



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。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 10 周年
(2008 年 2 月 15 日—2018 年 2 月 15 日)

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> 直接在咨询简报页面下载

日常分享途径：微信公众订阅号



微信号：家事法苑 (famlaw)



涉外家事法苑 (foreignfamlaw)



继承法苑 (InheritanceLaw)

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：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、李凯文、张海燕、付鹏博、刘海娜、陈贝贝



目 录

一、审判动态	1
从 358 件涉未成年子女离婚案看其特点、问题及对策建议（附典型案例）	2018-10-09 浦江天平
因适龄儿童入学问题提起行政诉讼，法院是否受理？	2018-10-10 法信
夫妻共同债务最新司法观点集成 高杉 LEGAL	2018-10-16 高杉 LEGA
帮助配偶偿还婚前购房贷款不改变房屋属婚前财产的性质（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）	原创：2018-10-18 指导性案例审判规则 法律家
【西法动态】“家庭与法”学术研讨会在北京召开	2018-10-22 北京西城法院
【三巡裁判】夫妻一方作为债务加入人而承担的个人债务是否为夫妻共同债务	2018-10-23 第三巡回法庭 第三巡回法庭
法院发出首份男性人身保护令！遭家暴的不只是女人.....	2018-10-24 柳江法苑
被继承人债务清偿纠纷审判实务调研报告 法官视点 来源：北京市第三中级人民法院网	2018-10-28 家事法苑 齐晓丹 巴晶焱等
从 1000 多件涉老民事案件看如何“司法护老”	2018-10-30 浦江天平
法院认定属于夫妻一方个人债务的裁判规则	2018-10-31 法信
二、媒体典型案例	55
（一）赡养案例	55
这份判决不一样，收入高的子女反而少承担赡养费	2018-10-27 南京法院 周阳
（二）抚养纠纷案例	58
和前妻打完两场官司，他赢了也输了	原创：2018-10-15 人民法院报 安海涛 李松荣
（三）亲子关系案例	60
鉴定发现非亲生，还钱！	2018-10-08 网易 来源：上海法治报 记者夏天
【浙江案例】一方擅自更改孩子姓名确属不当，但法院不支持恢复原姓名	2018-10-01 丽姐说法
上海金山法院首例撤销亲生母亲对孩子的监护权	2018-10-19 浦江天平 唐若愚
全国罕见案例！武汉一位母亲申请撤销孩子父亲监护权！	2018-06-03 青春武汉
（四）财产分割案例	66
离婚后为了要回微信红包，佛山一男子不惜与前妻对簿公堂！	2018-10-22 佛山中院
浙高院案例：婚后父母为夫妻双方购房的出资，是赠与还是借款？	2018-10-25 小军事家
（五）赠与案例	71
关注 丈夫送代孕女千万元费用，妻子向法院起诉全额索回，一审结果在这！	原创：2018-10-12 天心区人民法院 天法小新



(六) 损害赔偿案例	73
妻子为解决家庭纠纷散发披露丈夫个人信息的传单不侵权 (部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则)	原创: 2018-10-11 指导性案例审判规则 法律家
(七) 同居关系案例	76
同居关系解除后一方能否主张“青春损失费”?	2018-10-19 法信
(八) 探望案例	79
【案例研究】祖父母、外祖父母的“隔代探望权”应予适度保护	原创: 2018-10-31 最高人民法院司法案例研究院 李平; 徐晓璐
(九) 执行案例	82
【本案正在执行】父母“开撕”，孩子成牺牲品？执行法官：不存在的	2018-10-30 中国执行
不让探视儿子便不给抚养费？上海宝山法院采取了这个措施	2018-10-31 浦江天平
(十) 其他相关案例	87
夫妻离婚后，女子因户口未迁出前夫家竟被索要户口挂靠费！这合理吗？	2018-10-26 广州市中级人民法院
三、继承	89
典型案例	89
继承登记中适格继承人（受遗赠人）身份法律识别八步法	原创: 2018-10-17 江苏省不动产登记 宗东耀
代书遗嘱孙子为房产继承人被判无效，原因竟是	2018-10-21 南京市中级人民法院 未审庭
整户消亡的土地承包经营权无法继承，仅可继承增值收益	2018-10-26 民主与法制社 徐秋颖
“虚拟财产继承权”应及早予以立法明确	2018-10-29 东方网 江德斌
实录 杨立新：《民法典继承编草案修改之要点》	2018-10-30 中国民商法律网
四、房产、股权、信托	100
(一) 房产	100
小姨在父母家住了 30 年，能说赶就赶？法院：可终生居住！	原创: 2018-10-19 广州市中级人民法院 广州中院
登记有错？行政诉讼未必是解决问题的最佳途径	原创: 2018-10-30 鱼龙聊房 武夷山李炜
法院案例选：房产纠纷典型案例 6 则 审判研究	原创: 2018-10-31 审判研究 陈枝辉律师
(二) 股权	111
苏州龙杰 IPO：实控人前妻是否该列为共同控制人？	2018-10-22 梧桐树下 V
五、社会新闻	115



当代中国家庭的困境，都在这……原创：2018-10-07 看电影杂志 舒文

见不着孩子就抢？！法律同意吗？……原创：2018-10-07 海坛特哥 陈蔚律师

“北京抢孩子”事件是否处理过轻？……2018-10-08 网易号 来源：上海法治报

河南一男子生育 8 个孩子 曾“出租”孩子给小偷掩护盗窃 村委会知情后起诉至法院—— 父亲虐待孩子 被剥夺监护人资格……

…… 2018-10-08 北京青年报

“出租”5 个子女给小偷，对不配为人父者早该剥夺监护权 | 新京报快评……原创：2018-10-08 新京报评论 沈彬

审判琐记：为什么会有人抢自己的孩子？……原创：2018-10-09 红发橙子 红发橙子

男子赠房后发现孩子非亲生 妻子：我也不知孩子父亲是谁……2018-10-09 上游新闻 来源：广州日报

医生再三建议终止妊娠，这对夫妇却还是一意孤行！结果……2018-10-15 上海法治报

国双助力央视《今日说法》 重阳节数说养老法律权益……2018-10-17 国双 Gridsum 今日说法

【有够奇葩】他竟然在大兴法院当庭吃掉了老父亲的遗嘱……2018-10-17 大兴这些事儿

侵占王宝强 232.5 万元！宋喆被判处有期徒刑六年……2018-10-18 人民法院报

观点 | 中国化的民法典离不开家庭……2018-10-21 民主与法制社 刘练军

丈夫的情人竟然是定亲时的“媒人”？ 妻子难解心头之恨…… | 今晚九点半……2018-10-20 检察日报 卢清华

遗嘱上“链”证据上“云” 司法区块链为遗嘱加把“安全锁”……2018-10-23 人民政初报 第 8154 期 本报记者徐艳红

老人索要“带孙费”，法院这样判！……2018-10-25 山东高法

高跟鞋扎头、裸体跪厕所，女人猛起来，家暴真没男人什么事……原创：2018-10-26 中国新闻周刊 俞杨

提示 | 法律上对彩礼如何认定？ 未领结婚证彩礼应返还……2018-10-31 上海法治声音

六、学者、法官、检察官、律师、公证专题……154

(一)理论学术动态、学者观点……154

鲁晓明：从家户并立到家庭统摄——我国民事法上家户制度的问题与出路……原创：2018-10-07 法商研究杂志 鲁晓明

“丰台抢孩子”事件，尊重法律方能定纷止争……2018-10-08 新京报 A02：社论·来信

夺子大战，执法如何应对？ | 赵莉 徐文丽 | 热点评析……2018-10-08 家事法苑 赵莉 徐文丽

咱家多了哪些新“家法”？国内青年法学家热议“民法典分则婚姻家庭编草案” | 律新社在现场 ……

……原创：2018-09-27 律新社 李琳

刘 敏：论新时代中国家事诉讼法学的建立和发展……2018-10-12 中国家事审判改革与探索

论我国继父母子女法律关系的完善……2018-10-17 家事法研究中心

父母处分未成年子女财产的规范路径 | 高杉 LEGAL……原创：2018-10-19 高杉 LEGAL 姚明斌

“家庭与法”学术研讨会圆满落幕……2018-10-21 家事法研究中心

会议记录 | 专题一 “儿童保护·父母责任”……2018-10-22 家事法研究中心

会议记录 | 专题二 家庭财产关系法律问题……2018-10-23 家事法研究中心

会议记录 | 专题三 “家事法的实践与展望”……2018-10-25 家事法研究中心



中国法学会民法学研究会 2018 年年会会议简报第四期.....2018-10-29 中国民商法律网
离婚，需要冷静期吗？ | 圆桌.....原创：2018-10-23 南方人物周刊 邱苑婷
实录 | 夏吟兰：《民法典婚姻家庭编（草案）的重大疑难问题》.....2018-10-30 中国民商法律网

（二）法官视点.....238

少年审判改革中的制度创新.....2018-10-08 人民法院报 第 02 版 王建平
【以案说法】离婚时未约定抚养费，是否还能继续索要？.....2018-10-14 南京法院 浦法官
酌情分得遗产权的行权条件.....原创：2018-10-16 审判前沿 刘冬辉、秦婧然
离婚案件中股权分割问题的调研 | 迁君 | 法官视点 | 来源：滨海新区人民法院塘沽审判管理委员会.....
.....2018-10-16 家事法苑 迁君
【南粤执行风暴】穷尽执行措施，终使被执行人承担起父亲的责任.....2018-10-17 广东执行
离婚协议书中违约条款的法律适用 ——谢某媛诉凌云峰 抚养费纠纷案 | 家事案例 | 来源：广东法院网
.....2018-10-17 家事法苑 广州越秀区法院
【法官论坛】子女对离婚协议中受赠财产有无给付请求权..... 2018-10-22 最高人民法院司法案例研究院 刘干；殷芹
她一年看 200 多个濒临离婚的家庭 | 法官眼中的离婚浮世绘.....原创：2018-10-23 南方人物周刊 周冰一 邱苑婷
二中法院法官提醒：亲属间的房屋交易行为也需规范.....2018-10-25 北京市第二中级人民法院 网事君
为何我们要看《三滴血》？.....原创：2018-10-28 最高人民法院 冼小堤 韩璋
最高院：离婚协议就夫妻共同财产权属的约定先于外部债权 起诉时可对抗该外部债权对约定财产的查封 || 附冲突案例.....
.....2018-10-29 法门因徒 法门因徒

（三）检察官视点.....274

《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》重点难点解读.....2018-10-14 民事法律参考

（四）律师视点.....277

家事法研究 | 与代孕有关的民事争议法律问题梳理.....原创：2018-10-15 邦信阳中建中汇 李春华
遗嘱的效力：形式完备还是意思真实？.....原创：2018-10-16 审判研究 李双庆
历经五次审判的非婚生子抚养案.....2018-10-19 承凤家事 承凤家事
金杜知卓 | 干货！热议婚姻中的知识产权.....原创：2018-10-29 知产力 金杜律师事务所 陈军

（五）公证专题.....294

非典型公证案例中的案例典型：孙子女、外孙子女继承权的有效保障 ——以代位继承的论理根基为视角.....
.....2018-10-23 北京市长安公证处 杨少飞
公证处撤销房屋公证导致被继承人的遗赠行为无效不承担公证赔偿责任 ——刘 X 珍、李 X 成与北京市潞州公证处公证损害责任纠
.....原创：2018-10-24 法律家 法律家
奇葩证明：老爸遗嘱给的房子，办过户需证明其他人无异议.....2018-10-31 鱼龙聊房 南铁法



七、异域资讯.....305

【关注】法国鼓励揭发家暴，“见证者”不应沉默.....原创：2018-10-02 欧时大参 春花
这个国家涉外婚姻中，为何中国新郎新娘最多？.....2018-10-12 新华社 全球拍

八、书籍推荐.....309

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质.....2018-10-26 海坛特哥 黄海涛
书 | 《婚姻纠纷裁判思路与疑难案例》（黄海涛著，中国法制出版社，2018 年 8 月 3 日第 1 版）.....2018-10-29 家事法苑 黄
海
涛
新书推荐：《我国未成年人监护制度的理论与实践》.....2018-10-11 家事法研究中心

十、电影推荐.....322

《心灵捕手》(Good Will Hunting) | 家庭伦理电影 | 来源：百度百科、腾讯视频.....2018-10-07 家事法苑

附件

附一、“家事法苑”家事法实务交流微信群群规则

附二、“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知

附三、“继承法苑”继承法实务交流微信群群规则

附四、“涉外家事法苑”涉外家事实务交流微信群群规则



【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：邓雯芬、李凯文、张海燕、付鹏博、刘海娜、陈贝贝

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、继承法实务交流微信群、涉外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（含涉外家事）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个人好友：

“家事法苑”家事法实务交流微信群管理员：邓雯芬律师（微信号：13167578960）

“继承法苑”继承法实务交流微信群管理员：李凯文助理（微信号：13240475703）

“涉外家事法苑”实务交流微信群管理员：李凯文助理（微信号：13240475703）

请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法（继承法、涉外家事法）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！

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

从 358 件涉未成年子女离婚案看其特点、问题及对策建议（附典型案例）

2018-10-09 浦江天平

<https://mp.weixin.qq.com/s/EFSURa7VkwPNasnHmJHvg>

上海二中院 2018 系列审判白皮书发布会
夏佳超摄

2016—2017 年涉未成年子女 离婚案件审判白皮书

摘要

随着我国经济社会发展进入新常态,家庭财富普遍增加,家庭结构与家庭职能出现变化,婚姻家庭观念也呈现多元化。婚姻家庭关系中的新情况新问题不断显现,其中,离婚诉讼中涉未成年子女权益的保护问题也越来越引起社会各界的重视。在家事审判方式和工作机制改革的背景下,人民法院不仅应发挥“定分止争”的审判职能、权益保障和情感治愈的作用,还应更加注重发挥引领核心价值观的社会职能作用。

为进一步增强人民法院审理涉未成年子女离婚案件的透明度,引导离婚父母在未成年子女问题

上形成正确的认识,本白皮书在通报 2016—2017 年度该院审理的涉未成年子女离婚案件审判情况、裁判特点的基础上,列举当前涉未成年子女离婚案件中出现的部分突出问题与现象,并提出妥善处理涉未成年子女离婚案件的对策与建议。

该类案件目前值得关注的问题与现象有:夫妻双方同意离婚,但对子女抚养权归属各执己见,如何切实保护未成年子女权益;是否应在涉未成年子女离婚案件中一并处理探望权;子女抚养、探望的执行问题;离婚当事人的父母在离婚诉讼中存在突出的“隔代介入”现象;在涉“二孩”抚养、探望的情形中出现的一些新情况。

一为妥善处理涉未成年子女离婚案件,本白皮书给出以下五点对策与建议:

一是以“儿童最大利益原则”为指导开展审判工作;

二是转变诉讼模式,强调职权主义;

三是强化审判延伸工作机制,促进纠纷长效解决;

四是探索适用“轮流抚养”“子女间探望”等方式,尊重多样化的情感需求;

五是开展亲职教育,提高家庭意识,提升家长技能。

随着我国经济社会发展进入新常态,家庭财富普遍增加,家庭结构与家庭职能出现变化,婚姻家庭观念也呈现多元化。婚姻家庭关系中的新情况新问题不断显现,离婚案件中涉未成年子女权益的保护问题也越来越引起社会各界的重视。

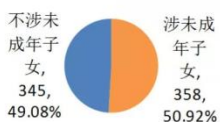
在家事审判方式和工作机制改革的背景下,人民法院不仅应发挥“定分止争”的审判职能作用,还应发挥权益保障、情感治愈的作用。

为进一步增强人民法院审理涉未成年子女离婚案件的透明度,引导离婚父母在未成年子女问题上形成正确的认识,现将该院 2016—2017 年涉未成年子女离婚案件审判情况通报如下:

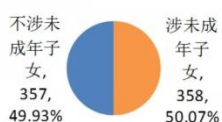
一、涉未成年子女离婚案件的审判概况

2016—2017 年,该院共受理离婚纠纷二审案件 703 件,其中涉未成年子女离婚纠纷 358 件,占比 50.92%。审结离婚纠纷二审案件 715 件,其中涉未成年子女离婚纠纷 358 件,占比 50.07%。

涉未成年子女离婚案件
所占比重
收案

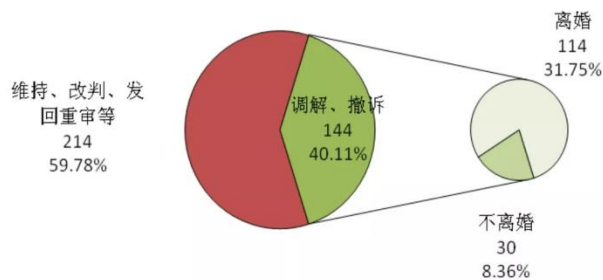


涉未成年子女离婚案件
所占比重
结案

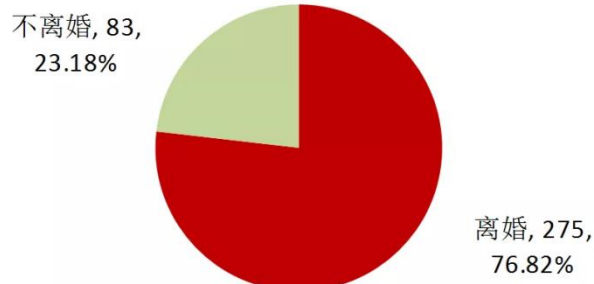


【图一:2016-2017 年该院受理涉未成年子女离婚纠纷案件】

在该院审结的 358 件涉未成年子女离婚案件中,有 144 件以调解、撤诉的方式结案,占 40.11%,其中 30 件当事人和好。有 275 件的当事人在经过一审、二审后最终离婚(其中 7 件一审判决不离婚、二审调解离婚),占比 76.82%。

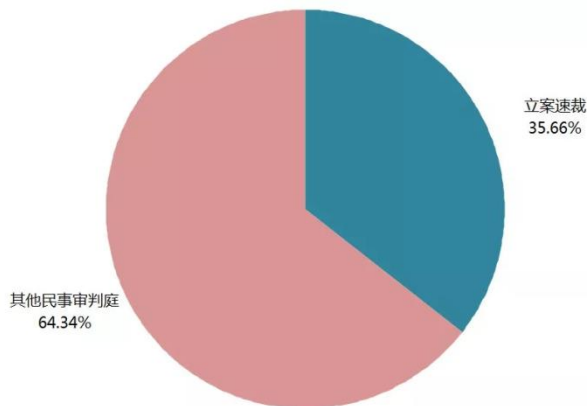


【图二:涉未成年子女离婚案件的结案方式】

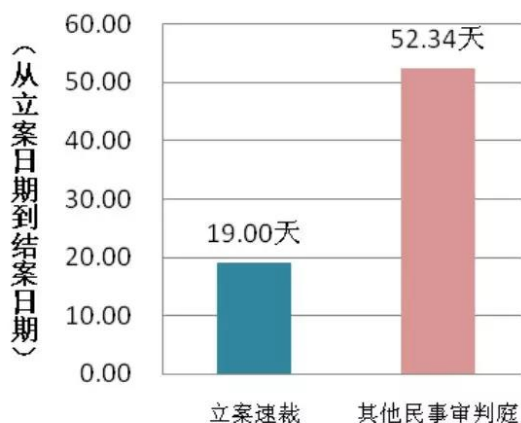


【图三:涉未成年子女离婚案件中的婚姻结果】

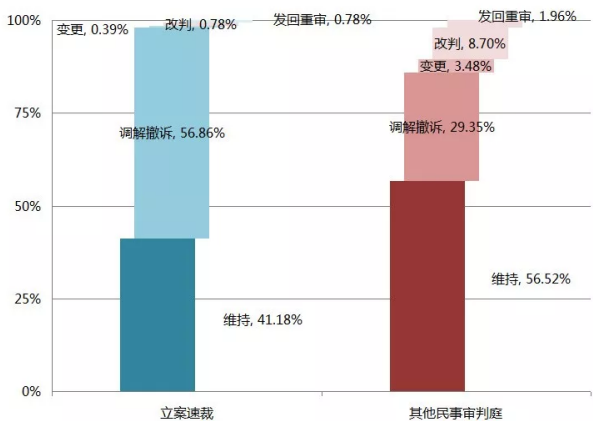
以优化办案流程、提高审判效率、多元化解决纠纷为目标,该院依照“简案快审,繁案精审”的原则,将案件事实清楚、法律关系明晰、当事人争议明确的案件分流至立案速裁合议庭进行快速审理,而事实相对模糊、法律关系复杂、当事人争议较多的案件则分流至各民事审判庭进行集中审理。涉未成年子女离婚案件也是如此。



【图四:涉未成年子女离婚案件“分流”情况】



【图五：“繁简分流”平均审理时间比较】



【图六：“繁简分流”结案方式比较】

二、涉未成年子女的各项裁判情况

(一) 确定未成年子女直接抚养方的考虑因素

一审判决离婚的 268 件涉未成年子女离婚案件中,有 199 件因双方当事人没能在未成年子女的直接抚养方确定问题上达成合意而由法院判决确定,其中 188 件系独生子女抚养,11 件涉“二孩”抚养。法院考虑的因素,遵循了《中华人民共和国婚姻法》及相关司法解释,特别是《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》(法发〔1993〕30 号,以下简称《抚养意见》)的规定精神。

在 13 件涉两周岁以下(不含两周岁)独生子女直接抚养方确定问题的案件中,女方都不存在《抚养意见》第 1 条提到的子女不适宜与其共同生活的情形,故法院均判决子女由女方直接抚养。这一年龄段的子女在生理上对母亲较为依赖,故一般随母亲生活为宜。而在 2 件涉两周岁以下(不含两周岁)“二孩”直接抚养纠纷的案件里,一审法院的判决也体现类似的考虑:其中一件,较大的孩子 4 周岁,较小的孩子 1 周岁,一审法院判决 1 岁的孩子由母亲直接抚养,4 岁的孩子则由父亲直接抚养;另一件,孩子均未满 2 周岁,一审法院明确以孩子尚处于哺乳期、与母亲长期共同生活为由,判决孩子均由母亲直接抚养。

其余 184 件子女在两周岁及两周岁以上的案件,“自出生或分居以来主要由哪一方照料或随哪一方共同生活”等类似情况成为法院关注的因素,有 145 件判决载明这类理由。考虑这一因素,是为了保证子女能继续在既有的、自然的抚养关系中成长,维持其生活、学习的稳定性,尽可能减少父母离异对子女生活的变动,尤其关注子女已与主要照顾一方建立的情感联系。

不过,这一裁判思路似乎引起了某种误会,个别案件中就出现了为争取“抚养权”而抢夺子女的极端情况。在此需要强调的是,基于抢夺子女而形成的与孩子共同生活的现状,绝不能称得上是一种“自然的”抚养关系。这种现状的形成过程只会给孩子身心成长造成难以估量的负面影响,不值得法律的尊重和考量。所谓抚养权问题,只是婚姻关系解除后,分开生活、居住的双方当事人所必然面对的孩子随哪一方共同生活的问题。直接抚养方的确定,并非否定非直接抚养方与子女间权利义务关系,更不是一场双方在担任“父母”角色上的比拼或者胜负,仅仅是法律出于保护离婚自由和未成年人健康成长而对既有家庭安排或者分工的一种尊重,也唯有当事人双方作为父母在子女问题上始终保持沟通、合作的态度,才能实现未成年子女的利益最大化。

另只有14件案件，明确提及基于收入、居住条件等物质方面优势，且多是与子女的年龄大小、长期生活状况等其他因素共同出现。从我国经济目前的市场化程度及我国社会保障体系的完善程度来看，令一个成年人获得一个满足自己和子女基本需要的收入来源，并不是一种苛求。而且，直接抚养子女的一方不仅负有保障子女物质需要的责任，也应当在精神上给予必要的教育与关爱，故在目前大多数当事人的经济条件“及格”的情况下，通常不会再对双方当事人的收入、居住等物质条件作进一步的比较。

“丧失生育能力”是较常出现的当事人主张直接抚养子女的理由之一，然而，法院予以采纳的案件极少。主要原因有两个：1. 当事人对“丧失生育能力”未提供证据证明或提供的证据不足以证明；2. 虽然《抚养意见》第3条对此作了明确规定，但这一事由体现较为浓重的“父母本位”立法思想，且带有贯彻计划生育政策的历史色彩，从以“儿童利益最大化”的审判理念及生育政策逐渐放开的趋势来看，这一事由的“优先级”将有所降低。

少数案件中，一审法院将“性别”作为考虑因素之一，确实也有当事人以此为一种抚养条件上的优势主张直接抚养子女。从判决结果来看，与子女同性的一方更有可能直接抚养子女。同时，由于一审在这些案件中还综合考虑了其他合理因素，二审均予以维持。然而，我们不倾向于视父母双方的“性别”为一种抚养条件。在由哪一方直接抚养子女的问题上，法院需要判断的不是“当事人是否是一位父（母）亲？”，而是“当事人是否是一位‘好’父（母）亲？”——性别，确实能使父母在子女成长过程中发挥相互难以替代的作用，但作为最基本的个人特征之一，显然不足以给出这个问题的答案。

（二）抚养费标准的确定

一审判决离婚的268件涉未成年子女离婚案件中，有224件因双方当事人未能达成合意或未提出明确意见等原因，由法院根据子女的实际需要、

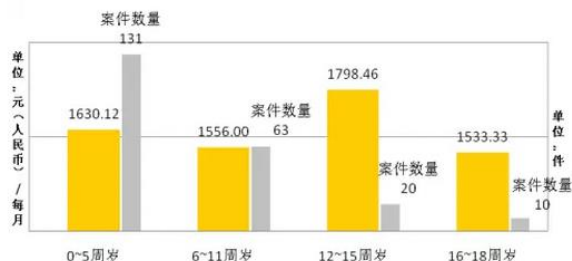
父母双方的负担能力、当地的实际生活水平等因素确定抚养费标准。

这224件案件中，一审结案时间在2015年到2017年之间，子女平均年龄约5.8周岁，判决的平均抚养费约为每月1635.65元。由于抚养费只是未直接抚养子女的父母一方负担的费用，故法院支持的未成年子女实际支出大约为抚养费的两倍。平均抚养费 1635.65×2 后与2015、2016、2017年上海市居民人均消费性支出十分接近，一定程度上说明法院确定的抚养费标准较为符合本市的实际生活水平。

	上海市居民人均消费性支出 元（人民币）/月
2015年	2898.66
2016年	3121.5
2017年	3316

【表一：根据上海市统计局网站提供的数据制作】

不同的年龄阶段，法院判决的平均抚养费标准也各不相同：



【图七：法院判决的平均抚养费标准】

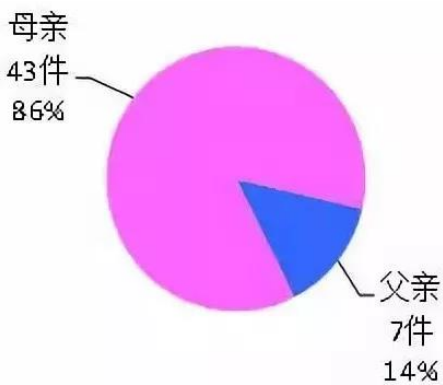
有43件案件，双方当事人对抚养费标准达成了一致，法院通过判决确认了双方的合意。这部分案件的一审结案时间在2015年到2017年之间，未成年子女平均年龄约5.2周岁，平均抚养费约为每月1510.34元。

（三）财产分割时对未成年子女的照顾

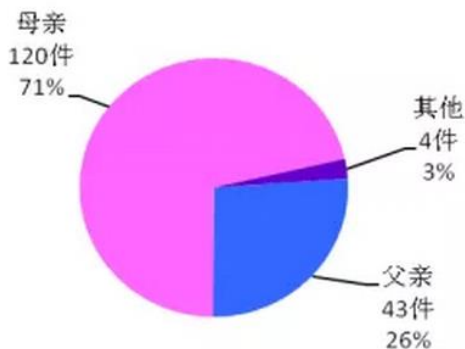
一审判决离婚的268件涉未成年子女离婚案件中，有217件，一审法院对夫妻共同财产的认定与分割作出判决。其中，有48件案件在判决中将

“照顾子女权益”列明为对财产分割作出判决时的考虑因素，占 22.12%。其余未列明的案件中，有一小部分的判决结果实际在财产分割上照顾了直接抚养子女一方。

在照顾的形式上，除判令直接抚养子女一方获得更多的财产份额外，也有判决夫妻双方均分财产的同时由直接抚养子女一方获得财产所有权以便于继续使用。



【图八：财产分割时载明“照顾子女”的50件案件中的直接抚养方】



【图九：财产分割时未载明“照顾子女”的167件案件中的直接抚养方】

除子女由男方抚养的情况（此时，照顾子女权益与照顾女方权益“相互抵消”）外，“照顾子女权益”在分割夫妻共同财产时的较少适用，更多地源于当代家庭内部分工的变化。“男主外女主内”不再是绝对主流的家庭分工模式，越来越多的女性和男性一样在外工作，获得了与男性相当，甚至超越男性的经济实力与地位，女性因离婚而面临经济困难的情形已较为少见。

在相当数量的离婚纠纷中，双方当事人都有稳定的收入来源，婚姻关系存续期间亦积累了可观的共同财产；即使单纯按照财产法律关系的规则进行分割，直接抚养子女的任何一方都能为子女的生活、成长提供足够的物质保障。**因而，通过维护弱者权益以实现实质平等的“照顾子女和女方权益”原则的适用情形减少。**

三、涉未成年子女离婚案件中的问题与现象

（一）离婚自由与未成年子女权益的平衡问题

双方当事人同意离婚，但在未成年子女抚养问题上各执己见的情形并不少见。其中，既有双方都要求直接抚养子女的，也有都不想直接抚养子女的。对此，法院通常会组织双方当事人进行协商，调解不成后再通过比较双方抚养条件、考虑子女意愿等对直接抚养争议作出判决。

然而，个别案件中，法院在多次组织当事人调解不成后，作出了以**“保障未成年人合法权益和身心健康”**为主要理由不准予双方离婚的判决。这种判决出于维护婚姻家庭稳定的考虑，将“对子女问题已作出妥善安排”作为男女双方离婚的条件之一，体现了“未成年人利益最大化”原则，有一定的正当性与合理性。

最高人民法院杜万华大法官也曾对这一裁判规则提出过设想：“审理家事案件不能仅仅盯着夫妻双方，保护妇女权益，还要重视依法保护未成年人和老年人权益。夫妻双方离婚时要考虑未成年人利益最大化，如果未成年人的抚养问题不能解决，法院一般不能判决离婚。”

然而，此类裁判思路在个别案件中存在以下隐患：双方当事人对离婚问题已经达成一致，但在子女抚养问题上各执己见，相互间仍有强烈的对立情绪，而法院又恰以双方在子女抚养问题上的分歧为由不准予双方离婚，这就很有可能使双方当事人将对立情绪转移至子女身上，尤其是在双方均不同意抚养子女时，不仅没能使当事人意识到自己身

为父母对子女负有的抚养责任,反而令未成年子女的处境恶化。

（二）离婚案件中是否应一并处理探望权的问题

一审判决离婚的 268 件涉未成年子女离婚案件中,有 90 件,一审法院对一方如何行使探望权作出判决,占 33.58%。对于是否应在涉未成年子女离婚案件中一并处理探望权,司法实践存在分歧。根据我国现行《婚姻法》的规定,探望权是属于非直接抚养子女一方父母的实体权利,权利的行使与否确实应由当事人自行决定,故部分法院坚持不告不理的原则,仅在当事人提出诉讼请求后才进行审理。个别案件中,法院还会根据双方矛盾过于激化、明显不利于探望等现实情形,有意保留对探望权的处理,建议双方在矛盾缓和后再行协商或诉讼。

也有法院认为,探望权不仅仅是父母一方的权利,也应是一项“义务”。探望权的行使,可以令父母了解子女的生活成长情况,满足其对子女关心、爱护的情感需要,也便于其对子女尽到教育、监护的责任;而与父母保持定期交往,维系良好的亲情关系,对未成年子女的健康成长也有着不可替代的作用。再加上从减少当事人诉累、避免对抗性过强的诉讼程序再对各方当事人造成情感伤害等方面的考虑,部分法院,尤其是设有少年庭的法院,会主动在离婚案件中引导当事人就探望问题达成协议或一并诉讼解决。

（三）子女抚养、探望的执行问题

虽然法院能够在审判阶段“一揽子”解决涉未成年子女的各项问题,但当事人是否能够积极、适当履行其中的义务,值得担忧。若不能采取有效的预防或化解措施,后续纠纷仍将继续出现。除抢夺、藏匿子女等极端、直接的方式外,出现了携子女异地上学等有意设置探望障碍的情况;将抚养费与探望权无端挂勾,也时常成为当事人提出的不协助另

一方探望或不支付抚养费的理由。

抚养、探望子女的行为具有极强的人身性,当事人及子女本人的意愿会直接影响抚养、探望的顺利与否。特别是探望权的行使,更多地起到保持亲子定期交往、维系情感联系等精神层面的作用,更需要各方当事人的积极配合以及对子女意愿的尊重。

然而,由于离婚案件的双方当事人通常有着深刻的矛盾,拒不协助对方行使权利的情形容易发生;可适用的执行措施有限且强制色彩浓厚,即使在短期内能起到“屈人之兵”的作用,长远来看仍不利于亲子关系的维系和发展;此外,法院判决确定的抚养、探望形式也相对单一,有时未能充分满足父母子女间真实的情感需要,进而为执行阶段的种种困难埋下了伏笔。

（四）“隔代介入”现象

离婚纠纷的当事人是夫妻双方,法院在离婚纠纷中也仅审理主体限于夫妻双方的权利义务关系,当事人本人在诉讼程序中的积极参与将更好地帮助法院了解事实、作出判决。

不过,相当一部分案件中,出现了夫妻双方在诉讼程序中参与程度较低,而其父母作为委托诉讼代理人却有着较高参与程度的现象:当事人本人几乎从未出庭,而其父母一直以委托诉讼代理人的身份出庭;当事人本人虽与作为其委托诉讼代理人的父母一同出庭,但本人几乎不发表意见,多数时间由其父母发表意见;当事人本人虽独自出庭并发表意见,但庭后其父母作为委托诉讼代理人向法院表达了相反意见。

除财产赠与、混同等原因使离婚诉讼当事人的父母在离婚案件中具有明显的利害关系外,我们认为,这一现象的出现可能还有以下原因: 1. 夫妻双方均在外就业的家庭越来越多,一方或双方的父母为了承担起照顾(外)孙子女的家庭职能,进入夫妻双方的生活,从而对当事人双方的家庭生活、情感状态有一定了解。2. 通过照顾(外)孙子女,当

事人父母与其建立了一定的情感联系,进而在抚养、探望问题上形成自己的诉求;而由于自己并非未成年子女的实际照顾者,当事人在子女抚养问题上也更多提及自己父母在抚养能力、抚养条件上的优势。

3. 部分当事人自身为人父母的角色感、责任感不强,在处理家庭内部关系时仍较为依赖自己的父母,而其父母也十分乐意为子女提供帮助,甚至取而代之。

(五)“二孩”抚养、探望问题

在该院于2016—2017年审结的涉未成年子女离婚纠纷中,当事人育有两名未成年子女的案件有18件,一审判决离婚的有14件。尽管数量不多,但在抚养、探望方面的问题已有所显现:1.在两名未成年子女的直接抚养方的确定上,出现了以考虑平衡双方照料负担为出发点的双方分别直接抚养处理思路,也有遵循尊重既有自然家庭抚养分工而由其中一方统一直接抚养的办法;2.在一审判决分别抚养的个案中,出现了当事人为子女间“探望”问题提出主张的情形,希望两个孩子能够保持原先的互动和交往关系。

目前的法律规范,包括前述的《抚养意见》在内,所基于的立法背景是我国长期施行的独生子女政策。对于两名及两名以上未成年子女的抚养、探望问题,尚未有法律或者司法解释给出相对明确、直接的规定,目前相关裁判处理更多地依靠法官行使自由裁量权。

四、妥善处理涉未成年子女离婚案件的对策与建议

(一)以“儿童最大利益原则”为指导开展审判工作

根据《儿童权利公约》第3条的规定,“涉及儿童的一切行为,不论是由公立或私立社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”世界许多国家和地区的婚姻家庭立法都确立了这一基本原则。

虽然我国立法并未明确“儿童最大利益原则”,

但在家事审判方式和工作机制改革的背景下,法院完全可以在涉未成年子女离婚案件中,以该原则为指导,处理抚养、探望等涉未成年子女的相关问题。部分法院不拘泥于条文规定,结合具体案情,作出有利于未成年子女合法权益的判决,显然是十分有益的探索。

(二)转变诉讼模式,强调职权主义

虽然未成年子女并非离婚纠纷的当事人,但父母离异对其合法权益的客观影响越来越引起重视。而对抗性强的当事人主义也易使各家庭成员在诉讼中经历“二次伤害”。

因此,法院在审理涉未成年子女离婚案件中应强化职权主义:对当事人未主动提出的、涉未成年子女权益的问题,应积极引导当事人形成合理诉求;对当事人在涉未成年子女权益问题上的处分与合意,作必要的审查与干预,避免当事人因漠视未成年子女权益或以此为筹码而滥用其法律权利;加大法官依职权调查的范围和力度,善用在本市施行多年的民事社会观护制度,查明与权利义务直接相关的法律事实,同时查清具有心理学、社会学等专业领域意义的各种“非法律事实”,实现对涉案家庭及未成年子女的全方位了解。

(三)强化审判延伸工作机制,促进纠纷长效解决

法院一时作出的裁判结果,难以立即改变当事人在未成年子女问题上的态度、认识,裁判意图实现的保障效果也难以在子女之后的生活中很快落到实处。

因而,在审判工作中继续研究说理论证、强化事实调查的同时,法院也应强化诉前诉中调解、判后回访等审判延伸工作机制,努力帮助双方当事人客观、冷静地看待相互之间的感情状态,意识到各自身为父母对子女健康成长所应承担的独特角色与协作义务。在诉前及诉中调解阶段,重视家庭、成年人与儿童发展及心理学等方面知识的运用,

初步识别、分析当事人的情感状态(婚姻危机或婚姻死亡)、当事人情感破裂的原因,疏导缓解当事人的对立情绪,帮助其在未成年子女问题上形成正确的认识。在判后回访工作中,除确认子女抚养、探望等事项上的履行情况外,在如何处理亲子关系、尽到父母职责的问题上也可提供必要的指导,并视情与探望监督人、社会观护员、心理咨询师等多元纠纷化解机制实施主体进行顺畅对接。

自2017年底到目前,该院未成年人案件综合审判庭依托与辖区某教育局未成年人保护委员会办公室共同成立的“未成年人涉法服务社会工作点”工作平台,加强联动,整合资源,在7件涉未成年人家事案件中聘请心理咨询专业人员助力审判工作,取得良好成效。

(四)探索适用“轮流抚养”“子女间探望”,尊重多样化的情感需求

司法实践对未成年子女抚养问题,多是以由一方直接抚养、另一方支付抚养费的方式进行处理。这种处理方式体现了一定历史时期内家庭职能分工普遍相对固定的社会现实,符合这些家庭的未成年子女的利益。然而,随着当下家庭职能分工多样化、分散化与个性化,照顾子女的家庭职能不再总是由父母一方单独承担,轮流承担、共同承担的形式也开始出现在部分家庭中,父母双方都与未成年子女建立了深厚的情感联系。若双方的抚养条件又旗鼓相当,再作非此即彼的抉择,就显得不太合适了。因而,在对涉案家庭作出全面、充分调查的基础上,结合未成年子女的意愿,亦可尝试以离婚后轮流抚养子女的方式,解决抚养问题。该院于2016—2017年审结的涉未成年子女离婚纠纷中,有3件案件,二审法官通过主持双方当事人达成轮流抚养协议的方式调解结案。

而在“二孩”家庭中,未成年子女间在长期共同生活中所形成的情感联系,基于儿童利益最大化原则,同样也值得法律予以充分尊重。在该院审结的一起涉未成年子女离婚纠纷中,二审法官针对

“二孩”家庭未成年子女间长期共同生活的事实,积极启发、促成当事人达成在探望方式上灵活协议,保证两名未成年子女之间今后的长期交往,最终调解结案,效果良好。

(五)开展亲职教育,提高家庭意识,提升家长技能

离婚纠纷当事人在涉未成年子女事项上的许多冲突,乃至双方走向离婚,都与其一方或双方在家庭中的角色感、责任感不强有关。即使当事人自己有做好父母的意愿,但由于方法上的不当、困惑而束手无策。因此,在诉讼后,法院可与妇联等社会组织合作开展亲职教育,根据个案中当事人的具体情况,建议其参加一定时长的亲职教育课程。同时,将婚恋教育、家庭教育纳入高校教育体系,引导、帮助广大适婚男女树立健康、理性的婚恋观和家庭观,掌握必要的家庭教育知识与沟通技巧。

中华人民共和国婚姻法

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。

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利益和双方的具体情况判决。

第三十七条 离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负

担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。

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

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

行使探望权利的方式、时间由当事人协议;协议不成时,由人民法院判决。

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

第三十九条 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。

第四十条 夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有,一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。

第四十八条 对拒不执行有关扶养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探望子女等判决或裁定的,由人民法院依法强制执行。有关个人和单位应负协助执行的责任。

最高人民法院关于适用 《中华人民共和国婚姻法》 若干问题的解释(一)

第二十条 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。

第二十四条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权,当事人就探望权问题单独提起诉

讼的,人民法院应予受理。

第二十五条 当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中,请求中止行使探望权的,人民法院在征询双方当事人意见后,认为需要中止行使探望权的,依法作出裁定。中止探望的情形消失后,人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

第二十六条 未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务法定监护人,有权向人民法院提出中止探望权的请求。

第三十二条 婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的,由人民法院依法强制执行的规定,是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施,不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

最高人民法院印发

《关于人民法院审理离婚案件处理 子女抚养问题的若干具体意见》的通知

1993年11月3日 法发〔1993〕30号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院:

现将《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》印发给你们,请认真执行。在执行中注意总结经验,有何意见和问题,请及时报告该院。

附: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

人民法院审理离婚案件,对子女抚养问题,应当依照《中华人民共和国婚姻法》第二十九条、第三十条及有关法律规定,从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益出发,结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。根据上述原则,结合审判实践,提出如下具体意见:

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。

3. 对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

(1) 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；

(2) 子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；

(3) 无其他子女，而另一方有其他子女的；

(4) 子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。

4. 父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

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。

6. 在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。

7. 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，抚育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育费的，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，抚育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. 抚育费应定期给付，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育费。

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育费。但经查实，抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长的，不予准许。

11. 抚育费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。

十六周岁以上不满十八周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚育费。

12. 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，仍应负担必要的抚育费：

(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。

13. 生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。

14. 《中华人民共和国收养法》施行前，夫或妻一方收养的子女，对方未表示反对，并与该子女形成事实收养关系的，离婚后，应由双方负担子女的抚育费；夫或妻一方收养的子女，对方始终反对的，离婚后，应由收养方抚养该子女。

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育费的，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。

17. 父母双方协议变更子女抚养关系的,应予准许。

18. 子女要求增加抚育费有下列情形之一的,父或母有给付能力的,应予支持。

(1) 原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的;

(2) 因子女患病、上学,实际需要已超过原定数额的;

(3) 有其他正当理由应当增加的。

19. 父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。父或母一方擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的,应责令恢复原姓氏。

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。

21. 对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人员,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定采取强制措施。

附:典型案例

案例一: 张某诉楼某离婚纠纷案

【裁判要点】

双方当事人虽均同意离婚,但无法在子女抚养问题上达成一致,未能对子女的抚养作出妥善安排。从维护未成年子女利益的立场出发,在双方感情尚未完全破裂的情况下,法院不应准予双方离婚。

【基本案情】

上诉人(原审被告): 张某。

被上诉人(原审原告): 楼某。

楼某、张某原系大学同学,2008 年建立恋爱关系,同年 10 月登记结婚,登记后双方于 2009 年举办婚宴并开始共同生活,并于 2011 年生育一子。婚后初期,双方感情尚可,后因生活琐事等发

生争执,2015 年 6 月,楼某自行携子与其父母另行租住,张某亦搬回其父母住处,双方分居至今。嗣后,楼某起诉至法院,请求判令其与张某离婚,双方所生之子归楼某抚养,张某每月支付抚养费人民币 4,000 元,依法分割夫妻共同财产。

2015 年 11 月,张某及其亲属至楼某租住房屋门口,将孩子强行带走,过程中与阻止带走孩子的楼某之母发生肢体冲突,致其受轻微伤。

一审中,楼某坚持要求离婚并判决儿子随己共同生活,而张某虽同意离婚,但拒不同意儿子随楼某共同生活,双方经多次协商仍无法就子女抚养问题达成一致。

【裁判结果】

一审法院判决:楼某要求与张某离婚的诉讼请求,不予支持。宣判后,张某上诉。二审法院驳回上诉,维持原判。

【裁判理由】

生效裁判认为,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。张某与楼某虽因家庭琐事引发争执,存在一定的矛盾,也造成双方及双方父母心理及身体上不同程度的伤害,但二审通过庭审后认为,双方并未达到感情破裂之程度。且本着儿童利益最大化原则,法院应就离婚对未成年人子女的影响进行相应的评估,故原审法院希望张某与楼某能秉承维系完整家庭会更有利于子女成长之原则,作出对楼某本次要求离婚的诉讼请求不予准许的判决,并无不当,二审法院予以采纳。上诉人的上诉请求,理由并不充分,二审法院不予支持。

案例二: 应某诉邓某离婚纠纷案

【裁判要点】

在离婚双方争夺未成年子女矛盾尖锐的情况下,灵活确定直接抚养方,以调解的方式将未成年子女随一方共同生活调整为由离婚夫妻双方轮流

抚养,可以切实缓解离婚夫妻双方矛盾,并最大限度实现未成年子女利益最大化。

【基本案情】

上诉人(原审原告):应某。

被上诉人(原审被告):邓某。

应某和邓某于2008年登记结婚,2011年生育一女邓小某,后因家庭琐事致使夫妻关系失和,2015年分居。2017年应某起诉请求判决离婚,女儿随母亲应某共同生活,邓某每月支付抚养费。邓某辩称同意离婚,但主张女儿随其共同生活,应某每月支付抚养费。

【裁判结果】

一审法院判决准予双方离婚;女儿随邓某共同生活。一审判决后,应某不服,提出上诉,请求二审法院将孩子判归应某直接抚养。

二审法院受理应某上诉后,本着实现未成年子女利益最大化的审判原则,合议庭分析了应某、邓某的抚养条件、抚养能力、双方分居期间邓小某生活状况等,综合本案情形,提出调解建议:双方可

以半年或一年为周期轮流抚养。应某和邓某在主审法官耐心释法,悉心疏导下,最终均表示愿意放下心中多年的包袱,理智冷静地站在孩子角度,接受法官提出的轮流抚养的调解方案,并在法院主持下,签署了按半年周期轮流抚养孩子的调解协议,并表示今后与孩子有关的重大事项均将尽量友好协商解决。

【裁判理由】

本案是轮流抚养方式成功推行的典型案例,是在法律框架内对轮流抚养方式进行深入探索和完善的一次有益尝试。本案双方当事人均同意离婚,对财产分割也无争议,但双方对6岁婚生女的争养已经发展到“抢”、“藏”的地步。二审主审法官提出的轮流抚养方式很好地解决了双方长期积累的矛盾,也能够让孩子尽可能多地享有父母完整的爱,降低父母离婚给孩子带来的不利影响,并最大限度实现未成年子女利益最大化。

来源 | 上海市第二中级人民法院

责任编辑 | 邱悦

因适龄儿童入学问题提起行政诉讼,法院是否受理?

2018-10-10 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/Fp-YQFLyRC1FrBWKjpdYtw>

适龄儿童的父母因为子女入学问题

与行政机关发生的争议

是义务教育就学方面常见的纠纷

比如曾经著名的南京首例“学区划分案”——

南京市民顾某认为教育局施教区的划分不符合就近入学规定,要求判决撤销施教区划分的具体行政行为,并重新划分。2015年12月11日,江苏省南京市建邺区人民法院作出一审判决,驳回原告顾某的诉讼请求。2016年3月22日,江苏省南京市中级人民法院作出终审宣判,驳回上诉,维持原判。



那么,因适龄儿童入学发生争议
教育行政部门对此作出的处理决定
是否属于行政诉讼受案范围?

来看本期法信干货小哥的推送

法信码 | A7.E6851

因适龄儿童入学问题提起行政诉讼



法信·裁判规则

1. 教育行政主管部门对辖区内学区进行划分的行为属于行政诉讼的受案范围——金某1诉温州市教育局教育行政管理案

本案要旨：教育主管部门确定或者调整行政区域内学校的施教区的行为属于具体行政行为，具有可诉性，属于行政诉讼的受案范围。与教育行政主管部门的学区划分行为具有利害关系的主体有权提起行政诉讼。

案号：(2017)浙03行终230号

审理法院：浙江省温州市中级人民法院

来源：中国裁判文书网 2018-07-12

2. 市政府发布的《入学办法》属于行政规范性文件，不具有可诉性——刘某与昆山市人民政府教育行政管理及行政赔偿一案

本案要旨：市政府发布的《入学办法》系针对不特定对象、能反复使用、对特定人不产生直接的执行力，必须通过其相关职能部门通过一个具体行政行为才能对特定人产生执行效力。因此该办法

属于行政规范性文件，不具有可诉性。

案号：(2017)苏行终99号

审理法院：江苏省高级人民法院

来源：中国裁判文书网 2017-06-29

3. 教育行政主管部门采取电脑随机派位的方式对适龄儿童就读学校进行统筹分配的行为不属于人民法院受案范围——孙立任诉北京市朝阳区教育委员会入学分配决定案

本案要旨：教育行政主管部门采取电脑随机派位的方式对适龄儿童就读学校进行统筹分配的行为，属于依据《中华人民共和国义务教育法》保障适龄儿童接受义务教育权利的前提下，采取的依据技术规范实施的统筹分配行为，该行为不属于人民法院受案范围。

案号：(2014)朝行初字第519号

审理法院：北京市朝阳区人民法院

来源：中国裁判文书网 2017-12-18

4. 教育行政机关划分施教区的行为不属于行政诉讼受案范围——顾明、顾某与被起诉人南京市建邺区教育局履行行政行为

本案要旨：人民法院审理行政案件系对行政行为是否合法进行审查。教育行政机关划分施教区的行为具有普遍约束力，属于抽象行政行为，不属于人民法院行政诉讼的受案范围，法院不予受理。

案号：(2014)建行诉初字第12号

审理法院：南京市建邺区人民法院

来源：中国裁判文书网 2014-09-30

法信·司法观点

1. 受教育权的行政可诉性认定

我国现行行政诉讼制度对受教育权的保护给与了确认。我国《行政诉讼法》第2条规定：“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具体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”。这一条对行政诉讼的

原告资格作出了原则上的限定，其核心在于“具体行政行为”和“合法权益”。为使其更加明确，《行政诉讼法》第11条对此作出具体规定。综观上述条文，我国行政诉讼的原告资格具有特定性和扩展性两大特点。

根据我国现行《行政诉讼法》第2条与第12条之规定，行政诉讼的受案范围限定于具体行政行为，行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件不属于行政诉讼的受案范围。这一限定反映在原告资格上，表现为作为原告与被告行政行为之间必须具有“特定”而非“普遍”的关系，即只有“特定”的相对人才能具有提起行政诉讼的起诉资格。

依照这一规定，只有当行政主体的具体行政行为侵犯特定相对人的受教育权时，该相对人方可援引此项权利提起行政诉讼。对于非特定性的、具有普遍效力的行政行为，如有关入学资格与条件等规定，如果公民认为违背我国法律规定的平等享有受教育权的原则，而该违法并未对其形成直接的、现实的侵害，则无权请求法院予以撤销。同时，《行政诉讼法》第2条将该法的保护范围限定为“合法权益”，《行政诉讼法》第11条第1款第8项以及第11条第2款进而规定“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权，以及法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”。

结合这两条的规定，可以看出本法在立法技术上将我国行政诉讼的现实性与扩展性有机地结合在一起，一方面，从现实性出发，基于我国行政法治的现状，将“权利”（主要指人身权与财产权等自然权利）作为法律保护的核心；另一方面，又未将法律保护的范围限定于“自然权利”，赋予行政诉讼的起诉资格充分的发展空间与余地。同时，1999年颁布实施的《行政复议法》第6条已明确地将受教育权列入可以提起行政复议的范围。这意味着在我国受教育权的保护已成为政府的一项法定义务，公民有权援引此项权利提起行政诉讼。

（注：本观点中的《行政诉讼法》和《行政复议法》已被

修改）

（摘自李昕《论受教育权在行政诉讼中的确认与保障》，《法学杂志》2010年第6期）

2. 受教育权应当纳入行政诉讼法调整的范围

关于受教育权是否纳入行政诉讼法调整的范围问题，笔者认为对行政诉讼受案范围不应机械地理解为保护相对人的人身权和财产权，根据宪法的规定，受教育权是公民的基本权利。在教育还不很发达的今天，能否平等地享有受教育权，对公民的人身权和财产权将产生巨大的影响。同等情况下，能接受高等教育的人会受到社会的良好评价，其就业容易一些、经济收入相对高一些。

从这个意义上说，受教育权直接影响人身权和财产权。最高人民法院（1998）法行字第7号《关于当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的处理决定可否提起行政诉讼的答复》规定：“当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的行政处理决定，属于行政诉讼法第十一条第二款规定的受案范围，人民法院应当受理。”该司法解释已明确将公民的受教育权列为行政诉讼受案范围，即公民的受教育权受司法权救济。按照行政复议法第六条第（九）项的规定，保护相对人的受教育权也是行政复议的范围。

（摘自刘莘、王达《普通债权人行政诉讼原告资格的特定情形——对法律上利害关系的理解》，《人民司法》2006年第7期）

法信·法律依据

1. 《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。

2. 《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》

第一条 公民、法人或者其他组织对行政机关及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

下列行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

- (一) 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；
- (二) 调解行为以及法律规定的仲裁行为；
- (三) 行政指导行为；
- (四) 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；
- (五) 行政机关作出的不产生外部法律效力的行为；
- (六) 行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为；
- (七) 行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为，但行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的除外；
- (八) 上级行政机关基于内部层级监督关系对下级行政机关作出的听取报告、执法检查、督促履责等行为；
- (九) 行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为；
- (十) 对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

3《最高人民法院关于当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的处理决定可否提起行政诉讼的答复》

山东省高级人民法院：

你院《关于学校不接受适龄儿童入学是否可提起行政诉讼的请示》收悉。经研究认为：根据《教育法》第四十二条第(四)项和《未成年人保护法》第四十六条的规定，当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的行政处理决定，属于行政诉讼法第十一条第二款规定的受案范围，人民法院应当受理。

4.《中华人民共和国教育法》

第四十三条 受教育者享有下列权利：

- (一) 参加教育教学计划安排的各种活动，使用教育教学设施、设备、图书资料；
- (二) 按照国家有关规定获得奖学金、贷学金、助学金；
- (三) 在学业成绩和品行上获得公正评价，完成规定的学业后获得相应的学业证书、学位证书；
- (四) 对学校给予的处分不服向有关部门提出申诉，对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益，提出申诉或者依法提起诉讼；
- (五) 法律、法规规定的其他权利。

5.《中华人民共和国未成年人保护法》

第五十一条 未成年人的合法权益受到侵害，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法及时审理，并适应未成年人生理、心理特点和健康成长的需要，保障未成年人的合法权益。

在司法活动中对需要法律援助或者司法救助的未成年人，法律援助机构或者人民法院应当给予帮助，依法为其提供法律援助或者司法救助。

夫妻共同债务最新司法观点集成 | 高杉 LEGAL

2018-10-16 高杉 LEGAL

<https://mp.weixin.qq.com/s/LXFuD1HxCimS0TtqwIR4pA>

高杉峻：本文所节选内容系《新编版·最高人民法院司法观点集成：民商事卷增补（2018）》第

2 册第 228 点“《涉夫妻债务司法解释》的适用范围”、第 229 点“基于夫妻双方共同意思表示所负

债务为夫妻共同债务”、第230点“夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,原则上为夫妻共同债务”、第231点“夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人主张构成夫妻共同债务的,应当承担举证责任”、第232点“涉及夫妻共同债务纠纷案件的举证责任分配”,基本覆盖了最高人民法院对夫妻共同债务如何认定的最新意见,希望对大家的执业有所帮助。



夫妻共同债务如何认定之最新司法观点集成

丛书总主编 | 杜万华

丛书副总主编 | 刘德权

民商事增补卷主编 | 王松、俞宏雷、陈裕琨、缪蕾

《最高人民法院司法观点集成:民商事卷增补(2018)》第228点

——《涉夫妻债务司法解释》的适用范围

【最高人民法院司法解释】

《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16日,法释〔2018〕2号)第四条 本解释自2018年1月18日起施行。

本解释施行后,最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的,以本解释为准。

【最高人民法院审判业务意见】

问:如何理解和把握《解释》的适用范围?

答:《解释》第四条规定:“本解释自2018年1月18日起施行。本解释施行后,最高人民法院

此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的,以本解释为准。”

《解释》系针对社会关切的夫妻共同债务认定标准问题作出的细化和完善,这里所指的“最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的”内容,主要是指有关夫妻共同债务认定标准的其他司法解释内容,与本《解释》规定不一致的,今后不再适用。

对于《解释》施行前,经审查甄别确属认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的案件,人民法院将以对人民群众高度负责的态度,秉持实事求是、有错必纠的原则,以事实为依据,以法律为准绳,依法予以纠正,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

——《妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益——最高人民法院民一庭负责人就〈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〉答记者问》,载《人民法院报》2018年1月18日。

【链接:最高人民法院法官著述】

(五) 解释的适用范围

最高人民法院于2018年2月7日向各高级人民法院下发通知,进一步明确审理涉及夫妻债务案件的4项具体工作要求:(1)正在审理的一审、二审案件,适用《解释》的规定。(2)已经终审的案件,甄别时应当严格把握认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的标准。比如,对夫妻一方与债权人恶意串通坑害另一方,另一方在毫不知情的情况下无端背负巨额债务的案件等,应当依法予以纠正。再审案件改判引用法律条文时,尽可能引用婚姻法第十七条、第四十一条等法律。(3)对于符合改判条件的终审案件,要加大调解力度,尽可能消化在再审审查阶段或者再审调解阶段。案件必须改判的,也要尽量做好当事人服判息诉工作。(4)对于符合上述改判条件的终审案件,也可由执行部

门尽量通过执行和解等方式,解决对利益严重受损的配偶一方权益保护问题。

——程新文、刘敏、方芳、沈丹丹:《〈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〉的理解与适用》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》总第73辑,人民法院出版社2018年版,第48~49页。

编者说明

2003年,最高人民法院起草制定《婚姻法司法解释(二)》时,针对实践中反映较多的一些夫妻“假离婚、真逃债”的问题,通过该解释第24条,确定了夫妻共同债务认定的裁量标准。但十多年来特别是近年来,涉夫妻共同债务案件越来越复杂,现实中出现了夫妻一方与债权人恶意串通损害夫妻另一方权益的情形,甚至出现了适用第24条判令未举债一方配偶共同承担虚假债务、非法债务等极端案例。2017年2月28日,最高人民法院公布《婚姻法司法解释(二)的补充规定》和《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》,要求进一步审理好相关案件。补充规定和通知出台后,有效抑制了极端案例的出现,但有关夫妻共同债务认定标准、举证证明责任等方面的问题仍然没有得到根本解决。为积极回应社会关切,最高人民法院制定了《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》(以下简称《涉夫妻债务司法解释》)。该司法解释共4条,分别就共同意思表示所负的夫妻共同债务、家庭日常生活所负的夫妻共同债务、债权人能够证明的夫妻共同债务以及司法解释适用范围作了明确的规定,旨在细化和完善夫妻共同债务认定标准,合理分配举证证明责任,引导民事商事主体规范交易行为,加强事前风险防范。(最高人民法院民一庭庭长程新文表示,债权人的债权和夫妻一方的财产所有权均属于法律保护的范畴,既要依法保护善意债权人的合法权益,又要

依法保护夫妻特别是未具名举债一方的合法权益,既不能让夫妻一方承担不应该承担的债务,也不能让本该承担债务的夫妻一方逃避责任。要平衡保护各方当事人利益,取得二者之间的“最大公约数”。罗书臻:《完善共同债务认定标准,平衡保护各方合法权益,最高法出台涉夫妻债务司法解释》,载《人民法院报》2018年1月18日)

《最高人民法院司法观点集成:民商事卷增补(2018)》第229点

——基于夫妻双方共同意思表示所负债务为夫妻共同债务

【最高人民法院司法解释】

第一条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。

——《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16日,法释〔2018〕2号)

【最高人民法院审判业务意见】

问:《解释》开宗明义强调夫妻共同债务形成时“共债共签”原则,目的和意义是什么?

答:根据民法总则、合同法规定的意思自治原则以及婚姻法规定的夫妻地位平等原则,男女结婚后不能否定夫妻双方的独立人格和独立民事主体地位,即使婚后夫妻财产共有,一方所负债务特别是超出了家庭日常生活需要所负的大额债务,也应当与另一方取得一致意见,或者用于夫妻共同生活,否则不能认定为夫妻共同债务。

《解释》第一条开宗明义强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则,明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及以其他共同意思表示形式所负的债务,属于夫妻共同债务。这一规定意在引导债权人在形成债务尤其是大额债务时,为避免事后引发不必要的纷争,加强事前风

风险防范,尽可能要求夫妻共同签字。这种制度安排,一方面,有利于保障夫妻另一方的知情权和同意权,可以从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生;另一方面,也可以有效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,对于保障交易安全和夫妻一方合法权益,具有积极意义。实践中,很多商业银行在办理贷款业务时,对已婚者一般都要求夫妻双方共同到场签字。一方确有特殊原因无法亲自到场,也必须提交经过公证的授权委托书,否则不予贷款,这种操作方式最大限度地降低了债务不能清偿的风险,保障了债权人的合法权益,也不会造成对夫妻一方权益的损害。“共债共签”原则实现了婚姻法夫妻财产共有制和合同法合同相对性原则的有机衔接。

虽然要求夫妻“共债共签”可能会使交易效率受到一定影响,但在债权债务关系形成时增加一定交易成本和夫妻一方的知情权同意权产生冲突时,因夫妻一方的知情权同意权,关系到地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利人格权利,故应优先考虑。事实上,适当增加交易成本不仅有利于保障交易安全,还可以减少事后纷争,从根本上提高交易效率。《解释》第一条规定在现行婚姻法规定范围内,实现了债权人合法权益保护和夫妻一方合法权益保护的双赢,体现了二者权利保护的“最大公约数”。

——《妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益——最高人民法院民一庭负责人就〈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〉答记者问》,载《人民法院报》2018年1月18日。

【链接：最高人民法院法官著述】

(一)强调基于共同意思表示所负债务为夫妻共同债务

在我国夫妻共同财产制下,涉及夫妻共同债务

认定中争议的主要问题是,夫妻一方具名所负债务,在未经另一方签字、追认等同意的情况下,能否认定为夫妻共同债务。一种观点认为,在夫妻财产共有制下,因夫妻所得的财产属于双方共有,根据权利义务对等原则,一方具名所负债务原则上应当认定为夫妻共同债务。另一种观点则认为,根据民法总则、合同法规定的意思自治原则、责任自负原则以及婚姻法规定的夫妻地位平等原则,男女结婚后不能否定夫妻双方的独立人格和独立民事主体地位,即使婚后夫妻财产共有,一方所负债务特别是超出了家庭日常生活需要所负的大额债务,也应当与另一方取得一致意见,或者用于夫妻共同生活,否则不能认定为夫妻共同债务。两种观点集中反映了债权人利益和未举债夫妻一方利益之间的冲突。

我们认为,缔结婚姻后夫妻各自仍然保有独立的人格,具有独立的意志。夫妻作为平等的主体,在婚姻关系存续期间,均有权知悉涉及婚姻家庭利益以及共同财产、共同债务的重要信息,在此前提下夫妻双方对共同财产、共同债务行使平等处理权,这是夫妻共同财产制下双方地位平等、享有平等处理权的应有之义。夫妻一方的知情权、同意权和决定权,关系到地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利人格权利,应当优先保护。此外,如果所负债务用于夫妻共同生活,即使是夫妻一方个人举债,也应当认定为夫妻共同债务。“共签的债务”与用于夫妻共同生活的债务均认定为夫妻共同债务,符合婚姻法夫妻共同财产制的规定,也充分体现夫妻财产权利义务一致的基本原则。虽然强调“共债共签”可能会使得交易效率受到一定影响,但适当增加交易成本不仅有利于保障未举债夫妻一方的知情权、同意权和决定权,有利于保障交易安全,还可以减少事后纷争,从根本上提高交易效率,故“共债共签”原则与交易效率本质上并不矛盾。这里所称的“共债共签”与前述“共签共债”都只是借用当前社会上的形象说法,《解释》所强调的是夫妻一方在形成夫妻共同债务时应当尊重另一方的知情权、同意权和决定权,不应简单

机械地仅从字面上理解为夫妻共同债务都需要夫妻共同签字。

——程新文、刘敏、方芳、沈丹丹：《〈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〉的理解与适用》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第73辑，人民法院出版社2018年版，第42~43页。

编者说明

《涉夫妻债务司法解释》第1条规定，系根据《民法总则》《婚姻法》和《合同法》的相关规定，按照合同相对性原则和订立合同的基本要求制定。从夫妻共同债务的形成角度，明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及其他共同意思表示形式(如电话、短信、微信、邮件等)所负的债务，应认定为夫妻共同债务的基本原则。这条规定既充分尊重了民事商事法律确定的一般交易规则，又对夫妻之间特殊的身份关系给予了充分关注。夫妻虽然存在紧密的身份联系，以及由于共同生活而在法律规定的家庭日常生活范围内享有互相代理的权限，但双方作为独立的民事主体地位，并不因婚姻的缔结而丧失。该条规定，进一步完善了《婚姻法司法解释(二)》第24条规定的夫妻共同债务认定标准。作为本司法解释的开篇规定，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。这种制度安排，一方面，可以从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生，另一方面，也可以有效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，对于保障交易安全和夫妻一方合法权益，都具有积极意义。

(程新文：《〈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〉》新闻发布稿》(2018年1月17日)，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第73辑，人民法院出版社2018年版，第30页)

《最高人民法院司法观点集成：民商事卷增补(2018)》第230点

——夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，原则上为夫妻共同债务

【最高人民法院司法解释】

第二条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。

——《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16日，法释〔2018〕2号)

【最高人民法院审判业务意见】

问：如何理解家庭日常生活需要所负债务？

答：通常所说的“家庭日常生活”，学理上称之为日常家事。我国民法学界、婚姻法学界通说认为，婚姻是夫妻生活的共同体，在处理家庭日常事务的范围内，夫妻互为代理人，这是婚姻的当然效力，属于法定代理。婚姻法虽然没有明确规定日常家事代理制度，但从相关条文中可以得出家庭日常生活范围内夫妻互为代理人的结论。婚姻法第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”这里所指的平等处理权既包括对积极财产的处理，也包括对消极财产即债务的处理。婚姻法司法解释(一)第十七条规定：“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。”该规定涵盖了夫妻日常家事代理权的实质内容。因此，在夫妻未约定分别财产制或者虽约定但债权人不知道的情况下，夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。

国家统计局有关统计资料显示，我国城镇居民家庭消费种类主要分为八大类，分别是食品、衣着、家庭设备用品及维修服务、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务、居住、其他商品和服务。家庭日

常生活的范围,可以参考上述八大类家庭消费,根据夫妻共同生活的状态(如双方的职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数等)和当地一般生活习惯予以认定。但农村承包经营户有其特殊性,农村承包经营户一般以家庭为单位,家庭日常生活与承包经营行为经常交织在一起,二者难以严格区分,故为了正常的承包经营所负债务,可以认定为家庭日常生活需要所负债务。需要强调的是,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。当然,随着我国经济社会和人们家庭观念、家庭生活方式的不断发展变化,在认定是否属于家庭日常生活需要支出时,也要随着社会的变化而变化。

——《妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益——最高人民法院民一庭负责人就〈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〉答记者问》,载《人民法院报》2018年1月18日。

编者说明

《涉夫妻债务司法解释》第2条规定明确,在夫妻双方对婚姻关系存续期间所得财产未约定归各自所有,或者虽有约定但债权人不知道约定的情况下,夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,都应认定为夫妻共同债务。如果未具名举债的夫妻另一方认为该债务不属于夫妻共同债务,应当承担相应的举证证明责任。

具体来说,婚姻作为夫妻生活的共同体,在处理日常家庭事务的范围内,夫、妻互为对方代理人,享有家事代理权。婚姻法虽然没有明确规定“家庭日常生活”即日常家事这一概念,但婚姻法规定夫妻对共同所有的财产有平等的处理权,“平等的处理权”应理解为既应包括对积极财产的处理,也应包括对消极财产即债务的处理。该规定涵盖了夫妻日常家事代理权的实质内容,因此,在夫妻未约定财产分别制或者虽约定但债权

人不知道的情况下,夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。我国城镇居民家庭消费种类主要分为八大类,分别是食品、衣着、家庭设备用品及维修服务、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务、居住、其他商品和服务。家庭日常生活的范围,可以参考这八大类家庭消费,但对于超出必要的日常家庭消费范围的支出,则不属于家庭日常生活所必需的消费,应当由夫妻共同协商决定。(罗书臻:《完善共同债务认定标准,平衡保护各方合法权益,最高法出台涉夫妻债务司法解释》,载《人民法院报》2018年1月18日)

《最高人民法院司法观点集成:民商事卷增补(2018)》第231点

——夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人主张构成夫妻共同债务的,应当承担举证责任

【最高人民法院司法解释】

第三条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。

——《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16日,法释〔2018〕2号)

【最高人民法院审判业务意见】

问:如何理解家庭日常生活需要之外的夫妻共同债务?

答:随着我国经济社会的发展,城乡居民家庭财产结构、类型、数量、形态以及理财模式等发生了很大变化,人们的生活水平不断提高,生活消费日趋多元,很多夫妻的共同生活支出不再局限于以前传统的家庭日常生活消费开支,还包括大量超

出家庭日常生活范围的支出,这些支出系夫妻双方共同消费支配,或者用于形成夫妻共同财产,或者基于夫妻共同利益管理共同财产产生的支出,性质上属于夫妻共同生活的范围。《解释》第三条中所称债权人需要举证证明“用于夫妻共同生活”的债务,就是指上述超出家庭日常生活范围的夫妻共同生活所负债务。

夫妻共同生产经营的情形更为复杂,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。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营,要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中的地位作用等综合认定。夫妻从事商业活动,视情适用公司法、合同法、合伙企业法等法律及司法解释的规定。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。

——《妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益——最高人民法院民一庭负责人就〈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〉答记者问》,载《人民法院报》2018年1月18日。

【最高人民法院裁判文书】

再审申请人内蒙古天丽房地产开发有限责任公司与被申请人郭和平、王春梅民间借贷纠纷案 [最高人民法院(2017)最高法民申4018号民事裁定书]

最高人民法院再审审查认为:

本案的关键问题是案涉债务是否属于郭和平、王春梅二人的夫妻共同债务。第一,从现有证据看,案涉债务虽发生于郭和平、王春梅夫妻关系存续期间,但该债务是以郭和平个人名义负担,王春梅并未在借款协议、投资协议中签字,事后也未追认,因此案涉债务不是郭和平、王春梅共同意思所负的债务。第二,从二审查明的债务用途看,案涉借款4150万元实际用于金阳明苑项目的工程项目建设,

未用于郭和平、王春梅的共同日常生活,不能认为是属于二人共同生活所负的债务。第三,从二审查明的事实看,案涉债务发生时,虽然王春梅持有或者通过博隆公司间接持有明和阳光置业公司的股份,但明和阳光置业公司在此之前已将案涉项目转让给内蒙古中鼎置业有限责任公司(以下简称中鼎置业公司),在此之后案涉项目以中鼎置业公司名义进行开发,而王春梅并未直接或者间接持有中鼎置业公司股份,因此,王春梅不能从中鼎置业公司经营案涉项目中受益。即使王春梅通过明和阳光置业公司转让案涉项目获益,但由于明和阳光置业公司转让案涉项目的时间先于案涉债务的时间,因此,亦不能认定王春梅是与郭和平共同经营案涉项目获益。第四,郭和平、王春梅在本案诉讼期间离婚并对共同财产进行分割,是夫妻双方自由处分各自财产权利的行为,如果债权人认为上述行为对于债权人不利,可以依据合同法的相关规定主张无效或者予以撤销,并有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。由上所述,二审法院认定案涉债务属于郭和平个人债务并无不当。另外,在郭和平、王春梅之间的离婚协议未经确认无效或撤销的情况下,二审法院引用离婚协议的相关内容并就案涉债务是否属于夫妻共同债务进行审理,未剥夺天丽公司的诉讼权利,适用法律不存在错误。综上,二审判决在认定事实及适用法律方面均无不当。

——中国裁判文书网, <http://wenshu.court.gov.cn>。

【链接: 最高人民法院法官著述】

(三) 夫妻共同生活、共同生产经营的范围

婚姻法第四十一条规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。共同财产不足清偿的,或财产归各自所有的,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。”根据该条规定,认定夫妻共同债务的标准除了夫妻共同意思表示和为家庭日常生活需要所负债务,还有一类情形属

于夫妻共同债务,即只要为夫妻共同生活所负债务,不论是夫妻双方共同举债还是一方个人举债,都应当认定为夫妻共同债务。这里所指的夫妻共同生活,不仅包括夫妻家庭生活消费,也包括夫妻共同生产经营支出。据此,《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。”

——程新文、刘敏、方芳、沈丹丹:《〈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〉的理解与适用》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》总第73辑,人民法院出版社2018年版,第46页。

编者说明

实践中存在大量夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,这类债务是否属于夫妻共同债务存在争议。当夫妻一方以个人名义对外所负的债务,尤其是数额较大的债务,超出家庭日常生活所需的范畴时,认定该债务是否属于夫妻共同债务的标准,是债权人能否证明债务用于夫妻共同生活或者共同生产经营,或者债务的负担系基于夫妻双方共同意思表示,如果债权人不能证明的,则不能认定为夫妻共同债务。这一举证责任的分配,符合《民事诉讼法》和《民事诉讼法司法解释》相关规定,通过合理分配举证证明责任,可以引导债权人在债务形成时尽到充分的谨慎注意义务,避免事后引发纷争,有效平衡债权人和债务人配偶一方的利益保护。如任华林诉林瑶等夫妻共同债务认定纠纷案。扬州中院二审认为,余敬东向任华林的借款虽然发生在其与林瑶夫妻关系存续期间,但债权人任华林在出借时已知晓所借款项并非用于夫妻共同生活,且其未能举证证明林瑶作为非举债一方有和余敬东共同借贷的合意,故不应认定为夫妻共同债务。首先,林瑶所举证据能够证明余敬东所借200万

元并未用于家庭共同生活。从任华林庭审陈述可知,原本青原农林公司因经营困难向任华林借款,但是由于任华林对青原农林公司的偿债能力不信任,同时基于对余敬东的信赖,提出以余敬东的名义来借款,因此由余敬东向任华林出具了借条。而余敬东向任华林出具的借条已明确借款的目的为“因青原农林公司林业种植加工项目资金困难……”,故任华林在出借款项时已经明知所借200万元并非用于余敬东、林瑶的夫妻共同生活,且根据青原农林公司的法定代表人廖德兴与余敬东对账记录,余敬东所借200万元全部由青原农林公司支配使用,故能够认定余敬东向任华林的借款实际系用于青原农林公司而非家庭生活。余敬东在借款用于青原农林公司过程中亦未获益,因而其家庭也未基于该借款获得收益。其次,任华林明知借款将不被用于夫妻共同生活后,未能提供证据证明林瑶有与余敬东共同借贷的合意。故该笔借款不应认定为夫妻共同债务。林瑶应当在所继承的余敬东遗产范围内对涉案债务承担还款责任。(《任华林诉林瑶等夫妻共同债务认定纠纷案》,载《江苏省高级人民法院公报》2016年第5辑)

此外,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、农村承包经营所负的债务,购买生产资料所负的债务,以及共同从事投资或者其他金融活动所负的债务等。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营,要根据经营活动的性质以及夫妻双方其中的地位、作用等综合认定。夫妻从事商业活动,视情适用《公司法》《合同法》《合伙企业法》等法律及其司法解释的规定。(罗书臻:《完善共同债务认定标准,平衡保护各方合法权益,最高法出台涉夫妻债务司法解释》,载《人民法院报》2018年1月18日)

《最高人民法院司法观点集成:民商事卷增补(2018)》第232点

——涉及夫妻共同债务纠纷案件的举证责任分配

【最高人民法院审判业务意见】

问：涉及夫妻共同债务纠纷案件中的举证证明责任如何分配？

答：《解释》前三个条款虽然分别规定了共同意思表示所负的夫妻共同债务、家庭日常生活所负的夫妻共同债务、债权人能够证明的夫妻共同债务，但从举证证明责任分配的角度看，可以分为两类：一是家庭日常生活所负的共同债务；二是超出家庭日常生活所负的共同债务。对于前者，原则上推定为夫妻共同债务，债权人无需举证证明；如果举债人的配偶一方反驳认为不属于夫妻共同债务的，则由其举证证明所负债务并非用于家庭日常生活。对于后者，虽然债务形成于婚姻关系存续期间和夫妻共同财产制下，但一般情况下并不当然认定为夫妻共同债务；债权人主张属于夫妻共同债务的，应当由其根据民事诉讼法第六十四条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”等规定，举证证明该债务属于夫妻共同生活、共同生产经营所负债务，或者所负债务基于夫妻双方共同的意思表示。如果债权人不能证明的，则不能认定为夫妻共同债务。

这里需要指出的是，《解释》第一条规定的共同意思表示所负的夫妻共同债务，与上述债权人需要举证证明所负债务基于夫妻双方共同意思表示，是一脉相承的。夫妻双方共同签字的借款合同、借据，以及夫妻一方事后追认或者电话、短信、微信、邮件等其他体现共同举债意思表示的有关证据，恰恰是债权人用以证明债务系夫妻共同债务的有力证据。上述区分是否属于家庭日常生活范围形成债务的不同举证证明责任的分配规则，有效解决了目前争议突出的债权人权益保护和未举债夫妻一方权益保护的平衡问题。

——《妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益——最高人民法院民一庭负责人就〈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〉答记者问》，载《人民法院报》2018年1月18日。

编者说明

区分是否属于家庭日常生活范围形成债务的不同举证责任的分配规则，有利于有效解决目前争议突出的债权人权益保护和未举债夫妻一方权益保护的平衡问题。具体包括：（1）《涉夫妻债务司法解释》第1条规定的夫妻共同意思表示，举证责任在债权人。债权人可以提供夫妻双方共同签字的借款合同、借据，以及夫妻一方事后追认或者电话、短信、微信、邮件等其他体现共同举债意思表示的证据，证明债务系夫妻共同债务。

（2）对《涉夫妻债务司法解释》第2条规定的夫妻一方为家庭日常生活所负的债务，原则上推定为夫妻共同债务，债权人只需举证证明债权债务关系存在、债务符合当地一般认为的家庭日常生活范围即可，不需要举证证明该债务用于家庭日常生活。举债人的配偶认为不属于夫妻共同债务的，则由其举证证明所负债务并非用于夫妻共同生活。（3）根据《涉夫妻债务司法解释》第3条规定，夫妻一方具名举债，当债务超出家庭日常生活需要范围时，尤其是大额债务，债权人主张该债务属于夫妻共同债务的，应当承担举证责任。

（程新文、刘敏、方芳、沈丹丹：《〈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〉的理解与适用》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第73辑，人民法院出版社2018年版，第47～48页）

帮助配偶偿还婚前购房贷款不改变房屋属婚前财产的性质 （最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

原创：2018-10-18 指导性案例审判规则 法律家

<https://mp.weixin.qq.com/s/soK8t1Q1NMZwG0qsZgIWzQ>

【审判规则】

购房者在婚前以个人名义签订购房合同及抵押借款合同,并以个人财产支付购房首付款,婚后将该房产登记于个人名下。在此情况下,离婚时应将上述房屋视为购房者的个人财产。购房者的配偶在婚姻关系存续期间偿还的房贷,应视为帮助购房者偿还债务,由购房者对其配偶进行补偿,但应考虑离婚时房屋的市场价值及共同还贷款项所占全部购房款的比例等因素。

【关键词】

民事 离婚 购房合同 抵押借款合同 购房首付 房产登记 个人财产 偿还债务 市场价值 补偿

【基本案情】

沈X与钱X磊经人介绍相识后于2000年9月登记结婚。结婚前,钱X磊与房地产公司签订房屋出售合同,购买系争房屋,并向房地产公司支付了房屋首付款75 036元。之后,钱X磊与中国建设银行上海市普陀支行签订商业贷款合同,共借款人民币180 000元用于支付购房款余款。2000年9月27日,系争房屋产权登记被受理,并于同年12月6日登记在钱X磊名下。截止至当月,争房屋的商业贷款本金余额为86 618.63元。沈X与钱X磊均认可系争房屋现值1 176 000元。

沈X以夫妻感情不和为由提起诉讼,请求判令双方离婚,将系争房屋作为夫妻共同财产各半分割。

钱X磊辩称:其同意离婚,但该所房屋属于其个人财产,不同意各半分割。

【争议焦点】

购房者在婚前以个人名义购房并支付首付款,且登记于其名下,该房产是否属于购房者的个人财产,婚姻关系存续期间,其配偶帮助购房者偿还房贷,离婚时,购房者应否给予其配偶相应的补偿。

【审判结果】

一审法院判决:准予原告沈X与被告钱X磊离

婚;房屋归被告钱X磊所有,该房屋剩余贷款由被告钱X磊负责偿还,被告钱X磊给付原告沈X房屋补偿款二十四万元。

被告钱X磊不服一审判决,提起上诉。

二审审理期间,上诉人钱X磊撤回上诉。

二审法院裁定:准许上诉人钱X磊撤回上诉,双方当事人按原审法院判决执行。

【审判规则评析】

夫妻双方离婚时,财产分割是非常重要的部分,个人财产应归个人所有,共同财产归共同所有,双方应公平分割。夫妻共同财产是指夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,在没有约定的情况下,应属夫妻共同财产。一般情况下,夫妻共同财产是以财产取得的时间进行区分的,在婚姻关系存续期间所得财产一般为夫妻共有财产,非夫妻关系存续期间,即婚前、离婚后取得的财产一般不属于夫妻共同财产。夫妻一方婚前以个人名义购房并支付首付款,且将房屋登记在自己名下的,该房应认定为夫妻一方的婚前个人财产,其配偶在婚姻关系存续期间帮助其偿还房屋贷款,但由于个人财产不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产,故该行为不能改变该房屋系个人财产的本质,配偶的还款应认定为是帮助偿还债务,在离婚时应根据现有增值予以返还。

夫妻双方登记结婚前,男方以个人名义签订购房合同和抵押贷款合同,并在婚前交付首付款,且将产权人登记为其个人。由于男方婚前以个人财产购房并登记在自己名下,故房屋应属于男方婚前个人财产,且该房屋不因其与女方婚姻关系的缔结和延续而转化为夫妻共同财产。男女双方缔结婚姻关系后,女方帮助偿还贷款的,应视为其帮助男方偿还债务。双方离婚时,不应将上述房屋作为夫妻共同财产进行分割,而未偿还完贷款应属男方个人债务。至于女方帮助还贷部分财产,因已包含在房屋实际价值中,且已有实质的增值,故男方应根据现有增值予以返还。

【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。

有下列情形之一的，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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条 当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

第一百五十六条 二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

【法律修订】

《中华人民共和国民事诉讼法》于2012年8月31日修正，自2013年1月1日起施行。本案例适用的第十三条修改为如下内容：

第十三条 民事诉讼应当遵循诚实信用原则。

当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

本案例适用的第一百五十六条修改为第一百

七十三条，内容没有变更。

【法律文书】

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

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

沈X诉钱X磊离婚纠纷案**【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·共同财产分割·分割补偿 (L04050103024)

【案号】 (2010)沪二中民一(民)终字第1283号

【案由】 离婚纠纷

【判决日期】 2010年07月28日

【权威公布】 被《人民法院报》2010年9月30日刊载

【检索码】 C0502+11++SHEZ++0410C

【审理法院】 上海市第二中级人民法院

【审级程序】 第二审程序

【审理法官】 岑华春 宋东来 黄亮

【上诉人】 钱X磊（原审被告）

【被上诉人】 沈X（原审原告）

【上诉人代理人】 王国明（上海市申中律师事务所）

【裁判文书原文】 （如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事裁定书》

上诉人（原审被告）：钱X磊。

委托代理人：王国明，上海市申中律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：沈X。

委托代理人：何XX。

上诉人钱X磊因离婚纠纷一案，不服上海市普陀区人民法院(2010)普民一(民)初字第525号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人钱X磊及其委托代理人王国明，被上诉人沈X及其委托代理人何XX到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

经原审法院审理查明：沈X与钱X磊于2000年3月经人介绍相识，2000年9月28日登记结婚。钱X磊于2000年3月30日与房地产公司签订房屋出售合同，购买了位于本市普陀区的一套房屋（以下简称系争房屋），房屋价款为人民币255036元。房地产公司则于2000年7月7日收到钱X磊支付的房屋首付款人民币75036元。2000年8月31日，钱X磊与中国建设银行上海市普陀支行签订商业贷款合同，共借款人民币180,000元用于支付购房款余款。系争房屋产权登记受理日期为2000年9月27日。2000年12月6日，系争房屋产权登记在钱X磊名下。截止至2009年12月，关于系争房屋的商业贷款本金余额为人民币86618.63元。双方一致认可系争房屋现值为人民币1,176,000元。

2010年1月，沈X起诉要求判决离婚，对本市真金路250弄34号302室房屋要求作为夫妻共同财产各半分割。钱X磊辩称，同意离婚，系争房屋属于被告个人财产，不同意各半分割。

原审法院认为，就夫妻共同财产的分割，应依照有利于生产、方便生活的原则，适当照顾女方的权益，合情合理地予以解决。系争房屋是被告婚前以自己的名义签订购房合同及抵押借款合同，并以

个人财产支付了购房首付款，房屋登记受理日期亦在婚前，且婚后房产登记于被告名下，离婚时宜将该房屋视为被告的个人财产，尚未归还的部分贷款应认定为被告的个人债务。在婚姻关系存续期间偿还的房贷，应视为原告帮助被告偿还债务。但由于这部分财产已包含在房屋实际价值中，且产生了增值，故应考虑离婚时房屋的市场价值及共同还贷款项所占全部购房款的比例等因素，由被告对原告予以补偿。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第十八条、第三十二条之规定，判决如下：一、准予原告沈X与被告钱X磊离婚；二、房屋归被告钱X磊所有，该房屋剩余贷款由被告钱X磊负责偿还，被告钱X磊自本判决生效之日起十日内给付原告沈X房屋补偿款人民币24万元。

被告钱X磊不服一审法院判决，向本院提出上诉，后在二审审理中撤回上诉。

本案审理中，上诉人钱XX于2010年7月28日向本院申请撤回上诉。

本院经审查后认为：当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。上诉人钱XX申请撤回上诉符合法律规定，依法予以准许。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条、第一百五十六条之规定，于2010年7月28日裁定如下：

准许上诉人钱X磊撤回上诉，双方当事人按原审法院判决执行。

上诉案件受理费人民币200元，减半收取人民币100元，由上诉人钱X磊负担。

本裁定为终审裁定。

【西法动态】“家庭与法”学术研讨会在北京召开

2018-10-22 北京西城法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/Fa08RqKQo3eorfCBeb94rA>

2018年10月20日-21日，由北京师范大学法

学院家事法研究中心、普通法与比较法研究中心、

北京市西城区人民法院联合举办的“家庭与法”学术研讨会在北京师范大学英东学术会堂演讲厅隆重开幕，会议主题为“变迁中的社会与家庭法”。民政部、司法部、国务院妇女儿童工作委员会办公室、最高人民检察院、最高人民法院等司法实务部门、全国各地高校法学专家学者、出版社编辑、新闻媒体等将近百人参加了此次会议。



改革开放40年来，随着社会条件与人们价值观念的变化，婚姻关系和家庭关系经受着各种新的挑战。父母子女关系、家庭财产分割、家庭中经营性财产的分配等等都引发社会的热议和争论。家庭作为社会变迁的一个窗口，其给立法、司法带来的影响值得深入探究，也亟需理论和实务界的共同关注。本次研讨会以“变迁中的社会与家庭法研究”为主题，旨在通过深入研讨，加强家事案件理论研究与司法实务的沟通协调，更好发挥理论和司法对新时代和谐稳定家庭关系的保障作用。



会议开幕式由北京师范大学法学院党总支书记梁迎修教授主持，北京师范大学校长助理辛杰教授、北京市西城区人民法院院长蔡慧永、法学院院长卢建平教授发表了热情洋溢的致辞。辛杰教授代表校方向到场嘉宾表示诚挚的欢迎，并表达了对会议圆满成功的美好祝愿；蔡慧永院长期待通过本次研讨开拓视野，促进审判实践发展，推动专业建设向更高层次迈进；卢建平教授在致辞中介绍了法学院建院以来取得的成绩，指出本次会议具有十分重要的学术价值和现实必要性，对实现高校与实务部门切实合作有重要意义。



梁迎修教授



辛杰教授



蔡慧永院长



卢建平教授

随后,北京师范大学校长助理辛杰、北京西城法院院长蔡慧永共同为法硕教学实习基地揭牌,北京师范大学法学院教授林艳琴、北京市西城区人民法院副院长王元田为家事法研究中心实习基地揭牌,继去年双方签署交流合作协议后,继续推动法学理论研究和审判司法实践创新融合的院校共建之路。



“法硕教学实习基地”揭牌仪式



“家事法研究中心实习基地”揭牌仪式

本次研讨会分设四个会场,与会人员分别围绕“儿童保护·父母责任”、“家庭财产关系法律问题”、“家事法的实践与展望”以及“香港家事法”四大专题,从理论研究和审判实践两个维度进行了深入探讨。



其中,在西城法院主办的“家事法的实践与展望”主题会场中,北京市高级人民法院民一庭副庭长邹治以《继承纠纷的疑难问题与审判展望》、北京市西城区人民法院民六庭副庭长张爽以《反家庭暴力案件探析——以西城区人民法院涉家庭暴力案件调研为基础》、北京市海淀区人民法院立案庭法官助理王静姝以《家事审判改革中的多元纠纷解决机制研究——以涉家庭暴力案件为切入点》、北京市西城区人民法院民六庭法官助理曹巧娇以《成年人监护权特别程序案件审判经验汇报》、北京天驰君泰律师事务所律师段凤丽以《夫妻忠诚协议效力之实务探析》发表的主旨演讲引发了与会人员的深入思考。

21日上午,在北京师范大学法学院副院长李滨教授的主持下,各专题代表围绕昨天的研讨进行小结。会议总结部分,中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授围绕我国民法典婚姻家庭编中夫妻财产制问题进

行发言;北京市西城区人民法院王元田副院长就本院家事审判改革的实践与展望进行发言;北京师范大学法学院家事法研究中心主任林艳琴教授以未成年人及家事法研究展望为核心作最后的总结。



邹治



张爽



王静姝



曹巧娟



本次研讨会的成功举办为司法、行政、业界和学界搭建交流互促的平台,共同探究家庭伦理前沿热点问题,与时俱进革新家事审判理念,集各方之智、谋发展之道,为新时代构建幸福家庭、和谐社会保驾护航。



——END——

| 供稿: 杨 雪 曹慧君 |

| 摄影: 孙正超 李苑菁 |

【三巡裁判】夫妻一方作为债务加入人而承担的个人债务是否为夫妻共同债务

2018-10-23 第三巡回法庭 第三巡回法庭

<https://mp.weixin.qq.com/s/R5tGZUgn8Sjb8Ak8FeP50Q>

裁判要旨

本案是典型的夫妻一方作为债务加入人而承担的个人债务如何认定的纠纷。夫妻一方所负债务是否作为夫妻共同债务,是当前热门的社会问题,最高人民法院刚公布不久的《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》(以下简称《审理涉及夫妻债务纠纷解释》)亦对这一问题作出了回应,本案正是涉及这一相关问题的处理。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称婚姻法司法解释二)第二十四条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”但《审理涉及夫妻债务纠纷解释》第三条对此作出不同的规定:“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。”由此可见,夫妻一方举债并不当然是夫妻共同债务,且对于债务是否用于夫妻共同生活的举证责任由夫妻另一方变为债权人。因此,在此类案件中,需要重点审查借款的来源、使用以及对于家庭生产、生活的贡献。

中华人民共和国最高人民法院 民事裁定书

(2017)最高法民申1516号

再审申请人(一审被告、二审上诉人):徐静娟。
委托诉讼代理人:霍志剑,北京市雨仁律师事务所律师。

被申请人(一审原告、二审被上诉人):华伟明。
一审被告、二审上诉人:许洪标。

原审被告:许逸文。

原审被告:德金投资有限公司,住所地北京市海淀区西三环北路87号12层1-1203室。

法定代表人:盛德力,该公司经理。

原审被告:北京清大德人科技有限公司,住所地北京市海淀区广源闸5号1幢7层701-226。

法定代表人:林志广,该公司经理。

原审被告:邓崇云。

再审申请人徐静娟因与被申请人华伟明、一审被告、二审上诉人许洪标、原审被告许逸文、德金投资有限公司(以下简称德金公司)、北京清大德人科技有限公司(以下简称德人公司)、邓崇云民间借贷纠纷一案,不服江苏省高级人民法院(2016)苏民终947号民事判决,向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查,现已审查终结。

徐静娟申请再审称,原审判决符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项之规定,应予再审,请求撤销原审判决,发回重审或改判驳回华

伟明对徐静娟的诉讼请求。主要事实和理由如下:

一、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)第二十四条是以日常家事代理理论为法理基础,夫妻一方举债须不违反法律及公序良俗。该条规定的另一法理基础是,夫妻一方举债之目的通常系用于夫妻共同生活或家庭生产经营,夫妻另一方因一方的举债直接或间接获益,故可推定此类债务为夫妻共同债务。针对此点,最高人民法院民一庭针对地方法院的请示作出过明确答复。最高人民法院民一庭2014年对江苏省高级人民法院所作的[2014]民一他字第10号答复中规定,“如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活,则其不承担偿还责任”。最高人民法院民一庭2015年对福建省高级人民法院所作的[2015]民一他字第9号复函中规定,“夫妻一方对外担保之债不应当适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。”可见,如果举债人之债务并非用于夫妻共同生活的,则不应认定为夫妻共同债务,其配偶不承担偿还责任。夫妻一方对外承担的是担保之债,则该债务不应认定为夫妻共同债务。分析其法理基础可知,夫妻一方对外承担担保责任,该债务系因担保约定而产生,并非因举债人获得债权人的金钱或利益,举债人的家人并未因此而获得任何利益,故此类型的债务不当认定为夫妻共同债务。

二、本案中,许洪标的“举债”并非因“借款”而产生,而是源于其个人的“债务加入”行为,未因此而获利。该行为特点与担保行为相同,均为“没有金钱取得,仅有义务承担”,依婚姻法原理,不能认定许洪标因其债务加入的“举债”属于夫妻共同债务。根据法律常识,如此高额度的债务加入行为已完全超出日常家事代理的范畴。当时许洪标“债务加入”并未与徐静娟进行过任何商议,仅为其个人行为,二人没有共同举债的合意。此外,华伟明将诉争款项汇给了“目标公司”丰宁满族自治县明龙矿业有限公司及丰宁经联矿业有限公司,并

没有支付给许洪标,其自始没有从华伟明处获过任何金钱或利益。此情形与“担保责任之债”完全相同。由于许洪标没有因其“债务加入”获利,所以徐静娟作为许洪标的前妻,自然也没有因此而获得任何利益。鉴于许洪标在其“债务加入”过程中没有从债权人处取得过金钱利益,该债务之发生亦并非用于夫妻共同生活,因此可认定,本案情况根本不符合《婚姻法解释(二)》第二十四条规定之情形,故不能适用该条规定判由徐静娟承担本案的共同清偿责任。原审判决明显违背立法原意,属于适用法律错误,应当予以纠正。

华伟明、许洪标、许逸文、德金公司、德人公司、邓崇云均未提交答辩意见。

本院经审查认为,本案的争议焦点为徐静娟是否应对许洪标个人债务加入而产生的债务承担共同偿还责任。根据《婚姻法解释(二)》第二十四条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。夫妻一方与第三人串通,虚构债务,第三人主张权利的,人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务,第三人主张权利的,人民法院不予支持。”《中华人民共和国婚姻法》第十九条第三款规定:“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的,夫或妻一方对外所负的债务,第三人知道该约定的,以夫或妻一方所有的财产清偿。”本案中,许洪标承诺德金公司的债务由其负责清偿,系其加入到德金公司对华伟明的债务中来,许洪标成为华伟明的债务人。此时许洪标与徐静娟仍在婚姻关系存续期间,因此许洪标对德金公司的债务属于婚姻关系存续期间夫妻一方的债务。从现有证据来看,华伟明与许洪标并未明确约定该债务系许洪标个人债务,双方亦不存在恶意串通、违法犯罪或明知约定财产等情形,因此,根据上述法律规定,许洪标对华伟明的债务为其与徐静娟的夫妻共

同债务。徐静娟主张许洪标系债务加入人，并未直接向华伟明借款，因此对华伟明的举债其并未受益，该款项亦未用于夫妻共同生活，故不应当认定为夫妻共同债务。但本案中许洪标并非债务担保行为，且主债务人德金公司原法定代表人许逸文为许洪标女儿，该公司与许洪标、徐静娟均有密切关系。华伟明与德金公司最初的《合作协议》即由许洪标代表签字，许洪标实际参与德金公司的经营活动，且徐静娟自称家庭经济事宜均由许洪标包办，因此，华伟明的债务并非与许洪标、徐静娟无关，许洪标在德金公司经营过程中的行为是婚姻关系存续期间的生产经营活动，由此可见对于华伟明的举债已用于许洪标、徐静娟夫妻共同生活，该债务应当作为许洪标与徐静娟的夫妻共同债务，原审法院认定由徐静娟承担共同偿还责任正确，本院对此予以确认。

综上，徐静娟的再审申请并不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定之情形，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，本院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回徐静娟的再审申请。

审 判 长 虞政平

审 判 员 汪 军

审 判 员 王展飞

二〇一七年五月十一日

法官助理 夏根辉

书 记 员 何 燕

法院发出首份男性人身保护令！遭家暴的不只是女人……

2018-10-24 柳江法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/15BvoqeArNyBL2cV0xbDBw>

记者10月19日获悉，近日，贺兰县的张先生由于无法忍受妻子的暴力行为，无奈之下向贺兰县人民法院申请人身保护令，要求法院判令妻子“离自己远一点”。法官审查认为张先生的申请符合《反家庭暴力法》第二十七条规定，签发了人身保护令，这也是贺兰县法院发出的第一份以男性为保护对象的人身保护令。



2018年7月20日，张先生到法院起诉离婚。因张先生与妻子赵女士结婚多年且育有一子，具有一定的感情基础，妻子当庭表示不同意离婚。法官审理后认为夫妻感情尚未破裂，驳回了张先生的诉讼请求。之后，夫妻二人又因共同财产处置问题产生矛盾，张先生再次将赵女士诉至法院。得知又被丈夫起诉的赵女士恼羞成怒，到张先生的住所处辱骂、殴打并致其面部被抓伤。鉴于妻子赵女士在婚后多次争吵中都有暴力伤害行为，张先生决定不再忍耐，向法院请求签发人身保护令。法官经过审查认为，张先生的申请符合《反家庭暴力法》第二十七条规定，遂向张先生签发了人身保护令。

传统观念中，女性往往是家暴的受害者，但男性遭家暴的现象也不容忽视。贺兰法院法官表示，

《反家庭暴力法》为预防和制止家庭暴力提供了强有力的法律依据,无论是男性还是女性,法律对所有家庭成员都一视同仁,法院将依法对遭受暴力伤害的任何家庭成员给予同等保护。



法条链接

中华人民共和国反家庭暴力法:

第二十三条 当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受理。

当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人,或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的,其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

第二十四条 申请人身安全保护令应当以书面方式提出;书面申请确有困难的,可以口头申请,由人民法院记入笔录。

第二十五条 人身安全保护令案件由申请人或者被申请人居住地、家庭暴力发生地的基层人民法院管辖。

第二十六条 人身安全保护令由人民法院以裁定形式作出。

第二十七条 作出人身安全保护令,应当具备下列条件:

(一)有明确的被申请人;

(二)有具体的请求;

(三)有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形。

第二十八条 人民法院受理申请后,应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请;情况紧急的,应当在二十四小时内作出。

第二十九条 人身安全保护令可以包括下列措施:

(一)禁止被申请人实施家庭暴力;

(二)禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属;

(三)责令被申请人迁出申请人住所;

(四)保护申请人人身安全的其他措施。

第三十条 人身安全保护令的有效期不超过六个月,自作出之日起生效。人身安全保护令失效前,人民法院可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。

第三十一条 申请人对驳回申请不服或者被申请人对人身安全保护令不服的,可以自裁定生效之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议一次。人民法院依法作出人身安全保护令的,复议期间不停止人身安全保护令的执行。

第三十二条 人民法院作出人身安全保护令后,应当送达申请人、被申请人、公安机关以及居民委员会、村民委员会等有关组织。人身安全保护令由人民法院执行,公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。

文章来源:银川晚报

被继承人债务清偿纠纷审判实务调研报告 | 法官视点 | 来源:北京市第三中级人民法院网

2018-10-28 家事法苑 齐晓丹 巴晶焱等

<https://mp.weixin.qq.com/s/2CCs7aPUKSTP2GsS6zi6tw>

被继承人债务清偿纠纷审判实务调研报告

作者：齐晓丹 巴晶焱 史智军（执笔人） 邱江

发布时间：2018-10-16 11:33:08

原文链接：<http://bj3zy.chinacourt.org/article/detail/2018/10/id/3529539.shtml>

“一个人去世后，有两方面的财产关系需要处理，一是哪些人有权取得死者的财产，以及在他们之间如何分配；二是死者的债务如何处理，换言之，死者债权人的利益应如何保护”。[1]具体言之，自然人的去世将导致两种法律关系的产生，其一为继承法律关系，主要发生在继承人之间，此亦为《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）的关注重点；其二为被继承人债务清偿法律关系，[2]主要发生在继承人与被继承人的债权人之间，然我国现行法律规范中与此相关者甚少，而实践中被继承人债务清偿纠纷又呈现出多种类型，从而形成了法律的供给缺乏和案件多角度增长之间的矛盾，也使该类案件的审理陷入了多重困境。

一、案件概览：近四年北京法院相关案件审理情况特点

以被继承人债务清偿纠纷为案由，课题组以中国裁判文书网为查询依据，通过对比分析，搜集到2014年1月1日到2017年12月31日的有效文书样本399件，其中高级法院12件，中级法院88件，基层法院299件，以此作为分析北京法院审理的该类案件的基本特点。此外，为了充分调研被继承人债务清偿纠纷中存在的典型问题，课题组在研读上述样本判决的基础上，又搜集了全国其他地区法院的有效样本100件，并结合现有的学术理论成果进行分析探讨。

（一）近四年北京法院相关案件审理情况

在课题组搜集的北京法院399件裁判文书中，其中涉及高级法院的12份文书，均为当事人申请

再审产生的民事裁定书。涉及中级法院的88份文书中，判决书52份，裁定书36份。涉及基层法院的299份文书中，判决书220份，裁定书79份。

（二）案件特点归纳

1. 民间借贷成为被继承人债务的主要成因。被继承人债务清偿纠纷审理过程中，无疑需要判断被继承人生前债务的形成及其性质。通过对北京法院上述裁判文书中被继承人债务形成的原因分析发现，在基层法院的299份裁判文书中，涉及民间借贷的有180份，其他分别是无因管理（主要涉及为被继承人垫付医疗、丧葬等费用）25件，侵权行为18件，其他合同行为76件。在中级法院的88份裁判文书中，涉及民间借贷的40件，无因管理的12件，侵权行为的13件，其他合同行为的33件。

2. 夫妻共同债务的认定趋向性明显。此类纠纷中，债权人为了最大限度的使债务得以清偿，时常会将被继承人的配偶起诉至法院，并主张债务的性质为夫妻共同债务，而在审理过程中被法院认定为夫妻共同债务的概率较高。基层法院的裁判文书中，涉及夫妻共同债务的文书有43份，其中32份文书认定构成了夫妻共同债务；中级法院的裁判文书中涉及夫妻共同债务的文书13份，其中8份文书认定构成了夫妻共同债务。

3. 放弃继承以规避偿还债务的行为突出。对于债权人而言，即使提起诉讼，也时常无法知晓被继承人遗留的具体财产数目，故司法实践中，继承人为了规避债务的清偿，时常向法院表示放弃继承，进而主张免除偿还责任，此一问题在基层法院审理的纠纷中较为突出。课题组收集的基层法院299份裁判文书中，涉及到继承人放弃继承的就有37份，占比9.27%。中级法院的88份裁判文书中，继承人放弃继承的有6份，占比6.8%。

4. 主文模糊化处理现象明显。对于债权人主张继承人清偿债务的请求，在课题组搜集的支持类裁判文书中，仅有3篇在审理查明中明确了被继承

人的遗产范围,剩余的均表述为继承人在继承被继承人遗产范围内承担清偿责任,然文书中并未明确遗产究竟包括何种范围,进而给文书的执行造成了一定障碍。

二、实践梳理:被继承人债务清偿纠纷的类型及焦点问题

【案例一】

赵甲向栗甲借款283万元,到期后未偿还。赵甲和吴甲系夫妻关系,吴乙、吴丙、吴丁系吴甲和赵甲的子女。后因赵甲去世,故栗甲将吴甲、吴乙、吴丙、吴丁(以下简称吴甲等四人)诉至法院,要求吴甲等四人偿还借款。庭审中,吴甲等四人均表示放弃继承赵甲的遗产。法院审理后认为:吴甲等四人虽声明放弃继承遗产,但以现有证据尚难以对赵甲死亡后是否存在遗产及遗产范围和吴甲等四人是否曾对赵甲的遗产进行继承等情况进行核实确定,如确认放弃继承声明,相关事实将更难查明,债权人的合法权利也将更难得到保障,故对吴甲等四人的放弃继承声明不予确认,判决:吴甲等四人在其继承赵甲遗产的范围内偿还栗甲283万元。[4]

【案例二】

张甲与A信用社签订借款合同,截止2014年12月,张甲尚欠A信用社2.7万元。张甲病逝后,A信用社将张甲的法定继承人刘甲、张乙、张丙、张丁(以下简称刘甲等四人)诉至法院,要求上述四人在继承张甲遗产范围内偿还债务。刘甲等四人辩称:张甲如果有遗产,我们均放弃继承,也不愿承担债务。法院审理后认为:第一顺序全体法定继承人均表示放弃对张甲遗产的继承权,A信用社请求刘甲等四人承担偿还上述款项没有法律依据,不予支持。故判决:驳回A信用社的诉讼请求。[5]

上述案例一和案例二的案情基本相似,然面对继承人放弃继承的行为,在是否允许及继承人是否承担清偿责任方面,却出现了截然不同的观点,且

此种“分歧化”裁决在实践中大量存在。被继承人去世后的债务清偿,不仅涉及上述案例提及的问题,亦涉及其他诸多的程序和实体问题,具体如下:法院是否需要查明被继承人的遗产范围?如果仅在判决主文表述“以遗产范围为限承担清偿责任”,进入执行程序后又当如何确定执行标的?对于被继承人的债务种类是否需要明确其性质为夫妻债务还是个人债务?在涉及夫妻共同债务时,配偶与其他继承人承担的清偿责任性质又当如何表述?被继承人配偶与其他继承人之间是否享有追偿权及其比例如何确定?遗产是否已经分割对于被继承人承担的责任性质是否产生影响?如果存在多位债权人,其清偿顺序又当如何确定?

遗产继承与债权清偿,犹如自由与秩序的两个方面,都是《继承法》应当自觉追求并且加以保障的。[6]然对于上述诸多问题,无论法律规范抑或实践处理,都缺乏统一性的回应。故课题组以检索到的北京法院和其他地区法院的裁判文书为基础,结合司法实践对该类纠纷进行类型化总结,分析焦点问题,进而比较裁判观点的分歧。

(一)“放弃继承+责任免除”型

1. 类型描述。由于继承具有一定的隐蔽性,故实践中,如未进入诉讼程序,极少存在继承人公告声明放弃继承的情形。一旦债权人提起诉讼,继承人为免除清偿责任,时常会向法院作出放弃继承的意思表示,以放弃主体的范围为基础,可再分为以下两种类型。

(1) 全部放弃型。债权人起诉后,全部继承人均表示放弃继承遗产,不再承担偿还责任。如本文案例一和案例二均是此种情形。

(2) 部分放弃型。债权人起诉后,其中部分继承人表示放弃继承,不再承担偿还责任,其他继承人并未作出放弃继承遗产的意思表示。

2. 焦点问题。上述“放弃”继承行为的发生,引发两方面的问题较为突出。

(1) 程序性事项。因被继承人的遗产在诉讼

中时常处于模糊或难以查清的状态,在此前提下,全部继承人“放弃继承”的行为将导致债权人起诉主体“落空”,此时继承人是否还需承担清偿责任?如无需担责,则应判决驳回债权人的诉讼请求还是裁定驳回起诉?

(2) 实体性事项。若不允许继承人放弃继承或者继承人放弃继承并不必然免除其责任时,则继承人应承担何种性质的责任?是在继承遗产范围内承担清偿责任还是因负有遗产保管义务而承担清偿责任?

(二) “遗产状态+责任追偿”型

1. 类型描述。债权人起诉时,被继承人的遗产可能处于两种状态:一种是遗产未分割,全部继承人共同共有;另一种是遗产已分割完毕,继承人各自所有。遗产状态不同,将影响着各继承人对外清偿的责任形式和内部追偿权的确定。

2. 焦点问题。就各继承人对债权人承担的清偿责任和内部追偿权的确定而言,问题如下。

(1) 如果遗产未分割,则各继承人承担的清偿责任具有何种性质?是否为普通连带?

(2) 如果遗产已分割,各继承人对外是应以个人继承的遗产全部清偿债务还是应当按照比例清偿?如果一位继承人以继承的遗产全部清偿了债务,是否享有向其他继承人的追偿权?

(三) “债权人数量+清偿顺序”型

1. 类型描述。被继承人生前可能存在多个债权人,在其去世之后,继承人将面临多个债务的清偿问题,具体而言,可细分为以下两种。

(1) 遗产全部用于清偿债务后,其他债权人主张权利。即被继承人的全部遗产被其他继承人自愿或者经法院判决清偿债务后,其他债权人又主张继承人清偿债务。

(2) 遗产未清偿且不足清偿全部债务时,多个债权人主张。即多个债权人同时起诉继承人要求清偿债务,而被继承人的遗产较少,根本不足以清

偿全部债务。

2. 焦点问题。结合遗产的清偿状态,涉及多个债权人时,主要存在以下问题。

(1) 如果遗产已全部清偿一个债权人的债权,其他债权人起诉偿还时,当如何处理?是直接判决驳回?还是依旧判决理论上存在可能性的“在继承遗产范围内清偿”?

(2) 如果多个债权人同时向继承人主张债权时,是直接结合遗产状况和债权人的债权数额来确定清偿比例,还是留待执行部门解决?

(四) “债务种类+责任主体”型

1. 类型描述。关于被继承人的债务种类,大致可分为被继承人的个人债务和其与配偶的夫妻共同债务。故此,在债权人起诉之后,因债务种类的不同,导致其清偿主体和责任范围也存在明显差异。

2. 焦点问题:只涉及被继承人个人债务时,清偿主体和财产范围明确。然如涉及被继承人的夫妻债务,则会产生诸多问题,具体如下。

(1) 责任形式的确定。配偶一方既是债务人也是继承人,此时配偶一方与其他继承人之间应当如何分配清偿责任?是配偶一方承担偿还责任的同时,其他继承人在继承遗产的范围内连带清偿还是就配偶未偿还部分承担清偿责任?

(2) 追偿权的确定。如果债权人从配偶以外的继承人处得到了全部清偿,其他继承人对于被继承人的配偶是否享有追偿权?追偿权所针对的具体债务份额又当如何确定?

三、困境呈现:司法裁决的分歧化

在上文所述实践类型的基础上,课题组对诸多案例的裁判主文再次分析,发现同类纠纷中,裁判结果却存在着很大的分歧。

(一) 放弃继承的法律后果差异

1. 差异描述。全体继承人放弃继承时,裁判

者需要解决的首要问题为是否允许放弃,如果允许当以何种方式作出裁决?如果不允许,又当以何种理由作为依据。对上述问题,实践中主要存在以下四种观点。

第一种裁判观点认为:依据《继承法》第三十三条之规定,继承人全部放弃了继承,对被继承人的债务可以不负偿还责任,故此判决:驳回债权人的全部诉讼请求。[7]

第二种裁判观点认为:除因放弃继承的行为导致继承人不能履行法定义务的情形外,继承人有放弃的自由,继承人已出具书面放弃继承声明,债权人不应再向继承人主张权利,至于被继承人生前遗留的财产,应为无主财产,债权人可另行主张权利,本案被告已不适格,故此裁定:驳回债权人的起诉。[8]

第三种裁判观点如案例一认为:以现有证据难以核实是否存在遗产及遗产范围、是否曾发生过继承,如确认继承人的放弃继承声明,相关事实将更难查明,债权人的合法权利也将更难得到保障,所以对放弃继承声明不予确认,故此判决:继承人在继承遗产范围内清偿被继承人生前所负债务。[9]

第四种裁判观点认为:虽继承人放弃了继承,对被继承人生前所欠债务不再承担偿还责任,但继承人仍然应当妥善保管被继承人的遗产,及时对遗产进行清理和清算,并以遗产偿还被继承人生前所欠债务,故此判决:继承人应妥善保管和协助清理被继承人的遗产,并以遗产偿还被继承人生前所欠的债务。[10]

2. 小结。除上述情形外,实践中尚存部分继承人放弃继承的情况,其法律后果基本趋同,即法院一般允许部分继承人放弃继承,同时判决其他继承人在继承遗产的范围内承担清偿责任。本文对此不再展开论述。

针对全部继承人放弃继承的情形,分析上述裁决,可将其大致归为两类,其一是允许放弃继承,且无程序法意义上的责任,故判决驳回债权人的诉求(或裁定驳回起诉)。其二是继承人虽主张并经

法院认可放弃继承,但是依然负有清偿责任,只不过存在着“继承人”和“遗产管理人”之分。

(二) 多债务的清偿方式差异

1. 差异描述。被继承人存在多个债务,且遗产不足以清偿全部债务时,其清偿方式如何确定,实践中的裁判观点如下。

第一种裁判观点认为:彭甲、罗甲对陈甲都享有债权,二人享有的债权金额均超过了遗产金额。罗甲既作为继承人,亦作为债权人,抗辩其将涉案遗产用于冲抵其债权,并无违反法律规定。故此判决:驳回彭甲的诉讼请求。[11]由此可见,该观点认可被继承人的遗产可用于全部抵消部分债权人的债权。

第二种裁判观点认为:被继承人的遗产尚未实际分割,同时仍有多起未清偿债务,无法确定继承人最终实际可偿付本案之债权人的数额,所以确定继承人以被继承人所欠本案债权人价款为限,在继承遗产范围内承担偿付责任,故此判决:继承人以290万元为限,在继承被继承人的遗产范围内支付债权人的玉石价款。[12]

第三种裁判观点为:被继承人谭甲借常甲5万元、李乙2万元,共计7万元,而谭甲遗产为23944.14元,故该遗产应按比例清偿常甲和李乙,即继承人李甲应偿还常甲18008.06元,计算方式为 $23944.14 \text{元} \times 59854.17 \text{元(含利息)} / 79584.17 \text{元(含利息)}$ [13]

2. 小结。从对比的角度分析,上述第一种裁判观点认可了在先得以清偿的债权人得以对抗在后主张债权人的请求权;第二种裁判观点与是否存在多债权并无本质关系,即使不存在多个债权人,该判决亦是实践中普遍的路径。然而,从实际执行的效果而言,相当于多个债权人都获得了继承人在继承遗产范围内清偿的资格,至于遗产具体内容以及清偿比例的问题,只能留待执行部门解决,当然也会出现执行部门能否行使判断财产是否遗产的“审判权”问题。第三种裁判观点,以法院已经查

明的债权人为基础,按照比例进行了具体的清偿,但如果其他债权人随后起诉,其权利如何保障难以确定。

(三) 遗产未分割时责任承担方式差异

1. 差异描述。债权人起诉时,如果遗产尚未分割,责任形式的表述主要存在以下三种。

第一种代表性表述为:继承人以被继承人的遗产范围为限偿还债务。[14]

第二种代表性表述为:继承人在继承被继承人的遗产范围内偿还债务。

第三种代表性表述为:继承人在继承遗产的范围内偿还债务;如果继承人或者部分继承人放弃继承遗产,则直接以被继承人的遗产或放弃部分的遗产及继承部分的遗产为限清偿债务。[15]

遗产已分割完毕时,课题组查询到的案例为数不多,然其判决结果大都确定了各继承人依照继承遗产承担比例清偿责任。

2. 小结。关于上述三种表述方式,第一和第二种的区别在于继承人的地位不同。第一种观点中,其明确的是债权人的清偿责任,并未以继承人是否分割遗产为前提,即无论继承人在随后的执行过程中是否放弃继承,都负有清偿的义务。第二种观点存在一定的不确定性,即继承人在执行过程中可能继承分割遗产,也可能放弃遗产,如果继承人放弃了遗产,则该判决主文将产生一定的障碍。也正是为了解决这种障碍,才有地方法院“创造”出了第三种判决,即用“假设”的方式对执行后果进行完善。

(四) 夫妻共同债务的承担主体和责任形式差异

1. 差异描述。如果被继承人生前债务为夫妻共同债务,债权人往往将被继承人的配偶和其他继承人一并诉至法院,要求共担责任。此种情形下如何确定清偿责任,实践中的裁判观点如下。

第一种裁判观点认为:依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释

(二)》第二十六条的规定:“夫或妻一方死亡的,生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任”,被继承人死亡后,其配偶应当就共同债务承担偿还责任,债权人要求其他继承人承担偿还责任的法律依据不足,故此判决:被继承人配偶单独承担偿还借款的责任。[16]

第二种裁判观点认为:配偶负有清偿义务,其他继承人应在其继承的遗产范围内承担连带责任,故此判决:被继承人配偶承担偿还义务;其他继承人在继承遗产范围内对上述确定的债务承担连带给付责任。[17]

第三种裁判观点认为:被继承人债务清偿既包括被继承人个人负担的债务,也包括被继承人在共同债务中应当承担的债务份额,因此,确定债务性质以及债务份额是应重点审查的问题;即便认定是夫妻共同债务,在未对被继承人所负担的债务份额进行区分的情况下,判决继承人应在其继承的遗产范围内与被继承人配偶连带责任,也属于适用法律错误。[18]依照上述观点,一旦债权人起诉了被继承人的配偶和其他继承人,则法院首先应当区分一下被继承人的债务中有多少属于其个人债务,并需在夫妻共同债务中划分出属于被继承人的个人债务份额,进而再判决继承人在继承遗产的范围内只就被继承人的个人债务承担责任,而不能在对夫妻债务未区分的前提下,笼统判决配偶和其他继承人承担连带责任。

第四种裁判观点认为:被继承人死亡,尚欠债权人的债务,由被继承人配偶偿还,不足部分由其他继承人在继承其遗产的实际价值范围内负责清偿。故此判决:被继承人配偶偿还债权人借款;被继承人配偶偿还后,不足部分由其他继承人在继承遗产的实际价值范围内偿还。[19]

2. 小结。上述裁判观点都认为被继承人配偶应承担偿还责任,然对于其他继承人的责任,则存在认识区别。一类观点认为其他继承人无需承担责任,然其依据缺乏法理基础,亦忽视了遗产继承与清偿债务的关联;另一类观点认为配偶和其他继承

人都需承担责任,然在其他继承人承担责任的性质层面,又出现了有限制的连带责任、补充责任、按份责任三种形式。

(五) 遗产范围查明与否的处理差异

1. 差异描述。对于被继承人的遗产是否应当在审判程序中查明,存在如下分歧。

第一种也是普遍性裁判观点认为:无需在审理中查明被继承人的遗产,只是在判决主文中确定继承人在继承遗产范围内(或以遗产为限)承担偿还责任。

第二种裁判观点认为:遗产范围的查明是判决继承人偿还债务的前提,因此,或在审理查明中或在判决主文中或在判决主文后附表,明确了被继承人的遗产范围。[20]

2. 小结。实践中多数判决未查明被继承人的遗产,在此情形下的判决只是赋予了债权人从继承人处获得清偿的资格,如果债权人无法查找到被继承人的遗产,该判决只能空置。如果债权人查找到了被继承人的遗产,申请执行时,又将面临另外一道难题,即其他继承人或案外人提出执行异议认为该项财产并非遗产,导致执行部门难以抉择,进而使得当事人不得不再次起诉,要求确认某项财产为

继承人遗产[21],陷入循环诉讼。

四、原因探寻:规范缺失、实践挑战和思维方式的差异

(一) 规范缺失——立法目的和现实的博弈

《继承法》颁布于1985年,究其时代背景,一则我国处于改革开放初期,从1966年开始,私有财产被认为是资产阶级法权的产物,是社会主义公有制的对立物;直到改革开放以后,对于私有财产的继承才成为正当的财产传承;二则计划经济是当时社会经济的基本形态;三则普遍贫穷是公民的基本经济状态,能够形成遗产的范围非常狭窄。就《继承法》的调整对象而言,不可避免受到价值理念与社会背景等因素的影响,在“私有财产”的概念“脱敏”不久且尚有旧思想存在的时代背景下,《继承法》不可能就“遗产”应进行的债务清偿进行详细规定,只能在博弈中向现实妥协,故其在第一条明确立法目的是“保护公民的私有财产的继承权”。基于这一认识,《继承法》主要围绕逝者与其亲属之间的继承关系展开,对遗产债务清偿问题规定的极为简单,在此前提下,其他部门法中有关被继承人债务清偿的规则亦是寥寥无几。

表1 与被继承人债务清偿纠纷相关法律、规范性文件

类别	名称	条文	主要内容
法律	《继承法》	三十三条	继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务,缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的,对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任
		三十四条	执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务
	《民事诉讼法》	二百三十二条(执行)	作为被执行人的公民死亡的,以其遗产偿还债务
		二百五十七条(执行)	有下列情形之一的,人民法院裁定终结执行:(三)作为被执行人的公民死亡,无遗产可供执行,又无义务承担人的

司法 解释	《继承法若干问题的意见》	六十二条	遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还
		六十一条	继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务
	《民事诉讼法解释》	四百七十五条（执行）	作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。
规范性 文件	未查询到		

此外，关于继承的方式，继承开始后，各国立法都允许继承人做出第一个选择，即选择接受或者放弃继承，如果继承人接受继承，进而可做出第二个选择，即选择无限继承或者限定继承，所谓限定继承，是继承人仅于一定范围内继承被继承人的财产权利和义务的继承，亦即继承人继承被继承人的债务仅以遗产的实际价值总额为限度，对于被继承人生前所欠的债务超过遗产实际价值的部分，继承人可不负清偿责任。由此可见，若继承人选择限定继承，则仅需在遗产范围内对债务进行清偿，这无疑增加了债权人的风险，故此，多国立法对于限定继承的适用条件和程序做出了详细规定，如德国的遗产管理及编制遗产清册制度；法国的声明限定继承程序和条件制度。然而，受制于上述时代因素，现行《继承法》虽采用了限定继承制度，却并未对此设置任何限制条件，由此也使得部分继承人在“秘密”继承分割遗产后，却在诉讼中以“放弃”继承的行为损害债权人的利益。

（二）实践挑战——纠纷增长和司法措施的缺乏

与上述法律规范的“稀缺性”相比，实践中被继承人债务清偿纠纷的数量却相当“充足”。以中国裁判文书网、无讼案例网、把手案例网三家专业裁判文书检索网站为例，课题组搜索到的此类纠纷

不仅数量“可观”，且近三年呈现出明显的上升趋势。此外，在市场经济更为发达的背景下，自然人于经济交往中，时常会形成多种类型的债务，由此也导致了被继承人生前债务种类的复杂化和多样化。故在法律供给与案件需求严重失衡的前提下，此类纠纷出现多重的审理困境亦属必然。

表 2：近三年被继承人债务清偿纠纷数量[22]

	裁判文书网	无讼案例网	把手案例网
2014 年	2000 份	834 份	2157 份
2015 年	2113 份	2404 份	3288 份
2016 年	3262 份	2452 份	3408 份

此外，审判程序中的法官，更多依赖于当事人提供的证据对法律关系作出判断。故此类纠纷的审理中，如要查明被继承人的遗产，法官亦大多依赖当事人的举证。如原告缺乏证据，被告又故意不提供遗产情况时，法官往往缺乏有效的司法措施查明遗产状况，这也是诸多“概括式”判决出现的原因之一。

（三）思维差异——审执衔接的选择性忽略

单就审判和执行程序而言，身处其中的法官思维存在一定差异。审判程序中的法官思维更偏向于

“理论性”，其在遵循法学逻辑的基础上，仅需在判决主文中完成对法律关系和权利义务的文字表达即可；执行程序中的法官思维更具有“实践性”，其需要通过具体的执行措施将判决主文确定的权利义务以“看得见”的方式实现，此特点于给付之诉中尤为明显。故此，“理论性”的审判思维和“实践性”的执行思维有效衔接才是确保判决得以顺利执行的基础，而如忽略上述衔接，将使执行陷入困境，让裁判文书确定的权利义务形同虚设。就被继承人债务清偿纠纷而言，其之所以面临多重困境，与部分裁判者上述思维衔接的选择性忽略具有一定关系，具体言之：

其一，忽略遗产范围的查明，仅判决继承人在继承遗产范围内承担清偿责任。此时，原告申请执行后，因执行标的具有不确定性，时常导致执行部门不予立案或以终结本次执行程序为由无限期搁置。

其二，忽略履行清偿责任期限的特殊性。多数裁判文书对继承人清偿债务期限，确定为五日或十日不等。姑且不论遗产范围不明的情形，即使存在遗产，大多情形下亦难以在如此短的时间内完成遗产分割和清偿义务。此举同样反映了裁判者固定思维习惯的延续，忽略了判决的可执行性。

五、出路建议：理论的立法建议和实践的统一性规则

梳理实践的基础上，针对上文所涉诸多问题，课题组尝试从理论和实践两个角度寻求解决之路。

（一）理论的立法建议

市场经济的发展、个人财富的增加和私有财产保护的增强，构成了继承立法面临的新背景，且遗产债务问题能否妥当规制，亦将对个人创造财富的积极性和经济秩序的稳定性造成影响，故此，继承法的目的当涵括保护自然人的私有财产的继承权和遗产债权人的合法民事权利。以此为前提，课题组尝试从理论角度提些粗浅的立法建议。

1. 确立遗产管理人制度。所谓遗产管理人，是指对死者遗产负责保存和管理的人。[23]如该项制度得以确立，因遗产管理人职责所在，本文上述关于全体继承人放弃继承后的诉讼主体问题将不复存在。

（1）遗产管理人范围。就我国现实状况来看，由继承人作为遗产管理人更符合实际，此外，为避免遗产管理人的确定在不同顺序继承人之间产生争执，影响继承的进行，故建议规定：继承开始后，存在有效遗嘱的，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱或者遗嘱无效者，继承人依照下列顺序及时推选遗产管理人：（一）配偶、父母、子女；（二）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。（三）经全体继承人同意指定的继承人以外的人。对于遗产管理人确定有争议的，由人民法院指定。

（2）遗产管理人的职责。遗产管理人负有内外双重职责，故建议规定：遗产管理人应负责清点、管理被继承人的遗产和债务，并于继承开始后两个月内制作遗产清册和债务清册，以遗产管理人的身份提起或参加相关诉讼。

2. 确立债权公告申报制度。及时得知债务人的去世并申报债权，对于债权人而言具有重要的意义。故此，建议将债权公告申报作为一项原则性规范，即继承开始后遗产分割前“继承人或遗产管理人应当通知已知的债权人，并公告通知可能存在的未知债权人”，[24]

（1）公告期限。关于公告的期限和后续程序，建议规定：公告期限不少于三个月，如公告期满未有人申报债权，则对遗产依法进行分割，如有人申报债权，则依法进行债务清偿；如继承人未进行债权公告，债权人提起被继承人债务清偿纠纷后，法院应依职权启动公告程序，如有人申报债权，则将其列为共同原告，对其债权一并查明，并依照遗产情况，对债权的清偿顺序和比例作出判决。

（2）公告前置。为使继承人积极履行债权公告申报，尚可将其作为继承人办理遗产转移、分割的前置程序，即建议规定：继承人因继承需办理不

动产转移登记、存款提取等事项时,应当向行政机关或其他机构提供债权人公告申报期满且无债权人主张或债务得以清偿的证据。

(3)公告效果。对于公告期满后的法律效果,建议规定:如债权人未在公告期间申报债权,在申报债权人清偿完毕之后可依剩余遗产情况请求清偿。

3. 明确继承人清偿责任的形式。“在现代社会生活中,遗产内容丰富、遗产债务复杂,先分割遗产后清偿债务的做法不利于继承纠纷的事先预防和圆满解决,故法律应当规定在遗产分割前必须先清偿债务”;[25]对于继承人而言,其应继承“遗产”的本质含义应当是清偿完毕债务之后的“纯净”财产,如未清偿债务而直接分割,则意味着每个继承人继承的标的都是“负有债务”的遗产。故此建议规定:各继承人对被继承人的个人债务以继承的遗产为限承担连带清偿责任。当然,对内而言,依连带责任基本法理,继承人如超过其应承担的份额后,对其他继承人享有追偿或请求重新分割遗产的权利。

(二) 实践中的统一规则

未有法律规范出台之前,此类纠纷依然需要现实的可行路径,以实现裁判尺度的统一和兼顾继承人、债权人利益平衡的目的,故此,课题组从规范性文件的角度出发,提出粗浅的统一性规则。

1. 全部继承人放弃继承不影响责任承担。全部继承人放弃继承时,课题组认为仍当将其列为被告。此举对继承人而言,不但无损,反而还可规制虚假表示;对债权人而言,能更为全面、有效的保护其利益;对法院而言,原被告双方的存在,更有助于查明债务及遗产情况。

然尚需明确,将放弃继承者列为被告,只是为了更好的清偿债务,并不妨碍继承人对其私权利包括继承权的自由处分。只是如全部继承人放弃了继承,仍需承担保管遗产并以遗产为限辅助清偿债务的责任。

综上,建议统一为:全部继承人放弃继承时,仍应将其全部列为被告,在查明遗产的基础上确定全部继承人负有保管遗产并以遗产为限对债权人承担连带清偿的义务。

2. 多债务清偿顺序和比例留待执行程序解决。多债务存在时,必然涉及清偿顺序与比例。因公告申报制度缺乏,法官在裁决单个此类纠纷时,时常难以确定是否还有其他债权人。

故此,建议统一为:一人或多人主张继承人清偿被继承人个人债务时,不宜直接确定清偿顺序和比例,而应在查明遗产的基础上,确定继承人在继承遗产范围内承担清偿责任;具体的清偿顺序和比例,由执行部门在综合考虑债权人的基础上,制作分配方案。

3. 遗产状态决定连带责任范围。针对不同的遗产状态,建议统一为:如遗产尚未分割,全体继承人以被继承人的遗产范围为限对被继承人的个人债务应负连带清偿责任;如遗产已分割,各继承人以自己分得的遗产为限,对上述债务承担连带清偿责任,超出比例者,可向其他继承人追偿。

至于上述继承人承担连带责任的理由,前文已阐述,然需着重说明的是遗产分割后,各继承人的连带责任具有一定的“有限性”,即以已分得的遗产为限。

4. 夫妻共同债务无限连带和有限连带责任并存。关于夫妻共同债务,如遗产尚未分割,被继承人配偶作为共同债务人负有当然的连带清偿义务,且与其他继承人相比,该配偶的连带责任具有明显的无限性;就其他继承人而言,负有以遗产范围为限的连带清偿义务。关于被继承人配偶与其他继承人之间,依然存在比例分担和追偿权问题。然与被继承人个人债务中涉及的追偿权相比,两者存在一定区别。后者的追偿权以各继承人继承的遗产比例为基础,前者的追偿权中因被继承人配偶的清偿责任明显大于其他继承人,故被继承人配偶承担的债务比例也应大于其他人,否则有失公平,至于具体的计算方式,可结合夫妻共同财产和遗产的分割比

例确定。

故此,建议统一为:对于被继承人与其配偶的夫妻共同债务,该配偶负有清偿义务,其他继承人以遗产范围为限承担连带清偿责任;对外承担的清偿责任超出比例者,可向其他继承人追偿。被继承人配偶和其他继承人之间承担上述债务的比例,可参照夫妻共同财产和遗产的分割比例确定。

如遗产已分割,如前文所述,配偶依然负有清偿义务,其他继承人在分得遗产范围内承担连带清偿义务,追偿权同上,不再赘述。

5. 遗产范围的查明为裁判的基础。基于前文所述理由,课题组建议统一为:被继承人债务清偿纠纷的审理中,应对遗产范围进行查明并在判决主文部分予以明确。至于具体措施,可重点尝试在审判程序中引入执行查询平台系统。信息技术手段在查明被继承人财产时具有重要辅助作用,然审判程序中的法官并无此依靠,而执行法官在查找被执行人财产的过程中已形成了一套较为完善的系统。故此类纠纷的审理中,可尝试授权给法官进入执行平台的查询权利,从而更好地查找被继承人的遗产。

结语

《继承法》颁布于上世纪八十年代,受制于历史发展,其对被继承人债务清偿问题规定的极为简单,故面对近年来此类纠纷提出的诸多挑战,结合我国民法典的制定进程,对涉及继承的相关条文作出一定的修改完善确有必要。在此之前,以法理为基,对实践层面的裁决方式达成一定共识,亦是维护司法权威的有益路径。故此,课题组希望此文作出的尝试性探索,能够具有一定的积极意义。

[1]. 张玉敏:《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版本,第2页。

[2]. 为便于分析,本文中将被继承人债务的清偿主体限定为继承人,不包括其他主体。

[3]. 上述数据仅为在中国裁判文书网上的搜集所得,受到裁判文书上网种类和数量的统计性影响,其数据并不能完

全反映北京法院近四年受理该类案件的整体情况。

[4]. 详见北京市大兴区人民法院(2015)大民(商)初字第15650号民事判决书。

[5]. 详见广东省梅州市中级人民法院(2015)梅中法民二终字第186号民事判决书。

[6]. 王歌雅:《继承法修正:体系构建与制度选择》,载《求是学刊》2013年第2期,第1页。

[7]. 详见贵州省安顺市中级人民法院(2015)安市民终字第642号民事判决书,广东省梅州市中级人民法院(2015)梅中法民二终字第186号民事判决书。

[8]. 详见浙江省湖州市中级人民法院(2016)浙05民终970号民事裁定书。

[9]. 详见北京市大兴区人民法院(2015)大民(商)初字第15650号民事判决书。

[10]. 详见广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2014)梧民一终字第143号民事判决书。

[11]. 详见江苏省南京市中级人民法院(2014)苏01民终9641号民事判决书。

[12]. 详见北京市东城区人民法院(2014)东民初字第09584号民事判决书。

[13]. 详见河北省张家口市中级人民法院(2015)张民终字第550号民事判决书。

[14]. 详见北京市石景山区人民法院(2015)石民初字第5861号民事判决书。

[15]. 详见河北省青龙满族自治县人民法院(2014)青民初字第1257号民事判决书,河南省郑州市中原区人民法院(2014)中民一初字第1848号民事判决书。

[16]. 详见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终9097号民事判决书。

[17]. 详见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第01384号民事判决书。

[18]. 详见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第06966号民事判决书。

[19]. 详见云南省高级人民法院(2015)云高民一终字第349号民事判决书。

[20]. 详见重庆市第四中级人民法院(2014)渝四中法民终字第00206号民事判决书。

[21]. 详见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第07518号民事判决书。

[22]. 017年5月4日在三大网站以案由“被继承人债务清偿纠纷”搜索,显示上述数字,因各网站文书来源存在一定区别,故数量存在差异。

[23]. 《家事法》,法律出版社2013年版,第539页。

[24]. 震等:《中华人民共和国继承法修正草案建议稿》第81条,载《河南财经政法大学学报》2012年第5期,第21页。

[25]. 《民法分则继承编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期,第75页。

从1000多件涉老民事案件看如何“司法护老”

2018-10-30 浦江天平

https://mp.weixin.qq.com/s/GYS7_VcJz7VrHV1P1DqQ3Q

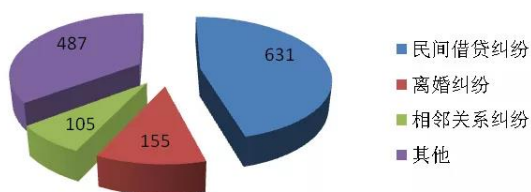
上海市静安区人民法院(以下简称上海静安法院)一直秉承“司法护老”理念,始终贯彻“关怀、延伸、交流”宗旨,根据老年人特殊的生理、心理特点,积极探索办案新路,积极做好涉老民事案件的审判与调解工作,取得了良好的法律效果和社会效果。近日,上海静安法院发布涉老民事案件审判白皮书,通报该院2017年10月至2018年9月涉老民事案件审判情况。

一、涉老民事案件的基本情况

(一) 涉老民事案件审理情况

2017年10月1日到2018年9月30日,上海静安法院受理涉老案件1378件,较2016年10月1日至2017年9月30日的1236件增长11.5%;结案1385件,同期结案率为100.5%。

图1: 2017年10月至2018年9月收案案由数量分布

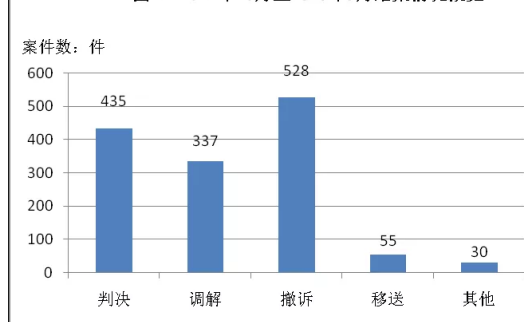


从案由类别来看,受理的1378件案件中,合

同类纠纷804件,权属、侵权类纠纷355件,婚姻家庭类纠纷175件,特别程序类案件44件。合同纠纷和权属、侵权类纠纷数量依然突出。

其中,收案数量前几位的案由分别为民间借贷纠纷、离婚纠纷、相邻关系纠纷。

图2: 2017年10月至2018年9月结案情况概览



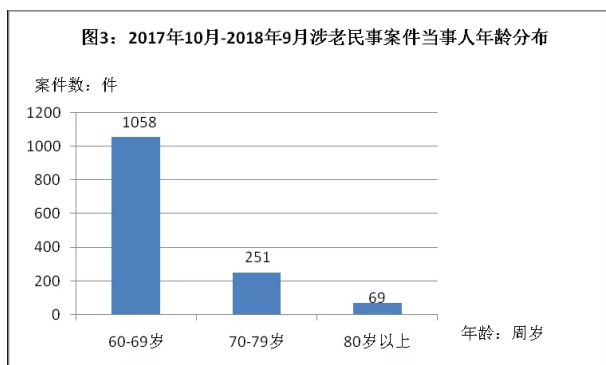
从结案方式来看,2017年10月1日到2018年9月30日,判决435件,占31.4%;调解337件,占24.3%;撤诉(含特别程序撤回申请)528件,占38.1%;移送有管辖权的法院55件,占4.0%;其他结案方式30件,占2.2%(其中裁定驳回起诉21件,罚款决定2件,终结7件)。涉老民事案件调撤率达到62.5%。

(二) 老年人涉讼情况

从老年人的诉讼地位来看,在2017年10月至2018年9月受理的1378件涉老民事案件中,老

年人仅作为原告参加诉讼的为629件,占45.6%;老年人仅作为被告参加诉讼的为311件,占22.6%;老年人仅作为第三人参加诉讼的为2件,占0.1%;涉案双方均有老年人的案件为436件,占31.7%。

从当事人年龄层次来看,低龄老人参与诉讼比例较高。在2017年10月至2018年9月受理的1378件涉老民事案件中,涉及60-69岁老年人的案件为1058件,占76.8%;涉及70-79岁老年人的案件为251件,占18.2%;涉及80岁以上老年人的案件为69件,占5%;其中最高龄当事人为100岁。



二、涉老民事案件的特点及典型案件类型分析

(一) 涉老民事案件的特点

1. 案件类型多元化, 新型案件频出现

随着老年人生活品质的提高,参与社会活动的方式也越来越多元化,致新类型案件增多。2017年度,涉老民事案件中新类型案件大量涌现,审理难度也不断增大。

经分析,新类型案件之“新”,集中体现在以下几个方面:

一是纠纷引发渠道“新”。如2018年上海静安法院审理的两起网络购物合同纠纷,均因“双十一”期间电商举办整点下单送iPhone X三年使用权活动引起;审理的多起买卖合同纠纷涉及到电视

购物、电话抢购等新型购物渠道。

二是涉诉标的物“新”。如涉及购买艺术藏品、老年人保健品等不同于传统买卖标的物的案件数量有上升趋势。

三是老年人精神需求“新”。出现老年人前往上海静安法院主张祭奠权等特殊人格权的案件。

四是投融资渠道“新”。如老年人将闲置资金用于投资理财,或者将自有车辆出租以收取租金等情况引发纠纷。

2. 投资渠道多元化, 涉老理财案件多

2017年度涉老民事案件中,民间借贷纠纷占631件,其中,通过中介撮合签订借贷合同的案件不乏少数,该类案件中出借人主要以赚取利息收益为目的,因此具有类似理财的性质。以2018年7月为例,当月受理案件205件,其中民间借贷纠纷123件,而不同于传统民间借贷模式的P2P案件在7月份受理的民间借贷纠纷中占了13件。

民间投资理财类纠纷较多,一方面是由于随着生活水平的提高,老年人手边闲散资金也越来越充裕,很多老年人选择将资金用于理财或出借给他人赚取利息收益。以民间借贷为例,作为民间传统的融资手段,民间借贷因其便利性、快捷性而广受投融资者特别是老龄投融资者的青睐,在很大程度上缓解了老年人银行信贷资金不足的矛盾。

但是,近年来,在银行贷款限制、社会诚信缺失以及老年人不懂法、不知法、盲目追求高额利息的背景下,民间借贷呈现出**纠纷数量上升快、借款人送达难、案件事实认定难、案件判决执行难、借贷表现形式多、标的额增大**等特点,给法院审理带来了新的难题。

此外,近年来出现个人专业放贷或者有专门的中介公司居间运作进行放贷,P2P等新兴融资平台兴起,民间借贷呈**规模化、隐蔽化,借贷利率偏高的特点**。现实中高额揽息、预先扣息的行为大量存在,或者高额利息以逾期利息、违约金或重新出具借条的形式存在,民间借贷以更隐蔽的方式

规避法律。除了民间借贷以外,还存在不少通过车辆租赁、委托理财等方式进行投资的纠纷,老年人投资行为较活跃,投资理财类纠纷较多。

3. 相邻关系矛盾深,邻里纠纷占比大

2017年10月至2018年9月,受理涉老相邻关系纠纷共计105件,占涉老民事案件受理数的7.6%,相邻关系纠纷持续居高;纠纷引发的主要原因因为漏水、搭建、改变承重结构、走廊堆物、改变入户门开启方向等。

静安区作为上海老城区,住房密度相对较大、居住空间相对有限,尤其在一些老式里弄,邻里之间更容易发生纠纷和摩擦。此外,因相邻关系与日常生活紧密相关,故虽然诉讼标的额一般较小,但当事人双方常常矛盾尖锐,冲突很难调和。如涉老审判团队受理多起邻居间互为原、被告的案件,多因一方当事人起诉后另一方愤而起诉,给纠纷化解增添难度。

此外,相邻关系纠纷的审理程序大多耗时较长。如因漏水引发的纠纷,可能涉及到漏水原因鉴定、修复方案鉴定以及受损范围评估,不仅耗时较长,也给当事人带来较大经济成本。又如新房装修时,为扩大使用面积,很多家庭会选择在墙体上进行装修装饰,甚至移除墙体,一旦涉及到承重墙,往往需要对房屋的承重结构做鉴定。就执行而言,因判决主文常会涉及到对房屋及其附属设施的改造、修复、拆除,义务人又往往不愿意配合,故生效判决的执行比较困难。

4. 老人磕碰较常见,人身损害赔偿多

2017年10月至2018年9月,受理涉老人身损害赔偿类纠纷共计73件,占涉老民事案件受理数的5.3%。其中,在巴士等公共交通工具上因突然刹车或起动车造成人身损害的赔偿纠纷为11件;在敬老院、养老院等医养结合机构遭受人身损害引发的纠纷为2件;因旅游活动造成人身损害赔偿纠纷为7件;因肢体冲突致人身损害引发的纠纷为

25件。人身损害赔偿纠纷依旧突出。

究其原因,主要有以下几个方面:

一是老年人的生理特点较特殊,因自然衰老导致身体灵敏度和反应能力、抵抗力、恢复能力较差,老年人极易受到伤害,且后果往往比年轻人严重;

二是随着近年来老年人经济条件逐渐变得宽裕,参与社会活动的途径增多,积极性也提高,导致原来一些“足不出户”的老年人越来越频繁参加旅游、健身、购物等活动,风险因素增多;

三是部分服务提供者未尽合理注意义务和安全保障义务,或损害发生后未能及时、有效减少损害的扩大,如公交车司机在未提醒乘客的情况下突然起动车或制动,一些公共场合地面湿滑致老年人摔倒受伤,发生伤害后未能采取及时有效救助措施等。

(二) 典型案件类型分析

1. 民间借贷纠纷

2017年10月至2018年9月,受理涉老民间借贷纠纷631件,近年来,此类纠纷在数量上呈上升趋势。实务中发现,该类案件除了借款人送达难、案件事实认定难等情况外,还存在以下问题:

一是老年人举证能力比较弱。因老年人法律知识相对欠缺,证据意识、风险意识不强,导致完成证明责任比较困难;又因民间借贷的资金大多属于民间自有闲散资金,或金额较小,借贷双方又多为熟人关系,故借贷行为在形式上具有简单性和随意性,一旦款项得不到偿还,出借人就面临举证困难的风险,集中表现在:借贷双方不签订借条或书面协议,或仅仅由借款人出具一张内容简单的借据;借款合同或借条不规范,未约定利息、借款期限、还款方式等;款项交付以现金交付的形式,没有相应银行转账凭证或者取款记录等;对担保的约定不明确,如约定以一本房产证作为抵押等。

从借款人的角度讲,因证据意识薄弱导致借款人承担举证不利后果的情况也屡有发生,集中表现在:借款人用现金还款,而未将出借人处的借条作废,出借人凭原借条起诉借款人要求还款,而借款人无法证明自己已经还清借款;出借人从银行取出现金后当场收回部分作为预先扣除的利息,借款人要求以扣除利息后的金额作为借款本金来计算却无法证明。此外,很多案件中被告的消极应诉、拒不参加庭审、放弃举证质证权利,导致这类纠纷案件事实认定更为困难。

二是款项支付形式多。近年来,随着互联网尤其是手机APP的普及,涉老审判团队受理的涉老民间借贷案件中,出借人交付钱款的方式变得多样化,除了传统的现金交付或者银行转账方式外,通过微信或支付宝转账的情形尤为普遍,甚至出现通过刷出借人信用卡、交付支票等形式交付钱款的方式,款项支付形式多样化。

三是借贷陷阱形式多。近几年,“套路贷”陷阱在媒体宣传中频频出现。“套路贷”,即以“借款”为名,行非法占有被害人财物之实。不法人员以虚假宣传、降低贷款门槛、隐瞒实际资费标准等手段,诱导被害人陷入“借贷”陷阱,并以各种非法手段或者虚假诉讼等方式催讨债务,非法占有被害人合法财产。

此类行为的主要特征为:(1)以民间借贷为名,签订借款合同和房地产抵押合同;(2)制造银行流水痕迹,造成借款人取得合同所借全部款项的假象,但事实上借款人只取得了很少的款项;(3)采用隐匿不见等方式促成借款人违约,并以此要求借款人立即偿还“虚高借款”和高额的“违约成本”;(4)在借款人无力支付的情况下,介绍其签订新的虚高的借款合同,用于偿还上一个合同的债务;(5)通过诉讼方式获得胜诉判决,侵占借款人财产。

“套路贷”作为一种隐蔽性极强的新型犯罪,披着合法外衣,整个骗局环环相扣。因不法人员提供的证据在形式上能形成完整的证据链,借款人的证据比较薄弱,故不法人员往往能通过胜诉判决

实现侵占被害人财产的目的,最终导致受害人倾家荡产,社会危害极大。如遇“套路贷”,借款人应尽可能保存好相关证据,尽快寻求法律途径维权。

此外,近几年兴起借贷双方通过第三方互联网平台完成借贷的互联网金融模式(即P2P网络借贷)。互联网金融作为金融创新产品,一方面为借贷双方提供更加迅速便捷的投融资渠道,另一方面也存在较大风险。就平台而言,投资者需警惕平台是否涉嫌非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪和非法经营罪;就出借人而言,需仔细审查借款人的资信和还贷能力,警惕高额利息回报下的陷阱。

2. 涉旅游民事纠纷

近年来,随着生活水平的提高,外出旅游的老龄人口大幅增长,旅游成为人们充实休闲时间的最佳选择之一。与此同时,涉及旅游的纠纷也日渐增多。涉旅游民事纠纷主要分为两大类,一类是因旅游经营者实际提供的服务与旅游合同的约定不符引发的违约之诉,**多见为旅游合同纠纷**;另一类是旅游者在旅游过程中遭受人身、财产损害引发的侵权之诉,主要是**生命权、健康权、身体权纠纷和财产损害赔偿纠纷**。

涉旅游民事纠纷主要存在以下几个问题:

一是批量案件多,矛盾易激化。以2017年1月至12月上海静安法院审结的229件涉旅游民事案件为例,同一家旅游经营者在多个案件中作为被告的批量案件为180件,占涉旅游民事案件的78.6%,其中,因旅游经营者经营问题导致未能成功出行的批量案件占139件。批量案件的增多与如今信息化时代下的通讯便捷化有较大关系。

一方面,旅游公司可在网络上发布旅游产品,受众面更广,在信息不对称的网络环境下,旅游者极有可能因价格低廉、夸大宣传等因素选择管理水平低下的旅游经营者,甚至陷入诈骗陷阱,一旦旅游经营者“跑路”就会引发大量批量案件。

另一方面,通讯便捷化也为旅游者集体维权提

供了便利。很多旅游者自发在网上组成维权集体,通过即时通讯等方式保持联系和沟通,并相约同时来法院立案,致一段时期内批量案件数量骤增。

二是诈骗陷阱多,维权难度大。一些不法旅游经营者以旅游组团费、出国保证金等名目骗取旅游者钱款后卷款潜逃,甚至有不法人员私刻旅游经营者的印章、冒用旅游经营者的名义,以组织旅游的方式骗取钱款。此类案件中旅游者维权往往比较困难。

三是涉旅游辅助服务者案件中,责任认定难。实践中,旅游经营者往往将交通、住宿、饮食、游览等事项交由旅游辅助服务者承担,若在旅游辅助服务环节出现纠纷,现行法律规定一方面为旅游者提供请求旅游经营者承担违约责任的保护途径,另一方面为旅游者提供请求旅游辅助服务者和旅游经营者承担侵权责任的保护途径。就后者而言,旅游者可向旅游辅助服务者主张侵权责任,同时也可向旅游经营者主张未尽谨慎选择义务的补充赔偿责任。

然而,如何认定旅游经营者是否尽到谨慎选择义务,该义务是否仅限于“选择有合法资质的辅助服务者”,在实践中存在比较大的争议。此外,因旅游辅助服务涉及交通、住宿、饮食、游览等方面,故认定旅游经营者是否尽到谨慎选择义务也需要根据服务者的不同而有所区别,给案件审理带来较大难度。

此外,涉损害赔偿案件中往往涉及对旅游经营者是否违反安全保障义务进行认定。一般而言,是否违反安全保障义务应参照善良管理人的标准进行判断,但因旅游活动和旅游者的多样性,安全保障义务的认定因个案的不同而存在差异,给法院审理案件带来难度。

如针对特殊群体(未成年人、老年人、残疾人等)的安全保障义务标准应高于普通人的标准,针对不同的旅游活动(登山、潜水等)的安全保障义务标准也应高于普通旅游活动的标准。又如,在涉及到第三人侵权的情况下,旅游经营者、旅游辅助

服务者是否尽到安全保障义务、责任如何承担、如何判断旅游者自身对损害结果有无过错,这些问题在审判实践中存在较大争议。

3. 涉老监护问题

审判实务中,涉及老年监护的情况主要有两类:**一类是特别程序案件**,也就是申请宣告公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件,或者有监护资格的人员之间发生争议要求指定、变更、撤销监护人的案件;另一类是普通涉老民事案件中出现的与老年监护有关的问题。

经分析,涉老监护存在以下几类问题:

一是共同监护人之间的冲突问题。现行法律规定并未限制指定监护人的人数。为避免家庭矛盾,或本着多人监护可以相互照应的初衷,居委会以往在指定监护人时,常会同时指定两人或三人作为共同监护人。

然而,实践中,多人监护的场合下监护人之间易产生冲突,这种冲突或起因于相互间在被指定为监护人之前就早已存在的矛盾,也可能是为了更好地为自己谋求利益,其后果是极易损害被监护人的利益。

实践中,常可见监护人之间互相指责,批判对方的决定,或未与其他监护人商量就将被监护人从一个养老院带到另一个养老院,甚至将被监护人藏匿、不让其他监护人接触等。这些都不利于被监护人利益的保护。

但从另一方面而言,若仅指定一名监护人,其他有监护资格的人也可能对其是否履行监护义务提出质疑。因此,多人监护如何协调、单人监护如何监督,这都是亟待解决的问题。

二是指定监护程序的启动。现行法律规定确认行为能力案件、指定监护案件应由当事人的近亲属、利害关系人等向法院申请,并承担司法鉴定机构的鉴定费用。然而,司法实践中有些老人的子女不愿意出面申请,利害关系人因利益关系不认可老人有行为能力障碍,唯有主审法官凭借办案经验判

断出老人不具有完全的诉讼行为能力。然而，法律并未赋予人民法院依职权启动特别程序的权利，必须有申请人出面才能启动，导致案件审理陷入僵局。

现《民法总则》已经废除了原工作单位担任监护人的条款，而将更多的权力交给了民政部门、居民委员会等组织，但总体来说，有关组织、单位出面要求解决监护问题的还在少数。随着我国独生子女一代的年龄增长，亟需对指定监护程序的启动和费用的承担作出更细致的规定，以应对将来可能爆发的孤老监护问题。

三、对加强老年人权益保护的建议

（一）加强行业监管，规范市场秩序

针对近年来一些不法分子频频对老年人实施诈骗行为的情况，如以低价诱惑骗取老年人旅游费用和保证金、购买艺术藏品，或以高额收益为诱饵骗取老年人养老钱，甚至诱使老年人购买名不副实的天价保健品等，**相关行政管理部门应定期开展整顿活动**，加大对企业和个人的监管力度，完善产业的管理体制，严格控制行业市场准入门槛，坚决取缔以“旅游费”、“保证金”、“贷款中介”、“生物科技保健”等名目实行诈骗行为的公司。

同时，**设立经营者信用体系**，加强失信惩戒制度，约束失信行为，提高失信经营者经营服务不良信息记录的曝光力度，让其接受社会监督。

此外，**加大从业人员的教育培训力度**，杜绝其步入诈骗老年人养老钱的不法之途。

（二）完善监护制度，解决老人“后顾之忧”

一是完善指定监护制度的相关规定。我国独生子女一代的年龄日渐增长，将来“失独老人”进入高龄阶段后，该部分老年人的监护问题亟待解决。此外，当出现有些老人的子女和利害关系人不愿意出面申请，或因老人年迈体弱不适合当监护人的情

形下，指定监护程序的启动问题也应进一步明确。对此，希望有关部门制定新的工作流程规范，对于程序的启动、费用的承担等具体操作问题作出更细致的规定，以便这部分老年人“老有所依”。

二是提高意定监护的公众认知度。根据《民法总则》第三十三条的规定，“具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。”因意定监护在国内属于新的监护制度，很多老人因缺乏法律知识，知道该制度的人并不多。因此，建议有关部门加强对意定监护的宣传报道，让更多的老年人知道该项制度，在自己意识清楚之时选择自己意愿的个人或者单位担任其监护人。同时，我们也建议公证处增设监护协议这一公证内容，或者在老年人办理遗嘱公证时提醒他们可以同时办理选择监护人的公证，提供相关格式化文本，帮助更多的老年人维护自己的权益。

三是明确监护人的监管机制。目前而言，监护人的制约主要来自道德约束。根据《民法总则》第三十四条、第三十五条、第三十六条之规定，监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。监护人有严重损害被监护人身心健康行为、怠于履行监护职责致被监护人处于危困状态，或实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的，其监护人资格将被撤销。实践中，部分监护人超越监护权限、违背被监护人意志，擅自处分其财产或实施其他行为的情况屡见不鲜。我们建议对监护人的职责予以明确，如可要求监护人定期公布被监护人的生活安排、财务账目，披露财产管理情况，对监护人进行监督、管理和制约，最大化保护被监护人的利益。

（三）探索多元纠纷化解机制

维护老年人合法权益既需要从监管层面和老年人自身作为市场主体方面做好防范工作,也需要在矛盾产生后及时有效化解纠纷。现行法律规定了协商、调解、仲裁、诉讼的纠纷解决方式,从法院受理的涉老民事案件来看,大多是因为纠纷在协商、调解阶段未得到妥善处理,最终只得诉诸法院。我们建议从以下角度探索纠纷解决机制:

一是加大相关法律法规的宣传和执行力度。司法实践表明,很多诈骗行为是由于行为人不知法、抱有侥幸心理造成的,以“套路贷”为例,有部分实施“套路贷”行为的人员误以为这是钻法律空子,是合法行为,然而,此类行为虽然在形式上看似披着合法的外衣,却难以掩盖违法犯罪之实。对此,我们建议加大相关法律法规的宣传和执行力度,甚至可利用电视媒体、微信公众号、手机APP等新途径扩大法律宣传,明确法律责任意识,对违反法律规定从事相关行为的坚决予以震慑和打击。

二是充分发挥人民调解委员会的作用,提高纠纷调解的专业化水平,实现人民调解、行政调解、司法调解有机结合,妥善化解纠纷。积极开展人民调解员培训,解决地区老龄工作干部和人民调解员的需求,通过分析典型调解案例、介绍优秀调解方法、探讨疑难复杂案件,定期与调解员展开交流,提高调解员的业务素质,畅通法院与人民调解队伍之间的沟通渠道。

三是审理过程中为老年人开通“绿色通道”,保障老年人通过快捷方式行使诉权,对简易案件做到尽快立案、尽快处理、尽快执行,减少当事人诉讼成本,快速有效化解纠纷。同时,加大对老年人的举证指导,积极提供帮助,提高老年人应诉、参诉能力,对老年人自行取证确有困难的,审判人员可根据案件审理需要,视情况依职权调取相关材料,尽可能减少因老年人生理劣势造成的客观诉讼能力不对等。

（四）营造家属关怀老人的良好社会氛围

近年来,针对老年人的各种骗局一直层出不穷,一些心怀叵测之人将目标瞄准了对理财、保健等有需求、又不深谙其中门道的老年人。一些投资公司惯常的欺骗手段是施以小恩小惠、对老年人嘘寒问暖,突破老年人的心理防线,因为老年人在被关心、被理解的心理需求获得满足后,会更容易相信他人;或利用老年人常感孤寂的心理,组织各种社会活动,为老年人搭建一个社交平台,在获得老年人信任后,再吸引他们购买其理财产品。对此,我们建议营造一个老年人心理需求得到充分满足和尊重的良好氛围,倡导家属积极与老年长辈沟通,做到真正关心父母,让老年人的困惑有疏导之地,精神有寄托之处,防止上当受骗,有效维护老年人权益。

二〇一八年十月

上海静安法院开展 涉老审判延伸工作掠影



2018年2月,上海静安法院老年庭(现为涉老审判团队)前往静安区蝴蝶湾敬老院、乐宁老年福利院开展“送法面对面”活动,就老年人普遍关注的问题提供法律咨询、宣传法律知识,并就老年人日常生活护理、人身伤亡风险防范等方面与敬老院工作人员进行深入沟通交流。



2018 年 2 月，上海静安法院老年庭（现为涉老审判团队）前往静安区共和新路街道举办“智慧理财，防范伴你行”普法讲座，就近几年矛盾较突出的民间借贷、互联网金融、委托理财等涉老理财类案件中的风险防范提出一些建议。

来源 | 上海市静安区人民法院
责任编辑 | 邱悦

法院认定属于夫妻一方个人债务的裁判规则

2018-10-31 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/0q-6uHgB51l_iaZfAdXkBQ

《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》的第二条和第三条对《婚姻法司法解释（二）》中关于夫妻共同债务的认定进行了细化和完善

本期法信干货小哥从典型案例切入与大家探讨夫妻一方以个人名义负债的相关法律问题

法信码 | A2.M517

属于夫妻个人债务的情形



法信·推荐案例

配偶以证明人身份签字借款的，应认定系争借款属于夫妻一方个人债务，不宜认定为夫妻共同债务——时成韬与李步明、徐荣芬民间借贷纠纷案

案例要旨：婚姻关系存续期间，夫妻一方对

外举债,配偶以证明人的身份在负债凭证上签字确认,但否认属于夫妻共同债务,而债权人又无证据证明其为共同债务人的,不宜确定为共债共签,而应当根据合同相对性认定为夫妻一方个人债务。

案号:(2018)苏0923民初587号

审理法院:江苏省阜宁县人民法院

来源:《人民司法·案例》2018年第26期

评析:对于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义负债的性质认定,为回应社会需求,最高人民法院前后出台了多个司法解释或解释性文件,其中2004年4月1日施行的《婚姻法解释(二)》第二十四条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

2018年1月18日施行的《夫妻债务纠纷解释》第二条、第三条规定:“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”“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。”如何看待新旧同法解释之间的关系及适用规则,应当说是随着社会形势的发展,为平衡夫妻共同利益、配偶个人利益以及债权人利益,《夫妻债务纠纷解释》第二条、第三条对《婚姻法司法解释(二)》第二十四条进行了细化和完善,而非全盘否定,是在甄别负债用途的基础上,进一步明确了不同用途下的举证责任分配,即婚姻关系存续期间,夫妻一方以个人名义负债,若不存在《婚姻法司法解释(二)》第二十四条“但书”规定的除外情形,不再一概推定为夫妻共同债务,而是通过审查负债用途是否超出家庭日常生活需要,将结果证明责任分别分配给夫妻一方和债权人。

但不管是新解释,还是旧规定,适用的前提均是夫妻一方以个人名义举债而配偶不知情或没有证据证明配偶知情,也正是由于以夫妻一方名义举债,才有必要进行利益权衡,并根据衡平结果决定采用债权人主义还是配偶主义。言下之意,在有证据证明配偶知情,如本案配偶在负债凭证上签字的情况下,并不能直接适用第《夫妻债务纠纷解释》二条、第三条以及《婚姻法司法解释(二)》第二十四条前半段基于家事代理原则所衍生出来的夫妻共同债务推定规则和举证证明责任分配规则,而应当注意把握好《夫妻债务纠纷解释》第二条、第三条与《婚姻法司法解释(二)》第二十四条后半段在适用上的衔接。

《夫妻债务纠纷解释》第二条、第三条规定的家庭日常生活所需标准和实际用途标准,不是判断债务性质的唯一标准,具体到个案中,还须查明是否存在《婚姻法司法解释(二)》第二十四条后半段规定的除外情形,即如果债权人与债务人明确约定为个人债务,或者夫妻约定分别财产制且债权人知道该约定的,即便是为家庭日常生活需要所负的债务,或者虽超出家庭日常生活需要但实际用于夫妻共同生活、共同经营的,也不能根据《夫妻债务纠纷解释》第二条、第三条规定认定为夫妻共同债务,而应当根据合同相对性直接认定为个人债务,这才更符合当事人的意愿。

(摘自《配偶以证明人身份签字借款的性质》,作者:刘干,载《人民司法·案例》2018年第26期)

法信·裁判规则

1. 夫妻一方与他人合伙举债,一般不认定为夫妻共同债务,除非债权人能够证明债务用于夫妻共同生活、生产经营或基于共同意思表示——叶德利诉陈居良、郭丹燕、王志峰、连文贞民间借贷纠纷案

案例要旨:夫妻一方在婚姻关系存续期间与他人合伙举债,债权人以属于夫妻共同债务为由主

张权利的,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。

案号:(2017)闽0505民初字第1518号

审理法院:福建省泉州市泉港区人民法院

来源:《人民司法·案例》2018年第20期

2. 夫妻一方非用于共同生活的大额举债为个人债务——陈克军诉齐琦、崔小微民间借贷纠纷案

案例要旨:夫妻一方举债是否应认定为夫妻共同债务,衡量的重要依据应是债务是否用于夫妻共同生活。对于夫妻一方非用于共同生活的大额举债,应认定为举债人的个人债务,而非夫妻共同债务。

案号:(2017)京0111民初12207号

审理法院:北京市房山区人民法院

来源:《人民司法·案例》2018年第20期

3. 与夫妻共同生活或共同意思表示无关的债务不属夫妻共同债务——贺某诉王某等民间借贷纠纷案

案例要旨:夫妻共同债务的本质系因夫妻共同生活或夫妻共同意思表示而产生的债务,产生于夫妻关系存续期间但与夫妻共同生活或夫妻共同意思表示无关的债务应认定为个人债务,不属夫妻共同债务。

案号:(2017)渝03民终1051号

审理法院:重庆市第三中级人民法院

来源:《人民法院报》2018年5月10日第6版

4. 借条只有夫妻一方签字,夫妻双方并无共同举债的意思表示,不应认定为夫妻共同债务——朱文祥诉郭兆秋、李萍偿还夫妻共同债务纠纷案

案例要旨:夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义对外借款,如果夫妻另一方能够证明其在借条上没有签字亦无借款合意、所借款项未用于夫妻共同生活,并且出借人知道或者应当知道所借款

项并非用于夫妻共同生活的,不应认定为夫妻共同债务。

案号:(2014)盐民终字第02439号

审理法院:江苏省盐城市中级人民法院

来源:《江苏省高级人民法院公报》2015年第1辑(总第37辑)

法信·专家观点

“共债共签”原则

《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。”该规定从夫妻共同债务的形成角度,明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及其他共同意思表示形式(如电话、短信、微信、邮件等)所负的债务,应认定为夫妻共同债务的基本原则。

夫妻虽然存在紧密的身份联系,以及由于共同生活而在法律规定的家庭日常生活范围内享有互相代理的权限,但双方作为独立的民事主体地位,并不因婚姻的缔结而丧失。强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则,可以引导民事商事主体主动规范交易行为,一方面从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生,另一方面是为了有效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,对于保障交易安全和夫妻一方合法权益都具有积极意义。

虽然要求夫妻“共债共签”可能会使交易效率受到一定影响,但在债权债务关系形成时增加一定交易成本和夫妻一方的知情权同意权产生冲突时,因夫妻一方的知情权同意权涉及地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利,应当优先考虑,而增加交易成本需要让位于更高的法律精神和法律原则。

(摘自《完善共同债务认定标准 平衡保护各

方合法权益——最高法出台涉夫妻债务司法解释》，载《人民法院报》2018年1月18日第01版）

法信·法律依据

1. 《中华人民共和国婚姻法》（2001 修正）

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

2. 《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 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 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 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。

3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》

第二十四条 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与

债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

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

第二十四条 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

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

5. 《北京市高级人民法院关于审理民间借贷案件若干问题的会议纪要》

第十四条 夫妻一方超出家庭共同生活需要的范围借款，但所借款项用于家庭共同生活或者夫妻另一方事后追认的，应认定为夫妻共同债务。

6. 《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》

17、夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。

下列债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿：

（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。

（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。

（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。

（4）其他应由个人承担的债务。

二、媒体典型案例

（一）赡养案例

这份判决不一样，收入高的子女反而少承担赡养费……

2018-10-27 南京法院 周阳

https://mp.weixin.qq.com/mp/profile_ext?action=home&__biz=MzA50TIwMDMyNg==&scene=110#wechat_redirect

家有高堂本是一家人的福气
但子女间因赡养义务出现的争执和推诿
着实令人寒心
所谓不患贫而患不均
子女之间的赡养义务应如何分配呢？
通过下面这起案例一起来了解下吧……



案情简介

王某与妻子陶某共有三子一女，大儿子王一和妻子陶某先后去世。1997 年底，王某曾随二儿子王二生活 1 年。2000 年左右，王某独自居住期间，小女儿王四搬去和王某居住。2017 年 10 月，因王四不愿王某再随其生活，王某遂将三子女诉至法院，请求判令三被告每月支付赡养费共计 4750 元。

一件看似很普通的赡养费纠纷案，其中的弯弯绕还真不少，接着看……



王某诉称

其决定今后住养老院，并由三个子女分担必要的费用。

王二辩称

原告将其所有的两套住房均过户给了妹妹王四和弟弟王三，分得家产多的人应当多负担些赡养费。10 多年来，原告只拿其一人的赡养费，其他人都未给付。请求法院综合考虑家产分配等情况，确定每人应负担的赡养费。

王三辩称

其尊重父亲的意见，原告想住养老院，就住养老院。2003 年，原告生病，其支付了 1 万多元的医疗费。请求法院依法判决每人应负担的赡养费，无论多少数额，都愿意接受。

王四辩称

其 1997 年 8 月底搬回父亲家照顾原告，已赡养原告 20 年。因别人误以为其拿了原告的钱，所以不愿同原告居住。现原告主张 4000 多元的赡养费，其收入较低，请求法院考虑实际情况，判其按每月 250 元给付赡养费。



经法院查明,2003年,原告名下的旧房被拆迁,原告分得两套房屋。2005年5月,因赡养纠纷,经玄武法院主持调解,双方曾达成调解协议,约定三子女自2005年5月起每人每月分别支付原告赡养费150元。因王某与女儿王四同住,王四未支付赡养费。王二每月支付赡养费150元。从2012年10月起,王二改按每月250元支付赡养费。王三未按约支付赡养费,但王三2003年为原告支付过1万元的医疗费。

另查明,2003年,原告经营的小饭馆亦被拆迁,获拆迁补偿款78000元,原告将该补偿款给了王一的妻子。2008年,原告以34万元的价格出售了一套房屋,并将该售房款给了王四。2012年7月,原告与王三签订住房买卖合同,但房屋是王某赠与王三的,没有实际支付费用。

再查明,王某每月可领取的生活困难补助费等固定收入1167元,每月常规医疗费支出约为650元。原告如住该家养老院,每月约需花费3550元。王三现靠打工维持生活,但其有房屋出租,每月租金为3400元。王四2018年3月的养老保险待遇标准为2794.1元。王二为退休教师,每月退休工资收入近9000元,但其未继承母亲的遗产份额,亦表示不追究原告侵犯其合法权益的法律责任。

法院判决

南京市玄武区人民法院经审理,判决:一、王四和王三从2018年5月1日起每月支付王某赡养费1500元;二、王二从2018年5月1日起每月支

付王某赡养费500元。一审判决后,双方当事人均未上诉,判决已生效。



法官说法



南京市玄武区人民法院
陈文军

赡养人应当履行对老年人经济上的供养、生活上照料和精神上慰藉的义务,照顾老年人的特殊需要。赡养费可以不按子女人数平均负担,经济条件好的子女可酌情承担较多的赡养费。但如个案中存在放弃继承等情况,法院可根据案情,结合家产分配多寡和个人意愿,酌情确定每个子女应负担的赡养费数额。

本案中,原告王某已丧失劳动能力,其自身养老补贴收入不足以维持正常的生活和医疗需求,原告的大儿子已去世,其他三个子女应负起法定的赡养义务。老年人将财产赠与子女,当老无所依生活陷入贫困时,就存在着生存权与财产权的冲突,实践中有支持老年人撤销赠与的案例。原告为避免伤及亲子感情,不愿提起撤销权之诉,做子女的应多感受父亲的爱心,切实履行赡养义务。

原告若住养老院,存在必要的护理费、医药费以及合理的零花钱支出,考虑原告每月有正常的养

老补贴收入 1100 多元，尚存差额 3500 元，综合原告三个子女的负担能力和家产分配情况，结合个人意愿，法院酌定王四和王三每月各负担赡养费 1500 元，王二每月负担赡养费 500 元。王二退休工资较高，本应多负担些赡养费，但考虑到其分得的家产较少，亦表示放弃相关继承权，故王二要求少负担些赡养费，理由正当，亦符合情理，法院予以采纳。

“树欲静而风不止，子欲养而亲不待”、“百善孝为先”，每个人都应善待父母。王四照顾父亲多年，值得肯定。王三表示愿意接受任何数额的赡养

费判决，其情可嘉。三被告都曾为照顾父亲生活出过力，争议以前谁赡养最多已没有实际意义。父亲老了，最重要的是想办法协力照顾好父亲今后的生活。希望三被告珍惜与父亲相处的时间，并能怀着“婉容”和“愉色”自觉自愿的履行本案判决。法院开导再三，申之以孝悌之义，目的是希望双方能相互理解，父慈子孝，原告能老有所居，老有所乐。

赡养老人是子女的义务和责任！

文章转载自公众号

南京市中级人民法院

（二）抚养纠纷案例

和前妻打完两场官司，他赢了也输了

原创：2018-10-15 人民法院报 安海涛 李松荣

<https://mp.weixin.qq.com/s/uzFRN2TpV3D9via0jEkUVA>

离婚后，阿华与前妻打了两场官司，第一次诉讼为了儿子的抚养权，而第二次诉讼则来得十分意外……

法庭上得知意外真相

阿华与小荷在2004年6月登记结婚。2011年5月，小荷生下儿子乐乐。2015年8月，阿华与小荷登记离婚，离婚协议约定：乐乐由小荷抚养，阿华无需支付抚养费但拥有探视权。

但阿华探视儿子的权利却因小荷的阻挠无法实现。2016年8月，阿华以小荷拒绝其探视儿子为由，向福建省厦门市集美区人民法院提起民事诉讼，请求法院判令变更孩子的抚养权，乐乐由阿华自行抚养。

诉讼过程中，却出现了戏剧性的一幕——小荷称乐乐与前夫阿华并无血缘关系。后法院委托司法鉴定中心鉴定，该中心出具亲权司法鉴定意见书，鉴定结果认定乐乐与阿华确实不存在亲生血缘关系。

之后，法院驳回了阿华主张变更抚养权的诉讼请求。

2017年2月，阿华向集美法院提起诉讼，请求法院判决小荷赔偿其为乐乐支付的抚养费20万元以及精神抚慰金10万元。集美法院一审判决小荷返还阿华为乐乐支付的抚养费5.6万元，赔偿阿华精神抚慰金6万元并承担鉴定费3000元。

一审宣判后，阿华认为赔偿金额过低，上诉至厦门市中级人民法院。

2018年10月9日上午，原、被告在庭审中围绕是否应当赔偿及赔偿金额问题展开激烈辩论。

被告称赔偿没有依据

“鉴定报告显示我与乐乐不存在亲生血缘关系，这事对我犹如晴天霹雳，打击非常大。”陈述时，阿华情绪激动。

“我与小荷结婚后，尤其是小荷怀孕期间和生孩子后，我对她照顾有加。对于乐乐，本人一直视为掌上明珠，给予了无微不至的关怀。现在鉴定乐乐不是我的亲生骨肉，说明小荷在婚后对婚姻、对家庭、对子女的态度和行为都是极端不负责任的。”阿华坚持认为，“我向她主张的抚养费20万元、精神抚慰金10万元赔偿完全合理合法，应该得到法院的支持。”

小荷认为，阿华要求赔偿为乐乐支付的抚养费20万元缺乏依据。退一步讲，即使法院认为阿华遭受了抚养费的损失，抚养费也应以厦门市农村居民人均消费支出为标准，根据这个标准计算得出的实际抚养费共计5.1万元，而不是阿华主张的20万元，并且5.1万元的费用自己与阿华分别承担了一半。

另外，小荷认为阿华诉求的10万元精神抚慰金金额过高。她陈述双方婚后因长期未能生育，感情开始出现裂痕，她由于文化水平不高，才愚昧地想通过与他人生育子女来维持双方的婚姻，其主观过错程度较低。现独自一人抚养乐乐，没有固定收入，承担的经济能力较差。且在乐乐出生后，

其承担起大部分抚养责任,阿华并未付出太多的经济及感情。

法院:被告构成欺诈性抚养

厦门中院经审理认为,根据《中华人民共和国婚姻法》规定,夫妻双方之间互相负有忠实的义务。对于违反忠实义务的,应承担相应的法律责任。本案属于典型的违反夫妻忠实义务案例,受害人在离婚后发现欺诈性抚养,基于欺诈性抚养关系提起赔偿诉讼,应当获得法律支持。

但是,阿华没有证据证明其每月实际为乐乐支付了5000元的抚养费,对其主张的该标准难以支持。上述期间内阿华、小荷和乐乐的户籍地均为集美区,抚养费应以厦门市城镇居民人均消费支出为标准计算,金额计算为11.2万元。该期间内乐乐由双方共同抚养,故抚养费应各承担一半,金额为5.6万元。

法院认为,阿华在不知情的情况下抚养孩子近5年,且此前为了能与孩子见面,起诉至法院要求变更抚养权,对孩子的在意及关爱由此可见一斑。小荷与他人生子并从2011年欺瞒直至2016年,在双方之前的婚姻关系中明显属于过错方,阿华不可避免地精神上遭受了严重伤害,小荷应对阿华进行精神损害赔偿。故结合厦门市平均生活水平、小荷的过错程度和承担责任的**能力,酌定精神损害抚慰金为6万元。

据此,法院维持了一审原判。

连线法官

欺诈性抚养损失该如何认定

本案承办法官余巍解释,所谓欺诈性抚养,是指在婚姻关系存续期间乃至离婚以后,妻子一方明知其在婚姻关系存续期间所生子女为非婚生子女,而采取欺诈手段,称其为婚生子女,使丈夫一方承担对该子女的抚养义务。

对欺诈性抚养过错方,法律规定应承担最直接的返还项目就是受害人已经支付的抚养费。因受害人与该子女没有血缘关系或收养关系,故没有法定抚养的义务,已经支付的抚养费理应予以返还。抚养费的金额,有证据的依证据确定,没有证据的可按照法律关于侵权责任中被抚养人生活费的计算标准进行确定。除此之外,欺诈性抚养可能对受害人造成严重的精神损害,造成严重精神损害的,侵害人依法应承担精神损害抚慰金。

法官呼吁,夫妻双方要切实履行忠诚义务,树立正确的价值观和婚姻家庭观,从法律和道德层面规范自身行为,互敬互爱,忠实担当,涵养良好家风,弘扬传统美德,以家庭和谐促进社会和谐。

原标题:7岁儿子非亲生 状告前妻获赔偿

记者:安海涛

通讯员:李松荣

来源:人民法院报

编辑:冼小堤 辛九慧

（三）亲子关系案例

鉴定发现非亲生，还钱！

2018-10-08 网易 来源：上海法治报 记者夏天

<http://3g.163.com/dy/article/DTJB9BDM0530VUI2.html>

本报讯 何先生与前妻王女士离婚6年来，一直按每月4000元标准支付女儿的生活费，还时常超额支付。但近期一纸亲子鉴定结果，却让何先生将前妻告上了法庭：女儿竟然不是自己亲生的。何先生诉请前妻王女士赔偿自己多年来支付的抚养费、精神损害抚慰金共计88万余元。近日，杨浦区人民法院开庭审理本案，判决王女士赔偿何先生抚养费、精神损害抚慰金共计30万余元。

何先生与王女士于2010年2月4日登记结婚，2011年12月25日生育女儿小荷。2012年10月24日，何先生与王女士协议离婚，小荷随王女士共同生活。离婚协议书中约定，何先生每月支付小荷抚养费4000元。

何先生说，因王女士称每月4000元抚养费不够孩子开销，因此只要前妻要求，他就会向她支付相应费用。2012年11月至2018年3月期间，何先生将自己名下银行卡交给王女士，由王女士自行取款，另通过何先生名下工商银行账户、支付宝、微信等，向王女士支付了抚养费金额共计78万余元。

2018年2月6日，经亲子鉴定，排除了何先生是小荷的生物学父亲。

何先生认为，所有款项支付的前提，均为小荷是自己亲生女的前提下。现他要求王女士赔偿在婚姻关系存续期间，对小荷的抚养费50000元；返还2012年11月至2018年3月支付的小荷抚养费78万余元并赔偿精神损害抚慰金50000元。

王女士则表示自己与何先生婚姻关系存续期间，小荷的抚养费认可按每月4000元计算。但离婚后何先生与自己继续以夫妻名义共同生活，何先

生转账的钱款，是用于生活开销，如旅游、人情往来等。且何先生离婚时，已经知道小荷并非他亲生，因此精神损害抚慰金的诉请，已经超过了诉讼时效。

法院经审理查明，离婚后，何先生银行、支付宝及微信陆续向王女士打款，每月金额及笔数不等，其中部分支付宝转账记录备注栏显示“情人节快乐！”、“生日附加礼”、“美颜芦荟胶”、“马尔代夫旅游基金(第二笔)”等字样。

法院认为，王女士在婚姻关系存续期间，与他人生育女儿小荷，她的行为严重违反夫妻之间应当相互忠实、相互尊重的义务，给何先生造成精神上的痛苦。王女士虽称离婚时何先生已经得知小荷并非亲生，但未就此提供证据，法院对这一主张不予采信。

现何先生要求王女士赔偿精神损害抚慰金的诉讼请求，符合法律的基本精神，法院予以支持。另因鉴定意见排除了何先生与小荷之间的亲子关系，何先生对小荷抚养义务自始不存在，何先生要求王女士就其婚姻关系存续期间对小荷的付出予以经济赔偿的请求，法院予以支持。

然而何先生、王女士在离婚后经济往来频繁，何先生向王女士支付的钱款超过约定的抚养费金额，且多笔零星支付，与抚养费的常规支付方式不同，备注栏内容亦显示与抚养费无关。何先生认为所有钱款均是基于小荷是何先生亲生子女而支付，但他与王女士之间的经济关系，与子女抚育关系属两种法律关系，无必然因果关系的联结，何先生主张支付的钱款全部是用于小荷的抚养费，法院不予采信。

【浙江案例】一方擅自更改孩子姓名确属不当，但法院不支持恢复原姓名

2018-10-01 丽姐说法

<https://mp.weixin.qq.com/s/fkkYnvh0qu3GKiJzF5EtGw>

原告诉称：原、被告于2011年2月12日生育一女，原名赵某逸。2011年7月13日，原、被告补办结婚登记手续，女儿上幼儿园时双方一致同意将女儿改名为赵某羽。2015年3月4日，原、被告因感情不和协议离婚，并办理离婚登记手续。双方在离婚协议中约定“婚生女儿赵某羽监护权归原告，在女儿10周岁前与被告共同生活，10周岁后与原告共同生活”。双方离婚后，被告以各种借口和手段阻止原告探望女儿。2015年12月25日，原告向法院起诉要求依法享有探望女儿赵某羽的权利。2016年3月18日，法院依法作出民事判决支持了原告的诉求。法院判决后被告仍然阻止原告探望女儿，现原告不清楚女儿赵某羽就读学校、居住何地等基本情况。经原告多方了解得知，婚生女儿的姓名由被告单方擅自改姓名为王一羽，故原告诉至法院请求判令被告恢复原、被告婚生女赵某羽的姓名。

被告辩称：本案案由为姓名权纠纷，是公民的人格权，原告的姓名权并未遭受侵害，故原告的诉讼主体不适格。被告将女儿的名字更改为被告的姓，并未更改成他人姓，符合法律规定。被告更改女儿的姓名是因为原告拒绝申报女儿户口，但是女儿读书需要户口，故而被告更改了女儿的姓名。被告同意女儿十岁后随原告生活后更改女儿姓名。

本院认为：自然人享有姓名权，自然人行使姓名权属于民事活动，应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。子女可以随父姓，可以随母姓。在中华传统文化中，姓名中的“姓”，即姓氏，体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统，公民选取姓氏涉及公序良俗。公民原则上随父姓或者母姓符合中华传统文化和伦理观念，符合绝大多数公民的意愿

和实际做法。对于无行为能力子女的姓名权，由其法定监护人协商决定。子女出生后，父母经协商共同给子女确定姓名，一旦确定，任何一方不能未经对方同意就擅自更改。虽然婚姻法规定子女可以随父姓，可以随母姓，但是用的是子女未确定姓氏之前的选择权，一旦夫妻经协商确定了子女的姓氏，离婚后直接抚养子女的一方擅自将子女姓氏变更为随自己的姓，违反了平等协商原则，也侵害了对方对子女的监护权和随其姓的权利。本案中原、被告的婚生女儿的出生医学证明上记载的孩子姓名为“赵某逸”，后原、被告协商一致将女儿姓名改为“赵某羽”，虽然原、被告未将“赵某羽”作为女儿姓名向户籍管理部门登记备案，但系父母双方协商共同确定的姓名。现被告王某霞未经原告赵某同意擅自将女儿姓名改为“王某羽”，确实侵害了原告赵某的监护权和随其姓的权利，该行为确属不当，但鉴于婚生女儿以“王某羽”为姓名进行户籍登记已达一年之久，并已使用该姓名就读小学，日常生活及学习均以“王某羽”为姓名使用，再变更姓名并不利于其生活和学习。原告赵某要求恢复女儿原姓名“赵某羽”，其出发点并非为了保护子女利益，故对其诉讼请求，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国民法总则》第一百一十条，《中华人民共和国婚姻法》第二十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

驳回原告赵某的诉讼请求。

余姚市人民法院
民事判决书

(2018)浙0281民初531号

丽姐说法

本案确认王某霞未经原告赵某同意擅自将女儿姓名改为“王某羽”，确实侵害了原告赵某的监护权和随其姓的权利，该行为确属不当，但从有利于未成年人角度驳回了原告赵某要求恢复女儿原姓名“赵某羽”的诉讼请求。本案中，丽姐还看到

双方离婚协议书约定的孩子抚养权为：“10岁前跟随被告生活，10岁后跟随原告生活。”被告同意女儿十岁后随原告生活后更改女儿姓名。如果孩子10岁后不愿意跟随原告生活怎么办？如果孩子愿意跟随原告生活，原告再擅自更改孩子姓名怎么办？希望丽姐以后不会再检索到有他们名字的判决书。

上海金山法院首例撤销亲生母亲对孩子的监护权

2018-10-19 浦江天平 唐若愚

<https://mp.weixin.qq.com/s/1Tjxko6NTVdk1XqAjlSGQQ>

“世上只有妈妈好，有妈的孩子像个宝，投进妈妈的怀抱，幸福享不了……”。孩子的成长离不开妈妈的陪伴，对于大多数家庭而言，妈妈是“超人”，是孩子们的守护神。

不过家住金山的小馨馨却没有享受到这样美好的时光，谁会是她的“超人”呢？近日，上海市金山区人民法院审结了金山区首例撤销亲生母亲监护权的案件。小馨馨的抚养问题究竟会以怎样的方式解决呢？

馨馨有爷爷奶奶，却没了爸爸和妈妈

小馨馨原本也有一个幸福美满的家庭，有爱她的爸爸和妈妈，不过好景不长，小馨馨的爸爸妈妈李先生与王女士因感情破裂于2010年在民政局协议离婚。离婚协议约定：小馨馨随爸爸李先生共同生活，妈妈王女士每月支付抚养费300元。

爸爸妈妈离婚后，爷爷奶奶实际承担起了小馨馨主要的抚养责任，而妈妈王女士自离婚后长期对她关心甚少，甚至从2013年开始连基本的300元抚养费也不再支付。更不幸的是，小馨馨的爸爸李先生于2018年因病医治无效去世。

这天，爷爷生气了……

办理完儿子的丧事，小馨馨爷爷奶奶考虑到孩子的监护人应当是她的父母，小馨馨的父亲已经去世，那么王女士作为母亲，是孩子目前唯一的监护人。于是老两口电话联系王女士，要求其主动承担起母亲的义务，将孩子接回身边抚养。谁知遭到了王女士各种理由的拒绝，双方在居委会的协调下进行了调解，同样无果。

小馨馨爷爷在此情况下，一纸诉状递至法院，请求法院撤销王女士作为小馨馨母亲的监护人资格，并指定自己作为孩子的监护人。

调解不成，馨馨的未来在哪里？

为了最大程度地保护未成年人合法权益，法官首先与王女士取得联系，希望她能够将孩子接回身边抚养或者向孩子每月支付1000元至2000元的抚养费。王女士表示自己已经重组家庭并又生育一个孩子，居住环境有限，没有能力将小馨馨接回身边抚养，自己经济能力有限，每月最多支付500元生活费给孩子，爷爷不能接受王女士提出的调解方案。法官再次与孩子爷爷进行沟通，希望爷爷能够从有利于小馨馨成长的角度考虑，不申请撤销王女士作为母亲的监护人资格，而是和王女士共同作为孩子的监护人，爷爷同样拒绝了该方案，坚决不同意共同监护。

王女士主动放弃监护权，爷爷胜诉

鉴于庭前调解未果，法院开庭审理了本案。谁也没有料到，庭审过程中，王女士却当庭同意孩子爷爷的全部诉请，主动要求放弃自己作为小馨馨监护人的一切权利和义务。王女士还向法院出具了自己的父母，也就是孩子外公外婆的书面声明，他们也同意小馨馨的爷爷作为孩子的监护人。

鉴于王女士主观上不愿意承担监护义务，客观条件也无法承担监护责任，由王女士继续担任小馨馨的监护人将不利于孩子今后的健康成长。法院在综合考虑后，支持了爷爷的诉请，判决撤销王女士的监护人资格，并指定爷爷担任小馨馨的监护人。

法官提醒

实际上撤销亲身父母的监护人资格，一定是最后的并且是不得已而为之的办法。最新实施的《民法总则》对未成年人权益作出了更大的保护，其中第三十六条规定了有以下三种情形的，人民法院有权撤销监护人资格：实施严重损害被监护人身心健康行为的；怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他

人，导致被监护人处于危困状态的；实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。

本案中，王女士在离婚后对小馨馨关心很少，不支付抚养费，在前夫去世后拒绝将孩子接回身边抚养，并且在法庭上当庭同意放弃自己作为监护人一切权利义务，不管是其主观表态还是客观行为都符合上述情形，故法院撤销王女士作为亲生母亲的监护人资格于法有据。

当然根据《民法总则》第三十八条，监护人资格被法院撤销后，除故意犯罪的，确有悔改表现的，人民法院经申请后在尊重被监护人意愿的前提下，还是可以视情况恢复监护人资格的。

爷爷奶奶的监护虽然暂时解决了小馨馨的抚养问题，但父母的言传身教终归是孩子最好的老师，爷爷奶奶的关心照顾也始终替代不了爸爸妈妈的爱。我们衷心地希望这样的案件不要再发生，所有的孩子都能健康快乐地长大。

来源 | 上海市金山区人民法院 唐若愚
责任编辑 | 邱悦

全国罕见案例！武汉一位母亲申请撤销孩子父亲监护权！

2018-06-03 青春武汉

https://mp.weixin.qq.com/s/4s47x20Z2NNCMBJa_copDg

导读

孩子的母亲要求撤销父亲的监护权，这样的事情你听说过吗？对于这样的案件法院又该如何判决呢？来看看湖北首例由检察机关支持其他监护人申请撤销监护权的案件！

01 案件回顾

2017年8月：武汉市黄陂区公安分局接到一起刑事报案，黄陂区外来务工者彭某某在长达一年

多的时间里，在妻子偶尔外出务工期间，在租的房子里多次对年仅11岁的女儿小红实施强奸。

2017年9月：黄陂区人民检察院以涉嫌强奸罪批准逮捕彭某某。

2017年11月：黄陂区公安分局将该案移送审查起诉。

2018年4月23日：黄陂区人民法院当庭判决，判处彭某某有期徒刑十五年。

2018年5月初：小红母亲向黄陂区人民检察院递交了支持其撤销彭某某监护权的申请。检察官

在审查后决定支持起诉。

2018年5月17日：黄陂区人民法院开庭审理了该起由检察机关支持其他监护人申请撤销监护权的案件，并当庭宣判：撤销彭某某对孩子的监护权，指定小红母亲为孩子的监护人。

目前：小红母亲已向武汉市黄陂区人民检察院提交了申请书和家庭困难证明。小红母亲带女儿回到了老家，为女儿找了新学校，自己在学校附近找了工作。

02 湖北首例，检察机关备受挑战

作为湖北省首例由检察机关支持其他监护人申请撤销监护权的案件，它标志着检察机关对未成年人的保护由刑事领域拓展到民事领域，是对未成年人权益保护的又一尝试。

01 引导侦查

从未接受过任何性知识教育的小红，在数次受侵害后并未告知母亲，直到被母亲发现身体的异样。小红母亲曾质问彭某某，但他矢口否认。在没拿到切实证据的情况下，小红母亲顾及家庭未采取行动，直到2017年8月，她才向黄陂区公安机关报案。

接到报案后，黄陂区公安分局考虑到案件的特殊性，联系了专注于未成年人检察工作的黄陂区人民检察院“惠心·骄阳”工作室，在彭某某拒不认罪的前提下，工作室检察官进行了引导侦查。

02 量刑建议

在犯罪事实清楚，证据确实、充分的前提下，黄陂区人民检察院依照刑法第236条第三款规定，对彭某某以强奸罪情节恶劣提起公诉，建议从重处罚。

黄陂区人民法院采纳量刑建议，对被告人彭某某强奸案进行了审理。

03 支持撤销监护权申请

2017年5月初，小红母亲以家庭经济困难、没钱请律师、不懂法律为由，向黄陂区人民检察院

递交了支持其撤销彭某某监护权的申请。检察官在审查后决定支持起诉。

可作为湖北省检察机关首例支持由其他监护人起诉撤销监护权案，黄陂区人民检察院如何在支持起诉中发挥作用，无疑是个挑战。

民法总则规定，监护权是监护人对被监护人的 人身、财产和其他权益进行监督和保护的权利。一般而言，未成年人的父母是未成年人的监护人。

然而“撤销监护权”的相关法律规定，在国内一度有着“僵尸条款”之称。

早在1986年出台的“民法通则”，以及2006年修订的“未成年人保护法”里，均载有撤销监护权的相关规定。

公开资料显示，直至2014年6月，福建省仙游县榜头镇梧店村才出现了全国撤销父母监护权第一案，由当地村民委员会提出申请。

2015年1月1日起，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》实施。其中规定，监护人有性侵害、遗弃、虐待未成年人等七种情形之一，民政部门等可以申请撤销其监护人资格，人民法院审查属实，可以判决撤销，并指定其他监护人。

承办此案的检察官朱惠颖介绍：

以往检察机关对未成年人的保护大都集中在刑事领域，这起由其他监护人起诉撤销另一监护人监护资格的民事案件，在湖北省是首例。

撤销监护权，以往都是由居委会或者民政部门起诉的，该案是由其他监护人起诉，全国而言，这种情况下可参考的经验很少。

朱惠颖介绍，承办检察官此后多次与黄陂区人民法院，就民事立案及检察院支持起诉的程序性问题进行了沟通。

由于检察机关起诉需要的《民事支持起诉意见书》在省内没有先例可循，案件进入诉讼程序后，黄陂区人民检察院查阅了多部法律条文。

朱慧颖：湖北省人民检察院帮我们了解到福建和上海，办理过由生母、民政部起诉的类似案件，咨询了做法，鼓励我们先行先试，在探索中形成经验，给了我们很大的信心。

“武汉市人民检察院还就《民事支持起诉意见书》给出了具体建议，包括支持事项、事实及理由、法律依据几大板块。”朱慧颖说道。

根据案情，黄陂区人民检察院援引了“民法总则”第二章第三十六条、民法通则第二章第十六条和第十八条、未成年人保护法第五十三条、《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第三十五条、《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第三十三条作为法律依据，形成了《民事支持起诉意见书》，支持小红母亲的申请诉求，顺利在黄陂区人民法院立案。

04 帮助申请司法救助

朱慧颖说，小红母亲在起诉前就表示，因为家庭经济困难，想等案件一宣判就带孩子返回老家，打工维持家庭生计。

“彭某某被判刑后，家里就靠小红母亲一人打零工维持，还要抚养两个孩子上学，家庭经济特别困难。”办案过程中，朱慧颖将这一线索转给了检察院控申部门。“控申部门审核后认为她们符合司法救助条件，及时联系她们提供申请材料。”

经承办检察官与该院控申部门对接，将根据小红家庭困难情况，申请实施司法救助。

朱慧颖：她母亲只有小学文化，对很多申请要求也不了解，准备的申请材料有很多错别字。她提交的材料，我都会在微信上帮她把关。

目前，小红母亲已向武汉市黄陂区人民检察院提交了申请书和家庭困难证明。小红母亲带女儿回到了老家，为女儿找了新学校，自己在学校附近找了工作。

作为一手经办此案的检察官，朱慧颖表示，此案从刑事案件到民事案件，在探索中极大地拓展了未成年人保护的范围。

03 检察机关如何加强未成年人保护

如何加强对未成年人的保护，这名未检检察官以她开通的“惠心·骄阳”直播间为例，“可将动漫、小视频等用在直播节目中，让检察官成为‘主播’‘网红’分享法律知识，和屏幕前的未成年人进行实时互动，针对家长做好亲职教育。”

北京青少年法律援助与研究中心研究员张雪梅评价，这个案件的探索对完善民事诉讼法规定的支持起诉制度和检察机关法律监督职能意义重大。

张雪梅：该案和2017年北京首例检察机关支持民政局申请撤销监护权的案件，都是检察机关对涉及未成年人民事保护工作和对涉及未成年人民事行政工作实施检察监督的有益探索。

她表示，2017年最高人民检察院工作报告提出检察机关将大力加强检察监督，其中重点之一就是强化未成年人检察监督，强化未成年人司法保护。

张雪梅谈到，该案中检察机关作出支持起诉决定，就是落实相关法律和措施的具体体现，实践中各地检察机关对于支持起诉，仅存在于个案的探索，尚未形成具体可操作的制度。该案中，检察机关建议并支持起诉，对支持起诉制度进行了有益尝试和探索，为今后检察系统办理支持起诉案件提供了可参考的模式。

**《武汉市未成年人保护条例》
2018年2月1日起正式施行
保护未成年人健康成长
关乎国家未来、民族希望
我们共同努力！**

本文来源：中国青年报

（四）财产分割案例

离婚后为了要回微信红包，佛山一男子不惜与前妻对簿公堂！

2018-10-22 佛山中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/U8DWHlwHna5styUuzBABsg>

恋爱期间发红包转账
表示关爱，是再正常不过的事了



（图来自网络）

然而在佛山
一男子离婚后却为了要回微信红包
和自己的前妻闹上法庭
事情是不是真的这么简单？



2016年3月期间，阿明、小红经人介绍相识恋爱，而后小红失业，并怀了身孕。

小红在2016年3月至2017年2月期间以没收入、保胎、建房为由，多次向阿明要钱。阿明还为小红支付电话费、微信红包。其中微信红包为100元到5.2元不等。

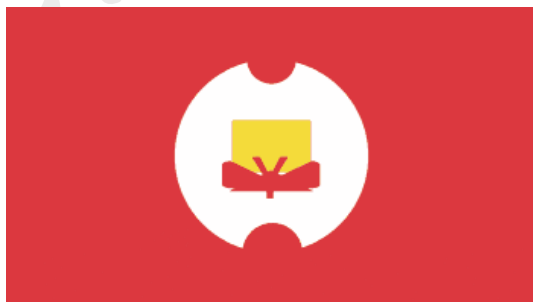


（图来自网络）

2017年1月21日，小红生产一名女婴，生产时的住院费由阿明交纳。产女后不久，两人自愿到民政部门登记结婚。

2017年6月，阿明发现小红一直隐瞒事实与自己交往，在两人交往中所生女儿的亲生父亲并非阿明，而是小红的前夫。于是，阿明向法院提起离婚诉讼。

离婚后的阿明在同年10月，以民间借贷纠纷为由将小红告上法庭，要求小红归还恋爱期间给的微信红包、手机充值的话费及为生产的医疗费。



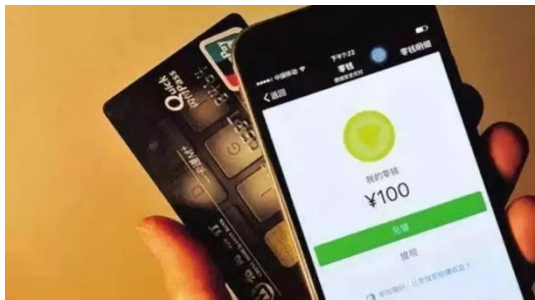
（图来自网络）

小红辩称，两人之间的民间借贷关系是不成立的。她认为在2016年3月至2017年2月恋爱期间，阿明给自己生活费以及承担产检支出的费用合情合理，因此该款项并非借贷。

一审： 驳回阿明的诉讼请求

一审法院经审理后认为，该案中，阿明为了证明小红向其借款，提供了微信红包的截图资料和阿明刷卡消费的银行对账单记录。从证据分析，微信

红包数额上最大100元，最小5.2元，且在2016年3月至2017年2月期间，两人是恋爱关系。双方恋爱期间，阿明向小红支付微信红包，仅能证明阿明曾经向小红支付相应的款项，不能证明两人之间存在借贷关系，而这只能算是给小红的消费性馈赠。



(图来自网络)

阿明在小红生育女儿时垫付了医药费，阿明支付医疗费时并不知道该婴儿不是自己的亲生女儿，在这种情况下阿明支付医疗费是作为父亲的应有责任，现阿明却认为是借款，这不符合民间借贷的构成要件。

阿明所举证据不能证明两人之间存在借贷关系，因此，阿明要求小红归还借款证据不足。

综上，法院判决驳回阿明的诉讼请求。



二审： 驳回上诉，维持原判

阿明不服一审判决，遂上诉至佛山中院。

阿明上诉称，在2016年3月至2017年2月期间，小红故意虚构事实，隐瞒其与前夫的关系，博取自己的同情并交往。双方在生活上建立了不正当的恋爱关系。小红每次用于消费的费用均是向自己所借，且有微信转账记录、存款明细、信用卡账单

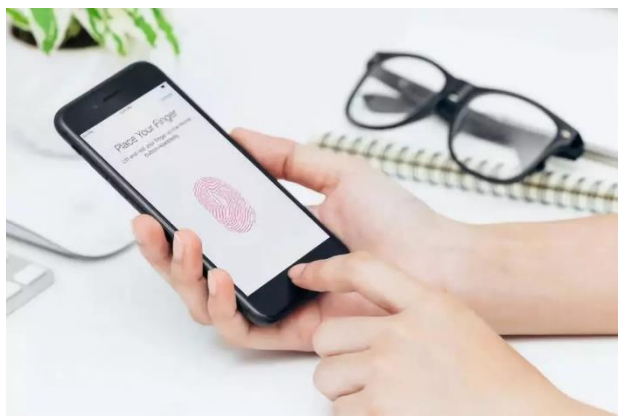
可以证明。小红与自己微信聊天记录中，曾多次确认并承诺将其所借款项返还自己。并且自己还有借款以现金方式交付小红。



佛山中院经审理后认为，阿明以小红在2016年3月至2017年2月期间多次向阿明借款未还为由，起诉要求小红偿还借款，故该案系属于为民间借贷纠纷。

民间借贷是自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为，民间借贷的双方当事人应当有借贷的合意。

该案中，阿明未能提供借据、收据、欠条等债权凭证，其提供的微信转账记录、存款明细、信用卡账单也没有载明款项用途为借款，不足以证明双方存在民间借贷关系。



(图来自网络)

阿明提供的微信聊天记录没有明确显示双方

存在民间借贷关系，且其内容也未提及案涉款项。并且阿明支付案涉款项当时其与小红处于恋爱期间，具有较其他一般经济往来主体更为特殊和亲密的人身关联。

结合小红产女后不久，阿明与小红自愿登记结婚的事实，阿明向小红支付的小额微信红包或是阿明代小红支付住院产女的医疗费，不符合以资金融通为目的的借款特征。

此外，阿明主张还有借款以现金方式交付小红，但阿明并没有提供证据证明。因此，阿明上诉主张其与小红之间存在的民间借贷关系，证据不足，法院不采信。

据此，佛山中院终审判决驳回上诉，维持原判。

编辑 | 佛山中院微信编辑小组

浙高院案例：婚后父母为夫妻双方购房的出资，是赠与还是借款？

2018-10-25 小军家事

<https://mp.weixin.qq.com/s/7yd38XP65DqnV4Tek6jG5g>

编者说：

蒋某明、蒋某冕系母子，蒋某冕、袁某慧系夫妻。蒋某冕、袁某慧于2012年11月份登记结婚，二人婚后资金缺乏，为购买及装修杭州滨江的某一套住房，蒋某冕母亲蒋某明多次向蒋某冕、袁某慧的银行账户汇款。后蒋某明认为其为蒋某冕、袁某慧夫妻购房的出资是借款，诉至法院要求二人偿还。而袁某慧主张该出资应认定为父母对于夫妻双方的赠与。本案一审、二审及再审的争议焦点均为涉案款项应被认定为借款还是赠与？具体内容推送如下：



【浙江省高级人民法院案例】

蒋某明与蒋某冕、袁某慧民间借贷纠纷

■ 裁判要旨

《最高人民法院关于适用若干问题的解释（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”。该条款适用的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。在父母出资之时未有明确表示出资系赠与的情况下，基于父母应负养育义务的时限，应予以认定该出资款为对儿女的临时性资金出借，目的在于帮助儿女渡过经济困窘期，儿女理应负担偿还义务。

■ 案号

一审：诸暨市人民法院（2016）浙0681民初3666号
二审：绍兴市中级人民法院（2016）浙06民终2248号
再审：浙江省高级人民法院（2017）浙民申361号

■ 案情

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：袁某慧
被申请人（一审原告、二审被上诉人）：蒋某明

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：蒋某冕

蒋某明、蒋某冕系母子。蒋某冕、袁某慧系夫妻，二人于2012年11月份登记结婚。蒋某明起诉至法院称：蒋某冕、袁某慧因购买并装修坐落于杭州市滨江区浦沿街道观邸国际寓所3幢3单元3203室的房屋多次向蒋某明借款共计人民币1372000元。后蒋某冕、袁某慧未归还借款。原某慧辩称蒋某明所支付的款项是用于蒋某冕、袁某慧夫妻二人购置不动产，其主张该行为系父母对子女的赠与行为。

■ 审判

一审法院认为：本案的争议焦点是蒋某明为蒋某冕、袁某慧出资的行为在法律性质上是借贷还是赠与。首先，该院认为，虽然婚姻法司法解释规定，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。但前提是对父母出资为子女购买房屋的行为，首先应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，才可能涉及到上述出资行为性质认定为赠与的问题。本案蒋某明与蒋某冕母子对蒋某明的出资行为均认为是民间借贷关系，为此蒋某明提供了证据1、3所涉借条（借据）及相应借款交付凭证，蒋某冕对上述借条及交付凭证均予以认可，因此，本案借贷关系的事实清楚，证据确实充分。袁某慧认为本案购房、装修款实际为父母对子女的赠与行为，借条均系事后出具，并提出对借条（借据）的形成时间进行司法鉴定的申请。根据浙江省高级人民法院浙高法鉴【2011】5号《关于文件形成时间鉴定的意见》的相关规定，文件形成时间目前尚无国家或行业内认可统一的检验、鉴定方法，据此袁某慧提出的鉴定申请，不具备司法鉴定的条件，该院不予准许。退一步讲，即使借条（借据）系事后出具，如上所述，证据1、3所涉借条（借据）亦是蒋某明与蒋某冕的真实意思表示，袁某慧认为本案蒋某明的出资行为实际为父母对子女的

赠与行为，对此其未能提交足够的反驳证据予以佐证，该院对该主张不予采信。综上，蒋某冕、袁某慧向蒋某明借款1372000元，事实清楚，证据充分。

二审法院认为：本案二审主要争议焦点为案涉汇款凭证项下款项性质为赠与款还是借贷款；若为借贷款，是否属于袁某慧与蒋某冕的夫妻共同债务。蒋某明以款项交付事实以及案涉借条为据认为汇付款项系袁某慧与蒋某冕向其所借的夫妻共同债务；袁某慧则认为案涉借条不真，系蒋某明与蒋某冕母子两人串通，意在日后袁某慧、蒋某冕离婚成实时使袁某慧分不到财产而为之的虚假诉讼行为，蒋某明汇付款项应为赠与。对此，本院评析如下：

《最高人民法院关于适用若干问题的解释（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”。应理解该条款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能够被认定为赠与性质。反言之，父母出资款并非必然就应定性为赠与性质。本院认为，敬老慈幼，是为人伦之本，亦为法律所倡导。慈幼之于父母，依法而言即为养育义务之负担。儿女一甫成年，当应自立生活，父母续以关心关爱，儿女受之亦应念之，但此时并非父母所应负担之法律义务。现如今受高房价影响，儿女刚参加工作又面临成家压力，经济条件有限情况下父母出资购房虽为常事，但儿女万不能以为父母出资乃天经地义，须知父母养育儿女成人已为不易，儿女成年之后尚要求父母继续无条件付出实为严苛，亦为法律所不能支持。因此，在父母出资之时未有明确表示出资系赠与的情况下，基于父母应负养育义务的时限，应予认定该出资款为对儿女的临时性资金出借，目的在于帮助儿女渡过经济困窘期，儿女理应负担偿还义务，如此方能保障父母自身权益，并避免儿女成家而反使父母陷于经济困窘之境地，此亦为敬老之应有道义。至于事后父母是否要求儿女偿还，乃

父母行使自己债权或放弃自己债权的范畴,与债权本身的客观存在无涉。

就本案而言,袁某慧在一审时对蒋某明举证2012年9月20日30000元款项系用于购房所需并未提出异议,二审时始提出该款发生于婚前,且为受赠用于购买结婚准备的衣物,前后陈述存在不一致,结合该款临近袁某慧与蒋某冕的结婚时间,依照日常生活情理,本院认定该款与其余汇付的款项总计1363000元均系用于购房包括装修,对袁某慧的该节上诉观点,本院不予采纳。

袁某慧在二审时明确蒋某明汇付款项系赠与所依据的证据为一审提交的录音资料,本院经审查认为该录音的场景为案外人家中,录音中蒋某明与案外人对话时讲“债也没有”依常情应认定为内外有别,蒋某明二审解释指的是“外债”具有生活意义上的合理性,且该录音也没有蒋某明将出资款赠与给儿子、媳妇的明确意思表示,故袁某慧以此为凭所述的赠与观点不能成立,在没有其他证据可以证明蒋某明赠与意思表示存在的情况下,依前述评析,案涉1363000元汇付款应认定为借款,且基于款项用途以及所购房屋登记于袁某慧、蒋某冕两人名下的客观事实,应予认定该借款系袁某慧、蒋某冕的夫妻共同债务,对该债务袁某慧、蒋某冕依法应予偿还,一审对此的定性并无不当。

至于案涉借条的问题。本院认为借条作为借贷关系存在与发生的凭据,在借贷纠纷案件中具有高度证明力。但就本案而言,基于当事人之间的身份关系、由身份关系而生的前述法律义务存续时限以及对赠与行为举证责任的分配,本案已足以在认定事实的情况下作出实体裁判,故案涉借条对于本案

的处理并没有决定性的证明作用,且依照现有检验、鉴定方法,借条形成时间尚不具备司法鉴定条件,因此,对袁某慧就案涉借条本身所提出的鉴定可行性以及延伸而论的蒋某明、蒋某冕母子两人串通虚假诉讼和一审程序不当等上诉观点,本院均不予采纳。袁某慧二审时还提出测谎要求,亦因缺乏法律依据,本院不予准许。

再审法院认为:本案的争议问题在于:案涉汇款凭证项下款项的性质如何认定。对此,分析如下:

关于案涉汇款凭证项下款项性质为赠与款还是借款的问题。袁某慧主张案涉汇款凭证项下款项系蒋某明赠与夫妻双方,案涉借条均是伪造。对此,虽然婚姻法解释二规定,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。本案蒋某明提供了所涉借条及相应的借款交付凭证,蒋某冕对借条及交付凭证均予以认可。且依据现有检验、鉴定方法,借条形成时间尚不具备司法鉴定条件,故对袁某慧就案涉借条所提出的鉴定可行性以及蒋某明、蒋某冕母子伪造借条的主张难以支持。此外,袁某慧一审中提供了录音资料,证明蒋某明与案外人对话时讲“两夫妻债也没有”,但蒋某明解释指的是“外债”具有生活意义上的合理性,且该录音中蒋某明并未有将出资款赠与给蒋某冕、袁某慧的明确意思表示。因此,原审法院认定本案借贷关系成立有相应依据。

（五）赠与案例

关注 | 丈夫送代孕女千万元费用，妻子向法院起诉全额索回，一审结果在这！

原创：2018-10-12 天心区人民法院 天法小新

<https://mp.weixin.qq.com/s/knvhgpEcY31qk7x-2IEng>

根据我国法律规定，夫妻双方对共同财产不分份额的共同享有所有权，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。

彭世民（男，化名）与陈小珍（女，化名）于八十年代年登记结婚，婚后育有一女，感情和睦。

彭世民家大业大，因受传统风俗的影响，一直想生个儿子。

陈小珍通过银行转账，多次向曾美丽汇款合计1100万元。



资料图片

2016年，彭世民还向曾美丽出具《条据》载明：我愿意将以前所给予或借支给曾美丽的1000万元，作为我儿子的抚养费、教育费（0-18周岁），儿子由曾美丽抚养，永不反悔。如果我老婆提出异议，该笔钱即为夫妻共同财产的个人财产，系我个人自愿。



资料图片

2012年，彭世民经人介绍认识了年轻女性曾美丽（化名）。经过交谈得知，彭世民有生子之想，而曾美丽也有配合之愿。

后经协商，彭、曾两人就代孕生子一事达成了口头协议。

过后不久，两人共同在国外准备做试管婴儿手术，由彭世民提供精子，再选取国外卵子库中的优质卵子合成受精卵植入曾美丽腹中。经过多次试验，曾美丽成功受孕，数月后在长沙生下了一对双胞胎。

从双方达成代孕协议起，彭世民瞒着合法妻子



资料图片

2016年，陈小珍向法院起诉并请求：确认被告彭世民支付给曾美丽1100万元的处分行为无效；判令被告曾美丽返还财产1100万元。

经审理，法院认为：

1. 我国《人类辅助生殖技术管理办法》明确禁止医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。被告彭世民与原告陈小珍已育有婚生女，仅因想生育儿子，通过试管婴儿技术合成受精卵，由被告曾美丽进行生育的行为有违道德和伦理，被告彭世民基于前述生育行为给付被告曾美丽巨额款项违背了公序良俗原则。

2. 在夫妻关系存续期间，夫妻共有财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权和平等的处理权。被告彭世民在未与原告陈小珍协商、取得一致意见的情况下，擅自向被告曾美丽转账，并向被告曾美丽出具《条据》，声明其给付被告曾美丽的涉案款项系其在夫妻共同财产中的个人所有部分，于法无据，其行为严重损害了原告陈小珍的财产权益。

3. 被告曾美丽辩称涉案款项用于购买的不动产系替两个小孩保管，但因相关财产并未登记在小孩名下而是登记在其自己名下，其辩称理由不成立。被告曾美丽辩称部分涉案款项系被告彭世民支付的小孩抚养费、教育费，因事涉权利主体为俩小孩，应由权利人另行主张权利。



法院一审判决：确认被告彭世民支付给被告曾美丽 100 万元的处分行为无效；限被告曾美丽于本判决书生效之日起 10 日内返还原告陈小珍 1100 万元。此案现尚在二审诉讼期。

小新提醒

一、夫、妻处分夫妻共同财产时应遵循共同财产处理规定。根据法律规定，夫妻共同财产是基于婚姻关系而存在的一种财产制度，夫妻双方平时应当平等协商取得一致意见，不能擅自进行非日常生活所需的大额财产处分。

另外，夫妻共同财产属于共同共有，而非按份共有，夫妻对全部共同财产不分份额的共同享有所有权，在没有重大理由时无权于共有期间请求分割共同财产，只有在共同共有关系终止时，才可对共同财产进行分割，确定各自份额。所以，夫或妻在婚姻期间不得以只对自己份额部分财产处理的名义进行处分。

如果夫妻一方处分大额夫妻共同财产，另一方便事后予以追认的，或者第三人基于善意而取得该财产的，则该处分行为有效。

二、民事主体之间违背公序良俗的民事法律行为无效。公序良俗是指民事主体的行为应当遵守公共秩序，符合善良风俗，不得违反国家的公共秩序和社会的一般道德。民法中的公序良俗原则对民事主体的意思自治与权利滥用情况起到了限制作用。

民事主体的行为应符合善良风俗习惯，不能损害国家和社会一般的公共秩序要求。本案中彭、曾两人在彭已有合法婚姻关系情况下协议代孕，显然违背公序良俗原则，彭的处分行为无效，曾理应返还财产。

审核：刘希平

责编：彭丁云

供稿：周智勇

编辑：文天骄

2018年第49期 总第119期

（六）损害赔偿案例

妻子为解决家庭纠纷散发披露丈夫个人信息的传单不侵权 （部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）

原创：2018-10-11 指导性案例审判规则 法律家

<https://mp.weixin.qq.com/s/oCizBYEUCOGnUBUSdqPbxw>

【审判规则】

婚姻关系存续期间，丈夫拒绝与妻子联系且拒绝就子女的抚养问题进行协商，致使妻子通过在丈夫工作单位散发披露其婚姻家庭信息传单的方式寻求救济，应当认定妻子的上述行为不具有违法性，不构成名誉权侵权。在妻子不具有重婚、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员行为的情况下，妻子无需就其行为向丈夫承担赔偿责任。

【关键词】

民事 名誉权 婚姻关系 存续期间 过错 披露信息 散发传单 寻求救济 违法性 侵权 重婚 家庭暴力 虐待 遗弃 赔偿责任

【基本案情】

包X靖与邱X琴系夫妻，二人共同育有一女。婚姻关系存续期间，包X靖与邱X琴经常因琐事发生矛盾，后邱X琴印制了名称为《求助福田汽车公司的领导与工友》的传单。经查明，上述传单的主要内容包括：包X靖拒绝邱X琴、年幼的女儿、岳父母进入房屋，致使邱X琴以及年幼的女儿只能在酒店居住；包X靖曾三次结婚，并育有两名子女；包X靖不但逐渐减少向邱X琴支付生活费，甚至拒绝支付，而且包X靖拒绝探望女儿，导致邱X琴与女儿生活困难。在传单的最后，邱X琴表明其已经难以与包X靖取得联系，希望包X靖的工友能够帮助其寻找包X靖，并与包X靖沟通生活费等问题。2010年7月12日，邱X琴前往包X靖工作的单位散发上述传单。

包X靖以邱X琴的行为构成对其名誉权的侵犯

为由，提起诉讼，请求判令邱X琴停止侵害、赔礼道歉，并赔偿精神损失费3万元。

邱X琴辩称：本人系因包X靖拒绝与本人联系，在无奈下才散发传单请求包X靖的工友提供帮助。而且，本人仅散发了两张传单，其他传单因被保安没收而未能散发。故本人的行为不构成侵权。

【争议焦点】

丈夫于婚姻关系存续期间拒绝与妻子联系，并拒绝就子女的抚养问题进行协商。妻子遂通过在丈夫工作单位散发披露其婚姻家庭信息传单的方式寻求救济，该行为是否构成名誉权侵权。

【审判结果】

一审法院判决：驳回包X靖的诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

《中华人民共和国婚姻法》规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。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：重婚的；有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的。”从上述规定中可以看出，相较于一般社会关系而言，夫妻作为家庭成员，其关系较为亲密。因而法律在赋予夫妻忠实、互敬互爱等义务的同时，对于存在婚姻关系的当事人承担侵权责任规定的亦较为严格。夫妻之间若承担侵权责任需要同时满足下列条件：首先，只有具有重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴

力、虐待或遗弃家庭成员情形的,才可在夫妻之间产生侵权赔偿责任;其次,可以提出侵权赔偿请求的主体为无过错方;再次,无过错方只有在离婚时才可以提出。此外,侵权责任的构成要件一般包括:其一,公民或者法人的行为具有违法性。这里的行为包括作为和不作为两种。其二,损害后果已经实际产生。其三,公民或者法人的加害行为与损害后果之间具有因果关系。其四,公民或者法人具有过错。这里的过错包括故意和过失两种形式。

本案中,包X靖与邱X琴系夫妻,二人在婚姻关系存续期间应当互相忠实、互相尊重、互相帮助。但是在实际上,包X靖不但经常因琐事与邱X琴发生争吵,甚至拒绝与邱X琴取得联系或者就女儿的抚养问题与邱X琴进行协商,故应当认定包X靖本身具有一定的过错。虽然邱X琴私自印制披露包X靖婚姻、子女等个人信息的传单,并将该传单散布于包X靖工作单位的行为具有不当之处,但是邱X琴在披露上述信息导致包X靖名誉受损的同时,也会使其本人遭受损害。而且,正是基于包X靖的过错行为,邱X琴才在无奈下选择散布披露包X靖个人信息的方式解决问题,不应认定邱X琴的行为违法。据此,邱X琴的行为不符合侵权责任的构成要件,依法不构成对包X靖名誉权的侵犯。此外,包X靖与邱X琴并未解除婚姻关系,包X靖亦不具有重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员情形,故本案同样不符合夫妻之间承担侵权责任的条件。

综上,邱X琴散布披露包X靖婚姻、子女等个人信息的传单不构成名誉侵权,其无需向包X靖承担赔偿责任。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第四条 夫妻应当互相忠实,互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

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

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。

【法律修订】

《中华人民共和国民事诉讼法》于2012年8月31日修正,自2013年1月1日起施行。本案例适用的第六十四条内容没有变更。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

包X靖诉邱X琴名誉权纠纷案

【案例信息】

【中法码】人身权法·名誉权·抗辩事由·正当行使权利 (P0704044)

【案号】(2010)昌民初字第11466号

【案由】名誉权纠纷

【权威公布】被中国法制出版社《中国法院2012年度案例:人格权纠纷》收录

【检索码】C0201++4++BJ++CP0310D

【审理法院】北京市昌平区(县)人民法院

【审级程序】第一审程序

【原告】包X靖

【被告】邱X琴

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

原告:包X靖。

被告:邱X琴。

原告包X靖因与被告邱X琴发生名誉权纠纷,向本院提起诉讼。本院立案受理后,依法开庭进行

了审理。本案现已审理终结。

本院经审理查明:原告包X靖与被告邱X琴于2008年12月15日办理了结婚登记手续,并生育一女。此后,原告包X靖与被告邱X琴经常因家庭琐事发生争执。2010年7月12日,邱X琴前往包X靖工作的北京福田汽车集团制造工程本部大楼将其个人印制的传单散发给包X靖的工友。该传单名称为《求助福田汽车公司的领导与工友》,内容为:“年薪40万的福田制造总部五楼工作的包X靖(电机学院大专毕业的眼镜男)前不久将远从上海赶来探亲的妻子、岳父母以及11个月的婴儿关在门外,46度的天气,其妻一家在福田小区3栋1单元502室的其住所门口敲了近4个小时的门,屋内有人但就是不肯开门,其妻子惊动了110,但屋内之人仍然不开门,妻儿只得流落街头直到夜晚10点才入住了酒店,一直住到今天!其人的经历相当复杂!有过3次婚姻,2个小孩!!!1.2001年与第一任妻子结婚,育1女。2.2006年与第二任妻子结婚。3.2008年与现任妻子结婚,育1女。此人此次与妻子只见过短短两次面,到了宾馆都未探望女儿,第一次在宾馆的大堂,时间2分钟,限妻回沪,出门之后就一直打手机!第二次在宾馆对面茶室,其带了其的密友吴姓同事,吴同事劝说其妻子火速离开北京,之后其人就再未露过面,打其手机白天接过一次,去公司找其,吴姓同事说其休假,其自2009年12月来福田工作之后,生活费一个月比一个月支付的少,甚至5月份不付,6月份付2000(年薪40万),其说过年五一全在公司加班,其也经常不住家里,说是在怀柔车间出差,住在怀柔!!妻子此次多次来小区找其的车:苏EN7897,都未找到,据说车不常回来!晚上车会在哪里呢 如今其妻子身上现金已所剩无几,一家老小挤在宾馆的一个房间内,希望各位工友能帮忙寻找此人沟通,麻烦大家了,谢谢!包X靖妻子叩求”。

包X靖以邱X琴在其工作单位散发传单的行为构成名誉权侵权,将邱X琴诉至本院,请求本院判令邱X琴停止侵害、赔礼道歉(在北京福田汽车集团制造工程本部大楼张贴道歉公告)、赔偿精神损失费3万元。

邱X琴辩称:包X靖一直躲避自己,拒绝接听电话,所以自己才张贴了两张传单求助工友帮忙寻找,其它传单尚未张贴就被保安收走了,自己不构成对包X靖的侵权。

本院经审理认为:违法性、损害事实、违法行为与损害结果之间的因果关系、行为人过错是当事人承担侵权责任的构成要件,且违法性系构成侵权的首要条件。本案中,原告包X靖与被告邱X琴系夫妻。因双方经常因生活琐事发生矛盾,被告邱X琴遂在传单中将原告包X靖的婚姻状况披露的行为确实存在不当之处。但是,原告包X靖拒绝与被告邱X琴取得联系的做法同样不能解决双方矛盾,正是该行为才促使被告邱X琴以散发传单的方式寻找原告包X靖。故原告包X靖对于被告邱X琴散发传单披露其个人信息的行为存在过错,被告邱X琴散发传单的行为亦具有过错。此外,原告包X靖与被告邱X琴系夫妻关系,是一种最为亲密的社会结合体。被告邱X琴在披露原告包X靖婚姻信息,使原告包X靖遭受损害的同时,必然会使其本人遭受一定程度的损害。因此,从利益权衡的角度出发,基于维护原告包X靖与被告邱X琴婚姻关系的目的,希望双方今后能采用正确的方法解决共同生活中出现的矛盾。综上,被告邱X琴的行为不具有违法性,不构成名誉权侵权。

本院依照《中华人民共和国婚姻法》第四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定,判决如下:

驳回原告包X靖的诉讼请求。

（七）同居关系案例

同居关系解除后一方能否主张“青春损失费”？

2018-10-19 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/7B-YjdNQGtbfou6rPLUKQ>

青春损失费是指
恋爱、婚姻等关系解除后
希望对方对自己的青春损失
进行一定的经济补偿
但我国法律中没有相关规定
那么在实务中又能否得到法院支持呢？
来看本期法信干货小哥的推送

法信·裁判规则

1. 给付青春损失费的约定违背社会道德，应认定无效——古标深与吴辉同居关系析产纠纷案

案例要旨：双方在解除同居关系后签订协议书，对同居关系期间共同财产作出分割和处分达成一致意见，该协议属于双方真实意思表示，对双方有约束力；协议中关于青春损失费的约定内容，是以金钱方式弥补同居期间女方的青春时光，与社会道德相违背，不利于建立良好的社会风尚和价值体系，应当认定该约定内容无效，法院对青春损失费的主张不予支持。

案号：(2015)深中法民终字第81号

审理法院：广东省深圳市中级人民法院

来源：法信平台精选

2. 同居关系解除后一方主张给付青春损失费无法律依据，人民法院不予支持——张某某、胡某某同居关系析产纠纷案

案例要旨：双方未办结婚登记即以夫妻名义

同居生活，至今未补办结婚登记，双方属于同居关系。根据婚姻法相关司法解释，未办理婚姻登记手续的，一方可以要求对方酌情返还彩礼；但一方主张给付身心健康损失费、青春损失费等，并无法律依据，人民法院对此不予支持。

案号：(2016)黔2328民初936号

审理法院：贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院

来源：法信平台精选

3. 同居关系解除后要求对方赔偿青春损失于法无据，人民法院不予支持——邢瑞丽与吴佳鹏同居关系析产纠纷、子女抚养纠纷案

案例要旨：同居关系解除后，一方抚养共同所生子女的费用及子女看病所负的债务，双方应当各自承担一半为宜；一方要求对方给付青春损失费没有法律依据，人民法院不予支持。

案号：(2013)周民再字第46号

审理法院：河南省周口市中级人民法院

来源：法信平台精选

4. 青春损失费于法无据，一方又无有利证据证明的，人民法院对给付青春损失费的主张不予支持——曹某某与栋某某同居关系纠纷案

案例要旨：双方按民间习俗举行婚礼并共同生活多年，但因并未依法办理婚姻登记，双方应认定为同居关系。同居关系解除后，一方要求对方给付青春损失费及家庭破裂费，但无有利证据证明，且于法无据，人民法院不予支持。

案号：(2016)云3123民初535号

审理法院：云南省盈江县人民法院

来源：法信平台精选

法信·专家观点

因同居关系而索赔青春损失费案件的处理

“青春损失费”是十足的“民间语言”，从未见于任何法律。但近年来，随着人们越来越求助于法律来解决纠纷，法律也不得不直面这一难题，不得不对“青春损失费”这一并不规范的问题给予规范地解决。

有人认为，在“非正常恋爱关系”中，如果一方故意地违背善良风俗，背离正常的恋爱伦理，如事先隐瞒重大事实、以玩弄为目的进行所谓恋爱关系等，都必将给另一方造成重大的精神痛苦和心灵创伤，影响受害人的正常生活，侵害其正当的精神利益。因此，在这种情况下，对于“非正常恋爱关系”中，故意违背善良风俗的行为人予以制裁，追究其对受害人的侵权责任，要求其对受害人精神损失予以赔偿，应当说是完全合理、合法的，即一方应当给付另一方“青春损失赔偿费”。有判决支持“青春损失费”的。

但多数认为，“青春损失费”于法无据，不予支持。如55岁的张可（化名）是一名退休人员。2001年，丧偶的老张与比自己小19岁的李丽（化名）相恋并开始同居。2003年7月，两人感情出现裂痕，老张提出二人分手。李丽觉得自己把青春白白“送”给了老张两年，越想越觉得自己划不来的李丽不甘心，于是向当地法院起诉老张，要求偿还“借款”10万元。李丽向法院提交了一份老张于2001年10月签下的借据，上面写着：“借到李丽人民币10万元，此款定于2002年12月底还，不计利息。”上有老张的亲笔签名。两人不和闹到法院，在开庭前，二人达成协议：李丽自愿撤诉；

撤诉后，老张与李丽办理结婚登记手续。同时，老张对“10万元借据”作出说明：10万元借条，是他当时承诺要赔李丽的青春损失费，如果他与李丽离婚，愿意赔偿李丽10万元损失。两人生活一段时间后，感情仍然出现危机，老张坚决表示要和李丽分道扬镳。2003年9月，李丽再次到法院起诉老张，要求他偿还借款10万元。一审法院判决：写下协议和借据是老张的真实意愿，判决老张还给李丽10万元钱。老张不服，向成都市中院提起上诉。成都市中院法官审理后认为，2003年双方签订的协议书明确指出：老张在2001年给李丽出具的10万元借条，是老张承诺要赔偿李丽的青春损失费。法院审理认为，这份协议直接否定了老张与李丽之间有借款关系存在。而老张与李丽约定的所谓“青春损失赔偿费”不但没有法律依据，并且违背了社会的公序良俗，应属无效的民事行为，不应受到法律的保护。成都市中院因此判决驳回李丽的诉讼请求。

我们认为，因同居关系而索赔青春损失费，既不是侵权责任，又不产生合同责任，更不是不当得利。因此，青春损失费从债法上是没有依据的，法官判案要以法律为准绳，没了“准绳”，自然就失去支持的法律依据。因此，应当驳回该项诉讼请求。当然，如果双方达成了类似“青春损失费赔偿合同”或形成了明确的债权债务关系如借条、欠条等，是双方就过去一段共同生活的了结，该赔偿合同并不违反法律禁止性规定，即没有哪一部法律限制此类合同，更没有哪一部法律规定该类合同无效，既然法无明文规定为无效，就应当承认其效力。就前述案例来说，一审法院支持了原告主张的青春损失费请求，应该说正是基于这种理由。

一言以蔽之，青春损失费是否支持，关键是看在起诉到法院之前，双方是否就青春损失费的赔偿形成一致意见，若意见一致则支持。否则，不予支持。当然，面临青春损失费的敏感问题，我们期待着最高人民法院对此作出明确的司法解释，以便司

法的统一。

（摘自《婚姻案件审理要点精释》，何志著，人民法院出版社 2013 年出版第 30~31 页）

法信·法律依据

《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》

十六、一方以同居为由请求对方支付“青春损失费”的，人民法院不予支持，但女方在同居期间怀孕需要做中止妊娠手术请求男方分担部分因此产生的医疗费、营养费等合理费用的，人民法院应予支持。

（八）探望案例

【案例研究】祖父母、外祖父母的“隔代探望权”应予适度保护

原创：2018-10-31 最高人民法院司法案例研究院 李平；徐晓璐

<https://mp.weixin.qq.com/s/3gXjlEvkwWIhgIbqW4omzg>

——颜某某、曾某甲诉曾某乙、蒋某某法定继承纠纷案

1

【裁判要旨】

我国《婚姻法》虽将探望主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在探望主体死亡或者丧失行为能力的情况下祖父母、外祖父母可否代替子女对孙子女或外孙子女进行探望未有明确规定。对此，法院对祖父母、外祖父母探望孙子女的请求不应一概否定，而应遵循未成年子女利益最大化原则，根据案件具体情况予以确定。

2

【案情】

原告：颜某某。

原告：曾某甲。

法定代理人：颜某某（系曾某某之母）。

被告：曾某乙。

被告：蒋某某。

2016年2月15日，颜某某与曾某丙（系曾某甲之父，曾某乙之子）办理结婚登记手续并与曾某乙、蒋某某共同生活，于2016年2月24日生育婚生儿子曾某甲。曾某丙于2016年12月11日病故。

另查明，2015年5月间，颜某某向德化县恒顺汽车贸易有限公司按揭贷款购买闽C5Y106号小型轿车，产权登记于颜某某名下。婚后，颜某某与

曾某丙共同按揭偿还车辆贷款共计11期*3055元/期=33605元。曾某丙病故后，双方经常因家庭纠纷发生矛盾，曾某乙与蒋某某于2018年2月将闽C5Y106号小型轿车的车轮拆卸后截留，拒不归还。

颜某某遂于2018年5月18日向法院起诉，提出诉讼请求：1. 请求判决曾某乙、蒋某某停止对颜某某所有的闽C5Y106号小轿车的侵害，恢复原状，返还闽C5Y106号小轿车，赔偿因本次侵权行为给颜某某造成的交通费人民币5000元。2. 对颜某某与曾某丙夫妻关系存续期间缴纳的闽C5Y106号小轿车的车辆按揭费用共计人民币33605元依法分割：其中，颜某某应分得21003.1元，曾某甲应分得4200.6元，曾某乙应分得4200.6元，蒋某某应分得4200.6元，由颜某某直接补偿给曾某乙、蒋某某合计8401.2元。

曾某乙、蒋某某辩称：两人将闽C5Y106号小型轿车的车轮拆卸后截留的导火线是颜某某在儿子死后带着孙子曾某甲搬离，并在两人要求探望孙子的过程中百般阻扰，要求法院从中调解，劝说颜某某允许其探望并提供必要的协助。

3

【审判】

福建省德化县人民法院在审理过程中，经调解，当事人自愿达成如下协议：

一、闽C5Y106号小轿车归颜某某所有，曾某乙、蒋某某于2018年6月8日前将闽C5Y106号小轿车归还颜某某；

二、原告颜某某应于2018年6月8日前支付

23000元给曾某乙、蒋某某；

三、曾某乙、蒋某某收到颜某某的23000元的当日（即2018年6月8日）将23000元存于曾某甲名下，曾某乙、蒋某某和颜某某共同管理该款项，自曾某甲读幼儿园开始作为学费花销；

四、曾某乙、蒋某某对曾某甲享有探望的权利，曾某甲上学前探望时间为每周周一，曾某甲上学后探望时间为每周周六；具体的地点、方式由双方自行协商。

4

【评析】

本案的案由虽为法定继承纠纷，但案件的导火索却是祖父母、外祖父母的隔代探望权问题。具体到本案的关键点是：父母一方死亡后，祖父母、外祖父母是否享有对未成年孙子女、外孙子女的隔代探望权？这也是本案能否顺利调解的法理基础与根基。

第一种意见认为，我国婚姻法第三十八条规定了离婚后非共同居住的父或母的探望权，但对祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的探望权并未作出规定，故祖父母并非法定探望权的主体，不享有所谓隔代探望权。

第二种意见认为，允许（外）祖父母探望（外）孙子女是互利双赢之举，亲情的维系有利于创造良好的家庭环境，有利于促进青少年健康成长，符合未成年人保护法的规定。同时又可慰藉老人，属于对老人进行精神赡养，符合老年人权益保障法的立法目的，故应保护隔代探望权。

笔者赞同第二种观点，理由如下：

一、探望权及隔代探望权的法律性质

我国婚姻法第三十八条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”该条对探望权作出了规定，即离婚后，不直接抚养子女的父或母按照离婚协议或法

院判决，遵循一定的方式和时间，享有探望子女的权利。探望权基于亲子的特定身份关系而产生，系一项法定的、独立的民事权利，且上述规定将探望权的主体限定在父母、子女之间，并未将“隔代”的（外）祖父母纳入其中。

关于隔代探望权，我国法律并无明确规定。笔者认为，从民事权利体系的角度来讲，隔代探望权应属于身份权中的亲属权，派生并依附于亲权，是对亲权的有益补充。亲属权是除配偶关系和亲子关系以外的其他近亲属之间的身份权，其不仅标志着近亲属之间的身份地位，也包含了其间的权利义务关系。例如，我国婚姻法第二十八条规定了特定情况下祖孙间的抚养、赡养义务。从权利义务相一致的原则考虑，隔代探望权也应当予以保护，允许（外）祖父母以合理方式探望孙子女，是其亲属权的具体体现，是以法律形式对亲情交流和维系予以保障。

综上，探望作为亲属权的重要内容之一，既是成年近亲属对未成年人的法定权利，也是成年近亲属对未成年人的法定义务，其他成年近亲属的精神关怀与物质支持对未成年人人格健全、身心发育成长有着积极意义，符合《未成年人保护法》的保护原则。因此，代替已经死亡或者丧失行为能力的子女对孙子女或外孙子女进行探望既是祖父母、外祖父母应当之权利，亦是保护未成年人权利的应有之义务。

二、保护隔代探望权的现实需求

随着家庭结构的变化及父母工作压力的增大，许多（外）孙子女幼年都由（外）祖父母抚养照顾，其间形成了深厚感情。相关数据显示，2017年中国有超过3448万的留守儿童。¹这些留守儿童，大都是和祖父母、外祖父母居住在一起，由老人们一手抚养长大的，他们和老人待在一起的时间多于自己的父母，有些甚至都已经忘记了自己的父母。这种因特殊血缘关系、身份关系而产生的特殊情感，不因父母离婚、离世等因素的影响而消失，因此在

特定情况下对其隔代探望权予以保护具有合理性。

1. 从未成年人成长的角度。给予祖辈隔代探望权有利于营造良好的家庭氛围,有利于青少年的身心健康。祖孙间保持良好的日常沟通和感情交流,有利于减轻其父母离婚、离世对其造成的心理伤害,为其人格健全发展创造良好的家庭环境,更有利于未成年人的健康成长。

2. 从权利义务相统一的角度。失独老人探望孙辈与孙辈享有代位继承权利之法律原理相对应。既然《继承法》赋予孙子女、外孙子女等在父或母先于祖父母、外祖父母死亡情形下有代位继承祖父母、外祖父母遗产的权利,同理,失独老年人代替死亡子女行使探望权于法于理并不相悖,亦是对失独老年人的特殊保护和关心。

3. 从法律规定之精神角度。保护祖辈的隔代探望权有利于慰藉长辈,体现法律的人文关怀。我国老年人权益保障法第十四条规定,“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务,照顾老年人的特殊需要。”故此,保障(外)祖父母探望孙子女也属于对老年人进行精神赡养的范畴。

4. 从中华民族文化传统角度。尊重祖辈的隔代探望权符合我国的传统家庭伦理和善良风俗。探望权系亲权的延伸,是基于特定身份关系而衍生的身份权。虽然我国婚姻法没有直接规定(外)祖父母的隔代探望权,但是祖孙关系因特殊血缘关系、情感关系而产生特殊身份关系,如不允许祖辈行使隔代探望权有违探望权的伦理价值取向,也不符合民众对法律的期待。

三、隔代探望权的成立条件

探望权的行使,主要目的在于保证未成年人的健康成长,且现行法律仅将其主体限定在父母子女关系项下,故对于隔代的(外)祖父母而言,当根据现行法律规定的精神,严格限制其适用条件。具体而言,隔代探望权的行使主要应具有以下情形:

第一种情形,如(外)祖父母曾长期抚养(外)孙子女可享有隔代探望权。之所以如此是因为基于抚养经历,孙子女与(外)祖父母间的关系亲密,相互依赖。该隔代探望权本质上既符合探望权的伦理价值取向,也符合社会善良风俗。因婚姻关系存续与否不应影响该祖孙关系,故婚姻状态不应成为能否行使隔代探望权的限制性条件。

第二种情形,如夫妻一方死亡,死亡一方的父母对(外)孙子女的探望一般应当予以支持。子女离世后,其父母一般将(外)孙子女视为子女血脉的延续,以之为情感寄托,意图通过祖孙间的情感互动,消弭亲人离世的伤痛,因此,对此特殊情形中的隔代探望权应予以保护。

需要注意的是,行使隔代探望权应遵循未成年人利益最大化原则,应当尊重未成年人意愿,尊重监护人意见,监护人与行使隔代探望权的祖辈应当相互体谅,共同协商具体的探望方式、频率,避免因隔代探望权的行使扰乱未成年人的正常学习、生活。隔代探望方式是否得当可参考婚姻法第三十八条及预防未成年人犯罪法第十四条的规定,如其探望行为确对孙子女身心健康造成不利影响,可诉至法院,由法院判断是否应依法中止其隔代探望的权利,待该情况消失后应当及时恢复其隔代探望权。

本案中,颜某某作为孩子的母亲是法定的第一顺位监护人,对曾某甲的监护权毋庸置疑,作为曾某甲的祖父母曾某乙、蒋某某应当充分尊重颜某某法定第一顺位的监护权利。与此同时,颜某某作为直接抚养人也应理解和尊重曾某乙、蒋某某痛失独子、思念孙子的情感需求,在两位失独老人进行探望时应当给予恰当的、必要的便利,共同营造有利于孩子健康成长的良好环境。

案号:一审:(2018)闽0526民初2010号

作者单位:福建省德化县人民法院

1. 数据来源:《中国有多少流动儿童和留守儿童?——2017年教育统计数据发布》,
<http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-21846.html> 于2018年9月14日访问

（九）执行案例

【本案正在执行】父母“开撕”，孩子成牺牲品？执行法官：不存在的

2018-10-30 中国执行

<https://mp.weixin.qq.com/s/NDCrxZL6YfdztqqgMFpmVQ>

如何让孩子“赢在起跑线”？

除了各种补习班、课外班，部分父母还会选择最“快捷有效”的一种方式——赴外国生子，让孩子拥有外国国籍。

江苏省南京市的王先生和孙女士就是如此，他们选择了赴美生子。只不过孩子的美国国籍，最后却成为了他们过不去的一道“坎儿”。

01 赴美生子

2011年，经同事介绍，孙女士认识了王先生。交往半年，两人就结婚了。婚后不久，王先生去了福州工作，夫妻俩两地分居。虽然聚少离多，但两人感情尚好，2014年，孙女士怀孕了。

就在此时，王先生提出了赴美生子的想法。不过孙女士并不同意。



耐不住丈夫反复做工作，孙女士最终还是答应了。王先生做好了去美国的所有准备：省吃俭用、

向亲戚借钱凑齐费用，确定路线，联系月子中心。



在孙女士怀孕7个月时，夫妻俩一起来到了美国。但在美国，两人却产生了隔阂。

王先生还提出了一个让孙女士愤怒不已的建议，让她一人留在美国，自己把孩子带回去给母亲带。



“我们离婚吧” 02

孩子在美国出生后，夫妻俩回到南京又大吵一架。随后，王先生把孩子所有的证件、孙女士在美国住院期间所有的相关物品全部带走了。

此后，两人的关系越来越僵。在孙女士的说法中，王先生很自私：白天出门，回来也不帮忙照顾孩子，孩子夜里生病也是孙女士的父亲抱去医院。



而在王先生的说法中，孙女士又是一副强势的模样：脾气暴躁，跟母亲相处得并不好，还总是向她的父亲“告状”。



夫妻间的感情问题，孰是孰非，谁也说不清，但可以看到的，是日益显现的感情裂痕。最终，他们在南京市栖霞区人民法院调解下离婚，这场婚姻走到了尽头。

法院判定孩子归孙女士抚养，王先生每月支付孩子生活费，并可以每月探视孩子两次，周六上午10点接走，周日下午5点前送回。

03 探视权之争

但王先生却没探视过孩子——不是他不想探，而是孙女士不让他探。为此，王先生向法院申请了强制执行。



面对执行法官上门执行，孙女士情绪起伏不定，从平静到愤怒到嚎啕大哭，执行法官被“吓得”不轻。

孙女士说，她不是不让王先生探视孩子，只是怕他把孩子带走——孩子的出生证明还在他手上。



加上王先生还欠着不少钱，孙女士生怕他把孩子带走，利用孩子的美国国籍当跳板，去美国躲避债务。



王先生一听，只说这是无稽之谈，而孩子的出生证明则是被自己父母给弄丢了。



你一言我一语，双方来回“battle”了几个回合，不分“胜负”，这就给执行法官出了道难题……

孩子不是财产更不是物品，不能强制划分，更不能不顾孩子感受，执意让孩子跟王先生见面。



执行法官决定，让孩子跟父亲在法院近距离接触，看看父子间会有怎样的互动。



然而，想象中“父子相见，喜极而泣”的感人画面并没有出现，两人跟陌生人一样。面对王先生的言语关心，孩子反应冷淡，在王先生试图抱孩子的时候，孩子更是立刻挣脱跑向了妈妈。



这只能证明，孩子跟王先生一点儿都不亲。

站在孩子的角度上，执行法官认为，孩子并不适合跟王先生独处；但站在申请执行人的角度上，执行法官又得考虑王先生的合法利益……



来源：”道德观察“微信公众号

完整视频链接网址：<http://tv.cctv.com/2018/10/28/VIDE0f1E9sD20mC530r6eaFcH181028.shtml>

不让探视儿子便不给抚养费？上海宝山法院采取了这个措施……

2018-10-31 浦江天平

<https://mp.weixin.qq.com/s/rgg4bz8pLEYvNRG7nJ9BiA>

肖女士与张先生的婚姻走到了尽头。因为有儿子，两人间的纠葛却无法像婚姻一样结束得很彻底。

离婚时，双方约定儿子由肖女士抚养，张先生每月有探视的权利。然而，当张先生准备探视时，肖女士却不让他见儿子；见不到儿子，张先生便不给抚养费。为此，双方引发了一轮又一轮的探视权与抚养费纠纷。

近日，上海市宝山区人民法院（以下简称上海宝山法院）将肖女士纳入“失信”名单，对其信用惩戒两年。肖女士因忌惮持续的信用惩戒，积极履行了协助张先生探视孩子的义务，而张先生也再未拖欠抚养费。

调解离婚后：一方不让见孩子，一方不给抚养费

2011年，肖女士与张先生认识并确立了恋爱关系。2012年1月两人登记结婚，次年4月生下了儿子小北。小北的出生，让肖女士与张先生原本就处于磨合期的生活增加了不少波澜，夫妻俩吵闹不断。小吵小闹慢慢演变成大吵大闹、互不相让，甚至发展到摔盘子、砸桌子、互相推搡的地步。

2013年5月，还在“坐月子”的肖女士向上海宝山法院起诉请求离婚。

经过上海宝山法院调解，夫妻俩达成了调解协议：双方自愿离婚，儿子小北随肖女士生活，张先生每月支付儿子抚养费600元至小北年满18周岁止。

在探视方面，肖女士与张先生做了比较详细的约定：张先生每月探视儿子一次，具体为每月的第

一周周六中午12时至肖女士住处接儿子，探视完毕后于当日下午4时前将儿子送回肖女士住处。

离婚后，调解书也生效了。但这份协议履行得并不顺利，张先生没能如愿探视到儿子，肖女士总是以各种理由拒绝让儿子与张先生见面。

2013年6月，张先生向上海宝山法院申请强制执行探视权。在张先生申请探视权执行后不久，肖女士也向上海宝山法院提起了强制执行申请。肖女士说，张先生一直没给儿子抚养费，请求法院强制执行。

执行过程中：一轮又一轮探视权与抚养费纠纷

案件进入执行阶段，执行法官先将双方约至法院。肖女士与张先生刚坐下没多久，就争吵了起来。

原来，两人婚姻存续期间积攒的矛盾一直都未得到解决，肖女士不想和张先生再有任何瓜葛，认为张先生的探视行为会影响到儿子的成长。

执行法官只好将两人分开单独谈话。然而肖女士始终不肯让张先生探视儿子，张先生也明确表示见不到儿子便不付抚养费，双方一直僵持不下。

2013年7月，通过执行法官的努力，肖女士终于同意在法官的陪同下，让张先生在上海宝山法院探视孩子，而张先生也答应支付拖欠的抚养费。

本以为案件至此已圆满结束，然而，三个月后，张先生再次来到了上海宝山法院申请执行。

“法官，我前妻又不让我见孩子了。我已经连续两个月没见到儿子了。”张先生有些焦虑。

2013年11月第一周的周六，执行法官陪同张先生前往肖女士的住处，希望探视孩子。执行法官

多次敲门告知身份、拨打电话后，肖女士这才打开了门，张先生也终于再一次见到了儿子。

后来，张先生多次至上海宝山法院申请探视权执行，而肖女士也多次前往上海宝山法院申请抚养费执行。

从 2013 年至 2017 年，短短 4 年间，双方就儿子的探视权与抚养费纠纷的执行案件竟多达十几件。

持续信用惩戒，双方主动履行各自义务

“法官，我又见不到我儿子了。我前妻的电话号码和房子都换掉了，我找不到他们。”2017 年 11 月，张先生再次来到上海宝山法院申请执行探视权。

再次执行立案后，执行法官陪同张先生前往肖女士之前的住所，发现正如张先生所说，肖女士已搬离了此处，而拨打肖女士电话时，电话始终无法接通。

此后，执行法官虽然联系上了肖女士，但肖女士依旧拒绝张先生探视儿子，且态度恶劣，想方设法阻碍执行。

鉴于此，执行法官决定依据 2017 年 5 月 1 日施行的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》，将肖女士纳入“失信黑名单”，并对其进行信用惩戒 2 年。

2018 年 1 月，肖女士来到上海宝山法院执行事务中心，要求执行法官将其从“失信黑名单”中解除。鉴于肖女士多次失信，且多次采用威胁等方式阻碍执行，执行法官未对其失信惩戒予以解除。

2018 年 3 月，肖女士再次来到上海宝山法院申请抚养费执行，并表示自己现在每月都配合张先生探视，希望早日能解除“失信”身份。而张先生在听说肖女士将被信用惩戒 2 年时，生怕自己拖欠抚养费的行为也被如此惩戒，也主动支付了之前拖欠的抚养费。

目前，肖女士与张先生每个月均能主动履行双方的调解协议，这起跨越多年的探视权与抚养费纠纷终得以圆满解决。

法官说法：对探视权的执行，持续信用惩戒意义很大

司法实践中，探视权的执行始终是一个“老大难”问题。这类案件多由家庭琐事引发，矛盾冲突激烈，当事人具有年纪轻、性格偏执等特点；又因行为类案件的特殊性，强制执行难度大，抑或执行完毕解除相关强制措施后，当事人又继续阻碍探视，因此该类问题就像“牛皮癣”极易复发，造成矛盾的同时也严重浪费司法资源。

本案就是一起跨越 5 年、当事人反复申请执行的典型案例。

最终，承办法官依法对被执行人信用惩戒 2 年，使得母亲因忌惮持续的信用惩戒带来的不便，从而积极履行配合对方行使探视权的义务，孩子父亲也再未拖欠抚养费。

事实上，在涉及子女教育权、抚养权、“常回家看看”赡养权纠纷等案件中，被执行人不履行法院生效文书的行为，对受害方造成的精神损害，比其利益受损更为可怕。

如果仅是开展说服、教育，作用往往有限。依据《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》进行持续性地信用惩戒，无疑是解决类似“执行难”问题的有效措施，不仅有助于遏制失信行为的蔓延，而且对丰富现代社会诚信建设内涵，弘扬社会诚信和法治精神，意义深远。

（文中人名为化名）

来源 | 上海市宝山区人民法院

（本文原刊于《上海法治报》）

记者：上海法治报记者 王川

通讯员：民事审判庭 龙梦灵

责任编辑 | 邱悦

（十）其他相关案例

夫妻离婚后，女子因户口未迁出前夫家竟被索要户口挂靠费！这合理吗？

2018-10-26 广州市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/y7iY9K6pbfff01tt4W5VoA>

夫妻离婚后，
女方的户口未迁出男方家，
男方因此向女方索要户口挂靠费，
这……



你听说过吗？

近日，广州市白云区人民法院审理了一起特殊的纠纷案件，阿熙、阿娣是已离婚的夫妻，两人因户口挂靠纠纷诉至法院，阿熙要求阿娣支付离婚后的户口挂靠费，这是怎么回事呢？

夫妻离婚后女方户口未迁出男方家

男方以此向女方索要户口挂靠费

2014年2月18日，阿熙与阿娣登记结婚。为方便子女出生后办理证件，阿娣将户口由广东省吴川市迁至户主为阿熙父亲的户籍中，阿熙户口亦在该户籍中。

2017年6月23日，夫妻签订离婚协议书，其中第五条附加条件约定：“女方必须在离婚协议书生效日起三个月内将户口迁出，如超出时限，女方每个月需向男方支付1000元户口挂靠费用，直至迁出为止”。实际上，阿娣没有在离婚后三个月内将户口迁出。2018年4月，阿熙要求阿娣迁出户口，但因挂靠费未达成一致阿娣还是未迁出户口。

阿熙向白云法院起诉阿娣，称阿娣欠其户口挂靠费逾期未付，请求法院判令阿娣支付2017年10月至2018年6月户口挂靠费用合计9000元；且之后户口挂靠必须按时支付，并在每月5号前转账至阿熙银行卡。

阿娣表示：“广州每天有成千上万的人离婚，凭什么只有我离婚需要支付户口挂靠费？”其拒绝支付户口挂靠费。

2018年8月14日，为更好的解决双方矛盾，经白云法院主持，约定原告阿熙、被告阿娣和阿熙的父亲于8月21日上午9时前往广州市番禺区某街政务服务中心办理户籍迁移。但阿熙和阿熙的父亲并没有在约定时间前往，仅阿娣一人前往，因此未办理成功。



法院：驳回原告要求被告支付户口挂靠费的诉讼请求。

法院审理认为：

1、户籍登记是国家进行人口管理的权力及每位公民的权利。根据《中华人民共和国户口登记条例》第十九条规定，被告与原告因结婚而将户口

迁至原告父亲户籍内,该行为具有很强的人身属性,我国合同法调整的范围为平等主体之间的财产关系,不调整人身关系,故原告与被告签订有偿挂靠户口的合同,不属于合同法调整范围。

2、离婚协议中关于户口挂靠费的约定属无效。

在原告未能举证证实因被告未迁出户口对其造成损失的情况下,原告仍要求被告支付户口挂靠费的行为属于出租户籍行为,原告并非经政府部门批准的合法户口挂靠单位,该出租户籍的行为应属无效,故原被告离婚协议书中关于户口挂靠费的合同约定应属于无效。

3、不配合办理户籍迁出事宜系侵犯他人户籍登记权利。原告阿熙及阿熙的父亲不配合被告阿娣办理户籍迁出事宜,属于对被告阿娣户籍登记权利的侵犯;家庭成员间应互相帮助,被告阿娣在离婚迁出时原告阿熙及阿熙的父亲理应积极配合,方符合公序良俗的法律原则及基本社会道德。现原告阿熙及其父亲在法院通知为被告办理户口迁出手续时仍拒不配合,仅考虑挂靠费,该只看钱财不顾情理的行为不值得提倡。

另外,法官还指出,望原告阿熙及其父亲能积极配合被告阿娣办理户口迁出手续,为原告阿熙、被告阿娣婚生子女作出良好榜样,为日后的家庭和社会和谐作出积极改变!

他山之石

小编在中国裁判文书网通过设定案由为“合同纠纷”、全文检索关键词“户口挂靠费”,共检索出6份判决书,均为双方签订房屋买卖合同时,原户主无法及时将户口迁出,故约定每月支付户口挂靠费。且均认定户口挂靠合同系双方真实意思表示,合法有效,应按照合同约定支付户口挂靠费。上述合同当事人为互不相识的买卖双方,而**本案签订挂靠合同的当事人原为夫妻,户口转移、挂靠的产生具有较强的人身依附性,不能简单的用双方签订协议时意思表示是否一致来予以判定。**

来源 | 广州白云法院

通讯员 | 云法宣

三、继承

典型案例

继承登记中适格继承人（受遗赠人）身份法律识别八步法

原创：2018-10-17 江苏省不动产登记 宗东耀

<https://mp.weixin.qq.com/s/vMaSXH9iKUvpgObqIFYxlg>

作者单位：淮安市国土资源局经济技术开发区分局

继承登记是不动产登记中一类特殊的登记，因为根据《物权法》第9条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。也就是说，不动产物权生效的一般规则是先登记而后取得不动产物权。不过该条还存在一个但书，即法律另有规定的除外。继承登记便是该条但书调整的范畴，根据《物权法》第29条规定，因继承或受遗赠取得物权的，自继承或受遗赠开始时发生法律效力。因此，继承登记只是对继承人（受遗赠人）因被继承人（遗赠人）死亡事件发生而取得不动产物权的一种法律上的确认。

不动产登记工作人员作出是否准予继承登记的判断，需要明确一些前提，例如被继承人（遗赠人）是谁，遗产范围，被继承人死亡事件是否发生，继承人或受遗赠人是谁等等。在2016年7月司法部废除继承登记强制公证之前，这些复杂的问题是由继承登记申请人自费购买公证服务，经公证机构实施调查后，提供确定的结论供不动产登记机构直接使用，不动产登记工作人员根据经公证的结论作出是否准予继承登记的判断。但取消强制公证后，这些问题的判断全部要由不动产登记工作人员自行完成。在政府或继承登记申请人没有购买公证服务的情况下，不动产登记员如何做好继承登记，笔者认为，核心问题是继承登记申请人是否为适格的继承人（受遗赠人）。适格源于诉讼法领域，即正确的意思。《继承法》所要解决的也正是如何确定

谁是正确的继承人（受遗赠人）。本文要讨论的就是如何立足于现行的法律法规，对继承登记中适格继承人（受遗赠人）的身份进行法律识别，共分为八个步骤。

第一步判断继承是否开始

第一步是明确被继承人或遗赠人是谁，被继承人或遗赠人是否已经死亡，否则，不发生继承或遗赠。

《继承法》第二条规定，继承从被继承人死亡时开始。《继承法若干问题的意见》第1、2条规定，继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。失踪人被宣告死亡的，以法院判决中确定的失踪人的死亡日期，为继承开始的时间。相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。因此《不动产登记操作规范（试行）》1.8.6.1明确，继承登记申请人需提交被继承人或遗赠人的死亡证明，包括医疗机构出具的死亡证明；公安机关出具的死亡证明或者注明了死亡日期的注销户口证明；人民法院宣告死亡的判决书；其他能够证明被继承人或受遗赠人死亡的材料等。

第二步明确遗产的范围

继承登记申请人提出登记申请的目的是为了在法律上确认其通过继承或遗赠取得的被继承人或遗赠人的不动产,所以,第二步是判断被继承人或遗赠人有无作为遗产的不动产,哪些不动产权利能够继承或遗赠。

《继承法》第三条规定,遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,包括:(1)公民的收入;(2)公民的房屋、储蓄和生活用品;(3)公民的林木、牲畜和家禽;(4)公民的文物、图书资料;(5)法律允许公民所有的生产资料;(6)公民的著作权、专利权中的财产权利;(7)公民的其他合法财产。

《继承法若干问题的意见》第3条规定,公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。《继承法》第四条规定,个人承包应得的个人收益,依照本法规定继承。《不动产登记操作规范(试行)》第1.8.6.1规定申请人需提供被继承人或遗赠人享有不动产权利的材料。需注意,夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产,其中有一半属于被继承人或遗赠人配偶所有,其余的才是被继承人或遗赠人的遗产。如果被继承人或遗赠人生前与配偶有夫妻财产约定,申请人需提供书面约定协议。对于不动产登记而言,继承登记中最主要的不动产权利是国有建设用地使用权及房屋所有权。

第三步确定遗产取得通道

取得被继承人或遗赠人的遗产有两个通道,一是继承,二是遗赠。不动产登记员在面临群众继承登记申请时,需明确申请人是通过哪条通道获得被继承人或遗赠人的遗产。

《继承法》第五条规定,继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。《继承法若干问题的意见》第5条规定,被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议,同时又立有遗嘱的,继承开始后,如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触,遗产分

别按协议和遗嘱处理;如果有抵触,按协议处理,与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。因此,遗赠扶养协议优先于遗赠、遗嘱继承,遗赠、遗嘱继承优先于法定继承。

第四步审查是否有遗赠扶养协议

遗赠扶养协议,是指“自然人(遗赠人、受扶养人)与扶养人之间关于扶养人抚养受扶养人,受扶养人将财产遗赠给扶养人的协议。”《继承法》第三十一条规定,公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议,扶养人承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议,集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。《继承法若干问题的意见》第56条规定,扶养人或集体组织与公民订有遗赠扶养协议,扶养人或集体组织无正当理由不履行,致协议解除的,不能享有受遗赠的权利,其支付的供养费用一般不予补偿;遗赠人无正当理由不履行,致协议解除的,则应偿还扶养人或集体组织已支付的供养费用。需要注意的是,遗赠人只能是自然人,扶养人既可以是自然人也可以是集体所有制组织。那么,依据遗赠扶养协议来办理不动产登记的申请人,就是扶养人。不动产登记工作人员需要判断扶养人有无遗赠扶养协议,遗赠扶养协议是否有效,扶养人履行遗赠扶养协议的行为有无他人提出异议等。

第五步审查是否为遗赠

如果申请人不能提供遗赠扶养协议,不动产登记员需判断是否为遗赠。遗赠,是指“自然人以遗嘱的方式将其个人财产赠与国家、集体或法定继承人以外的人,而于其死亡后发生效力的民事行为。立遗嘱的自然人称为遗赠人,遗嘱中指定受赠与的人为受遗赠人,指定赠与的财产为遗赠财产。”《继承法》第十六条第三款规定,公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。需要注意的是,遗赠情形下,受遗赠人需在知道受

遗赠的2个月内明确作出接受的意思表示,否则视为放弃遗赠。不动产登记工作人员判断申请人是否适格,需查看有无合法有效的遗嘱,申请人是否为法定继承人以外的自然人或国家、集体,申请人有无在知道受遗赠的2个月内明确作出接受的意思表示。关于遗嘱合法有效的问题放入遗嘱继承一并讨论。

第六步审查是否为遗嘱继承

如果没有遗赠的情形,不动产登记员需判断是否为遗嘱继承。不动产登记员需注意,进入遗嘱继承,就不存在受遗赠人身份的判断问题了。

遗嘱继承,是指“继承开始后,按照被继承人所立的合法有效遗嘱继承被继承人遗产的继承制度。”遗嘱继承同遗赠非常相似,区别在于,遗嘱继承的受让人必须在法定继承人范围内,且必须是自然人,遗嘱继承人没有以口头或书面的方式明确表示放弃继承的,视为接受继承。遗嘱继承人的范围同法定继承人一致,只不过因为被继承人的意思自治得到了较其他法定继承人的优先权,但是遗嘱继承人同法定继承人仍然存在一些共性,不动产登记员需审查遗嘱继承人有无丧失、放弃继承权的情形,遗嘱继承人不能先于遗嘱人死亡(如果遗嘱继承人先于遗嘱人死亡,则不适用遗嘱继承,也不发生代位继承)。

下面,我们来讨论遗赠和遗嘱继承的共性问题,如何判断遗嘱合法有效。

(一) 遗嘱的形式

根据法律规定,遗嘱有五种形式,法律效力由高到低依次是公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱,其中代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱需要2个以上见证人见证,当然并非任何人都可担任见证人。

(二) 遗嘱的效力

《继承法》第十七条第五款规定,危急情况解

除后,遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。第二十二条规定,无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的,篡改的内容无效。《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。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源,应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。第38条规定,遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产,遗嘱的这部分,应认定无效。第41条规定,遗嘱人立遗嘱时必须要有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱,即使其本人后来有了行为能力,仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力,后来丧失了行为能力,不影响遗嘱的效力。

(三) 遗嘱的变更和撤销

《继承法》第二十条规定,遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。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。《继承法若干问题的意见》第39条规定,遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反,而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失,部分灭失或所有权转移、部分转移的,遗嘱视为被撤销或部分被撤销。第42条规定,遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后所立的遗嘱为准。

根据上述法律规定,不动产登记工作人员需注意四个审查要点:

- 1、在后的有效遗嘱优先于在先的有效遗嘱。
- 2、公证遗嘱只能以公证遗嘱变更。
- 3、遗嘱人将不动产毁损的,视为撤销遗嘱。
- 4、不动产的转移以登记为生效要件,遗嘱人

将不动产出卖于他人，需完成不动产转移登记，遗嘱方可视为撤销。

第七步审查是否为法定继承

法定继承是指“根据法律直接规定的继承人的范围、继承人继承的顺序、继承人继承遗产的份额及遗产的分配原则继承被继承人的遗产。”不动产登记工作人员需注意以下四个问题：

（一）法定继承人的范围

《继承法》第十条规定，被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母都是法定继承人。此外，丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

（二）法定继承人的顺序

《继承法》第十条规定，遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。兄弟姐妹包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

根据上述法律规定，法定继承包括两个顺序：

1、第一顺序法定继承人包括：

- （1）配偶；
- （2）子女；
- （3）父母；
- （4）对公、婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳，对岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿；
- （5）代位继承中的孙子女、外孙子女。

2、第二顺序法定继承人包括：

- （1）兄弟姐妹；

（2）祖父母、外祖父母。

（三）法定继承中的代位继承

代位继承是指“被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人的死亡子女的晚辈直系血亲继承其应继承的遗产份额的制度。”

代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。《继承法若干问题的意见》第25规定，被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。第26条规定，被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。第27条规定，代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分。第28条规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。第29条规定，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母，无论其是否再婚，依继承法第十二条规定作为第一顺序继承人时，不影响其子女代位继承。

根据上述法律规定，不动产登记工作人员需注意以下审查要点：

1、代位继承只发生在法定继承情形。

2、被代位继承人只能是被继承人的子女。

3、代位继承同转继承的区分：代位继承中被代位继承人先于被继承人死亡，如果被继承人的子女在继承开始后遗产分割前死亡，那么，其应该继承的遗产转由其合法继承人继承，这是转继承的问题。转继承是指“继承人在继承开始后遗产分割前死亡时，其有权接受的遗产转由其法定继承人继承的制度。”转继承的本质是二次继承，可以适用法定继承、遗嘱继承和遗赠。

4、代位继承人只能是被代位继承人的晚辈直系血亲。

（四）法定继承中遗产范围的特殊性

这是因为进入法定继承判断之前，我们先后经历了遗赠抚养协议、遗赠、遗嘱继承等情形的判断，它们中有一些特殊的情况进入法定继承范畴。在进行法定继承遗产范围判断时需注意以下几点：

1、遗嘱没有处分的或遗嘱无效部分涉及的遗产进入法定继承。

2、受遗赠人或遗嘱继承人先于被继承人死亡后涉及的遗产进入法定继承，这是因为代位继承只能发生在法定继承。

3、遗嘱继承人放弃继承或丧失继承权后涉及的遗产进入法定继承。

4、受遗赠人放弃受遗赠后涉及的遗产进入法定继承。

5、被代位继承人需具有继承权。

6、代位继承人只能继承被代位继承人应得的遗产。

第八步审查继承人（受遗赠人）有无丧失继承权

继承人（受遗赠人）有无丧失继承权，是不动产登记工作人员识别继承人（受遗赠人）适格与否的一票否决条款。《继承法》第七条规定，继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（1）故意杀害被继承人的；（2）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（3）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（4）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

代书遗嘱孙子为房产继承人被判无效，原因竟是.....

2018-10-21 南京市中级人民法院 未审庭

<https://mp.weixin.qq.com/s/N1TtwJ2M80-TC-Q0sQmVbA>

自古以来，
遗产纠纷就是老生常谈的话题，
老人去世没立遗嘱，
或者子女觉得遗嘱不公，
继而亲人反目法庭相见，
现实中常常发生。



那么问题来了，

只要立遗嘱，

遗嘱就一定是有效的吗？

今天小法要说的

就跟代书遗嘱有关。

虞某某有二女一子，分别是王某娣、王某玲和王某。在虞某某去世后，其名下的一处房产该由谁继承，三者之间产生了矛盾。

王某娣、王某玲要求依法分割房产，王某称虞某某生前留有遗嘱，将案涉房产遗赠给其子即虞某某之孙王小某。



原来，“遗嘱”是一份杨某斌为代书人，王某彪为见证人的“代书遗嘱”，但代书时虞某某并未在场，代书人杨某斌并非根据被继承人虞某某本

人的陈述代其书写遗嘱，而是根据第三人王小某（虞某某之孙）拟写的草稿抄写整理了一份为“遗嘱”的文字材料。

不当的是，王某彪作为见证人并未查阅遗嘱内容，代书人杨某斌宣读遗嘱时其也未听清宣读内容，在“遗嘱”向虞某某出示并得到虞某某确认前，便作为见证人与代书人共同在“遗嘱”上进行签字了。



审理中，第三人王小某不能证明虞某某曾向其作出过遗赠房产的意思表示，其拟写的草稿也未向虞某某出示，亦未得到虞某某的确认。其在现场录制的视频亦未能完整记录杨某斌向虞某某宣读的内容。

那么这份遗嘱到底有没有效力呢？

法院认为

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括公民的房屋、储蓄和生活用品。继承从被继承人死亡时开始。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

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。



综上，代书人杨某斌制作遗嘱、见证人王某彪进行见证的过程均不符合继承法对代书遗嘱的相关规定，第三人王某提交的证据亦不能证明“遗嘱”内容、代书人宣读内容与虞某某的意思表示均一致，故本院对第三人王某提交的遗嘱不予采信，被继承人虞某某遗产应由其继承人即王某娣、王某玲及王某依法继承。

判决如下

- 一、房产归被告王某所有；
- 二、被告王某于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告王某娣遗产折价款 460000 元；
- 三、被告王某于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告王某玲遗产折价款 460000 元；
- 四、驳回第三人王某的诉讼请求。

来源：南京市江宁区人民法院

整户消亡的土地承包经营权无法继承，仅可继承增值收益

2018-10-26 民主与法制社 徐秋颖

https://mp.weixin.qq.com/s/KoATwlvrxAI7Bv_tozWriQ

为稳定和完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，赋予农民长期而有保障的土地

使用权，维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展和农村社会稳定，我国制定

了《农村土地承包法》，并于2003年3月1日开始实施。

长久以来，农村土地承包成为我国农村集体土地经营的主要形式。承包后土地的所有权性质不变，承包地不得买卖。2017年10月17日，第二轮土地承包到期后再延长30年。

随着社会经济的发展，很多人因上学、就业等各种原因，将农业户口转为了城市户口。以家庭为单位的土地承包经营权，在整户消亡后，土地承包经营权是否能够作为个人遗产进行继承？土地承包经营期内，增值收益应该如何处理？对此，北京密云区法院法官用以案说法的形式对关乎农民切身利益的继承问题予以解惑。

案情简介：

原告李某与王甲、王乙、王丙系同母异父姐弟关系。原告李某是密云区A村村民，王甲、王乙、王丙是密云区B村村民。1997年9月10日，王乙以家庭名义与密云区B村经济合作社签订《土地承包合同书》一份，家庭承包本村苇坑水浇地1.0906亩、下坟水浇地0.468亩，合同期限至2027年12月31日，承包期共30年，在承包期限内，乙方（王乙）对所承包的土地有管理权、收益权、转包、转让及继承权，乙方转包、转让及子女继承土地使用权时须向甲方（B村经济合作社）申报并确认。此后，在颁发《北京市密云县土地承包经营权证书》时将苇坑和下坟的土地名称写成下坎1.56亩。在土地承包期内，王乙、王甲、王丙三人在下坎栽植了杨树18棵。2001年1月1日，王乙以家庭名义与密云区B村经济合作社签订《果树承包合同书》一份，合同约定：由王乙承包北屋北沟沟口东山阳坡栗子树22棵，承包期限至2030年12月31日止。在果树承包期内，王乙、王甲、王丙三人在承包的果树地上栽植核桃树9棵。在王乙、王甲、王丙三人相继去世后，2013年3月12日，B村某小队召开村民代表会议后决定：王丙生前所分的集体土地，

树木都是集体所有，家里没有村里户口继承，一律收回集体，所有财产，不做任何补偿，收回后集体另做安排，村民代表在决定书上签字确认。2013年5月30日，B村某小队将新建房东菜园子地发包给本村村民付某、王某、钱某。



原告李某认为，其与王甲、王乙、王丙系同母异父姐弟，并与三人共同居住生活。三个兄弟相继去世之后，被告将三人的承包地、自留地及地上树木收回，并未给付补偿。为此原告李某将密云县B村经济合作社、B村某小队诉至法院，要求判决二被告给付无偿收回原告应继承王甲、王乙、王丙的2013年5月至2027年土地未到期收益损失4万元；要求判决二被告给付无偿收回原告应继承王甲、王乙、王丙承包果树未到期的补偿款8.8万元（栗子树22棵，每棵4000元）；要求判决二被告给付栽植的杨树、核桃树补偿款16755元。诉讼费、评估费由被告承担。

法官释法：

法院经审理后认为，依法成立的合同，受法律保护。在承包期内，无论承包方发生何种变化，只要作为承包方的家庭还存在，发包方都不得收回承包地。但因承包人死亡，承包经营的家庭消亡的，为避免已有承包地承包方的继承人因继承而获得两份承包地，允许发包方收回承包的耕地，但承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有

权获得相应的补偿。王乙、王甲、王丙相继死亡后，其作为家庭承包的主体已消亡，为避免集体所有的财产受到损害，B村某小队经村民代表会议研究后决定收回三人承包的土地和果树另行发包给其他村民的行为并无不当，法院予以确认。因土地承包合同和果树承包合同均未到期，故对三人在承包期内栽植的树木应给予适当补偿，因王乙、王甲、王丙三人均没有第一顺序法定继承人，故应由其三人的第二顺序法定继承人同母异父姐姐李某继承。因双方对王乙、王甲、王丙栽植的树木价值无法达成一致，故应以评估的价值为准。故原告要求二被告给付王乙、王甲、王丙栽植树木补偿款的诉讼请求，合理合法，予以支持。综上，判令被告B村某小队于判决生效后10日内给付原告李某树木价值补偿款16755元，被告B村经济合作社对上述补偿款承担连带给付责任。驳回原告李某的其他诉讼请求。

根据《中华人民共和国土地承包法》第三十一条第一款规定：“承包人应得的承包收益，依照继

承法的规定继承。”因此，继承人有权继承承包人应得的承包收益。

北京密云区法院民二庭法官曲爽表示，在审判实践中，也有一些当事人要求对整户消亡的口粮田承包经营权进行继承，但是根据法律规定，口粮田的承包经营权是无法继承的。因为农村土地家庭承包的，承包方是本集体经济组织的农户，其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。家庭承包方式的农村土地承包经营权属于农户家庭，而不属于某一个家庭成员。遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。当承包经营农户的家庭中的一个人或几个人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，该土地承包经营权归于消灭，不能由该农户家庭成员的继承人继承承包经营，更不能作为该农户家庭成员的遗产处理。

“虚拟财产继承权”应及早予以立法明确

2018-10-29 东方网 江德斌

<http://3g.cnfol.com/news/guandianpinglun/20181029/26978277.shtml>

一个人离世后，他的微信、QQ、支付宝账号等网络虚拟财产该如何处理？出现继承纠纷问题时该如何解决？10月27日，由广东省律协、广东省法学会法律风险管理研究会、广州市律协联合主办的产权保护制度与法律风险管理论坛在广州举办。获奖论文作者、清远市清新区检察办公室检察研究员邹丽婷认为，作为一种新型财产，当前我国网络虚拟财产继承存在障碍，建议建立完善成熟的网络虚拟财产继承制度，以弥补立法上的空白。（10月28日《新快报》）

随着互联网的全面普及，每个人都拥有越来越多的网站平台账号，这些账号的背后，则关联着用

户的银行卡、身份信息、好友、道具等信息数据，随着应用时间的积累，这些信息数据也越来越多。而在信息时代，信息数据都是有价值的，亦获得市场的认可，不同的数据有相应的市场价格，也就形成了所谓的虚拟财产概念。最典型如游戏道具交易，在游戏迷里已经形成一套价值评估体系，根据道具的等级、武力值、稀有度等，给出对应的价格。

目前，网络平台账号的所有权归平台，使用权则归用户，平台有权将账号回收、注销掉。不过，账号蕴含的信息数据，则属于用户的个人隐私信息，平台无权擅自处置，应由用户自主决定。因此，在出现用户离世的情况，其虚拟财产任何处置，也就

成为了一个必须面对的问题。既然虚拟财产是财产的范畴,那么用户的家人就有继承权,可以依法继承用户的虚拟财产,接收相关信息数据。

当下,我国网络虚拟财产继承的相关立法不完善。早在2009年文化部就下发了《关于加强网络货币管理的通知》,2017年新颁布的《民法总则》也明确了互联网数据权和虚拟财产权都属于民事权利的一部分,但是在继承方面,《继承法》暂没有做出相关规定。因此,应尽早顺应时代立法修改,在《继承法》里明确虚拟财产的合法继承权,保障用户家人的合法权益。

同时,目前大多数网络平台的运营商并不配合,从其自身利益出发,对网络虚拟财产的继承或转让均持否定或消极态度,往往采取主动收回、注销用

户账号,导致虚拟财产的继承权得不到有效保障,引起了诸多纠纷,甚或诉诸于法律。因此,法律应对此予以明确,要求网络平台注重用户的虚拟财产保护和继承,不得以账号的所有权为由,擅自删除相关信息数据,造成用户虚拟财产价值的丧失,应依法将其度让给合法继承人。

从社会发展的未来趋势看,越来越多的行业被互联网重构,大数据得到最广泛的运用,虚拟财产在财富里的占比,也将越来越高。因此,有必要未雨绸缪,认真对待虚拟财产的发展趋势,及早对虚拟财产的继承权做出法律定性,以保障广大民众的合法权益,亦可督促网络平台运营商重视用户账号的保护,防范虚拟财产遭到不法侵害。

实录 | 杨立新:《民法典继承编草案修改之要点》

2018-10-30 中国民商法律网

<https://mp.weixin.qq.com/s/kHsN2fwcuZ7x147n0QR9Yw>

主持人:非常感谢夏吟兰教授,富有激情,观点很明晰,下面有请中国法学会民法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授、博士生导师杨立新报告《民法典继承编草案修改之要点》。

杨立新:中国法学会民法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授、博士生导师



感谢大会安排我做这样一个有关继承法草案的报告。

民法典分则各编公布以后,我们几位作为继承编专家建议稿的起草人,首先还是比较欣喜,同时也感到失望,欣喜和失望比较起来欣喜小于失望。欣喜是继承编有了很大的变化,一是关于遗产采取概括式的方式规定是对的,二是对丧失继承权的补充规定,第三是增加规定被继承人的兄弟姐妹、子女适用代位继承的制度,这个也是对的,第四个增加规定打印遗嘱的类型,特别是第五废除了公证遗嘱优先原则,这是大快人心的事情,是特别对的事情。第六增加了遗产管理人制度,以及相关规则。第七无人继承遗产收归国有,用于公益事业,这比原来有很大的进步,之前不知道收归国有干什么用?现在知道干什么用了。

这些进步不算是最大的进步,继承法还有许多需要规定的都没有进行规定。从室内稿到第一次审

议稿,条文一次比一次少,我估计2020年通过的时候,继承编就还剩37条,如果这样,修改不修改就没有什么意义了,尽管我们还是在现有法律基础上进行编纂,有这样一个机会为什么不把继承法编写得更好一点?我觉得有一个反差,关于继承法修订问题从刚才杨明仑介绍的情况,全国人大常委会没有太大的意见,法院也没有太大的意见,都觉得现行的《继承法》很好,但是学者都有意见。

现行《继承法》是计划经济的继承法,不是市场经济的继承法,从这样的角度看,不适应现代社会。一部传统民法典规定继承法差不多有200条,我们用三十几条来规定,从数量对比上来说就显然不符合需求的。从这样一个角度上来说是不是着重再提出修改意见,争取还是要有所进步。

第一个问题,扩大法定继承人的范围,我们现在的法定继承人范围是非常狭窄,最基础的传统在哪里?就是1922年苏俄民法典第418条,只规定了配偶、子女、父母,孙子女、外孙子女也只能用代位继承而继承,除了这些人以外都不可以继承,我们可以举一个最简单的事例,年轻的同志不觉得有什么,年龄大的都觉得四世同堂是美好愿景,按照现在的继承法,四世同堂的重孙子不可以继承太爷爷的财产,这个完全不符合实际需要。

法定继承人范围过于狭窄,就会产生更多的无人继承的遗产,如果没有人接受遗赠,这些就要收归国有,私人的财产干什么要收归国有?扩大继承人范围就可以最大限度减少无人继承的遗产,就可以更好保护私人的财产,这部分我觉得还是应该做。

在这里有一个问题是我们特别奇怪的一个概念,我们大家都认为它是对的,而实际是不对的,就是近亲属的概念。国外一般没有近亲属的概念,多说几亲等以内的亲属之间有什么权利义务关系?我们就造出近亲属的概念,近亲属间发生权利义务关系,但重孙和太爷没有权利义务关系,这是婚姻法的问题。由于婚姻法出了问题,继承法也出了问题,这部分我们还是觉得四亲等以内的亲属都应该

有法定继承权,这样就可以解决这个问题。

第二个问题,规定更符合社会需求的法定继承顺序,现在的继承顺序基本仍然是苏俄民法典1922年第418条,我们今天还拿着它当成最适合中国国情的法定继承顺序,挺费解的,大家还觉得它就是对的。孙子女、外孙子女为什么作为代位继承人来继承,他们的父母一旦要是被剥夺了继承权,或者丧失了继承权以后他们就不可以代位继承,这样的制度对吗?作为一个祖父母、外祖父母他们最愿意孙子女、外孙子女继承,儿子、女儿都不一定。我们不仅仅保证孙子女、外孙子女的继承权,还要保证重孙、重外孙子女的继承权,我们不应该剥夺他们的继承权。

配偶的继承顺序问题,根据我的调查研究,绝大多数国家配偶都是无固定顺序的继承人,第一顺序有人就跟第一顺序继承人,第二顺序有人就跟第二顺序继承,或者再了不起有第三顺序,都没有的时候才去自己继承。这样可以均衡分配遗产,我们现在当成第一顺序继承人。还有父母的继承顺序问题,很多人都不同意,你不孝子女,你爹都继承不了你的财产?同时还有一个原则一定要考虑,继承的流转顺序是向下流转,尽量防止向旁人流转,一旦父母作为了第一顺序继承人,到了父母以后很快就会向旁流转,我们看看法国民法典关于继承制度的改革就完全不是这样,我相信这个部分很难说服别人,我们搞继承法的还继续坚持,因为它符合实际需要。我们两个继承顺序太少了,最好规定四个继承顺序、五个继承顺序,现在俄罗斯民法典是7个继承顺序,我们干什么一定要有2个顺序?好记、简单,法官也好判,问题是它不符合实际社会生活的需要。

第三个问题,宽宥制度里面有几个情况应该进一步明确。比如故意杀害被继承人,草案规定这个不可以宽宥。我觉得可以宽宥,杀害不一定是杀死,他想杀最后没有杀死,他就这么一个子女,最后他说我还愿意把遗产交给他,难道不可以吗?

说不行，他只要想杀你，你就永远不能让他继承你的遗产，这里有个人的自由吗？好像有问题，我觉得这部分是不是再考虑？

还有一点我觉得特别重要，就是特留份制度，我们回顾一下泸州情妇遗赠案，用公序良俗原则否定遗赠有效，是不对的。如果保留法定继承人特留份，剩余的可自由处分。我们研究继承法、婚姻法的人都觉得特留份制度特别重要，但是我们现在特留份制度一直写不进去，总是把它和必留份混在一起，这是不对的。原来我们草案当中有协议继承制度，遗赠扶养协议和继承扶养协议这两个都放到了一起，这也是对的，但是现在这个稿子又把继承抚

养制度取消了，这个是不对的，他有几个继承人，继承人协商好了你继承你抚养，这个难道不行吗？完全可以。删掉这一部分是不是也有顾虑，这个好像也不对。

最后一个问题我们现在的遗嘱继承太简单了，有很多内容都需要写，比方说替补继承、后位继承，这些都很简单的，为什么不写进去？如果写进去了以后，被继承人就可以有更多的选择余地，如果不写进去选择后位继承就不符合法律，就会被宣告无效。这两项选择怎么选择有利？

谢谢大家！

四、房产、股权、信托

（一）房产

小姨在父母家住了 30 年，能说赶就赶？法院：可终生居住！

原创：2018-10-19 广州市中级人民法院 广州中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/T5pUjgAtnv-AohRM7FgImw>

广州案例 ● 第三十四期

阿花和姐夫、姐姐同住一房 30 年，姐夫、姐姐相继去世后，姐夫、姐姐的养女阿美继承了父母的房产，要求小姨阿花搬离房屋。



年近七旬的阿花患有严重心脏病，每月靠微薄的退休金治病和生活，儿子的收入每月也仅有一千余元，这间房屋是她们唯一的安身立命之所。

继承房屋就必然否定小姨的占有使用权？外甥女是否有权要求其搬出房屋？请一起走进今天的广州案例。

基本案情

外甥女阿美：我继承了分给父亲的房子，有权要求小姨搬出。

阿美诉称其父母是果品公司的职工，1984 年获得单位分配的位于广州市越秀区的福利房一套。小姨阿花一直与阿美父母同住。后阿花结婚生子，但在广州没有房屋居住，一直和儿子与阿美父母同

住。阿美成年后则因工作需要调往深圳，故将该房屋暂借予阿花居住。

阿美的父母亲于 1995 年、2007 年相继去世。2010 年，阿美通过法定继承取得涉案 502 房与 501 房所有权。阿美称，当时两套房屋是一个产权证，共 112.72 平方米，后在 2016 年分为两房，501 房面积是 60.92 平方米、502 房面积是 50.85 平方米。阿花及其儿子使用 502 房至今。

后阿美多次请求阿花返还房屋，但阿花不予理会，现仍占有该房屋，阿美起诉至法院，要求小姨阿花及其儿子结清在该涉案房屋居住期间产生的所有费用并将房屋交还给阿美；阿花及其儿子连带赔偿占用房屋期间给阿美造成的经济损失。

小姨阿花：历史原因并不能说明姐夫是真正的产权人。

阿花则称，她和姐夫年轻时一同就职于果品公司，1984 年公司分房时，其与姐夫同时提出申请，后分房小组考虑到阿花和姐夫的亲属关系，双方家庭的户口也是在一起的情况，且当时的社会分配还是以户为基本单位，家庭色彩浓厚，分房时就写在了户主姐夫的名下。

1984 年 2 月房子分配给姐夫一家和阿花一家。外甥女阿美提供的房产证平面附图未能准确描述该层房屋分布情况。在分房之前，姐夫和阿花一起居住，两家人的户籍是同一个地址，该户籍地址共有五人，姐夫为户主，阿花从 1984 年分房后一直居住至今。

阿花在1978年进入果品公司工作,2002年从果品公司退休,从1984年至接到诉状之前接近三十年的时间里,果品公司或者是姐夫、姐姐从未要求其搬离讼争房屋或是支付任何性质的费用。从日常生活经验法则可以说明阿花拥有其现在所居住的一厅一室大约三十平方米左右的面积。

阿花现在已经是年近七旬的老人且患有严重心脏病,每月靠微薄的退休金治病和生活,这个三十多平方米的老房子是其唯一的安身立命之所,其实在无力在外租住房屋。同时,房产证只是历史结果的外在表现形式,并不能反映其中蕴含的历史成因以及这段历史所反映的真实产权情况。在以“户”为单位的年代,办事情都是以户主的名义办理,并不能说明其是真正的产权人;而且物权登记制度的设立是为了方便物权的管理以及保护第三人利益和交易安全,并不是绝对真实客观的权属情况反映。单位福利房具有的人身属性和福利保障性质,主要是为了解决单位职工的住房困难。因此请求法院驳回阿美的全部诉讼请求。

有关涉案房屋的面积和产权人,
《房地产权证书》和《不动产证书》是这样记载的:

据《房地产权证书》记载:501房建筑面积112.72 m²,权属人为阿美,房屋所有权取得方式为继承,登记时间为2010年12月20日。

2016年9月5日粤(2016)广州市不动产权第002****5号《不动产权证书》记载:“权利人阿美;坐落越秀区**路**号502房;面积50.85平方米。粤(2016)广州市不动产权第002****4号《不动产权证书》记载:“权利人阿美;坐落越秀区**路**号501房;面积60.92平方米。



法院查明以下事实,小姨阿花及其儿子居住的是502房。涉案房屋502房以及501房原是果品公司的福利分房,果品公司将该房屋分给了阿花的姐夫,由姐夫支付房款,房屋分配时两人均为该公司的职工。阿花1984年入住涉案房屋,涉案房屋房改时阿花及其儿子的户籍均在涉案房屋所在地。阿花是在姐夫、姐姐同意的情况下入住涉案房屋,姐夫、姐姐去世前均未要求阿花搬离。阿花入住涉案房屋后,果品公司没有再分配房屋给阿花。涉案房屋是阿花及其儿子的唯一住所,没有搬迁去向。

争议焦点

外甥女阿美请求小姨阿花搬出涉案房屋的理由是否成立?

裁判结果

一审法院判决:

- ① 被告阿花及其儿子应于判决发生法律效力之日起六个月内迁出502房屋,将上述房屋腾空交还给阿美。
- ② 驳回原告阿美的其他诉讼请求。

双方当事人不服一审判决,向二审法院提出上诉。

二审法院判决:驳回上诉,维持原判。

阿花不服二审判决,向广东省高级人民法院申请再审。广东省高级人民法院指令广州市中级人民法院再审本案。

广州中院判决:

- ① 撤销一、二审民事判决;
- ② 驳回阿美的全部诉讼请求。

法官说法



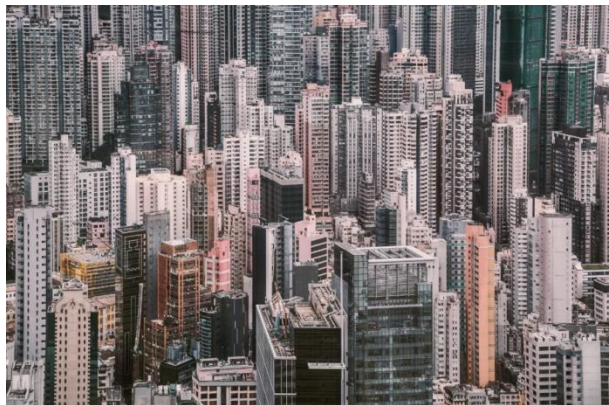
审判长 王维
广州市中级人民法院
审监庭 副庭长

➤**法院一审认为：**阿美作为涉案房屋的所有权人，主张收回房屋系其合法行使权利，考虑到阿花的情况可以暂住，但应积极另寻房屋搬迁，在判决发生法律效力之日起六个月内迁出 502 房，以便将涉案房屋腾空交还阿美。若阿花及其儿子就涉讼房屋主张权属，应通过确权之诉或者其他法律途径解决。对于阿美要求阿花及其儿子连带赔偿占用房屋期间给阿美造成的经济损失法院亦不予支持。

➤**法院二审认为：**一审查明事实清楚，适用法律正确，处理结果并无不当，应予维持；上诉人阿美与阿花及其儿子的上诉主张均缺乏充分依据，予以驳回。

➤**法院再审认为：**涉案房屋原为果品公司的福利分房，阿花为该单位职工，同时因为与阿美父亲的亲戚关系入住涉案房屋，至今已居住使用近 30 多年。阿美虽然是涉案房屋的产权人，但该房屋是继受取得，其在继承该房屋时所附随的义务应为阿花的占有使用权。阿美仅凭涉案房屋的权属证书请求阿花搬出依据不足，阿花在有生之年可以居住该房屋，再审驳回阿美的诉讼请求。

本案再审判决兼顾了法理与情理。虽然法律没有明文规定附条件的继受取得，但物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。再审改判考量了以下因素：



① 涉案房屋原为果品公司的福利分房，业主是阿花的姐夫，阿花同为该单位职工，虽然阿花目前无法提供任何当年分房的材料，**但从生活经验判断，阿花是单位正式员工，如果当时没有与其姐夫居住在一起，单位在房改时会给她分房。**

虽然分房时由其姐夫支付了房款，但单位有可能考虑了阿花的因素分配了面积较大的房屋给其姐夫。阿花入住涉案房屋与姐姐、姐夫共同居住，至今已 30 多年。阿花姐姐、姐夫在世时，从未要求阿花搬离，这说明阿花占有使用涉案房屋得到了原产权人的同意。**从这个意义上讲，再审肯定了阿花对涉案房屋的占有使用权，阿美是附条件继受取得房屋所有权。**

② 本案阿美继受取得涉案房屋，并无付出对价，目前也对 501 房获得了完整所有权，法院也没有否认其所享有涉案 502 房所有权，仅是将占有使用权保留给其法律拟制关系的小姨阿花。阿花经济能力较弱，且年近七旬，在这种情况下**判令其搬离已居住 30 余年的住所违公序良俗。**

来源 | 广州中院

编写人 | 王维 席林林

编辑 | 毛帅楠

登记有错？行政诉讼未必是解决问题的最佳途径

原创：2018-10-30 鱼龙聊房 武夷山李炜

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

某地案例：夫妻婚姻存续期间按揭贷款购买了一处商品房，预购商品房是以妻一人的名义签订的并登记为妻单独所有（询问笔录也为单独所有），预购商品房抵押合同是以夫妻二人的名义签订的（询问笔录为共有），但他项权证上记载的抵押物权利人为妻一人。后该夫妻产生矛盾，其夫要求将所有权由单独所有更正为共同共有，其妻不配合申请登记。其夫凭结婚证、户口簿单方申请更正登记，登记机构不予受理，理由是：要双方申请。

其夫诉至人民法院，诉求撤销国有土地使用权及房屋所有权转移登记行政行为。二审法院支持了其诉求并判决登记机构在二个月内重新做出行政行为。法律文书生效后，当事人继续单方向登记机构申请更正登记，登记机构回复：登记行政行为已被撤销，如需登记仍需双方重新申请，单方申请不符合受理的条件，不予受理。当事人申请强执，法院给登记机构发出《强执函》，登记机构回函声称“不动产登记依申请为原则，原登记行为已被撤销，如需登记仍需双方申请，否则，二个月内无法重新作出行政行为”。

由于笔者没有看到具体的判决书，所以无法去判断登记机构在办理业务的过程中是否有瑕疵和错误，只能就此类似问题做一下分析，首先，本案例的核心矛盾其实不在于转移登记的对错，而在于夫妻内部矛盾，在于夫妻对该房屋所有权归属的分歧。找到问题的核心就可以予以针对性的解决。

一、登记机构诉讼前的解决思路

实践中，此类的案例其实是非常多的，而不动产登记机构如何正确的处理其实是非常影响后续

的事件发展。首先，在收到更正申请的时候，需先审查档案，是否有档案资料可以体现有登记错误，而当事人确属共有人的情形，如有的，可按照《不动产登记暂行条例实施细则》第80条的规定予以更正。

如果档案资料中无法证实有登记簿错误的，又遇到本案这种权利人不肯配合配偶来申请更正登记的，则应该建议当事人先申请一个异议登记，然后再通过民事诉讼来确权后再办理更正登记手续。

二、登记机构诉讼思路

如果当事人执意走行政诉讼来解决问题，那么登记机构的诉讼策略也是非常重要的。首先要整理好登记档案和所有的登记法规复议打印出来，以证明自己要件和程序的合法性。然后在答辩中的要抓住核心来应对。

《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》法释〔2010〕14号第8条规定：“当事人以作为房屋登记行为基础的买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等民事法律关系无效或者应当撤销为由，对房屋登记行为提起行政诉讼的，人民法院应当告知当事人先行解决民事争议，民事争议处理期间不计算在行政诉讼起诉期限内；已经受理的，裁定中止诉讼。”

《物权法司法解释一》第1条规定：“因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。”

根据以上两个法条的规定可以看出,对于当事人对行政诉讼的目的是为了解决民事争议的,应该予以一并解决,或者先行解决民事争议。因此如当事人未同时申请一并解决民事争议的,登记机构可申请法院中止行政诉讼,让当事人先解决民事争议,如民事争议的裁判结果证明登记簿确有错误,可以予以更正。

三、撤销登记的后果

本案例中法院判决撤销登记,让登记机构重新作出行政行为,是依据的《行政诉讼法》第70条的规定。该判决体现了法院对于登记业务的理解和不动产登记机构理解上会有分歧。从目前的法律规定来说,如本案审理中并未对民事争议一并解决的话,那么重新作出行政行为的前提,是当事人重新提出登记申请。而法院撤销的是原权利人转移给行政诉讼原告配偶的登记。撤销的后果简单的说就是相当于该登记未发生过,恢复权属登记到原权利人名下。那么重新作出行政行为就仍然需要原权利人

和原告的配偶共同提出申请,此时如原告的配偶仍然在申请中明确回答询问为个人财产,而申请登记的原因文件买卖合同中,也仅仅体现其一个人的名字。在无法律授权登记机构可以主动审查是否有法定共有人的情况下,那么登记的结果可能与被撤销前一致,等于又回到了原点,而根据《行政诉讼法》第71条的规定:“人民法院判决被告重新作出行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为。”完全就变成一个死结了。

综上所述,对于登记机构来说,合理引导当事人的诉求,才能够有效化解矛盾和纠纷。而对于人民法院来说,不能将不动产登记与普通的行政许可、行政执法、行政审查一样来对待,登记的结果极大的依赖于当事人提供的材料和对于询问回答的结果来予以记载。判决行政错误不一定就可以解决问题,还应该找到问题的根源来先解决民事问题,再行处理行政行为。

法院案例选: 房产纠纷典型案例 6 则 | 审判研究

原创: 2018-10-31 审判研究 陈枝辉律师

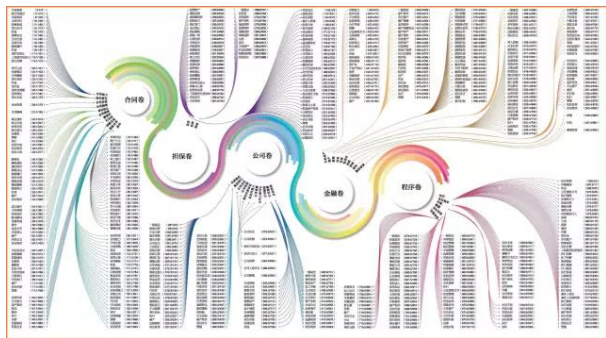
https://mp.weixin.qq.com/s/xn4QbVgk0XLTHAztX-K_Vw

对于大多数人来说,住房是安身立命的根。有了自己的房屋,居有定所,纵使浪迹天涯,也不会有漂泊的感觉……

陈枝辉 北京天同律师事务所

导读: 天同码,是北京天同律师事务所借鉴英美判例法国家的钥匙码编码方式,收集、梳理和提炼司法判例的裁判规则,进而形成中国钥匙码的案例编码体系。经与天同诉讼圈商定,审判研究每周独家推送全新天同码系列。

天同码导航图



案例来源于最高人民法院中国应用法学研究所编《人民法院案例选》2018年第4辑—2018年第9辑(总第122—127辑)部分房产纠纷典型案例。

规则要述

01. 正常病亡，及无关联的坠亡，不等于“凶宅”情形

正常生老病死及与系争房屋无关联的坠亡事件，不构成二手房买卖中“凶宅”情形，出卖人对此并无披露义务。

02. 房屋确权之诉，法院应做诉讼真实性、合法性审查

物权归属变动之诉中，不因双方自行达成认诺而径行作出可能违反公示公信原则或可能影响他人利益的裁判结果。

03. 购房合同有效，但无权处分未经追认，仍无权占有

未经其他共有人同意而处分房屋，合同虽经生效判决确认有效，但处分行为未经追认的，买受人构成无权占有。

04. 不定期承租人优先购买权受侵害时，损失确定原则

不定期租赁合同承租人优先购买权受侵害的，其损失以成交价与市场价之间差价损失、租赁期限长短等综合确定。

05. 起火原因不明，应综合案件实际情况认定民事责任

起火原因无法认定不能作为民事侵权损害赔偿案件中确定责任唯一依据，应依《侵权责任法》归责原则综合认定。

06. 赠与子女房产，经民事调解书确认，不得随意撤销

经法院生效民事调解书确认的父母子女之间关于房产赠与行为，同时因具有一定道德义务性质，应属诺成性约定。

规则详解

01. 正常病亡，及无关联的坠亡，不等于“凶宅”情形

正常生老病死及与系争房屋无关联的坠亡事件，不构成二手房买卖中“凶宅”情形，出卖人对此并无披露义务。

标签：房屋买卖 | 凶宅房 | 正常死亡 | 直接关系 | 善良风俗

案情简介：2015年，康某以通过中介公司所购刘某二手房曾发生过刘某配偶病亡、楼上曾有居民跳楼坠亡事件，该房系“凶宅”为由诉请撤销合同并赔偿损失。

法院认为：①从社会生活一般常识和常理推断，通常而言，“凶宅”指的是房屋内发生过非正常死亡事件或短期内多次发生死亡事件、致使普通民众在正常交易情形下通常不愿购买的房屋。就本案而言，虽刘某家人在系争房屋内病亡，但正如刘某所言，生老病死系自然规律，家人在自家房屋内病亡亦属正常；此外，虽此后又有楼上他人坠亡于系争房屋之外一事，但坠亡行为和结果均未发生在系争房屋内，坠亡事件与系争房屋亦无直接关系。由此，康某以上述两起事件先后发生即认定系争房屋为“凶宅”，过于苛刻，与常理不符。②康某主张的两起死亡事件相关情形并非系争房屋关键交易信息，刘某并无主动向购房人进行披露的特定义务。在购房人未就相关情形进行主动询问前提下，刘某不主动披露，合法合情合理，并无不妥。但需注意的是，倘若购房人在择房过程中特别在意相关情形，并将相关情形作为购房时考虑的主要因素，且购房人主动就相关情形询问了出售方情况下，基于诚实信用原则，刘某理应全面、真实地予以告知，如有故意隐瞒即应构成欺诈。本案中，康某表示在签约前曾向刘某询问过系争房屋内是否有死人事情。刘某对此予以否认，故康某应提供证据加以证明；未能提供证据或证据不足以证明其事实主张的，应承担

担不利后果。康某虽提供了与中介公司员工电话录音及聊天记录,但均无法直接证明签约前康某曾向刘某本人询问是否死过人这一特定情形,故对于康某主张,不予采信。判决康某诉请,不予支持。

实务要点:从社会生活一般常识和常理推断,通常而言,“凶宅”指的是房屋内发生过非正常死亡事件或短期内多次发生死亡事件、致使普通民众在正常交易情形下通常不愿购买的房屋。

案例索引:上海宝山区法院(2015)宝民三(民)初字第1763号“康某与刘某等房屋买卖合同纠纷案”,见《康建斌、宋月诉刘龙妹、陈竹青房屋买卖合同纠纷案——“凶宅”的认定及出售方披露义务范围的界定》(蒋梦娴),载《人民法院案例选》(201809/127:125)。

02. 房屋确权之诉,法院应做诉讼真实性、合法性审查

物权归属变动之诉中,不因双方自行达成认诺而径行作出可能违反公示公信原则或可能影响他人利益的裁判结果。

标签: 房屋买卖 | 冒名登记 | 诉讼程序 | 虚假诉讼

案情简介:2015年,季某以季某弟将其1999年付款所购房屋登记在自己名下为由诉请确权。诉讼中,季某认可该房屋属季某所有。经查,该房屋因季某弟涉及另案诉讼,已被多家法院轮候查封。

法院认为:①依《物权法》规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。不动产登记簿是物权归属和内容的根据,不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。本案中,季某作为原告提出诉讼请求,要求确认案涉房屋所有权归其所有,而季某弟作为案涉房屋现登记的权利人,在审理中均表示同意季某诉请。物权登记具有公示、公信的对世效力,由此,如要通过诉讼确认、变更不动产登记权属,必然会影响到基于物权登记信赖而发生的其他交易行为或民事活

动结果,并可能涉及到第三人利益或社会公共秩序,故本案中依法仍应对季某诉讼请求是否具备充分事实和法律依据予以审查,这既是当事人对其诉请所依据事实所应承担的基本举证责任,也是法院对诉讼真实性、合法性进行实质审查的必然要求。②从案涉房屋取得物权登记原因行为来看,季某弟是通过购买商品房取得了案涉房屋所有权,案涉房屋买卖合同、结算发票中记载的房屋买受人均为季某弟,并未体现出季某姓名或权利。而季某提交的主要证据是收据复印件,该收据复印件虽由出具单位核对了其真实性,但收据中本身记载的收取款项用途并不统一,仅从收据记载内容来看,并不足以直接证明与案涉房屋之间的关联性。对于购买案涉房屋目的和用途,季某陈述主要是用于投资,通常情况下,投资人对于投资项目权属、使用、收益情况应最为关切,如按季某主张,其在2000年前后即已支付了高达400万余元购房款,然而却在其后房地产市场变化最为剧烈的十余年时间里,对其购买房屋的建设、完工、面积、价款、权属、使用、收益等基本情况不知晓、不过问、不落实、不主张,显然不符合一般情理。③《物权法》第7条规定,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。庭审中,季某弟自认案涉房屋未能自行办理变更登记原因是已被查封,而根据查明事实,案涉房屋已于2013年设定了最高额抵押,主债权数额达1800万元,且案涉房屋已被多家法院分别予以轮候查封,显然,案涉房屋所有权之上已设定了他项权利及司法查封,在上述情形未予撤销或解除情况下,双方在本案中关于房屋权属确认、变更的请求和同意,有可能涉及和影响到他人合法权益及公共利益。综合上述事实 and 理由,季某在本案中要求确认案涉房屋所有权为其所有的诉请尚不具备充分事实和法律依据,判决驳回季某诉请。

实务要点:当事人在诉讼中主张物权归属或变动,须经法院严格审查,不能仅以当事人自行达成

的认诺径行作出可能违反公示公信原则或可能影响第三人利益的裁判结果。

案例索引：辽宁大连中院（2015）大民二终字第01715号“季某与季某弟物权纠纷案”，见《季福来诉季福奎物权确认纠纷案——物权确认纠纷中当事人自行达成认诺行为效力的认定》（季烨），载《人民法院案例选》（201806/124:91）。

03. 购房合同有效，但无权处分未经追认，仍无权占有

未经其他共有人同意而处分房屋，合同虽经生效判决确认有效，但处分行为未经追认的，买受人构成无权占有。

标签：房屋买卖 | 无权处分 | 继承房 | 无权占有

案情简介：2007年，郭某父母死亡。2010年，郭某父名下承租公房因拆迁，郭某与郭某姐与开发公司签订回迁安置协议。2012年，郭某姐将约定归郭某所有的安置房通过中介售予赵某并收取房款，该合同后被法院生效判决确认有效。2015年，生效判决确认诉争安置房归郭某所有，郭某据此办理了过户手续。因赵某拒绝腾房致诉。

法院认为：①依《物权法》第34条规定，无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物，故权利人行使返还原物请求权前提之一即占有人为无权占有。根据查明事实，案涉房屋拆迁时包括公房及自建房。公房原承租人死亡后，就该公房并未重新签订租赁协议以确定新的承租人，且当时该房屋空置，亦无其他人作为实际承租人履行承租上述公房的权利义务，故可认定该公房并未产生新的承租人。诉争房屋系前述公房被拆迁后转化的拆迁利益，在原公房承租人死亡后，上述安置房权利应由其法定继承人依法享有。依继承人对诉争房屋分割协议，郭某姐作为拆迁利益共有人依据回迁安置协议对诉争房屋享有占有权源。②赵某签订份房屋买卖合同之时，郭某姐对该房屋相关利益享有的

是共有人权利，其签订房屋买卖合同应经其他共同共有人同意，否则构成无权处分，虽该合同已经生效判决认定为有效，但无权处分行为效力待定，即郭某姐尚不具备转移占有的处分权，其转移占有于赵某行为效力待定。在郭某取得房屋所有权证并经法院生效判决确认其所有权后，郭某姐无权处分行为并未事后取得处分权亦未经其他共有人追认，赵某从郭某姐处继受取得对该房屋占有，不具备占有权源，其占有系无权占有。判决赵某将案涉房屋腾退并交付郭某，腾退房屋时不得损坏房屋及附属设施。

实务要点：房屋共有人未经其他共有人同意处分房屋，合同虽经生效判决确认有效，但无权处分行为未经追认的，买受人构成无权占有。

案例索引：北京一中院（2017）京01民终8935号“郭某与赵某物权纠纷案”，见《郭双海诉赵秦昌物权保护纠纷案——返还原物请求权的构成要件及其认定》（赵蕾），载《人民法院案例选》（201805/123:116）。

04. 不定期承租人优先购买权受侵害时，损失确定原则

不定期租赁合同承租人优先购买权受侵害的，其损失以成交价与市场价之间差价损失、租赁期限长短等综合确定。

标签：房屋租赁 | 优先购买权 | 不定期租赁 | 差价损失

案情简介：2014年，韩某以承租韩某房屋被韩某于2009年转让给宿某，侵犯其优先购买权为由，诉请赔偿差价损失24万余元。

法院认为：①《合同法》第230条规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。根据上述法律规定，承租人优先购买权并未排除不定期租赁情形，故韩某作为涉案房屋承租人，虽系不定期租赁，在租赁合同解除前，仍享有对涉

案房屋的优先购买权。韩某一直居住涉案房屋至今，李某并未提交证据证实其在出卖房屋之前向韩某发出过解除租赁合同通知，故双方不定期租赁关系一直存在至李某将涉案房屋出卖给宿某，此后的不定期租赁出租人系宿某。李某在不定期租赁合同仍履行时出卖房屋，未通知承租人韩某，损害了韩某优先购买权，应适当赔偿韩某相应损失。②承租人优先购买权是隶属于租赁权的从权利，为了平衡出租人与承租人之间的利益，确定本案赔偿责任应考虑以下因素：不定期租赁可随时解除，具有不稳定性，故本案赔偿责任应远小于定期租赁情况下的赔偿责任；李某损害韩某优先购买权后果是使韩某丧失同等条件下优先购买涉案房屋机会，但这种机会丧失并不一定转化为经济损失。假设李某出卖涉案房屋时通知韩某，韩某可能在同等条件下购买，也可能不购买。如其购买，则能得到因房屋升值所带来的利益；如不购买，则不能得到因房屋升值所带来的利益，故韩某所丧失这种优先购买机会并不必然给其带来房屋差价损失。另外，还存在着因韩某与涉案房屋其他购买人竞价导致的房屋实际出售价格提高等不确定因素。综合上述两点考虑，韩某经济损失应以涉案房屋实际交易之日与韩某知道或应当知道交易信息之日差价损失为基础计算，结合本案不定期租赁特殊情况和机会利益特殊性，酌定李某赔偿韩某涉案房屋差价损失 20%，判决李某赔偿韩某 4.8 万余元。

实务要点：不定期租赁合同承租人优先购买权受侵害的，其损失以成交价与市场价之间差价损失、租赁期限长短等综合确定。

案例索引：山东济南中院（2016）鲁 01 民终 4094 号“李某与韩某等房屋租赁合同纠纷案”，见《李克俭诉韩延伟、邵学美房屋租赁合同纠纷案——不定期房屋租赁合同承租人优先购买权的认定》（曹强），载《人民法院案例选》（201806/124:97）。

05. 起火原因不明，应综合案件实际情况认定民事责任

起火原因无法认定不能作为民事侵权损害赔偿案件中确定责任唯一依据，应依《侵权责任法》归责原则综合认定。

标签：房屋租赁 | 火灾损失 | 起火原因 | 火灾原因

案情简介：2016 年，林某承租陈某百货商场发生火灾。公安消防大队所作火灾事故认定书认定起火点为商场仓库西侧，起火原因不能排除电气线路故障引发火灾，同时认定直接经济损失 20 万元。2017 年，陈某诉请林某赔偿损失，其中房屋直接损失 80 万元。

法院认为：①火灾，系指在时间或空间上失去控制的灾害性燃烧现象，火灾过程一般分为初起、发展、猛烈、衰减、熄灭五个阶段，起火处于火灾的初起阶段，是一个由未燃状态转向燃烧状态的过程，起火和火灾在性状、程度、发生原因等方面均不等同。因此，评判林某有否侵权，除依法审查是否满足一般侵权行为构成要件外，还应区分起火和火灾不同内涵和意义。消防部门对起火原因的认定，系以现场勘验、调查询问和有关检验、鉴定意见等调查情况为依据，与侵权责任法关于侵权行为认定的法律依据、归责原则有所区别，故火灾勘查学上起火原因不明不等于侵权责任法意义上的火灾原因不明。因此，消防部门作出的起火原因无法查清的认定不能作为民事侵权损害赔偿案件中确定责任的唯一依据，应结合案件实际情况，根据《侵权责任法》归责原则进行综合认定。②经查，火灾发生于林某占用房屋期间，起火点位于林某管理范围之内，林某负有采取防范措施以确保房屋安全的合同义务，加之房屋老旧且储存易燃物品，其在主观上应尽到善良管理人标准下最大的谨慎。林某未能举证证明其从事了预防火灾发生、控制火灾规模的相应作为，但鉴于起火后报警及时，陈某亦称火势“蔓延速度很快”，可认定林某对妥善管理注意义务违反存在一般过失。火灾造成房屋毁损系本案不

争事实，依社会一般经验和智识水平，林某怠于履行安保义务行为可能导致该种损害，且该种损害确实发生，故该种行为是该种损害发生的适当条件，二者之间具有相当因果关系。基于以上分析，林某因过错对陈某房屋所有权造成了侵害，侵权行为成立，其不能证明存在减免责任情形，依法应承担侵权责任，在陈某直接损失和间接损失范围内赔偿其财产损失。③本案中，直接损失体现为火灾发生时房屋价值和因对危房“立即采取措施”而增加的支出，消防部门统计的房屋损失为20万元，陈某未能提供证据证明统计依据仅是受损人申报或作出该结论依据证明力不足，亦未举证证明增加支出的具体数额，提出80万元赔偿额亦缺乏合理依据，应承担举证不能的不利后果，法院采信消防部门统计作为损失认定依据。判决林某赔偿陈某财产损失15万元及租金损失5万元。

实务要点：消防部门作出的起火原因无法查清的认定不能作为民事侵权损害赔偿案件中确定责任的唯一依据，应结合案件实际情况，根据《侵权责任法》归责原则进行综合认定。

案例索引：福建宁德中院（2018）闽09民终198号“陈某与林某等财产损害赔偿纠纷案”，见《陈鼎金、甘雪花等诉林振忠财产损害赔偿纠纷案——起火原因不明的火灾损害责任认定及承担》（孙雯），载《人民法院案例选》（201805/123:21）。

06. 赠与子女房产，经民事调解书确认，不得随意撤销

经法院生效民事调解书确认的父母子女之间关于房产赠与行为，同时因具有一定道德义务性质，应属诺成性约定。

标签：房屋赠与 | 赠与子女 | 道德性质 | 诺成性合同

案情简介：1997年，胡某在与曹某离婚后购买房屋。2009年，胡某与曹某复婚。2010年，民事调解书确认胡某名下房产50%份额赠与婚生女

胡某某。2012年，胡某与曹某离婚，经调解，前述房产余下50%份额赠与胡某某。此后，房产全部登记在胡某某名下。2015年，胡某某提起物权保护之诉，要求胡某腾退房屋。胡某以胡某某未履行赡养义务为由要求撤销赠与。

法院认为：①本案胡某将其所有的诉争房产份额赠与胡某某，已为生效民事调解书所确认并已履行完毕。胡某依民事调解书将应属本人房产份额赠与胡某某，并据此解除与曹某的婚姻关系，这种发生在特定身份关系当事人之间的、有目的的赠与，并不违反法律规定，具有一定道德义务性质，亦属一项诺成性约定。在胡某、曹某婚姻关系事实上因该离婚调解协议得以解除，且离婚调解协议其他内容已履行情况下，应视为赠与财产目的已实现，胡某赠与房产行为依法不能随意撤销。②本案各方当事人系在法院主持下达成协议并制作民事调解书，其法律效力并不低于经过公证的赠与合同，依法律规定亦属不可撤销情形，故胡某要求撤销赠与主张缺乏事实和法律依据，不予采信。判决驳回胡某诉请。

实务要点：经法院生效民事调解书确认的父母子女之间关于房产赠与行为，同时因具有一定道德义务性质，应属诺成性约定。

案例索引：福建厦门中院（2017）闽02民终388号“胡景煌与胡珺赠与合同纠纷案”，见《胡某某诉胡某赠与合同纠纷案——受赠人对赠与人有扶养义务而不履行的认定》（郭泽喆），载《人民法院案例选》（201804/122:113）。

天同码历史内容汇编链接：

1—192 | 1546条：天同码裁判规则

193 | 人民司法：民间借贷纠纷典型案例 11 则

194 | 人民司法：房屋买卖合同纠纷案例 12 则

195 | 人民司法：机动车保险典型案例 6 则

196 | 人民司法：涉电动车、无证驾驶案例 7 则

197 | 网络主播自己“刷礼物”如何定性

198 | QQ 聊天记录，可作为证据

199 | 合同纠纷典型案例 7 则

200 | 公司解散典型案例 7 则

201 | 最高院：第三人撤销之诉案例 8 则

202 | 最高院《执行工作指导》4 个案例

203 | 消费者权益保障案例 6 则

204 | 江苏高院公报案例 7 则

205 | 涉机动车保险及交通事故案例 7 则

206 | 房屋征收案例 7 则

207 | 侵权纠纷案例 6 则

208 | 校园伤害典型案例 6 则

209 | 合同纠纷典型案例 7 则

核校：简牋

（二）股权

苏州龙杰 IPO：实控人前妻是否该列为共同控制人？

2018-10-22 梧桐树下 V

<https://mp.weixin.qq.com/s/0z660TaSV974xEAG2qr91A>

文/石栏杆

苏州龙杰特种纤维股份有限公司的实际控制人认定出现波折。苏州龙杰 2017 年 9 月 15 日报送的招股说明书只列席文杰为实际控制人。证监会反馈意见询问公司没有把席文杰的前妻杨小芹、女儿席靓认定为共同控制人是否合适。在 2018 年 8 月 24 日报送的招股说明书加列席文杰的女儿席靓列为共同实际控制人，但仍然没有把席文杰的前妻杨小芹列为共同控制人。笔者认为这是不合适的。

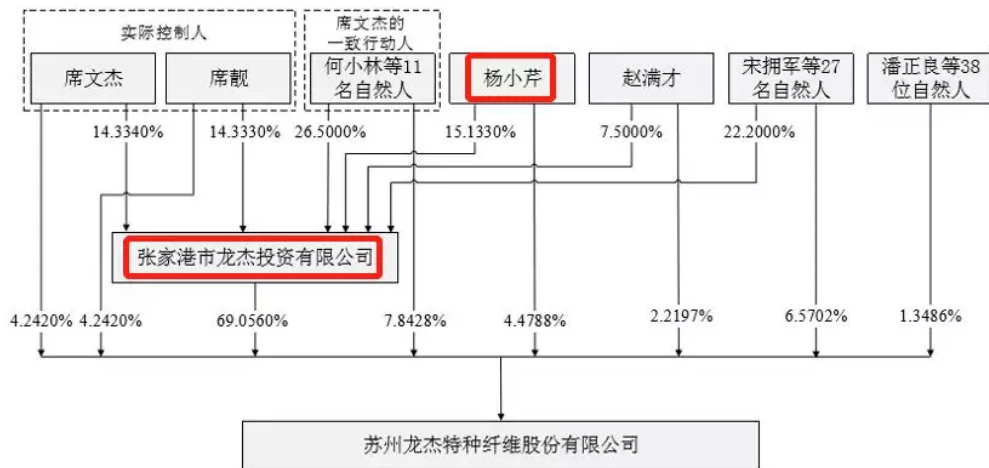
杨小芹与席文杰 4 年前离婚。杨目前直接+间接方式合计持有苏州龙杰 14.9288% 的股份，是苏州龙杰第二大股东，又是苏州龙杰控股股东的第一大股东，又是实际控制人之一席靓的母亲，是一名董事的岳母，又长期担任苏州龙杰采购部部长。

苏州龙杰前身成立于 2003 年 6 月，2011 年 5 月 24 日整体变更为股份有限公司。目前总股本 8920.3 万元。公司一直专注于差别化涤纶长丝、PTT 纤维等差别化、新型聚酯纤维长丝的研发、生产及销售。苏州龙杰在 2012 年就申报了 IPO，在 2013 年一季度撤回申报。

公司最新股东有 81 人，除控股股东龙杰投资是法人外，其他 80 名股东均为自然人。2014 年 10 月，席文杰与此何小林、王建荣、曹红、徐志刚、王建新、黄素祥等 6 人签署《一致行动协议》，上述 6 人直接持有苏州龙杰 5.62% 的股份，持有苏州龙杰控股股东龙杰投资 19% 的股权；2017 年 4 月，席文杰与此同钱夏董、倪建康、陈建华、周颀、曹伟等 5 人签署《一致行动协议》，上述 5 人直接持有公司 2.22% 的股份，持有公司控股股东龙杰投资 7.5% 的股权。

一、苏州龙杰的基本情况 & 股东结构

苏州龙杰股权结构如下：



序号	股东名称	持股数量（万股）	持股比例（%）
1	龙杰投资	6,160.00	69.0560
2	杨小芹	399.52	4.4788
3	席文杰	378.40	4.2420
4	席靛	378.40	4.2420
5	赵满才	198.00	2.2197
6	何小林	158.40	1.7757
7	王建荣	132.00	1.4798
8	曹红	105.60	1.1838
9	钱夏董	52.80	0.5919
10	秦娅芬	52.80	0.5919
11	潘正良	50.00	0.5605
12	倪建康	47.52	0.5327
13	徐志刚	39.60	0.4439
14	王建新	39.60	0.4439
15	陈建华	39.60	0.4439
16	夏建春	31.68	0.3551
17	周颀	31.68	0.3551
18	徐宏	26.40	0.2960
19	陆惠斌	26.40	0.2960
20	陈英武	26.40	0.2960
21	黄素祥	26.40	0.2960
22	惠德忠	26.40	0.2960
23	包连英	26.40	0.2960
24	刘元芳	26.40	0.2960

（苏州龙杰 81 名最新股东名单中前 24 名股东）

从上图可知，龙杰投资是公司控股股东，持股比例 69.056%。杨小芹以 4.4788% 的持股比例位列公司第二大股东，高于席文杰、席靛的持股比例，这俩父女的持股比例均为 4.242%。

再从控股股东龙杰投资的股东来看，杨小芹是单一第一大股东，持股比例 15.133%，而席文杰、席靛的持股比例分别是 14.334%、14.333%。

杨小芹间接持股比例转化成直接持股的话，是 $69.056 \times 15.133\% = 10.45\%$ ，再加上直接持股比例

4.4788%，合计 14.9288%，高于席文杰的合计持股比例。

二、虽已离婚，仍是采购部长、是一名董事的岳母

席文杰出生于 1966 年 9 月 7 日，杨小芹出生于 1965 年 11 月 17 日，席靛出生于 1989 年 9 月 8 日。看来，席文杰、杨小芹是姐弟恋而成夫妻。

招股说明书只披露了席文杰、杨小芹 2014 年 10 月离婚。但没有披露离婚的具体原因，也没有

披露婚姻出现纠纷的时间起点。但对两人婚姻出现纠纷的时间点，招股书还是有点零星的披露。

招股说明书披露 2013 年公司按部分股东要求减资 1079.7 万股的原因有二，一是 2013 年公司撤回了 IPO 申报，二是席文杰、杨小芹婚姻纠纷。

7、2013 年 7 月，减资

公司于 2013 年 3 月撤回首次公开发行股票并上市的申请，以及部分股东担心实际控制人席文杰婚姻纠纷可能对公司经营产生不利影响，部分股东希望公司回购股份。

由上可以看出，席文杰、杨小芹婚姻出现纠纷最迟不晚于 2013 年 7 月。

另外，招股说明书披露，杨小芹从小股东成为公司第二大股东是因为离婚财产分割，离婚协议约定席文杰将其持有的苏州龙杰 378.4 万股转让给杨小芹，杨小芹持股数因此从原来的 21.12 万股增加到 399.52 万股。席靚成为苏州龙杰也是基于父母的这份离婚协议。

8、2014 年 10 月，第三次股权转让

2014 年 10 月，席文杰与杨小芹协议离婚，约定席文杰将其持有的苏州龙杰

1-1-77

苏州龙杰特种纤维股份有限公司

招股说明书（申报稿）

的 3,784,000 股股份转让给杨小芹，将其持有的苏州龙杰的 3,784,000 股股份转让给其女儿席靚。本次股权转让系家庭财产分割，受让方无需支付股权转让价款。

另外，苏州龙杰目前的一名董事邹凯东系席靚的配偶，席文杰、杨小芹的女婿。

6、邹凯东先生：1987 年出生，中国国籍，无境外永久居留权，本科学历。2009 年 7 月至 2013 年 10 月，任中国民生银行张家港支行信贷经理；2013 年 10 月至 2016 年 1 月，任上海银行张家港支行信贷经理；2016 年 10 月至今，任公司总经理助理；2017 年 4 月至今，任公司董事。

六、公司的董事、监事及高级管理人员相互之间的亲属关系

董事邹凯东为董事长席文杰之女婿。除此之外，公司董事、监事、高级管理人员之间不存在亲属关系。

仍担任采购部长

招股说明书披露了前十名自然人股东在苏州龙杰担任的职务，杨小芹为采购部部长。

（三）前十名自然人股东及其在发行人处担任的职务

截至本招股说明书签署之日，公司前十名自然人股东持股情况及在公司任职情况如下：

序号	股东名称	持股数量（万股）	持股比例（%）	在公司担任职务
1	席文杰	378.40	4.2420	董事长、总经理
2	席靚	378.40	4.2420	证券部员工
3	杨小芹	399.52	4.4788	采购部部长
4	赵满才	198.00	2.2197	-
5	何小林	158.40	1.7757	董事、董事会秘书、副总经理
6	王建荣	132.00	1.4798	董事、销售部长
7	曹红	105.60	1.1838	董事、财务总监
8	钱夏董	52.80	0.5919	销售总监
9	秦姬芬	52.80	0.5919	-
10	潘正良	50.00	0.5605	副总经理
合计		1,905.92	21.3661	-

三、2017 年申报稿及证监会反馈意见

苏州龙杰在 2017 年 9 月 5 日报送的招股书（申报稿），只认定席文杰一人为公司实际控制人。

（二）实际控制人

公司的实际控制人为席文杰先生，现任公司的董事长、总经理。其直接持有公司 4.24% 的股份，持有公司控股股东龙杰投资 14.33% 的股权，并通过一致行动安排控制公司 7.84% 的股份和龙杰投资 26.50% 的股权。截至本招股说明书签署之日，席文杰通过持股及一致行动安排合计控制公司 81.14% 的股份，具体情况参见本招股说明书“第五节、七、（三）控股股东及实际控制人基本情况”。

（摘自 2017 年申报稿）

针对苏州龙杰的预披露招股说明书，证监会在 2018 年 8 月 10 日公布了反馈意见。反馈意见第 4 条意见，就提到了席文杰、席靚及席文杰前妻杨小芹的持股比例等事项，并询问“仅针席文杰认定为实际控制人的原因及合理性”。

4、招股书披露，发行人实际控制人席文杰于 2014 年 10 月与配偶离婚，目前直接及间接持有发行人约 14% 股权，双方之女持股约 14%；席文杰近亲属席文亚和席建华均直接或间接持有发行人股份。席文杰又与控股股东龙杰投资之股东中 11 人签署一致行动协议，合计控制龙杰投资约 41% 的股权。请保荐机构和发行人律师说明并补充披露：（1）仅将席文杰认定为实际控制人的原因及合理性；（2）发行人实际控制人与其原配偶是否存在股权纠纷，其原配偶与其女儿是否存在一致行动安排；（3）发行人实际控制人是否出现变更情形，若无，请说明其依据；（4）请结合发行人的股权结构说明席文杰对公司的实际控制能力。

（证监会 2018 年 8 月 10 日公布的针对苏州龙杰的反馈意见）

四、更新披露稿只增列席靓为实际控制人

在收到证监会反馈意见后,公司及中介机构改变了首次披露稿对实际控制人的认定,把席文杰、杨小芹的女儿席靓增列为实际控制人。

(二) 实际控制人

公司的实际控制人为席文杰先生及其女儿席靓女士

席文杰先生,现任公司的董事长、总经理,其直接持有公司4.24%的股份,持有公司控股股东龙杰投资14.33%的股权,并通过一致行动安排控制公司7.84%的股份和龙杰投资26.50%的股权。

席靓女士,现任公司的证券部员工,其直接持有公司4.24%的股份,持有公司控股股东龙杰投资14.33%的股权。

招股书还分析了未将杨小芹认定为实际控制人的原因,认为具有合理性。

(4) 未将杨小芹、席文亚、席建华及席文杰的一致行动人认定为实际控制人具有合理性

①关于杨小芹

杨小芹与席靓及公司其他股东之间不存在一致行动安排。截至本招股说明书签署之日,杨小芹持有龙杰投资15.13%的股权、持有公司4.48%的股份,其对龙杰投资股东会没有控制力,对公司股东大会也没有控制力。杨小芹自龙杰有限成立至今从未担任公司的董事或者高级管理人员,从未参与公司的重大决策。在公司的董事会层面和经营管理层面,杨小芹没有控制力,对公司经营决策不施加任何影响,未将杨小芹认定为实际控制人或共同实际控制人具有合理性。

五、认定难题与“实质重于形式”的分析

2018年8月发布的《IPO审核非财务知识问答》第9问“关于实际控制人的认定,应如何掌握?”中有这么一段话:“实际控制人的配偶、直系亲属,如其持有公司股份达到5%以上或者虽未超过5%但是担任公司董事、高级管理人员并在公司经营决策中发挥重要作用,除非有相反证据,原则上应认定为共同实际控制人。”

如果杨小芹与席文杰迄今婚姻关系存续,那么被认定为共同控制人肯定毫无疑问。

然而,纷繁复杂的现实总会挑战现有的规则!苏州龙杰的杨小芹就是典型。笔者只能基于“实质重于形式”的原则来分析。

前面资料已经显示,杨小芹是苏州龙杰第二大股东,是苏州龙杰控股股东的第一大股东,是直接间接合计持股比例达到14.9288%,是持股比例最高的自然人股东。杨小芹又是实际控制人之一席靓的母亲、是公司董事邹凯东的岳母。

这里再分析一下应该认定杨小芹为共同实际控制人的一个核心原因:杨小芹离婚后仍然担任公司采购部部长。

招股说明书披露显示,苏州龙杰前身在2003年6月成立时,杨小芹就是采购部部长。

在家族企业,采购部是一个核心部门,是付钱给别人的,是一个油水部门,道德风险很高。老板都是把很信任的人安排去负责采购部的,可以说这个采购部长的实权比一般副总大得多。

现实生活中,有的夫妻离婚后基本成了仇人或者路人,除子女的事情外连见面都懒得见了。有的夫妻离婚后仍然交往挺多,甚至离婚不离家,有的夫妻离婚完全是为了规避某些监管,比如一方是较高职位的公务员的。

席文杰与杨小芹虽然离婚了,离婚的原因也不得而知,但从离婚后席文杰仍然让杨小芹担任苏州龙杰核心部门负责人可知,离婚并没有影响席文杰对杨小芹的信任,两人仍是合作关系。采购部部长,不是高管,胜过高管!而且,招股说明书披露的关联方没有显示席文杰有新的配偶,说明席文杰在与杨小芹离婚后至今没有再结婚。

因此,是不是认定杨小芹为共同实际控制人,笔者认为,认定更为妥当,更符合实际情况。

五、社会新闻

当代中国家庭的困境，都在这

原创：2018-10-07 看电影杂志 舒文

https://mp.weixin.qq.com/s/_JMzWk0K_VcJUYPa5vzxLg

托翁说过，幸福的家庭都是相似的，不幸的家庭各有各的不幸。

然而在纷杂的家庭样本中，我们总能摸索出几种经典样式。

譬如提起中国式家庭，我们不免从这个词语体味出条条框框的束缚感，有人视之为桎梏，却忽略其背后蕴含的智慧。

李安导演生涯的前三部剧情长片[推手]、[喜宴]和[饮食男女]常常被称为“父亲三部曲”或是“家庭三部曲”。

这三部曲均位于李安指导电影豆瓣评分排名前五，其中[饮食男女]更是高居榜首。



[推手]豆瓣 8.4 IMDb 7.3 [喜宴]豆瓣 8.8 IMDb 7.7 [饮食男女]豆瓣 9.1 IMDb 7.8，后两部都位列于豆瓣电影 Top250

在海外，这三部曲也收获了不俗的评价。

[推手]的关注度相对较小，不过也有著名影评人艾曼纽尔·列文评价：李安的处女作探索了跨文化和代际冲突，这些问题将成为他作品的支柱。



Emanuel Levy
EmanuelLevy.com

Ang Lee's feature debut explores cross-cultural and generational conflicts, issues that would become the backbone of his work. This is the first in what can be described as Father Knows Best trilogy, tales about a parent confronting a changing world.

October 9, 2006

李安第一部在美国公映的电影[喜宴]在烂番茄有 96%的新鲜度。



[喜宴]的评价数量着实不少

《芝加哥太阳报》说：[喜宴]的确在构建一部误解和欺骗的喜剧时也有同样的乐趣。但是这部电影也有一颗温暖的心，最终设法变得非常感人。



Roger Ebert
Chicago Sun-Times



Top Critic

The Wedding Banquet does take some of the same delight in constructing a comedy of misunderstandings and deceptions. But the movie also has a warm heart, and by the end somehow manages to become very moving.

January 1, 2000

[饮食男女]也收获了 91%的新鲜度及认证新鲜标示。



[饮食男女]的均分略高于[喜宴]

《华盛顿邮报》认为：([饮食男女])这部电影的主要吸引力——除了由其美食引起的渴望——来自演员，他们给他们的原型角色注入了喜剧魅力。



Desson Thomson
Washington Post



Top Critic

The movie's main appeal -- beyond stomach yearnings caused by its cuisine -- comes from the actors, who infuse their archetypal roles with comedic appeal.

January 1, 2000

于国内影迷而言，这三部电影道尽了中国家庭的姿态。即便在影片上映二十几年后的今天，它们仍不显得过时，反而历久弥新。

当然，仅以家庭来概括它们固然显得有些许狭

隘。毕竟，家庭是观察社会变迁的最佳缩影。

相较于90年代，今天的我们对东西方文化的碰撞体会得更为真切。

网络令他国文化输入更为便捷，在出国留学生数量上，我们保持着世界最大留学生生源国地位。去年，我国出国留学人数首次突破60万大关。

然而伴随着出国留学生数量的增长，中国留学生也出现了归国潮。10年间，中国留学生回国率增长了近50%，回国与出国人数“逆差”逐渐缩小。

李安曾自述道：在现实世界里我一辈子都是外人，何处是我家也难以归属，不像有些人那么清楚。在台湾我是外省人，到美国是外国人，回大陆做台胞……命中注定，我这辈子就是做外人。

这种局外人的身份让他对东西方文化差异拥有敏锐的洞察力。在影片中，他也可以转换身份，一方面以亲历者的姿态身临其境描绘细节，另一方面还能用旁观者的眼光冷静分析切中要害。



谈起李安就不得不提他“赋闲”的那6年。安叔自己对这个话题也并不避讳。

其实，6年里李安并非无所事事，[推手]与[喜宴]（与冯光远合写）的剧本就是在那段时期完成。

1990年5月，李安的小儿子李淳降临，远来探亲的丈母娘建议这位“家庭煮夫”开餐馆谋生。

对此李安倔强地予以拒绝，却也对着只剩下43块美金的银行存折犯愁。他甚至产生质疑，自己生来可能就是为了传宗接代的也未可知。



李安与妻子林惠嘉的故事是知音、鸡汤文最爱

所幸命运待李安没有这么残酷。

同年11月，佳讯传来，台湾“新闻界”第一届扩大优良剧本甄选，李安获了两项奖。[推手]拿第一，[喜宴]得第二。

“死皮赖脸待在电影圈”（李安语）的李安终于谷底翻红。

其实，李安最早写[推手]并没有想要拍摄的意图，他更倾向[喜宴]，却鉴于后者题材敏感，筹不到资金，不敢抱希望。

可就在李安领奖的第二天，时任“中影”副总兼制片部经理的徐立功表示，愿意投拍[推手]。

李安对此很是踟蹰，他觉着[推手]既不艺术，也不商业，还是老头儿戏，谁会想看？

然而在侯孝贤的劝说下，李安还是决意开拍[推手]。



2015年侯孝贤与李安在纽约影展

“推手”本是太极拳中一种双人徒手对练的套路模式。

王宗岳《太极拳论》中提到的“舍己从人”、“左重则左虚，右重则右杳”也与中国传统待人接物的道理相通。

中国人的武术里也蕴含着我们的人生哲学。

电影[推手]主角老朱（郎雄饰）正是一位太极拳师。退休后，他被独子（王伯昭饰）接到美国养老。与洋儿媳语言不通，生活习惯迥异，却还得挤在一栋房子里。



老朱难以融入儿子一家人的热闹里

片中东西方的文化差异碰撞看起来像极了当今中国社会两辈人的生活差异。

老一辈缺乏边界意识,受到多元文化熏陶的一辈在孝道与自我之间纠结徘徊,而没有接受传承教育洗礼的年轻人则带着偏见看待旧事物。



中英双语同时开炮,夹板气的滋味儿也不好受。因为身份敏感,王伯昭(86版《西游记》小白龙的扮演者)在演员表中特意将名字改为“王野同”,以便顺利参演。

[推手]中对黄昏恋的描述也十分精准,哪怕郎有情妾有意,也愤怒于儿女的刻意撮合,碍于“为老不尊”的评价。



儿女急于摆脱他们这个事实令两位老人十分痛心

[推手]有个再实际不过,看似照顾了各方情绪的结局,但两位老人多少有些“意难平”。

他们望着传统家庭结构瓦解,接受新时代的潮流冲刷,心中却充满疑惑。

拍[推手]李安是一毛钱都没赚到,“中影”给的投资全砸进了影片里。追加预算后仍然不够用,他干脆搬来了自己家里的大半家具,结果都毁在了片中。

为了省去寻找童星的麻烦,大儿子李涵更是在父亲的“央求”下出镜。



李安对儿子李涵说“你帮帮爸爸的忙,要不然爸爸垮了,我们就得住到街上去!”李涵只得同意。但此次触电却并没有让他对表演产生过多兴趣。

拍摄[推手]前,李安对自己的前途忧心忡忡:毕业6年没导戏,这部作品要是不成功,那电影之路不就断了吗?

幸好结果没让他失望。

这部历时24天拍摄的[推手]不仅以1800万台币的票房成绩收回成本(1350万台币)还一举揽获第28届金马奖9项提名,并最终夺得最佳男主角(郎雄)、最佳女配角(王莱)与评审团特别奖。(当年的金马奖可谓佳作云集,[牯岭街少年杀人事件]、[阮玲玉]、[阿飞正传]均入围)

有了这次成功,徐立功很快再邀李安拍摄[喜宴]。

到了[喜宴]中,两辈人之间的矛盾又一次被放大——郎叔饰演的父亲要面对一个同性恋儿子。



赵文瑄刚从华航离职,米切尔·利希滕斯坦是美国著名波普艺术家罗伊·利希滕斯坦的儿子,现在也做起了导演。[阴齿]就是他指导的作品。

与如今同性恋婚姻合法化已经席卷全球的形势不同,彼时即便在美国,同性恋群体也备受白眼。

要知道,直到1990年5月17日,世界卫生组织才在修改后的国际疾病分类手册(ICD-10)之精神与行为障碍分类中将同性恋从原有的成人人格与行为障碍的名单上删除。



片中美国夫妇看待同性恋的眼光充满鄙夷

儿子为了让父母安心,不得不找人形婚,希望能借此哄骗过二位保守的老人。可原本简单的注册仪式却令父母心生不满:婚姻大事岂可儿戏?

归亚蕾饰演的母亲甚至对着儿媳哭诉道歉:
“妈对不起你。”



二人的注册结婚也并非全然没有仪式感,只不过不是父母心中期待的

在父母的坚持下,他们还是补办了婚礼,这段婚姻也不再止于形式,流于表面。

而[喜宴]中令人头疼的婚礼片段与近年频频登录热搜的闹婚视频大同小异。

冗杂的仪式、劝酒、闹伴娘、闹洞房……



今日份反婚宣传片

说是私人庙会绝不为过。

[喜宴]中糅杂了李安个人很多亲身经历,无论是母亲对着简陋注册仪式的泪水,或是闹婚现场,大都源于他的体验。



[喜宴]中李安的妻子与小儿子均有亮相，而新人的床单正是他结婚时用过的

在这部电影中，李安更是亲自下场，讲出了片中日后最为流传的一句台词：

你正见识到中国五千年性压抑的结果。



安叔自己说，这句话他憋在心里很久了，真是不吐不快

当然，[喜宴]不只是聚焦同性恋群体，更不只呈现婚礼，它还是对中国家庭相处模式的高度概括。

片尾，五人在机场惜别，各自心中都藏着一些秘密，为了一个“皆大欢喜”隐忍退让。

哪怕私下暗流涌动，只求面上一团和气，绝不捅破近乎透明的窗户纸。开诚布公不是中国家庭的相处模式，揣着明白装糊涂才是我们与家人和平相处的原则。

相比[推手]，[喜宴]中的家庭结构更为复杂，而**传统家庭伦理也就此颠覆**。旧思想的妥协是必然，它已经停火投降。



父亲结尾高举的双手充满暗示

在今天看来，[喜宴]是这三部曲中最受奖项认可的一部。

在1993年的柏林电影节上，[喜宴]与谢飞导演的[香魂女]一同摘得**金熊奖**。



1993年张艺谋也是评审团成员之一。相比[喜宴]，[香魂女]在豆瓣上要小众得多，后者的评价人数不足前者三分之一

[喜宴]在商业方面取得的成功更是惊人，它的全球票房高达3200万美金，成本仅75万美金，成为**1993年全世界投资回报率第一**的电影。

拍了两部父子，李安不愿重复前作。因而在三部曲系列的完结篇[饮食男女]中，他改拍“**父女关系**”。



片中每场餐桌戏一家人状态都各有不同

所谓“**饮食男女，人之大欲存焉**”。这句话再熟悉不过，然而在我们的文化中，“饮食”才是可以大喇喇诉诸于口的，“男女”就得藏着掖着，见不得光。

性是中国家庭永恒的禁忌。这也是主角一家子一系列荒谬行径的来源。

与前两部相比，[饮食男女]的转变不仅在于从“父子”转向“父女”，这一次父亲老朱成了“抛弃”孩子们的人。他们一家主动从内部打破了传统家庭的藩篱。

不破不立，家庭规则总是在不断建立与推翻中循环往复，随着时代变化更新意识形态。

[饮食男女]是李安首次面对卖座与艺术的双重压力。片场吴倩莲接连NG浪费了不少食材，令李安气得踢门。



最后一场戏让几道菜同时冒烟大概需要45分钟

惋惜的是，[饮食男女]票房远不如[喜宴]，在1994年的金马奖也颗粒无收。不过，如今它却是三部曲中在豆瓣与IMDb评分最高的一部（评价人数也是最多的）。



三部曲中，三位由郎叔饰演的父亲看起来有些相像：不善沟通，不苟言笑。这是典型中国严父的写照。

郎叔那张“扛起中国五千年压力”的面孔，的确是这个形象的极佳诠释者。

但再仔细观察这三位父亲，又发现他们的形象似乎越来越弱势。

从坚守、退让，到主动求变，“传承”已然远去。



这是[饮食男女]中看笑了很多人的一场戏

父权制家庭日渐式微，多元化大有取而代之的势头。

身处不断变化的年代，几代人之间的价值观也逐渐脱节。新旧交替总会引起不适跟冲突，而传统的反叛者心中也难免出现罪恶感。

在今天，家庭（族）大于个人的伦理无法令所有人信服。这时再回看李安这三部曲，觉得它们既是总结，也像是某种“预言”。

社会变迁总会给家庭带来这些影响，不是吗？

但李安在三部曲中并无意全盘否定某种文化，甚至并不偏颇。几家人的选择或许从谈不上什么对错，这绝不是非黑即白的。

在东方传统撞见西方文明，甚至遭遇“入侵”时，我们也总能保有自己的底色，首先尝试以东方处事哲学去化解矛盾。

这三部中国家庭白描确实传递着一种传承的削弱，却也是种开放姿态的展现。

90年代对待所处文化的困惑与质疑，今天看来依然存在。而古老的哲学又该如何接招，变换打法？

看完这三部曲也许可以令你有所体会。

见不着孩子就抢？！法律同意吗？

原创：2018-10-07 海坛特哥 陈蔚律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/AsbmbSGSA5bBi5hxjWdjWA>

见不着孩子就抢？！法律同意吗？

作者 | 陈蔚律师

今年10月2日发生在北京丰台银泰百货的“商场夺婴案”，成为这个国庆黄金周的一大热点话题。

如果剧情是公安机关抓获拐卖儿童的犯罪嫌疑人并移送检察机关,恐怕不会有这么大的轰动效应。公安机关接报后仅一天就作出了不予立案的决定以及对几名行为人进行治安拘留的行政处罚。这个结果引起了当事人家庭的极大不满,并上网发帖,形成了一次舆情。10月6日,公安机关公布了更多的案情和理由,但争议并未随之平息,可见这个案件并不是一个非常简单的案件,轻易能够取得社会的共识。但这个案件又有一定的代表性,类似情况还是挺多的,值得作为一个标杆性的案件树立执法的导向。

一、奶奶对孙子有什么权利?

现在公布的情况表明,其中一位关键人物——李某,因为其儿子与儿媳的婚姻矛盾,自己想把孙子控制起来,带回老家抚养。为此,她请来了五湖四海的几位老闺蜜帮忙,打算通过跟踪、一拥而上的方法,把孙子抢到手,无论未来她的儿子、儿媳会不会离婚以及法院对孩子的抚养权如何判决。

在现实中,很多年轻人的婚姻因为上一辈的介入而产生矛盾直至破裂。有的祖辈认为自己对孙辈有直接的权利,要求法院在离婚诉讼中判决确认其对孙子有探视权等。但这不是法律的规定。根据《民法总则》和《婚姻法》的规定,父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。只有在父母死亡或没有监护能力的情况下,祖父母、外祖父母才能替补取得监护权。父母对未成年子女的抚养和保护义务是绝对的,他们可以决定不让孩子与特定的人接触,包括孩子父母的近亲属。在离婚后,未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人,有权向人民法院提出中止探望权的请求。(《婚姻法》司法解释一第26条)。因此,父母对未成年子女的监护权几乎可以说是神圣不可侵犯的。

二、法律不能干预家庭纠纷吗?

对发生在家庭内部的人身侵权纠纷,对司法机关来说,确实处理起来很难。自古以来就有“清官难断家务事”的说法。但古代是没有完备的法律和法治的,法官也没有受过专门的训练。在当代法律比较健全的情况下,司法机关不应逃避社会矛盾,要利用典型性案例向社会树立价值观,坚持立法确定的原则和精神。

所谓“清官难断家务事”,典型的表现之一是,在离婚诉讼中,夫妻双方互相指责对方是奇葩。睡觉洗不洗脚,家务做多做少,这只是生活习惯的冲突,无论哪个法官都无法确定谁的生活习惯对婚姻破裂有责任。但法官的工作是判断婚姻是不是维持不下去了,这还是有一定的标准的,不会难断。

离婚带来的副作用之一就是孩子的抚养和探视问题。司法解释明确两周岁以下的子女,一般随母方生活,除非母亲有不适宜抚养子女的情况。但在实践中,经常有判决子女随女方生活,但子女被男方实际控制;或者判决子女随女方生活,而女方完全拒绝男方的探视的情况。对这种情况,虽然法院有强制执行的权力,却一般不可能出动警力,把孩子从一方的手里抢下来,交给另外一方。公安局更不可能为这样的纠纷出动警力。于是,只能由当事人自力救济了。

一个法治社会,如果公民有法定的权利受到侵犯,法律本应当毫不犹豫地站在权利人这边。有权利被侵犯,而司法机关却耸耸肩膀表示无能为力,任由当事人进行自力救济,那还制定法律做什么呢?

如果是离婚后的夫妻一方,为了行使判决赋予的权利,在司法机关不介入的情况下,自己带人把孩子从幼儿园或其他地方接走,甚至抢走,这样的行为总体上还是可以评价为自力救济,不属于犯罪,因为他对孩子的监护或探视权利是法律赋予的。

而爷爷奶奶在没有任何法律赋权的情况下,认为自己有权,也采用擅自从幼儿园接走或公然抢走的方法,让孩子脱离法定监护人的控制,这种行为就不能被评价为自力救济,而是一种违法行为。

如果是家庭之外的人,采用擅自从幼儿园接走或公然抢走的方法,让孩子脱离家庭或法定监护人的控制,则涉嫌刑法第二百六十二条规定的拐骗儿童罪,将面临五年以下有期徒刑或者拘役的刑罚处罚。

是否因家庭纠纷引发的刑事案件一律免责?现行刑法里并没有任何这样的条文。但总体上,近亲属实施的犯罪行为会作为一种特殊的考虑因素。比如,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条规定:偷拿家庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可不认为是犯罪;追究刑事责任的,应当酌情从宽。但偷拿财物只相当于“小偷小摸”,其社会危害性与把小孩拐骗出家庭不可等量齐观。《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第16条规定:以非法获利为目的,出卖亲生子女的,应当以拐卖妇女、儿童罪论处。可见,即使是亲爹亲娘,如果拐卖自己的亲生子女,也一样要定罪处罚。

发生在夫妻之间的强行发生性关系案件,一般情况下,不会作为强奸罪处罚。但随着执法观念的进步,现在对发生在离婚诉讼期间或分居期间,男方使用暴力与女方发生性行为的,已经有了较多的定罪案例。因此,所谓家庭纠纷引发,或近亲属作案就只用批评教育而不需要逮捕起诉,并没有任何法律规定上的依据,也没有形成这样的实践惯例。而且,近亲属实施了刑法规定的犯罪行为,司法机关不予处罚,就更有利于和谐社会的建设和家庭关系的融洽?

三、“商场夺婴案”里对几名行为人是否应当起诉定罪?

从北京警方公布的案情来看,老太太李某有明确的使用强制手段将孙子带离其母亲身边,置于自己控制之下的主观故意,另外几名行为人也通过言语沟通明确知道李某的目的并积极给予配合和协助,客观上实施了跟踪并在商场里动手抢夺的行为。

这个行为发生于人流量较大的商场,对社会秩序造成了较大的影响并通过网络形成了一定的恐慌。虽然其因为认识错误,认错了对象,但这样的认识错误并不能阻却其行为的违法性,如果不是其他在场人员的干预,抢夺行为几乎得手。因为其意志以外的因素,犯罪未得逞,属犯罪未遂。

假设李某等人在现场抢夺得手,将孩子带走,且远走高飞。被害人的家庭该怎么办?只能耗尽一生的时间找遍一个960万平方公里的国家?如果李某回家发现这个孩子不是她的孙子,也许出于良心会将孩子送回并接受法律的处罚,也可能出于恐惧而不将孩子送回来,她会怎么处置这个11个月的婴儿?这个后果谁能设想?提示一下,2013年在长春发生的“周某某盗车杀婴”案,最后是什么结果?

李某事后还到商场来闹,责怪商场阻碍其带回孙子,可见其完全没有任何法律观念,毫无悔改之心。因此,李某等人的行为对社会,对未成年人具有很大的危险。对其仅仅处以治安拘留5日,的确难以被社会公众接受。

最高人民法院《关于贯彻严相济刑事政策的若干意见》指出,对于老年人犯罪要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等,并结合其人身危险性和再犯可能性,酌情予以从宽处罚。

最高人民法院《关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》中指出,对因生产生活、邻里纠纷、婚姻家庭等民间矛盾激发引发,事出有因,针对特定对象,对社会治安秩序没有重大影响的犯罪,要着眼于和谐稳定下大力气做好矛盾化解工作,被害人及其家属对被告人表示谅解的,应作为酌定从轻情节,量刑时充分考虑。

四、对办案机关的呼吁

对北京公安机关及时响应社会舆论的关切,在长假期间10月6日就公布了较为详细的情况通报,应该赞扬!这份通报虽然证实了“认错孩子”属实,李某等人作案事出有因,但还是想为不予立案和治

安处罚做合理解释。好在毕竟复核结果还没出来，公安机关还有时间仔细斟酌未来的应对。归根到底，司法机关通过这么有代表性的案件的处理，希望给社会一个什么样的行为指引？

刑法第262条规定拐骗儿童罪，并没有相应的司法解释对什么是拐骗进行具体的规定，对是否适用这个罪名也存在着一些争议。笔者个人认为，拐的行为可以包括本案这种强行抱走的行为。别说本

案是抢错了，就算抢对了，这样的行为依然严重侵犯了父母对未成年人监护权，对未成年人的人身安全带来了极大的危害，需要通过刑法手段予以惩罚。即使根据宽严相济的刑事政策，对李某等人可以从轻处罚甚至免除处罚，但定罪还是应当要定。

作者：陈蔚，北京市隆安律师事务所上海分所律师。

“北京抢孩子”事件是否处理过轻？

2018-10-08 网易号 来源：上海法治报

<http://dy.163.com/v2/article/detail/DTJB704E0530VUI2.html>

□ 据央广网报道

据中国之声《新闻纵横》报道，北京市丰台区某商场孩子被抢事件近日引发社会高度关注。针对当事人在网络中质疑公安机关处理过轻并提出行政复议的情况，北京市公安局5日组成工作专班对案件开展复核。6日，北京市公安局通报了案件的核查情况。

经核查，李某及老伴因儿子与媳妇关系不合，一直见不到孙子，李某的朋友沙某某等三人同情其遭遇，愿意帮忙找其儿媳要回孩子。然而，由于将住在同小区的事主张女士错认为老人儿媳，而发生了抢子事件。警方通报回应了哪些质疑？即便“认错儿媳”，但抢人的行为业已发生，并扰乱了公共秩序，四名嫌疑人应当承担怎样的法律责任？

质疑一：是否真的认错人？

通报：确有相似处，视频监控佐证

与此前警方的通报及各家媒体披露的细节对照，此次警方的通报集中回答了以下几点质疑。第一点，李某是否真的认错人？为何会和好友返回商场寻找孩子？

记者了解到，此案过程中由于出现多种巧合，比如李某的儿媳与事主张某恰巧住在同一小区，并在体态上具有一定的相似度，孩子的年龄相仿等细

节，导致李某将事主张某认成自己的儿媳，并发生了误抢孩子的情况。

警方通报称，此次，李某与暂住在燕郊的沙某某及家住天津的高某某、运某某等相约于10月2日来到李某的儿媳所居住的丰台区角门东里某小区，准备找李某儿媳讨要孩子。上午10时许，李某从远处看到女事主张某推婴儿车走出小区，从侧脸及体型上，错将张某认成自己的儿媳，在追赶过程中李某摔倒，让沙某某、高某某和运某某继续去追赶“儿媳”，三人紧跟事主张某进入附近商场，并有强行抱走孩子的行为，被商场工作人员制止并报警。沙某某等人遂离开商场找到李某，并两次到商场营运部，对于商场人员阻止自己“带回孩子”表示不满，向商场讨要说法，后被现场工作的民警带回派出所询问。

对于李某等人的供述，办案民警先后走访了李某的儿子和儿媳，证实婆媳双方及夫妻双方确因感情不合、抚养权等问题有较深矛盾；走访了事发现场的商场员工和目击群众，证实了李某、沙某某等人有针对商场员工阻止“奶奶要回孙子”表示不满，要讨说法的情况；通过照片比对，证实事主张某与李某儿媳均配戴眼镜，身高、体态、脸型存在相似之处，且除李某远距离观察将人认错外，来

“帮忙”的沙某某等人没有见过李某儿媳本人；通过居住情况查询，事主张某与李某儿媳二人同住在一个小区内；通过调取监控视频，也能佐证以上说法。

质疑二：高某某为何没有被行政拘留？

通报：因患多种疾病

第二点，有媒体报道称，高某某的家属称，高某某在天津家中，并没有被行政拘留。

警方通报称，丰台分局依据调查情况作出不予立案决定之后，以扰乱公共场所秩序对李某、沙某某、运某某、高某某等4人作出行政拘留5日的处罚决定。其中高某某因患有心脏病、脑梗、糖尿病等多种疾病，依据《中华人民共和国拘留所条例》第十九条，停止执行拘留。

质疑三：认错孩子是否可以不承担？

律师：不具备拐卖妇女儿童罪主观要件

此外，案件的另一个争议在于，“认错孩子”是否就可以不用担责？

北京康达律师事务所律师韩骁认为，即便是“亲孙子”，但抢孩子的行为业已发生，对孩子造成了脸部轻微伤，同时扰乱了公共秩序，李某、沙

某某等四人依然要为“抢孩子”的行为承担相应的行政责任和民事责任。

“其实根据民法总则的相关规定，奶奶并非这个孩子的第一监护人，她没有权利去抢夺这个孩子，即便真的是她的亲孙子。因为这样会损害相应的监护人、也就孩子父母的监护权。第二个她们要承担相应的行政责任。因为依据我国治安管理处罚法，其中扰乱车站商场等社会公众秩序的，应该承担相应的行政责任。”

那么，除了民事责任和行政责任，“误抢孩子”的行为又是否构成拐骗儿童罪呢？韩骁律师认为：

“我国刑法第二百四十条规定了拐卖妇女儿童罪，这个罪名是以出卖为目的，存在拐卖、绑架、中转、贩卖等拐卖妇女儿童的行为，要求主观方面必须是故意。就这个案件来说，以警方的通报来讲，（李某等）不是以出卖为目的，所以这个案件应当是不具备拐卖妇女儿童罪的主观要件的。”

同时，律师表示，如果当事人认为身体、精神上受到创伤与损害，可采取民事诉讼的方式来主张自己的权利。

目前，案件正在进一步办理当中。

河南一男子生育8个孩子 曾“出租”孩子给小偷掩护盗窃 村委会知情后起诉至法院—— 父亲虐待孩子 被剥夺监护人资格

2018-10-08 北京青年报

http://epaper.yinet.com/html/2018-10/08/content_305781.htm?div=-1



刘明举的孩子现在已经被妥善安置

近日，一则“父亲把6个孩子绑在床板上后续：已被剥夺抚养权，孩子转交福利院”的视频引发关注。河南商城县男子刘明举前后共生育8个孩子，其中女儿老二被拐，另一个孩子意外死亡，剩余6个孩子中，有5个曾被“出租”给小偷，为行窃打掩护，每个孩子每年“租金”从400元涨到5000元。在其捆绑、虐待子女的事被邻居举报后，村委会起诉要求撤销其夫妇对6个孩子的监护人资格，并最终胜诉。目前，6个孩子由商城县民政局监护，

其中，老大跟姥姥、姥爷同住，其余5个孩子已被送往福利院。

男子捆绑子女被村委会起诉

法院判决剥夺其监护人资格

近日，一则“父亲把6个孩子绑在床板上后续：已被剥夺抚养权，孩子转交福利院”的视频引发关注。视频配文称，河南男子刘明举前后生了8个孩子，其中一个被拐，一个意外死亡，剩下6个常常被捆绑虐待。视频中，其两个儿子称，“他（父亲）老捆我们”，捆手或捆脚，还把双手背到后面捆住，有时还被吊起来，“他老打我们，使劲打”。

据了解，今年8月2日，商城县双椿铺镇赵畈村村民刘明举将其儿子刘某家捆绑在床板上，被邻居发现并及时报警。村民询问刘某家得知，刘明举曾多次捆绑他，侵犯其人身自由。据商城县双椿铺镇赵畈村村委会掌握的情况，刘明举曾当过三年兵，有暴力倾向，经常打骂妻子、捆绑子女。

此前，商城县新闻中心对此回应称，刘明举捆绑刘某家一事经邻居报警后，双椿铺镇派出所民警迅速出警解救，并对刘明举进行了批评教育。刘某家身体无碍，已交由其姥爷、姥姥照顾，所需生活费用由镇政府提供，镇民政所已提供了1000元的临时救助，社会各界爱心人士也纷纷捐钱捐物。

事后，赵畈村村委会向法院起诉，要求撤销刘明举夫妇对6个子女的监护人资格，由法院依法指定监护人。对此，刘明举称，他捆绑孩子是因为孩子无人照看，担心其安全问题，没办法才做出这一举动。对于村委会申请撤销其和妻子的监护人资格没有什么意见，但请求将最小的孩子留在其身边自己照看，其余5个孩子同意由法院指定监护人。

据商城县人民法院的判决书，刘明举与李某大概于2002年同居生活，一直未办理结婚登记，双方先后生育了4个儿子和2个女儿。因刘明举于8月2日将刘某家捆绑在床板上，被邻居发现并报警后，刘明举虐待孩子的行为才被公布出来。另查明，李某属智障型精神病，无力抚养子女；刘明举的父亲（母亲已故）和李某父母均年事已高，也无力帮助

照看孩子。

9月6日，法院根据《中华人民共和国未成年人保护法》第五十三条等法律规定，判决撤销刘明举、李少菊为6个子女的监护人资格，指定商城县民政局为6个孩子的监护人。

自称生8个孩子为寻被拐女儿

“出租”子女给小偷行窃打掩护

对于捆绑、虐待子女一事，近日，刘明举告诉北京青年报记者，他没捆过两个女儿，有两个儿子比较调皮他才绑的，“我在家门口打零工，去打井、挖沟，有铁铲，怕孩子受伤，也怕小孩掉井里，就把孩子捆起来。”

据刘明举介绍，他先后共生了8个孩子，老二是个女孩，被别人拐走了，另有一个孩子意外死亡。谈及为什么要生这么多孩子，刘明举说，不是为了赚钱，为的是“打游击战”，因为老二被拐，他自己找力量太小了，但有了更多孩子后，“这放一个（孩子），那放一个（孩子），找老二好找些。”同时，刘明举也表示，现在不会再生孩子了，已经让妻子节育了。

赵畈村村委会主任陈士强称，刘明举一家是低保户，去年，除了老大，另5个孩子刚上了户口，每个孩子每月也有252元的低保补贴。“因为没有准生证和出生证明，政府出钱做了亲子鉴定才上了户口。他超生也没钱给罚款，生了大儿子后，村里安排他妻子上了环，刘明举拿着刀到家里威胁我，又给取了。”

在网传视频中，刘明举称，以前有到超市偷东西的人，怕被抓，“让我那小孩打马虎眼，熟人介绍的，（孩子）满月之后就‘租借’出去，到五六岁送回来，‘租’了五个（孩子），捞了一笔收入。”对此，刘明举说，“租”孩子的人是岳母领过来的，刚开始“出租”孩子每个一年租金400元，后来涨到5000元，也正因为那段经历，老五和老六被教坏了，“教他开锁什么的，会盗窃，不把他捆住，出去要出大问题。”

捆绑孩子的事被曝光后，刘明举说，原本他应

该被拘留一段时间,但由于妻子饮食起居无人照顾,在被拘留的第十天,妻子因饿晕被送医,他也就被放了。“妻子还获得了慢性病卡,住院不用花钱了。”

五个孩子已被送往福利院

父亲称福利院抚养是好事

据了解,刘明举家为赵畈村贫困户,当地镇村此前对其实施了包括政策兜底、残疾补贴、申办低保、危房改造、金融扶贫、产业带贫、到户增收项目二次覆盖、教育救助、社会救助等帮扶措施。

商城县民政局办公室工作人员李先生称,经商城县人民法院判决后,民政局已经把孩子们接到了福利院,“除了最小的孩子,已有两个孩子安排上了幼儿园,两个入读小学,学费都是民政局负担,老大目前在姥姥家”。

商城县儿童福利院陶院长对北青报记者表示,福利院给孩子们做过体检,各项指标还可以,平时有专人照顾其生活起居,家属也可以随时看望。“在福利院,孩子们需根据年龄段和性别分开照顾,但睡觉的时候距离也很近,几个兄弟姐妹也经常在一起玩。目前,他们已经慢慢地适应集体生活,小孩子比较调皮也很正常。”

刘明举告诉北青报记者,虐待孩子确实是自己的错,村里人都觉得孩子送福利院是好事,他自己

也觉得孩子由福利院抚养是好事,“但低保不知道会不会停”。目前,老大因为要上学没去福利院,但生活费还是由民政局负担。“我去看过一次孩子,今天,孩子们的妈妈、姥姥到福利院看望孩子,妈妈很想念孩子,希望能将最小的孩子带回来抚养。”

在得知刘明举夫妇被剥夺监护权后,有些社会爱心人士希望可以领养孩子。对此,李先生表示,由于孩子的父母都还在,如果有人想领养也需要根据法律规定,并征得被监护人及其父母同意,同时,民政局也会对收养人的家庭情况进行审核。“民政局会按法律规定,监护孩子到成年并具有完全民事行为能力,如果孩子成年后还在上学,民政局也会按相关法律规定尽到应尽的责任。”

被问及是否同意孩子被领养时,刘明举说,大的被领养可以接受,最小的孩子不能被领养。对此,孩子的姥姥表示,她曾劝过女婿别生那么多孩子,养不活,但他不信,“他家经常不烧饭,就吃方便面,孩子衣服要每天换洗,要给烧饭烧菜,我也养不起,送到福利院挺好的,别人领养就成人家的,我就看不到了,在福利院我们还能去看几眼。”

文/本报记者 李涛 实习生 戴幼卿 余漠彦

“出租”5个子女给小偷,对不配为人父者早该剥夺监护权 | 新京报快评

原创: 2018-10-08 新京报评论 沈彬

https://open.weixin.qq.com/connect/oauth2/authorize?appid=wx8cfdff818e686b9&redirect_uri=http%3A%2F%2Fkf.qq.com%2Ftouch%2Fsappfaq%2F150211YfyMVj150326iquI3e.html&response_type=code&scope=snsapi_base&state=123#wechat_redirect

对这样虐待子女的事件,就必须有强有力的有形之手加以纠正,为未成年人撑起一片晴空,这是社会法治的体现,也是公众的期待和文明的底线。



▲ 图片来源: 新华社

文 | 沈彬

据媒体报道,河南商城县男子刘明举与患有精神疾病的妻子,前后共生育8个孩子,其中女儿老二被拐,另一个孩子意外死亡,剩余6个孩子中,竟有5个曾被“出租”给小偷,为行窃打掩护。此外,刘明举还经常捆绑、虐待子女,甚至常常举家不烧饭,以方便面充饥。

今年8月,其虐待子女行为被邻居举报后,当地村委会依法起诉要求撤销其夫妇对6个孩子的监护人资格,最终法院判决撤销这对夫妇为6个子女的监护人资格,指定商城县民政局为6个孩子的监护人。刘明举原本也应被拘留一段时间,但由于妻子饮食起居无人照顾,他才被提前释放。

细细读完这个家庭的故事,公众心头涌现的,不仅是对于普通的虐待儿童、“出租”骨肉行为的愤怒,还有对于涉事家庭这种生活状态的痛心。这是一个无力承担抚育后代责任的家庭,不思进取,破罐破摔,把生活过成了“脱底棺材”,一路向赤贫和被剥夺欢乐的童年生活下坠。

当妈妈有精神疾病,爸爸极端不负责任,孩子温饱都成问题,甚至被“出租”成为犯罪道具……对这样虐待子女的事件,就必须有强有力的有形之手加以纠正,为未成年人撑起一片晴空,这是社会法治的体现,也是公众的期待和文明的底线。

其实,早在1980年代的《民法通则》《未成年人保护法》里就规定了撤销监护权制度,但是由于缺乏相应的配套措施,所以20多年来一直没有得到真正落实,导致长期在法律上对失职父母没有实质性的剥夺性措施,全社会只能干着急。

2014年,最高法、最高检、公安部、民政部

等部门公布了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》,终于让“撤销监护权”落地,明确未成年人的其他监护人、村(居)民委员会、民政部门以及救助机构,还有共青团、学校等组织都可以按民事特殊诉讼程序,向法院申请撤销监护人资格,从法律上中断侵害人与被侵害未成年人的关系。

《意见》还明确:拒不履行监护职责长达六个月以上;利用未成年人乞讨,经三次以上批评教育拒不改正等7种情况,法院可以依法撤销监护资格。这才让被架空了20多年的撤销监护权制度落地。

就商城县这起匪夷所思的“把亲生骨肉租给小偷案”来说,还是要看到剥夺不称职父母监护权程序的启动有一些滞后,刘明举长期虐待子女,把孩子“出租”给小偷的行为长达几年,但是直到今年8月才被邻居举报;因为没有结婚证等原因,孩子也是很晚才能上户口。

如果这种虐待、忽视儿童的案子能及时得到司法处理,民政机构能更早介入,斩断不负责任的父亲和子女的关系,孩子的童年愿景和回忆可能会有很大不同。

这也说明,撤销监护权、惩治虐待儿童、杜绝家庭暴力,还有很长的路要走。种种超出善良人们想象虐待未成年人的罪行,不会因为有了法律规定就自动消失。对虐待子女事件,职能部门要有亮剑的决心,捡“烫手山芋”的勇气,毕竟孩子是最柔软的人群。

□沈彬 (媒体人)

编辑:陈静 校对:郭利琴

审判琐记:为什么会有人抢自己的孩子?

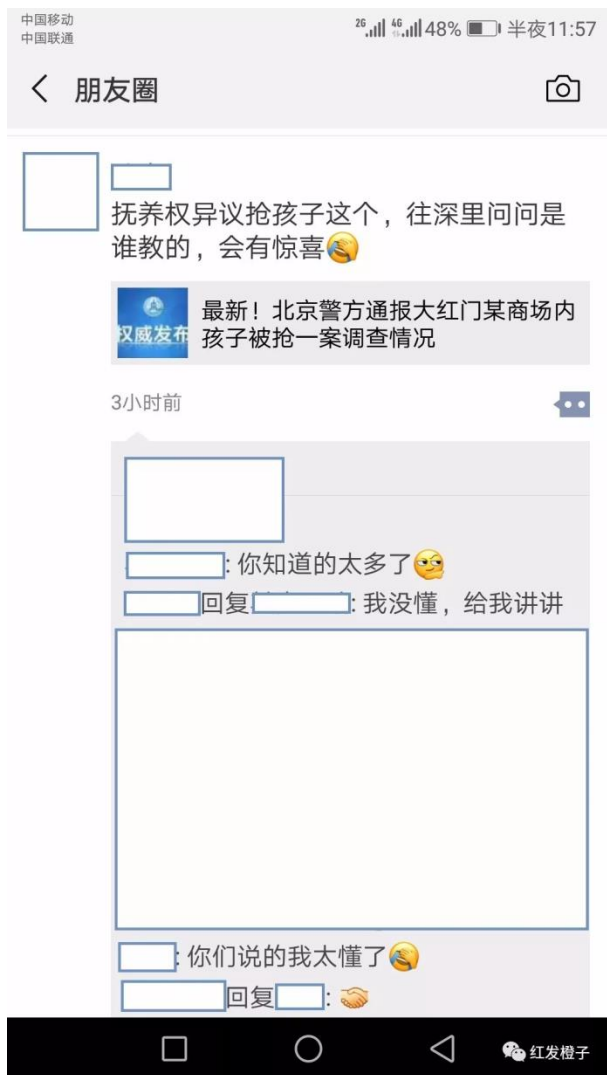
原创:2018-10-09 红发橙子 红发橙子

https://mp.weixin.qq.com/s/oTZ509N2CT83iyom7pW_3A

这些天,法律圈乃至全社会最引人关注的新闻,大概就是北京丰台大红门某商场孩子被抢事件,这件事在不同的人群中均引发了强烈但不尽相同的反响,怀疑论者不相信公安机关的通报,仍然觉得抢孩子的张某是人贩子,哪有抢自己孩子的道理呢?善良的人则痛心张某法制观念的单薄和法律知识的缺乏,是自己的孩子就可以抢吗?法律圈中则数刑法界的同仁们最为活跃,忙于探讨公安机关对于张某的处罚是否得当,张某的行为是否触犯刑法。一时间纷纷扰扰,好不热闹。

看了这么多评论,我不禁怀疑:这件事是由家事纠纷引发的,大家的评论是不是跑偏了一点?

倒是公安机关通报案情后,一位熟悉家事纠纷的律师在朋友圈发了如此的评论:



这位律师的评论,一些家事法官看到后心领神会,而那些同是法律人但不熟悉家事纠纷的朋友们纷纷表示看不懂.....

不卖关子了,针对上述不同人群的看法,从家事审判的角度说说我的观点吧:

一、这个社会除了人贩子,还有人抢孩子吗?

有的!

那就是有抚养权纠纷的当事人及其亲属。只不过人贩子是抢别人的孩子,而这些人是在抢自己的孩子。《婚姻法》第32条规定了离婚的法定情形,其中家事审判中使用最普遍的则是“(四)因感情不和分居满二年的;”,因此在很多离婚纠纷中,如果一方不同意离婚,请求离婚的一方往往欲离婚而不可得,造成双方在较长时间内处于分居状态,而分居期间一方独自抚养子女拒绝对方抚养乃至探视的情况并不罕见,双方如果因此产生冲突进而报警,公安机关一般以劝解为主,如何劝解呢?当然是劝解双方去法院解决,而现阶段,在双方婚姻关系存续期间,法院一般不会单独审理抚养权纠纷,而是在离婚案件中一并解决,因此目前夫妻分居期间探视抚养问题如果协商不成近乎无解,夫妻一方乃至双方抢自己孩子的行为也就不难理解了。

二、抢自己孩子的人都是因为对法律的无知吗?

不全是!

北京丰台大红门某商场孩子被抢一案中抢孩子的张某是出于何种考虑去抢孩子我是不知道的,也不作任何猜测。但是现实中一些抢自己孩子的人并非出于对于法律的无知,相反,是出于对于现阶段家事法律以及家事审判一些情况的深刻了解,甚至不乏背后有人指点。

说说抢孩子的“好处”吧。一是解决分居期间探视抚养的问题,这就不多说了;二是试图干扰法院正常审判。无论是抚养权有争议的离婚案件,还是单纯的抚养权纠纷案件,法官在子女抚养问题上

都会充分考虑各种因素,其中有子女生活习惯的问题,也有判决后执行的问题。因此一些当事人及其亲属为了干扰审判不惜铤而走险。我就曾审理过这样一件离婚纠纷,原、被告来法院前就处于分居状态,分居期间两人轮流抚养子女,并未产生大的冲突,离婚案件审理过程中双方均强烈要求独自抚养子女,反复调解均无法达成一致意见,经慎重考虑判决由女方抚养子女,宣判后男方立即提出上诉,并将孩子扣留单独抚养,拒绝女方抚养甚至探望,意图就是就此向二审法院施压,造成既成事实,迫使二审法院在抚养权问题上作出对其有利的判决。

这样的事情见的多了,截图中那位律师才会本能的怀疑本案中张某抢孩子举动的背后是真的出于对于法律的无知,还是经人指点故意为之?

三、该如何从根本上避免抢自己孩子的现象呢?

完善家事立法和家事审判!

一是解决分居期间探视抚养的问题。从目前的态势来看,立法层面对于离婚的限制有加强的趋势,这就有可能造成离婚纠纷中夫妻分居时间的延长,从而导致分居期间探视抚养问题更加急迫,因此完

善分居制度,促使当事人依靠法律手段解决分居期间探视抚养的问题,做到“不想抢”。

二是进一步规范家事审判。家事审判中能够顶住当事人抢孩子造成的既成事实的压力,从有利于未成年人健康成长的角度出发就抚养权作出判决,让当事人看到抢孩子难以对法院审理进行干扰,从而“不愿抢”。

三是加大对家事案件的执行力度。说实话,家事纠纷不好审理,更不好执行,特别是涉及未成年人抚养和探视。但从未成年人身心健康成长的角度出发,还是要加大家事案件的执行力度,对于抢孩子的当事人态度更强硬一点,手段更丰富一点,让准备抢孩子的人“不敢抢”。

顺带多说一句,尽管对于这起事件舆论不乏重罚张某的声音,而刑法界的朋友们也很活跃,但是让上帝的归上帝,凯撒的归凯撒,从治本的角度而言,还是从家事领域入手比较妥当,否则即便重典惩治张某,今后那些准备抢自己孩子的人,除了得到一个“看准是自己孩子再抢”的教训外,还能有什么正面效果呢?

男子赠房后发现孩子非亲生 妻子：我也不知孩子父亲是谁

2018-10-09 上游新闻 来源：广州日报

<https://m.cqcb.com/headline/2018-10-09/1142099.html?from=timeline>

广州日报消息,送礼物、送彩礼、送房屋产权,结婚后发现孩子不是自己的?丈夫“气炸”了!

这个“受伤”的男人一怒之下将妻子告上法庭,妻子是否隐瞒了怀孕事实?丈夫又能否拿回财产?

阿强与阿花高高兴兴结了婚

可刚摆完喜酒

丈夫阿强就发现

妻子阿花与另一男子的聊天记录

回想起摆酒时妻子时常呕吐和变大的肚子不禁怒从中来.....

丈夫阿强诉称:

妻子阿花行为不端,与他人有染并明知怀有他人的孩子,故意隐瞒真相与我结婚,实属欺诈,阿花必须对欺诈的后果承担全部责任,理应退还房产、金钱、财物并赔偿精神损害赔偿金。

2016年8月22日,和妻子阿花结婚后,在未

经父亲和兄弟姐妹同意的情况下，我偷偷将番禺区一处房产的50%权属变更给阿花。

此房产是2012年由我父亲出全资购得，权属人只列我自己，但我父亲与两个儿子、一个女儿签订了协议书，对该房产的产权和使用作了安排，禁止我未经同意擅自改变房产权属。

且从2015年10月开始，我按约定每月支付1000元给阿花作开支，已支付了13000元；2016年8月25日，我通过支付宝转账26000元给阿花作彩礼金；2016年8月28日，我父亲转账30000元给阿花作彩礼金；2016年9月5日，我又通过支付宝给阿花彩礼2000元；我还给了阿花一部苹果手机和一台苹果平板电脑共价值9171元。

结婚时，阿花就有呕吐等孕期反应，我开始产生怀疑。结婚后一个多月后，我从阿花的手机微信中得知，阿花在结婚前早已怀了别人的孩子，并和该男人继续来往。

妻子阿花辩称：

2016年7月底，我发现自己怀孕，婚前虽和两个男人交往，但一直认为阿强是孩子的父亲。隐瞒怀孕的原因是胎儿在3个月之前容易流产，按照家乡风俗婚前怀孕时不能告之外人，所以我暂时隐瞒怀孕的消息，结婚摆酒后再告知阿强。

我觉得即便小孩不是阿强的亲生骨肉，但怀孕时发生在婚前，婚姻关系尚未建立，双方之间还没有产生夫妻间相互忠实的法律义务，婚前性行为只是道德问题，不是法律问题。

关于彩礼，我认为从中国的传统习俗来讲，礼金都是一次性支付，且阿强是在婚后支付的26000元，属于夫妻共同财产，其他的财物则属于阿强自愿赠与。至于房产是阿强为了与我结婚，主动提出赠与，并不存在受欺骗、胁迫的情形。

2017年2月孩子出生，经鉴定，阿强不是孩子的亲生父亲。

争议焦点

涉案房产是否属于赠与？

裁判结果

广州市番禺区人民法院判决，准予阿强与阿花离婚。阿强与阿花名下的位于广州市番禺区的房产归阿强所有，并驳回阿强与阿花的其他诉讼请求。

阿花不服，向广州市中级人民法院提出上诉。广州中院判决，驳回上诉，维持原判。

法官说法

主审法官 黄文劲

广州市中级人民法院

讨论本案时，大家第一反应基本都是“女方这样做肯定不行”“哪有女人不知道自己怀的是谁的孩子”，但是具体到讨论案件的法律适用问题时，看法歧异。

有观点主张适用“重大误解”撤销赠与，还有的主张适用“公序良俗”，但是，我们需要考虑的是以下两点：

适用“重大误解”法条，首先得指出阿强“误解”了什么？在本案这是一件难事，是“误解”了阿花的清白或者品格？这难以进行有说服力的论证；

适用“公序良俗”原则，前提是无法适用其他法条，否则将破坏法的稳定性。因此，法官最后决定选择适用赠与合同的相关规定。



二审法院认为，阿强起诉要求离婚，阿花表示同意，表明双方的夫妻感情确已破裂。事实上，因婚后发现阿花怀有他人的孩子，双方的夫妻感情不

可挽回地走向破裂。但是，阿花是否有意隐瞒怀有他人孩子的事实而与阿强结婚？阿强是否有权要求撤销赠与，取回已赠与给阿花的房产份额？

阿花是否有意隐瞒怀有他人孩子的事实而与阿强结婚？

阿花上诉提出，其并没有隐瞒怀有他人孩子的事实而与阿强结婚，而是不确定孩子是阿强的还是前男友的。

本案二审判决并没有认定阿花婚前有意隐瞒了怀有他人孩子的事实，理由是：

阿花称与阿强婚前发生过性关系，阿强予以否认，显然这是无法查实的。

关键是，不管阿花是否在婚前有意隐瞒了怀有他人孩子的事实，其在婚后不久即诞下前男友的孩子，这对阿强来讲都是无法接受的，并由此产生撤销赠与的事由。

因此，阿花是否有意隐瞒相关事实，对案件的最后处理并无影响。也因此，以阿花构成“欺诈”为由撤销赠与的做法，也不在考虑之列。

在此姑且不论阿花在与阿强结婚前3个月与前男友发生性关系是否完全符合道德规范，同时亦需承认阿花并没有违反《中华人民共和国婚姻法》第四条规定的夫妻之间的忠实义务——该义务一般理解是婚姻关系存续期间的义务，但即使阿花所言属实，其不确定孩子是阿强的还是前男友的，基于未婚夫与未婚妻之间应有的互相信任与尊重，其也应当在婚前如实告知阿强，让阿强知晓而有所选择。

阿花因患有影响怀孕的妇科病，不愿意流产而坚持将孩子生下来，其意愿可以理解，但是其隐瞒

怀孕的事实（在不确定孩子父亲的情况下），然后与阿强结婚、接受赠与，有失于上述告知义务；另一方面，这也反映阿花的婚恋观念有不妥之处，二审法院予以指正。

阿强是否有权要求撤销赠与，取回已赠与给阿花的房产份额？

阿花上诉还提出，阿强赠与房产的行为属于以结婚为目的的赠与，而双方已经登记结婚，房屋亦完成了登记过户手续，阿花已经实际占有该房产，阿强不能再行使撤销权了。

对此，二审法院认为，男女双方缔结婚姻固然需要进行结婚登记，但结婚登记本身仅是缔结婚姻的程序而非根本性目的。结婚的根本目的是组建家庭、相互扶持、共同养育孩子等多种诉求的综合，更应理解为一种持续性的生活状态而非办理手续这一程序。阿花自称“因一心一意想要与阿强共度余生，故答应和阿强结婚”，可见其亦认同组建家庭、共同生活才是结婚的根本目的。现婚姻已因阿花单方面的原因而破裂，阿强赠与阿花房产的真正目的未能实现，其权益受损，故阿花该项上诉意见不足为据。

综上，根据本案事实和相关法律规定，为维护婚姻家庭领域良好的道德风尚和伦理观念，二审法院认为阿强有权要求撤销赠与，取回已赠与给阿花的房产份额。

原标题：广州男子发现孩子非亲生，妻子称也不知道孩子爸是谁

责编 康磊

医生再三建议终止妊娠，这对夫妇却还是一意孤行！结果……

2018-10-15 上海法治报

<https://mp.weixin.qq.com/s/QQDtL78WBd5qGegjyEd97Q>

产妇患有疾病，
医院建议终止妊娠，
一意孤行最终诞下病儿。
在新生儿转院治疗后，
亲生父亲竟狠心将幼儿遗弃。

产妇执意生产诞下病儿

徐某在闵行某养老院工作。17年前，他与妻子结婚，并在次年两人生育了一个儿子。但是初为人父的喜悦，很快就被一个晴天霹雳打破——儿子被查出为智力三级残疾。



到2016年妻子再次怀孕时，因为肾功能不全，并有高血压和糖尿病，住院治疗期间医生建议她终止妊娠。期间的治疗费用，徐某夫妻二人一直未缴纳。

之后，社工和医院员工多次到徐某家中，来说明其妻子病情的严重性，以及这种情况下妊娠的危险性，劝说他们终止妊娠。同时，社工还劝他们及时缴纳其妻子住院治疗期间拖欠的费用。但徐某并没有听劝，依然坚持要把孩子生下来。

2016年5月，孩子早产，徐某的妻子被送进医院进行剖腹产。可是，孩子生下来便有新生儿呼吸窘迫症、坏死性小肠结肠炎等病症，医院与家属协商后，将孩子转入某医院进行治疗，产妇则留在生产的医院住院养病。

自觉生活困难遗弃幼女

徐某跟着医生把女儿送到新医院，交了300元手续费，留下联系方式后就走了。之后，徐某去医院送了一次孩子用的东西，就再未曾现身。无奈之下，医院只好通过徐某留下的联系方式，多次与其联系，但均没有结果。



当年7月初，经医院积极治疗，可可的病情好转，并达到出院标准。医院通知家属办理出院手续，依然无法联系到徐某。此后，医院一直尝试与徐某联系，通知他将孩子接回，但一切努力也都石沉大海。

这边，因妻子身体和妊娠条件不好，徐某所在的社区卫生服务中心及居委会一直都有上门随访。社区工作人员知晓此事后，在之后的随访中也多次劝说夫妻二人去医院看望女儿，并建议他们主动与医院商量治疗费的问题，但也都被徐某以家庭经济困难、孩子无法落户为由拒绝了。

检察院启动立案监督

去年年中，本案的承办检察官在与区卫计委联系工作时，发现徐某将刚出生的女儿丢在医院不管，涉嫌遗弃，遂于同年6月15日，对该案启动立案监督。承办检察官走访了医院、社区卫生服务中心和居委会，了解与本案相关的情况以补强证据。

通过社工，检察官调查发现，徐某在闵行区所住房子系其妻及岳父拆迁所得，该房是一套重点学校的学区房。2002年大儿子出生后，户口就落在了该房处。2014年，徐某在本市金山区购得一处房产，并将夫妻二人的户口迁至此处。拿到房子后，二人将闵行、金山的两套房子均以每月2500元的价格租了出去，而自己则搬至松江租房居住。

据徐某所在单位提供的证明发现，徐某每月的税后收入为4000元，另外单位偶尔还有一些其他费用的发放。承办人还从居委会了解到，徐某的妻子和儿子均因智力残疾享受补助，每月共有约3400元。

有钱



司法训诫矫正错误观念

面对检察官的质询，徐某坦白，女儿的户口是可以落在金山的房产处的，但是想着让孩子上好学校，就想把女儿的户口挂在闵行区的房子里，但是由于岳父不同意，就一直拖着没有解决户口问题。

徐某说，“当时收到医院的出院通知后，看到上面写的医药费那一栏觉得太多了，我家现在经济条件也不好，而且现在孩子的户口还没有着落，我就没有去医院接孩子。”



承办检察官带着心理咨询师和社工，多次找到徐某，一边对他开展司法训诫，增强其法律意识，让他认识到遗弃行为所要承担的法律后果。另一方面，也为徐某进行心理疏导和亲职教育，矫正其错误的教育理念。

去年10月，在公安立案之前，徐某将可可的户口迁入自己在金山的房产处。次年2月，徐某到医院与院方讨论医药费的解决方案。通过医保和少儿住院基金的帮扶，徐某支付了部分费用并承诺偿还剩余医药费后，便将可可接回家中照顾。

以遗弃罪判刑1年缓刑1年

经审查认定，徐某本身具有稳定工作和收入，并有房产和固定住处，却为了逃避支付医疗费义务，明知女儿已治愈疾病，具备出院条件，但在医

院多次联系催促时仍拒绝接听电话，不闻不问，故意将女儿滞留在医院一年半多，拒不履行扶养义务，情节恶劣，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十一条的规定，应当以遗弃罪追究其刑事责任。

今年3月，闵行区人民检察院以遗弃罪将徐某起诉至闵行区法院。在量刑建议方面，承办检察官考虑到徐某有坦白、主动接回孩子等从轻情节。同时，因妻子身患疾病，照顾孩子的重任落在徐某一人身上，故建议判处一年以上三年以下有期徒刑，可适用缓刑，并要求其在社区矫正期间接受亲职教育。

近期，闵行区法院作出判决，以遗弃罪判处徐某有期徒刑1年，缓刑1年。

案件链接

静安法院以遗弃罪判处3岁女童生母有期徒刑1年

2017年5月31日，静安区人民法院审理了上海市第一例遗弃案。3岁的朵朵，生下来便被生母遗弃，静安法院以遗弃罪判处朵朵母亲周某有期徒刑1年。

据悉，2014年2月，34岁的周某在上海市某医院产下了1名女婴，当天，孩子因患新生儿窒息被转至上海市儿童医院救治，同年3月，孩子病情好转已具备出院条件，但儿童医院联系周某接孩子出院时却发现，周某手机停机并已搬离入院登记的住所。无法联系到孩子的亲生母亲，无奈，儿童医院的医生只得让女孩一直滞留在医院里。2016年5月12日，朵朵结束了滞留儿童医院的2年生活，幸运地入住上海市儿童临时看护中心，成为该中心接收的第一例滞留医疗机构且母亲身份确定的弃儿。

作者 | 季张颖 应梦轩
值班编辑 | 刘欣楠

国双助力央视《今日说法》 重阳节数说养老法律权益

2018-10-17 国双 Gridsum 今日说法

<https://mp.weixin.qq.com/s/SB5ca8nI-AzPDCVrXWR5lg>

今天是重阳节,在这个敬老爱老的传统节日之际,国双通过数据挖掘、文本解析的大数据技术,助力央视知名法制栏目《今日说法》之“关注老年人权益”系列节目,数说解读老年人最关心的法律问题,展现了国双在大数据和人工智能技术的领先优势,关注和服务社会热点领域,致力以技术改变产业、促进社会发展的企业社会责任。



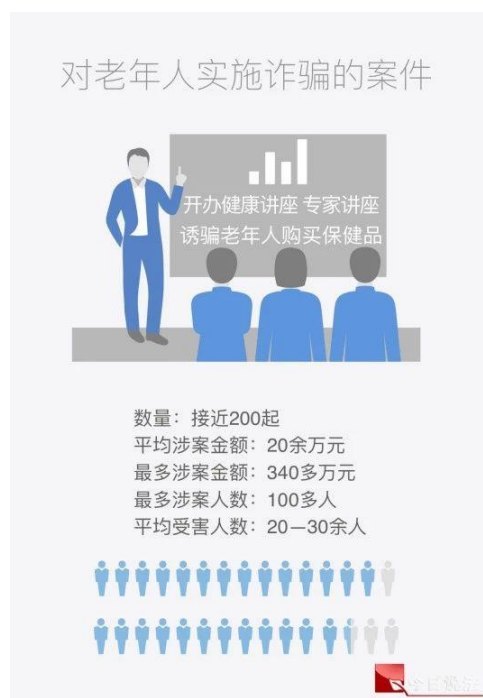
详细数据结论如下(报告图文摘自《今日说法》官方公众号)

养老赡养及赡养费纠纷案件



对老年人实施诈骗的案件

对老年人实施诈骗的案件





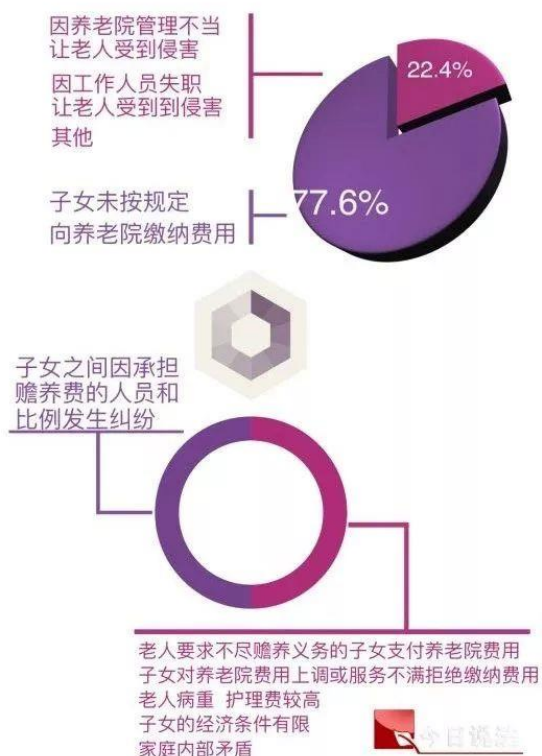
机构疏于管理 导致老人被第三人侵害致伤甚至死亡

机构护理不当 护工素质不高 导致老人生病 受伤

机构未尽看管义务 导致部分老人走失 遭遇交通事故 冻伤等

工作人员在老人生病时未及时通知家属或送往医院 延误救治

养老院纠纷案件



“养儿防老”的陈旧观念逐渐淡化 养老院成为更多人的选择

子女与养老机构之间产生纠纷 本质源于子女对父母的担心

养老机构护理人员素质和硬件设施等方面都有很大提升空间

随着中国人口老龄化程度的持续加深,“养老”已成为国家和社会持续关注的重要课题。近年来,国家持续构建“养老、孝老、敬老”的政策体系和社会环境,并联合各方社会力量共同发展养老服务

体系，但同时也面临在经济、法律、人力等多方面的新问题和挑战。

由于我国现行的民事案由及刑事罪名体系，没有对各类“涉老”事件和纠纷予以明确列举，给数据统计及分析工作带来了一定的困难，因此以上数据反映的是现状与趋势。上述案件涉及到的民事案由有抚养费纠纷、侵权责任纠纷、服务合同纠纷、赡养费纠纷及生命权、健康权、身体权纠纷，刑事罪

名有非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、诈骗罪、合同诈骗罪、组织、领导传销活动罪、票据诈骗罪和持有、使用假币罪等。如果本次数据呈现与其他专业机构的数据研究结果不一致，敬请谅解。未来，国双欢迎持续与各方对数据问题进行更深入的交流沟通与探讨，共同为推动社会智能化发展贡献力量。

【有够奇葩】他竟然在大兴法院当庭吃掉了老父亲的遗嘱…

2018-10-17 大兴这些事儿

<https://mp.weixin.qq.com/s/yUpEjs7KnWwJtb-zrI4lpA>

速读 在一场遗嘱继承案件的庭审中，被告卢丙为了销毁证据，竟然将原告卢甲的一份纸质遗嘱证据塞进了嘴里，咀嚼下咽吞进了肚。因为卢丙的行为构成妨害民事诉讼，今天下午，大兴法院决定对卢丙处以 5 万元罚款，但卢丙拒绝承认自己“吃证据”，拒绝签收处罚决定书。

另据记者了解，涉案的遗嘱原件已经在另外的生效判决中得到确认，卢丙毁灭证据原件的行为，不影响这起案件的审理。



案情：庭审中生吞遗嘱

原告卢甲与被告卢乙、卢丙、卢丁系兄弟姐妹

关系。芦母于 2001 年过世，芦母过世后，芦父购买房屋一套，并立下遗嘱，载明芦父去世后，该房屋由芦甲继承。2016 年芦父去世之后，因为对遗嘱有异议，芦甲到法院起诉，请求法院判决芦父名下的房屋由自己继承，三被告协助办理房屋过户手续。

“吃证据”的一幕发生在大兴法院开发区法庭，庭审过程中，2018 年 9 月 21 日上午，开庭时，原告由其代理人出庭，被告方则有芦乙、芦丙两人应诉。法庭的监控视频清楚地记录了当时的庭审细节。



“一份遗嘱，两份判决，被告发表一下质证意见。”法官翻了一下原告代理人提交给法庭的证据，其中的遗嘱是原件，法官伸手递给了被告。被告芦乙起身，接过法官手中的证据材料并顺手传递给了

被告芦丙。就在此时，置于证据材料最上面的遗嘱不慎掉落。

芦丙一把抓住了掉落中的遗嘱，并迅速在大腿上捏成团，攥在了手里，接着他拿起了眼镜盒，冷静地带上眼镜，佯装看原告的证据材料。

就在法官询问原告代理人这些证据的证明目的时，卢丙以飞快的速度将遗嘱纸团塞入口中，捂嘴咀嚼、吞咽，期间还喝了四口水帮助自己吃证据。与此同时，卢丙从桌面上取出另一份遗嘱复印件置于证据材料上面。



“看一下遗嘱，那是原件，真实性认可吗？”因为卢丙的动作隐蔽快速，法官此时还未发现卢丙的异常。

因为实在难以下咽，卢丙听到法官问自己问题时，急忙又喝了一口水，结果呛到了，咳了起来，“不好意思，有点咳嗽。”

卢丙接着对遗嘱和两份判决书发表质证意见，“遗嘱的真实性不认可，这不是我父亲的签字，判决书真实性认可，但内容不认可。”



法官让书记员把卢丙的质证意见记录在案后，要求被告将上述证据归还法庭。但当法官翻看被告还回来的证据时，一眼就发现了蹊跷，因为遗嘱原件是发黄是信纸，“这份遗嘱不是我刚才给你的遗嘱啊。”

卢丙非常坚定地回答，“就这个啊，你给我就是这个！”法官将手中的遗嘱向原告代理律师展示，对方也给出否定回答，“这不是原件。”法官见状，责令芦丙将遗嘱原件交回法庭，并释明芦丙，若不交回原件，将认定其故意毁灭证据，但芦丙拒不悔过。经大兴法院查实，涉案遗嘱原件被芦丙塞入口中并下咽，证据原件已灭失。

现场：被罚款 5 万元



大兴法院认为，芦丙的行为已构成妨害民事诉讼，决定依据民事诉讼法的相关规定对其采取强制措施。

今天下午，卢丙来到法院，坐到了被告席。法官当庭宣布处罚决定书：“本院查实，卢丙存在毁灭证据的行为，情节恶劣，且拒不悔过，其行为已构成妨害民事诉讼，根据民事诉讼法和相关规定，法院决定对卢丙罚款 5 万元。限于 2018 年 10 月 24 日之前交纳。如果不服本决定，可以在收到本决定书之日起，三日内向北京二中院提起复议一次，复议期间，不停止本决定的执行。”

“我不同意这个处罚决定，我不签收。我要求法庭把我所谓的‘销毁证据’的视频展示给各位，我要监督你们。”卢丙拒绝签收处罚决定书，“你们当时给我的就是复印件。”



“上次庭审时，我们让你看视频，但是你拒绝了，当时的庭审笔记已经记录在案。我们现在要给媒体展示，但不能再纵容你这种反复无常的行为。”法官说，“如果你不签收，将影响你复议的权利。”

“随便！我就是不签收！”卢丙数次拍桌子，态度强硬。鉴于卢丙情绪激动，法官宣布休庭，并让法警将卢丙带出法庭。

■ 采访：吃证据不影响案件继续审理

“他以为吃了这份原件证据，这份证据就真没有了，想得太简单了。”法官告诉记者，在此前的另一起案件生效判决中，这份遗嘱原件已经得到法院认定。“吃证据，根本不影响这起案件的继续审理。”

法官还告诉记者，今天卢丙虽然没有签收处罚决定书，但如果不在 10 月 24 日之前不交纳，法院将会强制执行。”

来源/北京晚报

侵占王宝强 232.5 万元！宋喆被判处有期徒刑六年

2018-10-18 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/YgU4H5-z-sEuBBdGJicuhA>

10 月 18 日上午，宋喆、修雨乐职务侵占案在北京市朝阳区人民法院一审宣判。被告人宋喆、修雨乐因犯**职务侵占罪**，分别被判处有期徒刑六年、三年。



法院经审理查明：被告人宋喆于 2014 年至 2016 年在王宝强（上海）影视文化工作室任职期间，利用担任总经理及王宝强经纪人的职务便利，单独或伙同被告人修雨乐，采用虚报演出、广告代

言费的手段，侵占王宝强工作室演出、广告代言等业务款共计人民币 **232.5 万元**。其中，修雨乐参与侵占 **167.5 万元**。

法院经审理认为，被告人宋喆身为公司人员，利用职务上的便利侵占单位财物；被告人修雨乐在宋喆犯罪过程中与之形成合意，为其提供帮助，构成宋喆的共犯。二人均构成职务侵占罪，且犯罪数额巨大，依法均应惩处。

鉴于宋喆表示认罪，自愿退赔了全部赃款，挽回被害单位经济损失，依法对其酌予从轻处罚；修雨乐系从犯，且自愿退赔全部赃款，依法对其减轻处罚。在案扣押的 232.5 万元在判决生效后将依法发还王宝强工作室。

法条链接

《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款：“**公司、企业或者其他单位的人员，利用职务**

上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”

案情回顾



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。

2017年9月27日晚，@平安朝阳 通报王宝强前经纪人宋喆涉职务侵占罪最新进展：收到某影

视文化工作室报案。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。



平安朝阳

2017-9-27 19:18 来自 360安全浏览器

#情况通报#



张起震

3分钟前 来自 iPhone X

宋喆、修雨乐涉嫌职务侵占罪一案，开庭结束。宋喆当庭认罪，请求法院从轻处罚。



2018年7月11日，王宝强原经纪人宋喆涉嫌职务侵占罪一案开庭审理。据王宝强代理律师透露，宋喆当庭认罪，请求法院从轻处罚。

来源：京法网事 人民法院新闻传媒总社

编辑：冼小堤 陈丽英

观点 | 中国化的民法典离不开家庭

2018-10-21 民主与法制社 刘练军

<https://mp.weixin.qq.com/s/mduDvf5ZYNTJ9SyUw7vRnA>

备受关注的民法典各分则编，业已进入全国人大常委会的审议阶段。民法典各分则编如何对待家

庭，是社会各界较为关注的论题之一。

从历史上看，由居住在同一屋檐下的至亲血缘

所组成的共同体——家庭，乃是人类社会生命力最为顽强的原生性联合体。尤其在我们中国，家庭已经成为我们中国人的基本生存方式，家庭不但是伦理文化生活的堡垒，而且还是事业组织和生产经营的社群。

“天下之本在国，国之本在家。”家庭，对于我们中国人来说，就是生命之根、幸福之源，每个人都是始于家庭又终于家庭。家庭对于我们中国人的重要性，连远在欧洲的黑格尔都洞若观火。在《历史哲学》中，黑格尔指出，中国的国家特性便是客观的家庭孝敬，家庭的精神就是终古无变的宪法精神，家族的基础也是宪法的基础。

法律保护家庭，实质上是在保护我们的生活本身。1982年宪法赋予家庭在宪法上的独立价值地位。宪法第四十九条明文规定家庭受国家保护，这意味着宪法对家庭的制度性保障。当下我国正在编纂民法典，家庭的宪法保护需要借助于民事立法来具体实现，民事立法者应像当初的制宪者那样认真对待家庭，赋予家庭一定的民事主体地位。

应该认识到民族性是民法的精灵，是民法具有持续生命力的根源所在。民法与其说是一些制度设计，还不如说是一种生活方式的塑造更为确切。什么是我们中华民族的民族性，答案或许因人而异，但以家庭为发源地的家庭化生活方式及其伦理文化，实为中华民族有别于其他民族的民族特性之一，对此应无异议。

家庭在我们中国人的生活中居于核心地位，一个重要原因在于，家庭天然属于社会福利体系的一个有机组成部分。编纂民法典时如果忽视家庭在我们民族生活中与生俱来的战略地位，那不管最终制订出来的民法典是如何地超越法国民法典、优于德国民法典，这种“别人的”民法典注定中看不中用。

拟议中的民法典应该在经验性论证基础上重构我国的家庭法。家庭法立法，关键在于适当界定家庭的核心功能，接纳并与时俱进地改革传统的家产制，承认并维护儿童、妇女和老人的特定权益。我国已然步入老龄化社会。老年人养老的支出主要

来自于家庭，其中房产在一定程度上是老年人最主要的财产和生活保障之源。因而，无论如何，房产应该是家产制的“重头戏”，它作为家产具有永久性。与之相配套的是，民法典要赋予家庭民事主体地位，否则，家产制迟早要面临“皮之不存，毛将焉附”的难题。家庭，在某种意义上乃是最早“法人”，民法可以将法人视为民事主体，那家庭作为民事主体在法理上没有任何障碍，不少民法学家对此严密的论证，民法编纂者诚可参考。

与此同时，在编纂民法典时需注意对传统的家长制予以革新。在我国家庭传统中，家长在家庭事务方面往往一言九鼎，其至上之权威使得其他家庭成员，即便对于攸关其个人切身利益之事亦无缘置喙。在如今的法治新时代，保护家庭的目的，在于促进每个家庭成员的人格自由发展。对于家长一元化权威的传统家长制，编纂民法典时须去芜存菁而继往开来。每个人都是自己是否幸福的唯一直接体验者，因而也是自己利益的最权威判断者。不管是子女还是老人，包括家长在内的其他家庭成员都应该尊重他们的自决权。

当然，家庭法的重构不能仅仅局限于传统的私法维度。家庭法与国家的福利政策、税收政策、教育政策和就业政策等存在着紧密的联系，具有一定的社会法和公法色彩。不过，我国还是一个人均GDP跟发达国家尚有相当差距的发展中国家，从义务教育到医疗保险，家庭在其中的角色和地位还会继续重于国家。编纂民法典时，务必冷静理性地对待家庭在国民教育和医疗中的地位。总之，民法典中的家庭法编，涉及家产、教育、医疗等诸多方面的复杂议题，堪称一项社会“系统工程”。

民族性是民法的精灵，是民法具有持续生命力的命脉所系。编纂民法典不能一味地强调国际化、现代化，要珍视家庭的福利保障与文化传承功能，对于家产制在承担社会养老能力、确保家庭稳定及再生产中的支柱性作用，要给予肯定和维持。一句话，民法典如何对待家庭，决定了民法典具有什么样的民族性，它在很大程度上预示着民法典的成败得失。

丈夫的情人竟然是定亲时的“媒人”？ 妻子难解心头之恨…… | 今晚九点半

2018-10-20 检察日报 卢清华

<https://mp.weixin.qq.com/s/WqYxtciIi9xVk3LAbc2hPA>

看到前夫记载婚外情的日记本，她想一定要找到那个女人，“对方不会轻易承认，得带点东西吓唬她”……



图片来自于网络，与正文无关

2018年9月19日，山东省临沂市中级人民法院经审理后，一审以故意杀人罪判处被告人李忠芳死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

生活中的李忠芳是一位老实人，她为什么会沦为罪犯？

埋下隐患



图片来自于网络，与正文无关

李忠芳于1981年9月出生于山东省平邑县农村，小学毕业即辍学在家，年龄大一点之后开始在县城打工挣钱。1999年，她认识了在县水泥厂上班的王保军，两人很快确立了恋爱关系。

2002年，两人定亲，“当时，我请来在水泥厂旁边加油站上班的一位名叫贺芳秀的员工，她来当我们的媒人。”王保军对办案人员说。

定亲一过，王保军与贺芳秀却越走越近。他每每下班路过她那里，有事没事都要待上一会儿，而贺芳秀也总是热情地接待他，有时候两人之间还互赠个礼物什么的。

2002年下半年的一天，王保军给贺芳秀发了一条带有爱慕之意的短信，贺芳秀默许了。又过了一段时间，两人的关系终于向前迈出了实质性的一步，成为了情人。

而这件事，很快就被细心的李忠芳觉察出来了。一次，李忠芳发现王保军手机里一条短信是向外发的，内容是“××宝贝，我想你”。为这事，她和王保军打了一架。还有一次，李忠芳收拾东西，发现一张纸条，上面有铅笔字迹，“我已经找到一个疼我的男人，以后不能和你在一起了，你要好好保重身体。”李忠芳问王保军谁写的，他没有说。

从此以后，两人矛盾越来越深。一次，李忠芳买了一些羽绒，让王保军去给她做一件羽绒服。谁知，做完后剩下的羽绒不见了，她去问裁缝店，店主说王保军曾领着一个女的来量过体。

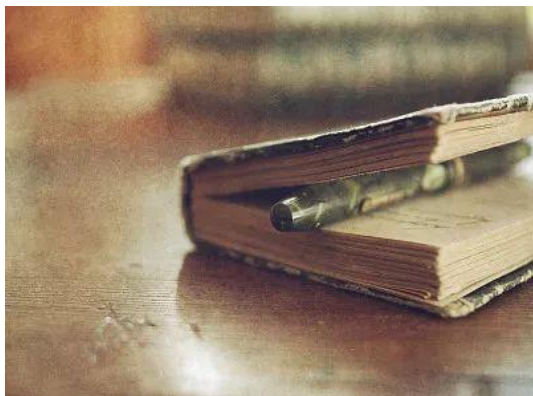
隐患就这样在王保军与贺芳秀之间埋下了。

2004年春天，李忠芳与王保军有了儿子，王保军就极少外出了。2005年春天，贺芳秀换了工

作，也不和王保军联系了。

生活看似回归了正常。如果故事到此结束，后面的悲剧是可以避免的。但是，有些事情是没有如果的。

一个日记本



图片来自于网络，与正文无关

2009年春天，王保军在公交换乘车站偶然遇见了贺芳秀，她已经成了一名售票员。时隔四年，两人旧情复燃。

2010年6月，李忠芳与王保军去县民政局办理了结婚登记手续，从法律上确立了两人的婚姻关系，再加上他们已经有了儿子，李忠芳认为，她还会回到以前的那种生活。可是，她终究还是失望了。

李忠芳已经断定王保军在外有了女人，但拿不出证据，更确定不了这个女人是谁。而王保军一直在家小心翼翼，手机不离身，电话偷偷接，李忠芳一问，两人就吵架。

2015年8月的一天，又一次吵架后，他们去民政局办理了离婚手续。“但是，离婚后俺们还是在—块住。这次离婚赌气的成分大。”李忠芳对办案人员说。

2016年12月1日，李忠芳在王保军的车后备厢里发现了一个日记本，“我这才发现，从2002年春天，他和贺芳秀就保持着不正当的男女关系。”李忠芳交代，“看到这个日记本后，我就想一定要找贺芳秀问问，不找到她，解不了我心头之恨。”

找她问个清楚



图片来自于网络，与正文无关

按照日记本上记载的地址，李忠芳先去了贺芳秀父母家，她想先核实一下，这个贺芳秀是不是就是给他们做媒人的那个。结果就是她，而且从其父母那问到了贺在县城的住处。

“在回县城的路上，我想着贺芳秀肯定不会轻易承认，得拿点什么东西吓唬她。路过一家五金店时，我买了一个扳手，又回家找了一把水果刀，放在了包里。”案发后，李忠芳对办案人员说。

到了贺芳秀居住的小区，已是中午，她认为贺的丈夫可能在家，就给对方发了一个短信：“如果你不想难看的话，就等你对象上班走了，我过去找你。”“你是谁？”贺很快回了短信，但她没理会。

下午1点多，贺又回了短信：“我上班了。你来我单位找我也行，我就在医院西边的换乘中心。”

李忠芳早贺芳秀一步离开了小区，她先到了贺芳秀工作的地方。等待中，她感觉这事并不怎么光彩，就别让其他更多人知道了，所以，她去了换乘中心西边一个院子里。她越想越气，又发了一个短信过去：“婊子，西边，你单位西边一个破大门，我在这里等你。”

贺芳秀很快过来了。李忠芳喊了一句：“三嫂子。”由于戴着头盔，贺没认出来，应了一声：“谁呀？”待走近看清是李忠芳时，她有点不耐烦：“是你呀，你们两口子到底怎么了？你有本事管好你男人！”



图片来自于网络，与正文无关

听着带有轻蔑的发问，李忠芳越发生气，她打开包，右手拿扳手，左手拿刀子，气呼呼地对贺芳秀说：“俺两口子怎么了，你不知道吗？”话还没说完，一扳手就砸到了贺芳秀的脸上，贺的脸上瞬间出了血。

贺芳秀一看不好，转身朝院子里边跑。“你们到底是从什么时候开始的？”李边追边问。“**没几年，现在三四年不联系了。**”贺一边跑一边说。李忠芳越听越气，追上后又用扳手朝她头砸了好几下。

贺芳秀从地上摸起一块石头，也砸向李忠芳，但是，事先没有防备的她已经没有力气了。李忠芳追上，用刀来回划她身上穿的羽绒服，边划边说：“这是谁给你做的，是王保军吧！”

贺芳秀脱了身，开始向外跑。跑到大门口路边上，被李追上了，李还在划她的羽绒服，划着划着，一使劲把刀刺进了她的左胸中，顿时鲜血外涌。当她把刀拔出来时，贺本能地抓住了刀，并夺了过去，

然后身体失去了平衡，一屁股坐在了地上，接着，头垂了下去。

当天晚上，李忠芳被抓获。



庭审现场

2018年5月16日，山东省临沂市中级人民法院公开审理了该案。法院审理后认为，李忠芳在打斗过程中多次用扳手打击被害人头部，又用水果刀刺中被害人胸部，致其肺脏破裂失血性休克死亡，构成故意杀人罪。鉴于该案被害人对案件发生存有一定过错，法院于2018年9月19日，作出了本文开头的判决。

一审宣判后，李忠芳提出上诉。目前，该案正在二审中。

（除李忠芳外均为化名）

遗嘱上“链”证据上“云” 司法区块链为遗嘱加把“安全锁”

2018-10-23 人民政初报 第8154期 本报记者徐艳红

http://m.183read.com/sharearticle/article/article_id/2152707/app_key/337439fef71af08fe85942ebd690e43f

作者：本报记者徐艳红

“这就是老李的字！”“他的字怎么可能是这样的？”“嘱确实是他写的，我亲眼看着他写的！”

“骗谁呢”……生活中如果遇到这种情况，你首先想到的一定是“做个笔迹鉴定”。笔迹鉴定是万能的吗？事实并非如此，尤其是在遗嘱继承中如果一

方对笔迹产生疑问，引起的麻烦更难解决。

“今后，凡在中华遗嘱库进行遗嘱登记及保管业务，所有电子证据保全及认证证书、数字证书、可信时间戳证书都将实时上传司法电子证据云，遗嘱保管在遗嘱库将更加安全。”中华遗嘱库管委会主任陈凯表示。

9月底，“中经天平司法电子云（真证）”与“中华遗嘱库”的重要基础设施——“遗嘱司法证据备案查询系统”正式上线，今后凡在“中华遗嘱库”订立的遗嘱将再加把“安全锁”。

为什么非要加这把“安全锁”？

病后笔迹与正常状态下的笔迹可否比对？

王女士与张先生属“黄昏恋”结的婚，两人均为二婚，张先生与前妻有个儿子小张。几年后，王女士因中风身体有后遗症，就住进了老年公寓。

张先生去世时，小张并未告知王女士，王女士知情后将小张诉至法院，要求确认拥有房产70%的份额。小张拿出了父亲生前立的遗嘱：张先生的全部存款、所占房屋所有份额都由小张继承。

遗嘱的正文是由他人代书，落款处是张先生的签字。王女士认为张先生身患重病，签名有可能是假的，便向法院申请了笔迹鉴定，并提交了一些笔迹样本。

委托鉴定机构并未给出确定或否定性结论，最终以鉴定机构退回而结束了鉴定程序。

法官解释说，本案笔迹鉴定中，王女士提供的笔迹样本是张先生生前未患病时书写的，与遗嘱中的字迹书写相隔时间较长，又因张先生患病导致书写习惯发生改变，所以提交的样本都不能与遗嘱上签字的字迹作对比。

恰巧，就在重阳节前夕，为加强老年人权益保护，北京市丰台区人民法院召开了“涉老年人家事、理财案件新闻通报会”。会上，丰台法院方庄法庭负责人李冬冬结合本院3年多的典型案例，对老年人离婚、继承等存在的风险作了详细提示。

李冬冬说，“在自书遗嘱中，立遗嘱人的签字的真实性多为案件争议焦点，笔迹鉴定无法完全解

决事实认定问题。实践中，由于笔迹样本年代久远或者由于立遗嘱人生前没有留下充足样本，导致查找样本工作困难；即使找到相关的比对材料，当事人对其能否成为比对样本也往往存在争议。

当庭书写的笔迹，也无法得出鉴定结论？

其实，不光遗嘱中的笔迹不容易鉴定，就连当场书写的笔迹，有时也无法得出鉴定结论。

2008年，李先生借给周先生1万元，约定2017年12月31日为最后还款日，并写了欠条。但周先生并未按期还款，还对借钱一事矢口否认。

庭审中，李先生拿出周先生的欠条，但周先生称欠条并非本人所写。李先生提出笔迹鉴定，周先生当庭书写两张签名作为样本。进入鉴定程序后，鉴定机构经过对材料的审查，最终因样本不充分退案。

审理该案子的法官解释说，笔迹鉴定样本一般为平时样本，收集的样本材料中，相同的字迹一般不少于3个。平时样本又分为案前样本与案后样本。周先生提供的样本均为当庭书写的案后样本，数量虽多，但价值不高，还存在故意伪装自己日常书写习惯的可能，鉴定机构无法据此类样本得出确定性的鉴定结论。

为什么笔迹鉴定并非易事？陈凯说，一是如果样本与立遗嘱时间相隔较长，鉴定机构是难以做出鉴定的。因为一个正常人的笔迹几年后会发生变化，对于老人而言；笔迹的变化随着身体虚弱等情况，变化得更快。

二是只要对方当事人对样本真实性提出质疑，就不可以作为样本使用，样本数量不足的情况下，鉴定机构自然无法作出鉴定结论。

在笔迹鉴定这个问题上，陈凯说，几乎是一个死循环：“鉴定—需要样本—样本无法达成一致—需要鉴定”，这就是为什么遇到笔迹鉴定的继承案件容易拖延时间，也容易节外生枝的原因。

由此，李冬冬也在发布会上建议，“老年人应在具有表达真实意思能力时制作遗嘱；自书遗嘱应妥善保存，确保真实性，自书遗嘱可以制定多份，

由立遗嘱人和子女分别保管,或通过公证机关进行公证,避免百年之后子女对遗嘱内容的真实性产生争议。”

区块链技术解开遗嘱笔迹鉴定的一大难题

相对于法定继承而言,遗嘱继承是被继承人积极主动地进行遗产安排较好的途径,通过遗嘱既能整理遗产清单;又能实现遗产按照意愿定向分配。遗嘱可以自书或代书,需要立遗嘱人手写遗嘱内容或签名。然而,一旦将来产生纠纷,笔迹鉴定又有风险,遗嘱的有效性就难以确定。因此,陈凯和李冬冬都建议通过公证处或是专业机构立遗嘱,完善的登记流程与无懈可击的证据链相结合可以让遗嘱更有效、安全。

今年9月初,最高人民法院发布了《(最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定)》,首次以司法解释形式对区块链技术电子存证进行了法律确认。

此次,中华遗嘱库与中经天平司法电子云平台合作就是以区块链技术解开遗嘱笔迹鉴定的一大难题。

中国司法大数据研究院中经天平事业部主任柳畅告诉记者,将司法电子证据与遗嘱登记融合起来,这将让遗嘱保管更加具备司法公信力,也让遗嘱更安全。该系统从遗嘱库上传数据信息与证据文件,通过电子签名,系统自动与国家授时中心授权的可信认证时间进行绑定,通过第三方云储存、司法鉴定与备份、区块链防篡改等技术保障手段进行

电子取证、存证。

柳畅说,遗嘱登记前,“遗嘱司法证据备案查询系统”会自动对登记设备和网络环境进行多项技术检测,以确保真实,并将取证时间发送到国家授时中心认证,以证明电子证据的生成时间,同时,利用区块链技术对所提取的值进行分布式存储,以防篡改。换句话说,就是在“中华遗嘱库”订立遗嘱时,遗嘱数据将同步生成成为一个唯一数据字符串,上传到司法电子证据云平台,确保立遗嘱时间唯一,同时由于采用的是字符串和分布式存储,也能够保证遗嘱内容不易外泄。

如果发生遗嘱纠纷,平台支持法官在庭审现场在线调取、播放、验证等功能。也就是说,有了这个平台,极大地方便了老百姓在网上立案,最大限度地让老百姓“少跑腿”。陈凯说,“比如,之前老百姓打官司时,遇到笔迹鉴定需要拿着法院调查令到处跑,花钱花时间。今后,在中华遗嘱库登记过的遗嘱信息,法官只要当庭在遗嘱司法证据备案查询系统下载遗嘱展示即可。”

据悉,此次合作是我国首次通过区块链技术为遗嘱进行司法存证服务。在订立遗嘱的同时,中华遗嘱库的人脸识别、身份验证、指纹扫描、现场影像等数据通过中经天平司法电子云(真证)平台进行确认,这样,遗嘱上“链”,证据上“云”,使立遗嘱人订立遗嘱的真实性得到了有力保障,也可有效避免笔迹鉴定中死循环的发生。陈凯说。

老人索要“带孙费”,法院这样判!

2018-10-25 山东高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/uCgliYQ3bohnz78gLbmp9Q>

基本案情

被告孙某龙系原告孙某领、王某某之子。被告孙某龙、孙某雨系夫妻关系,二人于2014年2月

4日生育婚生女孙某溪。2016年7月份,被告孙某雨曾向淄博市博山区法院提起离婚诉讼。两原告主张,自2016年7月份至2017年6月份,两被告婚生女孙某溪一直由其二人抚养,两被告未恰当履行

抚养义务，要求两被告支付抚养费 10000.00 元。原告主张在其照料孙女孙某溪期间，孙某溪在本村幼儿园花费为冬天 350.00 元每月，平时二百六七十元每月，除幼儿园费用外，日常开支每月需三四百元。原告自认期间被告孙某龙曾四次支付孙某溪的生活费三四千元。



裁判理由和结论

根据法律规定，父母对子女有抚养教育的义务，该法定义务的主体首先是父母。有负担能力的祖父母只有在父母已经死亡或父母无力抚养的情况下，才会对未成年的孙子女有抚养的义务。本案中，抚养孙女并非两原告的法定义务。《中华人民共和国民法通则》第九十三条规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。在没有证据证实存在约定义务的情况下，原告代两被告履行抚养义务，构成无因管理。本案案由应变更为无因管理纠纷。原告有权要求两被告偿付抚养孙女期间支出的必要费用。

因原告未能提供支出费用的具体证据，综合考虑孙某溪的实际需要、本地生活水平，结合原告陈述，博山区法院酌情确定两原告抚养孙某溪期间的花费为每月 600.00 元。自 2016 年 7 月份至 2017 年 6 月份，原告支出的必要费用应确定为 6600.00 元（600.00 元×11 个月）。原告自认被告孙金龙曾向其支付过费用，其支付的钱款应予扣减，虽然原告自认的数额不够明确，依公平原则考量，博山区法院认定以原告自认范围中的最大数额即

4000.00 元确定。故两被告仍应支付两原告垫付的抚养费数额为 2600.00 元（6600.00 元-4000.00 元）。原告诉求超过部分缺乏依据，本院不予支持。两被告经本院合法传唤无正当理由拒不到庭，系对自己诉讼权利的合法处分，应自行承担相应后果。

综上，依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条、第二十八条、《中华人民共和国民法通则》第九十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

一、被告孙某龙、孙某雨于本判决生效之日起十日内支付原告孙某领、王某珍垫付的抚养费 2600.00 元；

二、驳回原告孙某领、王某珍的其他诉讼请求。

案件评析

老人是否有义务抚养孙辈？老人是否有权利主张“带孙费”。

第一种观点认为：祖父母或者外祖父母抚养自己的孙辈属于“约定俗成”，且家庭成员之间也有相互扶助的义务，所有老人带孙子是应当的。

第二种观点认为：祖父母或者外祖父并没有抚养自己孙辈的法定义务，祖父母或者外祖父母替子女带孩子，其与自己的子女之间已经形成了劳务合同关系，子女应当支付相应的劳务费。

第三种观点认为：父母对子女有抚养教育的义务，因祖父母或者外祖父母代替子女抚养自己的孙辈构成无因管理，其应当向老人支付相应的费用。

笔者同意第三种观点。根据我国相关法律规定，父母是子女的法定监护人，对子女有抚养教育的义务，在父母有抚养能力的情况下，孩子的祖父母或者外祖父母对自己孙辈并没有法定的抚养义务，因我国法律中还没有“带孙费”的相关法律规定，所以在司法实践中，我们依据《民法总则》中关于无因管理的规定，即没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。但同时我们应当明确，因老人与其子女之间并未有书面或者口

头的劳务合同，双方之间并未形成劳动合同关系，所以老人所主张的“带孙费”是指老人代替其子女实际花费在孩子身上的费用，并不是老人通过诉讼获取的劳务费。因此在本案中，法官根据上述法律规定，结合被抚养人孙某溪的实际需要、本地生活水平，作出了上述判决。

近年来，年轻人“经济啃老”、“家务啃老”的

情况明显增多，老人出于亲情的考虑，在力所能及的范围内帮助子女做家务、带孩子无可厚非，但这绝非是他们的义务所在。因此在法治社会的今天，我们不能让习惯掩盖了法律，每一个家庭成员更应当找准自己的定位，明确自己的义务和责任。

来源：淄博市博山区法院

高跟鞋扎头、裸体跪厕所，女人猛起来，家暴真没男人什么事

原创：2018-10-26 中国新闻周刊 俞杨

<https://mp.weixin.qq.com/s/e-9K2-etSQtB-2Rm95-Wog>

相比身体上的暴力
男性遭受更多的是精神上的冷暴力



图片来源：图虫创意

男人被女人家暴，越来越算不得什么新鲜事，吃瓜群众莫兴奋。

日前，家住银川市贺兰县的张先生，因受妻子赵女士家暴，要求法院判令妻子“离自己远一点”。

据《新消息报》报道，赵女士在婚后多次争吵中都有暴力伤害行为，被丈夫起诉至法院后恼羞成怒，并到张先生的住所辱骂、殴打并致其面部被抓伤。

有人也许会诧异，堂堂一大老爷么，被捏得跟个小鸡仔儿似的，丢不丢鸡？事实上，女人一旦猛起来，真没男人什么事儿。

电视剧《外科风云》中，女人带着老公去治疗失明，因为后脑勺遭了猛烈一击。这是拜女人随手“甩锅”所赐，老公简直就是真人版的灰太狼。



图片来源：影视截图

微博上有网友爆料，一位男士被家暴时，高跟鞋扎进头皮，昏迷不醒，让人隔着屏幕都觉着疼。



图片来源：微博截图

西祠站内还有位中国好老公,为了让老婆消消气,主动光着身子,赤身裸体跪在卫生间地上,让老婆端着自来水从头往下浇。



图片来源：网页截图

相比身体上的暴力,男性遭受更多的是精神上的冷暴力。



图片来源：新华网

收缴工资卡、看牢私房钱、删光异性的联系方式,这是控制男人的经济,孤立对外的社交;手机不给看就是不爱她,这是占有欲和控制欲在作祟;脱口而出“要你有什么用”、“还是不是个男人”,则是从上帝视角贬低男人的成就。

刷刷抖音就知道啦,中国男人的求生欲,到底有多强。

要是有一个美女坐在你腿上,你怎么办?
不可能的,我不会让陌生女人坐我腿上的。

你去参加同学会,看到了前任怎么办?
哼哼,我根本不会去参加什么聚会。

早上不小心弄坏钢笔,墨水洒你衣服上了。

重买。

买什么?

买钢笔。

北京师范大学社会发展与公共政策学院发布的一份报告显示,男性自认为遭受家暴的比例(66.1%)比女性(64.2%)尤甚,尤其是心理暴力方面。

二

张先生与赵女士并不是小年轻,两人结婚多年,还有一个儿子。

结婚后,赵女士在多次争吵中都有暴力伤害行为,但直到2018年7月20日,张先生才决定不再忍耐,到法院起诉离婚。

在一个专门提供帮助的专业网站里有个专题,叫做“帮助正被虐待的男人们,逃离伴侣的家庭暴力”,总结了男人为什么不逃的原因,其中最主要的是得不到社会帮助,以及感到羞耻。

前不久,网友爆料张雨绮因家庭纠纷被带至派出所,“持水果刀将袁巴元背部划出两道约1厘米伤口”的传闻沸沸扬扬,吃瓜群众几乎是一边倒的被张雨绮圈粉。



图片来源：微博截图

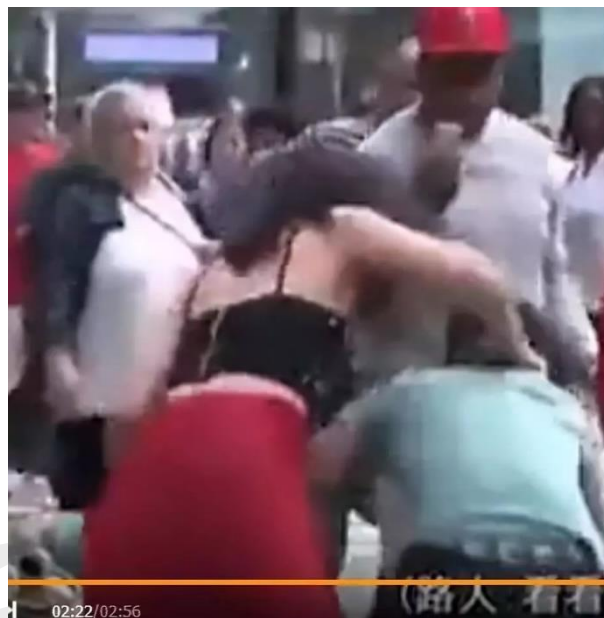
一群英国博主在街头做了一个实验，来测试男女被家暴后社会的不同回应。

先是一男一女，身高体重都差不多，到公园里装作起争执，当男的假装攻击时，围观的群众会立马围上来，把那个男的按倒在地，吓得演员赶紧求饶：“我们是在摄影”。



图片来源：视频截图

然后，同样一男一女，女的身材高大，男的相对瘦小，在另一个公园起争执，当女得把男的按在地上摩擦的时候，围观群众全程微笑，还不时叫好和鼓掌。



图片来源：视频截图

而在抖音上面，这种男女差异通过带节奏的音乐、反转的情节、幽默的调侃，得到美化，似乎爱情就是看到老婆战战兢兢的样子。但凡有个不一样的视频蹦出来，网友都会评论一句：这是全抖音最有地位的男人。

社会观念如此，法律也难以保障。“在法律上没有冷暴力一说，因为‘冷’和‘热’的边界不清楚，立法有一定的困难。实际操作中取证也非常困难。”湖南警察学院家庭暴力防治研究所所长欧阳艳文如此表示。

这样的大环境，也会潜移默化地内化为男性的价值观，使得男人不太愿意家丑外扬，“按理说男人应该让着女人，但被老婆打说出去始终不是什么光彩的事。”

在国外，男性被家暴更为普遍。根据英国媒体 The Guardian 的报道，有超过 40% 的家庭暴力的受害者是男性。

More than 40% of domestic violence victims are male, report reveals

Campaign group Parity claims assaults by wives and girlfriends are often ignored by police and media



图片来源：网页截图

然而，因为全社会对这种反向暴力的不重视，乃至嘲笑，让不少比较老实的男人三缄其口，家暴的行为也就常常被警察以及媒体所忽视。

记者菲利普·库克曾与亲密关系中受到暴力的男性进行访谈，他发现这些受害者，往往还会以幽默的语气，来描述自己所经历的痛苦，试图让别人觉得“这并不是一件太严重的事”。

三

张先生的申诉，得到了贺兰县法院的回应。

贺兰法院法官表示，《反家庭暴力法》为预防和制止家庭暴力提供了强有力的法律依据，无论是男性还是女性，法律对所有家庭成员都一视同仁，法院将依法对遭受暴力伤害的任何家庭成员给予同等保护。

2015年12月，第十二届全国人大常委会第十八次会议审议通过了我国第一部预防和制止家庭暴力的专门法律——《中华人民共和国反家庭暴力法》。

根据《中华人民共和国反家庭暴力法》规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。

可见，夫妻之间，父母与子女之间等都属于家暴的范畴，男性也受反家暴法的保护。与此同时，

法律扩大了家庭暴力的范围，将精神暴力囊括在家暴之中。

经贺兰法院法官审查，张先生的申请符合《反家庭暴力法》第二十七条规定，签发了人身安全保护令。

2016年3月1日，我国首部《反家庭暴力法》正式施行，并首次建立了“人身安全保护令”制度。

根据《反家庭暴力法》第三十四条：被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。

但在现实生活中，家暴受害者报案后，尽管法院发出了人身安全保护令，还是有人会进行恶意的跟踪和报复，为了保护受害者，我国《刑法》规定“拒不执行判决、裁定罪”，该罪名最高可处七年有期徒刑。

据悉，张先生向法院申请的人身保护令，也是贺兰县法院发出的第一份以男性为保护对象的人身保护令。

而在《反家庭暴力法》正式实施前，作为试点人身安全保护令制度的基层人民法院——湖南长沙岳麓区人民法院在2010年6月1日，发出了所属省份首张男性人身安全保护令，这也是全国第一份以男性为保护对象的人身保护令。

2016年3月1日《反家庭暴力法》正式施行后，各省份接连发出了首张男性人身安全保护令。

2016年4月6日，湖北省黄冈市蕲春县人民法院依法发出黄冈地区首张人身安全保护令，这也是湖北省第一例。

2016年8月底，安徽省界首市人民法院发出了全省首张男性人身安全保护令。

2016年12月，北京市门头沟法院发出了全市首张男性人身安全保护令。

.....

随着男性家暴意识的增强，以男性为保护对象

的人身安全保护令越来越多。

不仅仅是女性，打破沉默，也是男性受害者需要迈出的第一步。

抵制家暴，更需要真正的男女平等。如网友@麟望所言，当“男性被家暴”、“男性被性侵”不再被拿出来当新闻说的时候，中国就离真正的法治和文明又近一步了。

参考资料

男子因家暴要求判令妻子“离自己远一点”，贺兰县法院发出首份男性人身保护令，2018年10月19日，新消息报

大数据：是的，男性照样会被家暴，2017年03月03日，新华网

有40%被家暴的是男性，但大多数人都没意识到，2018年1月29日，为你写一个故事

为什么男性也会成为家庭暴力的受害者？2018年1月

16日，KnowYourself 知乎账号

专家呼吁：男性家暴受害者也应予以关注，新华社长沙11月26日电

“反家暴法”已出配套政策 男性家暴受害者也应予以关注，2016年11月27日，新京报

我国人身保护令的十年旅程，《法律与生活》半月刊2013年12月上半月期

北京首张男性“保护令”引关注 折射法制观念之变，2016年12月08日，中新网

封面图片来源：图虫创意

图虫创意 x 正版图片联盟 x 中国新闻周刊

文：《中国新闻周刊》新媒体记者 俞杨

值班编辑：万霁萱

提示 | 法律上对彩礼如何认定？ 未领结婚证彩礼应返还

2018-10-31 上海法治声音

<https://mp.weixin.qq.com/s/32uSDpXKvHKlvu6ed0AMWw>

上海市委政法委、上海报业集团联合出品。聚焦法治热点，关注法治人群，传播法治精神。

编辑 排版 | 严宇静

责编 | 陆慧

关于婚姻的缔结，中国自古就有男方在婚姻约定初步达成时，向女方赠送聘金、聘礼的习俗，这种聘金、聘礼俗称“彩礼”，具有较为浓重的风俗习惯色彩。然而，因此产生的纠纷也逐渐增多。

法律上对彩礼是如何认定的？相关审判实例如何判定？



未领结婚证彩礼应返还

“彩礼”的表述并非一个规范的法律用语，新中国成立后，婚姻法几经修改，都规定了禁止买卖婚姻和禁止借婚姻索取财物的内容，但并未对婚约

和聘礼作出规定。因此，相关彩礼纠纷案件，人民法院审理时按照有关规定被列为“婚约财产纠纷”。

既然彩礼属于“婚约财产”，其目的就是为了缔结婚姻，如果未能缔结或者婚后产生矛盾纠纷，关于彩礼的处置就成为婚姻纠纷的首要问题。近年来，这一类纠纷诉诸法院的案件逐渐增多，法律法规也进行了相应规定。

2013年，祁某和孟某自由恋爱并确定男女朋友关系，随后两家举行了订婚仪式，男方祁某按照当地习俗，经媒人给女方孟某家人送去6万元彩礼，但二人未举办婚礼，也未办理结婚登记。

订婚后，孟家以孟某年龄尚小为由一再拒绝和祁某结婚，后在祁某不知情的情况下，孟某外出打工，和祁某失去联系近三年。由此，祁某将孟某诉至法庭，要求返还彩礼。

依照最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释二》)相关规定，法院判决被告孟某及家人返还原告祁某全部彩礼款6万元。

法院之所以作出这样的判决，是因为《婚姻法解释二》第十条第(一)项的规定，如果双方未办理结婚登记手续，当事人应返还彩礼；拒绝返还彩礼的，不予支持。



婚后纠纷并非全额返还

在另一起案件中，张某和刘某经人介绍相识，

随后两人按农村风俗举行结婚仪式，并补办了结婚登记手续。女子刘某婚前收取了男子张某所送的大礼38800元、上轿礼1万元及“三金”等。

几个月后，刘某提起诉讼，要求和张某离婚，嫁妆归其个人所有。张某表示，不同意离婚，如果离婚，刘某应返还彩礼48800元及“三金”。由于两人婚后无子女，双方无共同财产及债权债务需要分割，离婚纠纷的关键在于彩礼是否应该返还。

法院认为，刘某和张某虽然是自愿登记结婚，但自双方外出打工以后，较少沟通和了解，互不联系，不尽夫妻义务，可认定夫妻感情确已破裂，故刘某要求和张某离婚的诉讼请求，予以支持。刘某的嫁妆系其婚前个人财产，应归其个人所有。

对于刘某婚前收取张某的彩礼，法院考虑到刘某与张某虽然办理了结婚登记手续，但双方共同生活时间较短，双方离婚后，刘某应酌情返还婚前收取张某的彩礼款，但返还的比例不宜过高，酌定返还彩礼款48800元的50%为宜；“三金”属于赠与性质，可不予返还。据此，法院判令刘某返还张某彩礼款24400元。

对于男女双方已结婚并共同生活的情况，男方提起诉讼的，法院判决也类似。

2016年12月，经媒人介绍，大龄男子廖某和赵某认识，相处一段时间后决定结婚。按照当地农村习俗，廖某先后给付赵某见面礼、礼金5万多元，并为赵某购买黄金首饰价值4万多元。赵某带来了价值约5万元的嫁妆。

两人结婚后争吵不断，三个月后妻子返回娘家再不回家。廖某将赵某诉至法院，请求离婚，同时要求其返还十多万元的彩礼。法院经审理认为，廖某与赵某婚前相处时间较短，彼此缺乏了解，仓促成婚，婚后未培养起夫妻感情，现廖某要求离婚，赵某表示同意，法院予以准许。

对于彩礼，法院认为廖某以结婚为目的依当地习俗给付赵某礼金和首饰数额较大，符合彩礼的特征，且双方共同生活时间较短，廖某要求赵某退还彩礼的主张符合法律规定。综合案情后，法院判令

赵某陪嫁物品由廖某所有,赵某再返还两万元彩礼款。



生活困难的可不予返还

据了解,《婚姻法解释二》第十条对于办理结婚登记后返还彩礼的情形作了原则性规定,即虽办理结婚登记但确未共同生活的,彩礼应当返还。办理结婚登记后已共同生活的,在没有证据证实存在因给付彩礼导致给付人生活困难的情况下,彩礼原则上不应返还。

因此,对于办理结婚登记且共同生活的情形,离婚时一方要求对方返还彩礼的,应首先审查是否存在因给付彩礼导致给付人生活困难的情形,当事人对此负有举证责任。

对于结婚时间较短(一般指不足1年),且给付彩礼数额较大(一般指5万元以上),法院会考虑适当放宽“给付人生活困难”的认定标准,有条件地支持一方要求返还彩礼的诉讼请求,但并非全额返还,返还比例不会过高。

值得注意的是,如果没有证据证实因给付彩礼导致给付人生活困难,人民法院原则不支持返还彩礼的诉讼请求;已办理结婚登记且共同生活的,返还彩礼应当以离婚为条件,即在双方离婚诉讼中或在离婚后提起,如果在离婚后提起,应注意3年的诉讼时效期限。

目前,针对农村及经济落后地区愈演愈烈的彩礼之风,司法实践中对于彩礼的认定比较成熟,一些省份也出台了相关地方司法文件,对于请求返还彩礼的适应条件进行了细化。但总的来说,彩礼是否返还以当事人是否缔结婚姻关系为主要判断依据,是否共同生活、是否导致给付人生活困难是考虑的特殊情节,而这也将对骗取彩礼的“骗婚”行为起到约束作用。

来源|法制日报

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

鲁晓明：从家户并立到家庭统摄——我国民事法上家户制度的问题与出路

原创：2018-10-07 法商研究杂志 鲁晓明

<https://mp.weixin.qq.com/s/3sovHmhZ1dquCFqmg-NKGQ>

载《法商研究》2018年第5期

鲁晓明：（广东财经大学法治与经济发展研究所研究员、广东财经大学法学院教授）

摘要 我国民事家户制度是实践的产物，没有经过严密系统论证，前瞻性及大局观匮乏。在家户问题上，必须破除非此即彼的存废观，既顾及历史和现实，又着眼未来。正视家庭的民事性、身份性、情感性与自治性，是法律处理家庭关系的基点。未来中国民事法中应保留家庭但废止户，在保留户的情况下，则应通过目的性解释做与家庭等同化处理；保留家制，但原则上不承认家庭民事主体地位。应通过由外部关系转入内部关系、由财产关系转入身份关系，实现规范重点由外而内及由财产到身份的转变；通过以约定取代法定，实现规范价值由强制到自治的转变。

关键词 个体工商户 农村承包经营户 家户制度 家庭统摄

近年来，围绕个体工商户与农村承包经营户（简称“两户”）在民法典中的地位，学界存在激烈论争。保留与废止论者均有之。保留论者中，有人主张“两户”均应保留；有人主张只保留“农村承包经营户”。废止论者则认为，户不是律主体，“两户”退出历史舞台是题中之义。

在我国民事法上，家庭作为规范对象，时称“家”时称“户”，故学界常笼统称“家户”，相关制度

则统称家户制度。“两户”即是其中典型。在编纂民法典这一制度变革重要节点，应全面检讨民事家户制度之利弊。以“两户”为代表的家户一族既体现了特定历史时期我国国情，又反映了团体性看待家庭这一传统观念。其中，团体性看待家庭是家户之实质。家户制度之基础，端在于团体性看待家庭有无必要。在本文中，笔者将在全面梳理民事家户制度基础上，分析其利弊，冀以为家户制度改革之参考。

一、家户并立：我国民事法上家户制度的特点

我国民法中的家户，大抵存在于以下两个层次：

一是民事规范层次，主要作为法律法规的规范对象，在名称上，家与户虽并立，但重“户”轻“家”，除《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》外，大多使用“户”这一提法，民事习惯中常用的家庭概念基本被摒弃。基础性民事规范集中于《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）等法律文件之中。主要有：《民法通则》第2章第4节专设1节“个体工商户、农村承包经营户”，从第26至29条共4个条文；《民法总则》第2章第4节专设1节“个体工商户、农村承包经营户”，从第54至56条共3个条文；《民通意见》第41至44条共4个条文；

《物权法》第124条、《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）第62条等。这些规定明确以户为规范名称，涉及个体工商户和农户（多称农村承包经营户）两个主体。法规和规章则集中于国务院及其部委一系列关于商品房限购限贷的规定、地方有立法权的人大和政府关于商品房限购及土地征收补偿的规定，范围极广。

二是民事政策层次。相关规定主要有两类：一是没有地方立法权的人大和政府关于土地补偿的规定，二是前述主体关于商品房限购限贷的规定。由于商品房单边上涨主要集中于设区的大中城市，在设区的地级市普遍获得立法权情况下，这一层次处于递减状态。

长期以来，由于家、户割裂造成法律不统一，家户制度少有人从整体上研究。传统民法学者基本只研究亲属法外之“户”，亲属法学者则谨守亲属法上的“家”，画地为牢现象明显。

我国民事家户制度大致可从以下几方面勾勒：

第一，家户制度是以习俗支撑的家庭制度及以行政支撑的户籍制度之结合。规范名称多数使用“户”这一称谓。而实践中“家与户常并用，称作‘家户’”。但户与家庭及户籍之关系，法律上并未明确。

我国传统上，“户”常在以下场合使用：其一，作为国家征税单位。我国自秦以来一直存在以户为单位的税负。其二，作为财产所有权主体。秦律中即已承认户籍存在，承认家长对家庭财产的支配权。其三，作为国家法律部门的名称，如“户部”。当代户籍上的“户”虽基本等同于家庭，但也存在差异。按《辞海》的解释，户是经济的社会实体，家庭是生物的社会单位，户可包括无血缘婚姻关系而居住在一起的人员，但家庭成员须具有血缘婚姻或收养关系。户籍中在家庭户外还有所谓集体户，即依据《户口登记条例》第5条，居住在机关、团体、企事业单位的人口所共立的单元。也有学者认为，集体户只是行政法上的概念，在民法上没有意义。

民法上的户以是否具有民事意义为前提，自不

应与行政法概念混同。作为计划经济产物，集体户终将因户籍制度改革而消失。我国尽管广泛存在将户类推适用于户籍的情况，但均指家庭而不包括集体乃共识。问题是，家庭组成形式多样，户与家庭在很多时候并非完全对应：（1）一些人员传统上是家庭成员，但不被视为“户”之份子。例如，若家庭中既有务农农民、又有城镇户口居民，则农民与居民通常分属不同户。（2）实践中一些经济发达的农村地区为控制外来人口，形成村籍，在“户”之判断上加入是否依赖集体土地作为保障这一判断标准，即便成为家庭成员，也不一定具有户之一员的权利。以上说明家与户虽常通用，但实际关系极为复杂。

第二，我国家户制度强调整体思维。一方面法律承认自然人是基本民事主体，自然人非法人组织是合伙；另一方面，认为存在以家户为形式，独立于成员的特殊利益，故家户既不同于自然人，又不同于合伙组织。家庭由具有特定血缘、姻亲和收养关系的自然人组成，其产生、变更和终止须履行登记手续，即进行户口登记。成员以家庭名义进行的民事行为，物质基础是家庭共有财产，家庭以成员共同意志为基础，追求成员整体利益，带有团体性。

第三，在价值上，重视家庭对外财产关系，忽视成员间的身份关系。家作为亲属团体，是与出生、婚姻俱来的身份关系，是故，比较法上存在家制立法的国家和地区，关于家庭的规定首重成员身份。以家制规定较成功的瑞士为例，《瑞士民法典》第2编第9章专用1节规定成员间的扶养义务，依次规定了家长与家属及家属间附条件的扶养义务、家庭成员抚养请求权与弃儿抚养问题，另用1节规定了家长的权利及家长与家庭成员间的权利和义务。其他如日本、韩国以及我国台湾地区民法典均“只从身份关系上进行了立法”。我国正好相反，“两户”均以经营主体出现，凸显其对外财产关系；而对于家庭内部关系，诸如成员间权利和义务、家庭意志的形成、家庭事务处理等均未规定。

第四,在财产关系上,主要考虑对外经营,甚少考虑内部共同关系。比较法上存在家制的国家关于家庭财产的规定无不以家庭生活关系为基础。例如,瑞士强调家庭共有关系的实质是共有人进行共同经济生活,家长的设置不在于成立家长权,而在于赋予家长维系共同财产关系之广泛义务。为管理家庭共同财产,家庭另设代表人时,家长须服从代表人。1929年中华民国“民法典”制定时,国民党中央政治会议亦明确:“家制之规定,应以共同生活为本位,置重于家长之义务”,8个条文的家制法中有7条涉及共同生活关系。然而,现行法上的户只侧重于团体性地看待家庭,至于家庭内部关系,则几无关注。

第五,在自主性上,多考虑国家意志,而少考虑家庭意愿。民法作为私法,一直强调意思自治,各国均规定家庭团体性以家庭共同意思为基础。例如,《瑞士民法典》第336条规定,家庭成员有权决定其财产为自有或家庭共有财产。家庭共有财产的设立,须订立契约。而我国家户制度往往对家户作为民事主体情形作出明确规定。例如,《民法总则》第54条规定,自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。《物权法》第124条第1款规定,农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制;《土地管理法》第62条第1款规定:“农村村民一户只能拥有一处宅基地”;《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)第15条规定:“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户”。近年各地出台的房屋限购与土地征收补偿政策,亦以户为征收补偿对象,而不考虑成员内部意愿。

二、家户割裂:我国民事法上家户制度的问题

家户制度虽同以家庭为调整对象,但使用不同规范名称,以不同理念作指导。在纯粹亲属法上以“家庭”指称,在亲属法外则称“户”,“家”“户”割裂。这一制度由经济困难时期激发经济的举措发展而来,没有经过严密论证,“在中国经济发展的

一个特殊时期,在经济发展和意识形态领域都具有重大意义”,但也具有天生缺陷。

(一) 家户割裂的家户制度奉行城乡二元理念,有违平等原则,且与城乡一体发展目标不符

首先,民事家户制度传承于户籍制度。起源于20世纪60年代的户籍制度,是在国民经济孱弱、国家财政承担不起过多福利人群情况下,以阻碍农民进城为目标的行政控制举措。城乡二元区分造成城市与乡村的对立,牺牲农民利益,造成实质不公。

其次,“两户”作为私营经济一部分,是法律将市场主体按所有制性质进行区分之体现,这种歧视性看待不同性质经济形式的做法,有违平等和公平的市场经济原则。

最后,对于家户法律地位,区分城市与农村采不同立场。在农村,由于土地权利之获得与享有,均以家庭为单位,故家庭事实上具有民事主体地位。但就城市家庭而言,除少数个体工商户外,大多不仅没有主体资格,连亲属法上无独立人格团体的地位都没有。虽同为家,但互不平等。

(二) “家”与“户”割裂,相关概念混乱内涵和外延不明,造成适用混乱

家庭在社会学意义上是指以身份为纽带组成的基本单元,在法律意义上则指两人以上的自然人团体。而户从户籍角度考察,系指行政机关依立户标准对社会成员编排和组合,登记于户口册上的居住单位。户之功能“一方面在于确定自然人的居住地,以便于司法管辖和确定行政管理权范围;另一方面则是国家通过登记确定区域内的家庭人口,以便社区基层组织进行自治及提供公共服务”。家庭偏重自然性,户则侧重行政性。家与户概念上的明晰不仅必要,而且可能。但我国两个概念均没有明确界定。当家户制度只在于倡导某种伦理及规范共同体间的处事规则时,概念不明晰之弊端尚不明显,但当家户成为民事主体,成为成员享有权利之通道时,则概念混乱之流弊就会彰显。近年来,为了追

逐利益不顾伦常的情况不断发生,醒目地提示我们家户制度之不合理。上海等地为逃避限购政策而排队离婚的荒诞故事,即为鲜活事例。

(三) 强化家户整体性,忽视成员个体,对个体权利构成压制

在以家户作为民事主体的情况下,是以家庭作为外部关系主体。而从内部来说,是成员平等地共享所有权,形成共有关系。至于该共有关系的性质,则存在共同共有和按份共有不同观点。按份共有论者认为,内部成员具有成员权,可以按照按份共有关系来解释和界定成员间的权利和义务关系。共同共有论者认为,家庭财产源于共同生活,根本目的是满足共同需要,因此是共同共有。依笔者之见,共同共有乃为维系共同关系而不区分份额的共有状态,当共有关系消灭时,终将转变为按份共有。故共同共有和按份共有之区分,不在于最终是否按份额落实到个人,而在于是否存在稳定的共同关系。在家户情况下,成员以家庭为基础形成共同关系,根据《物权法》第103条的立法精神,此种共有应属共同共有。由于家庭的存在,财产只落实到家庭,成员拥有的份额并不清晰。

应予明确的是,共同共有不过是以共同关系为基础的共有状态,即便构成共有关系,当共同关系消灭时,共有关系转化为按份共有,共有人得请求确认份额并享有应有份分割请求权。然而,由于片面强调家户整体性,成员个体权利普遍被漠视。当家庭关系变化时,成员不得请求确认共有份额,也无法行使应有份分割请求权,这一点在农村用益物权中尤为明显。

我国集体土地上的诸种用益物权均基本以家庭为权利享有者。就农村土地承包经营权而言,由于增人不增地,只要家户存在,成员变化不得作为分割之理由。以出嫁女为例,其出嫁时不得请求分割土地承包经营权,尽管成为夫家新成员,但夫家承包土地并不增加,只是摊薄原有成员的共有权而已。当其离婚时,亦不得主张分割土地承包经营权,

该妇女的土地权利在两边均陷入落空状态。就宅基地使用权而言,在成员流动时同样不得请求分割或作价补偿,亦不得请求确认享有新家之宅基地使用权份额。在集体建设用地使用权的设立和转让中,家户事实上以户主意思为准,成员常被迫屈从于户主意志。而地役权的附从性和不可分性,决定了其与其他不动产权利被遮蔽后,也不可能实际享有。家庭对于成员权利的遮蔽使得身份变动之成员权利被虚化。这既是对共有理论的冲击,也违反了权利自主原则。

(四) 在强调家户民事主体地位的同时,对于家庭内部关系,只在婚姻、继承法上存在简略规定

一方面我国借道于自然人制度含蓄地承认了家庭可为民事主体。例如,《民法通则》第29条规定:“个体工商户、农村承包经营户的债务,‘家庭经营的,以家庭财产承担’”;最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第46条规定:“在诉讼中,个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的,应在法律文书中注明登记的字号”;《农村土地承包法》也明确规定,农户是集体土地承包合同的承包方,是土地承包经营权的主体。实践中也大量存在以承包经营户作为诉讼当事人的案件,故事实上形成了以户主为代表的家户制度。

另一方面,只在婚姻、继承法中存在对家庭内部关系的简略规定,“户”的内部关系为立法者忽视。表现在:其一,家庭成员判断标准不明确,究竟依意思自治还是由法律规定没有明确说法。为增加家庭确定性,比较法上往往有配套的家事登记。成员资格的判断大致有以下标准:亲属标准、共同居住标准和登记标准。不同标准间的细微差异实际影响成员地位的判断,如父母双亡与姑母共同生活的儿童,按共同居住标准可为家庭成员,接近亲规则不为家庭成员。判定标准的缺失,导致相关争议缺乏统一适用准则。其二,尽管形成了以户主为代表的家户制度,但并无户主制度,户主按照何种原

则产生、户主的权利和义务、户主与成员之关系等问题，法律均无规定。其三，家庭成员基于共同生活关系，是否具有身份上的相互扶助义务，如对行动不便的老年人、精神病人、未成年人是否负照顾、看护义务，也未作规定。

（五）在以“户”称家情况下，对“户”之性质缺乏正确认识，存在对公权力的依赖

家庭不是适合法律随意干预的领域，而是成员充分协商的场所。法律作为陌生人规则，在家庭这一熟人单位并无太大施展空间。较之法律的刚性介入，自治对家事处理更加圆满妥贴。家庭内部事务与成员有关，而与国家关系不大，因之理应实行家庭自治。但家庭作为社会细胞，对社会安定与发展有重要影响，当家庭自治有滥用之虞时，公权力便应介入。然而，家户制度一方面存在将国家意志强加于家庭的现象；另一方面，当具有公权力介入情由时，立法却没能提供支持。立法者对国家与家庭意志的合理关系缺乏清醒认识，立法权失当运用问题突出。

三、民事主体地位与“两户”存废：止于表象的论争

民法典编纂为系统检视家户制度提供了极好契机。近年来，围绕家户制度，学界论争激烈。其焦点有两户：一是应否承认其民事主体地位，二是“两户”应否保留。两个问题经常交织，难以区分。

关于家户民事主体地位，废止论者主要基于下述理由：其一，民法典作为以个体为中心构建的概念网、规则群和制度链，规范对象是个体及基于个体自治形成的法人和非法人组织，家户作为民事主体没有必要。家户在进行生产经营时，如为一人，应为从事经营活动的自然人；如为两人以上，应为家庭合伙，没有必要作为单独主体类型。其二，若承认家享有法律人格，则家庭成员必因此划分为有等差的“家长”和“家属”，有违现代民法精神。

关于“两户”，废止论者大致有两种观点。多数论者认为，“两户”已不具有存在价值，理由是：

“两户”以所有制为标准对待不同主体。在改革初期国有经济一家独大情况下，“两户”对发展生产力具有重要意义，但市场经济确立后，去身份化已是大势所趋，“两户”已不适应时代发展。更重要的是，家户构成对成员个体的遮蔽，唯有打破家户，才能彰显家庭成员的独立地位。另一种观点认为，应分别看待“两户”，个体工商户已无必要，但农村承包经营户应予保留，理由是：党的十八大报告明确提出加快构建新型农业经营体系，而创新农业经营主体的前提条件，即“必须切实保障农户承包土地的合法权利”，“我国农业发展的长期历史和新中国成立后制度变革的经验教训表明，家庭经营是最适合我国农业经营的组织形式”。保留农村承包经营权，自也应保留农村承包经营户。

与之对立，保留论者认为，“两户”民事主体地位均应保留，理由如下：其一，历史上，家户一直是我国重要的民事主体；从现实来看，家户客观存在。家庭不仅是社会关系的体现，也是自然人进入其他社会关系的必要媒介。现代社会虽家庭生产职能削弱，但并未消亡，以家庭名义进行的民事行为随处可见。例如，以家庭名义进行生产和经营等。其二，家户具有不同于法人和自然人的地位。家庭的产生、变更或终止须履行必要手续，即户口登记，且具有区别于成员的称谓。家庭符合民事主体的构成要件，享有权利能力以家庭名义进行的民事行为，物质基础是家庭共有财产，追求的利益属整个家庭。家户作为民事主体客观上有其必要性。其三，家户作为民事主体具有积极意义。在农村，以户为单位的承包，符合我国传统。在经营领域，个体工商户在社会生活中占有重要地位。其四，个人主义是历史的观念，不能僵化理解。随着经济发展，不可避免地由人的单一主体演进到法人、合伙等多元主体并立，观念上也由纯粹个人本位转向与集体、社会本位的并立。

当前，理论上不承认家户主体地位和废止“两户”的观点似占上风。质疑声音从零星到多方呼应，渐有形成潮流之势。但立法则正好相反。各版本的

民法典建议稿,除中国社会科学院的建议稿外,均保留了家户内容。《民法总则》亦在保留“两户”的同时,对其主体地位做出安排。

前述争议,主要围绕家户的独特性、作用、价值冲突等问题展开。废止论者虽承认家户曾发挥作用,但认为其不具备主体独特性,且与个体主义不兼容。保留论者强调家户在历史上的作用,认为其具有不同于其他主体的独特性,与个人主义可兼容。前述观点均注重从家户与传统主体的区别出发,论证其存废,因而均具一定合理性,但亦存在不少似是而非之处。首先,任何事物均有其独特面,家户某些特质不同于传统主体实属正常,但特质只是另起炉灶的必要而非充分条件。以某些方面不同于其他主体作为承认主体地位的理由,不具有充足说服力。其次,就与个体主义的关系而言,现代私法以个体主义为基础,团体色彩浓厚的家户与个体主义存在冲突乃是必然。但个体主义并不排斥团体主义的例外适用。只要对个体与团体之冲突做出技术上的合理安排,完全可以实现兼容。简单以个体主义作为否定的理由,逻辑上不能自洽。最后,就家户历史地位和作用而言,家户确曾具有重要地位,但过去重要不等于未来也重要,历史本就处于汰旧迎新的过程中。以历史上所起之作用作为保留的理由,同样不能令人信服。

笔者认为,辩证看待民事法中的家户,应从统一家户制度的立场,以家庭这一基本单元为基础,进行总体化审视:

首先,家庭是重要的客观存在,民事法中应有家户一席之地。换言之,“两户”或可废,家户应保留。“家户组织在中国有久远和牢固的基础。自由的个体家户农民更是一种久远的理想形态。”婚丧嫁娶等重大事情,基本是以家庭为单位进行;亲属邻里间的礼尚往来,也基本以家庭的名义进行。民事法无法回避这一客观现实。“家一直以来都是中国人看重的生活意义,法哲学的任务不是描述家的各种经验形态,而是要将其概念化,澄清现代以来因为缺失家的尺度而引发的自由与法之间的各

种错位。”

其次,个人主义不能成为否定家户民事地位的理由。一方面在私法中,个人主义处于基础地位,“不理解什么是个人主义,谈论共同体的利益便毫无意义”,因此,以法国民法典为代表的欧洲民法典“排除了中间团体而只承认个人”。另一方面,人的概念中既包含个体性因素,也包括社会性、交互性因素。个人主义存在忽视社会生活和私法的合作面向问题,个体间总是在不同内容、范围和程度上分享着相同或相似的主观目的和利益。个体在保留自身异质性的同时,还与其他社会成员在不同内容、范围和程度上具有共同目的,具有形成共同体的广泛前景。坚持个人主义并不能否定合作主义或团体主义。家庭不是简单的人数叠加体,其以成员间亲情和情感为基础。如果说,在具有个人主义传统的欧美各国,家庭的地位被个人及合伙取代并不会产生多少不便的话,在具有家国传统的东亚地区,法律对于有强大影响的家户视而不见并非合适态度,这也正是东亚国家和地区民法典普遍承认家庭民事地位之原因。

再次,正视家庭作用,不等于当然赋予家庭主体地位,家庭在民事领域的强大存在不足以证明赋予其主体地位之充分必要性。其一,历史作用只能证明“两户”具有纳入民事规范之合理性,不能说明其作为民事主体具有合理性。其二,“两户”发挥作用有很大的历史原因。“两户”推出时,我国正处于百废待兴阶段,相对于对私营经济的严厉禁止,承认“两户”起到了促进经济发展的作用,但目前这一因素已不复存在。其三,立基于城乡二元的农村承包经营权,有悖于城乡一体发展的目标。姑且不论民法典保留这一权利是否合适,即便保留,也不意味着不应对其进行由团体到个体之改造。

民法规范家庭应本着明晰内部关系、减少矛盾与纷争的思路,以追求良好法效为目标。法律有规避风险、引导民事活动之功能,落后、与社会价值相悖的东西,即便一时占据重要地位,法律也不能丧失立场委曲求全。是否赋予家庭主体地位应看其

实效,若效果非减少而是滋生矛盾、不是明晰而是混沌权义关系,便应利用法律变革的契机果断抛弃,反之则应保留。从逻辑上说,民法已构建从自然人、非法人组织到法人的完善主体体系,除非家庭具有不能为前述主体所包容之独特性,否则没有成为独立主体之必要。现实是,家庭虽有其特点,但或可归于自然人,或可归于合伙,将家庭规定为独立主体,技术上属多余,还会造成民事主体体系混乱。故而,纯从法律技术而言,不宜承认家庭的民事主体地位。

最后,我国家户制度的根本问题,在于“家”“户”割裂,对于家庭这一调整对象,以家事法为边界形成两套不同体系。在以“户”指家的法律制度中强调团体性、法定性;在家事法中则强调自治性。家事法本是构建整个家户制度之基础,却除婚姻法之外基本阙如。家事基本制度的缺失和对家户性质的模糊认知,导致“家”“户”并立且互不协调。当前我国围绕“两户”发生的争议,只是停留于表象,并未触及其本质。将视角仅聚于“两户”,不利于对家户制度进行系统反思。须打破“家”“户”割裂现状,在正确认识家户性质基础上,构建以同一价值指导,贯穿总则、债权、物权、亲属编的统一家户制度。

四、家庭统摄:构建合理家户制度的整体思路

家户是以共同生活为基础,以身份为纽带,以情感维系的民事自治体。民事性、身份性、情感性与自治性是家户关系之特征,亦是处理家户关系的关键词。未来民法中家户制度的构建,应持以下思路:

1 为体现民事性特征,应以家庭作为规范名称

构建统一家户制度,规范名称绕不过去,法律需在“家”与“户”中做出选择。

在家庭的两种称谓中,户的行政色彩浓厚。户具有下述特性:其一,与户籍制度关联。户“一般是由具有独立利益资格和获得国家户籍承认的家庭构成”。在中国历史上,历朝政府均以户作为征

收赋税、摊派徭役的单位。尽管现代社会户的福利增多,但管理和服务仍以户籍上的户为单位。其二,社会功能突出。“户而非个人既是集体收入的分配单位,又是主要的消费单位,它是由‘政治-行政’体制界定的”,其“在政府管理基层社会中的功能最突出”。与户不同,家庭是指在亲属间以共同生活为基础形成的共同体。该共同体不依赖户籍登记,具有自治性,以亲情伦理为维系纽带,具有民法意义。

前述差异决定了家庭适合作为私法概念,而户应作为公法概念存在。若以“户”作为调整家庭之基础,则私法公法化问题必然突出。其一,在民法中融入户籍管理因素,必然出现以管控思维调整家庭,忽视家庭自治问题。现行法强调个体工商户依法登记、强调“户”作为农村承包经营权主体的当然性,正是管控思维的反映。其二,将公法概念张冠李戴于私法,则势必造成适用困扰。正是由于家、户的内在冲突,实践中经常出现一家庭分立多个户头与多家庭共属一户的情况,家庭变动情况常不能及时反映于户籍登记中,家、户不一成为常态。其三,若以户作为规范名称,则在管控思维影响下,出现重法定轻自治情况实属正常,在立法止于团体且不与共有财产理论对接情况下,家庭对个体权利之遮蔽仍将延续。以户统摄家户制度也不利于家事法的适时变革。近年来,随着婚姻中国家认同主义的弱化,非婚同居现象在各国大幅增加。在欧美各国,非婚同居家庭无论在数量 and 影响上均已与传统家庭分庭抗礼。美国人口调查局公布的报告显示,2006年起美国非婚同居家庭占比已超过传统家庭数量。即便以保守闻名的德国,其2017年的非婚生子女也达到29.9%。据学者统计,从2000到2010年的10年中,我国18-61岁的未婚人口中,有同居关系者保持在20%左右,2015年剧增至31.4%。家庭的本质是共同生活,家事法之主要目的乃在于维护家庭生活秩序。法律不是高居莲台之上不食烟火的圣人。即便是非婚同居家庭,当其成为重要形态之时,法律不能也无法做到视而不见。当代相当

多国家和地区对非婚民事结合进行了规制,如加拿大魁北克民法典设专题规定民事结合,法国将未登记的事实同居纳入民事调整范围,英美法家庭法不再限于对婚姻家庭关系的调整,我国也不应例外。但如果从户的角度衡量,则势必因追求户籍登记的形式合法性而将非婚事实家庭排除在外,不仅不能反映真实家庭关系,而且危及家庭关系的稳定。

与“户”相反,“家庭”作为私法概念,与意思自治伴随,不会造成法定性依赖,当与家庭共同财产理论对接时,在法律规定止于家庭时不会对个体权利之遮蔽。确立以家庭统摄的统一家户制度,是家事法成果应用于整个涉家庭民事制度的有益尝试,标志着法律指导价值的重大转变。家户制度应果断抛弃以“户”指家的做法,统一以家庭作为规范名称,在涉家庭制度领域确立起私法自治理念。当前,鉴于《民法总则》保留了“户”这一提法,一方面应通过目的性解释实现与行政法意义上户之切割,将“户”与户籍脱钩,实现“户”与家庭的实质等同。另一方面,应在民法典分编中全面引入家庭概念,尽可能限缩“户”的使用范围。例如,在物权法中,仅在农村承包经营权领域保留“户”,且只作为家庭决议时的选项;其他用益物权凡涉及户的,一律改以家庭指称;土地征收补偿、限购限贷等若不能及于个人时,均以家庭为对象。通过此一转变,逐步确立以家庭为主导的私法思维,待时期成熟时再启动以“家”代“户”的法律修改工作。

2 为体现身份性特征,家庭制度规范重点应实现由经济到身份的转型

家庭是在特定身份之自然人间形成的组织体,尽管也存在以家庭为基础的共同债权和债务,但身份乃组建家庭的基础,“家庭身份的基础在于家庭的人类繁衍、子女抚养的使命以及男女之间的差异事实”。

身份关系之本质是人的相互性。于此而言,家庭成员间的身份关系与亲属法上的身份关系并无不同。但家庭身份关系具有不同于亲属法上身份关

系的特点:其一,亲属法上的身份关系,以具有亲属关系为前提,而家庭身份关系则以共同生活为基础。即便是近亲属,若不是共同生活,则不成立家庭关系。同样,只要成立共同生活关系,即便不是近亲属,亦成立家庭关系。其二,从性质上说,亲属法上的身份关系是产生于法定关系上的身份关系,具有强稳定性;而家庭身份关系则是因生活事实形成的,稳定性远不如亲属法上的身份关系。共同生活一旦不存,身份关系即归于消灭。其三,亲属法上的身份关系具有强制性,家庭身份关系则以意思自治为基础。因成员间达成并形成共同生活关系而形成,若协议终止共同生活,则身份关系随之终止。其四,就内容来说,亲属法上的身份关系以维系近亲属伦常为基点,体现亲属间的互助共济,带有无条件性。而家庭身份关系则以维护家庭伦常和正常家庭生活为目的,家庭成员之间基于身份产生抚养、扶助等广泛义务,且经常附有条件,如须考虑抚养人经济状况等。其五,从范围上说,尽管家庭成员通常具有近亲属关系,但不具近亲属关系者也非少见。如同为家庭成员,但彼此不具有扶养关系的继父母与继子女、非夫妻的姻亲等。家庭身份关系至少应包括如下三重身份关系:同居配偶关系;以血缘为纽带的直系血亲关系;其他共同生活的家庭成员关系。其中,前两者部分与亲属法重叠,后者独属于家庭。故而,家庭身份关系的内容,除部分可通过亲属法调整者之外,只能通过家庭制度专门调整。

家庭作为以情感和身份为纽带的组织形态,成员关系如何确定,习惯中存在的家长应否承认,家长与成员的权利义务如何界定,是民事法不能回避的问题。现行家户制度将重点聚于家庭经济活动,有舍本逐末之嫌。家户制度对广泛存在的家长问题视而不见,虽略有规定户主,但主要是作为家庭对外的代表,至于户主是否等同于民事习惯中的家长,家长是否具有家长权等问题,均采取了回避态度。这造成现实生活中的家长权争议缺乏基本解决规则,大量利用家庭控制权滥用家长地位,肆意干涉

成员生活的行为得不到制止,失衡的家事关系得不到有效矫正。

实现家庭制度由经济到身份的转型,首在明晰家庭成员权利义务。

首先,家庭与家长伴随,家长的存在是传承千年的习惯。法律应承认有别于传统以人身依附为基础的现代家长权。其一,家庭同法人等其他民事自治体一样需具有对外代表机构,承认家长权可有效解决这一问题。其二,家庭作为自治体,有效的组织是高效自治之基础。自治规则制定、会议召集、决议做出与实施均需卓有成效的组织。家长作为具有较高威望的成员,承担组织和实施责任具有充足合适性。其三,我国没有确立亲权制度,父母对未成年子女的保护教育制度存在缺陷,承认家长权能弥补这一缺陷。其四,现代家长权源自父爱主义,剔除了传统家长制的横蛮和专断,核心是限制、消减家长的大权独揽和专制,以实现成员平等。承认家长权并非实施家长制,不会形成家长对成员的不合理控制。其五,承认家长权只是对习惯上具有家长的家庭结构之确认,并非强加给家庭义务,家庭视自身情况可决议设立家长,亦可不设立家长。鉴于成员平等是民事法的基础,家长权的行使应以不危及成员平等权与自治权为前提。因此,家长权应以限制家长权利作为目的。一方面家长权应源于家庭明确授权,以成员意思自治为基础;另一方面,家长权行使目的应是成员更好的生活,在存在家长权滥用情形时,成员得废止家长权利。

其次,家庭是具有利他主义精神的伦理共同体。家庭扶养功能历来是家事法的重点,德、意等国民法典均以专章对家庭扶养做了规定。我国家庭制度也应从家庭共同体出发,围绕方便共同生活目的进行设计,从重物轻人转入重人轻物,强调成员间的互助及家庭共同体责任,规定成员的相互扶助义务,并对扶助程度、扶助方式、扶助关系的变更和终止等作出明确规定。

3 为体现家庭情感性特征,家庭制度规范重点应由外部关系转向内部关系

身份和情感是家庭的两个侧面,身份性决定了家庭的伦理性,情感性决定了家庭关系以成员亲情为依归。亲情,是家庭凝聚力之根本。家庭成员间的照料,是人健康快乐的基础。“蔓延着爱的婚姻与家庭,在经济学上无法用价值来衡量。”这充分说明,家庭并不是合适的经营者,而是演绎着关怀、爱与付出的温情场所。亲情是家庭关系的情感基础,不以产生家庭幸福情感为基础的制度,效果注定值得怀疑。

现行制度以经营眼光看待家庭,将精神港湾矮化为逐利共同体,这一做法对家庭的危害显而易见。家庭对个体权利的遮蔽极易构成对成员权益之侵犯,滋生离心离德心理,危及亲情。家庭经营规模越大,成员实现私益的欲望越强,对遮蔽其权益的家庭之不满也越强烈,亲情常随之荡然无存。我国法律已构建了一套从自然人到法人之完善经营主体体系,增加家庭经营体毫无必要。如果说,在经济落后情况下此种做法能够调动可利用资源发展经济的话,那么在已摆脱贫困的当下,实有重新审视之必要。

我国家庭制度迫切需要回归家庭共同体本质,通过由外而内的转型,将规范重心由外部转入内部关系,完成将家庭从经营者向共同生活平台的转型,淡化家庭逐利功能,强化生活功能。

未来家庭内部关系大体可从以下方面入手:其一,成员身份上的权利义务关系,如相互尊重、忠实、扶助义务,成员别居权、亲权等。其二,成员财产上的权利义务关系,包括共同财产的构成、使用和分割,如法定家庭共同财产和约定共同财产之构成及使用,成员间的家事代理等。构建内部关系的指导思想应是明晰权利义务、减少纷争。

4 体现自治性特征,家庭制度的规范价值应由法定意思自治变

家庭是成员自主抉择与安排,实现共同意思的平台。家务事情琐碎繁杂,难有统一的处理公式。立法者不是家庭成员,无法做到对家庭需要同身受,故而,立法者不得将其意志强加于家庭。对自

治范围内的事务,应尽可能尊重家庭自主意志,而不能越俎代庖地强行安排,“法不入家门”的古训充分说明了家庭自治的重要性。当然,家庭作为公、私领域的重要界面,概括且体现了私领域,同时也是公领域操纵的目标。在家庭存在失序、不端行为不能自我矫正,及演化为违法共同体、以其名义实施的民事行为违法或悖离公序良俗之时,法律可适度介入。法律介入的方式,应以倡导伦理、约束失控失序行为为目标,以宣示性规范和义务性规范为主要形式。法律既不能强令家庭进行某种外部行为,亦不得强行对其财产处置作出安排。

当前家户制度的最大问题,就在于对家庭缺乏起码尊重。立法者强行将意志加之家庭之上,把家庭作为经济参与者和经营人。在宅基地与土地承包经营权的取得和行使等系列制度中,制定者的意志取代了家庭内部意志。家庭成员的权益常态性被忽视,家庭成员间的利益对立成为体系化的矛盾,成员间为了追逐利益不顾人伦的情况比比皆是,以致假分家等千奇百怪的逐利行为大量涌现。

为保持延续性,《民法总则》仍赋予家庭民事主体地位。于此情况下,通过强化成员自主意志克服家制弊端便十分必要。为防止对个体权利的遮蔽,我国家庭制度应确立个体主义为基础、整体主义为例外的原则,家庭作为民事主体仅在成员做出明示之例外情形下始可适用。未来的家户,无论是个体工商户还是农村承包经营户,都应只是可供成员选择之事项。家庭成员选择以自然人抑或家庭身份参加民事关系,均取决于其自主意思。家庭在从事经营、享有权利承担义务时,以家庭或个体名义,依赖于成员抉择。同样,在征地补偿等政策中,是否选择以家庭作为缔约主体也应以成员意思为准。

依笔者之见,未来家庭制度中的意思自治原则,主要应体现在以下几个方面:

其一,家庭关系的形成,以成员意思为基础。家庭是以团体面貌出现的私人生活单位,核心功能是私人生活与社会生活相隔离。民法之旨趣乃反映而非创设民事生活,在非婚家庭形式具有相当比例

情况下,仅将以婚姻为基础的家庭纳入家庭制度,既不能真正反映家庭的真实状况,又形成新的法律漏洞。是故,未来家事法应抛弃法定主义家庭观,在充分考虑个体意志基础上,以是否构成共同生活关系为标准衡量家庭关系的形成。

其二,家庭共同财产之形成、管理与分割,充分体现成员意思。除满足共同生活必需的财产可列入法定共同财产之外,大量非必需财产是否用于家庭目的,有赖于成员之约定;共同财产之管理和分割,得依成员共同意思。至于共同意思之形成,可采类似于我国台湾地区亲属会议的家事会议形式。家庭成员在身份变化、共同关系消灭时,得有权请求确认其在家庭中的财产份额,并享有应有份分割请求权。即便共同关系没有消灭,当成员之信赖消失、部分家庭成员主张停止家庭经营时,仍应允许,唯请求停止者负有赔偿其他成员损失之义务。

其三,家庭具有对外关系上的身份选择权。在从事工商业经营时,成员有权选择以个人或合伙形式。合伙方式可以是自然人直接合伙,亦可以是基于家事合伙。在承包土地时,有权选择以个人或家庭作为承包经营权人。在选择以家庭为承包主体时,为防止掌握控制权的少数人将个人意志凌驾于他人之上以致出现成员利益被侵害的情况,以家庭为经营主体的决议,须经家庭会议做出,且不应采少数服从多数而宜采取全体一致同意的表决方式。家庭成员之沉默,应视为对家庭作为民事主体之反对而非认可。

对家庭事务实行意思自治,并非对法定之全然否定。第一,法律可通过明晰家庭成员权利义务、规范家庭议事规则、明确争议解决机制,防止家庭关系失衡;第二,当自治有违公平,弱势成员利益面临被侵害危险之时,法律应为弱势家庭成员提供必要救济;第三,为维持正常伦理及保障家庭正常运转,法律应设定家庭成员的伦理义务,并对满足基本家庭需要的法定共同财产做出规定。

五、余 论

通常而言,与制度变革关联密切的理论思潮总是随变革进程起舞,因变革大幕拉开而云涌,因幕落而潮退。然而民事变革如春风化雨,民事法因应亦非一蹴而就。在理念不清、定位不明情况下,《民法总则》关于家户的设计注定承载不了太多期待。家、户并立造成家庭制度人为割裂,对于民事法体系性、协调性的危害不言而喻。在保留“两户”且赋予其民事主体地位情况下,民法学界更需努力。一方面加速探寻家户规律,促成在家事法、物权法、债法等分编之中构建合理家户制度;另一方面,及

时跟踪法律实施中出现的问题,寻求克服法律缺陷的合理路径,实现淡化家户主体身份、克服其对成员权利不合理遮蔽缺陷之目的。然时日无多,唯有与时间赛跑,厘清民事家户领域的种种误区,方存在制定较科学民事家户制度之可能。诚望《民法总则》的尘埃落定,不成为家户问题研究的终点,而成为全面研究的新起点。

(责任编辑 温世扬)

(公众号学生编辑 朱慧慧)

“丰台抢孩子”事件,尊重法律方能定纷止争

2018-10-08 新京报 A02:社论·来信

http://epaper.bjnews.com.cn/html/2018-10/08/content_733933.htm?div=-1

■ 观察家

民众也要看清“丰台抢孩子”一案中的法理与事实,而不能为情绪所左右。

10月2日上午,在丰台区某商场发生一起孩子被抢事件,丰台警方介入调查,认为四名女子系“误将他人孩子认作自己的孙子,上前抢夺”,之后均被行政拘留五日。此事经被抢孩子父母发布网络后,引发网络热议。一些公众质疑,为何警方认定抢孩子的认错了人就可以免于刑罚?甚至还有人呼吁“应严刑峻法”,一些非理性声音呼之欲出。

据媒体报道,市公安局5日组成工作专班对案件开展复核,次日通报了案件的核查情况,对“是否真的认错人”、“高某某为何没有被行政拘留”、“认错孩子是否可以不承担”等焦点问题作出了正面回应。

平心而论,对公安机关的调查处理结果表示质疑,并无不妥。对孩子被抢的父母,亲生骨肉突遭他人不分青红皂白的暴力抢夺,这是身心上的严重创伤,希望侵害权利者被绳之以法、得到严厉处罚的焦灼心态,也在情理之中。至于网民为何将自己

代入其中、关注事态的进展,是因为谁都不愿意这种侵权行为发生在自己或亲人身上。

从现行法律看,已赋予了当事人、公众以救济途径和监督渠道。如《治安管理处罚法》明确,公安机关及其人民警察办理治安案件,“应当自觉接受社会和公民的监督”,对“不严格执法或者有违法违纪行为”,“任何单位和个人都有权向公安机关或者人民检察院、行政监察机关检举、控告”等。

《刑事诉讼法》亦规定,控告人对公安机关的不立案决定不服的,可以在收到《不予立案通知书》后七日内向原决定的公安机关申请复议,或者是人民检察院要求公安机关说明不立案的理由。就这起公共事件看,从当事人发出网络质疑、提出行政复议,到公安机关复核案件、通报核查情况,都在法律框架内有序运行,由此得出的处理结果,理应得到共同尊重。

从警方回应的内容看,也契合逻辑、符合法律,如警方通过照片比对,证实事主张某与李某儿媳均配戴眼镜,身高、体态、脸型存在相似之处,事主张某与李某儿媳二人同住一个小区,且有调取的监控视频佐证等,李某认错人,与好友二次返回商场

寻找孩子，看似“牵强”却也有“巧合”可能；至于高某某没有被行政拘留，是因为身患心脏病、脑梗、糖尿病等多种疾病。

依据《拘留所条例》“停止执行拘留”却于法有据。基于警方所认定的违法事实，也就是“误认”“抢夺孩子”，并不具备拐卖妇女儿童罪主观要件，根据《治安管理处罚法》，对侵犯他人人身权利的四人作出行政拘留五日处罚，也就“罚当其罪”，而不能在不理性的舆论中升格为刑事处罚，违反罪

刑相一致的刑罚原则。

一个法治社会，首先是一个尊重法律的社会。因为尊重，公民“私力救济”让渡于“公力救济”；因为尊重，良法得到普遍的遵守；也因为尊重，人们才能收获正义。这起突如其来的“抢孩子”事件，也是一块法治“磨刀石”，人们也要看清其中的法理与事实，而不能为情绪所左右。

□欧阳晨雨（法学学者）

夺子大战，执法如何应对？ | 赵莉 徐文丽 | 热点评析

2018-10-08 家事法苑 赵莉 徐文丽

<https://mp.weixin.qq.com/s/e0d6K2ilvgKI2jYX81p-6w>

作者：南京师范大学法学院副教授 赵莉
山东建仑律师事务所律师 徐文丽

抢夺孩子大战，这个在家事领域为专业人员不断诟病的问题，终于不断升级，在今年国庆假日成为热点，以奶奶欲抢孙子却误抢了他人孩子的面貌呈现在了众人面前；在信任缺乏的年代，即使警察加班加点公布了他们查到的事实，相当一部分的民众还是坚信误抢是拐卖儿童者所找的借口。这不能怪民众如此认知，因为认知总是和经验以及所知相伴，尽管离婚率不断上升，民政部官网公布的《2017年社会服务发展统计公报》数据显示，2017年民政部门登记离婚的370.4万对，法院判决、调解离婚66.9万对，合计达到437.3万对，但这样的数字在总人口和几亿网民中仍然占比极小，更何况离婚数据显示，近85%的离婚者是在民政协议的登记离婚，15%是经过法院离婚的，且这些离婚夫妻也并非都抢孩子，所以民众知道最多的抢孩子都是基于新闻报道的人贩子拐卖孩子。但是，离婚中的夺子大战确是一个重要的问题，且处理不好常常升级为恶性杀人案件，查阅中国裁判文书网可以发现，家庭成员间因夺子纠纷导致的恶性刑事案件不

在少数，因此，借热点再次呼吁关注此问题。

一、离婚抢夺孩子大战是如何形成的？

当家庭只有一个孩子的时候，一些离婚的夫妻之间就孩子的直接抚养权的归属开始了夺子大战，比起有些双方都不愿意抚养孩子的夫妻，争抚养权的夫妻倒是负责任的父母，但是，其中也不乏把孩子当做私人财产，甚至当做要挟对方砝码的人，而极端者更是采取暴力抢夺、偷偷隐匿的方式，于是，夺子大战不断升级，呈现出不同的狰狞面貌，血泪混合。

在离婚诉讼中，如果法官查明有一方隐藏、转移双方的共同财产，会根据现行《婚姻法》第四十七条的规定，少分或者不分财产给此方。但是，如果一方隐藏、带走的是双方的孩子，法官的处理则不同。笔者曾经将南京市六家基层人民法院四年（2011年至2014年）的离婚纠纷案件判决书作为样本，实证调查研究了离婚中涉及未成年子女抚养的1182件判决，有的判决认为抢夺孩子者没有考虑孩子的利益从而以此为理由将孩子的抚养权判归另一方，比如，南京市鼓楼区人民法院审理的一件离婚案件，孩子被男方抢走，法院认为“双方所

生子女年龄尚小，刚满一周岁，因此随母亲生活，更有利于其身心健康发展，另外被告虽然具有较好的物质条件，工资收入也较高，但其无视婴儿成长的规律，擅自将婴儿与母亲分离，该行为严重侵害了少年儿童的基本权利，亦使本院不能相信其能为孩子的利益进行全面考虑，故本院认定双方所生子女应随原告生活”，但是，这样的判决常常需要执行法官的配合，由于我国没有交付子女的人身强制执行的规定，为避免执行难，更多的法官对抢夺孩子现象不仅采取容忍态度，反而会依据1993年颁布的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第三条第二项的“子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的”的规定，将抚养权判归带走孩子的一方，笔者的调研发现，以“现状”为判断抚养权归属因素的案件占涉及两岁以上十岁以下孩子抚养权案件的45%，另有以“综合考虑”这样的套话为由判决的占22%，两项合计占比高达67%，而且，在笔者的调研中发现，有相当数量的“现状”背后都有隔代抚养的因素，有法院能在考虑父母均能抚养的前提下再考虑隔代抚养中祖辈的情形，但也有案件双方当事人均在外打工，但判决未阐述双方当事人对子女抚养的意见而将子女判给有赌博恶习的父亲，且在判决主文中注明“实际在爷爷处生活”。

为此，笔者在论文中指出，法院在判决子女抚养权归属时存在片面考虑子女现状、未成年人最佳利益原则体现不够的问题，并呼吁不应将抚养权判归诉讼中为争夺子女抚养权擅自将未成年子女带离正在居住的场所或者将子女藏匿的一方（详细参见赵莉、丁钰：《离婚案件中涉未成年子女抚养权归属存在的问题及对策——以南京市六家基层法院四年（2011-2014）离婚纠纷案件判决书为样本的实证研究》，载《中华女子学院学报》2016年第一期第24-34页）。

尽管1993年的上述司法解释也规定了在判决抚养权归属时要征求限制行为能力的子女的意见，

但是不能否认，该司法解释中的一些规定更多地体现了父母本位而非子女本位，甚至，该司法解释将祖父母的条件也作为判断的因素之一，在第四条单独规定“父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑”。二十五年过去了，家庭结构和育儿观念已经发生了重大的变化，但是，关于抚养权归属的判决依据却还是1993年的司法解释，于是，为满足该“现状”，制造“现状”就成了夺子大战的一个重要起因。

二、离婚抢夺孩子大战里，有怎样的案件发生？

（一）治安处罚案件

裁判文书网查阅到的行政诉讼代理人案件显示，在抢夺孩子的过程中，如果有殴打行为，则管辖地派出所会根据情节，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条的殴打伤害他人的规定，予以处罚（见河北省安国市人民法院（2018）冀0683行初8号行政判决书、焦作市山阳区人民法院（2017）豫0811行初90号行政判决书）。如果没有殴打行为，比如一方在商场，抱起孩子迅速离开，双方没有任何肢体冲突，无其他人身伤害和违法行为，则警方即使接警调查，也一般不做出处罚，法院亦认定警方的做法不违法（见河南省新乡市辉县市人民法院（2018）豫0782行初11号行政判决书）。

（二）刑事犯罪案件

因抢夺孩子导致的刑事案件众多，有丈人杀女婿的，有母亲杀亲生孩子的，也有丈夫杀妻子的。内蒙古自治区赤峰市中级人民法院（2014）赤刑一初字第33号刑事判决书显示，被告人在女儿女婿抢夺孩子时，用事先藏于腰后的尖刀将女婿捅死，被法院认定构成故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身并附带民事赔偿。河北省景县人民法院2016）冀1127刑初23号刑事判决

书显示,被告人刘某去婆家,在争抢孩子的过程中,因争抢不过,遂给其8个月大的孩子口中灌入百草枯农药,经鉴定,被告人刘某案发时为心境障碍—抑郁发作,具有限定刑事责任能力,最终被法院认定构成故意杀人罪(未遂),判处有期徒刑三年,缓刑四年。山东省高级人民法院(2013)鲁刑三终字第104号刑事裁定书显示,被告人姜某持已上火药的改装发令枪,喊上两朋友去妻子刘某某娘家抢孩子,三人进屋后,其朋友抢到孩子让另一朋友将孩子抱出家后逃走。姜某则被妻子刘某某和丈母娘王某某拉住,双方发生推搡厮打,厮打过程中,姜某持枪击中刘某某左腋下,致刘某某左肺破裂死亡。被法院认定构成故意杀人罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。

在抢夺孩子过程中虽有人身伤害的发生,但伤害较轻时,如果有入室抢夺孩子的行为,警方也会以非法侵入住宅罪立案,从而进入刑事程序。巨鹿县人民法院(2017)冀0529刑初11号刑事判决书显示,2016年6月21日晚21时31分,被告人田某某因婚姻纠纷,带着九个蒙面男子来到观寨乡大河道村其岳父赵某家,不顾被害人赵某的阻拦,强行闯入被害人家中抢走其外孙女,赵某在阻拦过程中受伤。赵某的损伤程度属轻伤二级。案发后,被告人家属将孩子送还给赵某,并赔偿了被害人各项损失共计人民币二万元,取得了被害人的谅解。法院以非法侵入住宅罪,判处田某某有期徒刑二年,缓刑三年。类似的案件还有河北省临漳县人民法院(2015)临刑初字第126号刑事判决书,安徽省涡阳县人民法院(2016)皖1621刑初297号刑事判决书。

而贵州省凯里市人民法院(2015)凯刑初字第503号刑事判决书显示,被告人吴某某与其母王某某(同案被告人)未经其妻同意,于2012年7月,将妻子生下的前男友的孩子送给杨某某抚养,在女方报案后,吴某某将孩子接回。但是,2013年5月2日中午,吴某某又将孩子从妻子手中抢走,再次送给杨某某抚养。其妻多次寻子未果,于2015

年4月10日向公安机关报案。2015年4月16日,公安人员将两被告人抓获,次日将孩子接回交还生母。2015年4月27日其妻到法院起诉与吴某某离婚,同年5月5日经调解双方离婚,确定孩子由女方抚养。法院最终认定两被告人构成拐骗儿童罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年。

三、抢夺他人的孩子,构成何种犯罪?

抢夺他人的孩子,因目的不同,可能会构成拐卖儿童罪或者拐骗儿童罪,查阅中国裁判文书网显示,输入“拐卖儿童罪”,会出现9483个结果;输入“拐骗儿童罪”,会出现874个结果,不予赘述。我们在搜索案例时发现,抢夺他人的孩子还可能构成寻衅滋事罪,河北省曲阳县人民法院(2016)冀0634刑初99号刑事判决书显示,被告人吕某酒后将他人电动三轮车骑走,路遇7岁的女童遂上前拽孩子,被女童家人发现予以阻止,并报警称,有人抢孩子。被告人吕某辩称认错了人,但该辩护意见未被法院采纳,最终,吕某被法院认定构成寻衅滋事罪,判处有期徒刑一年五个月。

再来看看丰台区公安公布的案情中涉及夺子纠纷所认定的事实:抢孩子的李某某,因其子与儿媳张某某感情不和,其儿媳拒绝李某某见其14个月大的孙子,双方自2017年7月孩子出生后,就曾因李某某想带孩子回老家抚养等原因而产生纠纷,之后李某某就没有见过儿媳和孩子。期间,双方曾屡次发生矛盾,分别于2017年8月,2018年3月、7月、8月在北京报警求助。2018年6月18日,李某某儿媳张某某到李某某儿子户籍地法院起诉离婚。根据办案民警调取的民事判决书,2018年8月21日,当地法院判决不准双方离婚。2018年10月2日,李某某喊上其友,在商场将他人之子当做自己的孙子进行抢夺,未遂。警察认定不是拐卖孩子而是误抢孩子,根据《治安管理处罚法》第二十三条第一款第二项的扰乱商场秩序为由对李某某等人做出了行政处罚,但未做拐卖儿童罪刑事立案;孩子被抢的夫妻不服,现案件正在复议中。

但是,基于扰乱商场秩序做出处罚,则意味着受害方是商场,侵害的是商场的经营秩序,如此,受到严重惊吓的幼儿和孩子差点被抢的夫妻,从警方那里获得的只有不予立案。

四、离婚抢夺孩子大战里,反家暴法能否适用?

由上可见,丰台案中涉及的夺子大战,自孩子出生时就开始,原因是“李某某想带孩子回老家抚养等”,且在孩子出生后一年的哺乳期内,为抢孩子报警过四次,平均三个月一次。一位哺乳期的女性,是处于怎样的精神状态下哺乳,可想而知;然四次报警,结果如何?通报没有说,不好妄加评析。儿媳张某某诉李某某儿子的离婚,也未被法院准予。

显然,夺子大战已经导致了上述各种恶性案件的发生,如再不予以重视,早期介入,任由当事人将孩子当做物品一样抢来抢去,不仅严重侵害未成年人的身心健康,且导致恶性案件还将不断出现。一旦发生命案,无论怎样处罚,也难以让受害人起死回生。法律,难道只有惩罚作用而不能起到预防作用吗?实则不然,2015年3月1日起施行的《中华人民共和国反家庭暴力法》第一条即开宗明义,规定“为了预防和制止家庭暴力,保护家庭成员的合法权益,维护平等、和睦、文明的家庭关系,促进家庭和谐、社会稳定,制定本法”,并且规定了人身保护令的预防措施。但是,该法第二条规定的家庭暴力的概念,是指“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为”,该条虽然没有直接将家庭成员之间抢夺孩子的行为纳入家庭暴力的范围,但是,笔者认为,将抢夺、隐藏孩子的行为解释为该条所规定的“恐吓”方式,并无不妥,众所周知,抢夺、隐藏孩子,必然给监护人和孩子带来极大的恐惧和伤害。如上述吕某寻衅滋事罪案件判决书显示,事情发生以前,该女童还挺开

朗活泼,爱说爱笑的,事情发生以后,该女童变得不爱说话了,以前上下学都是自己一个人,现在上学、放学要求家长接送,现在都不敢提此事。

明确将抢夺孩子的行为定性为家庭暴力,则如丰台案中李某某的儿媳可向法院申请人身保护令。警察在接警后,也可以根据《中华人民共和国反家庭暴力法》第十六条的规定,对家庭暴力情节较轻,依法不给予治安管理处罚的,由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书,及时预防和阻止事态朝着恶性方向发展。

明确将抢夺孩子的行为定性为家庭暴力,则根据我国《婚姻法》第三十二条第三款第二项和第四十六条第三项的规定,为法定离婚和损害赔偿事由。同时,根据2015年12月23日至24日,最高人民法院在北京召开第八次全国法院民事商事审判工作会议发布的纪要的规定,“在审理婚姻家庭案件中,应注重对未成年人权益的保护,特别是涉及家庭暴力的离婚案件,从未成年子女利益最大化的原则出发,对于实施家庭暴力的父母一方,一般不宜判决其直接抚养未成年子女”。离婚后,不直接抚养孩子的一方抢夺孩子,则构成停止其行使探望权的事由。

五、结束语

未成年人保护越来越受到重视的今天,公权力从不介入家事到逐渐意识到家事纠纷应尽早介入预防,化解纠纷的重要性;立法也从着眼惩罚到提前预防,司法实践中,心理干预机制也在帮助法院调解离婚纠纷,以促使离婚夫妻和好,或者,即使离婚也做友善父母。显然,在隔代抚养的传统思维下,不仅要促使离婚夫妻做友善父母,也要教育祖父母清楚界限,而一旦构成违法乃至犯罪,也同样应收到惩处。

咱家多了哪些新“家法”？国内青年法学家热议 “民法典分则婚姻家庭编草案” | 律新社在现场

原创：2018-09-27 律新社 李琳

https://mp.weixin.qq.com/s/tPgHweFGli_kD7eoaz_GCg

家庭是社会的最小组成单元。在滚滚时代洪流中被不断冲刷的婚姻观，与身负社会烙印的亲属之间法律关系，一同改变着每个人的生活。

8月27日下午，《民法典各分编（草案）》首次提请全国人大常委会会议审议。此次婚姻家庭编草案在“离婚冷静期”“无效婚姻”等问题上作了部分修订。由于未对夫妻共同债务、亲子关系认定等社会热点与新类型前沿问题规定，因而给了法律职业共同体以极大的讨论空间。



上海财经大学“家事法研究中心成立大会”暨“第一届家事法学术研讨会”

为进一步完善草案内容、谏言献策，9月22日，由上海财经大学法学院主办、北京盈科（上海）律师事务所协办的上海财经大学“家事法研究中心成立大会”暨“第一届家事法学术研讨会”在上海财经大学法学院成功举办。来自数十所高校的法学学者、上海各级法院家事庭的法官以及知名律师和公证员等五十余人参加了此次会议。

律新社观察到，此次以70、80后青年法学者和实务专家为主力的研讨会，是叶名怡教授作为

该中心负责人集结青年力量对立法谏言的尝试。叶名怡教授是上海财经大学“家事法研究中心”发起人，曾师从民法学泰斗梁慧星先生。会场上十数位来自各个法学院校的青年学者，观点交锋碰撞，不时为精彩幽默的评论齐齐爆发欢笑。这股年轻的学术力量将成为中国家事法治路上的新锐，正在崛起之中。



郑少华教授和薛宁兰教授共同为上海财经大学家事法研究中心进行揭牌

1. 民法典婚姻家庭编（草案） 得失简评



上海财经大学教授叶名怡

叶名怡教授告诉律新社,创办家事法研究中心有三项动因:其一,值此民法典制定的关键时刻,着力推动“共债共签”原则进入民法典,完善婚姻家庭编草案;其二,凝聚法官智慧,促进家事司法进步与统一;其三,引入传统民法研究者的力量,力争将家事法理论研究推向纵深。



中国社科院法学研究所社会法室主任、中国婚姻法学研究会副会长薛宁兰

此次研讨会特邀中国社科院法学研究所社会法室主任、中国婚姻法学研究会副会长薛宁兰教授对《民法典婚姻家庭编(草案)》(以下称“草案”)作主题报告。作为中国社科院法学所“民法典建议稿亲属编”的编撰人,薛宁兰教授在报告中对草案修订的进步表示肯定,例如取消禁止结婚疾病规定、规定婚内可析产、在离婚损害赔偿的法定情形中增加兜底条款等等。与此同时,她也对草案存在的不足坦率地指出,例如,草案暂未对夫妻共同债务问题规定,而这是家事法不可或缺的基本内容;某些具体制度的构建缺乏体系化,如应增加夫妻共同生活的权利义务规则等;另外,亲子关系的立法确认制度有待扩容和细化等等。

2. 情势变更规则在家庭法上的适用

在大量的司法实践中,婚姻家庭类案件会遇到离婚后抚养费、变更抚养关系、继承、赡养变更等纠纷。

浙江大学法学院陆青副教授将学术与案例结

合,讨论合同法情势变更规则在婚姻家庭法的适用空间,并将北大法宝上的四百余个相关案例进行类型化梳理:抚养费纠纷、变更抚养关系纠纷、探视权纠纷、赡养纠纷、继承纠纷、离婚后财产纠纷等。典型的是在离婚财产纠纷中,大量的给付人因为自身收入、身体状况、意外死亡等种种原因,要求调整财产给付。



浙江大学法学院副教授陆青

陆青副教授提出了初步结论,情势变更规则是诚实信用原则的具体展开,家庭法领域的协议往往同样具有“继续性合同”性质,存在事后调整的必要性。无论是纯粹身份关系调整,还是家庭法上财产关系的调整,都存在适用情势变更的示例。在家庭法中常见的协议事后调整的规定,为情势变更规则打开了适用空间。但家庭法上何为情势变更、是否存在重大变更、如何变更或解除、如何判断“可预见性”,有待司法实践进一步明确。



北京大学法学院助理教授贺剑

北京大学法学院贺剑助理教授在评议中指出家庭法上适用情势变更原则时表示,应该通过建立一种形成权制度来让当事人重新协商。



上海市宝山区人民法院家事审判团队负责人张继峰

上海市宝山区人民法院家事审判团队负责人张继峰法官表示,在家事审判实践中,在家庭法中适用情势变更原则的适用效果还是非常理想的。



华东政法大学副教授姚明弢

华东政法大学的姚明弢副教授指出,情势变更并非一种原则,而是一种规则。同时,他还从交易基础以及当事人的动机两个层面来分析情势变更在家庭法中的适用。

3. 夫妻共同债务的认定

“妻子家中坐,债务天上来”。夫妻共同债务是离婚财产纠纷中的“黑洞”,司法实务中频现的债权人与婚姻中非举债人的利益如何平衡。



武汉大学法学院教授冉克平

武汉大学法学院冉克平教授对于夫妻共同财产制,认为过于注重“共同财产制”与构建和谐家庭关系没有必然关系。冉教授提出了以“不完全共同体”加以构造的观点,认为既要考虑夫妻共同体的伦理性,也要逐渐适应个人主义的发展。用个人财产在婚后的自然孳息与配偶分享,鼓励夫妻双方中共同体的价值取向,消弭亲属伦理和财产权属两者的区隔。



中南财经政法大学讲师刘征峰

中南财经政法大学刘征峰讲师从三个角度论述了夫妻共同债务的规范体系:第一,基本立场为视同无婚姻的中立视角,即追求利益格局的相似性;第二,连带债务方案中的共同债务分为依性质、依用途而成的共同债务;第三,当个人债务涉及家庭共同利益的,责任财产范围为负债方个人财产+全部共同财产。若是其他类型的个人财产,则责任财

产范围为负债方个人财产+共同财产中的贡献份额。



北京盈科（上海）律师事务所高级合伙人丁勇

北京盈科（上海）律师事务所高级合伙人丁勇律师以“从司法裁判大数据看夫妻共同债务的认定”为题发言，他根据上海市2017-2018年涉及夫妻共同债务问题中院民事裁判文书形成的数据基础，作了研判司法裁判的实证分析。以民间借贷作为案由的夫妻共同债务占到案例池的95%，而形成原因中夫妻一方举债为主，表现形式大都以借据和借款合同为主。其中，一审胜诉、认定为夫妻共同承担债务的为85%。经过二审，债权人胜诉率为72%，二审改判率为18%，多由夫妻共同债务改判非夫妻共同债务。影响夫妻共同债务认定的司法观点归纳为夫妻间有无共同举债合意与夫妻是否共享债务所带来的利益这两点。前者以是否有共同借款的必要，后者以债务有无夫妻共同生产生活为判断标准。



中国政法大学副教授陈汉

中国政法大学陈汉副教授认为夫妻人格应该是独立的，但我国婚姻法在该问题上的规定较为混乱，婚姻法司法解释三和婚姻法第47条对此规定是矛盾的。他表示，对弱势一方的保护，仅通过债务共同制是不够完善的。并提出一系列疑问：婚姻法关于婚后增值的规定不符合逻辑，若是婚后财产贬值应当如何确定？除了借贷之债，因公法上的处罚、私法上的侵权所生之债是否都应当按此规则处理？



上海市第二中级人民法院民一庭法官李迎昌

上海市第二中级人民法院民一庭李迎昌法官指出，在夫妻共同债务的认定上目前主要的困惑在于债务人配偶一方举证较难，且当下一些财产增值部分的划分仍然存在疑问。

4. 非完全行为能力人之保护

《民法总则》中关于意定监护、民事行为能力划分等规定作为去年新法颁布的亮点，引发高度热议。在此次研讨会中，专家们就理论和实践中如何保护未成年人及限制行为能力的老年人利益，提出许多新的观点。

上海财经大学法学院朱晓喆教授作了主题为《成年监护与信托制度的比较与协作》的报告。他指出，《民法总则》中监护制度呈自治化趋势，即尊重被监护人的真实意愿和贯彻被监护人最大利益原则，但仍然具有缺少监护监督制度等不足之处。



上海财经大学法学院教授朱晓喆

接下来,他从财产管理的功能和原则以及违反相应义务的法律后果三个角度将成年意定监护与信托制度进行比较。最后,他提出了“**自益信托+意定监护**”“**他益信托+法定监护**”等几种信托与成年监护相结合的具体制度设计。



上海市普陀区人民法院家少庭副庭长王悦

上海市普陀区人民法院家少庭王悦副庭长发表了“**儿童权益代表人制度初探**”。最高人民法院在全国开展了为期两年的家事审判改革,上海市普陀区人民法院作为试点法院之一,建立了**儿童权益代表人制度**。在未成年人受到监护人直接侵害,和两者可能存在利益冲突的情形下适用。在司法试点中,赋予**儿童权益代表人**独立的诉讼地位,履行公益性责任,类似有独立请求权第三人的地位,并设定了必须亲自到庭参加诉讼和安后定期回访等诉讼义务。

由法院聘请妇儿工委办、团区委管理下社工作

为**儿童权益代表人**。虽选择范围有限,但是开启了**未成年人保护**的新工作模式,切实保护未成年人在与监护人利益相悖时的合法权益。



上海财经大学法学院讲师梁神宝

上海财经大学法学院梁神宝讲师作了主题为《**限制行为能力人自主决定权的保护**》的报告。他指出,我国《**民法总则**》对民事行为能力等级的划分采“**三分法**”。这种规定较为僵硬,但对限制行为能力人得独立实施的法律行为规定的较为弹性。同时,他还对限制民事行为能力人得独立从事法律行为的类型提出了两种路径:一是**人身专属之事务**,二是引入“**部分限制行为能力**”,并就其比较法上的制度以及引入我国的可行性进行了阐述。



上海财经大学法学院副教授李宇

上海财经大学法学院李宇副教授就朱晓喆教授的报告指出,《**民法总则**》第35条属于**权限规**

范,违反该条的当然无效,无须考虑是否属于禁止性规定或管理型规定;其次意定监护与财产信托相结合,能够形成相互监督的格局,这还有赖于实践的探索。他肯定了王悦副庭长提出的儿童利益代表人制度,认为可以将其在司法实务中加以推广。

李世宇法官认为,司法实践中,未成年人利益被侵犯往往难以被发现,其可能存在多种形式:其中直接侵害较为容易发现并加以保护;但间接侵害较为隐蔽难以识别。并以此肯定儿童权益代表人制度的积极效力,认为在条件成熟时可以适当扩大范围。



上海市普陀区公证处公证员李辰阳

上海市普陀区公证处李辰阳公证员以其实务中的公证案件为引,提出了意定监护在我国应用现状,认为基于我国公证与西方国家的公证在制度和功能上的差异以及理论与实务之间的差异等原因,现阶段将信托运用于意定监护可能存在一定障碍,还需要从学理上进行制度的探索。

5. 虚拟财产继承之未来路径

科技改变生活,同时也改变着法律。在此次研讨会关于继承法专题的研讨中,律新社捕捉到现下“网红”论题“虚拟财产继承”。

西南政法大学民商法学院黄忠教授的发言主题为《隐私是阻碍网络虚拟财产继承的理由么》。他首先以著名的 In Re Ellsworth 指出当前的网络实践中,一些网络服务提供者会基于对用户隐私的

保护而否定对网络虚拟财产的继承。在我国,隐私保护问题成为网络虚拟财产讨论中的核心争议点。杨立新、杨震教授等起草的《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿明确规定设计被继承人隐私权的互联网虚拟财产不属于遗产。而梅夏英等学者则认为,死者的继承人或近亲属等关系密切人时才是死者隐私的法定维护者。不能用隐私作为网络服务提供者的挡箭牌。



西南政法大学民商法学院教授黄忠

在英国 2018 年新颁布的《数据保护法》中,仍然将个人数据界定为可识别性的,与生者有关的任何信息,从而否认了死者的权利。黄忠教授认为,法律其实是承认我们对去世后发生的事实有利益的,尤其在数字领域,由于网络虚拟财产的数量与日俱增,以及网络虚拟财产在创建在线身份方面的重要性,死者利益要大于传统世界。因此,对于网络虚拟财产而言,有必要发展出关于网络虚拟资产中的遗嘱自由观念。

由于虚拟财产是新型财产,其继承权学界争议较大。而实践中,随着微信支付、网络金融、知识产权和相关的虚拟财产日益普遍,个人遗嘱中往往不涉及此类财产的继承权归属。黄忠教授引入个人自治理念,将虚拟财产继承划归意定范围,并为被继承人保留删除数据不可继承的保护隐私规则。至于虚拟财产的转让和集成,需要增加网络服务提供者的审查、协调以及隐私保护责任。立法还需规定

网络服务提供商在不当使用、泄漏死者虚拟财产的后果。



上海市第二中级人民法院研究室法官荣学磊

上海市第二中级人民法院研究室荣学磊法官认为,就隐私能否成为虚拟财产继承的障碍,以司

法案例为引,指出虚拟财产是在虚拟环境中的特定法律关系下存在的事物,应当遵循合同法的调整,如果打破具有特定条件的合同关系而一概继承、转让等,将违背合同法的基本精神。

我国当下已进入立法日趋严密和完备的法治时代,此次《民法典分则(草案)》凝结了千万法学家、法律人的智慧。他们也在各自领域为草案颁布后的法律修订、审判实务以及法教义学提供着源源不断的养料。

这次研讨会上,律新社看到青年法学学术力量的崛起。这支学术界的清流,将为我国法治之路的探寻和发展贡献自己的能量。

刘敏:论新时代中国家事诉讼法学的建立和发展

2018-10-12 中国家事审判改革与探索

<https://mp.weixin.qq.com/s/72HZnxuBOKCN59mMcGhWLA>

作者简介:刘敏,南京师范大学法学院教授、博士生导师,中国法治现代化研究院、江苏高校区域法治发展协同创新中心研究员。

家事诉讼法学是指专门研究家事诉讼法学基本理论、家事诉讼立法、家事诉讼法律规范和家事诉讼程序运行规律的法律科学体系。我国进入了全面推进依法治国的新时代,应当建立和发展家事诉讼法学。建立和发展家事诉讼法学是家事诉讼法学研究对象具有特殊性的要求,是完善我国民事诉讼法学体系、推动我国家事诉讼立法完善、指导我国家事司法改革实践、提升我国法学专业人才培养质量的要求。我国建立和发展家事诉讼法学,需要加强家事诉讼法学理论研究,构建中国特色家事诉讼法学理论体系;加强家事诉讼法学研究队伍建设;

广泛开展家事诉讼法学的海内外交流与合作。

关键词

家事诉讼 家事诉讼法 家事诉讼法学

中共十八大以来,中国特色社会主义进入了新时代。中共十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,更是标志着中国进入了全面推进依法治国的新时代,中国法治现代化迈上了新的征程。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出坚持走中国特色社会主义法治道路、建设中国特色社会主义法治体系的重大论断,明确了建设社会主义法治国家的性质、方向、道路、抓手。同时,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》还明确提出,必须加强法学基础理论研究,形成完善的

中国特色的法学理论体系、学科体系和课程体系。2017年5月3日,习近平总书记考察中国政法大学时发表重要讲话指出,法学学科体系建设对于法治人才培养至关重要。中共十九大报告关于新时代中国特色社会主义思想的主要内容阐述中重申全面推进依法治国总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,并提出发展中国特色社会主义法治理论。在我国建设中国特色社会主义法治体系、形成中国特色的法学理论体系、学科体系和课程体系、发展中国特色社会主义法治理论的进程中,就我国民事诉讼法学而言,既要加强民事诉讼法学的基础理论研究,又要加强具体程序研究,从而逐步建立比较完备的民事诉讼法学理论体系、民事诉讼法学学科体系和民事诉讼法学知识体系,最终形成中国特色的民事诉讼法学话语体系。科学越发达,理论越艰深,学科也就越是高度地分化。民事诉讼法学越发达,民事诉讼法学学科的高度分化在所难免。家事诉讼法学的诞生是一个国家或地区民事诉讼法学发达的重要标志。中国家事诉讼法学的建立与发展是新时代我国民事诉讼法学学科体系和民事诉讼法学知识体系建设的重要任务,甚至是重心所在。这是因为,与财产型诉讼的立法与研究相比较,我国的身份型家事诉讼的立法与研究较为薄弱;与争讼型的诉讼程序立法与研究相比较,我国的非讼程序特别是家事非讼程序的立法与研究较为薄弱。总的来说,我国家事诉讼法学体系尚未建立起来。习近平新时代中国特色社会主义思想中有丰富的家庭建设思想,习近平总书记指出,不论时代发生多大变化,不论生活格局发生多大变化,我们都要重视家庭建设,促进家庭和睦,促进亲人相亲相爱,促进下一代健康成长,促进老年人老有所养。构建和谐婚姻家庭关系,需要妥善化解家事纠纷,需要完备的家事纠纷处理机制包括家事诉讼机制。新时代民事诉讼法学学科体系建设,就是要在习近平新时代中国特色社会主义思想指导下,结合我国国情,完善我国民事诉讼法学学科体系。作为专门研究家事纠纷解决机制、家事

诉讼立法和家事诉讼实践的家事诉讼法学是民事诉讼法学科体系中不可或缺的重要分支,在中共十九大提出加快构建中国特色哲学社会科学的时代背景下,建立和发展中国家事诉讼法学显得刻不容缓。本文拟从我国家事诉讼法学研究对象分析出发,探讨我国建立和发展家事诉讼法学的必要性及其基本路径,以推动中国特色的家事诉讼法学理论体系、知识体系以及话语体系的形成。

一、中国家事诉讼法学的概念界定及其研究对象

(一) 中国家事诉讼法学的概念界定

对中国家事诉讼法学的科学界定,首先必须正确理解和把握家事诉讼法的概念。在全球范围内,与家事诉讼法有关的概念有人事诉讼法、家事审判法、家事事件法、家事事件程序法、家事事件与非讼事件程序法、家事司法法等,这些概念在广义上都属于家事诉讼法的范畴。在日本,人事诉讼是指婚姻关系诉讼、亲子关系诉讼、收养关系诉讼以及其他以身份关系的形成或存否确认为目的的诉讼。为规范人事诉讼程序,1898年日本制定了《人事诉讼程序法》,2003年日本修订了《人事诉讼程序法》,制定了更加便利当事人使用的《人事诉讼法》;在日本,家事审判是指家事法院以职权探知主义为基本原则、通过裁量权的行使,实现对家事案件的具体而恰当解决的一种非公开裁判的程序,属于非讼程序的一种为规范家事非讼事件程序,1947年日本制定了《家事审判法》。2011年日本修订了《家事审判法》,制定了更能为国民理解、并适应时代需求的《家事事件程序法》。在我国台湾地区,2012年1月11日公布了“家事事件法”,在形式意义上,家事事件就是依据“家事事件法”第3条规定的由家事法院处理的事件。在实质意义上,家事事件是指自台湾地区“民法”亲属编、继承编、“家庭暴力防治法”及其他涉及家庭成员法律关系与儿童少年、精神卫生等法规所规定的因亲属、配偶、婚约、同居、监护等类关系的主体间,

基于身份或照料保护关系所产生的身份上请求或财产性请求,或因而衍生的照护、管理、安置与保护的事件。台湾地区“家事事件法”包括家事调解程序、家事诉讼程序、家事非讼程序、履行之确保与执行程序等内容,可见,台湾地区的家事事件法既涵盖了日本人事诉讼法上的有关身份关系诉讼的内容,也涵盖了日本家事审判法和现在的家事事件程序法上的家事非讼程序的内容。在德国,2008年德国将家事事件内容从《德国民事诉讼法》中独立出来,与《非讼事件法》放在一起制定了《家事事件与非讼事件程序法》,德国的家事事件包括了《家事事件与非讼事件程序法》第111条规定的婚姻关系案件、亲子关系案件等11类家事案件以及该法第112条规定的扶养案件、夫妻财产制案件等家事争讼事件。在新加坡,2014年8月,根据2013年新加坡家事司法委员会提出的改革家事司法制度以满足困境中的青年及家庭需要的建议,新加坡议会制定了《家事司法法》,根据《家事司法法》第46条规定,家事司法规则委员会制定了《家事司法规则》。在韩国,1990年制定了《家事诉讼法》,2015年2月韩国大法院行政处公布了《家事诉讼法》的修正案草案,对原来的《家事诉讼法》作比较全面的修订。该修正案草案对家事案件作了更加易懂的分类,强化了未成年人的程序权利,完善对抚养费等的履行确保制度。韩国的家事诉讼法包括了身份关系的诉讼的内容,也包括家事非讼程序的内容,还包括履行确保等有关执行的内容。可见,在域外,有的国家使用“家事诉讼法”概念,有的国家和地区并不使用“家事诉讼法”概念,如德国、日本、台湾地区,在这些国家和地区,在学理和立法上存在诉讼事件与非讼事件、诉讼程序与非讼程序的区别,而家事事件中有家事诉讼案件,还有家事非讼案件,在这些国家和地区看来,“家事诉讼法”概念不能涵盖其中的家事非讼程序的内容。

在我国法学理论界,有关家事诉讼法或者家事诉讼程序内容的概念称谓使用尚不一致,即使是使

用同一概念称谓,其所表述的意义也不完全一样。有使用“家事诉讼程序”概念,指称身份关系诉讼;有使用“人事诉讼”概念,指称身份关系诉讼;有使用“家事诉讼程序”概念,指称家事诉讼程序和家事非讼程序。《中华人民共和国民事诉讼法》学者建议稿将家事诉讼程序与家事非讼程序纳入立法之中。鉴于我国现行《民事诉讼法》包括诉讼程序、非讼程序和执行程序的立法特点,即民事诉讼法采取广义的民事诉讼法概念,与此相对应,我国家事诉讼法也采用广义的家事诉讼法概念,家事诉讼法的概念外延包括家事诉讼程序、家事非讼程序和家事执行程序。我国家事诉讼法概念在外延上包括了日本的人事诉讼法和家事事件程序法的相关内容,我国家事诉讼法概念相当于韩国的家事诉讼法概念。

家事诉讼法学是与家事诉讼法紧密相关的。与普通民事诉讼即财产型民事诉讼相比,家事诉讼具有特殊的价值取向、基本原则和程序规则。改革开放之前,我国传统的民事案件主要就是家事案件,当时的民事诉讼实行职权探知主义、当事人处分权受到限制与排斥,当时的程序制度和民事诉讼模式总体上符合家事案件处理的需要。自上个世纪80年代末期开始我国进行了审判方式改革,继而进行了全方位的民事司法改革。随着民事司法改革的深入,我国民事诉讼模式发生了变化,从职权探知主义走向了辩论主义,当然,辩论主义适用于财产型诉讼。我国现行的民事诉讼法是以财产型诉讼为基础建立起来的,我国民事诉讼法的基本原则、程序规则主要是针对财产型诉讼而制定的。民事诉讼法的基本原则和程序规则已经不能完全适应处理家事案件的需要。民事诉讼法学理论不完全符合家事诉讼的特点,更不能完全能够指导家事诉讼实践。家事诉讼法需要自身的理论体系,家事诉讼法学就是指专门研究家事诉讼法学基本理论、家事诉讼立法、家事诉讼法律规范和家事诉讼程序运行规律的法律科学体系。

（二）家事诉讼法学的研究对象

家事诉讼法学是民事诉讼法学科的重要分支，家事诉讼法学有自身独特的研究对象。首先，家事诉讼法学要研究家事诉讼法学的基本理论。家事诉讼程序的立法目的、诉讼价值、基本原则、程序规则都与普通的民事诉讼程序有别，甚至家事司法机构、审判组织与普通民事案件的司法机构、审判组织也不同。因此，家事诉讼法学的基本理论与普通的民事诉讼法学的基本理论也有较大的区别。家事诉讼法学要研究家事诉讼立法目的、家事诉讼价值、家事诉讼功能、家事诉讼法基本原则、家事审判组织、家事审判主体、家事诉讼判决的效力等家事诉讼法学的基本理论。其次，家事诉讼法学要研究家事诉讼立法。对家事诉讼进行特别立法已经成为全球普遍趋势，我国家事诉讼法学要研究家事诉讼法的历史发展，对其他国家和地区家事诉讼立法进行比较研究，探寻家事诉讼立法的共同规律。我国不存在系统的家事诉讼法，我国家事诉讼法学要研究我国家事诉讼立法模式、立法框架、立法内容。再次，家事诉讼法学要研究家事诉讼法律规范。家事诉讼法具有特殊的法律规范，无论是身份型的家事诉讼程序法律规范、家事非讼程序法律规范、家事执行法律规范，都与普通民事诉讼法律规范不完全相同，家事诉讼法学就是要研究家事诉讼法的这些特殊的法律规范。最后，家事诉讼法学要研究家事诉讼程序运行及其规律。家事诉讼法学要关注和研究不同国家和地区的家事诉讼法的适用情况。在我国的诉讼实务中，家事诉讼的实践形态与普通民事诉讼存在较大区别，目前，我国家事审判方式和工作机制改革正在如火如荼地进行，许多实践经验需要进行总结，我国的家事诉讼法学更要关注我国家事诉讼、家事审判方式改革的生动实践，总结家事诉讼程序运行的规律。

二、建立和发展中国家事诉讼法学的必要性

我国进入了全面推进依法治国的新时代，必须

完善民事诉讼法学学科体系和知识体系。在完善我国民事诉讼法学学科体系和知识体系过程中，建立和发展中国家事诉讼法学这一民事诉讼法学学科分支显得尤为必要，并具有重要意义。

（一）家事诉讼法学研究对象具有特殊性，需要建立和发展家事诉讼法学

之所以要建立和发展中国家事诉讼法学，最根本的原因在于家事诉讼法学的研究对象具有特殊性，家事诉讼法学是专门研究家事诉讼立法、理论与实践的科学，而家事诉讼不同于普通的民事诉讼。家事诉讼不同于普通民事诉讼的根本原因在于两种程序制度适用对象不同，家事诉讼程序制度所适用的家事案件不用于普通民事诉讼制度所适用的财产案件，家事案件具有特殊性，家事案件的特殊性主要表现为：（1）伦理性。家事案件的伦理性意味着家事案件往往涉及亲情、家庭伦理关系。家事案件大多发生在夫妻之间、父母子女之间以及其他家庭成员或者亲属之间或者与家庭成员有关，家庭成员之间、亲属之间存在着亲情、感情。亲情无价，千金难买。家事成员、亲属之间强调夫妻和睦、父慈子孝、兄弟友爱、尊老爱幼，这是中国传统伦理道德要求，也是家庭和睦的要求。家庭是社会的基础，家庭和睦才能保证社会和谐稳定。法院对家事案件的处理需要修复感情，弥合亲情，尽量维护好父母子女、兄弟姐妹等家庭成员或亲属之间亲情关系。（2）情感性。家事案件的情感性意味着家事案件背后往往隐藏着情感纠葛。家事案件争议表面上是有关身份关系和财产关系的法律争议，但其背后隐藏着复杂的情感纠葛，情感纠葛一旦消除，法律上的争议也许就不存在了。因此，法院处理家事案件，不能仅仅着眼于从法律上处理，更要从心理上、人际关系调适上处理，要消除家事案件当事人之间情感上的对立，恢复亲情与感情，从而从根本上解决问题。（3）隐私性。家事案件的隐私性意味着家事案件往往存在不愿意让他人知晓的个人隐私。中国自古就有家丑不可外扬的古训，即使

发生了家事纠纷,家事案件当事人也不愿意公开其案件的审理情况。法院处理家事案件应当尽量尊重当事人的隐私权,保护当事人的隐私。(4) 公益性。家事案件公益性意味着家事案件处理涉及社会公益,特别是涉及未成年人利益的保护。离婚案件、亲子关系案件、监护案件、探望权案件以及与身份关系有关的财产案件,都有可能涉及未成年子女利益,而未成年人是国家和社会的未来,维护未成年人利益最大化是联合国《儿童权利公约》确立的一项基本原则,我国《未成年人保护法》确立了未成年人特殊、优先保护原则。因此,处理与未成年人利益有关的家事案件,应当坚持未成年人利益最大化原则。(5) 关系持续性。家事案件关系的持续性意味着即使家庭解体,当事人之间还会在经济方面、子女抚养方面、子女探望方面存在持续性的关系。美国学者朗·L·富勒(Lon L. Fuller)指出,家事争议中存在持续性关系的一面将使得“以人为本”,而不是“以行为为本”的外部介入成为必要。家事案件的特殊性决定了家事诉讼价值取向、家事诉讼功能以及家事诉讼价值目标的实现机制都不同于普通民事诉讼,家事诉讼的价值取向在于实现家事正义,而家事正义不同于普通的民事诉讼正义,家事正义的判断标准不仅仅在于公正妥善地解决纠纷,还在于实现未成年子女利益最大化、维护家庭和谐;家事诉讼的功能不仅仅是纠纷解决功能,还包括修复功能,即调整、修复当事人之间的人际关系功能。只有家事诉讼的这两种功能发挥了,家事正义才能实现。要实现家事正义、发挥家事诉讼的纠纷解决功能和修复功能,要求家事诉讼做到“三化”,即家事诉讼专业化、家事诉讼人性化和家事诉讼社会化。家事诉讼的特殊性决定了家事诉讼法学存在的必要性和可行性。

(二) 完善我国民事诉讼法学学科体系,需要建立和发展家事诉讼法学

改革开放以来,我国民事诉讼法学取得了长足的进展,上个世纪90年代中后期以后,我国民事

诉讼法学从注释法学转向理论法学。本世纪以来,我国民事诉讼法学的理论研究不断深化,民事诉讼法学体系日臻完善。但我们清醒地认识到,我国民事诉讼法学研究主要是基于普通民事诉讼即财产型诉讼的研究,民事诉讼法学的基本原则、诉讼模式、诉讼价值、既判力等理论主要针对普通的财产型诉讼而构建的,而不是针对身份型诉讼以及家事非讼程序构建的;我国民事诉讼法学界对民事诉讼程序制度的研究也主要集中在普通民事诉讼的程序制度,而不是身份型诉讼以及家事非讼程序。然而,令人欣慰的是,作为民事诉讼法学重要内容的身份型诉讼以及家事非讼程序的研究在我国民事诉讼法学转型过程中逐步受到了重视,民事诉讼法学理论界和实务界纷纷开始研究家事诉讼、家事审判和家事诉讼法。一些学者主持研究家事诉讼法的相关课题,例如,国家社科基金课题“我国家事诉讼立法研究”、司法部课题“比较法视野下的家事法院”和“家事裁判制度研究”、最高人民法院司法调研重大课题“关于家事案件审判程序有关问题的调研”;我国学者出版了若干有关家事诉讼法学的学术专著,笔者从2016年起主持出版《家事诉讼法论丛》系列学术丛书,《〈中华人民共和国民事诉讼法〉建议稿及立法理由书》、《人事诉讼程序研究》、《家事法院制度研究》、《家事裁判制度研究》、《比较与借鉴:家事法院调解机制研究》等著作公开出版,我国学者还发表了一批有关家事诉讼法学的学术论文。但从我国目前的家事诉讼法学研究的总体情况来看,我国家事诉讼法学研究尚未系统化,家事诉讼法的许多基本理论和具体制度尚未深入研究,家事诉讼法学知识体系尚未形成,家事诉讼法学尚未真正成为民事诉讼法学科的学科方向和重要分支。这是我国民事诉讼法学存在重“诉讼”轻“非讼”、重“财产”轻“身份”问题的具体体现。法院处理的案件包括存在争议的诉讼案件和不存在争议的非讼案件,法院处理的诉讼案件包括财产型诉讼案件和身份型诉讼案件,身份型诉讼案件、家事非讼案件等家事案件成为民事案

件中除了财产型诉讼案件之外的另一半。家事诉讼法学是民事诉讼法学的重要内容,甚至具有“半边天”的地位,只有家事诉讼法学发达了,我国的民事诉讼法学才可谓真正发达起来。因此,构建中国家事诉讼法学是建立完备的民事诉讼法学体系的重要任务。实际上,中国家事诉讼法学建立与发展也是我国民事诉讼法学理论自身完善的需要。我国有必要在借鉴吸收国内外家事诉讼法学研究成果和总结我国家事诉讼实践的基础上,建立反映中国特色的家事诉讼法学体系,形成中国特色的家事诉讼法学知识体系,从而使家事诉讼法学成为我国民事诉讼法学的一个重要分支。

(三) 完善我国家事诉讼立法,需要建立和发展家事诉讼法学

与其他国家和地区的家事诉讼立法相比,我国的家事诉讼立法极不完善。在具有成文法传统的大陆法系的国家和地区,家事诉讼立法普遍受到重视,他们要么存在单独的家事诉讼立法,要么在民事诉讼法等法律中对家事诉讼立法内容作专门规定。21世纪以来,德国、日本、韩国、台湾地区等国家和地区又纷纷修改完善家事诉讼法,制定了各具特色的家事诉讼法,以顺应时代的要求。虽然不同国家和地区的家事诉讼立法内容不完全相同,但有一些共同的特点,并形成了一定趋势,即强调家事案件的统合处理,贯彻未成年人利益最大化原则,适用或者部分适用非讼原理,注重当事人和程序关系人的程序保障,注重通过调解或和解处理家事案件,强调家事案件处理过程中的社会参与。我国于1991年制定的《民事诉讼法》对身份关系的家事诉讼程序没有作任何特别规定,2007年我国修改《民事诉讼法》,也未对家事诉讼程序作规定,2012年我国对《民事诉讼法》作了较为全面的修改,但仍然未对身份关系的家事诉讼程序作专门规定。2015年最高人民法院颁布的《关于适用民事诉讼法的解释》对身份关系的家事诉讼程序作了个别规定,例如该司法解释第96条规定,涉及身份

关系的证据,人民法院可以依据职权调查收集。2001年最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》对身份关系诉讼程序稍有涉及,如该司法解释第8条规定,诉讼过程中,一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的,另一方当事人无须举证。但涉及身份关系的案件除外。最高人民法院颁布的有关婚姻法的司法解释对婚姻关系案件诉讼程序也作了一些规定。但总的来说,我国尚没有完善的家事诉讼法,现行立法对家事诉讼的审理原则、管辖、家事审判组织、未成年人的诉讼行为能力、程序辅助人制度、家事调解程序、心理疏导、测评机制、婚姻关系诉讼、亲子关系诉讼和收养关系诉讼等都没有作特别的或者详细的规定,司法实务中对家事案件的处理,简单化地适用普通民事诉讼的程序,使得家事案件得不到妥善处理。家事案件审判不同于普通财产案件的审判,普通财产案件审判侧重于财产利益保护,而家事案件审判由侧重财产权益保护转变为全面关注当事人身份利益、人格利益、情感利益和财产权益;家事审判要发挥诊断、修复和治疗作用,在诊断婚姻状况基础上,注意区分危机婚姻和死亡婚姻,积极化解危机婚姻,正确处理好保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系。家事案件与家事审判的特殊性决定了我国有必要制定有别于普通民事诉讼程序的家事诉讼法。

推动立法,需要理论先行。只有科学的法学理论指导,才能制定出科学的立法。我国家事诉讼立法的缺失,与我国尚未构建起家事诉讼法学有关,家事诉讼法的概念在我国尚未普及,更未深入人心。为应对家事案件特殊性的需要,我国应当尽快制定家事诉讼法。2016年4月最高人民法院印发的《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》指出,家事审判方式和工作机制改革的目标之一就是要探索家事诉讼程序制度。2017年7月,由最高人民法院牵头,中央综治办、最高人民检察院、教育部、公安部、民政部、司法部、国家卫生计生委、新闻出版广电总局、国务院妇儿工委办公

室、全国总工会、共青团中央、全国妇联、中国关工委、全国老龄办等14个部门和单位参与建立了家事审判方式和工作机制改革联席会议制度,并制定了《关于建立家事审判方式和工作机制改革联席会议制度的意见》,根据该《意见》规定,联席会议的主要职能之一就是要探索家事审判程序改革,向全国人大提出家事特别程序立法建议。在当下我国推进家事诉讼立法的进程中,我国有必要尽快建立和发展家事诉讼法学,深入开展家事诉讼法学的研究,系统阐述家事诉讼法学的基本理论、基本制度;深入开展家事诉讼立法研究,探讨我国家事诉讼法的立法模式、立法结构和具体程序制度,为我国家事诉讼立法提供理论指导,从而推动我国家事诉讼法的制定与完善。

(四) 指导我国家事司法改革实践,需要建立和发展家事诉讼法学

我国司法实务界已经逐步认识到家事审判工作的重要性:家事无小事,家庭和睦、未成年子女的健康成长关系到社会和谐,甚至关系到国家的长治久安。最高人民法院周强院长指出,依法妥善处理婚姻家庭、继承纠纷等家事案件,对于维护家庭和谐,保障未成年人、妇女和老年人合法权益,培育和践行社会主义核心价值观,促进社会建设具有重要意义。我国的家事审判应当做到公正、妥善甚至温暖地处理家事案件,保护未成年人、妇女、老年人的合法权益,维护家庭和睦,促进社会和谐。我国既有的审判方式和工作机制已经不适应家事审判的需要,21世纪以来,特别是晚近几年,我国一些法院积极开展家事审判方式改革。2010年3月,广东省高级人民法院指定中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等法院作为首批试点法院,设立家事审判合议庭,挑选熟悉婚姻家庭审判业务、审判工作经验丰富、协调能力强、善于做群众工作并且责任心强的法官担任家事法官,将离婚纠纷、婚姻无效纠纷等10类案件列为家事审判合议庭受理案件。2013年,广东省高级人民法院在全省各

级法院全面推行家事审判改革,要求有条件的法院均应成立家事审判合议庭,暂时没有条件的法院可指定由特定法官专门审理家事案件,并将受理案件范围扩大至所有婚姻家庭、继承案件。2016年4月最高人民法院印发《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》,决定自2016年6月1日起在全国100余家法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点。目前,全国118家最高人民法院确定的家事审判方式改革试点法院正在如火如荼地进行家事审判方式和工作机制改革,一些非最高人民法院确定的试点法院也在积极开展家事审判方式和工作机制改革。2017年2月17至2月18日,最高人民法院在福建泉州召开全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作推进会;2017年12月7日,最高人民法院又在河南省新乡市召开全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作推进会。2017年4月12日至15日,最高人民法院原审判委员会专职委员杜万华先生在安徽调研家事审判工作时指出,要拢聚试点法院星星之火,共启家事改革燎原之势。我国正在进行的家事审判方式和工作机制改革,实际上已经突破了审判方式和工作机制的范畴,而是在进行一场全面的家事司法改革。

在我国家事司法改革过程中有许多全新的创举,例如引入心理疏导、测评机制,引入家事调查员制度、诉讼监护人制度等,徐州市贾汪区人民法院在进行家事审判方式改革过程中,创新家事法庭布置,将原告、被告的席卡改为丈夫、妻子、兄弟姐妹、父、母等称谓席卡,以缓解当事人怕当或者不愿意当被告心理压力。从目前我国家事诉讼法学的研究情况来看,有些方面的研究尚落后于家事司法改革的实践,家事司法改革存在着“摸着石头过河”的现象,我国现有的家事诉讼法学研究成果还不能充分满足指导家事司法改革实践的需要。我国家事司法改革和家事诉讼实践亟需家事诉讼法学的理论指导,加快建立和发展家事诉讼法学是指导我国家事司法改革和家事诉讼实践的迫切需要。正

因为如此,建立和发展中国家事诉讼法学,是我国民事诉讼法学学科体系建设的重心所在。

(五) 提升我国法学专业人才培养质量,需要建立和发展家事诉讼法学

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,高校法学专业任务就是要培养造就熟悉和坚持中国特色社会主义法治体系的法治人才和后备力量。培养高质量的法治人才和后备力量,必须解决好教什么的问题。高质量的法治人才和后备力量需要有扎实的法学专业理论基础,掌握各部门法学知识体系。民事诉讼法为独立的法律部门,民事诉讼法学构成独立的部门法学,法学专业学生必须学习和掌握民事诉讼法学。民事诉讼法学体系中不仅有普通的财产型诉讼的理论,还有身份型诉讼的理论、非讼程序理论和执行理论。作为知识结构、知识体系完备的法治人才,对于这些民事诉讼法学的理论知识都应该学习、把握。换言之,作为未来的法治人才后备军,在大学法学专业学习期间应当学习掌握家事诉讼法学知识。从我国600多家本科法学专业培养法学专业人才的情况来看,没有哪个本科法学专业专门开设家事诉讼法学课程,教师在讲授民事诉讼法学课程的时候,往往不会讲授家事诉讼程序。就诉讼法学专业的研究生培养情况来看,各个学校都没有将家事诉讼法学作为一门硕士生、博士生的必修课或者选修课开设,只有部分学校在民事诉讼法学课程或相关课程中讲授家事诉讼法学的内容。这样的法学人才培养状况,不能满足社会的需求。从民事诉讼实务来看,不仅有普通的财产型诉讼,还有身份型诉讼和家事非讼案件。从事家事审判的法官和从事家事诉讼实务的律师,必须具备家事诉讼法学的理论知识。目前绝大多数从事家事诉讼实务的法官和律师在高校求学期间都没有系统接受过家事诉讼法学的知识。这一情况的出现,与我国没有建立和发展家事诉讼法学直接有关。在全面推进依法治国的新时代,为提升法学专业人才的培养质量,培养高素质的满足社

会需要的法治人才,我国有必要建立和发展家事诉讼法学,在法学专业本科生、硕士研究生中开设家事诉讼法学的课程,使得家事诉讼法学知识成为法治人才法学知识体系的必备知识内容。

三、新时代建立和发展中国家事诉讼法学的基本路径

在全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的新时代,必须建立和发展我国家事诉讼法学。新时代建立和发展中国家事诉讼法学,必须以习近平新时代中国特色社会主义思想为根本指导思想,探寻建立和发展我国家事诉讼法学的基本路径。建立和发展我国家事诉讼法学,需要加强家事诉讼法学理论研究,构建家事诉讼法学的理论体系;需要加强家事诉讼法学研究队伍建设;需要加快培养高层次的家事诉讼法学研究人才。

(一) 加强家事诉讼法学理论研究,构建中国特色家事诉讼法学理论体系

在其他国家和地区,家事诉讼法学研究起步较早,这与这些国家和地区的家事诉讼立法发达有关。例如,在日本,人事诉讼立法已经有了100多年的历史,家事审判法也有了70年历史,在家事诉讼立法方面形成了人事诉讼、家事审判和家事调解等组成的制度体系,围绕人事诉讼、家事审判和家事调解,日本学者出版了一批学术著作,例如,山本户克己教授著有《家事审判法》、《人事诉讼程序法》(有斐阁,1958),冈恒学教授著有《人事诉讼程序法》(第一法规,1981年),梶村太市、德田和幸教授编著有《家事事件程序法》(有斐阁,2005),松本博之教授著有《日本人事诉讼法》(弘文堂,2006)。在台湾地区,随着家事事件法的颁布实施,家事事件法的研究取得了许多重要成果,例如,姜世明教授著有《家事事件法论》(2013)和《家事事件法理与实践之虚与实》(2016),沈冠伶教授著有《家事程序之新变革》(2015),许士宦教授著有《家事审判与债务执行》(2013)和

《民事及家事程序之新构建》(2015)等。在其他国家和地区,有关人事诉讼、家事审判和家事事件法的研究已经形成了独特的理论体系。

我国建立和发展家事诉讼法学需要加强家事诉讼法学的理论研究,借鉴吸收其他国家和地区家事诉讼法学成熟理论,同时紧密结合我国的实际情况,充分吸收我国家事司法改革的实践成果,构建中国特色的家事诉讼法学理论体系。我国家事诉讼法学应当由家事诉讼法学总论、家事诉讼程序论、家事非讼程序论、家事执行论等内容构成。

首先,家事诉讼法学总论。家事诉讼法学总论是对整个家事诉讼法学具有指导意义的理论。家事诉讼法学总论主要研究内容有:第一,家事诉讼价值论、家事诉讼目的论和家事诉讼功能论。家事诉讼价值论、目的论和功能论是家事诉讼法学的基础理论问题,家事诉讼价值论要探讨何为家事正义,判断标准有哪些,家事诉讼目的论要探讨家事诉讼目的有哪些,家事诉讼目的怎么来体现我国维护婚姻家庭关系和谐稳定的国情;家事诉讼功能论既要研究家事诉讼的司法功能,又要研究家事诉讼的社会功能,特别是要研究家事诉讼的修复功能。第二,主体论。主体论要研究家事司法机构、家事审判组织、家事审判辅助人员、家事诉讼当事人及关系人、程序辅助人等,主要研究问题有:家事司法机构和家事审判组织有哪些特殊要求;家事法官任职要求有哪些特殊性;人民陪审员参与家事诉讼有哪些特殊性;家事审判中是否要设立家事调查员,家事调查员怎样产生,家事调查员的职责有哪些,家事调查员在家事审判中处于什么样的地位;在家事诉讼中是否要引入心理辅导和测评机制,如何引入心理辅导和测评机制;家事诉讼当事人的诉讼行为能力有何特殊性,在家事诉讼中未成年的诉讼行为能力是否有放宽的必要;程序辅助人适用范围、程序辅助人的资格、选任、诉讼地位、任务有哪些,等等。第三,客体论。客体论要研究家事案件的类型、家事诉讼标的、家事诉讼的客观合并等。第四,基本原则论和程序法理。基本原则论和程序法理部分

主要研究问题有:为什么要确立未成年人利益最大化原则;处分原则、辩论原则、公开原则在家事诉讼法上能否适用;家事诉讼法应当遵循什么样的原则;家事案件的审理适用诉讼原理还是适用非讼原理,抑或交错适用诉讼原理与非讼原理;家事诉讼中如何加强听审请求权保障或曰程序保障。第五,家事调解论。家事调解论主要研究家事调解诉讼前置程序设置的必要性及其制度安排、家事调解的主体以及家事调解的社会化、家事调解效力等问题。

其次,家事诉讼程序论。这里家事诉讼程序是指狭义的家事诉讼程序,家事诉讼程序是与家事非讼程序相对的。家事诉讼程序论研究的主要问题有:第一,家事诉讼程序的范围。这方面的主要研究问题有:家事诉讼程序是仅仅包括身份关系家事诉讼程序,还是既包括身份关系诉讼程序还包括与身份关系有关的财产关系诉讼;与身份关系有关的财产诉讼是全部列入家事诉讼程序,还是部分地进行非讼化处理,将其列入家事非讼程序。第二,职权探知主义的适用。这方面的主要研究问题有:在家事诉讼程序中如何适用职权探知原则,是采用双面职权探知主义还是采用片面职权探知主义;自认能否适用于家事诉讼程序。第三,当事人本人到庭原则。这方面的主要研究问题有:家事诉讼中是否要坚持当事人本人到庭;当事人本人不到庭应承担哪些法律后果;当事人本人不到庭的法律后果与普通民事诉讼是否有所区别。第四,家事诉讼中证据规则。这方面的主要研究问题有:家事诉讼程序中能否适用举证时限制度;证明妨碍的后果是否与普通民事诉讼一样。第五,婚姻关系诉讼。这方面的主要研究问题有:婚姻关系诉讼程序适用范围有哪些;与其他国家和地区婚姻关系诉讼相比较有哪些区别;婚姻关系诉讼的特殊程序规则有哪些。第六,亲子关系、收养关系诉讼。这方面的主要研究问题有:亲子关系、收养关系诉讼适用范围是哪些;亲子关系、收养关系诉讼的特殊程序规则有哪些。第七,与身份关系有关的家事财产关系诉讼。这方面的主要研究问题有:与身份关系有关的家事财产关系诉

讼与普通的民事诉讼程序有哪些特殊性;遵循哪些特殊的程序规则。

再次,家事非讼程序论。家事非讼程序论研究的主要问题有:家事非讼程序的范围是什么,哪些家事诉讼案件需要非讼化;家事非讼案件判决的效力有何特殊性;亲子非讼案件有哪些特殊程序规则;申请人身保护令案件有哪些特殊程序规则;为失踪人指定财产代管人案件有哪些特殊的程序规则;申请认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人案件有哪些特殊的程序规则。

最后,家事执行论。家事执行论要研究家事案件执行应遵循哪些原则;交付子女执行、探望权、赡养费、扶养费、抚育费等执行有哪些特殊程序规则。

在加强家事诉讼法学理论研究过程中,要注意研究家事诉讼法发展历史,重视家事诉讼法的比较研究,把握不同国家和地区家事诉讼法的立法、理论与实践情况,特别是把握21世纪全球家事司法改革的发展动态与趋势。

(二) 加强家事诉讼法学研究队伍建设

我国家事诉讼法学的建立与发展离不开一支高水平的家事诉讼法学研究队伍。目前,我国从事家事诉讼法学研究的人员有来自法学理论界的,也有来自法律实务界的。我国法学院校中有一些民事诉讼法学者研究家事诉讼法学,但人数非常有限,研究人员相对集中在少数几个院校,出版过有关家事诉讼法学学术专著的学者寥寥无几,发表过有关家事诉讼法学学术论文的民事诉讼法学者也不多。近年来,法律实务界开始关注家事诉讼法学的研究,例如,北京天驰君泰律师事务所连续多年承办中国婚姻家庭法实务论坛,每次论坛的研讨议题都包括家事诉讼程序,不少法官、律师、公证员撰写家事诉讼法方面的论文参会交流;2016年12月山东省德州市中级人民法院和南京师范大学法学院联合举办、山东省武城县人民法院承办“家事审判方式改革和家事诉讼立法研讨会”,不少法院的法官参

会研讨。总体来说,我国法律实务界从事家事诉讼法研究的专家也非常少。建立和发展我国家事诉讼法学,有必要加强家事诉讼法学研究队伍建设,组织更多的人员从事家事诉讼法研究。

首先,建立家事诉讼法学研究社会团体。为组织全国力量开展家事诉讼法研究,有必要组建成立全国性的家事诉讼法研究组织。在单独建立中国家事诉讼法研究会条件尚未成熟的情况下,为加强家事诉讼法学的研究队伍建设,中国民事诉讼法研究会可以组建成立家事诉讼法专业委员会,吸收全国从事家事诉讼法理论和实务研究的主要人员加入家事诉讼法专业委员会,由家事诉讼法专业委员会进行有组织的家事诉讼法研究活动。有条件的省、直辖市、自治区法学会,可以组建成立家事诉讼法研究会,专门吸收本地从事家事诉讼法理论研究人员和家事诉讼实务人员加入研究会,开展家事诉讼法研究。

其次,建立家事诉讼法学研究机构。为加强家事诉讼法学的队伍建设,我国法学院校和科研机构可以组建专门开展家事诉讼法研究的研究机构,组织专兼职的家事诉讼法研究人员,开展家事诉讼法研究。

再次,加快培养高层次的家事诉讼法学研究后备人才。在加强家事诉讼法学研究队伍建设过程中,需要加快培养一批从事家事诉讼法研究的高层次的后备人才。从事家事诉讼法研究需要有扎实的婚姻家庭法学和民事诉讼法学理论基础,培养高层次的家事诉讼法学后备人才,要从硕士研究生阶段开始培养。婚姻家庭法学和民事诉讼法学分别属于民商法学科和诉讼法学科,因此,需要打破二级学科界限,由民商法学科和诉讼法学科共同培养家事诉讼法学的研究生。有条件的学校,在研究生培养的专业方向中设立家事诉讼法方向,招收和培养家事诉讼法学硕士研究生和博士研究生,或者在博士研究生课程中,开设家事诉讼法课程,指导博士研究生从事家事诉讼法学的研究,培养专门从事家事诉讼法研究的法学博士。在招收、培养从

家事诉讼法学研究的博士生的基础,有条件的高校和科研机构可以招收从事家事诉讼法学研究的博士后,开展家事诉讼法学的合作研究。

(三)广泛开展家事诉讼法学的海内外交流与合作

其他国家和地区有比较成功的家事诉讼立法经验和成熟的家事诉讼法学理论,还有丰富的家事司法实践。我国建立和发展家事诉讼法学有必要学习和借鉴域外的家事诉讼法学理论,借鉴和吸收域外家事诉讼立法与司法实践成果,为此,我国有必要与其他国家和地区开展家事诉讼法学的交流与合作。开展家事诉讼法学的海外交流与合作可以采取“走出去”与“请进来”两条腿走路的办法,一是通过走出去的办法开展家事诉讼法学的海外学术交流、学术访问。为扩大学术视野,我国家事诉讼法学研究人员有必要经常性地参加海外或者国际家事诉讼法学的学术交流,到海外进行家事诉讼法学的学术访问,甚至做家事诉讼法学研究的高级访问学者。二是通过请进来的办法开展家事诉讼法学的海外学术交流与合作。我国应当经常性地邀请其他国家和地区的家事诉讼法学研究人员、家事诉讼的实务人员来我国就家事诉讼法学进行学术交流、开展学术研讨,并进行学术合作。

中共十九大报告要求发展中国特色的社会主义法治理论,就我国家事诉讼法学的建立与发展而言,我国的家事诉讼法学应当扎根于中国的实践,充分反映中国国情、体现中国特色。马克思主义实践观告诉我们,实践是理论形成与发展的源泉,我

国家事司法改革实践产生了丰富的实践成果,这些实践成果为我国家事诉讼法学研究提供了丰富的实践素材,我国家事诉讼法学要在我国的家事司法改革实践中充分汲取养分。为此,我国建立和发展家事诉讼法学必须加强家事诉讼法学理论界与家事诉讼实务界的交流与合作。通过我国家事诉讼法学理论界与家事诉讼实务界的交流与合作,将我国家事司法改革的实践成果反映到我国的家事诉讼法学中来,使得我国家事诉讼法学扎根于本土实践,更好地体现中国特色,同时不断推进我国家事诉讼法学的理论创新和家事诉讼的实践创新。

结语

“任何新兴学科理论都不是凭空产生的,而是在不断的理论与实践探索中孕育而生的。”中国家事诉讼法学是在我国民事诉讼法学界多年来进行家事诉讼法理论研究和司法实务界多年来进行家事司法改革实践基础上孕育而生的。在我国全面推进依法治国的新时代,为维护婚姻家庭和谐稳定,实现人民对美好生活的向往,我国需要大力建设家事诉讼法学,深入系统开展家事诉讼法学理论研究,大力培养家事诉讼法学研究人才,广泛开展家事诉讼法学的海内外交流与合作。中国家事诉讼法学的春天已经到来,经过若干年的努力,中国家事诉讼法学研究一定会结出累累硕果,中国家事诉讼法学之树将会越长越大。

文章来源:《法治现代化研究》2018年第4期

本期编辑:李军美

论我国继父母子女法律关系的完善

2018-10-17 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/AtAPk0j0hmECn0DEp70log>

近年来,随着我国离婚率的上升,通过再婚重组家庭已成为一种较常见的社会现象。重组家庭数量的增加意味着越来越多的成年人与未成年人缔

结了继父母子女的法律关系。虽然《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)已对继父母与子女间的法律关系进行了规范,但是其中的部分条

款具有较强的原则性,不足以调整重组家庭内部细致的法律关系,难以满足当前社会的实际需要。本文将分析我国现行的继父母子女法律关系,并借鉴域外国家的理论、实践经验,以提出完善我国继父母子女法律关系的建议。

一、《婚姻法》对继父母子女关系的规范

(一) 直系姻亲关系

姻亲关系是指由于缔结婚姻而产生的亲属关系。一般认为,具有姻亲性质的继父母子女关系是指继父(母)与生父(母)再婚时,继子女已经成年并能独立生活,或者继子女虽未成年或未独立生活,但继子女并未由继父母抚养的继父母子女关系。具有姻亲性质的继父母子女关系也被称为“名分型继父母子女关系”。在“名分型继父母子女关系”中,继父母无需履行抚养未成年继子女的义务,继子女也无需承担赡养继父母的义务,即双方不存在法定的权利义务关系。根据《婚姻法》第二十七条第二款[1]的规定,“名分型继父母子女关系”不属于《婚姻法》调整的范围。

(二) 法律拟制血亲关系

法律拟制血亲关系是指,当事人相互之间本来并没有血亲之间应具有的血缘联系,经法律规定后,他们之间才具有与某种血亲相同的权利义务关系,这种血亲并不是先天形成的,而是人为创设的。[2]

1. 抚养关系

重组家庭后,继父母与子女共同生活并形成了抚养关系。根据《婚姻法》第二十七条第二款的规定,继父母子女之间的权利和义务适用于《婚姻法》有关生父母与生子女间的规定。

2. 收养关系

依据《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)第二十三条第二款[3],继父母与子女间的权利义务关系适用于法律关于父母子女关系的规定,且继子女与不在一起生活的生父(母)间的

权利义务不复存在。

3. 权利义务内容

由于拟制血亲的继父母子女间的权利义务适用于《婚姻法》中父母子女间的权利义务的规定,因此,继父母子女与父母子女间的权利义务内容是相同的。《婚姻法》规定的义务主要有父母对子女的抚养、保护、教育义务;子女对父母的赡养义务等。赋予的权利主要有父母子女之间相互继承的权利等。

二、《婚姻法》对继父母子女关系规范的不足

(一) 建立拟制血亲关系未尊重当事人意愿

根据《婚姻法》第二十七条第二款,只要继父母子女之间建立了抚养教育关系,他们之间就产生了拟制血亲的效力。我们认为,将形成抚养教育关系作为建立拟制血亲关系的唯一要求,是不够严谨的,主要表现为不尊重当事人的主观意愿。站在未成年子女的角度,重组后的家庭是一个全新的、陌生的生活环境,要求未成年人融入新的家庭并接纳陌生的继父(母)是很困难的。因此,为了保护未成年人的利益,应尊重未成年人的选择,征求未成年人的意见。就继父母而言,有些继父母抚养教育继子女不是为了与其缔结血亲关系,而是为了维护重组家庭的稳定或表达对配偶的喜爱。因此,继父母愿意承担抚养教育继子女的义务并不意味着愿意与继子女缔结血亲关系。综上,将继父母与子女之间建立抚养教育关系作为产生拟制血亲效力的唯一条件,不够严谨,没有充分尊重继父母和子女双方的意愿。

(二) 没有明确区分“抚养”与“扶养”的法律概念

《婚姻法》、《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)在涉及继父母子女双方当事人权利义务时,使用的法律概念有所差别。《婚姻法》第二十七条规定继父母与子女间义务时,采用了

“抚养教育”一词,《继承法》第十条认定继父母与子女间是否相互享有法定继承权时,使用的是“扶养关系”的表述。从法律内涵的角度来说,“抚养”和“扶养”是有区别的。广义上的抚养,泛指一定范围内的亲属间所具有的相互供养与扶助的法定权利和义务,它包括长辈对晚辈的抚养、晚辈对长辈的赡养、夫妻之间和兄弟姐妹等平辈之间的抚养等具体形态[4]。而抚养一般是指长辈对晚辈的养育。

(三) 抚养教育关系的认定标准较模糊

根据我国《婚姻法》第二十七条第二款的规定,继父母与子女之间能否适用父母子女关系的关键在于双方是否建立了抚养教育关系。抚养教育是一个抽象的概念,我国《婚姻法》没有对此做出具体的规范,理论界对“抚养教育”这一概念的解读也莫衷一是。有学者认为,继父母与继子女共同生活,且承担了继子女部分或全部生活费和教育费的,可认定其与继子女间成立抚养教育关系[5]。有的学者认为,应对抚养教育设置最低期限[6]。也有学者认为,尽管继父母未与继子女共同生活,但继父母负担了继子女成长费用的,也可认定双方成立抚养关系[7]。因此,我们认为,应对抚养教育的具体标准做出较明确的规范,便于发挥该法条的指引作用。

(四) 抚养教育关系的解除事由不明确

当出现继父母一方死亡、继父母离婚等情形时,继父母与子女之间形成的抚养教育关系能否自动解除?根据《最高人民法院关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》的精神,已经形成抚养教育关系的继父母子女关系不会因继父母一方死亡、继父母离婚等情形的出现而自动解除。当事人可通过向法院提起诉讼的方式要求解除抚养教育关系,人民法院应根据具体情况作出是否准许解除的调解或判决。由于现行法律法规并未规定解除抚养教育关系的法定事由,即缺乏明确的法律

标准或指引,因此,可能导致法官拥有的自由裁量权过大,不利于维护当事人的合法权益。

三、域外法对继父母子女关系的规范

(一) 瑞士

在许多大陆法系国家中,再婚行为对其前婚所生子女并不直接产生法律后果,只有当前子女处于未成年时,重组家庭中的继子女才与其继父母产生法律上的权利义务。瑞士是大陆法系中的具有代表性的国家。瑞士关于继父母子女关系的立法经历了从模糊到清晰的过程。瑞士在1907年最初的《民法典》对继父母子女法律关系并没有明确的规定,对于“继父母对继子女是否具有抚养义务以及程度如何?”理论界和实务界都一致认为继父母有帮助继子女的义务。所以,在1976年的《儿童法》中规定“继父母有责任帮助孩子的亲生父母来抚养其子女”。[8]

现如今,瑞士的继父母子女关系的形成需要同时满足如下两个条件:一是子女应是配偶前婚所生的子女;二是继父母之间必须建立了合法的婚姻关系。瑞士的继父母子女关系排除了同居状态。根据《瑞士民法典》的精神,只有建立在合法的婚姻基础上的继父母子女关系才能产生相关的权利义务内容,没有结婚的同居关系则被视为简单的同伴关系。同居状态的下的“继父母”与子女之间不构成继父母子女关系,双方没有法律上的权利和义务。

《瑞士民法典》第二百七十八条第二款规定,配偶中的任何一方,在他方对其婚前子女履行抚养义务时,应该以适当的方式进行合作[9]。因此,只要亲生父母与继父母之间保持着正式的婚姻关系,无论是否共同生活,继父(母)都必须抚养其配偶婚前所生子女。此外,继父(母)的抚养义务与生父(母)的抚养义务是有区别的,继父(母)的义务在于配合其配偶履行抚养义务,提供辅助性的帮助。相较于生父母的抚养义务而言,继父(母)抚养子女的义务只是从属性的。

总之,瑞士对继父母子女关系的认定十分严格,在民法典中以强制性规范对继父(母)的辅助性抚养义务做出了要求,明确了继父(母)的养育职责,具有很强的指引性,这一点是值得我们借鉴的。但不可否认的是,瑞士对继父母子女关系的规范也存在不足之处。它忽视了对“继父母”同居状态下子女的保护,对继父(母)抚养义务的要求也较低。

(二) 加拿大

加拿大立法通过扩大父母的概念,将在实际生活中充当父母角色的人纳入父母范畴,通过“实际父母”的认定使得继父母子女关系间形成法律拟制血亲关系。加拿大法院主要通过如下多个因素来认定“实际父母”,如(1)继父母履行经济上的抚养义务。这是判定“实际父母”最基本的条件。(2)继父母有担任继子女父母的意愿。此种意愿不限于抚养子女,还包括成为孩子父母的意愿。(3)继父母应与继子女保持稳定、持续的关系。总而言之,加拿大的“实际父母”制度要求法官通过多个角度和日常生活细节来判定继父母是否在实际生活中扮演了继子女父母的角色。如果法官判定继父母符合“实际父母”的标准,继父母与子女之间就产生了法律拟制的血亲关系。

综上,加拿大的“实际父母”制度与我国《婚姻法》第二十七条规定的抚养型继父母子女关系的认定十分相似,都产生了拟制血亲的法律效果。但两者也有不同之处,与加拿大相比,我国没有规范“抚养教育”的具体标准,也遗漏了对父母子女主观意愿的考虑。

四、完善继父母子女关系的法律对策

(一) 尊重当事人的主观意愿

意思自治原则是民法的基本原则。在家事法的领域,情理与法理紧密联系,难以分割。在某些情况下,当事人的内心感受比法律规范更容易达到积极的法律效果。尤其在涉及亲属关系的领域,尊重

当事人的主观意愿,维护家庭的和谐更加重要。在建立继父母与子女的血亲关系时,应听取双方当事人的意愿,尤其是未成年子女的意愿。未成年人在重组家庭中处于弱势地位,适应陌生的生活环境、接纳继父(母)对于心理尚不成熟的未成年人有着很大的难度。因此,在建立继父母与子女间的血亲关系时,应坚持贯彻儿童利益最大化的原则,重点了解未成年子女的意愿,尊重未成年人的选择。

(二) 统一法律术语为扶养关系

前文已经提到,《婚姻法》和《继承法》在规范继父母与子女间权利义务时,使用了“抚养”和“扶养”两个不同概念。我们认为,应将其统一为“扶养”。扶养关系强调长辈对晚辈的抚养、教育,却不包含晚辈对长辈应尽的义务。而扶养则包括了晚辈对长辈赡养的这一层涵义。继父母与子女间的关系不能仅停留在继父母对子女的养育,还应涵盖继子女成年后对继父母的赡养义务。因此,将继父母与子女之间的权利义务关系明确为扶养关系更贴切。

(三) 明确抚养教育关系的判定标准

由于我国现行法尚未明确抚养教育关系的认定标准,因此,实践中一般是以继父母与子女是否共同生活,继父母是否在经济上给予了抚养费等依据来判定。由于社会生活的日新月异,家庭生活的方式也在不断发生变化,“共同生活”这一概念的内涵也在不断丰富,出现了一些新的共同生活的方式。主要有如下几类:(1)继父母与子女共同生活,但继父(母)没有支付抚养费;(2)继父母未与子女共同生活,但继父(母)支付了抚养费;(3)继子女与继父母共同生活,但继子女未支付赡养费;(4)继子女未与继父母共同生活,但继子女支付了赡养费。这些新的生活方式是否构成了扶养关系,法律并没有明确的指引。我们认为,共同生活重在精神层面的扶助,支付抚养费、赡养费重在物质层面的扶助。在认定和判断扶养关系时,

以共同生活为主,支付抚养费赡养费为辅。即只要继父母与子女共同生活,继子女就接受到了继父母的抚养和教育,可认定双方存在扶养关系。如果继父母未与继子女共同生活,但继父母以夫妻共同财产支付了抚养费,也可认为继父母已经履行了抚养的义务。同理,继子女支付赡养费也可作为认定双方存在扶养关系的重要标准。

除了共同生活、支付抚养费和赡养费,抚养教育的时间也应作为一个判断标准。由于我国立法没有对抚养教育的时间做出范围界定,在司法实践中多是由法官根据个人标准判断继父母与子女之间是否形成了抚养教育关系。对此,我们可以借鉴域外的相关立法经验。《俄罗斯联邦家庭法典》第九十七条第二款规定,“如果继父母教育和抚养继子女少于五年,或如果他们未以应有的方式履行教育或者抚养继子女的义务,法院有权解除继子女赡养其继父母的义务。”[10]《阿尔巴尼亚社会主义人民共和国家庭法》第八十一条第二款也规定,“如继父或继母对继子女进行了长期抚养,并对他们在未成年时的照顾不少于十年,则继子女必须赡养继父或继母。”我们认为,一定的年限有利于培养亲情和凝聚家庭,时间年限对抚养教育关系的形成至关重要。因此,有必要规定一个时间的下限,如达到三年及以上的才可认定为具有抚养教育关系。

(四) 明确扶养关系的解除事由

前文已经分析,我国目前没有明确解除继父母子女关系的法定事由。我们认为,可以参照《收养法》关于收养关系解除的法定条件的规定,允许当事人协议解除双方之间的权利义务关系。但下列情况值得重点关注。首先,在再婚关系存续期间,对于尚未成年的继子女与继父母的关系,为了保护未成年人的权益,不能解除双方的关系。其次,在继父母子女一方死亡、继父母离婚、双方协议解除、诉讼解除等情形下,继父母子女关系可以终止。再次,经继父母抚养成年的继子女一般不能与继父母解除关系。如果因双方关系恶化,经协商后取得一

致同意,可解除关系。但成年的继子女应向继父母支付赡养费用。

(五) 丰富继父母子女关系的类型

在考察域外国家关于继父母子女间法律关系的立法情况后,我们发现,大部分域外国家将继父母子女关系认定为一种姻亲关系,少有将继父母子女关系认定为法律拟制的血亲关系。如《德国民法典》第1590条规定,继父母与子女间为姻亲关系。他们只有通过收养,才能使继父母子女间产生拟制的血亲关系。在没有建立收养关系的情况下,继父母仅有条件的享有对继子女的部分照顾权。加拿大通过立法扩大了父母的概念,将“实际父母”纳入到父母的范畴。虽然“实际父母”与子女之间形成的是法律拟制的血亲关系,但是“实际父母”的认定标准十分严格,主要基于是否履行抚养责任、是否保持持续的关系、是否愿意担任子女的继父母这三个因素。

我们认为,还可以借鉴域外法的规定,增设不完全收养制度,以丰富继父母子女间的关系。不完全收养,是指养子女被他人依法收养后,与生父母未完全终止亲子关系,相互间仍保留一定的权利义务的一种收养形式。[11]我国澳门地区称之为简单收养。法国、阿根廷等国家都把这种形式作为解决收养成年子女的一种重要方式。[12]根据我国《收养法》第二十三条的规定,我国适用的是完全收养制度。一旦继父母子女之间成立收养关系,就意味着终止了继子女与生父母之间的血亲关系,有悖于人之常情。而不完全收养制度则保留了子女与生父母之间的亲子关系,有利于子女得到双重的关爱与保护。

参考文献

[1]《中华人民共和国婚姻法》第二十七条第二款,继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。

[2] 马忆南. 婚姻家庭继承法学[M], 北京: 北京大学出版社, 2011 年版, 第 54 页.

[3] 《中华人民共和国收养法》第二十三条第二款, 养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系, 因收养关系的成立而消除.

[4] 吴国平. 论继父母子女关系法律规制的立法完善[J], 江南大学学报(人文社会科学版), 2018(1): 32-38.

[5] 夏吟兰. 婚姻家庭继承法[M], 北京: 高等教育出版社, 2010 年版, 第 130 页.

[6] 王歌雅. 婚姻家庭继承法[M], 北京: 中国人民大学出版社, 2013 年版, 第 107 页.

[7] 杨遂全. 亲属与继承法论[M], 成都: 四川大学出版社, 2005 年版, 第 121 页.

[8] 况琦. 继父母子女法律关系研究[D], 湘潭大学, 2013.

[9] 殷生根, 王燕帝. 瑞士民法典[M], 北京: 中国政法大学出版社, 1996 年版, 第 79 页.

[10] 中国法学会婚姻法学研究会编. 外国婚姻家庭法汇编[M], 北京: 群众出版社, 2000 年版, 第 500 页.

[11] 吴国平. 婚姻家庭立法问题研究[M], 长春: 吉林大学出版社, 2008 年版, 第 238 页.

[12] 宋豫, 陈苇. 中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究[M], 重庆: 重庆出版社, 2002 年版, 第 293 页.

撰稿 | 潘 昌

排版 | 朱自文

父母处分未成年子女财产的规范路径 | 高杉 LEGAL

原创: 2018-10-19 高杉 LEGAL 姚明斌

https://mp.weixin.qq.com/s/7R7tpgdeg8onI4eF4HgH_w

作者 | 姚明斌 (华东政法大学副教授)

甲今年 15 岁, 名下有一套受赠于其爷爷的房产。甲的父母为了担保自己与银行的借款债务, 与银行签订了以甲之房产为抵押财产的抵押合同, 并办理了抵押登记。此类父母“处分”未成年人子女财产的案型, 近年来已发展为司法实践的热点之一。

在最高法院层面, 亦存在多则立场各异的裁判 (新近的整理, 参见陈汉、何杨梅: 《未成年人财产抵押效力的实证分析》, 载高杉 LEGAL; 夏昊晗: 《父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力——最高人民法院相关判决评析》, 载《法学评论》2018 年第 5 期)。

裁判立场混乱的原因之一, 或在于此类案型涉及《民法总则》第 35 条第 1 款对于监护人处分被监护人财产的限制性规定与限制行为能力人实施法律行为的效力规则、代理规则、处分权规则等多项规范的交织。以下集中从规范适用层面, 阐述此类案型可能涉及的规范路径。

一、代理权与追认权: “父母”的两种规范角色

《民法总则》第 35 条第 1 款规定: “监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外, 不得处分被监护人的财产。”

如何理解该款中的“处分”, 取决于如何定位上述案型“父母”的规范角色。

在《民法总则》的视野下, 甲系未成年限制行为能力人 (《民法总则》第 17 条、第 19 条), 甲的父母作为甲的监护人 (《民法总则》第 27 条第 1 款), 亦为其法定代理人 (《民法总则》第 23 条)。此法定代理人角色会对接代理的规则, 即甲的父母可以甲的名义实施法律行为, 行为效果则归属于甲 (《民法总则》第 162 条)。于此, 作为法定代理人的父母可独立作出意思表示, 甲作为被代理人则无须作出意思表示。相应地, 《民法总则》第 35 条第 1 款的限制落足于父母的代理权之上, 代理规则与监护规则共同作用的效果是代理权存在法定限制。此一认定在司法实践中广受采纳, 但

不应僵化把握,甚至以之为此类案型唯一可能的解释方案。理由在于,以代理权存在法定限制立论,前提是甲作为被代理人未作出过意思表示。个案中此一事实前提若不存在,则非代理规则适用的范围,而涉及“父母”的另一种规范角色。

《民法总则》第145条第1款规定:“限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”

此款规定之下,甲之父母作为甲的法定代理人,享有对甲所实施不可独立实施之法律行为的事后追认权。于此,甲是以自己名义作出自己的意思表示,只不过因相关法律行为的效果超越其理性能力,应由其法定代理人即父母追认方生效力。显然,尽管条文中规定了追认权的主体为“法定代理人”,但该款与代理并无关系,甲的父母即便追认,由于其并未以甲的名义独立作出意思表示,发挥的也就不是代理规则中代理人的功能。代理权路径与追认权路径的核心区别,在于前者系父母以甲的名义独立作出意思表示,甲则无须作出意思表示;后者系甲以自己名义作出意思表示,甲之父母并未以甲的名义独立作出意思表示,但行使了追认权。反映到个案中,追认权路径可能适用于合同中既有父母的签名也有未成年子女签名的场合。

进一步的问题则是,除了依通常见解将《民法总则》第35条第1款理解为对法定代理人代理权的法定限制,法定代理人在此类案型中依《民法总则》第145条第1款所享有的“追认权”是否应受到《民法总则》第35条第1款的限制?若持否定观点,则父母一方只要形式上让未成年子女作出意思表示(比如到场签字),即可以行使追认权的方式规避代理权的法定限制,显然有悖于《民法总则》第35条第1款“被监护人利益最大化”的规范目的。故笔者对此持肯定观点,此类案型下父母的追认权亦受《民法总则》第35条第1款的限制。相应地,《民法总则》第35条第1款的“处分”,

既可能是父母代理未成年子女实施处分其财产的法律行为,也可能是父母追认未成年人子女自己处分自己财产的法律行为。

二、处分权:《民法总则》第35条第1款的法定限制

进一步解读《民法总则》第35条第1款第2句“监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产”之规定,若作反对解释,则为“监护人在维护被监护人利益的范围内,可以处分被监护人的财产。”依此文义,父母代理未成年人实施处分其财产的法律行为和父母追认未成年人所实施自己处分自己财产的法律行为固然可以解释在内。但其文义核心,却既非监护人的代理权,亦非监护人的追认权,而系监护人的“处分权”,进而形成被监护人享有所有权,监护人在维护被监护人利益的范围内享有处分权的格局。

所有权系包含占有、使用、受益、处分等权能的完全物权(《物权法》第39条),若无所有权人的授权,所有权人以外的人对所有物享有(部分)处分权只能依托于法律的规定。笔者认为,《民法总则》第35条第1款可以解释为在一定范围内,父母对未成年人财产享有法定的处分权。在所有权人主体能力存在一定障碍的情形下,法律可特别规定特定人例外对其财产享有处分权,另一例证即为破产管理人对破产债务人财产的处分权(《企业破产法》第25条第1款第6项)。若此论成立,则父母在维护未成年人子女利益的范围内,还可以父母自己的名义实施处分未成年人财产的法律行为,未成年人子女无须作出意思表示。

三、“代理权路径”与“处分权路径”的差异

上述三种规范路径中,代理权路径和追认权路径可能因个案事实之不同而作针对性的适用。有疑问的是,有无必要区分代理权路径和处分权路径?此二路径在交易流程上有共通之处,即未成年人子女均无须作出意思表示。在法律效果方面,

个案中只要父母突破了《民法总则》第35条第1款的限制,无论认定其行为是无权代理还是无权处分,均不会发生相应的财产处分效果(即甲的房产上不会成立银行的抵押权)。即使认为无权代理和无权处分在信赖保护的协作机制方面存在表见代理和善意取得的差异,由于此类案型涉及的是法律明确规定的代理权或处分权限制,此种差异意义也很小。但是,这不意味着这两种路径的区分毫无必要,因为将《民法总则》第35条第1款的法定限制落足于父母的代理权抑或处分权,攸关该限制所影响的范围。

作为法律行为制度的一个特别板块,代理规则原则上适用于具备可代理性的法律行为(《民法总则》第161条)。具体到上述案型,不仅抵押权的设立行为可能涉及代理,抵押合同作为引发抵押权设立义务的法律行为,也可能涉及代理。一旦从无权代理立论,则推翻的不仅仅是抵押权设立这一处分效果,抵押合同这一引发债权债务的法律行为也会无效。相比之下,处分权路径的规制重心则大异其趣。依托《买卖合同司法解释》第3条“当事人

一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。

(第1款)出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。(第2款)”的规定,处分权之有无,仅影响旨在发生处分效果之法律行为的效力(比如抵押权设立行为),并不影响引发债权债务之法律行为的效力(比如抵押合同)。究其原因,在于并非所有的法律行为均要求处分权,处分权只是那些以发生处分效果为目的的法律行为的特别生效要件而已。

明确了上述适用范围方面的差异,若以处分权路径处理此类案型,则一方面抵押权设立行为因无权处分而不生效力;另一方面,甲的父母以自己名义与银行订立的抵押合同效力并不受影响,银行甚至可基于该有效的抵押合同进一步主张违约责任。若以代理权路径处理之,则不仅抵押权未能设立,由于抵押合同亦因无权代理而无效,银行无从主张违约责任。

“家庭与法”学术研讨会圆满落幕

2018-10-21 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/jjCct-Yvv4t9upUasbPcNQ>

2018年10月20日,由北京师范大学法学院家事法研究中心、普通法与比较法研究中心、北京市西城区人民法院共同举办的“家庭与法”学术研讨会顺利开幕,会上举行了“法硕教学实习基地”和“家事法研究中心”揭牌仪式。仪式过后,研讨会正式开始。本次研讨会分为“儿童保护·父母责任”、“家庭财产关系法律问题”、“家事法的实践与展望”等四个专题。



专题一“儿童保护·父母责任”

在专题一“儿童保护·父母责任”部分，北京市西城区人民法院民六庭负责人李岳鹏主持研讨。与会嘉宾以儿童权利保护为核心进行了深入探讨，从儿童保护立法和司法层面存在的问题入手，明确儿童保护既是家事也是国事。强调应当通过进一步完善法规政策和公共服务，一方面为儿童利益最大化原则在司法实践中的应用提供制度保障，一方面突出国家责任的重要性，发挥国家在儿童权利保护中应有的作用。



专题二“家庭财产关系法律问题”

同步进行的专题二“家庭财产关系法律问题”由北京师范大学法学院副院长李滨教授主持。与会嘉宾围绕夫妻共同债务、意定监护中的财产问题以及继承法修订等家庭领域的热点展开前瞻性思考。专家学者以民法典编纂为背景，通过梳理司法实践中家庭财产关系适用法律存在的一系列争议，提出完善家庭财产制度的设想及立法建议。



专题三“家事法的实践与展望”

10月20日下午，专题三“家事法的实践与展望”在浙江大学法学院张谷教授主持下进行。与会嘉宾围绕家事审判中继承纠纷、家庭暴力、成年人监护、夫妻忠诚协议效力认定等重点、难点问题展开热烈的讨论，对法律适用中存在的疑点进行深入研讨，提出要准确把握司法对家事纠纷的干预程度，建立家事案件多元化纠纷解决机制，尊重当事人意愿，保障当事人人身财产安全。



最高人民检察院未检办 张寒玉



浙江大学法学院 张谷教授



福建省高级人民法院 刘炳荣



中国人民大学法学院 龙翼飞教授



北京市西城区人民法院 王元田副院长



北京师范大学法学院 林艳琴教授

10月21日上午,在北京师范大学法学院副院长李滨教授的主持下,会议首先进入专题小结。最高人民检察院未检办张寒玉处长、福建省高级人民法院刘炳荣法官、浙江大学张谷教授等作为专题代表围绕昨天的研讨分别进行概括总结。

在会议总结部分,中国法学会婚姻家庭法学研

究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授围绕民法典婚姻家庭编中夫妻财产制问题进行发言,对民法典草案中的相关制度设计及存在的问题进行鞭辟入里的分析。北京市西城区人民法院王元田副院长肯定本次研讨会内容丰富,重点突出,对进一步加强理论与实践交流、开拓家事审判思路、提升专业建设水平有长足意义。

北京师范大学法学院家事法研究中心主任林艳琴教授做了本次研讨会的总结发言。她指出儿童保护的核心是监护,而监护的重要内容是监护监督;父母作为儿童保护的第一责任人,应当履行监护职责;在父母监护能力不足或无力的情况下,由国家代位监护。同时在发言中强调,儿童财产的保护、儿童实体权利的程序保障、特别是儿童利益最大化原则在司法实践中的具体判断等等问题都值得进一步探讨。本次研讨会围绕主题展开精彩、深入的讨论,期待下次再相聚,为中国儿童保护、家庭关系和谐尽绵薄之力。





家事法研究中心特邀研究员聘任仪式

总结过后,会议举行家事法研究中心特邀研究

员聘任仪式,向北京市西城区人民法院蔡慧永院长、福建省高级人民法院刘炳荣法官、浙江大学法学院张谷教授、北京市金茂凯德律师事务所合伙人齐斌律师等 9 位家事法理论及实务领域的专家颁发聘书。法学院院长卢建平教授再次对与会嘉宾的到来表示诚挚的感谢。至此,本次“家庭与法”学术研讨会顺利落下帷幕!

北京师范大学法学院家事法研究中心

普通法与比较法研究中心

北京市西城区人民法院

会议记录 | 专题一 “儿童保护·父母责任”

2018-10-22 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/Ag200pudnOPGnFRC1JeSnQ>

一、会议主持人开场



北京市西城区人民法院民六庭负责人李岳鹏

2018 年 10 月 20 日上午,在京师学堂第五会议室,各位与会人员围绕“儿童保护·父母责任”这一主题进行了深入交流。由北京市西城区人民法院民六庭负责人李岳鹏主持开场,并对此次会议发言人及其发言主题进行介绍。

二、发言环节

1、对“龙凤胎案”二审判决的质疑



浙江大学法学院教授张谷

张谷老师首先对我国首例失怙代孕龙凤胎监护权案案情进行了介绍:夫妻再婚后购买他人卵子,由男方提供精子,通过体外授精联合胚胎移植技术,委托另一名女性代孕生育一对龙凤胎。男方因病离世后,其父母与女方为孩子的监护抚养问题对簿公堂。一审法院判决龙凤胎由祖父母监护。2016 年 6 月 17 日,上海市第一中级人民法院终审判决,对祖父母要求担任孩子监护人并进行抚养的诉讼请求予以驳回。张谷教授对上海一中院的二审判决结

果表示同意,但对其判决理由提出了质疑。该案看似是监护权确认的问题,背后却是财产问题。二审最终基于陈某对龙凤胎三四年的抚养关系,认定双方之间存在继父母子女关系而享有监护权。但恰恰是从学界已达成共识的子女利益最大化原则的角度,该案的判决理由却不能成立。

张谷教授从以下几个角度提出对该案判决理由的质疑,也提出了自己对该案认定路径的观点。第一、假设变动一个条件,即罗某在孩子一出生就死亡,孩子需要照顾而此时陈某不想承担抚养义务时,结论就会改变(因未形成抚养关系),甚至为女方不承担抚养义务提供了借口。第二,本案中的龙凤胎是在婚姻关系存续期间两人基于双方共同意愿孕育的自己的孩子,故为何要从拟制血亲的角度来解决问题呢?夫妻之间达成自愿共识,以父亲的精子,第三人的卵子,第四人代孕诞生的孩子显然比只基于抚养意愿产生抚养关系而形成的继父母子女关系以及收养关系要更加亲密,能否开辟合法路径将这对龙凤胎认定为血亲关系子女,从合法婚生子女的视角,以婚生父母子女关系的调整方式来解决。尽管该种观点打破了“分娩为母”的传统法律关系认知,而使得这一环节是否能够突破仍然有待商榷,但似乎是解决问题更良性的思路与路径。

2. 儿童权利与家庭政策



北京师范大学中国社会管理研究院、
社会学院教授谢琼

谢琼教授谈到儿童权利公约中的儿童权利的内涵认为,儿童权利一般包括儿童作为人的普遍权利和作为处于特殊年龄段的人的权利。权利标准随经济和社会的发展不断变化与完善。儿童时期是人生发展的一个特殊阶段,需要依赖国家、社会、家庭父母等非儿童自身力量的特别照料和保护。但接受此种保护的儿童不应当是父母和家庭的私有财产,也不应是被社会施舍的对象,而是拥有自身权利的独立人。

从国际上来看,很多国家都建立了儿童保护也包括对作为母亲的妇女权利保护的相关制度,包括家庭福利制度、儿童福利机构、以家庭为中心的福利制度等等。在儿童保护制度的发展过程中,我们逐渐意识到家庭在儿童保护中的重要作用,但是过分强调以家庭为中心的儿童保护制度,从日本的经验来看,也造成了一些弊端,比如妇女就业机会的削减、扮演家庭组成中不同角色的男女不平等等等,故在此基础上如何更良性的分配社会资源可能还有待商榷。儿童福利提供的多寡与一国经济发展水平有关,但也并不完全正向相关,国家和社会对儿童权益的不重视以及由此造成的保护不充分是儿童权利被侵害和剥夺的主要原因。实践证明,实施“普惠型”或“全面型”的儿童福利制度的国家的儿童权利实现状况较好,而“补救型”国家对儿童权利的保护较弱。

3. 家庭对未成年子女保护的责任及其落实



国务院妇女儿童工作委员会
办公室副主任宋文珍

宋文珍主任认为影响儿童成长的四大因素包括家庭、学校、社会（社区）及网络，家庭保护与国家保护、学校保护、社会保护、司法保护一起，构成了儿童健康成长的堡垒。而父母是孩子保护的第一责任人，是决定孩子发展的最关键他人，然而父母的素质、家庭教育的缺失以及父母在养育方式中呈现出的过度或缺位共同造成了未成年人成长过程中的家庭保护的困境。

习近平总书记提出家庭建设的“三个注重”，即注重家庭，注重家教，注重家风，正是希望通过创设良好的家庭环境为未成年人的健康成长保驾护航。我们应当通过完善法规政策和公共服务，提高家庭建设能力，规划健康家庭生活，建立良好的家庭成员关系，维系家庭良性运转；通过家庭法规政策，保障家庭权益，提高家庭福利水平，增强家庭发展能力，从而帮助家庭履行保护子女的责任；帮助指导父母正确履行儿童教育和保护责任。通过儿童监护制度，创造一个适合儿童的友好家庭环境。

4. 儿童保护中的家庭责任与政府责任



民政部社会事务司副司长倪春霞

按照法律的规定，目前儿童保护主要分为四个层次，包括家庭保护、学校保护、社会保护、和司法保护，而新的《未成年人保护法》的修改已经启动，学界的呼吁也比较一致，即要突出以上四个保护层次之外的政府保护与网络保护。在六个层次的保护中，家庭保护与政府保护这两者的责任之间有着更为密切的联系。当家庭无法承担儿童保护责任时，社会与政府在儿童保护上应当承担责任的补位。

倪司长指出，儿童保护工作在发展过程中呈现出了五个明显的转变特征：针对特殊困境儿童从保基本向保发展转变；从关注机构内的儿童向关注机构外的儿童转变；儿童保护工作定位从家务事向国家事转变；儿童保护工作的开展从群团牵头向政府牵头转变；将儿童权利从个体权利向国家战略转变。

谈及儿童保护相关工作的经验时，倪司长着重谈到，在政府部门逐渐在儿童保护工作中承担越来越重要的角色时，应当同时注意政府应当树立儿童保护工作“到位却不应当越位”的角色意识，对于有心抚养却无抚养能力的父母，政府应当心软，为弱势家庭提供帮助与引导；对有抚养能力却无抚养子女之心的家庭，心要硬起来，坚决要求父母承担其应当肩负的监护人责任。最后，倪司长针对在法律上是否能够建立放弃监护制度的问题提出了个人的呼吁，针对精神病人子女、流浪人群子女等特殊群体，在其法律上的父母没有能力也不愿意承担儿童监护责任的情况下，是否能够通过建立我们中国的放弃监护制度的方式将该类儿童的监护权交给更有能力的机构组织或者通过中间机构为儿童匹配适宜家庭与监护人，为儿童提供更好的家庭环境与生存环境，也希望与会专家在法律上针对这一问题的可行性与可突破性探讨解决思路。

5. 未成年人家庭保护的法律供给



最高人民检察院未检办处长张寒玉

张寒玉处长谈到：家庭，特别是父母之于儿童的重要性是不言而喻的，儿童的生存与发展与其父

母的生活和能力有密切关系,以家庭为单位承担对未成年人的抚养和教育义务是一种最普遍、也最有效、最利于未成年人身心健康的方式。未成年人家庭保护立法作为一种外在推动力,对父母及家庭行为具有规范和指导作用,因此,对保障未成年人健康成长乃至社会的和谐与发展都具有重大意义。

我国通过国家层面的宪法、法律法规及司法解释以及各地方的地方性法规等已经建立了看似完整的儿童保护法律体系,然而目前我国未成年人家庭保护的状况却并不乐观。就立法层面来看,我国未成年人家庭保护立法中存在着对儿童的特殊性认识不足,立法缺乏儿童视角,导致对儿童的权利尊重不够,许多规定过于笼统、原则,多为宣示性、倡导性规范,缺乏具体制度安排、缺乏刚性,家庭保护的监督机制不健全,国家亲权责任缺失等问题。我们应当确立儿童最大利益原则,提高儿童的法律地位;确立国家亲权原则,帮助、指导、监督家庭保护,当家庭保护不能时,国家政府介入;确立国家对儿童福利实现的无限责任;立足解决问题和回应现实需要,未成年人各项权利的内容、实现方式、权利受到侵害或面临风险时的救济途径、措施、手段等,都要具体化、细化监护的职责,完善监护人确定、监护委托、家庭教育等制度,特别是科学设置父母违反监护职责的法律后果,设立对家庭监护进行监督和支持的制度等。

6. 检察机关在儿童保护中的定位和功能



北京市检察院未检处处长岳慧青

岳慧青处长提出,检察机关在儿童保护中的定位和功能应立足其司法属性,脱离职能的保护有可能会逾越检察机关的职责边界,或因职责边界不清导致重复劳动,造成司法资源的浪费,甚至将检察机关等同于其他未成年人保护的部门或组织。

确立检察机关在儿童保护中定位应当依据司法的根本目的、宪法第一百二十九条以及国际司法准则等。在角色定位上,检察机关的司法属性应当依法进行;检察权的运行过程中的保护对象、业务领域、诉讼程序都应当具有其全面性。检察机关应当在刑事检察领域打击犯罪的过程中,针对未成年犯罪嫌疑人,宽容不纵容,将教育、感化、挽救贯穿始终,对未成年被害人进行双向保护,平等保护;通过刑事案件办理所暴露出的儿童福利问题,以支持起诉的方式维护儿童权益;在民事及行政领域,在履行法律监督职责过程中加强对未成年人的保护。

在儿童保护工作中,检察机关的功能体现在对公安机关的侦查活动的监督,通过抗诉、纠正违法、检察建议的方式对人民法院办理涉及未成年人案件进行法律监督,通过推动配套社会支持体系的建设履行检察职责,检察机关在推动中国特色的少年司法制度的建立中将发挥更为重要的作用。

7. 海牙国际私法会议框架下的儿童保护



联合国儿童基金会驻华办
儿童保护项目官员苏文颖

苏文颖女士提到英国著名作家伊恩·麦克尤恩在《儿童法案》的扉页上写道,“法庭在涉及到一切有关儿童养育的判决和处理决定中,应当以儿童福祉作为核心考虑”。小说从文学的角度探讨了在世俗伦理,法律意志、个人意志、宗教信仰之间存在激烈冲突时,法官应当作出怎样的抉择,侧面烘托了实务中儿童权益保护问题的复杂性与多元性。

海牙国际私法会议是一个政府间的国际组织,主要关注国际范围内国际私法,尤其是法律的适用、证据的搜集、执行送达等问题。海牙国际私法会议框架中有几个公约是专门针对儿童保护的,比如1993年的《跨国收养公约》、2007年的《儿童抚养公约》等。在国际私法框架尤其是海牙国际私法会议框架下,对儿童权益的保护中有一点特别能够体现儿童利益最大化原则,就是国际私法所强调的经常居住地的概念。即,其强调的是儿童本身的经常居住地,而非父母或抚养人的经常居住地,通过考量儿童的成长环境、其形成的稳定社会关系等,为跨国情况下的儿童权益维护提供了一个良性的思路 and 标准,并据此安排儿童后续的养育,这对于我国完善家事法律体系中的儿童保护工作提供了具有可行性的借鉴思路。

三、与谈环节



最高人民法院民一庭法官方芳

方芳法官对张谷教授的观点表示强烈认同,并针对对张谷教授提出的为何不以血缘关系而以继

父子女关系的思路解决问题,解释了法院的诸多考量。法院的思路更侧重于希望在本案中达到个案中各方利益平衡同时本案的判决也必须符合法律规定。首先,根据当时的卫生部规章,从国家层面来说代孕是明确禁止的,其次从子女利益最大化的角度,本家中祖父母与“母亲”都在抢孩子,法院出发点在于双方谁条件更优,抚养孩子更有利,在此基础上确定了这一方向。另一方面,本案的情形直接推定为婚生子女在法律上存在障碍,代孕涉及到三方母亲,我国法律在代孕涉及的各方法律关系的调整上存在缺失,在未形成统一观点的基础上推定为婚生子女有风险,故选择了继父子女关系这一中间路径来认定。



北京市高级人民法院民一庭副庭长邹治

邹治法官主要针对谢琼教授谈到的儿童利益最大化原则提出了个人的一点看法。谢教授从社会政策国家政策制定角度谈儿童利益的保护,而其作为司法工作者则更多落脚在法律救济和法律保护层面。儿童利益最大化这一原则事实在各界都已达成共识,但我们的共识的差别,实质上在于这一政策的落实。我们现有的儿童保护的规定,更多的针对儿童本身,但实际上需要从宏观的角度,比如我们家庭法整体的构建,家庭关系的构建等等维度中考量,在法律关系的调整中到底应当以家长为中心还是要更加侧重于儿童权益的地位。我们目前的

法律框架中还未就此有所表述,现有纠纷与争议中更多都在做确认儿童归属的工作,却没有为儿童提供一个独立的地位。当我们强调儿童作为一个独立的人时,法律中的诸多权利也应当纳入考量,儿童利益最大化原则应当有一个具体的制度加以保障。



北京市西城区人民法院民六庭副庭长张爽

张爽法官从实务案件的角度对案件中的儿童保护问题发表看法。在家事纠纷案件中,涉及妇女儿童保护层面的,多在离婚纠纷中。我们在处理案件中会发现很多离婚案件,家庭矛盾往往从子女出生后产生,当然也是因为子女出生后导致的家庭结构的倾斜与变化。而在该类纠纷中涉及子女抚养权归属的问题,双方当事人往往只从自己利益出发而未从未成年子女利益出发考虑,如实务中夫妻一方因为厌恶伴侣而阻碍伴侣对子女探视权的实现,或者父母通过讨好、无条件满足子女要求的方式争夺子女抚养权等。

张爽法官认为,作为司法工作者应当确立正确的审判理念,引导父母视角及立场从父母本位转变为子女本位。子女利益最大化作为审判与调解过程中的重要原则应当得到更为良性的贯彻,法官需对双方的经济条件,子女与父母双方的关系与相处情况等方面进行多元考量,通过与子女的沟通以及父母子女关系的观察来判断离婚案件中的子女更适宜与离婚双方中的哪一方继续生活。



中共中央党校(国家行政学院)
《国家行政学院学报》编辑部主编编审焦利

家庭责任与政府责任应当共同重视,民主法治从家庭开始,家长的独断常常阻断孩子的民主思想,家长不讲规则,孩子也极有可能缺乏规则意识,家庭教育对孩子成长至关重要。

留守儿童的教育缺失与代际传递对社会稳定皆是挑战,需要重点关注关爱。留守儿童的问题表现在,精神缺爱,身体缺护,心理疏离,学业缺导,应当形成政府在公共资源上提供保障,司法部门从底线上提供防护,社会与学校给予配合,家庭与父母承担主要责任的良性儿童保护架构,通过各方配合使我们的工作完成的更好。



北京市委党校教授,
《北京行政学院学报》编辑部主编郭振辉

国家应当保障国民的健康,也应当使国民是有竞争力的,国与国的竞争实为人与人之间的竞争。而国民的全面发展,正需要国与家共同发力,鼎立配合,儿童保护需要父母承担起为其提供良好的家庭环境成长环境的责任,国家也要在立法执法司法的各个环节为儿童健康成长保驾护航。

另一方面,我们的儿童保护工作呈现出了城乡之间不平衡的格局,城市过了,农村相对更为不健全,政府应当注重城乡儿童权利保护的均衡,对农村儿童尤其留守儿童的保护工作加以倾斜。



北京师范大学心理学部副教授,
党委副书记张锦涛

张锦涛教授着重提出了对网络对儿童及青少年影响问题的关注,结合其对儿童青少年网络成瘾问题的研究指出,特别需要联合更多的力量做好网络环境中的儿童保护。

研讨会现场氛围热烈



(以上会议相关记录均根据录音整理而成)

文字|孙亚男

排版|秦梓萌

会议记录|专题二 家庭财产关系法律问题

2018-10-23 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/P3hbIabCnPPA3DvpoPEnIg>

会议主持



北京师范大学法学院副院长李滨教授

发言人记录



福建省高级人民法院二级高级法官刘炳荣

主题：商事纠纷中涉及夫妻共同债务的几点思考

刘炳荣法官首先谈到认定夫妻共同债务可能造成的后果：可能消灭企业家阶层；置夫或妻一方于死地；不利于家庭的稳定；干扰公司或企业的运营管理；造成社会不诚信，威胁商事交易的安全；增加人民法院审判的工作难度。

刘法官进而提及司法实务中对于夫妻共同债务的认定出现了严重问题。首先，夫妻一方所负的债务系夫妻共同债务没有法律上的依据：《婚姻法》并不规定夫妻一方的债务就是共同债务，在法律上也没有明确规定家庭的性质是团体或者组织，因此规定夫妻共同债务没有法律基础；其次，关于“债权人知道夫妻之间实行约定财产制的，就要受到该规则约束”的规定与《民法总则》中“内外有别”原则相冲突；再次，共签与共债的意思表示的认定是一个法律问题，不应该由法官根据事实进行判断。

刘法官认为必须改变夫妻债务推定的做法，婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义承担的债务是个人债务，无论用途是什么都不能突破债的相对性，由另一方共同承担。所以夫妻共同债务问题是法律制度设计的问题，不能是事实问题，立法层面应当做出明确的制度设计，《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》第一条才是本源。《婚姻法》中的财产制度只是内容的处理和管理规则，不当转化为约定社会成员的规则。



中国社会科学院法学研究所研究员薛宁兰

主题：构建民法典夫妻债务制度的设想

薛教授指出确立夫妻债务的认定标准与清偿责任，事关交易安全与婚姻安全、事关债权人利益和夫妻双方利益的平等保护。它是一个标准问题，需要通过立法来解决，非司法解释所能承载之重任。当前夫妻债务问题在立法上具有紧迫性，但是目前婚姻家庭编和收养法草案对此仍然根据原来婚姻法的规定进行设计，没有根本性的突破。

应当将夫妻债务制度纳入夫妻财产制度规定中，首先确立夫妻共同债务的标准，进行体系化构建。在我国，夫妻共同债务形成的法律依据有以下三个：一是日常家事代理权，即基于夫妻身份产生的相互间与第三人为民事法律行为的法定代理权。婚姻期间，夫妻一方为了日常家事对外与第三人进行的小额交易行为，直接视为夫妻双方的共同行为，无需一方的特别授权。在此基础上夫妻一方形成的债务为夫妻共同债务，夫妻双方承担无限连带清偿责任。二是由法定扶养义务产生的债务，夫妻双方应当承担无限连带责任。三是一方进行投资经营所负的债务。现阶段，《婚姻法》以“用途说”作为夫妻债务的依据，具有缺陷性，忽略了婚后所得共同制产生的制度背景，如果规定收益是共同的，负债是个人的，就会产生自相矛盾的问题。在共同财产制下，夫妻双方的责任财产为共同财产，相关的债务也要及于另一方。

对于以上问题提出以下建议：首先应当规定共同债务的范围，包括为日常生活所负债务；履行法定扶养义务所负的债务；管理夫妻共同财产所负的债务；投资生产经营所负的债务；与其他共同财产取得相关的债务。上述债务的清偿以夫妻共同财产清偿为原则，夫妻共同财产不足以清偿的，前两项债务由夫妻双方承担连带清偿责任，其他几项债务由举债方承担清偿责任。其次明确规定婚后一方个人债务的范围，包括一方婚前所负债务；一方举债用于家庭生活之外所负债务；一方犯罪行为所负债务；一方为他人担保所负债务等。个人债务原

则上由个人财产清偿。另外参照意大利与法国法的经验,可以规定在婚姻关系存续期间,一方以夫妻共同财产清偿个人债务的,离婚时另一方可以请求补偿;一方以个人财产清偿夫妻共同债务的,离婚时可以请求补偿。



北京师范大学法学院副教授赵晓舒

主题：意定监护中的财产问题

赵晓舒老师首先梳理了意定监护制度的相关立法:2013年《老年人保障法》首次提出意定监护,2017年《民法总则》明文规定了意定监护制度,体现了社会与法的变迁。当前意定监护制度存在的问题是立法规定比较抽象,且构造上欠缺监督机制,法律适用上容易引起财产上的纠纷。

赵老师进而从三个层面分析未来财产方面的解释方向。首先,在监护合同与意思能力方面:监护合同缔约时本人意思能力的判断对意定监护开启时事前保护被监护人财产权益具有重要意义。意思能力强调缔约时本人对监护合同的法律意义及后果能够理解和判断的精神能力。其确认一方面可以在签订监护合同时候由公证机关来确认;另一方面在产生纠纷时由法院来确定。监护合同分为将来型的监护合同和即效型监护合同,判断两种合同签订时当事人的意思能力在法律上都具有很大的困难。其次,意定监护人的财产管理职责层面:当前我国监护开始时没有要求意定监护人制作并签署清单,监护终止时没有规定监护人应当对被监护人的财产进行清算,并将财产移交给被监护人、新的

监护人或者被监护人的继承人,这将导致被监护人的财产无账可查,给意定监护人侵吞被监护人财产提供可乘之机。因此应当规定意定监护人在监护开始后的限定时间内对被监护人的全部财产进行调查,制作并向法院提交财产目录。在被监护人取得新的财产时,对目录进行补充。意定监护人制作财产目录时须适格的见证人见证,否则财产目录无效。最后,对意定监护之财产管理的监督方面:监护监督机制的设置不仅要考虑本人自我决定权的保护与公权力介入的界限,还要考虑个人支出的费用,以及国家和社会所能承担的成本,包括法院的人力成本。

赵老师最后谈到关于监护与信托的位相变动。首先,随着国民个人财富的增长和财产形式的多样化,缺乏专业理财资质的监护人容易给被监护人的财产造成损失,且若监护制度本身在监督机制方面也存在局限,则会导致意定监护在财产问题上纠纷频发,为了有效保障被监护人的财产权益,不得不寻求其他替代手段或改进方式。因此,在监护社会化的发展趋势下,很多出现上述困扰的国家和地区开始用信托代替监护或把监护与信托相结合。其中美国的持续性代理权制度、英国的永久性代理权制度、加拿大魁北克省的自委托合同制度、日韩的监护制度支援信托、我国台湾地区的残疾人抚养信托,在本质上具有监护信托的意义。其次,信托具有以下功能:能保证专款专用,信托财产独立于委托人和受托人,避免受到监护人或第三方的恶意侵占;能让财产永续经营,信托关系不因一方死亡而消灭;基于信托机构的专业性,信托财产不会被不善理财的监护人或被监护人肆意挥霍;促使监护人为了避免承担监护不力的责任而加强对监护信托机构的监督。最后,联合国残疾人权利委员会在《联合国残疾人权利公约》第12条的一般释评中指出要废止意思决定代行制度(substitute decision-making regime),发展意思决定支援的替代性选择(supported decision-making alternatives)。有把重点放在意思决定支援,而把意思决定代行作为最

后手段的倾向。根据监护和信托的传统关系理论,信托是为了避免国家过度侵害私人领域,代替监护的手段。但是,未来在意思决定能力障碍人的财产管理层面,二者的位相是信托作为中心手段,监护作为补充手段。



中国政法大学民商经济法学院民法所讲师缪宇

主题:《夫妻债务司法解释》背景下 债权人利益和配偶利益的再平衡

缪宇老师首先提到在夫妻共同财产制的框架下,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,首先是夫妻一方的个人债务。基于夫妻共同债务推定规则,该债务同时又被推定为夫妻共同债务,从而债权人就夫妻共同财产和债务人个人财产受偿。为了推翻这一推定,债务人的配偶应当证明该债务只是债务人的个人债务。债权人主张该合同之债为日常家事代理权行使所生的连带债务的,应当证明该合同能够在客观上适当满足家庭日常生活所需;债务人的配偶则应当证明,债权人知道或应当知道债务人及其配偶对日常家事范围的限制,或该合同在客观上超越了满足家庭日常生活所需的界限。

缪宇老师进而提到司法实践中对夫妻共同债务的认定存在以下问题:一是过于宽泛的认定配偶“事后追认”:如果配偶一方有以下情形都会被认定为“事后追认”——承诺(共同)还款、愿意接受债务、重新出具借条、重新确认债务、制定还款计划或者主动还款、知情而不否认、以个人账户接

收(部分)款项。二是“唯金额论”的泛滥:债务金额大小成为法院认定“日常家事型夫妻共同债务”的唯一标准,举债用途被无限弱化。三是“收益分享”理由的滥用:以配偶分享了夫妻一方举债之后经营的生产收益为由将债务认定为生产经营性夫妻共同债务。

缪宇老师最后指出在认定夫妻债务时首先应当明确“事后追认的含义”,以夫妻一方以个人名义负担的债务是个人债务为出发点,如果配偶事后追认则可以认定构成债务加入,通过对配偶意思的解释,区分单方承诺债务加入和代为履行;同时应当明确知情沉默不构成追认。

其次放弃“唯金额论”立场:放弃推定规则,维护家庭内部的信赖;基于个案具体情况根据负债金额大小、家庭经济状况及各方收入来源、夫妻关系是否安宁、当地经济水平、借款名义及资金流向等综合认定借款用途。



北京师范大学法学院博士生董倚铭

主题:《继承法》修法中的坚守与突破 ——以基层司法实践为视角

董倚铭首先提到遗产范围和法定继承人的范围和顺序问题。关于遗产的范围,法律在规定遗产范围时有两种方式:一种是“列举+兜底条款式”另一种是“概括式”,采用何种方式规定遗产范围是立法技术问题。概括式具有科学性,列举式也因为能够明确规定某种财产是否属于遗产而具有优势。现行法采用的是“列举式+兜底”的方式。《草案》中出现了一个概括式的条款。随着不同财产形

态的出现,未来可以在保留列举式的基础上,探索其他法律中比较成熟的做法,将其纳入进来。其次,在法定继承人的范围及顺序上,《草案》没有进行很大的变动,主要的改变是承认了兄弟姐妹的子女可以作为代位继承人的身份。建议可以追加孙子女、外孙子女为第一顺序继承人;增加独立的第三顺序继承人,将叔、伯、姑、舅、侄、甥等纳入继承的顺序中来。

其次,关于继承权的丧失及恢复。《草案》在继承权丧失方面,增加了欺诈胁迫的情形,可以对不良风气起到打击和制约的作用。在继承失权后的宽恕制度设计上,对原来法律制度进行了吸收和调整,删除了有虐待与遗弃行为的继承人需要有悔改表现的规定;明确了伪造、篡改、隐匿遗嘱属于可宽恕的行为。《草案》没有提及杀害被继承人的能获得宽恕的问题。

再次,关于遗嘱形式及效力。在遗嘱形式上新增了打印遗嘱、录像遗嘱的形式,在现实中以上述两种方式订立的遗嘱的成立,必须满足法律规定的实质和形式上的要件。在遗嘱的效力上,废除了公证遗嘱效力优先原则。在现行继承法上,公证遗嘱具有优先效力,如果要变更公证遗嘱必须通过一个新的公证遗嘱来推翻,在适用上具有一定的局限性,导致被执行人真实的意思表示得不到尊重,因此本次修法取消了公证遗嘱的优先性,其他的形式也可以推翻公证遗嘱。但在审判实践中,需要当事人证明后设立遗嘱的真实性,如果当事人不能证明,则依然承认公证遗嘱的效力。

最后,关于遗产管理人制度。现行的继承法没有规定遗产管理人制度,本次修法将原来的遗嘱执行人、继承人推选的人、民政部门等列为了遗产管理人,同时草案第九百二十八条规定遗产管理人可以取得相应的报酬,对遗产管理人制度的发展具有很好的促进作用。但是由于涉及遗嘱分配的公平性难以界定,容易增加成本,激化家庭矛盾,因此从司法实践的角度上讲,未来一段时间内还是应该对遗产管理人的资格进行限定,暂时还不适宜从外部

进行选任。



中国法制出版社编辑马春芳

主题：家事法律问题与出版的价值整合

马春芳编辑首先对家事法相关图书出版情况进行总结。近年来,家事法律问题相关方面的图书出版数量呈递增趋势,法制出版社2018年出版相关图书30余种,分为法规解读汇编类、学术专著类、司法实践类和社会法律普及类等,体现了家事法律研究与出版行业出现了高度的价值重合,期待更加系统化与多元化的研究成果出现,通过出版发挥最大的社会效益。

马春芳编辑进而对家事法律研究提出以下几点建议:

第一,从图书出版的角度,对于家事法律问题的学术专著,应关注研究的前沿性与深度性,进一步强化学术精品意识,提出更加有高度有深度有温度的研究成果,提升并扩大家庭法律研究的影响力,引起学术界对婚姻家庭立法理论研究的进一步关注;对于婚姻家庭领域司法实务类的研究和法律类普及成果,应进一步围绕焦点、热点深化研究,坚持问题导向、务实有用的原则,准确透视当下面临的新问题和新挑战,及时提出具有针对性的对策性建议。

第二,从家事法律研究的方法与写作方式的角度,推广利用大数据研究的方式,通过对家事案件数据的积累和分析,推动家事法律的探索,并进一步转化为以大数据技术为支撑的研究成果;综合法

学、心理学、社会学等学科理论,深入研究家事法律问题,期待具有交叉型、综合性、专业化的学术研究成果出现。

与谈记录



厦门大学法学院副院长何丽新教授

针对夫妻共同债务问题,何教授有如下观点:婚姻法回归民法后,民法的规则大量渗透到婚姻法领域,但在夫妻共同债务的共同偿还问题上,不能将其理解为连带清偿责任,因为其不属于民法上的概念,我国婚姻法体系没有建构起夫妻共同债务的连带清偿责任制度。在整个交易过程中,应当将夫妻共同债务对外推定为个人债务,先以个人财产对个人举债的部分承担偿还责任,非举债一方以共同财产为限清偿举债方所欠之债。其中涉及的家庭破产问题还有待思考。针对意定监护问题,何教授主张在信托之外将意定监护整个“意定化”,大面积扩张养老合同,将意定监护和遗赠扶养协议混同作为一种养老合同,通过律师队伍等进行监督。



北京师范大学法学院副教授马剑银

马老师首先指出,在家庭共有财产的问题上,婚姻法、民法与商事法之间的融贯性缺乏相关顶层设计。主流民法学界侵入传统婚姻法学界获得了很大的成就,其中不仅仅是法律体系的问题,还涉及到中国传统社会的变迁。他进而提到家庭共有财产问题涉及婚姻、家庭、夫妻三方面的概念:传统中国基本的单位是家或者家庭,发展到现代中国,男女平等、自由、一夫一妻的观念打破了传统中国中“家”的概念,个人主义观念尚未完全建立,甚至“家”和“家庭”本身的概念也是不确定的。涉及到夫妻共同财产的问题时,家的模式究竟是“夫和妻”还是“夫妻+孩子”或者“夫妻+‘户’里的老人”,法律上都没有进行明确的界定。《婚姻法司法解释二》是扩大解释,把家庭当作合伙,承担无限连带责任。《婚姻法司法解释三》则强调个人主义,承担有限责任。如此相反的司法解释难以对婚姻和家庭的法律地位进行界定,因此需要立法上的顶层设计。马老师最后指出,共债共签问题存在的原因,是应对型司法解释造成的后果。在我国司法实践中,由于缺乏法律体系上的融贯性,各地只能根据各自地方的具体情况进行审判,其处理的方式和结果都与地域有密切的关系。



北京市第二中级人民法院民六庭副院长陈广辉

陈法官首先回应了发言人提到的问题。关于意定监护中的财产问题,陈法官认同信托财产管理的制度设计,但认为其普及存在问题;关于意定监护制度,陈法官认为“意定”在前,法院是事后救济的环节,不必提前介入。其次,陈法官提到北京市

二中院在解决夫妻共同债务问题方面的思路:首先要穷尽现有规则,再进行事实判断,最后才是价值判断的问题。

在对发言人作出回应后,陈法官也陈述了自己的观点。首先,关于立法价值的偏向性问题。传统的婚姻仅是身份属性的体现,现代社会婚姻中的公共利益、第三方利益和契约等属性体现的越来越明显。需要平衡婚姻共同体的维护与个人权利的保护、婚姻家庭纠纷及其对社会公共秩序的影响,这是立法的价值考量问题。对于夫妻共同债务,应当进行财产和债务的一体化构造。如果我国能够通过建立夫妻财产登记制度等解决现行法上制度供给的缺乏性问题,夫妻债务问题就可以解决。其次,关于规则协调性的问题。个人合伙、夫妻公司等不仅仅是家庭内部的问题,涉及婚姻的财产关系相对于其他的财产关系中财产归属的规定而言,不是简单的特殊法与一般法的关系,也不能简单地进行“内外区分”,需要做出体系化的解释与之相协调。



北京市西城区人民法院民六庭副庭长张涛

张法官指出,当前家事案件数量不断增长,涉及财产问题难度增大,现行法律规定也存在一定的问题,结合审判实践谈以下两点:

首先是关于夫妻债务的问题。当前夫妻债务问题越来越突出,以北京市西城区人民法院民六庭为例,2017年夫妻债务案件同比增长40%。在相关案件中,举债方配偶因为不知道举债事实,容易产生抵触情绪;在债权人方面,新司法解释更倾向于配偶和债权人利益的兼顾,加大了债权人维权的难度

和成本;借款的去向是审查的核心事实,但是实践中存在虚构债务、生活开支凭证因时间问题难以保存等原因,借款的去向难以查明。关于家庭财产案件的审理,西城法院进行了有益探索:在所有涉及婚姻家庭财产分割案件中,实行财产申报制度。在立案和送达传票环节,分别向双方当事人送达《家事案件家庭财产状况申报表》,要求当事人如实填写财产状况,并明确告知不如实申报财产的诉讼风险,采取少分或者不分的方式、罚款拘留等强制措施,促进诚信诉讼和夫妻共同财产的公平分割。西城法院截至目前共发出185份申报表,有效震慑和打击了故意隐匿和转移家庭财产的违法行为,加快了案件审理进度。

其次是关于继承法的问题。现行继承法不能适用当前审判的需要,急需修改:例如继承法第十三条规定对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人一同居住的继承人可以多分遗产,上述情形还需法院进一步甄别。关于继承人范围和顺序的问题,由于在审判中往往出现被继承人没有继承人的情况,增加代位继承人和第三顺位继承人很有必要。



北京金茂凯德律师事务所合伙人韦英洪

韦律师认为在夫妻共同债务认定和立法的改革问题中善意债权人财产权益和无辜配偶合法权益的平衡是一个两难的选择:如果对前者过度保护,受到侵害的是无辜配偶的权益,例如离婚一方恶意扩大债务的范围稀释夫妻共同财产;但如果对后者过度保护,则直接侵害的将是善意债权人的权益,例如以假离婚逃避债务问题的存在。夫妻共同债务制度实际上是举证责任的转移,需要债权人证明举

债实为生活所需,从立法的层面上向无辜配偶权益进行了一定程度的倾斜。从这个角度上讲,《婚姻法司法解释二》第二十四条对于防止逃避债务具有积极的意义。善意债权人财产权益和无辜配偶合法权益二者的平衡一方面需要法官的自由裁量权:何为共同生活所需、何为共同经营是事实问题,并不能划分一个简单的标准,需要根据法官的经验寻求动态的平衡,做到个案个判;另一方面考虑虚假诉讼的问题:司法实践中相关部门进一步提高对虚假诉讼的敏感度和关注度,可对寻求二者的平衡起到一定的积极作用。

自由讨论

薛宁兰教授:以前婚姻法关注的是夫妻关系,对家庭法关注比较少。当前在民法法典化过程中,婚姻法回归民法大家庭,因此婚姻法研究应当与民法、财产法融合,绝不能闭关自守,固步自封。不仅要加入民法、财产法研究,而且还要关注公司法,本次会议吸收了不同部门研究人员参与研讨,这是婚姻法研究的进步。

何丽新教授:家庭财产的范围非常广,包括家庭财产共有制、父母对未成年财产的管理问题,财产监护问题、家族企业对于家族财产的保值增值问题。这些问题都是很复杂的问题,所以在研究中应当要把视野放宽。



(以上会议相关记录均根据录音整理而成)

文字 | 朱自文 排版 | 沈德凤

会议记录|专题三 “家事法的实践与展望”

2018-10-25 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/PQ090BoFtdh3EfTGLIWaxw>

一 会议开场



浙江大学法学院张谷教授

此次专题会议的主题为“家事法的实践与展望”,由浙江大学法学院张谷教授主持,与会人员围绕会议主题进行深入探讨。

二 发言环节

继承纠纷的疑难问题与审判展望

基于继承纠纷的现状,邹法官谈到继承纠纷主要有三个基本特点:第一、继承纠纷处于快速上升态势;第二、继承纠纷兼具财产性和人身性的特

点,继承标的的数量和形式日益复杂多样;第三、相对简单的法律规定难以满足日益复杂的继承纠纷,执法不统一现象突出。



北京市高级人民法院民一庭副庭长邹治

邹治法官提到,司法实务中继承纠纷解决的疑难问题主要是继承纠纷的特殊性以及相关立法和司法解释不是很全面所致。继承纠纷中有很多案件既有法定继承又有遗嘱继承,从而一并处理,如诉讼便利原则、家事案件一并处理原则。但是在家事纠纷中,一并处理原则并没有被明确规定。邹法官提到了承租公房问题,已死亡配偶工龄福利继承,农村宅基地房屋继承,违法建筑的继承问题,其中有很多问题值得进一步思考。

反家庭暴力案件探析



北京市西城区人民法院民六庭副庭长张爽

张爽法官以西城区人民法院涉家庭暴力案件调研为基础,结合司法实践情况谈到引发家庭暴力

主要有两方面因素:一方面是传统观念的影响,另一方面是社会压力大。西城区的案件以后者居多。通过具体案件,张法官总结出家庭暴力案件的几个特点,即主体特定性,行为不稳定性,隐蔽性和举证困难性。

目前西城区人民法院受理的涉家暴的案件数量在逐年上升,特别是《反家暴法》实施之后,西城区人民法院收到的人身安全保护令的案件,2016年有40起,2017年有17起,2018年截止到10月初,有25起;其中成功发出人身安全保护令的案件,2016年有3起,2017年6起,2018年9起。其中涉及到的家庭关系复杂,有夫妻之间、父母子女之间、兄弟姐妹之间,继父母子女之间等等。自从2016年《反家暴法》推出以来,家庭暴力案件受理成功率逐年提高,其中申请人身安全保护令的案件多有被驳回的情况,驳回理由基本上都是因为没有证据或是证据不足。这些案件多具有举证困难的特点,表现在:证人多为亲属,证明力弱,时间间隔长,伤痕证据不足。也存在双方互殴、都有伤情、当时和好,主动要求不追究,经过调解和好、申请目的不正当的现象,导致案件受理或人身安全保护令申请失败。

通过司法实践,张法官呼吁司法人员应当树立正确的审判理念,要认识到家庭暴力不是私事,而是全社会的事。为此,西城区人民法院已经采取了一系列措施,如进行区域联动,开通人身安全保护令绿色通道;在亲自抚养权的规定上,施暴者即使抚养条件优越,经过考虑也可能不会把抚养权判给他;离婚案件里,可以选择保护性的缺席审理;会对受害人的现住址进行保密;在受害者没有条件时,通过妇联聘请代理人;特别制定西城区反家庭暴力规定,借鉴国外反家庭暴力的庇护所制度,与妇联等合作,为受害者提供短期的救助等。

家事审判改革中的

多元纠纷解决机制研究

——以涉家庭暴力案件为切入点



北京市海淀区人民法院立案庭法官助理王静姝

在司法实践工作中,王静姝总结出家庭暴力主要基于两种关系,一种是身份关系产生,另一种是民事纠纷关系,在今天的家事法会议中主要谈谈第一种。王静姝提到建立涉家暴案件多元纠纷解决机制具有很大的必要性。首先,多元解决可以有效尊重当事人意愿、降低解决纠纷的成本;其次,涉家暴案件具有特殊性,对抗式诉讼易激化矛盾;再次,家庭暴力证明难度大,且不因法院裁判终结;最后,人身安全保护令强制执行不易。因此,多元化解决纠纷不失为一种好的选择。

目前的家事案件多元化解决机制存在以下不足:第一,调解前置适用的案件类型过于狭窄,以自愿为原则,不能强制调解,引导调解过程有限,大量的应该进行调解的案件没有机会进行;第二,调解、审理期限约束严格,时间有限,没有完全解决的案件必须重新转入诉讼程序,其中的程序矛盾意味着诉讼法应当适当变化;第三,经费保障不健全,专业化受限。

统计表明,大部分案件兼有身体与精神暴力。相关研究指出,习惯性家庭暴力和偶发性家庭暴力有很大的区别,习惯性家庭暴力已经形成了家庭暴力循环,施暴者控制,受害者忍耐,持续时间长,暴力行为具有综合性;而偶发性家庭暴力未形成家庭暴力循环,受害者心理受控制较小,多因家事矛盾而激发。对于这两类家庭暴力案件,应当分开处理。那么如何区别分开处理?首先,对家庭暴力进行筛查与风险评估,向当事人告知筛查程序,分别

进行询问,了解纠纷背景、是否涉及家庭暴力。同时依据风险评估结果,判断是否需要先行申请人身安全保护令、引入法律援助、心理咨询等。其次,关于涉家暴案件化解原则,应当以安全为先,居中调解,化解纠纷为主,矫正治疗为辅。最后,配套保障措施,比如受家暴女性避难所、家暴受害者救助热线、儿童/青少年救助热线、家暴受害者咨询援助中心以及施暴者矫正机构等等。

成年人监护权特别程序案件 审判经验汇报



北京市西城区人民法院民六庭法官助理曹巧峇

曹巧峇主要谈到典型问题和司法实践的规则。从监护的概念入手,逐渐阐明概念是逻辑的起点。而在“监护”一词中,“监”在“护”之前,更倾向于一种权利,而非义务,这是对民法典的精神的一种回归。大陆法系国家侧重于保护,只是出于对成年人的尊重。在近几年的司法实践中,西城区人民法院受理的成年人监护的案件存在两个问题。

第一个问题是涉及成年人监护权的案件的数量在近三年增长很快。此类案件的特点也很明显,主要是积极证明,而不是消极推诿,和未成年人监护权案件不一样的是,成年人监护权案件中当事人都是在争监护权,其形成原因主要是利益驱使。曹巧峇指出监护人的法定代理权有扩张的趋势,一些重大交易都要求监护人代为签署才能产生法律效

力,一般都需要有一个法律效力的确认;在日常生活中,监护产生的利益增加,出现监护人侵占被监护成年人的财产和觊觎被监护成年人的遗产的情况。因为按照法律,在被监护人去世后,监护人尽到赡养义务是可以得到遗产分配的。

另外一个问题是成年人监护权案件案由的确定。成年人监护权适用特别程序在诉讼法中没有明确的规定,而是适用《民通意见》。其中规定确定监护人和变更监护人适用特别程序。曹巧峇指出这种定位是比较尴尬的,因为《民通意见》是对实体法的解释,但是这条规定的本质是程序法,这其实是实体法与程序法的混淆。案件事实与案由的不对应,给司法实务造成了一定的制约,因而曹巧峇建议适当增加案由。

在指出规则背后的法律原则不容忽视的同时,曹巧峇提出确定监护人不应该一味的遵循法定监护人顺序,而应当遵循监护人意愿的陈述,从而做出有利于监护人和被监护人双方的判决。

夫妻忠诚协议效力之实务探析



北京天驰君泰律师事务所律师段凤丽

段律师从赵某与谭某离婚案谈起,剖析案件中作为争议焦点的夫妻间赠与协议的效力以及以承诺书形式呈现的夫妻财产约定的效力。通过各地对夫妻忠诚协议效力的意见、裁判指引以及学界观点争论的梳理,段律师讨论了夫妻忠诚协议的内涵、类型与性质。她认为《婚姻法司法解释(三)》回避了对忠诚协议性质和效力的统一规定,由各个法

院根据具体案件具体裁判。但由于法院不能拒绝裁判,实践中忠诚性质的协议、保证书、承诺书大量存在,同案异判问题突出。夫妻忠诚协议书、保证书、承诺书的性质既非合同也非夫妻财产约定。鉴于忠诚协议本身的性质、存在的意思表示非自由以及限制婚姻自由等天然缺陷,将其作为未生效的离婚协议,赋予当事人反悔的权利是妥当的。至于无过错方的救济,可以依据《婚姻法》第四十六条之规定(离婚损害赔偿),及司法实践中很多法院掌握的在共同财产分割中对无过错方10%幅度的照顾,能够起到惩戒违反忠实义务一方的作用。

三 与谈环节



民政部社会事务司副司长倪春霞

对于邹治法官提出的继承纠纷问题,倪春霞司长结合工作中的经验不禁发问:孤儿继承的财产由祖父等监护人代为保管,谁来保障孤儿的权利?这方面的问题在实践中依然存在困难,因为孤儿不完全具有保护自己的能力,政府对于此类事件无法做到完全保护,司法部门也没有相对应的完善措施。另一个问题是父母被撤销监护权之后,父母子女关系在法律上的终结同时也意味着父母对子女抚养权的终结,理论上也意味着子女对父母赡养权的终结,那么是否也意味着继承权的终结?倪春霞司长认为这里有必要采取对儿童利益的保护视角,因为监护权的撤销不是由孩子造成的,而是因父母的违法行为被撤销的,那么孩子的继承权是否就不应当受到影响?虽然目前还没有此类案件的发生,但是

有必要在理论上防患于未然。

对于张爽法官和王静姝法官对家暴不同角度的分析,倪司长表示:政府有义务对家暴受害者进行庇护救助。从家暴法实施以来,有367起家暴案件的受害者在遭受家庭暴力之后到民政部门寻求救助,其中,272件受害者为女性,占比74%;96件受害者为男性,占比26%;299件受害者为成年人,占比82%;68件受害者为未成年人,占比19%。但是,同为受害者的妇女和儿童应当被区别对待。因为妇女是有民事行为能力的,但是儿童是没有民事行为能力的;对于妇女,可以尊重其意愿,采取调解等措施,但是对于儿童,应当采取强制措施。同时也要注意妇女被家暴的背后也可能存在着对儿童的家暴,因此需要同时关注着儿童。倪司长认为,对于偶发性家庭暴力,要调解;但对于习惯性家庭暴力,调解要慎用。

对于曹巧峇法官提出的监护的问题,倪司长提出疑问:民政部门的儿童福利机构管理办法制定过程中遇到了问题——《民法总则》中提到了“没有监护能力”这个词,但是什么是“没有监护能力”?没有监护能力如何判定?谁来判定?这里几乎是空白。民政部在请教全国人大时,全国人大将这个很难的问题直接交给了民政部,让民政部决定“没有监护能力”的界定和判定程序。民政部初步认为不能将经济能力作为监护能力的判定标准之一,对于没有经济能力的监护人政府应当予以救助,而不是判定为没有监护能力。在判定“是否具有监护能力”这个问题上,民政部承担着很大的风险。另外,在判定为监护人没有监护能力的情况下,民政部门成为监护人以后,是否可以送养孩子?因为从儿童的角度出发,为儿童寻找更好的监护人对儿童更有利。但是目前民政部不敢这样做,因为没有监护能力的监护人还有可能会恢复监护能力,这个时候怎么办?这个问题对于民政部也是一个难题。

对于段凤丽律师提出的婚姻忠诚问题,倪司长提到民政部对于这方面问题的实践:结婚登记和离婚登记中的忠诚与财产协议,要求婚姻登记机关备

案的,要区别对待。对于“不得再婚”这种违反婚姻自由的违法要求,是不给予备案的,但是合法的忠诚协议予以备案。



中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长、
中国人民大学法学院龙翼飞教授

龙教授首先谈到法官对基层案件如何处理的问题。他赞成家事审判中一并处理的做法,主张家事诉讼制度的简化,将家事诉讼作为民事诉讼的一部分,以做到司法为民。

关于邹治法官提到的承租公房继承问题,龙教授认为其是社会保障制度的一部分,是在通过有限的社会资源保障家庭成员的权利。就父母子女及其家庭成员而言,不是继承问题,而是居住权的继续实现问题,但在实现过程中应确定子女具有继续承租的资格,即子女没有住房。同样,已死亡配偶的工龄福利继承也属于社会保障问题,按照按劳分配的制度,工龄是所得的一部分,基于工龄所带来的福利只要能够财产化,就可以继承,否则不能继承。

对于农村宅基地的房屋继承问题,龙教授谈到宅基地使用权本身是用益物权,而对在宅基地上建的房屋所享有的权利是所有权,这两个权利都是物权,物权的可继承性是不言而喻的。但是我国为了防止城里人与农村人争地,规定非农村户籍不得在本村申请宅基地,宅基地只能是一户一宅,本村村民之间可以买卖自己的房屋,同时宅基地在村民的同意的情况下可以进行调换,但是一户一宅是必须的。这其实是农村村民的成员权问题、公平权问题,

只要是农村的村民，村民之间的房屋就可以买卖，房屋继承是没有问题的；问题在于，城里人想回到乡下，想和农村的兄弟姐妹们一起分割房产的时候，法律是不保障的。根据法律规定，只要属于个人的财产权而非人身权就可以继承，这在《继承法》上是没有障碍的，只不过是继承实现的过程中，能否将宅基地权利转到名下的问题。在这个问题上，继承法可以这样解决，即按照《农村宅基地管理办法》，对宅基地权利的转让问题遵守《土地管理法》相关的规定，《土地管理法》中应当对农村宅基地在继承情况下的转让问题做出相关的规定。如果今后农村制度的变革变成城乡一体化或者变成同地同权，龙翼飞教授认为，宅基地的继承应当也不成障碍。宅基地的继承并没有剥夺其他村民的权利，其他村民继续在分户的情况下按照一户一宅的方法获得了一份宅基地，更何况我国的体制下，如果没有占用耕地，而是用四荒地建房的话更没有障碍，立法者担心的不过是城里人到农村去占耕地。龙翼飞教授认为在《继承法》的编纂过程中应当有很好的解决方案。

在对忠诚协议的法律效力问题看法方面，龙教授认为依据《婚姻法》的规定夫妻应当相互忠实，忠诚协议是民法中的诚实信用原则的表现，忠诚协议有利于保障夫妻双方的知情权，对于婚姻关系的稳定具有基础意义。对于忠诚协议是否能够作为裁判的依据，那要看具体的情况。



最高人民法院民一庭法官方芳

方法官就发言嘉宾提出的诸多问题做出了统一回应。她表示这些问题涉及到很多方面，不仅仅是法律问题，很多时候，司法实务会受到现实的制约。对于家庭暴力案件的处理问题，西城法院和海淀法院有不同的处理方式。但是从最高法的角度来说，不提倡调解。理由在于家庭暴力是不平等的，离婚是对受害者的一种保护，否则后来会面临更复杂的境况。方法官提到人身安全保护令是一个行为的保全，所谓的执行是处罚，希望可以降低发出标准，只要有一定的证据证明就可以发放保护令。但是法官也会有危险，其他的保护措施应当完善，才能让法官安心的发放人身安全保护令。



最高人民检察院未检办处长张寒玉

张处长以《呼兰河传》中的被人绕着走却没人填的“坑”为切入点，向中国法学界发问：为什么我国民法立法进程缓慢？为什么我国刑法比民法完善？法律中的“坑”在哪？难道要一直绕着走？张处长同时对家庭暴力问题阐述自己的看法：国家的干预要考虑亲密关系，可以考虑心理学和社会学的介入。



福建省高级人民法院二级高级法官刘炳荣

基于邹法官提出的继承纠纷的问题,刘法官提出了股权继承的问题。股权继承中,不仅可以继承财产权,还可以继承身份权。实践中却存在着很多问题,比如:继承人是一个没有经营能力的人,这种情况是否要限制?怎么限制?没有行为能力的人,股权怎么继承?怎么代理?如果继承人是外国人,又该怎么解决?刘法官指出往往继承发生以后,发现没有规定,所以通过修改章程或者股东决议来决定继承。《中华人民共和国公司法》(简称《公司法》)第75条规定的继承仅限于法定继承,遗嘱继承被排除在外。然而《公司法》并不能解决继承问题,所以,继承法有待完善。



北京金茂凯德律师事务所合伙人齐斌

齐斌律师认为股权继承是《公司法》自治的一个问题。谈到监护人顺序,齐斌律师提出民法通则对于监护人的顺序是否具有强制效果的问题。他提出法定顺序背后的考量就是按照最靠近被监护人的标准进行排序的,当没有相应的证据来证明法定顺序的不合理性时,还是要按照法定顺序来执行。谈到忠诚协议,齐斌律师认为要分开考虑。约定的内容是否合法,是否在罚款上能够被强制执行,是对其效力本身内容的认定;但是忠诚协议这种形式,是另外一个问题。齐斌律师认为单纯的从婚姻关系来看,忠诚协议是一个民事合同,其效力可以参照《合同法》。至于人身安全保护令,齐斌律师认为其只是一个行为的保全,是执行问题,而且在将来不能作为证据。因此对于家庭暴力问题,是否报警

更简单有利,值得我们思考。

四 自由讨论环节



北京市海淀区人民法院法官助理王静姝

反驳齐斌律师对于人身安全保护令的看法。报警与保护令措施相比,缺少房屋使用权等其他方面的效力。比较法中德国法中规定“谁施暴,谁离开”,警察只能保护一个星期,但是法院的保护令更持久。

浙江大学法学院张谷教授

张谷教授就宅基地房屋继承问题表达了自己的看法。宅基地使用权依照法律规定为用益物权。农户有宅基地的使用权,但这个权利不可以转让,则意味着对于农户来说不具有财产价值。但我们又说宅基地的使用权是农户财产的一部分,因为每一户都可以争取一户一宅,当具有宅基地使用权时,如果被侵害将会受到《侵权责任法》的保护。像这种不可转让的用益物权,在《侵权责任法》上可以作为司法保护的客体的组成部分,但绝不可以作为债务人对外承担责任时的责任财产的组成部分,它不能转让为金钱价值。宅基地上的房屋归农户所有,可以出卖,但房屋一旦出卖就会涉及到宅基地使用权。那么宅基地使用权怎么办?这是近年来很多地方实践中遇到的问题,但是很多地方只要房屋在,哪怕继承人是城市户口,还是可以继承房屋的,那么继承了房屋实际上也就拥有了用地的权利,但是能否叫做宅基地使用权还是一个問題。很多地方法院提出是否能给继承人一种债权性土地使用权,把

宅基地使用权作为一个客体，让继承人有偿租赁。张谷教授认为宅基地使用权是否可以租赁是个值得思考的问题。通过这个问题张教授指出，在面对复杂的社会生活之时物权法缺乏改变。

张谷教授还谈到民政部门与司法机关权责交叉的问题。忠诚协议能否备案？监护权能否撤销？首先要在体制上分清，应由谁来负责。另外，监护权与抚养权不是同一个权利，应当区别对待。

北京航空航天大学法学院周友军教授

关于忠诚协议的效力，周教授提出疑问，法律对于私人生活到底应有何种介入程度？不同法院对于这个程度的认识不同。周教授倾向于由法官来调整，类比违约金折中判决。

对于宅基地使用权以及宅基地上房屋的继承问题，周教授指出物权法对于这种情况下权利的归属界定的不够清楚。继承也涉及到农村宅基地使用成员权，是否可以通过把权利折算成财产来保护当

事人的权利？

民政部社会事务司副司长倪春霞、 浙江大学法学院张谷教授

倪春霞司长向张谷教授发问：有监护权却不一定有抚养权，是指什么意思？

张谷教授回答：监护只解决人身和财产照顾的问题，并不解决抚养权利义务的问题。但是大多数时候两者在一起，分开是个例，所以二者不能混合在一起。

倪春霞司长进而问到：民政部门有了监护权之后，监护权与送养权是什么关系？

张谷教授答道：被送养的孩子的父母具有送养的权利，当民政部门作为孩子的监护人和抚养人时，是具有送养权的，只是需要法律的介入。

文字 | 李竹琳 排版 | 秦梓萌

中国法学会民法学研究会 2018 年年会会议简报第四期

2018-10-29 中国民商法律网

<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34812&from=timeline>

[导语]

中国法学会民法学研究会《民法典分编编纂中的重大疑难问题》主题发言顺利进行。

四、主题发言

主题：

《民法典分编编纂中的重大疑难问题》

主持人：

陈小君：中国法学会民法学研究会副会长、广东外语外贸大学土地法制研究院院长、教授、博士生导师



各位理事、各位代表，大家上午好！按照会议

的安排,今天上午的议程进行主题发言,这是非常重要的一个议程。按照会议的安排本次主题发言的主题是“民法典分编编纂中的重大疑难问题”。大家已经看到,我们这个会议手册上有6位发言人,所以时间相对比较紧张,请各位发言人遵守时间。下面我们有请第一位发言人,中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长王利明教授就《民法典合同编(草案)的重大疑难问题》发言。

发言人(每位发言人发言时间不超过15分钟):

王利明:中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长、中国人民大学常务副校长、教授、博士生导师



大家好!我就民法典合同编草案中的疑难问题跟大家汇报一下。合同编草案占整个民法典篇幅1/3还多。合同编内容多,涉及的问题多,可讨论的问题也非常多,下面我归纳了十个问题。

第一个问题,关于是否设立债的一般规定或债法总则。合同编立法过程中,是设定债法总则还是以合同法总则代替债法总则,这一直是一个有争议的话题。立法机关采纳了不再设立债法总则,以合同法总则来替代债法总则的做法。这种做法有一定的道理,也有比较法依据。

问题在于采纳这一模式后,无因管理、不当得利只能放在合同法分则的后面作为两章处理。这样一个体例安排确实存在明显问题,体系上非常乱,怎么在合同后出现了不当得利、无因管理?它们为什么放在合同后面,和合同究竟是什么关系?没有解释清楚,没有说明两者之间的关系。我认为,如果不采纳债法总则模式,是不是可以考虑采用准合同的概念,这也是借鉴英美法和法国法经验。准合同的核心就是当事人的意愿,只要体现了当事人的意愿就可以作为准合同,它和合同共同之处在于体现当事人的意愿,但与合同也存在区别,所以把它称为准合同。我觉得不当得利作为准合同没有任何问题,因为它本身是在没有合同下的一种引发债务的行为,体现当事人的意愿。不当得利有两种体系,一种是因违约发生不当得利,可以放在总则,这个没有问题。但是因侵权发生不当得利怎么安排?通常来说因侵权发生不当得利不好说是准合同。我认为,因侵权发生不当得利可以在侵权责任法中规定,因其他原因发生的不当得利,可以按照准合同处理,这种体系比较合理。如果最后采纳债法总则的立法模式,那就不需要准合同,完全可以在债的体系下规定不当得利。

第二个问题,先期谈判中的承诺能不能视为合同条款?目前编合同草案第281条规定,当事人一方在订立合同前向对方所作的允诺内容具体确定,对合同的订立有重大影响,双方有理由相信其为合同内容的,该允诺视为合同条款。在谈判中过程一方对另一方做出的允诺,如果对方有理由相信是合同内容,可以视为合同的条款。这个规定最初来自于最高人民法院关于买卖合同的司法解释。这条主要针对这么一些情况:买房过程中一方向另一方承诺地铁很快修到这个地方,或者周边有多少绿化带。初期谈判的时候确实有这些承诺,但是正式合同文本没写进去,事后一方说对方原来做出承诺,可以把这个承诺作为合同条款对待。我认为,第281条作为合同编规定的一般规则有问题。司法解

释针对的范围非常狭窄,合同法作为合同一般规则扩大了适用范围,同时带来了很多问题。因为在合同当事人磋商、谈判的过程中,双方做出承诺,这个承诺最终被合同文本所替代,如果合同文本没有记载先前的承诺,可认为合同文本没有采纳先前的承诺,事后不能把合同订立过程中一方向另一方承诺视为合同条款,这样会严重损害正式合同的效力,也会增加一些不必要的纠纷。大家熟知的一个合同规则:口头承诺最后都被书面合同代替,要以书面合同为准,口头承诺不能否定书面合同。这个规则非常重要。我建议把草案第281条删除。

第三个问题,关于没有报批导致合同无效。

现在草案第294条采纳了司法解释的规则,一方有义务报批但是没有报批的合同,司法解释认为合同仍然有效。当事人负有报批义务,没有履行,构成违约责任。我个人不太赞成这种看法,没有报批的合同是未生效合同,既然未生效,说明合同还是没有法律保护,合同条款对当事人也没有拘束力,怎么能追究一方违约责任呢?又怎么可能使另一方享有合同解除权?在司法解释制定过程中,我提出过这个问题,司法解释还是坚持用违约责任,认为这样更有利于督促当事人履行报批义务。究竟是违约责任,还是其他缔约过失责任,建议大家展开讨论。

第四个问题,关于草案第300条涉及到合同履行中的节约资源、减少污染义务。这个义务现在写在诚信义务之下,规定这个义务确实非常有必要,在合同实践领域,普遍存在过度包装造成资源浪费、应该回收不回收等等。不少人认为它是公法义务,我认为不能这么简单看,它还是私法义务。民法总则把保护生态环境、节约资源作为民事主体应该承担的基本义务,同时确立了绿色原则。我认为,违反这个义务不是违反诚信义务,应该和诚信分开,成为一个单独的法律义务。违反义务产生什么后果?这要分具体情形考虑。如果违反这种义务会损害公共利益、公德等,会导致合同无效。

另一方面,违反这个义务可能导致违约,如果法律明确把回收义务作为一种合同义务确定下来,违反这个义务就构成违约。很多人认为这个义务应该删除。绿色原则、环境保护,是民法新的发展,我建议保留比较好。

第五个问题,关于草案第323条。从近几十年新订民法典来看,基本普遍采纳了情事变更;法国民法典、德国民法典也都在这几年改革中增加了情事变更。情事变更在民法中的采纳和确认是一种发展趋势。我国司法解释已经承认了该规则,有必要在合同编中做出专门规定。这里仍有几点还需要进一步讨论。其一,司法解释为了防止滥用情事变更,要求必须报高级人民法院批准。这一条款是否有必要出现在民法典里面?值得讨论。其二,情事变更是否会导致当事人负有一种继续谈判的义务。草案第323条包含了这样一个概念:发生情事变更的当事人有谈判、协商的义务。我认为确立这个义务非常必要,民法典发展趋势也是越来越承认该义务存在。其三,情事变更和不可抗力的关系。英美法不严格区分情事变更和不可抗力,都用合同落空这个概念。大陆法对二者虽然进行了适当区分,但并不是很严格、很清晰。因此,有人认为,干脆不做区分,笼统地都作为情事变更;也有人认为,区分二者还是有必要的。

第六个问题,违约方能不能解除合同?我历来不赞成违约方也可以享有解除权,这样会增加道德风险,不利于合同严守。特殊情况下如果确实出现合同僵局必须要打破,是不是允许违约方向法院提起诉讼,这个可以考虑,也可以探讨。

第七个问题,关于无权处分的效果。草案第387条是个老话题,无权处分有很多争议。现在草案实际上认为无权处分之下的合同有效。这个观点有一定的道理,我觉得还要考虑分类型。原则上合同有效,但是在特殊情景下,如在特定物买卖中,行为人无权处分他人的特定物,而且真正的权利人

坚持要收回、取回这个特定物，此时还是应该尊重真正权利人的权利，是不是可以效力待定？在无权处分情景下，合同可能违反法律、行政法规的强制性规定，此时可能会导致合同无效，比如买卖国有岛屿的合同无效。这些情形是不是作为特殊的例外对待？

第八个问题，银行借款和民间借贷要不要区分？现在草案没有区分，都放在借款合同里面统一规定。我认为，应该分开。主要原因在于，第一，当事人没有约定是否支付利息，自然人之间应该无利息，银行作为一方当事人的借款合同应该有利息。第二，国家监管的层级不同。第三，对当事人借款行为的管制行为也不同。

第九个问题，关于建设工程施工合同是否无效？审判实践中，建设工程施工合同无效以后，无效合同按有效合同处理。有学者概括为是事实合同。现在草案第576条采纳这个做法，我个人不赞成。无效以后还是应该按照合同法的一般规则恢复原状。所谓按有效合同处理，比如工程已经完工，还要支付价款，这是不当得利计算方法问题，是不当得利返还，不是按照有效合同处理，这是两个问题、两个概念。按有效合同处理，就推翻了合同有效的规则。

第十个问题，关于《合同法》第286条的效力问题。首先需要明确一个很重要的问题：第286条立法目的是优先保护劳动者的利益，还是优先保护承包商的利益？职工工资或者材料款？还是承包商的利润？究竟是什么？一直不清晰。我认为，优先保护的应该是职工工资、材料款，承包商的利润不应该优先保护。其次，优先抵押权在这里仍然需要探讨，如果没有根据，不能当作优先抵押权。优先权能不能放弃？既然是一种私权，应该允许当事人放弃，这也符合司法解释的做法。

谢谢大家！

主持人：下面有请第二位发言人，中国法学会民法学研究会副会长崔建远教授作《民法典物权编（草案）的重大疑难问题》发言，大家欢迎！

崔建远：中国法学会民法学研究会副会长、清华大学法学院教授、博士生导师



各位老师、同行大家早上好！首先感谢会议邀请，安排我跟大家交流民法典物权编重大疑难问题。

就像一部《红楼梦》在不同人眼里所看到的不一样，所谓物权编在不同人视野里看到的也不一样。据我了解，全国人大法工委心目中的重大疑难问题可能包括以下方面：

第一个问题，在建筑区分所有权制度中，小业主应该承担的义务。比如外墙、承重墙等重要方面的改建、重建，要特别重视，甚至要禁止。鉴于实务中发现，全体业主2个2/3比例来决定小区的事情基本做不到，这次法工委草案降到参加表决业主2个3/4比例。

第二个问题，就是草案第14章的居住权，从159条到162条，四个条文。根据很多专家学者的观察和理解，草案规定的居住权是生活用的，没有包括投资性的居住权。尽管但书条款可以往外发挥，但是没有规则，将来的投资性居住权能不能在司法实务中得到认可还是一个疑问。我认为投资性的也

很重要,比如一方出地,一方出钱,合建房屋,最后合同被认定无效,形成的建筑物按现行物权法第142条属于出地的人,这对出钱的人很不公正,如果承认出钱的人有居住权可能更合适一些。估计这个难度很大。

第三个问题,动产抵押、权利质押这些制度和规则方面有所完善,比如物权编草案第205条补充了清偿的顺序,第207条规定了对于抵押物价款的担保优先效力。第207条的表述专家学者们觉得有待斟酌,比如它落脚在价款,担保的对象是价款,这显然不合适,价款是一个客体,应该加上价款债权。总之,这一条到底能不能立得住,意见不一致。物权编草案第332、234、235、216条都涉及到原来具体登记机构,现在统一,恐怕也不合适。

第四个问题,有关“三权分置”。物权编草案129条、130条在土地承包经营权中有所体现。原来主流观点是说三个权都是物权。前几天有学者介绍,中央可能倾向于土地经营权是债权。11月1号全国人大农委要专门讨论该问题。将土地经营权设定为物权,可能金融机构会喜欢,他们觉得作为物权用抵押的方式来融资对他们更有利。其实债权也不是不可以,在我的心目中哪一个方案都可以,就看立法机关怎么拍板。

第五个问题,有关物权编草案第152条。《物权法》第149条规定的自动续期,后来又没下文,缴费与否怎么办?草案增加了一段话,说续期费用缴纳或者减免依照法律、行政法规的规定。江平老师特别不喜欢这样的表述,他说这样会有什么规定呢?以后能不能规定不好说,规定得很不合理是很可能的,最好直接明确规定。

除了法工委视野中的重大疑难问题,在我个人视野中还有一个问题应该引起学者的重视,宪法上国家所有和民法上的国家所有权到底是一回事儿,还是根本不同?还是说他们能够进行转换嫁接?这个问题解决不了,很多民法制度难以确立。我自

己到现在没有能力解决这个问题,我觉得很需要我们研究的。

关于担保权的物权效力,我们说物权有四大效力,担保权是不是这样?恐怕也要思考。我初步赞成有两个方面,一个是优先效力,一个是追及效力。至于抵押权,还不好说有这些效力,涉及《物权法》第119条:抵押物的转让非得经过抵押权人同意。实务发现负面问题不少,这次物权编草案第197条改为通知主义,是不是恢复担保法的模式?通知主义不是对抵押权人的利益不保护,改用追及效力,抵押权一直追及到这个物转让之所在。现在有人说这个物,比如房子,被小业主买到,抵押权不能行使,因为抵押权没有了。我认为抵押权仍然有,至于能不能行使是立法政策的问题。我还希望就担保新方式的逐渐发展,给予关注。比如特定账户到底是否成立担保权?这次物权编正在体现动产担保权的统一,至少公示方法统一都用登记,说你不动产生效是法律,动产担保对于保护交易安全、防止欺诈还是非常有好处的。

我认为,现在不动产物权的变动,法律行为是原因行为,应该实行以登记作为生效要件的模式,以简化现今物权变动模式繁多,掌握起来很不容易的问题。相应地,在机动车、船舶、航空器等,是不是应该往前走一步?可以先分开,在我们国家主权以外航运的船舶适用《海商法》规定,在国家主权以内的,机动车能不能明确生效要件,已交付或者已登记都可以。现在光说未登记不得对抗善意第三人,到底物权变动的生效要求是什么?应该说而不说实在让人费解。

我就向大家汇报到这里!谢谢大家!

主持人:谢谢崔建远教授,我们下面接着请第三位发言人来自中国法学会法学期刊研究会会长、中国法学会民法学研究会学术委员会副主任张新宝教授给我们做《民法典侵权责任编(草案)的重大疑难问题》的演讲。

张新宝：中国法学会法学期刊研究会会长、中国法学会民法学研究会学术委员会副主任、中国人民大学法学院教授、博士生导师



谢谢主持人，今天很开心，老朋友们都还在，又来了这么多新朋友，觉得民法学研究队伍后继有人，感到很高兴，一晃离开民法学研究会差不多8个年头，我搞一点“不正当竞争”，希望大家写得最好的文章投给《中国法学》。

最近一段时间到处都在开会，讨论民法典分编草案的修改，前几天我们也刚开过会，是国家机关和很多部门的相关会议。今天我想先抽象几个比较务虚的观点，再对这些条文过一遍，能过多少是多少，这个是不需要讲完的话题。

先要处理四个关系或者四个问题：**第一，处理好我们已有的，特别是《侵权责任法》固有的缺点。**《侵权责任法》颁布的时间不太长，勉强算一部新法，要修改的难度比《合同法》小一点，我们不能因此对《侵权责任法》上存在的、有基本共识的缺陷视而不见。过去在制定《侵权责任法》时有一个很重要的考虑，这不是民法典，没有到“典”的高度，它的科学性、体系性，以及与其他法律的相互关系没有那么认真，在制定民法分则到法典的高度时解决这个问题，标准就要高一点。我举两个例子，第一个例子道路交通事故，说依照道交法的有关规定，现在可以不写吗？我觉得还要写。道交

法第76条搬到道路交通事故这一章的第一个条文来，不能说因为是其他法律规定的，民法典就不规定。像这样最基本的条文却游离在《侵权责任法》之外，我觉得不恰当。第二个例子关于产品责任也是如此，类似的问题还包括一些语法上面的错误，一些措辞上面的不准确，关于医疗损害，《侵权责任法》第56条用“推定”，这个推定很有问题，与第6条第2款的推定不是一个意义上，如何把它搞好？这一类问题是要进行认真梳理、一并解决。

第二，我们既然做一个法典，就把这个水平搞高一点。如何反应新的社会需求？《民法总则》第127条反应信息化社会对于人格权和财产权保护提出的新需求，写了对个人信息的保护，对网络虚拟财产和数据的保护，这个是不是都够了？我认为还是不够的，尤其我们在《侵权责任法》这一编需要进一步的拓展。比如我们写的交通事故里面对于自动驾驶汽车的责任就畏手畏脚，不敢多规定。尽管我们没有公开报道，其实特斯拉第一个致人死亡的自动驾驶案件不是发生在佛罗里达州，是发生在中国的邯郸，这样的案件未来层出不穷，我们法律要留下空间。

第三，如何正确对待来自国家机关的意见？星期四我参加了法工委民法室组织的国家机关的讨论会。第一个问题争论了很长的时间，就为这一个提起公益诉讼展开争论，甚至有的要求法律规定他们有权提起公益诉讼，我们要解决的不是公益诉讼，而是保护私权，保护自然人、法人，花很长的时间讨论这个问题，最后还争不清楚。我觉得对这样的观点、意见我们需要听，但是未必要听信，我们的立法工作部门会花很多的时间去听这样的意见。来自最高人民法院的意见，有一些是对的，是需要上升为法律，应该听；有一些是对的，但不应该上升为法律，而是司法实务中解决的个别问题，你要把一个司法解释搬进来作为法律条文显然是不妥当的。还有一些本来就是不对的，更不应该进入民法典。无论最高人民法院、最高人民检察院还

是其他国家机关,和我们在座的无非都是一个共同目的,把民法典编纂好,我们立法不能够对部门利益听之任之。

第四,要落实《民法总则》已有的原则和精神,最典型的是关于惩罚性赔偿,我们当年在起草《侵权责任法》时对惩罚性赔偿采取比较谨慎的态度,以德国为代表的国家比较反对惩罚性赔偿,但英美法国家比较多。最近一些年我们随着社会的发展,认识到欺诈行为、还有严重侵害人身权益等行为,不惩罚不足以进行民事上的调整。因此基本达成一个共识:在我们《民法总则》中专门规定一条惩罚性赔偿,说法律有规定的依照其规定,但是法律规定将会在什么地方?首当其冲在民法典分则侵权责任编里。如果我们起草侵权责任编的时候畏手畏脚,还停留在制定侵权责任法的时候,显然是有问题的。

上面是四个宏观性问题,有一些不重要的就不讲了。以下是几个具体问题:

1、关于一般条款,也是我们的老问题,《侵权责任法》第6条第1款是不完全的一般条款,而且存在逻辑上的混乱,主要问题在于没有规定因果关系,侵权责任当然包括赔偿和恢复原状。给人造成的印象是,恢复原状和赔偿是不造成损害的,承担停止侵害责任是需要过错的。出现这两种错误解读后果当然与第6条第1款有关系,与措辞有关,我们建议应该改回来。行为人因过错“侵害”,草案用了“损害”,我们认为也是错误的,第6条第1款更好一点,侵害他人的民事权益造成损害的,应当承担赔偿损失或恢复原状的侵权责任。至于停止侵害、消除危险在后面的条文里面,在草案后面有条文专门有规定,在《侵权责任法》里面也是在第21条专门规定,但放得太远了,应该放在第6条第2款、第3款。这样成为完整的一般条款就不需要再考虑后面的情况。我们在适用《侵权责任法》第6条第1款你搞不清楚该不该赔钱,你只会找到第16、17、18、19、20、21条确定该不该赔钱,

第6条第1款的一般条款是不完全条款,只是规定了过错和行为,没有规定损害结果和因果关系,导致解释可能发生两种错误的结论,我希望在根上把这个问题得到解决。

2、刚才说到语法上面的问题,前几天在法工委讨论的时候,我两次提出来不同的意见,我的意见还是对的。**草案第945条中存在主语重复,**行为人损害他人民事权益不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。这个地方一定要用两个“行为人”吗?前面的行为人与后面的行为人到底是不是一个人?需要回答这个问题,有的人说我们之所以这么规定、之所以这么坚持是因为这里强调的行为人是不强调受害人,但是这个条文里面我们也想不出来与受害人有什么关系?因此两个“行为人”是必须删除一个,否则你必须跟我交代清楚第一个行为人与第二个行为人的关系是什么?

3、关于按份责任,《侵权责任法》就规定能够确定责任大小的按照其份额来确定,不能够确定责任大小的,平均承担责任,内容我们且不说,能够确定责任大小到底按照什么确定责任大小?法律不说清楚,由谁来确定清楚?无非两个要素,要么就是过错的种类和程度,要么就是所起作用的大小,只能按照这两个因素来确定他该承担责任的份额,既然是如此确定的事项为什么不把它规定出来?你还说能够确定责任大小的按照责任大小来承担,把该揭示出来的法律实质内容没有揭示出来。因此建议应直接规定确定责任大小的考虑因素主要是过错的种类、大小及原因力大小。

4、关于草案第955条法律适用的规定,本法和其他法律对不承担责任或减轻责任的情形另有规定的,依照其规定。我认为,本法有规定依照其规定,毫无意义,《民法总则》第11条已经规定很清楚。因此建议删除本条。

5、针对草案第957条,同命同价该不该有?

一个案件中仅仅 5 米远的地方发生了两个交通事故,如果一个事故里面同时涉及到三个人,就同命同价;如果只是两个人就不同命同价了吗?合理性不是那么充分。我们特别法规定了,空难死亡赔偿有特别法加以规定就可以了,侵权责任编主要规定赔偿填补原则,与年龄有关。你可能说还与被抚养人的人数和被抚养的程度有关,这也是可以。

6、关于损益相抵,稿子里面反反复复,有的说要,有的不要。全面赔偿,我们总是不写进去,有多少赔多少,特别对于实际损害,既有利益有多少赔多少,可得利益的损害有多少赔多少。至于被侵权人因此受益的情况,无论是《侵权责任法》起草过程中还是民法典分编的编纂过程中,老是羞羞答答一会儿有,一会儿没有,我觉得对此是应该规定的。

7、草案第 960 条精神损害赔偿的数额,法律应予以确定,落实刚才说到的惩罚性赔偿的建议,应该规定一款关于精神赔偿的内容,增加具体确定标准。

8、草案第 962 条关于受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以依照法律的规定,由双方分担损失。建议删除本条。今天在郑州讨论这一条特别有意义,在电梯劝烟案中,在电梯里面劝烟的人最终没有赔一分钱,表明这个条文今天被法院认识到,它不能被滥用。

谢谢大家!

主持人:谢谢张新宝教授,下面我们有请第四位发言人,中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授做《民法典婚姻家庭编(草案)的重大疑难问题》发言,大家欢迎!

夏吟兰:中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学教授、博士生导师



各位尊敬的专家、学者,各位老师、同学,大家上午好!

非常感谢民法学研究会、感谢王利明会长邀请我参加今天这个会议,使我有机会和大家探讨一下民法典婚姻家庭编一些重大疑难问题。当然,这也是一个命题作文,我从 3 个方面做了一个 PPT:第一个问题讨论草案对婚姻家庭法的一些发展,第二个问题讲草案存在的问题,第三个讲对草案的建议,由于时间的关系,我只讲后两个问题。

总得来讲草案是把收养法和婚姻法合起来,对比以前的婚姻法和收养法在一些方面还是有所进步的,我基本上总结了 11 个方面的变化,包括体系的修改,增加了一些近亲属、亲属、家庭成员的界定,修改了禁止结婚的条件,增加了婚姻无效的情形,增加了日常家事代理权,也吸收了司法解释关于婚姻析产的规定,增加了离婚冷静期制度,完善了离婚损害赔偿制度,也不再保留计划生育的内容等等。

我认为草案还是有很大的修改空间,总体上来看,我认为民法典分编整体上偏财产法,对身份关系没有给予足够的重视,存在基本制度的疏漏,具有内容缺失、法律规定详略不当的问题。

婚姻家庭编 80 个条文,总体只占很小的一个部分,加上继承编、人格权编,我们也就占 1/4。

我们来看德国民法典，德国民法典共 2385 条，亲属编 624 条，债权编 642 条，物编法 442 条，我们可以看到，实际上在许多大陆法系国家都有这种倾向，婚姻家庭法是非常重要的法律，内容也相当复杂，但是我们现在强调的是什么呢？在婚姻家庭这部分是宜粗不宜细，尽量能不规定就不规定，能少规定就少规定，我认为非常不好。我觉得数量过少，编排上也是重财产轻身份。

我刚才也提到了现在不仅是宜粗不宜细，而且详略不得当。刚才杨明仑主任也提到这个问题，他提到收养法规模太大，收养实际上只是家庭关系中的一个小的部分，亲子关系有这么多，四种亲子关系，收养只是一种。我的想法是什么？收养法可以适当减少，但是其他规定应该大大增加。为什么收养法减少不了？收养法太庞大，这根本没有道理，包括家庭关系我一直觉得应该把它分开，夫妻关系是很大的一块，亲子关系也是很大一块，儿童权利公约最大原则就是要保护儿童的利益，亲子关系在婚姻家庭关系中非常重要的一部分，我们现在淹没在家庭关系中，没有突出亲子关系的重要性。我提出来一些建议，总体上我觉得还是要注重身份法属性，婚姻家庭编当然要注重身份法的属性，要体现维系血缘亲情，鼓励亲属相互扶持帮助，民法本质是什么法？我们一直说民法是人法，人法强调的是什么呢？讲究的就是人文关怀，婚姻家庭编充满人伦本质的法律规则没有得到重视，我真觉得非常遗憾，真应该加大这部分的内容。具体立法建议如下：

第一，修改立法体例，增设监护一章。我们把家庭环境分成两个部分，第一夫妻关系，第二父母子女及其他近亲属关系，我们建议把现在的体例由五章改为七章，把监护作为最后一章放在第七章当中，为什么我们在婚姻家庭编还要规定监护？有人说监护早就有了，监护在民法总则当中规定的很清楚，已经有 14 个条文规定了监护，但是现代意义上的监护远不是我们规定的民法通则时期的监护理念，未成年人监护、成年人监护，这个实际上

在现代各国立法当中已经有了非常大的变化，而我们现在的这 14 个条文不能反映这个变化和理念。我建议要把监护单独做一章，而且分成两节，未成年人监护和成年人监护。

我们现在的监护当中比如说委托监护是没有规则的，意定监护到底怎么启动？怎么来实行意定监护？我们现在只是有一些非常宏观的规定，所有的规定、问题都是老百姓的问题，怎么来启动，怎么做？放在哪儿规定？当然应该放婚姻家庭当中，专门有一章对这个做非常详尽的规定。

第二，增加夫妻人身权的内容，我们原来《婚姻法》规定相对比较少的。我们讨论很长时间都是讨论财产法，包括婚姻家庭法学研究会常常讨论财产制度，刚才杨明仑主任也提到关于夫妻债务，我觉得人身关系应该大大加强。

(1) 建议应当增加夫妻互相忠实，共同生活，互相抚养的义务。现在关于夫妻互相忠实，我们放在一般规定，也就是原来婚姻法总则规定，是倡导规定，司法实践没有用。而夫妻共同生活是婚姻生活的本质，而且有了夫妻共同生活才能谈到分居的问题，现在法律明确规定分居两年是离婚的法定理由，怎么来确定分居，法律没有规定必须同居，为什么我不能分居？这个是应当明确规定的。我认为夫妻共同生活重要性大大高于相互抚养，夫妻共同生活体现的是精神上的慰藉、体谅、尊重，精神上的慰藉非常重要。

(2) 建议增加夫妻之间的知情权，很多财产纠纷特别重要的原因是不知道对方有多少财产，完全不知情，我觉得他有好几个亿，你好几个亿在哪儿？我觉得他有五套房子，房子在哪儿？对方根本不知道，知情权关系夫妻双方任何一方的重大利益，实际是对夫妻关系的处理。夫妻共同财产的规定就是婚姻关系存续期间，夫妻财产属于共同财产，怎么体现共同财产？共同处分。而共同处分的前提是知情。夫妻的知情权同时也是夫妻相互忠实、尊重

的前提。

(3) **建议规定夫妻之间的住所商定权**，现在婚姻法有规定，结婚以后男方可以成为女方家庭成员，女方可以成为男方的家庭成员，现代社会我们强调住所商定，这是一个权利，可以住在男方家，也可以住在女方家，也可以选择自己另外住在其他的地方，我觉得这一点也是非常重要的。关于居住权，物权编草案有规定的，但和婚姻家庭编规定的内容不太一样，其实住所是夫妻行使配偶权利的特定场所，诉讼、继承、遗弃、财产分割等等都会涉及到居住权的问题，农村妇女，农村土地权益的问题也跟这个密切相关。

我还建议增加夫妻的生育权，刚才我谈到了，我们现在婚姻家庭编草案当中把计划生育所有的条文全部取消了，原来计划生育是基本原则，规定夫妻双方都有计划生育的义务，现在我们强调的是权利，这个权利是夫妻平等的权利。有些人就说了，人口与计划生育法明确规定了，你要知道在现代社会我生不生孩子，我间隔多长时间生孩子这是权利，夫妻双方要商量的。从权利的角度当然应该有规定，而且是平等的权利，我觉得这个也应该增加。

我再谈一下关于夫妻共同债务的问题，婚姻法司法解释二第24条出台以后，司法实践产生了一些问题，最高人民法院又做了新的司法解释，但是司法解释没有权力规定哪些是共同债务，哪些是个人债务，它只能在程序上做一些规定，夫妻双方应该共同商定，日常家事代理权之外的必须经过对方授权，但是《婚姻法》必须明确规定到底哪些是共同债务，哪些是个人债务，只有界定清楚公民才心里有数，必须明确婚姻家庭法对每一个公民切身利益攸关。我非常强烈建议，一定要明确规定，而且我也请求各位民法学界的同仁们对这个问题做一些研究。从民法的角度，财产法角度、物权法、债权法角度我们应该怎么对夫妻共同债务、个人债务做一个明确的界分？

第三，调整非婚同居关系，非婚同居也是近年来非常普遍的现象，无论青年人同居、老年人同居，有种种原因，时间关系不多说了，问题在于现实的呼唤，这些人不想结婚就想在一起。先不说年轻人单说老年人，那么多的问题，财产继承问题、孩子的问题等等，我又需要有一个跟我共同生活，老年了相互扶助这是非常正常的，我们又不想结婚，避免这么多的矛盾要怎么办？现在法律是不承认也不保护的，所以我觉得非婚同居关系法律应该有规定。当然，现在怎么规定？有各种争论，我想是不是可以在婚姻家庭编当中做一个原则性的规定，开一个口子，为将来制定一个非婚同居法或者叫同居伴侣法，叫什么名字咱们再讨论，开一个口子，给这些人一条道，这不就是老百姓的生活吗？我觉得要考虑社会多元化的发展。

第四，我觉得特别重要，应增设亲子关系的确认制度，完善父母对子女的责任体系，我们现在的草案只规定了亲子关系异议的纠纷解决办法，发生了异议我怎么办？事实上最重要的是亲子关系推定、亲子关系的否认。这些在目前的婚姻家庭编草案当中没有做任何的规定，特别没有体现对未成年人权益的保护。因为什么时候可以提起诉讼？这个里面涉及到未成年人的利益。另外，亲子关系当中其实也涉及到父母对子女抚养的义务，不抚养则应该承担什么法律责任？反过来，子女对父母的赡养问题，这个也是非常重要的，时间关系，就只能说到这儿。

谢谢大家！

主持人：非常感谢夏吟兰教授，富有激情，观点很明晰，下面有请中国法学会民法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授、博士生导师杨立新报告《民法典继承编草案修改之要点》。

杨立新：中国法学会民法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授、博士生导师



感谢大会安排我做这样一个有关继承法草案的报告。

民法典分则各编公布以后,我们几位作为继承编专家建议稿的起草人,首先还是比较欣喜,同时也感到失望,欣喜和失望比较起来欣喜小于失望。欣喜是继承编有了很大的变化,一是关于遗产采取概括式的方式规定是对的,二是对丧失继承权的补充规定,第三是增加规定被继承人的兄弟姐妹、子女适用代位继承的制度,这个也是对的,第四个增加规定打印遗嘱的类型,特别是第五废除了公证遗嘱优先原则,这是大快人心的事情,是特别对的事情。第六增加了遗产管理人制度,以及相关规则。第七无人继承遗产收归国有,用于公益事业,这比原来有很大的进步,之前不知道收归国有干什么用?现在知道干什么用了。

这些进步不算是最大的进步,继承法还有许多需要规定的都没有进行规定。从室内稿到第一次审议稿,条文一次比一次少,我估计2020年通过的时候,继承编就还剩37条,如果这样,修改不修改就没有什么意义了,尽管我们还是在现有法律基础上进行编纂,有这样一个机会为什么不把继承法编写得更好一点?我觉得有一个反差,关于继承法修订问题从刚才杨明仑介绍的情况,全国人大常委会没有太大的意见,法院也没有太大的意见,都觉

得现行的《继承法》很好,但是学者都有意见。

现行《继承法》是计划经济的继承法,不是市场经济的继承法,从这样的角度看,不适应现代社会。一部传统民法典规定继承法差不多有200条,我们用三十几条来规定,从数量对比上来说就显然不符合需求的。从这样一个角度上来说是不是着重再提出修改意见,争取还是要有所进步。

第一个问题,扩大法定继承人的范围,我们现在的法定继承人范围是非常狭窄,最基础的传统在哪里?就是1922年苏俄民法典第418条,只规定了配偶、子女、父母,孙子女、外孙子女也只能用代位继承而继承,除了这些人以外都不可以继承,我们可以举一个最简单的事例,年轻的同志不觉得有什么,年龄大的都觉得四世同堂是美好愿景,按照现在的继承法,四世同堂的重孙子不可以继承太爷爷的财产,这个完全不符合实际需要。

法定继承人范围过于狭窄,就会产生更多的无人继承的遗产,如果没有人接受遗赠,这些就要收归国有,私人的财产干什么要收归国有?扩大继承人范围就可以最大限度减少无人继承的遗产,就可以更好保护私人的财产,这部分我觉得还是应该做。

在这里有一个问题是我们特别奇怪的一个概念,我们大家都认为它是对的,而实际是不对的,就是近亲属的概念。国外一般没有近亲属的概念,多说几亲等以内的亲属之间有什么权利义务关系?我们就造出近亲属的概念,近亲属间发生权利义务关系,但重孙和太爷没有权利义务关系,这是婚姻法的问题。由于婚姻法出了问题,继承法也出了问题,这部分我们还是觉得四亲等以内的亲属都应该有法定继承权,这样就可以解决这个问题。

第二个问题,规定更符合社会需求的法定继承顺序,现在的继承顺序基本仍然是苏俄民法典1922年第418条,我们今天还拿着它当成最适合中国国情的法定继承顺序,挺费解的,大家还觉得它就是对的。孙子女、外孙子女为什么作为代位继承人来继承,他们的父母一旦要是被剥夺了继承权,

或者丧失了继承权以后他们就不可以代位继承,这样的制度对吗?作为一个祖父母、外祖父母他们最愿意孙子女、外孙子女继承,儿子、女儿都不一定。我们不仅仅保证孙子女、外孙子女的继承权,还要保证重孙、重外孙子女的继承权,我们不应该剥夺他们的继承权。

配偶的继承顺序问题,根据我的调查研究,绝大多数国家配偶都是无固定顺序的继承人,第一顺序有人就跟第一顺序继承人,第二顺序有人就跟第二顺序继承人,或者再了不起有第三顺序,都没有有的时候才去自己继承。这样可以均衡分配遗产,我们现在当成第一顺序继承人。还有父母的继承顺序问题,很多人都不同意,你不孝子女,你爹都继承不了你的财产?同时还有一个原则一定要考虑,继承的流转顺序是向下流转,尽量防止向旁人流转,一旦父母作为了第一顺序继承人,到了父母以后很快就会向旁流转,我们看看法国民法典关于继承制度的改革就完全不是这样,我相信这个部分很难说服别人,我们搞继承法的还继续坚持,因为它符合实际需要。我们两个继承顺序太少了,最好规定四个继承顺序、五个继承顺序,现在俄罗斯民法典是7个继承顺序,我们干什么一定要有2个顺序?好记、简单,法官也好判,问题是它不符合实际社会生活的需要。

第三个问题,宽宥制度里面有几个情况应该进一步明确。比如故意杀害被继承人,草案规定这个不可以宽宥。我觉得可以宽宥,杀害不一定是杀死,他想杀最后没有杀死,他就这么一个子女,最后他说我还愿意把遗产交给他,难道不可以吗?说不行,他只要想杀你,你就永远不能让他继承你的遗产,这里有个人的自由吗?好像有问题,我觉得这部分是不是再考虑?

还有一点我觉得特别重要,就是特留份制度,我们回顾一下泸州情妇遗赠案,用公序良俗原则否定遗赠有效,是不对的。如果保留法定继承人特留份,剩余的可自由处分。我们研究继承法、婚姻法

的人都觉得特留份制度特别重要,但是我们现在特留份制度一直写不进去,总是把它和必留份混在一起,这是不对的。原来我们草案当中有协议继承制度,遗赠扶养协议和继承扶养协议这两个都放到了一起,这也是对的,但是现在这个稿子又把继承扶养制度取消了,这个是不对的,他有几个继承人,继承人协商好了你继承你抚养,这个难道不行吗?完全可以。删掉这一部分是不是也有顾虑,这个好像也不对。

最后一个问题我们现在的遗嘱继承太简单了,有很多内容都需要写,比方说替补继承、后位继承,这些都很简单的,为什么不写进去?如果写进去了以后,被继承人就可以有更多的选择余地,如果不写进去选择后位继承就不符合法律,就会被宣告无效。这两项选择怎么选择有利?

谢谢大家!

主持人:谢谢杨教授,时间把握得很好,我们有请中国法学会民法学研究会副会长孟勤国教授,就《民法典人格权编(草案)的重大疑难问题》做主题发言,大家欢迎!

孟勤国:中国法学会民法学研究会副会长、武汉大学法学院教授、博士生导师



首先感谢会议安排我讲人格权编的问题,其实

我本来想讲物权编的问题,刚才听了几位教授的讲法我也放心了,物权编可能出不了太大的问题,我以后有机会再讲一点。

今天我来讲人格权编,我关注和研究人格权编的时间不长,但是我的学习能力还可以,我今天就汇报一下我的学习心得。

第一个大问题,关于人格权编独立成编的争论,我个人认为应该基本结束了,争论时间比较长,海南会议到现在有几年时间,争论程度也比较激烈。我觉得到现在全国人大法工委把人格权编草案拿出来了,它显然不是一个权宜之计,而是深思熟虑的结果,它反映了对争论双方的各种理由和依据的斟酌。

从合理性上来说,我就想人格权独立成编至少有三点可以证明它具有合理性。一,人格权独立成编是民法现代化重要成果和标志。刚才夏吟兰教授讲了德国民法和我们草案里面有很浓重的重财产法的倾向。她刚才讲了德国民法典两千多条,一千多条是物权和债权,物权四百多条,我们都意识到以德国民法代表的民法典体系它确实是一个主要反映财产法的法律。也就是说它主要是保护财产,在现代社会里面保护财产当然依然是重要的,但是保护人格是现代社会民法的重要任务之一。我觉得民法的现代化一个重要标志就是从侧重保护财产转向既保护财产也保护人格,这是我觉得第一个理由。

二,我们知道在民法体系中间,“编”是能够给一种具体的民事权利提供保护的最大空间。如果我们能够形成共识,现在社会的人格权是应该加大和重点保护的,我们只有提供“编”的方式才能最大限度的保护人格权。也就是说,我们说可不可能保护?它的可能性在哪里?我们首先要提供一个独立的编给它安身,这个空间给它了,它就可能进行有效的保护。

三,现在的人格权编草案拿出来了,证明人格权编是可行的,我们已经看到虽然在成熟度上

还不够,但是拿的出来基本成形,这就说明人格权编完全可行。基于上述三点理由,我认为人格权要不要独立成编的争论应该可以结束了,我们关注的重点应该转向我们如何制定一个比较完善的人格权编,我们应该把重点关注到这个地方来。

第二个大问题,人格权编优点我就不说了,我始终认为优点不说它都在,我就讲一讲人格权编还需要解决哪些问题?尽管我们赞成和反对人格权编的学者进行了很大的争论,正像刚才王利明会长所说的那样,尽管出现了激烈的用词,但是不改变争论的价值,我们可以从反对人格权独立成编的理由中间,看到人格权编应该怎么去努力?某种意义上来说赞成和反对的,对人格权编都是有极大的贡献,这一点我们必须明确。

我认为人格权编要解决三个问题,第一,人格权的伦理基础的问题,因为现在反对人格权的学者们的一个理念是人格、人的主体是生而具有的,不靠年龄表达的,这个话是什么意思?人格的问题具有很大的伦理性。我们应该重视,反对的学者提出这个问题,我们赞成的学者要研究它。这段时间我也一直在研究这个问题,刚刚一个论文的初稿出来了,本来还想晚一点介绍自己的观点,今天我就讲了。我觉得人格的伦理性在不同的历史时期表现是不一样的,在罗马法时代人作为一个主体,它主体和客体的界限不是太清晰,在罗马法只有部分人才有主体的资格,也就是说另外一些人具有客体的特征。在罗马法中间只是有条件,有限承认部分人的个体价值,这就是罗马法时代人格的伦理基础。伦理性表现在法律上就表现为强烈的身份制度,罗马法中间人格是分等的,人格就是人的身份等级,身份性就是它的法律表现形式。

第二,近代文艺复兴时期,德国民法典提出人生而平等,表现在德国民法典里面,体现了权利伦理,体现什么伦理价值?它承认所有的“人”都是独立的主体,这就是它的个体伦理价值。个体伦理价值怎么来表现?表现为权利能力制度,德国民法典时代或者法国民法典时代承认所有的人都是

有伦理价值。

第三,就是我们现在所处的阶段,我认为在现代社会中间,人的伦理价值不仅仅具有个体伦理的价值,还有全体的伦理价值。我的初步研究表明在这个价值里面人的个体的存在与社会交往密切相关,它既有个体的价值也有全体的价值,我把全体价值引用哲学家的说法叫社会伦理价值。社会伦理价值里面最起码包括五大内容,第一是行为和言论的交往伦理,第二是善良风俗的伦理,第三是网络社交的伦理,第四是媒体的伦理,第五是生命医疗伦理。这五大伦理实际都是反映了人作为个体在全体中间的伦理价值,我认为社会伦理价值的时代发展,随着社会伦理价值的注入就产生了法律制度的需要,它的法律制度表现就是人格权制度。就是我们要独立的人格权编,反映出对一般人格权和具体人格权相结合的保护制度,这就不仅仅是一个权利能力的问题。

我们如果解决了人格权伦理价值问题,也就可以给人格权提供一个理论基础,这是第一个要考虑的。第二个是人格权的客体问题,我注意到反对的学者对我们草案中间的表述提出了很多质疑,本编调整因人格权而产生的民事关系,你人格权有产生民事法的关系?这个批评是正确的。我认为人格权的客体是人格要素和人格利益,人格是一个人的责任,但是这个人的整体由各种各样的要素组成,比如身体、性别、荣誉等等,每一项都是人格的要素之一,所以它的客体应该是人格要素。在人格要素中间有一部分人格要素是没有经济利益的,但是有一部分人格要素是可以产生经济利益的,因此我把这一部分称为人格利益。

如果我们按照这两个思路去想,我们可以把人格权的客体分为两大部分,一部分不产生经济利益,不产生任何商业利益,纯粹是人格要素的人格权,另外一部分可以产生人格利益,这是我讲的第二个问题。我们这个客体要把它明确下来,我的建议是改成本编调整因人格要素和人格利益产生的民事关系,具体论述我们再详谈。

第三个大问题,我要回应反对人格权编的学者,说人格权是防御性的权利,既然是防御性的权利,侵权责任法就完全可以解决,针对这一点我们也要予以合理的回应。毫无疑问,在人格要素和人格利益中间防御性是很大的特点。我们往往看到侵犯人格权是相当普遍的,这没有问题。是不是就是防御性的?我不这样认为。人格权有自己的权利,也就是有自己的积极性的权利。第一个积极性权利我认为是决定权,人格要素的决定权,你比如说我能不能安乐死?生命健康,我病重的时候我能不能自我决定要求算了,我耗过去了,重症监护室插满管子想想就可怕,这种自我决定权不是一个防御权可以解决的问题,是积极的权利。再比如我如果决定,120岁我觉得我不行了,我要决定安乐死,我儿子、我孙子不同意怎么办?这算侵权吗?这显然不是侵权的问题,这是一个决定权的问题。

我认为对部分的人格利益有处分权,你比如说新规定的我的器官只能捐赠,那能不能大胆一下,如果器官我也能够有偿处分?这个应该不应该?新的规定解决不了。在人格利益中间肖像、姓名、声音能不能出售,比如我的声音好,那我能不能出售我的声音?我长得丑,但耐看,我能不能出售我的造型?这些我认为在人格权里面都是一个处分权的问题,我们不能把处分权间接理解为处分一个财产。我觉得在人格权里面有两大权利是积极、主动的,这也是人格权编应该独立成编的重要理由。

由于时间关系,我就讲那么多,谢谢大家!

主持人陈小君教授:在一小时四十分钟的时间内,6位报告人完成了对民法典分编修改重大疑难问题的主题发言,非常感谢大家!我觉得他们讲得非常好,我觉得每个人心中都有一部民法典,今天有人代表个人、团队,有些表达了法工委的意见,我相信大家每个人心中都有自己的判断,整个民法团队就有这样的一种精神。总而言之我们应该保持法典的科学性,应该考虑它的市场经济规律,考虑民间生活规律,同时也应该反映改

革思想。再次感谢大家！今天上午的会议到此结束！

【以上整理的发言稿未经各位发言人审阅】

主办单位：中国法学会民法学研究会

承办单位：郑州大学法学院

协办单位：河南省法学会民法学研究会 河南豫龙律师事务所

2018年10月27日

离婚，需要冷静期吗？ | 圆桌

原创：2018-10-23 南方人物周刊 邱苑婷

<https://mp.weixin.qq.com/s/HmdUxBg0r-ddvJL-IK5Hvg>



王伟

安徽省马鞍山市雨山区
人民法院院长。
所在法院为首批国家级
家事审判改革试点法院。



陈爱武

南京师范大学法学院教授、博士生导师。
主要研究方向为民事诉讼法学、家事审判
制度、仲裁法学，主持完成江苏省教育厅
人文社科基金项目“家事诉讼程序研究”、
司法部课题“比较法视野下的家事法院”，
出版《人事诉讼程序研究》《家事法院制
度研究》《婚姻法司法解释精解》等。



刘敏

南京师范大学法学院教授、
博士生导师。
主持“我国家事诉讼立法研究”
等国家社科基金项目，出版《<
中华人民共和国民事诉讼法>
建议稿及立法理由书》等学术
著作多部，主持出版《家事诉
讼法论丛》学术丛书。



李非寒

北京师范大学心理学部讲师，
心理学博士、督导。
自2017年1月起参与最高人民法院与
北师大在家事审判改革方面的社会学心
理学合作调研项目。

有人担心法院设置“离婚冷静期”可能会干涉到个人的离婚自由，司法在其中有可能越界；甚至是某种社会观念倒退的表现，或者认为这是国家为应对离婚率上升而实施的政策。也有人认为这会增加司法成本和工作量。专家学者对此有怎样的声音？我们请到法学界与心理学界的相关专家，聊聊他们对家事审判改革与冷静期的看法。

原标题《家事审判改革圆桌谈：离婚，需要冷静期吗？》

人物周刊：我国推行家事审判改革的背景是什么？家事案件与其他类型案件的主要区别是什么？

陈爱武：我国近年来家事案件数量居高不下。从全国婚姻家庭案件的构成上看，离婚案件占据家事案件的绝对多数，且逐年上升。离婚案件类型多样，争点各不相同，处理难度大，新型家事案件类型日益增多，比如隔代探望权纠纷、非法代孕所生子女的亲子关系如何判定、老人精神赡养纠纷等。

过往的家事审判重财产、轻身份，没有把婚姻家庭案件同财产类的案件加以区分。家事案件具有情感性、伦理性、纠纷的流动性、极强的隐密性或私密性，涉及未成年人保护公益、其他弱势群体保护等，往往需要修复、重建稳定之关系。在婚姻关系中，特别是在审理涉及到情感方面的时候，按我们原有的审判方式，会在法庭上造成二次伤害，此其一。

其二，浮躁的“快审快决”家事审判模式，导致“案结事不了”。

其三，家事案件的当事人举证困难重重。

其四，对未成年人的保护不充分，对家庭矛盾调解不充分，对家庭关系当事人的情感修复不足、重视不够，导致反目成仇，不利于对未成年人和家庭弱势群体的保护。总之，目前的家事案件审理质量总体比较粗糙粗放，因此家事审判模式急需改革。

人物周刊：目前的家事审判改革实践中，你认为主要的问题有哪些？难点在哪里？

刘敏：家事审判方式改革深入推进存在制度瓶颈障碍（比如冷静期、家事调查等都没有法律规定），深入改革就会突破现行的《民事诉讼法》，因此，深入推进家事审判方式改革，必然要求制定专门的家事诉讼法律规范。又比如审理期限，由于对家事案件的处理并不局限于法律上的处理，因此，不能严格按照民事诉讼法规定的审限来对家事案件的处理做严格的时间限制。

另外，对家事法官的绩效考核标准不科学，影响了家事法官进行家事审判方式和工作机制改革的积极性。

李非寒：每个法院能够利用到的资源有很大差异，有的法院调解员队伍不固定，不是很有经验，调解得就不好。再比如，北京没有专门的家事调查员，很多取证工作需要法官自己去做，工作量特别大，而且每个法官手里的案件特别多，都没有时间去做。

一些法院有签约的心理咨询师，法官觉得有必要的情况下会推荐当事人或者孩子进行心理辅导，是公益性质的，政府购买服务。有的法院虽然有，但是经费有限，次数比较少，不能做长程的。

王伟：我们法院也请心理咨询的外援，司法实践时发现心理咨询外援在工作中受到一系列条件制约。一是因为心理咨询师一般按小时收费，大规模介入家事案件处理不太现实；第二是，作为社会人士，他不太可能有那么多精力，全身心投入到一个案件中去，而家事案件处理，往往需要做很认真细致的心理工作。心理学深度介入审判，目前来看，培养有心理学技能的专业家事法官，仍是最优的选择。

陈爱武：有立法和实务两方面的问题。

在立法层面：其一，家事实体法比较粗疏，婚姻法太过简单，很多内容语焉不详，婚姻法三个司

法解释尽管充实了婚姻法的内容,但法律效力较低,同时相互之间的逻辑并不能自洽,与上位法还可能存在一定的不协调之处,如饱受诟病的婚姻法司法解释(二)第24条关于夫妻共同债务的规定,尽管后于2017年进行了补充,在2018年2月又作出了新的解释,但实务中依然存在诸多问题。目前民法典修订中,婚姻家庭编的修改有限,总体框架没有变化。亲属实体法的粗疏难以满足家事审判的现实需求,在无法可依时给法官和当事人带来诸多困扰,如亲子关系的确定、否定,人工生殖子女的亲子关系确定等。



对话嘉宾-陈爱武:南京师范大学法学院教授、博士生导师。主要研究方向为民事诉讼法学、家事审判制度、仲裁法学,主持完成江苏省教育厅人文社科基金项目“家事诉讼程序研究”、司法部课题“比较法视野下的家事法院”,出版《人事诉讼程序研究》《家事法院制度研究》《婚姻法司法解释精解精释》等。

其二,家事程序法方面,我国没有独立或统一的家事诉讼程序法,民事诉讼法中也没有特别规定。关于家事诉讼程序的部分规定几乎全部集中在婚姻法及其三个司法解释之中,但这样的规定既不全面,又不周延。

在实务层面:因缺乏家事诉讼程序法的支撑,家事诉讼程序改革支离破碎;家事调解较为粗放,缺乏程序规范和技术支撑。如,家事调解中,诉前调解、诉后调解、诉中调解如何展开?法官调解,民间调解如何衔接?强制调解、自愿调解如何协调?

调解的技术也较为粗放。有压制型调解,有经验型调解,也有技术型调解,但尚处于混沌状态。家事非讼程序几乎未得到任何关注。

此外,与家事审判和家事调解相关的配套举措缺乏制度性的财政支持,如心理辅导、判后回访、家事调查、委托调解等,需要相应的费用跟进,但财政性支持上没有依据。

人物周刊:有些网友担心法院设置“离婚冷静期”可能会干涉到个人的离婚自由,司法在其中有可能越界;甚至是某种社会观念倒退的表现,或者认为这是国家为应对离婚率上升而实施的政策。也有人认为这会增加司法成本和工作量。你怎样看待这些观点?你个人支持离婚冷静期的设置吗,为什么?

陈爱武:网友的担心可以理解,冷静期对于希望快速离婚的当事人似乎是限制了其自由,对延缓离婚数字的上升似乎有一定的抑制作用。但看问题不能绝对化。

首先,冷静期只适用于部分离婚案件,因此,并非所有离婚案件都适宜设置冷静期。对夫妻分居两年以上,而且夫妻双方均不同意中止诉讼的,人民法院不得裁定中止诉讼。因为双方已经自行冷静了两年,法院在诉讼中不宜再设置冷静期,尤其是当双方均不同意中止诉讼时,更应当尊重当事人的选择。

其次,法院中止诉讼设定冷静期,不得超过两次,冷静期最长不超过三个月,不能无原则地延长或增加天数。

再次,冷静期期间,法院应当进行相应的跟踪回访或调解辅导等工作,如果发现特殊情形致使不宜继续冷静期的,可以提前终止。

李非寒:我觉得要分人群来看。我们国家非常多元,比如存在城乡二元差异、地域差异。这种想法可能是大城市、受教育程度比较高的年轻人会有的。但是农村的年轻人,他们很早就出来打工、

可能20岁就结婚了，生孩子送回老家，就会觉得我有老婆有老公就是有一个家，他觉得这个就是稳定的，他/她可能也不想离。



对话嘉宾-李非寒：北京师范大学心理学部讲师，心理学博士、督导。自2017年1月起参与最高人民法院与北师大在家事审判改革方面的社会学心理学合作调研项目。

刘敏：法律保障的婚姻自由包括离婚自由。离婚冷静期对于死亡婚姻是不适用的，只适用于危机婚姻。对于是不是危机婚姻需要评判分析，若不加评判，对于所有离婚案件都规定离婚冷静期是不科学的、不恰当的。

我支持离婚冷静期或者叫感情修复期制度。我们南京师范大学法学院家事诉讼立法研究团队起草的《中华人民共和国国家事诉讼法》建议稿中，也规定了离婚冷静期制度。

王伟：将离婚冷静期形成制度性约束，是为了避免当事人冲动离婚，给婚姻修复提供一次机会，是一种我们在具体家事审判实践中应用的替代性的解决方案。



对话嘉宾-王伟：安徽省马鞍山市雨山区人民法院院长。所在法院为首批国家级家事审判改革试点法院。

在中国古代社会，家事纠纷的解决主要依靠的是族长、乡绅等民间力量，以调解的方式解决。而在新中国成立后的相当长时间里，很多家事纠纷是依靠所在单位、村、社区以及妇联来进行解决，进入法院来解决的所占比例不大。

随着市场经济的不断发展和社会结构的不断变化，无论是家事纠纷或是其他民事纠纷数量都在不断攀升，但是整个社会配套解决纠纷机制并没有完全建立，例如社会志愿者制度还没有健全。这就造成法院作为矛盾纠纷的最后一道防线，势必要承受大量的纠纷，这也就一定程度上促使我们法院从化解纠纷的角度，想方设法做一些创新工作，而离婚冷静期就是我们在家事审判实践中探索出的一个制度设计。

之所以会实行离婚冷静期制度，我认为是基于两点思考。

第一，法院的一项职能是引导当事人理性诉讼，其实来法院进行诉讼的当事人很多是不理性的，尤其是家事纠纷案件当中很多是激情性的，这些也是可以理解的。

第二，家事纠纷往往不仅是离婚这么简单，还涉及到丈夫、妻子、孩子、父母等主体的切身利益，很多时候当事人在非理性的状态下到法院起诉离婚，如果法院不强制给双方设置一个冷静期，就有可能更大地激化矛盾，不利于纠纷的化解。

离婚分为协议离婚和诉讼离婚。
前者为双方自愿、无争议的离婚，
由当事人自行达成协议
前往婚姻登记机关申请；
后者为双方未达成一致，
如对离婚意愿、财产分割、抚养权问题等
存在争议，向人民法院提起的诉讼离婚。

人物周刊：针对协议离婚，最近民法典各分编（草案）向社会征集意见，草案第八百五十四条规定，“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起一个月内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚申请。前款规定期间届满一个月内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。”你如何看待这条规定？

陈爱武：民法典中的冷静期是针对协议离婚的冷静期，即自愿离婚或无争议的离婚。我国民政部门对协议离婚做出冷静规定，初衷是好的，我觉得是需要的，也是支持的。因为我国的婚姻承载了较多国家责任和保障，适当做些限制有利于防范非理性离婚。没有哪一个国家，让离婚变得那么容易，离婚牵涉诸多相关事宜，必须妥当应对，缓一缓不仅能钝化问题，还可能产生和好的契机，不能和好的，也可以通过冷静期的辅导和接受教育（家庭教育、夫妻教育等）改善家庭关系。但最好不要一刀切，要作一些区分，如对结婚一年以内的，结婚三年以内且有未成年婴幼儿的等，可以给予冷静期一个月。

李非寒：我的第一反应，这样的修改意见出发点应该是给离婚的人更多时间考虑。可是我不喜欢这种没有选择的方式，不能默认这一个月我没有去就是不想离婚，我没去可能是有其他原因。协议离婚一般双方是基本已经同意了，我担忧的是有一方不是百分之百情愿的，这时候有了一个手段，就

可以拖，去争取他想要得到的东西。这给离婚的双方、民政局、整个社会都增加了成本。还有一个是对家暴案件的忧虑，如果施暴者本来同意离婚了，后来又反悔了呢。



对话嘉宾-刘敏：南京师范大学法学院教授、博士生导师。主持“我国家事诉讼立法研究”等国家社科基金项目，出版《〈中华人民共和国国家事诉讼法〉建议稿及立法理由书》等学术著作多部，主持出版《家事诉讼法论丛》学术丛书。

人物周刊：“离婚冷静期”在其他国家和地区的司法实践如何？

刘敏：在国外，也有类似于离婚冷静期的制度。在澳大利亚，家事法院在审理离婚案件时，为修复夫妻关系，可以中止诉讼。根据《澳大利亚家庭法》第13B条规定，如果在诉讼期间，法院认为无论从诉讼中提交的证据还是从婚姻当事人的态度来看，当事人之间达成和解的可能性都比较大时，应中止诉讼，给当事人机会以考虑和解；如果法院中止了诉讼，法院应建议当事人参加家庭咨询或使用其他适当的人或组织提供的服务；中止诉讼后，一方当事人请求恢复诉讼的，法院应尽快恢复诉讼。

陈爱武：《法国民法典》第231条第2款、第3款规定：如夫妻双方坚持离婚的意愿，法官应当指出，他们应在3个月的考虑期限之后再提出离婚申请。如在考虑期限之后6个月内未再行提出离婚申请，原来的共同离婚申请即失去效力。

《德国家事事件与非讼事件程序法》第136条规定：（1）法院依自由心证认为婚姻有望存续

时,应依职权中止程序。夫妻分居一年以上,而且夫妻双方均不同意中止程序时,不得中止程序。

我国台湾地区也有相关规定:法院认当事人间之家事诉讼事件,有和谐解决之望或解决事件之意思已甚接近者,得定六个月以下之期间停止诉讼程序或为其他必要之处分。

人物周刊:那么哪些国家是没有离婚冷静期规定的呢?或者说离婚相对简便,甚至国家和政府层面尽可能简化离婚程序的?

陈爱武:这个不好一概而论。有很多国家没有语词意义上的冷静期,但法官对离婚案件的中止有较大裁量权。还有如日本,协议离婚(两愿离婚)也很方便。诉讼离婚只是其中之一。当然,有些国家没有行政登记离婚,必须通过法院,但如果当事人达成协议,也是较容易离婚的,这些国家的法院关注的主要是对未成年人的保护和安置,而不是成年人。

人物周刊:离婚纠纷中,判定婚姻属于“死亡婚姻”还是“危机婚姻”,在多大程度上会受法官个人观念影响?

陈爱武:这个很难说,有些法官会总结出一定的参考指标进行比对。如心理学上的链接因素,周冰一法官认为夫妻之间尚存的链接因素越多(感情、性、子女、钱、关心、社会地位等),夫妻和好的可能性就越大,反之越小;有些法官则根据个案情况,结合自己的生活体验和经验进行综合判断,此时会受到自己个人观念的较大影响。

在家事审判中,行使自由裁量权对法官有着较高的要求,既要求法官有法律理念和逻辑,又要求法官有生活经验。未婚、没有男女平等观念、性格不稳定的年轻人不太适合担任家事法官。为了限制自由裁量权的滥用,需要法官在裁判文书中进行适当说理,包括法理、事理和情理都可以进行说明。无法在文书中表述的,可以作为法官判后寄语进行说明。

人物周刊:随着现代社会结构的变化,离婚率上升是不是必然现象?

王伟:离婚率上升的趋势很明显,网上也有大量这方面的统计和文章。女性地位上升,男女关系发生变化可能是一个主要原因。比如在旧社会女性对于生育、配偶是没有选择权的,女性生存需要依附于男性,才产生了男尊女卑的家庭观念。

据统计现在农村离婚案件上升特别快,为什么?因为现代社会给女性提供了足够的空间,体力不是生存的关键了,女性可以不依靠男性养活自己,这时候她对伴侣的选择比较强调自主意愿,如果男性仍是过去的老观念,婚姻出现危机的可能性就比较大。这叫生产力决定生产关系。以前的关系叫隶属关系,现在的关系叫契约关系。但面对契约关系,中国的男性似乎还没有做好准备。

人物周刊:从宏观上说,婚姻家庭解体一定是件坏事吗?或者说,它会不会是一个社会发展的必然,社会结构往原子化的方向发展?

王伟:中国的国情实在太复杂了,现在处于一个社会大变革的时期,过去古老的东西还没被消化掉,新的东西来了。过去,丈夫对妻子拥有绝对的权力。但是,现在的社会已经不是这样了,契约的精神开始深入人心。前段时间的高铁霸座事件,大家都在谴责霸座行为,但在谴责的背后有一个隐藏的含义——你购买了它就是属于你的,潜在意思就是我和你高铁进行了交易,这个就是我的,你不能侵犯。这个原则慢慢被社会所接受。

从婚姻关系来看,契约的理念似乎在被越来越多的人接受,至少成为一部分人的想法。因情感而在全社会的见证下,订立的共同生活的契约,因此产生一系列的权利义务。婚姻越来越多受到个人因素的影响。大量的“丁克族”出现说明了这一点。

对婚姻已经死亡的,家庭关系解体,对个人不是坏事。但家庭关系不稳定,如果达到一定的量级,对社会稳定是有相当影响的。家事审判改革,就是

要在传统文化的基础上,根据新的社会现实,建立新的家庭规范。家宁才能国安。

人物周刊:家事审判改革的最终目的是为了维护家庭和社会的稳定,还是为了保障个人的尊严、幸福与自由?

王伟:法院的根本职责还是实现公平正义,维护社会稳定。社会稳定,个人的利益才能得到保障。家宁国安,家庭是一个社会的细胞。但一个死亡婚姻维系着并不代表它对社会是有利的。当一个家庭细胞出问题的时候,我们的首要目标是修复这个细胞;如果这个细胞修复不了,那么我们就要防止这个细胞溃烂,不要影响其他细胞。

所以家事审判其实解决的是现代社会家庭规范完善的问题,要着眼于20年后。比如一个孩子看到父亲打母亲,那么这件事在他心理上可能会产

生影响,因为孩子的是非观还没有形成,他潜意识中有可能认可这种行为,多少年之后他可能也会殴打他的妻子,这种事情会像病毒一样一代一代传播。

所以家事审判就是你怎么隔断这些东西,用审判、用司法的力量把它们隔断。比如对这个孩子做心理矫治,告诉他这种行为是不对的。对离婚的当事人,也引导他们从孩子的角度去想,将来他们的孩子会受怎样的影响,所以要冷静和理性地对待、处理他们的婚姻危机。

本文首发于南方人物周刊第570期

文/本刊记者 邱苑婷 发自安徽马鞍山、南京、北京

实习记者 凌晨 李艾霖

实习记者陈梵、熊方萍对本文亦有贡献

编辑 / 周建平 陈竹沁

实录 | 夏吟兰:《民法典婚姻家庭编(草案)的重大疑难问题》

2018-10-30 中国民商法律网

<https://mp.weixin.qq.com/s/2fPz54B8eDUA3HQscu9xGQ>

主持人:谢谢张新宝教授,下面我们有请第四位发言人,中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授做《民法典婚姻家庭编(草案)的重大疑难问题》发言,大家欢迎!

夏吟兰:中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学教授、博士生导师



各位尊敬的专家、学者,各位老师、同学,大家上午好!

非常感谢民法学研究会、感谢王利明会长邀请我参加今天这个会议,使我有机会和大家探讨一下民法典婚姻家庭编一些重大疑难问题。当然,这也是一个命题作文,我从3个方面做了一个PPT:第一个问题讨论草案对婚姻家庭法的一些发展,第二个问题讲草案存在的问题,第三个讲对草案的建议,由于时间的关系,我只讲后两个问题。

总得来讲草案是把收养法和婚姻法合起来,对比以前的婚姻法和收养法在一些方面还是有所进步的,我基本上总结了11个方面的变化,包括体系的修改,增加了一些近亲属、亲属、家庭成员的界定,修改了禁止结婚的条件,增加了婚姻无效的情形,增加了日常家事代理权,也吸收了司法解释关于婚姻析产的规定,增加了离婚冷静期制度,完

善了离婚损害赔偿制度,也不再保留计划生育的内容等等。

我认为草案还是有很大的修改空间,总体上来看,我认为民法典分编整体上偏财产法,对身份关系没有给予足够的重视,存在基本制度的疏漏,具有内容缺失、法律规定详略不当的问题。

婚姻家庭编 80 个条文,总体只占很小的一个部分,加上继承编、人格权编,我们也就占 1/4。我们来看德国民法典,德国民法典共 2385 条,亲属编 624 条,债权编 642 条,物编法 442 条,我们可以看到,实际上在许多大陆法系国家都有这种倾向,婚姻家庭法是非常重要的法律,内容也相当复杂,但是我们现在强调的是什么呢?在婚姻家庭这部分是宜粗不宜细,尽量能不规定就不规定,能少规定就少规定,我认为非常不好。我觉得数量过少,编排上也是重财产轻身份。

我刚才也提到了现在不仅是宜粗不宜细,而且详略不得当。刚才杨明仑主任也提到这个问题,他提到收养法规模太大,收养实际上只是家庭关系中的一个小的部分,亲子关系有这么多,四种亲子关系,收养只是一种。我的想法是什么?收养法可以适当减少,但是其他规定应该大大增加。为什么收养法减少不了?收养法太庞大,这根本没有道理,包括家庭关系我一直觉得应该把它分开,夫妻关系是很大的一块,亲子关系也是很大一块,儿童权利公约最大原则就是要保护儿童的利益,亲子关系在婚姻家庭关系中非常重要的一部分,我们现在淹没在家庭关系中,没有突出亲子关系的重要性。我提出来一些建议,总体上我觉得还是要注重身份法属性,婚姻家庭编当然要注重身份法的属性,要体现维系血缘亲情,鼓励亲属相互扶持帮助,民法本质是什么法?我们一直说民法是人法,人法强调的是什么呢?讲究的就是人文关怀,婚姻家庭编充满人伦本质的法律规则没有得到重视,我真觉得非常遗憾,真应该加大这部分的内容。具体立法建议如下:

第一,修改立法体例,增设监护一章。我们把家庭环境分成两个部分,第一夫妻关系,第二父

母子女及其他近亲属关系,我们建议把现在的体例由五章改为七章,把监护作为最后一章放在第七章当中,为什么我们在婚姻家庭编还要规定监护?有人说监护早就有了,监护在民法总则当中规定的很清楚,已经有 14 个条文规定了监护,但是现代意义上的监护远不是我们规定的民法通则时期的监护理念,未成年人监护、成年人监护,这个实际上在现代各国立法当中已经有了非常大的变化,而我们现在的这 14 个条文不能反映这个变化和理念。我建议要把监护单独做一章,而且分成两节,未成年人监护和成年人监护。

我们现在的监护当中比如说委托监护是没有规则的,意定监护到底怎么启动?怎么来实行意定监护?我们现在只是有一些非常宏观的规定,所有的规定、问题都是老百姓的问题,怎么来启动,怎么做?放在哪儿规定?当然应该放婚姻家庭当中,专门有一章对这个做非常详尽的规定。

第二,增加夫妻人身权的内容,我们原来《婚姻法》规定相对比较少的。我们讨论很长时间都是讨论财产法,包括婚姻家庭法学研究会常常讨论财产制度,刚才杨明仑主任也提到关于夫妻债务,我觉得人身关系应该大大加强。**(1) 建议应当增加夫妻互相忠实,共同生活,互相抚养的义务。**现在关于夫妻互相忠实,我们放在一般规定,也就是原来婚姻法总则规定,是倡导规定,司法实践没有用。而夫妻共同生活是婚姻生活的本质,而且有了夫妻共同生活才能谈到分居的问题,现在法律明确规定分居两年是离婚的法定理由,怎么来确定分居,法律没有规定必须同居,为什么我不能分居?这个是应当明确规定的。我认为夫妻共同生活重要性大大高于相互抚养,夫妻共同生活体现的是精神上的慰藉、体谅、尊重,精神上的慰藉非常重要。

(2) 建议增加夫妻之间的知情权,很多财产纠纷特别重要的原因是不知道对方有多少财产,完全不知情,我觉得他有好几个亿,你好几个亿在哪儿?我觉得他有五套房子,房子在哪儿?对方根本不知道,知情权关系夫妻双方任何一方的重大利益,

实际是对夫妻关系的处理。夫妻共同财产的规定就是婚姻关系存续期间,夫妻财产属于共同财产,怎么体现共同财产?共同处分。而共同处分的前提是知情。夫妻的知情权同时也是夫妻相互忠实、尊重的前提。

(3) 建议规定夫妻之间的住所商定权,现在婚姻法有规定,结婚以后男方可以成为女方家庭成员,女方可以成为男方的家庭成员,现代社会我们强调住所商定,这是一个权利,可以住在男方家,也可以住在女方家,也可以选择自己另外住在其他的地方,我觉得这一点也是非常重要的。关于居住权,物权编草案有规定的,但和婚姻家庭编规定的内容不太一样,其实住所是夫妻行使配偶权利的特定制场所,诉讼、继承、遗弃、财产分割等等都会涉及到居住权的问题,农村妇女,农村土地权益的问题也跟这个密切相关。

我还建议增加夫妻的生育权,刚才我谈到了,我们现在婚姻家庭编草案当中把计划生育所有的条文全部取消了,原来计划生育是基本原则,规定夫妻双方都有计划生育的义务,现在我们强调的是权利,这个权利是夫妻平等的权利。有些人就说了,人口与计划生育法明确规定了,你要知道在现代社会我生不生孩子,我间隔多长时间生孩子这是权利,夫妻双方要商量的。从权利的角度当然应该有规定,而且是平等的权利,我觉得这个也应该增加。

我再谈一下关于夫妻共同债务的问题,婚姻法司法解释二第24条出台以后,司法实践产生了一些问题,最高人民法院又做了新的司法解释,但是司法解释没有权力规定哪些是共同债务,哪些是个人债务,它只能在程序上做一些规定,夫妻双方应该共同商定,日常家事代理权之外的必须经过对方授权,但是《婚姻法》必须明确规定到底哪些是共同债务,哪些是个人债务,只有界定清楚公民才心里有数,必须明确婚姻家庭法对每一个公民切身利

益攸关。我非常强烈建议,一定要明确规定,而且我也请求各位民法学界的同仁们对这个问题做一些研究。从民法的角度,财产法角度、物权法、债权法角度我们应该怎么对夫妻共同债务、个人债务做一个明确的界分?

第三,调整非婚同居关系,非婚同居也是近年来非常普遍的现象,无论青年人同居、老年人同居,有种种原因,时间关系不多说了,问题在于现实的呼唤,这些人不想结婚就想在一起。先不说年轻人单说老年人,那么多的问题,财产继承问题、孩子的问题等等,我又需要有一个跟我共同生活,老年了相互扶助这是非常正常的,我们又不想结婚,避免这么多的矛盾要怎么办?现在法律是不承认也不保护的,所以我觉得非婚同居关系法律应该有规定。当然,现在怎么规定?有各种争论,我想是不是可以在婚姻家庭编当中做一个原则性的规定,开一个口子,为将来制定一个非婚同居法或者叫同居伴侣法,叫什么名字咱们再讨论,开一个口子,给这些人一条道,这不就是老百姓的生活吗?我觉得要考虑社会多元化的发展。

第四,我觉得特别重要,应增设亲子关系的确认制度,完善父母对子女的责任体系,我们现在的草案只规定了亲子关系异议的纠纷解决办法,发生了异议我怎么办?事实上最重要的是亲子关系推定、亲子关系的否认。这些在目前的婚姻家庭编草案当中没有做任何的规定,特别没有体现对未成年人权益的保护。因为什么时候可以提起诉讼?这个里面涉及到未成年人的利益。另外,亲子关系当中其实也涉及到父母对子女抚养的义务,不抚养则应该承担什么法律责任?反过来,子女对父母的赡养问题,这个也是非常重要的,时间关系,就只能说到这儿。

谢谢大家!

（二）法官视点

少年审判改革中的制度创新

2018-10-08 人民法院报 第02版 王建平

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-10/08/content_144204.htm?div=-1

改革开放四十年来,以长宁区法院少年法庭为缩影的中国法院少年法庭坚持理论创新、制度创新、方法创新、专业创新和成果创新,通过挽救一个孩子,来拯救一个家庭,进而维护社会秩序,促进了少年儿童事业健康发展。

1984年10月上海市长宁区人民法院率先成立少年法庭。三十四年来,伴随着改革开放的春风,全国法院少年法庭立足审判,摸着石子过河,走出了一条有地方特点、时代特征和中国特色的少年审判之路,积累了许多可复制、可借鉴、可推广、可传播的理论研究成果和制度创新成果,为平安社会、平安中国建设作出了积极贡献。

少年法庭成立之初,还是一个新生事物。少年法庭的工作没有现成的模式可照搬套用,没有现成的制度可供执行,这就决定了我们要走一条前人没有走过的道路,做一番前人没有做过的事业,为少年审判制度构建乃至立法注入创新元素,做到从无到有,从有到优,坚持创新,持续发展。

制度创新,必须理念创新先行一步。研究发现,未成年人犯罪与成年人犯罪具有不同特点。未成年人犯罪除自身主观原因外,多与家庭失管、学校失教和社会失责有关,具有“综合征”。对少年犯应区别于成年犯主要采取教育措施或者其他具有矫正作用的替代性惩罚措施,以达到矫治和减少未成年人犯罪和重新犯罪的目的。

1989年联合国《儿童权利公约》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”。这就是著名的儿童利益最大化原则,是被称作“儿童权利大宪章”加以规

定的。制度创新必须努力践行儿童利益最大化司法理念,去破解改革中制度缺陷的难题。

我们的理念是,把少年罪犯作为一个孩子,而不是把孩子作为一个罪犯。因而未成年人司法理念的价值取向是挽救而非惩罚,与惩罚犯罪、保护人民为立法目的的成年人犯罪刑事处罚理念完全不同。这就需要对犯罪的未成年人实行教育、感化、挽救的方针,坚持教育为主、惩罚为辅的原则。所以,少年司法的目的是为了让成长中出现问题的未成年人得到帮助与支持,通过适当的处理方式,避免他们失去健康发展的机会,最终帮助他们回归社会,融入社会。

三十多年来,长宁区法院少年法庭创设的制度精华,经全国法院少年法庭广泛实践,陆续被《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》和2013年《中华人民共和国刑事诉讼法》及其司法解释增设的“未成年人刑事案件诉讼程序”专章等大量吸纳,上升为立法和司法,使未成年人保护和犯罪预防以及有别于成年人的未成年人刑事审判制度通过法律形式加以确立,中国特色少年司法制度逐步完善。

一是圆桌审判制度。为了营造富有人性化、亲和力的宽松刑事案件庭审环境,使未成年被告人更容易接受审判、接受教育和接受改造,少年法庭改造法台,重设席位,采取“圆桌式”审判方式,将未成年被告人刑事案件从普通刑事案件中分离出来,实行分案审理制度。进而将成年人侵犯未成年人人身权利的刑事案件、被告人留有未成年子女无人监护或无力监护的刑事案件全部纳入少年法庭审理,实行法律援助制度全覆盖,对孩子加以特殊

保护,可以实现跨越式的新发展。

二是社会调查制度。对未成年被告人进行庭前社会调查,了解犯罪原因,了解其悔罪表现,使审判工作更具客观性、针对性和科学性。该制度刚实施时,社会调查工作由法院独立完成,后来为了保持审判中立,开始转向委托社区矫正社工或者青少年社工办理,直至关口前移至检察机关移送起诉之前完成调查。后再向前推进一步,由公安机关在侦查阶段委托完成。形成目前由社工组织担当的、初具规模的、具有独立性、专业性和社会化特点的社会调查体系。调查内容也由放入卷宗供法官参考转向引入开庭审理中,并通过落实社会调查员出庭制度,将调查报告纳入质证范围。其建设性意见可增强法官内心确认,为正确适用法律、准确量刑提供客观参考依据,也为“寓教于审”(法庭教育制度)、协助判后帮教延伸工作(回访考察制度)夯实基础。为了继续将该制度引向深入,长宁区法院率先要求每一个涉少公诉案件都要随案移送社会调查报告,作为法院刑事立案受理条件之一,否则不予立案,使社会调查工作得以全面开展。

三是法定代理人出庭制度。在审判区域内增设法定代理人席位,通知法定代理人到庭参与诉讼,发挥其帮助行使诉讼权利和共同开展帮教的积极作用。同时注重对法定代理人进行教育,促其履行监护职责,帮助罪错子女重塑人生。在法定代理人无法到庭、不宜到庭或拒绝到庭的情况下,引入第三方人员如青少年社工等担任合适成年人,代理家长参与刑事诉讼,一人一案,全程参与,维护涉罪未成年人诉讼权利。

四是刑事和解制度。落实“宽严相济”刑事政策,试行司法处置前认罪悔罪考察和心理评估,开展刑事附带民事诉讼调解,促进被告人积极赔偿,取得被害人谅解直至达成协议,推动刑事和解工作。经探索实践,总结出“从宽掌握适用范围,从紧掌握适用条件,从严掌握适用程序”的刑事和解“三

从工作法”,以此探索恢复性司法在少年审判中的适用。最高法院原副院长刘家琛在长宁区法院举行的少年法庭成立十八周年庆典上曾深情地说道:“十八年前,你们已经开始探讨刑法的目的不在于惩罚人,而在于教育人、挽救人,并将刑法轻刑化的切入点选在少年犯罪方面推开,做了一件了不起的事情,”对少年法庭这一工作给予充分肯定。

五是心理疏导制度。一些未成年人实施一次犯罪之后,其犯罪心理未得到有效矫治而重新犯罪。一些25周岁以下成年人实施某种犯罪恰是其未成年时期犯罪行为的延续。可见,未成年被告人心理和生理尚未完全成熟,具有较强可塑性。需要用真情擦亮其蒙尘的心灵,用科学的方法对其进行心理疏导,缓解对抗情绪或心理压力,减少诉讼可能给未成年人带来的心理阴影和负面影响,使之今后更好地改造自己,融入家庭和社会。从双向保护原则出发,对未成年被害人同样需要给予心理疏导,让该制度在司法实践中发挥最大效应。

此外,在刑法修正案(八)中,关于缓刑适用的条件、关于禁止令的适用、关于未成年人累犯除外以及免除轻罪报告义务等规定,都源于少年法庭的改革实践、经验总结和辛劳智慧。2018年5月,长宁区法院少年审判庭等三家单位被最高法院确定为刑事诉讼法司法解释修改稿起草单位,他们将为继续完善少年审判制度添砖加瓦,为顶层设计建言献策。

经历了三十四个不平凡的春秋,以长宁区法院少年法庭为缩影的中国法院少年法庭坚持理论创新、制度创新、方法创新、专业创新和成果创新,通过挽救一个孩子,来拯救一个家庭,进而维护社会秩序,促进了少年儿童事业健康发展。如今,当年的“新生事物”正面临新一轮司法改革的考验。我们等待她向涉少刑事和涉少家事审判职能方向推进,使少年司法始终保持旺盛生命力。

【以案说法】离婚时未约定抚养费，是否还能继续索要？

2018-10-14 南京法院 浦法官

https://mp.weixin.qq.com/s/6m8tMMY_6KKX8A1VVOQqCw

离婚时，
夫妻二人未约定子女的抚养费，
此后，该直接抚养子女一方因经济发生不利
变化不足以抚养子女，
能否以子女名义起诉，
要求对方给付抚养费呢？

案情简介

原告法定代理人冯某与被告余某原系夫妻关系，原告小冯系双方之子。2016年4月冯某与被告余某在南京市浦口区民政局登记离婚，约定原告由冯某抚养，被告不付抚养费。

2016年6月原告出生，随冯某生活，自2016年7月起被告未支付原告抚养费。现原告起诉至法院要求被告支付抚养费，被告认为离婚时候双方达成的约定是双方真实意思表示，对双方具有约束力，不同意支付。

法院在审理中认为，父母对子女有抚养和教育的义务，离婚后一方抚养子女，另一方应承担必要的生活费和教育费的一部或全部。原告法定代理人冯某与被告离婚时虽约定原告由冯某抚养，被告余某不付抚养费，但目前冯某的支付能力已不能维持原告小冯基本生活所需，故该约定侵害了原告的基本权力，且违反法律规定。故原告要求被告支付抚养费的诉讼请求，于法有据，应予支持。

判决结果

依照《中华人民共和国婚姻法》第三十七条的规定，判决如下：

1、被告余某自2017年8月起每月支付原告小冯抚养费1400元至小冯年满18周岁时止。

2、被告余某支付原告小冯自2016年7月至2017年7月期间的抚养费18200元。

相关法律规定

【中华人民共和国婚姻法】

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。

案件点评

本案是涉及抚养费纠纷案件，案件涉及离婚时未约定抚养费，离婚后能否再次追索抚养费，我国的婚姻法明确规定了保护妇女、儿童权益原则。本案中虽然在离婚时原被告双方未约定婚生子女的抚养费，但是支付未成年子女抚养费是父母的法定义务，也符合婚姻法对儿童的保护，因此离婚后再次追索抚养费符合法律规定。

酌情分得遗产权的行权条件

原创：2018-10-16 审判前沿 刘冬辉、秦婧然

<https://mp.weixin.qq.com/s/hNAT4RSYFWgAqyhxotMmDQ>

编者按：继承人以外的人主张参与分配遗产，应考量哪些要素？法官结合酌情分得遗产的主体范围，扶养关系和扶养程度的认定，申请人是否对被继承人生活提供了主要经济来源或在劳务等方面给予了主要扶助，照顾与扶养的关系等予以论述。

裁判要旨

对于能否享有酌情分得遗产，在理解适用《中华人民共和国继承法》第十四条时，可参考《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第三十条对尽主要扶养义务的两项认定标准进行考量。

诉辩主张

原告诉称：

原告贺某为被继承人曹某的外甥女，2011年11月起曹某一直由原告照顾，直至被继承人去世前二十几天。从贺某在曹某家提供劳务的具体情况看贺某属于尽了主要赡养义务，从贺某提供赡养的时间来看属于长期尽赡养义务的范畴，从贺某照顾的所作所为来看已经尽到了曹某子女们应当尽而没有尽到的赡养义务。贺某对曹某精心照顾，应予分割遗产。诉讼请求：依法分割被继承人曹某名下A房产和存款。

被告辩称：

不同意原告贺某的诉讼请求。贺某既没有被曹某抚养过，也没有赡养过曹某，不享有继承权；曹某从未口头说过或文字写过贺某有继承权，贺某有家业和子女，有生活来源和生活能力；贺某是曹某的外甥女，曾由曹某的子女出面请贺某来京居住，实际居住时间一年多，在曹家居住期间贺某时常要钱要物；曹某的四个子女孝顺父母赡养老人，两个儿子始终与母亲住在一起，两个女儿也定期接老人尽赡养义务。

基本事实

法院公开审理查明：曹某与李某系夫妻关系，两人育有四子女：长子李A，次子李B，长女李C，次女李D。曹某于2015年9月9日去世。原告贺某为曹某的外甥女，2011年至2015年期间曾与曹某共同居住并照顾曹某，2011年4月起按季度从曹某家人处领取生活补贴开支，每月一千元至一千五百元不等。曹某一家在双榆树有三套房屋，原告与曹某住一套，曹某子女居住在另外两套。被告称因与母亲住在一起，子女一直照顾母亲。

判案理由

法院经审理认为：

首先从继承人范围上看，原告贺某虽与被继承人曹某有亲属关系，但其不属于《继承法》规定的继承人的范围，且曹某并未留有遗嘱，故其不是曹某的继承人，不能依法定继承或遗嘱继承来继承曹某的遗产；

其次从贺某的依据上看，贺某依据《继承法》第十四条之规定即“对继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产”来主张分得曹某的遗产，其应当证明其扶养较多，且其进行的扶养并非基于雇佣等对价关系。

本案中从“照顾”的角度看，贺某作为亲属，与曹某共同生活几年时间，确对曹某进行了照顾，并对其精神上有所慰藉；但从“扶养”的角度看，曹某有自己的退休金，有能力供养自己，其子女又均与曹某相邻居住，可以随时照顾自己的母亲。在贺某与曹某生活期间，贺某一直由被告支付生活费用。曹某子女有能力且实际对曹某尽了赡养义务，子女的赡养才是主要的“扶养”。庭审中，原告贺某提供了证人证言，证明其尽了较多扶养义务，且曹某曾表示将房屋留给贺某。但证人均与原告存在亲属关系，且其证言不能证明曹某有立遗嘱的意思表示。故上述证言本院均不能采信。

“照顾”不等同于“扶养”，对于继承人之外的贺某而言，其并不能提供证据证明作为子女的被告未尽到赡养义务，亦不能证明其对曹某尽了较多

扶养且未取得对价。故其应当承担举证不能的不利后果。其诉讼请求缺乏事实及法律依据，本院均不予支持。

定案结论

法院依据《中华人民共和国继承法》第十条、第十四条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，《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：

驳回原告贺某的全部诉讼请求。

解说

《中华人民共和国继承法》第十四条规定了酌情分得遗产权，明确了在两种情形下继承人以外的人可以对遗产进行酌情分配。其中第二种情形正是本案中贺某诉讼请求所依据的“继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产”。对于酌情分得遗产权，可以从以下方面进行考量：

1. 酌情分得遗产权的主体

酌情分得遗产是与继承、受遗赠等方式并列存在的一种取得遗产的方式，其主体限定为继承人以外的人，该制度的设计初衷在于，对被继承人扶养较多的非继承人本无法定扶养义务，但是出于道德因素或其他原因，客观上与被继承人形成了一种稳定的扶养扶助关系。

为非继承人赋予酌情分得遗产权，一方面有利于弘扬尊老爱老及养老恤幼的传统文化，另一方面则是基于权利义务相一致原则，应当给予扶养较多的非继承人适当的遗产份额。由于我国对法定继承人的范围规定较窄，继承人以外的人不排除与被继承人之间存在某种血缘关系，但是从法律规定及制度原理来看，是否存在血缘关系并不是取得酌情分得遗产权的影响因素。

2. 酌情分得遗产权的条件

《中华人民共和国继承法》第十四条以“扶养较多”作为分得适当遗产的条件，可见是否享有酌情分得遗产权的决定性因素是扶养关系。

问题在于法律并没有规定何为“扶养”以及“扶养较多”的标准。有学者认为：“扶养之程度，应接受扶养权利者之需要与负扶养义务者之经济能力及身份定之，扶养之需要不以衣食住之费用为限，及于全部生活需要”。可见，对扶养程度的认定难以确定统一标准，需根据实际情况进行个案认定。

虽然目前没有对非继承人酌情分得遗产应达到的扶养程度进行规定，但是笔者认为可以参照《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》（以下简称《意见》）第三十条进行判定。《意见》对尽主要赡养义务或主要扶养义务的认定标准为“对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助”。

而无扶养义务的非继承人分得遗产的条件是对被继承人“扶养较多”，故此处“较多”可以理解为“达到了尽主要扶养义务的标准”，故，在审理案件中，可以将“提供主要经济来源”、“劳务等给予主要扶助”作为裁判的参考。若经法院查明，继承人以外的当事人为被继承人提供了主要经济来源或者在劳务等方面给予主要扶助的，可以适用《中华人民共和国继承法》第十四条的规定，赋予其酌情分得遗产权。

本案的争议焦点在于原告作为非继承人对被继承人是否构成“扶养较多”，可否依据《中华人民共和国继承法》第十四条主张酌情分得遗产权。

首先，开支表显示贺某与被继承人曹某同住期间，李A等向贺某支付每月一千至一千五的生活费，被继承人曹某有退休金作为经济来源，贺某未提供证据证明其为被继承人曹某提供了主要经济来源。

其次，贺某本身年事已高，其与被继承人同住更多的是一种照顾和陪伴，而非在劳务方面提供主要扶助，原告也未能提供其在劳务等方面给予主要扶助的证据。

综上分析，本院认为贺某作为非继承人，对被

继承人未达到“扶养较多”的标准，甚至仅能算作“照顾”而非“扶养”。故，本院依法驳回贺某全部诉讼请求。

刘冬辉

北京海淀区法院民一庭副庭长、审判员

秦婧然

北京海淀区法院民一庭法官助理

离婚案件中股权分割问题的调研 | 迂君 | 法官视点 | 来源：滨海新区人民法院塘沽审判管理委员会网站

2018-10-16 家事法苑 迂君

<https://mp.weixin.qq.com/s/fRooJpRs9PjFezK6-mpYRg>

离婚案件中股权分割问题的调研

作者：迂君

发布时间：2017-01-04 15:59:57

来源：滨海新区人民法院塘沽审判管理委员会网站

原文链接：<http://tjtgfy.chinacourt.org/article/detail/2017/01/id/2506643.shtml>

近年来，随着我国社会经济的飞速发展和人们物质文化生活水平的日益提高，夫妻一方或双方所拥有的财产内容、范围、种类及数量也不断发生变化，使得夫妻财产关系日趋复杂。司法实践中，不再仅仅以传统意义上的有形财产的单一形式出现，以有形财产与无形财产共存的复合形式的案例层出不穷，其中涉及较多的就是股权的认定及分割问题。股权作为一种特殊的财产形式，由于其涉他性的特点，在法律适用上，不仅要符合婚姻法的相关规定，同时要受到公司法规范的约束。而我国目前的婚姻法和公司法并没有关于夫妻共同股权分割的专门规定，致使法院在实践中对于此类案件的审理无论是在实体法的适用还是诉讼程序的运用，都面临着一定的困难。因此，完善我国相关法律规定，对于及时有效地解决离婚纠纷，维护夫妻双方合法权益以及保护第三人利益与交易安全都具有十分重要的意义。

一、相关案例及其所引发的法律问题

（一）案例介绍

佟某与于某夫妻二人在结婚后共同出资与另外两个股东投资组建了中正业有限责任公司，注册资金1000万元，夫妻二人以丈夫名义出资450万元，占注册资金的45%。此后，夫妻因感情破裂准备离婚。夫妻双方对离婚及其它财产的分割都没什么意见，唯独在中正业有限责任公司的股权分割上产生了异议。佟某认为公司的45%的股权应当属于夫妻共同财产，应当平分一半价值，要么分给她22.5%的公司股权，要么给她相当于22.5%股权的价值，公司现在运营良好，这22.5%的公司股权至少值七八百万元。而于某认为为了让公司盈利，公司的全部资金都投入进去了，现在公司刚有起色，资金比较紧张，佟某要七八百万元纯粹是天价。在庭审中，被告于某不同意向佟某转让公司股权，其他两位股东也不同意将公司股权转让给原告，考虑到实际参与经营是不可行的，佟某也放弃了成为该公司股东的意愿。于是，双方在被告应当给原告的股权折价数目上争执不休。原告认为，现在公司的股权很值钱，原来投入的450万元，现在加之相当于1000多万元，她要求一半的价值600万元是很公平的。而被告却称，从表面看公司经营得很好，但实际上存在不少应收债款和借款，将来公司能否

稳定发展也很难说，其实处于亏损的状态。所以，被告只同意200万元的折价。鉴于原被告双方之间的差异过大，法庭建议对公司资产进行评估，然后根据评估报告依法分割该部分财产。原告考虑到评估期限过长，而且评估的结果也很难保证，因为她自己对公司没有经营，不清楚公司的财务账目，很难保证评估结果的准确性和真实性，不排除评估后是亏损的可能性，评估费用也较高，最后只好接受法官的调解，由被告折价给原告300万元，3年内付清。

（二）针对夫妻共同股权分割存在的问题及难点

通过上述案例，反映出在司法实践中对于夫妻共同股权分割的处理困难重重。立法上的空白、相关制度的不完善，以及股权的特殊性、价值不易确定性，都给法院审理此类案件带来极大的难题。下面就实践中遇到的主要问题及难点进行探讨。

1、如何进行分割缺乏明确依据，股权价值不易确定问题尤为突出

现阶段，越来越多的离婚案件中涉及到夫妻共同股权分割问题，虽然最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“《婚姻法司法解释二》”）第十六条为此问题确立了标准，但该条款本身在法律适用上仍存在一些问题和不足。除此之外我国相关立法亦无明确规定。立法的严重缺失使得实践中法院在审理此类案件时依据不足，导致最终的处理结果也大相径庭。对于夫妻共同股权价值的确定问题，我国更是存在司法空缺。而此类案件的焦点、难点问题就是如何确定股权的价值。股东的出资在公司成立时即转化为公司的资本，公司运营后，资产价值必然会发生变化，股权的价值也随之变化，仅以投资数额进行衡量和确定显然不合理。股权的价值是动态的，随时随地都可能发生变化，并且根据有限责任公司人合性较强的特点，股权不能自由流通，其价值自然更难确定。而股份有限公司的股票虽然可以在市场

上自由流通，但股票价格受到政治经济等多种因素的影响，所以票面金额也不能代表实际价格。目前，我国法律对如何合理地确定股权价值并没有作出明确规定，也没有健全的股权价值评估机制，因此在司法实践中，往往因为股权价值不易确定而延误审限，甚至将此问题交由当事人另案起诉，此种做法不仅有违相关法律规定，也不利于及时解决当事人之间的纠纷。可见，股权价值的不易确定给法院审理此类案件带来了极大的难题。

2、非股东配偶方举证困难，对其合法权益的保护机制不足

实践中，非股东配偶方欲维护自身的合法权益而提出分割夫妻共同股权的主张，根据“谁主张，谁举证”的原则，对于夫妻共同股权的存在及价值变化情况的举证责任自然在非股东配偶方。但这显然对非股东配偶方极不公平。首先，根据我国国情，多数妇女在婚后为了家庭放弃了自己的工作，把重心放在照顾家庭和子女上，对于家庭财产的去向不够重视，对夫妻共同财产的投资情况知悉甚少，无疑使她们在离婚诉讼中处于不利地位。其次，公司的保密性决定了她们并不能像股东那样查阅公司的账簿，以了解公司的实际运营情况，并且由于股权分割往往涉及公司的商业秘密及其他股东的个人财产情况的隐私问题，因此许多公司和股东还以保护商业秘密和个人隐私为由，拒绝非股东配偶方的取证，这也给非股东配偶方提供股权信息带来阻碍。再次，我国目前缺乏对非股东配偶方财产知情权的专门性法律保护，而且现阶段我国的财产登记制度并不完善，非股东配偶方的知情权得不到有力的保障。可见，对于处于弱势地位的非股东配偶方合法权益的保护，以现有制度来讲还是远远不够的。

二、我国目前关于夫妻共同股权分割的法律现状

如前所述，夫妻共同股权的分割是一个极其复杂的问题，其不同于其他夫妻共同财产如存款、房屋等单一性的财产权利，仅适用婚姻法的相关规定

即可得到妥善的解决。对夫妻共同股权的归属与认定,不仅关系到夫妻双方的自身利益,往往还牵扯到公司及其他股东的合法权益。这种特殊性决定了对夫妻共同股权进行分割,必须要受到婚姻法和公司法的双重调整。下面就这两部法律中关于夫妻共同股权分割的有关规定及存在的问题分别论述。

我国现行的《婚姻法》对股权作为夫妻共同财产的分割问题未作明确规定,仅是在《婚姻法司法解释二》中有所体现,其中第十五条规定:“夫妻双方在共同财产中的股票、债权、投资基金份额等有偿证券以及未上市股份有限公司的股份时,协商不成或者按市价分配有困难的,人民法院可以根据数量按比例分配。”该条是对股票或未上市公司的股份的分割的具体规定,但由于夫妻共同财产中的该部分财产的具体价值经常处于一种不确定的状态,因此规定由人民法院来计算出准确价值并加以分割,现实操作性不强。

此外,《婚姻法司法解释二》第十六条规定:“人民法院审理离婚案件,涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额,另一方不是该公司股东的,按以下情形分别处理:(1)夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶,过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的,该股东的配偶可以成为该公司股东;(2)夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后,过半数股东不同意转让,但愿意以同等价格购买该出资额的,人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让,也不愿意以同等价格购买该出资额的,视为其同意转让,该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据,可以是股东会决议,也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”而该条款本身,不论是其适用的前提条件,还是处理方法,都存在一定的局限性。要正确理解该条规定,需从以下几方面准确把握:(1)司法解释该条规定的适用前提,是用于认缴该有限责任公司出资的财产,是夫妻共同财产,

但在公司登记里,被记载在夫妻一方名义之下,即从外表形式上,共同财产被显示在一方名下。如果不是夫妻共同财产,是一方的个人财产,或者是涉及夫妻以外其他家庭成员利益的家庭共有财产时,则不能适用本条规定。(2)司法解释该条规定仅适用于夫妻中只有一方是该公司股东、另一方在纠纷发生时并不是该公司股东的情形。因为,如果夫妻双方发生纠纷诉至法院之前,双方的身份都是该同一有限责任公司的股东,《公司法》第三十五条对此有明确的规定,也就是说,夫妻双方如果地位相同,都是该公司的股东,与双方是否为夫妻关系这一特定的身份关系没有必然联系,只需适用《公司法》的明文规定就可解决。(3)司法解释该条规定,适用于夫妻双方就解决转让过程中具体问题协商一致的情况。处理此类案件,考虑到其在夫妻内部、外部等各方面的关系及影响,所以应当尽量由夫妻双方依据有关规定自行协商解决。如果双方对其共同财产中在有限责任公司的出资问题都无法达成共识的话,不属于本条规定的情况。(4)人民法院在适用本条规定审理有关案件时,不仅要以《婚姻法》规定为准,而且还必须依据其他相关法律。例如,由于股东之间的人身信任关系,使股东人数受到限制。根据《公司法》的规定,我国有限责任公司规定股东人数五十人为上限,在人数上如果不符合这一要求,公司的性质实际上也就发生了改变。因此,在分割夫妻股权时,也应注意不能与此规定的原则相违背。(5)此外需要注意的一个问题是,司法解释的该条规定中关于许多问题的表述,采用的都是“可以”这种的授权性做法,而不是当然、必须等强行性规定。也就是说,根据个案的情况,如果有更切实有效、更可行的做法,法官也可以依法进行审查,作出妥善处理。

我国《公司法》针对夫妻共同股权的分割问题也没有专门性的规定,在审理离婚案件涉及的夫妻共同股权分割问题时,还应注意不得与公司法的相关限制性规定相冲突。

三、完善我国相关法律规定的具体构想

离婚案件涉及的夫妻共同股权分割问题,是目前司法实践的疑难问题。随着社会经济的发展,越来越多的离婚案件涉及夫妻共同股权的分割,因此而产生的争议成为案件的焦点、难点。我国法律对真正公平合理地解决该难点问题缺乏明确的法律规范。该类案件应如何处理才能体现社会的公平,依然困惑着审理婚姻家庭案件的法官们。笔者认为,真正公平合理地解决离婚时夫妻共同股权的分割问题,必须对我国立法加以完善。

1、明确夫妻共同股权分割的基本原则

我国关于离婚时夫妻共同财产的分割原则主要有男女平等原则、约定优先原则、照顾弱势一方利益原则、有利于生产生活原则、不得损害国家集体及他人利益原则等。基于夫妻共同股权在分割时存在的特殊性,除了应遵循上述婚姻法规定的基本原则外,还应具备自身的特殊原则。

(1) 公平平等原则

作为民法的基本原则之一,公平原则在审理离婚案件涉及夫妻共同股权分割时显得尤为重要,始终贯彻于案件审理的整个过程。具体表现为无论双方是否均系夫妻共同股权的登记持有者,在股权分割问题上都处于平等的法律地位;股权可由双方根据自己的意愿协商分割,或判归一方所有,获得股权一方应给付对方相应的补偿;在分割股权时也要考虑双方对家庭作出的贡献,不能以一方不是股东未参与公司经营管理为由而剥夺其享有的共同股权的财产权利和非财产权利。非股东配偶方也有权在分割股份还是获得补偿中进行选择,只要不违反相关法律规定,持股方不得加以阻挠。在坚持公平平等原则的同时,也要注重与保护弱势群体的合法权益原则相结合,在司法过程中保障并维护非股东配偶方享有的各种权利,以克服其在股权权利行使上一直以来的地位上的不平等和信息的不对称。只有这样才能使离婚双方得到心理上的平衡,从而从

根本上解决双方的纠纷,化解彼此的矛盾。

(2) 补偿原则

这里的补偿原则是指,离婚时夫妻共同股权依协议或依法院判决归属一方所有时,应由该方给予对方相当于该股份或股票价值一半的补偿。在离婚诉讼涉及夫妻共同股权分割中,由于受到公司法相关条款的限制,股权无法直接予以分割,或者根据当事人的意愿,不愿意取得股权时,未获得股权的一方有权要求对方给予其相应的补偿。补偿的关键在于股票价格的合理核定。

(3) 兼顾各方利益原则

此原则要求在分割夫妻共同股权时,应更加注重非股东配偶方合法权益的保护,以及公司及其他股东之间的利益平衡。基于股权涉他性的特点,决定了在分割时不可避免地涉及公司法、证券法等多个法律法规所调整的领域,特别是只有夫妻一方登记在册的情况,或多或少地都会牵扯到双方之间、双方与公司其他股东之间的权利义务关系及其利益平衡问题,在处理夫妻一方为公司股东的股权分割时,除了要坚持公平平等原则保护双方利益外,还应兼顾到其他股东的合法权益及公司的稳定和可持续发展,达到各方之间的利益平衡。

(4) 股权保全原则

对于股权本身,可以根据婚姻法和民诉法等法律规定采取诉讼中或诉前保全措施,以防止股东配偶转让或隐匿股权。但是,在诉讼中或者诉讼前,如果有的股东配偶利用其控制股东地位来影响公司经营决策,通过低价出让、无偿赠与、伪造债务、设立账外账或者不当的为他人提供担保等手段,将公司财产转移至另外的与自己利益有关联的公司,从而使公司财产不当减少、资产缩水、股权价值降低,致使非股东配偶方的权益受损。此时,非股东配偶方该如何救济自己的权利呢?就目前来看,可行的措施有两种:一是事前预防,即诉前或诉讼中证据保全;二是事后救济。两种措施是补充关系,一般宜采取前者,只有在前者不足以保护非股东配偶方利益时才适用后者,因为前者有现行的明文法

律依据且成本较低,一般不会损害他人利益。非股东配偶方也有申请证据保全的权利。

2、夫妻共同股权分割方式的规则完善

在离婚案件中,夫妻共同股权的分割是一个较为特殊、复杂的问题。如前文所述股权的价值不易确定,往往也是离婚双方争执的焦点,加之股权的转让受到一些限制性条款的约束,因此给司法实践带来更大的困难。由于对夫妻共同股权的分割涉及到《婚姻法》、《公司法》、《证券法》等多部法律法规,因此,其具体的分割办法不能一概而论,应区分对待。实践中最为常见的是有限责任公司的股权分割和股份有限公司的股份分割。下面就这两个方面分别进行分析。

(1) 有限责任公司的股权分割

①一人有限责任公司的股权分割

在新《公司法》出台之前,一人公司在现实生活中已大量存在,它既是追求利益独享与风险分担的结果,又是拥有巨额投资能力的经济实体分散投资风险的需要,其形成具有必然性。2006年《公司法》顺应市场经济发展,以法律明文规定的形式对一人有限责任公司给予了肯定。对于夫妻以共同财产投资设立一人有限责任公司的股权进行分割时,不宜直接分割股权本身,应视不同情况区别对待:夫妻双方协商一致按比例分割股权,此种情况相对简单,及时向登记机关变更登记主体即可。双方享有股权份额不等的,由获得较多的一方给予对方相应的补偿价款;夫妻双方对于股权分割不成达成一致意见的,双方均不放弃取得股权时,如果双方经营管理能力相当的情况下,可采取竞价的方式处理,由价高者得,当然也要给予对方相应的经济补偿;如果夫妻一方具备较高管理能力的,则将股权判归该方所有有利于公司的发展;如果双方均放弃取得股权,只要求分得相应价款时,可对一人有限责任公司进行清算或者拍卖,对价款进行分割。

②二人以上有限责任公司的股权分割

第一,夫妻一方为有限责任公司的股东,而另一方不是公司的股东

此种形式的夫妻股权的分割方法,也区分为两种不同情况:一种情况是夫妻双方对共同股权的分割已达成一致意见,此时直接适用我国《婚姻法司法解释二》第十六条的规定即可。另一种情况是夫妻双方对共同股权的分割不能达成一致意见。对于此种情况,法律未作出明确规定。此时我们应加强对非股东配偶方的权益的保护。股权价值的不易确定性及非股东配偶方的举证困难,都使其处于不利的地位。一方面其对公司经济状况无从了解;另一方面对股东配偶所持有的股权情况无法掌握,在股权利益分割的过程中,处于与股东配偶信息不对称、力量不对等的弱势地位。在夫妻股权分割时,在不违反婚姻法、公司法等法律规定的前提下,必须对非股东配偶方进行特别保护。

第二,夫妻二人均为有限责任公司的股东

夫妻二人是同一公司的股东时,双方可根据各自持有的股权比例协议如何分割股权或者维持现有状况,此种形式的股权分割,属于股权的内部转让,可直接按照我国《公司法》第七十二条的规定,有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。此时的股权转让是自由转让,没有限制。但要注意的是,如果公司章程另有规定的,还要符合公司章程的规定。

(2) 股份有限公司的股权分割

股份有限公司是典型的资合公司,注重的是公司的资本,其不同于有限责任公司要求股东之间具有强烈的人身依赖关系,原则上股份有限公司的股权可以依法自由转让。《婚姻法司法解释二》第十五条对股票或未上市公司的股份的分割方法已作出明确规定,即以下三种:协商分配;按市价分配;按数量比例分配。首先应根据当事人的意愿双方协商,如果能协商达成一致最好,若协商不成,按市价分配,但采用按市价分配的方式会存在不合理的问题,因为股票的价值本身具有波动性,随时处于不断变化之中,市价是很难确定的。相比之下,按数量比例分割比较合理,不论股票持有人怎样处分股票,最后只要依据判决将剩余的股票和资金按比

例分配就可以了。

此外,在分割股份有限公司的股份时,还应兼顾上述的《公司法》的限制性规定。如果离婚当事人为股份有限公司的发起人,且离婚发生在公司成立一年内;或者为公司董事、监事、高级管理人员,且公司股票上市交易不满一年,这两种情况下,其所持股份均不可转让,只能由持股方继续享有。此时,人民法院不宜对该股份予以分割,可采取补偿对方相应股份价值的方式解决纠纷。若对方不放弃要求分割股份,则可告知其待符合法律规定的转让条件时再行起诉。

3、建立股权价值评估制度

在离婚案件中处理夫妻共同股权的分割问题,最为关键的一个环节就是股权价值的确定。科学公平地确定夫妻共同股权的具体价值是对其进行合理分割的基础,也是最大限度保护当事人利益的前提。而现实中,由于公司资产是动态变化的,其股权价值也是不断变化的。在分割夫妻共同股权时,必然涉及的问题是经济补偿问题,而经济补偿的数额往往依据股权价值而定。而如何确定夫妻共同股权的价值,则需要公正合理的股权价值评估制度。结合我国相关法律规定及司法实践中遇到的难题,借鉴其他国家的先进经验,现对完善我国夫妻共同股权的价值评估制度提出如下建议:

(1) 提起的主体

对于股权价值评估的启动主体,可分为两种情况。一是当事人自行委托评估机构,预付评估费用,待确定股权分割费用承担的主体时再决定如何分担问题。但采取此种方式的最大问题是评估结果的中立性和权威性容易受到对方的质疑。二是人民法院依据当事人的申请,委托具备司法评估资质的会计事务所或资产评估事务所,通过对企业的净资产进行科学评估计算出相应的股权价值。此种做法较为公平合理,在实践中也较为常见。

(2) 评估机构的确定

实践中,一般是由当事人在法院给定的评估名册中选定有司法鉴定资格的资产评估机构,如果不

能协商一致,则由该法院指定资产评估机构。由于股权具有较大的波动性,确定其价值的评估难度也比较大,因此需要具有专业知识和丰富经验的人对其进行预测和评估,这样才能最大限度地保证评估结果的准确性。

(3) 评估方法的确定

实践中,法院委托资产评估机构进行评估时,不会注明具体采用的评估方法。有的当事人可能因此认为评估的操作空间过大,自己的利益可能受损,自己应享有评估方法的选择权,以保障自己的利益,那么评估方法的选择权应赋予当事人还是评估机构呢?笔者认为,赋予评估机构更为合理,理由是不同行业的公司资产构成不同,需要由评估机构根据自己的专业知识确定采用最适合的某种评估方法,即评估的专业性决定了评估方法的选择权只能赋予评估机构。

(4) 对评估结果的异议及救济

尽管在评估程序中,尽量从各方面进行制度设计以保证评估结果的客观公正,但是实践中仍难免出现评估缺陷。由于评估具有专业性,对其进行质疑本身困难重重,法庭应允许非股东配偶方进行质证,并可以聘请专业人员进行辅助。例如请专业人员到庭对评估人员进行询问,要求评估人员进行回答解释或给予书面答复等。这种异议程序的法律依据是《证据规则》的相关规定:“鉴定人应当出庭接受当事人质询,鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。”“经法庭许可,当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。”评估人员属于该规定中的鉴定人,应当接受当事人及其聘请的专业人员的质询。此外,根据《证据规则》的规定,如果存在评估机构不具备相关的评估资格;评估程序严重违法;评估结论明显依据不足等其他情形,当事人也可以申请重新鉴定。另外,如果在离婚案件裁判文书生效后,才发现评估中有公司提供的资料不完整、不真实导致股权价值低估的等情况,也可依据民事诉讼法的相关规定,通过再审程序解决。

（5）评估结果的效力

一般为当事人决策目的所做的评估的结果，是作为参考、谈判的基础。但是，诉讼程序中进行的评估，评估机构是经过司法机构审核具有司法鉴定资格的，评估程序已经尽量设计得公正，而且当事人对评估有异议的，可以申请重新评估或者补充评估，加上评估具有专业性，因此，评估结果一旦经法院认可作为有证明力的证据，即应作为判决的依据。

四、加强对弱势方权益的保护问题研究

受我国传统文化的影响，男主外、女主内的夫妻分工模式在现实生活中大量存在。女方往往将自己大部分的精力投入到家庭及照顾子女上，对于共同财产投资经营情况并不了解，加之股权具有的特殊性，都决定了她们在夫妻共同股权分割时的不利地位和被动性。而我国对于这部分弱势群体的保障措施仅在《婚姻法》第四十七条中有所涉及，明显不足以充分保护其在共同股权分割中的合法权益。因此，完善我国《婚姻法》等相关立法势在必行。

（一）建立夫妻财产登记管理制度，强化对夫妻财产关系的调整

在我国，夫妻双方在结婚登记前及婚姻关系存续期间，对双方共同财产予以登记的案例并不普遍，这与我国相关法律制度及传统文化思想的影响密不可分。一方面，我国法律仅对少数不动产和特殊动产规定了登记制度外，一般财产所有人对其他动产并不要求必须进行登记。另一方面，夫妻双方感情融洽时，即使一方存在夫妻共同财产登记的意愿，但又害怕破坏彼此间的信任关系，最后往往都会放弃。这就造成了双方个人财产与婚后共同财产的划分不够明确，一旦双方感情出现问题导致诉讼离婚，由于不能提供相关证据而无法证明共同财产的具体范围，加之股权价值的不易确定性，因此建立夫妻财产登记制度尤为重要。不仅有利于明确双方的财产归属情况，也是预防第三人利益遭受侵害的有

效手段。建立夫妻财产登记管理制度的具体构想如下：

1、财产登记的时间。笔者认为，夫妻双方进行财产登记，既可以在登记结婚前，也可以在结婚登记后即婚姻关系存续期间。

2、财产登记的内容。财产登记的主要意义在于确认夫妻双方个人财产及共同财产的种类、范围，应充分尊重当事人的意愿，在符合法律法规规定的前提下，对于登记的内容和形式应给予最大限度的自由，其中应当包含的有双方适用的是法定财产制还是约定财产制，双方婚前个人财产的明确范围，婚姻关系存续期间财产权属的变更情况等等。

3、财产登记机关及效力。由于财产登记不仅能够明确夫妻双方共同财产的数量及变化情况，同时还具有对抗第三人的效力。因此，笔者认为应在婚姻登记机关设立一个独立的部门专门对夫妻财产进行登记管理，并对其真实性予以审查，赋予其公示的效力。双方财产经登记机关登记后便可作为日后产生纠纷的有力证据。

（二）明确夫妻间对共同财产的相互告知义务，增强透明度

我国法律应建立夫妻之间的财产告知义务，确立夫妻间的财产知情权。法律应明确规定，夫妻关系存续期间，夫妻之间负有财产报告义务，夫妻一方有权要求另一方报告财产的权利。夫妻以共同财产出资成立公司，作为出资人的夫妻一方或双方都应每年制作书面财产清单，报告公司中享有的共同财产情况，以保障夫妻之间财产的利益。夫妻与第三人之间产生的民事法律关系，在夫妻离婚分割财产时法律保护第三人的利益。在夫妻关系存续期间，夫妻处分共同财产与第三人建立民事法律关系可能影响财产利益时，夫妻之间有知情权利和告知的义务。建立公平合理的重大财产告知制度，是保障夫妻共同财产权利的关键。

（三）通过完善举证规则，改变弱势方举证艰难

的处境

现实中,夫妻双方中为家庭付出较多精力承担较多义务的一方,往往并不是掌握家庭财产所有权的一方。根据法律规定,离婚案件中夫妻共同财产的分割问题仍适用“谁主张,谁举证”的证据规则,而非股东配偶方若主张夫妻共同股权的存在及具体价值,则必须提供相应的证据,但因其无法掌握公司经营管理情况及资产变化情况,在搜集证据过程中也会受到多方面的阻挠,因此将举证责任分配给非股东配偶方,是不科学不合理的。基于以上情况,建议在夫妻共同股权分割问题上,实行举证责任倒置。当夫妻离婚时,享有公司股权的一方,有义务对其股份资产及现值进行举证,持有股份一方负有婚姻关系存续期间报告财产的举证义务,如持股一方不能证明婚姻关系存续期间如实汇报财产情况,法院可直接认定另一方请求的主张。笔者认为,从民事诉讼程序法上建立合理的举证制度是解决处理离婚时股权分割的关键。公司股份涉及第三方利益,弱势一方无法掌握财产持有方的公司股份资产证据是客观存在的事实。法定持股一方履行举证义务,有利于保护弱势方的合法权益。

(四) 加强对持股一方恶意损害夫妻共同财产行为的严惩力度

对于妨碍夫妻共同财产分割的行为,我国《婚姻法》、《民事诉讼法》及其相关司法解释均有明确规定。《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,可以不分或少分。离婚后,另一方发现有上述行为的,可以向人民法院提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为,可以依照民事诉讼法的规定予以制

裁。”《民事诉讼法》第一百一十一条则规定:“诉讼参与人或者其他有下列行为之一的,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任:伪造、毁灭重要证据,妨碍人民法院审理案件的;以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的;隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产,或者已被清点并责令其保管的财产,转移已被冻结的财产的;对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人,进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的;以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的;拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。人民法院对有前款规定的行为之一的单位,可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”此外,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21条规定:“一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的,或非法买卖、毁损的,分割财产时,应对隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额,对另一方的应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵,不足折抵的,差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。对非法隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的一方,人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条的规定进行处理。”根据上述规定,在夫妻共同股权分割中,如果持股方有上述行为恶意损害双方共同财产,侵害非股东配偶方合法权益的,对其可少分或者不分,情节严重的,还可对其采取罚款、拘留等措施。基于持股方的此种行为,必须加强严惩力度,才能防患于未然,从根本上杜绝此类事情的发生,保护非股东配偶方合法权益不受侵害。

【南粤执行风暴】穷尽执行措施，终使被执行人承担起父亲的责任

2018-10-17 广东执行

<https://mp.weixin.qq.com/s/vA2d2NEgE009cJrsT5PXFw>

近日，一宗抚养费纠纷案件的被执行人刘某强出现在深圳市宝安区人民法院西乡法庭执行法官陈锐钊的办公室，表示要承担起做父亲的责任，履行多年来没有抚养女儿的义务。历时四年多的抚养费纠纷案件终于圆满执结。

案件来源

2011年7月，张某丽通过51彩虹网认识了刘某强，双方很快确立了恋爱关系并同居生活。2012年11月，张某丽生下一女（即原告）后，刘某强突然失踪，经过多方打探也没有下落，曾经使用的三个手机号码也全部停机。为了抚养女儿，张某丽以女儿的名义将刘某强诉至法院，要求按月承担抚养费。

执行过程

穷尽措施，一无所获

法院支持了女儿的诉讼请求，案件判决后到了执行阶段，张某丽以为女儿的抚养费终于有了着落，但没想到刘某强玩起了失踪，执行法官依法采取了限高、限制出境、纳入失信被执行人名单等措施，但并未发现刘某强的行踪，向其送达的执行通知书也石沉大海。更令法官头疼的是，依程序做了查封银行账户、房产、车辆、债权、股票基金等五查近乎“地毯式搜索”的措施也一无所获，没有发现刘某强名下有可供执行的财产，案件陷入了僵局。

另辟蹊径，功夫不负有心人

宝安法院党组书记、院长马文权包案督办，多次与承办法官共同分析案情，研究执行难点，并制定攻坚方案。他指导承办法官重新仔细查询获得的

所有信息，不要轻易放过现有的任何一个细微的线索。

在未查到被执行人可供执行财产的情况下，找到被执行人是案件的关键。经过对执行线索进行分析，虽然被执行人刘某强的多个银行账号中都没有钱，但刘某强在银行留存了三个电话号码，曾经陈法官都逐一拨打过，发现都处于关机状态，陈法官再次尝试拨打这三个号码，仍然处于关机状态。

陈法官心想，“这三个电话虽然是关机，但这么长时间都没有注销，说明还在正常续费中，会不会是故意关机，但还在使用呢。如果是这样，他总会有开机的时候吧。”

于是，陈法官决定尝试一下，向上述三个电话号码均发送了短信，说明案件的执行情况，责令刘某强履行生效判决的义务，并告知其拒不履行的法律后果。连续发了三天信息后，都杳无音讯，正当陈法官对自己的判断有所质疑的时候，其中的一个电话号码竟然有了答复！

趁热打铁，案件圆满执结

收到被执行人的回复短信后，陈法官趁热打铁，立刻回电被执行人刘某强，讲明利害关系，劝说其应重视血浓于水的父女亲情，并阐释了不履行法院判决的不利后果。多番沟通后，被执行人刘某强终于被陈法官说服了，表示愿意来法院与张某丽当面讨论女儿的抚养情况。

最终，双方在法院的主持下，自愿达成和解，被执行人承诺一次性支付欠付的抚养费12万元，约定今后每月支付2000元直至女儿18岁，父女相拥而泣，场面十分感人。

今年九月，孩子刚步入小学校园，刘某强不再

逃避做父亲的责任,勇敢承担起抚养义务,给孩子的小学生活一个美好的开端。

典型意义

子女抚养费的执行案件一般为按月定期给付,持续时间久,不可预测的因素多,一方拒绝或故意逃避履行给付抚养义务时,双方对抗性强,强制执行难度大,执行到位率较低,因而涉及子女抚养费的执行案件通常都是难啃的“骨头案”。

本案中,在法院已经穷尽所有执行措施后,均无法找到当事人,案件陷入了僵局。案件之所以能

顺利执结,得益于承办法官对于每一条线索的认真执着,锲而不舍。承办法官通过连续三天发短信,终于与当事人建立了沟通渠道,加之承办法官晓之以理、动之以情,让被执行人了解到拒不执行的不利后果以及亲情的重要性,促成被执行人主动联系法官。本案也为执行办案人员提供了一个办案技巧,在被执行人手机关机的情况下,发短信也不失为一个与当事人联系沟通的方法。

来源:深圳市宝安区人民法院

离婚协议书中违约条款的法律适用 ——谢某媛诉凌云峰 抚养费纠纷案 | 家事案例 | 来源: 广东法院网

2018-10-17 家事法苑 广州越秀区法院

https://mp.weixin.qq.com/s/GHKbKR0Gc_SSy9p_5fC_Q

来源: 广东法院网

发布时间: 2018-10-17

作者单位: 广州市越秀区人民法院

原文链接: <http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/42280-?lmdm=1040>

要点提示: 夫妻双方以离婚为目的而订立《离婚协议书》,其中约定不直接携带抚养子女一方逾期支付抚养费时应承担违约责任,支付违约金。一方在离婚后未依约支付抚养费,另一方要求其支付违约金的,法院不予支持。

案例索引:

一审: 广州市越秀区人民法院 (2016) 粤 0104 民初 10336 号。

二审: 广州市中级人民法院 (2017) 粤 01 民终 1852 号。

上诉人 (原审被告): 凌云峰。

被上诉人 (原审原告): 谢某媛。

被告凌云峰与原告谢某媛的母亲谢日红原为夫妻关系,双方于 2009 年 1 月 4 日生育女儿凌某芊,后更名为谢某媛。2011 年 2 月 12 日,凌云峰与谢日红办理离婚登记手续,并签订《离婚协议书》,其中约定: 经协议女儿凌某芊归属凌云峰并由凌云峰抚养成人——即离婚后孩子抚养权归属凌云峰,谢日红一次性给 12.5 万元作为孩子的抚养费,以后该孩子任何事情和一切所有都跟谢日红无关。2012 年 7 月 5 日,凌云峰与谢日红签订《抚养协议书》,其中约定: 1. 经协议后, 女儿凌某芊原本归属凌云峰抚养成人现改为孩子抚养权归属谢日红, 由谢日红抚养成人。2. 凌云峰一次性付 12 万元作为孩子的教育费。3. 生活费 (视情况而定或按实际开支各分担一半): a. 孩子的生活费, 凌云峰每月付 500-3000 元/月等多不上限, 但每月不能低于付 500 元/月; b. 可月付、季付、半年付, 按期

一、案情

限定时打入谢日红银行账户;c.生活抚养费从谢日红接手小孩那天开始算起(即签字日期)到满18年为止;d.如凌云峰违期未付将按双倍罚款!

后谢某媛诉至法院,认为凌云峰除支付部分抚养费外,一直逾期及拖欠不付抚养费,请求判令:1.凌云峰一次性支付2013年7月5日至2030年7月5日抚养费,按照3000元/月计算;2.凌云峰支付一倍的违约金,自2013年7月5日起计至实际支付之日止,暂计至2016年6月5日。

被告凌云峰辩称:2011年2月谢日红与凌云峰离婚,按照当时的《离婚协议书》约定女儿谢某媛由凌云峰携带抚养,谢日红从未支付过抚养费。2012年7月,因凌云峰身体原因,凌云峰与谢日红经协商后将谢某媛抚养权变更为谢日红,凌云峰一次性支付了谢某媛的抚养费12万元,另支付了11000元给谢日红,按双方协议约定每月500元的抚养费,已是将谢某媛至年满十八周岁的抚养费一次性付清完毕,不存在欠付、拖欠的情况。谢日红在未与凌云峰离婚前,没有工作没有收入,一家的开支均由凌云峰承担,而谢日红在离婚时蓄意转移属于凌云峰的财产价值高达280万元,算上谢日红恶意转移的资产,谢日红及谢某媛可以过上很好的生活,不存在无法生活下去的情况。综上,凌云峰没有欠付谢某媛的抚养费,不同意谢某媛的全部诉讼请求。

二、裁判

广州市越秀区人民法院一审认为,凌云峰与谢日红离婚后,双方签订了《抚养协议书》,该协议对双方均有法律约束力。根据该协议书的约定,谢某媛由谢日红携带抚养,凌云峰一次性支付12万元作为谢某媛的教育费,同时另就谢某媛的生活费标准及支付进行了约定,凌云峰认为上述12万元应作为谢某媛的生活费予以抵扣与上述协议约定不符,于法无据,不予支持。根据《抚养协议书》约定谢某媛的生活费标准为“每月付500-3000元/月等多不上限,但每月不能低于付500元/月(伍

佰元/月);可月付、季付、半年付到满18年为止。”并同时设定违约责任“凌云峰违期未付将按双倍罚款”,该条款应理解为逾期未付谢某媛抚养费的,则按抚养费支付标准的双倍给付违约金(罚款)。根据谢日红出具的“收据”可认定凌云峰从2012年7月至2014年4月是按照每月500元的标准支付谢某媛抚养费,共支付了生活费11000元,从2014年5月开始,凌云峰欠付谢某媛的生活费,应按每月500元的标准支付至2016年12月的谢某媛抚养费合计16000元,同时按抚养费标准的双倍支付违约金32000元。从2017年1月开始,因凌云峰有固定的工资收入20000元/月,有能力按上述协议约定,每月按3000元支付谢某媛的抚养费,至谢某媛年满十八周岁时止。谢某媛要求一次性支付抚养费于法无据,不予支持。故判决:一、凌云峰将从2014年5月至2016年12月欠付谢某媛的抚养费16000元及违约金32000元一次性支付给谢某媛;二、凌云峰于2017年1月起,每月按3000元支付谢某媛的抚养费,至谢某媛年满十八周岁时止;三、驳回谢某媛其他诉讼请求。

宣判后,凌云峰不服,提出上诉。

广州市中级人民法院二审认为,本案争议的焦点为:一是《抚养协议书》中的违约金约定是否有效;二是谢某媛的抚养费数额如何认定。对于第一个问题,抚养费的给付是父母的法定义务,不因父母协议而免除,义务的法理基础来源于父母、子女的身份关系而非平等主体之间的财产关系,不适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)。故此,谢某媛要求凌云峰支付违约金的诉求于法无据,二审法院不予支持,并就此对原判予以纠正。对于第二个问题,凌云峰二审提供的收入证明与其一审陈述相互矛盾,且未提供其他证据佐证,不予采信。凌云峰提交的其他材料与本案无实际关联,不予采信。对于谢某媛抚养费数额,现谢某媛生活在韶关市翁源县,其教育费凌云峰已另行支付,医疗费亦有医疗保险保障,截至2014年4月均按照

500元/月标准收取,谢某媛亦未举证证明其生活开销较2014年有较大提升,综合考虑其生活地物价水平、实际生活需要、父母双方的负担能力、2014年至今的物价增长幅度等因素,二审法院酌定其抚养费自2017年1月起,按1800元/月支付。原判判处3000元/月过高,二审法院予以纠正。故判决:一、维持一审判决第三项;二、变更一审判决第一项为:凌云峰支付从2014年5月至2016年12月欠付的抚养费16000元(500元/月×32月)给谢某媛;三、变更一审判决第二项为:自2017年1月起,凌云峰每月按1800元支付抚养费至谢某媛年满十八周岁时止。

三、评析

在离婚时,夫妻双方以离婚为目的而订立《离婚协议书》,其中约定不直接携带抚养子女一方逾期支付抚养费时应承担违约责任,支付违约金。一方在离婚后,未依约支付抚养费,权利主体行使诉讼权利时要求对方支付违约金的,应否予以支持?鉴于司法实践中对《离婚协议书》的约定内容是否适用《合同法》进行调整存在争议,这就导致对离婚协议涉及违约条款的效力问题产生不同的观点。

一种观点认为,《合同法》第二条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”第一百一十四条第一款规定:“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损害赔偿额的计算方法。”离婚协议中对于抚养费支付的约定属于财产范围内调整的事项,由该条款衍生的违约条款亦应适用《合同法》的规定视为有效条款,一方违约应按协议约定的违约条款支付违约金,现原告要求被告支付违约金应予支持。

另一种观点认为,由于婚姻关系的维系当中不可避免地会涉及财产问题,夫妻间关于财产问题的约定以财产关系为内容,也可属于《合同法》的调

整范围,但《合同法》第二条中亦将基于身份关系而订立的合同排除在外,《合同法》确实不应调整特殊的身份关系。抚养费的给付是父母的法定义务,不因父母协议而免除,义务的法理基础来源于父母、子女的身份关系而产生的财产关系,并非一般意义上的合同主体,不适用《合同法》。因此二审据此判决不予支持原告要求支付违约金的主张。笔者赞同第二种观点。具体理由如下:

第一,《离婚协议书》产生的背景及订立的目的有别于《合同法》规定的普通的民商事合同。《合同法》第二条规定了本法所适用的合同范围,排除了婚姻等有关身份关系的协议。即使《离婚协议书》当中确有涉及财产分割的条款,但其订立的目的实为解除双方的婚姻关系,这种目的将决定其财产协议内容的变化。因为《离婚协议书》是对婚姻关系的解除、财产分割、子女抚养以及债务承担等涉及人身财产事项协商一致的协议,不应等同于一般意义的合同。

第二,父母子女关系是基于亲子关系而产生的特殊身份法律关系,并非通常意义上的“平等主体”,根据《中华人民共和国民法总则》第二十六条第一款规定:“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”父母子女关系是指父母子女之间的基于血缘而产生权利义务关系。根据《中华人民共和国婚姻法》第二十一条规定:“父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。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。”因此,抚养费的给付是父母的法定义务,义务的法理基础来源于父母、子女的身份关系而产生的财产关系,不同于一般的合同主体,不适用《合同法》。

第三,《合同法》第二条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”该规定为上述的观点提供了法理基础。离婚协议中抚养费的支付及违约条款的约定,是基于协议双方

身份关系而设定的权利义务关系,不适用《合同法》的有关规定,从而违约条款亦不具备法律依据支持,

因此一方当事人主张逾期支付抚养费应支付违约金的,法院不予支持。

【法官论坛】子女对离婚协议中受赠财产有无给付请求权

2018-10-22 最高人民法院司法案例研究院 刘干; 殷芹

<https://mp.weixin.qq.com/s/Cbx-xudKZs0ZXuS11CVCw>

◆◆ 案情 ◆◆

2018年3月2日,甲、乙协议离婚。离婚协议约定将夫妻共有的一处房产赠与儿子丙,丙当时并不知情。后因甲怠于交付房屋,丙起诉甲,要求办理房屋过户手续。

◆◆ 分歧 ◆◆

本案的争议焦点是:丙对甲有无给付请求权?

第一种意见认为,离婚协议约定将特定财产赠与子女,离婚后夫妻一方不履行给付义务,夫妻另一方起诉要求履行的,应当予以支持。但是受赠子女非离婚协议的当事人,仅系赠与条款的受益人,并无独立的给付请求权,其作为原告诉请夫妻一方履行给付义务的,应当驳回起诉。

第二种意见认为,受赠子女依据离婚协议中的赠与条款享有直接、独立的请求权,有权以自己的名义起诉要求夫妻一方或双方履行给付义务。

◆◆ 评析 ◆◆

笔者赞同第二种意见,理由如下:

根据传统债法理论,“任何人不得为他人缔约”。长期以来,债被称为“法锁”,合同之债被认为当且仅当在缔约双方之间发生法律效力,第三人既不享有合同上的权利,也不用负担合同上的义务。但是随着社会的发展,人们订立的合同越来越多地涉及第三人,为维护合理信赖、提高经济效率、降低

交易成本、实现社会公正,世界各国纷纷为合同相对性原则创设了一些例外,其中为第三人利益合同得到了大多数国家的认可,我国也不例外。



所谓为第三人利益合同,又称“为第三人权利之契约”或“利他契约”,即“当事人一方,约定他方向第三人给付,第三人因之取得直接请求给付之契约。”当事人中的债权人又称受约人,债务人又称立约人,第三人又称受益人。为第三人利益合同并不是债法上的独立合同类型,只是将某一具体有名或无名合同作出某种变形,通常表现为在普通的债务合同中加入利于第三人的约款或者能够明显推知有利于第三人的意思表示,使之成为为第三人利益的合同。该类合同最本质的法律特征就是无需事先通知或征得第三人同意,也无须第三人参加契约或承诺,第三人即可依据第三人利益约款直接、独立地取得权利,并以自己的名义予以主张。

因特殊的法律构造,为第三人利益合同包含三方面的法律关系:第一,立约人与受约人之间的补偿关系,又称基础合同关系,即立约人之所以愿意与受约人订立为第三人利益合同或同意向第三人直接给付的原因关系。该关系可以是有偿,如为消灭对受约人的债务;也可以是无偿,如向受约人赠与财产。第二,受约人与第三人之间的对价关系,

即受约人放弃自己受领而使得第三人取得权利之原因关系。该关系亦可以是有偿,如为消灭对第三人的债务;也可以是无偿,如赠与第三人财产。总之,补偿关系和对价关系可以是财产利益,也可以是非财产利益。第三,立约人与第三人之间的给付关系,即第三人得依据合同约定直接请求立约人为利益约款之给付的关系,立约人须及时履行。在我国,投保人为自己以外的被保险人投保人身保险就是典型的为第三人利益合同,其中保险合同的当事人是投保人与保险人,被保险人虽非合同当事人,却直接享有保险金的给付请求权,而投保人虽负有缴纳保费的义务,却无权请求给付保险金。

本案中,涉赠与子女财产的离婚协议,完全符合为第三人利益合同的法律特征:其一,离婚协议的主体是夫妻双方,互为立约人与受约人,双方就婚姻关系、财产分割、子女抚养问题达成的协议属于复合式的基础协议;其二,夫妻双方有为第三人创设权利的共同意思表示,即第三人利益约款,约

定将共有的房产赠与子女,使子女纯粹受益,而子女却非该离婚协议的当事人;其三,在夫妻一方或彼此的要求下,另一方或双方之所以同意将本属于自己的财产份额赠与子女,个中原因既有基于与子女间的亲情考虑,也有为顺利解除婚姻关系,不让共同财产分割成为羁绊、束缚婚姻自由的策略安排,甚至不排除为满足一方或双方的某种精神需求,比如说惩罚对方,不让对方在物质上占便宜,抑或心存愧疚,为了补偿对方等等。总之,此处的补偿关系和对价关系可谓相互交织,立约人往往同时也是受约人,反之亦然,明显较一般为第三人利益合同更为复杂,但是并不妨碍构成有效的补偿和对价。因此,受赠子女得依据离婚协议中的赠与条款对夫妻一方或双方享有直接、独立的给付请求权,可以以自己的名义主张权利。

作者单位:江苏省阜宁县人民法院

她一年看 200 多个濒临离婚的家庭 | 法官眼中的离婚浮世绘

原创: 2018-10-23 南方人物周刊 周冰一 邱苑婷

<https://mp.weixin.qq.com/s/Qf7bnDyT5PP2dEE2JZNt0g>



插画 / Nath

庭审结束后,他把儿子拎到我面前,死死地盯着我:“儿子你记住了,就是这个人拆散了你的家庭。”

原标题《家事法官眼中的离婚浮世绘》

我是一名基层法院的家事法官,一年要经手两百多件离婚案子,也就是说,接触两百多个即将分崩离析的家庭。

以前刚工作时,我也跟原来那些法院一样,第一次判不离。第一次开庭,只要听到被告方说“不同意离婚”,并且没有法定的几个应当判离的情形,法官就可以开始扼手了,真的,接下来听都不用听,直接判不离,这对法官是最保险的做法。

我国《婚姻法》第32条第2款规定

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；

如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一的，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。
- (六) 一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。”

判离的风险，有当事人的威胁，还有上诉率的升高，快审快结也不会积压案件。一审判离，没处理好后患无穷。很多法官觉得反正真想离的可以半年后再起诉，而且第一次不判离在社会上已经是公开的秘密了，大多数律师和当事人心里都有预判。

在国内，法官一审判不离的比例相对比较高。去年我在中国人民大学参加第四届婚姻法论坛，一名律师公开质问：“你们法官为什么所有一审都不判离婚？你们法官是什么想法？”

那天我也是发言嘉宾，下午轮到我第一个发言。我临场把发言内容改了，就我们法官的工作、法官和律师的关系谈了自己的看法。虽然相对而言，我还算是一个比较任性的法官，我第一次就搞离了很多对，我一直在做恶人。（笑）但我说，确实，在很多地区的法院都大量存在这个（不判离婚的）情况。

第一个原因是确实工作太忙了，立案登记制让案件大量涌入法院，法官员额制又使得主审法官的人数变少，每个人手上积压的案子很多，又有审限的限制，没办法做深入细致的工作，判不离最省事。

第二是有一部分当事人确实比较冲动，第一次判不离，也是给当事人时间去缓和关系。我们真遇到过原告要求离婚、最后却拍着桌子指责我们为什么不帮她调解和好的案子。一对年轻夫妻，原告要

求离婚，被告同意，原告就懵了。本来就是想吓吓对方，对方真的心灰意冷了。

这是没有改革之前的案子，那时也没有冷静期这个概念。因为双方都同意离婚，就判离了。下判之后原告就来骂我们：“你为什么不调解？”“你是不是收了对方的好处？”“你也是女人，你怎么能这样对我？”

第三个很重要的原因是，法官跟律师的职业立场不同，所以看问题的方式不同，律师是站在己方当事人立场，为己方当事人的利益倾尽全力，法官是站在中间权衡双方利益，对同一个案子的判断自然是不一样的。

第四是，即便我是个“任性”的法官，面对有未成年子女的家事案件，还是慎之又慎的。家事案件的影响力不仅及于当下，很可能对这个家庭中孩子的一生都产生重大的影响，而这些孩子10年、20年之后也会结婚生子，成为社会的主体，现在的慎重是为将来负责。

第五是，法官要照顾自己的周全。很多当事人并不认为是自己的问题导致了家庭的解体，有的人觉得是法官拆散了自己的家庭，有的人觉得法院不满足自己的诉求就是偏袒对方，收了对方的好处。



安徽马鞍山市雨山区人民法院的文化长廊外，家事法官正与当事人沟通疏导

“你判我离我就喝农药”

近几年我知道的比較严重的伤害法官事件，都是缘于家事离婚案件。“因被判离婚记恨法官，法

官惨遭报复”之类的事件，一检索新闻报道就有，去年在广西陆川就发生了一起。（编者注：据陆川县人民法院通报：2017年1月26日，广西陆川法院已退休前副庭长傅明生被一男子持刀刺死；该男子为傅审理过的离婚案件当事人，曾对妻子有家暴行为，当时傅明生依法判决离婚，男子长期怀恨在心，产生报复心理。当年8月25日，该男子以故意杀人罪被判处死刑，剥夺政治权利终身）我遇到的情况大多是当事人骂我，在外面堵我。有次一个比较彪悍的当事人来，我下去接待时特意拿本案卷，不是她的案卷，我是想挡在脸前，当时真的是怕被泼硫酸。

但还好，目前都生命无虞。在法院能见到各种神奇的人，像李芸，我们庭几乎所有法官都经手过她的案子。一个农村妇女，三次被丈夫起诉离婚。李芸坚决不同意离婚，说自己很爱丈夫。男方在外地打工，在外也有人。夫妻两人长期分居，没有任何交流。但女方说村里谁谁的男人老了就回来了，她也相信丈夫老了总会回家。她觉得离婚在村里也没面子。

实际上丈夫对女方已经非常冷漠了，完全回避跟她接触。为了不离婚，李芸会跳着脚骂人。法院、公安局全闹了一遍，她在法院大厅地上打滚，还砸过公安局的玻璃，因为破坏社会秩序和公共财产被拘留了。拘留期间，她要打电话给男方，让送衣服。男方理都没理。

这案子第一次审理是我们同事小侯接手的，判决之前，李芸带着年长的妈妈、拿着农药来找小侯，说“如果你判我离我就喝农药”。

小侯心里也发怵啊，她是真的怕当事人喝农药。第一次她迫于压力判了不离。半年后男方再起诉，这次换了另一位法官审理，判决结果还是不准离婚。

但这次判不离，有一个特殊情况，是女方得了乳腺癌。而男方对女方完全不管不顾，将所有矛盾都推给法院，我们希望通过判不离，让男方承担一定的照顾责任。

但男方铁了心要离，又向中级人民法院上诉，

中级人民法院维持判决。最后男方第三次起诉，我们判决离婚，判男方赔偿。这个案子确实达到了法律规定的认定夫妻感情破裂的条件——分居都不止两年了，经过前面两次诉讼，没有任何回旋或者好转，硬判不离对两个人来说都很痛苦。可能因为男方一直要离婚的原因，女方的精神已经有些问题。在法院，跟各种人吵架，甚至不相干的其他当事人都会被她骂一顿。几次庭审都是女性法官，她觉得法官都看上她老公了，所以才总想要他们离婚。并且一直要求法院去帮她找小三，不要找她老公。她在庭审期间每天去拆男方电动车上的一个零件，我们都很担心会不会出事故。

神奇的是，最终的离婚判决下了后，李芸居然没有上诉。可能也是因为，她来了这么多次，我们都很真诚地接待她，给她出主意，做我们力所能及的事。其实我们家事审判所能做的延伸也就这些了。小侯上次看到李芸，说她现在平和多了，特别安静地坐在那里跟小侯讲：谢谢。“你能想象李芸跟你说‘谢谢’两个字吗？”小侯特别惊讶。



周冰一，安徽省马鞍山市雨山区人民法院家事审判庭庭长

时间才是最好的解药

小侯后来还反思，是不是第一次就应该判李芸离婚。但有些事情，当事人真的需要时间去接受。

有两个比较棘手的案子我拖了一年。其中一个情况和李芸的案子类似，矛盾激烈，双方分别写信

给法院：判离女方要从法院楼顶跳下去，判不离男方要跳。这个案子我作了拖延处理，但这期间，女方要求我们调查什么，只要合理，我们都给她做。最后判离了，写了一万两千多字的判决书，把判他们离婚的原因、对抚养权问题的考虑全写进去了——也是考虑到如果真出了什么问题，要问责就去看我的判决书。最后双方也都没有上诉。

在一些特别难缠的案件中，我们做的很多工作就是让当事人看到，第一，法院为你做合理请求内的事情，你过来找我，我倾听，是为了消减双方的怨气，对我自己也是帮助；第二，法院即使为你做什么事情，你也躲不过最后的结果。其实拖的时间长了，他们也心知肚明，只是给时间让自己接受这个判决。

另一个拖了一年的案子，我是不忍心下判，想通过拖延来倒逼对方调解。这个案子里，男方被公司外派到西非五年，每年回来一次，一次一个月，工资较高，工资卡交给女方管。我觉得这种工作基本上就是婚姻粉碎机。据男方和两人的儿子说女方有外遇，这其实可以理解，人是有生理和情感需求的。但女方说把丈夫在非洲五年的工资全花了，一分钱也没给男方留，造成男方极大的反弹，庭审上说了一些狠话。

我认为男方也有责任，第一你自己决定去西非，第二你自己决定把卡丢在老婆这里，这都是你自己的选择，你应当为自己的选择承担后果。但是庭审之后，我还是动了点恻隐之心。首先庭审中女方写了很多张纸列举了自己的消费，很多看起来不太合理，因为通过对女方的询问，她对于高消费并没有很强的概念（比如说自己每个月用护肤品要花去五六百元，但是询问用什么牌子的时候，想了半天才回答用自然堂、安安金纯），并且隔一段时间再询问，很多消费对不上。其次，女方经常半夜离家，将他们未成年的男孩独自留在家中，仅在抽屉中留下一些生活费，对孩子的成长造成了一定的影响。再次，男方庭后在路上被人殴打，造成眼眶、鼻梁、肋骨骨折。殴打者称因男方惹了女方，殴打之后逃

逸。男方在家静养了几个月。如果我来判，从法律事实来看，因为双方没有存款，就是把双方的房子处理一下。那男方就比较可怜了，自己外派五年做苦力获得的工资一点没有剩，辛苦攒下的房产还要分女方一半。

这个案子放了一段时间。法院有结案率的要求，每次通报时我都心理压力倍增，但是我觉得这个案子只能拖，如果急于判会产生实体上的不公平，激化矛盾，令当事人怨恨法院，怨恨对方，造成不良的后果。

后来拖了一年左右，女方急于离婚，男方也急于外出打工，双方达成调解协议：两套房子，价值较高的那套留给孩子，价值较低的给了女方。其实男方还是亏的，但好的在他的心血至少留给了孩子。由于是调解结案，双方均能接受，也没有留下什么后遗症。

从法律程序上说，现在家事审判的主要问题，就是审理期限卡得太死。家事案件的审限需要弹性。有些事情真的拖拖就好了，这是我深刻的体会。现在家事案件的审限规定和其他类型的案件一样，从收到起诉书算起，到判决或调解书送达当事人的时间，简易程序三个月，普通程序六个月，有特殊情况报请上级法院审限延长至一年。拿简易程序来说，抛开各种前后常规程序，实际留给法院审理的时间只有一个多月。很多家庭的结都需要慢慢地解，问题要慢慢地磨，时间太短的话，双方都在气头上怎么解决问题。



家事审判改革更加注重当事人及其未成年人的心理健康。

图为安徽马鞍山雨山法院的心理疏导员的工作场景

既是法官，也是心理咨询师

2016年3月接手家事法庭后，我读了大量心理学、婚姻家庭方面的书，也考了国家二级心理咨询师、婚姻家庭二级咨询师。我会把心理学的知识内化，用在实践中，来判断感情是否破裂、分析感情存续的可能性。比如我常用的是新精神分析中关系的载体论，一项项去看夫妻两人感情的载体是否还存在，如财产、孩子、性、言语精神层面的沟通和关心等。

有时候，我们会根据情况给当事人做“房树人心理测试”，或者心理沙盘游戏。两年前小侯有个案子，夫妻闹离婚，涉及到孩子抚养权的问题。那个女孩11岁，按照法律规定，我们需要征询一下孩子的意见。以往法院没有这么充足的心理辅导技术，会直接问孩子，父母一定要分开的话，你要跟谁？我觉得这种方式不太好。就算离婚了，也是爸爸妈妈，你让他选择很残忍吧。他很可能在爸爸这说，我要跟爸爸；在妈妈这说，我要跟妈妈。为什么，小孩要讨好，不然他怎么能活下去。

那个11岁女孩，问她时她什么都不讲。现在的小女孩心里是很明白的。小侯把她带到法院的心理咨询室来。孩子看到沙盘的时候，可能觉得是普通的游戏么，就自己拿架子上的各种小道具、人偶模型，开始摆位置。小侯就坐在一边沙发上，等她摆完。

看到沙盘后，小侯说，自己非常震惊。对大多数人来说，一般沙盘的左边代表过去和现在，右边代表未来。女孩在沙盘中下部横着摆了一道非常长的栅栏，把一个成年男子的模型放在栅栏外。栅栏内是一栋房子，一个老爷爷、一个老奶奶、一个小女孩、一个成年女子站在房子前。这些都在沙盘的偏左侧，符合庭审时法官得知的家庭情况：男方长年在外地工作，女孩是外公外婆和妈妈带大的。

而沙盘右侧，女孩摆了一对穿婚服的新人、一个小女孩，旁边还有一个大蛋糕。小侯以为这是婚礼的场景，就问她：“你在这摆个蛋糕，是想表达

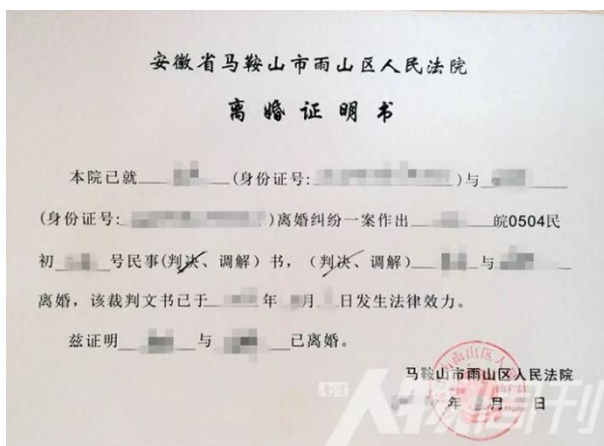
爸爸妈妈结婚在一起吗？”

女孩说：“阿姨，不是的。因为我的生日快到了，我每年的生日爸妈都没有办法跟我一起过，希望今年他们一起跟我过生日。”

其实孩子的心思很简单，她谁也不想选，她希望他们一家在一起，是希望她的生日爸爸妈妈能一起跟她过。当时她爸爸妈妈在外面已经吵得不可开交，就差动手了。小侯就问孩子，能把这个给你爸爸妈妈看一下吗？

当时离孩子的生日大概就一两个星期。我们给这对夫妻做了个简单的沙盘解释，把孩子跟法官说的话，原原本本地复述给他们听。小侯跟他们说，你们两个人可以稍微等一下，法院这边也不那么着急，毕竟要解除一段婚姻关系，其实也不在乎这两个星期。父亲常年在深圳，难得回来陪孩子过生日，小侯就说，等孩子过完生日你们再来吧。

虽然没有什么书面通知，但这就是一个事实上的离婚冷静期，很短暂，也就一两周时间。但是最后他们一家三口一起过来撤诉了。后来我们有过两次电话回访，也上门回访过，了解到男方从深圳回来，在这边买了房子，一家人住在一起。到现在这一家三口都生活得挺好。



离婚证明书模板。这也是家事审判改革中的一项新举措，离婚案件当事人可以在解除婚姻关系的裁判生效后，向法院申请出具离婚证明书，并同时向当事人原婚姻登记机关送达离婚证明书副本

既调和，也调离

我们没有调和率的要求,也不是只劝和不劝分。我觉得现在有些家事审判,搞偏了,一味地说调和了多少对,这没有意义。人本来是独立自主的,有自己的想法。人家真的不想跟你过了,你强迫人家跟你过干嘛?

雨山法院整个家事审判团队都比较年轻,这代人应当是在新的婚恋观下长大的。老一辈人常说,宁拆十座庙不拆一桩婚,我觉得这种说法有其合理之处,但还是要分具体情况的。可能这跟我学心理学有关,我会引导他们自己选择自己的道路。我在法庭上最常说过的一句话是,生活是你们自己过的。你们今天到法院来,是因为原告向法院起诉离婚,不是法院要你们离婚。出了法院,任何东西都要你们自己承担。

以前,甚至现在也是,很多法官容易犯一个错误,站在当事人的一方,训斥另外一方——“你这做得不好,你那做得不好,你们俩都改了就好。”法官要注意自己中立裁判的立场。

各打五十大板,这是一种传统的老娘舅式的做法。事实上,尤其是现在,人的自主意识很强,我凭什么要改,你凭什么要改?我只有真心喜欢你、想挽留你才会改变。我们的“夕阳红”调解队伍也许会那样(各打五十大板),这是他们跟我们的不同之处,老同志们的调解经验相当丰富,并且有年龄、资历的优势,他们用这种方法更容易让当事人信服,他们的调解工作和我们的审判工作是可以互补的。

你问我怎么判断劝和还是劝分?其实,倾听是家事审判中非常重要的一个环节。它可以提供很多信息,包括案件的信息,当事人的人格、性格、处事方式的信息。如果一个家事法官这种能力都没有,做不好。当然,现在很多大城市的法官不一定是没有这个能力,他是没有这个时间。

我能做的就是倾听,然后想一个我觉得比较好的解决方式。比如刚才庭审的那对小夫妻,90后,两人是大学同学,都很年轻。男方虽然一直说他不

想离婚、想给年幼的孩子一个完整的家,但是他对女方的用词都是攻击性的,比如“辩驳”“质问”,而且想撇清自己的责任,说“我情有可原”。我刚在庭上也问他了,我说小伙子,你注意到自己用得最多的词是什么吗?这是修复情感的态度吗?你们走到这一步,你觉得你们的问题在哪?你口口声声说不想离婚,那我问一下,为了不离婚,你采取过哪些挽救措施?

对女方,我问让她下定决心来起诉离婚的原因是什么。我非常认真地听完了双方的陈述,并直言不讳地告诉他们,我觉得他们俩问题很大。一是金钱,男方赌博欠债,是导致双方信任关系破裂的主要原因;二是沟通,两人删微信、不接电话,沟通渠道不顺畅,沟通方式也存在很大问题。如果男方还是以这样的方式与女方交流,我本人的判断是他们的关系无法修复。谈不好的话,女孩的青春是青春,男孩的青春就不是青春了吗?

有些当事人以为只要自己不同意离婚就可以一直拖下去。对这种策略性不离婚,法官可以通过工作取得的经验进行识别,比如我会说“你们俩可以离”,有时两方都没有什么大反弹。离婚这事,拖半年一年可以,拖十年不可能。就算一审不判离,第二次判离的可能性特别大。除非特殊情况,没有离不掉的婚。

这是他们第一次庭审,我没有立即下判。庭审结束后,我分别找男女方单独谈了谈。我给了男方三周时间,如果他真的不想离婚,就要做出一些修复感情的行动,他主动改变才有可能带动对方的改变。女孩子呢,我让她好好考虑孩子抚养权的问题。并且希望她出去找工作,让我看到她有能力独自抚养孩子。她说的一点我是赞同的,“如果婚姻不和谐,对孩子是更大的伤害。”但如果坚决要离,在大多数情况下,如果双方都要孩子,只要男方不是特别恶劣,我通常不鼓励女性尤其是年轻女性要抚养权。目前社会竞争激烈,尤其是单亲妈妈,在社会、职场上会非常辛苦,对再婚的难易程度来说,是否带孩子是一个非常重要的因素,我会告诉她们这一点,希望她们考虑清楚。这当然也有我个人观

念的影响，最终还是她们自己选择，因为生活要靠她们自己过。不管离不离婚，最终还是希望他们好好生活。



安徽马鞍山雨山法院聘用的家事调查员首次接受委托，到当事人村里上门调查

难以取证的家暴

家暴这种极端案例我们也遇到过。2016年5月我们雨山法院处理了反家暴法出台后本市第一起人身安全保护令（简称安保令）案件，案卷里能看到当时作为证据的照片和病历，女方被打得脸肿，满头血迹，眼眶乌青，乍看有些吓人。

其实，这名女性在申请安保令的半年前，向其他法院提起过离婚诉讼，被判决不准离婚，“未有足够证据证明双方夫妻感情确已破裂”。这是对五十岁左右的农村中年夫妻，文化水平不高，妻子被打了二十多年，之前因为孩子一直忍让，也没什么取证意识。第一次离婚失败后的半年里，丈夫多次殴打妻子。2015年12月27日，《中华人民共和国反家庭暴力法》由人大常委会通过，次年3月1日开始实行。5月17日，这个案子就来了。

5月19号，法院裁定下发了安保令。当时为了送达裁定，我们去南京某个打工场所找到这个被申请人。这个中年男性非常不理解，执拗地操着一口方言跟我们说：“我自己的老婆在外面偷人，我还打不得了？”

我跟他说，不管你老婆有没有偷人、有没有犯错、犯了什么错，你再讲道理，在你打她的那一刻，

你就没理了。

我到现在还记得，他最后深深地叹了一口气，说：“你们城里人，跟我们农村人想法就是不一样，讲不通！”

你觉得这种案子一审就应该判离吧？但现实就是这样。一个是很多法院一审惯例就是判不离，二个是家暴难以取证，夫妻间的争执和家暴的界限很模糊。

我们家事庭审理过最恶劣的一起婚内家暴，男方对女方实施的家庭暴力全在隐私部位，而且是趁对方不注意，比如在洗澡的时候。还怂恿儿子去打他妈。但男方隐藏得很好，表面上道貌岸然，根本看不出来。案子到小侯手上的时候，女方是第三次起诉离婚。

前两次为什么没判离？因为男方在整个开庭过程中，不停跟法官讲，我老婆有精神病，我希望你们为了我老婆考虑，不要判离婚，因为如果她跟我离婚，没人给她治病。

为什么前两次法官会相信男方说的话呢？有一个原因是，女方确实有家族的精神病史。女方的父亲和妹妹被诊断出精神障碍，又隔代遗传到儿子身上。但女方自己是正常的，她是一个有执照的药师，在药房当店长。每次开庭，她的儿子就坐在后面，就这个样子（双目呆滞、两臂交叉在胸前），他爸讲完以后就说：“儿子你讲一下！”

那儿子就说：“妈，你可得不离婚。妈妈你可得等我结婚了再离婚，我爸爸说了，你跟我爸爸离婚了，我就找不到老婆了，我恨你。”

其实儿子治疗精神疾病的药全部是女方在供，她挣的钱全给儿子看病了，但她就是要离婚。后来，男方知道不得不离婚了，竟然伪造了一份调解书，说欠人家16万，然后举证说这是夫妻共同债务。但是女方为了离婚，她什么条件都可以接受。她放弃了所有共同财产，包括价值不止16万的房子。

小侯记得特别清楚，后来她是调解这对夫妻离婚的。男方权衡了一下财产利益，最终同意调解。

调解离婚以后，男方就把他儿子拎到法官座位

旁边，当着小侯的面说：“你记住了，就是这个人拆散了你的家庭。”

他儿子就死死盯着小侯。小侯说她真的被盯得有点毛骨悚然。那天中午下班的时候，大概是12点左右，这父子俩骑个电瓶车就在我们法院门口转圈圈。

我确实觉得，不应该让一个人长久地做家事法官。类似的事情多了，其实法官也会有心理创伤。专业心理咨询师都会有一个督导，定期疏导自己的心理状况，法官哪有啊？忙都忙不过来，只能自己消化调节。



安徽省马鞍山市雨山区人民法院家事法庭

离婚背后的时代变迁

经手这么多离婚案件，能感觉到一些婚恋观念的变化。比如在农村，春节是离婚高发季，因为中青年男女平常在外地打工；现在离婚争孩子抚养权的多是爷爷奶奶辈，当事人的要求是“让我爸妈能看孙子”；女方提出离婚诉讼的居多，你看我们最近这周的庭审，原告都是女性。有个全国的统计数据，近年的离婚案件中女性原告大约占70%，从年轻女性到中老年女性都有。这和女性地位、独立经济能力的变化，思想观念的转变都有关系。很多时候，是女方对男方在家庭生活中长期的不作为感到失望。

离婚原因的话，按我们夕阳红调解员吴主任的说法，婚外情、赌博、双方老人掺和，这三种情况是最常见的导火索。你知道在他们看来，最难调和

的是哪一种吗？双方老人掺和的。我们很多离婚案件，老的小的都参与进来，真的是很可怕的事情，一辈子都不放手，其实对老人而言也是一种悲哀。这时候就适合让我们夕阳红调解员出马，去做上一辈人的工作。

也有没什么恶性事件、单纯觉得三观不合没办法一起生活的例子。特别是现在年轻人大都追求精神生活。比如小侯就认为，这种其实是最严重的（感情破裂）。打打闹闹这种事情可以解决，但是那种表面上什么问题都没有、两人相敬如宾的，实际上两个人都意识到彼此价值观或者说努力的方向不在一起，这种婚姻可能是真正的死亡婚姻。

可能在老人看来会觉得矫情吧？其实不是这样子，因为人生的路很长，你如果找一个跟自己什么都不一样的伴侣，即使他对你再好，你也会很孤独。小侯说过一句话，她说我一直觉得，人最大的孤独是即使你结了婚，跟一个人同床共枕，明明和他在一起，但是依然感觉内心特别孤独。

但是每个人在不同时间段会有不同的想法。大概是两年前，小侯审过一个离婚案件，金童玉女，颜值非常高的一对。女孩子是在韩国留学的时候认识男孩的，后来结了婚。他们在结婚的时候有过一次吵架，其实只是一丁点的小事——女孩让男孩给她买八厘米的高跟鞋，结果男孩选了六厘米的，女孩觉得男孩不关心她，说那是她第一次对他、对婚姻失望。

后来他们生了孩子，因为照顾小孩的事又大吵一架，以至于女孩对婚姻“彻底失望”。她写了大概有十几页的东西给我们看，讲他们两个人三观多么不一致。但在庭审中，那个男孩只说一句话，我不离婚，我爱她，我不离婚，我爱她，我就不离婚。

最后那个女孩说，我跟你在一起，每天都很痛苦，生不如死。男孩就说，如果你这么痛苦的话，为了你不痛苦，我同意跟你离婚，然后我再去追你。

像这种情况，确实需要有一个包容期或者说冷静期。那次庭审到最后，女方要求离婚，男方也同意离婚了，按照流程，法官当场就可以调解他们，

案子就结了。真的，在中国离婚算简单了。但小侯给了他们一个月时间。一个月后，小侯主动打电话，说案子需要出个结果了，你俩现在怎么样？

女方接的电话，说我俩挺好的。

当然，在这漫长的一生中，估计那个女孩还会有很多时候觉得他们三观不一致。

看似冲动离婚，实因冲动结婚

之前有个类似的案子，女方要离，男方说 I 同意离婚。

为什么同意离婚？“她要离婚，我就同意离婚。”

有没有共同财产？“没有……噢对，想起来了，有个扫把，给我锯了，一定要把它锯了。”

他们肯定是有感情，就是在那里乱纠缠。但那个案件最后离掉了。男方已经到了比较病态的一个心理状态，没法控制自己的情绪，那个女孩后来为了躲他，已经没有办法在马鞍山生活了。他们俩分开住，女孩离开家以后，无论住哪，男孩就在对面租一个房子，每天监视，接着会给女孩发图片说你现在在干嘛，还监视他岳母。

本来我们潘法官是跟女方讲，这次不判离婚，马上就下判，实在不行六个月以后你再起诉。但随着事态的演变，潘法官感觉不判离婚的话，可能会有很严重的后果。

综合种种考虑，我们一审判了离婚，但已经照顾到被告的很多情况，判决中还让原告返还了被告的部分钱财。

可是男方竟然来上诉了，但不是不想离婚——他的上诉请求是维持原有判决、再增加 13 万赔偿。来上诉时闹啊，而且是他妈妈冲锋陷阵，儿子都四十多岁的男人了。

回溯到事情的源头，两人其实属于冲动型结婚。后来女孩跟我们讲，她当时为什么那么坚定地要跟男方结婚，就是因为她爸爸非常反对。女孩出生在一个书香门第的家庭，从小到大，她爸爸就叫她做一个乖女儿，就什么都得听我的。女孩想的是那我

就不听你的。两人在酒吧遇到后，女方没多久就怀孕了。父母越反对，她就越要跟他在一起。

唉，这个世界上最复杂的不就是人心吗。

我们无法改变任何人

我记得我第一次被举报，当事人是这么写的：“周法官跟另外一方当事人存在钱权情交易，虽然支持了我的大部分诉讼请求，但……”

当时纪检组打电话给我，要我写说明，对于这个举报，当时我的心里就一个字——“怵”。

有的人，特别是当他认为这一段婚姻关系的解除是对方的问题，就会觉得自己受到了莫大的伤害，觉得什么东西都弥补不了他，他只能要钱。即使你明确告诉他法律规定的范围，或者说我们能够酌定的最大值是多少，他也不会睬你的。他听不进去，就生活在自己的世界里。

我之前感觉无力，感觉当事人怎么这么不明事理。我们明明是为他好，他不领情还恩将仇报。或者觉得这个人这么糟糕还不自知。但是随着我工作的时间越长，见到的事情越多，我跟这个世界越来越能和解。

刚才说了好些“奇葩”案例，我说“奇葩”，但是在跟他们沟通、了解情况之后，我能够理解他们为什么这样。精神层面的，家庭层面的，社会层面的，各方面的压力和畸形导致一些失常。我说理解，不是我站在你这一边，不是我同意，不是我认你说得对。理解，是我知道你在这个状况的必然性。

比如有些当事人看起来无理取闹，其实是他家庭中长期不健康的相处模式造成的。比如某女性长期抑郁，她认为是她丈夫十几年前的一次外遇造成的，但实际上外遇是外因，内因是你本身的人格特质。只有当我们真正理解当事人，才能共情。真正共情，才能站在他们的角度去考虑问题。

所以我觉得，家事审判里过分强调“调和”其实没有太大意义。为什么？你不能指望这个人在他

的原生家庭中生活了二十几年，再结婚这么多年，你跟他讲了几句话，他就能改变，不可能的，完全不可能。

事实上我们无法改变任何一个人。其实我有时候特别想改变别人，离婚官司里，大多数时候两个人都不是坏人，我希望他们过得好。但一个人，只有内心想作出一些改变、来配合对方的时候，才会自己改。而且我们法官，并不是上帝视角，我们没有经历过他们的人生，并不完全清楚事实上发生了什么，即便能从当事人的描述中理出一些头绪，也带有我们自己的价值观。通过跟当事人的庭审，接触个把小时、几十分钟，我们能改变他们什么呢？即使他们最后决定离婚或者不离婚、放弃或不放弃抚养权，都是他们自己做的决定，我们可能只是说一些话来固化，来强化他们的决定。很多时候，“调离”，促使两人好好离婚也是一个不错的选择。

家事审判还有个比较显著的特点，就是我们自由裁量权相对大一点。那是因为我国的法律不够健全，很滞后，我们现在用的还是2004年的《婚姻法》，中间出过几个司法解释。法律的规定永远赶不上时代的变化，但是我们法官的观点要与时俱进，也要从当事人身上学习新的东西，对不对？我能改变的只有自己。

开车我们要考驾照，当法官我们要考法律职业资格证书，但是其实最应该学习的如何经营婚姻家庭却没有辅导和教育的规定。婚姻情感教育要从孩子抓起，教育先行，这是我对家事审判改革最大的建议。我觉得至迟从高中就要开始开设相关的课程，比如尊重女性的观念，比如家庭的观念，比如亲密关系的相处模式。我有时候会出去就家事审判问题讲课，我打算把这个观点讲出来。我们处理的这些案件，对我们来说是工作，对有的人来说就是一辈子的事情。

（为保护当事人隐私，文中李芸为化名。感谢安徽省马鞍山市雨山区人民法院为本文提供的大力支持，特别感谢王伟、周冰一、侯卫娟、潘姝、郑小娜、李非寒等人接受采访并提供帮助。实习记者向思琦、李艾霖对本文亦有贡献）

本文首发于南方人物周刊第570期

口述 / 周冰一

整理 / 本刊记者 邱苑婷 发自安徽马鞍山

实习记者 凌晨 熊方萍

编辑 / 周建平 陈竹沁 rwzkipz@163.com

二中院法官提醒：亲属间的房屋交易行为也需规范

2018-10-25 北京市第二中级人民法院 网事君

<https://mp.weixin.qq.com/s/0cvb-yyAcDVMJZif2v8p-A>

随着城镇化进程的不断推进，审判实践中涉亲属间的房屋纠纷案件屡见不鲜。

为预防和减少此类纠纷发生，引导亲属间规范涉房屋的交易行为，促进权利关系规范化、督促诚信守约，

北京二中院对近两年审理的涉亲属间房屋纠纷案件情况进行了专题调研并于今天召开新闻通报会。



案件情况如何？



2016年7月至2018年6月，北京二中院共审结婚姻家庭、继承纠纷案件以外的涉亲属间房屋纠纷案件513件，均为二审民事案件。此类案件常见纠纷主要有以下三种：

居住使用争议。该类争议根据房屋类型不同主要表现为三类。一是房屋为拆迁安置房屋，被安置人起诉要求居住使用以及无法实际使用房屋时要求对居住利益进行赔偿；二是房屋为直管公房，非承租人以户口或历史居住情况为由起诉承租人要求确认有权居住，或者承租人起诉非承租人腾房；三是房屋为普通商品房，房屋所有权人起诉实际居住人腾房。

借名买房争议。该类案件主要是因出名人、出名人配偶或者出名人继承人不认可借名约定而发生争议。例如借名人借亲属之名购房未签订协议，出名人不认可借名约定；父母借子女之名买房，子女之配偶不认可借名约定；子女借父母之名买房，父母去世后，其他子女不认可借名约定等。

合同效力争议。该类案件争议主要由共有财产处分和直管公房分配引起，主要表现为：处分共有房屋未经共有人同意，其他共有人主张合同无效；未经直管公房原承租人同意变更承租人的，主张协议无效；直管公房承租人去世后，继承人约定变更承租人的条件，后新承租人对该约定效力有异议；直管公房原承租人去世后，未经其他子女同意，一

个子女与公房管理单位协议变更承租人，其他子女主张合同无效等。

案件有哪些特点？



亲属关系较为复杂。从人物关系来看，当事人关系依据血缘关系、婚姻关系表现不同。血缘关系多为兄弟姐妹、父母子女之间，少数有姑侄之间、表兄弟之间等；婚姻关系多为围绕不睦的夫妻而辐射的各类亲属，例如当事人除了不睦甚至离婚的夫妻之间还增加其中一方的父母或者兄弟姐妹。

纠纷发生地较为集中。从案件分布来看，此类案件主要集中在东城、西城法院辖区内。这一方面是由于东、西城早期拆迁引起的后续争议数量较为突出，另一方面则是该区域房屋价值较高，巨额利益驱使更易引起家属间纠纷。

案件类型相对固定。从诉讼请求来看，此类案件主要分为权利确认、合同争议两大类，其中权利确认表现为基于拆迁、协议要求确认所有权以及对居住权利的确认，合同争议表现为合同效力争议以及要求履行借名、赠与、买卖合同。

调撤难度较大，调撤率低。从结案方式来看，近两年审结的513件案件中只有41件以调撤方式结案，占比仅为7.9%，而其中调解方式结案的仅12件。这主要是因为当事人就涉及房屋的使用价值、所有权等大额利益如何分配有较大分歧，诉前长时间交涉无法达成一致，诉讼后对立情绪加剧所

引起的。

案件真实还原难。在借名买房纠纷案件中,当事人虽然留存了出资情况明细、录音证据、证人证言或者持有部分与房屋有关的证据材料,但却未能向法院提供最为关键的借名约定,导致法院对案件事实认定出现困难。

案件类型不同处理结果差异较大。从裁判结果看,因拆迁而主张居住权利的,拆迁协议明确载明被安置人情况,该类案件原告胜诉率较高;借名买房纠纷中因亲属之间留存证据意识不足,就借名事实无法证明,原告胜诉率较低;亲属之间处分共同共有财产,默认对财产共有状态知晓,而对其他共有人同意处分共有财产无法举证,导致合同被确认无效情况较多。

纠纷产生有哪些原因?



当事人法律意识不强,为纠纷留下隐患。拆迁中为了多分面积,将亲属户口迁入拆迁房屋,但被拆迁人忽视安置人口的增加将导致安置义务的承担,例如被安置人可能会对安置房屋享有居住使用的权利。亲属基于亲密信任关系借名,未曾签订书面协议,导致关系僵化后,无法依据证据反映客观事实。亲属间处分财产时对共有房屋性质认识不清导致违反法律规定。

亲情关系恶化,加剧纠纷发生。例如夫妻感情破裂导致离婚,使原有围绕婚姻建立的亲密关系不

复存在,随后将伴随着关系对抗,当事人试图挽回损失或惩罚对方,造就诸多与房屋相关的纠纷。亲属间关系亲密时彼此信任,相安无事,但关系僵化后,便会审视之前的经济来往,进而引发彼此间的房屋纷争。

房屋价值提升较大,成当事人提起诉讼内因。近年来,北京市商品房价格涨幅较为可观,因此当事人即使所占房屋份额不多,但价值仍较高,从而引起未在处分协议上签字的其他共有人开始在合同效力上做文章。

争议中妥善解决意识不够,降低诉前解决的可能。此类亲属纠纷案件中,在争取财产的同时,也存在争面子斗气的成分。当事人因无法心平气和地处理纠纷,从而忽视双方权利的边界,导致对原本可以让渡的利益拒不妥协。

案件审判有哪些特点?



严格审查证据,不拘泥于书面形式。当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。一方面,当事人提供书面合同时,应严格审查合同真实性,必要时借助鉴定手段确定真伪;另一方面,当事人未提供书面合同时,可借助当事人手中持有房屋权属或者使用有关材料的情况、款项支付的数额、房屋的占有以及实际履行行为并结合相关行为的合理性来判断当事人的真实意思,必要时根据利害关系人的陈述以及证人证言情况来辅助判断。

保护合法权利,确保利益平衡。当事人对房屋享有所有权或者承租权,要求实际居住人腾房的,法院应依法予以保护,对另一方要耐心释法析理,使其减少不合理预期。考虑到当事人之间亲属关系、入住的历史原因以及客观的腾退条件,应妥善解决是否腾退以及何时腾退的问题,避免当事人矛盾激化;对于权利人主张未腾退期间的使用费的,法院酌情支持,实现双方之间利益平衡。

规范当事人诉求,依法行使释明权。不动产权变更、转让未登记时,当事人依据借名买房合同直接要求确认所有权或共有权,不应予以支持。借名买房纠纷案件案由所列不一,既有合同纠纷,也有房屋买卖合同纠纷,还有所有权确认纠纷,这与当事人提出的诉讼请求不规范有一定关系。法院在审查当事人的诉讼请求及意见后,应及时释明当事人调整诉讼请求,并根据变更后的诉讼请求,准确确定案件案由以及适用法律规范。



对当事人的建议。1. 兼顾亲情和利益,用约定止纠纷。遇到亲属间利益分配问题,不可顾一时颜面而对权利不予重视,应充分协商讨论并咨询专业人士,让权利义务固定明确,不给纠纷留下空间。2. 减少对抗心态,用真心换真情。解决纠纷不应意气用事,既要实现应有权利,也要为亲情维系留下余地,存在调解余地时适当让渡利益,妥善解决纠纷。3. 妥善留存证据,助力还原事实。亲属间就约定及履行涉及的证据应妥善留存,不给贪图便

宜之人混淆事实的机会,纠纷时拿证据也可实现应有的权利。

对社会的建议。完善多元化调解平台,一方面,引入专业性调解组织,积极提供法律咨询、纠纷调解服务,使当事人明确权利的界限;另一方面,借助基层组织、人民调解委员会、民政等部门的帮助,加强专业性引导和情绪性疏导,加强心理疏导、感情辅导等服务,做到提早介入,减缓当事人的情绪对抗,将家庭矛盾和纠纷及时解决在萌芽状态。

对政府的建议。完善政策执行的合理性,对于未享受实际安置的人员,适当放宽享受政策性房屋资格的要求;规范直管公房变更承租人程序,结合纠纷实际研判调整变更程序的必要性,合理考虑原承租人继承人权益;房屋登记部门应对亲属间房屋转让进行重点提醒,降低纠纷可能。



北京二中院涉亲属间房屋纠纷典型案例

案例一:亲属间转让拆迁安置房,被拆迁人要求居住使用



于某与张某系表兄弟。其二人的祖辈刘某在东城区南小街有一处住房，2002年该处进行危旧房改造，刘某与相关单位签订安置协议，安置人口包括于某、张某。刘某取得案涉房屋产权证后，于2016年与张某签订买卖合同，张某据此取得产权证。于某起诉主张对案涉房屋有权居住使用。

法院经审理认为，于某是被安置人，所以其对案涉房屋有权居住使用。张某应明确知晓于某的被安置人身份，且并无证据表明其在购房时曾考虑被安置人权利如何处理。故此，认定于某有权向张某主张居住使用房屋的权利。

案例二：兄弟间转让房产，嫂子主张不知情要求确认协议无效



汤某与曹某民系夫妻，二人于1992年登记。曹某民系曹某文之兄。2003年曹某民购买案涉房屋。2009年曹某民与曹某文就案涉房屋签订买卖合同，曹某文主张现金支付房款62万元，但未提供证据。2015年曹某民去世。汤某起诉主张曹某民与曹某文签订的买卖合同无效。

法院经审理认为，曹某文系曹某民之弟，其对于涉案房屋应属于曹某民与汤某的夫妻共同财产应知情，基于现有证据证明的事实，不足以认定汤某对曹某民与曹某文买卖涉案房屋的行为知情。曹某文与曹某民签订《存量房屋买卖合同》已侵犯了汤某的合法权益，应属无效。

案例三：未经过宅基地上房屋全体权利人同意签订拆迁协议时，权利人诉请协议无效。



李某1、李某2、李某3、李某4系兄弟姐妹。父母去世后经过诉讼，宅基地上房屋由法院确定分别归各人所有。村委会与李某4就继承所涉宅基地及房屋签订补偿协议。李某1、李某2、李某3以涉及自己房屋为由诉请补偿协议无效。

法院经审理认为，李某1、李某2、李某3通过继承合法取得房屋，并基于此向村委会就腾退主张相关利益。在明知该事实的情况下，村委会为了腾退土地，李某4为获得腾退补偿安置利益，未经李某1、李某2、李某3同意签订补偿协议，将李某1、李某2、李某3合法取得的房屋作为被腾退房屋予以腾退并拆除，损害了李某1、李某2、李某3的相关利益。补偿协议应属无效。

案例四：儿子主张借父亲之名买房，其他兄弟不认可



赵某1、赵某2、赵某3、赵某4系兄弟姐妹，赵某平系五人之父。1991年，赵某1代赵某平与公司签订职工住房租赁合同，约定案涉房屋由赵某平承租，并注明赵某平去世后案涉房屋由赵某1居住，赵某1不再参与分配房屋。1992年赵某平与公司就案涉房屋签订买卖合同，该合同系赵某1之妻代签并负责具体款项支付。1993年涉案房屋登记在赵某平名下。2000年赵某平夫妻先后去世。现赵某1主张借赵某平之名买房。

法院经审理认为，赵某1虽称其在承租房屋以

及购买房屋时以赵某平的名义与单位签订《职工住房租赁合同》以及《房屋买卖合同》，并由其实际出资购买案涉房屋，但赵某1向法院提供的证据，无法充分证明其与赵某平之间存在借名买房的合意以及关于案涉房屋权属的明确约定。综上，虽赵某1提出了部分对其有利的事实，但赵某1提供的在案证据不足以使法院在对上述证据审查后可以认定赵某1与赵某平之间存在借名买房的法律关系。

作者：高磊

为何我们要看《三滴血》？

原创：2018-10-28 最高人民法院 冼小堤 韩璋

https://mp.weixin.qq.com/s/CFk8B3SMDdB111_aLj_BKA

编者按

1918年，易俗社剧作家范紫东编剧创排的秦腔《三滴血》首演。如今，一个世纪过去，《三滴血》经久不衰，已成为秦腔最经典的曲目。10月24日，该剧走进了最高人民法院。演出现场，秦腔的艺术魅力，经由场内曲折妙极的剧情、流畅委婉的音乐、细腻生动的演唱、精致凝炼的舞美，深深浸润着每位观众，让人深陷其中，回味无穷。特别是该剧以古代三个司法案件审判过程为核心，鲜活地塑造了一个尽信书本、迂腐断案官僚的典型形象，弘扬了坚守正义、激浊扬清的价值追求，对当代法官办案也有重大的启迪意义。为此，特约请观剧者撰写两篇观后感。

剧情简介

秦腔名剧《三滴血》讲述了三个“滴血认亲”的案件。山西五台县人周仁瑞在陕西韩城县经商时，妻子生下一对孪生儿子后去世。周仁瑞无力抚养，便请邻居王妈将次子卖与李三娘为嗣，取名李遇春。

长子周天佑由周仁瑞独自抚养。



第一起案件，周仁瑞经商失败后回乡，其弟周仁祥担心周仁瑞回来争夺家产，不认周天佑为周仁瑞儿子，最终诉至公堂。县令晋信书偏是一个死啃书本的腐儒，见汝南先贤传有“陈业滴血认亲”的记载，便用此法断案。见周仁瑞父子滴血入水不融，断定周天佑不是周仁瑞亲生子，并将其驱逐。

第二起案件，李遇春由李三娘抚养长大，与李三娘亲生女儿李晚春姐弟相称，互生爱慕。李三娘与王妈有意促成这段婚事，于是故意调转姐弟二人真实身份，称遇春为亲生儿子、晚春为抱养。但

二人尚未成亲，李三娘去世，垂涎晚春已久的恶少阮自用捏造庚帖前来“诈婚”，挑起讼端。县令晋信书再用“滴血认亲”方式，判决晚春、遇春为亲生，不得成亲，同时判决庚帖有效。

第三起案件，周仁瑞与王妈重逢后，欲相互作证，前往县衙找县令晋信书，推翻此前判决。晋信书为证明“滴血认亲”的准确性，传唤周仁祥和其子牛娃来到公堂前试验，谁知二人血滴不融。此时，晋信书竟固执己见，认定二人非亲生父子，甚至质问周仁祥妻子是否与他人私通。

一片混乱之际，公差接大帅之令将晋信书带回。原来，周天佑和李遇春两兄弟投军立功升官，于是平反冤案，两家人身世真相大白，全家团聚。

为何我们要看《三滴血》？

冼小堤 韩璋

秦腔名剧《三滴血》第十场，当山西五台县县令晋信书第三次用“滴血认亲”的手法断案时，现场音乐鼓点越来越急促，我不由得紧张起来：这次，“滴血认亲”究竟会失败还是成功？



要知道，这个迂腐的县令已经两次用“滴血认亲”的方式作出严重误判！而他明明有机会避免误判，却偏偏迷信古书记载，从不采信人证物证。

且看第一起案子：周仁瑞被弟弟和弟媳无端指责后十分气恼，但口说无凭，他向晋信书提议，到陕西查询就可知道儿子是不是自己亲生。可晋信书竟回，不用劳费功夫千里迢迢去查找，只需按照《汝

南先贤传》记载，“滴血认亲”即可。

此时，无论周仁瑞还是周仁祥，都感到这种落后的做法不靠谱，唯独晋信书坚信“书上记载会有错”。结果，本欲到公堂“辩委屈”的周仁瑞，蒙受更大冤情，连儿子都被逐出。心胸险恶的弟弟胜诉了，周仁瑞气得浑身发抖，大骂“狗官太武断”。

第二起案子在审判过程中出现类似的剧情，当王妈控诉阮自用的“庚帖”是伪造时，曾建议晋信书走访一下百姓，便能知晓阮自用早已向李晚春提亲多次却遭到拒绝。然而，身为一县之令，晋信书竟认为不需要访查，“何必絮絮叨叨把他问？判断疑案靠古人！”他再用“滴血认亲”这等无凭无据的方法，一口断定晚春、遇春为亲兄妹，“岂能乱伦”。一对鸳鸯被拆散，令人扼腕叹息！

当周仁瑞和王妈欲相互作证时，第三起案子出现了，也是全剧最关键的时刻——晋信书还要依靠“滴血认亲”来断案。音乐响起紧张的节奏，周仁祥与牛娃明明是亲生父子，两人的滴血不融合——证明这招不可靠！可在如此明显的事实面前，自称“熟读五车书，做得七品官”的晋信书，依旧固执己见，欲再度破坏一个家庭，可气、可恨、可悲！



尽管冤案得以平反，但晋信书三次误判，已给个人、社会留下不良影响。亲戚、邻里之间的矛盾是自古以来就有的民事纠纷，非常考验司法者抽丝剥茧的能力，如办案不贴近群众，不愿下功夫多方求证，用“尽信书”的态度如何审理得了情况千变万化的案件？

我不禁想起前不久发生在北京市通州区人民法院的一起案子。那是一起民间借贷纠纷，原告称和被告认识一年多，被告打借条借了3万一直不还，但被告在庭审中却辩称从不认识原告。

看似简单，事情却扑朔迷离。此时，法官想到了两个妙招：先是查询双方手机，发现两人在打借条前毫无通话记录，微信好友也是打借条当天才添加，原告第一句话便是“你好”。这哪像哥们？再问自称介绍原被告认识的中间人，被告是否已婚，中间人支支吾吾说结了吧，被告却回答说连女朋友都没有。至此，双方是陌生人的关系基本查清，借条原来牵涉到一件车祸遗物。

设想一下，要是此案由晋信书来审理，也许只一下就结案了。而主审法官充分考虑案情，从生活切入，从细节着手，多番问询，终于识破谎言，审

理得明明白白，让双方心服口服。回顾《三滴血》中前两起案子，晋信书只为自己着想，不愿为查明案情而奔波、多问，这样的办案方式脱离了群众，背离了司法为民的理念，是一个深刻的反面教材。

晋信书“不接受反驳”的思维亦不可取。在纠正冤假错案的机会面前，他为了面子和头上的乌纱帽，宁肯一错再错，将官员地位错等于绝对权威，辜负了百姓对他们的信任。

传统秦腔剧《三滴血》讲的是古代案件，却让我们对现代“人民法院”中的“人民”二字有了更深刻的认识。

来源：人民法院新闻传媒总社

编辑：陈丽英

最高院：离婚协议就夫妻共同财产权属的约定先于外部债权 起诉时可对抗该外部债权对约定财产的查封 ||附冲突案例

2018-10-29 法门囚徒 法门囚徒

<https://mp.weixin.qq.com/s/KxsPw3wrGppa8xyvFgtBBw>

裁判要旨

配偶一方基于离婚协议的约定而享有约定财产之物权，外部债权人对上述财产的执行系源于债权请求权，考虑到离婚协议先于外部债权人的起诉而签订，同时现有证据也不能推定双方在利用离婚逃避债务的情形，故配偶一方对执行标的享有的物权应当优先于外部普通债权予以保护。

案例索引

《武小平、张文怡申请执行人执行异议之诉案》
【(2018)最高法民申613号】

争议焦点

离婚协议就夫妻共同财产权属的约定先于外

部债权起诉时可否对抗该外部债权对约定财产的查封？

裁判意见

最高院认为：本案为申请执行人执行异议之诉，需要审查的主要问题是，二审判决认定张文怡对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益，是否属于适用法律错误。对此，应当从张文怡与武小平对执行标的享有何种权利、哪种权利更应优先保护等方面进行审查判断。

原审已查明，本案所涉执行标的即登记于张文怡名下的位于广东省珠海市××(××一品居)地下室二层A031、A032、A033号车位，系张文怡与张小兵在夫妻关系存续期间购买的财产，原属于夫妻共同财产。但张文怡与张小兵离婚时对上述财产

进行了分割,根据双方签订的离婚协议第二条第3项关于“双方各自名下的其他财产(包括机动车)归各自所有”的约定,上述财产归张文怡个人所有。从权利属性上来讲,张文怡对上述财产享有直接支配之物权。【注:对此编者不敢苟同,配偶一方基于该离婚协议约定所享有之权利难谓物权,实质还应属于债权,该权利仅仅是请求名义权利人将房屋登记在自己名下的请求权。】而武小平对上述财产申请执行,系基于其与张小兵之间的债权债务关系,该权利并非源于对上述财产的直接交易关系,而是源于对张小兵财产的债权请求权。从两种权利取得的时间来看,张文怡与张小兵签订离婚协议在前,武小平起诉张小兵在后。另外,现有证据也不能推定张文怡与张小兵存在利用离婚逃避债务的情形。因此,两种权利相比较,张文怡对执行标的享有的物权应当优先于武小平的普通债权予以保护。二审判决对此认定正确,适用法律并无不当。

附:冲突案例

在《周凤珠与青岛威邦贸易有限公司、周春海案外人执行异议之诉案》【(2017)最高法民申3915号】中,最高院认为:本案再审审查的核心问题是:周凤珠对于作为执行标的物的涉案房产,是否具有足以排除强制执行的民事权益。

第一,《最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》((2015)民一他字第9号)规定,夫妻一方对外担保之债不应当适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。山东省日照市中级人民法院于2015年11月19日作出(2015)日商初字第215号民事调解书,周春海对江苏宝通镍业有限公司应向山东福宝国际贸易有限公司支付回购货款及收益50591600元的本金和利息承担连带担保责任,属于对外担保之债,根据上述复函的规定,涉案债务不应认定为夫妻共同债务。

第二,《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定,夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有。周凤珠与周春海于1991年9月27日结婚,于2015年7月28日自愿离婚;2012年10月,周春海购买位于上海市浦东新区张扬路xxx号xxxx室、xxxx室房产。该房产购买于周凤珠与周春海夫妻关系存续期间,虽然只登记在周春海一人名下,但是在周凤珠、周春海未举证证明归个人所有的情况下,根据婚姻法第十七条的规定应为夫妻共同财产。《中华人民共和国物权法》第九条第一款规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记发生效力;未经登记,不发生效力。但法律另有规定的除外。虽然周凤珠与周春海于2015年7月28日签订《自愿离婚协议书》,约定涉案房产归周凤珠所有,但是双方未进行不动产物权的转让登记,物权的转让不发生效力,涉案房产仍属于周凤珠与周春海夫妻共同所有。

第三,《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,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。本案涉案债务虽然属于周春海个人债务,但是涉案房产属于周凤珠与周春海夫妻共同所有,人民法院可以执行。因此,一审法院驳回周凤珠关于排除对涉案房产执行的诉讼请求并无不当,二审法院驳回上诉,维持原判的处理结果亦无不当。

第四,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百三十四条规定,原判决、裁定认定事实或者适用法律虽有瑕疵,但裁判结果正确的,第二审人民法院可以在判决、裁定中纠正瑕疵后,依照民事诉讼法第一百七十条第一款第一项规定予以维持。本案山东省高级人民法院在说理中认为涉案债务属于周凤珠与周春海夫妻共同债务,在适用法律上存在不当之处,但是处理结果并无不当,因此根据上述司法解释的规定周凤珠的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的再审情形。

（三）检察官视点

《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》重点难点解读

2018-10-14 民事法律参考

https://mp.weixin.qq.com/s/BJBYG5YjRIb_eYw2alawbQ

作者：线杰 吴峤滨

作者单位：最高人民检察院法律政策研究室

2018年9月27日，最高人民法院、最高人民检察院联合公布《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》（下称《解释》），自2018年10月1日起施行。《解释》的内容涉及刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法等多个部门法，涉及的相关法律适用问题也比较复杂。为便于深入理解和掌握《解释》的主要内容，现就《解释》的重点难点问题解读如下：

关于虚假诉讼罪的行为方式及其认定问题

准确理解和把握刑法第307条之一虚假诉讼罪中“以捏造的事实提起民事诉讼”的罪状表述，是《解释》的重点问题之一。根据《解释》第1条的规定，实践中需要注意从以下几个方面加以理解和把握：

一是虚假诉讼罪限于“无中生有型”虚假诉讼行为。《解释》明确，刑法规定的“以捏造的事实提起民事诉讼”是指捏造民事法律关系，虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼的行为。其中，“捏造”是指无中生有、凭空捏造和虚构；“事实”是指行为人据以提起民事诉讼、人民法院据以立案受理、构成民事案由的事实。“捏造事实”行为的本质是捏造民事法律关系、虚构民事纠纷，两者应同时具备、缺一不可。对于“部分篡改型”虚假诉讼行为，即民事法律关系和民事纠纷客观存在，行为人只是对具体的诉讼标的额、履行方式等部分事实作夸大或者隐瞒的行为，不属于刑法规定的虚

诉讼罪的范畴。

二是“以捏造的事实提起民事诉讼”包括特定“隐瞒真相”的行为。《解释》明确，隐瞒债务已经全部清偿的事实，向人民法院提起民事诉讼，要求他人履行债务的，以“以捏造的事实提起民事诉讼”论。主要考虑是：第一，司法实践中存在的隐瞒债务已获全部清偿、仍然起诉要求原债务人履行债务的情况，属于消极的捏造事实行为，其社会危害性与积极的捏造事实行为并无实质不同，有必要通过刑罚手段予以惩治。第二，从刑法规定看，虚假诉讼罪与诈骗罪存在竞合关系，而诈骗罪包括虚构事实和隐瞒真相两种行为方式，因此在虚假诉讼罪中将特定“隐瞒真相”的行为，以“以捏造的事实提起民事诉讼”论是合理的。

三是虚假诉讼罪包括“单方欺诈”和“双方串通”两种类型。前者是指一方当事人提起虚假诉讼，侵害另一方当事人合法权益，双方当事人之间存在实质的利益对抗关系。后者是指双方当事人恶意串通进行虚假诉讼，侵害案外第三人合法权益，损害国家、公共利益，或者逃避履行法定义务，规避相关管理义务，双方当事人之间不存在实质对抗关系。《解释》明确，虚假诉讼包括单方或者与他人恶意串通，捏造身份、合同、侵权、继承等民事法律关系的行为。需要注意的是，民事诉讼法第112条、第113条规制的是“双方串通”虚假诉讼行为，而刑法规制的是“单方欺诈”和“双方串通”两种虚假诉讼行为，范围上广于民事诉讼法的规制范围。

四是虚假诉讼罪适用于民事执行程序。《解释》明确，向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的

仲裁裁决、公证债权文书,或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配的,属于“以捏造的事实提起民事诉讼”。主要考虑是:民事诉讼法规定的民事诉讼程序包括审判程序和执行程序。在民事执行程序中,人民法院需要对当事人申请执行的仲裁裁决、公证债权文书以及提出的执行异议、参与执行财产分配申请等进行审查,不应将执行程序排除在民事诉讼之外,且将此类行为明确为虚假诉讼行为,有利于规范民事执行程序,也有助于解决实践中存在的执行难问题。

关于虚假诉讼罪的定罪量刑标准

根据刑法规定,虚假诉讼罪以“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”作为入罪标准,以“情节严重”作为法定刑升档标准。《解释》第2条、第3条在明确上述定罪量刑标准时主要把握了三个方面的原则:

一是注意惩治犯罪与保护诉权并重。有观点认为虚假诉讼罪属于行为犯,行为人只要向人民法院提起虚假诉讼并被受理立案,就破坏了司法秩序,也就构成了犯罪。我们认为,2015年人民法院改革案件受理制度、实行立案登记制以来,简化了立案流程,便利了群众诉讼,如果一概不加区分地以人民法院受理立案作为入罪标准,则可能不当扩大刑事打击面,给人民群众提起民事诉讼造成思想顾虑,不利于依法保护诉权。因此,《解释》把握人民法院立案后采取保全措施、开庭审理或者作出裁判文书等重要程序节点作为入罪标准。

二是注意刑事处罚与司法处罚合理衔接。根据民事诉讼法第112条的规定,对于虚假诉讼行为,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。因此,《解释》在明确入罪标准时避免以行为入罪架空民事诉讼法的规定,为司法处罚留有空间,形成刑事处罚与司法处罚合理衔接的层次关系。

三是注意“妨害司法秩序”与“严重侵害他人合法权益”的内在统一。在虚假诉讼罪中,“妨害司法秩序”与“严重侵害他人合法权益”两种构罪要件既表现为并列关系,也是内在统一的,两者在司法实践中存在交叉重合关系,很难完全割裂或截然分开。因此,《解释》在入罪标准中对上述两种构罪要件一并作出规定,同时注意体现入罪标准和法定刑升档标准之间的对应层次关系。

基于上述原则,《解释》第2条规定了六项入罪标准,包括致使人民法院采取保全措施;或者开庭审理、干扰正常司法活动;或者作出裁判文书、制作财产分配方案、立案执行仲裁裁决和公证债权文书;行为人具有虚假诉讼违法犯罪前科;或者多次实施虚假诉讼行为等情形。《解释》第3条规定了七项法定刑升档标准,包括妨害司法秩序情节严重和严重侵害他人合法权益情节严重的七种情形。

关于虚假诉讼罪与其他犯罪竞合的处理原则

根据刑法第307条之一第3款的规定,《解释》第四条明确了实施以骗取财物为目的的虚假诉讼犯罪又构成其他犯罪的处理原则,即实施以骗取财物为目的的虚假诉讼犯罪,又构成诈骗罪,职务侵占罪,拒不执行判决、裁定罪,贪污罪等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。需要注意的是,刑法第307条之一第3款规定的处理原则,主要针对以骗取财物为目的的虚假诉讼犯罪与侵权类犯罪成立想象竞合犯的情况,不宜扩大到与其他手段行为犯罪成立牵连犯的情况。

根据刑法第307条之一第4款的规定,《解释》第5条明确了司法工作人员利用职权实施虚假诉讼犯罪的处理原则,即司法工作人员利用职权,与他人共同实施虚假诉讼行为的,从重处罚;同时构成滥用职权罪,民事枉法裁判罪,执行判决、裁定滥用职权罪等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

《解释》第6条明确了诉讼参与人实施虚假诉

讼共同犯罪的处理原则,即诉讼参与人与他人通谋,共同实施虚假诉讼行为的,依照共同犯罪的规定定罪处罚;同时构成妨害作证罪,帮助毁灭、伪造证据罪等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

“部分篡改型”虚假诉讼行为的定性处理问题

对“部分篡改型”虚假诉讼行为如何定性处理,是《解释》的难点问题之一。经反复研究,《解释》第7条明确,采取伪造证据等手段篡改案件事实,骗取人民法院裁判文书,构成犯罪的,依照刑法第280条、第307条等规定追究刑事责任。主要包括四方面问题:

一是如前文所述,“部分篡改型”虚假诉讼,不属于刑法规定的虚假诉讼罪的范畴,不应以虚假诉讼罪定罪处罚。

二是对“部分篡改型”虚假诉讼行为一般不宜以诈骗罪、职务侵占罪等侵财类犯罪定性处理。主要考虑:一是民事诉讼中一般采取高度盖然性的证明标准以及“谁主张谁举证”的证明责任分配方式,原告在民事诉讼过程中实施虚构诉讼标的额、篡改履行方式、履行期限等行为的具体情况比较复杂,有的是对法律规定内容理解不当,有的是出于诉讼策略的考虑,不能一概认定其主观上具有非法占有他人财产的目的。二是诚实信用原则是民事诉讼法的基本原则,要求当事人依法行使诉讼权利,履行诉讼义务,遵守诉讼秩序,自觉履行生效法律裁判。但实践中,在民事诉讼过程中违反诚实信用原则的原因也比较复杂,对“部分篡改型”虚假诉讼行为一般可以通过承担败诉后果、给予司法处罚使其受到制裁。因此,从坚持主客观相一致原则、坚持刑法谦抑性、合理控制刑事打击面等多角度考虑,对“部分篡改型”虚假诉讼行为一般不宜以侵财类犯罪定性处理。

三是“部分篡改型”虚假诉讼行为中的手段行为构成犯罪的,依照刑法相关规定定性处理。行为人在实施“部分篡改型”虚假诉讼行为过程中,其具体手段可能构成其他犯罪,如行为人伪造证据时伪造了某单位的印章或者行为人有指使他人作伪证的行为,对此可以依照刑法第280条、第307条等规定以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪,妨害作证罪等犯罪定罪处罚。

四是2002年最高检研究室《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》((2002)高检研发第18号,下称《2002年最高检答复》)的效力问题。《2002年最高检答复》规定:“以非法占有为目的,通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动,可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理,不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时,实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为,构成犯罪的,应当依照刑法第280条第2款的规定,以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任;如果行为人有指使他人作伪证行为,构成犯罪的应当依照刑法第307条第1款的规定,以妨害作证罪追究刑事责任。”此后,2006年最高人民法院研究室《关于伪造证据通过诉讼获取他人财物的行为如何适用法律问题的批复》(法研〔2006〕73号)中明确,审理此类案件时可参酌适用《2002年最高检答复》的规定。刑法理论界和实务界对上述两个文件存在分歧意见,实务中也有不同处理做法。经研究我们认为,刑法修正案(九)增设虚假诉讼罪后,《2002年最高检答复》的效力仅及于虚假诉讼罪以外的情形,主要是“部分篡改型”虚假诉讼行为。

（四）律师视点

家事法研究 | 与代孕有关的民事争议法律问题梳理

原创：2018-10-15 邦信阳中建中汇 李春华

https://mp.weixin.qq.com/s/k9h_JnlAitVRESj6yVqcIA



李春华 上海邦信阳中建中汇律师事务所 律师

近期，笔者参加的事务所业务学习课题以及碰到的当事人法律咨询，都涉及到了代孕问题，可见我国社会上代孕现象日益增多，同时引发了一系列法律伦理难题。由此引起了笔者的一些兴趣和思考，查阅了相关案例，并且对涉及代孕的有关民事争议中的基础法律问题进行了一些粗浅梳理，现将初探内容分享予诸位读者，以期共同探讨。

一、代孕的产生及相关规定

代孕现象逐年增多，成为社会发展的产物，它的出现具有一定意义上的必然性。首先，科学技术的发达使得人工生殖技术成为可能，催生了时下备受争议的代孕服务。其次，社会发展增快，育龄人群生存压力增大，导致不孕不育问题日益严重，也使得代孕服务成为不育人群的必要需求。再次，在现实存在并且不可忽视的同性恋人群中，代孕服务也呈现供需两旺的态势。

关于代孕的定义，在我国国家并没有明确的理

论和法律界定，因为该现象的出现自始就存在法律上的意见和分歧，它的出现打破了人类传统生存繁衍规律中的母亲是集孕育、生育和养育为一体不可分割的身份，代孕过程中产生的“基因母亲”、“孕生母亲”、“养育母亲”各异的情况冲击了家庭的稳定性，势必衍生出无穷尽的有关人身、身份的婚姻家庭、监护、继承等等民事争议。

同时代孕问题还存在更多的伦理争议，核心是人性尊严与商品化的问题。在代孕的反对者看来，生育能力是一种与人格密切相关的属性，是不可市场化的。按照这种观点，代孕实际上是将生育能力这一核心人格属性工具化和商品化，贬低了女性尊严，甚至往往与贩卖婴儿联系在一起。总而言之，代孕行为严重违反了公众认知的“公序良俗原则”，成为绝大多数国家禁止代孕的主要理由。

我国《民法通则》第7条规定：“民事主体活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”。《合同法》第7条也规定，“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益”。最新出台的《民法总则》第8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”，第10条规定“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗”。

上述几个条文是我国民法体系明确确立了“公序良俗原则”的重要标志，而该原则也已在我国的司法实践中得到适用。

因此，从我国的代孕现象看，代孕行为本身就与我国民事基本法律确定的以及社会大众普遍认

可和接受的“公序良俗原则”相冲突，代孕合同也是违背合同法的基本原则的。

我国目前被保护和认可的生育方式，除了夫妻自然生育以外，在遗传学和法学界的学理名称应该是“人类辅助生殖技术生育”。实施人类辅助生殖技术生育子女，是指不孕不育夫妻在符合严格的医学和法律规定的条件下，借用现代生物技术通过人工受精或试管婴儿促成精卵结合来生育子女。

笔者通过北大法宝检索关键字“人类辅助生殖技术”，查询到的我国原卫生部（现已撤销）及其他相关部门颁布的仅有16部现行有效的部门规章及规范性文件。

其中《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生殖技术与人类精子库相关技术规范、基本标准和伦理原则的通知》及《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》三个部门规章及规范性文件，较为明确的规定了符合条件的夫妻在专业人员、专业机构、符合专业标准的条件下方可实施辅助生殖技术，即人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。同时，必须符合《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》规定的知情同意的原则、维护供受双方和后代利益的原则、维护社会公益的原则、严防商品化的原则。

然而，目前我国在整体上对于人类辅助生殖技术所面临的相关问题，并没有效力层级为法律法规的规范，只有原卫生部的部门规章和最高人民法院的一些复函对部分问题作了规定。

我国原卫生部2001年2月颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》，该办法第一章第3条明确规定“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”，第四章第22条中规定“对于实施代孕技术的给予行政处罚，构成犯罪的依法追究刑事责任”。

上述两个条款表明，我国目前对代孕行为采取的是完全禁止的态度。但是上述规定作为最高效力等级只是部门规章这个层级的，显然无法作为司法

部门裁判直接引用的法律依据，法院处理代孕纠纷基本还是运用依据民法等法律的基本原则及其内在精神，结合社会道德和伦理作出裁判的自由裁量原则，相同问题裁判结果各不相同。

二、代孕的法律效力

1. 相关规定

关于代孕行为效力，我国尚未出台专门法律加以确认或禁止。

我国原卫生部2001年2月颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》，该办法第一章第3条明确规定“禁止实施任何形式的代孕”，第四章第22条中规定“对于实施代孕技术的给予行政处罚，构成犯罪的依法追究刑事责任”。

上述两个条款表明，我国目前对代孕行为采取的是完全禁止的态度。法院大部分秉持代孕行为无效的意见，但也有个别案例被判决有效。

2. 相关案例

湖南省常德市鼎城区人民法院审理过相关案件，在其审理的一起监护权纠纷案件中就涉及到了代孕协议效力的问题，该法院认为原告和被告签订的代孕协议符合合同的生效要件，没有违反相关的法律规定，所以并不禁止这一行为，而是认为该协议对于双方具有法律约束力。

而在厦门市思明区法院也审理过类似案件，被告孩子因车祸死亡，通过中介与原告签订代孕协议付其20万元代孕，原告生一女后拒交孩子，被告不愿负担抚养费，原告将其诉至法院。但是他们确对于代孕协议的效力作出了不同的判决，法官认为代孕合同是将代孕方的子宫作为“物”来出租使用，将孩子作为商品交易的对象。该合同有违公序良俗、社会公德，与合同法的基本原则相违背，应属无效合同。

孙某诉来某甲婚姻家庭纠纷案：（2015）杭拱

民初字第666号,被告代理人辩称,被告系原告与被告法定代理人雇人代孕所生,即使被告与原告没有血缘关系,原告与被告都存在法定的亲子关系,被告应视为原告的婚生子女。对此,法院认为,即使原告系被告与被告法定代理人雇人代孕所生,根据《人类辅助生殖技术管理办法》第三条的规定,雇人代孕产子违反伦理道德,为法律所禁止,代孕行为无效。故对被告法定代理人上述的辩称不予支持。原告孙某与被告来某甲之间不存在亲子关系。

三、“代孕”子女的法律地位

1. 相关规定

关于人工授精所生子女的法律地位,目前仅有最高人民法院1991年7月6日《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》:“在夫妻关系存续期间,双方一致同意进行人工授精,所生子女应视为夫妻双方的婚生子女,父母子女之间的权利义务关系适用婚姻法的有关规定。”

这是我国首次对人类辅助生殖技术子女的法律地位做出规定。该函所指出的受孕方式为合法的人工授精,孕母为婚姻关系存续期间的妻子本人。

但是,本文所指代孕可能包含尚不合法的代孕行为。法律可以对违法行为本身进行制裁,但因此出生的孩子并不经由制裁而消失,无论代孕这一社会现象合法与否,都必然涉及到因代孕而出生的子女的法律地位认定,而对其法律地位作出认定,进而解决代孕子女的监护、抚养、财产继承等问题,是保护代孕所生子女合法权益之必须。

2. 相关案例

(2015)沪一中少民终字第56号监护权纠纷

二审法院判决认为:在现有法律条件下,代孕所生子女应根据“分娩者为母”原则认定代孕者为法律上的生母,有血缘关系的委托父亲实际认领的,应认定为法律上的生父,所生子女为非婚生子女。根据婚姻法关于“有抚养关系的继父母子女关系”

这一条款之立法目的及立法意图,其子女范围可扩大解释为包括夫妻一方婚前婚后的非婚生子女,以同时具备以父母子女相待的主观意愿和抚养教育的事实行为为形成要件,故与子女生父有合法婚姻关系的养育母亲,可基于其抚养了丈夫之非婚生子女的事实行为及以父母子女相待的主观意愿而与代孕所生子女形成有抚养关系的继父母子女关系。

继承权纠纷【(2015)渝五中法少民终字00399号;再审(2016)渝05民再17号】

法院认为:否认亲子关系属于身份权范畴,专属于父母子女。自然血亲关系与是否享有继承权无必然联系,裁判继承权纠纷不以亲子关系鉴定为依据,而应当尊重被继承人的真实意愿。本案裁判代孕所生子女仍对无血缘关系的被继承人财产享有继承权。

最高院指导案例【江苏省南京市秦淮区人民法院李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案继承权纠纷案】

法院认为:夫妻关系存续期间,双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后,男方反悔,而女方坚持生出该子女的,不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生,都应视为夫妻双方的婚生子女。如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额,因违反继承法第十九条规定,该部分遗嘱内容无效。分割遗产时,应当依照继承法第二十八条规定,为胎儿保留继承份额。

王某某与张某某其他婚姻家庭、继承纠纷再审查【广东省中院(2012)穗中法少民终字第168号;(2013)穗中法民申字第247号】

法院认为:一般情况下,胚胎的处置权共同归属于夫妻双方,不能赠与、买卖和继承,对胚胎的处置应获得夫妻双方的知情同意,否则不得进行任何处理。未经一方知情同意并签署知情同意书的情形下,夫妻另一方启动冷冻胚胎,实施胚胎移植手术,违背了不知情方的意愿,可视不知情方为一个

单纯的精（卵）捐献者，不知情方与出生的后代不构成法律上的父母与子女的关系，也不承担任何责任。

孙某诉来某甲婚姻家庭纠纷案【(2015)杭拱

民初字第666号】

法院认为：即使夫妻双方协商一致代孕，因代孕合同无效，所生子女与无血缘关系方不存在亲子关系。

遗嘱的效力：形式完备还是意思真实？

原创：2018-10-16 审判研究 李双庆

https://mp.weixin.qq.com/s/lC18Q_YKpXFJiFxiGavGJA

每个人眼中的公平都可能不同，案件结果并不绝对。绝对的，是有些必要的事实你还没有注意，有些合适的理由你还没有提请。

——李双庆，北京大成律师事务所

遗嘱是当事人死亡前依照自己的真实意愿，按照法律规定的形式处分其个人财产、安排其个人事务，并于其死亡时发生效力的单方法律行为。被继承人的遗产是被继承人生前所有的财产如何分配，首先应当遵循财产所有人的意愿。如果被继承人死亡前，对身后的遗产和其他事务通过遗嘱作出安排的，应当尊重其意愿。我国《继承法》也坚持了遗嘱继承优先法定继承的原则，其中第5条规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。遗嘱有效与否，对于当事人的实体权益来讲，影响极大。

确定的法律事实，一定是最为接近客观事实的那个选项。

问题的提出

司法实践中认可的遗嘱形式共有5种，即《继承法》第37条所规定的公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。除了上述五种形式以外的遗嘱，法律是不予认可的。另外，《继承法》对这五种遗嘱的法定形式要件也做了不同的要求，

当事人只有按照法律规定的形式来制作遗嘱，发生争议时才可能得到法院的认可。

但是，由于有些当事人对遗嘱重视不够、对遗嘱的法律认知不足，经常出现存在形式要件瑕疵或欠缺的遗嘱，在这种情况下，应当如何认定遗嘱的效力？

对此，司法实践中争议颇大。一种观点认为，应当坚持遗嘱形式要件的完备性，形式要件存在瑕疵或欠缺，不符合法律的强制性要求，应当为无效遗嘱；另一种观点认为，遗嘱的形式要件是为遗嘱的目的，即遗嘱人真实意思服务的。遗嘱形式上有欠缺或瑕疵，但如果能证明遗嘱内容是遗嘱人的真实意思表示，遗嘱内容合法，没有其他无效情形的，不能因为形式要件的不完备认定遗嘱无效。

相关判例观点

各地法院对于形式瑕疵的遗嘱的效力认定，所采取的观点也是不一致的。挑几个有意思的案例看一下：

1. 浙江省高级人民法院，(2011)浙民提字第85号判决

胡甲与胡乙、胡丙系亲兄弟，其父胡丁。2008年7月25日，胡丁请其朋友李某某为其代书一份遗嘱，将其所有的房屋、山田、竹林等财产在胡甲、胡乙、胡丙间作了分配。父亲死后，三个儿子多次

因此发生纠纷，经解决未果。胡甲提起诉讼：主张遗嘱为没有两人见证的代书遗嘱，请求确认遗嘱无效。

法院经一审、二审和再审，最终认为涉案遗嘱不属于违反继承法第22条规定的无效情形；**对于代书遗嘱，继承法没有规定不符合该形式所立的遗嘱为无效；从最高人民法院继承法意见第35条规定来看，不能得出形式上有欠缺的遗嘱即为无效的结论。**从而认定没有证据证明涉案遗嘱存在继承法第二十二条所规定的无效情形的情况下，仅以代书遗嘱形式上不符合继承法规定为由主张涉案遗嘱无效，缺乏法律依据，不予采信。

2. 山东省青岛市中级人民法院，(2017)鲁02民终5690号判决

立遗嘱人薛某邀请胶州某法律服务所法律工作者崔某、周某川见证，并请周某川代书立此遗嘱。薛某在立遗嘱人处捺印，见证人处下方处有崔某、周某川签字，代书人处有周某川签字。

法院经审理后认为，遗嘱的见证人、代书人与本案无利害关系，其出庭作证的陈述一致，全程参与薛某订立遗嘱的过程，对薛某立遗嘱的情况做出详细陈述，且均证实当时薛某手抖无法写字，故本案遗嘱中薛某虽未签名，但其确系因病无法书写，采取在代书遗嘱中用捺印代替签名是合理的。被告没有证据证明涉案遗嘱存在《继承法》第22条所规定的无效情形，仅以代书遗嘱形式上不符合继承法规定为由主张涉案遗嘱无效缺乏法律依据，法院不予采信。

3. 北京一中院2016年重阳节涉老年人纠纷六大典型案例之案例二

李某与曹某于2005年4月26日再婚，婚后未育有子女。李某婚前育有一女李小甲（已成年）。李某去世后。李小甲起诉出示了李某生前的遗嘱一份。该遗嘱内容为：“在我过世后，我愿将我与曹某婚后共建的4间房屋全部给我唯一的女儿李小

甲。其他人均无权继承上述遗产。”该遗嘱系打印件，结尾处有李某签字。曹某不认可上述遗嘱的真实性。

法院审理后认为，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。对于李小甲提供的遗嘱，因系打印遗嘱，李小甲未向法院提供证据证实该遗嘱确系李某打印，该遗嘱不符合自书遗嘱的形式要件，应认定无效。遗嘱无效的，应当按照法定继承办理。

4. 北京市第二中级人民法院，(2014)二中民再终字第06256号判决

继承人之间产生争议的两份遗嘱为代书遗嘱，其中一份代书遗嘱中，仅有立遗嘱人捺手印，但未签名。一方当事人对该遗嘱的真实性均不予认可，要求按照法定继承处理。

经一审、二审和再审，法院最终认为：《继承法》要求的代书遗嘱的形式要件是代书遗嘱生效的必要条件，且从立法本意考虑，代书遗嘱的被继承人签字的行为能够反映出被继承人认同代书遗嘱的意思表示，**而没有签字仅有手印不能反映出被继承人认同代书遗嘱的意思表示。依据现有证据不能突破继承法关于代书遗嘱形式要件的规定，对该代书遗嘱效力不予认定。**

5. 四川省高级人民法院（2014）川民申字第1791号判决

立遗嘱人赵某某到石棉县三业打印服务部要求工作人员赵玉香为其打印一份遗嘱，赵某某去世后，继承人之一白某甲找到赵玉香让其在打印的遗嘱上补签了名字等内容。

该案经一审、二审、再审后认为：立遗嘱是当事人处分财产的单方民事法律行为，而且遗嘱在被继承人死亡之后才生效。为了保证遗嘱体现被继承人的真实意思，防止继承人因遗嘱效力发生争议，法律对代书遗嘱的程序和形式作出严格的规定。**见证人不同于普通的证人，即见证人应当有明确**

的为他人立遗嘱的行为进行见证的意思，而不仅仅是立遗嘱这一客观事实的证人。因为只有明确意识到是在为他人立遗嘱进行见证，才能认真负责地记录立遗嘱人的真实意思表示，从而保证遗嘱内容的真实性。本案被继承人赵某某在打印服务部立遗嘱时，赵玉香作为打印服务人员，为其记录、打印遗嘱的行为，只是为顾客提供的商业服务，并没有明确的为他人立遗嘱进行见证的意思。赵玉香未当场在遗嘱上签名，而是事后应白某某的要求补签，也充分证明赵某某没有为赵某某立遗嘱进行见证的意思。代书遗嘱不符合两个以上见证人在场见证的规定，应按照法定继承。

6. 浙江省高级人民法院，(2017)浙民申 2617 号裁定

遗嘱人李某立下代书遗嘱一份，见证人为夏某、曹某、范某 6、张某，代书人为许某。原告范某 1 对遗嘱效力不认可，成诉。法院经一审、二审再审后最终认为：涉案遗嘱为打印件，见证人共有三人，代书人有一人。审理中见证人夏某出庭作证称，立遗嘱时遗嘱人李某神智清楚；见证人范某某出庭作证称，立遗嘱时遗嘱人李某的头脑应该是清楚的，遗嘱方案也是其提出的；见证人张某庭审中称，案涉遗嘱上遗嘱人李某的签字并非本人所签，而是由张某代签，但捺印系遗嘱人李某本人指印。上述证人的证言能够相互印证，证明遗嘱人李某在口述遗嘱时神志清醒，遗嘱内容系其真实意思表示。主张遗嘱无效者应对导致遗嘱无效的事实举证证明，当事人申请对遗嘱人李某在打印遗嘱上的捺印进行鉴定，因缺乏检材，无法对遗嘱人李某的签名和指印的真实性进行鉴定，当事人事后也未能提交其他证据证明案涉遗嘱存在无效的情形，故其应承担举证不能的法律后果，遗嘱有效。在遗嘱系遗嘱人李某真实意思表示的情况下，由他人书写身份信息并不影响遗嘱效力。

7. 天津市高级人民法院，(2017)津民申 1961

号裁定

立遗嘱人 2007 年的遗嘱所立遗嘱为打印遗嘱，并非被继承人本人亲笔书写。

法院经一审、二审、再审后认为，关于被继承人打印遗嘱的效力问题，虽然该遗嘱是电脑打印而成，但有被继承人高某签字画押，且申请人并未提供充分证据否定该遗嘱的真实性，法院认可该遗嘱的效力。其中一审法院还专门指出：《继承法》自 1985 年 10 月 1 日起施行，当时电脑打印并未普及，2007 年，电脑打印已经相当普及，遗嘱人在打印的遗嘱中签名画押，应当认定为有效。

8. 沈阳市中级人民法院，(2014)沈中民一终字第 2325 号民事判决

立遗嘱人就订立遗嘱一事委托辽宁某律所进行见证，律所指派其所两名律师对受托事项进行见证。并制作遗嘱见证书一份，该遗嘱见证书盖有被告辽宁某律所的公章，并将该见证书与上述遗嘱本文及询问笔录作成一本装订成册。后因对遗嘱效力发生争议。

法院终审判决认为：关于争议的见证遗嘱效力问题。经本院重新核查该遗嘱认为，该遗嘱形式要件部分欠缺：第一、该遗嘱没有立遗嘱人签名，只有立遗嘱人手印；第二，该遗嘱没有代书人、见证人签名，只有两位见证人的名章；第三、该遗嘱不是现场一次性形成，存在打印和手写混合的情况，争议的见证遗嘱的形式要件并不符合规定，该遗嘱无效。

9. 上海市普陀区人民法院，(2013)普民一(民)初字第 3311 号判决

立遗嘱人陆某与上海某律所签订《聘请律师合同》，上海某律所指派律师一名为陆某代书遗嘱及见证。上海某律所律师对陆某制作了谈话记录，并代书遗嘱一份。陆某在该遗嘱立嘱人处签名并捺印，上海某律所律师在遗嘱代书人处盖律师印章。上海

某律所出具见证书,见证书见证人处加盖倪某、肖某律师印章。

该案经一审、上诉发回、重审、上诉后判决认为:陆某生前留有律师见证遗嘱,属于代书遗嘱。涉案代书遗嘱仅由代书律师在遗嘱上盖章,见证律师并未在该遗嘱上签名或盖章。且记载代书遗嘱制作过程的谈话记录所载内容亦无法明确陆某向代书律师表达所立遗嘱内容时见证人是否在场,涉案遗嘱不符合法定的代书遗嘱形式要件,遗嘱不生效,陆某的遗产应法定继承处理。

法律规定推演

对于遗嘱的形式要件,《继承法》做了严格规定。

《继承法》第17条:公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,注明年、月、日,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。以录音形式立的遗嘱,应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人在危急情况下,可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后,遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。

首先,法律认可的遗嘱只有五种形式:自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。其他形式的遗嘱如果能够符合这五种遗嘱中的一种,比如当事人只做了视频遗嘱,如果视频中包含了符合录音遗嘱要件,则可以作为录音遗嘱处理,认定该遗嘱的效力;但如果视频遗嘱中音频内容不完整、缺少见证人、见证人不适格等情况存在,不符合录音遗嘱,也不满足其他四种遗嘱形式要求的。即使能“反映当事人的真实意思”,也不能作为有效遗嘱认定。

其次,继承法规定的这五类遗嘱各自有具体的形式要件。如自书遗嘱要求遗嘱人订立遗嘱时亲笔书写,遗嘱不是遗嘱人“亲自”用“笔”书写,

而是采取打印、电子邮件等其他形式“书写”遗嘱的,法院不予认可。自书遗嘱要求遗嘱人亲笔签名,注明年、月、日,未注明年月日的,不符合遗嘱的形式要求,也不应予以认可;再以代书遗嘱为例,代书遗嘱要求两个见证人在场,由代书人代书,注明年月日,代书人、见证人、遗嘱人签名等具体要求,见证人数不足,未注明遗嘱形成时间,代书、见证人只是盖章而未签字等等,这些形式上的瑕疵或缺陷,都会影响遗嘱的效力。

当然,除了形式要件之外,还需要审查遗嘱形式背后的内容是否合法。如《继承法》第18条规定无行为能力人、限制行为能力人,继承人、受遗赠人,与继承人、受遗赠人有利害关系的人等不能作为遗嘱见证人。即使有两个和两个以上的见证人,如果不具备法定的见证人资格的人做遗嘱见证,则遗嘱效力也要受到制约。本文只做形式要件完备性的讨论。

对于遗嘱的形式要件与效力问题,最高院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第35条也做了规定:“继承法实施前订立的,形式上稍有欠缺的遗嘱,如内容合法,又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的,可以认定遗嘱有效。”

对于此条规定,司法实践中已经出现两种解读:

第一种认为继承法实施前,形式要件的瑕疵与缺陷可以通过其他证据补正,而继承法实施后,遗嘱的形式要件直接决定遗嘱是否有效。

第二种观点则作出相反解读,认为该解释的意思就是遗嘱形式欠缺并非绝对无效,是可以补正的,否定形式要件对遗嘱的决定意义。比如案例1中的浙江高院提审后的裁决意见。

对此问题,笔者认为在《继承法》实施之前制定的遗嘱,由于制定时法律并没有对遗嘱的形式和要件做出明确要求和规定,因此遗嘱的形式要件不具备决定性意义,即使遗嘱的形式欠缺、有瑕疵,但是可以通过其他证据可以补正的(如他人

代书遗嘱,见证人未签字但出庭作证的,或者自书遗嘱未写明具体时间,但有照片或其他证人作证的情况),在《继承法》实施之前,应当可以认定遗嘱效力。

但在《继承法》生效后,法律已经明确规定遗嘱的形式要件,如果不按照继承法规定制定遗嘱,法律不认可遗嘱的效力。最高院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第35条规定只是指出,继承法实施前订立的遗嘱,形式上稍有欠缺的可以补正,但从未说继承法实施后订立的遗嘱还可以补正,更难以解读出遗嘱形式欠缺可以通过其他证据补正的内容。所以笔者认为,《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第35条规定,是明确指出继承法实施后,遗嘱的形式要件对遗嘱效力具有决定性意义。如果遗嘱的形式要件不合格,哪怕只是形式上稍有欠缺,即使有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示,也不能作为有效遗嘱认定。

对此,在2011年12月6日,最高人民法院研究室对北京高院曾作出一份《关于代书遗嘱虽不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效问题的答复》,也提到了遗嘱的形式要件与效力确认问题,该答复的内容为:

北京市高级人民法院:

你院京高法[2011]238号《关于代书遗嘱虽不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效的请示》收悉。经研究,答复如下:根据《继承法》以及《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》的有关规定,不符合法定形式要件的代书遗嘱不宜认定为有效。

最高院的答复明确指出“不符合法定形式要件的代书遗嘱不宜认定为有效”,再次重申了一个原则:在遗嘱人的真实意思表示和遗嘱形式要件完备之间,遗嘱形式要件对于遗嘱的效力具有决定性的意义,遗嘱人的真实意思表示必须通过合法

完备的遗嘱形式要件表现出来,如果遗嘱的形式要件不完备,即使有其他证据证明遗嘱人真实意思,也不能认定遗嘱的合法有效。这个答复,应该是对真实意思表示还是遗嘱形式要件谁先谁后的直接回应。该答复回应了代书遗嘱形式要件完备性的问题,而且2011年距今并不远,但在司法实践中,并未得到严格遵守。

争议与解读

尽管最高院的意见和答复都坚持和重申遗嘱形式要件的重要性,但是形式要件与真实意思之争从未停息过,各地法院经常出现不一致的判决和指导意见。

就继承问题,最近的审判指导意见应当是北京高院2018年6月11日通过的《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》中,有以下两条内容:

17. 遗嘱的形式要件认定规则?

未严格按照法律规定的形式要件作出的遗嘱,人民法院应认定无效。

签署日期不全的自书遗嘱应为无效。以遗书形式处分遗产的,如该遗书具备法律规定的自书遗嘱形式要件的,应认定有效。

18. 打印遗嘱的性质与效力?

继承案件中当事人以打印遗嘱系被继承人自己制作为由请求确认打印遗嘱为有效自书遗嘱的,人民法院不予支持。但确有达到排除合理怀疑程度的证据表明打印遗嘱由被继承人全程制作完成,并具备自书遗嘱形式要件的,可认定为有效自书遗嘱。

打印遗嘱由被继承人以外的人制作的,应符合法律规定的代书遗嘱形式要件。

该解答的17条贯彻了形式要件完备,遗嘱有效的观点。明确指出未严格按照法律规定的形式要件作出的遗嘱无效、签署日期不全的自书遗嘱无效,不考虑这些形式要件不完备的遗嘱是否是遗嘱人

的真实意思,更不会因真实意思表示问题产生争议。

但该解答的18条却有了相反的选择,18条中对于打印的自书遗嘱,认为如果能够证明该打印遗嘱是由遗嘱人自己制作完成,采取了认可效力的观点;对于打印的遗嘱,符合代书遗嘱形式要件的,也明确采取了认可遗嘱效力的观点。《继承法》第17条对遗嘱的形式做了明确规定:自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,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。如果坚持形式要件决定遗嘱效力的原则,打印自书遗嘱肯定是不属于“亲笔书写”的,打印的自书遗嘱效力无需考虑是谁制作的,也无需考虑是否是全程制作的,应当直接认定无效;打印的遗嘱也效力也是有些争议的,毕竟“代书”也难以解读为“代为打印”。代书人即为代遗嘱人“书写”遗嘱的人,尽管司法实践中对代书人打印遗嘱已经基本认可,但是如果严格按照法律规定,将“代书”解释为“代为打印”总归有点扩张解读法律的嫌疑。

电脑打印已经成为新的书写方式,很可能在不远的将来,打印文件、电子邮件、微博、朋友圈及其他电子数据形式都可能成为人们的日常生活、交流方式,其确定性也能通过技术手段保证,从而成为遗嘱的新形式。另外还有视频录制已经进入普通人的生活,视频遗嘱也可能会很快成为新的遗嘱形式。但在当前,还难以将打印行为等同于“书写”行为,即使有确切证据证明打印遗嘱是遗嘱人自己打印制作的、或者打印的代书遗嘱符合代书遗嘱的其他要求,也不宜认定打印的遗嘱有效。北京高院的这种解释实际上是扩大了“书写”的概念,是存在扩张性解释的嫌疑的。

经在网上检索,上海高院对此问题也有与最高院不一致的解读。

在上海高院民一庭调研与参考【2016】3号(因未曾见官方文件,本文只作理论探讨,不为文件真实性背书)中,对于形式瑕疵遗嘱的效力认定问题,有以下论述:

“实践中,由于立遗嘱人对的遗嘱形式要件不甚了解,或者由于疏忽,或者由于习惯等因素,导致遗嘱在形式上出现一定瑕疵,此时该如何认定其效力?”

一种观点认为应当遗嘱的要式性,否定形式瑕疵遗嘱的效力;另一种观点则认为应探究遗嘱人的真实意思,对形式瑕疵遗嘱作有效认定。

倾向意见认为,遗嘱属于要式行为,但法律遗嘱要式性的初衷即是为了确保遗嘱人的真实意思表示。因此,为保障遗嘱人的最终真实意思表示能够得以实现,对形式要件上稍有欠缺的遗嘱,如果内容,又有充分能证明其为遗嘱人的真实意思表示,并能够通过其他方式弥补遗嘱形式上的不足的,可认定遗嘱有效。”

在这份材料中,指出了**认定形式瑕疵遗嘱效力的关键点所在:是坚持形式决定真实意思还是要求形式服务真实意思**。如果采取要式主义,那么当事人的真实意思必须通过遗嘱的形式要件表现,形式不完备的遗嘱就直接决定了遗嘱并非当事人的真实意思;如果采取真实意思主义,那么遗嘱的形式只是为了服务当事人的真实意思,如果有其他证据证明形式瑕疵遗嘱是遗嘱人的真实意思表示,应当认定有效。上海高院的这份材料中的倾向性意见时采取的后者,认为遗嘱要式性是为了确保遗嘱人的真实意思表示,形式要件上稍有欠缺的遗嘱,是可以认定有效的。

笔者认为,司法实践中出现由形式要件为尊回归探究遗嘱人真实意思的动向,是建立在认为立遗嘱人订立形式要件不完备的遗嘱是因为不懂法律规定或者过失导致的,如果由于不懂法律规定或者过失就导致立遗嘱人的真实意思难以得到支持,不仅有显示公平之嫌,而且违反了遗嘱在遗产分配中所追求的尊重立遗嘱人真实意思的价值追求。

但从另一方面来讲,我们在遗嘱人死亡后推测其意愿本身就是不科学的,遗嘱人所立遗嘱形式不完备也很有可能遗嘱人本身就不希望按照遗嘱处

理，所以就故意制定了一份不合法定格式的遗嘱。遗嘱如果是要式行为，那么就应当严格依照遗嘱的要件完备性进行审查，**遗嘱形式不完备，拿什么遗嘱以外的证据证明遗嘱本身是遗嘱人的真实意思表示呢？**选择形式要件完备还是选择意思表示真实，都是一种价值选择，不能说那种观点正确，哪种观点错误，不过是价值选择不同而已。每个人眼中的公平都不同，所以案件结果无绝对。绝对的是有些必要的事实还没有举证，有些合适的理由还没有提请。站在不同的角度，会有不同的结论。但从法律适用统一来讲，在继承法、继承法司法解释未做修改之前，法院观点保守一些，可能更为适合司法者的身份和地位。

案例分析

案例 1：

遗嘱被认定为代书遗嘱，但代书遗嘱仅有一名代书人，不符合继承法规定的至少两人见证的要求。该案一审、二审、再审三级法院均认定遗嘱有效，而且专门提到“因长期以来农村文化相对落后，普法宣传不平衡，农村老年人对立遗嘱的法定要件缺乏了解，往往导致其真实意愿在死后得不到实现”等情况。笔者认为，除了案件事实确有其特殊性之外，很难做出其他合理的解释，而且该案终审判决中认为《继承法》没有规定不符合形式要求的遗嘱无效，最高院《继承法》意见第 35 条规定不能得出形式上有欠缺的遗嘱无效，遗嘱不存在《继承法》第 22 条无效情形应有效的观点，笔者认为为极其大胆的理解。

案例 2：

遗嘱为代书遗嘱，但遗嘱人没有在代书遗嘱上签字而是采取了捺指印的方式，对于代书遗嘱，法律没有明确规定可以采取捺指印的方式，但是也并未禁止。在有见证人见证，并且遗嘱人确实因病无法书写才签字，捺指印是合理的，最终认定遗嘱有效。司法实践中，无论是签订合同还是其他书面

文件，都要求当事人亲自签名证明属于其真实意思，但对于签名有困难的，采取捺指印的方式是社会普遍认可的，甚至不少地方还都习惯要求签字后再加摁手印。该案的观点认为确有原因导致遗嘱人未签名而摁手印，是遗嘱人的真实意思，可以认定遗嘱有效。那么，按照此逻辑，如果见证人、代书人只摁手印而未签字的，是否可以认为有效呢？当然在今后制定遗嘱时，如果难以签字的，可以考虑其他形式的遗嘱，避免继承人对遗嘱的效力产生争议。

案例 3：

遗嘱为自书遗嘱，但该遗嘱为打印而非书写。法院一方面提出当事人未提供证据证实该遗嘱确系遗嘱人打印，另一方面又提出该遗嘱不符合自书遗嘱的形式要件，认定遗嘱无效，但至于该遗嘱无效因遗嘱打印无效还是因为无法证明该遗嘱系遗嘱人打印无效，无法确定。如果看之后北京高院的解答，可能认定无效的原因更倾向于无法证明该遗嘱系遗嘱人自行打印而导致无效。对此，即使北京高院有解答，建议立遗嘱人在订立自书遗嘱时还是提起笔来自行书写，打印确实快、准、方便，但相对于可能引起纠纷所带来的后期风险，这些便利不要也罢。

案例 4：

遗嘱为代书遗嘱，与案例 2 一样，遗嘱人未签名而是捺指印。该案经过一审、二审和再审，认为代书遗嘱的形式要件是代书遗嘱生效的必要条件，从立法本意考虑，立遗嘱人的签字的行为能够反映其认同代书遗嘱的意思表示，没有签字仅有手印则不能反映，从而认定遗嘱无效。对于代书遗嘱中捺指印的问题，上海高院曾经出台过《上海市高级人民法院对贯彻最高人民法院关于执行继承法若干意见的意见》，在该意见第十条中规定：“对《意见》第 35 条的理解。《继承法》生效后，遗嘱人立代书遗嘱时，签名确有困难的，可盖章或捺指印，但必须有二个以上无利害关系的人在场见证签名，

证明确系被继承人的真实意思表示。认定这类遗嘱是否有效,应当慎重。”

将该案与案例2对比,可以看出对于捺指印的代书遗嘱,此法官认为合理的,彼法官不一定认为合理,此案认可效力的,彼案则不一定认为有效。欲想所立遗嘱有效,必须严格按照法律规定订立才稳妥。

案例5:

遗嘱为代书遗嘱,有四个问题:一是打印遗嘱,一是见证人见证意思、一是见证人数,一是见证人签字时间。对于代书遗嘱是否可以打印,《继承法》及最高院继承法意见未作明确规定;代书遗嘱需要两个以上的见证人,此处的见证人不同于证人,是要求专门从事遗嘱见证活动的人,而不是参与即为见证人。所以,该案中的打印人员不属于见证人,至多是一个证人;对于见证人的人数,继承法规定的至少为两人,这是硬性标准,可以多于两人,但一人是显然无法认定遗嘱效力的。当然,案例1中只有一个见证人也被认为有效,应当属于个例,不值得作为参考依据;对于见证人的签字时间,法律虽然没有明确规定,但既然是见证遗嘱订立活动,应当在遗嘱订立活动完成后及时签名,而不应当事后补签。因为见证人见证的就是事发当时的过程、内容、立遗嘱人的意思表示和行为。该案中的代书遗嘱存在多重问题,无效也是情理之中。

案例6:

遗嘱为代书遗嘱,该案也是浙江高院的裁决,而且依然是一、二、再审的案件思路基本一致。此案实有五个见证人(见一、二审判决。四个见证人、一个代书人,按照代书人必须为见证人的要求,应为五个见证人),人数是够数的。但也有几个问题需要讨论:一是该遗嘱为代书人打印遗嘱,一是遗嘱人捺指印,他人代为签名。该代书遗嘱为打印遗嘱,与继承法要求“代书”不一致;该代书遗嘱的立遗嘱人签名是他人代写,只是遗嘱人捺指印,也存在争议。既然认定遗嘱有效,就至少表明两个问

题的态度,一是代书遗嘱可以打印,二是捺指印可以作为遗嘱签字的一种形式。不过考虑到浙江高院上下一体的观点,笔者虽不赞同其重“真实意思”观点,但对其上下观点一致,规则统一的裁判还是佩服的。

案例7:

遗嘱为自书遗嘱,但是遗嘱并非“书写”制作,而是打印制作的。该案也是经一审、二审、再审程序,可见当事人对是否有效争议很大。而天津一、二、再审法院的意见一致保持一致。认为遗嘱虽是电脑打印而成,但有被继承人高振山签字画押,遗嘱有效。该案的一审法院提出的意见可能代表很多人的观点,《继承法》自1985年10月1日起施行,2007年,电脑打印已经相当普及,法律已经落后了。但是笔者认为,落后的法律还是法律,还是应当遵守的。

案例8和案例9:

遗嘱为律师见证遗嘱,均为代书遗嘱,遗憾的是两家律所未能规避掉律师见证遗嘱业务中的风险,最终为自己的行为买单。案例7中的代书遗嘱,存在遗嘱没有立遗嘱人签名,只有手印;遗嘱没有代书人、见证人签名,只有两位见证人的名章;遗嘱不是现场一次性形成,存在打印和手写混合的情况,案例8中的代书遗嘱出现了一名律师在遗嘱上盖章,见证律师并未在该遗嘱上签名或盖章,见证人未实际在场见证的情况。不论是因为见证遗嘱的收费较低还是其他原因,必要的程序和人力成本是必须的。如果因为收费低就提供质量低的服务,违背法定的程序导致遗嘱无效,不仅会损害当事人的利益,也必然损害律师事务所的利益。

问题与建议

遗嘱继承优先法定继承,有遗嘱存在的案件,遗嘱有效与否对继承人之间的遗产分配必然会造成较大的影响,所以继承人之间往往也会因为遗嘱而产生争议。然而实践中因为遗嘱制作出现瑕疵而

导致无效的案件很多,不仅损害了部分继承人的权益,更重要的是立遗嘱人不能按照自己的意愿分配自己的财产、安排自己的事务。

导致遗嘱无效情况出现的原因主要有以下几点:

一则《继承法》内容较为简短,不能覆盖现实中形形色色的情况,如立遗嘱人、见证人无法签字,在遗嘱上摁手印时遗嘱是否有效?代书遗嘱代书人不合格,但还有其他两个合格见证人,是否影响遗嘱效力?再加上继承法长期未修订,相关规定确实与社会实际有些脱节,如对打印遗嘱的效力问题。打印已经成为社会普遍的“书写”形式了,而《继承法》对此还持一种谨慎态度,导致人们经常无意识性的“犯错”,影响遗嘱效力。

二则诸多遗嘱人不希望将自己的家事交给外人处理,希望保密或者不希望在生前引起纠纷,所以不愿意寻求专业人员订立遗嘱。有的遗嘱人是不到生命垂危之时不愿意订立遗嘱,由于时间紧迫或者其他条件限制导致在立遗嘱时顾此失彼,难以在形式要件或实质要件出现问题,影响遗嘱效力。

三则经济原因,一方面当事人觉得自己“有能力”制定遗嘱,或者说自己“说话”是有效的,所

以对形式不太在意;另一方面不愿花费高额的律师费寻求律师帮助,而公证遗嘱的程序和条件相当繁琐、复杂,也影响了当事人订立公证遗嘱的积极性。

最后,由于市场的限制,当前对遗嘱制定进行研究的法律专业人员不多,将理论和实践结合的更是寥寥无几。再加上当事人不愿支付较高的费用,很多律所只是顺手而为,不愿也不可能花费大量的人力、物力去做研究,帮助当事人订立遗嘱。律师事务所如果收取费用较高会影响市场,而收取较低费用难以补偿完备遗嘱制作的成本,以致出现律师事务所见证遗嘱不符合法律规定导致无效,不仅律所会承担赔偿责任,而且难以实现立遗嘱人的意愿。

在当前法律规定较为简单,诸多细节问题和价值取向问题还有很大争议的情况下,灵活运用多种遗嘱形式,严格遵守《继承法》、最高院继承法意见的规定订立遗嘱,才是保证遗嘱有效,遗产和相关事务得以按照遗嘱人意愿分配和执行的可靠途径。如果事前不做充分准备,事后去试探法院对形式要件和真实意思表示的态度,风险还是很大的。

核校:简牍

历经五次审判的非婚生子抚养案

2018-10-19 承凤家事 承凤家事

<https://mp.weixin.qq.com/s/Tus-WNXNISwinQe6EZsasg>

最近有当事人咨询非婚生子要求男方支付抚养费的事。其实,这个问题在众多的婚姻家事案件中并不算复杂或疑难,只要女方有必要的证据证明孩子是男方的,就一定会拿到抚养费。

只是,如何证明男方是孩子的生父,有时并没有那么容易,尤其是男方拒绝做亲子鉴定时,虽然婚姻法司法解释三第二条规定了亲子关系的推定,但实践中,有时也会有不小难度。比如,以下这个案例(北京市第三中级人民法院:(2016)京03

民再68号),历经5次审判,才推定了男方与孩子的亲子关系,并每个月支付300元的抚养费!

第一回合 男方各种否认,拒绝亲子鉴定,法院判决驳回女方的诉讼请求

原告:刘1,女

被告:孙1,男

刘1向一审法院起诉请求:我与孙1同居后,于2003年12月18日生育一子刘2。刘2出生后,

一直由我自行抚养至今。为维护自身合法权益，故诉至法院要求判令刘2由我抚养，孙1自2013年8月起每月给付刘2抚养费1000元。

一审法院认定事实：刘1于2003年12月18日在平谷区医院生育一子刘2，其住院病案中登记的联系人为孙某（刘1之姨姐）。刘1陈述其自1998年7月份至2003年4月份与孙1同居生活，孙1知悉其怀孕后便与其分开。孙1对此予以否认。

在审理中，有四名证人分别证明了刘1与孙1共居一室、系男女朋友关系、在刘1的住所曾碰见孙1给刘1送剖腹产子的手术费。孙1对证人证言均不予认可。

庭审中，刘1坚持就亲子关系问题进行司法鉴定，而孙1经法庭多次释明后仍表示拒绝进行司法鉴定。另查，刘2为北京市平谷区第五小学五年级学生。

2014年3月14日，一审法院作出一审判决：驳回刘1的诉讼请求。

第二回合 撤销原判，发回重审

刘1不服一审判决结果提出上诉。

2014年5月20日，二审法院审理认为，一审法院认定事实不清，需进一步审查案件相关事实，故依法撤销一审判决，并将案件发回一审法院重审。

第三回合 推定存在亲子关系，男方每月给付抚养费300元

一审法院在重新审理中，刘1未提供新证据。经一审法院向孙1再次释明，其仍坚决不同意进行亲子关系的司法鉴定。

一审法院认为：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案中，刘1诉称刘2系其与孙1所生之子，并表示要求就刘2与孙1的亲子关系进行司法鉴定，但孙1在一审法院多次释明后仍拒绝进行亲子鉴定，故孙1应承担相应的法律责任。综上，一审法院推定刘2与孙1存在父

子关系，孙1应支付抚养费。但刘1主张的抚养费数额过高，一审法院根据刘2的实际需要及孙1的给付能力酌情确定抚养费数额。

一审法院判决：1、刘2由刘1抚养；2、孙1自2013年8月起，每月给付刘2抚养费300元至刘2年满十八周岁时止。

第四回合 撤销第三回合的判决，驳回女方的诉讼请求

孙1不服一审判决，上诉请求：撤销一审判决，改判驳回刘1的一审诉讼请求。

本院二审认定的事实与一审法院认定的事实相同。本院二审另查明，刘1与案外人何×1于2000年10月17日登记结婚，于2001年9月12日经一审法院调解离婚；刘1于2004年8月与案外人马×1相识，于2005年2月18日登记结婚，2006年9月22日经一审法院调解离婚；刘1与案外人刘×3于2012年12月26日登记结婚，于2013年3月4日经一审法院调解离婚。在上述婚姻中均未涉及子女抚养。刘1自认前几年与一个北京人结婚，很快双方又在民政局离婚。刘1之子刘2曾于2013年以相同案由起诉孙1，后于2013年9月3日撤诉。本院二审再查明，刘1曾于2008年起诉赵×1、张×1、中华××分公司道路交通事故人身损害赔偿一案，经鉴定刘1的伤残赔偿指数为25%。一审法院于2008年12月3日作出判决：保险公司赔偿刘1经济损失98653元，赵×1、张×1赔偿其50367元。刘1认可上述款项已给付。庭审中，孙1曾同意做亲子鉴定，后又反悔。但其承认于2000年与刘1有过二次性行为。针对刘1为何10年后提起诉讼，其称没钱，打不起官司。刘1自认与孙1多次发生性关系，但对孙1身体上特点，则称车祸后记不清了。

二审认为：根据本案查明的事实，本案中能否推定亲子关系成立的前提，是刘1所举证明的基础事实与所要推定事实之间的逻辑关系是否成立。因刘1提供的证人与其存在着亲戚朋友关

系，证据的证明力相对较低，且证言内容也并非能够直接确定本案争议的事实；对于刘1所称双方长期同居生活一节，因在该期间的部分时间刘1与他人存在着婚姻关系，其对孙1的身体特征又不能明确指认，故其诉称显然与事实不符，本院不能予以采信；

而刘1称其十余年未就此事诉讼原因是打不起官司，但事实上其仅在2006年至2013年就进行过三次诉讼，故其上述理由亦不能成立。

另需要指出的是，仅自2001年至今，刘1就与他人存在四次婚姻关系。其交往人员、时间的不确定性，导致本院不能在孙1拒绝鉴定的基础上，仅凭其自认的二次性行为，即作出对其不利的推定，否则不仅破坏了诉讼中推定的合法程序，也易造成对合法婚姻价值体系的破坏。

综上，本院对刘1的诉讼请求，不予支持；孙1的上诉请求成立，本院对一审判决予以改判。

二审法院判决：1、撤销北京市平谷区人民法院（2014）平民初字第05327号民事判决；2、驳回刘1的诉讼请求。

第五回合 维持第三回合中的判决，推定存在亲子关系，判决孩子由女方抚养；男方每月给付抚养费300元

本院再认定认定的事实与原审无异。再审中，经再次释明，孙1仍拒绝进行亲子鉴定。

上述事实，有住院病案、证人证言、相关裁判文书以及双方当事人陈述等证据在案为证。

本院再审认为：本案的争议焦点系孙1与刘2之间是否存在亲子关系。根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释（三）》第二条的规定，“**当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。**”本案中，刘1提供了相关证人证言证明其主张，应视为提供了必要证据。鉴于此类关系具有一定私密性，孙1亦自认其曾在该时间段前后与刘1发生过性关系，且孙1拒绝做亲子鉴定并未说明正当理由，故，可以依据上述司法解释的规定推定**确认亲子关系成立**。因此，刘1的该项申诉主张成立，本院再审应予支持。至于刘1申诉称一审判决确定的抚养费数额过低一节，一审法院系根据当时孙1的给付能力及刘2的生活实际需求酌情确定的抚养费数额，结论并无不当。故，对于刘1的该项申诉主张，本院再审不予支持。

再审判决：一、撤销本院（2014）三中民终字第15457号民事判决；二、维持北京市平谷区人民法院（2014）平民初字第05327号民事判决。

呼～感觉自己好像追了一部剧，跌宕起伏，总算推定了亲子关系，至于抚养费嘛，300块，小编也不知道怎么养娃，但或许总比没有好吧，而且抚养费以后能不能顺利拿到又是一个问号。

最后顺带一句，女性非婚生子还需谨慎，如果没有独自抚养孩子的能力，那还是三思而后行吧，毕竟孩子一旦生了，就不可逆了。

金杜知卓 | 干货！热议婚姻中的知识产权

原创：2018-10-29 知产力 金杜律师事务所 陈军

<https://mp.weixin.qq.com/s/1KNVkkXXkAzyQ769W1VGng>

关键词 知识产权、知识产权的财产性收益、夫妻共同财产

对于婚姻关系中的夫妻财产，我国实行的是以

法定财产制为主、约定财产制为辅的制度。此处的法定财产制是指夫妻婚后所得共同制，即在婚姻关系存续期间，除个人特有财产和夫妻另有约定外，夫妻双方或一方所得的财产，均归夫妻共同所有。

房屋、货币、汽车之类的财产，夫妻共同所有相对容易理解。但是，对于具有人身权和财产权双重属性的知识产权[1]，夫妻如何共同所有，比如：画家丈夫为庆祝妻子生日创作了一幅油画，丈夫希望卖掉该画以改善家庭居住环境，而妻子坚决不同意。在此情况下，抛开情感因素，谁拥有法律意义上的最终决定权，是丈夫、妻子、还是妻子和丈夫。本文探讨解决的就是此类问题。

一、夫妻共有的不是知识产权本身，而是知识产权收益。除非另有约定，知识产权本身属于个人特有财产，不能请求分割

1980年的《婚姻法》制定时，因为夫妻财产普遍较少，财产关系比较简单，因此，只在第十三条原则性地规定了夫妻财产制度[2]。法律规定虽原则，但彼时的纠纷和争议并不多。

随着社会经济的发展，夫妻财产日益丰富多样，各种新型的财产关系不断出现，因此，2001年修正的《婚姻法》对夫妻共同财产和夫妻个人特有财产作了补充式的列举性规定。其中，第十七条首次明确，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的知识产权收益，归夫妻共同所有”。根据该规定，夫妻共有的并不是知识产权本身，而是知识产权收益。

实践中，夫妻双方离婚时，对于婚姻关系存续期间取得、却仅登记于一方名下的知识产权，另一方常常也会以该知识产权属于夫妻共同财产为由提出分割请求，特别是具有较高经济价值的知识产权。但是，此类分割请求，往往因缺乏法律依据而得不到法院的支持。

在程某、邱某离婚后财产纠纷案中[3]，程某与邱某共同以“小鲷米线”为品牌发展加盟店并收取加盟费，小鲷米线店在餐饮业享有较高知名度，多次获得“中华名吃”、“河南名吃”等荣誉称号。“小鲷米线”商标注册于双方婚姻关系存续期间，商标权人为丈夫程某。离婚后，妻子邱某向法院起诉，要求分割“小鲷米线”商标。法院经审理后认

为，“婚后夫妻一方取得的知识产权本身归一方专有，不属于夫妻共同财产，但由其取得的经济利益，属夫妻共同财产，即知识产权是夫妻一方个人财产，知识产权的收益为夫妻共同财产。本案中，邱某要求分割注册商标等婚姻关系存续期间的夫妻共同财产的请求，于法无据且证据不足，不予支持”。

二、夫妻共有的知识产权收益，仅指婚姻关系存续期间、实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益，不包括离婚后取得的财产性收益

2001年《婚姻法》第十七条规定“婚姻关系存续期间所得的知识产权收益，归夫妻共同所有”，但是，实践中如何判断一项知识产权的收益是否属于“婚姻关系存续期间所得”，是以知识产权的取得时间，还是以收益的取得时间，抑或以其他时间为标准，各界争议很大。

最高院2003年12月发布的《婚姻法司法解释（二）》最终采用的是以“收益的实际取得或者已经明确可以取得”为判断标准。该司法解释第十二条规定，《婚姻法》第十七条第三项规定的“知识产权的收益”，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。由此可见，夫妻共有的知识产权收益，不包括离婚后取得的财产性收益，即使该知识产权本身的取得时间在夫妻关系存续期间。

上述司法解释的施行，对解决实践中的问题起到了一定的指导作用，但同时也引发了新的实体公平问题。比如：婚姻关系存续期间，一方主要利用夫妻共同财产和其配偶的支持从事知识产权的创工作，但知识产权的财产性收益在离婚后才实际取得或明确可以取得；或者持有知识产权的一方在婚姻关系存续期间不采取积极行动将财产性收益实际取得或者通过使用、转让等形式明确可以取得，在离婚后才确定该收益。按照现行法律和司法解释的规定，另一方配偶基本不能或无法分享知识产权的财产性收益。

针对第二种情形,另一方配偶尚可以尝试依据《婚姻法》第四十七条的规定[4],主张对方隐藏夫妻共同财产,进而要求对方少分或不分夫妻共同财产。但是,对于第一种情形,另一方配偶除依据最高院1993年实施的《离婚财产分割司法解释》第十五条的规定[5],主张分割夫妻共同财产时予以适当照顾外,并无有效的救济措施。

三、夫妻共有的知识产权收益,包括婚前个人持有的知识产权在婚姻关系存续期间取得或明确可以取得的财产性收益

我国《婚姻法》第十七条设立夫妻婚后所得共同制度,强调的“所得”只在于时间,即婚姻关系存续期间,不在于原由或依据。此原则最突出的体现就是最高院2011年8月发布的《婚姻法司法解释(三)》第五条的规定,夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产。

针对知识产权而言,婚前个人持有的知识产权属于个人特有财产,但是,基于该知识产权而产生的财产性收益,并不属于孳息或自然增值的范畴[6],因此,婚前个人持有的知识产权在婚姻关系存续期间取得或明确可以取得的财产性收益也属于夫妻共同财产。

对于上述问题,《婚姻法司法解释(二)》在解释《婚姻法》第十七条时并没有给出明确的意见,但最高院民一庭在《关于适用婚姻法司法解释(二)》的起草说明中,则明确提出,“一方婚前已经取得知识产权但并未实现经济利益且当时也没有确定将必定会取得,到结婚后才有财产性收益的,将认定收益归夫妻共同所有”。

四、登记于夫妻一方名下的知识产权虽不构成夫妻共同财产,但可能被用来偿还夫妻共同债务

对于夫妻共同债务,我国实行的是连带偿还制

度,以最大限度地保障债权人的利益。

在此制度下,如果夫妻共同财产不足以清偿夫妻共同债务,则夫或妻应以其个人特有财产连带偿还夫妻共同债务,即使该夫妻已经协议或经法院判决离婚,抑或夫妻中的一方已经死亡。对此,我国《婚姻法》第四十一条、《婚姻法解释(二)》第二十五和二十六条均作了明确规定。

因此,即使婚姻关系中的知识产权为个人特有财产,不构成夫妻共同财产,该知识产权也完全可能被用来偿还夫妻共同债务。

五、夫妻一方单独处置其名下的知识产权,其配偶无权以未经其同意为由主张处置行为无效;但是,若处置行为明显不合理,直接影响知识产权收益时,配偶或可主张处置行为无效

对于夫妻共同所有的财产,夫或妻均有平等的处理权,表现为:因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,夫妻任何一方均有权决定;非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。

针对知识产权而言,由于夫妻共有的对象并非知识产权本身,因此,当夫或妻一方单独处置自己名下的知识产权时,其配偶无权以未经其同意为由主张处置行为无效。在成都君客木业有限公司(简称君客公司)与荣其权、刘碧英商标权转让合同纠纷[7]中,荣其权的妻子刘碧英以荣其权未经其同意、擅自转让婚姻关系存续期间注册的“君客”等八枚商标为由,主张荣其权与君客公司签署的商标转让合同无效。法院经审理后认为,“涉案的8件注册商标系荣其权、刘碧英在夫妻关系存续期间申请注册的,其中荣其权申请注册了第19类的第4409992号的‘君客’注册商标、第20类的第8234318号的‘君客’注册商标,其余六项诉争商标由刘碧英申请注册,但之后又登记在荣其权名下,荣其权作为注册商标持有人对外签订转让合同属于行使其处分权”、“辩称未经刘碧英同意和追认,

转让商标权的行为无效的理由不能成立,该院不予支持”。

值得注意的是,尽管知识产权的处置,配偶无权以未经其同意为由主张处置行为无效,但是,若该处置行为直接影响了知识产权的收益,如知识产权被以明显不合理的低价处置,配偶或可依据《合同法》第五十四条的规定,主张处置行为无效。

六、建议

行文至此,关于画家丈夫和其妻子的分歧,从法律的角度已经有了答案:油画虽创作于夫妻关系存续期间,但该油画的著作权只归丈夫本人享有;妻子对该油画不享有著作权,因此,无权以未经其同意为由阻止丈夫销售该油画;丈夫销售油画后所得的款项属于夫妻共同财产。

感情是婚姻关系的基础,但感情是需要呵护和经营的,存在经营不善的风险,因此,对于双方或一方主要从事知识产权创造工作或者拥有或可能拥有较高经济价值的知识产权的夫妻,可以考虑事先采取些措施,把丑话说在前头:

- (1) 事先约定婚姻关系存续期间获取的知识产权归属和利益分配;
- (2) 对需要登记权利人的知识产权,将夫妻双方均登记为权利人;
- (3) 通过公司持有知识产权。

注释:

[1] 中华人民共和国民法总则第一百二十三条规定的知识产权包括著作权、专利(发明、外观设计或实用新型)、商标、地理标志、商业秘密、集成电路布图设计和植物新品种等。

[2] 夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有,双方另有约定的除外。

夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。

[3] (2017)豫02民终3508号。

[4] 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。

[5] 离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权,归一方所有。在分割夫妻共同财产时,可根据具体情况,对另一方予以适当的照顾。

[6] 北京高院在其2016年发布的《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》中认为,“孳息”、“自然增值”一般应理解为未经经营或投资行为所得之“孳息”、“自然增值”。

[7] (2016)川民终297号。

（五）公证专题

非典型公证案例中的案例典型：孙子女、外孙子女继承权的有效保障 ——以代位继承的论理根基为视角

2018-10-23 北京市长安公证处 杨少飞

<https://mp.weixin.qq.com/s/NuNZTE0hJC2gXGsJwihVFw>

案例简介：

刘某璐系张某的外孙，几年前以自己姥姥张某的名义在北京市昌平区某小区出资并贷款购置了一套不动产。张某在2018年3月份的时候去世，在上述不动产涉及继承相关事项的时候才发现，根据现行《继承法》的规定，第一顺序继承人为配偶、子女、父母，第二顺序则是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，而他作为外孙根本不在法定继承人范围之内。他的家庭情况又比较特殊，因为学区房问题已经造成与哥哥之间关系的极度紧张，如果由父母继承完该不动产，为平衡各方权益也是对该不动产的遗留问题态度模糊不定。刘某璐在公证咨询的时候，表达了困惑：一是不在法定继承范围之内，是不是就只能放任无助，哪怕房子是自己买的，甚至贷款还是一直由自己在偿还；二是父母先予继承，但是自己并非独生子女，从法律角度来说不动产已经属于父母夫妻共同所有，父母及其他子女是如何考虑无法确切获知；三是哪怕家庭矛盾能够在内部消化，自己也无法直接获取相关财产，不论是买卖、赠与抑或再次继承，手续繁琐并且还要有不小的税费支出。

一、代位继承——孙子女、外孙子女继承权保障的多重方式之一

刘某璐所遇到的困惑，绝不在少数。作为一名公证人员，经常听到当事人说孙子女、外孙子女没有被规定在法定继承范围之内，继承权益无法得到保障。无论是粗心大意或者对继承相关规定一知半

解，以讹传讹的方式解释不仅仅是不堪，更是危言耸听去误导了群众。实践中，老人生前的遗嘱或者遗赠抚养协议以及赠与行为，都能有效地解决有关继承权问题。

根据《继承法》第十一条的规定“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承”，这是代位继承权的法律依据。代位继承权的规定，在某种程度上来讲解决了孙子女、外孙子女未能列入法定继承范围的问题，但也暴露出其适用的最大弊端——即以父母去世为先决条件。

二、代位继承制度设立初衷的探究

（一）代位继承制度的设立与当时经济条件密切相关

法律是上层建筑的重要组成部分，继承法亦概莫能外，它既受制于一定的经济基础，又要反映和服务于特定的经济基础。《中华人民共和国继承法》自一九八五年十月一日起施行，而《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》（下简称《意见》）也是当年的九月十一日公布。据统计，1985年的人均GDP仅为858元，“一清二白”可以说是当年的经济真实写照。个人财富不多，也就不存在当前的财产流转复杂多样，相对于继承的制度设计上也就松快明了。随着社会经济不断发展，暴露出来的问题也就越来越多，而代位继承则是亟待完善的一个方面。

（二）亲疏有别——财富流传的决定性规律

人类社会财富传承的铁律是,在至亲范围之内不断向下流转。通过对法律的解读以及实践中所遇到的问题进行思考,笔者认为形成当前代位继承制度的内在逻辑为:孙子女、外孙子女作为晚辈直系血亲,可以说是财富流传的最重要的对象;但是直接将其与配偶、子女或者父母共同放进第一顺序继承人里似乎不妥,容易引起财富继承的混乱,反之放进第二顺序继承人范围之内又凸显不出晚辈直系血亲在财富流转过程中的重要性。最终退而求其次,将孙子女、外孙子女单独作出规定,在父母先于祖父母、外祖父母死亡的,可以优先于第二顺序继承人代位继承。这就形成了一个“完美”的制度构建,子女在,则由子女继承;子女若先死亡,则由孙子女、外孙子女代位取得。

(三)苏联立法对我国代位继承制度的影响深远

我国《继承法》未把晚辈直系血亲规定为第一顺序法定继承人,转而采取了代位继承的方法保护他们的继承权,其根源完全是照抄照搬或者借鉴苏联民法立法模式。《苏俄民法典》的规定,依法得为被继承人者系子女(包括养子女在内)、配偶、被继承人父母无劳动能力者,以及其他无劳动能力之人,而由被继承人与其是完全赡养在一年以上者;如被继承人的子女有在继承开始前死亡者,则其应继份额,由其子女(被继承人子孙)代位继承。即使今天的俄罗斯,相关的继承人范围规定也没有作出调整。比较我国继承法的有关规定,即可发现其间的相似或者关联性,但是三十多年过去了,中国的经济已经发生了翻天覆地的变化,继承法的某些细节也需要进行完善。

三、当前代位继承制度所固有的缺陷及解决

理论界关于代位继承的性质一直存有不一样的两种观点:代表权说(代位权说)和固有权说。代表权说主张代位人是代表死去的被代位人参加继承,取得原应由死去的被代位人继承的遗产份额,

依此观点,代位继承权是以被代位人是否享有继承权为转移;固有权说认为代位继承是因代位继承人固有的身份关系而发生的,即代位继承人与被继承人的特殊身份关系,如祖孙关系,而享有继承权,已死亡且生前已丧失或放弃继承权的被代位人,未死亡但已丧失或放弃继承权的被代位人,其晚辈直系血亲均可代位继承。

根据我国继承法第十一条以及《意见》相关规定,我国代位继承制度采纳了代表权说的有关理论,但是该理论在实践中遭受到诸如案例中刘某璐所面临的困境而不得自拔的时候,逐渐引起大家对该制度的反思。

(一)当前继承法并未能有效或者直接保障孙子女、外孙子女的继承权益。前文所述,财富的流转是在至亲范围之内不断向下流转,相信每一个公民辛勤劳作创造财富,都是为了下一代或者再下一代即晚辈直系血亲能够过上更加富足的生活,中国传统的观念中才会有“子承父业”之说的广泛流传。但是根据当前的规定,只有在“白发人送黑发人”的意外之后,才存在孙子女、外孙子女的代位继承权利的实现,剥夺了他们直接受益其直系长辈的劳动成果的权利。规定父母以及祖父母、外祖父母的法定继承权限,虽然在当前中国独生子女特殊时期有一定的现实意义,但却使财富流向逆转,并非最优的选择。

(二)被继承人子女丧失继承权后的“连坐”效应,直接导致孙子女、外孙子等无法行使其应有的继承权利。如果说继承法第十一条的规定是代表权说的法律依据,而《意见》的第28条中“继承人丧失继承权的,其晚辈直系血亲不得代位继承”绝对是作了不利于财富向下流转的扩张解释。限于篇幅所要求,笔者仅对被继承人子女对遗产主动放弃或者被动剥夺的两种情形予以简单论证:1. 主动声明放弃对被继承人财产的继承权利,从主观上来讲,其没有继承父母财产的想法,更无再将其所得权利交付下一代子女的意愿,实践中多见于两个或

者两个以上的子女,为防止孙子女、外孙子女参与继承所造成的混乱,确有必要规定孙子女、外孙子女不再享有有关权利。2. 根据继承法第七条有故意杀害被继承人等情形下,继承人会被剥夺或者说丧失继承权,其晚辈直系血亲不得代位继承,这就有待商榷了。“连坐”不及于刑事案件,更何况是民事财产权利遭到牵连丧失?

(三) 权利义务明显的不对等, 根据《意见》第28条, 哪怕“该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源, 或对被继承人尽赡养义务较多的”也仅仅是可适当分给遗产, 在中国这种祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的那种超越子女的疼爱关怀中, 一般情况下, 在经历丧子之痛后, 会对晚辈直系亲属更加依赖, 而实践中往往在孙子女、外孙子女的精心照料下成为了被继承人的精神寄托, 在付出如此之多的感情以及赡养义务后, 却得不到相对应的权利, 该制度显然是丧失了社会传统理念的根基。显而易见, 被继承人的真实意思表示肯定是希望财富在直系血亲下继续流传, 法律越俎代庖式的推定, 其最大弊端就是直接剥夺孙子女、外孙子女的继承权利。

如何保障孙子女、外孙子女的继承权, 绝对不能仅仅停留在所谓的某些课题层面, 对于《继承法》关于代位继承的规定, 应该更加丰满一些, 至少在代位继承权限内, 给予被继承人或者孙子女、外孙子女有自己的选择权, 例如将其放至受限制的第一顺序继承人范围之内, 必须区分各方的真实意思表示。而对于《意见》第28条, 笔者认为直接删除即可, 别无他途。

四、小结

当前,《继承法》的修订已经提上日程, 公证行业多年来在继承领域中亦颇有建树, 包括工作人员的配备、经验的积累、民众的认同以及相关政策的支持, 更适合在继承领域继续发挥优势作用。而代位继承问题非常需要广大专家、学者以及法律从业者们予以特别关注, 非典型公证案例中的案例典型, 并非是哗众取宠或纯粹为了吸人眼球, 非典型甚至可以说根本就不是公证案例, 但是作为案例典型, 公证人员在日常工作中却经常被提及。如何解决刘某璐们的实际问题, 立法需要支持, 更希望公证行业能够在立法中得到认同, 更好地服务于广大民众。



杨少飞, 北京市长安公证处业务七部公证员。

公证处撤销房屋公证导致被继承人的遗赠行为无效不承担公证赔偿责任——刘X珍、李X成与北京市潞州公证处公证损害责任纠纷案

原创: 2018-10-24 法律家 法律家

https://mp.weixin.qq.com/s/4pomL_F88s7q5_EGeAd-g

【中法码】侵权责任法学·侵权责任构成要件·损害事实·财产损失 (r020301)

【关键词】民事 侵权责任法学 公证损害责任纠纷 房屋买卖 过户登记 公证遗嘱 继承 房屋产权转移登记 违约责任

【学科课程】侵权责任法学

【知识点】公证损害责任 审慎注意义务

【教学目标】明确公证损害责任的定义,掌握公证损害责任的特征。

【裁判机关】北京市第二中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】国家法官学院《中国审判案例要览》(2013年民事审判案例卷)收录

【案例信息】

【案由】公证损害责任纠纷

【案号】(2012)二中民终字第04023号

【判决日期】2012年04月20日

【审理法官】魏曙钊 王东 高英

【上诉人】刘X珍 李X成(均为原审原告)

【被上诉人】北京市潞州公证处(原审被告)

【上诉人代理人】吴国强(北京市包诚律师事务所)

【争议焦点】

受遗赠人因公证处作出的公证书被撤销而无法取得遗赠房屋的所有权,但公证机关撤销公证的行为未违反有关法律法规,也没有造成继承人实际利益损失,此种情况下,公证处是否需承担公证损害赔偿责任。

【裁判结果】

一审法院判决:驳回原告刘X珍、李X成的诉讼请求。

原告刘X珍、李X成不服一审判决,提出上诉称:要求改判北京市潞州公证处承担赔偿责任。

被上诉人北京市潞州公证处辩称:同意一审判决。

二审法院判决:驳回上诉,维持原判。

【裁判要旨】

公证处作出的公证书被撤销虽导致被继承人的遗赠行为无效,受遗赠人无法取得遗赠房屋的所有权。但公证机关撤销公证的行为未违反有关法律法规,也没有造成继承人实际利益损失,继承人不能实际取得遗产的价值利益系遗赠人先前的违约行为造成与公证处的行为无因果关系,且公证人员履行公证职务无主观过错。据此,应认定公证处的行为与继承人的遗产利益损失之间无因果关系,公证处无需承担公证损害赔偿赔偿责任。

【法理评析】

《中华人民共和国公证法》第四十三条规定,公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的,由公证机构承担相应的赔偿责任。由此可知,我国公证损害赔偿责任采取的是过错责任,认定公证方存在过错是核心。我们应当注意的是该法条也强调了公证机构应当在过错的基础上承担“相应”的赔偿责任,这种规定与我国侵权损害赔偿的过错责任要求是一致的,即公证损害赔偿责任作为一种特殊的侵权责任也遵循一般侵权责任的构成要件。根据公证法与侵权责任法可知,一般的侵权责任构成要件包括一下几个方面:1. 主体要件为公证机构。只有公证机构才能从事合法有效的公证活动,其他个人或机构都不是公证赔偿的主体。公证证明这一个比较特殊的职能只能由公证机构来行使,其他非公证机构,例如“见证”“鉴证”等机构是不能够具备证明职能的。2. 行为要件为由公证行为引起赔偿。公证机关或公证人员的职务行为违反了有关法律法规引起公证赔偿责任。公证赔偿责任其实属于一种替代的责任,是由公证机构代替其公证人员承担民事赔偿的一种责任,其他机构或者个人行为都不能构成公证赔偿责任。3. 事实要件为有直接损害结果的发生。对于公证损害的构成,一定要有当事人及其其他的利害关系人损害后果的发生。损害后果主要包括财产权和

人身权及精神损害的损害结果,错误公证产生的损害一般不包括人身损害。假如公证人在执行过程当中虽有差错,但是因为各种因素作用,并没有给当事人造成侵害,也没有造成客观上的损失,那么也就不构成公证赔偿的责任。4. 因果关系要件为相对因果关系。过错公证行为与损害后果具有相对因果关系。过错公证行为对损害结果的发生具有不可或缺的客观可能性,就可以确定因果关系。相对因果关系减轻了受害人的举证责任,有利于受害人维护权利维持公平。公证赔偿的归责原则是过错责任的原则。《公证法》43条规定,只有当公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的,才由公证机构承担相应的赔偿责任。公证人员履行公证职务的行为并没有存在过失,那么就不能够追究其相应的赔偿责任。这意味着如果无过错,公证机构是不负赔偿责任的。综上所述,在同时具备以上的构成要件的情况下,可以认定公证赔偿责任,如果缺少了上述要件中的任何一个,公证机构不承担公证赔偿责任。

本案公证处作出的继承权公证书因违反有关遗嘱公证应当由两名公证人员共同办理的规定被撤销,导致遗赠房屋行为无效,无法赠与涉案房屋的所有权。而遗赠人与第三人曾签订了合法有效的涉案房屋买卖合同,但未办理房屋过户手续,后房屋被拆迁最终导致房屋买卖合同目的无法实现,遗赠人对此负有过错,应当向第三人承担违约责任。后房屋继承人根据继承法的规定,继承遗产并清偿被继承人依法应当缴纳的税款和对第三人的违约债务。本案不符合构成公证赔偿责任条件,原因如下:虽然主体是公证机构,但不符合由公证行为引起赔偿的行为要件。公证机关撤销公证的行为未违反有关法律法规引起公证赔偿责任。民事判决以涉案房屋拆迁补偿款为标准确定的赔偿数额并未超出继承遗产的实际价值。并没有造成继承人实际利益损失无事实要件损害后果的发生,也就不构成公证赔偿的责任。继承人不能实际取得遗产的价值利益系遗赠人先前的违约行为造成的,与公证处的行

为无关。公证行为与后果无相对因果关系。对第三人的债务是由遗赠人违约造成,对此公证人员履行公证职务无主观过错,公证机构是不负赔偿责任的。综上,本案不同时具备以上的构成要件不可以认定公证赔偿责任,公证机构不承担公证赔偿责任。

【适用法律】

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

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。

《中华人民共和国公证法》第三十九条 当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的,可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的,公证机构应当撤销该公证书并予以公告,该公证书自始无效;公证书有其他错误的,公证机构应当予以更正。

《中华人民共和国继承法》第三十三条 继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务,缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的,对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。

【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. 简述公证损害责任的归责原则。
2. 论述公证损害责任的构成要件。
3. 探析公证损害责任的赔偿范围。

【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:刘X珍、李X成(均为原审原告)

被上诉人:北京市潞州公证处(原审被告)

上诉人刘X珍、李X成与被上诉人北京市潞州公证处公证损害责任纠纷一案,不服北京市通州区人民法院(2011)通民初字第12651号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成由审判员魏曙钊担任审判长,代理审判员王东、高英参加的合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告刘X珍、李X成诉称:我们二人系夫妻关系,有一女李越,患有精神分裂,经鉴定为限制民事行为能力人。我方李X成之母张淑敏原系北京市通州区西海子西街16号院北房西侧两间及南灰房一间(以下简称16号院三间房屋)的产权人。1987年7月12日,张淑敏与案外人杨万柱签订协议书一份,张淑敏将16号院三间房屋以6000元的价格卖给了杨万柱。协议签订后,杨万柱将房款交付张淑敏并搬入上述房屋内居住,但是由于多种原因双方一直未办理过户手续。2001年5月22日,张淑敏以公证遗嘱的方式将16号院三间房屋遗赠给李越,北京市潞州公证处为张淑敏出具了(2001)通证民字第1220号公证书。2003年8月14日,张淑敏去世,北京市潞州公证处为李越办理了(2003)通证民字第1145号继承权公证书,李越接受了张淑敏的赠与。2003年12月8日,李越取得了该房屋的产权证书。2004年7月,李越起诉杨万柱,要求其腾房,杨万柱反诉要求李越履行其与张淑敏签订的房屋买卖协议,经北京市通州区人民法院(2004)通民初字第5709号民事判决书和北京市第二中级人民法院(2004)二中民终字第12477号民事判决书判决,均确认李越通过张淑敏的公证遗嘱取得16号院三间房屋的所有权合法、有效,张淑敏与杨万柱的房屋买卖行为亦有效,张淑敏接受房款后不履行物权变动的配合义务系一种违约行为,对此杨万柱有权要求张淑敏承担违约

责任,但不能要求新的所有权人李越履行原合同。我方认为,判决作出后,李越和杨万柱之间的房屋买卖合同纠纷结束,只待杨万柱提起违约之诉,我方承担相应的违约责任即可,如果当时承担违约责任,最多不超过15476元。但是,2005年1月10日,北京市通州区司法局作出《关于撤销通州区公证处(2001)通证民字第1220号遗嘱公证书的决定》,撤销了张淑敏第1220号遗嘱公证书,理由是:北京市通州区公证处给张淑敏办理(2001)通证民字第1220号遗嘱公证书时只有一名公证员,违反法律规定。2005年7月27日,北京市通州区司法局又作出了《关于对杨万柱申请撤销(2003)通证民字第1145号〈公证书〉申诉的决定》,撤销了李越的1145号继承权公证书。2005年11月14日,北京市通州区房屋产权产籍管理中心撤销了李越的京房权证通私字第0312075号房屋所有权证。2006年6月20日,北京市第二中级人民法院驳回了杨万柱要求对(2004)二中民终字第12477号民事判决书进行再审的申请;2008年3月15日,北京市高级人民法院驳回了杨万柱要求对(2004)二中民终字第12477号民事判决书再审的申请。由于(2001)通证民字第1220号遗嘱公证书和(2003)通证民字第1145号继承权公证书被撤销,进而导致李越的京房权证通私字第0312075号房屋所有权证被撤销,北京市通州区公证处为我方李X成办理了(2006)通证民字第3152号继承公证书,继承了16号院三间房屋,同日,又为我方办理了(2006)通证民字第3153号赠与公证书,将16号院三间房屋赠与了李越。李越于2006年12月8日取得了16号院三间房屋的产权证。2010年3月15日,杨万柱再次对我方提起诉讼,要求解除其与张淑敏签订的房屋买卖协议,赔偿其损失123万元。一审、二审法院判决均认为李X成继承了16号院三间房屋,又与刘X珍将该房屋赠与了其女李越,故李X成与刘X珍应当承担张淑敏对杨万柱的违约责任,有关赔偿数额,因为诉争房屋已经拆迁,以现房屋拆迁补偿款为准,判决我方赔偿杨

万柱 911 867 元。这起房屋诉讼长达七八年之久,给我方造成巨大的经济损失和精神压力,在此过程中,固然有张淑敏的过错责任,但是本应当在 2004 年之前以低成本解决的事情一直拖到现在才结束,其中最重要和根本的原因是由于北京市通州区公证处的过错,导致(2001)通证民字第 1220 号遗嘱公证书和(2003)通证民字第 1145 号继承权公证书被撤销,致使案件多次涉诉,给我方添加诉累。尽管北京市通州区公证处在 2006 年也曾给我方 1 万元左右的赔偿,但是此举远远不能抵消现在我方被判决承担的 911 867 元的巨额经济赔偿。故我方诉至法院要求判令:(1)被告北京市通州公证处赔偿我方经济财产损失 890 391 万元;(2)被告北京市通州公证处赔偿我方诉讼费、交通费、律师费等损失 38 789 元;(3)本案诉讼费由被告北京市通州公证处承担。

被告北京市通州公证处辩称:我方不同意二原告的诉讼请求,我方认为:第一,原告李 X 成所遭受的经济损失与我方没有因果关系。李 X 成所遭受我方赔偿的经济损失,是依据其对杨万柱进行违约赔偿而定的。而在本案中,李 X 成与杨万柱之间的违约事实和我方没有直接关系。造成违约的是李 X 成本人,而非我方。李 X 成的不诚信行为导致其承担高额的违约责任,是其咎由自取,应当自食其果。第二,李 X 成认为因北京市通州区司法局撤销我方的公证书给我带来了损失,是没有事实和法律依据的。李 X 成为了达到自己不可告人的目的,宁愿自己承担违约责任,也要争取上述房屋的所有权。这是世人皆知的。但是,北京市通州区司法局撤销我方的公证书后,我方又为李 X 成出具了继承权公证书,由李 X 成继承上述房产。事实上,李 X 成并没有因我处被撤销的公证书而变更房屋所有权,李 X 成并没有受到任何损失。第三,至于李 X 成认为违约责任应当为 2004 年的房屋评估价格的问题,更与我方无关。追究违约责任是守约方的权利,杨万柱何时向李 X 成追究违约责任,是杨万柱的权利,我方无权干涉。违约金的数额也是法院最终判定,

我方更是无法左右。第四,2007 年 1 月 26 日李 X 成向我方出具过一份“协议保证书”,保证书的内容为:公证处支付李 X 成人民币 1 万元,作为撤销公证书的一次性经济补偿,李 X 成及其家人就此事不再向公证处和司法局提出任何补偿和赔偿。这说明李 X 成已经放弃了我方的诉权。综上,我方认为我方并未给二原告造成任何损失,法院应当驳回其诉讼请求。

北京市通州区人民法院经公开审理查明:原告李 X 成与刘 X 珍系夫妻关系,案外人李越系李 X 成、刘 X 珍之女。李 X 成之母张淑敏原系 16 号院三间房屋的产权人。1987 年 7 月 12 日,张淑敏与案外人杨万柱签订协议书一份,张淑敏将 16 号院三间房屋以 6 000 元的价格卖与杨万柱,李 X 成、杨万柱及杨万柱的 4 位同事分别在协议上签字,张淑敏在协议上加盖了自己的印章。协议签订后,杨万柱将房款交付张淑敏,并搬入上述房屋内居住。居住期间,杨万柱对房屋进行了扩建、翻建,并在与张淑敏居住的房屋及院落之间建一院墙,自开南门通行。后由于张淑敏反悔,杨万柱未能与张淑敏办理房屋买卖过户登记手续。2001 年 5 月 22 日,张淑敏以公证遗嘱的方式将 16 号院三间房屋赠与李越,北京市通州区公证处为张淑敏出具了(2001)通证民字第 1220 号公证书。2003 年 8 月 14 日,张淑敏去世,李越办理了(2003)通证民字第 1145 号继承权公证书,接受张淑敏的赠与,并于同年将 16 号院三间房屋的产权转移登记至自己名下。2003 年 12 月 8 日,李越取得了京房权证通私字第 0312057 号房屋所有权证书。2004 年 7 月,李越以杨万柱为被告诉至本院,要求杨万柱将 16 号院三间房屋腾退;杨万柱反诉要求李越立即履行其与张淑敏签订的房屋买卖协议书,将房屋产权办理至杨万柱名下。2004 年 10 月 12 日,本院作出(2004)通民初字第 5709 号民事判决书,认为根据国务院 1983 年 12 月 17 日发布并实施的《城市私有房屋管理条例》(2008 年废止一)中关于“买卖城市私有房屋,卖方须持房屋所有权证和身份证明,买方

须持购买房屋证明信和身份证明,到房屋所在地房管机关办理手续。任何单位或个人都不得私买私卖城市私有房屋……”的规定,张淑敏与杨万柱在履行协议书过程中违反行政法规强制性规定,双方买卖合同关系无效。因杨万柱与张淑敏未到房屋所在地的房管机关办理产权变更手续,张淑敏仍为房屋的产权人,故张淑敏通过公证遗嘱的方式处分上述财产的民事行为合法、有效,李越已取得房屋的所有权证书,为房屋的合法产权人,故杨万柱应将房屋归还李越。故判决杨万柱将16号院三间房屋腾空返还李越,驳回杨万柱的反诉请求。杨万柱不服(2004)通民初字第5709号判决书,上诉至北京市第二中级人民法院,北京市第二中级人民法院于2004年12月10日作出(2004)二中民终字第12477号判决书,认为:“张淑敏将房屋卖与杨万柱的行为不违反法律的规定,双方签订的房屋买卖合同合法有效。但是在协议的履行过程中,双方并未办理房屋过户登记手续,由于不动产买卖以登记过户作为不动产权利转移的生效要件,因此,双方买卖房屋的行为并未最后履行完毕。上述诉争房屋的所有权并未发生变动,所有权人仍然是张淑敏。张淑敏以遗嘱的方式将诉争的房屋交由李越继承,且该遗嘱经公证后,李越已将诉争的房屋变更登记在自己的名下,双方的上述行为合法有效。现李越起诉要求杨万柱将诉争房屋腾空交还自己,理由正当,应予支持。杨万柱在与张淑敏签订协议并在双方各自履行了支付价款和交付了房屋的义务后,张淑敏对此又予以反悔,不履行物权变动的配合义务,其行为是一种违约行为,对此杨万柱有要求张淑敏承担违约责任的权利,但不能向新的所有权人李越主张履行原合同。因此杨万柱反诉李越履行其与张淑敏所签协议内容,办理房屋产权变更登记手续的上诉请求,缺乏法律依据,理由亦不能成立,判决驳回上诉,维持原判。”2005年1月10日,北京市通州区司法局作出《关于撤销通州区公证处[2001]通证民字第1220号遗嘱公证书的决定》,该决定认为(2001)通证民字第1220号公证书违反了《遗嘱

公证细则》第六条有关遗嘱公证应当由两名公证人员共同办理的规定,故根据《公证程序规则》(2002年)第五十六条和第五十七条第一款第(四)项的规定,撤销(2001)通证民字第1220号公证书。同年7月27日,北京市通州区司法局作出《关于对杨万柱申请撤销[2003]通证民字第1145号(公证书)申诉的决定》,该决定认为张淑敏生前唯一遗嘱(2001)通证民字第1220号公证书被撤销,故根据《公证程序规则》第五十七条第一款第(三)项的规定,撤销(2003)通证民字第1145号继承权公证书。(2001)通证民字第1220号公证书及(2003)通证民字第1145号继承权公证书被撤销后,北京市通州区房屋产权产籍管理中心于2005年11月14日撤销了李越的京房权证通私字第0312057号产权证。2006年6月,北京市第二中级人民法院驳回了杨万柱要求对(2004)二中民终字第12477号民事判决书进行再审的申请。2006年7月,杨万柱将房屋腾退。2006年11月3日,北京市规划委员会颁发了2006规(通)建字0235号建设工程规划许可证,许可证上标明的产权人为张淑敏,建设项目为南房、北房翻建,建筑面积共计41平方米,其中,南房翻建10.3平方米,北房翻建30.7平方米。此后,李X成在杨万柱扩建房屋的基础上,对北房及南房进行了改建、扩建。2006年12月6日,李X成在北京市通州区公证处办理了(2006)通证民字第3152号公证书,继承了张淑敏所留16号院三间房屋。当日,李X成、刘X珍又办理了(2006)通证民字第3153号公证书,将16号院三间房屋赠与李越。2006年12月8日,北京市建设委员会就16号院三间房屋为李越颁发了京房权证通私字第0621740号房屋产权证书,该产权证书中标明的北房两间及南房的建筑面积为66.76平方米。2008年3月19日,北京市高级人民法院驳回了杨万柱要求对(2004)二中民终字第12477号民事判决书再审的申请。2010年9月10日,刘X珍代李越与北京新城基业投资发展有限公司就16号院三间房屋签订了“北京市通州区西海

子棚户区改造项目城市房屋拆迁补偿协议”，现房屋已经拆迁，拆迁补偿款1520823元由刘X珍代李越领走。2010年3月，杨万柱起诉至本院，要求解除其与张淑敏签订的房屋买卖协议，并要求二原告赔偿其损失123万元。经本院（2010）通民初字第5982号民事判决书及（2011）二中民终字第02254号民事判决书判决解除杨万柱与张淑敏的房屋买卖协议书，并由李X成和刘X珍赔偿杨万柱损失911867元。

另查明：李越患有精神分裂症，经鉴定，李越为限制民事行为能力人。北京市通州区公证处已更名为北京市潞州公证处。

上述事实有下列证据证实：

- （1）（2004）通民初字第5709号民事判决书、（2004）二中民终字第12477号民事判决书；
- （2）房屋买卖协议书；
- （3）死亡证明书；
- （4）（2001）通证民字第1220号公证书、（2003）通证民字第1145号继承权公证书；
- （5）京房权证通私字第0312057号产权证、京房权证通私字第061247号产权证；
- （6）《关于撤销通州区公证处[2001]通证民字第1220号遗嘱公证书的决定》《关于对杨万柱申请撤销[2003]通证民字第1145号〈公证书〉申诉的决定》；
- （7）注销房屋所有权证决定书；
- （8）建设工程规划许可证；
- （9）（2006）通证民字第3152号公证书；
- （10）赠与合同；
- （11）（2006）二中民监字第10199号驳回再审申请通知书、（2008）高民监字第460号驳回再审申请通知书、（2010）通民初字第5982号民事判决书、（2011）二中民终字第02254号民事判决书；
- （12）协议保证书；
- （13）当事人陈述。

北京市通州区人民法院经审理认为：本案争议焦点在于被告北京市潞州公证处作出的（2001）通

证民字第1220号公证书及（2003）通证民字第1145号继承权公证书被撤销与原告刘X珍、李X成在其与案外人杨万柱的诉讼中的经济损失之间是否存在因果关系。北京市潞州公证处作出的（2001）通证民字第1220号公证书及（2003）通证民字第1145号继承权公证书被撤销导致的后果是张淑敏的遗赠行为无效，李越无法取得16号院三间房屋的所有权，该房屋恢复为张淑敏的遗产。但是对于刘X珍、李X成而言，二人并未因此产生经济损失，反而因此获得了对张淑敏的遗产进行继承的机会。根据我国继承法的规定，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，故李X成依法继承张淑敏遗产的前提是清偿张淑敏的债务。根据本案查明的事实，杨万柱与张淑敏就16号院三间房屋签订了合法有效的房屋买卖合同，但张淑敏未能积极配合办理房屋过户手续，并将该房屋以公证遗嘱的方式遗赠给李越，虽然遗赠行为后被认定为无效且房屋恢复为张淑敏的遗产，但该房屋被李X成继承并赠与李越，后房屋被拆迁，最终导致房屋买卖合同目的无法实现，张淑敏对此负有过错，应当向杨万柱承担违约责任。该违约责任属于张淑敏的债务。因此，李X成虽然形式上继承了16号院三间房屋，但该房屋的价值利益并不完全属于李X成，李X成要以该房屋的实际价值为限向杨万柱承担本应当由张淑敏承担的违约责任。张淑敏违约行为给杨万柱造成的损失就是杨万柱无法取得16号院三间房屋，因此张淑敏向杨万柱承担的违约责任数额应当就是该房屋的实际价值。因此，虽然李X成形式上继承了16号院三间房屋，但该房屋的实际价值利益本就不属于李X成。由于16号院三间房屋已经拆迁，无法评估其实际价值，故本院（2010）通民初字第5982号民事判决书中以该房屋拆迁补偿款为标准确定赔偿数额。二原告无法取得16号院三间房屋的拆迁补偿款系二原告将房屋赠与李越的赠与行为造成的，并不能否定李X成已经继承了16号院三间房屋的事实。因此，以16号院三间房屋拆迁补偿款为标准确定的赔偿数额并未超出

李X成继承遗产的实际价值。李X成在其继承的张淑敏遗产价值范围内赔偿杨万柱,并没有造成其实际利益损失。退一步讲,李X成作为继承人如果愿意继续履行其母张淑敏与杨万柱所签订的房屋买卖合同,也就不存在后续的一系列诉讼了。综上,北京市潞州公证处作出的(2001)通证民字第1220号公证书及(2003)通证民字第1145号继承权公证书被撤销给李X成造就了继承张淑敏遗产的机会,只不过该遗产的全部价值都应当用来清偿张淑敏的债务。李X成不能实际取得遗产的价值利益系张淑敏先前的违约行为造成,与北京市潞州公证处的行为无关。故二原告主张北京市潞州公证处赔偿其损失890391元的诉讼请求,理由不当,证据不足,本院不予支持。对于二原告主张北京市潞州公证处赔偿其诉讼费、交通费和律师费的诉讼请求,因上述费用系由于张淑敏违约行为引起诉讼产生的费用,与北京市潞州公证处的行为无关,故本院不予支持。

北京市通州区人民法院依照《中华人民共和国公证法》第三十九条、《中华人民共和国继承法》第三十三条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定,判决如下:

驳回原告刘X珍、李X成的诉讼请求。

上诉人刘X珍、李X成诉称:要求改判北京市潞州公证处承担赔偿责任。

被上诉人北京市潞州公证处辩称:同意一审判决。

决。

北京市第二中级人民法院经审理,确认一审法院认定的事实和证据。

北京市第二中级人民法院经审理认为:本案争议的焦点为北京市潞州公证处作出的遗嘱公证书因违反法定程序被撤销,故可以认定北京市潞州公证处在为张淑敏进行遗嘱公证的过程中存在不当之处。但是,若要认定北京市潞州公证处应对刘X珍、李X成在本案中主张的损失承担赔偿责任,还需证明北京市潞州公证处的过错与刘X珍、李X成的损失之间存在因果关系。对此,本院注意到,北京市潞州公证处作出的公证书被撤销后,李X成继承了张淑敏遗产,但因张淑敏先前的违约行为导致继承人应在遗产价值范围内先行偿付对杨万柱的债务,此与公证书被撤销并无直接关联。现刘X珍、李X成并无确实充分的证据证明其偿付行为与北京市潞州公证处的过错存在因果关系,故原审法院对刘X珍、李X成主张北京市潞州公证处赔偿其损失的诉讼请求不予支持并无不当。综上所述,原审判决正确,依法应予维持。刘X珍、李X成的上诉请求不能成立,本院予以驳回。

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

驳回上诉,维持原判。

奇葩证明: 老爸遗嘱给的房子, 办过户需证明其他人无异议

2018-10-31 鱼龙聊房 南铁法

<https://mp.weixin.qq.com/s/UK0rn9BCu-aDfmFN2zd0mg>

任小姐(化名)在父亲去世后,拿着父亲亲笔书写的遗嘱前去办理房产过户手续时却碰了壁,被要求提供所有继承人与被继承人之间的亲属关系证明、所有法定继承人达成的继承财产的约定协议等材料。

面对这些需要补交的材料和证明,任小姐干脆将相关部门告上法庭,最终获得胜诉。

通讯员 南铁法 扬子晚报/扬眼记者

南京的任小姐在父亲去世后,前往国土资源局办理父亲名下房产的过户手续,却被告知因其未提供其他法定继承人对遗嘱内容无异议的证明材料,故不予受理。任小姐不服,诉至南京铁路运输法院。

任小姐诉称,2014年4月,父亲亲笔写下遗嘱,将房产及屋内家具设施中属于其所有的全部份额由任小姐独立继承。

一个月后,任小姐的父亲在医院离世。2017年2月,任小姐携带父亲遗嘱、房产证等资料前去办理过户。她觉得提供了父亲的遗嘱很快就能办妥手续,但事情并不顺利。国土资源局接受材料后,作出《不予受理告知书》。

任小姐认为,国土资源局不予受理违法,故诉至法院。

国土局要求提供多种证明材料

任小姐请求法院确认被告作出《不予受理告知书》的行为违法;撤销《不予受理告知书》;责令被告受理原告关于涉案房屋的登记申请。

而被告国土资源局则辩称,依法作出的《不予受理告知书》不当被撤销。

国土资源局方面表示,根据《南京市非公证继承、受遗赠不动产登记操作办法》关于非公证继承的规定,申请办理非公证继承应当在预申请环节提交所有继承人的身份证明材料、所有继承人与被继承人之间的亲属关系证明、所有法定继承人达成的继承财产的约定协议等材料。原告未按该照该操作办法的要求提供上述材料,导致已方无法办理其不动产登记申请。国土资源局请法院驳回原告的诉讼请求。

需另一继承人表示无异议?

南京铁路运输法院经审理查明,任小姐的父亲1984年与前妻离婚,其与前妻的儿子由前妻抚育。

后任小姐的父母结婚,并育有任小姐。涉案房屋为任小姐父母共有,任小姐的父亲所写遗书经鉴定真实有效。

被告陈述,对原告所提交遗嘱的真实性不持异议,对原告的申请不予受理的理由是原告没有提供另一继承人的身份证明材料,另一继承人未到不动产登记机构进行现场查验,同时另一继承人也未表示对遗嘱内容无异议。

法院:遗嘱继承先法定继承

那么,原告任小姐究竟是否需要补充这些材料,法院是怎么认定的呢?

南京铁路运输法院经审理认为,继承法第五条规定,继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承办理,办理时遗嘱继承优先于法定继承。

《不动产登记暂行条例实施细则》中规定,因继承办理不动产转移登记的,需要提供继承的材料。

而在本案中,原告任小姐所提交的父亲亲笔书写的遗嘱真实、合法、有效,应认定为继承的材料。

法院认为,被告以法定继承的办理规定来要求遗嘱继承的办理,于法无据。被告认定原告申请材料不齐全或不符合法定形式,亦于法无据。

综上,南京铁路运输法院判决撤销被告国土资源局作出的《不动产登记不予受理告知书》;责令被告国土资源局对原告任小姐的不动产登记申请予以受理。

转自今日头条 扬眼

七、异域资讯

【关注】法国鼓励揭发家暴，“见证者”不应沉默

原创：2018-10-02 欧时大参 春花

https://mp.weixin.qq.com/s/J9LKh8uPP8_Tyr1fusSrRA

10 月 1 日周一，法国负责男女平权的国务秘书希亚帕（Marlène Schiappa）接受法国电台 RTL 采访时表示，宣布五条制止家暴的措施，保证遭遇家暴的女性尽早走出深渊。几天之后，在法国女演员罗宾（Muriel Robin）呼吁下，法国将发起反对家暴大游行。

希亚帕称她同很多女性、地方议员、社会工作者、急救人员和相关协会讨论之后，才提出这些具体措施，以制止家暴行为。“我的目标便是，保证女性逃离出来的时候还不至于太晚。”她说女性一直成为暴力受害者，最终会导致“杀害妇女问题”，即有些女性因为自己的女性身份而被杀害。

2016 年，123 名女性被自己的丈夫或前夫杀死，这意味着每三天就有一个女性因家暴死亡。希亚帕表示，这个数字一直没有下降，好似不管采取怎样的措施，事态总是如此发展下去，她认为这才是公权力该认真应对的问题。



她认为这些措施都“史无前例”，并着重强调

从这周日开始，法国电视里播出反家暴公益广告。这一广告尤其针对家暴行为的证人。该宣传行动花费共计 400 万欧元。

“如果你看到有人抢劫，你会去揭发并证明，如果你看到家暴行为，也应当揭发。”她补充说，希望能够打造一个“高度警惕的社会”。



此外，她将向相关协会额外拨款 12 万欧，保证反对家暴免费电话 3919 百分百都会接听。此外在最近几个星期内，她会宣布建立反对性暴力网络平台，可以方便提起诉讼；推出紧急住房定位工具；推出“反对暴力地方合同”等。

9 月 23 日周日出版的《周日报》刊登法国女演员罗宾带头联合另 87 个名人签署的公开信，他们呼吁支持家暴的受害者，希望受害者因此不会在“完全冷漠中死去”。罗宾同时呼吁 10 月 6 日在巴黎发起支持集会。

（欧洲时报/春花 编译报道）

编辑：小 C 罗

这个国家涉外婚姻中，为何中国新郎新娘最多？

2018-10-12 新华社 全球拍

<https://mp.weixin.qq.com/s/vkNAWD5KLW0wvD2zEhW9DA>



去韩国旅游你会发现一个有趣的现象，走在大街上不经意间总能听到几句中文。在你偶遇的中国人里，除了游客，以及长期在韩国留学、工作的国人，还有相当大一部分早已在那里安家生子。

韩国法务部 9 月底发布的数据显示，截至今年 6 月底，共有超过 15 万名韩国公民与外籍人士结婚，而这些外籍人士当中，有近 6 万人是中国籍。为什么韩国人这么爱中国人？

中国籍新郎新娘数量最多

韩国法务部的调查结果显示，在韩国女性的涉外婚姻对象中，中国籍新郎官数量最多，近 1.3 万人。其次是美国（2618 人）、越南（1955 人）、日本（1229 人）和加拿大（1114 人）。

而韩国人的外国新娘中，也以中国籍新娘人数居首，多达 4.5 万人。其次为越南（3.95 万人）、日本（1.23 万人）、菲律宾（1.15 万人）和柬埔寨（4247 人）。

从地域分布来看，属首尔近郊的京畿道外籍配偶最多，约 4.41 万人。其次大多分布在首尔市、庆尚南道、仁川市以及忠清南道。



韩国外国语大学国际学院院长黄载皓告诉新华社记者，这 15 万与外国人结婚的韩国人，大多数来自农村或在普通工厂工作。这一点也可以从法务部的调查中看出，京畿道、庆尚北道、忠清南道等地从事农业活动的人口比例普遍较高。

黄载皓认为，今后韩国政府为了提高国家竞争力，应该采取措施吸引更多优秀人才来韩国工作和定居，也要鼓励更多留学生来韩国学习，这或许会改变韩国国际婚姻未来的构成。

两国人员往来促成跨国婚姻



去年，一档名为《同床异梦》的韩国综艺节目邀请到在中国知名度较高的韩国女星秋瓷炫和她

的丈夫，中国男演员于晓光。二人生活细节在节目中曝光之后，这对跨国夫妇的名字频登热搜榜，而形象高大帅气、性格开朗的于晓光也在韩国人气飙升，被粉丝亲切地称为“于可爱”。

除此之外，被中国人熟知的女星汤唯、戚薇等人也都在几年前成为了韩国媳妇，分别在中韩两国生活。

黄载皓认为，两国公民结合人数多或许能从韩中之间越来越频繁的社会、经济、文化交流和更加密切的韩中关系之中找到答案，也与韩中两国文化相通有关。中韩之间的人员交流每年已经超过了 1 千万人次，互相到对方国家留学的学生人数很多，这些人员往来都是促成韩中之间跨国婚姻的重要因素。



按照黄载皓的说法，韩国社会之前存在“重男轻女”的思想，导致男女比例失调，很多韩国男生找不到结婚对象，这是导致韩国人与外国人结婚的最直接原因，这也就解释了为什么 15 万与外国人结婚的韩国人中，韩国男性占到压倒性的 13 万，而韩国女性嫁给外国人仅占了约 2 万。

随着经济社会发展，韩国女性学历越来越高、经济更加独立，对男方条件的要求也更加苛刻。与韩国男性娶外国女性区别较大的是，韩国女性选择跨国婚姻，个人喜好所占的因素更大。

他们过得怎么样？

小雨（化名）今年 30 出头，来自武汉，已经在韩国生活 12 年。她与韩国丈夫结婚 8 年，育有两个儿子。

小雨告诉记者，她是在武汉大学读书时认识了

来中国留学的丈夫，二人同修一门课，在一起上课的过程中互生情愫。小雨大学毕业后到韩国读研，毕业工作一年后便和丈夫登记结婚了。



虽说是异国他乡，但从距离上来说，作为一名武汉人，小雨认为自己在首尔生活，与在北京或广州没有太大区别。唯一略有遗憾的是，如果当初选择在武汉生活，可以与父母相互有个照应。尤其结婚生子后，能有自己父母的帮衬，自己会轻松很多。

50 岁的李红跟自己的韩国籍丈夫结婚 22 年，二人育有一个 18 岁的儿子。李红是在北京理工大学读化工专业的研究生时，认识了受邀来学校访问的丈夫。

不过，在二十多年前，李红和丈夫的结婚之路还是有些坎坷。这场婚姻一开始不仅遭到父母的反对，她自己 also 顾虑颇多，担心有文化差异。且当时中韩建交时间尚短，办理结婚手续时也费了些功夫。



李红说，自己刚到韩国时很不习惯，吃不惯韩国的泡菜和汤，韩国老人的传统观念也让她难以接受。那个年代，她的公婆认为女性应该在家里带孩

子，不应该出去工作，但当时中国并非这种氛围，李红在这个问题上与家人沟通了很久。

如果当时没有遇见自己的丈夫，李红说在北京高校读研究生的她，可能会跟其他同学一样，去美国读博，再回国当教授。但是后来遇到了丈夫，她放弃了一条对相对自然轻松的道路，选择跟他来到韩国生活。

李红说，头脑灵活、点子多的丈夫和果断、有主见的她在很多地方都是互补的。尤其是在处理婆

媳关系问题上，李红的原则是婆媳关系问题不让丈夫介入，丈夫只需做个旁观者，她的丈夫也很欣赏这种处理问题的方式。

来源：新华国际头条（ID：interxinhua）

记者：陆睿、孙一然（报道员）

监制：李大伟、李代祥

编辑：鲁豫、杜健、关开亮、周喆

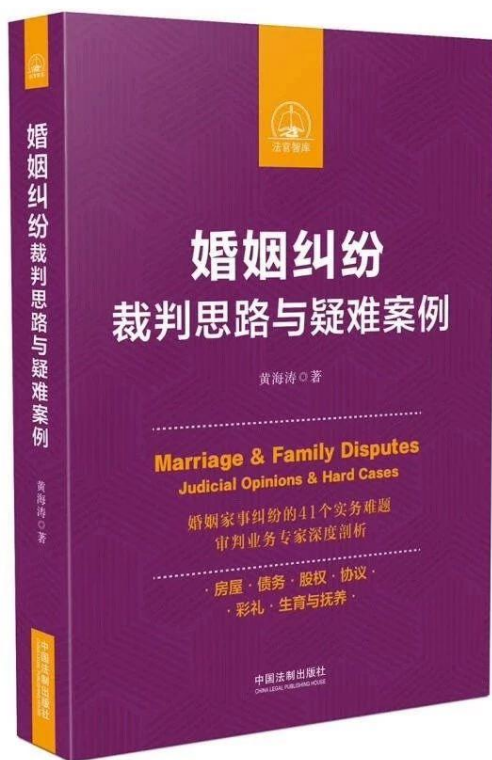
实习：郭心怡、司壹闻

八、书籍推荐

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质

2018-10-26 海坛特哥 黄海涛

<https://mp.weixin.qq.com/s/V60QLovsDFAzAiB8YjVU7Q>



试论家事审判的特点与家事法官的必备素质

作者 | 黄海涛

单位 | 北京市第三中级人民法院

婚姻家庭法律关系是一种特殊的民事法律关系，理论界认为其为“初级关系”，并有主体的单一性和身份性、权利义务的相对性和可转换性等特征。这些特征其实均以婚姻法的伦理性这一本质特征为基础。笔者认为，家事案件与其他类型案件相比，具有以下六个方面的突出特点，在我们分析家事案件中的疑难案件时，应当结合这些特点，有针对性的确定解决思路。本书所选取与分析的案例中，

虽然涉及并论述了房屋、债务、股权、协议、彩礼、生育与抚养共六个方面 41 个实务难题，但贯彻于其中的，仍然是以下基本思路。

一、家事案件中部门法交叉问题多，需较强的法律综合运用能力

当前，婚姻家庭案件中需要解决大量的财产争议，这些财产方面的问题又可能同时属于物权法、合同法等法律的调整对象，由此导致家事案件审判中婚姻法与其他部门法的交叉适用与衔接问题表现较为突出，在司法实践中引发了较大的争议，亟须我们加以重视并统一确定解决思路，典型的有夫妻财产约定的物权效力问题、以夫妻共同财产投入，但登记在个人名下的股权出资的相关问题等。

在婚姻法与其他部门法的法律交叉问题上，我们需要解决的不仅是具体法条之间的适用问题，更重要的是法律制度、法律原则之间的衔接问题，如夫妻婚后所得共同所有制与物权登记公示公信之间的关系，夫妻财产共有与股权外观主义之间的关系等。而在民事审判与商事审判长期以来“分而治之”的影响之下，民事法官与商事法官各自熟悉民口或商口的有关法律规定、审判技巧与司法政策，民事审判与商事审判亦遵循不同的司法理念，对此问题亦有影响，需要深入研究相关问题，谨慎选择处理方案。

二、婚姻法重伦理，道德观与价值判断决定审判思路

法的价值研究主要有三个方面的内容：法促进哪些价值，法本身有哪些价值，不同类别或同类价

值之间在发生矛盾时以什么标准衡量。价值问题是法院司法审判过程中的基础性问题。

婚姻案件审判中,许多问题是由多元化的价值观冲突所引发的,而这些问题的解决又取决于法官的道德观与价值取向。例如:违法证据的认定与采信、DNA鉴定、青春损失费、分手费。

法官要有自己的价值判断,这在婚姻家庭案件的审判中尤其重要,这是我们适用法律、解释法律的前提。在法理学上,法律解释方法有许多种,对于家事法官而言,除了文义解释、体系解释、立法解释等客观性的方法之外,更应当适当地运用目的解释、类推适用等方法,发挥法官的主观能动性与适用法律的创造性,解决审判中的难题。

三、家事案件的处理追求情理法的融合,需尊重风俗习惯

习俗、道德与法律是人类社会的三大主要社会规范,其历史渊源、演进、功能以及相互关系是社会学的重要内容。风俗习惯是一种自发形成的行为规范,被众人了解、接受并长期遵循便成为风俗,通过反复不断的实践而转化为人们的习惯。这些风俗习惯虽然不具有法律上的强制力,但仍然是社会一般公众日常行为的准则,也是社会公众评价他人行为及法院判决结果的重要准则。基于风俗习惯对社会生活以及人们行为的实际影响,我们也应当引起重视,利用其解释法律,弥补法律规定之不足。我们在案件审理过程中应当充分了解并运用这些地方性的知识与规范,处理此类极具地方性的纠纷,如结婚宴席上宾客送的贺礼,也就是俗称的“份子钱”的问题、彩礼返还的相关问题。

四、婚姻法法律解释的难度大,更需关注“行动中的法”

婚姻家庭案件的审判中,由于相关规范性条文不多,寻找法律不难,难在法律的理解与适用,相对简单的法条文字内容更给法官的适用增加了难度。比如离婚法定事由的理解问题、抚养权与抚养

条件的判断问题、夫妻共同债务的证据判断与事实认定问题。

在以上案件的审理过程中,裁判的思路与结果取决于对法条相关内容的解读。此时,如何降低法官的个性化因素的影响,如何合理限制法官自由裁量权的作用,减少同案不同判的现象发生,是家事审判急需解决的重要问题之一。笔者认为,家事案件中的许多问题在长期的司法实践中已经自发形成固定的思路与对策,相关婚姻法条文在实践中的适用有了成熟的经验,这些在本地区、本法院形成的习惯已经形成了庞德所称的“行动中的法”。为此,法官应当了解相关情况并从中吸取知识与经验,运用大数据、典型案例收集等方式,在日常审判工作中将自己对法律的解释统一到惯常处理思路之上,保证执法的统一性、延续性。

五、家庭生活中的事实证明难,需更多地运用生活经验与常识

婚姻家庭生活具有持续性、封闭性、不规范性的特点,很难留存相应的证据材料。为解决这一问题,我们需要运用好日常生活经验法则。经验与常识的作用不仅体现在对具体证据材料的审核之中,也体现在诉讼推定之中,特别是事实推定与法律推定。

对于婚姻家庭案件中事实证明方面的困难,我们不仅需要在司法方法与技巧上,通过对举证责任的分配与倒置、本证、反证与举证责任的转移、严格证明与自由证明、证明标准、鉴定与专家辅助人等证据法上制度的灵活运用,解决事实认定中的难题,更需要在充分了解社情民意的基础上,特别是对婚姻家庭生活的了解与掌握的基础上,充分运用生活常识与经验法则,解决婚姻案件中的事实认定问题。

六、家事案件处理结果殊途同归,法律分析路径至关重要

有观点认为,民事案件的处理最重要的是处理

结果的公平,请求权基础与法律关系分析是在确定了最终结果的基础上“倒推”的结果,结果的公平比法律逻辑推演的过程正确更重要。但处理结果的正确性、适当性并不能降低或掩盖法律分析的重要性,否则不仅极易在处理思路与结果上发生合法性方面的问题,而且会加重执法不统一、个性化的现象,甚至是滥用自由裁量权。

在婚姻家庭案件相关问题处理中殊途同归的现象更为普遍,如何结合具体案情分析具体解决思路的得失成败,如何保证处理方案的正确性、合法性、适当性,如何结合具体案情,进行合理的解释,是每一位家事法官所应具有的基本司法技能,也是必经的晋级之路。

婚姻法作为重要的国家民事基本法律,不仅自身的内容具有特殊性,而且在与其他部门法的关系上也具有特殊性,不仅在实体法上存在诸多有待研究解决的问题,在诉讼程序的设计与运作、证据与证明方面也存在诸多争议性问题。笔者在本书中结合具体案例,就某些典型性问题进行了研究,并提出了自己的观点,抛砖引玉,与大家探讨。

注:本文为黄海涛法官新作《婚姻纠纷裁判思路与疑难案例》序言,有删减。

作者简介

黄海涛 北京市第三中级人民法院民二庭副庭长,三级高级法官。2016年获评北京市审判业务专家。国家法官学院北京分院兼职教师,中国政法大学法律硕士学院、中央财经大学法学院、对外经济贸易大学法学院等多所法学院校的兼职教授、硕士生导师。

附录:

图书简介

本书探讨婚姻家事法的41个实务难题,涉及【房屋】【债务】【股权】【协议】【彩礼】【生育与抚养】六个方面,从【实务难题】入手,提出婚姻家庭法律实务中的疑难问题,引入【疑难案例】进行分析,在此基础上,立体、全面地阐述各种争议点的【裁判思路】,提供作者的独到见解。

图书目录

第一章 婚姻中的协议

- 实务难题1 夫妻间忠诚协议的效力如何
- 实务难题2 夫妻财产约定的物权效力认定
- 实务难题3 夫妻离婚协议中概括性约定的处理
- 实务难题4 夫妻双方先后签订多份离婚协议的效力认定
- 实务难题5 双方离婚协议约定将房屋赠与子女的条款可否撤销

第二章 婚姻中的房屋

- 实务难题1 夫妻一方擅自出卖夫妻共有房屋的合同效力认定
- 实务难题2 夫妻一方卖房时配偶应否配合履行
- 实务难题3 夫妻购买但登记在子女名下的房屋如何处理
- 实务难题4 非婚同居期间共有房产的认定问题
- 实务难题5 夫妻名下的房产可能涉及他人权益时如何处理

第三章 婚姻中的债务

- 实务难题1 形成夫妻共同债务的事实要件
- 实务难题2 夫妻共同债务认定过程中的举证规则
- 实务难题3 夫妻共同债务认定有无内外之分
- 实务难题4 分手费欠条的法律性质与法律后果
- 实务难题5 婚姻中配偶之间的借款如何处理
- 实务难题6 借款行为人之配偶承担共同清偿责任的方式
- 实务难题7 夫妻共同财产的执行

第四章 婚姻中的股权

- 实务难题1 夫妻共有股权的性质分析
- 实务难题2 股东之配偶对公司有无请求权
- 实务难题3 登记股东转让股权的效力如何
- 实务难题4 登记股东恶意转让公司股权的行为效力

第五章 婚姻中的生育与抚养

- 实务难题1 生育权的主体与夫妻权利的平衡
- 实务难题2 第三人侵害夫妻生育权时的赔偿责任
- 实务难题3 供精人工授精所生子女的认定与抚养
- 实务难题4 祖父母、外祖父母在抚养纠纷中的权利与义务
- 实务难题5 欺诈性抚养中的抚养费返还与赔偿
- 实务难题6 父母双方就抚养费数额达成的协议的灵活性
- 实务难题7 未成年子女抚养费数额的适当性

第六章 婚姻中的彩礼

- 实务难题1 彩礼的认定标准
- 实务难题2 彩礼返还的请求权基础与具体事由

实务难题 3 确定彩礼返还比例的考量因素
实务难题 4 彩礼返还纠纷案件的诉讼主体
实务难题 5 生活困难而返还彩礼之规定的适用

第七章 婚姻中的其他财产问题

实务难题 1 婚内分割共同财产纠纷的审理规则
实务难题 2 限购地区小汽车牌照如何处理
实务难题 3 正常取现与转移财产的界定

实务难题 4 军人所享有的住房补贴的归属
实务难题 5 女方陪嫁之嫁妆的归属
实务难题 6 不忠行为与财产分割比例的关系
实务难题 7 婚前承包土地，婚后被征收而取得的补偿款的归属
实务难题 8 夫妻一方擅自赠与共有财产的效力如何

书 | 《婚姻纠纷裁判思路与疑难案例》 (黄海涛著, 中国法制出版社, 2018 年 8 月 3 日第 1 版)

2018-10-29 家事法苑 黄海涛

<https://mp.weixin.qq.com/s/qdNNOGSIXqtnUeqyJkWBdW>

《婚姻纠纷裁判思路与疑难案例》

编辑推荐

基本信息

出版社: 中国法制出版社; 第 1 版 (2018 年 8 月 3 日)

平装

开本: 16

ISBN: 9787509395684

条形码: 9787509395684

商品尺寸: 23.8 x 16.8 x 2.2 cm

商品重量: 581 g

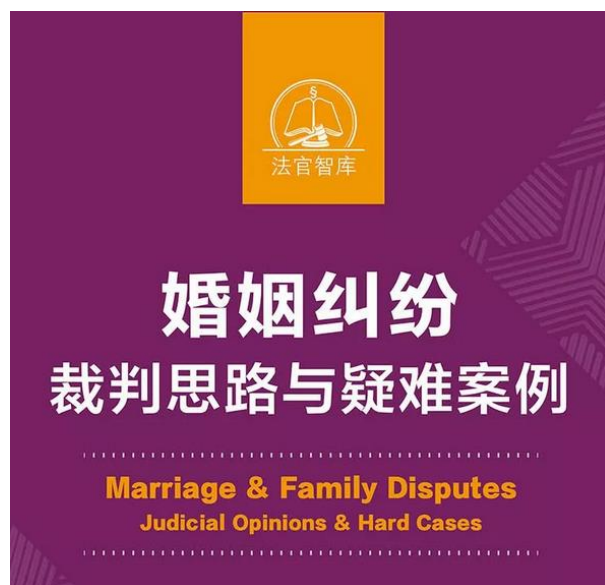
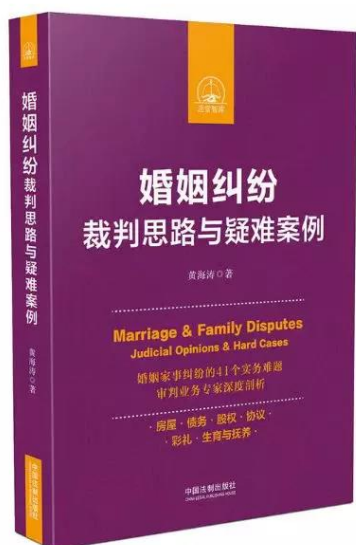
品牌: 中国法制出版社

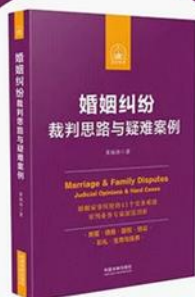
ASIN: B07GVXD63V

本书探讨婚姻家事法的 41 个实务难题, 涉及【房屋】【债务】【股权】【协议】【彩礼】【生育与抚养】六个方面。

作者黄海涛为实务经验丰富的审判业务专家, 本书从【实务难题】入手, 提出婚姻家庭法律实务中的疑难问题, 引入【疑难案例】进行分析, 在此基础上, 立体、全面地阐述这一难题之下, 各种争议点的【裁判思路】, 提供作者的独到见解。

由此, 本书实为婚姻家事法律实务工作人士, 不可多得的案例分析与实务指引书。





婚姻家庭纠纷的41个实务难题 审判业务专家深度剖析

作者简介

黄海涛

- 北京市第三中级人民法院民二庭副庭长
- 三级高级法官
- 2016年获评北京市审判业务专家
- 国家法官学院北京分院 兼职教师
- 中国政法大学法律硕士学院 兼职教授 硕士生导师
- 中央财经大学法学院
- 对外经济贸易大学法学院

· 房屋 · 债务 · 股权 · 协议 ·
· 彩礼 · 生育与抚养 ·

与其他部门法的关系具有特殊性

自身具有特殊性

婚姻法

实体法问题

诉讼程序的设计与运作

证据与证明

实务难题如何解？
疑难案例怎么判？

专家解读
深入

裁判思路
全面

实体书





内容简介

在婚姻家事案件的审判中,既有家庭伦理道德与价值判断问题,也有很多具体的“技术性”问题需要关注与解决。

婚姻法是重要的民事基本法律,不仅自身内容具有特殊性,与其他部门法的关系也有特殊性,不仅在实体法上存在诸多有待解决的问题,在诉讼程序的设计与运作、证据与证明方面也存在诸多问题。

本书结合具体的疑难案例,对婚姻家事审判中的典型性问题进行研究,整理裁判思路,提出了独到见解。

作者简介

现任北京市第三中级人民法院民二庭副庭长,三级高级法官。

2016年获评北京市审判业务专家。

国家法官学院北京分院兼职教师,中国政法大学法律硕士学院、中央财经大学法学院、对外经济贸易大学法学院等多所法学院校的兼职教授、硕士生导师。

已发表论文四十余篇,其中在《法学家》《法律适用》《人民司法》等法学重要期刊上发表十余篇。参与多项省部级调研课题,已出版专著《民事诉讼法学实践问题研究》。

目 录

第一章 婚姻中的协议

实务难题 1 夫妻间忠诚协议的效力如何 / 003

夫妻忠诚协议中的赔偿性协议应为有效,一方有不忠行为而违反协议的,应当承担协议中约定的赔偿责任。这一责任的具体承担方式与数额,应当遵守比例原则,根据过错行为类型、过错程度、双方收入水平、基本生活保障等问题综合确定。

实务难题 2 夫妻财产约定的物权效力认定 / 018

在夫妻财产约定的法律适用问题上,《婚姻法》《物权法》《合同法》三者应当一体适用,不分先后。夫妻财产约定是一种依据《婚姻法》的规定而作出的,以改变特定不动产的物权归属为目的与内容的双方民事法律行为,故应当根据《物权法》关于民事法律行为导致物权变动中的登记生效主义确定具体物权归属与转移时点,该约定本身不具有直接变动相应物权的法律效力。

实务难题 3 夫妻离婚协议中概括性约定的处理 / 035

签订离婚协议或进行离婚诉讼调解时,财产分割协议应当明确列举财产的具体类型、数额,明确约定财产分割的具体方法与范围,协商过程应当保留原始证据。事实不明时,应当以通常的文字解释方法来对待离婚财产协议,并充分运用社会经验与常识,适当分配举证责任,妥善分层确定证明标准。

实务难题 4 夫妻双方先后签订多份离婚协议的效力认定 / 042

夫妻双方签订多份离婚协议书的,一般应当以签订时间的先后为准来确定效力。夫妻双方在进行离婚登记时共同提交的离婚协议书,应当具有优先力。双方登记离婚之后,又签订了新的离婚协议书,并有内容的实质性变更的,该协议对双方亦具有约束力,但在法律性质上已经不属于离婚协议书。

前 言

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质

(代序)

婚姻家庭法律关系是一种特殊的民事法律关系,理论界认为其有主体的单一性和身份性、人身关系的主导性、伦理性、权利义务的相对性和可转换性、客体的特定性等特征。这些特征其实均以婚姻法的伦理性这一本质特征为基础。但在家事案件的审判中,法官们所关注的不仅仅是如何体现婚姻法的伦理性之类的抽象性问题,还有很多具体的“技术性”问题,如法律要件如何确定、证据如何审查、事实能否认定、法律如何解释与适用等。笔者认为,家事案件与其他类型案件相比,具有以下六个方面的突出特点,在家事法官总结与分析家事案件中的难题时,应当结合这些特点,有针对性地提升自身相应的审判业务素质,确定解决思路。

一、家事案件中部门法交叉问题多,需较强的法律综合运用能力

作为国家重要的民事基本法,我国《婚姻法》只有51条,而《合同法》全文有428条,《物权法》全文有247条,《侵权责任法》也有91条。为了弥补婚姻法法律规定的不足,最高人民法院陆续制定了一系列司法解释,特别是婚姻法解释一、二、三,在一定程度上弥补了法律的不足,但仍然不能满足司法实践的需求,特别是缺乏部门法交叉问题的解决方案。

当前,婚姻家庭案件中需要解决大量的财产争议,这些财产方面的问题又可能同时属于物权法、合同法等法律的调整对象,由此导致家事案件审判中婚姻法与其他部门法的交叉适用与衔接问题表现较为突出,在司法实践中引发了较大的争议,亟须我们加以重视并统一确定解决思路。

概括而言,财产关系可以分为动态与静态两个方面,静态关系主要包括所有、占有、使用、收益等内容,动态关系则主要包括转让、赠与、分割等内容。前者主要由物权法、公司法调整,后者主要涉及合同法等法律。在婚姻法与其他部门法的法律

交叉问题上,我们需要解决的不仅是具体法条之间的适用问题,更重要的是法律制度、法律原则之间的衔接问题,如夫妻婚后所得共同所有制与物权登记公示公信之间的关系,夫妻财产共有与股权外观主义之间的关系,家事代理权、夫妻共同债务与合同相对性之间的关系,

等等。

对此类问题,最高人民法院在其司法解释,特别是近年来所颁布的三个婚姻法司法解释中,解决了其中的一些具体纠纷,如夫妻间的赠与、父母为儿女结婚而购房、按揭购房时房产分割、投资成立公司、企业的股份分割等问题,并明确地将物权法、合同法、公司法引入婚姻案件的审判当中,规定应当按照其他部门法的相关制度与规定处理相关争议。

但在司法实践中,仍然存在大量此类问题,比较典型的有:

1. 夫妻财产约定的物权效力问题。例如,夫妻双方婚姻关系存续期间或离婚协议书中达成一致,把男方名下的房子归夫妻双方所有,在约定生效之后,房屋的产权是否当即转变为共有,而无须进行变更登记,男方如果出卖仍登记在自己名下的房屋,其出卖行为是否属于无权处分,如果男方已经过户登记给买房人,女方有没有权利主张合同无效,有没有基于物权的返还请求权?这一问题的核心在于,婚姻法规定,夫妻财产双方可以约定个人所有、共同所有的财产归对方所有或共同所有,这个约定能否突破物权法中关于物权的取得与转移以登记为准的登记要件主义?围绕这个问题,实践中有不同的处理方式,也有不同的观点。

2. 以夫妻共同财产投入,但登记在个人名下的股权出资的相关问题。此时,股权的归属为显名股东个人所有还是夫妻双方共有,配偶所享有的权利是股权本身,还是股权所代表的经济价值,未登记的配偶是不是股东,能否请求变更股东登记,显名股东的股权转让行为是否属于无权处分及是否有效。这一系列问题的解决,均以婚姻法与公司法

的协调适用为前提。有些法官认为应该按照婚姻法共同所有制的规定,夫妻共有股权;有些法官认为应当根据公司法的外观主义,仅认可登记股东享有股权,配偶只享有其中的经济利益。有些法官认为配偶有请求公司变更股东登记的权利,有些法官则认为配偶只能向另一方提出分割财产价值的主张。

3. 夫妻离婚协议中约定把房产给予子女条款的相关问题。与这一条款相关的问题,包括这一行为的法律性质是属于合同法上的赠与行为,还是属于婚姻法上的夫妻财产约定;子女有没有要求强制履行的权利;夫妻一方有无反悔或撤销的权利;夫妻双方能否共同撤销该条款等。对于这一类问题的处理,涉及婚姻法、合同法、物权法的共同适用问题。该条款虽然是离婚协议中的内容,但双方的合意行为是否需要适用合同法,特别是其中赠与合同的规定,合同法上赠与人的任意撤销权在此类案件中是否需要受婚姻法调整;受离婚这一特殊情境的限制,如有无道德性质、有无离婚财产分割上的对价等,其中赠与是否完成又涉及物权法物权转移时点的判断问题等。

4. 夫妻共同债务的认定与执行问题。婚姻法规定,为夫妻共同生活所负的债务为共同债务,相关的问题在于,婚姻法中有关夫妻共同承担债务的规定,能否突破合同法上的合同相对性原则;借款行为人为夫妻一方的,在民间借贷纠纷中二人是否为必要共同诉讼人;债权人能否直接将夫妻二人列为共同被告,主张二人共同承担返还责任;债权人只起诉了借款行为人并获得胜诉判决的,能否在执行中申请法院追加其配偶为共同的被执行人;或者虽然不追加被执行人,但法院能否在执行中直接对夫妻共同财产采取执行措施。

部门法之间的交叉适用问题,在任何一个审判领域都属于疑难问题,在家事案件审判中,由于此类案件本身争议内容的多样性、复合性,表现更为突出。实践中,有些法官看重婚姻家庭案件的特殊性,认为这是家庭内部的问题,相对于调整社会一般人之间的物权关系、交易关系的物权法、合同法

而言,应当优先适用婚姻法的规定。但这一主张其他部门法在家事审判中应保持谦抑的观点,是否符合实证法的规定,还需要进一步探讨。

最高人民法院在公报案例、杜万华专委访谈等材料中确定了“内外有别”的处理思路,对夫妻共同债务的认定与处理问题提出,在民间借贷案件中,债务人为夫妻一方还是双方的问题属于婚姻关系的外部事项,对此应当更倾向于保护债权人的利益,除非夫妻一方能提出证据证明所借款项未用于夫妻共同生活,否则原则上夫妻二人应当作为债务人,共同承担债务;对于特定债务在夫妻二人之间是否属于夫妻共同债务及如何承担的问题,则属于婚姻关系的内部事项,应当由主张为共同债务者进行主张与证明,否则应认定为个人债务由其个人承担。这一思路不仅是当前最高人民法院处理此类问题的官方态度,也是解决婚姻关系与债权债务关系间衔接问题的科学、合理的方案。这一思路较好地解决了合同相对性与夫妻共同财产制的关系问题,在处理部门法交叉问题上具有重要的引导作用,对我们处理好婚姻法与物权法上的公示公信原则、公司法上的外观主义原则之间的关系具有典型示范意义,对我们在维护家庭和谐稳定与维护社会交易安全与市场秩序之间寻求平衡,亦具有重要意义。

另外,民事审判内部房地产纠纷与婚姻家庭纠纷作为最主要的两类案件,一般会分别归属不同的审判庭处理,而民事审判与商事审判处理不同领域的纠纷,这一传统由来已久。在这一分工体系的影响之下,民事法官与商事法官各自熟悉民口或商口的有关法律规定、审判技巧与司法政策,民事审判与商事审判亦遵循不同的司法理念。但作为商事主体的个人亦有自己的家庭生活,由此导致二者存在交叉的广阔空间,这种事务上的交叉反映在纠纷之中,即引发了不同部门法之间的交叉运用。故作为法官,应当在强调专业化的同时,做到博览群书,互相学习,不仅要了解不同部门法的具体制度与规范,综合考量,更要了解不同部门法的不同精神与原则,因为后者既是立法者立法时的指引,更是司

法者理解法律、适用法律、解决法律冲突、弥补法律漏洞时的指引。

二、婚姻法重伦理， 道德观与价值判断决定审判思路

法的价值研究主要有三个方面的内容：法促进哪些价值，法本身有哪些价值，不同类别或同类价值之间在发生矛盾时以什么标准衡量。[1]价值问题是法院司法审判过程中的基础性问题。美国学者认为，法律并不仅仅是保护利益的工具，它还是表达我们的价值观和身份的工具，法院业已成为表达不同生活方式的相对价值及对立性观点的舞台。[2]

婚姻案件审判中，许多问题是由多元化的价值观冲突所引发的，而这些问题的解决又取决于法官的道德观与价值取向。例如：

1，违法证据的认定与采信。以离婚案件中常见的一方有不忠行为的证明为例，在司法实践中，法官对于认定第三者一般较为谨慎，对证据的要求较高，有些当事人为了取证，不惜通过安装摄像头的方式进行偷录。在这个问题上，如何理解《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第68条中所规定的“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”的要求，如何判断此类反映真实情况的证据的合法性，均取决于我们如何在查明案件事实与维护社会安全与秩序之间设定适当的平衡点。对这一问题，假设：案例一，一方对第三者的房屋进行监视监听，取得了其配偶与该第三者有不当行为的证据；案例二，一方在配偶经常去的宾馆的房间里安装了摄像头，以偷录得来的不雅视频为证据；案例三，一方在自己的家里安装了摄像头，结果拍到了配偶与第三者在家的不忠行为。需要讨论的是，以上案例在相关录像的违法程度上是否有不同之处，法院是否应当区分处理，在发现真实与维护社会秩序之间作出不同的选择？

2，DNA 鉴定。亲子关系的鉴定问题中也同样存在发现真实与保护子女权益，或是保护受欺骗夫

妻一方权益的不同抉择。即使都认为应当更注意保护子女权益，但到底是保持现状，不引起未成年子女心理的巨大波动更有利，还是还原真实，重认血亲更有利，实践中各有支持者。而这一选择将决定鉴定中的一系列问题，如鉴定的启动条件应该更严格还是更宽松，否认亲子关系与确认亲子关系是否应当采用不同的证明标准，婚内生育与非婚生育是否应当采取不同的标准，女方或子女拒绝配合鉴定时，在什么条件下可以按“妨证推定”处理，等等。解决以上问题，法律条文有非常明确、清楚的规定，但如何理解与适用，则取决于裁判者的立场。

3，青春损失费、分手费。实践中，有关青春损失费、分手费的纠纷屡见不鲜，而且经常以催债的方式呈现。在审理中，常见的情形是女方手持欠条以民间借贷关系为案由起诉，要求对方给付，法院如果单纯以借贷关系来看待与审理，由于双方之间没有真实的借贷合意和款项的实际支付过程，故法院可以直接否定女方返还借款的诉讼请求。但如果女方以赠与，或者直接以其他合同为案由，主张这是男方承诺支付的青春损失费的补偿，法院能不能支持？作为裁判者，我们此时需要自问：是女方的身心损害获得补偿重要，还是无过错的配偶对夫妻共有财产的财产利益更重要？是平衡男女二人个体之间的利益关系重要，还是维护社会风气与秩序更重要？

日本学者曾言，法官对其职务的目的必须有高度的认识，做一名法官必须远非仅仅是一种职业，其必须是独立的价值观持有者。[3]法官要有自己的价值判断，这在婚姻家庭案件的审判中尤其重要，这是我们适用法律、解释法律的前提。在法理学上，法律解释方法有许多种，对于家事法官而言，除了文义解释、体系解释、立法解释等客观性的方法之外，更应当适当地运用目的解释、类推适用等方法，发挥法官的主观能动性 with 适用法律的创造性，解决审判中的难题。此中最为重要的是，除了掌握和运用合理的司法审判中的技术性方法之外，法官更多地应当注意在审判中体现出社会主义核心价值观与主流道德观，在面对胜负结果的分配难题时，应

当对当事人双方间争议的具体事项进行价值衡量,充分考虑不同选择之间的社会效果的异同得失,由此确定解决方案。

三、家事案件的处理追求情理法的融合, 需尊重风俗习惯

习俗、道德与法律是人类社会的三大主要社会规范,其历史渊源、演进、功能以及相互关系是社会学的重要内容。〔4〕风俗习惯是一种自发形成的行为规范,被众人了解、接受并长期遵循便成为风俗,通过反复不断的实践而转化为人们的习惯。这些风俗习惯虽然不具有法律上的强制力,但仍然是社会一般公众日常行为的准则,也是社会公众评价他人行为及法院判决结果的重要准则。基于风俗习惯对社会生活以及人们行为的实际影响,我们也应当引起重视,利用其解释法律,弥补法律规定之不足。《民法总则》第10条明确规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”在我国传统文化中,家庭具有特殊的地位,儒家思想中关于家庭关系的塑造问题是其核心内容,在社会的长期发展历程中,人们对于如何缔结婚姻、维系家庭,形成了各具地方特色的风俗习惯。我们在案件审理过程中应当充分了解并运用这些地方性的知识与规范。例如:

1. 结婚宴席上宾客送的贺礼,也就是俗称的“份子钱”的问题。份子钱到底是给谁的,怎么分,这个问题法律没有具体的规定,我们可以将其定性为赠与,但赠与的对象是谁?这一问题完全要通过考察风俗习惯来解答。这个问题争议很大,有观点主张“份子钱”应当都是赠与结婚的夫妻二人的,有观点主张是分别赠与双方及双方父母的。如果来宾,也就是赠与人是小两口的同学或者朋友,则观点较为统一,认为受赠人是夫妻二人。如果赠与人是男方家长或女方家长的朋友,如何认定受赠人?如果赠与人是双方各自的亲属,如何认定受赠人?这些问题的解决取决于本地风俗。笔者认为,对中国的婚姻来讲,结婚不仅是子女的事情,更是

父母的事情,不是小两口公示一下“我们结婚了”,而是老两口公示一下“我孩子结婚了”,所以婚礼的意义本来就具有双重性。另外,中国人讲究礼尚往来,老两口参加他们的同事、朋友的子女的婚礼所送出去的贺礼,这些接受了贺礼的同事、朋友也刚好借着这个机会还礼。因此,这些贺礼也就相应的具有不同的作用,赠与的是不同的对象。所以笔者认为,在参加婚礼的时候,小两口的同学、朋友给的“份子钱”应该是给小两口的,男方或女方家长的朋友、同事给的“份子钱”应该是分别给双方父母的。

2. 彩礼返还的问题。彩礼是男方按照婚姻习俗,在订婚的时候给女方的钱。司法实践中,彩礼问题主要包括以下内容:第一,什么是彩礼。彩礼跟一般赠与如何区分,是不是为了表达订婚的诚意而给付,是否表现出特殊目的与特定名义,数额与价值是否符合当地风俗习惯。第二,彩礼纠纷的当事人是谁。我们可以通俗地说“男方给女方收”,但诉讼时法律关系主体与诉讼主体的范围则有其严肃性,需要准确地界定谁是彩礼赠送与接受的当事人,是小两口还是各自父母,还是子女及父母?这又是一个社会风俗问题与法律问题相交叉的事项。古代婚姻为“父母之命,媒妁之言”,订婚也是男方家去女方家提亲,但现代婚姻法强调的是子女自身的婚姻自由,婚姻法规定与传统习俗如何衔接。第三,彩礼的退还事由。彩礼自古以来就有未婚退还的通行规则,而成婚以是否举办了婚礼为标准。当前,婚姻法司法解释中规定,双方没有登记结婚的,男方可以要求返还。但是实践中,多地法院也认为没有登记但长期同居生活的,不应返还。在此问题上,在实际执法的时候,法律的抽象性要考虑社会生活的不平衡性,正视农村地区普遍存在的事实婚姻现象。

四、婚姻法法律解释的难度大, 更需关注“行动中的法”

婚姻家庭案件的审判中,由于相关规范性条文不多,寻找法律不难,难在法律的理解与适用,相

对简单的法条文字内容更给法官的适用增加了难度。比如:

1. 离婚法定事由的理解问题。婚姻法规定重婚、家暴、分居为主要的离婚事由。但在司法实践中问题仍然很多,如在婚姻法已经原则上不承认事实婚的情况下,重婚是否包括事实婚,刑事审判中认为重婚罪应包括事实婚,在离婚纠纷中是否应当包括;对家庭暴力的认定有没有严重程度与持续性方面的限制;分居如何掌握,是没有了夫妻生活就是分居,还是必须有物理上的距离才是分居,在家里住但分房睡算不算分居;等等。另外,我们在认定双方感情是否破裂的过程中,要审查恋爱史、结婚的时间等婚姻基础问题,这一方面如何掌握,有没有客观标准;我们审查婚后生活是否和谐,但过日子难免磕磕碰碰,怎样算因生活琐事而感情破裂,怎样又算双方虽有矛盾,但感情尚未破裂?

2. 抚养权与抚养条件的判断问题。司法解释中规定,离婚时抚养权的确定应当有利于子女的身心健康,保障子女的合法权益,结合父母双方的抚养能力和抚养条件。但抚养条件的优劣如何判断,怎么安排才是有利于子女的身心健康,如一个工资收入很高,但每天加班到很晚的父亲与一个朝九晚五的上班族母亲,到底谁的抚养条件更好?是物质保障更重要还是精神交流更重要?

3. 夫妻共同债务的认定问题。比如,夫妻一方借钱给家里买家具、家电,乃至买车买房,认定是为夫妻共同生活的夫妻共同债务,争议不大。但一方投资办公司,主要家庭收入来源依靠公司经营收入与分红,该方为了公司经营所需而借债,算不算为夫妻共同生活的夫妻共同债务?夫妻一方为他人作保证,有的地方高院明确认为此行为对家庭生活没有任何益处,不能形成夫妻共同债务,但这种担保为了维系自己在生意场上的伙伴关系,或者收取一定的担保报酬,这种担保有没有为夫妻共同生活负担的内容?再如,侵权人一般只是直接的侵权行为人个人,但如果侵权行为是在为了共同利益而行动的过程中产生的,如开车送孩子上学途中,发生交通事故撞了人,是否能构成共同侵权,形成

夫妻共同债务?多地法院认为基于车辆运行控制与运行利益归属两方面的判断,应当作为共同债务处理。那么,一方为家庭利益激愤伤人或杀人的,其侵权赔偿责任是不是共同债务?

在以上案件的审理过程中,裁判的思路与结果取决于对法条相关内容的解读。此时,如何降低法官的个性化因素的影响,如何合理限制法官自由裁量权的作用,减少同案不同判的现象发生,是家事审判急需解决的重要问题之一。笔者认为,家事案件中的许多问题在长期的司法实践中已经自发形成固定的思路与对策,相关婚姻法条文在实践中的适用有了成熟的经验,这些在本地区、本法院形成的习惯已经形成了庞德所称的“行动中的法”[5]。一方面,法官应当了解相关情况并从中吸取知识与经验,在日常审判工作中,将自己对法律的解释统一到惯常处理思路之上,保证执法的统一性;另一方面,法院应当加强相关调查研究,积极总结审判经验,以指导性案例、会议纪要等方式,明确意见,统一处理思路。

五、家庭生活中的事实证明难, 需更多地运用生活经验与常识

古话有云:清官难断家务事。通俗地讲,这两个主要原因,一是理说不清,二是事说不清。婚姻家庭生活具有持续性、封闭性、不规范性的特点,其行为规则及方式不同于陌生人之间的民事交易行为,很难留存相应的证据材料。比如,财产的取得与交付行为,在民事交易的过程中,会在占有、保管、交付、运输、验收的各个步骤中留下一系列的证据材料,但这在家庭生活中是无法想象的,以此要求当事人的举证,显然过于苛刻。又如,夫妻对外债务的真实性的判断问题。通常而言,与一方当事人具有亲友关系的证人的证言,可信度较低,证明力较小,但在离婚案件中确认债务的问题上,这一思路无法套用,因为肯给夫妻借钱的通常只有亲友,我们在审判中不能脱离社会实际与生活常识。

为解决这一问题,我们需要运用好日常生活经验法则,更多地运用推定。比如,在婚外情的认定

上,审判中我们通常对这一事实的认定是较为严格的,如一方提供了电梯上摄像头的录像记录,表明另一方与第三者晚上一同上楼,白天出出进进,我们会认为其没有直接的不当行为的内容,而且质疑这一录像是否连续。如果有二人共同的开房记录,或多次在同一个宾馆分别开房的记录,此时能否认定出轨?笔者认为,即使没有能够直接证明双方发生不正当关系的证据,但是以社会常识考量,以上开房记录也足以使我们对此事实予以认定。在家庭暴力的认定过程中也存在同样的情况,一方只能提供报警记录、出警记录、医院病历,但没有能够直接证明施暴行为与过程的证据时,基于家庭生活的封闭性,如无反证,笔者认为也足以认定存在家庭暴力。

经验与常识的作用不仅体现在对具体证据材料的审核之中,也体现在诉讼推定之中。在证据法上,推定分为事实推定与法律推定两大类,法律上的推定又可以分两种,即法律效果上的法律推定与

证明效果上的法律推定。事实上的推定是一种证明方法,如被告在交通事故发生之后逃逸并立即对车辆损伤部位修补喷漆,损害情况又与受害人或在场证人的描述相近的,我们可以基于此基础事实,根据日常经验法则推定其就是交通事故的侵权人这一待证事实;证明效果上的法律推定的典型即《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24条中规定的夫妻共同债务的推定,即夫妻一方在婚姻关系存续期间所借债务推定为共同债务,但是另一方配偶可以提交反证,证明钱没有用于夫妻共同生活,从而推翻此推定;法律效果上的推定实际是一种对特定情况下法律后果的规定,如我国继承法之司法解释中规定的,互有继承关系的人同时死亡的,推定为长辈先死亡,这是一个通过法律推定明确各自的死亡时间与先后关系,进而确定相互之间继承关系的法律规范,这种推定是不能推翻的。

新书推荐:《我国未成年人监护制度的理论与实践》

2018-10-11 家事法研究中心

<https://mp.weixin.qq.com/s/JvG-o8X001MDglWpPcUopQ>



图片来源: <http://product.dangdang.com/25122550.html>

著者: 林艳琴

出版社: 中国法制出版社

出版年月: 2017年7月

推荐指数: ★★★★★

简介

监护在未成年人保护制度中占据重要的地位。

《中华人民共和国民法通则》第16条和第18条对未成年人的监护人及监护人职责进行了规定,相关司法解释及规定又对其作了进一步的补充。2014年12月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部联合发布《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》,对撤销监护资格作了较为详细的规定。2017年3月通过的《中华人民共和国民法总则》在第二章自然人中设专节规定了监护制度,较以往的规定有一定的进步。

从一定程度上看,我国现行的未成年人监护法律制度在实际生活中发挥着重要作用。但由于

社会的不断发展,其在监护人资格、监护种类、监护责任等方面的规定愈显不足,缺乏可操作性;同时在监护监督等方面并未进行规定,已经明显滞后于社会发展的需要,使未成年人合法权益的保障陷入困境。

本书较为系统全面地介绍了我国未成年人监护的现状,梳理了两大法系主要国家的未成年人监护制度,对我国未成年人监护制度存在的问题进行了较为深入的分析并提了若干完善的建议,包括对监护人的范围、监护资格、委托监护、临时监护等提出完善的建议,并对构建监护监督和国家代位监护提出了若干设想。

目 录

第一章 绪 论

- 一、未成年人监护制度概述
- 二、研究的范围及背景
- 三、研究目的及主要内容
- 四、研究方法 with 主要研究过程
- 五、主要观点

第二章 文献回顾

- 一、未成年人监护制度立法技术层面的研究现状
- 二、未成年人监护制度具体内容的研究现状
- 三、简要评析

第三章 我国未成年人监护制度若干现实问题探讨——以问卷调查数据为例展开

- 一、关于未成年人监护法律制度现状的若干问题
- 二、关于未成年人监护制度完善的问题

第四章 我国现行立法关于未成年人监护制度的规定及司法实践

- 一、我国现行立法关于未成年人监护制度规定的不足
- 二、司法实践中的案例

第五章 英美法系和大陆法系主要国家关于未成年人监护制度的相关简况

- 一、英美法系主要国家关于未成年人监护制度的相关简况
- 二、大陆法系主要国家关于未成年人监护制度的相关简况

第六章 我国未成年人监护法律制度完善构想

- 一、未成年人国家监护制度的概念和主要内容
- 二、我国未成年人国家监护制度建构的理论基础和原则
- 三、我国未成年人监护制度完善的若干具体建议

余 论

- 一、本研究还有待进一步研究的问题
- 二、本研究的不足

主要参考文献

- 附录一:《未成年人监护现状与监护制度完善》调查问卷
附录二:委托监护协议(范例)

编辑 | 朱自文

十、电影推荐

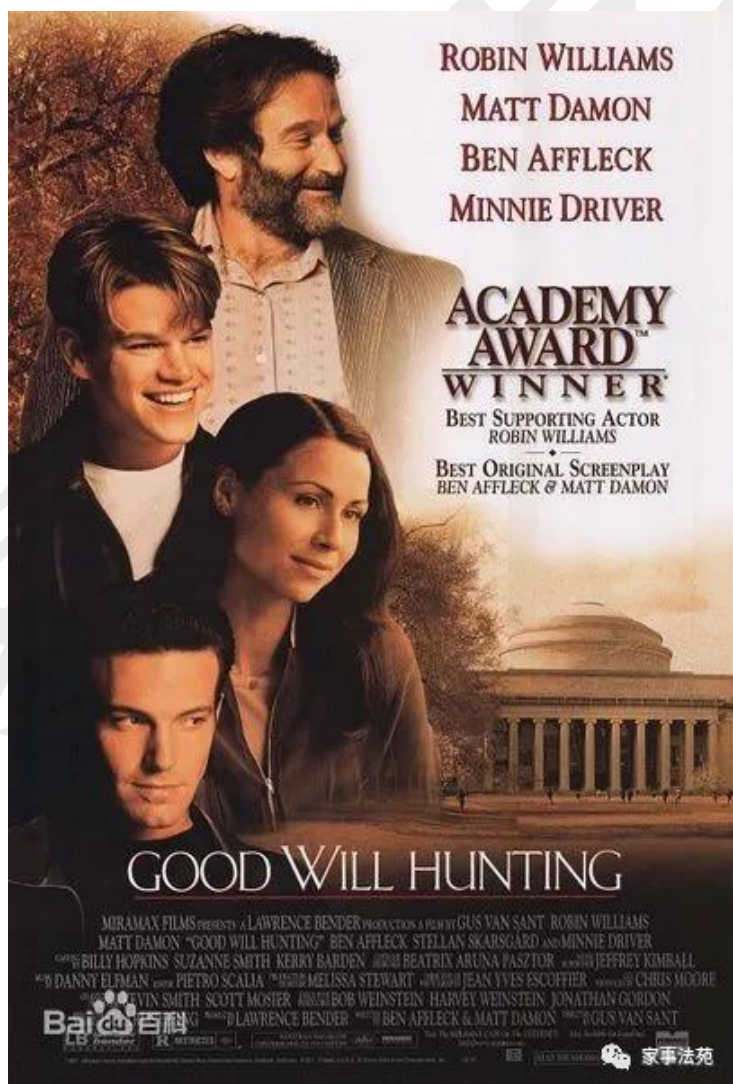
《心灵捕手》(Good Will Hunting) | 家庭伦理电影 | 来源: 百度百科、腾讯视频

2018-10-07 家事法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/2WWBe434AHcjSwmeTLUkow>

《心灵捕手》(Good Will Hunting)

《心灵捕手》(Good Will Hunting)是一部励志剧情电影。影片由格斯·范·桑特执导,罗宾·威廉姆斯,马特·达蒙等主演。影片讲述了一个名叫威尔(Will Hunting)的麻省理工学院的清洁工的故事。威尔在数学方面有着过人天赋,却是个叛逆的问题少年,在教授蓝勃、心理学家桑恩和朋友查克的帮助下,威尔最终把心灵打开,消除了人际隔阂,并找回了自我和爱情。影片于1997年12月2日首映。



基本信息

《心灵捕手》(Good Will Hunting) 是一部励志剧情电影。影片由格斯·范·桑特执导, 罗宾·威廉姆斯, 马特·达蒙等主演。

影片讲述了一个名叫威尔 (Will Hunting) 的麻省理工学院的清洁工的故事。威尔在数学方面有着过人天赋, 却是个叛逆的问题少年, 在教授蓝勃、心理学家桑恩和朋友查克的帮助下, 威尔最终把心灵打开, 消除了人际隔阂, 并找回了自我和爱情。影片于 1997 年 12 月 2 日首映。



中文名 心灵捕手
外文名 Good Will Hunting
其它译名 骄阳似我、善意狩猎、暗码
出品时间 1997
出品公司 A Band Apart
发行公司 米拉麦克斯影业公司 (Miramax Films)
制片地区 美国
制片成本 1000 万美元
拍摄地点 美国波士顿麻省理工学院
导 演 格斯·范·桑特
编 剧 马特·达蒙, 本·阿弗莱克
制片人 Lawrence Bender
类 型 剧情
主 演 罗宾·威廉姆斯, 马特·达蒙
片 长 126 min
上映时间 1998-01-09
票 房 \$225,933,435
分 级 USA:R
对白语言 英语
色 彩 彩色
imdb 编码 tt0119217
主要奖项 第 70 届奥斯卡最佳原创剧本 第 70 届奥斯卡最佳男配角

剧情简介

一个麻省理工学院的数学教授，在他系上的公布栏写下一道他觉得十分困难的题目，希望他那些杰出的学生能解开答案，可是却无人能解。结果一个年轻的清洁工威尔在下课打扫时，发现了这道数学题并轻易的解开这个难题。

威尔聪明绝顶却叛逆不羁，甚至到处打架滋事，并被少年法庭宣判送进少年观护所。数学教授有心提拔这个性不羁自我的天才，要他定期研究数学和接受心理辅导。数学难题难不倒他，但却对于心理辅导，威尔却特别抗拒，直至遇到一位事业不太成功的心理辅导专家桑恩教授。在桑恩的努力下，两人由最初的对峙转化成互相启发的友谊，从而使威尔打开心扉，走出了孤独的阴影，实现自我。



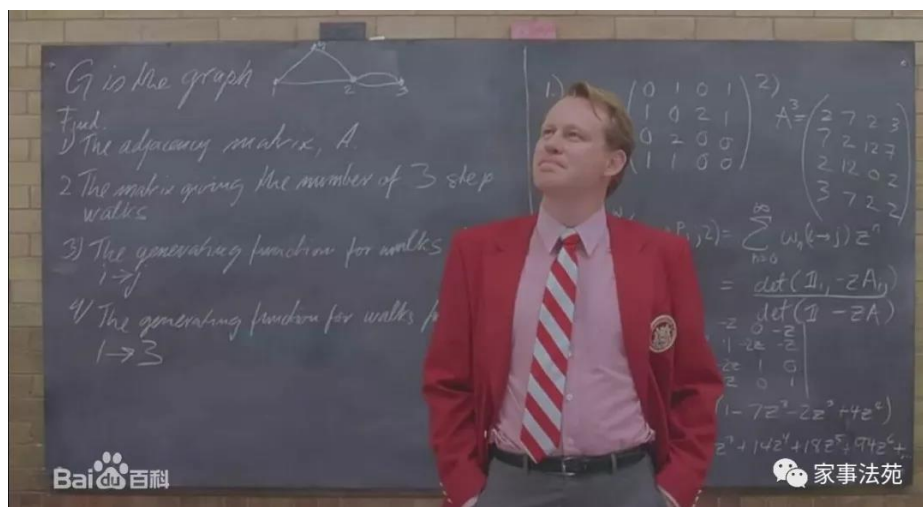
角色介绍



威尔

演员 马特·达蒙

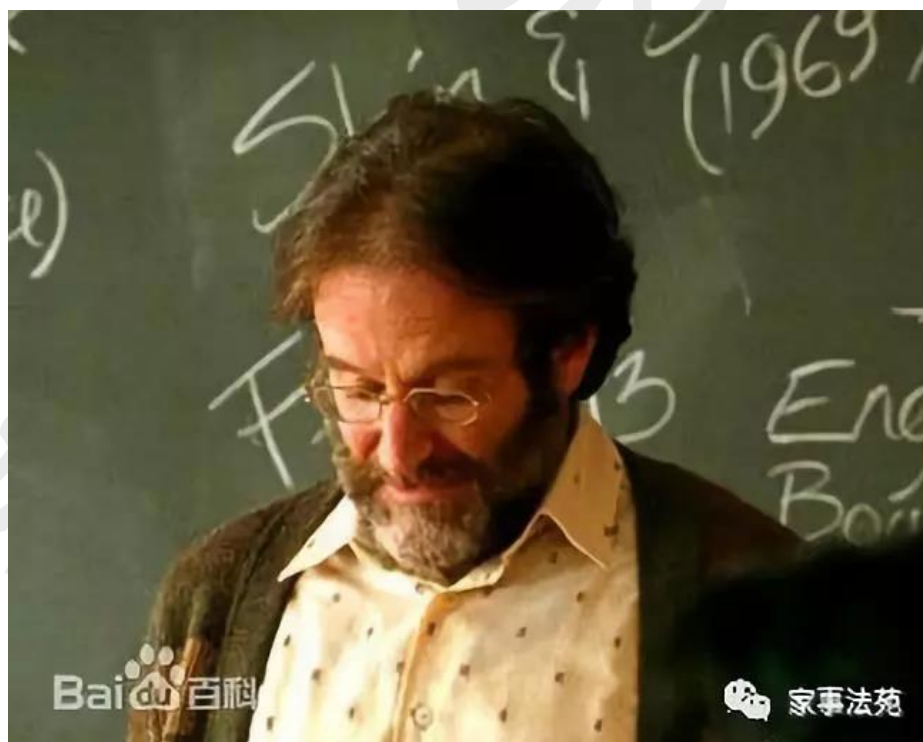
麻省理工大学的清洁工，有惊人的数学天分，但是个问题少年。在教授桑恩和朋友查克的帮助下，最终把心灵打开，消除了人际隔阂，并找回了自我和爱情。



蓝勃

演员 斯特兰·斯卡斯加德

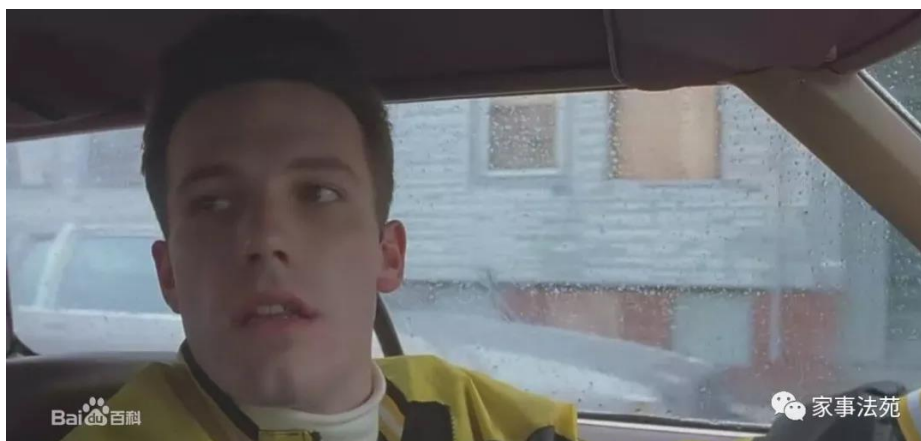
麻省理工大学的数学教授，威尔就是解出了他留在黑板上的难题而被他发现。后来将进了监狱的威尔保释出来，并帮助他寻找心理医生治疗。



桑恩

演员 罗宾·威廉斯

遍尝人生甘苦而拥有丰富情感经验的心理医生桑恩，由于他的努力不懈，威尔才能敞开心扉。自己也在帮助威尔的工作中重新找到了人生的意义，走出了丧妻的阴影，满怀信心地准备迎接新的未来。



查克

演员 本·阿弗莱克

威尔的死党好友，成日和威尔一起四处闲逛，打架滋事。却与威尔肝胆相照，和桑恩一起帮助威尔。

获奖记录

年份	奖项	类型	接收方	结果
1997	波士顿影评人协会奖	最佳剧本奖	马特·达蒙 本·阿弗莱克	获奖
	第70届奥斯卡金像奖	最佳男配角	罗宾·威廉姆斯	获奖
		最佳原创剧本	《心灵捕手》	
		最佳影片	Lawrence Bender	提名
		最佳男主角	马特·达蒙	
		最佳女配角	明妮·德瑞弗	
		最佳导演	格斯·范·桑特	
		最佳电影剪辑	Pietro Scalia	
		最佳原创歌曲	Elliott Smith	
		最佳剧情类原创配乐	Danny Elfman	
	金球奖	最佳编剧（电影类）	巴纳·莫里茨 杰西卡·穆顿 Francesco Clemente	获得
		最佳剧情片（电影类）	《心灵捕手》	提名
		最佳剧情片男主角（电影类）	马特·达蒙	
		最佳男配角	罗宾·威廉姆斯	
	美国演员工会奖	最佳男配角	罗宾·威廉姆斯	获奖
		最佳男主角	马特·达蒙	提名
		最佳女配角	明妮·德瑞弗	
		最佳电影演员奖	本·阿弗莱克 马特·达蒙	
			明妮·德瑞弗 Stellan Skarsgård Robin Williams	

1998	美国电影剪辑协会奖	最佳影片剪辑	Pietro Scalia	提名
	BMI电影电视奖		Danny Elfman	获得
	柏林国际电影节	杰出个人奖	巴纳·莫里茨 杰西卡·穆顿 Francesco Clemente	获得
		金熊奖	《心灵捕手》	提名
	广播影评人协会奖	最佳原创剧本	马特·达蒙 本·阿弗莱克	获得
		最具突破艺人	马特·达蒙	
		最佳影片	《心灵捕手》	提名
	芝加哥影评人协会奖	最有前途的演员	马特·达蒙	获得
		最有前途的演员	本·阿弗莱克	提名
	温哥华影评人奖	最佳原创剧本	马特·达蒙 本·阿弗莱克	提名
	佛罗里达影评人奖	年度最佳新人	马特·达蒙 本·阿弗莱克	获得
	美国导演协会奖	杰出导演成就奖	格斯·范·桑特	提名
	欧洲电影奖		Stellan Skarsgård For Amista	获得
	MTV电影大奖	年度电影	《心灵捕手》	提名
		最佳男演员	马特·达蒙	
		最佳荧幕双人组	马特·达蒙 本·阿弗莱克	
		最佳吻戏	马特·达蒙 本·阿弗莱克	
1999	金拖车奖	最佳剧本	《心灵捕手》	获得
	帝国奖	最佳影片	《心灵捕手》	提名
	日本电影学院奖	最佳外语片	《心灵捕手》	提名
	百视达巨星奖	最喜欢的演员	马特·达蒙	获得
		最喜欢的女演员	明妮·德瑞弗	提名

附一

“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、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：13167578960）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

附二

“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

附三

“继承法苑”继承法实务交流微信群群规则

(2017年11月版)

“继承法苑”继承法实务交流微信群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、付鹏博、李凯文、王志锋、徐文丽、杨竹一、陈建宏、李炜、辜其坤、谷友军、季凤建、严健、王钦、李琳、万薇。

1、建群宗旨

继承无小事，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，即时分享最新中国继承法制信息动态，继承审判动态、典型继承案例、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。

本群主题为继承法及继承诉讼及非诉讼程序，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“继承法苑”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李凯文助理（微信号：13240475703）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名+继承，申请加入涉外家事实务微信群；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。

1) 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、律所具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。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。

2) 公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3) 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**。

4) 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。

5) 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（“继承法苑”公号已做到了去商业化，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>）！

《“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，尝试搭建与律师同行、学者、法官、公证员、房管、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。获取方式：

1) 简报电子版下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>。

2) 专题资料：家事诉讼程序立法及完善相关资料、继承法修改专家建议稿及争鸣专题资料、婚姻法司法解释三实施一周年专题资料、2008 全年合集精编版、2009 年全年合集、2011 年全年合集、《婚姻法》司法解释（三）第 7 条的理解与适用争议专题、全国首例冷冻胚胎权属案专题特别版、夫妻婚内确认财产所有权诉讼问题之探讨资料专题、家事法实务沙龙夫妻财产约定、赠与辨析专辑等，下载网址：<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，群主或管理者有权、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者团队提出申诉，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！

“继承法苑”微信群管理员团队

2017 年 11 月 5 日

附四

“涉外家事法苑”涉外家事实务交流微信群群规则

(2017年11月版)

“涉外家事法苑”实务交流微信群，群主：赵宁宁，副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳；

管理员：李凯文、杨晓林、段凤丽、邓雯芬、付鹏博、王志锋、徐文丽、杨竹一、陈建宏、李炜、辜其坤、谷友军、季凤建、严健、王钦、李琳、万薇。

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，即时分享最新中国涉外家事法制信息动态，涉外家事审判动态、典型涉外家事案例、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。

本群主题为涉外家事诉讼及非诉讼程序，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“涉外家事法苑”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李凯文助理（微信号：13240475703）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名+涉外家事，申请加入涉外家事实务微信群；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。

1) 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、律所具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。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。

2) 公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3) 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**。

4) 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。

5) 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（“涉外家事法苑”公号已做到了去商业化，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>）！

《“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，尝试搭建与律师同行、学者、法官、公证员、房管、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。获取方式：

1) 简报电子版下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>。

2) 专题资料：家事诉讼程序立法及完善相关资料、继承法修改专家建议稿及争鸣专题资料、婚姻法司法解释三实施一周年专题资料、2008 全年合集精编版、2009 年全年合集、2011 年全年合集、《婚姻法》司法解释（三）第 7 条的理解与适用争议专题、全国首例冷冻胚胎权属案专题特别版、夫妻婚内确认财产所有权诉讼问题之探讨资料专题、家事法实务沙龙夫妻财产约定、赠与辨析专辑等，下载网址：<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）、经常性转贴到其他微信群、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，群主或管理者有权、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者团队提出申诉，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！

“涉外家事法苑”微信群管理员团队

2017 年 11 月 28 日