



家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

《家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报》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。

资讯简报获取：

- ① 家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”
- ② 网址 <http://www.famlaw.cn/download.aspx?id=1> 直接在咨询简报页下载
- ③ 微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”



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。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。

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™ 团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬)



目 录

一、审判动态	1
打破家暴梦魇 共筑平安家庭 ——广西高院关于涉家庭暴力案件的调研报告	2018-02-01 人民法院报 第 08 版
妥善化解家事纠纷 切实维护社会和谐——浙江江山法院关于家事审判工作的调研报告	2018-02-01 人民法院报 第 08 版
“四心”构建少年家事审判新机制	2018-02-04 人民法院报 第 03 版 张宝玲 赵 地
北京法院探索社会力量辅助家事审判力促纠纷化解	2018-02-06 经济日报 李万祥
发布 化解家事纠纷 北京二中院通报“三师一团”项目运行情况	2018-02-06 京法网事 涂浩
首创化解家事纠纷“三师一团”项目运行情况典型案例	2018-02-06 北京市第二中级人民法院
离婚证明彰显司法温度——上海徐汇区法院家事审判工作探访	2018-02-12 最高人民法院 严剑漪 马超
【法院资讯】“儿童利益最大化”，我们在行动	2018-02-26 浦江天平
盘点全国各地中级法院夫妻共债新规施行后的裁判观点	2018-02-27 民事法律参考
离婚诉讼中，丈夫拒不申报家庭财产！法院：妨碍民事诉讼，罚 8 万！	2018-02-28 济南中院
二、媒体典型案例	21
（一）解除婚姻关系案例	21
王宝强离婚案、马蓉名誉权案一审宣判	2018-02-11 京法网事
王宝强离婚案、马蓉名誉权案一审宣判	2018-02-11 人民法院报
（二）抚养纠纷案例	25
离婚诉讼期间抢走儿子藏匿 南通一女子因不当行为丧失抚养权	2018-02-03 人民法院报 第 03 版 严永宏 古 林
不直接抚养非婚生子女的生父是否应当负担子女 的抚养费——刘丙诉徐乙、尹甲抚养费纠纷案	原创 2018-02-13 法律家
（三）亲子关系案例	31
亲妈给娃登记了个假爸爸	2018-01-28 法制日报 记者 王春
“押子”引出收养纠纷 南通中院作出“有温度的判决”	2018-02-10 民事法律参考 顾建兵 刘昌海
（四）财产分割案例	34
离婚时夫妻争夺唯一住房 法院：适当照顾子女和女方权益，判决房产归女方所有	2018-02-06 人民法院报 第 03 版
夫妻离婚时对于婚后按揭购买的房屋应如何处置？ 聚法案例	原创 2018-02-19 聚法 聚法编辑部
婚前购买婚后登记在对方名下的车归谁	2018-02-15 人民法院报 第 07 版 付建国 郝绍彬
婚后一方父母出全资购买且登记于子女名下的房屋为个人财产（部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）	原创 2018-02-25 指导性案例审判规则
（五）恋爱同居纠纷案例	43



佛山女经理给已婚男买房、买车 反被告上法庭.....2018-02-08 佛山时刻

(六) 夫妻债务案例.....45

离婚期间妻子借款 30 万为儿买房.....2018-02-04 法制日报 记者 丁国锋

新司法解释后淮南中院首判夫妻股权转让纠纷案 夫妻双方知情同意处分股权, 应共同担债.....

.....2018-02-06 人民法院报 第 03 版 记者 周瑞平 通讯员 李旭东 刘凤玉

丈夫伪造妻子签名贷款 30 万, 夫妻双双被起诉, 法院这么判.....2018-02-07 山东高法

庭审直击 | 女子婚内个人举债 200 余万 法院二审认定非夫妻共同债务.....2018-02-11 上海一中法院 李潇

女子婚内个人举债 200 余万 上海一中院终审认定非夫妻共同债务.....2018-02-15 人民法院报 第 03 版 李潇

(七) 赠与案例.....51

要房不养弟 赠与房被重判继承权.....2018-01-28 法制日报 记者 范天娇

赠与子女的房产又被父亲过户走? 法院判决合同无效![原创] 2018-02-27 北京海淀法院 北京海淀法院

(八) 赡养案例.....54

怒赞! 老太起诉 6 名子女未尽到赡养义务, 法官在操场上开庭审理.....2018-02-25 澎湃新闻

(九) 其他相关案例.....55

前女婿从岳父存折取钱, 法院判决其偿还借款.....[原创] 2018-02-05 北京海淀法院 北京海淀法院

三、继承.....56

典型案例.....56

普法 | 遗嘱不规范, 继承难成行.....2018-02-08 民主与法制社 赵春艳 苑路佳

子女在其母处理父亲遗产时未主张过权利能否以遗产权利 人身份参加诉讼——林 X 锋诉许 X 凤共有权确认纠纷案.....

.....[原创] 2018-02-18 法律家

四、房产、股权、信托.....62

(一) 房产.....62

离婚记载到不动产证书上, 是否泄漏了隐私?[原创] 2018-02-06 鱼龙聊房 李炜

公证遗嘱继承转移登记中合理审慎的注意义务.....[原创] 2018-02-22 不动产登记 武汉市不动产登记中心 李翔

(二) 股权.....66

离的不仅是婚! 深析上市公司董事长离婚股权分割涉税问题.....[原创] 2018-01-11 CTN 第一税务 中税咨询集团

五、社会新闻.....68

家事审判改革的“温州经验”, 妙在何处? 2018-02-08 民主与法制周刊 本社记者 傅潇潇 夏孟宣



她干了近 40 年媒婆,发现如今越来越多的女方不要彩礼了.....	2018-02-23 新京报 王婧祎
天津一男子争抚养权不成杀前妻 孩子目睹全过程.....	2018-02-24 每日新报 张家民 等
海外华人注意了!中国正在严查这一灰色地带.....	2018-02-28 华人生活网
权威预测:青少年司法专业社工会很快多起来!.....	2018-02-28 少年法学苑 共青团新闻联播

六、学者、法官、检察官、律师、公证专题.....83

(一)理论学术动态、学者视点.....83

昔日情侣对簿公堂:非婚赠与中物权变动与原因行为的法律评析.....	原创 2018-02-01 最高人民法院司法案例研究院 李伟
冉克平:夫妻之间给予不动产约定的效力及其救济——兼析法释(2011)18号第6条 民商辛说.....	2018-02-06 天同诉讼圈 冉克平
试养期制度在我国的建立.....	2018-02-07 家事法研究中心 王祺
陆青:离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究 《法学研究》2018年第1期第87-105页.....	原创 2018-02-07 法学研究 陆青
情与法的难题:压岁钱到底属于谁?.....	原创 2018-02-09 最高人民法院司法案例研究院 王江
遗嘱监护制度探析.....	2018-02-21 家事法研究中心
中国少年司法的历史、现状与未来.....	原创 2018-02-28 法律适用 姚建龙
法学副教授:平衡配偶财产知情权与隐私权 维护家庭整体性价值.....	2018-02-28 看法新闻 陈汉
走出夫妻共同债务的误区.....	2018-02-28 中外法学 缪宇

(二)法官视点.....141

肖峰、田源:离婚后一方如何要求增加抚养费数额.....	2018-02-01 家事法苑 肖峰、田源主编
假结婚,出生证上被当爹;想撤销,可行政诉讼吗? 庭前独角兽.....	原创 2018-02-01 庭前独角兽 陈佳
王礼仁:夫妻共同债务规定的理解与适用 法宝关注.....	2018-02-01 北大法律信息网
三代以内同辈旁系血亲的成年子女能否被收养.....	2018-02-01 人民法院报 第07版 潘建兴
围观 域外夫妻财产与债务法律制度.....	2018-02-04 最高人民法院 李贤华 郭金生
【案件聚焦】小夫妻都闹离婚了 公婆却说儿媳的钱给儿子都一样!.....	2018-02-08 浦江天平
最高法民一庭对婚姻家庭、继承案件常见问题的权威观点.....	2018-02-09 法信
日常家事代理行为的要件与判定.....	2018-02-12 海坛特哥
肖峰、田源:拆迁房屋中安置房、补偿款能否析产.....	2018-02-13 家事法苑 肖峰、田源主编
离婚案件中,如何保障未成年子女的权益?.....	原创 2018-02-26 审判研究 梁洁
危机婚姻下冷冻胚胎的废与留——全国首例男方废弃冷冻胚胎侵权赔偿案.....	2018-02-26 南京市玄武区人民法院 陈文军
第106期-【前沿·案例】全国法院系统2017年度优秀案例分析 获奖作品:离婚案件中淘宝店铺的价值确定与分割.....	2018-02-26 审判前沿 林挚 刘雪琳

(三)律师视点.....185

【律师观点】离婚案里那些世相.....	2018-02-01 深圳市罗湖区人民法院 郭卫群
---------------------	---------------------------



家事法苑团队杨晓林、段凤丽律师代理的李×2（男）诉李×1（女）离婚纠纷案被收入《人民法院案例选》2017年第7辑.....	2018-02-01 家事法苑 黄晓丰 王斌
【周末八股】离婚三十六计之三：借刀杀人.....	原创 2018-02-03 白玉兰爱股权 贾明军律师团队
裁判规则 融资租赁债务能否被认定为夫妻共同债务？.....	2018-02-03 零壹融资租赁简报 汇融律所 李雪梅、贺欣
观点 郑重对待您的赠与.....	原创 2018-02-05 汉坤律师事务所 汉坤
【原创】三起 境外“虚假信托”击穿案的警示.....	原创 2018-02-09 白玉兰爱股权 贾明军律师团队 郝丹阳
四川法院关于父母为子女购房出资性质不明时 款项性质认定问题的司法裁判规则.....	2018-02-10 新浪博客 蒲毅律师
【周一头条】一个“被结婚”股东的离婚故事.....	原创 2018-02-12 白玉兰爱股权 贾明军、蓝艳
仅部分共有人负债情形下执行共有房产的实务观点小结.....	原创 2018-02-28 法律理论与实务研究 木木

（四）公证专题.....217

交易安全与权益保护 ——股权继承中的多重风险平衡.....	2018-02-06 公证文选 北京市长安公证处 宫楠
-------------------------------	-----------------------------

七、异域资讯.....223

“法国猫王”遗产惹纷争：子女分文未得，貌美娇妻反获全部家产.....	原创 2018-02-13 欧时大参 周文仪、周轶伦
巨额财产难继承，法国“猫王”遗嘱被亲女儿否认.....	原创 2018-02-17 法律读库 史晨阳
着重培养刑事和家事律师 跃大法学院新生在职人士占九成.....	2018-01-19 联合早报 魏瑜麟
美国同性婚姻权裁决的三重语境.....	2018-02-21 中外法学 刘晗
找代孕疯狂生娃，这日本富二代跟泰国 撕了四年，终于要回了他的继承者们.....	2018-02-21 英国那些事儿
这个日本富豪海外代孕生了 19 个娃，还扬言要生 1000 个造福世界.....	2018-02-26 新京报 方辰
家事审判改革：新加坡的亲子协调员是什么角色？ 庭前独角兽.....	原创 2018-02-27 庭前独角兽 李啸飞 秦润芝
对跨国婚姻的态度，丈量了一个社会开放的程度.....	原创 2018-02-28 大家 周韵

八、书籍推荐.....250

最高法关于婚姻家庭、继承纠纷裁判规则 63 条.....	2018-02-03 法信
书 《中国婚证百年》（王文君编，中国社 会科学出版社，2013 年 6 月 1 日第 1 版）.....	2018-02-25 家事法苑 王文君



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

简报顾问：郝惠珍

执行主编：段凤丽

简报主编：杨晓林

编委会成员：侯晓婷、邓雯芬

① 家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

② 家事法苑™ 团队官方博客：<http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

③ 简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

④ 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”

⑤ 家事法苑™ 家事法实务交流微信群：

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家庭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。

本群主题为婚姻家庭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。

⑥ 家事法实务交流QQ 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、在校学生、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！

⑦ 家事法苑™ 微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw



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。

正文

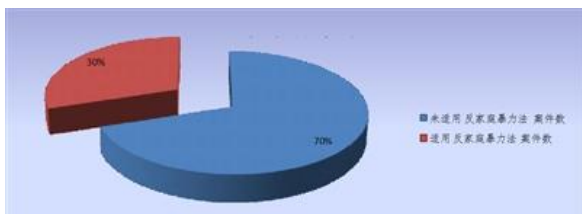
一、审判动态

打破家暴梦魇 共筑平安家庭

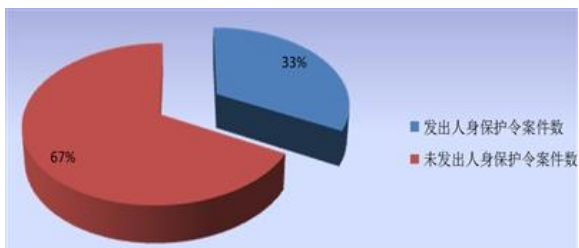
——广西高院关于涉家庭暴力案件的调研报告

2018-02-01 人民法院报 第08版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/01/content_135002.htm?div=-1



图一：2016年抽样法院民事涉家暴案件适用反家庭暴力法比例



图二：2016年涉家暴民事案件发出人身安全保护令情况

核心提示：广西壮族自治区高级人民法院成立重点课题组，选取了全区五市、六县区两级法院2014年至2016年审理的涉家庭暴力案件，从中总结出家庭暴力的特点，抽样法院发出人身安全保护令的情况，以及防治家庭暴力工作存在的困难和不足。最后，课题组结合广西反家暴工作的成效和经验，提出了优化反家庭暴力工作的建议。

一、广西法院涉家庭暴力案件审理基本情况

本次调查研究选取的法院有南宁市中院、南宁市西乡塘区法院、宾阳县法院、柳州市中院、柳州市柳江区法院、柳州市柳北区法院、三江侗族自治

县法院、防城港市中院、东兴市法院、百色市中院和德保县法院，涵盖了广西反家暴工作试点法院、边境地区法院、少数民族聚居地区等地法院，涉及中院一级和基层法院一级，从而兼顾了调研数据的普遍性与代表性。

1. 涉家庭暴力民事案件审理情况。2014至2016年期间，各抽样法院涉家暴民事案件均呈直线上升趋势，增长率为358.33%，增长幅度较大。三年来涉家暴离婚纠纷案件占涉家暴民事案件总数比例最多，为73%。

2016年3月1日起《中华人民共和国反家庭暴力法》施行，涉家暴案件裁判多以反家庭暴力法作为法律依据。2016年，抽样法院涉家暴民事案件适用反家庭暴力法的案件约占总数的30%（如图一）。

2. 涉家庭暴力刑事案件审理情况。2014至2016年期间，除柳江法院、柳北法院涉家暴刑事案件略有波动上升之外，各抽样法院涉家暴刑事案件均呈直线下降趋势，下降率为150%，下降幅度较大。

是否因婚姻家庭纠纷引发是抽样法院涉家暴刑事案件在量刑时考虑的一个重要因素。“以暴制暴”型案件是涉家暴刑事案件中的一种常见类型，这类案件被告人大多数长期或曾经遭受过家庭暴力，没有能够及时采取正确的救助方式，最终通过

暴力方式导致施暴方轻伤、重伤甚至死亡。抽样法院中共有6件“以暴制暴”型案件，被告人多为女性。6件案件中有4件在量刑时因“以暴制暴”认定被害人存在过错而对被告人从轻处罚，所占比例为67%。

二、广西涉家庭暴力案件中家庭暴力的特点

1. 城市与乡村的家暴案件无明显区别。2014至2016年抽样法院涉家暴案件呈现出，发生在城市和农村的家庭暴力案件基本持平，无显著差别。

2. 家暴长期频发。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中，66件案件的受害方长期遭受家庭暴力，占案件总数的44.6%，所占比例较高。这些长期遭受家庭暴力的家庭成员，一部分最终向法院提起离婚诉讼，很少一部分采取极端手法“以暴制暴”，最终酿成惨案。

3. 家庭琐事与疑有外遇是家暴的高发诱因。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中，导致家暴发生的原因中，最多的三种依次为家庭琐事、怀疑一方有外遇、一方性格暴躁。男方酗酒、吸毒、赌博也是导致家庭暴力发生的重要原因。在同居男女朋友之间发生暴力行为的案件中，暴力产生原因均为男方不同意分手。

4. 身体暴力是最主要的家暴方式。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中，采用身体暴力方式的家暴最多，采取冷暴力方式的较少。

5. 男性多为施暴方，女性多为受害方。家庭暴力中女性依然为最主要的受害方。男女在社会和家庭中的地位不平等，加上女性性别的特征以及男女力量的差异决定了女性的弱势地位，女性在经济、文化和体力上均处于弱势地位。男性在家暴案件中大多扮演着施暴者的角色。家暴主要是丈夫殴打妻子，只有少数例外是丈夫成为家暴的施暴对象。

6. 施暴方与受害方年龄集中在31至45岁。抽样法院的数据表明，涉家暴案件多发生在31至45岁的中青年人中，年龄段相对集中。

7. 少数民族聚居区家庭暴力发生较少。值得指

出的是，广西三江作为侗族聚居地，涉家暴案件发生较少，这与侗族的传统民族文化有关。三江侗族自治县位于广西壮族自治区北部，是全国七个侗族自治县中侗族人口最多的一个县。一方面侗族地区女性地位相对较高，另一方面侗族村落内部具有自己传承下来的纠纷解决机制，家庭内部发生的矛盾多在村落内部寻求解决途径，例如由村子里德高望重的长老进行调解，这有效预防了“以暴制暴”行为的发生，也减少了诉讼。

8. 施暴方学历水平普遍较低。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中，家庭暴力施暴方学历最多为小学，其次为初中，文化水平均较低。

9. 受害方很少对外求助。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中，受害方遭受家庭暴力后多选择不对外寻求帮助，占总数的48.43%。这种消极的处理方式一方面不能充分保护受害方自己的身体健康权利，另一方面矛盾问题不能得到及时解决，往往诱发再次家庭暴力或者“以暴制暴”，最终导致婚姻破裂甚至酿成家庭惨剧。

三、发出人身安全保护令情况

实施人身安全保护令是人民法院依法、适时、适度干预家庭暴力的法律措施，能够起到有效制止家庭暴力和预防家庭暴力再次发生的作用，有助于促使其中一些当事人维持婚姻关系。2014至2016年抽样法院涉家暴案件中发出人身安全保护令的案件占33%（如图二）。其中西乡塘法院发出人身安全保护令的比例最高，为80%。

四、防治家庭暴力工作存在的困难和不足

1. 反对家庭暴力的社会舆论氛围尚未完全形成。一方面，社会舆论仍然认为家庭暴力仅仅是家庭内部的口角，未形成公之于众寻求公权力救济的意识。居（村）委会、派出所多以调解方式处理涉家庭暴力纠纷，并且没有关注后续事态的演变。另一方面，反家庭暴力宣传形式单一，宣传范围受局限，且宣传缺乏长效机制。

2. 法官裁判家庭暴力案件的标准不统一。目前,反家庭暴力法刚刚实施一年多,并没有相应的司法解释来细化适用规则、指导司法实践。法官们对家暴认知理解不同,例如,一次性施暴是否构成家暴、“棍棒之下出孝子”之类的传统教育方式与家暴的临界点在哪里等。这些认知理解的差异直接影响到证据的采信标准,造成类案不同判。

3. 法官面临“裁而不能”“判而不得”尴尬处境。家暴案件是新型敏感案件,按照原有的证据标准很难认定是否具有家暴情节。受害方保留证据的意识较差。亲戚、邻居、朋友顾及双方的人情或者由于“劝和不劝离”的思想等原因不愿出庭作证。一些派出所民警对家庭暴力的认识不够深刻,在接警之后对类似案件没有作认真细致的记录和适当处理,给法官准确裁判带来了困难。而且,家暴案件还存在一些执行问题。例如,子女的抚养探视、人身保护令如何执行、财产如何分割等。

4. 反家暴庇护所亟待完善。目前,我国的庇护所主要由妇联牵头建立,挂靠在民政部门。我们发现至2016年末,抽样地区庇护所利用次数不足百余次。专业救助团队仍然缺乏。实践中,妇联、民政部门的常驻救助人员很少接受过专业的培训,专业技能匮乏,而专业人员多以自发性的学生、律师、心理咨询师等为主,工作缺乏持续长效性。此外,现有庇护所制度只能定位为“临时”庇护,缺少相应的回访机制。

五、优化反家庭暴力工作的建议

针对此次调研中发现的防治家庭暴力工作面临的困境与不足,结合广西反家暴工作的成效和经验,为了继续推进我国防治家庭暴力工作的开展,现提出如下建议:

1. 建立网格化多元调解和反家暴联动机制。广西壮族自治区党委、政法委高度重视反家庭暴力工作,成立反家暴试点工作领导小组及办公室,负责全区反家暴试点工作的综合协调、研究指导和推动实施,并且定期召开反家暴联席会议。试点法院与

妇联共建“惜缘工作室”,在试点法院挂牌设立驻法院的“惜缘工作室”,由妇联委派具有心理学、法学等专业背景的人员常驻工作室,协助法院做好离婚纠纷当事人调解、心理辅导、家庭教育等工作,进一步增强案外辅导工作的力量。

建议建立反家暴指挥中心,统一指挥反家暴行动,统一部署工作,以避免联动成员各自为战的问题,解决“九龙治水”的困局。

2. 注重提升法官审判业务素质,统一法官对反家暴工作的认识。加强司法人员的培训是一项长期任务,定期加强法官反家暴业务培训,提升法官对反家庭暴力的认识水平和业务素质,加强系统内部反家暴经验交流,推进与高校合作,聘请知名反家暴教授为法官授课,使法官掌握国内外关于反家暴的先进知识,增强法官们的反家暴理论水平。此外,反家庭暴力法作为新法因缺少司法解释和实施细则导致法官们的裁判标准不统一,也是差异审判的原因。这就要求尽快出台司法解释,特别是对“现实危险”“骚扰”“接触”的具体情形进行细化界定。为此,各级法院应该畅通新法的实施问题反映渠道,高院和各中院做好业务指导工作,确保反家暴相关法律的顺利实施与完善。

3. 培养证据搜集意识,建立反家暴诉讼证据制度。加强法院对家暴受害方收集证据的指导。建议受害方从以下途径收集与保留证据:一是发生家庭暴力时,双方可以协商解决的,可以请求妇联或居委会负责人到场调解,在施暴人书写保证书或者悔过书时给予录音录像。以便以后这些调解人的证言可作为证人证言用来认定家暴事实。二是家庭暴力情节较为严重的、情况紧急的,受害方应立即报警,出警记录和询问笔录可以作为日后认定家暴的证据。三是受害方可以到医疗机构进行诊断,保存病历等相关证据材料。四是加强医疗机构合作,建议建立专门的家暴验伤中心,验伤中心负有向司法机关报告的义务。

4. 提升庇护所服务质量,实现庇护所价值。首先,在庇护所设定方面,应当加强组织机构的安全

性,促使受害方建立对组织机构的信任。各庇护所要相互合作,对受害方给予跨区域的保护,建立符合受害方需要的组织机构。另外,在庇护所职能方面,不仅要提供基本食宿,而且还要提供人身安全、心理辅导、法律援助、医疗服务、技能培训和教授反家暴技巧知识等方面的实际帮助,特别是重视受害方的后续服务,必须跟踪受害方归家后的情况,

防止家暴在再次发生。最后,加强机构的专业性,针对受害方身处的特定环境和需求,提供及时、适当、持续和充分的服务。

(课题组成员:林金文 何艳斌 罗建勇 王彩念 郝欣欣 邵资源 叶坚 周媛)

妥善化解家事纠纷 切实维护社会和谐

——浙江江山法院关于家事审判工作的调研报告

2018-02-01 人民法院报 第08版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/01/content_135002.htm?div=-1

家庭是社会的组成细胞,只有妥善化解了一桩桩的家事纠纷,才能有力促进社会的和谐。为此,浙江省江山市人民法院专门成立了课题组,对近三年来的家事审判工作进行了专题调研。

一、基本情况

1. 受案总量较大,增长较为平缓。2015至2017年,江山法院共受理家事类纠纷案件2638件,在全院民事案件中占比15.69%。虽然受案总量较多,但增长不明显,处于比较平稳的态势。

2. 审判绩效较好,呈现“两高三低”特点。家事类纠纷案件结案率达101.99%,年均调解撤诉率达75.37%,并且显示出结案率、调解撤诉率高,上诉率、二审改判发回瑕疵率、申诉率低的特点。

3. 案件类型多元,审理难度加大。该类纠纷涵盖了所有家事纠纷的类型,又高度集中于离婚、离婚后财产分割、法定继承和“三养”类纠纷案件,其中离婚纠纷占比86.35%。家事纠纷涉及的财产,除了传统的金钱、房产外,还涉及公司股权、股票、无形资产等,增加了审理难度。

4. 涉外案件增多,审理期限延长。江山法院共受理涉外婚姻纠纷53件,主要涉及越南、柬埔寨等外籍新娘,由于语言、生活习惯等原因,很多外

籍新娘婚后不辞而别,法院须通过涉外途径送达相关法律文书,审理期限被迫延长一年以上。

二、存在问题

1. 感情复杂纠葛,调解难度大。家事类纠纷往往隐藏着长年积累的情感纠葛,“家丑不可外扬”的传统观念迫使当事人选择隐忍,往往是到了矛盾极端激化时当事人才选择法律途径。该类纠纷一旦进入诉讼程序,极易引发当事人产生焦虑、自卑、对抗、厌世等不良情绪,在开庭前后和庭审过程中,当事人在法庭争吵甚至斗殴的现象时有发生,导致各方关系进一步恶化,更难以接受法院的调解意见。

2. 举证难度大,事实难查清。家事类纠纷案件当事人及其利害关系人之间具有紧密复杂的亲缘、血缘关系,纠纷发生前一般不会提前主动收集和固定证据,且该类当事人诉讼能力普遍较弱,不懂得如何收集证据维护自己的合法权益。此时如仅根据传统“谁主张,谁举证”的举证责任分配原则,难以全面发现当事人的情感、婚姻家庭关系、夫妻共同财产范围及家庭暴力等私密性、隐蔽性较强的关键事实。因而,家事类纠纷审理中,举证难度较大,案件事实较难查清或还原,不利于法官作出客观公正的裁判。

3. 离婚诉讼反复, 耗费司法资源。鉴于离婚纠纷案件的复杂性和风险性, 法官倾向于对首次起诉离婚的案件判决驳回诉讼请求, 导致出现当事人多次起诉离婚的现象。以 2015 年审结的解除婚姻关系的案件为例, 经历 2 次以上诉讼才解除婚姻关系有 124 件, 其中 1 件经历 5 次诉讼方得以解除, 一次诉讼解除率仅 55.23%。离婚后又会衍生出因财产分割、抚养费、探望权等事由继续诉讼的案件。

4. 开庭过程繁琐, 审判效率低下。按照一般的民事审判程序, 家事类纠纷通过法庭调查中的举证、质证等程序, 往往难以查清案件的事实。因此, 法官必须保障一个案件有半天甚至一天的开庭、调解时间, 工作量大, 过程繁琐, 庭审效率低下。另外, 承办家事纠纷案件的法官还要耗费大量的时间和精力对当事人进行判后释法答疑、情绪安抚, 甚至有的当事人将对对方当事人的不满情绪转移到法官身上, 无理取闹、谩骂和威胁, 家事法官因此承受了很大的心理压力。

三、对策建议

1. 健全多元联动机制。发挥基层组织对婚姻家庭关系的保护作用, 健全法院与公安、检察、司法、妇联、民政等部门的联动协作机制, 充分发挥各部门优势, 推行跟踪帮扶和信息共享机制, 形成家事纠纷社会管理大格局, 实现法律效果和社会效果的有机统一。

2. 构建家事审判新模式。充分考虑家事纠纷当事人的伦理、情感和道德问题, 完善家事纠纷心理干预、人身安全保护令、离婚冷静期、离婚证明书等机制, 探索构建符合新时期家事纠纷特点的审判

模式, 切实保护当事人的合法权益。

3. 组建专业审判团队。以司法体制改革和审判权运行机制改革为契机, 根据家事案件的特点设置专业化的审判法庭, 在法院内部抽调生活经验丰富且较耐心、善调解、懂心理的员额法官负责审理, 聘任社会经验丰富、公道正派的家事调解员负责诉前纠纷化解, 配置“1+N”的家事审判专业化团队, 通过“内挖潜+外借力”, 力争做好、做专、做精家事审判。

4. 规范举证释明制度。健全诉讼释明制度, 对申请调查取证、举证、诉讼保全、裁判结果等加以释明, 引导当事人正确行使诉权。适当分配举证责任, 降低证明标准, 加大法官依职权调查、委托家事调查员调查的力度, 以便更全面了解婚姻家庭实际状况, 减少当事人之间的正面对抗。

5. 尊重公序良俗原则。相较一般民事纠纷, 家事纠纷更多关涉个人情感、公共道德、社会伦理等因素, 无法仅以严格的法律条文来裁判。法官应尊重公序良俗, 在案件审理中注重个别调整和个案的特殊处理, 综合权衡当事人的情感、道德、经济状况、受教育程度等多方面因素作出裁判。

6. 加大宣传力度。除涉及个人隐私的外, 加大家事类纠纷巡回审判力度, 形成示范诉讼效应, 同时通过法院“两微一端”以及电视台、报纸等媒体加强家事纠纷典型案例的宣传力度, 传播和谐家庭观和正向价值观。

(课题组成员: 徐根才 余小成 周凌云 郑爱华)

“四心”构建少年家事审判新机制

2018-02-04 人民法院报 第03版 张宝玲 赵地

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/04/content_135106.htm?div=-1



图为连云区法院少家庭在江苏省中小学素质教育基地现场开庭。



图为连云区法院家事案件调解场所——亲情会见室。连云宣 摄

近年来,江苏省连云港市连云区人民法院不断创新少年及家事案件审判工作机制,创建了连云区家喻户晓的品牌——“七色光成长保护营”,总结提炼了“四心”工作法。自2013年至2017年,该院共审结各类婚姻家庭案件2311件,调解撤诉率65.83%,服判息诉率98.5%,连续5年零差错、零信访。因少年家事审判成绩突出,该院先后获得“全国青少年维权岗”“全国五四红旗团支部”“全国巾帼文明岗”等多项表彰。那么,连云区法院少年及家事审判庭(以下简称“少家庭”)是如何将“四心”工作法融入审判中的呢?

专心——化解婚姻矛盾症结

王女士以与丈夫张先生性格不合、经常因生活琐事发生矛盾、感情消磨殆尽为由,起诉至连云区法院要求离婚。

无论是庭前调解还是庭审时,王女士要求离婚的态度都非常坚决,直到连云区法院少家庭法官带着这对夫妇参观了法院羁押室……

承办法官向剑拔弩张的夫妻二人介绍说:“我们庭负责审理连云区所有的未成年人犯罪案件,这里就是刑事开庭时临时羁押未成年被告人的场所。”

“据我们统计,每年被判刑的孩子中,有70%是来自单亲家庭,这些孩子或多或少地存在焦虑、自卑、逆反、自暴自弃等心理问题,继而产生逃学、结交不良社会人员,甚至走上违法、犯罪的道路。所以,如果不是感情确实无法修补,还是希望你们慎重考虑是否离婚。”

一次参观活动,一遍遍动情的讲解,使原本拒绝一切来自法庭和亲友劝解的王女士终于警醒了,决定重新慎重考虑自己的决定。

丈夫张先生事后也发出这样的感触:“婚姻不只追求自由和索取,还要学会维系和负责,我愿意为了家庭和孩子真正做出改变,改善和修复感情。”

■法官点评

夫妻是终身伴侣,即使是患难与共、相濡以沫、厮守终身也难免会因为家务事等琐事磕磕绊绊,只要感情没有彻底破裂,我们在审理离婚案件过程中,一定会专心研究原因,要求双方本着“互相尊重、互相理解、互相信任”的原则,多包容对方、体谅对方、信任对方。但在实践中,有的夫妻对于法官的调解,也是“油盐不进”,此案的处理,就是法官发现夫妻二人对孩子的疼爱、希望孩子有一个美好的未来是双方的“软肋”,抓住这一点作为突破口,使得问题迎刃而解。

细心——从赔偿延伸到抚养

2017年,女童周某与父亲在14天内先后发生交通事故去世的事件在当地引起广泛关注。

这两起事故涉及的2起民事赔偿案件和1起交通肇事刑事案件,相继诉至连云区法院少家庭。承办法官在做民事赔偿案件调解工作时,发现家庭成

员之间意见不一致，调解工作无法推进。

通过调查、走访，承办法官发现，在3起案件之外，女童周某的母亲与爷爷奶奶之间因为赔偿款的分割及女童弟弟抚养权归属问题存在分歧，如果简单地就案判案，不仅会给未成年人（女童的弟弟）成长带来影响，还可能破坏一个大家庭的和睦。

承办法官在判决前后一次次与亲属讲解继承法等法律规定，最终帮助被害人亲属顺利拿到赔偿款的同时，还使女童周某的母亲与其爷爷奶奶之间，在赔偿款的分割、女童弟弟抚养权上的隔阂得以消除，维护了大家庭的和睦。

■法官点评

本案中，女童周某的母亲与爷爷奶奶之间，因为赔偿款的分割及女童弟弟抚养权归属问题存在一定分歧，这本来与法院正在审理的民事赔偿案件、交通肇事刑事案件没有任何法律关系。只要手头的案件做到公正审理、依法判决，法官的工作原本可以结束，但考虑到未成年人的权益维护、家庭的团结、社会的安定等因素，少家庭法官没有不闻不问，而是在案件审理过程中，细心发现一些矛盾和不稳定因素后，主动介入调解，最终圆满解决。

爱心——修复父女决绝亲情

2017年12月，连云区法院少家庭收到一份貌似很不专业的起诉状。一起抚养费纠纷案中，身为原告的女儿提出一项特殊的诉请：“要求被告（即原告父亲）每月探视她一次。”父亲收到诉状之后也表示很冤枉：“我的确近半年没看孩子，也没给孩子抚养费，但是半年前我给孩子买的钢琴就花了一万多啊！我又重组了家庭，为了生计长期在外打工，不经常回家啊！”

考虑到案件中所牵涉的亲情，法官认为这个案件不能简单地一判了之，于是开展了一系列的工作：尽力说服原告母亲从有利于孩子成长的角度，帮助促进父女感情；帮助被告处理好重组家庭的矛盾，为被告今后能按时探望原告做好铺垫。

最终，双方当事人不但商定好了父亲按月支付女儿抚养费的数额，还约定了每月探望女儿的时间和方式。这对原本准备“对簿公堂”的父女，在亲情会客室里相拥而泣。

■法官点评

在审理类似案件中融入了家庭的因素，同一个矛盾纠纷，不同的法官处理会有不同的效果。家事审判法官要有强烈的责任意识、敬业精神和为民情怀。我们认为，家是个充满温情的地方，家事审判应彰显更多的人文关怀。此案的调结，法院考虑了几方面因素：一是孩子母亲平时的思想灌输要正确；二是孩子父亲要尽到抚育义务；三是要处理好父亲再婚家庭的关系，消除今后可能发生的矛盾隐患。正因调解工作考虑详尽，才使案件得以妥善化解。

同心——携手人民调解员

2017年12月28日，在连云区营山社区居委会“家庭情感驿站”谈话室，连云区法院特聘的社区人民调解员周秀丽正与法官一起调解一起赡养费纠纷案件。这位调解员系社区工作人员，也是关工委委员，有着良好的群众基础和丰富的基层调解经验。法官根据周秀丽前期协助调查情况，了解到父子4人的矛盾起因是老人李某将名下房产赠与女儿，导致3个儿子心生不满，之后才不再支付老人赡养费。根据周秀丽介绍的老人4名子女各自的家庭及工作状况，法官很快制定了适当的调解方案，消除了父子、子女之间的隔阂，一家人重归于好。

■法官点评

在实践中，多元化解家事纠纷调解机制运用于家事案件是最符合实际需要的，这起赡养案件的快速调解，得益于连云区法院调解网络的构建，得益于调解网络中的一分子——社区人民调解员对案件当事人情况的“知根知底”。如果仅仅依靠法官，无法在短时间内了解到家庭矛盾根源，更无从下手拟定调解方案。

■司法观察

积极探索少年审判与 家事审判融合机制

家庭是社会的“细胞”，随着社会主义市场经济的不断完善，婚姻家庭领域总体和谐稳定，但是也出现不少新情况、新问题，家事纠纷的数量、复杂程度及矛盾易激化程度逐年上升。以连云区法院为例，每年家事案件占到民事案件的1/4到1/3。

长期以来，我国家事案件都是夹杂在各种民事纠纷中，统一由民事法庭审理。以往，在大量纷繁复杂的审判任务面前，民事法官没有大把时间和精力关注和化解家事纠纷，往往依照普通的民事诉讼程序一判了之，审判质量、效率没有问题，但法律效果和社会效果却不尽如人意，有的家事案件当事人甚至会因情绪激动做出极端行为。

近年来，连云区法院在推进司法体制改革过程中，逐步将家事案件划由该院少年庭审理，成立少年及家事案件审判庭，促进了家事案件适用法律的统一性，探索了一条少年审判与家事审判制度相融合的审判之路。

首先，关注家事审判自身特点，提升专业化审判水平。

连云区法院在实践中发现，少年审判长期形成的“未成年人权益最大化”“融情于法、感化挽救”等审判理念与家事案件审判所要求的“妇女儿童合法权益最大化”“修复感情、化解矛盾”等审判理念有效融合在一起，能极大提高家事案件审理的法律效果和社会效果。少年审判长期建立的庭审教育、调查评估、心理干预、跟踪帮教等机制也进一步提升了少年及家事法庭专业化水平。2017年，该院妥善处理婚姻家庭案件，审结离婚、抚养、赡养、继承等案件509件，建立反家庭暴力防治机制，发出人身安全保护令3份，促进了和谐家庭关系构建。

第二，规范家事审判流程精细化管理，严保审判质效。

连云区法院受理家事案件后，立案庭少年及家

事案件绿色窗口首先根据原告诉请进行初判，对于矛盾较小的家事纠纷，告知其可选择诉前调解，尽快解决纠纷；对于矛盾特别突出的，在移送审判庭前进行预警标注；少家庭在接收到案件后，审判团队根据不同的案件情况，在审理过程中亲自或委托聘请家事调查员、家事调解员、社会观护员、心理咨询师等开展审前调查、诉讼调解、法律援助、心理疏导等工作，完善审判各个程序，确保提升审判质量、效率及效果。2017年，连云区法院少家庭一审服判息诉率位居全市法院第一。

第三、延伸审判职能，融情于法营造和解氛围。

连云区法院家事审判不断提升少家庭的硬件配备，采用圆桌式审判、客厅式调解开展工作，审判场所的温馨布置减少了双方对立情绪，钝化了双方矛盾。在家事审判过程中，在全市率先创新引入涉少审判中较为成熟的“心理干预”“合适成年人参与诉讼”等制度，更精准地找准和化解矛盾。

实践中，该院还适时延伸审判职能，将亲情感染作为一项重要内容，根据当事人不同的年龄、文化及工作背景等情况，采用回忆婚恋历程、进行换位思考、保障子女利益最大化、心理咨询师疏导、人民调解员谈心等方式，帮助双方修复感情或提出调解方案供双方参考，促成双方自愿达成调解协议。

第四、建立联动网络，实行多元纠纷化解机制。

在连云区法院，不仅有具备丰富家事纠纷调解经验的诉前调解员、专职人民陪审员、心理咨询师形成的调解团队；还有整合了法院、公安、妇联、司法、民政、学校、社区等机构的专业力量，建立了各部门广泛参与的多元化解家事纠纷调解机制。该院还以少家庭为依托，加强矛盾纠纷多元化解平台建设，推动召开全区诉调对接工作座谈会，针对审判过程中发现的家庭暴力等违法现象，及时与公安、妇联、关工委构建委托调解网络，联合处置；针对没有委托代理人且可能影响诉讼权利的家事案件当事人，及时与司法、妇联等部门联系，推荐法律援助律师、社会观护员等等，保护弱势群体合

法权益。2017年一年，该院“法律宣讲团”进街道、进社区、进学校开设“幸福家庭讲堂”31场次，弘扬中华民族良好家风、社会主义核心价值观，宣传家事法律法规常识，受众居民、学生5000余人。正如连云区法院院长安仲润所说：“一些与家

事案件有着千丝万缕联系的案外事件的成功调解，增进了当事人对法官的信任感，拉近了办案法官与当事人之间的距离，一定意义上也提高了法院调解案件的成功率，提高了家事案件的服判息诉率。”

北京法院探索社会力量辅助家事审判力促纠纷化解

2018-02-06 经济日报 李万祥

https://share.jingjiribao.cn/detail/newsDetailShare.html?docid=112968&user_id=868756020220826&source=wechat_friend&from=singlemessage&isappinstalled=0

“通过参加庭审，不仅提升了我们自身的法律素养，而且我们给法官审理案件提供有效意见，对他们审理疑难复杂的家事纠纷提供帮助。”谈及调解家事纠纷的经历，“家事评理团”成员张秀云如是说。

2月6日，记者从北京市第二中级人民法院采访了解到，在探索家事审判改革中，北京二中院创建了符合家事审判规律的“三师一团”机制，通过引入社会工作者、心理咨询师、律师和由社会各界人士组成的家事评理团，助力家事审判。

以离婚、继承、分家析产等纠纷为主要内容的家事案件，一直是法院数量稳居前列的民事案件类型。此前，法院对这类案件的审理具有只重视审判本身、不重视矛盾化解，只重视财产处置、不重视情感修复的特点。随着社会中家事纠纷的不断增加，在家事案件审理中存在的事实认定难、矛盾化解难、息诉服判难等问题亟待解决。2016年6月，最高人民法院全面部署展开家事审判方式和工作机制改革试点。

针对家事纠纷案件普遍存在的案情复杂、诉讼争议大、当事人矛盾冲突激烈等情况，在北京市高级人民法院和北京市民政局、北京市妇联等大力支持下，北京二中院与北京悦群益众社会工作发展服务中心展开项目合作。

“我们根据法庭的需要，对符合条件的家事评

理团成员进行筛选培训推荐。”北京悦群益众社会工作发展服务中心负责人郭昊介绍说，二中院订立了专门的工作规则，明确适用“三师一团”工作模式的案件类型，以及家事评理团人员的资质及推荐等。目前，参与“三师一团”项目的社会力量已涵盖了全国和北京市人大代表、政协委员、社区街道干部、大学教授、公证人员、企业精英等各工作领域的热心人士。

从离婚、子女抚养到继承等，每一起家事纠纷案件通常会隐藏着长时间积累所至的情感纠葛，长期的家庭矛盾，也会折射出社会矛盾的多个层面。刘某与王某离婚后财产纠纷案是北京二中院首例启动“三师一团”工作模式审理的案件。

据介绍，刘某与王某离婚后财产纠纷案既是离婚后财产纠纷，也是典型的家事纠纷，包含经济和情感双重因素，并涉及婚姻家庭关系中较为敏感而社会关注度较高的出轨欺诈等问题。该案审理中，合议庭在保证司法活动独立的同时充分尊重评理团发表意见的权利，通过“合议庭—法官助理—社会力量”的新型审理模式扩张审判力量，有效缓解了当事人对立情绪。同时，合议庭运用多类调解方式，辅之以释法教育，弥合当事人分歧，消减了不稳定因素，实现庭审效果的刚柔相济、情理兼容。最终双方达成了调解协议。

“目前，我院在疑难复杂、矛盾激烈的家事案

件中共选取了20起案件适用“三师一团”工作模式助力审判,家事评理团参与现场庭审的有14起案件。这些案件矛盾化解和服判息诉率达95%。”北京市第二中级人民法院副院长董建中说,通过引入社会化服务,家事审判由传统的关注财产争议到

着重修复家庭关系,从处理纠纷到消除对立,在专业化力量的促进辅助下,实现刚性司法向柔性司法的转变。

(责编:胡达闻)

发布 | 化解家事纠纷 北京二中院通报“三师一团”项目运行情况

2018-02-06 京法网事 涂浩

http://mp.weixin.qq.com/s/03_90Q1ouIE1xlg6bEcJDQ



近年来,随着社会上家事纠纷的不断增多,家事案件审理中存在的认定事实难、矛盾化解难、息诉服判难等问题亟待解决。2016年8月,北京二中院以最高人民法院家事审判方式和工作机制改革试点工作全面部署展开为契机,创新推出了化解家事纠纷“三师一团”项目。2018年2月6日,二中院邀请北京悦群益众社会工作发展服务中心负责人和百姓评理团成员为嘉宾,召开新闻发布会,对“三师一团”项目运行情况进行通报,并发布典型案例。

发布会上,北京二中院党组成员、副院长董建中介绍,一年多来,二中院认真贯彻落实最高法院工作要求和周强院长讲话精神,持续推进家事审判工作,在北京市高院、北京市民政局和北京市妇联等单位的大力支持下,与北京悦群益众社会工作发展服务中心通力合作,取得了一些经验和成效。迄

今为止,共选取了20起疑难复杂、矛盾激烈的家事案件适用“三师一团”工作模式助力审判,14起案件由“家事评理团”参与现场庭审,社会力量参与达100余人次,进行了6场心理疏导和心理咨询,由具有资质的专业人士提供辅助,案件矛盾化解和服判息诉率达95%。其中两例案件入选了北京市高院发布的十大典型家事案件,在2017年全市法院民事审判工作会议上予以介绍推广。

据了解,二中院在“三师一团”项目运行过程中,率先引入社会化服务,社会力量与家事审判有机结合,使法官的法律专业性与社会服务资源相融合,亦使裁判的权威性与公众的广泛性相结合,树立提升社会参与程度的意识;坚持以实现家庭和睦为目标,遵循未成年人利益最大化原则,既体现法律的一般公正,亦兼顾对弱势群体的个案公正,依法保障妇女、未成年人和老年人等弱势群体的合法权益;由传统的关注财产争议到着重修复家庭关系,从处理纠纷到消除对立,对于家事纠纷案件的处理在专业化力量的促进辅助下实现从刚性司法向柔性司法的转变,从单一的个体审判行为向综合性的团队审判活动模式转变,实现了三个观念意识的转变。

家事审判理念的转变,带动了家事审判机制的创新。结合家事案件具有较强的伦理性、隐秘性,与亲缘关系密不可分的特点,该院订立了专门的“三师一团”工作规则,就适用“三师一团”工作

模式参与工作的案件类型、适用原则、百姓评理团人员的选择、社会工作者和心理咨询师等专业人员的资质及推荐,以及法官和参与案件工作的人员职责范围、工作流程等进行了具体规制,并在实践的基础上不断完善;通过引入社会工作者、心理咨询师、律师和由社会各界人士组成的家事评理团,组

成了覆盖广泛的对审判形成强大助力的社会力量,让公众参与度提高到新的水平,让公平、正义在每一位公众的真正参与下看得见、做得到。迄今为止,参与“三师一团”项目的社会力量已涵盖了全国和我市人大代表、政协委员、社区街道干部、大学教授、公证人员、企业精英等各工作领域的热心人士。

首创化解家事纠纷“三师一团”项目运行情况典型案例

2018-02-06 北京市第二中级人民法院

<http://mp.weixin.qq.com/s/7MZmT0kcs0PhcV0g-4RYjQ>

今天,二中院召开新闻发布会,对“三师一团”项目运行情况进行通报,并发布典型案例。



典型案例

案例一 家事审判“三师一团”第一案:评理团助力当庭调解

基本案情

刘某于婚前购买某村50号院及院内房屋,刘某与王某结婚后居住该院落并装修房屋开设了店铺。2015年刘某、王某在民政局协议离婚,双方在《离婚协议书》中约定“子女由男方自行抚养,女方不付抚养费;位于某村50号院的所有房屋及房屋内所开设店铺以及所有物品归女方所有”。后,刘某起诉至法院,要求撤销《离婚协议书》,其主

要理由为:50号院房屋为刘某婚前财产,不属于婚姻存续期间的夫妻共同财产;王某在婚姻存续期间与他人存在不正当关系,且欺骗说离婚不离家,王某的隐瞒欺诈行为导致刘某作出错误的意思表示,《离婚协议书》非刘某的真实意思表示应予以撤销。为证明刘某系受王某欺骗的主张,刘某提供了离婚后与王某的通话录音。王某称购房系其本人出资,并提供了《协议书》,内容为“经双方协定,某村50号宅基地、房屋为王某出资购买,刘某当时只是代表购买方名义,刘某没有所有权。经协商所有权(房产)归王某所有是正当的,因此立此协议书为证,正式确定此房产所有权属王某所有。房产所有权人:王某,购方只为代理人:刘某。”双方均认可该协议形成时间为双方离婚前一段时间,王某承认签订该《协议书》是为了防止刘某的家人捣乱,且系他人代书。

裁判结果

一审法院经审理认为,《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。人民法院受理后,未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的,应当依法驳回当事人的诉讼请求。刘某作为本村集体经济

组织成员以自己的名义购买本村宅基地上的房屋，系通过合同依法取得了50号院房屋的所有权，因而50号院房屋系刘某婚前个人财产。房屋加装的彩钢顶及超市内货架、货物等形成于刘某、王某婚姻关系存续期间，双方对上述财产无特别约定，因此上述财产系双方共同财产。本案中，刘某以王某欺诈为由主张撤销《离婚协议书》中财产处理方面的约定，其应证明王某实施了“故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为”，但根据刘某陈述及其提供的证据，《离婚协议书》签订时其对财产权属、离婚原因及后果认知明确，无充分证据证明《离婚协议书》签订时存在欺诈、胁迫及《中华人民共和国合同法》第五十四条规定的其它情形，故法院认为刘某的诉讼请求不能获得支持。一审判决驳回刘某的诉讼请求。后，刘某持原审请求和理由上诉至二审法院。二审法院以家事审判改革倡导方式之一的家事评理团来辅助工作，最终在合议庭法官的耐心说服与引导下，在评理团的共同努力和配合下，剑拔弩张的双方当事人达成调解意见，该案件最后以调解结案，并且刘某在一周后主动前往法院履行给付义务。

典型意义

该案系二中院民六庭首例启动“三师一团”工作模式审理的案件。该案为离婚后财产纠纷，也系典型的家事纠纷，包含经济和情感双重因素，并涉及婚姻家庭关系中较为敏感而社会关注度较高的出轨欺诈等问题。上诉人刘某情绪激烈，在上诉卷宗移送期间曾数度欲到中南海上访，且在一审宣判后曾因不理解裁判结果而欲找对方当事人寻仇。民六庭对该案首次启动百姓评理团辅助审判。审理中，合议庭在保证司法活动独立的同时充分尊重评理团发表意见的权利，有效发挥社会力量的效用，通过“合议庭—法官助理—社会力量”的新型审理模式扩张审判力量，有效缓解了当事人对立情绪。同时，合议庭转换多种思路耐心引导，多类调解方式

交叉运用，辅之以释法教育，有效弥合当事人分歧的方式，消减了不稳定因素，实现庭审效果的刚柔相济、情理兼容。最终组织双方达成了调解协议，当庭送达最新制式调解书，确保案件实现法律效果和社会效果上的统一。在本案调解结案一周之后，刘某携其幼子带着调解钱款主动来我院履行给付义务，并对我院所做工作表示感谢。最终该案在我院二审帮助代为执行。该案的圆满审结标志着我院家事审判工作推行“三师一团”模式创新的首次尝试取得成功。

案例二 创北京法院三个“首例”：败诉方全家赠送锦旗表感激

基本案情

刘某、陈某系夫妻，有一子刘小某。2014年5月刘某突发脑出血昏迷，被送入医院抢救，其后多次住院治疗，花费近30万元的医药费，而绝大部分都由其父母垫付。其妻子陈某领取了刘某的工资等收入，但除了支付入院当天的抢救费用和住院费，未支付任何其他医疗费用，未探望照顾刘某。于是，刘某起诉至法院，主张陈某有遗弃行为，要求与陈某离婚，分割夫妻共同财产以及偿还共同债务，要求婚生子由自己抚养。

裁判结果

法院认为，双方婚后在刘某突发重病昏迷丧失行为能力期间，陈某只交纳了当天的抢救费用和住院费，在近半年多的治疗期间未探望照顾。需要高额医疗费时陈某未出资，由刘某父母承担，而刘某工资收入及房屋出租收益均由陈某领取支配，最终导致双方感情破裂，刘某要求离婚，理由充分，予以支持。双方均要求抚养子女，双方之子刘小某年满十周岁，法院询问其本人意愿，其表示如父母离婚愿随母亲陈某共同生活，故刘小某由陈某抚养。判决还就双方的共同财产、共同债务进行了分割和承担。为疏解双方心结，帮助当事人进一步修复关

系,法院特采用了由社会工作者辅助家事审判的方式。庭审结束后,在法院组织下,由社会工作者与双方进行了有益的沟通与交流。此外,考虑到刘小某与其母陈某共同生活之现状,以及离婚诉讼之际双方就刘小某今后的探视问题在本案中尚未能达成一致的协商意见,为照顾老人与双方同刘小某的情感需求,法院特组织刘某及其父母在法庭之外对刘小某进行了探视。

该案的审理开创了我市法院家事审判工作探索的“三个首例”——系北京法院首例由社会工作者参与辅助审理离婚类家事案件,首例由社工师对当事人及其近亲属(委托代理人)进行心理疏导,首例由法院组织进行隔代探视。与以往审理离婚案件多因涉及个人隐私而不公开审理这样相对封闭的工作模式不同的是,本案由社会工作者这一具有专业资质的人员参与进来,专业领域的知识和经验引入审理阶段,有效帮助了解双方当事人甚至老人、孩子的心理、情感需求,保障了家事审判从其实际需要出发解决问题。由社工师对当事人及其近亲属(委托代理人)进行心理疏导,着重关系修复,为抚养子女的双方当事人将来的进一步沟通打下一定基础,亦与法官共同为其化解多年心结、释放消除负面情绪等提供了一定指引。特别是该案中上诉方当事人曾身患重病而致生命垂危,父母年迈,孩子方满十岁,双方又有矛盾隔阂,通过组织社工师在开庭后与上述诉讼参与人进行专业地心理疏导,有效沟通,从而配合法官与当事人深入地交流,不仅对年迈的老人及未成年子女可能因男女双方离婚而受到的负面影响大大稀释,更是对离婚案件双方关系促进的有利尝试。从家事案件审判方式上作了全新探索与尝试,为其此后就孩子的进一步并在此基础上调和矛盾,化解怨怼提供可能。由法院组织进行隔代探视,是尊重离婚案件中独生子女与不直接抚养一方的老人情感联系的有益尝试之一,也是对破解家事纠纷传统难题——子女探视问题的有效解答。在离婚诉讼中,本案合议庭法官专门在独立的一间心理咨询室组织了老人与孙儿的探视

会面,亲情交流融洽,心愿得以偿却,权利受到尊重,老人激动得几度泪流满面。合议庭多角度拓展工作思路,不仅借助社会力量的参与,更直接回应当事人的实质诉求和情感需要,真诚沟通,实际作为,取得良好效果。案件审结后,双方服判,上诉人及其父母一家还专门送来锦旗致谢。

案例三 争议财产数额巨大、多份证据难辨

真伪:聆听百姓意见、作出公允裁判

基本案情

2008年1月,王某将吴某诉至法院,要求判决解除婚姻关系并处理子女抚养事宜,后王某撤回起诉。同年10月,王某再次将吴某诉至法院,要求判决解除与吴某的婚姻关系,并处理子女抚养事宜。在审理该案的过程中,吴某提交载有双方签字的离婚协议书,并主张该离婚协议书系在2008年上半年由双方签订。2008年协议书载明子女抚养、可分割夫妻共同财产范围及分割方案、夫妻共同债务范围及承担方案等内容,其中载明7套房屋产权归吴某所有,其余5套房屋产权归王某所有。王某不认可2008年协议书,其主张并未与吴某订立该离婚协议书,但认可2008年协议书上的“王某”签字系其签写,并主张该签字系其在2005年之前签写于空白纸张上。2009年9月,法院以王某经合法传唤无正当理由未到庭为由,裁定按撤诉处理。同年9月,吴某、王某订立离婚协议书,该协议书载明分别将一套房产赠予并过户给王某豪和王某云及吴某,完成房产变更后,离婚协议生效。吴某、王某均认可2009年协议书,但吴某主张2008年协议书及2009年协议书均代表双方对离婚各项事宜的处理意见,2009年协议书是2008年协议书的补充协议,对2008年协议的内容进行了变更;王某则主张除2009年协议书所涉及需转移所有权登记的3套房产外,其他登记在各自名下的财产均归各自所有,对于财产分割,仅应按2009年协议书处理。同年11月,吴某将王某诉至法院,要求判决

解除婚姻关系，并处理子女抚养事宜；双方于11月达成调解：吴某与王某离婚；双方子女由吴某抚养，王某每月负担子女抚养费5000元；双方共同财产分清无争议；住房均自行解决。一审庭审中，吴某提交载有王某签字的承诺书，并主张该承诺书系在2010年上半年由王某所出具；该承诺书载明：王某因本人原因未完全履行2008年、2009年的离婚协议书及调解书，为此再次承诺2011年12月前，将3套房屋过户到吴某名下；未过户之前，按照每月1.8万元给吴某租金并于。王某不认可承诺书，其主张并未向吴某出具承诺书，但认可承诺书上的“王某”签字系其签写，并主张该签字系其在2005年之前签写于空白纸张上。

裁判结果

2012年9月，吴某将王某诉至法院，要求王某将2010年承诺书约定的3套房屋过户到自己名下，并支付租金。一审法院经审理认为，王某认可2008年协议书、承诺书上的“王某”签字系其所签写，但主张该签名远远早于正文书写时间，主张吴某提交的2008年离婚协议及2010年承诺书系伪造，其对此负有举证责任。王某提交的相关证据不足以证明其主张的事实，其提出的鉴定申请，因该鉴定不具备检验条件，无法进行鉴定，故王某应当承担举证不能的不利后果。结合2008年协议书、2009年协议书、承诺书之内容，吴某之诉讼请求，应予支持。据此，判决支持了吴某的诉讼请求。判决后王某不服，上诉至二审法院。二审法院经审理认为，双方均认可的2009年离婚协议书中关于房产权变更的约定内容，且离婚诉讼中，均明确表示：“财产已分清，无争议”。故应当认定，吴某与王某在离婚前已经对共同财产分割完毕，不存在其他争议。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）第十四条规定：“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。”王某对该协议不予认可，应认定2008年的离婚协议没有生效。吴某不能证明2010年承诺书形成的时间，故2010年承诺书亦存在较大瑕疵，法院难以采信。即使按照吴某的陈述，王某对吴某作出了承诺，该承诺书形成的时间亦系双方离婚以后，该承诺书的性质不同于离婚协议，王某对其离婚后财产的承诺行为，应属赠与性质，根据合同法的规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。现王某拒不履行赠与人的义务，且房屋产权未进行转移，即使认定赠与合同成立且生效，王某的行为应视为其撤销赠与。据此判决撤销一审法院判决，改判驳回吴某的诉讼请求。

典型意义

该案涉及双方十余套房产的分割，诉讼标的大，双方争议激烈。该案涉及原夫妻双方“签订”的数份财产分割协议真伪性的判断。数份协议末尾确有男方真实签名，但男方主张系提前在数张空白A4纸上签好姓名留备自己经营的公司财务用途，并提出的较为合理的理由。经向多方鉴定机构征求意见了解到，在目前的鉴定现状下，尚无法做出笔迹形成时间或相对形成时间的鉴定，故无法通过直接的鉴定途径确定双方主张的真伪。在此情况下，如何确定数份协议的真伪成为一个难题。一方面男方确无直接证据证明自己是在空白纸上签名留作他用，另一方面结合种种间接证据，协议的内容确实存在不合理之处，与其他证据之间也不能有效吻合。而协议真伪的认定对双方众多房产的分割有直接的重大影响。在一审法院以签名为男方本人所签为由对数份协议予以认定并据此分割财产的情况下，二审法院受理该案后，由五名法官组成合议庭审理该案，并引入百姓评理团辅助审判。

在庭审结束后，给予评理团充分的讨论以及各自独立发表意见的机会。合议庭在庭审结束后也专门听取了本次评理团的讨论过程。在不干涉、不发

表意见的情况下认真倾听评理团的讨论过程,了解评理团判断真伪的思路以及对案件的认识。合议庭将参考评理团的意见进一步合议作出终审裁决。本次百姓评理团参与审理案件具有重大意义。第一,对疑难案件判案方式不轻率、不机械。第二,合

庭工作与评理团的辅助相结合,让当事人很信服。第三,在法官运用法律思维与证据规则判断事实已经成为专业习惯的情况下,通过旁听评理团的评议,法官们了解了百姓在不掺杂法律规则的情况下对某一事实的理解和判断逻辑,形成有益的启发。

离婚证明彰显司法温度——上海徐汇区人民法院家事审判工作探访

2018-02-12 最高人民法院 严剑漪 马超

http://mp.weixin.qq.com/s/616r_LeIz2ZJQ2Bjd6fCGQ

1月18日,在上海市徐汇区人民法院家事法庭,庭长李成栋正在组织双方当事人领取离婚调解书。与以往不同的是,这次,当事人在领取法院发出的调解书的同时,还会领取到一份离婚证明书。

首份离婚证明书

经法院调解离婚的当事人小李和小姜同时收到了徐汇区法院发出的离婚证明书。

记者看到,在这张薄薄的证明书上,仅记载了当事人的身份信息、裁判文书案号和生效时间,最后加盖了法院的院印。

小李的代理人王运建律师接过离婚证明书后看了又看:“我还是第一次看到离婚证明书。”不过他非常理解法院发证明书的用意:“真不错,这张证明书可以有效保护当事人的隐私信息。”

“是的,这是我们徐汇法院刚刚推出的一项举措,今天这份证明文书是我们发出的首份离婚证明书。”担任本案审判长的李成栋说。

听到了法官与律师的对话,双方当事人当即对法院这一举措表示了感谢。

“这张证明书有着与裁判文书相同的证明效力,我们的初衷就是让当事人在办理相关事项时起到替代作用。”李成栋告诉记者。

保护隐私彰显司法温度

小李和小姜于2016年年底登记结婚,2017年

9月中旬举办婚礼。然而,婚礼结束还不足一月,双方就因矛盾升级开始了分居生活。2017年12月,小李认为双方已无共同生活基础,向徐汇区法院提起离婚诉讼。经法官耐心调解,双方最终达成调解协议,自愿离婚。

记者了解到,以往到法院诉讼离婚的当事人,经过审理符合离婚条件的,法院会出具民事判决书或民事调解书。在这类文书中,会载明夫妻感情破裂的原因、财产分割、子女抚养等一系列个人隐私内容,这些内容使当事人需要提供离婚状态证明时经常感到尴尬和不便。

上海市徐汇区人民法院发放的离婚证明书中,只记载双方当事人的基本信息,包括姓名、性别、公民身份证号、生效法律文书案号、类型及生效时间等必要证明信息,不再涉及案件具体事实。

李成栋表示:“考虑到家事审判的特殊性,为了保护当事人隐私,我院决定制作并发放离婚证明书。离婚证明书隐去了个人隐私信息,并加盖法院公章以示权威。”

创新举措深入推进家事审判改革

在上海“两会”期间,很多代表给法院推出的司法便民举措点赞,其中离婚证明书就被不少代表认可。

上海人大代表、上海市华诚律师事务所合伙人杨军律师告诉记者:“在离婚案件中,法律文书记

载了当事人的情感纠葛和个人隐私,遇到需要证明自己婚姻状况的情形,就需要出示这份记录详尽的法律文书,落入尴尬的境地。离婚证明书制度是深化家事审判改革的创新之举,充分考虑当事人的感受,更加全面地保护了当事人的切身利益,体现了司法为民,也彰显了司法温度。”

记者:严剑漪

通讯员:马超

来源:人民法院新闻传媒总社

【法院资讯】“儿童利益最大化”,我们在行动

2018-02-26 浦江天平

<http://mp.weixin.qq.com/s/HLhPLkVDtrpgJWEA08jp9A>

核心提示

有这样一些儿童,他们或者成为父母争夺的对象、反制对方的筹码;或者被父母视为开始新生活的累赘;更有因父母吸毒、犯罪而沦为父母双全的“孤儿”……

2月22日,春节假期后的第一个工作日,上海市长宁区人民法院(以下简称长宁法院)副院长金练红、民事审判第四庭庭长章晓琴、少年审判庭副庭长顾薛磊来到上海广播电台《法眼看天下》特别节目《法院院长在线》的录制现场,与华东师范大学曾凡林教授(特约观察员)一起关注这些过早陷入人生困境的孩子们,探讨“儿童利益最大化”原则该如何实现,呼吁从立法层面更加积极、规范、全面地保护“困境儿童”。

何为“儿童利益最大化”

“儿童利益最大化”

1989年11月21日,联合国通过了《儿童权利公约》,并于1990年9月2日正式生效。同年,中国常驻联合国大使代表中华人民共和国政府签署了《儿童权利公约》,中国由此成为其第105个签约国,该《公约》也于1992年4月2日开始对中国生效。

联合国《儿童权利公约》确立了四项基本原则:

无差别歧视原则、最大利益原则、生存与发展原则、参与原则。其中最关键、最基础、最重要的就是最大利益原则。《公约》第3条第1款最为典型地反映了这一原则,该条款规定:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。

金: 这个“最大化”不仅包括健康、幸福、尊严的最大化,也包括生存与发展环境的最大化、最优化,还包括我们对儿童的优先保护、特殊保护,乃至无差别歧视对待上的最大化。这一原则已经成为涉未成年人案件审判中的基本原则。

章: 在审判实践中,我们对儿童利益的保护主要有两大类:一类是积极利益,即法律有明确规定的人身或财产利益,比如房产、抚养费、探望权的实现等;另一类是消极利益,可能没有明确写在法律规定里,但对孩子的身心成长也非常重要,比如减少父母的离婚诉讼对孩子的伤害。

曾: 我国在儿童权益保护方面的工作很多都是在联合国《儿童权利公约》的框架下开展的,比如2013年正式发布了《中国儿童发展纲要(2011-2020年)》实施情况统计报告。我们上海在这方面的工作启动得比较早。这项原则不仅仅是一个法律概念,我们还应该关注“儿童利益最大化”怎样落实到具体举措中。

无法承受的成长之“碍”

节目中最让人“揪心”的要数这段3分钟音频了。这段音频剪辑自长宁区“为孩子父母学校”(区法院和区妇联等主办)拍摄的一部公益微电影《离婚了,我们依然是最爱你的爸爸和妈妈》,这部微电影曾获得“全国法院第四届十佳微电影”、“全国第二届平安中国最佳微电影”等奖项。据悉,很多当事人在看过这部“庭前教育”短片后开始自我反思,有些选择当场和好、携手回家。

影片中,小男孩豆豆的父母在起诉离婚过程中,为了争取豆豆的抚养权,做出了一些不理智甚至是过激的行为,影响了豆豆的正常生活,给孩子造成了心灵创伤。长宁法院受理离婚诉讼后,通过安排父母双方参加“为孩子父母学校”办学活动(听讲座、接受心理咨询等),使他们意识到自身行为的不当,最终通过协商一致的方式妥善解决了抚养权归属问题。

金: 在审判实践中,我们发现很多孩子的童年并不像我们想象的那么美好。当我们发现孩子被父母遗弃成为了“不是孤儿的孤儿”,当我们看到孩子因为父母的虐待而遍体鳞伤,当我们看到孩子因父母的行为不当而造成幼小的心灵受到伤害的时候,我们在痛心之余也在不断思考——我们能为孩子做些什么?我们还能多做些什么?怎么才能让儿童的利益最大化?

聚焦“困境儿童”

“困境儿童”

2016年,《国务院关于加强困境儿童保障工作的意见》将困境儿童主要分为三类:1.因家庭贫困导致生活、就医、就学等困难的儿童;2.因自身残疾导致康复、照料、护理和社会融入等困难的儿童;3.因家庭监护缺失或监护不当遭受虐待、遗弃、意外伤害、不法侵害等导致人身安全受到威胁或侵害的儿童。

曾: 今天我们主要讨论的就是第三类“困境

儿童”。

顾: 我从2007年开始从事相关民事审判,每年都会碰到很多让我们头痛更心痛的“困境儿童”。给我印象最深的可能是一个被母亲两次遗弃在法院门口的孩子乐乐。根据民政收养或寄养条例,“有父母的未成年人”不属于“孤儿”范围,民政部门无权收留或主动干预,乐乐也因此无法进入公办的儿童福利院。因为民办福利院不可能一直给他托底,孩子的升学、就医都是问题,而且多次被遗弃和颠沛流离的生活已经给孩子造成了巨大的心理创伤。

金: 这一问题不是法院能够独自解决的,我们只能在力所能及的范围内为这些孩子多做一些事情。其中也有令我们比较欣慰的案例,比如今年春节前上海高院副院长黄祥青就到我们曾经审理的一个案件涉及到的“困境儿童”萌萌家里回访(敬请点击【聚焦大调研】上海高院关注“沉默的少数”“大调研”走访“困境儿童”回顾),这个小女孩现在性格也更加开朗、对学习也更有自信,同时不断学习各项生活技能,关心照顾两位年迈的法定监护人。除了法官定期回访,我们还引入心理关怀机制,对他们成长过程中出现的心理问题及时进行疏导。

儿童福利保障亟需国家立法推动

未成年人保护“同心圆理论”

以未成年人为中心,所有相关部门从自身职能出发形成保护合力,促进“儿童利益最大化”原则的实现。

曾: “福利”不仅仅指保障本身,还包括各项服务。长宁法院的法官们除了自身的职责,还承担了社会服务的工作,实际上是给法官增加了额外的负担。法官们的所作所为恰恰反映了在社会政策还不完善时该如何实现“儿童利益最大化”,而目前我们亟需制定一部具有可操作性的《儿童福利法》,与未成年人保护法等相辅相成,整合教育、医疗、财政、户籍、就业、住房、司法等各方力量,更加积极、规范、全面地保护“困境儿童”,为未成年

人健康成长保驾护航。

金：最高院以“儿童利益最大化”为原则，在全国范围内积极推进家事审判改革。我们长宁法院将“家事”和“少年”合二为一，成立了专门的少年家事综合审判庭，同时推出包括回访、心理干预、社会关护、多元化解等10项机制，最重要的目的就是保护未成年人，至少在我们案件审理过程中能够保证他们的利益最大化。比如在夫妻双方没有妥善解决孩子的抚养、探视问题的情况下暂时不予离婚。但是，法院的主要职能是审判，不是所有的“困境儿童”都会进入法院，而且法院没有这样的公共资源来解决孩子成长方方面面的问题。我们

急切希望社会各界共同努力，形成保护“闭环”。

长宁法院曾请全国人大代表、长宁区“小巷总理”朱国萍帮我们在全国人大呼吁加强对涉诉“困境儿童”的国家庇护，上海高院也曾起草《上海市儿童福利条例》建议稿并提交了立法机关，但我认为我们在立法层面还可以再进一步，在庇护机构的设置、专业人员的培训和经费支持上都还有进一步提升的空间，我们十分期待这一问题在今年“两会”上的推动。

文字 | 王雨堃

摄影 | 金文斌

来源 | 上海长宁法院

盘点全国各地中级法院夫妻共债新规施行后的裁判观点

2018-02-27 民事法律参考

http://mp.weixin.qq.com/s/1-yp0QmGp_FZTZV2f0Q0nQ

1 常州市中级人民法院（2017）苏04民终3456号

本案中，第一，陈岗、李雷雨夫妻关系不和、长年分居，王培建向陈岗出借案涉款项，未有证据证明其曾向李雷雨告知，且事后补签借款协议，也未征得李雷雨的同意。第二，王培建出借给陈岗高达189.5万元，显然超出家庭日常生活需要，且借款并未得到李雷雨个人的追认。第三，王培建未能提供证据证明案涉借款用于陈岗、李雷雨夫妻的共同生活、共同生产经营。据此，李雷雨不当应当承担共同还款责任。

2 徐州市中级人民法院（2017）苏03民终5586号

本院认为，关于涉案债务是否为夫妻共同债务，王玉霞是否承担偿还责任的问题。《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第一条规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应

当认定为夫妻共同债务。”第二条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”结合本案案情，综合判断双方所提供证据证明力的大小，本院认为，涉案债务不应认定为王玉霞与王丙超的夫妻共同债务，王玉霞不应承担偿还责任，理由如下：

首先，涉案借款虽发生在王玉霞与王丙超夫妻关系存续期间，但从原始借款形成以及后续对借款的结算汇总，均只有王丙超一人参与、一人签字确认，并无王玉霞的签字认可，且王玉霞事后亦不予追认，并无证据证明涉案借款系王玉霞与王丙超的共同意思表示所负债务。

其次,涉案借款本金数额为130000元,所借款项数额较大。根据王丙超与王玉霞在借款期间的职业、身份、资产、收入等情况,结合本地区经济发展水平和社会生活习惯等因素,应当认定王丙超以个人名义所负债务的数额明显超出其与王玉霞家庭日常生活需要的范畴,超出夫妻一方家事代理权限范围,不应认定为王丙超与王玉霞家庭日常生活需要所负的债务。

再次,债权人贾广玲未能证明该债务用于王丙超与王玉霞的夫妻共同生活、共同生产经营。贾广玲主张,王丙超所借款项是用于购买车辆以及偿还车辆贷款,但对车辆购买及车贷的偿还其并未提供充分的证据证明所借款项用于上述用途。且在本案借款发生期间,王玉霞与王丙超夫妻感情不和,王玉霞亦在南京工作生活,并不存在与王丙超共同生产经营的情形,故贾广玲未能证明该债务用于王丙超与王玉霞的夫妻共同生活、共同生产经营,应当承担举证不能的法律后果。

最后,贾广玲在出借本案款项时,与王丙超存在不正当两性关系,对王丙超的婚姻状况亦是明知,在借款及结算时均未告知王玉霞,并未尽到谨慎的注意义务,亦应承担相应的风险。现其主张涉案债务为夫妻共同债务,本院对此不予支持。因王丙超对涉案债务数额不持异议,庭审中自愿承担偿还责任,结合当事人所提供的证据,本院对债务数额予以确认,应由王丙超予以偿还。

3 连云港市中级人民法院(2017)苏07民终3488号

结合名佳公司提供的松升公司股权登记及实际经营情况,本院认为,松升公司应系杨永贤、杨梅夫妻二人共同生产经营的企业,杨永贤对名佳公司所负案涉债务用于杨永贤、杨梅二人共同生产经营,故案涉债务应视为杨永贤、杨梅夫妻共同债务,二人均应承担连带责任。

4 常州市中级人民法院(2017)苏04民终3884号

本案中,褚建荣出借给戴萍数百万元,显然超出家庭日常生活需要,且借款并未得到郭保荣个人的追认,褚建荣也未提供证据证明案涉借款用于郭保荣、戴萍夫妻的共同生活、共同生产经营,故郭保荣依法不应当承担共同还款责任。

5 绥化市中级人民法院(2018)黑12民终14号

本案中,被告王景双在与被告韩德兰在夫妻关系存续期间,以个人名义向原告张海峰借款,由被告王景双个人出具借据,韩德兰并未在借据上签字,事后也未对该案涉借款进行追认。且根据韩德兰、王景双夫妻共同生活的状态和一般社会习惯,以及生活常理,借款人王景双借款1000000.00元,数额较大,超出家庭日常生活所需的范畴。根据上述法律规定,债权人张海峰认为案涉借款属于债务人王景双和韩德兰夫妻共同债务,应提供证据证明债务人王景双将该借款用于夫妻共同生活或者共同生产经营。现张海峰不能向本院提交相关证据,对其该主张,不能支持。因此,王景双向张海峰借款,不能认定为韩德兰和王景双夫妻共同债务,应属于王景双个人债务。上诉人韩德兰对本案案涉借款及利息,不应承担还款责任。

6 南京市中级人民法院(2017)苏01民终9670号

关于第三个争议焦点,本院认为,《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第三条规定,夫妻一方在婚姻存续期间以个人名义超出家庭日常生活所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。本案中,王成月与程黎黎于2016年4月13日登记离婚,王成月经百盛公司法定代表人程黎黎指示与林阳对账,并于2014年9月18日向林阳出具了案涉711303元借条。王成月出具前述711303元借条后,林阳与百盛公司之间继续

合作至2016年3月，故虽然林阳于2017年3月19日出具了案涉47万元借条，但该借条系林阳与王成月对2016年3月之前债权债务关系再次对账后形成的结算凭据，与案涉711303元借条具有延续性，该47万元借条项下债务应当认定发生于王成月与程黎黎夫妻关系存续期间。考虑到程黎黎系百盛公司的法定代表人且持有该公司90%股份，王成月系该公司的业务负责人，百盛公司由王成月、程黎黎实际掌控经营，案涉711303元借条亦系程黎黎指示王成月与林阳对账后形成，故案涉债务系王成月、程黎黎的共同生产经营所负，应当认定为王成月、程黎黎的夫妻共同债务，一审判决认定程黎黎对案涉债务负有共同偿还义务，并无不当。

7 常州市中级人民法院（2017）苏04民终4204号

本院认为，依照《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的规定，夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。本案中，虞伟俊向王军出具的借条并未由其妻姚华靖签字确认，姚华靖事后也未予追认。王军主张虞伟俊、姚华靖归还的借款金额达20万元，已超出家庭日常生活需要，且王军也未举证证明涉案债务用于虞伟俊、姚华靖共同生活、共同生产经营或者基于双方共同意思表示。结合虞伟俊长期存在赌博恶习且被公安机关处罚的事实，王军主张案涉债务为夫妻共同债务缺乏事实及法律依据。

8 莱芜市中级人民法院（2018）鲁12民终19号

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷

案件适用法律有关问题的解释》第一条规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。”第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”根据上述法律规定，判断债务是否属于夫妻共同债务需要从夫妻双方是否具有共同的意思表示及债务是否用于夫妻共同生活、共同生产经营两个方面进行审查，举证责任由债权人承担。本案中，借款协议是直接体现借款人借款意思表示的凭证，展淑娟作为出借人应当尽到出借人出借款项时风险的注意义务，让借款人出具借款凭证。从2013年10月29日款项履行，到2014年11月3日借款协议签订再到款项续期一年，展淑娟有足够的时间让借款人出具借款凭证，但其提供的借款协议证实有借款意思表示及出借的对象只有张永军，展淑娟未提供证据证实谢兰华具有与张永军的共同借款的意思表示。家庭日常生活需要的支出是指通常情况下必要的家庭日常消费，主要包括正常的衣食消费、子女抚养教育、老人赡养等费用，是维系一个家庭正常生活所必需的开支，展淑娟主张向张永军出借款项用途是共同生活、生产经营，本案所涉债务近30万元，远超出了家庭日常生活所需，谢兰华没有分享该债务所带来的利益。夫妻共同生产经营主要是指由夫妻双方共同决定生产经营事项，或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形，夫妻共同生产经营所负的债务一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务，张永军、谢兰华没有共同的生产经营项目，亦非共同投资。综上，展淑娟没有证据证实债务用于了张永军、谢兰华两人夫妻存续期间的共同生活、共同生产经营，展淑娟要求谢兰华承担还款责任依据不足，本院不予支持。

9 武汉市中级人民法院 (2018) 鄂 01 民终

225 号

本案中, 2015 年 2 月 14 日的 40 万元借款虽发生在王虹焰与梁乔婚姻关系存续期间, 但不应认定为夫妻共同债务。其一, 借款协议中明确约定借款用途为工程资金周转, 从借款金额来看亦超出家庭日常生活需要, 故该借款并非用于夫妻生活。其二, 2015 年 1 月 6 日梁乔与王虹焰已达成离婚合意, 说明当时夫妻感情已经破裂, 且对夫妻共同财产已进行分割, 2015 年 2 月 14 日梁乔获取的借款不可能由王虹焰享有。2015 年 3 月 14 日梁乔与王虹焰正式办理离婚登记, 王虹焰分享借款所产生收益的可能性亦微乎其微。其三, 借款系以梁乔个人名义所借, 王虹焰事先对借款不知情, 事后亦未追认该笔借款, 故借款并非基于夫妻双方的共同意思表示。

10 广州市中级人民法院 (2017) 粤 01 民终

23924 号

本院认为, 关于配偶因健康、疾病等接受诊疗行为所支出的医疗费是否属于夫妻共同债务的问题, 依据《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第三条的规定, 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务, 债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的, 人民法院不予支持, 但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。钟地长在花都人民医院因治疗所拖欠的医疗费是基于维持夫妻共同生活所必需的支出, 依法依理依情应属于夫妻共同债务。依据上述解释的规定, 钟地长的配偶洪木英应当对钟地长拖欠的医疗费承担直接清偿责任。洪木英是否实际获得案涉交通事故生效判决赔偿与其是否应当承担清偿责任并无关联, 该项抗辩意见依法不能成立, 本院不予采纳。钟木兰、钟春妹、钟发秀、钟辉是钟地长第一顺序继承人, 依法应当在继承钟地长遗产范

围内承担清偿责任。洪木英承担的清偿责任与钟木兰、钟春妹、钟发秀、钟辉在继承钟地长遗产范围内承担的清偿责任均具有消灭全部债务或部分债务的效果, 本质上属于不真正连带之债, 故本判决钟木兰、钟春妹、钟发秀、钟辉在继承钟地长遗产范围内与洪木英承担连带清偿责任。

11 滨州市中级人民法院 (2017) 鲁 16 民终

1898 号

本院认为 (2013) 滨中商终字第 99 号民事判决及 (2011) 博民初字第 418 号民事判决中确认的借款本金 25 万元系路俊利于 2005 年 12 月 2 日向被上诉人济民典当公司所借, 借款合同中并无上诉人张燕的签字, 被上诉人称借款时上诉人张燕到场, 但上诉人予以否认, 被上诉人对此未提供相应证据, 亦未提供相应证据证明上诉人张燕事后追认该笔债务为夫妻共同债务, 因此本案中无相应证据证明上诉人张燕具有共同举债的意思表示。对于涉案借款的用途, 被上诉人济民典当公司主张, 据路俊利讲借款用于山东滨州蓝天食品有限公司经营, 后部分借款支付至山东滨州蓝天食品有限公司财务人员的账户, 因此涉案借款并非用于家庭日常生活需要, 属于超出日常家事范畴的债务。根据《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》规定, 日常家事范畴内的共同债务推定为夫妻共同债务, 夫妻一方如果反驳主张不属于共同债务则需举证证明举债人所负债务并非用于家庭日常生活。对于超出日常家事范畴的债务, 推定为举债方个人债务, 债权人主张属于夫妻共同债务的, 需要举证证实。在本案中, 借款时路俊利虽担任山东滨州蓝天食品有限公司的法定代表人, 但并非该公司的股东, 上诉人张燕称对该笔债务不知情, 而被上诉人又未提供充分证据证明该债务用于夫妻共同生活或共同生产经营。因此, 被上诉人作为债权人, 既不能证明涉案债务用于夫妻共同生活或共同生产经营, 也不能证明涉案债务基于双方共同意思表示, 被

上诉人主张该笔债务为上诉人张燕与路俊利的夫妻共同债务并要求上诉人张燕承担连带清偿责任证据不足，其诉讼请求不能成立，应予以驳回。上诉人张燕的上诉理由成立，本院予以支持。

12 北京市第二中级人民法院(2018)京02民终802号

本案中，李克成在与罗春芳婚姻存续期间以个人名义向赵宝成借款10000元，李克成以个人名义所负的该笔债务未超出家庭日常生活需要，且借据中载明的用途为交出租车份钱，李克成亦曾是出租车司机，故依据上述法律规定，本院认为该笔债务属于李克成与罗春芳的夫妻共同债务，罗春芳应当偿还。罗春芳辩称涉案债务并非合法债务，未用于夫妻共同生活，但未提供有效证据证明其主张，故本院不予采信。综上，罗春芳上诉理由均不成立，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决结果并无不当，应予维持。

13 三明市中级人民法院(2018)闽04民终127号

最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营

或者属于夫妻双方共同意思表示的除外。”夫妻共同生产经营主要是指由夫妻共同决定生产经营事项，或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形，对于是否属于夫妻共同生产经营还应根据经营活动的性质及夫妻双方在其中的地位作用等综合认定。涉案借款系张通堂因经营煤炭生意资金周转需要所借且产生于张通堂与陈玉秀婚姻关系存续期间，对此，双方当事人均无异议，但张通堂主张所借款项仅用于其个人煤炭经营生意所需、陈玉秀并未参与经营且不赞同其从事煤炭经营，陈玉秀就此也进行了抗辩。根据前述司法解释规定，林冬成应就涉案借款系用于张通堂与陈玉秀夫妻共同生活、共同生产经营或者属于夫妻双方共同意思表示承担举证责任。林冬成未能提供证据证明陈玉秀与张通堂共同决定煤炭经营事项或陈玉秀授权张通堂从事相关经营活动，亦未能证明经营收益用于张通堂、陈玉秀夫妻共同生活，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，一审法院认定涉案借款为张通堂个人债务、陈玉秀不应承担共同偿还责任并无不当，本院予以确认。

离婚诉讼中，丈夫拒不申报家庭财产！ 法院：妨碍民事诉讼，罚8万！

2018-02-28 济南中院

http://mp.weixin.qq.com/s/1smKCVcm_LK1aX9koXspd

转自：法治快车

在一起离婚诉讼过程中，因不满妻子提出离婚，宋某对属于夫妻共同财产的公司股权，拒不肯如实

向法院申报。近日，法院作出处罚决定，对被告宋某予以罚款8万元。

1990年的秋天,24岁的南通人宋某经人介绍,认识了和他同龄的南通姑娘汪某。两人一见钟情,很快陷入了爱河,不久便结婚成了家,并于次年婚后生育一子。孩子的如期降临,给两个人带来了很多的乐趣,但不久就有了新的烦恼。

因汪女士当时在私企上班,需要经常加班,照顾不了孩子。小两口经过再三考虑,决定让汪女士辞去工作,专心在家做全职太太。宋某则以过人的勇气和毅力进军房地产业,并获得了成功。

虽然一家人过得衣食无忧,但汪女士却越来越觉得两个人的性格不合,加上聚少离多,两人共同语言也越来越少。转眼,随着孩子的渐渐长大,两人的婚姻也走到了尽头。

2017年11月,汪女士诉至江苏省南通市崇川区人民法院家事法庭,请求与宋某离婚,依法分割夫妻共同财产。

案件审理过程中,承办法官召集双方当事人,要求全面、准确地申报家庭财产状况,并明确申报不实的法律后果。汪女士听说后,便向法院认真如实填写了财产申报表。

但宋某却对妻子的离婚起诉很生气,认为家里的大部分财产都是靠自己辛苦赚来的,现妻子提出离婚只是想分他的财产,遂拒绝财产申报。

法院查明,被告宋某系某置业公司的股东,并实际负责该公司的经营管理,但被告宋某经法律释明,仍拒不提供股权审计评估所需的会计凭证。

法院经审理认为,被告宋某作为公司股东兼公司实际经营管理人,拒不提供股权鉴定所需的会计凭证,使人民法院对股权价值难以确定,有隐匿夫妻财产之嫌,也属于不如实申报财产的情形,妨碍

了民事诉讼。遂决定对其罚款8万元。

收到决定后,宋某表示服从法院的处罚决定,并在规定的时间如数缴纳了罚款。(严永宏 古林)

连线法官

本案承办法官介绍说,随着经济社会的发展,个人手中掌握的可支配财产日益增多,除存款、房子、车子等传统财产外,还出现了股权、票据、保险利益、知识产权等新的财产形式,而当前财产登记制度与信用制度的不完善,以及当事人诚信缺失和举证能力的欠缺等因素,导致离婚诉讼案件中容易出现当事人转移、隐匿、毁损夫妻共同财产的情形。虽然法律规定,夫妻任何一方在离婚后发现还有其他未分割财产的,可以再起诉分割,但势必将增加当事人的诉累,耗时耗力,还严重浪费了宝贵的司法资源。

民事诉讼法第六十七条规定,人民法院有权向有关单位和个人调查取证,有关单位和个人不得拒绝。同时,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零二条规定,当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据,人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的,人民法院应当采纳,并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

对于在离婚诉讼中,虚报瞒报或不报的当事人,法院在调查确认后,有权依法在离婚诉讼或离婚后夫妻共同财产分割之诉中,判其不分或少分共同财产。构成妨碍民事诉讼的,法院将视情节采取罚款、拘留等强制措施。

来源:人民法院报

二、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

王宝强离婚案、马蓉名誉权案一审宣判

2018-02-11 京法网事

<http://mp.weixin.qq.com/s/Piugu7LG-074zA6dcpEYHg>

2018年2月11日下午,王宝强诉马蓉离婚案、马蓉诉王宝强名誉权案分别在北京朝阳法院公开开庭审理并当庭宣判。王宝强离婚案法院一审判决解除双方婚姻关系,并从利于子女健康成长角度出发,判决婚生子由王宝强抚养,婚生女由马蓉抚养;马蓉名誉权案法院认定王宝强不构成名誉侵权,一审判决驳回了马蓉的诉讼请求。



王宝强诉马蓉离婚案中,根据相关证据,法院认定马蓉与他人存在婚外不正当关系,违反夫妻忠实义务,夫妻感情破裂,判决解除婚姻关系,并对子女探望时间和方式进行了判定。关于王宝强提出的精神损害赔偿请求,因现有证据不足以证明马蓉与他人同居,不符合婚姻法的相关规定,法院未予支持。关于财产分割问题,因线索较多、双方争议较大,尚待进一步查明,法院将依法另行处理。

马蓉诉王宝强名誉权案中,法院认定王宝强微博所发的《声明》相关内容基本属实,未使用偏激和侮辱他人的语言,故判决驳回了马蓉的诉讼请求。

期间,王宝强及双方代理律师到庭参加诉讼。



法条链接

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条:“人民法院审理案件,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决。”

《中华人民共和国婚姻法》第四十六条:有下列情形之一的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:

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

《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)》第二条:婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的情形,是指有配偶者与婚外异性,不以夫妻名义,持续、稳定地共同居住。

王宝强离婚案、马蓉名誉权案一审宣判

2018-02-11 人民法院报

<http://mp.weixin.qq.com/s/35Riw4MYTn00z0P0tD0VKA>

2018年2月11日下午,王宝强诉马蓉离婚案、马蓉诉王宝强名誉权案分别在北京朝阳法院公开开庭审理并当庭宣判。王宝强离婚案法院一审判决解除双方婚姻关系,并从利于子女健康成长角度出发,判决婚生子由王宝强抚养,婚生女由马蓉抚养;马蓉名誉权案法院认定王宝强不构成名誉侵权,一审判决驳回了马蓉的诉讼请求。



王宝强诉马蓉离婚案中,根据相关证据,法院认定马蓉与他人存在婚外不正当关系,违反夫妻忠实义务,夫妻感情破裂,判决解除婚姻关系,并对子女探望时间和方式进行了判定。关于王宝强提出的精神损害赔偿请求,因现有证据不足以证明马蓉与他人同居,不符合婚姻法的相关规定,法院未予支持。关于财产分割问题,因线索较多、双方争议较大,尚待进一步查明,法院将依法另行处理。



马蓉诉王宝强名誉权案中,法院认定王宝强微博所发的《声明》相关内容基本属实,未使用偏激和侮辱他人的语言,故判决驳回了马蓉的诉讼请求。

期间,王宝强及双方代理律师到庭参加诉讼。

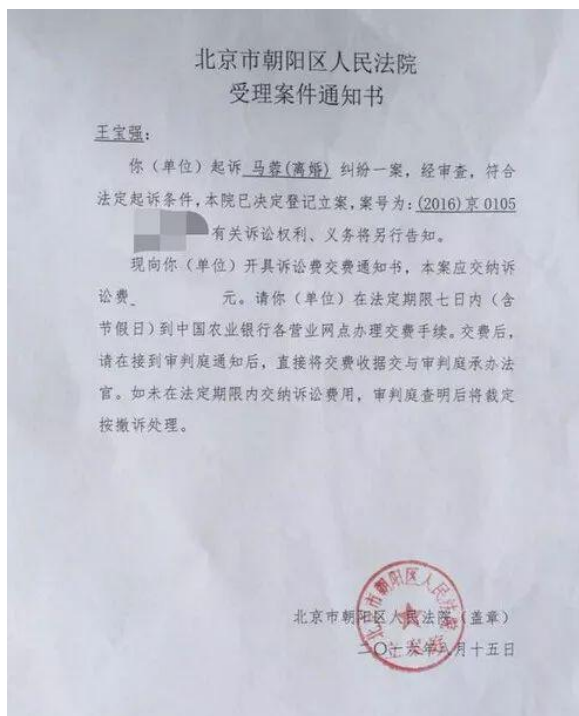
2016.8.14



2016年8月14日凌晨,王宝强在微博突发离婚声明。

王宝强声明中指出,马蓉与其经纪人宋喆的婚外不正当两性关系,严重伤害了婚姻、破坏了家庭,郑重决定解除与马蓉的婚姻关系,同时解除宋喆的经纪人职务。

2016.8.15



2016年8月15日，王宝强本人在律师张起淮的陪同下来到北京朝阳区人民法院，起诉其妻马蓉要求离婚。

王宝强起诉称，其与马蓉于2010年2月10日在河北邢台登记结婚，婚后育有一子一女。婚后其为家庭幸福安定不懈努力，但马蓉在婚姻关系存续期间，不仅与其经纪人宋喆发生婚外不正当两性关系，更有隐藏、转移夫妻共同财产、破坏家庭伤害家人的恶劣行为，致使双方感情彻底破裂。王宝强认为，双方感情已经破裂，应准予离婚，且由其直接抚养婚生子女更有利于子女成长。

2016.8.16



2016年8月16日，马蓉委托律师到北京朝阳法院立案。

马蓉认为王宝强14日凌晨所发微博侵犯名誉。马蓉在起诉书中称，其与王宝强系夫妻关系，8月14日王宝强在其实名认证个人微博中发布声明。该微博发布后，一些不明真相的网友基于前述造谣内容，对其进行大肆诋毁、谩骂，甚至连两个年幼的孩子都不放过。马蓉认为上述内容对其构成造谣诋毁，系恶意对其进行人身攻击，王宝强所发布的造谣诽谤言论给其个人名誉和社会评价造成严重负面影响，并给其造成极其严重的精神损害。为维护合法权益，减少因王宝强行为给两个年幼孩子所造成的心理创伤，诉至法院，要求王宝强停止侵权，立即删除2016年8月14日发布的微博，并在其个人微博首页置顶赔礼道歉连续不低于30天。

2016.10.18



2016年10月18日，王宝强诉马某离婚案及马蓉诉王宝强名誉权纠纷案在北京市朝阳区人民法院开庭前会议。王宝强亲自出席，马蓉方则是委托代理人出席。

朝阳法院对两起案件分别召开庭前会议。根据我国民事诉讼法相关司法解释规定，庭前会议可以包括以下内容：明确原告的诉讼请求和被告的答辩意见；审查处理当事人增加、变更诉讼请求的申请和提出的反诉、以及第三人提出的与本案有关的诉讼请求；根据当事人的申请决定调查收集证据，委托鉴定，要求当事人提供证据，进行勘验，进行证据保全；组织交换证据；归纳争议焦点；进行调解。

2017. 9. 13

情况通报

某影视文化工作室向朝阳警方报案称：
2012 年 4 月至 2016 年 8 月期间，该工作室总
经理宋某等人利用职务之便，将客户支付给工
作室的业务款占为己有。朝阳警方依法受理，
经过调查取证，于 2017 年 9 月 12 日，对涉嫌
职务侵占罪的宋某（男，34 岁，北京市人）等
人依法刑事拘留。目前，此案正在进一步工作
中。

@平安朝阳

2017 年 9 月 13 日，北京朝阳警方官微“平安
朝阳”发布情况通报，确认王宝强前经纪人宋喆因
涉嫌职务侵占罪已于 9 月 12 日被依法刑事拘留。

来源：人民新闻传媒总社

（二）抚养纠纷案例

离婚诉讼期间抢走儿子藏匿 南通一女子因不当行为丧失抚养权

2018-02-03 人民法院报 第03版 严永宏 古林

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/03/content_135061.htm?div=-1&from=groupmessage

在离婚诉讼期间,经济条件相对较差的女方担心争取抚养权会对自己不利,遂将儿子抢走后藏匿。近日,江苏省南通市崇川区人民法院家事法庭对这起离婚纠纷案作出一审判决,准许原告赵楚与被告乔娜协议离婚,两人的婚生子小晨随原告共同生活。

2011年,赵楚和乔娜结婚。次年,在生下儿子小晨后不久,两人开始不断地因为家庭琐事发生争吵。2015年,在小晨即将上幼儿园之际,为了择校的相关事宜,两人又一次产生了争执,并很快升级成了两个家庭的矛盾。于是,夫妻俩选择了分居。几个月后,乔娜向法院提起离婚诉讼。

2015年8月的一天,赵楚带着小晨到一家商场买玩具。刚从商场出来,一辆轿车突然停在他们面前。乔娜带着几个社会青年从车上走下来,一把就将赵楚按倒在地,乔娜把小晨抱上车。

此后,赵楚再也没有见到儿子。原以为在开庭时能向乔娜询问孩子的下落,但该起离婚诉讼却因为被告乔娜无理由拒不到庭而被裁定按其自动撤诉处理。

为了能找到孩子,半年后,赵楚向南通市崇川区人民法院家事法庭起诉离婚。然而这一次乔娜仅委托代理人参加诉讼,代理人也拒绝告知乔娜及孩子的下落,2016年4月,法院判决不准离婚。

为了能找到孩子,赵楚一家耗费大量人力、财力在全国不断寻找小晨和乔娜的踪迹,不敢放过一丝丝线索,然而这一切都是徒劳。孩子和他的母亲如同人间蒸发了一般,即使找到女方的亲属,不管如何软磨硬泡,他们都坚决不肯透露二人的下落。

一年后,忍无可忍的赵楚再次向法院起诉,要求终结这段名存实亡的婚姻,并要求婚生子小晨随他一起共同生活。

开庭时,乔娜同之前一样拒不到庭,也未提供小晨的具体下落,只是通过诉讼代理人告诉他们,小晨已经上幼儿园了,如果抚养权归她,她愿意离婚。

经过法院调解,赵楚、乔娜二人就解除婚姻关系、共同财产分割和共同债务清偿达成了协议,两人的婚姻关系就此结束。

法庭上,乔娜的诉讼代理人表示,乔娜患有先子宫纵膈症,不易有孕,且存在生育危险,所以一定不会放弃孩子的抚养权。所以为了小晨的抚养权归属,这场官司仍要继续。

孩子由谁抚养更加合适?对此,崇川法院家事法庭经审理认为,人民法院判决抚养权归属时,应坚持不当行为予以抑止原则,任何父母一方将未成年子女作为控制的私人工具,利用子女给对方设置障碍,不让对方探望子女,应认定为不当行使监护权。根据目前法庭查明的情况,原告及其家庭具有较优越的经济条件,原告有固定的住所,原告父母愿意帮助原告一同照顾孩子,而被告目前的住房及收入情况不明,法庭无法确定其是否具备足够的抚养能力,原告的抚养能力优于被告,因此确定孩子由原告抚养。至于被告主张其患有先子宫纵膈症,被告生育孩子的事实即说明其未丧失生育能力,并不具有优先直接抚养的条件,对被告的该意见不予采纳。

综上,崇川法院家事法庭遂作出上述一审判决。
(文中当事人均为化名)

■连线法官■

女方的行为不利于孩子的成长

该案承办法官于劲松介绍说,法律赋予了父母在离婚时争取抚养子女的权利,但前提要从有利于孩子的角度出发,通过合法的手段实现。人民法院在处理涉及未成年子女抚养的离婚案件时,应坚持未成年子女利益最大化原则。另外,人民法院在判决抚养权归属时,应当对当事人的不当行为予以抑止,倡导建立互助、和睦、文明的家庭关系。

本案中,被告在离婚诉讼过程中,强行将孩子抢走后藏匿,至今已达两年之久,人为阻断了原告父子之间的血肉亲情,这种过激的行为,容易导致

孩子在成长过程中缺乏父亲的关爱,造成人格缺陷,不利于孩子的健康成长。同时,被告始终拒绝告知孩子的下落,为了躲避原告及其家人的寻找,始终让孩子处于不稳定的环境之中,也不利于孩子的身心健康发展,故判孩子的抚养权归男方。

于劲松说,父母离婚后,基于亲缘关系的完整家庭解体,已经在很大程度上造成了子女情感缺失的精神伤害,故父母不应将双方的矛盾公开化,为满足自己的人格利益而损害子女的情感利益,从而造成对子女的二次伤害。孩子不是任何一方的私有财富,无论抚养权的归属是谁,父母永远是父母,应当以最有利于孩子成长的方式尽到应尽的责任。希望其他离异家庭未成年子女的父母从本案中吸取教训,妥善处理因抚养孩子产生的纠纷。

不直接抚养非婚生子女的生父是否应当负担子女的抚养费——刘丙诉徐乙、尹甲抚养费纠纷案

原创 2018-02-13 法律家

https://mp.weixin.qq.com/s/Q_tCZBfkJuExtmZ60bdIzw

【中法码】婚姻家庭法学·父母子女关系·抚养义务·抚养费承担 (10601031)

【关键词】民事 婚姻家庭法学 抚养费 非婚生子女 不直接抚养 生父 抚养费

【学科课程】婚姻家庭法学

【知识点】抚养费 非婚生子女 分别财产制

【教学目标】掌握抚养费的概念,明确抚养费的数额确定,理解非婚生子女的定义。

【裁判机关】上海市第一中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】《最高人民法院公报》2016年第7期(总第237期)

【案例信息】

【案由】抚养费纠纷

【案号】(2015)沪一中民一(民)撤终字第1号

【判决日期】2015年04月23日

【审理法官】侯卫清 许洁 潘兵

【上诉人】尹甲(原审被告)

【被上诉人】刘丙(原审原告)

【上诉人代理人】王 x (上海中夏旭波律师事务所)

【被上诉人代理人】汪 x (上海市德尚律师事务所)

【争议焦点】

男方与女方生育子女,但未办理结婚登记,该子女为非婚生子女。非婚生子,经女方出示的男方工资情况证明,男方承担的抚养费金额少于其工资

的百分之三十，男方有能力负担该抚养费的给付。此种情况下，男方应否按照协议约定给付抚养费。

【裁判结果】

一审法院判决：撤销关于被告尹甲与原告徐乙的抚养协议判决。

原审被告尹甲不服一审判决，以一审法院适用法律错误，抚养协议判决内容无错误，不符合撤销条件，本案所涉及的是原审原告徐乙婚前所生小孩的抚养问题，不同于一般夫妻共同财产处分，且被上诉人刘丙与原审原告徐乙分别管理各自财产，互不干涉，其之间存在一定程度的AA制，在原审原告徐乙有能力负担的范围内，被上诉人刘丙无权干预为由，提起上诉，请求撤销原判，改判驳回上诉人刘丙一审的诉求。

被上诉人刘丙辩称：1. 该抚养费达成的协议侵犯了本人的合法权益，协议当属无效；2. 原审原告徐乙无法定义务支付上诉人尹甲十八周岁至二十周岁的抚养费；3. 协议内容约定每月支付上诉人尹甲抚养费2万元至上诉人尹甲成年，严重侵犯本人的合法权益，原审判决正确。因此，请求驳回上诉，维持原判。

原审被告徐乙表示同意刘丙的意见。

二审法院认为：原审被告徐乙在出具的两具承诺中均表明一旦因抚养费问题产生法律纠纷一律诉至法院，并对抚养费以及期限均作出承诺，因此关于抚养费的纠纷并无不当；原审被告徐乙承诺支付的抚养费数额实际高于普通抚养费数额，原审被告徐乙承诺支付的抚养费数额在其收入可承担范围内，其收入情况稳中有升，支付的抚养费在其收入中的比例下降。为子女提供较好的生活、学习条件，不存有转移夫妻共同财产的行为，其承诺并未侵犯被上诉人刘丙的夫妻共同财产权。

二审法院判决：撤销一审判决；驳回被上诉人刘丙要求撤销原审被告徐乙与上诉人尹甲抚养费民事判决的诉讼请求。

【裁判要旨】

男方与女方生育子女，但未办理结婚登记，该子女为非婚生子女。非婚生子，仍应享有和婚生子女同样的权利，男女双方经签订抚养费协议约定由女方独自抚养该未成年子女，由男方定期支付未成年子女的抚养费。经女方出示的男方工资情况证明，男方承担的抚养费金额少于其工资的百分之三十，并少于其工资的半分之二十，男方完全有能力负担该抚养费的给付义务，并不对其正常生活有任何影响，为了使非婚生子女得到良好的生活和教育，男方应当按照协议约定定期支付该非婚生子女的抚养费。

【法理评析】

抚养费，是父母或其他对未成年人负有抚养义务的人，为未成年人承担的生活、教育等费用，当这些人不能充分履行或不履行抚养义务时，支付给未成年人的费用。根据法律规定，父母对子女有抚养义务，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女有要求父母给付抚养费的权利，并且非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。抚养费应定期给付，有条件的可一次性给付。非婚生子女有权要求生父或者生母给付抚养费，且抚养费既可以定期给付，亦可以一次性给付。如何支付抚养费，需考虑生父或者生母的负担能力。其中，生父或者生母的负担能力是决定给付抚养费金额的重要因素，子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。故此，主张给付抚养费的非婚生子女应举证证明生父或者生母具有给付能力，如果生父或者生母确实具有给付能力，综合考虑生父或者生母给付抚养费的金额。

男女双方在未办理结婚登记的情况下生育子

女的,未成年子女由其母亲自行抚养并随母亲共同生活,男女双方签订抚养协议约定由男方定期支付抚养费,并由女方独自抚养未成年子女。该子女虽为非婚生子,但仍应享有和婚生子女同样的权利。非婚生子女与男方就应当定期支付抚养费存有争议时,应当根据男方支付能力来判断支付金额。根据男方的收入证明,其对非婚生子女的抚养费仅是花费其收入的一小部分,少于其工资收入的百分之三十,完全可以承担并不对其正常生活有任何影响,为了使非婚生子女的生活教育得到很好的照顾,根据男方的给付能力应定期支付非婚生子女抚养费。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第二十五条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害和歧视。

不直接抚养非婚生子女的生父或生母,应当负担子女的生活费和教育费,直至子女能独立生活为止。

《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条第三款 前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的,应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书;诉讼请求不成立的,驳回诉讼请求。

第一百四十四条 被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以缺席判决。

第一百七十条第一款第(三)项 第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(三)原判决认定基本事实不清的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;

【法律文书】

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

【思考题和试题】

1. 论述抚养费的承担方式。
2. 简述抚养费的支付方式。
3. 浅析非婚生子女的法律保护。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审被告):尹甲。

法定代表人:尹x(尹甲之母)。

委托代理人:王x,上海中夏旭波律师事务所律师。

被上诉人(原审原告):刘丙。

委托代理人:汪x,上海市德尚律师事务所律师。

原审被告:徐乙。

上诉人尹甲因抚养费纠纷一案,不服上海市徐汇区人民法院(2014)徐民一(民)撤字第3号民事判决,向本院提起上诉。本院于2015年2月6日受理后,依法组成合议庭,于2015年3月16日公开开庭审理本案。上诉人尹甲的法定代表人尹x及委托代理人王x,被上诉人刘丙及委托代理人汪x,原审被告徐乙到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院认定,刘丙与徐乙系夫妻,于2008年4月15日登记结婚。据原审法院已生效的(2014)徐少民初字第60号判决书查明:尹x生育尹甲。2008年4月28日经司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心鉴定徐乙与尹甲之间存在亲生血缘关系。刘丙与徐乙的女儿于2008年出生。

2008年5月16日,尹x与徐乙签订书面《子女抚养及财产处理协议书》,约定:尹甲由尹x抚养,徐乙每月支付抚养费2万元(人民币,下同),

至尹甲 20 周岁时止。2008 年 8 月尹甲起诉至原审法院 [(2008) 徐少民初字第 79 号], 主张徐乙在协议签订后仅支付了两个月的抚养费, 要求徐乙自 2007 年 12 月起每月支付抚养费 2 万元至尹甲 20 周岁。原审法院经审理于 2008 年 11 月 20 日作出判决: 徐乙自 2007 年 12 月起每月支付尹甲抚养费 1 万元, 至尹甲 20 周岁。当事人均未上诉。

2014 年 6 月 5 日尹甲又起诉至原审法院 [(2014) 徐少民初字第 60 号], 称 2010 年 4 月徐乙承诺将尹甲的抚养费增加至每月 1.2 万元; 2011 年 10 月徐乙再次将尹甲的抚养费增加为每月 2 万元, 并履行至 2014 年 1 月, 但此后徐乙未付抚养费, 要求徐乙自 2014 年 2 月起每月给付尹甲抚养费 2 万元至其 20 周岁止。原审法院于 2014 年 7 月 24 日判决: 一、徐乙于判决生效之日起十日内按每月 2 万元给付尹甲 2014 年 2 月至 2014 年 6 月的抚养费共计 10 万元; 二、徐乙自 2014 年 7 月起每月给付尹甲抚养费 2 万元, 至尹甲 20 周岁时止。判决后当事人均未上诉。

刘丙现认为 (2014) 徐少民初字第 60 号判决违反了婚姻法的有关规定, 严重侵犯了其合法权益, 故诉至法院, 请求撤销 (2014) 徐少民初字第 60 号判决, 改判抚养费每月 2,000 元。

原审庭审中, 刘丙强调 (2014) 徐少民初字第 60 号判决刘丙于今年 9 月 9 日刚知晓, 法院在该份判决中判定的徐乙给付尹甲的抚养费金额和给付的年限没有法律依据。徐乙每月的税后薪资并非 12.4 万元, 刘丙夫妻婚后也生育一女, 且刘丙夫妻婚后并未实行夫妻财产分别制, 徐乙是在被逼迫的情况下作出的承诺, 故该判决侵犯了刘丙的合法权益。刘丙还提供了其目前无业的证明, 故要求予以撤销并改判。尹甲提供了徐乙目前薪资税前为 12.4 万元的证明, 强调 (2014) 徐少民初字第 60 号判决系针对徐乙与尹 x 就尹甲的抚养达成的协议进行判决的, 并非抚养费纠纷, 徐乙对协议的内容并无异议, 且尹甲系在徐乙与刘丙婚前生育的,

法院的判决未影响刘丙婚后的家庭生活。

原审认为, 法院在审理 (2014) 徐少民初字第 60 号案件的过程中, 首先, 因不能归责于刘丙本人的原因, 导致其未成为该案件的第三人参与诉讼; 其次, (2014) 徐少民初字第 60 号判决判令徐乙应自 2014 年 2 月起至尹甲年满二十周岁, 每月给付尹甲抚养费 2 万元, 而徐乙在 2008 年 4 月 15 日已经与刘丙登记结婚; 再次, 因现无证据表明刘丙与徐乙婚后实行夫妻分别财产制, 故该判决应给付的抚养费实际是刘丙与徐乙的夫妻共同财产, 夫妻双方对共同财产享有平等的处分权; 最后同样无证据表明刘丙准允徐乙与尹 x 关于尹甲抚养费的承诺。综上, 该判决显然涉及刘丙的经济利益, 现刘丙认为该判决损害其民事权益, 其诉讼尚未超过法定期限, 请求成立, 刘丙的撤销之诉予以准许。至于尹甲目前恰当的抚养费金额和给付年限, 相关方可另行通过协商或诉讼解决争议, 本案不涉。徐乙无正当理由未到庭参加诉讼, 视为其放弃答辩权利。

原审法院审理后, 依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条第三款、第一百四十四条的规定, 于二〇一四年十二月二十四日作出判决: 撤销上海市徐汇区人民法院 (2014) 徐少民初字第 60 号判决。本案受理费 2,350 元, 减半收取计 1,175 元, 由徐乙与尹甲各半承担。

判决后, 尹甲不服, 上诉于本院, 诉称: 原审法院适用法律错误, (2014) 徐少民初字第 60 号判决内容没有错误, 不符合撤销条件。本案所涉及的是徐乙婚前所生小孩的抚养问题, 不同于一般夫妻共同财产处分。况且刘丙在庭审中称, 其与徐乙分别管理各自财产, 互不干涉, 尹甲有理由认为他们之间存在一定程度的 aa 制, 在徐乙有能力负担的范围内, 刘丙无权干预。故上诉要求撤销原判, 改判驳回刘丙原审的诉讼请求。

被上诉人刘丙辩称: 原审判决正确。徐乙与尹 x 就尹甲的抚养费达成的协议侵犯了刘丙的合法权益, 故该协议当属无效。支付尹甲 18 周岁至 20

周岁的抚养费非徐乙的法定义务。徐乙每月支付尹甲抚养费 2 万元至尹甲成年的约定严重侵犯了刘丙的合法权益。要求驳回上诉，维持原判。

原审被告徐乙表示同意刘丙的意见。

经本院审理查明，原审法院认定事实无误，本院依法予以确认。

本院认为，本案中刘丙要求撤销（2014）徐少民初字第 60 号判决的请求权能否成立，需从以下两点分析：

第一，从（2014）徐少民初字第 60 号判决内容来看，在 2008 年已有生效判决确认徐乙按每月 10,000 元的标准支付抚养费后，徐乙又分别于 2010 年 4 月 12 日和 2011 年 10 月 13 日出具承诺，将抚养费调整到每月 12,000 元和每月 20,000 元至尹甲 20 周岁，并且其在两份承诺中都明确“如果以后有任何原因（如家人的压力上法庭）等产生关于此事的法律纠纷，本人请求法院按照本人此意愿判决。”之后，徐乙亦按承诺履行至 2014 年 1 月。抚养费费用的多少和期限的长短，系先由父母双方协议，协议不成时再由法院判决。本案中徐乙对于支付尹甲抚养费的费用和期限都已经明确作出承诺，原审法院在审查双方当事人的陈述、提供的证据、徐乙的收入等材料后，确认徐乙应按其承诺内容履行，据此判决徐乙按每月 20,000 元的标准支付抚养费，并支付到尹甲 20 周岁时止。本院认为，（2014）徐少民初字第 60 号判决内容并无不当。

第二，徐乙就支付尹甲抚养费费用和期限作出的承诺，是否侵犯了刘丙的夫妻共同财产权。要解决这个问题，首先需要明确父母基于对子女的抚养义务支付抚养费是否会侵犯父或母再婚后的夫妻

共同财产权。父母对未成年子女有法定的抚养义务，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。虽然夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权，但夫或妻也有合理处分个人收入的权利，不能因未与现任配偶达成一致意见即认定支付的抚养费属于侵犯夫妻共同财产权，除非一方支付的抚养费明显超过其负担能力或者有转移夫妻共同财产的行为。本案中，虽然徐乙承诺支付的抚养费数额确实高于一般标准，但在父母经济状况均许可的情况下，都应尽责为子女提供较好的生活、学习条件。徐乙承诺支付的抚养费数额一直在其个人收入可承担的范围内，且徐乙这几年的收入情况稳中有升，支付尹甲的抚养费在其收入中的比例反而下降，故亦不存有转移夫妻共同财产的行为。因此本院认为，徐乙就支付尹甲抚养费费用和期限作出的承诺，并未侵犯刘丙的夫妻共同财产权。

综上所述，原审判决认定（2014）徐少民初字第 60 号判决损害了刘丙的民事权益有误，本院予以更正。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（三）项、《中华人民共和国婚姻法》第二十五条之规定，判决如下：

一、撤销上海市徐汇区人民法院（2014）徐民一（民）撤字第 3 号民事判决；

二、驳回刘丙要求撤销上海市徐汇区人民法院（2014）徐少民初字第 60 号民事判决的诉讼请求。

一审案件受理费人民币 2,350 元，减半收取计 1,175 元，由刘丙承担。二审案件受理费人民币 2,350 元，由刘丙负担。

本判决为终审判决。

（三）亲子关系案例

亲妈给娃登记了个假爸爸

2018-01-28 法制日报 记者 王春

http://appnews.legaldaily.com.cn/fz/cms_json/zqzx/shuzibao/6/2018-01/28/

T20180128FArticle111002GN.html?from=singlemessage&isappinstalled=0



漫画 / 高岳

本报记者 王春

本报通讯员 南轩

《出生医学证明》是人出生后第一份证书，也是婴儿办理户籍登记的必要资料。然而，如此重要的证件有时也会遇到特殊情况，在浙江省嘉兴市南湖区就发生了一起因《出生医学证明首次签发登记表》中载明的父亲与新生儿没有血缘关系而要求重新办理引起的纠纷。

2015年12月，阿红产下一名女婴，数日后出院。阿红入院时女婴的父亲信息是阿红的前夫也就是当时的配偶阿郎。之后，阿红为新生女婴申领《出生医学证明》时，也自然而然在《出生医学证明首次签发登记表》上，将新生儿的父亲登记为阿郎，并填写了阿郎的身份信息。

但是因为阿红与阿郎当时的婚姻已经出现危机，阿郎不愿意提供身份证，由于阿郎的不配合，医

院无法给女婴签发《出生医学证明》。

2016年11月，阿郎起诉到法院诉请解除和阿红的婚姻关系，法院经审查，阿红尚在分娩后一年内，驳回了阿郎的起诉。但是之后，两人的感情依旧没有好转，阿郎依然执意要离婚。

2017年3月，阿郎再次起诉到法院，诉讼过程中，双方都认为夫妻感情已经破裂，就离婚达成一致意见，法院最终判决两人离婚，并对财产分割以及子女抚养问题作出了判决。

据了解，阿郎起诉到法院诉请解除和阿红的婚姻关系，导致两人感情破裂的原因之一就是阿红在2015年12月产下的女婴和阿郎没有任何血缘关系，是阿红和他人生育的。

法院判决两人离婚后，又经过身份及抚养关系的诉讼，认定该女婴的生父是王某。阿红本以为经过诉讼认定女婴的生父是王某后，就可以办理《出生医学证明》了，但是医院方面表示阿红未提供王某的身份证明原件，只能办理单亲《出生医学证明》。阿红遂将医院诉至法院，要求立即办理有关女婴父母双亲的《出生医学证明》。

医院认为，按照浙江省出生医学证明办理的相关规定，阿红申请办理孩子的《出生医学证明》需要提供父母双方的身份证和居住证明，但是阿红只提供了相关的情况说明和信息更改声明，并未提供相关证明原件给医院，医院无法办理。

不过，医院的辩解并未获得法院支持。经审理，南湖区人民法院判令医院于判决生效后三日内办理并出具载明父母双亲的有效《出生医学证明》。

签发出生证明是医院合同义务

■以案释法

《出生医学证明》是由国家卫生与计划生育委员会统一印制,以省、自治区、直辖市为单位统一编号。国家卫生与计划生育委员会主管全国《出生医学证明》工作,委托各级卫生行政部门负责辖区内《出生医学证明》的具体事务管理工作。《出生医学证明》必须由批准开展助产技术服务并依法取得《母婴保健技术服务许可证》的医疗保健机构签发,《出生医学证明》是婴儿的有效法律凭证,要妥善保管,根据公安部的有关文件要求,对持有《出生医学证明》的新生儿,户口登记机关审验《出生医

学证明》等材料后为其办理出生登记。由此可见,《出生医学证明》对于新生儿有着非常重要的意义。

本案中,阿红在被告医院住院分娩,双方发生医疗服务合同关系的事实明确,合同应当全面履行,医院应当办理并出具《出生医学证明》。但由于当时存在新生儿的亲生父亲难以确定的情形,在经过身份及抚养关系的诉讼,法院判决已认定其生父是王某,该判决已经产生既判力。现在阿红提供了相关证据,要求医院签发变更注明其父母双亲的《出生医学证明》,请求合理,且也是医院的合同义务。

据此,法院为保证新生儿的合法权益,作出了如上判决。

“押子”引出收养纠纷 南通中院作出“有温度的判决”

2018-02-10 民事法律参考 顾建兵 刘昌海

<http://mp.weixin.qq.com/s/hg78UhA498H4Yvwawt-iAQ>

作者:法治周末特约撰稿 顾建兵 刘昌海

来源:法治周末

女儿刚刚两个月,便被送给他人抚养。长大成人后,亲生父母以对方没办收养登记为由,请求法院判决收养关系无效,可法院并没有支持亲生父母的请求。

2018年1月,江苏省南通市中级人民法院审理的这起家事案件获得了无数网友的点赞,并称之为“有温度的判决”。

1月7日,该家事案件被最高人民法院评为2017年度全国法院十大民事行政案件,被认为系全国法院具有重大社会影响力和标志性意义的案件。1月17日上午,江苏省高级人民法院发布2017年度十大典型案例,该案再次入选其中。

“押子”习俗,女儿送他人

如果不是亲生父母前来相认,江苏省海安县的

张燕从未想过自己会是领养的。那一天,张燕像往常一样放学回家。刚走近家门,她便听到了父母在和人争吵。父亲张国华是个老实的农民,母亲刘欣平日性格温和,从小到大张燕很少听到父母和他人发生争执。

已经读高中的张燕,担心父母受委屈,急忙走进屋内帮忙。可意外的是,与父母争吵的陌生人,竟抱住了她,并声称是她的亲生父母。

两个陌生人分别叫李仲林和江桂兰,多年前他们曾和张国华夫妇居住在同一个村子里。虽然两家没有亲属关系,但当时江桂兰和刘欣相处得犹如亲生姐妹。刘欣结婚多年,一直没孩子,而江桂兰生了儿子,一年后又怀孕了。

在当地有种习俗叫“押子”,指的是婚后久未生育的夫妻,如果抱养一个孩子,很快就能怀孕生子。于是,江桂兰和刘欣达成口头协议:第二孩子出生后,如果是个女孩就作为“押子”送给刘欣。

1998年6月,江桂兰生了一个女儿。女婴刚

刚两个月，刘欣便将孩子抱回家，悉心抚养，这个女婴便是张燕。而李仲林和张国华分别默认了妻子的做法。

不久村子搬迁，两家到了不同城镇生活，分别时江桂兰并没有要求抱回张燕，两家人从此再无联系。

转眼间到了2017年，江桂兰夫妇通过多方打听，重新联系上张国华夫妇，双方约定过完春节聚一聚。这原本是开心的事情，刘欣在电话中高兴地向江桂兰介绍，张燕学习很好，考上了重点高中，孩子也很懂事。江桂兰提出想看一看孩子的照片，刘欣也没多想，第二天便快递了过去。

刘欣没想到，江桂兰看了照片后，越发思念女儿，竟直接提出想要回女儿。

亲生父母反悔，主张收养无效

“女儿不是物品，怎能随意送人又要回呢？”19年来，在刘欣夫妇的心中，张燕就是亲生女儿，他们拒绝了江桂兰。

刘欣夫妇没想到，江桂兰和丈夫竟找到家里，并撞见了女儿。

见事情无法隐瞒，刘欣只好将真相告诉了女儿。刘欣夫妇让张燕自己选择，是否要认回亲生父母。

张燕也曾尝试和江桂兰夫妇接触，但她一直放不下抚养自己多年的刘欣夫妇。

江桂兰急于认回女儿，可她每次提出相认，都被张燕拒绝了。在江桂兰看来，一定是刘欣在背后说了坏话，女儿才不肯认自己。

一个偶然的机会，江桂兰得知刘欣收养张燕，没有办理过收养登记手续，这说明刘欣的收养是不合法的。为了要回女儿，江桂兰夫妇便告到海安县人民法院，请求法院确认自己与张燕的亲子关系，还请求法院解除刘欣对张燕的收养。

法官说，想确认亲子关系的存在，江桂兰要么提供张燕的出生证明，要么她和张燕一同做亲子鉴定。遗憾的是，江桂兰早就遗失了女儿的出生证明，

而当江桂兰申请与张燕做亲子鉴定时，张燕却拒绝了。

在法庭上，张燕告诉法官，她和养父母在一起生活很快乐，是养父母抚养她长大，给了她一个温暖的家，她不想改变这种生活。张燕和刘欣都表示，愿意去补办合法的收养登记手续，希望法官不要拆散她们。

法院审理后认为：江桂兰未能提供张燕的出生证明，张燕也表示不同意做亲子鉴定，因而对于江桂兰要求确认亲子关系的请求，法院难以支持。

2017年7月，海安县法院驳回了江桂兰的请求。江桂兰不服，向南通市中级人民法院提起上诉。

2017年12月，南通市中院经审理后，维持了原判。该案判决经媒体报道后，被无数网友点赞，并将之称为“有温度的判决”

法官称应保护被收养人利益

承办此案的南通市中院法官顾磊说：一般而言，收养行为需要向县级以上政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。而在这个案子中，收养人刘欣从未办理过收养登记。从法律规定上看，收养关系是不成立的。可如果依照相关法律条文作出判决，明显不利于维护被收养人张燕的利益。

其实，收养法之所以要求收养关系的成立、生效要以在民政部门登记作为条件，立足点也是为了保护被收养人的利益。法院审判案件，不能机械地理解和适用法律，应把握法律的价值取向，从有利于保护被收养人利益的角度出发。

顾磊法官提醒说：收养法规定，不满14周岁的未成年人才符合被收养的条件。张燕已经19岁，因此刘欣和张燕无法补办收养登记手续。不过，她们可以开具因超龄无法补办收养登记手续的证明。之后，张燕可携带证明，到公证处办理收养公证以及与养父母之间抚养事实的公证，以此来确认彼此的身份关系。

（四）财产分割案例

离婚时夫妻争夺唯一住房

法院：适当照顾子女和女方权益，判决房产归女方所有

2018-02-06 人民法院报 第03版

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/06/content_135185.htm?div=-1&from=groupmessage

本报南通2月5日电 在一起离婚纠纷案中，双方都请求法院把两人名下的唯一住房判给自己，男方主张该房屋归其所有愿意补偿对方16万元，女方则主张房屋归自己所有，愿意补偿对方19万元。

今天，江苏省南通市中级人民法院对这起离婚纠纷案作出维持一审的终审判决，准予任某和邱女士离婚；婚生女涵涵（化名）随女方共同生活，任某每月支付抚养费1000元；共同房产归邱女士所有，邱女士支付任某房屋差价款19万元。

1996年下半年，任某和邱女士相识于朋友组织的一次聚会，两人一见钟情再见倾心，很快便确定了恋爱关系。经过两年多的恋爱，两人携手步入婚姻的殿堂。2003年6月，邱女士生育一女涵涵。

为了持家度日，夫妻俩省吃俭用，在南通市区购置了一个小套型的两居室。有了自己爱的小巢，两人度过了一段甜蜜的婚姻时光。但是好景不长，因沟通交流、家庭琐事等问题，两人逐渐产生了隔阂，经常发生吵闹。

一晃十多年过去了，涵涵慢慢地长大了，夫妻俩的缘分也走到了尽头。2016年，邱女士诉至南通市崇川区人民法院家事法庭，要求与丈夫离婚。

家事法庭经审理，判决驳回她要求离婚的诉讼请求。2017年2月，邱女士再次起诉至法庭，坚持要求与丈夫离婚。

诉讼中，承办法官向涵涵征询意见时，她明确表态如果判爸爸妈妈离婚，希望和妈妈在一起。

法庭上，双方争执的焦点不是能否离得了婚，而是这套两人共有产权的小套房产的归属。对此，双方各不相让，法官多次组织双方进行调解均无效。

为妥善分割房产，避免矛盾激化，承办法官向双方进行了法律释明，并告知双方对涉案房产竞争的规则，即房子所有权归竞价高者得，另一方给予相应得货币补偿。在庭审过程中，任某主张该房屋归其所有补偿邱女士16万元，邱女士主张该房屋归其所有补偿任某19万元。

崇川法院家事法庭经审理认为，是否准予离婚应当以夫妻感情破裂与否为依据。本案中，双方当事人婚姻基础及婚后一度夫妻感情尚可，后因家庭琐事导致夫妻间产生矛盾，在法院判决不准离婚后，双方仍然未能化解矛盾，改善关系。现邱女士再次提起离婚诉讼，依法可认定双方之间夫妻感情已完全破裂，无和好可能。考虑到双方未成年女儿涵涵一直随邱女士一起生活，且涵涵明确表示愿意随母亲共同生活，涵涵以随邱女士共同生活为宜。任某依法负担女儿的抚养费，抚养费酌定为每月1000元。

对涉案共同房产的分割，应按婚姻法适当照顾子女和女方权益的原则进行分割处理。考虑到涵涵随邱女士共同生活，并且双方均主张该房屋的前提下，邱女士竞价出价明显高于任某，故涉案房屋以归并邱女士所有为宜，邱女士支付任某房屋补偿款19万元。

任某不服，向二审法院提起上诉。南通中院经审理维持原判。

（顾建兵 严永宏）

■连线法官■

照顾子女和女方权益是婚姻法重要原则

该案一审承办法官陈程介绍说，由于父母离异后给未成年子女今后的生活带来一些不利的影响，为了能使子女将来在一个较好的环境里成长，夫妻在分割财产时应根据子女的学习和生活需要，给抚养子女的一方多分一些财产，以照顾子女的实际需要。同时，在我国许多家庭中，女方在家务劳动中付出较多，在经济地位、生活能力上总体较弱，所以法律也给予了适当照顾。婚姻法第三十九条第一款规定，离婚时夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，按“照顾子女和女方权益的原则”进行判决。

陈程说，该原则是婚姻法确定的重要原则，是对男女平等原则的重要补充，它强调男女双方享受平等分割共同财产的同时，应当照顾子女和女方利益。同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十条规定，双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：（一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；（三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割。

本案中，双方都主张房屋的所有权，按照“照顾子女和女方权益的原则”，且邱女士竞价出价明显高于任某，故法院将房产判归邱女士所有，邱女士支付给任某房屋分割款19万元。

夫妻离婚时对于婚后按揭购买的房屋应如何处置？|聚法案例

原创 2018-02-19 聚法 聚法编辑部

<http://mp.weixin.qq.com/s/TnDAK3oMWgAQ7IqvIEwTGg>

一、案件基本信息

1、裁判文书字号

广西壮族自治区岑溪市人民法院（2015）岑民初字第1218号民事判决书

2、案由：离婚纠纷

3、当事人：

原告：赖某甲。

被告：梁某甲。

二、基本案情

原告被告自由恋爱结婚后生下婚生子赖某乙，但原告忙于外出打工，被告在家带孩子，两人感情

逐渐出现危机。

后被告又生下梁某丙，经鉴定，梁某丙与原告并无血缘关系。后双方一致决定离婚，现就该案的按揭房屋分配与损害赔偿问题进行如下分析。

三、案件梳理

2002年7月：原、被告在广东自由相识谈婚，后双方办理结婚登记手续。并于婚后生育儿子赖某乙。

2014年8月：被告生育梁某丙，期间原告声称曾听到被告与其他异性同居等风言风语。

2015年2月：原告委托广东经纬司法鉴定所对梁某丙与原告是否有亲权关系进行司法鉴定。

经鉴定，梁某丙与原告不存在亲权关系。

2015年8月：原告诉至本院要求与被告离婚，并提出上述诉请，被告应诉后表示同意离婚。

四、案件焦点

夫妻一方在离婚时是否有权向过错方提出损害赔偿请求及婚后购买的按揭房屋如何分割？

五、一审情况

一审法院经审查认为：

原告离婚诉求中及审理中对被告的出轨行为耿耿于怀，坚持要求精神损害赔偿。由于被告在婚内与他人同居而生育了孩子梁某丙，属于《中华人民共和国婚姻法》第四十六条规定的“有配偶与他人同居”而导致离婚，被告有过错。

由于梁某丙的出生确实导致了原告精神的痛苦，被告在受到良心拷问下还应在物质上对原告进行适当赔偿。本院对原告提出精神抚慰金的请求，酌情予以支持5000元。

在夫妻共同财产分割上，有照顾女方和孩子利益的司法实践，这是以夫妻双方无过错为前提。本案的直接诱因是被告与他人生育了孩子，有违夫妻忠实义务，无论出于何种原因，均体现出被告有过错，故在分割夫妻共同财产上不宜多分。

本院在原、被告在夫妻财产时适用平分原则。原、被告位于岑溪市玉梧大道文华中学南面文华花园B栋2单元402房的按揭房屋一套，原告表示可要可不要，被告则未主张该房屋所有权，因此该房屋归原告所有。

双方均确认该房屋现价值人民币320000元，扣除购买该房屋尚欠银行按揭贷款本金151456.64元（剩余按揭贷款由原告负债偿还），原告应支付房屋剩余价值款项168543.36元的一半即84271.68元给被告。

一审法院判决如下：

依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、

第三十七条、第三十九条、第四十六条之规定，判决如下：

一、准予原告赖某甲与被告梁某甲离婚；

二、原告赖某甲与被告梁某甲的婚生子赖某乙由原告抚养，被告自2015年12月起每月月底前支付抚养费人民币400元（自2015年12月至2024年3月为100个月）给原告，直至赖某乙年满18周岁止；被告与他人生育的孩子梁某乙，抚养费由被告负担；

三、夫妻共同财产：位于岑溪市玉梧大道文华中学南面文华花园B栋2单元402房的按揭房屋一套归原告赖某甲所有，剩余银行按揭贷款151456.64元由原告负责偿还，原告应一次性补偿原告房屋价款84271.68元给被告梁某甲；

四、被告梁某甲应返还梁某丙的医疗费4800.1元给原告赖某甲；

五、被告梁某甲应赔偿精神抚慰金人民币5000元给原告赖某甲；

六、驳回原告赖某甲的其他诉讼请求。

本案案件受理费300元减半收取150元，财产分割费600元（原告均已预交），由原告赖某甲负担450元，被告梁某甲负担300元。

法官释法及评析

夫妻离婚时对于婚后购买的按揭房屋如何分割？

第一种观点是，已缴房款（包括首付加到目前的每月按揭）加到目前为止房屋升值就是属于该房子夫妻共有可分的，但这种算法又会涉及之前交的税费和维修建设资金等要不要算入已缴房费，同时房屋使用的折旧费用也需要考虑在内，因此比较复杂。

第二种观点是，用目前双方自认的房屋价值或鉴定得出的房屋价值减去还欠银行贷款本金的数额得出该房屋目前属于夫妻共有部分的价值。本案采取的是第二种观点，比较而言这种方法既简

单又易懂。

相关法条

《中华人民共和国婚姻法》

第三十二条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：

- (一) 重婚或有配偶者与他人同居的；
- (二) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；
- (四) 因感情不和分居满二年的；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

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

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

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的

具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

第四十六条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

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

评析

该案对于夫妻婚后购买的按揭房屋的分配问题做了具体详细的说明。值得注意的是，在判决中该案支持了原告向过错方请求损害赔偿的诉求。

根据《中华人民共和国婚姻法》第四十六条，无过错方有权向“有配偶者与他人非法同居”的夫妻一方请求损害赔偿。所谓“非法同居”，很明显是指存在持续性、经常性的不正当同居关系。

但是本案中，原告只是以亲子鉴定报告的结果就得以证明被告存在“非法同居”。这对于被告来说看似是不公平的，但在实践中，确定其他人在婚外存在持续性的同居关系是很难实现的。因此，从举证可能性角度出发，虽然只是一份证明梁某丙非婚生的鉴定报告，也得到了法院的认可。

婚前购买婚后登记在对方名下的车归谁

2018-02-15 人民法院报 第07版 付建国 郝绍彬

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/15/content_135511.htm?div=-1&from=groupmessage

【案情】

2015年10月，原告李女士与被告纪先生登记结婚。登记前一周，李女士父亲给其28万元用于购车。2016年初，该车登记在男方名下。因李女士认为男方存有严重欺骗行为，双方婚后并未共同

生活。李女士要求离婚及返还车辆。

【分歧】

第一种意见认为，应驳回原告诉讼请求。涉案车辆虽是原告父亲婚前出钱购买，但购车手续及登

记均以被告名义办理,可视为附条件的赠与,所附条件为双方结婚,现所附条件已经成就。

第二种意见认为,涉案车辆应为夫妻共同共有。该车虽是婚前原告父亲购买,但是车辆登记的时间在结婚之后,且登记在被告名下,应属于夫妻共同财产。

第三种意见认为,涉案车辆应为婚前个人财产。原告父亲为其女儿结婚而购买的车辆,在性质上属于陪嫁物,陪嫁物在法律性质上属于婚前个人财产。

【评析】

笔者赞同第三种意见,理由如下:

1. 赠与须当事人明确的赠与意思表示

赠与是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人、受赠人表示接受的一种行为。赠与的实质是财产所有权的转移,一般要通过法律程序来完成,即签订赠与合同,或口头合同及其他形式来完成。其不仅要有赠与的行为,还需要有赠与的意思表示。

本案中,原告父亲为其女儿结婚出钱购车,供婚后使用,但并没有将涉案车辆赠与给被告的意思表示,被告也没有相关证据证实涉案车辆是女方父亲赠与给自己,且被告自认是因与原告结婚才将车辆登记到其名下。即使按照附条件的赠与理论,其所附条件应当是结婚共同生活,而非仅单纯的结婚登记。婚姻是形式要件与实质要件的统一体,结婚不仅仅是登记这一形式要件,更主要的还是结婚后双方的共同生活。本案中,双方未共同生活,因此所附条件并未成就,故涉案车辆并非系对夫妻的赠与物,而是女方父亲赠与其女儿的婚前个人财产。

2. 车辆登记并不等于取得所有权

车辆作为特殊的动产,其并不以登记作为取得所有权的要件,而是因购买取得车辆的所有权。购买车辆取得所有权后,可因所有权人的处置行为而发生相应的物权变动。

本案中,涉案车辆是在婚前由原告父亲出资为

女儿购买,因购买而取得涉案车辆的所有权。之所以登记在被告名下,是因为女儿不会开车,被告工作在外地,为方便照顾原告才将车辆登记在被告名下,其显然并没有赠与的意思表示,更没有其他的处置行为。因此涉案车辆的所有权仍然属原告的婚前个人财产。

3. 婚前为女儿所购车辆应属于陪嫁物

在当今社会生活中,独生子女已成为城市家庭结构的主要形式。在这种家庭结构下,女方父母往往在女儿出嫁前陪嫁一定的财产,并已成为当今社会普遍的社会习俗。关于陪嫁物的法律性质,通说认为在婚姻登记前的陪嫁物,应认定为是女方家人对女方的婚前个人赠与,属女方个人财产,若离婚仍是女方个人财产;在结婚登记后陪送,女方家人若未明确是对某方的个人赠与,则认为是对夫妻的赠与,属夫妻共同财产;对于婚后赠与,男女双方可约定各自所有,或共有。因此,婚前陪嫁物在法律性质上属于婚前个人财产。

本案中,原告父亲在女儿婚前为其购买了价值28万元的汽车,故该车在性质上属于女方陪嫁物,且系婚前陪嫁财产,因此应属于李女士的婚前个人财产。本案车辆并不是因车辆登记后才取得所有权,而是在婚前原告父亲支付购车款时,原告方就已经取得了车辆所有权,故主张涉案车辆是婚后共同共有的财产与客观事实不符。

综上所述,女方父母陪嫁的车辆应定性为女方的婚前个人财产,而非婚后共同共有或赠与物。案件的处理不仅要注重法律效果,还需注重审判的社会效果。涉案财产定性为婚前个人财产,有利于打击社会上一些人借结婚为名骗取对方婚前个人财产的行为,以维护良好的社会秩序,构建和谐婚姻家庭关系。

(作者单位:黑龙江大庆高新区人民法院 重庆第五中级人民法院)

婚后一方父母出全资购买且登记于子女名下的房屋为个人财产 (部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则)

原创 2018-02-25 指导性案例审判规则

<http://mp.weixin.qq.com/s/J2lnMFnQ6tJh8tR1NLfUfg>

【审判规则】

在离婚后财产纠纷中,夫妻双方对婚后购买的房屋性质难以达成一致意见。根据现有证据可以认定,该房屋是夫妻一方的父母全额出资购买,且登记于其子女名下。此时能够认定该房屋是夫妻一方父母在婚后对其子女一方赠与的不动产,属于受赠一方的个人财产,另一方无权要求将该房屋作为夫妻共同财产进行分割。

【关键词】

民事 离婚后财产 房屋性质 证据 全额出资 登记 赠与 不动产 个人财产 夫妻共同财产

【基本案情】

刘X与曹X于2001年2月中旬办理结婚登记手续,二人婚后生育一子曹甲。曹X为购买涉案房屋于2001年10月末与房产开发公司(北京亿本房地产开发有限公司)签订商品房买卖合同,并于同年分三次付清了购房款268 748.92元,该房屋登记于曹X名下。2002年4月末,曹X的父亲曹美生与装饰公司(北京万博装饰有限公司)签订装饰工程施工合同,装修款合计25 000元。刘X与曹X一同入住涉案房屋,曹X的父母亦曾到该房屋居住。此后,刘X在与曹X发生离婚纠纷时搬离涉案房屋,该房屋即由曹X独住。2010年,另案法院作出生效判决准予刘X与曹X离婚,因刘X患有抑郁症且无经济来源,故曹X获得曹甲的抚养权,刘X按月支付抚养费。另案法院同时分割了二人共同财产、确认了二人共同债务。另查明,曹美生向另案法院就涉案房屋提起确权之诉,另案法院已对此作出判决。刘X名下无其他住房,其抑郁症未愈,

且无经济来源。

刘X以其与曹X在婚姻关系存续期间共同出资购买涉案房屋,其亲属与其个人积蓄出资,共计108 000元,涉案房屋的装修费亦为其所出,其委托曹美生代办装修事宜,现其与曹X已经解除婚姻关系,该房屋应作为夫妻共同财产予以分割为由,提起诉讼,请求判令将涉案房屋作为夫妻共同财产进行分割。

曹X辩称:涉案房屋并非刘X与本人的夫妻共同财产,是本人父亲曹美生为日后与本人同住而出资购买,曹美生分两次向本人汇购房款,其中2001年6月14日曹美生通过中国工商银行向本人汇款160 000元,2001年6月21日曹美生委托储留法向本人转款113 000万元,本人亦将所得款项用于支付购房款,且房屋装修费用亦是曹美生出资,刘X所称其出资事宜并非事实。

一审期间,曹X提交了如下证据:金额160 000元中国工商银行电汇凭证,汇款用途注明个人汇款;全国农村信用合作社信汇凭证,载明金额为113 000元,汇款用途注明购房款;曹X取款的银行及信用合作社业务凭证。

【争议焦点】

婚后夫妻一方父母全额购买且登记在其子女名下的房屋,可否认定该房屋属于该方的个人财产,另一方可否主张将该房屋作为共同财产进行分割。

【审判结果】

一审法院判决:被告曹X给付原告刘X经济帮助款50 000元;驳回原告刘X的诉讼请求。

原告刘X不服一审判决提起上诉,请求撤销原

判,改判认定涉诉房屋为夫妻共同财产并依法分割。

二审法院判决:驳回上述,维持原判。

【审判规则评析】

我国相关司法解释规定,婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可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。符合该规定需以以下条件为前提:一、婚后一方父母为子女购买不动产应是一方父母全额出资。二、该不动产应登记于出资人子女名下;三、父母全额出资购买的赠与标的物只能为不动产。据此,夫妻双方在缔结婚姻关系后,所得的财产应为夫妻共同财产,但是如果是一方父母出资购买的不动产,且登记人为单方的,则应属于个人财产,夫妻双方在离婚时,无权对该不动产请求作为获得父母赠与的夫妻共同财产进行分割。

夫妻双方在离婚后因分割财产发生纠纷,对于双方婚后购买的房屋性质难以达成一致意见。一方主张该房屋系父母出资赠与的个人财产,另一方则主张系双方共同出资的共同财产。根据到案的证据可以认定,一方父母所汇款项金额及日期与支付该房屋购房款的金额及日期相符,故可认定该房屋是一方父母全额出资,同时,上述房屋是登记于一方名下的,应属于婚后赠与房屋,该房屋应属实际出资人子女的个人财产,而非夫妻共同财产。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第十八条 有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:

- (一)一方的婚前财产;
- (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;
- (三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;
- (四)一方专用的生活用品;
- (五)其他应当归一方的财产。

第四十二条 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。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第七条 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。

由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有,但当事人另有约定的除外。

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

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

【法律文书】

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

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

刘X诉曹X离婚后财产案

【案例信息】

【中法码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚的法律后果·财产问题·财产性质认定·个人财产(L04050101022)

【案号】(2011)二中民终字第21491号

【案由】离婚后财产纠纷

【权威公布】被法律出版社《婚姻家庭继承纠纷裁判规则与适用标准》收录

【检索码】C0502+12++BJEZ++0411D

【审理法院】北京市第二中级人民法院

【审级程序】二审程序

【上诉人】刘 X（原审原告）

【被上诉人】曹 X（原审被告）

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：刘 X。

被上诉人（原审被告）：曹 X。

上诉人刘 X 因与被上诉人曹 X 离婚后财产纠纷一案，不服北京市朝阳区人民法院民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭开庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经公开审理查明：刘 X 与曹 X 原系夫妻，于 2001 年 2 月 16 日登记结婚，2003 年 2 月 18 日育有一子曹甲。2010 年 12 月 15 日，朝阳区人民法院作出（2010）朝民初字第 13811 号民事判决书，判决准予刘 X 与曹 X 离婚；因刘 X 患抑郁症且无经济，双方之子曹甲由曹 X 负责抚养，刘 X 每月支付抚养费 200 元；共同债务 10 万元由双方均担，曹 X 手中有共同存款 10 万元，曹 X 给付刘 X 5 万元；双方的家具、电器予以适当分割。判决后，双方均未上诉，判决已生效。

2001 年 10 月 30 日，曹 X 与北京亿本房地产开发有限公司签订商品房买卖合同，购买位于北京市朝阳区双桥东路房屋一套。该房屋总价款为 268748.92 元，购房款分三次付清，曹 X 分别于 2001 年 6 月 19 日交付定金 10000 元、2001 年 6 月 30 日交付购房款 150000 元、2001 年 7 月 7 日交付购房款 108748.92 元。2003 年 11 月 3 日，该房屋产权登记在曹 X 名下。庭审中，刘 X 称购房时双方商量由两家共同出资，刘 X 一方由四个姐姐每人出 10000 元、父母出 30000 元、刘 X 个人积蓄 38000 元，共计出资 108000 元，剩余购房款由曹 X 一方筹集，具体刘 X 就其所述未举证，曹 X 不予认可。曹 X 称购房是其父曹美生提出，想在老年后来京与

曹 X 一同生活，购房款全由曹美生出资，分别是 2001 年 6 月 14 日曹美生通过中国工商银行电汇给曹 X 160000 元；曹美生还向亲戚储留法借款 113000 万元，并委托储留法于 2001 年 6 月 21 日通过当地农村信用合作社汇给曹 X 113000 万元，曹 X 收到上述款项后，均用于支付购房款。曹 X 就其所述提交：中国工商银行电汇凭证，金额 160000 元，汇款用途注明个人汇款；全国农村信用合作社信汇凭证，金额 113000 元，汇款用途注明购房款；曹 X 取款的银行及信用合作社业务凭证。刘 X 称上述证据只能证明曹 X 与曹美生、储留法之间有经济往来，但不能证明相关款项用于购买诉争房屋，曹 X 一方负责筹集的购房款中如有其父母出资，应视为父母的赠与。另，曹 X 之父曹美生于 2002 年 4 月 29 日与北京万博装饰有限公司就诉争房屋的装修事宜签署家庭居室装饰装修工程施工合同，装修款共计 25000 元。刘 X 主张装修费用系其所出，仅是委托曹美生代为办理装修事宜。

诉争房屋交付入住后，刘 X、曹 X 即在此共同居住，曹 X 父母到北京时，也在此居住。刘 X、曹 X 发生离婚纠纷时，刘 X 即从上述房屋中搬出，现该房屋由曹 X 居住。刘 X 在离婚纠纷中对上述房屋提出主张，因曹 X 之父曹美生另案就该房产提出确权之诉，法院在离婚案件中对该房产未予处理。后曹美生对其提起的诉讼提出撤诉，此后，曹美生又再次提起确权之诉，法院对该纠纷已另案处理。

原审诉讼中，经刘 X 申请，北京市高级人民法院通过摇号确定，委托北京中地联合房地产评估有限公司时诉争房屋的现市场价值进行评估，结论为该房屋在估价时点 2011 年 6 月 28 日的价值为 1638962 元。双方对鉴定结论均予认可。刘 X 支付了鉴定费 13112 元。

经询，刘 X 名下无其他住房，刘 X 的抑郁症现未愈，且无经济。

原审法院经审理认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依

据的事实有责任提供证据加以证明,没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。关于双方争议的购房出资问题,刘X虽主张其本人及其亲属共同筹集资金108000元用于购房,但未提供证据予以证明;曹X主张购房款是其父曹美生出资,并为此提供了汇款凭证,所汇款项及日期均与曹X支付购房款的金额及日期基本吻合。结合案情及双方的举证情况,法院对曹X主张的购房款由其父曹美生支付予以认定,刘X所述因无证据佐证,法院难以采信。根据相关法律及司法解释规定,当事人登记结婚后,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,应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。诉争的房屋虽购买于双方登记结婚之后,现已认定系由曹X之父出资,且房屋产权登记在曹X名下,故应认定是曹X之父对曹X个人的赠与,房产应属曹X的个人财产,而非刘X、曹X的夫妻共同财产。因此,刘X主张对该房产作为夫妻共同财产进行分割,法院不予支持。但考虑到刘X现患病且无住房、无经济,法院将依法判决曹X给付刘X适当的经济帮助款。据此,朝阳区人民法院于2011年10月判决:一、曹X于判决生效后七日内给付刘X经济帮助款50000元。二、驳回刘X的诉讼请求。依据《中华人民共和国婚姻法》第十八条、第四十二条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第七条第一款,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,判决如下:

一、曹X于判决生效后七日内给付刘X经济帮助款50000元;

二、驳回刘X的诉讼请求。

宣判后,刘X不服,依法向本院提出上诉,要求撤销原判,改判认定涉诉房屋为夫妻共同财产并依法分割。

本院经审理认为:本案的争议焦点在于涉案房屋的性质问题。刘X、曹X就涉案房屋出资问题各执一词,据此双方均应就自己所述提供证据予以证明。曹X在原审法院审理过程中提供了两张汇款凭证用于证明涉案房屋的出资人系其父亲,刘X上诉虽称曹X提交的两张汇款凭证与购房行为之间不具备关联性不应认定为购房款,并称自己及其亲属亦为购房共同筹集资金108000元,但并未能就其所述提供证据予以证明,曹X对其所述亦不予认可。根据现有证据可以认定,曹X亲属所汇款项金额及汇款日期与曹X支付购房款的金额及日期基本吻合。鉴于双方诉争的房屋购买于双方登记结婚之后,由曹X之父出资且房屋产权登记在曹X名下,故应认定是曹X之父对曹X个人的赠与,房产应属曹X的个人财产,而非夫妻共同财产。刘X上诉要求认定涉案房屋为夫妻共同财产依法予以分割的请求,难以支持。根据已查明的事实及相关证据,北京市第二中级人民法院认为原审法院认定事实清楚,适用法律正确。基于此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上述,维持原判。

（五）恋爱同居纠纷案例

佛山女经理给已婚男买房、买车 反被告上法庭

2018-02-08 佛山时刻

<https://view.inews.qq.com/a/20180208A05VAK00?from=groupmessage&isappinstalled=0>

据禅城法院今日（2月8日）发布，已婚男子阿强与阿燕相识后不久，建立情侣关系并生活在一起。阿燕为阿强买房买车，投入了大量金钱与精力。偶然的一次机会，阿燕发现阿强并没有离婚，就慢慢疏远了阿强，两人关系大不如前。

正当阿燕准备开始新生活时，阿强却以阿燕欠其100万为由将昔日情人告上了法庭……

案情回顾

阿强曾在多个地方担任保安，阿燕则在某银行担任部门经理，阿燕于2009年帮助只有初中文化的阿强进入其下属部门任客户经理。

阿燕于2010年购买了18万小型轿车一辆，后过户给阿强；给阿强购置了一套房屋，并支付了首付款、装修款以及房贷；阿燕还负责日常生活支出与阿强儿子小飞的学费、生活费等。

2013年，阿燕从银行离职，随后阿强也从银行离职；在阿燕发现阿强并没有离婚之后，双方关系大不如前。

2015年7月10日，双方写了一份《欠条》，欠款金额为100万元，内容为阿燕将阿强自2002年起的工资、奖金等共计100万元借用，落款有双方签名。

2017年4月，阿强向禅城法院提起诉讼，要求阿燕支付上述欠条中的借款本金100万元及利息88333.33元。

阿强诉称

两人发展为情侣关系后便共同生活，阿燕要求阿强将其每月工资交由其保管。2015年7月10日，

双方写的《欠条》上清楚表明阿强自2002年起的工资、奖金等共计100万元由阿燕保管借用，并承诺在2015年7月10日至2015年10月31日前还清，若未能按期清还，愿用其一处房产抵押给阿强。逾期未还款后，阿强多次向阿燕追讨，但未能追回钱款。



阿燕则辩称

阿强所提到的欠条，是在其持刀胁迫的情况下抄写，而阿燕持有阿强起草欠条的原件。由于阿强采用胁迫的手段逼迫其书写《欠条》，并利用司法手段索要欠款，其主观上已构成非法占有为目的的主观故意，阿燕已于2017年5月1日到禅城区公安局某派出所报案，因此阿强主张阿燕欠款100万元，要求其支付的事实依据不足。

他们各有各的说法，那么法院是如何认定的呢？

法院判决

禅城法院依法查明，原告阿强和被告阿燕在交往期间，有银行出具工资待遇和薪资发放规定、双方履历和离职记录、其他工作收入等辅助证明，阿燕收入明显高于阿强；经民政局协助调查，证明阿

强与刘某（案外人）并没有离婚，仍是已婚状态，小飞是二人的儿子；阿燕确实于 2017 年 5 月 1 日向禅城区公安局某派出所报案，有报案记录。

禅城法院认为，阿强主张与阿燕存在借款合同，除须证实双方存在借贷合意外，还须证实其已完成出借款项义务。目前的证据不能证实阿燕是受胁迫出具《欠条》，但也无证据证实阿强已完成出借款项义务；况且，即便阿燕出具《欠条》，也不足以证实双方存在借贷合意；再者经过银行提供收入、账单流水、履历等辅助证明，房款和车款、装修、物业、生活日常支出等均由阿燕负担；另外，阿强

在阿燕出具欠条后反倒向阿燕借款，阿燕还为阿强提前还贷，有违常理。综上所述，阿燕的收入及经济能力远超阿强，在非婚同居期间，阿燕多次向阿强赠送大额财产，阿燕向阿强借款缺乏可能性与必要性。

考虑阿强在已婚情况下与阿燕非婚同居的事实，禅城法院认为涉案欠条的出具存在双方情感纠葛背景，有别于正常的民间借贷，欠条也无法证明双方有借贷之意，对阿强的诉讼请求均不支持，故判定驳回原告阿强的诉讼请求。

（六）夫妻债务案例

离婚期间妻子借款 30 万为儿买房

2018-02-04 法制日报 记者 丁国锋

http://appnews.legaldaily.com.cn/fz/cms_json/zqzx/shuzibao/6/2018-02/04/T20180204FArticle11004GN.html

1993年5月冯女士与蒋某登记结婚,次年5月生育一子。因夫妻感情不和,蒋某曾于2016年2月向江苏省南通市崇川区人民法院起诉要求与妻子冯女士离婚,法院经审理于同年3月底判决驳回蒋某的离婚请求。

2016年11月17日,蒋某再次诉至法院要求与妻子冯女士离婚。眼看着儿子到了结婚年龄,但家里只有一套房子,于是冯女士向丈夫提出离婚前给儿子买一套婚房的要求,但遭到了拒绝。五天后,冯女士以购房为由向好友陈某借款30万元,并口头约定了年息。

当日,冯女士向陈某出具了借条,陈某通过银行汇款交付了30万元。第二天,冯女士出资170万元为儿子购买了一套婚房。

借款到期后,陈某向冯女士多次催要,但冯女

士称丈夫从家中先后拿走了100万元,现在没有能力偿还。

无奈之下,陈某一纸诉状将冯女士和蒋某一起告上了崇川区法院,请求两人共同还本付息。

法庭上,被告蒋某辩称,其与原告不是朋友,也不认识,妻子向原告借款即便属实,因发生在其起诉与妻子离婚及双方分居之后,故借款属妻子单方面的意思,不属于夫妻共同债务,请求驳回原告对他的诉讼请求。

法院审理后认为,冯女士向陈某借款属冯女士个人债务,判令由冯女士独自还本付息,蒋某不负责任。

本报记者 丁国锋
本报见习记者 罗莎莎
本报通讯员 顾建兵

新司法解释后淮南中院首判夫妻股权转让纠纷案

夫妻双方知情同意处分股权,应共同担债

2018-02-06 人民法院报 第03版 记者 周瑞平 通讯员 李旭东 刘凤玉

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/06/content_135168.htm?div=-1&from=groupmessage

本报讯(记者 周瑞平 通讯员 李旭东 刘凤玉)丈夫因股权转让纠纷欠债40万元,妻子需不需要共同偿还?近日,安徽省淮南市中级人民法院对一起股权转让纠纷案作出二审判决,驳回黄某夫妻的上诉,认定在妻子程某知情并同意的情况下,丈夫黄某处分共同财产产生的债务属于夫妻共同债务,应当共同偿还。

2009年8月,黄某与赵先生签订股权转让协

议,协议约定将自己在一家公司持有的4%股权转让给赵先生,并收取赵先生40万元转让款,但一直没有办理股权变更登记。赵先生多次要求退还款项未果。2014年双方发生纠纷后,赵先生向公安机关报案。经公安机关主持,双方达成还款协议,黄某承诺分两次退还该40万元。协议签订后黄某依然没有还款,赵先生诉至凤台县人民法院。

一审法院经审理认为,双方股权转让协议并未

实际履行，黄某应按照规定退还该笔40万元转让款。程某与黄某系夫妻关系，该债务产生于双方夫妻关系存续期间，程某应该对该债务承担共同偿还责任。一审判决黄某和程某共同偿还赵先生40万元。

宣判后，黄某和程某夫妻二人不服，共同提起上诉。淮南中院经审理认为，黄某主张系被胁迫情况下签订还款协议缺乏证据支持，并且其一审答辩已自认收到该笔40万元，只是强调股权没有过户的过错在于赵先生。二审期间，黄某推翻一审陈述，违反了诚实信用原则，二审不予采信。另外，根据黄某和程某夫妇一审答辩，黄某本无意转让股权给赵先生，但赵先生与程某系亲戚关系，程某经不住赵先生央求才做通黄某思想工作，同意转让该笔股权。可见，程某对黄某转让股权一事是知情并明确同意的，由此处分夫妻共同财产产生的债务，应由夫妻二人共同承担返还责任。

■连线法官■

夫妻同意处分共同财产，产生债务属共同债务

本案的特点在于，二审法院审理期间，最高人民法院发布了新的司法解释，关于夫妻共同债务的认定有了新的标准。由于《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》2018年1月18日刚开始施行，对于司法解释的理

解还有不同认识。在审理本案时，有当事人提出，根据该解释第一条第一款“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务”的规定，无论是股权转让协议还是还款协议均无程某签字，也未获得程某追认，程某不应当承担共同还款责任。对此，法官认为，从立法技术角度来说，立法不可能完全预见并穷尽列明一切情形。所以该解释第一条在列明“共同签字”和“事后追认”外，还使用了一个“等”字，这说明除“共同签字”和“事后追认”两种情形外，只要是夫妻共同意思表示的负债行为，亦应夫妻共同承担。另外，该解释第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”因此，对于是否属于夫妻共同债务的认定，不能只注重考察是否有“共同签字”和“事后追认”等行为外观，还要考察该债务是否有利于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的内容实质。本案中，该股权系黄某和程某的夫妻共同财产，而程某对黄某处分股权是知情并明确同意的，由此产生的债务理应属于夫妻共同债务。

丈夫伪造妻子签名贷款30万，夫妻双双被起诉，法院这么判……

2018-02-07 山东高法

http://mp.weixin.qq.com/s/mwUFGepho_Y-7AV1F3P0Sw

夫妻关系存续期间发生的债务，借款合同上又有妻子的“签名”，是否必然应当认定为夫妻共同债务？在上海市浦东新区法院审理的一起借款合同纠纷案中，因原告既不能证明作为被告的夫妻俩有举债合意，也无法举证该笔借款用于夫妻共同生

活而“签名”，最后被证明系伪造，法院因此判决作为被告的妻子无须承担还款责任。本案一审判决已于近日生效。

丈夫独自贷款30万妻子莫名成为共同债务人

作为被告之一的丈夫李某好赌，沉溺于赌博网站不能自拔。李某和妻子梁女士感情不和，婚后两人之间经济相互独立。2015年9月14日，李某与案外人某商业银行上海分行签订《个人最高额贷款合同》，向该银行借款30万元，还款方式为按月付息，到期还本。双方约定，贷款期限为2015年9月15日至2016年9月14日，贷款利率为年利率9.5%。

蹊跷的是，当时正和李某闹离婚的梁女士居然与他一起“签署”了《共同还款承诺书》，承诺承担共同还款责任。

拿到借款后，李某偿还利息至2016年8月，后再未按约支付本息。2016年9月14日，原告上海某金融信息服务有限公司与该商业银行签订《债权转让合同》，受让了该笔债权。

经催讨，上述借款及利息一直没有归还，2017年5月2日，金融信息公司将李某和梁女士起诉至浦东法院。

原告：婚姻存续期间发生债务应认定为夫妻共同债务。

庭审中，金融信息公司提交了《个人最高额贷款合同及附属条款》、《共同还款承诺书》、《债权转让合同》、《债权转让通知书》、两被告的《结婚证》等证据。

金融信息公司认为，梁女士签署了《共同还款承诺书》，证明两被告应共同承担还款义务，两人的结婚证证明他们是夫妻关系，因此涉案债务应属夫妻共同债务。李某2016年8月后未再还款，作为共同债务人，梁女士有还款义务。

梁女士则不这么看。她说，一直以来夫妻俩经济相互独立，李某不负担家庭支出。为此，梁女士已经向法院提出了离婚的诉讼请求。

梁女士说，她对李某在外借款的情况毫不知情。她说，《共同还款承诺书》上的签名不是自己签的，而且她还查到，2015年9月15日李某获得30万

元贷款，几天内就将这笔款项全部花光。既然原告现以夫妻共同债务主张要她承担还款责任，就应当审查该款项是否用于夫妻共同生活。

签名系伪造，夫妻俩无举债合意，法院判决妻子无需承担还款责任

审理中，被告梁女士申请对《共同还款承诺书》上的签字是否为本人所签进行鉴定。梁女士提交鉴定申请后，法院委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心进行鉴定，鉴定中心出具了《鉴定意见书》，结论为：《共同还款承诺书》上梁女士的签名不是她本人所写。对该鉴定结论，原告与被告梁女士均无异议，但原告仍坚持认为，涉案债务发生在夫妻关系存续期间，应为夫妻共同债务。

法院经审理后认为，根据《中华人民共和国婚姻法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》的立法本意来看，夫妻关系存续并非认定夫妻共同债务的唯一要件，应当考虑夫妻有无共同举债的合意以及夫妻是否分享了债务所带来的利益。

本案中，原告提交的《共同还款承诺书》上“梁女士”的签名并非本人所签，难以证明被告梁女士对涉案借款存在共同举债的合意，原告也未提交其他证据证明梁女士存在举债合意。

从涉案贷款的使用情况来看，李某在收到贷款后，3天之内即使用完毕，其中20余万元分别转账给了不同的案外人，其余款项通过支付宝分笔转出。结合李某的个人借款历史以及相关生活经历，法院难以认定该笔债务是夫妻共同债务。

因此，法院对原告要求被告梁女士承担共同还款责任的主张不予支持。被告李某经法院合法传唤未到庭应诉，应视为放弃其抗辩权利。据此，法院判决李某应承担所有还款责任，驳回原告其余诉讼请求。

来源：中国法院网

庭审直击 | 女子婚内个人举债 200 余万 法院二审认定非夫妻共同债务

2018-02-11 上海一中法院 李潇

<http://mp.weixin.qq.com/s/Q5nJ9WzyAGoJNcYM06c-jA>

编者按

今天（2月11日）上午，上海一中院根据最高法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，对一起涉夫妻债务民间借贷纠纷宣判，改判徐先生不用承担前妻何女士超出日常生活需要所负的 200 余万元债务。

女子婚内举债未还，
前夫被一同告上法庭

何女士与徐先生原系夫妻，两人于 2008 年 8 月登记结婚，2017 年 5 月登记离婚。

2017 年 1 月 24 日，即两人婚姻关系存续期间，何女士将一套房产作抵押，向卢女士、张女士借款，约定借款期限 3 个月及月利率。当天，卢女士、张女士分别向何女士账户转账 180 万元、70 万元，何女士向两人出具了借条。此外，借贷双方还约定，归还的任何款项均视为先付息后还本。

2017 年 4 月 27 日，还款期限已过，但何女士仅向张女士转账 50 万元，其余欠款一直未归还。

2017 年 5 月 22 日，卢女士、张女士向法院提起诉讼，请求何女士及其前夫徐先生共同归还卢女士借款 180 万元，利息 10.8 万元及逾期还款违约

金；共同归还张女士借款 24.2 万元（70 万元本息扣除已归还的 50 万元）及逾期还款违约金；卢女士和张女士对抵押房屋行使抵押权。

一审法院认为，婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所负债务应当按夫妻共同债务处理，遂判决支持张女士、卢女士的诉请，徐先生对何女士的上述债务承担连带清偿责任。徐先生不服，上诉至上海一中院。

借款超出家庭日常生活需要，
二审改判不属于夫妻共同债务

徐先生上诉称，何女士从 2014 年开始为案外人借款，均用于公司及法人债务上，属于筹资从事经营活动，且筹资金额巨大，并非用于家庭日常生活开支，因此该债务应为何女士个人债务，不应由自己承担。何女士对前夫的说法表示认同。



2018 年 1 月 16 日，最高法院公布《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，该司法解释第三条规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于

夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

上海一中院二审认为,本案所涉债务虽然发生在徐先生与何女士夫妻关系存续期间,但徐先生具有正当职业和收入,何女士所借款项远远超出了家庭日常生活需要。何女士在本案中以个人名义所负的债务未取得徐先生的共同签字或者事后追认,卢女士、张女士亦未能举证证明该债务用于徐先生和何女士的共同生活、共同生产经营或者基于徐先生和何女士双方共同意思表示所负。上海一中院遂改判徐先生对何女士债务不承担连带清偿责任。

法官说法

上海一中院民一庭庭长、本案审判长唐春雷表示,在本案二审审理期间,最高法院公布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。该司法解释对夫妻共同债务的认定标准和举证责任作了规定,充分体现了以人民为中心的司法理念和与时俱进的时代精神。法院在此类案件的审理过程中,既要防止假离婚、真逃债,损害债权



人利益的情形,也要合理分配举证责任,严格夫妻共同债务认定标准,依法保护夫妻特别是未具名举债一方的合法权益。

因此,二审根据夫妻双方是否具有举债合意、借款有无超出家庭日常生活需要及债权人的举证情况,依法对本案予以了改判,从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生,引导民事商事主体规范交易行为,加强事前风险防范。

文: 李潇

图: 陈洁

女子婚内个人举债 200 余万

上海一中院终审认定非夫妻共同债务

2018-02-15 人民法院报 第03版 李潇

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/15/content_135493.htm?div=-1

近日,上海市第一中级人民法院根据《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》,对一起涉夫妻债务民间借贷纠纷终审宣判,改判徐先生不用承担前妻何女士超出日常生活需要所负的200余万元债务。

女子婚内举债未还,前夫被一同告上法庭

何女士与徐先生原系夫妻,两人于2008年8月登记结婚,2017年5月登记离婚。2017年1月24日,即两人婚姻关系存续期间,何女士将一套房产作抵押,向卢女士、张女士借款,约定借款期

限3个月及月利率。当天,卢女士、张女士分别向何女士账户转款180万元、70万元,何女士向两人出具了借条。此外,借贷双方还约定,归还的任何款项均视为先付息后还本。

4月27日,还款期限已过,但何女士仅向张女士转账50万元,其余欠款一直未归还。

5月22日,卢女士、张女士向法院提起诉讼,请求何女士及其前夫徐先生共同归还卢女士借款180万元,利息10.8万元及逾期还款违约金;共同归还张女士借款24.2万元(70万元本息扣除已

归还的50万元)及逾期还款违约金;卢女士和张女士对抵押房屋行使抵押权。

一审法院经审理认为,婚姻关系存续期间,夫妻一方以个人名义所负债务应当按夫妻共同债务处理,遂判决支持张女士、卢女士的诉请,徐先生对何女士的上述债务承担连带清偿责任。徐先生不服,上诉至上海一中院。

借款超出家庭日常生活需要,二审改判不属于夫妻共同债务

徐先生上诉称,何女士从2014年开始向案外人借款,均用于公司及法人债务上,属于筹资从事经营活动,且筹资金额巨大,并非用于家庭日常生活开支,因此该债务应为何女士个人债务,不应由自己承担。何女士对前夫的说法表示认同。

2018年1月16日,最高人民法院公布《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》,该司法解释第三条规定,夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

上海一中院二审认为,本案所涉债务虽然发生在徐先生与何女士夫妻关系存续期间,但徐先生具有正当职业和收入,何女士所借款项远远超出了家

庭日常生活需要。何女士在本案中以个人名义所负的债务未取得徐先生的共同签字或者事后追认,卢女士、张女士亦未能举证证明该债务用于徐先生和何女士的共同生活、共同生产经营或者基于徐先生和何女士双方共同意思表示所负。上海一中院遂改判徐先生对何女士债务不承担连带清偿责任。

■法官说法■

上海一中院民一庭庭长、本案审判长唐春雷表示,在本案二审审理期间,最高人民法院公布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》。该司法解释对夫妻共同债务的认定标准和举证责任作了规定,充分体现了以人民为中心的司法理念和与时俱进的时代精神。法院在此类案件的审理过程中,既要防止假离婚、真逃债,损害债权人利益的情形,也要合理分配举证责任,严格夫妻共同债务认定标准,依法保护夫妻特别是未具名举债一方的合法权益。

因此,二审根据夫妻双方是否具有举债合意、借款有无超出家庭日常生活需要及债权人的举证情况,依法对本案予以了改判,从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生,避免债权人因事后无法举证证明债务属于夫妻共同债务而遭受不必要的损失,引导民事商事主体规范交易行为,加强事前风险防范。

（七）赠与案例

要房不养弟 赠与房被重判继承权

2018-01-28 法制日报 记者 范天娇

http://appnews.legaldaily.com.cn/fz/cms_json/zqzx/shuzibao/6/2018-01/28/

T20180128FArticle101003GN.html?from=singlemessage&isappinstalled=0



漫画/高岳

本报记者 范天娇

想要获得房屋，就要照顾患有精神疾病的兄弟，这是安徽合肥一对高龄父母赠与子女房屋的“附加条件”。但是父母去世后，大姐却以自己是房屋合法产权人，将患病的弟弟赶出房屋，因而被弟弟妹妹告上法庭，请求依法确认该房屋系父亲的合法财产并依法分割。

《法制日报》记者近日从安徽省法律援助中心获悉，该案经法律援助，由合肥市瑶海区人民法院判决，患病的弟弟及实际照顾他的妹妹分别获得房屋40%和30%的份额。

李军的父母有5个孩子，今年60岁的李军系长子，71岁的李芳系长女。

因李军患有精神疾病，生活不能自理，需要有人照顾，2000年5月3日，父母立下了关于房产继承问题的遗嘱，明确约定他们去世后，李军由大姐

李芳照顾。父母的房子由李芳继承，其他子女不得干涉。2000年12月19日，父亲将房屋赠与李芳，并办理了过户手续。

但据李军的监护人、其小妹李凤反映，房屋过户后，李芳不仅没尽到赡养父母的义务，也没有履行照顾弟弟的义务。2004年2月20日，父亲向李芳要回该房屋，当时李芳也同意将该房屋返还给父亲，双方为此签订了《合肥市城镇房屋买卖合同书》，一并将过户手续和相应费用全部交给四儿子李明办理，但李明因故未能办理完成过户手续。原被告双方及其父母均以为已经过户完毕，没有提出过异议。

“李军与父亲一直居住在该房屋里面，后来父亲去世，李芳得知该房屋的房产所有人仍是她，开始要求李军搬离该房屋。”李凤表示，父母的赠与是附条件的，李芳的行为严重损害了李军的合法权益。

由于李军精神残疾一级且生活困难，其向安徽省法律援助中心申请法律援助。经中心受理，指派法律援助律师诉请法院依法对房屋进行分割，确认李军、李凤对该房屋享有相应的份额，并依法判决李芳配合办理相应的登记手续。

但在李芳看来，原告诉请确认涉案房产系父亲合法财产无事实和法律依据，不能成立。

李芳辩称，自己与父亲已经签订买卖协议，办理完产权转移登记手续。根据物权法规定，自己已经是房屋的合法产权人。即使李军、李凤认为涉案房屋系父母赠与取得，也无权要求撤销赠与。

“因为父亲已经高龄，房屋又在一楼，为了父亲生活方便，一直让父亲居住，而父亲病逝后，我曾

向李军、李凤多次要房，均被两人霸占不退还。”李芳称。

至于“附条件赠与”的约定，李芳认为自己尽了义务。“家庭会议记录曾记录‘根据十多年来的实践和现在来看，长女李芳对父母的赡养，做到了应尽的义务，我们很满意。’说我取得房屋后就没有尽到赡养义务毫无根据。”李芳认为，之所以原告方在父亲去世后才提出这些要求，是因为没有对证，李凤可以利用李军患有精神病，不能正确表达意思，达到长期占有房子的目的。其他弟弟妹妹站出来帮助李凤说话，目的也是想要分得一份房屋份额。

签订了房屋交易合同书但未完成过户登记，是否当然不发生物权变动的效力呢？这成为该案的争议焦点。

合肥市瑶海区法院审理认为，原被告的父亲将诉争房产出卖与李芳是一项附有赡养及抚养义务的赠与，只是基于过户登记的需要，采取了虚伪的房屋买卖合同的交易外壳。之后，李芳将诉争房产出卖与父亲，尽管双方均签名按印并已经房产管理部门登记备案，但这也不是真正的买卖合同，只是一个虚假的意思外壳，需要探究双方当事人真实的意思表示，如果该意思表示不违反法律的强制性规定，那么隐含其中的真实意思表示仍然应当认定为有效并在裁判时予以尊重。结合双方当事人陈述及证人证言，可知买卖双方内心的真实意思表示实际

是李芳因故未能履行照顾李军的义务及其他原因，将赠与的房屋返还给父亲。由于经办人个人的打算，导致该不动产物权并未完成过户登记。

法院认为，李芳将房屋返还给父亲，父亲接受并实际履行，双方的意思表示结合证据链是可以明确得知，这一意思表示不违反法律规定，合同签订后房屋也一直由父亲占有。依据法理，本案的物权变动应作为特例，可以认定为有效，这有利于发挥房屋对无民事行为能力人李军的保障作用，符合社会主义道德风尚，达到实质正义的要求。反之，如果僵硬适用法条，负返还义务的李芳如拒绝配合，将导致接受方始终无法达成统一的意思表示。认定返还的物权变动未完成，不仅会导致毫无生存能力的李军流离失所，也违反当初附条件赠与的目的，将产生实质的不公正的结果，严重损害公序良俗。

法院认为，涉案房子系原被告父母的遗产，应当进行分配。由于其他两名子女均书面放弃了该套房屋的继承权，考虑李军无民事行为能力人，生活一直不能自理，没有劳动能力形成其他财产，应予以特别照顾，酌情决定李军对该房屋继承40%的份额。李凤在客观上履行了照顾父亲和李军的责任，酌定其对房屋应享受30%的份额。考虑到李芳之前确实较好地履行了照顾父亲和弟弟的任务，其称因丈夫重病无暇照顾，情有可原，李芳对该房屋应继承30%的份额。（案件当事人均为化名）

赠与子女的房产又被父亲过户走？法院判决合同无效！

原创 2018-02-27 北京海淀法院 北京海淀法院

<http://mp.weixin.qq.com/s/V2EUKVNCC0h1pVuPWgQtHA>

基本案例

小李父母李先生与张女士自愿办理赠予公证将海淀某处房屋赠与小李，后李先生以小李法定代理人身份代理小李与己方签订房屋买卖合同，又将房屋过户回己方名下，现17岁的小李将其父李先

生诉至法院，要求确认其与父亲之间关于买卖涉案房屋的合同无效。日前，海淀法院审结了此案，法院判决确认双方合同无效。

原告小李诉称，2014年3月其母张女士因与其父李先生感情不和分居，携其在外居住；2014年11月，李先生私自将其名下房屋以买卖形式过

户至己方名下，2016 年父母离婚诉讼中，方才得知房屋被过户至李先生名下，现诉请要求确认其与李先生签订的房屋买卖合同无效。



被告李先生辩称，小李母亲张女士以离婚和侵吞夫妻共同财产为真实意图，采用欺诈手段，诱骗其将涉案房产赠与小李并完成过户手续，其误以为婚姻家庭稳定，即便将涉案房产赠与未成年人小李，也是夫妻共同财产的另一种存在形式。过户完仅 6 天，张女士就与其正式谈离婚事宜。为避免遭受重大损失，其于 2016 年 1 月将涉案房屋出售给善意第三方，并将售房款用于家庭生活消费，不同意原告诉请。

法院经审理后确认，涉案房产系李先生与张女士婚后所购，登记在李先生名下。2014 年 1 月，李先生与张女士分别办理赠予公证，将涉案房产赠予小李，并办理过户手续。2014 年 11 月，李先生以小李法定代理人身份代理小李与己方签订房屋

买卖合同，将涉案房产过户回己方名下，购房款未实际给付。李先生主张过户前征得了张女士、小李同意，未提交相关证据。另查李先生后将涉案房屋出卖给第三人，售房款用于李先生生活开销。

法院认为

涉案房屋于 2014 年 1 月通过赠与形式过户至小李名下，合法有效，涉案房屋应归小李所有。就李先生通过存量房屋买卖形式将房屋过户至己方名下一节，首先，本次房屋买卖系以签订买卖合同的形式办理了房屋过户手续，并无钱款交付，亦非真实的买卖关系；其次，代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外；本次过户手续李先生以小李法定代理人身份，与己方签订合同，李先生主张事前征得了小李及张女士的同意，就此点李先生并未提交充分证据证明其主张，法院不予采信，李先生此代理行为违反了被代理人的利益；再次，李先生当时作为小李法定代理人，应当按照最有利于被监护人的原则履行职责，除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

本案中，李先生将涉案房屋过户至己方名下后，另行将房屋售出，售房款其主张已全部花销，非为小李的利益处分涉案房屋。最后，法院判决确认小李与李先生之间签订的存量房屋买卖合同无效。

（文中配图均来源于网络）

（八）赡养案例

怒赞！老太起诉6名子女未尽到赡养义务，法官在操场上开庭审理

2018-02-25 澎湃新闻

http://mp.weixin.qq.com/s/55h9_lecGmVrNJW8Q09mgA

贵阳晚报



庭审现场。贵阳晚报 图

2月23日，贵州遵义市凤冈县一位78岁的老太起诉6名子女未尽到赡养义务。当地法庭受理后，在村寨旁边的小学开庭审理，引来500余村民围观。

2月23日，农历正月初八，凤冈县法院第一法庭来到该县进化镇大堰村小学，巡回审理了这起赡养纠纷。78岁的罗老太将她的6名子女悉数告上法庭。

据悉，罗老太与丈夫余某于1960年结婚，共同抚养当时年仅两岁的继子。后来，夫妇又共同生育了5个子女。

1980年，丈夫余某去世，罗老太一直随二儿子生活。1984年，三儿子和四儿子分家时达成协

议：由老四负责赡养母亲，并为其养老送终，罗老太随四儿子生活。

由于家庭原因，老人的赡养问题于2016年腊月“亮红灯”，4个儿子为此扯皮。之后，兄弟4人就母亲的赡养问题经协商后再次达成协议：罗老太随二儿子居住，其余3个儿子，每人每年支付赡养费700元。

后来，因部分子女认为老太在土地分配问题上不公平，对之前达成的赡养条件反悔，罗老太随二儿子居住至今。因体弱多病、无生活来源，2018年2月，罗老太将6个子女诉至法院。

考虑到老人行动不便，同时为达到普法目的，凤冈县法院将法庭“搬”至老太所在的村寨，并在小学操场公开开庭，该案也吸引500余村民前来围观。

庭审中，大儿子表示不愿意支付赡养费，但愿意接老人一起生活；三儿子认为只付赡养费不能解决实际问题，老人更需要的是护理和关爱；四儿子表示一直在履行赡养义务，并愿意支付今后的赡养费；其余子女均表示，愿意支付赡养费。

在征求双方意见后，法官当庭主持调解并达成协议：四儿子提供两间住房给罗老太终身居住，4个儿子按季度轮流照料老人饮食起居。6名子女每人每年支付赡养费1500元，老人需要住院医疗和护理时，6名子女分别承担照料义务。

（九）其他相关案例

前女婿从岳父存折取钱，法院判决其偿还借款

原创 2018-02-05 北京海淀法院 北京海淀法院

http://mp.weixin.qq.com/s/_160pem4QEAPjwfwdr6RfA

前女婿赵先生以做工程急需购买材料为名，通过张老先生之女向张老先生借款，因迟迟未还，张老先生将前女婿诉至法院，要求其偿还借款 39.9 万元。近日，海淀法院审结了此案，法院判决赵先生偿还张老先生 19.9 万元借款本金。

赵先生系张老先生前女婿，现赵先生与张老先生之女已离婚。赵先生于 2001 年 10 月以做工程急需购买材料为名，通过张老先生之女向张老先生借款 30 万元。当时赵先生与张老先生之女已经同居，故张老先生同意借款。之后，张老先生便按照赵先生要求在北京银行阜成门支行开立活期存折，存入 20 万元并将身份证、存折和密码亲手交给赵先生。后来张老先生又存入一笔 19.96 万元。张老先生后来发现赵先生取走 39.9 万元而不是当初说的 30 万元。2012 年赵先生和张老先生之女补领结婚证，张老先生之女替赵先生写下借条，并承诺向赵先生催要被取走的 39.9 万元。至今赵先生未偿还上述款项。

赵先生辩称，从未向张老先生借过款，张老先生也未提供证据证明存在借贷法律关系；赵先生自身经济状况较好，不需要向张老先生借款，仅是因赵先生与张老先生之女就离婚财产未能协商一致而采取的诉讼。

庭审中，张老先生向法庭提交若干存取款凭条，证明存折的户主系张老先生，且张老先生先后往存折中存入 39.96 万元，并且 2001 年 10 月 12 日凭条中有 10 万元钱是他人以张老先生名义存的，2001 年 10 月 14 日的 20 万元是他人以张老先生的

名义取走的，2001 年 11 月 28 日张老先生本人存入 19.96 万元，2001 年 12 月 3 日赵先生取走 10 万元、2001 年 12 月 19 日、12 月 29 日，赵先生又从存折中取款 9.9 万元。

法院经审理后认为

根据庭审查明的事实，可以确认 2001 年 12 月 3 日、12 月 19 日、12 月 29 日，有代理人从张老先生名下的银行账户中分三次总共支取现金 19.9 万元，在代理人身份证件号码一栏填写有赵先生的身份证号码。

对于该部分款项，赵先生虽否认收到，但并未提出相应证据证明上述取款行为与其无关，并就赵先生的身份证号码被记载在代理人一栏作出合理解释，故法院依据证据确认赵先生从张老先生的银行账户中取款 19.9 万元的事实。

张老先生主张的 2001 年 10 月 14 日其账户被取款 20 万元，因其未能提供充分有效的证据证明该笔款项与赵先生的关联性，故法院对其主张的该 20 万元系赵先生支取的事实不予确认。

关于双方当事人间是否存在民间借贷法律关系，法院认为，基于张老先生之女与赵先生之间的特殊关系，在发生借款关系时不出具欠条亦符合常理，现不能依据是否有借条判断双方之间是否存在借贷关系。张老先生主张赵先生收到的款项系借款，赵先生未提供相应证据证明该款项系基于其他法律关系而产生，故法院对双方之间存在的民间借贷法律关系予以确认。最后，法院判决赵先生偿还借款 19.9 万元。

三、继承

典型案例

普法 | 遗嘱不规范，继承难成行

2018-02-08 民主与法制社 赵春艳 苑路佳

http://mp.weixin.qq.com/s/p2qCy00-RwHiA_jEdbD04g

近日，一起遗嘱纠纷案件中，一份宋老太所立的遗嘱因未有宋老太的亲笔签名、所按手印没有对比样本无法鉴定是宋老太本人按捺，未被法院认定有效。所谓遗嘱的继承人蔡某1未能如愿继承宋老太遗留的北京通州某房屋，最终按照法定继承，宋老太的4名子女共同继承该房屋。

案情回放

宋老太共有4名子女，蔡某1、蔡某2、蔡某3、蔡某4，蔡某1为宋老太和老伴蔡某的长子。蔡老多年前已经去世，宋老太在老伴去世后的七八年间一直跟随蔡某1和孙女蔡某某共同生活，在本案的审理过程中，蔡某1拿出一份落款日期为2007年7月4日的“遗嘱”一份，载有：“我叫宋某，X年X月X日出生，住北京市通州区某小区某号。我老伴叫蔡某在2007年X月X日去世了。为了防止我死后发生争议，特立下遗嘱：我死后，我的房产全部归我儿子蔡某1所有。我的房子产权登记在蔡某名下，房权证号是：京房权证通私字第X号。房屋建筑面积为59.86平方米。以上是我的真实意思表示。立遗嘱人：宋某。代书人：杨某。见证人：杨某。身份证号X。见证人：段某。身份证号：X。见证人：徐某。见证人：崔某。立遗嘱时间：2007年7月4日。”

该份遗嘱中，遗嘱内容为见证人杨某代书，立遗嘱人宋老太的签字为段某代书，名字上按有一枚指印。为证明“遗嘱”的书立过程，蔡某1申请徐某、崔某、段某、杨某出庭作证。除上述证人证言外，蔡某1并未提供其他证据佐证宋老太知晓并同

意上述遗嘱的内容，并亲自按捺指印的事实。双方也均无法提供宋老太的指纹样本与上述遗嘱上的指纹进行比对。

北京市通州区人民法院经审理认为：民事法律行为应当具备下列条件：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。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。

关于蔡某1提供的遗嘱的效力问题。“遗嘱”中并无宋老太本人的签字，虽有一枚指印，但当事人均无法向本院提供对比样本，无法确认指印的真实性。除代书人、见证人的证言外，现无任何证据可对“遗嘱”确系宋某的真实意思表示予以佐证。对于遗嘱的真实性，应当由提供遗嘱的一方承担举证责任，蔡某1并未完成其举证责任，应当承担不利后果，最终未能认定遗嘱有效，按照法定继承的规定处理上述遗产，蔡某1、蔡某2、蔡某3和蔡某4各继承通州此房屋产权份额的四分之一。

法官释法：

代书遗嘱“立遗嘱人亲笔签字”应采取严格的形式要件，不应当做扩大解释，按印、名章等均不符合代书遗嘱的形式要件，因为极易伪造或非主动按捺，进而对认定是否是立遗嘱人真实意思表示存在障碍。对于亲笔签字的文本因素略有欠缺的情况，则需要充分证据证明按印为遗嘱人本人知晓遗嘱

内容与其意思表示一致后所主动按捺,并辅以见证人证言、遗嘱订立过程的录音录像等证据予以佐证、形成证据链条。对形式欠缺的代书遗嘱效力的认定应当从严掌握,在没有立遗嘱人亲笔签字,且手印真实性无法核实的情况下,即使有见证人的

证人证言予以佐证,亦无法对遗嘱的真实性进行认定,此种情形下遗嘱无效。法官提示广大市民,如希望通过遗嘱形式对自己的身后事进行安排,建议采用公证遗嘱的方式,将日后纠纷的可能降到最低。

子女在其母处理父亲遗产时未主张过权利能否以遗产权利人身份参加诉讼——林X锋诉许X凤共有权确认纠纷案

原创 2018-02-18 法律家

<http://mp.weixin.qq.com/s/YXYBbm-cYGNgcIADh4QYkw>

【中法码】继承法学·法定继承·法定继承人的范围·子女(t0303022)

【关键词】民事 共有权确认 继承人 被继承人 法定代理人 宅基地 村民 村集体 转让 翻建 所有权 补偿款 协议有效

【学科课程】继承法学

【知识点】法定继承 房屋登记 诉讼主体资格

【教学目标】明确法定继承的含义及特征,掌握法定继承人的范围。

【裁判机关】福建省厦门市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】被国家法官学院《中国审判案例要览》(2011年民事审判案例卷)收录

【案例信息】

【案由】共有权确认纠纷

【案号】(2010)厦民终字第1945号

【判决日期】2010年12月20日

【审理法官】陈朝阳 郑光辉 洪德琨

【上诉人】许X凤(原审被告)

【被上诉人】林X锋(原审原告)

【上诉人代理人】徐敬伟(福建漳州涇渭明律师事务所)

【被上诉人代理人】刘鹭华 郑明龙(厦门天

翼律师事务所)

【争议焦点】

夫妻中一方死亡时,子女尚未成年,另一方遂向管理部门出具其取得房产的说明,并最终成为房产登记权利人。子女成年后,其未向有关部门主张权利,亦未在另一方处理房产时主张权利。在此情况下,该房产是否应认定为另一方所有,另一方与他人因该房产产生纠纷后,子女能否作为房产权利人参加诉讼。

【裁判结果】

一审法院判决:确认《建房合作协议》中关于第一层、第二层房产占有、使用和收益权的分割及遇国家征用时补偿款分配的条款合法有效;驳回林X锋的其余诉讼请求。

许X凤不服一审判决,提出上诉称:本人丈夫死亡后,女儿蔡X慧对其相关财产享有继承权,故与本人对旧平房形成共同所有关系,《合作建房协议》未经蔡X慧同意应当无效,且一审法院未追加蔡X慧参加诉讼,在程序上违法;原审确认《合作建房协议》中关于“第一层、第二层房产占有、使用和收益权的分割和遇国家征用时补偿款分配的协议有效”的认定并无法律依据。综上,请求确认《合作建房协议》无效。

林X锋答辩称:无证据证明蔡X慧是旧房产的

共有人，且其与《合作建房协议》无关；本人与许X凤对有合法手续批建的第一、二层的约定系双方真实意思表示，且并未违反法律规定。综上，请求二审法院维持原判。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

1. 继承人与被继承人育有一名子女，被继承人死亡时，子女尚未成年，继承人是子女的法定代理人。被继承人生前所有的房产发生继承时，继承人向土地管理行政部门出具其取得房产的说明。经土地管理部门确认后，被继承房产登记在继承人一人名下。子女成年后，其未向有关部门主张权利，亦未在继承人处理房产的过程中主张过权利。因此，在房产登记人为继承人的情形下，应认定房产为继承人所有，故继承人与他人之间因房产产生的纠纷与子女无关，其无权请求参加诉讼。

2. 宅基地使用人系农村村民，其仅享有宅基地的占有、使用、收益、处分权能，而宅基地所有权归村集体所有。宅基地遵循一户一宅原则，使用权不得转让。使用人欲对旧房改造，但因资金不足，遂与他人合作对旧房进行翻建，双方签订协议，并对新房的使用等进行约定。协议中并未涉及宅基地的转让，其他内容亦并不违反法律规定，故协议有效且新房的部分占有、使用、收益权能转移于他人，所有权不发生变化。新房拆迁使得他人对新房的占有、使用、收益权能消灭，协议对补偿款的约定视为补偿，合法有效。

【法理评析】

1. 根据法律规定，未成年子女不享有完全的民事行为能力，父母作为其法定代理人，依法享有相关事项的处分权力，可以代理子女处理法律事务，放弃权利等包括在内。被继承人死亡时，其配偶、父母、子女依法是第一顺序继承人，对被继承人的财产同时享有平等的继承权，即被继承人死亡时，如若配偶、父母、子女都健在，被继承财产原则上平分后分别继承。在继承时，未成年子女的父母作

为法定代理人依法享有代子女放弃继承等的相关权利。依《中华人民共和国物权法》的规定，我国不动产采用登记公示主义，即不动产登记在谁名下，就认定登记人为该不动产所有人，有相反证据证明的除外。

本案中，蔡X呆死亡时，女儿蔡X慧与妻子许X凤作为第一顺位继承人，对其财产同时享有平等继承权。当蔡X呆的房产发生继承时，蔡X慧有权继承其应得的份额。由于蔡X慧是未成年人，许X凤成为蔡X慧的法定代理人，对于蔡X慧相关的法律事务享有相应的处分权力。许X凤出具的继承情况说明将自己描述为房产的唯一继承人，在法定代理的权限内代蔡X慧放弃继承，且土地管理部门确认说明的内容后，将房产的所有人变更为许X凤。另外，蔡X慧成年后没有主张其应继承该得的房产份额，且在许X凤处理房产的过程中亦未主张权利。因此，房产所有人为许X凤，其享有房产的完全所有权，蔡X慧与本案纠纷没有利害关系，无须参加诉讼。

2. 在我国，土地都是国家或集体所有，私人不享有土地的所有权，土地也无法在市场上自由流通、交易。农村宅基地归村集体所有，但村民仍享有除所有权转让外的宅基地占有、使用、处分、收益权能。我国《物权法》规定，建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人。在宅基地上表现为村民可以在宅基地上自由建房，即可以自主决定以何种方式建造什么样的房屋等，且建成房屋的所有权归村民，与宅基地所有权分离，不归村集体所有。村民可以自由处分宅基地上的房屋，将房屋的占有、使用、收益、处分等权能转移给他人，且因国家征收等行为造成宅基地使用权能等消灭的，对补偿款的分割依法有效。

本案中，许X凤享有农村宅基地的使用权，且宅基地上的房屋所有权归其所有。因房屋太旧，许X凤没有足够资金对旧房予以翻建，遂与同村村民林X锋协商，由林X锋出资合作建房，并约定林X

锋享有部分房屋的使用权等。许X凤与林X锋的合资建房行为没有使得宅基地的使用权转移，许X凤也是在法律允许的范围内自行处分享有的宅基地权能，协议内容不违法。由于宅基地具有不可转让性，林X锋无法获得房屋的所有权，但可以依法行使占有、使用、收益、处分等权能，当国家征用等行为造成其权利消灭时，有关补偿款的分割约定可以视为权能消灭的一种补偿，故许X凤与林X锋的建房协议有效，林X锋享有翻建后新房的一半使用权，且可以主张其应得的国家征收补偿款。

【适用法律】

《中华人民共和国物权法》第三十九条 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。

第一百五十二条 宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

《中华人民共和国合同法》第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

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

第一百五十三条第一款第(一)项 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

(一)原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决。

【法律文书】

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

【思考题和试题】

1. 简述法定继承的概念、特征及适用范围。
2. 论述法定继承人的范围和继承顺序。

3. 浅论遗产继承权的含义及放弃的后果。

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审被告): 许X凤。

委托代理人: 徐敬伟, 福建漳州泾渭明律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 林X锋。

委托代理人: 刘鹭华、郑明龙, 厦门天翼律师事务所律师。

上诉人许X凤因与被上诉人林X锋共有纠纷一案,不服福建省厦门市海沧区人民法院(2010)海民初字第171号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员陈朝阳担任审判长,审判员郑光辉、代理审判员洪德琨参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告林X锋诉称: 其与被告系同村村民, 因被告家中有旧房, 原告以资金与其合作改建房屋, 由原告出资金、被告出土地使用权, 约定房屋建成后双方按协议进行分割管理和使用, 但现该房屋面临拆迁, 而被告不认可已签订的合作协议, 故诉求: (1) 依法判决确认原、被告于2007年9月29日签订的《建房合作协议》有效, 原告对位于厦门市海沧区渐美村366号的房屋产权享有一半的份额; (2) 本案诉讼费用由被告承担。

被告许X凤辩称: (1) 被告与原告签订的《建房合作协议》约定原告只享有讼争房屋的出租使用权, 并没有约定原告享有对讼争房屋的所有权; (2) 讼争房屋原旧宅是答辩人与丈夫蔡X呆的共有财产, 而答辩人的丈夫蔡X呆已于1990年5月病逝, 讼争房屋原旧宅的共有人为答辩人和女儿蔡X慧, 答辩人与原告签订的《建房合作协议》并没有经过女儿蔡X慧的同意和签名, 依法应属无效协议。综上, 请求驳回原告的诉讼请求。

原审法院经公开审理查明: 原告林X锋与被告许X凤同系海沧区海沧街道渐美村村民。被告许X

凤与其丈夫蔡 X 呆共同居住于厦门市海沧区海沧街道渐美村 366 号, 为一层平房。蔡 X 呆于 1990 年 5 月死亡。被告许 X 凤于 1996 年 10 月 20 日出具“土地使用权转移情况具结书”, 说明 1994 年 9 月 9 日因房屋继承转移获得该房产, 与他人无任何房屋产权异议, 从而取得杏集建(96)字第 5186 号《集体建设用地使用证》, 使用证载明建筑占地 191 平方米, 面积为 308.9 平方米, 并标明房屋四至。原告林 X 峰与被告许 X 凤因系同村, 且被告许 X 凤所居住的房屋较旧, 故原、被告双方经协商, 由原告出资对被告所有的房屋进行翻建, 并对翻建后房屋的使用和管理进行约定。讼争房屋于 2003 年建成, 共三层, 原告分得靠东边的房子三层共计 22 间, 并将上述房屋出租。原、被告于 2007 年 9 月 29 日签订一份《建房合作协议》, 约定房屋的分配、使用, 以及遇国家征用拆迁, 安置补偿款原、被告双方各得一半等条款。被告于 2007 年 9 月 29 日在厦门市海沧区公证处签订一份公证委托书, 将办理杏集建(96)字第 5186 号《集体建设用地使用证》换成房屋权证和土地使用权证等相关事务委托给原告林 X 峰处理。原告林 X 峰随后代为办理并领取厦集土证海沧字第 004227 号《土地使用权证》和《房屋所有权证》各一本, 上述两本证上所记载的所有权人均为被告许 X 凤, 建筑占地面积为 308.9 平方米, 建筑层数为二层, 每层 308.9 平方米, 总建筑面积为 617.8 平方米。

另查明: (1) 被告许 X 凤与丈夫蔡 X 呆于 1981 年 9 月 2 日生育女儿蔡 X 慧, 蔡 X 呆于 1990 年 5 月病逝。被告许 X 凤于 1996 年 10 月 20 日出具“土地使用权转移情况具结书”, 说明 1994 年 9 月 9 日因房屋继承转移获得该房产, 房产继承时被告许 X 凤系蔡 X 慧的法定代理人; (2) 被告许 X 凤因委托合同起诉原告林 X 峰, 要求解除双方的委托关系, 本院已作出(2009)海民初字第 2092 号民事判决书, 确认委托关系已解除, 该判决书已生效; (3) 被告许 X 凤的女儿蔡 X 慧, 现居住于海沧区海沧街道渐美村 95 号, 在本案诉讼过程中提出要求以第三人

参与诉讼, 经本院审查与本案无利害关系, 未予许可; (4) 2010 年 3 月 30 日, 原告林 X 峰为进入上述讼争房屋管理使用而与被告发生争执并作报警处理。

上述事实有讼争房产的《集体建设用地使用证》、《建房合作协议》、《房屋所有权证》、公证书、蔡 X 慧的身份资料, 公安机关的询问笔录、原告陈述、被告辩解等证据予以证实。

原审法院经审理认为: 本案为共有纠纷, 原告林 X 峰诉求确认其与被告许 X 凤签订的《建房合作协议》有效, 因该协议还涉及未被厦门市国土资源局与房产管理局确权的第三层, 该第三层因无合法批准手续而应认定为违章建筑, 应由相关行政部门予以处理, 故原告该诉求本院不予支持。我国农村建设用地实行一户一宅的原则, 宅基地使用权不得转让, 宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利, 被告许 X 凤以其名义申请的建设用地, 土地使用权归被告所有。原、被告系同村村民, 原告以资金与被告共同建房, 根据该协议, 原告可对依协议分得的第一层靠东边 7 间、第二层靠东边 8 间共 15 间的房产享有占有、使用和收益的权利, 但并不享有对该房产的处分权。《中华人民共和国物权法》第三十九条规定, 所有权包含占有、使用、收益和处分的权利, 而原告对上述房产不享有完整的所有权之权能, 故其要求确认对上述房产拥有所有权与事实不符, 本院不予支持。但原告与被告的《建房合作协议》, 系双方当事人的真实意思表示, 原告已履行其出资建造的义务, 原告由此而取得的部分房产的占有、使用和收益的权利, 本院予以确认。在 1994 年旧房产的继承时被告许 X 凤系蔡 X 慧的法定代理人, 处理其丈夫蔡 X 呆遗产, 将房产全部登记在其名下, 该事实已得到土地房产部门的确认, 故其主张建房合作协议未经蔡 X 慧的许可, 应认定无效的辩解意见, 与事实不符, 本院不予采信。

原审法院依照《中华人民共和国物权法》第一百五十条, 《中华人民共和国合同法》第六十条,

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，作出如下判决：

1. 确认原告林 X 锋与被告许 X 凤签订的《建房合作协议》中关于第一层、第二层房产占有、使用和收益权的分割及遇国家征用时补偿款分配的协议有效；

2. 驳回原告林 X 锋的其余诉讼请求。

本案案件受理费 50 元，由被告许 X 凤负担。

宣判后，许 X 凤不服，提出上诉称：许 X 凤之女蔡 X 慧为旧房产的共有人，合作建房协议未经蔡 X 慧同意系无效，一审法院审理时未追加蔡 X 慧参加诉讼，程序违法，要求确认《合作建房协议》无效；认为原审确认《合作建房协议》中关于“第一层、第二层房产占有、使用和收益权的分割和遇国家征用时补偿款分配的协议有效”无法律依据。

被上诉人林 X 峰答辩称：蔡 X 慧并非旧房产的共有人，《合作建房协议》与其无关，原审程序合法；虽然涉讼房产为三层，但其明确主张仅对有合法批准手续的第一、二层主张相应的权利，系双方

当事人的真实意思表示，且协议中约定遇国家征用时的补偿款分配，未违反法律规定，要求维持原判。

本院经审理，双方确认讼争房产建成于 2007 年，除此外确认一审法院认定的事实和证据。

本院经审理认为：旧房产继承时上诉人许 X 凤系蔡 X 慧的法定代理人，房产全部登记于许 X 凤名下，蔡 X 慧并非讼争房产的共有人，一审法院不予追加蔡 X 慧参加诉讼，程序合法；原、被告的《合作建房协议》，因其内容涉及无合法批准手续的第三层，该协议虽系原、被告的真实意思表示，但因其中部分内容违反法律规定，不能全部认定有效。鉴于林 X 峰已依照协议履行出资建房的义务，且原、被告双方系同村村民，故协议中关于第一、二层房屋的约定分割，合法有效，故上诉人的上诉理由不能成立，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

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

四、房产、股权、信托

（一）房产

离婚记载到不动产证书上，是否泄漏了隐私？

原创 2018-02-06 鱼龙聊房 李炜

<http://mp.weixin.qq.com/s/nt78Xde3fNnn162ZZ962MQ>

从离婚析产的登记分类引发的思考

案情：日前，经我中心会审会研究后决定对离婚析产业务做进一步明确，在明确的业务办理指导意见中，有分中心对以下内容提出质疑：对于申请办理离婚析产转移登记的房屋系登记为男方或女方单独所有，离婚协议书中明确了该房屋系权利人婚前取得的财产且并未将其明确为共同财产，但在离婚协议中协商将该房屋归属另一方的（含前款第3种情况，即离婚协议书中未提及申请离婚析产转移登记的房屋，但经核实确系男方或女方单独所有的婚前财产，申请双方要求在登记机构现场签署补充协议将该房屋转移登记给另一方的），应当认定为交易行为，按存量房赠与办理。若房管部门联合窗口受理人员执意不予受理的，可直接不经房管部门办理转移登记，但应当收取相关税费缴纳凭证或免税证明，登记费正常按收费文件收取。分中心理由：根据婚姻法第19条，应当允许夫妻双方通过离婚析产对一方婚前财产通过离婚协议约定给另一方也按离婚析产转移登记办理。另一方观点：对于一方将婚前财产协议给另一方的行为应该按赠与办理。

对此问题，笔者不想具体去探讨究竟应该按赠与办理还是按离婚析产来办理，笔者想通过以下几个方面来进行分析。

一、内部管理需要非登记类型选择

从现有的从《物权法》《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细

则》）到《不动产登记操作规范（试行）》（以下简称《规范》）中，对于不动产登记类型的划分中仅按不同类型物权设定了首次登记、变更、转移、注销等登记类型，均未进行进一步细化，而从分别登记时代开始，在转移登记中根据不同转移原因来设定二级或者三级的业务类型是登记机构为了更好的进行要件选择和管理而做的分类，其并不是法定登记类型，因此在上述案例中，对于当事人来说，其就是依法申请转移登记，并提供要件，而不动产登记机构是在内部将其归入离婚析产还是赠与并不对当事人的权利义务产生影响。如离婚析产中有赠与的条款，还仍然要求当事人重新填写一份赠与合同就属于不妥的要求了。笔者认为此种情况下应该以当事人提供的原因文件的名称和其他材料来进行归类和审查，而无需去纠结，因为法律上即没有名称不对就不能受理的规定，也没有规定当事人申请转移登记时非得明晰是何种细类来对应那些材料，仅对当事人应提供原因文件做了具体的规定。

二、不同分类对税收审查的影响

有观点认为，此种情况如分类不妥，可能导致国家税收流失的问题。笔者认为，此种观点对于不动产登记机构在税收方面的作用定位有问题。根据《土地增值税暂行条例》第12条、《契税暂行条例》第11条之规定来看，登记机构仅为协助审查当事人是否办理过相关税收手续，即是协助义务。而根据《税收征管法》等相关税收法律法规的规定，均规定税务机构应该对纳税行为的具体征收数额和是否符合减免税条件进行实质性审查。其并不仅按当事人提供的材料名称来判断。如在离婚析产协

议中将夫妻财产赠与给子女的,如借名买房、以房抵债、换房协议等等,是否可以减免税收是税务部门需实质性审查的,并不仅仅看登记机构的权属证书的记载来判断。

三、不动产登记证书的附记记载应简洁规范

根据国土部制定的《不动产登记簿填写说明》规定附记“填写需要对不动产权利及其他事项登记情况进一步说明的信息。如土地出让合同或者土地承包合同等编号,共有不动产权发一本证书时的持证人以及必要的历史登记信息等登记机构需要记载的情况。”

《不动产登记证明填写说明》则简单扼要的多,仅规定“记载其他需要填写的事项”,从不动产登

记证书的作用来看,其为不动产登记簿的浓缩品,为当事人不动产权利之法定证明,因此记载相关权属信息即可,至于当事人是因何种原因取得或者从何人出承继而来,并非不动产登记证书所需要体现的内容。

四、不动产登记证书记载内容需尊重当事人隐私

一些地方登记机构承继了原房屋登记机构的习惯性做法,在附记中记载权利来源的具体原因,有的登记机构甚至将原产权人的名字,现权利人是因离婚、继承、赠与还是其他什么原因取得该不动产等信息都记载在证书的附记中,以方便审查,此种做法有泄露当事人隐私的嫌疑,实为不妥。

公证遗嘱继承转移登记中合理审慎的注意义务

原创 2018-02-22 不动产登记 武汉市不动产登记中心 李翔

<http://mp.weixin.qq.com/s/zPhG645Rkp1VaAJfU8rZ2g>

1 基本案情

原告王某之父拥有位于某市某区某村房产一套,于2016年9月20日订立遗嘱,遗嘱内容:将某市某区某村房产一套指定给原告一人继承,同日在某公证处办理了遗嘱公证。2017年4月11日原告向被告某市不动产局提交了不动产登记申请表,申请将该房屋转移登记至自己名下,并提交了遗嘱公证书、身份证、户口本等相关登记材料。被告审查全部材料后,认为缺少继承权生效的公证书或生效的法律文书,于2017年4月17日作出《不动产登记不予受理告知书》,决定对原告的不动产登记申请不予受理。

法院认为,依据《不动产登记暂行条例实施细则》第38条规定,“申请国有建设用地使用权及房屋所有权转移登记的,应当根据不同情况,提交下列材料:(一)不动产权属证书;……(三)继承或者受遗赠的材料;……(八)其他必要材料”。

本案中,原告之父所立遗嘱已经过公证处公证,原告向被告提交了遗嘱公证及王父死亡医学证明,可以证实原告已依法取得继承房产的权利,原告提交的材料符合《不动产登记暂行条例实施细则》的要求,并对申请材料的真实性负责。对于原告提交的申请,被告应予受理。依据《行政诉讼法》第70条第(二)项的规定,判决如下:(一)撤销被告某不动产登记局对原告王某某作出的不动产登记不予受理决定;(二)责令被告某不动产登记局于本判决生效之日起3日内受理原告王某提交的不动产登记申请。

2 焦点问题评析

原告认为:遗嘱公证书已明确表明该遗产由原告一人继承,而被告要求的继承权生效的公证书需要全体继承人到场并自愿放弃继承权,必然会引起家庭纠纷,……被告的要求违反了《继承法》的

规定,损害了原告继承父亲遗产的权利。被告在原告有遗嘱公证书的前提下,还要提供继承权公证书,随意扩大登记申请材料,没有法律依据。

被告认为:依照《不动产登记暂行条例》第14条、第16条,《不动产登记暂行条例实施细则》第27条、第38条,《不动产登记操作规范(试行)》第1条的规定,被告对原告提交的申请资料进行审核,认为原告未依照前述规定提交继承权生效的公证书或生效的法律文书,申请登记资料不符合法定形式,因此依法作出《不动产登记不予受理告知书》。

本案焦点:登记机关在办理继承转移登记时,如何认定该遗嘱公证书的有效性。

第一种观点认为:根据《继承法》第20条“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱”的规定,登记机关在审查继承转移登记时,首先要依法确认遗嘱的有效性,只有通过对遗嘱的有效性进行甄别后,才能受理申请人的登记申请。由于被继承人在订立遗嘱后有权撤销和变更遗嘱,即使经过公证,也有可能公证撤销或变更遗嘱,导致后立遗嘱替代前立遗嘱的效力。作为登记机关在无法判定此公证遗嘱是否是最后一份遗嘱的情况下,不得要求申请人另外提交继承权生效的公证。

第二种观点认为:根据《物权法》第21条“当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任”、《不动产登记暂行条例》第16条“申请人应当对申请材料的真实性负责”的规定,申请人有责任、有义务对其所提交资料的真实性负责。《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”。遗嘱公证书是公证机关依法对遗嘱的真实性和合法性的认定,作为登记部门由于鉴别能力有限、职责所限,只能对公证书进行形式审查,对因提交虚假资料导致登

记错误的,应当由申请人承担法律后果,无需再要求申请人提交继承权生效的公证来证明该继承公证的有效性。

那么,提供继承权生效的公证是否是判定此公证遗嘱为有效遗嘱的唯一手段呢?

笔者认为:《公证法》第25条规定,“申请办理涉及不动产的公证,应当向不动产所在地的公证机构提出”;《继承法》第20条规定,“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱”。显然,同一不动产只能在同一公证机构公证,一旦被继承人公证撤销或变更遗嘱,同一公证机构自然会撤销前一份公证遗嘱,否则,该公证机构将面临承担就同一遗嘱订立行为出具不同公证书的法律风险,同时申请人也将承担提供虚假资料骗取登记的法律风险。因此,登记机关对申请人提交公证遗嘱申请办理继承转移登记的,形式审查遗嘱公证书即可确认继承的有效性。同时,根据《物权法》第12条“登记机构应当履行下列职责:(二)就有关登记事项询问申请人”的规定,可依法询问申请人除该公证遗嘱外是否还有其他公证遗嘱存在。

3 体会

从本案看,申请人按照《不动产登记暂行条例》和《不动产登记暂行条例实施细则》的要求提交了继承转移登记资料,登记机构应当受理申请。而登记机关之所以被判决败诉,主要是无法确定形式审查遗嘱公证书的行为是否就是尽了审慎的注意义务。登记机关担心申请人提供虚假资料骗取继承转移登记,给第三人造成损失,触发国家赔偿,要求申请人提交继承权生效的公证是为了免除承担法律责任,不惜冒败诉的风险也是试图通过诉讼达到对此份遗嘱公证有效性的确认。

最高人民法院《关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第12条规定,“申请人提供虚假材料办

理房屋登记，给原告造成损害，房屋登记机构未尽合理审慎职责的，应当根据其过错程度及其在损害发生中所起作用承担相应的赔偿责任”。那么，何为合理审慎职责？法律无明确规定，通过司法实践看，一般认为，只要行政机关按照法律规定在力所能及范围内履行了审查义务，即可认定尽了合理审

慎的注意义务。

因此，本案中笔者赞同第二种观点，形式审查遗嘱公证书同时申请人书面承诺除该份公证遗嘱外没有其他公证遗嘱，应该认定登记机关尽了审慎的注意义务。

（二）股权

离的不仅是婚！深析上市公司董事长离婚股权分割涉税问题

原创 2018-01-11 CTN 第一税务 中税咨询集团

<http://mp.weixin.qq.com/s/jsluVhySVvAaXwTF0d30xA>

上市公司股东离婚的代价，往往都是一笔令人咋舌的天价“分手费”，如今又多了一个新的案例。

前情提要

每日经济新闻消息，1月8日晚间，某上市公司发布公告，公司实际控制人之一、董事长兼总经理与其原配偶在1月4日已办理了离婚登记手续，并对股份分割安排如下：

该公司董事长名下持有的1320万股股票，离婚后夫妻双方各享有50%，即各享有660万股。其原配偶所享有的前述股票通过协议转让方式减持时，在同等条件下，该董事长有优先受让权。

以该公司1月8日的收盘价31.65元/股来计算，其原配偶分得的660万股股票的市场值约2.1亿元。

公告还表示，上述权益变动后，该董事长直接及间接持有的金溢科技股票合计为2878.4万股，占总股本24.43%，其原配偶持有该公司股票660万股，占总股本的5.6%。其原配偶此前并未持有金溢科技股份。

该公司在2017年披露的招股书显示：

该公司于2017年5月15日登陆A股市场，至今尚未满八个月。招股书显示，其对外销售的产品主要包括高速公路ETC产品、多车道自由流ETC产品、停车场ETC产品和基于射频技术的路径识别产品等。

那么如此天价的“分手费”又应该如何进行税务处理呢？下面就跟随小编一起来从两大点深入分析一下吧～

问题（1）离婚分割股票，双方需要缴哪些税？

问题（2）董事长配偶离婚取得的股票，减持（再转让）

时应如何缴个人所得税？

案例解析

◆ 本案例是一个典型的离婚股权分割涉税问题

根据税法，股权分割时涉及到的税种有增值税、印花税、个人所得税。其中：受让方分割时仅涉及印花税。

离婚股权分割，免征增值税。

个人因离婚将股票分割给其配偶，根据财税〔2016〕36号文《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》附件《营业税改征增值税试点过渡政策的规定》第一条下列项目免征增值税、第（二十二）款第5点规定：个人从事金融商品转让业务免征增值税。股票属于金融商品中的有价证券。因此，离婚股权分割免征增值税。

上市公司大股东因离婚分割股权的，仅出让方按1%税率缴纳印花税。

财税明电〔2008〕2号文《财政部 国家税务总局关于证券交易印花税改为单边征收问题的通知》规定：对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据的出让方按1%的税率征收证券（股票）交易印花税，对受让方不再征税。

本案例中该公司属于A股上市公司，根据现行证券交易印花税相关规定，董事长（出让方）应缴证券交易印花税21万元（2.1亿×1%），董事长配偶（受让方）不征印花税。

如果本案所列公司为非上市公司，根据印花税法一般规定，离婚股权转让双方均应按产权转移书据

所载金额 0.5% 缴纳印花税。

离婚股权分割无须缴纳个人所得税。

夫妻离婚进行股权分割，股权转让所得属于个人所得税法中财产转让所得项目。按照离婚协议或判决分割给配偶的股权属于“有正当理由”的股权转让，符合国家税务总局公告 2014 年第 67 号《股权转让所得个人所得税管理办法》（试行）“第十三条 符合下列条件之一的股权转让收入明显偏低，视为有正当理由：……（二）继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶……”规定的条件，没有应纳税所得额，因而，离婚股权分割无须缴纳个人所得税。

◆ 关于董事长配偶离婚取得的股票，减持（再转让）时应如何缴个人所得税的问题

董事长配偶离婚取得的股权，减持（再转让）时需要缴纳个人所得税。

个人所得税法规定，个人转让股权以股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按“财产转让所得”适用 20% 税率缴纳个人所得税。

董事长配偶离婚所取得的股票减持（再转让）

的股权原值，应依照国家税务总局公告 2014 年第 67 号《股权转让所得个人所得税管理办法》（试行）第十五条（三）通过无偿让渡方式取得股权，具备本办法第十三条第二项所列情形的，按取得股权发生的合理税费与原持有人的股权原值之和确认股权原值。

本案例中，董事长原配偶如果通过协议转让减持离婚所得到的股票，董事长优先受让。董事长在支付转让价款时，应代扣代缴其原配偶个人所得税。作为扣缴义务人，董事长应于股权转让次月 15 日内向金溢科技公司所在地主管税务机关申报，履行代扣代缴义务。

假设：董事长原配偶全部减持离婚分割所得股票，董事长全部受让，转让总价款 2 亿元，董事长原持有该部分股权原值假定为 5000 万元，合理费用 50 万元，董事长应代扣代缴该笔股权转让个人所得税款 $(20000 - 5000 - 50) \times 20\% = 2990$ 万元。

执子之手，与子偕老是婚姻的最佳结果，但好聚好散，各自欢喜，才是离婚该有的姿态。小编在这里也要提醒大家，离婚需谨慎，股权分割要妥善做好财税处理。

五、社会新闻

家事审判改革的“温州经验”，妙在何处？

2018-02-08 民主与法制周刊 本社记者 傅潇潇 夏孟宣

<http://mp.weixin.qq.com/s/8YqTGn3aXvxDVDtmN4fWjg>

“清官难断家务事”，自古以来家事审判的繁琐复杂在我国这样特殊的家庭关系里尤为突出。家庭成员间随时可能会出现摩擦、矛盾，谁对谁错该如何评判？处理家务事的案件，目的是为了使家庭和睦，但因为家务事与其他案件的不同，解决的是情理矛盾，所以按照公正的理念判案往往事与愿违。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央，深刻认识家庭家教家风建设的重要性。2016年12月12日，习近平总书记在会见第一届全国文明家庭代表时指出：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。

“温州模式”应运而生

近年来，家事纠纷案件急剧上升，2016年，全国法院审结婚姻家庭等家事纠纷案件175万件，其中离婚案件139.7万件。而全国婚姻登记机关登记离婚数为346多万对。两个数据相加，全国2016年共有486万对左右的夫妻离婚，涉及婚姻当事人双方有970多万人，涉及未成年子女、双方当事人的父母其他亲属，全年离婚人员可能搅动的人数超过5000万。

法院现行的审判方式和工作机制已不适应家事案件的自身特点和规律，包括家事诉讼制度上的缺陷、家事审判职能上的缺陷、家事诉讼程序上的缺陷等等。

2016年，浙江省温州市中级人民法院被最高法院确定为全国家事审判方式和工作机制改革试点法院。温州中院党组高度重视，制定出台了《家

事审判改革工作方案》，确定了“中院主导、立足基层、全面推进”的改革工作原则，坚持两级法院一盘棋，系统性、体系性、全覆盖地推进改革试点工作。

在温州市两级法院的共同努力下，经过一年半时间的探索实践，初步形成了家事审判方式和工作机制改革的“温州经验”，赢得社会各界的普遍赞誉。

2016年年底，浙江省高级人民法院在温州中院召开全省法院家事审判改革工作现场会，推广温州改革工作经验。最高人民法院先后三次刊发信息和《家事审判改革工作动态》，介绍温州法院家事审判改革和反家暴工作的经验。

2017年5月，最高人民法院杜万华专委一行专程来温州调研指导家事审判改革工作，高度评价了温州家事审判改革工作，并在年底召开的全国部分法院家事审判改革推进会上，让温州中院作典型经验介绍，会上杜万华专委讲话中先后四次点名表扬温州经验。

温州市中级人民法院副院长杨际平告诉记者，温州中院作为全国家事审判改革试点法院，紧紧依靠党委领导、政府支持、部门联动、社会参与，积极引导两级法院全覆盖、系统性整体推动改革格局，创新家事纠纷诉前调解、离婚案件财产申报、设置冷静治疗期等家事审判改革十大机制，取得显著成效。

近日，记者走访了温州市中级人民法院，对温州中院创新家事审判改革所做的工作进行了全面深入的了解。

家事审判队伍与调解心理团队相互补台

温州市中级人民法院指导全市基层法院和有条件的人民法庭抽调具有丰富家事审判经验的法官成立家事案件合议庭。截至2017年年底，温州市全市法院及人民法庭共设立家事审判合议庭28个。温州中院还专门制定了《家事法官遴选办法》，要求所有家事案件合议庭成员和家事法官都要有婚姻经历，熟悉家事审判业务、具备较强的综合协调能力。同时，在合议庭成员中至少配备一名女性法官或女性陪审员，确保家事审判柔性化、专业化。

温州中院专门在家事审判调解中心设置了家事纠纷调解员办公室。在这里，记者刚好见到了两位调解员，分别是来自温州电视台“闲事婆和事佬”节目主持人张小燕和来自社会组织温州瓯海李姐闲事部的主任李修凤。两位大姐都具有非常丰富的家事纠纷调解经验，谈到自己的调解员身份时都显得很自豪。她们告诉记者，温州中院的家事审判中心非常接地气，中院还专门为她们每个调解员发了工作牌，在这样一个环境工作加上温州中院细心周到的支持，大家的工作都非常积极踊跃。

据了解，温州中院先后两批聘任25名代表委员、妇联干部、律师、心理咨询师、基层街道专职调解员，组成了特邀家事调解团队。辖区基层法院积极协调司法局、妇联组织等相关部门，成立了家事调解委员会。温州中院和部分基层法院还制定出台了《特邀家事调解员工作规程》。截至2017年年底，温州全市法院共聘任特邀或专业家事调解员241人，平阳、龙湾、永嘉法院基本实现村居家事纠纷“调查员、调解员、回访员”三大员全覆盖。部分法庭还设立了以人民调解员、人大代表命名的“家事调解室”，协助法院做好家事纠纷化解工作。

在改革试点过程中，温州全市法院把调整、修复和治疗情感关系，作为家事审判方式改革的重点内容之一。由于现有家事法官中具有心理学资质的人员严重缺乏，全市法院积极争取党委、政府及妇联组织的支持，以政府购买服务或者妇联等组织免

费提供服务的形式，借助心理卫生专业人员力量参与家事纠纷当事人的情绪疏导和纠纷化解。温州中院与温州医科大、市心理协会建立战略合作关系，由温州市心理协会定向确定6名知名心理咨询师加入温州中院心理疏导干预团队。目前，全市法院设立心理咨询（辅导）室13个，聘请心理咨询疏导专业人员61人。邀请心理专业人员参与家事案件当事人心理疏导、评估案件132件，其中89件案件经心理疏导后，当事人的情绪得到缓和并成功调解结案，其余判决案件无一上诉、申诉。

纠纷化解平台与人文关怀营造相得益彰

家事案件不同于其他案件，为彰显家事审判的司法柔性，体现人文关怀，温州全市法院积极打造各具特色的家事审判专区，凸显家庭文化元素，营造柔性化解纠纷的氛围。在温州市中级人民法院，记者参观了在审判区专门打造的380多平方米的家事审判调解中心，外围文化长廊设置了一家四口漫步瓯江堤畔背景的“家和万事兴”古典屏风，而在主要功能区设置柔和色彩的圆桌式家事审判法庭和沙发式家事调解室，并配置家庭传统文化宣传图框，在辅助区域设置亲情教育室、配备心理干预专业设施的心理疏导室、亲子活动室。

浙江省率先设立独立编制家事审判庭的平阳法院，也率先建成了家事纠纷化解中心。在这里，记者看到了配有专门以“孝道、家和、反家暴”等为主题的家风文化通道，中心设有时光大厅，摆放一家三口幸福雕塑，家事调解室内设有调解区、儿童游乐区和哺乳区，在幸福港湾心灵驿站，安置了单面镜、心理测试沙盘、按摩椅等专业的心理辅导设施，家事审判席被设计成居家客厅式沙发，整个中心处处凸显浓厚的家庭氛围，给当事人营造一个家庭和睦、宽容、缓和的心态环境。

瓯海法院家事审判专区突出的是“以和为贵”“人和家兴”家庭美德文化元素，专区内的家事法庭、家事调解室、心理疏导室、儿童游乐区、哺乳区、心理减压室等功能模块一应俱全。特别值得一

提的是,瓯海法院院长周虹用富有创意的“人和家合”理念亲自主导设计出“合”字型家事审判法庭,被国家知识产权局授予外观设计专利。

温州全市12家法院全部在院机关建成了各具特色的家事纠纷化解中心,全市还有12个人民法庭也分别结合当地实际和地域文化特点,建成融合家庭文化特质的家事审判调解专区。全市法院建成家事审判专区总面积达到4493平方米。部分法院还在辖区街道和社区设立家事调解站,方便家事案件当事人就近调处纠纷。

家事诉讼程序与家暴人身保护相辅相成

温州市中级人民法院制定出台了《温州法院家事审判规程》《二审家事案件审理细则》等规范性文件,对家事审判改革的原则、审判组织设置、家事纠纷诉前调解、家事案件立案、审理模式、证据规则以及人身安全保护、家事审判的诉后跟踪回访、离婚证明书及二审家事审判程序等诉讼程序作出了全面规定,引导全市法院家事审判方式和工作机制改革依法、有序、规范推进。

据了解,温州全市法院制定统一格式的《离婚案件财产申报表》和《财产申报表》,要求双方当事人举证期限届满前,主动申报夫妻共同财产债务,明确告知申报不实、隐瞒不报可能面临不分或少分财产的法律后果。试点工作以来,全市法院共在离婚案件中推行财产申报制度7146件。实践表明,通过财产强制申报,有效提高离婚案件当事人诉讼诚信,一些涉及大额财产分割的离婚案件也能快速确定财产争议范围,提高了诉讼效率。

温州中院在总结工作经验的基础上,制定出台《关于在家事案件中设立“冷静期”的实施细则》,进一步明确“冷静期”适用条件、设立程序、回访疏导等工作,并将冷静期有条件地拓展到其他家事案件。设置离婚冷静治疗期的主要目的就是维护婚姻家庭和谐稳定出发,防止冲动离婚。在冷静治疗期间,家事法官根据具体案情,制定个案诊疗方案,实行一案一策,主动跟踪回访,了解当事人的

情感变化,并辅以必要的心理疏导、亲情教育。对当事人坚决反对以及有严重家庭暴力等重大危险的离婚案件,一般不设置冷静治疗期。为防止冷静期的滥用和社会的误读、误解,对冷静期期限和设置程序作了一定的限制。

2016年8月,原告林某起诉被告徐某离婚,要求儿子徐某归被告抚养,徐某称同意离婚,但因自己收入低且有赌博恶习,要求儿子由林某抚养。9月,温州市鹿城区东郊法庭开庭审理并进行调解,承办法官发现,原告离婚是因为被告沉迷赌博,失去信心,被告如能戒赌,仍有和好可能。于是,承办法官决定设置一个月冷静期。冷静期内,承办法官多次召集被告及其父母、亲属,劝说被告戒赌,并要求家人监督。同时做原告思想工作,希望再次给予被告机会。原告经慎重考虑,撤回起诉。后经法院工作人员回访,双方关系得到了改善。

截至2017年年底,温州全市法院共对429件离婚案件设置冷静治疗期,通过当事人的冷静考虑和承办法官跟踪疏导,其中355件离婚案件经调解和好,或撤回起诉,设置离婚案件冷静治疗期的效果十分明显,也得到了当事人和社会各界的普遍赞誉。

依法维护未成年人、妇女、老年人的合法权益是家事审判方式和工作机制改革的一个重要目标。尤其是在这些主体举证责任分担上,温州中院转变传统民事纠纷诉辩式的程序模式,扩大法官职权探知和对当事人处分权利的适度干预。特别涉及未成年子女、探望、变更抚养权等案件,只要未成年子女能够提供与其年龄、智力、认知水平相适应的证言,充分听取其意见。对双方拒绝抚养子女,不承担子女抚养义务,温州中院建立判决不准离婚机制。对子女抚养归属争议较大的案件,适时引入心理评估机制,利用心理干预团队专业知识,对当事人抚养子女心理条件、未成年子女心理需要等情况进行评估,提供子女抚养归属判决参与依据。

据了解,温州两级法院还积极探索家事调查、家事回访、离婚证明书制度。辖区龙湾、乐清、瑞

安、平阳、文成等法院专门聘请家事调解员、人民陪审员、妇联干部等组成家事调查员团队，共调查回访家事案件 512 次。为充分保护离婚当事人隐私，避免在子女就学、财产变更等情况下给当事人及子女造成“二次伤害”，温州中院制定出台《关于出具离婚证明书的实施细则》，推动全市法院逐步统一离婚证明书版本。到 2017 年年底，全市法院共发出离婚证明书 582 份，受到当事人的好评。

温州市龙湾法院是 2008 年全国涉家庭暴力民事审判 9 家试点法院之一，于 2009 年 6 月发出浙江第一份反家庭暴力人身安全保护裁定，经主流媒体报道后引起广泛关注和宣传。龙湾法院反家暴工作经验在最高法院简报刊发，在试点工作中积累的家暴告诫制度、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“温州经验”被反家暴法立法吸收。2016 年全国“两会”上，周强院长在最高法院工作报告中专门介绍了温州法院在反家庭暴力方面的司法实践。

反家暴法颁布实施和开展家事审判改革工作以来，温州全市法院继续探索开展反家暴人身保护工作，龙湾、瑞安法院探索推行人身保护裁定异议听证和对违反人身保护裁定实施处罚机制，瑞安法院探索人身安全保护向财产保护拓展。两年来，全市 11 家基层法院全部实现反家暴人身保护裁定的个案探索，共发出人身保护裁定 109 份，有效保护家暴受害人合法权益。

相关协作机制与家庭宣讲教育相须而行

温州中院推动温州市综治委成立由温州中院、综治办、宣传部、检察院、公安局、司法局、民政局、财政局、卫计委、教育局、妇联、团委等 12 家单位主要负责人为成员的全市家事案件多元化纠纷解决机制领导小组，并召开领导小组会议，研究协调解决工作推进中遇到的困难和问题。联合市委政法委、市综治办制定《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》，明确

12 个领导小组成员单位的工作职责，推动形成家事纠纷多元化解的工作合力。温州全市各基层法院也先后推动当地政法委、综治办成立家事案件多元化纠纷化解机制领导小组，出台相关协作机制。

对一般家事纠纷的一审案件，在收到当事人诉状时，即告知、引导当事人申请诉前调解，除当事人明确反对的以外，移交驻庭家事调解员或家事调解委员会先行组织调解。对一审离婚案件，明确必须引导当事人立案前向驻庭家事调解组织、人民调解委员会、婚姻家庭调解委员会先行申请调解，只有诉前调解不成或当事人拒绝参与诉前调解的离婚案件才可以进入立案程序。同时，为避免在立案登记制背景下的离婚案件“立案难”，对前置调解期限作出明确规定：一般是诉前调解一个月，双方当事人同意延长的除外。

到 2017 年年底，温州全市法院引导一审家事案件诉前调解案件 7523 件，仅 2017 年，调解成功或撤回诉讼案件 2191 件。对二审家事纠纷案件，积极推行特邀家事调解员组织庭前调解机制。2017 年，温州中院办结的 272 件二审家事纠纷案件中，调解或撤诉结案 114 件，二审调撤率达 41.91%，同比上升 12.39 个百分点，其中特邀家事调解员主持庭前调解案件 87 件，调解成功 48 件，调解成功率达 55.17%。

温州市是著名的侨乡，目前，共有 4 家法院在意大利米兰、罗马、博洛尼亚，美国纽约、洛杉矶和法国巴黎 3 个国家 6 个城市设立海外调解联络点，为涉侨、涉外家事纠纷案件提供远程庭审、调解平台。温州中院还联合市侨联制定出台了《关于建立健全海外特邀调解员制度的规定》，推动全市两级法院海外特邀调解员资源共享机制。2017 年，全市法院共借助海外调解联络点远程视频系统审理家事纠纷案件 47 件，其中调解结案 43 件，调解率达 91.49%，得到了涉侨当事人和当地侨领、驻外使领馆官员的一致好评，相关经验得到最高人民法院院长周强两次批示肯定。

温州中院辖区平阳、乐清、文成等法院联合当

地妇联、民政等部门开设《婚姻家庭教育讲堂》《幸福讲坛》《爱家学堂》等婚姻家庭日常教育常设机构，采取讲座、座谈、沙龙、模拟法庭等形式，邀请专家学者、妇联干部、心理医生、家事法官等专业人员，定期开展以婚姻家庭法律知识教育、家庭伦理道德教育、家教家风教育、婚前教育、亲情关系教育、心理健康教育、家事典型案例分析等为主要内容的宣讲教育活动，得到社会各界的普遍好评。

从温州中院的家事审判改革进程可以看出，如

何把实践中取得的经验和好的做法及时固定下来，对推进改革中发现的问题和薄弱环节不断加以完善，并严格按照家事审判改革全国示范法院的要求，自觉做家事审判改革的探路者和先行者，才是他们的最大希望。我们也期待全国形成更多“可复制、可推广”的温州经验，为全国家事审判改革提供更多的一线素材，更好地服务和保障社会主义家庭文明新风尚。

她干了近40年媒婆，发现如今越来越多的女方不要彩礼了

2018-02-23 新京报 王婧祎

<http://mp.weixin.qq.com/s/bpEa60X8yG7rjlXuNmkTUA>

很多新鲜事儿孙荣华过去做梦都想不到。村里一个大姑娘，上学读书遇到了个小伙子，在公交车上给她让座，俩人聊得投机，互换了联系方式，“一来二去就好上了”，现在孩子都生了两个。



▲孙荣华是个人物。新京报记者王婧祎 摄

新京报记者 王婧祎 编辑 胡杰 校对 王心

早几年，在河北省卢龙县双望镇，孙荣华称得上是号人物。她具备一般农妇罕有的影响力——每逢镇上赶集，总有认识或不认识的人跟她打招呼，套套近乎，拉拉家常，三五篇闲话之后，往往是四下环顾无人，把她拽到一边，暗绰绰地求她办点事

儿。

“还能为啥，就为给儿子讨媳妇呗！”孙荣华之所以有这地位，并非她家中有如花似玉的待嫁闺女，而是她“金牌媒婆”的称号早已声名远播。

做媒，河北乡村俗称“保媒”。从20多岁给人保了第一桩婚事算起，65岁的孙荣华已经当了近40年的媒婆，保下了几十桩婚事，她心下记着数儿，“现在已经生了孩子的，就有三十多对儿。”

可近几年，孙荣华明显感觉自己的地位下降了。随着越来越多的农村青年外出读书或打工，自由恋爱者众，“人家都自己找对象，用不着媒人撮合了。”

孙荣华感受到的另一个显著变化是，过去当媒人，要费大力气在两家之间谈彩礼，“压压女方的价码，抬抬男方的价码”，“每一分钱都得摆在台面上”。而现在，越来越多的女方不提彩礼的事儿了。

现在孙荣华更多做的是“主事”的角色。农村结婚的礼节比较繁琐，三里不同风，十里不同俗，现在找孙荣华的，大多是看重她多年操办婚嫁攒下的经验，让她在双方之间沟通不同的礼节、规矩。

这位曾经的金牌媒婆发现，很多她曾奉为圭臬的“老话儿”、“老规矩”都行不通了，不管愿不愿意，自己的头脑都到了转型的时候了。

今天相，今天就得拍板中不中

孙荣华个头不高，短发，说话爽利，她酒量不小，好抽几口烟，嗓音略带沙哑。得知要接受采访，特意穿上了仅有的一件貂儿。

孙荣华还记得 40 年前第一次给人说媒的情形。当时她 20 多岁，已经生了三个孩子。同村一个男青年因为做过单侧肾摘除手术，一直找不到媳妇，孙荣华想到自己娘家村里有个大姑娘，因为有哮喘病，也一直嫁不出去，她心一热，两下一牵线，劝双方“互相包容点”，双方一见面，居然“一见钟情，妥了”。

她笑言自己到女方家提这事儿时，“可不好意思了”，自己还是个年轻媳妇儿，“肾的事儿也不好意思说太细”，只能说男方下地干活儿没毛病。

这事儿渐渐传开，就又有乡亲找上门来，后来她又说成几对，一传十传百，媒婆的名声就叫开了。最辉煌的时候，“谁看见我都找我，有人头一天拜托我给她儿子找对象，第二天就打电话过来问找到合适的没？我说我家又不是产媳妇儿的，哪有那么多？”

孙荣华说，过去给人做媒，男方大多是没有目标的，需要媒人帮助物色。媒人掂量着“门当户对”，找到了般配的对象，便登门牵线，把双方条件一说，如果没有异议，双方就可以见面“相人”。

“相人”一般是到媒人家里，男方先到场，女方后到场，每家来三五个人，互相打量，寒暄，“做什么工作的？”“一个月挣多少钱呀？”通过寥寥数语，观察对方言谈举止有没有啥大问题。

短则几分钟，长则十几分钟，媒人就要把双方喊出去，询问意见。如果相人成功，接下来就要谈彩礼钱，订婚，结婚了。

这么短的时间显然无法让双方深入了解，更何谈产生感情。孙荣华坦言，在过去的农村，“就是俩人一相，媒人一捏，没有恋爱这一部分，就是今天相，今天就得拍板中不中。”“只能事后慢慢培养感情。”



▲正月初二，孙荣华提着礼物，这是她以前保媒的一对夫妻来看望她时送的。 新京报记者王婧祎 摄

因此，“相人”背后的所谓“门当户对”才是双方更关注的焦点。双方家庭条件相匹配，“一般女的都要找比自己条件好点的”，“男的家里经济条件好，有房子，彩礼钱出的高的”就更受欢迎。

除了牵线搭桥，谈妥彩礼，媒人要做的事情还有很多。孙荣华说，从订婚到结婚，怎么支付彩礼钱，怎么接亲，怎么办酒席，结婚当天女方家来多少个大人，多少个孩子，准备多少喜钱，多少辆婚车，一切大事小情，都需要媒人沟通协调。

如孙荣华这般尽职的媒人，还要时刻关注着两边的风吹草动，假如姑娘家里有人生病了，她就得赶紧催着小伙子上门探望，出钱出力，“你没一点行动就沟通不来感情。”

几十年下来，孙荣华成了农村嫁娶礼节的活百科全书，“我们那儿娶媳妇，十里八村都找我。”“做被子，娶媳妇，喇叭没响，我头一天就到了。”

越来越多的女方家庭不提彩礼的事儿了

在北方农村有段顺口溜，“农村到处是穷汉，

讨个媳妇真困难，如今彩礼十几万，其他花费还不算，倾家荡产全抖完，拉下饥荒谁来还？父母围着农田转，提起儿媳心发颤，辛苦一年不上万，只够人家金耳环。”

多年以来，彩礼是压在男方头上的一座大山。孙荣华以前保媒最重要的任务，一是帮男方物色合适的对象，二就是帮双方谈妥彩礼价码。

孙荣华说，过去每一分钱都要摆在台面上谈，嫁女儿就和卖女儿似的，开出彩礼价码，而男方如果掏不出那么多钱，就得靠她从中斡旋，“一头压压女方的价格，一头抬抬男方的价格”。

每次替男方去谈彩礼，她都得拿出“大数据”给女方家“讲行情”，黄花大闺女多少钱，二婚的多少钱，二婚带孩子的多少钱，以防止女方漫天要价。

因为彩礼价码谈不成，婚事崩了的比比皆是。还有好不容易谈定，结婚前又临时改变主意、增加价码的。

十四年前，孙荣华说成了一对儿，敲定男方家出彩礼3万块钱。眼看第二天要去县城领结婚证、拍婚纱照了，头一天晚上姑娘家突然反悔了，提出让男方买电视和洗衣机。

孙荣华闻讯赶过去，姑娘正哭天抹泪，“谁家没电视啊？没电视我看啥啊？多寒碜呐！”孙荣华好说歹说，承诺让小伙子家赔账买电视，这婚才算结成了。

40多年来，孙荣华见证了娶媳妇成本的水涨船高。从100尺布票的彩礼，到“县城一套房，彩礼10万起”，她还记得自己结婚时的彩礼最初谈定80块钱，100尺布票，“后来涨到100块，也给了。又要了20斤棉花，没想到也给了。”

当初媒人到孙荣华家说媒时，把男方家的条件夸得天花乱坠，“白薯干堆到房顶，一大缸陈谷子”。那时孙荣华家里困难，“就等着彩礼钱买米下锅呢”。

可嫁过去以后，她没见到堆到房顶的白薯干，一问婆家，说“都吃了”，没见着一大缸陈谷子，说是“以前有”。孙荣华这才知道了媒人的当，

可生米煮成熟饭，后悔也来不及了。

“归根到底还是过去太穷了”，这位资深媒婆总结。

最近五六年，孙荣华发现，越来越多的女方家庭不提彩礼的事儿了。去年10月，孙荣华的侄辈结婚，她去做媒人，“女方家什么都没提”。她试探着问对方要多少彩礼，没想到女孩儿的母亲说，“要啥呀，就一个孩子，要多少都是给他们的，不要了！”这让习惯了讨价还价的孙荣华感到有些不可思议。

“今生缘”婚姻介绍所相亲报名表

(男) 编号: 时间:

姓名		性别			
出生年月		民族			
身高	1.72	体重	130		
学历	大专	职业	职员		
婚姻状况		性格			
兴趣爱好	旅游	月收入	5000-6000	无住房	有车现实
户口所在地		家庭住址			
工作单位		身份证号码			
联系方式	手机:				
	QQ:				
	微信:				
自我评价					
择偶要求					

▲找孙荣华保媒的年轻人填写的表格。新京报记者王婧祎 摄

她想不通的还不仅于此。北方农村婚娶历来讲究大操大办，十几桌起步，赶上亲戚多的大户人家，在村里摆出几十桌的流水席也是常有的事儿，后来经济条件好了，酒席也水涨船高，从村里挪到县城的饭店，一场酒摆下来就得花费数万元。

孙荣华过去帮忙张罗这些酒席就忙得“脚打后脑勺”，但她认同这些操办，在她那一辈人心目中，似乎嫁女儿越铺张越有面子。可近五六年，政府提倡移风易俗，结婚的双方也越来越认可婚事简办，就拿去年孙荣华侄辈的婚礼来说，婚宴就摆了五六桌，女方家长说，“简简单单的也挺好，尽量不让

大伙儿瞎花钱。”

“爱上他了，我就要跟他去”

做了近40年媒婆，保了几十桩婚姻，孙荣华坦言，早十几年，她保的还都是包办婚姻，而她就是这么过来的。

1974年春天，22岁的孙荣华出嫁了。一个远房亲戚保媒，孙荣华父亲去世的早，母亲拍板做主，基本没有征求她的意见。

孙荣华笑言，其实相人时并没看上现在的老伴，她嫌对方长得磕碜，说话木讷，但母亲乐意，她便没有发表异议的权利。

孙荣华和村里的姐妹凑在一起，偷偷聊天抹眼泪，但那时村里基本都是包办婚姻，很少有姑娘敢和父母抗争。

由于不到法定婚龄，订婚后第三年孙荣华才结婚，这两年间，她只和未婚夫见过两面，就是过年的时候对方喊她去家里吃顿饭，没说过几句话。

她自觉还算幸运，结婚后丈夫一直对她很好，“走到哪儿都让媳妇儿走前头，走到哪儿都夸媳妇儿好。”

但同村的一个姐妹就没这么幸运了。她被包办嫁给的丈夫“在外头油光顺溜的”，可在家的時候经常打老婆，孙荣华见过那男人打完老婆，还丝毫不顾及脸面，把她在村里拖了一路。

近几年来，随着越来越多的农村青年出去读书和打工，自由恋爱的比例越来越高。很多小伙子的父母找到孙荣华，都是已经有了准儿媳，找她无非就是“循个老礼儿”，请她帮忙沟通打听对方家庭的规矩、礼节，操持婚事前后的琐事。

除了自由恋爱，村里倒也还有按照老规矩，经由媒人说亲、相人认识的青年男女，但现在通讯发达，年轻人人手一部智能手机，相人之后互换联系方式，两人可以手机上聊天，增进了解，外加交通

也比过去便利的多，二人在正式订婚之前有更多的机会相处，就让婚姻比以往多了感情基础。

孙荣华明显感到，这些自由恋爱的婚姻和她那时候的包办婚姻不同。作为媒人，她常给自己以前保媒的夫妻劝架调和，由于婚前缺少互相了解，“成天互相嫌弃”。

可她看到这些自由恋爱的年轻人，“有上大学的，从大一开始谈恋爱，谈到大四毕业，都知根知底了。”相比包办婚姻，“俩孩子有共同语言”。

很多新鲜事儿孙荣华过去做梦都想不到。村里一个大姑娘，上学读书遇到了个小伙子，在公交车上给她让座，俩人聊得投机，互换了联系方式，“一来二去就好上了”，现在孩子都生了两个。

还有个姑娘，几年前就已经订了婚，但她对未婚夫不满意，坚持要退婚。家里父母不同意，嫌丢人现眼，这姑娘就自己拖着订婚时收下的彩礼，一件一件地运回了男方家。

孙荣华说，这种事在过去都是不可能发生的。也许是当了多年媒婆，长期帮人谈彩礼价码的缘故，孙荣华承认自己是个现实的人，家族中的孩子们出去读书，她都会抓着孩子絮叨，上大学谈恋爱可以，对对方必须知根知底，“要是男孩子追你，你得问他，你家有房子没？能就业不？要是啥也不是，绝对不能答应。”

可不是所有的孩子都买她的账，有人故意拿话怼她，“我要是爱上他了，我不管他穷富，我就要跟他去！”

虽然乡村婚恋观发生了翻天覆地的变化，但孙荣华说，自己干的这摊活儿还是有市场的。比如说现在每个村里都有至少三五十号光棍汉，二十八九岁在农村已经算大龄，更有些拖到五六十岁还一直打光棍。“人也不是歪瓜裂枣，可家里没钱，自己又不会处对象，又没有人给说媒，怎么找媳妇？”

天津一男子争抚养权不成杀前妻 孩子目睹全过程

2018-02-24 每日新报 张家民 等

https://news.html5.qq.com/share/185540292379374903?ch=001837&dataSrc=205&docId=185540292379374903&sc_id=I9W76tC&share_count=2&showAttach=0&showDate=1&tabId=0&tagId=0&url=http%3A%2F%2Fview.inews.qq.com%2Fa%2FHTC2018022400802000

本报讯【记者 张家民 通讯员 藺雯婧 王勇威】俗话说“一日夫妻百日恩”，但尹某在与妻子高某离婚后，却因孩子的抚养权问题与妻子反目成仇，并将高某杀害。近日，宝坻区人民检察院依法以涉嫌故意杀人罪对犯罪嫌疑人尹某批准逮捕。

犯罪嫌疑人尹某与被害人高某结婚后，两人因性格不合经常吵架，最终选择在2017年夏天协议离婚。之后，高某带着女儿与第一任丈夫张某复婚并一起经营一家小饭店。离婚后，尹某曾多次找到高某，要求高某或与其复婚，或将女儿交给自己抚

养，均遭到高某的拒绝。2017年11月份的一天，犯罪嫌疑人尹某持刀窜至高某经营的小饭店内，与高某因复婚及孩子抚养问题发生口角，情绪激动之下尹某持刀将高某杀害。当时他们俩的孩子亲眼目睹了这起惨案的发生。在这起案件当中，最可怜的莫过于高某那年仅5岁的女儿。相关承办人主动联系宝坻区检察院控告申诉检察部，建议对其进行司法援助，并建议相关单位对其进行心理干预及心理疏导，希望小女孩早日走出心理阴影，健康成长。

(每日新报)

海外华人注意了！中国正在严查这一灰色地带

2018-02-28 华人生活网

<http://mp.weixin.qq.com/s/vpys0yBx0Xgb1SkXuFBuiw>

春节前夕，中国驻英国大使馆在其官网上公布一条“特别提醒”让一些继续持有中国身份证件的外国公民充满了危机。拥有双重国籍是不少海外华人间“秘而不宣”的事实。这则提醒重申中国不承认双重国籍，中国驻英使领馆将对有关证件进行注销或宣布作废处理，有关人员将被拒签或拒绝入境。

据报道，虽然这则信息很简短，但却令身处美国东南部的美国公民赖恩不寒而栗。赖恩是一名30多岁的牙医，仍持有中国护照。他生于中国且仍经常返华看望家人，但他表示担心再次返回时或将被剥夺中国国籍，“我的中国护照将在两年内过期，现在我真的不知道该如何处理父母的房产。我还曾打算让孩子到中国公办学校就读。”



华人中有不少像赖恩这样为留学、就业、家人而离开祖国，成为其他国家护照持有者但并未放弃中国国籍的人。他们以各种理由继续持有中国身份证件并更新中国护照，以便更容易在华买卖房产、把子女送入中国学校并享受中国的医疗服务。

据有关人士分析，如今中国有关机构正严查双

重国籍的灰色地带，分析人士称，此举与**追查贪官非法所得的专项行动**不无关系。

现行的中国《国籍法》规定，中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍；**自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍**。这也就意味着他们需要**放弃中国户口**，而户口又是能享受中国政府提供的住房补贴、退休金、就学和医疗服务



等各种福利的关键依据。拥有中国身份证还能简化投资、继承和拥有房产等手续。

近年来，中国政府加大对双重护照持有者的管控力度。2013 年至 2014 年 6 月，中国公安部已在全国范围内**稽查违反规定持有户籍者**，注销包括双重国籍在内的户口 **106 万个**。



目前尚无有关中国公民拥有双重国籍的明确数字，但联合国经社部表示，1990 年至 2013 年，来自中国的国际移民人数已**从 410 万增至 930 万**，成为全球第四大国际移民来源国。双重护照持有者利用各种方式在不被发现的情况下进出中国。一名在华出生、在纽约生活的美国公民说，他许多朋友继续拥有中国护照的一大原因，是**中国公民比外籍人士在华经商更容易**。

有新加坡南洋理工大学拉惹勒南国际关系学院学者表示，北京出于多种原因打击双重护照持有者，“第二国籍正为贪官提供保护，使中国反腐行动难度加大”。另一原因可能是，此举有助于**确保那些针对海外华裔赴华投资的激励措施**，能让合格的人受益。

回顾历史可发现，在 2003 年以前，中国公民必须消掉户籍才能获得出国许可，回国后，又需拿着证明把户籍恢复。直到 2003 年，中国公安部宣布**取消出国、出境 1 年以上人员注销户口的规定**。也正是此规定，给双重国籍带来方便和可能。

据报道，早在 2005 年，就有代表在中国“两会”上提交议案，建议中国承认双重国籍。**随着出国和移民人数猛增，2009 年，中国外交部决定正视双重国籍的困扰**。当年 2 月，外交部要求 2007 年以后变更国籍的中国移民在办理中国签证时必须交回原中国护照，并由签证官注销。两本护照名字不一的，则会被记录在案，但中国国内的公安机关并无通畅渠道获取这一信息。



除了堵住“更名入境”的漏洞，中国警方也开始在**身份查验**上发力。从 2009 年左右开始，**人像比对技术**被应用到出入境人员的管理当中。正是这一年，来自广东并在 2006 年定居加拿大魁北克、获得该国国籍的黄先生到当地公安局办理续签时，遭到工作人员的盘问，双重国籍的身份被发现。原来，办理续签过程中，工作人员发现黄先生和当地另一居民的形象高度相似。“照片要是差别大点就好了，比较倒霉。”黄先生说。

2014 年 7 月 15 日，中国政府严查双重国籍的规定出台，此举也在海外华人中引发了一番热议。

当时规定出台后，很多华裔民众就表示，现在中国政府铁腕反腐，重击贪官污吏，应当全力支持；就中国目前坚定的反腐态势和打击国际犯罪来讲，该规定来得正是时候。

一些民众在表示理解的同时，也表达了不同的声音。住在弗吉尼亚州东部的华人居民任航来美国将近16年。他说：“我身边的确有一位已入籍但仍保留中国有效身份证和户口的朋友，规定出台给他们以后回国带来一些不便。”任航说的不便，包括在中国置房、投资要面临严格的审查、繁琐的手续和高昂税金，还有医疗、孩子上学等诸多问题。

还有一些老人有他们的顾虑。82岁的华裔居民李秀兰说：“我们这些在国内工作了一辈子，退休后来美国帮儿女带孩子的老人，早晚还是要回去的。当初入籍是为了减轻子女的经济负担，后来发现**入籍后返华定居手续比较繁琐，看病也麻烦……**”李秀兰在马里兰州银泉市(Silver Spring)生活了近10年，3年前入了美籍，她的丈夫持有绿卡。对于和李秀兰有同样境遇的老人，是抱着侥幸心理用中国户口“落叶归根”还是选择注销身份，陷入尴尬境地。

另一位住在华盛顿的老人葛多说，“我们入籍并不代表不爱祖国。中国出台的各种政策，都有他的实际考虑和意义。作为海外华人，我非常希望中国越来越好。也渴望中国政府在制定政策的时候能多听听我们的声音，了解华人的切实需求，提供更多便利。”此外，还有一部分民众担忧，**此次中国政府清理双重国籍，是否在将来也会制定政策，针对那些拥有其他国家永久居留权的群体。**



中国“绿卡”

严堵双重国籍的同时，中国应对外籍人员居留

问题的手段日渐科学。早在2004年，中国就仿照美国等国家推出了自己的“绿卡”制度，但因严格的限制，2011年底批准的人数仅为4752人，而同期常居中国的外国人数量近60万。随后，中国公安部宣布**扩大绿卡签发对象，可被视作严堵双重国籍之外的配套措施。**

据中新社报道，2013年中国开始放宽外籍人员赴华政策，出台了《外籍高层次人才来华提供签证及居留便利有关问题的通知》，**对于无法在中国申请“绿卡”的人员，可办理2至5年有效的外国人居留证件。**

到了2015年，上海、北京、广州、福建开始了新一轮“绿卡”制度改革，如北京中关村示范区出入境20条、上海科创中心出入境政策“新十条”、广东自贸区16项出入境措施等。其他省市如天津、辽宁、浙江、湖北等地的自贸区及全面改革创新示范区，也就京、沪、粤试点经验进行推广复制。

其中，**外籍华人获得专属条款，为其归国创新创业提供了突破性的出入境和永久居留便利。**如北京、上海对具有博士学位的外籍华人提供永久居留渠道，广东对广东籍外籍华人提供**5年多次出入境签证**等。

此后一年，中国“绿卡”获得人数大幅提高。公开数据显示，2016年公安部批准1576人获得中国“绿卡”，和2015年相比增加了163%。截至2016年，中国“绿卡”获得者人数破万。

从2017年6月16日起，中国公安部签发新版中国“绿卡”，将原有的“外国人永久居留证”更名为“**外国人永久居留身份证**”，凸显身份证明功能。

有报道称，海外华人华侨关注的热点问题，中国政府相关机构正在研究、制定解决方案。海外华人希望有关政策不断完善和人性化，也相信中国政府可以为他们提供贴心、放心的服务，让游子们的回家之路不再“曲折”。

文/综合侨报网报道

权威预测：青少年司法专业社工会很快多起来！

2018-02-28 少年法学苑 共青团新闻联播

<http://mp.weixin.qq.com/s/4FsnplcgQDnOwk0m4P3QGw>

未成年人案件如何处理？谁来教育挽救涉罪未成年人？未成年被害人又该如何保护和疏导？一则协议的出台，为这些问题的处理提供了一种更周全的模式，同时随着协议变成现实，一支特别的队伍也会不断壮大。

先来看两个关于未成年人的故事

01

2012年5月27日下午，当时未满18周岁的李村等3人盗窃了一辆红色的速卡迪SK150型两轮摩托车。他们把车停在经开区一工厂的门口后，便各自回家，次日，发现车已不知去向。

两个月后，警察找上门来。李村自知案发，交代了作案经过。

了解到案件后，来自重庆市长寿区人民检察院的乔璟璟，和另外3名检察官组成了该院的“莎姐”团队，对李村进行帮扶。

讯问中，李村对盗窃事实供认不讳，表示非常后悔。他说，自己因患病而辍学，自己盗车最初是想有“上班的交通工具”，家里为了治病花了不少钱，这次不想再花家里的钱。

取保候审后，李村与其家属主动找到失主董某，当面赔礼道歉并赔付了2000元。和解协议书中，董某表达了谅解李村的意愿，请求对他从宽处理。

2013年1月4日，修订后的刑事诉讼法开始实施的第一个工作日，李村成为我国第一个按照附条件不起诉制度而被附条件不起诉的未成年人。

该院对李村设置了6个月的考察期。考察期间，乔璟璟曾身着便装，以李村“姐姐”的名义前往李村所在公司“暗访”，得到“表现不错”的反馈。

4年多来，李村履行了承诺，没有犯罪记录。

02

家住福建省莆田市的小龙，由于母亲有虐童的现象，所以生活中经常被打。每天处于极度恐慌之中、经常挨饿受冻的小龙告诉社工“不想活了”。

福建省莆田市阳光青少年事务服务中心主任郭艳了解到情况后，当时派了两名资深的社工到小龙家走访。

可是，小龙的母亲还会时不时打小龙、拿他当出气筒。即使派出所多次介入，还是不能制止她虐童。后来经多部门商讨，决定帮助小龙转移监护权。

但在实际操作中，监护权转移并没有那么容易。监护权撤销制度自民法通则1987年1月1日施行即已确立，并在2006年12月29日写入修订的未成年人保护法，但是司法实践尚处于起步阶段。

“很多细节没有规定，如何转移、由谁来接管，我们进行了很多次论证，前后跟进了3年多。”让参与者欣慰的是，2014年7月4日，福建省莆田市仙游县人民法院法官当庭宣判，撤销林丽某的监护人资格，另行指定梧店村村委会担任小龙的监护人。

阳光青少年事务服务中心对仙游县受母亲虐待儿童小龙的帮扶个案，也成为国内公开司法判例中首例通过第三方介入转移监护权的案件，列入最高人民法院指导性案例。

事实上，在现实生活中，像这样帮扶未成年人的故事还是不够多，主要原因是青少年事务社工、特别是青少年司法专业社工队伍太少，力量太弱。

可喜的是，2018年2月9日，在中央综治委预防青少年违法犯罪专项组全体会议上，最高人民检察院、共青团中央共同签署了《关于构建未成年

人检察工作社会支持体系的合作框架协议》。这样一纸协议,将会明确青少年事务社工以及青少年司法专业社工在其中的位置,这支队伍也会更加壮大!



那么这份协议提出了怎样一个社会支持体系呢?

- 1、推动未成年人检察工作实现刑事、民事、行政领域全覆盖,既教育感化挽救涉罪未成年人,又保护未成年被害人。
- 2、建立未成年人司法社会服务机构,“一门受理”检察机关、共青团的工作委派,提供相关社会服务,或转介至相关职能部门、社工机构实施。
- 3、以未成年人检察工作为突破口,推动未成年人警务、审判、矫正工作有效衔接,完善办理未成年人案件配套工作体系。

其实,在协议出台前,各地一直也在尝试这种未成年检察工作的社会支持体系。

■ 北京:“共青团+社工”创新基层青年服务

2010年以来,北京团市委努力为青年打造“一个好玩的俱乐部,一个靠谱的朋友圈”,配备专职社工社区青年汇应运而生。

同时,随着青少年社工队伍的不断壮大,北京团市委孵化成立了北京厚德社工事务所并主导成立了北京青少年社会工作协会。



■ 上海:“政社合作”创新实践青少年事务社会工作

2003年,上海市综治委以“政社合作”的创新理念推进预防和减少犯罪体系建设,上海团市委下设了上海市社区青少年事务办公室,并推动成立了上海市阳光社区青少年事务中心(以下简称阳光中心)等专业社会组织。

阳光中心按照市、区、街(镇)三级管理模式分别设立总部、社工站和社工点,建立了一支500人、覆盖全市的专业社工队伍。十余年来,上海青少年事务社工在预防和减少青少年犯罪工作中发挥着越来越重要的作用。



■ 山东

2014年12月烟台市微泉青少年事务服务中心成立,这是由团烟台市委指导成立的民办非企业单位。成立之初,该中心就明确了“青少年成长关爱服务、青少年友好社区建设、青少年司法社工”三大青少年服务系列。

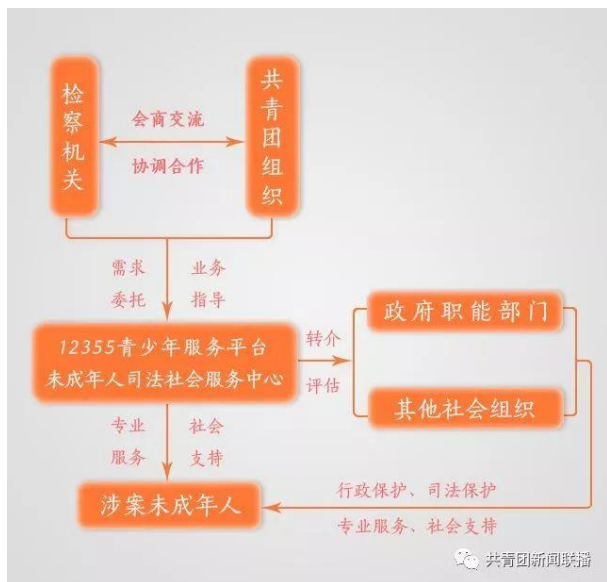
自成立以来,以外来务工子女、农村留守儿童、涉罪未成年人、服刑人员家庭青少年、吸毒人员家庭青少年等8类青少年为主开展服务,已累计服务青少年两万余人次。

在《关于构建未成年人检察工作社会支持体系的合作框架协议》中,最高检和共青团中央还提出了双方的合作内容、合作形式以及配套保障等。

合作内容

- ① 推动检察机关未检工作机构建设。
- ② 培育扶持青少年司法专业社工。
- ③ 加强青少年法治教育和犯罪预防。
- ④ 完善未成年人司法救助体系。
- ⑤ 建立个案介入和处置机制。
- ⑥ 加强困境未成年人等群体关爱保护。
- ⑦ 推动完善相关法律与政策。

合作形式



配套保障

- 建立会商研讨、干部交流等合作机制。
- 加强青少年司法社工业务指导和培训交流。
- 完善财政资金、社会资金等多渠道投入机制。
- 制定社会力量参与未成年人司法保护政策文件。

专家点评

未成年人司法改革进入新时代



姚建龙

上海政法学院教授、博士生导师

这一始于未成年人检察的改革将完美综合司法体制改革和群团改革,实现专业化办案与社会保护的配合衔接,充分发挥共青团作为群团组织、未成年人保护委员会办公室单位(在全国绝大多数省市)、综治委预防青少年违法犯罪专项组组长单位的优势,按照“一门受理”的思路,实现未成年人检察社会支持体系的专业化、规范化和共享化。

按照制度推动者的设想,从未成年人检察切入只是开始、示范和支点,这一构建未成年人司法社会支持体系的努力,还将拓展到未成年人审判、未成年人警务、未成年人司法行政等未成年人司法的全过程,并且还将逐步拓展至儿童福利体系和整个未成年人保护体系中去。其远景目标是形成国家与社会良性互动、互补的未成年人保护二元制度格局。

未成年人司法不应是司法官包揽一切的“全能司法”。正是在这个意义上,社会支持体系的建设状况是检验一个国家未成年人司法制度现代化程度的标尺。如果说自1984年上海市长宁区人民法院建立新中国第一个少年法庭以来三十余年,我国未成年人司法改革的重心在于推动公检法司建立未成年人司法专办机制上,那么以《合作框架协议》签署为标志,我国的未成年人司法改革将正式进入未成年人司法专办机制与社会支持体系建设并重的新时代,具有历史性重大意义。

搭建社会支持体系： 未成年人司法保护的着力点



席小华

首都师范大学教授、北京青少年社会工作研究院执行院长

司法保护是未成年人权益维护和犯罪预防工作的重要组成部分。多年来，社会支持体系不完善已经成为影响涉罪未成年人司法保护成效的重要桎梏。最高人民检察院、共青团中央签署《关于构建未成年人检察社会支持体系的合作框架协议》，其势必对完善我国少年司法保护制度产生重要影响。

未成年人司法保护社会支持体系的搭建需要多种社会资源的参与和介入，而社会工作者的参与则是不可缺少的组成部分。众所周知，社会工作者秉持“利他主义、助人自助”等价值理念，具有系统的社会学、心理学、教育学等学科知识与社会工作专业方法训练，其在实现涉罪未成年人的教育矫正和权益维护，链接多种资源回应和解决服务对象的困境和需求方面具有独特的专业优势。

社会工作参与未成年人司法保护，需要开展诸多服务，其中既涉及到针对涉罪未成年人的服务，也涉及刑事犯罪被害未成年人的服务；既涉及未成年人刑事司法过程中的各类服务，也涉及民事司法过程中的观护服务。社会工作者和基层司法工作者在锐意实现微观服务成效的同时，更需要处理服务衔接机制，外部资源链接等中观层面的各种问题。伴随着服务的不断推进，更需要建立一整套专业服务标准与服务机制。总而言之，这项探索对行动者和专业能力和实践智慧将提出严峻挑战，需要行动者给予一一破解。

本世纪初以来，在没有具体政策支持的情况下，部分基层司法机关、共青团组织和社会工作者已经开始探索完善未成年人司法保护社会支持体系的路径。然而，全国各地的实践情况参差不齐。

《协议》的签署，加之后续检察机关、共青团组织的大力推动，以及社会工作专业的积极参与和支持，一定会迅速提升我国未成年人司法保护的质量和水平，为孩子的健康成长撑起一片蓝天！

相信随着这一协议的落地实施，青少年司法专业社工会很快多起来，未成年人保护的队伍会越来越大！

保护未成年人合法权益
我们一直在路上

六、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

昔日情侣对簿公堂：非婚赠与中物权变动与原因行为的法律评析

原创 2018-02-01 最高人民法院司法案例研究院 李伟

<http://mp.weixin.qq.com/s/sZg LH3mxgvZlCfXaj0TepQ>

01 案例回顾：

昔日情侣明算账，对簿公堂索钱财^[1]

王先生与刘女士于2017年2月份婚恋网相识后双方添加彼此为微信好友，后于2017年4月双方在河北省见面并开始同居生活至2017年6月，期间为刘女士购买了项链和吊坠，共花费7000余元。因刘女士需要购买太阳能热水器，王先生称其给刘女士购买并于2017年4月购买太阳能热水器一台。因刘女士在异地上班，王先生又于2017年6月为刘女士购买电动自行车一辆，于2017年6月购买电磁炉一台。奈何两人缘分已尽，之后双方结束恋爱关系。王先生认为自己在感情中付出了很多，于是通过法院向刘女士主张恋爱期间自己的开销费用。

法院经审理认为，双方存在赠与关系，赠与人享有撤销权。但本案赠与人并不符合赠与撤销权的行使要件，不能撤销赠与，因而驳回了王先生的诉讼请求。

无独有偶，这类看似奇葩的分手后索回开销费用的案件，在审判实践中多有发生。如“刘某诉谭某某返还原物纠纷案”中，谭某某在恋爱期间为其女朋友刘某购置一部车辆，交付给刘某并登记在刘某的名下后，一直由刘某使用。后刘某出国，将汽车交给谭某某保管。分手后，双方就汽车的所有权归属争执不清，各执一词。刘女士向法院提出返还原物之诉，而谭先生则提出自己才是汽车的所有权人，双方只是借用关系。

这类案件的核心争议焦点是恋爱期间一方为另一方购买的动产或不动产的行为究竟属于什么性质？如果只是情谊行为，那么法律就不应轻易干涉。如果属于借用关系，那么法院就应当支持原告的请求。如果是赠与关系，问题就相当复杂了。它涉及到赠与人的撤销权、赠与行为与物权变动的关系以及非婚赠与下原因行为的正当性等问题。

02 案例评析：

恋爱关系中一方给与另一方财物 属于赠与关系还是情谊关系

私人之间交往的事宜，并非一概交由民法调整。男女交往涉及人的自由与社会伦理等私密领域，法律制度一般不会进入其中。换句话说，除非有足够正当的理由，恋爱双方的交往行为不宜定性为法律行为。此处本该交由无法律约束力的情谊关系调整，但因为在恋爱关系中出现了财产纠纷，由此就有了法律干涉的可能性。法律行为与情谊行为迥然不同，但在此特殊情境下，却并不是泾渭分明的关系，由此需要判例与学说共同努力，探明恋爱中一方给与另一方财产的行为性质。

赠与关系虽然与情谊关系从字面意思上来看都有“恩惠”之意，但在法律意义上却相差甚远。情谊行为虽然常常以“合同”的形式存在，但由于缺乏法效意思，难谓当事人自受法律约束，因而不会受到私法自治原则的调整；赠与关系属于双方法律行为，即双方达成了一项赠与合同，使赠与人负有无偿移转财产权利给受赠人的义务。从实证法意

义而言,赠与关系直接受到我国《合同法》第185条至第195条的调整。法院在此类案件中都会把一方给与另一方财产的行为认定为赠与关系,但说理力度却显得差强人意。如(2013)一中民终字第06415号民事判决中,北京一中院并未对谭某某给与刘某的财产的行为进行充分说理后再定性,而只是凭谭某某诉讼中的自认得出双方存在赠与关系。其实这并非法官审判技术不高,而是因为恋爱关系中的赠与行为,法效意思并不明确,一方多基于倾慕之情或者其他外部难以辨别的效果意思而转移财产,很难百分之百被评价为双方达成了一项赠与合同。虽说动机是私法的禁忌,但一项行为只有动机,却难以辨别当事人的效果意思时,认定双方之间存在法律关系就显得格外困难。要认定恋爱中双方行为构成了赠与,除了司法判例倒逼形成的习惯确信外,还可以从赠与财产的类型与价值、由此产生的法益风险、社会共同的生活经验等因素判断。

03 物权变动与赠与人任意撤销权的关系

天下没有白吃的午餐,这是市场经济中颠扑不破的真理。因而比起有偿合同,法律特别优待赠与合同中的赠与人,赋予了他一定的反悔的权利。赠与人可援引《合同法》第186条的任意撤销权、第192条的法定撤销权及第195条的穷困抗辩权,来切断自己的义务或者主张返还财产。其中第192条与第195条虽然对于赠与人而言更为有利,但却有严格的适用条件,因而第186条在这类纠纷中更具说明意义。《合同法》第186条第1款规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”也就是说,一般情况下,一方想要不再受到赠与合同的约束,必须在权利移转前反悔。具体到案件中,如果一方赠与珠宝项链等动产,则有权在交付之前“反悔”,至于现实交付还是拟制交付,均非所问;如果一方赠与另一方房屋等不动产,则交付房屋钥匙或者另一方入住后,赠与人仍有“反悔”的权利,只有进行产权变更登记后,这种任意撤销权才会消灭。上文提及的“刘某诉谭某某返还原物纠纷案”

中,谭某某赠与刘某了一辆汽车,汽车属于特殊动产,仍应当以交付为标准,登记只是起到了对抗善意第三人的作用。这里需要注意,假设谭某某将汽车登记在刘某名下,但未将车辆交付给刘某,此时谭某某仍可以主张撤销赠与,而刘某则不能以车管所的登记为依据对抗谭某某的主张。



图:不同的财产赠与适用不同的规则

04 延伸思考:

非婚赠与下的物权变动与原因行为

在审判实践中,恋爱关系中给与财产的行为几乎都被法院认定为赠与行为。且一方往往已经移转了财产权利,而不能请求撤销赠与。但赠与人索回赠出财物的途径并非只限于《合同法》,《婚姻法司法解释二》为一种特殊的男女关系中的赠与人提供了救济手段。该司法解释第10条规定:“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的,如果查明属于以下情形,人民法院应当予以支持:(一)双方未办理结婚登记手续的。”质言之,恋爱双方是基于结婚为目的而赠送彩礼,即使彩礼已经交付或者登记,只要最后双方未办理结婚登记,那么当事人有权撤销赠与合同,请求返还原物。在(2017)黑0281民初第4178号判决中,原告张某与被告韩某按照当地习惯举行了婚礼,但未到民政局登记结婚,后感情破裂分手,原告请求被告返还原物给付的彩礼款30,000元。法院支持了原告的诉讼请求。



图：赠与财物被认定为彩礼后法律效果迥异

实际上，《婚姻法司法解释二》第10条将债之关系因目的不达而消灭引入到了赠与合同中。即恋爱双方如果是基于结婚为目的进行赠与的话，嗣后双方并未结婚，这时合同目的落空，合同关系终止。合同关系终止后，先前的物权变动不再具有正

当性，赠与人有权行使返还原物请求权或不当得利返还请求权。因而《婚姻法司法解释二》赋予赠与人的权利十分强大，一旦恋爱关系披上了《婚姻法》的色彩，那么双方财产变动的关系又会受到公序良俗等法律伦理因素的再次调整。赠与关系与情谊行为、恋爱关系与准婚姻关系，四个因素在不同的案件下组合在一起，各自在私法上的意义也是不尽相同的。（作者单位：中国政法大学民商经济法学院）

1. 具体案件详见：北京市第一中级人民法院（2013）一中民终字第06415号民事判决，案件来源：北大法宝网；北京法院网：案件快报“昔日恋人分手后对簿公堂 起诉偿还馈赠礼物被驳回”，<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2017/12/id/3100321.shtml>，最后访问时间：2018年1月6日；黑龙江省讷河市人民法院（2017）黑0281民初第4178号判决，案件来源：北大法宝网。

冉克平：夫妻之间给予不动产约定的效力及其救济 ——兼析法释〔2011〕18号第6条 | 民商辛说

2018-02-06 天同诉讼圈 冉克平

<http://mp.weixin.qq.com/s/OpHpjNI1LWuN4GkcFE7wjA>

辛正郁按：伴随民间财富快速积累增长、婚姻家庭关系深层转变，身份与财产交叉领域的法律问题引致理论界持续关注、实务界普遍困扰。持续多年的相关讨论中，应已取得的共识是，要深挖财产法一般规则的基本意涵、适用场景，统筹身份法特殊规则的配置目的、特有功能。此外，以法学之外的视角，增加审视和评价路径，亦有助观点主张的多维检阅印校。

近期，冉克平教授、陆青副教授分别就“夫妻之间给予不动产约定的效力及其救济”“离婚协议中的‘赠与子女财产’条款研究”题发表专论，殊值细细研读体会，亦必能引领诸君展开深入思考。承蒙授权，“民商辛说”分别推送两位学者的文章，

以飨读者。

注：本文发表于《法学》2017年第11期，推送时注释从略



文/冉克平

武汉大学法学院教授

内容摘要：夫妻共同体属于情感式和非计算性的结合，夫妻之间给予不动产或其份额的约定通常是为了实现、维持或保障夫妻共同生活，与纯粹理性人的可计算行为有别。该约定通常不应认定为赠与，而是属于夫妻财产制契约。夫妻财产制契约

一旦生效即可发生不动产物权的变动,但不得对抗善意第三人与配偶的继承人。接受不动产给予的一方实施背信弃义的行为时,给予不动产的一方可以在离婚之时,人民法院可以类推适用情势变更规则对该约定予以变更或者解除,使其获得适当的救济。

关键词: 给予 不动产 赠与 夫妻财产制契约 登记对抗 情势变更

一、问题的提出

近年来,随着不动产的价值在家庭财产中日益重要,夫妻之间就婚前与婚内的单独所有或共有的不动产给予另一方,对不动产的所有权或份额进行约定的现象屡见不鲜。然而,由于普通人通常并不通晓法律,在约定时夫妻双方往往以“送给、给予、分割”或者“由双方共有”等字眼表达不动产或其份额的变动状况,由此产生法律上的疑义。

学说与实务上对此类约定存在三个疑问:(1)夫妻间给予不动产约定的目的与性质如何?从形式上看,由于夫妻之间给予不动产的约定并不包含金钱上的对价,这与赠与合同的无偿特征极为类似。如丈夫甲与妻子乙约定,将甲单独所有的不动产份额给予乙而成为甲乙共有财产,乙无须支付相应的金钱。在尚未办理变更登记之前,若是认为该约定属于赠与合同,依据(法释〔2011〕18号)第6条,则甲在移转权利之前有权撤销该赠与;反之,若是认为该约定属于《婚姻法》第19条规定的夫妻财产制契约,则乙可以要求甲履行不动产变更登记手续。(2)夫妻之间给予不动产约定的效力如何?在未登记之前,该约定能否发生不动产物权变动的效力?对此学说上分歧明显。进而在体系上,该约定是属于基于法律行为的物权变动抑或非基于法律行为的物权变动?(3)在夫妻之间达成给予不动产的约定之后,若是接受不动产的一方违反夫妻忠实义务或者请求立即离婚,给予不动产的一方能否获得妥当的救济?

夫妻之间给予不动产的约定问题,涉及合同法、

物权法与婚姻法的交叉领域,学说分歧明显且极易给审判实践造成认识上的困难,从而导致同案不同判的违反正义之现象。笔者不揣浅陋从社会学的角度出发,对夫妻之间给予不动产约定的目的、性质、效力及其救济等进行探讨,以期达到抛砖引玉的效果。

二、夫妻之间给予不动产的行动目的分析

所谓夫妻之间给予不动产的约定,意指已缔结或即将缔结婚姻的男女之间,就一方的不动产所有权转让给另一方或与另一方共有,或者将双方共同所有的不动产份额分配给另一方或者增加另一方的共有份额的合同。我国《婚姻法》第17条所确立的法定财产制是婚后所得共同制,因而夫妻之间给予不动产的约定通常表现可以表现为以下四种情况:(1)夫妻一方将婚前或婚后单独所有的不动产约定为夫妻共有财产;(2)夫妻将共有的不动产约定为另一方单独所有;(3)夫妻一方将婚前或婚后单独所有的不动产约定为另一方单独所有;(4)夫妻将共有的不动产约定为不同的比例按份共有。

夫妻之间给予不动产的约定的典型特征为:一是通常发生在夫妻婚姻关系存续期内,也可能发生在即将结婚之时,后者则以男女双方结为夫妻为生效要件;二是接受不动产给予的配偶一方无须付出相应的金钱对价,因而在形式上表现为“无偿性”;三是该合同的性质属于财产行为,表现夫妻双方对特定不动产归属的改变。有学者认为,有关夫妻财产的约定属于附随的身份法律行为,以婚姻关系的成立为条件。实质上,尽管夫妻之间给予不动产的约定以婚姻关系为基础,但其以财产关系的设立、变更或终止为内容,而非导致亲属身份关系的变动,因此该约定应为财产(契约)行为而非身份行为。

夫妻之间给予不动产作为一种社会行动,必然存在着某种行动的“动机”或者“目的”。“动机”就是意向的相互关系,在行为者本人或观察者看来,这种意向的相互关系似乎是一种举止的意向上的“原因”。动机理论不仅解释了每个物种(包括人

类)普遍的“运动或者行为”模式,而且也解释了每个物种中不同个体的喜好和行为。通过解释夫妻之间给予不动产的行为动机,有助于准确把握适用于该行为的正当行为规则。笔者认为,夫妻一方将不动产给予对方的行为,常常是希望对方在婚姻家庭关系上能够继续或者开始奉献更多的贡献和力量。概言之,夫妻之间订立无偿给予不动产合同的目的,通常是为了维系、巩固乃至增进夫妻感情与家庭幸福,以构建夫妻共同生活。主要理由如下:

第一,夫妻共同体的构建倾向于利他主义的合作而非利己主义的计算。亚当·斯密《国富论》中曾经指出,人们在市场交易活动中总是自私的,交易的一方不是利用相对方的利他主义之心,而是利用相对方的利己主义之心来达到自己的目的。“通过”看不见的手“,人们不仅可以满足自己的需要,而且可以使资源和劳动的配置得到优化,进行实现社会利益的最大化。然而,一般认为。在家庭内部利他主义却是十分重要的。亚当·斯密对此认为:“每一个人都会比其他入更敏感地感受到自己的快乐与痛苦……除了他们自己以外,通常与他们一起生活的家庭成员,配偶、父母、子女等,都是他们最为钟爱的对象,也就自然地经常成为对他们的幸福或者痛苦有着最大影响的人。”在现代家庭关系之中,夫妻共同体成为家庭关系的主轴,是家庭与社会相互联系的路径。男女双方缔结婚姻的主要后果就是构建夫妻共同生活,这不仅是婚姻的本质内容,而且是形成夫妻共同体的标志。夫妻共同生活包括男女双方在精神和心灵的结合——配偶在人身上的联系正是通过夫妻共同生活表现于外,常常还会从各方面影响到夫妻双方的财产构成。婚姻作为核心家庭的关键纽带,以婚姻双方的情感依赖为重要基础,在形成夫妻共同体之后,婚姻双方的个性随之减弱。反之,合作意识在珍视和培养情感依赖的过程中得以优化。基于夫妻情感上的利他主义而形成的合作意识,必然对夫妻之间法律行为的方式、性质、目的等产生重大的影响,使之不同于市场交易的利己主义法则。

第二,夫妻之间的财产关系受伦理道德的规制,与纯粹的财产关系有异。自近代以来,随着人类社会之中商品经济的支配地位日益广泛,以及男女平等思想的广泛传播,传统意义上以家长制为核心的家庭关系,包括人身关系及处于附属地位的财产关系受到市场法则的波及而逐渐解体。有观点认为,现代家庭法解读起来不再像描绘一个虚构的、自然伦理的生活关系,而是如同一个社团章程,在该章程中涉及名称、登记、婚姻事务执行权、家庭内部的收入平衡与清算程序。据此而言,婚姻家庭关系已被外部的财产关系完全同化,两者在本质上已经没有差异,在法律的适用上不应存在区别。然而,这一认识并不符合婚姻家庭内部法律关系的实际。家庭法律关系的本质则是对于不完整的自身的补充,它是一种自然关系,此自然关系超越人类本质的界限。因此,对于家庭关系而言,它同时具有三种不可分离的统一形态——自然的、伦理的、法的。由此,家庭关系中只有一部分内容具有法律性质,并且,这样三种性质在家庭关系中并非等量齐观。夫妻共同体的内容与效力与伦理及社会习俗密切相关,属于典型的初级联合体,双方表现的是全方位的人格投入,成员之间的关系属于情感的、不可计算性的结合,其他人不容易替代;与之不同的是,法人、合伙等经济团体是典型的次级联合体,其成员只是投入了与经营事项相关的人格,成员之间的关系属于理性的、可计算性的结合,其相互关系可以取代。因此,对于夫妻之间的财产关系,必须考虑其受夫妻人身关系制约的社会现实。

第三,夫妻之间给予不动产的行为主要不是一种经济交易,而是一种夫妻共同体之间情感和人际关系的表达。从人类学的角度看,夫妻之间具有极为密切的人身关系,双方的财产给予行为不能以“经济人”的假设为基础,这就如同大多父母并不会对他们花费在子女身上的每一笔钱记账,他们所希望的是孩子们会尊重他们的文化传统,这其中包括了他们对父母的爱、尊敬、忠诚和其他对父母应尽的义务。在双方存在极为密切的亲属关系的背景

之下,一个人对另一个人给予财产,虽然不期望得到具体的或者即刻的回报,但是并非没有任何期待。夫妻一方通常是为了实现、安排、维持或保障双方的婚姻共同生活而给予另一方不动产或其份额,这就意味着,该不动产给予的约定并非是无偿的,而是夫妻双方共同生活的结果或者预期。例如,丈夫在外工作,妻子料理家务多年,前者给予后者的不动产或其份额,代表他们在分工基础上的共同价值创造。比较而言,纯粹市场行为与夫妻共同体之间的行为相比,前者社会行动本身的指向乃基于理性利益的动机,无论是目的理性或价值理性,以寻求利益平衡或利益结合;而后者可能建立在许多不同的情感性、情绪性或传统性的基础之上,社会行动的指向建立在参加者主观感受到的互相隶属性上。在德国法上,即使不存在对等的给予,判例中也很少将夫妻间的给予行为认定为赠与,而是依据夫妻双方的行为意图,将其视为“以婚姻为条件的给予”,从而不适用有关赠与的规定。依据德国联邦普通法院的观点,只要配偶一方以结婚为目的,并且为了实现、建立、维持或保障婚姻共同生活而让另一方获得财产,并且期待自己可以在婚姻生活中共享该财物及其孳息的权利,就构成以婚姻为条件的给付。

因此,有关夫妻间无偿给予不动产的约定,既与未婚男女双方因婚约的成立而给予不动产的约定不同,也与发生婚姻存续期内的离婚财产分割协议有异。在前者,未婚男女之间给予不动产的约定虽以缔结婚姻为最终目的,但是其直接目的则是为达成婚约,典型的如男方将不动产作为“彩礼”给付给女方。学说通常认为,“彩礼”的给付属于附解除条件的赠与,即以婚约为解除条件。对于其效果,法释〔2003〕19 号第 10 条规定,双方未办理结婚登记手续,一方要求解除婚约时,当事人有权请求返还按照习俗给付的彩礼;在后者,离婚财产分割协议之中对共有不动产归属的约定,是夫妻之间为了实现解除婚姻的目的而对共有财产所做的安排。对此,《婚姻法》第 39 条第 1 款规定:“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理。”据此,

离婚财产分割协议以双方离婚为条件,属于附条件的法律行为。若是未离婚,该协议不能发生效力。比较而言,夫妻间无偿给予不动产的约定与未婚男女因婚约给予不动产的约定、夫妻离婚时不动产分割协议的区别,在形式上表现为约定订立时间点的差异,实质上则是各个主体在订立协议时所欲实现的目的或者动机的不同。

三、夫妻之间给予不动产约定的性质争议

(一) 我国相关司法实务与学说的分歧

从我国司法审判实务来看,对于夫妻之间给予不动产约定的性质,依据法释〔2011〕18 号第 6 条的规定,可以有条件的认定为夫妻之间的赠与合同。对此,司法解释起草者认为:“经反复研究论证后,我们认为,我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式,即分别所有、共同共有和部分共同共有,并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有,也就是夫妻之间的赠与行为,虽然双方达成了有效的协议,但因未办理房屋变更登记手续,依照物权法的规定,房屋所有权尚未转移,而依照合同法关于赠与一节的规定,赠与房产的一方可以撤销赠与。”据此而言,在夫妻一方将其所有的不动产无偿给予为另一方所有即前述第(3)种类型时,因为不能构成夫妻财产制契约,因而属于赠与。反之,若是前述第(1)、(2)、(4)种情形,即夫妻一方将单独所有的不动产约定为共有财产、夫妻将共有的不动产约定为另一方单独所有或者夫妻将共有不动产约定为不同比例的按份共有的,是否构成夫妻财产制契约,则并未明示。最高人民法院民一庭认为:“婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款,对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中,赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间,合同法对赠与问题的规定也没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有,在没有办理变更登

记之前,依照合同法第一百八十六条的规定,是完全可以撤销的,这与婚姻法的规定并不矛盾。无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少,都属于夫妻之间的有效约定,实质上都是—种赠与行为。因此,夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有,赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。”

浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理婚姻家庭案件若干问题的解答》的通知(浙高法民一[2016]2号)第12条规定:“《婚姻法司法解释(三)》第6条规定表明夫妻赠与关系应受《合同法》关于赠与合同规定的调整。夫妻双方约定一方个人所有的房屋归夫妻共同所有但并未办理产权变更登记手续的,赠与方主张依据《婚姻法司法解释(三)》第6条规定处理的,可予支持。”但是,该条与第8条之间存在矛盾。第8条规定:“夫妻一方以其婚前财产全额出资在婚后购置房屋且产权登记在双方名下或对方名下的,或者夫妻一方以一方婚前财产及夫妻共同财产混合出资在婚后购置房屋的,该房屋属于夫妻共同财产。”

我国《婚姻法》第19条规定的约定财产制,学说通常认为,该条对夫妻约定财产制采取的是封闭式的规定,包括一般共同制、分别共同制与限定共同制三种类型。婚姻当事人只能在这三种夫妻财产制中选择其一,不能超出该范围进行选择,否则约定无效。如果夫妻将婚前、婚后所有财产(包括动产与不动产)约定为双方共有,则该约定自然构成夫妻财产制契约中的一般共同制。但是,不动产虽然重要,其也只构成夫妻共同财产的一部分而非全部,因此夫妻之间关于不动产给予的约定难以构成一般共同制,即全部动产或者不动产均属于夫妻共同共有的情形理应排除在外。针对夫妻间无偿给予不动产约定的性质,我国学说分歧明显,大体可以归纳如下:

其一,认为夫妻将婚前财产约定为双方共有时,该协议性质为约定财产制协议;夫妻将一方婚前财产约定归对方单独所有、而不是双方共同所有时,

该协议内容已超出现行《婚姻法》第19条规定的约定财产制的规范范围。典型如当事人一方将自己的婚前财产约定归对方所有,是一种赠与行为,应适用《合同法》关于赠与关系的规定。但是,为了更好地体现婚姻法的价值,应将夫妻间赠与的任意撤销权调整为法定撤销权。法定撤销权可以设定为以下三种情况:严重违反婚姻义务而引发的法定撤销权、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属的法定撤销权、贫困法定撤销权。

其二,认为夫妻之间给予不动产的约定首先推定为夫妻财产制契约,只有在当事人明示赠与的情况下,才能视为赠与行为。《婚姻法》第19条规定的全部所有、分别所有、部分共有部分分别所有,实际上已经涵盖了夫妻双方财产归属可以约定的所有情形,是允许当事人通过约定将个人财产与夫妻共有财产加以任意变动。当事人无论是将夫妻一方的财产约定为夫妻共有财产,还是将夫妻共有财产约定归一方所有,抑或将夫妻一方所有财产约定归另一方所有,都属于夫妻财产约定范畴。夫妻之间关于房产的约定,隐含着其他财产的归属仍适用法定夫妻财产制的意思,属于约定夫妻财产范畴。

其三,认为夫妻之间给予不动产的约定,由于其并非针对全部财产,仅仅构成婚内财产分割协议。夫妻财产制契约是夫妻双方从法律规定的财产制形态中进行选择的约定,因此它并非针对某个或某些特定的财产归属做出的约定,而是一般性地建构夫妻之间的财产法状态,对契约成立之后的夫妻财产关系将产生一般性的、普遍性的拘束力。婚内财产分割协议只是针对某个或某些特定财产归属做出的约定,并不具有普遍的拘束力,更不具有对未来夫妻财产关系的拘束力。它只是夫妻之间从事的一般意义上的财产法性质的法律行为。

(二) 对上述观点的评析

笔者认为,夫妻之间给予不动产的约定,原则上应当认定为夫妻财产制契约。除非夫妻明确表示该约定是赠与,或者明确表明该约定是可以撤销的。

具体理由如下:

其一,夫妻之间给予不动产的约定以夫妻身份关系为基础,以维系、巩固和增进婚姻家庭生活为目的,不同于一般的赠与。夫或妻作为各自独立的民事主体,自然可以订立一般财产法上的赠与合同,从而适用《合同法》有关赠与合同的之规范。但是,夫妻身份关系的特殊性,使其间有关给予不动产的约定与一般赠与不同,具体而言:(1)一般赠与行为以个人自由为基础,尽管赠与人实施赠与行为通常是为了获取名声,宽慰自己的良心等,但是受赠人获得赠与财产是无偿的;而夫妻之间存在极为密切的人身关系,双方以合作互惠为基础,夫妻之间给予不动产的约定并非是无偿的,而是将另一方在家庭中的给付行为视为此种给予行为的对价。(2)婚姻是男女基于爱情期待而共同生活的一个命运共同体,夫妻之间作为存在最大信赖的相互扶助的“伦理人”。若是将夫妻之间给予不动产的约定视为赠与,并赋予给予不动产的一方享有任意撤销权,会对夫妻的信赖与期待造成巨大的伤害。因为那些对人类关系的信任、信赖和诚实有促进作用的才是合乎道德的决定,而那些造成不信任、猜疑和误解,设置障碍、破坏诚信的行为,则是不道德的,它们不是产生人们合作共事的能力,而是促使人们互相分离,破坏人们的交往能力。前述法释〔2011〕18号第6条及最高法院民一庭的意见,将两者以婚姻为基础的财产给予行为与一般财产给予行为赋予同等的效果,并未考虑两者之间的实质性差异,显然有失妥当。

其二,从比较法的角度看,德、法判例与立法通常不将夫妻之间给予不动产的约定视为赠与。在德国,对于夫妻一方在婚姻存续期间为另一方的利益而给予实物或金钱的行为,首先必需确认是否存在赠与。当事人的意图使判断赠与存在与否的重要标准,即假使当事人的意图在想到离婚的可能性后是否仍然做出此种给予。由此表明该给予行为不具有继续夫妻共同生活的意图。如前所述,判例很少将夫妻间的给予行为认定为赠与,而是视为“以婚

姻为条件的给予”,从而不适用有关赠与的规定。这种给付的结果是产生补偿请求权,即对配偶另一方获得的、并且仍然持有的财产增值根据公平原则进行分配。例如丈夫拥有一块土地并修建了房屋,他将该不动产二分之一的所有权转移给妻子。德国法认为该行为不是赠与,而是“以婚姻为条件的给付”,因为丈夫期待婚姻会继续存在,并且他可以继续使用给付标的。另外,如果夫妻双方是为了追求某种明显超越一般婚姻共同生活的目的,判例就会认可内部合伙关系,从而适用有关内部合伙关系的规定。这是因为,德国婚姻法上的法定夫妻财产制是建立在分别财产制基础上的财产增益共同制。依据该制度,夫或妻仍保留对各自财产的单独所有权。婚姻解除时,双方各自财产的增益作为夫妻共有财产原则上予以平均分配。《法国民法典》第1525条第1款规定:“夫妻双方约定对共同财产各占不等份额以及不等额分配财产的条款,无论从其实质,还是从其形式,均不视为赠与,而仅仅属于有关婚姻财产的协议,且属于合伙人之间的协议。”比较而言,由于我国现行法上并无与德国法上“以婚姻为条件的给予”相对的概念,而且在依据《婚姻法》第18条的规定,我国法定的夫妻财产制采取的婚后所得共同制,与法国相同而与德国有异。因此,法国法上将夫妻之间的不动产归属约定视为夫妻财产制度契约更为适合。

其三,我国判例认为,夫妻双方就特定的不动产归属状态予以约定,构成我国现行法上的约定夫妻财产制契约。夫妻财产制契约所涉及的范围既包括夫妻全部财产、也涵盖夫妻的特定财产。正如学者所言:“夫妻财产契约不必及于全部财产,对于一定之个别财产,亦为可能。”此种情形,主要表现为限定共同制,即夫妻对于婚前和婚姻关系存续期间所得的财产,将部分财产设定为夫妻共同共有、部分设定为一方个人所有,这已为最高人民法院发布的公报案例所肯定。在该案中,针对夫妻双方通过《分居协议书》将共有的不动产(共四套)分别分割为各自所有(各两套),法院认为,“婚姻法第

十九条第一款对夫妻约定财产制作出明确规定：‘夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。’本案所涉及的《分居协议书》中，唐某甲与李某某一致表示‘对财产作如下切割’，该约定系唐某甲与李某某不以离婚为目的对婚姻关系存续期间所得财产作出的分割，应认定为婚内财产分割协议，是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定。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。”从表述来看，夫妻之间就共有不动产的分割为一方单独所有的婚内财产分割协议，其实质就是夫妻财产制契约的限定共同制类型。反之，若是将夫妻之间无偿给予不动产的约定认定为婚内财产分割协议并将两者并列，可能滋生不必要的困扰，因为“如无必要，勿增实体”。

综合以上论述，夫妻之间给予不动产约定的性质，应当结合当事人的意图与夫妻财产制予以判断：

（1）通常情形，应当认定该约定为夫妻财产制契约；（2）夫妻之间明确表示该约定为赠与的；（3）若是夫妻之间在想到离婚的可能性后仍然做出此种给予约定，则该约定可以认定为赠与合同。

四、夫妻之间给予不动产的约定与不动产物权的变动

（一）夫妻之间给予不动产约定的效力

夫妻之间给予不动产的约定，若是属于赠与合同，依据《物权法》第9条第1款前段的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。因此，除非双方依据《不动产登记暂行条例》所规定的程序，在该不动产所在地的不动产登记机构进行变更登记，否则不发生物权变动的效力。

如果夫妻之间给予不动产的约定属于夫妻财产制契约，依据《婚姻法》第19条第2款的规定，

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。然而，如何理解夫妻财产制契约对“双方具有约束力”，学说与审判实务认识并不一致。具体而言：

其一，夫妻财产制契约的约束力为债权，物权的变动应当依据《物权法》进行登记。有学者认为，在《婚姻法司法解释三》中有关夫妻共同财产的规则上，体现的是《物权法》规定的调整物权法律关系的规则与《婚姻法》规定的夫妻共同财产规则的一致性、统一性。《物权法》规定不动产所有权的公示方法是登记，在《婚姻法司法解释三》中规定的关于夫妻财产关系的规则中，都符合《物权法》第6条和第9条规定的规则。这就是说，夫妻之间无偿给予不动产的约定，非经登记不发生法律效力。从司法审判实践来看，亦有采纳此种观点的判决。在“王某某与许某某夫妻财产约定纠纷案”中，法院认为：在婚姻存续期间，夫妻对其财产有约定的，只要约定合法有效，应按约定处理。……依据《物权法》第9条……经查，本案诉争房屋的转让未经登记。原审法院以王某某的诉请“证据不足，理由不充分”为由予以驳回并无不当。故对上诉人所提“取得诉争房屋的法律链条完整，是诉争房屋的合法所有人”这一上诉理由不予采纳。关于上诉人所提“未办理物权登记，不影响转让不动产物权合同的效力”这一上诉理由，因合同效力与物权效力并不等同，合同生效并不意味着物权转让即发生法律效力，故对该上诉理由亦不予采纳。

其二，夫妻财产制契约的约束力为不仅表现为债权，而且同时发生物权的变动，其构成《物权法》第9条规定的但书条款。有学者认为，夫妻财产制契约的效力具有特殊性，与一般财产契约的效力不同，其直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。对于引起财产契约所定的所有权之变更，不须另有物权的公示，如夫妻可以约定一方婚前父母所送的不动产归双方共同所有，也可以约定一方婚前不动产在婚后归对方所有。“在”张文

婷诉郑有强物权案“中，法院认为：“根据《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款的规定，夫妻可以约定婚姻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，故 2008 年 12 月 31 日的《房产约定》约定被告婚前财产为夫妻共同财产，系原、被告双方对被婚前财产所有权归属的真实意思表示，不违反法律，合法有效。根据《婚姻法》第十九条第二款‘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’的规定，原告要求确认讼争房产共有及办理变更登记请求，本院予以支持。”

笔者认为，夫妻之间给予不动产的约定属于夫妻财产制契约的，其与一般财产合同关系不同，其效力应当区分为对内效力与对外效力两个方面。具体而言：

第一，在对内效力上，夫妻之间给予不动产的约定，非经登记即可在夫妻之间产生不动产物权变动的效力。由于该约定系以维护、保障婚姻家庭关系为基础，因而与一般的基于个人自由的合同关系不同。如果要求夫妻像普通的交易主体那样必须履行登记手续，在很大程度上会影响夫妻间相互信任、相互依赖的良好关系，不利于夫妻关系良性的发展。诚如学者所言：“夫妻财产契约之订立，以婚姻成立为前提，因结婚于配偶间及对于其继承人关系，即发生财产之物权效力。对于一切标的财产，无论是动产或不动产，均可适用，但以夫妻财产法之范围为限。”在婚姻关系存续期间，夫妻之间订立的财产制契约，无论涉及的是动产还是不动产物权的变动，均并无公示的要求。因此，若夫妻双方将属于一方所有的不动产约定为夫妻双方共有，则无需登记即可发生法律效力；或者夫妻双方约定将本应属于夫妻共有的不动产约定为夫妻一方所有，则无论该不动产登记的权利状况如何，依据约定该不动产即可成为夫妻一方的财产。夫妻之间给予不动产的约定，属于《物权法》第 9 条、第 23 条中的“法律另有规定”的范畴。如果夫妻一方意欲变更或者终

止给予不动产的约定，则必须经双方的同意。在前述公报案件中，法院认为，对于夫妻财产制契约的对内效力，应“厘清物权法与婚姻法在调整婚姻家庭领域内财产关系时的衔接与适用问题，以优先适用婚姻法的相关规定处理为宜。……婚姻家庭的团体性特点决定了婚姻法不可能完全以个人为本位，必须考虑夫妻共同体、家庭共同体的利益，与物权法突出个人本位主义有所不同。在调整夫妻财产关系领域，物权法应当保持谦抑性，对婚姻法的适用空间和规制功能予以尊重，尤其是夫妻之间关于具体财产制度的约定不宜由物权法过度调整，应当由婚姻法去规范评价。本案中，唐某甲与上诉人李某某所签协议关于财富中心房屋的分割协议，属于夫妻内部对财产的约定，不涉及家庭外部关系，应当优先和主要适用婚姻法的相关规定，物权法等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定应作为补充。”

第二，在对外效力上，夫妻之间给予不动产的约定，非经登记不可对抗第三人与配偶的继承人。从比较法上看，德国民法规定，夫妻财产合同中的约定不经登记也有效，但是对和配偶一方为法律行为或发生法律争议的第三者而言，夫妻财产登记根据第 1412 条产生消极公示的效果。详言之，第 1412 条规定的消极公示有如下效力：配偶不能将应登记而没有登记的事项作为抗辩提出，以对抗和第三人缔结的法律行为。但第三人也不能因此享有抗辩，即第三人不能根据该条对和未登记事项有关的法律行为提出抗辩。《日本民法典》第 756 条（夫妻财产契约的对抗要件）规定：“夫妻已订立了与法定财产制相异的契约时，未经婚姻登记，不能以该契约对抗夫妻的承继人及第三人。我国台湾地区”民法“第 1008 条亦有类似规定，其立法目的在于贯彻物权法定主义及保护交易安全，同时避免夫妻借登记夫妻财产制的方式，逃避其债权人的强制执行。比较而言，德国民法与日本、台湾地区”民法“仍然存在细微的差别：前者规定夫妻财产制契约非经登记不得对抗善意第三人，而后者并未区分善

意与恶意第三人。如学者所言，台湾地区民法第1008条如未为登记，无论系基于何种原因，均不得对抗第三人。第三人知之，亦无不同。笔者认为，由于我国并未单独规定夫妻财产制契约的公示制度，因此夫妻财产制涉及不动产物权变动的，应当适用《物权法》所规定的不动产登记制度。从保护第三人的合理信赖的角度看，对于夫妻财产制契约，凡第三人事先知道该契约的，具有对抗第三人的法律效力，反之，第三人事先不知道该契约的，则不具有对抗第三人的法律效力。所谓不得对抗善意第三人，是指未经登记前不得以之对抗第三人，但善意第三人方面可以之对抗夫妻。如果未曾对夫妻财产制契约进行登记，则第三人可以主张为法定财产制；如果曾经对夫妻财产制契约进行登记，而嗣后变更又未为登记，则第三人可主张其登记上的财产制。第三人是否知晓，应当由夫妻承担举证证明。此外，第三人不包括配偶的继承人在内。对此，《日本民法典》第756条、《韩国民法典》第829条第5项均将继承人与第三人并列，即对于配偶及其继承人，虽未登记亦发生效力。

（二）夫妻之间给予不动产约定在物权法上的体系定位

不动产物权的变动依据其原因的不同，可以分为基于法律行为的物权变动与非基于法律行为的物权变动，前者由《物权法》第15条规定，典型方式是当事人之间的合同；后者是指因法律行为以外的法律事实引起的不动产物权的产生、变更、移转和消灭。两者区分的意义主要体现在公示方法上，前者原则上采取的是登记生效要件主义，非经登记不动产物权的变动不生效力；后者则自该法律行为之外的事实成就之时，物权变动效力即可发生，在体系主要由《物权法》第28-30条所构成，包括法院、仲裁委员会的法律文书或政府征收决定（第28条），继承或者受遗赠（第29条），合法建造、事实行为（第30条）。非基于法律行为的不动产物权变动通常是直接基于法律规定的原因而发生的，它不

取决于当事人的意思，其大体上相当于传统民法中所说的“原始取得”制度。

显然，《物权法》第28-30条并不能包括所有的非依法律行为而发生的不动产物权变动类型，上述规定应理解为示例性规范。除此之外，添附、提前收回建设用地使用权（《物权法》第148条）、附有不动产抵押权担保之合同债权转让（《物权法》第192条）等情形亦应归于其范畴。有疑问的是，若是夫妻间给予不动产的约定构成夫妻财产制契约，其究竟属于基于法律行为的不动产物权变动抑或是非基于法律行为的不动产物权变动？对此，学说与判例均存在争议，具体而言：

其一，认为夫妻财产制契约属于非基于法律行为的物权变动类型。有学者认为，在当事人通过夫妻财产制契约将婚后所得财产或一方名下的婚前财产约定为双方共有时，夫妻双方可以直接依法律的规定取得共有权，而不必履行公示程序。此类契约就其内容而言，是选择夫妻财产制的约定，而并非直接发生物权变动的约定。由于当事人选择的夫妻财产制是法律规定的，法律对于某种夫妻财产制的效力自然也是明确规定的。如选择了一般共同共有制，就意味着婚前及婚后的财产均为夫妻共有。因此，当事人取得共有财产，并非基于财产制契约本身，而是基于婚姻法对其选择的财产制的效力的规定。最高人民法院公报案件认为：“在夫妻财产领域，双方对婚后所得的财产即享有共同所有权，这是基于婚姻法规定的法定财产制而非当事人之间的法律行为。因为结婚作为客观事实，已经具备了公示特征，无须另外再为公示。而夫妻之间的约定财产制，是夫妻双方通过书面形式，在平等、自愿、意思表示真实的前提下对婚后共有财产归属作出的明确约定。此种约定充分体现了夫妻真实意愿，系意思自治的结果，应当受到法律尊重和保护，故就法理而言，亦应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴。

其二，认为夫妻财产制契约属于基于法律行为的物权变动类型。有学者认为，将因夫妻财产制契

约引起的物权变动作为非基于法律行为的物权变动,不仅在理论上是错误的,而且实践中也是有害的。因为夫妻财产制契约是婚姻关系当事人即夫妻意思表示一致的产物,体现的是当事人合意。它都属于典型的双方法律行为,由此引起的物权变动本身就是当事人所意欲的、追求的法律效果,而非直接依据法律规定发生的。最高人民法院公报案件中的二审法院在已经将分居协议认定为“充分体现了夫妻真实意愿,系意思自治的结果”的同时,又将由此产生的物权变动的依据界定为《婚姻法》第19条,显然自相矛盾。

笔者认为,夫妻之间给予不动产约定,若是构成夫妻财产制契约,其体系定位应当结合我国物权法的物权变动模式予以判断。具体而言:(1)夫妻之间给予不动产的约定,一方面类似于非基于法律行为引起的不动产物权变动,不需要登记即可产生物权的变动,但是该约定显然与征收、判决等事实行为不同;另一方面,夫妻之间给予不动产物权的变动,包含有夫妻之间的安排和分配不动产归属的意思表示,因此这与基于法律行为引起的不动产物权变动相似,但是该约定在生效之时、登记之前即可直接在当事人之间发生不动产物权变动的效力。这正是学说与判例对此产生分歧的原因。(2)《物权法》第28-31条规定的征收、判决书等,其表现形式是法律的特别规定导致物权的变动,登记只是具有宣示的效力,称之为宣示登记。依据文义解释,该条只适用于以登记为生效要件的不动产物权变动情形。对于土地承包经营权(《物权法》第129条)、宅基地使用权(第155条)以及地役权(第158条)而言,由于其采用登记对抗主义,因此不属于本条的适用范围。既然夫妻之间给予不动产的约定非经登记即可发生不动产物权的变动,而且该登记亦非宣示登记,因此该约定与《物权法》第28-31条规定的征收、判决书等情形具有本质的区别。从比较法上看,夫妻依法约定为共同财产,属于依法行为取得的方式。(3)夫妻双方基于夫妻法定财产制所获得的共同财产,与基于夫妻财产制契约获

得的财产属性不同,两者不能类比。前者是基于法律的直接规定所得,因此无需公示,或者说结婚可以作为考量夫妻共同财产的公示形式。但是,夫妻财产制契约是基于当事人的意思表示所形成,这与夫妻财产制契约是基于法律的直接规定显然有别。

(4)从效力上看,夫妻之间给予不动产的约定,在效力上与《物权法》的158条规定的地役权的设立相同:地役权自合同生效时设立,未经登记,不得对抗善意第三人。申言之,将夫妻财产(不动产)制契约作为登记对抗主义的类型,一方面可以尊重夫妻之间的意思自治,使有关不动产归属的约定能够对内产生不动产物权变动的效力;一方面可以兼顾交易的安全,与《物权法》第106条相衔接,从而使第三人的合理信赖能够得到有效的保护。概言之,夫妻之间给予不动产的约定,在体系上应定位为基于法律行为发生的不动产物权变动,属于登记对抗要件主义类型。

五、给予不动产之配偶所受损害的救济路径

夫妻之间达成给予不动产的约定,通常是为维系、巩固或者增进婚姻家庭关系。问题在于,如果接受不动产的一方在约定达成之后违反夫妻忠实义务,例如发生一夜情或者与他人非法同居;或者接受不动产的一方侵害给予方的直系血亲利益,例如伤害该方父母的人格权。针对此类情形,给予不动产的一方是否有适当的法律途径予以救济?以下结合夫妻之间给予不动产约定的性质予以综合判断。

(一)赠与不动产一方的任意与法定撤销权

夫妻之间明确表明该给予不动产的约定属于赠与合同的,如果不动产给予方的目的是为了维系、巩固和增进婚姻家庭关系,则相对方一旦接受,就负有与给予方共同维护、经营婚姻共同体的道德义务。由于夫妻双方均负有建立幸福美满的婚姻和家庭的义务,这关系夫妻和家庭感情,属于道德调整的范畴。因此,应以促进婚姻家庭关系的夫妻之

间赠与不动产的约定视为《合同法》第186条所规定的具有道德义务性质的赠与合同。对于履行道德义务的赠与，由于当事人之间有着道德上的因素，如果允许赠与人任意撤销，则与道义不符，因此，此类的赠与不得由赠与人任意撤销。但是，接受赠与的一方严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、对赠与人有扶养义务而不履行或者不履行赠与合同约定的义务的，依据《合同法》第192条的规定，赠与不动产的配偶一方有权自知道或者应当知道撤销原因之日起1年内行使法定撤销权。

若是夫妻之间在想到离婚的可能性后仍然做出此种给予约定，虽亦构成赠与合同，但是该赠与并不存在维系、巩固和增进婚姻家庭关系的直接目的，属于普通的财产赠与类型。该合同未经过公证的，在办理变更登记之前，赠与不动产的一方配偶认为相对方违反夫妻忠实义务或者侵害其直系血亲的利益，无论该事实是否存在，其均有权依据《合同法》第186条行使任意撤销权。因为法律规定一般赠与合同的任意撤销权，源于赠与行为的无偿性。

（二）给付不动产一方之情势变更请求权

如果夫妻之间无偿给予不动产的约定属于夫妻财产制契约，对于接受给予一方配偶的违反忠实义务或者背信弃义的行为，给予不动产的另一方配偶是否具有合理的救济方式？

对此，有学者认为，我国《婚姻法》第4条第1句规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重”，这实际上确立了配偶权，即配偶之间因婚姻而成立的以互相忠诚为内容的权利。无论是丈夫还是妻子，违背忠诚的义务而与第三人发生所谓“一夜情”或与他人通奸、同居的，均构成对另一方配偶权的侵害。还有学者认为，夫妻之间虽然互负忠诚义务，但配偶权于法无据，应当明确无过错方所受侵害系身份利益，以《民法通则》第106条第2款（《侵权责任法》第6条第1款）、《侵权责任法》第22条为请求权基础，在构成要件上，主观需为故意，损害需达到与《婚姻法》第46条所列情形相当之严重

后果。

针对接受不动产给予的配偶一方违反忠实义务或者伤害相对方近亲属的行为，从侵权责任法的视角考虑对过错方的非法行为予以制裁，存在明显的问题：（1）受害人依据《侵权责任法》第6条所规定的一般条款抑或《婚姻法》第46条所规定的离婚损害赔偿，其足以涵摄接受不动产给予一方几乎所有的违反忠实义务或者背信弃义的行为，例如一夜情、与第三者生子、与他人非法同居、重婚、实施家庭暴力以及虐待、遗弃家庭成员等行为。尽管如此，接受给予不动产一方承担损害赔偿责任的范围，仍然不能与夫妻财产制契约涉及不动产的价值直接关联。易言之，无偿给予不动产的配偶一方并不能请求过错方返还，其最多可以作为法官考虑过错方承担损害赔偿责任的酌情因素。（2）如果接受不动产给予的一方在获得不动产之后立即以夫妻感情破裂离婚，由于我国婚姻法对离婚标准采取的是夫妻感情破裂主义，即使无偿给予不动产的一方不同意，法院经调解无效，可以直接判决离婚。由于接受不动产的一方并无过错，无偿给予不动产的配偶一方既不能请求无过错方返还，也不能要求无过错方承担离婚损害赔偿。然而此种情形，由于给予人却无任何救济途径，其实际上被置于人财两空之境地。

笔者认为，既然夫妻给予不动产的约定属于基于法律行为的物权变动类型，因此应当从合同法的角度出发，考虑给予不动产的配偶一方合法利益的救济。具体而言：

首先，夫妻给予不动产的约定无论是构成夫妻财产制契约还是属于含有道德义务的赠与，给予不动产的一方订立合同的目的，是为了维护、巩固和增进婚姻家庭关系。尤其是夫妻之间的忠实义务，为《婚姻法》第4条所明文规定。这是因为，婚姻为一男一女以终生共同生活为目的而为法律所承认之结合，夫妻间互负一定之义务，其中最重要的，是忠实与贞操义务。婚姻系以夫妻之共同生活为目的，配偶应互相协力，保护其共同生活之圆满、安

全及幸福,而夫妻互守诚实之义务,系为确保其共同生活之圆满安全及幸福之必要条件。因此,接受不动产给予的配偶一方违反忠实义务或者伤害相对方近亲属的行为或者立即要求离婚,实质上构成对夫妻无偿给予不动产约定的目的或者基础的破坏。

其次,在德国法上,根据联邦普通法院的见解,以“婚姻为条件的给予”的成立条件是:配偶一方以结婚为目的,或为了实现、安排、维持或保障双方的婚姻共同生活,此种期待或设想就是该给予行为的基础。进而,婚姻破裂意味着该合同的交易基础丧失。此时若不能合理期待做出给予的配偶一方愿意维持现有财产状况,就出现第 313 条第 1 款规定的补偿请求权,支付请求权的数额视具体情况而定。在特定情况下,只要符合公平原则,甚至还可以要求返还所有已经履行的给付。第 313 条第 1 款规定的是交易基础障碍。依据判决,交易基础障碍首先是主观的标准(主观交易基础),是指在合同订立之时即已存在的对方当事人能够认识并且没有提出异议的一方当事人的想法,或者双方当事人的共同想法为标准,法律效果意思即建立在这些想法之上。但是,在第 313 条第 1 款的框架内,交易基础也可以根据纯粹客观的标准确定(客观交易基础)。如果双方当事人对交易基础没有想法,客观上重要的情况也能成为交易基础。

最后,我国现行法上与交易基础障碍类似的制度是法释〔2009〕5 号第 26 条规定的“情势变更规则”。然而,学说认为,情势变更规则并不包括德国法第 313 条规定的主观交易基础障碍,而是与客观交易基础障碍相类似。但是,鉴于接受不动产给予的配偶之背信弃义的行为,实质上构成对夫妻给予不动产约定的目的或者基础的破坏。因此可以借鉴德国法的做法,类推适用法释〔2009〕5 号第 26 条的法律效果。具体而言:(1) 夫妻之间给予不动产的约定的目的是为维护婚姻家庭团体的和睦,即使该目的未能在约定中言明,但是构成夫妻双方均认可的理所当然的情事;(2) 接受给予的配

偶一方违反夫妻忠实义务或者侵害另一方配偶及家庭成员的人格权(不法行为包括但不限于《婚姻法》第 46 条第 1 款规定的四种情形),或者在达成给予不动产约定之后立即要求离婚,而给予方对此并无过错;(3) 接受给予一方配偶的不法行为致使夫妻之间给予不动产的约定的目的或者基础发生动摇而不复存在,对当事人而言离婚不可避免;(4) 给予不动产的一方可以请求法院对该合同予以调整,或者请求解除合同。法院在考虑婚姻的持续时间、共同占有该不动产的时间以及家务料理、子女教育、双方的收入和财产关系等因素之后,可以要求对方全部或者部分返还不动产或者相应的价值。对此,应当考虑夫妻一方的不动产给予是对相对方经营夫妻共同生活结果的奖赏,还是对相对方经营夫妻共同生活的期望。若是属于前者,不应当完全剥夺,而只能予以适当的酌减,以体现经营夫妻共同生活这一结果的价值。

六、结论

法律的社会、道德和文化基础,以及贯穿和解释它的理论,与它的“条文”相比毫不逊色。从现实生活出发,我们不能忽略女性在家庭的营造上虽然付出更多,但是在社会分工上仍然扮演“第二性”角色,家庭之中大部分不动产通常归男性所有。据此,夫妻之间给予不动产的一方往往是丈夫,而接受不动产的一方是妻子。因而夫妻之间给予不动产的约定,显然并非一个形式逻辑与涵摄的问题。法释〔2011〕18 号第 6 条试图将财产关系的法则适用于家庭关系,忽视了两者之间的差异。

夫妻作为具有独立人格的民事主体,其间自然可以实施各种类型的法律行为。但是,由于婚姻关系是基于伦理的而形成了相互依赖的生活共同体,因此夫妻之间达成给予不动产的约定,不能与一般民事主体之间的法律行为等同视之。相反,应当探寻当事人订立该约定的意图,并结合我国《婚姻法》第 9 条规定的夫妻财产制类型予以综合判断。具体而言:

第一,如果夫妻之间明确表示,给予相对方不动产的目的是赠与,而且即使离婚仍然不会放弃此种约定的,应当将其作为一般的赠与合同,适用法释〔2011〕18号第6条的规定。

第二,如果夫妻之间给予不动产的约定具有维护、巩固和增进婚姻家庭关系的目的,则通常应当将该约定作为夫妻之间缔结的财产制契约,或者依据夫妻双方的明确约定认定为含有道德义务的赠与。于此情形,给予不动产的约定一旦达成并生效,给予不动产的一方不得任意撤销。

第三,夫妻之间无偿给予不动产的约定构成夫

妻财产制契约的,一旦生效即可在夫妻之间发生不动产物权的变动。但是非经登记,该不动产物权的变动不得对抗善意的第三人与配偶的继承人。在体系上,该约定属于基于法律行为的物权变动,系登记对抗主义的类型。

第四,在夫妻之间达成不动产给予约定之后,如果接受给予的配偶一方违反夫妻忠实义务或者有其他背信弃义的行为,给予不动产的配偶一方可以缔结合同的基础发生动摇为由,在离婚之时提出变更或者解除先前的约定时,人民法院可以类推适用情势变更规则使其获得合理的救济。

试养期制度在我国的建设

2018-02-07 家事法研究中心 王祺

<http://mp.weixin.qq.com/s/ODXaumhAe0oBLpC5-qHcMw>

一、试养期概述

(一) 试养期的概念

随着社会的快速发展,人们重新审视了收养制度的社会功能,从传统的“为家”、“为爱”的观念进入到了“儿童利益”的新阶段。对未成年收养儿童的利益保护自然成为各国立法的焦点问题。由于未成年人自身保护能力的缺乏,在这一问题上,各国的收养立法在许多问题上趋于一致,以“儿童最大利益”为基本原则,国家权力的介入成为普遍倾向。在这些共同性趋势的作用和影响下,一种新兴的收养理念正逐步受到专家学者的重视,那就是收养不仅要符合法定要件,同时还要关注收养关系的实质,即被收养儿童与收养家庭之间的关系和被收养儿童的心理状态,而这种实质条件,则需要儿童与预期养父母共同生活一段时间的效果来决定,这段时间则为“试养期”。

所谓“试养期”,具体是指收养人和被收养人在确立收养关系之前需要一段时间的相互适应的时间,这段时间是对彼此的考察,对于符合收养条

件的收养人在申请收养的同时要提供一定的申请材料,同时等待收养机关进行审查核对,假使收养人的各方面的条件符合并且具备收养的能力,这个时候收养登记机关有一定的权利去确定一个适合的期间,这个期间就叫做试养期。试养期间根据不同人员进行不同规定,根据各国立法规定,一般最长不超过半年时间,在此期间内,这段时间是允许他们彼此生活的,这样的生活可以给双方一个适应的过程。一段时间过去之后收养登记机关可以进行拜访,考察双方的具体情况,是否熟悉彼此生活,彼此生活在一起有没有其他阻力和问题困难等。在收养人和被收养人连续性地并且已经共同生活中,收养登记机关要发挥一定的作用,比如会登门走访,实地考察收养人是否具备收养条件。等待“试收养期”已经满的时候,假如收养人认真履行了抚养之责,且对收养子女不改初衷,收养登记机关可确认该收养人具备收养条件,应予办理收养登记。否则,可确认其不具备收养条件,不予办理收养登记。一旦试养期中双方的履行了彼此的法定义务,心理和

生理上一切正常健康,并且双方有收养的意愿。在收养期内彼此适应了收养家庭的生活,那么可以正式的确立收养关系并进行程序上的手续,假如双方不能适应彼此生活或者其他问题和困境,最终不予办理收养登记。

(二) 建立试养期制度的重要意义

1. 是贯彻儿童最大利益原则的要求

“儿童最大利益原则”作为当今儿童权利保护立法的一项重要原则,最早是由1959年的《儿童权利宣言》确认为保护儿童权利的一项国际性指导原则,该宣言原则第二条规定:儿童应该受到特别的保护,并应通过法律或其他方法获得机会和便利,使其能够在健康而正常的状态和自尊与尊严的条件下得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在以此为目的而制定法律时,应以儿童的最大利益为首要考虑。随后,1989年《儿童权利公约》制定和颁行,是确立“儿童最大利益原则”的里程碑。《公约》第3条第1款明确规定:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”其中“关于儿童的一切行动”的规定突破了以前的法律或条约仅仅规定儿童某方面权利的局限性,第一次全面地确立了“儿童最大利益原则”。原则作为公约的内容之一出现,具有法律上的效力,对儿童权利有了更全面的保护,使保护儿童权利从此变得有法可依。

在“儿童最大利益原则”的影响下,心理学逐渐涉入收养领域,收养儿童的心理问题开始受到广泛关注。被收养儿童往往都是因生理性疾病被亲生父母遗弃或是在自然灾害中失去相依为命的亲人,相对于普通儿童,他们的心理学逐渐涉入收养领域,收养儿童的心理问题开始受到广泛关注。被收养儿童往往都是因生理性疾病被亲生父母遗弃或是在自然灾害中失去相依为命的亲人,相对于普通儿童,他们的成长期间容易产生更多的心理问题,脱离成长常态。往往表现为容易哀伤、心情抑郁、情绪反

应过度、心理反抗剧烈等等情况,而这些问题更多地出现在刚刚进入收养家庭时。崭新的环境和陌生的父母都会让他们感到不自在,使他们在融入“新家庭”时遇到了很多的困难。被收养儿童的这种心理状态受到了心理学界的关注,各国立法者也逐渐将这一问题重视起来。随着实践中的反复验证和法律的不断完善,重视儿童心理成为了现代收养立法的一种新的收养理念。为此,衍生出了诸多关注儿童心理的收养制度,其中,试养期制度就是其中最具代表性的制度。试养期制度将保护“儿童最大利益”原则直接而有力地展现出来,可以说,试养期制度的规定就是保护“儿童最大利益”原则的一个重要内容及延伸。

2. 有利于稳定收养关系

未经试养期而直接成立收养关系,这样做在很大程度上可能会导致把被收养儿童放在一个表面合格但实际不合格的收养人及其家庭里,严重的可能会导致收养人侵犯其各种合法权益,甚至虐待、遗弃被收养儿童。因此,在收养关系正式成立前,使被收养人融入新家庭的生活也是为今后漫长的幸福生活埋下伏笔。收养刚刚进行时,无论是收养人还是被收养人,都会本能地对即将与自己生活在一起的人产生心理防御,这一道由收养当事人自己筑成的心理屏障就是能否顺利成立收养关系的关键。而试养期制度的存在也正是使收养人和被收养人之间打破隔阂,互相了解和磨合,从而消除不稳定因素,使收养关系趋于稳定。

二、国外立法中对于试养期的规定

(一) 英国

1926年英国颁布了单行的《收养法》,中间多次补充修改,与1984年的《收养规则》、1989年《儿童法》、2002年的《收养与儿童法》,共同形成了一套相对成熟完善的收养法律体系。英国《2002收养与儿童法》第42条的规定:“对收养令的申请必须在申请人与被安排试收养的儿童共

同生活达到一定期限后才能作出。”这就以法律明文规定了试养期制度。在试养期后,随后也要经过司法审查和行政确认两道程序。收养必须由收养人向管辖法院提出申请,管辖法院要对收养人的基本情况进行调查,涉及到收养关系双方当事人的道德品质、人格和身体情况、收养人的家庭条件、是否具备抚养和教育被收养人的能力、经济基础以及申请收养的原由等方面,并对调查结果综合评定,只有得出的收养结论有利于被收养子女时,才颁发收养令。法院宣告收养关系成立后还必须在行政部门登记。

(二) 法国

法国收养制度的确立相对较早,1804年的《拿破仑法典》,设立专章来规定收养,但当时规定的条件特别严格即未成年人不得被收养。专门设立了一种“非正式监护”制度来保护未成年人的利益,但要等到他们成年后才能另行收养。此后,为给未成年人更充分的保护,打破限制收养未成人的传统,专门设立了完全收养制度。《法国民法典》第八编将收养子女分了两章,分别规定了完全收养与单纯收养。法国确立收养程序为法院宣告制,由法院审查收养条件并予以宣告。同时在《法国民法典》第345条,要求法院在受理收养请求后的6个月内,应该给予收养人和被收养人一段相处时间,以便考察被收养人的权利是否能保障。此处规定的“6个月”即被视为试养期。

(三) 德国

关于试养期,德国也作出了规定,《德国民法典》第1744条规定:“收养通常仅在收养人已经对子女进行适当时间的养育时,才应当予以宣告”。这一期间就是试收养期。这种期限性的规定有利于考察收养人是否真正具备能力以及被收养人是否能够适应收养人为其提供的全新生活环境,依据这个缓冲期间从而可以最终决定是否建立收养关系,这也是保护被收养人利益原则的一种具体体现。

(四) 其他

此外,日本在一般收养情况下,并没有试收养期的规定,但在特别收养中有此规定,即考察养父母对养子女6个月内的监护和生活状况并最终决定特别收养关系的成立与否。美国部分州也规定了试养期制度,例如《美国纽约州家庭法》规定,养子女未满十八岁时,法院在收到收养申请书六个月前,不得做出任何收养决定。

三、试养期制度在我国的建立

目前,我国在收养程序中,缺乏试养期的构建,但民政部于2012年在第十三次全国民政工作会议上提出,要“完善儿童收养政策,建立收养评估制度”,此后,各地区开始试点评估工作,试养期制度作为收养评估制度的配套制度,势必在未来成为收养制度完善措施中的一部分,因此,探讨如何构建符合我国国情的试养期制度也成为必要的问题。

(一) 适用对象

试养期制度的实行,不仅仅要考察被收养儿童是否能够适应新家庭给其带来的新鲜生活,更重要的是切实探寻收养人的条件是否真正符合收养被收养人的全部条件,与其说是为被收养人制定的试养期,不如说是为保护被收养人根本利益,而专门为收养人制定的试养期。因此,对于试养期的适用对象而言,笔者认为,应该适用于收养法所规定的所有可以被收养的对象。

(二) 试用期间

符合法定条件的收养人与被收养人通过试养期制度做进一步考察,寻求双方的适应,是对冲动收养情况的补救。至于对试收养期制度具体时间长度的确定,笔者认为期限不宜过短或过长,期限过短体现不出试收养的效果,期限过长又失去了试收养的意义。因此,笔者认为可以借鉴域外国家已有

的法律规定，把收养期限限制在 3~12 个月，法律对试养期规定一个统一期间，而对于具体个案的期间确定，则由当地民政部门根据各个被收养人与收养人之间因性格、教育、生活习惯等背景因素的不同，综合考量，从而确定其具体的试养期。

（三）试养期内的收养评估

在确立试养期制度基础上，我国应在收养程序中明确的提出，试养期间对于收养人与被收养人生活的实地考察工作由收养登记机关的收养登记员负责，在考察结束时，收养登记员需提交关于收养人与被收养人生活状况的详细调查报告，登记机关由此判断收养人是否真正符合收养人条件，由此决定是否给予收养登记。调查过程中如果有必要，可以规定允许采取秘密调查等手段以确保证明材料的准确性，调查中相关部门也应给予充分配合和协助。另外，应明确收养人、收养人工作单位及相关组织、收养登记工作人员的法律职责，对提供虚假证明、怠于审查的应给予严厉惩罚。关于收养登记员对于收养人与被收养人生活的实地考察内容，综合民政部《关于开展收养评估试点工作的通知》（民函[2012]189 号）及学界意见，可以从以下两个方面进行：

第一，深入核实收养人的个人、家庭和经济状况。具体包括：①收养人的工作及收入状况；②收养人的身体健康状况；③收养人是否存在法律上禁

止收养的情形；④收养人的家庭组成人员；⑤收养人的文化水平；⑥收养人的品德状况等。

第二，着重探究收养人与被收养人在试养期间的的生活融洽程度。具体包括：①收养人的收养动机或目的；②收养人是否具备抚养儿童的能力；③收养人是否做好收养被收养人的准备（包括心里与行动）；④如果收养申请人的长辈直系血亲与其共同生活，收养子女是否影响其家庭生活；⑤被收养人对收养人的态度和意见；⑥收养人与被收养人在试养期间是否相互适应；⑦收养人与被收养儿童的宗教。

参考文献

- 1、陈苇. 外国婚姻家庭法比较研究[M]北京:群众出版社, 2006
- 2、蒋新苗. 收养法比较研究[M]北京:北京大学出版社, 2005.
- 3、李喜蕊. 英国现代收养制度的发展与启示[J]. 郑州航空工业管理学院学报. 2009(27)
- 4、马艺丹, 薛威峰, 郑涌. 儿童收养研究中的心理学问题[J]. 心理科学进展. 2010(3).
- 5、蒋瑜. 论我国收养法律制度的完善[D]. 广西师范大学, 2011.

撰稿 | 王祺

排版 | 王祺

陆青：离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究 | 《法学研究》2018 年第 1 期第 87-105 页

原创 2018-02-07 法学研究 陆青

https://mp.weixin.qq.com/s/X3l_M696F2owG5smoSp3gQ

作者陆青，浙江大学光华法学院副教授。

本文原载《法学研究》2018 年第 1 期第 87—105 页。

1 问题的提出

2015 年 12 月 4 日，最高人民法院公布“用公开促公正，建设核心价值”主题教育活动 婚姻

家庭纠纷典型案例，其中“于某某诉高某某离婚后财产纠纷案”涉及离婚协议中的财产“赠与条款”问题，记录如下：

（一）基本案情与典型意义

于某某与高某某于2001年11月11日登记结婚，婚后于2003年9月生育一子高某。因感情不和，双方于2009年9月2日在法院调解离婚。双方离婚时对于共同共有的位于北京市某小区59号房屋未予以分割，而是通过协议约定该房屋所有权在高某某付清贷款后归双方之子高某所有。2013年1月，于某某起诉至北京市东城区人民法院称：59号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至高某名下，即还未实际赠与给高某，目前还处于于某某、高某某共有财产状态，故不计划再将该房屋属于自己的部分赠与高某，主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割房屋。高某某则认为：离婚时双方已经将房屋协议赠与高某，正是因为于某某同意将房屋赠与高某，本人才同意离婚协议中其他加重自己义务的条款，例如在离婚后单独偿还夫妻共同债务4.5万元。本人认为离婚已经对孩子造成巨大伤害，出于对未成年人的考虑，不应该支持于某某的诉讼请求。

北京市东城区人民法院认为：双方在婚姻关系存续期间均知悉59号房屋系夫妻共同财产，对于诉争房屋的处理，于某某与高某某早已达成协议，且该约定系双方在离婚时达成，即双方约定将房屋赠与其子是建立在双方夫妻身份关系解除的基础之上。在于某某与高某某离婚后，于某某不同意履行对诉争房屋的处理约定，并要求分割诉争房屋，其诉讼请求法律依据不足，亦有违诚信。故对于某某的诉讼请求，法院不予支持。北京市东城区人民法院于2013年4月24日作出（2013）东民初字第02551号民事判决：驳回于某某的诉讼请求。北京市第二中级人民法院于2013年7月11日作出（2013）二中民终字第09734号判决：驳回上诉，维持原判。

“于某某案”作为典型案例被公布时，揭明的“典型意义”如下：本案中双方争议的焦点是在离婚协议中约定将夫妻共同共有的房产赠与未成年子女，离婚后一方在赠与房产变更登记之前是否有权予以撤销。在离婚协议中双方将共同财产赠与未成年子女的约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等内容互为前提、互为结果，构成了一个整体，是“一揽子”的解决方案。如果允许一方反悔，那么男女双方离婚协议的“整体性”将被破坏。在婚姻关系已经解除且不可逆的情况下，如果允许当事人对于财产部分反悔，将助长先离婚再恶意占有财产之有违诚实信用的行为，也不利于保护未成年子女的权益。因此，在离婚后一方欲根据合同法第186条第1款之规定单方撤销赠与时，亦应取得双方合意，在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下，无权单方撤销赠与。

（二）评析

在指导性案例、公报案例之外，公布的典型案例要真正对司法实务发挥某种参考或指引作用，须结合案件事实，在规范层面作出清晰梳理和论证。仔细分析本案“典型意义”，笔者尚存有如下困惑：“典型意义”中认为案件的焦点是“在离婚协议中约定将夫妻共同共有的房产赠与未成年子女，离婚后一方在赠与房产变更登记之前是否有权予以撤销”，并最终否定了原告主张单方撤销赠与行为和对房屋进行共有物分割的诉求。其论证理由主要为三点：第一，强调离婚协议的整体性。第二，强调当事人为离婚而订立赠与条款，事后单方悔约“有违诚信，也不利于保护未成年子女权益”。第三，认为对于夫妻共同财产的赠与，“根据合同法第186条第1款之规定单方撤销赠与时亦应取得双方合意，在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下，无权单方撤销赠与”。上述三点理由，其实都有商榷的空间。

对于第一点理由，值得思考的是，究竟该如何

理解离婚协议中所谓“一揽子”解决方案。“典型意义”指出,离婚协议中诸多条款“互为前提、互为结果,构成了一个整体”,而当事人的反悔行为将导致这种整体性的破坏。那么,所谓“整体性不得破坏”该如何理解?“典型意义”尽管对离婚协议中所反映出来的“整体性”进行了现象层面的描述,但却未建构出清晰的规范适用逻辑。对于第二点理由,值得考虑的是,尽管从朴素的感情出发或许可以认为,当事人一旦作出承诺而事后又予以撤销,属于“出尔反尔,有违诚信”的行为,但合同法之所以规定赠与合同任意撤销权,目的在于就无偿的财产转让行为,允许赠与人在权利终局移转之前进行审慎权衡和判断。而假设认为离婚协议中的赠与行为可以适用合同法第186条第1款规定,那么,所谓的“事后反悔”也就具有了法律上的正当性,足以对抗诚信和未成年人保护上的责难。对于第三点理由,“典型意义”并未直接论述此类赠与条款是否可以适用合同法第186条的规定,而只是退而求其次地指出,即使适用该条规范主张撤销,也必须征得共同共有人的同意。然而,尽管共有物的处分必须经得全体共有人同意,但事后一方若依法行使任意撤销权,理论上反而会因其单方的撤销行为影响到之前双方所达成的共同处分合意。为何要反过来认为,因处分行为必须共同作出,所以否定此处分的行为也必须共同作出?其法理依据何在?

就最高院公布案例对司法审判的参考、指引或示范意义而言,上述三方面的理由尚无法归纳和抽取出一个更具一般意义的审判思路。之所以如此,在于本案“典型意义”的提炼并未直接围绕核心法律问题——“离婚协议中‘赠与(子女)财产’条款是否可以适用合同法第186条的任意撤销权规定”展开论述。要解决这一核心问题,关键在于解决离婚协议中此类“赠与条款”的定性问题。易言之,镶嵌在离婚协议中的“赠与条款”,究竟形成何种协议的规范构造,其与离婚协议中其他条款存在何种关系,此类约定在夫妻之间和相对于子

女又分别存在何种拘束效力,这些问题均值得作更深层次的论证梳理。

2 定性为“赠与”的法律适用困境

针对离婚协议中的“赠与子女财产”条款产生的纠纷,常见类型有两类:一类如“于某某案”,由赠与人起诉要求撤销“赠与”;另一类是受赠子女根据离婚协议诉至法院,要求赠与人协助办理房屋过户手续。司法实践中相关争议焦点基本都集中在此类条款能否适用合同法关于赠与合同的任意撤销权规定。但无论是持肯定说还是否定说,其逻辑前提往往是将离婚协议中的“赠与子女财产”条款定性为“赠与”,这在“于某某案”中也不例外。在此基础上,又产生法律适用上的诸多争议。

(一)能否适用合同法

合同法第2条第2款规定:“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。”就此,一种可能的审判思路是将离婚协议中包含的“赠与子女财产”条款界定为“有关身份关系”的赠与协议,进而排除合同法的适用可能。

笔者认为,理论和实务在理解“有关身份关系的协议”时,往往并不严格区分纯粹意义上的“身份协议”和“身份与财产关系交织的协议”。事实上,前者仅以身份关系的产生、变更和消灭为内容,无涉财产关系,自然无须适用合同法来加以调整。实践中争议更多的恰恰在于后者,即那些身份与财产关系交织的协议,比如夫妻之间约定“违约金”的忠诚协议、夫妻间财产赠与协议。此时,若将前述规则简单理解为“身份协议不适用合同法”,那么,对于这种处在一定身份关系下涉及财产内容调整的协议,往往不得不将其牵强地归类到“身份协议”或“财产协议”,进而得出能否适用合同法的结论。这多少有将复杂问题简单化的嫌疑。

事实上,对于合同法第2条“适用其他法律

的规定”，理论上存在三种不同的解释：一是认为婚姻等有关身份关系的协议完全排除了合同法的适用可能，而“只能”适用其他法律规定。此种观点往往同时主张合同法仅限于财产关系的调整；第二种是在否认适用合同法的情况下，将有关身份关系的协议理解为法律行为的下位概念，进而适用民法通则或民法总则关于法律行为的相关规定；第三种是理解为身份关系的协议适用其他法律的规定，但在其他法律没有规定的情况下，依然可以适用或比照、参照适用合同法的规定。笔者认为，第三种理解相对更有说服力。一则合同法第2条并未排除该法适用于有关身份关系协议的可能。从该条对“合同”所作定义可知，其所调整的合同关系为“民事权利义务关系”，并未限定于财产性权利义务关系，这为合同法的规范介入留下余地。二则条文本身仅提到适用其他法律规定，但未直接说明，在不存在其他法律规定的情况下能否适用合同法。三则我国合同法中的诸多规范，包括其“总则”部分的规范，实际上也未必仅局限于对财产关系的调整，而是将合同作为体现意思自治的典范，直射其更为上位的法律行为的规范空间。这点，从合同法对民法通则中民事法律行为诸多规则的修改上可见一斑。

因此，以离婚协议中的“赠与条款”“有关身份关系”，不能直接得出排除合同法及其赠与合同规定的结论。

（二）能否适用婚姻法

根据合同法第2条第2款的规定，若要排除合同法中赠与合同规则的适用，一种可能的思路是在“其他法律规定”中寻找更直接的适用规则。具体来说，若婚姻法针对离婚协议中的“赠与条款”有专门规定，那么自然也就无须考虑合同法的适用问题。

婚姻法第31条规定，“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理的，发给离婚证。”第39条第1款规定，“离

婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。”“于某某案”中的“赠与”约定，属于此处的“夫妻共同财产处理协议”。令人遗憾的是，对此类协议如何规范，婚姻法没有作进一步的规定。另外，“离婚协议”作为规范语言，还出现在《婚姻登记条例》第11条第3款。其中提到，离婚协议书应包含“双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产债务处理等事项协商一致达成的协议或者意见”，但同样没有直接处理此类协议如何规范的问题。

值得注意的是，如果我们将“其他法律规定”延伸到婚姻法相关司法解释的话，将看到两处相对更直接的规定。这两处规定或多或少影响着司法实务对于离婚协议中约定的“赠与”条款的审判思路。

1. 能否适用“婚姻法解释二”第8条、第9条

“婚姻法解释二”第8条规定：“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。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”第9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。”在讨论“于某某案”相关的离婚协议中“赠与子女财产条款能否撤销”问题时，就有实务观点认为，“婚姻法解释二”第8条充分说明，经过婚姻登记机关确认的离婚协议具有确定的效力，而第9条表明，法院只能审查财产分割协议是否存在欺诈、胁迫等特定情形，除此之外，当事人双方均不能就离婚协议内容进行撤销。因此，离婚协议中的赠与子女房屋条款，可直接适用前述规定驳回当事人要求撤销的诉讼请求。

笔者对此有不同看法。首先，“婚姻法解释二”

第8条提到夫妻财产分割协议“对男女双方具有法律拘束力”，但当事人主张撤销赠与并不意在否定协议具有法律上的拘束力，而是在承认赠与合同有效的情况下主张任意撤销权。其次，“财产分割协议”在外延上小于《婚姻登记条例》中的“财产债务处理等事项”达成的协议，“分割”一词似乎仅指向夫妻共同财产的分割事项，并不包括夫妻将共同财产未予分割而赠与他人的情形，也无法涵盖夫妻一方“赠与”对方财产的情形。再次，第8、9条重在规制离婚时夫妻双方的财产分割协议是否存在意思表示瑕疵——这也恰恰是关于此类协议的纠纷仅允许法院在当事人离婚后一年内予以受理的原因。而如果当事人主张依据赠与合同规则行使任意撤销权，显然该撤销事由与欺诈、胁迫等撤销事由截然不同。因此，若承认当事人所签订的“赠与条款”的确属于赠与性质，那么，对其直接适用财产分割协议的审判逻辑显然是值得商榷的。

2. 能否适用“婚姻法解释三”第6条

“婚姻法解释三”第6条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第186条的规定处理。”那么，该项规定能否为离婚协议中的“赠与”条款问题提供新的审判思路，据此得出其适用或不适用合同法第186条的结论？严格来说，离婚协议签订之时，依然属于“婚姻关系存续期间”，因此，离婚协议中的赠与约定似乎可以适用“婚姻法解释三”第6条的规定。即使我们不采取这样的观点，将离婚协议与婚前或者婚姻关系存续期间签订的赠与协议作严格区分，前条规定似乎依然具有解释上的指引意义。既然处在夫妻关系下的夫妻间财产赠与可以适用合同法第186条，能否认为同样与身份关系相交织的离婚协议中的“赠与子女财产”条款，可以类推适用该条的规定呢？

对此，笔者持不同意见。首先需要说明的是，

针对“夫妻间赠与”条款的规范适用，不少学者对解释第6条提出批评或质疑。有的认为，在婚姻家庭生活中，赠与行为对于促进家庭成员和睦、鼓励奉献精神等起到积极作用，因此应将夫妻间赠与的任意撤销权调整为法定撤销权。有的认为应区分夫妻财产约定和夫妻财产赠与，前者与夫妻身份密切相关，具有附随身份的特性，而后者内容及效力均与夫妻身份无关。夫妻之间订立的内容不明确的房产变动协议，其性质应推定为夫妻财产约定。有的认为，夫妻之间给与不动产约定的性质，应当结合当事人的意图与夫妻财产制予以判断：通常情形，应当认定该约定为夫妻财产制契约，若夫妻之间明确表示该约定为赠与，或者夫妻之间在想到离婚的可能性后仍然作出此种给与约定，则该约定可以认定为赠与合同。不同观点之所以主张排除或限缩“婚姻法解释三”第6条的适用范围，往往是考虑到婚姻状态下夫妻财产关系的特殊性，进而试图厘清“夫妻间赠与”与夫妻财产约定制的规范边界。如果我们仔细考察婚姻法的规范框架，可以发现，婚姻法第三章涉及“家庭关系”，“离婚”则作为独立的第四章内容，两种身份关系的规范定位并不相同。婚前或婚姻关系存续期间的财产赠与，性质上属于“家庭关系”的调整范畴，而离婚协议中的财产“赠与”，涉及的是“离婚”阶段的法律关系。尽管时间上看，离婚协议中的“赠与子女财产”条款也是在婚姻关系存续期间即尚未离婚时所作成，但其生效时间为离婚时。因此不能按照字面意思将离婚协议中的“赠与子女财产”条款纳入到“婚姻法解释三”第6条的涵摄范围。

(三) 能否适用合同法第186条第2款

合同法第186条第2款规定，具有社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用任意撤销权的规定。对于离婚协议中的“赠与子女财产”条款，一般不涉及社会公益，但能否以属于道德义务性质的赠与或类推经过公证的赠与而排除当事人的任意撤销权呢？

1. 是否属于道德义务性质的赠与

关于道德义务性质的赠与,全国人大法工委的《合同法释义》中解释为:“履行道德义务性质的赠与,由于当事人之间有着道义上的因素,如果允许赠与人任意撤销,则与道义不符。因此,此类赠与也不得由赠与人任意撤销”。实践中离婚协议中的赠与条款,受赠对象往往是配偶另外一方或者子女、家人,是否可以认定为道德义务性质的赠与?一般认为,履行道德上的义务而为之赠与仍不失赠与属性。真正困扰实务的,在于如何界定此种义务。史尚宽认为,“何谓道德上义务,例如虽无扶养义务之人,对于其亲属为扶养给付,生父对于婚外子女,虽未经认领或未经判决确定其为生父……,而为扶养费之约束,于灾难之际以慈善或为公益之目的而为施舍。依其情形,为其亲属或长期之被雇人所为之扶助及保险,亦为道德上之义务。对于重要而无偿之劳务或救护工作之酬给亦然。所谓道德上义务,不应狭义的解释,迫于人类连带责任感之给与,亦应解释在内。所谓报酬的(谢礼的)赠与或相互的赠与,于礼俗认为必要之范围内,应解释为道德上义务之履行。”由是可知,所谓“道德上义务”指涉并非应当承担真正的法律上义务,而是从伦理秩序或者人情风俗的角度观察,对于社会道义发生正向促进作用的义务。所以,对是否存在道德义务的判定,往往需要结合个案作具体情境下的分析。尽管在生活实践中,尤其是在中国的传统家庭伦理之中,父母往往会在情感上出于子女成家立业上的考虑向后者提供房屋或必要的经济资助,甚至可能把这种安排提前到子女未成年时,但似乎不能在一般意义上认为夫妻存在向子女给与房屋或其他财物的“道德上的义务”。即使在离婚纠纷中,父母或其中一方可能会基于对子女的愧疚之情,在履行法定的抚养义务之外,向成年或未成年子女提供房屋等更好的物质保障,但这种安排似乎也更应局限在行为动机上予以考量,而不能得出离异父母对子女存在提供此类财物的“道德上义务”的一般结论。如果子女已经独立成家,认定存

在此类“道德上义务”显然更为困难。尽管不排除在个案中可以结合父母的财产状况和子女的生活需求等因素,从社会伦理上探讨是否存在“道德上义务”的空间,却无法在规范层面为本文所讨论的离婚协议下的“赠与子女财产”条款提供一般意义上的结论。更为重要的是,“道德上义务”的审判视角更多集中在父母与子女关系的维度去寻求审判结论,而相对忽略了此类条款镶嵌在离婚协议之中所带来的复杂语境。换句话说,它无法清晰解释此类条款在达成离婚协议的夫妻之间究竟形成何种法律关系。

2. 能否类比经过公证的赠与

合同法第186条规定,经过公证的赠与合同不得任意撤销。能否进一步认为,离婚协议经过婚姻登记机关的备案,更加不能被任意撤销?经过公证的赠与合同表明当事人对赠与意愿进行了慎重的考虑。《合同法释义》中提到,在合同法草案四次审议稿中规定“采用书面形式订立的赠与合同,不适用前款规定”,后将“采用书面形式”改为“经过公证”,盖“采用书面形式订立的赠与合同,也难免有因一时情感因素而有欠考虑的情况,而经过公证的赠与合同,不能再说不慎重,为了平衡赠与合同双方的利益,作了上述修改”。那么,举轻以明重,能否认为当事人在离婚协议中的安排比公证书更为慎重,因此不能被任意撤销?笔者认为,合同法第186条并没有采取通常容易使用的“等”之类的开放表述,而是封闭式地仅提到了特定的三种类型,因此不宜对该条中的类型进行扩张或类推适用。更何况,类型设定的背后的确可能有各种规范理由的考虑,但这种考虑更多是立法者进行价值衡量的因素,而不能倒过来认为,公证过的赠与合同或者离婚协议中“赠与”条款一定是当事人的慎重或不慎重的决定。虽然离婚协议经过公权力机关的备案,这或许可以用来说明离婚协议中的财产约定与公证文书一样具有法律上的执行力,却与赠与人能否撤销赠与没有直接的关系。

3 “赠与子女财产”条款定性上的批判和重构

通过上文讨论可知,尽管表面上看,通过解婚姻法和合同法的诸多规定,产生多种排除“赠与人”任意撤销权的审判进路,但前述进路在解释上无法得出令人信服的答案。之所以产生法律适用上的困境,最根本的原因在于对于离婚协议中的“赠与”条款与离婚协议的整体关系未作清晰的梳理,因此无法跳出“赠与”条款能否适用合同法第186条的困境。对于这种“整体性”形成的法律关系,有必要作更深入的梳理。

(一) 围绕“赠与”的可能解释进路

合同法第186条并未明确排除附义务的赠与场合的任意撤销权。对于离婚协议中“赠与子女财产”条款和其他条款的关系,一种可能的解释路径是理解为合同法第190条所规定的附义务的赠与。但这种理解显然不符合“于某某案”的案件类型,盖即使理解为存在父母对子女的赠与关系,此时“赠与条款”显然并未对作为受赠人的子女设有负担。即使将作为离婚协议的相对人配偶一方必须接受离婚合意及其他财产和债务分配的约定作为一种“负担”,在赠与合同的逻辑下,配偶一方依然属于赠与人的身份,因此同样不符合附义务的赠与的定性。那么,能否以某种法律行为附条件的结构来解释离婚协议中各条款间的关系,进而解决其规范适用上的问题。对此,一种解释路径是将案涉条款定位为以夫妻双方婚姻关系的解除或登记离婚为生效条件。但这种理论定性并不能解决本文所要讨论的问题。法律行为附条件的规范目的在于以条件的成就或不成就作为法律行为生效或不生效的制约因素。此处即使承认相关条款以离婚为生效条件,但要讨论的却并非赠与条款能否发生效力,而是在肯定条件成就的前提下,当事人能否撤销已经有效的财产“赠与”约定的问题。相反,将离婚协议理解为是附条件的法律行为,即以财产赠与等约定之达成作为离婚协议发生效力的条件,得出的结论也是类似的,即最多只能用来说明离婚

协议因条件成就而生效的现象。而因为离婚合意一旦生效客观上无法逆转,显然也不能将离婚协议理解为离婚合意或财产赠与约定解除条件的结构,因此同样无法得出当事人能否撤销“财产赠与行为”的结论。

进一步的思考是,我们能不能将离婚协议中的诸多约定(比如“于某某案”中高某某愿意将4.5万元夫妻共同债务作为个人债务)与房屋赠与子女的约定理解为彼此互为条件,以此来解释离婚协议中不同条款之间的整体联系。对此,需说明的是,一般而言,法律行为附条件原则上须由当事人明确作出约定。在离婚协议中,当然也允许当事人明确约定,比如,约定一方承担的债务以对方答应“赠与”子女房屋为条件。但在当事人没有此类约定的情况下,将离婚协议中诸多条款形成的法律关系理解为默示的条件结构,存在过度拟制的危险。正如本文后面分析,离婚协议下的种种财产约定,在性质上属于对婚姻关系解除的法律后果的约定。不同条款间之所以形成整体联系,在本质上是因婚姻关系解除后所产生的离婚财产清算关系的复杂性和整体性所致。另一方面,将离婚协议中的诸多约定均解释为彼此相连的条件结构,徒增法律关系的复杂性,无法在具体条款之间化解相关难题。

另一种解释路径是将离婚协议中的赠与条款解释为一种所谓的“目的赠与”。实务中就 有观点认为,“鉴于离婚协议主要是为解除双方婚姻关系的目的而设,其所涉及的财产分割、子女抚育等均系出于解除双方身份关系的动机,因此,夫妻一方基于离婚事由将自己婚前的个人财产处分给子女方的行为,可认定是一种目的赠与行为……在双方婚姻关系事实上因离婚协议得以解除且离婚协议的其他内容均已履行的情况下,应视夫妻一方赠与财产的目的已经实现,故其赠与依法不能随意撤销。”

实务中引入“目的赠与”的概念,意在强调赠与子女条款作为“目的赠与”,在其“目的

达成”(即婚姻解除)的情况下,不能随意撤销。但这与传统民法所说的“目的赠与”在适用的方向上恰好相反。通常所说的“目的赠与”,是指赠与之所以向受赠人无偿给与财产,意图在于追求某个特定目的的实现,而且受赠人自己也明确知悉该目的的存在,比如激发受赠人实施某个特定的行为。若赠与所追求的目的最终未能实现,赠与人可以“目的不达”作为请求权基础要求返还。需要指出的是,一旦把前述条款解释为“为离婚目的而为(或才为)赠与”,事实上混淆了“离婚的原因”和“离婚的后果”两个不同层次的概念。如果离婚中的“赠与”是“以离婚为目的”的赠与,那么,同样的道理,离婚协议中达成的夫妻共同财产分割协议、债务分担协议,也均可理解为“以离婚为目的”而达成的协议。这显然违反了事物的本质,即上述条款均属对离婚后财产关系处理的约定,本身并非婚姻关系解除的原因。对离婚产生法律上直接影响的,应该是双方是否“自愿离婚”或“感情确已破裂”,而非某种经济目的的实现。即使“赠与”背后的确存在着促成离婚合意达成的动机,这种动机不应上升到法律层面,使协议离婚的“自愿性”在法律评价上受到某种经济目的能否实现的捆绑或影响。最后,以“目的赠与”来理解“赠与子女财产”条款显然更不合适,盖作为“受赠人”的子女,并不需要通过特定行为的实施来满足或者达到作为“赠与人”的父母的特定目的。

(二)为第三人利益合同的解释进路

对于离婚协议中的“赠与子女财产”条款,司法实践中也存在另一种审判思路,即跳出“赠与”的逻辑,将此类条款解释成“为第三人利益的合同”。这种观点认为,如离婚协议的双方约定一方特定财产归属子女,实际上是一方向对方允诺,将向子女给付指定财产;如约定双方共同财产归属子女,实际上是双方分别向对方允诺,将向子女给付夫妻共同财产。因此,离婚协议约定夫妻一方或

双方财产归属子女,应视为夫妻一方或双方允诺向第三人给付,属于为第三人利益合同的范畴。

或许有观点认为,为第三人利益合同的法律构造比较容易解释离婚协议中约定夫妻一方将其个人财产赠与子女的情形,而在“于某某案”中,涉及的是夫妻双方将共同财产处分给子女,此时把夫妻对共有财产处理上达成的合意“割裂地”看待为互为对方设定了向第三人履行的义务,法律关系的理解上难免相对复杂。而且,对于共同共有财产,夫妻任何一方均无独立的处分权,将共同处分行为拆分为相互之间的为第三人利益合同,似乎存在着过分拟制的危险。另外,对于合同法第64条是否规定或涵盖了为第三人利益合同的类型,理论上尚存在较大争议。在这样的背景下,此类条款是否合适纳入为第三人利益合同的构造,的确会产生一些顾虑。

对于这些顾虑,笔者有不同看法。笔者认为,在满足子女利益保护的前提下,肯定离婚协议“赠与子女财产”约定具有为第三人利益合同的法律构造,更清楚地揭示了离婚协议包括其中的所谓“赠与”约定的当事人依然是夫妻双方,而非子女。同时,在父母一方或者双方不履行协议的约定时,子女作为受有利益的第三人,可以以父母为被告,直接请求其履行协议的内容,保障其财产利益的实现。此种规范构造能更好地解释离婚协议中“赠与子女财产”条款的两重维度(夫妻之间、父母子女之间)。至于夫妻对共同财产并无完全的单方处分权,毕竟不同于无处分权的情形,而应理解为夫妻各自对共同财产的处分权受有限制,而通过离婚协议中共同设定为第三人利益条款的合意,弥补了这种处分权限制上的影响。或许也可以认为,离婚必然导致共同关系的消灭,因此夫妻共同共有也将转化为按份共有。如此,在离婚协议中的“赠与子女财产”条款情形,夫妻双方实际上是为子女利益,约束彼此处分自己的份额。最后,尽管对于合同法是否存在为第三人利益合同的一般规范的确存在争议,但无论是借助立法完善还是解释上的拓展,

不同学者均未否定为第三人利益合同本身在规范层面有其独立的制度功能。从意思自治的角度,也应允许当事人在家庭法等不同领域,从特殊的利益需求出发,约定为第三人利益合同的类型。

不过,现行理论关于为第三人利益合同的解释方案,尚没有清楚说明父母与子女的对价关系上的具体构成,而且这种解释方案仅仅立足于说明离婚协议当事人与子女之间的外部关系维度,无法在作为离婚协议当事人的夫妻关系维度,解释此类条款与离婚协议中的其他财产约定之间的整体联系。

(三) 离婚财产清算协议的解释进路

考虑到前述解释方案存在的诸多问题,笔者认为,应回到事物的本质,重新审视离婚协议“财产赠与”约定的核心功能。正如“于某某案”“典型意义”揭明的那样,离婚协议中不仅包含了夫妻解除婚姻关系的合意,同时涉及子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等诸多内容。这些内容,事实上均为针对夫妻身份关系解除所作出的人身和财产关系上的安排。如果把夫妻关系理解为一种身份法意义上的继续性合同,在笔者看来,可以借鉴合同解除后果的理念,把离婚协议中的财产处理部分(包括给与子女财产)界定为“离婚财产清算协议”的范畴,并纳入到婚姻关系解除后的清算关系中予以综合考量,以此来解释所谓的离婚协议的整体性。

在对“离婚财产清算协议”进行理论建构之前,首先有必要对作为合同解除后果的“清算关系”本身作一些理论上的澄清。“清算关系”理论的提出,某种意义上是为了解决“合同解除溯及地导致合同消灭”的传统理论存在的弊端。该理论认为,合同解除并不直接导致合同的消灭,而是导致原来的债的关系转化为某种“清算关系”。在这种清算关系的框架下,不仅原本的给付义务转变为一种逆向的返还义务,而且“违约金、预定的损害赔偿或者定金,无论其为原本债之关系的变形或者延长,均得为‘清算关系’内容的组成部分”。

正是在此的分析框架下,有学者认为,合同法第98条所规定的“结算和清理条款”(被简称为“清算条款”)以合同解除场合最为典型,并可纳入“解除的效果”中加以讨论。

不同于一般意义上的合同解除,婚姻关系解除下的清算关系显然更为复杂,且在内容上并不局限于夫妻共同财产和债务的调整。婚姻共同体有其独立于财产经营之外的本身固有的缔结家庭和延续子嗣的更高目的。对于解除婚姻共同体下的后果安排,无论是否采取夫妻法定财产制,都不能仅局限于夫妻共同财产、债务的分割,还应把子女抚养、探视、对配偶一方的经济补偿、经济帮助甚至过错损害赔偿上的种种安排都纳入离婚清算关系的范畴作整体考量。唯有如此,才能真正体现婚姻法第31条将“子女和财产问题已有适当处理”作为颁发离婚证的前置要求的规范意图。

也许有学者会认为,针对夫妻离婚后的财产清算关系,婚姻法第40条规定夫妻约定分别财产制之下,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;第41条规定夫妻共同生活所负债务的清偿;第42条规定离婚时如一方生活困难,可以协议由另一方从其住房等个人财产中给予适当帮助;第46条规定特殊情况下的离婚损害赔偿制度。前述规定似乎表明,对于夫妻离婚时的财产清算关系,仅涉及以上法定义务相关的情形。但笔者认为,前述规定恰恰说明了离婚后财产清算关系在内容上的复杂性和多元性,而第41条、第42条明确提到允许当事人自行约定,显然赋予了当事人在离婚财产清算关系中更多的意思自治空间。更为重要的是,当事人通过约定的方式进行离婚财产清算,恰恰可以弥补我国婚姻法上离婚救济制度所存在的种种弊端。正如理论指出,我国婚姻法第40条将离婚经济补偿局限于分别财产制,而在共同财产制下仅依靠离婚共同财产的分割根本无法纠正夫妻间的权益失衡状态;婚姻法第42条仅规定对离婚时生活困难一方的经济帮助制度,却未规定离婚

后的夫妻扶养义务,同样存在“设计条件过苛、保护不力不足”的弊端;而离婚损害赔偿制度在赔偿主体、赔偿范围、过错认定等方面均存在不足之处。正因如此,允许当事人在法定义务之外,以意思自治的方式作出其他财产处理上的安排,包括一方将个人财产给与对方来作出相应的经济补偿、经济帮助,甚至包括约定夫妻间的离婚扶养义务、扩张离婚损害赔偿的范围,都有着重要的实践意义和现实需求。

当然,前述内容仅仅说明了在清算关系框架下离婚协议中不同约定的意义以及由此形成的复杂整体性,此处还须进一步解释为何将“赠与子女财产”条款同样纳入此种复杂的算关系中予以考量。离婚后的清算关系当然涉及子女问题的处理。离婚时父母对子女提供财产的安排,可能涉及诸多方面的原因。其中最直接相关的,是夫妻双方以所谓“赠与”的方式对子女扶养义务作出的具体约定。尽管我国婚姻法第21条第2款和第37条在条文表述上将扶养义务更多局限于给付抚养费以及离婚时支付生活费、教育费等具体内容,但在笔者看来,婚姻法第21条规定的“扶养义务”并不完全等同于支付抚养费、生活费、教育费等义务。“扶养义务”是指“父母抚育子女的成长,并为他们的生活、学习提供一定的物质条件”。因此,并不排除在实践中,当事人可以在离婚协议中约定履行扶养义务的具体方式,甚至通过“一次性给与财产”来履行相应的扶养义务。客观而言,父母对子女一次性提供房屋等具有重大财产价值的财物,相比定期性的金钱给付义务,往往在经济上更具有稳定性和确定性。此类“赠与子女财产”条款虽名为“赠与”,实则缺乏真正的赠与意思,更应理解为是父母从保障子女未来生活需要出发,对扶养义务所作出的具体履行方式的安排。对于此类安排,当然应理解为属于离婚财产清算关系的范畴。

需要指出的是,离婚协议中的“赠与子女财产”条款未必均涉及对子女扶养义务的安排,尤其是在离婚协议中夫妻双方已经就扶养义务的履

行特别是生活费、教育费等支付有明确约定的情况下,很难认为当事人为子女提供进一步的财物上的支持依然属于履行抚养义务的范畴。特别是,对于实践中最为典型的夫妻离婚时赠与子女房屋的情形,夫妻考虑的往往不是抚养义务的履行问题,而是为了满足各种复杂的情感上或经济上的需求:弥补离婚对子女所带来的身心伤害、为子女未来婚嫁立业提前作出安排、对实际抚养一方提供居住等经济上的便利和保障、避免家庭财产随着一方未来组建新的家庭而外流、在存在多个子女的情况下将特定财产排除在继承范围之外。甚至于为避免夫妻双方在离婚时就财产分割问题有太多争执,而通过采取赠与子女财产的方式达成某种妥协。对于这些给与子女财产背后的因素,一种可能的规范方案是结合个案一一加以具体定性,但这样的处理方案往往过于牵强。盖事实上,作出此类财产安排的背后往往是各种复杂的情感、伦理、经济动因的综合考量,而与一般意义上的赠与子女财产不同,这种考量又必须落实在“离婚”这一特殊语境之中,并结合离婚协议中其他的人身、财产安排加以综合判断。因此,在笔者看来,离婚协议中的“赠与子女财产”条款,原则上应属于离婚清算关系的范畴,应界定为“离婚财产清算协议”。

综上所述,尽管实践中人们容易将夫妻共同财产分割之外的离婚财产处理安排表述为“赠与”,但在法律关系的认定上,不能拘泥于当事人的文字表述,而应考察离婚协议中清算关系的整体安排进行综合认定。以此来重新审视“于某某案”可以发现,在该案中,双方达成的“赠与”子女房屋的约定不仅包含着对未成年子女的抚养上的安排,且其与离婚协议中高某某所承担的债务及其他财产安排密切联系,因此该案中的“赠与”条款同样并非赠与,而属离婚财产清算协议。

4 离婚协议中“赠与子女财产”条款的具体适用规则

离婚协议中“赠与子女财产”条款的具体法

律适用规则，须结合夫妻关系、子女关系 和外部债权人三个维度作更深入的分析。

（一）夫妻关系维度

首先，除离婚合意外，离婚协议中关于婚姻关系终止后的财产清算协议，与财产法上 约定合同解除后果的清算关系协议，既有共性，又有差异。从共性上言，合同法第 98 条规 定，“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”，即承认清算条款的相对独立性。在此意义上，离婚财产清算协议从离婚时发生效力，同样不因婚姻关系的解除而消灭。但合同解除后的财产清算关系的调整，目的在于在合同关系框架下，将双务合同的对待给付义务转变为逆向的对待返还义务，进而结合赔偿义务予以财产利益的清算。而离婚所涉及的清算关系显然更为复杂，不仅涉及夫妻共同财产和共同债务的处理，还涉及对配偶另一方的经济补偿、经济帮助、离婚过错损害赔偿、子女抚养费的承担，甚至在抚养费之外，为子女利益考虑提供更好的财产安排。此类离婚财产处理约定形成相互依存的牵连关系，比财产法上的对待给付合同的牵连性更为复杂，使其整体具有类似“混合协议”的特性。

其次，须注意的是，“离婚协议的整体性”和“离婚财产清算关系的整体性”略有不同。前者意在强调离婚协议中关于财产关系的约定和关于身份关系的约定均存在某种程度上的关联性。但“离婚财产清算关系的整体性”还是应该与离婚协议中关于身份关系调整 的内容相对独立。婚姻法第 35 条规定了离婚后婚姻关系的不可逆性。离婚协议中关于子女 抚养、探视等与身份相关的内容约定，尽管某种程度上同样会影响当事人财产处理上的决定，原则上不宜受到财产清算关系事后调整的影响，以尽可能维持子女生活状态的稳定性。但这种生活稳定性上的考量，最终目的是为了实现在子女利益的最大化，因此也不排除个案中法官可以从子女利益出发，就抚养、探视等问题进行重新权

衡和安排。有疑问者，离婚协议中的各种财产清算约定，能否因一方事后违约不履行或出现客观上无法履行的情形，而导致相关约定的整体或部分解除？比如，在“于某某案”中，作为离婚协议主体的于某某不愿履行约定的房屋过户子女的义务，此时作为离婚协议另一方的高某某能否要求解除该财产处分给子女的协议，又或者就其承担的 4.5 万元债务提出履行上的抗辩？

对此，比较法上有所讨论。意大利司法实务认为，离婚时“赠与子女房屋”的协议实 为对子女抚养义务的清偿方式的约定，而该义务并非来自夫妻离婚协议本身，属于夫妻都应当承担的法定义务的范畴，因此并不存在双务合同意义上给付之间的牵连性，故而不能 适用违约解除制度，也无法行使履行抗辩权。在我国法上，若“赠与子女财产”条款实际涉及子女抚养义务的履行，理论上应作类似的解释。但正如前文分析可知，实践中夫妻签订此类条款的原因可能多种多样。对于其他无涉子女抚养义务履行的约定，是否可以因一方违反离婚协议约定的义务或发生其他履行障碍而行使解除或抗辩的权利？对此，笔者认为也应得出否定的结论。离婚协议中的各种财产清算约定均应纳入到“清算关系”中进行整体考量，但这种“清算关系”上的整体联系与 财产法上双务合同中两个对待给付义务之间的牵连性并不完全相同。比如，离婚协议中的夫妻债务清偿约定，尽管也与共同财产分割协议存在某种程度上的牵连，但在出现履行障碍时，更合理的处理方式并不是从离婚协议中抽离出相关条款予以解除，而是在强调相关 协议对当事人双方具有法律上拘束力的同时，要求全面遵守相关协议约定。对此，一个简单的理由在于婚姻关系客观上已无法“恢复原状”，因此解除离婚协议乃至其中的财产性约定没有意义，故而需要限制解除权。但这种理解过于含糊，盖婚姻关系的无法“恢复原状”并不意味着财产关系上同样无法恢复原状，进而再作清算上的重新安排。更何况，如果类推继连续性合同终止的规范理念，离婚协议中的财产性安

排,目的并不在于“恢复原状”或“溯及既往”,而在于“财产清算”。之所以要限制因个别条款上的违约而导致离婚协议或其中部分财产清算条款的解除,笔者认为更直接的理由在于“合同原则上不能部分解除”。因为离婚协议一旦生效,其中的离婚合意显然无法被解除,因此即使要解除,也只能是一个就财产清算部分的相关约定进行部分解除的逻辑。但部分解除的前提在于给付的可分性,而“离婚协议的整体性”和“离婚财产清算关系的整体性”,强调的恰恰是相关条款之间的不可分割性。

再次,关于离婚财产清算协议的撤销问题。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。”“婚姻法解释二”第9条则赋予当事人以欺诈、胁迫为由撤销财产分割协议的权利。笔者认为,无论是夫妻共同财产的分割还是将共同财产或个人财产处分给子女的约定,在离婚财产清算关系的大框架下,应适用相同的规范逻辑。换句话说,对于夫妻共同财产分割协议之外的离婚财产清算协议,若存在欺诈、胁迫等事由,应参照适用前述婚姻法及司法解释关于夫妻共同财产分割的相关规定予以处理。另外,鉴于离婚财产清算关系的复杂性和整体性,应具体考察离婚时一方“隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务”的行为是否影响到当事人在离婚协议中作出给与子女财产意思表示的真实性,以决定是否允许当事人撤销相关协议。若撤销后就该部分内容无法达成协议,则由法官在重新分割共同财产时予以一并处理。

(二)父母与子女关系维度

前文分析可知,离婚协议的当事人为夫妻双方,

但其中涉及子女的财产给与约定,依然可以引入为第三人利益合同的规范构造。如果从为第三人利益合同的构造来理解“于某某案”中夫妻双方的共同处分行为,则会得出不同于“典型意义”中的分析结论。换句话说,案涉条款之所以不能任意撤销,并非因为撤销权的行使需要夫妻双方共同的同意,而是因为夫妻双方之间存在的为第三人利益合同关系,导致任何一方都不能违反该合同的约定,不履行向第三人的给付义务。

在为第三人利益合同的构造下,还可以进一步明确子女在离婚协议下的法律地位。依传统观点,在为第三人利益合同中,第三人并不需要参与合同或为承诺,就可直接取得请求给付的权利。因此,离婚协议中给与子女财产的约定,同样不需要子女作出同意的意思表示,对于未成年人自然也无须法定代理人的追认或同意。一旦协议生效,子女即可独立地提出给付请求。

需要进一步说明的是,依传统观点,在为第三人利益合同中,第三人的权利因第三人表示享受其利益之意思而确定。而在第三人为此表示前,当事人得变更或撤销相关合同。至于“享受利益的意思”,一般为纯获法律上利益的行为,故第三人虽为限制行为能力人,原则上也可单独作出,而无民事行为能力人,依然只能由其法定代理人代理其作出意思表示。学理上认为,这种接受利益的表示也可以默示方式作出,“比如第三人对债务人请求给付或提起给付之诉,或使用债务人所送交之物或让与其请求权时,可认为有享受利益的意思表示”。因此,在“于某某案”中,若未成年子女高某已经使用该房屋,可理解为其以默示的方式接受了该合同,因此原则上可以排除离婚协议的双方事后变更或撤销该约定。

必须承认的是,在离婚协议中,前述观点尚有可争议的空间。对于为第三人利益合同之当事人撤销或变更的权利的这种限制,在英美法上就曾有质疑,认为既然合同并无第三人的参与,应允许当事人通过协议再次取消第三人的权利。而第三人

由此遭受的信赖损害,或许可以通过损害赔偿的方式加以解决。如果我们在离婚协议的语境下进一步思考父母和子女的关系,似乎也不能一味强调子女利益而无视夫妻双方的利益。如果夫妻双方事后反悔,有其他保障未来生活等因素上的考量,在子女利益已有法定抚养义务保障的背景下,也不应完全忽视夫妻本身的利益。问题在于,若由此得出夫妻可以自由地变更或撤销之前作出的给与子女财产的安排,显然也不尽合理。引入为第三人利益合同的构造,其实益恰恰在于进一步巩固离婚协议下子女所取得的法律地位,而在平衡父母和子女利益上,更倾向于对后者的保护。虽然在离婚协议中约定给与子女财产的内容或动机会各种不同,未必涉及对子女抚养义务的具体履行,但考虑到通常情况下离婚对子女所造成的伤害,尤其是子女无法在离婚协议下直接参与合意的达成,而只能被动地接受安排,似乎更应从子女利益最大化的原则出发,在其明示或默示地表示接受财产给与的前提下原则上限制父母事后反悔或撤销的权利。

进一步的问题是,在为第三人利益合同的构造中,在第三人权利确定后,若该合同本身因有瑕疵或其他消灭原因而发生变更或消灭的,第三人的权利依然会受到影响。比如,因意思表示瑕疵导致合同被撤销时,则因本合同已被撤销,第三人的权利同样不复存在。又如,因约定人不履行义务或因其他可归责之事由导致给付不能时,第三人的债权也因而转变为损害赔偿请求权。通过前文分析可知,在离婚财产清算关系的维度中,应排除夫妻双方在事后因一方违约而解除合同,但依然允许当事人依据婚姻法及其司法解释的规定,以欺诈、胁迫等事由撤销相关约定。这点,即使在为第三人利益合同的构造下同样不受影响。

(三) 外部债权人维度

“婚姻法解释二”第25条规定:“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的,债权人仍

有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后,基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的,人民法院应当支持。”因此,若离婚协议仅涉及夫妻共同债务的处理问题(比如,“于某某案”中对于4.5万元债务的约定),对债权人并不直接发生效力,后者也无须行使撤销权。但对于夫妻双方作出的将个人或共同财产归属子女的约定,债权人能否以危及自身债权实现为由,主张债权人撤销权呢?

实践中,有案例认为,债务人在离婚协议中放弃了家庭共同财产的分割,将属其所有的份额归配偶、子女所有,且被告无其他可供执行的财产,属于明显的无偿转让财产的行为,对原告的权益产生了损害,从而准予撤销。也有案例认为,离婚协议书对夫妻共有财产进行的分割,系基于身份关系而产生的协议行为,不同于其他民事法律关系中财产的交易和转让行为,受婚姻法及相关司法解释的调整,而不适用合同法关于债权人撤销权的规定。对此问题,笔者认为可以区分类型加以考虑。正如前文所言,离婚协议中父母作出的给与子女财产的约定,某些情形下虽名为“赠与”,实则涉及对子女抚养义务的具体履行方式的约定。对于这类约定,因其涉及到对抚养义务的清偿,即使于债务人的一般财产有所不利,也不宜成为撤销的对象。但生活实践中,父母所作的财产给与行为尤其是涉及房屋权属的移转,在财产价值上往往超出必要的法定抚养费支出的限度。此时或可以类推适用“不合理的高价转让”规则,允许债权人对此类财产处理约定行使撤销权。至于无涉抚养义务履行内容的那些情形,虽然在前文讨论中,我们从离婚财产清算的维度上否认此类约定构成赠与,但在父母与子女关系的维度上,也即在为第三人利益合同的对价关系上,依然可以将此类财产给与行为理解为“无偿转让行为”,盖其效果上同样可能造成债务人积极财产的减少,降低其清偿债务的能力,进而损及债权人利益的实现。因此,应允许债权人在同时满足其他条件的情况下行使撤销权。但根据民事

诉讼法第243条的规定,在执行过程中依然须保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用,包括必要的抚养费支出。如此安排,可以尽量避免实践中当事人通过协议离婚并将财产处分给子女的方式来逃避债务,同时又兼顾了子女的正当利益。

结论

当婚姻无可挽回的破裂,婚姻共同体下形成的复杂财产关系该如何清算?复杂现实中的各种利益又该如何平衡?面对这些问题,无论多精致的法律都很难给出满意的回答。事实上,“于某某案”之“典型意义”的论述中,已经清楚意识到了离婚协议中的“赠与子女财产”条款和其他子女、财产处理条款的整体性,但对于这种整体性所形成的法律构造并未给出进一步说明,最终依然在赠与规则的规范逻辑下“左右徘徊”。

通过考察离婚协议中财产清算关系的复杂性和整体性,我们可以发现,此类“赠与”条款在性质上属于夫妻婚姻关系解除下的财产清算协议,给与财产的背后,可能涉及到抚养义务的具体履行约定、弥补离婚对子女所带来的身心伤害、为子女未来婚嫁立业提前作出安排、对实际抚养一方提供居住等经济上的便利和保障、避免家庭财产随着一方未来组建新的家庭而外流,在存在多个子女的情况下将特定财产排除在继承范围之外等诸多复杂因素。因此,此类条款虽名为“赠与”,实则缺乏赠与的意思,不应界定为赠与协议,进而排除适用合同法第186条的任意撤销权规定。

作为身份法上的“离婚财产清算协议”,因涉及多方利益之平衡,须综合考察夫妻关系、父母与子女关系、外部债权人三重维度来确定具体法律适用规则。

第一,在夫妻关系维度,离婚协议中的“赠与子女财产”条款属于离婚财产清算协议的范畴。在婚姻关系解除所形成的清算关系中,它与离婚协议中的其他财产约定相互依存,从而具有某种“整体性”。这种整体性,既与合同法上一般双务合同的对待给付之间的牵连性有所差异,又与离婚协议中的身份关系约定相对独立。作为离婚财产清算协议,“赠与子女财产”条款与离婚财产分割协议在规范适用上具有某种相似性,原则上不能因离婚协议中个别财产约定的违约而解除。但在特定情况下,可因欺诈、胁迫等事由导致离婚协议财产处理内容的部分或整体撤销。

第二,在父母与子女关系上,子女并非离婚协议的当事人,而属于为第三人利益合同规范框架下的第三人。子女无须表示同意,未成年子女也无须法定代理人追认或代为表示同意,可以直接主张相关财产权利。原则上,子女一旦表示接受,应限制父母事后反悔或撤销相关约定。但若“赠与子女财产”条款本身存在效力瑕疵,应允许父母一方主张变更或撤销。

第三,在与外部债权人的关系上,债权人能否以保全债权的名义对离婚协议中的“赠与子女财产”条款行使撤销权,应区分不同情形加以考虑。对于名为“赠与”、实则涉及子女抚养义务履行的约定,理论上不宜成为撤销的对象。特殊情况下,对于无涉抚养义务的其他约定,其虽非“赠与”,但可归入无偿转让行为的范畴,可以考虑类推适用“不合理高价转让”的规则,为债权人行使撤销权提供可能。但即使债权人对此行使撤销权,在执行程序中同样应保障子女抚养上的基本生活需要。

情与法的难题：压岁钱到底属于谁？

原创 2018-02-09 最高人民法院司法案例研究院 王江

<http://mp.weixin.qq.com/s/C9VD6E8S1R-ERI71pbrMeg>

对话历史：压岁钱的“前世今生”

“压岁钱”在中国的传统新年中具有重要的地位，关于压岁钱的传说也不尽相同。无论是驱散邪祟、庇佑安宁的“压祟钱”，还是祝祷长寿的“压岁钱”，亦或是驱赶年兽、祈福平安的“压惊钱”，衍变至今的“压岁钱”都蕴含着中国社会人与人之间互贺新春、相祝安康的美好祈愿。清朝人吴曼云在《压岁钱》一诗中写道：“百十钱穿彩线长，分来再枕自收藏，商量爆竹谈箫价，添得娇儿一夜忙。”这首诗表明了中国传统社会压岁钱的特征：压岁钱多是由长辈向晚辈进行无偿赠与的小额财币，儿童将压岁钱用于购买爆竹等小型玩具，以享受春节过年的热闹与喜庆。

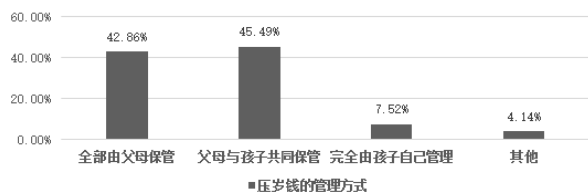
随着经济社会的发展，压岁钱作为传统习俗也在不断改变，《中国孩子的压岁钱调查报告(2017)》[1]显示：参与问卷调查的家长发给孩子压岁钱的平均数为392.25元。压岁钱在现代社会逐渐呈现新的特征：传统压岁钱的形式性与仪式性被最大限度简化，例如过去讨要压岁钱必须磕头拜谢的习俗几近消失，而压岁钱的实际数额被予重视；另一方面，由于上个世纪“计划生育”国策的影响，我国形成了“倒三角式”的家庭人口结构，且存在诸多的旁系亲属——这就意味着同一个孩子可能收到多个长辈的压岁钱，这就使得其所收到的压岁钱数额远超其支配能力范围。

在压岁钱数额不断增加的情况下，压岁钱的归属问题该如何厘清，压岁钱该如何使用，不仅关涉到孩子的理财观念，背后更存在一系列法律问题。



对话子女：“我的压岁钱谁来管？”

从法律性质上说，根据《民法总则》十八条规定：十八周岁以上或十六周岁以上的未成年人，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，如果其获得压岁钱，可享有独立的使用、收益和处分权。存在争议是不满十八周岁的未成年人所获压岁钱的权属，根据《中国孩子的压岁钱调查报告(2017)》显示，近九成的受访家庭是将压岁钱完全交由父母保管或是由父母和孩子共同保管。



根据《合同法》的相关规定，发给压岁钱的行为属于合同法中的规定的“无偿赠与合同”，属于受赠人纯获利的行为。而《民法总则》第十九条规定，“八周岁以上的未成年人可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为，而实施其他行为由其法定代理人代理或经法定代理人的同意、追认”，故八周岁以上的未成年人获得压岁钱可自己保管，也可交由父母保管，但在使用上只能独立进行与其年龄、智力相适应的民事法律行为，例如购置学习用品、小额的礼品食品或服装书包等，而大宗消费则必须由其法定代理人代理或经其同意、追认。

以近期热点为例，若八周岁以上的未成年人以压岁钱打赏网络主播或进行游戏充值，根据相关规定，宜应认为其打赏网络主播或游戏充值的行为系属效力待定的行为，应征得法定代理人的同意，如法定代理人拒绝追认则其行为归于无效，法定代理人有权请求直播平台或主播返还消费钱款。[2]

而《民法总则》规定“不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施法律行为”，该条完全排除无民事行为能力人独立实施法律行为的有效性，包括压岁钱的赠与，均应由

其法定代理人代理实施，否则赠与行为亦告无效。
[3]

因此，不满十八周岁的未成年人所获得的压岁钱，在所有权上归属于受赠的儿童，但法律考虑到未成年人的认识能力和智力状况，对于法定代理事项作出明确规定，给父母保管子女的压岁钱留有合法空间。父母保管未成年子女所获得的压岁钱，本身并未违反法律规定，而且从培养子女理财观念来看，也是值得推崇的。



对话父母：不应支持“假保管，真私用”

就压岁钱的保管而言，法律规定法定代理人可代为保管，但在中国传统的家庭观念及代际关系的影响下，许多父母认为其与子女是相互依存的整体关系，所以就理所当然地“没收”、“要求上交”子女的压岁钱，而更常见的情形是以“假保管，真私用”的方式获得子女压岁钱而予使用，究竟父母代为保管子女压岁钱的权利边界为何，值得探讨。

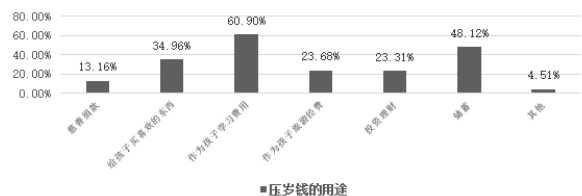
根据《民法总则》第三十四条、第三十五条的规定：父母作为未成年子女的法定监护人，其职责是代理其实施民事法律行为，保护被监护人的合法权益。父母在代为保管未成年子女的压岁钱时，宜应尊重被监护子女的真实意愿，依照有利于被监护人的原则，除为维护被监护人利益的以外，不得处分被监护人的财产。

因此，父母对于子女压岁钱仅享有基于监护权衍生的保管权，而没有使用、收益和处分的权利。对于压岁钱的合法使用途径一般也仅限于：未成年子女独立进行与其年龄、智力和精神状况相适应的

民事法律行为；父母与子女进行充分的沟通和商洽，为维护和增加其利益，代理而为的民法法律行为。



《中国孩子的压岁钱调查报告(2017)》显示：就压岁钱的用途而言，占比高的均是为子女利益而用，值得肯定。但需注意的是，压岁钱作为子女的生活费或必要学费开支是否与《民法总则》第二十四条规定的父母的抚养、教育和保护义务冲突存在疑问，宜认为，压岁钱应是必要生活费、学杂费之外的其他额外福利，不应与父母应尽的抚养、教育义务相混同，亦即，父母首先应独立承担对子女应尽的抚养、教育义务，代理、保管子女压岁钱时是为进一步增加福祉，培养兴趣，丰富生活，而非冲抵其应承担的上述义务。



最后需要讨论的问题是：如果在压岁钱存续期间，未成年子女的父母离婚，父母是否有权分割该压岁钱财产？在所有权属上，未成年子女的压岁钱系其受赠所得，属于其个人财产，并不属于夫妻共同财产。一般而言，在子女具备完全民事行为能力之前，享有抚养权的一方可代为保管，但不得任意处置。

压岁钱在现今社会，早已不再是单纯的节庆民俗的象征，作为不断流转的财产，其不仅涉及到法律上的法定监护与代理、自然人民事行为能力、物权权属争议等问题，而且事关未成年人正确的观念和财富观念的树立，家长应该在合法的范围内，以

身作则，悉心引导，以帮助孩子树立良好的消费观念和理财意识。（作者单位：武汉大学法学院）

[1] 《中国孩子的压岁钱调查报告（2017）》，材料来源：新浪专栏，<http://edu.sina.com.cn/zl/edu/2017-02-10/doc-ifyamkzq1222582.shtml>

[2] 参见本网案例研究《“熊孩子”打赏充值怎么办？依法可追回，过程有点难！》，<https://anli.court.gov.cn/static/web/index.html#>

/alyj/detail/840BAC0CFE4486FA64A037E068C3BD3F

[3] 本条存在法律漏洞，若认为无民事行为能力人独立实施的法律行为一概无效，有违社会经验，并且不合情理。梁慧星教授建议类推《民法总则》第一百四十五条的规定，宜认为对于未满八周岁儿童独立实施的法律行为是否有效也应结合其年龄、智力、精神状况判断，受赠压岁钱为纯获利的行为，应为有效。参见 梁慧星：《〈民法总则〉重要条文的理解与适用》，载《四川大学学报》（哲学社会科学版）2017年第4期。

遗嘱监护制度探析

2018-02-21 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/SY7VpHNHGPtTC0iAYvxzUw>

2017年10月1日正式生效的《民法总则》对《民法通则》中的很多规定进行了调整，在监护制度一章中比较重要的是增加了新的监护类型——遗嘱监护。《民法总则》第29条规定：“被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。”将“遗嘱监护”纳入监护体系，是我国监护立法技术的进步，我国的监护制度也更加趋于完善。

一、相关国家的规定

设立“遗嘱监护”制度是世界各国和地区的普遍做法。《日本民法典》第839条规定：“对未成年人最后行使亲权的人，可以用遗嘱指定监护人。但是，无管理权者，不在此限。行使亲权的父母一方没有管理权的，另一方可以根据前款的规定指定监护人。”[1]《德国民法典》第1776条规定：“由被监护人的父母提名为监护人者，有资格担任监护人，如果父亲和母亲提名不同人选，则以后死父母一方的提名为准。”第1777条：“父母仅在其死亡时对子女的人身和财产享有照顾权时，才可以指定监护人。父可以为在其死亡后才出生的子女指定监护人，但以子女在其死亡前出生时其享有此项权利为限。”[2]《法国民法典》第403条规定：“如父母二人中后去世的一方在其本人去世时仍然在行使亲权，选

任监护人的权利，仅属于该后去世的父或母，无论其选任的监护人是否是未成年人的血亲属。（在这种情况下）指定监护人，只能以订立遗嘱的或者以在公证人前做出特别声明的形式为之。除未成年人利益要求排除上述指定外，所做的指定对亲属会议具有拘束力。由父或母指定的监护人并无义务接受（负担）监护职责。”[3]英国《1989年儿童法》第5条第3项规定：“拥有亲权责任的父母可以任命其他人在自己死亡时担任其子女的监护人。”[4]我国台湾地区民法第1811条规定：“未成年人之父或母临终时享有亲权者，得以遗嘱指定监护人。”我国古代的也有“遗嘱监护”的规定：《大庆民律草案》第97条“父于临终时，因子母不能行使亲权者，得以遗嘱指定监护人。”[5]

二、遗嘱监护的生效要件

从各国和地区的规定来看，遗嘱监护的生效要件可以从主体和形式上来分析。

在主体上，有权设立遗嘱监护的主体应当是作为被监护人的监护人的父母。我国民法总则规定了几类有权担任监护人的主体，但是只有父母作为监护人的，才有权设立遗嘱监护。由前述所知，除日本外，其他国家和地区都规定有权设立遗嘱监护的

主体是父母。这是因为就人类的天性而言,父母最在意子女能否得到优质的照顾,有良好发展,在很大程度上能够综合各类因素选择最合适的人选[6],而其他有权作为监护人的人,则可以根据法定监护顺序、协议监护的方式来确定无行为能力或限制行为能力人的监护人。

在形式上,遗嘱监护顾名思义是通过遗嘱设立的监护,因此其生效应当符合遗嘱生效的形式。根据我国《继承法》第二十二条的规定:无行为能力人或限制行为能力人所立遗嘱无效;遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思表示,受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效;伪造的遗嘱无效;遗嘱被篡改的,篡改的内容无效。遗嘱监护的设立也应当排除上述无效情形方能生效。

三、我国遗嘱监护制度需明确的问题

遗嘱监护作为《民法总则》的新增条款,还需明确以下几个问题才能真正在司法实践的适用中发挥作用。

(一) 征求被监护人和被指定人的意愿

我国《民法总则》第三十条规定,协议确定监护人应当尊重被监护人的意见。第三十一条规定指定监护应当尊重被监护人的真实意愿。这是因为监护人的选任关系被监护人的切身利益,在被监护人能够明确表达自己的真实意思的情况下,应当保障其选择监护人的权利。遗嘱监护作为新的监护类型,理应与协议监护和指定监护保持一致,都应当尊重被监护人的真实意愿。

同时遗嘱监护具有其自身的特殊性:遗嘱监护是通过行为人设立遗嘱而产生的。遗嘱是单方法律行为,只需设立遗嘱的行为人一方做出意思表示即可生效。但是监护既是一种权利,也是一种义务,如果一个人担任无行为能力或者限制行为能力人的监护人,应当依法履行监护职责。而通过遗嘱设立的监护人就会产生下面的问题:一方面,遗嘱是单方法律行为,不需要相对人做出意思表示,但是

另一方面,遗嘱监护是为监护人设定监护义务的行为,应当征求他的意见。因此,遗嘱监护的生效,在一定程度上,除了具备遗嘱生效的要件之外,还应当征求被指定人的意愿,没有征求被指定人同意的有关监护的遗嘱内容,应当是无效的。

(二) 赋予遗嘱监护优先效力

如果遗嘱监护的被指定人同意作为被指定的监护人承担监护职责的话,还应当承认遗嘱监护的优先效力。我国法律规定了法定监护人的监护顺序,同时也规定了遗嘱监护。前者是法律的强制性规定,后者是当事人的意思自治,而且根据《继承法》的相关规定,遗嘱继承优先于法定继承。因此,在监护顺序中,作为意思自治的遗嘱监护的效力理应优先于法定监护的效力(当然,作为被监护人的监护人的父母通过遗嘱指定的监护人,应当符合我国法律对“监护人”的要求,否则该指定也是无效的),只有在没有遗嘱监护或者遗嘱监护存在无效情形的条件下,才能按照法定的监护顺序为无行为能力或限制行为能力人设立监护人,否则就失去了设置遗嘱监护这一制度的意义。

(三) 增设监护人报酬请求权

我国之前没有规定监护人的报酬请求权,这是因为将监护视为因身份关系而产生的一种权利义务关系。但是遗嘱监护所指定的监护人既可以是近亲属也可以是近亲属之外不具亲权关系的人。不具有法律规定的亲权关系的人不享有监护资格,其本身也不负有监护义务,只是因为作为被监护人的监护人的父母通过遗嘱指定并且同意指定才享有监护资格。因此,在这种情况下,应当赋予遗嘱监护人适当的报酬请求权,才可以保持权利义务的一致性。另外,我国现行民法中仅规定了监护人对被监护人造成损失要赔偿的义务,而没有规定监护人因履行职责所支出的费用和相应的报酬请求权的权利,明确规定监护人享有相关费用报酬请求权,不仅可以缓解因监护人权利义务失衡而导致的履行

监护职责积极性不高的困难,而且将监护作为一种有代价或有补偿的民事法律行为,可使监护双方的权利趋于平衡合理。[7]

参考文献

- [1]《日本民法典》,王爱群译,法律出版社 2014 年版,第 133 页。
- [2]《德国民法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 431 页。
- [3]《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社 2014 年版,第 324 页。

[4]转引自尹志强:未成年人监护制度中的监护人范围及监护类型,《华东政法大学学报》,2016 年第 5 期。

[5]转引自刘渊园、朱丽霞:论遗嘱监护制度在我国如何更好地适用,《改革与开放》,2017 年第 23 期。

[6]张理:现行监护制度对加强未成年人保护作用分析,《青少年犯罪问题》,2017 年第 6 期。

[7]赵红湘:论我国监护制度之完善,河北大学,2010 年。

撰稿&排版|朱自文

中国少年司法的历史、现状与未来

原创 2018-02-28 法律适用 姚建龙

http://mp.weixin.qq.com/s/mm9aM0SpYdHA5n8EE1uT_g

姚建龙,鲁东大学教育科学研究院博士生导师,上海政法学院刑事司法学院院长、教授,团中央权益部副部长。

摘要 尽管当代中国的少年司法改革取得了显著的进步,但总体上来看仍然附属于成人司法之中。少年司法改革的基本方向应当是破解“养猪困局”与“逗鼠困局”,前者即建立少年罪错行为早期干预制度,加强少年司法的预防功能;后者即改变“以刑为教”的报应主义观念与制度实际,淡化少年司法的刑事性,走向“以教代刑”。少年司法的特殊性决定了其应从刑事司法中分离出来,建立包括特殊的立法、特殊的机构与人员、特殊的处遇、特殊的程序在内的独立少年司法制度。

关键词 少年司法 少年法 司法改革

中国少年司法改革的起点可以追溯到清末。早在 1907 年晚清推行的引入和建立近代意义的

司法制度改革中,即包含有建立少年司法制度的内容。沈家本在关于《大清新刑律》编辑宗旨的奏折中,较为系统地阐释了引入感化教育制度,推动少年司法改革的设想,并提出“夫刑为最后之制裁,丁年以内乃教育之主体,非刑罚之主体”的观点,现代少年刑法的基本思想已跃然纸上。

民国时期,少年司法改革也始终是司法改革的重要内容,包括试办少年法庭、少年监、感化学校,在《刑法》《刑事诉讼法》中增设少年刑法与少年刑事诉讼特别程序条款,颁布《审理少年案件应行注意事项》,启动制定独立的少年法等等,取得了一定的成就。〔1〕

然而,今日中国之少年司法改革在某种程度上属于另起炉灶,并非在近代少年司法改革成就基础上的发展。

一、中国少年司法的源起与发展

(一) 少年矫正的先行与困惑

新中国的少年司法改革具有矫正机构先行的特点,早在 20 世纪 50 年代即建立了专门的少年

犯管教所和工读学校。

1. 犯罪矫正机构：未成年犯管教所

在近代，专门羁押未成年犯（判处有期徒刑、无期徒刑）的机构称为少年监。新中国建立后，名称经历了少年犯管教所、少年管教所、未成年犯管教所的多次变更，目前的正式名称为“未成年犯管教所”，属于羁押未成年男犯和女犯的混合监狱。

按照《监狱法》的规定，被判处有期徒刑、无期徒刑的未成年犯均应当在未成年犯管教所服刑，但事实上仍会有一部分被判处监禁刑的未成年犯留在看守所服刑，主要是被判处拘役及有期徒刑余刑在3个月以内的未成年犯，不过有些省市对于被判处有期徒刑的未成年犯均会送交未成年犯管教所服刑。未成年犯在服刑期间成年的（长成犯），将转送成人监狱服刑，如果余刑在2年以内的可以申请继续留在未成年犯管教所服刑。不过，由于近些年来未成年犯人数的减少，一些省市实际留在未成年犯管教所服刑的长成犯的年龄有所放宽。甚至有些未成年犯管教所由于太过空闲，因而也分出部分监区羁押成年女犯或者轻刑成年犯。

大约2003年开始，中国开始社区矫正试点改革，也开始探索未成年人社区矫正制度。目前全国约有未成年社区服刑人员1.2万名，已经超过未成年犯管教所在押未成年犯人数。值得注意的是，未成年社区服刑人员曾经一度超过3万人，但在抗战胜利70周年的特赦中，约有2万多名未成年社区服刑人员被特赦。未成年人社区矫正制度存在较大的发展空间，目前尚未成为中国少年矫正制度的主体组成部分。

2. 严重不良行为矫正机构：工读学校

第二种专门类型的少年矫正机构是工读学校，2006年修订《未成年人保护法》将工读学校的名称统一改为“专门学校”以淡化工读学校的标签效应，各省建立的工读学校则实际采取了更去标

签化的名称。中国第一所工读学校是1955年在北京香山建立的，目前全国共有90余所工读学校，所矫正的对象是有严重不良行为的少年。

工读学校并不属于矫正主管部门——司法部系统管理，而是由教育行政部门管理，工读学校被认为属于义务教育的组成部分。近些年来工读学校的发展出现了很大的困惑，一方面，已有的工读学校大都因为招生的非强制性（需经过家长同意、本人同意、原所在学校同意），因而存在生源不足的困境。另一方面，大量有严重不良行为的少年缺乏必要的干预，无法进入工读学校接受教育。为了应对这样的困局，各地工读学校的发展出现了两极化趋向，一种趋向是越来越像矫正机构甚至是监狱（包括招生的变相强制），另一种趋向则是越来越与普通中学或者职业学校趋同。这两种趋向都存在争议，未来的工读学校如何发展，是一个正在研究讨论的议题。

中国曾经还存在未成年人劳动教养管理所这样一种专门的少年矫正机构，羁押少年收容教养人员和少年劳动教养人员。2013年由于废除了劳动教养制度，这样一种类型的少年矫正机构已经被取消。由此带来的一个困扰性问题是，因为不满16周岁不予刑事处罚的触法少年如果被决定收容教养，没有恰当的执行机构。目前这样的人员，被移交未成年犯管教所矫正或者其他类型的成年人监狱矫正，这样的做法备受争议。

（二）少年法庭的兴起与困境

尽管新中国的少年司法改革发轫于少年矫正机构的建立，但一般认为新中国少年司法改革的启动的标志性事件是1984年10月上海市长宁区人民法院设置了第一个少年法庭（少年犯合议庭）。这样的观点，也符合少年司法是以“司法”（审判）为中心的通说。

在较长的一段时间内，中国少年司法改革是以审判（少年法庭）为中心的。1988年是一个重要的年份，是年最高人民法院在上海召开“全国

法院审理未成年人刑事案件经验交流会”(简称“上海会议”),这也是全国第一次少年法庭工作会议少年法庭经验交流会,肯定了长宁法院建立专门的少年法庭探索。之后,少年法庭在各地得到了推广。在高峰时期,全国建立了 3300 多个少年法庭。但是,少年法庭的蓬勃发展很快面临了第一次挑战,即独立建制的少年法庭“吃不饱”(收案量不足)。

1991 年,江苏省常州市天宁区人民法院探索了少年综合庭模式,将涉少民事、行政、刑事案件均纳入少年法庭的受案范围。这种探索在一定程度上解决了少年法庭“吃不饱”的难题,也被认为是将未成年人司法保护从刑事司法保护转变为全面的司法保护的改革。遗憾的是,最高人民法院并未对这一改革持明确肯定的态度,而是认为少年法庭仍然应保持主要受理少年犯罪案件的刑事特色。

1996 年《刑事诉讼法》的修改,强化了抗辩式刑事诉讼模式,确立了无罪推定原则,这一修改使得以建立在职权主义刑事诉讼模式基础上,强调法官能动角色的少年司法模式受到了合法性的质疑,形成了对少年法庭的第二次冲击。幸运的是,少年法庭在应对《刑事诉讼法》修改的冲击中依然保持了基本的特色,例如通过调整法庭教育的设置阶段规避有罪推定的质疑,成功保留了这一特色程序。再如,通过将社会调查交给非案件承办法官进行,或者交给第三方(如共青团、关工委等人员)承担的方式,来回应法官先入为主的质疑,进而成功保留了社会调查这一特色制度。

但是,“吃不饱”的难题仍然是少年法庭的挑战。20 世纪 90 年代后期,一些地方法院开始探索“指定管辖模式”,将未成年人犯罪案件集中到一个法院少年法庭受理来保证少年法庭的受案量。指定管辖模式改革成功保留了少年法庭的“火种”及刑事特色,但是许多推行这一改革模式的省市撤销了大部分少年法庭。例如上海曾经每个区县

都建立了独立的少年法庭,通过指定管辖改革,则仅保留了 4 个少年法庭。指定管辖及综合庭的探索,引发了建立少年法院的议题,并且受到了最高人民法院和全国人大的关注。尽管部分省市曾经一度接近建立专门少年法院的理想,但很遗憾,迄今为止,少年法院仍然只停留在设想阶段。

基于稳定和发展少年法庭的考虑,最高人民法院转变了曾经不支持少年综合庭的态度,于 2006 年选择 18 个中级人民法院开始全国性少年综合庭试点改革,2013 年又选择 32 个中级法院进行第二轮少年综合庭改革。尽管这一改革受到了肯定,但奇怪的是,这一改革仍然处在试点阶段。在中国,一项试点改革试了 10 年还没有一个“说法”是令人奇怪的。

迄今为止,最高人民法院召开了 6 次全国少年法庭工作会议。目前,少年法庭的数量基本稳定在 2400 个左右。2010 年最高人民法院《关于加强少年法庭工作的意见》的颁布,似乎并未对少年法庭的发展发挥太大的刺激作用。2014 年,最高人民法院在上海举行少年法庭 30 周年纪念活动,这次大会全面总结了少年法庭 30 周年的经验,并且展望了未来的发展,但也并未为少年法庭未来的发展带来曙光。

2016 年初,最高人民法院在部分法院前期探索经验的基础上,又正式推出了家事审判改革。也许是受到台湾地区、日本等国家少年审判与家事审判合一的启发,在家事审判改革中,出现了与少年审判合一的趋势。由于以百万计的家事案件的数量庞大,目前每年仅约 5 万件左右的未成年人犯罪案件很快被淹没。在家事审判改革中,一些少年法庭又开始被撤并或者名存实亡。这种状况在最近引起了最高人民法院高层的担心,少年法庭面临“生死存亡”的危机被作为一个话题重新又被提起。

(三) 少年检察的后发与隐忧

1986 年 6 月,上海市长宁区人民检察院建立

了中国检察系统第一个专门的少年检察机关——“少年犯起诉组”。与第一个诞生的少年法庭很快引发了全国性的“少年法庭运动”不同的是，检察系统的少年检察制度的发展却长期处于滞后状态。最高人民检察院曾经在 1992 年建立少年犯罪罪检察处，但在 1996 年《刑事诉讼法》修改后的第二年即被撤销。在很长一段时间内，只有上海市独树一帜在各个区县均建立和保留了专门的少年检察机关，并且在 2009 年于市检察院设置了独立的未检处，形成了三级少年检察机关，其他省市的少年检察机关与制度建设基本处于空白状态。这种状况在 2012 年《刑事诉讼法》第二次修改增设了未成年人刑事案件特别程序专章后有所改变，多个省市在省级检察机关设置了独立的未检处，北京等多个省市成功推动了独立少年检察机关在基层检察机关的建立。遗憾的是，这种少年检察蓬勃发展的势头很快受到了本轮司法改革的冲击。在员额制、大部制改革的影响下，一些省市开始考虑或者已经将刚刚发展起来的少年检察机关撤并入公诉部门，少年检察制度面临夭折的危机。

这种状况首先引起了学术界志同道合者的担忧。在陈卫东教授的提议下，宋英辉教授领衔起草了一封给中国首席检察官的建议信，并且获得了多位有威望刑事诉讼法学专家的联署。随后，最高人民检察院在无锡召开了“未成年人刑事检察工作座谈会”，之后最高人民检察院党组又专题研究了未检工作，并决定在最高人民检察院设置未成年人检察工作办公室，2015 年 12 月这一办公室正式设置，这是一个有些出乎意料的重大突破。2016 年 6 月，最高人民检察院又在上海召开了纪念未检 30 周年大会。

截止 2016 年 3 月，全国共有独立建制的少年检察机关 1027 个，其中省级检察机关 19 个，在公诉部门下设未检办案组 1400 多个，专门的少年检察官达到 7 千余人，这是令人惊讶的发展势头。某种程度上可以说，中国少年司法制度的话语重心已经从少年法庭悄然转向了少年检察。当然，

这种“好势头”背后仍然潜藏着危机。令人担忧的是，一些省市在司法改革的总体布局中，仍然在将来之不易建立的少年检察机关并入公诉部门，回到 1986 年的少年起诉组模式。少年检察改革如何与司法改革衔接，而不受冲击，仍然是一个严峻的挑战。

（四）少年警务的滞后与萌动

1986 年，上海市长宁区公安分局设置了独立的少年科，这是中国第一个独立的少年警务机构。但遗憾的是，在不久进行的撤销预审部门的警务改革中，少年科被撤销。此后 20 多年的时间内，中国警务部门中均没有出现专门的少年警务机构。

尽管早在 1995 年公安部颁布的《办理未成年人违法犯罪案件规定》中即要求公安部门应当设置专门机构或者专人办理未成年人违法犯罪案件，此后很多法律与公安部规定均重申了这一要求，但是包括公安部在内的全国公安机关仍然保持了“沉默”。少年法庭运动及少年检察改革的蓬勃后发，也未能令公安部门有所触动。即便《亲爱的》这样感人的电影、频发的校园欺凌事件、儿童受害事件，也并未能触动少年警务改革的启动，公安机关仍然在已有警务架构的框架内努力保护着儿童的安全。少年警务直到今天都未能成为公安机关受到重视的专门议题，少年警务也远远未能成为公安机关专门的警务活动。

中国的少年司法改革具有地方先行的特点，警务系统中的微妙变革似有发生的征兆。2013 年 4 月 28 日，广西自治区钦州市钦南分局正式设立青少年警务工作办公室（后更名为未成年人警务科）。(2) 2015 年 7 月 1 日，北京市海淀区设置了专门的未成年人预审中队。除了这两个专门、独立的少年警务机构外，一些省市也声称在公安机关成立了专门办案组或者指定了专门的人员办理未成年人案件，最近的例子是 2016 年 11 月 4 日，江苏省淮安市公安局印发文件要求市县两级

公安机关组建“未成年人案件专门办案组”。这种具有临时、非独立特点的办案组或者专人，实际运行情况是令人担忧的，但仍是可喜的进步。2016年9月、10月，江苏省江阴市、云南省昆明市盘龙区分别举行了专门的少年警务培训班。种种迹象表明，少年警务将成为未来中国少年司法改革的重点，尽管还前途迷惘、任重道远。

二、中国少年司法的现状与特征

（一）少年立法的滞后与非独立性

当代中国少年司法改革并非先有顶层设计式的少年立法再有少年司法实践，而是具有实践先行立法后进的特征。然而，实践先行对立法的推动是有“边际效应”的，在越来越强调依法改革的背景下，少年立法的滞后日益成为一个严重制约少年司法改革的问题。

当下，将少年罪错事件处理的法律从成人法律体系中独立出来并制定独立少年法的观念，远未被立法机关所接受。学术界的研究同样匮乏，持这一观点的学者同样罕见。类似德国《少年法院法》、日本《少年法》、加拿大《青少年审判法》、我国台湾地区“少年事件处理法”的司法型少年法，仍然是一个有些遥远的梦想。

一个仍然不得不面对的现实是，在当代中国少年罪错事件之处理仍然只能依据以理性的成年人为假设对象所制定的成人法律，主要是《刑法》《刑事诉讼法》《监狱法》《治安管理处罚法》等。常常被提及的两部以“未成年人”命名的法律——《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》，并不具有“司法”特征，无法成为少年罪错事件处理的依据，实际上属于社会法而非少年法的范畴。目前，中国对少年罪错事件的处理，实际更依赖于大量由中央政法部门制定的司法解释、政策文件等，一些地方省市也出台了大量地方性规定与文件，然而这些司法解释、政策文件与规定并无法突破已有的成人法律框架。

最近媒体高度关注低龄未成年人恶性犯罪，

但由于少年法的缺位而《刑法》并未照顾少年事件的特殊性，有关部门只能束手无策，无奈陷入养大了再打、养肥了再杀的“养猪困局”。由此产生的一个危险征兆是，降低刑事责任年龄以动用刑罚严罚少年罪错的思潮正在兴起。

2012年第二次修订的《刑事诉讼法》增设了未成年人刑事案件特别程序专章共11条，这被认为是少年立法的重大进步。但这一立法进步开启的是中国少年司法法典化的“偏门”，^{〔3〕}循着《刑事诉讼法》的这一立法路径，推动在普通法律中设置未成年人专章以尽量兼顾未成年人的特殊性，客观上成为了推动中国少年司法法典化的现实路径，但这一退而求其次的路径也是艰难的。学者和有关部门曾经试图在2014年《刑法》修正案九的论证中推动《刑法》设置未成年人专章，但很遗憾的失败了。

最近，一些学者和相关部门在论证完善中国的未成年人法律体系，并且再次提出了制定独立少年法的建议和目标，这样的建议能否被接受和实际推行，无法作出乐观的估计。中国少年立法之路，注定是一个艰难的过程。

（二）“少年罪错”的内涵

在中国法律体系中，并无类似英美国家 delinquency、日本“少年非行”的专门定义。中国“广义”少年司法制度所关注的少年罪错行为包括两类：一类是《预防未成年人犯罪法》所规定的不良行为（分为一般不良行为和严重不良行为），另一类是《刑法》所规定的犯罪行为。

1. 不良行为

1999年颁布的《预防未成年人犯罪法》首次正式将不良行为作为一个专属于未成年人的法律术语使用，该法所规定的不良行为可以分为严重违背社会公德的一般不良行为（第14条）和具有严重社会危害性但尚不够刑事处罚的严重不良行为两类（第34条）。由于中外法律制度的差异，《预防未成年人犯罪法》所提出的“不良行为”

这一概念,从其内涵来看,实际包含了国外少年法上的虞犯、身份犯罪,甚至部分普通刑法上的犯罪在内。

《预防未成年人犯罪法》第 14 条规定,一般不良行为是指未成年人实施的,严重违背社会公德,但尚不够行政处罚或采取特殊教育保护措施(工读教育)条件的行为。从《预防未成年人犯罪法》规定来看,少年一般不良行为具有以下 3 个特征:一是属于少年犯罪行为的前兆,容易引发少年犯罪行为;二是严重违背社会公德,是一种属于与社会公众(准确的说是成人社会)对于少年行为标准要求相悖的行为,有的还不同程度的违反了社会治安管理条例;三是尚不符合给予治安处罚、劳动教养等行政处罚条件或者送工读教育条件。

根据《预防未成年人犯罪法》第 14 条的规定,少年的一般不良行为主要包括以下 9 种:

旷课、夜不归宿;
携带管制刀具;
打架斗殴、辱骂他人;
强行向他人索要财物;
偷窃、故意毁坏财物;
参与赌博或者变相赌博;
观看、收听色情、淫秽的音像制品、读物等;
进入法律、法规规定少年不适宜进入的营业性歌舞厅等场所;
其它严重违背社会公德的不良行为。

概括而言,上述一般不良行为可以分为两类:一是身份不良行为。其特点是成人可为,但未成年人则不可为。英美国家把这种行为称为“身份犯罪”(status offense)。(4) 前文所列举的旷课、夜不归宿、进入法律法规规定未成年人不适宜进入的营业性歌舞厅等场所均属于典型的身份不良行为。二是轻微违反治安行政法规的行为。前文所列举的除身份不良行为外的行为,也为治安行政法规所禁止,具有行政违法性。

根据《预防未成年人犯罪法》规定,严重不

良行为是指少年所实施的具有严重社会危害性,但尚不够刑事处罚的违法行为。它具有以下几个基本特征:1. 严重不良行为的实施主体是少年。虽然《预防未成年人犯罪法》并没有限定严重不良行为只能由少年实施,但从行为能力与责任能力的角度考虑,只有未成年人群体中的少年才能是实施严重不良行为的主体。2. 实施严重不良行为的主观方面应限于故意,过失不能构成严重不良行为。3. 必须具有严重社会危害性,是一种严重危害社会的行为。4. 尚不够刑事处罚的条件。够不上刑事处罚主要包括两种情况:一是行为虽然具有严重社会危害性,但尚没有达到刑事犯罪的程度;二是因为没有达到刑事责任年龄,而不认为是犯罪,不予刑事处罚。

根据《预防未成年人犯罪法》第 34 条以及《刑法》等法律法规规定,少年严重不良行为主要包括以下 9 种:

纠集他人结伙滋事扰乱治安;
携带管制刀具屡教不改;
多次拦截殴打他人或者强行索要他人财物;
传播淫秽的读物或者音像制品等;
进行淫乱或者色情、卖淫活动;
多次偷窃;
参与赌博,屡教不改;
吸食、注射毒品;
因为不满 16 周岁而不予刑事处罚的行为;
其它严重危害社会的行为。

概括而言,严重不良行为可以分为两个基本类型。一是触法行为,即因为不满 16 周岁而不予刑事处罚的行为。二是严重的治安行政违法行为,即严重违反治安行政法规的行为。前文所列举的严重不良行为除了触法行为外,皆可归入此类。

2. 犯罪行为

《刑法》第 13 条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经

济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其它权利，以及其它危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”根据这一规定，通说认为我国刑法中的犯罪是一种危害社会以及达到触犯刑法的程度，并且是应当受到刑罚处罚的行为，其基本特征是“严重社会危害性”、“刑事违法性”和“刑罚当罚性”。

（5）这是一种综合犯罪的实质内涵（6）与法律形式的犯罪概念，也是一种侧重客观主义的犯罪概念。由于我国尚缺乏独立的少年刑法，对于少年犯罪的界定只能以普通刑法为依据。因此少年犯罪同样具备严重社会危害性、刑事违法性和刑罚当罚性3个基本特征。

根据《刑法》第17条规定，少年的刑事责任阶梯可以分为3层。

一是无刑事责任的儿童期（不满14周岁者）。不满14周岁的儿童为绝对无刑事责任时期，对其任何危害行为均不承担刑事责任。

二是相对负刑事责任的年幼少年期（14周岁以上16周岁未滿者）。已满14周岁不满16周岁的年幼少年，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。

三是宥减刑事责任的年长少年期（16周岁以上18周岁未滿者）。年满16周岁应当负刑事责任，但是已满14周岁不满18周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

在少年刑法理论和少年司法实践中，还存在“年幼青年”和“年长青年”的概念。年幼青年是指已满18周岁不满22周岁之人，年长青年是指已满22周岁不满25周岁之人。尽管《刑法》等现行法律并未对青年作出特别规定，但是一些少年法庭或者少年检察机关具有将一部分年满18周岁的青年犯罪纳入收案范围的实践。在中国的刑事政策中，不满25周岁的青少年通常也被视为

刑事政策上的特殊群体。最近，最高人民法院也在论证是否应当将部分年幼青年刑事犯罪案件纳入少年法庭的受理范围。

（三）二元分立的结构

由于中国法律对未成年人罪错行为的不良行为与犯罪行为的区分，少年司法制度也呈现出行政干预体系与刑事司法体系二元结构的特点，对不良行为（仅限严重不良行为）和犯罪行为是在行政和司法两个体系中进行处理，而且两者之间泾渭分明尚缺乏必要的衔接机制。

1. 严重不良行为行政干预体系：“养猪困局”

根据《预防未成年人犯罪法》等法律的规定，对于有一般不良行为的少年所采取的是社会性、非司法性质的预防、教育和保护措施，而不能给予任何形式的行政处罚或者送工读教育等强制性教育矫正措施，更不能追究其刑事责任。但对于有严重不良行为的少年，则可以根据《预防未成年人犯罪法》《治安管理处罚法》《禁毒法》等法律的规定采取行政性干预措施，这些干预措施主要有以下几种。

一是责令父母严加管教。责令父母严加管教由公安机关责令，并监督父母执行。

二是训诫。训诫属于治安处罚的替代性措施，是针对少年严重不良行为起到警示作用的教育措施。对于因不满14周岁或者情节特别轻微免于治安处罚的，可以予以训诫。另外，对于年满14周岁不满18周岁的少年“情节特别轻微免于处罚”的也可以予以训诫。

三是治安处罚。对有严重不良行为，构成违反治安管理行为的少年，由公安机关依法予以治安处罚，但应从轻处罚。治安处罚属于行政处罚措施，根据《治安管理处罚条例》第6条的规定，其种类包括警告、罚款、拘留3种。不过对于未滿16周岁的少年，拘留只决定不执行。

四是工读教育。采取送工读教育措施的少年必须为12-17周岁，其学习期限定为一般2-3年。

按照《预防未成年人犯罪法》的规定，工读教育并非强制性招生，而采取的是三自愿招生原则，但在实践中存在变相强制的做法。工读教育在专门学校执行，工读学校非归属矫正系统，而是由教育部门主管，并且被视为义务教育的组成部分。

五是收容教养。根据《刑法》规定，对于因不满 16 周岁不予刑事处罚的少年，在必要的时候，可以由政府依法收容教养。对于何谓“必要”法律未作明确规定。根据立法精神和司法实践，凡是属于下列情形之一的，都视为符合“必要”的收容条件：父母双亡，无家可归，无亲可投，浪迹社会的孤儿；家长或监护人无能力管教或拒不管教的；因家庭或学校管不了，主动要求公安机关将其收容教养的；社会影响很坏，受害人要求政府收容教养的；有可能重新违法犯罪的；恶习较深，较难教育的。（7）收容教养曾经在未成年犯管教所执行，后统一由未成年劳动教养机构执行。在 2013 年劳动教养废止后，收容教养没有了合法的执行场所，这也是这一措施在实践中已经很少采用的重要原因。目前，根据司法部的要求，收容教养的执行又被交给未成年犯管教所或者成人监狱，由于这种做法将严重不良行为少年与罪犯混同，因而倍受批评。

六是收容教育。收容教育，是指对卖淫、嫖娼人员集中进行法律教育和道德教育、组织参加生产劳动以及进行性病检查、治疗的行政强制教育措施。虽然《预防未成年人犯罪法》并没有规定收容教育这种处置措施，但是根据 1993 年 9 月国务院发布的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》等法律法规的规定，对于有卖淫嫖娼行为，但尚不够实行劳动教养条件，而且年满 14 周岁的少年，可以采取收容教育措施。收容教育的期限为 6 个月至 2 年。收容教育在专设的收容教育所执行。对于少年实行收容教育措施，应当与成年收容教育人员分别收容和管理。不过，近些年来收容教育措施在很多省市已经实际废止。

七是强制性戒毒措施。目前全国共有未成年

在册吸毒 1 万余名。2007 年颁布的《禁毒法》重构了中国戒毒体系，对吸毒成瘾人员可以采取社区戒毒、强制隔离戒毒、社区康复 3 种带有强制性的戒毒措施，3 种戒毒措施的决定均由公安机关做出。社区戒毒的期限为 3 年，强制隔离戒毒措施的期限为 2 年（最长还可延长 1 年），对于解除强制隔离戒毒措施人员可以根据情形责令接受不超过 3 年的社区康复。社区戒毒、社区康复的执行主体是街道及乡镇人民政府，强制隔离戒毒措施在由公安机关或司法行政部门设置的强制隔离戒毒所执行。

严重不良行为行政干预体系尚是一个缺乏应有理论关注的领域，在总体上也并未纳入少年司法改革框架之中。其制度设计存在惩罚性过重与无法有效管教并存、法律依据不足、程序封闭简单等不足，科学性、合理性甚至合法性，均存在不同程度的问题。由于对严重不良行为少年缺乏及时而有效的干预，中国的少年司法不得不面临“养大了再打”、“养肥了再杀”的困境，我把这种困境称为“养猪困局”。

不久前，中央明确提出了完善“未成年人不良行为早期干预体系”的要求，完善甚至重构严重不良行为的干预体系，是未来中国少年司法改革的重点领域。

2. 少年犯罪刑事司法体系：“逗鼠困局”

中国现行法律并未制定独立的少年法处理少年犯罪，依据的仍然是以理性的成年人作为假设对象所制定的《刑法》《刑事诉讼法》《监狱法》等普通法律。

尽管 2012 年修订的《刑事诉讼法》增设了未成年人刑事诉讼特别程序专章，但未成年人刑事诉讼程序仍然并未脱成人刑事诉讼程序的框架，仅通过一些特殊的程序性制度的设计兼顾了少年犯罪的特点。这些特殊制度主要包括法律援助、法定代理人及合适成年人到场、分押分管、社会调查、附条件不起诉、犯罪记录封存等。此外 30

多年的少年司法探索还形成了合适保证人、分案起诉、法庭教育等特殊程序。

尽管这些特殊程序不乏温情与专业，体现了“寓教于审”的特点，但遗憾的是走完特别程序的涉罪少年仍然要基本与成人一样面对刑罚的处罚。《刑法》所规定的刑罚种类包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑 5 种主刑，罚金、没收财产、剥夺政治权利 3 种附加刑。幸运的是，1997 年修订的《刑法》明确禁止对未满 18 周岁的少年适用包括死缓在内的死刑，但是少年仍然要与成年人一样面临其他刑罚的处罚，尽管《刑法》规定应当从轻减轻处罚。

《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》《刑事诉讼法》等多部法律及少年犯罪历来的刑事政策均强调要对少年犯罪实行“教育、感化、挽救”方针、“教育为主，惩罚为辅”原则，但是在刑事司法的制度设计中，中国还停留在“以刑为教”阶段而不脱报应主义的窠臼。

一个尴尬的现状是，由于少年法的缺位，《刑法》也并未规定“以教代刑”的保护处分措施，少年法庭、少年检察机关的设置以及刑事诉讼特别程序的设计，实际上最终都在追求如何对涉罪少年实现精确惩罚，我把这种尴尬称为“逗鼠困局”：温情脉脉的专门的少年检察官与少年法官，在适用完一系列特别为少年设计的程序后，共同在精心设计的少年法庭，将同样适用成年人的刑罚加诸少年之身。这种做法与小猫逗完捕获的小老鼠后一口吃掉异曲同工。

（四）“两条龙”体系的倡导与实际

作为一种一直努力的目标，中国少年司法在“形式上”还具有两条龙体系的初步特征。

1. 司法一条龙：办理少年刑事案件配套衔接体系

在正式的规范性文件中“司法一条龙”多称为“办理未成年人刑事案件配套工作体系”，^{（8）}其基本内涵是指办理未成年人案件的公安、检察、

法院、司法行政部门在刑事司法程序的全过程中形成相互配套衔接的工作机制，这种一条龙工作机制更多的是要求公检法司法行政部门均建立“专办”机制。

早在 20 世纪 80 年代，在上海等少年司法发育较早的地区即开展了建立“司法一条龙”的探索。例如，我国建立第一个少年法庭的法院——上海市长宁区人民法院在 1988 年制定的《未成年人刑事审判工作细则（试行）》第 8 条即明确规定：“少年法庭应当主动与公安、检察、司法等有关部门协作配合，形成预审、起诉、审判、变化、改造的少年司法工作体系”。1991 年 6 月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定《关于办理少年刑事案件建立互相配套工作体系的通知》，正式要求公检法司四部门建立互相配套的工作体系，确立了少年“司法一条龙”的基本架构，并成为一种制度性要求。

2010 年，中央综治委预防青少年违法犯罪工作领导小组等 8 部委共同出台了《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》，对司法一条龙工作体系做了进一步的要求与完善。与 1991 年通知相比，2010 年的若干意见有以下几点显著变化：一是发布部门发生了变化，范围更广，且由综治办牵头制定发布；二是保护范围扩大，从涉罪嫌疑人、被告人扩大到受害人和证人的保护；三是文件对少年司法探索中的成熟做法进行了肯定，不一样的地方进行了统一。另一个重要特点是，意见试图要求在未成年人进入司法体系的各个环节均能得到均衡的保护。

司法一条龙的主体包括四个机关——公安机关、检察院、法院、司法行政机关，分别主要负责未成年人刑事案件的侦查、起诉、审判、执行（矫正）与法律援助工作。尽管司法一条龙的提出已经 25 年，但其发育仍然是初步的。在这一配套衔接体系中，公安机关与司法行政机关相对滞后，既无专办机制也与检法缺乏顺畅的衔接。此

外，司法一条龙的地区差异也十分显著，很多地域少年司法主要体现为少年检察机关或者少年法庭的一支独秀。

2. 社会一条龙：社会支持体系

“社会一条龙”有广义和狭义之分，狭义的“社会一条龙”亦称“社会帮教一条龙”、“社会支持一条龙”、“未成年人犯罪社会化帮教预防体系”，其基本含义是指应当整合社会资源，建立少年司法的社会支持体系。广义的“社会一条龙”也称为“未成年人犯罪防控体系”，在实践中为综治委体系下，共青团具体负责的预防青少年违法犯罪工作体系。(9) 社会一条龙通常是指狭义。

由于少年刑事司法体系的明显弊端，避免少年受到刑罚处罚的宽缓观念被较为广泛的接受，即便是那些持报应主义思想的学者与司法人员，也大都会口头上声称“教育为主，惩罚为辅”。因此少年司法的一大特点是，基于教育主义的要求，司法机关在办案过程中需要大量案外工作的支持，避免宽缓处遇的风险，并使涉罪少年能够回归社会、融入社会。这些案外工作多在司法机关传统职能之外，同时也非司法机关的专长。

在少年司法发展的早期阶段，司法机关往往基于教育主义的需要亲力亲为包揽高涉罪未成年人的案外工作，事实上此非司法机关能独立完成，也导致少年司法机关遭受了不务正业的批评。随着我国少年司法制度的发展，少年司法机关逐步向整合社会资源转化，致力于建立少年司法的社会支持体系，改变了扩充司法机关本身社会职能的发展思路。例如，上海市未检工作经过多年的探索，提出了“办案专业化、预防维权社会化”的工作思路，标志着未成年人检察工作进入了向成熟期过渡的阶段。

中国所称之为“社会一条龙”大体相当于与少年司法体系衔接的儿童福利体系。少年司法体系与儿童福利体系的紧密结合，是少年司法创建以来的基本特征。(10) 之所以强调少年司法的福利

支持，主要在于少年司法的目的在于发现并满足少年的需要，以促使其正常社会化。显然，单纯的少年司法机构，无论是少年法院还是其他，均无法实现少年司法的这一目的，而有赖于儿童福利体系的支持。

“社会一条龙”多见于学术界的表述以及部分地方性少年司法机关的探索。2012年《最高人民检察院关于进一步加强未成年人刑事检察工作的决定》正式要求在建立“未成年人刑事案件配套工作体系”的同时，也要建立“未成年人犯罪社会化帮教预防体系”，将社会一条龙与司法一条龙并列并提出了构建的要求，这可能是在正式国家一级规范性文件中对社会一条龙的正式要求。由于中国儿童福利体系的发育还很不成熟，社会一条龙的建设十分滞后。大多数地区在探索少年司法制度过程中，都会面临着社会资源欠缺的不足。对社会支持专业性的要求，则往往更成为一种奢望。

可喜的是，近些年来职业化的青少年社工发展迅速，正在成为少年司法的重要专业性支持力量。青少年社工充当合适成年人、社会调查员，参与考察帮教等，大大分担了少年司法机关的案外工作。此外，一些志愿企业及其他社会组织慷慨担当观护基地，对涉罪未成年人提供观护支持。一些心理专家也日益广泛的介入少年司法。民政部门管理的儿童福利机构也转变观念，正在谨慎地与少年司法体系衔接，提供生活救助、中途之家、临时看护等服务。

三、中国少年司法的改革愿景

(一) 改革的基本思路：提前干预，以教代刑

少年司法不仅仅是一个国家文明法治化程度的重要标尺，也是维护社会治安、控制犯罪的基础性制度。一方面，少年司法应当致力于确保儿童最大利益原则在司法中的贯彻与实现，另一方面也应当有助于维护社会的安全。

少年司法改革的方向应当是破解养猪困局与逗鼠困局。破解养猪困局，即建立完善的不当行为早期干预制度，加强少年司法的预防功能。破解逗鼠困局即改变“以刑为教”的报应主义观念与制度实际，淡化少年司法的刑事性，走向“以教代刑”。

改革后的少年司法将以具有“提前干预，以教代刑”特点的保护处分为运作的中心，改变以“刑罚”为中心的现状，同时革除刑罚惩罚后一放了之的弊端。基于这样的思路，少年司法改革将呈现“司法化”与“非刑事化”特征：一是将严重不良行为行政干预体系整体改革纳入司法体系中，冲淡少年司法的刑事司法性。二是将少年司法从刑事司法体系中分离出来，确立“以教代刑”的改革方向，罪刑关系将因为保护处分的介入而打破，由此淡化少年司法的刑事性。

（二）改革的基本路径：建立独立的少年司法制度

对于少年司法与刑事司法的差异性，有很多不同的表述，但最核心的一点是两者的立场不同。前者是儿童本位，即为了确保儿童最大利益原则在少年司法中的实现；而后者是社会本位，即根据犯罪人危害社会行为的大小给予相应的处罚。

做一个简单的比方，少年司法是“向前看”，而刑事司法则是“向后看”：少年司法以行为人为中心，“向前看”追求失足少年的健康成长；而刑事司法则是以行为为中心，向后看行为人危害社会的行为并追求定罪量刑的准确性。由于少年司法关注的是少年健康成长的“需求”，而不是根据其“危害社会行为”予以惩罚，因此少年司法具有去刑事化的特点。简单说就是不把“犯罪”当犯罪行为看，而认为是“罪错”，而且认为这种“错”不仅仅是孩子的错，也是社会之错、学校之错、国家之错。而在刑事司法的眼中，行为人的行为是“恶”，应当以“恶”（刑罚）治“恶”。同时，少年司法强调预防少年堕入犯罪的深渊，对于可

能导致犯罪的行为（虞犯行为）以及尚不构成犯罪的轻微罪错予以必要而及时的干预。（11）

少年司法的特殊性决定了其应从刑事司法中分离出来，保持必要的独立性，而不应淹没于刑事司法或者依附于刑事司法之中。衡量少年司法独立性的标准有4，即少年立法是否特殊、少年司法机构与人员是否特殊、少年处遇是否特殊、少年司法程序是否特殊，具有这4大特殊性才可以称为独立的少年司法。致力于建立独立的具有4大特殊性的少年司法制度，应成为中国少年司法改革的基本路径。

1. 特殊的立法

近些年来，构建系统而完善的未成年人法律体系已经成为理论与立法部门关注的议题。无论未成年人法律体系如何设计，独立的司法型少年法均应成为必不可少的重要内容。作为一种远景目标，应当推动制定专门的少年法，但是基于现实的考虑，在现阶段应当采取专章立法模式，推动《刑法》等相关法律中设置未成年人专章，在条件成熟后再制定独立的少年法，此独立的少年法可称为《少年司法法》或者借鉴台湾地区称为《少年事件处理法》。（12）

2. 特殊的处遇

在“刑罚”与“一放了之”之间，设计中间性的保护处分措施，应当作为重点改革的内容。保护处分措施可以通过修改《预防未成年人犯罪法》设置，也可以通过修改《刑法》增设未成年人专章时设置。从可行性角度看，第二种方案更具有可行性。

保护处分的典型特征是“提前干预，以教代刑”，既可以作为严重不良行为少年的提前干预措施，也可以作为犯罪少年的以教代刑措施。保护处分应当主要是以开放式社区为执行载体的教育性措施，只有在极罕见情况下才会限制人身自由且在福利性设施中执行。拘禁性保护处分应当单一化，先行收容教养、治安拘留、收容教育措施

应当废除，工读教育可以保留但其执行学校则应分级为三级与医疗 4 种类型，分别感化教育不同类型的有严重不良行为及犯罪行为的少年。社区性保护处分形式应当多样以适应不同少年的矫治需求，常见的有训诫、保护管束、社区服务、赔礼道歉、和解、假日生活辅导等。

在建立保护处分制度的同时，适用于少年的刑罚应当进行必要的“少年化”。除了继续废除死刑的适用外，无期徒刑及拘役也应当禁止。少年有期徒刑也应当进行改造，最高不得超过 10 年（年幼少年）或者 15 年（年长少年）。〔13〕

3. 特殊的程序

基于以教代刑保护优先的考虑，以及严重不良行为司法化的原因，少年司法程序需要进行必要的改革。

在建立了独立少年法院（家事法院）的国家，少年法院一般都会赋予对少年案件的“先议权”。以日本、美国和我国台湾地区为例，所有的少年案件均需要首先经过少年法院预先进行审查（全件送致原则），如果认为可以适用保护处分，则由少年法院迳行审理（检察官不参与），只有认为触法少年罪行严重不适宜少年法院审理时，才通过“弃权”程序逆送回检察机关，由检察机关向普通刑事法庭起诉，〔14〕先议权的享有，也被认为是少年法院制度的重要标志。〔15〕

是否应当取法美日，引入以先议权为中心的少年司法特别程序值得进一步探讨。考虑到我国少年司法的传统，如果进行根基性重构，具有较大的难度。与国外少年司法制度“弱检察”不同的是，我国目前的少年司法制度采用的是“强检察”模式，少年检察在少年司法制度中的角色和地位十分重要，检察官实际掌握了对少年刑事事件的先议权。作为一种现实的改革方案，对于严重不良行为事件也可以考虑由检察机关进行“先议”。但是，无论是少年刑事事件还是少年严重不良行为事件，检察机关在先议后均应向少年审判

机构提出处分建议，并由少年审判机构决定何种处遇。

4. 特殊的机构

独立而专门的少年司法机构，是独立少年司法制度的重要标志。公安机关应当将少年警务作为警务活动的独立且重要组成部分，自上而下普遍设置少年警务机构。检察机关应当进一步设置独立的少年检察机关，法院也应当进一步设置独立的少年法庭，并在条件成熟地区设置专门的少年法院。司法行政机关应当建立专门的少年律师机构与少年律师队伍，并且统一管理少年矫正机构与矫正事务。在此基础上，还应当建立配套衔接的少年司法体系。基于少年司法人员的特殊性，还应当加强少年司法人员的职业准入、专业能力与职业共同体建设。

结语

为了整体推动中国的少年司法改革，可以考虑依托中央综治委预防青少年违法犯罪专项组建立国家少年司法改革办公室，统筹推动中国的少年司法改革。

同时，为了推动少年司法的均衡发展，建议建立少年司法协作网，整合全国资源，消除地域差异性，在全国范围内为触法未成年人（涉法涉诉、被害、侵权、失教失养失学等）提供均衡性的服务与支持。这些服务和支持不仅仅包括异地社会调查、异地考察帮教、合适成年人、心理辅导等，还包括制定及执行统一的服务标准，整合全国资源为后进地区提供培训、支持等跨地域专业服务。

注：

〔1〕 参见姚建龙：“近代中国少年司法改革的进展与高度”，载《预防青少年犯罪研究》2014年第4期。

〔2〕 由一名副局长担任办公室主任，警务科设在预审大队，专职负责未成年人案件办理和执法监督。未成年人警

务科办公室设在预审大队,由预审大队牵头研究制定预防未成年人犯罪的具体工作计划和规章制度,负责与检察院、司法局等部门沟通,同时负责审核、指导未成年人犯罪案件的办理、提请逮捕和起诉、对未成年犯罪嫌疑人进行社会调查、对未成年人犯罪案件进行登记造册、对未成年人前科进行封存等工作。在设立机构的同时,钦南公安分局还制定了办理未成年人违法犯罪案件的规章制度,如《钦南分局办理未成年人刑事案件的规定》《钦南分局关于未成年人与成年人共同犯罪案件分案处理暂行规定》。钦南公安分局还建立了以预审、治安、刑侦、交警和派出所为主体的“六警”联动机制。“建立‘六警’联动机制 搭建预防未成年人犯罪的公安职能网——钦州市公安局钦南分局预防未成年人犯罪经验材料”(2013年7月31日“新刑事诉讼法与未成年人刑事司法一体化全国交流会”会议材料)。

(3) 姚建龙:“刑事诉讼法修订与少年司法的法典化”,载《预防青少年犯罪研究》2012年第5期。

(4) 身份犯罪是指由犯罪者的角色或身份限定的一类违法或犯罪行为。比如,流浪罪就是一种身份犯罪。在历史上,身份犯罪一直被当作是潜在犯罪的指示器。身份犯罪的概念在使用时绝大多数与少年身份有关。少年可以做许多成年人不具有对应性的事情,因此而被置于少年法庭的权力之下,诸如逃离家庭、逃学、夜间不归都是身份犯罪的例证。它们缘于犯罪者作为少年的身份。参见[美]彼得·G·伦斯特洛姆编:《美国法律词典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第213-214页。

(5) 参见苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1997年版,第74-80页。

(6) 我国学界通说认为是社会危害性,也有法益侵害说等多种观点。

(7) 参见夏宗素主编:《劳动教养制度改革问题研究》,

法律出版社2001年版,第212页。

(8) 《最高人民法院关于加强未成年人刑事检察工作的决定》。

(9) 2011年9月,中央社会治安综合治理委员会更名为中央社会管理综合治理委员会,成立预防青少年违法犯罪专项组。预防专项组共有中央综治办、教育部、中宣部、最高法、最高检、公安部、司法部等22个成员单位,团中央是组长单位。根据中央综治委确定的专项组职责任务,预防专项组现阶段共有12项重点工作,包括:加强青少年法制教育,加强青少年思想道德教育,推动未成年人有关法律法规完善和实施,深入开展“扫黄打非”工作,建设绿色互联网,建设并用好专门学校,加强对有不良行为青少年的教育、帮扶、矫治、管理,加强对闲散青少年的排查联系和服务帮助,建立流浪未成年人救助机制,完善服刑在教人员未成年子女关爱服务体系,完善农村留守儿童关爱服务体系,完善对未成年犯罪人员的司法保护制度。

(10) 彭南元:“美国少年法庭之百年回顾与前瞻”,载《法学丛刊》第43卷第3期。

(11) 姚建龙:“少年司法转介:一个初步的探讨”,载《未成年人检察》2016年第1期。

(12) 同注(3)。

(13) 姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第244-247页。

(14) 有的国家规定仍是向少年法院起诉,但由检察官向少年法院的刑事审判庭提起公诉。

(15) 姚建龙:《少年法院的学理论证与方案设计》,上海社会科学院出版社2014年版,第140-141页。

文章来源:2017年《法律适用》第19期

法学副教授:平衡配偶财产知情权与隐私权 维护家庭整体性价值

2018-02-28 看法新闻 陈汉

<http://www.kanfanews.com/web/share/news/index.html?id=1120563&locf=out>



随着2018年初《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的颁布,配偶一方与债权人利益之平衡,正义的天平相对更倾向于了配偶一方。虽然该司法解释的进一步适用情况还有待于司法实践的检验,但是从配偶的角度看,可以乐观地说,“被负债”的可能会大大降低。

负债是家庭财产中的一部分,甚至对大部分家庭而言是一小部分。配偶利益更多的是体现在积极财产方面。配偶的知情权本质上是保障配偶的积极财产利益的重要手段,但遗憾的是,现行立法对配偶的知情权是不完整的,甚至可以说是严重缺位的。

广义的配偶知情权,包括对配偶个人信息中与自己利益相关的知情权,包括人身例如身体状况的知情权;也包括对其财产状况的知情权。关于前者,实践中出现过多起艾滋病人的配偶是否应当有知情权的诉讼争议,但不属于本文的讨论重点。今天我们主要探讨对于财产状况的知情权。

先从一个案例出发。在“吴仕旋、吴群操、吴仕铭与周水妹一般股权转让侵权纠纷二审”[(2011)江中法民二终字第50号]中,二审法院认为“作为股东的夫或妻在转让股权时,处分权主体应仅限于登记为股东的夫或妻一方,而不包括其配偶,即股

东在转让股权时,只要符合《中华人民共和国公司法》有关规定即可,而不必征得配偶的事先同意。这在《中华人民共和国公司法》第七十二条在规定股东转让股权时,赋予其他股东的同意权和优先购买权,但未赋予股东的配偶享有同意权和优先购买权,亦可以得到印证。也就是说,夫妻一方(即登记股东)擅自转让夫妻共同财产之股权,是不需要得到共有人之一的知情同意的。相反,在处分夫妻共同财产之房产之时,现在不动产登记部门普遍要求出具表明配偶同意的文件。因此,我们得到的第一个结论是:实务中,在规范或缺的情形下,不同的部门有不同的认识。

事实上,对配偶的财产知情权是有过一些地方性规定。例如《广州市妇女权益保障规定》第23条的规定:“夫妻一方持身份证、户口本和结婚证等证明夫妻关系的有效证件,可以向工商行政管理部门、房地产行政管理部门、车辆管理部门等机构申请查询另一方的财产状况,有关行政管理部门或者单位应当受理,并且为其出具相应的书面材料”。

《济南市妇女权益保障若干规定》第24条规定如下:“夫妻一方持身份证、户口本和结婚证等证明夫妻关系的有效证件,可以向工商行政、住房保障、车辆管理等部门申请查询另一方的财产状况,有关行政管理部门或者单位应当受理,并为其出具相应的书面材料。法律、法规另有规定的从其规定。”但遗憾的是,上述规范性文件的效力层级较低。

本质上,配偶知情权是与隐私权相冲突的。个人财产信息显然属于个人隐私,因此从隐私权的角度看,任何他人,包括配偶当然是不能查询的。但是,从夫妻关系的角度看,配偶知情权有着充分的正当性基础。

首先,当夫妻——家庭——户,这一组概念形成的时候,自然人的人格在一定程度上已经被夫妻——家庭——户这组概念所吸收。甚至在家庭中,我们在法律上“忽视”了个人的存在。例如,诸多社会福利的申请,是以家庭——户为单位,而不是以个人为单位。因此,家庭吸收个人人格,是一个

必然的现实。据此,为了家庭的整体利益,个人隐私做特定的让渡,具有现实基础性。

其次,在夫妻共同财产制下,配偶是法定的直接利益关系人。在夫妻共同财产制下,除了《婚姻法》第18条所列的特定情形,其他婚后所得财产都是夫妻共同财产,不管这些财产是由哪一方占有或者登记注册的。本文所援引的上述案例中,股权登记在一方名下,并不代表属于登记股东即配偶一方的个人财产。法院虽然并未否认这一点,但是整体否认了对股权转让这一重大事项的知情同意权,使得共有人的财产利益徒有其名。

在我国现行立法体系下,除了根据《婚姻法》第19条签署了夫妻分别财产制之情形,配偶之间

是强制性的财产利益绑定者。在缺乏了财产知情权的情况下,一方可以充分利用信息的不对称来隐匿财产、不完整披露财产,擅自处分共同财产,这将严重破坏夫妻共同财产制。另一方面,夫妻知情权也往往会涉及到第三方,例如银行、公司登记部门,甚至交易对手,无限制的知情权,往往会增加社会交易成本。因此,平衡知情权与隐私权,是需要立法者与司法界智慧的。

在此,笔者呼吁建立科学的配偶知情权制度,维护家庭整体性价值,维护配偶利益,促进社会和谐。

(陈汉,中国政法大学副教授,中国法学会婚姻法学研究会副秘书长)

走出夫妻共同债务的误区

2018-02-28 中外法学 缪宇

<https://mp.weixin.qq.com/s/Uo1nBjExRgKM4W1p705E9Q>

本文原载于《中外法学》2018年第1期。此处为节选。

一、问题的提出

《婚姻法司法解释(二)》第24条第1款规定,“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。”这一规定确立了夫妻共同债务推定规则。按照最高人民法院的解释,夫妻共同债务推定规则符合夫妻日常家事代理权的法理,而且,由于夫妻一方因实施违法犯罪行为、侵权行为负担的债务属于个人债务,[1]夫妻共同债务推定规则主要适用于夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债。

然而,长期以来,司法实践和学界对夫妻共同债务推定规则存在较大争议,这主要集中在夫妻共

同债务的认定标准应采“推定论”还是“用途论”、[2]夫妻共同债务推定规则的理论基础是不是日常家事代理权、[3]夫妻共同债务的责任财产范围是否包括债务人的配偶的个人财产等三个方面。

《婚姻法司法解释(二)》第24条的产生具有特殊的时代背景,它旨在保护债权人,防止夫妻双方恶意串通逃避债务。然而,由于第24条第1款仅仅规定了两种推翻夫妻共同债务推定的除外情形,且司法实践习惯一刀切地适用夫妻共同债务推定规则,实践中又出现了债务人与债权人恶意串通损害债务人配偶的权益的情形。因此,如何限制夫妻共同债务推定规则的适用范围、避免债务人的配偶因债务人擅自举债蒙受不利,成了学界讨论的热点。针对学界和社会对夫妻共同债务推定规则的批评和质疑,最高人民法院先后发布了《婚姻法司法解释(二)补充规定》、《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》、《关于审理涉及夫妻债

务纠纷案件适用法律有关问题的解释》等文件，试图遏制司法实践对夫妻共同债务推定规则的滥用。

实际上，夫妻共同债务推定规则引起如此广泛争议的原因在于，最高人民法院就《婚姻法司法解释(二)》第24条第1款犯了两个错误。首先，最高人民法院对夫妻共同债务缺乏正确认识，将夫妻共同债务简单地等同于夫妻连带债务，引发了关于夫妻共同债务认定标准和责任财产范围的争议。其次，最高人民法院错误地将夫妻日常家事代理权作为夫妻共同债务推定规则的理论基础，引发了关于日常家事代理权和夫妻共同债务推定规则适用关系的争议。在此基础上，司法实践将夫妻共同债务推定规则广泛适用于夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的民间借贷之债，导致债务人的配偶陷入了巨大债务风险。《夫妻共同债务司法解释》虽然在一定程度上改变了第24条过分偏爱债权人的价值取向，但并没有从根本上解决上述两大问题。

本文以夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债为讨论对象，分析《婚姻法司法解释(二)》第24条第1款存在的两大理论问题，指出夫妻共同债务不等于夫妻连带债务、日常家事代理权也并非夫妻共同债务的理论基础。随后，本文将以司法实践中最为典型的民间借贷之债为例，在类型化的基础上认定夫妻一方所举债务的性质及其责任财产范围。最后，本文将对《夫妻共同债务司法解释》进行分析，给出结论。

二、夫妻共同财产制视野下的夫妻共同债务并非夫妻连带债务

最高人民法院在《婚姻法司法解释(二)》第24条第1款中犯的第一个错误，是没有结合夫妻共同财产制认识夫妻共同债务，混淆了夫妻共同债务和夫妻连带债务。《婚姻法》第41条并未规定夫妻双方对“原为夫妻共同生活所负债务”承担连带责任，而是使用了“共同偿还”这一措辞。“共同偿还”仅仅表明这一债务系多数债务人承担的债务，

并不意味着夫妻必须对上述债务承担连带责任。事实上，共同财产制并不要求共有人对一切债务负连带责任，共同财产制对应的多数人债务形态是共同(共有)债务而不是连带债务。在夫妻共同财产制的背景下，夫妻共同债务不等于夫妻连带债务，而是以夫妻共同财产负责的债务。

(一)将夫妻共同债务等同于夫妻连带债务的问题

司法实践将夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的夫妻共同债务界定为夫妻连带债务，并不妥当。首先，这一思路会导致债权人在夫妻共同财产制下受到额外优待。在夫妻分别财产制的背景下，夫妻一方以个人名义负担的合同之债是其个人债务，以个人财产对债权人负责。除非该合同属于日常家事的范围，配偶无须以个人财产对该合同之债负责。〔5〕在夫妻共同财产制的背景下，夫妻双方婚姻关系存续期间的收入转化为夫妻共同财产。将夫妻一方以个人名义负担的合同之债一概认定为夫妻连带债务，夫妻双方就应当以夫妻共同财产和全部个人财产对债权人负责。这意味着，与夫妻分别财产制背景下的债权人相比，夫妻共同财产制背景下的债权人能够受偿的责任财产范围更广。债权人不仅可以就债务人的个人财产及其对夫妻共同财产的“贡献”受偿，还可以就配偶的个人财产及其对夫妻共同财产的“贡献”受偿。然而，夫妻共同财产制旨在保护经济地位相对弱势的夫妻一方，〔6〕在夫妻共同财产制的背景下，债权人利益固然应当受到保护，但也仅限于债权人利益不因夫妻共同财产制而蒙受不利，婚姻法不应为其提供额外或过度的保护。

其次，以共同财产制为由，将夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债一概认定为连带债务，也值得商榷。除了夫妻共同共有之外，我国现行法中的法定共同共有关系还有合伙共同共有、家庭共同共有、遗产分割前继承人对遗产的共同共有。然而，在这三类共同共有关系中，共

同共有人以个人名义负担的合同之债,其他共同共有人并不当然对该债务负连带责任。

以合伙共同共有为例,合伙以自己名义从事民事活动,合伙事务执行人以合伙企业的名义负担的债务由合伙企业承担;合伙事务执行人以个人名义订立合同的,该合同之债是个人债务。按照这一思路,夫妻一方以夫妻双方名义订立合同的,该合同之债可能构成夫妻连带债务;夫妻一方以个人名义订立合同的,该合同之债不宜被认定为夫妻连带债务。此外,合伙事务执行人对外代表合伙企业从事民事活动的,合伙人对由此产生的债务负连带责任。这一规则的依据在于,合伙人事先将执行合伙事务的权限委托给了合伙事务执行人。但是,夫妻双方不因婚姻关系而取得经营、管理夫妻共同财产和处理夫妻共同事务的概括授权,夫妻一方自然不应配偶的交易行为一概负担连带责任。〔7〕此外,就家庭共同共有关系而言,《民法通则适用意见》第42条、《个人独资企业法》第18条规定债务人以家庭共有财产负无限责任,并未要求家庭成员对个体工商户、个人承包的农村承包经营户和个人独资企业的债务负连带责任。仅在《民法总则》第56条规定的“家庭经营”情况下,家庭以全部家庭财产对债务负责。类似的,子女因父母去世继承父母房屋的,部分子女以个人名义为修缮房屋、修理暖气设备负担的债务,其他子女无须以个人财产负连带责任。因此,在夫妻共有财产制的背景下,夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债,不一定是夫妻连带债务。将这类债务认定为夫妻连带债务,需要更为充分的理由,比如日常家事代理权,夫妻双方共同生活并互负扶养义务,为了满足家庭日常生活所需、履行扶养义务,夫妻一方以个人名义负担的合同之债,夫妻双方负连带责任。

总之,在夫妻共同财产制下,夫妻双方仍然为独立的民事主体,能够独立取得个人财产并负担个人债务。就夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债而言,夫妻双方并不因夫妻共同

财产制而当然负担连带债务。

(二)夫妻共同债务的本来面目

夫妻共同债务不等于夫妻连带债务,它是基于夫妻共同共有关系产生的“共同共有之债”。

在理论上,除了按份债务、连带债务,共同共有人可能负担的多数人债务还包括“共同共有之债”。通过援引史尚宽先生、郑玉波先生关于公同共有债务的观点,〔8〕有些学者已从共同债务一般理论入手,比较共同债务与连带债务的区别,以论证夫妻共同债务的特殊性。

所谓公同共有债务,就是共同共有之债(Gesamthandsschuld, Gesamthandschuld),是指数个债务人之间存在共同共有关系,以共同共有的财产对债权人负责的债务。〔10〕在德国继受罗马法之前,这种多数人债务就已存在,基尔克称之为对共同共有的债务共同体(Schuldgemeinschaft zur gesamten Hand),即共同共有人作为一个整体对债权人负担一项给付,该给付须由全体债务人共同提出,如遗产债务、合伙债务、夫妻共同债务。〔11〕就共同共有之债的清偿而言,债权人就共同共有的财产受偿,而且,每个成员可能还要承担个人责任(Sonderhaftung)。〔12〕在德国继受罗马法后,共同共有之债并未消亡。按照《德国民法典》的相关规定,基尔克将多数人债务分为按份债务、连带债务和共同体债务(Gemeinschaftsschulden),后者即共同共有之债。〔13〕就外部关系而言,作为共同共有财产的消极组成部分,共同共有之债是不可分之债,债权人只能要求全部共同共有人作为整体或其代理人对自己履行,共同共有人以共同共有财产负责。〔14〕每个债务人既非按照份额亦非对全部债务负责,而是所有债务人对全部债务不分份额地共同负责。〔15〕当然,共同共有人不仅承担共同共有之债,还可能对债权人承担个人债务(Sonderschulden),从而,共同共有人的个人债务对共同共有之债发挥了补充作用。〔16〕共同共有人的个人债务存在多种形式。〔17〕负担个人债务的既

可能是单个共同共有人,[18]也可能是全部共同共有人。全部共同共有人负担的个人债务既可能是按份债务,[19]也可能是连带债务。[20]就内部关系而言,共同共有之债的内部关系无须与外部的债务、责任关系保持一致,而是由共同共有关系的内部规则决定,因此,共同共有之债的债务人可以按等份或不按等份负责,甚至可能由其中一人负全部责任。

德国学界现在的主流观点认为,共同共有之债的债权人以债务人的共同共有财产(gesamthänderisches Sondervermögen, Gesamthandsvermögen)——如遗产、夫妻共同财产、合伙财产——受偿。[22]债权人只能要求全部债务人共同提出给付,每个共同共有人既不按照份额对债权人负责,也无须单独向债权人就全部债务负责。[23]除合伙债务外,债权人请求强制执行共有财产的,必须针对全部共同共有人取得强制执行名义。[24]此外,共同共有人既可能须以个人财产对共同共有之债负责,也可能无须以个人财产对共同共有之债负责。[25]在构造上,共同共有之债与共同共有人的个人责任是两项独立的债务。以民事合伙为例,合伙债务(Gesellschaftsverbindlichkeiten)是共同共有之债,合伙人责任则是合伙人对该债务负担的连带责任(Gesellschafterhaftung)。[26]共同共有人的个人责任通常是连带责任。[27]因此,除了以共同共有人身份对债权人负责,债务人是否还应作为连带债务人以个人财产对债权人负责、连带债务与共同共有之债是何种关系,可能存在争议。

虽然共同共有之债和连带债务都是多数人债务,但两者区别极为明显:就外部关系而言,连带债务的债权人可以要求任何一个债务人清偿全部债务,共同共有之债的债权人只能要求所有债务人以共同共有财产清偿债务,共同共有财产不足以清偿全部债务的,债务人可能承担个人责任;就内部关系而言,连带债务人内部可能存在追偿关系,而在共同共有之债中,债务人以共同财产负责,债务人之间不存在追偿关系,在共同共有关系存续期间,

个别债务人自愿以个人财产清偿共同共有之债的,应从共同财产而非其他债务人的个人财产获得补偿。

与共同共有之债相近的另一类多数人债务是协同债务(Gemeinschaftliche Schuld)。它是指数个债务人基于事实或法律的原因负担一项不可分给付的债务,数个债务人必须共同协作才能提出给付以清偿债务。[30]协同债务的所有债务人就履行障碍负损害赔偿责任,这一损害赔偿责任通常是连带责任。[31]与共同共有之债类似,协同债务的债务人也必须共同地向债权人履行债务,故有学者在协同债务中讨论共同共有之债,或认为共同共有之债是协同债务的类型之一。[32]但是,从债务产生的前提和债务不履行的法律后果来看,协同债务和共同共有之债仍然存在区别。

基于上述见解,共同共有之债是以共有财产清偿的债务,共同共有之债的认定涉及到共有财产对哪些债务负责;除共有财产以外,全部或部分共同共有人是否还应以个人财产对该债务负责、负连带责任还是按份责任,是独立于共同共有之债认定的另一问题。共同共有人可能对共同共有之债负连带责任,但共同共有之债本身不是连带债务。以合伙债务为例,合伙债务是共同共有之债,合伙以合伙财产对合伙债务负责;合伙人也可能以个人财产对合伙债务负责,这是合伙人的个人责任。换言之,合伙债务和合伙人在合伙财产不足以清偿合伙债务时承担的个人责任是两项债务。进而,夫妻共同债务是夫妻双方基于夫妻共同共有关系负担的共同共有之债,是以夫妻共同财产负责的债务,夫妻双方作为共同财产的所有人对夫妻共同债务承担“共同偿还”的责任。但是,夫妻双方或一方是否还应以个人财产对该债务负责,需要单独认定。在此基础上,本文将分析夫妻共同债务的具体范围,即哪些债务应以夫妻共同财产清偿。

为了行文方便,下文仍将这类债务称为夫妻共同债务。

(三) 夫妻共同债务的具体类型

就夫妻共同债务的认定而言,最高人民法院提出了两项判断标准,即“夫妻有无共同举债的合意”和“夫妻是否分享了债务带来的利益”。[33]值得一提的是,《夫妻共同债务司法解释》没有再强调受益标准,而是将《婚姻法》第41条确立的夫妻共同生活标准进一步细化为三项标准,即家庭日常生活、超出家庭日常生活范围的夫妻共同生活、夫妻共同生产经营。据此,除了基于夫妻双方合意产生的夫妻共同债务,夫妻共同债务还包括为满足家庭日常生活需要所负的夫妻共同债务、因满足超出家庭日常生活需要所负的夫妻共同债务。不过,本文认为,夫妻共同债务的范围包括但不限于以下五项:

1. 基于夫妻双方合意产生的夫妻共同债务

适用合意标准认定夫妻共同债务,首先是从意思表示的角度来分析夫妻双方是否都是合同相对人,从而债权人可以主张夫妻双方的连带责任并就夫妻共同财产受偿。具体来说,夫妻双方可以在合同上共同签字;夫妻一方在订立合同时已经获得配偶书面同意,配偶愿意成为合同当事人;基于合同客观解释规则,按照表示主义,理性的相对人在缔结合同时有理由相信发出意思表示的是夫妻双方;按照表见代理规则,[34]债权人在缔结合同时有理由相信,夫妻一方不仅为自己缔结合同,而且还取得了其配偶的代理权、以其配偶代理人的身份为其配偶缔结合同。不过,基于夫妻双方意思表示产生的债务通常是夫妻连带债务,而不仅仅是夫妻共同债务。债权人据此主张夫妻承担连带债务的,也无须援引《婚姻法司法解释(二)》第24条。其次,虽然配偶并未同意自己作为合同相对人,但是表达了同意夫妻一方订立合同、愿意以夫妻共同财产负责的意思的,夫妻共同财产也应对该合同之债负责。

2. 夫妻一方为了夫妻共同利益而负担的夫妻共同债务

在设计夫妻共同债务规则时,立法者还应考虑到夫妻双方未达成合意或者债权人难以证明夫妻存在合意、配偶对合同具体态度的情形。换言之,夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的债务,在何种情况下属于夫妻共同债务、应以夫妻共同财产清偿?这是受益标准存在的意义。按照这一标准,夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债,虽然债权人无法证明债务人的配偶同意订立该合同,但夫妻双方在债务发生后分享了该债务带来的利益的,就是夫妻共同债务,配偶对该债务的态度不影响债权人就夫妻共同财产受偿。

我国学界将受益标准称为“夫妻共同利益”标准,[35]这一标准也符合夫妻共同财产设立的目的。夫妻共同财产归夫妻双方共同共有,在夫妻双方没有特别约定的情况下,首先服务于夫妻共同的利益并以满足夫妻共同的需求为目的。相应地,作为消极财产,夫妻一方在婚姻关系存续期间为夫妻共同利益负担的债务,应以夫妻共同财产清偿。[36]因此,夫妻一方为夫妻共同利益订立的合同,无论配偶是否同意,均属于夫妻共同债务;为个人利益订立的合同,以个人财产清偿。[37]当然,如何界定夫妻共同利益,区分夫妻共同利益和夫妻一方的个人利益,避免夫妻共同利益范围过宽导致配偶利益受损,有赖于司法实践的进一步探索。

适用“夫妻共同利益”标准认定夫妻共同债务的难点是夫妻共同利益的判断时点。[38]一项债务的收益是否由夫妻双方实际分享,系夫妻之间的内部事项,债权人可能难以证明。如果夫妻一方在订立合同时声称合同为夫妻共同利益所立,但实际上与夫妻共同利益无关的,该合同之债是否属于夫妻共同债务,值得思考。本文认为只要合同在客观上能够直接满足夫妻共同利益,该合同之债就属于夫妻共同债务。在合同客观上不能直接满足夫妻共同利益时,债权人应当证明该合同符合夫妻关于夫妻共同利益的约定,债务人的配偶则证明该合同没有实际用于满足夫妻共同利益。

3. 因管理夫妻共同财产而产生的夫妻共同债务

按照《婚姻法》第17条第2款和《婚姻法司法解释(一)》第17条,除非另有约定,夫妻双方应当共同管理夫妻共同财产。在这一背景下,夫妻一方未经协商擅自为管理夫妻共同财产负担债务的,该债务是否属于夫妻共同债务,值得讨论。

首先,夫妻双方均享有管理夫妻共同财产的权利和义务,而《婚姻法司法解释(一)》第17条第2项将协商一致的要求适用于“非因日常生活需要对夫妻共同财产做的重要处理决定”。透过反面解释,非因日常生活需要对夫妻共同财产的一般处理决定,可以由夫妻一方做出。如果按照一般处理决定和重大处理决定将管理行为分为适当管理行为和特殊管理行为,那么,夫妻一方均可自行实施适当管理行为,包括但不限于保存行为、简易修缮行为等,如缴纳专利年费、缴纳商标续展规费、修理夫妻共有的危房,由此产生的债务应以夫妻共同财产清偿。

其次,如果夫妻一方未经协商就夫妻共同财产实施了特殊管理行为,可能对夫妻共同利益产生重大影响或者不符合夫妻共同利益,夫妻共同财产是否对该管理行为所生债务负责,需要具体分析。在区分处分行为和负担行为的背景下,夫妻一方未经协商就夫妻共同财产实施负担行为的,配偶是否同意不影响负担行为的效力,配偶事后同意的,夫妻共同财产对该债务负责;配偶拒绝的,夫妻共同财产不对该债务负责,该债务为夫妻一方的个人债务,以夫妻一方的个人财产清偿。[40]夫妻一方未经协商擅自处分夫妻共同财产的,处分行为效力待定,配偶可以通过追认使处分行为有效。

夫妻双方约定由夫妻一方单独管理夫妻共同财产的,享有管理权的夫妻一方因管理夫妻共同财产负担的债务是夫妻共同债务。不过,为了维护配偶的利益,即使夫妻双方约定由夫妻一方管理共同财产,享有管理权的夫妻一方在实施特定类型的交易之前,如出售夫妻共有的房屋、对外提供担保、

将夫妻共同财产赠予他人等,应当取得配偶书面同意甚至公证该书面同意,否则,相对人不得主张信赖保护。

夫妻一方在管理、使用夫妻共同财产时负有诚信义务,即通过对夫妻共同财产的适当管理,维护另一方的利益以及夫妻共同利益,促进夫妻共同财产保值增值,避免因不当的管理、使用行为导致夫妻共同财产和夫妻共同利益受损。[41]这一义务可以从《婚姻法》第4条的忠实义务中推导出来,而且还体现在《婚姻法》第47条中。夫妻一方违反诚信义务导致夫妻共同财产遭受损失的,配偶既可以要求夫妻一方以个人财产对夫妻共同财产予以补偿,也可以在离婚分割夫妻共同财产时主张少分给违反诚信义务的一方。

4. 因维持夫妻日常生活而产生的夫妻共同债务

夫妻一方为夫妻日常生活负担的债务,包括履行抚养义务、扶养义务、赡养义务以及因子女接受教育而产生的债务,应以夫妻共同财产清偿。[42]但是,夫妻双方是否对该债务负连带责任,应当依据日常家事代理权规则认定。夫妻一方以个人名义订立的合同,如果该合同超出了家庭日常生活所需的合理范围,但确已用于夫妻共同生活的,该合同之债属于为了夫妻共同利益负担的夫妻共同债务。

5. 其他夫妻共同债务

夫妻一方引起的债务不仅包括在婚姻关系存续期间负担的合同之债,还包括在婚姻关系存续期间负担的法定之债,甚至包括婚前债务。《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18条、《婚姻法司法解释(二)》第23条以债务转化为夫妻共同财产或用于夫妻共同生活为标准,有条件地承认夫妻共同财产对夫妻一方的婚前债务负责。尽管这一思路比较合理,但在实践中,债权人可能难以证明债务确已用于夫妻共同生活或转化为夫妻共同财产。

本文认为,原则上,夫妻一方的婚前债务和婚

后侵权之债也应以夫妻共同财产清偿。〔43〕首先，婚前债务产生后，债务人本应以个人财产对债权人负责。然而，在夫妻共同财产制的背景下，债务人的个人收入因债务人结婚转化为夫妻共同财产。婚前合同之债的债权人既不能限制债务人婚姻自由，也无法阻止这种责任财产的“转化”。禁止债权人就夫妻共同财产受偿，会使婚前债务的债权人蒙受不利，故夫妻共同财产应当对夫妻一方的婚前合同之债无条件负责。婚前合同之债没有用于夫妻共同生活或转化为夫妻共同财产的，夫妻双方以夫妻共同财产清偿该债务之后，债务人以个人财产对夫妻共同财产负补偿义务。其次，与婚后合同之债的债权人相比，婚后侵权之债的债权人没有选择加害人的自由，他不能因加害人的已婚身份蒙受不利。因此，夫妻共同财产应对夫妻一方婚后侵权之债负责。这一立场也适用于夫妻一方的婚前侵权之债。侵权之债的债权人就夫妻共同财产受偿后，债务人应以个人财产对夫妻共同财产进行补偿。不过，为了保护配偶一方对夫妻共同财产的权益，立法者可以规定，上述债务的债权人仅能就部分夫妻共同财产受偿，即以债务人对夫妻共同财产的贡献、债务人的个人收入或夫妻共同财产的一半为限，承认夫妻共同财产对上述债务负责。

（四）夫妻共同债务和夫妻一方个人债务的关系

在阐明夫妻共同债务的本质及其范围之后，夫妻共同债务与夫妻一方的个人债务存在何种关系，值得讨论。我国学界和最高人民法院主张区分夫妻共同债务和夫妻一方的个人债务，前者的责任财产范围包括夫妻共同财产，后者仅以夫妻一方的个人财产清偿，〔45〕二者在认定标准和法律后果两方面都处于对立状态。换言之，夫妻共同债务和夫妻一方个人债务的区分具有外部效力，它直接影响债权人能够受偿的责任财产范围。

不过，在将夫妻共同债务界定为以夫妻共同财产负责的债务之后，夫妻共同债务和夫妻一方个人

债务既可能重合，也可能对立。

1. 夫妻共同债务和夫妻一方个人债务的重合

尽管共同共有之债通常伴随着共有人的个人债务，但是，共同共有之债与共有人个人债务的关系，首先取决于共有人团体是否具有（部分）民事权利能力。

按照《民法总则》第 102 条，合伙能以自己的名义对外从事民事活动。合伙事务执行人以合伙名义负担的债务，首先是合伙自己的债务，合伙企业依据《合伙企业法》第 38 条以合伙财产对该债务负责。其次，依据《合伙企业法》第 39 条，合伙财产不足以清偿合伙债务的，合伙人对合伙债务负连带责任。因此，合伙事务执行人对外以合伙名义活动的，可能产生两种债务，即合伙作为债务人的合伙债务和合伙人作为债务人的合伙人责任。

与合伙不同，夫妻共同体不是民事主体，〔47〕夫妻共同财产不属于夫妻共同体所有，而是归夫妻双方所有，夫妻共同财产对特定债务负责是夫妻一方或双方对外活动的结果，故夫妻一方以个人名义负担的债务，首先是夫妻一方的个人债务，夫妻一方以个人财产对该债务负责。〔48〕毕竟，在婚姻关系存续期间，夫妻双方均为独立的民事主体，仍然应以个人财产对自己引起的债务负责。此外，如果该债务旨在满足夫妻共同利益、因管理夫妻共同财产、维持夫妻日常生活或履行扶养义务而产生，该债务同时也是夫妻共同债务，应以夫妻共同财产清偿。进而，该债务具有双重属性，它不仅是夫妻一方的个人债务，而且还是夫妻共同债务，具有两项责任财产，即一项债务、双重责任财产，不应适用合伙债务清偿的“双重优先权原则”。

据此，在夫妻共同财产制背景下，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的夫妻共同债务，也是夫妻一方的个人债务，以夫妻共同财产和债务人的个人财产清偿，〔49〕两项责任财产没有清偿顺序的限制，〔50〕债务人的配偶原则上无须以个人财产对该债务负责。在婚姻关系存续期间，债权

人既可以要求债务人及其配偶以夫妻共同财产清偿债务，也可以要求债务人以个人财产清偿债务，还可以要求债务人及其配偶以上述两项财产负责。

2. 夫妻共同债务与夫妻一方个人债务的对立

夫妻一方负担的共同债务必然是夫妻一方的个人债务，但是，夫妻一方的个人债务不一定是夫妻共同债务。如果夫妻一方以个人名义负担的合同之债并非夫妻共同债务，而仅仅是其个人债务，那么，夫妻一方应当以个人财产对该债务负责。当然，夫妻双方可以自愿以夫妻共同财产清偿这类“纯粹的”个人债务。不过，在用夫妻共同财产清偿这类个人债务之后，债务人应对夫妻共同财产做出补偿。

问题在于，如果夫妻一方的个人财产不足以清偿这类“纯粹的”个人债务，夫妻共同财产是否应当对该债务负责？在本文看来，就夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债而言，债权人具有选择相对人、就合同内容进行充分协商的自由，债权人知道或应当知道债务人已婚的，应当对债务能否以夫妻共同财产清偿自担风险。债权人可以要求夫妻双方在合同上共同签字，也可以要求债务人提供担保，故夫妻共同财产不应应对夫妻一方的法律行为之债无条件负责。不过，由于债务人的个人收入因夫妻共同财产制成为夫妻共同财产，债权人与债务人订立合同一般也是出于对债务人自身资力的信任，在债权人不知且不应知道债务人已婚的场合，为了保护债权人，立法者可以效仿婚前债务和婚后侵权之债清偿规则，以债务人对夫妻共同财产的贡献、债务人的个人收入或夫妻共同财产的一半为限，允许善意的债权人就部分夫妻共同财产受偿。[51]同时，立法者还应赋予债务人的配偶“先诉抗辩权”，从而，仅在就债务人的个人财产强制执行无效果时，债权人可以就夫妻共同财产受偿。

(五) 夫妻共同债务的认定模式

在夫妻共同财产对夫妻一方的婚前债务和婚

后侵权之债一概负责的背景下，夫妻共同债务认定的重点是夫妻一方在婚姻关系存续期间负担的合同之债。对此，立法者可以采取类型化和列举的方式，[52]也可以引入夫妻共同债务推定模式。[53]采纳夫妻共同债务类型化和列举的方式，债权人就诉争的合同之债是夫妻共同债务负举证责任；采纳夫妻共同债务推定规则，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债被推定为夫妻共同债务，债务人的配偶通过证明诉争的合同之债是夫妻一方的个人债务来推翻上述推定。

在比较法上，夫妻共同财产制往往伴随着夫妻共同债务推定规则。[54]夫妻婚后所得属于夫妻共同财产，“不能证明属于夫妻一方的财产，应被推定为夫妻共同财产”。[55]相应地，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债，原则上也应被推定为夫妻共同债务，但债务人的配偶可以举证证明该债务只是债务人的个人债务，从而推翻这一推定。也就是说，夫妻共同债务推定规则实际上是夫妻共同财产制的产物。

夫妻共同债务推定规则并非旨在改变夫妻共同债务的认定标准，而是分配夫妻共同债务的证明责任。据此，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债，该债务被推定为夫妻共同债务，夫妻一方作为合同当事人也应对该债务负责，故债权人可以就夫妻共同财产和债务人个人财产受偿；在此基础上，债权人可以进一步举证证明该债务因夫妻双方的合意、夫妻一方履行日常家事代理权而产生，要求配偶以个人财产负连带责任。因此，在配偶无须以个人财产对夫妻共同债务负责下，引入夫妻共同债务推定规则，即使配偶无法证明债务仅仅是债务人一方的个人债务，配偶也仅仅以夫妻共同财产为限对夫妻共同债务负责，从而，配偶可能蒙受的不利被限制在了合理的范围内。

在分别财产制的背景下，夫妻双方婚后取得的财产归各自所有，夫妻双方以个人财产满足夫妻日常生活所需，任何一方负担的债务以其个人财产清偿，故“婚姻关系并不会导致夫妻形成财产和责任

上的共同体”，[56]夫妻任何一方不会因婚姻关系对配偶引起的债务无条件地负连带责任，夫妻一方以个人名义负担的合同之债也不能被推定为夫妻共同债务或连带债务。夫妻双方共同负责的债务是以夫妻双方个人财产为责任财产的夫妻连带债务，其认定取决于民法一般规则与日常家事代理权制度，如《德国民法典》第1357条和《瑞士民法典》第166条。

因此，在夫妻共同财产制下，夫妻共同债务是以夫妻共同财产清偿的债务，可以借助推定规则来认定。也就是说，在承认夫妻共同债务不等于夫妻连带债务的基础上，夫妻共同债务推定规则本身并不欠缺正当性。真正存在问题的是，最高人民法院在《婚姻法司法解释(二)》第24条第1款中列举的除外情形太少，导致债务人的配偶难以推翻夫妻共同债务推定。实际上，为了推翻夫妻共同债务推定，配偶仅须证明诉争的合同之债只是债务人的个人债务即可。具体来说，配偶可以证明债务人与债权人在订立合同时将该合同之债约定为个人债务，也可以证明该合同之债与夫妻日常生活或夫妻共同利益无关，还可以证明该合同之债涉及夫妻共同财产的管理但并未获得配偶的同意，甚至可以证明债务人订立该合同旨在满足个人利益。因此，“推定论”和“用途论”之间并不存在冲突，前者是证明责任分配的程序规则，后者是夫妻共同债务认定的实体标准之一。

.....

五、结论

最高人民法院在《夫妻共同债务司法解释》中接受了浙江高院的立场，基于夫妻日常家事代理权制度完善了夫妻共同债务规则。按照这一解释，认定因满足超出家庭日常生活需要所负的夫妻共同债务，不适用夫妻共同债务推定规则，由债权人证明债务已经用于夫妻共同生活、共同生产经营或者债务基于夫妻双方共同意思表示产生。于是，该解

释对配偶利益的保护发挥了一定积极作用。不过，从该解释第2条的文义来看，最高人民法院仍然坚持将夫妻共同债务理解为夫妻连带债务，没有结合夫妻共同财产制来认定夫妻共同债务。这导致该解释第8条不仅没有在实质上改善债务人的配偶的法律地位，而且不利于债权人的保护。

具体来说，按照第3条，对于满足超出家庭日常生活所需产生的夫妻共同债务，债权人证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营的，债务人的配偶应以个人财产对债权人负连带责任。这意味着，在法律效果上，用于超出家庭日常生活所需的夫妻共同生活、夫妻共同生产经营的债务与日常家事代理权行使所生之债完全相同。遗憾的是，最高人民法院对此并没有给出充分的理由。于是，在夫妻双方离婚后，债务人的配偶仍应以分得的夫妻共同财产和全部个人财产对债权人负连带责任。因此，该解释仅仅从程序角度对债务人的配偶发挥了一定保护作用，配偶对夫妻共同债务负担的个人责任不受影响。

不仅如此，第3条在实质上废弃了夫妻共同债务推定规则。债权人主张就全部夫妻共同财产受偿的，必须证明债务已经用于夫妻共同生活或夫妻共同生产经营。债权人能够主张的责任财产范围就完全取决于借款的用途。然而，证明借款的用途可能并不容易，因为“出借人对于借款人的借款理由及用途无法做出实质性判断和控制”。[91]于是，在借款用途能够被证实的情况下，债权人能否就夫妻共同财产受偿，取决于法院对夫妻共同生产经营的认识。在以下场合，债权人甚至只能接受该债务是债务人个人债务的不利后果：借款用途难以查明；债务人以满足家庭日常生活或夫妻共同生活所需为由借款但最终将借款用于清偿非法债务（如赌债）。因此，对于举证能力不足的债权人而言，妥当的办法是要求债务人及其配偶共同签字。

（二）法官视点

肖峰、田源：离婚后一方如何要求增加抚养费数额

2018-02-01 家事法苑 肖峰、田源主编

http://mp.weixin.qq.com/s/XHJNyF2qLyY5_KN-5tC22w

【典型案例】

当事人：原告：周小某；被告：蒲某。

周某、蒲某原系夫妻关系，周小某系二人之子。2015年3月，周某与蒲某产生纠纷并请求法院判决离婚。法院判决周小某由蒲某负责抚养，周某自判决生效后每月给付周小某抚养费500元至周小某18周岁止。

2017年1月周小某上诉称：要求蒲某自2017年1月起每月负担周小某抚养费人民币1000元至周小某18周岁止。

蒲某辩称：限于自己的收入，要求法院驳回原告的诉讼请求。

【审理要览】

一审法院认为，父母对子女有抚育之责，父母离婚的，父、母可以通过协商或由法院判决确定子女抚养的方式。蒲某曾诉至法院，要求与周某离婚，法院判决周小某由蒲某抚养，周某以蒲某收入低，不足以抚养周小某为由要求由其自行抚养周小某，二审法院遂变更一审确定的抚养关系，判决由周某自行抚养周小某。现周小某以上学为由要求由蒲某支付抚养费，而目前本市义务教育阶段的多项收费已经免除，其抚养费的支出并无巨额增长，且蒲某、周某的收入并无其他明显变化，此时与上一生效民事判决书作出时间相隔不远，该判决依据的抚养义务人的情形并无明显变化，人民法院已生效的判决要维持一定稳定性，故法院对周小某的诉讼请求不宜支持。

二审法院认为，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。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。本案中，虽蒲某与周某离婚时确定周某自行抚养周小某，但现周小某已上学，教育费用确有一定增长，且周某因收入降低及偿还债务，经济状况发生变化，再由其自行抚养周小某确有困难。一审法院对周小某的实际需要及周某的经济条件变化考虑不足，以周小某抚养费的支出并无巨额增长，蒲某、周某的收入并无其他明显变化以及要维持生效判决稳定性为由，驳回周小某的诉讼请求不妥，法院予以改判。具体抚养费数额，法院根据周小某的实际需要及蒲某、周某的负担能力酌情予以确定。

一审法院认为，依照《民事诉讼法》第64条第1款之规定，判决：驳回原告周小某的诉讼请求。一审判决后，周小某及其法定代理人不服提起上诉，请求二审法院查清事实依法改判。

二审法院认为，依照《民事诉讼法》第170条第1款第3项之规定，判决：（1）撤销一审法院民事判决；（2）蒲某于本判决生效之月起每月支付周小某抚养费600元至周小某年满18周岁之日止。

【裁判思路】

在审理这一类型案件时应当注意，在抚养费负担数额方面，不直接抚养一方的给付标准，有固定收入的应为月总收入的20%~30%；负担两个以上子女抚养费的一般不超过月总收入的50%。无固定收入的，抚养费数额可按照当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。当然，如果有特殊情况，

给付的比例可以适当调整。如果一方无经济收入或者下落不明,则可用其财物折抵子女抚养费;在抚养费给付期限方面,抚养费的给付期限,一般至子女18周岁为止。但有两种情况例外。第一,16周岁以上不满18周岁,以其劳动收入为主要生活来源,并能维持当地一般生活水平的,父母可停止给付抚养费。第二,尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的,父母又有给付能力的,仍应负担必要的抚养费:(1)丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力,但其收入不足以维持生活的;(2)尚在校就读的;(3)确无独立生活能力条件的。在抚养费给付方法方面:抚养费应定期给付。有条件的可一次性给付。

黄蕾:《论夫妻忠实义务》,载《政治与法律》2007年第6期。

而且,父母离婚后,为了更好地保障子女的合法权益,应注意做好以下工作:

第一,子女要求增加抚养费,应当满足法定条件,主要包括:(1)原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平;(2)因子女患病、上学,实际需要已超过原定数额;(3)有其他正当理由应当增加。在符合上述条件之一时,父母有给付能力的,法院是应当予以支持的。

第二,应当提供真实有利的证据,主要证据包括:(1)当地政府部门发布的人民实际生活支出的数据统计材料;(2)医院的病例诊断,医疗费单据,交费凭证等;(3)接受法定教育的学费单据,因兴趣爱好进行培训的费用单据;(4)父亲或母亲的收入情况,以及父母的生活状况。

第三,即使已经有了关于生活费和教育费的协议或判决,子女仍然可以一次或多次根据实际情况向父母任何一方提出合理要求。

第四,父母对于子女的抚养义务,不仅包括未成年子女,也包括成年子女。对于尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的,父母又有给付能力的,仍应负担必要的抚养费:(1)丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力,但其收入不足以维持生活的;

(2)尚在校就读的;(3)确无独立生活能力和条件的。

【裁判规则】

1. 法律法规

《婚姻法》(2001年4月28日修正)

第二十一条父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。

父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。

子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女给付赡养费的权利。

禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

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

离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

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

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

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

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

行使探望权利的方式、时间由当事人协议;协议不成时,由人民法院判决。

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

2. 司法解释

《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）》（法释〔2001〕30号）

第二十条婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。

第二十一条婚姻法第二十一条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。

《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》（法（民）发〔1993〕30号）

1. 两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活：

（1）患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的；

（2）有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的；

（3）因其他原因，子女确无法随母方生活的。

2. 父母双方协议两周岁以下子女随父方生活，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。

5. 父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。

7. 子女抚养费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。

无固定收入的，抚养费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。

有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。

8. 抚养费应定期给付，有条件的可一次性给付。

9. 对一方无经济收入或者下落不明的，可用其财物折抵子女抚养费。

10. 父母双方可以协议子女随一方生活并由抚

养方负担子女全部抚养费。但经查实，抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，不予准许。

11. 抚养费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚养费。

15. 离婚后，一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚养费的，应另行起诉。

16. 一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持。

（1）与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；

（2）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；

（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；

（4）有其他正当理由需要变更的。

18. 子女要求增加抚养费有下列情形之一的，父或母有给付能力的，应予支持。

（1）原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；

（2）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；

（3）有其他正当理由应当增加的。

20. 在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可先行裁定暂由一方抚养。

【专家视点】

1. 我国《婚姻法》第37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。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一方提出通过协议或判决原定数额的合理要求。”为了正确履行这一法律规定，人民

法院在处理子女抚养费问题时,应注意以下几个问题:

(1) 子女抚养费的负担原则。子女的抚养费包括生活费和教育费两部分。子女所需的生活费和教育费,原则上应由父母双方共同负担。对于随一方生活的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部。当然,若与子女共同生活的一方自愿并有能力承担全部抚养费,也可不要他方负担,但不能等于放弃今后向他方索要抚养费的权利。至于形成抚养教育的继父母与继子女关系,继父母在一些情况下可自愿放弃不给付抚养费的义务。应在婚姻立法上规定,继父母在继子女处于特殊情况时,不得随意解除给付继子女抚养费的义务。特殊情况包括继子女的生父母死亡;继子女的生父或生母一方死亡后,对方又无抚养其生子女的能力;继子女的生父或生母一方死亡后,对方无法履行抚养义务等。即便继子女尚未出现上述特殊情况,也应在解除其给付继子女抚养费义务之前,有提前通知继子女的抚养义务人的义务,并给对方一定的准备时间,以避免出现双方不履行抚养子女义务的现象。

(2) 抚养费的数额。对于抚养费的数额应当根据子女的实际需要,父母的负担能力和当地实际生活水平来加以确定。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第7条的规定,子女抚养费的数额按照下列标准支付:有固定收入的,抚养一名子女的抚养费可按月总收入20%~30%的比例给付。抚养两名以上子女的,可按一般不超过月总收入的50%给付。无固定收入的,抚养费的数额可按当年总收入或同行业的平均收入,参照上述比例确定。特殊情况下,可适当提高或降低上述比例。建议婚姻法中应明确在什么特殊情况下可以适当提高或降低抚养费。

(3) 抚养费的给付期限。根据我国《婚姻法》规定和最高人民法院的司法解释的规定,关于抚养费的给付期限分为下列三种期限:第一种是无条件给付期限。一般指从子女出生到18周岁为止。第二种是有条件的不给付期限。一般指已满16周岁

不满18周岁,依靠其自己劳动收入能维持当地的一般生活水平,父母可停止给付抚养费。第三种是有条件的给付期限。一般是指尚未独立生活的成年子女;丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力,但其收入不足以维持生活的成年子女;尚在校就读的成年子女等情形,父母仍应当负担抚养费。此外,对于离婚前一方长期停付抚养费的,离婚后可酌情由一方补付一部分或全部抚养费。

(4) 抚养费的给付方法。抚养费的给付方法一般应在调解书或判决书中写明,可给付现金,也可给付实物。凡父母有工资收入的,一般按月或定期给付。在农村可按收益季度或年度给付。有条件的可一次性给付,特别是涉外婚姻离婚后的子女抚养费给付,婚姻立法上应要求基本上一次或几次付清子女抚养费,这样既能要求义务人及时迅速履行义务,又尽可能避免执行上所带来的麻烦。对于无固定职业的人员,下落不明的人员离婚后的子女抚养费给付,笔者认为,应当从其夫妻共同财产中分出一部分作为抚养子女的保证基金。如果一方再不履行抚养费义务,可用共同财物来折抵子女的抚养费,从而使人民法院的判决或调解不至于成为一纸空文,在一定程度上有效防止不给付子女抚养费的情况。此外,人民法院对拒不执行人民法院的抚养费判决或调解协议的,可依法采取强制执行措施,有关单位有依法协助人民法院按月从工资中扣除其抚养费的义务。

(5) 抚养费的变更。随着时间的推移,可能会出现抚养费的数额不足以维持子女的生活、父母双方经济条件发生变化等情况。因此必然要对其抚养费进行变更。这里所指的变更包括增加、减少、免除三种情况。我国《婚姻法》第37条第2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。”根据这一规定,在司法实践中,往往提出增加抚养费的情形较多,因而《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意见》第18条规定,如

果出现原定抚育费的数额不足以维持当地的实际生活水平的;出现子女因患病、上学,实际需要已超过原定数额的;出现尚未独立生活的成年子女独自筹资兴办某种实体等情况的,父亲或母亲有给付能力,子女可要求增加抚育费。尽管增加抚养费的情况较多,但仍然存在减少或免除抚养费的情况。如果负有给付义务的父方或母方确有困难,无力履行原定抚养费数额的义务,可通过协议或判决,减少或免除其抚养费。如果抚养子女的一方再行结婚,继父或继母愿意负担抚养费的一部分或全部时,另一方也可酌情减少或免除。需要注意的是,抚养费的减少或免除直接关系到子女的利益,所以,在决定减少或免除子女抚养费时,应当慎重考虑,严格按照法律的标准来确认,审判人员不能随心所欲,抚育者也不能草率提出变更。

——吴春岐主编:《新编婚姻家庭纠纷处理法律依据与案例评析》,法律出版社2013年版。

2. 尚在校接受高中及以下学历教育的教育费应当负担,但是因为上收费较贵的私立学校、贵族学校所多支付的择校费用或者是因考分不够而产生的赞助费,不应当属于抚养费。子女就读未经父母双方全部同意的,不同意的父或母一方可不支付该笔费用,由同意的父或母一方支付。抚养费以必要为限,子女购买电脑和手机、外出旅游的费用、购买商业保险的费用等,这些费用的支出没有法律依据,父母可以拒绝支付。

——黄蕾:《论夫妻忠实义务》,载《政治与法律》2007年第6期。

3. 抚养费的变更包括增加、减少和免除三种情况。抚养费增加是子女在必要时提出的,因物价调整等因素,原定数额难以维持子女生活所需;或子女升学、实际所需抚养费超过原定数额以外;或子女身患疾病,抚养一方无力支付全部医疗费用;或有给付义务的一方经济收入显著增加,在这种情况下,子女与其生活水平相差悬殊等。反之,有给付义务的父方或母方,在特殊情况下也可减免给付抚养费。减少给付情况,主要指给付一方由于长期疾病或者丧失劳动能力,经济相当困难,无力按原数额给付,而直接抚养子女一方又能负担子女的大部分抚养费,那么可请求减少给付。还有一种情况,就是要求抚养费返还。也就是说,男女双方在夫妻关系存续期间,女方与他人通奸所生小孩,男方因不知情而与女方共同抚养,离婚后小孩随男方,女方承担部分抚养费,当男方知情后提起诉讼,要求女方返还男方在夫妻关系存续期间及离婚后支付的抚养费。离婚后支付的抚养费可以要求返还,而夫妻关系存续期间的抚养费则有争议,一般无法得到支持。

——刘继华:《夫妻忠实义务的界定及违反之法律救济途径》,载《中华女子学院学报》2011年第3期。

注:本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书(共743页)

假结婚,出生证上被当爹;想撤销,可行政诉讼吗? | 庭前独角兽

原创 2018-02-01 庭前独角兽 陈佳

<http://mp.weixin.qq.com/s/996BMnsg9SyzLztJmFsQaw>

陈振宇按

本案争议的《出生医学证明》俗称“出生证”,系《中华人民共和国母婴保健法》规定的法定医学

证明文书,由医疗保健机构和从事家庭接生的人员予以出具。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二条的规定,法律、法规、规章授权组织作出的行

政行为亦属于行政诉讼的受案范围。在司法实践中,对于出生医学证明是否属于行政诉讼的受案范围存在争议的。本案例对实践中存在的争议观点进行总结和分析后,认为出生医学证明是医院对产妇生产和新生儿出生情况的证明,不具有一般行政行为所应当具有的“国家意志性、法定性,单向性、强制性”等特点,不属于行政诉讼的受案范围。

虽然该案例未必能够终结出生医学证明是否属于行政诉讼受案范围的争论,但是该案例强调的可以提起行政诉讼的“法律、法规、规章授权组织的行政行为”必须要具备“具备国家行政职权特性”的观点对于司法实践具有很强的借鉴意义,可以有效避免此类案件审理中可能出现的两种错误处理:一是将社会组织按照“法律、法规、规章规定”所作行为等同于行政行为;二是将被授权组织执行被授行政职权以外的其他行为等同于行政行为。

医疗机构出具出生医学证明的行为不属于行政诉讼受案范围

——钟某某不服某妇产科医院出生登记证明案

上海市黄浦区人民法院

陈佳莹

裁判要旨

医疗机构对新生儿出具出生医学证明的行为,系对产妇在医疗机构处生产情况的一种记载和证明,并非行使行政管理职权的行为,不属于行政诉讼的受案范围。

案情

原告:钟某某

被告:某妇产科医院

被告某妇产科医院于2011年1月28日作出《出生医学证明》,载明新生儿姓名为费某,母亲姓名为费某某,父亲姓名为原告钟某某。

原告诉称,原告因听闻居住地将动迁,经人介绍与费某某于2009年6月登记结婚,婚后二人从未共同生活。2014年9月,因费某某至上海市闵行区人民法院起诉要求和原告离婚,原告始知被告曾于2011年1月28日核发《出生医学证明》,该证明载明原告系新生儿费某之父。原告与费某并无血缘关系,相关法院判决书亦多次载明费某某自述费某系费某某与其前夫所生,被告所作出出生医学证明严重侵害了原告的合法权益。综上,原告请求法院判决确认被告于2011年1月28日出具的《出生医学证明》无效。

被告辩称,《中华人民共和国母婴保健法》第二十三条规定,医疗保健机构和从事家庭接生的人员按照国务院卫生行政部门的规定,出具统一制发的新生儿出生医学证明,故被告具有核发被诉出生医学证明的法定职权。2011年1月26日,费某某在被告处产下一名男婴,并提供了结婚证、身份证等证件,向被告申领出生医学证明。被告据此于2011年1月28日核发了《出生医学证明》,认定事实并无不当。卫妇社发[2009]96号《卫生部关于进一步加强出生医学证明管理的通知》明确规定,当事人提供法定鉴定机构有关亲子鉴定的证明,可以要求变更父亲或母亲信息。因此在仅有当事人自述的情况下,被告亦无依据可以变更出生医学证明上已载的父亲信息。此外,被诉出生医学证明至原告起诉之日逾5年,已超过起诉期限。综上,被告请求法院裁定驳回原告起诉。

审判

上海市黄浦区人民法院认为,根据《中华人民

《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第（四）项规定，当事人提起行政诉讼，应当属于人民法院受案范围。本案中，原告起诉要求确认被告出生医学证明无效，但法院认为，被告出具出生医学证明的行为是对费某某在被告处生产情况的一种记载和证明，不属于行政诉讼的受案范围，故原告的起诉不符合行政诉讼的起诉条件，依法应予以驳回。原告如果认为费某某在出生证明申请期间侵害原告合法权益的，可以依法寻求其他救济途径。据此，法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第（四）项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三条第一款第（一）项之规定，于2017年3月27日裁定驳回原告的起诉。

原告后不服一审裁定，上诉于上海市第二中级人民法院，二审法院于2017年6月9日裁定驳回原告的上诉。

评析

1 案件焦点问题

对于医疗机构可以成为行政诉讼中的适格被告，基本不存在争议。普遍的观点认为，医疗机构虽不是国家行政机关，但其可以作为法律法规授权的组织，在行使行政管理职权的时候，成为行政诉讼中的适格被告。而本案的实质问题在于医疗机构出具出生医学证明的行为是否属于行政行为，原告提起的诉讼请求事项是否属于行政诉讼的受案范围。

对此，有两种截然不同意见。第一种意见认为，出生医学证明属于卫生行政管理案件范畴内，该证是母婴保健法规定的法定医学证明文书，是证明新生儿出生状况和血亲关系的重要凭证，是公安部门户口登记的重要依据。医疗机构作为法律法规授权的组织，其出具出生医学证明的行为，对新生儿公民身份的取得等事项是否合法会产生直接、实际的影响，属于可诉的行政行为，属于行政诉讼受案范围。第二种意见认为出生医学证明的出具，是医疗

机构基于医院和产妇之间的医患关系，对产妇生产情况的记载和证明，不属于医疗机构行使行政管理职权过程中产生的行政行为，不属于行政诉讼受案范围。一、二审法院在案件裁判过程中采纳了第二种意见。

2 立裁判要旨的理由

《中华人民共和国行政诉讼法》明确规定，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。所以，判断一个行为是否属于行政行为，主要从行为的主体和行为的内容进行考量，即行为的主体是否是行政机关或法律、法规、规章授权的组织，行为的内容是否具备国家行政职权的性质。

本案的争议之处主要集中在行为内容的认定上，从行为性质和效力角度来看，具备国家行政职权特性的行政行为，应当符合国家意志性、法定性，甚至单向性、强制性的特点。而在本案中，主张医疗机构出具出生医学证明系行政行为的主要理由，是认为基于母婴保健法的授权，医疗机构因此被赋予了行使颁发生医学证明的行政职权。但医疗机构无论在出生医学证明上如何载明新生儿相关信息，均系基于产妇主动选择至医疗机构进行生产，并非医疗机构在行使国家行政管理职责。医疗机构出具证明的行为只是对产妇生产和新生儿出生情况起证明作用，并不具有绝对的效力，不会在医疗机构和患者之间产生行政法上的权利义务关系。不可否认，医疗机构出具的出生医学证明，在新生儿办理户口登记等方面的确比其他材料具有更高的公信力，但其仍然不具有行政行为所具有的强制力。利害关系人如果对证明内容有异议的，可以依据卫妇社发[2009]96号《卫生部关于进一步加强出生医学证明管理的通知》的规定，在提供法定鉴定机构亲子鉴定证明的情况下，要求变更父亲或母亲信息。所以，医疗机构出具出生医学证明

的行为，不具有行政行为的根本特性，原告的起诉不属于行政诉讼的审查范围。

案例索引

一审：上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101行初111号。

二审：上海市第二中级人民法院（2017）沪02行终183号。

法条链接

1. 《中华人民共和国母婴保健法》第二十三条：“医疗保健机构和

从事家庭接生的人员按照国务院卫生行政部门的规定，出具统一制发的新生儿出生医学证明；有产妇和婴儿死亡以及新生儿出生缺陷情况的，应当向卫生行政部门报告。”

2. 《中华人民共和国行政诉讼法》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。”

王礼仁：夫妻共同债务规定的理解与适用 | 法宝关注

2018-02-01 北大法律信息网

<http://mp.weixin.qq.com/s/JfqVwS8oCuGCrbWEgMbJA>

【作者】王礼仁（宜昌市中级人民法院）

【来源】《湖北警官学院学报》2018年第2期；北大法宝法学期刊库

【声明】本文仅限学习交流使用，如遇侵权，我们会及时删除。

内容提要：《〈婚姻法〉司法解释（二）》第24条存在“三大错误”与“保护债权人的虚假功能”，之后出台的相关司法解释无法从根本上解决问题，支持第24条的“内外有别论”“婚后所得共同财产决定论”“有利于保护债权人”等理论也无法自圆其说。2018年1月18日起施行的最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》废止了以婚姻存续关系（或财产共有关系）推定夫妻共同债务的规则和举证规则，确立了除夫妻合意外，一方负债必须用于家事需要才能构成共同债务的规则。在适用该解释时应注意其并未确立“共债共签”原则，部分内容有待完善，需要正确处理该解释与第24条的适用关系以及该解释的溯及力问题。

关键词：夫妻共同债务；夫妻个人债务；家事代理；共同财产制；分别财产制；共债共签；共签共债；善意债权人

目录

一、“第24条”推定规则的主要错误及其废除原因

（一）《解释二》第24条的问题与适用效果梳理

（二）《补充规定》和《通知》的问题梳理

（三）影响废止“第24条”的主要理论观点之澄清

（四）“法律废止”与“事实废止”之选择

二、《解释》关于夫妻共同债务规定的理解与适用

（一）《解释》关于夫妻债务规定的主要亮点

（二）《解释》关于夫妻共同债务的规定并未确立“共债共签”原则

（三）《解释》关于夫妻债务的规定存在的问题及完善

（四）《解释》与“第24条”之关系：如何抛开“第24条”裁判

（五）《解释》的溯及力问题

三、余论：构建夫妻债务法律体系的基本原则与思路

本文为精编版，原文将发于《湖北警官学院学报》2018年第2期。

近年来，对于法理和法理学的关注成为了我国法学界广为关注的重要论题。有论者基于自

2018年1月8日，最高人民法院通过《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的

解释》(以下简称《解释》),对“第24条”的基本原则作了颠覆性规定。

一、“第24条”推定规则的主要错误及其废除原因

《解释》出台后,在法官内部、律师乃至理论界依然有支持“第24条”、反对《解释》的声音存在。

(一)《解释二》第24条的问题与适用效果梳理

1.《解释二》第24条的内容和逻辑结构存在“三大错误”

根据《解释二》第24条的规定,在债权人主张一方举债属于夫妻共同债务时,只要举债人配偶不能证明债权人知道该债务属于分别财产制债务或约定为举债人个人的债务,则会被推定为夫妻共同债务。此规定明显不合理,存在“三大错误”:

(1)《解释二》第24条以“婚姻关系”推定夫妻共同债务的根据错误

夫妻一方对外承担连带责任的法律根据或理论基础是家事代理权,应当以家事代理作为夫妻债务的理论基础;以“婚姻关系”推定夫妻债务,其致命缺陷在于混淆了婚姻关系存续期间夫妻对外交往中的家事代理与非家事代理甚至违法活动的界限,把夫妻之间的一切行为都视为家事代理,从而导致“婚姻关系是个筐,任何债务往里装”的荒唐现象。

(2)《解释二》第24条无条件保护债权人的立法目的和范围错误

保护债权人是为了维护交易安全,保护范围也仅限于善意债权人,并非无原则或无边界保护。而《解释二》第24条另立标准,无条件保护债权人,最终不仅没有保护交易安全,反而破坏了交易安全,导致夫妻之间虚假债务满天飞,非法债务合法化,为夫妻恶意举债提供了条件,破坏了正常的交易秩序,保护了虚假或违法交易。所谓“保护保护善意债权人”,实际上也变成了保护恶意债权人,甚至

是“莫须有”的假债权人。

(3)《解释二》第24条的逻辑结构和举证责任分配错误

《解释二》第24条实际上只解决了分别财产制和约定个人债务的举证责任和债务承担问题,并没有解决共同财产制债务的判断标准和举证责任,存在明显漏洞。在婚姻关系中,一方举债至少有三种情形:一是实行分别财产制的一方举债;二是约定为个人债务的一方举债;三是实行婚后所得共同财产制的一方举债(即没有任何约定)。其中,前两种情形极为少见,第三种情形最为常见。我国至少95%以上的夫妻实行婚后所得共同财产制,而《解释二》第24条只解决了存量极少的前两种情形的举证责任和认定规则,却根本没有解决数量最多的第三种情形的认定标准和举证责任。更为严重的是,《解释二》第24条在没有解决共同财产制夫妻债务认定标准和举证责任的前提下,以分别财产制债务和约定个人债务的处理规则替代共同财产制夫妻债务的判断标准和举证责任,于无形之中使共同财产制债务都被推定为共同债务。

2.适用《解释二》第24条判决的案件“三多现象”突出

由于《解释二》第24条存在“三大错误”,在实施过程中助生虚假债务、坑害无辜良民、毁损法院形象;适用案件“三多现象”突出,即申诉上访的多、检察院抗诉的多、再审改判的多;适用结果为“三大伤害”,即伤害了当事人的合法权益,伤害了法院的公信力,伤害了法律的权威。

3.《解释二》第24条遭遇前所未有的理论质疑和社会各阶层反对

《解释二》第24条出台后,不少学者和法官对其提出质疑。笔者在十年前开始批评《解释二》第24条,先后发表数十篇文章,认为其属于“国家一级法律错误”,实践中应适用《婚姻法》第41条。理论界包括中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰在内的众多学者对《解释二》第24条提出不同程度的批评和质疑,社会上也成立了所谓的“反

24 条联盟”和“24 条公益群”。《解释二》第 24 条的适用效果引起了全国妇联和地方各级妇联的广泛关注和异议，湖南妇联在全国率先就其引发的问题为受害妇女提供救济并研讨解决办法，还多次邀请有关法学专家讲解，为受害当事人提供正确的法律援助。包括付丽娟在内的部分全国人大代表和政协委员也对《解释二》第 24 条提出异议。

4. 各地高级人民法院对《解释二》第 24 条“原则上适用”，但又持修改其原则的立场

各地高级人民法院一方面强调原则上要适用《解释二》第 24 条，另一方面又提出不能机械适用，并修改了适用原则。例如，上海、山东等高级人民法院在强调原则上适用的同时，又提出需要考虑两个“例外因素”，即是否是“夫妻合意”和“用于共同生活”。然而，《解释二》第 24 条以婚姻关系作为推定基础，并不要求是否是“夫妻合意”和“用于共同生活”。很显然，这两个“例外因素”颠覆了《解释二》第 24 条的基本原则，自然也否认或修改了其基本原则。

5. 部分学者和法官对《解释二》第 24 条的正确性作出矛盾性解释

一些学者和法官虽然认为《解释二》第 24 条正确，但对其正确性的解读自相矛盾。这种矛盾性解释具体表现在：在债务认定标准或构成要件上“挂第 24 条卖《婚姻法》第 41 条”，在举证责任上挂“第 24 条卖一般证据规则”，导致人们无所适从。例如，有法官认为，夫妻共同债务在实体上应当适用《婚姻法》第 41 条，债权人负有举证责任。但其同时认为，“第 24 条仍具有强大的生命力，既不能摒弃，也无需修改、补充和完善”。又如，有法官一方面认为《解释二》第 24 条推定规则正确，另一方面又提出在适用时“要结合《婚姻法》第 41 条等其他条款”，在举证责任上“债权人应提供债务为夫妻共同债务的初步证据，包括但不限于证明债务的真实性”，还要借鉴“域外法律”。再如，有学者认为《解释二》第 24 条属“时间”推定规

则，在举证责任上应适用《婚姻法》第 41 条的“用途”标准。还有学者主张从法教义学的角度解读《解释二》第 24 条，但其解读内容却完全脱离《解释二》第 24 条的基本内容。

6. 最高人民法院为纠正直接适用《解释二》第 24 条的错误而开展多次答复、说明和解读工作

仅 2014 年以来，最高人民法院和有关负责人就《解释二》第 24 条的答复、说明和解读至少有六次之多（以下简称“六个意见”）。

由于“六个意见”坚持《解释二》第 24 条的正确性立场和“内外有别论”，反而助长了各地直接适用《解释二》第 24 条的案件数量增多，导致 2016 年虚假违法债务诉讼“井喷式”爆发。

（二）《补充规定》和《通知》的问题梳理

1. 《补充规定》破坏了司法解释的“惯例”

司法解释的对象是现行法律，解释的内容是法律适用中的争议问题，解释的目的是统一司法。虚假债务与违法债务是否受法律保护，既不是现行法律规定的內容，也不是司法实践争议的问题。可以说，虚假违法债务不受保护的规定完全是多此一举：一是在人们的日常经验法则和价值理念中，虚假违法债务当然不受保护，属于约定俗成的共识性规则；二是在现有的司法判决中，主要是直接适用《解释二》第 24 条推定规则，使虚假违法债务无法被过滤而推定为共同债务。事实上，没有一份法院判决直接认定虚假违法债务为共同债务，此內容也没有必要被规定于司法解释之中。《补充规定》增加两项排除事由，只能证明《解释二》第 24 条确实存在“放行”虚假违法债务的弊端，但却没有找到解决办法。从某种意义上说，《补充规定》不仅没有填补漏洞，反而导致争议更多，漏洞更大，包袱越重。

2. 《补充规定》仍然没有回到婚姻法的法律轨道上来

从《补充规定》的内容可以看出，将《解释二》第 24 条与《婚姻法》第 41 条对立或割裂的立法态

度仍然没有改变。

3. 《补充规定》没有解决夫妻共同债务的判断标准问题

什么是夫妻共同债务？判断夫妻共同债务的标准是什么？除虚假违法债务外，其他未用于家庭需要的债务，如为他人借款、为他人借款担保、借款高消费、借款赠与他人等，是否属于夫妻共同债务？什么是违法债务？《补充规定》没有解决这一问题，可能导致虚假违法债务之外的其他不合理债务仍然无法从共同债务中排除。

4. 《补充规定》没有解决举证责任问题，虚假债务和违法债务仍然不能有效被预防或堵塞

《补充规定》虽然规定了虚假违法债务不受保护，但由于其没有解决好举证责任问题，虚假违法债务仍然无法排除。夫妻一方借贷，其举证责任涉及三个方面的真实性证明：一是借据的真实性证明；二是借款的真实性证明；三是借款家事用途的真实性证明；三者是层层递进、包含的关系，前者不能取代后者，但后者可以取代前者。因此，举证责任的关键在第三项，即“用于家庭需要”的证明，但《解释二》第24条始终没有解决这个问题。司法实践中往往以借据的真实性和借款的真实性代替借款用途真实性，其证明方法本末倒置。

5. 《补充规定》增加了两项排除事由，导致适用法律更加复杂化

由于《补充规定》没有解决夫妻共同债务判断标准，也没有涉及认定夫妻债务是否坚持用于家庭需要的标准，那么，最高人民法院院民一庭先前对江苏省高级人民法院的答复等是否依然有效？认定夫妻债务能否适用《婚姻法》第41条？诸如此类都是困扰适用法律的新难题。

6. 《通知》的部分内容也存在诸多问题

例如，要求法官主动作为、依职权调查的规定，既与一般举证规则不符，也与司法改革的潮流相悖。在婚姻家庭案件中，法官依职权调查的范围主要限于身份关系或身份行为，不能包括财产关系。夫妻财产关系的职权调查原则上适用一般职权调查规

定，其范围有限。而《通知》要求涉及夫妻债务的案件都要职权调查，存在如下缺陷：一是与一般财产举证规则冲突；二是赋予法官职权调查的自由选择空间，法官调查的积极性或立场如何将直接影响诉讼胜败；三是即使法官全力调查，借贷的真假或用途也难以查清；四是浪费公共司法资源，把本应由当事人承担的举证责任转嫁给法官，加重法官的负担和风险；五是法官的中立立场可能遭受损害，重新回到“包揽诉讼”老路，是诉讼制度上的倒退。至于《通知》第5条所谓“把握不同阶段夫妻债务的认定标准”，其“标准”也因理解不同而有所差异。更让人费解的是，夫妻债务只有婚前债务与婚后债务，而婚后债务主要根据不同财产制处理。《通知》中“不同阶段”夫妻债务的表述不知应作何解释。

（三）影响废止“第24条”的主要理论观点之澄清

反对修改“第24条”，认为“第24条”正确的观点包括“内外有别论”、“婚后所得共同财产决定论”、“时间推定规则”、“有利于保护债权人”等十余种，其中最具有代表性和影响力的是“内外有别论”“婚后所得共同财产决定论”“有利于保护债权人”三种，下文主要对这三种观点进行澄清。

1. “内外有别论”与“婚后所得共同财产决定论”之澄清

“内外有别论”与“婚后所得共同财产决定论”往往交织在一起，本文一并讨论。主张夫妻内部债务适用《婚姻法》第41条，夫妻与债权人之间债务适用“第24条”的“内外有别论”有两个理由：一是“追偿论”；二是“共同财产制决定论”。笔者认为这两个理由均不成立。而且“内外有别论”也无法构建判断夫妻共同债务的科学标准和举证责任。

（1）“追偿论”缺乏理论根据和现实可能

有“内外有别论”者认为，债权人主张夫妻共同债务时，只要债权人证明该借款发生于夫妻关系

存续期间，不论债务是否用于夫妻共同生活，只要没有两种例外情形，就应当直接按照“第24条”推定为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还。但在夫妻内部确认夫妻债务时，则要区分是否用于夫妻共同生活。举债方必须证明其举债用于夫妻共同生活，否则不能认定为夫妻共同债务。如此处理既可保护债权人，也不会侵害非举债一方利益，因为即使非举债一方对外偿还了不当债务，也可以在夫妻内部向另一方追偿。

笔者认为，“追偿论”存在两大缺陷：第一，追偿只能发生在具有连带责任的债务中，而不是任何债务都可替他人偿还后再追偿。对于另一方的违法债务或虚假债务，非举债方依法不应当承担责任的，不存在先偿还再追偿问题，“先偿还”缺乏法律依据。第二，追偿事实上是“水中月”“镜中花”，也根本无法实现。

（2）共同财产制与共同债务必须存在逻辑上的联系

在理论上和司法实践中，将共同财产制与共同债务直接挂钩的现象比较普遍。如最高人民法院民一庭在夫妻债务问答中指出，“依据我国婚姻法规定，除法律规定为夫妻一方的财产或者夫妻对财产另有约定的以外，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、生产经营收益等财产，归夫妻共同所有，与此相应，夫妻在婚姻关系存续期间所负的债务，也应由夫妻共同偿还”。一些地方法院的判例也认为，“夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间所负债务原则上均应推定为夫妻共同债务”。其理由是：第一，我国实行夫妻共同财产制，除非法律有特别规定或夫妻有特别约定，夫妻一方婚后所得财产均推定属于夫妻共同财产；与之相应，夫妻一方婚后所负债务作为消极财产，也应推定属于夫妻共同债务。第二，基于婚姻关系的私密性，对夫妻一方以个人名义借款是否实际用于夫妻共同生活，作为婚姻关系之外的债权人通常情况下也无从得知。

也有学者认为，夫妻共同债务适用“时间”推

定规则的法理基础是民法上的财产共有理论，“第24条”的推定规则是由共同财产制决定的。我国法定财产制为婚后所得共有制，婚姻关系存续期间取得的财产属于共同财产，婚姻关系存续期间所负的债务应为夫妻共同债务，故“第24条”的推定规则是正确的。且不说“时间”推定规则的提法不妥，将法定所得共有制与共同债务直接挂钩或等同就是一个错误。此观点没有弄清婚后所得共有制与婚后共同债务的逻辑连接点是什么。婚姻关系存续期间所得财产为夫妻共同财产，其债务为夫妻共同债务的逻辑连接点应当是用于创造夫妻共同财产所负的债务，或者用于维持家庭共同生活所负的债务。也就是说，共同财产制下的共同债务一定要与共同财产制存在关联性。实行婚后所得共有制的夫妻，其财产共有关系和婚姻存续关系是并存或共存的。但在共有关系期间（亦是婚姻关系存续期间），一方所产生的债务并非都是用于创造共同财产或共同生活。如果忽视债务与共有财产的关联性，则会导致“共有关系是个筐，任何债务往里装”。这无疑是以婚姻关系推定共同债务的翻版。因此，共同财产制下的共同债务必须与共同财产的形成存在逻辑联系，否则不能构成共同债务。

（3）“内外有别论”不能成为评判夫妻债务的有效标准

夫妻一方对另一方的行为之所以承担责任，并不是因为双方存在婚姻关系或发生于共有财产关系期间，而是另一方的行为属于家事代理行为。家事代理的范围很广，对于一方举债来讲，其家事代理当然是为家庭需要举债（非为家庭需要举债自然不能构成家事代理）。这与《婚姻法》第41条为共同生活负债的规定完全一致。《婚姻法》第41条的规定实际上是家事代理在夫妻债务中的具体体现。因此，夫妻一方负债的共同责任必须坚持《婚姻法》第41条用于“家庭需要”的判断标准。“内外有别论”不仅与《婚姻法》第41条冲突，而且根据婚姻关系或共有财产关系推定夫妻共同债务，无法界定共同债务的具体内容和合理范围，显然缺乏科学

性。

(4)“内外有别论”无法建立科学的举证责任
坚持“内外有别论”的学者认为,《婚姻法》第41条与“第24条”是调整夫妻对内债务与对外债务两种不同法律关系的规范。前者不是后者的适用前提,后者也不是前者的解释或延伸。“第24条”关于婚姻关系存续期间的债务推定属于“时间”推定规则,不存在适用《婚姻法》第41条“用途标准”解释问题。然而,该观点一方面坚持“内外有别论”,另一方面却提出适用“第24条”时,债权人应承担“有理由相信用于共同生活和夫妻合意的举证责任”。但是,根据“内外有别论”推定规则(即“时间推定规则”),却无法得出用于家庭生活或夫妻合意的举证责任结论,其举证责任缺乏根据。

举证责任需要建立在夫妻债务判断标准的基础上,当事人根据夫妻共同债务的判断标准或构成要件承担举证责任。没有夫妻债务判断标准,就无法建立举证责任规则;没有科学的夫妻债务判断标准,就无法建立科学的举证责任。“内外有别论”的“时间”推定规则脱离了《婚姻法》第41条夫妻共同债务的判断标准,自然无法建立科学的举证责任。该观点不得不在举证责任上重回《婚姻法》第41条,从而导致其举证责任与“时间”推定规则自相矛盾。换言之,该观点一方面认为“第24条”夫妻共同债务的认定规则是“时间”推定规则,另一方面以《婚姻法》第41条“用于家庭生活”的“用途”标准分配举证责任。夫妻债务判断标准与举证责任完全脱节,二者毫无关联且相互矛盾。

同时,该观点关于债权人证明“有理由相信用于共同生活或夫妻合意”的表述也不完整科学。“用于共同生活”是夫妻共同责任的基础。债权人首先要证明一方负债用于“用于共同生活”;不能证明“用于共同生活”时,才需要证明“有理由相信用于共同生活或夫妻合意”。故债权人的证明责任应当表述为:债权人对一方负债应当承担“用于共同生活”或“有理由相信用于共同生活或夫妻合意”

的举证责任。“有理由相信用于共同生活或夫妻合意”的证明责任是“用于共同生活”证明责任的延伸,主要针对善意债权人。没有“用于共同生活”的证明责任,“有理由相信用于共同生活或夫妻合意”的证明责任是无源之水,无本之木。

(5)“内外有别论”容易滋生虚假违法债务
“内外有别论”的本质是将《婚姻法》第41条与“第24条”割裂或对立,主张在债权人起诉的夫妻债务中排除《婚姻法》第41条的适用,坚持以婚姻关系或共有财产制关系为推定根据。由于共同财产制夫妻债务不在“第24条”排除之列,按照“第24条”直接推定,共同财产制夫妻债务均被推定共同债务。实践证明,“内外有别论”盛行之时,就是虚假违法债务猖狂之时。2016年最高人民法院多次肯定“内外有别论”,各地大胆适用“内外有别论”,导致虚假违法债务“井喷式”爆发,就是最好的例证。从各地判决看,凡是将虚假违法债务判决为共同债务的案件,都是适用“内外有别论”,直接依据“第24条”判决的结果。可以说,“第24条”的错误规定加上“内外有别论”是夫妻债务错案的主要原因。

(6)夫妻对内责任与夫妻对外责任是相互统一的,不是对立或割裂的

夫妻对外责任是夫妻对内责任的延伸,夫妻对内责任是夫妻对外责任的基础,即内部责任决定外部责任。债权人之所以主张夫妻共同承担责任,正是因为法律规定夫妻内部具有共同责任。以夫妻债务为例,除了夫妻合意外,夫妻内部共同责任的基础是“用于家庭需要”。债权人主张一方负债由夫妻共同承担,也是基于这一法律基础。夫妻对内责任与夫妻对外责任的区分主要在于保护善意债权人不同,即债权人合理信赖“用于家庭需要”的债务也由夫妻共同承担责任,但此信赖还是以夫妻内部共同责任为基础。也就是说,夫妻内部债务的共同责任基础是“用于家庭需要”,善意债权人的合理信赖也是对“用于家庭需要”的信赖,都始终没有脱离“用于家庭需要”的共同责任基础。因此,

夫妻一方负债对内对外的责任基础和判断标准是一致的,只是为保护善意债权人适当放宽了举证条件。

2. “有利于保护债权人”之澄清

认为“第24条”“有利于保护债权人”,也是一个重大误解。防止夫妻协议串通转移夫妻债务,是《解释二》第25条的功能。“第24条”是关于债权人起诉夫妻债务的规定。如果债权人在诉讼中不接受夫妻双方的意见,则只能由法院判决,夫妻根本无法实现串通逃债的目的。所谓“第24条”能够防止夫妻协议逃债,纯粹是一个伪命题。关于此问题,笔者在《撤销婚姻法解释二第24条保护债权人的金字招牌》一文中有详细论述,此处不赘述。

(四)“法律废止”与“事实废止”之选择

由于“第24条”存在“三大错误”,不能成为正确处理夫妻共同债务的指引规则,“法律废止”与“事实废止”是“第24条”的必选题。“法律废止”就是通过法律程序,废止“第24条”,重新构建规则。“事实废止”就是“判例抵制”,即在处理夫妻债务案件时,抛弃或绕开“第24条”推定规则,适用《婚姻法》第41条、第19条和家事代理原则以及公平的举证规则判决。但在现行规制下,对于如何理解和适用法律容易滋生歧义。寻找“第24条”的正确适用规则,实现“事实废止”的路径复杂,不如直接通过法律程序废止“第24条”,重新构建规则,也更有利于统一司法。因此,最高人民法院采取“新规替旧制”的形式,废止“第24条”以婚姻关系推定夫妻共同债务与举证规则是十分必要的。由此可见,“第24条”的“三大错误”与“保护债权人的虚假功能”是其被废止的根本原因。

二、《解释》关于夫妻共同债务规定的理解与适用

相对于“第24条”,《解释》关于夫妻共同债务的规定从整体上看具有划时代的进步意义,对今

后处理夫妻债务案件具有积极指导作用。但《解释》也存在一些缺陷和不足,有待进一步完善。在理解和适用《解释》时,对其中部分规定尚需结合《婚姻法》第41条和有关法理予以矫正。

(一)《解释》关于夫妻债务规定的主要亮点

《解释》的最大亮点在于废止了以婚姻存续关系(或财产共有关系)推定夫妻共同债务的规则和举证规则

这是对“第24条”夫妻共同债务的认定标准和举证责任的颠覆性规定。对于夫妻一方负债,《解释》回归了《婚姻法》第41条规定的标准。不论是日常家事借贷还是重大借贷,都必须以用于家庭需要为共同债务标准,并由举债人或债权人承担举证责任。这一规定对正确认定夫妻共同债务,避免发生制度性群体错案具有重要意义。

(二)《解释》关于夫妻共同债务的规定并未确立“共债共签”原则

在理解和适用《解释》时,必须明确:《解释》并没有确立“共债共签”原则,即没有确立以共同签字作为认定共同债务的必要条件。夫妻合意(共同签字)债务只是夫妻债务的形式之一,并非夫妻共同债务必须共同签字。尤其是一方负债,并不以共同签字作为共同债务的构成要件。

1. 《解释》第1条不是“共债共签”原则

最高人民法院有关负责人和最高人民法院法官都认为,《解释》第1条开宗明义强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则,“具有引导民事商事主体主动规范交易行为,加强风险防范的深刻用意”。

“共债共签”与“共签共债”是两个截然不同的概念与原则,不能混淆。“共债共签”的基本内涵是:共同债务必须共同签字,没有共同签字的债务不能被认定为共同债务。但现行法律和《解释》并非如此规定,如夫妻一方负债只要“用于家庭生活”,就是共同债务,并不以共同签字为必要构成

要件。实际上,《解释》第1条不是“共债共签”,而是“共签共债”。“共签共债”的含义是:共同签字(合意)形成的债务属于共同债务。“共签共债”是对已经共同签字(共同合意)形成债务的性质确认。《解释》对“共签共债”只是遵循了历来做法,以司法解释予以确认而已,并无突破。

2.《解释》第2条以及第3条更不是“共债共签”原则

《解释》第2条、第3条是关于一方负债的规定。对于一方负债是否必须共同签字才构成共同债务的问题,“反24条联盟”和“24条公益群”一直呼吁“共债共签”,要求没有共同签字的债务不能构成共同债务。在其影响下,理论界一度几乎一边倒主张“共债共签”,甚至连最高人民法院的法官也曾接受这种主张。笔者认为,“共同签字不是防止虚假夫妻债务的神丹妙药。科学界定夫妻共同债务与合理分配举证责任,才是防止虚假债务与违法债务的有效手段。司法中产生虚假债务和违法债务的根本原因,不在于是否共同签字,而是推定规则和举证责任分配错误”。将共同签字作为认定夫妻共同债务的必要要件存在诸多弊端,应以举证责任替代强制性签字规定。

可喜的是,《解释》并没有把共同签字作为一方举债认定共同债务的必要条件,而坚持以用于家事需要(共同生活与家庭经营)为共同债务的必要条件。

(三)《解释》关于夫妻债务的规定存在的问题及完善

《解释》也有部分细节内容有待进一步完善,主要表现在以下方面:

第一,《解释》的理论基础错误。“共债共签”“合同相对原则”原则等不能成为夫妻共同债务的一般或普通原则。尤其是一方负债时,家事代理或家事需要才是认定夫妻共同债务的基本原则或基本标准。

第二,没有科学划分日常家事代理中共同债务

与个人债务的界限。日常家事借贷也要坚持以家事需要为共同债务判断标准,不能完全以数额为标准。

第三,没有确立保护善意债权人的原则。在日常家事借贷和重大家事借贷中,没有对如何保护善意债权人的原则作出界定。

第四,《解释》条文结构和文字表述有待进一步修改。如第3条的“但书”之前的内容可以删除。与其说没有共同签字不是共同债务,不如说用于家庭共同生活(经营)的属于共同债务。这只是一个举证责任问题,一方借贷之关键还是看是否用于家事需要,而不是看是否签字。

尽管如此,《解释》总体上是比较成功的,具有划时代的进步意义,对今后处理夫妻债务案件具有积极作用。我们不能期待一个司法解释解决所有问题,也不能期待一个司法解释容纳各方面的意见。上述问题可在民法典婚姻家庭编的立法过程中进一步统筹考虑和完善。

(四)《解释》与“第24条”之关系:如何抛开“第24条”裁判

《解释》是一个过渡性规定,民法典将对夫妻共同债务进行系统规范。笔者认为,《解释》仅仅是一个“止血”性规定,即主要目的在于停止继续适用“第24条”推定规则,阻止夫妻共同债务扩大化。由于《解释》以“新规替旧制”的形式废止“第24条”,理解《解释》与“第24条”的关系,正确适用《解释》和相关法律规定,应当掌握如下几点:

1. 需要明确《解释》废除了“第24条”什么内容

根据《解释》第4条的规定,与《解释》相抵触的规定不再适用,即“第24条”的推定规则和举证责任,主要是以财产共有关系或婚姻关系推定夫妻共同债务的规则及其举证责任不再适用。《解释》并不涉及“第24条”的分别财产制债务和约定个人债务。单纯从《解释》内容考察,“第24条”关于处理约定财产制债务和约定个人债务的规

定继续有效。但由于“第24条”分别财产制和约定个人债务与法定财产制债务是互为条件和结果的逻辑关系,即只要是不属于分别财产制和约定个人债务的法定情形,则推定为共同债务,故不仅分别财产制和约定个人债务很难从“第24条”中分离出来,而且继续适用“第24条”容易造成误会,即认为还是在适用已经废止的“第24条”的错误规则,以致引起不必要的上诉或申诉。因此,在《解释》生效后,全面停止适用“第24条”更为有利。

2. 需要明确现有法律是否足以替代“第24条”的功能

不少学者担心,彻底废除“第24条”或完全不适用“第24条”会导致夫妻合谋以离婚方式恶意逃避债务,影响交易安全。实际上,这种担心是多余的。因为现有法律制度不仅可以替代“第24条”的全部功能,还可以避免“第24条”推定规则的错误,也即使直接废除“第24条”,现行下列法律制度也完全可以满足处理夫妻债务的需要。

其一,处理婚后共同财产制债务,可以适用《婚姻法》第41条和法发〔1993〕32号规定。该规定完全可以满足处理共同财产制债务的需要,而且可以避免“第24条”推定规则的错误。

其二,处理夫妻约定分别财产制债务或约定个人债务,可以适用《婚姻法》第19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18条。这两条足以处理约定分别财产制债务或约定个人债务。

其三,处理夫妻离婚协议或其他方式逃避债务或转移财产,可以按照《解释二》第25条或《合同法》第74条处理。这些规定足以防止夫妻协议逃避或转移财产。

其四,“第24条”并不具有防止协议逃债的功能。“第24条”是关于关于债权人诉讼债务的规定,而在这种诉讼中夫妻根本无法通过协议逃债,因为除非债权人在诉讼中认可或接受夫妻关于债务的处理意见,否则只能由法院根据事实和法律判决,夫妻无法达到逃避债务的目的。防范夫妻协议离

婚逃债是《解释二》第25条的功能,不是“第24条”的功能,不适用“第24条”根本不会导致夫妻逃债。

更为可喜的是,《解释》对认定夫妻共同债务的方法和举证责任作了更为具体规定,目前完全可适用《解释》与其他规定处理夫妻债务,无需适用“第24条”。

(五)《解释》的溯及力问题

《解释》采取“新现代旧制”的形式废止“第24条”推定规则。从2018年1月18日起,“第24条”推定规则停止适用。《解释》对原来适用“第24条”判决的案件是否具有溯及力,已成为当前关注和争议的重点问题。不少学者认为,对已判决的案件,《解释》不具有溯及力,不能适用《解释》改判。而笔者认为,对过去适用“第24条”判决的案件,应当区分不同性质进行纠正。如果是明显不符合夫妻共同债务的构成要件,当时简单机械适用“第24条”推定为共同债务,则完全可以适用《婚姻法》第41条和《解释》予以纠正。对于事实或证据认定错误的,应当根据其错误程度和原因,实事求是处理。有错必究是基本原则,即使在“第24条”推定规则废止前,机械适用“第24条”判决的错案,通过再审纠正的也不少。“第24条”的溯及力要与《婚姻法》第41条结合起来考虑。这不是一个单纯的“第24条”溯及力问题,本质上是一个回归《婚姻法》第41条法制精神问题。总之,要实事求是,依法处理,既不能对明显错案不予纠正,也不能认为凡是“第24条”适用期间所判决的案件都是错案,全面否定。

三、余论:构建夫妻债务法律体系的基本原则与思路

夫妻债务法律体系的构建是一个宏大的系统工程。总体来说,夫妻债务规则的构建应当秉承四个基本原则,即符合婚姻本质原则,衡平保护交易安全与婚姻安全原则,方便适用原则,突出重点、科学合理原则。夫妻债务规则内容设计应当统筹规

划,相互照应,形成科学完备的“四横三纵两类一轴”制度体系,即夫妻债务规则应当统摄四大横向要素与三大纵向要素,兼顾两类不同性质债务,突出划分夫妻共同债务与个人债务界限主轴。鉴于构建夫妻共同债务的基本原则与具体内容十分宏大,本文主要就夫妻共同债务体系的范围与构成要件作简要说明。

夫妻共同债务的范围应当包括三个方面,即夫妻合意之债、家事代理之债、债权人善意之债。“夫妻合意之债”是指夫妻共同协商一致(包括共同签字和其他共同意思表示),共同向他人借贷所形成的债务。“夫妻合意之债”可以直接认定为夫妻共同债务,这在理论上和司法实践中并无争议,有争议者是“家事代理之债”与“债权人善意之债”。“家事代理之债”是指夫妻一方因家事需要,基于家事代理权向他人借贷所形成的债务。即通常所说的夫妻一方举债。对于一方负债,夫妻相互承担连带责任的法律基础是家事代理。家事代理中一方举债必须为家事需要,这是家事代理的应有内涵和本质要求。不是因家事需要举债,自然不属于家事代理。“家事代理之债”与通常所说的“家庭生活之债”是一体两面,属于同一规则,即家事代理举债必须用于家庭生活,一方为家庭生活举债自然是家事代理。因此,可将“家事代理之债”与“家庭生活之债”简称为“家事债务”。不论称之为“家事代理之债”还是“家庭生活之债”,都是为家事需要而举债,其性质都属于“家事债务”。“债权人善意之债”是指既非“家事债务”,亦非“合意之债”,但债权人理由相信用于家事需要,或者理由相信属于夫妻合意所生债务。为了保护善意债权人,举债配偶应当承担连带责任。

对于一方负债,“用于家事需要的债务”是家事代理的典型形态;“债权人善意之债”则是债权人基于夫妻具有家事代理权而产生的合理信赖,是家事代理的延伸形态。《婚姻法》第41条是家事代理在夫妻债务制度上的具体体现。举债人和债权人主张一方负债是否属于夫妻共同债务,都要坚持

《婚姻法》第41条“用于家庭生活”的基本判断标准,即以“用于家庭生活”为基本标准,以信赖“用于家庭生活”之善意为补充标准。对于共同财产制中的夫妻一方负债,不论数额大小,举债人主张夫妻共同承担责任时,必须证明用于家庭需要,否则由个人承担责任。

法律只能保护善意债权人,不能保护恶意债权人。债权人对夫妻一方负债主张另一方承担责任时,应当按照下列不同情况处理。

1. 对于夫妻一方日常家事借贷(小额借贷),债权人需要证明其债务用于家庭共同生活。不能直接证明用于家庭生活时,则要对自己有理由相信“用于家庭共同生活”的善意举证证明或合理解释。否则,另一方不承担责任。

但目前理论界多数都将一方日常家事代理范围内债务按共同债务处理,没有区分不同性质。受理论影响,《解释》没有区分日常家事借贷(小额借贷)中的正常家事借贷与滥用日常家事代理权借贷,没有明确共同债务的标准和举证责任。这不仅容易把没有用于家庭需要的小额借贷都认定为共同债务,还容易导致化整为零,将大额借贷分解为小额借贷,从而扩大夫妻共同债务的范围。因此,对日常家事借贷,仍然要坚持用于家事需要的标准。对债权人同样也适用这一标准,只不过其举证责任可以适当放宽,即债权人不能直接证明用于家庭需要,但有理由相信(合理信赖)用于家庭需要者,从保护善意债权人权利出发,也应判决另一方承担连带责任。

2. 对于夫妻一方大额借贷,债权人需要证明用于家庭生活(包括家庭经营)。不能直接证明用于家庭生活时,则要对自己有理由相信属于夫妻合意的善意举证证明或合理解释。否则,另一方不承担责任。

对于夫妻一方负债,应当始终坚持以用于家庭生活需要为共同债务标准。将来制定民法典时,应当结合有关法理,在家事代理之债中设立债权人善意之债。对于一方滥用日常家事代理或越权代理,

在夫妻内部不承担责任。但债权人能够证明有理由相信用于家庭需要或夫妻合意的,另一方应当承担

连带责任。这样,可以避免将家事代理之债一律认定为共同债务。

三代以内同辈旁系血亲的成年子女能否被收养

2018-02-01 人民法院报 第07版 潘建兴

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-02/01/content_135001.htm?div=-1

【案情】

原告杨某与丈夫蒋某育有被告蒋小某(1956年10月25日生)等5个子女,杨大某系杨某兄长。1996年5月9日,兄妹两家签订收养协议,约定杨某、蒋某自愿将三子蒋小某过继给杨大某为养子,蒋小某也表示愿意。1996年5月18日,杨某所在县公证处对该收养关系办理了公证,确定杨大某收养蒋小某为养子,收养关系自公证证明之日起成立;蒋小某改名为杨小某。此后,杨大某随杨小某生活直至2000年病故,杨小某进行了安葬。现杨某诉至法院要求杨小某履行赡养义务,杨小某辩称其已被杨大某收养,双方无法律意义上的权利义务关系,故不应承担赡养义务。

【分歧】

如何处理本案,存在两种不同意见。

第一种意见认为,收养关系成立,杨小某不再承担赡养杨某的义务。从文义上解释,我国收养法第七条规定,公民收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受被收养人不满十四周岁的限制,即成年人也可被收养,法律未设定此情形下的被收养人年龄限制,也符合民间“过继”等民俗、习惯做法。

第二种意见认为,订立收养协议时,杨小某已成年,成年人不能被收养,杨某应依法赡养其生母。从体系解释角度讲,应该结合收养法第二条之规定来理解第七条,公民收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受被收养人不满十四周岁的限制,但

应当受被收养人是未成年人的限制,即被收养人不能为成年人。本案中,在订立收养协议时,杨小某已经被其生母抚养成年,现在生母杨某需要赡养,不管协议效力如何,杨小某均依法应当对其生母履行相应的赡养义务。

【评析】

笔者同意第二种意见,杨小某被收养时系具备完全民事行为能力的公民,属于成年人,不符合收养法第二条规定,不能被收养,其对生母杨某应当履行相应的赡养义务。

1. 从体系解释角度理解收养法规定的被收养对象为未成年人

收养法第七条第一款,从文义上讲,规定了收养同辈三代以内旁系血亲子女的,年龄不受不满十四周岁的限制,并未限定被收养人为未成年人。但该法第二条属于侧重保护未成年被收养人权益的基本原则规定,法律之所以如此规定,主要是因为:第一,有利于收养关系的稳定;第二,符合收养的目的。在立法目的及价值上,第七条应结合第二条规定理解,即被收养的人只能是未成年人,已经成年的子女,不符合被收养人的收养条件的原则性规定。对于收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以是已满十四周岁不满十八周岁的未成年人。沈德咏副院长主编的《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》也体现了此种意见:“收养三代以内同辈旁系血亲的规定。收养三代以内同辈旁系血亲的条件比较宽松,主要体现在以下几方面:……3.

被收养人可以为十四周岁以上的未成年人。”本案中，杨小某在被收养时已近四十岁，已经属于成年人，不符合收养法关于被收养人的规定。

2. 被父母抚养至成年的子女对父母应尽法定的赡养责任

根据婚姻法的相关规定，在婚姻家庭关系中，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。本案中，杨某把杨小某抚养至成年，对杨某尽到了法定的抚养教育义务，现在杨某缺乏劳动能力，生活困难，杨小某对杨某负有法定的赡养义务，应当赡养杨某。

3. 收养、赡养等民事活动应遵从公序良俗

民法总则第八条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”公共秩

序和善良风俗是国家社会发展所必需的一般秩序和道德，民事主体从事民事活动应遵守公共秩序和善良风俗，不得违背。收养、赡养行为也应当遵守国家的公共秩序和社会的善良风俗。况且，我国优良的传统文化弘扬爱老、敬老价值观，成年子女不能以被他人收养为由而与亲生父母断绝关系，并以此为由对抗生父母要求履行赡养的法定义务，这既不符合公序良俗的精神内涵，也不利于社会家庭和稳定。本案中，杨小某虽然赡养了杨大某，但对生母的赡养义务不能被免除，这也符合以“国法、天理、人情”定分止争的司法原则。

（作者单位：重庆市第五中级人民法院）

围观 | 域外夫妻财产与债务法律制度

2018-02-04 最高人民法院 李贤华 郭金生

<http://mp.weixin.qq.com/s/9AqrUBDugmla1JMp7cN8gg>

前不久，我国最高人民法院最新出台的《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，进一步明确了我国夫妻共同债务的认定标准和举证责任分配问题。其实，各国都十分重视对夫妻债务的立法规范，不同国家，各具特色。具体制度如何？赶紧和小编一起来围观吧～

夫妻财产制度的模式

夫妻财产制大体分为共同财产制与分别财产制两类，但是，其具体形态也有很大的区别。

家庭财产基金制。意大利实行家庭财产基金制度，夫妻双方以公证或遗嘱手段将在公共登记簿中登记的特定的不动产、动产或债权证书设立为家庭财产基金。

共有共管制。德国的家庭财产制度有分别财产

制与一般共有制双重特色。夫妻双方独立管理各自的财产，各方对自己的债务独立承担责任。在婚姻关系存续期间，夫妻双方的财产自动转为共同财产，任何一方均无权处分共同财产。

完全分别制度。英国和澳大利亚实行夫妻分别财产制，这种制度认为，婚姻对财产权利没有影响，夫妻双方不仅婚前各自拥有的财产归各自所有，而且在婚姻关系存续期间各自所得的财产也归各自所有。

约定财产制。日本法律一方面规定约定财产制的效力高于法定财产制，另一方对于约定财产制的效力有明确规定，即必须在婚前申报登记，关于债务，究竟为夫妻个人债务还是夫妻共同债务，取决于对于夫妻财产制的相关法律规定。

共有制兼分别制。美国的亚利桑那、加利福尼亚、爱达荷、路易斯安那、内华达、新墨西哥、德

克萨斯、华盛顿和威斯康星等州实行夫妻共有财产制,其余的州以及哥伦比亚特区实行夫妻分别财产制。

共同债务的划分

共同债务分为法定共同债务和推定共同债务两部分。

法定共同债务。夫妻财产制度自然决定了夫妻债务的性质。德国规定,夫妻双方共同缔结或经另一方同意而缔结的债务为夫妻共同债务,基于配偶一方在财产共同制存续期间实施的法律行为而发生的债务,仅在另一方同意该法律行为时,共同财产才就该债务负责任。

瑞士规定,夫妻任何一方在行使夫妻财产共同体的代理权或共同财产的管理权时,发生的债务为共同债务,夫妻在其从事职业或经营事业中发生的债务也是共同债务。

推定共有债务。各国法律规定,对共同财产与个人财产归属不明的,适用共同财产推定规则。日本规定,夫妻之间归属不明的财产,推定为共有,夫妻一方就日常家事与第三人之间的法律行为,另一方就因此所生的债务负连带责任,但已经对第三人预先告知不負責任时,不在此限。

法国规定,凡不能证明其依据法律的规定,属于夫妻一方的自有财产,均视为婚后共同取得的财产,未约定双方的财产关系时,按共同财产制处理。

美国规定,只要是在婚姻关系存续期间取得的财产全部推定为婚姻财产,不考虑财产的来源和公示结果,否则主张权利的一方当事人要承担举证责任。

个人债务的划分

个人债务分法定个人债务和负责连带责任的个人债务两大类。

法定个人债务。夫妻婚后实行共同财产制时,依法律规定或夫妻约定,各自保留一定范围的个人

所有财产,其产生的债务为个人债务。德国规定,配偶一方在财产共同制存续期间将遗产或遗赠作为保留财产而发生的债务,共同财产不負責任,基于该方在财产共同制开始实施的侵权行为,或因此种行为而对该方进行的刑事诉讼程序而发生的债务,皆为夫妻个人债务。

法国规定,婚姻期间因接受继承、接受赠与所负有的债务,不论本金、定期金或利息,亦为个人债务。

菲律宾规定,婚姻关系存续期间,参加任何合法或非法的博彩活动遭受的损失,由损失者个人承担责任,不得记入共同财产账册中。

负责连带责任的个人债务。法国规定,夫妻各方均有权单独订立旨在维持家庭日常生活与教育子女的合同,夫妻一方依此缔结的债务对另一方具有连带约束力,但是,视家庭生活状况,视所进行的活动是否有益以及缔结合同的第三人是善意还是恶意,对明显过分的开支,不发生此种连带责任,以分期付款方式进行购买以及借贷,如未经夫妻双方同意,不产生连带责任。

德国规定,在夫妻一方管理共同财产情况下,对另一方的属于共同财产的债务要承担个人连带责任,夫妻双方因满足婚姻共同生活的需要而产生的债务属于连带债务。

俄罗斯规定,对于夫妻的共同债务以及经法院确定的夫妻一方为满足家庭需要所负的债务,由夫妻共同财产承担。如果共同财产不足,则夫妻双方以各自的财产对夫妻共同债务负连带责任。

债务的分割与清算

各国对夫妻财产分割的范围和方法也有明确的规定,各有特色。

按份清偿。俄罗斯规定,夫妻的共同债务在夫妻之间以其应负担的份额按比例确定,为未成年子女的利益或为夫妻一方值得考虑的利益,特别是如果另一方损害家庭利益而动用夫妻共同财产的,法

院可不按份额均等原则判处。

留有余地。德国规定，夫妻双方在离婚时应当首先清偿共有财产债务，若债务未到期或者存有争议，则夫妻双方须对该债务留有必需的数额，若共有财产的债务应当由夫妻一方独立承担，则该方不得要求用共有财产清偿该债务。

支持相互请求权。美国规定，在婚姻解除时，配偶一方基于对配偶个人财产所付出的投资、体力或智力或管理活动，提出产生婚姻财产的请求。

支持相互管理行为。意大利规定，当夫妻一方用其个人财产来支付管理夫妻双方的共同财产或进行投资所产生的费用和债务时，其有权要求共同

财产进行返还。夫妻一方的个人财产不足以清偿其全部债务时，夫妻一方对取得但并未取得对方同意的特殊管理行为所产生的债务，可以用共同财产清偿，但以其所占份额为限。

不支持违规行为。法国规定，夫妻一方在向他人提供借贷和保证时，仅以自己的特有财产和收入对该项债务承担义务；夫妻一方因刑事犯罪被判处罚金，或者因其侵权行为被判处损害赔偿与支付诉讼费用，如以共同财产支付，当事人应对共同财产给予赔偿。

作者：重庆市第三中级人民法院 李贤华 郭金生

来源：人民法院报

【案件聚焦】小夫妻都闹离婚了 公婆却说儿媳的钱给儿子都一样！

2018-02-08 浦江天平

http://mp.weixin.qq.com/s/CImHMH1zjWd1Re_PC_LxXw

核心提示

小夫妻离婚诉讼期间，本该约定由儿媳获得的卖房款，却被公婆都给了自己的儿子。公婆还觉得，这笔钱给儿子、给儿媳都一样……

儿媳维权讨房款

唐某和束某于2012年11月登记结婚，胡某、卢某系束某的父母。2014年9月与2015年，唐某和束某先后分别向法院起诉要求离婚，法院均作出不予离婚的判决。2016年9月，束某又起诉与唐某离婚，现该案尚在审理中。

而在2015年8月，唐某就浦东某小区1101室房屋曾向法院起诉胡某、卢某共有纠纷一案，并追加束某为被告，法院于2016年5月作出判决，查明上述房屋产权归属卢某、束某、唐某三人共同平均拥有，并“确认登记在胡某、卢某名下的上述房屋三分之一的产权归唐某所有，由胡某、卢某协助唐某办理变更登记手续”。该案判决后，胡某、卢某上诉被驳回。

2016年6月8日，胡某、卢某与被告倪某就1101室房屋签订《房地产买卖居间协议》。2016年7月1日，胡某、卢某作为售卖人与倪某作为买受人签订《房地产买卖合同》，约定将该房屋以150万元转让。

上述共有纠纷终审判决后，唐某向法院申请执行，执行过程中，唐某与胡某、卢某及倪某、金某达成调解协议，约定胡某、卢某愿意以89万元买下唐某在1101室房屋的三分之一产权份额，如在2017年1月10日未放贷，则胡某、卢某愿意再出1万元作为对唐某的补偿；如2017年3月31日还未放贷，则倪某愿意作为担保人先行支付唐某90万元。另还达成补充协议，约定如胡某、卢某在贷款下来不履行上述调解协议，则倪某愿意承担给付唐某在1101室房屋的三分之一份额90万元；并约定当天由倪某母亲金某先给付唐某部分房款15万元，贷款下来后再给付75万元，所有执行都以调解协议为准。

协议签订当天，金某支付唐某15万元。当年

3月3日，胡某向唐某转账支付房款30万元。

公婆赖账遭起诉

2017年2月13日，唐某得知银行已全部放贷完毕，遂多次通知四被告支付剩余45万元房款，但遭四被告拒绝支付，故诉至法院要求解决。

审理中，胡某、卢某认为其已于2017年4月24日向儿子束某支付了1101室房款45万元，其中38万元转账和7万元现金，并提供银行转账凭证及借条；倪某、金某对此无异议，认可胡某、卢某已将剩余房款45万元履行完毕；唐某认为这些证据与本案无关，是四被告和束某串通，故意逃避对其的给付义务。

法院厘清糊涂账

那么，胡某、卢某所称向儿子束某支付1101室房屋剩余房款45万元是否可以视为向唐某履行了支付义务？

法院审理后认为，首先，唐某与丈夫束某之间自2014年9月起有过多起离婚诉讼，相关判决中亦查明两人自2014年6月起分居至今，目前束某再次起诉唐某的离婚案件亦在诉讼之中，可见两人之间夫妻关系不睦、双方分居至今是事实，而胡某、

卢某作为束某的父母，对唐某与束某之间的夫妻关系状况不可能不知情；其次，在唐某起诉胡某、卢某、束某共有纠纷的生效判决中，已确认诉争房屋中三分之一产权份额归唐某所有，该案中束某亦为案件当事人，并未确认诉争房屋三分之一产权份额归唐某与束某共有；再次，在唐某申请执行过程中，唐某与四被告就诉争房屋所签调解协议及补充协议，均系当事人真实意思表示，各方均应恪守，而该协议中均未涉及到束某，按照约定，四被告应当履行的给付义务对象即为唐某而并非束某。

综上，胡某、卢某擅自变更给付对象而向儿子束某支付45万元房款，并不能视其已向唐某履行了支付义务。倪某、金某所称因胡某、卢某已支付束某45万元而免除其担保责任的意见，于法无据，不予采纳。现四被告未向唐某履行给付剩余45万元的义务，已违反了双方的约定，四被告理应按约履行。

近日，上海市浦东新区人民法院作出一审判决，被告胡某、卢某应支付儿媳即原告唐某房款45万元；被告购房人倪某、金某对被告胡某、卢某应当支付原告唐某之款承担连带责任。

来源 | 上海浦东法院 富心振

最高法民一庭对婚姻家庭、继承案件常见问题的权威观点

2018-02-09 法信

<http://mp.weixin.qq.com/s/bauqAmkwfSv6jiMZ9AaoCg>

1. 离婚协议中非财产分割条款效力认定

人民法院在认定离婚协议中非财产分割条款的效力时，应依法审查协议中非财产分割条款的具体内容。如果离婚协议中非财产分割条款涉及当事人自身利益的处分且当事人在诉讼中明确表示对该非财产分割条款表示反悔时，一般应认定该非财

产分割条款没有生效。

（摘自《民事审判指导与参考》2012年第2辑（总第50辑），执笔人：肖峰，人民法院出版社2012年版）

2. 个人所有房屋的婚后收益认定及其处理

一方婚后用个人财产购买房屋，离婚时该房屋属于“个人财产的替代物”，应认定为个人财产，

其自然增值也属于个人财产;一方个人所有的房屋婚后用于出租,其租金收入属于经营性收入,应认定为夫妻共同财产。

(摘自《民事审判指导与参考》2013年第4辑(总第56辑),执笔人:程律、吴晓芳,人民法院出版社2014年版)

3. 一方个人财产婚后收益问题的认定与处理

一方婚前用个人财产购买股票、基金等,如果婚姻关系存续期间进行了交易,其收益应认定为夫妻共同财产。如果没有进行买进与卖出的操作,离婚时的账面收益更倾向于认定为自然增值;一方婚后用个人财产购买彩票所得收益,如果双方当事人没有事先约定,该收益应认定为夫妻共同财产;一方财产用于借贷而于婚后取得的利息属于法定孳息,离婚时应当认定为一方的个人财产。

(摘自《民事审判指导与参考》2014年第1辑(总第57辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2014年版)

4. 不动产婚内共同还贷及增值的计算

在适用《婚姻法解释(三)》第十条时,涉及夫妻共同还贷款项及其相对应增值部分的数额等于以夫妻共同还贷部分乘以不动产升值率。所称不动产升值率,是用不动产现价格除以不动产成本,不动产成本包括购买时不动产价格+共同还贷的利息部分+其他费用(比如契税、印花税、营业税、评估费等)。

(摘自《民事审判指导与参考》2016年第1辑(总第65辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2016年版)

5. 认定夫妻共同财产涉及父母为子女买房出资性质如何确定

离婚诉讼中,夫妻一方持婚姻关系存续期间一方所欠债务的生效法律文书,主张该债务为夫妻共同债务的,不宜直接将该法律文书作为认定夫妻共

同债务的依据,对于夫妻共同债务的认定应加强举证一方的举证责任,其应当能够证明所借债务用于夫妻共同生活、经营或者基于夫妻双方的合意。

(摘自《民事审判指导与参考》2016年第2辑(总第66辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2016年版)

6. 离婚协议中房产赠与条款的撤销问题

协议离婚时夫妻双方达成的将房产赠与子女的条款,与解除婚姻关系密不可分,在双方当事人已经协议离婚的情况下,一方反悔请求撤销赠与条款的,人民法院经审查没有欺诈、胁迫的情形,应当判决驳回其诉讼请求。

(摘自《民事审判指导与参考》2013年第3辑(总第55辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2014年版)

7. 如何理解“法定的无效婚姻情形已经消失”

当事人以重婚为由向人民法院申请宣告婚姻无效的,申请时,有效婚姻关系的当事人办理了离婚手续或配偶一方已经死亡的,人民法院不予支持。

(摘自《民事审判指导与参考》2017年第1辑(总第69辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2017年版)

8. 同居期间所得财产的处理规则

在审理同居关系纠纷时,对当事人同居期间所得的工资、奖金和生产、经营的收益以及因继承、赠与等途径所得的合法收入,原则上归其本人所有;如果双方在同居期间有共同购置的财产或有共同经营所得的收入,应当按照双方的出资份额、所作贡献等公平合理地予以分割。

(摘自《民事审判指导与参考》2016年第3辑(总第67辑),执笔人:吴晓芳,人民法院出版社2017年版)

9. 如何判断遗嘱是否为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留了必要的遗产份额

判断遗嘱人所立遗嘱是否违反《中华人民共和

国继承法》第十九条的规定，属于没有为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，应当对遗嘱的实质内容进行分析。只要遗嘱人在处分遗产时为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人今后的生活作出了特别安排，即使形式上没有指定其继承遗产，亦不应当认定遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额。

（摘自《民事审判指导与参考》2013年第2辑（总第54辑），执笔人：韩玫，人民法院出版社2013年版）

10. 夫妻一方擅自将共同财产赠予他人的纠纷应如何处理

夫妻一方与他人婚外同居违反了婚姻法的禁止性规定，这种婚外同居关系属于违法关系；在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权，夫或妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时，应当协商一致，任何一方无权单独处分夫妻共同财产；如果夫妻一方超出日常生活需要擅自将共同财产赠与他人，这种赠与行为应认定为无效；夫妻中的另一方以侵犯共有财产权为由请求返还的，人民法院应予支持。

（摘自《民事审判指导与参考》2013年第2辑（总第54辑），执笔人：吴晓芳，人民法院出版社2013年版）

日常家事代理行为的要件与判定

2018-02-12 海坛特哥

<http://mp.weixin.qq.com/s/j5b3VULcLnffmrJdJpMGUw>

重庆市江北区人民法院 肖明明

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》修正了既往法律和司法解释中关于夫妻共同债务的认定标准和具体规则，并确立了以日常家事代理权为核心的夫妻团体债务认定规则体系。实践中，正确理解和适用本司法解释的相关规定，需要探究和明确日常家事代理行为的具体构成要件和判断标准。结合婚姻法、有关司法解释以及判例和学说，可以从主体要件、客观要件和主观要件三个层面分析日常家事代理行为的司法审查与判定方法。

一、日常家事代理行为的主体范围

通说认为，日常家事代理权的权利主体仅限于具有合法婚姻关系的夫妻。也有少数观点认为，除合法配偶外，日常家事代理行为的主体还应包括事实婚姻当事人、同居关系的男女甚至共同生活的家庭成员等。传统民法理论上，日常家事代理权的主

体亦限定于具有婚姻关系的配偶。主要大陆法系国家或地区的民法典也基本采用相同的立法模式。如法国民法典规定的是“夫妻各方”，德国民法典规定为“婚姻的任何一方”，瑞士民法典规定为“配偶双方”，我国台湾地区“民法”亦规定为“夫妻”。

将家事代理的效力限定于配偶之间，体现了立法者维系夫妻团体生活稳定的意图。在现代社会中，外部交易需求日益扩张的情境下，是否有必要相应扩大家事代理权的主体范围呢？答案应当是否定的。从外部视角考察家事代理的制度功能，债权人选择与配偶一方进行交易，是基于对其所代表的婚姻共同体的合法身份关系外观的合理信赖。如果将家事代理权制度扩大适用至同居关系当事人、其他家庭成员等主体范围，会进一步带来内部责任和外部关系复杂化等新问题。因此，日常家事代理行为的主体应当限于具有合法婚姻关系的当事人。

二、日常家事代理行为判定的客观标准

家事代理权的适用对象仅限于“日常家庭事务”，这在现代立法和学说中基本没有争议。主要分歧在于如何界定日常家事的具体范围和认定标准，这构成了家事代理行为判断的客观要件。主流观点认为，对日常家事的界定应采取概括规定与例外限制相结合的模式。基本的论证思路是首先概括界定日常家庭事务的内涵，其次列举主要的家庭事务类别并设置“兜底条款”，最后补充列举应予排除在外的典型非家庭事务类型。在个案裁判中，识别和认定日常家事代理行为时应予考量的客观要素包括如下几个方面：

第一，适用家事代理的民事法律行为应限于纯粹的财产性行为，包括购买物品或服务、出售财产等。涉及收养等身份行为或具有较强人身性的财产交易行为，则不应属于家事代理权规则的适用对象。

第二，家事代理所涉及的民事法律行为生成或指向的利益最终归属于夫妻团体或家庭成员，或者直接以家庭或家庭成员为交易行为的受益对象。尤其对于那些在外观上具有明显“共益性”的行为，更应径行推定为代表夫妻团体而为之的家事代理行为。例如，夫妻一方以子女教育或娱乐为目的而与第三人订立合同的行为，其法律后果自然应由夫妻双方连带负担。

第三，综合衡量构成“日常家事”行为的核心要素，包括交易所涉标的金额大小、购买或处分财产的价值与家庭收入间的比例关系、行为目的与家庭事务的关联程度等。

第四，处理紧急性重大家庭事务的行为应当视为日常家事代理行为，适用家事代理权规则。在某些急迫情形下，即使是超出“日常家事”一般性标准的民事法律行为也应赋予其家事代理的法律效果。

三、日常家事代理行为判定的主观标准

除前述客观要素外，在日常家事代理行为的审

查认定中，还应关注相关法律主体在实施代理行为和交易行为时的主观认识状态。对这些主观要素的考察和评价，应当纳入夫妻共同债务认定规则体系之中。

从夫妻团体的角度，应当同时考察实施家事代理行为的一方和处于被代理人地位的另一方配偶的内在意图及外在表示行为等相关因素。一方面，行为人在发出要约或接受承诺的意思表示中应包含将行为后果及其所属利益归于夫妻团体的意图，并外在表示过程中予以表露。这种表意的形式可以是在交易中披露动机、婚姻状况、潜在主体等隐藏信息，也可以是通过电子通讯等方式询证被代理的配偶方意愿等。另一方面，配偶方对待交易行为的主观认识状态也属于重要的评价要素。尤其当该行为具有表见代理外观，且交易双方对该行为是否构成有效的家事代理行为存在争议时，配偶一方在磋商阶段的信息占有状态、交易过程中的放任、干预或促进交易等主观心态，都将构成影响评价结果的动态因素。

从外部第三人角度，债权人的注意义务程度也应纳入考量因素范围。对第三人而言，家事代理权制度的功能主要表现为夫妻共同债务推定的法律效果，价值目标在于交易安全和秩序之维持，而并非单纯意味着债权人利益之保护。仍以家事表见代理为例，债权人应当基于对交易标的金额或价值等客观要素的判断，进行必要的询证、确认，否则因主观疏忽或轻信而作出意思表示后，不得以表见代理为由主张夫妻共同责任。

需要说明的是，并非所有的日常家事代理行为判定中均需考察相关主体的主观状态，因为从现实生活图景来看，大部分家事行为仅依客观要件即可予以识别。上述主观要素主要是作为动态考量因素而非决定因素，故属于认定日常家事代理行为的辅助性标准。

肖峰、田源： 拆迁房屋中安置房、补偿款能否析产

2018-02-13 家事法务 肖峰、田源主编

<http://mp.weixin.qq.com/s/j5b3VULcLnffmrJdJpMGUw>

【典型案例】

当事人：原告：黄某甲；被告：路某甲、路某乙、张某某、路某丙。

黄某甲与路某乙原系夫妻关系，二人于2007年5月16日登记结婚，于2015年2月28日经法院调解离婚，离婚时未处理位于230号院的拆迁款及回迁安置面积问题。230号院于2009年被拆迁。该院宅基地系黄某甲与路某乙婚前由路某甲一家申请。2009年9月8日，路某甲作为被拆迁人与房山区某某镇某某村村民委员会签订《×镇土地储备项目集体土地房屋拆迁补偿回迁安置协议》，路某甲获得拆迁补偿款947,372元，其中包括宅基地区位补偿价317,415元、房屋重置成新价379,056元、地上地下附属物补偿款92,169元、周转费1600元每月即30,400元、搬家补助费7276元、提前搬家奖励30,000元、复核增项91,056元；被安置人口为四人，其中农业户口为路某乙、黄某甲，非农业户口人员为路某甲、张某某，优惠购房建筑面积为160平方米。2009年10月28日，路某甲与×村村委会签订《拆迁补偿补充协议》，路某甲在原拆迁补偿协议基础上增加拆迁评估报告漏项补偿款共计29,869元。2009年12月16日，路某甲再次与×村村委会签订《拆迁补偿补充协议》，路某甲在原拆迁补偿协议基础上再次增加未突击装修奖励5000元。路某甲已经领取全部拆迁补偿款。

2009年10月19日，路某甲与×村村委会签订《认购回迁楼协议书》，路某甲认购定向安置房总建筑面积为176.28平方米，房号为某某号楼某某单元1101室（以下简称“1101

室房屋”），建筑面积88.05平方米；某某号楼某某单元903室（以下简称“903室房屋”），建筑面积88.23平方米。2013年3月4日，路某乙与北京长阳兴业投资发展有限责任公司签订《定向安置房认购协议》，认购位于北京市房山区某某村，某某村、某某村回迁房安置房项目中的某某号楼某某层某某单元某某号房，现上述两套回迁房均已回迁入住，1101室房屋由路某甲、张某某居住使用，903室房屋由路某乙居住使用。上述回迁房屋均未办理房屋所有权证。

原告黄某甲诉称：原、被告于2007年5月16日在房山区民政局登记结婚，2009年年底原告所在的房山区某某镇某某村某某号被征地拆迁，家庭共获得拆迁款、各项补助等共计100余万元。2015年2月28日双方因感情不和在房山区人民法院调解离婚，家庭共有财产未进行分割。原告多次与三被告协商要求将属于自己部分的拆迁款及其他补助归还原告，但被告拒不支付。现原告起诉至法院，要求被告支付拆迁补偿款共计196,743.75元（其中房屋重置成新价20,000元、区位补偿价158,707.5元、搬家补助费1819元、提前搬家奖励7500元、漏项补偿款7467.25元、未突击装修奖励1250元）、位于北京市房山区某某镇某某新村某某号楼某某单元房屋归原告所有。

被告路某甲、路某乙、张某某辩称：黄某甲起诉三被告案由不妥，本案不是分家析产纠纷，黄某甲在三被告家并没有财产，所以分家析产不妥。黄某甲起诉路某甲、张某某诉讼主体不合格，路某甲、张某某不应作为本案诉讼主体参加诉讼。黄某甲的起诉没有事实根据和法律根据。现在黄某甲与路某乙经法院调解离婚，对婚后财产可以合理分配。宅

基地是黄某甲和路某乙的婚前财产,房屋是路某甲出资建的,与黄某甲、路某乙没有任何关系。只是根据拆迁政策,黄某甲享有40平方米的回迁安置面积,其他款项与黄某甲无关。黄某甲应得的可以给她,但被告家庭的部分黄某甲无权取得。

被告路某丙辩称,位于房山区某某镇某某村某某号房屋是我和我父亲共同建的,不同意分给黄某甲。

【审理要览】

法院经审理认为,原、被告双方均为本案适格当事人。黄某甲与路某乙离婚时并未对某某号院拆迁利益予以分配。因某某号院的拆迁利益属于家庭共同财产,黄某甲、路某甲、张某某、路某乙作为家庭成员及拆迁被安置人、路某丙作为家庭成员,均为本案适格原、被告。

关于拆迁补偿款的分割。230号院宅基地为黄某甲、路某乙结婚前申请,虽然黄某甲、路某乙结婚后在该宅院内与路某甲、张某某以及路某丙一家共同居住在此,但黄某甲并未提交证据证明其出资建房,且在开庭过程中其陈述自相矛盾,故其主张婚后出资建房一节难以采信。黄某甲称原、被告一家已经分家,但未能提交证据予以证明,本院不予采信。故黄某甲要求分割宅基地区位补偿款、房屋重置成新价、地上地下附属物补偿款的诉讼请求,缺乏事实依据,本院不予支持。周转费按照被安置人口每人400元每月标准发放,黄某甲作为不安置人口应分得7600元。拆迁时,黄某甲仍在该宅院内居住,对搬家补助费、提前搬家奖励、未突击装修奖励,黄某甲作为被安置人口均可分得1/4,共计10,569元。

关于回迁安置房屋的分割。各被告均认可黄某甲享有40平方米回迁安置建筑面积,本院对此无异议。虽然路某乙签订了903室房屋的《定向安置房认购协议》,但该房屋作为回迁安置房屋之一,并未在原、被告双方之间进行分割,不能就此当然

认为903室房屋为黄某甲、路某乙的夫妻共同财产,其超出黄某甲、路某乙二人应回迁安置面积共计80平方米之外的面积,亦不能当然认为属于黄某甲、路某乙的夫妻共同财产,故对黄某甲要求分割903室房屋一半的主张,本院不予采信。

本院考虑黄某甲享有的回迁安置建筑面积、回迁安置房屋的整体分配情况等案件实际情况,对回迁安置房屋酌情予以分割。因回迁安置房屋尚未办理房屋所有权证,本院不宜对房屋所有权进行处理,现仅对房屋使用权予以分配。依据《民法通则》第78条之规定,判决:(1)被告路某甲于本判决生效后10日内给付原告黄某甲周转费、搬家补助费、提前搬家奖励、未突击装修奖励共计18,169元。

(2)位于北京市房山区某某村,某某村、某某村回迁房安置房项目(某某镇某某小区)某某号楼某某层某某单元903室及某某号楼某某单元1101室房屋归被告路某甲、张某某、路某乙居住使用。(3)被告路某甲、张某某、路某乙于本判决生效后10日内给付原告黄某甲房屋折价款36万元。(4)驳回原告黄某甲其他诉讼请求。

【裁判思路】

1. 同类案件处理要点

(1)首先审查原告提出的分家析产的诉求有无事实依据和法律依据。根据《物权法》第99条的规定,首先,审查原告是不是家庭财产的共同共有人,如房产建造时其是否为家庭成员、其对房屋是否出资或做出贡献等;其次,审查家庭共有财产的现有状态,是否适合分家析产如家庭共同共有的房屋被拆迁;最后,审查是否有分割协议。

(2)重点审查安置房的分配。拆迁安置房主要是指按照国家法律法规及有关房屋拆迁政策由拆迁人以产权置换或房屋补偿的方式为被拆迁人原地回迁或易地安置的房屋。在司法实践中,要结合当地的拆迁政策和房产调换协议,区分拆迁房屋和宅基地使用权的不同标准,进行不同补偿,对于拆迁安置房,要根据《民通意见》的规定,家庭成

员之间有协议的,按照协议分配,没有协议的,应当根据等分原则处理,并且考虑共有人对共有财产的贡献大小,适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共同财产的,应当根据《婚姻法》的有关规定处理。

对于宅基地使用权的补偿,由于宅基地使用权具有很强的身份属性,系农村集体经济组织无偿提供给本集体成员享有的,并且按户计算,与对家庭是否贡献多少无关,当一户出现人口减少,宅基地仍是由一户中剩余的成员共同使用,宅基地使用权的补偿款则由该户剩余的成员共同所有。如果涉及农村宅基地及宅基地上房屋拆迁,则补偿包括地上物补偿和宅基地使用权补偿两大部分。地上物补偿即房屋拆迁的补偿,应当明确房屋所有权人,以确定房屋拆迁补偿款的归属。宅基地使用权的补偿,应当明确宅基地的使用权人。同理,宅基地审核表中登记的权利人为宅基地使用权人。

邵忠华、褚玉兰:《农村宅基地房屋拆迁补偿析产继承纠纷的处理原则》,载《人民司法(案例)》2010年第18期。

(3) 注意把握分家析产的分割原则。一是要兼顾法律规定与民间习俗的原则。传统上,农村中的分家析产往往是由父母主导进行的,而且在分家析产的过程中掺杂着赡养义务的分配,家庭财产的分配往往与赡养义务的承担相互联系。所以,在分家析产的处理中,应尊重民间习俗,协调民间习俗与法律规定的冲突,从权利分配与义务承担的公平性上考量,以善良的道德风俗为参照标准。二是要尽量做到公平公正,在等分原则的基础上,适当照顾老人、妇女和儿童,兼顾贡献大小和家庭状况,以达到分家双方都满意,实现案结事了,形成新的家庭财产关系。

2. 相关法律风险提示

(1) 原告有责任提供证据其应在拆迁安置房和补偿款中获得拆迁利益。根据《民事诉讼法解释》第90条的规定,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,

有责任提供证明加以证明,原告主张其应在拆迁安置房和补偿款中获得拆迁利益,原告应当提供其在家庭共有财产中有其份额,其对家庭财产的形成有贡献,并付出了相应劳动,证据形式一般包括证人证言、相关书证,其提供证据不足以证实其对拆迁房屋享有权利的,原告将面临败诉的风险。

(2) 被告对原告的诉讼请求有反驳的权利,其可以提供证据予以推翻。根据《民事诉讼法解释》第91条第2项的规定,被告主张原告的诉讼请求和事由不成立,其应当对产生该法律关系的变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证责任,司法实践中,产权调换是房屋拆迁补偿安置的方式之一,其特点是以实物形态来体现拆迁人对被拆迁人的补偿。其可以提供证据,如房屋拆迁补偿安置协议中原告非安置人口,原告在建造房产时未出生或者尚未工作,没有对家庭财产做过贡献,以对抗原告要求分家析产的诉讼目的。

(3) 随着城镇化的推进,郊区农村的拆迁力度不断加大,农村宅基地及房屋是拆迁的主要对象,往往涉及的拆迁利益较大,如果处理不好补偿款和安置房的分割,不但影响家庭成员之间的亲情,也会对社会稳定产生不利影响。实践中,由于传统关系和当事人的法律意识欠缺,家庭成员之间对家庭的贡献和对给老人的赡养付出的劳动的多少,意见不能达成一致,或者家庭协议约定不明确,家庭成员没有全部签字确认,造成了司法实践中案件的处理难以达到案结事了。

【裁判规则】

1. 法律法规

《民法通则》(2009年8月27日修正)

第七十八条财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己

的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

《物权法》（2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过）

第九十九条共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

第一百条第一款共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

2. 司法解释

《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）》（法（办）发〔1988〕6号）

90. 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共同财产，应当根据婚姻法的相关规定处理。

91. 共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。

《2011年全国民事审判工作会议纪要》（法办

〔2011〕42号）

二、关于物权纠纷案件

10. 被拆迁人依法享有的拆迁安置补偿权利具有物权属性，在产生权利冲突时，优先于其他权利。

【专家视点】

共有财产分割中作价补偿方法的适用。对于不能进行实物分割的共有物，如果共有人中的一人或数人愿意取得共有物，可以由其取得共有物，并对其他共有人作价补偿。但如果各共有人不能就作价补偿达成协议，共有人都希望分得共有财产而给对方作价补偿，或都希望由对方占有财产而取得作价补偿款，或对作价的价格高低无法统一时，法院如何公平合理地作价分割，理论上和实务中不无争议。适用当事人竞价方式不失为一种能最大限度体现公正与效率的有效方式。

首先，对争执的共有财产委托有关专业鉴定机构进行价格评估，确定基本价，并将评估结论提前告知各财产共有人。其次，在法院的主持下，由各财产共有人对所争执的共有财产进行公正公开竞价。最后，法院根据共有人竞价情况确认共有财产的最后归属，具体有两种情况：一是财产共有人均争要实物的，以开价最高者取得实物，并以此价格作为定价补偿其他财产共有人；二是共有人均不愿取得实物的，由开价最低者获得作价款，对方获得实物，并以最低价作为定价折价补偿。

——黄勤武：《共有财产裁判分割问题探析》，载《人民法院报》2009年12月1日第006版。

离婚案件中，如何保障未成年子女的权益？

原创 2018-02-26 审判研究 梁洁

<http://mp.weixin.qq.com/s/qhulwEbmZXlnYXlT8LvWEg>

导读：法律制度，是社会制度体系中的一个组成部分，来源于社会，也作用于社会。司法审判活

动，从来都不该是冰冷的，纵使有理性的一面，也当不乏人性的力量和温暖的关切。关于如何保护离

婚案件中未成年子女权益的思考，先从湖北江陵法院一封信和一份抚养计划书开始……

江陵县人民法院

离婚案件未成年子女抚养计划

你的儿女

他们是生命对于自身渴望而诞生的孩子

他们借助你来到这世界

如幼芽般柔软

靠你的庇护

遮挡风雨

愿每一个孩子都能被世界温柔以待

致准备离婚父母的一封信

亲爱的爸爸妈妈：

当你们看到这封信的时候，我知道，你可能作出了一个非常重要的决定——离婚。

曾经的你们因为爱在一起，而我因为你们的爱来到这个世界。妈妈的乳汁，爸爸的温暖，喂养着我幸福成长。可是一天，你们开始歇斯底里地争吵和形同陌路地冷战，幸福的水晶球打碎了一地，我躲在房间一个人瑟瑟发抖，捂在被窝一个人默默流泪。我从爱的结晶变为恨的包袱，仿佛从幸福天堂坠入万恶地狱一般！我讨厌这道选择题，是跟妈妈离开还是跟爸爸生活。爸爸妈妈，我还没有长大，我稚嫩的肩膀无法承载你们离散的痛。我不想你们把我丢给爷爷奶奶，让我成为一个有父母却胜似无父母的孤儿！

我想恳求你们，能否回头看看，我们走过的路，不是只有悲伤，还有很多很多的快乐！

我想恳求你们，能否向前看看，现在的困难都是暂时的，只要我们在一起，一切都会好起来！

我想恳求你们，能否因为我，再给彼此一个机会，给我一个完整的家！

爱你们的宝贝 _____

子女抚养计划书

1、子女情况

序号	姓名	性别	出生年月	生活现状（抚养、读书、健康等情况）
1				
2				
3				

2、子女一年生活支出

伙食费	教育费	医疗费	服装费	游乐费	其他（ ）	总计
×365						

3、离婚后子女抚养计划（包括饮食、生活、学习等方面）

1—2 周岁：

3—6 周岁：

6—12 周岁：

13—18 周岁：

4、最想跟孩子说的一段话（不少于 200 字）

填写人：

年 月 日

离婚诉讼中未成年人权益的司法保护

湖北江陵法院 梁洁

离婚率逐年攀升已是不争的事实。据统计，目前80后、90后已经成为离婚的主力军。[1] 相较父辈们，他们对爱情具有更多的向往，对自由也有更多的追求，但在爱情和自由的背后，往往是喋喋不休的争执和嗷嗷待哺的孩子。通常他们婚龄较短，子女一般在10周岁以下，由父母帮忙照顾子女。对于该类离婚案件的处理，应该更加重视未成年子女的抚养问题，如何帮助幼年的子女身心健康成长，是当下的时代命题。

相较民政部门的自主协议办理的离婚案件，法院受理的离婚诉讼案件，纠纷更多，争议更大。如何在矛盾重重的父母中间为未成年人寻求稳定的成长环境，保障离婚诉讼中未成年人的权益最大化？目前，学界对未成年人的抚养问题研究，大部分是笼统剖析离婚问题，并未区分登记离婚和诉讼离婚的未成年子女的抚养。[2] 或者专注于立法和行政角度进行保护，[3] 在现有法律框架下，从司法实践角度探讨未成年权益保护的不多。下文依托实务调研展开分析，探讨司法对未成年人权益保护缺位的深层次原因，从未成年人最佳利益原则的适用角度提出司法应对。

一、司法在构建和谐亲子关系中的作用

登记离婚与诉讼离婚成为结束婚姻关系的两种途径。相较登记离婚，诉讼离婚往往是存在争议但未能协商解决。目前，诉讼离婚主要基于以下原因：一是对婚姻关系是否解除无法达成共识；二是

均同意解除婚姻关系，但是关于未成年人抚养、抚养费、共同财产和债务等有异议；三是双方分居已久，已无联系或不方便联系；四是被告下落不明。

对于上述前三类离婚案件，当事人双方往往容易产生剑拔弩张的对抗情绪，甚至出现双方家庭的对战。如此“势不两立”的父母，如何能给予未成年子女和谐健康的成长环境？！因此，法院审理此类案件不能简单“一判了之”，而是应当充分关注未成年人权益保护，发挥“协调沟通”“说服教育”和“适时判决”的社会功能。

（一）诉前——以“知心”协调沟通

家庭作为社会基本构成要素，其稳定性在很大程度上影响着社会和谐稳定。离婚诉讼中，当事人主动将矛盾带到法院，相较民政部门的登记离婚，法官具有更多的参与感，也应当注重发挥司法的社会功能。

根据法律规定，调解是离婚案件的前置程序。法官在涉未成年人抚养的离婚案件中，不该以威严的形象“生硬”出现，而应该以真心换真心，认真倾听当事人的诉说，适时引入心理咨询，取得双方信任。在信任的基础上，帮助他们放下顾虑，放下戒备，放下矛盾，引导双方协调沟通，修复破裂的婚姻家庭关系或者心平气和的处理未成年子女抚养问题。

（二）诉中——以“德理”说服教育

当协议离婚中断，诉讼离婚就成为夫妻双方解除婚姻的唯一途径。尽管法律提倡婚姻自由，但是离婚不应该成为一件容易的事情。在双方婚姻确实已经死亡的情况下，双方更应该规划好未成年人未来生活。在法律许可的范围内，法院可以自主设置离婚的前置程序。

比如长宁区人民法院就开设了“为父母孩子学校”，离婚诉讼的父母都应该先参加该学校的课时培训。通过培训教育，引导他们认识到自己在孩子健康成长中不可或缺的责任，而不是仅仅将孩子看成是婚姻的附属品，甚至当做发泄仇恨的牺牲品和要挟对

方的工具。

（三）审判——以“法律”适时判决

调解不成应及时判决，这是法律的价值追求。对于确实无法调和的婚姻案件，法院应该适时判决。但是法律不应仅仅是结束婚姻，而应该以有尊严的、体面的方式处理，尽可能鼓励双方建立一种面向未来的和谐关系。以未成年子女利益最大化原则指导裁判，选择称职适当的直接抚养人，加强探视权利的充分实现，帮助未成年人在父母离婚后，依然能够在和谐的亲子关系中健康成长。

二、离婚诉讼中未成年人权益保护的司法缺位

（一）错误的亲子观点

传统观点一般认为离婚是两个人的事情，双方协商一致即可一拍两散。但是随着父母对子女婚姻中经济和感情的投入，80后、90后的离婚更多成为两个家庭的事情。离婚诉讼中，庭审中吵得不可开交的往往不是两个当事人，而是旁听的父母们。此种家庭关系中，孩子更多的被认为是父母的附属品，往往像一种特殊“财产”一样处理，鲜有人关注解除婚姻关系中未成年子女的意见和感情需求。双方在协议离婚时，并没有充分考量如何在破裂的婚姻下保证孩子获得适当的照顾保护，也很少征求孩子的意见。

根据婚姻法有关规定，征询子女的意见有两个先决条件，子女年满10周岁，父母对子女抚养发生争执。同时根据笔者调研的基层法院，离婚案件中法院征询未成年子女意见并采纳的仅一例。可见，在传统的亲子观点下，未成年子女的意见并没有受到足够的重视。

未成年子女在成年之前，在体力和智力上处于弱势，只有依靠父母的抚养，才能够长大成人。未成年子女是未经征求意见就被带到这个世界，他尚不能适当地运用他的肢体和心智，因此，他需由带他进入这个人间的父母履行抚养和教育的责任。〔4〕

但是在目前错误的亲子观点影响下，法院和当

事人往往忽略了未成年子女的权益保护。有的夫妻在离婚后，主要将子女交给爷爷奶奶照顾，仅仅注重孩子的物质需求，认为只要经济富裕物质满足，未成年人就是得到了很好照顾。殊不知对于单亲家庭成长的孩子来说，还有更多的情感需求。根据马斯洛需求层次理论，物质需求是人类的最低需求，在满足最低需求的情况下，人类还有安全需要、社交需求和尊重需求，只有满足这些需要以后才能实现自我需求。

实际上，未成年人是社会的一员，并不是父母的私人财产。家庭赋予未成年人的不仅仅是经济照顾，还有情感给予和社会责任。

（二）错位的诉讼调解

根据《婚姻法》第32条之规定审理离婚案件，应当进行调解。人民法院在审理离婚案件时，在获得双方同意的基础上，调解是必经的程序。这既是法律的规定，对于离婚案件的矛盾调和，也具有有益的实践意义。但是，倘若在调解率与工资挂钩的机械绩效考核制度下，法官就会错将调解当做目的而非解决纠纷的手段，过度追求调撤率。

特别是在离婚案件中，对于未成年子女的直接抚养人和抚养数额的确定，仅仅是促成双方达成合意，调解的结果有时是一方支付的抚养费畸低，甚至不支付抚养费。而另一方的附加条件是不可以探望孩子或者更改姓氏，企图隔断父或母与孩子的联系。有些时候，法院也没有过问直接抚养儿童的一方的职业和经济收入状况，未关注其能否保障儿童正常的生活和学习需要。在扭曲的诉讼调解制度下，未成年子女的权益受到了严重侵害，无法发挥调解作为一种手段所起到的法制教育效果，缓和矛盾，以达成有利于儿童利益的协议，减少父母离婚对儿童的不利影响的作用。

（三）错用的举证责任

司法机关在审理离婚纠纷时，除了依法对案件进行主动调解外，基本保持被动的中立姿态，司法主动性不足。如严格遵守民事诉讼法“谁主张，谁

举证”的举证规则，对于当事人不能举证证明的事项，很少主动进行调查取证。实践中，妇女在证据的调取和保存上存在着意识不足和取证困难的问题，若一味地坚持司法中立，则不利于妇女、儿童这一弱势群体的利益保护。

例如，根据相关法律规定，抚养费的确立一般是根据双方工资水平认定。一方要求抚养子女并主张对方支付抚养费，必须提供对方的收入证明。但是对于收入不稳定者，或者收入来源多样化者，其收入水平的证据并不容易提供。在没有收入证明的情况下，法院一般根据当地最低的收入水平认定抚养费，湖北地区为300—500元左右，无法满足未成年子女的生活需要。

再如，目前结婚主要是女方到男方家生活，未成年人的主要生活地点一般为男方家，根据法律规定，应该由男方抚养小孩，但是在家暴的情况下，男方是不适宜抚养小孩的，家暴的相关证据却很难收集和提供。在传统的举证责任制度下，很容易导致未成年人的生活陷入窘境。法院和第三方组织应该积极介入，对未成年人的生活环境和父母的收入和人品进行实地走访和调研，形成报告，以便做出最有利于未成年人生活成长的决定。

（四）缺位的职能延伸

家庭是社会的细胞，婚姻关系是家庭的核心，如果婚姻关系不稳定，家庭关系就难以稳定，那么社会关系稳定的基础就没有了。目前司法就在离婚案件的处理中，主要还是处于中立的被动状态，没有发挥司法主动性。诉前调解中，法官往往足不出户，仅仅听取双方当事人的“一面之词”，常常是“公说公有理，婆说婆有理”。诉讼中，法官也未进行主动调查，了解案件背后隐情，机械的适用法律条文，以“证据”判案。诉讼结束，也没有关注未成年人抚养的实际情况，探视权是否实现。

整个诉讼过程中，法院应该融入当事人家中进行实际审查，或者联合妇联、社区等第三方机构，作出详细的调查报告和未成年人抚养计划，定期回

访，了解未成年人生活、学习和心理状况。现阶段，法院为未成年人的合法权益的实现提供全面司法保护的功能仍然欠缺。

三、涉未成年人抚养类离婚案件的独特审理思路

党的十九大报告指出，青年兴则国家兴，青年强则国家强，青年一代有理想、有本领、有担当，国家就有前途，民族就有希望。关爱青少年的成长，是时代永恒不变的话题。随着离婚率的不断增长和婚龄的不断缩短，更多的未成年人成长于单亲家庭。

离婚案件相较一般的财产类案件，会涉及更多情感和敏感部分，尤其是涉未成年人抚养类离婚案件，还涉及未成年人的抚育和成长。如果单纯的按照原有的审判方式，很可能在法庭上造成二次伤害，加深诉讼双方的矛盾，使得未成年人的未来陷入紧张的亲子关系中。涉未成年人抚养类离婚案件的这些特点就要求不同于其他案件的较为独特的审理思路，包括审判目的和审判基本原则两个方面。

就案件的审判目的而言，涉未成年人抚养类离婚纠纷审理的目的首先是化解矛盾，挽救危机婚姻，尽力为未成年人保全家庭的完整。其次是保障死亡婚姻体面而有尊严的结束，营造和谐的亲子关系。离婚案件的审判，将调解作为前置程序，主要是为了帮助有婚姻危机的双方，在法官和调解员的抽丝剥茧中，认识到婚姻的本质和肩负的责任，从而直面问题解决矛盾，化解婚姻危机。当然这是诉讼离婚最优的结果，面对确实已经死亡的婚姻关系，司法作用是帮助双方不会因为离婚而反目成仇，坦然接受解除婚姻的结果，并承担起子女抚养的职责，保障未成年人在单亲家庭中依然能够茁壮成长。总之，平等、和睦、文明的婚姻关系和亲子关系是司法的不懈追求目标。

就审判的基本原则而言，除遵循审判的一般原则如依法、独立、公正、公开、以事实为根据、以法律为准绳等，还应该以未成年人利益最佳原

则，来指导涉未成年人抚养类离婚案件的审理。

未成年人利益最佳原则又叫儿童利益最大原则，《儿童权利公约》第3条规定，儿童的所有行动，均须以“儿童的最大利益”来作为首要考量。目前中国政府也签署了该公约。《婚姻法》第2条规定保护妇女、儿童和老人的合法权益，但没有明确确立“未成年人利益最佳原则”，不利于形成正确的亲子观点。父母和法院在处理涉及未成年子女利益时，往往将子女看做父母的私人物品，难以为其健康成长获取有利条件。

上述审判目的和审判原则，建立在涉未成年人抚养类离婚案件特殊性的基础之上。法院在处理此类案件时，应当充分考虑这一类案件的特点，体现特殊的审理思路。

四、践行未成年人利益最佳原则的司法路径

（一）诉前辅导——构建和谐亲子关系

1. 推行离婚前教育计划

法院受理的涉未成年人抚养类离婚案件，相较于登记离婚双方往往存在更多矛盾和怨恨，在对婚姻关系的解除、共同财产的分割及子女抚养问题上，容易产生冲突和对抗。双方往往陷入以自我为中心的立场，很少考虑子女未来的生活，甚至将子女当做报复和威胁对方的工具。这显然不利于未成年人未来的健康成长。

对于上述案件，不应该让诉讼双方直接“对簿公堂”，而应该开展教育辅导。目前部分法院已经开设了婚姻课堂或离婚学校，[5]帮助夫妻双方建立正确的家庭观点，明确自己的责任，将双方的矛盾转移到对子女抚养的团结协作上。辅导他们认识未成年子女成长所需要的不仅仅是金钱给予，还需要更多的感情投入，构建完善的离婚后子女抚养计划，保障未成年人不会因为父母离婚，出现生活学习水平下降，甚至出现无人看护的状态。该计划应该包括抚养费用的给付，财产的分割预留，直接抚养人的确定，探望权的行使，轮流监护的执行等。

2. 引入专业心理观察员

良好的经济环境对子女的抚养固然有益处，但是家庭环境、抚养人的品行、子女对其亲近程度等也应该成为确定直接抚养人的重要考量因素。法院在审理该类案件时，应充分考虑以上因素，而不是机械的硬搬法律，反而容易将未成年人陷入“看上去很美好”的生活环境中。目前珠海家事改革，适用单面镜观察室进行观察，邀请专业的心理学工作者参与观察未成年子女与父母的相处，通过对亲昵程度和沟通等情况的观察，确定监护人。

3. 适度提高离婚案件诉讼费用

《婚姻法》第2条就明确规定了婚姻自由，这不仅包括结婚自由，也包括离婚自由。正如海耳男爵在拉德马赫案的判决中所言，婚姻由双方当事人自由订立，一旦订立，双方就要受到法律规定的离婚后果的约束，从这个意义上，婚姻当然是合同关系。但是，婚姻也是一种身份关系。[6]该婚姻关系的解除，不仅对当事人双方有法律影响，对其子女、父母甚至社会也有深远影响。从这个意义上来说，离婚不应该成为一件低成本和容易的事情，而应该是基于深思熟虑，妥善处理各项事宜后才能产生相应的法律后果。

目前，法院受理离婚案件的费用是200元，适用简易程序仅需100元，这相较于法院在离婚案件中调解、调查等付出的成本差距较大。因此为了充分调动司法的积极性，减少当事人滥诉，应该适度提高离婚案件的诉讼费用，对于诉讼中提出财产分割和债务处理的离婚案件，应该及时足额补缴诉讼费用。

（二）整合资源——深入推进“大调解”

1. 建立专门的家事审判团队

将审理涉未成年人抚养类离婚纠纷案件的法官相对固定化，建立专门的家事审判团队，以便积累审理此类案件的丰富经验。第一是在家事法官的人员选择，应该选择调解能力强，耐心足，有生活

经历的法官,在同等条件下,女法官更宜。首先女法官身上具有女性特有的亲和力和同理心,更容易与未成年沟通,亦会将未成年人的利益作为首要考虑,其次有生活经历的法官相较年轻法官,对生活会有更深刻的认识与感悟,也更容易取信当事人。第二是优化审判环境。转变以往审理婚姻家庭案件的模式,不再机械遵循辩论主义和庭审对抗。建立专门的家事审判庭,摒弃以往民商事审理庄严肃穆的庭审环境,变为圆桌形式,取消原、被告的设置,从而营造平等温馨的审理环境,帮助双方卸下防备,充分的沟通交流。

2. 专业的家事调解委员会

家庭是社会的细胞,家事连接着社会各个领域,单靠法官处理好家事关系是远远不够的,必须整合社会资源,引入多元纠纷解决机制。法院可以吸收一些懂心理学、社会学的专家学者,以及长期从事群众工作的退休人员,比如教师、律师、法官、检察官、乡镇干部等,成立专业的家事调解委员会。同时在委员会中设定临时调解员,号召志愿者参与其中,集合社会资源,共同参与家事案件的调解。

3. 加强调解的适当干预

诚如上文分析,调解是解决矛盾纠纷的手段,而不是目的。对于离婚案件双方的调解方案,尤其是涉未成年人的,司法应该基于未成年人利益最佳原则进行适当干预。法官必须对调解方案进行实质审查和监督,充分考量未成年人的物质和精神需求,确保离异家庭中的未成年人能够继续享有稳定的生活和学习环境。

对于抚养费明显偏低的调解协议,应该引导双方积极调整,并共同探索促进未成年人成长有益的抚养方式,指导离婚双方协商处理探望权的行使方式和时间,杜绝出现一方以不准探望或牺牲探望权以降低或者不支付抚养费等侵害未成年人权益的情况出现。

(三) 转变思维——充分发挥司法主动性

家事案件相较一般的民商事案件,由于其涉及更多的身份关系和感情纠纷等特点,证明案件事实的证据往往没有得到很好的保存。在庭审中如果机械的适用“谁主张,谁举证”原则,往往将弱势一方陷入不公平的境地。因此结合家事案件证据难收集、难保存等特点,司法应该变机械遵循辩论主义和处分原则为强化法官职权探知、自由裁量。

审理此类案件时,司法应当主动作为,积极作为,引入调查官制度,或者委托第三方机构出具调查报告,主动调查婚姻家庭关系中双方的对错,是否存在家庭暴力、赌博等不利于未成年人成长的情况,并调查双方的经济收入,“德行”情况,家庭环境等信息。法官可以根据这些调查报告,核定抚养费,为未成年人选择更适合的成长环境和抚养模式。比如对于经调查一方确实有家庭暴力的情况下,子女就不能机械的依照“改变生活环境对子女健康成长明显不利”而将子女交由家暴一方抚养。

(四) 定期回访——强化法院公力监督

家事案件的调解或判决结案后,并没有形成实质意义上的“案结事了”,对于抚养费的给付情况,探望的权的行使等涉及未成年人切身利益的诉讼处理是否如调解方案或判决结果一般严格履行,这是法院需要关注的问题。当然,当事人可以以抚养费给付或探望权实现为由向法院申请救济,但是再次的对簿公堂,不仅加深了双方的矛盾,也伤害了未成年子女的感情,使其再次陷入焦虑和不安中。

对于涉未成年人抚养的离婚案件,可以结合案情分类进行电话回访和实地走访,保障未成年人利益的及时实现。虽然正义不会缺席,但是迟到的正义亦是非正义。对于抚养费的未及时给付,既增加了抚养一方的经济压力,也为双方矛盾激化埋下了新的种子,必须强化法院的公力监督,主动延伸司法职能,从实质上保障未成年人的合法权益。

[1] 参见《上海市长宁区人民法院 2011 年~2015 年涉未成年子女离婚案件审判白皮书》。

[2] 曹贤余：“儿童最大利益原则下的亲子法研究”，2014年博士学位论文，西南政法大学。

[3] 陈思琴：“离婚前父母教育计划：美国离婚法的经验与借鉴”，载《南昌航空大学学报》2012年第2期；张伟：“论儿童最佳利益原则”，载《当代法学》2008年第6期。

[4] 康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版，第99页。

[5] 谢勇：“转变理念 创新机制 锐意推进家

事和少年审判改革”，载《人民法院报》2015年9月28日。

[6] 石雷：“英国现代离婚制度研究”，2014年博士学位论文，西南政法大学。

梁洁：湖北荆州人，2014年毕业于中南财经政法大学经济法专业，硕士研究生，现任湖北省江陵县人民法院法官助理，团支部书记。

危机婚姻下冷冻胚胎的废与留—— 全国首例男方废弃冷冻胚胎侵权赔偿案

2018-02-26 南京市玄武区人民法院 陈文军

<http://mp.weixin.qq.com/s/mxGSIXWaj8tPV0GyS3xr3g>

作为目前保存生育能力最成熟方法之一
冷冻胚胎技术走进了很多求子夫妻的视野

随之很多司法案例未曾涉及的新问题

开始冲击我们的眼球

男方废弃？侵权赔偿？

下面一起来看一下

玄武法院近日审理的

全国首例男方废弃冷冻胚胎侵权赔偿案

如果我们不曾相遇



2004年秋，一趟开往上海的列车上，方木和佩佩相遇了，同为老乡和校友的两人，因为这次偶然的遇见走到了一起... 毕业后的方木选择前往美国留学，虽隔千山也未阻隔爱情，2010年方

木与佩佩登记结婚，随后佩佩也来到美国陪读，生活按部就班、波澜不惊...

婚后几年间，因为环境条件和身体原因，二人一直没有孩子，直到2014年底，夫妻二人合意在美国某州立医院做了试管婴儿手术。手术中医院提取了佩佩的13个卵子，经人工受精存活6个胚胎，佩佩移植了一个胚胎，其余5个胚胎，双方委托州立医院储存保管。然而，满怀希望的期待在佩佩意外流产后戛然而止，夫妻关系也在生活的琐碎中亮起了红灯。

爱情没了 胚胎怎么办？



2015年2月，佩佩回国工作，双方处于分居状态，关系也出现了裂痕。

2016年7月，方木起诉要求离婚，考虑到双

方尚有感情基础法院并未判离。与此同时，存放在美国某州立医院的5个胚胎，因为方木拒绝续费，半年后被院方销毁。直到2017年6月，方木再次起诉要求离婚时，佩佩在法庭中才得知胚胎已遭废弃。

从恋爱到婚姻，走过十年恋情的佩佩相信，胚胎是爱情的结晶和情感的寄托，如今已经36岁的她尚未生育，随着年龄增长，越发珍惜这段感情和冷冻储存的胚胎。但是方木单方面废弃胚胎，佩佩显然难以接受，精神上受到了重大打击。法庭上，仍然不想离婚的佩佩提出，方木必须赔偿其抚慰金5万元。

面对无奈婚姻的方木却认为，冷冻储存的5个胚胎，根据双方与医院签订的知情同意书的约定，每半年需要续费一次。2016年3月，因为对婚姻感到失望而停止续费，男方也有不生育的权利，离婚后也不想让双方再有任何交集，因此废弃胚胎也是他的合法和正当的选择。



丈夫擅自废弃胚胎 妻子可以主张赔偿吗？

生活中比较常见的是女方单方终止妊娠，像本案这样男方废弃胚胎的情况较为少见，法律对此未作明确规定。但是依据法理和生活的逻辑，仍然可以找到相对公平的解决方案。女方中止妊娠之所以不构成侵权，是基于女性在身体和生理上的特殊性，但男方不当处置胚胎是有可能构成侵权的。

合议庭认为，男方单方废弃胚胎，构成了对女方身体权、健康权和生育知情权的侵害，理由如下：

1、婚姻家庭法中，妊娠的外延包括多种情况（即人类辅助生殖和自然生殖适用相同的法律）。

胚胎移植所生子女视为夫妻双方的婚生子女。所有的子女在出生之后取得相同的法律地位，在出生之前就应该得到同等对待。

2、在男女双方相互协作而使女方怀孕后，男方不得基于其不愿生育而强迫女方堕胎，因为既然男方在和女性发生性关系时没有采取任何避孕措施，这一行为本身表明其已以默示的方式行使了自身的生育权，这时男方虽然不愿女方生育，但不得强迫，否则仍然是侵犯女方的人身权。

3、由于男女生理上的差异，相较于取精，取卵过程伴有风险和痛苦，对身体有负面影响。女方出于对生育的渴望，自愿忍受身体的伤害做辅助生殖手术。女方的这种付出，系以得到健康的下一代为目的。在女方付出巨大的代价后，男方违背合意，废弃胚胎，使女方的目的落空。

4、譬如甲乙协议共同投资项目，甲以无形资产入股，乙以资金入股。乙向项目投入重金后，甲半途退出，此时，甲应向乙承担违约责任，赔偿乙的损失。当然，在合同法领域，一般不存在侵权问题。但在婚姻案件中，双方存在身份关系，不能简单的用合同法的原理来理解双方在家事契约中产生的权利义务以及各自受到的损害和应当取得的赔偿。但合同法的理论可以为本案的处理提供一些指引，理解女方可能会有的损失。

5、男方应当知道做辅助生殖手术对女方身体有一定的伤害。依法理，妻子怀孕后，丈夫无权强迫妻子堕胎，否则，构成对妻子人身权的侵害。在移植胚胎前，男方单方废弃胚胎，使女方在服药促排卵以及取卵过程中的痛苦和损害不能得到回报。对女方来说，只是损害产生的时间点不一样，同样都存在身体上损害。堕胎的损害产生于堕胎时。废弃胚胎的损害始于服药促排卵时。在人工辅助生殖手术中，排取卵过程对女方有身体上的伤害，双方应以谨慎的态度决定是否实施该项手术。

6、男方单方废弃胚胎，亦侵害了女方的生育知情权。生育知情权是指生育主体对与自身生育相关的信息所具有的了解权利。夫妻互为生育关系伙伴，互为权利义务主体。夫妻有相互扶助义务，均应维护和促进对方的利益。女方回国后，旅居国外的男方有便利的条件照管胚胎，加之此前的续费亦是男方交纳的，女方有理由相信男方会妥善处理胚胎储存问题。男方在未通知女方的情况下终止交费，等同于单方废弃胚胎，损害了女方的生育知情权。

7、根据伦理、一般的观念和司法政策，离婚后，女方不得单方移植胚胎。即使夫妻关系出现裂痕，男方对婚姻前途缺乏信心，**男方也应尊重女方的付出，照顾女方的感受**。在女方不同意离婚的情况下，男方想离婚，法院也不一定会准许。何况，感情是变化的，废弃行为难以保证是一方冷静状态下的慎重决定，有时，也不一定符合废弃方本人的利益。

基于上述理由，合议庭认为应认定男方废弃胚胎构成侵权，因胚胎为带有情感因素特殊的物，女方还存在精神上的损害。

在确定赔偿数额时法院还考虑了以下因素：

1、承受的痛苦和伤害

不是每个卵子都能受精，也不是每个受精卵都能发育成有活力的胚胎，因此要从女性体内获得多个卵子，才能保证有可以移植的胚胎，这就需要对女性服药进行促排卵治疗。女性到了生育年龄，体内卵子数是固定的，约为200多个，一般每月排卵一个，一年排卵12个。促排卵治疗后，一次可排卵多个，治疗后，女性更年期会提前。治疗的过程对女性生理的干扰较大，刺激排卵导致卵巢反应低下，易出现卵巢功能早衰。此外，取卵针穿刺身体提取成熟卵泡时，身体伴有一定程度的痛苦。

2、年龄因素

女性的最佳生育年龄为25岁至35岁。35岁以后，女性的卵巢功能和生育能力下降。相对来说，年轻女性较为容易接受胚胎废弃的事实。女方已36岁，做母亲的愿望强烈，对胚胎也寄予了更多的希望。

3、对婚姻的珍视程度

2016年第一次离婚诉讼中，男方表示女方如同意离婚，夫妻共同房产可归女方所有。但女方不为所动，表示多年的感情不容易，希望法院判不离，哪怕下次真要离婚了财产少分些也不后悔。从女方珍视婚姻的态度，男方应能理解胚胎在女方心中所具有的份量和意义。双方夫妻多年，男方应了解女方的脾气秉性，理解对方的关切。一般地说，对婚姻越留恋，对胚胎也越在意。

基于上述理由，法院准许双方离婚，因男女双方在辅助生殖手术中的投入不对等，女方处于弱势地位，基于公平正义观念和照顾妇女权益的原则，法院酌定男方支付女方抚慰金3万元。

判决后，双方均未提出上诉，判决已生效。



法官观点

婚姻中出现感情危机时，丈夫应当尊重妻子在试管婴儿手术中的特别付出，不可单方废弃胚胎，在协议离婚或法院判决离婚前，以尊重、理解的心态善意的维持冷冻胚胎的活力。

延伸了解

【问题一】妻子擅自中止妊娠，丈夫能否以侵犯其生育权为由请求损害赔偿？

答：不可以，婚姻法司法解释三对此有明确规定。主要理由是：1、妻子为妊娠、分娩较丈夫承担了更多生理风险及心理压力，其为抚育子女成长通常也会付出较丈夫更大的牺牲。因此，生

育对女性利益的影响大于男性；2、即使认为夫妻双方的生育利益完全平等，行使生育权是维持或恢复现状的权利，无需配偶履行义务，与前者相比，后者实现权利的成本和对生活现状的影响都要小得多；3、生育往往受夫妻情感所左右，一方的不生育除偶为观念支配下的决定外，多由夫妻感情淡漠甚至破裂而引起，没有了感情的生育只会增加夫妻双方乃至即将出生的子女的痛苦及不便；4、生育行为需要具备一定的生理、健康条件并存在生育风险，生育任务主要由妇女承担。妇女承担了更多的生理风险及心理压力。所以当夫妻生育权发生冲突时，侧重于妇女权益的特殊保护，符合立法本意，也是司法公正的要求。综上，妻子未经丈夫同意擅自中止妊娠，虽可能对夫妻

感情造成伤害，甚至危及婚姻关系的稳定，但丈夫并不能以本人享有的生育权来对抗妻子享有的生育决定权，故妻子未经丈夫同意擅自中止妊娠，不构成对丈夫生育权的侵犯。

【问题二】婚姻中，遇到女方坚决同意不生育，男方有什么救济途径？

答：因生育权冲突导致夫妻感情破裂，在调解无效时，可以按照婚姻法第三十二条“其他导致夫妻感情破裂的情形”的规定，判决双方离婚。

（文中姓名系化名）

文 | 陈文军

编辑 | 玄小言

第106期-【前沿·案例】全国法院系统2017年度优秀案例分析 获奖作品：离婚案件中淘宝店铺的价值确定与分割

2018-02-26 审判前沿 林攀 刘雪琳

<http://mp.weixin.qq.com/s/qGzlyec02H9-idAYubKj1A>

作者按：互联网时代中，虚拟经济的大体量化、网络虚拟财产的普及化，使得离婚案件中淘宝店铺分割成为了司法裁判中的新难点。目前，在我国法律体系中，仅于2017年10月1日正式施行的《中华人民共和国民法总则》第127条中总括性地表示保护网络虚拟财产。对于包括淘宝店铺在内的网络虚拟财产价值构成、作为夫妻共同财产认定标准以及具体分割无明确的立法规定。本案为我们开展淘宝店铺价值等相关理论研究，提供了一个典型的分析样本。本文发表于《法律适用·司法案例》2018年第4期。

一、分析案例分析样本

1、基本案情

2007年9月，原告王某与被告徐某某于经人

介绍相识恋爱，2008年8月28日登记结婚，婚初关系尚可。后因未能生育，原被告产生矛盾，夫妻关系逐渐紧张。2014年8月，原被告分床生活，同年10月分居生活至今。之后，原告主张离婚，要求依法分割包括登记在被告名下的“东京百宝袋之多样屋（ID：XXXXX）”淘宝店铺等夫妻共同财产。

被告同意离婚，双方在诉讼中均要求离婚后经营“东京百宝袋之多样屋（ID：XXXXX）”店铺，并一致确认该店铺的无形价值为2万元，剩余婴儿用品归取得店铺经营权一方。

上海市闵行区人民法院基于对案件事实的查明，作出（2014）闵民一（民）初字第18439号民事判决书，准予原告王某与徐某某离婚；并明确登记在徐某某名下的“东京百宝袋之多样屋（ID：XXXXX）”淘宝店铺归被告所有，现在王某处的池田模范堂驱蚊喷雾21件，池田模范堂蚊虫止痒液（成

人用) 12 件, 池田模范堂蚊虫止痒液(儿童用) 18 件, 池田模范堂蚊虫止痒药膏(儿童用) 27 件, 小林制药+狮王退热贴 18 件, KITTY 婴儿车挂钩 18 件, 儿童餐具套装 4 件, 阿卡佳沐浴棉 22 件, KITTY 手表式驱蚊器 12 件归被告所有; 徐某某于本判决生效之日起 15 日内支付原告王某财产折价款 10000 元。宣判后, 双方当事人服判息诉, 案件如期生效。

2、裁判理由概述

法院生效裁判认为: 对于双方在审理过程中达成一致的财产处理意见, 法院予以确认。对于“东京百宝袋之多样屋”淘宝网店, 双方都要求由自己继续经营, 因网店登记在被告名下, 考虑到经营的连贯性、稳定性, 发挥网店的最大效能并结合原告参与经营他人网店等情况, 法院确定原被告离婚后由被告继续经营。同时, 考虑原告无其他工作为其亲属帮忙经营网店等实际情况, 酌情确定在原告处应予分割的存款为 75000 元。

二、淘宝店铺类别归属

本案是目前众多涉淘宝店铺分割的离婚纠纷的缩影, 虽然在本案中, 其涉及的主要是淘宝店铺本身是否有价值的争议, 并且基于双方当事人的协商, 该问题亦得到有效处理, 然从司法裁判的角度而言, 目前关于淘宝店铺的争议处理有如下需要关注的内容, 其一, 则是淘宝店铺类别归属问题。

根据网站运营商和网站实际使用人的不同关系, 网络店铺可分为独立网店和非独立网店两种。[1]独立网店本身就是完全独立的网站, 商家对网络店铺拥有自主权。非独立网店的网络交易平台和网络店铺的实际经营则相分离。按照国家工商行政管理总局 2014 年公布的《网络交易管理办法》第 22 条规定: 第三方交易平台指在网络商品交易活动中为交易双方或多方提供网页空间、虚拟经营场所、交易规则等服务, 供交易双方或者多方独立开展交易活动的信息网络系统。本案例中涉及的淘宝

店铺属于非独立网店, 即 C2C 模式下自然人于第三方网络交易平台中, 以非独立域名的形式存在并经营的网络店铺。

三、淘宝店铺的价值确定及计算

关于淘宝店铺的价值构成由存货、买家支付货款及店铺多年经营积累的客户、信誉、评价组成[2]还是由有形资产、信用资产和预期收益三部分组成[3]存在一定的争议。实际上, 关于淘宝店铺的价值争议主要在于淘宝店铺本身是否具备价值, 衡量其财产价值的时候, 是否需要将该部分的财产价值计算在内, 笔者就该问题首先进行分析。

1、淘宝店铺本身是否具备财产价值

财产属性, 指财产作为权利客体的特征。[4]民法学认为财产作为权利客体, 需具备价值性、稀缺性、排他性。具体到淘宝店铺中, 淘宝店铺可以满足顾客的购物需求, 实现买卖双方供求关系匹配, 对买卖双方而言, 均具备一定的使用价值。稀缺性则体现为淘宝店铺的店主需进行申请、完成注册等工作等工作, 才能正式开通店铺, 非随意取得。店主对店铺享有的占有、使用、收益权利体现了淘宝店铺的排他性。尽管该排他性与物权中的排他性有一定区别, 但相较于第三方平台以外的其他人, 排他性是绝对的, 淘宝店铺的财产和权利只能由特定的店主享有。

由于淘宝店铺是存在于网络空间的虚拟经营场所, 店铺及店铺内商品页面仅是互联网中的电磁数据, 因此产生了淘宝店铺自身是否蕴含价值的争议。按照马克思劳动价值论的观点, 价值是凝结在商品中无差别的人类劳动。淘宝店铺在设立及经营环节中均需投入大量的劳动, 且经营者均追求店铺信誉及好评率的提高, 店铺信誉的提升凝结着淘宝店铺经营者的大量劳动。如阿里巴巴公司通过店铺信誉、好评率对淘宝店铺进行评定和管理, 对每单交易得到的评价情况计分, 分数达到一定数量, 可提高店铺信誉, 即店铺信誉是通过交易劳动累积而

成。因此，淘宝店铺本身应蕴含一定的价值。本案例中，双方当事人自行协商确定了淘宝店铺的无形价值为2万元，法院对此予以确认，该做法从侧面印证了淘宝店铺本身存在价值的观点具备合理性。同时，在其他的判例中，法院通过判断涉案淘宝店铺往来流水频繁，有较为稳定的客户源及收入，认定淘宝店铺本身具备一定的价值。[5]

2、淘宝店铺本身的财产价值计算

在确定淘宝店铺本身具备财产价值的基础上，当涉及到淘宝店铺分割时，需要计算淘宝店铺本身的价值。最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》中规定，夫妻双方对于夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，可以采取竞价、评估、拍卖等方式处理。依照该司法解释的精神，淘宝店铺本身的价值确定也应通过评估机构评估[6]、当事人协商或者是法院组织双方当事人竞价的方式确定。但根据现有的案例显示，目前尚无独立的评估机构能够确定淘宝店铺的价值。[7]在无法进行客观评估的情况下，在司法实践中，更多的是通过当事人协商或者法院组织竞价的方式确定淘宝店铺本身价值。本案例中，双方当事人自行达成了“东京百宝袋之多样屋”的无形价值为2万元的一致意见。

此外，实践中，在当事人无法协商、法院亦未采取组织竞价的方式的情况下，部分法院采取法院酌定的方式确定淘宝店铺的本身价值，如在安徽省芜湖经济技术开发区人民法院（2015）芜经开民一初字第01056号民事判决书中，法院认为淘宝店铺有较为稳定的客户源及收入，本身具有一定的价值，结合被告经营的淘宝店铺的经营状况及淘宝店铺、支付宝的特性，酌定被告应当赔偿原告淘宝店铺价值、支付宝流动资金的相关补偿25000元。需要说明的是，在目前的法律框架中，法院酌定淘宝店铺的价值无直接的法律依据。

基于法院裁判定纷止争的功能定位，笔者建议，当法院酌定淘宝店铺的价值时，需要将淘宝店铺的

各类重要指标如淘宝店铺的信誉等级、好评率、关注度、流水来往的频繁程度考虑在内，以尽可能保障淘宝店铺价值测算的客观和准确。随着互联网的不断发展，在未来可以预见的时期内，涉淘宝店铺的纠纷数量将会持续上升。基于此，笔者建议互联网行业发展协会等部门可以通过与淘宝、京东等行业巨头协商，对包括淘宝店铺在内的网络店铺的信誉等级进行赋值，从而确定其店铺本身的价值，以形成统一的行业规范。

四、淘宝店铺作为夫妻共同财产的认定

将淘宝店铺作为离婚财产进行分割的首要前提就是其属于夫妻共同财产。本案例中，法院依照原被告双方在2009年9月即婚后从事淘宝店铺经营的事实，认定了淘宝店铺及店铺经营所得属于夫妻共同财产。司法实践中，夫妻除了在婚姻关系存续期间注册淘宝店铺之外，还存在一方婚前注册并经营淘宝店铺，婚后双方继续共同经营或是一方婚前注册，婚后双方共同经营等情形。若简单地以淘宝店铺注册时间作为判断依据，则可能忽视另一方共同经营或支持注册方经营的投入，导致该方绝对失去了取得继续经营淘宝店铺的权利，该做法亦不符合《中华人民共和国婚姻法》中提倡的平等原则。

笔者建议，在目前法律尚无统一规定的情况下，在判定淘宝店铺是否属于夫妻共同财产时，可以着重审查“**主要经营行为发生时间**”，即法院除了查明淘宝店铺的注册时间之外，还需要审查婚前婚后的各自经营时间长短、店铺商品及交易数量、评级上升程度和关注程度等以确定主要经营行为发生时间。若“主要经营行为”发生在婚前，淘宝店铺应认定为注册一方的婚前个人财产，注册方继续经营淘宝店铺；婚后店铺评级上升部分，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（三）关于婚前一方购房，婚后共同还贷的补偿规定，结合淘宝店铺的婚后增值幅度，给未取得店铺经营权一方适当经济补偿；若“主要经营行为”发生在婚后，淘宝店铺应认定为夫妻共同财

产,双方均有权取得店铺经营权,若确定注册一方继续经营淘宝店铺,则按照增值幅度给予另一方折价;若确定为非注册一方继续经营淘宝店铺,除给付另一方增值幅度折价外,还需要给付注册方注册店铺的实际支出成本及婚前经营投入部分的补偿。

五、淘宝店铺的分割

1、淘宝店铺的分割准则

根据《中华人民共和国婚姻法》第三十九条规定,离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决。在此基础上,结合淘宝店铺虚拟化等特性,笔者建议在裁判时遵循如下准则:

一是实现最大经营利益。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》规定,人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理,应当坚持有利生产、方便生活的原则,合情合理得予以解决。具体到淘宝店铺中,即不因淘宝店铺实际经营人员发生变更,让原本处于良好营利状态的淘宝店铺发生经济亏损,使实际经营者多年积累的店铺信誉得以延续,并降低消费者的交易风险,保护消费者对店铺的信赖和期待。通过充分考虑夫妻双方对于网络店铺经营的投入和产出,尽量避免将店铺交由未实际经营或者是经营效果不佳的一方继续经营,实现裁判利益最大化。本案中,法院在综合考虑“东京百宝袋之多样屋”登记主体、淘宝店铺经营的连贯性、稳定性、发挥网店最大效能等情况,确定了离婚后由被告徐某某继续经营。

二是明确店铺经营主体。主体是法律关系中的重要内容,夫妻双方离婚后,财产的处理亦需要分清,以避免因为主体不明导致裁判不可执行,影响淘宝店铺的继续经营。本案例中,在本院认为和裁判主文部分,均说明淘宝店铺由徐某某继续经营。然在类似的其他文书中,法院有时未明确淘宝店铺

继续经营的主体,笔者以为虽然当事人在诉讼主张中并未将淘宝店铺的分割作为主项进行主张,但是为了减少判后争议的产生,可以在裁判主文部分,明确淘宝店铺的经营主体。

三是吸收所在平台规则。淘宝店铺依托于第三方平台存在,淘宝店主需要遵守第三方平台的规则制约。在目前淘宝店铺的属性尚未得到完全明确,以及现有法律制度、网络监管制度相对匮乏的情况下,应对网络平台自身的监管行为进行充分肯定。[8]因此,在协议不违反法律法规强制性规定的情况下,法院分割淘宝店铺时,应充分尊重意思自治原则,尊重交易平台协议的制约,确保裁判的可执行性。

2、淘宝店铺的财产归属主文表述

在目前的理论研究中,包括淘宝店铺在内的网络虚拟财产属性存在较大争议,无论是“物权说”“债权说”还是“知识产权说”都有一定的瑕疵和不完整性。本案例的主文中判项为“登记在被告徐某某名下的东京百宝袋之多样屋(ID:XXXX)淘宝店铺归被告所有”,该表述方式容易给当事人造成淘宝店铺属于物权的认识。类似的表述方式还存在于宁波市江东区人民法院(2014)甬东民初字第1579号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2016)京02民终369号民事判决书中。

事实上,在《中华人民共和国民法总则》(草案)制定之时,确实将网络虚拟财产认定为物权,但是最终公布的《中华人民共和国民法总则》正式稿中,则删掉了对网络虚拟财产的权利属性界定。为了避免在权利属性尚未明确的情况下对财产属性进行确认,引发认识上的偏差,笔者建议在主文表述时明确财产指向、处理关联账户、契合权利属性并保障文书执行,具体表述可以为“在淘宝网站(域名为http://www.taobao.com)设立的名为xx(域名为http://shopxx.taobao.com)淘宝网络店铺的经营权由甲方享有,乙方应于本判决生效后七日内协助甲方及时办理店铺注册人及对应淘宝

会员账号、收款账户的变更手续；甲方于本判决生效后 xx 日内给付乙方财产折价款 xx 元。”

六、案件裁判缺乏明确法律规范时的审理思路

淘宝店铺是互联网时代发展的产物，在《中华人民共和国民法总则》仅有一条原则性规定，《中华人民共和国婚姻法》及相关司法解释均未对该特定类型的财产保护进行明确规定的情况下，法院在分割该类财产时应当遵循何种方式进行明确是本文通过该案例想要阐述的另外一项内容。

在研究民法过程中，最常用的方法为法律解释，法律解释不仅包括法律规范内容含义不明确、不清楚时的解释，还包括对法律规范的有无进行的判断、在没有法律规定时进行的漏洞补充和价值补充。[9]此外，亦有学者基于问题的类型与属性，将民法问题区分为价值判断问题、解释选择问题、立法技术问题和司法技术问题。[10]在无明确的法律规定情况下，可以通过明确问题的类型，从而适用具体的方法进行裁判。

包括淘宝店铺在内的网络虚拟财产保护，从目前的立法规范梳理来看，最上位的法律即为《中华人民共和国民法总则》，但是第 127 条的规定采用了概括性地立法方式，内容有待进一步精细化，在目前的裁判中，无法作为法律依据进行适用。而其他法律规定目前亦未有明晰的规则适宜作为裁判指引，在此情况下，面对新类型的权利客体，笔者认为可以依照如下思路进行分析：

一是明确网络虚拟财产保护隶属的民法研究问题种类。淘宝店铺等网络虚拟财产时特定社会形态之下的产物，是否对其保护取决于社会主流的价值认知。而在当前互联网发展迅速、数据保护意识不断强化的背景下，网络虚拟财产具备财产属性并且需要作为一种权利进行保护并无争议，这是在对社会现实进行事实判断之后得出的价值判断。

二是遵循财产保护的一般准则。在作出应该保护网络虚拟财产的判断之后，对于如何保护淘宝店铺等网络虚拟财产，怎样保护更为妥当的问题，

例如是否允许淘宝店铺的经营者将淘宝店铺转让等？对于这些问题的判断，笔者认为，可以遵循两项实体性的论证原则，**其一为在没有足够中分且正当理由的情况下，应当坚持强式意义上的平等对待；其二为在没有足够充分且正当理由的情况下，不得主张限制民事主体的自由。**[11]即在无正当的限制理由的情况下，应当遵循平等对待的原则，充分尊重民事主体的权利自由，依法对权利客体进行分割、转让。当然，这一判断的作出还需要其他配套制度的设定，本文在此不予赘述。

值得说明的是，法院裁判过程中，立法尚未进行有效、完整规范的民事权利关系客体并非少数，法院作为案件的裁判方，在新类型的权利客体出现时，可以通过法学方法的适用，用实体法律知识引导法官的裁判思路，从而实现充分的心证，以出具具有说服力的说理，并形成可行的裁判意见。

[1]姚辉、焦清扬：《民法视角下网络店铺转移的现象反思》，《法律适用》2017 年第 2 期。

[2]刘奇琦：《首例淘宝店铺分家案》，《中国审判》2013 年第 1 期。

[3]刘婷：《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为视角》，《法律适用》2016 年第 1 期。

[4]李齐广：《刑民对话视野下窃取虚拟财产刑事责任的认定》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2017 年第 2 期。

[5]参见安徽省芜湖经济技术开发区人民法院（2015）芜经开民一初字第 01056 号民事判决书。

[6]参见北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民终 369 号民事判决书。

[7]同上脚注，该案例中，法院提交的淘宝店铺价值评估申请因鉴定机构无法完成被退回。

[8]姚辉、焦清扬：《民法视角下网络店铺转移的现象反思》，《法律适用》2017 年第 2 期。

[9]刘凯湘：《论民法解释之依据与解释方法之运用》，《山东警察学院学报》，2006 年 3 月第 2 期。

[10]王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年 1 版，目录。

[11]同上脚注，第 48 页。

编辑：曹红坤



林挚，北京市海淀区人民法院研究室法官



刘雪琳，北京市海淀区人民法院东升法庭法官

（三）律师视点

【律师观点】离婚案里那些世相

2018-02-01 深圳市罗湖区人民法院 郭卫群

<http://mp.weixin.qq.com/s/1kmRwgf51969u3w9UZjTjQ>

郭卫群 律师

西南政法大学法律系毕业，获法学学士学位。南京大学公共管理学社会工作专业研究生课程进修班结业。



深圳市律师协会民事法律专业委员会委员、深圳市安澜社工服务社理事。

郭卫群律师拥有长达十五年的法制媒体从业经历和司法机关工作经历，具备较强的专业素养和良好的沟通能力。从事律师行业以来，成功涉足诉讼和非诉业务。

入行十年，一不小心把解决婚姻家庭纠纷做成了自己的优势业务。时常出没于家长里短、恩怨情仇的风波里，可以近距离地感受和理解世相的百态、人性的幽微，而将这一点理解化为感性去破解婚姻关系中的困境，有时候可以把棘手的案件化繁为简，让当事人分则放下积怨、一别两宽，合则冰释前嫌、情胜往昔，这也算是办理婚姻家庭案件于我的魅力之所在。

就拿曾经经手过的两个涉及生育问题的离婚案来说，同样是因为婚后不育想要离婚，A先生和B先生的命运走向颇为不同，但来到律师楼寻求解脱时，他们的焦虑和烦恼却并无二致。

A先生的故事

A先生与太太大龄结婚，婚后四年多无生育。由于家人（尤其是男方家人）催促，双方先后进行过人工受精、试管婴儿的尝试，均告失败。女方原本体弱，两次失败的生殖技术助孕，对其身体和精

神都造成了较大的伤害。据说，在此之后，因为男方家人的风言风语，女方一气之下搬回了娘家住，再也不肯返回夫家。

一年之后，A向法院提起离婚诉讼，女方答辩不同意离婚，法院遂判不准予离婚。该判决生效半年后，A再次向法院提起离婚诉讼，女方仍然坚决不同意离婚，在答辩状中提及她的身体如何在求子的过程中一步步变差，并因为身体原因已办理病退，希望A先生要对自己负责。A先生的第二次离婚诉讼，法院再次判决不准离婚。

A先生在准备提起第三次离婚诉讼的时候找到了我，他带来了一份已经写好的起诉状，这是出自A先生父亲的手笔，言辞激烈，对立情绪充斥字里行间。能把生育问题上升到离婚问题的家庭，生育往往都不仅仅是夫妻两个人的事情。

按照常理，分居已两年多，第三次起诉离婚，法院判离的可能性很大，A先生却不无担心。因为女方对立情绪也很大，两次诉讼中表态坚决不离婚，之后却又并不回家，明显是抱着“我就要拖着你，就不让你如意”的态度，加上女方的身体因素，A先生深恐法官情感的天平再次滑向对弱者的保护，对他和他的父母来说则意味着另行组成家庭实施生育的计划又要被耽搁上半年甚至一年。A父在起诉状中表达的所有情绪，根源于此。

我问A：为什么不跟女方好好协商一下呢？A说，女方早就不接他的电话了，也不回应他任何讯息。我瞬间明白，女方在这段婚姻关系中受伤至深却得不到理解和尊重，对男方及男方的家庭有着深深的绝望和恨意。

我问A：你认不认同女方曾经很努力地想为你

们的家庭添个后代,并且确实承受了身体上的痛苦和伤害?A说:我知道的,但是她用了很多难听的话指责是我的问题,我也很受伤。我说:那是因为她的付出从来没得到你和你家人的肯定和感谢,她感受到的都是压力和嫌恶,你让她怎么可能心平气和地接受你们对她最终的抛弃。不管离不离婚,你对她的感谢和歉意,是早就应该明确表达的。我相信,如果你愿意释放出这种善意,这个案子应该有希望调解。

A先生说,其实我心里是愿意表达的,只是双方关系闹僵到这个地步,我说不出口,她也不一定听。我们之间没有共同财产可分的,但是我也筹了一些钱,愿意对她进行一些补偿,这也算是用行动来表达歉意吧。

基于这样的共识,我拟了一段文字,经过A先生认可,用短信发给了女方,大意是:您与A先生走到这一步,彼此都有很多无奈,造化弄人,没有谁对谁错,A先生其实心里对您是感激和抱歉的。婚姻的事走到这一步,其实大家都知道挽留不住也不必挽留,如果可以协商,就不要再到法庭上去互揭伤疤,A愿意用行动来表达他的歉意。

短信发出去三两天后,我接到女方律师的电话,说女方的父亲约我见面。

女方的父亲,一看就是知书懂礼的老人,言谈之中满是对女儿的疼惜,老人说情说理,最终的落脚点却是对协议离婚的方案提了个较高的补偿金额。但透过交谈,我的感觉是,女方家境不错,索要补偿并不是真需求,为难男方出口气才是目的。

接下来是双方律师就补偿金额的来回协商,A竭尽所能筹到的款项与女方期望的款项卡在了25万的差额上。

一段胶着期之后,我问男方:你能不能再尽力去筹个6万,如果可以,我希望你以这份努力向女方传递一份祝福,看看能不能精诚所至,金石为开。男方说:如果能谈得下来,我用信用卡透支的方式也去做到它。

我内心确信女方及家人看重的是男方的态度

而非25万金额本身,于是再次短信女方:A用尽所有的途径再筹了6万元,这是一份诚意的祝福,希望您今后的生活顺顺利利。

几天之后,《离婚协议》达成,离婚手续也很快办妥。而我,更愿意将这个告别理解为女方心结的最终放下与释怀。

祝福他们各自安好。

B先生的故事

B先生是与父母一起来到律师事务所谈自己离婚事宜的,彼时女方正远在北京老家。

B先生一家想与女方谈离婚的事,已经隐忍了好长时间。当面谈不忍心,想趁女方回老家时用短信的方式谈,又遇上女方父亲手术,再次不忍心。待女方父亲病情稳定女方尚未返深的期间,终于觉得时机成熟,这才找到律师,希望接下来的整个过程均由律师出面处理。显然,B先生和父母都有着温良、害怕冲突的性格。

B先生与太太是自由恋爱结婚的,太太漂亮伶俐,但某些先天生理缺陷导致其被很多医生判定无法生育。B先生一家并没有因此不接纳这个媳妇,而是带着她各种求医问药,直到碰到高人,据说可以用中医调理的方式帮助她突破障碍。

从此,婆婆天天煎药捧到媳妇面前,媳妇一开始还配合治疗,但时间一长,觉得药苦又不能即时见效,就不太愿意继续服药了。

媳妇不配合,治愈便无望,再加上媳妇越发以各种任性对付总是逆来顺受的B先生,B先生一家各种抱怨悄生暗长,积累到一定程度势必爆发。

为了避免面对面的冲突,B先生一家不仅委托了律师,而且为返深的媳妇租下了一处单独的住所,为防止媳妇得知消息后想不开,还专门新装了防盗网。

我把B先生的意向电告女方,女方极度震惊,短信轰炸B先生始终得不到回应的情况下,迅即赶回深圳约我见面。

当我把男方离婚的理由一一陈述的时候,女方

瞪大了眼睛。听完之后，她很快收起伤心镇定下来，诚恳地说：“我老公一直很宠我，我完全不知道他对我有这么多不满。我不否认，他说的都对，确实是我做得不好，我愿意改。我很爱我老公，也很喜欢我的公婆，您能不能让他们给我点时间，我会自己住，自己找工作，自己去看病，好好吃药。如果我能做得好，他们是否愿意重新接纳我回家。”

这回轮到我瞪大眼睛，看惯了婚姻家事案中当事人互相指责互相撕的情形，说“都是我的错，我愿意改”的还是头一次遇到。我当即表示愿意传递并尽力说服B先生接受她的想法，但建议她在此期间不要对B先生发送过多的信息，她也一口应承。

接下来约谈B先生，我直言不讳：你逆来顺受、闷葫芦的性格，其实是助长对方任性的重要原因之一，即使换个老婆，你这种个性还会滋养出任性得让你难受的另一半。你只有坦率表达，才能给到对方安全范围和安全感，才能让对方停止作，就像这次提离婚一样。但你们这种集中式的表达，太让人惊吓得，你们得给人机会改啊。你太太这样爽快认错的人也是难得一见，我相信她对你和对你们家是有真爱的，你就算离了这婚，再找一个，能像她这样真诚坦率以及爱你的机率恐怕并不太大。

其实并没费多大口舌，B先生便答应了给彼此半年时间去重新审视和决定这段婚姻的去留。看得出，B先生和太太之前的感情基础还是很不错的。

一段时间之后，在B先生太太朋友圈里，发现一张摆着一双碗筷和一对酒杯的餐桌照，于是问：和好了？立马得到了一个开心的肯定的回答。

再过了一段时间，看到B先生太太开始晒孕妇照。于是，送上热烈的恭喜，得到开心的回应。

现在的朋友圈里，时不时能看到B先生和太太轮番晒一家3口、一家5口及一大家子的幸福照。幸福着他们的幸福。

准备结束本文的时候，突然想起朋友所讲的一个真实的趣事。她的一位女友，也是因为生育问题被丈夫各种嫌弃，最终被离婚。该女友与前夫分别重新组建了家庭，还住在同一小区。结果，女友不久怀孕生子，其前夫却至今没有动静。想想真替该前夫闹心。

婚姻生活中，有爱与有后代，如果不能兼得，哪个更重要？不同的人有不同的观念和选择，似乎不该以是非论之，唯愿善良的人总能被温柔以待，有爱的人总能如愿以偿。

家事法苑团队杨晓林、段凤丽律师代理的李×2（男）诉李×1（女）离婚纠纷案被收入《人民法院案例选》 2017年第7辑

2018-02-01 家事法苑 黄晓丰 王斌

http://mp.weixin.qq.com/s/_D4Rhr-5SRg2Jly1cQRYMA

李×2（男）诉李×1（女）离婚纠纷案 ——父母为子女出资购买房屋所给付的首付款性质及恶意转移财产的认定

来源：最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2017年第7辑·总第113辑，人民法院出版社，2017年12月第1版。

案例编写人：

北京市第一中级人民法院 黄晓丰；
北京市第四中级人民法院 王斌

本文系扫描件，仅供学习、探讨交流之用，如欲引用，请务必查找、核对原文。

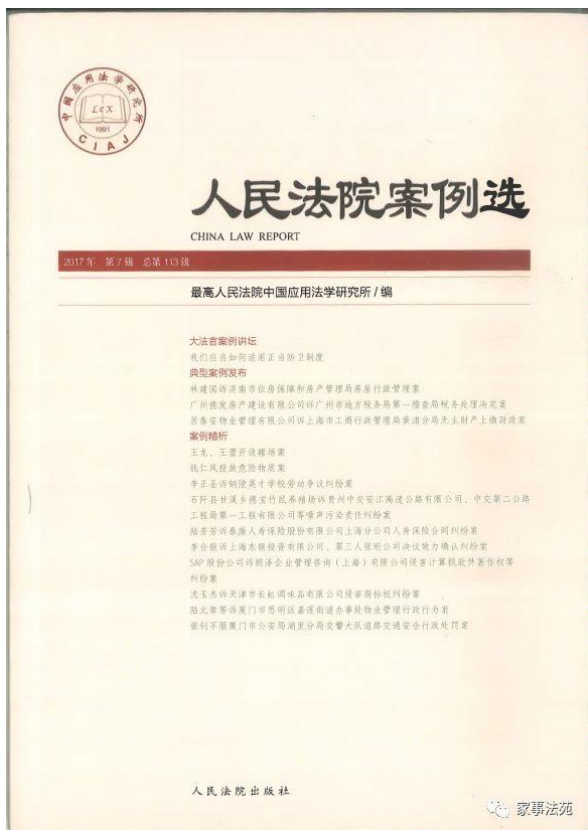
关键词：首付款；借款；赠与；恶意转移财产

【裁判要旨】

1. 夫妻关系存续期间，对于父母为子女出资

购买房屋所给付的首付款的性质,一方主张系夫妻共同借款,一方主张系父母对于自己一方的赠与,在双方均未提供充分有效证据时,应依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《婚姻法解释(二)》]第二十二条第二款之规定,将该出资认定为父母对夫妻双方的赠与。

2. 离婚时,一方主张对方在婚姻关系存续期间存在恶意转移夫妻共同财产情形的,应结合其提供的证据,并审查财产转移的目的、用途、时间等具体证据,综合认定。证据不足的,不能认定。



【相关法条】

《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。

【案件索引】

一审:北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第3167号(2013年1月20日)

二审:北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第4796号(2013年6月4日)

再审:北京市第一中级人民法院(2015)一中民再终字第07430号(2015年11月19日)

【基本案情】

原告李×2(男)与被告李×1(女)于2001年经人介绍认识,2003年11月7日登记结婚,婚后未生育子女。双方从四年前开始分居至今。李×1(女)于2012年1月起诉离婚,后撤诉。庭审中,双方均指称对方有第三者,但均未就各自的主张向法庭提供充分证据证明。

2005年4月10日,李×2(男)与北京天恒房地产股份有限公司签订《商品房买卖合同》,以总价605957元购买北京市海淀区×房屋(以下简称401号房屋),其中首付款305957元,余款30万元以住房公积金贷款形式支付,该房屋现登记于李×2(男)名下,双方共同居住在该房屋内。截至2012年10月28日,401号房屋尚余贷款本金183801.3元未予偿还。庭审中,双方均认可401号房屋首付款中有30万元系由李×2(男)之父李×3通过中国建设银行电汇至李×2(男)账户内,但双方对该笔汇款的性质存在争议。李×1(女)主张该笔款项系其与李×2(男)二人向李×2(男)父母的借款,李×2(男)则主张该笔款项为其父母对其个人的赠与。

另案中,李×1(女)于2012年4月起诉至法院要求确认401号房屋为其与李×2(男)共同所有,李×2(男)配合其办理该房屋的产权变更登记。法院一审判决认定401号房屋为李×2(男)与李×1(女)的夫妻共同财产,但对李×2(男)之父李×3汇给李×2(男)的30万元款项的性质未作认定。判决作出后,双方均未上诉,该判决已于2012年7月13日生效。

李×1(女)就其所述李×3汇给李×2(男)

的30万元系夫妻二人向李×2(男)父母的借款,向法庭提交其分别与李×2(男)及李×2(男)母亲的电话录音予以证明,李×2(男)对上述录音的真实性及与本案的关联性均不认可,但表示不对录音的真实性申请鉴定。在李×1(女)与李×2(男)的电话录音中,李×1(女)问李×2(男):“再问你个事,一开始咱们写借条是多少钱来着?”李×2(男)回答:“30万吧?忘了。”在李×1(女)与李×2(男)母亲的电话录音中,李×1(女)问:“妈我问你个事呢,一开始咱们买房子时写那借条还在呢吗?”“那是怎么写的来着?”李×2(男)母亲回答:“有啊。”“怎么写的来着?我都忘了,我也不记得内容,你要那干啥?”李×1(女)就其与李×2(男)及李×2(男)母亲电话录音中所提借条即为其所述二人买房向父母借款的30万元,未进一步提供证据证明。

双方共同财产还包括2008年10月21日购买的车牌号为京×××大众速腾轿车一辆,现登记于李×2(男)名下,由其使用。双方就401号房屋内的家具家电的分割达成一致意见,108厘米LG电视一台及LG挂机空调一台归李×1(女)所有,剩余家具家电归李×2(男)所有。

诉讼中,双方就401号房屋的市场单价达成一致意见为每平方米28000元,就车牌号为京×××大众速腾轿车市场价值达成一致意见为7万元。现双方共同居住在401号房屋内,车辆由李×2(男)使用。

李×2(男)主张除401号房屋剩余贷款外,其曾于2012年5月18日向其同事李×韦借款5万元,用于给其父亲看病,该笔款项尚未偿还,应属于夫妻共同债务,并就其所述向法庭提交借条、银行交易明细予以证明,李×韦亦出庭接受法庭及双方当事人的质询。李×1(女)对该笔借款的真实性不认可,但未就此向法庭提供充分证据证明。另,根据李×1(女)的申请,法院要求李×2(男)提供其在招商银行622588010××××××××的账户明细,显示截至2012年10月28日该账户余

额为10360.91元。李×2(男)主张其父亲2011年起生病住院,其陆续共为其父支付医药费29万余元,其还向招商银行办理八笔普通信用消费易贷款,款项分别为10164.37元、4万元、19895.35元、2509.72元、12280.10元、16029.68元、950.94元、45.71元,上述款项现均已还清。李×1(女)对李×2(男)父亲生病的事实认可,但主张李×2(男)为其父治病支付的20万余元系其夫妻二人偿还李×2(男)父亲的借款。

【裁判结果】

北京市海淀区人民法院于2013年1月20日作出(2013)海民初字第3167号民事判决:一、李×2(男)与李×1(女)离婚;二、位于北京市海淀区×房屋归李×2(男)所有,该房屋剩余银行贷款由李×2(男)负责偿还,李×2(男)于本判决生效后15日内给付李×1(女)房屋折价款人民币638925.25元;三、现在北京市海淀区×房屋内的42寸LG电视一台及LG挂机空调一台归李×1(女)所有,该房屋内装修及剩余家具家电归李×2(男)所有;四、车牌号为京×××大众速腾轿车一辆归李×2(男)所有,李×2(男)于本判决生效后15日内给付李×1(女)车辆折价款人民币35000元;五、李×2(男)及李×1(女)各自名下的银行存款归各自所有,李×2(男)于本判决生效后15日内给付李×1(女)补偿款人民币5180.46元;六、李×2(男)向李×韦所借人民币5万元由其自行偿还。宣判后,李×1(女)提出上诉。北京市第一中级人民法院于2013年6月4日作出(2013)一中民终字第4796号民事判决:驳回上诉,维持原判。李×1(女)不服,向北京市高级人民法院申请再审。北京市高级人民法院于2014年12月16日作出(2014)高民申字第03653号民事裁定,指令北京市第一中级人民法院再审本案。北京市第一中级人民法院于2015年11月19日作出(2015)一中民再终字第07430号民事判决:一、撤销北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第4796

号民事判决及北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第3167号民事判决第二项,即“二、位于北京市海淀区×房屋归李×2(男)所有,该房屋剩余银行贷款由李×2(男)负责偿还,李×2(男)于本判决生效后15日内给付李×1(女)房屋折价款人民币638925.25元”。二、维持北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第3167号民事判决第三、四、五、六项。三、位于北京市海淀区×房屋归李×2(男)所有,该房屋剩余银行贷款由李×2(男)负责偿还,李×2(男)于本判决生效后15日内给付李×1(女)房屋折价款人民币1355279.35元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为:根据《民事诉讼法》第二百零二条“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书,不得申请再审”的规定,当事人不能再就婚姻关系申请再审,而北京市高级人民法院审理后亦是对双方当事人解除婚姻关系后的财产分割问题指令我院再审。故李×1(女)、李×2(男)的婚姻关系已于2013年6月4日我院作出原终审判决后予以解除。本次再审仅对双方争议的财产问题予以处理。本案争议焦点为:(1)关于401房屋首付款性质的认定问题。(2)李×2(男)是否存在恶意转移夫妻共同财产的问题。其一,关于401房屋首付款性质的认定问题:李×1(女)主张该款是借款,但未提交借据,其在诉讼中虽提交了录音证据,但李×2(男)予以否认,称该款为对其个人的赠与。该证据尚不足以证实李×1(女)的主张,故本院认定首付款为赠与性质。根据《婚姻法解释(二)》第二十二条第二款之规定,“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。”本案中李×2(男)父母为李×2(男)、李×1(女)二人购房支付的首付款30万元,在现无充分证据证实是对李×2(男)个人赠与的情况下,应认定为对李×2(男)、李×1(女)夫妻二人的赠与。原判决关于“李×2(男)父母汇给李

×2(男)的30万元首付款部分为对李×2(男)一方的赠与”的认定及据此判付的房屋折价款失当,本院再审予以纠正。诉争401房屋为夫妻共同财产,鉴于双方在一审庭审中明确表示对该房屋不进行评估,且一致认可房屋价值为每平方米28000元,故在一方取得房屋的同时,应向对方依此价格计付相应的房屋折价款。考虑房屋购置时的出资方式、双方收入情况,结合房屋的现实居住状况,本院判定401房屋归李×2(男)所有,李×2(男)给付李×1(女)房屋折价款1355279.35元。其二,关于李×1(女)申请再审认为李×2(男)恶意转移23万余元一节,李×2(男)主张其父亲2011年起生病住院,其陆续为其父支付医药费29万余元,并办理八笔普通信用消费易贷款。再审庭审中,李×1(女)认可李×2(男)为其父治病存在自费部分的支出。经查,李×1(女)主张李×2(男)恶意转移的款项中,包含上述八笔普通信用消费易贷款对应的还款,李×1(女)对此亦予以认可。其余款项,李×2(男)主张用于偿还公积金贷款、缴纳车险等日常消费,理由正当,本院对此予以采信。故对李×1(女)上述再审申请理由,本院不予支持。

【案例注解】

本案例主要涉及夫妻关系存续期间,一方父母为双方购买房屋而给付的首付款的性质认定问题,对此,《婚姻法解释(二)》第二十二条第二款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》[以下简称《婚姻法解释(三)》]第七条第一款均作出了相关规定,实践中对于案例中首付款的性质认定,有的认定为赠与,包括对配偶单方的赠与及对配偶双方的赠与,也有的认定为借款。本案结合当事人的举证情况,最后将其认定为父母对于夫妻双方的赠与,系对我国《婚姻法》确立的夫妻婚后所得共同制的回归。此外,对于夫妻一方主张对方在婚姻关系存续期间恶意转移财产的,亦应结合双方举证情况,并结合涉案款项的

数额、支出时间及用途等综合进行考虑，不能仅因为一方对涉案款项的支出不知情而认定存在恶意转移财产行为。

一、关于 401 房屋首付款性质的认定问题

我国《婚姻法》对于夫妻财产制的规定，主要体现在《婚姻法》第十七条、第十八条及第十九条，立法上确立的夫妻财产制的特点是：以夫妻婚后所得共同所有制为原则，以特定范围内财产归个人所有及约定财产制为补充，《婚姻法》所确立的夫妻财产制，以男女平等原则为指导，肯定了一方婚后家务劳动的社会经济价值，很好地调整了我国婚姻家庭关系，符合现实国情。司法实践中，为了更好地贯彻《婚姻法》所确立的夫妻财产制度，最高人民法院相继出台了三个司法解释，为实践中有关争议的解决，提供了法律依据。本案再审改判，也体现出实务中对上述司法解释理解认识的不统一。原审之所以认定涉案首付款系李×2（男）父母对李×2（男）一方的赠与，一是对于举证责任分配不清，二是对于婚姻关系存续期间一方接受赠与的财产从夫妻层面角度而言系个人财产还是夫妻共同财产，没能准确把握《婚姻法》及《婚姻法解释（二）》第二十二条第二款、《婚姻法解释（三）》第七条第一款的法律精神。

本案中，李×1（女）主张该款是借款，从债权角度进行抗辩，但未提供借据，尽管其提供了录音材料，但是录音载明的对话内容并不完整，且“出借方”即李×2（男）父母对此亦不予认可，鉴于借款关系系双务法律关系，与仅需要一方当事人意思表示即成立的民事法律行为存在较大区别，故难以认定李×1（女）的主张成立。在无法认定李×1（女）主张成立的情况下，是否就必然认定李×2（男）的主张成立，答案显然是否定的。对此，还应考察李×2（男）的抗辩主张是否具有证据支持，对于李×2（男）主张的该款系父母对其个人的赠与，虽然得到其父母的证实，但是并无证据证明李×2（男）父母在给付涉案款项之际即为对李×2（男）

个人的赠与，这种父母对于纠纷发生后的对于己方子女赠与的“追认”天然缺乏充足的证明效力。考虑到二人购买涉案房屋时，夫妻感情并未出现矛盾，此时公婆即明确表示首付款系对己方子女的赠与，亦有悖于我国社会家庭的传统生活习惯，因此，李×2（男）之主张亦不能成立。在李×1（女）、李×2（男）的主张均不能成立的情况下，法院不能拒绝裁判，需要综合全案的证据及相关法律规定对当事人争议的事实作出认定。正确处理本案，需要对《婚姻法》及司法解释的法律精神作出准确的理解与掌握。《婚姻法解释（三）》第七条第一款所作的解释，原则上是基于目前婚姻家庭关系的一些新特点，对于《婚姻法》确定的夫妻婚后所得共同制这一基本原则的限制，其本意是更加合理地处理离婚案件中的夫妻房产纠纷，但在一定程度上降低了夫妻关系中未出资购买房屋一方的家务劳动的社会经济价值，用“登记推定”的方式对于《婚姻法》第十八条中“确定只归夫或妻一方的财产”这种法律拟定事实作出了变更。基于《立法法》的有关规定，最高人民法院作出的属于审判工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。因此，实务中对于《婚姻法解释（三）》第七条第一款的运用应保持谦抑慎重的态度，确实注重夫妻利益平衡，从尊重《婚姻法》确定的夫妻婚后所得共同制的基本原则出发，对《婚姻法解释（三）》第七条第一款规定的“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产”中的“出资”作出限制性的解释，即仅应理解为“全部出资”。综上，再审综合本案证据情况，将涉案出资款认定为李×2（男）父母对李×1（女）、李×2（男）二人的赠与，既符合民事诉讼中举证责任的规定，也符合《婚姻法》及相关司法解释的原意，充分维护了男女双方在离婚案件中平等的财产权益。

需要说明的是，在个案中，即便适用《婚姻法解释（三）》第七条第一款的规定，将诉争房屋认定为夫妻一方的个人财产，但从尊重夫妻双方家务

劳动的社会经济价值角度、促进家庭关系健康稳定发展、促进社会稳定发展以及《婚姻法》规定的夫妻相互帮助原则在离婚后的适当延伸出发,人民法院应充分考虑到离婚后生活确有困难的一方保持一定生活水准的正当诉求,尤其是对于离婚后没有固定住所,收入有限,生活负担较重,而在婚姻家庭生活中为家务付出较多的弱势一方,法院可以依据《婚姻法》第四十二条的规定,判决取得房屋产权的一方对另一方进行必要的、合理的帮助。同时,严格依据《婚姻法》第三十九条的规定,适当照顾子女及女方权益。

此外,通过本案的审理,需要注意的是,认定推定事实成立即法律、司法解释拟定事实的成立,其前提在于:一是没有证据证明当事人主张的其他事实能够成立,如本案中无论是借款,还是单方赠与,均得不到有效证据证实;二是推定的某种事实成立,必须是法律、司法解释明确规定的某种事实,而不能是无明确规定的其他事实。

二、关于李×1(女)主张的李×2(男)恶意转移23万余元能否成立的问题

该问题的处理,关系到对于《婚姻法》第四十七条确立的离婚财产损害赔偿制度及《婚姻法》第十七条、《婚姻法解释(一)》第十七条确立的夫妻家事代理制度的理解与适用。对于离婚诉讼时,一方主张对方在婚姻关系存续期间存在恶意转移夫妻共同财产的,主张方应该承担相应的举证责任,这种举证责任既包括行为意义上提出证据,证明己方主张的责任,也包括在主张的事实真伪不明时,结果意义上应该承担败诉的法律后果责任。而对于夫妻家事代理权的理解,应该紧密结合婚姻家庭生活的内涵范围进行。婚姻家庭生活不仅包括夫妻二人组成的家庭的日常生活,如家务、教育、医疗,也包含了家庭在社会意义层面的作用,如赡养老人的义务等。合理确定家事代理的适用范围,需要对

“日常生活需要”作出界定,这里的“日常生活需要”不仅包括与夫妻日常生活需要相关的内容,还应包括夫妻各自直系亲属范围内必要的日常生活需要,如为各自的父母医疗而支出的费用。

综合分析本案中涉及恶意转移款项的证据,包含在一审庭审中李×2(男)提交的证据中,李×1(女)当时质证认为涉及的29万余元“是对原告父母的还款”,并未提及原告恶意转款的问题,故原判决对此进行了审理,并作出相关事实认定。通过对该20余万元款项账户历史交易明细审核,该款中包含了原审认定的李×2(男)八笔普通信用卡消费贷款相对应的还款10余万元,李×1(女)对此予以认可。再审庭审中,李×1(女)亦认可李×2(男)为其父治病存在自费部分的花销。另10余万元的款项,李×2(男)主张用于包括公积金还贷、缴纳车险等日常消费,李×1(女)对此不予认可,但亦未提供证据支持。故原审判决统一将涉诉账户中的支出认定为李×2在婚姻生活中的合理支出并无不当。综上所述,夫妻在共同生活中,一方基于赡养父母所必需而支出的开支,尽管与配偶未达成一致意见,或者在当时达成一致意见,事后配偶不予认可的,进而提出抗辩的一方应该对该支出不合理性提供证据,这既遵循了民事诉讼“谁主张、谁举证”的基本证明责任分配原则,也是对我国婚姻家庭生活中“家事代理权”的适当延伸,更是对赡养父母传统美德这一家庭伦理关系的肯定。

(一审法院独任审判员 唐卫京

二审法院合议庭成员 刘新泉、刘磊、朱文君

再审法院合议庭成员 徐庆斌、王斌、黄晓丰

编写人 北京市第一中级人民法院 黄晓丰

北京市第四中级人民法院 王斌

责任编辑 陈敏

审稿人 蒋惠岭)

【周末八股】离婚三十六计之三：借刀杀人

原创 2018-02-03 白玉兰爱股权 贾明军律师团队

https://mp.weixin.qq.com/s/1V7SbUrJ_k0ngJY4Zre6bg

幸福的婚姻总是相似的，而不幸的婚姻各有各的不幸。但婚姻的不幸原因，也有相似之处。数年前出版的《富人离婚的36个计策》收到各界好评。即日起，我们“白玉兰爱股权”在每个周末推出专栏，责任编辑小白获得作者独家授权，会把36计故事改编发布和大家分享，帮助大家树立和谐的家庭观念，学会依法维护合法权益。同时，阅读这些小故事，也可以增加阅历与智慧，快速识别世道险恶。

——小白

离婚三十六计之三：借刀杀人

原文

敌已明，友未定。

引友杀敌，不自出力。

释义

对方离婚的阵营与势力已经摆明了，但帮助自己的力量还不明确和足够。在这种情况下，就要设法利用一切可以利用的资源和“友军”去“攻击”对方，这也符合《易经》中“损”卦的易理。

“借刀杀人”这一计听起来好吓人，在离婚纠纷中，“杀人”是否太过了，大不了争财产，还杀人干嘛！当然，这里指的“杀人”含义主要指破坏对方的实力、扰乱对方的战术，而不是真正意义上的杀伤人命哦。

当然，离婚案件中真有雇凶杀人的，我遇到过有两起是涉嫌雇凶杀人，但借用这种直接方式达到独吞财产的目的，就不是我们今天要讨论的内容了。

丈夫在外几杆“彩旗”飘红 缺证据妻子请“第三者”指证

2003年我办过一个非常有意思的案子，那时候我办案还没有现在成熟，之所以把这个案例拿出来写，实在是佩服我们当事人聪明的才智，正是因为她使了这招“借刀杀人”的计策，最终才使得男方不得不低头认“罪”，多掏“银子”调解结婚。因此，我一看这第三计，马上就联想起我的当事人刘丽（化名）离婚的故事。

01

记得刘丽是通过网络找到我的，一见面刘丽就痛哭不止。因为她觉得她为这个家付出的太多了，可是刘丽的老公刘公（化名）却一点儿都不怜惜。是啊，刘丽不到四十岁的年纪，看起来是过于苍老，他们有一个儿子在上初中。

刘丽的老公在一家外资企业做高管，月薪三万多。2003年的三万月薪也不低了。因为老公收入较高，刘丽没有把重心放在工作上，而是安心在一家事业单位工作，工资只有四千块左右。虽然二个人都是硕士学历，但刘丽与刘公追求不同。刘丽追求感情生活和谐稳定；而刘公追求事业发达有成。当然，这也是一般夫妻组合的共通之处。

在没有见刘公之前，听刘丽说，刘公长得很潇洒，男人不到四十岁，经历了风雨、事业小成、成熟体贴，风度翩翩，很容易让无知少女想入非非（这是刘丽的话）；此外，刘公非常注意穿着服饰，按刘丽的话说，就是每天“披挂”着十万块钱的“行头”。为什么呢？从手表到西装，从皮鞋到提包，都是世界顶级名牌，加在一起，都快十

万了，那可是2003年的价值哦，你想想，一个十分潇洒的成熟男人，再穿戴好那么好的“行头”，自然非常亮眼了！

说起刘公的特点，以上这些都不算什么，刘公最大的特点，就是沉稳、成熟，“人缘儿”好，特会来事儿，深得同事和上司的一致好评。平时刘公话语不多，但颇有“心机”，这是刘丽给刘公的评价。

既然老公这么好，为什么离婚呢？

02

讲到离婚的原因，刘丽立即开始咬牙切齿了，外遇、还是外遇！

外遇是夫妻感情最大的“杀手”了，法官天天目睹离婚案件，什么第三者啊之类的，都司空见惯了。我劝刘丽，男人有第三者，你作为女人是不是也要反思一下啊，是不是自己哪方面做得欠缺一点儿（当然，我不是否认男人这种做法的不合理性），有没有想过自己的问题？

刘丽说，哎，我怎么没有想过！一开始，我认为是不够温柔，或者是因为年纪大了，变成“豆腐渣”了，没有姿色了，大家在一起十几年了，没新鲜感了，按着时下流行的说法叫“摸着左手像右手”。可后来，我发现根本不是这一回事儿，我觉得刘公其实是“风流”成性的，找新鲜和刺激是他现在生活的方式。人家外遇只是遇一次而已，而他外遇，就目前我知道的情况来看，是二次、三次，甚至更多。我们不仅有第“三”者，而且还有第“四者”、甚至还有第“五”者！

接着，我对刘丽和刘公的夫妻共同财产进行了整理。他们结婚十四年，婚后购有二套房产，几十万元存款和一些理财产品。另外，男方因为在外资企业工作，因此，工资收入也基本是真实的。与国内某些公司、单位不同，外资企业一般不会出具虚假证据，一般不会过低地描述员工的收入。并且，男方单位开具的男方每月三万二千多的月收入，刘丽也基本没有什么异议。

“既然共同财产明确，并且男方也表示愿意按一人一半来分割，为什么你还要请律师呢？”，我也不解，问刘丽。

“我不同意啊”，刘丽一脸的忿忿，我跟他这么多年，一心一意和他过日子，而他却做对不起我和孩子的事！一人一半就算啦？我不甘心，我要他净身出户！”

“可是，目前我们国家法律规定，共同财产在离婚分割的原则基本就是一人一半啊，并且，婚外情并不是提起精神赔偿的法定理由。即使你要作为无过错方财产多分，也是非常有限的照顾，何况我看你也没有什么证据证明刘公有婚外情和外遇啊！”

“我打过他的通话清单，你看，他和那几个电话号码联系多密切！最让我伤心的是，今年2月14日情人节这天，他不仅一个电话都没有给我打，而且借口出差，一定是和哪个狐狸精在外鬼混去了！这也不算，还给二个电话号码发了不下几十条短信，气死我了！”

“这个电话清单你哪儿打印的？”我问。

“我花了一千块钱让侦探公司打的”。

“这个证据，来源缺乏合法性，恐怕不能作为证据提交法庭。退一步说，就算你提交到法院，单凭通话证据，也不能说明什么啊，这只能说明刘公和哪个号码通过话。至于和谁通的、说了些什么，也看得出来啊？”

刘丽沉默了一会儿，叹了口气，说：“唉，是啊，我所以没有办法了，才来找你们律师啊”。

“我们律师也不是万能的，也不能做成所有的事啊”，我说。

“反正我现在不想见这个陈世美，反正你们律师能帮我去和他谈，尽量多争取一些吧，我一见他就气不打一处来”。

“我可不能保证你的要求，从法律上来讲，让他净身出户法律依据不足”，我善意提示刘丽。

“请你们尽量努力吧，反正我也不打算和他一起过了，就算你们帮我谈也行”，刘丽说。

就这样，我接手了她的这个案件。

03

律师的工作，有点儿“收入钱财、替人消灾”的意味儿。虽然共同财产情况非常清楚了，但我还是很认真地分析了相关的材料。经过一段时间的调查，我了解到，刘公在外面经常联系的女人有三个，一个叫张芳（化名），一个姓李，具体姓名不清楚，还有一个叫赵露（化名），联系的相对少一些。这三个女子，刘公和张芳联系的次数最多、持续的时间最长，可能关系最密切！我又从上海市公安局治安总队查询到，张芳还没有结婚，是一个未婚女子。

了解了这些情况后，我又把刘丽找来，问她：“张芳这个女子，你打过交道么？”

“没有，我和这个狐狸精有什么好讲的！”刘丽说。

“我建议你不妨找她谈一次，把你们谈话的录音录下来，也算是一个证据啊。然后再根据录音内容，确定对案子有没有用”，我说。

“这…”，刘丽有些迟疑。

“试一试嘛，说不定对你多分财产有好处呢”，我劝她。

听到这儿，刘丽眼睛一亮，说“好，我试试”。

刘丽拨通了张芳的电话，可没等刘丽讲话，嘟、嘟响了二声，对方就把电话挂断了。

“你看、你看”，刘丽气着说“这个狐狸精，多聪明，一看不认识的电话，接都不接，一定是心虚”。

“那你可以去她家找她，了解一下相关的情况啊”。

“我一定去，到现在，我一定要找到她，问清楚，问问她为什么要破坏我们的家庭”，刘丽下了决心。

“你不能一个人去，最好找一、二个朋友陪你，谈的时候可以单独你一个人和她谈，但一定要在公共场所谈，出于安全考虑，尽量不要在她

们家里谈”，我提醒她，并又交待给刘丽一些注意事项。

04

过了二天，刘丽给我打了一个电话，听起来她很兴奋，说案件有了重大进展，要当面找我谈。

见了面，刘丽就迫不及待地给我讲了她找张芳的事儿。

原来，听了我的建议后，刘丽让一个朋友陪着去找了张芳，是在她们家门口堵着她的。张芳的父母在家，以为是张芳的朋友来串门。

在表明自己的身份后，让刘丽没有想到的是，张芳比她还激动，说别提刘公的名子，刘公不是一个好东西，还说自己和刘丽一样，都是受害者，都上了刘公的骗！

原来，张芳和刘公是在一次朋友聚会上认识的，刘公的翩翩风度让张芳很有好感，也没有拒绝刘公的第一次单独吃饭邀请。在交往中，刘公讲述了自己“不幸”的婚姻，以及自己事业上的种种挫折，让张芳深感同情。同时，刘公对张芳无微不至的照顾和时常“惊喜”的浪漫，让张芳感觉刘公是一个很懂“生活”和很有品味的男人。有了“关系”后，刘公不止一次地向张芳表白心迹“我一定离婚，一定会娶你！这一辈子我最爱你！”就这样，二个人一直交往了二年多，关系也就在刘公“等等、再等等、再给我一些时间”保持着暧昧、灰色的情人关系，这让张芳很没有安全感，并且，张芳明显感觉这段时间刘公对她没有这么“热情”了！更不能让张芳容忍的是，张芳居然在三个月前发现刘公又和另外一个赵姓女子好上了，这此，张芳和刘公彻底闹翻了。当从刘丽嘴里知道不仅有一个赵姓子女，还和一个李姓女子关系暧昧后，更是气得不打一处来。张芳说，她一心等刘公离婚后再嫁给他，并且让刘公到她家里吃过饭，还说刘公是单身，父母都还等着喝他们的喜酒呢，事到如今，张芳的父母还不知道现在他们已经分手了。

我听到这里说：“成果还不错啊，至少能够说明刘公有张芳这个外遇了”。

“不止如此”，刘丽一脸的神秘，说：“我看到张芳对刘公这么有气，就和她做了一笔交易”。

“什么交易”？

“我让张芳出庭作证，证明刘公和她有不正常暧昧关系，说明他有过错”。

“她会出庭作证啊？不可能吧？”

“她肯定会！”

“为什么？”

“我和她有协议”，刘丽说着就从包里拿出一张协议。

我打开协议，看了，禁不住笑了，说刘丽真有你的！

原来，刘丽和张芳约定，如果张芳愿意帮助刘丽出庭作证，张芳在共同财产上分得一半以上的财产，多出一半的部分，给张芳 1/3。还约定，张芳还会提供刘公给她写的情书、买的物品、二个人一起拍的情人亲热照片都会作为佐证。刘丽说着，就把这些材料拿出来。我看了，觉得认定刘公有违反《婚姻法》第四条忠实义务的行为还是比较有把握的，更何况张芳会出庭作证。于是，第二天我就像法院提交了申请张芳出庭作证的请求书。

再往后的事就不难想象了，在看到张芳给刘丽、刘丽又提交法庭的那些情书、礼物和照片、又得知张芳会亲自出庭作证后，张芳的律师主动找上门来要求调解，在我的劝说下，最终刘丽和刘公经过调解“握手言和”，以刘丽分得共同财产的 2/3、刘公拿走 1/3 结案。

在签署完调解书后，我悄悄好奇地问刘丽：“你真要给张芳你多分 100 万财产中的一半啊？”

刘丽敏捷地把调解书小心翼翼地放在包里，拉好拉链，狡捷地看了我一眼，笑着问我“你说呢？”

在那一刻，我感受到了“借刀杀人”这招的神奇和一个智慧女人的精明。

律师分析

借刀杀人，就是利用间接的方法去攻击对方，自己却不用出头露面、借他人之力，来挫对方的锐气和战斗力。

本案中，以刘丽掌握的证据和材料，不足以证明刘公的过错，也不足以给刘公以实质的心理压力。作为律师，即使在法庭上再慷慨陈辞，在认定刘公是否有过错上，也无乎作用不大，对于财产多分的要求，也基本上没有作用。

而利用张芳这把“刀”去攻击刘公，效果就截然不同。原因有二：

其一，张芳直接掌握着刘公外遇的关键证据，更为重要的是，张芳本人就是“活”证据，对于证实刘公违反婚姻法夫妻忠实义务，有重大作用；张芳与刘丽不同，而张芳只是刘公的“情人”，且未婚，又不是社会污纳之流，在一定程度上还是要面子的，所以这些过错证据对她来说，意义和作用不大；刘丽是刘公的老婆，可以用到这些材料。

其二，本案刘公最后妥协让步，一方面在于判断出在开庭时局面不利，更多的是出于息事宁人的考虑，现在刘丽手中有“筹码”，以此可能会给其造成单位、朋友之间不利的印象和影响。如果说以前刘丽没有凭证，现在有了张芳提供的证据，会给刘公的社会声誉造成严重影响，会大大降低声誉评价。这对于一名企业高管来说，可能是非常大的污点。

最有意思的是，刘丽与张芳实属“情敌”，但出于利益驱动，以及出于对刘公的“切齿之恨”，使得这一对原本“水火不容”的“冤家对头”居然走在了一起，成了“统一官司战线”。

可见，在离婚诉讼中，自己很难做到的事，可以借助于敌人的手法去做，有时候无需自己动手，可坐得其利。而借的“刀”，可以是人力、也可以是财务、也可以是证据、也可以是各种有形、无形的力量！

至于是否会依约定给付张芳多分财产的“报酬”，虽然刘丽没有告诉我真实的结果，但我能猜的到。其实，那是一纸值得商榷的约定，即使刘丽爽约，张芳也只能苦水自己咽，做了人家的“刀”，被人家“卖了”，还得帮人家数钱，这是张芳做第

三者和贪图钱财的代价，这里就不再评述了。当然，我也得到了一个感悟：做律师，别太法条了；做律师，别太不敢想了；只有想不到，没有做不到——当然，要悠着点儿！

裁判规则 | 融资租赁债务能否被认定为夫妻共同债务？

2018-02-03 零壹融资租赁简报 汇融律所 李雪梅、贺欣

<http://mp.weixin.qq.com/s/CRNkeB934exN0sZ9c-LZkQ>

2018年1月17日，最高人民法院发布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号，以下称“《夫妻债务司法解释》”），就当前司法实践中争议较大的夫妻共同债务认定问题作出明确规定。融资租赁业务实践中，常见有自然人作为承租人或担保人的情况，关于此类业务项下的债务是否属于夫妻共同债务，本文结合具体案例及《夫妻债务司法解释》作一简单分析。

1 裁判规则

夫妻一方发生融资租赁债务，另一方并无共同意思表示，且该债务并非为家庭日常生活、夫妻共同生产经营所负的，即使债务发生于婚姻关系存续期间，也不能被认定为夫妻共同债务。

2 案例概况

江苏徐工工程机械租赁有限公司与李某、陆某某等融资租赁合同纠纷案

一、案件当事人

上诉人（原审被告）：李某

被上诉人（原审原告）：江苏徐工工程机械租赁有限公司

原审被告：陆某某、担保人（担保人）

二、案号：江苏省高级人民法院（2016）苏民

终20号

三、案件事实

2012年9月13日，李某向徐工租赁公司出具“选定设备及出卖人通知单”，主要内容为：本人经过市场考察，认为徐工重型机械有限公司生产的QY100K-1型号设备符合本人生产经营需要。并于同日签署融资租赁合同。后由于李某无法办理车辆上牌手续，进而致该车辆长期闲置、无法运营，李某一直未支付租金。李某与陆某某于1999年登记结婚，本案诉争的融资租赁合同签订、履行过程，处于李某、陆某某婚姻关系存续期间。

四、起诉与法院认定

徐工租赁公司向一审法院起诉要求李某、陆某某及担保人对案涉租金、违约金承担共同清偿责任。

一审法院审理认为：陆某某与李某系夫妻关系，案涉的融资租赁关系发生在其婚姻关系存续期间，李某亦认可案涉债务用于其家庭共同生活，因此，案涉债务应系夫妻共同债务，应由李某、陆某某共同偿还。故支持徐工租赁公司该项诉请。

五、上诉与法院认定

李某不服一审判决，提起上诉。

二审法院审理认为：虽然陆某某与李某系夫妻关系，涉融资租赁关系发生在其婚姻关系存续期间，

李某亦认可租赁案涉车辆进行经营所获收益的用途包括了家庭开支,但这不构成在本案中直接判令陆某某对融资租赁合同项下李某的债务承担连带清偿责任的依据。

3 法律评析

关于《婚姻法解释二》第24条

在《夫妻债务司法解释》出台之前,司法实践中认定夫妻共同债务以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“《婚姻法解释二》”)为依据,其第24条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”根据该规定,在陆某某并未出庭应诉并举证的情况下,承租人李某在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务,应当按夫妻共同债务处理,一审法院即依此处理。

但本案二审法院改判并驳回了债权人的诉请,其认为承租人李某认可租赁车辆进行经营所获收益的用途包括了家庭开支不构成陆某某承担债务的依据。结合法院查明李某向徐工租赁公司出具的“选定设备及出卖人通知单”载明李某购买租赁车辆系用于生产经营需要,与夫妻家庭生活无关,笔者推测二审法院将认定夫妻共同债务的焦点放在了是否用于夫妻共同生活,并将相应的举证责任分配给债权人。可见,此前司法实践中法院对如何适用《婚姻法解释二》第24条存在争议,而本案二审法院的审判思路与近日最高院出台的《夫妻债务司法解释》不谋而合。

关于《夫妻债务司法解释》

《夫妻债务司法解释》对夫妻共同债务的认定标准主要明确了三点:第一,夫妻共同意思表示(包括夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等方

式)所负的债务为夫妻共同债务;第二,为家庭日常生活所负的债务为夫妻共同债务;第三,超出家庭日常生活需要所负债务,不支持债权人主张为夫妻共同债务,除非债权人能够举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。最高院民一庭庭长程新文在答记者问中表示,“家庭日常生活需要的支出是指通常情况下必要的家庭日常消费,主要包括正常的衣食消费、日用品购买、子女抚养教育、老人赡养等各项费用,是维系一个家庭正常生活所必须的开支”。

可见,《夫妻债务司法解释》实质上对司法实践中关于如何适用《婚姻法解释二》第24条的争议下了定论,即不再一概推定夫妻一方以个人名义所负债务为夫妻共同债务,而是将夫妻一方以个人名义所负债务分为两部分,一是为家庭日常生活所负的债务,认定为夫妻共同债务;二是超出家庭日常生活需要所负债务,推定为个人债务,债权人主张为夫妻共同债务的应承担举证责任。这一规定恰是本案二审法院的审判思路。

对租赁公司的建议

租赁公司今后与自然人开展融资租赁业务,或由自然人提供担保,将受到《夫妻债务司法解释》的深刻影响。假如承租人或担保人为夫妻一方,发生争议时租赁公司主张夫妻共同债务的,法院将结合实际情况,判断该债务是否属于家庭日常生活、夫妻共同生产经营所负,并依此分配举证责任,租赁公司可能将承担举证不能的不利后果。

为避免上述风险,建议租赁公司在与自然人开展融资租赁业务或由自然人提供担保时,尤其是租赁物系生产经营所需而非生活消费所需的,第一,考虑采取夫妻双方皆作为承租人/担保人的方式;第二,考虑要求承租人配偶签署同意融资租赁债务/担保之债并将之作为夫妻共同债务的相关文件;第三,如确为用于家庭日常生活或者夫妻共同生产经营的,应注意保留相关证据。

观点 | 郑重对待您的赠与

原创 2018-02-05 汉坤律师事务所 汉坤

https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5ODM3MzU4Mg==&mid=2653063034&idx=1&sn=b2518bc94e2f2a5220f46d40230ca87f&chksm=bd1d96db8a6a1fcd1a00816dd7c1027e7d6deba5fbad166a808d9ae5245ae3ab4575dfbc0bea&mpshare=1&scene=1&srcid=0205c9cBgHoIJM9BiNuJj9ew#rd&winzoom=1

赠与，又作赠予，是亲属之间或者准家人（例如恋人）之间的较为常见的一种财产转移的安排。在大部分情况下，赠与是情谊与友善之表达，理应增进相互之间的感情但大额的赠与引发纠纷在实务中并不罕见。这一现象很可能源于两个原因：一则赠与都是发生在关系亲密者之间，因此对赠与都是简化处理，鲜有用书面形式制成正式的赠与合同的；二则也很少有人就此类事项付费咨询律师等专业人士，而是凭着直觉完成了赠与。

但事实上，赠与并不是一项简单的法律制度，是一项被低估的法律制度。下文对赠与制度及其适用作一概括性的介绍。

赠与之法律适用

借贷抑或赠与之定性。父母资助子女购房，在近十年是一个家庭常态。在诸多的离婚案件中，特别是父母资助了部分款项情况下，这部分由直接汇款形成的“资助”，往往会形成两类争议：第一，是赠与还是借贷？第二，如果是赠与，那么属于赠与个人还是赠与夫妻双方？即使《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7条作了相对细致的规定，在缺乏书面文书的情况下，法院审理中也更多依靠法官有限的查明与自由裁量进行判决。因此，建议从最初应当以书面形式明确属于借贷还是赠与；并且自然人之间将借贷豁免（即将借贷实质性转化成一种赠与），在现阶段都不产生个人所得税问题，因此是宽松灵活可以转化的。

彩礼与赠与。彩礼是中国传统婚俗中的重要

内容之一，作为习俗迄今仍有广泛的影响力。从民法角度看，彩礼合乎赠与之外观：一方付出而无偿地使对方获得财产。但是在婚恋关系中并不是所有的赠与被认定为彩礼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条规定了允许彩礼予以返还之特定情形，但是对于从性质上未被认定为彩礼的其他赠与，都无返还之法定依据。因此，婚恋期间的大额赠与需要谨慎。

赠与之反悔与撤销。根据《中华人民共和国合同法》（下文简称“《合同法》”）第186条的规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。本条在婚姻家庭关系中依然适用，并不会因为当事人之间的特殊性而有区别对待。《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6条明确规定：“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。”。换句话说，在婚前或者婚姻关系存续期间，关于慷慨赠与、房产加名等的一纸承诺是不产生严格意义上的法律拘束力的，只有完成了的赠与，才是真正的赠与。

离婚协议中赠与之特别法律适用。按照北京市高级人民法院的观点，在离婚协议中双方将共同财产赠与未成年子女的约定与解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等内容互为前提、互为结果，构成了一个整体，

是“一揽子”的解决方案。如果允许一方反悔，那么男女双方离婚协议的“整体性”将被破坏。在婚姻关系已经解除且不可逆的情况下如果允许当事人对于财产部分反悔将助长先离婚再恶意占有财产之有违诚实信用的行为，也不利于保护未成年子女的权益。因此，在离婚后一方欲根据《合同法》第一百八十六条第一款之规定单方撤销赠与时亦应取得双方合意，在未征得作为共同共有人的另一方同意的情况下，无权单方撤销赠与。因此当赠与属于“离婚协议”一揽子具体协议之一部分之时，其法律适用上有特别之处。

赠与的规划

继承、人寿保险、家族信托和赠与，被并称为四大传承工具。赠与制度作为传统的财富传承工具，其作用不容忽视。从法律基础与法律实务来看，现行的《合同法》支持复杂性的赠与安排。下文我们将常见的规划进行了简单的整理。

赠与中明确标的物属于受赠人的个人财产。

《婚姻法》第18条规定“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”，属于夫或妻一方的财产。也就是说允许赠与人在赠与之意思表示中明确赠与标的物是否属于受赠人的个人财产；如果无明确的意思表示或者可明确推定的意思表示，则将被认定属于受赠人的夫妻共同财产。但现实中基于情面等因素，赠与当时的意思表示往往是模糊的，从而导致在发生争议后的诉讼中很难认定是赠与一方还是赠与双方。因此建议如果确有需要，应对予以明确。

赠与房产，保留居住权。虽然现行《物权法》并未承认居住权属于典型的物权之一，但是为第三人谋求居住权的诉求，并不罕见。例如A先生希望其个人房产在自己百年之后由自己的女儿C女士取得；同时在自己先于再婚妻子B女士去世的情况下，也希望保障B女士在该房屋内终身的居住权。这种诉求在家事领域是常见的。A先生通过效力相对最高的公证遗嘱来明确该个人房产由C女士一

个人继承，但房产的继承程序不可能完全绕开法定继承人B女士，有可能因此产生讼争。而赠与制度则提供了另外一种可能的路径。即A先生生前直接通过赠与过户给C是这一最直接的做法。当然此时要保障A先生与B女士的利益，特别是在居住权无法在不动产登记机构进行他项权利登记的情况下，需要一系列较为复杂的协议安排来确认此项居住权利，包括在赠与合同中附上明确的义务。但是可以确认的一点是，保留居住权在法律技术上完全是可行的，限于篇幅与主题，本文在此不赘述。

赠与股权，保留投票权等管理权限。股权赠与之后，保留投票权等管理权限，在现实中也并不罕见。例如A先生与太太B女士协议离婚之时，达成了将属于夫妻共同财产的股权之部分转移给未成年的孩子C名下的协议。此时获得对C名下股权的管理权，对A先生继续保留对企业的控制权而言是一个重大的诉求；而对B女士而言，只要确保企业经营的大部分利益归属于C即可，因此这样的安排符合共同的利益诉求，有利于协议和平地分手。除了在家事领域，股权赠与在商事领域也有适用的情形。现实中在高管、核心技术人员聘用协议中约定股权的赠与的并不罕见，这类协议往往也是一揽子协议之一部分，并且还有个人所得税等问题需要认真对待，比家事领域的股权赠与要复杂得多。

结语

赠与往往发生在关系密切者、利益一致者之间，因此在发生赠与之时往往会选择简化处理。但即使是亲人，关系也有疏远之可能；而利益更不可能永远一致。这解释了为何现实中赠与引发的纠纷之多样性与频繁性，同时也说明了赠与是一项需要咨询专业人士才能妥善解决的事项。

现行《合同法》、《婚姻法》及其司法解释对赠与有较为细致的规定，但依然是碎片化的，离制度的体系完整还很遥远。在目前规范不完整的情形，需要充分利用意思自治原则来完善赠与合同之内容，期望最终的结局符合赠与人之意愿；或者在不

符合其意愿之时也能有其他救济之可能。此外，虽然不乏单纯赠与之情形，但更多的赠与往往发生在一个更大的法律关系或者法律框架之中，此时如何从技术上将赠与合同与其他合同相关联，也是值得

专业人士去探讨的法律问题。

郑重对待您的赠与，不要让赠与之慷慨成为失望与遗憾。

【原创】三起 境外“虚假信托”击穿案的警示

原创 2018-02-09 白玉兰爱股权 贾明军律师团队 郝丹阳

<http://mp.weixin.qq.com/s/6GpfaAu5I5749ABRticCKQ>

家族信托作为一种重要的财富传承工具，最早起源于英国，并且在全球不断发扬壮大，许多大家族都设立了家族信托，广为人知的包括洛克菲勒家族信托、肯尼迪家族信托、默多克家族信托、李嘉诚家族信托等。这些大家族之所以选择家族信托，主要是因为家族信托具有私密性，并且具有传承规划、债务隔离、税务筹划和慈善公益等功能，可以较好的满足高净值人士的家族财富传承需求。

近些年，随着经济的发展和家族财富传承意识的觉醒，中国越来越多的高净值人士也开始选择在境外设立家族信托（通常选在英属维京群岛、英属泽西岛、英属库克群岛等地），以期实现家族财富的传承。然而，家族信托的上述功能并非是绝对的，并非家族信托一经设立就大功告成了。设立信托只是万里长征的第一步，如何平衡受托人（trustee）与委托人（settlor）、受益人（beneficiary）、保护人（protector）之间的权利以及受托人如何持续管理、经营好信托才是实现家族财富传承的关键。

在实践中，被法院击穿的信托有多种原因，最普遍的原因要数“虚假信托”（sham trust）了。虚假信托是指信托设立的实际情况与信托架构的表现形式相违背，较常见的情形是委托人保有大量的权利，表面上看是受托人在管理家族信托，实际上则是委托人暗地里掌控，将信托财产作为个人财产处置，受托人不过是委托人控制的一个“傀儡”。泽西岛（英属）的一名法官最早在审理虚假信托案

件时引用过一句拉丁语格言“donner er retenir ne vaut”，英文意思为“it is not possible to both give and retain”，对于家族信托的语境译为“委托人不能既当信托的出资人又当信托的保管人”。

在面对虚假信托诉讼时，英美法系国家的法院往往会查明委托人设立信托的真实目的，同时结合受托人在实际操作中的独立性和委托人在信托中所保留权利等因素进行综合判断。笔者将分别通过英国、香港和泽西岛的各一个案例对此进行论述。

案例1 谢尔盖·普加乔夫案[1]（英国）

英格兰和威尔士高等法院于2017年10月11日裁定，前俄罗斯银行家谢尔盖·普加乔夫的五个新西兰家族信托无效。普加乔夫曾经是俄罗斯顶级富豪之一，被称为“隐身巨头”，曾经坐拥的商业帝国涉及银行、航运、文化传媒等多个领域。根据媒体报道，截至2008年，普加乔夫已拥有约150亿美元的资产。

2008年，普加乔夫的国际工业银行陷入经营困境；2010年，国际工业银行宣布破产，进入破产清算程序。2011-2013年，国际工业银行还在清算期间，普加乔夫在新西兰设立了五个家族信托，这五个信托均为酌情信托（discretionary trust），信托资产总计为9500万美元。普加乔夫及其配偶、子女是这五个信托的酌情受益人（discretionary beneficiary），普加乔夫同时是信托的保护人。在

这五个家族信托的文件中可得知,保护人拥有分大的权利,譬如保护人有权决定是否支付信托财产的收益以及信托财产本金的分配、决定信托资金如何投资、随意变更或增加信托的受托人等;另外,虽然普加乔夫不能随意变更受益人,但是他有否决受托人将收益分配给其他受益人的权利;并且他还要求受托人在用信托财产做具体投资时应当先经过保护人的书面同意等。

英格兰和威尔士高等法院在判决中认定这五个家族信托系普加乔夫经过精心、复杂设计的虚假信托,他设立这些信托的真是目的在于保持对其个人资产的控制,且通过信托的方式隐藏其资产,对第三方(即债权人)构成伪装,使原本属于他的财产从外观形式上看起来并不属于他。由于这些信托中保护人的权利过大,实际上赋予了普加乔夫操控信托的权利,普加乔夫的权利并非是为了行使其信托责任,则是把信托财产当成其个人资产。普加乔夫作为信托的保护人和酌情受益人,在背后操纵着这些信托,受托人并没有独立于普加乔夫的意图,仅为其操纵信托的“傀儡”。

法院根据查明的上述事实,判定普加乔夫在新西兰设立的五个家族信托为虚假信托,信托财产的真实所有者仍是普加乔夫,因此信托被“击穿”,其债权人可以对这9500万美元的信托财产进行追偿。

案例2 潘氏家族信托案[2](香港)

潘某(丈夫)与简某(妻子)于1968年1月在英国登记结婚。潘某的A公司于1990年代开始规模和效益做的越来越大。1995年7月,潘某在泽西岛设立了一个酌情信托,将A公司84.63%的股份置入进该家族信托。在该信托中,潘某为受托人、保护人及酌情受益人之一。

2009年2月,潘某基于分居两年提出离婚申请,简某对该法律程序未抗辩。法院于2009年5月宣告暂准判令,并于2010年9月颁下绝对判令。简某随后申请附属济助,她宣称平等分配原则

(equal sharing principle)应适用于该信托的全部价值。

香港终审法院在审理该案时,对潘某设立的家族信托采用的审查标准为“信托财产是否独立于委托人,该信托是否属于潘某的财务资源”。具体地说,法院将下述问题作测试准则:若潘某要求受托人预付该信托的全部或部分资本或收入给他,而以相对可能性而言,受托人是否相当可能会照办?

法院考察了该信托的设立及条款、潘某的意愿书、该信托资产的性质及受托人以往所作的分配。法院发现信托文件中赋予保护人一项非常重要的权力即可以随时更换受托人,这表明了潘某作为信托的保护人,其个人意愿对于信托受托人产生了重要的影响。潘某作为该信托的酌情受益人之一,表明其也打算从该信托的财产和收入中获得相应的信托收益。且该家族信托的主要信托财产是A公司84.63%的股权,而潘某系A公司的实际控制人。此外,该信托在实际运行中的一个事件引起了法官的注意,潘某于1996年1月22日签署了信托意愿书,希望香港某大学成为该信托的酌情受益人之一,而受托人仅在四天后就立刻决定该大学成为符合条件的受益人。说明受托人的决定受到委托人的较大影响。

香港终审法院据此认为,潘氏家族信托可视为潘某对A公司股权处理的遗嘱,如同立遗嘱人可随时变更遗嘱一样,法院有理由相信无论潘某如何修改信托意愿书,受托人都一定会尊重并执行他的所有意见。整个信托基金被法院视为潘某可操控利用的财务资源。本院裁定有明确证据显示,受托人极有可能在潘某有此要求时预付该信托的全部或部分资本或收入给他。因此潘氏家族信托被法院击穿,信托财产中有一半的财产应当归属于简某。

案例3 Rahman v. Chase Bank 案[3](泽西岛)

本案的原告Rahman起诉的是其丈夫生前所设立信托的受托人,要求法院确认其丈夫生前所设立的家族信托系虚假信托。泽西岛皇家法院在审理该

案时认为,本案的主要焦点为委托人即 Rahman 的丈夫所设立的信托是否违反了格言 *donner er retenir ne vaut*,即委托人不能既当信托的出资人又当信托的保管人这一基本要求。

法院在查明事实后发现,从委托人设立该信托开始,委托人一直对该信托拥有实际的控制权,每当委托人要求受托人支付其信托财产及信托的相关收益时,受托人都会根据委托人的要求立刻支付。委托人可以决定受益人的变更,可以决定信托财产的分配,可以将信托财产为自己提供贷款,并可以用信托财产任意进行投资。

根据上述事实,法院认为委托人已经把信托财产完全当成了自己的个人资产对待,受托人不过是其操纵的“傀儡”。根据该信托中文件的约定以及实际运作,可以断定委托人与受托人在主观上没有设立信托的合意,委托人不过是通过信托这一外在表现形式来掩人耳目,达到其所欲意的各种目的而

己。这样的行为已经与信托的基本要求即委托人不能既当出资人又当保管人相违背,因此该信托为虚假信托,被法院击穿。

结语

家族信托是需要持续用心经营的财富传承工具,需要考虑的是如何结合家族的情况和需求进行信托架构的设计和平衡。只有依据信托设立地的法律合法合理的搭建架构并精心经营,才能实现家庭财富永续传承的“初心”。

[1]JSCMEZHDUNARODNIY PROMYSHLENNIY BANK V. PUGACHEV & ORS [2017] EWHC 2426 (CH)

[2]KAN LAI KWAN KAY v. POON LOK TO OTTOFACV, Nos 20 & 21 of 2013

[3]ABDEL RAHMAN V. CHASE BANK, [1987-88 JLR 81]

四川法院关于父母为子女购房出资性质不明时 款项性质认定问题的司法裁判规则

2018-02-10 新浪博客 蒲毅律师

http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog_979dd74c0102y298.html?utm_source=bshare&utm_campaign=bshare&utm_medium=weixin&bsh_bid=1944073239&from=groupmessage&isappinstalled=0

四川法院关于父母为子女购房出资性质不明时

款项性质认定问题的司法裁判规则

作者:蒲毅,四川韬世律师事务所律师;唐久,四川韬世律师事务所律师。

在当前的司法实务中,父母为子女购房出资时未明确为借贷还是赠与,而当子女发生婚姻纠纷时父母通常以己方子女单方出具的借款凭证主张为借贷而子女另一方则主张为赠与的纠纷越来越多。

此时,款项性质的认定为案件的争议焦点,其核心问题在于实体法上对《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)》(下文简称《婚姻法司法解释二》)第二十二第二款含义的理解以及程序法上对证据的认定与举证责任的分配。对此,不同地区法院普遍存在不同认识,“同案不同判”的情形较为严重。笔者特从“无讼案例”上收集了近年来四川地区法院的一些相关典型判例,整理与归纳出法院对该问题的司法裁判规则,以供办案参考。

一、认定为赠与而非借贷的部分判例

案例一:吕丽萍与吕卓、李娜民间借贷纠纷案

1、案例概况

吕丽萍系吕卓姐姐，廖国连系二人母亲，吕卓与李娜原系夫妻关系。在吕卓与李娜婚姻关系存续期间，李娜收到吕丽萍银行转款 190000 元以及吕卓通过支取廖国连银行存折收到 87800 元。2012 年 4 月，吕卓向吕丽萍出具的还款承诺书上载明吕卓、李娜于 2009 年 2 月至 2010 年 4 月期间向吕丽萍借款 277800 元，用于购买住房、车位、轿车及装修房屋，并承诺于 2012 年 5 月 1 日前向吕丽萍还清借款。2012 年 10 月 22 日，吕丽萍向原审法院提起民事诉讼，诉讼请求李娜、吕卓偿还吕丽萍借款 277800 元及利息。在本案诉讼过程中，吕卓与李娜于 2013 年 3 月 20 日协议离婚，双方在离婚协议书中约定双方与吕丽萍在本案中所涉及的全部经济责任由吕卓承担。

2、法院观点

成都市中级人民法院二审认为，虽然吕丽萍向李娜银行账户转入共计 190000 元，因李娜否认该款系向吕丽萍的借款，吕丽萍也未提交证据证明转款当时吕卓与李娜向其出具了借条，双方建立了借款关系。2012 年 4 月 20 日吕卓向吕丽萍出具还款承诺书，确认上述款项是其与李娜向吕丽萍的借款，因该承诺书出具时距吕丽萍转款已长达两年时间，吕卓已因感情不和与李娜分居，还款承诺书上也没有李娜签字，且吕卓在 2013 年 3 月 20 日的离婚协议中确认其与李娜婚姻关系存续期间无共同债务，还款承诺书内容与离婚协议内容自相矛盾，故还款承诺书不能证明吕丽萍转至李娜账户上的 190000 元系借款。此外吕卓自认从其母亲存折上取款 87800 元系其姐吕丽萍出借的款项，因只有吕卓的单方陈述，而无其他证据相佐证，不能作为本案定案的依据。综上，吕丽萍在本案中的诉讼请求因证据不足，应予驳回。

案例二：张某某与刘某某、李某某民间借贷纠纷案

1、案情概况

刘某某与李某某系母子关系，李某某、张某某系夫妻。李某某、张某某购房时刘某某出资 100 万。2014 年 11 月，李某某与张某某协商离婚时形成《离婚协议》一份，该协议明确载明：“双方确认在婚姻关系存续期间未发生任何共同债务，任何一方如对外负有债务，由负债方自行承担”。该离婚协议由李某某拟定并经其父修改，李某某再通过邮箱发给张某某。后刘某某向法院提起诉讼，请求李某某、张某某归还购房款 100 万并向法院提交李某某出具的借条一张，借条载明的借款时间为 2013 年 7 月 10 日，借款金额为 100 万，利息按照年利率 24% 计算。

2、法院观点

成都市中级人民法院二审认为：

首先，从刘某某提交的借条来看，借条签订的严密性、专业性、母亲向儿子收取年利率 24% 的利息、庭审中母子对借条出具陈述的矛盾、张某某未知晓借条等疑点，均不符合生活常理，借条的真实性严重存疑，故法院对其不予采信。

其次，2014 年 11 月，李某某与张某某因感情不合而协商离婚，李某某亲自草拟了《离婚协议》，该协议还经李某某父亲修改后再通过邮箱发给张某某。《离婚协议》明确载明：“双方确认在婚姻关系存续期间未发生任何共同债务，任何一方如对外负有债务，由负债方自行承担”。

最后，从举证责任来看。刘某某虽有转款凭证及借条，其子李某某亦认可借款，但因借条疑点甚多，且李某某夫妇共同认可的《离婚协议》未载明该笔借款，而《离婚协议》的证明力远高于借条，故张某某主张赠与的举证责任已经完成。

综上，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》（后文简称《民间借贷司法解释》）第十七条“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿

还双方之前借款或其他债务,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。”之规定,刘某某还应就借款的合意承担证明责任。但其未能证明,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(后文简称《民事诉讼法司法解释》)第九十条第二款“在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”之规定,本院对刘某某的借贷主张不予支持。

二、认定为借贷而非赠与的部分判例

案例一:余天虹、毛远兰与余莉莎、黄鑫民间借贷纠纷案

1、案情概况

余天虹、毛远兰系夫妻关系,余莉莎、黄鑫为二人的女儿、女婿。2013年,余天虹、毛远兰以积蓄及银行贷款为黄鑫、余莉莎支付购房首付款70万元。2016年6月,余莉莎单方应余天虹、毛远兰要求出具了《借条》,并将落款时间写在2013年3月。后余天虹和毛远兰向法院起诉请求余莉莎和黄鑫返还上述购房款。此外,2016年9月8日,黄鑫向一审法院提起诉讼要求与余莉莎解除婚姻关系,一审法院已立案受理。

2、法院观点

成都市中级人民法院二审认为:

即使黄鑫否认余莉莎出具的《借条》的证明效力,但根据《民间借贷司法解释》第十七条“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。”之规定,黄鑫应提交证据证明案涉70万元款项系余天虹、毛远兰对其和余莉莎的赠与。

该条规定(《婚姻法司法解释二》)第二十二条第二款)系基于父母有赠与出资意思表示的前提下,对赠与对象不明确时予以适用,本案中并无证据证明余天虹、毛远兰有赠与的意思表示,一审法院以借贷关系处理本案纠纷并无不当。

四川省高级人民法院再认为:

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同,属于单务合同,应谨慎认定。《民事诉讼法司法解释》第一百零九条规定,“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在”,表明对赠与事实的认定高于一般事实“具有高度可能性的”的证明标准。

本案被申请人在一、二审过程中所举证据,能够证明款项交付真实存在、余某莎认可借款关系,在被申请人一方没有明确赠与意思表示的情况下,二审法院根据《民间借贷司法解释》第十七条的规定,将款项系赠与的举证责任分配给黄某,并无不当。黄某提交的证据不足以证明余某、毛某对其和余某莎有赠与的意思表示,结合支付款项中有60万元系贷款,且二被申请人对黄某、余某莎交往、结婚一直不赞成等情况,认定存在赠与事实不能排除合理怀疑。余某莎补写借条是在离婚诉讼之前,且黄某并未就其主张提供相应证据。

案例二、黄梅与李桂群民间借贷纠纷案

1、案情概况

黄梅和郑凯原系夫妻关系,李桂群系郑凯之母。黄梅和郑凯婚姻关系存续期间郑凯支取了李桂群的存款45000元用于购房,郑凯单方向李桂群出具借条表明该借款事实,落款日期为2003年3月6日(落款时间“2003”是由“2006”涂改而成)。黄梅和郑凯于2006年9月18日协议离婚,明确夫妻共同债务仅为9000元。李桂群提起民间借贷纠

纷要求黄梅和郑凯共同偿还借款45000元。庭审查明,李桂群提交的郑凯的借条落款时间有明显涂改痕迹,经鉴定,该借条出具的时间不是2003年3月6日。

2、法院观点

成都市中级人民法院二审认为:

因郑凯与李桂群有利害关系,郑凯向李桂群出具的借条落款时间有修改,故郑凯的陈述、借条不能单独作为认定案件事实的依据,而应结合其他证据予以认定。

李桂群提交的其他证据已证实,2003年3月6日,郑凯用李桂群的存折取款45000元,当天郑凯与黄梅以黄梅的名义订立了购房合同并缴纳了房款79783元。黄梅作为购房人和交款人应当清楚购房款来源并能够提交相应证据;黄梅作为郑凯的妻子,应当对郑凯支取的大额现金45000元的用途有所了解。在黄梅没有提交证据证明房款79783元有其他来源,又无法说明郑凯支取的45000元用途的情况下,可以根据李桂群提交的证据认定郑凯支取李桂群存折中的45000元用于黄梅、郑凯夫妻购房。对于该笔款项,因李桂群没有赠与的意思表示,故应认定为借款。郑凯事后出具借条且对借条的落款时间进行涂改,以及黄梅、郑凯在离婚协议中未对该笔借款进行约定的事实,均不影响该笔借款为黄梅、郑凯夫妻共同债务的认定。

案例三、马绪菊与秦艳、李光宗民间借贷纠纷案

1、案情概况

马绪菊与李光宗系母子,李光宗与秦艳系夫妻。2012年1月1日,李光宗向马绪菊借款234576元并出具欠条。同年8月,李光宗与秦艳短暂认识并结婚。2013年1月,李光宗、秦艳用该借款购房。后马绪菊向法院提起诉讼,请求李光宗、秦艳返还借款。起诉时,李光宗、秦艳分居9个月,并确定

即将离婚。

2、法院观点

成都市锦江区人民法院一审认为:

被告秦艳申请对原告马绪菊提交的欠条形成时间进行鉴定过程中,因双方当事人均不能按鉴定机构要求提供鉴定所需比对样本,鉴定机构无法对该欠条形成时间作出鉴定。被告秦艳亦未提交其他足以否定该欠条真实性的证据,故本案对该欠条予以采信。秦艳辩称上述借款实际上是一种赠与,但并未举证反驳马绪菊提交的欠条,对其辩解意见,本院不予采纳。

案例四、陈思宇与蒋兴富、蒋帅民间借贷纠纷案

1、案情概况

蒋帅、陈思宇系蒋兴富的儿子、儿媳。2013年3月,蒋帅、陈思宇与开发商签订购房协议,在签订购房协议当日,蒋兴富代蒋帅、陈思宇向开发商缴纳购房款618112.50元。后蒋兴富又分三次通过银行转账方式将825000元转入陈思宇账户。蒋帅于2015年2月17日向蒋兴富书写借条一张。后蒋兴富向法院提起诉讼,请求人民法院依法判令蒋帅、陈思宇连带偿还借款1443112.50元。

2、法院观点

雅安市中级人民法院二审认为:

依照《中华人民共和国合同法》第185条“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同”、《婚姻法司法解释二》第22条第2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,父母出资购置房屋可以认定为对夫妻双方的赠与的首要条件应为父母有将自己的财产无偿给予的意思表示,结合本案,蒋兴富所举示的证据《借条》,在

陈思宇未提交充分证据予以反驳的情况下,足以证明蒋兴富作为蒋帅的父亲,在陈思宇、蒋帅夫妻关系存续期间购买房屋时所支付的案涉款项并无无偿给予的意思表示。

本案中,虽然案涉《借条》虽系蒋帅一人在案涉款项发生后补写,但因《借条》以及所涉及的款项均产生于陈思宇与蒋帅婚姻关系存续期间,且蒋兴富亦举证证明已实际支付了案涉款项,陈思宇、蒋帅对此事实也无异议。由于该《借条》中明确约定了案涉款项的用途且实际也是用于购买成都市阳光保险大厦的商铺,在无证据证明案涉款项被蒋兴富、蒋帅约定为个人债务以及陈思宇、蒋帅二人已就该商铺约定归其中一人所有的情况下,应认定案涉款项实际用于了陈思宇、蒋帅婚姻关系存续期间的家庭共同生活,故该《借条》中所涉款项应作为陈思宇、蒋帅的夫妻共同债务,即蒋兴富与陈思宇、蒋帅之间就案涉款项系借贷关系。

案例五、罗晓华与罗练、陈映民间借贷纠纷案

1、案情概况

罗晓华与罗练系父子,罗练与陈映系夫妻。为帮助罗练与陈映购房,罗晓华支付款项共计435,349元。现罗晓华请求罗练与陈映返还该款。被告陈映辩称,在罗练起诉离婚一案中称无夫妻共同债务,故请求法院驳回罗晓华的诉讼请求。

2、法院观点

四川省邻水县人民法院一审认为:

该条款(《婚姻法司法解释二》第二十二第二款)应当理解为适用于夫妻离婚分割共同财产之时,解决的是赠与夫妻一方还是双方的问题,但前提是父母出资款已被认定为赠与性质。因此,在父母出资时未有明确表示出资系赠与的情况下,应当认定为该出资款为对子女的临时性资金出借,子女亦应当承担返还义务。基于前述理由以及对赠与行

为举证责任的分配,至于借条是否事后出具,已并不影响本案足以在认定事实的情况下作出实体裁判。换言之,即使借条为事后出具,亦无法否定借贷关系的成立。

子女成年,父母已经完成养育义务。在成年后子女还要求父母继续无条件付出,于法理与情理皆为不容。故父母为子女婚后购房出资并非天经地义,并非法定之义务,不能当然认定为对子女的赠与行为。

广安市中级人民法院二审认为:

虽然《婚姻法司法解释二》第二十二条第二款规定“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”,但前提应首先尊重父母子女间对出资行为性质的约定,只有在没有约定或约定不明时,才涉及父母出资行为性质认定为赠与的问题。本案罗晓华提供了借条和部分交付凭证,罗练对借条及交付凭证均予以认可。且陈映未充分提供证据推翻该借条的真实性,故对陈映提出的案涉款项系赠与款,案涉借条系罗晓华与罗练父子伪造借条的主张,本院不予支持。

三、总结与评析

根据上述裁判,笔者分析认为:

(一)与全国其他地区类似,对父母为子女购房出资性质不明时款项性质认定问题,四川也缺乏明确、统一的裁判规则,存在明显的“同案不同判”现象。但从数量上看,最终认定为借贷的裁判居多。从相关裁判理由来看,明显受浙江省绍兴市中级人民法院“史上最温暖判决书”影响,其说理也基本一致。

(二)《婚姻法司法解释二》第二十二条第二款含义的理解分歧问题。

一种观点认为,“本条(《婚姻法司法解释二》第二十二条)主要是依据夫妻特有财产制的规定,对当事人婚前和婚后父母为双方购置房屋的出资的性质、归属如何认定的解释下规定”。从该表述

可以解读为本条既包括对“出资性质”的推定,也包括对“出资归属”的推定。结合第二十二条第二款之“该出资应当认定为对夫妻双方的赠与”,从文义解释的角度,可以得出本条的含义既包括对出资性质不明时推定为赠与,也包括赠与对象不明时推定对双方的赠与之意。这从上海市高级人民法院的“离婚诉讼中父母作出不是赠与意思表示的陈述或证明,尚不足以排除赠与的推定”规定,也可得出一致结论。

而另一种观点则认为,“该条款应当理解为适用于夫妻离婚分割共同财产之时,解决的是赠与夫妻一方还是双方的问题,但前提是父母出资款已被认定为赠与性质”。根据上述裁判,四川法院多持该观点。

(三) 证据的认定与举证责任的分配问题。

一种观点认为,“在出资行为性质处于真伪不明状态时,将出资为借贷这一事实的证明责任分配给父母一方比将出资为赠与的证明责任分配给子女一方更符合证明责任分配原则”。

但上述裁判反映出,四川很多法院不仅将出资为赠与的举证责任分配给子女一方,更适用《民诉解释》第一百零九条提高证明标准至“排除合理怀疑”,这导致在事实上子女一方根本无法完成该证明标准。

实践中对于子女一方而言,申请进行“文件形成时间鉴定”几乎成为唯一的举证方式,但从结果来看并无太大的实际价值。主要原因在于:

首先、目前国内有能力进行鉴定的机构屈指可数,且收费昂贵。

其次、目前除了用圆珠笔书写的文件,在以同样用圆珠笔书写的不同时间的样本作对比时,可以用薄层分析法实验效果较好外,其他材料形成的文件时间目前尚无国家或行业内认可、统一的检验、鉴定方法。

再次、极可能出现“不能按鉴定机构要求提供鉴定所需比对样本”或其他原因导致鉴定机构无法对该欠条形成时间作出鉴定。

最后,即便已通过鉴定等方式查明借款凭证日期不真实,法院往往也并不以此否定借款凭证的真实性,至多认为“不能单独作为认定案件事实的依据,而应结合其他证据予以认定”,更有甚者认为“事后出具借条且对借条的落款时间进行涂改不影响认定”、“基于前述理由以及对赠与行为举证责任的分配,至于借条是否事后出具,已并不影响本案足以在认定事实的情况下作出实体裁判”。

(四)显然,法院之所以更倾向于认定为借贷的重要原因在于“在出现‘闪婚’、‘闪离’的情形时,直接认定父母为子女购买房屋的出资为对夫妻双方的赠与缺乏社会认同”。在当前的实务中,父母出资往往占其大部分积蓄,有些出资甚至还是父母借贷而来,因此法院在裁判时,对社会效果的考量也是重要的考量因素。退一步来说,即便认定为借贷,子女另一方也能分得房屋增值利益,结果并非严重不公。

但笔者认为,如此处理也存在巨大的风险与弊端:一方面,从逻辑上来看,补签的借款凭证无法证实过去的事实。另一方面,存在极大的道德风险,极易促使当事人为达目的而伪造证据,实施虚假诉讼,严重有悖于诚信。

(五)此外,还有一种处理方式也能最终获得公平的处理结果,该观点认为:

《婚姻法司法解释二》第二十二条中的“应当认定为赠与”,是指父母实际出资时意思表示不明的情况下,从社会常理出发认定为赠与,这是基于父母出资借给子女买房的概率远远低于父母出资赠与子女买房的概率。

在审判实践中,夫妻离婚时父母往往把本来属于赠与的出资行为声称是借给子女的,而夫妻另一方则坚持认为是赠与,在出资性质无法查明时,将婚后父母为子女购房的出资认定为对夫妻双方的赠与比较适宜,这样认定也符合婚姻法第十七条第四项的规定,即“继承或赠与所得的财产归夫妻共同所有”。如果当事人有证据证明父母对子女购房的出资是借贷关系的,则应当按照借贷关系处

理。……具体分割夫妻共同财产时，将诉争房屋的性质认定为双方共有，并不代表简单机械地进行对半分割。根据婚姻法第三十九条的规定精神，要根据“财产的具体情况”，本着照顾子女和女方权益的原则进行裁决。也就是说，分割夫妻共同财产时，要全面考虑财产的资金来源、双方结婚时间长短、夫妻对家庭所做贡献等因素，避免出现显失公平的情况。对一方父母部分出资为子女购房的，离婚分割时可对出资父母的子女方予以适当多分，至于“多分”的数额如何掌握，应由法官根据案件的具体情况作出公平合理的裁判。

对此，实务界也有人支持认为，“适用《婚姻法》解释（二）第二十二条推定父母出资是对子女

与配偶夫妻双方的赠与，在子女离婚分割财产时应结合子女婚姻关系存续时间、所尽养老育幼义务情况以该款项为限在子女与配偶之间予以综合考量以平衡各方利益”。

对该种处理方式，笔者认为，虽然其更符合法理，但实务中因离婚案件与民间借贷案件往往分别审理，不同的审判法官的处理意见很可能不一致。在离婚纠纷中，法院在财产分割时未必充分考虑到房屋出资系一方父母赠与这一特殊情况，因此审理民间借贷纠纷的法官更愿意让正义在自己手中实现，直接认定为借贷而非赠与。

注：因博客限制，此为无注释版。

【周一头条】一个“被结婚”股东的离婚故事

原创 2018-02-12 白玉兰爱股权 贾明军、蓝艳

http://mp.weixin.qq.com/s/3TxLlsXTBv8_QPhUHghssQ

导读：

这是一桩被央视“今日说法”主持人撒贝宁评价为最复杂的案件，故事中的男主莫名其妙“被结婚”，同时男主公司的股权也神不知鬼不觉被转走，而女主却拿出了结婚证明和工商登记证明。这背后到底隐藏着什么样的真相和阴谋？又是谁在撒谎？让我们一起来看看今日的周一头条！

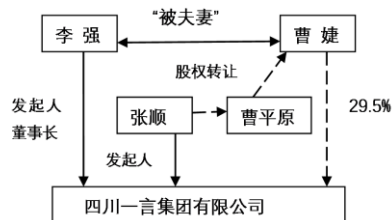
——小白

（人物、公司为化名；案情全部来源于公开媒体资料，已经过改编）

故事简介

2009年9月，Z市最知名的企业家李强的“离婚”案成为了当地的热门话题。李强被昔日的“老板娘”曹婕告上法院，一场轰动全城的离婚官司，将决定着数亿元家财的分割！

据李强所述，1996年，他与曹婕相识并因双方都有过离异的经历而走到一起。经历数年的深入了解，李强对曹婕信任有加，更将自己一手创办的一言集团交由曹婕打理。直到2007年底，李强意外发现曹婕竟然悄悄将公司的巨额资金转入不知



名账户，李强立刻免去了曹婕总经理职务。

2008年9月，曹婕向Z市某区法院提起诉讼，要求与李强离婚并要求分得“夫妻共同财产”的80%，该部分财产价值几千万元。李强对此非常震惊，并报出了他与曹婕的惊天大秘密：**李强说他从未和曹婕登记结婚！**

2009年1月19日，Z市区法院一审“竟然”判决确认双方具有夫妻关系，并且在判决双方“离婚”的同时，将55%的“夫妻共同财产”判给了曹婕，李强认为，自己“被结婚”了！

不服一审判决的李强提起了上诉，称自己从未与曹婕“结婚”。而面对李强的上诉状，曹婕则辩称：“地球人都知道我们是夫妻，只有李强自己不知道。”这到底是怎么一回事儿呢？

原来曹婕在一审提起诉讼之时，向法院提供了一份加盖有“Z市某区民政局婚姻登记专用章”的《申请出具〈夫妻关系证明书〉》，证明自己与李强曾办理结婚登记手续。

为了自证清白，李强特别委托了西南政法大学司法鉴定中心对自己姓名“李强”的笔迹进行了鉴定，最终证明婚姻登记机关出具的证明中“李强”的签名并非李强本人的签字！

在二审中，曹婕还提交了1997年的《结婚申请登记书》，据媒体记者称，其看到两份证书均有“李强”和“曹婕”的签名和指印。曹婕及代理律师辩称，结婚登记材料中的“李强”落款虽然不是李强所签，但指纹是李强本人所捺。而对于指纹进行鉴定的四川光明司法鉴定所的鉴定结论却是，指印纹线模糊，不具备鉴定条件！

关于曹婕与李强是否系夫妻关系，双方观点更是各执一词。曹婕及代理律师认为，“法律虽明确规定了结婚双方必须亲自到场，但并没有明确规定结婚双方必须亲自签字，办证员可代没有书写能力的一方签字”；李强及代理律师却认为，“李强是大学文化，不需要他人代签；曹婕不是婚姻办证员，**而且鉴定显示出，婚姻档案中的李强不是办证员代签，而是由曹婕冒签”！**

在二审诉讼过程中，李强向Z市市中级人民法院提起行政诉讼，请求法院判决撤销当地民政部门的虚假婚姻档案。而中级法院很快下达行政裁定书，称“超过了5年诉讼时效，不予受理”。

与此同时，Z市市中院对李、曹离婚案作出终审判决：认定二人夫妻关系成立，李强财产50%归

属曹婕！至此，李强与曹婕的“离婚”案，已经二审终审。

屋漏偏逢连夜雨，2008年8月26日，李强再次接到法院的传票：曹婕以一言集团股东的身份向法院起诉，要求依法解散一言集团，否则就判令李强、一言集团以1.68亿元的价格，回购自己手中的29.58%的股份。这让李强更摸不着头脑了，一言集团明明是由自己与同学张顺于1992年共同创立，当时他们都与曹婕素不相识，怎么曹婕就成了股东呢？

张顺通过Z市市工商局的查询发现，自己名下的股权早已通过两份股东转让协议变到曹婕名下：1996年由张顺转让股权给曹平原（曹婕的哥哥），2004年由曹平原转让股权给曹婕。此外，工商档案还显示，2006年3月29日，曹婕在一言集团吸收合并Z市一言房产公司时又增资了180万元。

然而经西南政法大学司法鉴定中心鉴定：曹婕主张持有一言集团29.58%股权的工商档案证据均被鉴定不真实，“这些档案中张顺、曹平原和李强的签字，都是曹婕一人所签。”

另外，李强还表示2006年到2008年3月期间，自己名下的农行Z市市五星街支行账号为22—1006004600011XX的储蓄卡共计被取出9千余万元，其中最大的一笔为2008年3月1日一次性转出八千余万元，而李强对这些取款行为根本不知道！但这些看似“蹊跷”的问题，在《一位女性的五份手稿》节目里，似乎有了隐约的答案！

2011年3月22日，某电视台“本日言律”栏目播出了一部《一位女性的五份手稿》的调查纪录片，报导了一起涉嫌欺骗男友、挪用公款、霸占股权、伪造结婚证书、涉嫌行贿等内容，在社会上引起了轩然大波！据节目披露，曹婕“匆匆搬走而遗忘在办公室保险箱里的五本手稿”被李强发现，这才给世人揭开了影响案件如此离奇复杂的真相：这5本手稿记录了从2001—2008年2月期间，手稿主人每天生活、工作的点点滴滴，事无巨细，而这个女人就是曹婕！

对于这5本手稿，曹婕予以否认，并认为这5本手稿证据来源不合法，认为属“非法证据”。不论曹婕如何解释或表示，还是有网友感叹一个女性能将各个环节游刃于股掌之中，要风得风，要雨得雨，实在是让人不敢想象。

本期案例是一个信息量极强、剧情蜿蜒曲折的案件，和上周所分享的案例都涉及到了婚姻关系的认定问题，最终两审法院都对于该婚姻关系作出了认定，最终导致了之后一系列的连环故事。同时，本案中还涉及到另一个重要问题就是司法鉴定的问题，无论是在离婚案，还是在之后的公司纠纷中，**司法鉴定结果都扮演了极其重要的角色**。而司法鉴定的问题在笔者具体经办的其他案件的过程中也是屡次出现，有时甚至会成为决定案件最终输赢的关键点，值得读者特别注意。

法律要点

01 被冒签名的结婚登记材料能否确定夫妻关系？

结合这两期的案例，笔者认为，目前关于结婚登记瑕疵的规定有些“不好理解”。以现行的《婚姻法》为例，《最高人民法院关于适用婚姻法的若干问题的解释（三）》第一条规定，人民法院不予受理因登记瑕疵而提起的婚姻关系无效或可撤销的起诉。另，根据《中华人民共和国行政复议法》第九条的规定，行政复议的诉讼时效为60日，自知道具体行政行为之日起计算。如果是走行政诉讼之路，根据2018年2月8日生效的最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释第六十五条公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该行政行为内容之日起计算，但最长不得超过行政诉讼法第四十六条第二款规定的起诉期限，即因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年，其他案件自行政行为作出之日起超过

五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

可见，法律赋予当事人面对瑕疵婚姻登记、甚至是“被离婚”的三种途径是存在一定的不足之处的。事实上，很多因登记瑕疵而产生的婚姻纠纷的案件，当事人一方所进行的婚姻登记行为的时间早已超出五年，甚至十几年都不稀奇。而根据目前的法律规定来看，一旦具体婚姻登记行为超过五年，当事人若通过自己的法律权利去救济，解决问题的途径相对还是复杂的。

本案中，曹婕与李强的婚姻登记就是一起典型的结婚登记瑕疵的案例，李强向法院提起婚姻登记行为无效，被法院以“超过5年”为由拒绝受理，也说明关于“婚姻登记瑕疵”或说是婚姻无效救济途径的存在问题。根据媒报，李强在目前法律框架下，可向民政机关进行申诉或反映情况，等待民政机关的“自我纠错”的结果。

02 工商登记是否系认定股东身份的确立依据？

本案中，曹婕在试图说服法院认定自己是一言公司股东的举证上，基本证据是依靠于工商登记，笔者认为，这可能还不算全面。根据目前各级人民法院审判实践的观点，工商登记是“证权登记”，而非“设权登记”。虽然从对外关系上来看，工商登记有绝对和排他的效力，但本案是股东之间的确权纠纷，更多的要依赖于股东之间关于入伙的约定，以及经营管理、利润分成等能证明股东身份的证据。从目前的司法实践来看，认定当事人是否股东，法院往往会酌情考虑综合因素，不完全单独从一方的证据入手。就本案看来，曹婕是通过二次股权转让来实行股东身份的。而二次股权转让，从工商登记材料的形式来看，相隔了数年之久。根据工商登记记载，曹婕的股权是从曹平原处购得的，而曹平原是从创始股东张顺处购得的。如果在不能查清工商材料为“全盘造假”的前提下，推翻曹婕的股东身份，就笔者来看，至少有两点至关重要：其一，张顺与曹平原的股权转让无效；其二，曹婕受让曹平

原股权时主观非善意。

在张顺与曹平原的股权转让法律关系中,最为重要的因素仍有两点,其一,股权转让是否为张顺的真实意思表示,即张顺是否知道且认可;其二,张顺的权利主张是否已越过诉讼时效。

在曹婕与曹平原的股权转让法律关系中,根据“工商登记排他性”原则,从一般逻辑上来看,曹婕没有知道张顺是否系一言公司其它合伙人认可的股东身份的义务,只需依据工商登记进行判断即可。但本案中却不同,因为曹婕自身就是一言公司的管理人员和高管,结合本案案情,她知道并应该知道公司的实际股东,因此,在判断她与曹平原的股权转让效力上,必须要结合《合同法》第52条第2款的规定,即曹婕是否主观是善意的。

03 司法鉴定在法院判案中扮演着怎样的角色?

司法鉴定在本案起了非常关键的作用。比如,曹婕提交的与李强《结婚登记申请表》上“李强”的签字鉴定,就是西南政法大学司法鉴定中心所作。笔者有几个案例,也曾通过西南政法大学司法鉴定中心鉴定过,印象还是不错的。就本案来看,至少西政鉴定中心的鉴定结论还是明确的,即“李强”的签名不是李强本人所签。而本案另一个司法鉴定中心的鉴定结论,即四川光明司法鉴定中心的“无法鉴定”的结论,就是最让人头疼的了。因为对比检材或鉴定检材本身的原因(如本案中的手印模糊,不具备鉴定条件),送检材料在“无法鉴定”后,往往会堂而皇之地成为举证方的有力证据,原因很简单,根据目前司法诉讼规则,“谁主张、谁举证”,举证一方的证据如果另一方有异议,可举反证或申请证据的真实性鉴定。而一旦司法鉴定不能作出,即“无法鉴定”,法院一般或会因质证一方没有证据推翻该证据为由,推定该证据成立予以采纳。比

如,一张涉嫌造假的“指定赠与协议”,公公指定儿子受赠珍贵字画,协议载明的时间为5年前,而妻子则怀疑该协议为近期仿造。若双方发生争议送往司法鉴定,一般司法鉴定如果作出“无法得出鉴定结论”的结论,法院一般或会推定该协议成立,从而判决字画归为男方个人财产,女方无权分割。

前车之鉴

01 行政与司法就婚姻登记的“衔接不畅”对企业家蕴含巨大财富风险?

由于婚姻登记瑕疵引发的企业家“财富危机”绝非个案,但由于民事司法解决的途径已不可行,事实上可能会导致新类型的“事实婚”的产生。因此,企业家们还是有必要仔细回忆一下十几年前甚至是几十年前的婚姻登记情况,特别是1994年(是否构成事实婚的分界点)之后以“夫妻名义”同居的企业家。早反省、早发现,以免出现此案中的麻烦与纠纷。

02 积极发挥公正媒体的监督力将对司法实践产生重要影响?

媒体的参与在本案中也是一个“亮点”。媒体的力量从某种意义上来说,不仅必要而且有力。我们还是需要媒体合法、合理的监督,从而鼓励司法审判可以在“阳光”中进行,积极发挥好媒体的舆论监督作用、更好地为社会服务!正如朱镕基总理为央视“焦点访谈”节目题词:“舆论监督,群众喉舌,政府镜鉴,改革尖兵”,在某种角度来说,媒体的公正对司法实施确一定的必要性。

就本案可以看出,公民合法权益的维护,仅依靠法院一家的力量还是不够的,和谐与法治社会的构建,需要各部门依法职责,这样才有可能运转进入佳境,避免诸如本案“奇葩”案件的发生。

仅部分共有人负债情形下执行共有房产的实务观点小结

原创 2018-02-28 法律理论与实务研究 木木

http://mp.weixin.qq.com/s/qWfkVETWpQcMSDWKuT_myA

一、问题的引出

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（下称新解释）自2018年1月18日实施以后，原有的夫妻共同债务认定规则将发生重大变化。实务中，法院也已适用新解释对案件进行裁判（有关适用新司法解释后的判决观点总结见下文：《盘点全国各地中级法院夫妻共债新规施行后的裁判观点》，链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/TjvfbXRgWhFpdP-kMQCdzw>）。因此，今后的总体趋势应是：认定夫妻一方以个人名义在外所负债务为夫妻共同债务的难度将大大增加，由此也必将在执行程序中大大催生本文问题发生之概率。

值此之际，本文对共有房产执行中的实务观点作一小结。笔者发现，各地法院在实务中对本文问题的观点存在诸多分歧。因此，本文仅罗列笔者已搜集到的相关实务观点，未详尽之处欢迎大家共同探讨。

共有权性质不同，执行操作亦有不同，故下文将区分房屋的共有权性质分开讨论。

二、按份共有房产的执行

（一）执行债务人份额

房屋由债务人与非债务人按份共有，根据《物权法》第94条“按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。”和第101条第1句“按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。”之规定，债权人可径直执行债务人的份额，执行过程中仅发生《物权法》第101条第2句和《物权法司法解释一》第10至14条中所规

定的其他按份共有人优先购买权的问题。

笔者在淘宝司法拍卖网上搜索后发现，确存在拍卖房产份额的情况，且此种情况不在少数。仅举一例如下：



（二）可否对房产进行整体处置？

法律及最高院司法解释对此问题未有明文规定。

仅浙江高院明文作出可进行整体处置的规定。

《浙江省高级人民法院执行局关于执行共有财产若干疑难问题的解答》

五、如何确定共有财产的分割方案？

答：在份额已经确定的情况下，共有财产可以分割，并且分割不会减损共有财产价值的，人民法院可以先行实物分割后再予变现。

如不能进行实物分割，或分割后会导致共有财产价值明显减损的，应当整体变价后执行相应的价款。

案例一

杨某1与陈玲玲、许成相、杨某2、张晓娟、杨沈焕执行异议案【案号：温州市鹿城区人民法院（2016）浙0302执异218号执行裁定书】

本院认为，虽被执行人张晓娟与异议人杨某1各享有涉案房产50%的份额，但该房产及车位均系整体财产，不能进行实物分割。本院要求实际居住人腾空涉案房屋，由本院予以整体拍卖、变卖或抵债，符合上述解答的规定。涉案房产处置后，本院将会给异议人保留其相应份额的价款，即使涉案房产系异议人的唯一住房，也足以解决异议人的居住问题。异议人要求中止对涉案房产的处置，于法无据，本院不予支持。

实务中有法院认为不可对非债务人的份额进行处置。

案例二

蔡粉扣与葛有峰、葛广严合同纠纷执行案【案号：江苏省高级人民法院（2017）苏执复152号执行裁定书】

本案中，虽然异议人蔡粉扣主张其对涉案房屋享有共有权，且申请执行人吴学云和执行法院对该共有权亦予以认可，但对于被执行人与他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并对被执行人在其中所享有的份额依法采取执行措施。因此，执行法院查封涉案房屋并依法评估并无不妥，但在执行过程中应根据评估结果停止对蔡粉扣所享有份额内财产的执行。

笔者观点：虽对按份共有房产进行整体处置有利于保护债权人，可能可以省却债权人因后续变现所带来的麻烦，但此操作却与民法理论相违背。按份共有情形下，共有人仅以份额对共有物享有所有权，换言之，非债务人的份额与债务人的责任财产无关，如径行处置非债务人的份额，则显属侵害非债务人的所有权。其次，债务人的份额被处置后，已完成债务人以其责任财产对债务的清偿，至于债务人份额的受让人进入按份共有关系后如何处置其份额，则由其自行决定，属私法自治的领域，法院应无权越俎代庖对按份共有的房产进行强制分割。再者，即使债务人的份额在执行程序中无法变现，最终以抵债形式抵给债权人，债权人进入按份

共有关系后可再再行处置受让份额或要求分割（《物权法》第99条：按份共有人可以随时请求分割），以达变现的目的，难谓不整体处置房产将导致债权人利益受损。因此，浙江高院的上述规定应值商榷。

三、共有共有房产的执行

（一）先进行析产

《物权法》第95条规定：共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。而根据民法理论，共同共有人在共有物上不享有份额。据此，共同共有房产在未转化为按份共有关系并确定债务人份额前，显然无法推进债务人共有房产的执行进程，否则属于侵害非债务人的所有权。

案例三

葛有峰、葛广严合同纠纷执行案【案号：江苏省高级人民法院（2017）苏执复120号】

本院认为，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条“对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。”的规定，泰州中院在查明兴化市昭阳居委会海池花园14幢1、2、3网点房产为长泰公司与葛有峰共同共有且未作分割（笔者注：此处的“分割”其实指析产，即明确各自份额）的事实后，停止对案涉房屋的评估行为并无不当。

（二）债务人与非债务人不自行析产情形下是否必须由债权人代位析产？

对此，《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。

对此规定实务中有不同理解。

有实务观点认为，如债务人与非债务人无法自行析产，则应中止执行程序，先由债权人提起代位析产诉讼，待债务人在共有房产上的份额明确后再继续执行其份额。

案例四

徐梅霞与南京铁丰物资贸易有限公司、李文忠案外人执行异议之诉纠纷案【案号：江苏省高级人民法院（2017）苏民申2043号民事裁定书】

本院认为，南京中院根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条规定，认为案涉房产应先进行析产并中止对案涉房产的执行于法有据。

另，笔者在无讼案例上搜到上海市多家法院有关代位析产的判决【上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民一（民）终字第1226号民事判决书、上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民一（民）终字第1187号民事判决书、上海市青浦区人民法院（2017）沪0118民初6867号民事判决书等】，据此也可反向推论，上海法院的观点应是：如债务人与非债务人无法自行析产，债权人应先行提起代位析产诉讼。

也有实务观点认为，如债务人与非债务人无法

自行析产的，无须由债权人先行代位析产，可由法院强行析产。

如浙江高院规定：

《浙江省高级人民法院执行局关于执行共有财产若干疑难问题的解答》

二、执行共有财产，是否必须先经诉讼明确共有份额才能执行？

答：根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条之规定，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；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。因此执行法院在告知共有人有权协议分割共有财产或者提出析产诉讼后，共有人没有协议分割或者诉讼，则执行法院可以继续执行。

三、执行共有财产的一般程序？

答：共有财产的执行程序一般包括：

（一）对共有财产先行采取扣押、查封、冻结等控制性措施，同时将查控情况以书面或者其他确知知悉的方式告知其他共有人。

（二）确定被执行人在共有财产中所占的份额。

（三）确定分割和变价方案，对共有份额进行强制分割变价。

以上第（二）、（三）项为裁定事项解决。

四、如何确定被执行人在共有财产中所占的份额？

答：按照《中华人民共和国物权法》第一百零三条、第一百零四条的相关规定确定被执行人在共有财产中所占的份额，有登记公示的，以登记记载为准；未登记但有书面约定的，依其约定；没有约定或约定不明的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

小结：债务人和非债务人阻碍对债务人共有房产的执行时，从执行程序效率角度出发，似应采用浙江高院的上述观点，由法院强行析产。但民法理论认为，共同共有关系转化为按份共有关系属法律行为中的处分行为，如共有人无法就析产事宜达成

一致意见，则应通过诉讼作出形成判决后，共有权性质才应发生变更，未经审判不应拟制析产的处分行为。笔者在此仅对现有实务观点作一小结，此问题最终应如何处理尚需法律或最高院作出明确规定。

（三）共同共有房产析产后执行债务人份额

共同共有房产一旦完成析产，则转变为按份共有关系，债务人在房产上的份额可被执行。具体见上文“按份共有房产的执行”中的说明。

修改于 2018-02-28 23:49

（四）公证专题

交易安全与权益保护 —— 股权继承中的多重风险平衡

2018-02-06 公证文选 北京市长安公证处 宫楠

http://mp.weixin.qq.com/s/SGmkgJcIHZ6vkG_vguhGjg

【摘要】随着我国社会经济的飞速发展，民众私人财富的积累不断增多。在这样的社会发展大背景下，股权继承已经远不是仅限于极少数富豪阶层人士的问题。股权继承，已经成为继承法学及法律实践中均难以回避的重要议题之一。由于股权继承问题域自身的特性实然，其既涉及继承法的一般性问题，同时，股权的继承权处理也必然会对经济交往安全以及企业的正常运转造成极大的影响，因此，股权继承也可以视为当前社会中家事法与商事法相互交融的典型问题域之一。故，本文拟基于股权继承中的多重风险，在简要分析商事法与家事法相互融合的基础上，探寻股权继承中交易安全与权益保护等多重利益难以平衡的原因，并将在分析的基础上尝试提出以专业、系统的法律服务方案以及法律思维模式的转变作为应对股权继承等法律难点的进路之一。

【关键词】

股权继承 权益平衡 系统化法律服务

一、问题：商事与家事界线的模糊化

1. 商事法与家事法

在传统的法学理论和法律实践中，商事法和家事法有着较为明显的边界和区别。一般认为，商事法领域主要在于调节经济交往行为与企业运行中关涉的问题，其具有更为明显的财产属性；而家事法则主要在规范婚姻、家庭与财产继承等问题，其具有更为明显的人身属性。我国著名民法学者杨立新教授将家事法界定为：“家事法是关于民法调整家庭领域中的亲属身份关系和亲属之间生前死

后的财产关系的法律规范的总和。[1]”家事法的这一定义清晰地凸显了家事法领域的人身相关属性。

相应地，通常来讲，商事法即商法，是调整市场经济关系中商人及其商事活动的法律规范的总称。商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法一般是指民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律而言；同时，实质意义上的商法，则指以商事为其规范对象所制定的各种法律规范，既包括以“商事”也包括不以“商事”命名的一切调整商事法律规范的总称。

综上，可以将家事法简单地界定为：民法域中用于调整婚姻、继承、亲属、监护、遗嘱等家庭领域相关问题法律规范的总和，而商事法则可以相应简单界定为调整公司事务、股权变更、经济行为等市场经济活动相关法律问题法律规范的总和。家事法和商事法，因其在调整领域、立法原则、规制手段等方面必然具有的差异，在传统的民事法律实践和法学理论中均一贯被视为界限分明的不同法律问题域。

2. 经济发展背景下的“家事”与“商事”

如前所述，虽然家事法和商事法在传统上被视为泾渭分明的两个领域，但是，随同我国经济的发展和私人财富的不断积累，家事和商事，或者说家事法和商事法领域也在不断相互融合。具体而言，传统上，家事法主要调整家庭相关的民事法律关系，但是，在我国社会私人财富不断积累的背景下，家事法律关系，特别是其中的婚姻、继承等问题，必然会与商事法中的公司股权变动等发生交集。同样

的,商事法主要调整市场经济活动中的商事交往行为,但随着我国私有企业的不断增多,公司的正常运行以及股权交易等合同的执行,也难免在特定情况下与家事法中的婚姻变更、家庭析产、遗产继承等形成规制交集。

3. 不断融合的家事与商事法律实践

正是在这样家事法和商事法领域不断融合的背景下,我国法律实务中的家事法实践和商事法实践也不断交融。传统观念中,家事法律实践仅仅关涉百姓家中的离婚、继承等“家庭琐事”,而商事法在绝大多数情况下则指向公司运行等中国传统观念中视为“公”属性的事务。但在家事法和商事法领域不断融合的今天,家事法领域的法律实践越来越多地可能涉及股权继承、离婚协议中的股权分割等关涉商事法律关系的问题,而商事法律实践中也难免会遇到股东婚姻变动、股东身故等引发的股权变动和公司运行困境。

也正是由于家事法和商事法在传统上属于“泾渭分明”的两个不同法律领域,家事和商事在立法原则、法律制度框架建构、法律规制手段等方面,不论在理念和具体实施中均具有较大的差异,使得家事法和商事法律实践在融合过程中必然遇到各类困境以及因此引发的法律风险。

二、 股权继承中的困境与风险

上文中简要介绍了家事法和商事法在我国当前社会背景下不断融合的趋势,也提及家事法律实践和商事法律实践在相互交融过程中必然遇到多方面的困境和风险。考虑到家事法和商事法领域均涉及规制领域十分广泛,限于本文的篇幅和笔者水平,在此仅以股权继承为例,尝试简要分析家事法和商事法交融过程中遇到的现实困境。

需要指出的是,由于家事法和商事法所规制的领域与社会生活关联十分紧密,加之法律实践本身具有的复杂性,即使以股权继承这一具体问题为例,本文仍无法对所可能社会的困境和风险进行全面

而细致的梳理,且深入探讨股权继承问题也非本文之主题。因此,本部分更倾向于以股权继承为切入点,分析家事法和商事法实践中可能遇到的困境,并未下文的问题改善可能进路分析形成问题商谈背景。

1. 代持协议的隐蔽性

股权代持协议已经成为公司股权交易中较为常见的法律问题之一。同时,这一商事法领域中早已存在的问题也得到了2011年公司法解释三的明确规定。2011年起实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第二十五条中规定:“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无合同法第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”

而《合同法》第五十二条中正是关于合同无效的规定,即:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

虽然我国公司法已经在司法解释中承认特定条件下代持协议的合法性和有效性,但是,如果股权的代持人因身故、离异等原因需要对登记在股权代持人名下的股权份额进行分割和处理,此时,围

绕股权的权属确认极易发生纠纷。例如，股权代持人的合法继承人要求分割登记在股权代持人名下的股权时如何保护股权实际所有人的权益，特别是在我国目前股权代持协议缺乏统一登记和管理的背景下，如何甄别股权代持的合法性和真实性已经成为不容忽视的问题。

2. 继承纠纷对公司运行的影响

在社会实践中，不论发生继承的财产是股权还是不动产，均可能因继承人无法查明或继承人间存在纠纷而引发遗产难以短时间内处理的问题。相比于不动产面临继承纠纷时难以过户的问题，股权继承中遇到的继承纠纷还可能对公司的正常运行构成极大的负面影响。

一方面，如果身故的股东是公司的法定代表人，则围绕股权的继承纠纷将直接影响公司的日常运转。另一方面，即使继承涉及的股权仅仅是公司的一般股东，由于股权继承权的确定将直接决定公司股权的权属界定，进而通过股东的投票权影响公司的经营决策和管理，因此，久拖难决的股权继承纠纷仍难免会对公司形成重大不利影响。毕竟，虽然公司法人人格的独立性本身能够在一定程度上确保公司运行尽量少受股东变动的影响，但是，“对于股东而言，有权投票即意味着有权对合约未予明确规定的事项作出决议，不管这种合约是通过公司章程予以明确规定，还是通过法律的一体供给来获得。[2]”因此，因继承纠纷引发的股权归属不确定对公司运行可能产生的不利影响，在公司股权结构设计中理应获得法律人的应有重视。

此外，除了继承纠纷，股权继承人是否符合特定公司股权持有者的身份资格也将对股权权属的确定和公司的运行形成影响。我国《公司法》第七十五条中规定：“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。”此外，我国相关法律法规和政策也限制军人、国家公务员等特定身份人员成为特定类型公司的股东。而一旦股权的继承人无法继任成为公司股

东，或股权继承人因上述原因产生争议，均可能对公司的正常运行产生不利影响。

3. 股权继承的分散化

当前，由数个自然人股东组成的大型甚或巨型私人企业数量不断增多。对于这类企业，自然人股东间的相互信任和股东对公司的共同管理对企业的发展往往十分重要。这类私人企业股东间的相互信任和共同合作是公司人合性的极佳体现。但是，公司股东的过世引发的股权继承，往往会造成新股东加入，甚至是多个新股东加入的后果，此时，继承造成的股权分散化结果，至少在一定时期内难免对公司的发展形成影响。正如我国著名学者杨立新教授谈及这一问题时所言：“私人企业规模大小不一，都属于私人所有，财产形式多数是企业集合财产。在发生继承时，由数个继承人共同继承，共同经营。这样做，既有利于企业的发展，也有利于稳定家庭亲属身份关系，对社会有利，但在处理上较为复杂。[3]”

4. 财富传承与公司承继——稳定性的丧失

所谓股权继承中可能引发的困境和风险，换言之，即在家事法和商事法界限不断模糊的今天，由于私人财富积累等原因造成的家事法律实践和商事法律实践的相互磨合和交叉，使得私人财富传承和公司承继的稳定性均受到一定程度的削弱。而这也正是这一法律问题逐步成为法学理论和法律实践热点的主要原因之一。

具体而言，自人类文明初创以来，财富的积累和代际传递如何稳定的实现是贯穿制度和法律发展史的永恒话题。换言之，“人类活动的一个极其重要的方面，就是进行财产转移与财产管理，并寻求更有效的制度设计，这是人类物质文明得以持续发展的内在原因之一[4]”。我国《继承法》中对于遗嘱以及继承相关法律问题作出了明确规定，自改革开放以来，上述关于遗嘱和继承的法律规定不仅保护了各方权利人的合法权益，同时，也为我国社会的稳定发展和经济增长做出了不可忽视的作用。

但是,随着当前社会私人持有资产不断增长、不断趋向复杂化、多样化发展,我国法律制度体系中关于遗嘱和继承的法律规定和实践已经难以完全满足社会财产保障和传承的需要,股权继承中可能遇到的困境和问题就是较为凸显的例证。股权继承中涉及的可能纠纷,不仅可能直接影响相关各方的合法权益,对股权交易和公司运行中的市场经济交易安全同时属于不利影响因素。

在这样的背景下,如何更好地看待家事法和商事法当前不断融合的必然趋势,如何更好地保障各方的合法权益,如何更好地提供满足社会需要的法律服务,已经成为家事法领域和商事法领域原有法律人无法回避的问题,也成为家事法和商事法融合背景下法律服务提供者应给予足够重视的问题之一。

三、多重风险交叠的必然

前文以股权继承为例,浅析了家事法和商事法融合可能带来的交易安全和权益保护困境,而上述股权继承中可能遇到的难题则来源于股权继承中所涉及的多重风险重叠必然性。

1. 传统法律实践领域的交织

首先,正如家事法和商事法这一法律传统领域划分界限所显现的,家事法和商事法,由于传统上规制对象、法律制度措施建构原则、法律规制对象的不同,使得二者在立法原则、司法理念和规制措施上均存在巨大的差异。这两个极为不同的法律领域在实践中的密切叠合,必然会在特定案件中造成法律风险增加的可能后果。同时,也正是因为家事法和商事法传统上属于界限较为明显的两个不同法律领域,也使得家事法律实践者和商事法律实践者在知识结构、法律服务提供方式、法律思维模式等方面亦存在较大差别,并进而使得法律人在处理股权继承等类似问题时更易基于自身的知识和实践背景做出判断和决策。

2. 多种法律权益的交叠

正如本文的标题“交易安全和权益保护”所显现的,股权继承这类法律问题不仅本身所可能关涉复杂多样的法律权益,且商事法和家事法本身在立法中所倾向保护的合法权益就存在较为明显的差异。

比如,商事法由于主要调整市场经济中的商事行为,必然更为偏重对交易安全的保护,而家事法由于其本身具有的人身关联性,则往往更为倾向注重保护个体的合法权益以及私人财产的稳定传承。同时,家事法由于涉及对家庭财产和家庭关系的调整,由必然具有很强的社会传统特征和地域性,正如著名比较法学著作《比较法总论》中曾论及的:“实际上人们在进行法律比较中往往遇到不能评价的情况,观察者不再能说哪一个解决办法真正是较好的,而哪一个是比较坏的。……那些充满着特别强烈的价值观点和道德命令的问题——主要是在家庭法和继承法方面的问题……[5]”。而家事法这一特征也将加剧特定案件所指向的法律权益交叠的复杂性,进而导致股权继承特定案件处理的难度。

3. 复杂的时代与复合的法律服务需求——系统化与体系化

综上,股权继承等商事法和家事法交融背景下的案件处理,因法律制度本身的有待完善难免会出现法律风险提升等困境。此时,不可否认的是,单纯家事法或商事法制度、规范,甚至是法律原则的完善,已经难以有效解决这一问题。毕竟,在法律权益不断交叠与法律领域不断融合的背景下,对于特定案件的有效处理已经难以仅仅依靠相关领域具体规范措施的改善实现其目的,而需要凭借系统化的解决方案来实现。

约翰·罗尔斯在其传世之作《正义论》的开篇即提出:“正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值一样。”但是,“谁是正义所面对的人呢?那不是可以通过你的面容辨认出的你,而是作为第三人的任何人。每一个人得其应得就是正义的格言。对正义规则中人际互动的要求预

设了这样一种状态：即，我们能将社会作为一个分配的巨大体系，也即一个分配角色、负担、任务的巨大体系，它超越于那种在经济维度上发生的商品价值的分配。[6]”从中可以得出，在这样一个高速发展的社会背景下，法律服务需求不断趋向复杂化和多样化，特定案件的处理则更需要依靠系统化和体系化的解决方案来达成其目的。

四、风险平衡的关键

——专业化与整体性的法律服务方案

1. 专业和系统化的法律服务

限于法律制度传统以及社会历史文化传统，我国现行法律制度框架内，关于商事法和家事法融合领域的法律制度建构，甚至是立法理念均尚不健全，对于股权继承这类问题，往往需要法律人自行收集相关领域各自的制度规范，并形成针对个案的法律意见。商事法和家事法融合领域，无论在法律实践领域还是在法学理论领域，更属于诸多关键问题均无定论的立法“空白地带”。而随着社会财富的积累以及公民法治观念的不断增强，在股权继承等商事法和家事法融合领域提供更优质的法律服务的社会需求不断凸显。

商事法和家事法融合领域中的核心必然是法律人，毕竟只有法律人能够承担特定法律案件的执行和财产管理、保障职能，相关法律制度的设计目的才有可能实现，各相关方的合法权益才能得以维护。同时，考虑到法律人在商事法和家事法融合领域中的重要地位以及这一领域的模糊性和有待完善性，专业性和可靠性理应成为法律人自身发展的首要任务。

此处的法律人专业性主要是指，受托人具备承担上述商事法和家事法融合领域相关问题解决所需的专业性知识，考虑到特定案件处理过程中可能遇到的复杂性和多样性情况，法律人即使无法自身掌握全部相关专业性知识，比如法律、税务、审计等，至少也应当具有获取相关专业性知识或甄别相关专业人士资质的能力。

2. 法律职业群体的协同发展

如前文所言，商事法和家事法融合领域，在我国上属于有待建构和完善的制度领域。在未来的制度设计中，法律人，这一商事法和家事法融合的关键因素，应当具备何种法律知识以及承担何种职能，仍有待立法的规范以及实践的检验。但是，不论是商事法还是家事法领域的建构，还是具体案件的有效处理，均是为了满足社会发展带来的财富传承需要，是为了满足人民群众实现自身财产管理、处分意愿的愿望，是为了最大限度促进社会经济交往的正常性和稳定性。而考虑到社会实践中相关法律案件处理的复杂性，在商事法和家事法融合问题上，必然需要不同法律群体成员间更为强化的沟通、密切的协作。

正如2014年10月23日第十八届中央委员会第四次全体会议通过并作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出：“推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，加强民生领域法律服务。完善法律援助制度，扩大援助范围，健全司法救助体系，保证人民群众在遇到法律问题或者权利受到侵害时获得及时有效法律帮助。发展律师、公证等法律服务业，统筹城乡、区域法律服务资源，发展涉外法律服务业。”随着社会财富数额的不断增多，特别是随着财产传承需要不断趋向需求普遍化、意愿多样化、财产管理复杂化发展，商事法和家事法融合等相关问题必然成为民生领域法律服务中不可忽视的组成部分，而不再仅仅是所谓“富裕阶层”的特有需要。为此，不同法律职业群体，通过沟通与合作，共同推动商事法和家事法融合领域制度的设计建构和实践执行，不仅是我国法治建设的必然要求，更是法律人实现自身服务社会、服务民生这一基本价值的必然要求。

3. 结语：法律服务思维模式的进化

正如曾著有《链接：网络新科学》一书的著名学者巴拉巴西在其新作《爆发》中所言：“我们正处在一个聚合点上，在这里，数据、科学以及技术

都联合起来共同对抗那个最大的谜题——我们的未来，既是个人的又是社会的。无处不在的爆发，是科学的台柱，而它的影响力将与 20 世纪初的物理学或者基因革命的影响力不相上下。[7]”家事法和商事法的融合本身也是当前社会复杂化发展的缩影之一。

随着我国社会的不断发展，特别是随着股权继承等法律议题对整个社会生活领域影响的不断加深。在这一法律制度发展、规则变动的过程中，我们也许无法根本性地解决甚至是把握股权继承等相关法律问题，但是，这一领域法律问题尚且处于不确定性之中，并不能成为我们放弃在可能的范围内，对其进行前沿理论储备性研究以及对其中较为成熟的部分依据社会需要加之实践的理由。反之，正是在这样的变动背景下，作为法律人，我们不仅应注重法律知识的更新，更应注重思维模式的转变，以新的法律思维模式为社会提供更适应其发展需要的法律服务。

[1]杨立新著：《家事法》，法律出版社 2013 年版，第 2 页。

[2]【美】弗兰克·伊斯特布鲁克、【美】丹尼尔·费希尔著，罗培新、张建伟译：《公司法经济结构（中译本第二版）》，北京大学出版社 2014 年版，第 65 页。

[3]杨立新著：《家事法》，法律出版社 2013 年版，第 569 页。

[4]周小明著：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社 2012 年 8 月版，第 75 页。

[5]【德】茨威格特、【德】克茨著，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译：《比较法总论》，法律出版社 2003 年版，第 54 页。

[6]【法】保罗·利科著，程春明译：《论公正》，法律出版社 2007 年版，第 9 页。

[7]【美】艾伯特·拉斯洛·巴拉巴西著，马慧译：《爆发：大数据时代预见未来的新思维》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 285 页。

七、异域资讯

“法国猫王”遗产惹纷争：子女分文未得，貌美娇妻反获全部家产

原创 2018-02-13 欧时大参 周文仪、周轶伦

http://mp.weixin.qq.com/s/Jp_hz3DBrajiUkv75qcsSQ

“法国猫王”强尼·哈利代死后不足百天，一场家族遗产官司即将上演。

据法新社 2 月 12 日电，去年 12 月去世的法国歌星强尼·哈利代 (JOHNNY HALLYDAY) 的女儿洛拉·斯梅特 (LAURA SMET)，委托她的律师“采取一切法律行动”，否认其父的遗嘱安排，遗嘱把“全部财产与全部演艺作品的版权收益”只交给他最后一任妻子莱蒂西雅 (LAETICIA)。

埃马努埃尔·拉瓦纳斯、皮埃尔-奥利维埃·苏尔以及埃尔韦·泰米姆三位律师的公告指出：“洛拉·斯梅特发现其父的遗嘱后感到惊愕和痛苦，由于美国加州法律的作用，遗嘱把全部财产与全部演艺作品的版权收益只交给他最后一任妻子莱蒂西雅。”律师指出：这些遗嘱安排“明显违反法国法律的要求”。



强尼与女儿洛拉·斯梅特。

法国通过遗嘱可以完全自由分配遗产吗？

您完全可以通过遗嘱分配自己的遗产，不过无论和孩子的关系如何，法国法律禁止完全剥夺孩子的继承权。法律规定立遗嘱时，必须为子女保留部

分遗产的继承权。如果没有子女，则必须为丈夫或妻子保留部分遗产。比如，如果您有两个孩子，则必须留下 1/3 的财产由孩子平分继承，不过余下的财产可自由分配。

律师透露：“遗嘱还规定：一旦让-菲利普·斯梅特 (JEAN-PHILIPPE SMET，哈利代的本名) 的妻子先去世，他的全部财产与全部版权收益只转移给他的两个女儿玉 (JADE) 和乐 (JOY)，两人平分”。

公告指出：“如果是这样安排，这表示她父亲未留给她任何东西，没有任何物质财产，也没有演艺作品版权收益的享有权，没有纪念品，没有一把吉他或一辆摩托车，甚至没有一张封面上有其签名、献给她的那首歌《洛拉》(LAURA) 的唱碟。”

洛拉·斯梅特否认这份遗嘱，她委托她的律师“捍卫她的权益并且采取一切法律行动保护她父亲的作品”。

她在写给已逝父亲的一封信中表示：“很希望在家庭中解决这一切，然而不幸的是我们的家庭是这样……”



洛拉·斯梅特的同父异母哥哥大卫·哈利代 (DAVID HALLYDAY) 也是这道程序的“共同申诉人”。

强尼·哈利代是法国“摇滚乐天王”，去年 12

月6日因癌症去世，享年74岁。他与最后一任妻子莱蒂西雅结婚21年。他有4个孩子，分别为他与歌星西尔薇·瓦尔唐(SYLVIE VARTAN)生的长子大卫，与法国影星娜塔丽·拜伊(NATHALIE BAYE)生的女儿洛拉·斯梅特。另外他与莱蒂西雅收养了两个越南女孩，玉和乐。

■ 强尼一生经历5次婚姻



强尼与最后一任妻子莱蒂西雅，和他们收养的两名越南女孩在一起。

他的第一任妻子西尔薇·瓦尔唐是歌手，这段婚姻维持了14年；第二任妻子是著名演员Elisabeth Etienne，两人一年后分手；强尼的第三任妻子娜塔丽·拜伊也是演员，被认为是他原配之后的第二位“真爱”。强尼不光对演艺界的同行

说话刻毒，他在书中也没放过前妻。“这(Adeline)是条‘毒蛇’，一直让我戴绿帽子。”Adeline是强尼公开的第四任伴侣，比他年轻31岁。强尼与最后一任妻子莱蒂西雅于1996年结婚。

法国遗产顺位继承和分割

在有孩子的情况下，如果死者已婚，其丈夫或妻子可以在两种继承方案中选择其一：一是继承死者所有遗产的用益权(usufruit，即实际使用权和收益权)，这种情况下，夫妻共同的孩子将平分所有遗产的虚有权(nue-propriété，指遗产处置权)；另一选择是继承死者1/4的遗产，这种情况下，夫妻共同的孩子将平分剩下的3/4遗产。如果死者与前妻或前夫有孩子，则其伴侣只能选择继承死者1/4的遗产，剩下的遗产由其所有的孩子平分。

最后值得一提的是，收养的孩子有权继承养父母的遗产。如果是简单收养(adoption simple)，他还有权继承生父母的遗产；如果是完全收养(adoption plénière)，则无权继承生父母的遗产。

一般来说，孙辈无权继承祖辈遗产。除非遇到以下三种情况：其父母双亡、其父母放弃继承遗产或被剥夺继承遗产的权利。

(欧洲时报/周文仪、周轶伦 编译报道)

巨额财产难继承，法国“猫王”遗嘱被亲女儿否认

原创 2018-02-17 法律读库 史晨阳

http://mp.weixin.qq.com/s/jlfz8M8kUt7p_HuJ22Cplw

原题：从比较继承法角度解读法国猫王遗产案

据法新社2月12日电，去年12月去世的法国歌星强尼·哈利代的女儿洛拉·斯梅特，委托她的律师“采取一切法律行动”，否认其父的遗嘱安排。猫王的遗嘱把“全部财产与全部演艺作品的版权收

益”只交给他最后一任妻子莱蒂西雅。

强尼·哈利代是法国“摇滚乐天王”，去年12月6日因癌症去世，享年74岁。

他与最后一任妻子莱蒂西雅结婚21年。他有4个孩子，分别为他与歌星西尔薇·瓦尔唐生的长子大卫，与法国影星娜塔丽·拜伊生的女儿洛拉·斯

梅特。另外他与莱蒂西雅收养了两个越南女孩，玉和乐。



我们先从**我国继承法角度**分析一下这种情况该如何处理。

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

那么本案中，猫王留有出于真实意思表示的遗嘱，并且没有遗赠扶养协议。所以首先应当按照遗嘱办理相关继承事宜。继承权是国家保障公民的个人所有权的延伸，公民去世后，由于主体的灭失，自然就丧失了对私有财产的所有权，为了激励人们生前努力创造财富以及实现家庭职能，国家特立继承法来保障公民实现对自己财产的最大化处分。为了保证公民意志自由，法律规定被继承人生前可以立下遗嘱，自由地处分其财产，在其去世后能够实现他的分配目的。也是民法中意思自治原则的重要体现。

但任何权利都不是无限制的。国家为了尽可能地保障养老育幼，实现作为社会最重要单位的家庭职能，对遗嘱进行了一定的限制。除了对于遗嘱的形式有明文规定以外，继承法第十九条规定：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。

何为既缺乏劳动能力又没有生活来源呢？主要为两类人：未成年人和老人。由于年龄的因素，他们很难有稳定的收入来源供养他们自己。公民若在遗嘱中没有给他们留有必要的份额，那么扶养他们的责任就落到了国家身上，我国人口众多，国家对每一位有需要的公民都提供细致入微的照顾是不现实的；此外，这也是作为家庭一分子对别的家庭成员的不负责，因此法律进行了限制。

《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37条规定，遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

强尼·哈利代遗嘱将全部财产和演艺作品的版权收益都留给了其妻子，那么很显然就侵犯其四个未成年子女对于遗产必留份的所有权。按照上述司法解释，应当将遗产中留出必要的份额给四个子女，然后才能按照遗嘱继承进行，将剩余的个人生前的合法财产由其遗嘱继承人继承。

那么依照猫王国籍所在地法国的法律，他的女儿斯梅特能否胜诉呢？

《法国民法典》第三卷第二编第三章专门规定了“特留份”制度。特留份制度和我国继承法的必留份制度有些相似，都是法律明文规定要求遗嘱人对特殊的继承人应当保障他们的继承份额。但是，我国的必留份的对象只是既无劳动能力又没有生活来源的继承人，而特留份制度的对象则是特定的人，不限于既缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，往往是被继承的子女。

《法国民法典》913条——916条规定，遗嘱人可自由处分和不能自由处分两部分，被继承人的子女越多，遗嘱人可自由处分的遗产越少。第931条规定，无论生前赠与或遗嘱赠与：（1）如果被继承人只留有一个子女，特留份总额为处分人财产的 $\frac{1}{2}$ ，即自由处分额不得超过财产总额的 $\frac{1}{2}$ ；（2）如果留有两个子女，特留份总额为 $\frac{2}{3}$ ，自由出份额不得超过 $\frac{1}{3}$ ；（3）如果留有三个以上的子女，特留份总额为

1/4，自有处分额不得超过1/4。

本案中，猫王留有四个合法的子女继承人，故，其特留份额应当为财产总额的1/4，只有1/4可以按照其自由意志去处分。猫王并没有考虑到这一点，那么显然，他的遗嘱并不是合法有效的遗嘱。

最终按照法律规定，他的四个孩子可以分到其

1/4的遗产，当然前提是他们没有放弃继承权并且没有被剥夺继承权，而看上去是大赢家的妻子则最多只能分到1/4，并不会按照猫王想象的那样去发展。所以斯梅特胜诉的可能性还是很大的。

其实就一句话，个人自由只有在公共秩序的框架中才能实现。

着重培养刑事和家事律师 跃大法学院新生在职人士占九成

2018-01-19 联合早报 魏瑜麟

<http://www.zaobao.com/news/singapore/story20180119-828152>

本地刑事法和家事法律师短缺，新跃社科大学法学院把八成学额保留给有工作经验的成人学生加以培育，在职人士果然报名踊跃，录取学生有约九成是已有工作经验者。

着重于培养刑事和家事律师，新跃社科大学法学院录取的工作人士比率占总学生人数约九成。

新跃社科大学（Singapore University of Social Sciences，前身为新跃大学）是继新加坡国立大学和新加坡管理大学之后，第三所设立法学院的学府，自去年1月成立以来，录取了两批共117名学生。

跃大法学院昨天（1月18日）接收第一笔200万元捐款，为修读法律学士和学士后法律课程（Juris Doctor）的学生设立奖学金。

法学院院长周贵和教授出席奖学金设立仪式时告诉《联合早报》，工作人士报名踊跃，所以学生当中有约九成是已有工作经验者。

他透露，学院去年有65个学额，约210人报名，当中83%是工作人士。首两届学生中有警察、教师、社工，及在律师事务所处理家事和刑事案件的律师助理等，明年的新学额将增至70个。

“我们很高兴可以训练这群原本就已在服务社会的人。”

学院把八成学额保留给有工作经验的成人学生，其余的则让理工学院、初院或高中毕业生报读。

首批学生目前已完成第一年的课程，周贵和认为学生的表现令人鼓舞，学业成绩优异。”

院长：当刑事或家事律师最好具备一定人生历练

周贵和说：“法律和生活息息相关，好事坏事都得找律师。律师扮演的角色是协助他人处理人生危机，有或者有人要做善事，把遗产捐出来设立奖学金，也得找律师立遗嘱。”

他因此认为，要当刑事或家事法律师最好具备一定的人生历练。他举例说，若要一个23岁刚从大学毕业的律师去处理一起50多岁中年夫妻的离婚案，这名年轻律师可能无法体会客户面对的问题。

近年来虽然本地律师过剩，不过刑事法和家事法这两个领域的律师却出现短缺。

跃大校长张起杰教授在仪式上致辞时说，跃大法学院成立的目的非常明确，就是要栽培更多刑事和家事律师。即便工作上有许多不可预见的情况，但他们不畏艰难和必须付出情感代价，选择涉足这两个领域，靠的不仅是头脑，还要有一颗心。

美国同性婚姻权裁决的三重语境

2018-02-21 中外法学 刘晗

<http://mp.weixin.qq.com/s/uiK2R2XXyTkBSQS75qLMTw>

本文原载于《中外法学》2018年第1期。此处为节选。

2015年将会因太平洋彼岸一个司法判决而载入世界法律史，甚至人类文明史。6月26日，美国联邦最高法院在“欧伯格菲诉霍吉斯”(Obergefell v. Hodges)案中以5:4的投票结果判定，同性婚姻在全美是一项受到宪法保护的基本权利，不应受到各州的禁止。[1]判决作出之后，立即引起全球范围内法律职业乃至一般公众的关注和讨论。美国国内自不待言，即便是在大洋彼岸的中国，社交媒体当中也充满了对此事的转发和讨论，随后学界——特别是宪法学界——也针对该案从宪法教义学、权利哲学、民主政治等角度进行了深度解读。[2]

本文在以上研究的基础上，试图尝试将欧伯格菲案的判词进行语境化的解读，以凸显法律文本背后的深层逻辑和社会意义。无论是作为一个重要法律案件，还是作为一个重大政治事件，美国的同性婚姻案都需要放到其法律、社会、政治乃至文化背景当中进行理解，方能明晰其具体的意义和内涵。本文将美国联邦最高法院的同性婚姻判决放在逐步放大的三重语境之下进行理解：首先，同性婚姻判决可以放在从20世纪下半叶开始的同性权利运动的语境当中进行把握；其次，同性婚姻判决以及同性婚姻权利需要放在美国宪法的教义学历史当中进行理解，方能凸显其争议性；此外，同性恋婚姻合法化涉及西方文明的一些基本问题，因此同性婚姻判决须放在西方文明史中理解，方能彰显其含义和问题。综合起来看，该案的判决一方面是同性平权运动在法律上的巅峰之作，另一方面则存在社

会政治和宪法教义的双重争议性。

本文特别希望指出的是，欧伯格菲案展现了美国最高法院司法能动主义(judicial activism)已经进展到了一个新的阶段：不仅仅要决定美国宪法乃至美国政治的核心争议，而且要决定西方文明甚至人类文明的重大问题。毫不夸张地说，一些大法官试图借助司法审查来将自己塑造成为柏拉图式的哲人王或者重新制礼作乐的“圣人”。这是阅读和理解美国同性婚姻权利宪法判词所需要注意的重要方面。

一、同性权利：性行为、参军与婚姻

同性婚姻合法化可以说是同性权利运动的一个顶峰。自从20世纪下半叶以来，同性权利运动开始在美国通过立法和司法途径争取一系列的法律权利。在此之前的两百多年里，美国联邦以及各州都对同性恋采取了非常严格的禁止态度，甚至带有极强的恐惧和憎恨情绪。[3]同性恋不能参军，不能从事合法性行为，遑论结婚。同性法律权利运动即是一步步冲破传统法律限制的历史。

首先是同性性行为(sodomy)的权利。随着20世纪六十年代的社会解放和权利革命，在20世纪70年代的美国，有20个左右的州在法典中废除了鸡奸法(sodomy law)，但仍有25个州明令禁止同性性行为，不少州甚至仍然把同性性行为当做犯罪来处理。

1986年联邦最高法院在鲍威尔斯诉哈德威克案(Bowers v. Hardwick)中，判定同性性行为并不能被解释为隐私权的一部分，最高法院的有关判例已经将隐私权适用于包括堕胎在内的许多问题，但并没有扩展到同性恋性行为；以往判例并未表明、

而且也不能从宪法中解释出来,两位成年人只要相互自愿就可以以任何方式进行性行为的基本权利(the right to sodomy)。[4]1996年的罗默诉伊文思案(Romer v. Evans)中,最高法院判定科罗拉多州公投通过的一项宪法修正案,该修正案禁止任何法律给予同性恋或双性恋以“保护地位”(protected status)。[5]2003年,美国最高法院裁定德克萨斯州同性恋鸡奸法案违宪,从而推翻了1986年鲍威尔诉哈德威克案的判决。[6]肯尼迪法官在多数意见中说,同性恋者有权获得他人对其私生活的尊重。同性行为的权利属于隐私权的一部分,国家不能蓄意贬损他们存在的方式,更不能试图改变他们的命运。法院认为,将成年人在家中经合意的同性性行为界定为犯罪的法律违宪。同性性行为因而在全美范围内去罪化。

继而是同性恋参军权。1990年代初,克林顿在竞选期间曾承诺通过总统令允许军中同性恋公开性取向地加入军队。然而1992年竞选成功之后,国会却进行了激烈的反击,否决了克林顿政府起草的总统令。国会随即通过法案规制同性恋参军问题,该法案与国防部的相关规定一起,构成了著名的“不问不说(“Don’t ask, don’t tell”,缩写为DADT)”政策[7]:军人如被发现从事同性恋性行为、或表现出同性恋性行为的明显意图,将被驱逐出军队;但同性恋者可在不公开身份或没有公开证据的条件下参军服役。[8]

几个月后,美国国会通过一项法律,禁止公开性倾向的同性恋人士在军中服役。该法律具体规定有任何以下情形之一的都会被勒令解除军职:其一,参与、试图参与或者要求他人参与同性行为;其二,表明自己的同性恋者身份;其三,缔结或者试图缔结与另一名有着相同生理性别(biological sex)之间的婚姻。[9]该法律的基本理念是:公开同性取向或者明确体现同性倾向有损军队凝聚力、战斗士气和作战效率。在其后的十七年中,同性恋者须掩饰其性取向方可留在美军中服役。反对此项法律的人在国会数次挑战这项法律却一直无果,直到

2011年经过奥巴马签署《废除“不问不说”法案》(Don’t Ask, Don’t Tell Repeal Act of 2010)方才有所突破。新法虽然为总统、参谋长联席会议主席和国防部长留出时间,规定必须在他们确定军队已经做好贯彻新法的准备后60天才可生效,但毕竟为允许同性恋者参军扫清了法律障碍。[10]

最终,同性恋平权运动的诉求指向了婚姻这一人类最为古老的制度。从全球范围内来看,同性婚姻是一种较晚近的现象。目前已经将同性恋婚姻合法化的国家有21个,其中一些国家通过不同的法律途径将同性恋婚姻合法化:丹麦是率先通过伴侣关系承认同性恋民事结合的国家(1998年);[11]荷兰则是首个允许同性伴侣登记,且在法律上认可该登记的婚姻效力的国家(2001年);南非首先通过宪法法院判决、继而通过国会立法将同性婚姻合法化(2005年);[12]爱尔兰是世界上第一个通过全民公决将同性婚姻合法化的国家(2015年);[13]墨西哥最高法院则在2015年宣判墨西哥各州禁止同性恋婚姻的法律因违宪而无效。[14]

美国通过司法途径来逐步实现全国范围内的同性婚姻权利。2013年,美国最高法院曾在同一天内宣判了两起事关同性婚姻的案件。首先是处理联邦层面的温莎诉美国案(Windsor v. United States)。[15]纽约市的两名女同性恋者——伊迪丝·温莎(Edith Windsor)和西娅·斯皮尔(Thea Spyer)——度过了44年的共同生活;她们于2007年在已经承认同性婚姻的加拿大登记结婚,而回到纽约市之后,纽约州也认可了其婚姻的效力。斯皮尔去世以后将遗产留给了温莎,但温莎被联邦税务局要求缴纳35万美元的遗产继承税。原因在于,根据1996年国会通过、克林顿签署的《保卫婚姻法案》(DOMA),婚姻是一男一女之间的结合,因而同性婚姻不受联邦承认、不享受已婚夫妇的税收优惠。温莎则认为自己应该享有已婚配偶的联邦遗产税豁免。最高法院以五比四判了温莎胜诉。多数意见的最终结论是:《婚姻保护法》(Defense of Marriage Act)剥夺了第5修正案所保护的“个人平

等的自由。该案的判决结果实际上在华盛顿特区将同性婚姻合法化。

另一起案件处理了州层面的问题。2008年5月,加州最高法院判定该州将婚姻限制为异性的法律因违反州宪法而无效,因而在该州将同性婚姻合法化。当年11月,反对同性婚姻的选民提出禁止同性婚姻的州宪法修正案——称为8号提案(Proposition 8)——并公投通过。随后,支持同性婚姻的人士在加州法院挑战该提案未果。继而,美国平等权利基金会(AFER)在地处加州的美国联邦地区法院挑战8号提案,将案件送到联邦司法系统进行处理。2010年6月,联邦地区法院判定8号提案违反了美国宪法第14修正案中的正当程序和平等保护条款,因而无效。加州政府作为被告拒绝提出上诉;但该提案的支持者作为诉讼第三人自发将案件上诉。2012年7月,联邦第九巡回法院以二比一的判决裁定8号提案违反联邦宪法,因而维持了初审判决。案件最终上诉至美国最高法院。2013年6月,最高法院以五比四的判决裁定,上诉人(8号提案的支持者)缺少上诉资格,从而否决了联邦第九上诉法院的判决,使得联邦地区法院的原始判决成为该案的终身判决。[16]该判决事实上在加州将同性婚姻合法化。

同性婚姻最终通过美国最高法院的判决在全国范围内的各州合法化。这就是2015年6月26日宣判的Obergefell v. Hodges案,又是一个五比四的判决。法院多数意见认为,第14条修正案要求所有州的法律允许同性婚姻,并承认在其他州登记的同性婚姻。肯尼迪大法官撰写了多数意见,金斯伯格、布雷耶、索托马约、卡根加入;首席大法官罗伯茨、斯卡利亚、托马斯和阿利托大法官各自发表了反对意见。

法院的多数意见始于对婚姻史的讨论。肯尼迪大法官认为,历史上的婚姻皆为异性之间,但婚姻史同时经历了变迁:包办婚姻被自由婚姻取代;已婚女性由其丈夫代表的制度业已废除。新时代总会在改变婚姻内容的同时增强婚姻制度的力量。婚姻

发展的动力体现在20世纪美国各州对待同性恋的态度转变中:20世纪大部分时间各州对于同性恋持否定态度;同性亲密行为被认为是邪恶;同性恋被当作心理疾病;然而,20世纪后半叶文化、社会发展让人们对同性恋和同性亲密行为愈加宽容,最高法院也在数起案件之中分别肯定了同性性行为的宪法权利。

多数意见继而讨论宪法问题,其要点是:同性婚姻受到美国宪法的保护;各州必须允许同性婚姻。肯尼迪大法官的论证从《美国宪法》第14修正案所涉及的自由和平等两个方面进行。首先,第14修正案的正当程序条款所保护的“自由”包含那些界定个体之间的亲密行为。法院的判例法长久以来承认宪法保护结婚权,如曾判定禁止异族通婚违宪。虽然一系列的判例只承认异性结婚的基本权利,然而新判例如劳伦斯诉德克萨斯案(Lawrence v. Texas)已经承认了同性性行为的权利。如果婚姻权是一项基本权利,那么同性伴侣可行使结婚的权利。

多数意见列举了四个原则和传统予以证明。其一,个人自由选择婚姻的权利是个人自主权利的内在组成部分。其二,两个个体之间的亲密结合(intimate association)比其他结合更为重要,受到宪法的保护。其三,结婚的基本权利与生育紧密联系,没有对于婚姻的承认和稳定的保障,孩子们将会遭受成长的缺失,无论是物质还是精神方面。其四,判例和传统皆承认婚姻是社会秩序的基石,此原则对于异性伴侣和同性伴侣同等适用,否定同性婚姻对于同性伴侣是一种侮辱。即便长久以来将婚姻限定为异性之间是正当的,但与当前婚姻基本权利相冲突。

其次,同性婚姻权同样受到第14修正案的平等保护条款的保护。正当程序条款和平等保护条款相互关联。法院的诸多判例皆是依据社会观念的新变化来审查之前未受注意和挑战的法律;法院也曾经依据这个原则来审查与同性权利相关的法律。因而,当前将婚姻限定为异性之间的法律本质上是不平等的,因为同性伴侣无法获得异性伴侣所可以享

受的婚姻利益,并因此处于劣等的地位。总而言之,根据自由和平等的原则,各州禁止同性婚姻的法律违反宪法、侵犯了公民婚姻的基本权利,因而违宪。

多数意见亦对很多可能的批评进行了回应。首先,法院认为基本权利受到侵犯的个人无需等待民主程序来确认自己的权利,而可以直接诉诸司法过程来肯定其婚姻权利。上诉人将案件上诉到最高法院本身已经证明了问题的迫切性。最高法院具有运用司法审查来处理此问题的权力和义务。如果法院不直接介入此问题,而是等待立法机关作出缓慢的改革,那么等待过程所施加给同性伴侣的伤害仍然会侵犯其所享有的婚姻权利以及相关的利益。其次,法院认为,承认同性婚姻的合宪性并不会改变异性婚姻的性质,因而不会破坏和伤害婚姻这项基本社会制度。反对者的担心是多余和无根据的。最后,宗教和宗教教义的信徒自然可以根据其信仰来反对同性婚姻,但是根据第1修正案的宗教自由原则,同性婚姻者亦可以根据其信仰或者信念来支持并实践同性婚姻。两方面的人同时享受宗教自由的保护。

多数意见以格言结束了判词:

没有任何结合比婚姻更为深切,因其体现了爱、忠诚、奉献、牺牲和家庭的至高理想。两人形成姻亲之合的时候,成为了超越他/她们个体的结合。正如这些案件中的上诉人所展现的,婚姻体现了一种甚至可以超越死亡的持久之爱。说他们不尊重婚姻的理念实属误解。他们的申诉表明他们尊重婚姻的理念,且如此深切地尊重,以至寻求婚姻的理念在其自身实现。他们不愿生活在被谴责的孤独之中,为人类文明最古老的一项制度所排除。

他们要求法律之中的平等尊严。宪法给与他们那种权利。[17]

异议意见同样精彩。首席大法官罗伯茨陈明,他并不反对同性婚姻合法化,而只是反对通过司法判决将其在全国范围内合法化。由于宪法对此问题没有任何规定,决定权应该交给民主程序(包括联

邦国会和各州议会)。法院通过扩大解释来肯定同性婚姻权利是对法治的破坏,走上了“实体正当程序”(substantive due process)的错误老路。斯卡利亚基本认同罗伯茨大法官,只是言词更加激烈。他认为高院此次的判决威胁了美国民主,以对“自由”的放肆的宪法解释实现了宪法修改,剥夺了独立宣言和美国革命确立的成果,即美国人民的自治。[18]法院的判决进而抹杀了美国人民进一步辩论同性婚姻问题的可能性,封杀了民主途径解决此争论的路径。此举十足地展现了司法机关的妄自尊大。托马斯大法官则认为,多数意见曲解了宪法自由的含义:自由历来都是免于政府干涉的权利(消极权利),而近日法院却将其界定为享受政府好处的权利(积极权利),因此根本地改变了美国的宪法哲学。即便实体正当程序教义是可以采用的,也无法将其用来做如此解释。阿利托大法官则认为,多数意见违背了联邦制的原则。美国宪法对于同性婚姻的问题没有给出任何答案,而是将该问题留待各州人民自行决定。最高法院篡夺了各州人民的决定权,构成了司法越权和权力滥用。

二、美国宪法教义:实体正当程序与同性婚姻

考虑到判决之前同性婚姻问题已经激起了美国最为激烈的道德、政治和宗教争论,美国最高法院实际上介入了所谓“文化战争”(the Culture War)。它的战略手段是司法审查,武器库是美国宪法,其核心武器是第14条修正案,特别是正当程序条款。同性婚姻案件的宪法意涵须放在美国宪法中正当程序条款教义的历史中才能得到恰切的理解,尤其是其争议性。

原初的《美国宪法》(1787)既没有规定司法审查,也没有写上权利法案。不言而喻,司法审查为1803年美国最高法院通过马伯里诉麦迪逊案所确立。而《权利法案》则是由第一届国会制定,而非1787年制宪会议确定。1787年《美国宪法》缺少权利法案并不是立宪者的疏忽大意,而是有意为之。竭力推动新宪法的联邦党人认为,联邦宪法本身就

是权利法案,对政府权力的限制就是对公民权利的维护,没有必要专门列举;如果将权利列举出来,反而不利于保护权利,因为权利的列举必然有限,会让人觉得宪法权利仅限于列举的权利,使权利法案成为政府限制公民的借口。用汉密尔顿的话来说,权利法案列入美国宪法“不仅无此必要,甚至可以造成危害”。[19]在制宪和通过时期不断反对联邦宪法的反联邦党人,对于宪法的最大批评就是宪法缺少权利法案。最后,为了平息反联邦党人对于宪法的批评,麦迪逊主导第一届国会制定了权利法案。

《权利法案》最初的适用范围只限于联邦政府的法律,而不能用来限制州的议会。美国最高法院在巴伦诉巴尔的摩案(Barron v. Baltimore, 1833)当中明确地肯定了这一点。[20]当时,巴尔的摩市政府征用了—个公民的财产,此人将案件起诉到美国最高法院,认为该做法违背了《美国宪法》第5修正案:“不得不经由法律的正当程序,即被剥夺生命、自由与财产;私有财产不得未获公正补偿即遭占取。”马歇尔大法官判定:“我国人民成功的制定了联邦宪法,同时各州均有自己的宪法。……我们必须将宪法第5修正案理解为对联邦政府权力的限制,不适用于各州,各州已经依其智慧在自己的宪法中对本州政府的权力进行了限制。”[21]涉及到前八条修正案中所列举的宪法权利,联邦宪法对于州政府没有任何限制。比如,第1条修正案规定国会不能设立国教,但该条款并不意味着各州不能建立国教;各州恰恰是为了保护自己州所建立的宗教,才限制国会不能建立全联邦的宗教。州在涉及到公民权利的问题上只受制于本州的宪法。从更大的范围来看,整个联邦宪法绝大部分都是针对联邦政府的,对州只有在第4条州际合作方面有有限的限制,但在个人权利领域,联邦宪法没有任何限制。[22]在这样的框架之下,公民即便对州的法律不满,也不能诉诸于联邦宪法的权利法案,而只能依据州的宪法进行挑战。其根本原因在于1787《美国宪法》诞生于各州对于联邦政府的深度担心和极端防备之中,因而各州将联邦宪法视为保卫自己不

受联邦政府侵犯的法律武器。

1860年代的美国内战根本地改造了美国的纵向宪法结构。伴随着北方军事力量对于南方的占领以及黑人的解放,国会通过了三条著名的“重建修正案”:13修正案规定废奴,14修正案主要规定民权,15修正案规定投票权。《权利法案》只有在第14修正案通过之后,才能够被联邦法院用来宣判州的法律违宪。第14修正案的通过是一场宪法革命,是对于联邦与各州关系的重大调整,尤其是开始以联邦宪法的名义来限制各州的权力。对于各州权力的限制,首先是第14修正案第1款中的优惠与豁免权条款(privileges and immunities clause):“任何州不得制订或实施任何法律,来剥夺合众国公民的优惠和豁免权。”但该条款随即被1873年美国最高法院判的屠宰场案(the Slaughter-House Cases)所废弃,至今仍然未被启用。[23]随后的两个条款成为了以后最高法院判决的宪法权利案件的依据。首先是正当程序条款:“各州亦不得经由法律正当程序,即剥夺任何人的生命、自由和财产”;然后是平等保护条款:“或在其管辖区域内对任何人拒绝提供法律的平等保护。”若不是因为屠宰场案,未明确列举的权利本可以并且应该在特权和豁免权条款中解释出来。但正因为屠宰场案的先例存在,最高法院只能转而采用正当程序条款。

美国最高法院继而通过第14条修正案,将原先的权利法案适用于限制各州政府的权力、保障宪法权利。这种趋势在第二次世界大战之后变得更为明显。所有的争议皆围绕平等和自由展开,围绕着1954年的布朗案[24]和1973年的罗伊案[25]进行。美国最高法院积极地介入了六十年代以来的文化战争。如果说平等保护条款的能动司法适用激起了巨大争议的话,正当程序条款则激起了更大的争议。

在美国宪法教义中,正当程序条款包含程序性正当程序(Procedural Due Process)与实体正当程序(Substantive Due Process)两种。[26]正当程序的本来意思主要是程序性的,即政府在剥夺个人

生命、自由、财产的时候必须经过相应的法定程序，如进行听证等环节。但随着最高法院的实践，正当程序变成了实体性的：政府在剥夺个人生命、自由和财产的时候必须给出充分而正当的实质理由，而不能仅仅履行相应的程序。原本正当程序的含义被称为“程序性正当程序”(Procedural Due Process)，虽然有语义重复之嫌。

在实践当中，实体正当程序主要用于未明确列举的权利(unenumerated rights)，针对的主要是州的立法。自由当然不仅仅在于权利法案的列举。[27]最高法院依据此教义解释出了很多基本权利：结婚权、[28]子女监护权、[29]堕胎权、[30]同性性行为权、[31]拒绝接受治疗权[32]等等。还有更多的权利被提交到最高法院寻求确认未果，如医生协助自杀的权利。[33]部分因为这个原因，实体正当程序的教义备受争议：保守派法律人将其称为一种“严重的伪装”[34]或者“虚构”，[35]甚至自由派宪法学家也将其看作“术语矛盾”，一如“绿色蜡笔红”；[36]亦有批评者认为最高法院严重违背了第14条修正案的原意。[37]最高法院常被诟病毫无宪法根据地越俎代庖立法，表现了一种司法的妄自尊大。[38]实体正当程序因而典型地体现了最高法院司法审查的正当性问题，即著名的“反多数难题”：非民选的最高法院为何能够否决民选机构的立法，特别是在宪法并没有明确规定的问题上？[39]非民选的最高法院之所以有权审查民选机构制定的法律，是因为其代表了宪法。但如果宪法对于特定问题没有明确规定，最高法院就没有坚实的理由否定立法。

实体正当程序备受争议的另一原因在于其不甚光彩的适用历史。在19世纪末到20世纪的前半叶，正当程序条款主要用来保护公司和资本的利益——“自由”被理解为主要指契约自由。在1905年著名的洛克纳案中，美国最高法院判定纽约州限制最高工作时间的立法违反了第14条修正案正当程序条款所保护的契约自由。[40]1905年到1937年之间，美国最高法院曾以此为理由否定了两百多

个经济管制的州立法。[41]美国也因此进入了所谓“洛克纳时代”(LochnerEra)。[42]1937年，迫于罗斯福总统重组法院的政治压力，美国最高法院摒弃了合同自由教义，转而支持新政立法，史称“及时转向”。[43]美国最高法院转而对于正当程序条款中的“自由”采取了一种限制性的解释：

支配我们裁决的原则是什么，这并没有疑问。应援引的宪法条款是适用于各州的第14修正案的正当程序条款……在每个案件中，那些反对于妇女最低工资进行规制的人声称，这类规定剥夺了契约自由。这种自由是什么？宪法并没有提到契约自由，它只提到了自由并禁止未经正当法律程序剥夺自由。在禁止剥夺自由的同时，宪法并没有承认存在一种绝对的、不受限制的自由。在提到自由这一短语的每一处，自由均有其历史和涵义。然而，在社会组织中，应该捍卫的自由是，要求针对威胁公民健康、安全、道德和福利的恶行提供法律保护的自由。因而，宪法中的自由必然受制于正当程序的约束，对其主体的合理的、且为社会利益而采取的规制，即属于正当程序。

最高法院的实体正当程序在经济领域的适用告一段落。从那以后，再也没有一部联邦或州的经济规制立法以实体正当程序为由宣布为违宪。用伦奎斯特大法官的话说，“我们的探究止于国会行为有貌似合理(plausible)理由的……地方”。[44]实体正当程序因为洛克纳案而被污名化，[45]以至于法院以后在处理类似案件的时候必须首先否认自己是在像洛克纳法院一样在搞“超级立法”(super-legislation)。[46]

从20世纪60年代起，随着反文化运动(counter culture)和性解放运动的兴起，正当程序中的“自由”的所在从契约转移到了身体。[47]身体的自由取代了缔约的意志，成为了正当程序条款的关注所在：对于女性来说，自由意味着堕胎；对于男性来说，自由意味着同性恋。身体的自由受到隐私教义的保护。[48]最高法院在1973年的罗议案当中肯定了女性堕胎的宪法权利，但在1986

年的鲍威尔斯案中否定了男同性恋性行为的权利。

与此同时,身体自由问题激起了极大的政治争议和法律辩论:堕胎问题从1973年以来一直是全美头号政治、道德和法律争议问题;同性恋问题在近近年来成为了重大热门的政治、道德和法律议题。在这些争议性的问题上,最高法院运用了宪法上最为争议性的实体正当程序教义来判案,自然会引发双重争议。

从罗伊案开始,有关身体自由的实体正当程序教义就开始进入了极度激烈的争论,以至于几乎重大的案件都是五比四的判决。最高法院的自由派和保守派也开始明显地分化开来:自由派极力维护实体正当程序,在解释宪法时坚持“活的宪法”(living constitution)的原则;保守派极力反对实体正当程序,坚持原旨主义(originalism)的宪法解释。[49]

对于保守派而言,如果宪法文本没有明确的规定,解释正当程序中的自由条款时必须依据国家的历史和传统,而不能随意解释出新的权利。保守派坚持认为,在宪法没有明确规定的情况下,必须由州的民选代议机构自行决定相关法律和政策,法院不能越俎代庖,否则即超越其权限、构成司法篡权。无论对于自由派和保守派,实体正当程序都有“洛克纳”之嫌。从法理上来讲,对于身体自由的保护和对于契约自由的保护确有一种平行关系:两者都强调一种不受政府干涉的个体自治领域。自由派法官和保守派法官有关实体正当程序的争议继而体现在每一个重大案件当中。很多时候,除了那些立场摇摆的中间派(典型的是撰写此次同性婚姻案的肯尼迪大法官),对于那些立场明确的大法官而言,跟踪美国最高法院判决的读者几乎无须看其判词都知道他/她们要说什么。

保守派大法官一般对于自由派法官发展出新权利的批评主要集中在最高法院是否应该推动社会变革。他们经常会以实体正当程序来指责自由派,因为实体正当程序总是会引发洛克纳案的联想。如在温莎案中,斯卡利亚大法官对多数意见进行了猛

烈抨击:“多数派并未使用‘实体正当程序’这个可怕的字眼,他们可能意识到该原则的名声并不光彩,但是他们的论述就是这个意思。”此外,“一个社会选择一种变革是一回事,而一个法院把这种变革强加给那些反对它的人又是另一回事。”[50]同持反对意见的阿利托大法官指出,“宪法没有对这一选择做出规定,宪法将它留给了人民,人民通过其所在联邦和州所选出的代表来行事。”[51]在保守派看来,最高法院急须激流勇退,将此问题交给民主机关决定。在实体正当程序问题上,美国最高法院的大法官们经常争论,甚至带着情绪进行争吵。

实体正当程序的另一个重大含义在于,一旦法院就一项隐含的基本权利进行判决,就必然推行一套全国统一的标准,否定了各州自行决定的可能性。例如,如果没有最高法院的判决,根据联邦制的原则,各州可以自行决定同性恋婚姻是否合法化:一些州可以根据本州的历史、宗教、文化和社会传统和实际状况禁止同性婚姻,另一些州可以根据自己的历史发展和社会状态允许同性婚姻,还有些州可以采取某种中间路线。但一旦最高法院宣判,各州都必须遵从最高法院设定的统一标准,失去了多元选择的机会。

美国最高法院的判决并非因为其正确才受到遵从,而是因为受到遵从才显得正确。这就是美国最高法院曾经的大法官杰克逊(Robert Jackson)的名言所指出的:“我们不是因为不犯错误才最终说了算,我们不犯错误只是因为最终说了算”。[52]司法审查并非《美国宪法》规定的权力,法院在行使司法审查权的时候也并非严格拘泥于《宪法》,而毋宁说是司法审查创造并发展(曲解?)了《宪法》。这如同耶鲁大学法学院保罗·卡恩(Paul W. Kahn)教授指出的:“《宪法》没有建立司法审查;毋宁说,司法审查发明了《宪法》”。[53]美国最高法院的地位,与其说源自其智商超群,不如说来自其权力巨大。

对于美国最高法院司法审查的现实主义理解毋宁揭示了另一个重要的现实。也就是说,美国最

高法院不但在美国法律体系内处于至高的位置,而且在美国政治文化和公民宗教当中占据了重要的地位。[54]美国的公众信仰将最高法院赋予了某种神学的色彩:《宪法》类似于《圣经》;而大法官则好像大祭司。问题不在于最高法院经常违背基本的逻辑和法理——如所谓实体正当程序。问题在于即便如此,美国人民也对最高法院的决定无法反抗,即使极端不同意。而这,正是司法审查或曰司法至上(judicialsupremacy)的核心意涵所在。

三、同性取向、宪法判决与西方文明

美国最高法院的司法判决诞生于激烈的同性婚姻争论之中。[55]如同哈佛大学政治哲学教授桑德尔所言,该争论的本质在于这样一个问题:“男女同性恋的结合,是否值得拥有我们这个社会中由政府认可的那些婚姻所具有的荣誉和认可?”[56]法律话语背后是深层次的道德价值冲突。争论的核心涉及婚姻的定义目的:到底是生育后代的结合,还是爱意的法律承认?反对同性婚姻的人认为:婚姻最重要的目的就是繁衍后代;同性恋婚姻本身不能带来人口的生育因而不能被允许。[57]基督教右翼则认为:同性恋平权运动从一开始就挑战了基督教的信仰根基;同性性行为的目的不是生育而是肉体的愉悦(carnal pleasure)——这是一种罪恶。支持者们则对这些理由不予认同:婚姻的目的是为了繁衍后代实在是太过陈腐,其真正的目的在于相爱双方的深刻合意。

同性婚姻之所以激起如此大的辩论,是因为其触及到了婚姻这一古老的人类制度的定义、性质和正当性问题,更是因为其触及到了西方文明有关道德、宗教和法律等各方面的本质规定性。尽管“同性”(Homosexual)一词直到1883年才引入英文,[58]但同性恋是一个西方文明历久弥新的古老问题。粗略地讲,西方文明的两大历史传统——希腊和犹太——基督教——对于同性恋的态度截然不同。希腊与希伯来、雅典与耶路撒冷之间的争斗在同性恋问题上尤为明显。[59]同性恋在古希腊文明

中备受推崇。尤其是男性和男性之间的恋情,不仅仅是一种生活方式,而且是一种教育制度,甚至带有某种政治意涵。希腊神话从不缺少男性神之间的同性之爱,[60]而同性恋在希腊社会之中更为普遍。古希腊同性恋的经典模式建立在少年和年长的男性之间:年轻人被叫作被爱者(eromenos);年长的被叫作爱者(erastes)。^[61]男性间的爱情也被希腊人(如斯巴达)认为是军事效率和公民热情的重要保证,因而备受推崇。^[62]同性之情也扩展到女性:譬如古希腊最著名的女诗人萨福(Sappho)住在一个叫作莱斯波斯(Lesos)的岛,与其女伴相依。后世女同性恋(lesbian)一词即以萨福所居住的岛命名。

同性恋也构成了希腊哲学的重要主题。柏拉图本人曾有过一场同性恋,对方是叙拉古(Syracuse)的僭主迪昂(Dion)。公元前367年,柏拉图在迪昂的劝说下第二次来到叙拉古为其立法。柏拉图曾写给迪昂颂歌:“在你道路宽阔的城邦里,你在徜徉,享受最终的荣光,而你的爱曾使这片胸中的那颗心疯狂。”^[63]在《会饮篇》中,柏拉图认为男性爱人之间最高的状态是知识与美德的交流:性不是同性恋的一部分;恋才是最主要的。^[64]然而,柏拉图最后的作品《法篇》对同性恋明确禁止,强调建立一夫一妻制的重要性。^[65]柏拉图早期和晚期的两种截然不同的态度构成了西方文明对同性恋两种态度的基础。柏拉图《法篇》中的态度预示、并直接影响了基督教、特别是天主教会的立场。^[66]

犹太基督教(Judeo-Christian)文明则对同性恋非常严酷。这种态度最早地、典型地体现在记述传统犹太法律的《旧约·利未记》当中:上帝耶和華让摩西为以色列子民立下律法,“不可像与女子睡觉那样跟男人共寝,秽行恶心。……二男共寝如男女同床,秽行恶心;血罪降临,两人皆死”。^[67]《创世纪》中记叙了古代城市索多玛(Sodom)由于沉湎男色淫乱而被耶和華派出两名大天使毁灭的故事。^[68]后世基督教社会对此进行了发挥,男同

性恋性行为(sodomy)入罪由此开始。

脱胎于犹太教的基督教虽然废除了很多犹太律法,但在涉及同性恋的问题上继承了犹太传统。西方各基督教国家随后都为同性恋定下死刑,直至18世纪末。[69]这种传统甚至一直沿袭到20世纪70年代的美国,如在美国联邦巡回法院审理的一起案件中,法官引述《利未记》判定弗吉尼亚法律将同性性行为入罪的法律合乎宪法。[70]罗马帝国虽然部分继承了希腊的文明,但在基督教化以后全面禁止了同性恋行为;旧约的刑罚被引入了罗马法,后又引入西欧各国。[71]天主教会就更加登峰造极:各种针对同性恋的迫害史不绝书。[72]与天主教会龃龉的各国新教也都继承了这个传统:无论是加尔文宗还是英国国教都明确地宣称要灭除同性恋。[73]可以说,犹太-基督教传统构成了人类历史上对于同性恋最大的不宽容。

现代性在某种意义上是希腊和希伯来传统的复杂融合。一方面,继承了希腊的理性传统的现代社会以启蒙作为其重要特征。历史传统和长久习俗受到理性法庭的检验;个体自由的理念逐渐冲破文明传统的羁绊。现代革命一方面在政治领域推翻了君主制,另一方面在社会、文化和道德领域试图去除古往的礼教。法国大革命一方面砍掉了君主的头颅,另一方面伴随着色情文学和爱欲哲学的兴起——想一想萨德侯爵(Marquise de Sade)的《闺房哲学》。[74]然而,法国大革命时期的爱欲哲学毕竟只是思想,只有到了20世纪60年代的西方文化革命当中才逐渐成为一种社会运动:马尔库塞的《爱欲与文明》成为了西方学生运动的经典读物。[75]“上帝死了”:宗教律法、传统道德、家庭伦理、社会风化、个人操守都在新潮现代性冲动之下受到了最为深重的挑战;“性、毒品和摇滚乐”构成了六十年代反文化运动的三位一体象征。[76]对于性的限制和同性的禁止并非自然所定,而恰恰是社会和文化建构的结果。[77]只是性从禁忌变成了风潮:女性主义运动和同性权利运动风起云涌;千年以来的基本伦理道德开始经历了重大转型。身体的自由

——“我的身体我做主”——成为了道德和法律的天条。但另一方面,希伯来传统却远未因为现代启蒙而消散。在科学日益普及的同时,宗教却远远没有淡出人类的视野。反讽的是,历史上曾经发生多次基督教宗教战争的欧洲,在20世纪后半叶之后成为了西方最为世俗化的地方。[78]美国虽然六十年代经历了反文化运动,但很快保守主义势力就结合“沉默的大多数”(the Silent Majority)开始了反向政治和社会运动,甚至在1980年代里根政府期间完全主宰了美国,其影响力一直延续至今——想一想小布什总统的“新保守主义”。[79]如今,美国是西方世界中宗教性最为强烈的国家。依据基督教宗教传统反对同性恋的趋向仍然非常激烈;宪法中的宗教自由被用来反对性自由和同性权利。《利未记》的传统在经历了启蒙和现代性之后在美国仍然蓬勃有力。

两方面的传统自从六十年代以来就把美国拖入了所谓的“文化战争”(the Culture War)。实体正当程序在六十年代之后的复兴就是在此背景下展开的。“五比四”的判决就是文化战争在美国最高法院中的激烈体现。一系列隐含的权利(隐私权、堕胎权、同性性行为权)都是美国最高法院将新思潮用宪法语言表述和确认的结果。斯卡利亚大法官曾经在一个案子的异议判词当中明确地挑明了这一点:“当法院参加了这场文化战争时,它倾向于和骑士而不是农奴站在一起——尤其是和‘圣殿骑士’站在一起,反映了组成法院人员的律师阶层的观点和价值。”[80]对于司法保守派而言,美国最高法院本不应介入这场文化战争,更不应在战争当中放弃中立、偏向一方(中产阶级、特别是律师阶层)的价值,否则法治的原则就会遭到根本的破坏。

从比较文明史的角度而言,同性恋在融合希腊和希伯来传统的西方文明史当中占据着重要的地位,甚至是西方文明的一个试金石,事关西方文明的发展方向。[81]在美国最高法院听审同性恋婚姻案件的过程中,阿利托法官曾经提出古希腊的问题,

甚至提到了柏拉图。[82]试图论证同性恋婚姻合法化的律师论辩说,禁止同性恋婚姻、或将婚姻仅限于男女之间是对于同性恋群体的一种社会贬低;阿立托(Justice Alito)大法官用古希腊的例子来反驳这一点:古希腊并不存在同性恋婚姻的制度,但却对同性恋非常宽容甚至同性恋非常盛行,这说明同性恋婚姻不合法并不代表是对于同性恋的社会贬低。[83]隐隐地,最高法院的审判不仅涉及美国法律,而且关涉西方文明。实际上,美国最高法院将同性恋问题上升到西方文明的高度并非首次。在1986年的鲍威尔诉哈德威克(Bowers v. Hardwick)案中,首席大法官伯格(Warren Burger)曾将同性恋问题提高到了西方文明史的高度,特别是“犹太-基督教道德标准”(Judeo-Christian moral standards)和“千年的道德教化”(millennia of moral teachings)。[84]

从同性恋到同性婚姻是一步巨大的跨越,因为其根本性地改变了几千年来西方文明(尤其是基督教文明)对于婚姻的传统界定。把同性婚姻的问题交给美国最高法院,美国最高法院就参与决定了西方文明走向的使命。西方文明是否如美国保守派所说的即将因此衰落,[85]目前人们不得而知。但人们可以知道的是,无论对于同性恋婚姻的支持者还是反对者而言,美国最高法院的判决都不仅仅决定了美国宪法的走向,也决定了美国文明和西方文明的走向。基于美国在西方文明中的领导地位,以及美国最高法院在美国政治体系和社会文化中的重要地位,我们可想而知美国最高法院允许同性恋婚姻的判决对于西方文明走向的影响。在某种意义上,美国最高法院试图重新界定西方文明的基本性格和根本价值。

一些大法官甚至试图超越西方文明传统,而直接进入人类总体文明传统的探讨。特别值得注意的是,中国元素的确出现在了历史性的判决之中。肯尼迪大法官在论述婚姻的重要性之时引用了《礼记》中孔子的话,并将其与古罗马西塞罗相提并论。[86]我们可以由此管窥肯尼迪大法官试图处理普

遍人类文明问题的雄心壮志:他不仅试图改变美国的百年传统,甚至还要尝试界定人类的千年传统。因而,首席大法官罗伯茨在其异议判词中不无挖苦地说道:正是由于多数大法官的任性,“本院使得半数以上州的婚姻法无效,而且强行改变一项构成人类社会数千年根基的社会制度,一项通行于布须曼人、中国汉人、迦太基人和阿兹特克人的社会制度。我们以为我们自己是谁啊?”[87]同性婚姻合法化不止于宽容同性行为—其他文明已经有宽容的传统——而是要重新界定婚姻这一古老制度。实际上,即便是推崇同性恋的古希腊文明,也并未承认同性婚姻。肯尼迪大法官不仅要回到古希腊,甚至要超越古希腊。

四、结语

在某种意义上,任何一个重大宪法案例都像是一个“路由器”:诸多历史传统、政治理念、社会运动、文化思潮乃至政治暗流在此汇聚,并产生碰撞,促发各种潮流发展的新动向。在欧伯格菲案中,美国宪法问题(司法审查的正当性问题、实体正当程序的争议、平等保护的新发展)、同性恋问题(同性运动的历史进程)、西方文明问题(基督教文明的走向、人类婚姻制度的重大转型、美国意识形态内战的进展、现代福利国家的未来方向)等等多个线路上的信号汇聚于美国最高法院的判词以及无数先于判词的意见和后于判词的评论之中。每一个问题都具有来龙去脉,每一个问题都具有历史的地层累积。如果不了解这些语境(context),仅仅阅读文本(text),我们获得不了实质的把握和判断,读者不会深知他们究竟在说什么、改变什么、创造什么或者延续什么,不知道这个判决结果究竟对于美国人来说是意料之中还是意料之外,是洪水猛兽还是久旱甘霖,甚至不知道他们在对谁说话。

回到宪法层面,美国最高法院在此种裁决中因而面对着双重争议:其用以判决同性婚姻权利的宪法教义本身争议重重(实体正当程序是否正当?),而其处理的问题同样争议重重(同性婚姻是否符合

道德—社会原则？)。观察者和研究者在关注案件具体判决结果的同时,亦须从美国宪法教义和政治背景的双重维度对其进行理解和评判,方能避免简单的结果主义态度或者片面的推崇心态。重大案件

是深度理解美国宪法结构和特征的重要切口,而非将某种普遍原则从美国语境中抽取出来的特别机会。只有放回到语境当中,我们才能进而进入深度的比较和思考。

找代孕疯狂生娃,这日本富二代跟泰国撕了四年,终于要回了他的继承者们

2018-02-21 英国那些事儿

<http://mp.weixin.qq.com/s/JiEa-A7ZMG1FdRvH4edtyw>

最近,泰国一起旷日持久的监护权争夺案终于有了结果。

曼谷法院判定,

一名通过代孕生下至少 16 个孩子的日本男子,可以拿回其中 13 个的监护权,因为他确属这些孩子的“唯一监护人”。

这... ..

日本人为啥跑那么远代孕? 还生这么多?

而且既然讲明了是代孕,监护人问题咋还闹上了法庭?

一切还要从 4 年前泰国的一系列代孕丑闻说起...

【丑闻曝光】

2014 年,两起代孕丑闻的曝光,曾在泰国引起轩然大波...

第一起,是一对澳大利亚夫妇在当地找人代孕,



谁知产下的一对龙凤胎中,其中一名男婴患有



唐氏综合症,最后,这对狠心的夫妻只带走了健康的女婴,留下可怜的宝宝 Gammy 和贫困的代孕妈妈艰难求生...

这件事被媒体报道后迅速引发了泰国官方的强烈关注,他们发现,越来越多的外国人把泰国当成了“婴儿工厂”,他们远道而来,以很低廉的价格找到泰国的代孕妈妈。生娃后直接带走婴儿.....

他们开始深入调查外国人士在泰的商业代孕现状,发起了一场名为“打击婴儿工厂”的行动,就这样,第二起更大的丑闻浮出水面...

根据多个匿名举报,泰国警方将视线集中在了—位名叫 Mitsutoki Shigeta 的日籍男子身上,从 2010 年开始,Shigeta 开始频繁入境泰国,次数高达 41 次,当时他只有 24 岁,具体职业不明。并且,机场监控显示,Shigeta 曾多次只身入境,但离开的时候,怀里却抱着一个婴儿...



2014 年 8 月，警方突袭了 Shigeta 在当地的一所豪华公寓，在那里，他们发现了 9 个宝宝和 9 个保姆，房间里满是奶瓶、婴儿床、玩具、尿布...

没过多久，警方确认，这 9 个孩子，以及在另一处发现的 7 名家庭背景不明的婴儿，他们的父亲都是同一个人——Shigeta...

一时间，全国上下都对这个神秘的日本男子议论纷纷，人们想知道这人到底什么来历，也想搞明白，他跑来泰国代孕这么多孩子的动机究竟是啥...



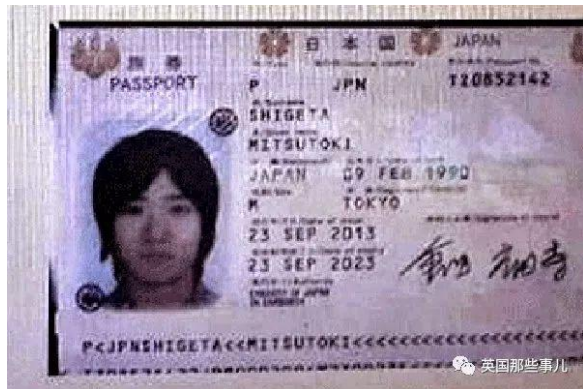
【诡异动机】

Shigeta 的新闻传回日本后，当地媒体马上对他的背景进行了调查，结果发现，他的来头果然不简单，他是日本电信巨头“光通信”创始人重田康光之子...

老爹的身家在日本福布斯富豪榜上一直排名前列，总资产约 20 亿美元，一位不折不扣的富二代...



事实上，在警方突袭了 Shigeta 曼谷的住所后，Shigeta 很快就委托代理人发表了一封声明，声称自己之所以代孕这么多孩子，是为了有更多继承人管理他的资产，但根据多名证人的证词，以及日方媒体的起底来看，事情似乎并没有这么简单...



曾为 Shigeta 提供过两次服务代孕中心主管 Mariam Kukunashvili 表示，当小伙第三次向她申请代孕时，她就觉得有些诡异了：

“我第一次见他的时候他才 22 岁，这么年轻要那么多孩子干嘛？我让员工打听他的目的是什么，他说他需要一个大家庭给自己投票，未来他就有更大的机会在日本赢得选举...”

这样的理由在 Mariam 听来非常扯，她拒绝继续为 Shigeta 服务，但没过多久她又得知小伙还在找别的中心代孕，并且，她还听说他竟然还想购买冷冻精子的仪器，并且夸下海口，“他想每年都生 10 个孩子，计划培养 100-1000 个继承人出来。他说他能为这个世界做的最好的事情，就是尽可能多的留下自己的种，这些话听着让人毛骨悚然，我越想越觉得可疑...”

日本媒体则认为，要想揭开 Shigeta 代孕大计

的动机，可能还是要从他的家族本身找答案...



根据日媒的调查，Shigeta 的父母也曾现身儿在泰国的公寓，看望“孙子”们，由此可推断，这一切似乎并不是 Shigeta 一人做出的决定，加上有传闻称重田康光一直非常崇拜希特勒，对优秀基因种族净化之类的概念也有很强烈的迷恋，因此，这一家子希望代孕出千人后代的说法，极有可能是真的，目的是为了建立一个拥有重田家族优良基因的大帝国...



然而，对于警方而言，上面这些说法听起来实在有些荒唐，他们需要的不是推断，而是绝对的实锤，通过一系列调查，警方发现 Shigeta 竟然拥有超过 10 国的护照，并且他几次带着婴儿出现在泰国机场，目的地都不是日本，而是一些临近的国家包括柬埔寨、老挝等等...

就这样，他们把动机调查定为两个方向：

要么，Shigeta 生这么多孩子，就是为了贩卖人口，

要么，就是想剥削儿童，将亲生孩子作为廉

价劳动力：

“我可以告诉大家，到目前为止我还从来没碰到过这样的案子，我们一定会查清楚他这么做的目的到底是什么...” 国际刑警 Apichart Suribunya 曾在当年的发布会上说道...

不过，随着国际刑警在日本、柬埔寨、香港和印度等地区展开实地调查，他们却发现，没有任何迹象表明 Shigeta 在从事不法活动，Shigeta 的确是在这些地方都有注册企业，合法购买的住宅，与此同时，那些从泰国带走的孩子也没有在别的地方遭遇残害，Shigeta 只是给了他们更宽敞的住所，提供了更多照顾...



【倒逼改革】

由于 Shigeta 每次代孕行为都是通过当地正规机构，每位代孕妈妈也都得到了应有的报酬（9300 美元-12500 美元不等），孩子们都有合法的出生证明，亲缘关系也的确属实，因此，警方一直没办法对他提出任何指控...

紧接着，他们又转而调查为 Shigeta 提供过服务的几家机构，果然，一位为 Shigeta 执行体外受精手术的医生 Pisit Tantiwattanakul，很有问题...

事实上，此前泰国对于商业代孕并非完全没有限制，受批准可实施代理生产手术的医院只有 45 家，而且禁止非请托夫妻的亲属当代理孕母，但这些规定经常被无视，很多医院往往没有得到许可，就公然进行代孕手术，而 Pisit 医生虽然持有妇产科医师执照，但他并没有执行代孕手术的权限...

正是因为手术本身就不合规，泰国警方认定，Shigeta 对由该名医生代孕出来 13 个孩子是没有监护权的... 自此，这些孩子被安排至相关单位进行寄养...

失去了这 13 个宝贵基因的监护权，Shigeta 自然不会善罢甘休，他迅速起诉了泰国社会发展与人类安全部，要求官方维护他的正当权益...

在此后近 4 年的时间里，尽管 Shigeta 本人极少公开发声，但多名辩护律师跟泰国方面是各种撕，事情闹了个没完没了，以致当地老百姓们齐声呼吁——赶紧制定一套合理的代孕法出来吧，这一波波外国人跑来疯狂找代孕，简直是对生命的亵渎，完全违背了伦理...

终于，2015 年，当地通过了全新的代孕法，



新法规定，只有夫妻双方至少一方是泰国人，并且是结婚三年以上的配偶，才能寻求代孕服务，但不能使用商业性代孕。

至于想来泰国找代孕的外国人，是彻底没戏了，一旦发现违规情况，将面临至少 10 年监禁...

曾经因为代孕服务相对便捷又便宜，被誉为“亚洲子宫”的泰国，这下算是无法再继续丑闻百

出的代孕生意经了...

可毕竟还是有很多遗留问题要处理，比如仍在苦苦等待监护权的 Shigeta...

2 月 20 日，宣布终审结果的当天，曼谷中央青少年和家庭关系法院在声明中说道：

“经过长期观察，这 13 个孩子的生父并没有不良行为的纪录，他来自富裕的家庭，有足够的经济实力，并且已在日本聘请护士和保姆进行照顾，为了孩子们能更好成长，法院裁决，所有通过代理孕母生下的孩子，都是原告的合法孩子...”

与此同时，13 个孩子的代孕妈妈们已经签署文件放弃她们对孩子的权利，Shigeta 也就成为了他们的“唯一监护人”...



Shigeta 的代理律师表示，这 13 个孩子不会马上回到日本，他还会与社会福利部进行进一步的商讨，列出一个回归时间表，防止突然的环境改变，对幼小儿童带来心理压力...

至于 Shigeta 和他的继承者们的未来，代理律师仍然坚称，一切都将迎来最好的结果：

“我的委托人只是想建立一个大家庭，他绝对有能力照顾好他们，他想和孩子们一起快乐成长，并让他们参与到家族事业中，至于哪些恶意的揣测，我只能说我的委托人已经以孩子们的名义购买了许多房产，他们已经有了自己的基金账户，如果他想从事任何不法活动，又何必付出这么多呢？”

好吧，事情至此，终于算是有了结果...

但他此举的真正动机到底是什么，恐怕，也只有他自己才清楚了……

这个日本富豪海外代孕生了 19 个娃，还扬言要生 1000 个造福世界

2018-02-26 新京报 方辰

<http://mp.weixin.qq.com/s/r2n00IrdSgs6U55DieD6Ug>

重田自己曾表示，希望每年有 10 个孩子出生，最好能生 1000 个孩子，以造福世界，以及赢得选举。

近日，一位在泰国找人代孕生了 19 个娃的日本男子赢了孩子的抚养权官司。

等等，这是咋回事？

2014 年 8 月，泰国警方在曼谷一所公寓发现了 9 名婴儿，经过 DNA 检测，这些婴儿全部都是一位日本男子的孩子。



随着警方的深入调查，发现该日本男子通过代孕母亲生下了 19 个孩子，其中 4 个孩子在日本，2 个孩子在新加坡，剩下的 13 名婴儿均在泰国。

当时，由于泰国警方怀疑该男子贩卖人口，所以将这些婴儿安排在泰国的相关机构寄养。

但是，该日本男子向曼谷法庭提起诉讼，要求获得这些孩子的抚养权。



就在前几天，他获得胜诉，将有望将这些孩子都带回日本。

曼谷法庭称，这些孩子的代孕母亲均已放弃抚养权，而该男子财力充足，育儿准备充分，也没有贩卖人口的嫌疑。为了孩子的幸福考虑，判定该男子拥有其抚养权。

这位财力相当的男子啥来头？

据日媒报道，该男子是日本光通信公司创始人、曾经的全球第五大富豪重田康光的儿子重田光时。



那他为啥要生这么多小孩呢？

辩护律师称，重田成长于一个大家庭，喜欢被孩子们包围着的感觉。

重田自己也曾表示，希望每年有 10 个孩子出生，最好能生 1000 个孩子，以造福世界，以及赢得选举。

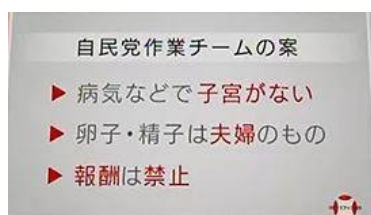


其实，代孕产子并不是一个新鲜的话题。

大约 40 多年前，代孕产子首先在美国兴起，如今已经有 20 多个国家或地区的人们尝试过找人代孕。

近些年，去泰国寻找代孕母亲的日本人极速增长。

在日本，代孕是被法律所禁止的。10 年前，自民党曾提出方案，表示应该对天生或因病而失去子宫的女性开放代孕政策，但后来不了了之了。



如果去美国找代孕母亲，包括交通费可能需要花费 2000 多万日元（约合 118 万人民币），而相比之下，发展中国家则只需要数百万日元。

其中，泰国凭借相对高超的医疗技术成为日本人的首选。

2014 年，日本 NHK 记者在泰国探访了一个被称为“代理母亲之村”的小村子。

这个村子位于泰国北部，从曼谷驱车前往需要 6 个小时。当地 20 至 40 岁的女性中，每五个人就有一人做过代孕母亲，而且很多“客户”都是日本人。



一位叫布帕的女性称，她曾为一名 60 多岁的日本女性代孕过一个孩子。

布帕夫妇育有二子，但由于二人凭农场工作每月仅能挣 1 万日元，难以维持生计，从而加入了代孕的行列。

布帕称，代孕一次的报酬约为 100 万日元（约 6 万人民币），相当于她 7 年的收入，她用这笔钱买了量梦寐以求的二手车和 3 公顷的土地。她说：

“我很难说为别人生小孩是一个不错的工作，但是如果不代孕产子，可能一生都买不起土地吧。”

一位在曼谷的医疗中介称，近年来，面向日本人的代孕中介机构增长了 5 到 6 倍。

随着代孕产子越来越商业化，问题和纠纷也频频发生。

一位代孕母亲称，在受精卵移植到体内后，她每月都要乘坐 6 个小时的巴士去曼谷的医院接受体检，怀孕 5 个月后，她在去医院的路途上流产了，也因此患上了下半身疼痛的后遗症。

然而，她再也联系不上中介了。

还有一些日本夫妇在向支付巨额中介费后，由于代孕母亲没有妊娠，空手而归。一位有过类似经历、一直梦想着有个孩子的女士称：

“当时真的很绝望，连梦想都失去了，不知道该何去何从。”



由于代孕产业乱象丛生，2015 年，泰国制定相关法律加以限制。根据法律规定，只有泰国夫妻，或者夫妻有一方为泰国人且结婚三年以上，才允许代孕。

而走在代孕产业前沿的美国，则遇到了生死拷问。

在美国，70%的州法律是允许代孕产子的。自 2002 年起，代孕产子的美国人在 10 年间增长了近 3 倍，至 2014 年，大约每年有 2000 多名美国人代

孕产子。



一位专门代理代孕官司的律师称，近些年，越来越多的代孕母亲和亲生母亲就关于该不该生下

孩子而发生争执。

代孕母亲莱斯称，她在怀孕4个月时，通过体检发现胎儿脑部出现严重缺陷，委托人要求流掉孩子，但她表示拒绝。她说：

“我没有办法杀死这个孩子。虽然不是我的小孩，但我觉得我要对这个生命负责。”

看来，有的时候，光有钱也是没法任性的。

文/方辰

家事审判改革：新加坡的亲子协调员是什么角色？ | 庭前独角兽

原创 2018-02-27 庭前独角兽 李啸飞 秦润芝

https://mp.weixin.qq.com/s/_2U6s4CiYtgY3vIMrLpA3g

编者按：家事审判制度改革一直是各国司法关注的重点问题，其不仅是推进审判专业化的发展，同时更需要维护婚姻家庭关系稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人合法权益。新加坡家事审判法庭是其司法制度中的特色，也一直备受人们的关注。本期他山之石，就让我们一起来看一下，新加坡的家事审判改革又有怎样的创新呢？推荐阅读时间6分钟。

新加坡家事审判法庭工作概略

上海海事法院 李啸飞编译
秦润芝校对

近期，在新加坡最高法院举行的家事法庭工作计划研讨会上，司法委员会委员、家事审判法庭首

实现家庭公平正义的途径：（儿童始终作为家事审判的核心）	涉儿童纠纷的解决方案达到80%的成功率
	在社科领域亲子协调员的参与下拓展协同抚养制度
	开始与国立教育学院进行纵向研究
	在整个家事司法程序中减少冲突
	推广一人审结制度以进一步完善法院程序
为将来家事审判做准备	将在下半年推出新的家庭保护中心以及有关个人保护或抚养案件的电子案例管理系统或家事申请综合管理系统（iFAMS）。
	与法律专业人士合作来修订“职业行为规范”和“家庭法律从业者最佳实践指南”
	新加坡将主办2020年家事法与儿童权利全球会议

席法官（PJ FJC）瓦莱利席恩（Valerie Thean）强调了法院在解决非正常家庭法律纠纷时所应当发挥的作用，同时指出实现家庭公平正义的必要性，并倡导为将来的家事审判做好充足准备。

接下来，新加坡家事审判法庭将立足于实践，进一步精简工作流程，开拓创新思路，提高计划标准，以此来帮助困难家庭，保证青少年的健康成长。具体内容如下：

1、“职业行为规范”和“家事法从业者最佳实践指南”的修正草案

新加坡律师公会和家事审判法庭在家事诉讼的背景下提出了“2015年职业行为规范（PCR2015）”的修正草案，同时推出“家事法从业者最佳实践指南”。

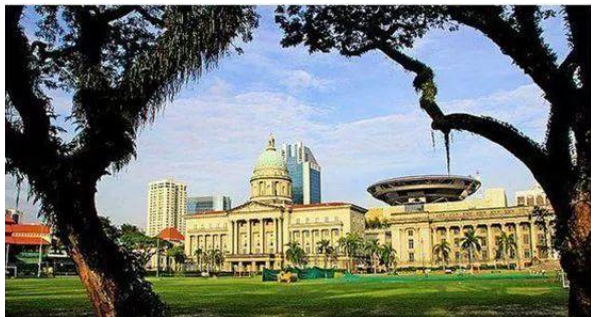
“2015年职业行为规范”的修正草案与家事法关系尤为紧密，它为家事法从业者提供了一套有效的行为指导准则。考虑到诉讼过程中委托人和儿童的利益有时并非一致，律师在家事法实践中不得不面对一些非常复杂的伦理问题，此时相关的职业规范就显得尤其重要。“家事法从业者最佳实践指南”旨在指导家事法律从业者如何与家事法庭、委

托人、同行从业者以及当事人打交道，具有十分重要的实践参考意义。

2、“亲子协调计划”有助于矛盾家庭环境下的子女抚养问题

● 亲子协调计划的背景

处在激烈矛盾中的夫妻在离婚诉讼过程中通常无法相互配合，尽管法庭命令已经做出，但是最终连最简单的小问题也无法得到解决，这往往会导致孩子被夹在其中并承担着巨大精神压力，严重影响了其健康发展。考虑到离婚之后的重要步骤便是执行法庭命令，尤其是抚养和探望，家事审判法庭认识到应当有一位熟练的专业人员来促进夫妻之间的配合。处在婚内矛盾中的父母必须明白婚姻矛盾对孩子所产生的影响，他们要学会沟通，获取解决问题的最佳途径。这样可以解决他们将来在抚养和探望孩子问题上产生的分歧，并且不用诉诸法院便能解决问题。“亲子协调”试验计划就是为了满足这一需求而制定的。



● 亲子协调计划的作用

“亲子协调”为父母提供了一个新兴的非诉讼纠纷解决途径。它融合了法律、心理健康、调解以及教育领域的观点、实践与技能。在亲子协调的过程中，这些学科领域都被拿来用以借鉴，旨在减轻家庭长期不和而给儿童带来的不利影响。这一方法起源于美国，现已证明有效，包括香港在内的其他地区也开始采用。

其中，亲子协调员（PC）实质上是一个集教育

者、激励者、教练员和调解员四者合一的角色。他们会告诉父母双方共同抚养孩子的好处，帮助他们更好的沟通，鼓励他们更加积极主动，并通过协商一致来解决夫妻间的矛盾与分歧。将来如果对该项计划立法的话，亲子协调员还可以充当仲裁员的角色。他们可以在法院命令规定的权限范围内做出决定。通过这种方式，亲子协调员能够最大限度地减少夫妻双方经常往返于法院的需要，最终目的是让父母能够自己解决冲突。

● 亲子协调计划具体的运行情况

在新加坡，法院任命一个亲子协调员来协助父母履行抚养孩子的命令，包括对孩子的探视安排。亲子协调员的职权范围很大程度上取决于法院的命令，但通常都涉及：

- 1、对亲子时间/探视日程或条件的轻微更改，包括节假日和对现有抚养计划的临时变动。
- 2、孩子由一方交由另一方的日期、时间、地点、交通工具和接送人。
- 3、父母间关于孩子问题的沟通方式，包括电话，传真，电子邮件和书包里的便条等。
- 4、当孩子被判给父母其中一方时，另一方与孩子的联系方式，包括电话、传真和电子邮件。

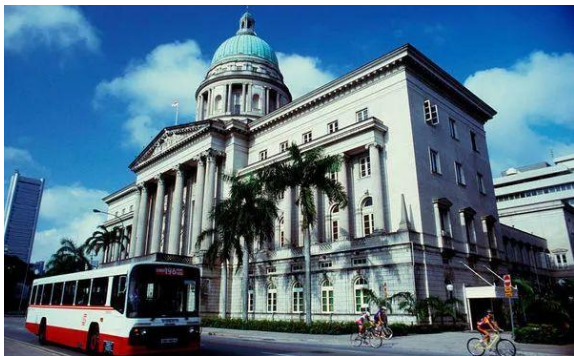
亲子协调员的任命期为6个月至2年，他们能够让离婚的父母了解到如何共同承担抚养责任。目前在新加坡已有24名律师参与了亲子协调工作，同时，亲子协调专家对他们进行了培训。为了将该计划进一步拓展，社会科学专业人员也参与到其中来。

亲子协调计划的收费取决于各位专家在私营部门可以收取的市场利率。不过，家事法庭正在与其他政府机构合作，探讨是否可以（通过）降低费用或给予适当补贴，使得该计划更加实惠而便于普及。

3、家庭审判法庭推广个人立案系统以进一步优化法院流程

随着个人立案系统这一特殊方式的启用，首席

大法官梅达顺（Sundares Menon）在 2014 年 10 月家事审判法庭启动之初就表示，家事审判法庭开始可以筛选案件类别进行立案，使法官对当事人可能面临的各种问题更加熟悉。



这种方法便于法官从头到尾管理案件，从而确保在法庭上可能有多个诉讼请求或多种诉讼程序的当事方取得更好的结果。这种方法也有助于加快案件处理，法官将基于案件复杂性来把控审理的节奏并掌握时间节点。这样使得法庭上的未决案件能够尽快地解决，据报道当年解决的离婚案件数量（包括附属事项）从 2012 年的 46% 增加到 2016 年的 74%。与此同时，争议附属事项听证会程序的案件数量也出现了下降。

备注：1、对于同年处理的案件，离婚案件获得中期判决所需的平均时间减少了四分之一，从 2012 年的 68.6 天（超过 2 个月）到 2016 年的 53.1 天（少于 2 个月）。最终判决所需的平均时间也减少了四分之一，从 2012 年的 155.2 天（5.2 个月）减少到 2016 年的 114.6 天（3.8 个月）。

2、2012 年和 2014 年同期案件的比较也显示出有争议的附属事项（AM）有所下降。在 2012 年 6242 起案件中，有 62475 件提出异议。在 2014 年的队列中，在 6,019 个离婚中只有 429 个附属事项有争议。

立案范围将会进一步扩大。通过健全的案件管理，确保法官在充分了解家事纠纷之前就形成一个公平的解决方案，以此来加快诉讼进程，确保案件取得更好结果，这是原本的初衷，并将在今后得以

延续。

为了以整体、合理、迅速的方式呈现案件的处理结果，每位法官都将遵循我们的规则。特别是当法官依据《家事审判规则》第 22 条审理案件的时候，通过先期认定和范围限定，确定问题的难度与复杂度，最大限度减少不必要的中间步骤，探索可以选用的早期非诉讼纠纷解决程序，必要时推进高效听证会，促进案件得到解决。

4、家事审判法庭与国家教育机构合作研究家庭纠纷解决部门协商调解的成果

家事审判法庭与国家教育机构（NIE）正在合作进行一项纵向追踪研究，探索 300 个家庭在离婚案件和附带事项上接受家事审判法庭家庭纠纷解决部门（FDR）协商和调解所产生的效果。

家庭纠纷解决部门的协商和调解作为所有携带 21 岁以下孩子的夫妻离婚的一项强制性程序，自 2012 年成立以来已经服务了超过 4500 个家庭。这有助于改变对抗式的庭审方式，这样的庭审通常不利于离婚后的亲子关系。这一程序帮助离婚夫妻将关注点从相互之间的矛盾重新转移到以孩子为中心的抚养上来，使至少 80% 的案件在孩子问题的解决上呈现出了良好趋势。

这项调查将衡量以儿童为中心的家事纠纷解决方式对父母和孩子在一年时间里产生的影响。研究有望跟进 1000 多名接受法院协商和调解一年内的父母和儿童。这将使家庭纠纷解决部门能够更好地了解夫妻冲突、亲子关系以及最重要的儿童心理健康问题。

调查结果将有助于社区和政策制定者深入了解孩子的多方面需求，从而完善有关项目和调整相关政策，以便更好地减轻离婚和分居给孩子及家庭带来的有害影响。

编辑 | 李晓萍

对跨国婚姻的态度，丈量了一个社会开放的程度

原创 2018-02-28 大家 周韵

<https://mp.weixin.qq.com/s/hpLc1hJgn3DyR5zdgD6vyw>

本文为“猫头鹰战队”作品

1958年一个七月的清晨，在收到匿名线报后，三名弗吉尼亚警察闯进了 Mildred 和 Richard Loving 的卧室。当他们质问黑人女子 Mildred 和白人 Richard 是什么关系时，Mildred Loving 答道：“我是他的妻子。”——卧室的墙上，挂着这对年轻夫妇不久前在华盛顿特区获得的结婚证书。然而警察告诉他们，这张证书在当地不过一张废纸。

根据弗吉尼亚州《1924年种族完整性法案》（Racial Integrity Act of 1924）中“禁止种族通婚”的法条，跨种族婚姻与性行为（特别针对白人与“有色人种”的结合）违法，可被处一至五年监禁。Loving 夫妇被捕，在之后的判决中，他们被处一年监禁、暂缓执行——缓刑的条件是这对年轻人必须离开家乡弗吉尼亚州，并且二十五年内不得返回。



Mildred 和 Richard Loving 夫妇

五年后，Loving 夫妇回家探亲时，被以“共同旅行”的理由再次逮捕。在美国公民自由联盟（American Civil Liberties Union）的帮助下，

Loving 夫妇上诉至美国最高法院。1967年6月12日，最高法院通过对 Loving v. Virginia 一案的裁定彻底废除了反对种族通婚的法律——因为 Loving v. Virginia 裁定里程碑式的地位，6月12日成为 Loving Day，以纪念庆祝那些跨越种族边界的爱、家庭、亲密关系。

在 Loving v. Virginia 裁定五十多年后，美国社会跨种族婚姻的模式与趋势发生了深刻的变化。根据皮尤研究中心发布的研究报告：2015年的新婚伴侣有17%是跨种族结合，这一比例是1967年时的五倍多。而在2015年的所有已婚人士里，每十对中就有一对伴侣双方来自不同种族。与此同时，人们对跨种族婚姻的态度也在发生变化：根据皮尤研究中心2017年的调查，有39%的成年人认为跨种族通婚对社会是有益的——这比仅仅七年前就上升了15个百分点。

社会学与人口学家看来，“谁与谁结婚”——这些看似不过是个体层面的选择，同时承载折射着深远的社会意义。人们建立亲密关系、组成婚姻家庭的过程，也是一个将“外人”接纳入最亲密的私人空间之中的过程：

人们在多大程度上能够接受不同种族背景的“他人”作为结婚对象，指示着一个社会中不同种族群体间的边界和隔离在多大程度上可被消解；哪些种族背景的人更容易（或是更不能够）被接纳、跨种族婚姻中伴侣双方是否被看作是平等的、人们如何面对诞生于跨种族结合的孩子，指示着一个社会中人们面对不同种族群体时，态度中潜在的差序判断与歧视；对跨种族婚姻中的男性与女性是否存在评价上的差异，指示着一个社会中人们如何定义、想象、维护性别关系。跨种族婚姻因此可谓是社

会多元化程度的一个晴雨表。

在这样的背景下,我们不妨来观察一下中文语境中常见的一些围绕跨国与跨种族婚姻的话语,以及其中折射和捍卫的是什么样的种族与性别秩序。

纪录片《我从非洲来》播出后停播前引发了一些观众极大的不满:这些恶评中很大一部分,火力全开直指记录片中对中非跨国婚姻的呈现。

其中一类评论的着眼点集中在这些夫妇生育的孩子:要么是微妙地赞叹着孩子“竟然不那么黑”可见母亲“基因强大”,要么则是直白地担忧中国家长“基因不够强大”,并进一步“忧心忡忡”倘若出现越来越多像片中那样的中非跨国婚姻、未来就会出现越来越多的黑皮肤孩子——而这些,都已经是相比而言极其温和的措辞了。而与此相对应,当人们谈论“混血萌娃”、将“长得像混血儿”当成一种对外貌的赞美时,默认的形象,则是有一部分白人血统的孩子。



《我从非洲来》

然而,针对中非跨国婚姻中诞生的下一代,不管这一类话语措辞看上去多么温和甚至自以为带着“为了生出的孩子好”的“善意”,针对特定的跨种族婚姻时,这些立足于“基因”“血统”的话语背后是极其丑陋和危险的历史。

在被彻底推翻前,美国历史上的反种族通婚法条特别限制的是白人和“有色人种”的结合:主要针对黑人,在亚利桑那、加利福尼亚、犹他等十六个州,也包括亚裔。这样的法条本质要维护的是一种建立在歧视基础上的种族秩序:白人和“有色人

种”之间的婚姻和性关系,被看成是一种对“血统”的“污染”。种族通婚被看成是“不正常”“违反自然规律”的。在反通婚法条的执行中,非白人的那一方受到的是更严苛的处罚:就以 Loving 夫妇为例,两人第一次被捕时,白人 Richard 被关押一晚后即被释放,而当时已经怀孕的 Mildred 则在监狱中度过数天。此外,还有许许多多黑人,因为(被怀疑)与白人发生性关系,遭私刑处死。

近代史上另一套著名的纯血统论与反通婚法案诞生在纳粹德国。1935 年纳粹德国通过《纽伦堡法案》。其中,《保护德意志血统与荣誉法》禁止犹太人和非犹太裔德国人通婚,并将两者之间的性行为定义成“种族污染”。同时,为了“防止污染”,《保护德意志血统与荣誉法》禁止犹太人雇佣 45 岁以下的非犹太裔德国女佣。在纳粹德国,对“种族污染”的处罚是强制劳动:许许多多生命因此湮灭在了集中营之中。

“以史为鉴”“遗忘历史必将重蹈覆辙”——类似的话说到现在已经太像老生常谈,然而历史的经验与教训正是:当我们以“优生学”“纯血统论”的基调,去评判什么样的婚姻合适或是不合适、什么样的伴侣能够或不能被接受,这里的底色,是对人种存在所谓优劣区分的推崇认可——而恰恰是这种“推崇认可”,在很多时候构成了大规模的人口清洗、惨绝人寰的人道主义危机的基础。

所谓种族差异,在很大意义上来自于社会文化不断建构的一种区别。不同群体间边界的生成与延续,并不是“天降鸿沟”“自然规律”理当如此,而是来自于人们在不断试图区分“自己”与“他者”这一过程中的一再强化。“非我族类,其心必异”——人类历史上,从来不缺少着眼于肤色、面貌、文化、习惯等等“不同”而进行的残杀与迫害。在这些对“不同”的执著里,人之为人,那些更为重要的相似、那些对共有的人性的认同被彻底抹煞。

而另一类对跨国和跨种族婚姻的评判,则带有明显的性别区别。

《我从非洲来》因为呈现跨国婚姻而遭受的众多攻击里，一个重要的矛头是纪录片中的家庭组成模式往往是中国女性和非洲男性的结合。相应的，2018年春晚小品《同喜同乐》中，当是一个非洲姑娘渴望要嫁给中国男人时，得到的反应相比之下就宽容温和了许多。围绕跨国和跨种族婚姻，是“外嫁”还是“外娶”，话语往往截然不同。

每年春节时，都有一类报道颇值得玩味。仅看今年，从中国日报网报道湛江“洋媳妇”怀着身孕挤春运“痛并快乐着”，到新华社报道美国白人姑娘回安吉农村“婆家”体验民俗活动，新闻故事津津有味道“洋媳妇”“回乡”过中国年的故事：并且，这里的叙事轨迹大同小异，着眼点往往在“洋媳妇”如何入乡随俗、如何吃苦耐劳。

此外，在介绍这类中国男性和外国女性的婚姻结合时，另一个常见的切入点在于强调这些外国女性如何“不拜金”（就好像“洋媳妇”过年的新闻往往落脚点在“回村”）：比如，2016年中国日报网引用光明网报道中非跨国婚姻时这样说：“在非洲娶个老婆，可能只需要人民币1000元就搞定了，最重要的是丈母娘也不要求有房有车”、“和非洲女人结婚，对中国的普通工人来说，经济压力小多了。”

再比如，更早一点，新浪微博的热门话题里有一条“学渣逆袭乌克兰女神”，话语间强调娶了乌克兰妻子的男人来自普通工薪家庭、配上一张妻子身着比基尼撸面的照片，导语是“他说娶外国女人比娶中国女人容易，不用拼爹拼票子”，评论里不乏“励志”“人生赢家”“后悔没去乌克兰”的呼声。



对于这部分进入跨国和跨种族婚姻的中国男性，舆论反应中少见“崇洋媚外”“数典忘祖”之类的评论，相反，倒是多了一种微妙的、对中国男性娶到“洋媳妇”十分“有本事”的欣羡赞美：颇有一些“抱得美人”扬我国威的味道——而“崇洋媚外”“数典忘祖”之类的批判，恰恰在针对“外嫁”的女性（无论伴侣是哪国人）时，屡见不鲜。

在面对跨国和跨种族婚姻时，这些对“外嫁”和“外娶”的区别性评价，根植于父权制伦常结构下对女性地位和角色的设定：在父权制的性别关系下，女性不是一个个独立的、有自主意识、选择、追求的“个体”，而被笼统的当成本国本族男性的“所有物”：她们的身体是“资源”、是“战利品”。在这样一种对性别关系定义和想象中，女性一旦选择跨国和跨种族婚姻，便会被当成一种对本国本族（男性）的“背叛”。

正是基于这样的逻辑，将本国本族女性视为作为“资源”的“所有物”，才会有声音似乎理直气壮地质问：在国内已然出现“光棍危机”的情况下，为什么纪录片还“正大光明”地呈现跨国婚姻，似乎在鼓励中国女人“外嫁”——大有一种“地主家也没有余粮”，竟然还能纵容“肥水去流外人田”的架势。

也正是基于这样的逻辑，将异国异族女性视为作为“战利品”的“所有物”，在面对男性“外娶”的跨国跨种族婚姻组合时，才会更加宽容，并格外热衷于强调这些男性看上去的物质条件普通、以及他们娶到的女性如何“不拜金”，据此进一步建构一种“有本事好儿郎”的想象：在这样的想象里，“好儿郎”不费一兵一卒就能攻城掠地，轻而易举就能拿下对家城池。

而当女性被视为“资源”和“所有物”时，对于她具有的“功能性”强调，便超越了她作为一个“人”的认可：无论是婚姻还是生育决定，当为家庭族群延续后代被视为女性的“责任”——她有“责任”保证某种血统纯粹的延续：这就又进一步强化了前文提到的成问题的“血统论”。

跨种族婚姻被视为一个社会多元化的晴雨表——当来自不同群体的个体能够平等地进入对方最亲密的个人空间，一个社会对“不同”的接受与融合在微观与日常的层面上，得到了最直观的展现。通过这样的接受与融合，我们方能看到作为“人”、而不是作为资源、战利品、所有物的“人”；我们方能看到超越了外貌肤色、生活习惯上的“差别”，人之所以为人，在更广义层面，共有的人性和共通的命运。

延伸阅读

1. Pew Research Center: Intermarriage in the U.S. 50

Years After Loving v. Virginia

2. American Civil Liberties Union: Looking Back at the Landmark Case, Loving v. Virginia

3. United States Holocaust Memorial Museum: 《纽伦堡法案》

4. 中国新闻网:《洋媳妇挺孕肚陪中国老公挤“春运”:累并快乐着》

5. 中国新闻网:《男子自述娶非洲老婆的幸福生活 不会花钱!》

6. 新华网:《洋媳妇回村来过年》

本文原标题:《跨种族婚姻:多元化的晴雨表》

八、书籍推荐

最高法关于婚姻家庭、继承纠纷裁判规则 63 条

2018-02-03 法信

http://mp.weixin.qq.com/s/25nR2dpSRdIK1iUI_-ZHiw

裁判规则不仅是案例的核心内容，也是灵魂所在

本期法信干货小哥摘编了最高法关于

婚姻家庭、继承纠纷案件裁判规则 63 条

并根据案由进行了归类

希望能为法律工作者将“抽象到具体”的法律适用

转化为简明的从“具体到具体”的确切参照

婚约财产纠纷

双方按当地习惯给付彩礼后未能登记结婚的，收受彩礼一方应当如数返还——张某某与赵某婚约财产纠纷案

离婚纠纷

1. 一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前转移、隐藏、变卖、毁损夫妻共同财产或企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时可少分或不分——雷某某诉宋某某离婚纠纷案

2. 婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化——陈某某诉赵某某离婚纠纷案

3. 当事人仅以人身安全保护裁定为据请求离婚损害赔偿，人民法院不予支持——方某某诉楚某某离婚纠纷案

4. “保婚”文书中“一方提出离婚，协议无效”的约定无效——杨某某与刘某某离婚纠纷案

5. 监护人有权代患有精神疾病生活无法自理的被监护人提起离婚诉讼——陈某某与吕某某离婚纠纷案

6. 在婚姻关系存续期间与婚外异性有不正当关系的，离婚时另一方有权请求精神损害赔偿——陆某某诉陈某某离婚纠纷案

7. 婚前给付并导致给付人生活困难的，离婚时给付人请求返还按照习俗给付的彩礼的，法院应予支持——王某与徐某某离婚纠纷案

8. 一方因遭受家庭暴力导致离婚的，有权请求精神损害赔偿金——王某诉江某某离婚纠纷案

9. 办理结婚登记手续但却未共同生活的，离婚时可请求返还彩礼——郭某与吕某离婚纠纷案

10. 法院应更加慎重地审核老年夫妻离婚案件，对于具有重归于好的可能的案件不予判离——刘某森诉李某梅离婚纠纷案

11. 无感情基础老年人再婚因子女沟通不畅请求离婚的，可认定为感情确已破裂——彭某某与李某某离婚纠纷案

12. 因感情不和已分居四年，且一方多次起诉离婚的，应判断为夫妻感情确已破裂——孙某某与王某某离婚纠纷案

13. 签订离婚协议后双方并未完成协议离婚的，离婚协议不发生法律效力——刘某诉孔某离婚纠纷案

14. 夫妻一方发现与子女并无亲生血缘关系，离婚时要求另一方损害赔偿的，人民法院应予支持——张某与蒋某离婚纠纷案

15. 夫妻双方因缺乏沟通产生矛盾经沟通交流可消除的，可判断为感情尚未破裂——汤某诉姜某离婚纠纷案

16. 离婚诉讼一方隐匿家庭财产的，对方可视情况采取财产保全措施——吕某芳诉许某坤离婚纠纷案

17. 伪造身份信息与他人登记结婚后，提供真实身份信息一方请求解除婚姻关系时，法院应予支持——孙某某诉田某某离婚纠纷案

离婚后财产纠纷

1. 男方家庭为获得土地补偿款而结婚,婚后即以没有感情基础为由离婚的,应将土地补偿款给予女方——张某诉陈某离婚后财产纠纷案

2. 夫妻双方在离婚协议中约定将共有的房产赠与未成年子女,离婚后其中一方无权撤销该赠与——于某某诉高某某离婚后财产纠纷案

3. 离婚后一方当事人发现对方有隐藏夫妻共同财产的行为的,可以诉请再次分割夫妻共同财产——李某诉孙某离婚后财产纠纷案

离婚后损害责任纠纷

原夫妻关系一方在离婚后发现对方在原婚姻关系存续期间有出轨行为的,可以请求精神损害赔偿——周某诉张某离婚后损害责任纠纷案

同居关系纠纷

1. 同居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——王某诉张某同居析产案

2. 未经登记以夫妻名义共同生活起诉要求离婚,未补办结婚登记的,按解除同居关系处理——马某文诉魏某红子女抚养纠纷案

抚养纠纷

(一) 抚养费纠纷

1. 支付的抚养费没有明显超过再婚父或母的负担能力,不能因与现任配偶未商议一致而认定为侵犯夫妻共同财产——刘某某诉徐某、尹某某抚养费纠纷案

2. 对违反约定拒绝支付抚养费而约定的违约金条款无效——博小某诉博某抚养费纠纷案

3. 基本抚养费之外另行主张的大额子女抚养费请求是否应当支持,应从实际出发,遵循未成年人最大利益原则——麻某某诉麻晓某抚养费纠纷案

4. 未成年子女有权基于法定情形向抚养义务人要求增加抚养费——余某诉余某望抚养费纠纷案

5. 婚姻关系存续期间,未成年或者不能独立生活的子女可请求不履行抚养义务的父或母支付抚养费——付小某诉付某某抚养费纠纷案

6. 审理子女追索抚养费纠纷案件,应注重司法救助、注重调解、注重维护亲情——陈某琪与陈某某抚养费纠纷案

7. 处理子女抚养权的归属应坚持有利于子女身心健康、保障子女合法权益的原则——陈某某与梁某某子女抚养纠纷案

8. 离婚协议中关于子女上大学学费、生活费、结婚费用的约定有效——李某某、李甲诉李乙抚养费纠纷案

9. 父母双方都有各自家庭,共同抚养孩子不利于双方家庭稳定的,可以支付抚养费的方式承担抚养教育义务——曾某诉刘某抚养费纠纷案

10. 父母不得以没有能力抚养为由拒绝履行抚养义务——何某锦诉周某英抚养纠纷案

(二) 变更抚养关系纠纷

1. 与子女共同生活的一方不尽抚养义务或虐待子女,另一方要求变更子女抚养关系的,应予支持——王某与张某变更抚养关系案

2. 离婚后抚养一方的抚养条件未发生不利于孩子成长的变化,抚养关系不能变更——郭某诉焦某变更抚养关系案

3. 法院审理变更抚养关系纠纷案坚持以保护未成年子女利益为准则——杨某某诉汪某某变更抚养关系纠纷案

扶养纠纷

夫妻之间负有婚内扶养义务——黄某某与张某某婚内扶养纠纷案

赡养纠纷

1. 与继父母有抚养教育关系的继子女成年后应承担对继父母的赡养义务——陈某与陈甲、徐乙、徐丙赡养纠纷案

2. 子女不能以自己对父母的亲疏好恶等看法来选择是否赡养父母——周某与肖某、倪甲等赡养纠纷案

3. 子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母有权要求子女给付赡养费——丁某与蒋甲、蒋乙等赡养纠纷案

4. 子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有权要求子女履行赡养义务——耿某、赵某与耿甲、耿乙、耿丙赡养纠纷案

5. 子女不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人财产权益——陈某真诉陈某领、陈某霞赡养纠纷案

6. 赡养协议中免除某个或某几个子女对父母的法定义务的约定,应属无效约定——张某诉郭甲、郭乙、郭丙赡养纠纷案

7. 赡养父母是子女应尽的义务,赡养费用应与被赡养人的日常生活水平相适应并应考虑子女的收入情况——刘某诉刘甲、刘乙赡养费纠纷案

8. 赡养人应当为经济困难的父母提供医疗费用——贾某诉刘某赡养纠纷案

9. 子女不得以父母偏心为由拒绝履行赡养义务——刘某某诉袁丙赡养纠纷案

10. 子女对无法维持其基本生活需要的父母应承担相应赡养义务——黎某某与资某祥等六人赡养纠纷案

11. 有抚养关系的继父母子女,继子女应承担赡养义务——陈某臻诉陈某程、徐某、徐某艳赡养纠纷案

12. 子女不能因为父母有存款或者有一定的经济来源就不履行赡养义务——李某福诉李甲、李乙赡养费纠纷案

13. 赡养义务不能以单方协议的形式予以免除——张老太与子女赡养纠纷案

14. 被赡养人认为法院判决确定的赡养费过低,难于维持基本生活的,可就赡养问题再次提起诉讼——朱某昌诉朱某方、朱某德、朱某香赡养费纠纷案

15. 子女不得以财产分配不公为由拒绝尽赡养

义务——吕某珍等二人诉李某有等四人赡养纠纷案

16. 子女应当履行对父母经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务——狄某霞诉李某明、李某刚、李某强、李某杰赡养纠纷案

收养关系纠纷

1. 养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的,养父母起诉解除收养关系,人民法院应予支持——冯某刚、周某诉冯某伟解除收养关系案

2. 《中华人民共和国收养法》颁布后没有经过登记的收养不受法律保护——冯某诉蔡某解除收养关系纠纷案

监护权纠纷

代孕行为的违法性并不影响对代孕子女在法律上给予同等保护,在确定其监护权归属问题上应秉承儿童最大利益原则——罗某某、谢某某与陈某监护权纠纷案

探望权纠纷

1. 当事人就探望权纠纷再次起诉的,人民法院应当受理——杨某诉陈某探望权纠纷案

2. 法院应从有利于子女的身心健康、正常生活和学习的角度确定行使探望权的时间和方式——王某辉诉柴某探望权纠纷案

3. 夫妻离婚后,不直接抚养子女的一方,有探望子女的权利,另一方应予协助配合——何某某与蒋某某探望权纠纷案

4. 离婚后不直接抚养孩子的一方有探望的权利,另一方不应以先行给付抚养费等原因加以阻挠——韩某诉杨某探望权纠纷案

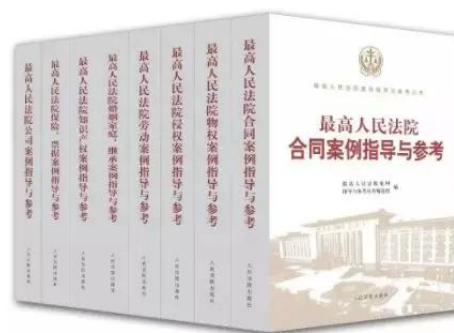
法定继承纠纷

法院应尊重夫妻之间达成的婚内财产分割协议,按照分割协议履行,优先保护事实物权人——唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案

遗嘱继承纠纷

夫妻一方订立的遗嘱未为胎儿保留遗产份额的，该部分内容无效——李某、郭某阳诉郭某和、童某继承纠纷案

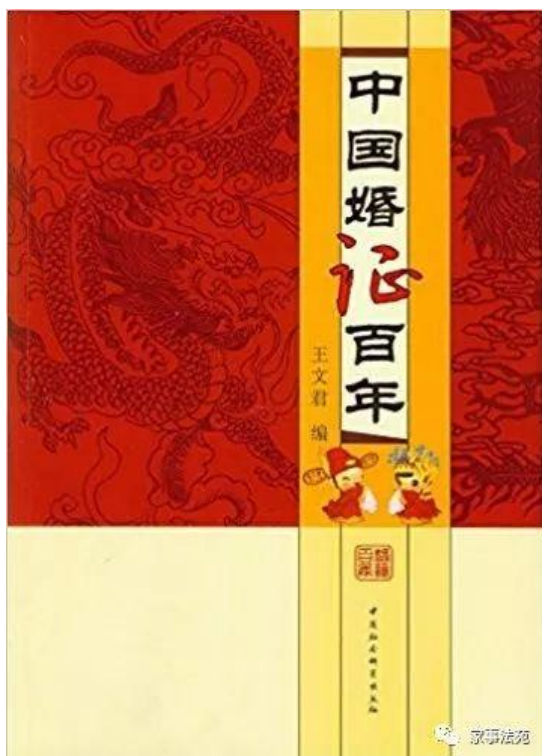
本文裁判规则摘自《最高人民法院婚姻家庭、继承案例指导与参考》，裁判要点、案情介绍、法院评析等具体内容，可参看图书——



最高人民法院案例指导与参考丛书编选组 编

书 | 《中国婚证百年》(王文君编, 中国社会科学出版社, 2013年6月1日第1版)

2018-02-25 家事法苑 王文君

<http://mp.weixin.qq.com/s/sWKKJKGjWbGHu04FxjYj3g>

基本信息

出版社：中国社会科学出版社；第1版（2013年6月1日）

平装：234 页

语种：简体中文

开本：16

ISBN：7516122130, 9787516122136

条形码：9787516122136

商品尺寸：26 x 18.4 x 1.4 cm

商品重量：862 g

品牌：中国社会科学出版社

ASIN：B00DHYNG9S

《中国婚证百年》共收录了自清朝以来的结（离）婚证、婚贴、订婚证等婚姻文书四百多件，按年代序列编排，一图一注，较为全面翔实地反应了自古以来，我国婚姻文化、礼仪习俗演变的过程。

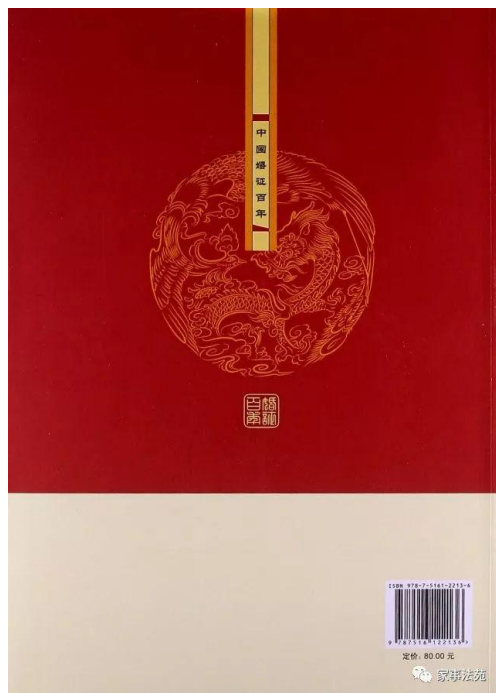
编辑推荐

《中国婚证百年》既是一部提供各婚姻登记机关专业人士、收藏爱好者查阅参考的工具书，又是一部集知识性、可读性、观赏性于一体的书籍。是传播、研讨中国婚姻文化的真材实料。

目录

序言
前言
婚书（结婚证）
清代
民国
新中国
离婚证
其他
后记

插图



文摘
版权页：

图书在版编目（CIP）数据

中国结婚百年/王文君编.—北京：中国社会科学出版社，2013.6
ISBN 978-7-5161-2213-6

I. ①中… II. ①王… III. ①结婚登记—史料—中国
②婚姻—风俗习惯—中国 IV. ①D631.42 ②K892.22

中国版本图书馆CIP数据核字（2013）第045136号

出版人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
责任校对 冯 玮
技术编辑 李 建

出版发行 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲158号（邮编 100720）
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名：中国社科网 010-64070619
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 北京君升印刷有限公司
版 次 2013年6月第1版
印 次 2013年6月第1次印刷

开 本 787×1092 1/16
印 张 15
定 价 80.00元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
电话：010-64009791

版权所有 侵权必究

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

执行主编：段凤丽

简报主编：杨晓林

编委会成员：侯晓婷、邓雯芬

① 家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

② 家事法苑™ 团队官方博客：<http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

③ 简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

④ 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”

⑤ 家事法苑™ 家事法实务交流微信群：

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家庭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。

本群主题为婚姻家庭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。

⑥ 家事法实务交流QQ 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、在校学生、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！

⑦ 家事法苑™ 微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw



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，真诚欢迎对婚姻家庭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。

本群主题为婚姻家庭继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。本群无意走向综合群，其他如刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决。

2、入群方式

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

为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，未经群主同意，严禁擅自拉人进群，擅入者立即清退；请入群者先添加群管理员邓雯芬助理（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！群友入群后应马上修改群昵称，不接受实名规则免入，经一次提醒不配合的劝退。

律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：山东淄博徐文丽律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字，头像不得使用带有律所 LOGO 或商业营销色彩文字的图片。点击群界面右上角两小人头标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改。

公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海李**公证员；

学者、学生署名方式：学校简称+姓名，如“南师大赵莉”，广西师大李**。

法官（检察官）署名方式：省份（城市）法院+姓名的方式，如果确有难处不愿意实名，可采取省份



（城市）+法院+真实姓氏+法官（身份）的方式，如北京法院李法官、如宜昌法院王礼仁，检察官署名方式相同。

民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群；

5、基本设置

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可；如群中有太多不熟悉的面孔：可在群系统设置界面打开“显示群成员昵称”；

6、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上！特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言交流，要注意顾及他人感受，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除大年三十至初二三天及八月十五中秋节外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

7、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。



8、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的，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”婚姻家庭法律资讯简报（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者的善意提醒及劝告，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者争执、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，真诚欢迎对婚姻家庭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。

本群主题为婚姻家庭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，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”婚姻家庭法律资讯简报（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