明与刘影签订的离婚协议系双方真实意思表示，并没有违反法律法规的强制性规定，离婚协议关于抚养费的约定有效，一审法院说理不当，予以纠正。而子女有要求父母支付抚养费的法定权利，关于子女抚养费的协议，并不妨碍子女在必要时向未抚养方提出超过协议原定数额的合理要求。且抚养费的支付标准，主要取决于子女的实际需要、父母的负担能力和实际生活水平三个因素。被上诉人周某处于上学年龄，学费和生活费不断增加，上诉人周治明有收入来源，一审法院结合上述情况和当地的生活水平，综合认定每月600元的抚养费，并无不当。二审法院判决，驳回上诉，维持原判。

评析

夫妻离婚后，关于子女抚养费的承担产生纠纷诉至法院，属于较常见的家事纠纷。本案争议的焦点在于：一是离婚协议约定子女抚养费一次性支付的效力问题；二是子女是否有权要求未直接抚养方一次性支付抚养费后，再按月另行支付抚养费。

1.离婚协议约定子女抚养费一次性支付的效力问题

夫妻双方在离婚时就子女的抚养问题达成一致意见，双方签订离婚协议约定，子女由一方抚养，未直接抚养方一次性支付抚养费后不再承担任何抚养费用，是基于双方真实的意思表示，并未违反法律法规的强制性规定，故该约定合法有效。根据婚姻法第三十七条第一款规定，离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议。可见，关于子女抚养费的负担及支付方式，属于意思自治的范畴，离婚协议约定子女抚养费一次性支付，法律上是予以认可的。

2.对抚养费的司法审查应贯彻儿童利益最大化原则

基于儿童利益最大化原则，应依法保障儿童在成长中得到父母的抚养和教育。父母对子女有法定的抚养义务，这种义务不因父母离婚而消失。根据婚姻法第三十六条规定，离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。夫妻双方在离婚协议中签订一次性支付子女抚养费的约定，是具有人身属性合同的法律关系；子女请求未直接抚养方支付抚养费，是请求抚养费的法律关系。两者的主体不同，前者系夫妻双方，后者系子女与未直接抚养一方；两者的请求权基础不同，前者系合同权利，后者系法定权利。子女享有要求父母支付抚养费的法定权利，子女在必要时主张增加抚养费并非基于离婚协议，而是基于父母的法定义务。综合来讲，法院审查离婚后子女的抚养费问题，须基于儿童利益最大化原则，依法保护未成年人合法权益，从有利于未成年子女身心健康成长的角度出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件，合理保障儿童的受抚养权。

3.依情形变更主张增加抚养费亦应符合法定条件

根据婚姻法第三十七条第二款规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。这明确了子女可以依据情形变更原则，在必要时要求增加抚养费。法院对“在必要时”的审查，意味着符合法定条件时，子女主张增加抚养费可获支持。而《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条，对子女要求增加抚养费的限定条件进行了明确，“子女要求增加抚育费有下列情形之一，父或母有给付能力的，应予支持：原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的；因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；有其他正当理由应当增加的”。本案被上诉人周某现11岁，正处于上学年龄，学费和生活费日渐增加，上诉人周治明近10年前支付的20000元抚养费已不够花费，且周治明有收入来源，周某主张增加抚养费符合法定条件，故法院依法判决周治明自2016年5月起每月支付600元抚养费至周某年满18周岁。

本案案号：(2016)渝0151民初1626号，（2016）渝01民终8169号

案例编写人：重庆市第一中级人民法院 陈义熙 刘婷婷

离婚时争抢抚养权 再婚后又要退给前夫
法院坚持“子女利益最大化”原则妥处纠纷

2017-4-13 人民法院报

本报讯 今年31岁的蒋女士与张先生9年前自由恋爱后步入婚姻殿堂，升级做父母时两人尚未满22周岁。结婚4年后，双方因夫妻感情破裂，于2012年8月在民政局协议离婚。离婚时蒋女士娘家家境优裕，因此为了争取4岁儿子张小某的抚养权，蒋女士当时主动承担了照顾儿子成长所需的所有费用，未要求张先生支付抚养费。

两人离婚后均再组家庭，蒋女士与现任丈夫又生育一子一女，而张先生的新家庭也添一子。这些年蒋女士因娘家生意陷入泥淖，她名下的房产也均用来变卖还债，自己亦因生育、照顾二孩处于失业状态。蒋女士认为，随着孩子的成长，大儿子的教育、医疗等所需抚养费用越来越多，自己的经济条件发生了巨大改变，已精疲力竭无力继续承担照料大儿子生活，故近日特地向江苏省昆山市人民法院起诉要求将 9 岁儿子的抚养权变更至前夫张先生名下。

法庭上张先生坦言，认为张小某从小跟随母亲生活，当时离婚时自己也竭力争取过儿子的抚养权，但当时蒋女士不同意，考虑到蒋女士家庭经济状况较好且儿子更适宜跟随母亲生活，便同意了蒋女士的协议。现在张小某就读市区某重点小学，自己则生活在乡镇，儿子跟现在的家庭未共同生活过，故无法融合，若强制变更抚养权势必影响张小某的学习，故坚决不赞同蒋女士的变更请求。

面对这对把孩子当成皮球“踢”的父母，承办法官坚持“子女利益最大化”处理原则，综合考虑子女意愿，又分别征询双方意见，最后两人当庭达成调解协议，张小某的抚养权仍旧归属蒋女士，考虑到蒋女士的抚养能力、经济状况等客观因素，张先生每月给付 1250 元的抚养费至孩子成年为止。（林雅芳）

■法官提醒■

离异夫妻应避免对孩子二次伤害

近年来，法院受理的抚养纠纷案件逐渐增多，在离婚案件当事人逐渐低龄化的趋势下，夫妻双方离婚时子女年龄普遍都偏小。一个家庭的破碎，受害最大的莫过于这个家庭中的子女，离婚家庭子女抚养问题的关键，在于怎样保护子女的健康成长权，解决子女抚养问题的总原则是：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。每一位再婚的年轻父母在接纳新一段婚姻生活的同时都应当自省，在婚姻这条路上重走一次，是否能更成熟地面对养育一个孩子所需面临的种种困难？作为父母，是否更有担当？是否能够更理性地处理新家庭与孩子的相融问题？切莫将孩子当成皮球，以免对无辜的孩子造成第二次伤害。

（三）财产分割案例

分割夫妻共同财产时应否给予困难方帮助——诸 XX 诉潘 XX 离婚纠纷案

2017-05-10 法律家

【关 键 词】民事　离婚　感情破裂　调解　和好可能性　准许离婚　共同财产分割　帮助　折抵　抚养费　生活困难

【学科课程】婚姻家庭法学

【知 识 点】共同财产　离婚　财产分割

【教学目标】掌握夫妻共同财产分割时应考虑的因素，了解夫妻一方主张将对方财产全部折抵作为子女抚养费的前提条件。

【裁判机关】xx 人民法院

【程序类型】民事再审

【案例效力】★☆☆☆☆ 被中国法制出版社《民事行政精品案例评析》(2007 年)收录

【案例信息】

【案　　由】离婚纠纷

【申　诉人】　潘 XX　（原审被告）

【被申诉人】　诸 XX（原审原告）

【争议焦点】

在夫妻离婚进行财产分割时，应否给予生活困难方以适当帮助。一方主张将对方分得的财产折抵后作为子女抚养费时，应否考虑对方生活困难情况。

【裁判结果】

一审法院判决：准许二人离婚；婚生子由诸 XX 抚养；夫妻共同财产归诸 XX 所有，潘 XX 可得部分财产折抵子女抚养费。

潘 XX 不服生效判决，向检察机关提起抗诉申请。

检察机关审查认定，一审法院判决存在事实认定不清和证据不足的错误：

一、原审仅凭诸 XX 单方出具的财产清单即认定夫妻共同所有房屋的情况，属认定事实证据不足；

二、原审在未确定潘 XX 应承担的抚养费及其可得的夫妻共同财产的具体数额的情况下，就将二者进行折抵，显属事实不清。

检察机关依法提出抗诉。

再审法院受理后开庭审理，经调解，双方当事人达成调解协议。

【裁判要旨】

对于夫妻感情确已破裂的夫妻双方，经法院调解无和好的可能性后，应准许双方离婚。在对夫妻双方共同财产进行分割时，应充分考虑生活困难一方，并给予适当帮助。其中一方主张将对方分得全部财产折抵后作为子女抚养费的，应根据双方分得财产的情况及抚养费的数额决定是否可折抵。若折抵后致使对方生活困难的，则应作出不准许折抵的判决。

【法理评析】

本案中，诸 XX 与潘 XX 感情确已破裂，婚姻已无存在的基础。在经法院调解后，双方亦无和好的可能性，据此应准许双方离婚。婚生子由母亲诸 XX 抚养为宜，抚养费由诸 XX、潘 XX 平均承担。诸 XX 请求将潘 XX 分得的共同财产折抵其应承担的抚养费，法院应当根据双方分得财产的情况及抚养费的数额决定是否可以折抵。据此，对于夫妻共同财产的认定及分配，不能仅凭诸 XX 单方出具的财产清单作为依据，应合理分配。同时，根据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(一)》第二十七条规定，“婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。 一方离婚后没有住处的，属于生活困难。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。“据此，在诸 XX 与潘 XX 离婚时，若将财产以折抵的方式全部判归诸 XX 所有，则将使得潘 XX 没有居所。据此，依据上述法律规定，法院在判决时要考虑潘 XX 没有住所的情况，作出合理的判决，进而认定可以折抵的抚养费数额或不准许折抵。

【适用法律】

最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（一）》第二十七条 婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的，属于生活困难。

离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

【法律文书】

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

【思考题和试题】

1.离婚分割共同财产时，应依据何种标准给予生活困难方以帮助。

2.夫妻共同财产应如何分割。

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事调解书》

抗诉机关：xx 人民检察院。

申诉人（原审被告）：潘 XX（男）。

被申诉人（原审原告）：诸 XX（女）。

申诉人潘 XX 与被申诉人诸 XX 离婚纠纷一案，xx 法院作出判决，已经发生法律效力，潘 XX 不服，向检察机关提出申诉。检察机关以原审法院认定事实不清为由提出抗诉。经本院调解，双方当事人达成调解协议，现本案已终结。

1989 年 10 月，潘 XX 与诸 XX 相识恋爱；1991 年 3 月 4 日登记结婚，潘 XX 入赘诸 XX 家；1991 年 10 月婚生一子。1992 年开始，夫妻感情出现裂痕。1996 年 9 月 24 日，诸 XX 起诉要求离婚，后经调解和好。1998 年起，夫妻关系再次恶化，2003 年 1 月诸 XX 向法院起诉要求离婚，并要求分割共同所有的一楼一底房屋及其他共同财产等。

法院认为：诸 XX 之离婚请求合法，应予支持。婚生子由诸 XX 抚养为宜，抚养费由诸 XX、潘 XX 各半承担。夫妻共同财产二人各半所有。诸 XX 在审理中请求将夫妻共同财产中潘 XX 可得部分折抵其应承担的抚养费合法、合理，

可以照准。遂判决：1．准许二人离婚；2．婚生子由诸 XX 抚养；3．夫妻共同财产归诸 XX 所有，潘 XX 可得部分折抵子女抚养费。

潘 XX 不服生效判决，向检察机关申诉。检察机关认为，法院判决认定事实不清，证据不足。1．原审仅凭诸 XX 单方出具的财产清单就认定夫妻共同所有房屋的情况，属认定事实证据不足；2．原审在未确定潘 XX 应承担的抚养费及其可得的夫妻共同财产的具体数额的情况下，就将二者进行折抵，显属事实不清。且由于将财产以折抵的方式全部判归诸 XX 所有，使得潘 XX 没有居所，根据最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（一）》第二十七条的规定，一方离婚后没有住处的，属于生活困难。法院如此判决不符合处理婚姻家庭纠纷案件的基本原则。因此，提出抗诉。

再审法院在开庭审理过程中主持调解，当事人双方自愿调解。

结婚仪式举行后办理登记前父母为子女所购房屋属婚前财产

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-05-24 指导性案例审判规则

【审判规则】

男女双方在未办理结婚登记手续的情况下办理结婚仪式，并开始同居，由于夫妻一方此时尚未达到法定婚龄，故该婚姻无效。一方达到法定婚龄后，双方依法办理结婚登记的，自此时起婚姻关系合法有效。一方父母在举行结婚仪式后、办理结婚登记前以子女名义出资购房，但并未表示赠与夫妻双方的，该房屋系子女婚前个人财产，离婚时不能当作夫妻共同财产分割。

【关　键　词】

民事　离婚　结婚仪式　法定婚龄　无效婚姻　结婚登记　出资购房　赠与　个人财产　夫妻共同财产

【基本案情】

2006 年 1 月，王 XX 与吴 X 办理结婚仪式并开始同居，王 XX 当时未达法定结婚年龄双方于 2007 年办理了结婚登记。王 XX 与吴 X 婚前同居期间，吴 X 父母以吴 X 名义购买了房屋一套，并交付了相应定金及房屋首付，二人婚后负责偿还贷款。婚姻关系存续期间，王 XX 与吴 X 对房屋过户事宜无法达成一致意见，产生隔阂。经查明，二王 XX 与吴 X 婚姻存续期间未生育子女，且无共同债权、债务，但有共同财产电视柜、茶几、床、冰箱、电视、电脑、饮水机。

王 XX 以其与吴 X 感情确已破裂为由，提起诉讼，请求判令其与吴 X 离婚，并依法分割包括房屋在内的夫妻共同财产。

吴 X 辩称：本人同意离婚；涉案房屋系本人父母于本人结婚前购买，且过户在本人名下，应属本人个人财产。

【争议焦点】

夫妻双方在未办理结婚登记的情况下举办结婚仪式并同居，在夫妻一方成年后办理结婚登记，在举办仪式至办理结婚登记期间夫妻一方父母以该子女名义出资购得的房屋应否认定为夫妻一方的婚前个人财产。

【审判结果】

一审法院判决：准予原告王 XX 与被告吴 X 离婚；财产分割：电视机、电视柜、饮水机、床归原告王 XX 所有，电脑、冰箱、茶几归被告吴 X 所有，原告王 XX 于支付被告吴 X 折价款 100 元；驳回原告王 XX 的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

结婚登记是男女双方成立合法夫妻关系的依据，符合法定结婚条件的男女，在办理结婚登记以后，其婚姻关系才具有法律效力，国家才予以承认和保护。未办理结婚登记前，男女双方同居虽举行结婚仪式的，该种情况不受法律保护。根据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十二条的规定：当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。结合上述理论可知，一方父母于双方举行婚礼后结婚登记前购买的房屋，应视为双方婚前购买的房屋，该房屋登记在一方名下的，应视为其个人所有。

男女双方举行婚礼后开始同居生活，因女方此时尚未达到法定结婚年龄，故双方未办理结婚登记，男女双方在

该阶段所形成的婚姻关系无效，不受法律保护。在此期间，男方父母自行出资购买了房屋，并将该房屋过户至男方名下，根据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》的规定，男方父母的行为应视为对男方的赠与，该房屋属于男方个人财产。女方达到法定结婚年龄后，与男方办理结婚登记手续，双方至此才形成合法有效的婚姻关系。夫妻双方因感情破裂起诉离婚时，女方无权以上述房屋为夫妻共同财产而要求进行分割。

【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：

1.重婚或有配偶者与他人同居的；

2.实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；

3.有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；

4.因感情不和分居满二年的；

5.其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

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

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

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　当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

【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

王XX诉吴X离婚纠纷案

【案例信息】

【中法　码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚效力·财产效力·财产性质认定·个人财产(L04040201023)

【案　　号】　(2011)龙民初字第472号

【案　　由】　离婚纠纷

【权威公布】　被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2012年第2辑(总第80辑)收录

【检索　码】　C0502+11++HLDQLF0311C

【审理法院】　黑龙江省大庆市龙凤区人民法院

【审级程序】　第一审程序

【原　　告】　王XX

【被　　告】　吴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：王XX，女，1987年1月10日出生，汉族，无职业，住大庆市龙凤区澳龙小区B20号楼3单元601室，身份证号：232303198701102621。

被告：吴X，男，1982年6月28日出生，汉族，个体业主，住同原告，身份证号：210502198206282417。

原告王XX与被告吴X离婚纠纷一案，龙凤法院于2011年5月29日立案受理后，适用简易程序分别于2011年7月4日、2011年7月14日不公开开庭进行了审理，原告王XX及其委托代理人邵拂翔、孙丽丽，被告吴X及其委

托代理人王显坤到庭参加诉讼。该案转为普通程序后，依法组成合议庭于 2011 年 10 月 13 日不公开开庭审理了此案，原告王 XX 及其委托代理人邵拂翔，被告吴 X 及其委托代理人王显坤到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

大庆市龙凤区法院经审理查明：

原、被告于 2006 年 1 月 15 日办理结婚仪式并开始同居生活，于 2007 年 9 月 7 日办理结婚登记。在共同生活中，原、被告因办理澳龙小区 B20-3-601 室房屋过户事宜产生冲突，无法互谅互让，甚至大打出手，原告与被告已经难以共同生活，从去年夏天分居至今，原告要求离婚，被告亦同意，双方感情确已破裂。原、被告无婚生子女、无夫妻共同债权、债务。夫妻关系存续期间共有财产有家具（电视柜 1500 元、茶几 500 元、床 1700 元）、家电（冰箱 2700 元、电视 2300 元、电脑 3000 元、饮水机 900 元），以上财产价值为双方认可的估价。

另查，原、被告共同居住的澳龙小区 B20-3-601 室房屋，是被告父亲吴井焕、母亲韩淑英以被告名义于 2007 年 8 月 20 日向大庆市澳龙房地产开发有限公司交付的定金 5000 元，于 2007 年 9 月 2 日交付的首付 55000 元。原、被告婚后，被告父母尚为该房屋偿还房贷。

原告诉称：原告与被告于 2007 年 9 月 7 日结婚，婚后购买大庆市龙凤区澳龙小区 B20 号楼 3 单元 601 室房屋，被告父亲要将该房屋过户到他的名下，原告不同意，此后被告父亲经常大喊大叫辱骂原告，被告后来对此不予制止并也经常辱骂甚至殴打原告，原告与被告难以共同生活，从去年夏季至今分居，现双方感情却已破裂，请求法院判决：1、判决原告与被告离婚；2、依法分割夫妻共同财产，包括住房、家具（电视柜 1500 元、茶几 500 元、床 1700 元）、家电（冰箱 2700 元、电视 2300 元、电脑 3000 元、饮水机 900 元）；3、由被告承担本案的诉讼费用。

被告辩称：一、原告要求与被告离婚，被告同意；二、原告要求分割住房，被告不同意，因为该房屋是被告父母在原、被告结婚前，为被告个人出资购买，属于被告个人财产，原告要求分割，与法无据，请求法庭驳回该请求；三、对原告对家电和家具的陈述无异议，认可原告对家电及家具的估价。

大庆市龙凤区人民法院认为：

夫妻双方在共同生活中应互相谦让、多沟通交流，原、被告结婚后，发生冲突和矛盾，无法互谅互让，甚至大打出手，且双方从去年夏天分居至今，原告要求离婚，被告亦同意，双方感情确已破裂，对原告要求离婚的诉讼请求本院予以支持。本案原告出生于 1987 年 1 月 10 日，2006 年办理结婚仪式时，原告尚未达到法定结婚年龄，原、被告系无效婚姻，不受法律保护。原、被告合法有效的婚姻关系成立时间为原、被告办理结婚登记的日期即 2007 年 9 月 7 日。婚姻期间双方共同居住的房屋购买于 2007 年 8 月 20 日，被告的父母以被告名义交付定金、首付均发生在双方结婚登记之前，且被告父母一直为该房屋偿还房贷。虽房屋登记办理发生在原、被告结婚登记之后，但登记在被告吴 X 个人名下，且原告未提供相关证据证实房贷系原、被告共同偿还的主张，根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十二条第一款之规定，“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外”，故澳龙小区 B20-3-601 室房屋为被告吴 X 婚前个人财产，原告要求按共同财产分割的诉讼请求于法无据，本院不予支持。对原、被告认可的共同财产：家具（电视柜 1500 元、茶几 500 元、床 1700 元）及家电（冰箱 2700 元、电视 2300 元、电脑 3000 元、饮水机 900 元），因双方已经对价值达成一致意见，故本院将按照双方估价依法予以分割。依据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十九条、《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十二条之规定，判决如下：

一、准予原告王 XX 与被告吴 X 离婚；

二、财产分割：电视机一台、电视柜一套、饮水机一台、床一张归原告王 XX 所有，电脑一台、冰箱一台、茶几一个归被告吴 X 所有，原告王 XX 于本判决生效之日起七日内支付被告吴 X 折价款 100 元；

三、驳回原告其他诉讼请求。

案件受理费 300 元，由原、被告负担 150 元。

一审宣判后，原、被告均未上诉，一审判决已经发生法律效力。

（四）扶养赡养案例

独生子无力赡养老父 孙辈是否有赡养义务

2017-05-19 人民法院报 林倩

本报讯　近日，浙江省青田县人民法院章村人民法庭调解一起赡养纠纷案。由于父亲无力赡养爷爷，孙子主动

承担了赡养义务。

原告陈大爷现年 80 岁，被告老陈 57 岁，陈大爷除被告一个儿子，再无其他子女。2007 年，陈大爷曾以年纪增大，身体多病，又无固定生活来源为由，向法院起诉，要求儿子老陈支付抚养费。但老陈辩称，父亲在自己小时候没有对自己尽到抚养义务，与他人再婚后，也没有照顾过自己，也不与自己一同居住，故拒绝支付赡养费。后经法院判决，由老陈每月支付父亲陈大爷赡养费 150 元。

十年过去了，物价飞涨，陈大爷认为儿子给的每月 150 元的赡养费已难以维持生活，故再次诉至法院，请求判令老陈增加赡养费，按每月 1000 余元支付。但此时，老陈没有工作，无经济来源，依靠子女赡养生活，故辩称自己没有赡养能力。

庭前，法庭就双方情况向村里进行了了解，并通过电话对双方纠纷进行了初步调解，听取了双方意见。庭审当天，法庭再次组织双方进行调解。经调解，双方同意将赡养费调整为由老陈每月向陈大爷支付赡养费 300 元。因老陈自己无经济来源，法庭又通过电话，从传统美德、伦理道德、法律规定等角度与老陈的儿子小陈进行了充分沟通，最后小陈主动承担了支付该笔赡养费义务。

该案承办法官说，《中华人民共和国婚姻法》第二十一条规定：父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务。第二十八条规定：有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。本案中，若陈大爷未对被告尽抚养义务，老陈可在当时起诉陈大爷履行抚养义务，但并不能因此拒绝赡养陈大爷。在老陈无能力赡养父母的情况下，老陈的儿子小陈也应当赡养自己的爷爷。（林倩）

为逃避赡养义务假离婚净身出户
法院调解挽回母子情

2017-5-2 人民法院报 吕佼 陈晗

本报讯（记者吕佼　通讯员陈晗）俗话说“养儿防老”，可山东省胶州市胶东街道村民窦大娘却为养老的事情犯了愁，她的儿子张某为逃避赡养义务，竟自导自演了一场假离婚闹剧，以离婚为借口将财产全部转移到妻子名下，窦大娘一气之下将自己的不孝子告上了法庭。近日，山东省胶州市人民法院调解结案，张某每月支付窦大娘赡养费 300 元，并履行赡养扶助义务。

百善孝为先，为何含辛茹苦养大的儿子却成了大家口中的“白眼狼”？事情还要从青岛市胶东机场拆迁说起。窦大娘居住的村庄在拆迁范围内，窦大娘就房屋拆迁和土地征迁的问题与儿子、儿媳之间存在分歧，双方发生了激烈的冲突，自此两家断了联系。窦大娘认为，自己早年丧偶，独自一人含辛茹苦养育 3 个子女长大成家，现如今自己疾病缠身，自己在最需要儿女照顾的时候，儿子儿媳却因为拆迁的事情再也没有上过门。窦大娘希望子女们能给自己一点赡养费，两个女儿都答应了，唯独长子张某以自己是无房、无车、无存款的“三无青年”为由拒付赡养费。窦大娘一气之下将长子告上法庭，称张某为了不养老和媳妇假离婚，要求张某按时交付赡养费。

胶州市人民法院调查后发现，张某在窦大娘起诉的前一个月“刚好”和媳妇协议离婚。张某称自己把用拆迁款买的房子、汽车等所有财产都给了媳妇，现在自己每月收入 2200 元，还要每月支付子女抚养费 2000 元，自己每月就依靠 200 元度日，张某以无履行能力为由，拒不承担赡养义务。从这些异常的地方看来，这完全是张某为躲避赡养义务而上演的一场假离婚。

为挽回母子间的亲情，日前，山东省胶州市人民法院法官对这一案件进行了调解。窦大娘不愿再难为儿子，主动将赡养费从每月 1300 元降低到 300 元，张某也承认了自己的错误，表示以后多去母亲身边尽孝，双方最后达成了调解协议。

父母诉儿不赡养 儿子拒履被判刑

2017-04-01 人民法院报 程贵忠 杨维臣

本报讯　身体强壮却拒不赡养 80 岁的父母，被父母自诉到法院。近日，河南省博爱县人民法院以拒不执行判决、裁定罪，判处被告人吕某罚金 2000 元。

法院经审理查明，被告人吕某与其父母自诉人吕某某、司某某赡养纠纷一案，经法庭主持调解，法院以民事调解书确认被告吕某于 2016 年 8 月 12 日开始，与其弟弟一月一换班，轮流照顾两名老人。赡养一个月后，吕某至今

没有再履行赡养义务。两名老人于 2016 年 11 月 1 日向法院申请执行，法院随即向吕某下达执行通知书，但吕某仍没有履行法律文书确定的赡养义务。两名老人以拒不执行判决、裁定罪对吕某提起刑事自诉。

法庭审理期间，被告人吕某辩称，自己法律意识淡薄，未及时履行法院的判决，请求从轻处罚。被告人吕某与自诉人达成执行和解协议，积极履行判决书确定的义务，并主动交纳罚金 2000 元。

法院审理后认为，吕某已构成拒不执行判决、裁定罪。法院审理期间，被告人如实供述自己的罪行，双方已自行和解，可以从轻处罚。遂依据相关法律对吕某判处罚金 2000 元。

拒不给付八旬老母房款 导致老人借宿生活窘迫，天津南开法院判处不孝“老赖”有期徒刑！

2017-05-26 新说法

2017 年 5 月 26 日上午 9 点，天津市南开区人民法院依法宣判了辖区首例“拒执罪”案件，以拒不执行判决、裁定罪判处被告人臧某有期徒刑二年，缓刑三年。臧某是因为拒不履行给付其八旬老母 35 万元房款的义务，而被提起公诉的。

被告人臧某与周某系母子关系，二人因本市南开区某房屋产生纠纷，后周某将臧某起诉至法院。法院经审理，判决臧某给付周某购房款 35 万元及诉讼费 5400 元，宣判后臧某未提出上诉。判决生效后，臧某也未在判决指定的期间履行给付义务，周某遂申请强制执行。法院向臧某送达执行通知书，要求依照生效判决履行义务，但臧某不顾母亲 80 岁高龄，长期独占房屋，导致周某临时借宿亲戚家，衣食不便，生活窘迫。同时，臧某无视法院判决，拒不履行判决义务，私自将争议房屋以 84.5 万元的价格进行了变卖，在获取巨额售房款后仍拒不履行给付义务，并称已将上述钱款用于投资股票、购买汽车等全部挥霍殆尽。

2016 年 11 月 25 日，该院对不孝“老赖”臧某采取了司法拘留十五日决定，并于当日押送看守所关押。司法拘留前，臧某在医院大厅拒绝体检，丑态百出，并扬言：“法院采取拘留措施，是吓唬卖白菜的，我不怕。”到拘留所后，臧某仍然狡辩自己身体还有新病未查，请求再次体检。经拘留所医师查验，臧某不存在不能羁押情形。最终臧某被依法收押。司法拘留期间，执行法官也多次到拘留所督促臧某尽快履行义务，但臧某仍不思悔改。

2017 年 3 月 1 日，南开检察院指控被告人臧某犯拒不执行判决罪向该院提起公诉。

案件审理过程中，申请执行人周某称关于本案涉及的执行案件已与臧某自行解决完毕，二人已无财产纠纷，申请法院撤销执行。该院于 2017 年 5 月 3 日对该执行案件裁定终结执行。

法院审理认为，被告人臧某无视国法，对法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重，其行为已构成拒不执行判决、裁定罪。鉴于周某对臧某予以谅解，请求对其从宽处罚，适用缓刑的请求。根据其犯罪情节和悔罪表现，予以酌情从轻处罚并适用缓刑。该院遂依法作出如上判决。

欠债还钱，天经地义，心存侥幸，隐匿财产，拒不履行是要付出代价的。今后，该院将以重点打击拒执犯罪为突破口，加大执行工作力度，穷尽执行措施，彻底打击部分被执行人的恶意躲避行为，保障申请人的合法权益，推进执行工作整体突破。

记者 张家民 通讯员 南宣

（五）离婚后财产纠纷及相关纠纷

北京市第三中级人民法院召开离婚后财产纠纷案件审理情况新闻通报会

2017-05-04 北京三中院 王雨 秦喆

2017 年 5 月 3 日上午，三中院召开新闻通报会，介绍了该院离婚后财产纠纷案件审判工作总体情况、成因及涉诉案件的典型法律样态，并通报了 4 件典型案例。

近年来，随着社会经济的不断发展，民众的生活水平日益提升，家庭观念和婚姻观念也更加多元化，由此引发与婚姻有关的纠纷日益增多，这类纠纷中的婚姻关系、子女抚养和财产分割问题多数能在离婚诉讼等纠纷解决方式中同时得到妥善处理。但实践中，还存在着婚姻关系得到处理，共同财产未分割、虽进行了分割而后反悔或发生可以再次分割夫妻共同财产的情形，这就引发了离婚后财产纠纷，此类纠纷分为协议离婚后财产纠纷和诉讼离婚后财产纠纷两大类。

据统计资料显示，该院自建院以后受理离婚后财产纠纷案件共计 321 件，从数据上看该类案件的数量呈现逐年上升趋势，其中，2016 年审结 121 件，较 2015 年的 103 件增长 17.5%。 据该院法官介绍，此类案件的形成原因主要有 4 点：1.离婚时因当事人疏忽，遗漏部分财产未予分割。2.离婚时财产不具备分割条件。3.因一方隐藏、转移、

变卖财产等行为导致部分财产未分割。4.协议离婚后，对离婚协议反悔或履行中存在争议。

通报会上，该院对离婚后财产纠纷的四个典型法律样态做了归纳总结并提出了裁判观点：1.离婚时漏分的夫妻共同财产,起诉离婚后财产纠纷时应当予以分割。2. 离婚协议中关于财产分割的内容，具有民事合同性质，对双方均有约束力。但当事人在 1 年内就财产分割问题反悔的，有权申请法院变更或撤销。3. 协议离婚的，双方当事人均应当按离婚协议的约定履行各自义务。4. 因一方在离婚时隐藏、转移夫妻共同财产，另一方发现后起诉请求再次分割夫妻共同财产，隐藏、转移方的过错在分割时应作为考量的因素,可以对其少分或不分财产。

随后，该院针对离婚时处理财产问题向当事人提出了建议：1.当事人应提高自身的法律意识，充分认识离婚带来的法律后果,避免因仓促离婚或疏忽而漏分财产。2.离婚时，双方应当共同协商财产清单，将需要分割的财产一一列明并签字确认。3.受侵害一方应加强举证意识，必要时向法院申请调查取证。4.双方均应当坦诚相待，如实陈述夫妻共同财产，以便一次性解决问题。

最后，法官就媒体提问的离婚后财产纠纷案件中的“财产”范围、提起离婚后财产纠纷诉讼的时间要求等问题作出了回答。

该院通过北京法院网和官方微博@北京三中院进行了现场同步直播。

离婚后财产纠纷：典型案例＋裁判观点＋成因、提示

时间：2017-05-06　审判研究微信公号

导读：5 月 3 日，北京三中院召开离婚后财产纠纷案件审理情况新闻通报会，介绍典型案例和裁判观点，分析纠纷成因并提出建议。北京三中院民二庭庭长马立红、法官杨路、胡新华、陈亢睿参加发布会。以下内容摘自发布会实录，编发时有所调整。

典型案例

01 **裁判要点**

双方有离婚协议，一方未按照协议内容履行义务的，另一方有权请求履行。

基本案情

2014 年 3 月 31 日，男女双方签订离婚协议，约定涉案房屋一套归婚生子所有，婚生子由女方抚养，房屋收益在女方再婚前由女方支配，再婚后由男方支配。现女方未再婚，房屋租金一直由男方掌控，女方起诉要求分割房屋租金，一审支持了女方的请求，男方不服，认为双方约定婚生子由女方抚养，但实际由男方抚养，故提起上诉，二审法院判决维持原判。

法院观点

《协议书》合法有效，双方均应依约履行。根据《协议书》的约定，女方再婚前对涉案房屋收入享有支配权，虽然双方约定婚生子由女方抚养，但并非房屋收益分割的支付条件，因此涉案房屋收益应当分割。

02 **裁判要点**

男女双方协议离婚并就财产分割达成一致意见，一方以协议显失公平为由要求重新分割的，法院不予支持。

基本案情

2013 年 6 月 29 日，双方协议离婚，其中房产和汽车归女方所有，其他财产也已达成一致分割意见。后男方认为协议有失公平，是为了买房假离婚，要求重新分割共同财产。一审法院没有支持男方的请求，男方不服上诉，二审法院维持了原判。

法院观点

男女双方当事人自愿订立离婚和财产分割协议，婚姻关系已解除。《解释(二)》第九条规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。是否有失公平不属夫妻共同财产分割协议变更或撤销的法定情形。所以驳回男方的上诉请求。

03 **裁判要点**

诉讼离婚时漏分的夫妻共同财产，再次起诉离婚后财产纠纷时应当予以分割。

基本案情

2011 年 7 月女方向法院起诉离婚，男女双方在法院主持下达成调解协议，协议中双方约定了一处房产的归属及

10 万元补偿的问题。同时，双方另行于庭下签订《离婚财产分割协议书》，自行处理了另一处房屋及车辆的归属问题。在女方起诉离婚后的短期内，男方将其名下股票账户内的股票清仓，并将所得的 649 万元分三次转走。后女方又起诉，要求分割男方转走的 449 万股票款（200 万元另案处理）。法院判决支持了女方的诉讼请求。男方不服上诉，二审法院判决维持原判。

法院观点

449 万元股票款应认定为诉讼离婚时漏分的夫妻共同财产。双方在离婚纠纷案件中并未声明全部夫妻共同财产，在此情况下，双方认可无其他财产争议需法院处理。民事权利的放弃必须采取明示的意思表示才能发生法律效力，不宜在无明确约定或者法律无特别规定的情况下，推定当事人对权利进行放弃。

04 **裁判要点**

因一方离婚时隐藏、转移夫妻共同财产，另一方发现后，起诉请求再次分割夫妻共同财产，转移、变卖夫妻共同财产的行为具有过错，在分割时应作为考量的因素，可以对隐藏、转移方少分或不分财产。

基本案情

王某（女方）与孙某（男方）于 2001 年 9 月登记结婚，2011 年 1 月开始分居，分居期间 2011 年孙某将宅基地拆迁补偿款中本应属于夫妻双方共同所有的拆迁补偿款由其父母持有，2013 年孙某将拆迁取得的优惠购房权利擅自无偿转让给其母亲，2014 年 8 月双方经法院调解离婚，婚生女由孙某抚养，夫妻共同财产未进行分割。2014 年 9 月王某起诉要求分割拆迁补偿款和回迁安置房屋及其他财产。一审判决诉争房屋归王某所有，宅基地拆迁补偿款归王某，其他财产归孙某。孙某不服一审判决，提起上诉。二审法院判决维持原判。

法院观点

离婚后财产分割一般均等，但根据《婚姻法》第 47 条规定“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产”。此案中，孙某转移、变卖夫妻共同财产的行为在分割时应作为考量的因素，故法院依法对王某多分夫妻共同财产。

裁判观点

1 ． 离婚时漏分的夫妻共同财产，起诉离婚后财产纠纷时应当予以分割

民事权利的放弃必须采取明示的意思表示才能发生法律效力。在离婚诉讼或者协议离婚时，双方虽未分割全部夫妻共同财产，但在无明确约定或者法律无特别规定的情况下，不宜推定当事人放弃了对部分财产的分割权利。离婚后，一方当事人以尚有夫妻共同财产未处理为由起诉离婚后财产纠纷，经审查该部分财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，法院应当依法予以分割。这种情况不受诉讼时效的限制。

2 .离婚协议中关于财产分割的内容，具有民事合同性质，对双方均有约束力

但当事人在 1 年内就财产分割问题反悔的，有权申请法院变更或撤销。如法院经审查未发现一方存在欺诈(隐藏、转移夫妻共同财产可以认定为欺诈)、胁迫等情形，使对方在违背真实意思的情况下订立离婚协议的，则该协议合法有效。

3 ． 协议离婚的，双方当事人均应当按离婚协议的约定履行各自义务

当事人因履行离婚协议发生纠纷的，可以向法院提起诉讼。是否履行了离婚协议，法院主要审查签订协议时当事人的真实意思表示、该协议各项条款之间的关联性及能否行使抗辩权，以便做出相应的判决。

4 ． 可以对离婚时隐藏、转移夫妻共同财产的一方少分或不分财产

因一方在离婚时隐藏、转移夫妻共同财产，另一方发现后起诉请求再次分割夫妻共同财产，隐藏、转移方的过错在分割时应作为考量的因素，可以对其少分或不分财产。

原因分析

根据婚姻法第 39 条的规定，夫妻离婚不仅包括夫妻关系和权利义务的解除，还包括子女抚养和共同财产的妥善处理，对于上述问题，原则上应于离婚时一并处理解决。

离婚后财产纠纷的审理实为对前述一并处理原则的例外和补充。经过此次调研，我们发现此类案件的形成原因主要分为以下几类。

1．离婚时因当事人疏忽，遗漏部分财产未予分割

例如，在诉讼离婚时，当事人往往把精力集中在婚姻关系的解除与否、大额财产的分割以及子女的抚养权问题上，但对其他财产的分割考虑不周，并未向法院说明所有需要分割的财产，进而导致在离婚案件后又因其他财产的分割产生争议。

2．离婚时不具备分割条件的财产

主要有三类，一是双方在离婚时因财产分割头绪繁多，一时难以查清的，例如离婚时夫妻共同财产未从家庭共同财产中析出，可以待析产后再行分割；二是离婚时双方尚未取得所有权或尚未取得完全所有权的房屋，在取得完全所有权后进行分割；三是因财产涉及第三人利益，而无法在离婚案件中一并处理的。

3．因一方隐藏、转移、变卖财产等行为导致部分财产未分割

一些当事人为了在离婚中尽可能多地获得家庭财产，违背诚实信用原则，故意隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或者伪造债务侵占另一方财产。在离婚后，另一方发现对方有上述行为的，往往会向法院起诉要求分割该部分财产。

4．协议离婚后，对离婚协议反悔或履行中存在争议

比如，在协议离婚时一些当事人为了尽快离婚，而同意对方提出的财产分割方案，或者双方当事人只重视离婚而不重视财产分割问题，直到办完离婚手续之后，又对离婚协议中财产分割内容反悔或者不予履行，引发离婚后财产纠纷。

对策建议

通过对上述分析，导致离婚后财产纠纷的原因可以归纳为主观和客观原因两个方面：主观原因系当事人因疏忽或对方恶意所致；客观原因系因离婚时尚不具备分割条件。其中，因当事人自身疏忽导致未在离婚时一次性解决的比例最大。

维护婚姻家庭关系的安定和睦，是婚姻法的根本宗旨。夫妻共同财产的分割本应在离婚诉讼中一并处理，如果夫妻在诉讼离婚后随意启动财产分割诉讼程序，不仅会激化双方原先的矛盾，而且还不利于重新组建的家庭关系的稳定，甚至可能引发新的矛盾纠纷乃至暴力冲突事件，所以应当尽量避免不必要的离婚后财产纠纷案件，以减少当事人诉累，实现案结事了。

1．加强普法宣传

提高公民的权利意识和平等意识，教育公民遵守诚实信用原则。在婚姻家庭中，无论性别、年龄、职业、收入、健康状况如何，男女双方一律平等，即使作为家庭妇女，在离婚时，也同样享有平等分割夫妻共同财产的权利。通过社会多渠道的普法活动，鼓励家庭中弱势一方在离婚时依法主张自己的合法权利，尽可能地对财产进行一次性分割。

2．对婚姻登记机关的建议

在办理离婚手续时，婚姻登记人员应对法律规定的夫妻共同财产包含的范围和种类向申请离婚者予以说明。此外，婚姻登记人员需加强对离婚协议的审查，例如要求男女双方在协议中写明具体的分割方案，而不能仅以“财产已分清”笼统概述，防止其后对财产的分割再发生争议；对于分割涉及的财产，申请离婚者应提供相应的权利证书原件，防止侵犯第三人的合法权益。

3．对离婚当事人的建议

A．当事人应提高自身的法律意识，充分认识离婚带来的法律后果，避免因仓促离婚或疏忽而漏分财产。在签订离婚协议时需认真考虑财产分割问题，不可意气用事，以免事后反悔；离婚双方应在协议中写明各项财产的现状和日后归属问题，防止履行协议时发生争议。实践中，主张存在欺诈、胁迫等情形的举证较难，在我院抽样的100件案例中尚未有因欺诈、胁迫而被撤销离婚协议的案例，所以当事人应提高法律意识，尽量保留必要的证据。

B．离婚时，双方应当共同协商财产清单，将需要分割的财产一一列明并签字确认。即使最终双方未通过协议成功离婚，但之前签订的离婚协议对于夫妻共同财产范围的认定仍能起到证据作用。

C．受侵害一方应加强举证意识，必要时向法院申请调查取证。在离婚诉讼中，涉及共同财产的分割时，非常重要的一个问题就是当事人对财产的举证问题。然而对于一方故意隐瞒、转移的财产，另一方当事人很难自行调取证据，导致在离婚诉讼时因证据不足或者未查清全部财产而无法一次性分割。例如，以一方名义所购买的网络理财

产品，另一方即使知道该财产存在，也无法自行调取该财产的交易情况，此种情况下只能向法院申请调查取证。根据我国民事诉讼法的规定，当事人因客观原因不能自行收集的证据可以书面申请法院调查。需要指出的是，在离婚诉讼中，对于调取有关财产的证据，法院一般只能依当事人申请进行。

D．按照我国法律规定，故意隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，应少分或不分财产，这对于恶意一方可谓是得不偿失。所以在离婚时，双方均应当坦诚相待，如实陈述夫妻共同财产，以便一次性解决问题，这既是情感上的“好合好散”，也是法律上应承担的义务。

为购房假离婚 法律风险有点大

2017-4-9 人民法院报 张晓玲

部分人为了获取购买首套房的资格选择与配偶假意办理离婚手续，这一方式某种程度上看似成本低又快捷，实则隐患众多。随着北京房价新一轮的上涨，“3•17 楼市新政”规定对离婚一年内的贷款申请人，商贷和公积金贷款均按二套房信贷政策执行。让我们以北京市通州区人民法院的两起真实案件为例，看看假离婚有哪些真风险。

买了新房不复婚

前妻诉求无证据

2016 年 11 月底，王女士和其丈夫李先生想换大房子，计划在北京通州区购买第二套房，但由于积蓄有限，为节省开支，二人协商后决定假离婚。随后双方带着拟好的离婚协议到民政局办理了离婚，协议约定除共有的 60 平方米房子归王女士所有外，其余财产如小客车、存款、股票等均归李先生所有。后李先生以自己的名义在通州区购买了一套 120 平方米的住宅，却并未与王女士复婚，不久之后与年轻的刘女士结婚。王女士盛怒之下将前夫告上法庭，以离婚不是真实意思表示、离婚协议无效为由要求分割李先生 120 平方米房产及小客车、存款、股票等。

法院经审理后认为，双方自愿在民政局办理离婚手续，双方之间的婚姻关系合法解除；离婚时达成的离婚协议，双方对财产处分约定内容真实有效，对双方具有法律约束力，庭审中王女士无法提供有力证据证明双方之间签署离婚协议时存在欺诈、胁迫情形，故法院依法驳回了王女士的诉讼请求。

■法官说法

民间所谓的“假离婚”常指夫妻双方为了满足一方或双方的某种需求，一致同意办理离婚手续，并且约定在目的达到后再办理复婚手续的行为。“假离婚”并不是法律术语，只要双方自愿到民政局或法院办理了离婚手续，在法律上就视为双方已经解除了婚姻关系。本案中王女士与李先生在民政局自愿办理离婚手续，双方之间的婚姻关系已经解除，不能以离婚不是真实意思表示为由主张离婚协议无效。关于双方之间签订的离婚协议效力问题，因离婚协议涉及感情、妥协等各方面因素，双方达成一致后即对双方具有法律约束力，根据我国法律规定，只有在离婚协议中存在欺诈、胁迫等情形下并且在离婚后一年内起诉才可能获得支持。本案离婚协议中对财产进行了协议处分，而庭审过程中王女士无法提供足够的证据证明签署离婚协议中存在欺诈、胁迫等情形，故双方签订的离婚协议是有效的。李先生所购房产属于离婚后购买的财产，不涉及夫妻共同财产份额，故王女士无法分割离婚协议中约定的财产。所以”假离婚”中一旦一方变了心，法律上能够提供的救济途径较少。

为购学区房假离婚

赔了夫人又赔房子

刘先生欲购买通州区的学区房，但没有该区的购房资格，遂决定与妻子邹女士“假离婚”，再与有资格购房的姚女士（邹女士表妹）结婚。再婚前刘先生专门与姚女士签订书面协议书，约定双方结婚非自愿，目的仅为购房和子女就学。刘先生购房后准备与姚女士离婚时，姚女士却因通州区限购政策出台失去购买首套房资格而要求涉案房屋所有权，否则不同意离婚。刘先生无奈将姚女士诉上法庭要求离婚并分割夫妻共同财产。庭审中刘先生称双方不是自愿结婚，认为双方之间的婚姻关系无效，涉案房屋为其一人购买应归其所有，并拿出书面协议、付款凭证佐证；而姚女士称二人是自愿结婚，涉案房屋是夫妻共同财产并要求分割。法庭主持调解工作中向双方释明，符合婚姻法规定的结婚条件并自愿登记结婚的，则双方之间存在有效的婚姻关系；因双方所购买的房产涉及购买资格问题，房子归姚女士所有更为合理，但姚女士应支付刘先生所付相应的对价。最后双方达成调解协议，双方解除婚姻关系，涉案房屋归姚女士所有，由其支付刘先生所付房款。

■法官说法

本案中刘先生想通过假结婚的方式来规避国家政策，购买本没有资格购买的房屋。本案涉及问题有两个：一是

双方签订的书面协议书是否具有对抗登记婚姻的效力问题。根据我国法律规定，婚姻只要符合婚姻法规定的结婚条件的人自愿登记结婚，即为法律上有效的婚姻关系，结婚目的和动机对婚姻效力没有实质影响。二是法院处理涉案房屋归属问题的倾向。法院在处理这类案件常与政策导向一致，该案中刘先生没有在本区购买房屋的资格，故房屋归姚女士所有更为合理，但是姚女士应支付刘先生所付的价款。

■司法观察

假离婚不是政策避风港

人们选择“假离婚”这种方式规避国家政策，存在以下三方面的风险：一是感情破裂风险；二是夫妻共同财产分割不公的风险；三是引起子女抚养权纠纷的风险。

俗话说，夫妻同心，其利断金。实践中常有夫妻双方达成书面复婚协议，约定达到某一目的后双方必须复婚。若一方不同意复婚，另一方以该项约定抗辩并不能达到强迫其复婚的效力。因为婚姻关系解除是双方自愿解除双方之间的人身关系，若强迫一方复婚，与我国婚姻法规定的婚姻自由原则相悖，故该协议约定没有法律约束力。其次，还有申请撤销离婚证的，“假离婚”成真后一方不愿复婚，另一方向民政部门或法院申请撤销该离婚证。我国现行的婚姻登记条例规定，当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，登记机关可以撤销婚姻登记和收回离婚证，故申请民政局撤销离婚证无法律依据。解除婚姻关系是解除双方之间人身关系的行为，具有较强的不可逆性，根据我国法律规定，只要双方当事人具有民事行为能力，自愿登记离婚，则该项诉求无法得到法院支持。

此外，“假离婚”时因很多人认为是假的，故对财产处分问题并未认真加以考虑，主要表现为：一是离婚时未对财产做处分，离婚后一方可能到法院进行离婚后财产纠纷诉讼，另一方可能因没有预期准备而陷入被动，使得诉讼结果对自己不利。二是离婚时对夫妻共同财产处分作出明显对一方不利的约定，以离婚协议方式处分财产因一方不是出于真实意思表示，事后向法院起诉寻求救济较难获得支持。三是“假离婚”往往不会对子女抚养及抚养费的问题有较多考虑，可能导致真离婚后子女抚养纠纷等一系列后患。

（六）其他相关案例

前夫对财产分割不满 借公司名义恶意起诉冻结女方财产

2017-05-24 上海一中法院

编者按

夫妻离婚后，男方以公司名义起诉冻结女方财产，上海一中法院二审认定公司系恶意申请保全，改判其承担相应的赔偿责任。

女方张某与男方沈某离婚后，男方曾任法定代表人的某公司多次就张某、沈某离婚所涉财产提起各类诉讼，并多次申请对女方名下价值 640 万元的财产进行保全。女方认为该公司系滥用诉讼权利、恶意冻结，致其损失 640 万元的相应利息，遂向法院提起诉讼，请求法院判决该公司赔偿该部分利息。

近日，上海市第一中级人民法院审结了该起诉中财产保全损害责任纠纷案，二审结合该公司一连串的诉讼行为，认定其具有恶意申请保全的主观过错，改判其承担女方利息损失费 18 万余元。

离婚两年后

前夫原公司多次起诉冻结女方财产

2013 年 11 月，法院判决张某与沈某离婚，并对双方财产进行了分割。根据该判决，女方张某获得在静安区江宁路的一处房产。而男方沈某获得双方名下的其余几处房产，并支付女方 530 余万元的房屋折价款。因男方未履行判决义务，女方申请强制执行，男方不得已向法院交付房屋折价款 600 余万元。

孰料 2015 年 12 月，男方曾任法定代表人的某公司以张某与沈某为被告提起诉讼，请求法院确认双方离婚所涉房产属于公司，诉讼标的额 650 万元，该公司向法院申请冻结女方财产，法院根据该公司申请冻结了女方 640 万元的财产。

2016 年 8 月 2 日，该公司撤回了上述案件的起诉，但同日，又以相同的事实和理由以张某和沈某为被告向法院提起损害公司利益责任之诉，同时申请法院再次冻结女方 615 万元的财产，随后又于 12 月撤回起诉。

女方不满 600 余万元被冻结数月

提起侵权诉讼

女方认为男方系出于对离婚时财产分割的不满、欲挽回在离婚诉讼中财产损失的目的，多次借公司名义向法院

提起诉讼，导致其不能取得 600 余万元被冻结期间的利息，因此向法院提起诉讼，要求该公司赔偿其利息损失费 20 余万元。

一审法院认为，女方所举证据尚不足以证明该公司诉中财产保全存在过错，因此并未支持女方要求该公司承担利息损失的诉讼请求。

女方不服，上诉至上海一中法院。

二审法院：公司恶意申请财产保全

女方获赔近 20 万

上海一中法院二审查明，除上述提到的案件外，该公司就张某与沈某离婚诉讼中所涉房产还提起过两次民事诉讼和一次刑事自诉，然而，这三起案件最终以该公司败诉、撤诉和法院不予受理告终。

法官审理认为，虽然男方已不再担任该公司法定代表人，但该公司现任法定代表人系男方兄弟。男方故意借用该公司名义欲对已分割的夫妻共同财产进行利益调整之意明显。其多次起诉、撤诉、变更诉讼标的金额等行为，表明其系滥用诉权，具有恶意申请保全的主观过错，构成错误保全。鉴于其滥用诉权的行为，二审依法改判该公司赔偿女方应得债权被查封、冻结后的利息损失共计 18 万余元。

弃婴与养父母“反目成仇”

2017-5-8 人民法院报 李金宝

28 年前一个夏日的傍晚，夕阳西下，彩霞缤纷，一对年轻夫妇饭后散步，在乡卫生院的院墙外捡到一个男婴。他们用善良和爱心拯救了一个鲜活的生命，把孩子抱回家养大成人。不料，随着孩子的长大，夫妇俩和孩子的关系越闹越僵，以致成了仇家，先后两次起诉要求解除收养关系。近日，江苏省沭阳县人民法院审结了这起解除收养关系纠纷案。2017 年 3 月 8 日，吕海洋、葛玉翠夫妇对来家中回访的法官说：“二毛从小就不听话，没少让我们操心，不到万不得已我们也不会这么做……”吕海洋还说：“我们给过他机会，也给了他生活的技能，让他学驾驶、学装潢，他可以在外独立了。”那么，这对善良的养父母为什么变得如此决绝呢？他们之间到底发生了什么无法弥合的矛盾？

1 散步拾到婴儿 寄养亲戚家中

1989 年 6 月 24 日晚上，沭阳县西南岗乡供销社职工吕海洋、葛玉翠像往常一样，晚饭后到街上散步。

“咦，那是什么？”当他俩走到乡医院墙头外的小路上时，前边一团白色的东西突然映入了吕海洋的眼帘。走近一看，是个白袄包着的婴儿。夫妻二人四处张望了一会，没有其他人。葛玉翠将孩子抱在怀中一看：“秀秀他爸，还是个男孩哩，咱们抱回去养着吧。”

“你说得轻巧，咱俩才 30 多岁，已经有了两个闺女了，再抱养一个，生活困难不说，违反了计生政策，单位还不把咱们开除了。”吕海洋坚决不同意。

“那也不能让孩子躺在这里饿死冻死，先抱回家再说。”葛玉翠说。

他俩将孩子抱回家中，经商量，决定先将小孩送到葛玉翠的三姐葛玉兰家，让亲戚帮着抚养一阵再说。

第二天一早，葛玉翠抱着捡来的婴儿，丈夫骑着自行车带着她，直奔 40 公里开外的葛玉兰家。

盛夏，骄阳似火，吕海洋骑着自行车在坑坑洼洼的乡村土路上颠簸，汗流满面，上衣湿透，中午才到亲戚家中。葛玉翠向三姐说明捡来孩子的经过以及难以抚养的原因，说想先把孩子放在她家代为抚养，等以后有机会再把孩子接回去。

“我身体不好，有高血压，经常头晕，我只能先帮你们暂时带着。”葛玉兰说。

一个多月后，由于葛玉兰生病住院，其家人打电话给葛玉翠，让她来领回去。葛玉翠经和丈夫商量，决定再把孩子送到葛玉翠的二姐葛玉芳家抚养。

葛玉芳出嫁在离家一百多里的邻县农村，生养一个儿子，乳名叫大毛，葛玉翠将小孩抱来后，葛玉芳称呼孩子为二毛。二毛在葛玉芳家一直长到 4 岁，才由葛玉翠领回。

从亲戚家接回二毛后，吕海洋、葛玉翠夫妇一直将孩子放在身边抚养，对外一直宣称二毛是亲戚家的孩子。

转眼三年过去了，二毛到了上学的年龄，吕海洋将二毛送到本乡小学报名入学，取名吕亮。俗话说，世上没有不透风的墙，就在吕亮上小学二年级时，因调皮捣蛋，经常与小同学打架，被学生家长找上门来。一次，吕海洋为他淘气的事生气打他时，吕亮说：“我不是你们亲生的，你们才打我骂我的！”此言一出，吓了吕海洋一跳，就问他

是哪个说的，吕亮说人家都这么说。又有一次，吕亮趴在桌上写下“吕海洋不是我爸爸，葛玉翠不是我妈妈。”吕海洋发现后，赶紧将纸条收起来。

看来孩子的身世是瞒不住了。吕海洋想到，如不及时将孩子转学，让单位知道后会影响他们夫妻前途不说，也会影响到孩子的身心健康，更影响今后家庭生活。出于种种考虑，他和妻子商量后决定搬家。夫妻拿出家中多年积蓄，在邻乡的镇上盖了三层楼房，将吕亮转到外地上学。后来，因供销社经营不景气，他们夫妻双双下岗，在乡镇街上做起了服装生意。

以后十几年中，吕海洋、葛玉翠夫妻有喜有忧，喜的是生意兴隆，家中渐渐富了起来，忧的是儿子吕亮不争气，在校不好好读书，数次转学之后，念到初中二年级就辍学不念了，也不回家，在外四处流浪。养父母为此伤透了心。

2　因闹家庭矛盾 父子对簿公堂

2013 年春天，吕亮到了结婚年龄，吕海洋夫妇又忙着为吕亮张罗婚事。婚后，吕亮夫妻有了自己的孩子。

2014 年春节前夕，吕亮同妻子闹矛盾，妻子气愤之下带着孩子返回娘家长期不归。大年初一这天早上，吕海洋对吕亮说：“去把你老婆孩子接回家，过年了别让人家看笑话。”

吕亮在父母的劝说下，骑着摩托车来到妻子家中。不料，不但没有接回老婆孩子，还和妻子及其家人打了起来。更没想到，他刚回家不大一会，他妻子和妻子的家人尾随而来，与他的母亲、姐姐发生厮打。吕亮上前拉架，推搡自己的父母，派出所民警前来调查处理时，他又说是他妈先动的手，让民警把他妈抓起来。

此后，吕亮和父母、姐姐产生了隔阂，关系越闹越僵，有一次因和母亲吵架，被父亲吕海洋狠揍一顿，性格叛逆的吕亮自此离家出走，不但与妻子断绝关系，也与父母家人不再联系。

眼见自己拾回来的孩子养成了“白眼狼”，吕海洋、葛玉翠夫妇伤心至极。2015 年 4 月，吕海洋、葛玉翠夫妇到江苏省沭阳县人民法院提起诉讼，要求解除与吕亮的收养关系。吕海洋、葛玉翠夫妇诉称，在 1989 年 6 月 24 日捡到一弃婴，收养并取名吕亮。二人将被告吕亮抚养成人后，双方之间已经形成事实收养关系。可是被告与他们之间经常发生家庭矛盾，实在无法共同生活，要求被告迁出他们所建的房屋，被告拒不迁出。现起诉请求：解除与被告之间的收养关系；被告迁出原告房屋。

在庭审中，被告吕亮辩称：矛盾的起因是我和我妻子打架，我妻子家人来到我家，与我妈和我大姐扭打在一起，我爸妈从此对我有了怨恨，把气都撒到我的头上来了。为了不让父母伤心，我与我妻子如今已经不来往了。

吕亮又说，我爸妈说我不是他们亲生的，是拾来的，但是我自己不知道，只是听人说，我想，即使我是拾来的，二老已经抚养我 20 多年，我以后要好好报答他们的恩情。我们虽然吵闹，但是还有感情，不能说断就断了。吕亮边说边抹泪：“我可以写下保证书，我现在搞装潢每月有 6000 多元收入，每月给二老 2000 元。”

吕海洋却说：“被告现在说这话，我也不需要，我也不承认。”

葛玉翠也说：“被告见了我就像见了仇人一样，在家里胡闹还报警抓我，叫他媳妇一家来打我。”

吕海洋又说：“你说你在外打工一天挣二百多元，结果却养不起自己的老婆孩子，把孩子丢给我们老两口，一个多星期不见面。我们夫妻年纪大了，没有能力带小孩，后来我们把小孩送到派出所，让派出所找你们，在派出所的干涉下你们才将小孩带走，就因这事，你就和我们吵闹，搞得全家不得安宁。”

吕亮极力为自己辩解：“你们不关心我，我在家里得不到温暖，如果你们真心不要我了，我就走。”

3 形成事实收养 未予解除关系

案件审理阶段，主审法官问二原告是否需要考虑一下撤回起诉时，二原告坚决要求与被告解除收养关系，并让被告搬出原告的房屋。

法院经审理认为：二原告捡拾并收养被告的事实发生于 1992 年 4 月 1 日《中华人民共和国收养法》施行之前，根据《最高人民法院关于学习、宣传、贯彻执行〈中华人民共和国收养法〉的通知》规定，“收养法施行前受理，施行时尚未审结的收养案件，或者收养法施行前发生的收养关系，收养法施行后当事人诉请确认收养关系的，审理时应适用当时的有关规定；当时没有规定的，可比照收养法处理。”在收养法实施之前，1984 年《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》第二十八条对收养关系作如下规定：“亲友、群众公认，或有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。”

本案中二原告和被告于 1989 年共同生活至今，已有 26 年，二原告申请 5 名亲友到庭作证，证明双方以父母与子女的名义长期共同生活，虽未办理合法收养手续，双方已形成事实收养关系，沭阳法院予以确认。

二原告以无法与被告继续共同生活为由请求解除收养关系，被告表示双方仍有感情，并表示会尽其后面的时间来赡养二原告，法院认为，二原告与被告之间虽因生活琐事发生矛盾，但双方共同生活多年，已形成了较为稳定的父母、子女关系，且被告在庭审中表示愿意采取一定措施改善双方关系，综合考虑原、被告之间矛盾的成因、双方态度，结合该案实际情况，法院认为原、被告之间关系尚未恶化至需解除收养关系的程度，对原、被告之间的收养关系应予维持，原、被告均应珍惜亲情，努力改善家庭关系，化解家庭矛盾。

2015 年 6 月 15 日，沭阳县法院依照收养法第二十七条、《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（28）条、民事诉讼法第一百四十二条、第一百四十四条之规定，判决维持双方之间的收养关系。驳回二原告的其他诉讼请求。

4 二十余年收养 再诉解除关系

然而，法院判决维持吕海洋、葛玉翠与吕亮之间的收养关系后，双方关系并未缓和。吕亮回家后，既不思过，也未向养父母认错，反而认为是养父母心狠、绝情，让他在街坊四邻面前抬不起头来，因此，更加仇视养父母，平日对养父母不理不睬，白天在外打工，夜晚酗酒、赌博不归家，将打工挣的钱败光后，又向家里要钱。“遭到拒绝后，他打伤我的右眼和左肋，还拿出菜刀要砍我。”吕海洋气愤地说。

更让吕海洋夫妇伤心的是，2016 年年初吕海洋生病住院时，久未回家的吕亮去医院抢走了 8000 元住院费，然后更换了电话号码，从此断了联系。吕海洋夫妇彻底绝望了，2016 年 6 月，再次诉至沭阳法院，要求解除与吕亮的事实收养关系，并令吕亮迁出原告居住的房屋。

之后，沭阳法院再次开庭审理此案。庭审中，当审判长向原告询问在上次判决后，原、被告之间的关系有无改善时，原告吕海洋回答：“一切还是不行，自那以后，被告回过一次家，以我的名义到处骗钱，回家后对我们不理不睬，现在又走了，还说过一年回来收拾我们。他平常一直不在家，和我们没有相处。”

到庭的证人高效松、李广利等也证言：被告现在已不喊原告“爸爸妈妈”了，多次当面和背后辱骂原告，已没有父母子女的情分了。被告和原告争吵时，曾报警处理过几次，也没有调解成功。

法院经审理认为，二原告曾起诉被告，要求解除双方之间的收养关系，经法院判决维持了二原告与被告之间的收养关系。现二原告再次起诉被告解除收养关系，并且态度坚决，被告长期未与二原告联系，同时，经法院依法公告送达法律文书，被告未到庭应诉，漠视收养关系的存续，现二原告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，涉案的房屋是二原告建设，现二原告要求解除与被告的收养关系，并要求被告迁出该房屋的诉讼请求，有事实和法律依据，法院予以支持。

依照收养法第二十七条、第二十九条、物权法第三十四条、民事诉讼法第一百四十四条之规定，判决解除原告吕海洋、葛玉翠与被告吕亮之间的收养关系；被告吕亮于本判决发生法律效力之日起十日内迁出涉案房屋。

“这是一起关系人情和法理的判决，说句实话，我们心情也很沉重。”谈起这个案件，沭阳县法院耿圩法庭庭长王霞说，从接到起诉开始，法院就一直在做双方的调解工作，希望促成双方和解。说到底，养父母毕竟和孩子一起生活了二十多年，能做一家人，原本是他们的缘分。

关于收养关系的解除，王霞解释，吕海洋夫妇与被告吕亮在生活期间因家庭纠纷经常发生矛盾，造成双方关系恶化，原告吕海洋夫妇收养被告吕亮的行为发生于收养法（1992 年 4 月 1 日）施行之前，双方之间已形成收养关系。原告吕海洋夫妇请求解除收养关系，应该予以支持。

案后余思

从法律层面来讲，解除收养关系后，被收养子女就不再承担养父母的赡养义务，同时也不再享受养父母财产的继承权。

就本案来讲，原告吕海洋夫妇收养被告吕亮后，供其吃穿、成长、成家，付出了精神及物质上的双重力量，已尽到了抚养责任。尊老爱幼是中华民族的传统美德，不论是亲子还是收养关系，回报父母、赡养老人都是为人子女应尽的义务和责任。

这起案件留给了人们一些思考。中国自古流传着“羔羊跪乳”“乌鸦反哺”的故事，都是在教育人们要孝顺父母，知恩图报。然而，身为养子的吕亮面对养父母二十多年的养育之恩，不仅不思回报，还多次与养父母闹矛盾，惹养父母生气，甚至离家出走，对养父母不理不睬，与养父母断绝联系，不尽任何赡养义务，以致让养父母寒心和绝望。

我们不禁要问：为何养子与养父母之间的亲情如此淡薄？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。

女子微信摇到的丈夫债务缠身欲离婚，法院驳回：给个挽救机会

2017-05-31 楚天都市报 余皓 龚子英

女子李某用微信竟摇到居住同一小区的男子陈某，两人都觉得这是缘分。就在婚礼前，李某发现陈某在外借了大量外债，还把结婚首饰典当了。婚还是结了，但婚后，李某发现陈某仍未改过，遂提起离婚诉讼。汉阳区法院一审判决不准离婚。

微信摇到“老公”

2015 年 11 月的一天晚上，时年 25 岁女青年李某参加完闺蜜的婚礼后回到家中，想打发一下无聊时光，遂打开手机微信摇一摇功能，很快就摇到大她 2 岁的单身男士陈某。刚开始，两人有一句没一句地聊着，后陈某主动报了所住小区的名字。李某惊讶不已，自己竟和陈某居住在汉阳同一个小区。

“难道这就是传说中的缘分？”两人惊喜不已，随后在微信中越聊越热乎。聊了个把星期后，两人见了面。李某长相甜美、性格温柔。陈某帅气、阳光。两人一见钟情，很快热恋起来，后着手结婚。

婚礼前债主上门讨债

2016 年 9 月 1 日，也就是在婚礼前的一个月，突然有债主讨债上门，声称陈某在外借了大量高利贷。陈某还瞒着李某将准备结婚用的钻戒典当了。在李某的质问下，陈某承认他因赌博输钱、投资失败等借了高利贷，他泪流满面地恳请李某原谅并给他改过的机会。

在陈某的一再保证下，李某原谅了他，婚礼如期举行。婚后，陈某仍对外借债引发家庭经济问题，李某于今年 4 月初提起离婚诉讼。法庭上，陈某表示他知道自己做错了，会把问题解决好，请求李某给他一个挽救的机会。

法官：不要草率结婚又闪离

法院审理后认为，李某、陈某系自主婚姻，婚前感情基础一般，结婚时间较短，婚后因经济问题双方发生矛盾，之后缺乏进一步的沟通和交流，导致李某起诉离婚，但陈某希望能有机会改正错误，挽回婚姻。今后只要双方加强交流与沟通，正确处理生活中的问题，互相宽容相对，互相信任，是能克服家庭生活中的一些实际困难而共同搞好夫妻关系的，遂作出上述判决。

办案法官就此案提醒：网络恋人还是要在婚前多来往、沟通，有了充分了解后再结婚，不要草率结婚又闪离。

（文中当事人均为化名）

（七）赠与案例

夫妻约定若子女为亲生则在男方婚前房产上加名，该约定可否撤销？

2017-05-15 中国法院网 重庆市渝中区法院 屈冬梅法官

编者说：

2013 年 1 月 14 日，林女士与熊先生约定：近期内将女儿熊某某作亲子鉴定，如确属男方之女，立即将男方婚前房产加上女方林女士的名字，共同拥有该处房产，反之则离婚。经鉴定，熊某某是熊先生的亲生女儿，可熊先生却拒绝在婚前房产上加名，林女士遂诉至法院。重庆市渝中区人民法院审理了该案，最终认为熊先生应按照承诺书的约定履行赠与义务，即在自有房屋产权证上加上林女士的名字，使其成为共有产权人。具体分析如下：

特殊身份关系的附条件赠与无权撤销

作者 | 屈冬梅

【案情】

林女士与熊先生结婚后于 2012 年 9 月 20 日生育一女熊某某。2013 年 1 月 14 日，林女士与熊先生签订承诺书一份，内容为：“为消除双方的误解，近期内将女儿熊某某作亲子鉴定，如确属男方之女，立即将男方婚前房产加上女方林女士的名字，共同拥有该处房产，反之则离婚。”。2013 年 1 月 28 日，经司法鉴定，熊先生与熊某某之间存在亲生血缘关系。熊先生仍拒绝办理房产变更登记手续。林女士遂诉至法院，请求确认熊先生的婚前个人房产属于夫妻共同财产。

【分歧】

林女士与熊先生签订的承诺书其性质及是否可单方撤销赠与，有三种处理意见：

第一种意见认为，该份承诺书约定系有效的赠与合同。协议约定的内容明确，且约定系熊先生与林女士的真实意思表示，符合赠与合同要件。依据《合同法》第一百八十六条规定，熊先生在未办理房产变更登记前可以撤销赠与。

第二种意见认为，该份承诺书有效，但系附条件的民事合同而非赠与合同。承诺书以伤害女方的感情并进行亲子鉴定为合同对价，不符合赠与合同的单务性质，是附条件的双务合同。故熊先生不能撤销赠与。

第三种意见认为，该份承诺书有效，属附条件的赠与合同无权撤销。因当事人之间存在特殊的身份关系，故该承诺书不适用《合同法》关于赠与合同任意撤销权的相关规定，赠与人不享有任意撤销权。

【评析】

笔者同意第三种意见，主要理由如下：

一、附条件的赠与合同于条件成立时生效

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿地给予受赠人，且受赠人表示接受赠与的合同。赠与是双方当事人意思表示一致的结果，故赠与行为是一种合同行为，其本质是一种民事法律行为。作为对民事法律行为效力的限制，《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第一百五十八条：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”由此可知，所谓附条件的民事法律行为，是指双方当事人在民事法律行为中设立一定的事由作为条件，以该条件的成就与否作为决定该民事法律行为效力开始或终止根据的法律行为。赠与合同作为民事法律行为，同样存在着附条件的赠与，是指双方当事人对赠与行为设立一定的条件，把条件的成就与否作为赠与行为效力发生或消灭的前提。当双方签订赠与合同且所附条件未成就时，赠与合同虽已成立但未生效，待条件成就时，赠与合同则产生效力，赠与人应依约履行赠与。本案中，该承诺书符合赠与合同的构成要件，且双方对于该合同的效力附加了“进行亲子鉴定且确属男方之女”为成就条件，其性质应属附条件的赠与合同。综合全案看，签订承诺书时成立并附生效条件，“进行 DNA 鉴定且存在亲子关系”这一所附条件成就时赠与合同生效。熊先生应按照承诺书的约定履行赠与义务，即在自有房屋产权证上加上林女士的名字，使其成为共有产权人。

二、特殊身份关系的协议不适用合同法

《合同法》第二条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。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。”该条是《合同法》调整范围的规定。《合同法》是直接反映和规范市场经济的基本法律规范，调整当事人之间的财产关系。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议虽本质上亦属于当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的合意，但因当事人之间存在浓烈的人身关系，故不适用《合同法》，应由其他法律予以调整。本案中，双方当事人签订的承诺书符合合同的构成要件，即平等主体之间关于房产份额赠与事项的约定，但依据《合同法》第二条之规定，此处的“有关身份关系的协议”包括但不限于婚姻、收养、监护，还涵盖了亲子关系等。本案中，林女士与熊先生系夫妻关系，且双方所签承诺书中针对赠与所附的生效条件，即“亲子关系鉴定”系涉及特殊的身份关系。故该涉及特殊身份关系的承诺不适用《合同法》，即意味着熊先生不享有任意撤销权。根据《民法总则》之规定，本案中不存在一方因重大误解或受欺诈、胁迫、乘人之危等情形下签订承诺书的情况，且承诺书内容不违反法律规定、不损害他人合法权益，故属合法有效。现林女士已依约进行了亲子鉴定，履行了约定义务，且行为结果符合赠与合同的生效条件，故双方所签赠与合同已经生效，熊先生应依约履行赠与，不得行使撤销权。

三、撤销赠与违背诚实信用原则

诚实信用原则既是社会主义核心价值观的重要基础，也是民法的基本原则之一。《民法总则》第七条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”诚实信用原则是一种具有道德内涵的法律规范，其作为一种民事立法的价值追求，要求人们在民事活动中应当诚实守信，合法正当的行使权利和履行义务。违反诚实信用原则不仅侵害了民事行为相对方的合法权益，还会使人与人之间相互不信任，扭曲人与人之间的真诚关系，损害人际关系的和谐。本案中，林女士出于对熊先生的信任依约作了亲子鉴定，熊先生也应履行承诺，将房产部分份额赠与林女士。《合同法》第一百八十六条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”若准许熊先生在赠与行为发生前享有任意撤销权撤销赠与则不仅严重损害了林女士的合法权益，还违反了有关特殊身份关系不适用《合同法》的禁止性规定，甚至为类似假借“赠与”之名的行为提供了“法律便利”，不利于社会诚

信体系的构建。故熊先生应当遵循诚实信用原则，依约履行承诺义务。

为打动女网友，沪男子汇 45 万委托她理财，要求还钱时对方称系赠与

2017-05-27 上海法治声音 王治国

为了抱得美人归，上海一名男子在尚未谋面的情况下，就给女网友的账户汇去巨款。可惜，落花有意流水无情，该男子的一片痴情不仅没能打动这名女网友，连多次汇款的 40 多万元，女网友也不愿意归还，坚称这笔钱是“赠与”。上海市浦东新区人民法院近日对这起案件作出一审判决。

“未见”已“钟情”

郑先生（化名）是 1971 年生人，上海人。2015 年底在网上聊天时，他认识了 1985 年生人的湖北姑娘简小姐（化名）。也不知道是什么原因，尽管只见过照片，郑先生却对简小姐“一往情深”。

两人在微信里你来我往，聊得挺热闹。对话记录显示：2015 年 12 月 1 日，简小姐说，自己是银行工作人员，对于理财很有心得。郑先生于是问她，20 万元一天能赚多少利息？简小姐回复称，没有最大、只有更大。郑先生就说，自己出本钱，准备投资 20 万元，请简小姐帮忙理财，并让简小姐提供银行账号，简小姐随后提供了自己的银行账号。第二天，郑先生就分 2 次将 19 万、1 万打到了简小姐的账户里。

随后两人见了第一面。2016 年 1 月到 2 月间，郑先生又分 5 次转账给简小姐 25 万元，称**把钱放在简小姐处“挣利息”**。

坚称系“赠与”

然而，郑先生出手大方的举动最终还是没能留住简小姐。两人关系开始恶化，2016 年 6 月 1 日，郑先生通过微信与简小姐联系，称急需用钱，请她归还 45 万元，简小姐当即表示，次日会还钱。

可是，简小姐只还了 1 万元。她说，自己需归还购房贷款，只能每个月还 1 万元，并称郑先生当初让她拿钱去投资，幸好没有进行大额投资。

郑先生一直拿不回 45 万元，于是将简小姐起诉至法院。郑先生说，这 45 万元是委托简小姐理财的，既然事已至此，只要简小姐归还本金，利息就不要了。郑先生还说，其实自己还给简小姐 5 万元零用，也不用还了。

简小姐却不这么认为，她说，45 万元根本不是委托理财，而是郑先生为了追求自己的赠与，只是因为关系破裂，郑先生才出尔反尔。庭审中，简小姐还承认，45 万元已经基本被自己用掉了。

法院判决还钱

法院认为，合同成立且生效后，双方当事人应当依约履行。本案中，原、被告之间的**微信聊天记录显示**，原告表示将钱款交给被告理财，被告表示同意。原告主张原、被告之间成立委托理财关系，合理有据，予以采信。

原告将系争钱款交给被告后，被告应当依约为原告进行理财。鉴于双方未明确约定投资理财期限，被告也未将系争钱款用于投资理财活动；原告于 2016 年 6 月向被告提出返还系争钱款后，双方的委托理财关系终止，被告应当向原告返还系争钱款。原告要求被告返还 44 万元，合法有据，法院予以支持。

被告辩称，系争钱款是原告在双方交往过程中为追求被告而赠与被告的钱款，未提供充分依据予以证实，法院不予采信。

据此，法院判决简小姐归还 44 万元；**案件受理费 7900 元，减半收取计 3950 元，由简小姐负担。**

（八）夫妻债务案例

浙高院案例：丈夫借钱后又都转给第三人，妻子要一起还债吗？

2017-05-12 小军家事 朱媛卉

编者说：

夫妻中的一方以个人名义向出借人借款，收到借款后便转付给第三人，嗣后债权人主张债权，另一方需要承担共同偿还责任吗？该借款在外部关系中是夫妻共同债务还是举债方的个人债务？本期文章推送浙江省高级人民法院于 2017 年与 2016 年审理的两个案例，其中均将此类债务认定为举债方的个人债务，具体如下：

浙高院 2017 年 1 月 10 日裁判案例

杨文娟、楼振兴等民间借贷纠纷

【案号】（2016）浙民再 137 号

【要点】借款人收到出借人的借款后，交付给案外人，且案外人在诉讼中予以认可，因此借款未用于家庭日常

生活及生产经营所需，出借人也未举证证明借款用于借款人家庭共同生活或经营所需，故应认定为出借人的个人债务。

【法院查明】

义乌市人民法院一审认定，楼振兴、杨文娟系夫妻关系。2014 年 7 月 25 日，楼振兴向宗和平出具借条一份，借条载明：今向宗和平借人民币现金伍拾万元（500000 元），还款期为 2014 年 8 月 10 日，打入账号为稠州商业银行。同日，宗和平通过银行转入楼振兴的账号 50 万元。上述款项，楼振兴至今未还。另查明，2014 年 11 月 15 日案外人王某向宗和平出具借条一份，借条载明借款金额 53 万元。

【法院认为】

一审法院认为：杨文娟、楼振兴系夫妻关系，本案债务发生于两被告夫妻关系存续期间，应视为夫妻共同债务，由其承担共同偿还责任。

二审法院认为：杨文娟、楼振兴系夫妻关系，本案债务发生于其夫妻关系存续期间。杨文娟、楼振兴并无证据证明借款时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，一审法院按夫妻共同债务处理并无不妥。

再审法院认为：**楼振兴向宗和平借款 50 万元虽发生于杨文娟与楼振兴婚姻存续期间，但根据查明的事实，楼振兴收取宗和平交付的借款 50 万元后，已将该款项交付给了案外人王某，王某在诉讼中也予以了认可，对此宗和平未提出异议。因此楼振兴在本案中所借的款项并未用于楼振兴的家庭日常生活及生产经营所需。**宗和平主张杨文娟应就楼振兴的借款承担共同返还责任，其负有对楼振兴所借款项用于家庭共同生活或共同经营的事实举证证明责任。现宗和平在诉讼中不能举证证明楼振兴案涉借款系用于其家庭共同生活或经营所需，故根据《中华人民共和国婚姻法》第四十一条的规定，楼振兴的借款应属于其个人债务，非夫妻共同债务，故杨文娟无需承担本案借款的返还责任。

浙高院 2016 年 10 月 19 日裁判案例

叶尚先与王赟、奚晓民间借贷纠纷

【案号】（2016）浙民再 171 号

【要点】本案借款汇入借款人账户后即被转入他人账户，未用于夫妻共同生活，配偶一方也未从中受益，且夫妻双方协议离婚后，主要财产归借款人所有，借款人配偶未从离婚中获得财产利益，故法院最终认为该债务为借款人的个人债务，非夫妻共同债务。

【法院查明】

奚晓、王赟原系夫妻关系，双方于 2012 年 10 月 26 日登记离婚。

2011 年 11 月 3 日，奚晓向叶尚先借款 200 万元，叶尚先先后两次将 200 万元转到奚晓银行账户。此前，奚晓与案外人钱利众曾于 2011 年 11 月 1 日共同与案外人周建新签订一份名为“借据”的民间借贷合同，约定：周建新因资金周转需要向钱利众、奚晓借款 1500 万元。奚晓于 2011 年 11 月 3 日先后两次从其银行帐户中转出了人民币 300 万元，已直接或间接地转入周建新银行帐户中。

【法院判决】

一审法院认为：叶尚先主张本案债务属奚晓与王赟的夫妻共同债务，该院认为，本案债务虽然形成于奚晓与王赟婚姻关系存续期间，但奚晓辩称该 200 万元借款是帮助朋友调头用的，并举证证实其已将从叶尚先处取得的借款又转借给他人，而未将该借款用于夫妻共同生活、共同经营。同时，作为其配偶的王赟辩称其与叶尚先不相识，且对该民间借贷行为不知情。因此，**本案中，奚晓未经夫妻另一方王赟同意，擅自向叶尚先借款去帮助没有抚养义务的人所负下的债务，应属奚晓个人债务。**

（原被告未提起上诉，后原告提起再审。）

再审法院（安吉县人民法院）认为：依本案现有在案证据，尚不能证实奚晓向叶尚先所借 200 万元款项用于夫妻共同生活与生产经营，原审据此判决确认该 200 万元借款系奚晓个人债务，未违反相关法律规定，依法应予维持。

二审法院认为：本案中，王赟主张债务为奚晓之个人债务，但其无证据证明叶尚先和奚晓在借款当时将上述借款明确约定为奚晓个人债务，也没有证据证明其与奚晓之间曾约定婚姻关系存续期间所得财产归各自所有且叶尚先知道该约定。（依据：《婚姻法司法解释二》第二十四条）。其次，奚晓向叶尚先借款与奚晓借款给周建新两者借款

期限、起始时间不同，借款金额也不同，原一审仅凭两份借据载明的利率相同认定案涉200万元借款未用于夫妻共同生活、共同经营，系奚晓未经王赟同意擅自向叶尚先借款去帮助没有抚养义务的人所负下的债务，证据不足。综上，一审认定涉案借款为奚晓个人债务不当，应予以纠正。

再审法院（浙高院）认为：在认定是否属于夫妻共同债务时，除“用于夫妻共同生活”的标准外，还要考虑“为了家庭共同利益”的标准，同时兼顾债权人信赖利益的保护和妇女儿童权益的维护两个方面的利益衡平。在本案中，本案债务属于个人债务，而非夫妻共同债务，理由如下：**一、本案借款汇入借款人账户后即被转入他人账户，未用于夫妻共同生活，配偶一方也未从中受益。**二、借款人与其配偶协议离婚后，主要财产归借款人所有，子女则由借款人配偶抚养，借款人配偶未从离婚中获得财产利益。三、被申请人叶尚先对认定个人债务的一审判决曾经服判。

妻子的绝命书

2017-05-26　经济与法

2015年的8月30日，在广东省珠海市的一家酒店的客房里，一个还不到三十岁的年轻女子，徘徊了很久，然后写下了两封遗书，要了结自己的生命。而这名女子，有着很爱她的丈夫，还有两个年幼的孩子。那么，这名女子究竟遭遇了什么，她为什么要抛下自己丈夫和未成年的孩子，走上如此决绝之路呢？

内容是：老公，对不住，你看到这封信的时候我已经死了，我同你结婚我害了你，你对我的爱让我觉得自己是世上最幸福的人……在写完这封遗书之后，这名女子又给另外的一个人写了一封遗书。内容是：我恨你，我真心真意照顾你妈　嫁给你，你说我是贪你家的钱嫁给你，我不嫁，你报警叫警察，我不嫁你，你非要我嫁给你……在写完这两封遗书之后，这名女子便决定要割腕自杀。那么，这名女子写的这两份绝命遗书究竟是给什么人的？她又为什么要这样做呢？

他叫林祥，就是那名要自杀女子的丈夫。据他说，就在前几天，他的妻子曹洁说自己去澳门要一笔债务，很快就回来，但是，一连好几天，他的妻子却迟迟不归，林祥也不断地打电话催促。2013年的一天，他认识了来理发馆剪头发的一名年轻女子。这名女子说自己名叫曹洁，在江门市的一家中医院做护士。一来二去，两个人的交往就越来越密切，最后到了不得不结婚的地步。不过，这个时候，曹杰提出了一个让林祥感到很为难的问题。在两人交往过程中，都说对方是单身，而且现在曹洁又有了林祥的孩子，为什么不能结婚呢？这一问题确实让林祥觉得很难办，就在林祥苦思冥想怎样解决这个难题的时候，曹洁有了一个提议。她说：只有一个办法，我要跟我姐姐把那个身份证就调换，她说跟她姐姐很像的，随时用她身份证去哪里都行。

于是，曹洁和林祥办理了结婚登记。不过曹洁登记用的却是一个叫做蒋晓月的人的名字，据曹洁说，是她的表姐。结婚后，两人的小日子过得还算甜蜜，不过让林祥感到不解的是，在曹洁身边，一直跟着一个还不到两岁的小女孩。曹洁告诉林祥，因为她姐姐和姐夫离了婚，就一直由她来照顾。在结婚后不久，林祥和曹洁的孩子就出生了，是个男孩。就这样，林祥和曹洁一块照看着两个孩子。不过，这种表面安详的生活事实上并不平稳，妻子曹洁日常生活的举动，让林祥觉得已经有一股暗涛在不断涌动。在结婚之后，曹洁就基本上不在医院工作了，不过林祥发现，曹洁依然很忙碌。而当林祥追问曹洁究竟在干什么的时候，曹洁告诉林祥，她是在利用她老爸的关系，在做药材的生意。而且还不失时机地向林祥提出借钱周转。就这样，林祥断断续续的在外面借了四百多万元给曹洁。林祥给曹洁的钱是在外面借的，到了还款日期，曹洁一拖再拖，林祥也被外债弄得焦头烂额。除了找各种借口推脱外，曹洁还有一个异常的举动。那就是隔三差五的要去澳门。而且越来越频繁，2015年5月份的一天，曹洁又去了澳门。

自己的家为什么不能回呢，这样的举动让林祥觉得很奇怪。在林祥的再三劝说下，曹洁才打算和林祥回家。回家后没几天，曹洁再一次迫不及待地去了澳门。可是，一连几天，都不见曹洁回来，林祥感觉事态有点不太对劲了。曹洁这一阶段种种异常的举动让林祥感觉很奇怪。一直埋藏在他心里的一个疑问再次萦绕在他心头，那就是他的妻子究竟是什么人，又瞒着他在背后做什么事情？在这次到澳门接自己妻子回来的时候，林祥带了一个人，而这个人给他说了一番话，让林祥着实吃惊不小。

这次林祥去澳门接曹洁的时候，带着一个人，这个人以前曹洁说是自己的表弟，两年来一直跟着林祥做事情。妻子的弟弟告诉林祥，他的姐姐其实也不叫曹洁，而就是之前结婚时登记的所谓表姐蒋晓月。他的姐姐之前有过一段婚姻，后来离婚了，他们一直养的那个女孩就是姐姐和前夫的孩子。现在，妻子的种种异常举动，让他急于想把妻子的身世搞清楚。不过，蒋晓月的弟弟告诉林祥，姐姐好像还借了外面很多人的钱，这其中，就有不少还是他亲舅舅的。于是，林祥让蒋晓月的弟弟打电话给他的舅舅。他舅舅告诉他，其实不止两百万。好像一千万还是一千五

百万左右，这个数目说出来，把我吓了一跳那时候。

找不到妻子，林祥非常着急。而就在这个时候，有一个人找到他家里，告诉了一件更让他感到不可思议的事情。那么，蒋晓月的舅舅究竟是干什么的？蒋晓月又是以何种理由向舅舅借钱？又借了多少呢？蒋晓月的舅舅袁平是做装修工程的，据他说，蒋晓月父母都是务农的，家境并不富裕，而且父母关系又不是很好，从小她就对他这个外甥女特别地照顾。因此，当蒋晓月提出向他借钱的时候，他便毫不犹豫地答应了。而从此以后，蒋晓月向舅舅借钱也越来越频繁。开始的时候，蒋晓月都是小数额的借钱。他的舅舅也没有让他写借条，最后因为借的次数多了，2015 年的 2 月份，袁平才让蒋晓月补了一部分的借条。开始的时候，蒋晓月都是小数额的借钱。不过，蒋晓月从袁平那里拿了好多次钱，几乎没有一次还给他。

袁平向林祥说明原委之后，两个人都感觉被蒙骗了。这个时候，袁平和林祥都觉得现在必须把蒋晓月找回来说明原委，想想解决问题的办法。直到三天后，也就是 2015 年的 8 月 31 日，林祥接到了珠海市公安局的一个电话。蒋晓月自杀了，留下自己的丈夫和两个年幼的孩子，还有超过 2500 万的债务。那么，这些债务究竟该由谁来偿还？这个蒋晓月借了如此多的钱究竟去干了什么，他写下的那两封遗书里，又能透露出什么样的信息呢？这是蒋晓月写给丈夫林祥的遗书，在遗书中，透露出对林祥的愧疚和自己的无奈。事实上，在林祥整理蒋晓月遗物的时候，除了两份遗书外，还有一部手机，但手机里的资料都没有了。

看得出来，蒋晓月有意不让林祥知道自己的钱究竟去了哪里。那么，蒋晓月为什么要隐瞒自己的身份，借那么多钱给地下钱庄呢。在蒋晓月给前夫的遗书里，写下了她的心路历程。在这封遗书里，蒋晓月痛恨前夫抛弃了她，害得她生活很艰难。林祥推测，蒋晓月把这些借来的钱再转到地下钱庄，从中赚取差价，但是可能由于哪个环节出了差错，导致资金链断裂。最终才走向了绝路。但是，对于他这样的看法，有人却不不这样认为。提出这个问题的是蒋晓月的舅舅袁平，蒋晓月自杀以后，他一直被外面的债务困扰着。袁平说，自己借给外甥女的钱已经超过七百多万了，这里面除了一小部分是自己的外，大部分都是他从朋友那里借来的。现在外甥女自杀了，这笔账让他很发愁。

思虑再三，袁平觉得现在只能找蒋晓月的丈夫林祥来偿还自己的债务。因此，他把林祥告上法庭，要林祥来偿还蒋晓月从他那里借走的钱。不过，对于这样的债务，林祥并不认可。袁平说，他借给蒋晓月钱的时候，曾经有一部分是直接打到林祥的账户里，林祥怎么会不知道自己妻子借钱的事情呢。据袁平说，林祥在和蒋晓月结婚之后，不但住着别墅，开着豪车。而且还开了红木家私店，以他两平常的收入，是不可能有这样的生活的。据林祥说，他们开的车和住的房子都是蒋晓月租来的。至于说做生意，也是他自己投资的。蒋晓月外面借来的钱的去向，在蒋晓月的那份遗书中，已经说明了。

2016 年 8 月 26 日，广东省江门市新会区人民法院对此案进行了审理，法庭上，原告律师提出，根据婚姻法的相关司法解释，林祥是应当承担赔偿责任的。

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）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。那么原告方提出的这一点到底有没有道理，我们也咨询了相关专家。

中央财经大学法学院院长尹飞：我个人认为可能对司法解释的认识可能是有问题的，因为司法解释它是对现行法律的一个解释，它必须在法律的框架之内来进行，也就是说，虽然司法解释虽然没有明言，但是它所规范的，应当是为了共同生活的需要，所发生的债权债务关系。在这种情况下，我们才能原则上推定为这种共同债务。

经过审理，法院认为，袁平与林祥均确认蒋晓月借款及收款过程中，林祥并不在场，林祥也陈述并不认识袁平，在蒋晓月收取借款后，袁平也未能提交证明其与林祥协商借款事宜。袁平并无证据证明林祥分享了蒋晓月借款带来的利益，因此，法院一审判决，驳回袁平的诉讼请求。一审判决后，袁平不服，向广东省江门市中级人民法院提起了上诉。那么，对于林祥有没有享用蒋晓月的借款所带来的利益，法院又是怎样认定的呢？2016 年的 12 月 30 日，广东省江门市中级人民法院做出二审判决，驳回袁平的上诉，维持原判。

夫妻共同债务，一直是现实生活中纠缠不清的一个问题，我国婚姻法对此做了明确的规定，并且随着社会发展，新状况的不断出现，也相继出台了相应的司法解释。而作为我们的普通老百姓，在这种民间借贷中，应该在事前，就对对方家庭关系多些了解，在合同或者借条上多注明一下责任和义务，这样，才不至于在事发后使自己被动。

五、继承

（一）继承典型案例

为儿子上学离婚再嫁约定经济 AA 制，少妻能否继承老夫遗产？

2017-05-21 人民法院报 鲁婧晗

1.前夫要把“继任者”当父亲？

现年 40 岁的詹某，系江西上饶籍人，在沪打工已有近 20 多年。陈老伯退休多年，膝下无子女，在几年前的拆迁中，用上海市新闸路的老房子换了一笔可观的拆迁费后独自租房居住。

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，詹某与年长自己 29 岁的陈老伯闪电登记结婚。

在登记结婚前，陈老伯与詹某及其前夫签订了一份《承诺书》，约定：“郑重声明，这次和你（陈老伯）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有，以后各方的财产对方无权享用和支配。双方生活各不相干，也无权过问对方的个人隐私，更不得提不合理的要求，一切以儿子为中心。我王某（詹某前夫）再次声明，你（陈老伯）今后生活我绝不会打扰，你名下财产与我不相干。感谢你的帮助，我儿子才能在上海完成学业，你今后的生活我会给予帮助的，我会把你当父亲来照顾。承诺人：王某、詹某、陈某某。

2 老夫去世后少妻争遗产

天有不测风云，人有旦夕祸福。与詹某登记结婚后 1 年后，陈老伯就因病在医院去世。

陈老伯弥留之际，病床前只见其弟弟妹妹而不见詹某。陈老伯支开了护工，将《承诺书》及数十万元银行存折亲手交给了四位弟弟妹妹。

然而，詹某却以妻子的名义要求继承陈老伯的财产，并一纸诉状将陈老伯的四位弟弟妹妹告上上海市静安区人民法院。

法庭上，詹某诉称，她与陈老伯有合法的婚姻关系，作为配偶系第一顺序继承人，应由她来继承陈老伯的全部遗产。

陈老伯弟弟妹妹辩称，依据詹某和其前夫王某与陈老伯签订的承诺书，詹某与陈老伯结婚是为了詹某儿子在上海读书之需，求陈老伯假借结婚名义提供帮助，詹某与陈老伯双方的权利义务在承诺书上白纸黑字写得明明白白。

陈老伯的弟弟妹妹们还指出，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般共同生活；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。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，完全靠陈老伯弟弟妹妹们照顾，这有街坊邻居可以证明。据此，陈老伯的弟弟妹妹请求法院驳回詹某要求继承遗产的诉讼请求。

3 焦点在于《承诺书》的法律性质

本案争议焦点是，在詹某与陈老伯婚姻有效的前提下，《承诺书》是否属于遗嘱？

詹某认为，自己及前夫与陈老伯所签署承诺书是生前行为，不涉及遗产继承问题。陈老伯的遗产与婚前财产是有原则区别的，法律事实不同导致适用法律不同，故本案遗产之争适用的法律，不是婚姻法而是继承法。在《承诺书》中，陈老伯没有剥夺自己对其财产的继承权，自己也没有表明自愿放弃继承权，所以自己有权继承陈老伯的遗产。

陈老伯的弟弟妹妹们辩称，三人的婚前承诺书，本质地反映了詹某与陈老伯登记结婚的目的——解决詹某儿子在上海求学之需，正常的婚姻不会有承诺书中类似的内容。并且，该承诺书中已对遗产的分配进行了约定，按中国人的生活习俗，生前一般不会轻易再书写遗嘱。

4 判决兼顾法律与公平原则

法院认为，在涉案《承诺书》中，詹某、王某与陈老伯是对分别财产制进行的约定，该《承诺书》不属于遗嘱。鉴于詹某系死者陈老伯合法妻子，依法享有继承陈老伯遗产的权利。

同时，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。且詹某婚后并未与陈老伯共同居住生活在一起，陈老伯生前的生活，特别是临终前数月的住院治疗，均由其弟弟妹妹们在关心照顾。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分得继承遗产。具体金额由法院根据本案实际情况兼顾对陈老伯所尽义务酌情予以考虑分配。

为体现法律精神及公平公正原则，法院判决由詹某继承陈老伯遗产中的25万余元；其余遗产60万余元由陈老伯的四位弟、妹继承。

非婚生子与死者遗孀争遗产对簿公堂
厦门中院：依据法律和公序良俗，原配应多分

2017-5-5 人民法院报 安海涛 李仁莹

本报讯 （记者 安海涛 通讯员 李仁莹）被继承人生前违背婚姻忠实义务，其死亡后非婚生子要求与死者遗孀共同继承遗产而闹上法庭，究竟该如何分配？近日，福建省厦门市中级人民法院对此案进行二审，综合遗产价值、合法配偶对遗产的贡献、未成年非婚生子的基本权益、公序良俗等方面的因素，对遗产继承分配比例进行分割，判决遗孀继承死者60%的遗产，40%归非婚生子继承。

老秦与李娟于1990年结婚，婚后二人未生育子女。2002年8月，老秦与婚外女子生下男孩阿捷。阿捷出生后，老秦曾多次向其兄弟姐妹、同学、朋友提及阿捷为其亲生儿子，并出资赞助阿捷的生活费。春节之时，老秦亦带阿捷向其同学、朋友拜年。

2009年，老秦因意外事故去世。阿捷认为，作为老秦的非婚生子自己有权要求分割其遗产，故向法院起诉，请求判令：阿捷和李娟共同继承老秦的遗产，老秦遗产的二分之一由阿捷继承。

一审法院认为，根据阿捷提供的已有证据可确认阿捷系老秦的非婚生子这一法律事实。非婚生子依法享有与婚生子女同等的继承权利，故对阿捷要求继承老秦遗产的诉讼请求予以支持。关于遗产范围，因阿捷诉请分割的财产为李娟与老秦夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同财产，故应先将夫妻财产的一半析出为李娟所有，其余的作为被继承人老秦的遗产。阿捷、李娟均为老秦的第一顺位法定继承人，故两套讼争房产双方的继承份额均为25%。

一审判决后，李娟不服，上诉至厦门中院。

厦门中院经审理认为，阿捷作为老秦的非婚生子，与李娟对老秦的遗产享有同一顺序的继承权。人民法院在同一顺序法定继承人之间分配遗产时，一般应当采取均等原则，但同时法律也不排除在特殊情况下有的继承人可以适当多分遗产。在老秦去世前，李娟与老秦已有长达近二十年的婚姻关系，且双方在长期共同生活中购置、积累了讼争财产，依照法律规定，李娟作为与老秦共同生活的继承人，在遗产分配过程中，可以适当多分。

同时，民法通则规定，民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，老秦在与李娟婚姻关系存续期间，与她人婚外生子，明显有违公序良俗，对季娟的合法权利造成一定程度的损害，从公平合理的角度出发，在分配老秦遗产过程中，亦应对李娟予以适当照顾。根据老秦遗产的价值，从保护继承人合法权利角度出发，法院酌情按比例对老秦的遗产进行分配，其中李娟应分得老秦遗产的60%，阿捷应分得老秦遗产的40%。

按手印没用？母亲打印遗嘱无效致两姐妹对簿公堂

2017-05-26 民主与法制新闻客户端 王纳 罗云

随着我国逐渐进入老龄化社会，关于遗嘱的问题很多人都很关心。您是不是以为在打印遗嘱上面签个字，或者按个手印就尘埃落定了？答案是不，还要小心给孩子留下官司。

昨日，记者就从罗湖法院了解到一个特殊案例：母亲去世后，留下遗嘱由两姐妹一人一半继承房产，但这份打印的遗嘱却被认定没有法律效力，最终两姐妹还要对簿公堂，由法院判定两人各占房产的50%份额。

记者了解到，打印遗嘱是否有法律效力，还要视实际情况而定。

母亲去世后两姐妹为房产上法院

阿青和阿红是两姐妹，姐姐比妹妹大4岁。在两姐妹十几岁时，父母就离异了。姐姐阿青跟爸爸生活，妹妹阿红跟妈妈生活。她们的妈妈龙阿姨名下拥有深圳罗湖区某公务员住宅楼的一处房产。去年9月，龙阿姨因病去世，龙阿姨的父母也在此之前已经去世了。

龙阿姨去世前10天，立下了一份遗嘱，这份遗嘱是打印件，在“遗嘱人”一栏有龙阿姨的签名。遗嘱内容为，为防不测和发生纠纷，在其死亡后，属于其所有的房产遗留给两名女儿共同所有。

然而，在阿青和阿红处理母亲身后事时却发现，这份遗嘱并没有法律效力，相关部门均不予认可。无奈之下，阿青和阿红只能到罗湖法院提起诉讼，阿红当原告，阿青当被告，要求法院确认两人对于房产每人50%的所有权。

法院认定遗嘱无效

法院审理后确认，龙阿姨的这份《遗嘱》不符合法律规定的自书遗嘱或代书遗嘱的形式要件无法律效力。根据

《继承法》第十七条规定，自书遗嘱应由遗嘱人亲笔书写、签名、注明年、月、日；代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

不过，法院认定，因龙阿姨死亡时处于离异多年的状态，其父母亦已经死亡，故龙阿姨的法定继承人为其两名女儿。因此，法院判决阿青和阿红各取得房子50%的产权。两姐妹最终还是如愿以偿了。

法院：打印遗嘱需谨慎

关于遗嘱的问题很多人都关心，那么，是不是在打印遗嘱上面签个字，或者按个手印就尘埃落定了？记者从深圳市罗湖法院了解到，司法实践中对打印遗嘱的效力还是存有很大争议。遗嘱身后事，打印需谨慎。

法院的办案法官告诉记者，目前对打印遗嘱司法观点主要有三种。首先，根据遗嘱人真实意思形成（或立遗嘱人本人打印）且确能证明是死者真实意思表示的打印遗嘱，按自书遗嘱对待。

其次，打印遗嘱视为代书遗嘱需打印人作为见证人之一，两名见证人不仅见证签字及捺印过程，还要见证打印过程。若有充分证据证明该遗嘱是当事人真实意思的表示，不满足“两位见证人”的条件也可能确认遗嘱的效力。

再次，不符合遗嘱的法定形式要件，一般判决遗嘱无效。

延伸阅读：想立遗嘱可找遗嘱库

普通市民想立遗嘱怎么办？记者了解到，市民立遗嘱可以找遗嘱库进行咨询。2013年，由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会联合发起的“幸福留言——中华遗嘱库”在北京发起。2015年，中华遗嘱库广东分库在广州启动。目前，在北上广深及东莞等地都能享受到遗嘱库的服务。

作为中国首个关注遗嘱的公益项目，中华遗嘱库将为60岁以上老年人提供免费办理遗嘱的登记、保管和传递服务。去年5月，深圳第一个遗嘱库公益项目已经开始营运，110名律师提供遗嘱咨询、遗嘱登记、遗嘱保管、遗嘱查询、遗嘱提取等公益服务。

记者了解到，虽然遗嘱库对60岁以上的老年人免费提供遗嘱咨询、遗嘱登记、遗嘱保管服务，但整个流程下来还要收取一定费用。有关人士表示，遗嘱库通过自主研究开发的遗嘱库管理系统，建立了一整套符合法律规定的硬件和软件流程，遗嘱库办理遗嘱登记需要先进行精神评估，市民可以选择现场办理或到指定的医院办理，现场办理需要收取480元的精神评估费用。另外，加上遗嘱证成本费用180元，所以60岁以上老年人办理遗嘱登记需缴纳的费用共计660元。

六、房产、股权、信托

（一）房产

继承公证书被撤销后已设立抵押权是否有效

2017-05-03 公证圈 刘爱兵

李某、李某某系兄弟关系，俩人父母死亡后留有一套房产。李某通过伪造独生子女证等证明材料，以欺骗手段在A公证处取得继承公证书，并将房产过户到自己名下，后以该房产作为抵押在某银行贷款，办理了抵押登记，同时借款合同、抵押合同在B公证处办理了赋予债权文书强制执行效力的公证手续。

李某某知悉真相后，向法院提起诉讼，要求重新分割遗产。经法院审理，继承公证书被A公证处撤销。现因李某贷款期限届满未还，银行要求B公证处出具执行证书，以便向法院申请拍卖该房产以实现其抵押权，李某某提出异议认为房产有其部分产权，设定的抵押权无效,同时银行向法院提出异议不同意。

观点分歧

本案例的焦点是：继承公证书被撤销后，在该房屋上已设立的抵押权是否有效？

第一种意见认为，继承公证书被撤销后，应视为房屋继承发生错误，房屋作为李某、李某某父母遗产，只要李某某未表示放弃继承，李某不是房屋的唯一所有权人，无权单独在该房屋上设定抵押，故在该房屋上设立的抵押权无效，银行也不能要求拍卖该房产实现其抵押权。

第二种意见认为，继承公证书被撤销前，以该房产所进行的民事法律活动，不能事后以事后继承公证书被撤销为由对抗善意第三人，即继承公证书被撤销，但事先在该房屋上已设立的抵押权有效。由于抵押权的存在，李某某不能再基于继承取得房屋所有权。

案例分析

笔者同意上述第二种意见。理由如下：

在本案中银行之所以能够行使对该房屋的抵押权，最根本的是适用善意取得制度。我国《物权法》明确规定了善意取得制度，第一百零六条规定："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。 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。"

首先，善意取得制度适用的一个根本前提是一方当事人即处分方是无权处分。本案中李某的继承公证书被 A 公证处撤销后，该公证书自始至终就没有发生法律效力，因而李某自始就未能单独享有该房产的所有权。

其次，善意取得制度适用的另一个要件是受让人必须是善意的。李某骗取了继承公证书并办理了房屋产权证，该房产作为不动产物权变更登记已经完成，对外具有公信公示作用。因此，银行在与李某签订借款抵押合同是完全可以断定银行是善意的。

再次，构成善意取得另一个前提是其财产转移占有必须是通过交换而实现，以合理的价格有偿转让。这种交换是指通过买卖、互易、赠与、债务清偿、出资等具有交换性质的行为，而把继承与遗赠等不具有交易性质的法律行为排除在外。该案中李某与银行签订的借款抵押合同中，银行要行使抵押权完全是以合理价格行使的，不会存在欺诈行为，符合善意取得制度。

最后，适用善意取得制度的另一要件是转让的财产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

根据我国《物权法》第一百八十七条规定"以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。"因此，在我国不动产要成立抵押权就需要办理登记。本案中李某以该房产作为抵押在某银行贷款并办理了抵押登记符合该规定。

综上，本案中设立的抵押权有效是适用善意取得的结果，李某某不能再基于法定继承取得该房屋的所有权，但是，只要李某某未表示放弃继承，银行善意取得的抵押权不能排除李某某基于继承对该房屋享有的权利，因银行行使抵押权对李某某造成的损失，应由李某承担。

房东去世且继承人缺失，买受人如何取得房屋产权？特别程序

2017-05-23 儒者如墨 赫少华

文|赫少华，远闻（上海）律师事务所合伙人

经网易新闻，看到上海法治报一则消息，《房产交易遭遇卖家意外死亡 法院判无主财产归国有》，大意如下：

房屋买卖，过户前房东宗女士意外身亡，且没有继承人，买受人无法起诉，交易陷入两难。期间，曾出现自称宗女士继祖母，然而，经法庭审理，认为继祖母无法成为继承人，交易搁置了……

法院启动无主财产归国有的特别程序，发出认领公告，公告期满，无人认领，收归国有。而后，买受人将剩余房款交付到法院，取得房屋所有权。

一、申请人为单位，要求确认无主财产，归国家所有。

案号：徐汇法院（2012）徐民一(民)特字第*号

法院观点，申请人上海 xx 学院要求确认钱 x 名下的上海市复兴中路 x 弄 x 号 x 室房产为无主财产，合法有据。钱 x 无继承人，生前又无遗嘱、遗赠，其上述房产权利归属处于不确定状态。法定公告期间一年届满，财产仍然无人认领。

判决：钱 x 的遗产上海市复兴中路 x 弄 x 号 x 室房产为无主财产，归国家所有。

案号：黄浦法院（2011）黄民一(民)特字第*号，申请人上海市某管理局。

案情：被申请人张某为申请人上海市某管理局干部，张某生前早已离婚，其单位作为监护人对其离休工资等进行管理。2002 年 1 月 30 日，张某报死亡。申请人调查联系张某直系亲属未果。之后，张某留在申请人处的离休金、丧葬费等遗产*元无人认领，申请人遂向黄浦法院提起本诉。

案号：（2015）宝民一(民)特字第 65 号，申请人上海市宝山区人民政府吴淞街道办事处。

案情：不再陈述。

判决： 现在张*名下上海市宝山区海滨二村 XXX 号 XXX 室房屋为无主财产，归上海市宝山区人民政府吴淞街道

办事处所有。

上述三则案例，申请人是如何确定的？此类案件，主要法律依据：

◆民事诉讼法：

第一百九十一条：申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。

申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

第一百九十二条：人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

第一百九十三条：判决认定财产无主后，原财产所有人或者继承人出现，在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求，人民法院审查属实后，应当作出新判决，撤销原判决。

◆继承法

第三十二条：无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

莫非此类情形下，被申请人遗产均要收归国有？并非如此。

二、申请人为个人，要求确认财产无主，最后归己所有。

案号：浦东法院(2015)浦民一(民)特字第*号。

法院观点：法院受理认定财产无主申请后，经审查核实，发出财产认领告知满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或集体所有。

鉴于申请人张佩*系上述房屋的共有人，对陈红妹尽了主要扶养义务，**且陈红*所遗留的房屋面积较小，故张佩*申请要求归其所有的请求，本院可予支持。**

判决： 坐落于上海市浦东新区金台路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋中属陈红*的产权份额为无主财产，归申请人张佩*所有。

案号：卢湾法院（2010）卢民一(民)特字第*号

法院观点：申请人冯某与冯某某为堂兄妹关系...依法应认定为无主财产。

由于冯某某死亡前由冯某照料，冯某某之丧事及落葬也由冯某操办，法律也规定了继承人以外的对被继承人扶养较多的人可以分得适当遗产，故应当从上述无主财产中分给冯某适当的部分。

鉴于该无主财产价值不大，收归国家或集体所有并无多大实际意义，故本院对冯某要求上述无主财产均归其所有的诉讼请求，依法应予支持。

该类判决，法律依据如-

《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 57 条：

遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按继承法第十四条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院**应视情况适当**分给遗产。

妻子擅自卖房 丈夫拒认合同
法院认为构成根本违约判决解除合同

2017-5-13 人民法院报 黄义涛 刘翠红

本报讯 妻子签字卖房，还收了购房款，但是丈夫却拒认合同，而且还在房内砌了堵砖墙阻止他人进出，这种情况下，购房者该怎么办？近日，广东省梅州市平远县人民法院开庭审理了这样一起房屋买卖合同纠纷，判决解除双方签订的购房合同，被告黄某兰 5 日内向原告黄某添返还购房款 23 万元及其利息。

2016 年 9 月初，黄某添经朋友介绍，了解到黄某兰有房要出售。黄某添与黄某兰沟通后便于 2016 年 9 月 23 日签订《房地产转卖合同》，合同约定黄某添需在 9 月 23 日当天一次性付清房款 23 万元给黄某兰，房产需于 9 月 23 日正式移交给黄某添使用。

合同签订完后，黄某添当天便通过银行转账及现金方式向黄某兰交付购房款合计 23 万元，履行了合同约定的义务。黄某兰委托其弟黄某旺将涉案房屋钥匙交给黄某添。9 月 25 日，黄某添收到转交的涉案房门钥匙，但开门查看房屋时，发现房内已被黄某兰丈夫钟某砌了砖墙，严重影响其入住和使用。黄某添无法接收到按《房地产转卖合同》约定的完整面积的房屋，与黄某兰多次通过电话沟通解除双方之间的购房合同，返还购房款，均未果。

2017 年 1 月 4 日，黄某添将黄某兰告上法庭，要求依法解除双方签订的《房地产转卖合同》，被告黄某兰承担违约责任，返还购房款 23 万元及承担利息损失和律师费。

庭审中，黄某兰辩称房屋是自己的个人财产，自己已将房屋钥匙和与房屋有关的资料交给原告，完成了合同的所有义务，并没有违约。砌墙是其丈夫的个人行为，与自己无关。

法院经审理认为，原告已履行交付购房款的义务，被告未依约完整地履行全部义务，构成根本违约。本案中，虽然被告已将房屋钥匙交给原告，但被告丈夫钟某的砌墙行为客观上影响了原告对房屋的完整接收，故被告并未完整交付该房屋给原告；又因涉案房屋无房产证，该房屋亦无法进行过户登记，故被告实际也未履行转移该房屋所有权的义务。因此，应认定涉案合同并未履行完毕，被告构成根本违约，应当承担违约责任。至于涉案房屋到底属于被告黄某兰个人财产还是其与丈夫的夫妻共同财产，并不影响被告违约行为的构成。故支持了原告黄某添提出的解除涉案合同的诉讼请求。

七、社会新闻

妻子起诉离婚他却迁怒于法官 辱骂又骚扰，结果被拘留罚款

2017-05-15 南阳报业传媒

龙腾南阳讯

家住桐柏县的陈某，因不满其妻子将其告到法院起诉离婚，认为离婚是他的家务事，法院不该多管闲事，竟多次在电话中辱骂承办法官，近日桐柏县法院依法对其拘留 15 日，并处罚款 3000 元。

现年 50 岁的陈某与岳某结婚 20 余年，育有一女一子，因家庭琐事总是争吵不断，岳某更是一气之下外出打工。眼见家不成家，岳某便起诉到了法院要求与陈某离婚。陈某在收到法院送来的传票时又是震惊又是愤怒，在法官明确告知开庭时间后依然拒不到庭，法官只得缺席审判。

庭审后，法官主动跟陈某联系，询问其未到庭的原因，谁知陈某竟破口大骂，将所有的怒气都发泄到了法官身上，并言之凿凿地称：离婚是他的家务事，法院无权干涉。任法官如何释法析理都无济于事，陈某反而变本加厉的用粗俗下流的字眼来谩骂、威胁。办案法官只得挂了电话，谁知，陈某却更加暴跳如雷，在半夜 11 点 12 点的一小时内，给法官打了 20 多通电话，并在之后的几天中不时电话骚扰办案法官。

陈某的行为严重干扰了法官正常办理案件，阻碍了司法工作人员执行公务，损害了司法权威，性质恶劣，影响极坏。经合议庭合议，桐柏县法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第 115 条、116 条的规定，决定对陈某予以拘留 15 日、并处罚款 3000 元的处罚。

南阳报业传媒集团全媒体记者 王勇 通讯员 代凤

八、异域资讯

英国最贵离婚案！20 年家庭主妇得 4.5 亿镑，丈夫辩称贡献大被法官痛扁！

2017-05-13 英伦大叔

英国最贵离婚案昨日（5 月 11 日）宣判，44 岁的家庭妇女——妻子获 4.53 亿英镑！

61 岁的俄罗斯油气大亨和 44 岁的东欧“家庭妇女”是这场案件的主角，20 余年婚姻，2 个孩子，除了最贵离婚，本案槽点也是创了新高。

两人都在俄罗斯长大，丈夫此前有过一段婚姻。1989 年，妻子在莫斯科求学，两人在命运的指引下相遇了。

4 年后，两人结婚，并搬至伦敦居住。

在结婚的 20 余年中，妻子一直保持着“家庭主妇”的身份，并在 Surrey 抚养两人的双胞胎长大成人。目前，两个孩子均已进入英格兰某大学学习。

讲真，故事的背景本身并不算惊世骇俗，富翁和妻子离婚给出一大笔“分手费”也不是个案，为什么这起离婚案却引发了如此大的轰动呢？

槽点一：夫妻双方都曾经出轨，出轨以后依然保持婚姻关系！

本案中，夫妻双方互相指责对方曾经出轨。

不过妻子表示，在自己出轨后，夫妻双方的关系还在延续，直到 2013 年。

而法官也找到证据支持了妻子“婚姻存续”的说法，比如：

一、 妻子出轨后，两人继续一起度假并且同床共枕（但是同床异梦？？!!）

二、 丈夫继续给妻子两张信用卡的无限额度，游艇、飞机、直升机的使用权

三、 2013 年，丈夫给妻子购买了价值 40 万欧元的首饰

法官同时宣读了的一段话："她（妻子）说婚姻中即便出现婚外情也是可以继续的，他们的婚姻就属于此类。"

"两人在婚姻存续期间生活在一起，**有性生活**，经常和两个孩子一起度假，并有一个联名银行账户。"

妻子还提供了 2005 年丈夫过生日时两人和孩子的合照，以及 2013 年两人的亲密合照。此外，还有"文件证据，包括她与建筑师及合同商的电子邮件，表明她曾积极参与两人在法国的度假屋的重修，并对两人的'梦之屋'非常期待。"

证据中还包括购买价值 1.12 亿美金的艺术藏品收据，丈夫在给"艺术展组织者、律师、房地产中介"的电子邮件中均使用了"我的妻子"的称呼。

槽点二：丈夫主张家庭主妇没他贡献大，要多分，被打脸

丈夫申辩称自己在创造共同财产时做出了"特殊贡献"（我要多分!!!）

被法官无情打回。以下需要划重点，法官 Haddon-Cave 认为，**夫妻双方为家庭付出了同等重要的努力。**

家庭主妇贡献同样大，法官认为妻子应当得到超过 10 亿英镑（人民币约 88 亿元）的共有财产中的 41.5%。这笔财富，是建立在"双方对家庭财富贡献均等、应遵循平等分配的原则"之上的。

这样，根据妻子的诉求，除 3.5 亿英镑的"分手费外"，两人价值 250 万英镑的英国住所、一辆价值 35 万英镑的阿斯顿马丁、价值 1.12 亿美金的现代艺术藏品都被判给妻子所有。

槽点三：富豪离婚案为什么爱选伦敦？

为了钱!!!

在过去的近 20 年中，越来越多的富翁离婚案在伦敦搞定，此类婚姻中的弱势群体对于伦敦尤为偏爱，其原因，简单来说就是"为了钱"。

根据新华网此前的报道，造成这种趋势的原因有三：

一、 自 2000 年以来，英国法庭为离婚夫妇分割财产时一般遵循"五五开"原则；

二、 第二，不少富豪为保护财产而签署的婚前协议在英国不一定具有法律约束力；

三、 第三，英国法庭对家庭财产的认定范围更广泛，以确保分割财产时不会有隐瞒部分。

因此，只要弱势一方能够证明自己在英国有稳定的生活或工作，就可以选择在伦敦打离婚官司。据 2015 年《泰晤士报》的报道，此类涉外离婚案"占英国法庭离婚案件的六分之一"。

而本案中，妻子具有英国国籍，两个孩子也是在英国长大、读书的，符合这一条件。作为"家庭主妇"的她，显然也满足婚姻中弱势一方的条件，因此在伦敦办理自己的离婚案自然是最好的选择。

对于本案的判决，伦敦一家律师事务所负责人 Deborah Jeff 表示："这段婚姻延续长达 20 年，表明两人离婚时财产分配的基础是平均分配。今天的判决结果表明，伦敦依然是婚姻中弱势一方的'离婚圣地'，保证了婚姻中没有财务贡献的一份能够获得最大利益。"

这也是伦敦目前为止判决的最贵的离婚案。

2014 年，伦敦对冲基金经理、亿万富翁 Chris Hohn 被判支付妻子 3.37 亿英镑分手费，占其净资产的 36%。

2012 年，俄罗斯百万富翁、工业大亨 Boris Berezovsky 与妻子离婚时支付了 1 亿英镑，占其净资产的五分之一。

1996 年，歌手 Neil Diamond 与结婚 25 年的妻子离婚，支付后者 1.06 亿英镑。

据传最贵的离婚费是俄罗斯商人 Dmitry Rybolovlev 支付给妻子 Elena 的，高达 33.8 亿英镑！不过 2015 年，Dmitry 上诉到瑞士法庭，法官将这笔分手费降至 4.25 亿英镑。

相爱时难离亦难！

英国离婚的常见法律问题及步骤

首先，大家当然需要考虑清楚是不是真的想要离婚，确定不是一时气愤或者情绪失控下的冲动行为。

总的来说，在英国离婚是一个比较繁琐而且复杂的过程，不建议个人操作，除非是在无任何财产纠纷，无任何抚养权纠纷的情况下。即使这样，为了减少后续潜在的麻烦和风险，建议大家都咨询专业机构的建议。通常来说地

方政府都会有 CITIZENSHIP ADVISE BUREAU 来给大家提供一些免费的建议，特别是在存在家庭暴力的情况下，受害方通常会得到政府的免费建议和意见。

如果确实感情破裂无法弥补需要离婚的情况，那么法院的离婚程序是怎样的呢？

Step 1：申请：

你需要准备好结婚证书，填写法院的请愿书然后一并交给法院。

请愿书的离婚理由是什么呢？在英国，离婚的理由可以是基于如下的 5 种。

1. 婚内通奸行为 Adultery;
2. 抛弃 Desertion;
3. 2 年分居双方同意离婚 Two years' Separation With Consent;
4. 5 年分居双方未达成协议离婚 Five Years' Separation Without Consent 和最普遍最常用的;
5. 婚内无法接受不可理喻不合常理的行为举止 Unreasonable Behaviour。

为什么说最后一种是最受欢迎的离婚理由呢？原因很简单，通奸行为并非普遍现象，而其他三种都是需要满足时间要求的理由，在离婚里显然会拖延离婚手续的办理。

最后一种可以理解为常见理由，只要当事人认为的不合常理的行为举止都可以举例证明作为离婚理由写入请愿书中。

Step 2：调解

那么请愿书递交法庭之后呢？法院会写信给对方当事人询问一些基本情况，最主要是要知道对方是否同意离婚。

Step 3：抗辩

如果对方也无异议，那么法院会给双方颁发 Decree Nisi 的证书告知任何人可以在这期间提起抗变

Step 4： 证书

如没有抗辩，那么在接下来的 6 周之后，请愿人就可以申请法院颁发正式的离婚证书 Decree Absolute 了。

常见问题：

这个程序听上去非常简单，但是事实上事情并非那么简单。离婚本身会涉及两个非常重要的问题，孩子的抚养和探视权和财产的分割问题，这每一个话题都可以写一本书的长度。

没有小孩的家庭当然不存在孩子的抚养和探视问题，有孩子的家庭建议双方协商好如何处理这个问题。如果协议成功，那么当然就不用通过法官来判决了，这自然也是最省钱的方案。为了保护达成的协议为双方执行，这个协议还是要递交法庭备案的。

财产分割的问题，很多人都会有一个误区。认为我们没有财产啊，或者我们在英国没有财产啊，所以不需要处理财产的分割问题。如果您这么认为，那么您就错了。

下面通过实际案例为大家分析有可能给你带来的潜在的危机和不必要的困扰。

虽然离婚，但是你的前任仍然有可能对你的未来的财产进行分割！

我想大家对这个新闻头条不会很陌生，高等法庭给了 Kathleen Wyatt 离婚 18 年以后对分手后成为千万富翁的前任老公 Dale Vince 申请财产分割的权利。原因是，他们 18 年前离婚的时候，因为双方都没有什么财产，所以就没有对财产进行任何分割，也没有对财产问题做任何最终和解的处理 'full and final settlement'。

当时离婚的渐变手续，导致了 18 年后，当前任通过能源生意成为了千万富翁重组了新的家庭之后，前妻突然要求法院受理她分割财产的诉求。虽然经过艰难的上诉，上诉法庭最终撤销了高等法院的裁决，由于诉讼请求时间太久远并且 Dale 的资产主要是在离婚之后才积累的，因此上诉法院没有给予前妻分其资产的权利，但是这件事件和巨额的诉讼费用给 Dale 和他的新家庭带来的困扰可想而知。

因此，如果您不希望您的未来要面临类似的问题，建议您还是在离婚的时候把所有问题一次性解决，以免夜长梦多。

财产纠纷的法律流程：

如果你的另一半，有财产，有生意，有房产，而且你们针对离婚存在很多争议，对财产划分是有不同意见的时候，专业的律师能帮你起到很关键的作用。

如何冻结对方资产？

如何判定资产价值?

如何阻止对方转移资产?

如何保障自己的合法权益?

等等一系列的问题，都是需要有专业的机构或者专业人士来介入解决。

你可以在律师的帮助下，在第一次庭审 first appointment 之后，财产争议解决阶段 FDR (Financial dispute Resolution)的第二次庭审的时候，双方也可以经过商谈达成和解协议。这样就不会继续进行非常昂贵和消耗时间的高成本诉讼程序了。

如果您不幸真的进入了最后诉讼程序，那么请记住，法院会针对每个案件的不同情况具体问题具体分析，当然也会行使法官的自由裁量权。一般来说，主要是要通过法官来解决财产问题，其中包括收入，公司的价值判定（对于生意人来说），房产，养老金，投资等等。

法院还会来根据具体案件来决定是否给一方持续的生活费，还是一笔一次性的现金结束争议或者是两者兼有。一般来说，如果当事人希望能够有一个 clean break（一次性一笔付清双方自此老死不相往来），当然了，这种情况一般只适用与那些有很多现金的夫妻。

常见问题：

在中国领取的结婚证，可以在英国申请离婚吗？

可以，英国法庭在决定是否有权受理申请人的离婚案件时，所要考虑的是当事人是否在英国或者欧盟居住。如果当事人双方都在英国生活，无论他们是在何处结婚的，英国法庭都有权处理他们的离婚申请。

如果当事人中的任何一方在英国生活，英国法庭也可以受理离婚案件。如果当事人中没有一人在英国生活，但是至少有一人是在欧盟国家中生活，英国法庭也有权受理双方的离婚案件。

如果当事人中没有一个人是在英国生活甚至是欧盟国家生活的话，只要双方都同意，英国法庭仍然可以受理他们的离婚申请;

离婚到底是在英国离好还是回国好？

通常英国相对比较倾向于保护弱势的一方，特别是在婚姻关系中的女性，从实际案例中来看，英国的法庭判决对于女性在家庭中的贡献相对更加认可及认定，从而判决更加公平，对弱势一方有利。

丈夫赚钱不顾家、妻子顾家不赚钱，离婚的时候五五分，你觉得公平吗？

新娘遭家暴后获澳大利亚签证

2017-05-16　中国新闻网

中新网 5 月 16 日电 据澳洲新闻网援引《澳洲日报》报道，超过 3000 名外国新娘在指控丈夫对她们施加家庭暴力之后，获得了留在澳大利亚的权利。

《每日电讯报》披露，澳大利亚移民部在过去 5 年中，授予 3083 名逃离施暴澳籍配偶的外国新娘以永久居留权。

大多数受害者是与澳大利亚男子结婚或共同生活的中国、菲律宾、印度或越南妇女。移民部还向来自英国的妇女发放了 200 份家庭暴力签证。

在过去 5 年中，中国女性获得了 389 份家庭暴力签证，包括 2015-2016 年度的 75 份。越南择优 323 名申请人获得签证，印度为 363 名、菲律宾 321 名、泰国 206 名、黎巴嫩 130 名、斐济 89 名、韩国 82 名。

但是，移民部驳回了四分之一的申请，另有 977 名女性因为提交了虚假的申请资料而被驳回。

澳大利亚移民部 2011 年时曾向澳大利亚法律改革委员会（Australian Law Reform Commission）提出，担心有人会提出欺诈性的家庭暴力申诉，当时，移民部警告说“有些申请人会设法捏造或夸大事实，以便符合签证要求”。

移民部的女发言人 15 日表示，一些签证被拒，是因为申请人提交了“虚假或有误导性的数据”，或未能符合健康或品格标准。她说，这些申请人有被驱逐出境的风险。发言人说：“没有留澳签证的非公民预计会离境。”

外国人必须与澳大利亚人结婚或保持事实婚姻关系至少两年，才能够成为澳大利亚公民或永久居民。

澳大利亚联邦政府在 2012 年修改了法律，使外国出生的澳大利亚居民的伴侣在双方分手后，更容易留在澳大利亚。

澳大利亚移民部发言人 15 日表示：“家庭暴力规定有助于允许符合条件的合格签证申请人离开暴力关系，而不

会丧失在澳大利亚的居留权。”签证申请人必须证明他们，或其家人，或其伴侣的家属，曾遭受签证担保人的家庭暴力事件。

移民部将暴力定义为身体或心理虐待，或伤害及强迫的性行为，强迫孤立或在经济上遭到剥夺。

家庭暴力签证是根据家庭暴力定罪、禁令或法院命令授予的。

但移民部也会考虑医生、学校、医院、警方、危机中心或社工处理受害人案件时的文件记录。

女性法律服务（Women’s Legal Services）的女发言人斯内尔（Liz Snell）表示，当局需要提供更多支持，协助移民妇女求助，以逃离暴力关系。

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

上海召开“家事审判法官论坛”

2017-05-07 最高人民法院 严剑漪 陈凤

“近日，首届 2017 中国·上海“家事审判法官论坛”在沪召开。

据介绍，近一年来，上海法院在家事审判方式和工作机制等方面进行了积极的探索，努力构建家事审判专业化、社会化、人性化的新模式。如徐汇区人民法院率先设立家事审判专门法庭，实行家事案件的集约化审理，并与区公安分局、司法局、教育局等单位合作，启动了家事审判综合协作平台；金山区人民法院在原来婚姻家庭合议庭、涉少民事合议庭的基础上改建为家事审判合议庭，并与各街镇司法所共同构建“八公里调解圈”，由家事法官协助各司法所进行家庭矛盾的前置性调解，将纠纷化解于萌芽状态；静安区、普陀区人民法院采用少年审判与家事审判合并的试点模式，在家事审判中有机融合了少年司法中成熟的柔性司法理念、非对抗的审判方式以及与社会联动的特殊保护机制，同时在涉少案件审理中突出“儿童利益最大化”的原则。

此次论坛设置了家事审判诉讼程序、婚姻法、未成年人保护 3 个议题，分专场进行探讨。其中，家事审判诉讼程序议题专场的讨论热点有家事审判的改革路径、家事审判特别程序的构建、法院家事调解机制的完善、探望权的执行问题等；婚姻法议题涉及离婚时夫妻共同财产的分割和共同债务的认定、离婚损害赔偿制度、人身安全保护令制度、离婚诉讼冷静期等热门话题；未成年人保护议题专场则聚焦未成年人的利益保护，就未成年人监护制度、未成年人刑事案件社会调查制度、未成年子女抚养费问题等深入分析。论坛上，各地法官、学者齐聚一堂、畅所欲言，就亲历案件提出问题、分享经验，体现了论坛鲜明的实务特色和跨界交流优势。（记者 严剑漪 通讯员 陈凤）

“婚姻关系存续时间”推定夫妻共同债务依据何在

2017-05-05 中国民商法律网 路英豪

我国《婚姻法》曾以举债“用途”作为判断是否为夫妻共同债务的标准，后因司法实践需要，司法解释改采“时间”标准——婚姻关系存续期间，以夫妻一方名义所负的债务，推定为夫妻共同债务。推定的方式由于操作简便被一线法官大量适用，又引发了新的问题，引起社会对《婚姻法解释（二）》第 24 条适用的广泛关注。中国人民大学法学院孙若军副教授在其《论夫妻共同债务“时间”推定规则》一文中，对这一规则的法理基础进行分析，并提出了自己的观点。

《婚姻法解释二》颁布后，以“时间”为标准推定夫妻共同债务的做法被一线法官大量适用，但实施的法律后果却常常为社会所诟病。一方面，该规定在客观上诱导和助长了夫妻一方恶意举债或与第三人联手损害配偶财产权益的行为；另一方面，有些法院甚至依此将婚姻关系存续期间一方侵权、赌博等个人之债也都纳入夫妻共同债务的范围。“时间”推定规则是否合理？《解释二》第 24 条规定是否具有法理依据？成为各界争论的焦点。

一夫妻共同债务“时间”推定规则的法理基础

关于《解释二》第 24 条规定的理论基础和法律依据，主要存在两种观点。

一种观点是，该条的解释基础是《婚姻法》第 41 条的规定。此观点分为两种意见，一种意见认为，将“为夫妻共同利益”作为适用《解释二》第 24 条的逻辑前提，符合婚姻法对夫妻共同债务的本质属性要求，具有充分的适法性。

但另一种意见认为，《解释二》第 24 条规定采迥然相异的处理方式，与夫妻共同债务的本质属性并不必然相符，所涉夫妻共同债务的外延大于《婚姻法》规定的“用途”标准，如此解释有司法超越立法之嫌。

另一种观点是，夫妻共同债务推定的法理基础是家事代理权。

上述各种观点都是从《婚姻法》及相关司法解释中寻找法律依据的，均未考虑民法财产共有理论以及相关法律对共同财产负担的债务应当由共同财产承担的规定。本文认为，夫妻共同债务适用“时间”推定规则的法理基础是民法的财产共有理论，对夫妻共同债务适用“时间”推定规则的理解与适用，需要从民事法律体系上去认识和把握。

二《解释二》第 24 条规定存在的问题

《解释二》出台时，最高人民法院详细阐释了第 24 条规定的法律依据和法理基础是家事日常代理和表见代理制度，但表见代理的内容却没有反映出来，究其原因应当是对《解释一》第 17 条规定的“家事代理权”出现了认识上的偏差。

《解释一》第 17 条虽然“被学界普遍认为是夫妻日常家事代理权规定的雏形”，但该规定是从《婚姻法》第 17 条法定夫妻共有财产的规定中衍生出来的，不能依此推定我国夫妻基于身份而享有法定的代理权，难以与传统亲属法上的家事代理制度或民法上的普通代理制度相提并论。从夫妻一方举债的角度看，《解释一》第 17 条规定的内容实际包含两层含义：一是因日常生活需要所负的债务，应当依据第 1 项的规定，推定为夫妻共同债务；二是非因日常生活需要所负债务，应当依据第 2 项的规定，按《合同法》第 4 9 条表见代理的规定处理。但是，《解释二》第 24 条规定却未将《解释一》第 17 条规定的第二层含义，即“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”体现在“时间”推定规则上。

《解释二》没有将《解释一》第 17 条第 2 项中“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”这一对绝大多数适用法定共同财产制家庭所作的限制性规定体现在条文上，以致“时间”推定规则被解读为凡婚姻存续期间所负债务没有约定由个人财产偿还的，一概推定为夫妻共同债务，这显然片面地理解了《解释一》第 17 条的规定。

三夫妻共同债务“时间”推定规则的适用

1．应当区分推定规则与认定标准之间的差异，不应将夫妻共同债务推定规则的适用程序与适用认定标准的程序相混同。

2．应当区分夫妻共同债务对内对外不同标准，不应由举债方夫妇承担有无“合意”或是否“用于”夫妻共同生活的证明责任。

3．应当区分家事表见代理与一般民事表见代理的不同，不应要求债权人按照《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》中确立的主客观要件承担表见代理的证明责任。

《解释二》出台前，司法实践中夫妻联手损害债权人利益的行为层出不穷，《解释二》确立的“时间”推定规则有效地遏制了此类案件的发生。如果为保护举债方配偶，法律转而要求由举债方夫妇承担举债“用途”或是否具有“合意”的证明责任，势必矫枉过正，从一个极端走到另一个极端。

参考文献：孙若军：《论夫妻共同债务“时间”推定规则》，载《法学家》2017 年第 1 期。

婚姻登记行为是否具有可诉性

2017-05-08 法信

导读：婚姻登记行为包括结婚登记行为和离婚登记行为。男女双方申请婚姻登记，是行政行为还是民事行为？当事人以及利害关系人是否可以就结婚登记与离婚登记提起行政诉讼？这些问题在审判实践中常引起很大争议。本期法信小编对婚姻登记行为的行政可诉性认定问题梳理了相关法律、案例、专家观点，供读者参考。

法信码 ｜ A7.E2719

婚姻登记行为

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国行政诉讼法》（2014 修正）第二条 公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。

前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。

第十二条 人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

（一）对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；

（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；

（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的；

（四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

（五）对征收、征用决定及其补偿决定不服的；

（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（七）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；

（八）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；

（九）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；

（十）认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；

（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；

（十二）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

2.《最高人民法院行政审判庭关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》（法[2005]行他字第 13 号）

浙江省高级人民法院：

你院《关于婚姻关系当事人以外的其他人可否对婚姻登记行为提起行政诉讼及对程序违法的婚姻登记行为能否判决撤销的请示》收悉。经研究，答复如下：

一、依据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十四条第二款规定，有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡的，其近亲属可以提起行政诉讼。

二、根据《中华人民共和国婚姻法》第八条规定，婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。

此复。

法信 • 相关案例

1.离婚登记作为一种行政确认具体行政行为属于行政案件的受案范围——陈远珍不服建湖县上冈镇人民政府离婚登记行政确认案

本案要旨：离婚登记是婚姻登记机关依当事人的申请，对当事人自愿达成离婚协议，自愿解除夫妻人身关系及财产分割债务处理和子女抚养问题予以认可和证明的一种行政确认行为。根据《行政诉讼法》的规定，认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的，可以提起行政诉讼，而婚姻自由是人身权的重要组成部分，因此，离婚登记作为一种行政确认具体行政行为应当纳入行政案件的审查范围。

案号：（2007）建行初字第 0013 号

审理法院：江苏省建湖县人民法院

案例来源：《中国审判案例要览》（2008 年行政审判案例卷）

2.婚姻登记行政行为具有可诉性——林水锦不服厦门市海沧区民政局离婚登记案

本案要旨：公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依法向人民法院提起诉讼。婚姻自由是人身权的重要组成部分，婚姻登记作为身份关系产生、变更、消灭的法定要件之一，对相关当事人的人身权利有重大影响，并且不属于《行政诉讼法》明确规定的不可诉行政行为，因此婚姻登记行政行为具有可诉性。

案号：（2009）海行初字第 18 号

审理法院：福建省厦门市海沧区人民法院

案例来源：《中国审判案例要览》（2011 年行政审判案例卷）

3. 婚姻登记机关违反法定程序批准离婚协议侵犯他人财产权的属于行政诉讼受案范围——李英豪不服天津市红桥区人民政府核发离婚证书案

本案要旨：婚姻登记机关在实施批准离婚这一具体行政行为时涉及确认财产的分割明显违反法定程序，造成对当事人财产权侵犯的，属于行政诉讼法的受案范围。

案号：（1993）行初字第 4 号

审理法院：天津市红桥区人民法院

案例来源：《中国审判案例要览》

4. 如果当事人不符合离婚条件而婚姻登记机关颁发了离婚证的，应由婚姻登记机关撤销离婚登记，不得直接提起行政诉讼——王某诉民政局行政撤销案

本案要旨：如果当事人不符合离婚条件而婚姻登记机关颁发了离婚证的，应由婚姻登记机关撤销离婚登记，收回离婚证，并且对有关人员进行行政处分，所以在颁发离婚证过程中如有违法行为，当事人首先应到婚姻登记机关，由婚姻登记机关进行处理或处罚，对处理或处罚不服的，可以提起行政诉讼，而非直接对离婚证提起行政诉讼。

案例来源：河南法院网 2006-06-16

法信 • 权威观点

1. 离婚登记的法律性质及可诉性

笔者认为，婚姻法、《婚姻登记条例》等有关婚姻关系的法律法规，的确只规定了当事人在结婚登记时存在无效婚姻和可撤销婚姻情形时的救济途径和程序，即当事人可通过婚姻登记机关或人民法院撤销婚姻、或者请求人民法院宣告婚姻无效，并无规定当事人对离婚登记行为有争议时的救济渠道，即没有无效离婚或可撤销离婚的规定，但这只能推导出婚姻登记机关不具有自行作出撤销离婚登记的职权，而不能得出离婚登记行为不属于行政诉讼受案范围的结论。

笔者认为应当认可当事人对婚姻登记机关的离婚登记行为不服可以向人民法院提起行政诉讼，更进一步的理由有：

首先，笔者认为，离婚登记是一种公法与私法性质兼备融合，行政确认与公示公信效果兼备的复合性的具体行政行为。根据行政诉讼法第十一条第（八）项的规定，认为行政机关的具体行政行为侵犯其他人身权、财产权的，公民可以提起行政诉讼，而婚姻自由权是公民人身权的重要组成部分。从法理上分析，只要特别法没有作出明确的特别禁止规定，当事人及其法定代理人如认为离婚登记侵害自己合法权益时，就可以提起行政诉讼。

其次，由于婚姻登记条例没有授权登记机关可以撤销离婚登记，我国民事诉讼中迄今也未设立无效离婚或可撤销离婚之诉，故在现行行政救济和民事诉讼体制下当事人对离婚登记的争议无法获得有效救济，这不符合“有权利必有救济”的法治理念。

最后，民事诉讼法关于当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审的规定，其法理基础为“婚姻关系是一种人身关系，在人民法院判决解除婚姻关系并发生法律效力后，双方当事人可以依法分别另行结婚。因此，这类案件依其性质不宜再审”。这一法理不能构成人民法院对被诉离婚登记行为进行合法性审查的限制，人民法院在对被诉离婚登记行政行为作出合法性评判后，可以根据具体情况对该行政行为的效力作出裁判。

如果离婚登记当事人一方在办理离婚登记后又与他人结婚的，人民法院可以确认违法而不予撤销。应当说，近年来法院系统对婚姻登记特别是离婚登记的可诉性已基本取得统一认识，各地法院受理了不少此类案件。最高人民法院行政审判庭 2005 年 10 月 8 日给浙江省高级人民法院的“关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复”（法[2005]行他字第 13 号）中的第一项意见指出：“依据《中华人民共和国行政诉讼法》第 24 条第 2 款规

定，有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡的，其近亲属可以提起行政诉讼”。该意见虽然直接规定的是起诉婚姻登记行为的原告范围，但其同时也明确了婚姻登记行为作为具体行政行为的法律性质及其可诉性。

在离婚登记行政案件的案由确立上，鉴于离婚登记行政行为的复合性形态，最高法院《关于规范行政案件案由的通知》（法发[2004]2 号）中也已将行政登记确立为一个独立的案由，故不宜将案由确立为行政确认，而应确立为行政登记。

（摘自《离婚登记行政案件的司法审查》，危辉星，《人民司法（应用）》2011 年第 23 期）

（注：上文中的《行政诉讼法》第十一条第（八）项已被修改为第十二条第（十二）项）

2. 当事人可以提起请求撤销婚姻登记行为的行政诉讼的原因

按照《婚姻法》第十条和第十二条的规定，对于无效婚姻和可撤销婚姻可以申请法院宣告无效或者请示撤销，但实践中主要是按照民事诉讼途径解决的。除民事诉讼外，还应当允许当事人基于同样的事由提起请求撤销婚姻登记行为的行政诉讼。

因为，首先，婚姻法本身并未限定只能通过民事诉讼解决婚姻无效和撤销，且婚姻无效和撤销本身就具有独立性，可以与相关的财产等争议相分离(后者可以自行解决或者另诉解决，在确认婚姻无效或者撤销婚姻上采取民事诉讼还是行政诉讼，完全由当事人自愿决定。

其次，既然婚姻是以登记为法定形式的严格要式行为，婚姻登记不仅确认婚姻关系是否存在，而且具有独立性，婚姻关系本身存在的无效事由和可撤销事由均可以作为请求撤销婚姻登记行政行为的基础事由，按照法定事由撤销婚姻登记行为，本质上就是否定了婚姻关系，因而与相应的民事诉讼异曲同工。正是由于两者之间具有共同功能，也即在作用上具有可替代性，两者不能同时并存，当事人只能选择其一。

当然，按照婚姻法规定的婚姻无效事由和可撤销事由启动撤销婚姻登记行为的行政诉讼的，原告的范围可以参照最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（一）》关于有权请求确认无效或者申请撤销的利害关系人的规定。

（摘自《婚姻登记行为的可诉性与司法审查标准》，作者：孔祥俊，载《法制日报》2003 年 9 月 25 日）

3. 婚姻登记行政诉讼与民事诉讼救济途径选择原则的确定

对于无效婚姻和可撤销婚姻而言，婚姻关系当事人及利害关系人可以依照《婚姻法》提起民事诉讼，亦可以依照《行政诉讼法》提起请求撤销婚姻登记机关结婚登记行为的行政诉讼以达到其否定婚姻关系的目的。婚姻法与行政法的竞合势必导致司法救济途径的交叉与冲突。为了保证我国司法统一，维护司法权威，降低司法成本，笔者认为，就当事人婚姻纠纷救济途径选则应确定以下原则：

（一）自由选择原则，即允许当事人在民事诉讼与行政诉讼两种司法救济途径中进行自由选择，充分保护其程序选择自由性；

（二）优先原则，若当事人提起两种诉讼，哪个程序先启动，则该程序优先，另一程序自动终止，若同时提起，则由其自由选择其一；

（三）诉权保护原则，当事人不符合其所选择救济途径原告主体资格被驳回起诉的，若符合另一救济途径原告资格另行起诉的，人民法院应当受理该诉讼；（四）“一事不再理”原则，即只要任一具有原告主体资格的当事人选择民事或行政救济方式，人民法院完整地从实体上处理了纠纷，对此纠纷人民法院不再给予重复处理；

（五）判决结果一致原则，由于婚姻关系本身存在的无效事由和可撤销事由均可作为请求撤销婚姻登记或宣告婚姻登记无效的基础事由，因此无论当事人就无效婚姻或可撤销婚姻选择哪种司法救济途径，都应保证判决结果的一致性。

（摘自《婚姻登记行政诉讼司法审查研究——以婚姻法与行政法竞合为视角》，作者：樊非，刘兴旺，刘佳佳，载《法律适用》2011 年第 4 期）

【学术大咖论家事】家事“三员”的职能定位与体系协作

2017-05-11 中国家事审判改革与探索 最高人民法院应用法学研究所 任容庆

摘要：家事纠纷的亲缘性、隐私性、社会性、伦理性决定了家事诉讼程序应具有解决家庭纠纷、修复和治疗家庭关系、保护未成年人利益最大化和提供社会服务的特殊功能。家事法官、家事调解员与家事调查员作为处理家事纠纷的专业团队，对于彼此之间的协作模式，域外各国家事法律规定不一。从本轮家事审判改革试点法院的实践操

作来看，对家事“三员”的改革存在职能定位模糊不清、队伍结构参差不齐、工作机制尚不健全的问题，故下一步的改革进程中，应尝试探索家事“三员”的角色分离，准确界定家事“三员”的职能定位，并努力寻求家事“三员”的体系协作。

关键词：家事诉讼　　家事“三员”　　职能定位　　体系协作

引言

家庭是社会的基本细胞，家庭和谐是社会稳定的基础，家庭稳固是国家发展、民族进步的基石。近年来，随着社会经济发展进入新常态，法院受理的家事纠纷数量不断攀升，该类案件的处理结果不仅关系婚姻家庭的稳定，还关乎未成年人、妇女及老年人合法权益的保障，家事审判成为促进和谐社会建设的重要司法保障。

长久以来，人民法院的家事审判工作，无论是在审判理念，还是机制体制，抑或司法效果方面，都与家事纠纷的自身特点、司法规律和人民群众的司法需求之间，存在诸多不适之处。为科学、合理、有效地处理家事案件，以遏制因家事纠纷所引发的社会矛盾，最高人民法院于 2016 年 4 月启动了家事审判方式和工作机制改革，于全国范围内选定 118 家中基层法院开展为期两年的试点工作。

目前，试点工作已过去一年有余，各地试点法院相继就家事审判方式和工作机制创新进行了诸多有益探索，并形成或有自身地域特色，或可向全国推广适用的经验总结。然而，在取得改革成效的同时，不可避免地显露出了一些改革的问题。其中，家事诉讼专业团队中的主要“三员”，即家事审判员（家事法官）、家事调解员、家事调查员之间的职能定位与体系协作，是此前家事审判改革试点过程中，各地法院尚未理清的问题之一。

一、家事纠纷特点对家事诉讼程序之特殊要求

家事纠纷具有较强的身份性、伦理性和社会性特点，而传统家事审判方式简单化、程序化，用审理财产案件的理念和方式审理家事案件，在有效化解矛盾、维护家庭稳定及保护未成年子女权益等方面显得力不能及。因此，了解家事纠纷的具体特点，把握家事诉讼程序的特殊功能是我国家事审判方式改革的基础前提。

（一）家事纠纷的特点

通常而言，家事纠纷是指基于血缘和姻缘关系产生的，发生在夫妻、亲子、其他家庭成员及近亲属之间的身份关系和财产关系纠纷。如婚姻案件、赡养抚养扶养案件、遗产继承和析产案件、收养关系案件等。家事纠纷具有不同于一般民事诉讼的特殊性。

1.家事纠纷具有亲缘性

家事纠纷成立的前提即当事人之间具有血缘上或法律上的亲缘关系。亲缘因素的介入使当事人之间的关系变得敏感且微妙，存在纠纷和解与矛盾激化彼此转化的可能性：一方面，亲缘关系导致难以预测纠纷的解决结果，看似激烈的矛盾也存在和解的可能性；另一方面，原本事实清楚的纠纷也可能因亲缘关系应遵循的特殊原则而进一步激化家庭矛盾。

2.家事纠纷具有隐私性

家事纠纷的双方是亲密的家庭成员，双方当事人常年居住在一起，基于家人之间的信任，会将自身的隐私告知对方，故而家事纠纷常涉及当事人生活上、感情上的私密。一旦发生纠纷，双方当事人对其隐私的披露有所顾虑，故有意回避法院的诉讼活动，有的甚至为了保护其个人隐私，在解决纠纷的过程中对事实有所隐瞒或虚构，这就增加了纠纷解决的难度。

3.家事纠纷具有社会性

在很多情况下，家事纠纷不仅涉及双方当事人之间的私益，还涉及第三人利益，甚至社会公共利益，这决定了家事纠纷具有社会性。比如，在离婚案件中，除涉及夫妻双方的权利义务外，还会涉及到父母、子女的照顾、抚养利益；因离婚而逃避债务的，也会涉及其他利害关系人的利益等。因此，家庭作为社会的基本单位之一，解决好家事纠纷有助于实现社会的安定和谐。

4.家事纠纷具有伦理性

血缘关系作为最基础、最普遍的社会关系，是人类伦理道德产生的始基。家庭关系的原初性、普遍性和恒久性，决定了家庭伦理在社会伦理体系中的基础地位，并感染和影响着社会伦理。家庭伦理的有序性和分享利他性是婚姻家庭得以延续的基础。我国自古就有注重家族宗法、长幼尊卑的传统，一些边远地区以及老一辈的人对家庭伦理道德的尊重不亚于对法律的敬畏。

（二）家事诉讼的程序功能

家事纠纷在身份关系及其衍生的财产关系之外，还兼具社会性、伦理性及情感性等特点，故而需要发挥家事诉讼程序中调解的作用，家事诉讼的根本目标和价值取向是促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解、弥合家庭创伤，其程序功能体现在：

1.解决家庭纠纷

诉讼具有化解和消弥社会冲突的作用，解决纠纷的功能是诉讼最古老也是最重要的功能。纠纷解决具有范围的广泛性，方式的被动性，主体的多样性，程序的法定性，结果的权威性的特点，这决定了诉讼解决纠纷时普遍具有正规性、过程性和对抗性，而家事纠纷具有的身份性、公益性、专业性等特点，如通过一般的诉讼程序来解决此类纠纷，显得缺乏亲情且不能获得最佳效果，故而在解决家事纠纷时，不应特别在意纠纷解决的过程及裁判标准，而应注重调和当事人之间的矛盾，通过加大调解力度，增大调解强度，扩大调解范围，以达到双方当事人均满意的纠纷解决效果。

2.修复和治疗家庭关系

诉讼的延伸性功能之一即控制功能，通过对社会中纠纷的解决，实现对现存社会秩序的维护，进而使社会达到治理性控合效果。婚姻家庭是以两性关系与血缘关系为其自然条件而形成的社会关系，是人类社会最基本的社会关系，同时是社会稳定的基石。而家事纠纷的社会性质折射出家事诉讼应具有的社会功能，即修复和治疗家庭关系。通过治疗双方当事人因家庭矛盾而受伤的心灵，修复其破裂的婚姻家庭关系，调整当事人之间、当事人与其家庭之间失衡的人际状态，以实现维护社会秩序和综合治理的功能。

3.保护未成年人利益最大化

诉讼的另一功能是教育功能，即通过日常的、反复的诉讼活动，潜移默化地强化民众的法律意识，引导人们遵循社会主流价值观行事。与其他诉讼相比，家事诉讼对未成年人生理和心理的影响最为直接。对于心智尚未完全发育成熟的孩子，他们在父母离婚等家庭纠纷中所受到的伤害和痛苦，随着时间不断积累而不断加深，甚至影响孩子一生。因此，家事诉讼应追求保护和关怀未成年人的理念，以保护未成年人的最佳利益作为唯一的出发点和诉讼原则，通过教育和引导促使双方当事人从一切为了孩子的目标出发来妥善化解矛盾。

4.提供社会服务

为了更有效地恢复失衡的家庭关系，家事诉讼中附带提供了以化解双方矛盾为目的的社会服务，一些社会机构在家事法庭的协助下，制定帮助涉诉家庭的计划或者方案。从世界各国实践来看，家事诉讼中的社会服务包括，一是为涉诉的婚姻家庭提供咨询服务，这种咨询不仅可以为已经提起诉讼或者已经进入诉讼程序的家庭提供咨询服务，也可以为尚未提起诉讼的家庭提供咨询服务；二是劝导和辅助服务，即通过律师“向夫妇阐明，解决纠纷是他们的责任”；三是家事调停服务，许多国家在家事诉讼中都专门提供了调停服务。

（三）家事诉讼中的专业团队

台湾学者邱璿如曾指出：“家事法庭所处理的纠纷，大多存在亲属之间，包含着十分复杂的情感、身份等非经济因素的纠葛，需要家事法庭配置专业的的调解员和调查员等辅助人员，在了解当事人特殊的心理、生理、家庭环境与社会背景的基础后，查明家事纠纷的事实真相以及纠纷产生的原因，进而提供必要的协助和建言。”可见，家事法官、家事调解员和家事调查员是家事诉讼中必不可少的专业人员，“三员”的互动与合作直接关系到家事纠纷化解的效果。

其中，家事调解员是家事诉讼中专司调解工作的人员，充当纠纷当事人利益方面的指导师及纠纷解决的调停者角色，家事调解程序需要在家事法官的主持下，由家事调解员来具体操作与落实。家事调查员是受法院委托，凭借自身专业知识和社会经验，通过实地调查，掌握家事纠纷的相关事实，为裁判调解提供参考的专业人士，其中立性身份容易拉近与受访者之间的心理距离，最大限度降低当事人的抵触情绪，为事实的全面查明提供有效途径。而家事法官始终是家事案件纠纷化解的核心。

为全面妥当地解决家事纠纷，家事调查员、家事调解员协助家事法官完成大量事务性工作，在专门化分工下的各司其职，有助于多角度查明案情并修复关系。但人员上的细分并非意味着程序上的割裂，相反却是统合处理、相互补充。司法实践中就存在家事调查员在进行相关事实调查时，就在适当时机对双方当事人进行斡旋式调解；而家事调解员在调解过程中，日渐得到当事人的信任后，会得到比家事调查员前期调查更为详实的事实。因此，无论是

家事调解、家事调查都是家事诉讼的重要基础性工作，为家事纠纷的有效化解而服务。

二、家事诉讼中“三员”协作模式之域外考察

在家事诉讼中，域外各国法院处理家事纠纷均离不开调解的适用，在审判与调解程序之间涉及家事法官、家事调解员和家事调查员的合作协调，从“三员”的协作关系上看，大致可分为以法官为主导的紧密联系型、以法官为核心的资源整合型和以法院为平台的服务拓展型三类。

（一）以法官为主导的紧密联系型

该类型以日本为代表。家事调停贯穿于日本的家事诉讼之中，法院设置专门的家事调停委员参与家事案件的解决，同时为弥补家事审判官在社会学与心理学等多层面调查及人际关系调整方面的不足而专设家事调查官一职。通过发挥家事审判官、家事调停委员（调解员）、家事调查官、家事医务室技官、参与员等的各自职能，在诉调转化之间实现专业团队的有机协作。

1. 调停与诉讼的关系：交替出现

基于调停前置原则和职权（交付）调停制度，家事纠纷的诉调关系体现于：一方面，调停是整个家事诉讼程序中的一环，家事诉讼中出现“调停——审判——调停——审判”的反复，导致司法实践中，调停环节中的家事审判官（此时称家事调停官）和家事调停委员，及审判环节中的家事审判官和参与员，可能为同一人；另一方面，调停程序中形成的心证和提交的证据，在审判程序中被自然地使用。

2. 家事审判官与家事调停委员的关系：形式与实质关系

家事纠纷的调停由一名家事审判官和两名家事调停官共同组成调停委员会来负责。一方面，从形式上看，作为调停法官的家事审判官主导家事调停程序，灵活借用相关人员的辅助，使整个调停有序进行；另一方面，从实际操作看，因家事审判官无法全程参与每一个案件，使得调停程序在相当程度上切实依赖于调停委员来发挥作用。

3. 家事审判官与家事调查官的关系：彼此独立

家事调查官应家事审判官的要求，根据案件的具体情况，调查相关人员的性格、经历、生活和财产状况、家庭及其他环境等，运用心理学、社会学、经济学等专业知识综合分析后出具调查报告。同时，引导当事人恢复理性的心理调整，或为调整环境而联络其他社会福利机构进行调研或制订针对性治疗方案。

4. 家事调查官与家事调停委员的关系：彼此独立

家事调查官主要职责为事实调查，家事调停委员主要职责为调停纠纷，但当调停委员会认为有必要时，可命组成该调停委员会的调停委员以咨询当事人或证人的方式进行案件事实调查。

（二）以法官为核心的资源整合型

该类型以我国台湾地区为代表。台湾“家事事件法”确立了调解前置原则，合并调解和移付调解制度，并由家事法官、家事调解委员、家事调查官、程序监理人、社会工作人员等组成专业团队。为扩大调解机制，家事法官于必要时，得商请提供调解服务的非营利民间机构或团体志愿者予以专业的协助，以促进资源整合，在提高调解效率的同时，减少法院的劳动力及当事人的费用支出。

1. 调解与诉讼的关系：依申请转化

处理家事纠纷的诉调关系体现于：一方面，程序转化须经申请。对于诉前调解未达成合意的案件，并非如日本自动转为审判程序，而是须经当事人的申请才能进入审判程序，这一规定体现了对当事人程序主体性地位的尊重；另一方面，调解程序具有保密性，即当事人在调解中有关事实或法律上的陈述、对于请求事项的让步，不能在审判程序中作为法官心证的参考资料。

2.家事法官与家事调解委员的关系：桥梁关系

无论是诉前的强制调解，还是诉中的移付调解，均交由调解股处理，由法官选任符合资格的 1 至 3 名家事调解委员先行为之，法官的职责有指挥家事调解程序和参酌家事调解委员的建议。可见，家事调解程序虽由法官行之，然而协助法官进行各类家事事件调解的专业人员却是家事调解委员，故而家事调解委员在调解程序中扮演法官与当事人之间的桥梁角色，同时也是双方当事人之间沟通的协调者。

3.家事法官与家事调查官的关系：彼此独立

家事法官可以依职权或者调解员的申请，指派家事调查官对特定事项进行调查，并征询家事调查官的建议；家事调查官则通过对特定事项的调查后出具报告或提供意见供家事法官参考。为避免浪费家事调查官人力资源及延宕程序，家事调查官对特定事项调查前，法官先令当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见，以掌握事件要旨、引导查明争点，并具体指示家事调查官的调查方向及重点。

4.家事调查官与家事调解委员的关系：相互交流

家事调查官就未成年子女、受监护宣告或辅助宣告人与被安置人的意愿、心理、情感状态、学习状态、生活状态、沟通能力及其他必要事项进行评估时，须与家事调解委员进行资讯交流分享，必要时，可协助家事调解委员进行调解。

（三）以法院为平台的服务拓展型

该类型以澳大利亚为代表。家事法院在审理案件过程中把促成当事人和解以及进行积极的调解作为一项重要原则，由法官、司法登记官、登记官、家事调解员组成专业团队。法院还注重结合民间力量合力推动家事纠纷的解决，在政府认可的调解机构工作的社区家事调解员、私营家事调解员等均可接受法院或申请人交付的调解业务。此外，法院提供包括调解辅导、案件评估会议、调解会议、联合调解会议、电话咨询服务、转介服务、研讨会、提供家庭报告等多种形式的调解服务。

1.诉讼与调解的关系：随时介入

家事纠纷的诉调关系体现在：一方面，在诉讼的各个阶段，家事法官均鼓励和支持双方当事人进行调解或和解，如果当事人愿意或法官在庭审举证或从当事人的态度中认为存在和解可能性的，法官会中止诉讼程序，立即为双方选定调解人员、确定调解时间和地点；法官中止诉讼后，如果任何一方当事人要求继续审理的，法庭必须恢复庭审。另一方面，基于家事调解的保密原则，调解中形成的证据不能作为诉讼证据使用。

2.家事法官与家事调解员的关系：彼此中立

家事法官的定位为裁判者，为保障法官在调解不成时，作为裁判者的中立性与公正性，家事法官不能出面主持调解，而只能提供调解指导。家事调解员在调解活动中原则上不提供当事人心理辅导，除非涉及未成年子女时，调解员可就子女的安排提供适当建议，否则，调解员不能给予双方当事人法律意见，以保持中立第三方的地位。

3.家事法官与家事调查员的关系：彼此独立

澳大利亚法院没有专设家事调查员，类似职责由家庭顾问履行，但仅在涉及未决子女相关问题时，家事法官会任命家庭顾问出具涉及本案家庭成员间关系的家庭报告，对案件中的各种问题提供一种独立评估，帮助家事法官在审理案件过程中对未成年子女的安排（如对子女监护和探视问题）做出决定，也可帮助各方当事人达成协议。庭审时，家庭顾问在法庭上接受交叉质询，当事人、律师、法官可以询问家庭顾问有关报告的内容和他们对家庭的评估问题。

4.家事调查员与家事调解员的关系：彼此独立

家事顾问的职责类似家事调查员，作为非调解主持者的特别辅助机构，主要负责调查事宜，以便家事调解员在调解家事纠纷的过程中了解法律问题背后的人际关系，以便更好地掌握家事纷争的来龙去脉，为调解提供有益的帮助。

三、家事诉讼中“三员”协作模式之本土实证

早在最高法院部署家事审判改革试点工作之前，广东、广西、山东、福建等省的部分法院已经开始在家事审判中特别是在离婚诉讼中引入家事调解员和家事调查员制度。2016 年 4 月的试点工作启动后，各地试点法院根据地方家事案件特点，不同程度地开展了各具特色的改革探索，在家事诉讼中形成了家事法官、家事调解员和家事调查员的不同操作方式，同时也暴露出实践中存在的问题。

（一）家事“三员”在家事诉讼中的实践探索

自去年以来，全国家事审判改革可谓百花齐放。在家事专业团队建设方面，很多试点法院在单独设立家事法官的基础上，引入家事调解员和家事调查员，形成以下实践探索：

1.组建家事专业团队

在家事审判改革试点中，结合家事纠纷的特殊性，并配合司法改革中的人员分类管理改革，各地法院探索组建涉及家事法官、专职人民陪审员、家事调解员、家事调查员、心理咨询师等在内的专业化的家事诉调团队。例如，甘肃华池县法院在推行《家事案件律师参与调解制度》《家事调解员制度》《家事调查官工作制度》的基础上，组建了由 3 名具有家事审判经验的法官、3 名专职人民陪审员、6 名人民调解员、2 名家事调查官、2 名志愿者律师共同参与的“3+3+6+2+2”家事专业团队。

2.扩充家事调解队伍

家事调解是解决家事纠纷的重要途径，各地法院家事调解员的实践方式有：

第一，以法院专职调解员为主，如广东东莞二院与辖区司法行政部门合作，通过政府出资、法院培训，向社会公开招录专职人民调解员，再由政府派驻到法院开展家事调解工作。

第二，以特邀调解员为主，如宁波鄞州区法院聘任包括离休法官、律师、警察、检察官、人民教室在内的社会工作者作为特邀家事调解员。

第三，组建调解团队，如杭州西湖区法院组建由法院特邀调解员，区司法局人民调解员、区妇联妇女儿童维权和法律援助志愿者等组成的，包含心理咨询师、律师等专业人员在内的家事调解团队。

第四，成立调解委员会，如马鞍山雨山区法院成立家事多元调解委员会，聘任了 8 名调解员，同时吸纳妇联干部、心理咨询师、调解志愿者等群体，组建了集家事调查员、情感观察员、心理疏导员等在内的专业性调解组织。

3.引入家事调查机制

在此番家事审判改革中，引入家事调查员是重要的创新机制之一，各地试点法院的探索呈现以下不同之处：

第一，在家事调查员的来源方面，形成两类：一是在法院的司法辅助人员中产生，如山东即墨市法院由法官助理担任家事调解员，又如甘肃华池县法院由家事审判庭的两名书记员担任家事调查员；二是向社会聘请家事调查员，如潍坊潍城区法院从辖区街道社区选任网格化的热心居民和村民担任家事调查员，又如陕西铜川市法院从社区、居委会、村委会、妇联、电视台等组织多方挑选家事调查员，再如深圳盐田区法院从执业律师、专职人民调解员，从事婚姻家庭或妇联工作的专职干部，心理咨询师、社工、义工中选任。

第二，在家事调查员的职责方面，从其职责范围的由小至大可分为三类：一是单纯的家事调查工作，如德州武城县法院委托家事调查员以走访邻居、社区、工作单位等方式调查当事人的婚姻家庭状况；二是配合法院与家事纠纷相关的工作，如宁波海曙区法院的家事调查员参与判后回访，南宁江南区法院的家事调查员参与家事调解工作；三是肩负其他社会职责，如厦门海沧区法院的调查员还负责普法宣传，基层调研，法制活动，帮扶贫困学生等。

第三，在家事调查报告的适用方面，分为三类：一是家事调查员需出具书面调查报告且出庭陈述意见，并接受当事人的质询，如深圳盐田区法院、宁波海曙区法院；二是家事调查员仅需出具书面调查报告，如榆中县法院委托司法局、团委等指定专业家事调查员进行调查后，出具书面调查报告或意见；三是未规定家事调查员应出具家事调查报告。

（二）我国家事“三员”协作模式之现状检讨

从当前实践操作来看，在家事诉讼与调解程序中，我国家事法官、家事调解员与家事调查员无论是在角色定位还是职责划分方面，都存在着模糊不清和界定不明的问题，这势必阻碍家事“三员”在处理家事纠纷中作用的发挥。

1.家事“三员”职能定位模糊不清

从目前家事审判实践看，家事法官、家事调解员与家事调查员的角色并未完全分离，而是在一定程度和范围内形成混同。

第一，家事法官与家事调解员的职能交叉。审判人员与调解人员职能交叉源于我国长期以来形成的调审合一的审判模式，理论界对此亦存在“调审合一”与“调审分离”的诸多争论，这也成为我国家事审判中的普遍现象，很多法院在开展家事审判改革中，要求家事法官除具备法律专业水准外，还应具有相应的心理学、社会学知识，以便于开展对当事人劝解疏导的调解工作。

第二，家事调解员与家事调查员的角色混同。目前，很多法院都要求家事调查员配合家事调解员，从事家事纠纷的调解工作，这使得家事调查员与家事调解员的身份出现一定程序上的混同。而从家事调查员的角色定位来看，应是中立居中的，客观真实地反映被调查对象的现实状况，这区别于家事调解员兼具心理疏导教辅的职能，因此，将家事调查与家事调解作一体化程序架构是否妥当，这是值得思考的。

第三，家事法官与家事调查员的调查范围重合。从各地的实践做法来看，并未明确家事法官与家事调查员的调查范围。加之家事调查性质界定不明确，目前形成两种认识：一是基于家事调查系在法院的主持或者引导下进行而将其定位为司法调查范畴；二是将家事调查定位为社会调查范畴。如将家事调查视为司法调查，家事调查员与家事法官之间的调查范围如何区分；如将家事调查视为社会调查，家事调查事项范围是否可以在法律事实范围下予以扩展，扩展到多大的范围等。

2.家事“三员”队伍结构参差不齐

从各地试点法院的操作来看，家事法官、家事调解员和家事调查的队伍结构存在不同程度的差距。

第一，家事法官普遍来自民一庭或少审庭有家事审判经验的法官，其法官的业务素质及审判经验均有所保证。

第二，调解作为纠纷解决的传统方式之一，早在家事审判方式改革前，各地法院探索专职调解员和特邀调解员制度的建立，但在家事领域，调解员应具备心理学和社会学等专业知识，因此，家事调解员的专业素质提出了更高的要求，当前各地法院家事调解员的专业性还有待加强。

第三，家事调查员作为一项新的制度，各地法院的选任模式各不统一，导致队伍结构混乱，即有法院内部的书记员兼任型、法官助理兼任型；也有法院外聘的热心居民和村民担任型、社会多元参与型、专业人士选拔型，及从人民调解组织、退休法官、退休公务员中选任型。人员结构队伍的混乱，造成业务水平参差不齐，很多调查员缺乏必要的业务能力，缺乏情感交流和沟通技巧，导致调查效果大打折扣。

3.家事“三员”工作机制尚不健全

目前，家事审判改革试点刚启动一年多，各地法院关于各方面工作机制的探索也才初现成效，但却还不够健全，有待进一步完善。

第一，与家事调查员相配套的制度有所欠缺。一些法院对家事调查员采取了相应的改革举措，但大多是零星的尝试，没有制度层面的规定和保障。无论是调查程序的启动、调查程序的安排、调查时间和介入时机的把握、调查报告的撰写、调查报告的性质，调查的事后回访跟踪等方面均尚无明确的系统性制度。

第二，家事“三员”协作机制有待建立。属于法院以外的调解组织的家事调解员，以及法院向外聘任的家事调查员，因其隶属不同的主管部门，往往各自为政，法院与它们缺乏稳定的联系沟通渠道，协作机制的落实效果往往取决于彼此间熟悉程度，未能形成合力。因缺乏具体的可操作性措施和监督制约机制，导致各地落实情况参差不齐，未能形成实质意义上联系紧密、功能互补、程序衔接的运作体系。

四、家事诉讼中“三员”的职能定位与体系协作

家事纠纷因家庭成员或亲属间感情之纠葛而发，只有发掘、了解家事纷争背后隐藏之真正问题，方能通权达变、圆融解决，这有赖于家事法官、家事调解员、家事调查员的通力配合协作。在准确定位家事“三员”在家事诉讼中所处角色及职能范围的基础上，探索高效的协作模式。

（一）尝试探索家事“三员”的角色分离

家事纠纷的顺利化解，离不开纠纷处理主体作用的发挥，厘清家事法官与家事调解员在纠纷调解中的关系，及家事调解员、家事法官在事实调查体系中的关系，是构建各方良性互动的制度前提。

1.家事法官与家事调解员在调解角色上适度分离

长期以来，“调审合一”作为我国审判实践中的惯用模式，法官在调解过程中，为避免当事人之间的正面冲突，提高调解成功率，多采用“单方会谈”的方式。这类似于法官分别代表一方当事人与另一方当事人“讨价还价”，难免影响法官的中立地位和尊严，亦使司法公正与公信力受到公众的质疑。

法官的审判应当秉持思维原则是崇法、独立、理性、保守和程序性，法官的思维规则是以中立立场为思维视角，以法律真实为认识基础，以司法公正为价值追求，以人权保障为逻辑起点，以权利义务为基本线索，以法律适用为基本内容，以逻辑推理为思维形式，以法律论证为检验依据。法官在审理过程中，一旦介入调解，难以维持其法律思维原则和正常的思维规则，其参与调解易对当事人产生个人情绪上的好恶感，最终可能在不同程度上影响裁判的公正性。这也是域外很多国家，立法者意图切断调解与审判的关联，而使调解成为一种替代诉讼的纠纷解决程序独立运作于审判之外的原因所在。

基于家事纠纷具有的亲缘性和伦理性特点，当事人情绪变化的不确定性，可能致使不同的诉讼阶段都易出现调解的机会。对于家事法官来说，能否抓住这样的机会关系到家事纠纷的化解，但即便如此，基于法官的中立性，应尝试实现家事法官与家事调解员在调解角色上的适度分离。具体而言，诉前调解可委托特邀调解员或专职调解员，也可尝试让未入额或新招录的法官助理担任，可视为调解法官；诉中审理过程中，如当事人有调解意愿或家事法官认为有调解的可能，再将案件转由先前负责调解的家事调解员或调解法官负责跟进，如调解不成的，家事法官依法做出裁判；诉后的判后回访工作可由跟案的家事调解员或委托法院以外的社会工作者来完成。

2.家事法官与家事调查员在调查范畴上有所区别

家事法官在审理家事纠纷过程中享有调查取证权，家事调查员亦根据家事法官的委托享有与家事案件相关事实的调查权，此时，家事法官与家事调查员在调查范围上是否存在重合，应当如何区分，这是目前司法实践中尚未明

确的。此问题的解决需以家事调查员的身份定位为基础。

从理论上讲，家事调查员身份定位，应考虑与家事调查性质的协调性。家事调查制度的社会救济特性较为明显，当家事纠纷的有关事实无法查明时，社会给予法院及双方当事人提供了一种不同于诉讼程序的调查方式。尽管法院在家事调查的启动及推进过程中起了促推和保障作用，但该作用并非处于决定地位，家事法官并非家事调查的实际指挥官，家事调查工作的运行仍然独立于法院之外。因此，家事调查作为司法社会化的一种表现形式，其社会属性占据主导地位，将其定性为社会调查更为妥贴，这就区别于家事法官的司法调查权。后者的调查范围应围绕“法律上的事实”来展开，而前者则可以扩展至当事人“生活上的事实”“心理上的事实”等内容。

而对于家事调查主体的身份，无论是法院内的司法辅助人员担任，还是由法院之外的人员或社会组织成员构成，这仅是形式上的区别，而不能改变家事调查社会自力救济的属性。家事调查员基于家事法官的委托开展工作，但在法律地位上与家事法官相互独立，并不存在任何隶属关系。因此，在对家事调查员的调查职能进行立法规制的过程中，应融入程序正义的标准，从而在立法上体现家事调查员制度对当事人程序保障的立法精神。

3.家事调解员与家事调查员在身份职权上相对隔离

家事调查作为第三方介入辅助纠纷解决的方法，为了保障调查结果的正当性，必然要求调查主体保持中立，否则将损害调查的基础。家事调查员的中立调查与家事调解需要的斡旋协调或帮助双方妥协让步的功能差异明显。故而，不应让家事调解员兼任家事调查员，或者让家事调查员承担过多的家事调解工作，应实现两者在身份与职权上的一定分离。

（二）准确界定家事“三员”的职能定位

1.家事法官的职能界定

家事法官的职能除践行家事审判之核心理念，及正确认定事实与准确适用法律外，家事法官还须与双方当事人及其他利害关系人、案外人、相关机构之间存在必不可少的互动，家事法官俨然是家事纠纷审理程序中职权范围最广，也是决定审理程序是否能够流畅进行的关键核心人物。目前，除法律规定法官自身具有的职权外，为保证家事法官在诉调程序中最大限度发挥作用，其特别职能大致包括：

第一，与诉讼程序相关的职能，包括：一是审判程序的指挥权；二是倾听关系人或当事人陈述意见，尊重未成年人的意见；三是当事人的处分权因家事纠纷的特殊性而有所限制，使法官依职权调查证据的范围有所延伸；四是根据案件进展情况及当事人的情绪反映，在对当事人的心理状况作出合理判断的基础上，要求当事人接受心理咨商、心理治疗或医学检验。

第二，与调解程序相关的职能，包括：一是家事调解程序之指挥权，家事法官通常依职权指挥调解程序的进行，但只限于行政层面的指挥，而并非实际介入家事调解员的调解工作；二是征询或参酌家事调解员、家事调查员、社会工作员或社会福利机构的建议；三是为保证调解程序的顺利进行，依职权调阅相对人的护照、户籍等个人资料；四是斟酌案件及当事人的情形，必要时，连系社会福利单位或社会工作者等社会资源，及时处理和减缓双方当事人的对立与激烈纷争。

2.家事调解员的职能界定

家事调解员主要依据其专业对双方当事人进行调解，促使当事人之间针对争议事项能够取得一定的共识，其职能包括：

第一，接受调解的委托后，协调调解时间，视情况决定调解次数。

第二，采用适当的调解模式与方案。家事调解员在调解过程中，应根据当事人的状况而采取不同的调解模式，但在运用“治疗式”调解模式时，应注意区分家事调解员与心理咨询师的角色，避免两者出现混同。

第三，调解过程中与律师进行沟通。对于当事人委托律师到场参与调解的，可能因律师在法律上的坚持而导致无法让步故调解不成，故家事调解员应尝试劝说律师接受调解方案，或者采取“隔离调解”法，让当事人有机会表达真正的意愿。

第四，制作调解记录、撰写报告、出具意见。如调解成立的，就离婚、终止收养关系、分割遗产或其他得处分事项，经当事人合意，记载于调解笔录，如调解不成立的，纪录下当事人的问题争点提供给家事法官参考。

3.家事调查员的职能界定

家事调查员的核心职能是对法院委托的事项进行调查，其调查的范围可以涵盖要件事实的周边事实，包括“法

律上的事实”“生活上的事实”“要件事实”“心理事实”等。就工作内容而言，具体包括：第一，通过查阅诉讼文书及有关的证据资料，明确待查事实的争议焦点；第二，对待查事实的调查范围、顺序、方法向法院提出建议；第三，通过调查当事人，走访有关人员、开展调查问卷等多种方式开展实地调查；第四，完成书面调查报告；第五，依当事人申请出庭陈述意见或接受质询。

（三）努力寻求家事“三员”的体系协作

家事纠纷需要家事法官、家事调解员、家事调查员、心理咨询师、社会工作者等专业人士，运用法学、社会学、伦理学、心理学等综合知识予以处理。在法律实际运作中，每一个参与者各司其职，但却不是孤立存在，需要彼此之间的互动与合作，才能发挥最大的优势。

1.家事法官与家事调解员的协作

家事法官与家事调解员之间互动与合作的情形包括：

第一，家事法官应依据家事调解员的专业背景分配案件，并尊重和信任家事调解员的专业水准，在调解过程中，尽量不干涉家事调解员的工作。

第二，家事调解员在诉前调解过程中，经过多番调解整理出双方当事人的争议点供家事法官参考，并评估当事人是否需要接受心理咨询，将评估结果与家事法官进行沟通。

第三，移付调解。家事案件经过调解前置程序，双方未就调解达成一致，转入审判程序后，在审理过程中如果家事法官认为有必要时，可交由家事调解员继续调解，此时，家事调解员可向家事法官了解双方当事人的争点，以提升后续调解的效率与品质。

2.家事法官与家事调查员的协作

家事法官与家事调查员之间互动与合作的情形包括：

第一，关于家事调查员的介入时机。通常当出现下列情况时，家事法官需要委托家事调查员介入家事纠纷的调查：一是需要进行法庭之外的观察时，即有些家事案件有疑点尚未厘清，且不宜在法庭上观察或详述，需要家事调查员介入调查；二是涉及未成年子女的抚养权争夺、抚养费的支付、探视权的酌定时，家事法官需要指派家事调查员进行调查；三是对于跨省市家事案件的调查，考虑家事法官的时间成本，可委托家事调查员调查。

第二，家事法官通过家事调查员更妥善处理未成年子女纷争。包括：一是透过家事调查员的调查，帮助家事法官确认未成年子女内心的真实意愿；二是家事调查员实际观察未成年子女与父母之间的亲子互动，可评估未成年子女陈述的真实性，进而为家事法官在后续的家事非讼程序上做出更合适的裁定提供依据；三是在家事调解未成而转入家事诉讼时，双方因探视问题发生争执，可由家事调查员劝告或协助完成探视。

第三，家事调查员协助家事法官处理家事纠纷。包括：一是如律师对家事调查报告提出异议的，家事法官可与家事调查员沟通，以了解调查过程及细节，必要时安排家事调查员出庭陈述意见或接受质询；二是家事法官可透过家事调查员的说明，得知当事人的内心真实想法或双方的争议焦点。

3.家事调解员与家事调查员的协作

从实际的法律实务运作来看，家事调解员与家事调查员之间互动与合作并不多见，可能存在的情形有：

第一，家事调查员在调解过程中介入调查。在家事调解员的调解过程中，家事法官可能指派家事调查员进行特定事项的调查、提出局面报告，为家事调解员提供更多的资讯，以便于调解程序的进行。

第二，家事调查员协助调查争点。较少存在的情况是，在一些较为复杂的案件中，为了便于调解的顺利开展，可能需要家事调查员在家事调解即将进行前，先行调查当事人的主要争议焦点，以协助家事调解员厘清相关问题。

家庭是社会的最小细胞，家事纠纷的不当处理不仅影响当事人利益，更会影响社会和谐稳定。家事纠纷的社会性决定了对其处理应遵循社会肌理有效修复的价值取向，而社会的创伤需要一体化的社会机制来修复，这即是法院在化解家事纠纷的过程中，引入家事调解员、家事调查员、心理咨询师等外部社会力量共同参与的必要性所在，通过多渠道、全方位的情感关怀以帮助化解纠葛，实现私力救济、社会救济和公力救济的相互衔接、良性互动。在当前家事审判运行机制的改革过程中，引入家事调解员与家事调查员作为一项重要举措，其与家事法官一同联接起家事诉讼中的审判与调解环节，家事“三员”作用的发挥程度直接影响到家事诉讼的程序效力及家事纠纷化解的成效。家事调解员与家事调查员制度本身具有丰富的内涵，随着家事审判改革对这两项制度的逐步探索和深入实践，必将进一步发挥制度的功能作用，体现制度的价值选择。通过家事诉讼中家事法官、家事调解员、家事调查员之间的不

断协调和融合，促使其共同致力于彻底化解家事纠纷，一方面，争取以调解的方式解决双方的矛盾，减少诉讼对双方当事人及其家人的伤害；另一方面，对于那些必须通过诉讼手段解决的家事纠纷，在体现家事审判公正高效的同时，也为家事法官的理性裁判注入人文关怀的力量。

论家事诉讼中家事“三员”的职能定位与体系协作

任容庆，女，云南玉溪人，民商法学博士，最高人民法院应用法学研究所

任容庆，女，云南玉溪人，民商法学博士，最高人民法院应用法学研究所博士后研究人员，从事物权法、家事法研究。兼任由最高人民法院主管，中国应用法学研究所与人民法院出版社共同主办的《中国应用法学》期刊编辑。曾在《法学杂志》《证券法苑》《电子知识产权》《人民司法》等期刊上发表论文数十篇。

本文系作者授权推送，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

摘要：家事纠纷的亲缘性、隐私性、社会性、伦理性决定了家事诉讼程序应具有解决家庭纠纷、修复和治疗家庭关系、保护未成年人利益最大化和提供社会服务的特殊功能。家事法官、家事调解员与家事调查员作为处理家事纠纷的专业团队，对于彼此之间的协作模式，域外各国家事法律规定不一。从本轮家事审判改革试点法院的实践操作来看，对家事“三员”的改革存在职能定位模糊不清、队伍结构参差不齐、工作机制尚不健全的问题，故下一步的改革进程中，应尝试探索家事“三员”的角色分离，准确界定家事“三员”的职能定位，并努力寻求家事“三员”的体系协作。

关键词：家事诉讼　家事“三员”　职能定位　体系协作

引言

家庭是社会的基本细胞，家庭和谐是社会稳定的基础，家庭稳固是国家发展、民族进步的基石。近年来，随着社会经济发展进入新常态，法院受理的家事纠纷数量不断攀升，该类案件的处理结果不仅关系婚姻家庭的稳定，还关乎未成年人、妇女及老年人合法权益的保障，家事审判成为促进和谐社会建设的重要司法保障。

长久以来，人民法院的家事审判工作，无论是在审判理念，还是机制体制，抑或司法效果方面，都与家事纠纷的自身特点、司法规律和人民群众的司法需求之间，存在诸多不适之处。为科学、合理、有效地处理家事案件，以遏制因家事纠纷所引发的社会矛盾，最高人民法院于 2016 年 4 月启动了家事审判方式和工作机制改革，于全国范围内选定 118 家中基层法院开展为期两年的试点工作。

目前，试点工作已过去一年有余，各地试点法院相继就家事审判方式和工作机制创新进行了诸多有益探索，并形成或有自身地域特色，或可向全国推广适用的经验总结。然而，在取得改革成效的同时，不可避免地显露出了一些改革的问题。其中，家事诉讼专业团队中的主要“三员”，即家事审判员（家事法官）、家事调解员、家事调查员之间的职能定位与体系协作，是此前家事审判改革试点过程中，各地法院尚未理清的问题之一。

一、家事纠纷特点对家事诉讼程序之特殊要求

家事纠纷具有较强的身份性、伦理性和社会性特点，而传统家事审判方式简单化、程序化，用审理财产案件的理念和方式审理家事案件，在有效化解矛盾、维护家庭稳定及保护未成年子女权益等方面显得力不能及。因此，了解家事纠纷的具体特点，把握家事诉讼程序的特殊功能是我国家事审判方式改革的基础前提。

（一）家事纠纷的特点

通常而言，家事纠纷是指基于血缘和姻缘关系产生的，发生在夫妻、亲子、其他家庭成员及近亲属之间的身份关系和财产关系纠纷。[1]如婚姻案件、赡养抚养扶养案件、遗产继承和析产案件、收养关系案件等。家事纠纷具有不同于一般民事诉讼的特殊性。

1.家事纠纷具有亲缘性

家事纠纷成立的前提即当事人之间具有血缘上或法律上的亲缘关系。亲缘因素的介入使当事人之间的关系变得敏感且微妙，存在纠纷和解与矛盾激化彼此转化的可能性：一方面，亲缘关系导致难以预测纠纷的解决结果，看似激烈的矛盾也存在和解的可能性；另一方面，原本事实清楚的纠纷也可能因亲缘关系应遵循的特殊原则而进一步激化家庭矛盾。

2.家事纠纷具有隐私性

家事纠纷的双方是亲密的家庭成员，双方当事人常年居住在一起，基于家人之间的信任，会将自身的隐私告知对方，故而家事纠纷常涉及当事人生活上、感情上的私密。一旦发生纠纷，双方当事人对其隐私的披露有所顾虑，

故有意回避法院的诉讼活动，有的甚至为了保护其个人隐私，在解决纠纷的过程中对事实有所隐瞒或虚构，这就增加了纠纷解决的难度。

3.家事纠纷具有社会性

在很多情况下，家事纠纷不仅涉及双方当事人之间的私益，还涉及第三人利益，甚至社会公共利益，这决定了家事纠纷具有社会性。比如，在离婚案件中，除涉及夫妻双方的权利义务外，还会涉及到父母、子女的照顾、抚养利益；因离婚而逃避债务的，也会涉及其他利害关系人的利益等。因此，家庭作为社会的基本单位之一，解决好家事纠纷有助于实现社会的安定和谐。

4.家事纠纷具有伦理性

血缘关系作为最基础、最普遍的社会关系，是人类伦理道德产生的始基。家庭关系的原初性、普遍性和恒久性，决定了家庭伦理在社会伦理体系中的基础地位，并感染和影响着社会伦理。家庭伦理的有序性和分享利他性是婚姻家庭得以延续的基础。我国自古就有注重家族宗法、长幼尊卑的传统，一些边远地区以及老一辈的人对家庭伦理道德的尊重不亚于对法律的敬畏。

（二）家事诉讼的程序功能

家事纠纷在身份关系及其衍生的财产关系之外，还兼具社会性、伦理性及情感性等特点，故而需要发挥家事诉讼程序中调解的作用，家事诉讼的根本目标和价值取向是促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解、弥合家庭创伤，其程序功能体现在：

1.解决家庭纠纷

诉讼具有化解和消弥社会冲突的作用，解决纠纷的功能是诉讼最古老也是最重要的功能。[2]纠纷解决具有范围的广泛性，方式的被动性，主体的多样性，程序的法定性，结果的权威性的特点，这决定了诉讼解决纠纷时普遍具有正规性、过程性和对抗性，而家事纠纷具有的身份性、公益性、专业性等特点，如通过一般的诉讼程序来解决此类纠纷，显得缺乏亲情且不能获得最佳效果，故而在解决家事纠纷时，不应特别在意纠纷解决的过程及裁判标准，而应注重调和当事人之间的矛盾，通过加大调解力度，增大调解强度，扩大调解范围，以达到双方当事人均满意的纠纷解决效果。

2.修复和治疗家庭关系

诉讼的延伸性功能之一即控制功能，通过对社会中纠纷的解决，实现对现存社会秩序的维护，进而使社会达到治理性控合效果。[3]婚姻家庭是以两性关系与血缘关系为其自然条件而形成的社会关系，是人类社会最基本的社会关系，同时是社会稳定的基石。而家事纠纷的社会性质折射出家事诉讼应具有的社会功能，即修复和治疗家庭关系。通过治疗双方当事人因家庭矛盾而受伤的心灵，修复其破裂的婚姻家庭关系，调整当事人之间、当事人与其家庭之间失衡的人际状态，以实现维护社会秩序和综合治理的功能。

3.保护未成年人利益最大化

诉讼的另一功能是教育功能，即通过日常的、反复的诉讼活动，潜移默化地强化民众的法律意识，引导人们遵循社会主流价值观行事。[4]与其他诉讼相比，家事诉讼对未成年人生理和心理的影响最为直接。对于心智尚未完全发育成熟的孩子，他们在父母离婚等家庭纠纷中所受到的伤害和痛苦，随着时间不断积累而不断加深，甚至影响孩子一生。因此，家事诉讼应追求保护和关怀未成年人的理念，以保护未成年人的最佳利益作为唯一的出发点和诉讼原则，通过教育和引导促使双方当事人从一切为了孩子的目标出发来妥善化解矛盾。

4.提供社会服务

为了更有效地恢复失衡的家庭关系，家事诉讼中附带提供了以化解双方矛盾为目的的社会服务，一些社会机构在家事法庭的协助下，制定帮助涉诉家庭的计划或者方案。从世界各国实践来看，家事诉讼中的社会服务包括，一是为涉诉的婚姻家庭提供咨询服务，这种咨询不仅可以为已经提起诉讼或者已经进入诉讼程序的家庭提供咨询服务，也可以为尚未提起诉讼的家庭提供咨询服务；[5]二是劝导和辅助服务[6]，即通过律师“向夫妇阐明，解决纠纷是他们的责任”[7]；三是家事调停服务，许多国家在家事诉讼中都专门提供了调停服务。[8]

（三）家事诉讼中的专业团队

台湾学者邱璿如曾指出：“家事法庭所处理的纠纷，大多存在亲属之间，包含着十分复杂的情感、身份等非经济因素的纠葛，需要家事法庭配置专业的的调解员和调查员等辅助人员，在了解当事人特殊的心理、生理、家庭环

境与社会背景的基础后，查明家事纠纷的事实真相以及纠纷产生的原因，进而提供必要的协助和建言。”[9]可见，家事法官、家事调解员和家事调查员是家事诉讼中必不可少的专业人员，“三员”的互动与合作直接关系到家事纠纷化解的效果。

其中，家事调解员是家事诉讼中专司调解工作的人员，充当纠纷当事人利益方面的指导师及纠纷解决的调停者角色，家事调解程序需要在家事法官的主持下，由家事调解员来具体操作与落实。家事调查员是受法院委托，凭借自身专业知识和社会经验，通过实地调查，掌握家事纠纷的相关事实，为裁判调解提供参考的专业人士，其中立性身份容易拉近与受访者之间的心理距离，最大限度降低当事人的抵触情绪，为事实的全面查明提供有效途径。而家事法官始终是家事案件纠纷化解的核心。

为全面妥当地解决家事纠纷，家事调查员、家事调解员协助家事法官完成大量事务性工作，在专门化分工下的各司其职，有助于多角度查明案情并修复关系。但人员上的细分并非意味着程序上的割裂，相反却是统合处理、相互补充。司法实践中就存在家事调查员在进行相关事实调查时，就在适当时机对双方当事人进行斡旋式调解；而家事调解员在调解过程中，日渐得到当事人的信任后，会得到比家事调查员前期调查更为详实的事实。因此，无论是家事调解、家事调查都是家事诉讼的重要基础性工作，为家事纠纷的有效化解而服务。

二、家事诉讼中“三员”协作模式之域外考察

在家事诉讼中，域外各国法院处理家事纠纷均离不开调解的适用，在审判与调解程序之间涉及家事法官、家事调解员和家事调查员的合作协调，从“三员”的协作关系上看，大致可分为以法官为主导的紧密联系型、以法官为核心的资源整合型和以法院为平台的服务拓展型三类。

（一）以法官为主导的紧密联系型

该类型以日本为代表。家事调停贯穿于日本的家事诉讼之中，法院设置专门的家事调停委员参与家事案件的解决，同时为弥补家事审判官在社会学与心理学等多层面调查及人际关系调整方面的不足而专设家事调查官一职。通过发挥家事审判官[10]、家事调停委员（调解员）[11]、家事调查官[12]、家事医务室技官[13]、参与员[14]等的各自职能，在诉调转化之间实现专业团队的有机协作。

1.调停与诉讼的关系：交替出现

基于调停前置原则和职权（交付）调停制度，家事纠纷的诉调关系体现于：一方面，调停是整个家事诉讼程序中的一环，家事诉讼中出现“调停——审判——调停——审判”的反复，导致司法实践中，调停环节中的家事审判官（此时称家事调停官）和家事调停委员，及审判环节中的家事审判官和参与员，可能为同一人[15]；另一方面，调停程序中形成的心证和提交的证据，在审判程序中被自然地使用。

2.家事审判官与家事调停委员的关系：形式与实质关系

家事纠纷的调停由一名家事审判官和两名家事调停官共同组成调停委员会来负责。一方面，从形式上看，作为调停法官的家事审判官主导家事调停程序，灵活借用相关人员的辅助，使整个调停有序进行；另一方面，从实际操作看，因家事审判官无法全程参与每一个案件，使得调停程序在相当程度上切实依赖于调停委员来发挥作用[16]。

3.家事审判官与家事调查官的关系：彼此独立

家事调查官应家事审判官的要求，根据案件的具体情况，调查相关人员的性格、经历、生活和财产状况、家庭及其他环境等，运用心理学、社会学、经济学等专业知识综合分析后出具调查报告。[17]同时，引导当事人恢复理性的心理调整，或为调整环境而联络其他社会福利机构进行调研或制订针对性治疗方案。

4.家事调查官与家事调停委员的关系：彼此独立

家事调查官主要职责为事实调查，家事调停委员主要职责为调停纠纷，但当调停委员会认为有必要时，可命组成该调停委员会的调停委员以咨询当事人或证人的方式进行案件事实调查[18]。

（二）以法官为核心的资源整合型

该类型以我国台湾地区为代表。台湾“家事事件法”确立了调解前置原则，合并调解和移付调解制度，并由家事法官、家事调解委员[19]、家事调查官[20]、程序监理人[21]、社会工作人员[22]等组成专业团队。为扩大调解机制，家事法官于必要时，得商请提供调解服务的非营利民间机构或团体志愿者予以专业的协助，以促进资源整合，在提高调解效率的同时，减少法院的劳动力及当事人的费用支出。

1.调解与诉讼的关系：依申请转化

处理家事纠纷的诉调关系体现于：一方面，程序转化须经申请。对于诉前调解未达成合意的案件，并非如日本自动转为审判程序，而是须经当事人的申请[23]才能进入审判程序，这一规定体现了对当事人程序主体性地位的尊重；另一方面，调解程序具有保密性，即当事人在调解中有关事实或法律上的陈述、对于请求事项的让步，不能在审判程序中作为法官心证的参考资料。

2.家事法官与家事调解委员的关系：桥梁关系

无论是诉前的强制调解，还是诉中的移付调解，均交由调解股处理，由法官选任符合资格的 1 至 3 名家事调解委员先行为之，法官的职责有指挥家事调解程序和参酌家事调解委员的建议。可见，家事调解程序虽由法官行之，然而协助法官进行各类家事事件调解的专业人员却是家事调解委员，故而家事调解委员在调解程序中扮演法官与当事人之间的桥梁角色，同时也是双方当事人之间沟通的协调者。

3.家事法官与家事调查官的关系：彼此独立

家事法官可以依职权或者调解员的申请，指派家事调查官对特定事项进行调查，并征询家事调查官的建议；家事调查官则通过对特定事项的调查后出具报告或提供意见供家事法官参考。为避免浪费家事调查官人力资源及延宕程序，家事调查官对特定事项调查前，法官先令当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见，以掌握事件要旨、引导查明争点，并具体指示家事调查官的调查方向及重点。

4.家事调查官与家事调解委员的关系：相互交流

家事调查官就未成年子女、受监护宣告或辅助宣告人与被安置人的意愿、心理、情感状态、学习状态、生活状态、沟通能力及其他必要事项进行评估时，须与家事调解委员进行资讯交流分享，必要时，可协助家事调解委员进行调解。

（三）以法院为平台的服务拓展型

该类型以澳大利亚为代表。家事法院在审理案件过程中把促成当事人和解以及进行积极的调解作为一项重要原则,由法官、司法登记官、登记官[24]、家事调解员[25]组成专业团队。法院还注重结合民间力量合力推动家事纠纷的解决，在政府认可的调解机构工作的社区家事调解员、私营家事调解员等均可接受法院或申请人交付的调解业务。此外，法院提供包括调解辅导、案件评估会议、调解会议、联合调解会议、电话咨询服务、转介服务、研讨会、提供家庭报告等多种形式的调解服务。[26]

1.诉讼与调解的关系：随时介入

家事纠纷的诉调关系体现在：一方面，在诉讼的各个阶段，家事法官均鼓励和支持双方当事人进行调解或和解，如果当事人愿意或法官在庭审举证或从当事人的态度中认为存在和解可能性的，法官会中止诉讼程序，立即为双方选定调解人员、确定调解时间和地点；法官中止诉讼后，如果任何一方当事人要求继续审理的，法庭必须恢复庭审。另一方面，基于家事调解的保密原则，调解中形成的证据不能作为诉讼证据使用。

2.家事法官与家事调解员的关系：彼此中立

家事法官的定位为裁判者，为保障法官在调解不成时，作为裁判者的中立性与公正性，家事法官不能出面主持调解，而只能提供调解指导。家事调解员在调解活动中原则上不提供当事人心理辅导，除非涉及未成年子女时，调解员可就子女的安排提供适当建议，否则，调解员不能给予双方当事人法律意见，以保持中立第三方的地位。

3.家事法官与家事调查员的关系：彼此独立

澳大利亚法院没有专设家事调查员，类似职责由家庭顾问履行，但仅在涉及未决子女相关问题时，家事法官会任命家庭顾问[27]出具涉及本案家庭成员间关系的家庭报告，对案件中的各种问题提供一种独立评估，帮助家事法官在审理案件过程中对未成年子女的安排（如对子女监护和探视问题）做出决定，也可帮助各方当事人达成协议。庭审时，家庭顾问在法庭上接受交叉质询，当事人、律师、法官可以询问家庭顾问有关报告的内容和他们对家庭的评估问题。

4.家事调查员与家事调解员的关系：彼此独立

家事顾问的职责类似家事调查员，作为非调解主持者的特别辅助机构，主要负责调查事宜，以便家事调解员在调解家事纠纷的过程中了解法律问题背后的人际关系，以便更好地掌握家事纷争的来龙去脉，为调解提供有益的帮助。

三、家事诉讼中“三员”协作模式之本土实证

早在最高法院部署家事审判改革试点工作之前，广东、广西、山东、福建等省的部分法院已经开始在家事审判中特别是在离婚诉讼中引入家事调解员和家事调查员制度。2016 年 4 月的试点工作启动后，各地试点法院根据地方家事案件特点，不同程度地开展了各具特色的改革探索，在家事诉讼中形成了家事法官、家事调解员和家事调查员的不同操作方式，同时也暴露出实践中存在的问题。

（一）家事“三员”在家事诉讼中的实践探索

自去年以来，全国家事审判改革可谓百花齐放。在家事专业团队建设方面，很多试点法院在单独设立家事法官的基础上，引入家事调解员和家事调查员，形成以下实践探索：

1.组建家事专业团队

在家事审判改革试点中，结合家事纠纷的特殊性，并配合司法改革中的人员分类管理改革，各地法院探索组建涉及家事法官、专职人民陪审员、家事调解员、家事调查员、心理咨询师等在内的专业化的家事诉调团队。例如，甘肃华池县法院在推行《家事案件律师参与调解制度》《家事调解员制度》《家事调查官工作制度》的基础上，组建了由 3 名具有家事审判经验的法官、3 名专职人民陪审员、6 名人民调解员、2 名家事调查官、2 名志愿者律师共同参与的“3+3+6+2+2”家事专业团队。

2.扩充家事调解队伍

家事调解是解决家事纠纷的重要途径，各地法院家事调解员的实践方式有：

第一，以法院专职调解员为主，如广东东莞二院与辖区司法行政部门合作，通过政府出资、法院培训，向社会公开招录专职人民调解员，再由政府派驻到法院开展家事调解工作。

第二，以特邀调解员为主，如宁波鄞州区法院聘任包括离休法官、律师、警察、检察官、人民教室在内的社会工作者作为特邀家事调解员。

第三，组建调解团队，如杭州西湖区法院组建由法院特邀调解员，区司法局人民调解员、区妇联妇女儿童维权和法律援助志愿者等组成的，包含心理咨询师、律师等专业人员在内的家事调解团队。

第四，成立调解委员会，如马鞍山雨山区法院成立家事多元调解委员会，聘任了 8 名调解员，同时吸纳妇联干部、心理咨询师、调解志愿者等群体，组建了集家事调查员、情感观察员、心理疏导员等在内的专业性调解组织。

3.引入家事调查机制

在此番家事审判改革中，引入家事调查员是重要的创新机制之一，各地试点法院的探索呈现以下不同之处：

第一，在家事调查员的来源方面，形成两类：一是在法院的司法辅助人员中产生，如山东即墨市法院由法官助理担任家事调解员，又如甘肃华池县法院由家事审判庭的两名书记员担任家事调查员；二是向社会聘请家事调查员，如潍坊潍城区法院从辖区街道社区选任网格化的热心居民和村民担任家事调查员，又如陕西铜川市法院从社区、居委会、村委会、妇联、电视台等组织多方挑选家事调查员，再如深圳盐田区法院从执业律师、专职人民调解员，从事婚姻家庭或妇联工作的专职干部，心理咨询师、社工、义工中选任。

第二，在家事调查员的职责方面，从其职责范围的由小至大可分为三类：一是单纯的家事调查工作，如德州武城县法院委托家事调查员以走访邻居、社区、工作单位等方式调查当事人的婚姻家庭状况；二是配合法院与家事纠纷相关的工作，如宁波海曙区法院的家事调查员参与判后回访，南宁江南区法院的家事调查员参与家事调解工作；三是肩负其他社会职责，如厦门海沧区法院的调查员还负责普法宣传，基层调研，法制活动，帮扶贫困学生等。

第三，在家事调查报告的适用方面，分为三类：一是家事调查员需出具书面调查报告且出庭陈述意见，并接受当事人的质询，如深圳盐田区法院、宁波海曙区法院；二是家事调查员仅需出具书面调查报告，如榆中县法院委托司法局、团委等指定专业家事调查员进行调查后，出具书面调查报告或意见；三是未规定家事调查员应出具家事调查报告。

（二）我国家事“三员”协作模式之现状检讨

从当前实践操作来看，在家事诉讼与调解程序中，我国家事法官、家事调解员与家事调查员无论是在角色定位还是职责划分方面，都存在着模糊不清和界定不明的问题，这势必阻碍家事“三员”在处理家事纠纷中作用的发挥。

1.家事“三员”职能定位模糊不清

从目前家事审判实践看，家事法官、家事调解员与家事调查员的角色并未完全分离，而是在一定程度和范围内形成混同。

第一，家事法官与家事调解员的职能交叉。审判人员与调解人员职能交叉源于我国长期以来形成的调审合一的审判模式，理论界对此亦存在“调审合一”与“调审分离”的诸多争论，这也成为我国家事审判中的普遍现象，很多法院在开展家事审判改革中，要求家事法官除具备法律专业水准外，还应具有相应的心理学、社会学知识，以便于开展对当事人劝解疏导的调解工作。

第二，家事调解员与家事调查员的角色混同。目前，很多法院都要求家事调查员配合家事调解员，从事家事纠纷的调解工作，这使得家事调查员与家事调解员的身份出现一定程序上的混同。而从家事调查员的角色定位来看，应是中立居中的，客观真实地反映被调查对象的现实状况，这区别于家事调解员兼具心理疏导教辅的职能，因此，将家事调查与家事调解作一体化程序架构是否妥当，这是值得思考的。

第三，家事法官与家事调查员的调查范围重合。从各地的实践做法来看，并未明确家事法官与家事调查员的调查范围。加之家事调查性质界定不明确，目前形成两种认识：一是基于家事调查系在法院的主持或者引导下进行而将其定位为司法调查范畴；二是将家事调查定位为社会调查范畴。如将家事调查视为司法调查，家事调查员与家事法官之间的调查范围如何区分；如将家事调查视为社会调查，家事调查事项范围是否可以在法律事实范围下予以扩展，扩展到多大的范围等。

2.家事“三员”队伍结构参差不齐

从各地试点法院的操作来看，家事法官、家事调解员和家事调查的队伍结构存在不同程度的差距。

第一，家事法官普遍来自民一庭或少审庭有家事审判经验的法官，其法官的业务素质及审判经验均有所保证。

第二，调解作为纠纷解决的传统方式之一，早在家事审判方式改革前，各地法院探索专职调解员和特邀调解员制度的建立，但在家事领域，调解员应具备心理学和社会学等专业知识，因此，家事调解员的专业素质提出了更高的要求，当前各地法院家事调解员的专业性还有待加强。

第三，家事调查员作为一项新的制度，各地法院的选任模式各不统一，导致队伍结构混乱，即有法院内部的书记员兼任型、法官助理兼任型；也有法院外聘的热心居民和村民担任型、社会多元参与型、专业人士选拔型，及从人民调解组织、退休法官、退休公务员中选任型。人员结构队伍的混乱，造成业务水平参差不齐，很多调查员缺乏必要的业务能力，缺乏情感交流和沟通技巧，导致调查效果大打折扣。

3.家事“三员”工作机制尚不健全

目前，家事审判改革试点刚启动一年多，各地法院关于各方面工作机制的探索也才初现成效，但却还不够健全，有待进一步完善。

第一，与家事调查员相配套的制度有所欠缺。一些法院对家事调查员采取了相应的改革举措，但大多是零星的尝试，没有制度层面的规定和保障。无论是调查程序的启动、调查程序的安排、调查时间和介入时机的把握、调查报告的撰写、调查报告的性质，调查的事后回访跟踪等方面均尚无明确的系统性制度。

第二，家事“三员”协作机制有待建立。属于法院以外的调解组织的家事调解员，以及法院向外聘任的家事调查员，因其隶属不同的主管部门，往往各自为政，法院与它们缺乏稳定的联系沟通渠道，协作机制的落实效果往往取决于彼此间熟悉程度，未能形成合力。因缺乏具体的可操作性措施和监督制约机制，导致各地落实情况参差不齐，未能形成实质意义上联系紧密、功能互补、程序衔接的运作体系。

四、家事诉讼中“三员”的职能定位与体系协作

家事纠纷因家庭成员或亲属间感情之纠葛而发，只有发掘、了解家事纷争背后隐藏之真正问题，方能通权达变、圆融解决，这有赖于家事法官、家事调解员、家事调查员的通力配合协作。在准确定位家事“三员”在家事诉讼中所处角色及职能范围的基础上，探索高效的协作模式。

（一）尝试探索家事“三员”的角色分离

家事纠纷的顺利化解，离不开纠纷处理主体作用的发挥，厘清家事法官与家事调解员在纠纷调解中的关系，及家事调解员、家事法官在事实调查体系中的关系，是构建各方良性互动的制度前提。

1.家事法官与家事调解员在调解角色上适度分离

长期以来，“调审合一”作为我国审判实践中的惯用模式，法官在调解过程中，为避免当事人之间的正面冲突，提高调解成功率，多采用“单方会谈”的方式。这类似于法官分别代表一方当事人与另一方当事人“讨价还价”，难免影响法官的中立地位和尊严，亦使司法公正与公信力受到公众的质疑。

法官的审判应当秉持思维原则是崇法、独立、理性、保守和程序性，法官的思维规则是以中立立场为思维视角，以法律真实为认识基础，以司法公正为价值追求，以人权保障为逻辑起点，以权利义务为基本线索，以法律适用为基本内容，以逻辑推理为思维形式，以法律论证为检验依据。[28]法官在审理过程中，一旦介入调解，难以维持其法律思维原则和正常的思维规则，其参与调解易对当事人产生个人情绪上的好恶感，最终可能在不同程度上影响裁判的公正性。这也是域外很多国家，立法者意图切断调解与审判的关联，而使调解成为一种替代诉讼的纠纷解决程序独立运作于审判之外的原因所在。[29]

基于家事纠纷具有的亲缘性和伦理性特点，当事人情绪变化的不确定性，可能致使不同的诉讼阶段都易出现调解的机会。对于家事法官来说，能否抓住这样的机会关系到家事纠纷的化解，但即便如此，基于法官的中立性，应尝试实现家事法官与家事调解员在调解角色上的适度分离。具体而言，诉前调解可委托特邀调解员或专职调解员，也可尝试让未入额或新招录的法官助理担任，可视为调解法官；诉中审理过程中，如当事人有调解意愿或家事法官认为有调解的可能，再将案件转由先前负责调解的家事调解员或调解法官负责跟进，如调解不成的，家事法官依法做出裁判；诉后的判后回访工作可由跟案的家事调解员或委托法院以外的社会工作者来完成。

2.家事法官与家事调查员在调查范畴上有所区别

家事法官在审理家事纠纷过程中享有调查取证权，家事调查员亦根据家事法官的委托享有与家事案件相关事实的调查权，此时，家事法官与家事调查员在调查范围上是否存在重合，应当如何区分，这是目前司法实践中尚未明确的。此问题的解决需以家事调查员的身份定位为基础。

从理论上讲，家事调查员身份定位，应考虑与家事调查性质的协调性。家事调查制度的社会救济特性较为明显，当家事纠纷的有关事实无法查明时，社会给予法院及双方当事人提供了一种不同于诉讼程序的调查方式。尽管法院在家事调查的启动及推进过程中起了促推和保障作用，但该作用并非处于决定地位，家事法官并非家事调查的实际指挥官，家事调查工作的运行仍然独立于法院之外。因此，家事调查作为司法社会化的一种表现形式，其社会属性占据主导地位，将其定性为社会调查更为妥贴，这就区别于家事法官的司法调查权。后者的调查范围应围绕“法律上的事实”来展开，而前者则可以扩展至当事人“生活上的事实”“心理上的事实”等内容。

而对于家事调查主体的身份，无论是法院内的司法辅助人员担任，还是由法院之外的人员或社会组织成员构成，这仅是形式上的区别，而不能改变家事调查社会自力救济的属性。家事调查员基于家事法官的委托开展工作，但在法律地位上与家事法官相互独立，并不存在任何隶属关系。因此，在对家事调查员的调查职能进行立法规制的过程中，应融入程序正义的标准，从而在立法上体现家事调查员制度对当事人程序保障的立法精神。

3.家事调解员与家事调查员在身份职权上相对隔离

家事调查作为第三方介入辅助纠纷解决的方法，为了保障调查结果的正当性，必然要求调查主体保持中立，否则将损害调查的基础。家事调查员的中立调查与家事调解需要的斡旋协调或帮助双方妥协让步的功能差异明显。故而，不应让家事调解员兼任家事调查员，或者让家事调查员承担过多的家事调解工作，应实现两者在身份与职权上的一定分离。

（二）准确界定家事“三员”的职能定位

1.家事法官的职能界定

家事法官的职能除践行家事审判之核心理念，及正确认定事实与准确适用法律外，家事法官还须与双方当事人及其他利害关系人、案外人、相关机构之间存在必不可少的互动，家事法官俨然是家事纠纷审理程序中职权范围最广，也是决定审理程序是否能够流畅进行的关键核心人物。目前，除法律规定法官自身具有的职权外，为保证家事法官在诉调程序中最大限度发挥作用，其特别职能大致包括：

第一，与诉讼程序相关的职能，包括：一是审判程序的指挥权；二是倾听关系人或当事人陈述意见，尊重未成年人的意见；三是当事人的处分权因家事纠纷的特殊性而有所限制，使法官依职权调查证据的范围有所延伸；四是根据案件进展情况及当事人的情绪反映，在对当事人的心理状况作出合理判断的基础上，要求当事人接受心理咨商、心理治疗或医学检验。

第二，与调解程序相关的职能，包括：一是家事调解程序之指挥权，家事法官通常依职权指挥调解程序的进行，但只限于行政层面的指挥，而并非实际介入家事调解员的调解工作；二是征询或参酌家事调解员、家事调查员、社会工作员或社会福利机构的建议；三是为保证调解程序的顺利进行，依职权调阅相对人的护照、户籍等个人资料；

四是斟酌案件及当事人的情形，必要时，连系社会福利单位或社会工作者等社会资源，及时处理和减缓双方当事人的对立与激烈纷争。

2.家事调解员的职能界定

家事调解员主要依据其专业对双方当事人进行调解，促使当事人之间针对争议事项能够取得一定的共识，其职能包括：

第一，接受调解的委托后，协调调解时间，视情况决定调解次数。

第二，采用适当的调解模式与方案。家事调解员在调解过程中，应根据当事人的状况而采取不同的调解模式，但在运用“治疗式”调解模式时，应注意区分家事调解员与心理咨询师的角色，避免两者出现混同。

第三，调解过程中与律师进行沟通。对于当事人委托律师到场参与调解的，可能因律师在法律上的坚持而导致无法让步故调解不成，故家事调解员应尝试劝说律师接受调解方案，或者采取“隔离调解”法，让当事人有机会表达真正的意愿。

第四，制作调解记录、撰写报告、出具意见。如调解成立的，就离婚、终止收养关系、分割遗产或其他得处分事项，经当事人合意，记载于调解笔录，如调解不成立的，纪录下当事人的问题争点提供给家事法官参考。

3.家事调查员的职能界定

家事调查员的核心职能是对法院委托的事项进行调查，其调查的范围可以涵盖要件事实的周边事实，包括“法律上的事实”“生活上的事实”“要件事实”“心理事实”等。就工作内容而言，具体包括：第一，通过查阅诉讼文书及有关的证据资料，明确待查事实的争议焦点；第二，对待查事实的调查范围、顺序、方法向法院提出建议；第三，通过调查当事人，走访有关人员、开展调查问卷等多种方式开展实地调查；第四，完成书面调查报告；第五，依当事人申请出庭陈述意见或接受质询。

（三）努力寻求家事“三员”的体系协作

家事纠纷需要家事法官、家事调解员、家事调查员、心理咨询师、社会工作者等专业人士，运用法学、社会学、伦理学、心理学等综合知识予以处理。在法律实际运作中，每一个参与者各司其职，但却不是孤立存在，需要彼此之间的互动与合作，才能发挥最大的优势。

1.家事法官与家事调解员的协作

家事法官与家事调解员之间互动与合作的情形包括：

第一，家事法官应依据家事调解员的专业背景分配案件，并尊重和信任家事调解员的专业水准，在调解过程中，尽量不干涉家事调解员的工作。

第二，家事调解员在诉前调解过程中，经过多番调解整理出双方当事人的争议点供家事法官参考，并评估当事人是否需要接受心理咨询，将评估结果与家事法官进行沟通。

第三，移付调解。家事案件经过调解前置程序，双方未就调解达成一致，转入审判程序后，在审理过程中如果家事法官认为有必要时，可交由家事调解员继续调解，此时，家事调解员可向家事法官了解双方当事人的争点，以提升后续调解的效率与品质。

2.家事法官与家事调查员的协作

家事法官与家事调查员之间互动与合作的情形包括：

第一，关于家事调查员的介入时机。通常当出现下列情况时，家事法官需要委托家事调查员介入家事纠纷的调查：一是需要进行法庭之外的观察时，即有些家事案件有疑点尚未厘清，且不宜在法庭上观察或详述，需要家事调查员介入调查；二是涉及未成年子女的抚养权争夺、抚养费的支付、探视权的酌定时，家事法官需要指派家事调查员进行调查；三是对于跨省市家事案件的调查，考虑家事法官的时间成本，可委托家事调查员调查。

第二，家事法官通过家事调查员更妥善处理未成年子女纷争。包括：一是透过家事调查员的调查，帮助家事法官确认未成年子女内心的真实意愿；二是家事调查员实际观察未成年子女与父母之间的亲子互动，可评估未成年子女陈述的真实性，进而为家事法官在后续的家事非讼程序上做出更合适的裁定提供依据；三是在家事调解未成而转入家事诉讼时，双方因探视问题发生争执，可由家事调查员劝告或协助完成探视。

第三，家事调查员协助家事法官处理家事纠纷。包括：一是如律师对家事调查报告提出异议的，家事法官可与家事调查员沟通，以了解调查过程及细节，必要时安排家事调查员出庭陈述意见或接受质询；二是家事法官可透过

家事调查员的说明，得知当事人的内心真实想法或双方的争议焦点。

3.家事调解员与家事调查员的协作

从实际的法律实务运作来看，家事调解员与家事调查员之间互动与合作并不多见，可能存在的情形有：

第一，家事调查员在调解过程中介入调查。在家事调解员的调解过程中，家事法官可能指派家事调查员进行特定事项的调查、提出书面报告，为家事调解员提供更多的资讯，以便于调解程序的进行。

第二，家事调查员协助调查争点。较少存在的情况是，在一些较为复杂的案件中，为了便于调解的顺利开展，可能需要家事调查员在家事调解即将进行前，先行调查当事人的主要争议焦点，以协助家事调解员厘清相关问题。

结语

家庭是社会的最小细胞，家事纠纷的不当处理不仅影响当事人利益，更会影响社会和谐稳定。家事纠纷的社会性决定了对其处理应遵循社会肌理有效修复的价值取向，而社会的创伤需要一体化的社会机制来修复，这即是法院在化解家事纠纷的过程中，引入家事调解员、家事调查员、心理咨询师等外部社会力量共同参与的必要性所在，通过多渠道、全方位的情感关怀以帮助化解纠葛，实现私力救济、社会救济和公力救济的相互衔接、良性互动。在当前家事审判运行机制的改革过程中，引入家事调解员与家事调查员作为一项重要举措，其与家事法官一同联接起家事诉讼中的审判与调解环节，家事“三员”作用的发挥程度直接影响到家事诉讼的程序效力及家事纠纷化解的成效。家事调解员与家事调查员制度本身具有丰富的内涵，随着家事审判改革对这两项制度的逐步探索和深入实践，必将进一步发挥制度的功能作用，体现制度的价值选择。通过家事诉讼中家事法官、家事调解员、家事调查员之间的不断协调和融合，促使其共同致力于彻底化解家事纠纷，一方面，争取以调解的方式解决双方的矛盾，减少诉讼对双方当事人及其家人的伤害；另一方面，对于那些必须通过诉讼手段解决的家事纠纷，在体现家事审判公正高效的同时，也为家事法官的理性裁判注入人文关怀的力量。

注释：

【1】齐玎：《论家事审判体制的专业化及其改革路径——以美国纽约州家事法院为参照》，载《河南财经政法大学学报》2016 年第 4 期，第 90 页；巫若枝：《30 年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示——基于广东省某县与福建省厦门市五显镇实践的分析》，载《法商研究》2010 年第 2 期，第 83 页。

【2】樊崇义主编：《诉讼原理》（第二版），法律出版社 2009 年版，第 62 页。

【3】樊崇义主编：《诉讼原理》（第二版），法律出版社 2009 年版，第 63 页。

【4】樊崇义主编：《诉讼原理》（第二版），法律出版社 2009 年版，第 63 页。

【5】1975 年澳大利亚颁布的《家庭法条例》规定了三种咨询服务：一是在诉讼前或者诉讼后的向家庭提供的婚姻咨询服务；二是在诉讼后法院发出第一张传票前提供的咨询服务；三是诉讼后法院发出第一张传票后法院规定的咨询服务。

【6】以新西兰为典型，早在 1980 年制定的《家庭程序法》中就明确规定家事法庭在处理家事案件应进行的三个阶段：第一阶段是应当事人或者律师要求而由法院或私人提供的劝导和辅助服务；如问题无法解决就进入下一阶段，即进行第二轮调解；如果纠纷还未得到解决，就进入最后阶段，即由法官进行最后裁

决。

【7】王礼仁：《全面改革和完善家事案件审判体制之构想——以婚姻案件审判现状为背景》，载《法律适用》2008 年第 11 期。

【8】在日本此种调停服务已演变成“调停前置主义”。日本《家事审判法》第 18 条规定：“提起诉讼当事人，在诉讼开始前，必须经过家庭裁判所的调停。如果在诉讼前当事人没有经过调停程序，家事裁判所可以根据其职权，将诉讼转入到调停程序。”

【9】张晓茹：《日本家事法院对我国的启示》，载《比较法研究》2008 年第 3 期。

【10】日本的家事审判官必须为担任过，且具有 10 年以上从事助理法官、检察官或者律师经历的人。最高裁判所可以从拥有 5 年以上经验的律师中任命“非专职裁判官”主持家事调停。

【11】家事调停委员来自社会各个阶层，包括律师、医生、大学教授、公务员、公司职员、宗教人士等，家事调停委员由最高法院认命，任期 2 年，连任不受限制。家事调停委员要求反映民间的“良识”和经

验，能够灵活运用医学、心理学、社会学、经济学等专门知识，对纠纷解决提出妥善方案。

【12】家事调查官从社会学、心理学、教育学的大学毕业生中选拔考试产生，并经两年专业技能训练，成为正式调查官后，还须参加在职培训。

【13】家事医务室技官包括精神科技官和内科技官，家事审判官进行事实调查时，如认为有必要，可让身为医师的技官对相关当事人的身心进行诊断，并出具调查结果报告，并附加意见作为认定依据。

【14】家事法院还可以选任参与员参与案件审理，参与员不要求特别的法律知识，但必须经验丰富且有智慧。参与员作为非职业法官，不是法院正式职员也不是长期合同工，只是为了审理某家事案件的临时

工作人员，案件结束后该身份不复存在。

【15】这是因为调停前置不能达成合意的家事纠纷，不需当事人申请，可直接被移交进入审判程序，而审判过程中，家事审判官享有随时对案件追加调停的职权，于是，当诉讼中的参与人同时具备家事调停委员资格时，在同一案件中同时充当家事调停的调停委员和家事审判的参与者，家事审判员亦属同样情况。

【16】由于家事调停法官须同时处理数个案件，故不能全程参与每一个案件的解停，而是通对了解调停委员向其汇报的案件发展用调停情况，实现对案件的掌握。

【17】参见日本《家事审判规则》第 7 条第 3 项。

【18】参见日本《家事审判规则》第 137 条第 4 项。

【19】台湾“家事事件法”第 32 条第 2 规定，家事调解应聘任具有性别平权意识、尊重多元文化者为调解委员。

【20】家事调解官属于专职的司法人员，须通过统一的司法人员考试，其主要职责为调查事实、收集所需资料、出具调查报告、出庭陈述意见、处理债务履行之调查与报告，免费商谈或辅导。

【21】对于涉及未成年人利益的诉讼或非讼案件，如若未成年人与其法定代理人之间存在利益冲突，为避免因实质上的“双方代理”所引致的未成年人利益最大化目标的落空，选任独立于法定代理人的程序监理人参与程序有利于未成年人程序和实体利益的保障。同样，对于虽有法定代理人但其行使代理权存有困难的，为维护未成年人的程序和实体利益，亦有必要选任程序监理人参与诉讼。

【22】家事事件领域有关的社工员，主要是各县市家庭暴力防治中心、社会局、协助家庭的社会福利团体与各县市法院的家暴事件服务处、家事服务中心为主，因涉及民间社会福利团体、法院、行政机关的社工人力，因此，社工员的任用标准并不相同。

【23】该申请分为三类：一是原为申请调解的案件，调解期日到场未调解成功的，于当场请求裁判的；二是原为申请调解的案件，调解期日到场未调解成功的，虽未当场请求审判，但于调解不成立证明书送达后十日内请求裁判的；三是原为申请裁判的案件，调解期日到场未调解成功的，视为自动转为裁判。详见“家事事件法”第 31 条。

【24】登记官是法院的专职律师，负责财产性纠纷的调解。

【25】家事调解员必须具有法律或社会科学（如心理学或社会学）学位，修读 1 年以上调解课程且不断接受训练。故家事调解员是合格的社会工作者和心理学家，具有处理涉及未成年子女安排的专门经验。

【26】汤鸣:《比较与借鉴——家事纠纷法院调解机制研究》，法律出版社 2016 年版，第 79 页。

【27】家庭顾问是专门处理分居和离婚后孩子和家庭问题的心理学家和（或）社会工作者。

【28】万鄂湘、李克主编:《法官培训综合教程》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 173-180 页。

【29】参见沈志先:《诉讼调解》，法律出版社 2009 年版，第 32-34 页。

农村妇女土地权益亟需维护

2017-04-27 壹号土地学习小组 陈林

农村妇女土地权益受侵害问题如果得不到解决将会产生严重的社会问题。笔者认为，变革传统乡村治理是解决这个问题的重点，关键是有效制止歧视妇女的违法行为发生。

农村土地权益是指土地权益以及衍生出的其他权益，具体指土地承包经营权，征地补偿款的分配权，农村集体经济组织收益分配权，宅基地使用权以及由上述权益所带来的利益获取权，如参加农村养老保险、合作医疗、就业培训和安置等等。农村妇女土地权益问题主要是指部分农村妇女不能同男性村民平等享受上述土地权益而带来的问题。土地权益受损的主要对象是出嫁女（指出嫁不出村且户口也在娘家村的妇女）、离婚妇女、丧偶妇女。

农村妇女土地权益问题包括以下几个方面。一是土地承包权问题。全国妇联和国家统计局开展的第三期“中国

妇女社会地位调查”显示，2010 年没有土地的农村妇女占 21%，比 2000 年增加了 11.8 个百分点，高于男性 9.1 个百分点，其中因婚姻变动而失去土地的占 27.7%，而男性仅为 3.7%。近些年来国家不仅免除了农业税同时也加大了对农民种地的补贴，种地收益增加不少。然而没有承包地也就意味着失去了重要的收入来源。二是征地补偿分配权问题。上世纪 90 年代起城市化和工业化快速推进，农村集体土地被征用数量逐年增加。国家不断调高征地补偿标准，也使得村集体获得的征地补偿费大幅增加。然而在土地权益分配时一些地方采取了歧视妇女的做法。在就业培训、住房安置、宅基地使用中同样存在着对妇女的歧视行为。三是集体收益分配权问题。在沿海地区和城乡接合部地区，农村对接城市化和工业化的发展，在此过程中集体经济组织获得了可观的收益。然而在集体经济组织收益分配中又普遍采取了对部分妇女的歧视，不给她们或者少给她们集体经济的收益。

农村妇女土地权益受侵害问题的原因十分复杂。一是由于国家制定的法律法规虽然有保护妇女权益的条款，但是这些法律条款过于原则性，还不足以维护妇女合法权益。二是村民委员会违法剥夺部分妇女的合法土地权益。这一点，在土地资源稀缺、人地矛盾凸显、城市化工业化快速推进、农村土地迅速增值的地方，表现尤为突出。在涉及村庄集体利益分配的时候，一些地方通过农户代表投票表决的方式，剥夺出嫁女的土地承包权、征地补偿款、集体经济收入分配权。三是基层政府维护妇女权益力度不够。一般而言，在村庄集体资源分配中利益受到侵害的妇女，会采取各种方式去争取自己的合法权益，她们往往采取上访和司法途径。各级党政机关和司法机构也积极帮助她们解决这些问题。

然而现实中却遇到上级党政机关和司法机构的决定在乡村无法执行的遭遇。媒体曾报道过出嫁女状告村委会讨要征地拆迁补偿款，法院判出嫁女胜诉但是村委会拒绝执行，给出的理由是征地补偿款的分配方案是经过村民代表大会民主表决通过的，且征地补偿款早已分配完毕。

农村妇女土地权益受侵害问题如果得不到解决将会产生严重的社会问题。一方面，部分农村妇女的合法权益被剥夺，直接影响了她们的生存和发展。一些利益受侵害妇女为了维护自己的合法权益会采取各种措施，包括司法手段、上访、行政复议等等。如果处理不当极有可能激化矛盾导致解决的难度加大，严重影响社会和谐稳定。另一方面，这样的社会事实如果长期得不到纠正就会固化男尊女卑的传统观念，会导致妇女更加依赖男性，影响妇女的家庭地位和社会地位，助长农村生男孩偏好，加剧出生人口性别比失调。同时，长此以往，还会导致妇女在遭遇配偶家庭暴力或配偶出轨时往往因为害怕失去生活保障而不敢离婚。更重要的是长期下去会导致加剧日益严重的性别分层，这将对男女平等进程的推进产生严重障碍。

农村出嫁女失去土地权益问题已经是个普遍现象，解决好这个问题有赖于高层的重视和国家法律法规的不断完善。但是笔者认为解决这个问题变革传统乡村治理是重点，关键是有效制止歧视妇女的违法行为发生。

第一，基层领导干部要转变工作思路切实履行好职责。在与乡镇领导干部的访谈中了解到，很多地区基层政府每年花数额不小的费用来维稳，却不愿花时间做群众工作解决农村妇女土地权益问题，所以结果可想而知。因此地方政府要从维稳的工作思路转到主动替农村妇女维权的思路上来。当前各地应以农村土地确权登记颁证和土地流转经营为契机着力解决农村妇女土地权益问题。建议在土地确权时将所有家庭成员都登记在册，从法律上确保妇女土地权益。引导出嫁妇女采取土地流转获取土地收益。

第二，基层领导干部要主动推动乡村治理的变革。乡村治理必须是以依法治理为前提。既要充分民主调动广大群众的积极性和参与性，共同处理好村庄的集体事务，又要按国家各项法律规定来行使民主权利。基层领导干部要充分把这些道理跟群众讲清楚，而且还要善于将男女平等的基本国策等内容跟群众讲清楚。在充分做好群众思想的基础上，推动传统乡村性别文化的变革，制定保护妇女土地权益在内的村规民约等规则。

近几年来，全国妇联和民政部积极推动各地农村依法修订村规民约，重点是制定并严格执行包含维护农村妇女土地权益的条款并严格执行。从修订村规民约的实践效果来看，妇女土地权益既得到了有效维护又充分推动了乡村治理水平的提升。

来源：学习时报

第四届中国婚姻家事法实务论坛举办

2017-05-21 婚姻法学研究会 家事法苑团队制作

中国法学会婚姻法学研究会

https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=82&InfoID=23676

2017 年 5 月 6 日，“第四届中国婚姻家事法实务论坛”在中国人民大学国学馆成功举办。本次论坛由中国法学会婚姻法学研究会、中国人民大学法学院主办，北京市法学会妇女法学研究会和中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、北京天驰君泰律师事务所共同承办。

会场全景

来自全国各地的家事法领域的理论和实务专家共220余人出席了论坛。中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰、常务副会长龙翼飞，全国人大常委会法工委民法室原巡视员扈纪华、副巡视员段京莲，北京市法学会妇女法学研究会会长马忆南，中国公证协会副会长周志扬，北京市天驰君泰律师事务所管委会主任张和等出席会议。

本次论坛聚焦民法典婚姻家庭编立法这一主题，围绕“家事审判改革及家事诉讼程序的立法完善、亲子关系的认定及保护、离婚救济的法律适用及完善、夫妻财产的认定及分割”等四方面问题进行了深入而热烈的研讨，产出了很多有价值的会议成果。本次论坛具有鲜明特点：第一，立意高。本次论坛举办于民法典编纂工作全面启动之际，会议主题聚焦婚姻家庭编立法，针对立法中的重点难点进行研讨，站位高。第二，内容新。本次研讨重点关注近年来家事法领域出现的新情况新问题，如家事审判改革，网络店铺、股票等新型财产等问题，研讨观点极具创新价值。第三，参与主体和研讨视角多元。论坛集聚了家事法职业共同体中的立法者、学者、法官、律师、公证员、妇联干部等多个界别，这种多界别的跨界交流非常有益于问题的全面深入多维度挖掘探究。第四，研讨形式开放。会议设置的开放互动讨论等环节使参会嘉宾能充分畅所欲言，平等交流对话，气氛热烈，高效务实。

本次论坛对于家事法的实务工作和理论研究均具有重要推动作用。会后，中国法学会婚姻法学研究会将组织公开出版会议提交的优秀论文。

第四届中国婚姻家事法实务论坛暖场沙龙之家事法实务讲坛丨综述

2017-05-22 家事法苑 家事法苑团队整理

时间：2017 年 5 月 5 日晚 19:00—21:00

地点：中国人民大学法学院 602 报告厅

主持人：

郝惠珍，北京市盈科律师事务所创始合伙人，中华全国律师协会女律师协会副会长

点评嘉宾：

李洪祥，吉林大学法学院教授、博士生导师，中国法学会婚姻法学研究会副会长，吉林省法学会婚姻法学研究会会长。

柯直，浙江乾衡律师事务所主任，浙江大学光华法学院实务导师，浙江省法学会婚姻法学研究会会长。

一、到场嘉宾自我介绍，每人 20 秒时间。

二、分享主题及嘉宾，每人 15 分钟。

1、家事审判改革的现状及发展趋势，任容庆，中国应用法学研究所博士后 、《中国应用法学》编辑

2、家事司法服务问题研究——以家事心理咨询之运作为视角，冯浩，中国矿业大学讲师 、心理咨询师

3、家事审判改革的温州经验，张元华，浙江省温州市中级人民法院民一庭法官

4、意定监护公证在婚姻家事领域的应用报告，李辰阳，上海市普陀公证处公证员

5、婚姻登记工作中的有关政策及操作，刘彩霞，山东省潍坊市奎文区婚姻登记处主任、社工师

6、《民法总则》颁行对婚姻家庭关系的重大影响，魏小军，北京大成（杭州）律师事务所高级顾问

7、参与家事案件调解的经验和体会，李民，北京市丰台区人民调解协会副会长。

8、家事审判改革中的律师机遇，杜芹，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，广东省律协婚姻家庭委员会委员

三、到会嘉宾与主讲嘉宾互动交流。

综述正文

郝惠珍律师

主持人：请大家依次介绍一下自己。

任容庆：大家好，我是中国应用法学研究所的博士后叫任容庆，我现在主要是搞家事审判研究，谢谢各位。

冯浩：大家好，我是中国矿业大学讲师、心理咨询师冯浩。

张元华：大家好，我是温州市中级人民法院民一庭法官。

李辰阳：大家好，我是上海市普陀山公证处公证员。

刘彩霞：大家好，我是山东省潍坊市奎文区婚姻登记处的主任、社工师。

魏小军：大家好，我是北京大成律师事务所高级顾问。

李民：大家好，我是北京市丰台区人民调解协会副会长，我是来学习的，希望大家多指导!!

杜芹：大家好，我是北京市盈科律师事务所杜芹,希望跟大家多交流。

主持人：我们在下面坐的都介绍完了，现在就由我们坐在台上的二位点评嘉宾介绍一下。

柯直：各位好，我叫柯直，我做律师 24 年了，我做家事律师做了 17 年了，很高兴跟大家一起学习、交流。

主持人：也是开办网站的第一人。

柯直：中国离婚网，2000 年创办的。

李洪祥：我是吉林大学李洪祥，来到这里非常渴望跟大家学习，探讨家事审判的问题，谢谢。

主持人：各位朋友、同仁、老师、律师以及关心婚姻家事事业的同仁们大家晚上好!第四届婚姻家庭实务论坛，明天就要开幕了，为了暖场，今天晚上安排了会前的交流活动。今天晚上 2 个半小时的时间，有八个人进行交流，在交流当中，有研究部门的、应用研究所法学所的编辑，有心理学的咨询专家、有法官、公证员、婚姻登记处主任、律师、调解协会的副会长、还有其他领域的人。我想今天晚上的论坛和交流的内容一定十分丰富。最后我告诉大家我是谁，我是今天晚上的主持人，我叫郝惠珍，同时也是郝律师，所以今天我跟大家一起进行晚上的交流活动，谢谢大家！

我们现在开始今天晚上的沙龙，我说一下规则，每个发言人 15 分钟，请掌握时间，这也是大家水平的一种体现，其他听的人一定要监督他们。在所有人发言之后，最后由两个点评嘉宾进行点评，我们现在开始正式的发言。第一位发言的是中国应用法学编辑，中国应用法学研究所的博士后任容庆，她发言的题目是《家事审判改革的现状与发展趋势》，一个大题目，欢迎我们任博士后，大家给掌声。

任容庆：首先感谢主办方能给我这样一个机会，与在座的专家、学者以及实务界的各位老师进行交流。我是最高人民法院中国应用研究所的博士后，我的研究课题是家事审判改革问题，今天跟大家分享的题目是我国家事审判改革的现状及发展趋势，在介绍家事审判改革背景的基础上，梳理了去年至今的家事审判试点情况以及分析未来的发展趋势。

一、我国家事审判改革的背景

从改革的必要性来看，有以下四方面：一是宏观方面，即现行的家事审判方式已不适应我国社会发展的严峻趋势。二是微观方面，传统家事审判方式不能应对家事案件的特别需求。三是中观方面，传统家事审判方式不能与社会服务体系有效衔接。四是传统家事审判方式落后于域外家事审判司法实践。

从改革的阶段性来看，现有改革经历了自下而上到自上而下的过程。早在 2010 年广东省就倡导建立专门的家事审判合议庭，2015 年启动了全省的家事审判改革，正是各地法院的先行先试为全国家事审判的推进积累了有益的经验。2016 年 4 月份，最高法院选取全国 118 家中基层法院试点家事审判方式及工作机制改革，全国范围内的家事

法院试点工作正式拉开帷幕。

二、我国家事审判改革的现状

目前，家事审判改革的现状主要有以下七方面：一是抓住了家事审判改革成败的关键。即各试点法院必须最大限度地争取到地方党委、政府的支持，让其认清家事审判改革的重要性，并参与改革工作，这才能最大限度地发挥改革的质效。二是落实了家事审判改革的物质保障。在最高法院的要求下，各试点法院逐步树立了物质装备服务审判的理念，主动落实家事审判的硬件设施配置。三是建立了专门的家事审判机构和专业团队。各试点法院基本都建立了独立的家事审判庭，并建立了包括家事法官、家调解员、家事调查员、心理咨询师等在内的专业团队。四是制定了家事审判工作规则。在参照最高法院以六家高院联发文件的基础上，各试点法院根据自身特色分别制定了一系列的工作规程。五是转变了家事审判的理念。即从过去简单的“三步走”审理模式到现在修复式庭审模式的转变。六是创新了家事审判的工作机制。比如离婚冷静期、离婚证明书、家事调查制度、家事回访机制，以及反家暴的平台和工作机制等。七是探索了家事纠纷的综合调处机制。即由法院搭建一个平台，调动社会各界的力量，包括民政、妇联、社区服务中心、关工委等社会组织形成综合的矛盾纠纷解决机制，辅助法院处理家事纠纷。

三、我国家事审判改革的发展趋势

今后一段时间内，我国家事审判的改革方向为以下六方面：一是审判的专业化，包括机构专门化、人员专门化和程序专门化。二是功能的治疗化，一方面，通过强制调解程序的设计，在调解过程中体现对当事人心理及婚姻的治疗；另一方面，发挥心理咨询师、家事调解员、家事调查员在处理纠纷过程中的治疗功能。三是程序的精细化，包括确定家事诉讼的基本价值取向，明确家事诉讼的基本原则，完善家事诉讼的程序设计，确立我国家事审判程序的具体制度。四是资源的整合化。引入律师、公证员、法律工作者、社会工作者，及发动妇联、公安、检察院等其他部门的资源来协助处理家事纠纷。五是解纷的多元化，家事纠纷的亲缘性特点为以调解方式化解家事纠纷提供了可行性，因此，除人民调解以外，应积极探索公证调解、仲裁调解、律师调解等更为多元的纠纷化解渠道。

主持人：首先感谢任容庆博士后，她讲的内容给我们很大的启示，她中心是说我们将来的发展趋势，审判的专业化，人员的专门化，程序的专门化，以及功能的治疗化，程序的精细化和具体制度以及资源的整合，纠纷的多元化。我觉得这些都拓宽了我们的思路，给予新的思路，同时她还讲到从形势到内容，从理念到组织程序，还提出来把党委拉入改革当中，在政府这进行监督我觉得非常好。希望你把这个项目继续进行下去，需要我们大家谁来支持我们大家都支持，给她一些掌声，谢谢她。

第二位发言的是中国矿业大学讲师、心理咨询师冯浩，他演讲的题目是《家事司法服务问题研究——以家事心理咨询之运作为视角》。

冯浩：尊敬的郝会长、李教授和柯主任，在座法学界的各位代表。今天我就“家事心理咨询服务问题”分三部分来给大家做个汇报，第一个是关于问题的提出，第二个和第三个分别说一下目标、功能以及现在面临的困境和建议。

首先，家事心理咨询服务问题是伴随着最高人民法院召开专题会议研究部署并且开展家事审判方式改革试点工作而受到普遍关注的。在过去一年中，全国各个试点法院按照相关文件的要求基本上都配备了专门从事心理测试、心理疏导的人员来从事相关工作，协助家事案件的审理。

之所以要配备这一类家事司法辅助人员，原因在于我们现有的民事审判方式是过于强调对抗，没有充分考虑到家事案件的特点。对于纠纷当事人，包括涉案未成年人的内心感受，包括他们背后的一些深层次心理问题没有给予充分的考量。

第二个我重点说一下关于家事心理咨询服务目标和功能。

一是舒缓对立情绪，引导理性诉讼。家事案件中有些当事人情绪异常激动，在审理过程中既没法冷静下来也没法充分表达自己想表达的东西。这种情况下心理咨询师的介入可以帮助当事人舒缓和释放情绪压力，引导他们宣泄内心烦闷以获得心理上的净化，最终帮助他们明确问题焦点，理性参与庭审。

二是挽救危机婚姻，修复家庭关系。离婚案件目前仍占家事案件的绝大多数，大家知道审理离婚案件，首先要区分危机婚姻和死亡婚姻。对于危机婚姻心理咨询师可以视不同的情况利用不同的心理咨询方法，帮助当事人修复感情，恢复婚姻。

三是修复负面情绪，愈合心理创伤。对于一些死亡婚姻，当事人很容易产生一系列负性心理问题。所以裁判的

作出并不意味着心理咨询活动的中止，引入心理咨询服务恰恰可以帮助他们调适低落的情绪，缓解内心的孤独，促其尽快调整心态，重新接纳自己。

四是实现未成年人利益最大化。未成年人由于心理和生理上的不足，他们的真实意愿和权益有时候很难得到倾听和保护。在这类案件中，不妨采用适宜未成年人的心理画方式和沙盘治疗方式。

第三我谈一下家事心理咨询现在面临的困境和出路。

第一个就是家事心理咨询缺乏立法支撑。家事案件不同于一般民事案件，基于“案件所适用的程序应与案件特点相适应”的程序法理，家事案件的妥适处理有赖于一部独立的家事诉讼程序法。但是目前这块我们是缺失的，这显然不利于家事审判的专业化。

第二个就是它的适用条件是有限的。心理咨询遵循来访者自愿原则。对于很多当事人，它是一个新鲜事物，有些人会拒绝接受。而心理咨询如果得不到当事人的同意和配合，它的效果也不会理想。

第三个，就是心理咨询评估报告的法律属性现在还不太确定。

第四个，心理咨询师的来源有待明确。目前法院系统内很多心理咨询人员是在职法官考取了心理咨询师资格证以后就开始从事相关工作，这样的做法值得商榷。我建议对于有条件的法院，应该面向社会招聘具有心理学背景，具备国家心理咨询师资格的人去专职担任。

主持人：谢谢冯浩，他提出心理咨询是高度专业化的，不同意法官和律师做兼职化，我觉得这个问题提的非常好，希望你更多的去研讨、研究，然后分享成果，谢谢你。下一位发言嘉宾是浙江省温州市中级人民法院民一庭法官张元华，他发言的题目是《家事审判改革的温州经验》。

张元华：尊敬的各位领导、专家与同仁：

去年 5 月，温州中院作为浙江唯一一家中级试点法院以来，坚持“中院主导、立足基层、全面推进”的指导原则，初步形成了“党组重视、制度先行、机构跟进、硬件改造、机制创新”的“温州经验”。

一、高度重视，改革整体化

近年来，温州法院一审家事案件年均受理 1 万多件，而中院受理的二审家事案件仅占家事案件的 2.5%左右，没有基层法院便不可能有家事审判改革的实质成效。去年 2 月，联合市妇联下发《关于做好家事审判工作的通知》，拉开改革探索序幕。5 月，召开全市法院工作会议，全面部署改革任务。6 月，召开推进会，进一步明确改革时间节点与具体要求。9 月，召开现场会，总结经验再动员再部署。今年 4 月，召开全市法院民事审判例会，明确下步改革重点。可以说，全面动员、全面推进，初步形成家事审判改革全面开花、各有特色的良好局面。

二、制度创新，推进有序化

去年 6 月，中院出台《温州法院家事审判方式和工作机制改革的实施方案》，构架指导思想、工作目标、工作机制、制度创新等。7 月，推动市综治委成立由 12 个部门组成的家事案件多元纠纷化解机制领导小组，联合出台《关于在家事审判工作中建立“党委领导、政府支持、综治协调、法院推动、社会参与”多元化纠纷解决机制实施意见》，着力构建多元化解格局。9 月，制定《温州法院家事案件审判规程》、《二审家事案件审判流程细则》、《特邀家事调解员工作规程》等。目前，全市法院共制定出台家事审判改革规范性制度文件 37 件。

三、整合资源，队伍专业化

一是推动平阳法院在全省率先设立家事审判庭、鹿城法院在东郊法庭增挂家事审判庭牌子，对涉家事的刑事、民事、行政案件实行“三合一”审理；二是中院成立家事审判合议庭，指导全市其他法院和有条件的人民法庭成立了家事审判合议庭 31 个。家事审判成员必须要有婚姻经历、熟悉家事审判业务、综合能力强，合议庭成员中至少有一名女性法官或陪审员。同时，中院组建特邀家事调解团队，多数法院主动对接婚姻家庭调解委员会，组建驻庭家事调解员、专职家事调解员或特邀家事调解员，平阳法院还成立县、镇、村三级家事联动调解委员会，保证每个村居都有一名以上家事调解员或调查员。

四、改造硬件，平台柔性化

中院专门改造完成 380 余平米的家事审判调解中心，设置圆桌式法庭、沙发式调解室、亲情教育室、心理疏导室、亲子活动室，并辅以家和文化设施，体现人性化特色和柔性司法环境。四个月来，成功促使 39 件二审离婚案件调解结案或和好撤诉。目前，全市共有 7 个基层法院、11 个人民法庭建成具有当地家庭文化特质的家事纠纷化解中心，4 个基层法院和 8 个人民法庭家事审判调解中心正在改造中。全市法院共在辖区街道和社区设立家事审判调

解站（点）8 个。

五、创新机制，探索经验化

一是探索建立家事案件诉前调解程序。除当事人明确反对外，一般移交驻庭家事调解员或家事调解委员会先行调解；对离婚案件立案实行诉前调解前置条件，只有诉前调解不成或当事人拒绝的才可立案。去年 6 月以来，全市引导诉前调解案件 3471 件；离婚调解前置案件 3178 件，今年前三个月，诉前调解 303 件。全市法院 2016 年一审家事案件调撤率 60.89%。今年前三个月，一审家事案件调撤率达到 66%，二审家事案件调撤率 48.57%，同比上升 11.53 个百分点。

二是建立离婚案件财产强制申报制度。向离婚案件当事人发送受理通知书和应诉通知书时，一并发送离婚案件财产申报告知书和财产申报表，要求在举证期限届满前，申报夫妻财产情况，明确告知申报不实、隐瞒不报可以面临不分或少分财产的法律后果。全市离婚案件中推行财产申报共计 1909 件，今年的目标是基本实现离婚案件财产申报全覆盖。

三是创设离婚案件的冷静期制度。一类是根据纠纷产生原因、矛盾激烈程度、有无和好可能等，允许家事法官或家事合议庭听取当事人意愿设置；另一类是当事人的父母或者子女强烈要求不立即判决离婚的，告知当事人设置离婚案件冷静期。对此，一案一策，法官主动跟踪回访，了解情感变化并辅以必要心理疏导。为防止滥用和社会误解，必须层报分管院长审查批准。全市十个基层法院共对 221 件离婚案件在诉讼期内设置冷静期，其中 191 件调解和好或撤回离婚诉请。

四是确立子女利益最大保护原则。（1）对涉未成年子女权益家事案件，只要未成年子女能够表达意见，都要听取未成年子女意见。（2）主张抚养权一方，要举证证明更加有利于子女权利保障的证据；对 44 件涉及未子女探望的离婚案件，要求双方签署子女抚养、探望承诺书。（3）对 2 件离婚案件双方当事人明确表示不承担子女抚养义务的，又无境内财产可承担子女抚养费用的情况，判决不准离婚。（4）引入第三方机构对抚养能力和条件评估赋分机制和心理评估机制，确定抚养权。（5）对父方否认子女血缘关系案件，通过鉴定确定亲子关系。

五是建立家事纠纷心理干预机制。对矛盾对抗激烈、情绪波动较大的当事人及较为敏感的未成年子女，进行心理测评疏导。全市共有 7 家法院组建心理咨询辅导团队，设立心理咨询辅导室 11 个，聘请心理咨询疏导专业人员 24 人，成功介入家事案件 80 件（次），其中 55 件案件调解结案，判决无一上诉申诉。中院先后对 3 起离婚案件中对当事人及未成年子女进行心理评估测试，为确定子女抚养权归属提供参考。

六是继续推进反家暴人身保护工作。全市法院的家暴告诫制度、成立婚调组织、为家暴受害人提供法律援助和庇护场所、将同居关系列入家暴范畴等八项“温州经验”直接被反家暴法吸收，周强院长在去年工作报告中专门介绍温州法院的反家暴司法实践。去年以来，全市共发出人身保护裁定 60 份，中院也发出二审离婚案件首份人身保护裁定。据统计，去年全国发出人身保护令 680 份，温州去年发出 48 份，约占全国 7%。

七是创设海外调解员机制化解涉侨家事纠纷。在文成法院特邀海外调解员制度上，聘请侨领担任涉侨家事调解员、设立海外家事调解员联络点，搭建远程视频见证庭审平台，协助送达、调解一大批涉侨居住海外家事案件。去年以来，共借助海外调联络点远程视频系统平台进行调解家事案件 39 件。

八是积极推动出具离婚证明制度。创设证书式离婚证明，全市法院共发出离婚证明（书）287 份，温州中院共发出离婚证明书 8 份，有效保护当事人的隐私，受到当事人的好评。

谢谢大家！

主持人：谢谢张元华法官，温州不但是经济改革走在前面，婚姻家庭的审判改革也是做的有声有色，我们非常关注温州的后续经验，谢谢你。

下面我们要发言的是上海市普陀公证处的公证员李辰阳，他发言的题目是《意定监护公证在婚姻家事领域的应用报告》，欢迎！

李辰阳：谢谢论坛的组织方给我发言的机会，我发言的题目是有关意定监护。

这两天大家关注的琼瑶阿姨和她继子女之间有关她丈夫医治方面的争执，很多人解读说是因为没有写遗嘱，这个和遗嘱一点关系都没有，这个案子和北京慈善家李春平事件是一模一样。我们要感谢琼瑶阿姨，名人出一个案子对法律制度的推广是非常有利的，琼瑶的家事关乎意定监护。

对于人类来说死亡是确定的，但死亡的时间是不确定的，什么时候生病也是不知道的。创造财富的目的是什么，

除了把我们的财富传承下去，最主要的是人在健在的时候有尊严、要有幸福感。这种人格尊严的保障和监护有关系，遗嘱只涉及死后的财产分配，意定监护是一个非常有温暖的法律制度。

本次《民法总则》在监护制度上有两个“最”大化原则，最有利于被监护人原则，最大程度的尊重被监护人的真实意愿，充分尊重自我决定权。监护立法的亮点之一是在意定监护制度，广义的意定监护分成两个支，一个是本人做出的，本人预先指定的这叫委任监护，这是狭义的意定监护，另一个是依法具有监护资格人委托的或协议确定的监护人，是法定监护下的意定监护，如协议监护、遗嘱监护，还有最典型的是公证处在出国高峰季，小朋友出国，父母做的委托监护。

意定监护目前应用在四大领域，养老的目的是最大的需求，其次是婚姻财产、子女权益维护、商业投资。意定监护与遗嘱最大的区别，侧重于人身照顾方面。监护职责包含人身照顾、医疗救治、财产的监管、权益维护诉讼的代理、死亡丧葬等。

在婚姻家事领域，在离婚诉讼案件当中，原告一方身体很弱，离婚诉讼推延几年结案是很正常的，但是如果诉讼期间原告发生昏迷，或者病入膏肓，被告作为配偶是他的法定监护人，如果以此向法官申请撤诉，我想大部分法官会同意撤诉的，对于一个想要离婚进行到底的当事人，尤其对于再婚夫妻，他是不愿意的，预先指定的监护人代表原告可以解决这个问题，因为成年意定监护优于法定监护。

另一个婚姻家事领域，在于未成年人子女和成年智障子女的权益维护。现在很多中年企业家问到一个问题，当我去世之后财产给未成年人的子女，但健在一方的父母是孩子的法定监护人，怎么去对抗他？本次立法设立了遗嘱监护制度，就是生病一方的父母可以遗嘱的形式指定监护人在去世以后履行监护职责，和健在的父母一方进行 PK，谁承担监护职责最有利于子女，同时尊重子女的意思，在监护权诉讼中孩子的意愿是对法官的判决非常重要的，促使这两个监护人把最大的爱给孩子，让孩子来决定。

律师将来也可以兼任公共监护人，由民政购买服务，甚至担任监督人，监督监护人。

为什么意定监护协议在日韩法德等国一定要办理公证？这是因为公证所具有的独特两面性特征，公权行使、私权服务。第一，公证人是当事人意思表达的受领者，是一个公共法律的服务者，中立、可信、专业、公益。第二个，私人的契约通过公证行为达到公文书的目的，具有公示和对抗的功能。第三，行使公共监督人职能。在没有监督人的情况下，约定在财产的流转、处置环节规定以公证形式作出，将款项提存在公证处，由公证处来监管监护人用在被监护人身上，另外规定委托人监护的撤销和受托人放弃以公证形式作出，所以说公证处填补了立法上缺失的监督人角色。

在意定监护公证办理后，公证处未来在监护生效条件满足后还要出具监护资格公证书，这属于公证行使非讼裁量权，监护人持有这个文书办理日常监护事务。

参照国外经验，中国公证行业未来还会建立一个意定监护登记查询平台，这个和中国公证遗嘱查询平台道理是一样的。法院、民政机构、居委会、村委会在指定监护人之前查询一下是否存在预先指定监护人的情况，防止错误指定，尊重当事人的自我决定。

谢谢大家的聆听！

主持人：内容很新鲜，拓宽了我们的视野，也让我们长了新的见识，我们对他表示感谢。下一位发言的是山东省潍坊市奎文区婚姻登记处主任、社工师刘彩霞，她的发言题目是《婚姻登记工作中的有关政策及操作》。

刘彩霞：各位专家学者，各位朋友，大家晚上好！我是山东潍坊奎文婚姻登记处刘彩霞，非常荣幸能在这里和大家进行探讨和交流。分享如下：

一、婚检

1994 年《母婴保健法》规定，男女双方结婚登记应持婚检证明或医学鉴定证明。但禁止结婚的疾病一直未能明确，所以目前婚检自愿。

既然疾病不能作为结婚登记条件。那智障男子结婚为何被驳回呢？这是因他不能表达意愿，若能，即使患有智障，登记机关也是可为其办理结婚登记的。

我认为如下最高院的指导判例可能存在问题：“复婚前老年痴呆且复婚后未治愈的婚姻无效”。前面已述，老年痴呆不属于法律禁止结婚的疾病，能否办理结婚，看其是否表达意愿。况且，即使该患者当时未能表达意愿，使该结婚登记存在瑕疵，处理方法也是撤销登记行政行为，而非宣告婚姻无效。

有人说：取消强制婚检十年中，每年新增 90 万缺陷儿。《今日说法》曾播出：有一个孩子出生时一只手缺失，家长找到给做四维彩超的医院，医生答复说或是孕检时手被遮挡，或是后来胎儿吸收了。试想腹中已经存在的胎儿在孕检时都不能发现其缺陷，却期望以婚检阻止残疾儿的出生，可能吗？所以我认为，阻止残疾儿出生最关键的是孕检技术及医务水平的提高。

二、离婚协议及暂缓离婚

法律并未赋予登记员对离婚协议的真实性进行调查的权利，登记员只能进行形式审查，即要求形式上不违反法律。离婚协议书上不能加盖登记处业务专用章也证明了这一点。

近年来，婚姻登记机关设立了辅导室，为当事人在婚前、婚中、婚后进行婚姻辅导，对遏制离婚率上升起到了一定的作用。但新闻报道的某地登记员，为了制止当事人离婚谎称机器故障，我认为该行为是不作为，是用公权力侵犯个人的私权利。

三、补领和补办

补办是当事人过去对外以夫妻名义共同生活，现领取结婚证，其婚姻效力从达到法定结婚实质要件之日起计算。补领是领过结婚证，只是结婚证丢失，或是结婚证上的日期或者姓名填写错误，或原姓名出生日期等由公安进行了变更，需要重新补领。

四、婚姻状况及婚姻档案的查询

之前的公安部官方微博：第八类婚姻状况证明应由民政部门开具。实际上民政部门是出具不了婚姻状况证明的，原因如下：

丧偶：《中华人民共和国户口登记条例》（2013 年 6 月发布）第八条，公民死亡，城市在葬前，农村在一个月以内，要向户口登记机关申报死亡登记，注销户口。

离婚：有法院诉讼和民政协议两种形式，法院和民政大都没有联网。

已婚：婚姻登记处集中办理婚姻登记之前，负责公民婚姻登记的部门不统一，以前的婚姻档案大都缺失，当事人的婚姻资料民政部门无法完全掌握。

综上所述，民政部门不掌握婚姻状况。

那么婚姻状况如何证明？

2016 年 9 月公安部意见指出：需证明当事人婚姻状况的，凭当事人在使用部门的个人声明和能够提供的结婚证、离婚证、人民法院生效裁判文书或者离婚证明书、配偶死亡证明等有效证件、证明材料证明。

婚姻当事人可查本人的婚姻档案。 公检法及安全部门持单位介绍信；律师持法院出具的证明材料或法院出具的查询函可查相关档案。律师证年检不合格，不影响查阅。

以上所述，错误和疏漏之处恳请批评指正。谢谢。

主持人：谢谢刘主任的分享，下一个要发言的是北京大成律师事务所高级顾问魏小军，他发言的题目是《民法总则》颁行对婚姻家庭关系的重大影响。

魏小军：各位嘉宾、各位老师，大家晚上好，非常荣幸有机会跟大家分享这个话题，在这里主要是把我的想法和大家做一个分享。

第一点是《民法总则》的颁行让向胎儿传承财富变得更容易了。在以前的规则里面，要用遗嘱或者协议把财富留给胎儿会很成问题，所以只能做一个非常复杂的结构来达成这一目标。《民法总则》的颁行让这个变得容易了，因为胎儿可以被遗嘱指定为受益人或被确定为受赠与人。当然，要把财富留给尚未受孕的未来家族成员，仍然需要通过设计复杂的结构来达成。另外我想说的是，法律既然可以出于财产利益保护把胎儿作为一个主体来看待，时不时在生命利益保护问题更应该如此，那样的话，人工流产还能合法吗？

第二点是监护权的含权量大幅下降。首先是被监护人的意愿变得越来越重要了，尤其是在履行监护职责的时候，要尊重被监护人的真实意愿。这意味着，父母跟未成年人之间的关系更趋向于平等，它跟《反家暴法》的协作运行，将能很大程度地改变我们的传统家庭结构。当然，这个过程可能是漫长的。还有就是成年被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

其次就是 8 到 10 岁的孩子将更加独立，因为他从之前的无行为能力人变成了限制行为能力人，这意味着他在整个家庭关系里面获得了更高的地位。

比如说在父母离异的时候，虽然我们现在没有明确，应该是 8 到 10 岁的孩子要更多的考虑他们的意愿，以前是 10 岁，现在是 8 岁的孩子，在其他条件差不多的情况下优先考虑他的。这是关于监护权含权量下降的问题。

第三个是监护资格的撤销，不影响支付抚养费和赡养费的义务；并且父母子女之间的监护关系被撤销以后，可以有条件地恢复资格。这两个问题在实务中都非常有意义，这次立法作出了明确规定。

第四个是监护人的产生更强调自主性。首先父母可以用遗嘱来为被他监护的孩子来指定未来的监护人。其次成年人可以提前为失能后的自己设定监护人。这里也存在一个很大的风险，因为监护毕竟是一项很大的权利，很容易出现为争夺这种权利伪造文书的情况。所以有必要强化形式要求，比如要求这类文书必须公证，或者由律师见证。

第五个是游戏装备之类的虚拟财产更可能被进行离婚分割或继承了。《民法总则》有关于数据和网络虚拟财产保护的规定，这类财产作为一个家产被进行分割或继承的可能性，大大提高了。

第六个是律师非诉讼业务的风险更高了。非诉讼业务最后要通过法律文件来落地。但家事安排，可能很容易跟传统家庭伦理产生某种程度的冲突。为什么呢？当事人来找律师，一部分是出于防御目的——怕吃亏，另一部分可能是想占便宜，占便宜的这些很可能跟家庭伦理有些不和谐。这样的法律文件，一旦被提交法院，就很容易受到挑战。《民法总则》颁行前，违反家庭伦理的行为一般要被归入违反社会公共利益，来认定无效。《民法总则》实施后，违反家庭伦理的行为可直接按违反公序良俗中的善良风俗认定无效。显然，把家庭伦理归入善良风俗比社会公共利益要容易得多，换句话说，家事法律文件被认定无效的可能性提高了，律师非诉业务的法律风险也提高了。

主持人：谢谢魏小军顾问，他从《民法总则》的这个角度谈了关于与婚姻家庭关系相互影响，谢谢你。下一个要发言的是北京丰台区人民调解协会副会长李民，他演讲的题目是参与家事案件调解的经验和体会，欢迎李会长！

李民：尊敬的杨律师及团队成员，尊敬的郝惠珍主持人，尊敬的各位代表，大家晚上好，我叫李民，丰台法院人民调解员。感谢大家在群里探讨所建立的深厚的情谊，在婚姻家庭的司法实践中不断前行，我在从中受益的同时深切的感到大家庭的温暖，在此向杨律师团队和所有关心支撑这个大家庭的成员们道一声你们辛苦了。

下面就我曾经调解的一点案件跟大家分享，希望大家能够喜欢，更希望大家能够拍砖。我们常说法律是滞后的，如果从倒逼立法的角度出发，个人认为未来的数年对于所有民事纠纷首先启动从调解开始的思路已成为必然。家事纠纷特别是婚姻家事纠纷已走在了前列，不可能脱离人的本性生活，所以感性中必然会有这样她们的波动心理，永远不可能遵循一条固定的轨迹行驶，因此做好心理调解非常重要，也非常关键。同时有的案件可能用法律条款解决起来存在一定的难度，那就通过不断的沟通交流、取得心灵的合一，达到握手言和的效果。

说一件我成功调解的纠纷案例，2016 年初秋的一天早上，一对老年夫妇来到我的办公室需求帮助，他们是孩子的姨妈姨夫。2013 年秋他们的外甥经人介绍认识了邻家的女儿，因为外甥的父母是残疾人，外甥自幼和姨妈和姨夫长大，姨妈和姨夫视为己出，从小一直带到现在。2014 年中秋商量结婚，姨妈和姨夫拿出了一张 8 万元的卡交给了未来的外甥媳妇。正巧给外甥结婚 2011 年购买的一个花了 16000 元的三星电视一直放这，女方家也想换个大的，姨妈想这迟早是小两口的，就拉到了女方家。女方家一台稍小的电视拉到了姨妈家，开始张罗装修房子，两个年轻人一共花去了 10 多万元，未来的媳妇从姨妈给的卡中购置装修材料用去将近 4 万元。正商量结婚时女孩的一句话，结了婚我还住我妈家引起了男方的不快。一来二去两人不欢而散。

事情闹得越来越大，谁也不服谁，男方要求退还彩礼，包括装修款 10 多万元。法院经过一审二审，由于买的东西，男方房屋装修未支持男方全部诉讼请求，最后判决女方返还彩礼 4 万元。但是电视机的事没提，这次来找就是要回电视机，姨妈说了，这次要么返还电视，要么赔我 1.2 万元，如果不还我就找人砸他们家，让他们没有消停日子过。

我们了解到情况后，询问了姨妈姨夫，当初为何不在一起起诉，得到的回答是，他们说我们不想起诉。我听后感觉这个还存在问题，我找了女方家长了解情况，女方母亲谈到孩子的事泪眼婆娑，电视机用了一段时间不知什么原因不亮了，找人家修理人家说不值，正巧孩子闹矛盾又没顾得上，又花了五千块钱买了一台新的创维电视正在家里用着。我询问能否给点补偿，家长迟疑了一下表示为了息事宁人同意给点补偿，但是最多给 2000 元。我询问了圈内的朋友，我也在其他圈里询问了一下，得到的回答是电视机作为彩礼，赠与还是借用，彩礼给个旧的，显然不妥，赠与没有要求返还的。我查了一下电器设备折损是 5 至 8 年，心里有了底。

我与双方当事人的聊天，不聊别的，聊的是什么原因造成了孩子的分手我们做家长的能力做一些什么，有什么经验可以分享，什么教训需要承担。我提出单独与孩子沟通，许久帮助他们放下过往的怨，弥合相互间的沟壑。我

从双方家长的口气中未提到孩子们的问题多么严重，我顺着话题跟着往后延伸，虽然你们没有称为亲家，但我不不希望就此成为仇家。也许你们还会遇到，甚至过了几年、十几年，孩子们还会交集。尤其是我们属于少数民族，这家都是少数民族，少数民族群体就更加重要，地球这么小，这点小小的纠纷算了什么，太不值得。我的提议固然有些晚，但他们对我的用心帮助有了丝丝的心动，特别是男方的姨夫姨妈，我给了一些意见建议他们也接受了，钱也降下来了，脾气也缓和了，最后双方以 2000 元达成和解，男方把从女方中拉走的小电视还了回去，一场纠纷就此了解。

我讲这个故事就是说如果两家杠上了，法律难以解决，调解员有时候还真的需要解决一些说难不难，说容易又不太好解决的问题。我所在的丰台调解协会有社区调解组织 300 多个，去年调解了各类案件 6000 余件，我所在丰台法院“7 日调解室”成立一年来，有最初的 4 名同志增加到 31 名，一年来化解纠纷 2174 件，月人均调解成功 19 件。我们这个月是第五个月来到法院，我第一个月调解成功 1 件，第二个月成功 9 件，第三个月成功 17 件，上个月成功 24 件。我们老师一个月最多成功调解 39 件。

我们说调解的方法有很多种，调解的技巧有多种多样，但归根到底个人认为，用心调解做基础：真心、诚心、耐心、细心、信心，真心对待当事人，诚心对待产生的纠纷，耐心听取事人陈述，细心找到矛盾的症结点，坚定信心做好调解的准备，这样成功才能近在咫尺。以下是调解员必备的：

第一是乐观的心态，积极进取的精神，纠纷是促进和谐进步和发展友谊的阶梯。第二是从多点做文章，换位思考，了解越全面对调解越有利。第三，取得当事人的信任是成功的基础，当事人敢于将心交给你是取得成功的根本。第四，能够让当事人同意调解就成功了一半，剩下的就是耐心与其沟通。第五是理性思维克制感情，为对方着想，不一味讲究对方，批评与指责的前提一定要给当事人找出路，我的发言完了，谢谢大家。

主持人：我觉得李会长给我们介绍的他们成功的秘诀就是几心，用心、真心、诚心、耐心和信心，谢谢李会长。最后一个发言的是深圳盈科律师事务所的杜芹律师，她还是广东省律师协会婚姻家庭委员会的委员，有请杜芹律师，她的内容是家事审判改革中的律师机遇，有请杜律师！

杜芹：大家好！我是一名每天都与离婚煎熬中的当事人打交道的家事律师。关于家事审判改革，我从律师角度讲三个方面内容：

首先，我把家事审判改革的思路和做法，做个归纳：

一是事前防范。就是指加强婚前指导、以及多部门联动进行网格化管理，防患于未燃，于矛盾未发生前；二是诉外调解。就是指家事人民调解，很多地方已经专门成立婚姻家事调解室；三是诉中改革。包括引入心理咨询师、社工等参与诉前调解、诉中调解，还包括举证期限、财产申报、家事调查员和心理专家意见等家事举证新措施，还有对法官专业化、加大释明权、合理自由裁量权等裁判改革规范等。四是诉后跟进。如引入社工、心理咨询师等进行延伸辅导和服务。

其次，我觉得目前家事审判改革面临的挑战，主要有：

一个是案多人少，有心无力。法官一天开四个庭，试问，如何贯彻调解贯彻改革；第二个是多元联动，推动艰难。举例一个简单家暴，妇联送到派出所，派出所不知道发告诫函，这就是现实，没有谁实实在在告诉他该怎么做。恐怕能促使他去做得，只有当事人自己和律师了。第三个是自我变革，动力不足。自己改变自己最难，必须外力推动；第四个是落实效果，不好评价。刚才温州中院的汇报，也许温州律师来评价最实在，到底改革后与改革前的差别有多大。

最后，我讲最重要的家事审判改革中的律师机遇，包括三点：

第一是行业发展。伴随家事法官的出现，规模化专业化的“家事律师”群体必将形成。专门程序、专业审判必须有专业应对，必然催生出专业家事律师。家事法官，也需要家事律师的专业“配合”，司法部对律师专业分类评价，其中也有婚姻家事专业律师。

第二是自我发展。家事改革，必然触发新的法律服务类型和机会。家事律师业务发展的过程，就是当事人逐渐把钱投入在法律意识提高上，就是当事人慎重理性对待婚姻、走向和谐的过程。律师服务包括： 1、律师婚检。与婚前体检一样重要，通过婚前法律讲座、夫妻权利义务咨询、婚前财产约定指导等，让婚姻更理性、更有担当，减少隐患。2、更有价值感的离婚咨询、私人顾问。结婚更慎重、离婚更复杂、家暴应对更专业等，引发婚前咨询、婚后投资置业咨询、财产约定、危机应对等法律服务需求；3、代理离婚谈判和调解。诉外、诉前、诉中调解制度

的建立，让当事人聘请律师提前至离婚准备阶段，“找我律师”将成为离婚当事人的口头禅。这利于理性解决争端、法治进步。4、成为家事调解员，提供调解服务。诉外、诉前、诉中调解制度的落实，需要家事调解员，而律师是最优选择，专业、贴近当事人、人数广泛。同时建议设立家事调解员认证制度；5、为民政部门、妇联、街道办、司法所、人民调解室等提供家事法律培训和咨询，这是最接地气的法律服务；6、更具专业价值的诉讼代理。专门程序凸显专业度，特殊举证规则更利结果公平，律师代理诉讼价值感更大。7、更广阔的尽调等专项、个人及家庭法律顾问，包括投资并购之家事尽职调查、复杂财产关系之资产管理法律顾问、家事与商事之财富管理与传承等。

第三是律师职业价值。在推动家事审判改革中，律师价值得以提升。律师职业价值包括维护当事人权益、维护法律正确适用、维护社会公平和正义。这些在如下具体工作中得以彰显：1、个案中推动家事审判规则和工作机制落实。比如直击财产分割的财产申报制度、在家暴裁判中意义重大的家事调查员制度、在子女抚养判断中的心理、教育、社工意见、在追求实质公平中的法官专业性和释明权加重等。改革中往往是法官囿于各种原因不做推进，而律师就需要争取，一个不与法官争执的律师，不是好律师。还有，家事审判改革本身，就是维权利器，这是判案原则和趋势，说服法官接受就可能在个案中赢得公平。2、个案痛点汇总，为家事审判改革和立法提意见和建议。夫妻共同债务问题、房产赠予≠财产约定？财产约定协议如何认定？照顾比例、补偿多少？婚外情，如何担责？多子女抚养权归属判断、抚养费标准？夫妻互查资产问题、离婚诉讼保全是否需要担保问题、离婚后财产分割如何收诉讼费问题……，这些痛点正是立法和改革要解决的；3、家事律师大数据联合，评价改革措施落实。我体会到的现实问题有，调解变成拖延时间、死亡婚姻等同婚姻危机处理、同案不同审、同案不同判等，而法院因隐私而不公开判例，那如何监督法院判案质量和标准、如何评判落实？这就需要来自律师的大数据。4、律师参与家事调解等，实现律师社会公益，能够坚持做专业化家事律师的，都是有情怀的、有爱心的。

最后，家事审判改革，正在自上而下地推行，但更需要自下而上的促进落实。因为当事人最需要改革的落实，而律师是当事人的代言人，律师在家事审判改革中价值巨大！

主持人：谢谢杜律师，杜律师最后一个讲出了我们律师在担任这些工作中的痛点，同时以律师的视角提出了律师所面临的挑战和机遇，再一次感谢杜律师。下面我们就请两位评论员进行点评。

李洪祥：刚才听了八位专家的报告，内容丰富，而且每一篇都抓住了问题所在，紧扣家事审判主题，都抓住了家事伦理的特点或者基础。如果我们离开了这样一个特点和基础，所有的问题都无从谈起。在这样的条件下他们从各个角度谈了自己非常专业的想法，所以我想不仅是我，和在座的各位可能都会收益。从主导家事审判的主导者、法院法官一直到参与者，到律师、公证机构、调解员、心理咨询师等法律服务的相关机构，都充分地展示了各自的特点和领域。而且有好多人都提到，相互之间不具有兼容性，或者说不赞同兼容性，各自有各自的分工，这也是专业化所提出的要求，这是给我的印象。

我们国家现在正处于推行家事审判改革的过程之中，好多的学者、法律实务者对它倾注了很大的心血，像南师大的刘敏教授，陈爱武教授、北京航天航空有一个张教授，这都是在家事审判领域我觉得是至少走在前面的。每一个法律制度的设置都有自己的功能，李辰阳公证员所讲的内容，如果从立法的发展来看，本质上要掌握两点，《民法总则》第一要保护被监护人的权益，实际上在立法上有两种，一个是要体现被监护人的意思，还有一种是保护被监护人的权益，这是两个不同的立法的根基或者原则。

意定监护体现的是被监护人的意思，体现的是他意思明确时候的意思，等到他没有意思的时候，怎么体现他的意思，怎么保护他的权利，恐怕那个原则就非常难实现，将来在执行的过程当中问题是非常大的，因为后续如果没有监督机制的话，我认为意定监护等于零，没有任何意义。所以怎么能够体现被监护人的意思、保护被监护人的权益，是必须作为一个原则来加以考虑的。法律是不是仅仅是要保护家庭的稳定、婚姻的和谐，还是要有其他的目的，比如说法院的裁判，或者是审判的效率要不要考虑，我也看了一些国外的一些资料，立法的目的当中，审判效率是非常明显的。只是说了我的一些感受和体会，占用大家时间了，谢谢。

柯直：各位老师，今天晚上共有 8 位嘉宾发表了各自的论点文章，主要涉及到三个方面，家事审判改革、公证、婚姻登记，其中家事审判改革最多，有五篇。今天大家八位嘉宾的交流我也学了很多内容，特别是家事审判改革实际上是无数的律师、无数的法官、无数的心理咨询师、无数的公证员一步一个脚印在前行。对于维护我国家庭和谐，维护妇女、儿童、未成年人、老年人合法权益具有非常好的作用。

对于嘉宾这几篇文章他们的观点，两位老师他们都已经点评了，我不再锦上添花。对于家事审判改革，家事审

判改革最大的立足点是是要解决当事人的需求，当事人的诉求很重要，他的目的就是解决他的问题，希望法院给他公正公平的处理，。我们说家事无小事，婚姻不是小事。我个人认为，一个公正公平的法律处理结果比什么都重要。对于司法改革，我认为法院内部是要改革的，不要只追求家庭和社会的力量。

关于法院内部改革，第一，对于缺乏专业的婚姻家庭这方面法律支持的法官应该要调离。第二是缺乏沟通的法官也不应该放到家事审判法庭来。第三是年轻法官，没有结过婚，没有生过小孩，没有婚姻经历，这些法官也要给考虑调离。

第四，有多年家事审判经验的法官，实际上是非常宝贵的财富，这样的人能不能当个顾问，家事改革应该是内部改革。最高人民法院关于家事审判改革，家事审理理念三个转变这个问题上也值得商榷的，它提到其中一条，要偏重财产分割、财产利益审判保护的理念转变为更加重视身份利益和人格利益。我在想人格是需要保护，可能当事人更需要是生存的权利，我就讲这么多，谢谢大家。

主持人：咱们最后我们再给一个互动时间，因为我们李教授坐在台下，李教授你有没有要说的，大家欢迎。

李显冬：我提三个问题，第一个问题两个评议人都讲了，我觉得要探讨这次会议要解决的是什么，家事法的基本原则究竟是什么，因为这次《民法总则》大家都总结了，非常好的一点就是在《民法总则》中间把民法的基本原则固定了，家事法是不是应该像《民法总则》一样，能不能提取一个公式作为家事法的基本原则，就是郝律师说的结婚是自由，离婚是不是自由。第一个问题是要解决家事法的基本原则。

第二个问题，很多人都在解读《民法总则》，姜老师在人民大学做了一个非常精确的评价，第一次说的叫做继承精准，创新不足，后来我发现又修改了叫继承有余创新不足，第三次修改是姜老师说了继承有余是对《民法通则》继承有余，创新不足是整个创新不足。这次《民法总则》最大的一次修改是对民事法律行为的理论中间的修改，把合法两个字去掉了。所以像刚才讲的登记的那个问题，登记是行政行为还是民事法律行为。这个问题我觉得你要把这个拿出来就很有意思了，因为历来主张登记在行政中间才是行政法律行为，因为登记的人就是为了取得婚姻的保护，就是公证刚才讲的那一套，我就是公证，就是公示，登记后你已经有一个婚姻关系你就能取得结婚的法律效果吗，那个和你没关系，那是法律规定的，你有一个结婚关系再登记一个你是重婚罪。

第三个问题，律师到底在家事案件当中你的价值是什么。我以前没当过法官，我现在当了仲裁员了，我想到一个问题，我们做律师，一个律师是要跟法官去争执还是要去说服法官呢，我觉得我们应该是说服法官，因为我们都是一个法律人，大家多共同的理念，共同的背景。你要说服你的法官，你骂了法官你的法官能高兴吗，谢谢大家。

主持人：非常好，时间也太晚了，大家想说的话太多，时间也确实有限。三个小时的沙龙搞的非常好，内容丰富、重点突出，而且紧紧围绕着家事。

今天晚上拓宽了我们的视野，增长了知识，碰撞了观点，尤其我们李老师最后提出来的三个思考我认为非常好。我认为在我们民事法庭上，律师也要充分的表现，刚才我们杜芹律师说要跟我们法官争，去争是表现，是说服法官。我想补充李老师的一个观点，除了要说服法官以后，更好的一点我认为好的律师要能引导法官。我想说我们国家现在赶上了一个好时代，变化发展都非常快，但是我想说不管怎么样变化，不管怎么样发展，家庭的功能是没有变的，家庭的职能是没有变的，家庭的这个组织细胞也是没有变的。在这种情况下一定有矛盾，一定会需要法律服务，所以我们这个实务论坛就十分的必要。我们希望家事服务专业化，我们也希望家事服务各行各业的大协作，不管是律师、公证员、心理咨询师、财富服务师以及我们的法官，所有人加在一起，我们要形成一个大协作、大合作来推动家事服务的专业化。我想，最后家事服务的专业化应该体现在家事法院尽早的成立，谢谢大家。

我们今天晚上的沙龙到此结束，期待明天的论坛早日开幕，谢谢大家！

“10 万份涉家暴判决书”一文的大数据误区

2017-05-17 人民法院报 陈敏

2017 年 5 月 5 日，《广州日报》一篇题为“10 万份涉家暴判决书，告诉你哪里的男人最爱打老婆”的报道吸引了很多读者的眼球，互联网、微博和微信转发者众。报道称，这是统计了从 2014 年到 2016 年全国法院公布的一审离婚判决文书 94571 件后经分析得出的结论。

5 月 11 日，《南都周刊》刊发“山东人最爱打老婆：家暴地图还是家暴地图炮”表示支持。

笔者认真阅读后认为，报道提及的多项结论因为存在误区而与实际情况相差甚远，因而可信度不高。本文择其三者发表不同意见。

误区一：将案件数量等同于发案率

报道称：“全国涉嫌家暴案件，山东以高达 8205 件稳坐榜首，河南以 6986 件夺得第二，湖南以 6930 件屈居第三。西藏、海南和新疆分别以 47 件、237 件、388 件成为家暴案发最低的三个省份”。

涉家暴离婚案件数不能反映家暴发案率的高低，因此上述结论有误。涉家暴离婚案件相对比较多，有诸多影响因素。最大影响的因素是人口基数。根据我国 2015 年全国人口普查统计数据，在全国 34 个省市自治区和直辖市中，山东、河南和湖南省的人口数居第二、第三和第七，分别是 9847 万、9480 万和 6783 万。人口基数大，离婚案件数量自然就相对较多。其他影响因素包括：可能这三个省的当事人对家暴容忍度低，维权意识高，因此更敢于寻求法律救济；也可能这三个省的当事人对法院的信任度较高，相信自己能获得支持，当然能否获得支持会受其举证能力的影响；还有可能这三个省的人民法院在裁判文书中更加敢于表述家庭暴力。

涉家暴离婚案件数量相对较少，也有诸多影响因素。最大的影响因素仍然是人口基数。西藏、海南和新疆的人口数在全国居倒数第二、第六和第九，分别是 324 万、911 万和 2360 万。人口基数小，离婚案件数量自然相应较少。其他影响因素包括：一是受害人存在较多顾虑。比如，因为认同施暴人而没想到离婚；为了孩子或者为了保住财产不想离；因为强烈的羞耻感不敢起诉离婚；受施暴人胁迫不敢起诉离婚或起诉离婚后撤诉等，因此家暴实际发生率与报案率相差悬殊。二是受害人只想要暴力停止而不想离婚，因此只申请了保护令而没有起诉离婚，这部分案件就不会出现在离婚判决书中；三是受害人与施暴人针对财产分割和子女抚养达成调解协议后调解离婚，而裁定书会被“法狗狗”过滤掉等。受害人的上述行为都使得离婚判决书与实际案发数之间存在巨大差异。忽视众多影响因素，简单地根据涉家暴离婚案件判决书的数量来确定哪里的男人最爱殴妻，是不科学的。

误区二：从离婚案件判决书中获取人身安全保护令和告诫书的数据

报道称“仅有 84 人申请了人身安全保护令”，这与“法院对家暴概念把握过窄”有很大关系。意思是说法院掌握的标准过严，导致获得人身安全保护令的申请人过少。乍一看言之有理，再一看取样有误，属于典型的“张冠李戴”。想要了解实际签发数字，应当以人身安全保护令为关键词进行搜索。从离婚案件判决书中取样，无异于缘木求鱼。人身安全保护令的申请，适用的是单独立案程序，并不依附于离婚诉讼。人民法院发出的大量的人身安全保护令不一定都会在离婚案件判决书中予以表述。这 84 位申请人只是那些既获得了人身安全保护令又起诉离婚，且人民法院在离婚判决书中对人身安全保护令签发情况进行了表述的，不包括那些申请人身安全保护令但没打算起诉离婚的当事人，也不包括那些申请了人身安全保护令也提起离婚诉讼但最后以调解或撤诉结案的当事人。

报道以涉家暴离婚案件判决书中只检索出 77 份告诫书为依据称“这组数据反映出实务中公安机关在处理家暴纠纷时，未能贯彻反家暴法的精神，未对家暴案件给予足够重视”，与事实严重不符。据笔者所知，2016 年，仅浙江省温州市一地的公安机关就出具了 598 份告诫书。实践中，告诫书具有较强的止暴效果，施暴人受到公安机关的告诫，停止了施暴行为，于是婚姻关系继续。这部分告诫书不会出现在离婚案件判决书中。试图从离婚案件判决中检索出告诫书的具体份数，同样是缘木求鱼。

误区三：用“溯及既往”的方式评价法律实施效果

研究者发布的数据和结论之所以可信度不高，是其混乱的取样方式导致的检索误区造成的。2014 年到 2016 年期间，人民法院据以签发人身安全保护令的依据从《涉家庭暴力婚姻案件审理指南》到反家暴法，公安机关出具告诫书的做法从探索性创新到正式有了反家暴法的依据，因此，无论是对人身安全保护令还是对告诫书的实施情况进行调查研究，取样时间都应该在立法实施后和我国离婚诉讼裁判文书停止上网前，即 2016 年 3 月至 9 月，一共 7 个月的时间，而不是 2014 年至 2015 年和 2016 年共三年的时间。用反家暴法实施前的判决来说明反家暴法实施后对立法精神的贯彻程度，以“溯及既往”的态度批评“公安机关在处理家暴纠纷时，未能贯彻反家暴法的精神”，“有些法官将‘施暴次数’和‘造成一定损害程度’作为认定家暴的标准，与现行的反家暴法零容忍的立法本意不相符”，说服力在哪里呢？

写此文，意在提醒那些不了解情况的读者，如果你因为看了这篇报道而拒绝来自山东、河南和湖南的男人，你可能会失去一段好姻缘。因为，一个男人是否爱打老婆，与这个人出生在哪个省关系不大，与这个人被什么样的家庭抚养成人关系很大。

(作者单位：中国应用法学研究所）

离婚案件庭审中分手暴力的防范

2017-05-18　中国应用法学研究所 陈敏

本文是笔者在 2016 年完成的一个委托课题的研究成果。课题名称为离婚案件审判安全风险评估和事故防范。样本总数为 30 件，涉及 14 个省和自治区的基层和中级人民法院。30 起案件中，有 27 起发生在庭审中，其中 26 件涉及分手暴力，1 件因不知道受理法院无法查找。案件发生的时间跨度为 2003 年至 2014 年。笔者采用互联网搜索、委托当地法院代为调研或者协助调研、与承办法官电话沟通或直接到当地阅卷和座谈等方法，历经半年完成。本文对这 26 起发生在庭审前后的分手暴力案件的特点进行研究，分析分手暴力发生的原因，提出防范离婚案件庭审中分手暴力的对策和建议。

一、分手暴力案件的特点

（一）行凶人在婚内有长期的施暴史

26 件事故案件中，女方是原告的有 24 件。她们都是长期家庭暴力的受害人。24 人中，至少有 14 人遭受过男方的致命威胁、毁容威胁、捆绑、恐吓和限制人身自由、自己或娘家亲友被持刀砍杀过、娘家较大的财产遭受过故意毁坏并导致重大经济损失。分手暴力案件是男方对她们最后一次、也是最严重的一次致命暴力，且多人殃及亲友。这是男方对女方坚决离婚的惩罚和报复。男方是原告的有 2 件。他们想与配偶离婚后与外遇结婚。一件是庭审后双方同乘一部电梯时原告用折叠刀刺伤妻子及妻弟。另一件是哥哥为妹妹打抱不平而在妹夫安检时试图棒打他，被法警拦下，男方轻微伤。证据显示，在 25 位被害女性中，有 15 位为躲避丈夫的暴力纠缠，采取远走他乡、躲藏在亲友家或者在外租房居住的方式对男方藏匿行踪。其余 9 位被害女性是否也处于同样状态，因为案发的时间与调研时间跨度较大承办人无法准确回忆、分手暴力案件发生在庭审前或庭审中尚未进入事实调查阶段因此具体案情尚不清楚而幸存者已离开当地不知下落、女方被杀而男方已被执行死刑等原因已无法查清。但是，从男方借庭审机会对女方进行报复的情况来看，这 9 位被害女性当时很可能处于同样的状态，否则庭审不会成为男方报复和惩罚女方的唯一时机。分手暴力案件造成 52 人伤亡。其中，36 人是女方及其亲属，6 人为法院工作人员。男方杀人后自杀或自残的 4 人。其它 6 人。

（二）法院干警受牵连身心受创伤

1.目睹分手暴力致法院干警身心遭受创伤

庭审中突发的分手暴力，不仅造成了受害方及其亲属的死伤后果，也造成了 6 位法院干警的重伤和轻伤后果，其中一位在夺刀过程中被刺中腹部倒在血泊中，三位在阻止行凶人时被扎伤，还有 2 位被炸成重伤。目睹分手暴力使许多法院干警遭受替代性创伤，案件未能妥当处理影响了法院的形象和法官待遇。

创伤学认为，在天灾人祸中，身体受到暴力伤害、置身于极端暴力的现场、或者目睹可怕的死亡场面，都可以激起人类内心巨大的无助感和恐怖感。①　这对人类的心理来说都可能是严重的创伤。除了身体受伤的受害人外，目睹经由对他人创伤经历的知晓而导致自身获得的创伤性体验的人，同样会有心理创伤。这被称为替代性创伤。其症状表现与直接受害者的症状表现无明显的差别。心理创伤对人的影响可能持续数月，也可能持续数年。短期影响包括有关创伤性事件的记忆侵扰，感受到愤怒、悲伤、情绪低落、无助、退缩、失眠、焦虑等情绪。长期影响包括个体变成愤世嫉俗、内心恐惧、对人性失去信心、借酒浇愁、丧失维持婚姻关系的能力等。

是否受创伤性事件的影响，与个体的受教育背景和人格结构无关，而与个体是否接触创伤性事件有关。办理人身伤害类案件的法官，就属于高危人群。在国际上，据《全球邮报》2008 年 8 月 23 日报道，加拿大安大略省高等法院首席法官 Patrick LeSage 在一个司法研讨会上发言时落泪。他后来在接受采访时说：1995 年，他审理一起性侵致死案时看过被告人折磨被害少女的录像。当时，他受到的心理创伤太严重，以致曾决定不再担任那个案子的法官。时至今日，他一直没能从那个案子的阴影中走出来。他说：“在今天这样的环境下，某些东西会让人流泪。你不知道它是什么。眼泪只是顺着我的脸颊流下。我跟法官们说人都是有情感的，别觉得尴尬或者不好意思。我们都有人类的情感。这是我们之所以为人的部分原因。”

国内鲜有这样的报道，也似乎很少有人关注法官在办理或者目睹人身伤害类案件时可能受到替代性创伤影响的现象。但司法实践中这种情况并不少见。法官甲说：被告趁原告阅签庭审笔录时突然扑向原告，掏出水果刀猛地刺向原告。当时我已整理好案卷准备离开审判桌走出法庭，见此情景一边大喊住手，一边推翻隔着我和当事人的审判桌，抄起墩布冲向被告，在控制住被告后，我赶紧打 120 送原告去医院，但原告还是没能抢救过来。为此我深感内疚和自责，压力很大……。法官乙说：我作为一名法官，心里憎恨杀人行为，但我没能成功阻止杀人行为，没能救

得了被害人，感到很无助，也很内疚。当时，控制住凶手后，我赶紧去抢救被害人，我一个一个翻看着她们的身体，发现都没气了。我亲眼目睹鲜活的生命几秒中之内都没了。死者的惨状我至今忘不了。一提这个案件，当时的惨状又都回来了。心里很难受……。领导和同事说，该放下就放下，可这事说起来容易做起来难，不是想放就能放下的……。

至笔者调研时，目睹分手暴力的法官中，多数人离开了当时的审判岗位。工作岗位的变换，虽然可以减少创伤性记忆的过度唤起，但根据创伤学治疗的原理，未经处理的创伤很难自行消失，曾经目睹的惨状很可能变成其日后生活中很难摆脱的一部分记忆，在潜意识层面影响受创伤者的工作和生活。

2. 部分法院干警被不当追责加重心理创伤

对发生在庭审中的分手暴力案件，处理思路似乎对被害人家属更多的是采取积极救治和安抚措施，而对法院干警则更多的是采取追责态度。据不完全统计，部分庭审中遭遇分手暴力案件的法院和法官受到行政处分。这些处分包括：院长被诫勉谈话，主管副院长、法警队长被记过或免职，承办法官受到警告处分或被劝说辞去行政职务。基层法院的法官能奋斗到庭领导或院领导的位置，不知道经过了多少年的奋斗，是一件非常不容易的事。因为行凶人在法庭上实施分手暴力而被免职或者劝辞，想来不是一件好受的事情。除此之外，部分法庭上的分手暴力案件发生地的政府规定，在法庭上发生了分手暴力案件属于事故，法院和承办法官在两年内不能参加年度合格和评优活动。单位不能参加各项年度合格和评优活动，意味着单位不能获得评选合格和评上优秀后将会获得的相应的奖金。这类奖金的受益者是全院干警。在欠发达地区，单位参加当地各种年度合格或者评优活动可获得的奖金，平均到每位干警头上有几千元左右，这对当地干警来说是一笔不小的数目。因为施暴人无视法律的禁止性规定而在法庭上实施分手暴力，导致承办法官承担“工作失职”的名声、所在单位承担社会舆论不明就里产生的压力以及因“连累”所在法院失去参加年度合格和评优活动而感受到的深深的内疚，对目睹凶杀场景的法院干警的心理创伤来说，犹如雪上加霜。

二、对法庭上分手暴力的分析

（一）严重家庭暴力“催生”法庭上的分手暴力

在婚姻关系中，家庭暴力主要是男性针对女性的。这与女方说了什么或者做了什么没有必然的关系，而与男方出于低自尊、缺乏安全感和内心过于强烈的控制欲而采用破坏性的暴力沟通方式有关。当女性不堪忍受想要摆脱时，部分男方动了杀机。国际社会统计数据显示，婚恋情感关系中约一半的男方在女方提出分手或双方实际分手后，继续暴力纠缠女方，企图逼迫女方“回心转意”，或者杀死女方作为报复。分手暴力是家庭暴力的升级形式，也是引发法庭事故案件的罪魁祸首。

男方为什么会不自觉地采取极具破坏性的暴力沟通方式来伤害夫妻感情，破坏自己的婚姻关系呢？从心理动力学研究成果来看，男方的暴力倾向是在原生家庭中通过代际传递习得的。虽然幼年时遭受家庭暴力或者目睹家庭暴力的男性成年后不一定会采用同样的方式与妻子和孩子沟通，但经常打骂妻子却坚决不肯离婚的丈夫，从小一定是在被养育者打骂虐待中长大的。人在幼年时需要的是养育者的关爱和保护，施暴人在童年时得到的却是打骂虐待，这使得幼小的他误以为是自己不好才难以得到父母的关爱和保护，并由此产生无价值感、无助感、被抛弃感以及痛苦、悲伤和愤怒等情绪。受传统孝道、与养育者存在依恋关系等多动力因素、又因为人小体弱无力反抗，他只能将自己的负面情绪深深地压抑到潜意识中。但是，父辈的暴力沟通方式会被他认同并模仿，用在他成年后与配偶和子女的相处中，因为这是他所知道的家庭成员间人际沟通的唯一方式。受暴的配偶不堪忍受被迫提出的分手要求，会立刻激活施暴人内心深处的无价值感、无助感、被抛弃感和愤怒的感受。这些被激活了的感受里面，既有现实中被配偶抛弃所感受到的痛苦、悲伤、无助和愤怒，也有童年被父母虐待所感受到的负面情绪。这些感受是如此不堪忍受，以至于通过杀死配偶来转嫁和暂时摆脱内心的痛苦和无助，甚至杀死配偶并且追随配偶去往另一个世界，都比离婚后再次体验到内心的痛苦、无价值感、无助感、被抛弃感更容易一些，尤其是杀死配偶可以让他们在潜意识中实现永远不会被抛弃的愿望。②　因此，家庭暴力是引发法庭上发生凶杀案件的罪魁祸首，施暴人是直接责任人，其除了应当受到刑罚追究外，也是被害人家属寻求赔偿的唯一责任人。

（二）对家庭暴力多数情况下的不作为“纵容”了分手暴力的发生

冰冻三尺非一日之寒。家庭暴力从轻微到严重最终上升为分手暴力，是因为多数情况下暴力行为没有受到公安机关的制止而逐渐发展恶化的结果。《人民警察法》第二条规定：“人民警察的任务是维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动”。家庭暴

力侵害公民在家庭中的基本人权和财产权利，破坏社会和谐和稳定，属于公安机关预防和制止的对象。但是，长期以来，公安机关在制止家庭暴力方面的不作为是一种比较普遍的和常态化的现象。白马是马而家庭暴力不是暴力的逻辑大行其道。其隐含前提是：公民的人身权利由两个部分组成，一个是公共的，即社会上的；另一个是私人的，即家庭内的。公安机关重视打击非家庭成员对公民人身权利的侵害，却容忍家庭成员之间侵害人身权利的行为。这导致行为人故意伤害非家庭成员的，会受到《治安管理处罚法》和《公安机关办理伤害案件规定》的约束，而行为人故意伤害家庭成员的，则其行为被视为家庭纠纷，即使受害人报警，警察可能根本不来，或者施暴人仅仅可能受到口头批评，或者警察来了给施暴人和受害人各打五十大板，甚至调解了事。

即使是在北京市，也发生过董珊珊这样婚后 10 个月被丈夫家庭暴力致死的案件。据《法制与新闻》2010 年第 8 期载，董珊珊生前与家人在北京不同派出所报过 8 次警，均被以夫妻纠纷不好管为由拒绝。另据《中国妇女报》2013 年 10 月 22 日报道，河北省邢台市一对母女被害前，也曾 3 次报警，同样被当成家庭纠纷而未得到有效处理，以致她们在派出所求助时被施暴人杀害。几乎是在同时，据《北京晚报》2013 年 10 月 21 日报道，宁夏麻永东杀死妻子及其娘家共 7 口人的灭门案中，其妻生前多次报警，均被认为是家庭纠纷而没有得到干预。笔者十几年来跟踪研究家庭暴力受害女性的报警求助情况，发现各地无回应的报警数量之多，数不胜数。对处于严重家庭暴力困境中的家庭暴力受害人来说，报警无回应，即是绝境。

正是在这样的绝境中，事故案件样本中的行凶人，除 1 人曾被行政拘留 20 天外，其余 24 位施暴人都是打了白打，没有受到过任何处罚。救济缺失让受害人求助无门，因此更容易受制于施暴人。等到暴力严重到受害人不堪忍受而起诉离婚时，施暴人已经习惯了受害人的服从，反而认为提出离婚是受害人挑战自己的权威而暴跳如雷，坚决不同意离婚。受害人因对婚姻感到绝望坚决要求离婚时，分手暴力在所难免，即使不发生在法庭上，也会发生在被害人住处、娘家、单位或大街上。

（三）法院办理涉家庭暴力案件的“技术”和“装备”严重不足

审判人员未经专门培训难以识别家庭暴力。引发事故案件的离婚案件中，分手暴力征兆非常明显，但多位离婚案件承办人表示虽然男方确实不止一次殴打女方，但两口子打架在当地是很普遍的事，实践中很难区分家庭暴力和家庭纠纷，如果没有造成女方身体上的伤害后果，一般不能认定为家庭暴力。缺乏识别家庭暴力的技术甚至导致受害人提交的家庭暴力证据被忽略。

印象最深的是：针对一男性原告在庭审后用刀刺伤女方及其亲属的案件，笔者向承办法官了解原告是否存在家庭暴力时，回答是否定的。笔者接到起诉状、答辩状和庭审笔录等材料时，发现确实没有。但原告若无施暴“前科”却在庭后发生争吵时突然刺伤被告，这太不符合规律了。后来发现卷宗所附证据中，原告自认书和证人证言赫然在列，而承办人却不记得有这份证据。这说明法官办理离婚案件考虑的主要是财产分割和子女抚养，而对案件中的家庭暴力因素关注不够。究其原因，承办人员从未有机会参加涉家庭暴力案件审理技能的专业培训，审理技术未能与时俱进，因此“看不见”分手暴力的典型指征，因而也无法采取防范措施，结果施暴人利用庭审机会实施了分手暴力。另外，人民法院虽然也有司法警察，但由于近几年来人民法院受理的案件数量呈井喷式上升，而司法警察编制一直没有变化。目前警力全部用于保障法庭安检、刑事案件值庭和执行庭的需要都远远不够。一些欠发达地区甚至到了连安检和刑事值庭的需要都难以保障，因此法警的任务并不包括民事案件的值庭，而没有法警值庭的涉家庭暴力离婚案件的庭审，就给了施暴人更多的可趁之机。

（四）追责法官和法院无助于减少和预防事故案件的发生

追责的目的是为了减少和预防事故案件的发生，但前提是法官和法院对事故的发生负有责任。分手暴力的发生，从施暴人的角度来看，是其扭曲的人格和恶劣的成长环境造成的；从被害人角度来看，是其长期得不到救助而选择忍辱负重致使家庭暴力越来越严重的；从公权力角度来看，公安机关长期把家庭暴力淡化为家庭纠纷，该制止的不制止，该处罚的不处罚，最终导致家庭暴力升级为分手暴力，在离婚案件庭审时发生。追根寻源，是公安机关在维护公民在家庭中的人身权利不力造成的后果，责任不在法院。

法官的职业是坐堂问案，居中裁判，维护社会的公平正义。其职业训练包括法律知识、逻辑思维等，而不包括体能和徒手格斗技术。从现实情况看，办理离婚案件的法官多为女性。与男性相比，她们在身高体力方面往往不占优势。与施暴成性的行凶人相比，她们更不具备徒手夺刀的技能。从现场情况来看，行凶人随身携带工具有备而来，

承办法官赤手空拳，手无寸铁，又未经徒手格斗训练，虽奋不顾身与行凶人搏斗，但双方力量悬殊，输赢显见。样本中受伤的6位法院干警，现场虽奋力制止但也没能救得下被害人，自己反而被伤及，成为事故案件的被害人。客观地说，对一个就想杀掉配偶或者与配偶同归于尽的施暴人，其杀人行为即使暂时被制止了，之后若没有公安机关的强力介入，其配偶不一定能逃过一劫。样本中就有两起案件的承办人火眼金睛，在开庭前发现施暴人的杀人工具并将其司法拘留。但是，施暴人拘留期满后，从看守所出来就持刀直奔女方娘家。没有找到女方本人，就扎死、扎伤女方娘家数人。

不考虑法官作为普通公民在凶杀现场同样需要保护，而要求承办法官（无论男女）遭遇突发事件时能够赤手空拳制服歹徒，救下被害人，无论从技术看还是从体力看，都不具有期待可能性。让法院和法官为施暴人的暴行买单，一是不能预防类似事故的再次发生；二是严重影响人民法院的社会评价，使公众一叶障目，以为真的是法院干警工作失误造成的；三是造成被害人家属不敢找行凶人家属索赔，却档位肆无忌惮无理取闹纠缠承办法官，甚至为此上访；四是不能公平公正地对待法官。当法官自身不能得到公平公正地对待，其履行维护社会公平正义的职能的质量也必然受影响。

三、防范离婚案件庭审中分手暴力的对策建议

发生在法庭上的分手暴力，既是施暴人原生家庭“培养”的结果，也是前期家庭暴力得不到制止的恶果，有效预防和减少分手暴力，需要承担维护公民人身权利的公安机关更新观念，对发生在社会上和家庭中的暴力行为一视同仁地处理，及时有效地将家庭暴力遏制在萌芽中。但在这一天到来之前，人民法院不能坐等而应当提高相关技能。

（一）法官应当有机会通过培训掌握识别家庭暴力的方法

根据《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第十九条和二十条内容，家庭暴力涉及跨学科专门知识。处理家庭暴力问题不仅需要法学，还需要社会学、心理学、女性学和性别平等理论等知识。各级人民法院应当将性别平等和家庭暴力知识纳入法官在职培训课程。办理相关案件的法官每年应当接受不少于12个小时性别意识培训和不少于18个小时家庭暴力知识培训等。培训应当包括但不限于下列内容：家庭暴力概念和功能；家庭暴力误区澄清；施暴人和受害人的互动模式；证据解读和采信；家庭暴力对（目睹）儿童心理和行为的影响；涉家庭暴力案件庭审技巧等。除了内容的培训外，培训方法也很重要。互动式培训方法是自上世纪90年代美国教育部门开发的专门针对成年人的培训方法。互动式方法形式灵活、参与性强、新知识记忆深刻，学习效果良好，特别是能够促使学员结合个人经历和经验，探索、质疑和反思家庭暴力相关问题，达到迅速更新观念，提高技能的效果。这样，法官就能在婚姻家庭纠纷案件审理过程中“看到”更多家庭暴力行。

（二）法官应当对分手暴力的高风险征兆保护警觉

根据国内外的研究和实践，结合本课题研究样本的统计，若施暴方是男方的，存在以下行为者，属于分手暴力的征兆：

（1）刀砍（扎）。如果婚恋关系中的一方曾持刀砍杀或者追杀过另一方的，则若另一方逃走或提出离婚时，其找到另一方后持刀杀人的概率非常高。样本中，至少30%的被害人受到过行凶人的持刀追杀过。

（2）威胁。美国司法研究所2000年公布的一份由心理学家完成的专项课题研究报告指出，在婚恋情感关系中，施暴方曾威胁要杀死被害人的，其与普通施暴人相比，将威胁付诸行为可能性高15倍。若存在持刀或者持枪威胁的，则其将威胁付诸行为的可能性再高5倍，达20倍。③我国也有类似的发现。心理学家武志红在《解读“绝望“—自杀和杀人背后的心理分析》一书中指出：婚恋暴力引发的故意杀人案件大多是从致命威胁开始的。④本文样本中，56%的被害人受到过行凶人的致命威胁。

（3）掐脖子。在家庭暴力情境中，掐脖子行为分为吊打、绳勒和手掐。掐脖子行为具有致命性和威胁性。一方面，若施暴人在暴怒之中控制不好时间，哪怕只是多几秒钟，都可能致被害人窒息死亡。另一方面，用掐脖子来控制受害人，说明施暴人对受害人的仇恨已达到无视受害人死活的程度。

（4）多方寻找受害方。如果施暴方处于四处寻找“失联”配偶而不得的，庭审就成了施暴方见到受害方的唯一机会，此时他实施分手暴力的可能性非常大。女方的刻意“失联”，说明家庭暴力的严重性已超过女方的忍受底线，躲起来成了唯一的自救途径，而男方四处寻找女方说明他已被自己内心强烈的控制欲所控制，找到受害人，控制受害人或报复受害人，成了他那一段生活的重点。样本中，60%的离婚案件当事人被害时处于躲藏状态。

（5）强烈猜嫉心和占有欲。这类人有着“我不能拥有你，谁也别想”的传统夫权思想。他们可以外遇不断，

他们也可以抛弃妻子，但决不允许妻子有意见或者提出离婚要求，否则随时暴力“侍候”。如果妻子坚决要求离婚，他们会变得很愤怒，甚至被内心要惩罚和报复妻子的冲动所控制，做出违法犯罪的行为。

（6）有违法犯罪“前科”。这类施暴人在认知、判断和推理方面没有问题，也没有幻觉，但是他们在价值观方面与常人不同。他们情绪极不稳定，行为冲动，对人冷酷、缺乏好感和同情心、也少有羞耻悔改之心，常常因为在社会上的违法犯罪行为而被追究法律责任。他们更可能用暴力控制妻子，也更少允许妻子挑战自己的权威。若非有了第三者，他们宁可将妻子置于死地也不会同意离婚。

离婚案件当事人之间存在上述行为之一的，是分手暴力的高危征兆。承办法官应高度重视并采取有效措施，防止施暴方借庭审之机实施分手暴力。

（三）法官应当对高危当事人采取“隔离”措施

立案后对分手暴力的识别。承办法官若发现当事人之间可能存在家庭暴力，可以在送达起诉状、传票或者庭前走访中了解情况，存在上述分手暴力高危情形，应当立即采取包括但不限于以下隔离措施：

发出人身安全保护令。如果受害方依据《反家庭暴力法》申请人身安全保护令，应当及时发出。人身安全保护令对施暴人的意义是：若其再对申请人实施家庭暴力，他就是公开跟人民法院作对。现实中，多数施暴人并没有胆量跟法院对抗，因此威慑效果比较显著。需要注意的是，人身安全保护令对一小部分有反社会性人格的施暴人或者疯狗型施暴人（家庭暴力施暴人一般只打家人，但在社会上能与别人很好相处，但疯狗型施暴人的暴力指向却不分家里家外。这类人大多伴有酗酒、吸毒、赌博等恶习或者患有精神病性疾病，对法律和社会规范不敏感）效果不是很好。这些施暴人可能会完全忽略人身安全保护令的禁止性措施。因此，除了受害人自己采取包括“失联”、“隐身”等不得已措施外，更多地还是要依靠公安机关的强力介入。若没有公安机关强力介入，人身安全保护令并不能保证申请人的人身安全。这是《反家庭暴力法》第三十二条规定给反家庭暴力实践留下的巨大隐患。

庭审前采取物理隔离措施。庭审前让受害方在另一候审区等候，开庭前几分钟再通知其到指定的法庭。候审期间，若发现施暴方行为异常，可考虑采取相应的防范措施，以便在较大程度上将事故案件消灭在萌芽中。

庭审中安排法警值庭。有条件的法院，承办法官应当提前申请一至两位法警值庭，以防不测。通常情况下，法警在场本身就可以有效威慑施暴方，使其不敢轻举妄动。有条件的法院，还可以安排受害人在玻璃门内参加庭审。休庭时，法警不能离场，应当继续隔离当事人。无论是庭前、庭中，均不准施暴方提出与受害方单独协商的要求。这不仅是为了避免分手暴力的发生，也是为了保证庭审顺利进行，同时也是为了保护承办法官的人身安全。

庭审结束后安排时间差。当事人应当单独或先后签阅庭审笔录。承办法官可首先安排受害方阅签庭审笔录，然后让其迅速离开法庭。待受害方离开法庭至少半小时后，再安排施暴方阅签庭审笔录，以确保施暴方没有足够的时间尾随受害方。

特殊情况下，可以考虑采取受害人保护性缺席审理的方式。根据《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第二十五条规定，有证据证明存在家庭暴力，且受害人处于极度恐惧之中的，正常的开庭审理可能导致受害人重新受制于加害人的，或可能使受害人的人身安全处于危险之中的，人民法院可以应受害人的申请，单独听取其口头陈述意见，并提交书面意见。该案开庭时，其代理人可以代为出庭。

（四）上级领导应当安抚和支持承办法官

对于在审理案件中目睹经历创伤性事件的法官提供危机干预，是发达国家的做法。人类的心理活动规律是一样的，我国法院干警也会有类似的需要。同时，上级领导的理解和支持，本身就是一个相当有效的治疗因子。法官丙说：今后无论哪个法院遇到这样的事，希望上级领导不要为了平息舆论就处理案件承办法官。要相信法官对事件的陈述。这类突发事件，不是我们在现场能左右得了的，我们尽力了，但实在是力不从心……。法官丁说：遇到突发事件后，希望上级领导在责任查清后给法官以认可和支持，保护法官免受死者家属无理纠缠和闹事，尽量减轻法官的心理压力，让基层法官能够安心地在一线解决社会矛盾、维护社会的公平正义……。因此，对目睹事故案件的法院干警，除非查明事实后发现不一致，否则上级领导应当首先信任案件承办法官对事实的陈述，同时为法官安排接受及时的心理危机干预帮助。对于在救援过程中受伤的干警，无论其救援行为是否成功，都要给予抚慰、认可和表扬，并在评优活动中作为加分因素。对于遭受死者家属无理纠缠的法官，应当给予强有力的支持和保护，制止死者家属无理纠缠的违法行为，否则从严惩处。只有尽最大可能减轻法院干警的心理压力，基层法官才能够安心地在一线解决社会矛盾、维护社会的公平正义。

（五）人民法院应当正确引导舆论，澄清事实真相

庭审中突发分手暴力案件后，人民法院应当通过举办新闻发布会和接受媒体采访等形式，澄清事件的原由，让板子打到该挨板子的个人和部门身上，以避免“受害者在庭外躲过了施暴人的多次报复，却葬身于法庭之上” 的误区 ⑤。宣传的效果应当达到以下目的：

让被害人家属和公众了解分手暴力起因于家庭暴力。只要被害人决意要离婚，施暴人纠缠不休，坚决不肯，而报警无效，分手暴力案件就在所难免。发生在法庭上的分手暴力，也置法院干警于人身危险中。制止分手暴力的发生，实际上不是法官力所能及的，让法院和法官承担事故案件的责任是不合理的。施暴人才是造成事故案件的罪魁祸首，也是唯一的赔偿义务人。

通过公布被害人长期的受暴史和求助无门的现实，让被害人家属和公众意识到推动公安机关重视并且有效干预家庭暴力的必要性和重要性，引导舆论呼吁和督促公安机关及时有效地处理家庭暴力报警和求助，以便从源头上减少和制止普通家庭暴力恶化为分手暴力可能性。

注解：

①［美］朱迪思·赫尔曼：《创伤与复原》，机械工业出版社 2015 年版，第 30 页。

②武志红：《解读“绝望”—自杀和杀人背后的心理分析》，世界图书出版公司 2011 年版，第 260 页。

③ Jacquelyn C. Campbellet al Risk Assessment for Intimate Partner Violence in Clinical Assessment of Dangerousness: Empirical Contributions, ed.Georges-Frank Pinard& Linda Pagani, New York: Cambridge University Press, 2000: 136-157.

④武志红著，《解读“绝望“—自杀和杀人背后的心理分析》，世界图书出版公司，2011 版，第 23 页。

⑤《凤凰网》，法学家谈广东梅县法院爆炸案：法院应维护离婚自由。载：http://news.ifeng.com/shendu/cj/detail_2013_05/10/25155264_0.shtml

来源：《人民司法•应用》2017 年第 7 期

民法分则继承编立法研究

2017-05-19 中国民商法律网 陈素素摘编 作者杨立新

本文摘编于杨立新：《民法分则继承编立法研究》，《中国法学》2017 年第 2 期。本文为其删减版，注释已省略，内容也进行了精简处理，完整版欢迎点击阅读原文查看。

作者杨立新，中国民商法律网授权学者，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任，中国民法学研究会副会长，中国人民大学法学院教授，博士生导师。

一、我国现行《继承法》的产生背景与存在的主要问题

（一）我国现行《继承法》的产生过程

1949 年特别是 1956 年以来，在社会主义公有制的基础上，由于自然人财富稀少和对继承制度需求不迫切，导致 1949 年以后继承制度没有完整地建设起来，在认识上继承制度受到打压甚至鄙视。1958 年 3 月立法机关提出一部《继承法（草稿）》规定了通则、法定继承、遗嘱继承、清偿债务等相关的内容。20 世纪 60 年代形成了第二次民法典编纂的高潮，但是在此期间出现的民法草案几乎都没有继承法的内容。1966 年开始私有财产被认为是社会主义公有制的对立物，在司法实践中继承纠纷被称为“遗产纠纷”，1975 年以后“遗产纠纷”寥寥无几。

改革开放后才认可了私有财产的继承，但仍然缺少继承制度。同时，海外遗产继承急需我国法律为依据。在第三次民事立法高潮中，在各稿草案中都对财产继承做出了相关的规定。

1949 年到 1984 年的民事立法中，继承法基本分为了三个阶段。第一阶段，1958 年至 1965 年，只提到继承权而无具体制度。第二阶段，1966 年至 1978 年，民事立法的空白期。第三阶段，自 1980 年开始，历次民法草案中都规定了继承制度，篇幅基本在 28 条左右，基本内容与 1958 年《继承法（草稿）》大致相同。同时，在上述期间办不了若干司法解释，比较具体地规定、完善了继承制度，1985 年《继承法解释》提高了该法的可操作性。

（二）《继承法》的历史背景

我国《继承法》制定的历史背景有以下突出特点：首先，国家处于改革开放初期，旧的思想仍然具有强大的影响力，难以建立完善的民事制度，保护私有财产和遗产传承的继承制度也存在考验。其次，初步确立了私有财产的合法性与保护制度，但是在公有财产与私有财产保护程度上存在差别。第三，计划经济是当时社会的基本形态，《继

承法》仍然天然体现计划经济的特征。第四，全国公民出于普遍贫穷的状态，遗产范围狭窄，导致了继承规则的简单化。第五，前苏联继承制度是我国继承法立法的主要参照系，参照系较为落后，难以符合市场经济社会的需求。

（三）我国《继承法》存在的主要问题

1. 基本的继承制度与社会经济状况对继承的需求不相适应

首先，《继承法》制定时的社会经济形态与今天的市场经济不同，难以适应市场经济对继承制度的需求。其次，改革开放近 40 年来，民事主体私有财产大大增加，对于遗产继承提出了新的要求。再次，《民法通则》制定和实施以后人们的私权保障观念大大增强，需要在继承制度中更好地保障继承人的意志。最后，《继承法》规定的继承制度没有反映财产尽可能沿着直系血亲向下流转的遗产传承规律。

2.《继承法》总则规定中存在的问题

首先，在一般规定上，存在规定的继承法原则不足的问题。《继承法》第 2 条不仅规定了继承开始时间，还包含了当然继承的意思。其规定的保护继承权、男女平等等原则都应当体现在《民法总则》中，不必另作规定。

其次，遗产范围受到严格限制，《继承法》第 3 条从正面概括了遗产范围，又做出了限制性的规定，不符合保护继承权的原则。其中，第 3 条第 5 项的限制规定受到计划经济的影响，第 4 条完全否定了土地承包经营权的用益物权属性，不符合《物权法》的规定。

最后，继承权及其规则的缺失，主要体现在：一是关于继承权的接受和放弃。《继承法》第 25 条规定了继承权的放弃。接受与放弃继承的权利属于继承权的必要内容，但是这种规定使得放弃继承实践过长，使继承活动出于不确定状态，然而对于受遗赠人的选择权则存在两个月的期间限制。对于诸如放弃继承可否附条件、附期限，《继承法》则没有做出规定。二是关于继承权的丧失，现行法一方面未明确规定绝对丧失与相对丧失，另一方面规定的丧失事由不足，同时对于继承权回复条件规定过于苛刻，没有特别尊重被继承人的意愿。三是缺失继承回复请求权的规定，对于继承立法如何体现其性质、是否具有专属性、效力如何、是否存在特殊诉讼时效等都缺乏规定。

3. 法定继承制度存在的问题

第一，法定继承人范围过窄，不利于保护自然人的继承权，不符合《宪法》的相关规定，存在无人继受的遗产可能性极大，不利于保护自然人私有财产继承权。

第二，法定继承顺序过少。主要有三个问题：法定继承人的继承顺序过少，不能使遗产尽可能被保留给血亲，有悖于《宪法》对私有财产继承权的保护。第二，将配偶规定为第一顺序继承人，不利于保护被继承人血亲继承人的利益。第三，将父母与子女安排在同一法定继承顺序，不能将遗产集中保留在被继承人子女及其后代的家庭中而实现育幼职能，导致了遗产同时向上、下流动，不符合遗产流转的规律。

第三，法定继承份残缺。主要体现在对于配偶的法定应继份规定不科学，应当采取无固定继承顺序，兼顾对配偶与血亲的保护。第二，对其他继承人的应继份没有规定。

第四，关于丧偶儿媳和丧偶女婿的继承权问题。丧偶儿媳与女婿不是血亲而是姻亲，被列为第一顺序法定继承人不科学也不合理，如果其子女通过代位继承也继承一份遗产，则实际上取得双份遗产，会导致不公平的后果。

4. 遗嘱继承规则不敷应用

主要存在问题是：第一，遗嘱处分权利的固定内涵与外延相对不足，没有明确遗嘱设立主体、遗嘱继承主体和受遗赠主体等问题。第二，《继承法》第 17 条关于遗嘱的形式、效力固定过于简陋，不利于保证被继承人的遗嘱自由，对于新的遗嘱形式没有规定，不能满足被继承人意愿。第三，《继承法》第 20 条没有规定遗嘱撤回和不同情况下遗嘱撤销。第四，《继承法》第 22 条没有规定遗嘱能力的最低起点。此外，对于遗嘱制定、生效、效力打破、通知与公布、遗嘱执行人、继承人处分财产等都没有规定。

5. 遗赠扶养协议规则不足且未规定继承协议

《继承法》第 31 条规定了遗赠扶养协议制度，但存在一些问题，例如排除了法定继承人和继承协议的适用。遗赠扶养协议难以适用《合同法》制度，而《继承法》中缺少规定，容易产生纠纷。《继承法》亟需补充缺乏的继承协议制度。

6. 遗产处理制度存在较多缺陷

第一，继承开始的通知的规定没有公示催告和申报程序，忽略了对遗产债权人的保护。第二，继承开始的地点未作出规定，不利于解决遗产纠纷的属地管辖。第三，遗产保管的规定不完善。第四，遗产债务的范围过于模糊。

第五，关于遗产分割与债务清偿的顺序缺乏专门规定，法律应当规定在遗产分割前必须先清偿债务。第六，缺乏法定特留份制度。

二、民法分则继承编的指导思想和篇章结构设计

（一）指导思想

《继承法》作为民法分则继承变，应当遵循的指导思想是：

第一，继承制度与社会经济发展状况相一致的原则，即继承制度必须与社会财富状况相一致，以避免财产流转秩序的混乱，影响社会制度的安定。

第二，继承制度繁简与社会实际需要相一致原则。《继承法》规定的继承制度非常简陋，难以概括继承法所要涵盖的制度。虽然有法官认为继承制度基本可行，但现行的继承制度是不完善、不完备的，必须进行全面修订。在财富大量增加，继承纠纷出现不同情况、复杂疑难程度增加的情形下，应当尽量增加可适用的继承制度，应当尽可能避免由于法律规定缺失而使被继承人支配遗产的行为归于无效。

第三，继承制度与遗产流转规律相一致的原则。遗产流转规律不是依据立法者的主观意志改变，而是人类繁衍形成的规律。比较法上也都遵从从长辈尊亲属向晚辈卑亲属流转的规律与方向。我国将父母作为第一顺序继承人不符合遗产流转方向，在制定继承编时必须予以特别注意。

第四，继承法改革与婚姻家庭编等民法制度改革相一致原则。首先，继承法是财产法也是身份法，婚姻家庭法中关于亲属范围的规定过于狭窄，导致了《继承法》中法定继承的诸多问题。所以继承编的制定应当与婚姻家庭编相一致，构成和谐体系。其次，在行为能力、法律行为与意思表示等也要与《民法总则》协调。在此，还应当与民法分则相协调。

第五，肃清“左”的思想与坚持民族习惯相一致的原则。我国对于前苏联“左”的继承法立法思想和制度的继受存在简陋、粗疏的弊病，对于当下《继承法》的改革造成了阻碍，容易受到质疑。我国应当依照市场经济的客观实际需要构建继承制度，需要肃清“左”的思想影响，坚持市场经济和民族特色。

（二）对民法分则继承编的总体结构和内容安排的设想

将《继承法》修订为民法分则继承编，应当首先安排好其总体逻辑结构和具体内容安排。对此，基本设想是：

第一，将法定继承放在遗嘱继承之前规定的做法是否适当。在继承制度中，世界上主要国家和地区的继承法的立法例通常把“遗嘱”放在“法定继承”之前，突出遗嘱继承的重要性和优先效力。我国《继承法》却把法定继承放在遗嘱继承之前，因而容易被误解为法定继承优先。但是，《继承法》毕竟已经适用了 30 多年，维持法定继承在先、遗嘱继承在后的现状也不是不可以；同时，关于继承人的范围等一般性规定，已经规定在法定继承部分。因此，未来立法应当对法定继承和遗嘱继承现有的立法顺序不作改动。

第二，现行《继承法》的五章结构原则上可以保持。《继承法》修订后编入民法分则成为继承编，因而没有必要规定“附则”一章，况且在附则中规定的有关继承的涉外法律适用问题，《涉外民事关系法律适用法》已经作了规定。

第三，把遗赠扶养协议和继承协议统合在一起，作为新的一章规定。在继承法律制度中，遗赠扶养协议与继承协议虽然不是同一类继承制度，但都属于继承制度中的双方法律行为，因此存在统合在一起规定的可能性和理论基础。该部分内容可置于“遗产的处理”一章之前。

基于以上情况，对民法分则继承编五章的各章内容设计思路是：第一章“通则”，主要规定继承的原则、遗产范围、继承权、继承权的丧失和回复以及法定继承、遗嘱继承、遗赠扶养协议、继承协议效力等规定。第二章“法定继承”，规定法定继承人的范围、继承顺序以及有关法定继承的其他规则。第三章“遗嘱继承与遗赠”，规定的是继承中的单方法律行为，对遗嘱、遗嘱继承、遗赠以及遗嘱的执行等具体规则作出规定。第四章“继承协议与遗赠扶养协议”，将继承制度中的这两种双方法律行为规定在一起，规定具体的规则。第五章“遗产的处理”，将遗产处理的规则规定得具体、完善。

三、民法分则继承编应当着重修改的继承规则

中国法学会民法典编纂领导小组民法分则继承编课题组向中国法学会提出了“民法典分则继承编建议稿”。“建议稿”针对《继承法》存在的上述问题，认为应当着重修改以下继承规则。

（一）

通则应当对继承的一般规则进行重大修改

1．增加继承的定义

现行《继承法》没有对继承概念作出定义，“建议稿”中提出的意见是：“本法所称的继承，是指按照法律规定或者遗嘱指定，将自然人死亡时遗留的个人财产，转移给其近亲属承受的法律制度。”这是对继承采狭义的概念界定，将遗赠和遗赠扶养协议排除在继承概念之外。

2．增加遗产范围规定的弹性

对于遗产的范围，《继承法》规定比较狭窄，限制了被继承人的遗产范围。民法分则继承编对此应当怎样规定，有两种意见：第一种观点认为，应当只规定一个概括的遗产概念，这是多数国家继承法的立法例；第二种观点主张进行适当列举。“建议稿”采取“列举+兜底”的方法规定遗产范围，有利于全面覆盖当前的和未来可预见的遗产范围，同时还可以澄清司法实务的争议。

“建议稿”的意见是：“遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产，包括：（一）被继承人享有的财产所有权、用益物权、担保物权和占有；（二）被继承人享有的债权；（三）被继承人享有的知识产权、股权、合伙权益中的财产权益；（四）因自然人死亡而获得的补偿金、赔偿金等，法律另有规定的除外；（五）非专属于被继承人的其他财产权利。”

3．增设遗产管理人制度

由于《继承法》没有规定遗产管理人，在遗产管理上不尽完善，导致了遗产容易受到侵害，因此，“建议稿”认为须加强对遗产的管理，设置遗产管理人进行专门管理。

“建议稿”规定，在继承开始后，被继承人留有有效遗嘱的，遗嘱执行人为遗产管理人。没有遗嘱或者遗嘱无效的，继承人应当及时举行会议推举遗产管理人。共同继承人未推选遗产管理人的，全体继承人共同行使遗产管理人的职责，但继承人中放弃继承权者不在此限。没有继承人、全部继承人放弃继承权或继承人不明时，被继承人生前住所地的村民委员会或居民委员会，可以作为遗产管理人。

4．明确接受和放弃继承或遗赠的规则

针对《继承法》对接受或者放弃继承和遗赠的规则规定不明确的问题，“建议稿”作了特别规定，即：“继承人放弃继承的，应当在知道或者应当知道自己可以行使继承权开始两个月内，向遗产管理人、遗嘱执行人或人民法院作出书面的放弃继承的表示。到期没有表示的，视为接受继承。”“受遗赠人应当在知道或者应当知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的意思表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”

5．明确继承权丧失与回复的规则

针对《继承法》第 7 条关于继承人丧失继承权的规定比较简陋的问题，“建议稿”制定了比较详细的规则。首先，规定继承人有下列行为之一的，丧失继承权：一是故意杀害被继承人的；二是为争夺遗产而杀害其他继承人的；三是遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的；四是伪造、篡改或者销毁、隐匿遗嘱的；五是以欺诈或者胁迫的手段，迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤销遗嘱，情节严重的。其次，规定继承权丧失的上述事由，准用于受遗赠权的丧失。再次，规定继承权丧失后可以根据实际情况而回复，主要是上述的第三种至第五种的情形。争议较大的是对于第一种情形，即对继承人故意杀害被继承人后确有悔改表现的，可否经被继承人的宽宥而回复继承权。

6．明确规定继承回复请求权

针对《继承法》对继承回复请求权没有明确规定的问题，“建议稿”明确规定继承回复请求权。继承回复请求权包含两种情形：一是确认继承人资格的权利，继承人认为自己的继承人资格受到侵害的，有权向法院起诉，确认自己的继承人资格，以产生得以对抗任何一个以继承人的名义侵占遗产的效力；二是当遗产被他人侵占时，可以继承人的名义对遗产占有、管理、处分的人请求返还遗产。对于继承人主张行使继承回复请求权的，准用民法总则关于诉讼时效的一般性规定。

（二）对法定继承制度作出重大改革

1．扩大法定继承人范围

针对《继承法》规定的法定继承人范围过窄的问题，“建议稿”扩展到四亲等以内的直系血亲。这样规定的目的是，尽量减少在继承中出现无人承受的遗产的情形。

2．扩大和改变法定继承顺序

“建议稿”对法定继承顺序进行了全面改革：首先，规定法定继承有四个顺序：第一顺序是子女及其晚辈直系血亲，以亲等近者优先；第二顺序是父母；第三顺序是兄弟姐妹及其子女，祖父母、外祖父母；第四顺序是其他四亲等以内的直系血亲。其次，规定配偶无固定继承顺序，与第一顺序或者第二顺序的法定继承人共同继承，当第一顺序和第二顺序的法定继承人缺位时，配偶单独继承。

3．取消丧偶儿媳、丧偶女婿的第一顺序继承人地位

现行《继承法》规定，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。这样的规定违反了姻亲不能作为继承人的继承法通例，应当予以改革。“建议稿”规定，确立丧偶儿媳、丧偶女婿酌分遗产的制度。用这种方法处理，既能够实现鼓励丧偶儿媳、丧偶女婿扶养对方父母的社会效果，也能够保证继承制度遵守姻亲不能作为继承人的基本规则，还能够避免出现更多的争议。

（三）部分改革遗嘱继承和遗赠规则

1．规定遗嘱行为能力

《继承法》第 22 条第 1 款规定的内容中包含遗嘱行为能力的意思，但不明确。借鉴各国关于遗嘱行为能力的规定，“建议稿”规定 16 周岁以上的自然人可以设立遗嘱，有遗嘱行为能力。

2．增加法定遗嘱方式

《继承法》规定的法定遗嘱方式范围过窄，应当进一步扩大。“建议稿”增加的遗嘱方式是：第一，对打印遗嘱作出规定。对于通过计算机打印出来的遗嘱，应当根据不同情况加以确认：对于立遗嘱人亲笔书写“本遗嘱是立遗嘱人的真实意思表示”，且在遗嘱的每一页结尾处签名，注明年月日和遗嘱页数的打印遗嘱，可以认定为自书遗嘱；不符合上述规定，但是有两个以上的见证人签名的打印遗嘱，认定为代书遗嘱。第二，增加录像遗嘱。第三，增加密封遗嘱，遗嘱人可以将自书遗嘱、代书遗嘱、录音录像遗嘱密封后，交给公证机关、律师事务所、有关组织机构或者个人保存。遗嘱人和遗嘱保存人应当在遗嘱密封处签名或加盖公章。第四，否定公证遗嘱效力优先原则，确定遗嘱人所立数份遗嘱内容相冲突的，以最后所立遗嘱效力优先。

3．规定遗赠的类型

针对《继承法》对遗赠的类型没有具体规定的问题，“建议稿”规定将遗赠分为两种类型：一是对特定遗产的遗赠，遗嘱生效后，遗嘱执行人、遗产管理人或者占有遗产的继承人，负有向接受遗赠的受遗赠人移交相应遗产的义务；二是概括遗赠，概括承受全部遗产的受遗赠人，在接受与放弃遗赠意思表示的作出，以及权利的享有和义务的承担上，除另有规定外，视同为继承人，按照继承人的继承规则确定接受遗赠的规则。

4．承认并限制夫妻共同遗嘱

世界上主要国家和地区的继承法对共同遗嘱有肯定与否定两种不同的立法例。“建议稿”采取德国立法例，确定的规则是：夫妻可以设立共同遗嘱。共同遗嘱的效力以配偶一方死亡前婚姻关系存续为前提。夫妻互相指定对方为继承人的遗嘱，自配偶一方死亡时生效；配偶一方撤回指定的，另一方的指定失效。夫妻可以共同指定遗嘱继承人或者受遗赠人，若无相反内容，共同遗嘱在夫妻一方生存时，对遗嘱继承人和受遗赠人不发生效力。

5．确定遗嘱生效的时间

遗嘱的生效时间并不完全与遗嘱人死亡的时间重合，因此，应当明确规定遗嘱的生效时间，也允许遗嘱对生效时间附条件或者附期限。

6．明确规定特留份以限制遗嘱自由

特留份的立法目的在于对被继承人遗嘱自由的限制，而使遗产保留于家族或者家庭之中，因此特留份是必须规定的。“建议稿”规定，被继承人的配偶、晚辈直系血亲、父母享有特留份继承权。特留份额是其法定应继份的 1/2。按照“建议稿”的规定，不适用特留份的情形可以分为以下五种：一是特留份继承人丧失继承权的；二是被继承人与扶养人签订遗赠扶养协议，使特留份继承人无需承担扶养义务的；三是因生存配偶的过错，被继承人已经提起离婚诉讼或双方已就离婚达成协议的；四是特留份继承人于继承开始后放弃继承权的；五是特留份继承人因遗嘱继承而取得相当于特留份的遗产的。

7．设置遗嘱执行人

《继承法》缺少对遗嘱执行人的规定，而遗嘱执行人是遗嘱执行中的重要主体，应当规定。“建议稿”规定，遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，也可以委托他人指定。受托人应当在遗嘱开启后 10 日内指定遗嘱执行人，

并通知已知的遗产承受权利人和其他利害关系人。遗嘱未指定遗嘱执行人，又未委托他人指定的，由继承人协商选定。不能达成一致意见时，由全体完全民事行为能力的继承人担任遗嘱执行人。对于遗嘱执行人的职责，“建议稿”规定，遗嘱执行人应当严格依照遗嘱人的意愿，忠实勤勉地执行遗嘱，使遗嘱内容得以实现。遗嘱执行人在执行遗嘱的职责范围内，视为继承人的代理人。遗嘱执行人的职责内容、辞任、解任、共同执行，准用遗产管理人的规定。

8．增加后位继承和替补继承

“建议稿”对《继承法》没有规定的后位继承和替补继承规定了明确的意见。对于后位继承，规定遗嘱人可以指定后位继承人按照一定的条件或者期限取得前位继承人已经继承的遗产。遗嘱人未规定后位继承人取得遗产的条件的，遗产在前位继承人死亡时归属于后位继承人。对于替补继承，“建议稿”规定，遗嘱人可以在遗嘱中为继承人或者受遗赠人指定替补继承人或者替补受遗赠人。继承人或者受遗赠人限于遗嘱人死亡、丧失继承权或者受遗赠权、放弃继承或者受遗赠权时，由替补继承人、替补受遗赠人承受相应遗产。

（四）增设继承领域中双方法律行为的规则

在继承领域中，除了依照法律规定继承的法定继承和单方法律行为的遗嘱继承和遗赠之外，遗赠扶养协议和继承协议法律关系的性质都是双方法律行为，因此“建议稿”单设一章，规定遗赠扶养协议和继承协议的主要规则。

1．遗赠扶养协议

对于遗赠扶养协议，《继承法》有明确规定，但对于遗赠扶养协议的解除等没有规定，《最高人民法院关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第 56 条对此作了规定。“建议稿”对这些规定作了整理，规定了“遗赠扶养协议的订立”和“遗赠扶养协议的解除”两个条文。

2．继承协议

在现实生活中，以订立继承协议处理继承问题的情形比较常见。目前，我国的继承协议主要有两种：一是被继承人和法定继承人协商确定继承事宜，并于继承开始前发生法律效力的协议；二是在法定继承人之间协商继承事宜，并于继承开始前发生法律效力的协议。在国外，继承协议通常是指第一种，对第二种继承协议通常不承认其效力。根据我国实际情况，“建议稿”首先确认前一种继承协议的效力。其次，对于存在较多的继承人之间订立的继承协议被继承人没有参与的情况，“建议稿”认为不能一概而论，应当以不违背公序良俗为限，认定其效力。

（五）全面修订“遗产的处理”规则

在继承领域中，遗产处理至关重要，被继承人的遗产通过遗产处理而转化成继承人的财产转移并取得所有权。《继承法》关于遗产的处理规定得比较简陋，不能完全适应现实生活的需要，需要进行较大的补充修正。

1．补充继承开始的地点

继承开始的地点是被继承人生前的住所地或主要遗产所在地。被继承人生前的住所地与经常居住地不一致的，以经常居住地为继承开始的地点。

2．补充继承开始时遗产的临时管理规则

“建议稿”补充规定：继承开始后，遗产的占有人或者知道被继承人死亡的继承人应当作为临时保管人妥善保管遗产，遇有遗产易腐烂变质等紧急情况的，为了保全遗产的价值，可以对遗产予以合理的处分。无人继承或继承人不明的遗产，由负责处理被继承人死亡事件的部门或基层组织作为临时保管人。临时保管人负有向遗嘱执行人或遗产管理人报告遗产情况，并移交遗产的义务。

3．详细规定遗产管理人的有关规则

“建议稿”对遗产管理人的选任、遗产管理人的指定、遗产管理人的职责、遗产管理人的授权书与裁定、遗产管理人的报酬请求权、遗产管理人的辞任和卸任，都规定了比较详尽的规则，以保障遗产的安全。

4．规定遗产分割前的遗产处理规则

《继承法》对遗产分割前的处理的规定也比较简单，容易在继承开始后出现争议。针对这些情形，“建议稿”规定了以下规则：第一，应当制作遗产清单。第二，规定遗产分割前，遗产的归属应当认定为所有的继承人共同共有。第三，应当特别保护被继承人的债权人的债权，因而规定了债权的通知与公告、遗产债务清偿的限度、遗产债务清偿的顺序、遗产分割与债务清偿的规则，对于未到期、条件未成就的债务或者有争议债务的处理，也规定了遗产债权人的撤销权。

5．增加遗产分割的规则

对于遗产的实际分割，首先应当增加的是继承人请求分割遗产的权利，规定遗产债务清偿后，继承人可以随时请求分割遗产。对于遗产实物分割的限制规定了以下情形：一是共同继承人的约定或遗嘱指定遗产于一定期间内不得分割的；二是遗产分割将会严重损害其价值的。对于遗产分割的顺序，“建议稿”增加了遗嘱继承和遗赠的扣减，规定遗嘱继承与遗赠同时存在的，清偿遗产债务后，剩余遗产的实际数额不足遗嘱所列的遗产数额时，应当对遗嘱继承或者遗赠的数额，按应得份额的比例进行扣减。

6．完善无人继受的遗产的处理规则

“建议稿”规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，遗产债务清偿后，归国家所有；死者生前是集体经济组织成员的，归其所在集体经济组织所有。

结论

我国《民法总则》通过之后，民法分则各编的编纂在即。继承编是民法分则的一编，须对《继承法》进行整理、改编、修订，使其成为民法分则的继承编。现行《继承法》制定、实施于 1985 年，适用至今已经 32 年了，由于时代的局限而存在明显缺陷，影响其调整继承法律关系职能的发挥。利用编纂民法典将《继承法》修订为民法分则继承编的机会，对继承法进行一次大手术，明确继承编保护被继承人支配遗产自由的原则，明确法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议和继承协议的基本规则，规定好遗产分割的具体规则，保护好被继承人债权人的合法债权，保护好继承人的继承权，让被继承人在规定的继承方式中有更多的选择余地，使其自由支配遗产的意愿得到保障，调整好继承法律关系，能够使我国“形成全社会对公民财产长久受保护的良好和稳定预期。

案例评析｜1918 年《法律适用条例》在一起国籍冲突案件中的适用

2017-05-22 国私案例研究 齐湘泉

编者按

民国时期，中国律师魏文汉娶美国女子为妻，其妻以事独出，经过南京路被孔照漳调戏。争议解决过程中关于魏妻之国籍认定产生纠纷，该纠纷关系到美国领事裁判权在中国的行使。依当时中国法律，外国女子嫁与华人为妻即取得夫之国籍，而美国法律则规定凡本国女子嫁与他国人为妻者其本国国籍并不丧失。该案件引发的国籍冲突为当时学界热议。本刊发表该案例的意义在于：国籍积极冲突在我国涉讼的案例很少，该案可以作为教学案例；我国法律适用法学界对 1918 年《法律适用条例》评价甚低，认为该法仅为取消领事裁判权制定，该观点在民国时期就已经被纠正而许多学者对此并不了解；《法律适用条例》被许多学者认定从未适用过，这与历史史实不符，本案就是《法律适用条例》适用的实例。

本文系首次公开发表

转载请联系作者本人

1 案情简述：一起调戏美国女子案引发的国籍争议

律师魏文汉于昔年留学美国时，在美国娶美国女子为妻，婚后随魏文汉来华定居。嗣因在沪执行律师职务，故眷属亦住上海。1928 年 9 月 20 日魏妻以事独出，经过南京路被孔照漳调戏，鸣捕诉由临时法院开庭审理。捕房律师称：在案原告诉人系美籍，依美国法律，凡本国女子嫁与他国人为妻者其祖国国籍并不丧失，故应由美国领事观审。临时法院推事则宣称：依中国法律，凡外国女子嫁与华人为妻即取得夫之国籍。本案原告诉人现嫁与华人且夫妇同居中国，故告诉人已取得中国国籍，美领无观审权。告诉人之夫魏文汉遂代表其妻声明：告诉人对于本案应否有委员观审，皆无异议。于是因国籍问题而发生观审之争。

2 学者评案：民国时期学者基于法律适用法对本案的分析

本案发生后，南京中央大学教授吴学义在《法律评论》第 270、第 271 期发表“国籍之冲突”一文，对本案的法律适用问题、国籍冲突的解决、《法律适用条例》在本案的适用问题进行了深入研究，从理论、法律两个方面进行了详细的阐述，以下是吴学义的观点：

1、中外国籍积极冲突时，以中国国籍为国籍。国籍法是强行法，本国行政官司法官应绝对适用。我国法律如有反对之规定，为违反中华民国公共秩序，应不认之存在。

2、《法律适用条例》第 2 条规定，当事人有数多之国籍，以最后取得之国籍定其本国法。但依国籍法应认为中国人者，依中国之法律。

3、中华民国《国籍法》第 2 条规定，为中国人妻者取得中华民国国籍。

4、美国法律规定，美国女子与外国人结婚，虽非当然丧失国籍，然婚姻继续中，且该妇女移住外国时，则美国国籍停止其效力。

3 笔者观点：《法律适用条例》的再评价

1918 年，北洋政府颁布了《法律适用条例》，这是中国制定的第一部调整涉外民事关系的成文法典，在中国涉外民事关系立法和法制建设上意义十分重大。不无遗憾的是中国法学界对《法律适用条例》评价甚低，没有任何正面评价，基本上是持一种否定态度，认为：（1）《法律适用条例》在内容和体系上翻版于日本《法例》，没有新意；（2）制定《法律适用条例》“毋宁在表示我国收复司法权之决心，而未必为应付实际上之需要”；（3）许多西方国家在中国具有领事裁判权，这些国家在华的自然人、法人直接受其本国领事裁判权的管辖，《法律适用条例》并不能约束之，《法律适用条例》在空间适用范围上受到很大的限制，在大多数情况下只是一纸空文，而且从未适用过。

如此评价《法律适用条例》有违客观公正，与历史史实完全不相符。制定《法律适用条例》的一个重要因素是废止西方国家在我国攫取的治外法权，但废除领事裁判权并不是制定《法律适用条例》的动因，1909 年吴兴让在其著述的《国际私法讲义》一书中已经阐明废除领事裁判权是国际公法研究的事项，并非国际私法研究的问题。

制定《法律适用条例》过程中借鉴、移植了日本《法例》、德国《民法施行法》等外国法律，但这些都不足以否定《法律适用条例》的积极意义。任何一个国家制定一部法律，都必须根植于本国的实践，法律是实践经验的总结，任何国家都不可能在不具备法律产生的客观条件情况下“空降”一部外国法律，《法律适用条例》的制定亦是如此。

4 即事穷理：《法律适用条例》是本土法与移植法的融合

1、经济基础

清末民初，半封建半殖民地的中国被推进了资本主义商品市场，自给自足的农业经济被打破，外国资本和外国商品不断涌入，中国民族资本主义产生并发展起来。1914 年至 1918 年，以传统方式经营的小农经济占国内总产值的 61.8%，传统、半传统的工商业经济占 35.5%，近代产业经济占 2.7%，中国已经由自然经济向商品经济转型。“自五口通商以后，门户洞开，海路商埠，逐年增辟，加之交通之进步，机械之勃兴，而吾国之经济遂息息与世界与各国相通”，中国社会关系发生了变化，这是《法律适用条例》制定的经济基础。

2、思想基础

清朝末年，中国开始了“睁眼看世界”，加强了对西方文化的了解；西方国家来华的传教士，带来了先进技术和西方社会的文明；变法维新，引进了西方国家法律文化；民国初年留学生回国传播了民主思想，《新青年》等刊物的创办，白话文运动的推展，民主、科学、人权、自由等思想深入人心；外国学者所著的《各国交涉便法论》、《国际私法》等学术著作译成中文后在中国出版发行，这为《法律适用条例》的制定奠定了思想基础。

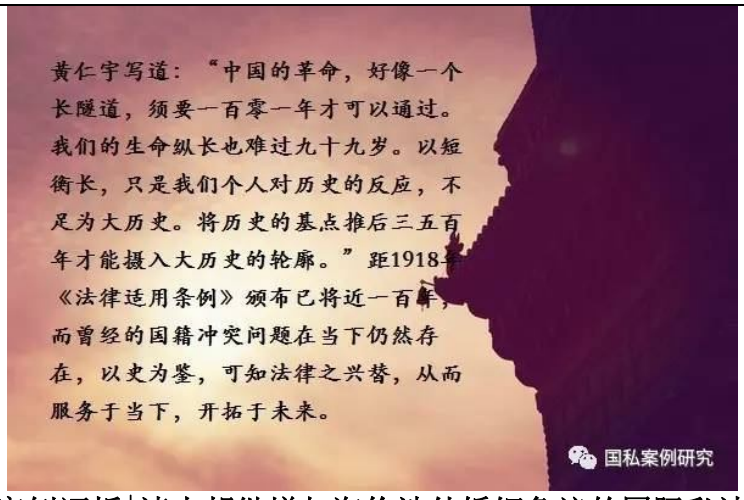
3、法律基础

清末民初，西法东渐，西方国家法律在中国被大量翻译、借鉴、汲收、采纳，加速了中国本土法和移植法的融合，加快了中国的现代立法进程，这是《法律适用条例》制定的法律基础。

4、政治基础

废除西方国家在中国攫取的领事裁判权，实现中华民族的独立和中国司法权的自主，为《法律适用条例》的制定奠定了政治基础。

《法律适用条例》是建立在这些基础之上的，并非空中楼阁，海市蜃楼。《法律适用条例》是聘请日本学者以日本《法例》为蓝本制定的，但并非完全照搬《法例》，民族的、本土的成分占有一定的比例。《中德人民互相嫁娶归夫治管辖章程》、中意照会的内容为《法律适用条例》吸收成为其第 10 条的规定，《中德人民互相嫁娶归夫治管辖章程》比日本《法例》早问世 10 年，中意照会比日本《法例》早问世 9 年，是地道的中国本土立法。《法律适用条例》第 3 条关于外国法人认许的规定，第 5 条第 3 款关于外国人归化为中国人行为能力的规定，第 16 条有关扶养的规定，第 22 条关于船舶物权依船舶国籍法的规定，第 26 条关于法律行为方式的规定等，或是日本《法例》未做规定，或是不同于日本《法例》的规定，而这些规定符合中国国情，有的规定比日本《法例》更有前瞻性。因此，将《法律适用条例》定论为完全翻版于日本《法例》的观点欠妥，《法律适用条例》应为本土法与移植法的融合。



案例评析|清末胡继增与海伦涉外婚姻争议的国际私法解读

2017-05-05 国私案例研究 齐湘泉

学生胡继增相识相恋，终在泰晤士河畔结秦晋之好。海伦虽知胡在故乡已有妻室，然情深切，未视其为阻碍。后随夫至中国。彼时中国之法律，奉一夫一妻多妾制，胡家乡更有独生子可取二妻之法。然据英法，除一夫一妻制外再无其他。二人之结合，本应为良缘佳话，却因中英婚姻制度迥异而面临危机。两国官员各执己见，争论不下。胡是否犯“重婚”之罪？二人婚姻是否有效？当时是否存在可利用的冲突规范？婚姻自由与法律尊严之间该如何选择？值得我们再从国际私法的视角，结合当时的社会背景，细细研究。

本文系首次公开发表，

转载请联系作者本人。

1 背景：清朝末年中国国际私法立法与实践

中国国际私法立法始于清朝末年，立法形式是双边条约，而不是国内立法。清朝末年中外通婚之风日益渐盛，数量渐多，提出了涉外婚姻适用何国法律调整问题。对涉外婚姻的法律调整，清廷最早采用的是缔结国际条约的方法。

1888 年 5 月，清廷与德国在北京签订《中德人民互相嫁娶归夫治管辖章程》，对涉外婚姻法律适用作出了规定。该《章程》规定：“如有华女嫁德人者，应归其夫治管辖，惟德员应将华女嫁德人之事知照该管地方官”；“中国人娶德国妇人，亦应援女嫁从夫之例，归其夫治管辖”。该《章程》具有溯及力，“至从前有华女出嫁德人等事，经此次定明后，再由领事官补行知照地方官，即为定妥。” 《章程》对中国妇女婚嫁德人前后触犯刑律的审判权作了规定，“有华女出嫁德人并未禀请领事官知照地方官者，将来被人控告，应归中国审断”；“又或该女犯事出嫁德人以前，因而远嫁异国希图逃匿者，一经查出此情，其所有犯罪之处仍当由中国地方官提讯归案”。[1]

1889 年 1 月 12 日、2 月 24 日中意两国就中意人民互相嫁娶归夫治管辖互换了照会，同样确立了中意两国人民之间通婚归夫治管辖原则。[2]

2 案例：胡继增与海伦婚姻案

胡继增，中国公民，四川籍人。清朝末年，胡继增到英国留学，留学前，胡继增已与一中国女子结婚。在英国留学期间，胡继增与一位叫海伦的英国女子相恋并结婚，结婚前胡继增如实对海伦讲了他在四川老家已有妻室，但海伦深爱着胡继增，没有把胡继增已婚视为婚姻障碍，毅然与胡继增结婚。婚后二人感情甚笃，海伦更名郝海伦，并与胡继增生有一双儿女。

1911 年胡继增回国，海伦夫唱妇随，跟随丈夫来到中国四川。海伦到四川不久，一件意想不到的事情发生了：一位侨居成都的西方妇女知道胡继增本已经有妻室，但又娶英国女子海伦为妻，这位西方妇女以保障西方女子人格和法律尊严的名义，写信给英国驻成都领事，告发胡继增犯有重婚罪，并希望领事利用领事职权和个人的影响力迫使胡继增与海伦离婚。

英国驻四川领事接到告发信后，立即与四川护理总督王人文交涉，要王人文按照中国的法律治胡继增的罪。王人文回复领事说：胡继增是家族中的独子，中国律法规定，为了家族人丁兴旺，独子可以娶两房妻子，“承两房非罪”。领事无奈，只好将此事上报英国驻华公使。公使亲自给海伦拍了一封电报，力劝海伦和胡继增离婚。电报中

说：胡继增有妻在先，海伦的婚姻是无效婚姻，根本不受法律保护，就连海伦与胡继增所生的子女也是私生子。总之，电报的中心内容就是海伦必须与胡继增离婚。但海伦心意已决，决不与丈夫离婚，她在写给公使的信中表示：无论如何也不会和胡继增离婚的，请公使不要干涉她的婚姻自由。

堂堂公使和领事竟然双双受挫于一个本国女子，自然心有不甘。驻成都领事于是亲自召见海伦，说中国官方已经决定，要胡继增与海伦离婚；并给海伦下“最后通牒”：汝如不离婚和回国将视为放弃英国国籍。但海伦不为所动，表示：如果中国法律不允许她做胡继增的妻子，那么她宁愿做胡继增的小妾也决不离婚，“我愿为彼之妾，至死不离”。如果领事再干涉她的婚姻，她就要将此事公布出去。领事闻言大怒，竟当面羞辱海伦说：你想当小妾，大英帝国的法律决不允许；如果你把自己当成妓女，按照中国的律法，英国妓女也不准在中国逗留。“作妾，英国决不认可；若曰妓女，则英国妓女不准逗留中国”。听到这些，海伦认为领事是在侮辱自己，没等他把话说完，就愤然离去。

领事见无法说服海伦，便在胡继增身上做起了文章，他不断给四川总督王人文施加压力，迫使王人文将胡继增在衙门里的所有差事全部辞掉，派其到紧邻西藏的中渡做桥工稽查。中渡乃蛮荒不毛之地，到这样的地方任职，实与流放无异，其薪金仅够供一己之衣食，根本不能供养一家老小。领事还威逼胡继增在成都的朋友们，不许他们资助海伦，目的就是要海伦在贫困无助之下向他屈服，并离开胡继增，带着孩子回英国。但困境中的海伦心意不改，甘愿忍受贫困和磨难，仍然痴心不改的盼望着丈夫有一天会平安归来。

《大公报》评论此案：胡郝氏与胡姓结婚，为个人情爱之问题，与第三人毫无关涉。今英领事强以国际问题牵涉，逼令胡郝氏离婚，质言之强国妇女不肯嫁弱国人民，而弱国妇女尽可作强国人民之妻之妾之玩物。噫，可胜叹哉。

案例来源：胡洪侠著:《百年百词》，辽宁人民出版社，2011 年版。

3 案例评析

1.法律制度的差异。清朝末年，中国的婚姻制度是一夫一妻多妾制，由于中国地域辽阔，各地区、各民族还根据本地区、本民族的情况制定或者保留了一些地方性的婚姻制度。如在本案中，四川护理总督王人文回复英国领事时就答复说，家族中的独子，中国律法规定，为了家族人丁兴旺，可以娶两房妻子。英国的婚姻制度与中国的婚姻制度不同，实行的是一夫一妻制。中国婚姻制度与英国婚姻制度存在冲突。

19 世纪末、20 世纪初，受男权主义影响，世界各国涉外婚姻应适用的法律，是以丈夫的本国法为主。1888 年 5 月，清廷与德国在北京签订《中德人民互相嫁娶归夫治管辖章程》、1889 年 1 月 12 日、2 月 24 日中意两国就中意人民互相嫁娶归夫治管辖互换的照会，都反映出这一时期的立法情况。1902 年《海牙婚姻法律冲突公约》第 1 条对婚姻实质要件的法律适用做出了规定，“缔结婚姻的权利依当事人各该本国法的规定，但依其本国法规定应适用其他法律者，不在此限”，该规定也对涉外婚姻适用丈夫本国法做出了让步。

1902 年《海牙婚姻法律冲突公约》第 5 条对婚姻形式要件的法律适用做出了规定，依婚姻举行地法成立的婚姻，就其方式，不论何国应认为有效，但以宗教仪式为必要方式的国家，对其本国公民在外国不遵守本国法此项规定而成立的婚姻，不得认为有效。

胡继增与海伦婚姻案中的法律适用还是比较复杂的，不仅涉及婚姻实质要件的法律适用，婚姻形式要件的法律适用，还涉及在外国缔结的婚姻本国是否承认问题。

胡继增与海伦的婚姻是在英国缔结的，英国的婚姻登记机关需根据英国冲突规范确定二人婚姻实质要件及形式要件应适用的法律。英国在 1858 年以前，婚姻的实质要件、形式要件的有效性都适用婚姻举行地法，在 1858 年英国法院审理的 Brook v. Brook 一案中，确立了婚姻实质要件受每一当事人住所地法支配，婚姻形式要件受婚姻举行地法支配原则。[3]根据英国判例法，胡继增与海伦的婚姻要受中英两国法律支配，婚姻形式要件受婚姻举行地法支配。英国法律规定，婚姻实质要件受每一当事人住所地法支配，海伦的住所在英国，受英国法律支配；胡继增的住所在中国，受中国法律支配；胡继增的住所之所以认定在中国，是因为英国法律对住所的确定有两个条件，一个是居住的事实，一个是久居的意思表示，胡继增在英国有居住的事实但没有设立住所的意思表示，不符合英国法律规定的住所设定的标准，所以胡继增的住所在中国。

中国法律及习俗对婚姻实质要件的规定是一夫一妻多妾制，结婚须“父母之命，媒妁之言”，当事人自愿不是婚姻必要条件；对婚姻的形式要件规定是“仪式婚”，男女双方举行结婚仪式则构成婚姻。

中英两国婚姻实质要件存在法律冲突，胡继增与海伦之所以能够在英国结婚，根据现有的资料推断，很可能是没有说出在中国已婚的情况，仅是海伦知道胡继增的婚姻情况。

对域外婚姻，英国承认在国外缔结的涉外婚姻中的多配偶婚。“一个婚姻依照发生地国家的法律是有效的，那么，它在世界各地都是有效的”，“婚姻在其举行地不是有效的婚姻，那么，在其他任何地方都是无效的婚姻”。[4]中国法律对中国公民在国外缔结的婚姻在中国境内的效力未作规定，从本案来看，中国承认中国公民境外缔结的婚姻在中国境内具有法律效力。

2．识别制度在本案中的适用。中国一夫一妻多妾的婚姻制度与英国一夫一妻制的婚姻制度存在法律冲突，对于胡继增与海伦在英国结婚这一事实适用不同国家的法律识别得出的结论是相反的。本案中，英国驻华公使、英国驻成都领事适用英国法律识别胡继增与海伦的婚姻，认定胡继增与海伦的婚姻是无效婚姻，中国官吏适用中国法律识别胡继增与海伦的婚姻，认定胡继增与海伦的婚姻是有效婚姻。根据各国公认的婚姻效力适用婚姻缔结地法这一法律适用规则，识别胡继增与海伦婚姻应适用的法律是英国法律，所以，胡继增与海伦的婚姻是无效婚姻。根据当今的法律适用法理论，英国驻华公使、英国驻成都领事根据英国法律认定胡继增与海伦的婚姻是无效婚姻，这一认定根据英国法律是正确的。

清朝末年，中国的地方官吏尚不懂得适用法律适用规范确定准据法，根据准据法判断一起涉外婚姻的有效性，而是采用法律适用上的属地主义，认为胡继增与海伦婚后既然来到中国，就应适用中国法律判定胡继增与海伦婚姻的有效性，根据中国法律，胡继增与海伦的婚姻是有效的，因此，四川护理总督王人文依据中国法律认定胡继增与海伦的婚姻是有效的也是正确的。

3．涉外婚姻中的个人意志。胡继增与海伦是自愿结婚的，婚后两人感情甚笃，并生育有子女。胡继增因与海伦的婚姻被解除职务，发配边疆；海伦因与胡继增的婚姻被英国领事辱骂为妓女，强令海伦离开中国，甚至要取消海伦的英国国籍。胡继增与海伦面对强大的社会压力和恶劣的生活环境，不屈服于强势，表现出对爱情的忠贞不渝。但是，个人意志不应对抗国家意志，法律是国家意志的集中体现，英国驻华公使、英国驻成都领事根据英国法律认定胡继增与海伦的婚姻是无效婚姻，要求海伦离开胡继增回国并没有错误。一国公民到外国，仍要受到本国法律的属人管辖，所以，在海伦仍保留英国国籍的情况下，英国法律对海伦仍具有拘束力。海伦与胡继增要继续维持婚姻关系，可以采取放弃英国国籍等方法处理，而不应采取藐视本国法律的做法。

4．媒体的公正性与倾向性。胡继增与海伦婚姻案公布于众后，国人对英国驻华公使、英国驻成都领事的做法发出了一片谴责之声，媒体参与其中，予以鞭笞。从偏执的属地主义出发，媒体和国人的做法无可厚非；从涉外交往各国法律平等，各国当事人平权的立场出发来看这一事件，媒体和国人的做法是偏颇的，因为一国驻外使节有保护本国公民的义务，有禁止本国公民在国外实施违反本国法律行为的权利。媒体应是公正的、中立的，国人应是理智的、豁达的，极端民族主义倾向有损于中华民族传统礼仪之邦形象。

5．一国驻外国的大使、公使、领事负有保护本国公民的责任和义务，大使、公使、领事保护本国公民应尊重驻在国主权。本案中，中国媒体和国人之所以对英国驻华公使、领事表示强烈不满，重要的原因是英国驻华公使、领事在胡继增与海伦婚姻问题的处理上表现出傲慢的大国沙文主义态度。鸦片战争以后，清政府国势日衰，国际地位江河日下，中国逐渐沦为西方列强的殖民地、半殖民地。英国是资本主义强国，英国领事在解决胡继增与海伦婚姻问题上，不是采取平等对话，友好协商的方式，而是采用强者对弱者的高压态势，强迫清政府官吏对其惟命是从，致使胡继增、海伦陷入困境。英国驻华公使、领事超越法律范围行使职权，干涉中国内部事务，受到中国人民的抵制是必然的。

本期编辑：文媛怡

校对：贾新越、许卉

参考文献

[1] 牛创平、牛翼青编著：《近代中外条约选析》，中国法制出版社 1998 年第 1 版，第 292 页。

[2] 牛创平、牛翼青编著：《近代中外条约选析》，中国法制出版社 1998 年第 1 版，第 291 页。

[3] [英] J•H•C 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法 上》，中国大百科全书出版社 1998 年 1 月版，第 391

页。

[4] [英] J•H•C 莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法 上》,中国大百科全书出版社 1998 年 1 月版,第 391 页。

《民法总则(草案)》第 34、35 条评析——监护执行人的撤销与恢复

《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2016 年 06 期 华东政法大学 李霞

作者简介:李霞,华东政法大学科学研究院教授,法学博士;陈迪,华东政法大学研究生教育院博士研究生。

基金项目:

司法部 2016 年度国家法治与法学理论研究项目(16SFB2032) ;中国法学会 2014 年度部级法学研究课题[CLS(2014) D044]

本文系作者授权推送,如欲转推,请务必征得作者及本公号同意。

摘 要:监护撤销与恢复是监护变更的基础内容与重要环节,《民法总则(草案) 》在第 34、35 条设置了监护执行人撤销与恢复制度,但两个条文沿袭《侵害未成年人意见》的痕迹过重,忽略成年监护与未成年监护的客观差异,在实践上不符合社会现实需要,在理论上不符合监护原理,违背了《残疾人权利公约》等我国参加缔结的公约的要求。应摒弃陈旧的全面监护模式,贯彻部分监护理论;应区分成年监护与未成年监护的不同特点,根据失职与侵害二分法重塑监护撤销制度,明确监护撤销与新监护人指定的独立关系,调整撤销诉讼主体配置,给予法院撤销监护资格,并设置撤销之诉冷冻期。

关键词:监护撤销;监护恢复;自决原则

《民法总则(草案) 》通过 12 条条文较为系统地设计了监护的制度轮廓,有力推动了我国监护制度的现代化。但是,这些条文仍有进一步完善的空间,尤其是第 34、35 条关于监护执行人的撤销与恢复,直接来源于《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《侵害未成年人意见》) ,存在的问题比较明显,在草案公布后引发了争议,本文拟对监护执行人的撤销与恢复制度予以分析,并提出建议。

一、《民法总则(草案) 》第 34、35 条整体存在的问题

《民法总则(草案) 》第 34、35 条分别规定 了监护的撤销与恢复,究其立法原意,在于“针 对实践中监护人侵害未成年人等被监护人合法 权益时有发生的情况”。但是,草案颁布以后,却成为遭受批评最多的条文之一。第一,不符合社会现实需要。对第 34 条撤销监护的主要批评在于,提起撤销监护资格之诉的主体虽然很多,但过往司法实践已证明容 易出现“九龙治水”局面,撤销监护之诉也因此 成为“沉睡的制度”【1】。虽然第 3 款规定了民政部门作为兜底的诉讼主体,但是立法逻辑仍较 模糊。首先,居委会、村委会等“两委”人员属于兼职,且缺乏财政支持,不具有诉讼的人力物力,像“两委”这些没有诉讼可能的主体没必要赋予诉讼资格。其次,近年发生的监护人侵害案例往往情况紧急,第 3 款将有关人员和组织未及时诉讼作为民政部门兜底的前提,极易错失救济被监护人的时机。相比之下,对第 35 条恢复监护的批评更为尖锐,其被认为是“多余的制度”。评论认为,撤销旧监护而指定新监护人后,即逐步建立新的监护关系,不宜仅仅因“确有悔改”即恢复旧监护人资格、终止新监护人资格,这容易激化矛盾。而且,第 35 条恢复监护中的“确有悔改”极难通过证据认定,因此 应整条删除【2】。

第二,不符合监护制度原理。第 34、35 条实际上是我国旧有全面监护模式的延续,体现 为监护对象的不加区分与监护事项的不加区 分。监护对象不加区分,是指不区分被监护人 是成年人还是未成年人。从规范渊源上看,《民法总则(草案) 》第 34 条的撤销脱胎于《侵 害未成年人意见》第 35 条,第 35 条的恢复脱胎于《侵害未成年人意见》第 38、39、40 条,明显是为未成年而设。从立法目的上看,根据全国人大立法说明,这两条在于“针对实践中监护人侵害未成年人等被监护人合法权益时有发生的情况”。

监护事项不作区分,是指不顾被监护人拥有或残留意思能力的多寡而一律剥夺被监护人所有行为能力与事务决定权,也被称作一元监护模式。第 34、35 条显然并没有对监护事项作 出区分,体现在:首先,第 34 条将被监护人排除在撤销之诉主体之外,即连被监护人的诉讼参加能力都被彻底剥夺。其次,对监护人的好恶 感觉也是大部分被监护人所具备的,甚至连动 物也会区分他人对自己是否有敌意,因此,在第 35 条恢复原监护资格的程序中,仅由法院根据原监护人悔改与否决定,而被监护人毫无置喙余地,这是不可想象的。

第三,不符合我国缔结的国际公约要求。第 34 条不分情况剥夺了所有被监护人包括成年被监护人的撤销之诉的诉讼主体资格,违背了我国参加的国际公约的精神和要求。例如,根据《公民及政治权利国际公约》第 26 条所

有的人在法律面前平等的规定，这种做法构成非法歧视行为。再如，《残疾人权利公约》第 12 条第 2 款要求承认残疾人在与其他人平等的基 础上在生活的各方面享有法律能力，包括依法 拥有和行使权利的能力，不得以感觉上或事实上的心智能力缺陷作为剥夺法律能力的理由【3】。第 34 条实际上是陈旧的禁治产制度的理念延续，是《民法通则》建立的以无行为能力制度为逻辑起点的全面监护模式的延续。体现在监护撤销上，就是一概剥夺所有成年被监护人的诉讼主体资格，这必然与《残疾人权利公约》等国际公约相悖。

由此可见，《民法总则（ 草案） 》第 34、35 条 关于监护撤销与恢复的规定，在现实中不具操作性，在理论上缺乏依据，在规范关系上与我国参加的国际公约相悖，必须及时检讨并予以调整。

二、《民法总则（ 草案） 》第 34、35 条内部存在的问题

如果将目力仅仅固定在第 34、35 条上面，无法掌握监护的撤销与恢复的真实全貌。经考察可知，这两条直接来源于不完善的《侵害未 成年人意见》，不仅遗传了其弊病，并且徒增许多新的问题。

(一)监护撤销之诉的事由错位与主体错配

1．撤销事由不当。撤销事由可分为不作为的失职与作为的侵害两种，集中体现为《民法 通则》第 18 条第 3 款中的“不履行监护职责” 与“侵害被监护人的合法权益”表述。《民法通 则若干问题的意见》第 20 条基本沿用《民法通 则》表述，而第 21 条将对子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的行为归入侵害 事由。可见，《民法通则》确立的撤销事由简单 而泾渭分明，失职类似于刑法上的行为犯，而侵害类似于结果犯。

但是，《侵害未成年人意见》第 35 条规定打破了《民法通则》确立的失职与侵害并立模式。其中第 1、5、6 项仍可归为侵害事由，但第 2、3、4 项则无法归为纯粹的失职事由【4】。第 2、3、4 项的制订显然与近年频发的未成年人生存困境案例有关，但是过强的现实针对性与过弱的理 论抽象性，使这 3 项事由自问世之日起就存在先天不足。首先，该 3 项事由本意针对的是“失职”，却因种种考虑给它们施加“结果”的限 制，无异于对已长久沉睡的监护撤销制度再奏 催眠曲，而且使原来的“行为犯”带有强烈的 “结果犯”色彩，效果当然难如人意。其次，第 2、3 项存在严重的逻辑紊乱，“拒不履行监护职 责”与“将未成年人置于无人监管和照看状态” 之间，“流离失所或者生活无着”与“面临死亡 或者严重伤害危险”之间，既可能是同一、包含关系，也可能是并列、交叉关系。再次，第 4 项 既无必要也可能无法实现。监护人无法履行监 护职责时，虽然拒绝委托他人监护，但未成年人可能因其他亲友救济而未处于困境或危险状态 的，徒有监护之名而无监护之实，难道就不应该 撤销监护了吗？更为重要的是，如果监护人因吸毒、酗酒等失去意思能力的，则不可能作出拒绝委托他人监护的意思表示，那么撤销监护的程序就无法依此条启动了？这显然是荒谬的。

遗憾的是，《民法总则（ 草案） 》第 34 条基本沿袭了《侵害未成年人意见》的理念。该条 撤销事由中，第 1、3 项是概括性的侵害行为，已属累赘；第 2 项中，“怠于履行监护职责”是《侵害未成年人意见》中“将未成年人置于无人监 管和照看的状态”与“拒不履行监护职责长达六个月以上”的总结，“无法履行监护职责并且 拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导 致被监护人处于危困状态的”则基本是《侵害未成年人意见》第 35 条第 4 项的复述。因此， 第 34 条不可避免继承了《侵害未成年人意见》 遗传的弊病。概括而言，第一，对失职行为加以结果限制，将进一步抑制撤销监护在实践中的应用；第二，失职就应撤销，否则监护将有名无 实；第三，如果监护人是因意思能力丧失而无法 履行监护职责的，“拒绝”委托他人监护无从谈起，监护撤销之诉无从启动。

还应指出的是，第 34 条第 1 款中“无法履行监护职责”的表述，将严重破坏《民法总则 (草案) 》中的监护终止体系。监护终止分为绝对终止与相对终止，前者是指监护关系本身归于消灭，包括被监护人回复行为能力、被监护人或监护人死亡等；后者是指监护关系本身并未 消灭，仅有监护职务的移转而使该监护人终止 其监护职务，包括监护人被撤职、主动辞职以及 法定监护人与被监护人人身关系消灭等【5】。 《民法总则(草案) 》也意在遵循此种分类思路，其中第 36 条属于绝对终止，而第 34 条撤销应 属于相对终止的一部分。但问题在于，第 34 条的无法履职，与第 36 条的监护人丧失监护能力 逻辑重叠，因为监护人丧失监护能力，当然就无法履职。事实上，第 34 条的无法履职直接来源于《侵害未成年人意见》第 35 条中的因服刑等原因无法履职，虽然回应了近年热点舆论，但却 破坏了监护终止的体系结构。质言之，作为相对终止中的撤销监护，是原监护人主观过失或恶意引发的消极后果，而作为绝对终止中的丧失监护能力，则源于客观原因而非原监护人主观过错。因服刑等原因无法履职，本就属于客观不能，应归于第 36 条丧失监护能力，而不应规定在第 34 条之中。

2．诉讼主体配置不合理。由于近年未成年人生存困境案例屡现，立法者对监护撤销也给予高度关注，但是如

果仅停留于对现实的感性认识、对舆论的刻意迎合而缺乏理性的思考研究，终将事倍功半。体现在撤销主体设置上，第 34 条第 3 款有撤销之诉诉讼资格的主体达 8 类之多，但却用力过猛，难收预期效果。

3. 首先，最应有资格提起撤销之诉的主体即被监护人，尤其是成年被监护人被排除在外。如上文所述，被监护人只需具备基本的好恶判断与委托代理的意思能力，在诉讼代理制度下即可有效参加司法程序，理应享有撤销之诉的主体资格。因此，法院应对能力障碍者给予特别的程序保护，不能例行公事地剥夺被监护人 的法律能力，因为他们的行为能力障碍也是分等级的，而且是依时变化、依事而定的。欧洲人权法院由此还明确提出，要对能力障碍者给予特别的程序保护【6】。

其次，一些无力从事诉讼的主体却被赋予 了起诉资格，例如“两委”。从性质上看，“两 委”属于群众性自治组织，在法律资格上并不 高于其他社会组织，但第 34 条却罢黜众多社会 组织，独尊“两委”。从能力上看，“两委”目前 属于兼职制，收入低，办公经费有限，人力资源不足【7】，难以承担诉讼重任。实践中“两委”提 起撤销之诉的案例，也是群团组织和社会组织 在诉前介入、诉中协调的结果。“两委”完全不 具备在撤销原监护后担任新监护人的能力【8】。

再次，一些有能力并理应承担撤销诉讼的 主体没有获得诉讼资格，例如临时监护人以及检察机关。一方面，按照监护原理，监护人应辅助或替代被监护人处理个人事务，并且为保证 监护的续行不断而设置了临时监护，那么提起 监护撤销之诉的主体就应该包括临时监护人。这也是由现行法所确认的。如《侵害未成年人 意见》第 11、30 条规定，公安机关将受侵害未成年人交临时监护人后、检察机关对监护人的监护侵害行为提起公诉后，应书面告知临时监护 人有申请撤销监护人资格的权利。需要注意，虽然现行法没有明确规定公安机关作为临时监 护人，但是其作为制止侵害行为、将未成年人带离侵害监护人（ 《侵害未成年人意见》第 3、11 条）以及训诫失职未成年人监护人（《预防未成 年人犯罪法》第 49、50 条）的责任主体，在将未 成年人带离监护人而交救助保护机构前，实际 上履行的就是临时监护人的角色。另一方面， 根据《侵害未成年人意见》第 3 条，检察机关具体职责包括对侵害行为提起公诉、告知临时监护人撤销诉讼权利以及书面建议民政部门或救助机构提起撤销诉讼等，实际上相当于担任监 护侵害行为的“法律监护机关”。在最高人民法院公布的 12 起因侵害未成年人权益被依法 撤销监护人资格典型案例中，有 3 个案例的申 请人是受检察机关建议而提起撤销之诉的【9】。 第 34 条没有赋予检察机关提起撤销之诉的资 格，其实是受到《侵害未成年人意见》的影响，后者仅于第 30 条赋予检察机关撤销诉讼告知权与建议权。从解释论立场，检察机关确实不能直接提起撤销诉讼，但是，从立法论而言则并不 合理。建议权是没有法律约束力而监护应时刻 保持有效施行的，检察机关有提起诉讼的能力，甚至上海、广州等地区检察机关还设有未成年人检察部门，没有必要增加撤销之诉的中间环节。

最后，各类社会组织被忽视。随着社会的发展，各类社会组织将在监护制度中扮演日益重要的角色，既可能以临时监护人的角色出现，也可能以专门的支援被监护人的角色出现。近年来及可预期的将来，社会慈善组织的蓬勃发展，尤其是心智障碍者家庭支持慈善组织的发展，必将成为维护弱者包括被监护人利益的一 个强大的支持力量。而且被监护人比例较高地 集中在心智障碍者这类，很多卫生医疗机构、助残服务机构已经长年为心智障碍者提供康复、教育、照顾的服务，更加了解被监护人本人的情况。因此，撤销之诉应为社会组织预留一席之地，但为防止诉讼资格泛化，应限于担任临时监护的社会组织。

还有两个需要指出的问题是：第一，就撤销启动方式而言，目前第 34 条仅规定了依申请提 起的撤销，而没有由法院依职权启动的规定，这既不利于撤销制度的运用，也不利于被监护人的权益保护。已有案例是由法院向民政局提出 司法建议，督促民政局提起撤销之诉的【10】，但这种程序设计显然是不经济的。第二，多个撤销主体使监护人可能遭受密集不断的撤销之诉烦扰。因此，需在诉讼法上明确，凡同一事项而没有新证据的，前一撤销之诉败诉后一定时间内 不得提起新撤销之诉。

（二）监护恢复缺乏限制影响新监护秩序的稳定

监护恢复是整个监护中遭受批评最多的一条。论者认为，“确有悔改”难以证明，完全由法院自由裁量，一旦恢复则对新形成的监护关系造成冲击和否定，容易引起纷争。

结合现行法，称监护恢复完全委于法院裁 量倒不完全准确，《侵害未成年人意见》对此是 有限制的。第一是事由限制，根据《侵害未成 年人意见》第 40 条第 2 款，性侵、出卖、因监护侵害行为被判五年有期徒刑以上等情形，法院 一般不得恢复监护人资格。第二是时间限制， 根据《侵害未成年人意见》第 38 条，被撤销的 原监

护人应书面在 3 个月至 1 年内申请恢复。这类似于除斥期间。

然而，《民法总则(草案) 》第 35 条将恢复制度的具化交由《侵害未成年人意见》承担的做法是不恰当的，因为后者的恢复制度本身就 存在问题。第一，《侵害未成年人意见》存在内部冲突，即由于《侵害未成年人意见》第 38 条的时间限制是以资格撤销之日起算，而非资格撤销事由消失之日起算，因此构成对第 40 条的 限制，尤其是被判处五年有期徒刑以上的，监禁期间既然超过 1 年，则不存在恢复的可能。第二，必须追问的是恢复的必要性，换个角度这个问题就变成，如果原监护人失职或实施了侵害 行为，他凭什么如此重要而使新监护人即使再 忠实履职也无法替代? 只有父母对子女具有绝 对无可替代的意义。因此，即使是主张恢复制 度的立法建议，也将恢复监护的对象限制于父 母【11】。反观《民法总则(草案) 》第 35 条，将恢复 制度订入总则而不加限制，实际上是对恢复对 象完全不设防。

第 35 条还存在一个容易忽略的问题，即在决定是否让失职甚至侵害过自己的人，重新与自己朝夕相处地生活甚至完全掌握自己生活的 整个过程中，没有为被监护人——无论未成年 监护还是成年监护，无论被监护人意思能力几何——预留程序参与或发表意见的余地。即使是非人类的动物，也拥有判断他人是否抱有敌意的本能，那么对于人类而言，即使是智力水平 相当于儿童的智力障碍者，也必然对原监护人的好恶、对自己是否友善有最基本的判断。《侵害未成年人意见》第 39 条也规定，法院应 征求有表达能力的未成年人的意见。第 35 条作为统领性规范，应体现征求意见这种贯彻监护基本原则的规范要素。而且，对于有相应意思能力的成年监护人，应由其决定是否恢复，而不止于征求意见。

(三) 监护撤销与恢复的程序后果不清

无论撤销与恢复，都是监护变更中的重要环节，其最终目的均在于维持监护得以有效履行，因此它们的程序后果，即是否产生新监护、是否终止原监护以及新旧监护的关系必然是制度设计的重点。

就撤销而言，并非所有的监护撤销都必然导致新监护的产生，但是根据《民法总则(草案) 》第 34 条，法院在依申请撤销之后，必须依职权指定新监护人，这是不合理的。例如未成年人父母同时为监护执行人，如果仅撤销其中 一方监护资格，还有另一方为监护人，没有指定新监护人的必要。又如成年监护中因意定监护 而有数个监护执行人的，如果仅因其中一人履职不合格而撤销的，绝不可违背成年被监护人意愿而贸然指定新监护人，因为意定监护是优先于法定监护使用的，除非有特别必要，否则法 院不得擅自打破意定监护的安排。

恢复与撤销的问题类似。在未成年人监护尤其是原监护执行人是父母的情况下，监护恢 复还具有一定的必要性; 但对于成年意定监护而言，则几乎没有恢复的必要与可能。意定监 护本质是契约，应遵循契约基本原理，在监护执 行人根本违约而导致契约解除即执行人资格被 撤销后，原监护执行人与被监护人之间的契约 不可能复活【12】。此时，要么由余下监护执行人继续履行意定监护协议，要么因无监护执行人而终止意定监护履行，但无论哪种情形都不存在恢复的可能。

三、监护法的当代国际趋势

(一) 成年监护实体法向部分监护的转向

近代以降，美、英、德、日、奥、瑞等国纷纷逐 步废弃全面监护而改采部分监护，即以行为能 力推定为逻辑起点，以最小限制为原则设计监护制度【13】，监护撤销与恢复应当力争贯彻部分监护的先进模式和理论。在监护对象上，未成 年人监护与成年监护遵循不同的运作逻辑，前者是专门针对未达法定成年年龄的人设立的监督和保护制度，属于自然发生的监护; 而后者是 对届满成年年龄，由于精神、智力残缺而能力不 完全状态的人予以监督和保护的制度【14】，可见 两者具不同个性。进一步而言，对于成年监护人，应像英国《意思能力法》一样要“尊重愚蠢行为”，而不能妄为其决定。例如在恢复原监护问题上，只要成年监护人具相应意思能力并 同意即可，而对未成年监护人就必须审慎考察 恢复对象是否是父母、撤销监护事由是否过于恶劣等。

其次，在监护事项上，不同的被监护人的意思能力是不一样甚至差别极大的，因此通过对 每个被监护人意思能力的评估，赋予法官根据个体情况决定监护事项范围的权力，构建起个性化、类型化的多元监护模式，例如瑞士二元化 的监护与保佐，法国三元化的司法救济、监护和 财产管理，美国四元化的财产监护、人身监护、全权监护、有限监护等【15】。因此，我国也应建立 类型化的监护制度，支援被监护人在意思能力 范围内进行自我决定。例如，对于有相应意思 能力的老年人，在监护撤销后指定新监护或恢 复原监护时，则应依其意思自主决定。还应当明确，无论被监护人是成年人还是未成年人，都应享有诉讼主体资格。这是因为，即使法律文书起草与法庭辩论能

力超出被监护人能力之外 的，但是由于现代委托代理制度的存在，被监护人并不需要亲自起草文书或发表法律意见，他仅需要具备最基本的对监护人的好恶感觉，与委托他人代办的意思能力，即可有效行使撤销之诉的权利。

（二）保障被监护人程序权利

第一，充分尊重被监护人的诉讼权利。无论未成年还是成年监护，被监护人都是诉讼上的必然主体，即使其意思能力欠缺乃至全无，只要其生命尚存，人格维持，则都具有撤销之诉的主体资格。从现实可能性考虑，为促进权利的 具体实现，需要充分发展现代代理制度，并考虑引进比较法上的程序辅助制度。例如，根据《德国非讼事件法》第 67 条，程序开始时，必要时可以考虑设立程序监护人，将本人意思在程 序中予以反映；即使有专家鉴定意见，在决定是否撤销原监护、指定何者为新监护，以及是否恢 复原监护等重大问题上，如果有必要听取本人意见的，就必须与本人进行口头上的谈论，即裁 判前的最终面谈。

第二，严格限制监护恢复适用。比较法上更为普遍的是对被撤销监护人持禁止恢复立场。例如韩国民法典第 937 条将曾遭法院解任的法定代理人、成年监护人等均列入监护人资格的负面清单中，实质是禁止被撤销的监护人再次获得监护的资格。日本民法 847 条也采取了类似处理的方法。当然，我们可以充分考虑 父母对未成年子女的不可替代性，但也应对事项或时间作出严格限制，例如根据瑞士民法典第 310 条规定，子女在养父母处生活较长时间后不得恢复亲生父母的监护权，除非不会严重危害子女健康发展，并且被剥夺的父母监护权任何情况都不能在一年内恢复。国内也有观点提出，导致监护人资格中止的事由消失后，原监护人可以向法院申请恢复其监护人资格，两年内未提出或其申请被驳回的，原监护人丧失监护人资格【16】。但是，监护恢复与否的决定性因素不是时间，而是原监护人对未成年人持有的恶意或疏忽是否转变。因此，建议监护恢复仅对未成年监护适用，并且撤销监护事项限于非故意的失职或侵害行为。

四、《民法总则(草案）》第 34、35 条的完善

第一，恢复原民法通则的失职与侵害二分法，对失职行为不需要以造成危害结果为限制，更不能以拒绝转委托为前提。比较法上，当监护人失职或有不正当行为的，仅规定撤销其监护权而未有给监护人以转委托的机会与时间，例如日本、法国、德国、瑞士等，均规定监护人有 不当行为或不称职或对被监护人不利时，必须撤销监护【17】。《民法总则(草案）》第 34 条关于原监护人拒绝转委托的条件，与其说是对原监护关系的保护，毋宁说是国家对监护责任的逃避，徒使监护有名无实。因此，无论失职或侵害，均应撤销原监护并指定新监护。

第二，应明确监护撤销与指定新监护人是相对独立的关系，前者并不必然导致后者发生。 对于撤销意定监护的，不存在指定新监护人的问题；撤销的不是意定监护但仍有其他监护执行人的，只要其他监护执行人有足够能力履行监护，也不需要指定新监护人。由于目前我国意定监护与法定监护的关系不明确，对意定监 护的撤销还需要进一步细化。例如，如果意定 监护启动时法定监护人自动成为意定监护监督人的，则在意定监护人全部被撤销后，可在充分征求成年被监护人意愿的情况下，考虑由意定监护监督人恢复法定监护人身份【18】。意定监护 的撤销远较法定监护复杂，需在单行法中专门规定，这也进一步证明成年监护撤销必须从 《民法总则(草案）》第 34 条中的最大利益原则中解脱出来。

第三，调整撤销诉讼主体配置。首先，明确临时监护人的撤销诉讼权利。既为临时监护人，当然有为被监护人提起诉讼的资格与利害关系。其次，明确检察机关的监护监督机关地位，并且其监督权的行使方式是直接提起撤销诉讼而不是发诉讼建议。在比较法中，以检察 机关作为监护监督机关的国家无不赋予其直接 诉讼的资格和权力。例如韩国民法第 940 条规定，有权申请变更监护人的主体包括监护人、亲属、监护监督人、检察官和地方自治团体长；日本民法第 846 条也有类似规定【19】。再次，明确 社会组织的撤销之诉主体地位。社会组织的范 围大于“老年人组织”，也能更充分地保护被监护人的利益。例如日本在 2009 年非亲属第三人担任成年监护的占 36.5% ，其中约 7 成是律 师与司法书士【20】。我国社会组织在实践中也发 挥着重要作用，例如在最高院公布的周某被撤 销监护人资格案中，上海市阳光社区青少年事务中心就担任了“社会观护”的角色【21】。因此， 应借民法总则修订之机，为社会组织正名并推 动其在监护领域发挥更大作用。

同时，应取消居委会、村委会的单列资格。目前学界对“两委”的能力不足已达成共识，而 且实践中“两委”肩负起监护职责的案例也非 常少。在日本也有类似情况，即市、町、村长虽 被赋 予 监 护 启 动 权，但 10 年间都没怎么应 用【22】。这反映出基层组织因事务负担重、支持资源少而难以承担监护职责的普遍共性。因此，“两委”没必要单列为撤销诉讼主体，如果有个别“两委”确实承担起监护职责的，以临时监护人身份提起撤销诉讼即

可。

最后，应允许法院依职权撤销监护资格。例如台湾地区民法第 1106 条规定，法院既可依申请，也可依职权启动监护变更程序。在发达国家和地区，法院是监护程序的核心角色与程序主导者，甚至是监护最后的守望人。考虑到我国撤销之诉长期沉睡以及监护有名无实比比皆是的现状，应赋予法院依职权撤销监护资格的权力。

第四，设置撤销之诉冷冻期。即使重新调整，撤销诉讼仍然有多个主体存在，为避免监护人不胜撤销诉讼之烦扰，应在程序法上明确，先前撤销之诉被驳回的，除非有新的撤销事由或者有新证据支持，否则一定期限内任何人不得再就该监护关系提起撤销诉讼。

注释：

【1】佟丽华：《监护侵害处理意见：激活“沉睡的制度”》，《中国青年社会科学》2015 年第 5 期。

【2】梁慧星：《对民法总则草案的修改建议》，2016 年 6 月 2 日，http://www. 21ccom. net/html/2016/ggzl_0602/4679_all. html， 最后访问时间：2016 年 10 月 6 日。

【3】残疾人权利委员会第十一届会议第 1 号一般性意见（2014 年）。

【4】《侵害未成年人意见》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。

【5】李霞：《监护制度比较研究》，济南：山东大学出版社，2004 年，第 404 ～ 405 页。

【6】Mary Keys，Legal Capacity Law Reform in Europe：An Urgent Challenge ，Eur. Y. B. Disability L. ，no. 1，2009，pp. 59 — 88.

【7】罗红霞、崔运武：《悖论、因果与对策：关于社区居委会职责的调查思考》，《理论月刊》2015 年第 7 期。

【8】最高人民法院公布的 12 起因侵害未成年人权益被依法撤销监护人资格典型案例之 1。

【9】最高人民法院公布的 12 起因侵害未成年人权益被依法撤销监护人资格典型案例之 2、8、11。

【10】最高人民法院公布的 12 起因侵害未成年人权益被依法撤销监护人资格典型案例之 10。

【11】王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（总则编）》，北京：法律出版社，2005 年，第 60 ～ 62 页。

【12】关于监护协议适用《合同法》，参见朱广新对《合同法》第 2 条第 2 款理解的论述。

【13】朱广新：《合同法总则（第二版）》，北 京：中国人民大学出版社，2012 年，第 14 ～ 16 页。

【14】李霞：《成年监护制度的现代转向》，《中国法学》2015 年第 2 期。 李霞：《监护制度比较研究》，第 16 ～ 17 页。

【15】李霞：《成年监护制度研究———以人权的视角》，北京：中国政法大学出版社，2012 年，第 107 ～ 111 页。

【16】佟丽华：《对未成年人监护制度的立法思考与建议》，《法学杂志》2005 年第 3 期。

【17】如日本民法典第 846 条，法国民法典第 443、444、446 条，德国民法典第 1886 条，瑞士民法典第 445 条等。如无特别说明， 本文日本民法典参考资料来自渠涛《最新日本民法》，北京：法律出版社，2006 年；法国民法典来自《拿破仑法典（法国民法典）》，李 浩培、吴传颐、孙鸣岗译，北京：商务印书馆出版社，1979 年；瑞士民法典来自《瑞士民法典》，殷生根译，艾棠校，北京：法律出版社， 1987 年；德国民法典来自《德国民法典》（第 3 版），陈卫佐译注，北京：法律出版社，2010 年。

【18】日本即采法定监护人为意定监护监督人的模式。参见［日］冈孝《关于日本任意监护制度》，苏慧卿译，《法学丛刊》（台 湾）2010 年第 4 期。

【19】应指出，监护监督人与监护监督机关名称容易混淆，但职能与履职方式均不同。两者都具有调查被监护

人的财产情况、 要求监护人提交履职报告的权力，但前者还具有对监护人替代被监护人作出重大财产决定时的同意权，事实上相当于审批；而后 者主要是通过向法院提出调查、撤销申请来行使监督职能的。

【20】[日] 郑英模：《成年人监护制度与司法书士》，渠涛译，渠涛编：《中日民商法比较研究（ 第十卷）》，北京：法律出版社，2011 年，第 265 ～ 279 页。司法书士是日本法律职业制度中的一种，设有专门司法书士考试，难度仅次于律师资格考试；司法书士会主 要提供非诉讼的法律服务。

【21】最高人民法院公布的 12 起因侵害未成年人权益被依法撤销监护人资格典型案例之 7。

【22】[日] 冈孝：《面向 21 世纪的日本国成年监护制度》，刘善华译，《上海政法学院学报（ 法治论丛）》2012 年第 4 期。

论我国共同抚养制度的构建

吉林大学 张凌寒

张凌寒，女，河北省张家口市人，毕业于吉林大学法学院。法学博士，硕士生导师，东北师范大学政法学院副教授，美国康奈尔大学访问学者。主要从事网络法、婚姻家庭法、女性主义法学的教学与研究工作。中国法学会婚姻法学会研究会理事，吉林省法学会婚姻法学会常务理事，长春市人民代表大会顾问专家，吉林省吉林市仲裁员。本文系作者授权推送，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

摘要：近些年共同抚养成为了许多独生子女父母在离婚时的选择。我国抚养权制度中的“轮流抚养”规则并不等同于共同抚养权，且相关规定流于笼统缺乏可操作性。本文对何为共同抚养权进行了讨论。由于共同抚养权只能由父母双方协商一致达成，本文探讨了法院在调解父母达成共同抚养协议时应注意的因素。进而，对共同抚养的生活安排中的时间分配、另一方的探望权、抚养费的分担等进行了分析，以及共同抚养中父母民事责任承担的问题。最后，本文对共同抚养权的变更、中止和终止事项进行了归纳。

关键词：共同抚养权 抚养费 民事责任

我国长达三十余年的计划生育国策使得独生子女家庭在我国城市成为普遍现象。独生子女家庭在面临离婚解体时，越来越多的父母不愿意丧失孩子抚养权，因而共同抚养成为了许多家庭的选择。目前我国婚姻法对共同抚养权的规定较为笼统，司法解释也一直没有进行进一步的解释，实践中面临着很多问题。本文试对共同抚养实务中的问题进行归纳和探讨，以期对司法实践有所裨益。

一、共同抚养权理论概述

我国离婚后子女的抚养权的规定为一方有抚养权，另一方支付抚养费的制度。但是考虑到父母可能都有抚养子女的意愿，法律允许父母双方协商一致轮流抚养子女。《中华人民共和国婚姻法》第三十七条规定，离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议，协议不成时，由人民法院判决。作为例外，在最高人民法院《关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》的司法解释中规定，在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。

由此可见，第一，我国以抚养义务为核心构建了抚养权制度，主要指生活上的照顾和财产上的管理。第二， 我国抚养权分配方式比较单一，在父母离婚后分配给一方或者轮流抚养，并未并未直接明文规定共同抚养制度。

轮流抚养子女更倾向于规定夫妻双方都拥有与子女生活的权利，但对于儿童的健康、教育等诸项事务应如何确定，抚养费的给付、抚养时间的分配、抚养权的变更等问题并没有详细解释。因此出于现实考虑，很多法院仍建议当事人最好确定抚养权归属为一方。但是，如果夫妻双方能够就共同抚养达成协议，一般法院都会准许，这在实践中已经广泛实行。

理论上来说，离婚后父母对子女抚养的权利，既包括与子女共同生活、实际上抚养的权利，也包括法律上对子女的监护权。例如美国，将监护权（Custody）划分成为身体上的监护（physical custody） 与法律上的监护（legal custody）.[1] 其中，法律上的监护权 ,是指对于与子女长期利益 、教育 、医疗 、宗教或其他对子女生活有重大影响的事务的决定权 。

而身体上的监护权 ,是指对于儿童的事实上拥有和控制。享有监护权的父母一方，对影响子女日常生活的活动有决定权。身体上的监护（physical custody） 类似于抚养权，指与子女共同生活的权利。其分配方式也更为多样灵活。既有单独监护(Sole Custody) ,是指父或母其中的一方获得子女身体监护权与法律监护权，另一方享有探视权。也有分配监护 (Divided Custody) ， 是指父母双方同时获得子女法律上与身体上的监护权,但在时间上加以

分配的“分 配监护” 。而共同监护(Joint Custody) ，是指赋予父母双方共同的身体上的监护和法律上的监护。

本文在此探讨的共同抚养权，指父母双方同为法定监护人，也享有共同的抚养权。也就是说双方根据统统协议，对子女共同进行生活上的照顾和法律上的监护的权利。

我国法律没有对共同抚养权进行较为详细的规定，主要是考虑到这属于父母双方基于意思自治对子女的抚养作出的共同安排，公权力不宜过多干预。这种考虑反应了我国社会长期的“清官难断家务事”的思想，即认为家庭是公民的私人领域，公权力不宜作出过多的干涉。

而这种思想观念随着以人为本的权利思想的发展已经被逐步摒弃。家庭不应该成为法律规范的方外之地，家庭成员的关系也应该受到法律的规范和保护，家庭生活并不应该拒绝法律的规范。我国《反家庭暴力法》的出台和实施，体现了法律为保护公民个人权利，突破传统思想，对家庭成员关系进行法律干预的进步。

同样，即使父母双方对子女的共同抚养达成协议，也并非拒绝公权力进一步监督规范的合理理由。儿童利益保护是世界各国的共识。基于儿童利益最大化原则，我国立法和司法部门理应更加重视儿童抚养权的安排，进行合理的干预和监督。随着离婚后，子女共同抚养的比例逐渐增高，司法部门应对实务中共同抚养权的问题深入思考并形成一般规则。

二、共同抚养协议的签订与内容

在我国，共同抚养只能父母共同协商达成一致确立。美国有些州法律允许法院在一方父母不同意的情况下判决对子女享有共同抚养权。但笔者仍认为应延续此规定将意思自治作为共同抚养的前提。这由于共同抚养只能由离婚后父母双方的密切配合才能实现，为了更好的保障儿童利益，还应坚持在双方父母协商一致的情况下共同抚养。

所以法院准许夫妻双方共同享有抚养权的前提有二：其一，夫妻双方均有抚养意愿；其二，夫妻双方能够就共同抚养安排达成一致。儿童利益最大化原则是共同抚养协议订立、协商的前提和原则。基于此，法院应发挥能动作用对在共同抚养协议签订过程中发挥调解作用，并对共同抚养协议的内容进行一定的监督。

1. 共同抚养权协议签订中应考虑的因素

为了保证共同抚养权能够在未成年人利益优先原则下较好的履行，法院在进行离婚抚养权的调解工作时，应考虑到以下因素：

第一，夫妻双方离婚时没有较强的敌意及能够较好的合作。美国的研究显示，大部分离婚夫妇由于失败的婚姻和复杂的离婚过程，对对方有一定的敌意。但一般来说，在离婚后一年内，这种敌意能够基本消除。而一些在离婚 18 个月到 24 个月内仍未对对方消除敌意的人，有较大可能发展成为较为明显的心理问题。[2] 而子女与这样的父亲或者母亲生活有较大的成长风险。如果法院在调节离婚时注意到一方对离婚的情绪较强，应委婉建议父母不要采取共同抚养的安排，或建议情绪较为稳定的一方拥有抚养权。

第二，夫妻双方能够保证居住地的稳定与相近。基于未成年人利益最大化原则，稳定的生活对未成年人成长更为有利。离婚后父母不在一起居住，子女随双方轮流生活已经丧失一定的稳定性。子女定期随父母双方在不同的城市生活不利于安排子女入托、上学的连续性。父母双方在相距较远的地点生活，容易带来一系列的法律问题。如，子女在探望一方时不再返回另一方身边，如果父母双方在不同国家，还会发生抚养权的司法管辖权及法律冲突问题；子女被一方父母惩罚性的绑架和隐藏；以及一方在另一方要求子女返回时拒绝承认另一方的抚养权等。[3]

因此法院应提醒夫妻双方在能够保证居住地的稳定与相近的前提下考虑共同抚养。如果父母一方的职业发展具有较高的迁居的可能性，应规劝双方放弃共同抚养。如果双方坚持，应提醒双方对于一方迁居后抚养权的安排在协议中提前达成协议。

第三，夫妻双方能够安排好抚养费中的重大支出。据统计，在教育、培训、日常生活等小额花费中，共同抚养的双方一般能够较好的合作，而主要分歧发生在大学教育、为子女购置贵重物品等大额消费中，甚至会导致夫妻双方放弃共同抚养。[4] 在法院调解双方订立共同抚养协议时，应提醒双方对于子女上大学、出国、购置房产等大宗消费达成共识，有利于共同抚养协议更好的履行。

第四，夫妻双方应在共同抚养协议中约定抚养权变更的条款。法院应引导夫妻双方在共同抚养协议中考虑到，当现状出现改变时如何安排共同抚养的事项。尤其是当一方再婚、一方又生育子女、一方迁居、一方出现重大疾病等情况。为了未成年人利益未雨绸缪，以防双方因为都有抚养权而在生活中互相推诿。即使双方不能就具体情况达成协议，也应约定当出现一方不愿再共同抚养时，如何确定抚养权的归属于抚养费的给付问题。

2、共同抚养权中的生活安排

（1）. 共同抚养的时间安排

父母双方选择共同抚养一般都是为了更好的参与到子女的成长过程中。时间安排往往成为共同抚养的焦点问题。共同抚养制度的核心在于父亲或者母亲均有较长的时间与孩子生活，以及其目的即为保持父母中任一方与孩子经常而持续性的接触。[5] 据统计，参与共同抚养的父亲与仅仅有探望权的父亲相比，除了与子女相处的时间更长之外，也会在正常孩子抚养费的范围外对孩子的支出承担更多。[6] 参与共同抚养的父亲可能在支持孩子生活方面有更大的灵活性。

美国法律对于共同抚养（Joint physical custody）的时间规定较为具体，在一个月或一年的时间，子女与父母中任一方的时间不少于 30%。[7] 我国没有如此具体的规定。但根据共同抚养制度的精神，父母约定的与子女共同生活的时间不宜少于 20%，否则宜协议为一方有抚养权而另一方有探望子女的权利。司法时间中很多父母提出共同抚养，因其认为探望权需要有抚养权的一方予以配合。为了能够在与子女相处中拥有主动权，其提出共同抚养，而在实践中又无法保证抚养时间。在这种情况下，共同抚养的一方既不能保证与子女共同生活的时间，又拥有了对子女事务决定的权利和随时接走子女的权利，并不利于子女的成长。基于儿童利益最大化考虑，应规定共同抚养权的延续最少要求一方共同生活的时间不应少于 20%，否则应变更为单独抚养权。

共同抚养中子女的交接安排十分重要。父母双方应按照约定的时间准时交接子女。按照交接子女的时间，子女变为与另外一方共同生活。这不仅关系到共同抚养协议的履行，也关系到相关的法律责任的承担。

当一方不遵守约定擅自扣留子女或拒绝交接子女时，另一方又希望子女回到身边，此时容易发生双方对于子女抚养权的纠纷。双方在此时应以协商为主，如协商不成，可协议变更抚养权。

（2）. 子女随一方生活时另一方的探望权

当子女随一方共同生活期间，另一方是否拥有探望权？一般认为，探望权是在一方有抚养权时，另一方的权利。但在共同抚养中，子女并非随时可以按照父母意见与其共同生活。因此应保证不与子女共同生活的共同抚养人，在子女随另一方生活时，享有探望权。

共同抚养权的探望权应与探望权的基本规定相同。即一方行使探望权时，共同生活的一方应予以协助。在直接抚养的一方拒不配合时，法院应判决其配合。探望权的行使也应遵循儿童利益最大化原则，以不打扰子女与其直接抚养人生活安宁为原则，合理行使。

（3）. 共同抚养中子女抚养费用的分担

共同抚养中抚养费用的承担主要依据为双方的共同抚养协议。由于共同抚养，故可能存在双方各自负担子女与己方共同生活期间的费用，或由一方承担主要费用另一方给付一定抚养费几种情况。在双方就共同抚养费用问题发生纠纷时，不应以共同抚养为由，拒绝立案。可根据儿童利益原则，法院应先调解，调解不成的，判定子女的日常生活费用由与其共同生活的一方，在与其共同生活期间承担。如与其共同生活的一方无力负担，应由按照共同抚养协议与子女生活时间较短的一方承担抚养费用。大宗的教育、医疗等费用原则上由双方协商承担。如双方无法达成协议，应规定由父母按照收入比例承担。

三、共同抚养协议的履行

1、共同抚养的变更、中止和终止

（1）. 共同抚养的变更

共同抚养权可能因共同抚养约定事由的出现，或双方重新达成协议发生变更。司法实践中，当下列情形出现时，也应规定变更共同抚养。具体应包括：

第一，一方父母未经协商，擅自拒绝另一方参与共同抚养。如多次在约定的交接子女抚养的日期，拒不将子女交给对方。

第二，一方父母未经协商安排子女，多次拒绝在约定的时间将子女接来共同生活的。多次拒不参与共同抚养，应允许另一方申请将共同抚养变更为单独抚养。

第三，一方隐匿子女的。未经另一方父母同意，擅自将子女带出国或未通知对方，擅自带子女迁居的。另一方有权起诉要求法院变更共同抚养为单独抚养。

第四，双方在共同抚养协议中约定的变更共同抚养的事由出现的或双方重新达成抚养协议的。

（2）. 共同抚养的中止

共同抚养可能因为一方暂时不适宜参与抚养子女而中止，当中止事由消失时，应规定双方父母继续共同抚养。具体应包括：

第一，一方患有重大疾病，需要医治，暂时不宜抚养子女的。应在疾病治愈后允许继续参与共同抚养，治病期间共同抚养中止。

第二，一方因工作需要外派离开原住所地，确实没有条件抚养子女的，应中止共同抚养，在其具备抚养条件后继续参与共同抚养。

第三，一方因吸毒、酗酒、严重赌博等恶习，应中止其参与共同抚养，待中止事由消失后允许其参与共同抚养。笔者认为不应该将一方暂时的失业、收入的而降低，再婚、再生育子女当做共同抚养的中止事由。

（3）. 共同抚养的终止

法律应规定当不利于未成年人健康成长，严重危机未成年人身心健康的事由出现时，终止父母的共同抚养，由一方单独抚养。例如：当一方对子女实施严重家庭暴力时，应终止共同抚养，改为另一方单独抚养；一方达成共同抚养，但后因故遗弃子女拒不履行抚养义务的；一方对未成年人实施暴力犯罪行为的。

除此之外，当子女成年时，应终止共同抚养。

2.共同抚养中法律责任的承担

虽然父母无论离婚与否都享有对于未成年人的监护权，但是抚养权的分配使得享有抚养权的父母比起没有抚养权的父母，有更多法律上的权利和义务。例如，在未成年子女造成他人损害的情况下，有抚养权的一方承担法律责任，在其无力承担的情况下，由另一方适当承担。具体规定在《民法通则》第 133 条，无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。根据《民法通则》规定精神，限制民事行为能力人致人损害时，有几个监护人的，首先由与其共同生活的监护人承担民事责任;如果与限制民事行为能力人共同生活的监护人独立承担民事责任有困难，可责令同一顺序的其他监护人适当承担民事责任。

当由父母共同抚养的未成年人造成他人损害时，民事责任应如何承担呢？

首先，按照我国法律的相关规定，应该由与未成年人共同生活的监护人承担民事责任。即在共同抚养的情况下，子女与谁共同生活期间发生了应承担民事责任的行为，主要的民事责任应该由哪一方承担。双方应按照共同抚养协议约定的时间履行抚养义务。如果未经双方协商，一方未能及时履行共同抚养义务期间，发生了侵权行为需承担民事责任，应该由未及时履行抚养义务的一方适当分担民事责任。

其次，如果未成年人在双方交接抚养的时点发生侵权行为，应首先由双方协议承担民事责任。如果父母双方均拒绝承担，应本着保护受害人的原则，由双方共同承担民事责任。

最后，当与子女共同生活的抚养人独立承担民事责任有困难时，应责令父母共同承担民事责任。在分担民事责任时，要考虑到侵权行为的性质、双方的收入、双方在抚养子女上花费的时间等因素，合理分担。

共同抚养因父母双方均有较高的参与度，父母双方比起单独抚养能够投入抚养费，父母时间更为灵活，更有利于儿童的身心健康而备受推崇。[8] 共同抚养的具体规则有待更多的理论界、实务界人士参与，这既解决有利于我国独生子女家庭离婚后的子女抚养问题，也有利于儿童成长。

注释：

【1】Glendon M A. The transformation of family law: State, law, and family in the United States and Western Europe[M]. University of Chicago Press, 1989.

【2】Kelly J B. Further observations on joint custody[J]. UC Davis L. Rev., 1982, 16: 762.

【3】Bodenheimer B M. Progress under the uniform child custody jurisdiction act and remaining problems: Punitive decrees, joint custody, and excessive modifications[J]. California Law Review, 1977: 978-1014.

【4】Kelly J B. Further observations on joint custody[J]. UC Davis L. Rev., 1982, 16: 762.

【5】Coysh W S, Johnston J R, Tschann J M, et al. Parental postdivorce adjustment in joint and sole physical custody families[J]. Journal of Family Issues, 1989, 10(1): 52-71.

【6】Joint custody and shared parenting[M]. Guilford Press, 1991.

【7】同注释 2.

【8】Gunnoe M L, Braver S L. The effects of joint legal custody on mothers, fathers, and children controlling for factors that predispose a sole maternal versus joint legal award[J]. Law and human behavior, 2001, 25(1): 25.

彩礼性质的区域差异

2017-05-26 民事审判参考 贺雪峰

广东英德市农民罗观林，1982 年结婚，岳父要 1000 元彩礼，正好罗观林妹妹出嫁，要了 900 元彩礼，就送出 900 元彩礼，将妻子娶了回来。罗观林说，1982 年，农村很穷，不要说 1000 元，就是 30 元的彩礼他也拿不出来。一般人结婚要出彩礼，都是全村人帮助凑钱才拿得出。有一家女儿出嫁，非要 2000 元彩礼，男方只能向全村人借钱，全村人所有现钱都拿出来才凑够彩礼将媳妇娶了回来。不过，娶回来的媳妇受到全村人的敌视，认为她害苦了全村人。这个媳妇在巨大压力下不久就自杀了。

10 年前，罗观林的儿子娶媳妇，女儿出嫁，彩礼水平都在 6000~8000 元之间。我们调研的 2016 年 3 月，当地彩礼一般在 1~2 万元左右。1982 年，农村基层公务员每月收入在 30 元左右，900 元就相当于农村公务员 30 个月的收入。2016 年，英德县乡镇干部的工资收入大概为每月 6000 元，1~2 万元彩礼只相当于农村公务员 3 个月的工资。就是说，以农村公务员工资作为参照，英德农村彩礼水平下降了 10 倍。

值得注意的是，罗观林家庭所经历的彩礼并非个案，而是在华南农村具有相当普遍性。1980 年代初，华南农村彩礼可能没有 900 元这么高，却大致不会低太多。当前华南农村彩礼却普遍不高。改革开放以来，华南农村的彩礼是大幅度下降的。

改革开放之初，华北农村彩礼是可以忽略不计的，甚至没有彩礼一说。不过，最近 10 年，华北农村的彩礼急剧上升。10 年前，华北地区彩礼 2~3 万元已很普遍，到现在，华北很多地区农村的彩礼早已超过 10 万元，甚至高到 10 多万元 20 万元的也很普遍。也就是说，改革开放以来，华北农村的彩礼基本上是从无到有，从低到高，快速地增长。

为什么不同地区彩礼会有如此的不同？区域差异也许是一个理解问题的视角。按我们的说法，华南农村多宗族性村庄，这些村庄大多是聚族而居的团结型村庄。团结型村庄对自上而下、自外而内的各种力量具有一定的抵御能力，经过宗族的抵制，外来力量大为减弱，对村民的改变因此降低。新中国很重要的一个理念是男女平等，妇女解放，自由恋爱，彩礼因其封建性质而被认为是不正确的，但妇女解放和男女平等的现代理念以及彩礼不正确的理念在华南农村并未受到彻底冲击，分田到户以后，嫁女儿就应当收回女儿养育成本的观念依然存在。所以，在华南农村，彩礼又称为“奶浆钱”，是归女方父母的，有人直接称这是“卖女儿的钱”。而华北农村多为分裂型的小亲族村庄，华北村庄内部一般都存在着若干竞争性的结构，这种竞争性的结构往往试图通过援引外来力量来强化己方，打击对方。因此，新中国妇女解放和男女平等的理念很快就被援引进入村庄，带有封建性质的彩礼的不正确性使彩礼被抛弃。改革开放之初，华北农村普遍没有彩礼，这应是其中一个原因。

为什么华北地区又出现了彩礼且彩礼很快地提高了呢？总体来讲，中国农村存在男女性别失衡，男多女少。尤其是改革开放以来，尤其是华北农村女孩不愁嫁，男孩错过婚期就要打光棍。因此，女孩就有了选择权。在男孩个人条件相当的情况下面，女孩当然愿意选家庭条件更好的男孩结婚。

相对有几个兄弟的男孩家庭，女方更愿意选择独子家庭，因为独子家庭就可以全部占有男方父母的家产。有多个儿子的家庭，父母要让儿子娶到媳妇，就比只有一个儿子的家庭更难。多子家庭为了让儿子成家，就愿意通过预先支付彩礼给女方，保证女方利益来娶到媳妇。大儿子结婚，父母为儿媳支付彩礼，二儿子结婚，父母再准备一份彩礼。三儿子到了结婚年龄，父母可能不仅准备不了一份彩礼，而且负债累累，三儿子就有了打光棍的风险。这里的彩礼是男方家庭给儿媳妇的预付收入，而不是给到女方父母的。这是与华南农村彩礼的本质不同。

只有一个儿子，未来媳妇要更高额彩礼没有意义，因为本来就是一家人。儿子越多，未来儿媳妇越是要高额彩礼，因为彩礼是父母送给未来媳妇的私产。几个儿子造成女方要高额彩礼，就抬高了一个地区彩礼的水平，由此导致即使只有一个儿子，父母也得为未来儿媳妇备下一份地区平均水平的彩礼作为儿子媳妇小家庭的私产。对于一般以上条件的家庭，彩礼不是大的问题，对于条件较差家庭，彩礼压力巨大，女方可能不只是要彩礼，而且要在城里买房，要车，甚至最好是“有车有房、父母双亡”。对于多子家庭，即使家庭条件还不错，也经不住妇方多次轮番的提出条件，结果就是“生两个儿子哭一场”，“生三个儿子只能骨瘦如柴”了。华北农村彩礼越来越高，是因为彩

礼具有提前从父母那里分割家产的意谓。显然，华北农村，借助女方在婚姻市场的优势，女方及他们的家庭通过彩礼实现了利益最大化。这个意义上，华北彩礼持续上升反映出来的是女方在婚姻市场上地位的持续提升。妇女地位提高了。

有趣的是，改革开放以来华南农村彩礼实质上是下降了，却也反映出华南女孩地位的上升。比较基础的是，改革开放之初，华南宗族农村真正自由恋爱基础上的婚姻是很少的，父母对子女婚姻干预很多。而到了现在华南农村的女孩也外出打工并且越来越多自由恋爱，且父母对女儿的自由恋爱也乐观其成，其中原因是，第一，家庭条件比过去好了，不需要通过嫁女儿的彩礼来补贴家用了，第二，男女平等的认识越来越普遍，要高额彩礼会降低女儿在婆家的地位，第三，女儿自由恋爱了，父母要高额彩礼也越来越难了。因此，以补贴娘家为特征的华南农村的彩礼，随着男女平等、妇女解放和自由恋爱而越来越低了。

同样的妇女地位上升，华南农村与华北农村，却引起了彩礼一降一升的不同效应。

随着跨省婚姻的普遍化，婚姻市场上男多女少的格局就不只是局限于一个地方，而会普遍化。华南农村也会出现女孩少而不愁嫁而男孩多娶不到媳妇的问题，从而可能出现女孩向男方父母要彩礼并因此持续提高彩礼的情况。这个时候的彩礼就不同于过去的“奶浆钱”，而变成了华北农村提前向子女分割的父母的家产。当前华南农村正在出现这种彩礼上的微妙变化。

从我们对全国农村的区域划分来看，除华南多为团结型的宗族村庄和华北多为分裂型的小宗族村庄以外，中部的长江流域多为分散型的原子化村庄。原子化村庄最重要的一个特征是妇女解放的彻底性。男女平等自由恋爱成了真正的地方实践，其中表现就是长江流域的原子化村庄存在最少的男孩生育偏好。父母因此可能对儿子女儿同等看待。在性别失衡、女方在婚姻市场占据优势的情况下面，女孩当然会借此向男方要价，比如提高彩礼、买车买房等要求。与华北农村不同的是，中部原子化地区，女方向男方提出了要求，比如彩礼，女方父母不仅不会要彩礼，而且会有一个相当厚实的嫁妆，这个嫁妆可能与男方的彩礼不相上下。这样，彩礼和嫁妆就变成了男女双方父母为子女建立家庭所进行的支持，这是双方父母财产的代际转移。这个意义上，中部地区，女孩也可以参与父母家产的分割。

农村彩礼在南中北农村的这种差异现在还显著存在。有趣的是，无论不同地区彩礼有多么巨大的差异，却都表现出了妇女地位的持续上升，以及也许还有自由恋爱的兴起。

登记机构应以法定途径对不当判决说“不”

2017-05-31 中国不动产官微 刘守君

案例

甲、乙两人于 2015 年 2 月登记结婚。当年 5 月，甲在 A 小区购得一套住房。2016 年 3 月，甲申请房屋所有权登记并领到不动产权证书，登记簿和不动产权证书均记载为单独所有。2016 年 4 月，甲将该房通过 B 中介转让给丙并签订了房屋买卖合同，甲与丙在登记机构申请转移登记时，登记机构工作人员以该房产是夫妻共有为由，要求乙到场。随后，甲雇请了一位与乙长相相似之人并携其和丙一同到登记机构申请转移登记。转移登记完成后，丙领取了不动产权证书，随即，丙用该房屋在 C 银行办理了抵押贷款，并与 C 银行申请办理了抵押权登记手续。2016 年 5 月，乙将登记机构告上法庭，以登记机构办理转移登记手续时程序不当为由，要求撤销丙的转移登记。一审人民法院经过审查，认为登记簿上记载为单独所有，登记机构在办理转移登记手续时要求乙到场，属于登记程序违法，并据此撤销了丙的转移登记。此判决得到了终审法院的维持。

笔者认为，尽管此判决得到终审人民法院的维持并产生效力，但此判决为不当判决，登记机构在履行判决义务的同时，应当通过法定途径主张自己的权益，对不当的判决说“不”。1 人民法院以登记机构程序违法为由撤销转移登记的判决错误。

《物权法》第 16 条规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据。质言之，一般情形下，不动产登记簿的记载具有合法性、真实性和有效性。据此可知，本案中，登记簿记载的房屋所有权人为甲，且甲对房屋单独享有所有权，表明甲对该房屋单独享有所有权具有法律上的效力。《物权法》第 39 条规定，所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。据此可知，本案中，对房屋单独享有所有权的甲将该房屋转让给丙，是依法行使其房屋所有权中的处分权能，无须包括乙在内的他人同意或配合。

《不动产登记暂行条例》第 14 条规定，因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的，应当由当事人双方共同申

请。据此可知，买卖不动产申请转移登记的，由买卖双方共同申请登记。因此，本案中，房屋的单独所有权人甲是合法的卖方，其与买方丙共同申请转移登记，登记机构应当受理。案例中，虽然登记机构要求与房屋买卖无关的他人（甲雇请的人）参与申请转移登记，但作为买卖双方的甲、丙也共同申请了转移登记，符合规定，即登记机构办理转移登记时程序不存在违法情形，故人民法院认定登记机构办理转移登记时程序违法于法无据，做出的撤销转移登记的行政判决错误。至于登记机构要求不属于房屋买卖当事人的他人参与申请转移登记，加重了行政相对人的负担，有不当使用职权之嫌，但属于另外的法律关系。

2 对人民法院生效的撤销有抵押权负担的房屋所有权转移登记的判决，登记机构也应当履行。

《行政诉讼法》第 94 条规定，当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定、调解书。

本案中，登记机构该怎样履行人民法院生效的撤销丙的转移登记的行政判决？《物权法》第 19 条规定，权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。据此可知，本案中，人民法院撤销丙的转移登记的行政判决已经生效，表明登记机构的登记行为错误，由此记载在登记簿上的内容也是错误的，故应当通过更正登记予以纠正。

《不动产登记暂行条例实施细则》第 81 条规定，不动产登记机构发现不动产登记簿记载的事项错误，应当通知当事人在 30 个工作日内办理更正登记。当事人逾期不办理的，不动产登记机构应当在公告 15 个工作日后，依法予以更正；但在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的除外。由此，一般情形下，登记机构据此规定办理更正登记时，若在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记，应当中止办理。

但本案中，登记机构是履行人民法院生效的行政判决书课以的纠正自己错误登记的义务，虽然也属于发现不动产登记簿记载的事项错误的情形，却不受此约束。然而，登记簿记载的处分登记、预告登记和查封登记的权利人的合法权益必须得到保护，即更正登记办结后，无论登记机构，还是相关当事人，根据自己的错误情况对这些权利人承担相应的责任，当然，这也属于另外的法律关系。登记机构具体办理更正登记时，应当书面通知丙在 30 个工作日内办理更正登记。若丙配合，自无可言，若丙不配合，则登记机构应当将更正登记事宜予以公告，满 15 个工作日后，予以更正登记，将房屋所有权更正回转移登记前的状态，即更正登记在甲的名下。至于乙对该房屋如何主张权利，则应当通过与甲的协商或申请仲裁、民事诉讼等方式解决。而丙应该向甲追偿，保护自己的权益。

3 对人民法院生效的不当的撤销转移登记的行政判决，登记机构应当申请人民法院重审。

《行政诉讼法》第 90 条规定，当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但判决、裁定不停止执行。该法第 92 条规定，各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。该法第 93 条规定，地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第 91 条规定情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

据此可知，对人民法院已经发生法律效力的错误的判决、裁定，当事人可以通过以下途径申请再审：一是向对做出生效判决的人民法院有管辖权的上一级人民法院申请再审；二是与做出生效判决的人民法院院长沟通、汇报，争取其将案件提交该院审判委员会讨论决定后再审；三是可以向当地人民检察院申请抗诉，若抗诉成功则进入再审程序。

综上所述，人民法院生效的以程序违法为由做出的撤销转移登记的行政判决错误，登记机构应当根据自身实际情况，启动申请再审程序，主张自己的权益，在办理不动产登记业务时，必须严格遵守法律、法规和规章设定的程序。

（二）法官视点

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质

2017-05-03 北京三中院 黄海涛

婚姻家庭法律关系是一种特殊的民事法律关系，理论界认为其有主体的单一性和身份性、人身关系的主导性、伦理性、权利义务的相对性和可转换性、客体的特定性等特征。这些特征其实均以婚姻法的伦理性这一本质为基础。

但在家事案件的审判中，法官们所关注的不仅仅是如何体现婚姻法的伦理性之类的抽象性的问题，还有很多具体的“技术性”的问题，如法律要件如何确定、证据如何审查、事实能否认定、法律如何解释与适用等。个人认为，家事案件与其他类型案件相比，有以下六个方面的主要特点，在家事法官总结与分析家事案件中的难题并研究对策时，应当结合这些特点，针对性的提升自身相应的审判业务素质，确定解决思路。

一、家事案件中部门法交叉问题多，需较强的法律综合运用能力。

作为国家重要的民事基本法，我国婚姻法总共只有 51 条，而合同法全文是 428 条，物权法全文 247 条，即使是侵权责任法也有 91 条。为了弥补婚姻法法律规定的不足，最高法院陆续制定了一系列的司法解释，特别是婚姻法解释一、二、三，一定程度上弥补了法律的不足，但仍然不能满足司法实践的需求，特别是缺乏部门法交叉问题的解决方案。

当前，婚姻家庭案件中需要解决大量的财产争议，这些财产方面的问题又可能同时属于物权法、合同法等法律的调整对象，由此导致家事案件审判中婚姻法与其他部门法的交叉适用与衔接问题表现较为突出，在司法实践中引发了较大的争议，亟需我们加以重视并统一解决思路。

概括而言，财产关系可以分为动态与静态两个方面，静态关系主要包括所有、占有、使用、收益等内容，动态关系则主要包括转让、赠与、分割等内容。前者主要由物权法、公司法调整，后者主要涉及合同法等法律。在婚姻法与其他部门法的法律交叉问题上，我们需要解决的不仅是具体法条之间的适用问题，更重要的是法律制度、法律原则之间的衔接问题，如夫妻婚后所得共同所有制与物权登记公示公信之间的关系，夫妻财产共有与股权外观主义之间的关系，家事代理权、夫妻共同债务与合同相对性之间的关系，等等。

对此类问题，最高法院在其司法解释，特别是近年来所颁布的三个婚姻法司法解释中，解决了其中的一些具体纠纷，如夫妻间的赠与、父母为结婚儿女购房、按揭购房时房产分割、投资成立公司、企业的股份分割等问题，并明确的将物权法、合同法、公司法引入婚姻案件的审判当中，规定应当按照其他部门法的相关制度与规定处理相关争议。

但在司法实践中，仍然大量存在此类问题，比较典型的有：

1、夫妻财产约定的物权效力问题。如夫妻双方在婚姻关系存续期间或离婚协议书中达成一致，把男方名下的房子归夫妻双方所有，在约定生效之后，房屋的产权是否当即转变为共有，而无需进行变更登记，男方如果出卖仍登记在其名下的房屋，其出卖行为是否属于无权处分，如果男方已经过户登记给买房人，女方有没有权利主张合同无效，有没有基于物权的返还请求权？这一问题的核心在于，婚姻法规定，夫妻财产双方可以约定个人所有、共同所有的财产归对方所有或共同所有，这个约定能否突破物权法中关于物权的取得与转移以登记为准的登记要件主义？围绕这个问题，实践中有不同的处理方式，也有不同的观点。

2、以夫妻共同财产投入，但登记在个人名下的股权出资的相关问题。此时，股权的归属为显名股东个人所有还是夫妻双方共有，配偶所享有的权利是股权本身，还是股权所代表的经济价值，未登记的配偶是不是股东，能否请求变更股东登记，显名股东的股权转让行为是否属于无权处分及是否有效。这一系列问题的解决，均以婚姻法与公司法的协调适用为前提。有些法官认为应该按照婚姻法共同所有制的规定，夫妻共有股权；有些法官认为应当根据公司法的外观主义，仅认可登记股东享有股权，配偶只享有其中的经济利益。有些法官认为配偶有请求公司变更股东登记的权利，有些法官则认为其只能向另一方提出分割财产价值的主张。

3、夫妻离婚协议中约定把房产给予子女的条款的相关问题。与这一条款相关的问题包括这一行为的法律性质是属于合同法上的赠与行为，还是属于婚姻法上的夫妻财产约定，子女有没有要求强制履行的权利，夫妻一方有无反悔或撤销的权利，夫妻双方能否共同撤销该条款等。对于这一类问题的处理，涉及到婚姻法、合同法、物权法的共同适用问题。该条款虽然是离婚协议中的内容，但作为双方的合意行为是否需要适用合同法，特别是其中赠与合同的规定，合同法上赠与人的任意撤销权在此类案件中是否需要受婚姻法调整，受离婚这一特殊情境的限制，如有无道德性质、有无离婚财产分割上的对价等，其中赠与是否完成又涉及到物权法物权转移时点的判断问题等。

4、夫妻共同债务的认定与执行问题。婚姻法规定，为夫妻共同生活所负的债务为共同债务，相关的问题在于，这婚姻法夫妻共同承担债务的规定，能否突破合同法上的合同相对性原则，借款行为人为夫妻一方的，在民间借贷纠纷中二人是否为必要共同诉讼人，债权人能否直接将夫妻二人列为共同被告，主张二人共同承担返还责任，债权人只起诉了借款行为人并获得胜诉判决的，能否在执行中申请法院追加其配偶为共同的被执行人，或者虽然不追加

被执行人，但法院能否在执行中直接对夫妻共同财产采取执行措施。

部门法之间的交叉适用问题，在任何一个审判领域都属于疑难问题，在家事案件审判中，由于此类案件本身争议内容的多样性、复合性，表现更为突出。实践中，有些法官看重婚姻家庭案件的特殊性，认为这是家庭内部的问题，相对于调整社会一般人之间的物权关系、交易关系的物权法、合同法而言，应当优先适用婚姻法的规定。但这一主张其他部门法在家事审判中应保持谦抑的观点，是否符合实证法的规定，还需要进一步探讨。

最高法院在公报案例、杜万华专委访谈等材料之中确定了“内外有别”的处理思路，对于夫妻共同债务的认定与处理问题提出，民间借贷案件中，债务人为夫妻一方还是双方的问题属于婚姻关系的外部事项，对此应当更倾向于保护债权人的利益，除非夫妻一方能提出证据证明所借款项未用于夫妻共同生活，否则原则上夫妻二人应当作为债务人，共同承担债务；对于特定债务在夫妻二人之间是否属于夫妻共同债务及如何承担的问题，则属于婚姻关系的内部事项，应当由主张为共同债务者进行主张与证明，否则应认定为个人债务由其个人承担。这一思路不仅是当前最高法院处理此类问题的官方态度，也是解决婚姻关系与债权债务关系间衔接问题的科学、合理的方案。这一思路较好地解决了合同相对性与夫妻共同财产制的关系问题，在处理部门法交叉问题上具有重要的引导作用，对于我们处理好婚姻法与物权法上的公示公信原则、公司法上的外观主义原则之间的关系具有典型示范意义，对于我们在维护家庭和谐稳定与维护社会交易安全与市场秩序之间寻求平衡，亦具有重要意义。

另外，民事审判内部房地产纠纷与婚姻家庭纠纷作为最主要的两类案件，一般会分别归属不同的审判庭处理，而民事审判与商事审判又处理不同领域的纠纷，这一传统由来已久。在这一分工体系的影响之下，民事法官与商事法官各自熟悉民口或商口的有关法律规定、审判技巧与司法政策，民事审判与商事审判亦遵循不同的司法理念。但作为商事主体的个人亦有自己的家庭生活，由此导致二者存在交叉的广阔空间，这种事务上的交叉反映在纠纷之中，即引发了不同部门法之间的交叉运用。故作为法官，应当在强调专业化的同时，做到博览群书，互相学习，不仅要了解不同部门法的具体制度与规范，综合考量，更要了解不同部门法的不同精神与原则，因为后者既是立法者立法时的指引，更是司法者理解法律，适用法律，解决法律冲突，弥补法律漏洞时的指引。

二、婚姻法重伦理，道德观与价值判断决定审判思路。

法的价值研究主要有三方面的内容：法促进那些价值；法本身有那些价值，不同类别或同类价值之间发生矛盾时以什么标准衡量。[1]价值问题是法院司法审判过程中的基础性问题。美国学者认为，法律并不仅仅是保护利益的工具，他还是表达我们的价值观和身份的工具，法院业已成为表达不同生活方式的相对价值及对立性观点的舞台。[2]

婚姻案件审判中，许多问题是由多元化的价值观冲突所引发的，而这些问题的解决又取决于法官的道德观与价值取向，如：

1、违法证据的认定与采信。以离婚案件中常见的一方有不忠行为的证明为例，司法实践中，法官对于认定第三者一般较为谨慎，对证据的要求较高，有些当事人为了取证，不惜通过安装摄像头的方式进行偷录。在这个问题上，如何理解最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的第六十八条中所规定的“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”的要求，如何判断此类反映真实情况的证据的合法性，均取决于我们如何在查明案件事实与维护社会安全与秩序之间设定适当的平衡点。对这一问题，假设：案例一，一方对第三者的房屋进行监视监听，取得了其配偶与该第三者有不当行为的证据；案例二，一方在配偶经常去的宾馆的房间里安装了摄像头，以偷录得来的不雅视频为证据；案例三，一方在自己的家里安装了摄像头，结果拍到了配偶与第三者在家里的不忠行为。需要讨论的是，以上案例在相关录像的违法程度上是否有不同之处，法院是否应当区分处理，在发现真实与维护社会秩序之间做出不同的选择？

2、DNA 鉴定。亲子关系的鉴定问题中也同样有着发现真实与保护子女权益，或是保护受欺骗夫妻一方权益的不同抉择。即使都认为应当更注意保护子女权益，但到底是保持现状，不引起未成年子女心理的巨大波动更有利，还是还原真实，重认血亲更有利，实践中各有支持者。而这一选择将决定鉴定中的一系列问题，如鉴定的启动条件应该更严格还是更宽松，否认亲子关系与确认亲子关系是否应当采用不同的证明标准，婚内生育与非婚生育是否应当采取不同的标准，女方或子女拒绝配合鉴定时，在什么条件下可以按“妨证推定”处理？解决以上问题，法律条文非常明确、清楚，但如何理解与适用，则取决于裁判者的立场。

3、青春损失费、分手费。实践中，有关青春损失费、分手费的纠纷屡见不鲜，而且经常以催债的方式呈现。

在审理中，常见的情形是女方手持欠条以民间借贷关系为案由起诉要求对方给付，法院如果单纯以借贷关系来看待与审理，由于双方之间没有真实的借贷合意和款项的实际支付过程，故法院可以直接否定女方返还借款的诉讼请求。但如果女方以赠与，或者直接以其他合同为案由，主张这是男方承诺支付的青春损失费的补偿，法院能不能支持？作为裁判者，我们此时需要自问：是女方的身心损害获得补偿更重要，还是无过错的配偶对夫妻共有财产的财产利益更重要；是平衡男女二人个体之间的利益关系重要，还是维护社会风气与秩序更重要？

日本学者曾言，法官对其职务的目的必须有高度的认识，做一名法官必须远非仅仅是一种职业，其必须是独立的价值观持有者。[3]法官要有自己的价值判断，这在婚姻家庭案件的审判中尤其重要，这是我们适用法律，解释法律的前提。在法理学上，法律解释方法有许多种，对于家事法官而言，除了文义解释、体系解释、立法解释等客观性的方法之外，更应当适当地运用目的解释、类推适用等方法，发挥法官的主观能动性与适用法律的创造性，解决审判中的难题。此中最为重要的是，除了掌握和运用合理的司法审判中的技术性方法之外，法官更多地应当注意在审判中体现出社会主义核心价值观与主流道德观，在面对胜负结果的分配难题时，应当对当事人双方间争议的具体事项进行价值衡量，充分考虑不同选择之间的社会效果的异同得失，由此确定解决方案。

三、家事案件的处理追求情理法的融合，需尊重风俗习惯。

习俗、道德与法律是人类社会的三大主要社会规范,其历史渊源、演进、功能以及相互关系是社会学的重要内容。[4]风俗习惯是一种自发形成的行为规范，被众多人了解、接受并长期遵循便成为风俗，通过反复不断的实践而转化为人们的习惯。这些风俗习惯虽然不具有法律上的强制力，但仍然是社会一般公众日常行为的准则，也是社会公众评价他人行为及法院判决结果的重要准则。基于其对社会生活以及人们行为的实际影响，我们也应当引起重视，利用其解释法律，弥补法律规定之不足。在我国传统文化中，家庭具有特殊的地位，儒家思想中关于家庭关系的塑造问题是其核心内容，在社会的长期发展历程中，人们对于如何缔结婚姻、维系家庭，形成了各具地方特色的风俗习惯。我们在案件审理过程中应当充分了解并运用这些地方性的知识与规范。例如：

1、结婚宴席上宾客送的贺礼，也就是俗称的“份子钱”的问题。份子钱到底是给谁的，怎么分，这个问题法律没有具体的规定，我们可以将其定性为赠与，但赠与的对象是谁？这一问题完全要考察风俗习惯来解答。在这个问题上争议很大，有观点主张应当都是赠与结婚的夫妻二人的，有观点主张是分别赠与双方及双方父母的。如果来宾，也就是赠与人是小两口的同学或者朋友，则观点较为统一，认为受赠与人是夫妻二人；如果是赠与人是男方家长或女方家长的朋友，如何认定受赠与人；如果赠与人是双方各自的亲属，如何认定受赠与人？这些问题的解决取决于本地风俗。个人认为，对于中国的婚姻来讲，结婚不仅是子女的事情，更是父母的事情，不是小两口公示一下我们结婚了，而是老两口公示一下我孩子结婚了，所以婚礼的意义本来就具有双重性。另外，中国人讲究礼尚往来，老两口参加他们的同事、朋友的子女的婚礼所送出去的贺礼，这些接受了贺礼的同事、朋友也刚好借着这个机会还礼。因此，这些贺礼也就相应的具有不同的作用，赠与的是不同的对象。所以个人认为，在参加婚礼的时候，小两口的同学、朋友给的份子钱应该是给小两口的，男方或女方家长的朋友、同事给的份子钱应该是分别给双方父母的。

2、彩礼返还的问题。彩礼是男方按照婚姻习俗，在订婚的时候给女方的钱。司法实践中，彩礼问题主要包括以下内容：第一，什么是彩礼。彩礼跟一般赠与如何区分，是不是为了表达订婚的诚意而给付，是否表现出此特殊目的与特定名义，数额与价值是否符合当地习惯；第二，彩礼纠纷的当事人是谁。我们可以通俗的说“男方给女方收”，但诉讼时法律关系主体与诉讼主体的范围则有其严肃性，需要准确界定谁是彩礼赠送与接受的当事人，是小两口还是各自父母，还是子女及父母？这又是一个社会风俗问题与法律问题相交叉的事项。古代婚姻为“父母之命，媒妁之言”，订婚也是男方家去女方家提亲，但现代婚姻法强调的是子女自身的婚姻自由，婚姻法规定与传统习俗如何衔接；第三，彩礼的退还事由。彩礼自古以来就有未成婚退还的通行规则，而成婚以是否举办了婚礼为标准。当前，婚姻法司法解释中规定，双方没有登记结婚的，男方可以要求返还。但是实践中，多地法院也认为没有登记但长期同居生活的，不应返还。在此问题上，在实际执法的时候，法律的抽象性要考虑社会生活的不平衡性，正视农村地区普遍存在的事实婚姻现象。

四、婚姻法法律解释的难度大，更需关注“行动中的法”。

婚姻家庭案件的审判中，由于相关规范性条文不多，寻找法律不难，难在法律的理解与适用，相对简单的法条文字内容更给法官的适用增加了难度，比如：

1、离婚法定事由的理解问题。婚姻法规定重婚、家暴、分居为主要的离婚事由。但在司法实践中，问题仍然

很多，如，在婚姻法已经原则上不承认事实婚的情况下，重婚是否包括事实婚，刑事审判中认为重婚罪应包括事实婚，离婚纠纷中是否应当包括；对家庭暴力的认定有没有严重程度与持续性方面的限制；分居如何掌握，是没有了夫妻生活就是分居，还是必须有物理上的距离才是分居，在家里住但分房睡算不算分居；等等。另外，我们在认定双方感情是否破裂的过程中，要审查恋爱史，结婚的时间等婚姻基础问题，这一方面如何掌握，有没有客观标准；我们查婚后生活是否和谐，但过日子难免磕磕碰碰，怎样算因生活琐事而感情破裂，怎样又算双方虽有矛盾，但感情尚未破裂？

2、抚养权与抚养条件的判断问题。司法解释中规定，离婚时抚养权的确定应当有利于子女的身心健康，保障子女的合法权益，结合父母双方的抚养能力和抚养条件。但抚养条件的优劣如何判断，怎么安排才是有利于子女的身心健康，比如一个工资收入很高，但每天加班到很晚的父亲与一个朝九晚五的上班族母亲，到底谁的抚养条件更好，是物质保障更重要还是精神交流更重要？

3、夫妻共同债务的认定问题。夫妻一方借钱给家里买家具、家电，乃至于买车买房，认定是为夫妻共同生活的夫妻共同债务，争议不大。但一方投资办公司，主要家庭收入来源依靠公司经营收入与分红，该方为了公司经营所需而借债，算不算为夫妻共同生活？夫妻一方为他人作保证，有的地方高院明确认为此行为对家庭生活没有任何益处，不能形成夫妻共同债务，但这种担保为了维系自己在生意场上的伙伴关系，或者收取一定的担保报酬，这种担保有没有为夫妻共同生活负担的内容？再比如侵权人一般只是直接的侵权行为人个人，但如果侵权行为是在为了共同利益而行动的过程中产生的，比如开车送孩子上学途中，发生交通事故撞了人，是否能构成共同侵权，形成夫妻共同债务？多地法院认为基于车辆运行控制与运行利益归属两方面的判断，应当作为共同债务处理。那么，一方为家庭利益激愤伤人或杀人的，其侵权赔偿责任是不是共同债务？

在以上案件的审理过程中，裁判的思路与结果取决于对法条相关内容的解读。此时，如何降低法官的个性化因素的影响，如何合理限制法官自由裁量权的作用，减少同案不同判的现象发生，是家事审判所急需解决的重要问题之一。个人认为，家事案件中许多问题在长期的司法实践中已经自发形成有固定的思路与对策，相关婚姻法条文在实践中的适用有了成熟的经验，这些在本地区、本法院形成的习惯已经形成了庞德所称的“行动中的法”[5]。作为法官，应当了解相关情况并从中吸取知识与经验，在日常审判工作中，将自己对法律的解释统一到惯常处理思路之上，保证执法的统一性；另一方面，作为法院，应当加强相关调查研究，积极总结审判经验，以指导性案例、会议纪要等方式，明确意见，统一处理思路。

五、家庭生活中的事实证明难，需更多的运用生活经验与常识。

古话有云，清官难断家务事。通俗的讲，这有两个主要原因，一是理说不清，一是事说不清。婚姻家庭生活具有持续性、封闭性、不规范性的特点，其行为规则及方式不同于陌生人之间的民事交易行为，很难留存相应的证据材料。比如财产的取得与交付行为，在民事交易的过程中，会在占有、保管、交付、运输、验收的各个步骤留下一系列的证据材料，但这在家庭生活中是无法想象的，以此要求当事人的举证，显然过于苛刻。又比如夫妻对外债务的真实性的判断问题。通常而言，与一方当事人具有亲友关系的证人的证言，其可信度较低，证明力较小，但在离婚案件中确认债务的问题上，这一思路无法套用，因为肯给夫妻借钱的通常只有亲友，我们在审判中不能脱离社会实际与生活常识。

为解决这一问题，我们需要运用好日常生活经验法则，更多的运用推定。比如在婚外情的认定上，通常审判中我们对于这一事实的认定是较为严格的，比如一方提供了电梯上摄像头的录像记录，表明另一方与第三者晚上一同上楼，白天出出进进，我们会仍为其没有直接的不当行为的内容，而且质疑这一录像是否连续，但如果有二人共同的开房记录，或多次的在同一个宾馆分别开房的记录，此时能否认定出轨？个人认为，即使没有能够直接的证明双方发生不正当关系的证据，但是以社会常识考量，以上开房记录也足以使我们对此事实予以认定。在家庭暴力的认定过程中也存在同样的情况，一方只能提供报警记录、出警记录、医院病历，但没有能够直接证明施暴行为与过程的证据时，基于家庭生活的封闭性，如无反证，个人认为也足以认定存在家庭暴力。

经验与常识的作用不仅体现在队具体证据材料的审核之中，也体现在诉讼推定之中。在证据法上，推定被分为事实推定与法律推定两大类，法律上的推定又可以分两种，法律效果上的法律推定与证明效果上的法律推定。事实上的推定是一种证明方法，如被告在交通事故发生之后逃匿并立即对车辆损伤部位修补喷漆，损害情况又与受害人或在场证人的描述相近的，我们可以基于此基础事实，根据日常经验法则推定其就是交通事故的侵权人这一待证事

实；证明效果上的法律推定的典型即“婚姻法解释二”第二十四条中规定的夫妻共同债务的推定，即夫妻一方在婚姻关系存续期间所借债务推定为共同债务，但是另一方配偶可以提交反证，证明钱没有用于夫妻共同生活，从而推翻此推定；法律效果上的推定实际是一种对特定情况下法律后果的规定，如我国继承法之司法解释中规定的，互有继承关系的人同时死亡的，推定为长辈先死亡，这是一个通过法律推定明确各自死亡时间与先后关系，进而确定相互之间继承关系的法律规范，这种推定是不能推翻的。

对于婚姻家庭案件中事实证明方面的困难，我们不仅需要在司法方法与技巧上，通过对举证责任的分配与倒置、本证、反证与举证责任的转移、严格证明与自由证明、证明标准、鉴定与专家辅助人等证据法上制度的灵活运用，解决事实认定中的难题，更需要在充分了解社情民意的基础上，特别是对婚姻家庭生活的了解与掌握的基础上，充分运用生活常识与经验法则，解决婚姻案件中的事实认定问题。在这个意义上，我赞成“没有结婚的法官不能审理离婚案件”的观点。

六、家事案件处理结果殊途同归，法律分析路径至关重要。

在传统民事案件的审判中，有一种沿袭已久的观点，即民事案件的处理最重要的是处理结果的公平，请求权基础与法律关系分析是在确定了最终结果的基础上“倒推”的结果，结果的公平比法律逻辑推演的过程正确更重要。所以，我们可以看到，在离婚案件中一方所借外债的认定与处理的问题上，当夫妻一方提供借条但不能证明借款给付过程，法官不信任该借条但又不愿意从证据采信上否定该事实主张的情况下，法官可能会认定该债务存在，但将其定性为个人债务，或者认定为共同债务但判令该方承担，从而将事实的证明问题转换成一个法律适用问题。我们还可以看到，就一方父母部分出资参与子女购房的处理问题，法院均认为出资一方应当获得相应的补偿，但补偿是直接给一方父母还是其子女，做法不同；在房屋权属的认定上，是认定为该方子女个人所有，还是认定为小夫妻共有，或是认定为小夫妻与出资的父母形成共同共有，实践中均有体现；在分割现值的原因上，既有基于共有物权分割的，也有基于公平、等价有偿原则的。

个人认为，处理结果的正确性、适当性并不能降低或掩盖法律分析的重要性，否则不仅极易在处理思路与结果上发生合法性方面的问题，而且会加重执法不统一、个性化的现象，甚至是滥用自由裁量权。

可以设想：1、对于一方申请并获批购买经济适用房、两限房、房改房等特殊性质房产，另一方实际出资的情况，虽然法院都认为应当合理分割房屋的现值，但认定房屋的权属为申请人个人所有，还是双方共同共有，是按比例分割物权并折价补偿，还是基于公平原则，对于出资一方酌情分割获益，不同的理解必将影响最终的折价比例与数额；2、对于利用死亡配偶工龄优惠购房一事，虽然大家多认为应当适当给死者的继承人予以分成，但对于工龄优惠是不是财产性利益，所购房屋是生存配偶个人所有还是夫妻共同所有，仍然有对立的观点，而如何解释死者在已经死亡的情况下何以做出购买房屋的共同意思表示，如何解释死者在民事权利能力与行为能力均丧失的情况下何以成为权利人，则是在评判与选择解释路径时必须克服的难关；3、在夫妻双方离婚时约定将房产归子女所有，一方反悔起诉要求撤销的问题上，有的案件是通过认定该协议并非赠与，而是离婚协议的一部分，故无从撤销的角度驳回，有的案件则认为这是为了履行或体现对子女的抚养义务与关爱而做出的赠与，具有道德性质，故无权撤销的角度驳回，还有的是通过认定该协议为双方行为，一方无权单方面变更为由驳回。在此问题上，处理路径与法律解释思路的多样化，极易导致在实际案件处理过程中思路与案情不匹配的情况发生。

个人认为，不同于合同案件审判中合同效力、合同履行、违约责任与合同解除之思路的单一性、延续性，婚姻家庭案件处理中相关问题处理中殊途同归的现象更为普遍，如何结合具体案情分析具体解决思路的得失成败，如何保证处理方案的正确性、合法性、适当性，如何结合具体案情，进行合理的解释，是每一位家事法官所应具有的基本司法技能，也是必经的晋级之路。

[1]汤维建：《市场经济与民事诉讼法学的展望》，载于《政法论坛》1997 年第 1 期。

[2]（日）小岛武司等著《司法制度的历史与未来》，汪祖兴译，法律出版 2000 年 5 月第一版，第 42 页。

[3]（日）小岛武司等著《司法制度的历史与未来》，汪祖兴译，法律出版 2000 年 5 月第一版，第 219 页。

[4]蒋功亮：《作为社会规范的习俗、道德与法律》，载于《法制与社会》2015 年第 4 期。

[5] 王斐：《“活法”与“行动中的法”——兼论民间法研究的两条路径》，载于《甘肃政法学院学报》2007 年第 3 期。

被执行人配偶名下财产的执行问题解析

2017-05-09 海坛特哥 重庆市高级人民法院 苏福 周禅

在被执行人为自然人的执行活动中，会涉及对自然人配偶名下财产执行的问题。被执行人配偶名下财产能否被执行？在哪种情况下能被执行？婚姻关系解除后，配偶的财产能否被执行？配偶能否对被执行人名下财产提出抗辩以及主张份额？执行程序如何，是追加配偶为被执行人，还是直接执行配偶名下财产？厘清上述问题，特别是从法理上予以分析，对依法办理执行案件、充分保障被执行人合法权益，具有重要意义。

一、当前执行被执行人配偶名下财产的主要做法

一般而言，生效裁判文书往往不对债务的性质作明确的表述，也不表述被执行人配偶应承担义务。依据债的相对性，按照法律文书的既判力原则，被执行人配偶不是偿债主体。然而，基于相关法律事实的认定，人民法院在执行过程中，会对被执行人配偶名下财产予以执行。执行实务操作中，归纳起来，主要有三种做法：一是对被执行人配偶名下财产不予执行，或终结执行或中止执行程序，由债权人再行诉讼，取得对债务人配偶的执行依据后，再予以执行。二是在执行程序中，由申请执行人向法院执行部门申请追加被执行人配偶为被执行人，提供证明该债务为共同债务的证据，法院经审查听证程序，确认被执行人配偶为被执行人。三是法院推定该债务为夫妻共同债务，直接确认被执行人配偶为责任义务主体，同时对相关财产直接作出查封、冻结和扣押强制措施，在被执行人配偶提出异议时，再行听证审查，且由被执行人配偶就该债务不是共同债务进行举证。笔者以为，第三种做法有其现实合理性。

二、被执行人配偶名下财产的执行与生效判决既判力的冲突

如果确认债务性质为夫妻共同债务，被执行人配偶应为连带债务人，但要执行被执行人配偶名下财产，首先要解决执行名义的问题，即：生效的法律文书只明确债务人为夫妻一方，另一方承担债务缺乏生效法律文书依据。有观点认为，即便有证据证明系共同债务，从坚持判决既判力的角度，应认定判决书确认的债务人为个人债务，不应当把夫妻另一方作为连带债务人，否则将引起既判力的无限扩张。笔者认为，基于诉讼稳定性、当事人诉讼能力以及纠纷的彻底解决等因素考量，在特定情形下，将判决的拘束力适用于当事人之外与当事人或纠纷本身有某种联系的人，有其正当合理性。前述第一种做法，中止执行程序，待审判部门的诉讼完毕后再行执行的做法，尽管能达到权利义务明确的程度，但效率较低，浪费司法资源，不易得到执行申请人的理解，不利于依法高效执行兑现，有违执行工作规律和价值追求。

三、夫妻共同债务的认定和性质不明的处理

婚姻法第四十一条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所付的债务，应当共同偿还。"相关司法解释更是对夫妻共同债务有明确规定。然而，当依据生效法律文书中确定的事实尚不足以界定债务性质时，是推定为一方个人债务，还是推定为夫妻共同债务？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(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。此规定明确，债权人向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，然后作"但书"处理。可见，在夫妻债务性质的推定上，婚姻法司法解释(二)明确推定为共同债务。笔者认为，作推定为共同债务的处理符合我国国情。

当前，我国法律确定的是法定共同财产制，且绝大多数的债务是为夫妻家庭生活而产生，属共同债务。推定共同债务的做法，有几点好处：一是可以避免司法实践中，为债务的性质作过多判断而影响执行效率；二是可以维护交易安全，坚持夫妻内部关系不得对抗外部关系，有利于保护债权人利益，且从整体上有利于降低社会交易成本；三是可反作用于作为社会基本单元的家庭财产关系稳定，有利于维系家庭中成员主体间的紧密联系。

四、债权人知晓夫妻之间的财产约定的问题

婚姻法规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，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。夫妻中未借债一方只要不能证明作为债权的第三人知道该财产约定，均得以夫妻共同财产和个人财产先行对第三人清偿债务，清偿后，夫妻中不负债的一方再向另一方追偿。实践中，夫妻双方约定的分别财产制经过公证机关公证后能否对抗债权人？有观点认为，基于公证在法律上的证据效力和公示效力，可以对抗债权人。

笔者不赞同此观点。公证是公证机构根据申请，对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性

予以证明的活动。首先，公证的对象必须是公证人亲历的内容。如果夫妻双方申请对其分别财产的约定作公证，那么公证人的公证仅证明双方约定行为、事实和文书真实合法，而第三方包括债权人是否知晓，并不属公证人亲历的内容。其次，公证的效力不同于及不包含登记公示效力。除开物的占有公示外，其他公示效力往往都是通过有权机构的登记来实现的，即登记公示效力。当前对于物的登记公示，不涉及运用公证来进行公示登记。当前对于公证效力的理论也只涉及证据效力、强制执行效力和法律关系生效要件三个方面的效力，对是否具有公示效力的内涵并未达成共识。因此，对于夫妻财产约定公证，人民法院不应当然推定债权人知晓，除非有证据证明。并且，“知晓”的举证倒置于夫妻财产约定的双方而非第三人。

五、认定为个人债务时可执行财产的范围

当确定债务性质为被执行人个人债务时，被执行人可执行财产的范围如何界定？有三种观点：第一，仅能执行法律文书指定的被执行人的个人财产，将夫妻共同财产严格排除在外；第二，除个人财产外，可执行其夫妻共同财产，但以二分之一为限；第三，不仅可执行一方的个人财产，而且可全额执行夫妻共同财产，只需将夫妻另一方个人财产排除在外。第一种观点认为，法律文书只判令被告一人承担责任，且经认定为个人债务，用夫妻共同财产承担连带责任没有依据。如果执行被告夫妻共同财产，势必要对共有财产进行强制分割和处置，将会损害夫妻中另一方的合法权益，且法律规定共同共有财产需要共有关系解除才能分割。第二种观点认为，为保护债权人利益，夫妻关系存续期间可以进行财产分割。在作财产分割时，为保护夫妻另一方的利益，且按照公平原则，执行夫妻共同财产的二分之一较为合理。第三种观点认为，夫妻共同财产在婚姻关系没有解除前不得分割和划分范围。从维护交易安全，维护善意第三人利益的原则出发，一共有人对另一共有人的抗辩在共有关系没解除和分割前，不得对抗第三人，所以只能先以共有财产向债权人承担责任，被执行人配偶一方只有在解除婚姻关系时，再要求被执行人一方承担内部责任。笔者倾向于第三种观点。

六、利用离婚逃避债务的执行

在债务发生后，债务人通过离婚方式逃避债务的做法有：处理共同财产时，债务人不分或者少分财产，对共同债务部分，要么根本不作处理，要么由债务人承担，或按比例分担。对于上述做法的效力，有三种观点：一是直接否认法律文书对抗债权的效力，继续对财产予以执行；二是告知申请执行人另行提起撤销权诉讼，请求判决撤销生效法律文书；三是对于法院判决或者调解离婚并分配财产的，应当启动审判监督程序，对财产分割部分进行再审，撤销法院判决书或调解书。婚姻法司法解释(二)第二十五条第一款规定，“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。”据此，笔者以为，可以直接否认分割财产的法律文书对抗执行的效力，继续对财产予以执行。执行完毕后，若一方对于执行其财产有异议可向法院提起确权之诉，要求法院确认原生效法律文书确认的债务为被告的个人债务与其无关。

（本文原载于中国法院网）

离婚案中未成年子女的抚养权如何归属？看薛法官量化赋分调研

2017-05-10 中国家事审判改革与探索 浙江瑞安法院 薛箴言

【内容提要】在离婚案件中，贯彻未成年子女最佳利益原则是家事审判方式改革的方向之一。但未成年人最佳利益的判断标准相对主观，且各类因素权重不明，法官在实务中颇受困扰。标准的模糊，可能导致裁判理由不充分，裁判结果不公正，未成年人利益被忽视等情况。在离婚过程中，引入对夫妻双方直接抚养能力的量化赋分机制，合理设置各类抚养因素的考核分数，有助于相对客观地考量双方的直接抚养能力，并实现未成年子女的最佳利益。

【关键词】未成年子女　　最佳利益　　量化赋分

未成年子女最佳利益原则，是联合国《儿童权利公约》确立和遵循的首要原则，我国亦是该公约的缔约国。在未成年子女最佳原则的指引下，法官在判决时应该优先考虑子女的发展和心理的需要，而非父母的愿望、社会中的习惯做法和法律传统。我国现行立法的重点仍倾向于保护离婚当事双方的离婚自由和对弱势一方的救助，却对同为离婚程序中独立个体的未成年子女的利益保护力度不大。《婚姻法》中涉及离婚后子女抚养权归属的规定仅一条，且过于原则，在审判实践中不易操作。最高院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》中的一些规定则显然是从父母的角度考虑的，如以“已做绝育手术或因其它原因丧失生育能力的”、“无其它子女，而另一方有其它子女的”作为可优先考虑的因素。这些判断标准更多注重的是父母的愿望和权利，并不一定符合子女最佳利益原则。可见，在现实的中国法律语境下，要真正实现从“保护未成年子女的合法利益”到“保护未成年子

女的最佳利益”的过渡，并不仅仅是司法官要转变观念这么简单。

为此，笔者选取 R 市法院三年间（2013—2015 年）适用简易程序判决准予离婚并涉子女抚养的案件进行实证研究，同期又向以 Z 省法官为主体的 108 名从事家事审判的法官进行了问卷调查，并就统计及问卷结果进行比对，以期发现司法过程中可能存在的问题，进而为完善诉讼离婚时依据未成年子女最佳利益原则判断抚养权归属问题的方式提供借鉴。

一、R 市法院涉子女抚养 314 件离婚案例的统计分析

（一）统计样本概述

R 市是 W 市中院下辖的基层法院。三年间，R 市法院审结的离婚案件为 3928 件，其中判决解除婚姻关系的为 787 件。判决解除婚姻关系的 787 件中，适用简易程序的为 478 件。在 478 件样本中，因未生育或子女成年、死亡等原因而不涉及子女抚养问题的案件为 164 件。涉及子女抚养的案件有 314 件，占总数的 65.7%，共涉及未成年人 347 人。子女的年龄结构是：不满两周岁的为 23 人，占比为 6.6%；两周岁至十周岁间的为 193 人，占比达 55.6%；十周岁以上的，有 131 人，占比为 37.7%。

（二）判断未成年子女抚养权归属的考量因素

《若干意见》将离婚程序中的未成年子女根据年龄段进行划分：两周岁以下的子女，一般随母亲生活，特殊情况下随父生活；十周岁以上的子女随父或随母生活时应考虑其意见；两周岁以上十周岁以下的子女视双方情况而定，也可轮流抚养。在统计分析的过程中，笔者也按这三个年龄段对 R 市涉及子女抚养问题的 314 件离婚案进行分析：

1. 不满两周岁的未成年人。在涉及该年龄段的 23 件判决中，法院判决子女抚养权归母亲的有 22 件，占比达 95.7%；仅 1 件的子女抚养权判归父亲，原因是夫妻双方协商一致。除此之外，在判决时，法官们还在个案中分别考虑了家暴、子女非亲生、男方在服刑等因素。从调研结果看，法官们在判决处理不满两周岁子女的抚养权时，非常注重对哺乳期子女及母亲的保护，充分体现了幼年原则。

2. 两周岁至十周岁间的未成年人。涉及该年龄段 193 人的 187 件案件中，判决书载明夫妻双方对子女抚养权归属并无争议的有 21 件，占 11.2%。故包括被告缺席审理未表达子女抚养意见的案件在内，在对子女抚养权存有争议的 166 件案中，法院往往通过综合考量并判断子女抚养权归属。但判决说理的主体内容部分并非子女抚养问题，大量涉及到的是是否应准予离婚、夫妻共同财产及债务等等。涉及子女抚养问题的，往往是廖廖数语。判决书上列举的“综合考量因素”，包括有：依据“性别因素、双方住房经济情况及所提供的教育环境等”、“从原、被告各自的居住条件及工作稳定性、收入水平等方面综合考虑”等，根据相关词段的出现频率，分析如下：

其一，判决理由中载明“抚养现状”为综合考量因素之一的有 152 件，占比高达 91.6%。法官们所考虑子女的生活现状包括子女目前抚养状况，也会考虑祖辈对子女照顾时间，还包括对稳定生活及学习环境的要求、受教育方便程度等因素，有法官还在判决时比较了祖辈的代为抚养能力。

其二，判决理由中载明的综合考量因素包括“子女尚幼”的有 38 件，占比 22.9%。强调该考量因素的案件，抚养权多数判归母亲。法官们对“年幼”的理解亦有不同，多数法官认为两周岁到六周岁的孩子仍属年幼，由母亲照顾更符合子女的利益。

其三，判决理由中载明考量其他因素并据以判决的有 14 件，占比 8.4%。这 14 件中的 10 件都涉及两个子女，另有 3 件判决轮流抚养。涉及两个子女的，往往依子女性别由夫妻双方各自抚养一个。特别值得一提的是，这 14 件案件中，有 2 件征询了未满十周岁子女的意见。2 件认定了家庭暴力，其中 1 件为独生子女，判由家暴受害方抚养。另 1 件为两子女，长女表示既然弟弟由母亲抚养，则自己愿与父亲共同生活。

3. 十周岁以上的未成年子女。涉及该年龄段 131 人的 123 件案件中，判决书载明夫妻双方对子女抚养权并无争议的有 18 件，占 14.6%。故包括被告缺席审理未表达子女抚养意见的案件在内，统计分析样本数量为 105 件。根据相关词段的出现频率，分析如下：

其一，判决书中载明曾征询该年龄段未成年子女抚养意愿的有 82 件，占比达 78.1%。绝大多数该年龄段的未成年人所表达的抚养意愿与抚养现状相符。

其二，判决理由中载明“抚养现状”为综合考量因素之一的有 76 件，占比达 72.4%。足见在此年龄段，抚养现状仍是法官的一项主要判断因素。但并不能仅据此认为有 29 件判决改变了抚养现状。涉及的这批案件只是无法从判决书查明事实部分判断判决结果与抚养现状是否一致而已。

其三，判决书中未载明曾征询未成年子女抚养意愿的有 23 件，其中半数为两个子女的案件，亦有判决轮流抚养的。此外还有 8 件是由于被告方在服刑或强制戒毒的。

（三）统计分析结果

1. 未成年人抚养权归属往往并非法官们关注的重点。法官们更关注的是应否准予双方当事人离婚、离婚过错，夫妻共同财产及债务等等，判决书上就未成年人最佳利益的判断因素及过程着墨甚少。这很大程度上或许是因为，尽管父母侵害未成年子女权益的事件时有发生，但全社会包括法官在内，对亲子关系的信任从未在根本上发生过动摇。

2. 两周岁至十周岁年龄段的未成年人抚养权归属是难点。相对而言，或基于幼年原则或因子女意愿，两周岁以下及十周岁以上的子女抚养判断标准比较单一，引发的争议也较少。而在判定两周岁至十周岁间未成年子女抚养权归属时，由于法院鲜少主动征询该年龄段未成年人的意愿，而子女抚养需考虑的因素较多且权重各异，故对法官而言，这个年龄段的抚养权判断最为困难。特别是在夫妻双方均不愿直接抚养子女、双方各自存在子女抚养不利因素、现抚养方存在不利于子女抚养因素等的情况下，法官的内心是相当纠结的。

3. “抚养现状”是判决书上的高频词段。抚养现状是法官在每个案件中都不可回避及轻忽的重要情况，特别是涉及两周岁至十周岁年龄段的未成年人抚养。抚养现状的形成来自于复杂的家庭及情感原因，是法官的重要考量因素，但不能使之成为绑架法官意志的筹码，特别是在夫妻双方争抢子女以制造“抚养现状”的情况下。

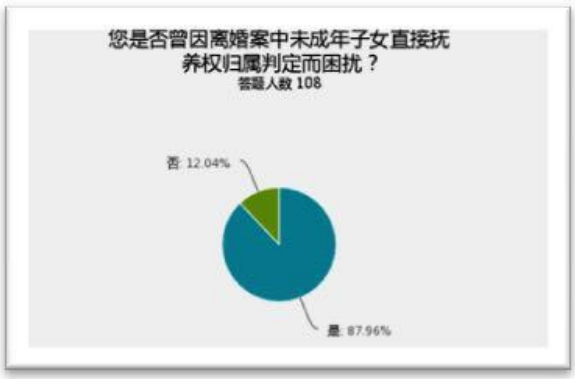
4. 尊重父母协商一致的抚养方案。通常认为，血脉传承以及因此所天然产生的深厚感情，是维系良好亲子关系的可靠保障。故如父母双方在离婚程序中，就子女的抚养问题达成一致协议，法官一般准予按其协议处理，以有严重不利于子女正常生活的情形为例外。在此情况下，较少征询未成年子女本人意愿。实践中，父母双方协议轮流抚养子女的，法官也基本上尊重双方协议。

5. 法律传统及性别因素仍有影响。在两子女的案件判决中，可以明显看出法官受传统影响较深，较多考虑了性别因素及所谓的血缘传承。相关判决基本上将两子女判由双方分别抚养，考虑更多的是夫妻双方的情感需要即父母利益，而非未成年子女的最佳利益。

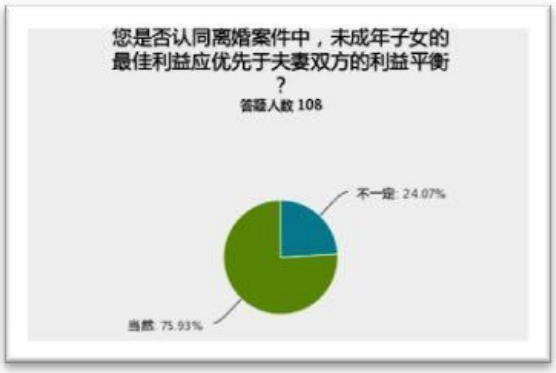
二、108 名家事法官的问卷分析

考虑到 R 市法院三年的样本量并不大，在样本选择上可能受到主观因素干扰，故笔者又向从事家事审判的法官进行了问卷调查。本次问卷调查共回收有效答卷 108 份。受访者分别来自于各省不同地区的中院及基层法院，其中来自于 Z 省的法官占 73%。问卷共设置 15 个问题。

Q1:是否曾因离婚案中未成年子女直接抚养权归属判定而困扰？

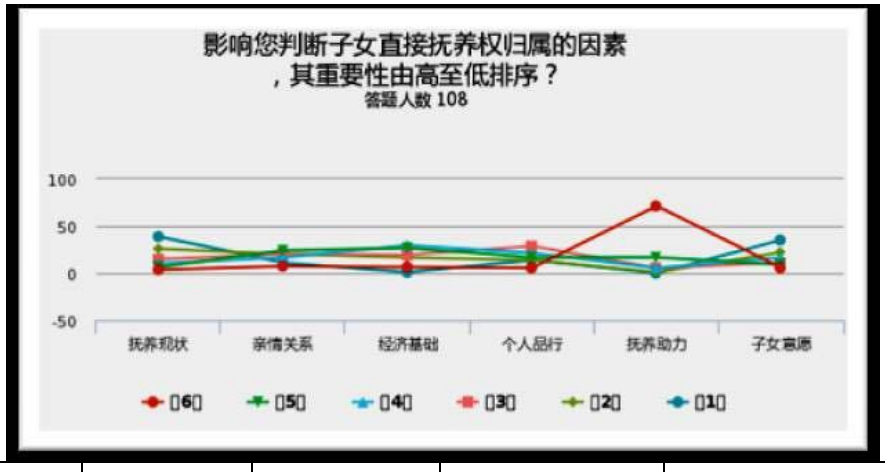


受访法官群体中共有 95 人就此作了肯定的答复，占比高达 87.96%。困扰的原因当然可能是多方面的，既可能是因为年轻法官生活经验和社会阅历不足，也可能是因为个别极端案例对法官的心理影响，但更主要的原因是因为未成年子女最佳利益标准的模糊性。标准的模糊，加之各类因素权重不明，可能导致法官们考虑得越全面就越困扰。



占比为 75.9%的 82 名受访法官表示离婚案件中未成年子女的最佳利益理应优先，而不应以夫妻双方之间的利益平衡及情感需求、社会及法律传统等作为主要的考虑对象。但仍有 26 名受访者表示可能在个案中因特别因素的干扰，排除适用该原则。这同样可归因于标准的模糊性。

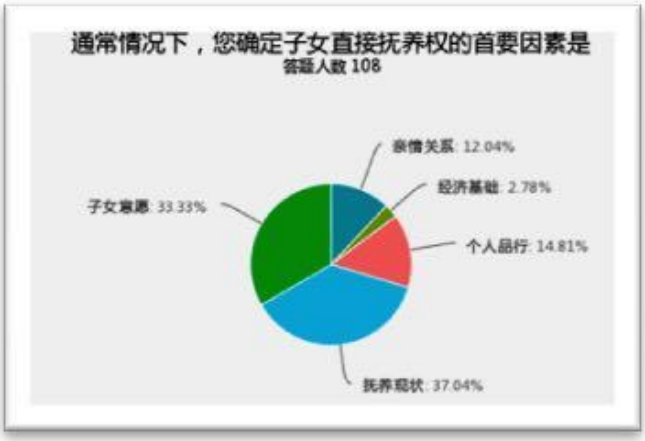
Q3:影响判断子女直接抚养权归属的因素，请依重要性由高至低排序？



	第 1 位	第 2 位	第 3 位	第 4 位	第 5 位	第 6 位
抚养现状	38.89%	25.93%	14.81%	10.19%	6.48%	3.70%
亲情关系	11.11%	20.37%	20.37%	16.67%	24.07%	7.41%
经济基础	0.93%	16.67%	19.44%	29.63%	26.85%	6.48%
个人品行	13.89%	13.89%	28.70%	21.30%	16.67%	5.56%
抚养助力	0.00%	0.93%	5.56%	5.56%	16.67%	71.30%

子女意愿	35.19%	22.22%	11.11%	16.67%	9.26%	5.56%

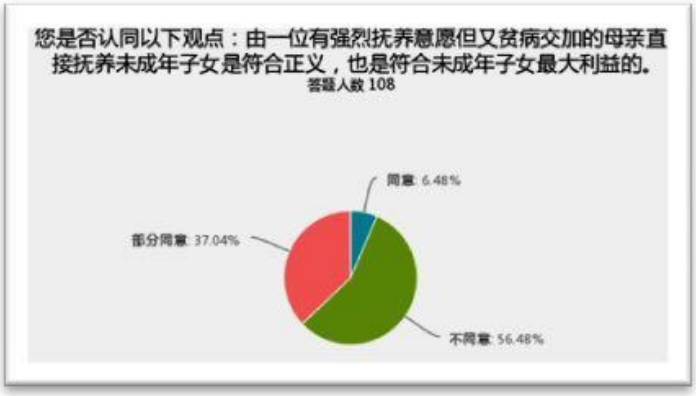
Q4:通常情况下，您确定子女直接抚养权的首要因素是



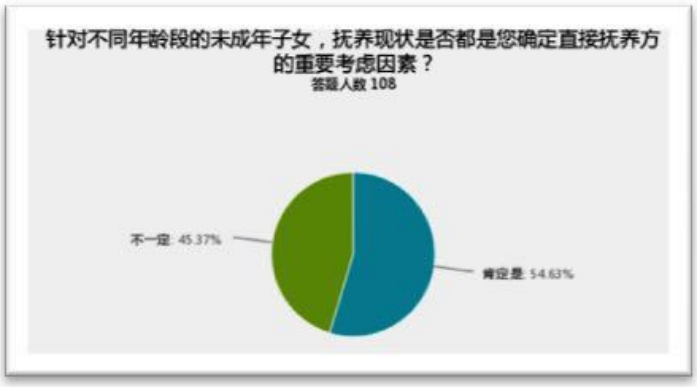
答案选项	回复人数
亲情关系	13
经济基础	3
个人品行	16
抚养现状	40
子女意愿	36

Q3、Q4 两个问题，法官们的答案是稳定且前后一致的。就确定未成年子女直接抚养权的判断因素，法官们认为其重要性排序依次为抚养现状、子女意愿、个人品行、亲情关系、经济基础及抚养助力。较长时间的抚养共处极大可能正向增进子女的受抚养意愿。共同生活时间较长，亲情关系也必然越稳定，且生活习惯、情感互动等方面亦能令未成年子女今后成长较有利。此外，虽然有研究表明，子女情感需求的重要性大于物质需求，但令人意外的是经济基础选项排序的靠后。这可能与法官重义讳利有关，也可能与基本社会保障水平提高有关。但结合 Q5 可见，在特定情境下，经济基础仍在法官们的判断过程中占有一定份量。仅有 6.5%的受访者表示毫无保留地支持“母亲优先”，即便其贫病交加，由母亲抚养也是符合子女最佳利益。

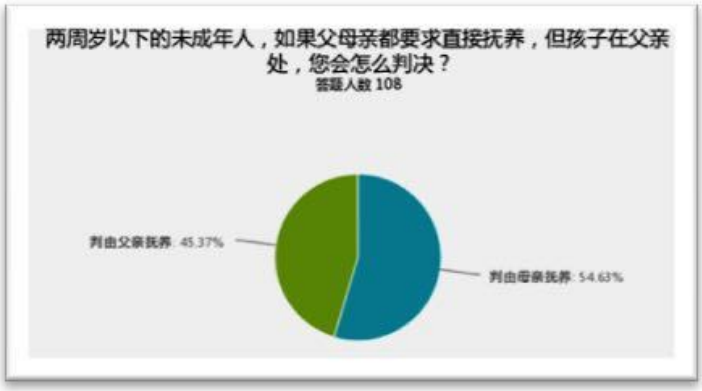
Q5:您是否认同以下观点：由一位有强烈抚养意愿但又贫病交加的母亲直接抚养未成年子女是符合正义，也是符合未成年子女最大利益的。



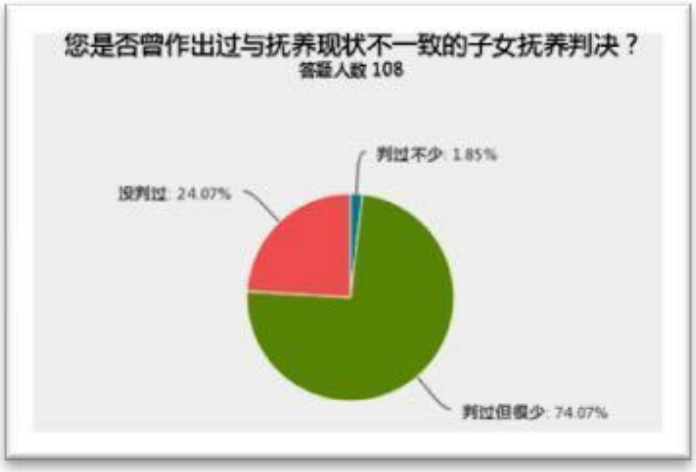
Q6:针对不同年龄段的未成年子女，抚养现状是否都是确定直接抚养方的重要考虑因素？



Q7:两周岁以下的未成年人，如果父母亲都要求直接抚养，但孩子在父亲处，会怎么判决？



Q8:是否曾作出过与抚养现状不一致的子女抚养判决？

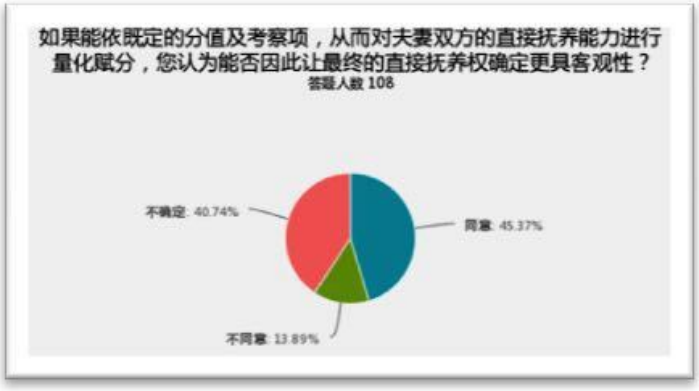


Q9:作出与抚养现状不一致的判决，会不会有可能给自己带来些“麻烦”？

答案选项	回复人数
当事人信访	18
执行法官抱怨	38
判决书说理篇幅要更长	6
没有麻烦。综合全案，就应该考虑未成年子女的最佳利益	46

Q6-9 这一组问题都是围绕着抚养现状这一考量因素设置的。Q6 表明大多数法官认为子女的直接抚养权当然应由最积极参与子女抚养的一方享有，即抚养现状是重要考虑因素，从而确保亲子关系的连续性。这与前述案例样本的统计结论是一致的。当问及是否曾作出过与抚养现状不一致的子女抚养判决时，只有两名法官表示曾判过不少这样的案子。24%的法官表示没有判过，74%的法官表示很少这样判决。45.4%的法官甚至认为，如果必要，幼年原则也可以因为抚养现状而有所突破的。57.4%的受访者认为，判决结果如与抚养现状不一致，可能多少会给自己带来些麻烦。这些麻烦包括：可能遭遇从事执行工作的同事抱怨、可能遭到信访及息诉服判方面的压力，判决书说理需要更严谨充分等等。

Q10:如果能依既定的分值及考察项，对夫妻双方的直接抚养能力进行量化赋分，您认为能否因此让最终的直接抚养权确定更具客观性？



答案选项	回复人数
同意	49
不同意	15
不确定	44

13.9%的受访法官对通过量化赋分确定未成年子女直接抚养权归属的方式表示并不认同。45.4%的受访法官表示这种方式确实能让最终的判决结果更具客观性也更符合未成年子女最佳利益。另有 40.7%的法官表示并不确定这种方式是否有助于更好地解决子女抚养权争议。

问卷中涉及的其他问题。78.7%的法官表示直接抚养子女的一方放弃子女抚养费请求属于意思自治，即便其抚养能力偏弱（Q11）；59.3%的法官同意如果双方都不愿抚养子女，可以考虑判决不准离婚（Q12）；47.2%的法官曾因家庭暴力因素而将未成年子女抚养权判归另一方（Q13）；92.6%的法官会考虑将两个子女判由夫妻双方分别各自抚养（Q14），法官们的想法很简单也很实际，就是为了两个子女的抚养费可以相抵；89.8%的法官表示曾考虑过征询六周岁至十周岁间未成年人的抚养意愿（Q15），但问卷反映只有 41 名法官真正在部分情况较为特殊的案件中征询过这年龄段未成年人的意见。

三、量化赋分机制在子女抚养权判断过程中的运用构想

由于并不存在一个未成年子女最佳利益的普适判断标准，笔者认为在离婚案件中的夫妻双方就未成年子女直接抚养权存在争议，特别是在夫妻双方均不愿直接抚养子女、双方各自存在子女抚养不利因素、现抚养方存在不利于子女抚养因素等情况下，引入量化赋分机制，对解决争议并最终实现未成年子女最佳利益而言，是有益的尝试。

（一）量化赋分权重构想

合理量化赋分，关键在于科学、全面地确定评价要素。鉴于实践中，抚养现状往往影响子女意愿，子女意愿也

往往与抚养现状保持一致，故将评价项设置为亲情关系、个人品性、经济基础、抚养助力及其他等五个方面，以满分为100分计。五个方面的相应权重设置与法官们的问卷结果（Q3、Q4）比较接近，具体如下：

1.亲情关系。亲情关系是确定子女直接抚养的首要因素，融洽和睦的亲情一定程度上能弥补家庭破裂所造成的痛苦。该大项权重分设置为30分，分项包括子女抚养现状及子女本人意愿，这两者是密切相关的。判断过程中，不能只注重照顾子女的表面事实，否则很可能会忽略亲子关系的深层质量。

（1）抚养现状，分值为20分。设定的赋分标准为未成年子女随被评价方生活时间较长，与其有较深感情，且现由该方独力抚养（高度契合得20分，中度契合10分，不契合不得分），亦即最主要照顾者。这也正是美国法院目前普遍适用的未成年子女最佳利益的衍生标准，即直接将以往的主要照顾方推定为子女的最佳利益。最主要照顾者原则的最大好处就在于对此进行判断是相对比较容易的，只需简单举证在日常生活中与子女接触最多、承担了最主要义务即可。但认定抚养现状时，考虑的应非短期形成或因争抢子女“制造”出来的事实抚养情况。

（2）子女意愿，分值为10分。设定的赋分标准为未成年子女愿意跟随被评价方生活（契合得10分，不契合不得分），当然前提是未成年人要具有一定的认知能力。《儿童权利公约》提出：“儿童有权参与影响到他们自身利益的司法、行政、立法的程序中去”。子女参与监护的选择是非常重要的。从我国儿童的成长发育状况来看，六周岁以上十周岁以下的学龄儿童即已具备足够的认知和辨别能力。故征询子女意愿的年龄界点可以考虑定为六周岁及以上。就这一点，法官们在问卷Q15中的回复是相对比较统一的。

2.个人品性。被评价方的个人品性大项权重分设置为25分。未成年子女在行为社会化过程中，惯常汲取父母及家人的是非观、道德观及价值观，从而形成价值判断或行为准则。父母的良好品性，包括健康的身体状况，都有助于引导子女健全人格的养成。分项包括思想品行、健康状况、家庭责任及文化水平。

（1）思想品行，分值为10分。设定的赋分标准为没有赌博、吸毒等不良嗜好，未受刑事处罚，没有家庭暴力及虐待家庭成员等不良行为（高度契合10分，其中一项不契合不得分）。该项评价标准接近婚姻破裂的原因，但并非是将直接抚养权与婚姻过错简单相关联。而是因为行为人的行为可能对子女造成有害影响，或可能形成不良代际传承，有悖于子女最佳利益。

（2）健康状况，分值为5分。设定的赋分标准为没有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活（高度契合5分，不契合不得分）。该项与前项似同为“一票否决”情形，但考虑量化赋分的适用范围，以及夫妻双方各自存在子女抚养不利因素的可能性，故仍将其列入赋分项进行评估。

（3）家庭责任，分值为5分。设定的赋分标准为家庭观念强，有责任心（高度契合5分，不契合不得分）。此项相对难以评估，故分值相应降低。

（4）文化水平，分值为5分。设定的赋分标准为文化水平较高，教育子女有优势（高度契合5分，不契合不得分）。

3.经济基础。被评价方如具有较强的经济能力，则可为子女抚养提供较好的物质供给。该大项权重分设置为20分，分项包括工作稳定性、收入水平、住所情况、居住环境及负债情况。

（1）工作稳定，分值为5分。设定的赋分标准为工作稳定，作息正常，有陪伴时间（高度契合5分，中度契合3分，不契合不得分）。相比较而言，工作稳定，则收入可预期，子女今后的物质供给发生向坏变化的可能性不大。同时，稳定的工作也意味着规律的作息时间，能够合理安排与子女共处的时间。

（2）收入水平，分值为3分。设定的赋分标准为收入水平居均线以上得3分，处于均线的得1分，均线以下不得分。对被评价方的收入及负债进行判断是为了确保未成年子女在物质方面有一定保障，身心不致因此受到影响。

（3）住所情况，分值为6分。设定的赋分标准为自有房产得6分，居住祖辈房产得3分，租房居住或居无定所不得分。相对稳定的住所，可以使未成年人更具有安全感，也会有更多的同龄伙伴。

（4）居住环境，分值为3分。设定的赋分标准为居住小区成熟，邻近学校（高度契合3分，中度契合1分，不契合不得分）。此项主要针对夫妻双方或一方在城镇有居所且属学区房，附近有较优质教育资源的情形。

（5）负债情况，分值为3分。设定的赋分标准为没有负债或负债不多（高度契合3分，中度契合1分，不契合不得分）。此项较难评估确定，但可能在一定程度上遏止夫妻双方在离婚过程中虚增债务。

4.抚养助力。考虑到现实情况，必要的抚养助力确实能有助于未成年子女的身心健康。抚养助力的设定分值为10分。赋分标准为有其他具有帮助抚养能力且有抚养意愿的抚养帮助人，如祖父母、外祖父母（高度契合得10分，

中度契合得 5 分，不契合不得分）。

5.其他因素。该大项分值为 15 分。分项包括利益平衡等两项。所谓的利益平衡是指被评价方已做绝育手术，或丧失生育能力且无其他子女的（契合得 10 分，不契合不得分），此类情形因我国生育政策的调整，将随着时间的推移而越来越少。另外，如被评价方不具有其他影响子女健康成长因素则可在 5 分以内视情赋分。如发生争抢子女的情况，应视为主动争抢子女方存在不利子女抚养的因素，法官需要考虑绕过“制造”出来的抚养现状障碍。

（二）需要说明的情况

量化赋分制是新生事物，包括法官在内的各方在观念上都需要有一个接受及熟悉的过程。首先，赋分项目及分值的确定未经大范围多样本调研，更多来自于基层法官的直观感受及经验，两者均大有可商榷之处；其次，在赋分评定的过程中，需要大量的走访调查，应配套建立家事调查员制度；第三，调查结论及赋分表应作为证据使用，需经当事人质证，并由法官决定是否予以采信。

四、结论

人人皆受亲属法调整，案案均需考虑未成年人最佳利益，但并不存在一个普适的标准。妄议立法，非吾辈本分，但在司法过程中为未成年人的将来尽其所能实属应当。笔者认为，在离婚程序中就夫妻双方的直接抚养能力引入量化赋分制，有现实意义，且具可操作性。量化赋分制，能够引导法官及诉讼参与人，特别是离婚的父母双方，树立未成年人最佳利益理念，既可以把法官的判断过程及参考因素完全公开化，也能充分回应当事人诉求，解决“两难”状态下的未成年子女直接抚养权归属问题。

特殊身份关系的附条件赠与无权撤销

2017-05-13 海坛特哥 重庆市渝中区人民法院 屈冬梅

【案情】

林女士与熊先生结婚后于 2012 年 9 月 20 日生育一女熊某某。2013 年 1 月 14 日，林女士与熊先生签订承诺书一份，内容为：“为消除双方的误解，近期内将女儿熊某某作亲子鉴定，如确属男方之女，立即将男方婚前房产加上女方林女士的名字，共同拥有该处房产，反之则离婚。”。2013 年 1 月 28 日，经司法鉴定，熊先生与熊某某之间存在亲生血缘关系。熊先生仍拒绝办理房产变更登记手续。林女士遂诉至法院，请求确认熊先生的婚前个人房产属于夫妻共同财产。

【分歧】

林女士与熊先生签订的承诺书其性质及是否可单方撤销赠与，有三种处理意见：

第一种意见认为，该份承诺书约定系有效的赠与合同。协议约定的内容明确，且约定系熊先生与林女士的真实意思表示，符合赠与合同要件。依据《合同法》第一百八十六条规定，熊先生在未办理房产变更登记前可以撤销赠与。

第二种意见认为，该份承诺书有效，但系附条件的民事合同而非赠与合同。承诺书以伤害女方的感情并进行亲子鉴定为合同对价，不符合赠与合同的单务性质，是附条件的双务合同。故熊先生不能撤销赠与。

第三种意见认为，该份承诺书有效，属附条件的赠与合同无权撤销。因当事人之间存在特殊的身份关系，故该承诺书不适用《合同法》关于赠与合同任意撤销权的相关规定，赠与人不享有任意撤销权。

【评析】

笔者同意第三种意见，主要理由如下：

一、附条件的赠与合同于条件成立时生效

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿地给予受赠人，且受赠人表示接受赠与的合同。赠与是双方当事人意思表示一致的结果，故赠与行为是一种合同行为，其本质是一种民事法律行为。作为对民事法律行为效力的限制，《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）第一百五十八条：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”由此可知，所谓附条件的民事法律行为，是指双方当事人在民事法律行为中设立一定的事由作为条件，以该条件的成就与否作为决定该民事法律行为效力开始或终止根据的法律行为。赠与合同作为民事法律行为，同样存在着附条件的赠与，是指双方当事人对赠与行为设立一定的条件，把条件的成就与否作为赠与行为效力发生或消灭的前提。当双方签订赠与合同且所附条件未成就时，赠与合同虽已成立但未生效，待条件成就时，赠与合同则产生

效力，赠与人应依约履行赠与。本案中，该承诺书符合赠与合同的构成要件，且双方对于该合同的效力附加了“进行亲子鉴定且确属男方之女”为成就条件，其性质应属附条件的赠与合同。综合全案看，签订承诺书时成立并附生效条件，“进行 DNA 鉴定且存在亲子关系”这一所附条件成就时赠与合同生效。熊先生应按照承诺书的约定履行赠与义务，即在自有房屋产权证上加上林女士的名字，使其成为共有产权人。

二、特殊身份关系的协议不适用合同法

《合同法》第二条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。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。”该条是《合同法》调整范围的规定。《合同法》是直接反映和规范市场经济的基本法律规范，调整当事人之间的财产关系。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议虽本质上亦属于当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的合意，但因当事人之间存在浓烈的人身关系，故不适用《合同法》，应由其他法律予以调整。本案中，双方当事人签订的承诺书符合合同的构成要件，即平等主体之间关于房产份额赠与事项的约定，但依据《合同法》第二条之规定，此处的“有关身份关系的协议”包括但不限于婚姻、收养、监护，还涵盖了亲子关系等。本案中，林女士与熊先生系夫妻关系，且双方所签承诺书中针对赠与所附的生效条件，即“亲子关系鉴定”系涉及特殊的身份关系。故该涉及特殊身份关系的承诺不适用《合同法》，即意味着熊先生不享有任意撤销权。根据《民法总则》之规定，本案中不存在一方因重大误解或受欺诈、胁迫、乘人之危等情形下签订承诺书的情况，且承诺书内容不违反法律规定、不损害他人合法权益，故属合法有效。现林女士已依约进行了亲子鉴定，履行了约定义务，且行为结果符合赠与合同的生效条件，故双方所签赠与合同已经生效，熊先生应依约履行赠与，不得行使撤销权。

三、撤销赠与违背诚实信用原则

诚实信用原则既是社会主义核心价值观的重要基础，也是民法的基本原则之一。《民法总则》第七条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”诚实信用原则是一种具有道德内涵的法律规范，其作为一种民事立法的价值追求，要求人们在民事活动中应当诚实守信，合法正当的行使权利和履行义务。违反诚实信用原则不仅侵害了民事行为相对方的合法权益，还会使人与人之间相互不信任，扭曲人与人之间的真诚关系，损害人际关系的和谐。本案中，林女士出于对熊先生的信任依约作了亲子鉴定，熊先生也应履行承诺，将房产部分份额赠与林女士。《合同法》第一百八十六条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”若准许熊先生在赠与行为发生前享有任意撤销权撤销赠与则不仅严重损害了林女士的合法权益，还违反了有关特殊身份关系不适用《合同法》的禁止性规定，甚至为类似假借“赠与”之名的行为提供了“法律便利”，不利于社会诚信体系的构建。故熊先生应当遵循诚实信用原则，依约履行承诺义务。

本文来源：中国法院网

简析离婚案件中的保险金分割

2017-05-15 法语峰言 肖峰（最高法院）

离婚纠纷中，除了保险单现金价值归属问题之外，经常出现的还有保险金的分割争议。对此，简析如下：

一、保险金与保险金额

保险金是保险人根据保险合同的约定，对被保险人或者受益人进行给付的金额；或者当保险事故发生时，对物质损失进行赔偿的金额。

保险金额则是指保险人承担赔偿或者给付保险金责任的最高限额。保险金额的大小取决于双方当事人的保险合同约定。但值得注意的是，为防范道德风险，约定的保险金额不能超过投保时的保险标的金额。因此，保险金只可能小于或等于保险金额。

二、人身保险金的分割

就人身保险而言，人寿保险以人的生死为给付保险金的条件，投保人投保后，在保险期限内发生约定的给付保险金的情形时，保险公司将按约定全额给付生存保险金或死亡、全残保险金等。健康保险的给付比较复杂，其中按病种给付的险种，被保险人一旦确诊患上约定的疾病，保险公司就全额给付保险金。至于津贴型的医疗保险，则一般是按住院天数乘以约定的每天津贴数额来给付保险金，最高不超过保险金额；而费用型的医疗保险，则按实际发生的费用在约定给付的项目内按比例给付保险金，但最高不超过保险金额。意外伤害保险则按意外伤残的程度来进行给付。另外，人身保险中，保险公司给付保险金一般还有观察期内、外的区别。不同公司、不同险种对观察期的

规定有差别：有的规定投保后一年为观察期；有的则规定投保后 180 天为观察期。在观察期内如发生保险事故：有的给付保险金额的 10%，有的不予给付，有的则只退保险费。至于观察期外，则大多会全额给付。

由于人身保险类型多样，且多为主险加附加险形式，给付的保险金数额以及针对情形也多有不同，故在人身保险中，保险金的性质是个人财产抑或夫妻共同财产则情形较为复杂。进而，司法实践中，涉及离婚财产分割时，双方当事人经常会在涉及人身保险的保险金归属问题上产生争议。由于保险金的定性不管是夫妻一方财产抑或夫妻双方共同财产，一般都只涉及夫妻之间的利益关系，故应首先尊重夫妻双方在保险金归属问题上的意思自治。也即，应允许并尊重夫妻双方对保险金约定为夫妻一方所有、共同所有或部分共同所有、部分个人所有。在夫妻双方就保险金的归属问题无法达成意思一致的情形下，则应区分人身保险类型而作不同处理。

1、在意外伤害保险合同场合。意外死亡给付和意外伤残给付是意外伤害保险中，保险公司的基本给付责任，其派生责任还包括医疗给付、误工给付，丧葬费给付和遗属生活费给付等责任。例如平安个人意外伤害保险（B 款）条款中约定的身故保险金、伤残保险金、医疗保险金、误工津贴保险金和住院护理津贴保险金等。其中身故保险金、伤残保险金、医疗保险金、住院护理津贴保险金等，都具有人身性质。根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第十八条第二项“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”规定，夫妻一方身体受到伤害所获得的赔偿金和补偿金等费用均为其个人财产。理由在于，一是该费用与身体受到伤害一方的人身关系具有密切关系，是对受害人治疗和抚慰的专门费用，其赔偿对象和条件是特定的；二是该费用并非是夫妻关系存续期间一方的劳动收入，夫妻另一方也未对该费用的取得尽到协力义务。根据该规定，上述意外伤害保险中的伤残保险金、医疗保险金、住院护理津贴保险金等，都具有人身性质，应认定为夫妻一方的财产。而误工津贴保险金则是针对夫妻一方因受伤害耽误工作而减少收入进行的补偿，一般不具有人身性。应根据《婚姻法》第十七条规定，可以参照工资、奖金，作为夫妻共有财产。

2、在健康保险合同场合。重大疾病保险、医疗保险的保险金给付都是针对人身损害，具有人身属性，故这类人身属性保险金一般应认定为受到伤害的夫妻一方的个人财产。但现实生活中也有个别综合性健康保险给付的保险金中存在不具有人身性质保险金给付项目。例如平安中老年综合医疗保险条款中就约定：银行卡盗刷损失，在保险期间内，被保险人的银行卡被他人盗刷、盗用、复制，对被保险人为此遭受的资金损失，保险公司予以赔偿 1 至 10 万元。显然，这里的银行卡盗刷资金如为夫妻共同财产，则相应的损失赔偿也应属于夫妻共同财产。至于失能收入损失险，指当被保险人因遭受伤害或意外伤害而暂时或永久丧失劳动能力，通过这样的保险得到定期收入。失能收入损失险所提供的保险金，不一定能完全补偿被保险人因伤残而遭到的收入损失，但毕竟是对收入损失的补偿，实质为一方应得工资、奖金和生产、经营收入的替代。因此，其也可根据《婚姻法》第十七条规定，作为夫妻共同财产。

3、在人寿保险合同场合。定期人寿保险的特征是被保险人在保险期间内死亡，受益人有权领取保险金。被保险人在保险期间未死亡，保险公司则无须支付保险金也不返还保险费。终身人寿保险是一种不定期的死亡保险。由于被保险人的死亡是必然的，因而终身保险的保险金最终必然要支付给受益人。由于终身保险保险期长，故其费率高于定期保险，并有储蓄的功能。生存保险则是指被保险人必须生存到保险期满时才能够领取保险金。若被保险人在保险期间死亡，则不能主张收回保险金，也不能收回已交保险费。生死两全保险是指被保险人在保险期间里死亡，受益人领取约定的死亡保险金，被保险人生存至保险期期满，则投保人领取约定的生存保险金的人寿保险。

在离婚案件中，如果夫妻双方对夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金归属产生争议时，应根据日常生活经验，探求当事人指定特定受益人的真意。一般而言，如果被保险人将其指定的特定人作为其死亡保险金受益人，该受益人大多与其有血缘、亲缘等某种特殊情感联系。相应地，该受益人因此获得的死亡保险金是基于其与被保险人或投保人的某种人身关系。从探求当事人真意出发，宜解释为被保险人或投保人只想让与其有某种特定人身关系的受益人本人得到该笔保险金。因此，这里可参照《婚姻法》第十八条第三项“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”以及《婚姻法解释三》第七条第一款“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”之规定，宜将夫妻一方在婚姻关系存续期间，作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金认定为其个人财产。

至于在婚姻关系存续期间，夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同获得的保险

金，则宜认定为夫妻共同财产。这里以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同主要有生存保险和两全保险。生存保险除了一般的定期生存保险如子女教育金、婚嫁金保险外，其主要类型是年金保险。年金保险是指，在被保险人生存期间，保险人按照合同约定的金额、方式，在约定的期限内，有规则的、定期的向被保险人给付保险金的保险。年金保险，同样是以被保险人的生存为给付条件的人寿保险，但生存保险金的给付，通常采取的是按年度周期给付一定金额的方式，因此称为年金保险。分为个人养老保险、定期年金保险。两全保险也称“生死合险”或“储蓄保险”，无论被保险人在保险期间死亡，还是被保险人到保险期满时生存，保险公司均给付保险金。该保险是人寿保险中价格最贵的。两全保险可以提供老年退休基金，可以为遗属提供生活费用，特殊情况下，可以作为投资工具、半强迫性储蓄工具，或者可以作为个人借贷中的抵押品。

由于上述保险类型都存在储蓄性，也即生存到一定年龄，保险公司给付的保险金一般都大于收取的保险费，故均具有一定的投资属性。相应地，生存到一定年龄后所取得的保险金都可作为投资收益，由于该收益的取得发生在婚姻关系存续期间，故根据《婚姻法》第十七条规定，应属于夫妻共同所有的财产。当然，如果如果投保人为自己所投生存保险、两全保险所支付的保费是以个人财产支付，那么最终所得保险金扣除所交保费的剩余部分可作为夫妻共同财产分割。

三、财产保险金的分割

在财产保险中，财产保险保的是实物财产或无形财产，其价值都可以找到一个客观的标准。保险事故发生后，按约定的保险金额与保险标的出险时的实际价值之间的比例计算赔偿金额（保险金）。由上可见，财产保险中，保险金的功能主要是为补偿被保险人的保险标的财产损失。而保险标的的归属则一般确定了保险金的归属。也即，在离婚案件中，如果保险标的本身归夫妻一方所有，则相应的保险金也归夫妻一方所有。反之，亦然。

“互联网+”时代背景下关于离婚案件中网店分割的法律问题研究
——以 C2C 交易模式下的淘宝网店为视角

上海市第二中级人民法院网 刘婷

【摘要】离婚案件中涉及网店分割问题是近年来司法实践中出现的新型纠纷，由于目前尚缺乏相应的法律明文规定，导致此类纠纷成为司法审判实务中的难点。除了网店本身的虚拟财产法律属性在立法上仍处于空白外，网店的资产价值衡量在司法实践中亦存在很大的技术障碍。本文主要针对该类型纠纷从现行法律框架内研究可行的法律处理方式，总结了网店归属的判断标准，分析了网店资产价值的构成要素，其中网店的信用价值应予以合理考虑，具体价值确认可适当参考同行业内同等销售规模的实体店铺经营权转让价值，同时需根据具体案件情况进行各方面综合考量。然而，随着今后此类型纠纷数量逐渐上升，建议有关部门及早进行相关立法工作的完善以及相关行业内的价值评估标准设立，以适应社会发展的需要。

近十几年来，随着我国互联网产业的快速发展，网络交易在零售交易中的规模占比呈不断上升趋势，以淘宝网、易趣网、拍拍等为代表的知名网站均为买卖双方提供了直接的互联网交易平台，同时也给许多年轻人创造了自主创业的虚拟平台。然而，在离婚案件审判实务中，涉及网络财产的分割问题逐渐形成一类新型案件，而我国在虚拟财产方面的立法滞后却导致司法实践中有时会出现“当事人无处诉求、法官无法可依”的尴尬现象。目前，淘宝网作为我国最大的互联网交易平台，在广大的消费群体中引领了一种全新的消费模式，一些信誉优良的淘宝网店资产规模更是堪比营业状况良好的中小企业。因此，在离婚案件中，尽管目前的司法实践中此类纠纷的数量并不多，可一旦涉及网店分割则显得尤为复杂。本文仅以 C2C 交易模式下的淘宝网店为视角，针对离婚案件中出现的涉及网店分割的新型法律问题进行分析，以期对司法实践乃至今后此方面的立法有所裨益。

一、淘宝网店的 C2C 运营模式简介

(一)淘宝网店的 C2C 运营模式

所谓“C2C”，全称为“Customer to Customer”，是电子商务中“个人对个人”的交易模式，即自然人之间通过网络交易平台进行买卖交易，这种交易模式最典型的代表则是阿里巴巴集团下的淘宝网平台。与之相对应的则是“B2C”，全称为“Business to Customer”，是电子商务中“商家对个人”的交易模式，即企业通过互联网为消费者提供一个新型的网络购物环境，典型代表为阿里巴巴集团下的天猫平台。由此可见，在 C2C 运营模式下经营的网店店主是自然人，而在 B2C 运营模式下经营的网店店主则是企业法人。由于 B2C 模式下的卖家归根结底还是企业，通常情况下企业具有实际注册地和经营地，网络平台只是其传统交易模式的延伸。在涉及离婚案件的网店分割

问题时，B2C 模式下的网店分割可以参照传统离婚案件中涉及公司股权分割的方式处理，而相比之下，由于个人网店目前还缺乏商事登记制度(1)，C2C 交易模式下的网店在财务信息公开性和透明性方面相对较弱，因此在涉及个人网店的分割时显得更为复杂。本文在此仅围绕着在离婚案件中 C2C 运营模式下的淘宝网店分割展开讨论。

(二)涉及 C2C 运营模式下淘宝网店转让的淘宝规则

在审理涉及网店分割的离婚案件时，一旦网店的所有权判给夫妻一方时，倘若该夫妻一方并非原始注册的网店店主，则必然涉及网店转让问题。根据原先的淘宝规则，淘宝店主与阿里巴巴公司签订的合同，每个淘宝店主的实名账户和密码，不得以任何方式转让、赠与或继承。然而自 2013 年 3 月起，淘宝论坛公布了在淘宝网店主过世和夫妻离婚两种情况下网店转移的相关事实细则(2)。通过一系列的调研和分析，淘宝网于 2013 年 7 月 24 日正式落实了具体操作流程，店铺过户线上入口正式开放，允许协议离婚、判决离婚和继承三种类型过户，即网店人身专属性原则的三种例外情形。因此，夫妻离婚时涉及网店分割的情况在淘宝网规则方面的障碍已经得以消除。

二、离婚案件中涉及网店分割的审理难点

(一)虚拟财产的法律适用存在立法空白

法律层面上的“财产”通常包含了动产、不动产、债权及其他财产权，传统意义上的财产既包括了有形物，也包括了无形物，如知识产权、债权等。但随着互联网普及到日常生活中方方面以后，“虚拟财产”这个新生词汇亦变得不再陌生。所谓的“虚拟财产”，是指依托在互联网媒介上的以数字化、非物化形式表现出来的新型财产形式，因此该类财产具有虚拟性。目前我国立法关于公民的财产权益基本上还是局限于处于现实空间中的事务。我国《宪法》并没有对公民所享有的虚拟财产的合法性作出明确规定(3)。《民法通则》第 75 条规定：“公民的个人财产包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、储蓄和法律允许公民所有的生产资料及其他合法财产。”《婚姻法》第 17 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(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。”可见，我国目前的民事法律体系中还没有就虚拟财产的属性予以明文规定，至于虚拟财产是否可以在“其他合法财产”范围内予以扩大性解释亦存在广泛争议。

然而，随着互联网时代的到来，当代年轻人的生活与互联网的联系越来越密切，因此，在审判实务中，八零、九零后的离婚案件亦反映出了时代的变迁。尽管网店所经营的物品通常都是具有实物价值的产品或服务，但网店店铺本身不同于实体商铺，其具有虚拟性，属于虚拟财产的范畴。随着离婚案件在司法审判实务中呈现年轻化趋势，虚拟财产的分割问题亦越来越常见，但在我国，有关虚拟财产明文规定依旧一片空白，如虚拟财产的范围、虚拟财产的财产性质以及价值衡量等方面均存在广泛争议，这导致法官在审理此类型案件时不得不面对着“无法可依”的尴尬境地。

(二)资产评估存在技术障碍

在实践中，审理离婚案件中涉及淘宝网店分割的最大难点就在于如何认定网店的资产价值。网店不同于一般的商品或服务店铺，其价值属性的组成具有多样性。在具体处理涉及网店资产价值评估问题时，主要存在三方面的难点：(1)有形资产评估。由于大多数淘宝网店没有工商登记，也没有缴税记录，因此网店的实际收入难以确定。此外，许多店主对于网店的资金来往缺乏专业的记账管理，如网店的资产评估往往只能局限于卖家淘宝账户中的销售记录和标价，对于货物的进货价、雇员劳动成本等开销存在隐蔽性和模糊性，因此会计师事务所很难出具客观的资产评估报告；(2)信用资产评估。在网络交易中，由于买家处于虚拟的交易环境，因此，卖家的货物出售数量、店铺的信用度、买家的综合好评率指数等信用衡量标准对买家的购物选择就显得尤为重要。一些皇冠淘宝网店通过多年辛苦经营中累积获得较高的品牌价值，若信用资产在网店分割中被忽略的话，显然存在一定的不公平，但是否需要认定以及如何认定信用资产的价值均在审判实务中存在较大争议；(3)预期收益评估。预期收益往往是对网店未来经营收益的一种估量，具有不稳定因素，属于可期待利益。但预期收益是否有必要进行评估、以及如何进行评估等问题在实践中仍未有统一的操作口径。

三、现行法律框架下关于离婚案件中网店分割纠纷的法律处理

(一)网店的法律属性

在讨论夫妻离婚案件中涉及网店分割的问题时，我们首先要厘清 C2C 交易模式下个人网店和网店店主这两个法律概念各自的法律属性。关于个人网店的法律属性，有观点认为个人网店是商事主体(4)，符合实施商行为、以商

行为为经常职业和以自己的名义实施商行为三要件的商事主体资格(5)。也有观点认为个人网店是民事主体。因为许多个人网店的店主都是为了满足生存和就业需求的年轻人，而非为了获得投资利润和财富增值(6)。笔者认为，个人网店和网店店主是两个独立的法律概念，不应混淆。个人网店的店主是自然人，理应属于民事主体；而个人网店属于民事客体，系网店店主享有民事权利和承担民事义务所指向的对象。基于上述分析，夫妻离婚时网店作为民事客体，理应作为夫妻共同财产分割的对象。

在C2C交易模式下的淘宝网店类似于在现实生活中由个体户经营的商铺，只不过与传统商铺相比，淘宝网店是在互联网虚拟平台上进行商品交易。正是由于多了互联网交易平台这个媒介，导致我们对淘宝网店的法律性质产生迷惑。笔者认为，网店店铺本身存在于网络虚拟世界中，因此属于虚拟财产，但网店所销售的标的物并非虚拟财产。因此，网店与其他一些纯粹的网络虚拟财产(例如网络游戏中的道具、钱币等)又有所区别，相对而言，通常情况下淘宝网店是具有实体商品或服务交易的虚拟财产，其总体价值构成中包括了实物价值评估和虚拟价值评估。

(二)网店的归属判断标准

根据淘宝网的规定，卖家必须进行实名认证登记。夫妻一方用个人身份信息通过实名认证开设的网店，无论是由该夫妻一方经营还是由夫妻双方经营，该淘宝网店都属于夫妻共同财产。淘宝网店的店主与淘宝网之间签订的服务协议，原则上禁止个人网店经营权的转移，但随着近年来媒体相继报道了一些有关淘宝店主的死亡或夫妻离婚引发网店争夺等涉及网店经营权转移的新闻之后(7)，淘宝网在离婚过户和继承过户两方面先行试水，放宽了对网店经营权转移的限制，允许个人网店经营权转移，并配合以个人实名制的变更。尽管网店分割的规则障碍已经破除，然而实践中，很少有夫妻会在婚前或婚姻存续期间内就各自在网店中所持有的份额做出明确规定，在涉及网店分割的离婚案件中，法院仍然要面临网店的归属究竟判给哪一方的难题。

在传统离婚诉讼中，对于不可分物财产的分割方式一般有三种：协商、作价补偿和竞价。由于网店属于不可分物，笔者认为可以采用该三种方式进行分割。1、协商。这种方式秉着夫妻双方在离婚时自愿协商一致的精神，在不违背强制性法律、法规的前提下，法院应予准许；2、当双方均同意由一方取得网店的所有权，作价补偿。此时，在处理网店分割时便涉及到补偿标准问题，在双方能够就补偿标准达成一致意见时，法院应尽量尊重当事人的意愿。在双方无法就补偿标准达成一致意见时，法院则需要在确定网店的资产价值的基础上对补偿价格作出衡量。(具体补偿标准的问题详见下文)；3、当双方均主张网店所有权时，可以：(1)综合考量判归一方所有，再进行作价补偿。如果网店系一方在婚前以个人名义实名注册设立且该方在婚后实际经营较多，原则上网店应判归该方所有。如果网店在夫妻关系存续期间以某一方的名义实名注册设立，且网店系该方实际经营，亦可以考虑将网店判归该方所有。(2)竞价。当双方均执意要继续享有网店所有权时，从一般理性人的角度而言，只要对方出价足够高，通常都愿意放弃网店的所有权并相应的获得较高的价值补偿。

但实践中也可能会发生这种情况：如果双方均明确表示放弃网店的归属权，该如何处理？笔者认为，该种情形类似于传统离婚案件中涉及夫妻共同财产分割时，双方当事人均表示放弃房屋的所有权并要求对方支付房屋折价款的情形。因此，在审理该种情形时，通常情况下将网店的归属判归实名登记方或实际经营人较妥，但总体上应从有利于网店经营、方便生活、方便管理的原则进行处理，同时根据网店的合理估值结合案件具体情况进行合理分配。

(三)网店的资产价值评估

在判定了网店的归属以后，通常要给予另一方当事人合理补偿，这便首先涉及到要确定网店的价值。与传统店铺不同的是，淘宝网店本身并非实体店铺，不存在店铺使用权、装修之类的财产，而能够固定价值的有形资产只有存货和支付宝余额。除此之外，网店本身的价值除了实体资产的价值之外，还有信用价值和预期收益价值。本文前述部分已做相关阐述，问题是在实务操作过程中如何在网店资产评估可操作性不强的前提下妥善处理。目前，比较稳妥的做法是在参考相应市场交易的基础上，尽量促成双方对网店的价值达成一致意见，然后在此基础上选择分割方式。

然而，司法实践中也难免会出现双方当事人均就网店的资产价值难以达成一致意见的情形，由于目前司法审计仍无法对网店进行有效评估，在这种情况下，笔者建议对网店的资产价值确定可以主要从网店的有形资产和信用资产两方面来进行综合考量。首先，关于有形资产。淘宝网店的有形资产主要表现在存货、支付宝余额等，若一方或双方当事人能够提供充分证据证明具体的有形资产价值确实存在，法院应予以确定。同时对于已经支出的进货成本、劳动成本等经营成本，原则上属于夫妻关系存续期间已经支出的合理开销在分割夫妻财产时不予另行考虑，但考虑

到这些开销成本毕竟对网店的自身价值会产生影响，可视为已包含在下述“信用资产”的价值衡量中；其次，关于信用资产。不可否认的是对于淘宝网店而言，网店的信用价值对店主的实际经营销售业绩具有重要意义，因此在评估网店的资产价值时，完全忽略网店的信用价值似乎会显得有所不妥。信用资产的评估难免会涉及法官的自由裁量权，但这种自由裁量亦应建立在合理衡量网店信用资产基础上。笔者建议，网店的信用资产评估可以参考同类行业内同等销售规模的实体店铺的经营权转让价值(尽管目前淘宝网规则禁止个人网店的经营权自由转让)，同时结合卖家的信用度、店铺等级、买家的评价等网店信用常用参数，以及网店的经营年限、交易频率、销售额、客服人数等因素进行综合考量予以确认。此外，关于预期收益部分。尽管对于信誉良好、经营状况稳定的网店而言，随着逐年的精心运营和规模扩张，网店的预期收益增长亦可有所期待，但考虑到预期收益毕竟处于一种不可知的状态，最终能否实现收益还无法确定，故对于网店的预期收益通常不应考虑在网店本身的实际资产价值构成中。

在衡量完网店的资产价值后，获取网店所有权的一方当事人通常应当给予另一方当事人一定的财产折价补偿。关于补偿标准问题，可以依循以下参考标准：1、对于婚前以个人名义实名注册网店的夫妻一方，其贡献比重应予考虑。但对于婚前设立的网店，在婚姻存续期间通过双方共同经营，其网店本身的经营规模随之扩大，进而信用价值亦得以提升时，那么信用资产价值部分应予以合理分配；2、对于网店经营在经济或劳动方面付出较多一方，其贡献比重应予考虑。比如上述谈及的网店预期收益部分，尽管在衡量网店的资产价值时不予考虑，但从公平合理性角度出发，如果网店日后良好的经营发展是基于另一方在夫妻关系存续期间的辛勤付出，可视具体情况予以适当补偿。

(四)电子证据的审查

由于网店的资产信息、经营信息、信用信息等基本信息都反映在网络平台上，因此其证据形式不同于传统证据。2012 年修改的民事诉讼法在证据种类方面新增了“电子数据”的证据种类，因此在审理网店分割案件时，当事人从淘宝平台等处获取的电子证据符合民事诉讼法规定的证据种类。考虑到电子证据本身的复杂性，法官在审查电子证据时应当从证据的“真实性、合法性、关联性”三性角度出发，采用更为严格的审查标准。特别是在真实性方面，应予以审慎对待。考虑到电子证据本身的复杂性和不稳定性，因人为或环境等因素可能会在取证环节造成电子证据损毁、修改、灭失等诸多问题，因此，形式上的真实性成为电子证据的审查过程中最为核心的内容。对于涉及淘宝网店的电子证据，笔者认为对于下列三种情形应予以认可：(1)经质证后，双方当事人均予以认可；(2)经鉴定为未遭修改或破坏；(3)经由淘宝网出具官方证明文件予以证明。

此外，由于淘宝网店的经营收入基本都反映在阿里巴巴开发的支付宝体系中，因此支付宝中的资金数据是重要的电子证据。在当事人拒不提供网店的相关电子数据或法院认为有必要依职权调查时，便涉及到司法协助的问题。尽管当前阿里巴巴的网络金融功能对以银行为首的传统金融行业形成巨大挑战，且支付宝的查询毕竟不同于传统金融机构，但根据民事诉讼法的规定，任何法人组织均有法定义务协助法院查询案件相关信息。

四、相关完善建议

(一)加强电子商务平台及虚拟财产方面的立法工作

随着 80 后、90 后年轻人开始成为组建家庭的主要群体，今后在审理离婚案件的过程中涉及网店分割的纠纷则会越来越多，而目前法院比较常见的做法还是尽量促成双方通过协商的方式解决网店分割，这很大程度上还是由于目前此类问题在立法上及制度上的缺位导致。但在现代社会网络科技日益发展的时代背景下，夫妻共同财产的形式也随之日新月异。以网店为例，现在越来越多的年轻大学生毕业后不得不面临巨大的就业压力，其中不少大学生选择自主创业，开设网店便是一种相对门槛较低、经营形式较为自由的创业模式，但由于立法的滞后性，这些新生事物仍然处于立法空白地带。

如前所述，对于网店实际价值的衡量比较公平合理的做法是同时考虑其有形资产价值和信用资产价值两部分内容，因此在分割网店时必然要考虑到网店本身的虚拟资产价值部分，但对于网店虚拟价值部分衡量的前提是对其虚拟财产的性质予以确认，这势必会导致这样一个尴尬的司法境地：虚拟财产性质在立法上的缺位与司法实践中对于虚拟财产价值的肯定，这两方面该如何予以平衡？本文中尽管笔者较为支持在立法有所空白的前提下仍旧对网店的虚拟财产价值予以适当肯定，但这种价值肯定如果能够建立在法律明文规定的前提下可能产生的法律效果会更好。相比之下，国外先进发达国家早已针对虚拟财产进行立法。而随着科技的不断发展，今后司法实务界可能会面临更多不同新型种类的财产形式，因此呼吁我国立法界尽早对互联网这一新兴产业带来的全新法律问题及早进行应对。

(二)针对电子商务平台设立专门的评估机构

随着网络交易的规模不断增长，伴随而来的民商事纠纷也日益增多，在处理这类纠纷时往往不可避免需要对涉及网络平台的虚拟财产价值进行评估，本文所讨论的“网店”就是典型代表。法官是法律适用方面的专家，但其知识面不可能穷尽经济生活中的方方面面，在缺乏专业评估的情况下，法官对于网店的资产价值评估很难以完全专业的标准进行。尽管本文中所探讨的网店分割问题在司法实践中产生的纠纷数量还不多，但从目前有限的案件来分析，普遍存在的主要问题之一就是如何对网店的资产价值进行评估。在传统离婚案件的共有财产分割纠纷中，如果双方当事人对共有财产(比较常见的有房产价值、公司股权价值)的价值数额无法达成一致意见时，完全可以委托专业机构进行司法评估。但对于网店的资产价值评估，司法评估都将之拒之门外，导致审判部门只能尽力促进双方当事人协商解决。尽管笔者对相关案件能够通过协商解决的方式处理予以充分肯定和支持，但问题是一旦此类纠纷数量呈上升趋势以后，难免在司法实务中产生越来越多的僵局：双方当事人无法协商解决，且不认可法院的价值确认。这可能导致矛盾的焦点方向向审判部门转移。如果能够在司法审判实务中引入专业的司法评估，那么作出的判决在有权威部门予以评估配合的情况下会更有信服力。因此，笔者建议应当适时针对电子商务平台设立专门的评估机构，以适应社会经济的发展变化。

(三)针对信用等级等虚拟财产价值建立统一的行业标准

根据《浙江电商报告》统计，截止至 2015 年 6 月仅浙江省淘宝店铺数量就多达 147 万家，其中天猫旗舰店仅 1.3 万家左右，可见绝大多数淘宝店铺均为 C2C 模式下的个人淘宝网店。随着近年来网络销售规模的不断壮大，无论是 B2C 模式还是 C2C 模式下的网络店铺都呈井喷式的发展，除了相关立法进程远远落后于实际发展需要之外，互联网行业内的自我行业标准设立也亟需跟上社会发展的步伐。

法院在处理涉及网店分割的案件时，其中不可回避的重要问题就是关于网店本身的信用资产评估。信用资产因缺乏对有形存在的实物价值衡量而具有虚拟性特征，属于虚拟财产范畴。对于网店进行信用资产评估，主要涉及的是网店本身的信用评级。而网店的信用评级不同于普通实体销售企业，网店的经营主要在虚拟的互联网世界中进行，消费者在选择某一网店进行消费之前，主要参考网店本身的信用和评价级别，因此这种信用评级对网店本身的价值评估有着重大影响。因此，随着网络销售在社会消费中的规模占比不断上升，笔者建议相关互联网销售行业可以建立统一的行业标准来评定网店的信用等级等虚拟财产价值，特别是作为代表着巨大网络个体销售规模的淘宝网平台，除了已经在知识产权等方面与司法机构形成较为常态化的司法协助之外，在扩大经营淘宝网平台的同时，亦可根据对淘宝网店的评级、销量等综合信用评级形成一套较为专业的行业内的价值衡量体系，以供司法审判实践予以参考。特别是在当前淘宝网店的数量已经形成相当的行业规模的情况下，其中不少四星、五星皇冠的淘宝网店凭借网店独有的低成本销售模式，其每年平均盈利远远高于同行业实体销售企业的同期平均收益。以笔者曾接触过的一起 80 后小夫妻离婚案件为例，该对小夫妻所经营的化妆品类网店店铺截止至诉讼时仅库存价值就高达人民币 500 多万元，可见这种堪比中小型企业的经营规模已远远超过普通实体个体店铺的经营规模。因此，以淘宝网为首的网络平台从规范自身行业的角度出发亦有责任对不同等级的淘宝网店进行相应的分类统计，研发一套具有实际参考意义的网店资产价值衡量体系。

结 语

综上，尽管目前我国婚姻法及相关司法解释中对于离婚案件中涉网店分割问题尚未任何明文规定，但在现实生活中网店作为夫妻共同财产的一种共有财产形式却并不少见，立法本身的滞后性虽然给司法审判工作带来一定的难度，而在司法审判实务过程中出现此类型纠纷亦不能采取回避态度，还是应当本着解决案件双方当事人的矛盾纠纷出发，在现有的民法体系框架内寻求司法解决方法。但需要指出的是，在法律缺位的时候，法官对于自由裁量权的运用有时会在一定程度上导致“同案不同判”的现象难以避免，因此，考虑到当前网络销售的市场规模在不断扩大，此类纠纷今后亦有可能呈不断上升趋势，给司法审判工作带来的挑战亦不容小觑，希望相关立法部门能够适应时代的发展，及时开展针对虚拟财产方面的立法工作，并针对电子商务平台设立专门的评估机构，建立相应的行业评估标准，以协助司法审判部门公正有效地处理有关纠纷。

注释：

[1] 个人网店登记注册是鼓励性而非强制性要求，时间中通常也没有个人网店的店主会进行工商登记注册。

[2] 离婚、继承引起的店铺过户细则发布，来源于淘宝论坛

[3] 《宪法》第 13 条规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律的规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

[4] 例如，刘志娟在《个人网店法律地位探析》和《个人网店商事主体地位辨析》梁文中，认为应赋予个人网店明确的商事主体地位，个人网店享有经营权、定价权、商誉权等权利，并且履行相应的义务。

[5] 雷兴虎著：《商事主体法基本问题研究》，中国检察出版，2007 年版，第 6 页。

[6] 蒋国梁：《我国个人网店交易法律问题研究》，中国政法大学硕士论文第 10 页。

[7] 2012 年下半年，杭州两家淘宝皇冠店铺的年轻店主相继猝死；2012 年 5 月，北京市朝阳区人民法院审理了一起网店在夫妻离婚时成为分割对象的纠纷。网店继承和分割问题由此成为关注热点。

浅议离婚判决中的“不准许”或“驳回”的辨析适用

2017-05-21 中国法院网　云南省马龙县法院　金靖

随着司法体制改革和司法公开、司法信息化的不断深入，当事人和群众对于判决的关注度日益增加，而不同的表述会让当事人和群众产生疑惑，而判决表述的统一，也是司法公信的一方面体现。

在传统的离婚判决书中，对于离婚诉请的否定用语均为“不准许某某与某某离婚”，但是近几年，随着大量裁判文书的公开，笔者通过浏览发现，在离婚判决判项有以下几种类型：1、不准许原告某某与被告某某离婚；2、驳回原告某某的诉讼请求（原告某某的诉讼请求不予支持）;3、驳回原告某某的全部诉讼请求。

而笔者欲通过本文辨析离婚判决中的“不准许”或“驳回”的表述，以期能做到尽量的统一而解决上述问题。

一、使用“不准予离婚”的表述。该观点主要是基于《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第三十二条第二款、第三款之规定：“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，应准予离婚：……”以及最高院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（以下简称《意见》之规定：“根据婚姻法的有关规定和审判实践经验，凡属于下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚，经调解无效，可以依法判决准予离婚。”该观点认为，《婚姻法》及该《意见》已经明确规定对于符合离婚条件的情形，判决准予离婚，换言之，不符合规定的情形，就是判决“不准予”离婚。在判决中，因引用的是《婚姻法》第三十二条之规定，故使用“不准予”离婚的表述更符合法律规定。

二、使用“驳回全部诉讼请求”的表述。根据《婚姻法》司法解释（三）第三条之规定：“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。”以及第四条：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：……”。通过法条表述可见，在不要求解除婚姻关系的案件中，法院不会就财产分割及子女抚养等问题进行处理，“但有例外”。故“驳回全部诉讼请求”的表述，此种表述存在着“多此一举”的情况，通过裁判文书可见，这种表述同样是在诉请解除离婚案件的判决之中，其实只要是对解除婚姻关系持否定评价的判决中，子女抚养、财产分割将可不作处理（“但有例外”），在此情形下，只要驳回离婚诉讼请求，即可对子女抚养、财产债权债务分割不作处理，没有必要加之“全部诉讼请求”。

三、使用“驳回诉讼请求“的表述。笔者认为，使用该表述更为妥当。理由如下：

1、从“职权主义”到“当事人中心”主义---语境表达的转变。在 1980 年制定的《婚姻法》时使用的“准予”并沿用至今，而现代民事诉讼模式已经转变，而“不准许”明显有职权主义的色彩，甚至是行政性、主观性的表述，而法官作为居中裁判者，没有参与到当事人的日常生活中，不能体会当事人的生活环境和思想，“不准予”的表述会让当事人认为，个人感情的断、续凭什么国家或者说是法官个人说了算？而“驳回诉讼请求”的表述，将焦点集中到法律表述中，是不符合法律的规定，是法律说了算，不是国家、也不是法官个人说了算。

2、从“法条表面文义”到“符合诉讼法规定”---法理逻辑的转变。

法条表面上写的“应当准予”，但既然是离婚纠纷，其在法律上就是一个诉，而诉的根本就是需要有诉讼请求。离婚之诉的诉讼请求第一项就是要求解除婚姻关系，其次是子女抚养，财产债权债务等问题的处理。而是否支持诉讼请求是需要证据的支撑。《婚姻法》及《意见》列举了对于是否准予离婚的情形，而列举的情形如同其他类型的案件一样，均需要证据予以证实该“情形”的存在，而不是当事人主观判断或口头陈述（另一方当事人认可的除外）。如果没有证据证明“情形”的存在，因其举证不能，那么按照通常的法律逻辑，就应当“驳回诉讼请求”。

3、从“社会学价值”到“回归法律语境下的社会价值”---其实殊路同归。

离婚纠纷之诉，是基于身份关系或附加财产、子女、债权债务处理的混合诉讼，故处理离婚纠纷是需情理与法理同时兼顾，这就是法社会学价值分析。离婚不仅仅是个人感情的处分，而且是对财产债权债务、子女抚养问题的处分，由婚姻家庭案件引发的恶性事件屡见不鲜，财产债权债务处理亦可能涉及到第三人的权利，因此，离婚纠纷在另一层面上也是个“局部”的社会问题，可见“不准予”可体现国家、法律对社会稳定的一点“把控”之意，但是“不准许”与“驳回诉讼请求”的结果均是对离婚诉讼的否定，那么在今天强调依法治国，宪法法律至上的今天，为何不通过任何一点树立法律权威和中心的机会，回归法律语境下体现其内在价值呢。

综上所述，笔者认为，离婚判决中的“不准许”有其一定的法条文义依据，也有社会观念“遗留”之观念，而更多的笔者认为是体现一种不妥当的“行政”、“主观”色彩；在法治进步之今天、法律严谨之当世，换个语境的表述更能体现“当事人主义“、“法官中立”、“证据至上”，何乐而不为？

人身安全保护令如何温柔出鞘

2016-12-18 人民法院报 李徐州

要更好地发挥人身安全保护令的作用，为更多的家暴受害者提供司法安全保护，应具备发现家庭暴力的能力、心理疏导的能力、运用言词证据的能力以及有效执行的能力。

近期，中新社、新华网等一大批国家、省、市级主流媒体集中报道了江苏省南京市两级法院自反家庭暴力法实施以来人身安全保护令的适用和执行情况。当前，人身安全保护令的适用率普遍偏低，没有充分发挥其预防和制止家庭暴力的作用。笔者认为，要更好地发挥人身安全保护令的作用，为更多的家暴受害者提供司法安全保护，法官应在以下四个方面多加注意：

一是敏锐发现家庭暴力。家庭暴力具有私密性和隐蔽性特点，在离婚等家事案件中，要求家事法官对家庭暴力具有高度的敏感性和警惕性，对一方以不堪家庭暴力为由要求离婚的，应予以高度关注，将家庭暴力作为法庭调查的单独环节进行审查，对家庭暴力是否存在、产生原因、家暴类型、家暴程度、持续时间等全面掌握，分析婚姻是否死亡、有无挽救办法、是否适用人身安全保护令等救济措施，为解除或挽救婚姻做准备。对未以家庭暴力为由提出离婚的，在庭前调解或开庭过程中，对当事人陈述存在家庭暴力或人民法院发现存在家庭暴力的可能或危险的，应及时给予司法干预，按照前述内容作为法庭调解或庭审阶段相对独立的环节进行审查，不得跳过该环节直接进行调解或径行判决，保证涉家暴案件的审理质量和效果。

绝大多数人身安全保护令申请案件依附于离婚之诉，为了查明家庭暴力是否存在要举行单独的听证审查程序，常会引起施暴者的阻抗。把家庭暴力的审查阶段作为法庭调解或开庭审理中相对独立的环节，目的是分析和解决当事人婚姻面临的问题。绝大多数施暴者能够理性对待，或认可暴力的存在或陈述暴力的原因或仅作暴力程度不同的辩解，基本不影响对家庭暴力是否存在、家庭暴力的现实危险是否存在作出相应的判断。

二是给予当事人心理疏导。适用人身安全保护令的目的主要是预防和制止家庭暴力的发生。强化心理疏导和说服教育是提高施暴者自觉履行人身安全保护令的前提与基础，疏导有力、教育得当，绝大多数人身安全保护令不需要强制执行。心理疏导可依四个方面的层次进行：首先，认清家庭暴力的本质是藐视和侵犯人权，实质是不尊重受害人及双方地位不平等的体现，后果是婚姻解体和损害赔偿；其次，让施暴者体验家庭暴力给受害人造成的人身伤害和精神痛苦，反思自己养成残忍、惯常、麻木性格的原因和过程，警醒家庭暴力必将导致婚姻关系一步步走向死亡；再次，让双方理解人身安全保护令对维护幸福家庭所起的作用，知晓违反人身安全保护令的后果包括作为感情破裂的证据、损害赔偿的依据以及被罚款、拘留等处罚；最后，促使施暴者自愿接受人身安全保护令的约束，自愿接受公安派出所的调查询问，自愿接受村、居组织的监督，并公开向法官和受害人承诺如违反则愿意接受相应的制裁。经过心理疏导，可以让施暴者认识到自己的错误认知、愿意纠正错误的行为模式，从而消灭暴力的动机、根除暴力的土壤，遏制与消灭暴力行为，恢复当事人之间的平等和相互尊重。

三是准确运用言词证据。家庭暴力的隐蔽性，决定了受害人举证的困难。当事人陈述可以还原家庭暴力的产生原因、发展进程、暴力程度及损害后果，是认定家庭暴力是否存在的基础性证据，施暴者认可的，则可以直接认定家庭暴力的存在。通过对当事人陈述语速、语气、语感的观察及其动作、表情、神态等肢体语言的自然流露，运用心理学知识和社会经验进行判断，形成法官的内心确信，根据自由心证原理可推定家庭暴力的发生。除非施暴者提出反证，否则，就可免除受害人的举证责任，直接认定家庭暴力的存在。证人证言亦是认定家庭暴力是否存在的重要证据。受害人的邻居、亲友、同事、家人虽然大多没有目睹家庭暴力的实施过程，但会在不同侧面反映出受害人

遭到家庭暴力侵害前后的身体状况和精神状况。证人证言与当事人陈述相吻合或能够有效衔接的，可以认定家庭暴力的存在。最后，在以当事人陈述为基础证据前提下，或进行法律释明，引导受害人完成证明责任；或灵活运用证据规则，合理分配举证责任；或依职权进行调查，衡平受害人举证能力的不足。

四是推进保护令有效执行。人身安全保护令自作出之日起生效，保护令的送达、跟踪回访、措施的制定（如迁出住所）及违反保护令的处罚措施均属于执行的内容。有效执行人身安全保护令，首先要送达与告知释明相结合。如释明保护令送达公安派出所及村、居组织的积极意义，消除疑虑，取得配合；其次，要跟踪回访与关心帮助相结合。如到当事人家中进行回访，了解夫妻矛盾的其他症结，帮助双方面对问题，寻找对策，了解家庭暴力的深层次原因，进一步心理疏导解开心结；再次，要与公安派出所、妇联、村、居组织紧密配合，提高执行效果。如告知公安派出所双方的基本情况及联系方式，使公安干警在第一时间出警，采取相应的措施，阻止暴力的发生与发展。又如保持与村、居组织的畅通联系，随时掌握双方当事人的基本动态，做到心中有数；最后，要坚决执行，确保效果。对拒不执行保护令的施暴者，给予坚决打击，决不手软，或罚款或拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

消除四种误区 提高人身安全保护令适用率

2017-05-24 人民法院报 王道强

反家庭暴力法实施以来，各地法院特别是家事审判方式和工作机制改革试点法院陆续报道了适用人身安全保护令的情况，但总的说来，普遍存在人身安全保护令适用率偏低的现实，造成很多家庭暴力受害人不能得到及时地保护。笔者认为，提高人身安全保护令适用率，当务之急是消除四种误区。

误区一——适用人身安全保护令会激起施暴者的报复，加剧双方的矛盾。这种认识在于把家庭暴力纳入家务事的范畴。反家庭暴力法明确规定了“国家禁止任何形式的家庭暴力”，“反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。”故家庭暴力不再是家务事，公安机关在接到受害人报警后应及时出警、人民法院在接到受害人申请人身安全保护时应及时受理，依法保护。反家庭暴力法的立法目的在于预防和制止家庭暴力，人身安全保护令则是预防和制止家庭暴力的有效手段，只有在施暴者违反保护令约束时，才会受到相应的惩罚，人民法院签发人身安全保护令并未损害施暴者的利益。从全国范围相关报道看，绝大多数案件通过及时疏导与说服教育，施暴者没有违反保护令再次施暴的情形出现，故该种错误认识应予以消除。

误区二——适用人身安全保护令即意味着家庭暴力的客观存在，构成夫妻感情破裂的法定认定标准，只要一方坚持离婚，法院应解除双方的婚姻关系，由此造成更多的婚姻家庭解体，不利于维护婚姻家庭的稳定。这种认识在于把人身安全保护令的适用条件与夫妻感情破裂的法定标准混为一谈，实际上，双方各自适用不同的实体法与程序法，二者之间没有必然的联系。感情破裂的法定标准由婚姻法规定，诉讼程序依民事诉讼法的一般规定，人身安全保护令的适用条件由反家庭暴力法规定，适用程序依民事诉讼法的特别程序。

婚姻法规定，实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，调解无效的，应准予离婚。婚姻法司法解释（一）将家庭暴力进一步明确为暴力行为造成了一定的伤害后果。反家庭暴力法对家庭暴力的规定，仅从暴力的手段、方式、方法上进行规定，没有规定以一定的损害后果为要件。可见，婚姻法中规定的家庭暴力与反家庭暴力法对家庭暴力的规定其内涵与外延是有明显差异的。认定夫妻感情破裂应当以婚姻法的规定为准。反家庭暴力法规定，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。该条规定了两种情况均可以适用人身安全保护令：一是曾遭受家庭暴力，再次遭受家庭暴力的风险没有消除；二是虽未曾遭受家庭暴力，但是存在遭受家庭暴力的现实危险。可见，适用人身安全保护令重在预防和制止家庭暴力的发生，而不是重在对家庭暴力的确认。认定家庭暴力导致夫妻感情破裂，需要给被告答辩期和举证期，需要举证、质证和认证的过程，适用人身安全保护令只要证实被申请人有施暴行为或者被申请人虽无施暴行为但存在施行家庭暴力的现实危险。二者对证据规则和证明要求各不相同，适用人身安全保护令与是否判决解除双方的婚姻关系，二者之间没有必然的联系。

误区三——适用人身安全保护令意味着家庭暴力已经形成，受害方要求损害赔偿，人民法院应予以支持，故对人身安全保护令的适用应当慎重和从严把握。这种认识在于把人身安全保护令的适用条件与家庭暴力导致的损害赔偿条件混为一谈，实际上，双方各自适用不同的实体法与程序法，二者之间没有必然的联系。

人身安全保护令的适用，重点关注曾经存在家庭暴力行为且目前再次家暴的风险依然没有消除，或者虽然家庭暴力没有实际发生但情况突变，存在着家庭暴力的现实危险，总之，适用人身安全保护令目的是为了预防和制止家

庭暴力的发生，并非对已发生家庭暴力的确认，只有在施暴者违反保护令的规定时，才存在罚款、拘留等惩罚性措施。对家庭暴力导致的损害赔偿，重点关注的是家庭暴力造成的损害后果，包括人身伤害后果和精神损害后果。人身安全保护令关注的是行为，重在消除危险；损害赔偿关注的是后果，重在损失填补。同理从适用程序、举证责任、证明标准、证明要求、能否上诉等，二者的要求均是不同的。所以，适用人身安全保护令的涉家暴案件与是否给予损害赔偿，二者之间没有必然的联系。

误区四——法院对人身安全保护令不能有效执行。首先，从媒体的公开报道看，尚没有哪一个法院披露人身安全保护令的适用效果不好，几乎都认为，适用人身安全保护令后，施暴者慑于法律威严，没有再次施暴的情况发生。其次，只要进行有效的心理疏导和耐心的说服教育，绝大多数的人身安全保护令是不需要人民法院强制执行的，施暴者违反人身安全保护令实施家庭暴力的为极少数。再次，对存在家庭暴力现实危险的，只要把握三方面的要点即可以从容面对：1.与公安派出所保持沟通，相互配合，第一时间出警尤为关键；2.与基层社会组织紧密联系，时时防范和监督，随时掌握双方的动态，可做到心中有数；3.主动回访与跟踪疏导相结合，帮助其解决生活中的现实困难，解开其心中积聚的隔阂，让施暴者没有施暴的理由和借口；4.对主观恶性深拒不悔改的施暴者，给予坚决的打击，决不手软，或罚款或拘留，构成犯罪的依法追究刑事责任。

（作者单位：江苏省徐州市贾汪区人民法院）

夫妻忠诚协议是否可以单独诉讼

2017-4-12 人民法院报 楚士将 殷芹

【案情】

唐某与余某于2010年8月登记结婚，当天双方还签订一份夫妻忠诚协议，约定：“如任一方有违背夫妻忠诚的婚外情等行为，自愿放弃夫妻共有A房屋的一半产权份额。”2016年9月，唐某与王某同居被发现，嗣后余某在不要求离婚的情况下单独诉请唐某履行夫妻忠诚协议，并承诺若唐某不再“违约”时给予其永久居住权。

【分歧】

一种意见认为，我国原则上实行夫妻共同财产制，若承认夫妻忠诚协议的单独可诉性，无异于将夫妻共同财产“从左口袋放到右口袋”，徒增司法成本。根据婚姻法第四十六条、婚姻法解释（一）第二十九条、婚姻法解释（二）第二十七条的规定，只有协议离婚后或者诉讼离婚时才能提起损害赔偿诉讼，离婚是损害赔偿的前置程序，违反夫妻忠诚协议当然属于损害赔偿，亦应以离婚为前提。

另一种意见认为，法律没有明文规定不应成为不受理即剥夺诉权的理由。首次违反夫妻忠诚义务的一方具有较大改过自新的可能，承认夫妻忠诚协议的单独可诉性，可惩罚警醒过错方，挽救陷入危机的婚姻，不能因离婚损害赔偿请求须以解除婚姻关系为前提而否认夫妻忠诚协议的单独可诉性。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

夫妻忠诚协议是指夫妻双方在婚前或者婚后约定，婚姻关系存续期间，一方违反夫妻忠实义务时，过错方按照约定给付对方若干财产或履行约定的协议。夫妻忠诚协议具有如下特点：

1.符合民事法律行为构成要素。夫妻忠诚协议符合民法通则第五十五条规定的民事法律行为行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律、行政法规的强制性规定、不违背公序良俗的生效要件，是有效的民事法律行为。

2.符合婚姻法立法精神。婚姻法第四条规定，夫妻应当互相忠实，互相尊重。无论该条规定的夫妻忠实义务是道德义务还是法律义务，均不可否认法律对“重婚”“有配偶者与他人同居”等违反夫妻忠实义务行为的规制。实现夫妻忠诚协议的内容只是手段，目的在于通过处罚过错方挽救婚姻。

3.本质属于附条件的协议。婚姻法第十九条规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。可见，我国婚姻法认可夫妻分别财产制。夫妻财产协议约定的财产给付内容以身份关系为前提，本不适用合同法的违约条款，但约定条件成就后的财产给付内容便转化为债权债务关系。

综上，夫妻忠诚财产协议意在通过签订协议、互相约束、设定责任等私力手段，在夫妻原有感情的基础上进一步增进信任、互敬互爱并在约定条件成就时自愿接受惩罚。将财产“从左口袋放到右口袋”是夫妻约定财产制的延

伸，在不起诉离婚时要求对方按照约定给付财产内容符合私法自治原则，亦可以达到提示、警醒过错方，修复夫妻感情的目的。而民事诉权是国家赋予人民司法救济的请求权，诉权是连接民事纠纷与诉讼程序的“桥梁”，目的在于使权利得到有效救济，行使诉权的方式即行使起诉权。单独诉请履行夫妻忠诚协议内容符合民事诉讼法第一百一十九条规定的起诉条件。而且，本案中的夫妻忠诚协议是双方自愿签订，无胁迫、欺诈等可撤销或无效情形，亦不违背善良风俗，是婚姻法第四条“夫妻应当互相忠实”规定的具体化。

由此可见，夫妻忠诚协议的特点与民事诉权的适用对象决定了夫妻忠诚协议可以单独诉讼。否则：一方面，忽视感化对方、挽救婚姻功能。余某不诉请离婚而仅要求履行夫妻忠诚协议，可见余某对婚姻并未彻底失去信心，与唐某夫妻感情尚未彻底破裂。而给予唐某房屋永久居住权，未对唐某的生活造成实质性影响，以财产给付作为代价对过错方唐某的不轨行为予以惩戒只是手段，其诉讼目的在于让唐某认识错误、感化对方，更重要的是以此修复首次受损的婚姻关系、维系多年的夫妻感情。另一方面，侵犯无过错方的离婚自由。在当事人未诉请离婚的情况下，若强制性将离婚作为承担夫妻忠诚协议约定义务的前置条件，势必导致当事人为解气，无奈下违心地诉诸离婚以惩罚对方，使得原本可以恢复的夫妻感情得不到应有的救济，导致权利救济与“违约”惩罚倒挂。否认其单独可诉性，无异于放任、纵容婚姻不忠行为，可能导致人们失去对婚姻的信心、对法律的信任。

（作者单位：江苏省阜宁县人民法院）

婚姻登记机关为离婚男女“补领”结婚证的处理

2017-05-10 人民法院报 沙燕

【案情】

原告张男与第三人李女于2000年1月在被告某县民政局登记结婚，婚后育有一子一女。2015年7月，因感情破裂，经法院调解离婚。其后，双方均未再婚。2016年2月，迫于子女压力，二人以结婚证遗失为由，到被告处申请“补领”结婚证，并出具《申请补领婚姻登记声明书》称，双方从登记结婚以来一直维持婚姻关系。被告工作人员经审核，认为符合补领条件，遂为之办理“补领”结婚证手续。此后，二人共同生活了一段时间,然后分居。2016年6月，原告以被告程序违法为由提起诉讼，请求撤销“补领”的结婚证。被告则以原告、第三人隐瞒已经法院调解离婚事实，自己没有过错，不应承担法律责任为由予以答辩，请求驳回原告的诉讼请求。

【分歧】

对于本案的处理，有分歧意见：

第一种意见认为，其违法补领的结婚证应当予以撤销。第二种意见认为，应当裁定驳回原告起诉。第三种意见认为，应当判决驳回原告诉讼请求。

【评析】

笔者持第三种意见。理由是：

1.婚姻登记是行政确认行为

根据婚姻法、《婚姻登记条例》及有关司法解释的规定，婚姻自由权是公民的法定权利，公民可以自主决定结婚、离婚与否，无需征得行政机关的同意或者许可。作出婚姻登记的行政机关，只是通过依法对当事人行使婚姻自由权合法性的审查，对其婚姻关系予以确认，并据此予以公示，以落实法定一夫一妻制度。

2.补领结婚证是对当事人婚姻关系的新的行政确认

根据《婚姻登记条例》第十七条以及《婚姻登记工作规范》第六十三条、第六十四条第一款的规定， 申请补领结婚证的前提条件是，当事人依法登记结婚后一直维持婚姻关系，结婚证“遗失或者损毁”。据此，婚姻登记机关为当事人补领结婚证，不是对当事人“遗失或者损毁”的原已发出的结婚证的再次发放，而是对当事人自原登记发证时起至补发时止一直维持婚姻关系这一新的法律事实的行政确认。

3.补领结婚证产生复婚登记的法律效果

本案“补领”的结婚证，将产生以下法律效果：

（1）对于当事人双方。原告、第三人在婚姻登记机关的意思表示，表明其均有保持婚姻关系的意愿，根据婚姻自由原则，结合原告、第三人已经法院调解离婚以及离婚后双方均未再婚的事实，只能将其意思表示理解为复婚登记。

（2）对于登记机关。因婚姻登记机关不知道原告、第三人已经法院调解离婚，其为原告、第三人办理补领结

婚证后，形式上认可了原告、第三人自当初领取结婚证以来的婚姻关系，但是自法院调解离婚至补领之日期间的认定应属无效，只能产生与复婚登记相同的效果。

（3）对社会公众。考虑到婚姻登记的公示功能，结合原告、第三人已经法院调解离婚的事实，亦应当将补领结婚证视为复婚登记。这种效果，正是当初其子女迫使原告、第三人补领结婚证时所要追求的。

4.本案应当判决驳回原告的诉讼请求

被告为原告、第三人办理“补领”结婚证手续后，双方如果试图解除这种新的行政确认关系，只能通过再次离婚登记或者民事诉讼的途径予以解决，而不能通过对被告行为提起行政诉讼的途径处理。故对于原告的诉讼请求，只能判决予以驳回。

（作者单位：山东省烟台市牟平区人民法院）

用亲情打开亲情的死结

2017-5-14 人民法院报 吴显敏

很多民事案件都有深层次的矛盾，尤其是涉及婚姻家庭的案件，大多掺杂着感情、金钱及其他利益，原被告双方大多具有亲属、朋友或者合作伙伴关系，一般具有亲情、友情、爱情基础。在调解类似案件时，应努力通过原被告双方的陈述、辩论，在了解案情的基础上，发现矛盾症结，努力感受双方的情感变化，强调双方感情的重要性及以后生活的方便性，促使双方能够相互理解，相互感化，为实现案结事了打下坚实的基础。

我承办的一起不当得利纠纷案中，原告刘某、许小某是被告许某、王某的儿媳、孙子，刘某的丈夫亦即许某王某的儿子在务工时，因一起意外去世，务工单位支付给许某王某 60 万元死亡赔偿金。为了这 60 万元赔偿款的归属，刘某、许小某与许某、王某对簿公堂。

一起简单的不当得利纠纷案，丧子之痛、丧夫之哀、未来之迷茫、养儿之担心，充斥着案件的每一个角落。

庭审调解中，许某王某认为，儿媳刘某肯定要改嫁他人，所以拒绝将儿子的遗产分给刘某，坚持认为，这笔钱该给自己养老和孙子上学用。刘某对此坚决不同意，并表示，为了年幼的儿子，不会改嫁，愿意独自带儿子许小某共同生活。

双方各执一词，调解顿时陷入僵局。

60 万元的分配是本案产生的直接原因，案情简单，适用法律明确，只需要再进一步查明案件的细节，就可以按照法律的规定予以判决。径直判决虽然能保证结果的合法合理，但往往难让双方当事人都满意，在“合情”上有所欠缺。

60 万元的赔偿款，对于一个丧失了主要劳动力的家庭、一个抚养幼子的母亲、两个痛失儿子的老人而言，都举足轻重，这笔钱款的分配，将对他们以后的生活产生决定性的影响。

我深刻感受到重任在肩。

考虑到双方都为小孩着想，我调整了调解的突破口，着重强调双方的感情基础及幼子的健康成长。“对于任何父母而言，失去儿子都会带来难以承受的悲痛，更何况是两个六十岁的老人，为此，我们真的感到很惋惜。你们的担心我们也能理解，但你们也应该想到，她作为妻子，在丧失丈夫后，同样承担着和你们一样的悲痛，你们也看到了她对孩子的感情，她不可能不管孩子。除此之外，从法律上讲，这笔钱是应该有刘某一份的。”听到我的劝解，被告许某略被触动，调解出现端倪。

“刘某，你应该知道被告的担心与忧虑，也应该明白他们对孙子的感情，尤其是你丈夫去世后，他们对孙子的感情只会更加深厚，他们只有这一个孙子，他们的钱也只能花在孩子身上，你作为孩子的母亲，是不是应该考虑一下自己的诉讼请求。”我的言语使得原告刘某的情绪缓和了下来，态度也不再强硬了。

为进一步消除双方的顾忌，我提议，孩子的钱只能用于孩子的生活、学习，任何人不能用于其它用途；存折由被告保管，原告可以对该笔款项的使用进行监管；孩子现在年仅八岁，距离成年还有将近十年时间，而被告年龄比较大，如有意外情况，应将存折交刘某保管。

对我提出的方案，双方均表示同意，终于握手言和，60 万元由原被告四人均分，许小某因年龄较小，单独设立账户，存折由许某、王某保管。

此刻，双方之间以前的矛盾、怀疑、争吵都已烟消云散，剩下的只有宽容、理解与信任。当许某准备走出法庭时，刘某及时上去搀扶，久违的温情终于伴随着调解协议的达成，而重新充满这个家庭。

调解工作博大精深，需要娴熟的调解技巧与丰富的社会阅历。法官作为案件的审理者，同时，也是案件的旁观者，中立的地位固然能够保证审理的公正，而在调解时，在遵从法律的前提下，设身处地为当事人着想，急其所急，想其所想，给予其充分的理解与尊重，更有利于查明案情，让当事人接受法官的调解方案。

我坚信：调解，将心比心，只要用心去做，必将得到心的理解与心的支持。

（作者单位：江西省泰和县人民法院）

如何保障遗嘱的自由与限制

2017-4-13 人民法院报 曾亚妮

应从遗嘱继承的基本功能、法律干预与意思自治的关系等出发，再思考遗嘱法定形式、要件形式、遗嘱内容等具体修改。

广东省广州市一位 86 岁的离休干部去世后留下两套房产，三年后保姆手持 3 份手书遗嘱要求继承其中一套三房一厅。日前，广州市中级人民法院对这起遗嘱纠纷作出终审判决，认定老人在当时有痴呆表现，不具备书写能力，或具有抄写能力，属于限制民事行为能力人，签署这些遗嘱的行为无效，驳回了保姆的全部诉求。

实践中，出现将遗产仅留给养子女、二婚妻子（丈夫）或者保姆等，而非亲生子女等传统观念里似乎更亲密的人的现象，而后引发财产争议。相较于法定继承，遗嘱继承更强调是被继承人的意思自治，随意性相对较大。根据继承法，被继承人可选择公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱等 5 种法定形式订立遗嘱，而今遗嘱形式也有了很多衍生品，诸如录像遗嘱、打印遗嘱等。但遗嘱自由是相对的，立法对遗嘱内容进行了适当限制，以期达到个人利益、意愿与社会公平之平衡，比如规定遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额等，即符合了公序良俗的要求。

遗嘱自由还应建立在真实的意思自治上，这也是对遗嘱自由的保障。广州保姆继承案中，两级法院认为继承人患有老年痴呆，在涉案立遗嘱期间不具备书写遗嘱的行为能力，限制行为能力人所立的遗嘱无效，故驳回了保姆的诉讼请求。可以看出，该案中遗嘱本身存在实质要件瑕疵，主张遗嘱有效的一方需对遗嘱的真实性承担进一步的举证责任，否则即便是被继承人亲自写下自书遗嘱，也难以认定遗嘱有效。

但现实中，对遗嘱自由的尊重和限制存在某些程度的错位，即对形式上的要求过于苛刻，而对内容的限制相对不足。比如，当遗嘱存在形式要件瑕疵时，司法如何认定遗嘱的有效性，即出现录像遗嘱中录像人为有利害关系当事人，自书遗嘱人仅捺印未签名，代书遗嘱见证人人数不够等问题，上述因素的瑕疵是否一律导致遗嘱无效。比如，现行法律规定了公证遗嘱绝对的最高效力，但公证遗嘱的高证据证明力是否等同于高遗嘱效力。又比如，若遗嘱中规定了损害公序良俗的遗嘱内容，是否应当予以部分限制。社会飞速发展，新情况不断涌现，而现行继承法实施已逾 30 年，立法的滞后客观上导致了司法实践中的裁判尺度不一。

以变应变，以新应新，现行继承法已经无法适应现实的多元需要，建议其修订时涉及遗嘱继承的，应从遗嘱继承的基本功能、法律干预与意思自治的关系等出发，再思考遗嘱法定形式、要件形式、遗嘱内容等具体修改，方能保障遗嘱人的意思自治，促进家庭和谐，实现社会的公平正义。

夜问之情债协定

2017-05-27 基层法官 夜问书生

丁酉年夏，与友人闲谈，聊起一网络虚构改编的疑难案件：话说黄老邪家财万贯，梅琳琳妩媚娇艳，黄老邪对美色垂涎，欲将琳琳据为己占，却又恐之毁约背叛，于是签有协议在先：“若琳琳与己相恋，可得金百万购置房产。若琳琳毁约背叛，所得财物需悉数返还”。后来，果不其然，琳琳对老邪日渐反感，遂生毁约之念，奈何老邪百般纠缠，诉至法院，要求琳琳返还财产……这桩爱情买卖案究竟如何宣判？法院很是为难，原告胜诉就等于默认了老邪享受免费午餐，被告胜诉无异于支持拜金女的错误价值观。如何兼顾天理、国法、人情处理此案，对有司而言是一次严峻考验。素闻春秋时期邓析精通法律且善于雄辩，是夜，化身夜问书生，穿越至 2500 年前寻求答案，并有幸在郑国都城与法学先驱、律师鼻祖邓析会见。

予登门拜访曰：“在下夜问书生，2500 年后未来之人，久仰前辈大名，故乘时光隧道穿越而至，有一桩疑难案件想请前辈赐教”。

邓析捻须曰：“哦，原来是未来之人。可，但须先交衣物一件”？

予诧异曰：“不知前辈要衣物做何之用”？

邓析曰：“欲问讼事，先交讼资”。

素闻邓析怪癖，果不其然，真后悔未带多余衣物，乃恳请曰：“在下匆匆而来，未备多余衣物，不过在下身有手表一副，专司计时之用，比衣物贵重，不知可否作为讼资之用”？

邓析曰：“只收衣物，别物一概不收，若无衣物可交，阁下可速归”。

予急中生智，欲施激将之法，佯装仰天大笑：“此案涉及天理、国法、人情，若能三者兼顾，晚辈愿解上衣相赠，如何”？

邓析亦大笑曰：“吾虽浅薄，专事法事十余载，尚未尝遇不可解之案。若不能解，亦愿解上衣相赠，如何”？

见其中计，予喜曰：“一言为定。此案案情是：晚辈所处时代，有一财主，名曰黄老邪，有一佳丽，名曰梅琳琳。老邪好色，琳琳爱财，黄梅协定曰：‘若黄梅友好，则琳琳可得金百万购置房产，若琳琳毁约背叛，则所得需悉数返还’。时过境迁，昔日的甜蜜趋于暗淡，琳琳对老邪日渐反感，遂生毁约之念，奈何老邪百般纠缠，诉至官府，要求琳琳返还财产”。

邓析听闻怒曰：“未曾想世上竟有如此厚颜之辈！此案何难之有？黄老邪若能赢得官司，岂非天理难容？莫非阁下所处时代之法律能纵容这等好色之徒”？

予曰：“法者，天下之程式，万事之仪表。一切判决均应依国法而定。晚辈所处时代之法律规定，依法签订的协议应当依法履行，若是协议内容违反法律规定，则协议无效，协议无效的后果是恢复原状。爱情买卖确实于法无据，故官府一审依法支持了老邪诉求”。

邓析叹曰：“世风不古，有伤风化，如此判决，恐难服众”。

予曰：“诚如前辈所言，琳琳不服，依法上诉，上级官府以该协议属于情感伦理范畴，不属于官府管辖，遂驳回了老邪起诉，其实，是等于变相支持了琳琳”。

邓析曰：“情感之事官府管不着，但因情感伦理引发的财产纠纷，官府难道也管不着？回避问题并不等于解决问题”。

予曰：“前辈所言极是，也有民间法学人士认为，黄梅协议实为附义务赠与协议，赠金百万购置房产之协议合法有效，且已履行。只是所附加之义务因违反伦理道德而无需履行。如此以来，既否决了黄老邪的非理诉求，又找到了现行法律依据，名正言顺维护了琳琳的权益。可是，对拜金女而言无疑是一种默许，就有司判决导向意义而言，恐不利于淳朴民风之培养”。

邓析曰：“官府最初判决刻板，官府二次判决圆滑，民间法学人士意见也不尽完美。若将财产充公，以示对黄梅二人有伤风化行为之惩戒，如何”？

予曰：“从天理和人情角度而言，未尝不可，只是在晚辈所处时代，恐于法无据”。

邓析曰：“诚如孔夫子所言，道之以政，齐之以法，民免而无礼；道之以礼，齐之以德，有耻且格。黄老邪怀非分之想，行非礼之事，理应付出代价。梅琳琳拜金虚荣，自甘堕落，虽为弱者，纵使值得同情，但却不值得肯定”。

予曰：“理想判决当如是也！只是在不突破现有法律框架前提下，很难做到天理、国法、人情三者兼顾”。

邓析曰：“阁下所寻求的答案无非要满足以下三点：其一，黄老邪肯定不能胜诉；其二，梅琳琳不应因违背道德伦理之事获利，至少应受到法律或道德谴责；其三，所有判决事项均应于法有据”。

予曰：“前辈所言极是，只是不知前辈可有破解之法”？

邓析冥思良许曰：“既然阁下所处之时代，对此二人打罚不得，对涉案财物充公不得。若对黄梅二人予以训斥，责令其忏悔，不知可否”？

予曰：“根据在下所处时代《民法通则》规定，官府可以对其训诫，责令具结悔过”。

邓析曰：“如此以来，可参照民间法学人士意见，判决认定黄梅协议为附义务赠与协议，赠金百万购置房产之协议合法有效，所附加之强行相恋义务因违反伦理道德而无需履行，同时对黄梅二人予以训诫，责令其具结悔过。如此，岂不天理、国法、人情兼顾”？

予喜曰：“如此甚好，可是梅琳琳还是因此获利”。

邓析曰：“可规劝其全部或部分涉案财物捐献国家，用于社会福利”。

予忧曰：“若其不从，为之奈何”？

邓析诡谲一笑，乃曰：“那就对其所具结悔过不予认可，令其继续具结悔过”。

予亦笑曰："前辈高见，晚辈佩服。不过，实不相瞒，以前，晚辈曾对前辈颇有微词"。

邓析曰："难得阁下如此坦诚，不妨细细道来"。

予曰："听闻以前洧河洪水泛滥，有郑国富商溺亡，尸体被一渔夫打捞，富商家人欲赎之，渔夫却漫天要价，富商家人找前辈问计，前辈曰：'稍安勿躁，尸体对渔夫而言没有任何用处，别人更不会买，最后只能卖给你'。死者家人从此气定神闲。可是眼看尸体一天天腐烂，渔夫急了，也找前辈问计，前辈曰：'稍安勿躁，尸体只有你一人有，溺水者家人除了找你赎买，还能找谁'……前辈原告和被告通吃，以非为是，以是为非。操两可之说，设无穷之词。难免给人留下狡诘圆滑之印象，不过今日听前辈赐教，确实受益匪浅"。

邓析曰："既然受益匪浅，阁下理应履行诺言，何必顾左右而言他"？

予慨然解衣曰："大丈夫言出必行，何惜一上衣哉"……

屋外天气闷热，室内空调低温运行，不觉有点发冷，冻醒后豁然发现，夏凉被紧紧裹在了酣睡的小朋友身上，夜问书生不忍将其惊醒，无奈又取一条新夏凉被裹在身上重新入梦……

未成年子女抚养费能不能变更？这里有您想知道的信息

2017-05-27　北京三中法院风景线

2017 年 5 月 26 日上午，在"六•一"儿童节即将来临之际，三中院召开新闻通报会，结合该院在审理涉未成年子女抚养费纠纷案件过程中的调研成果，介绍了该类纠纷案件的基本概况、案件特点、司法实践中遇到的问题以及司法观点，并通报了 4 件典型案例。

近年来，伴随我国经济社会的高速发展，离婚纠纷案件数量的大幅增长，关于子女抚养费的纠纷也不断增多。据该院统计，自 2014 年 1 月 1 日至 2017 年 5 月 1 日共审结抚养费纠纷案件 140 件。该院法官介绍，司法实践中常见的抚养费纠纷案件的类型包括主张变更抚养费、要求对方按协议履行支付抚养费义务、要求对方支付婚姻关系存续期间抚养费、要求对方负担单独发生的教育费、医疗费，夫妻一方发现所抚养子女系另一方与他人所生而要求返还抚养费的案件等 6 大类，其中主张变更抚养费类型在该院调研选取的 70 件案件中占比接近 7 成。

司法观点

抚养费的给付比例

不应简单地以父母固定收入的比例计算子女抚养费。针对目前审判实践中直接适用最高人民法院《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》的规定，直接按照月收入 20%-30%确定抚养费数额的普遍做法，法官认为裁判时应更多的考虑子女的实际需要，对子女的日常支出情况进行深入的调查，尽量准确把握子女实际需要，在此基础上与父母双方的负担能力之间作出平衡，从而确定应支付的抚养费数额。确定的抚养费数额不应低于本地基本生活水平的最低保障，也不应过分高于子女的实际生活、教育及医疗支出。

抚养费的给付范围

应当结合本地的经济生活水平、父母的负担能力，实事求是、合情合理的界定子女生活费、教育费、医疗费及其他必要费用的范围。根据司法解释的规定，子女抚养费包括子女的生活费、教育费和医疗费等费用。随着我国经济快速发展，当下抚养子女的成本在不断增加，子女的各种其他支出项目繁多。审判实践中存在争议的是补课费、课外兴趣培养费等超出国家规定的全日制教育费用之外的教育性支出是否应属于抚养费支付的范围。对于类似的教育费用，应根据客观教育环境、父母收入情况、培训内容、支出数额等因素，确定是否属于必要的教育费。

父母的收入情况

应根据双方举证及法院调查的情况，准确详尽地计算父母的实际收入情况。子女抚养费应按照父母的月总收入计算。对于如何界定月总收入，我们认为应将此界定为税后年总实际收入按月均计算的实际收入，包括住房公积金、年终奖、季度奖等实际收入在内。在当今市场经济形势下，人们的收入来源日渐多元化，除上述劳动收入以外，如有证据证明确实存在其他收入，如房屋租金、投资收益、经营性收益等，也应计算在实际收入的范围内。

抚养费的给付期限

应将子女抚养费给付的期限确定为子女年满十八周岁且能独立生活时止。根据《婚姻法》的规定，未成年或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。相关司法解释将"不能独立生活的子女"限定为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。根据上述规定，我们认为上大学及以后的费用不是父母法定的义务，是否支付取决于父母的负担能力及意愿。另外，如果子女虽然

已成年，但因残疾、智力低下、患有严重疾病等原因无法独立正常生活的，父母依然对其负有抚养义务。

主张变更抚养费应否得到支持

《婚姻法》第三十七条规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。故子女要求增加抚养费的，应重点审查是否存在法律规定的“必要性”，并依据《具体意见》第 18 条所列的三种情形加以判断，包括：原定抚育费数额是否不足以维持当地实际生活水平；是否因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额；是否有其他正当理由应当增加。

离婚协议中包括子女抚养在内的条款与解除婚姻关系等条款不可割裂。当事人之所以同意离婚，通常系综合考虑包括子女抚养、财产分割在内的各种因素，采取“一揽子”的解决方式。故当事人应尊重原有协议的效力，除非符合法定事由，否则对离婚协议中的子女抚养条款不得变更。

对于要求增加抚养费的案件，判断是否有必要增加抚养费，该举证责任应当由主张增加抚养费的一方当事人承担。法院应根据举证情况，审查父母的抚养能力、子女的生活状况相较原协议或原裁判之时是否发生重大变化。

至于要求减少抚养费的案件，法律及司法解释并未对此明确规定，实践中除非主张减少抚养费一方能举证证明确实存在患重大疾病、失业等导致负担能力明显下降或者子女的实际需要降低等情形，否则不应支持减少抚养费的诉讼请求。

相关建议

1. 当事人应提高自身的法律意识，充分认识父母对子女的抚养教育义务，是父母双方的共同义务和共同责任，而非一方的单方义务和责任，即使夫妻离异，也不能免除该义务。

2. 离婚时，双方应当就子女抚养问题进行协商。双方应在协议中分项、详细地商定子女接受高中以上全日制教育的费用分担问题、子女兴趣培养与课外拓展费用的分担问题。

3. 抚养费系支付给子女，维持其生活和教育水平的费用，直接抚养子女一方应为子女利益而审慎使用抚养费，不得将抚养费挪作他用，对于每一笔抚养费的支出与使用应留存票据，做好记录。

答疑解惑

1. 直接抚养子女一方可否以未直接抚养子女一方未按期支付抚养费为由，拒绝其对子女进行探望？

探望权的行使与支付抚养费系独立的权利和义务。即使一方不支付抚养费，其仍有探望子女的权利；同样中止探望权也并不意味着可以不支付抚养费。抚养费的支付是父母基于父母子女关系的存在而产生的法定义务，是无条件的，直到子女成年或能够独立生活为止；探望权是父母离婚后所享有的权利，只有在不利于子女身心健康时才由法院中止。无论父母是否享有探望权，均负有支付抚养费的义务，同样，无论父母是否支付抚养费，均享有探望子女的权利。子女不仅需要父母的物质供给，更需要父母的关心照料、管理教育、生活指导、感情慰藉。离婚双方应以子女的利益为重，避免双方之间的矛盾影响子女的身心健康发展，当探望权人不履行支付抚养费的义务，或者与子女共同生活的一方拒绝对方探望子女时，权利人可以协商或通过司法途径加以解决。

2. 上大学的费用是否属于子女抚养费的给付范围？

根据司法解释的相关规定，我们认为上大学及以后的费用不是父母法定的义务，是否支付取决于父母的负担能力及意愿。当然，从伦理道德来说，我们提倡和鼓励有经济能力的父母为其子女支付上大学的费用。另外，如果子女虽然已成年，但因残疾、智力低下、患有严重疾病等原因无法独立正常生活的，父母依然对其负有抚养义务。

离婚协议对子女之法律效力分析

2017-05-27 最高人民法院司法案例研究院 丁军生

【基本案情】

原告王某某系被告王某、李某之子。被告王某、李某于 2013 年 5 月 30 日协议离婚。离婚协议约定双方共有房产归原告王某某所有。现房屋已交付原告王某某使用，但尚未办理产权变更登记，原告王某某起诉至法院，要求判决王某、李某履行离婚协议的内容，办理房屋产权变更登记。

【案件焦点】

1、离婚协议中关于房屋产权归属子女的约定在房屋产权变更登记之前是否可以撤销？

2、子女作为离婚协议的房屋产权人是否可以作为原告起诉父母要求变更房屋产权登记？

【法律分析】

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）第八条第一款规定：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；该解释第九条规定：男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

有观点认为离婚协议中关于房屋产权赠与子女的约定应为赠与合同，应当适用《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定：赠与人在赠与财产转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。故在满足产权变更登记前可以撤销。故离婚协议中关于房屋产权归属子女的约定在房屋产权变更登记之前是可以撤销的。

但赠与合同是双方法律行为，如果仅有赠与人的意思表示，没有受赠人接受赠与的意思表示，赠与合同无法成立。离婚协议中赠与财产的条款只是父母单方做出的赠与财产的意思表示，子女并非赠与合同相对人，所以离婚协议中的赠与条款不成立赠与合同。无法适用合同法的相关规定。

离婚协议的性质为一揽子协议，其中关于财产的约定协议是与婚姻关系、子女抚养、居住等身份关系密切相关的协议，且以解除婚姻关系为前提，只能作为离婚协议的组成部分而不可独立离婚协议之外。因此在双方自愿解除了婚姻关系的情况下，离婚协议中关系房屋产权归属的约定不可适用合同法的约定进行撤销。只可依照婚姻法司法解释（二）的有关规定就财产分割协议纠纷提起诉讼，但要求撤销也应当满足欺诈、胁迫的情形。

有观点认为离婚协议中关于房屋产权归属子女的约定应当视为一种利他合同，子女作为受益人有履行请求权，故可以作为原告诉讼要求父母履行离婚协议中关于房屋产权的约定，进行房屋产权变更登记。

在理论上利他合同包括两个部分：一是允诺人向相对人作出允诺；二是允诺人向第三人作出允诺。第一个允诺或为要约，或为承诺，均于到达相对人时生效；第二个允诺是允诺人向第三人发出的单方允诺，是允诺人在与相对人的合同以外专门作出的一个独立的允诺，因此第三人具有履行请求权。

离婚协议中夫妻双方约定，一方所有或双方共有的房产归属子女，只是夫妻一方向相对方允诺或双方分别向相对方允诺，将向子女给付指定房产，并无夫妻一方或者双方向作为作为第三人的子女的允诺。因此，该约定应视为夫妻一方或双方允诺向子女给付，属经由指令而为的给付，并非利他合同。作为第三人的子女并非离婚协议的权利义务相对人，仅具有受领给付的地位，并没有独立的履行请求权。故子女不可作为原告起诉父母要求履行离婚协议，只可由离婚协议一方起诉另一方要求履行离婚协议的有关内容。**（作者单位：江苏省兴化市人民法院）**

夫妻一方侵害共同财产的认定时间丨高杉 LEGAL

2017-05-26　高杉 LEGAL　王忠等

高杉按语：本文所涉案例系最高人民法院第 66 号指导案例。本文系该案承办部门相关人员层报最高人民法院案例指导部门的文稿，此次发布有微调。本文作者王忠，在成文时系北京市三中院民二庭副庭长。

夫妻一方采取非法手段侵害共同财产的认定时间分析

——以最高人民法院第 66 号指导案例雷某诉宋某离婚纠纷案为例

作者丨王忠（中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国人民大学民商事法律研究中心研究员）、李春香（北京市三中院法官）、史智军（北京市三中院法官）

本文经授权发布，仅代表作者观点，不代表其供职机构及「高杉 LEGAL」立场，且不作为针对任何个案的法律意见

指导案例 66 号“雷某某诉宋某某离婚纠纷案”裁判要点

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

一、裁判要点的理解与说明

该案例的裁判要点确认：《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第四十七条中的**“离婚时”**并非对发生“隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产”（以下统称不法行为）的时间点界定，而当理解为法律后果产生的时间，即只要一方于诉讼期间或者诉讼前从事过不法行为的，在“离婚时”都当依照第四十七条的规定承担不分或者少分财产的法律后果。现围绕与该裁判要点相关的问题逐一论证和说明如下。

《中华人民共和国婚姻法》第四十七条　离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企

图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。

（一）夫妻共同财产的认定依据

对于夫妻关系存续期间，何种性质的财产当归为共同财产的范围，《婚姻法》及其司法解释做出较为详细的规范。《婚姻法》第十七条明确“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：工资、奖金；生产、经营的收益；知识产权的收益；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；其他应当归共同所有的财产”，《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）》第十一条明确“婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的其他应当归共同所有的财产：（一）一方以个人财产投资取得的收益；（二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；（三）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费，《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）》第五条明确“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产”。

由上述规定可见，对于共同财产的认定，涵盖了整个夫妻关系存续期间，此外，也正是基于上述财产性质的“共同性”，《婚姻法》又特别强调了夫妻对此具有平等的处理权。本案中，结合雷某名下的 19.5 万元的产生时间和收入性质，当认定为夫妻共同财产，雷某和宋某具有平等的处理权。

（二）夫妻共同财产分割的法律原则

夫妻共同财产范围的明确，为离婚时的财产分割提供了基础，结合婚姻法及其司法解释的规定，法院在处理此类纠纷时把握的原则如下。

1.意思自治原则。婚姻法为私法，故作为私法原则之一的意思自治同样适用于婚姻领域，所以，婚姻法不仅规定了“夫妻之间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”，而且还明确了“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”。因此，离婚时，对于夫妻共同财产的分割，如果当事人之间存在真实有效的协议，则当尊重当事人的意思表示，协议优先。在无协议或者协议无效时，才由法院依照法律规定进行判决，此亦从法律层面体现出公权力对于公民私权的尊重。

2.照顾妇女儿童权益原则。对于夫妻而言，无论从生理结构、子女照顾，还是从社会适应度等多方面比较分析，妇女创造生活条件的有效性仍和男子存在一定差距，此外，父母的离婚亦会给未成年子女的生活、学习造成影响。因此，为了避免因离婚导致利益的严重失衡和秩序混乱，本着兼顾弱势群体的理念，《婚姻法》在第三十九条中确定了适当照顾妇女儿童权益的财产分割原则。

3.公平原则。公平原则要求以利益均衡作为价值判断标准来调整民事主体之间的利益关系，确定其民事权利和义务。离婚诉讼中的财产分割，不仅涉及财产和财产性利益，亦会涉及到债务的承担，此外，尚需考虑婚姻存续期间因抚育子女、照料老人等付出较多义务一方的价值以及患病一方的以后生活条件。故此，离婚诉讼中，当综合考虑婚姻家庭的特点、债权债务的分担及其他实际情况，在当事人之间公平合理的分割财产，避免利益过分失衡，有损公平。

4.惩戒原则。夫妻之间，无论结婚抑或离婚，都当诚实信用，此一民法领域的帝王原则同样适用于此，《婚姻法》第四十七条规定的惩戒原则即是具体体现。该条明确“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁”。可见，对于有违诚信恶意多占财产者，《婚姻法》不仅从财产分割的角度予以惩罚，还将以妨害民事诉讼的行为予以制裁。

(三)法律原则框架内“离婚时”的目的解释

在明确了夫妻财产分割的法律原则后，再来分析一下《婚姻法》第四十七条的立法目的。

夫妻共同财产的取得凝聚了双方的劳动，故离婚时亦当在诚信、透明的基础上分割，然现实中不乏采用非法手段恶意侵害对方权益者，而对此问题的规制离不开受害者的权益救济和侵害者的法律责任两个方面，故此，《婚姻法》才于 “救助措施与法律责任”一章中确立了第四十七条。可见，第四十七条的立法目的当为明显，即要求夫

妻各方在财产分割时彼此诚实，不得采取不法行为损害对方利益，否则法律将会体现惩戒原则，确保公平的分割共同财产。

在明确立法目的前提下，再来分析第四十七条规定中的“离婚时”应如何理解。对此，存在不同观点。**第一种观点认为：**当严格依照文义解释，即在“离婚诉讼期间”，一方存在不法行为的，适用该条规定，因为此期间，当事人离婚意思表示外显，存在上述行为可推定为故意，在此之前，如无其他证据，难以推定为故意。**第二种观点认为：**分居期间是隐匿共同财产的高发期，故对“离婚时”的理解应当做适度扩张解释，即以分居时起算。**第三种观点认为：**“离婚时”并非对不法行为发生时间的界定，而是发生法律后果的时机，即夫妻一方无论何时从事了不法行为，在离婚时都当承担相应的法律后果。笔者认为前两种理解都有悖于该条的立法目的，有纵容隐匿财产行为之嫌，故同意第三种观点。理由如下：

1.将非法行为的时间界定为诉讼期间或分居时，有违常理和主流价值观。就离婚而言，其并非无因无果的瞬间行为，而是一个夫妻感情逐步破裂并酝酿解除的过程，同时因涉及财产分割和子女抚养等问题，上述过程也必然伴随着各方的利益博弈。故此，主动离婚的酝酿方或者财产的掌控方，在预期中的离婚诉讼到来之前，时常已完成不法行为，此时，如果仅将非法行为的认定限制为离婚诉讼期间或分居时，不仅有违常理，亦与社会的主流价值观不符，其结果必然造成“规避者”横行，该条法律规定虚设。具体到本案中，雷某于 2014 年 3 月就曾起诉过离婚被法院驳回，后再次起诉离婚，从中亦可看出雷某的离婚想法并非一朝一夕所形成，确有一个准备的过程，雷某于 2013 年 4 月即主动要求离婚前的一年内，擅自将其名下的存款转出，恶意转移财产的目的明显，此时，如果机械的理解第四十七条规定中的离婚时，则会因雷某的不法行为并未发生在离婚诉讼期间而得不到任何规制，如此不仅有违正义，亦会对社会的价值导向产生恶劣的影响，甚至形成鼓励不法行为的后果。

2．单方擅自处分夫妻重要财产侵犯另一方的财产权。根据婚姻法的规定，夫妻共同财产的认定时限，涵盖了整个夫妻关系存续期间。在此期间，对于共同财产，夫妻各方具有平等的处理权，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》在第十七条中对此作了进一步的明确：“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。”

处分权是所有权的最高表现，如果没有平等的处分权，平等的所有权则形同虚设。所以，理解该条所谓平等的处理权时，应依照民法关于共同共有的原理，即指夫妻在处分共同财产时，应当平等协商，取得一致意见，任何一方不得违背他方的意志，擅自处理。特别是对共有财产作较大的变动时，如买卖、赠与等，更应征得他方的同意，否则就侵犯了另一方对共有财产的所有权，而构成侵权行为当然应受到规制和惩戒,并不会因发生时间不同而产生不同的法律评价。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》第二十一条的规定“一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的，或非法变卖、毁损的，分割财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方，应予以少分或不分。”可见，法律规定的目的在于无论何时从事上述不法行为，行为人均应受到相应的法律制裁，如此才能真正实现维护诚信，制裁非法行为的目的。

3．将“离婚时”界定为法律后果的承担时间符合立法目的。综合上述分析，再结合第四十七条的立法目的，应当明确该条中的“离婚时”，并非对一方从事不法行为的时间点界定，而当理解为法律后果的承担时间，即“离婚时”,只要一方于离婚诉讼期间或者离婚诉讼前曾经有过上述法定不法行为的，都符合第四十七条中规定的情形，当承担不分或者少分财产的法律后果。如此，才能更为完整的与该条规定第一款的后半部分形成整体性理解，即“离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”本案中，二审法院在认定雷某存在转移财产恶意损害另一方利益的前提下，并没有局限于对“离婚时”的僵硬理解，而是在离婚时判决雷某对于其不法行为承担了少分财产的法律后果，以示公平。

二、其他相关问题的说明

在明确第四十七条中“离婚时”含义的同时，尚需要对处分行为的不法性及其所指向的夫妻共同财产的范围予以甄别，以便区分夫妻一方的恶意侵权行为和家事代理行为。

对于离婚时，是否曾经或正在发生针对夫妻共同财产的不法行为，笔者认为应从以下三个方面综合进行判断。**其一**为行为，即夫妻一方于婚姻关系存续期间，未经他方同意，擅自处分了夫妻共同财产。**其二**为权限，即所处分的财产范围已经超越了日常的生活需要。**其三**为恶意，即一方实施不法行为时存在着侵占夫妻共同财产的故意。此

外，尚可结合行为发生的原因、分居的时间、行为的后果等因素综合考虑。

所谓家事代理行为，依照法学理论通说，是配偶权中的一项重要内容，即夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时，享有代理配偶他方的权利，具体而言，夫妻一方代表家庭所为的行为，视为夫妻共同的意思表示，夫妻他方亦必须承担法律后果，夫妻双方对该行为承担共同的连带责任。该项制度的存在一则有利于夫妻日常生活的顺利进行和共同利益，二则也有助于维护交易安全，保护第三人的利益，故其在法律上的正当性毋庸置疑，在我国的法律制度中亦得到了体现，如《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）》第十七条规定有“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”。至于家事代理行为是否成立，则可以从夫妻的生活习惯、社会地位、经济状况、财产规模等方面予以考量。从而实现惩戒恶意侵犯他人财产行为的同时，又不会冲击到正常家事代理行为的目的。

婚姻背后牵连的是民族特性和伦理道理，婚姻关系稳固与否以及婚姻关系解除时产生的冲击力大小，对于社会的发展都具有着巨大的影响。故此，面对着近年来呈现出上升趋势的离婚纠纷，法官于裁判时，当在遵循规范的基础上，综合考虑立法目的、伦理道德和裁判结果的价值导向，以法律的形式抑制恶意，指引公民形成向善的动力，避免因机械僵硬的适用法条给当事人留下不公的印象，形成不稳定的因素。**（本文原标题为“雷某诉宋某离婚纠纷案——采取非法手段侵害夫妻共同财产的认定时间并非仅限于离婚时”，此次发布标题有调整）**

附：指导案例 66 号全文

雷某某诉宋某某离婚纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2016 年 9 月 19 日发布）

关键词 民事/离婚/离婚时/擅自处分共同财产

裁判要点

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

相关法条

《中华人民共和国婚姻法》第 47 条

基本案情

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

雷某某称宋某某名下在中国邮政储蓄银行的账户内有共同存款 37 万元，并提交存取款凭单、转账凭单作为证据。宋某某称该 37 万元，来源于婚前房屋拆迁补偿款及养老金，现尚剩余 20 万元左右（含养老金 14 322.48 元），并提交账户记录、判决书、案款收据等证据。

宋某某称雷某某名下有共同存款 25 万元，要求依法分割。雷某某对此不予认可，一审庭审中其提交在中国工商银行尾号为 4179 账户自 2014 年 1 月 26 日起的交易明细，显示至 2014 年 12 月 21 日该账户余额为 262.37 元。二审审理期间，应宋某某的申请，法院调取了雷某某上述中国工商银行账号自 2012 年 11 月 26 日开户后的银行流水明细，显示雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式将该账户内的 195 000 元转至案外人雷某齐名下。宋某某认为该存款是其婚前房屋出租所得，应归双方共同所有，雷某某在离婚之前即将夫妻共同存款转移。雷某某提出该笔存款是其经营饭店所得收益，开始称该笔款已用于夫妻共同开销，后又称用于偿还其外甥女的借款，但雷某某对其主张均未提供相应证据证明。另，雷某某在庭审中曾同意各自名下存款归各自所有，其另行支付宋某某 10 万元存款，后雷某某反悔，不同意支付。

裁判结果

北京市朝阳区人民法院于 2015 年 4 月 16 日作出（2015）朝民初字第 04854 号民事判决：准予雷某某与宋某某离婚；雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行账号尾号为 7101、9389 及 1156 账户内的存款归宋某某所有，并对其他财产和债务问题进行了处理。宣判后，宋某某提出上诉，提出对夫妻共同财产雷某某名下存款分割等请求。北京市第三中级人民法院于 2015 年 10 月 19 日作出（2015）

三中民终字第 08205 号民事判决：维持一审判决其他判项，撤销一审判决第三项，改判雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行尾号为 7101 账户、9389 账户及 1156 账户内的存款归宋某某所有，雷某某于本判决生效之日起七日内支付宋某某 12 万元。

裁判理由

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

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

本案中，关于双方名下存款的分割，结合相关证据，宋某某婚前房屋拆迁款转化的存款，应归宋某某个人所有，宋某某婚后所得养老保险金，应属夫妻共同财产。雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款为夫妻关系存续期间的收入，应作为夫妻共同财产予以分割。雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式，将尾号为 4179 账户内的 195 000 元转至案外人名下。雷某某始称该款用于家庭开销，后又称用于偿还外债，前后陈述明显矛盾，对其主张亦未提供证据证明，对钱款的去向不能作出合理的解释和说明。结合案件事实及相关证据，认定雷某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。根据上述法律规定，对雷某某名下中国工商银行尾号 4179 账户内的存款，雷某某可以少分。宋某某主张对雷某某名下存款进行分割，符合法律规定，予以支持。故判决宋某某婚后养老保险金 14 322.48 元归宋某某所有，对于雷某某转移的 19.5 万元存款，由雷某某补偿宋某某 12 万元。**（生效裁判审判人员：李春香、赵霞、闫慧）**

（三）律师视点

婚姻家庭纠纷典型案例 8 则

2017-05-03 审判研究 北京天同律所 陈枝辉律师

01. 附离婚条件财产分割协议，因未离婚而不发生效力

夫妻双方婚姻关系存续期间达成的附离婚条件的财产分割协议，因缺乏离婚这一前提和基础，不应发生法律效力。

02 . 夫妻一方约定婚前房产共有的，离婚时无权再撤销

婚姻关系存续期间，一方将婚前房产约定为共有的，应优先适用《婚姻法》第 19 条规定，直接产生物权变动效果。

03 . 未办婚姻登记，彩礼应否返还应考虑同居时间长短

未办婚姻登记，但共同生活时间较长或同居时间虽较短，但彩礼已用于共同生活或子女抚养的，女方可拒绝返还。

04 . 未达婚龄骗取结婚登记，程序违法，并不一概撤销

隐瞒真实年龄骗取结婚登记，但嗣后符合结婚登记实质要件的，不宜以登记机关程序违法或有瑕疵为由撤销登记。

05 . 民政局为精神病人办离婚登记虽无过错，仍应撤销

婚姻登记机关在办理离婚行政登记过程中没有过错，但事后被证明认定事实错误的，婚姻登记行为应予依法撤销。

06 . 使用虚假身份登记结婚后下落不明的，登记可撤销

一方当事人用虚假身份登记结婚后下落不明且无法核实真实身份的，另一方当事人可通过行政诉讼撤销婚姻登记。

07 . 按撤诉处理后 6 个月内再起诉，并非一概不予受理

离婚案件按撤诉处理后 6 个月内再起诉的，在适用司法解释有关“比照”规定时，并非一概不予受理或驳回起诉。

08 ．父母行使探视权有损子女成长的，应不予继续行使

对未成年人身心健康保护应优于成年人的亲权行使。若父母行使探视权对子女成长有损的，不宜继续行使探视权。

规 则 详 解

01 ． 附离婚条件财产分割协议，因未离婚而不发生效力

夫妻双方婚姻关系存续期间达成的附离婚条件的财产分割协议，因缺乏离婚这一前提和基础，不应发生法律效力。

标签：离婚丨离婚协议丨财产分割协议丨合同效力

案情简介：2005 年，凌某与李某协议离婚，并对 15 家公司股权进行了分割并部分履行。2012 年，凌某诉请离婚，李某称双方应依 2005 年离婚协议履行。

法院认为：①最高人民法院《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（三）》第 14 条规定：“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。”②系争离婚协议系凌某与李某在婚姻关系存续达成的以离婚法律事实出现为条件的财产分割协议，依前述司法解释，该协议因缺乏离婚这一前提和基础而不应发生效力，即使实际发生按照协议内容进行财产分割的事实，亦不能认为所附协议离婚条件已成就，故离婚协议所涉财产分割内容未生效。判决准许双方离婚，对诉争房产依法分割。

实务要点：夫妻双方在婚姻关系存续期间达成的附离婚条件的财产分割协议，因缺乏离婚这一前提和基础而不应发生效力，即使实际发生按照协议内容进行财产分割的事实，亦不能认为所附协议离婚条件已成就。

案例索引：上海一中院（2015）沪一中（民）再终字第 9 号“凌某与李某离婚案”，见《已部分履行的附协议离婚条件财产分割协议的效力》（徐文文），载《人民司法·案例》（201608:44）。

02 ． 夫妻一方约定婚前房产共有的，离婚时无权再撤销

婚姻关系存续期间，一方将婚前房产约定为共有的，应优先适用《婚姻法》第 19 条规定，直接产生物权变动效果。

标签：离婚丨房产丨撤销赠与

案情简介：2012 年，张某将婚前个人购买、婚后登记在个人名下的房产与妻子马某协议约定为共同共有。2014 年，马某诉请离婚并主张前述房屋 50%份额。张某称系婚内赠与，未办过户前有权撤销。

法院认为：①最高人民法院《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（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。《合同法》第 186 条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”前述司法解释第 6 条主旨是夫妻之间赠与房产可以适用《合同法》相关规定。相对于《物权法》及《合同法》相关规定，《婚姻法》对夫妻财产的规定属于特别规定，应优先适用。②婚姻关系存续期间，夫妻双方签订协议，将一方婚前房产约定为双方共同共有，虽未办理不动产权属变更登记，但该财产处分行为系夫妻财产约定，属附随身份的财产法律行为，应优先适用《婚姻法》第 19 条规定，直接产生物权变动效果。本案中，双方在婚姻关系存续期间对房产作出了约定。按照约定，该房产应为双方共同共有财产。故判决诉争房屋归张某所有并对马某折价补偿。

实务要点：婚姻关系存续期间，一方将婚前房产约定为双方共同共有的约定属附随身份的财产法律行为，应优先适用《婚姻法》第 19 条规定，直接产生物权变动效果。

案例索引：山东青岛中院（2015）青岛民五终字第 1307 号“马某与张某离婚纠纷案”，见《附身份财产法律行为应优先适用身份法》（马杰、肖长伟），载《人民司法·案例》（201617:59）。

03 ． 未办婚姻登记，彩礼应否返还应考虑同居时间长短

未办婚姻登记，但共同生活时间较长或同居时间虽较短，但彩礼已用于共同生活或子女抚养的，女方可拒绝返还。

标签：彩礼丨共同生活时间丨实质公平

案情简介：2009 年，杨某与女友柳某举办婚礼，因未达法定婚龄而未办结婚登记。男方在举办婚礼前给女方送去 2.88 万元彩礼，一部分被女方用于购买电视、冰箱等生活用品作为嫁妆带到男方。双方共同生活 3 年多，并育有一子。2012 年，双方解除同居关系并处理了非婚生子抚养问题。2013 年，杨某诉请柳某返还彩礼。

法院认为：①最高人民法院《关于适用<婚姻法>若干问题的解释（二）》第 10 条第 1 款规定："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……"婚约彩礼系附解除条件的赠与，以婚约解除作为解除条件。故婚约解除后，受赠人应将彩礼返还给赠与人，如受赠人拒不返还而继续占有彩礼，将构成民法上不当得利。②对于同居双方已举办婚礼，对外以夫妻名义共同生活较长时间，甚至已生育子女情况，双方结婚时一方支付给另一方的彩礼往往已用于双方共同生活和非婚生子女抚养，此时判令接受彩礼一方返还，将带来实质上不公平。故对未办婚姻登记，一方主张返还彩礼的，应考虑双方共同生活时间长短。对共同生活时间较长的，可不支持返还彩礼请求。因为共同生活时间较长的，一是可以排除女方借婚姻索取财物的主观可能性，二是经过长时间共同生活，女方接受的彩礼大多已转化为夫妻共同财产或已用于共同生活，无返还必要。对共同生活时间较短，但确有证据证明彩礼已用于共同生活或非婚生子女抚养的，女方也可拒绝返还。故本案对杨某诉请返还彩礼诉请不予支持。

实务要点：对未办婚姻登记，一方主张返还彩礼的，应考虑双方共同生活时间长短。对共同生活时间较长的，可不支持返还彩礼请求；对共同生活时间较短，但确有证据证明彩礼已用于共同生活或非婚生子女抚养的，女方也可拒绝返还。

案例索引：云南大理鹤庆法院（2013）鹤民一初字第 154 号"杨某与柳某返还彩礼纠纷案"，见《解除同居关系时彩礼应否返还》（张瑞），载《人民司法·案例》（201632:73）。

04 . 未达婚龄骗取结婚登记，程序违法，并不一概撤销

隐瞒真实年龄骗取结婚登记，但嗣后符合结婚登记实质要件的，不宜以登记机关程序违法或有瑕疵为由撤销登记。

标签：结婚丨未达婚龄丨撤销登记

案情简介：1997 年，杨某持虚报年龄的婚姻状况证明在民政局办理了邵某的结婚登记。2011 年，一直与邵某共同生活、且已生育两子女的杨某以民政局为被告、邵某为第三人提起行政诉讼，请求撤销结婚登记。

法院认为：①民政局对杨某与邵某结婚申请进行审查时，未按当时施行的《婚姻登记管理条例》第 9 条规定，要求当事人提交双方户口证明、居民身份证，且对所提交婚姻状况证明未进行合理审查，导致未能发现杨某当时未达法定婚龄，亦未能发现所提交婚姻状况证明中记载的杨某出生日期不真实。民政局对未达法定婚龄的当事人提出的结婚申请作出准予登记的行政行为并颁发结婚证，该登记行为违反法定程序。②根据查明事实，杨某及邵某在申请结婚登记前已按农村习俗举行了婚礼，并共同生活。登记结婚后双方仍继续共同生活，期间生育有 2 个子女，可见双方结婚意愿真实。申请结婚登记时，杨某虽未达法定婚龄，但该情形早在其达到法定婚龄时消失，该情形消失后双方婚姻已具备《婚姻法》规定的结婚实质要件，结婚登记时杨某未达法定婚龄不影响双方婚姻关系效力。判决驳回杨某诉请。

实务要点：弄虚作假、隐瞒真实年龄骗取结婚登记，但嗣后符合结婚登记实质要件的，不宜以登记机关程序违法或有瑕疵为由判决撤销。

案例索引：云南大理宾川法院判决"杨某宾川县民政局行政诉讼案"，见《骗取的结婚登记不宜一概判决撤销》（蔡桂华），载《人民司法·案例》（201629:99）。

05 . 民政局为精神病人办离婚登记虽无过错，仍应撤销

婚姻登记机关在办理离婚行政登记过程中没有过错，但事后被证明认定事实错误的，婚姻登记行为应予依法撤销。

标签：离婚丨离婚登记丨精神病人丨行政诉讼

案情简介：2014 年，李某与患有精神分裂症的蔡某在民政局协议离婚。随后，法院宣告蔡某办理协议离婚和目前均为限制民事行为能力人。2015 年，蔡某父亲作为法定代理人，以蔡某名义起诉民政局，要求撤销离婚登记。

法院认为：①民政局系具有依法履行婚姻登记行政职能的婚姻登记机关，具有办理离婚登记的法定职责。民政

局在办理蔡某与李某离婚登记时对双方出具证件、材料进行了审查，在认定双方确属自愿离婚，并已对子女抚养、财产、债务等问题达成了一致处理意见后，当场予以登记离婚，颁发离婚证。虽然蔡某曾住院接受精神病治疗，但因李某及蔡某在询问笔录上签名时予以隐瞒，当时又未经法院判决宣告蔡某为限制民事行为能力人，故民政局客观上无法确定蔡某为限制民事行为能力人，其已尽审慎合理审查义务。②鉴于法院已判决宣告蔡某办理离婚登记时为限制民事行为能力人，依《婚姻登记条例》第 12 条规定，办理婚姻登记的当事人属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人情形的，婚姻登记机关不予受理。民政局办法给蔡某及李某离婚证行为，认定事实不清，证据不足，故判决撤销该离婚登记行政行为，离婚证作废。

实务要点：婚姻登记机关在办理离婚行政登记过程中没有过错，但事后被证明认定事实错误的，虽可避免承担行政责任，但认定事实错误的婚姻登记行为应依法撤销。

案例索引：浙江瑞安法院（2015）温瑞行初字第 1 号“蔡阿媚与瑞安市民政局等行政诉讼案”，见《限制民事行为能力人婚姻登记的审查标准》（林波），载《人民司法·案例》（201623:94）。

06 . 使用虚假身份登记结婚后下落不明的，登记可撤销

一方当事人用虚假身份登记结婚后下落不明且无法核实真实身份的，另一方当事人可通过行政诉讼撤销婚姻登记。

标签：结婚丨结婚登记丨虚假身份

案情简介：2007 年，周某与唐某在镇政府办理结婚登记后下落不明。2013 年，公安局经查询后证明周某身份证号码系伪造，且无法核实其真实身份。唐某遂起诉镇政府撤销结婚登记，法院以超过起诉期限为由驳回。2015 年，唐某起诉离婚，法院以被告不明确为由裁定不予受理。唐某遂要求县民政局婚姻登记处撤销婚姻登记，因未收到答复，唐某提起行政诉讼。

法院认为：①《婚姻登记条例》第 2 条规定县级人民政府民政部门或乡（镇）人民政府是法定的婚姻登记机关，具有婚姻登记的行政职能。唐某及周某申请婚姻登记时按《婚姻登记条例》第 5 条规定向镇政府提供了本人身份证、户口簿及申请结婚登记声明书，虽然镇政府在办理登记时，当事人应履行如实告知义务，但仍不能免除镇政府对申请人提供材料及陈述的真实性进行审查的义务。本着严格执法、有错必纠的原则，行政机关在执行行政事务的过程中，发现确实存在错误的，应积极予以纠正。②本案所涉婚姻登记本应由原登记机关镇政府予以撤销，但县机构编制委员会嗣后批准县民政局设立县婚姻登记登记处，负责办理本县行政区域内的婚姻登记民事注册工作，镇政府不应再履行相应职责。根据最高人民法院《关于执行<行政诉讼法>若干问题的解释》第 20 条第 1 款规定：“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。”由于县婚姻登记处负责办理县行政区域内的婚姻登记民事注册工作是由县机构编制委员会批复授权，而非经法律、法规、规章授权，故县民政局婚姻登记处对外不能承担独立的法律责任，县民政局仍应对婚姻登记职能对外承担法律责任。判决县民政局撤销镇政府所作案涉婚姻登记。

实务要点：一方当事人使用虚假身份证登记结婚后下落不明且无法核实真实身份的，另一方当事人可通过行政诉讼撤销婚姻登记。

案例索引：重庆二中院（2015）渝二中法行终字第 283 号“唐治川与梁平县民政局等行政诉讼案”，见《用虚假身份登记结婚后下落不明的行政诉讼救济》（吴美来、詹亮），载《人民司法·案例》（201611:98）。

07 . 按撤诉处理后 6 个月内再起诉，并非一概不予受理

离婚案件按撤诉处理后 6 个月内再起诉的，在适用司法解释有关“比照”规定时，并非一概不予受理或驳回起诉。

标签：离婚丨起诉丨不予受理丨按撤诉处理

案情简介：2011 年，熊某起诉马某离婚。因律师未及时通知熊某庭审时间，导致熊某未按时到庭，法院裁定按撤诉处理。翌日，熊某再次提起离婚诉讼。

法院认为：①在特殊情况下，法律规定某类纠纷在一定期限内、一定条件下，当事人不得起诉。这一规定并非剥夺当事人诉权，而是对其作一定程度限制。在比照适用该规定是，应探究立法本意，具体情形具体对待。②《民事诉讼法》第 124 条第 7 项规定：“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在 6 个月内又起诉的，不予受理。”最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意

见》第 144 条（此处引 2008 年 12 月 31 日实施的民诉法司法解释，对应 2013 年 1 月 1 日施行的最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 214 条）规定："当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，可比照民事诉讼法第一百一十一条第（七）项的规定不予受理。"前述司法解释第 2 款不属于强制性法律规范，在两者间选择，亦可不比照适用。该案熊某起诉并不违反法律规定，符合受理条件，且案件已经过立案阶段、庭审阶段，为减轻当事人讼累，解约司法资源，应根据庭审查明事实作出是否准予离婚判决。

实务要点：离婚案件按撤诉处理后 6 个月内原告再起诉的，适用《民事诉讼法》司法解释关于"比照民事诉讼法第一百一十一条第（七）项的规定不予受理"时，并非一概不予受理或驳回起诉。

案例索引：云南大理永平法院（2013）永民初字第 133 号"熊某与马某离婚纠纷案"，该案法院裁定驳回熊某起诉，作者评析持相反意见。见《离婚案件按撤诉处理后六个月内再起诉应区别受理》（薛建葵），载《人民司法·案例》（201623:48）。

08 ． 父母行使探视权有损子女成长的，应不予继续行使

对未成年人身心健康保护应优于成年人的亲权行使。若父母行使探视权对子女成长有损的，不宜继续行使探视权。

标签：探视权丨中止探望丨执行

案情简介：2003 年，法院判决田某与高某离婚，6 岁女儿归高某抚养，田某有探视权。2013 年，10 年未看女儿的田某想看探视，高某以女儿一直以为继母系生母、目前正处高考阶段为由拒绝。田某遂向法院申请执行，行使探视权。

法院认为：①《婚姻法》第 38 条规定："父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。"探视权行使本身系附条件的，前提是不影响被探视人身心健康。若父母行使探视权对子女成长有损，不宜继续行使探视权。司法强制权介入时，应考虑被探视人既有生活状态、心理状态、年龄阶段，不要轻易打破现有心理和生活平衡。②本案中，田某持续 10 年未行使探视权，高某再婚后未再生育子女，女儿继母一直以生母身份出现，现有家庭结构已满足女儿正常成长需要。现无法确认田某行使探视权不会对女儿身心健康造成损害，且未成年子女成长具有不可逆性，基于其成长基本需要，在高考前不宜由田某行使探视权，裁定中止执行，待有执行时机后再行恢复案件执行。

实务要点：对未成年人身心健康保护应优于成年人的亲权行使。若父母行使探视权对子女成长有损的，不宜继续行使探视权。

案例索引：北京朝阳区法院（2013）朝执字第 11130 号"田某与高某探视权纠纷案"，见《探视权行使的阻却事由》（田强），载《人民司法·案例》（201614:104）。

游植龙律师在"第四届中国婚姻家事法实务论坛"上作主题发言

2017-05-09 南粤家事

第四届中国婚姻家事法实务论坛 5 月 6 日在北京中国人民大学召开。论坛由中国法学会婚姻法学研究会、中国人民大学法学院主办，北京市法学会妇女法学研究会、中国人民大学法学院婚姻家庭法学研究所、北京天驰君泰律师事务所承办。

论坛包括四个板块，家事审判专业化改革经验交流及家事诉讼程序问题探讨、离婚救济的法律适用及完善、亲子关系的认定及保护、夫妻财产的认定及分割。婚姻家事法领域的专家学者、法官、律师、公证员以及立法机关、政府、妇联、公益组织等代表近 200 人参加了论坛。

广东经纶律师事务所合伙人、一级律师、广东省律师协会婚姻家庭法律专业委员会主任游植龙在论坛上作"论离婚损害赔偿和照顾无过错方原则的适用与完善"的主题发言。

游植龙律师在发言中认为：

我国的离婚损害赔偿制度，来源于《婚姻法》第 46 条规定，采取的是离因损害赔偿，损害赔偿的"过错"限于第 46 条规定的四种情形之一的行为，而将违反忠实义务的通奸、婚外恋等行为排除在外。

在司法实践中，限于精神损害赔偿的规定，无过错方获得精神损害赔偿的数额并不高，大多从数千元到数万元不等，这些赔偿数额相对于夫妻共同财产数额而言，所占夫妻财产比例非常低。为了体现对过错方公然挑战婚姻行

为准则的制裁和预防违法功能，最大限度弥补对无过错方的损害和精神抚慰，对于无过错方获得的损害赔偿金额应大幅度提高。

婚姻法规定离婚损害赔偿适用的法定过错范围过窄。有些配偶违反忠实义务长期与第三者通奸，或通奸婚外生子，它给配偶所造成的精神损害也相当大，而婚外生子则对其家庭现有的稳定以及对婚生子女的财产传承、继承等也造成了严重威胁，因而，有必要将“有配偶者与他人长期通奸，或者通奸婚外生子的”作为离婚损害赔偿的法定情形。

照顾无过错方精神体现在《婚姻法》的三个规定：1、无效或被撤销婚姻同居期间所得的财产根据照顾无过错方的原则判决。2、一方有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务之过错行为可予少分或不分夫妻共同财产。3、离婚损害赔偿制度。

从理论上说，财产共有权是一项独立的权利，共有人的这项权利不能因为与它无直接关系的原因而丧失，不能把因其他过错应当承担的赔偿责任与共有财产的分割混淆起来。如果完全没有夫妻共有财产，或是可分割的共有财产不足以补偿无过错方，对过错方少分共同财产的做法就面临困境。

根据 2001 年 4 月《婚姻法》修正案，修改后的《婚姻法》并不采用夫妻财产分割上的照顾无过错方这一原则，而是采用离婚损害赔偿制度。即在夫妻共同财产分割时，法院考虑的因素仅是子女权益和女方权益，不涉及过错或无过错的因素。但为了体现公平，照顾无过错方的利益，规定了离婚损害赔偿制度。

但 2014 年 4 月最高人民法院院长信箱《对离婚财产分割案件中有关法官行为规范的建议问题的答复》则认为：“对夫妻共同财产的分割，法院原则上适用物权法共同共有的规定，实行均等分割或按当事人约定比例分割。但考虑到夫妻关系本身的特殊性，在原则上均等分割的基础上，法院还要考虑夫妻双方在离婚问题上是否存在过错以及过错比例大小这一因素，合理确定分割比例，以体现在财产分割上的实质公平。”

根据对同一过错不能重复惩罚的规则，过错方不应因同一过错而遭受两次惩罚，因而对于过错方，要么选择少分财产，要么选择对其损害赔偿。婚姻法既然选择了对重婚、有配偶者与他人同居的过错方给予损害赔偿的惩罚，也就是选择了不对其予以少分财产的惩罚。同时，任何少分或不分财产的规定，应当慎重，且得以法律的明确规定为限。

但在实践中，有些法院却在处理夫妻一方有普通婚外情（其过错情节远远比重婚、有配偶者与他人同居轻得多）的案件时，根据照顾无过错方的原则对有婚外情的一方予以少分共同财产，造成法律适用的混乱。因而，在照顾无过错方原则、离婚损害赔偿制度和少分财产之间应有协调并统一的适用规则，不得滥用照顾无过错方原则随意少分夫妻共同财产，以实现法律适用的统一和公正。

从“世纪争产案”看有限公司的股权继承

2017-05-11 家族律评国浩律师（深圳）所 李芳

富商郝琳 2014 年收购法国红酒庄园后，与 12 岁的儿子在视察庄园时坠机逝世，3 年后，郝琳的妻子刘湘云与郝琳年近 90 岁的父亲为了争夺郝琳生前持有的昆明柏联国际(集团)有限公司及昆明柏联商业管理有限公司的股权，卷入了争产诉讼。郝父以柏联集团、柏联商业公司为被告、刘湘云为第三人提出诉讼，请求法院确认郝父在柏联集团及柏联商业公司的股东资格，并取得柏联集团 42.72%的股权与柏联商业公司 25%的股权。

2017 年 4 月 18 日，这场“世纪官司”在昆明中院开庭审理，据媒体报道涉及遗产金额约 200 亿人民币。

法庭上双方争议最大的问题是：郝父是否能继承郝琳在柏联集团及柏联商业公司的股东资格。郝父要求继承郝琳的股权，而柏联集团和刘湘云则认为，柏联集团的股东是法人股东，郝父不能继承柏联集团的股权。

据郝父的代理律师称，柏联集团成立于 1995 年，郝琳间接持有的柏联集团 85.44%的股权属于其婚前个人财产；柏联商业公司成立于 2000 年 2 月，郝琳间接持有的该公司 100%的股权属于郝琳与刘湘云的夫妻共有财产。

经笔者查询，柏联集团的股东为 3 家法人，分别是香港柏联国际有限公司、鸿鑫投资（集团）有限公司与昆明井云商贸有限公司，其中鸿鑫投资公司是郝琳婚前在英国注册并持股 100%的公司；井云商贸公司成立于 2004 年，刘湘云持股 90%，刘湘明持股 10%。柏联商业公司的股东只有 1 个，即鸿鑫投资公司。

鉴于上述情况，郝父要求继承 2 家公司股权的诉讼请求，能不能顺利得到法院支持呢？有限公司的股东去世后，他们遗留的股权应该如何继续？在这个继承过程中，被继承人及公司其他股东会遇到哪些问题？我们又该如何应对呢？

一、被继承人间接持有的股权能否直接继承

从 2006 年《公司法》明确规定自然人股东死亡的其股权可以合法继承后，对股东资格当然继承这个问题就变得没有争议。但是郝父要求继承郝琳通过法人股东间接持有的有限公司的股权，这一主张能不能得到支持呢？

《继承法》第三条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产……”，也即被继承人应该是自然人。《公司法》第七十五条规定，“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格”，将被继承股东限定为“自然人”，也即被继承的股权应该是自然人直接持有的公司股权。此外，根据公司财产独立于股东财产的原则，法人股东所持有的股权是法人股东的独立财产，而非其自然人股东的个人财产。

故自然人股东（被继承人）通过公司间接持有的其他公司的股权，不能成为该自然人股东的遗产。也就是说，郝琳通过鸿鑫投资公司等间接持有的柏联集团及柏联商业公司的股权，不能成为郝琳的遗产；郝父要求直接继承该 2 家公司的股权，恐难得到法院支持。比较妥当的诉讼策略应该是，将郝琳直接持股的鸿鑫投资公司与香港柏联公司、以及郝琳婚内成立并由刘湘云持股的井云商贸公司作为被告，要求继承郝琳的股权。

二、继承前的婚内财产分割及其他股东能否主张优先购买权

如郝父起诉要求继承井云商贸公司的股权，则会涉及到股权继承前夫妻共同财产分割的问题。井云商贸公司成立于郝琳结婚之后，虽然郝琳不直接持有该公司的股权，但是刘湘云持有的该公司 90%的股权应属于郝琳与刘湘云的夫妻共同财产。如果郝琳与刘湘云没有对婚内财产归属另有协议约定，则郝琳应享有井云商贸公司 45%的股权。

但井云商贸公司 45%的股权并没有直接登记在郝琳的名下，那么郝父在具体继承中可能会遇到哪些障碍呢？

《继承法》第二十六条规定，夫妻共同财产如果分割遗产的，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。故郝父在继承井云商贸公司股权前，应当先将 45%的股权确认为刘湘云所有。这个遗产确认过程中，是否需要经过其他股东过半数同意并保证其优先购买权呢？

根据《婚姻法司法解释二》第十六条规定，离婚案件中涉及分割登记在一方名下的公司股权时，其他股东是享有优先购买权的。但是在继承案件中呢？最高人民法院原则通过的《公司法司法解释四》第二十二条规定，有限责任公司的股东因继承、遗赠等原因发生变化时，其他股东主张优先购买该股权的，不予支持，但公司章程另有规定的除外。

据此，笔者认为，如果公司章程没有其他规定，无论是登记在被继承人配偶名下的夫妻共有股权的继承，还是登记在被继承人名下股权的继承，都不需要公司其他股东同意，其他股东对被继承的股权也不享有优先购买权。

三、隐名股东的继承人能不能直接继承登记在代持人名下的股权

假如刘湘明持有的井云商贸公司 10%的股权是代郝琳持有，那么郝父能不能要求直接继承刘湘明 10%股权中 2.5%的股权呢？有观点称，继承隐名股东的投资权益前需先确认被继承人是有限公司的股东，那就是说，郝父在要求继承井云商贸公司的股权之前，需要先起诉确认郝琳是井云商贸公司的股东。这一观点是不是成立呢？

《公司法司法解释三》第二十四条已经明确肯定了代持协议及实际出资人的投资权益，故隐名股东的投资权益也是可以当然继承的。但继承人继承实际出资人的投资权益成为新的出资人后，如果要求登记为显明股东，尚存在一层障碍：需要公司其他股东半数以上同意。

在李慧展等与清远市大有瑞新五金电镀有限公司股东资格确认案中，一审法院判决确认隐名股东的继承人是瑞新公司的隐名股东、并持有瑞新公司 20%的股权，但广东省高院却认为，“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，实际出资人不具有显名股东资格。实际出资人的投资权益不同于股东权益，其股东权益只能由名义股东直接行使，通过名义股东来实现其投资权益”，从而改判隐名股东的继承人是瑞新公司的实际出资人，并享有瑞新公司相应的出资份额[见（2013）粤高法审监民提字第 65 号民事判决书]。

可见，继承隐名股东的投资权益前需先确认被继承人是有限公司的股东这一观点，与司法实践是有出入的。司法实践中的做法是，肯定隐名股东的投资权益可以直接被继承，但继承人继承该投资权益并成为新的隐名股东后，如果要成为显明股东，则需要公司其他股东过半数同意。

四、外籍人士继承国内股权

刘湘云已经入了中国香港籍（永久居留资格），她在继承郝琳持有的中国大陆公司的股权时，会不会遇到法律障碍呢？

商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》第五十五条规定，境内公司的自然人股东变更国籍的，不改变

该公司的企业性质。判断公司是否为外资公司，主要看股东的出资是否来源于境内，与股东国籍无关。境内股东的外籍继承人继承境内股东的股权时，该股权对应的出资来源并没有发生变化，公司的性质仍为内资公司，公司股东的变更不需要通过外商投资管理部门的行政审批手续。

也就是说，刘湘云取得香港永久居留资格这一事实，并不会对她继承郝琳的境内股权带来任何障碍。

五、公司章程对股权继承的限制及其效力

柏联集团及其旗下公司中，刘湘云在柏联集团、柏联商业公司、井云商贸公司等公司中都担任法定代表人；郝琳去世后，柏联集团的董事会的 3 名董事都变更为刘氏家族人员。如果这些公司的章程对郝琳股权继承事宜有其他规定的话，这些规定是不是具有法律效力呢？

《公司法》第七十五条规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。可见公司章程是能对有限公司的股权继承产生重大影响的。如果井云商贸公司章程明确规定，公司股权不发生继承，股东去世后其所持股权只能由其他股东继续持有，则郝父要求继承井云商贸公司的股权并成为股东的请求，就不能得到支持。虽然如此，对于郝琳实际享有的 45%股权对应的财产利益，郝父还是有权继承一半的。具体的处理方式是：如果刘湘云要求继承持股 90%的，则需将郝父要求继承的 22.5%股权对应的财产份额支付给郝父；如果刘湘云不愿持有该 22.5%的股权，则可以转让给另一股东，并将对应的股权转让款支付给郝父。

如果井云商贸公司的章程未对股权继承事宜作出限制，郝琳去世后刘湘云为阻止郝父继承井云商贸公司的股权，利用其控股股东地位重新修订公司章程，限制公司股权被继承，这种章程约定能不能对郝父产生约束力呢？

司法实践中的观点是：公司章程对股权继承的限制，应以继承开始时之前的约定为准；被继承人死亡后公司股东对章程的修改，不能对继承人发生法律效力。也就是说，刘湘云如果在郝琳去世后修订章程限制郝父继承郝琳的股权，对郝父来说是不再具有法律约束力的。所以，有限公司如果需要通过章程维护公司人合性，防止继承人与公司原股东因经营理念不一致等问题影响公司未来发展的，则需尽早在公司章程中对股权继承问题作出约定。如果等到继承发生时才想到章程的作用，就为时已晚。

六、注册资本未缴足的股权之继承

如果郝琳的股权认缴资本没有实缴，郝父继承这些股权前是否需要先补足注册资本呢？有观点认为，继承人在继承这些股权之前，应该先补足去世股东的全部认缴资本。按这种观点，如果被继承的股权认缴资本金额很高的话，继承人的负担将不亚于高额遗产税。

实际上，《公司法》规定的股权继承是当然发生的，在股权继承中，继承人继承的是被继承人的股东资格，并不以被继承股权的注册资本实缴到位为前提。缴纳认缴资本只是股东应当履行的出资义务，未按期履行出资义务的股东，其股东权利可能受到限制，但并不能据此否认其股东资格。

继承人继承股权并成为公司新股东后，则需承担所继承股权对应的全部股东义务，包括足额缴纳认缴注册资本的义务。如果继承人未能按公司章程约定履行出资义务，则面临被其他股东追究违约责任、向公司债权人承担补充清偿责任等风险。

七、公务员、军人等能否成为公司股东

《公务员法》第五十三条禁止公务员从事或参与营利活动，或营利性组织中兼任职务；《解放军内务条令》第一百二十七条规定军人不得经商。这些规定使得公务员、军人不能登记为公司股东。

但有司法观点称，“公务员不得从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务”的规定是管理性强制性规范，而非效力性强制性规范。如果公务员作为隐名股东与显名股东签订股权代持协议的，代持协议并不会因违反上述规定而无效；而作为隐名股东的公务员，则可以享有代持股权所对应的财产权益，只是不能被登记为显名股东。[见（2014）沪二中民四（商）终字第 489 号案、（2015）一中民（商）终字第 5296 号案、（2014）并民终字第 1264 号等]

也就是说，公务员、军人等特定身份的人虽然不能登记成为公司股东，却能够通过代持协议等方式实际享有股权的财产权益。如果继承人是公务员或军人的，在不登记为公司股东的前提下，他们能够通过代持等方式持续享有被继承股权所对应的财产权益。

八、股权继承中的税务问题

在税法上，股权继承的发生视同为股权转让。在 2002 年国税总局财税[2002]191 号文确定股权转让不征收营业

税之后，股权继承所涉税种就只剩个人所得税与印花税。

根据 2015 年《股权转让所得个人所得税管理办法(试行)》第四条的规定，股权转让中个人所得税的应税所得额=股权转让收入－股权原值及合理费用。也就是说，缴纳个人所得税的前提是存在应税所得。在股权继承中，继承人没有因取得股权而支付任何对价款，被继承人也没有因为股权继承取得任何股权转让款，就不存在应税所得。所以继承人继承股权时，是不需要缴纳个人所得税的。

但是如果继承人再次转让继承股权的，则需缴纳个人所得税，应税所得额为股权转让收入减去股权原值及合理费用。因继承人继承股权时并没有支付任何价款，故继承股权的原值按继承人取得股权发生的合理税费与被继承股权的原值之和来计算。

将被继承股权变更登记至继承人名下时，继承人需按股权注册资本的 0.05%缴纳印花税。

九、有限公司股权继承中的其他问题

除上述几点外，有限公司股权继承中还会涉及到继承发生后公司股东人数超过 50 人如何处理、非完全民事行为能力人能否成为公司股东、胎儿的特留份等问题。这些问题基本上没有争议，笔者就不再细述。

十、继承完成后的公司控制权延续

如果被继承人是有限公司的控股股东或实际控制人，待继承人将股权继承中的所有障碍全部扫除、登记成为公司新的股东后，会面临原股东的控制权如何延续的问题。

在公司还有其他股东的前提下，只要控股股东有 2 个以上的继承人，而各继承人就公司控制问题达不成一致意见的话，他们就很有可能因为继承完毕后公司股权分散，失去被继承人原本享有的公司控制权。失去在股东会中的绝对表决权优势之后，继承人对公司的治理权也会受到影响，如无法完全控制董事成员、无法决定公司重大经营决策等。

就公司本身的运营与发展而言，如果原股东与新股东经营理念差别太大，在经营管理过程中就容易形成分歧；如果不能妥善解决，将会影响公司的后续成长。

有限公司的控股股东如果不想因为继承问题导致公司发展受阻的话，就必须提前安排股权继承的问题。可以通过公司章程限定股权由某一人单独继承，或者通过股权信托、投票权委托等方式分离股权的控制权与财产权，在确保各继承人都能享受继承股权财产利益的同时，又不会使公司控制权因为继承的发生而丧失。

结语

基于有限责任公司兼具人合性和资合性的特殊性，在有限公司成立之初，各股东就应该结合自己的传承安排和公司实际情况，对股权继承问题作出个性化的安排，这样才能避免股权继承发生后，由于股东意见分歧而造成公司发展受阻，甚至陷入僵局的局面，也能有效地避免各继承人在股权继承过程中产生过多的纠纷。如果郝琳在去世前，能对股权继承的事情提前作好安排，郝父与刘湘云的“世纪争产案”也就很难形成。

被执行人有待继承遗产如何处理？

2017-05-18 强制执行实务研究 付晓雷

最近遇到一个案件，被执行人名下无财产可以供执行，但经过调查发现其父母均已去世，留下房屋三套，被执行人有一个哥哥，此时会有以下问题：

被执行人放弃继承怎么办？

《中华人民共和国合同法》第 74 条第 1 款规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”

继承案件适用合同法合适吗？

《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 46 条规定:“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”

被执行人长时间不继承，怎么办？

《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 14 条规定：“对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有

份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。”

没有继承的房产是被执行人与其他人共有的财产吗？

我国《继承法》采用的是当然继承主义，遗产上的权利义务自继承开始即被继承人死亡时，当然归属于继承人，故在继承开始后、遗产分割前，遗产归各继承人共同共有。

那我的理解是，被执行人拖延继承遗产的，执行法官可以对应继承的遗产采取控制措施，以此来给被执行人试压。但暂时不能处理该遗产。

申请人也可以提起诉讼，代位起诉要求析产继承。

对的。

如果被执行人经验丰富，他继承了，但不过户，便将房子低价出售给他人怎么办？

看我第一条的回答，根据法律规定是可以撤销的。

撤销太麻烦，还要看是否善意等，有没有其他好办法？

我们可以要求被执行人把出售遗产的钱交到法院。

如果确定价格明显过低，或者拒不交到法院，可以追究被执行人责任，拘留被执行人，甚至追究拒不履行判决裁定罪。

那也就是说我可以把被执行人抓起来？判他，解气啊！

不要太乐观，按法律规定，是有这种可能的，但实践中。。。。。。。。。

所以执行案件重在预防，一旦进入执行就很难办？最好在诉讼阶段就让执行律师介入，防止被执行人转移财产。

夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（一）

2017-05-20 法学 45 度 徐忠兴

阅读提示：本文内容涵盖夫妻房产权属认定、房产分割请求权的界定、离婚房产分割方式、共有房产的处分等几类纠纷的司法裁判要点，共计 96 条。每一条裁判要点均由要点、解析、索引三部分组成，所有引证资料均来源于最高人民法院公开出版或编发的权威著述，力求体现司法实践的通行规则，以便为您的实务工作提供有理有据的操作指引。本文未经授权，谢绝转载。

作者：徐忠兴〔私信：xzx_lawyers〕

来源：法学 45 度〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

1.居住权不具有物权属性，因居住权产生的纠纷，应当根据婚姻家庭法律、民法通则或者合同法等予以调整，权利人不能获得物权保护。

解析：居住权是指居住人对他人所有的住房及其附属设施享有的占有、使用的权利。该项权利可以基于遗嘱、遗赠、婚姻、合同约定等不同基础法律关系而产生。相应地，居住权因不同基础法律关系而体现为身份权或合同权利。我国立法不承认居住权的物权属性，当事人在居住权名义下形成的权利义务关系，应当根据婚姻家庭法律、民法通则或者合同法等予以调整，权利人不能获得物权保护。即因身份关系产生的居住纠纷应当由婚姻家庭法调整，因当事人意思表示产生的居住问题应当由民法通则、合同法调整。

索引：刘爱真、郭伟宏诉郭国荣、陈梅珍、郭灿彬、黄绵物权确认纠纷案（福建省泉州市中级人民法院〔2013〕泉民终字第 2914 号民事判决），见欧阳波：《因身份关系产生居住权纠纷应由婚姻家庭法调整》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2014 年第 24 期。

2.夫妻双方将共有的不动产登记在子女名下，但无赠与的意思表示的，不应认定该不动产属于子女的个人财产。

解析：不动产物权登记具有公示效力，但该公示所表现的物权，对登记名义人是否具有权利正确性仅具有推定作用，而非确定作用。对于不动产物权登记提出相反主张的一方当事人，如果举出充分证据证明登记的物权与事实物权不一致的，人民法院应当对该不动产的事实物权依法作出判定。基于上述，夫妻双方虽然将共有的不动产登记在子女名下，但没有证据证明其已将该不动产赠与子女的，则不能以不动产登记为由认定该不动产属于子女的个人财产。

索引：凌柱三等 4 人诉谢家骅继承纠纷案（北京市高级人民法院〔2008〕高民终字第 584 号民事判决），见邹治：《凌柱三等诉谢家骅析产继承案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2009 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社、人民法院出版社 2010 年版，第 487—491 页。

3.父母出资购房将产权登记在子女名下，子女承诺由父母居住使用，嗣后子女要求对该房屋分别行使物权，损害父母生活的，人民法院不应支持。

解析：父母出资购房将产权登记在子女名下，具有赠与性质，该房屋应属子女共有。根据《婚姻法》第二十一条的规定，子女对父母有赡养扶助的义务，子女不仅应在物质上赡养父母，满足父母日常生活的物质需要，也应在精神上慰藉父母，善待父母，努力让父母安宁、愉快地生活。子女对父母赠与的房屋承诺由父母居住使用的，父母的居住权益应予保护。《物权法》第七条规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。”据此，子女要求依《物权法》对上述房屋分别行使物权，如果损害父母生活，与善良风俗、传统美德的要求不符，人民法院依法不应支持。

索引：刘柯妤诉刘茂勇、周忠容共有房屋分割纠纷案（重庆市第五中级人民法院 2015 年 9 月 10 日民事判决），载最高人民法院办公厅主办：《中华人民共和国最高人民法院公报》2016 年第 7 期（总第 237 期）。

4.夫妻采用约定财产制的，对所涉不动产的权属认定，在不涉及婚姻家庭以外第三人利益的情况下，应当适用《婚姻法》的相关规定，而不宜以产权登记作为绝对依据。

解析：《物权法》第九条第一款规定：“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。”据此，不动产物权以登记作为公示手段，物权变动以办理登记手续为生效要件。可见，登记行为在不动产物权归属中具有重要作用，直接决定着不动产物权的产生、变更和消灭。但是，上述规定中的“但书”条款允许其他法律对不动产物权变动作出不同规定。在婚姻财产纠纷案件中，根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻之间达成的婚内财产分割协议是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定，是双方协商一致对家庭财产进行内部分配的结果，该约定对夫妻双方具有约束力，在不涉及婚姻家庭以外第三人利益的情况下，对所涉不动产的权属确定，应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人，而不宜以产权登记作为确认不动产权属的绝对依据。在案件审理中，应当考虑此类案件所涉《婚姻法》的特殊制度，例如存在夫妻财产约定时，则可据此在夫妻之间确定物权的真实归属。

索引：唐凌诉李英爱、唐某某继承纠纷案（北京市第三中级人民法院〔2014〕三中民终字第 9467 号民事判决），载最高人民法院办公厅主办：《中华人民共和国最高人民法院公报》2014 年第 12 期（总第 218 期）；另见王忠、朱伟：《夫妻约定财产制下的不动产物权变动》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2015 年第 4 期。

5.父母以其已婚子女的名义购买房屋并赠与子女，在房屋未交付使用且产权登记尚未完成前又撤销赠与的，人民法院不应认定父母实际支付的购房款属于子女夫妻共同财产并进行分割。

解析：父母以其已婚子女的名义购买房屋并预付部分购房款，并向子女作出赠与的意思表示，但未要求子女继续支付剩余购房款的，表明父母欲赠与的标的物是所购房屋而非购房款，且因父母没有作出将所购房屋只赠与自己子女的特别意思表示，故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款“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”的规定，应当视为该房屋系父母对子女夫妻双方的赠与。《合同法》第一百八十七条规定：“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。”即赠与物属于需要进行登记所有权才发生转移的，应当办理登记手续，未登记的，受赠人不能取得赠与物的所有权。因此，在赠与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项赠与。在父母行使撤销权后，所购房屋并未转化为子女夫妻双方的共同财产。在此情形下，如果子女因离婚或离婚后分割夫妻共同财产问题进行诉讼，人民法院依法不应认定父母赠与的是已经实际支付的购房款，进而将上述购房款作为夫妻共同财产进行分割。

索引：罗某与黄某、赵某赠与合同纠纷案，见韩玫、余国英、沈妙：《夫妻一方父母以子女名义购置房屋，应认定赠与的是房屋还是购房款》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2010 年第 4 集（总第 44 集），法律出版社 2011 年版，第 185—189 页。

6.父母支付购房首付款，房屋产权登记在子女名下，并由子女支付购房余款的，应当认定父母赠与的是购房首付款而非房屋所有权。

解析：根据《合同法》第一百八十五条的规定，赠与是指“赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与”的一种合意。可见，赠与时，赠与人无偿给予受赠人的应当是自己的财产，即赠与人在赠与之前应当已经享有赠与财产的所有权。根据《物权法》第九条第一款的规定，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，故在赠与财产系不动产的情形下，该不动产应当是在赠与之前已经依法登记在赠与人名下的不动产。而在房屋买卖过程中，买受人支付购房首付款后，还需要进一步支付房屋剩余价款、依法缴纳税金、办理产权登记手续等，才能取得所购房屋的所有权，如果仅支付了购房首付款，并不能直接取得房屋所有权。因此，父母虽然支付了购房首付款，但房屋产权登记在子女名下，则其子女即为当然的房屋产权人，父母并不享有该房屋的所有权，根据上述《合同法》对赠与的规定，其不享有该房屋的处分权，故其赠与的当然不可能是房屋所有权，而只能是购房首付款。

索引：毛炜诉毛海明、陈素贞物权保护纠纷案（浙江省衢州市中级人民法院〔2013〕浙衢民终字第335号民事判决），见潘婷：《父母出资首付房款赠与的并非产权——浙江衢州中院判决毛炜诉毛海明、陈素贞物权保护纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2014年12月18日第6版“案例精选”。

7.夫妻之间关于不动产物权的约定，无须办理物权变动登记手续，即可在夫妻之间发生物权变动的效力，基于该约定取得物权的一方，在其权利受到侵害时，有权请求司法保护。

解析：《物权法》第九条第一款规定：“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。”据此，不动产物权的变动，原则上应当经过法定登记手续，否则不发生物权变动的效力，但该条中的除外条款亦保留了法律另有规定的物权变动效力。关于夫妻之间的不动产物权归属，《婚姻法》第十九条规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有；约定应当采用书面形式；夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。可见，夫妻之间关于不动产物权的约定，无须另行经过不动产物权变动登记手续，一旦约定生效，即在二人之间发生物权变动的效力。因此，基于夫妻财产约定享有不动产物权的一方，即使未经不动产物权变动登记手续，其享有的物权仍然具有对抗债权的效力，在其权利受到侵害时，亦具有寻求司法保护的权利。

索引：王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案（北京市大兴区人民法院〔2016〕京0115民初11974号民事判决），见张纪云：《基于夫妻财产约定的不动产物权在未经登记下的司法保护——北京大兴法院判决王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2016年11月10日第6版“案例精选”。

8.夫妻一方将其所有的房产约定为双方共同所有或部分各自所有、部分共同所有的，该约定一经做出即产生物权变动效果，一方不得以赠与为由行使任意撤销权。

解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”该条的主旨是夫妻之间赠与房产可以适用《合同法》的相关规定，即赠与方享有任意撤销权。但是，该条规定仅适用于夫妻一方将其所有的房产全部约定为另一方所有的情形，而不能涵盖夫妻一方将其所有的房产约定为双方共同所有或部分各自所有、部分共同所有的情形。对于后者，应当适用《婚姻法》第十九条的规定。根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。该条并未规定相应的财产应当办理物权变动手续，意味着夫妻双方的约定一经做出立即产生物权变动效果，无需另行履行物权变动手续。相对于《物权法》及《合同法》等一般财产法，《婚姻法》的上述规定属特别规定，故应当优先适用《婚姻法》的规定，而不应适用《物权法》关于物权变动的登记或交付生效规则以及《合同法》关于赠与合同的任意撤销规则。因此，夫妻一方将其个人所有的房产约定为双方共同所有，即使该房产未经变更登记，也已发生物权变动效力，一方不得以赠与为由行使任意撤销权。

索引：马某诉张某离婚纠纷案（山东省青岛市中级人民法院〔2015〕青民五终字第1307号民事判决），见马杰、肖长伟：《附身份财产法律行为应优先适用身份法》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2016年第17期。

9.夫妻双方对婚姻关系存续期间所得财产以及婚前财产的归属作出约定的，对双方具有约束力，一经约定即发

生物权变动，但不动产未经登记不能对抗善意第三人。

解析：根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。该约定的效力可以分为对内及对外效力两个方面。在对内方面，《婚姻法》的立法本意在于尊重夫妻双方的真实意思表示，故夫妻间的约定无需另行经过物权变动手续，在婚姻关系内部对夫妻双方具有约束力；在对外方面，因涉及交易第三人及交易安全，对夫妻财产约定的法律适用，应当适用《物权法》、《合同法》等一般财产法的规定，未经物权变动登记的不动产因不符合物权变动公示的规定，故不得对抗善意第三人。

索引：臧旭霞执行异议审查案（广东省广州市中级人民法院〔2014〕穗中法执复议字第 101 号民事裁定），见殷雨晴：《臧旭霞执行异议审查案——离婚协议是否具有物权变动效力》，载最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2016 年第 2 辑（总第 96 辑），人民法院出版社 2016 年版，第 145—149 页。

10. 夫妻双方将婚后共有房产约定为夫妻一方所有的，属于“夫妻财产约定”，不属于“夫妻房产赠与”，即使没有办理物权转移登记，亦不影响一方依据约定取得该房产的所有权。

解析：《婚姻法》第十九条第一款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”该条规定了“夫妻财产约定”的三种类型，即各自所有、共同所有和部分各自所有、部分共同共有。这三种类型不包括夫妻一方将个人所有的财产约定为另一方所有的情形，也就是说不包括将一方所有的财产纯赠与另一方的情形。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”对于该条规定的“夫妻房产赠与”应作狭义解释，即只针对一方将个人所有的房产赠与另一方单独所有的情形。可见，“夫妻房产赠与”不同于“夫妻财产约定”，“夫妻房产赠与”以登记发生物权效力，办理物权转移登记的，房产的权属发生转移，尚未办理物权转移登记的，赠与方可依《合同法》的规定撤销赠与。而“夫妻财产约定”，只要是双方真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，亦不损害社会公共利益和第三人权益，即应认定为有效，对双方具有约束力，即使没有办理物权转移登记，亦不影响一方依据协议约定取得财产的所有权。

索引：师小丽诉陈浩离婚纠纷案（北京市第三中级人民法院〔2014〕三中民终字第 06092 号民事判决），见李春香：《师小丽诉陈浩离婚纠纷案——夫妻约定共有房产归一方所有，无需物权转移登记即产生法律效力》，载最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2015 年第 4 辑（总第 94 辑），人民法院出版社 2016 年版，第 89—94 页。

11. 夫妻一方以另一方的名义签订房屋抵押合同，该房屋能否发生物权变动，不影响抵押合同的效力，认定该合同的效力应当适用无权代理规则。

解析：《物权法》第十五条确定了物权变动原因与结果区分原则。合同作为物权变动的原因，其本身属于负担行为，仅产生履行给付的义务，而不直接发生物权变动，故合同的效力不以处分人对标的物享有所有权或处分权为要件，无权处分行为并不必然导致合同无效。申言之，不动产抵押合同本身属于负担行为，当事人对抵押标的物没有处分权，以及抵押标的物能否发生物权变动的结果，并不影响抵押合同的有效性。因此，夫妻一方以另一方的名义签订房屋抵押合同的，人民法院不能以其无处分权或抵押房屋不能发生物权变动为由，确认抵押合同无效，认定该抵押合同的效力原则上应当适用无权代理的规则。无权代理行为原则上属于待追认行为，但相对人有理由相信行为人有代理权的，构成表见代理，合同有效。

索引：郭自东诉招商银行股份有限公司北京分行借款担保合同纠纷案（北京市第三中级人民法院〔2014〕三中民终字第 11401 号民事判决），见孙妍：《夫妻一方系冒名时签订的抵押房屋合同的效力》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2015 年第 16 期。

12. 夫妻双方实行约定财产制的，如果不涉及第三人利益，应当根据双方达成的婚内财产分割协议确认相关不动产物权归属，优先保护事实物权人，不宜以产权登记作为唯一依据。

解析：《婚姻法》第十九条第一款对夫妻约定财产制作了明确规定，即“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。” 夫妻约定财产制系夫妻双方不以离婚为目的对夫妻共同财产以及婚前财产作出的分割，在不涉及第三人利益的情况下，应当尊重夫妻的真实意思表示，应为合法有效。夫妻实行约定财产制是夫妻双方协商一致对家庭财产进行内部分配的结果，不涉及家庭外部关系，该财产关系依附于夫妻之间的人身关系而产生，与一般主体之间的财产关系不同，故应优先和主要适用《婚姻法》的相关规定，《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定应作为补充。《物权法》以登记作为不动产物权变动的法定公示要件，未经登记不发生物权效力，但《婚姻法》并未规定夫妻之间实行约定财产制时，应当办理物权登记。因此，在夫妻双方实行约定财产制的情形下，如果双方对婚后共同取得的不动产物权归属发生争议，只要有充分证据足以确定该不动产的权属状况，且不涉及第三人利益，就应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人，不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据。

索引：唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案（北京市第三中级人民法院 2014 年 8 月 25 日民事判决），载最高人民法院办公厅主办：《中华人民共和国最高人民法院公报》2014 年第 12 期（总第 218 期）。

13. 恋爱一方为缔结婚姻关系，将自己购买的房屋登记为双方共有，双方之后没有登记结婚的，应当认定房屋属于出资一方所有，未出资一方对该房屋有贡献的，出资一方应当给予其相应的补偿。

解析：根据《物权法》第九条、第十六条的规定，不动产登记具有公示、公信效力，即经合法登记的不动产权利人在法律上推定为真正的权利人。但依据《物权法》第十九条第一款的规定，“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。”这表明不动产登记只是证权程序，人民法院可以依据查明的事实对不动产登记的权属予以否定。基于上述，恋爱一方出于对对方的感情和信任，为缔结婚姻关系，将自己独自出资购买的房屋登记为双方共有的，应当认为其中暗含了要求缔结婚姻关系的条件，可视为一种附条件的民事法律行为。根据《民法通则》第六十二条的规定，“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效”，如果双方之后没有登记结婚，应视作所附条件未成就，人民法院可以据此否定房屋登记的权属状态，认定房屋属于出资一方所有。同时，基于公平原则，人民法院可以在考虑未出资一方对该房屋有无贡献的基础上，确定是否由出资一方给予其相应的补偿。

索引：何国强诉顾月娟所有权确认纠纷案（广东省新兴县人民法院〔2012〕云新法民初字第 878 号民事判决），见赵炳乾、刘贵妍：《何国强诉顾月娟所有权确认纠纷案——恋爱关系终止后购置房屋的权属确定》，载最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2015 年第 3 辑（总第 93 辑），人民法院出版社 2016 年版，第 67—72 页。

14. 夫妻离婚时登记在一方名下的共有房屋确定归另一方所有，但未办理权属变更登记，亦未就过户费用的负担予以处理的，离婚后未分得房屋所有权的一方对该笔费用仍应承担分担义务。

解析：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 17 条的规定，夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负的债务，属于夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。据此，夫妻双方因共有房屋变更登记所应支付的过户费用，系为满足双方共有物的权利圆满状态的实现而负担的债务，属于双方为共同生活所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。即使该笔费用发生在双方离婚后，双方对该笔债务亦应承担连带清偿责任。因此，如果双方离婚时将登记在一方名下的共有房屋协议或判决归另一方所有，但未办理权属变更登记，且双方对变更登记所应支付的过户费用如何负担没有进行处理的，则离婚后未分得房屋所有权的一方对该笔费用仍应承担分担义务。

索引：赵某诉原某离婚后财产纠纷案（黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院〔2015〕齐民一终字第 227 号民事判决），见李国军、孙宪军：《离婚后仍需承担原共有房屋产权变更费用》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2016 年第 2 期。

15. 外籍夫妻一方在中国购买房屋并登记在自己名下，另一方诉请适用中国法确认该房屋为夫妻共同财产，但双方未协议选择适用法律且在中国无固定住所地的，人民法院应予驳回。

解析：人民法院审理涉外民事案件应当遵循《涉外民事法律关系法律适用法》和《民法通则》中涉外民事法律关系一章和最高人民法院相关的司法解释中的规定以及我国与其他国家或国际组织签订的双边或多边条约、协议中

的相关规定。上述法律、司法解释和我国缔结的双边、多边条约没有规定，则应当考虑国际私法理论中的一般原则。《涉外民事法律关系法律适用法》第二十四条规定："夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。"据此，在夫妻双方均为外国人的情形下，虽然涉案房屋在中国，如果双方没有就选择适用法律问题形成合意，且当事人在中国并无固定住所地，则一方当事人要求适用中国法，不符合《涉外民事法律关系法律适用法》第二十四条的规定，也不符合国际私法中的最密切联系地原则，其要求适用中国法确认涉案房屋为夫妻共同财产的做法明显具有规避其本国法适用的目的，依法应予驳回。

索引：黄明姝与张查理所有权确认纠纷案，见韩玫：《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》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 4 辑（总第 52 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 129—132 页。

16. 当事人因配偶死亡后无固定生活来源和其他居住条件，应当认定其对配偶的房屋享有合法居住权，该居住权可以对抗房屋所有权人的排除妨害请求权。

解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十七条规定："婚姻法第四十二条所称'一方生活困难'，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住处的，属于生活困难。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。"根据该条规定，离婚后，生活困难的一方对另一方的房屋有居住权。该条的立法目的主要在于维护离婚后弱势一方利益，保障其基本的生活权益。同理，对于因配偶死亡后既无固定生活来源亦无其他居住条件的另一方，可以类推适用上述司法解释的规定。在夫妻一方死亡、另一方无其他居住条件的情况下，另一方因婚姻关系产生的对死亡一方的房屋享有的居住权益并不因夫妻一方死亡而消灭。在另一方无其他住房，又无固定生活来源且对涉案房屋享有合法居住权的情况下，该房屋的继受取得人要求另一方迁出该房屋的，有违公序良俗，人民法院不应支持。如果另一方此后另有居所或生活条件有较大改善，双方对涉案房屋的居住问题可另行协商，协商不成的，房屋的继受取得人可另行主张权利。

索引：高见诉张圣菊排除妨害纠纷案（江苏省南通市中级人民法院〔2014〕通中民终字第 0169 号民事判决），见谷昔伟、曹璐：《居住权可对抗房屋所有权人排除妨害请求权》，载最高人民法院机关刊：《人民司法•案例》2015 年第 18 期。

17. 遗嘱不能撤销在先民事协议对房屋权属的约定，遗嘱人的后一配偶虽不是协议当事人，但可依善良风俗继受取得遗嘱人前一配偶享有的房屋居住权。

解析：民事协议一经签订，即在当事人之间产生拘束力，非经当事人协商一致或依法律规定，单方不得撤销或者变更。因遗嘱属于单方法律行为，故不能撤销在先民事协议中对相关遗产的处分行为。鉴于此，当事人之间就房屋产权达成处分协议后，遗嘱人又以遗嘱的方式撤销或者变更该房屋的处分约定的，依法应当认定无效。居住权是指以居住为目的，对他人享有所有权的房屋及其附属设施享有占有、使用的权利，其目的在于保护社会中弱势群体的基本住房权。虽然《物权法》未规定居住权制度，但并不意味不保护特定当事人的居住权。设立居住权，可以根据遗嘱或者遗赠，也可以按照合同约定。遗嘱人与相关当事人达成房屋所有权处分协议，并约定其与配偶享有居住权的，应认定该协议不违反法律规定，应为有效。遗嘱人的后一配偶虽不是该协议的当事人，但作为遗嘱人的合法配偶，应当在遗嘱人的前一配偶死亡后继续享有房屋居住权，这不仅符合相关协议的本意，也符合我国家庭生活的善良风俗和伦理道德。因此，依据协议取得房屋所有权的人请求遗嘱人的后一配偶腾房的，人民法院不应支持。

索引：蒋琳诉廖联会物权保护纠纷案（重庆市第五中级人民法院〔2010〕渝五中法民终字第 1978 号民事判决），见代贞奎：《家事诉讼中居住权的保护——重庆五中院判决蒋琳诉廖联会物权保护纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2011 年 4 月 28 日第 6 版"案例指导"。

18. 一方婚前购房，婚后将部分产权变更登记在未出资方名下的，应当认定该房屋为双方按份共有，离婚时应当依据购房时的出资、房屋的市场现值等情况，由出资方对未出资方予以适当补偿。

解析：婚前一方出资购买的房屋，婚后出资方在房屋产权证上添加未出资方的名字，将部分产权变更登记在未出资方名下的，应视为对未出资方的赠与，未出资方应当拥有该房屋部分产权份额，即该房屋应为夫妻双方按份共有。由于出资方将部分产权变更登记在未出资方名下通常是为了顺利结婚或者婚后维持婚姻关系，如果在双方未能

顺利结婚或者离婚时法院判决全部支持未出资方的产权份额，则对出资方显失公平，因此，离婚时对该房屋的分割，有协议的应按协议处理；没有协议的，应当考虑购房时出资的多少、目前房屋的市场价格、婚姻持续时间长短以及双方对房屋价值的贡献大小等情况，合理确定未出资方的份额，并由出资方对未出资方予以适当的补偿。

索引：金静诉殷伟建离婚纠纷案（上海市第二中级人民法院〔2008〕沪二中民一〔民〕终字第 3010 号民事判决），见朱咏梅、褚虹：《金静诉殷伟建离婚案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2009 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社、人民法院出版社 2010 年版，第 443—448 页。

夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（二）

2017-05-21 法学 45 度 总第 210 期 徐忠兴

阅读提示：本文内容涵盖夫妻房产权属认定、房产分割请求权的界定、离婚房产分割方式、共有房产的处分等几类纠纷的司法裁判要点，共计 96 条。每一条裁判要点均由要点、解析、索引三部分组成，所有引证资料均来源于最高人民法院公开出版或编发的权威著述，力求体现司法实践的通行规则，以便为您的实务工作提供有理有据的操作指引。本文未经授权，谢绝转载。

作者：徐忠兴〔私信：faxue45du〕

来源：法学 45 度〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

19. 男女双方根据离婚协议履行了财产权利的变更手续，但在双方协议离婚之前，已经变更权利人的财产仍属于夫妻共同财产。

解析：根据《婚姻登记条例》第十一条第三款的规定，离婚协议是男女双方在婚姻关系存续期间，以离婚为基本目的，就解除婚姻关系、财产分割、子女抚养、债务处理等问题达成的协议。该协议是一种要式协议，即双方当事人应当达成离婚合意，并在协议上签名确认才能生效。因离婚协议中有关财产处理的约定是以双方协议离婚为前提的，故在双方未能协议离婚的情况下，该约定因欠缺离婚的前提条件而不能生效，对双方当事人均不产生法律约束力，不能当然作为人民法院处理离婚案件的直接依据。双方当事人按照该协议所进行的履行行为不发生法律效力。因此，双方当事人在协议离婚之前虽然已经履行了财产权利的变更手续，但并不发生物权效力，已经变更权利人的财产仍属夫妻婚姻关系存续期间的共同财产。

索引：莫君飞诉李考兴离婚纠纷案（广东省怀集县人民法院 2010 年 12 月 2 日民事判决），载最高人民法院办公厅主办：《中华人民共和国最高人民法院公报》2011 年第 12 期（总第 182 期）。

20. 婚前以一方名义购买的房改房屋，婚后取得产权证并用夫妻共同财产补交部分购房款的，离婚时应当判决归一方所有为宜，但应考虑房屋价格的市场因素对另一方给予合理补偿。

解析：夫妻一方在婚前参加单位的房改并支付大部分购房款的情况下取得房改房屋，虽然房屋产权证的取得是在婚后，但不动产物权登记的立法目的在于维护交易安全，保护善意第三人的利益，而在离婚诉讼中，房屋的处理只在夫妻之间进行，并不存在与善意第三人的利益冲突，对于诉争房屋的事实及权利状态，夫妻双方都是清楚知晓的，故机械地以房屋产权证取得时间作为区分一方的个人财产或夫妻共同财产的标准，难免有失公允。尤其对婚前一方支付了绝大部分购房款，只是尚未取得房屋产权证书的情形，就更加显得不公平。一方婚前签订了购房合同，支付了部分房款，已实际取得债权或物权期待权，如果认定房屋产权证书只要在婚姻关系存续期间取得就一概认定该房屋归夫妻共同所有，等于漠视了一方的物权期待权。因此，对婚前以一方名义购买并支付大部分购房款的房改房屋，离婚时判决归一方所有为宜，但对婚姻关系存续期间用夫妻共同财产补交剩余购房款的，应当考虑房屋价格的市场因素，对另一方给予合理补偿。

索引：魏某某与徐某某离婚纠纷案，见吴晓芳：《婚前以一方名义购买的房屋，婚后用夫妻共同财产补交部分购房款， 离婚分割时应考虑房屋价格的市场因素予以合理补偿》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2008 年第 4 集（总第 36 集），法律出版社 2009 年版，第 100—102 页。

21. 夫妻一方用婚前个人财产购买房屋，并登记在自己名下的，应认定为个人财产，其自然增值也应属于个人财产。

解析：夫妻一方在婚后用自己婚前财产购买的房屋，不能机械地认为该房屋系婚后购买就属于夫妻共同财产，

还要审查购买房屋的资金来源。根据民法的基本原理，货币形式和其他财产形态之间的转化并不改变所有权的性质。因此，夫妻一方用婚前个人财产购买房屋，并登记在自己名下的，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（三）》第五条规定："夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。"其中，夫妻一方个人财产在婚后的自然增值，是指该增值的发生因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻一方或双方的协作劳动、努力或管理等并无关联。该部分增值应当认定为夫妻一方的个人财产。

索引：王某某与李某离婚纠纷案，见程律、吴晓芳：《个人所有房屋的婚后收益认定及其处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 4 辑（总第 56 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 118—123 页。

22. 夫妻一方个人所有的房屋婚后用于出租，房屋租金收入属于经营性收益，应认定为夫妻共同财产。

解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条规定："夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。"适用该条规定，应当注意正确理解收益与孳息的确切含义。一般来说，"收益"是"孳息"的上位概念，包括孳息但又超出孳息的范围。该条规定中的"孳息"一词应作限缩解释，专指非投资性、非经营性的收益，对此应认定为夫妻一方的个人财产。如果夫妻一方个人财产在婚后产生的孳息系由夫妻双方共同劳动、管理产生的，则应归入生产、经营性收益，根据《婚姻法》第十七条第一款第（二）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（二）》第十一条第（一）项的规定，应当归夫妻共同所有。夫妻一方用婚前个人所有的房屋出租并获取租金收益，属于经营性收益，依据上述规定，该租金收益应认定为夫妻共同财产。

索引：王某某与李某离婚纠纷案，见程律、吴晓芳：《个人所有房屋的婚后收益认定及其处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 4 辑（总第 56 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 118—123 页。

23. 婚前一方父母以己方子女名义出资购买不动产，婚后继续为该不动产偿还贷款且登记在己方子女名下的，应认定该不动产为婚前一方的个人财产。

解析：婚前一方父母以己方子女名义签订不动产买卖合同、支付首付款并在银行贷款，婚后继续为该不动产偿还贷款，不动产登记在己方子女名下的，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第一款的规定，"当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外"，既然婚前一方父母以己方子女名义出资购买不动产且登记在己方子女名下，并在婚后继续偿还贷款，虽该不动产产权登记办理完毕发生在子女结婚后，但该不动产仍应认定为一方父母对己方子女的个人赠与，属于婚前一方的个人财产，离婚时另一方要求按夫妻共同财产分割的，依法不应支持。

索引：王靖晶诉吴松离婚纠纷案（黑龙江省大庆市龙凤区人民法院〔2011〕龙民初字第 472 号民事判决），见林淑芳：《王靖晶诉吴松离婚纠纷案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2012 年第 2 辑（总第 80 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 85—88 页。

24. 认定夫妻一方在配偶死亡后所购买的公房是否属于夫妻共同财产，应当查明购房款的来源，不得以购房时享受了配偶生前工龄优惠为由，认定该公房为夫妻共同财产。

解析：夫妻一方死亡后，如果遗产已经继承完毕，健在一方用自己的积蓄购买的公有住房应视为个人财产，购买该房时所享受的已死亡配偶的工龄优惠，只是属于一种政策性补贴，而非财产或财产权益，不得以此为由确认所购房屋为夫妻共同财产；如果遗产没有分割，应当查明购房款是夫妻双方的共同积蓄还是配偶一方的个人所得，以此确认所购房屋是夫妻共同财产还是个人财产，如果购房款是夫妻双方的共同积蓄，则所购房屋应视为夫妻共同财产。

索引：赵翔、沈红、沈慧、杨志辉、杨畅琪、赵小菁诉刘仕明物权保护纠纷案（湖南省长沙市芙蓉区人民法院〔2011〕芙民初字第 751 号民事判决），见王双石：《赵翔等诉刘仕明物权保护纠纷案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2012 年第 3 辑（总第 81 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 175—178 页。

25. 夫妻在婚姻关系存续期间购买的不动产，离婚后取得权属证书的，应当认定为夫妻共同财产。

解析：根据《婚姻法》第十七条、第十九条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，除双方有相反约定

外，归夫妻共同所有。对于夫妻在婚姻关系存续期间购买、离婚后取得权属证书的不动产，认定其是否为夫妻共同所有，不能片面地强调双方在婚姻关系存续期间未申请登记、领取所有权证书的形式要件，而忽视其在婚姻关系存续期间已支付价款的实质要件。由于相关买卖合同合法有效，交付不动产、取得不动产权属证书是该合同履行的必然结果，已支付的价款就物化为不动产，理应受法律保护，故应认定为夫妻共同财产；至于该不动产在婚姻关系存续期间尚未实际交付使用、领取所有权证书，并不能改变其夫妻共有的性质。

索引：晏丁香诉王良红确认遗嘱效力纠纷案（福建省三明市中级人民法院〔2001〕三民终字第 382 号民事判决），见刘希星：《晏丁香因原夫葛春辉在离婚诉讼中隐瞒预购房在离婚后取得产权并立遗嘱处分给后妻诉遗嘱继承人王良红归还该房一半产权案》，高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2002 年第 2 辑（总第 40 辑），人民法院出版社 2002 年版，第 88—95 页；另见刘希星、周卫华：《晏丁香诉王良红案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2002 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 1—6 页。

26. 结婚证不能证明夫妻双方对不动产的共有关系。

解析：结婚证是男女双方确立夫妻关系的证明；而不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。二者证明的对象不同。虽然《婚姻法》对夫妻财产的个人所有、共同共有等作了规定，但对不动产而言，登记才具有公示公信效力。依照《婚姻法》的规定，不动产为夫妻一方所有的，应申请登记在一方名下；为夫妻共有的，应申请登记在夫妻双方名下。如果申请错误，将实属一方所有的不动产申请登记在夫妻双方名下或者将实属夫妻共有的不动产申请登记在夫妻一方名下，可以申请登记机构更正；如果夫妻双方对不动产是否属于共有发生争议，可以通过民事诉讼予以解决，再根据民事诉讼结果来决定是否申请登记机构更正。因此，结婚证不能代替不动产权属证书，也不能以结婚证来否定不动产登记的物权效力。

索引：杨光群诉四川省泸州市规划建设局房屋行政登记案（四川省泸州市中级人民法院〔2008〕泸行终字第 31 号行政判决），见姜学东：《夫妻一方以虚假手段办理房屋抵押登记的，可判决纠正——杨光群诉四川省泸州市规划建设局房屋行政登记案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编著：《人民法院案例选（月版）》2009 年第 3 辑（总第 3 辑），中国法制出版社 2009 年版，第 117—128 页。

27. 一方婚前购买但婚后领取产权证的房屋，另一方无证据证明该房屋系双方共同出资购买的，仍属一方婚前个人财产，而不属于夫妻共同财产。

解析：夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有。一方在婚前购买的房屋，婚后取得房屋产权证的，因不动产物权登记的立法目的在于维护交易安全，保护善意第三人的利益，而在离婚诉讼中，房屋的处理问题只在夫妻之间进行，并不存在与善意第三人的利益冲突，故机械地以房屋产权证取得时间作为区分一方的个人财产或夫妻共同财产的标准，难免有失公允。对于此类房屋的归属，应结合相关法律规定加以认定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十九条的规定，夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。因此，一方在婚前购买的房屋，即使一方系在婚后才依法办理房屋产权证，但房屋权属归一方所有的性质并不因此而发生变化，如果另一方无证据证明该房屋系双方共同出资购买，则仍应为一方婚前个人财产，而不属于夫妻共同财产。

索引：张玉香诉祁万钧离婚纠纷案（青海省果洛藏族自治州中级人民法院〔2009〕果民一终字 01 号民事判决），见史来万：《张玉香与祁万钧离婚案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2010 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 341—345 页。

28. 夫妻双方按揭贷款购买房屋时，父母有小部分出资，但房屋产权登记在夫妻双方名下的，不应视为婚后父母为子女购房，该房屋应属夫妻共同财产。

解析：婚姻关系存续期间，夫妻双方按揭贷款购买房屋，并登记在夫妻双方名下，依据《婚姻法》第十七条的规定，该房屋属于夫妻共同财产。虽然夫妻购买房屋时，父母有小部分出资，但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款的规定，该出资一般应认定为对夫妻双方的赠与，除非父母明确表示赠与给一方。基于该房屋所有权登记在夫妻双方名下这一事实，除非父母能够提供证据证明该出资仅为赠与夫妻一方，否则应认定父母的出资系对夫妻双方的赠与。根据《婚姻法》第十七条第（四）项的规定，当事人婚后接受赠与所取得的财产，除赠与人明确表示赠与一方的外，都应属于夫妻共同共有财产。因此，夫妻双方按揭贷款购买房屋时，父母虽有小部分出资，但除非父母明确表示赠与一方的，应当认定为夫妻共同财产。

索引：张某与李某、李某某离婚后财产纠纷案（浙江省衢州市柯城区人民法院〔2009〕衢柯民初字第 221 号民事判决），见吕秋红：《张某诉李某等离婚后财产纠纷案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2011 年第 4 辑（总第 78 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 108—112 页。

29.婚姻关系存续期间，夫妻双方将其实际取得及应当取得的住房公积金用于购买房屋的，所购房屋应属于夫妻共同财产。

解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十一条第（二）项的规定，婚姻关系存续期间，男女双方实际取得或者应当取得的住房公积金，属于夫妻共同财产。基于此，在婚姻关系存续期间，夫妻双方将其实际取得及应当取得的住房公积金用于购买房屋，购买的房屋亦应属于夫妻共同财产。因此，离婚时夫妻一方有权要求对该房屋进行分割。需要注意的是，在离婚案件处理中，作为夫妻共同财产予以分割的住房公积金只能是婚姻关系存续期间所得的和应得的部分，婚姻关系存续期间之外的，则属于个人财产，离婚时夫妻一方要求对该部分财产进行分割的，不应支持。

索引：杨照新诉宋发海离婚后财产纠纷案（山东省济南市历城区人民法院〔2008〕历城民初字第 1634 号民事判决），见田为民：《杨照新诉宋发海离婚后财产案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2009 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社、人民法院出版社 2010 年版，第 440—443 页。

30.因公有住房出售而取得的房屋所有权，属于公有住房出售时具有购房资格的家庭同住人员共同共有。

解析：物权具有排他性特征，但因公有住房出售而取得的房屋所有权在本质上有别于一般情况下通过交易方式而取得的房屋所有权。通过公有住房出售方式所取得的房屋所有权，由于购房人并非完全按照市场价格出资购买，其购房价格具有较强的福利色彩，故在政策上对其使用和处分权能存在相应的限制。同时，根据《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》的规定，售房单位给予购买公有住房者的价格优惠并非仅仅惠及购房者本人，而是惠及购房者整个家庭中享有购房资格的同住人员。因此，公有住房出售时的价格与房屋的实际市场价格之间存在的差额，应归整个家庭中享有购房资格的同住人员共同共有。可以说，公有住房出售中的福利性色彩决定了公有住房出售后所有权的共有属性，公有住房出售时具有购房资格的其他家庭同住人员基于房改政策享有当然的共有权。

索引：杨新强诉徐晓君所有权确认纠纷案（江苏省苏州工业园区人民法院〔2010〕园民初字第 0174 号民事判决），见赵淑雯、丁晓峰：《已售公有住房房屋所有权的排他性限制》，载最高人民法院机关刊：《人民司法·案例》2010 年第 16 期。

夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（三）

2017-05-22 法学 45 度 徐忠兴

阅读提示：本文内容涵盖夫妻房产权属认定、房产分割请求权的界定、离婚房产分割方式、共有房产的处分等几类纠纷的司法裁判要点，共计 96 条。每一条裁判要点均由要点、解析、索引三部分组成，所有引证资料均来源于最高人民法院公开出版或编发的权威著述，力求体现司法实践的通行规则，以便为您的实务工作提供有理有据的操作指引。本文未经授权，谢绝转载。

作者：徐忠兴〔私信：faxue45du〕

来源：法学 45 度〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

31.认定同居期间所得财产的权属，应当审查是否有充分的证据证明该财产系双方共同取得，不能简单套用《婚姻法》认定夫妻共同财产的规则。

解析：根据《婚姻法》第十七条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间取得的财产，如无相反证据，应当认定为夫妻共同财产。即立法承认婚姻关系存续期间取得的财产，不问其是否基于夫妻的共同劳动直接所得，均为夫妻共同财产。该认定标准为财产的取得时间，即是否在婚姻关系存续期间。但对同居期间所得财产的处理则不适用该规则。《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 10 条中规定：“解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理。”该规定强调的是“双方共同”，其用词同《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”具有明显区别，因此，对同居期间所得财产的权属认定，不仅应审查财产取得的时间，还应审查是否有充分的证据证明财产系

双方共同取得，不能简单套用《婚姻法》认定夫妻共同财产的规则。

索引：龚正霞诉彭卫兰、袁庙先赠与合同纠纷案（江苏省启东市人民法院〔2007〕启民初字第 0594 号民事判决），见陈南松、钱晖：《龚正霞诉彭卫兰等确认赠与合同无效案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2008 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社、人民法院出版社 2009 年版，第 261—265 页。

32. 认定夫妻之间是否实行约定财产制，不应拘泥于双方是否有明确的约定，还应结合夫妻感情、生活背景以及取得财产的具体情形等进行综合判断。

解析：根据《婚姻法》第十七条、第十八条、第十九条的规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产，可以实行法定财产制和约定财产制。夫妻双方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，该约定对双方具有约束力。同时，约定应当采用书面形式，没有约定或约定不明确的，适用夫妻法定财产制。认定夫妻之间是否实行约定财产制，不应拘泥于双方必须要有一份标题或内容明确为“财产归各自所有”的协议，而应当结合夫妻双方订立相关协议时的感情、生活背景，以及双方婚姻关系存续期间取得财产的具体情形，进行综合判断。

索引：曾月凤诉陈北溪离婚纠纷案（福建省厦门市中级人民法院〔2001〕厦民终字第 365 号民事判决），见徐建伟：《曾月凤诉陈北溪案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2002 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 523—527 页。

33. 对于夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，不能查清系个人财产的，应当认定为夫妻共同财产；不能查清系夫妻共同财产的，应当不予分割。

解析：根据《婚姻法》第十七条、第十八条、第十九条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，原则上归夫妻共同所有，除非夫妻双方约定归各自所有或者有法律明确规定归个人所有。因此，对于夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，人民法院在认定其是否属于夫妻共同财产时，应当将“不能查清系个人财产则应认定为夫妻共同财产”作为一项基本原则，如果一方主张婚姻关系存续期间所得的财产归其个人所有，则应当就此承担举证责任，否则即应认定该财产属于夫妻共同财产。同时，在处理财产分割问题时，应当将“不能查清系夫妻共同财产则应不予分割”作为一项基本原则，以免侵犯夫妻双方或第三人的合法权益。

索引：王成业诉王淑香离婚纠纷案（山东省烟台市芝罘区人民法院〔2002〕芝幸民初字第 307 号民事判决），见王克荣：《王成业诉王淑香案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2002 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 531—534 页。

34. 夫妻双方离婚后又同居并复婚的，复婚的婚姻关系效力及于双方同居期间，双方在该期间所得的财产应当认定为夫妻共同财产。

解析：《婚姻法》第八条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第四条的规定，双方当事人符合《婚姻法》所规定的结婚实质要件，并按照《婚姻法》第八条规定补办了结婚登记，双方之间婚姻关系的效力从双方均符合《婚姻法》所规定的结婚实质要件时起算。上述规定变相承认了在补办结婚登记之前的事实婚姻的效力。换言之，双方当事人只要是在办理结婚登记手续前以夫妻名义同居，且符合婚姻实质要件，在补办了结婚登记后，即应认定婚姻关系的效力溯及到双方当事人均符合结婚的实质要件之时。据此，相同当事人离婚后又以夫妻名义同居，其后又办理了复婚登记的，复婚的婚姻关系效力应当溯及至双方均符合结婚的实质要件之时。而双方既然曾经离婚，则应视为双方在离婚后的同居期间均已符合结婚的实质要件，故应认定复婚的婚姻关系效力应当溯及至双方在离婚后的同居期间。根据《婚姻法》关于夫妻共同财产范围的规定，除特殊约定外，夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产属于夫妻共同财产，因夫妻双方离婚后又同居并复婚的，复婚的婚姻关系效力及于双方同居期间，故该期间双方所得财产也应认定为夫妻共同财产。

索引：张西中、宋梦诉汪欣丽、张琳琳法定继承纠纷案（海南省高级人民法院〔2011〕琼民一终字第 38 号民事判决），见胡娜、詹润红：《复婚前同居期间所得应认定为夫妻共同财产——海南高院判决张西中等诉汪欣丽等法定继承纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2011 年 12 月 22 日第 6 版“案例指导”。

35. 夫妻一方将其婚前所有的房屋约定为夫妻共有财产的，该约定对双方均具有约束力，一方在房屋变更登记

之前诉请撤销赠与的，人民法院不予支持。

解析：根据《婚姻法》第十九条的规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，该约定对双方具有约束力。该条规定并未规定夫妻之间“纯赠与”的情形，即夫妻一方将其一方婚前财产约定为对方所有的情形。对此，《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）》第六条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”可见，《婚姻法》第十九条的规定与《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）》第六条的规定，适用于不同情形，两者不存在冲突。因此，夫妻一方将其一方婚前所有的房屋约定为夫妻共有财产的，不属于上述司法解释的适用范围，该约定对双方均具有约束力，即使该房屋未办理物权变更登记手续，亦应认定为夫妻共有财产，一方主张适用上述司法解释的规定撤销赠与的，人民法院不应支持。

索引：马某诉张某离婚纠纷案（山东省青岛市中级人民法院〔2015〕青民五终字第1307号民事判决），见张春娟、刘琰：《夫妻赠与与夫妻财产约定的法律适用——山东青岛中院判决马某诉张某离婚纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2015年11月26日第6版“案例精选”。

36.由一方婚前申请、婚后签订房屋买卖合同并由另一方以个人财产支付首付款取得的保障性住房，应当认定为申请人一方个人财产，离婚时申请人应当对另一方给予适当补偿。

解析：保障性住房的购房主体具有特定性，购买价格亦非房屋价值的直接体现，具有福利性质。保障性住房由一方婚前申请的，房屋的供应对象应为一方及其父母等构成的家庭，与另一方无关。保障性住房经审查确定后，相关当事人签订房屋买卖合同、支付购房款等系申请该住房行为的延续，在此期间申请人是否结婚或实际付款主体等情况对已确定的保障性住房不产生影响，故保障性住房权利的归属主要取决于申请人所具备的购房资格。如果该保障性住房的购买资格限定于申请人本人，房产亦登记在申请人名下，则房屋产权应认定为申请人一方所有。在处理离婚财产分割问题时，虽然该保障性住房属于申请人一方所有，但基于公平原则，应当依据该保障性住房的首付款支付、贷款偿还情况以及个人贷款首付比例、房屋增值情况等，由申请人以不超过按夫妻共同财产分割的数额为限，对另一方给予适当的补偿。

索引：马某诺、马某德、李某某诉黄某某分家析产纠纷案（北京市第三中级人民法院〔2016〕京03民终4912号民事判决），见杨路：《由一方在婚前申请，而另一方在婚后支付房屋首付款所购两限房的分割原则——北京三中院判决马某诺、马某德、李某某诉黄某某分家析产纠纷上诉案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2016年10月27日第6版“案例精选”。

37.夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的，应当依法认定该赠与行为全部无效，而非一半无效。

解析：夫妻共同财产是基于《婚姻法》的规定，因夫妻关系的存在而产生的，在夫妻双方未约定实行分别财产制的情形下，夫妻双方对共同财产系共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般原理，在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，在没有重大理由时也无权于共有期间请求分割共同财产。夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半的处分权。只有在共同共有关系终止时，才可对共同财产进行分割，确定各自份额。因此，夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的赠与行为应为全部无效，而非一半无效。

索引：田某某与田某、曹某、马树某第三人撤销之诉（最高人民法院民事裁定），见吴晓芳：《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》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014年第3辑（总第59辑），人民法院出版社2015年版，第121—124页。

38.夫妻一方对夫妻共有房屋进行处分的，不属于家庭日常事务，不构成表见代理。

解析：《合同法》规定了表见代理制度，但未明确规定生活中常见的各种表见代理情形如何界定。在婚姻关系存续期间，夫妻一方代表婚姻共同生活处理家庭日常事务，可以产生相互代理的效力。此类夫妻之间的相互代理可以类推适用表见代理的法律规定。对于夫妻之间是否享有代理权，人民法院只需审查夫妻一方以自己的名义所为的行为是否系处理家庭日常事务，由此确定该行为能否产生有权代理的法律后果。夫妻一方对表现为房屋有限产权的共同共有财产通过签订合同进行处分，出于房屋本身性质是不动产，属于家庭重大财产的范畴，故不属于家庭日常事务，而属于夫妻之间相互代理权限定的范围，不产生相互代理的效力，不构成表见代理。

索引：西安压缩机厂诉薛福昌、郑保萍腾房纠纷案（陕西省西安市中级人民法院〔2005〕西民一终字第726号民事判决），见高伟、娄李：《西安压缩机厂诉薛福昌、郑保萍腾房纠纷案》，载最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2006年第4辑（总第58辑），人民法院出版社2007年版，第178—184页。

39.夫妻共有的不动产仅登记为其中一方所有，登记的一方未经另一方同意处分该不动产的，善意第三人可以取得该不动产的所有权。

解析：不动产登记具有公信力。如果不动产登记的权利状态与真实的权利状态不一致，而第三人因信赖登记的权利状态与登记的权利人进行交易，则法律为保护善意的第三人，承认登记的公信力，即相对于该善意的第三人，登记的权利人被推定为真正的权利人，其进行的交易为有权处分，而非无权处分，因此所订立的合同合法、有效，善意第三人可根据此有效合同取得不动产所有权。基于此，夫妻共有的不动产仅登记为其中一方所有，登记的一方未经另一方同意处分该不动产的，善意第三人可以取得该不动产的所有权。

索引：魏新民、魏巍与阴玉琴、郭建锋房屋买卖合同纠纷案（郑州市中级人民法院民事判决），见崔海霞、赵军胜、吴光荣：《魏新民、魏巍请求确认阴玉琴与郭建锋签订的房屋转让协议无效案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2004年民事专辑（总第48辑），人民法院出版社2005年版，第311—317页。

40.不动产登记为夫妻双方共有，一方未经另一方同意擅自处分该不动产，第三人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，可以取得该不动产的所有权。

解析：根据《婚姻法》第十七条、《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（一）》第十七条的规定，对于“因日常生活需要而处理夫妻共同财产”，夫妻双方具有“日常家事代理权”，而处分不动产的行为显然属于“非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定”，夫妻双方并无“日常家事代理权”，原则上应经夫妻双方平等协商，取得一致意见。但是，在未经协商擅自处分不动产的情形下，如果善意第三人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗该善意第三人，即不得以未经另一方同意为由认定处分不动产的合同无效，善意第三人根据此有效合同可以取得不动产所有权。

索引：魏新民、魏巍与阴玉琴、郭建锋房屋买卖合同纠纷案（郑州市中级人民法院民事判决），见崔海霞、赵军胜、吴光荣：《魏新民、魏巍请求确认阴玉琴与郭建锋签订的房屋转让协议无效案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2004年民事专辑（总第48辑），人民法院出版社2005年版，第311—317页。

41.夫妻一方未经另一方同意处分共有不动产的，善意相对人的交易安全应受法律保护；夫妻另一方主张适用《婚姻法》有关夫妻共有财产的规定认定处分行为无效的，人民法院不予支持。

解析：《婚姻法》仅调整夫妻内部财产关系，不能成为民事交易关系的基本准则，因不动产民事交易关系而产生的纠纷，主要应当适用不动产登记的法律规定。当适用《婚姻法》有关夫妻共有财产的规定与适用不动产登记的法律规定产生不一致的结论时，应当优先适用不动产登记的法律规定。根据不动产登记的法律规定及物权公示公信原则的基本原理，不动产物权依法登记之后即具有法律上的公信力，交易相对人基于对不动产登记的信赖而从事交易，其交易安全应当受到公信力的保护。因此，如果夫妻共有的不动产只登记在一方名下，交易相对人基于对该登记的信赖而从事交易，应当认定其有理由相信登记簿上记载的权利人就是真正的权利人，即可以推定其为善意。如果夫妻另一方主张相对人并非善意，则应承担举证责任，如其未能举证，则应认定相应的交易行为有效。

索引：殷国荣诉张群、费建梅买卖合同纠纷案（江苏省无锡市中级人民法院〔2005〕锡民终字第0952号民事判决），见余刚：《殷国荣诉张群等买卖合同案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2007年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社、人民法院出版社2008年版，第1—6页。

42.夫妻一方与第三人恶意串通，擅自出售登记于另一方名下的夫妻共有房屋的，人民法院应当依法确认合同无效，并判决将房屋恢复登记至另一方的名下。

解析：夫妻一方与第三人恶意串通，未征得另一方的同意，擅自出售夫妻共有房屋，损害了另一方的合法权益，且第三人不属于善意购买人，故应认定房屋买卖合同无效。根据《合同法》第五十八条的规定，该房屋买卖合同无效后，第三人因该合同取得的房屋，应当予以返还。该房屋虽然属于夫妻共同财产，但如果原登记于夫妻一方名下，则基于无效合同恢复原状的要求，应当将房屋恢复登记至原产权人名下，而不应简单地判决第三人将房屋返还给夫妻双方。

索引：杨正禄、杨莹诉杨俊琴、孙杨确认合同无效纠纷案（重庆市第五中级人民法院〔2013〕渝五中法民终字

第 00042 号民事判决），见曾继川、张琴：《确认房屋买卖无效后应恢复原所有权登记——重庆五中院判决杨正禄等诉杨俊琴等确认合同无效纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2014 年 5 月 22 日第 6 版“案例精选”。

夫妻房产裁判要点 96 条：案例部分（四）

2017-05-23 法学 45 度 徐忠兴

阅读提示：本文内容涵盖夫妻房产权属认定、房产分割请求权的界定、离婚房产分割方式、共有房产的处分等几类纠纷的司法裁判要点，共计 96 条。每一条裁判要点均由要点、解析、索引三部分组成，所有引证资料均来源于最高人民法院公开出版或编发的权威著述，力求体现司法实践的通行规则，以便为您的实务工作提供有理有据的操作指引。本文未经授权，谢绝转载。

作者：徐忠兴〔私信：faxue45du〕

来源：法学 45 度〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

43. 夫妻一方婚前贷款购买不动产、婚后夫妻共同还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时夫妻共同还贷所对应财产的增值部分应为夫妻共同还贷部分乘以该不动产升值率。

解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十条规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”在适用该条规定时，计算双方婚后共同还贷支付的款项所对应财产的增值部分，第一步应先计算该不动产的升值率，不动产升值率= 不动产现价格÷不动产成本，不动产成本= 购买时不动产价格 + 共同还贷的利息部分 + 其他费用（如契税、印花税、营业税、评估费、中介费等，但不包括公共维修基金和物业费）；第二步由夫妻共同还贷部分乘以不动产升值率。通过上述两步计算得出的数额，应当根据《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，原则上该数额的一半为非产权登记一方离婚时应得的补偿数额。

索引：甲男与乙女离婚纠纷案，见吴晓芳：《不动产婚内共同还贷及增值的计算》，载杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑），人民法院出版社 2016 年版，第 162—164 页。

44. 夫妻双方签订离婚协议将共有房产赠与子女，一方离婚后反悔请求撤销赠与，人民法院经审查没有欺诈、胁迫情形的，应当判决驳回其诉讼请求。

解析：夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠与子女，一般有两种情况：一是在民政部门登记离婚，签订协议将夫妻共有的房产赠与子女；二是在法院协议离婚、领取民事调解书，自愿将房产赠与子女。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，可视为一种附离婚条件的赠与行为，该赠与条款与整个离婚协议是一个整体，与解除婚姻关系密不可分，与单纯的赠与行为性质不同。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条的规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”在双方婚姻关系已经解除的前提下，当事人反悔请求撤销该赠与条款的，如果不能举证签订协议时有欺诈、胁迫的情形，人民法院应当依法驳回其诉讼请求。如果当事人达成的赠与协议经过人民法院审查确认后制作成民事调解书，该调解书一旦生效，即赋予了和判决书同等的强制效力，其效力应该等同于或高于经过公证的赠与合同，双方当事人均必须履行，原则上不能予以撤销。

索引：李某与王某离婚后财产纠纷案，见吴晓芳：《离婚协议中房产赠与条款的撤销问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 101—104 页。

45. 夫妻双方签订离婚协议将共有房产赠与子女，该子女起诉请求履行赠与条款或者申请法院强制执行的，人民法院不应受理。

解析：夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠与子女，由于作为受赠人的子女既不是离婚协议中的权利人，也不

是民事义务的承受人，其只是民事权利所指向的对象，即离婚协议中赠与条款的受益人，其作为原告起诉不适格；对于离婚当事人在法院主持下达成协议领取调解书的情形，根据《民事诉讼法》第二百三十六条的规定“调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行”，作为受赠人的子女显然不是“对方当事人”，其没有权利到法院申请执行。

索引：李某与王某离婚后财产纠纷案，见吴晓芳：《离婚协议中房产赠与条款的撤销问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 101—104 页。

46. 离婚协议中一方同意将归己一方所有的不动产给另一方的，属于赠与行为；在办理过户登记手续前，赠与人有权撤销该赠与行为。

解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条第一款规定，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，若无违反法律、行政法规的强制性规定或者可撤销情形的，对男女双方具有法律约束力。离婚后一方同意将离婚协议中归己一方所有的财产给另一方的，应视为赠与行为。根据《合同法》第一百八十六条第一款规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。如果赠与物为不动产，根据《合同法》第一百八十七条、《物权法》第九条第一款规定，赠与双方应当办理不动产过户登记手续，在不动产未经登记转移至另一方名下时，赠与人有权撤销赠与行为。

索引：赵建伟诉王珍珍离婚后财产纠纷案（河南省睢县人民法院〔2013〕睢民初字第 497 号民事判决），见梁锦学：《赵建伟诉王珍珍离婚后财产纠纷案——离婚协议中财产分割条款的效力及不动产赠与撤销权的认定》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2014 年第 2 辑（总第 88 辑），人民法院出版社 2015 年版，第 105—110 页。

47. 对于恋爱同居期间购置的房产，应当根据双方的实际出资比例分割，但已明确登记为共同共有的，应以均等分割为原则，并充分考虑双方的出资情况。

解析：房产登记公示是认定房产权属甚至是区分按份共有还是共同共有的重要依据，但对基于家庭关系或其他特殊关系而产生的共有，有时真正权属与房产登记可能不尽一致，分割时应尽量体现公平原则。对于双方当事人在恋爱同居期间共同出资购置的房产，在分割时通常不能按照夫妻共同财产进行平均分割，而应根据双方的实际出资比例分割，但已明确登记为共同共有的房产，应以共同共有均等分割为基本原则，并应充分考虑双方对房产出资的多少。另外，房屋共有人通过协议约定，一方将房屋的所有权全部无偿转让给另一方，但该协议签订后，双方并未按照约定将房产过户，此时房屋所有权并未发生转移，无偿赠与的一方可以将该赠与撤销，因此，该协议不能作为双方分割共有财产的依据。

索引：卢某诉庞某共有房屋分割纠纷案（广东省湛江市中级人民法院〔2011〕湛中法民一终字第 199 号民事判决），见陈志韧：《共同共有的房产在分割时应考虑共有人的实际出资》，载最高人民法院机关刊：《人民司法·案例》2011 年第 22 期。

48. 夫妻一方婚前以个人财产支付首付款、婚后登记于该方名下并由双方共同还贷购买的不动产，离婚时双方对该不动产的归属未达成协议的，其产权应当归首付款支付方，并补偿另一方共同还贷款项的一半及其对应的增值款。

解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十条的规定，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下，离婚时双方对该不动产的归属与分割不能达成协议的，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。对于双方婚后共同还贷支付的款项，因该款项属于夫妻共同财产，一般情况下，可以按照一人一半的原则分割，即离婚时取得不动产产权的一方应当将该款项的一半补偿给另一方。对于双方婚后共同还贷支付的款项相对应的不动产增值部分，因这部分财产已包含在不动产实际价值中，故应考虑离婚时不动产的市场价值及共同还贷款项所占全部购置款的比例等因素，根据照顾子女和女方权益的原则，由取得不动产产权的一方对另一方予以补偿，补偿额度一般应为与共同还贷款项的一半相对应的不动产增值款。

索引：王明坤诉庄佃芝离婚纠纷案（山东省日照市中级人民法院〔2012〕日民一终字第 104 号民事判决）；沈霞诉钱明磊离婚纠纷案（上海市第二中级人民法院〔2010〕沪二中民一〔民〕终字第 1283 号民事判决），见张宝华、

王林林：《婚前个人贷款婚后共同还贷房屋的分割——山东日照中院判决王明坤诉庄佃芝离婚纠纷案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2012 年 4 月 12 日第 6 版“案例指导”；另见岑华春、王飞：《一方婚前贷款所购房屋可认定为个人财产——上海二中院裁定沈霞诉钱明磊离婚析产案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2010 年 9 月 30 日第 6 版“案例指导”。

49. 一方离婚后拒不履行离婚财产分割协议约定的房产赠与条款，另一方要求其协助办理房产过户手续的，人民法院应予支持。

解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条、第九条的规定，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；双方离婚后，一方拒不履行上述财产分割协议发生纠纷诉至法院，如果未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，人民法院应当判决继续履行该财产分割协议。如果离婚财产分割协议约定有房产赠与条款，因财产赠与属于财产处理的一种特殊形式，故该赠与条款同样对离婚双方当事人具有法律约束力，双方当事人均应按照协议的约定履行，任何一方都不能随意变更或撤销。根据《物权法》的规定，不动产物权须在办理登记后发生所有权转移，故只有将房产过户至受赠人的名下，赠与人的赠与行为方能视为完全履行。因一方拒不履行协助办理房产过户义务，另一方提起诉讼的，人民法院应予支持。

索引：王小平诉徐忆兵离婚后财产纠纷案（浙江省衢州市中级人民法院〔2011〕浙衢民终字第 95 号民事判决），见潘婷：《离婚协议财产赠与应依法履行——衢州中院判决王小平等诉徐忆兵离婚协议履行案》，载最高人民法院主办：《人民法院报》2011 年 9 月 15 日第 6 版“案例指导”。

50. 对于夫妻双方未经审批建造的房屋，人民法院在离婚诉讼中不应判决该房屋所有权的归属，亦不宜判决房屋建材的归属，而应当根据实际情况判决由当事人使用。

解析：在婚姻关系存续期间，夫妻双方未经审批建造的房屋，属于违法建筑，在有关行政主管部门未对该房屋的相关性质作出认定和处理前，人民法院无法对房屋的所有权权属作出确认并作相应处理，但亦不宜采取判决房屋建材归双方当事人所有的简单做法。对此，可以依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十一条第一款的规定处理，即“离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。”

索引：王柏明诉方美兰离婚纠纷案（浙江省慈溪市人民法院〔2008〕慈民一再抗字第 8 号民事判决），见岑丽芬：《王柏明诉方美兰离婚案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2010 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 346—350 页。

51. 夫妻关系存续期间搭建的违章建筑，不宜作为夫妻共同财产由人民法院判决分割，但该违章建筑被政府依法拆迁补偿的，当事人可以请求分割拆迁补偿款。

解析：所谓违章建筑，就是未经相关主管部门的许可而动工兴建的建筑物。违章建筑大体上分为两种情况：一是建筑人未取得土地使用权，因而也无法取得建筑许可证；二是建筑人虽然已经取得土地使用权，但尚未取得建筑许可证而擅自建设。夫妻关系存续期间搭建的违章建筑，虽然被登记在房产证中，但是基于其破坏国家行政机关对于土地、规划、建设的管理秩序，违反《土地管理法》、《城乡规划法》等相关法律法规的禁止性规定，不宜作为夫妻共同财产由人民法院以判决的方式予以分割。人民法院应当就此向双方当事人释明，只有当诉争违章建筑被政府依法拆迁补偿而其价值得以合法形式体现后，当事人才可以就拆迁补偿款的分割另行协商或提起诉讼。

索引：黄素珍诉沙立夫离婚后财产纠纷案（重庆市第五中级人民法院二审民事判决），见刘德宝、蒋璐：《离婚后财产纠纷中违章建筑不宜作为夫妻共同财产分割》，载杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2016 年第 2 辑（总第 66 辑），人民法院出版社 2016 年版，第 253—257 页。

52. 夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋抵押的，合同相对方符合善意取得法定要件的，其房屋抵押权应予保护。

解析：根据《物权法》第一百零六条的规定，当事人善意取得不动产抵押权的，除法律另有规定外，应当符合下列情形：（一）取得抵押权时是善意的；（二）已经履行了主合同的义务；（三）已经办理了抵押登记手续。据此，夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋作为抵押物签订抵押借款合同，如果合同相对方在签订借款及抵押合同时，审核了房屋产权证等有关材料，已尽到足够的审查注意义务，其为善意，并履行了给付款项的义务，且已经办理抵

押登记手续，应当认定抵押合同有效，其抵押权应予保护。因此，夫妻另一方要求确认抵押合同无效并撤销抵押登记的诉讼请求，人民法院不应支持。对夫妻另一方的损害，应由擅自处分共有财产的一方承担责任。

索引：王某诉李某、中国民生银行股份有限公司天津分行借款担保合同纠纷案（天津市第一中级人民法院〔2013〕津一中民二终字第 0069 号民事判决），见于筱江：《夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力》，载最高人民法院机关刊：《人民司法·案例》2015 年第 8 期。53. 夫妻一方未经对方同意将夫妻共同财产抵押给第三人，认定第三人证明抵押合同有效的举证责任，应当适用抵押行为发生时的法律。

解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条第二款、《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 89 条的规定，在夫妻一方对夫妻共同财产做重要处理决定，“他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的”，或“第三人善意、有偿取得该项财产的”，应当维护善意第三人的合法权益，认定该处理决定有效。就夫妻一方未经对方同意将夫妻共同财产进行抵押而言，两个司法解释对第三人的举证责任要求不同。根据《婚姻法》司法解释的规定，第三人要证明抵押合同有效，就有义务就其“有理由相信夫妻一方签订抵押合同的行为为夫妻双方共同意思表示”承担举证责任，而这种证明相对来说是比较困难的。根据《民法通则》司法解释的规定，第三人要证明抵押合同有效，其证明义务为：第三人“善意、有偿”与夫妻一方签订抵押合同，而这种证明相对来说比较容易。人民法院应当根据法不溯及既往的基本原则，选择适用相应的法律。

索引：中国信达资产管理公司福州办事处与张景宗、雷珊珊、张瑱瑱、厦门正丰源保税有限公司借款合同纠纷案，见杨永清：《关于中国信达资产管理公司福州办事处与张景宗、雷珊珊、张瑱瑱、厦门正丰源保税有限公司借款合同纠纷一案的请示与答复》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2003 年第 1 卷（总第 13 卷），法律出版社 2003 年版，第 134—146 页。

54. 夫妻双方协议分割共有的抵押财产的，人民法院不得以未经抵押权人的同意为由，认定分割协议无效。

解析：《物权法》第一百九十一条第二款规定：“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”根据该条规定，抵押人转让抵押财产，一般应当经抵押权人同意，但该规定仅适用于抵押财产转让的情形。夫妻双方协议分割夫妻共有的抵押财产，系抵押财产的分割而非抵押财产的转让，其不会导致抵押财产价值的减少，且抵押权具有不可分性，不会因抵押财产的分割而影响抵押权的效力及其实现，故不适用上述规定，即无须经抵押权人同意；人民法院不得以未经抵押权人的同意为由，认定分割协议无效。

索引：吴少淋与蔡金莲、石狮市湖南经联社合作基金会财产分割纠纷案（福建省石狮市人民法院民事判决），见李鸿鹤：《吴少淋诉蔡金莲离婚时双方协议店屋土地使用权归其享有要求确认案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2001 年第 2 辑（总第 36 辑），人民法院出版社 2001 年版，第 70—77 页。

55. 当事人双方转让以按揭贷款形式购买的商品房，约定由买受人承担按揭贷款的还款义务的，该转让行为无须经按揭房屋抵押权人的同意。

解析：根据《物权法》第十五条的规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让、消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或合同另有约定外，自合同成立时生效，未办理物权登记的，不影响合同效力。据此，当事人双方签订房屋买卖合同，转让以按揭贷款形式购买的商品房，买受人承担按揭贷款的还款义务，因双方当事人的约定并未损害按揭房屋抵押权人银行的利益，故无须经抵押权人同意，如果该房屋买卖合同没有其他违反法律强制性规定的情形，则应认定房屋买卖合同合法有效。

索引：赵红刚诉王伟东房屋买卖合同纠纷案（新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院〔2008〕乌中民四终字第 1006 号民事判决），载最高人民法院主办：《人民法院报》2009 年 10 月 2 日。

我国的夫妻共同债务，是个伪问题

2017-05-27 法律读库 周恺

我国的夫妻共同债务问题是个伪问题。这是一个原本并不存在，仅仅因为理解偏差而虚构出来的麻烦。在此思路下产生的婚姻法司法解释 24 条滋生了一大批 24 条的被债务人，实在不幸。我们可以想一想：为什么婚姻法实施了这么多年，以前从来没有人提出这个问题，现在却突然出现了呢？为什么从来没有一本经典的法学著述提及这个问题呢？难道仅仅因为我国特殊？中国有那么特殊吗？我国的民法体系是大陆法系的一部分呀！

说到夫妻共同债务，就不能不提夫妻共同财产，这是权利与义务的两个方面。正是因为有了共同财产，才要承

担共同债务。

一言以蔽之：夫妻共同财产和共同债务都是内部关系，与外人无关。双方无需对外人承担个别的或连带的责任。

举两个例子。大家都应该知道“合同相对性”原则，这是合同法的基本原则。合同只约束双方当事人，与其他人无关。无论权利还是义务，都无关。第三方既不能够根据合同向任何一方主张权利，也无需向他们承担义务。

大家也应该知道公司法当中的股东只以出资对公司债务负责。公司的债权人和债务人都只对公司行使权利和承担义务，与股东无关。

合同法和公司法都是区分内外的法，它们通过区分内外法律关系，筑起一道堤坝，建立起了有序的合同法和公司法法律秩序。

同理，婚姻法也是这样一部法律。它也有区分内外的功能。它只调整夫妻二个人之间的内部关系。无论财产还是债务，都只在两个人之间发生效力。如同合同只在当事人之间发生效力一样（从广义上讲，婚姻就是一种合同）。所以，夫妻共同财产只在夫妻两个人之间“共同”：丈夫或妻子在婚姻存续期间取得的财产，离婚时另一方也可以分一份。夫妻共同债务也只在夫妻两个人之间“共同”：我的债务，离婚时你也要共担一份。

至于外人，是没有权利越过“婚姻”这条法律堤坝，向另一方主张权利的，也无需对另一方承担义务。丈夫的债权人就只能向丈夫主张权利，妻子的债权人只能向妻子主张权利。买卖丈夫的东西，只需要丈夫同意即可，买卖妻子的东西，也只需要妻子同意就行。无需考虑另一方的态度。

房子是谁的名字，其他人就与谁交易，不用考虑其配偶；你的债务人是谁，就向谁主张，就去执行谁的财产，与他的配偶无关。

离婚之后，分割共同财产、 分担共同债务，也只在夫妻两个人之间发生效力。对外，还是由原来的夫妻一方各自对外。所谓的夫妻债务共同承担，是指夫妻内部一方可以对另一方说，以我名义负担的债务你也应该承担一半。并不是夫妻之外的第三人可以直接向另一方主张。

有些人可能会用举出一些例外的规定，但这里讲的是大原则。如果钻牛角尖，就无法理解这个问题。

有些人可能会举出婚姻法的一些条款进行争辩，这些条款解释一下就可以理顺关系。如果非要向混乱法律关系的方向解释，那还真是没有办法。那样就会造成社会上，只要结婚的人，个人财产就要打一个问号。我们到小菜场买菜，都要夫妻两个人共同在场才能合法交易。

再说说大家担心的利用离婚逃债问题。其相当于一个赠与。如果夫妻利用离婚协议，将财产与债务分离，可以用无偿赠与，第三人撤销的合同法规定处理，无须担心。

最后，我举出一个证据：台湾地区著名法学家史尚宽先生是名副其实的民法大家，是民法华语世界无法企及的巅峰。他写的民法全书系列五本，包括了民法总论、债法总论、债法分论、物权法论和亲属法论，堪称民法的百科全书，可以说面面俱到，大而全。大陆也有出版，很容易查阅。大家可以去自己查阅，这套宛若民法辞典的丛书中从来没有提到过夫妻共同债务的对外承担问题。难道连史尚宽先生会忘记这个问题？不可能。为什么他对此只字不提呢？原因只可能有一个：就是不存在这个问题。

周恺，天津高院原法官、现供职北京市实现者律师事务所

（四）媒体视点

家事案件审判丨根本之道在于治愈隐痛

2017-05-03　法庭内外杂志社 刘白露

家庭是人类社会最基础的单元，家庭安则社会安。每一起诉讼到法院的家事纠纷，都有着中国传统观念中不足为外人道的种种隐痛。就这些案件对于法官来说，下判容易，修复艰难。想要审理好家事案件，往往需要超越案件审理本身，倾注大量的精力和心血才能真正实现案结事了。

2016 年 4 月，最高法院始推家事审判方式和工作机制改革，作为改革试点单位，北京东城、西城、房山 3 家法院结合自身实际，立足改革探索，推出了一系列卓有成效的家事审判改革创新举措。

1 家事审判改革更加强调婚姻家庭

稳定性和修复性

长期以来，婚姻家庭的稳定性建设普遍被认为是自己的事，内部的事，是几乎不受外部评价、介入和引导的私

人领域。实际上，婚姻家庭的不稳定不仅影响直接当事人，还极易引发未成年人犯罪、老年人权益保护等弱势群体社会问题，关系到整个社会机器的有序运转。

自 2014 年 10 月以来，北京法院共受理一审家事案件 121476 件，审结 112351 件，平均调撤率 69.6%。家事案件作为人民法院最为传统的案件类型，是民事案件中数量最多的一类，其中离婚、继承类案件占比三分之二强。

与传统家事案件不同的是，随着时代的发展和社会的进步，家事案件的审理出现了一些新的特点，审理难度不断加大。以涉诉财产分割为例，许多家事案件中涉及的家庭财产利益如房产等动辄几百万甚至千万，个别社会人群的家庭财富分割标的甚至达到几十亿。同时，新类型财产案件不断出现，股权、期权、保险产品、信托财产等新型财产形态不断出现，涉及小产权房、公租房、农村宅基地房屋等法律定性上有争议的案件持续增加。科技发展带来的新类型案件也不断涌现，如人工生殖技术发展带来的新类型家事案件，电子类、信息类等新遗嘱类型，网络虚拟财产分割等都需要法院在界定法律性质基础上进行裁判。

然而，对于这些新情况、新问题的处理和破解，还无法涵盖此次家事审判改革首要解决的难点问题。传统家事案件审理中，法官往往用财产类案件审判模式审理家事案件。案件一来，法官先问是否愿意离婚，当事人一说愿意离，审判方向马上转变为财产分割和子女抚养，至于当事人感情的修复问题，法官过问并不多。最高法院关于家事审判改革的思路明确提出，家事审判的基本定位是，要维护婚姻家庭关系的稳定，依法保护未成年人、妇女、老年人的合法权益。因此，家事审判理念要变偏重财产分割、财产利益保护为全面关注当事人身份利益、财产利益、人格利益、安全利益和情感利益，真正借助审判修复婚姻家庭关系。

2 **借外“安内” 多种社会力量助结**

家事纠纷

2016 年 7 月 27 日，北京市第二中级人民法院（简称北京二中院）与北京悦群益众社会工作发展服务中心正式对接，在家事案件审理中引入社会资源。北京悦群益众社会工作发展服务中心是一家 4A 级社会组织，专门为需要帮助的个人和群体提供社工服务。在与北京二中院合作后，将引入心理咨询师、社会工作师、律师等专业人群参与到部分家事案件的审理过程中，能为需要服务的当事人提供心理疏导、诉讼引导等服务。

2016 年 8 月，悦群益众中心委派社会工作师张老师参与了一起离婚案件审理，并对当事人及近亲属进行心理疏导，在北京法院首次引入社会工作师辅助审理离婚类家事案件。刚满 10 岁的刘小童（化名）的爸爸起诉到法院要求离婚，原因是在自己因突发脑出血昏迷住院后，小童的妈妈仅仅支付了入院当天的抢救费用后就再也没有出现过，后续治疗的费用和陪护工作都落在了老人的身上。法官在庭审过程中了解到，小童的妈妈和奶奶长期不和，积怨很深，就连每次到法院，老人都是满腹牢骚。但考虑到小童的爸爸身患癌症，帮忙把小童拉扯大的爷爷奶奶又已年迈，一审法院最终判决小童由妈妈抚养。

矛盾可想而知，老人舍不得长期离开孩子，案件上诉到北京二中院，要求就子女抚养和财产分割重作处理。在征求当事人的意见后，社会工作师张老师开始参与庭审，她的任务不仅仅是对小童的父母，更是对小童和奶奶作心理疏导，帮助他们调整心理状态，接受判决结果。经过反复交流，老人想明白了，气儿也顺了，甚至能与儿媳面对面沟通。法官随即和张老师达成一致，在法院的心理咨询室安排了一次祖孙探视，老人见到孙子笑靥如花。二审虽未改判，承办法院依然收到一面充满感激之情的锦旗。

除了社会工作师，北京二中院还在家事审判中引入“百姓评理团”，选取 7~9 位有一定生活经验的社区工作者、心理咨询师、人民调解员、家庭治疗师、社会工作者、民主党派人士、律师等社会各界人士，在征得双方当事人同意后，参与庭审旁听，并对争议事实发表评理意见，作为法官判案参考。案件判决后，由“三师”针对来法院信访当事人的不同情况协助化解矛盾。其中，律师主要对于判决中确有问题的进行引导申诉；社会工作师针对判决没有问题、但确有困难的群众链接社会资源，协助寻求社会救济；心理咨询师则针对案件没有问题也不存在困难的上访人进行心理疏导。

此外，北京市西城区法院还借助妇联、司法局、青少年维权组织、人民陪审员等各方力量，在全区范围内选聘有经验的家事调查员，在社区形成工作网络，了解涉诉家庭的相关情况，给法官处理案件提供客观意见，服务审判实践。北京市东城区法院甚至在家事案件审理过程中邀请当事人的领导、同事、亲友和关系密切的街坊邻居到调解现场一起调解，形成修复当事人情感的最大合力。

3 **前延后伸**

给当事人更多庭外关注

“冷静期”和“案后回访”，是北京市西城区法院家事审判改革试点以来的一套组合拳。“冷静期”的主要做法是，对于起诉到法院的家事类纠纷，首先由立案法官引导当事人接受立案前“冷静期”调解，负责具体调解工作的是北京市西城区法院精心挑选的 29 名人民陪审员。经过诉前调解，在“冷静期”内达成调解协议的，即时制作人民调解协议或法院调解书。未在“冷静期”内达成调解协议的，及时立案。“冷静期”制度自 2015 年 10 月试行以来，累计收到 575 件，28%的家事纠纷在“冷静期”内得到解决。对于调解不成的案件，由于在“冷静期”内就部分争议达成一致并疏导了情绪，减轻了法官在庭审中的压力。

老王是北京市西城区法院的一名前法官，退休后现在是西城区人民调解委员会常驻家事审判庭的专职调解员。他每天一早来到家事调解室，几乎整整一天都闲不下来。他的目标就是“帮当事人念顺那本难念的经”。

老王曾经处理过一起“冷静期”内的继承案件：被继承人去世后，他的母亲、两个女儿和前后三任妻子都提出继承要求。来到家事调解室的时候，第一任妻子要争房产，第二任妻子要分家析产，未办结婚手续的第三任妻子掌握着所有的银行存折和工资卡。被继承人的老母亲哭哭啼啼，一大家子谩骂争吵不断，混乱不堪。老王见到他们的时候，一上来根本没提继承的事，而是告诉他们，“要想告慰死去的亲人，首先就要健健康康，好好说话。”等大家情绪平静下来，老王开始给他们上法律课，讲法律关系、审理程序、夫妻共同财产等等，讲清楚后，才开始一点一点做调解工作。前后 6 次“约谈”后，协议达成并当即执行完毕。老王在他的“冷静期”结案表格里欣慰地划了一笔。

对于一些法律程序上结束的案件，家事法官更关注判后当事人的情况和情绪。北京市西城区法院家事审判庭针对一些积怨较深或有特殊困难的家事案件，邀请调解员、社区工作人员进行定期“案后回访”，关心当事人的案外需求。

4 情感修复更加注重为

当事人疗伤

修复，意指通过修整恢复原样。哲学上说，世界上没有两片完全相同的树叶，修补创伤也许亦如此，但对家事案件当事人的情感修复，却可能会影响到他们将来的生活。

怎样打开心结，让爱真正回家？北京市西城区法院在被确定为试点法院之前，就开始了家事案件情感修复工作机制的探索。西城区法院家事审判庭张爽法官曾经处理过一个 6 次判决驳回离婚请求后，二审法院发回重审的离婚案件。原告、被告双方都是中科院的退休职工，多年前，他们唯一的儿子意外猝死，女方一直无法生育，失去了联结纽带后，随着时间的推移，夫妻两人感情越来越淡。2009 年起，男方开始起诉离婚，诉一次，驳一次，先后 6 次，法院都判决驳回诉讼请求。在诉讼过程中，女方受不了失掉儿子又失婚姻，精神状态出现严重问题。而实际上，从 2010 年开始，男方就开始单独抚养自己婚外的非婚生子，夫妻两人的婚姻，早已名存实亡。第六次离婚诉讼被驳回后，男方上诉，二审法院发回重审。重审过程中，张爽找到已是老太太的女方谈过几次话，但女方反复告诉法官说：“没有家了活着没有意思。”案件一度难以进展。

劝和还是判离，张爽法官开始认真思考案件下一步的方向。直觉告诉她，判离容易，但想让老太太真正走出来，恐怕没那么简单。张爽法官在北京西城区妇联的支持下，找到了一位心理专家，专门去做老太太的工作。

“当我第一次看到神情呆滞、恍惚的老太太，听到她祥林嫂式的喃喃自语时，我就知道婚姻已经是她的唯一执念。”心理专家王学荣说，“但并不是所有的案件都适合调解和好的，帮助不适合在一起的夫妻化解干戈、理性分手，也是一件很重要的事情。”这个判断，与张爽法官完全一致。他们先后 3 次上门做工作之后，老太太走出了阴影，配合法院完成了离婚诉讼程序。

“疗伤”也讲艺术。2016 年 7 月 19 日，北京西城区法院 32 法庭，张爽法官在主持一起离婚案件的调解。调解之前，张爽说：“开庭之前，我们先来看一段视频。”法庭播放的视频里，是当事人一家四口相亲相爱、儿女嬉戏玩耍的画面，像每一个美满家庭的日常，温馨暖人。起诉离婚的女方和男方都是博士，儿女双全，收入丰厚，因为怀疑男方出轨，女方强烈要求离婚。

张爽在第一次开庭后，判断原告、被告双方有很好的感情基础，于是她邀请了 3 名家事调解员、婚姻情感专家和双方的共同好友参与了这次调解。看到视频后，泣不成声的女方说：“没想到法庭播放了我们生活的视频，心里有说不出的滋味。”等原告冷静下来，婚姻情感专家凑到低头垂泪的原告身边，轻声抚慰，和家事调解员一起连着

做了 3 个小时的疏导。最后，在朋友的陪同下，夫妻两人选择了包容，一起离开法院。

法律是刚性的，但并不妨碍被法官温情适用。家事审判方式和工作机制的改革，与其说是工作理念的变化、工作内容的变化、工作方式的变化，倒不如说是法官在审理案件过程中，除了使当事人服判息诉外，更多的是要让当事人真正信任法官、信仰法律。

人类社会在发展进步，社会生活的每一个领域，都在比以往更加关注每一个个体的深层次需求。案结事了作为法官审理案件的基本要求，随着此轮家事审判改革，将被赋予新的意义。改革成果向来都需要磨砺和检验，相信已经初显成果的家事审判改革，未来更加光明。

儿子与养父母“反目成仇” 解除收养关系后还有继承权吗？

2017-05-08 中国审判 新媒体中心

28 年前一个夏日的傍晚，夕阳西下，彩霞缤纷，一对年轻夫妇饭后散步，在乡卫生院的院墙外捡到一个男婴。他们用善良和爱心拯救了一个鲜活的生命，把孩子抱回家养大成人。不料，随着孩子的长大，夫妇俩和孩子的关系越闹越僵，以致成了仇家，先后两次起诉要求解除收养关系。

近日，江苏省沭阳县人民法院审结了这起解除收养关系纠纷案。2017 年 3 月 8 日，吕海洋、葛玉翠夫妇对来家中回访的法官说：“二毛从小就不听话，没少让我们操心，不到万不得已我们也不会这么做……”吕海洋还说：“我们给过他机会，也给了他生活的技能，让他学驾驶、学装潢，他可以在外独立了。”那么，这对善良的养父母为什么变得如此决绝呢？他们之间到底发生了什么无法弥合的矛盾？

散步拾到婴儿 寄养亲戚家中

1989 年 6 月 24 日晚上，沭阳县西南岗乡供销社职工吕海洋、葛玉翠像往常一样，晚饭后到街上散步。

“咦，那是什么？”当他俩走到乡医院墙头外的小路上时，前边一团白色的东西突然映入了吕海洋的眼帘。走近一看，是个白袄包着的婴儿。夫妻二人四处张望了一会，没有其他人。葛玉翠将孩子抱在怀中一看：“秀秀他爸，还是个男孩哩，咱们抱回去养着吧。”

“你说得轻巧，咱俩才 30 多岁，已经有了两个闺女了，再抱养一个，生活困难不说，违反了计生政策，单位还不把咱们开除了。”吕海洋坚决不同意。 “那也不能让孩子躺在这里饿死冻死，先抱回家再说。”葛玉翠说。

他俩将孩子抱回家中，经商量，决定先将小孩送到葛玉翠的三姐葛玉兰家，让亲戚帮着抚养一阵再说。

第二天一早，葛玉翠抱着捡来的婴儿，丈夫骑着自行车带着她，直奔 40 公里开外的葛玉兰家。

盛夏，骄阳似火，吕海洋骑着自行车在坑坑洼洼的乡村土路上颠簸，汗流满面，上衣湿透，中午才到亲戚家中。葛玉翠向三姐说明捡来孩子的经过以及难以抚养的原因，说想先把孩子放在她家代为抚养，等以后有机会再把孩子接回去。

“我身体不好，有高血压，经常头晕，我只能先帮你们暂时带着。”葛玉兰说。

一个多月后，由于葛玉兰生病住院，其家人打电话给葛玉翠，让她来领回去。葛玉翠经和丈夫商量，决定再把孩子送到葛玉翠的二姐葛玉芳家抚养。葛玉芳出嫁在离家一百多里的邻县农村，生养一个儿子，乳名叫大毛，葛玉翠将小孩抱来后，葛玉芳称呼孩子为二毛。二毛在葛玉芳家一直长到 4 岁，才由葛玉翠领回。

从亲戚家接回二毛后，吕海洋、葛玉翠夫妇一直将孩子放在身边抚养，对外一直宣称二毛是亲戚家的孩子。

转眼三年过去了，二毛到了上学的年龄，吕海洋将二毛送到本乡小学报名入学，取名吕亮。俗话说，世上没有不透风的墙，就在吕亮上小学二年级时，因调皮捣蛋，经常与小同学打架，被学生家长找上门来。一次，吕海洋为他淘气的事生气打他时，吕亮说：“我不是你们亲生的，你们才打我骂我的！”此言一出，吓了吕海洋一跳，就问他是哪个说的，吕亮说人家都这么说。又有一次，吕亮趴在桌上写下“吕海洋不是我爸爸，葛玉翠不是我妈妈。”吕海洋发现后，赶紧将纸条收起来。

看来孩子的身世是瞒不住了。吕海洋想到，如不及时将孩子转学，让单位知道后会影响他们夫妻前途不说，也会影响到孩子的身心健康，更影响今后家庭生活。出于种种考虑，他和妻子商量后决定搬家。夫妻拿出家中多年积蓄，在邻乡的镇上盖了三层楼房，将吕亮转到外地上学。后来，因供销社经营不景气，他们夫妻双双下岗，在乡镇街上做起了服装生意。

以后十几年中，吕海洋、葛玉翠夫妻有喜有忧，喜的是生意兴隆，家中渐渐富了起来，忧的是儿子吕亮不争气，在校不好好读书，数次转学之后，念到初中二年级就辍学不念了，也不回家，在外四处流浪。养父母为此伤透了心。

因闹家庭矛盾　父子对簿公堂

2013 年春天，吕亮到了结婚年龄，吕海洋夫妇又忙着为吕亮张罗婚事。婚后，吕亮夫妻有了自己的孩子。

2014 年春节前夕，吕亮同妻子闹矛盾，妻子气愤之下带着孩子返回娘家长期不归。大年初一这天早上，吕海洋对吕亮说：“去把你老婆孩子接回家，过年了别让人家看笑话。”

吕亮在父母的劝说下，骑着摩托车来到妻子家中。不料，不但没有接回老婆孩子，还和妻子及其家人打了起来。更没想到，他刚回家不大一会，他妻子和妻子的家人尾随而来，与他的母亲、姐姐发生厮打。吕亮上前拉架，推搡自己的父母，派出所民警前来调查处理时，他又说是他妈先动的手，让民警把他妈抓起来。

此后，吕亮和父母、姐姐产生了隔阂，关系越闹越僵，有一次因和母亲吵架，被父亲吕海洋狠揍一顿，性格叛逆的吕亮自此离家出走，不但与妻子断绝关系，也与父母家人不再联系。

眼见自己拾回来的孩子养成了“白眼狼”，吕海洋、葛玉翠夫妇伤心至极。2015 年 4 月，吕海洋、葛玉翠夫妇到江苏省沭阳县人民法院提起诉讼，要求解除与吕亮的收养关系。

吕海洋、葛玉翠夫妇诉称，在 1989 年 6 月 24 日捡到一弃婴，收养并取名吕亮。二人将被告吕亮抚养成人后，双方之间已经形成事实收养关系。可是被告与他们之间经常发生家庭矛盾，实在无法共同生活，要求被告迁出他们所建的房屋，被告拒不迁出。现起诉请求：解除与被告之间的收养关系；被告迁出原告房屋。

在庭审中，被告吕亮辩称：矛盾的起因是我和我妻子打架，我妻子家人来到我家，与我妈和我大姐扭打在一起，我爸妈从此对我有了怨恨，把气都撒到我的头上来了。为了不让父母伤心，我与我妻子如今已经不来往了。

吕亮又说，我爸妈说我不是他们亲生的，是拾来的，但是我自己不知道，只是听人说，我想，即使我是拾来的，二老已经抚养我 20 多年，我以后要好好报答他们的恩情。我们虽然吵闹，但是还有感情，不能说断就断了。吕亮边说边抹泪：“我可以写下保证书，我现在搞装潢每月有 6000 多元收入，每月给二老 2000 元。”

吕海洋却说：“被告现在说这话，我也不需要，我也不承认。”葛玉翠也说：“被告见了我就像见了仇人一样，在家里胡闹还报警抓我，叫他媳妇一家来打我。”

吕海洋又说：“你说你在外打工一天挣二百多元，结果却养不起自己的老婆孩子，把孩子丢给我们老两口，一个多星期不见面。我们夫妻年纪大了，没有能力带小孩，后来我们把小孩送到派出所，让派出所找你们，在派出所的干涉下你们才将小孩带走，就因这事，你就和我们吵闹，搞得全家不得安宁。”

吕亮极力为自己辩解：“你们不关心我，我在家里得不到温暖，如果你们真心不要我了，我就走。”

形成事实收养　未予解除关系

案件审理阶段，主审法官问二原告是否需要考虑一下撤回起诉时，二原告坚决要求与被告解除收养关系，并让被告搬出原告的房屋。

法院经审理认为：二原告捡拾并收养被告的事实发生于 1992 年 4 月 1 日《中华人民共和国收养法》施行之前，根据《最高人民法院关于学习、宣传、贯彻执行〈中华人民共和国收养法〉的通知》规定，“收养法施行前受理，施行时尚未审结的收养案件，或者收养法施行前发生的收养关系，收养法施行后当事人诉请确认收养关系的，审理时应适用当时的有关规定；当时没有规定的，可比照收养法处理。”在收养法实施之前，1984 年《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》第二十八条对收养关系作如下规定：“亲友、群众公认，或有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。”

本案中二原告和被告于 1989 年共同生活至今，已有 26 年，二原告申请 5 名亲友到庭作证，证明双方以父母与子女的名义长期共同生活，虽未办理合法收养手续，双方已形成事实收养关系，沭阳法院予以确认。

二原告以无法与被告继续共同生活为由请求解除收养关系，被告表示双方仍有感情，并表示会尽其后面的时间来赡养二原告，法院认为，二原告与被告之间虽因生活琐事发生矛盾，但双方共同生活多年，已形成了较为稳定的父母、子女关系，且被告在庭审中表示愿意采取一定措施改善双方关系，综合考虑原、被告之间矛盾的成因、双方态度，结合该案实际情况，法院认为原、被告之间关系尚未恶化至需解除收养关系的程度，对原、被告之间的收养关系应予维持，原、被告均应珍惜亲情，努力改善家庭关系，化解家庭矛盾。

2015 年 6 月 15 日，沭阳县法院依照收养法第二十七条、《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（28）条、民事诉讼法第一百四十二条、第一百四十四条之规定，判决维持双方之间的收养关系。驳回二原告的其他诉讼请求。

二十余年收养　再诉解除关系

然而，法院判决维持吕海洋、葛玉翠与吕亮之间的收养关系后，双方关系并未缓和。吕亮回家后，既不思过，也未向养父母认错，反而认为是养父母心狠、绝情，让他在街坊四邻面前抬不起头来，因此，更加仇视养父母，平日对养父母不理不睬，白天在外打工，夜晚酗酒、赌博不归家，将打工挣的钱败光后，又向家里要钱。“遭到拒绝后，他打伤我的右眼和左肋，还拿出菜刀要砍我。”吕海洋气愤地说。

更让吕海洋夫妇伤心的是，2016 年年初吕海洋生病住院时，久未回家的吕亮去医院抢走了 8000 元住院费，然后更换了电话号码，从此断了联系。吕海洋夫妇彻底绝望了，2016 年 6 月，再次诉至沭阳法院，要求解除与吕亮的事实收养关系，并令吕亮迁出原告居住的房屋。

之后，沭阳法院再次开庭审理此案。庭审中，当审判长向原告询问在上次判决后，原、被告之间的关系有无改善时，原告吕海洋回答：“一切还是不行，自那以后，被告回过一次家，以我的名义到处骗钱，回家后对我们不理不睬，现在又走了，还说过一年回来收拾我们。他平常一直不在家，和我们没有相处。”

到庭的证人高效松、李广利等也证言：被告现在已不喊原告“爸爸妈妈”了，多次当面和背后辱骂原告，已没有父母子女的情分了。被告和原告争吵时，曾报警处理过几次，也没有调解成功。

法院经审理认为，二原告曾起诉被告，要求解除双方之间的收养关系，经法院判决维持了二原告与被告之间的收养关系。现二原告再次起诉被告解除收养关系，并且态度坚决，被告长期未与二原告联系，同时，经法院依法公告送达法律文书，被告未到庭应诉，漠视收养关系的存续，现二原告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，涉案的房屋是二原告建设，现二原告要求解除与被告的收养关系，并要求被告迁出该房屋的诉讼请求，有事实和法律依据/q，法院予以支持。

依照收养法第二十七条、第二十九条、物权法第三十四条、民事诉讼法第一百四十四条之规定，判决解除原告吕海洋、葛玉翠与被告吕亮之间的收养关系；被告吕亮于本判决发生法律效力之日起十日内迁出涉案房屋。

“这是一起关系人情和法理的判决，说句实话，我们心情也很沉重。”谈起这个案件，沭阳县法院耿圩法庭庭长王霞说，从接到起诉开始，法院就一直在做双方的调解工作，希望促成双方和解。说到底，养父母毕竟和孩子一起生活了二十多年，能做一家人，原本是他们的缘分。

关于收养关系的解除，王霞解释，吕海洋夫妇与被告吕亮在生活期间因家庭纠纷经常发生矛盾，造成双方关系恶化，**原告吕海洋夫妇收养被告吕亮的行为发生于收养法（1992 年 4 月 1 日）施行之前，双方之间已形成收养关系。原告吕海洋夫妇请求解除收养关系，应该予以支持。**

案后余思

从法律层面来讲，解除收养关系后，被收养子女就不再承担养父母的赡养义务，同时也不再享受养父母财产的继承权。

就本案来讲，原告吕海洋夫妇收养被告吕亮后，供其吃穿、成长、成家，付出了精神及物质上的双重力量，已尽到了抚养责任。尊老爱幼是中华民族的传统美德，不论是亲子还是收养关系，回报父母、赡养老人都是为人子女应尽的义务和责任。

这起案件留给了人们一些思考。中国自古流传着“羔羊跪乳”“乌鸦反哺”的故事，都是在教育人们要孝顺父母，知恩图报。然而，身为养子的吕亮面对养父母二十多年的养育之恩，不仅不思回报，还多次与养父母闹矛盾，惹养父母生气，甚至离家出走，对养父母不理不睬，与养父母断绝联系，不尽任何赡养义务，以致让养父母寒心和绝望。

我们不禁要问：为何养子与养父母之间的亲情如此淡薄？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。

中国法学会已提交民法典婚姻家庭编专家建议稿

2017-5-8 中国妇女报 记者王春霞

中国妇女报·中华女性网记者王春霞发自北京 5 月 6 日，中国妇女报·中华女性网记者从第四届中国婚姻家事法实务论坛上获悉，中国法学会日前已提交民法典婚姻家庭编专家建议稿给全国人大常委会法制工作委员会。

2015 年 3 月以来，全国人大常委会法制工作委员会牵头成立了由最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会 5 家单位参加的民法典编纂工作协调小组，并组织了工作专班开展民法典编纂工

作。2016 年 6 月中国法学会民法典编纂项目领导小组召开工作会议，全面启动民法典分则的起草工作。中国法学会婚姻法学研究会承担了民法典分编婚姻家庭编专家建议稿的编纂起草工作。经过 5 次研讨会、讨论会，历经 5 次修改，今年 1 月份，婚姻家庭编专家建议稿提交给中国法学会。

据介绍，婚姻家庭编专家建议稿包括 7 章 154 条，包括通则、结婚、夫妻关系、离婚、父母子女及其他近亲属关系、收养、监护。

据称，每一章中都有一些重点问题和争议较大的问题，如通则中基本原则的存废及其重构，结婚制度中对同居关系的规制与否以及如何规制、夫妻关系中人身权利的范围与种类、夫妻共同财产制度的取舍以及共同债务的认定、亲子关系中如何体现子女本位、离婚制度中是否对离婚做出适当限制以及离婚救济制度的完善、收养条件的完善、监护制度的定位以及监护制度与民法总则中监护的关系。这些问题并没有真正达成一致，目前的专家建议稿只是有一些妥协的方案，还需要做进一步的研究。

此次论坛由中国法学会婚姻法学研究会、中国人民大学法学院主办，北京市法学会妇女法学研究会、中国人民大学法学院婚姻家庭法学研究所、北京天驰君泰律师事务所承办。

论坛包括四个板块，家事审判专业化改革经验交流及家事诉讼程序问题探讨、离婚救济的法律适用及完善、亲子关系的认定及保护、夫妻财产的认定及分割。婚姻家事法领域的专家学者、法官、律师、公证员以及立法机关、政府、妇联、公益组织等代表近 200 人参加了论坛。

专家建议家事审判不宜一刀两断式裁判 第四届中国婚姻家事法实务论坛在京举行

2017-05-09 民主与法制时报 汤瑜

本报讯（记者汤瑜）5 月 6 日，由中国法学会婚姻法学研究会、中国人民大学法学院主办的第四届中国婚姻家事法实务论坛在中国人民大学举行，来自全国各地的法官、公证员、律师、学者及妇联、民政、住建委等部门代表近 300 人参加会议。与会者围绕“家事审判改革及家事诉讼程序的立法完善”“离婚救济的法律适用及完善”“夫妻财产的认定及分割”等主题展开讨论。

目前，我国正在进行家事审判方式和工作机制改革试点工作，以转变家事审判理念，推进家事审判方式和工作机制创新，探索家事诉讼程序制度。

南京师范大学法学院教授刘敏表示，家事案件具有非讼性，为了维护家庭关系和谐稳定，为了保障未成年子女健康成长，法院处理家事案件重点不在于纠缠已经发生的事实，而是在于展望未来，因此，家事案件不宜一刀两断式裁判，需要妥善处理。

湖北省宜昌市中级人民法院高级法官王礼仁针对婚姻家事审判程序中存在的问题指出，一些婚姻登记行政案件与民事案件界限混乱，错误适用行政诉讼来确认民事婚姻效力；身份关系案件职权主义审判原则没有得到贯彻执行，用财产诉讼规则处理身份关系案件的现象普遍；身份关系诉讼现有审理制度弊端甚多。

担任 10 多年家事案件审判法官的王礼仁认为，家事案件审判需要专业化，目前多数婚姻家庭案件合议庭人员不固定，难以保证家事法官真正实现专业化。要大力推广江苏徐州贾汪区等法院做法，建立真正意义的家事法庭，有固定家事审判法官。

安徽省马鞍山市雨山区人民法院家事审判庭副庭长周冰一表示，在家事审判庭法官的选任上，侧重于选拔已婚女性、具备心理学专业知识及丰富社会经验的审判人员作为家事法官，鼓励家事法官取得专业心理咨询资质，以更好地审理涉未成年人家事案件，同时，注重与专业心理机构对接联络，形成内外有效结合的心理干预与防护机制。

广东经纶律师事务所律师游植龙指出，在离婚损害赔偿制度中，为了更突出法律的公平和正义，对于无过错方获得的损害赔偿金额应大幅度提高。同时，针对离婚损害赔偿适用的法定过错范围过窄问题，有必要增加适用于离婚损害赔偿的法定情形。

北京市海淀区人民法院立案庭法官助理王静姝说，人身安全保护令制度不仅需要与现有民事诉讼法律体系融合，也需要建立与民事、刑事、刑事诉讼等部门法的体系性联系。目前，人身安全保护令所包括的措施类型有限，针对严重的家庭暴力，在民事法律保护范围之外，必要时需要运用刑事法律手段。这需要强化公安和检察机关在反家暴领域的职能定位。她建议：“需要制定法律、行政法规、地方性法规、部门规章以完善公安和检察机关介入家庭暴力事件机制，使严重的家庭暴力行为被真正纳入治安管理和刑事法律手段规制的范围。”

刷脸办公证，哥哥惹祸，弟弟背锅？

2017-05-15　人民法院报 李鸿光 方涵

刷脸时代来临了。考勤，刷个脸就行；付款，刷个脸就行；证明身份，刷个脸就行。脸就是一切！

但要是遇到了不靠谱的撞脸者，单纯地刷脸办事就会造成麻烦。

今天小编带来一个孪生哥哥“刷脸”弟弟办公证的案例，看看此事惹来了怎样的麻烦。

哥哥为抵押借贷办公证

王纲、王祥是一对孪生兄弟，俩人从个头到模样如同“克隆”的一般非常相似。但在和两人打过交道的老邻居们印象中，王纲做事精明很会算计，不像王祥为人处事比较敦厚淳朴。

年逾 40 的王纲多年来一直工作不稳定，无正当收入。他与王祥两人共有一套坐落于上海市普陀区中环外的住房，且两兄弟的老父亲也因生活困难搬入该房内居住。王纲和王祥各拥有该房产 50%的产权，先成家的王纲则与妻子在外借房居住。

从小鬼点子就多的王纲，想做生意又苦于筹措资金无门，为钱所困的他萌生了借高利贷的想法。因没有可供抵押的财产，他便盯上了与王祥共有的那套价值约 200 万元的房产。

王纲知道要拿房产作抵押担保借款，王祥肯定是反对的，一旦投资失败，不但自己要负债，还会牵连王祥和父亲都居无定所。王纲暗暗思忖，如何既瞒过弟弟，又能办妥房产抵押借款呢？

经“高人”点拨，王纲想到了通过去公证处作公证委托的方式，神不知鬼不觉地瞒着王祥，用房产作抵押借款，等赚了钱再立马还上款。

2013 年 9 月 3 日，拥有上海户籍身份的王纲担心上海的公证机构办事认真，在精明的上海公证员面前，若冒充孪生弟弟风险较大，极易露出马脚，甚至可能会偷鸡不成反蚀把米，于是，经人介绍，把眼光投向了远离上海的苏北。他不顾路途遥远，只身来到了江苏省兴化市公证处要求办理委托公证。王纲以弟弟王祥的身份出现在公证处，要求办理个人委托代理民事行为的公证。王纲顺利地骗过了当地公证机构，于次日拿到了公证处出具的公证书，将兄弟俩名下共有的这处上海房产，公证为弟弟王祥委托哥哥王纲代为行使相关民事行为。

王纲拿到了兴化市公证处的公证书，开始着手实施自己的“宏伟计划”。他找到手里有 90 万元闲钱，正想通过借贷多挣点利息的孙欣。孙欣听王纲说他有套房子可以抵押，同时又有房屋共有人王祥委托哥哥代为行使民事行为的公证，双方便达成了抵押借款的初步意向。

2013 年 9 月 9 日，王纲与孙欣一同前往上海某公证处，签署《房地产抵押借款合同》并以此制作公证书。公证书认定，借款以这套房产作抵押，若王纲违约，该公证合同即为有强制执行效力的债权文书。

看到两份公证书都妥妥地盖着大红印章，孙欣便放心地签署了借款 90 万元给王纲的合同，双方约定借款期限为 2 个月，月息为 1.8%。公证书上记载，王纲及王祥均同意将名下上海市普陀区吉镇路某号的房屋抵押给孙欣，作为借款 90 万元的抵押。

拿到上海某公证处出具的公证文书，孙欣与王纲前往房地产交易中心，办妥了这套抵押房屋的登记手续，孙欣通过银行向王纲转账借款 90 万元。至此，王纲的计划进行得一切顺利。

被蒙在鼓里的孪生弟弟

抱着狠狠赌一把的心态，王纲将这 90 万元作为生意场上的最后筹码，全部用作一个项目的投资押了上去，他憧憬着这次自己能好运连连，赢个大满贯。

岂料，事与愿违。王纲生意做得并不顺利，他用房产抵押换来的 90 万元，随着项目的失败，很快又化作了泡影。眼看借款期满，无法偿还借款的王纲，竟与债主孙欣玩起了金蝉脱壳的把戏。他避而不见孙欣，因为见了也没辙，他已经无法再填补 90 万元投资失败血本无归的窟窿。

2013 年 11 月底，寻找王纲而久久不见其身影的孙欣开始感到隐隐不安，这是不祥之兆吗？年过六旬的孙欣有些心慌意乱了。

本打算通过民间借贷赚些高利贷的孙欣，见事情不妙，心急火燎地找到上海某公证处，申请公证执行证书来对抵押房屋予以执行。拿到证书后，孙欣向房屋所在地法院提出，对涉案房产的抵押权予以执行。

法院认为，孙欣提交的公证执行证书符合执行要求，即刻予以受理。然而，当执行法官找到房屋产权人之一的弟弟王祥时才发现，事情并没有那么简单。孪生弟弟王祥向法院反映，那个前往兴化市公证处办理公证委托的人并不是他，而是冒名顶替他的兄长王纲。他一度以为自己身份证遗失了，谁知竟然是被孪生兄长王纲偷走，并在兴化

公证处冒名顶替，用自己的身份证办出了一份委托公证书。

既然公证内容不实，法院停止了对孙欣公证房屋抵押的执行。申请执行一下子陷入了“死胡同”，让刚刚看到一丝希望的孙欣，心里凉了半截。在孙欣眼里，90 万元也是她全家辛辛苦苦积蓄了半辈子的钱，甚至她还是背着老伴悄悄出借给王纲的，本来是为了赚取高于银行利息 4 倍以上的高利贷，谁能想到竟是竹篮子打水一场空！

矛盾的焦点再次“聚集”到始作俑者王纲身上，是王纲一手导演了两次公证抵押借款的连环套“大戏”。

弟弟起诉抵押借款无效

王祥在与兴化市公证处交涉中提出，为何在没有查清委托授权人的情况下，出具了委托事项的异地委托行为公证书？这一失误直接导致了上海某公证处制作了《房地产抵押借款合同》。王祥更认为，据此公证书使得在自己名下 50%的共有房屋被抵押，应认定该公证属侵权无效的公证，应予以撤销。

2013 年 12 月 23 日，兴化市公证处接到王祥的投诉后，感觉到事态的严重性。公证处承认“公证员审查把关不严，导致一系列不良后果”。此后，公证处出具一份公证决定，载明：经查，本处出具前份公证书因事实不真实，依据我国公证法之规定，现决定予以撤销。前份公证书自始无效。

同年 12 月 30 日，上海某公证处获悉兴化市公证处已否定了前份公证书，也坐不住了。是啊，在错误公证之上再作出的公证，怎么可能会是正确的公证呢？很快，上海某公证处也作出了新的决定，部分撤销含有不真实内容的公证，即王纲是抵押人之一王祥委托代理人的公证内容。

2014 年 1 月 7 日，手持两家公证处撤销公证书的决定，王祥向法院起诉，请求法院判令上海某公证处的《房地产抵押借款合同》无效，撤销设立于上海市普陀区吉镇路某号房屋之上的抵押。因孙欣是房屋的抵押借款人，也被列入案件当事人。

2014 年 7 月 28 日，法院一审判决，王纲与孙欣签订的房产抵押借款合同无效。对孙欣来说，钱拿不回来，抵押的房子也不算数了，她不能接受！孙欣不服判决，提起了上诉。2015 年 3 月中旬，二审法院改判孙欣与王纲签订的《房地产抵押借款合同》中的抵押条款无效。

话说两头。在王祥起诉确认《房地产抵押借款合同》无效的同时，孙欣也聘请律师于 2014 年 2 月中旬，以民间借贷纠纷为由，将王纲、第三人王祥、案外人周某（王纲之妻）起诉至法院。

孙欣请求法院判令王纲夫妇归还借款 90 万元，第三人王祥承担连带还款责任。法院开庭时，王纲及妻子周某均没有出现在法庭上，最终，法院缺席判决王纲夫妇共同承担归还孙欣 90 万元借款的责任。

2015 年 9 月判决生效后，孙欣即申请执行。然而，此时被告王纲已经下落不明，且也无财产可供执行。于是，法院不得不裁定终结本次执行。

那么，王纲到底跑哪去了呢？原来，王纲 2015 年 9 月 30 日即被上海市公安局逮捕，2016 年 1 月，他因犯信用卡诈骗罪、诈骗罪，两罪并罚被法院判处有期徒刑一年零九个月，并处罚金 2.2 万元。

借款人矛头指向公证处

被空手套白狼的王纲玩得溜溜转，孙欣无法咽下这口气，从王纲处执行不到钱，她再次想要追究公证机构办错误公证的责任。

2016 年 2 月下旬，孙欣以公证损害责任纠纷为由，把兴化市公证处、上海某公证处、王纲三被告起诉到法院，并把王祥列为第三人。请求法院判令王纲赔偿其 90 万元，两家公证处承担补充赔偿责任。

孙欣说，兴化市公证处出具错误的公证书在先，导致自己与王纲在上海某公证处签署了《房地产抵押借款合同》，使得有强制执行效力的债权无效。而当兴化市公证处、上海某公证处意识到出具了失误公证，先后撤销了瑕疵公证书。事后，法院认为孙欣无权向王祥主张权利，终结了执行程序，建议自己另行起诉索讨 90 万元。孙欣认为，涉案两家公证处未尽到充分审查、核实义务，导致了自己的巨额经济损失，请求法院判决予以赔付。

兴化市公证处辩称，公证处是依据相关规定办理本次公证的，涉案公证是证明委托书签名，公证机关审查了委托人的身份证、户口簿，查看了委托人是否具有民事行为能力，委托书中有无违反法律规定，委托书是否当面签署等要素。公证处认为，本次委托是单方行为，不需要受托人到场，公证员已尽到审慎审查义务，因王纲与王祥是双胞胎兄弟，根本无法分辨谁是谁。况且，法院已有生效判决书，判决王纲应归还孙欣 90 万元借款，王纲名下亦有房产可供执行，孙欣应向法院申请恢复执行。倘若钱款确实无法执行到位，再确认该由谁承担补充赔付责任。

上海某公证处辩称，公证处出具《房地产抵押借款合同》及具有强制执行效力债权文书的公证书，是基于兴化

市公证处出具的委托公证书，且在办公证时还专门与兴化市公证处作过核实，之后兴化市公证处又撤销了委托公证书，导致本公证处的公证也无奈撤销，故不应承担任何责任。

这 90 万元该如何归还？案件审理中，孙欣坚持己见；两公证处均认为自己无过错，不同意赔偿；王纲表示其出狱后，会努力归还给孙欣。

公证处是否应该承担责任

上海市静安区人民法院审理认为，王纲故意隐瞒实情，用欺骗手段冒用孪生弟弟王祥名义办理委托公证，致使该公证书不合法，导致之后公证书连连被撤销，且《房地产抵押借款合同》中的抵押条款被法院确认无效，王纲无法履行归还借款后的抵押权失效。王纲应承担一系列公证文书被撤销的全部民事责任。

兴化市公证处在办理王纲的公证过程中，作了一定的审查、核实义务，但当申请人是孪生兄弟时，应比一般委托公证更需引起重视，除查验两人身份证件，更应要求孪生兄弟到场确认。然而，兴化市公证处因疏忽大意，被王纲钻了空子，致使出具了错误的公证文书。当该公证处发现公证文书错误后，为防止错误扩大撤销前份公证并无不当。但应承担公证文书被撤销引起的法律责任，法院酌定兴化市公证处承担 10%的补充赔偿责任。

而上海某公证处是基于兴化市公证处的委托公证，才出具了《房地产抵押借款合同》及具有强制执行效力的债权文书公证，且在办理该公证时专门与兴化市公证处对委托公证文书的真实性进行了核查，已尽了审查义务。导致公证文书撤销并非上海某公证处的原因，故上海某公证处不应承担公证文书被撤销后的法律责任。

法院还认为，孙欣的 90 万元债权，已得到法院他案判决的确认，应由王纲夫妇承担还款责任，孙欣可向法院申请执行。现王纲名下有上海市普陀区吉镇路某号房屋的部分所有权，在法院执行手段尚未穷尽情况下，孙欣无法计算具体损失。待王纲夫妇的财产执行穷尽后，或仍有损失无法弥补可再行诉讼。2017 年 2 月 23 日，静安区法院一审判决驳回了孙欣的诉讼请求。判决后，孙欣没有上诉，目前判决已经生效。（文中当事人均为化名）

案后余思

公证，是我国公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依据法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。由于公证机构出具的公证书，具有较高的公信力，公证质量直接关系到相关当事人的合法权益，公证机构应谨慎履行审查职责。对公证机构的过错界定，可根据其是否已尽到应有的义务，是否严格按照法律、法规及规章的规定出具公证书等情节，综合判断公证机构是否有过错。

第四届中国婚姻家事法实务论坛上，专家建议——
应设立离婚补偿性和救济性扶养费

2017 年 5 月 17 中国妇女报·中华女性网记者 王春霞

构建我国的离婚救济新模式应设立补偿性扶养费和救济性扶养费。

补偿性扶养费数额的确定，主要应考虑婚姻存续时间的长短，婚姻存续期内一方对家庭作出的贡献。

救济性扶养费的目的在于维持一方的原有生活水平以及恢复其谋生能力。扶养费数额的确定，可以考虑夫妻双方的年龄及身体状况、一方负担子女监护义务的情况、夫妻双方对新工作的选择余地、夫妻双方现有的财产情况，夫妻双方现有的和可预见的权利等。

■ 中国妇女报·中华女性网记者 王春霞

“我国从 2001 年以后，婚姻法的重心转向了离婚救济，用了 4 套制度——照顾、补偿、帮助、赔偿。” 5 月 6 日，中国人民大学法学院副教授孙若军在第四届中国婚姻家事法实务论坛上指出，我国现行离婚救济制度 “经过 10 多年的司法实践，暴露出一些问题”，有待法律进一步完善，而“民法典的编撰为婚姻家庭法的完善提供了契机”。

我国初步建立离婚扶养给付制度

“目前我国已建立起初步的离婚扶养给付制度，主要包括家务劳动补偿和经济帮助两种方式。”北京大学法学院教授马忆南说。

婚姻法第 40 条规定，“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。”

“根据这一条的规定，只有夫妻双方约定实行分别财产制的婚姻当事人离婚时才能适用，其他财产制的婚姻当事人离婚时则不能适用。”马忆南指出，我国目前夫妻双方约定实行分产制的数量甚少，极大地限制了这一救济制度的适用范围。

婚姻法第 42 条规定，“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。”

浙江诺力亚律师事务所律师杨慧丽发现，对婚姻法第 42 条“公众知晓率不高。因为举证方面的种种原因，请求后很难得到法院支持，支持后的帮助金额也过低”。

杨慧丽搜索中国裁判文书网发现，2016 年浙江省离婚案件上网 6385 件，以婚姻法第 42 条为依据的 37 件。37 件案件中，7 件判决不支持，原因主要是事实依据不足等。在获得支持的 30 件判决中，支持 10 万元以上经济帮助金的 3 件，5 到 7 万元的 7 件，5 万元以下的 20 件。获得经济帮助的原因，23 件是身体残疾或精神类疾病等重大疾病，7 件是因为生活困难以及离婚后无固定住所。

对于目前经济帮助的规定，杨慧丽认为，经济帮助的条件过于严格，“经济困难”无法细化，弱势方很难举证自己经济困难。法条中只规定了适当帮助，没有描述经济帮助的数额标准。

马忆南认为，“经济帮助”一般被解释为一种道义上的责任，而不是夫妻扶养义务的适当延伸。现行的经济帮助制度从本质上不能有效地保护离婚当事人中弱势一方的利益。经济帮助的适用要件过于苛刻，即必须是一方无法维持当地的基本生活水平，或者一方离婚后没有住处。经济帮助在时间上仅仅着眼于离婚之时，即只有在离婚时符合“生活困难”的一方才享有请求权。

“由于现行经济帮助制度有严格的条件限制和时间限制，适用范围本来就非常窄小，再加上它本质上仅仅属于一种道义上的帮助，而且判决帮助的方式和程度普遍偏保守，即使得到帮助也无法满足现实生活中保护弱者利益的需要。”马忆南说，离婚经济帮助制度过分注重离婚当时的生活情况，而忽视了婚姻平时奉献较多一方的利益。

离婚损害赔偿法定情形少赔偿数额低

婚姻法第 46 条规定，“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：重婚的；有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的。”

广东经纶律师事务所律师游植龙代理婚姻家事案件 26 年，接触最高的一个判例是离婚损害赔偿 14 万元，“离婚损害赔偿的数额非常少，相对于夫妻财产比例非常低。”

游植龙认为，婚姻法第 46 条规定的无过错方有权请求损害赔偿只限于 4 种情形，法定过错赔偿范围太小，对离婚违反忠实义务的通奸、婚外恋等行为排除在外。“民法典婚姻家庭编关于离婚损害赔偿制度可以增加两种情形：一个是有配偶者与其他人长期通奸，另一种是有配偶者与他人婚外生子。”

游植龙发现，在司法实践中因配偶与他人同居，获得的离婚损害赔偿数额非常低。“有配偶者与他人同居是非常严重的过错行为，应完善第 46 条，对无过错方的离婚损害赔偿大幅度提高，才能反映受损害方精神损害赔偿的要求。”

马忆南认为，从表层来看，举证困难是适用离婚损害赔偿制度的直接障碍。离婚损害赔偿的核心是过错赔偿，它实际上是过错主义离婚法的保留。过错主义离婚法只把离婚请求权给予无过错一方，并且只有在无过错一方指控对方的过错被证实后才准许离婚。围绕着过错被证实或证伪，夫妻双方必然会展开一场惊心动魄的“战争”。

“正是由于过错主义离婚法存在上述弊端，自 20 世纪 60 年代以来，在许多国家已经逐渐被无过错主义或破裂主义离婚法所取代。”马忆南说，无过错主义离婚法的原则，不仅应当体现在判决离婚的理由上，而且应当贯穿于离婚的法律后果中，如财产的分割、抚养费的给付等，都不再考虑当事人的过错，而仅以当事人的实际需要和经济状况来进行裁判。

在马忆南看来，我国离婚法早已实行了破裂主义，但 2001 年婚姻法修正案将过错损害赔偿写入离婚法，使得过错主义离婚法固有的缺陷在中国重演。总的来看，离婚损害赔偿制度是一种现实成本过高的制度，不符合效率原则。

创制完善的离婚扶养给付制度

孙若军告诉中国妇女报·中华女性网记者，2001 年婚姻法修订后，婚姻法的功能定位转移到了对离婚的救助措施上，试图从财产损失和精神损害两个方面对当事人予以救济。从财产方面讲，如果夫妻采用法定共同制，财产的分割适用照顾子女和女方原则；如果夫妻约定适用分别财产制，财产分割时适用家务劳动补偿制度。夫妻无论适用何种财产制，凡离婚时一方存在经济困难的，均可请求另一方给予一定的经济帮助。从人身方面讲，婚姻法第 46 条规定了离婚损害赔偿制度。上述制度相互衔接、互为补充，目的是最大限度地将离婚对当事人的损害减少到最低。

“经过 10 多年的司法实践，现行救济制度也暴露出一些问题。”孙若军说，如现有规定对因婚姻造成的谋生能力下降导致的一方离婚后生活水平降低、一方离婚后继续抚养子女产生的家务劳动没有补偿、精神损害赔偿制度举证困难且适用范围过窄等问题，都有待法律的进一步完善。

“民法典的编撰为婚姻家庭法的完善提供了契机。”孙若军认为，从财产救济的角度讲，家务劳动补偿和经济帮助制度虽适用范围小，但有其特定的适用范围和意义，应当予以保留，在现有制度下进一步细化标准增加其可操作性。

“对共有财产的分割，需要考虑增加两个方面的内容。”孙若军说，一是应当对为家庭作出重大贡献或付出导致谋生能力下降的一方予以救济；二是应当对离婚后抚养子女的一方进行家务劳动的补偿。从司法实践看，对无过错方的救济，在财产分割时采取照顾无过错方原则处理，较之精神损害赔偿的社会效果好，因此，建议废除第 46 条的规定，在夫妻财产分割时增加照顾无过错方原则。如此，不仅可以弱化举证责任、扩大“过错”的范围和“赔偿”的数额，也能缓解当事人因价值观冲突导致的“赔偿”困难的问题。

“离婚救济制度是为消除离婚当事人中经济状况处于弱势地位一方的生活顾虑，保障其在离婚后能够维持与离婚时相应的生活之目的而设立的专项救济制度。”马忆南告诉记者，我国现行离婚救济制度中的家务劳动补偿制度、经济帮助制度，存在明显的缺陷和不足，亟须修改和完善；而离婚损害赔偿制度则弊大于利，而且可以列为一般的侵权损害赔偿处理，没有存在的必要。

马忆南认为，可以保留现行的夫妻共同财产分割制度，彻底扬弃离婚损害赔偿制度，创制完善的离婚扶养给付制度取代或重新整合现行法中的家务劳动补偿制度和经济帮助制度，从而构建一个建立在“理性”和“人性”双轨之上的离婚救济新模式。

“近几十年来，原本采用夫妻分别财产制的英美法系国家，都引入了家事劳动评价理论，逐渐建立了复合型财产制，并通过补偿性扶养费的给付来弥补分产制在离婚时对当事人一方造成的不公，保障从事家务一方当事人的经济利益。”马忆南说，在实行夫妻共同财产制的国家，如果共同财产较少，只依靠财产分割不足以补偿一方当事人对家庭的贡献，也酌情判给该方当事人以补偿性扶养费。这是家务劳动评价理论在共同财产制下的体现，“正是我国婚姻法需借鉴的”。

马忆南认为，构建我国的离婚救济新模式应设立补偿性扶养费和救济性扶养费。“补偿性扶养费数额的确定，主要应考虑婚姻存续时间的长短，婚姻存续期内一方对家庭作出的贡献，特别是为了另一方某种资格证书的获得、教育程度的提高等有助于其收入能力提高的活动而做出的贡献，夫妻一方为了另一方收入能力提高而做出的自我发展上的牺牲。救济性扶养费的目的在于维持一方的原有生活水平以及恢复其谋生能力，所以扶养费数额的确定，可以考虑夫妻双方的年龄及身体状况，一方负担子女监护义务的情况，夫妻双方的学历、专业资格，对新工作的选择余地，婚姻存续时间的长短，夫妻双方现有的财产情况，夫妻双方现有的和可预见的权利。”

古代“家暴”立法 李清照为摆脱家暴不惜坐牢

2017-05-21　中国审判 新媒体中心

秦汉：控制生杀权

秦国法律规定，妇女在某些方面可以和丈夫拥有齐平地位。

丈夫通奸，妻子将其杀死免罪。

丈夫殴打妻子，导致撕裂她的耳朵，或折伤她的四肢，与一般人互相斗殴，导致伤人颜面躯体一样要处刑，并不因为女性的悍妒或者其他任何理由减罪。

在对妇女再嫁的问题上，秦汉时期也较为宽容。汉代妇女改嫁的现象屡见不鲜，有的甚至多次改嫁。

即使在重视名分的皇家，也并不太在意女子改嫁。汉武帝的母亲王娡，本来已经嫁给了一个叫金王孙的人，并生下一个女儿。后来其母臧儿为了求取富贵，强行将王娡从金家接走，送入当时还是太子的汉景帝刘启宫中。王娡为刘启生下了三女一男，其中的儿子就是后来的汉武帝刘彻。汉武帝即位后，并不以母亲曾嫁给别人为耻，还亲自到同母异父的姐姐家中相认，令其与母亲、已经贵为太后的王娡团聚，并给与封号与采邑。

三国时期：史上因家暴被判处死刑第一人

刘备西进益州取代刘璋后，当时执掌内务的诸葛亮制定一部法律，叫《蜀科》。其中规定，男人如果对女人实行家暴，法律必将严惩。如果官员和将士家暴，惩罚力度会更大。

史书记载，公元 234 年正月一天，都乡侯刘琰的妻子胡氏进宫向太后祝贺新春。新春官员妻子或母亲去后宫向太后祝贺新春一直是蜀汉不成文的规矩。太后十分喜欢胡氏，留她在宫中住了一个月。胡氏长得美，刘琰怀疑她和后主刘禅私通。待胡氏回家后，刘琰对她严刑拷问，让 500 个士兵打她，并用鞋子打其脸，然后休妻，并将胡氏赶出家门。受尽委屈的胡氏将刘琰告上执法部门，控告刘琰家暴。刘琰家暴罪证据初步认定确凿，因此被捕入狱。

刘禅最终判决“卒非挝妻之人,面非受履之地。”意思是说，士兵不是给你用来打老婆的，脸也不是给你用鞋子抽的。刘琰因此被判处死刑，并且暴尸街头。

刘琰在蜀汉当然属于高级官员。**一名高官因家暴而被判决死刑，这是中国古代有据可考的第一例，刘琰也成为中国历史上因家暴而判决死刑第一人。**蜀汉从法律上明文规定保护妇女尤其是妻子的权益。但此后，蜀汉官员妻子包括母亲入朝庆贺的仪式取消。

魏晋南北朝：女子伤害丈夫处罚更重

魏晋南北朝时代，资料显示当时也有关于反婚姻家庭暴力的法令，但女子伤害丈夫要比伤害一般人处罚重，此时已经出现了夫妻间处刑的差别。

在唐以前，夫妻间的暴力行为导致的刑罚规定，在一定时期内是基本没有区别的。

但伴随着“男尊女卑”等儒家思想观念的发展，渐渐有了不公平的区别。

唐：刑罚体现男女有别

《唐律》对于夫妻之间暴力行为的处罚规定有明确差别。

在《唐律》的《斗律篇》中，对于夫妻之间的暴力行为按照“詈”“殴”“伤”“杀”四个不同的犯罪情节进行了规定。

丈夫“殴伤妻者，减凡人二等；死者，以凡人论。”且认为“杀妻，仍为‘不睦’。”

但是，“诸妻殴夫，徒一年；若殴伤重者，加凡斗伤三等；需夫告，乃坐。死者，斩。”

但是《疏》中又说“妻者，齐也。”

封建时代的法律毫不掩饰地表达了其维护男女不平等地位的立法目的。

宋朝：李清照为摆脱家暴男不惜坐牢

对付家暴男，历史上最出名的女子莫过于李清照了。李清照 18 岁时与太学生、丞相赵挺之子赵明诚结为连理。1129 年，赵明诚死于湖州，一段将近 30 年的美满姻缘就此落幕。

也许太过美好的开始，往往会有悲伤的结局。

当时北宋灭亡、战乱不断，李清照行无定所，身心憔悴，这时，一个叫张汝舟的人出现在她身边，对她百般呵护。不久，俩人结婚了。婚后，张汝舟发现李清照并不愿意将自己随身携带的文物给张汝舟，他恼羞成怒，对李清照拳脚相加。于是，李清照决心和张汝舟离婚，并告发张汝舟的欺君之罪。

但宋律规定，妻告夫者,即使所告为实,也要“徒二年”,就是有期徒刑 2 年的意思。故事的结局是李清照赢了离婚官司,张汝舟被发配到柳州。而李清照进牢狱。幸好有人出手相救,李清照象征性得坐了 9 天牢,总算摆脱家暴男。

明清：丈夫过失杀妻是无罪

丈夫殴打妻子致死，明、清法律都规定，夫殴妻致死者绞，比妻殴夫死的处斩要轻一等。

妻子故意杀夫，明、清两朝都要处以凌迟的极刑。

妻子即使是过失杀夫，也是死罪，然而丈夫过失杀妻，法律是不过问的。

由暴力引起的离婚,《清律例》“妻妾殴夫”条律这样解释：

盖夫为妻纲，妻当从夫。

妻殴夫则妻应坐罪，离合听夫可也。

夫殴妻至折伤，夫虽犯义绝而妻无自绝于夫之理，故必先审问夫妇俱愿乃听离异，如夫愿而妻不愿，妻愿而夫不愿，皆不许离异也。

家暴打得脾脏摘除，丈夫入狱后，她拿到了离婚损害赔偿金丨拍案

2017-05-23 重案组 37 号 刘洋

家暴离婚，夫妻财产应该如何分？5 月 23 日上午，北京市三中院审理了这样一起离婚案，因家暴致妻子脾脏破

裂，丈夫获刑 4 年，但在之后继发的离婚诉讼中，一审法院判决分财产时并未考虑家暴的部分，妻子柴女士上诉。

重案组 37 号(微信 ID:zhonganzu37)旁听此案审理。法院经过两个小时的审理后当庭宣判，在一审判决基础上，判丈夫鲁某再支付柴女士离婚损害赔偿金 5 万。

全文 2250 字，阅读约需 5 分钟。

妻子屡遭家暴 丈夫被判 4 年刑

重案组 37 号(微信 ID:zhonganzu37)了解到，1994 年 4 月 16 日，柴女士和鲁某是在平谷县民政局登记结婚，婚后育有一儿一女均已成年。柴女士说，由于婚前彼此缺乏深刻了解，故婚后感情很不好，因家庭琐事争吵不休，被告还经常因家庭经济问题对她拳打脚踢。

2015 年 12 月 28 日，被告用拳头对柴女士腹部猛击，导致她脾脏破裂，腹腔积血。经手术治疗脾被摘除，伤情经鉴定为重伤 2 级。平谷法院于 2016 年 12 月 23 日作出刑事判决书，判决被告人鲁某犯故意伤害罪，有期徒刑四年。柴女士因此起诉至法院离婚。

离婚案中，一审法院判决双方离婚，男女双方依法分割共同浮财和债务，但没有考虑到家暴行为这个情节，女方不服提起上诉。

在上诉中柴女士的代理人认为，一审法院忽视了家暴，并要求对方支付柴被家暴的精神损害抚慰金。

法院确认家暴 再判 5 万损害赔偿

5 月 23 日上午 10 点半，北京市三中院法官驱车来到平谷区峪口法庭，将“巡回审判”的横幅挂在审判席后的墙面上，落槌开庭。因丈夫鲁某在服刑，由其年近八旬的老父代替出庭，三中院因此选择离老人较近的法庭审理案件。

当天的庭审，柴女士和鲁某父亲相对而坐，她话很少，鲁父对于分产的细节，在庭上显得格外激动，不时站起来发表意见。

“今天我代我儿子到法院来了，要不是为这房子我就不来了。”鲁父一口浓重的平谷口音，他拒绝分割房产且不同意给儿媳精神损害抚慰金。

柴女士的代理人则表示，宅基地是为结婚准备，是夫妻二人共同建设和还款，应该归夫妻二人所有，“据我了解，家庭开支主要靠柴女士负担”。

经过两个多小时的审理，法庭当庭宣判，柴女士分割浮财请求理由正当，鉴于家暴行为，照顾女方原则，对女方适当予以多分。但是就柴女士所说的债务是家暴产生的、房子是夫妻共同盖得的等问题，由于柴女士证据不足，三中院支持了一审法院的判决，仅对浮财进行了重新分配，并格外判决给柴女士 5 万元的离婚损害赔偿金。

讲述

妻子自述家暴经历：“我是一个特别软弱的人”

“我是一个特别软弱的人，一个月打 4、5 次，我都是等伤好了才回娘家”，庭审时，谈及 20 多年的家暴经历，柴女士的眼泪从眼眶里滚落，她用手擦掉，轻轻回身仍试图掩饰住悲伤。对左眼眶留下的一块淤青，柴女士称自己曾被打到失明，双眼一片血色的模糊。

在柴女士的眼里，丈夫虽然不抽烟不喝酒却很善妒，别人家孩子学习好了，谁家有钱买了新东西，他都会愤怒，并转而把愤怒强加于自己身上，随手抄起铁条、烧火棍子对她就是一顿抽打。

柴女士告诉重案组 37 号(微信 ID:zhonganzu37)，娘家人听说她经常挨打后，找上门来讨说法，事情也惊动了村里和民警，都到家里了解情况，每次都以丈夫道歉了事。

柴女士说，之前没有离婚主要是为了孩子，“孩子学习优秀，学校老师都夸他们是‘优秀家长’，‘优秀家长’怎么能离婚呢？”直到 2015 年 12 月 28 日，自己被丈夫殴打后，因腹痛难忍去医院，拍片后发现腹腔充满了积血，脾脏破裂。

彻底对丈夫失去信心的柴女士选择报警，经医生、邻居以及亲人的作证，施暴的丈夫被判刑。

家暴离婚财产分割 施暴丈夫付出代价

庭后，本案承办法官三中院民二庭助理审判员陈亢睿介绍，该起案件是典型的家暴引发的离婚案件，在家暴过程中男方属于过错方，根据婚姻法中照顾女方和过错方的原则，本案分割共同浮财对于女方予以多分；其次，婚姻法 46 条的规定，家暴的无过错方有权请求离婚损害赔偿，因此女方在家暴中受到重伤二级的伤害，考虑到男方情

节非常恶劣，所以法院做出了上述判决。

但是在这起官司中，柴女士还曾提出眼疾也是被丈夫打的，提出了要求对方支付治疗眼睛的费用等，但是女方没有证据，法院对此无法认定。陈亢睿也借此提醒市民在家庭生活中，自身遭遇家暴应即时保存相关证据，以免到时候无据可查，证据可以包括公安机关出具的出警记录、告诫书、伤残鉴定意见等，在家暴时的录音录像等都是非常有力的证据。

重案组 37 号(微信 ID:zhonganzu37)注意到，此次虽然没有涉及房产的分割，但是浮财包括床、桌子、微波炉等生活用品非常细碎繁多，法院在家暴背景下，依据什么判决将什么给谁、占比多少？陈亢睿解释说，本案男方在服刑，浮财大部分是女方生活所必须，因此判决的所有浮财都是保障她的生活必需品，虽然价值并不高，但是使用价值对她是现实的，且主要分给她。而剩余的一些也是考虑男方出狱后的必需分给男方，比如床、手机等，但是肯定向女方倾斜。

举证不充分 家暴仅认定一成

2016 年 3 月 1 日，《反家庭暴力法》正式实施，家庭暴力逐渐从“家内私事”转向了公众视野。根据北京市三中院调研的涉及家庭暴力的相关案件情况，近三年来，北京市各中级人民法院审结的婚姻家庭二审案件中，当事人主张存在家庭暴力的案件有 213 件，其中，经法院审理认定构成家庭暴力的仅为 22 件，认定率仅一成。

“这个统计结果可能与公众的认识存在差距，但这与家庭关系的私密性有关。” 三中院审判委员会专职委员次仁卓嘎表示，受“家丑不可外扬”思想的影响，当事人会心存顾忌。而暴力行为的发生也不易被外人知晓，收集证据十分困难。

虽然有当事人在诉讼中提出存在家庭暴力的情形，但对于是否存在家庭暴力的认定，始终是审判中的难点。仁卓嘎表示，在此类案件中当事人的举证并不充分，常常仅在口头主张暴力行为存在。同时，相关法律对于家庭暴力的界定存在差异，对暴力是否可以影响财产分割比例、抚养权、探望权等问题，法律规定尚不明确。

孪生哥哥“克隆”弟弟办公证

2017-5-15 人民法院报 李鸿光 方涵

一处上海的房产，所有权归王纲、王祥两兄弟共有。哥哥拿着弟弟委托他行使相关民事权利的公证书，在公证处与孙欣签署了用这套房子作抵押的借款合同。向哥哥出借 90 万元的孙欣十分满意，她以为两份公证书在手，这是一个手续完备、稳赚不赔的买卖。然而，令孙欣意想不到的事还是发生了……第一份公证是哥哥在弟弟不知情的情况下冒名顶替骗来的，而哥哥瞒天过海的招数靠的竟然是“撞脸”。

1 哥哥为抵押借款办公证

王纲、王祥是一对孪生兄弟，俩人从个头到模样如同“克隆”的一般非常相似。就连一些认识他们多年的邻居，都很难从外表上区分究竟谁是老大，谁是老二。但在和两人打过交道的老邻居们印象中，王纲做事精明很会算计，不像王祥为人处事比较敦厚淳朴。

年逾 40 的王纲多年来一直工作不稳定，无正当收入。他想做生意又缺资金，数度投资屡屡不见成效，他与王祥两人共有一套坐落于上海市普陀区中环外的住房，且两兄弟的老父亲也因生活困难搬入该房内居住。王纲和王祥各拥有该房产 50%的产权，先成家的王纲则与妻子在外借房居住。

从小鬼点子就多的王纲，想做生意又苦于筹措资金无门，为钱所困的他萌生了借高利贷的想法。因没有可供抵押的财产，他便盯上了与王祥共有的那套价值约 200 万元的房产。

王纲知道要拿房产作抵押担保借款，王祥肯定是反对的，一旦投资失败，不但自己要负债，还会牵连王祥和父亲都居无定所。王纲暗暗思忖，如何既瞒过弟弟，又能办妥房产抵押借款呢？

经“高人”点拨，王纲想到了通过去公证处作公证委托的方式，神不知鬼不觉地瞒着王祥，用房产作抵押借款，等赚了钱再立马还上款。

2013 年 9 月 3 日，拥有上海户籍身份的王纲担心上海的公证机构办事认真，在精明的上海公证员面前，若冒充孪生弟弟风险较大，极易露出马脚，甚至可能会偷鸡不成反蚀把米，于是，经人介绍，把眼光投向了远离上海的苏北。他不顾路途遥远，只身来到了江苏省兴化市公证处要求办理委托公证。王纲以弟弟王祥的身份出现在公证处，要求办理个人委托代理民事行为的公证。当公证处公证员查看王纲手持的王祥的身份证明等材料后，再看看面前此人的长相与相关证件照片完全一致，便误认为来办理委托公证的就是王祥本人。王纲顺利地骗过了当地公证机构，

于次日拿到了公证处出具的公证书，将兄弟俩名下共有的这处上海房产，公证为弟弟王祥委托哥哥王纲代为行使相关民事行为。

王纲拿到了兴化市公证处的公证书，开始着手实施自己的“宏伟计划”。他找到手里有 90 万元闲钱，正想通过借贷多挣点利息的孙欣。孙欣听王纲说他有套房子可以抵押，同时又有房屋共有人王祥委托哥哥代为行使民事行为的公证，双方便达成了抵押借款的初步意向。

2013 年 9 月 9 日，王纲与孙欣一同前往上海某公证处，签署《房地产抵押借款合同》并以此制作公证书。公证书认定，借款以这套房产作抵押，若王纲违约，该公证合同即为有强制执行效力的债权文书。

看到两份公证书都妥妥地盖着大红印章，孙欣便放心地签署了借款 90 万元给王纲的合同，双方约定借款期限为 2 个月，月息为 1.8%。公证书上记载，王纲及王祥均同意将名下上海市普陀区吉镇路某号的房屋抵押给孙欣，作为借款 90 万元的抵押。

拿到上海某公证处出具的公证文书，孙欣与王纲前往房地产交易中心，办妥了这套抵押房屋的登记手续，孙欣通过银行向王纲转账借款 90 万元。至此，王纲的计划进行得一切顺利。

2 被蒙在鼓里的孪生弟弟

抱着狠狠赌一把的心态，王纲将这 90 万元作为生意场上的最后筹码，全部用作一个项目的投资押了上去，他憧憬着这次自己能好运连连，赢个大满贯。

岂料，事与愿违。王纲生意做得并不顺利，他用房产抵押换来的 90 万元，随着项目的失败，很快又化作了泡影。眼看借款期满，无法偿还借款的王纲，竟与债主孙欣玩起了金蝉脱壳的把戏。他避而不见孙欣，因为见了也没辙，他已经无法再填补 90 万元投资失败血本无归的窟窿。

2013 年 11 月底，寻找王纲而久久不见其身影的孙欣开始感到隐隐不安，这是不祥之兆吗？年过六旬的孙欣有些心慌意乱了。

本打算通过民间借贷赚些高利贷的孙欣，见事情不妙，心急火燎地找到上海某公证处，申请公证执行证书来对抵押房屋予以执行。拿到证书后，孙欣向房屋所在地法院提出，对涉案房产的抵押权予以执行。

法院认为，孙欣提交的公证执行证书符合执行要求，即刻予以受理。然而，当执行法官找到房屋产权人之一的弟弟王祥时才发现，事情并没有那么简单。孪生弟弟王祥向法院反映，那个前往兴化市公证处办理公证委托的人并不是他，而是冒名顶替他的兄长王纲。他一度以为自己身份证遗失了，谁知竟然是被孪生兄长王纲偷走，并在兴化公证处冒名顶替，用自己的身份证办出了一份委托公证书。

既然公证内容不实，法院停止了对孙欣公证房屋抵押的执行。申请执行一下子陷入了“死胡同”，让刚刚看到一丝希望的孙欣，心里凉了半截。在孙欣

眼里，90 万元也是她全家辛辛苦苦积蓄了半辈子的钱，甚至她还是背着老伴悄悄出借给王纲的，本来是为了赚取高于银行利息 4 倍以上的高利贷，谁能想到竟是竹篮子打水一场空！

矛盾的焦点再次“聚集”到始作俑者王纲身上，是王纲一手导演了两次公证抵押借款的连环套“大戏”。

3 弟弟起诉抵押借款无效

王祥在与兴化市公证处交涉中提出，为何在没有查清委托授权人的情况下，出具了委托事项的异地委托行为公证书？这一失误直接导致了上海某公证处制作了《房地产抵押借款合同》。王祥更认为，据此公证书使得在自己名下 50%的共有房屋被抵押，应认定该公证属侵权无效的公证，应予以撤销。这对孪生兄弟的老父亲在得知大儿子王纲干的事后，也被气得大病一场，连连骂王纲是“不孝逆子”。

2013 年 12 月 23 日，兴化市公证处接到王祥的投诉后，感觉到事态的严重性。公证处承认“公证员审查把关不严，导致一系列不良后果”。此后，公证处出具一份公证决定，载明：经查，本处出具前份公证书因事实不真实，依据我国公证法之规定，现决定予以撤销。前份公证书自始无效。

同年 12 月 30 日，上海某公证处获悉兴化市公证处已否定了前份公证书，也坐不住了。是啊，在错误公证之上再作出的公证，怎么可能会是正确的公证呢？很快，上海某公证处也作出了新的决定，部分撤销含有不真实内容的公证，即王纲是抵押人之一王祥委托代理人的公证内容。

2014 年 1 月 7 日，手持两家公证处撤销公证书的决定，王祥向法院起诉，请求法院判令上海某公证处的《房地产抵押借款合同》无效，撤销设立于上海市普陀区吉镇路某号房屋之上的抵押。因孙欣是房屋的抵押借款人，也被

列入案件当事人。

2014 年 7 月 28 日，法院一审判决，王纲与孙欣签订的房产抵押借款合同无效。对孙欣来说，钱拿不回来，抵押的房子也不算数了，她不能接受！孙欣不服判决，提起了上诉。2015 年 3 月中旬，二审法院改判孙欣与王纲签订的《房地产抵押借款合同》中的抵押条款无效。

话说两头。在王祥起诉确认《房地产抵押借款合同》无效的同时，孙欣也聘请律师于 2014 年 2 月中旬，以民间借贷纠纷为由，将王纲、第三人王祥、案外人周某（王纲之妻）起诉至法院。

孙欣请求法院判令王纲夫妇归还借款 90 万元，第三人王祥承担连带还款责任。法院开庭时，王纲及妻子周某均没有出现在法庭上，最终，法院缺席判决王纲夫妇共同承担归还孙欣 90 万元借款的责任。

2015 年 9 月判决生效后，孙欣即申请执行。然而，此时被告王纲已经下落不明，且也无财产可供执行。于是，法院不得不裁定终结本次执行。

那么，王纲到底跑哪去了呢？原来，王纲 2015 年 9 月 30 日即被上海市公安局逮捕，2016 年 1 月，他因犯信用卡诈骗罪、诈骗罪，两罪并罚被法院判处有期徒刑一年零九个月，并处罚金 2.2 万元。

4 借款人矛头指向公证处

被空手套白狼的王纲玩得溜溜转，孙欣无法咽下这口气，从王纲处执行不到钱，她再次想要追究公证机构办错误公证的责任。

2016 年 2 月下旬，孙欣以公证损害责任纠纷为由，把兴化市公证处、上海某公证处、王纲三被告起诉到法院，并把王祥列为第三人。请求法院判令王纲赔偿其 90 万元，两家公证处承担补充赔偿责任。

孙欣说，兴化市公证处出具错误的公证书在先，导致自己与王纲在上海某公证处签署了《房地产抵押借款合同》，使得有强制执行效力的债权无效。而当兴化市公证处、上海某公证处意识到出具了失误公证，先后撤销了瑕疵公证书。事后，法院认为孙欣无权向王祥主张权利，终结了执行程序，建议自己另行起诉索讨 90 万元。孙欣认为，涉案两家公证处未尽到充分审查、核实义务，导致了自己的巨额经济损失，请求法院判决予以赔付。

兴化市公证处辩称，公证处是依据相关规定办理本次公证的，涉案公证是证明委托书签名，公证机关审查了委托人的身份证、户口簿，查看了委托人是否具有民事行为能力，委托书中有无违反法律规定，委托书是否当面签署等要素。公证处认为，本次委托是单方行为，不需要受托人到场，公证员已尽到审慎审查义务，因王纲与王祥是双胞胎兄弟，根本无法分辨谁是谁。况且，法院已有生效判决书，判决王纲应归还孙欣 90 万元借款，王纲名下亦有房产可供执行，孙欣应向法院申请恢复执行。倘若钱款确实无法执行到位，再确认该由谁承担补充赔付责任。

上海某公证处辩称，公证处出具《房地产抵押借款合同》及具有强制执行效力债权文书的公证书，是基于兴化市公证处出具的委托公证书，且在办公证时还专门与兴化市公证处作过核实，之后兴化市公证处又撤销了委托公证书，导致本公证处的公证也无奈撤销，故不应承担任何责任。

这 90 万元该如何归还？案件审理中，孙欣坚持己见；两公证处均认为自己无过错，不同意赔偿；王纲表示其出狱后，会努力归还给孙欣。

5 公证处是否应承担责任

上海市静安区人民法院审理认为，王纲故意隐瞒实情，用欺骗手段冒用孪生弟弟王祥名义办理委托公证，致使该公证书不合法，导致之后公证书连连被撤销，且《房地产抵押借款合同》中的抵押条款被法院确认无效，王纲无法履行归还借款后的抵押权失效。王纲应承担一系列公证文书被撤销的全部民事责任。

兴化市公证处在办理王纲的公证过程中，作了一定的审查、核实义务，但当申请人是孪生兄弟时，应比一般委托公证更需引起重视，除查验两人身份证件，更应要求孪生兄弟到场确认。然而，兴化市公证处因疏忽大意，被王纲钻了空子，致使出具了错误的公证文书。当该公证处发现公证文书错误后，为防止错误扩大撤销前份公证并无不当。但应承担公证文书被撤销引起的法律责任，法院酌定兴化市公证处承担 10%的补充赔偿责任。

而上海某公证处是基于兴化市公证处的委托公证，才出具了《房地产抵押借款合同》及具有强制执行效力的债权文书公证，且在办理该公证时专门与兴化市公证处对委托公证文书的真实性进行了核查，已尽了审查义务。导致公证文书撤销并非上海某公证处的原因，故上海某公证处不应承担公证文书被撤销后的法律责任。

法院还认为，孙欣的 90 万元债权，已得到法院他案判决的确认，应由王纲夫妇承担还款责任，孙欣可向法院申请执行。现王纲名下有上海市普陀区吉镇路某号房屋的部分所有权，在法院执行手段尚未穷尽情况下，孙欣无法

计算具体损失。待王纲夫妇的财产执行穷尽后，或仍有损失无法弥补可再行诉讼。2017 年 2 月 23 日，静安区法院一审判决驳回了孙欣的诉讼请求。判决后，孙欣没有上诉，目前判决已经生效。（文中当事人均为化名）

案后余思

公证，是我国公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依据法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。由于公证机构出具的公证书，具有较高的公信力，公证质量直接关系到相关当事人的合法权益，公证机构应谨慎履行审查职责。对公证机构的过错界定，可根据其是否已尽到应有的义务，是否严格按照法律、法规及规章的规定出具公证书等情节，综合判断公证机构是否有过错。

产后抑郁，谁来救赎？

2017-4-24 人民法院报 曹竹园 徐振宇 古林

如果身边人得了抑郁症，很多人的第一反应往往是：“他还会抑郁？他平时不挺开朗的吗？”这是因为我们对抑郁症一直缺乏科学的认识，就像崔永元所说的，抑郁症不是“心灵感冒”，别把这种病说得那么浪漫。

江苏省海门市一名性格温柔的女子就因患上了产后抑郁症，变得精神恍惚，易发怒，但丈夫不理解妻子的这一情绪变化，厌烦、躲避，甚至两次告到法院要求离婚。那么，法院会作出怎样的判决呢？

1 产后抑郁 婆媳矛盾加深

“一天到晚阴阳怪气的，谁受得了？这次无论花多大代价，我一定要离婚！”2015 年 12 月的一天，在江苏省海门市人民法院的法庭上，丁楠涨红脖子扯着嗓子大喊，他的妻子黎丽则坐在对面的被告席上默默垂泪。这场离婚大战已经持续了 3 年，婚姻的冰冻期更长达 5 年。而一切，还要从 5 年前黎丽生下儿子佳佳开始说起。

丁楠和黎丽的相识，好似电视剧里的情节。那一年，黎丽考上北京的大学，比她高一届的丁楠刚好负责在车站接新生。众人之中，丁楠听黎丽说话的口音，感觉是江苏老乡，于是主动过去帮她拎了行李。后来，两人又在校园里偶遇过几次，于是渐渐熟悉并谈起了恋爱。

大学期间，两人的感情一直稳定。即便丁楠早一年毕业先回家乡工作，两人在不同的城市生活，恋情也没受到影响。

2005 年，两人登记结婚。为了享受二人世界，他们并没有急着要孩子。不过，丁楠的母亲钱亦芳对儿媳有些不满，但当时小两口感情好，她也不便多说。

直到结婚五年后，夫妻俩才将生孩子这件事提上了日程。2010 年 10 月，黎丽怀孕了。为了保证胎儿健康，她不再化妆、不穿高跟鞋，也没有控制体重。到了怀孕后期，黎丽胖得像变了一个人，以至于她都不愿意与丈夫一同出门。她觉得丁楠很英俊，自己体型臃肿，两人在一起相形见绌。那段时间，丁楠对妻子很有耐心，他也感受到妻子内心的不安，便告诉妻子，他最爱看的就是妻子的笑容。

2011 年 8 月，黎丽生下儿子佳佳。由于孩子偏大，顺产过程较长，孩子出生时有几秒窒息，因此被送进保温箱观察了一周。刚生完孩子，黎丽身体很虚弱，可丁楠和钱亦芳担心孩子，没太关心黎丽。

观察期结束后，医生说孩子很健康，丁楠便高兴地抱着儿子回了家。黎丽坐月子期间，丁楠要加班，她只好和婆婆在家。每当孩子哭闹，婆婆都会怪她没按时喝汤，导致奶水不够，再加上两代人生活习惯不同和照顾新生命的手足无措，黎丽的情绪一直不好。钱亦芳也看出儿媳情绪不佳，却认为是儿媳给自己摆脸色，常常斥责她：“老哭丧个脸做什么，谁欠你债啦？！”还多次向儿子诉苦，使得婆媳矛盾逐渐加深。

这个时候，如果有人告诉黎丽和家人，产后情绪有变化是常态，只要做好心理调适，就会随着时间而好转，后面的事可能就不会发生。可遗憾的是，大家都没重视这个问题。丁楠对待妻子的态度，甚至变得很不耐烦。

在丁楠心中，原来那个温顺爱笑的妻子变了，他回家晚一点，黎丽就会抱怨丈夫不再爱自己；在一旁玩手机久一点，黎丽就发脾气责怪丈夫不关心她和孩子；两人稍微争执几句，黎丽就会掩面哭泣，简直是不可理喻！

这样的婚姻状态持续到 2012 年下半年。因为缺少关爱和理解，黎丽的精神逐渐崩溃，她开始出现了抑郁的症状：整夜失眠，精神恍惚，易发怒。2013 年春节期间，情绪消沉的黎丽竟吞服安眠药自杀，幸而发现及时，没有生命危险。

直到这时，丁楠和母亲才开始重视黎丽的精神状况。丁楠赶紧带着妻子去医院检查，医生确诊黎丽患的是产后抑郁症。

得知儿媳患病，钱亦芳丝毫不掩饰自己的不满。在她看来，黎丽原本就配不上相貌堂堂的儿子，如今精神还有

了问题。母亲的嫌弃也影响了丁楠，为了躲避妻子，他每天下班宁愿在外和朋友喝酒应酬也不回家。

2 不顾病妻 丈夫铁心离婚

2013 年 7 月，在母亲的怂恿下，丁楠告到海门市人民法院，要求离婚。

为了支持儿子离婚，钱亦芳还专门请教了律师。但结果和她预想的并不一样。当丁楠在法庭上，看到妻子的眼泪，听到妻子的哀求，他心软撤诉了。

得知女儿的婚姻出了问题，黎丽的父母提出想将女儿和外孙接回娘家照顾，丁楠同意了。黎丽回到娘家，也想念丈夫，可她每次给丁楠打电话、发短信，丁楠都称自己很忙。黎丽主动回到婆家，却被拒之门外。

丁楠的态度，让黎丽感觉这个家就快散了。于是，她冲动地跑到丁楠的公司，想要逼丈夫给自己一个说法。然而悲愤交加中，黎丽没能控制好自己的情绪，一番控诉让平素对丁楠印象不错的上司和同事都惊讶不已。妻子的这一举动，丁楠既觉得没面子，又觉得妻子的面貌十分恐怖，已和当年感情浓烈时判若两人。

钱亦芳又开始劝儿子离婚，可黎丽的父母却极力撮合女儿女婿和好。在他们看来，心病还需心药医，只有女儿女婿感情恢复了，女儿的病才能好转。在岳父岳母的劝说下，丁楠心生愧疚，向单位请了长假带着黎丽外出旅游。夫妻

俩去了厦门、云南、桂林，面对着青山绿水，黎丽的心情放松了，脸上逐渐有了笑容。两人游玩时，丁楠也很开心，他仿佛又回到了大学时代。

这次旅游，让黎丽和丁楠的感情得到修复，黎丽也开始配合医生积极治疗，病情有所好转。然而，一件意想不到的事情发生了——黎丽偶然间竟发现了丁楠的一个秘密。那天，丁楠上班后，黎丽感到无聊，便打开家中电脑准备上网，她发现丁楠的 QQ 设置了自动登录。她忍不住登录，竟然发现丈夫在婚前有一个私生女！

原来，丁楠刚参加工作时，认识了一名外籍女子，两人互有好感。因为当时黎丽不在身边，丁楠便与那位女子同居，还生了女儿。

什么美好爱情？什么幸福婚姻？全是假的！黎丽最后的心理防线顿时崩溃。丁楠下班回到家，她嚎哭着扑上去拳打脚踢，要这个负心人给她一个交代。丁楠承认的确隐瞒了私生女的事情，但他辩解说，自己和外籍女子同居是在结婚前，因此他没背叛婚姻。但黎丽不予理会，她拼尽全身的力气，上前给了丁楠一记耳光。

丁楠狠狠地抓住黎丽的双手，咬牙切齿地对她吼：“我是在外面有个孩子，又怎么样！你自己不去照照镜子看，谁受得了你这个疯婆娘！”看着丁楠狰狞的脸，黎丽呆住了，自己深爱的丈夫竟然这么陌生、这么可怕……

黎丽的病情再次加重，丁楠不敢面对妻子，又告到法院要求离婚。这一次无论妻子如何哭闹，丁楠都很坚持，但法院并没有判离。

有了这次经历，黎丽的精神越来越恍惚，经常呆呆地坐在桌边，一坐就是一整天。这样的情况持续了一段时间，2015 年 9 月丁楠又一次告到法院要求离婚。法官了解情况后，进行了调解，希望丁楠能够多体谅妻子，陪伴妻子度过这段生病的时间。

但铁了心要离婚的丁楠并没有回心转意，他贯彻着“三不”政策：不理睬、不联系、不给钱。钱亦芳还告诉儿子，她咨询过律师，离婚官司第二次起诉的，法院都会判离。她鼓动儿子不要接受法官的调解，坚持让法院判离，只有这样才能摆脱这段婚姻。

3 驳回起诉 再给婚姻一次机会

在法庭上，丁楠表示，黎丽脾气原本就不好，产后忧郁症只是一个借口，与这么神经质的女人没法共度一生，早离就是早解脱。另外，自法院上次不准离婚后，夫妻关系一直没修复，如今两人感情已经破裂。

尽管黎丽的精神一直恍惚，但她坚持不想离婚。黎丽的父母也表示，现在两人不能离婚，丁楠得陪着黎丽把病治好，之后他们会劝女儿放手。

而钱亦芳则哭诉说，自己儿子很委屈，娶了精神不正常的妻子，无法平静

地生活。钱亦芳和丁楠均以为，这一次法官会判决离婚，可结果又让他们失望了。

海门市人民法院经审理认为，原、被告婚后感情一度较好，完全可以和睦相处。但自从被告产后发生抑郁和焦虑症状后，原告未能正确对待，反而切断与被告的联系，对被告、孩子不闻不问。从几次庭审表现来看，被告对原告有强烈的依赖和深厚的感情，且病情有逐步好转的趋势，从维护妇女权益的角度出发，希望原告能够面对现实困难，积极帮助被告治疗疾病，尽到丈夫及父亲的责任，故驳回原告丁楠要求与被告黎丽离婚等诉讼请求。

同时，法官还告诫双方要理智地对待这段婚姻。捆绑不成夫妻，但是一味的逃避为人夫、为人父的责任也违背法律的价值取向，更不符合社会基本的道德标准。希望双方在接下来的这段时间，能够理性的分析自身的不足，多换位思考，无论是希望继续维持婚姻关系还是早日解除婚姻关系，都回归到法律、人性的正确轨道上来。如果双方在继续相处期间，发现确无和好可能，而不仅仅是因为黎丽患有抑郁疾病，法院也会审慎考察丁楠的后续表现和态度，考察丁楠是否已经能够理性的对待婚姻、对待家庭，从而判定是否准许双方离婚。

“大家都说离婚官司打两次肯定判离，为什么法院不判我儿子离婚？”钱亦芳认为判决不公，坚持让儿子上诉。于是，丁楠又上诉到南通市中级人民法院。2017 年 2 月，南通中院经审理维持了原判。

二审承办法官卢丽解释说，很多人都有误解，认为离婚官司打两次，法院肯定判离。其实，法院是否准予离婚，与打官司的次数无关，而是以夫妻感情是否破裂作为标准。

那么，如何判断夫妻感情是否破裂呢？司法实践中，经常从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好的可能等方面综合分析。

在这个案件中，丁楠和黎丽有感情基础，黎丽患上产后抑郁症后，对两人婚姻持否定态度的是钱亦芳，婆媳矛盾并不等同于夫妻矛盾，更不意味着夫妻感情破裂。丁楠受母亲影响选择躲避、离婚等做法，但从几次庭审的表现来看，两人是有感情的。医生也表示，黎丽的病情会好转，这就意味着她和丁楠还有和好的可能。

虽然丁楠已经是第二次打官司要求离婚，但法官不予判离也是符合法律规定的。因为夫妻有相互扶助的义务，这个义务具有法律强制性。当一方患病确实离不开配偶照顾时，法官一般会根据实际情况自由裁量，即使判离也会让患病的一方得到经济帮助。（文中涉案当事人均为化名）

法官寄语

当心涉嫌遗弃

产后抑郁，是指产妇在分娩后出现抑郁、悲伤、沮丧、哭泣、易激怒、烦躁、甚至有自杀或杀婴倾向等一系列症状为特征的心理障碍。那么产妇分娩后为什么会抑郁呢？

国家二级心理咨询师、南通市崇川区人民法院家事法庭法官黄素英认为，产妇在分娩之后到产后第一年其大脑将遭受诸多因素的冲击，包括激素波动、心理影响和分娩结局，更以产后 3 个月最为明显，这一时期为特殊易感期。妈妈们要照顾宝宝不能休息，宝宝一直哭，常常因手足无措而烦躁焦虑；虽然又困又累，为了哺乳还要多吃，体型走样、形象邋遢，“整天不梳洗，蓬头垢面”，产生“老公会不会因为我的身材走形而嫌弃我？”的想法；再因没奶的压力，家人可能会埋怨，“孩子吃不饱，还不如直接喂奶粉得了”……在女性生理的各个时期，从来都没有像产后这段时间那样，将如此多的压力因子集中在一起，因此在这一期间各种业已存在的情绪问题会出现复发或加重。

对此，黄素英提醒说，患有产后抑郁症的女性需要家人和社会的支持，尤其是更需要丈夫的体贴、照料和理解，要及时开导并排解产妇的忧虑问题，经常安排户外活动，多与亲人、朋友交谈，就能很快从抑郁中解脱出来，这也是作为丈夫的责任。本案中，如果丁楠能积极帮助黎丽治疗，那么黎丽的病症应该不会如现在这般严重。另外从情理上来说，即使丁楠坚持要求与黎丽离婚，也应先支持、配合黎丽治疗疾病，并在黎丽治疗期间妥善照顾好孩子，以减轻黎丽生理、心理的负担。

此外，在黎丽患病阶段，如果丁楠一直对妻子不闻不问，造成妻子病情进一步恶化，他有可能涉嫌遗弃罪。黎丽一旦追究起来，他可能还要负刑事责任。

“走火入魔”的求爱者

2017-4-17 人民法院报 章伟聪

张毅是一个痴狂的求爱者，痴狂到了为追踪女方，以“非法侵入建筑物”的罪名被国外法院判处有期徒刑；他又是一个执著的求爱者，执著到被女方“拉黑”后，用了不下 10 种方式联系对方。他的行为，最终让他站到了被告席上……

2017 年 1 月 13 日，上海市长宁区人民法院将被执行人张毅交来的精神损害抚慰金 2 万元、鉴定费 3000 元以及案件受理费 150 元，合计 23150 元转账至申请人刘婕的账户，至此，这起发生在追求者与被追求者之间的隐私权、一般人格权纠纷案画上了圆满的句号。

当刘婕在法院执行局做完结案笔录离开时，一种久违的轻松与清静感涌上心头，因为只有她自己才清楚，从认识张毅的那一刻起，她的人生有了怎样一段噩梦般的经历。这一梦，竟足足有 4 年整。

1 初识被拒 频发信息

25 岁的刘婕任职于某证券公司。原本在 A 营业部工作的她，因公司安排临时到 C 营业部轮岗。2012 年年底的一天，在该证券公司 B 营业部工作的张毅来到 C 营业部，经同事介绍，两人相互认识了。据刘婕讲，两人相识当天，张毅就向她表示喜欢她，想要她做他的女朋友。面对张毅直白而突然的表达，刘婕感到非常意外，她果断拒绝了张毅。然而张毅并未因刘婕直截了当的拒绝而却步，反而由此开始了他对刘婕的疯狂追求。“没想到，从那一刻起，我的噩梦就开始了!”刘婕后来在诉状中这样说。

尽管拒绝做张毅的女朋友，但出于礼貌，刘婕当天还是给张毅留了自己的手机号，于是，张毅便经常打电话给刘婕。刚开始，刘婕还礼节性地接听。很快，对张毅有一搭没一搭的电话，刘婕心生反感，不再接听。于是，张毅就开始给刘婕发短信，先是隔天发一条、两条，渐渐变成每天一条、两条，到后来每天要发十来条。

“他发的短信内容有时不能理解，有时围绕你的爱好，有时觉得他很精明，有时觉得言语古怪，像活在自己的世界中。”刘婕说。刘婕提供给法院的书证材料有 98 页 A4 纸，其中 69 页是张毅发给刘婕的短信的打印件，而且是用小五号字体打印的，时间跨度为 2013 年 1 月至 10 月。说是“短信”，其中一大半是二三百字、四五百字甚至七八百字的“长信”。

除了发短信，张毅还经常出现在刘婕居住的小区门口，或者在她工作的营业部门口等她，有时干脆进入刘婕的办公区域与她搭讪。让刘婕更难以接受的是，张毅会在她搭乘出租车时突然出现，或从车窗外朝里塞东西给她，或者强行打开车门坐进出租车内，又或者追着出租车跑直到追不上为止。“我觉得他和一般追求者完全不一样，我很明确地拒绝了他，但他发短信的频率越来越高，行为越来越过分。”刘婕困惑地说。

其实，张毅对自己近乎疯狂的行为并非没有反思。2013 年 3 月 2 日，他给刘婕发短信说：“我再也不会去 C 营业部了，也不会给你发短信打电话了，我发这个短信是想以这种绅士的方式消失在你的生活里，一切都是我的错，对不起……这是我最后一次发短信，珍重，再见。”这之后，除了 4 月 3 日，张毅忍不住又给刘婕发了一条短信并立即意识到自己“失信”了，追发一条短信表示歉意。除此之外，直到当年 5 月中旬，张毅似乎在按“绅士”的标准要求自己，没有再去打扰刘婕。

然而，从 5 月中旬开始，在经历了两个半月的压抑之后，理智的堤坝终于溃决。“满血复出”的张毅，以如岩浆迸发一般的热情给刘婕发送短信，直到刘婕忍无可忍，于 10 月 10 日将他拉入“黑名单”。在总共 69 页的短信打印件中，有 62 页出于这一时期，而且绝大多数是四五百字以上的“长信”。

2 拉黑之后 奇招迭出

很快，张毅意识到自己的手机号被刘婕加入了黑名单，但他并没有就此反省自己的行为，而是想方设法通过新的途径和方式与刘婕联系，向刘婕发送信息。刘婕提供给法院的证据显示，在被刘婕列入黑名单后，张毅先后用了不下 10 种方式与刘婕联系，可谓用心至极，奇招迭出。

张毅先是改用新的手机号给刘婕打电话、发短信，而且至少用了三个新号码。后来又通过手机点歌、“易信”发短信、QQ 邮箱发邮件等方式持续向刘婕发送信息。让刘婕深感意外的是，张毅还通过银行转账“附言”和“支付宝”亲密付的方式向刘婕发送信息。在 2015 年 2 月 1 日至 11 月 1 日的 9 个月计 272 天里，张毅通过银行向刘婕转账共计 235 次，金额从 0.01 元至数千元不等。每次转账，张毅都给刘婕“附言”。如 3 月 22 日，张毅两次各转账 55.55 元，分别附言“我不要进微信黑名单”“我知道错了，换个方式严惩”。5 月 3 日，转账三次各 0.01 元，分别附言“存一分钱，代表一路平安!”“婕婕，今天从香港回来吗？”“航班号多少我来热烈欢迎侬”。8 月 30 日转账 1804.66 元，附言“婕婕，在外面玩要注意安全”。10 月 29 日转账 0.05 元，附言“偶在小区楼下，请偶喝杯水”……“我把他转过来的钱还回去，他又转过来，我每天都会收到这样的短消息。”刘婕无奈地说。

如果说张毅的上述行为属于“隔空传情”，尚未对刘婕的实际生活造成影响，那么，接下来张毅的作为，不仅让当事者刘婕惊诧不已，也让身处局外的同事和朋友们大跌眼镜。

刘婕在诉状中说，张毅曾趁保安不注意，多次开车或跑步闯入她居住的小区，想强行进入她的家里，最终因保姆阻止未能得逞。张毅还获取她的出入境信息，到机场甚至登机口对她进行围

堵，造成机场秩序混乱。此外，张毅还经常在晚上将车停在刘婕所住小区附近，人却藏匿在某处对她家进行窥视，并通过银行转账附言方式，对她的衣着等进行描述。在后来的庭审中，张毅对刘婕的上述说法予以否认，但对以下两件事，张毅表示认可。

2015 年 9 月，张毅打听到刘婕外婆生病住院后，多次到医院探望刘婕外婆。医院和病人家属发觉异常后报警，警方到场进行了处置。同年 11 月 4 日，刘婕赴日本东京探望母亲，张毅探得信息后追随刘婕前往。由于不知道刘婕母亲在东京的具体地址，张毅在未经允许擅自侵入公寓两道门禁系统后挨家挨户询问。后经人报警，张毅被日本警方拘留。

对张毅如此疯狂地干涉、侵扰自己的生活，刘婕决定不再默默忍受。从日本回国后，刘婕立即委托律师准备诉讼。2016 年 1 月 11 日，长宁区法院受理了刘婕的起诉。然而，法院在发送起诉状副本时发现，张毅不在国内。

原来，张毅因涉嫌“非法侵入建筑物”被诉至日本当地法院，此时，张毅还在日本的警局里等待案件的开庭审理。据后来刘婕提供的证据材料以及张毅向本案承办法官的陈述，张毅因“非法侵入建筑物”被日本法院判处有期徒刑一年，缓刑两年。2016 年 2 月 1 日，张毅因“签证过期”被遣送回国。

3 司法鉴定 精神正常

因张毅不在国内，2016 年 1 月 20 日，刘婕向法院申请撤回了起诉，并在得知张毅回国后，于同年 3 月 3 日再次起诉。刘婕向法院提出三项诉讼请求：一、判令被告停止对原告的侵害（停止采取打电话、发短信、发邮件、转账、跟踪等任何方式对原告进行骚扰，停止对原告住在日本的母亲、妹妹和住在上海的外婆进行探望、联系等方式的骚扰）；二、判令被告向原告书写书面道歉信进行赔礼道歉；三、判令被告赔偿原告精神损害抚慰金 5 万元。

2016 年 3 月 15 日，长宁法院组织原、被告双方进行庭前证据交换。张毅表示，刘婕提出的三项诉讼请求他仅同意前两项。对诉状罗列的张毅骚扰刘婕的十三项具体表现，张毅逐一作了解释、说明和辩解。张毅认为，他给刘婕发的不是骚扰短信，都是让刘婕关心家人的信息。张毅承认 2015 年 9 月去医院看望过刘婕外婆，但是没有骚扰，也没有和医生护士发生冲突。张毅说“当天有人报过警，警察没有做笔录，警察说交朋友要互相情愿，不能勉强别人。”对在日本“挨家挨户”向当地居民询问的说法张毅也予以否认，表示“只问了一家”。

刘婕当庭提出申请，要求对张毅是否具有民事行为能力进行司法鉴定。张毅表示自己从去年到现在一直睡眠不好，同意作相关鉴定。法院遂委托司法鉴定机构对张毅进行精神状态鉴定、民

事行为能力和诉讼行为能力评定。

委托鉴定期间，因鉴定机构需要，法院曾要求张毅提供他父母的联系方式。张毅以“不方便提供”断然拒绝，并表示自己工作之前没有看过精神科，也没有住过精神病院。

同年 7 月，鉴定机构出具《鉴定意见书》。鉴定意见为：“被鉴定人张毅目前无精神病，对本案应评定为具有完全民事行为能力、具有诉讼行为能力。”承办法官就鉴定意见询问鉴定人，鉴定人表示，“被鉴定人意识清，定向好，仪态端整，接触时神情自若，侃侃而谈，思维清晰，谈吐有序，讲述自己个人经历时应答自如，问及与本案有关情况如与原告的关系时，回答模棱两可，轻描淡写，存在一定掩饰和回避。”鉴定人分析，“从提供的书证材料中可见，所发信息内容字里行间充满了对原告的爱慕和崇拜之情，完全沉湎于个人的自我陶醉之中，并乐此不疲地付之于行动。”鉴定人表示，“纵观本案的整个过程，反映出被鉴定人对原告的倾慕和迷恋已沉湎于个人幻想之中，导致其做出过度的、不合常理、不计后果的行为结果，但尚未到妄想程度。”

4

如梦初醒 依法履行

2016 年 9 月 8 日，长宁区法院公开开庭审理本案。张毅坚持之前证据交换时的意见，不同意赔付精神损害抚慰金。张毅认为，刘婕诉状中说的有言过其实的地方，比如他只是探望过外婆几次，没有持续很久；在日本也没有骚扰刘婕的家人，因为他找的建筑物里是否住着刘婕家人他并不清楚。张毅还认为，自己的所作所为并不是为了与刘婕建立恋爱关系，而是为了交一般朋友。张毅承认对刘婕造成了伤害，但认为自己并无过错。

法庭辩论阶段刘婕说，张毅对她进行方式多样、时间持久、行为恶劣、全天候不分场合的骚扰，使她本人以及家人的正常生活和工作受到极大干扰，严重侵犯了她的健康权和隐私权，请求法院支持她的全部诉讼请求。张毅表示，他会停止对刘婕的侵害，并对刘婕以及她的家人道歉。张毅重申，他没有全天候不分场合地骚扰刘婕。张毅希望能和刘婕达成调解，刘婕没有同意。

同年 9 月 29 日，长宁区法院对原告刘婕诉被告张毅隐私权、一般人格权纠纷案作出一审判决：

一、被告张毅于判决生效之日起立即停止侵犯原告刘婕隐私权、一般人格权的行为（被告停止采取打电话、发短信、发邮件、转账、跟踪等任何方式对原告进行骚扰的行为，被告停止对住在日本的原告母亲、原告妹妹、住在

上海的原告外婆进行探望、联系等方式的骚扰行为）；二、被告张毅于判决生效之日起五日内向原告刘婕书面赔礼道歉（书面道歉信内容须事先经本院审核）；三、被告张毅应赔付原告刘婕精神损害抚慰金人民币 2 万元，于判决生效之日起五日内履行完毕。法庭同时判令：刘婕预付的 3000 元鉴定费、案件受理费 150 元由张毅负担。

承办本案的法官胡培莉在阐释判案理由时说，公民的隐私权受法律保护。胡培莉解释说，隐私权是指个人对其私生活安宁、私生活秘密等享有的权利。一般人格权是指公民、法人享有的，包括人格独立、人格自由和人格尊严等内容的一般人格利益。本案被告没有证据证明自己合法取得原告的身份信息、家庭住址、亲属住址等信息，主观上存在侵害原告隐私权、一般人格利益的违法故意，客观上对原告实施了长达 3 年多的电话、短信、QQ 信息、银行转账附言等骚扰行为，甚至骚扰到居住在国内及国外的原告家属，使无意与被告交往的原告及家人的生活、工作不得安宁，使原告的精神受到严重损害。被告的行为已经构成对原告隐私权、一般人格利益的侵害。胡培莉表示，基于上述事实，原告的相关诉讼请求合法有据，依法应予支持。至于精神损害抚慰金的数额，胡培莉指出，是根据被告过错程度、侵害的手段、场合、行为方式等酌情确定。

一审判决之后，原、被告双方均未提出上诉。

2016 年 11 月 15 日，刘婕向法院申请执行。

2017 年 1 月 5 日，法院向张毅发出《执行通知书》，并告知张毅，在判决书确定的义务履行完毕之前，他将被限制高消费。

1 月 9 日，张毅按照通知的日期来到法院执行接待室。张毅表示，自法院判决之后，他再未联系过刘婕，并将按照判决书确定的内容全部履行自己的义务，还当场书写了道歉信。

1 月 11 日，刘婕接通知来到法院执行接待室。刘婕确认，法院判决后张毅没有再联系过她。执行法官将张毅道歉信的复印件交与刘婕，同时核对确认刘婕收取执行款的银行账号。执行法官告知刘婕，张毅已经将执行款交到法院，在法院将款项转入刘婕账户后，本案即告执行完毕。

1 月 13 日，相关执行款项转入申请人刘婕账户。（文中当事人均为化名）

（五）公证专题

夫妻财产约定的公证及公示制度构想

2017-05-08 公证文选 张瑜明

[摘要]：夫妻的法律关系，包含着两层极其重要的关系——身份关系和财产关系，身份关系是财产关系的基础，财产关系又反而影响身份关系之建立与发展，夫妻财产制关系到夫妻间财产权利义务的确定，更牵涉夫妻合法权益与民商事交易安全之间的平衡。本文将通过分析我国夫妻财产制度立法与现状，从财产权属与债务承担两方面分析夫妻共同财产约定与物权登记、夫妻共同债务与个人债务、夫妻一方合法权益保护与外部交易的信息不对称的矛盾和紧张，进而提出对《民法典》婚姻制度编的夫妻财产约定公证及公示对抗制度构想。

[关键词]：夫妻财产约定，夫妻共同债务，夫妻财产约定公证，公示。

一、我国夫妻财产制度立法理念回顾

男女结为夫妻，夫与妻的身份关系，虽不影响夫妻彼此独立的自然人主体资格，但由于身份关系的存在，会导致双方财产性质产生变化。夫妻的法律关系，包含着两层极其重要的关系——身份关系、财产关系。身份关系是财产关系的基础，财产关系又反之影响身份关系之建立与发展。从整个人类社会的历史来看，夫妻之间的关系经历了“夫妻一体主义”到“夫妻别体主义”的历程。[2]

（一）从“夫妻一体”财产制到“夫妻别体”财产制

夫妻在婚姻家庭中的地位由男女的社会地位决定，是两性社会地位的缩影，其发展变化与社会生产力发展水平和社会制度相适应。[3]古代夫妻财产制的理论基础是夫妻一体主义，男女结婚后人格相互吸收，合为一体，在夫妻一体主义下，家庭财产混同，家庭财产作为一个不可分割的整体。[4]我国古代的财产制是家庭财产制，而无夫妻财产制，财产集中在家长一人手中。妻子和丈夫均没有独立财产权。比如，《礼记·内则》记载“子妇无私货，无私蓄，无私器，不敢私假，不敢私与”。随着近代社会经济、生产发展，女性社会地位逐渐上升，婚姻财产制度立法逐渐摆脱“夫妻一体主义”影响，开始赋予妻子独立的权利。夫妻关系平等原则成为世界各国婚姻家庭法立法的基本原则之一。联合财产、共同管理的夫妻财产制度逐渐出现。夫妻别体主义成为夫妻财产制度的主流。夫妻别体主义也称夫妻异体主义，是指男女结婚后各自保持独立人格，法律地位平等，独立享有和承担平等的权利和义务。

（二）

约定财产制优于法定财产制

夫妻别体主义成为主要立法思想后，分别财产制和共同财产制在各国不同时期立法中，都曾成为立法基本形态。我国婚姻立法（1980 年《婚姻法》及 2001 年修订的《婚姻法》）采用了“婚后所得共同制”，即夫妻婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻双方共有。这是一种有限的共同财产制度，立法对共同财产的范围作了法定限制。

婚姻法属于私法领域，私法自治是民法的基本原则，旨在保障个人的自主决定和人格尊严，实现个人的自治权利。[5]我国 1980 年颁布的婚姻法第十三条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。该条文确立了我国夫妻财产约定财产制优先于法定财产制的原则。2001 年修订的《婚姻法》正式确立了夫妻法定财产制为婚后所得共同制。同年公布的婚姻法解释（一）否定了夫妻财产转换制度，其中第十九条规定，婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。夫妻个人财产与共同财产的禁止自然转换，符合物权法的法理，也有利于保护夫妻个人财产权益。

二、我国夫妻财产制度的矛盾与不足

我国立法现实是，婚姻法建构的夫妻内部财产关系在与外部主体发生来往产生法律关系时，在财产权属、债权债务关系方面均表现出模糊和矛盾，特别当内部关系与外部交易之间信息不对称时，可能给夫妻双方、外部第三人的合法权益带来损害。夫妻财产关系是社会财产关系的重要组成部分，夫妻财产关系不平衡不利于婚姻身份关系的稳固和长期共存，不利于社会民商事交易安全及社会稳定。

（一）《婚姻法》与《物权法》在调整财产关系上存在矛盾与分歧

《婚姻法》作为处理婚姻财产关系的基本法律，确立了法定财产制和约定财产制这两种夫妻财产关系的基本模式，且法定为原则，约定为例外，约定优先于法定。物权是民法制度中的重要法律制度，调整民事主体之间物权归属、利用、变动和保护，夫妻财产是在特定的身份关系框架内的物权关系。我国《物权法》自 2007 年颁布以来，确立了一般性的物权公示公信原则和物权变动的基本规则。两部法律形成的财产归属制度原则在对夫妻内部和外部调整身份、财产关系上存在矛盾与分歧。

1、夫妻财产之实质内容与物权权利外观的错位状态。

我国现行《婚姻法》整体立法早于物权法，婚姻法调整的权属来源与物权法规定的权属关系出现偏差。依《物权法》规定，物权权属需公示，动产依占有，不动产依登记，公示完毕才产生物权产生或变动的效力。依《婚姻法》的规定，婚姻关系存续期间，以法定财产制为原则，在夫妻双方无特殊约定时，凡属婚姻法法定共有的财产类型，不需经占有或登记的物权公示形式，均属于夫妻双方共有的财产。即必须从婚姻成立的时间、物权公示取得时间和双方是否有特殊约定来判断物权的实际归属，而并不仅仅关注该动产的占有或不动产的实名登记。《婚姻法》规定的夫妻财产制度的存在，给物权权属多设了一层“外衣”，会出现“夫妻隐性共有”的权利外观错位状态。比如婚姻关系存续期间夫妻双方取得的登记在一方名下的房屋，依《物权法》的登记公示原则，该房屋属于登记一方的财产（显性产权人），而根据《婚姻法》的规定，除双方另有约定外，该房屋系婚姻关系存续期间取得的财产，应为夫妻法定共同财产（未登记一方为隐性共有人），应由夫妻双方共同处分。婚姻法确定的真实权利人范围可能大于物权法规定的权利人范围， 尽管有善意取得制度，也极易造成纠纷后果，进入诉讼则大量浪费社会审判资源。从最高院 2011 年颁布的婚姻法解释三来看，妻财产之实质内容与物权权利外观的错位状态还在加剧。

2、夫妻财产约定与登记公示的物权效力分歧

《婚姻法》与《物权法》在物权取得原因及要件的规定上也存在矛盾。《婚姻法》所确立的夫妻共同财产制中，夫妻另一方法定共同共有权的取得，因登记结婚这一行为产生，来源于法定或者约定，并不以交付、登记等公示方式为必要。而《物权法》第 9 条和第 23 条确立的不动产和动产物权的变动以交付和登记为必要。故在夫妻出现约定财产归属之例外时，夫妻约定之效力与物权登记之物权效力熟优先，出现分歧。依据《最高院公报》(2014)收集案例来看[6]，法院支持了夫妻财产约定优先效力的观点，认为，夫妻之间达成的婚内财产约定、分割协议是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所做的约定，是双方协商一致对家庭财产进行内部分配的结果。在不涉及婚姻家庭以外的第三人利益的情况下，应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产约定协议，优先保护事实物权人，而不宜仅以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据。[7]依据我国夫妻约定财产制优于法定财产制的规定，夫妻之间通过约定协议的设定来调整财产归属的做法逐渐常见。与民商事交易活动所不同的是，夫妻之间

的协议除了蕴含丰富的亲情伦理因素外，更具有天然的封闭性和私密性，其行为过程和结果很难被家庭成员以外的人知晓。[8]夫妻协议引发的财产权属变动却会因夫妻一方的对外活动，以直接或间接的方式作用于外部，对社会交往、交易效率及安全产生实质影响。解决夫妻财产约定与登记公示的物权效力分歧，在夫妻内部和社会外部之间建立起有效的信息交互和结果展示机制，平衡内外部的利益冲突，显得十分必要和迫切。

（二）

夫妻财产与债务的权利义务关系规定抽象，缺乏统一性

以共同财产制为基本形态的夫妻财产制，夫妻对共同财产均有管理和处分权，夫妻要对对方的行为要承担责任。一旦形成债务欲为清偿，应先明确该债务是否属于夫妻共同债务，因债务性质不同意味着义务承担主体的不同[9]。我国婚姻法和有关司法解释对于夫妻个人债务和共同债务的界定过于抽象，而相关学理分析又欠缺法理的系统化，致使司法实践中对相同规定或司法解释产生不同的理解，对介入夫妻身份关系的财产纠纷呈现处理不统一的局面。

1、缺乏夫妻债务的具体系统规定，夫妻债务承担难以公平。

从我国立法发展来看，1950 年婚姻法确立男女平等的社会主义家庭制度，对夫妻财产关系包括夫妻债务的调整所涉甚少。1980 年婚姻法对夫妻人身和财产关系作较全面规定，首次将“用于夫妻共同生活”作为夫妻共同债务的认定标准。2001 年婚姻法修订，为适应日益活跃的交易行为和复杂的夫妻财产纠纷，经三次婚姻法司法解释提出以下零散的债务体系：夫妻一方对外举债，原则上推定为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还。推定之例外有：（1）举债一方与债权人明确约定债务为个人债务。（2）夫妻实施约定分别财产制，债权人知晓的（推定默认债权人知晓夫妻分别财产制约定的情况下认可债务为个人债务，举证责任在夫妻未举债一方）。（3）举债一方与债权人串通，虚构债务的。（4）举债一方债务用于违法犯罪活动的。婚前个人债务个人承担，个人债务用于婚后共同生活的推定为共同债务。可见立法对夫妻共同债务的认定从“用途论”转变到了“推定论”的原则进行判断。将婚姻家庭与交易秩序一体考量，对防止夫妻借离婚逃避共同债务具有积极作用和合理性。但制度发展往往顾此失彼，在兼顾或注重某种利益时，又可能过度损及其他利益而形成新弊端。[10]这种转变看似想要实现财产归属与债务承担的相对应，权利义务相对等，实际上规定非常抽象，逻辑不统一无法自洽，社会病诟其为“补丁规定”、“堵东漏西”。再加之夫妻约定的隐秘性，作为第三人的债权人难以探知，作为未举债一方往往承担非常不利的举证责任，有失公平。

2、夫妻债务清偿责任设立简单，夫妻债务清偿难以理清。

从债务承担而言，我国现行婚姻法认为，夫妻双方对于夫妻共同债务承担连带清偿责任[11]。用什么财产来承担连带清偿责任？夫妻共同债务理当由夫妻共同财产偿还，但夫妻共同财产无力清偿共同债务时，夫妻个人财产是否承担清偿责任？按照债权原理，既然夫妻应当对夫妻共同债务承担连带清偿责任，则夫妻一方的个人财产理当对共同债务负清偿责任。显然，夫妻双方对夫妻共同债务承担连带清偿责任，固然保护了债权人利益，但缺乏对夫妻个人财产权益的保护。夫妻共同财产是否应对夫妻个人债务承担清偿责任？如果共同财产承担个人债务的清偿，则有利于保护债权人利益，但对夫妻另一方的利益造成损害，如果共同财产不承担个人债务，则对债权人利益造成重大损害。根据《婚姻法解释二》第二十三条规定，债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。但由于“用于婚后家庭共同生活”这种情形并不多，且对于债权人存在很大的举证难度，也就意味着夫妻共同财产很难清偿个人债务，也就意味着，债务人甚至可以通过结婚来逃避个人债务的承担。

三、夫妻财产约定协议的公证及公示对抗制度构想（立法建议）

现代夫妻财产制主要有以下立法原则：约定优于法定原则；夫妻双方的财产权利和财产义务平等原则；保护交易安全，保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益均衡原则。[12]随着《中华人民共和国民法总则》的颁布，我国民法典婚姻家庭编的编撰正在紧锣密鼓进行。婚姻法作为民事领域的基本法，应当顺应社会物质文化的发展和夫妻财产制度的发展趋势，规范和保障公民基本权利义务。结合上文分析，笔者提出如下立法建议：

（一）规范夫妻财产约定之形式要件，设立生效要件及对抗要件

约定优先法定原则，是大陆法系和英美法系国家和地区中公认的夫妻财产制的基本原则。[13]我国现行婚姻立法仅确定了约定优先法定原则，对约定的具体形式、内容、要件均未做详细规定。

1、应当使用书面形式订立夫妻财产约定。

为使夫妻约定明确化、定型化，有利于举证并可避免不必要的纠纷，应规定夫妻财产约定以书面形式订立。一

般应包括以下内容: 约定的时间、约定的具体内容、约定的形式、约定生效的条件、约定的法律效力(对内与对外效力)。在财产约定的实质要件方面，还应当包括缔约能力、约定的合法性和约定的时间。

2、设立夫妻财产约定的生效条件及对抗要件。

关于约定财产制的形式要件，主要有三种学术观点。第一种观点认为，约定应采要式主义，对约定的形式分别规定了生效要件和对抗要件。以书面形式作为生效要件，以登记形式作为对抗要件。[14]第二种观点认为，约定应以书面为生效要件。以公证作为对抗要件。[15]第三种观点认为，告知应为夫妻一方或双方和第三人交易时必须履行的法定附随义务。其主要理由为:“公证与登记结合制”的程序规定还是不足以保护第三人的交易安全。[16]笔者同意第二种观点，但从可行性角度分析，要起到对抗之效力，仅经协议公证不足以完成，还需要结合一套夫妻财产约定协议的登记查询制度，下文将继续予以论述。

3、完善夫妻财产约定与物权公示对抗的衔接。

前文提到夫妻财产约定与登记公示的物权效力分歧，这种现实的分歧，来源于立法的统一性缺失，民众对物权公示原理的普遍认知缺失。因夫妻财产约定的隐秘，外人难以获知，且是在家庭成员之间作出的重大财产权属变更，《民法典》的立法应当将夫妻财产约定纳入现行《物权法》第二十八条至第三十条规定享有物权的范围，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

（二）健全夫妻债务制度，明确清偿责任

作为财产制度的重要方面，上文已经论述了夫妻财产与债务的权利义务关系规定抽象，缺乏系统性，使得介入夫妻身份关系的财产纠纷呈现处理不统一的局面。夫妻债务关系难以理清，来自立法的定位和缺失。

1、应对夫妻共同债务、个人债务、债务的承担作出明确规定。

我国现行婚姻法将有关夫妻债务的规定放在离婚篇章，实际夫妻债务问题大量出现在婚姻关系存续期间，不以离婚为前提。以离婚时的关系视角和债务处理方式来规范夫妻关系存续期间的夫妻共同债务问题，并不恰当。因此，我国婚姻立法应对夫妻共同债务、个人债务、债务的承担的作出明确的规定。对于夫妻共同债务的划分和认定，仅以约定财产制出发来规定债务的承担，难以调整纷繁复杂的社会现实。我国可应借鉴法国原则与列举的做法，第一，在立足于合理兼顾夫妻权益和交易第三人利益的基础上，视债务类别以及有关因素而定其性质，对于夫妻一方经营性债务、夫妻一方侵权所生债务、夫妻一方对外借贷负债等作出不同规定。 其次，应借助相关配套措施来甄别和认定某些债务能否真正归于夫妻共同债务。原则上，对于夫妻共同意思所为行为，且以共同财产制为基础的，都应作为夫妻共同债务；对于限于家事代理范围的行为，即使是分别财产制，考虑到夫妻互有代理权和使用的共同目的等因素，也应当然归为夫妻共同债务。对于我国目前争议较多的夫妻一方行为所生债务，则应在立足于是否服务于夫妻共同生活目的之基础上，综合其他因素一并判断，而不能采取一刀切的做法。同时，应当建立夫妻债务承担有限责任制度，个人对夫妻共同债务承担有限责任，夫妻共同财产以份额为限承担个人债务。

2、建立夫妻约定债务制。

我国现行夫妻债务清偿责任设立简单，夫妻债务清偿难以理清，在司法实践应用中存在着很大的缺陷。夫或妻一方与第三人恶意串通伪造债务多分夫妻财产，夫妻串通逃避债务，不利于保护债务人配偶的利益安全，不能完全适应社会复杂夫妻财产关系的需要。 从满足社会交易需求及夫妻保护权益角度出发，遵从私法自治原则，我国应当建立以婚姻契约为形式的夫妻债务约定制度，在结婚登记时，夫妻双方可以对婚前婚后的债务及债务承担方式、债务承担的财产来源、份额或比例作出约定。在不损害已经存在的第三方利益的基础上，应当认可债务约定优于债务法定的原则。

3、夫妻债务约定因涉及第三方权利，应该经公证以形成公示对抗效力。

我国现行的婚姻法对债权人给予的保护主要体现在对夫妻共同债务使用推定原则，共同债务使用夫妻共同财产进行偿还。对于夫妻分别财产制的约定，仅以简单的“第三人知晓”的举证责任倒置来进行维护，难以切实保护第三人权益。夫妻财产及债务约定的情况下，应当由公证机构辅助夫妻财产约定协议的签订，并采取授权登记、有限查询的方式实现信息化查询平台，以形成公示对抗效力。债权人知晓夫妻事先的约定公示，有利于作出更符合客观实际的风险判断，有利于自身权益的维护。

（三）规定夫妻财产约定协议公证并建立公示对抗制度

1、公证制度的价值契合立法理念。

公证是法律行为的优越表达方式[17]。作为法律行为方式的公证具有证据目的、警告目的、区隔功能、资讯透明化以及说明等功能，这也是拉丁公证制度所公认的公证价值。公证员是公证在家事内部活动和外部交易活动之间建立起有效的连接，为内外部信息的及时互通提供了可信赖的管道，为缓解家事行为和交易行为的摩擦提供了切实的实现路径。[18]公证文书记载夫妻对财产及债务安排的真实意思表示，固定的行为结果表明夫妻内部人身关系、财产权属的内部变化情况，再通过特定的载体或程序展示协议公证的内容（包括公证文书及信息查询），可以使外部主体及时、准确的了解夫妻内部活动及夫妻财产的真实归属安排，从而解决夫妻财产约定与外部交易活动之间信息不对称带来的风险和纠纷。夫妻财产约定的公证与登记公示，有利于减少夫妻财产之实质内容与物权权利外观的错位状态，降低夫妻财产约定与登记公示的物权效力分歧。建立秩序，预防纠纷、减少诉讼，降低社会运行成本，维护社会和谐稳定。

2、公证员的专业修养和职责体系，可以担负夫妻财产约定的公示对抗秩序维护。

公证员职业是我国法律四大职业体系之一，具有不低于法官、检察官和律师的任职标准，具有良好的专业知识和修养。一个好律师能够充分维护当事人利益，一个真正的公证人能充分实现当事人利益，而同时不忘社会国家利益。[19]公证是国家、当事人、公众利益代言人。公证员凭借自己的知识和能力弥补当事人知识和能力的不足，加强方式人在形成法律行为中的意思自治能力。[20]夫妻财产约定优于法定，由此原则出发，深刻影响着社会财产制度，直接作用于社会交易的公平正义及安全。夫妻的财产约定应当保持夫妻双方、第三人和社会利益的平衡。公证员执业时履行保障法律行为真实性、有效性、合法性、可行性的职责[21]，同时公证强调安全价值也兼顾了效率价值。一切事后救济型法律制度都会显示出极大的公平，但却不会产生效率和效益，而一切预防性法律制度都能产生或者推进公平，也能够产生或者促进效率和效益。[22]通过公证机制带来的公示效果，可以有效预防信息不对称带来的风险和纠纷，通过事前活动避免诉讼，既实现内部行为效果，又保障外部交易安全。公证员的专业修养和职责体系，可以担负夫妻财产约定的公示对抗秩序维护

3、公证行业的上下统一制度，有能力建立统一的夫妻财产公示对抗登记平台。

公证机构是执行国家公证职能、自主开展业务、独立承担责任、按市场规律和自律机制运行的公益性、非营利的事业法人[23]。由司法行政机关进行监督指导，由行业自律组织公证协会对具体公证机构及人员进行监督。公证机构具有民间的高效率特征，同时也因为自律性组织和司法行政机关的主管形成相对一致的管理体制，能聚齐人力、物力建立信息化体系平台。当前，公证信息化体系建设初具规模，如全国公证遗嘱备案查询平台已经开始发挥重要作用。全国 3000 多家公证机构、近 40 年的公证遗嘱庞大数据，于司法部律公司联合下发《关于开展全国公证遗嘱备 案查询工作的通知》后，全国公证机构在统一平台上操作运行，共补录历史数据 109 万条。目前全国公证遗嘱备案查询平台数据已达 131 万条,31 个省区市的 2000 多家公证机构进行有效查询 115 万次。如此，通过公证活动以及信息备案公示制度的建立，可以高效率解决社会高速发展背景下家庭和社会信息不对称带来的一系列矛盾。公证制度设立价值契合建立秩序、预防纠纷、减少诉讼、兼顾公平与秩序的民法立法价值，公证职业能担负夫妻财产约定的公示对抗秩序维护需求，公证行业有能力建立统一的夫妻财产公示对抗登记平台。

[1] 作者简介：张瑜明，女，1985 年出生，云南省昆明市明信公证处公证员，拉丁鹰公证研究会副会长。

[2]袁志丽：《对构建我国婚内损害赔偿制度可行性的探讨》，《行政与法》，2009 年第 1 期。

[3] 巫昌祯、夏吟兰主编：《婚姻家庭法学》，中国政法大学出版社 2007 年 8 月第 1 版，第 92 页。

[4] 同上。

[5] 巫昌祯、夏吟兰：《改革开放三十年中国婚姻立法之嬗变》，《中华女子学院学报》2009 年第 1 期。

[6] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》（2014 年卷）《唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案》，一审法院北京市朝阳区人民法院，二审法院北京市第三中级法院。

[7] 参见中国法院网，地方法院专栏《夫妻约定一方名下房产分割给另一方是否以变更登记为权属认定条件》，发布时间：2016 年 8 月 12 日，来源：北京三中院。

[8] 张鸣：《公证破解家事行为与外部交易之间信息不对称的有效方式》，原发表于南京公证处微信订阅号，转载于公证文选微信订阅号，2017 年 3 月 13 日。

[9] 张 驰、翟冠慧：《我国夫妻共同债务的界定与清偿论》，《政治与法律》 2012 年第 6 期

[10]张 驰、翟冠慧：《我国夫妻共同债务的界定与清偿论》，《政治与法律》 2012 年第 6 期。

[11]即《婚姻法解释二》第25、26条的规定

[12]参见陈苇：《夫妻财产制立法原则及若干问题研究》，《东南学术》2001年第2期及杨晋玲：《我国<民法典·婚姻家庭篇>夫妻财产立法若干基本问题探析》，《学术探索》2004年第10期

[13]《法国民法典》第1387条、《德国民法典》第1363条、《意大利民法典》第159条、《日本民法典》第755条。

[14]参见梁慧星(课题负责人)：《中国民法典草案建议稿附理由•亲属编》，法律出版社，2006年版。第84页。

[15]参见张贤钰："完善我国夫妻约定财产制的立法思考"，载巫昌祯、杨大文主编：《走向21世纪的中国婚姻家庭》，吉林人民出版社1995年版，第140页。

[16]参见任俊霞、黄兆宏：《我国约定夫妻财产制的不足及其对策》，《河西学院学报》2007年第3期

[17]孙宪忠：《公证是法律行为的优越表达形式》，段伟、李全息著《公证人职责研究》一书序言，法律出版社，2016年9月第一版

[18]参见张鸣：《公证破解家事行为与外部交易之间信息不对称的有效方式》，原发表于南京公证处微信订阅号，转载于公证文选微信订阅号，2017年3月13日。

[19]唐觉：《公证是合同安全的保证》，载于公证文选微信订阅号，2015年10月16日。

[20]段伟、李全息：《公证人职责研究》，法律出版社，2016年9月第一版，26页。

[21]参见段伟、李全息：《公证人职责研究》，法律出版社，2016年9月第一版。

[22]李全一：《法定公证研究》，四川大学出版社，2014年版，11页。

[23]参见2000年司法部《关于深化公证工作改革的方案》以及《中华人民共和国公证法》第一章、第二章。

家事纠纷之多元化解决机制探析——以公证为视角

2017-05-09 公证文选 重庆市公证处 向光敏

内容摘要

家事纠纷的快速有效解决与社会稳定和谐、国家长治久安息息相关。在家事纠纷中，公证参与多元化解决机制，法律赋予其法定证据效力奠定了其合法性基础，同时也具备合理性：不仅有利于节约司法资源、提高司法效率，而且有利于有序推进依法治国、完善国家治理体系与创新社会治理。公证参与多元化解决机制有以下路径可选择：一是完善与法院之间的"诉调对接"机制， 实现调解前置；二是与律师事务所携手提供优质且全面的法律服务，实现财富传承与家庭和睦；三是要加强信息化平台建设，优化资源配置，实现资源共享。

关键词

依法治国；家事纠纷；调解前置；多元化纠纷解决机制；公证；互联网

一、家事纠纷之多元化解决机制引入公证的正当性分析

家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。一个家庭的稳定和睦，不仅事关子女健康成长、老人颐享天年，而且关涉国家发展、民族进步、社会和谐。随着科技的不断进步，财产的表现形态也日益多样化，除了我们能切身感受到的实物形态，还有我们无法真实感受到的虚拟财产，一旦家庭内部发生矛盾，则引发的纠纷将更加复杂化。在解决日益复杂的家事矛盾过程中，在社会主义法治理念不断深入贯彻的大背景下，必须完善多元化纠纷解决机制，实现诉讼与非诉讼相衔接，即综合运用除法院以外的其它社会力量，包括但不限于仲裁委、公证机构、律师事务所、民政部门、基层组织、调解委员会、司法所，充分发挥这些社会组织（机构）的调解、定纷止争职能。

1. 家事纠纷之多元化解决机制引入公证的合法性分析

《中华人民共和国公证法》第2条规定"公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。"《中华人民共和国民事诉讼法》第69条规定"经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。"《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第77条[1]也同样规定了人民法院在审理过程中，就数个证据对同一事实的证明力问题，强调经过公证的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。可见，公证是公证机构代表国家行使职能对民事法律关系进行确认的具有权威性的活动，法律也赋予了公证法定证据效力。

同时，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〉》（法发〔2016〕14号）中

第二第 11“加强与公证机构的对接。支持公证机构对法律行为、事实和文书依法进行核实和证明，支持公证机构对当事人达成的债权债务合同以及具有给付内容的和解协议、调解协议办理债权文书公证，支持公证机构在送达、取证、保全、执行等环节提供公证法律服务，在家事、商事等领域开展公证活动或者调解服务。依法执行公证债权文书。”肯定了公证是多元化纠纷解决机制中的重要力量，认可了公证在家事领域的基本证明职能以及调解职能。

[1] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条：人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。

2.家事纠纷之多元化解决机制引入公证的合理性分析

（1）是节约司法资源、提高司法效率的迫切需求

据统计，从 2014 年至 2016 年，这三年来因感情破裂为导火索而引发的离婚、财产分割、子女扶养、老人赡养、继承等为主要内容的家事纠纷，约占全国民事案件的三分之一左右，且呈逐年增长趋势。比例日益上升的家事纠纷，法院“人少案多”的现状已是有目共睹，仅凭法院的力量已是力不从心，也难以满足节约司法成本、提高司法效率的发展理念要求。最高人民法院常务副院长沈德咏说“开展家事审判方式和工作机制改革，是家事案件自身特点的内在要求，是对人民群众司法需求的积极回应，是人民法院参与社会治理创新的切入点，也是改善家事审判工作现状的迫切需求。”。[1]

（2）是有序推进依法治国的根本要求

党的十八大以来，以习近平总书记为核心的新一届领导集体高度重视法治建设，提出了依法治国的“新十六字方针”——“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”。全面推进依法治国是解放和增强社会活力、促进社会公平正义、维护社会和谐稳定、确保国家长治久安的根本要求，而在家事领域，通过联合多种力量科学、高效、低成本的预防纠纷、解决纠纷，不仅实现了“小家”的和睦共处，也维护了“大家”的和谐稳定。最高人民法院党组书记、院长周强在主持最高人民法院专题会议上强调“要积极探索家事纠纷的专业化、社会化和人性化解决方式，推动建立司法机关、行政机关和社会力量相结合的家事纠纷综合协调解决机制，完善多元化纠纷解决机制，形成有效社会合力，切实妥善化解家事纠纷。”[2]

（3）是完善国家治理体系与创新社会治理的内在含义

习近平总书记指出：“国家治理体系是在党领导下管理国家的制度体系，包括经济、政治、文化、社会、生态文明和党的建设等各领域体制机制、法律法规安排，也就是一整套紧密相连、相互协调的国家制度。”要完善社会治理体系，则不能“单独作战”，需要各社会组织“协同作战”，尤其借助互联网之手；要创新社会治理，首先要建立服务型政府，要抛弃“官本位”实现“人本位”， 要在充分尊重当事人意思自治的前提下，以“人”为出发点，更加便捷、有效地预防纠纷，化解矛盾，从而使从属于公权力的社会治理增添温和的、充满人性的色彩。

[1]http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/05/id/1858736.shtml“我国法院将开展家事审判改革试点 探索引入家事调查员”.2016 年 5 月 11 日

[2]http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1834413.shtml.“周强主持最高人民法院专题会议强调 积极推进家事审判方式改革”.2016 年 4 月 6 日

二、公证参与家事纠纷之多元化解决机制的路径选择

全国法院第八次民事商事审判工作会议于 2015 年明确提出，要切实推进家事审判方式改革，积极开展设立专门家事审判庭试点工作，而最高人民法院于 2016 年 5 月决定在全国范围内选择北京市东城区人民法院等 100 个左右的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判方式和工作机制改革试点工作。在家事审判改革的大环境下，按照“国家主导、司法推动、社会参与、多元并举、法治保障”的现代纠纷解决理念，立法层面需要站在宏观的角度对社会治理进行思考，执法层面需要执法机构及社会力量相互协调配合。目前当务之急的是，公证机构需要在“互联网+”思维的指导下，与法院、律师事务所、街道办等社会力量共同协作，在家事纠纷领域充分预防纠纷，参与纠纷的调解，提供综合性的公证法律服务。

1.完善与法院之间的“诉调对接”机制，实现调解前置

根据《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条[1]的规定，“婚姻家庭和继承纠纷”属于人民法院开庭审理时“应当先行调解”的范围。家事纠纷案件，当事人之间存在特殊的身份关系，通过调解的

方式解决，一方面，仅是程序上的强制性，当事人完全可以自由决定是否调解、怎么调解，并不违背调解自愿原则，也不影响当事人裁判请求权的行使；另一方面，比较符合中国传统“厌讼”的心理，有利于维护友好和谐的社会关系，所以应当充分运用基层组织、律师事务所、公证机构、司法所等社会力量的调解职能。

在家事纠纷化解方面，公证机构与法院可签订相应的合作协议，建立互动协调机制，通过在法院设立“诉调中心”或“诉调对接服务点”，公证机构参与家事纠纷的化解，充分实现调解前置，发挥多元化纠纷解决机制的社会价值。实践中已有多家公证机构与法院展开合作，并取得良好的社会效果，上海市普陀公证处与普陀区人民法院“诉调中心”就是最好的例子，双方就杜绝虚假诉讼、合理分流无纠纷诉讼当事人和家事纠纷公证前置等方面开展合作，完善无纠纷诉讼分离机制。对于有纠纷的案件，具体操作如下：已经立案的由法院诉调中心交由公证处进行诉前调解，调解后，当事人达成调解协议的，由公证机构根据该协议出具公证书并书面通知法院；当事人未达成协议的，由公证机构出具有关法律事实和争议梳理的公证法律意见书，并将相关材料交给法院，法院裁判时据以参考。

[1]《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条规定：下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：（一）婚姻家庭纠纷和继承纠纷；（二）劳务合同纠纷；（三）交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；（四）宅基地和相邻关系纠纷；（五）合伙协议纠纷；（六）诉讼标的额较小的纠纷。但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。

2.与律师事务所携手提供优质且全面的法律服务，实现财富传承与家庭和睦

家事纠纷的解决不仅需要专业化，更加需要社会化以及人性化。因为，家庭矛盾的化解，不单单是在于解决过去的矛盾，更是对未来作一个科学合理的安排；不仅要对财产进行相应的合理分配，而且要对妇人、未成年人、老人弱势群体尽到最大力度的保护。公证机构、律师事务所作为法律职业共同体，可以结合自身特点，在各施其才基础之上协同作战。

一方面，公证机构可就律师代拟的法律文书[夫妻财产约定协议、离婚补充协议、变更子女抚养协议、遗产分割协议、遗嘱、赠与协议、提存（资金监管）协议]进行公证以促使其证据效力居于最高，在无反证推翻的情况下。另一方面，公证机构可与律师事务所就家事调查取证开展必要的合作，实践中，已有多家公证机构成立了“家事法律服务中心”，运用“你办证我跑腿”的理念，推行“绿色继承”、“小额遗产继承”、“温情遗嘱”等法律服务，让当事人“少跑腿”，减少当事人的“办证”负担。随着家事领域案子的增多，结合律师的调查取证权[1]，公证机构可与律师事务所建立“调查取证协同机制”，发挥律师的调查职能。在无讼前提下，上述协同模式，既利于当事人节约时间成本、经济成本，又利于维持稳定和谐的氛围。

除此之外，公证机构可以与律师事务所共同开展信托，包括“家族财产信托” 、“遗嘱信托”。信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。简单说来，信托就是“受人之托、代为理财”，是围绕委托人、受托人、受益人三者而展开的一项特殊财产管理制度。另外，在信托结构中也可以设置制衡主体[2]，即信托监察人（保护人/监督人）监督受托人的行为。随着财富的不断增加，越来越多的人想在有生之年对某些财产进行投资或者在死后可以执行自己的遗愿，于是在“家族财产信托” 与“遗嘱信托”中，公证机构作为不以营利为目的且具有中立性质的国家证明机构，基于公信力可以作为受托人履行相应职责，而律师事务所可以作为监督人监督公证机构是否按信托合同为受益人利益而管理或处分某财产的行为，两者相互协作，以实现委托人的目的，同时尽可能杜绝纠纷的发生。

[1] 《中华人民共和国律师法》第 35 条第 2 款规定“律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况”。

[2] 我国仅在公益信托部分规定了监察人为公益信托的必设机关，在普通的私益信托中，并无强制规定。】

3．加强信息化平台建设，优化资源配置，实现资源共享

运用“互联网+”思维，构建多元化纠纷解决机制大平台，是大势所趋。对于非讼案件，除了公证机构应当加强与公安部门、民政部门、婚姻登记机构、房产登记机构之间的联系，建立资源共享平台之外，还应该从以下几方面着手：第一，运用大数据，对家事领域的不同纠纷类型进行数据采集与分析，加强对纠纷类型、特点、趋势的统计，使得纠纷的来龙去脉一目了然，为最佳解决方案打下基础；第二，将各社会组织的调解工作置于网格化管理体系中，公布仲裁委、公证机构、律师事务所、民政部门、基层组织、调解委员会、司法所等社会组织的联系方式、

联系地址，采取网上分流、查询、指导、调解等措施，为当事人快捷方便地“各取所需”提供保障；第三，对于个案、疑案，通过线上或线下加强流程的跟踪，实时掌握案情最新动态，重点分析，快速制定解决方案；第四，加强社会组织之间的协同作用，在大的管理平台下设一分平台，专供社会组织之间进行沟通交流学习，乃至为当事人提供法律服务时遇到问题或需要协助时，可以方便快捷地得到协助；第五，搭建法学家或法律学者咨询平台，一是方便当事人咨询，二是方便法学家对法律人员进行业务上的指导或者相关内容的培训。除此之外，通过当事人数据分析，信用值测评，对于不同人分别派发不同的法律服务专员，即每一位当事人都有一位固定的法律服务专员提供或仲裁或公证或律师等咨询服务，在以后遇到法律问题皆可直接咨询该专员，询得解决方案，优化资源配置，实现资源共享。

参考文献

（1）范愉：《以多元化纠纷解决机制保证社会的可持续发展》，载《法律适用》2005 年第 2 期，第 3 页。

（2）邓卫卫,雷雨波：《英美法系国家信托财产非公示登记制度原因之探究》，龙源期刊,2009 年(6)。

（3）何宝玉：《信托法原理研究》，中国政法大学出版,2005 年第 294 页。

（4）周文轩：《婚姻家庭案件的审判应审慎运用道德话语》，载《法律适用》2004 年第 2 期，第 49 页。

（5）王文宇：《民商法理论与经分析 (二)》，中国政法大学出版社,2003 年第 45 页。

（6）崔清新、周英峰：《盘点人民调解法七大亮点》，载《人民法院报》2010 年 8 月 29 日第 2 版。

（7）兰业福、汤学明：《浅析调解协议的司法确认》，载《司法纵横》2010 年第 1 期。

后记

家庭的和谐稳定与否，直接关系到家庭成员的身心健康与否、社会的安定与否。作为一名法律服务工作者，不仅要关心自己的“小家”，更应当关心“大家”；不仅仅是机械地践行法律，更要用柔情去关怀当事人。在家事法律服务领域，秉着“以家庭的‘小平安’促社会的大和谐,以家庭的‘小稳定’促进社会的大稳定”理念，需要耐心倾听、仔细剖析、结合事实、运用法律为其排忧解难，需要用智慧将有可能提请诉讼的扼杀在摇篮里，充分扮演起“和事佬”的角色。随着人口的膨胀与纠纷类型的多样化，应当建立起诉讼与非讼的协调机制，实现资源共享的同时，高效低成本地化解矛盾；家事审判的改革应当借助多元化解决机制，应当充分发挥社会组织（机构）的调解职能，不断挖掘现有制度（包括但不限于仲裁委、公证机构、律师事务所）的剩余价值，从而减轻法院负担及提高司法效率，同时也为当事人节约司法成本，最终维护社会的和谐稳定、国家的长治久安。

继承公证的风险防控

2017-05-16 公证文选 苏坤

继承公证的风险防控

苏坤　　贵州省清镇市公证处

前不久，司法部公示了某公证处因办理继承公证出现错证，对该处及该处公证员进行处罚的决定。行业内又掀起了讨论的热潮。姑且不谈论处罚的问题，我们发现，又是继承公证出问题了。然而，继承公证对每个公证处，每个公证员都不是陌生的业务，是一个常规业务。既然继承公证是常规业务，为何又会频频出现问题呢？本人试图从继承公证办证中的调查、核实为切入点，就继承公证风险控制做小小的交流，错误及不足之处还望各位同仁批评指正。

一、公证机构的责任承担

2014 年最高院颁布了《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》。按照该规定，如公证机构办理公证后损害了当事人或利害关系人的利益，公证机构应当承担侵权责任，且是过错责任。公证机构承担的是与之过错程度相应的责任，是补充赔偿的责任。公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担责任。

该规定第四条明确了可以认定公证机构有过错的七种情形。其中该条第四款：“违反公证程序、办证规则及国务院司法行政部门制定的行业规范出具公证书的”、第五款：“公证机构在公证过程中未尽到充分的审查、核实义务，致使公证书错误或者不真实的”。该规定第五条：“当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的，当事人应当承担赔偿责任。公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担赔偿责任；未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知公证证明材料虚假或者与当事人恶意串通的，承担连带赔偿责任”。

通过该规定，不难看出，虽然法律法规明确公证机构的赔偿责任适用过错责任，未要求公证机构承担专家责任（过错推定责任）。但基于公证公信力及公证工作的特殊性，公证机构在办理公证过程中应当要求公证人员承担专家义务，要求公证人员在办理继承公证过程中要谨慎、专业，要尽到超过普通人的谨慎注意义务，才能降低继承公证的风险。

二、继承公证的办证模式

1、法定继承

在办理法定继承公证时，按照大多数公证机构的做法，往往由申请人提交当事人身份证件、被继承人的死亡证明、亲属关系证明、婚姻状况证明、财产凭证等材料。这些证明材料的提供方式均是由申请人提供，公证机构收到申请人提交的材料，对材料进行初步审核受理后，对继承人进行是否继承遗产的询问，并对申请人提交的证明材料进行调查核实后，为当事人出具公证书。这一模式就是我们公证机构办理公证的常规模式。

2、遗嘱继承

在办理遗嘱继承公证时，同样是由申请人提供身份证件、被继承人遗嘱、死亡证明等相关材料，公证机构审查核实后出具公证书。不同于法定继承的是，遗嘱继承公证，在核实相关死亡、亲属关系后，着重点是在遗嘱是否符合法定形式、是否为有效遗嘱，是否为被继承人生前所立最后一份遗嘱，是否生效的问题。

通过比较来看，无论是法定继承还是遗嘱继承，其核心问题都是证据材料的真实性问题。在继承公证中，核心的证据材料就是被继承人的死亡证明、亲属关系证明、婚姻状况证明、财产证明等。按照中公协的指导意见，办理继承公证时提交的死亡证明应当为下列种类：1、公安机关的证明；2、医疗机构的证明、3、人民法院宣告死亡的文书；4、死亡公证书。亲属关系证明为下列种类：1、被继承人档案所在单位的人事部门证明、2、公安机关证明；3、基层人民政府证明。如当事人有合理理由无法提交上述部门出具的死亡证明、亲属关系证明，则应当提交两件以上足以证明死亡事实或者相关亲属关系的材料。

公证程序规则释义一书中列明了三种类型的证明材料及其证明力。第一类为完全证据能力或可直接采信的证据，这类证据包括法院生效裁判文书做出的裁判和确认的事实、公证书确认的事实、医院和公安机关出具的死亡证明等；第二类为具有较强证据能力的或者基本可以采信的证明材料，这类证明包括地方党政机关、设有人事保卫部门的国有企事业单位出具的亲属关系证明等；第三类为证据能力较弱或者可采信不强的材料，这类证明包括居委会和村委会及小型私营企业出具的证明。对于第一类证明材料，只要形式真实，即可作为认定事实的根据，无须再对事实部分进行调查核实；对于第二类证明材料，除涉及重大财产或人身关系的公证事项外，大多可不经调查核实即可作为认定事实的根据；对于第三类证明，大多可作为参考，需调查核实或与其他证明材料形成证据链时方可作为认定事实的根据。

三、继承公证中核实证明材料存在的问题

办理继承公证，对证明材料的核实是案件办理的核心领域，如果当事人提交的证明为虚假证明，公证机构办理时未审查、核实，自然是要承担责任的。然而，随着公安部下发通知，告知不出具十余种证明；民政部下发通知，告知不出具无婚姻登记记录证明；加之国家对各种证明进行清理后，且不论证明效力的层级问题，当事人能否提供证明都成为了问题。相信不少同行在办理继承公证时遇到当事人举证困难现象明显增多了。当事人无法提供证明，一般有两个方面的原因，一是出具证明的单位有要求不能出具，二是出具证明的单位确实不了解情况无法出具。在第二种情况中，难以出具的证明大致有以下几类：1、被继承人父母死亡证明；2、被继承人婚姻状况证明；3、被继承人亲属关系证明。在这其中，还有一类较为特殊的当事人，即是外地人在本地购房后去世。这类当事人的户籍、婚姻关系均在外地，所以即便在本地长期居住，也很难出到证明，如当事人提供了外省出具的证明往往又难以核实。对于这类当事人，恰恰是提供虚假证明材料的高危人群。一方面是相关部门不能出具证明或举证成本过高，一方面当事必须在不动产所在地办理继承公证，这一规定是否在一定程度上促使当事人提供虚假证明呢？如果当事人无法提供证明，或提供的证明材料不充分，公证机构就只能拒证了？就拿我处所在区域举例，前些年公安派出所还给当事人出具亲属关系证明，现在基本都不予出具。而且，即便是当事人提交了证明材料，公证机构以何种方式对当事人提供的证明材料进行核实？各种材料的核实标准是怎样的？核实到什么程度？各地公证机构做法也不尽相同，笔者认为，正是由于继承公证中调查核实标准的不统一性，导致了办理继承公证容易出现错误，进而导致赔偿的发生。在中国公证协会继承公证指导意见第六条、第七条规定了公证机构办理继承公证时，应当对材料进行核实，但仔细

揣摩，似乎规定得过于笼统、宽泛，没有实务上的指导性。

四、关于继承公证证据收集、核实的一些经验

办理继承公证，对于材料的审核大致分为电话核实、外出调查（走访核实、档案查阅、墓碑拍照、证人证言）两种。公证机构在办理继承公证案件的过程中，应当根据案件具体情况分别对待。

对于当事人提交的证明材料，党政机关、较大单位的证明可信度自然比小单位要高。亲属关系证明优先考虑由被继承人人事档案所在地部门出具，其余单位出具该证明，应当由两个以上单位出具。当事人提供的亲属关系证明中，只有一个子女、或子女间相互相差年龄较大，姓氏不同则应引起注意。如是夫妻中的一方死亡，另一方申请办理继承公证或者被继承人死亡较为年轻的，应注意申请人提供的被继承人父母的死亡证明。应做好继承公证的接待笔录，注意分开询问办证的当事人。对于被继承人父母的死亡证明，如果推算在世已经超过 100 岁，依据为民事案件高度盖然性原则，可不要求提供，但还是要结合案件实际情况而定。身份证件的真伪核实已经不是大问题，大部分公证机构都配备了身份证识别仪，还可以通过全国人口信息平台进行查询。对于审核当事人是否冒名，主要还是依靠肉眼识别，仔细询问，拍照来进行。

对于证据材料的核实，应当按照当事人提交证明材料出具的部门的不同，待证事实的不同区别对待。如当事人提供的死亡证明系医院、派出所出具，则可采用电话核实的方式进行，反之则应当外出调查；如当事人提交的亲属关系证明为党政机关、国有企事业单位出具，可电话核实，反之则应当外出调查。就目前的形式而言，公证机构派员外出收集证人证言证据，收集墓穴证明照片的方式也未尝不是较好的方式。

继承公证从受理到证据材料审核到最后出证，实际上存在一个公证员自由心证的过程，案件的所有证明材料、当事人的陈述必须能够形成完整的证据链条，公证员形成了内心的确信，才能够出具公证书。但是在现有制度框架内，公证机构调查、核实的边界规定得较为模糊，这就要求公证机构应当以高标准的谨慎义务来要求自己。公证机构尽到谨慎审查的义务，以高标准来要求自己，继承公证的风险自然会被控制。

我们现在办理继承公证的模式，许多公证处还停留在“拿证来证”的层面。这种模式下，公证机构成为当事人提交证明的接受体，当事人向公证机构提供证明换取公证证明，那么在信息获取上公证机构始终处于劣势，始终是滞后的、被动的。这势必就会导致公证机构在获取证据材料时难以甄别证明材料的真实性。由于多年养成的办证习惯，在办理继承公证的过程中，很多公证员只认公章，不管是居委会、村委会、社区、公司的公章，没盖章就不出具公证书。但是，就现在的情况来看，当事人盖章获取证明越来越困难。各地人口的迁移，导致查询档案越来越困难。我们办理继承公证长期“信赖”的公章就真的靠谱、可信吗？一味要求当事人去“盖章”，是否促使了当事人提交虚假证明？一堆不靠谱的证明能够堆砌出一个真实的待证事实？

值得庆幸的是，不少公证机构已经做出了有益的尝试，开展了绿色继承公证业务。当事人向公证机构提供线索，公证机构主动寻找证据。这种模式的好处在于，公证机构在第一时间介入了案件，阻断了当事人提交虚假证明的渠道，因为只需要当事人提供线索，不需要当事人提供材料。公证机构安排人员为当事人获取证据，从根本上和当事人处于一个平台，成为当事人的法律顾问，成为当事人的帮助者，公证机构不再是坐在办公室等待当事人提供证据，从心理上更容易被当事人接受。从办证模式上来看，更容易接近案件事实的真相，更容易形成公证员的内心确认。

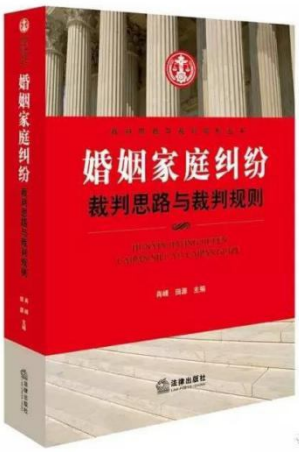
公证机构应当让公证员人员成为家事调查员，以为当事人调查取证为自己的义务，将被动接收证据变为主动调查取证。这样，从角色、工作模式上进行了转变，自然也就有效防止了当事人提供虚假证明的问题，而且从根本上解决了责任承担的问题，即便通过绿色继承办理的公证出现了错证，法官和公证机构也不会因为公证机构是否尽到审查、核实义务而苦恼纠结。

虽然公证机构不能保证每个继承公证都做到客观真实，但是在目前的形式下，转变思维模式，转变工作思路和模式，才是有效控制继承公证风险的方法。

十、新书资讯

《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》

2017 年 3 月 1 日第 1 版 法律出版社 肖峰 田源主编



本书是一部婚姻家庭纠纷案件相关法律实务问题的司法观点集成和办案操作指南。本书体系上囊括了当前人民法院审理婚姻家庭纠纷案件的全部案由，内容上涵盖了婚姻家庭纠纷热点、难点案件的裁判思路剖析，法律依据汇总，前沿理论集成，同类案件参考，法律风险提示等等，是实现法官办理案件的金钥匙，是律师从事代理的直通车，当事人参与诉讼的必备锦囊。基本信息

出版社：法律出版社；第 1 版（2017 年 3 月 1 日）

平装：743 页

语种： 简体中文

开本：16

ISBN：9787519700317

条形码：9787519700317

商品尺寸：23.2 x 16.6 x 4 cm

商品重量：1.1 Kg

品牌：法律出版社

ASIN：B06ZYY4RF5

编辑推荐

指引法律执业操作，提升专业应用水准

全面，涵盖民商常见纠纷类型

实务，逻辑演绎裁判规则思路

指导，密切结合新型疑难问题

权威，紧扣司法解释背景原意

专业，荟萃理论研究 zui 新成果

作者简介

肖峰，男，中国政法大学经济法学博士，zui 高人民法院民事审判第壹庭高级法官。2007 年博士毕业考入 zui 高人民法院，一直从事民商事审判工作。迄今已审理各类民商事案件数百件，多篇裁判文书被评选为 zui 高人民法院指导案例或优秀裁判文书。参与起草了婚姻法司法解释二补充规定、民诉法司法解释、民事诉讼法律文书样式等司法解释。还参与了 zui 高人民法院出版的“民间借贷司法解释、婚姻法司法解释三、房屋租赁合同纠纷司法解释、劳动争议司法解释四、道路交通事故损害赔偿司法解释、旅游纠纷司法解释、网络侵权司法解释、物权法司法解释一、消费者公益诉讼司法解释”等司法解释理解与适用书籍的写作工作，并公开发表专业文章数十篇。

田源，男，中国政法大学“2011 计划”司法文明协同创新中心诉讼法学博士，山东省菏泽市中级人民法院二级法官，兼任山东政法学院法律硕士导师、山东省菏泽市法官培训学院教师等职。从事民商事、刑事审判十余年，荣获国家奖励 20 余项，省部级奖励 40 余项，发表法学论文 70 余篇。研究成果曾蝉联中央政法委主办首届、第二届执法公信力论坛征文一等奖，曾荣获中国诚信与法治保障论坛征文二等奖；第七届中国法学青年论坛征文二等奖，

第九届中国法学家论坛征文二等奖等。主编《侵权赔偿纠纷裁判规则与裁判思路》《医疗纠纷处理图解锦囊》等法学著作。

目　录

详目
第一章婚约财产纠纷
一、彩礼范围如何界定
二、婚约财产纠纷双方当事人如何确定
三、未办理结婚登记但确已共同生活彩礼应否返还
四、已办理结婚登记但共同生活时间较短彩礼应否返还
五、《婚姻法解释二》第 10 条中“生活困难”如何理解
第二章离婚纠纷
一、离婚纠纷如何确定管辖法院
二、哪些情形下一方不得提起离婚诉讼
三、对方伪造身份信息办理结婚登记，提供真实信息一方能否提出离婚
四、“事实婚姻”如何认定
五、精神病人如何离婚
六、离婚纠纷中如何判断“夫妻感情确已破裂”
七、如何认定婚姻家庭纠纷中的“家庭暴力”
八、夫妻间关于忠实义务的协议效力如何认定
九、以对方侵害“生育权”为由起诉离婚能否获得支持
十、离婚纠纷中子女抚养权的归属如何确定
十一、离婚纠纷中子女抚养费如何计付
十二、离婚后能否单方变更子女姓名
十三、离婚纠纷中如何认定夫妻共同债务
十四、婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务能否按夫妻共同债务处理
十五、一方婚前支付首付购置的不动产，婚后共同还贷，离婚时如何分割
十六、一方父母出资购置的不动产，离婚时如何分割
十七、夫妻共同出资购买的房屋，登记在未成年子女名下，离婚时能否分割
十八、夫妻双方婚姻关系存续期间达成的关于财产分割的协议，离婚时是否有效
十九、夫妻一方擅自处分共有财产是否有效
二十、离婚时发现子女并非亲生，能否要求对方返还抚育费
二十一、离婚时哪些情形下无过错方可以要求对方进行损害赔偿
二十二、离婚时一方有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产行为或伪造债务侵占另一方财产的行为应如何处理
第三章离婚后财产纠纷
一、离婚协议约定将夫妻共有房产赠与未成年子女，离婚后赠与房产更正登记之前一方是否有权撤销
二、离婚后能否以显失公平为由变更或撤销离婚财产分割协议
三、离婚后发现对方有隐藏、转移、变卖、毁损财产行为或伪造债务侵占财产的行为应如何处理
四、离婚后发现有尚未分割的夫妻共同财产应如何处理
第四章离婚后损害责任纠纷
一、离婚后发现对方婚内出轨能否请求精神损害赔偿
二、婚内遭受家暴，离婚后主张赔偿能否获支持
三、发现子女“非亲生”能否向对方主张精神损害赔偿
第五章婚姻无效纠纷

一、哪些情形下婚姻无效
二、申请宣告婚姻无效的主体如何确定
三、婚姻无效财产分割和子女抚养如何处理
第六章撤销婚姻纠纷
一、可撤销婚姻的法定情形
二、撤销婚姻是否有时间限制
三、如何认定受胁迫的婚姻
四、可撤销婚姻与无效婚姻的区分
第七章夫妻财产约定纠纷
一、夫妻双方约定由一方承担债务的，债权人能否要求双方共同承担
二、夫妻关系存续期间能否分割共有财产
三、第三人是否知情对离婚一方债务是否存在影响
四、实行约定财产制是否可规避离婚时的补偿
五、工商登记中载明的夫妻投资能否认定为夫妻对财产归属的约定
六、离婚协议处置了婚前父母给买的房产，协议的效力如何
第八章同居关系纠纷
第一部分同居关系析产纠纷
一、同居关系解除后，如何分割不动产
二、同居关系解除后，不动产外其他财产如何分割
三、同居关系解除后，双方在同居期间共同的生活借贷如何偿还
四、同居关系解除后，一方承诺给对方的青春损失费能否兑现
第二部分同居关系子女抚养纠纷
一、直接抚养子女的一方如何确定
二、非婚生子女抚养费如何承担
三、法律层面，婚生子女与非婚生子女是否存在差异
第九章抚养纠纷
第一部分抚养费纠纷
一、离婚后一方如何要求增加抚养费数额
二、人工授精方式出生的子女如何保障自己的权利
三、已成年但尚在校就读的子女能否要求父母继续支付抚养费
四、婚姻存续期间能否要求不尽抚养义务的一方支付抚养费
第二部分变更抚养关系纠纷
一、离婚后双方均不愿抚养子女时如何处理
二、如变更子女抚养关系，要考虑何种因素
三、离婚后一方强行带走孩子是否构成民事侵权
第十章扶养纠纷
一、兄弟姐妹之间是否负有相互扶养的义务
二、夫妻之间扶养与解除婚姻之间的关系
三、夫妻双方之间是否负有相互扶养的义务
四、夫妻扶养义务与子女赡养义务重合时如何处理
第十一章监护权
一、继父母、继子女之间形成何种监护关系
二、监护人能否处理被监护人财产
三、监护人委托他人监护是否还应承担监护责任

四、监护权在何种情况下会被取消
第十二章探望权纠纷
一、探望权利主体能否改变探望时间
二、离婚诉讼中未涉及探望权再起诉能否支持
三、不直接抚养子女的一方是否享有探望非婚生子女的权利
四、如何行使中止对方探望的权利
五、放弃探望权的离婚协议是否有效
六、祖父母、外祖父母是否享有探望孙子女、外孙子女的权利
第十三章收养权纠纷
一、现行《收养法》实施前的收养行为如何认定
二、收养关系成立需要哪些条件
三、收养关系在什么情况下会被解除
四、收养关系解除后收养人是否可以要求补偿
五、送养人能否解除收养关系
第十四章赡养权纠纷
一、父母在何种情况下可以向子女要求支付赡养费
二、多数赡养人如何确定各自的赡养义务
三、非婚生子女是否有赡养父母的义务
四、被赡养人能否变更赡养关系
五、子女签订的分别赡养父母协议是否有效
六、孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母有无赡养义务
七、赡养协议中免除一方赡养义务的约定是否有效
八、父母要求子女定期回家看看能否得到支持
第十五章分家析产纠纷
一、在何种情况下可以提出分家析产
二、分家析产的各人份额如何确定
三、拆迁房屋中安置房、补偿款能否析产
四、分家析产协议是否有效
五、出嫁女是否享有原宅基地财产份额
六、土地承包经营权能否分家析产
七、违法房屋能否要求分家析产
八、房产拆迁时尚未出生能否分得拆迁利益
九、所有权登记在他人名下能否主张分家析产
序言

前言

法者，国之重器。随着全面推进依法治国进程的不断深入，人民群众法律意识、维权意识日渐觉醒，自觉学法、守法、用法的热情空前高涨，各类诉讼案件呈井喷式增长。从全国范围来看，婚姻家庭纠纷案件数量最多、增量最大，矛盾较尖锐，冲突较激烈，社会各界的关注度也较高。实践中，不少案件当事人对相关法律法规知其一不知其二，知其然而不知其所以然，断章取义、张冠李戴现象屡见不鲜，既不利于自身权益的维护，更会对他人权益造成侵害。

本书作为一部全面、系统、权威、管用的婚姻家庭纠纷审判、办案操作指南，体系上囊括了当前人民法院审理婚姻家庭纠纷案件的全部案由；内容上以最高人民法院《民事审判指导与参考丛书》等权威图书为基础，结合最高人民法院的公报案例、指导案例和各地法院的民事审判经验，依据最新的法律法规、司法解释与政策，以专题形式全面系统地总结婚姻家庭纠纷领域常见的疑难、新型问题以及应对策略。编写过程中，我们力求突出实用性，

重在指导性，体现权威性，旨在使读者能够全面理解和把握每一个问题的具体处理方法和依据，为读者办理法律实务提供参考与借鉴。

本书编写组成员，由最高人民法院、省法官培训学院以及中级人民法院、检察院具有丰富一线审判经验的资深法官、检察官组成。编者团队将在长期司法实践中摸索出的用以处理婚姻家庭纠纷案件的经验技巧和裁判依据梳理汇总，并加以提炼和升华，为法官办案提供参考借鉴，为律师代理提供操作指南，为当事人和社会民众参与诉讼释法答疑。这也是我们克服重重困难，反复修改，数次增删，下大气力编写这部书的根本动力。

与同类著述相比，本书具有以下特点：

——独创依案由检索方式。创造性地将人民法院审理婚姻家庭纠纷的案由设置为本书的章节体例。这种体系编排看似简单，但最易于检索，尤其适宜对法律法规体系不甚熟悉的普通当事人。遇到实际法律问题，直接依据案由查找，方便对症下药，也更富有人性化。

——革新结构体例编排。本书一改以往就案说案的单一做法，以典型案件作为引子，引出某种或某几种类型案件的裁判法律依据、相关案例参阅、专家前沿观点、法律风险提示等内容，由点及面，举一反三。结构设置上轻重得当，重点突出裁判依据汇总、相关案例参阅、法律风险提示等部分，语言深入浅出，充分发挥本书指南作用和实践特色。

——法律条文力争全，新，细。在裁判依据汇总部分细分为：法律、法规、司法解释、行政规章、部门规章、地方性法规等等，始终以“最新、最细、最全”为目标，力争囊括所有相关法律法规。

——坚持理论前沿并贴合实践。本书体例编排的一大特色是从最新的权威、核心法学期刊上摘录了部分法学名家的最新相关理论观点，不乏部分司法解释起草者的真知灼见。上述观点，既为司法实务工作者、当事人及社会公众看待实务问题提供全新的理论视角，更对相关法律法规修改完善作出了有益探索。

本书得以付梓，得益于最高人民法院等单位有关领导、专家的大力支持和热心帮助；得益于法律出版社诸位编辑老师精心编排；得益于编写团队为期一年的认真筹划和悉心编写。在此，一并致以诚挚谢意！

鉴于编者的水平、眼界，错漏、不足之处在所难免，敬请读者批评指正。我们将认真听取您的宝贵建议和意见，在修订再版时予以补充或修缮，用最优质的法律服务以俟广大读者。

田源

以上信息资料、图片来自亚马逊网，如若购买请直接登录该网站。

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。

家事法苑™团队奉献

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