

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

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

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

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

2013 年总第 16 期 综合版 编辑时间: 20131103

本期目录

一、婚姻家庭审判动态

- 成都一女子遭家暴诉离婚被拒 法院回应 -----2013年09月29日 四川在线 吴忧
- 江西省赣州市章贡区人民法院: 审理“冷暴力”离婚案法院遭遇法律难-----2013年09月30日 人民法院报 曾祥全
- 巡回审理赡养纠纷-----2013年09月29日 人民法院报 周瑞平
- 兰州西固区法院: 离婚之后又同居 再次分手要分财产-----2013年10月11日 每日甘肃网
- 人身保护令: 效果很好, 地位待明了-----2013年10月15日 中国妇女报 王春霞
- 广东省深圳市宝安区法院: 创家事纠纷综合解决机制-----2013年10月15日 人民法院报 李汝健
- 广东省深圳市宝安区法院: 家暴男被限制在 200 米外人身保护让她过上“太平日子” 2013年10月15日 人民法院报
- 广东省深圳市宝安区法院: 调解视夫妻感情方向财产申报吓退不少有钱人-----2013年10月15日 人民法院报
- 北京市通州区法院: 怀疑丈夫网上征婚妻子欲离婚被驳回-----2013年10月15日 京华时报 裴晓兰
- 北京市房山区法院院长沟法庭: 老人居无定所诉两子讨赡养费-----2013年10月14日 京华时报 张淑玲
- 赡养财产离婚 农村老人权益保障面临三大法律问题-----2013年10月16日 中国宁波网 董小军
- 90 后夫妻结婚半年即离婚 领证只为给孩子上户口-----2013年10月17日中国台湾网 陈翔
- 北京房山区法院: 80 后离婚理由花多样 妻子爱撒娇也算一个另一方不同意离婚的, 法院多判驳回 2013年10月20日 人民法院报 庞立新
- 浙江省宁海县人民法院: 涉老房产纠纷多发根源在养老 宁海法官建议代履行确保老人获得赡养-----2013年10月21日 法制日报 王春
- 河南省潢川县人民法院: 返还彩礼按公序良俗-----2013年10月20日 人民法院报 方志淮
- “法理”+“情理” 广西为妇女维权撑起保护伞-----2013年10月21日 中国妇女报 高峰
- 北京市海淀区法院: 女子“闪婚”收彩礼后退婚被“闪”男子起诉退彩礼获支持-2013年10月22日 北京晚报 林靖
- 北京昌平区法院回龙观法庭: 老翁诉 6 子女 要求每周看望-----2013年10月23日 北京晚报 杨昌平
- 反家暴又有新举措宁夏出台家庭暴力告诫制度-----2013年10月23日 中国妇女报 马妮娜
- 清远中院: 家事审判合议庭法官谭平-----2013年09月25日 南方报网
- 广西百色市田东县人民法院: 田东女子家事法庭探索“家务事”审理新模式-2013年10月15日 中国法院报 黄小果
- 浙江杭州市: 西湖区有个婚姻家庭纠纷调解团队-----2013年10月23日 每日商报 张玓
- 宝安法院设立家事审判庭-----2013年10月21日 深圳商报 包力
- 让协议离婚当事人不再“伤不起”-----2013年10月08日 中国妇女报 林志文

二、一般审判动态

三、立法动态

参与百余件涉及妇女利益的法律和政策制定修改妇联持续推动立法保护妇女权益 2013年10月28日 法制日报 陈丽平

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案件

北京市昌平区法院: 女子诉求狱中丈夫离婚-----2013年10月23日 京华时报 孙思娅

(二) 婚姻无效、撤销案例

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

内蒙古自治区兴和县人民法院：不具民事行为能力人离婚法院判决民政局撤销登记 2013 年 10 月 09 日 人民法院报 逯标
安徽滁州市南谯区法院：安徽情侣相爱 5 年 才知彼此竟是表兄妹-----2013 年 10 月 22 日 中国青年网 刘林

（三）子女抚养纠纷案例

双胞胎父母离婚两个乖伢判给谁-----2013 年 09 月 30 日 楚天都市报(武汉) 余皓
五河一离婚妇女告前夫 讨回小女儿抚养权-----2013 年 9 月 2 日 淮河晨报
上海宝山区法院：41 年抚育竟换来养女“霸占房” 养母诉请解除收养关系获法院支持-----2013 年 10 月 08 日 上海法治报 王川

（四）撤销婚姻案例

（五）损害赔偿案案例

广西贵港市港北区人民法院：妻子外遇生子诉离婚 丈夫获精神损害赔偿金-----2013 年 09 月 25 日 光明网 罗珩
上海市嘉定区法院：八年养育“爱儿”竟非“亲儿” 双方调解决定孩子母亲向对方赔付共计 10 万元
-----2013 年 10 月 23 日 上海法治报 周寒梅

（六）扶养赡养案件

北京丰台法院：老太哭诉养儿不防老求照顾儿子强调吃低保住廉租房 经法院调解双方达成协议
-----2013 年 10 月 10 日 京华时报 裴晓兰
新疆维吾尔自治区温宿县人民法院：新疆老太告儿“不常回家”-----2013 年 10 月 15 日 法制日报 潘从武
安徽泾县法院：八旬老夫妇状告养子 法院判其承担赡养义务-----2013 年 10 月 28 日 中安在线(合肥) 杨一祥

（七）离婚后财产纠纷

江苏省徐州市鼓楼区人民法院：前夫替人炒股亏损 前妻被判共同偿债-----2013 年 10 月 09 日 上海法治报
北京昌平区人民法院：律师隐匿财产与妻子闹离婚法院准予离婚 多分财产给女方 2013 年 10 月 06 日 京华时报 孙思娅
江苏常州武进区法院：男子为离婚时让妻子少分钱 伪造借条转移财产-----2013 年 10 月 12 日 中国新闻网 芮伟芬
江西省南昌市东湖区人民法院：夫妻离婚前两次处置房产 先后不一起纠纷-----2013 年 10 月 16 日 光明网 刘媛
广西德保法院：前夫反悔不履行离婚协议引发三场官司-----2013 年 10 月 17 日 光明网 劳珍
北京昌平法院：离婚男子起诉分房产 因未照顾病妻被驳-----2013 年 10 月 28 日 中国新闻网
南京栖霞区法院：婚前婚后爸妈各给我一套房 离婚房子怎么分？-----2013 年 10 月 23 日 中国江苏网
离婚后前夫不还嫁妆女子起诉讨要获支持-----2013 年 10 月 28 日 京华时报
北京昌平法院：离婚男子起诉分房产被驳-----2013 年 10 月 28 日 京华时报

（八）恋爱同居案例

广东中山市第一人民法院：男为年轻女豪掷百万 老婆发现后联手追讨-----2013 年 10 月 14 日 南方网 吕婧
老汉赠姑娘百万 原配起诉讨回 80 万-----2013 年 10 月 22 日 南方都市报 韩成良

（九）其他典型案例

离婚男探视幼儿遭拒 诉请变更抚养权终被驳-----2013 年 09 月 29 日 光明网 唐雪云
女子用假身份证结婚称不算数 再次嫁人被判重婚-----2013 年 09 月 30 日 新华报业网
北京第一中级人民法院：系北京首例涉台司法互助案件 对方拒不到庭此案缺席审判 2013 年 10 月 09 日 京华时报 孙思娅
北京海淀区人民法院：男子买房送情人遭妻起诉法院判决第三者返还财产-----2013 年 10 月 11 日 京华时报 张淑玲
北京通州区法院：老汉瞒老伴卖房给保姆买卖合同认定为无效-----2013 年 10 月 11 日 京华时报 裴晓兰
王小丽：出嫁女户口回迁后可以分得土地补偿款-----2013-10-10 中国民商法律网
广东省江门市中级人民法院：孩子出生到底该跟谁姓？-----2013 年 10 月 14 日 中国法院网 林劲标
北京海淀区法院：女子收彩礼后取消婚约男方起诉退还 10 万元-----2013 年 10 月 23 日 京华时报 张淑玲
上海市长宁区法院：准夫妻吵翻天 定情物当返还男方要求女方返还钻戒获支持 2013 年 10 月 23 日 上海法治报 陈颖婷
广东省江门市中级人民法院：父亲不满儿随母姓怒告医院讨命名权-----2013 年 10 月 24 日 法制日报 章宁旦
河南南阳中院：法院对离婚登记行政案件应遵循的审查原则-----河南南阳中院判决唐某诉内乡民政局离婚登记行政案
-----2013 年 10 月 24 日 人民法院报 杨慧文

（十）赠与案例

北京顺义区法院：儿子被拘担心受牵连老太将 20 间房赠儿媳-----2013 年 10 月 24 日 京华时报 裴晓兰

（十一）夫妻债务案例

五、继承

（一）继承案例

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

江苏省南通市中级人民法院：招婿为子赠与全部家产 次女以赘书作假提异议南通中院驳回一起遗赠抚养协议确认上诉案-----2013年10月22日 人民法院报 郭小川

江西省万载县人民法院：男子生前投保又留债 法院判决保险款非遗产-----2013年10月22日 光明网 蔡军如 刘斐
黑龙江省虎林市人民法院：继子女继承生父遗产后可继承继父遗产-----2013年10月24日 光明网 谷原忠 张淑梅

(二) 继承立法动态

沪房产继承公证费下调 千万豪宅最受益省一半钱-----2013年10月04日 东方网

(三) 继承新闻

台湾：在生父死前声请保全血液 私生子认祖归宗继承财产-----2013年09月29日 人民网

废钢大王遗产案：八旬老母放弃 3.9 亿元继承权-----2013年09月30日 现代快报 何洁

重庆法院宣判案例：子女继承遗产须先偿还父母债务-----2013年09月30日 新华网 朱薇

湖南长沙市芙蓉区法院：保姆与养孙子争遗产一纸遗嘱赢一场官司-----2013年10月11日长沙晚报 李广军

房产继承公证费分档下调 市民仍建议按件收费-----2013年10月12日 中国青年报

101岁老翁立下遗嘱 将房产留给未婚孙女-----2013年10月15日 东北新闻网 张丽萍

2万多老人预约立遗嘱 成都也有老人咨询-----2013年10月16日 华夏经纬网 王国平

专家称征收遗产税基础是不能触及工薪阶层利益-----2013年10月17日 中国新闻网

合伙人互保协议频现寿险保单高额保障解决家族遗产纠纷-----2013年10月17日 东方早报 杨杰

60%受访者称遗产税应定位为“富人税”-----2013年10月21日 法制日报

公证收费标准下调 继承赠与收费大降-----2013年10月21日 北京晚报 孙莹

老人去世家人持死亡证明户口遗嘱取不出银行存款-----2013年10月27日 华商报(西安) 张小刚

六、房产、股权、信托

(一) 房产

这桩离婚案围着房子转-----2013年09月27日 重庆晨报 李澜

江西省宜春市袁州区人民法院：家庭矛盾不断升级赠送房屋被判返还-----2013年10月18日 人民法院报 周小燕

北京房山区人民法院：妻子卖房后携款消失丈夫诉合同无效成功-----2013年10月21日 京华时报 张淑玲

江苏常州金坛法院：因信用问题借人名义买房 离婚分割财产遇阻-----2013年10月24日 常州日报

为赖账将房产抵押给前妻法院判决撤销抵押行为并赔偿合理开支-----2013年10月29日 上海法治报

(二)、股权

(三) 信托专题

七、社会新闻

千万富翁离婚不到一个月 四官司逼前妻“吐”钱-----2013年09月29日 厦门日报 林森泉

成都双流县公证处要求当事人“把字练好再来”-----2013年10月01日 中国青年网

雅安荣经法院节前对已决赡养案件老人回访-----2013年09月30日法制网 凌华剑 向浴峰

不履行判决还转移财产 离婚女子被刑拘-----2013年09月30日 齐鲁晚报 王震

济南假夫妻办假离婚为买卖动迁房 中介造假离婚书被抓-----2013年9月28日 解放日报

纳川股份老板离婚 “老板娘”分走逾5亿元-----2013年09月30日 扬子晚报

福建大幅降低财产继承公证收费标准-----2013年10月01日 新华网

国务院参事刘桓声明：遗产税报道失实断章取义-----2013年10月01日 财经网

前夫替人炒股亏损 离婚夫妻被判共同偿还损失-----2013年09月27日 江苏新闻网任正辉 蒋敏

中年男女同居三年后分手 女方追讨昔日房屋产权-----2013年09月29日 东南网 陈翊群 陈美花

要2万元分手费不成 大连一男子残忍杀死同居女友-----2013年09月29日 大连晚报 静河

调查显示平均每位台湾退休族会留百万元遗产给子孙-----2013年10月03日人民网 朱炼

独获亡夫遗产 澳洲华裔妇女否认耍心机嫁豪门-----10月3日 昆士兰日报

家暴离婚案趋增取证困难 一言不合刀划妻子-----2013年9月30日 北晚新视觉 林靖

六安一女子为能与老相好续前缘 谎称家暴起诉离婚-----2013年9月30日 六安网

儿子不赡养 老娘砸玻璃-----2013年10月03日 台州网络电视台 泮昊

为继承老伴房产和存款 老太委托孙子状告儿女-----2013年10月08日 中国新闻网 崔艳红

七旬老人争千万遗产刀砍儿媳获刑四年-----2013年10月08日 中国网 陈菲

北京通州法院：一男子与前妻偷情生下女儿-----2013年10月07日 新京报 张玉学

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 ----- 分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

上海市徐汇区法院：老人“以房养老”险失住所-----2013年09月27日 上海法治报 翟睿
上海市静安区法院：为讨公房转让款 女儿将母告上庭法院判决母亲给付女儿22万元-----2013年10月09日 上海法治报 胡蝶飞
江苏无锡中院：野鸳鸯20元购彩票引出戏剧一幕 500万彩票巨奖该不该平分 2013年10月09日 上海法治报 丁红霞
河南省南召县法院：母亲墓碑“小三”留名 构成重婚原配获赔偿-----2013年10月09日 上海法治报 翟珺
“彩礼源于‘卖女儿’ 封建陋习不提倡”-----2013年10月08日 新京报
北京房山区法院：离婚 因为妻子爱撒娇？80后离婚理由“花样多” 法院多判驳：“婚姻岂同儿戏”
-----2013年10月10日 北京晚报 张宇
北京通州区法院：妻子要离婚丈夫不答应高速追逐让法官都感心悸-----2013年10月10日 北京晚报 严琪
北京海淀区法院：打女友一次罚款5000元-----2013年10月10日 北京晚报 林靖
北京密云区法院：称妻嗜赌 男子闹离婚-----2013年10月10日 京华时报 裴晓兰
北京法院：为钱结婚 4个月闪离-----2013年10月10日 京华时报 裴晓兰
最高人民法院官网开通“院长信箱”-----2013年10月09日 中国妇女报 王春霞
北京通州区法院：执行法官垫钱帮孩子交入托费-----2013年09月30日 京华时报 裴晓兰
三问遗产税-----2013年10月12日 光明日报 冯蕾 邱玥
签署离婚协议最忌“口袋条款”-----2013年10月09日 中国妇女报 林志文
男子为骗拆迁款假离婚 妻子得款后“人间蒸发”-----2013年10月12日 京华时报
病重老汉被担架抬进银行 因规定改密码须本人-----2013年10月14日 人民网 张杰
北京丰台检察院：路遇前妻生恨挥拳伤人-----2013年10月15日 北京晚报 马若怡
天价离婚再上演 神州泰岳实控人前妻分走14亿-----2013年10月15日 每经网 赵阳戈
江苏如东法院：妻子给“小三”号码充话费 通过发票知对方姓名-----2013年10月15日 现代快报 陈莹
申城老人最关心啥？昨天在复兴公园举行的为老服务传出信息——房产、遗嘱、保险一个都不少-----2013年10月14日 上海法治报
倡导结婚登记颁证仪式纸质历史数据将录入婚姻信息库-----2013年10月18日 法制日报 张维
反对家庭暴力 呼唤法律利器 全国妇联、全国人大法工委在福建开展反家暴立法调研-----2013年10月16日 中国妇女报 吴军华
单身母亲征婚被实名“富商”骗钱财婚恋网站实名审查有限难避“婚骗”-----2013年10月19日 法制日报 李光明
上海市浦东新区人民法院：老赖虚假买卖房产转移资产执行听证破解“金蝉脱壳”计-----2013年10月23日 上海法治报 富心振
江苏省邳州市人民法院：四旬妇女高龄产子 伙同舅舅变卖亲子-----2013年10月23日 上海法治报 翟珺
沈阳十岁男孩惨被母亲男友剁手烹煮-----2013年10月22日 沈阳网
男子避妻不见假扮老板 伪造离婚证骗单身女钱财-----2013年10月28日 中国新闻网 罗双江

八、异域资讯简报

美国银行监管机构公布银行机构最新“生前遗嘱”-----2013年10月03日 腾讯财经 翊海
国外如何“以房养老”：子女还清贷款后还可继承-----2013年10月12日 新京报 刘远举
提姆巴兰签署离婚协议 妻子索要巨额赡养-----2013年10月17日 环球网 李立红
法国一男子犯“婚内强奸罪”获刑-----2013年10月21日 中国妇女报
法国批准开征“富人税” 年薪百万以上征税75%-----2013年10月20日 新华网
霍英东遗产案再掀风波 极少曝光两女儿加入战团-----2013年10月23日 中国新闻网台
妇人外遇生子 27年后为争情夫遗产才承认-----2013年10月28日 人民网

九、学者、法官、律师视野下的婚姻家庭法

(一) 学者视点

征遗产税要兼顾社会效率-----2013年09月30日 环球时报 万喆
论对“第三者”的法律规制-----2013年9月29日 中国民商法律网 刘余香
中国民法学研究会2013年年会简报-----2013年9月29日 中国法学会 王利明
“家族信托”：帮富人打理家族财富-----2013年09月30日 中财网
华人孩子寄养西班牙家庭 频频引发抚养权争夺战-----2013年09月30日 中国新闻网 凌锋
论夫妻共同财产制对不动产登记公信力的影响-----2013年03月22日 中外民商裁判网 李建洲
专家交锋：遗产税该不该征？-----2013年10月8日 中国民商法律网
陕西省法学会婚姻家庭法学研究会2013年学术年会（商洛）综述-----2013年10月7日 西北民商法律网
第二届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛在台举行-----2013年09月30日 人民法院报
论遗嘱自由之限制：立法干预的正当性及其路径-----中国民商法律网 蒋月 厦门大学
论家事事件审判专门化-----2013年9月29日 湖北警官学院学报 2013年第6期

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 ----- 分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

通奸与干扰婚姻关系之损害赔偿——以英美法为视角-----中国民商法律网 孙维飞 华东政法大学
当事人协议管辖与外国判决的承认与执行法律制度的关系初探——2013年10月8日 清华法学 2013年第3期李旺
论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”-----李永军 中国政法大学 教授
《婚姻法解释（三）》第7条的理论缺陷与司法困境-----北大法律信息网 王礼仁
专家称遗产税不会加剧资本外逃 到海外还要交税-----2013年10月12日 经济观察报
论同性结合的民法规范-----2013年10月14日熊金才
《拿破仑民法典》婚姻家庭法的男女不平等研究-----2013年10月17日 澳门大学法律硕士张名扬
论股权善意取得的依据与法律适用-----2013年10月15日 西北政法学院 郭富青
夫妻忠实协议有效性辨析-----2013年10月16日上海法治报 俞立珍
如何理解男女平等——欧盟法院判决要求保险业取消对妇女的优惠措施引发的问题 2013年10月18日 人民法院报 刘作翔
“常回家看看”的法律呼唤-----2013年10月18日 人民法院网 彭超峰
公有住房租赁权继承法律问题探讨-----2013年10月18日 中国民商法律网 陈耀东 丁渤海
中国涉外物权法律适用规则之适用与完善-----2013年10月19日 中国民商法律网 杜焕芳
夫妻间权利冲突不可避免——《身份权与人格权冲突的法律问题研究》序言-----2013年10月19日 中国民商法律网 孙若军
论我国大陆地区遗赠主体制度的立法完善以海峡两岸法律制度比较为视角-----2013年10月22日 中国民商法律网吴国平、吴锬
妇女平等权的立法保护与性别预算基于国际和国内比较的视角-----2013年10月21日 中国民商法律网 徐爽
扬州大学反家暴“家庭诊所”处理千余婚姻案件-----2013年10月22日 扬州网
中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞教授参观贾汪法院家事庭并座谈-----2013年10月22日 中国网

（二）法官视点

离婚后 子女抚养权如何判？-----2013年09月30日 长江商报 李璟
不动产善意取得中“善意”之理解-----2013年01月09日 人民法院报 彭跃进
李晓林离婚纠纷案件中几个疑难问题的思考-----2013年04月09日 中外民商裁判网 李玉皎
经过公证的QQ聊天记录可作为诉讼证据-----2013年10月09日 人民法院报 胡胜克 卢彩霞
子女追索抚养费的时效问题浅析-----2013年10月11日 光明网 莫田华
浅析我国离婚经济帮助制度存在的问题及完善-----2013年10月09日 光明网 蒋艳玲
妻子坚决做“丁克” 丈夫起诉离婚获支持-----2013年09月22日 北京法院网 李晓蕊
遗嘱公证被撤销 财产继承受损-----2013年02月20日 北晨网
以转移户口为目的缔结的“合同婚姻”的效力如何认定-----2013年10月17日 中国法院网 李新亮
英国儿童家庭寄养法律制度-----2013年10月18日 人民法院报 李贤华
“探望权”的困境与破局-----2013年10月20日 人民法院网 谭地慎 郎卓章
法官手记“小三”受赠-----2013年10月22日 上海法治报
夫妻债务问题法律解析-----北京市第一中级人民法院 王茂刚
迟延履行利息计算基数的确定-----2013年10月23日 人民法院报 王其生
本案应当载明离婚协议有效-----2013年10月21日 人民法院报 陈毅清
婚姻审判理论与司法适用问题研究综述（上 实体篇）-----北大法律信息网 王礼仁
继承纠纷诉讼时效法律适用问题研究——以民通意见第177条为例的分析-----2013年06月18日 北京法院网 刘海银
法官提醒：立遗嘱从形式到内容都有讲究-----2013年10月29日 上海法治报

（三）检察官视点

丈夫婚前大一居 婚后换成小两居 价值翻了整一倍房屋增值款 配偶难分-----2013年10月11日法制晚报 汪红
面对家暴，执法者要零容忍-----2013年10月2日 中国妇女报 舒锐
应保护离婚妇女土地承包经营权-----2013年10月26日 检察日报 赵荣 张攀峰

（四）律师视点

监护权剥夺制度应进一步完善-----2013年09月30日上海法治报 蔡绍辉
养儿儿也没能防老 空巢老人孤独死去 悲剧频频上演“常回家看看”成一纸空文？-2013年10月14日北京晚报 王蕾
丈夫殴打妻子终被判刑还赔偿被家暴妻子讨回公道 -----2013年10月14日 北京晚报 林靖
律师提醒：涉外婚介尚处禁止状态-----2013年10月14日上海法治报
从美特斯邦威服饰公司（sz-002269）上市公告文件看婚姻律师如何分析招股说明书-----2013年10月13日 沪家 贾明军
针对离婚时一方转移、隐匿夫妻共同财产情况，专家建议——加大法官调查力度，保障弱势方合法权益-2013年10月16日 中国妇女报
赵宁夏律师荣获“反对家庭暴力网络”优秀论文奖-----反对家庭暴力网络

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

《理财师》杂志采访：从土豪金到贵族绿-----2013年7月《理财师》杂志 王占国
研究报告 RESEARCH REPORT 神州泰岳（SZ：300002）实际控制人离婚案 -----课题研究员 贾明军 蓝艳 公维亮 邵泽龙 张霞平
老父病重住院口述赠房 有护士一旁作证病床上的口头遗嘱有效吗？-----2013年10月21日 北京晚报 林靖
涉外诉讼离婚的管辖-----2013年10月21日 上海法治报 蔡绍辉
丈夫出轨，三年多时间内82次向“小三儿”转账，妻子起诉二人追讨107万，“小三儿”该不该返还2013年10月23日检察日报 赵雯
抵押唯一住房帮儿借款 儿未还款老父险些房产无归养儿防老，还是养老防儿？---2013年10月23日 北京晚报 薛鹏
离婚协议中遗嘱条款的效力认定-----2013年7月7日江苏苏源律师事务所 张明明
律师答疑：城里人能否继承农村祖屋？-----2013年10月28日 北京晚报 赵鸿飞

十、文件选登

公益服务月引发公证热“巧”立遗嘱公证 避免“身”后争产-----2013年10月22日上海法治报

十一、娱乐休闲

十二、推荐视频

十三、书籍推荐

婚姻家庭纠纷案件律师业务第二版序言-----2013年10月08日 法律出版社
何宝玉：信托法原理与判例——英国法研究三部曲-----2013年4月 中国法制出版社

正 文

一、婚姻家庭审判动态

成都一女子遭家暴诉离婚被拒 法院回应

2013年09月29日 四川在线 吴忱

成都一对夫妻因发生口角，在抓扯中丈夫对妻子施以暴力，受伤的妻子一怒之下向法院起诉要求离婚。近日，青羊区(微博)法院公开审理该起离婚案，认为被告的暴力行为确实存在过错，但未达到持续性、经常性的恶劣程度，且被告坚决不愿意离婚，认错态度诚恳，故法院认定夫妻感情并未完全破裂，不准两人离婚。

原告李女士诉称，原、被告于2009年7月在网上认识，通过了解后，双方建立恋爱关系。2010年10月10日登记结婚。婚后感情较好。但是，2012年开始，两人经常吵闹，夫妻感情淡漠。2013年3月20日晚，两人发生争执，丈夫挥拳打伤她，至此，夫妻感情彻底破裂，遂起诉至法院要求离婚。被告杨先生表示，坚决不同意离婚，双方感情并未破裂。他称，他与妻子自由恋爱一年有余才结婚，有深厚的感情基础，两人婚后一起打拼、奋斗，一同经历买房、装修、按揭贷款等，生活很默契、融洽。最近一年时间经常吵闹是因为被告身体检查出疾病，收入下降，导致原告产生怨言。2013年3月20日，因妻子摔坏他的手机，且不断用语言刺激他，双方发生抓扯，在混乱中妻子受了点伤。妻子受伤后，他主动打110报警，并积极配合妻子就医治疗。事后他多次向原告道歉，并到医院探望。被告还称，他极为看重婚姻，也在婚姻中极力付出。如今虽然身患多种疾病，但仍然坚持工作，收入能够养家糊口，希望再给一次机会。

法院认为，夫妻相处应以感情为基础，是否准予离婚应以夫妻感情是否破裂为标准。李女士与杨先生登记结婚后，双方在结婚前期感情尚好，之前并无不可调和的矛盾。双方因家庭琐事发生过争吵，但这类争吵在夫妻生活中也在所难免，并不足以证明夫妻感情完全破裂。李女士提交证据证明杨先生于2013年3月20日将其打伤，但杨先生在审理中认错态度也较好，此暴力行为也未达到持续性、经常性的程度，杨先生也表示坚决不同意离婚，希望能有改正机会，故认定夫妻感情并未完全破裂为宜。综上，法院不准原告李女士与被告杨先生离婚，并告诫杨先生：此类暴力行为严重影响夫妻感情，在今后的生活中应改正缺点，增加对妻子的关心与爱护，双方也应互谅互让，加强沟通，彼此理解包容，相信夫妻感情仍能重归于好。

审理“冷暴力”离婚案

法院遭遇法律难题

2013年09月30日 人民法院报 曾祥全

据江西省赣州市章贡区人民法院统计，家庭“冷暴力”引发的离婚案件居高不下，2010年至2013年上半年该院受理离婚案件数分别为286件、290件、275件、145件，其中因家庭“冷暴力”引发的离婚案件分别为31、27、29、16件，各占当年离婚案件10.8%、9.3%、10.5%、11.3%。“冷暴力”不仅影响家庭成员的心理健康、婚姻家庭稳定，不利于青少年成长，也让司法遭遇难题。

家庭“冷暴力”是指夫妻双方产生矛盾时，不通过交流等方式积极处理和解决，而是一方对另一方产生冷淡、轻视、放任和疏远。其明显特征是漠不关心对方，将语言交流降到最低限度，或使用讽刺挖苦、侮辱性语言来发泄自己的情绪、伤害对方的自尊心。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

立法的缺失使法院审理涉及“冷暴力”遭遇司法难题。一是追究法律责任难。家庭冷暴力并不是一个规范的法律概念，立法上仍是空白，对其没明确界定，也未规定对其的鉴别和取证，立法的缺失直接导致司法实践无法可依。二是界定难。是否具有主观恶性、是否具有较为严重的损害后果等在判断上存在明显的主观局限性。三是感情是否破裂认定难。当家庭遭遇“冷暴力”时，一方要求离婚，另一方却并不同意，这就使法院在具体实践中认定夫妻双方是否感情破裂，成为审理中的难点。四是受害人举证难。“冷暴力”发生在家庭特定成员之间，无伤痕、血迹，不能做伤情鉴定，具有较强隐蔽性，受害人取证非常困难。

该院建议：一是加强夫妻间的交流与沟通。家庭生活中夫妻出现矛盾是正常的，可以通过沟通甚至小吵小闹的方式来解决。二是完善相关立法，提高法律的可操作性。制定预防和制止家庭暴力的专门法。建议综合婚姻法、刑法、妇女权益保护法、治安管理处罚法等法律，适时制定反家庭暴力专门法。在这部法律中，除对家庭暴力一般特征统一规定外，还应明确规定“冷暴力”为禁止行为，并尽快制定防治家庭“冷暴力”法律、法规的具体实施细则，尤其要在实体和程序上加以明确规定，使法律法规具有可操作性。三是实行家庭“冷暴力”诉讼举证责任倒置制度。在原告举证不力时要求被告对自己没有实施家庭“冷暴力”的主张负举证责任，这样可以使诉讼当事人合理分担诉讼成本，提高受害人受保护的比率和程度。四是完善预防和制止家庭“冷暴力”社会保障体系。建立反家庭“冷暴力”的社会保障机制，努力增强人们的防范意识，并形成有医疗、鉴定、律师、妇联、公安及心理康复机构组成的“反家庭暴力组织”，各组织相互协调配合，从根本上来控制家庭暴力，推动全社会反家庭暴力的行动。

巡回审理赡养纠纷

2013年09月29日 人民法院报 周瑞平



图 1

图 2



图3

图4

6年前，陈运昌将辛苦打鱼所挣的3万元现金埋藏在地里，不翼而飞。原本孝顺的儿子，认为75岁的老父没能看住这笔钱，便不愿赡养。9月25日下午，老两口将儿子诉至安徽省光明市人民法院潘村人民法庭。次日“全国优秀法官”刘学讲就上门了解情况，走访村民，和从外地打工赶回家秋收的被告谈心，进行诉前调解。

9月27日清晨6点多，法官一行驱车60多公里，来到中淮村巡回审理这起赡养纠纷案。

9点多，经过刘学讲一番苦口婆心、情法交融的劝说，圆满调结了父子之间的矛盾。儿子自愿每年支付父母3500元赡养费，并当场兑现一半。

案结事了后，法官还开展法律咨询活动，解答了村民咨询。

当天，法官又赶到柳巷镇便民联系点，诉前调结一起运输合同纠纷。

潘村法庭力争第一时间赶到现场化解矛盾纠纷，法官们想方设法方便群众诉讼。今年截至目前，该庭已办结案件226件，其中调解结案197件，诉前化解纠纷24起。

图①：法官向群众解答法律咨询。

图②：法官指引老两口在调解协议上签字。

图③：当场兑现赡养费后，刘学讲叮嘱被告今后要善待父母。

“家事法苑”律师团队奉献

图④：和儿子打官司，母亲蹲在地上闷闷不乐。

西固：离婚之后又同居 再次分手要分财产

2013年10月11日 每日甘肃网

离婚之后又同居再次分手要分财产

西固区法院一审判决驳回女方诉讼请求

每日甘肃网-兰州晨报讯(记者陈霞)张某与前妻离婚后未办理复婚手续又居住在一起，后因琐事发生纷争，再次分道扬镳，前妻王某将张某告上法庭，要求平分同居期间购置的一套房屋，西固区法院一审判决驳回了王某的诉讼请求。近日，王某因不服一审判决向兰州中院提起上诉。

家住西固区的张某与妻子王某因感情不和，7年前就办理了离婚手续。两年前，两人在亲友的劝说下，又居住到了一起，但一直未去民政部门办理复婚登记手续。2012年，两人又为生活琐事发生纷争，再次分道扬镳，但双方为如何处理同居期间购置的一套现价值为76万元的住房各执一词。王某认为该房屋属夫妻共同财产，应当平分。张某则提出，这套房子在时间上虽为同居期间购买，但双方同居时经济上实行“AA制”，房屋是单位团购，自己全额出资购买的，房产证上写的也是自己姓名，女方无权分割。

西固区法院经审理认为，如果王某与前夫张某同居后办理了复婚登记手续，则该所购房屋，无论哪一方出资购买，均应认定为夫妻共同财产，双方离异时原则上可各半享有。然而，王某与前夫张某同居后既未办理复婚登记手续，又提供不出为登记在张某名下的那套房屋共同出资的证据，因此，只能认定该房屋为张某个人所有，对于王某提出平分房屋的诉请不予支持。

人身安全保护令：效果很好，地位待明了

2013年10月15日 中国妇女报 王春霞



女法官向家暴当事人送达“人身安全保护令”。

家暴受害者人身安全保护措施实施问题研讨会上，与会专家学者肯定人身安全保护令是防治家暴“最有效的一个制度”，呼吁司法解释性文件明确将其纳入“行为保全”。

“你可以申请人身保护令（即人身安全保护裁定）”是彭迪对因遭受家庭暴力而上访妇女常说的一句话。彭迪现任湖南省妇联权益部部长，从事妇女维权工作多年。在她看来，“人身安全保护令真的是在家庭暴力方面最有效的一个制度，湖南所有的法院都在鼓励实行人身安全保护裁定。”

彭迪的上述观点是在9月26日由反家暴网络/北京帆葆主持召开的家暴受害者人身安全保护措施实施问题研讨会上发表的。

当日，北京、上海、江苏、河北、湖南、陕西等省市来自法院、妇联、律师、高校以及国际机构等方面的代表，在京热烈探讨了人身安全保护裁定自2008年试行以来的经验和挑战，对如何更好地推进人身安全保护措施建言献策。

“现在是一个非常好的时机，希望能在即将制定的民事诉讼法实施意见中明确‘行为保全’包含人身安全保护裁定”

人身安全保护裁定对受暴妇女、儿童和受暴力威胁者所发挥的作用，得到与会代表的积极肯定。“在反家暴法未出台前，人身安全保护裁定是保护家暴受害人最有效的一项重要措施，必须坚持开展下去。”反家暴网络创始人之一、中国社科院法学所研究员陈明侠说。

我国的人身安全保护裁定最早始于2008年。当年3月份，最高人民法院应用法学研究所编发《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《指南》），在全国各地法院相继开展人身安全保护裁定的试点工作。

在肯定成就的同时，多位专家、实务工作者指出，人身安全保护裁定在实施当中还面临一些问题和障碍，如申请率低、法院“立案难”、法院出判难、受害人举证难等。

陕西省妇女理论婚姻家庭研究会副会长魏清利介绍，按照陕西省高院的统计，各级法院每年受理婚姻家庭案件3.5万件左右，3年以来全省总计发出43份人身安全保护裁定。两相比较，“申请的很少”。

北京天驰洪范律师事务所合伙人、中国婚姻家庭法学研究会理事杨晓林是婚姻家庭案件的专业律师。他尴尬地发现，尽管他和同行非常积极地向北京的基层法院申请人身安全保护裁定，但是至今无果。北京基层法院至今也只发出了两

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

三例人身安全保护裁定。

对此，陈明侠在接受本报记者专访时指出，《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》只是指导性文件，不是法院判案的直接法律依据，所以在执行时有的法院认可，有的法院并不认可。但新修订的民事诉讼法规定了“行为保全”，人身安全保护裁定可以以此为法律依据。她希望，“在反家暴法出台前，如果能够将人身保护裁定上升到司法解释层面，或者成为法院的正式司法文件，在执法时就会更顺利一些。”

杨晓林介绍，最高人民法院正在组织制定民事诉讼法实施意见，他本人曾参加了一次座谈会。“现在是一个非常好的时机，如果能在民事诉讼法具体实施的意见当中明确一下‘行为保全’包含了人身安全保护裁定的内容，就会极大地促进人身安全保护裁定的实施。”杨晓林兴奋地说。

一位参会的某中级人民法院副院长建议，从立法的层面应尽早出台家庭暴力防治法，对人身安全保护令单独成章规定实体内容、程序内容、执行方式和违反后果，为司法提供明确清晰的裁判依据和规范标准。

“执行一直是困扰人身安全保护裁定全面发展的一个问题，特别希望公安机关能够迅速行动起来，和人民法院一起，共同推动”

多机构合作被普遍认为是预防和制止家庭暴力的重要途径。但是，多位专家、实务工作者普遍反映，人身安全保护裁定在执行中面临障碍，在一定程度上影响了试点法院对人身安全保护裁定的签发。

数据显示，截至2011年底，全国试点法院发出的人身保护令自动履行率高达98%以上。

上述那位中级人民法院副院长在看到这一数据的同时，更关注它背后的问题，“法律制度的运行不能仅仅依靠当事人的自觉履行，更要注重违反后的惩罚制度。”

《指南》中规定，人身安全保护裁定是由公安和法院负责裁定内容的执行和监督，在实践中一些试点法院也扩大了送达范围和抄送范围。但是，作为执行监督主体的公安和法院的职责各不相同，各地公安和法院之间的协作关系好坏不同，导致在执行过程中容易产生推诿扯皮的现象，进而影响人身安全保护裁定强制力的发挥。

“执行一直是困扰人身安全保护裁定更迅速、更全面发展的一个问题。”中国应用法学研究所性别与法律研究中心主任、研究员陈敏在接受本报记者采访时说，据她掌握的情况，到现在为止，全国有4人违反了保护裁定的禁止性内容，但其中3人是被法院司法拘留，1人被公安机关行政拘留。

“司法拘留是不得已而为之。”在陈敏看来，法院不是24小时上班，没有办法对违反人身安全保护裁定的行为作出及时的反应。另外，根据我国《警察法》第二条第一款的规定，保护公民人身安全属于公安机关的职责。在国际上，反家庭暴力民事保护令也都是公安机关负责执行的。而我国法院在此项工作中承担了本不应该也难以由法院承担的工作。

“在我国反家暴法已列入国家立法计划的今天，我们特别希望公安机关能够迅速行动起来，和人民法院一起，共同推动和完善人身安全保护裁定制度的试点工作，为我国反家暴立法积累经验。”陈敏说。

“公安机关是政府机关，承担行政职责，而且是接触家庭暴力的第一线部门，一旦接到报警应当及时介入家庭暴力。”在当日的发言和会后的采访中，陈明侠亦多次强调公权力对家庭暴力的干预。

江苏省走在了全国前列，该省妇联权益部部长康莉介绍了江苏省今年开始试行的家庭暴力告诫制度。这个制度以公安机关为主体，对特别轻微的家庭暴力由公安机关进行告诫。此外，还赋予告诫书在司法上的证据效应。从“不愿意”、碍于情面推广到主动推广，公安机关发现，发了告诫书之后，因家庭暴力重复报警量减少了。

“目前面临的困境根本上是对家暴的认识问题，是性别平等的观念问题。家暴严重侵犯公民人权，公权力必须介入”

多位与会代表反映，人们对家庭暴力认识不足，往往习惯将家庭暴力定位于家庭内部范畴，归结为家庭内部纠纷，并以“清官难断家务事”的名义把家庭暴力排斥在法律范围之外。

“人身安全保护裁定目前面临的困境根本上是对家暴的认识问题，是性别平等的观念问题。”陈明侠直指问题的根本。

陈明侠认为，虽然多年来反家暴人士呼吁对家暴持“零容忍”态度，NGO、妇联也作了很多相关的培训工作，但没有培训的地方毕竟还占很大比例，人们对家暴的认识还有待提高。作为公检法司工作人员，还有不少人认为家庭暴力是私事，公权力不宜介入家务事。

“家庭暴力严重侵犯了公民的人权，公权力必须介入。”陈明侠语气坚定地说，公检法司工作人员应当将“及时、有效地保护家庭暴力受害者”作为自己执法的重要理念和原则。（本报记者 王春霞）

宝安：创家事纠纷综合解决机制

2013年10月15日 人民法院报 李汝健

我国离婚人数正以年均8%以上的增长率递增，去年已达到315.1万余对，相关家事纠纷也越来越多，由此引起的伤害、凶杀案在刑事案件中已占有相当比例，成为影响社会安定的严重隐患。在广东省深圳市宝安区，家事案件已从2009年的851宗增长到去年的1446宗，年均增长19.3%。在这里，有一名身家逾千万的工厂老板，在高速公路行驶

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

的私家车里两口子吵架时，竟然抢夺妻子手中的方向盘要同归于尽！妻子起诉要求离婚后，他又串通亲属将她强行送进精神病医院……

面对新的形势和要求，深圳市宝安区人民法院以改革创新为契机，以公正高效为取向，坚持人文关怀，实践群众路线，创建了由法院主导，公安、司法、民政、妇联等部门共同参与的家事纠纷综合解决机制，为修复家庭关系、弥合情感创伤、保障儿童权益发挥了重要作用。其中，该院正在推进的家事案件庭审方式改革已引起多方关注，被广东省列为今年“法治惠民工程”的重点督办项目。

家暴男被限制在 200 米外 人身保护让她过上“太平日子”

2013 年 10 月 15 日 人民法院报

文女士是深圳宝安区的一名教师，1995 年大学毕业前两个月结婚。“在我不知情的情况下，男方通过朋友关系独自去办结婚证，我没有到场，更没有签名。”她说，“现在想起来，我一个大学生嫁给了一个小学生，真是荒唐！”

婚后，丈夫衣某开工厂、办酒楼，身家上千万，但夫妻双方互相猜疑纠纷不断。“2000 年 5 月的一天，我赌气到朋友家玩，他带着儿子找到我，一个巴掌打过来，我的眼镜被打飞！我体会到了什么叫做火冒金星，随后眼角起了个大包……去年 8 月 15 日晚上 11 点，在一家酒店 6 楼的过道里，他猛地推我一把，想让我摔死！第二天我在高速公路开车，他坐在后面和我吵，突然抢夺方向盘，说要同归于尽。幸好我反应及时，才避免了车祸……”文女士说。去年 10 月 23 日，她向宝安法院起诉要求离婚。11 月 21 日，衣某说妻子有精神病，想方设法将文女士送进了深圳康宁医院。凌晨时分，文女士穿着病号服逃跑，惊动了医院领导层；儿子得知母亲下落后，要报警求助。3 天后，文女士才恢复了自由，康宁医院的诊断结果为：无精神病。

根据文女士的申请，宝安法院于 2013 年 7 月 30 日作出人身安全保护裁定，确认了衣某发短信威胁文“如敢卖房（还债），让你活不过三日”等事实，裁定：禁止衣某殴打、威胁文女士；禁止衣某骚扰、跟踪，妨碍文的正常生活；禁止衣某在距离文的居所、工作单位 200 米之范围内活动。8 月 20 日，文女士接受记者采访时说：“两年多来，我第一次过上了正常生活，第一次体会到人的尊严！真心感谢陈沁寰法官和宝安法院的领导！”

宝安法院院长闻长智介绍，这是该院有史以来作出的第一份人身安全保护裁定。去年 6 月，深圳市人大制定了《深圳经济特区性别平等促进条例》，规定家庭暴力受害人可以根据有关规定，向人民法院申请人身安全保护裁定，由公安机关协助执行。今年 7 月 11 日，宝安法院制定了《人身安全保护裁定实施细则》。作为创建家事纠纷综合解决机制的重要组成部分，7 月 12 日，宝安法院与宝安公安分局联合签署了《关于执行人身安全保护裁定的办法》，办法规定：公安机关发现家庭暴力时，可以建议受害人向法院申请人身安全保护裁定。受害人无法申请的，公安机关可以代为申请。被申请人违反保护裁定的，申请人可以报警求助。公安机关应对正在实施的违法行为予以制止、批评和训诫；可以将加害人带离，可以进行调查取证，制作询问笔录、拍照、验伤；对违反治安管理规定的可以依法处罚，构成犯罪的依法追究刑事责任。

业内人士认为，宝安法院与公安机关联手保护家事纠纷中的受害人，这是一项创新举措；法院裁定的执行有了可靠有力的保障，其效果值得期待！

调解视夫妻感情定方向 财产申报吓退不少有钱人

2013 年 10 月 15 日 人民法院报

7 月 11 日，宝安法院出台了《家事调解员工作规程》，随后和区妇联签署了《关于建立家事纠纷联动机制的合作备忘录》。根据《备忘录》，宝安法院将建立由区妇联干部、社工、志愿者、心理咨询师组成的家事调解员队伍，参与家事诉讼中的调解，化解当事人矛盾，分流家事审判压力。同时，对双方矛盾激烈、情绪激动的案件，在法院宣判后或宣判前，将进行适当的心理干预，帮助疏导当事人情绪。目前，该院已选任了 11 名家事调解员，今后将设立心理矫治工作室，为有需要的当事人提供心理矫治服务，帮助他们获得修复或重建婚姻家庭关系的能力。

宝安法院民一庭庭长付学嵘介绍，法官在审理家事案件时，各个环节始终重视调解，调解不局限于当事人的诉讼请求。而且，调解不预设立场劝“离”或劝“和”，而是根据当事人的感情状况来决定。同时，离婚案件经当事人同意可以设置一定期限的“冷静期”，“冷静期”不计入审限。

付学嵘还告诉记者，目前在宝安法院，当事人起诉离婚应当在举证期限届满前填写《家事案件财产申报表》，全面准确地申报夫妻关系存续期形成的财产状况，包括房屋、土地、车辆、存款、证券、保险、贵重物品、投资情况、债权债务等。逾期不申报的，视为在本次诉讼中放弃处理相关夫妻财产的权利；隐藏、转移夫妻共同财产的，将少分或者不分财产。

有关人士透露，自 7 月 11 日起该院实施当事人财产申报制度以来，“吓退”了不少想离婚的有钱人。他们拿着《财产申报表》，左思右想，可能是感觉离婚“代价”太大，干脆就撤诉或调解结案了。

“家事法苑”律师团队奉献

怀疑丈夫网上征婚妻子欲离婚被驳回

2013年10月15日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）王女士称丈夫在婚恋网站上注册交友征婚，起诉要求离婚。近日，通州法院认定王女士证据不足驳回了其诉讼请求。

王女士称，她和丈夫张先生经人介绍认识，后很快陷入热恋，并于半年后登记结婚。婚后初期双方感情尚可，但没过多久，她发现丈夫对自己冷淡了许多，生活中没有交流。一次偶然的机会，她发现丈夫早在数月之前就在某婚恋网站上注册，并以未婚男子的身份寻求交友，她气愤之下起诉要求离婚。

庭审中，王女士提交了某婚恋网站的网络截图、登录截图等，欲证明丈夫在婚姻期间以未婚身份注册交友致双方感情破裂。

张先生则不同意离婚，称夫妻感情很好，婚恋网站上的注册信息虽然是他的，但并非他本人注册、登录。因亲属、好友等都或多或少知晓他的个人信息，所以妻子的截图等证据无法证明是他本人以未婚男子的身份注册、登录婚恋网站，更不能证明他有第三者。

法院认为，因张先生不认可感情破裂，不认可自己在婚恋网站注册交友，王女士又未提供其他有力证据证明是其丈夫本人注册、登录，更无法证明张先生有第三者，故没有支持她的诉讼请求。

老人居无定所诉两子讨赡养费

2013年10月14日 京华时报 张淑玲



老太被儿女搀扶进设在村委会办公室的临时法庭。京华时报记者蒲东峰摄

京华时报讯（记者张淑玲）家住房山区大石窝村的张老太有两儿一女。眼下，78岁的老人没房住，住养老院又交不起费用。为有一个固定住处继续生活，老人以女儿为代理人，将两个儿子告上法庭讨要养老钱。前天上午，房山法院长沟法庭法官特地赶往张老太所在的大石窝村村委会开庭此案。

母子重阳前上公堂

“妈，你怎么在这儿？”前天上午9点50分，张老太的大儿子看见拄着拐杖坐在村委会台阶上的母亲，上前问候，并同妹妹一起将老人搀扶着上楼走进临时布置的法庭。

满头银发的老太紧抓着同样白发的大儿子的手，满脸笑意。“她牙掉光了，也糊涂了。”女儿扶着母亲坐到原告席上，“想吃饭吗，妈？想吃饭就告他们要钱。”

被告席上，是老人的大儿子、儿媳和二儿子。

为了解此次赡养诉讼是否出自老人本意，主审该案的长沟法庭副庭长卢涛特意走到老人面前，弯腰问：“是您自己要起诉儿子的吗？是要赡养费吗？”见老人连连点头，卢涛宣布开庭。

>>原告：

两子应均摊养老费

庭上，老人的女儿诉称，1991年、1994年，房山法院曾两次判决哥哥和弟弟负担老人生活所需物品。10多年前父亲去世，因母亲付不起房租，她家便于1997年1月出资买了一处房子给母亲住。去年7月21日房山发生特大自然灾害，老人的房子塌了，她把房子卖了，把母亲送到了一家私人养老院。如今，她支付的4500元养老费已经花完，养老院不让住了，所以诉请老人的两个儿子各自承担每月养老金500元，并均摊老人的医疗费。

>>被告：

老人的房子被擅卖

庭上，兄弟俩辩称他们不是不赡养老人，只是因为老人的女儿卖了老人的房子，才致老人居无定所，“我们俩分摊着养了母亲20年了，粮食、钱，都提前给，医药费也担着。她把老人接走，不说一声，当我们给老人送东西时，

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

才发现母亲不见了；送老人去养老院，也不说一声；卖了老人的房子，也不说一声”。老人的大儿子、儿媳称，妹妹将老人的房子卖了十几万元，应该由妹妹养老人。

针对兄弟对自己卖老人房子的指责，老人的女儿称那房子是自家花 8500 元钱买的，“我卖掉那处危房是处理自己的财产。是他们不养老人，我当时接老人走，跟他们说他们也不理”。

>>法官：

尽量调解硬判无益

卖掉的房子是属于老人还是属于女儿的成为双方争辩的焦点。

庭上，长沟法庭副庭长卢涛一再向双方申明，“老人起诉的是赡养问题，如果两被告对该房有异议，可以另案解决。房子的事情和赡养是两个概念，无论分家是否公平，儿女都有赡养老人的义务。”

经过反复调解，两个儿子同意支付老人赡养费，但前提是老人应住在女儿家。对此，老人的女儿坚持称儿媳妇要入门，没有地方安置老人。

见双方争辩激烈，卢涛宣布暂时休庭，并表示将深入大石窝村调查了解相关案情后，再进一步调解。“最好能调解解决，如果硬判，恐怕受伤害的还是老人。”

赡养财产离婚 农村老人权益保障面临三大法律问题

2013 年 10 月 16 日 中国宁波网 董小军

在新的《老年人权益保障法》实施后的首个老人节，宁海县人民法院对该院一年来涉及农村老年人权益的 70 多起诉讼案作了分析和统计，结果显示，赡养、财产、离婚是农村老年人遭遇最多的三个法律问题。

赡养纠纷：数量减少处理更难

在农村，赡养纠纷比较常见。相比于过去，赡养纠纷近年来出现了一些新的特点：纠纷的数量有所减少，但矛盾冲突却日趋激烈，其主要焦点不再是要求解决吃穿，更多地表现在医疗费用等问题上。根据法律规定，赡养的范围较大，涉及的费用不仅包括父母的生活费，也包括医疗费。但在一些纠纷中，由于涉案的子女自身并不富裕，经济收入有限，因此，当遇到需要承担数额较高的医疗费用时，支付出现困难，矛盾自然产生。对这样的纠纷，法院在处理时感到特别为难，因为虽然法律有明确规定，判决本身并不难，但判决后如何执行却成了大问题。

被传统观念“绑架”的财产权益

两年前，因承包土地被征收，宁海某村的陈老伯获得了 7 间宅基地和 10 万元现金的补偿。但不久其儿子就把其中 5 间宅基地卖给了同村人，并将所得和 10 万元现金补偿全部占为己有。陈老伯和妻子向法院起诉儿子要求归还，儿子称，这些钱已全部用于建房，如果法院判决偿还，就与父母和姐妹断绝一切关系。

宁海法院民事庭的法官分析，农村涉及老年人财产纠纷的发生，有许多并不符合法律规定，但却与被普遍接受的传统观念有直接关系。许多人认为，父母把所有财产留给儿子是天经地义的，有人因此理直气壮地抢夺父母的财产，如果父母打官司追讨，不但不被理解，甚至可能因此引发更大的冲突。

老人婚姻：扯不清的复杂关系

最近几年，农村老年人离婚案多了起来，且多数属于再婚老人的离婚案件。据分析，农村老人的婚姻纠纷，更多涉及的是复杂的家庭关系，而非感情问题。

法官分析，再婚老人最难处理的是与对方子女的关系，他们在再婚后，必然面临住房、医疗费用、财产继承和日常开支等一系列实际的经济问题，这些非常具体地与家庭成员的利益相联系，而且很难处理，因此，冲突成为必然。在这种情况下，一些老人最后不得不选择离婚。如果说，农村老人的财产权被传统观念所“绑架”，那他们的婚姻权益则是被子女的利益所“绑架”。

显然，农村老年人遭遇到的各种烦恼和法律问题，更多地折射出社会保障制度存在的缺陷。因此，要有效解决这些矛盾和纠纷，保障并真正落实他们的合法权益，仅仅依靠司法判决是不够的，而是需要全社会的共同努力，其中，着力建立和完善质量更高、覆盖面更广、更具有科学性的面向老年人的社会保障体系是关键所在。

90 后夫妻结婚半年即离婚 领证只为给孩子上户口

2013 年 10 月 17 日中国台湾网 陈翔

原标题：90 后夫妻结婚半年即离婚 领证只为给孩子上户口

结婚是神圣的事。昨日镇海法院审理的一起案件，一对 90 后小青年结婚半年就到法院离婚，两人领证只是为了给孩子上户口。

刘先生和曹小姐都是江西人，七年前在镇海一家机械加工厂打工时相识，当时刘先生才 20 岁，曹小姐 19 岁。

相同的境遇，让朝夕相处的两人很快坠入爱河，开始同居生活。一年后，儿子出生，但两人都还没到法定婚龄，回老家办了个婚礼，这婚就算结了。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

两人户口始终在老家，没迁来宁波，又因为每年只有春节才回家，就一直没去办理结婚登记。小两口都认为，结婚证也就是一张纸而已，无所谓。

去年，曹小姐上网成瘾，班也不上了，经常瞒着刘先生与网友见面厮混。刘先生多次劝说无效，忍痛与曹小姐分手。

由于儿子一直在老家由刘先生的父母照顾，为免父母担心，刘先生并未将分手的事告诉父母。

今年春节回家，身边没了妻子，刘先生在家人的逼问下，只好全盘托出。

孙子是刘家二老的心头肉，就算分手了，老人也不想孩子委屈一点点。老人给儿子出主意，孩子必须由他抚养。孩子马上要上小学了，为了孩子上户口，两人也得先结婚。

回到宁波，刘先生与曹小姐协商后，回家领取了结婚证。

今年8月，离结婚过去了半年，两人的感情也没有好转，便来到镇海法院协议离婚。

调解现场，两人都很平静。法官问及，为什么没有感情了还要领结婚证时，他们表示，领结婚证就是为了离婚，现在孩子已经上好了户口，双方也已经协议好儿子由男方抚养，领证至今，双方实际上没有在一起生活过一天。

案件没有任何争议，两人也都愿意调解，协议离婚。

拿到法院的调解书，两人没有一丝留恋，各自走开，形同路人，让法官唏嘘不已。

80后离婚理由花样多 妻子爱撒娇也算一个

另一方不同意离婚的，法院多判驳回

2013年10月20日 人民法院报 庞立新 曾慧

“我在外面有小三”、“我妻子爱撒娇”、“我是同性恋”，这三个说辞不是谁的内心独白，而是北京市房山区人民法院近日收到的三份离婚起诉书中的离婚理由。这三起离婚案的当事人都是进入适婚期的80后。

虽然80后进入了适婚的高峰期，但是随之而来的却是不断攀升的80后离婚率，以房山法院为例，2013年受理的离婚案件中，80后离婚案件占近70%。他们的离婚理由可谓稀奇古怪，花样繁多，而这背后却是利益、爱恨的纠葛。

以自己有小三为由，要求与妻子离婚

1987年出生的小胡，2009年经同学介绍，认识了比自己小一岁的小丽，两人很快确立了恋爱关系，并在一年后登记结婚。

在结婚的前一天，小丽收到了一个陌生号码发来的短信：“明天婚礼现场，我要送你一份大礼。”为婚礼忙碌的小丽没有把这条短信放在心上，但是，婚礼当天发生的事情却让所有人大吃一惊。

在结婚仪式的当天，一名女子大闹现场，并声称自己怀了小胡的孩子。后来，该女子被拉离了婚礼现场，屈于小胡父母的压力，二人还是走完了婚礼的程序。但是，事情并没有结束。

婚后不久，小胡就开始离家出走，与小丽分居。并于2013年向法院起诉妻子小丽，以自己有小三，与其他人有暧昧关系，长期在外与他人同居为由，要求与小丽离婚。但是，小丽表示可以原谅小胡，对小胡的过去既往不咎，认为小胡是被那名女子欺骗才会离家出走，不同意离婚。小胡以自己有小三为由，坚决要求离婚。该案经法院审理，法院认为双方感情尚未破裂，据此判决驳回小胡的离婚诉讼请求。

以妻子爱撒娇为由离婚，背后竟是利益所驱

前不久，1986年出生的小军以无法忍受妻子爱撒娇、脾气古怪为由，向法院递交起诉书，要求与妻子小晴离婚。承办法官通过与小夫妻沟通，了解到小军与小晴2008年相识并确立恋爱关系，2009年登记结婚。婚后双方感情尚好，未生育子女。

但是，平静的家庭生活因为房屋拆迁而发生裂痕，夫妻二人开始经常吵架。承办法官通过实地走访后了解到，小军以前家穷，现因拆迁分得三套安置回迁房，并获得100多万元的补偿费，小军不愿意这些财产被妻子分得，并对妻子多有隐瞒。妻子小晴气不过，两人因此屡次吵架。

除此之外，小晴还透露，自己在这个家中并不受欢迎，特别是自己的公婆，“不待见我这个媳妇”，小晴说，冬天自己下班回家，公婆都不让自己烧暖气。

小军离婚的真实意图是想独占拆迁财产，认为凭借这些财产自己可以另觅贤妻，故此向法院提出离婚。该案经法院审理，因为不符合离婚的条件，法院判决驳回小军的诉讼请求。

以自己是同性恋要求离婚，对方指其撒谎

29岁的小克与28岁的小莲于2008年相识，经过两年相处之后，登记结婚，婚后双方经常因为各种琐事发生争吵。小克向法院提起诉讼要求与小莲离婚，理由为自己是同性恋，与小莲没有夫妻感情。

但是，小莲却认为这是丈夫在撒谎。在她看来，她与丈夫小克婚前有着深厚的感情，婚后双方也建立了夫妻感情，如果小克坚持以自己是同性恋为由要求离婚，自己则要求法院撤销该婚姻。经审理，法院判决驳回小克的离婚请求。

■法官说法

“家事法苑”律师团队奉献

婚姻岂能儿戏

不少 80 后对婚姻家庭缺乏必要的认知和责任感，夫妻双方多为独生子女，较为自我，过分追求自由，缺乏一定的包容心，而且婚前夫妻双方缺乏必要的了解，仓促结婚，结婚后又因琐事，仓促提出离婚。

这一方面反映了不少 80 后家庭在面对家庭危机，如第三者、金钱利益等冲击时的应对能力缺乏，另一方面也反映了他们在家庭观、道德观方面的缺失和极其不成熟。

婚姻具有社会性，男女双方应在充分考虑的基础上慎重结婚。夫妻双方一旦组建一个家庭，就应本着家庭责任来处理家庭矛盾，不应草率起诉要求离婚。因此法院在审理该类案件时，一方以稀奇古怪的理由起诉要求离婚，另一方不同意离婚的，法院多判驳回。

涉老房产纠纷多发根源在养老 宁海法官建议代履行确保老人获得赡养

2013 年 10 月 21 日 法制日报 王春



浙江省宁海县人民法院梳理近年来审理的涉老年人案件发现，2012 年以来至目前，该院共受理涉老年人案件 70 余件，包括赡养、房产、民间借贷、离婚等纠纷。

宁海法院岔路法庭庭长陈英方表示，涉老年人案件类型日益多样；赡养案件相对减少，但审理难度增大；农村拆迁引发的房产纠纷日益增多；借贷案件呈上升趋势，老年人权益受损晚景凄凉；离婚案件占一定比例，财产、子女问题难协调。

81 岁的王阿婆患有心脏病、高血压等疾病，膝下育有 3 子 1 女。最近王阿婆患病，由于老大阿建不愿分担医药费用，王阿婆将阿建告上法院。

法院审理认为，子女对父母有赡养义务，无劳动能力或没有经济来源的父母，有权要求子女给付赡养费，赡养费包括父母的生活费、医疗费等费用，且赡养费数额应根据被赡养人的生活需要、赡养人的经济状况及当地经济水平确定。最终，法院判决老大阿建支付王阿婆医药费的四分之一。

除了常见的老年人赡养纠纷，涉老征地补偿纠纷、离婚纠纷等诉讼也逐渐多发。

陈大爷夫妇与儿子、媳妇、孙子共有承包两亩地，2011 年，因土地被征收获得宅基地 7 间及补偿款 10 万余元。随后，儿子将其中 5 间宅地基卖给同村人，出卖价格加上补偿款有近 50 万元。陈大爷称，儿子拿到钱后不仅分文未给，还不履行赡养义务，便将儿子告上法院要求返还补偿款。

法官调查情况时村民表示，两位老人看病花销较大，生活费又少，需人照料，经常与儿子、媳妇发生摩擦。当地村干部多次调解未果。于是，法官邀请人民调解员及村干部一同参与调解，召集原、被告及所有亲属到场。最终，在法官主持下，双方达成谅解并签订调解协议，儿子承诺每月支付 500 元生活费，并承担老人日后的医疗等费用。两位老人当场撤诉。

法官表示：“老年人对个人财产依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以骗取、盗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。”但传统观念认为，父母的房产天经地义要交给儿子，父母打官司要拿回房产会被世俗议论，也难以被子女所理解。而矛盾集中在房产上只是一种表现方式，根源还在于老人养老问题。

为更好地保障老年人权益，法官建议，建立农村老年人维权绿色通道，优先立案、优先审理、优先执行，对生活困难的老人，提供司法救助，并帮助联系司法行政部门，积极寻求法律援助；建立代履行制度，法院确定每名赡养义务人应当承担的份额后，可以判决有履行能力或在家子女代为履行全部赡养义务，代履行的子女有权向代为履行义务的义务人追偿；如果原告只是要求金钱给付赡养费且能够送达赡养人的，法院可以根据法律规定发出支付令，要求赡养人履行赡养义务。

潢川：返还彩礼按公序良俗

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

2013年10月20日 人民法院报 方志淮

本报讯 近年来,在离婚、解除婚约等案件中返还彩礼案件日益增多。为妥善处理此类案件,河南省潢川县人民法院将法律、道德和乡土礼仪风俗等有机结合起来,努力追求法律效果和社会效果的有机统一。该院从立案到开庭、宣判,以“一站式”服务的方式予以快审、快结。同时实行巡回开庭制度,在方便群众诉讼的同时,达到“审理一案,教育一片”的普法宣传效果。在调解案件时从情、理、法步步深入,抓住双方争议焦点,适时融入法律、道德和乡土礼仪风俗等,张弛有度,力争圆满解决纠纷。此外,还注重案后回访,充分保障当事人合法权益的实现。

“法理”+“情理” 广西为妇儿维权撑起保护伞

2013年10月21日 中国妇女报 高峰

维护妇女儿童合法权益是妇联的重要职能。在涉及妇女儿童案件中,司法机关与妇联如何进行有效对接?广西妇女儿童维权岗的建设,实现了法院的“法理”和妇联的“情理”有机结合。

2011年,为顺应社会转型背景下广大妇女儿童的维权新需求,推进社会管理创新,自治区妇联与广西高级人民法院联合在全区法院系统开展以维护妇女儿童合法权益为核心的妇女儿童维权岗建设。

“维权岗”对妇女儿童维权合议庭进行了深化和拓展,更加科学化、制度化、规范化。自治区妇联与广西高级人民法院联合下发了《关于在全区法院系统开展“妇女儿童维权岗”创建活动的通知》《关于建立合作培训交流机制的意见》等文件,制定“六个一”的建岗标准,为妇女儿童开辟绿色诉讼通道,实行“三优先”原则(优先立案、优先审理、优先执行),“三联动”机制(调解联动、审判联动、培训联动),以及“12345”的管理体系。目前全自治区创建妇女儿童维权岗318个,实现自治区、市、县(区)、乡镇法院法庭全覆盖,为妇女儿童撑起了一把把庄严而不失温情的保护伞。

调解联动 把矛盾解决在诉前

柳州市早年离异独居的退休教师谭女士最近与儿子小彭闹得不可开交。谭女士到处哭诉儿子不尽赡养义务,小彭则因背负沉重经济压力无暇顾及母亲,并对母亲的做法极为不满,双方僵持不下,互不妥协,均表示要走司法途径解决问题。眼看着母子俩就要对簿公堂,柳州市妇联干部与中院妇女儿童维权岗法官及时组成联动小组介入调解。动之以情,晓之以理,最终促成双方相互谅解理解,并达成调解协议,一场“官司”圆满地化解在诉前。

广西通过妇女儿童维权岗,妇联、法院建立起联合调解的维权制度。法院在审理涉及妇女儿童权益的案件时,邀请妇联干部来做当事人的调解工作。各级妇联干部既是信息员,又是调解员,她们活跃在基层一线,遇到涉及妇女儿童的复杂疑难纠纷,妇联干部及时与法院维权岗法官进行必要的沟通会商,共同研究调解方案,促进了矛盾纠纷在第一时间得到化解,节约了大量的庭审成本。在进入司法程序前,妇联邀请维权岗的法官走出法院化解纠纷和矛盾,延伸了法院司法服务。

审判联动 让法律闪耀人性的温情

2011年1月,贵港市港南区农村妇女阿花不堪忍受丈夫的长期虐待和暴力,一时失控将丈夫杀死。作为此案人民陪审员的市妇联干部通过多次实地走访,了解到阿花长期遭受家暴的事实,她平时又是村民们公认的好媳妇,孝老爱亲、勤俭持家。市妇联干部向法庭建议对阿花从轻处罚。最后,法院综合阿花投案自首、悔罪表现及相关情况等因素,对阿花作出了从轻判决。

广西各级法院建立和完善以妇联干部、妇女骨干等参与的人民陪审员制度。目前全自治区、市、县妇联干部陪审员136人,她们发挥联系广大妇女和广大家庭的优势,以“娘家人”的身份为涉案人提供诉前的心理疏导、平抑情绪,引导妇女群众以理性合法的方式表达诉求;诉讼中,参与案件调查,参加陪审,增加当事人的信心和对法律的理解;诉讼后,参与回访和帮扶,营造和谐司法的氛围。“妇联干部和妇女骨干陪审员经常参加陪审,可以让妇女儿童感觉到有‘娘家’的依靠,庄严的法律体现出‘温暖的味道’。”这是梧州市苍梧县妇联主席冼友芸作为人民陪审员在多次参加妇女儿童案件陪审后的感慨。

培训联动 实现社会性别平等意识和法律知识的互动

“男女平等基本国策、马克思主义妇女观、先进性别文化……这些理念让我们耳目一新,为今后我们审理案件带来了新的视角。”广西高院一名法官在聆听了自治区妇联主席王革冰到“广西法官大讲堂”所做的《坚持男女平等基本国策 弘扬先进性别文化》专题报告后感慨。

为加强法官队伍、妇联干部队伍和妇女干部队伍建设,进一步提高法官和妇联干部维护妇女儿童权益的能力,广西高院与自治区妇联启动了合作培训交流长效工作机制,充分发挥法官学院、妇干校、法官讲坛、培训基地、实训基地等平台的主渠道、主阵地作用,通过开展专家讲坛、专题调研、培训交流、法律宣传、互派师资、举办专门培训班等措施,在法官培训中纳入男女平等基本国策和先进性别文化的内容,增强他们的社会性别平等意识;在妇联干部的培训中由法官授课,增强她们维权工作和服务的知识能力。真正实现优势互补、互通有无。近两年来,全自治区法院系

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

统接受男女平等基本国策和先进性别文化培训的法官、人民陪审员超过 5000 人次。各级法院也应妇联邀请，派出法官对全区市、县、乡妇联干部、村妇代会主任及妇女骨干进行法律知识培训，累计培训 1 万多人次。

打造品牌 构建社会化维权新格局

“在全区法院探索创建‘妇女儿童维权岗’，已经成为广西法院的一大品牌特色和亮点。”这是自治区高级人民法院院长罗殿龙对妇女儿童维权岗创建工作的肯定。妇女儿童维权岗工作的深入推进已经成为了全区妇联实施“双维双促”平安建设工程(以维护社会稳定的力量促进妇女儿童权益的维护，以维护妇女儿童权益的成果促进社会和谐稳定)的一个闪光点。小小“岗湾”成为推动妇女儿童维权工作不断拓展和延伸的有力推手。

南宁市江南区法院联合城区妇联等多部门成立诉前联合调解中心，对涉及妇儿权益的案件进行诉前联动调解，还与广西最有影响、覆盖面最大的公益性热线广西绿荫妇女咨询中心联手，借助专家优势对涉及婚姻家庭类的案件进行调解；柳州市法院、妇联开辟网上“妇女儿童维权岗”法官法律咨询专栏，群众可随时进行网站、微博在线或留言咨询，由维权岗成员回复；玉林市玉州区人民法院开展“法官妈妈”式审判教育，推行心理纠正机制、社区纠正机制、长效回访帮教机制；宁明县法院组建“女法官维权宣讲团”，深入各乡镇、村屯、社区、农林场对妇女干部进行维权培训。

目前，许多市、县把妇女儿童维权岗延伸到公安、检察、司法、民政、工商、劳动人事等部门，同时积极组建律师志愿服务团、维权志愿服务队、巾帼法律宣讲团……构建了多角度、全方位的社会化维权网络，打造了广西妇女儿童维权工作的品牌。

女子“闪婚”收彩礼后退婚 被“闪”男子起诉退彩礼获支持

2013 年 10 月 22 日 北京晚报 林靖

本报讯(记者林靖)李先生(化名)通过网络认识了王女士(化名)，第三次见面对方便提出“闪婚”要求，还带李先生回老家见她父母，并收取了 10 万元彩礼。但此后，王女士以种种理由与李先生发生矛盾，并取消了婚约。李先生遂起诉要求退还彩礼，目前获得了海淀法院的支持。

李先生称，他与王女士通过珍爱网认识，今年 1 月 20 日初次见面，王女士自称是清华大学法学院研究生。双方第三次见面时，她就要求李先生随她回家，并提出“闪婚”要求。李先生答应了，2 月 19 日跟王女士到山东烟台老家看望她父母，并给王女士父母购买了价值 1000 元的礼品和 4000 元现金。

当晚，王女士及其父母向李先生提出 40 万到 50 万彩礼的要求，李先生因现金不多，最后约定 10 万元彩礼，并于 5 月 2 日登记结婚。2 月 20 日，李先生向王女士父亲转账 10 万元。2 月 24 日两人返京，但王女士随即以种种理由与李先生发生矛盾，态度大转变，双方经常发生矛盾。王女士声称要退还彩礼，取消婚约，但至今未退，也没和李先生登记结婚。李先生起诉要求王女士返还彩礼 10 万元。

法院审理后认为，双方未办理结婚登记手续，当事人请求返还彩礼的，法院应予支持。王女士经法院合法传唤，无正当理由拒不出庭应诉，应视为其放弃了庭审举证和质证的权利。王女士与李先生恋爱期间取得彩礼 10 万元，现双方未办理结婚登记手续，且已分手，故李先生要求返还彩礼，法院予以支持。

宣判后，双方均未明确表示上诉。

老翁诉 6 子女 要求每周看望

2013 年 10 月 23 日 北京晚报 杨昌平

本报讯(记者杨昌平)“自从老伴去世后，我就感到很孤独，虽然有 6 个子女，却感觉不到温暖。”81 岁的老年人尹开喜如是说。无奈之下，尹开喜把 6 个子女起诉到昌平区法院，要求孩子们每人每月支付赡养费 1000 元，并且每周回家看望老人一次。今天上午，昌平区法院回龙观法庭开庭审理了此案。

尹开喜和老伴育有 4 男 2 女共 6 个子女。他起诉说，早在 1994 年，大儿子就把他接到北京生活。自从到北京生活以来的 19 年间，尹开喜就再没从两个女儿那里得到过赡养费。老人还说，现在主要是二儿子给他做饭，但其他几个子女都很少回家看望他。如今，老人身体不好，生活成本增加。为了维护自身合法权益，他向法院提起诉讼，请求判令两个女儿每人支付从 1994 年 2 月 1 日到 2013 年 8 月 1 日期间的赡养费 23400 元，6 个子女每人每月支付赡养费、保姆费和租房费等共计 1000 元，并平均承担医疗费用。同时，在诉讼中，老人特别提出，要求 6 个子女每人每星期看望自己 1 次。

但是，记者了解到，老人和他的 6 个子女都生活在昌平区东小口镇的一个大院里，距离也就几步路。“常回家看看”对这个家庭几乎不存在任何障碍，那么，老人和子女之间存在什么矛盾呢？

老人的子女介绍说，以前一直是 4 个儿子一起伺候父母，而且每月每人都给些赡养费，两个女儿也间或给父母些钱物。自从尹开喜的老伴在去年过世后，老人要求由其中一个儿子赡养，其他 5 个子女每人每月给 800 元。4 个儿子表示，他们现在每人每月出 800 元，让其中一个儿子养着父亲，如果雇保姆，父亲的脾气太大，估计不现实。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“我过去看他，一句话不对，他拿起拐杖就打我，我也快60岁了，真怕被他打出毛病来。”对于老人所诉的常回家看看，大女儿表示住得很近，经常见面，只不过父亲岁数大了，脾气不好，心里害怕。

6个子女在法庭上均各自陈述了自己多年来赡养父母的实际行动，他们表示愿意根据法院判决，支付父亲的生活和医疗费用。此案未当庭判决。

反家暴又有新举措 宁夏出台家庭暴力告诫制度

2013年10月23日 中国妇女报 马妮娜

本报消息 近日，宁夏回族自治区公安厅、高级人民法院、检察院和宁夏妇联联合制定了《宁夏回族自治区家庭暴力告诫制度实施办法》，将从源头遏制家庭暴力，形成警方前期介入，妇联后期跟踪反馈，民政救助，社会援助，法院、检察院等有关方面力量对接参与的工作格局，是行政、司法、人民团体共同干预家庭暴力的创新实践与重要突破，有助于实现由事后惩治救济到事前防范制止，是加强社会管理的创新之举，具有很强的操作性、实效性和推广价值。

《实施办法》界定了应该作出告诫的违反法律、法规的家庭暴力行为，包括情节特别轻微，依法不予行政处罚的；主动消除或减轻违法后果，并取得受害人谅解，依法不予行政处罚的；情节较轻，经公安机关调解处理，当事人达成协议，依法不予行政处罚的；其他不宜直接作出行政处罚的家庭暴力行为。特别指出了不得利用告诫代替行政处罚或刑罚。公安机关发现需要对当事人直接作出行政处罚的，应依据有关法律、法规及时进入行政处罚程序；对涉嫌犯罪的，依法立案侦查。

《实施办法》明确了各联合单位的工作职责：公安机关接到家庭暴力报警求助后，事件发生地公安派出所应立即调派警力到达现场，并做好处置工作。检察院应依法及时做好对涉嫌家庭暴力刑事案件的立案监督、审查批捕、审查起诉等工作，对公安机关提请逮捕或移送审查起诉的家庭暴力刑事案件，应当及时审查，依法办理。法院应按照《宁夏回族自治区高级人民法院关于加强家庭暴力受害妇女司法保护的指导意见（试行）》相关要求，依法及时受理和审理因家庭暴力引发的民事和刑事案件，保护受害人的合法权益。妇联组织在收到抄送的告诫书后应及时和受害人进行联络并提供必要的法律帮助和心理疏导，同时，充分发挥12338妇女维权热线、16838198反对家庭暴力热线和妇女法律援助中心（站）维权网络作用，积极开展跟踪回访工作，督促加害人及时纠正违法行为，维护家庭和谐稳定。

清远中院 家事审判合议庭法官谭平

2013年09月25日 南方报网—南方日报 张俊 蒋春香

谭平是清远中院家事审判合议庭唯一的女法官，一名80后女法官。由于中院家事审判合议庭受理案件基本为上诉案件，案件中当事人矛盾更复杂、调解难度更大，往往需要法官付出更多精力，做大量的思想工作。女性独特的视角、80后对工作的热情，都让她成为审理家事纠纷案件的好手。

张俊 蒋春香

家事合议庭唯一女法官

家事审判的好手

初次见谭平，五官清秀，扎一条马尾，戴着眼镜，说起话来娓娓动听。她毕业于西南政法大学，有着80后自信开朗、学历高、专业素质高的特点，经过多年历练，她更是具备了法官所必须有的观察能力、语言表达能力和良好的人际沟通能力。

谭平2007年起在清远中院民庭工作，自去年开始专职审理家事类案件，是家事合议庭中唯一女法官。

法官好比“社会医生”，不仅仅是判断法律上的是非曲直，还要帮当事人解开心结，让双方信服。而家事审判庭法官，则好比是“家庭医生”，处理的案件不仅涉及法律问题，还涉及伦理、情感问题，因此审判不仅要理顺当事人间的经济关系，更要让他们消除对立、弥合亲情，力争恢复彼此间情感。

谭平是一位年轻的妈妈，女儿刚满一岁。谭平说：“除了法官身份，我同时也是一名妻子、母亲，能够体会家庭中出现的种种矛盾，也能理解双方当事人的心情。在办案过程中，我能设身处地站在当事人方面思考问题，因此比较容易取得当事人的信任。”较强的审判专业知识和婚姻生活经验，让谭平在家事审判中形成了自己独特的“温情模式”，让她成为家事审判合议庭中的骨干法官。

70岁老夫妻要离婚

破碎家庭重修旧好

在审理家事案件时，谭平并不是简单地“以判了事”，更是注重和案件当事人说法讲理，努力让每宗家庭纠纷案都能案结事了，并注重权衡各种利弊，全力保障家事案件中当事人特别是弱势群体的合法权益。

“每起婚姻纠纷既有不同的特点，也有它们的共性。一些婚姻案件，可以通过当事人的表情和动作掌握他们的心理，只要双方有和解撤诉的“苗头”，我们都会想方设法促成和解，尽量帮助当事人维持和修复亲情关系。”谭平说道。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一宗 70 岁老人要求离婚案件，让谭平仍记忆犹新。“这是我审理过当事人年纪最大的婚姻纠纷案件。”谭平回忆道。

阳山县 70 岁的老太太认为夫妻感情破裂，要求与同居 9 年、结婚 8 年的老伴离婚。一审法院判决不准离，老太太不服，向中院提起上诉。这么大年纪怎么还要离婚？拿到卷宗时，谭平不禁有些疑惑。原来老太太与老爷爷婚后没有生育小孩，如今年纪大了，老爷爷及其与前妻生的两个儿子开始对她有些厌烦，大儿子带老爷爷回到四川生活，将老太太丢下不管，造成她生活困难，温饱问题都无法解决。诉讼之前，老爷爷小儿子还打骂老太太，附近亲朋好友救济她一些钱、米等，都被小儿子拿走，目的是想赶走老太太。为此，老太太请求法院准予离婚，并借此要求老爷爷一次性补偿 2.5 万元，好让自己今后的生活有些保障。

老人被人嫌弃，让谭平很痛心。谭平想，老太太无儿无女，若准予离婚，将老无所依、老无所居，且老爷爷也是七旬高龄，难以给予这么多的经济补助。加上两位老人相处多年，其实是有较深的夫妻感情，最后，谭平依法判决双方不准离婚。

为挽救两位老人来之不易的婚姻，谭平找到老爷爷及其两个儿子，从一家人近 20 年相处的点滴讲起，以情感人，劝说他们要家庭和睦，互敬互爱，让老人更好地安度晚年，并同时积极联系妇联、村居等组织，建议他们对老太太进行帮扶，督促范老头的两个儿子对老人履行赡养义务，让一个本来面临破碎的家庭重修于好。

千元争议的离婚案

为结案奔忙一个月

谭平每个月审理近 10 宗家事案件，除去休息日，几乎每天都在同时处理着几宗案件，时间非常紧。但有些案件，为了化解当事人矛盾，谭平宁愿多花些时间做足调解工作，也不愿看到当事人接受法院的裁判之后互相之间仍然带着芥蒂或矛盾。

“我写一份判决书可能只要半个小时就完成，但调解工作可能需要几天、一个礼拜甚至是一个月，只要有化解双方矛盾的机会，我就不怕麻烦去做当事人的思想工作，让双方达成一致意见。这样的办案结果我更心安。”谭平说道。

最典型的莫过于一起只有千元争议的离婚上诉案件。夫妻双方同意离婚，但男方要求女方给予经济补偿。一审法院判决补偿金额 2000 元，男方不服上诉。二审期间的第一次开庭男方无故缺席，按照法律规定谭平可以缺席宣判。但谭平没有这样做，而是通过电话或者去到当事人家里做男方思想工作，就赔偿金额进行协调。最后双方一致同意将补偿金额定为 3000 元，并完成了支付。

“在此过程中，男方对补偿金额一直变来变去，一时要多一点，一时又要少一点。本来案情简单，可以很快下判，结果是多花了一倍时间。但我觉得值。”谭平笑着回忆道。

正是每宗案件都多花了心思，做足了判前依法依理的调解工作，她审理后的案件无一改判、无一发回重审、无一当事人投诉，都做到让案件当事人满意而归。

维护妇女儿童权益

向家暴受害者发人身保护令

家庭纠纷案件中，除了经济上的纠纷，一些当事人特别是妇女还可能承受家暴。谭平认为，法官不仅要理顺家庭成员中的经济关系，更要勇于担当保护家庭弱者、维护社会和谐和使命。

去年，谭平审理了一起涉及家暴的离婚案，刘某(女)和宋某(男)两人于 2008 年 12 月登记结婚，婚后生有子女。婚后，夫妻双方性格不合，常因小事争吵，甚至出手打架。刘某在庭上称，3 年多来她共遭受宋某家暴 40 多次，宋某还对其进行人身攻击和人格侮辱，刘某向法官提供了相关证据，宋某也在庭上多次对刘某使用侮辱性言语。鉴于此，谭平依法做出人身保护裁定，裁定宋某在人身保护令有效期 6 个月内禁止一切家暴行为，刘某相关家人也受到相应的保护。如有违反则将被法院罚款、拘留，或追究相关刑事责任。

除了办案，谭平通过参加各种法律义务咨询活动，向广大群众传授相关法律知识，普及法律常识，宣传妇女儿童权益保护法，希望唤醒广大妇女儿童对自身权益的认识，引起整个社会对维权工作的重视。

婚姻需要用心经营

生活需要精心维护

年轻的谭平很懂得经营自己的小家庭。“我和老公是夫妻，也是朋友。大家对对方都很信任，有什么问题都共同商量解决。婆婆帮忙带小孩子很辛苦，我也不时会给婆婆买些小礼品表示感谢。”谭平与大家分享家庭生活时，脸上不禁露出幸福的笑容。

审理不少离婚案件后，谭平也有自己的办案心得。“婚姻官司，无论谁输谁赢，双方的感情都会受到一定的伤害。其实夫妻相处的关键在相互沟通、理解与宽容。”谭平呼吁，婚姻需要夫妻用心经营，生活需要大家精心维护。“夫妻要有家庭责任感，要多设身处地为对方着想。面对纷纭繁杂的社会生活压力，妻子应多鼓励与关怀丈夫。面对家庭与事业两副重担，丈夫应多体贴与爱护妻子。此外还要重视与双方亲友保持良好关系。”

“家事法苑”律师团队奉献

田东女子家事法庭探索“家务事”审理新模式

2013年10月15日 中国法院报 黄小果

中国法院网讯(黄小果) 为进一步妥善处理婚姻家庭类案件,广西百色市田东县人民法院通过成立“女子家事法庭”,巧打“温情”、“为民”、“专业”三张牌,专断“家务事”,取得了良好的效果。日前,在百色市妇女儿童维权工作经验交流会上,该院“女子家事法庭”被授予“妇女儿童维权岗”荣誉称号。

善用“温情”牌。女子家事法庭充分发挥女性温柔、心细、亲和力强以及善做疏导与思想工作的特点,让冰冷的法律充满着温情,使许多濒临破碎的家庭重新找回和睦与幸福。女子家事法庭办结的婚姻家庭类案件中,以调解及撤诉方式结案的案件达九成以上。

突出“为民”牌。女子家事法庭推行立案速裁机制,在立案时组织当事人进行调解,采取当即调解,就地办案,巡回审理及预约立案和节假日立案等便民举措,尽量缩短案件审结时限。成立以来,审结的婚姻家庭类案件简易程序适用率高达90%以上,大大节约了诉讼成本。同时通过建立有效的诉前联动机制,加强与当地妇联、残联、民政、司法所以及各乡镇、村委会开展诉前联调,对案情简单、当事人具有调解愿望的婚姻家庭类纠纷案件,采取法律指导、委托调解等方式,对案件进行有效分流。至今,女子家事法庭通过联调的方式处理各类纠纷约占审结案件数的25%。此外,针对被诉一方当事人远在外地而事实基本清楚、争议不大的简易民事案件,在保证程序合法的情况下采用电话、QQ、网络视频等方式进行调解,既适应了新形势的发展,也方便了群众。

稳抓“专业”牌。女子家事法庭由从事审判执行工作多年的女法官和陪审员组成,专门审理包括离婚、离婚后析产、子女抚养与监护、老人赡养等与家庭关系相关的纠纷。丰富的审判经验、过硬的专业技能和对当事人心理和利益诉求的准确把握,使女子家事法庭的法官总是能快速准确地把握双方当事人争执的焦点,找到化解矛盾的最佳突破口。自2012年3月份设立以来,共审结婚姻家庭案件140余件,挽救濒临崩溃的家庭60多个,挽回各类经济损失达20多万元,为妇女儿童减免缓诉讼费近2万元,审结的案件无一错判。

西湖区有个婚姻家庭纠纷调解团队

2013年10月23日每日商报 张玎

昨天下午,西湖法院与西湖区司法局、西湖区妇联共同举行了婚姻家庭纠纷调解团队成立仪式。

据悉,婚姻家庭纠纷调解团队,将从事婚姻家庭纠纷诉调衔接工作。团队由42人组成,包括法院特邀调解员、心理咨询师、司法局人民调解员、妇联妇女儿童维权和法律援助志愿者,最美妈妈吴菊萍、“全国劳动模范”孔胜东等都是团队成员。

宝安法院设立家事审判庭

2013年10月21日 深圳商报 包力

新鲜!为解决家事矛盾,宝安法院为此设立深圳市首家家事审判庭。记者昨天从该院获悉,家事审判庭由一名负责人和多名具有丰富家事审判经验的法官及司法辅助人员组成,主要负责审理第一审婚姻家庭纠纷、继承纠纷等家事案件,包括离婚财产纠纷等20余类普通的家事案件。

家事纠纷立案专门排队叫号

为适应家事审判方式改革对案件受理和流转的特殊要求,宝安法院采取措施,全面规范家事纠纷案件立案和流转工作,从源头确保家事审判方式改革。

首先,设计独具特色的家事案件诉讼相关文书。针对家事审判改革的特殊需要,宝安法院设计并制作了独具特色的家事案件诉讼指南、诉讼指引、当事人财产申报表等,设计启用了区别于其他案件的特色档案袋,方便案卷识别,提高案件流转效率。

其次,设立家事案件专门受理窗口。实行家事纠纷立案专门排队叫号,指派熟练掌握家事纠纷案件处理规范的立案人员坐驻窗口专门受理家事纠纷立案。

第三,严格规范家事案件受理流转流程。制定了《关于受理及流转家事案件的相关规定》,从受案范围、诉前指引、立案审查、材料发放及分案规则等方面全面规范家事案件受理及流转。

最后,强化家事纠纷诉讼指引与诉讼提示。发出针对家事纠纷的伦理、情感属性,强化调解引导,从案件入口环节引导当事人选择诉前联调和审前调解;针对确实存在经济困难的当事人,提示可选择司法救助及法律援助;针对家事审判的特色,特别提示三项制度,即诉前家庭财产申报制度、人身安全保护裁定制度、离婚证明书制度。

发出人身安全保护裁定

家庭纠纷中,常常发生家暴现象,为保护弱者,法院特推出人身安全保护裁定制度。记者在宝安法院采访时,该院沙井法庭在审理一起离婚案件时,启动人身安全保护机制,作出人身安全保护裁定,结果,男方未再对女方作出危害其人身安全的行为。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

女子王某与李某于2002年打工时认识、相恋，生育一儿一女，于2013年1月补办结婚登记。但李某常对外宣称自己已离婚，并与其他异性长期保持暧昧关系。婚姻关系存续期间，李某经常对王某及其弟实施家庭暴力，导致王某及其弟身体多处部位受伤并入院治疗，夫妻关系不断恶化。李某还经常将王某的生活照发至网上，并在照片下写上“泼妇、小心点儿”等侮辱、恐吓性文字。

2013年7月，王某向法院起诉要求离婚。离婚诉讼期间，李某多次通过电话、短信及邮件方式恐吓王某，并扬言“我不搞死你全家，我不姓李”。此外，王某还指称李某有骚扰、跟踪等其他危害其人身安全的行为。王某于2013年8月5日向法院提出人身安全保护申请。

案件审理中，法院对李某进行了批评教育。鉴于李某对王某具有一定的人身危险性，法院遂作出人身安全保护裁定：禁止被申请人殴打、威胁申请人；禁止被申请人利用骚扰、跟踪等手段，妨碍申请人的正常生活。为确保裁定的顺利执行，裁定书中告知当事人：如被申请人违反上述禁令，法院将根据民事诉讼法的规定，视情节轻重予以训诫、罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

上述裁定作出后，李某未再对王某作出危害其人身安全的行为。

家事案件财产申报制度显成效

离婚案中，财产分割往往是夫妻双方矛盾的焦点。从2013年7月12日起，宝安法院要求所有涉及分割夫妻共同财产的离婚案件中的当事人均应填写《家事案件财产申报表》，主动向法院申报夫妻财产状况。这一办法让当事人不敢以隐瞒财产来承担法律后果。而该院民一庭也运用财产申报制度，近日成功调解了一起离婚案件。

女子何某与黄某是夫妻，何某是某机关的临聘人员，月工资3500元左右，黄某常年经商，收入不详。2013年8月，何某起诉要求离婚，黄某同意，但双方在财产分割问题上争执不下。何某指称黄某经常出入高档娱乐场所，有车、有房、有股份、有存款，要求分割。但由于黄某系经商，收入不固定，故何某无法举证证明黄某的财产状况，也不能提供相关的财产线索。而黄某则坚称自己没有任何财产，并反过来要求分割何某的工资收入。按民事诉讼“谁主张谁举证”的证据规则，何某因不能举证而处于十分不利的诉讼地位，不仅其要求分割黄某名下财产的诉讼请求得不到法院的支持，相反其名下的工资收入还要作为夫妻共同财产予以分割。

该院在审理此案时，将《家事案件财产申报表》送达给双方当事人，详细说明财产申报表的填报要求，并告知拒不申报或申报不实的法律后果，即逾期不申报的，视为放弃处理相关夫妻财产的权利，隐藏、转移夫妻共同财产，妨碍民事诉讼的，法院将依照民事诉讼法的规定给予制裁。

在收到法院的财产申报表后，黄某很快转变了原来的强硬态度，主动要求与何某和解。最终，本案在法院的主持下，双方对财产分割达成一致意见，并签署了离婚协议。

让协议离婚当事人不再“伤不起”

2013年10月08日 中国妇女报 林志文

广东韶关市始兴县法院与民政局今年9月起联手建立司法确认对接机制。今后，凡当事人到县民政部门协议离婚，民政部门将引导当事人到法院就《离婚协议》进行司法确认，为当事人解决后顾之忧，让离婚当事人不再“伤不起”，不再因离婚而受到权益侵害。

据了解，该机制自今年9月1日起实施以来，有关部门共对该类案件进行司法确认12件。

司法建议催生确认对接机制

据始兴县法院相关负责人介绍，该院对近年来受理的离婚后抚养费纠纷、离婚后财产分割等纠纷案件进行分析发现，2011年至2013年，共受理离婚后财产分割、子女抚养费等纠纷共156件。其中，当事人双方在民政局协议离婚后，起诉财产分割等的案件共125件，占此类案件总数的80%左右。

调研还发现，协议离婚案件存在的主要问题包括：一是离婚后一方不履行房屋过户手续；二是不按时支付抚养费；三是不履行探视权；四是离婚后一方发现另一方隐匿财产；五是发现股票、股权证分割不合理等。例如，夫妻双方离婚时，有的男方为了尽快促成离婚，在签订离婚协议时会满足女方提出的关于房子、存款、孩子抚养权等条件，然而一旦领取了离婚证，达到离婚的目的后，就轻而易举地撕毁离婚协议，对离婚协议中所应履行的义务不再履行，双方只得上法庭见分晓，离婚协议犹如一纸空文。

为更好地发挥行政调解与法院司法的联动作用，有效减少诉讼、促进社会和谐，为当事人避免后顾之忧，始兴法院于8月18日向始兴县民政局提出司法建议：一是法院和民政部门形成对接机制，对于到民政局婚姻登记中心登记离婚的，如果双方在子女抚养和财产分割方面不存在争议且同意进行司法确认，则由县民政局工作人员指导当事人填写司法确认申请书，引导当事人向法院提出申请，请求确认离婚协议效力。二是办理离婚登记时应查明财产是否分割完毕，有无遗漏，尤其应加强对房产的审查。

始兴县民政局收到法院的司法建议后，马上作出了积极回应，表示可以实行，并表示按建议内容给予积极配合。

不涉及财产调查的三日内给予确认

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

始兴县法院相关负责人向记者介绍,实施司法确认的程序包括:第一,离婚当事人申请确认调解协议,向人民法院提交司法确认申请书、调解协议和身份证明、资格证明,以及与调解协议相关的财产权利证明等证明材料;第二,法院在受理申请确认离婚协议时,对所受理的离婚司法确认案件实行审查、立案、审理、移送执行“四优先”,并第一时间安排送达,对具备确认条件的可以当场作出确认决定;第三,法院在接到司法确认申请后,将及时对离婚协议中涉及财产分割和子女抚养的内容进行审查,并以调解书的方式确认其法律效力,不涉及财产调查的必须在三日内给予确认。

法院强调,对违反法律法规、侵害案外人合法权益、损害社会公序良俗,以及内容不确定、无法确认的调解协议,法院有权不予确认。若一方当事人不履行生效的民事调解书,另一方可以向法院申请执行;对于以调解方式结案并且可以当场给付的案件,当事人可以向法院申请主动执行。

法院与民政局联手建立司法确认对接机制后,引起社会各方极大关注。始兴县居民程某与妻子刘某2008年在始兴县民政局登记结婚,当年5月生育一女孩,2012年5月3日双方在始兴县民政局协议离婚,协议内容是婚生小孩归女方刘某抚养,男方每月支付小孩抚养费1200元,男方每月可探视小孩一次,无财产分割。2013年9月12日,男方通过网络得知法院对离婚协议可以进行司法确认,便通过法院规定的相关程序向法院申请司法确认,法院在三个工作日以调解书的形式对其离婚协议进行了司法确认。男方在收到法院的司法确认书后,感到一直压在心中的疑虑已经消除,认为他与前妻签订的离婚协议有了法律的保障。

据介绍,该机制自今年9月1日实施以来,截至9月30日,有关部门共对该类案件进行司法确认12件。

双赢新模式效果明显

专家指出,法院此举将在行政与司法机关之间搭建起一座有效的沟通桥梁,其作用体现在:一是便捷当事人,节约当事人时间,减少当事人讼累;二是有效节省当事人经济成本;三是科学节省法院诉讼成本,将很多可能会发生的民事诉讼案件有效挡在了法院的判决之外,从而节省了法院的有限诉讼资源。因此,法院对离婚当事人达成的离婚协议进行司法确认,是既有利于公民自身,又有利于婚姻登记执法部门行政执法的双赢新模式。

始兴县妇联主席戴月玲接受记者采访时表示,实施司法确认的成效可以从妇联近一个月来的接访情况得到反映。

“以往来访妇女到妇联咨询或寻求帮助的内容,大部分涉及离婚协议纠纷,如财产分割、子女抚养、孩子探视等相关问题,但9月份以来,妇联接待来访妇女中涉及离婚协议纠纷的新个案基本没有。”

二、一般审判动态

三、立法动态

参与百余件涉及妇女利益的法律和政策制定修改

妇联持续推动立法保护妇女权益

2013年10月28日 法制日报 陈丽平



过去的五年,是我国民主法治建设取得重大发展和长足进步的五年。这期间,中国特色社会主义法律体系如期形成,社会主义经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设实现有法可依。

伴随中国特色社会主义法律体系的形成,五年来,全国妇联源头维权工作实现了从推动完善立法到促进法律实施的全过程、全方位参与和推进。

紧跟国家立法进程

源头维权广度拓展

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

五年来,全国妇联依据法律赋予的权利和组织章程的规定,围绕十一届全国人大常委会的立法工作计划,先期部署、统筹规划源头维权工作,主动、及时跟进国家立法和政府决策进程。

五年来,全国妇联共参与刑法、人民调解法、侵权责任法、农村土地承包经营纠纷调解仲裁法、村民委员会组织法、社会保险法、婚姻法司法解释(三)等百余件次涉及妇女利益的法律和公共政策的制定、修改,代表妇女利益提出建议,旗帜鲜明地提出严厉打击拐卖妇女的违法犯罪行为、保护农村妇女土地权益、提高农村妇女参政比例、发挥妇联组织在人民调解中的作用等意见建议,被立法机关和相关部门采纳,使男女平等基本国策和社会性别意识在法律政策中得到切实体现,促进保障妇女权益法律法规政策体系不断完善。

法律的生命力在于实施。立法解决了有法可依的问题,但只有法律得到有效实施,才能切实维护法律的权威和妇女的权益。

近年来,全国妇联将加强法律监督、促进法律贯彻落实作为源头参与的关键环节,认真研究不同妇女群体普遍性、规律性问题,通过议案、提案、调研报告、信息报送等形式,积极向党委、人大、政府、政协和有关部门提出具有针对性和可操作性的对策建议,如男女同龄退休、取消嫖宿幼女罪、保护农村妇女土地权益、综合治理买方市场打击拐卖妇女儿童犯罪、对妇女法实施情况进行执法检查等,使立法机关和政府部门办理提案议案的过程成为推动妇女权益保障工作的过程。

为了促进妇女权益保障法律不断完善,全国妇联开展了以社会性别视角评价我国妇女儿童权益保护法律社会效果的立法后评估,对相关法律制度的科学性、法律规定的可操作性、法律执行的有效性等进行分析研究,作出客观评价,为下一步继续修改完善我国妇女权益保障法律制度、满足妇女群众对法律保护的需求提供了科学依据。

突出重点加强研究

源头维权深入推进

在源头参与工作中,全国妇联注重科学调查和理论研究的常态化,形成了翔实的调查报告和丰富的理论研究成果,同时,有效发挥维权特聘专家在专业领域的优势力量,不断提高源头参与质量,主动推进了一批重点领域的立法,使妇女权益法律保障提高到一个新水平。

2008年,全国妇联首次在两会期间提出将制定反家庭暴力法列入全国人大常委会立法工作计划的建议,标志着全国妇联集组织力量全力投入反家暴立法的推动进程。

在十一届全国人大常委会任期内的五年中,全国妇联每年都坚持不懈地提出这项立法建议,并且主动承担了立法前的基础性准备工作,包括广泛开展社会宣传,独立或联合全国人大内司委、全国人大常委会法工委和全国政协社法委进行实地调查,配合立法机关开展立法论证,开展多项数据调查,组织深入的理论研究,起草法律草案建议稿,征集相关部门及公众意见,探索多部门合作反家暴工作机制,总结国内外有效经验,为反家暴国家立法奠定了坚实的思想基础、理论基础、实践基础。

2012年,反家庭暴力法终于列入全国人大常委会立法工作计划,2013年被列入新一届全国人大常委会立法工作计划。

这是继妇女权益保障法制定20年来全国妇联再次推动全国人大常委会将制定一部新的保护妇女权益法律列入立法工作计划。这部法律如出台,将填补我国对公民婚姻家庭领域法律保护的空白,造福亿万妇女及其家庭。

全国妇联还抓住国家完善社会保障制度的重要契机,积极参与社会保险法的制定,就生育保险的顶层设计建言献策,保障女职工生育期间获得经济补偿和基本医疗服务,促进妇女公平就业。特别是促成将职工未就业配偶纳入生育保险覆盖范畴,彰显了社会保障的公平性,符合人民群众利益,为生育保险制度的推行赢得了更多社会共识。

《女职工劳动保护特别规定》是近年来在社会产生重大影响的妇女权益保护行政法规。作为妇女权益保护的重点领域,全国妇联始终高度关注这部法规的立法过程。在深入研究妇女劳动权益中的重点问题、认真了解女职工需求和恰当借鉴国际先进做法的基础上,既注意保护女性劳动者的现实利益,又充分考虑到女性未来发展的要求,在女职工禁忌劳动范围、防治工作场所性骚扰等方面提出建议,被正式颁布的《女职工劳动保护特别规定》采纳,成为法规颁布后广受社会关注的突出亮点。这部法规第一次在立法中明确将预防和制止对女职工的性骚扰作为用人单位的一项责任。

加强指导鼓励创新

地方立法硕果累累

全国妇联在积极推动国家制定修改了一批与妇女权益密切相关的法律法规的同时,也加强了对地方妇联参与立法工作的指导和支

持。全国妇联推动31个省区市全部完成了妇女权益保障法实施办法的修订工作,将国家法律的规定具体化。各地实施办法的修改在保持原有体例不变的基础上作了较大幅度修改,有的地方的实施办法新增条款达一倍之多,内容上注重新强调地方各级政府、各级政府妇女儿童工作委员会及有关部门的职责,甚至从经费保障、人员保障等方面作了细致的规定,既反映了妇女权益保障法修改的重点,又充分结合了地方实际,而且还吸收、借鉴了近年来保障妇女权益理论的

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
重大研究成果和先进理念,更加具有时代特色。

五年来,全国妇联还指导 28 个省区市制定了反家暴地方性法规或规范性文件,对家庭暴力的概念作出了更加广泛的界定,规范了处理家庭暴力投诉案件的原则、程序,明确了各有关部门的职责,设置了专门的预防和制止家庭暴力工作机构,不仅及时保护了当地受到家暴的妇女的合法权益,也为国家立法积累了有益的经验。

全国妇联鼓励地方借鉴国外先进经验在性别平等立法方面也取得突破。我国内地首部性别平等地方性法规《深圳经济特区性别平等促进条例》的出台,以地方性法规的形式明确了性别平等的含义,创设了促进性别平等的工作机构,建立了反性别歧视制度、性别统计制度、公共政策性别分析评估制度和性别预算制度。这种变单性别保护为多元化性别平等规范的立法模式,开创了我国内地性别平等立法的先河,为国家层面的立法积累了经验。

全国妇联还鼓励江苏省建立了政策法规性别平等咨询评估机制,通过推进保障妇女合法权益的立法、执法、司法等领域的理论研究和实务研讨,特别是从审查评估政策法规制定和执行中合法性、合理性、科学性、实效性的层面,加强对妇女生存发展切身利益和重大问题的关注和研究,推进社会性别平等理念纳入决策主流,纳入法律和公共政策体系,切实保障妇女的合法权益。

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案件

女子诉求狱中丈夫离婚

2013 年 10 月 23 日 京华时报 孙思娅

京华时报讯(记者孙思娅)张女士以遭骗婚为由,将已入狱的丈夫王先生起诉至法院要求离婚、抚养二人的孩子并偿还欠款。昨天记者获悉,昌平法院一审判决支持了张女士的诉讼请求,同时判决王先生偿还张女士欠款 20 万元。

张女士诉称,她离异后和王先生于 2010 年在网络上相识,相识初期她觉得王先生人很不错,没过多久两人成为恋人,并很快同居在一起,后来某天张女士发现自己怀孕了,两人在当年正式登记结婚。婚后,王先生对张女士的态度有了变化,他经常借口不回家。直到王先生因诈骗被扭送警方,张女士才知道原来一直谎称自己是国家工作人员的丈夫其实没有正式工作,在他俩认识前不久,因犯盗窃罪刚刚刑满释放。

王先生所借张女士并打了欠条的 20 万元,也被他挥霍一空。后王先生因为犯诈骗罪被判处有期徒刑二年十一个月。张女士随后起诉到法院。

昌平法院经审理认为,王先生有意隐瞒欺骗妻子的行为导致夫妻没有了信任基础,感情已经彻底破裂,并据此作出上述判决。

(二) 婚姻无效、撤销案例

不具民事行为能力人离婚

法院判决民政局撤销登记

2013 年 10 月 09 日 人民法院报 逯标

本报讯 一对共同生活十多年的夫妻,在行政服务大厅进行了登记离婚。原告父母称自己女儿患有精神病,一纸诉状提起行政诉讼,要求民政局撤销具体行政行为。近日,内蒙古自治区兴和县人民法院开庭审理了此案。

2013 年 3 月 6 日,原告丈夫在没有告知原告父母的情况下,将原告带到行政服务大厅,与其办理了离婚手续。随后,就将原告送回父母家中,原告在父母家中生活数月,当其父母要求其女婿接回原告时,却被告知他们已经办理了离婚手续,不再是夫妻关系,故不承担夫妻义务。原告父母得知事实真相后,为了维护原告的合法权益,以女儿患精神病,不具有完全行为能力为由,将县民政局及其女婿(第三人)告上法庭。

开庭审理中,原告及其法定代理人出示了原告患有精神病的证据,被告对其办理登记离婚时,夫妻双方提交的证明材料的规范性、合法性进行了举证,以证明登记离婚程序合法。

第三人对原告有精神病史无疑异,但是,称原告在办理离婚时精神状态正常。法院经审理认为,民政局虽然对申请人提交的资料已经进行了必要的形式审查,但是,因为第三人没有尽如实的告知义务,所提交的离婚协议书及协议离婚行为不具有合法性。与不具有民事行为能力的人达成的民事行为,自始不发生法律效力,民政局依据申请人提交的相关资料,作出的具体行政行为被法院判决依法撤销,使夫妻关系又恢复到原有状态。

安徽情侣相爱 5 年 才知彼此竟是表兄妹

2013 年 10 月 22 日 中国青年网 刘林

“愿天下所有的情侣都是失散多年的兄妹!”滁州小伙林某没想到,这句玩笑一样的“诅咒”会在自己身上应验。故事的曲折连当事人自己都无法相信。与女友相知相恋长达五年,日前两人领了结婚证,准备举办婚礼。双方家长也准备商讨婚事。然而初次见面,双方亲家母惊呆了:她们竟是失散多年的亲姐妹。

“家事法苑”律师团队奉献

【都市言情剧】

“北京爱情故事”上演

小林和小文结识在 2007 年。彼时，年仅 18 岁的小文从滁州只身前往北京，在远房亲戚开的一家公司找到一份工作。就在此时，她遇到同事小林。两人一叙，得知是老乡，自然走得亲近。交往中，小林无微不至的关怀，渐渐打动了小文。两人很快陷入热恋之中。

经过 5 年的爱情长跑，两人终于决定走进婚姻殿堂。经滁州市南谯区法院调查，2012 年 7 月 26 日，两人返回滁州市南谯区，在当地民政局办理了结婚登记手续。对于自己的感情，两人直到领证前都对各自家长保密。直到去年年底，两人才告知家长。

得知子女的另一半既是同事还是老乡，双方家长非常高兴，并着手准备操办婚礼。然而，就在亲家初次见面会上，这出爱情喜剧戛然而止。

【现实荒诞剧】

两家母亲竟是亲姐妹

为了商讨婚事，双方父母约定见面。初次见面，两位“亲家母”格外热情。“她们彼此不认识，只觉得眼熟。”女方母亲张某和男方母亲赵某相谈甚欢。交谈中，赵某得知，张某虽然已经迁居至天津生活，但小时候一直随母亲在滁州生活。再仔细聊，彼此之间居然有很多相识的亲友。两位“亲家母”“互交家底”，谈及自己的父母后，顿时傻了眼：她们竟是失散多年的亲姐妹！

在法庭上，老姐妹翻起了老黄历。早年间，这对姐妹出生在滁州市南谯区。父母离异后，妹妹张某跟随母亲改嫁，随后改姓了张。姐姐仍跟父亲姓赵。随后，母亲带着张某迁居外省，两姐妹分离，几十年来未曾相见，也断了联系。

【虐心伦理剧】

情侣转眼变成表兄妹

失散多年重新相认，老姐妹俩非常激动，紧接着就犯了愁，“那两个孩子怎么办？”

两家人乱作一团。“他俩是姨表兄妹，这婚肯定结不成了。”女方母亲张某斩钉截铁。小林非常无奈，难以抉择。男方家长也主张睁一只眼闭一只眼。但女方家提出，小林和小文是三代以内的血亲，属于近亲结婚，“总得为下一代考虑。”两家人经过长时间争议商讨，决定解除这段“意外”的婚姻。今年 5 月，双方一纸诉状递至滁州市南谯区法院，申请离婚。

【无言的结局】

法院判决婚姻无效

昨天，安徽商报记者从南谯区法院了解到，自接到诉状那天起，南谯区法院民事法官就开始对本案进行调查审理。据法院介绍，小林和小文从相识到领证，存在巧合。小文和小林同在一家公司上班，尽管他俩此前并不认识，但这家公司是由他们的远房亲戚开办，两人都是投奔这位远房亲戚。在日常交流中，小两口也知道彼此之间沾亲带故。“之前知道是彼此之间有亲戚关系，但没想到这么近。”

日前，滁州市南谯区法院对这起案件进行审理。嫡亲的姨兄妹险些成了夫妻，这原本难以启齿的尴尬，为何会诉至法院？法官解释，最终的判决不是离婚，而是婚姻无效。小文和小林属于三代以内旁系血亲，构成法律禁止结婚情形。“两家人如果是私下协议离婚，在民政局那边也有婚姻记录，以后再结婚就算二婚，无论是婚假还是其他方面事宜，都会受到影响。”

据法官介绍，目前婚姻无效的判决结果已经生效。同时法院方面也给小两口开具了证明，以便他们去当地民政部门申请消除婚姻记录。

（三）子女抚养纠纷案例

双胞胎父母离婚两个乖伢判给谁

2013-09-30 荆楚网-楚天都市报(武汉) 余皓

楚天都市报讯 本报记者余皓 通讯员徐丹丹 王薇 实习生黄怡 钱丽琼

一对刚过十岁的双胞胎，随着父母的离异眼看要兄弟分离。法官经斟酌再三，作出人性化判决—既尊重双方各拥有对一个孩子抚养权的诉求，同时又让这对孪生小兄弟在一起成长。

巧判双胞胎父母离婚案

女子李佳（化名）与男子朱侃（化名）于 2002 年 2 月结婚。今年初，当一对双胞胎儿子 10 岁时，双方却因感情问题面临分手，李佳起诉离婚，同时请求判令两个儿子由自己抚养。

而男方朱侃表示，同意离婚，但要求儿子归自己抚养。一审法院审理认为，双胞胎孩子一起生活更有利于身心健康成长，考虑女方照顾孩子更有利，判决准许双方离婚，两个儿子由李佳抚养，朱侃每月负担 3000 元至儿子独立生活时止。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一审判决后，朱侃认为两个儿子的抚养权都给了妻子，太不合理，他坚决上诉要求改判孩子的抚养权归自己，“我在经济收入、居住条件、受教育程度等方面更优于女方”。

该案终审时，主审法官与双方交流，深为理解二人各自的诉求。经与男方朱侃商量，能否找一个双方各拥有一个孩子抚养权、同时不让两个孩子生活分开的途径？朱侃表示赞同，在庭审中同意将拥有抚养权的一个儿子也交给女方代养，其承担每月3000元的抚养费不变。

本月初，终审法官照此判决，离婚男女双方均表示接受。

抚养权关键在利于孩子身心

在争子女抚养权的官司中，双方会举出例如房产、存款、学历等证据，试图向法官证明自己更适合抚养子女。那么，裁判此类案件的标准到底是什么？

昨日，武汉中院主审法官举例称，一起离婚抚养案中，11岁儿子小斌表示愿随母亲生活，且母亲所在社区有校车接送上学利于小孩接受义务教育，法院遂判决小斌随母生活；另一起离婚后抚养权变更案中，父亲提出自己现在更有条件抚养儿子，而法院认为，其子一直随母生活，从孩子心理稳定角度出发，随母生活更好，遂驳回男方的诉讼请求。

这名法官表示，最高法院相关司法解释规定，对子女抚养问题，从有利于子女身心健康、保障子女合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。法官在裁判子女抚养权纠纷时，多结合双方的抚养能力、抚养条件，包括父母双方的经济条件、是否愿意抚养子女，有没有时间、能力抚养子女等因素判决，而对于年满十周岁以上的子女，还应考虑子女意见。

五河一离婚妇女告前夫 讨回小女儿抚养权

2013年9月2日 淮河晨刊

核心提示：五河县小圩镇女子孟洁(化名)，和丈夫结婚十余年了，育有2个女儿。因和丈夫性格不合，经常发生吵闹纠纷。今年7月，法院判决2人离婚，大女儿归男方抚养，小女儿归孟洁抚养。因前夫一直不愿送回小女儿。无奈之下，她向法院申请强制执行。

“我的后半辈子生活这下有了希望和依靠……”9月25日下午，在五河县法院执行局，一名泪流满面的母亲将多日未见的女儿一把搂在怀里。而这一幕的起因是一起离婚案件引发的抚养权纠纷。

五河县小圩镇女子孟洁(化名)，和丈夫结婚十余年了，育有2个女儿。因和丈夫性格不合，经常发生吵闹纠纷。今年7月，法院判决2人离婚，大女儿归男方抚养，小女儿归孟洁抚养。

前夫一家人在南京打工，判决后并不情愿放弃抚养权，一直不愿送回小女儿。孟洁曾和家人前往南京讨要，双方由此发生冲突，惊动了当地派出所。经过派出所调解，孟洁仍未能达到目的。无奈之下，她向法院申请强制执行。承办法官接手案件后发现，孟洁前夫一家养育小女儿多年感情很深，并为孩子在南京上学做了大量工作，因此并不愿意孩子回到五河。抓住矛盾的焦点，法官劝导对方，孟洁已无法孤身一人，需要孩子作为寄托，应该多体谅。法官的20多个电话，搭起了执行的桥梁。最终孟洁自愿补偿男方家7000元，对方则将小女儿送到五河县法院执行局。

41年抚育竟换来养女“霸占房”

养母诉请解除收养关系获法院支持

2013年10月08日 上海法治报 王川

本报讯 收养关系中的父母子女虽然并无血缘关系，但在漫长的抚养过程中，早已凝结了父母的养育恩情，身为养子女，又何须纠结于血缘？然而，被收养41年的李霞却并不这么认为，她在知道自己的身后，竟然对养母产生了仇恨心理，甚至要霸占过世养父遗留的住房和10万元钱。养母无奈之下只好诉至法院，日前，宝山区法院公开审理此案，并解除了这对养母女的收养关系。

1971年，时年27岁的张女士和丈夫收养了一个出生仅十余天的女婴，起名李霞。作为两口子的“独养女儿”，李霞从养父母处获得了充分的关爱：养父视她为掌上明珠，什么要求都尽量满足；李霞成年后，虽然没能“有出息”，甚至还失了业，可养父母还是在生活上积极帮助养女，养父养母经常省吃俭用资助她。

然而1990年，李霞得知自己系收养的事实后，却对“养女”身份如鲠在喉。此后她很少再上门探望养父母，也未给他们寄钱寄物聊表孝心。对不那么宠爱她的养母，更是充满了莫名的恨意。养母上门帮她洗衣服，洗了一盆以后李霞又要她洗，养母说了一句“你妈很累了”，李霞便大吼：“你永远不要到我家来”。

养父病重入院治疗，母女俩探望时由李霞支出的费用，事后李霞都作为债务向养母张老太讨要。养母和她争执，她更是高喊自己“从来没有得到过母爱”。

2011年10月，作为家庭和谐纽带的李先生病逝了。李先生逝世次日，正处丧夫之痛中的张老太迎来了不速之客——养女李霞，她既不是来哀悼疼爱自己的养父，也不是来抚慰自己的养母，而是提出了令众人瞠目结舌的要求，要养母把赖以栖身的住宅和养父留下的10万元存款交给自己，理由是“养父临终时这么说的”。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

张老太当场拒绝了她，李霞便三番五次地以电话、上门吵闹等方式，向养母“讨债”。年近七旬的张老太，不堪忍受之下一纸诉状递交至宝山区法院，请求解除与李霞之间的收养关系。

在法庭上，李霞提出了维持收养关系的唯一理由：“我不同意解除收养关系，解除收养关系后我父亲的10万块钱就找不到线索了。”在她眼中，这段数十年的养母女关系、18年的养育之恩，现在只值这10万元了。

法院审理后认为，鉴于双方矛盾实在太大，维持关系对张老太而言毫无益处，遂依法作出判决，解除张老太和李霞的收养关系。

（四）撤销婚姻案例

（五）损害赔偿案案例

妻子外遇生子诉离婚 丈夫获精神损害赔偿金

2013年09月25日 光明网 罗珩

红杏出墙后，妻子以夫妻感情彻底破裂为由向法院起诉离婚，丈夫则道出了儿子不是自己亲生的事实。近日，广西贵港市港北区人民法院审结了该案，一审判决准许原告杨女士与被告余先生离婚，杨女士一次性赔偿余先生精神损失费3000元。

原、被告于2003年10月经人介绍相识并恋爱，2004年4月1日登记结婚。2006年1月23日生育女儿，2007年10月5日生育一子，不幸因病夭折，2012年10月15日杨女士又生育一儿子。后被告怀疑儿子是原告与第三者所生，故而双方经常发生争吵，夫妻矛盾加剧，夫妻感情日渐淡薄。2013年2月20日，被告把原告衣物等丢出家门，原告便带着儿子离开被告家回娘家居住。2013年3月4日，被告单方委托广西金桂司法鉴定中心，对被告与儿子有无亲子关系进行鉴定，鉴定结论为不支持被告与其子存在亲生血缘关系。

法院另查明，婚姻关系存续期间，被告因其父亲发生交通事故，向原告的母亲黄女士借款20000元用于其父亲治疗，已还10000元，尚欠10000元。被告支付生育非婚生儿子住院费2118.89元，打预防针274.44元。

法院认为，原、被告经人介绍相识、恋爱并登记结婚，双方有一定的感情基础。庭审中被告亦表示同意离婚，故原告诉请离婚，本院予以准许。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第一款规定：“夫妻一方方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。”被告提供DNA检验报告单证明孩子与其无血缘关系，原告不能提供任何证据反驳被告的主张，也不能合理解释不予配合进行亲子鉴定的原因及理由。根据上述法律规定，应推定被告的主张成立，即被告与儿子不存在亲子关系。被告与儿子不存在血缘关系的事实对被告精神打击很大，原告存在过错，被告请求原告赔偿精神损失费60000元，数额过高，法院酌情支持3000元。

原告诉请女儿由被告抚养，儿子由原告抚养，被告亦同意，本院予以准许。被告答辩要求原告每月支付女儿的抚养费500元，女儿教育费、医疗费凭票各半负担，法院予以准许。被告要求原告承担生育儿子住院费2118.89元、打预防针274.44元，原告对此数额予以确认，法院予以准许。被告请求原告承担鉴定费4000元及生育儿子其所支付的原告营养费10000元，缺乏法律依据，法院不予支持。

婚姻存续期间，被告向原告母亲借钱用于其父治病，至今尚欠10000元，原、被告庭审均认可。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》17条规定：“夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。”被告对其父亲负有法定的赡养义务，故该笔借款属于夫妻共同债务，由原、被告各半负担。综上，法院依法作出判决：一审判决准许原告杨女士与被告余先生离婚；非婚生儿子（以下简称儿子）随原告杨女士生活，抚养费由原告杨女士负担；婚生女儿（以下简称女儿）随被告余先生生活，原告杨女士每月支付女儿的生活费500元给被告余先生，医疗费、教育费凭票各负担一半，直至女儿能独立生活止，孩子长大后随父随母生活由其自行选择；生育儿子的住院费2118.89元、打预防针274.44元，共计2393.33元，由原告杨女士返还给被告余先生；被告欠原告的母亲黄女士10000元，由原告、被告各负担5000元；原告杨女士一次性赔偿被告余先生精神损失费3000元；驳回原告杨女士的其他诉讼请求。

八年养育“爱儿”竟非“亲儿”

双方调解决定孩子母亲向对方赔付共计10万元

2013年10月23日 上海法治报 周寒梅

本报讯 养育8年的孩子竟然与自己没有血缘关系，近日，孩子的“父亲”及“爷爷”“奶奶”在得知亲子鉴定结论后分别将孩子的母亲告上法庭，请求解除对小孩的抚养责任，并索赔13万余元及20万余元。嘉定区法院受理后依法对两案进行审理，在法官的调解下，双方最终达成调解协议，由孩子的母亲分别向对方赔付5.5万元和4.5万元。

2004年11月，小玲和小阳登记结婚，七个月后生育男孩虎虎。“孙子”的降临让老两口欣喜不已，当即即为虎虎

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

购买了价值 2000 元的金器，并在小玲的提议下操办起了虎虎的满月酒、周岁酒。但是孩子出生给家庭带来的喜悦还没有维持太久，小两口间的感情便产生了裂缝，最终于 2007 年 7 月协议离婚，并办理了离婚登记手续。

两人离婚后，虎虎随母亲小玲生活，小阳定期向母子俩支付抚养费。原本也相安无事，但今年年初，小阳开始怀疑虎虎并非自己亲生，便于 2013 年 1 月 31 日委托司法鉴定机构做了亲子鉴定，鉴定结论表明虎虎的确与小阳没有血缘关系。当鉴定结论摆在小阳和他父母面前时，三人顿时傻了眼，百般宠爱的“儿子”（“孙子”）竟是别家的孩子。一怒之下，小阳和他父母分别将小玲告上了法庭。

诉讼中，小阳和老两口认为鉴定结论表明虎虎与他们并无血缘关系，而小玲一直以来隐瞒虎虎的身世，欺骗了他们的感情，使其在将近八年的时间内为虎虎所付出的感情化为了泡影。因此小阳请求法院判令免除自己对虎虎的抚养义务，要求小玲返还虎虎出生以来为其支付的抚养费、保险费及利息共计 11 万余元，并赔偿精神损失费 2 万元。老两口请求法院判令小玲赔偿老两口为其母子俩支付的生育住院费、满月及周岁宴请费、首饰费及相应利息共计 19 万余元，并赔偿精神损失费 1 万元。

而小玲则表示没有隐瞒过虎虎的身世，2006 年 10 月，她曾向小阳坦承其在婚前与其他异性有偶尔的性行为，为此两人还签订了一份《婚内财产分割协议》，由小玲向小阳支付 3 万元精神损害赔偿金。但由于两人也存在婚前性行为，因此小玲主观上一直认为虎虎是她与小阳所生，直至收到法院传票，才知道虎虎并非小阳的亲生儿子。

然而无论小玲有没有隐瞒实情，事实已不容改变。庭审中小玲表示愿意对小阳一家做出相应赔偿，最终在法院的调解下，双方就赔偿数额达成一致，一桩纠纷也得以化解。

（六）扶养赡养案件

老太哭诉养儿不防老求照顾

儿子强调吃低保住廉租房 经法院调解双方达成协议

2013 年 10 月 10 日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）70 多岁的陈老太称儿子不照顾自己也不去探望，起诉要求和儿子同住。昨天，丰台法院开庭审理此案，儿子当庭表示同意母亲的诉求。

上午 10 点半，陈老太和儿子宋先生先后步入法庭，这已是母子俩第二次对簿公堂。此前，陈老太曾起诉要求儿子给赡养费。经法院调解，宋先生同意每月支付母亲 600 元。

陈老太抹着眼泪说，她离婚近 30 年，现在年纪大了体弱多病，没有收入。虽然暂居女儿家中，但是女儿需要上班，无法照顾她的衣食住行。儿子不让她到家中居住，也不去探望她，她几次生病、生活遇到困难去找儿子，都被拒绝。她自己晾晒被褥，将手腕摔成骨折，打电话找儿子，儿子也没有提供帮助。无奈之下，她将儿子告上法庭，要求和儿子共同居住，并得到儿子的照顾。

陈老太的儿子宋先生 40 多岁，坐过牢。他当庭表示，同意和母亲一起住，但强调自己和妻子都吃低保，每月收入加起来才 1000 多元，“我们住的是廉租房，地儿小，一室一厅”。

陈老太一听赶紧回应：“只要我跟他一块儿住，怎么住法儿都行，只要他心里有我这个妈就行。”

经法院主持，母子俩达成调解协议，自本月起，儿子将母亲接到家中，照顾母亲生活。

新疆老太告儿“不常回家”

2013 年 10 月 15 日 法制日报 潘从武

原告席上的母亲，眼含泪花看着被告席上的儿子。虽然这是一起赡养案件，可是母亲并不是向儿子和儿媳索要赡养费，而是希望儿子能“常回家看看”。

10 月 12 日，重阳节的前一天，新疆维吾尔自治区温宿县人民法院当庭调解新疆首例“常回家看看”赡养纠纷案。这对母子在法庭上重归于好、相拥而泣。

这位母亲今年 69 岁，中年丧夫后一直没有再婚，与儿子相依为命。但儿子成家后分开生活，很少回家探望。不久前，母亲发高烧住院，给儿子打电话，儿子忙于生意抽不开身，便派公司员工到医院照顾母亲。不但平时不看望自己，连生病住院也不露面，母亲出院后一气之下将儿子告到法院。

“你忘了你是怎么长大的？”调解室里，母子一见面，母亲就质问儿子，儿子则低头不语。法官对儿子进行了批评，并向其释明老年人权益保障法有关子女“常回家看看”的规定。

儿子听后向母亲表示了歉意，母子相拥而泣。最后，母子达成协议：儿子每月至少到母亲住处看望一次；端午节、重阳节、中秋节、国庆节、元旦等节日期间回家看望母亲；除夕夜陪母亲度过，正月初一至十五，至少看望一次母亲。

八旬老夫夫妇状告养子 法院判其承担赡养义务

2013 年 10 月 28 日 中安在线(合肥) 杨一祥

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

宣城新闻网报道，赡养关系不仅存在于亲生子女和父母之间，养子女对养父母也负有赡养义务。近日，泾县人民法院审结一起赡养纠纷案，依法判决被告张亮支付养父母张老夫妇医疗费 2720.5 元，修房款 12250 元、房屋造价评估费 2000 元，并于今后每月支付养父母赡养费 600 元。

1965 年，张家因无子女，便在同村隔壁邻居家收养了一个男孩，并改名张亮。后来张家生了一个女儿张玲，张亮一直与养父母共同生活至结婚生子。2013 年农历正月下了一场大雪，将张老夫妇的住房压塌。两位老人为了修建房屋花去 4 万余元，除政府补助 2 万元外，余款均系张玲一人在外所借，张亮分文未出。同年 4 月，80 岁的张老生病住院，花去医疗费 13441 元，张亮支付了 4000 元。现今张亮在上海开了一家卖肉店，平均月收入 4000 元左右。但张老夫妇现年事已高、身体多病，均已丧失劳动能力，虽有一些毛竹山场，收入却不足以维持生活开支。眼见养儿不孝，司法所调解未果后，张老夫妇遂诉至法院。

法院受理后，庭审中张亮提出对养父母所建房屋的造价进行评估并愿意先行垫付评估费用，法院依法委托有评估资质的机构对该房屋造价进行了评估，评估结果为 44500 元。但后来张亮却没有支付评估费，无奈的张老夫妇只得又垫付了评估费 2000 元。法院审理后认为，根据法律规定，子女对父母有赡养扶助的义务；子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。被告张亮虽不是原告张老夫妇的亲生子，但作为养子一样有义务对养父母进行赡养。由于张老夫妇有两个子女，故赡养应由二子女共同负担。关于张老夫妇所建房屋，扣除政府补助外，剩余 24500 元由两子女共同负担。关于张老夫妇的医疗费用，两个子女也应平摊，扣除张亮已经支付的 4000 元外，还应再付 2720.5 元。鉴于张老夫妇有两个子女，根据张亮的收入情况，法院酌定张亮每月支付养父母赡养费 600 元。（当事人均系化名）（杨一祥 陈年红）

（七）离婚后财产纠纷

前夫替人炒股亏损 前妻被判共同偿债

2013 年 10 月 09 日 上海法治报

本报讯 李莉刚刚与前夫离婚，本打算一切重新开始，一张法院传票却搅乱了她平静的生活。原来，前夫替人炒股亏损了，现在债权人一纸诉状将她与前夫共同告上法庭。日前，江苏省徐州市鼓楼区人民法院审结了此案，并判决李莉及其前夫共同偿还原告欠款 7 万元。

李莉的前夫刘松在证券公司上班。2010 年股市大好，刘松私下为朋友操作股票赚外快。谁知，2011 年股票行情急转直下，股票账户出现了亏损，惹得朋友去单位闹事，刘松也因此辞职。为了安抚朋友，他出具了借条和还款协议，承诺弥补其炒股损失。2012 年夫妻二人离婚。

庭审过程中，李莉觉得冤枉，认为此事系刘松与原告间的债务关系，自己不知情，而且自己与刘松已经离婚了，不应当承担责任。

法院认为，该案中，欠款形成于夫妻关系存续期间，刘松和李莉对该收入带来的利益理论上可以共同分享；此外，依举证规则，李莉未能提供有效、充分证据证明“债权人与债务人明确约定该项债务属于个人债务”或“夫妻双方实行约定财产制，债权人事先知道该约定”，因此，应由其承担不利的法律后果。据此，鼓楼区作出一审判决：李莉及前夫刘松共同偿还原告欠款 7 万元。

律师隐匿财产与妻子闹离婚

法院准予离婚 多分财产给女方

2013 年 10 月 06 日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）律师王先生在法院起诉离婚时，其妻子李女士提出王先生在诉讼前已转移、隐匿了夫妻共同财产。昨天记者获悉，昌平法院经查证属实后，判决准予双方离婚，王先生也因转移隐匿财产而获得较少的共同财产。

王先生起诉称，自己与妻子李女士感情已经破裂，坚决要求法院判决双方离婚。李女士表示同意离婚，但要求将王先生在安徽省和北京市通州区购买的两套房屋，作为夫妻共同财产进行分割。王先生先是否认这些财产，后又表示安徽的房屋为朋友借自己名义购买，但没提交相关证据。

经法院调查，查证王先生名下确实存在一套安徽省某地的房屋；而在北京市通州区购买的房屋系小产权房，并已另行出卖给他人。

此外，李女士还申请法院调取了王先生名下的银行账户明细及余额。李女士提出，王先生银行账户中约 300 余万元已被其擅自转移。王先生则表示，这些大额支出都是朋友用自己的银行卡进行的转账，也包含公司的经济支出。

法院认为，离婚时，一方隐藏、转移夫妻共同财产的，在分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移共同财产的一方，可以少分或不分。法院判决，对双方现存的夫妻共同财产，即四套房屋及一辆奔驰轿车（价值约 690 余万元），由李女士分得价值 600 余万元的共同财产，王先生分得价值 90 余万元的共同财产。

男子为离婚时让妻子少分钱 伪造借条转移财产

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

2013年10月12日 中国新闻网 芮伟芬

为在离婚时沾光，武进人朱某出具虚假借条给表姐夫，让他到法院告自己。因2人表现得太过“猴急”，反常举动引起法官注意，最终阴谋未得逞。

昨天，武进人丁某起诉表弟朱某归还欠款的案件在武进法院开庭。丁某称，2009年3月，朱某为买车向他借了8万元，却迟迟不还。法官发现，双方对争议标的毫无异议，朱某主动提出以自己名下的轿车来抵偿债务，丁某毫不犹豫地答应了，很急切地希望法庭尽快出具手续协助过户。

这种反常行为让法官心生疑虑。仔细审查了丁某提交的借条，法官发现，借条出具的日期为2009年3月10日，至今已4年多，却看起来很新，没有一点褶皱。察觉到疑点，法官不停追问，严厉告知虚假诉讼的法律责任。2人支支吾吾，终于道出实情。

原来，朱某欲离婚，想通过诉讼的方式转移其名下的轿车，以达到让妻子少分财产的目的。

夫妻离婚前两次处置房产 先后不一起纠纷

2013年10月16日 光明网 刘媛

本网讯(刘媛 徐荣根) 协议离婚时，双方先后共签署了三份离婚协议，其中对于房产的处分均有不同的表述，离婚后，对于房子的归属问题双方各执一词。2013年9月11日，江西省南昌市东湖区人民法院依法公开开庭审理此案，判决登记在陈燕名下的房屋所有权归原告陈燕个人所有。

1997年3月24日，陈燕与老公张鹏登记结婚。2001年1月16日，陈燕与其单位签订《房改出售公有住房契约》一份，约定，该单位将坐落于东湖区的一套房屋以成本价出售给陈燕。协议签订后，陈燕和张鹏用共同财产支付了房改款。2003年8月6日，双方因性格不合经协商签订《离婚协议》一份，协议约定女方一次性付给男方2万元，男方放弃婚后财产。2003年8月26日，双方又签订《离婚协议附加声明》一份，协议约定男方同意与女方离婚并同意放弃房产、家用电器等，但是陈燕以后不再嫁人，否则男方不同意放弃婚后所有财产。上述协议签订后，双方未按照上述协议的约定办理离婚手续。2003年9月9日，陈燕与张鹏再次签订《离婚协议书》，协议约定女方一次性付给男方2万元整，两人所有的房屋使用权归女方。该协议签订后，双方按该协议办理了离婚登记手续。同时，陈燕按照协议约定支付张鹏2万元，张鹏向陈燕出具了收据。双方离婚后，坐落于东湖区的房屋一直由陈燕使用至今。

2003年11月27日，陈燕取得了房屋所有权证，房屋所有权人登记在陈燕名下。2010年9月20日，张鹏以该诉争房屋在双方协议离婚时未分割为由向法院提起诉讼，请求分割房屋。2010年12月21日，法院以张鹏明确表示放弃婚后共同财产为由作出民事判决，驳回张鹏的诉讼请求。张鹏不服一审判决向中级人民法院提起上诉，后中级人民法院作出判决驳回上诉，维持原判。终审判决生效后，张鹏不服终审判决向省高级人民法院申请再审，省高级人民法院作出民事裁定，驳回张鹏的再审申请。2013年4月24日，陈燕向法院提起诉讼，请求判决确认坐落于东湖区的房屋所有权归原告所有。

一审法院审理认为，坐落于东湖区的房屋，系原、被告在婚姻关系存续期间通过房改方式取得的财产，该房屋应属原、被告婚后取得的夫妻共同财产。由于被告在本案之前已提起了分割共同财产的诉讼，经法院审理判决驳回了被告分割共同财产的诉讼请求，后被告不服上诉，经中级人民法院审理后维持了一审判决，后被告申请再审，经省高级人民法院审理，驳回了被告的再审申请，现法院作出的民事判决已发生法律效力，该判决无论对当事人及法院均有既判效力，所以，该诉争房屋所有权应归属于原告个人享有，故原告的诉讼请求，法院予以支持，被告的抗辩理由，不予采信。遂依法作出上述判决。

前夫反悔不履行离婚协议引发三场官司

2013年10月17日 光明网 劳珍

本网讯(劳珍) 相爱时天涯咫尺，不爱时咫尺天涯。当两个人的缘分走到尽头时，有的人和平分手，依旧是朋友；有的人转身离去，不再联络；当然，也少不了那些对簿公堂，烽烟四起的。然而，协议离婚后还三入法院对簿公堂的却也不多见。近日，广西德保法院就受理了因前夫不履行离婚协议而引发的一系列纠纷。

黄雷(化名)与黄红艳(化名)婚后双方生育有一个孩子，而由于长期的聚少离多，双方感情逐渐淡薄。经过协商，双方达成离婚协议：1. 双方自愿离婚；2. 孩子由男方独自抚养；3. 男方补偿女方1万元。协议达成后，双方即分开生活。谁知此后男方迟迟没有履行1万元，女方多次催讨未果的情况下当即以不履行协议为由将前夫送上法庭。案件尚未开庭，男方又递上一纸诉状，以孩子的名义向女方追讨抚养费。一而再，再而三，没过多久，女方又来到德保法院立案大厅，以男方无能力抚养孩子为由，要求变更抚养权。至此，两人针锋相对，闹出了三个纠纷。鉴于两人的特殊情况，主办法官多次找两人谈话，了解两人内心的想法。原来男方并非故意拖欠，只是生意周转问题未能及时履行，而因为好面子不愿意在前妻面前说实话。前妻的起诉让他觉得很没有面子，这才耍小聪明提起抚养费诉讼。而女方也并非缺这1万元活不下去了，只是认为男方欺骗了她，还以孩子来作为工具。她气不过才针锋相对。经过多次做思想

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

工作，背对背的调解，面对面的交流，双方都冷静了下来。最后，男方同意尽快履行离婚协议，女方愿意孩子继续由男方抚养，双方给孩子创造良好的环境。

“沟通心灵的桥是理解，连接心灵的路是信任”，听了法官最后语重心长的叮嘱，两人表示即使离了婚，为了孩子以后两人一定会多加沟通，不会再意气用事，并分别撤回了这三个诉讼。

离婚男子起诉分房产 因未照顾病妻被驳

2013年10月28日 中国新闻网

艾先生与任女士离婚后，起诉要求分割房产。昨天记者获悉，昌平法院经依法审理驳回了艾先生的起诉。法院认为，任女士患有精神病，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，房屋应判归任女士为宜。

艾先生诉称，2001年10月19日，任女士花了19万余元买下一处房产。“买房子的钱是我们夫妻共同财产，我俩离了婚，这房子也有一半是我的。”艾先生说。

任女士辩称，房屋是用自己父母宅基地拆迁补偿款购买，并且登记在她个人名下，这套房产是将来生活和养老的保障，前夫无权分割。据她讲，两人在1988年登记结婚，婚后艾先生常年离家，其收入从来没有交给家里，而她患有间歇性精神障碍、智力缺损、睡眠障碍等疾病，在农村生活期间收入微薄，以扫厕所、收拾垃圾为生活来源，父母在世时一直与父母生活，并且得到姐姐、外甥等亲属的照顾。

昌平法院经审理认为，艾先生称诉争房屋是夫妻共同财产，但其并未提供充分证据证明这套房屋的出资来源，因此法院不予采信。任女士称房屋是由其父母用拆迁补偿款为其购买，综合考虑拆迁时间、购房时间及婚后的居住状况、具体收入情况，法院对她的陈述予以采信。退一步讲，即便这套房屋为艾先生与任女士的夫妻共同财产，因任女士是限制行为能力人，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，法院认定诉争房屋的分割应判归任女士为宜，并最终判决这套房屋归任女士所有。

婚前婚后爸妈各给我一套房 离婚房子怎么分？

2013年10月23日 中国江苏网

父母赠与儿子个人的房产，儿媳到底有没有份？日前，栖霞区法院就审理了这么一起案件。结婚前后，父母分别给林松购买了两套房子。如今，林松和妻子小晴正在闹离婚。小晴认为，房子她也有份儿。事实上，法院审理后认为，房产系老人给儿子一方的赠与，小晴是无权分割的。

父母为儿子连买两套房

林松的父母做生意多年，积累了不少财富。林松毕业后，便在父母的营业部里工作。2007年，父母考虑到林松到了婚龄，便就近在店铺旁给林松购置了一套婚房，房子登记在林松名下，不过，这套房子是按揭贷款的。同年底，林松经相亲认识了小晴，两人一见钟情，感情发展迅猛，不到半年两人完婚。

婚后小晴很快怀孕了，为了能专心照顾家庭，她辞职当起了全职太太。为了给孩子提供一个良好的学习环境，林松的父母再次出资70多万元购买了一套位于仙林地区的房屋，并一次性支付了全款，房子还是登记在了林松的名下。

夫妻闹离婚妻子也要分房产

虽然两套房子在手里，但都无法套现，全家的吃喝都向林松一人伸手，渐渐地，林松有了怨气。可小晴认为自己对家庭牺牲很多，变得愈发敏感计较，2012年矛盾累积到不可调和，林松诉至法院离婚。

离婚前，小两口为了房产的问题又产生了纠葛。“两套房子是我爸妈买给我的，也都登记我一个人的名字，房子应该归我一人。”林松称。不过，小晴却表示，第一套房子是公婆在他们婚前购买的，但只支付了首付，大部分房款是婚后还贷支付的，所以这套房子的婚后还贷部分应属夫妻共同财产；对于第二套房，是公婆在他们婚姻存续期间购买的，应视为对她和林松的赠与，这套房她有一半份额。为此，她提起确权之诉，请求法院支持她的主张。

法院判决：儿媳无权享有房产

婚姻法解释三规定，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。该司法解释是对具有上述事实，在夫妻离婚时对婚后共同还贷支付的款项及相对应财产增值部分的处理方式，并非是确定婚后共同还贷支付款项属性的依据，且现在原被告双方夫妻关系仍然存续。小晴要求确认争议房屋婚后还贷部分为夫妻共同财产缺乏法律依据，法院不予支持。

这第二套房产系林松在与小晴婚姻关系存续期间，以个人名义购买，该房屋购房款均由林松的父母亲支付，且该房屋经不动产登记机构登记在林松一人名下。根据司法解释规定，该房屋应当认定为林松个人财产。小晴要求确认该房屋为夫妻共同财产缺乏事实与法律依据，法院不予支持。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

最终，小晴要求分割房产的两项诉求均被法院驳回。

案后释疑：房产怎么分割，看看这些

《中华人民共和国物权法》第十七条规定，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。《中华人民共和国婚姻法》第十八条第(三)项规定，遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，为夫妻一方的财产。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称婚姻法解释三)第七条第一款规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。(文中当事人为化名) 南京晨报

离婚后前夫不还嫁妆女子起诉讨要获支持

2013年10月28日 京华时报

京华时报讯(记者张淑玲)因感情不和，杨女士与石先生离婚。想去前夫家拉回自己的嫁妆，没想到却被拒绝。为要回嫁妆，杨女士将前夫告上房山法院。记者昨天获悉，法院判决支持了杨女士的诉求。

杨女士诉称，2005年4月，自己与石先生登记结婚。办婚礼时，按照当地风俗，杨女士娘家陪嫁了冰箱、洗衣机、空调及家庭影院音响等。

两人婚后生了一女孩儿。2011年9月，因感情不和杨女士与石先生协议离婚，约定石先生抚养女儿，房子归石先生，各自名下的财产归各自所有。

离婚后杨女士搬出了原来的住处，几天后，在回前夫家拉当初的陪嫁时，石先生却百般阻拦，认为这是二人共同的财产，不予返还。

房山法院开庭审理该案后，石先生未到庭应诉，该案缺席审理。

房山法院认为，根据“双方名下的个人财产离婚后归各自所有”的协议，原告要求的财产属于其婚前财产，被告应返还。最终法院判决，石先生在10日内将彩电、冰箱等财物返还给杨女士。

离婚男子起诉分房产被驳

2013年10月28日 京华时报

京华时报讯(记者孙思娅)艾先生与任女士离婚后，起诉要求分割房产。昨天记者获悉，昌平法院经依法审理驳回了艾先生的起诉。法院认为，任女士患有精神病，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，房屋应判归任女士为宜。

艾先生诉称，2001年10月19日，任女士花了19万余元买下一处房产。“买房子的钱是我们夫妻共同财产，我俩离了婚，这房子也有一半是我的。”艾先生说。

任女士辩称，房屋是用自己父母宅基地拆迁补偿款购买，并且登记在她个人名下，这套房产是将来生活和养老的保障，前夫无权分割。据她讲，两人在1988年登记结婚，婚后艾先生常年离家，其收入从来没有交给家里，而她患有间歇性精神障碍、智力缺损、睡眠障碍等疾病，在农村生活期间收入微薄，以扫厕所、收拾垃圾为生活来源，父母在世时一直与父母生活，并且得到姐姐、外甥等亲属的照顾。

昌平法院经审理认为，艾先生称诉争房屋是夫妻共同财产，但其并未提供充分证据证明这套房屋的出资来源，因此法院不予采信。任女士称房屋是由其父母用拆迁补偿款为其购买，综合考虑拆迁时间、购房时间及婚后的居住状况、具体收入情况，法院对她的陈述予以采信。退一步讲，即便这套房屋为艾先生与任女士的夫妻共同财产，因任女士是限制行为能力人，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，法院认定诉争房屋的分割应判归任女士为宜，并最终判决这套房屋归任女士所有。

(八) 恋爱同居案例

男为年轻女豪掷百万 老婆发现后联手追讨

2013年10月14日 南方网 吕婧

南都讯 记者吕婧 通讯员 刘香霞 梁丹妮丈夫为比自己小27岁的女子买房买车，花费过百万元。事情败露后，夫妻两人共同起诉，要求女子退还全部款项。中山市第一人民法院审理认为，丈夫花费的钱款属于夫妻间共同财产，属于妻子的一半被告应该返还，而属于丈夫的一半，无需返还。最终判令被告向妻子返还50.6万元。

原告：第三者应全额退还财产

香港人张军(化名)在中山市企业任厂长，今年已经58岁。妻子陈晶(化名)56岁。2007年，张军认识了小他27岁的车间女工夏南(化名)，两人关系逐渐密切。2009年，张军花费24万余元为夏南买了一辆小车；2010年，张军首付26万余元在世纪新城买了一套149平方米的房子，登记在夏南名下，之后又花费三四十万装修房子；2012年，张军再次斥资15.5万元在世纪新城买了一个车位，也登记在夏南名下。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

两人的关系一直持续到2012年，去年张军的老婆陈晶发现此事后怒不可遏，直指夏南是第三者。她认为张军给夏南购置财产的钱财属于夫妻共同财产，没有经过她本人同意张军无权赠与他人；夏南的所得不合法，应该全额退还。2012年，陈晶、张军夫妻二人把夏南告上法庭，要求她返还111万元。

被告：存在竞争关系原告恶意起诉

而在夏南口中，这一切完全是另一回事。夏南称，张军是她的上级，张军为她购买的房屋、车辆款项其实是双方口头达成的业务提成，所以这笔钱实质上是她的工作报酬。张军当时究竟支配的是个人财产还是夫妻共同财产，她也无法判断。

夏南认为，她和张军之所以产生矛盾，是由于2012年7月，张军把他儿子调到自己的部门，企图接管她的业务，随后还把她无故开除。夏南称自己后来跳到同行业工作，与张军形成业务竞争关系，张军便恶意起诉，要求她返还财产。

另外夏南指出，张军根本不能作为原告起诉，即使她侵犯了夫妻财产，也应该由陈晶起诉张军。

【法院判决】

“工作报酬”无依据 夫妻财产要返还

最近法院做出一审判决。法院认为，夏南辩称张军为她购买的财产是业务提成，但是没有提供有效的证据；张军认可双方的行为属于赠与，夏南无法反驳。因此该案属于赠与合同纠纷。根据《合同法》，赠与合同是不对等的合同，受赠人无需支付对价即可接受赠与。

经查，张军购买房屋、车位及小车的款项都是由其个人账户支出，应该认定为夫妻共同财产。根据《物权法》，夫妻俩各享有共同财产的一半。原告张军未经陈晶的同意擅自处分陈晶的财产，事后也没得到陈晶的追认，属无效的民事行为。被告夏南获得财产的一半应向原告陈晶予以返还。

法院认为，张军向夏南的赠与财产是自愿行为。张军曾提出自己和夏南是不道德的男女朋友关系，赠与行为应属无效。对此法院认为，即使两人之间是不道德的男女朋友关系，张军的赠与行为属不法原因给付（不法原因给付是指出于不法原因，如违反公序良俗给付金钱、财物的行为）。但对于不法原因给付，已给付的，不予返还；未给付的，无需履行。故被告夏南无需向原告张军返还属于他份额的财产。最终，法院一审认定本案应返还财产的总额为1013875元，被告夏南应向原告陈晶返还506937.5元。

老汉赠姑娘百万 原配起诉讨回80万

2013年10月22日 南方都市报 韩成良

南都讯 记者韩成良 通讯员钟紫薇 曾维亮 日前，东莞市第三法院受理了一起民事纠纷案件。一名在东莞塘厦开厂的67岁台北老汉廖先生及其28岁的“同居密友”，被老汉原配夫人告上法庭。原告称，过去四年间，廖先生给了姑娘超过百万元巨款，特诉请法院裁决该女子退回这笔钱。综合各方证据，法院前日判令女子退还其中的80余万元。

四年前，廖先生在苏州一家娱乐场所认识了1985年出生的女孩小李，不久同居。廖先生称，他此后多次转账和现金支付帮李姑娘购买轿车和在苏州的房子。到2012年3月止，廖赠与款项大约120万元。

去年11月，廖先生发现李姑娘早已有了未婚夫，还与对方生了孩子。其原配夫人汪女士得知此事后，将老公及李姑娘一起告上法院，要求李退还巨款。

庭审期间，李姑娘称自己与廖先生并非男女朋友关系。“我只是他聘请的生活秘书，负责照顾他生活起居，帮他开车，陪他旅游。”李称这些钱都是廖先生支付给她的劳动报酬。

但李姑娘未婚夫家属的证词称，他们都知道李在外面已有了新男友，就是廖先生。法院因此认可廖与李是男女朋友关系，而李姑娘自称的“生活秘书”雇佣关系，既无事实依据，又违背生活常理，法院没有采信。

综合各项证据，法院最终认可廖老汉未经老婆的允许，私自将两人共同财产赠与李姑娘，可依法核实的赠与款项达80余万元。前日，法院对此案作出一审宣判，判令李姑娘返还廖先生原配夫人80余万元。

（九）其他典型案例

离婚男探视幼儿遭拒 诉请变更抚养权终被驳

2013年09月29日 光明网 唐雪云

一男子离婚后，儿子跟随母亲生活。由于前妻父亲欲给孩子改名，男子不同意，双方发生纠纷。为此前妻父母不给男子探视其二岁多的幼儿，男子一怒之下诉至法院要求变更孩子的抚养权。9月29日，广西罗城仫佬族自治县人民法院对该起变更抚养关系纠纷案作出一审判决，驳回原告文高峙的诉讼请求。

原告文高峙与被告吴春菊相识后不久就登记结婚，于2011年3月19日生育儿子文程。孩子的出生本该给家庭带来欢乐，但因夫妻双方性格不合，特别是妻子吴春菊及父母要求文高峙到吴家落户生活，而文高峙是家中独子，文高峙及其父母均未答应后，吴春菊常借故生气闹离婚，因小孩未周岁文高峙未答应，吴春菊就以文高峙不同意离婚就抱小孩一起跳山自杀相威胁，文高峙无奈只得答应。2012年3月1日双方自愿离婚。离婚时双方约定儿子文程由原、

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

被告共同抚养并随被告生活，由原告每月支付生活费 500 元至儿子成年，原告对儿子有探视权。之后原告支付了两、三个月的抚养费后因故不再支付。2013 年一天，被告之父将拟好的要求原告同意将其儿子文程改名为吴和禧的协议交原告，原告不同意儿子改名。同年被告与本镇一男子再婚，之后外出务工，将儿子交其父母照看。同年 4 月 26 日、5 月 31 日原告因探视权问题与被告父母发生纠纷并要求四把镇政府派员到场调解，调解过程中被告之父同意原告行使探视权并约定每月可探望儿子一次。当日，被告父母答应每月探望儿子一次，但事隔一个月后，原告仍未能行使探视权。一怒之下，原告以未能行使探视权为由，于 2013 年 7 月向罗城法院提出变更抚养儿子的诉讼请求。

法院审理后认为，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。《中华人民共和国婚姻法》第三十一条规定：男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。所谓对子女问题有适当处理，是指双方离婚后有关子女的一切问题，都在有利于保护子女合法权益的原则下作了合理的有切实保障的安排。包括子女由何方负责直接抚养的责任，子女的抚养费和教育费如何负担以及不直接抚养方对子女的探视权等内容。原、被告自愿离婚时双方在离婚协议中已经约定儿子文程由被告直接抚养并随被告生活，该协议是双方当事人的真实意思表示，符合法律规定，对双方具有约束力，双方都应当按照自己的约定履行其义务。双方在履行离婚协议时原告因行使探视权时与被告及家人发生纠纷，双方应当重新就原告的探视权的方式、时间进行协商和沟通，协商不成的，原告可就探视权问题主张权利。现原告主张变更抚养关系，要求直接抚养儿子文程。本案现有证据不能证明被告在直接抚养儿子期间对其儿子不善尽抚养的义务，也没有证据证明被告存在法律规定的应当变更子女抚养关系的情形。原告要求变更抚养关系，由其直接抚养儿子文程的诉讼请求不符合法律的规定，不予支持。遂作出如上判决。

女子用假身份证结婚称不算数 再次嫁人被判重婚

2013 年 09 月 30 日 新华报业网

第一次，她用更改了年龄的假身份证和户口本和一个男人结了婚；第二次，她找到了真爱，用真实身份证、户口本再次结婚。

当万州区检察院对她提起公诉，这才知道自己犯下了重婚罪。昨天上午 9 点半，万州区人民法院开庭审理了此案。法官当庭宣判，王桂娟因重婚罪被判处拘役 4 个月，缓期 6 个月执行。

“我第一次用的假身份证结婚，我以为不算数。”被告席上站着的女子名叫王桂娟，今年 27 岁。她穿着玫红色上衣，个子不高，肤色偏黑，长发盘成髻梳在脑后。面对公诉人和法官，王桂娟只是简单陈述了自己当初“幼稚的以为”，并没作过多辩解。

宣判后，王桂娟独自走下被告席。对于两个丈夫都没到庭，王桂娟只是笑笑说：“没什么。”随后，她向记者讲述了自己的故事。

不到法定婚龄

她用假身份证结了婚

2003 年，王桂娟 17 岁。她跟着二姐去广州打工，认识了比自己大 14 岁的男人朱勇。“当时觉得他人还不错。”王桂娟笑着说，由于年龄小，以为给自己钱用的就是好人。就这样，王桂娟同意和朱勇交往，两个月后，她发现自己怀孕了。

“朱勇家里就开始催着我结婚，但是我年龄又不够。”为了尽快办理结婚证，朱勇要来王桂娟的身份证和户口本，在深圳花高价办理了一个假身份证和户口本，将王桂娟的出生年份由 1986 年改为 1982 年。

随后，王桂娟挺着 6 个月大的肚子，跟朱勇回到他的老家武隆，并在当地领取了结婚证。可让王桂娟没想到的是，生下女儿后，朱勇就像变了一个人似的。

法院通过台湾派出所送达诉状

系北京首例涉台司法互助案件 对方拒不到庭此案缺席审判

2013 年 10 月 09 日 京华时报孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）昨天记者获悉，市一中院通过台湾的一个派出所向一起被告为台湾居民的民间借贷纠纷案件，送达了应诉材料、开庭传票等诉讼文件。据介绍，这种送达方式是依照最高人民法院于 2011 年 6 月 14 日颁布的《最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》进行的。

据承办此案的民三庭法官李春华介绍，此案原告是北京聚澜美辉商贸有限责任公司，被告是台湾居民，名叫屠逸民。原告于去年 6 月起诉称，被告以其开办的北京赛尔斯特国际技术顾问有限公司资金周转困难为由，向原告借款 18 万元，经多次催要，被告始终未能偿还借款。因此，要求原告偿还借款。

据承办法官介绍，原告并未提供被告的详细身份信息。法官查询确定被告为台湾居民，法官与被告电话联系时，对方先承诺还款后敷衍法院，最后干脆拒接电话。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

经过合议庭合议后，法官认为，此案应当依照《最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法协助案件的规定》。在送达信息中，除了案件的相关信息外，还包含了法官调查后得到的被告在台湾的具体地址、个人户籍资料，后法院委托台湾当地派出所完成文件送达。

据法官介绍，此案开庭时，被告拒不到庭，合议庭于今年7月10日对此案进行了缺席审理，审理结果认为被告应偿还18万元借款，并对此案当庭宣判。

男子买房送情人遭妻起诉 法院判决第三者返还财产

2013年10月11日 京华时报 张淑玲

京华时报讯（记者张淑玲）男子李健与王云交往了3年后，花钱给她买了一套房。李健的妻子刘丽获知后，将丈夫及第三者诉至法院，要求二人返还李健擅自处分的夫妻共同财产115万元。记者昨天获悉，海淀法院已判令王云返还财产71万余元。

刘丽诉称，当自己发现丈夫有情妇时丈夫已经和王云好了3年，不仅为她买了很多奢侈品，还在朝阳区买了一套房。刘丽称，她拿到了王云与一房产公司签订的房屋买卖合同，及李健转账支付首付款、定金71万余元的记录。

庭审中，李健承认与学表演的王云在澳门赌场相识，并迅速确定关系。在与王云交往中，为她买了很多名牌鞋、包、香水等奢侈品，还为其买了一套房及全套的高档家具、家电等。

对此，王云则称从没收过李健财物，也没要过李健的房子，即使他真给自己买了，也是自愿赠与的。

海淀法院审理认为，虽然王云否认李健为她买房，但根据刘丽提供的银行转账记录、房屋买卖合同等证明，可以认定李健确向该房地产公司汇款71万余元买房产，并将房登记在王云名下。虽然否认接受房产，王云却没证据证明其本人支付了房款，法院最终采信李健为王云支付买房款的事实。

法官表示，李健没征求妻子的同意，就动用了共同财产，明显侵犯了妻子的权益，因此王云应将收取的财产予以返还。

宣判后，双方均表示不上诉。

老汉瞒老伴卖房给保姆 买卖合同认定为无效

2013年10月11日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）李老汉将自家房屋以13万元的价格卖给保姆，其老伴起诉后，房屋买卖合同被确认无效，保姆于是起诉索要房款。近日，经通州法院执行，李老汉给付保姆8万元。

谢某于1995年至1997年间在李老汉家做保姆，照顾膝关节做过手术的李老汉。2004年，谢某与李老汉签订房屋买卖合同，约定以13万元的价格购买李老汉名下的一居室房屋。之后，李老汉的妻子以自己不知情为由将二人诉至法院，要求确认该合同无效，该诉求获得法院支持。

此后，谢某将李老汉诉至法院，要求其返还购房款13万元，最终胜诉。因李老汉未履行判决，谢某向法院申请执行，并委托律师处理此事。李老汉向法官表示，双方并不存在真实的房屋买卖行为。因谢某一直照顾他，渐渐产生了感情，他遂将所有的财产都交由谢某管理。谢某曾答应照顾他一辈子，作为回报，他答应将房屋赠给谢某。谢某担心口说无凭，要求他写一张购房款收条。但法官认为，李老汉的辩解没有任何证据佐证，且收条是其亲手所写，生效判决需要履行。

法官随后和谢某的代理律师沟通，称李老汉年逾七十，患有严重心脏病，每月有两千多元的退休金，案件执行存在一定困难，希望双方尽量达成和解。经反复劝说，双方最终达成和解协议，李老汉一次性支付谢某购房款8万元，双方互不追究。

王小丽：出嫁女户口回迁后可以分得土地补偿款

2013年10月10日 中国民商法律网

【案情】

曾某和陈某系夫妻，曾某嫁给陈某后落户至婆家A镇B村。2012年3月曾某与陈某申请落户至曾某娘家所在的C镇D小组。当地村委会根据村民及D小组的意见，同意两人入户D小组，落户在曾某父亲曾某某名下。为此曾某和陈某办理了常住人口登记。2012年下半年因政府建设征用了D小组的土地，经D小组大部分村民投票决定不同意曾某、陈某参与土地征收补偿款的分配，D小组便没有将土地征收补偿款5160元发放给原告。曾某、陈某认为D小组侵犯了其合法权益，双方协商不成，曾某、陈某将D小组告上法庭。

【分歧】

对于出嫁女能否分得土地补偿款，有些农村的乡规民约规定，按照当地农村习惯，只要妇女结婚，不管其户口是否迁出、是否居住在本村，在分配土地补偿款时，该妇女一律不得享有土地补偿款分配权。本案原告曾某系出嫁女，

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

其与丈夫将户口迁回娘家后，是否能分得土地补偿款？对此存在两种不同的意见。

一种意见认为，原告曾某、陈某无资格分得土地补偿款。理由如下：《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条规定“农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组，可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费。”法律规定土地补偿款归农村集体经济组织所有，村小组可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费，被告D小组自主分配其所有的土地补偿款于法有据。而且农村经济组织成员资格的判断，应当从我国农村集体经济组织所具有的自然共同体特征出发，以是否形成较为固定的生产、生活为基本条件，并结合是否具有依法登记的集体经济组织所在地常住户口来确定。原告曾某、陈某虽然于2012年3月份将户口迁入被告D小组，但是法庭查明他们在县城买了房子，且一直在县城居住、经商，其经济收入并不是以农业生产所得为主，而是以经商所得为家庭主要收入来源，他们属于空挂户，并未与其他集体经济组织成员形成较为固定的并具有延续性的联系，因此不能认定为原告具有被告D小组经济组织成员资格。故原告曾某、陈某不享有分得土地补偿款的资格。

第二种意见认为，被告D小组应将土地补偿款5160元发放给原告曾某、陈某。理由是：农村集体土地征用补偿款属于农村集体经济组织所有。集体经济组织中的成员对集体经济组织的财产享有平等的分配权，任何单位和个人不得以任何借口和形式侵犯或剥夺集体经济组织成员的平等权利。原告曾某、陈某经被告D小组和所在村委会同意落户在被告D小组，成为被告D小组村民曾某某的家庭成员，共同承包了被告D小组的土地，属于被告D小组集体经济组织成员，其应当和其他村民一样平等地享有各项权利。被告D小组擅自剥夺原告曾某、陈某土地补偿款的分配权，侵害了原告曾某、陈某的平等权利和财产权利，被告D小组应将土地补偿款分配给原告曾某、陈某。被告D小组称原告曾某、陈某属于空挂户与事实不符。

【评析】

笔者同意第二种意见。

首先，法律保护妇女的合法权益。《妇女权益保障法》第30条规定：“农村划分责任田、口粮田等，以及批准宅基地，妇女与男子享有平等权利，不得侵害妇女的合法权益。妇女结婚、离婚后，其责任田、口粮田和宅基地等，应当受到保障。”妇女出嫁，户口没有转移，其所在村不得注销其户口，不得收回其口粮、责任田等。对于出嫁后户口未迁往婆家，或者经申请在娘家继续落户的，根据《土地承包法》第30条“承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地”的规定，其在娘家的地权不能被剥夺，应当确定其是土地补偿款分配主体，与村民等额分配。曾某出嫁后将户口落户在婆家，后曾某和丈夫陈某又将户口迁回娘家被告D小组，其应作为该村村民仍享有与其他村民同等的来源于集体所有的土地被征用而获得补偿的权利，对其要求分配土地补偿款的请求应予以支持。

其次，村民自治决定的内容不得与法律法规相抵触。村民自治是村民自己管理自己的事情，而法律规定，任何人任何组织的活动必须在法律规定的范围内进行，村民自治也不例外。农村集体经济全体成员的合法权益都应当受到法律平等的保护；而村民自治机构议定的事项也不得与法律相抵触，不得侵犯村民的合法权益。虽然《村民委员会组织法》规定，村里的重大事项由村民代表大会或村民大会决定，但并不是没有条件的。《村民委员会组织法》第20条第2款明确规定：“村民自治章程、村规民约以及村民会议或村民代表讨论决定的事项不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容”。可见，村规民约、村民代表大会的决议，其前提是不违反法律、法规和规定的规定，否则无效。被告D小组无视原告曾某、陈某已是该集体经济组织成员的事实，根据大部分村民的投票决定，不同意曾某、陈某参与土地补偿款的分配，侵犯了原告曾某、陈某作为集体经济组织成员享有的合法财产权利，应属无效。

第三，如何确定土地补偿款分配主体。我国《土地管理法实施条例》第26条规定，土地补偿费归农村集体经济组织所有。因此，农村集体经济组织决定分配土地补偿费等归集体所有的土地征用补偿费用时，其所有成员都完全平等地享有土地征用补偿费用分配的权利，由此可见，土地征用补偿款分配时拥有农村集体经济组织成员资格，是享有土地征用补偿费用分配权的必要条件，也是惟一条件。根据相关法律规定及司法实践，笔者认为一个土地补偿款分配主体的构成应当具备以下要件：1、身份要件。土地补偿款分配主体的身份要件，要求分配主体必须具备一个特定的身份。这一身份要件要求分配主体必须具备以下的条件：（1）农村农民身份；（2）农村集体经济组织成员身份或农村农民身份。2、户籍要件。土地补偿款分配主体的户籍要件，即要求分配主体必须是农村农业户籍。农村村民同农村社会经济组织和土地的关系是身份契约关系。其具体化表现是农村户籍，一旦没有农村户籍，就不能享有农村农民的有关权利。3、承担义务的要件。土地补偿款分配主体，应当在本村集体经济组织或本村承担村民或集体组织成员承担的义务，如，完成集体组织或村委会摊派的义务劳动、参加集体组织或村委会的有关会议等。4、享有土地权要件。土地补偿款分配主体应当享有本组织的土地权。这些权利包括：通过集体组织实现的土地所有权，通过承包实现的土地承包权，通过集体组织取得的土地使用权等等。

“家事法苑”律师团队奉献

孩子出生到底该跟谁姓？

2013年10月14日中国法院网 林劲标

本报江门10月14日电 孩子随母姓还是随父姓？医院应小孩母亲要求将出生证婴儿名字登记成母姓，孩子父亲以侵犯其新生儿命名权为由将医院告上法庭，要求重新签发出生证。今天，广东省江门市中级人民法院发布通报，该院终审裁定维持了蓬江区法院作出的驳回孩子父亲诉讼请求的一审判决。

经查，2012年7月10日，张某在被告医院产下一子。同月25日，张某携带其与丈夫李某的身份证原件等材料向医院申领孩子的《出生医学证明》，且提出孩子随她姓的要求。

据医院称，当时院方跟张某沟通，劝其尊重子女随父姓的传统风俗习惯，但张某却一再坚持要求随母姓。医院遂登记小孩名为“张小雷”（化名）。

为了让医院放心，张某还当场出具一份“郑重声明”：“我小孩所领取的《出生医学证明》是自愿要求跟随妈妈姓。医院已履行了告知其政策性和风险性（如小孩入户等问题）的义务，一切法律责任本人负责，与医院无关。”

然而，孩子父亲李某知道此事后大发雷霆，坚决要求将婴儿改随父姓。夫妻俩因此几乎要离婚。同年8月9日，夫妻俩共同书写了一份新声明。在声明中，张某承认系因与丈夫口角摩擦，一气之下才未经丈夫同意草率作出的决定，现经过认真考虑后，正式要求医院重新开具一个孩子姓名叫李小雷的出生证。

李某手持这份新声明，多次到医院要求改名。但医院为了谨慎起见，以李某必须与张某一同前来才能办理换证手续为由，拒绝了李某的申请。

不料，事情再起波澜。8月22日，医院又收到了孩子母亲张某的一份《郑重声明》，再次强调“我小孩所领取的出生证自愿要求小孩跟随妈妈姓”。且张某还委托律师发出《法律意见书》，强调“除非其亲自前往贵院申请变更孩子姓名，否则请贵院不予办理姓名变更手续”。

因双方矛盾无法调和。李某遂向江门市蓬江区法院起诉医院，要求医院赔礼道歉并在出生证上更改姓氏。

该案经一审、二审，法院均驳回了李某的诉讼请求。

（林劲标 黄海声 郭子托）

■法官说法■

孩子更名须父母达成合意

林劲标 黄海声 郭子托

孩子的父亲李某认为，医院在签发《出生医学证明》时存在过错，在明知其是新生儿父亲的情况下，把小孩的名字写作“张小雷”，侵犯了其对新生儿的命名权。

“新生儿姓名是必须产妇夫妻及家庭预先协商决定的，医院明知张某瞒着丈夫李某及家人，单方独自决定新生儿姓名的”，李某认为，这足以说明医院在明知张某行为违法的情况下依旧签发了“张小雷”的出生证明。

医院则反驳称，自己在签发出生证过程中没有过错。院方提出，其严格遵循了卫生部 and 公安部的相关规定，且是在审查了相关资料并要求张某出具了《郑重声明》后向其签发“张小雷”的出生证。

对于李某是否在场的问题。医院认为，张某前来领取出生证时出示小孩父亲李某的身份证原件，应视为张某征得了丈夫的同意。虽然李某之后与其妻子另达成书面意见，同意将孩子改随李姓，但需要两人一同来医院办理孩子的改名手续才行。医院认为，其拒绝重新签发出生证并没有过错，不存在侵权行为。

最终，李某的诉求未获支持。

出生证明是户籍机关进行户口登记的重要医学依据，具有重要法律意义。孩子起名上，父亲享有与母亲同等的权利，其缘何会败诉？

本案承办法官告诉记者，医院所签发的《出生医学证明》合法有效，符合法定程序，并不存在侵犯小孩姓名权的行为。主要理由有三：

其一，根据卫生部文件规定，领取新生儿出生证须由母亲前来，并提交婴儿父母双方身份证原件等资料，方可办理发证。本案，张某的确是携带了其与其丈夫两人的身份证原件申领，且出具了《郑重声明》，故医院在签发过程中程序和手续均无过错。

其二，“子女可以随父姓，可以随母姓”是婚姻法确立的命名原则，故医院依张某申请，并按规定程序签发《出生医学证明》未违法。

其三，对孩子更名需要夫妻双方达成一致意见，而张某提交的律师公函的行为表明，双方事后并未在孩子命名问题上达成一致，故医院没有受理李某变更姓名的请求合法。

女子收彩礼后取消婚约

男方起诉退还10万元

2013年10月23日 京华时报 张淑玲

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

京华时报讯（记者张淑玲）李先生通过网络认识了王女士，两人第3次见面王女士便称要“闪婚”，还带李先生回老家看父母并收了10万元彩礼。但此后，两人多次发生矛盾并取消了婚约。李先生遂诉请海淀法院判令王女士退回10万元彩礼。记者昨日获悉，海淀法院判决支持了李先生的诉求。

今年2月19日，李先生跟王女士到其山东烟台老家看望老人，并带去了1000元的礼品和4000元现金。当晚，王女士及其父母向李先生提出四五十万元的彩礼要求，最后约定10万元彩礼，并定下婚约于5月2日登记结婚。2月20日，李先生向王女士父亲转账10万元。2月24日，李先生同王女士返京。

回京后，王女士态度大变，以种种理由同李先生闹矛盾，还称要取消婚约，退回彩礼。

因两人没按约定登记结婚，李先生遂起诉要求王女士返还彩礼10万元。

海淀法院审理后认为，两人恋爱期间王女士取得彩礼10万元，双方没登记结婚且已分手，王女士也拒不出庭应诉，故判决王女士向李先生退回彩礼10万元。宣判后，双方均未明确表示是否上诉。

准夫妻吵翻天 定情物当返还

男方要求女方返还钻戒获支持

2013年10月23日 上海法治报 陈颖婷

本报讯 离约定的结婚登记日还有10天，男孩向女孩赠送了一枚钻戒。可是，就在登记结婚的前一天，两人却大吵一场，从此形同陌路。为了要回这枚钻戒，男孩将女孩告到了法院。近日，长宁区法院对这起返还原物纠纷案作出判决，女孩应在判决生效后10日内将钻戒还给男孩。

孙俊与谢蕾算得上是青梅竹马的一对。去年国庆节期间，两人终于确定了恋爱关系。

因为两人及双方家长相互间都比较熟悉，婚期很快就定了下来。两人约定今年情人节去民政局办理结婚登记。为了给谢蕾一份惊喜，孙俊提前买好求婚钻戒，并提前10天举行了一个别开生面的求婚仪式，双方好友见证了他们的爱情。

然而就在情人节前一天，两人却发生了一场激烈争吵，并一致决定，终止恋爱关系。亲友闻讯纷纷劝说，怎奈两人分手心意已决，听不进旁人任何劝说。

今年7月，因要求返还钻戒遭到拒绝，孙俊将谢蕾告到了长宁区法院。

孙俊认为，这枚钻戒是他花钱买的，而且是为了和谢蕾结婚才送给她的，属于彩礼性质。现在两人的恋爱关系已经终止，谢蕾理应将钻戒还给自己。

谢蕾不同意孙俊的诉讼请求。她认为孙俊将钻戒交付给她即完成了赠与，现在并没有可以撤销赠与的事由出现，因此，孙俊无权要求她返还钻戒。

法庭经公开开庭审理，于近日作出判决：谢蕾应在判决生效之日起10天内，将这枚钻戒返还给孙俊。

主审法官傅君表示，彩礼具有严格的针对性，必须是基于当地的风俗习惯，为了最终缔结婚姻关系而给付的，具有明显的习俗性。本案中，原告主张钻戒是彩礼，应当首先举证证明双方所在的当地实际存在必须给付彩礼才能缔结婚姻关系的风俗习惯，但原告并未提供相应证据加以证明。因此法庭对原告的这一主张不予采纳。

傅君说，虽然这枚钻戒不能认为是彩礼，但原告确实是在被告答应他的求婚后，才将这枚钻戒交付被告的，被告的行为应当认定为是以结婚为生效条件的附条件赠与。现在因为双方当事人结婚不成，上述赠与所附带的条件客观上不能成就，如果被告不返还这枚钻戒，明显违背了原告的真实意思。因此，在原告要求返还的情况下，被告继续占有这枚钻戒没有任何法律依据，应当将这枚钻戒返还给原告。

父亲不满儿随母姓怒告医院讨命名权

2013年10月24日 法制日报 章宁旦

孩子名字不随父姓，颁证医院被告上法庭。

这起因医院应母亲要求将出生证婴儿名字登记为母姓，孩子父亲以侵犯其新生儿命名权为由，要求重新签发出生证的诉讼终于在近日尘埃落定。记者从广东省江门市中级人民法院了解到，该院终审裁定维持了一审法院驳回孩子父亲诉讼请求的判决。

2012年7月10日，李某的妻子张某在医院顺利产子。15天后，张某携带其与丈夫的身份证原件等材料在该院办理了《出生医学证明》。在这份出生证上，孩子随了母姓。

据医院称，当时院方跟张某沟通，劝其尊重传统子女随父姓的风俗习惯。但在张某一再坚持下，医院遂登记小孩名为“张小雷”（化名）。

同时，张某在现场还写下一份“郑重声明”，说明孩子“所领取的《出生医学证明》是自愿要求跟随妈妈姓。医院已履行了告知其政策性和风险性（如小孩入户等问题）的义务，一切法律责任本人负责，与医院无关”。

但李某得知此事后，坚决表示孩子应随父姓，要求医院取消原证，以随父姓的新名字为孩子重新开具出生证。

8月9日，李某夫妇出具了一份共同书写的声明。在声明中，张某承认因与丈夫口角摩擦，所以一气之下未经丈夫

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

同意草率作出决定,现经过认真考虑后,正式要求医院重新开具一份儿子姓名叫“李小雷”的出生证。

手持这份新声明,李某多次到医院要求改名。但为了谨慎起见,医院以李某必须与张某一同前来才能办理换证手续为由,拒绝了申请。

然而就在此时,同月22日,医院又收到了孩子母亲张某的一份《郑重声明》,再次强调“我小孩所领取的出生证自愿要求小孩跟随妈妈姓”。且张某还委托律师发出《法律意见书》,强调“除非其亲自前往贵院申请变更其姓名,否则请贵院不予办理姓名变更手续”。

双方矛盾无法调和。李某遂向江门市蓬江区人民法院起诉医院,要求医院赔礼道歉并在出生证上更改姓氏。

孩子的父亲李某起诉认为,医院在签发《出生医学证明》中存在过错,在明知其是新生儿父亲的情况下,把小孩的名字写作“张小雷”,侵犯了其给新生儿子的命名权。

“新生儿姓名必须是产妇及家庭预先协商决定的,医院明知张某瞒着丈夫李某及家人,单方独自决定新生儿姓名的。”李某认为,这足以说明医院在明知张某行为违法的情况在依旧签发了“张小雷”的出生证明。

医院则反驳称,自己在签发出生证过程中没有过错,严格遵循了卫生部和公安部的相关规定,且是在审查了相关资料并要求张某出具了《郑重声明》后向其签发“张小雷”的出生证。

对于李某是否在场的问题,医院认为,张某前来领取出生证时出示小孩父亲李某的身份证原件,应视为张某征得了丈夫的同意。虽然李某之后与其妻子另达成书面意见,同意将儿子改随李姓,但需要两人一同来医院办理儿子的改名手续才行。医院拒绝重新签发出生证并没有过错,不存在侵权行为。

此案经蓬江区法院一审、江门市中院二审,原告李某诉求被全部驳回。法院审理认为,根据卫生部文件规定,领取新生儿出生证须由母亲前来,并提交婴儿父母双方身份证原件等资料,可办理发证。张某携带其与丈夫两人的身份证原件申领出生证,且出具了《郑重声明》,故医院在签发过程中程序和手续均无过错。

同时,法院认为,“子女可以随父姓,可以随母姓”是婚姻法确立的命名原则,故医院依张某申请,并按规定程序签发《出生医学证明》未违法。对孩子更名需要夫妻双方达成一致意见,而张某提交律师公函的行为表明,双方事后并未在儿子命名问题上达成一致,故医院没有受理李某变更姓名的请求合法。

法院对离婚登记行政案件应遵循的审查原则

——河南南阳中院判决唐某诉内乡民政局离婚登记行政案

2013年10月24日 人民法院报 杨慧文

裁判要旨

在离婚登记行政案件中,法院对婚姻登记机关离婚登记行为的合法性审查遵循形式审查标准,但对离婚登记行为是否具有最终确定性应进行实质审查,即对当事人提供的证件、证明材料及自愿离婚声明书的真实性进行实质审查。

案情

唐某和昌某于2005年5月27日在河南省内乡县民政局处办理了结婚证,婚后生育3个子女。2011年5月19日,唐某在南阳市精神病医院就诊,初步诊断为“分裂证”。2012年2月3日,唐某与昌某到被告处申办离婚登记,被告经审核给其二人颁发了《离婚证》。2012年8月14日,唐某经南阳市耿介法医精神病司法鉴定所鉴定,鉴定意见为:1、精神分裂证;2、限制民事行为能力。为此,唐某法定代理人依法提起行政诉讼,请求撤销内乡县民政局核发的离婚证书,判决该婚姻登记无效。

另,昌某按照法院2012年8月30日“诉讼期间不能结婚”的告知要求,诉讼期间一直未婚。

又查明,被告提供的原告身份证复印件与原告身份证原件之图像比对,具有直观的明显差异。

裁判

河南省内乡县人民法院审理后,判决:撤销被告给原告和第三人内乡县民政局核发的《离婚证》。

判决后,昌某提起上诉。

南阳市中级人民法院审理认为,内乡县民政局对婚姻登记管理依法享有职权,但应依法进行。唐某在离婚证颁发前,已经患有精神分裂症,有在医院治疗的证据证实。上诉人称离婚时唐某并未患病与事实不符。按照《婚姻登记条例》的规定,属于无民事行为能力或者限制民事行为能力的人办理离婚登记的,婚姻登记机关不予受理。内乡县民政局办理离婚登记时,唐某处于患病期间,应当不予受理和办理离婚登记手续;内乡县民政局也没有提供在办理该离婚登记时对双方当事人进行询问的证据材料;且办理离婚登记时的唐某身份证复印件与唐某本人存在明显差异。上诉人昌某称办理离婚登记合法有效的理由不能成立,一审判决并无不当。

南阳中院判决:驳回上诉,维持一审判决。

评析

本案的要点是:在离婚登记行政案件中,法院应遵循何种审查原则?

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

首先，要对离婚登记行政案件据以登记的法律基础作实质性审查。在离婚登记行政案件的司法审查中，法院对婚姻登记机关离婚登记行为的合法性审查遵循形式审查标准，但对离婚登记行为是否具有最终确定性应进行实质审查，即对当事人提供的证件、证明材料及自愿离婚声明书的真实性进行实质审查。这一实质审查是针对离婚登记申请人的，而不是针对婚姻登记机关的；是针对离婚行为据以登记的法律基础所作的审查，而不是针对婚姻登记机关离婚登记行为的审查。法院评价上述申请资料的真实性，不应因为婚姻登记机关形式审查是真实的，从而认定其是真实的，而应以法庭的实质审查结论为准。

其次，要兼顾正义与秩序的平衡限制撤销离婚登记。在离婚登记行政案件中，第三人有可能在离婚登记后再婚，法院要注意婚姻的特殊性，兼顾正义与秩序的平衡，不可盲目予以撤销，否则势必造成法律上的重婚，损害现实的法律秩序和社会公共利益。因而，法院应根据实际情况进行处理：（1）如果法院经审查，婚姻登记机关符合法定受理条件，尽到审查义务，当事人离婚申请材料形式合法，内容真实，符合法定离婚条件，则维持离婚登记。（2）如果法院经过对婚姻登记机关离婚登记行为的合法性审查，发现婚姻登记机关未尽形式审查义务，申请人未依法提交法定全部材料；或虽尽形式审查义务，但实质不合法，或不符合法定受理条件，而准予离婚登记的，在第三人未再婚的情形下，法院应依法判决撤销离婚登记；但在第三人已再婚的情形下，法院则应维护现实的法律秩序和社会公共利益，不宜判决撤销离婚登记。法院可以依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十八条“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应补救措施，造成损害的，依法判决承担赔偿责任”的规定，判决确认这一离婚登记具体行政行为违法，但并不撤销，尊重后一婚姻的效力，维护现实的法律秩序。这样既能促使婚姻登记机关依法行政，又能达到司法审查规范行政行为的目的。

本案案号（2012）内法行初字第76号；（2012）南行终字第119号

案例编写人：河南省内乡县人民法院 杨慧文 郭晓菊

（十）赠与案例

儿子被拘担心受牵连老太将20间房赠儿媳

2013年10月24日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）儿子被刑拘后，赵老太担心自己的20间房产会被法院查封拍卖，遂全部赠与儿媳和孙子。后因觉得儿媳态度大变，赵老太起诉要求撤销赠与协议。记者昨天获悉，顺义法院判决支持了赵老太的诉求。

赵老太现年61岁，早在通州建了20间平房。2011年，赵老太的儿子小李因为经济犯罪被刑事拘留。赵老太称，她的思想比较传统，认为“子债母还”和“父债子还”是一个道理，所以担心儿子还不了债，法院会来找她，查封她的房产拍卖，于是没多想便决定把房产赠与儿媳和孙子，并找人草拟了赠与协议，约定儿媳获赠房产后履行赡养义务。

一段时间后，赵老太感觉儿媳对自己不太热情，不愿意照顾，且听人说儿媳在外“谈朋友”，于是找律师写诉状欲要回房产，撤销赠与协议。

法庭上，赵老太的儿媳认为赠与协议有效，自己将部分房屋出租的租金给赵老太作为生活费，且尽心尽力地照顾，没有不履行义务。

法院认为，赵老太签赠与协议的主要目的是防止因儿子犯罪累及自身房产，赠与并非其真实意思表示，签协议是一种重大误解的行为。根据法律规定，因重大误解订立的合同，当事人一方有权请求变更或者撤销。法院判决依法撤销了这份赠与协议。

（十一）夫妻债务案例

五、继承

（一）继承案例

招婿为子赠与全部家产 次女以赘书作假提异议

南通中院驳回一起遗赠抚养协议确认上诉案

2013年10月22日 人民法院报 郭小川

34年前，生有两个女儿的何氏夫妇招婿为子，在招赘书中约定由长女夫妇养老送终，全部家产亦归其所有。二老去世后，次女认为姐姐、姐夫持有的招赘书复印件系他人伪造，不具证据效力，请求法院确认招赘书中关于房屋处分的约定无效。

今天，江苏省南通市中级人民法院对这起确认遗赠抚养协议无效纠纷案作出终审判决，驳回原告的诉讼请求。

何氏夫妇生有长女红梅和次女绿梅。1977年，何氏夫妇建造朝南正房三间，朝东厨房两间，建筑面积共计103.6平方米。1979年5月，何氏夫妇招婿高某为子，1980年3月，绿梅顶替了父亲的工作。1984年，绿梅结婚后搬出居

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

住。1996年、2010年，何氏夫妇相继离世。2012年6月，何氏夫妇建造的五间房屋涉及拆迁，红梅夫妇与拆迁公司签订补偿安置协议后，涉案房屋被拆除。

绿梅认为，父母在世时未立遗嘱，自己作为法定继承人之一，应继承父母的一半遗产份额，但红梅声称父母生前家产都归他们所有，并拿出一份招赘书彩色复印件，上面记载内容为：“经与高某本人及其父母协商，同意高某招赘入何氏门为子。何某夫妇现有朝南正屋叁间，朝南厨房二间及全部家当归高某、红梅所有……二老的生养死葬由高某、红梅承担一切责任。另次女绿梅顶替父亲工作，及父母为其置办嫁妆等，高某、红梅不得异议，绿梅亦不分享家中一草一木。唯口说无凭，今立招书为证。”落款中，立招赘字人何氏夫妇姓名下方均画有“十”字，入赘字栏有高某的签名，另有见证人黄某、执笔人冯某等人的签名。

绿梅认为，父母在世时从未向其提及遗嘱一事，红梅夫妇没有招赘书原件，该招赘书系他人伪造，遂将红梅夫妇告上了南通市港闸区法院，请求确认招赘书中关于房屋处分的约定无效。

法庭上，红梅夫妇当年的两名婚姻介绍人均作证何氏夫妇招赘一事存在，并曾出具过招赘书；街道调查笔录证明何氏夫妇去世时，高某均以儿子身份为老人穿孝子服。同时，拆迁公司工作人员单某亦作证其曾亲眼看到招赘书原件，后红梅夫妇根据公司要求，扫描了一份彩色复印件交其留档。

港闸区法院审理认为，招赘书复印件只是不能单独作为认定案件事实的依据，但并非无效，若有其他证据能与之相佐证，同样可以作为认定案件事实的证据。双方对二老当年招赘为子的事实均不持异议，结合当时介绍人的证言，拆迁公司工作人员的证言以及何氏夫妇去世时，高某以儿子身份料理后事的客观事实，能够认定被告夫妇持有招赘书复印件内容的真实性，即存在何氏夫妇与高某所签订遗赠抚养协议的事实，且何氏夫妇在招赘高某为子时，亦考虑了原告的利益，让其顶替父亲的工作，并置办嫁妆，故原告认为招赘书系被告夫妇伪造而无效的抗辩，未提供相应证据予以证实，遂判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服，向南通中院提起上诉。

南通中院经审理维持原判。

■法官说法■

有其他证据佐证的复印件可作定案依据

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十九条规定：“对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：（一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；（二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。”

“根据这一规定，在原件不存在或难以找到、只有复印件的情况下，并非复印件不具有证明效力，当事人可以通过相应的方式证明复印件是与原件一致的情况下，人民法院可以认定相应的事实。”据本案审判长秦昌东介绍，本案中，被告提供的招赘书彩色复印件完整地反映原件的纸张颜色和笔迹颜色，基本上反映了招赘凭书的原貌；被告的婚姻介绍人作证，当年招赘书是用红纸书写的，而调取的招赘书彩色复印件体现出这一特征；单某是拆迁公司具体负责涉案房屋的经办人员，其陈述曾看到过用红纸书写的招赘书原件，公司留存的扫描件与原件是一样的；南通有招赘为子、立招赘凭书的风俗习惯，该复印件行文格式符合南通风俗习惯所流传的行文格式，且在落款处有双方当事人及公亲、执笔人的画押和签字，同时女婿入赘后，女方家财产归入赘女婿所有，也符合当地风俗习惯。尽管被告不能提供招赘书的原件，但根据当事人的陈述、证人证言及相应的证据，已经形成证据锁链，故法院认定彩色复印件所体现的就是当时留存的招赘凭书。

秦昌东提醒，当事人一定要妥善保管好各类原始证据材料，以免日后发生纠纷维权时带来不必要的麻烦。

男子生前投保又留债 法院判决保险款非遗产

2013年10月22日 光明网 蔡军如 刘斐

本网讯(蔡军如 刘斐)男子生前开办一家引线厂，并投保了两份团体意外险，后该男子不幸去世，不料债权人向男子家属催讨货款，要求以获赔的保险款偿还货款。日前，江西省万载县人民法院审结了这样一起买卖合同纠纷案，一审法院判决：被告龙英、李冬、李平在所继承的两层房屋一栋李洪所有部分的限额内支付所欠原告曹检引线材料款36634元，限在判决生效后3日内付清。

审理查明，三被告亲人李洪开办的引线厂自2010年开始在原告处购买三味粉等原材料。从2010年9月24日至2011年7月6日，李洪总计欠原告货款67634元，李洪于2011年元月21日付款20000元，2011年10月4日付款6000元，2011年12月16日付款5000元共计付款31000元，尚欠引线材料款36634元未付。李洪因意外事故于2012年农历正月十七日死亡，留下与妻子龙英共同所有的两层房屋一栋（上下层各三间，每层100多平方米），该房屋目前由三被告共同占有、使用。另查明，李洪去世前在厂里投保了团体意外险两份，最高理赔限额共计300000元。李洪去世后，三被告与其他债权人达成协议并由龙义担保，用该理赔款按70%比例偿还了李洪所欠其他债务。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一审法院认为，原告与李洪之间买卖引线原材料事实清楚，权利义务明确，原告向李洪提供货物后，李洪应当支付相应数额的货款。现李洪已去世，其遗产（两层房屋一栋）由被告龙英、李冬、李平共同占有、使用，即共同继承，则被告龙英、李冬、李平应当以李洪现有遗产实际价值为限清偿上述债务。因此，对原告要求三被告偿还李洪所欠货款的诉讼请求，本院予以支持；李洪生前因投保团体意外险而在死后由三被告获得的理赔款不属于李洪所留遗产，是否用于偿还李洪所欠债务由三被告自主决定。最终，法院依法作出前述判决。

继子女继承生父遗产后可继承继父遗产

2013年10月24日 光明网 谷原忠 张淑梅

本网讯(谷原忠 张淑梅)形成抚养关系的继子女如同亲生子女关系，其继承了生父的遗产，还能否继承继父的遗产？2013年10月23日，黑龙江省虎林市人民法院对这起法定继承纠纷案进行了公开宣判，判决位于虎林市人民银行家属楼一栋房屋归原告郭丽所有，由原告分别给被告付黄晓花、张红房屋折价款38225元。

原告郭丽与被继承人黄宵于1997年6月23日登记结婚，双方均为再婚，且彼此均有一个女儿。被告黄晓花系被继承人黄宵的女儿，离婚时法院判决跟随其生母一起生活。被告张红系原告郭丽的女儿，离婚时约定跟随原告共同生活。原告与被继承人结婚时，双方子女均系未成年。在婚后共同生活期间，被继承人黄宵的父母均已死亡。2003年6月，夫妻二人共同购买一处楼房，2007年10月19日黄宵因病去世。后因继承被继承人黄宵婚后房屋起纠纷，纠纷不断，经过多次调解均未果，故无奈之下，原告郭丽诉至法院，要求依法分割该房屋。

在诉讼中，被告辩称，对房屋性质没有异议，但是继承人张红已经继承自己亲生父亲的财产，说明其与被继承人没有形成法律上拟制的父母子女关系。在审理过程中，根据原告申请，依法对该房屋进行了鉴定，鉴定价值为229350元。还查明，原告郭丽与被告张红均是在2000年7月16日从龙江县迁入到虎林市被继承人黄宵的户口本上。

经法院审理后认为，本案所争议的房屋系被继承人黄宵与原告婚姻关系存续期间共同购买的房屋，系夫妻共同财产，故该房屋50%的产权应作为被继承人黄宵的遗产依法继承。对于被告辩称被告张红与被继承人为继父女关系，没有形成抚养关系，不应作为继承人继承被继承人黄宵的遗产。法院认为，根据被告张红提交被继承人黄宵的户口本中原告郭丽迁入本市的时间与被告张红迁入的时间相互吻合，且当时属于未成年人，与被继承人共同生活，因此被告张红与被继承人黄宵形成法律上的继父关系，故被告张红属于被继承人黄宵的继承人，有继承权。被继承人黄宵现留有的继承人为原告及二被告共计三人，又因该房屋系原告与被继承人的夫妻共同财产，故该房屋应归原告所，由原告按照二被告所继承的比例给付其相应的房屋折价款，经计算各为38225元。鉴于上述情况，故法院作出支持原告诉讼请求的上述裁判。

(二) 继承立法动态

沪房产继承公证费下调 千万豪宅最受益省一半钱

2013年10月04日 东方网

提要:分段递减累计收费

东方网10月4日消息:据《劳动报》报道,自2013年10月1日起,降低下列14个部门20个行政事业性收费项目的收费标准。其中公证收费(包括按行政事业性收费进行管理的公证收费和经营服务性公证收费)中证明财产继承、赠与、接受遗赠的收费标准,由现行按受益额的2%收取下调为:受益额20万元以下的部分,按不超过1.2%收取;超过20万元不满50万元的部分,按不超过1%收取;超过50万元不满500万元的部分,按不超过0.8%收取;超过500万元不满1000万元的部分,按不超过0.5%收取;超过1000万元的部分,按不超过0.1%收取。证明单方赠与或受赠的,减半收取。具体收费标准由各省、自治区、直辖市价格主管部门会同有关部门制定。

解读:上海已先行调整

这不是上海公证费第一次下调,事实上,自去年3月1日起,上海市房产继承公证费已从2%下调至1%。这意味着,上述新政策给上海市民带来的“福利”没想象中那么大。即便如此,从固定比例1%到分段递减累计收取,也能让每套继承房屋节省不少银子:100万元的房产继承,原先公证费1%,即1万元,如今按照新政策,现在不超过9400元,至少节省6%。300万元的房产,原先继承公证费3万元,现在不超过2.54万元,至少节省15%。500万元的房产,原先继承公证费5万元,现在不超过4.14万元,至少节省17%。

上海东方公证处内部人士表示,去年上海房产继承公证费就从原来的2%下调至1%,按照国家发改委、财政部的新规定,将来收费标准会再降低,但具体怎样调整、分段计收的具体标准等,还要待上海市公证行业协会研究制订实施细则。

市民:千万元豪宅最受益

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 -----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在公证处，一位市民告诉记者，新政策下房屋总价越高，节省比例越高，千万元以上的豪宅最划算。比如 1200 万元的豪宅，原先继承公证费 12 万元，现在不超过 6.84 万元，几乎省一半。2012 年上海商品住宅套均成交价格 271 万元，按照新政策，继承公证费套均节省 14%。

房产继承公证费递减 千万元豪宅最受益

2013-10-05 新民网

【新民网讯】据劳动报报道，自 2013 年 10 月 1 日起，降低下列 14 个部门 20 个行政事业性收费项目的收费标准。其中公证收费(包括按行政事业性收费进行管理的公证收费和经营服务性公证收费)中证明财产继承、赠与、接受遗赠的收费标准，由现行按受益额的 2%收取下调为:受益额 20 万元以下的部分，按不超过 1.2%收取;超过 20 万元不满 50 万元的部分，按不超过 1%收取;超过 50 万元不满 500 万元的部分，按不超过 0.8%收取;超过 500 万元不满 1000 万元的部分，按不超过 0.5%收取;超过 1000 万元的部分，按不超过 0.1%收取。证明单方赠与或受赠的，减半收取。具体收费标准由各省、自治区、直辖市价格主管部门会同有关部门制定。

解读:上海已先行调整

这不是上海公证费第一次下调，事实上，自去年 3 月 1 日起，上海市房产继承公证费已从 2%下调至 1%。这意味着，上述新政策给上海市民带来的“福利”没想象中那么大。即便如此，从固定比例 1%到分段递减累计收取，也能让每套继承房屋节省不少银子:100 万元的房产继承，原先公证费 1%，即 1 万元，如今按照新政策，现在不超过 9400 元，至少节省 6%。300 万元的房产，原先继承公证费 3 万元，现在不超过 2.54 万元，至少节省 15%。500 万元的房产，原先继承公证费 5 万元，现在不超过 4.14 万元，至少节省 17%。

上海东方公证处内部人士表示，去年上海房产继承公证费就从原来的 2%下调至 1%，按照国家发改委、财政部的新规定，将来收费标准会再降低，但具体怎样调整、分段计收的具体标准等，还要待上海市公证行业协会研究制订实施细则。

市民:千万元豪宅最受益

在公证处，一位市民告诉记者，新政策下房屋总价越高，节省比例越高，千万元以上的豪宅最划算。比如 1200 万元的豪宅，原先继承公证费 12 万元，现在不超过 6.84 万元，几乎省一半。2012 年上海商品住宅套均成交价格 271 万元，按照新政策，继承公证费套均节省 14%。

浙江财产继承赠与公证费大降 继承百万房产省 1 万

2013 年 10 月 05 日 都市快报

本报讯今后做财产继承、赠与和接受遗赠的公证，收费将大幅降低。日前，浙江省物价局发出通知，自今年 10 月 1 日起，浙江省物价局、省财政厅决定降低 7 个部门总计 18 个行政事业性收费项目的收费标准，进一步减轻企业和居民负担。

降低的部分行政事业性收费标准，涉及公安、司法、住房和城乡建设、人力社保、农业、卫生计生、科技等七部门，包括丢失后要求补发因私护照的收费，公证(按行政事业性收费进行管理的公证收费)中证明财产继承、赠与、接受遗赠的收费，国内植物检疫费，卫生专业技术资格考试费，全国专利代理人资格考试费等。

其中，公证收费(按行政事业性收费进行管理的公证收费)的调整幅度最大。证明财产继承、赠与、接受遗赠的收费标准，由现行按受益额的 2%收取，下调为:受益额 20 万元以下的部分按不超过 1.2%收取(最低收取 200 元)，超过 20 万元不满 50 万元的部分按不超过 1%收取;超过 50 万元不满 100 万元的部分按不超过 0.8%收取;超过 100 万元不满 1000 万元的部分按不超过 0.5%收取，超过 1000 万元的部分按不超过 0.1%收取。证明单方赠与或受赠的，减半收取。

假如价值 100 万元的房产要办理继承公证，原来要交受益额 2%的公证费，也就是 2 万，现在最多需要缴纳 20 万×1.2%+30 万×1%+50 万×0.8%=9400 元，省了一万多元的费用。

(三) 继承新闻

在生父死前声请保全血液 私生子认祖归宗继承财产

2013 年 10 月 04 日 东方网

原标题:在生父死前声请保全血液 私生子认祖归宗继承财产

中新网 9 月 29 日电据台湾《联合报》报道，桃园县林姓男子过世，留下上千万元财产，他生前先和人同居，生下 2 子，后来又结婚，再生 2 子，同居人的 2 名子女想认祖归宗被拒，在生父过世前声请保全血液、毛发验 DNA，确认就是父子，法官判可以分产，是罕见死亡后确认父子关系的案例。

桃园地院调查，林姓男子 30 多年前和许姓妇人订婚和同居，生下 2 子，但一直没办结婚，两兄弟跟着妈妈姓，父亲栏空白，后来林和许女解除婚约，在 20 多年前另娶妻，生了 2 个儿子。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

去年间林姓男子重病，许姓兄弟遵从母亲指示要认祖归宗，生父并没拒绝，但林妻以两兄弟 20 多年都没连络，到生父病危才连络、只想分产，拒绝许姓兄弟认父。

许姓兄弟去年 10 月间打官司确认亲子关系存在，因担心生父过世无法比对血缘，先向法院声请保全证据，由法院发文医院留存林姓男子的血液、毛发等检体。

去年 12 月林姓男子过世后，因林姓兄弟还是拒绝认亲，法院强制验血缘，经 DNA 比对，确认许姓兄弟的生父就是林姓男子，加上许姓兄弟俩结婚都是由生父当主婚人，林过世后的认文将兄弟列为庶男，虽然林家兄弟还是不认账，不过法院根据血缘、自幼抚养等，认定为父子，判决许姓兄弟胜诉。

废钢大王遗产案：八旬老母放弃 3.9 亿元继承权

2013 年 09 月 30 日 现代快报 何洁

“废钢大王”遗产争夺案以调解了结

八旬老母放弃 3.9 亿元继承权；儿媳一方补偿其 6000 万元

今年 2 月 7 日，现代快报报道了《张家港亿万富翁猝死两年后，八旬老母与妻儿争数亿遗产》一文。昨天，记者从苏州市中级人民法院获悉，历经法官数十次的调解，原、被告双方最终握手言和，老母亲再一次确认放弃全部遗产的继承，儿媳一方则补偿她 6000 万元。

中国“废钢大王”吴岳明 2010 年猝死，留下 39 亿元的资产。按照法律规定，法定继承人共有 5 人，分别是母亲卢玉芬、妻子吴惠娣及 3 个子女。此后，母亲卢玉芬公证声明放弃对儿子遗产的继承权，计 3.9 亿元。

今年 1 月 21 日，卢玉芬将儿媳吴惠娣等另外 4 个法定继承人诉至苏州市中级人民法院，要求分割遗产，称，被告在未通知原告其他子女的情况下，采用欺诈方式诱骗她进行公证，公证内容并非其真实意思表示，不应认定其已放弃对遗产的继承权。儿媳吴惠娣一方则认为，南京公证处提供的声明及公证录像内容，可以证明原告放弃继承系其真实意思表示，同时指出，原告有 4 个儿子从事废钢行业，与被告一方存在竞争关系。原告之所以反悔，系因其他子女挑唆所致。

苏州市中级人民法院为了妥善处理本案，制定了周密的工作计划：一方面在诉讼过程中确保企业正常运行；另一方面在维系亲情的前提下尽早定纷止争，同时保障老年人的合法权益。

最终在法院的主持下，历经数十次反复调解后，双方当事人于近日签订了调解协议，母亲卢玉芬确认在南京公证处的公证内容系其真实意思表示，再一次放弃全部遗产的继承，同时由儿媳一方补偿其 6000 万元。

承办法官建议，应该鼓励股权持有人对股权及早作出安排，避免因突发事件影响公司的健康运行。

重庆法院宣判案例：子女继承遗产须先偿还父母债务

2013 年 09 月 30 日 新华网 朱薇

新华网重庆 9 月 30 日电（记者朱薇）我国民间常说的“父债子还”，是否具有法律的刚性约束，法律对此又是如何规定的呢？重庆市江津区人民法院近日对一起“父债子还”案件作出一审判决，被告人须在继承其父亲的遗产范围内偿还原告借款。

经查明，杨金与邹荣系夫妻，并育有一子杨勇、一女杨福，杨金与邹荣于 1994 年在民政部门办理离婚手续。杨金于 2002 年 5 月向杨清借款 251000 元，并向杨清出具了 2 张借条，在 2 张借条的借款人落款处签名均为杨金、周云。杨金于 2012 年 4 月 17 日死亡，生前杨金偿还了杨清 120000 元，尚欠 131000 元未归还。杨金死亡后，杨清在多次向杨金的前妻邹荣和子女杨勇、杨福追收余款未果的情况下，遂将三人诉讼到法院，要求三被告偿还借款 131000 元。

法院经审理认为，由于原告杨清不能提供证据证明欠条上的“周云”与杨金之妻“邹荣”系同一人，也不能证明邹荣系死者杨金的法定继承人，法院对原告要求邹荣偿还死者杨金生前所欠自己债务的请求不予支持。而三被告经过法院的合法传唤未到庭参加诉讼，也未提出书面答辩意见，视为自动放弃抗辩权利。作为死者杨金的法定继承人，被告杨勇、杨福应当在继承其父亲遗产范围内偿还原告杨清的借款。

此案主审法官提醒，我国继承法规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。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。”也就是说“父债”不一定要“子还”，而是有条件的偿还。同时，对于诉讼，当事人应积极参与，这样不但会更有利于法官了解案件情况，还能更好地保护自己的合法权益。

保姆与养孙子争遗产一纸遗嘱赢一场官司

2013 年 10 月 11 日长沙晚报 李广军

本报讯（记者 李广军 通讯员 蒋成柳）一个是收养了 20 多年的养孙子，一个是照顾了老人 10 余年的保姆，两人在同一屋檐下相处多年，如今为了老人的遗产走上了诉讼之路，而老人的遗嘱成为了断案的关键。记者昨日从芙蓉区法院获悉，此案已经一审宣判，因为一纸遗嘱，保姆赢得了这场官司。

“家事法苑”律师团队奉献

【案件回顾】

老人去世留遗嘱

1985年，大明被阿峰夫妇收养为孙子；10年后，小红来到阿峰家做保姆，小红边做家务边读书，她大学毕业工作后，还把自己的母亲也接到阿峰家来做保姆，自此一直住在阿峰家。

阿峰自2012年8月因病住院后，大部分时间都由作为保姆的小红妈妈照看，后因病情过重，阿峰去世。在清理遗产时，小红拿出了阿峰所立的遗嘱，声称自己是阿峰的养孙女，遗产分配应按照遗嘱来执行——在遗嘱中阿峰表示，由于大明分了房子，其购房款和装修费30多万元都是阿峰给的钱，“所以理应将我现在住的住房由小红继承拥有”；遗嘱还写明：让“小红继承我的合法财产”。

【庭审交锋】

是保姆还是养孙女

“我是合法收养且收养在先，小红到我家做保姆在后，而且她来的时候已经年满14周岁，根据《收养法》，阿峰夫妇与小红之间根本不能形成收养关系，只是作为保姆住在家里而已。”大明表示，他认为阿峰遗书上签字不是其亲笔所签，明显是无效的遗书；但庭审中小红提供了阿峰签署遗嘱时的录像，法院对遗书予以采纳。

法院经审理认为，小红主张与阿峰系合法的收养关系，既缺乏证据支持，也不符合法律规定：一对夫妻只能收养一个子女、被收养人为未满14周岁的未成年人等规定。但阿峰的遗书证明他对于遗产处分的意愿是将属于他的合法财产遗赠给小红。

【法官说法】

遗嘱继承优于法定继承

阿峰的遗产除了一套房产以及屋内家具电器外，还有其与妻子共同购买的股票，那小红能得到多少？

她能得到这套房屋和股票的四分之三——因为阿峰购买的房屋和股票都是他和妻子的共同财产；而阿峰的妻子去世后，属于她的部分（50%）应由第一顺序继承人阿峰和大明共同继承，所以，大明通过继承财产取得上述财产的四分之一，其余由小红继承。

“按照法律，遗嘱继承要优于法定继承，也就是说只要老人生前立下对财产处分的遗嘱，且该遗嘱合法有效，那么该遗产就必须按老人的意见执行。”本案主审法官告诉记者，根据《继承法》第五条，“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”（文中人物均系化名）

房产继承公证费分档下调 市民仍建议按件收费

2013年10月12日 中国青年报

“北京市发改委日前宣布财产继承中公证费用全面下调，此前被市民诟病许久的房产继承时公证费用过高的情况有望大幅下降。在房产成为普通人最大财产继承门类后，一套200万元商品住房，公证费能够从原先2万元下调到8000元左右。”

房产继承公证费“分档”下调

在北京市发改委此次公布的收费标准中，公证收费（包括按行政事业性收费进行管理的公证收费和经营服务性公证收费）中证明财产继承、赠与、接受遗赠的收费标准，由现行按受益额的2%收取，实行全面下调。

其中，受益额20万元以下的部分，按不超过1.2%收取；超过20万元不满50万元的部分，按不超过1%收取；超过50万元不满500万元的部分，按不超过0.8%收取；超过500万元不满1000万元的部分，按不超过0.5%收取；超过1000万元的部分，按不超过0.1%收取。证明单方赠与或受赠的，减半收取。

整体而言，这一新政能够让许多市民在房产继承过程中降低不少开支。在调整之前，根据我国法律体系，房屋遗产继承必须进行公证才能在房管部门更名过户。而早在1998年，当时的国家计委、司法部《关于调整公证服务收费标准的通知》中，即规定“证明财产继承、赠与和遗赠，按受益额的2%收取，最低收取200元”。

经适房按60元/平方米收是行业惯例

但在实际操作中，2%并不是指房子的市值，而是评估价。据记者从北京多家公证处了解，在现实操作中，因为北京房屋类型、产权复杂，一般公房、经济适用房在继承公证时，会按照60元/平方米来收费。比如，一套60平方米的公房，在继承时公证费大约是3600元。这笔费用并不会因为公房在三环还是五环而有太大变化。

而针对商品房，收费则复杂很多。在实际操作中，房子的评估价格就很关键了。一般而言，办事机构不会专门委托评估机构去评估房价，因为专门评估房产不仅会增加评估费，也容易产生估价分歧。

公证机关一般直接采用房产过户时经常用到的最低计税价格。这一价格并不对外公布，而是掌握在政府税务部门手中，据记者了解，商品房的最低计税价格约为目前市价的一半，比如市价5万的房子，最低计税价大约在2.5万元上下，但不同地段、小区价格都各不相同。这一价格政府部门会阶段性进行调整。

市民建议继承公证应按“件”收费

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在此次发改委下调继承公证费后，北京一套市值 200 万元的商品房，评估价可能在 100 万元左右，旧计费标准下，市民可能要缴纳 2 万元左右继承公证费。而根据新规定，市民只需要缴纳 8000 元左右，市民负担大幅下降。

即便如此，业内对于这笔公证费也颇有争议。本报曾经在 4 月 7 日对继承公证费相关合理性进行过报道，当时有市民表示，继承公证费应该按件收取，而不是按照房产价值收取。这一观点的支持者认为，公证机构是根据市民提供的各种类型证明文件进行公证，且市民要对提供文件真实性负责，既然是基于市民提供文件进行公证，为什么不能够按件收费？

有房地产人士向记者举例，房管局在房产过户时都按件收费，一件 80 元。从工作流程上说，这两项工作本身并没有本质的不同，但北京公证处的工作人员则表示，公证有巨大风险，一旦失误需要承担重大经济损失。并且公证工作有大量背后调查工作，并不是简单的柜台工作。

盼不来“常回家看看” 老人写遗嘱“剥夺”女儿继承权

2013 年 10 月 16 日 法制日报 潘从武

法制网讯 记者 潘从武 通讯员 白雪晴 张风琴 尽管“常回家看看”已经写入新《老年法》3 个多月，然而乌鲁木齐市的王大爷仍没盼来两个女儿的身影。今年 10 月 11 日，老人写下一份遗嘱，“剥夺”女儿们对其财产的继承权。

王大爷今年 79 岁，育有一儿两女，一说起子女，老人皱眉叹息。

老伴过世后，王大爷一直独居。大女儿在外地工作，已经十余年没有给他打过电话；二女儿虽然住在乌鲁木齐，然而就连逢年过节、老人生病住院都不曾看望一次；剩下一个儿子尚在狱中服刑无法尽孝。

眼下，王大爷心脏病加剧需住院治疗。手术前，他担心万一手术失败命丧黄泉，自己名下的一套房产有可能被两个不孝女儿抢占，以致将来儿子刑满释放后居无定所。为防万一，王大爷来到乌鲁木齐市诚信公证处，申请办理遗嘱公证，将房产指定由儿子继承。

但到了公证处一问，麻烦事来了。办理遗嘱公证所需的身份证和房屋产权证，王大爷一概没有：身份证丢失正在补办，房屋产权证也要 5 年后才能申办。王大爷急得在公证处直跺脚。公证员看在眼里急在心里，经过一番询问发现，王大爷曾经是一名教师，有很好的文字功底，于是向他解释：根据《继承法》的规定，遗嘱并非经过公证才有效，也可以采取自书遗嘱的方式，指定遗产继承人，今后还能随时修改和变更遗嘱内容。

接着，公证员免费为王大爷打印了一份自书遗嘱注意事项，请他仔细阅读后按要求亲笔书写、并签名按了指印。

离开公证处，王大爷揣着遗嘱回家，邀请了 3 名没有利害关系的人作为见证人，郑重在遗嘱上签下自己的名字。

101 岁老翁立下遗嘱 将房产留给未婚孙女

2013 年 10 月 15 日 东北新闻网 张丽萍

“真是太感谢你们了，西岗区北京街道更生社区阳光调解室帮了我一个大忙，终于让我心头的一块大石头落地了。”10 月 12 日，家住西岗区北京街道更生社区鞍山路 29 号楼 101 岁的隋老先生拉着更生社区阳光调解室调解员的手，一再表示感谢。

隋老今年 101 岁，有一个儿子，老伴去年去世，儿子、媳妇对他都很孝顺。隋老最近却急着立遗嘱，想把自己唯一的一套产权房办理遗嘱公证给孙女，“因为孙女常年患病，而且快 40 岁了还没成家，我担心孙女以后生活没着落。”

听说更生社区阳光调解室能帮居民协调办理公证，10 月 12 日，隋老趁着社区重阳节走访之际前来打听。“立遗嘱公证是为了让身后事有个法律依据。对孙女来说，也能避免许多不必要的纷争。”据悉，社区已经联系了一位律师，义务帮助隋老到公证部门办理此事。

2 万多老人预约立遗嘱 成都也有老人咨询

2013 年 10 月 16 日 华夏经纬网 王国平

北京首家中华遗嘱库运行 7 个月，排队排到明年底

从今年 3 月 21 日成立，截至目前已经有 2.5 万名老人预约登记立遗嘱。”昨（13）日是首个法定的老人节，财富传承专家、中华遗嘱库管委会主任陈凯律师接受华西都市报记者专访时表示，目前订立的遗嘱中，95% 的涉及到房产，同时根据中华遗嘱库对 500 位办理遗嘱登记的老人进行了随机问卷调查，有超七成老人认为遗产税起征点应为 1000 万以上。

“国内凡是年满 60 岁的老人，都可免费在中华遗嘱库办理遗嘱预约登记。”陈凯说，也有成都地区的老年人致电咨询相关事宜。

2.5 万人预约也有成都老人咨询

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

今年3月21日，中华遗嘱库成立，第一登记中心在北京西交民巷73号挂牌运行。知名律师、中华遗嘱库管委会负责人陈凯说，“想要进行遗嘱登记的老人数量远远超出了我们的预料。”陈凯向华西都市报记者透露，截至目前已经有2.5万多名老人进行了预约登记，已经排到了明年底。

在中心门口，记者在公告栏中看到，在醒目处提醒老人要先进行电话预约，预约成功后再到中心进行办理。

“也有成都的老人来电话咨询。”陈凯说，由于遗嘱库没有户籍限制，外地老人也可以享受到这份服务，“成都算少的，上海、广州等地咨询人数较多。”

陈凯介绍，中华遗嘱库由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会联合发起，为60岁以上老年人提供免费办理遗嘱的登记、保管和传递服务。

目前，中华遗嘱库只有北京第一登记中心，陈凯说，目前来看，上海、广州等地是首选推广地区，“在全国老年人中，设立遗嘱的还不到25%，但从我们目前的调查情况看，设立遗嘱的需求却很大。”

密室有摄像头首次使用专用防腐纸

立遗嘱有一套非常严谨的程序，以确保遗嘱的真实性。陈凯说，中华遗嘱库在登记遗嘱的密室安有摄像头，将遗嘱登记者的一言一行都记录下来，登记员将登记表上的信息一一念出并获确认后，再录入系统，录完后，登记员要扫描手写遗嘱，登记遗嘱者也要手持遗嘱面向摄像头拍照留证，再在指纹器上留下指纹，最后签字按手印。登记完成，遗嘱正本和登记表则被放入档案袋密封，连同电子版一同存在银行保险柜中。

不仅如此，与一般普通打印纸或信纸不同，中华遗嘱库的用纸是专门从国外进口的特种用纸“泼酸防腐纸”。是国内首次引入，其不但保存时间长，而且还可以防止虫蛀和避免人体汗液的侵蚀。

陈凯说，在今年6月，中华遗嘱库发出了全国首个专用于遗嘱的凭证《遗嘱证》。遗嘱证采用数码水印、电脑条码等14项高级防伪技术，当时中国邮政还为此发行了专用邮票。陈凯提醒说，老人应将《遗嘱证》与户口本、房产证等重要证件放在一起，一旦身故便于家人发现。

遗嘱涉及房产老人回避子女“偷偷来”

陈凯注意到，前来进行遗嘱登记或者咨询的老人大多数是自己或者老两口“偷偷的来，回避子女”。

“老人立的遗嘱中，最多的是关于财产分割，这其中最主要的又是房产的归属问题。”陈凯说，最简单是平均分配房产，但有许多老人提出要根据子女的赡养程度来区别分配家产。为了确保遗嘱体现老人的独立意志，中华遗嘱库也明确规定，即使有子女陪同前往，老人办理登记时也必须专设的室内独立完成且全程录像，子女不允许在场。

同时，对于老人已经登记好的遗嘱，除了老人以及亲自指定的提取人之外，不允许“泄密”给任何人。如“泄密”，或以侵犯个人隐私被追究法律责任。而伪造《遗嘱证》者将按伪造有价票证罪追究刑事责任，最高可判处7年有期徒刑。

在陈凯的设想中，未来遗嘱进行数据化，全国联网，个人有没有遗嘱，有几份遗嘱，都可以在网上查到。

专家称征收遗产税基础是不能触及工薪阶层利益

2013年10月17日 中国新闻网

开征遗产税对年轻人意味着什么

“遗产税的事情我们以后再讨论。”面对中国青年记者的提问，正处在舆论风口浪尖的刘恒不愿做过多的回答。

除了中央财经大学税务学院副院长，刘恒的另一头衔是国务院参事。上个月，有媒体报道刘恒在接受采访时说，“开征遗产税拟写入中共十八届三中全会文件草稿”。大批媒体随即跟进，遗产税报道铺天盖地。

尽管当事人迅速辟谣，称未接受过媒体的采访，却并未平息这场关于遗产税的讨论。参与讨论的人群中，不乏青年群体。

中青舆情监测系统的数据显示，9月28日至10月9日抽样了2000条关于遗产税的观点，以年轻人为主的网民中，64.1%反对征收遗产税；23.5%的人认为征收遗产税无依据。

尽管尚无明确迹象表明遗产税是否在我国开征，但在专家看来，厘清遗产税的本质和目的是当务之急。在学术概念中，遗产税的作用是调节收入分配，缩小贫富差距。多位财税问题研究专家都向中国青年记者强调，若要征收遗产税，最重要的基础是不能触及工薪阶层的利益。

年轻人既是遗产的继承者，也是未来财富的创造者。在当下各地经济发展不平衡、消费水平差异较大的情况下，整齐划一地界定遗产税的起征点或免税额，对于尚在奋斗中的年轻人来说，将会意味着什么呢？

遗产税不能触及工薪阶层利益

27岁的北京人王佑(化名)硕士毕业后，在北京一家研究机构工作。年薪15万元的他从来不觉得自己是富人，“北京的生活成本那么高，我们日复一日、起早贪黑地上下班，忙忙碌碌地工作，拿这些钱也不算富裕，属于‘蝼蚁’阶层。”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

当之前看到网上讨论遗产税起征点可能定为 80 万元时，王佑吓了一跳。以自己的收入，积蓄 80 万元并非难事。“难道像我这样的工薪阶层，死后还要缴纳遗产税吗？”没过多久，颇有些震惊和疑惑的王佑又看到一则消息：有专家指出，起征点为 80 万元的说法，是来源于 10 多年前有关部门拟推出的《中华人民共和国遗产税暂行条例(草案)》等文件，其内容早已过时，不具有可操作性了。

不久，关于遗产税的起征点应定为 500 万元的讨论纷纷扬扬。

北京大学财经法研究中心主任、中国财税法学研究会会长刘剑文教授告诉记者，对遗产税要理性、冷静看待。“不应该向所有人征税，也不能对个人全部的遗产都征税。”刘剑文建议，可以对遗产中超出 500 万元以上的部分征税，实行分档递进的累进制税率，涉及资产额较高的，税率也相应提高。例如，当有 600 万元遗产时，征税对象是减去 500 万元之后的 100 万元。可考虑以 3%至 5%的税率为初始税率，最高税率不超过 50%。

但 500 万元的遗产税起征点就能发挥“劫富济贫”的作用吗？

王佑和父母住在北京二环附近。早年王佑父亲的单位分了套房子，他们一家三口在这里已经居住了 20 多年。尽管这套 80 平方米的房子早已显得十分陈旧，但在二环这一黄金位置仍能卖出每平方米 7 万~8 万元的价格。如果征收遗产税的起征点定为 500 万元，这套房子势必属于征收范围内。

“现在北京比较中心的位置有一些老房子，虽然很破旧，里面住的也是普通人，但房子的估价轻易就能超过 500 万元。”王佑说，自己有位邻居每月收入两三千元，父母早年下岗，创业失败后，省吃俭用一辈子，花光所有积蓄为他留下一套房子，如果征收几万元甚至几十万元的遗产税，“那他简直要借钱过日子了！”

这显然违背了遗产税调节贫富差距的初衷。“像这样的情况，遗产税对纳税人来说，绝对不是福音。”中国人民大学公共管理学院地方财政研究中心主任崔军说，“房子不是钱，如果要征高额的遗产税，有些依靠这一套房子生活的人只能把房子卖了，这些低收入者将无处可住，增加了社会的不稳定因素。”

除了经济上的损失，不科学的遗产税征收方式也将对年轻人的精神和思想产生影响。王佑说他不喜欢遗产税，“遗产税归国家，上一代的艰苦奋斗的成果都被国家拿走了。”努力奋斗积累的财产最终被国家征去，“那我辛苦拼搏一辈子还有什么意思呢？”

美国富豪卡耐基曾说，在巨富中死去是一种耻辱。博锐财税沙龙秘书长张凯介绍，国外征收遗产税的部分原因是害怕富二代不去创造财富，坐吃山空，成为纨绔子弟。但在中国，文化传统是将遗产留给子女。遗产税的征收和社会上畸形的“仇富”心理，可能让年轻人追求财富的热情消减，失去奋斗的动力。

3 亿美国人中，缴纳遗产税的只有 5000 人

“科学的遗产税对普通年轻人不会有影响，也不应有影响。”崔军说，“遗产税主要针对富人，并不是政府为了敛财才征收。因此，如何让税种变得公平，真正发挥调节收入分配的作用，是决策者应该认真思考的问题。”

如果“一刀切”划定统一的起征点，也许会适得其反，加剧某种不公平。我国目前东西部资源分布不均，经济发展水平存在差距。500 万元，在北京也许只能换来二环旁的二手两居室，但在欠发达地区可能意味着几百平方米的豪宅。全国统一的起征点背后极有可能是两个完全不同的阶层，他们对遗产税的承受能力不可同日而语。

而如果遗产税按区域发展水平分别制定起征点又会带来新的问题。“这会使财产发生逆向流转，由起征点低的地方转移到起征点高的地方。”北京大学刘剑文教授解释。这并不难理解，假如北京遗产税起征点为 500 万元，甘肃为 200 万元，那在甘肃的富人可以在生前将财产转移到北京，规避税负。

因此，有学者干脆建议将起征点定为 3000 万元甚至更多，因为拥有如此量级的财富在全国任何地区都可称得上是富人。

刘剑文介绍，在美国，2013 年的遗产税起征点是 100 万美元。2011 年，在美国约 3 亿的人口中，缴纳遗产税的只有 5000 人。刘剑文建议，我国的遗产税起征点应按照国民平均收入的 15~20 倍的比例确定。

明确了起征点后，遗产税的征税对象也是亟需廓清的议题。“遗产分为动产和不动产，这些如何评估，是一项无比复杂的工程。”崔军坦言，“一套房子与几套房子不能一概而论，在征收遗产税时，应该考量其是否为唯一住房，如果只有一套满足基本需求的房产，征收遗产税显然不合适；至于动产，由于可以藏匿，也为监管提出了更高的要求。”

由中国改革研究基金会研究员王小鲁执笔的《城镇居民收入分配状况调查报告》显示，根据全国各地 5344 户城镇居民的家庭情况调查和最新统计数据测算，2011 年居民灰色收入为 6.2 万亿元，约占当年 GDP 的 12%。灰色收入也是清算遗产税时的一大障碍，国家尚未做到对公民财产的精确掌握。

刘剑文告诉记者，动产与不动产的评估需要完善配套的政策。例如纳税的信息管理、房产登记与公示，提高透明度才能消除老百姓的抵触心理。

除此之外，崔军还提醒，遗产税应与赠与税同时开征。“如果只征收遗产税，人们就会在死前把自己的财产赠送给子女，逃避遗产税；同理，如果只有赠与税，人们也会把想赠给他人的财产列入遗嘱，等死后作为遗产处置，同样可以逃避赠与税。所以，遗产税和赠与税必须同时征收。”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 ----- 分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得 不要对遗产税抱有过的期望”

即使按照上述方法开征遗产税，由于是对少数富人征收的税种，税收收入十分有限。崔军告诉记者，但凡涉及财产税，都可以考虑将它划为地方税源。但遗产税的特性决定了它无法成为地方的主体税源，远不能弥补土地财政阴影下的地方政府税收缺口。

“土地财政的问题没有那么容易解决，它的作用几乎没有哪一个税种能够取代。”崔军说。

刘剑文也持同样的观点，“不要对遗产税抱有过的期望，遗产税的税收主体十分有限，只能起到补充作用。”

刘剑文指出，西方国家的遗产税目前正在减少。加拿大、澳大利亚、新西兰、意大利等国家相继停征遗产税。我国的香港地区，也于 2006 年取消了遗产税。原因之一，正是当时的遗产税很大部分征到了中产阶级头上，触及了多数百姓的利益。

西方国家停征遗产税的大背景是贫富差距减弱的趋势，这与我国目前的发展阶段并不相同。刘剑文说，国外的经验只能供我们参考，遗产税的征收与否、开征时间的早晚都要经过科学的论证。

遗产税在我国的发展历史从侧面反映了论证过程的艰难。

新中国成立以后，遗产税多次被提上议程。1990 年，国家税务局正式提出要开征遗产税和赠与税。1993 年 11 月，中共十四届三中全会通过《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，其中明确提出“适时开征遗产税和赠与税”。1993 年 12 月，国务院发布了《关于实行分税制财政管理体制的决定》，将遗产和赠与税收入划为地方财政的固定收入。

2000 年 10 月，中共十五届五中全会再次提出要通过开征遗产税等措施强化国家税收对于收入分配的调节功能。13 年后的今年 2 月，国务院批转发改委等部门《关于深化收入分配制度改革若干意见》提出，在适当时期开征遗产税。

崔军最后提到了一本名为《英国病》的书，书中讲述了历史上的英国因为赋税过重，将财富驱离了英国，使社会的发展陷于停滞。“在当下的中国，别吓跑年轻人，鼓励他们创造财富吧。”崔军说。

合伙人互保协议频现 寿险保单高额保障解决家族遗产纠纷

2013 年 10 月 17 日 东方早报 杨杰

国内寿险业试图通过合伙人互保协议等保单安排，帮助一些家族企业解决遗产纠纷问题。

渣打中国昨日与友邦中国共同宣布，将开售中国首款针对高净值人士的终身寿险产品。这款名为“友邦传世尊享终身寿险”的产品起售点保额高达 1200 万元。而该产品中将引入合伙人互保协议，即公司合伙人，互相为对方投保，自己作为对方保单的受益人。当企业的合伙人死亡时，生存合伙人必须用寿险赔付金购买死者继承人获得的部分股权，合伙企业由生存合伙人进行重组并经营。

据介绍，目前国内寿险市场已引入合伙人互保协议，但近年来，随着家族企业发展，市场需求日渐增加。

针对高净值人群

友邦中国相关人士昨日接受早报记者采访时称，目前市场上还没有专门针对这些高净值人群进行定制化的保险产品，而随着中国高净值人群越来越多，他们“需要相应的金融工具提供帮助”。

据了解，高净值人群拥有的投资总资产需要超过 1000 万元。

具体看上述产品设计，缴费方式分为一次性、5 年、10 年及 15 年期缴等多种方式。根据投保人年龄、购买的保额、缴费方式不同，投保人的投资杠杆比例将因此不同。以一位 30 岁的客户为例，假设分 15 年期购买 1200 万元的保额，每年期缴保费为 28.9 万元；40 岁的客户按上述方式购买每年期缴保费为 37.3 万元。

被保险人在身故后可以获得相应的保险金赔偿。

解决股权纠纷

值得关注的就在于身后的赔偿。市场人士称，合伙人互保协议有助于解决家族企业的股权遗产纠纷问题。

据介绍，在遗产规划中，当有多个继承人继承不可分割的遗产时，如果对遗产强迫变现，可能会产生不必要的损失，容易导致纠纷的产生。而通过购买保险的方式可以锁定企业继承人，可让更有能力的孩子发扬祖业；二是可以将不可分割的资产（如祖传的古董）合理分配给后人。

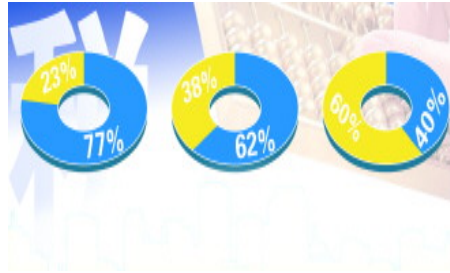
以 40 岁的李先生为例。李先生育有一儿一女，拥有 2 亿元的资产，其中企业价值达到 1.1 亿元。他希望具有商业天赋的儿子继承家族生意，并在身故后将资产平均分配给 2 个孩子。李先生选择了一次性付费，以 2000 万元的现金购买一份保额为 5000 万元的“友邦传世尊享终身寿险”，在李先生身故后，李先生的女儿将继承 1.15 亿元（7000 万元来自其他财产，4500 万元来自保险收益）；李先生的儿子也将继承 1.15 亿元（1.1 亿元来自企业价值，500 万元来自保险收益）。

据了解，该产品将由渣打银行在中国率先独家代理销售，首批将向上海、南京、北京、广州、深圳、苏州、珠海、佛山等地的客户发售。

“家事法苑”律师团队奉献

60%受访者称遗产税应定位为“富人税”

2013年10月21日 法制日报



77%的人认为, 导致老百姓财产减损, 中产阶层受打击最严重

23%的人认为, 如果设置不合理, 征收遗产税会增加征税成本

38%的人认为, 做好信息公开, 财政支出透明, 防止腐败

62%的人认为, 合理设置遗产税起征点, 否则会使平民利益受损

60%的人认为, 应针对收入最高的 3% 以下的阶层

40%的人认为, 起征点应高于普通人用于居住的房屋价值

□ 本报记者廉颖婷

关于征收遗产税的争论近日风波再起。尽管官方并没有释放明确的信号以及开征时间表, 但关于遗产税的讨论仍在触动公众的神经。

可以明确的是, 今年 2 月, 国务院批转了国家发展和改革委员会、财政部、人力资源和社会保障部制定的《关于深化收入分配制度改革若干意见》, 意见首次提出, 研究在适当时期开征遗产税问题。

如何合理设置遗产税起征点? 如何避免触及工薪阶层利益? 如何让税种变得公平, 真正发挥调节收入分配的作用? 《法制日报》视点新闻部联合搜狐网站, 对“如何合理征收遗产税”进行了在线调查。

77%的人:

担心开征遗产税导致财产减损

“如果设置不合理, 一旦开征遗产税你认为会产生什么弊端?”

对于这一问题, 77% 的被调查者认为, 导致老百姓财产减损, 中产阶层受打击最严重, 并导致富人移民;

23% 的被调查者认为, 增加征税成本。

这次的在线调查不难看出, 普通民众最关心的是, 征收遗产税是否会让自己的财产减损。

“这说明公众并不真正了解遗产税的本质。”中华遗嘱库管委会主任陈凯告诉《法制日报》记者, 实际上, 遗产税的涉及面非常小。维护社会公平、引导消费投资才是遗产税的主要目标。

国家行政学院经济学部教授冯俏彬亦认为, 开征遗产税可以“驱钱出笼”, 变长期储蓄为即期消费, 有利于提高我国居民消费水平, 有利于为经济增长提供动力支持。

“遗产税本身可以在一定程度上抑制‘敛财’的强烈冲动, 同时实施遗产税所需要的一系列配套制度——如财产登记制度、资产实名制度、官员财产公示制度等——还将极大地提高财产的正当性、公开性, 各类黑色收入、灰色收入更难以隐藏, 因此是依法应对、治理腐败的制度性良方。”冯俏彬说。

“你认为征收遗产税的目的应该是什么?”

对于这一问题, 78% 的被调查者认为, 遗产税应该具有“抽肥补瘦”、调节收入分配这一重要功能, 以促进社会公平, 稳定贫富差距加大导致的社会心理变态;

22% 的被调查者认为, 征收遗产税可以增加财政收入, 调整经济结构, 活跃经济。

据北师大分配制度改革研究中心测算, 遗产税推出后, 可以为国家创造 2000 亿元的收入。

对此陈凯表示, 姑且不提遗产税是否能创造这么多税入, 即使顺利得到税入, 对于现有十万亿元的税收规模而言, 这点收入不过毛毛雨, 相对于国家在遗产税征收上所投入的人力、物力, 这点收入确实有点不划算。

那么为什么国家还是要推动遗产税的征收呢?

“就遗产税的作用而言, 促进社会公平, 缩小贫富差距以及促进金融、保险、法律等服务业的发展, 促进社会资金从房地产等领域转向消费和其他活跃投资领域, 使社会经济发展的主要动力更加优化等作用, 远远要比获得一点应税收入重要得多。”陈凯说。

“如果开征遗产税, 应该做好哪些工作?”

对于这一问题, 38% 的人认为, 做好信息公开, 财政支出透明, 防止腐败;

62% 的人认为, 合理设置遗产税起征点。如果遗产税起征点设置不合理, 则有可能使拥有高额房产的城市平民利益

“家事法苑”律师团队奉献

受损,应当谨慎。

有观点认为,遗产税将逼迫那些刚刚痛失亲人的孤儿寡母卖房缴税。

陈凯认为,不排除这种情况的出现,条件有两个:一是遗产税的起征点设置应超过合理居住用途的房屋价值,只要遗产税所设置的起征点高于普通人用于居住的房屋价值,这种情况则不会大面积出现;二是当事人拥有大量房屋,但没有其他可流动的资产。这种人正是遗产税的目标人群。

40%的人:

起征点应高于生活必需房屋价值

“你认为应该如何合理地征收遗产税?”

60%的人认为,向特定群体征税,是遗产税与其他税种之间较大的区别,因此真正缴纳遗产税的人数应占很小的比例。通过科学设计,把纳税人定位到收入最高的3%以下的阶层;

40%的人认为,遗产税所设置的起征点应高于普通人用于居住的房屋价值,即生活必需的房屋价值不应纳入遗产税的征收范围;同时,遗产税应与赠与税同时开征。

陈凯表示,从世界各国的情况看,真正缴纳遗产税的人数仅占很小的比例,一般不超过总人口的3%。

冯俏彬亦认为,遗产税应定位为“富人税”。根据我国当前的实际情况,遗产税应当明确定位于富人税,即仅对资产达到极高标准的“巨富”征收,要注意将一般性的财产继承排除在外。

业内人士一致认为,开征遗产税的同时还应开征赠与税。

“从世界范围看,为防止纳税人为避税而提前处置资产,多同时开征生前赠与税,税率与遗产税基本相同。我国也应如此。”冯俏彬说。

70%的人:

征收遗产税应该在5年以后

“你认为开征遗产税前,哪些方面最需要完善?”

对于这一问题,79%的被调查者认为,摸清纳税人财产情况,落实财产实名申报、物权实名登记制度建设及执行等硬件条件,房产联网;

21%的被调查者认为,让老百姓正确了解遗产税的知识,增加合法避税渠道。

冯俏彬表示,开征遗产税是一个系统工程,需要若干的配套制度。首先是财产登记制度。对此,我们已经有了银行存款实名制、股票实名制、房产实名制等。目前需要做的,是对这些财产信息的整合与共享;其次是财产评估制度。征收遗产税需要对财产特别是不动产进行估值,这的确需要逐渐提高有关方面的管理水平;最后,征收遗产税还需要与主要国家签订多边或双边税收协定,既避免重复征税,也防止逃税避税。

“不过,上述所有制度都是市场经济条件下法治国家的制度体系的题中应有之义,本身就需要逐步建立与完善。遗产税的开征,将与现在正在进行的其他改革一起形成合力,推动以上制度的逐渐完备。”冯俏彬说。

“你认为遗产税应该什么时候开始征收?”

70%的人认为,应该在5年以后。征收遗产税要求公民个人的婚姻家庭情况,房产,金融资产,境外财产情况、个人移民情况等都要全国联网,而我国要实现这一操作系统还要投入大量人力物力建设完善,尚需时日;

30%的人认为,现在就开始征收。当下,不同层面之间的心理落差和摩擦不断,如果不能及时出台遗产税进行引导和缓解,将使社会公平更难彰显。

对此,冯俏彬认为,综合目前各方面的情况看,开征遗产税的政治意义已清楚浮现,重议遗产税的时间窗口已经打开,值得认真考虑与全盘谋划。

公证收费标准下调

继承赠与收费大降

2013年10月21日 北京晚报 孙莹

本报讯(记者孙莹)记者今日从市司法局获悉,自今年10月1日起,北京市各公证处执行惠民政策,主动下调相关收费标准。以继承一套200万元的商品房为例,公证收费将从4万元降为17400元,降幅过半。

以往公证处办理财产继承、赠与、接受遗赠公证的收费标准为受益额的2%,新标准不仅“直降”收费比例,而且实行阶梯式收费。受益额20万元以下的部分,按不超过1.2%收取;超过20万元不满50万元的部分,按不超过1%收取;超过50万元不满500万元的部分,按不超过0.8%收取;超过500万元不满1000万元的部分,按不超过0.5%收取;超过1000万元的部分,按不超过0.1%收取。证明单方赠与或受赠的,减半收取。

比如说,一套实际价额200万元的房产,按照以前2%的标准来计算,收费4万元。按照新标准阶梯计算,20万以下部分收费为2400元,超过20万元不满50万元的部分,收费为3000元,超过50万元的部分,收费为12000元。三项相加17400元即为公证最终收费。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

目前继承、赠与、接受遗赠的财产大多涉及房产，房产买时是一个价，随着近些年房价飙升，价格可能已经翻了几番，又该如何计算受益额呢？据相关负责人介绍，受益额是当事人申请办理继承、赠与、接受遗赠公证事项时获得房产的实际价额，一套商品房十年前购买的价格可能只有 50 万元，但目前这套房产的实际价额可能已经涨到 200 万元，当事人现在办理继承，就要以 200 万元来计算受益额了。本着便民惠民的原则，当事人可以自行委托有资质的社会评估机构评估房产的实际价额；也可以由公证处参照市统计、住建、地税等部门公布的房产平均价格或指导价格进行测算。

此外，对于房改房和成本价购房等政策性、保障性住房，在新标准实施前，就有相关优惠政策，新标准实行后，原优惠政策继续执行。

老人去世家人持死亡证明户口遗嘱取不出银行存款

2013 年 10 月 27 日 华商报(西安) 张小刚

本报铜川讯 丈夫去世，妻子拿着他的退休金卡却取不出钱。银行要她去公证处对继承关系做个公证，而公证处却要她拿来有继承关系的所有亲人的证明才能给公证。为取出卡里的一万余元退休金，57 岁的余女士已跑了几天，深感疲惫。

拿死亡证明、户口簿也没用

余修惠，铜川市王益区黄堡镇人。10 月 16 日，丈夫去世，留下一张尚未激活的退休金卡。

据余女士介绍，办完后事，10 月 21 日一早，她和儿子来到王益区的建设银行红旗街支行。她还带着丈夫的死亡证明、户口簿、自己的身份证以及丈夫生前单位出具的代理证明。但银行的工作人员看后还是认为她不能凭此激活银行卡。

余修惠的丈夫今年刚退休，生病后因身体原因一直未能到单位领取退休金卡，去世后才凭着死亡证明由家属取回银行卡，卡里有他半年来共一万余元的退休金。

25 日，余修惠又带着丈夫生前留下的遗嘱第二次找银行，遗嘱中说明妻子可继承其遗产，但银行还是不认，其理由是遗嘱是个人的，银行需要公证处的证明。对此，建设银行红旗街支行业务主管刘先生表示，与死者存在继承关系的有几个人，一旦银行把钱让其妻子取了，如果家里其他人有异议找到银行，银行就有推不开的责任。银行是按照程序办事。

公证须开至少四五个证明

余修惠找到铜川市公证处，据余女士介绍，当时接待她的一位姓周的公证员列出所需的好几个证明或事项。其中包括两个死亡证明——丈夫和公公的，丈夫的亲属关系证明，这其中包括死者与余女士的关系证明，死者是否有原配的证明，有几个子女，是否收养过别的子女的证明等。

“他父亲去世多年，我都记不清啥时间，到哪去证明？”余修惠说，最头疼的是要有继承权的所有当事人都要来公证处。

据余女士介绍，有继承权的除了她，还有丈夫的老母亲以及自己的一双儿女。“老母亲快 80 岁了，身体又不好，把老人折腾到这儿咋能放心？”

铜川市公证处公证员周女士也表示，他们完全是按照程序办事，如果余修惠的婆婆身体不便来公证处，公证处可以派人上门服务，但是这趟差旅费需要对方来出。

>>律师说法

铜川市律师协会律师马坤表示，银行和公证处依法、依程序办事都没有错，但是否可以“因事因人”有些变通，不要为了程序而程序，在可以规避一些风险的前提下多一些人性化，让服务对象真正享受到便利。

六、房产、股权、信托

(一) 房产

这桩离婚案围着房子转

2013 年 09 月 27 日 重庆晨报 李澜

时间：9 月 26 日

地点：渝中区法院

事由：妻子以丈夫曾向其母亲借钱为由，私下将房屋产权全部过户，使一桩离婚案演变成财产纠纷。

第 14 法庭内爆发出一名中年男子的咆哮声，回响在安静的楼道内。女子在他咆哮时，只是面带微笑，不时看看手机。“我和她四年前结婚，这是我第二段婚姻。我当时就告诉她，我们两个好好过，不要分手。我没想到，走到这一步。”王某开始陈述自己的案情，被告席上的成某背着他，偷偷将两人名下的一套住宅转移到了自己名下。“说说话，要分手，我同意，我给了你 80 多万。但是人要知足，为啥子你还要得寸进尺，把房子全部要了。”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“先声明一点，我分的80多万是属于结婚期间的夫妻共同财产，不是你一个人的。希望你多看两本法律书籍。”成某在答辩时，显得很轻松，与王某形成鲜明对比。

“这套房屋本来就是你开服装店差钱，我才找我妈借30多万元给你的。当时你承诺，把这套房子产权全部过户到我名下。不过，我一直没有转。”成某说，直到两人闹离婚了，自己才拿了王某的身份证，去完成了过户，算是王某还自己母亲的钱。

法官问成某，“你有没有证据证明？”成某说，“可以找我妈来作证。还好他（王某）找我借钱时，我说没得钱，让他找我妈借，于是他就打了个欠条给我妈。这个欠条我带来了。”

王某瞟了一眼欠条，语气小了一些，不过他的律师称，“这是两码事，王某向成某妈妈借钱是一回事，而成某背着王某将房屋产权全部过户，这又是另一回事。”他表示，希望不要混为一谈。

家庭矛盾不断升级

赠送房屋被判返还

2013年10月18日 人民法院报 周小燕

本报讯 因家庭矛盾不断，老人与儿子经协商签订断绝父子关系协议，约定老人将一套房屋给儿子，并支付儿媳43万元。后因家庭矛盾再次爆发，老人将儿子儿媳诉至法院。

近日，江西省宜春市袁州区人民法院对这起纠纷作出一审判决，判决确认诉争的一套商品房归原告刘红、易志伟所有。被告李敏返还原告43万元，被告易强负连带清偿责任。

刘红、易志伟夫妇已年近七旬，易强为长子，其与前妻生育儿子易刚，在袁州区由二老照顾。2008年4月易强与李敏结婚，生育儿子易宏，三人在山东省泰安市生活。2008年4月，二老在宜春市认购了一套93平方米的商品房，价款为19万余元。

因家庭矛盾不断升级，为缓和矛盾，2010年10月双方签订一份《协议书》，约定：易刚的户口在成年前留在易家，二老和易强夫妇断绝关系、互不往来，一次性支付李敏43万元，上述93平方米的商品房给小两口。

2012年7月，诉争房屋在房管部门登记为两被告共有。期间二老出资装修房屋并入住。2013年双方再次爆发矛盾，李敏向二老主张房屋所有权，二老为此诉至法院。

法院审理认为，子女与亲生父母的关系是一种绝对的先天性关系，不可依协议随意解除。双方所签订的《协议书》，既免除了二被告对易刚的法定抚养义务、又免除了对二原告的法定赡养义务，协议内容违反社会公序良俗和社会伦理道德，属无效协议。依照法律规定，民事行为被确认为无效的，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。故两被告依据无效《协议书》取得的房屋和43万元，应当返还两原告，据此法院作出前述判决。

妻子卖房后携款消失

丈夫诉合同无效成功

2013年10月21日 京华时报 张淑玲

京华时报讯（记者张淑玲）老婆以离婚胁迫丈夫卖房，拿到钱后携款逃跑。丈夫起诉买房者，要求合同无效获支持。记者昨日获悉，房山法院审结该起案件，确认合同无效。

丈夫王某诉称，自己在与妻子出现婚姻危机时，妻子以自己代理人的名义，将房屋卖与第三人。虽然妻子卖房有自己的委托书及视频确认，但是是基于妻子胁迫才做出的，不是自己的真实意思。

买房者陈某辩称，自己通过中介公司从王某妻子处买房，且其有王某委托卖房的手续，中介公司还通过视频与王某本人进行了确认，合同应当有效。另外，他无从知道王某与其妻子有矛盾。

房山法院查明王某从开发商处购买该房屋，但未拿到房产证，该房为小产权房。法院认为，双方签订的合同不得违反法律的强制性规定，违反强制性规定，该合同无效。

因信用问题借人名义买房 离婚分割财产遇阻

2013年10月24日 常州日报

因丈夫无法贷款，金坛女子李某借丈夫姐姐的名义买房，结果离婚时，想要回房子份额成了难题。幸亏法官火眼金睛，一番追问中确认了真正的房主。昨天，金坛法院一审判决，支持了李某的请求，确认房子为他们夫妻共同财产。

2010年，李某与王某结婚。婚后不久，小两口筹划买房，可因王某信用记录不好，无法办理按揭。无可奈何之际，王某的大姐站出来，愿意“出借”自己和丈夫的名义给弟弟、弟媳买房。难题解决，小两口首付10万元，贷款30多万元拿下了房子。【更多本地资讯】

甜蜜的日子没多久就出现裂痕。因性格不合，夫妻俩猜疑不断。期间，李某提出要把房子过户到夫妻俩名下，丈夫一直推诿。去年底，两人协议离婚。

离婚后，李某要求分割房产，找到王某，王某称房子在姐姐名下，无法分割；找到王某的姐姐，对方称房子是

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

自己的，只是借给他们住，她无权来分。无奈，李某只得起诉。

诉讼中，王某及王某的姐姐、姐夫坚持自己的说法，而他们拿出的购房合同、房产证上，的确都是王某姐姐、姐夫的名字。

承办法官仔细调查，在庭审中，法官询问王某的姐夫买房、贷款的过程，其一直支支吾吾，再问诉争房屋的位置，其称“只知道在 18 栋，具体哪户不清楚。”“自家”的房屋竟不知是哪户，明显不合常理。进一步调查发现，该房的首付款、贷款绝大部分由王某夫妻及王某的父母支付，房屋所有手续也均由王某办理，购房后也一直由王某、李某居住。

经综合考量，法院遂作出以上判处。

为赖账将房产抵押给前妻 法院判决撤销抵押行为并赔偿合理开支

2013 年 10 月 29 日：上海法治报

本报讯 为逃避官司败诉后应当支付的数百万元债务，李某趁着二审还未宣判之际，以欠前妻 500 万元债务为名，将名下房产抵押给前妻。眼看赢了官司却面临无法执行，颜先生向法院提起债权人撤销权诉讼，要求撤销李某与前妻之间的抵押。日前，黄浦区法院作出判决，撤销李某与前妻的抵押条款，同时赔偿颜先生合理开支 2 万元。

2011 年，颜先生与李某因为房屋租赁合同纠纷对簿公堂，法院一审判决李某应向颜先生支付房租、违约金等共计数百万元。一审宣判后，李某不服提出上诉。可就在案件二审过程中，颜先生意外获悉，李某已将名下的房产抵押给了前妻。

颜先生将李某和前妻告上法庭，请求法院判令撤销抵押协议，并索赔律师代理费等合理开支 2 万元。

庭审中，李某表示，系争房屋是自己在离婚之后购买的。2006 年因生意需要决定向银行贷款，考虑到前妻在银行工作贷款比较容易，所以就以前妻为借款人向银行贷款 200 万元。

不仅如此，李某表示自己还曾向前妻借了 50 万元，因此总共欠前妻 250 万元，约定 2 年还款，连本带息共 300 万元。李某讲，2008 年，由于经营严重亏损，之前借的钱一直没有归还，而在 2012 年他又向前妻借了 20 万元，这样连本带息共欠前妻 500 万元。因此，去年他将系争房屋抵押给了前妻。

虽然李某对事发经过说得头头是道，但却又拿不出有力的证据证明自己的主张。审理期间，李某的前妻作为被告也始终没有露面。

法院审理后认为，一审判决已经明确李某欠颜先生数百万债务，但李某却在一审判决后二审尚未判决前与前妻签订借款抵押合同，将房屋以 500 万元抵押给前妻。签订该合同时，李某的前妻并未实际支付借款，而以六年前的借贷关系作为依据。鉴于李某的前妻并未到庭，放弃诉讼权利，因此尚不足以排除妨碍前案判决执行的合理怀疑，无法认定两人之间存在真实的借贷关系。

法院认为，即使双方存在借贷关系，李某的前妻也只是普通债权人，当债务人有多数普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。综合本案案情，可以认定李某与前妻恶意串通，造成前案判决执行困难，损害了颜先生的合法权益。因此，颜先生的诉请，于法有据，予以支持。

(二)、股权

(三) 信托专题

七、社会新闻

千万富翁离婚不到一个月 四官司逼前妻“吐”钱

2013 年 09 月 29 日 厦门日报 林森泉

晋江一对富豪夫妻离婚后，前夫柯国某后悔了——不是后悔离婚，而是反悔分给前妻的钱财太多了。他除了对生效的《离婚协议书》提出上诉，要求撤销分钱条款，还“生”出许多虚假欠钱的借条，进行恶意诉讼，逼前妻“吐”钱。近日，晋江法院一审判决：驳回柯国某的诉讼请求。

原告柯国某在诉讼书中称，自 2006 年起，他负债经营，担心影响妻儿生活，遂与妻子柯燕某协商采取假离婚方式对付债权人，共同逃避债务。于是，夫妻办理离婚登记，并签订《离婚协议书》，将位于北京等地的 6 处房产分给前妻。柯国某诉称，该《离婚协议书》是建立在欺诈基础上的恶意协定，请求法院依法判决撤销《离婚协议书》中关于房地产分割的条款。

经审理，晋江法院认为，原、被告双方婚后由于性格及家庭生活等原因产生矛盾，夫妻感情逐渐恶化，双方于 2006 年 12 月 7 日就产生离婚意愿，并到北京某律师事务所签订离婚协议。后来，由于矛盾进一步恶化，夫妻感情破裂，双方于 2012 年 6 月 4 日在晋江市民政局办理离婚登记并签订《离婚协议书》。该离婚协议系双方共同协商并经

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

民政局登记备案,是双方当事人的真实意思表示。原告柯国某的诉讼请求缺乏证据,法院不予支持。一审法院依据相关法律作出驳回他的诉讼请求。


成都双流县公证处要求当事人“把字练好再来”

2013年10月01日 中国青年网

昨日有网友爆料,双流县公证处贴出通知:“不会写字的当事人,请在家里把字练好了再来办理公证”,对此网友批评“姿态太高端”。昨日下午,成都商报记者来到双流县公证处,在公证处接待室的桌子上发现了这则通知。成都商报记者向公证处副主任姜波转述了网友的疑惑:“难道字写得不好还不让来?”他赶忙解释,措辞确实有点不妥,但绝非这位网友之意。其实是请那些不会写名字的群众,把自己的签名练会,因为光有手印的公证有些单位不认可。“感谢网友提醒”,采访过程中,姜波就安排人将通知内容更改为“不会写字的当事人请在家练好签名”。

雅安荣经法院节前对已决赡养案件老人大回访

2013年09月30日 法制网 凌华剑 向浴峰

 本网讯:为切实维护老年人的合法权益,促进家庭、社会和谐。国庆前夕,雅安市荣经县人民法院以“关爱老人,构建和谐”为主题,组织法官对该院2013年所审结的赡养案件进行了回访。在回访中,法官把思想教育、化解纠纷、保障权益融为一体,深得受访群众的好评。

此次回访采用“看、问、说”的方法,“看”,老年人现在的精神状态、居住条件和生活饮食情况;“问”,老年人身体状况,与子女之间的关系,子女是否按照法院生效法律文书履行赡养义务,以及生活是否存在困难;“说”,嘱托老年人注意饮食卫生,保重身体,宣讲如何利用法律维护自己的合法权益。

在附城乡张家,老人拉着法官的手,激动的说:“自从你们法院管了我的事儿以后,我的几个儿子表现可好了,现在都可孝顺,是你们政府给了我幸福呀”。

在回访中,法官对极少数赡养案件中未自觉履行法律文书的子女,及时联合村(居)委共同进行说服教育,及时做好思想工作,使其认识到赡养老人不但是道德义务,更是法律义务。

据了解,自2013年以来,荣经县法院积极延伸审判职能,多次对赡养案件当事人进行回访,了解老人的生活状况,切实保护了老年人的合法权益,真正将法院判决落到实处,为涉老案件的老年人提供坚强的法律的保障。

不履行判决还转移财产 离婚女子被刑拘

2013年09月30日 齐鲁晚报 王震

本报9月29日讯(记者 王震 通讯员 陈雷) 27日,石岛刑警二中队查办一起离婚后妻子拒不执行判决、裁定案,毕某(女)应该向尹某(男)支付赔偿金12万余元,毕某一直谎称无钱归还。经查,毕某在今年2月转走了其银行卡内的7万元,并将名下价值7万元的汽车转至亲戚名下,毕某已被刑拘。

荣成法院审理尹某(男)诉讼毕某(女)离婚一案,于2012年11月26日判决毕某向尹某支付精神损害抚慰金、子女抚育费等合计128805.5元,毕某负担案件受理费2261元,共计131066.5元。今年1月18日,尹某申请法院强制执行,法院多次传唤毕某交款,她称自己没钱,拒绝履行。

经调查,2012年2月4日,毕某分三次从银行提现70000元,毕某名下原有一辆江淮汽车,今年3月,她已作价70000元过户到姨夫周某名下。法院调查时,毕某谎称该车被盗。9月24日,石岛警方在东褚岛村成功抓获毕某。毕某已被刑拘。

假夫妻办假离婚为买卖动迁房 中介造假离婚书被抓

2013年9月28日 解放日报 富心振

中介沈某伪造离婚调解书被判拘役

东方网9月28日消息:在明知动迁房未满3年不得过户情况下,房产中介老板沈某为做成这笔交易,竟伪造人民法院民事调解书,将房产买卖上下家作为“夫妻离婚”来分割房产,以达到过户目的。近日,沈某被浦东法院以伪造国家机关公文罪判处拘役6个月,缓刑6个月。

去年10月,朱女士和郑先生初步达成房屋买卖意向。然而,由于卖方郑先生的房子是动迁房,按照有关政策规定3年未满不能过户。今年春节前,他们一起找到房产中介沈某。沈某答应帮助办理过户,但要求事成之后支付“托人办事费”6.7万元和中介费1万元。

为做成这笔交易,沈某竟先将郑先生房产证上的老婆名字在房产交易中心作了除名。再通过马路电线杆上的制假小广告,找人伪造了一份“郑先生与朱女士自愿离婚,房产归朱女士”的浦东法院民事调解书。之后,房产交易中心审核时发现该公文系伪造而将该材料退回。今年5月,沈某被警方抓获。

纳川股份老板离婚 “老板娘”分走逾5亿元

2013年09月30日 扬子晚报

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

上市才两年多的纳川股份（行情，问诊）昨天发布公告，因董事长陈志江与妻子张晓樱离婚，公司股权将发生较大变动。陈志江持有的股权被一分为二，划到张晓樱名下的股票市值超过5亿元。有统计显示，2011年以来，资本市场至少出现13起高管离婚案例，而高管婚变消息曝光往往会直接影响上市公司股价。昨天，有股民戏称，“现在的股民要做狗仔队了，得盯紧这些高管的隐私”。

纳川股份掌门人离婚 “老板娘”分走5亿元

据纳川股份公告，公司现年46岁的董事长陈志江与小他6岁的妻子张晓樱离婚，其持有的股权被一分为二。陈志江拥有纳川股份6753万股股票，占公司股本总额的32.29%，为公司第一大股东；变动后，陈、张二人各自持有3377万股股票，占公司股本总额的16.146%。按照29日公司15.60元/股收盘价计算，划到张晓樱名下的股票市值约合5.2亿元。为保持控制权，陈志江将与公司第四大股东、副董事长、总经理刘荣旋签署一致行动协议，持有公司现有股本总额28.362%表决权，共同成为公司实际控制人。

大佬离婚连累股价 股民戏称要做“狗仔队”

昨天，纳川股份的股价并未受此消息影响，收盘还上涨了1.36%。不过，有股民指出，主力、基金、高管都知道控制人家变的事实，纳川股份7月底8月初放量下挫，8月23日公司证券事务代表连6000股都减持。有统计显示，2011年以来，资本市场至少出现13起高管离婚案例。根据已有的一些事实，上市公司高管婚变消息曝光大多导致股价下跌。比如沃华医药（行情，问诊）实际控制人赵丙贤婚姻生活失意，曝光离婚的当月沃华医药重挫10.28%。今年6月24日，玖龙纸业董事长张茵女士被曝“离婚”，受负面消息影响，玖龙纸业早盘跌幅超过2%。次日，公司迅速澄清“被离婚”传闻，股价才恢复平稳。昨天，有股民发帖说，“合与分都是自家私事，但不要影响咱散户的钱！。现在投资风险要加上一条高管离婚，接下来股民要做狗仔队了，得盯紧这些高管的婚姻隐私”。

婚姻不再是“私事”；律师建议提前化解风险

近年来，上市公司高管离婚案件数量明显增多，尤其是创业板开设三年，不少创业者持股可以解禁，当股份可以变现时，一夜暴富从梦想照进现实，引发的离婚诉讼案件也随之高企。

知名律师贾明军指出，婚姻关系的不稳定，就上市公司或拟上市公司股东而言，不再完全是“私人”事件，而与万千公众投资人、VC、PE投资者利益相关。在诸多离婚阻碍上市的案例影响之下，已经有越来越多的公司股东在上市前后聘请企业与家事顾问提供法律咨询与服务。

对于创业中的高管，或者如今身家亿万富豪，该如何理性化解婚姻中可能存在的财务风险？贾明军以台湾首富郭台铭为例，2008年他娶了曾馨莹为妻，同时与之签订财产协议，约定离婚时郭台铭名下股权不进行分割，因此也不会影响到鸿海公司的股价和未来的经营发展。“所以郭台铭结婚后，鸿海股价得以迅速回升。这可为大陆富豪们所借鉴。”贾明军如是说。

高管婚姻状况是否需要公告？

离婚本属个人隐私，对于上市公司高管、实际控制人而言，是否需要随时报告自己的婚姻状况？律师指出，据《证券法》第六十七条的规定以及《上市公司信息披露管理办法》第三十条的规定，实际控制人、控股股东离婚并不属于“重大事件”，不属于应披露信息的范围。可是，若离婚致使实际控制人变更，或是利用平台操纵股价的，应予披露。

资本市场还有哪些高管典型离婚案？

A股“最贵”离婚：离婚后，袁金华依然以35.8亿元的身家位居富人榜333名。而妇产科医生王海燕离婚分得22亿元财产。

最纠结离婚：2011年，土豆网CEO王微前妻杨蕾不再主张分割婚姻资产，但王微需付700万美金补偿。最终致土豆无法按期上市。

最轰动的离婚：王石VS王江穗，王石离婚，一度波及万科A（行情，问诊）的股价。田朴珺因王石离婚案一炮而红，王石的前妻王江穗也成了众人关注的焦点。

福建大幅降低财产继承公证收费标准

2013年10月01日 新华网

新华网福州10月1日电 据福建省物价局消息，10月1日起，福建降低一批与群众生活密切相关的收费标准，包括机动车抵押登记费、因丢失要求补发护照费、公证收费、考试考务费。

其中，大幅度降低群众反映突出的公证收费部分项目的收费标准，如证明财产继承、赠与、接受遗赠的，由原来按受益额的2%收取下调为1%至0.05%，分6档收取：20万元以下的，按1%收取；20万元至50万元的，按0.8%；50万元至200万元的，按0.5%；200万元至500万元的，按0.3%；500万元至1000万元的，按0.1%；1000万元以上的，按0.05%收取。证明单方赠与或受赠的，减半收取。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“比如说李先生继承一套价值 100 万元的房子要做公证，按照原来受益额 2% 的标准收取公证费的话，就是 2 万块钱了，这是个不小的数目。现在按新标准只需 5000 元。证明单方受赠的，减半收取，只需 2500 元。这大大减轻了群众的负担。”福建省物价局行政事业收费管理处负责人曾广慧说。

国务院参事刘桓声明：遗产税报道失实断章取义

2013 年 10 月 01 日 财经网

国务院参事刘桓就媒体热炒的关于他在接受采访时谈到有关遗产税问题，10 月 1 日在国务院参事室网站发表声明。声明全文如下：

2013 年 9 月 23 日以来，我注意到，部分国内新闻媒体刊登转载了所谓“国务院参事刘桓讲开征遗产税拟写入中共十八届三中全会文件草稿”的内容，在社会上造成了较大的影响。为此，我郑重声明：

第一，我没有参加任何有关中共十八届三中全会的前期准备工作，也没有在任何场合接触过所有有关中共十八届三中全会的文件；

第二，自 2013 年 9 月以来，就遗产税问题我没有接受过任何新闻媒体的采访，也没有发表过任何有关遗产税方面的学术论文；

第三，个别新闻媒体通过一些非正规途径获得的，并未经本人审阅和允许，断章取义，内容很不准确的报道给我本人造成了形象和名誉的损害。对此，我保留在必要的情况下追究其法律责任的权利。

前夫替人炒股亏损 离婚夫妻被判共同偿还损失

2013 年 09 月 27 日 江苏新闻网任正辉 蒋敏

中新江苏网徐州 9 月 27 日电（任正辉 蒋敏）今年 33 岁的李莉刚刚与前夫离婚，本打算一切重新开始，一张法院传票却搅乱了她平静的生活。原来，前夫替人炒股亏损了，现在债权人一纸诉状将她与前夫共同告上法庭。2013 年 9 月 27 日，徐州市鼓楼区法院审结了此案，并判决李莉及其前夫共同赔偿原告欠款 7 万元。

李莉的前夫刘松在证券公司上班，二人经人介绍认识并于 2008 年登记结婚。婚后，李莉很少过问刘松工作上的事情。2010 年，看着股市大好，缺少资金的刘松便私下里为朋友操作股票，以此赚点外快。谁知天有不测风云，2011 年股票行情急转直下，刘松为朋友操作的股票账户出现了亏损，惹得朋友去他单位闹事。因为证券公司职员私下为他人操作股票是违反行业规定的，这么一闹刘松也干不下去了，干脆辞职另谋生路，为了安抚朋友不再闹事，刘松向其出具了借条和还款协议，承诺弥补炒股损失。这期间，李莉与刘松经常为琐事吵闹，刘松辞职后，李莉对他更是心灰意冷，2012 年二人协议离婚。恢复单身的李莉本打算调整好状态重新开始，谁知道一纸传票却搅乱了她平静的生活。因为刘松操作股票亏损，二人被共同告上了法庭。庭审过程中，李莉觉得自己非常冤枉，认为此事系刘松个人与原告之间的债务关系，李莉从头到尾都不知情，而且刘松与李莉已经离婚了，李莉不应当承担任何清偿责任。

法院审理认为，李莉是否承担责任取决于本案债务是否属于夫妻共同债务。根据相关法律规定，债权人就婚姻关系存续期间以夫或妻一方名义所负债务主张权利的，应当按照夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定该项债务属于个人债务，或者能够证明夫妻双方实行约定财产制，债权人事先知道该约定的除外。确认夫妻关系存续期间的债务性质可以参照以下两个标准判断：一是夫妻有无共同举债的合意；二是夫妻是否分享了债务带来的利益。具体本案而言，首先，欠款形成于 2009 年底至 2011 年底，正是二被告夫妻关系存续期间；其次，刘松在庭审中明确认可其在证券公司期间工资纯粹来源于经纪人收入，经纪人名下客户和交易情况影响其收入，因此，原告出资在刘松处开户，抑或委托刘松操作股票，或多或少地与刘松的工资收入不可分割，即二被告对该收入带来的利益理论上可以共同分享；第三，依举证规则，李莉未能提供有效、充分证据证明“债权人与债务人明确约定该项债务属于个人债务”或“夫妻双方实行约定财产制，债权人事先知道该约定”，因此，应由其承担不利的法律后果。据此，本院认定，该笔欠款属二被告夫妻关系存续期间的共同债务，应由双方共同偿还，并不得以离婚作为免责事由。

中年男女同居三年后分手 女方追讨昔日房屋产权

2013 年 09 月 29 日 东南网 陈翊群 陈美花

【案情回放】

“已经分手，你也嫁人了，还想着这房子，这房子跟你没一毛钱关系。”“房子当初我也出钱的，我怎么没份？”“你出钱了，证据在哪，想分这房子，门都没有。”“既然你这么不讲道理，那咱们法庭上见，让法官主持公道。”

争吵的两人是一对中年男女，因为一处曾经共住的房屋，两人互不相让，闹上了法庭。事情得从 2005 年说起，时年冬天，刘丹（女）、王阳（均为化名）刚四十出头，两人经人介绍，互有好感，接触近一年，于 2006 年 3 月同居。人到中年，对迟到的爱情，彼此珍惜。可两人还是经不住柴米油盐的考验，2009 年 12 月 30 日刘丹远嫁台湾，这段恋情就此画上了句号。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

王阳以为这辈子再也见不到刘丹，因为自己经济条件差，没能力留住她。没想到三年后，两人因一处房屋而再次相见，即出现了文初的一幕。

据了解，2006年3月28日，双方同居期间以价格41847元向原业主傅某购买建筑面积28.7平方米房屋“使用权”，交付使用至今。该房屋至今未办理房产证及土地使用证，傅某与王阳、刘丹未办理房屋过户手续。

庭审中，双方认可购房款41847元中的20000元是王阳(被告)父亲资助被告用于购房的，关于余款21847元是谁支付的双方争执不休。

【法官释法】

霞浦法院审理认为，双方认可购房款41847元中的20000元是被告父亲资助被告用于购房的，余款21847元双方均无提供证据明确是谁出资，且双方又处同居期间应视为原、被告共同出资。且诉争房屋至今未办理房产证及土地使用证，出卖人傅某与原、被告未办理房屋过户手续。

根据最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第10条规定“解除同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理”的规定，判决原告刘丹对诉争房屋拥有26%的财产权益，产权未明确前由原、被告共同使用。被告王阳不服判决上诉，宁德市中级人民法院判决驳回王阳的上诉，维持原判。(

要 2 万元分手费不成 大连一男子残忍杀死同居女友

2013年09月29日 大连晚报 静河

57岁的瓦房店农村男子刘某与同居多年的女友马某闹分手，刘某向马某索要2万元补偿费未果，又向马某的前夫索要补偿费遭拒。在一次争吵中，刘某用残忍的手段杀死马某，在现场自杀未遂。今年9月16日，市中级人民法院以故意杀人罪对刘某判处死缓。

数年前，农村妇女马某与丈夫协议离婚后，两人仍在一起生活数年。5年多前，马某认识了刘某，两人便在马家同居过日子。时间一长，两人常为家长里短吵架。2012年10月，刘某感觉到马某对自己疏远了，老是撵他走。刘某觉得自己给马某干过不少活，连房子翻新的活都是他干的，如果要走也不能空手走，刘某向马某索要分手费2万元。马某不肯给，两人关系闹得挺僵，有时马某甚至不给刘某做饭吃。

在此期间，刘某听说马某的前夫想要与马某复合，他又找到马某的前夫索要分手费，对方不给，刘某便对人说要弄死马某。

同年11月26日晚10时，在马某家刘某与马某为了分手的事又吵了起来，刘某对马某说：“你给我分手费，我就走。”马某表示，不给。刘某听后，心里的火一下子就起来了，他操起家中的一把锤子，一步跃上炕，对躺着的马某头部连敲了数锤，看见她还没有死，刘某又到厨房抄起一把杀猪刀，对着马某的脖子割了一刀，马某颈部血流如注，很快就没了呼吸。看到女友死了，刘某也想自杀，他从东厢房拿了一桶汽油回到屋中，把门从里面锁上，用汽油往马某躺的炕上泼，点了一把火。随后，他喝下耗子药，用菜刀对着自己的脖子割了几刀，昏迷过去。

次日早上，约好到马某家给猪打针的一村民发现电话打不通，便到马某家敲门，见无人应答，又见屋内冒烟，该村民立即找来了马某的哥哥，两人见情况异常立即报警。警察到后将刘某送到医院抢救，刘某治疗结束后被刑事拘留。经法医鉴定，马某颅骨骨折、颈总动脉及颈内静脉、气管、食管横断，死后被焚尸。

庭审时刘某认罪。法庭认为，刘某故意持凶器击打、切割被害人头部及颈部，致人死亡，构成故意杀人罪，论罪当判处死刑，考虑到本案是家庭矛盾、感情纠纷引发，刘某认罪，对他可判处死刑，不立即执行。日前，市中级人民法院一审判决，犯故意杀人罪的刘某被判处死刑，缓期2年执行，对其限制减刑。

调查显示平均每位台湾退休族会留百万元遗产给子孙

2013年10月03日人民网 朱炼

据台湾媒体报道，去(2012)年全球经济陷入一片低迷，民众的理财活跃度明显逊于2011年。银行业者公布最新的调查结果发现，去年台湾民众平均个人财务健康指数，大幅跌落至金融风暴后。超过4成持有资产较2011年缩水，生活质量满意度下滑，超过8成坦言必须延后退休计划。

根据花旗银调查显示，台湾民众平均个人财务健康指数从2010年与2011年的54.6分，大幅下滑至49.9分，回到2009年金融风暴后的水平，显示对于理财、储蓄、投资等金融活动的态度转向保守。

检视各项指标调查结果，相对于2011年资产较2010年缩水35%，2012年资产较2011年减少的比例爬升至41%；其中57%主张物价上涨、薪水冻涨是主因。据此，生活质量满意度较2011年下降6个百分点跌至60%，财务前景乐观度则由2011年的58%下修至42%，抱持观望立场可见一斑。

对财务前景缺乏信心的现象，间接反应于退休议题上。超过8成民众认为想要享受无忧的银发生活，存款必须达1000万元(新台币，下同)以上，最理想的金额为2700万元。但2012年储存退休金的比例从2011年的逾7成降至67%，而且62%认定存款尚无法支应退休生活，高于8成民众表示必须延后退休计划。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

台湾公务人员协会年金小组召集人李来希今天表示，台“考试院铨叙部”所提的“退休抚恤法草案”，只是延后处死公务员，并不是让步，协会不接受。

据台湾“中央社”报道，台湾地区公务员退休抚恤基金现行的缴纳方式是公务员自提 35%，当局提拨 65%。台“考试院铨叙部”此前规划朝向个人、当局各提 50%进行改革，但遭公务员强力反对。

台“考试院铨叙部”今天提交新的改革草案，提拨比例调整为公务员自提 40%、当局提拨 60%。

对此，台湾公务人员协会年金小组召集人李来希指出，“铨叙部”所提的方案“没有让步”，“就像卖房子，自己开了很高的价格，又减减减，这叫让步吗？”

至于延后到 2017 年调整实施退休金计算基准，李来希说，这是“晚一年的处死，不叫让步”，改革一定要军、公、教、劳一致，而不是晚一年或早一年的问题。

他说，新进公务人员三层年金绝对不能办，否则未来没有活水进入退抚基金，会让现行的退抚制度解体。台湾公务人员协会年金小组召集人李来希今天表示，台“考试院铨叙部”所提的“退休抚恤法草案”，只是延后处死公务员，并不是让步，协会不接受。

据台湾“中央社”报道，台湾地区公务员退休抚恤基金现行的缴纳方式是公务员自提 35%，当局提拨 65%。台“考试院铨叙部”此前规划朝向个人、当局各提 50%进行改革，但遭公务员强力反对。

台“考试院铨叙部”今天提交新的改革草案，提拨比例调整为公务员自提 40%、当局提拨 60%。

对此，台湾公务人员协会年金小组召集人李来希指出，“铨叙部”所提的方案“没有让步”，“就像卖房子，自己开了很高的价格，又减减减，这叫让步吗？”

至于延后到 2017 年调整实施退休金计算基准，李来希说，这是“晚一年的处死，不叫让步”，改革一定要军、公、教、劳一致，而不是晚一年或早一年的问题。

他说，新进公务人员三层年金绝对不能办，否则未来没有活水进入退抚基金，会让现行的退抚制度解体。

台湾公务人员协会年金小组召集人李来希今天表示，台“考试院铨叙部”所提的“退休抚恤法草案”，只是延后处死公务员，并不是让步，协会不接受。

据台湾“中央社”报道，台湾地区公务员退休抚恤基金现行的缴纳方式是公务员自提 35%，当局提拨 65%。台“考试院铨叙部”此前规划朝向个人、当局各提 50%进行改革，但遭公务员强力反对。

台“考试院铨叙部”今天提交新的改革草案，提拨比例调整为公务员自提 40%、当局提拨 60%。

对此，台湾公务人员协会年金小组召集人李来希指出，“铨叙部”所提的方案“没有让步”，“就像卖房子，自己开了很高的价格，又减减减，这叫让步吗？”

军、公、教、劳一致，而不是晚一年或早一年的问题。

他说，新进公务人员三层年金绝对不能办，否则未来没有活水进入退抚基金，会让现行的退抚制度解体。

独获亡夫遗产 澳洲华裔妇女否认耍心机嫁豪门



萧红（中）否认自己当年处心积虑嫁豪门。（《昆士兰日报》）

中新网 10 月 3 日电 据《昆士兰日报》报道，布里斯本地产大亨之子与华裔后母争夺遗产案继续开审。近日，这位华裔寡妇在法庭上讲述了她在应聘了一个以干家务换取免费食宿的广告后，如何于 1989 年与这位房产大亨相遇的故事。

继承了亡夫波扬(Bojan Darveniza)大部分遗产的萧红(Xiao Hong Darveniza, 音译, 英文名为 Jane)在最高法院上称：“我当时并不是他的管家。”

已故地产大亨波扬的长子——52 岁的史蒂文(Steven Darveniza)因为不满父亲在 2000 年立下的遗嘱中没有给他留下任何财产，将后母萧红告上法庭。

当年，58 岁的波扬与 28 岁的大学生萧红相识 11 个月后就闪婚了，而在婚礼当天，他的 5 个子女全都没有出席。

波扬在 2010 年去世，享年 78 岁。他与第一任妻子生下 2 个孩子，与一名前管家(两人为事实同居者关系)生下 3 个孩子，与萧红生下 3 个孩子。他的个人资产价值 4000 万，同时控制着多间地产公司和价值数亿的信托财产。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在接受御用大律师 Peter Dunning 的交叉问话时，萧红否认自己当年处心积虑“促成了”两人之间的恋爱关系并在不到一年内迅速嫁入豪门。她说：“这不是我制造的。我们自然而然走到了一起。”

萧红还否认因为担心波扬的其他孩子抢走一切而在生第二个孩子时要求波扬以她的名义买房的说法。

曾是一名商业飞行员的史蒂文声称，他多年来断断续续为父亲打理生意，可是得到的报酬很少，有时甚至一分未得，但他都不曾计较，因为父亲曾承诺百年之后会将四分之一财产留给他。因此，他现在要求法庭把亡父四分之一的财产分给他，还索要 200 万元的收入损失赔偿。

萧红承认，在 20 年的婚姻中，她通过波扬的生意借走了超过 1 亿元，但这都得到波扬的支持。法庭获悉，这些钱都被用于购买超过 1 亿元的资产，受益人是她自己和她的女儿们。

萧红还承认，她通过这段婚姻得到了 2300 万元的信托财产，而她正是信托的受益人。她还表示，第一次遇见波扬时，她没有任何资产。

史蒂文和其他 3 个弟弟与妹妹声称波扬要求他们在课余时间为他地产租赁公司干活。但萧红则表示，波扬曾告诉她，他给孩子们布置了这些“任务”只是为了让他们有事可做。

法庭还获悉，当父亲去世时，史蒂文的资产价值达到 670 万，包括 4 间在 1999 年处波扬那里买来的房子。

本案的审理仍在继续。中新网 10 月 3 日电 据《昆士兰日报》报道，布里斯本地产大亨之子与华裔后母争夺遗产案继续开审。近日，这位华裔寡妇在法庭上讲述了她在应聘了一个以干家务换取免费食宿的广告后，如何于 1989 年与这位房产大亨相遇的故事。

继承了亡夫波扬(Bojan Darveniza)大部分遗产的萧红(Xiao Hong Darveniza, 音译, 英文名为 Jane)在最高法院上称：“我当时并不是他的管家。”

已故地产大亨波扬的长子——52 岁的史蒂文(Steven Darveniza)因为不满父亲在 2000 年立下的遗嘱中没有给他留下任何财产，将后母萧红告上法庭。

当年，58 岁的波扬与 28 岁的大学生萧红相识 11 个月后就闪婚了，而在婚礼当天，他的 5 个子女全都没有出席。

波扬在 2010 年去世，享年 78 岁。他与第一任妻子生下 2 个孩子，与一名前管家(两人为事实同居者关系)生下 3 个孩子，与萧红生下 3 个孩子。他的个人资产价值 4000 万，同时控制着多间地产公司和价值数亿的信托财产。

在接受御用大律师 Peter Dunning 的交叉问话时，萧红否认自己当年处心积虑“促成了”两人之间的恋爱关系并在不到一年内迅速嫁入豪门。她说：“这不是我制造的。我们自然而然走到了一起。”

萧红还否认因为担心波扬的其他孩子抢走一切而在生第二个孩子时要求波扬以她的名义买房的说法。

曾是一名商业飞行员的史蒂文声称，他多年来断断续续为父亲打理生意，可是得到的报酬很少，有时甚至一分未得，但他都不曾计较，因为父亲曾承诺百年之后会将四分之一财产留给他。因此，他现在要求法庭把亡父四分之一的财产分给他，还索要 200 万元的收入损失赔偿。

萧红承认，在 20 年的婚姻中，她通过波扬的生意借走了超过 1 亿元，但这都得到波扬的支持。法庭获悉，这些钱都被用于购买超过 1 亿元的资产，受益人是她自己和她的女儿们。

萧红还承认，她通过这段婚姻得到了 2300 万元的信托财产，而她正是信托的受益人。她还表示，第一次遇见波扬时，她没有任何资产。

史蒂文和其他 3 个弟弟与妹妹声称波扬要求他们在课余时间为他地产租赁公司干活。但萧红则表示，波扬曾告诉她，他给孩子们布置了这些“任务”只是为了让他们有事可做。

法庭还获悉，当父亲去世时，史蒂文的资产价值达到 670 万，包括 4 间在 1999 年处波扬那里买来的房子。

本案的审理仍在继续。

家暴离婚案趋增取证困难 一言不合刀划妻子

2013 年 9 月 30 日 北晚新视觉 林靖

2013 年 9 月 30 日，本报记者昨天从北京市海淀区法院了解到，近年来在该院受理审结的离婚案件中，当事人主张遭遇“家庭暴力”的情形逐渐增多，其中 2011 年 34 件、2012 年 114 件，而 2013 年截至到九月中旬已有 104 件。在最近的案件中，同样诉称被家暴的，有些被法院认定构成了家庭暴力，有些则最终未予认定。有妻子明明遭受家庭暴力，只起诉丈夫赔偿，却不能获赔。就众人关心的这些“家暴”问题，海淀法院的吴晶晶法官进行了评析，并提醒施暴者除承担民事损害赔偿外，还可能被依法追究行政或刑事责任。



小两口互诉被家暴 未造成严重损害后果不构成家暴

李先生与张小姐原是大学同班同学。这对校园甜蜜恋人一毕业，就去民政局领了结婚证。然而婚后，因为谁拖地、谁做饭洗完等生活琐事，双方经常发生争吵。年轻气盛的两人也曾多次在争吵中相互推搡，但均未造成身体伤害。

一年后，张小姐向法院提起离婚诉讼，主张李先生存在家庭暴力的情形，要求适当多分财产。李先生同意离婚，但应诉时否认自己实施家暴，同时还主张张小姐有施暴情形。

法院经过审理，并未采信两人关于对方实施家庭暴力的主张，最终判决李先生与张小姐离婚，家庭财产两人各分一半。

法官释法 认定家暴：主观故意+客观行为+造成后果

根据我国“婚姻法司法解释”第1条规定，“家庭暴力，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强制限制人身自由或其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。”

海淀法院的吴晶晶法官说，家庭暴力有三个重要构成要件：一是施暴人主观上有伤害家庭成员的故意性；二是客观上实施了伤害的行为，包括积极的人身伤害行为与消极的冷暴力行为；三是造成被施暴人身体与精神一定程度的伤害后果。

此案中，李先生与张小姐在争吵中都有动手，但均未造成严重损害后果，所以法院未认定构成家庭暴力。另外，家庭暴力还具有三大特性，即偶发性、间断性、暴力性。如果是持续性、经常性的家庭暴力，则构成虐待。虐待情节严重的，将按照我国《刑法》第260条“虐待罪”的规定，依法追究刑事责任。

妻子坐月子被打伤 凭诊断书和保证书终获精神赔偿

都已年过三十的王先生和常女士经人介绍，迅速建立起恋爱关系，而且很快就办理了结婚登记。刚结婚时，两人尚能相敬如宾。不久常女士怀孕了，工作忙碌的王某无暇照顾，便接父母过来照看妻子。但他万万没想到，此举竟然拉开了婆媳大战。王先生与常女士的关系也日渐恶化。

在一次争吵中，王先生盛怒之下，动手将尚在做月子中的妻子打伤。常女士入院诊断为皮下组织瘀伤。事后，王先生写下保证书，表示绝不再犯，但之后却仍因家庭矛盾动过几次手。

当孩子3岁时，常女士向法院提起离婚诉讼，要求由她来抚养孩子，并依法分割夫妻共同财产，由于常某实施家庭暴力，还要赔偿精神损害抚慰金1万元。

在庭审过程中，王某表示同意离婚。最终，海淀法院判决支持了常女士的诉讼请求。

法官释法：认定家暴比例不足20% 建议及时报警就医

我国《婚姻法》第32条规定：人民法院审理离婚案件，应当进行调解，有实施家庭暴力情形的，经调解无效应准予离婚。该法第46条规定：实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。损害赔偿的范围根据“婚姻法司法解释”第28条规定，包括物质损害赔偿与精神损害赔偿。吴晶晶法官认为，根据上述规定，法院因此支持了常女士关于精神损害赔偿金1万元的诉讼请求。

值得一提的是，在当事人主张存在家庭暴力的离婚案件中，法院审理的重点与难点是“家庭暴力的认定”问题。吴法官告诉记者：“从既往案例来看，法院最终认定构成家庭暴力的比例不足20%。这主要原因是，被施暴人没有及时保留、采集相关证据，以致法院难以认定。”

家庭暴力发生在夫妻之间行为具有隐蔽性，外界介入困难。吴晶晶法官就此建议：在遭受家庭暴力后要及时报警，或者联系居民委员会、村民委员会、小区物业安保部门出面调解、劝阻，被施暴人还应入医就诊，从而形成派出所询问笔录、调解笔录、诊断证明以及人证等证明材料。

好酒嗜赌丈夫殴妻

不起诉离婚 索要精神抚慰金判驳

结婚10年，孩子6岁，徐先生与夏女士这对夫妻的感情还不错。但是丈夫徐某好酒又嗜赌，喝多了或赌输了，就回家对妻子大打出手。而在事后，他又百般认错，甚至下跪求饶。夏女士虽恨丈夫屡教不改，却又舍不得让年幼的孩子面对一个破碎的家庭。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

后来有一天，徐先生醉醺醺地回家，挥拳将妻子的头面部打伤。夏女士心灰意冷，一纸诉状将丈夫告上法庭，要求他赔偿自己精神损害抚慰金 2 万元。但她并没有提起离婚之诉。但最终，法院判决驳回了夏女士的诉讼请求。

法官释法：不离婚主张家暴损害赔偿 法院不予支持

吴晶晶法官认为，根据我国“婚姻法司法解释”第 29 条规定，在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独提起《婚姻法》第 46 条的损害赔偿请求的，法院不予支持。因此在本案中，法院就驳回了夏女士的诉讼请求。上述条款还同时规定，法院判决不准离婚的案件，当事人主张家庭暴力损害赔偿的，法院也不予支持。

为此吴法官提醒大家注意：家庭暴力的无过错方主动起诉离婚，如果要求损害赔偿，应当在离婚诉讼的同时一并提起。如果是实施家庭暴力方主动提起离婚诉讼，无过错方不同意离婚，也没有提出损害赔偿请求，在法院判决离婚后 1 年内，无过错方可单独提起损害赔偿诉讼。

一言不合刀划妻子

构成轻伤 丈夫因故意伤害罪获刑

因家庭琐事，结婚 5 年的刘先生与秦女士存在一定的矛盾。一次，夫妻俩一言不合，刘先生一拳打中秦女士的眼眶，后被家人拉开。但刘先生怒火难消，趁妻子正在午睡，竟拿水果刀，将秦女士的左后脚跟划伤！

事发后，秦女士报警。经法医鉴定，秦女士的左侧跟腱断裂，右眼眶周围软组织挫伤，构成轻伤，伤残等级十级。刘某因犯故意伤害罪，最终被判处有期徒刑 1 年。

法官释法 家暴可能涉及犯罪 达规定伤情追究刑责

“此案中的家庭暴力，就涉及到了刑事犯罪。”吴晶晶法官特别提醒大家注意，根据我国法律规定，实施家庭暴力未构成轻微伤的，承担婚姻法中的民事损害赔偿赔偿责任；构成轻微伤的，就适用治安处罚条例的规定，将处以警告、罚款、拘留等行政处罚；而构成轻伤、重伤或造成死亡的，则要依法追究刑事责任。那么，因为性格不和、家庭琐事等产生争执，继而大打出手，破碎的就不仅仅是本来温暖、完整的家庭了，还可能是原本灿烂的人生。

六安一女子为能与老相好续前缘 谎称家暴起诉离婚

2013 年 9 月 30 日 六安网

核心提示：金某与张某(男)经人介绍相识，未充分了解便草率结婚。金某在结婚之前，已有相好对象王某。在得知王某与其女友分手后，金某便主动与王某联系并保持着不当的关系。为了达到离婚的目的，金某捏造事实，谎称遭到张某的家暴。

迫于父母逼婚的压力，已是而立之年的金某(女)使出先与别人结婚而后离婚的损招，玩起了“缓兵之计”，这一切都是为了她的老相好。这种损人不利己的事，就发生在 2013 年 9 月 15 日霍山县人民法院审结的一起离婚案件中。

据了解，金某与张某(男)系经人介绍相识，未充分了解便草率结婚。婚后因双方性格、脾气不合，常遭到张某的家庭暴力，导致双方分居生活，夫妻感情破裂。张某辩称从未打骂金某，金某在外另有新欢，才导致双方关系的恶化，张某同意离婚。

经过原、被告双方的对质，终于揭开了事情的真相。金某在结婚之前，已有相好对象王某。此时已三十岁的金某，为了逃避父母的催婚及亲友异样的眼光，不得已与张某结婚。在得知王某与其女友分手后，金某便主动与王某联系并保持着不当的关系。为了达到离婚的目的，才捏造事实，谎称遭到张某的家暴。

最后案经调解，双方最终达成离婚调解协议，由原告返还被告结婚时的彩礼，并赔偿被告二万元的经济损失。

儿子不赡养 老娘砸玻璃

2013 年 10 月 03 日 台州网络电视台 泮昊

路桥的王先生反映，他家大门的玻璃被人敲破了，虽然报了警，可一直没有处理结果，他请大民能够帮忙问问，玻璃赔偿的事到底怎么解决。谁知大民帮助一问，吃了一惊，原来砸他家玻璃的不是别人，竟是他年过八十的老母亲。

在王先生家中，记者看到四扇门玻璃无一幸免，地上还残留着一堆碎玻璃。

王先生：“我昨天七点钟去路桥了，在路桥，到了路桥法院，路桥把我的钞票算好，让我去银行把密码设置好，我到银行办事情，到十一点钟回来，玻璃被敲碎了。”

看到自家大门被人砸成这个样子，王先生又气又恼，他第一时间报了警，警察到现场查看并做了笔录。

王先生：“警察到来把我照片拍去，走的时候带走两块砖头，用手套包起来。”

王先生说，自己曾举报弟弟违章盖房，导致弟弟的房子被拆，他怀疑是弟弟怀恨在心，把自家的大门玻璃给敲碎了。

王先生：“我兄弟王统川敲的。”

“为什么你会觉得是他敲的呢？”

“他这个承包地是我的，我举报他要叫他还我承包地，这个地呢讲过四五次，镇里村里大队里都讲不好，我的地呢是 83 年承包来的，一直没动过，我弟弟给我侵权了，我不同意。”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

大门玻璃被敲破之后，王先生和老伴一直希望警察能够早点找出肇事者。

王先生：“把我玻璃敲碎，依法给我赔偿，把它重新装起来。”

记者和随行律师等人，陪同王先生来到路桥公安分局蓬街派出所，派出所教导员林英豪介绍说，敲碎玻璃的并不是王先生的弟弟王统川，而是他的母亲。考虑到王先生母亲年事已高，派出所只是对其做了批评教育。随后记者和随行律师来到王先生母亲的住所，王母承认，是自己砸了儿子家的大门玻璃，原因是儿子不赡养她。

“玻璃是你敲碎的吗？”

张女士 王先生的母亲：“是的，他饭不给我吃。什么时候去敲的啊？我昨天上午去敲的，拿了这样的砖头去敲的，我就把它给敲了。”

王先生的母亲说，老伴过世早，现在自己独自居住，靠做点小手工赚钱，儿子王统元这些年来一直没有赡养自己，自己实在是气不过，就跑去砸了儿子家的门玻璃。

王先生的母亲张女士：“我 65 岁的时候我老公死掉的，我现在 82 岁了，这么些年饭也没有，钱也没有，一点什么都没有。”

“饭不给你吃 你把它敲了？”

“对，我多少气啊，饭不给我吃，这么多年饭根本也不给我吃，这样不给我吃，那样也不给我吃。”

王母还说起一件让她寒心的事，她说有一次自己上儿子家，要求儿子供饭，儿子竟动手打她。

王先生的母亲张女士：“饭不给我吃不对，没办法啊，我早几年去他家要饭吃，他一只手菜刀，一只手拳头，把我这边伤到现在，下雨天还会疼。”

“谁给你打的？”

“就是我的儿子。”

对于王妈妈的事情，随行律师建议向街道反映，如果没有效果，可以向法院提起诉讼。

大民随行律师 浙江海贸律师事务所顾卫超：“你把玻璃敲碎了是错误的，他饭不给你吃。也是错误的，饭不给你吃，你可以找街道政府反映，可以向法院起诉，说饭不给你吃，你把身份证带去，人去了就可以了。”

为了化解这对母子间的矛盾，记者和随行律师再一次来到了王先生的家中，王先生认为，父亲在财产的分配上有所偏袒其他几个兄弟，对自己不公平。而法院在母亲将自己告上法庭后，一并把从 1985 年到 2008 年 6 月份的赡养费 2720 元扣走了，所以并不存在自己母亲所说从未赡养的事情。

王先生：“老爸还有一间地基，这一间地基，值二三十万，还有一个(母亲的)户口，都归小兄弟，还有一间三层楼的材料，我一分都没有。”

记者和律师劝王先生尽赡养义务，王先生表示，要先把砸玻璃的这件事情解决后，然后重新分配父亲的财产，自己才会考虑赡养母亲。

大民随行律师 浙江海贸律师事务所顾卫超：“现在你母亲吃饭的问题是大的问题，你同兄弟姐妹商量商量。”

王先生：“我讲这件事情村里不要管，我已经报告法院了，让法院采取法律手段解决，父亲的财产，母亲的东西，我们这样说说没用，你们这样说说也没用，把我的门敲了必须装起来，否则触犯刑法拘留起来。”

对于因为儿子不尽赡养义务，老母亲砸碎儿子家门玻璃的事，大民随行律师最后做了全面的分析：

大民随行律师 浙江海贸律师事务所顾卫超：“关于这个玻璃被砸我认为，就是无论有什么原因什么理由，故意毁坏财物，就是砸毁玻璃和房屋，这是不对的。应当就是按照《治安管理处罚法》的规定给予相应的处罚，当然，可能由于肇事人年龄的原因，不便于执行，但是她这样的行为仍然是错误的，违法的，应当受到《治安管理处罚法》的相关规定予以处理，同时呢由于这个儿子，这个受害人，本案的受害人，他没有尽到赡养母亲的义务，有错在先，对于这个砸毁财物的方面，应当对这个肇事人，就他的母亲，适当的减轻，甚至可以不予处罚。他就是不赡养母亲，根据情节轻重，可能就是构成遗弃这样一个刑事犯罪，作为他的母亲可以向法院主张权利，要求政法系统向他们主张权利，子女主张赡养抚养的权利，如果这个母亲觉得自己能力不方便，可以向当地的法律援助中心机构申请援助，由国家出钱请律师，对她进行法律援助，来维护自己的合法权益。”

生活中，很多赡养纠纷的发生，都源于利益分配，大民说，对于父母来说，对待子女，做不到一碗水端平，但可以做到相对公平，对于子女来说，赡养父母是法定义务，也是最低的道德要求，不要把利益看得那么重，因为利益丢掉了亲情，实在不可取！

为继承老伴房产和存款 老太委托孙子状告儿女

-2013 年 10 月 08 日 中国新闻网 崔艳红

90 多岁的老伴说去世就去世了，也没有留下任何遗嘱，这可让 90 岁的张梅老人犯了愁。老伴生前的房子和存款都是他的名字，张梅不知道存折密码取不出钱来，更无法继承房产。近日，在与孩子商量之后，张梅委托孙子将

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一儿一女告上法庭，历城区法院华山法庭的主审法官王聪在了解了老人的意愿之后，带着同事一起到老人家里开庭审理了此案，尽快了结案件。

90岁老人状告儿女，要继承老伴遗产

家住华山镇的张梅今年90岁了，丈夫吕某2012年去世，吕老先生身体一直也不错，活到了90多岁才去世，生前有一套房子和12万多元的存款，都登记在吕某的名下，连张梅也不知道存款的密码。老伴去世之后，张梅跟孩子们商量将钱取出来，可是因为不知道密码，名字又是吕某的，他们都无法将钱取出。这可怎么办呢？张梅有一儿一女，孙子都已经很大了，一大家子人过得都还不错，家庭关系也很融洽，他们一起咨询了律师朋友，最后决定通过诉讼来解决吕某遗产的继承难题。于是，张梅委托孙子将儿子和女儿起诉到华山法庭，要求儿子和女儿放弃继承权，将房产和存款都过户到自己名下。

主审法官上门审理案件，了结老人心愿

接到这个案子之后，主审法官王聪与张梅的儿媳妇进行了电话沟通，了解到老人的身体虽然还不错，但行动不便。知道了老人的真实意愿后，王聪决定上门为老人了结心愿。几天后，王聪与同事姬艳华一起来到了老人的家里，老人的儿女都在现场，老人坐在客厅内，委托代理人老人的孙子在老人身边。由于老人听力不好，王聪法官坐在老人的旁边，另一位法官拿一个小马扎坐在老人面前，一场“特殊”的庭审现场正式开始。

老人的孙子现场当起了老人的“翻译”，法官说一句话，老人的孙子都大声趴在老人耳朵旁重复一遍，老人回答后再继续问下一句。由于提交诉状是委托代理人递交的，法官首先询问老人起诉儿女是否是本人真实意图？老人表示是自己的真实意图后，法官又问其他相关问题，经过20分钟的核对证据，询问原告、被告，案件很快得以调解结案，房产最终归老人继承，12万多元的存款也过户到老人名下。

遗产继承最快要数公证和诉讼，判决继承案越来越多

主审法官王聪介绍，根据相关法律规定，吕某去世后，张梅如果想继承房产和存款有两种途径。第一是到法院起诉，让其他继承人放弃继承权利，把房产证和存款过户到自己的名下；另一种办法是去公证处公证，公证时需要老人亲自到现场，由于天气炎热，老人年纪大行走不方便，另外公证费用也比较高，老人最终选择了起诉的办法。

王聪告诉记者，由于房管部门对遗产继承很慎重，一般即便有遗嘱，也会要求有公证书或法院的判决，才会答应办理过户手续。为了房产继承能快速办理，越来越多的市民选择了诉讼这条途径，法院在了解到事实后也会快速审理结案。通讯员谢书波记者崔艳红

90多岁的老伴说去世就去世了，也没有留下任何遗嘱，这可让90岁的张梅老人犯了愁。老伴生前的房子和存款都是他的名字，张梅不知道存折密码取不出钱来，更无法继承房产。近日，在与孩子商量之后，张梅委托孙子将一儿一女告上法庭，历城区法院华山法庭的主审法官王聪在了解了老人的意愿之后，带着同事一起到老人家里开庭审理了此案，尽快了结案件。

90岁老人状告儿女，要继承老伴遗产

家住华山镇的张梅今年90岁了，丈夫吕某2012年去世，吕老先生身体一直也不错，活到了90多岁才去世，生前有一套房子和12万多元的存款，都登记在吕某的名下，连张梅也不知道存款的密码。老伴去世之后，张梅跟孩子们商量将钱取出来，可是因为不知道密码，名字又是吕某的，他们都无法将钱取出。这可怎么办呢？张梅有一儿一女，孙子都已经很大了，一大家子人过得都还不错，家庭关系也很融洽，他们一起咨询了律师朋友，最后决定通过诉讼来解决吕某遗产的继承难题。于是，张梅委托孙子将儿子和女儿起诉到华山法庭，要求儿子和女儿放弃继承权，将房产和存款都过户到自己名下。

主审法官上门审理案件，了结老人心愿

接到这个案子之后，主审法官王聪与张梅的儿媳妇进行了电话沟通，了解到老人的身体虽然还不错，但行动不便。知道了老人的真实意愿后，王聪决定上门为老人了结心愿。几天后，王聪与同事姬艳华一起来到了老人的家里，老人的儿女都在现场，老人坐在客厅内，委托代理人老人的孙子在老人身边。由于老人听力不好，王聪法官坐在老人的旁边，另一位法官拿一个小马扎坐在老人面前，一场“特殊”的庭审现场正式开始。

老人的孙子现场当起了老人的“翻译”，法官说一句话，老人的孙子都大声趴在老人耳朵旁重复一遍，老人回答后再继续问下一句。由于提交诉状是委托代理人递交的，法官首先询问老人起诉儿女是否是本人真实意图？老人表示是自己的真实意图后，法官又问其他相关问题，经过20分钟的核对证据，询问原告、被告，案件很快得以调解结案，房产最终归老人继承，12万多元的存款也过户到老人名下。

遗产继承最快要数公证和诉讼，判决继承案越来越多

主审法官王聪介绍，根据相关法律规定，吕某去世后，张梅如果想继承房产和存款有两种途径。第一是到法院起诉，让其他继承人放弃继承权利，把房产证和存款过户到自己的名下；另一种办法是去公证处公证，公证时需要老人亲自到现场，由于天气炎热，老人年纪大行走不方便，另外公证费用也比较高，老人最终选择了起诉的办法。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

王聪告诉记者，由于房管部门对遗产继承很慎重，一般即便有遗嘱，也会要求有公证书或法院的判决，才会答应办理过户手续。为了房产继承能快速办理，越来越多的市民选择了诉讼这条途径，法院在了解到事实后也会快速审理结案。通讯员谢书波记者崔艳红

七旬老人为争千万遗产刀砍儿媳获刑四年

2013年10月08日 中国网 陈菲

儿子死后，留下千万财产，面对如此巨额遗产，一家人在遗产继承问题上产生了严重分歧，致使七旬老翁冯某某与儿媳拔刀相向。最终因犯故意杀人罪获刑四年。

冯某某的儿子生前经营一家公司，通过数年的打拼，积累了数千万的遗产，因身体原因突然去世，未留下任何遗言，给家人留下了巨额的遗产，也给家人留下了无尽的悲伤。

冯某某的儿子与前妻生育一女儿，现已满18周岁，后与陈某结婚，面对遗产如何分配、冯某某老夫妻俩、前妻女儿、陈某三方开始了一场持久的争夺战。

2013年1月16日上午9点多，冯某某在昆山市千灯镇某公司办公室内再次与陈某发生争执，后冯某某用事前准备好的菜刀欲将陈某砍死，后因他人阻止而未得逞，造成陈某的头部有多处砍伤。

经法医鉴定，陈某因外伤致头部裂创四处，已构成人体轻微伤。

昆山市人民法院审理认为，冯某某故意非法剥夺他人生命权利，致一人轻微伤，其行为已构成故意杀人罪。

冯某某已着手实施的故意杀人犯罪，因意志以外的原因而犯罪未得逞，属犯罪未遂，依法予以减轻处罚。

冯某某当庭自愿认罪，且取得了被害人的谅解，酌情予以从轻处罚。据此，依法判处其有期徒刑四年。

面对判决结果，冯某某流着悔恨的老泪说道：“现在我想明白了，钱对我一个七旬老人有什么用呀！”

一男子与前妻偷情生下女儿

2013年10月07日 新京报 张玉学

新京报讯（记者张玉学）赵女士是刘先生的第一任妻子，但在丈夫再次结婚后，依然与其偷情并生下女儿，两人复婚。近日，赵女士以发现丈夫与第二任妻子保持不正当男女关系为由，将丈夫诉至通州法院要求离婚。

男子和前妻偷情生女后复婚

据通州法院介绍，1999年，23岁的刘先生与同岁的赵女士结婚。

但婚后的生活并不如意，两人经常因生活琐事发生矛盾。2004年10月，两人到民政部门办理了离婚。

刘先生与赵女士离婚后不久，便与寇某结了婚。然而，刘先生的第二段婚姻也不幸福，婚后将近七八年，寇某一直未能怀孕，这可愁坏了刘先生。

后来，刘先生又找到第一任妻子赵女士，并与赵女士保持不正当男女关系。2011年夏，赵女士怀孕了。

2012年年初，眼看着赵女士要分娩，刘先生便与第二任妻子寇某离婚，并于同年3月19日与赵女士复婚。

11天后，赵女士生下一个女孩。

妻子称丈夫与第二任妻子有染

赵女士称，就在孩子出生后不久，她发现开出租车的丈夫，经常以方便出车、收车为由，长期居住在他的第二任妻子寇某处，和寇某保持不正当关系。

赵女士还称，起初她看在小孩比较小的份上，就没有要求和刘先生离婚，但刘先生一直没有收敛。

今年7月，赵女士诉至法院，要求和刘某离婚。

庭审中，刘先生称，自和寇某离婚后就没有找过她，只是由于寇某的父亲年纪较大，每到周末常去看望而已。

由于庭审中赵女士没能就寇某与丈夫发生不正当关系，以及其与丈夫感情破裂提供证据予以证明，法院一审认为，双方的复婚行为表明有一定的感情基础，并且还生育一女尚且年幼，因此法院判决驳回了赵女士的离婚请求。

赵女士认可判决结果，未提上诉。

老人“以房养老”险失住所

2013年09月27日 上海法治报 翟睿

眼下，以房养老正成为热点，不过以房养老不仅面临诸多政策问题，其中的法律风险也必须引起关注。日前，徐汇区法院就受理了几起因“以房养老”而起的矛盾纠纷。

以房养老险失住所

吴老先生今年84岁，无子女，一个人居住。由于年事已高，日常生活不能自理，吴老先生请了一个钟点工照顾他的生活。4年前，老人决定将自己居住的房子出售，用所得的房款租房居住。经过协商，老人最终决定将房子卖给钟点工的丈夫杭先生，并签订《上海市房地产买卖合同》，但事实上，双方约定的房价在当时低于市场价格。

双方还达成口头协议，即老人在房屋出售之后仍居住在这套房子里，每月支付租金给杭先生，允许“出售方卖房而不迁出、购买方买房而不入住”。在合同签订当天，双方办理了产权转移登记手续，权利人变更为杭先生。

“家事法苑”律师团队奉献

之后，吴老先生按照合同规定收到杭先生支付的每期房款。

但吴老先生没想到，去年2月，他收到徐汇区法院的一张传票。原来，杭先生将他告至法院，要求按房屋买卖合同约定向杭先生交付房屋，并支付逾期违约金。

法院审理认为，该买卖合同既针对常规的买卖事项作出约定，又通过买卖中违约条款的约定解决了被告的居住问题，其实质是买卖双方已经充分考虑到作为出售方的吴老先生业已老迈又急需在有生之年改善自己的生活的现实状况。据此，法院判决，杭先生要求吴老先生交付涉案房屋并交纳违约金的诉讼请求不予支持。

以房养老遇陷阱

年近九旬的李老太经人介绍，获知一家老年公寓设施不错，便萌生了入住养老之意。她在朋友的帮助下，办理了入住的一系列手续。

入住之前，老年公寓还与李老太签订了一份《老年公寓实施“以房养老”试行办法协议书》。协议约定李老太自愿履行老年公寓“以房养老”试行办法的义务，将其现有房屋转让。房屋作价形成的价值金额，由老年公寓为李老太养老送终，不足部分由老年公寓承担，多余部分则用于养老机构的发展。

通过房产中介的操作，该老年公寓取得了李老太房屋的产权。但是李老太的儿子获知上述事情之后，却坚持让李老太搬离了老年公寓。

原来，李老太儿子发现低价卖房全由老年公寓一手操办，且转让价格明显低于市场价，于是将老年公寓诉至法院。

法院认为，老年公寓没有充分履行告知义务，签约程序也不尽规范，李老太以房屋为对价，换取老年公寓对其进行养老送终的服务，而老年公寓通过“以房养老”的方式获得房屋，除需承担进行供养送终义务外，无须再支付任何房款。这样的“以房养老协议”对于一个已经近90岁的高龄老人而言是明显不符合等值性原则的。法院最终判决确认该房屋交易存在重大误解和显失公平，签订的《以房养老协议书》及《上海市房地产买卖合同》予以撤销。

为讨公房转让款 女儿将母告上庭 法院判决母亲给付女儿22万元

2013年10月09日上海法治报胡蝶飞

本报讯 年过八旬的赵老太欲转让所承租公房，因女儿晓金(化名)的户口还挂在该承租屋内，赵老太与女儿签署协议允诺将转让房款50%给予女儿。然而事后赵老太并未履约，女儿晓金将其告上法庭。近日，静安区人民法院判决由赵老太给付女儿晓金22万元公房转让款。

18年前赵老太与丈夫老金离婚并约定，承租公房给赵老太居住，丈夫老金住房自行解决。赵老太与老金曾生育多名子女，晓金为女儿之一。虽然该公房由赵老太承租，但女儿晓金的户籍也在该公房内，属同住人。“去年11月28日，我跟母亲约定好的，如果她要转让公房承租权，她要将转让款的一半给我作为补偿”，晓金称。但去年12月，赵老太将公房承租权转让出去，却没有履行约定，给女儿一半转让款。于是，今年3月，晓金向法院起诉，请求法院判决母亲按约给付公房转让款72万元。

82岁的赵老太则称，该公房与丈夫离婚后由她承租，而女儿晓金用欺骗手段将户口迁入。虽然与女儿的协议上自己签了字，但因双方未履行去居委会协调公房承租权转让，该协议应属无效。赵老太称，女儿晓金曾享受过福利分房系空挂户口，不能获得转让房款。转让款除看病及归还借款已用掉多半，余款考虑自己年老体弱、疾病缠身进养老院之用。审理中，赵老太表示考虑女儿曾办手续等愿给予10万元作补偿。

法庭上，女儿晓金认为，自己的户籍在该公房内，应属房屋同住人。因此，无论动迁还是承租权转让，都应享有该房屋的一半权利。赵老太则表示不愿支付转让款，称女儿户籍系空挂，要给予一半公房转让款显失公平，请求法院予以驳回。

法院认为，该房屋系赵老太承租且实际居住，女儿晓金虽户籍在该房屋内，却不居住该房屋内，且享受过福利分房，不存在居住困难情况，不符合共同居住人条件。基于双方在知识、信息及认知上的欠缺，在订立卖房协议时对同住人理解存在偏差，导致协议的权利义务失衡，赵老太利益受到较大损失。赵老太转让该承租权房屋，若向女儿给付一半转让款，将难以解决自身今后的居住问题。然而，考虑到女儿晓金在母亲转让房屋承租权过程中，不但协助办理相关手续，还迁出户籍，赵老太为此受益，否则无法将房屋承租权作转让，遂法院作出由赵老太酌情给付的判决。

野鸳鸯20元购彩票引出戏剧一幕

500万彩票巨奖该不该平分

2013年10月09日上海法治报丁红霞

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

一对情侣购买了两张彩票，却因为其中一张中了 500 万大奖你争我夺不得不上公堂，最终二人的感情在法庭上灰飞烟灭。男方甚至在两审法庭上不惜把二人的感情说成是“不正当关系”而获取打赢官司的筹码。日前，这起昔日情侣彩票纠纷在无锡中院终审，法院最终判决购买彩票系刘大鹏张菲菲二人的共同行为，彩票奖金应由二人平均分配。

购彩票放微友处
送货郎一夜暴富

2012 年 11 月 24 日这天是江苏无锡张菲菲外公的 80 大寿，全家人都来到宜兴市张渚镇的老家为外公贺寿。这天张菲菲还特别带上了自己的微信好友刘大鹏。张菲菲和刘大鹏两人虽然各有家庭，但是自从在网络上认识之后，关系非同一般，一起见面吃饭开房是不争的事实，如果不是因为这起彩票纠纷，两人的关系或许还在地下状态。那天晚上，张菲菲、刘大鹏和刘大鹏的战友董力扬一起在张渚镇上的一家火锅店吃了晚饭。从火锅店出来，三人正巧路过一家福利彩票的投注站，便一时兴起打算买彩票碰碰运气。“我掏出 20 元买了两张共 10 注的双色球彩票，董力扬也跟着买了 10 元钱彩票。因为我不太懂彩票中奖的规则，所以就把彩票放在刘大鹏那里，让他等晚上电视直播开奖时兑奖。”张菲菲回忆当时的情景称，正是这一个疏忽才导致了后来事情的发展，让她至今后悔不已。

当晚，张菲菲、刘大鹏和董力扬在宜兴的一家宾馆休息。刘大鹏拿着两张彩票到董力扬的房间看电视直播开奖，但很快就回到了张菲菲和他的房间，轻描淡写地说了声“没中”。“彩票这种事情本来就是碰运气，没中也很正常。”张菲菲没有多看彩票一眼，很快就将这件事抛诸脑后。

但没过多久，张菲菲就发觉原本熟悉的刘大鹏突然发生了翻天覆地的变化。他先是买了一辆上百万元的宝马来，接着又在城里买了房子，还替他母亲的厂子还了 200 多万元贷款。“原本是开着小货车下乡送送货的送货郎‘一夜暴富’了。”面对巨大的变化，刘大鹏给出的解释是他和一个有钱的亲戚做生意挣了几百万。张菲菲告诉刘大鹏自己一直想开个自己的烧烤店，可是一直没有本钱，刘大鹏体贴地主动借给她 20 万元，这让张菲菲满怀感激，之前的怀疑也暂时烟消云散。

昔日情人独吞大奖
唇枪舌剑对簿公堂

世上没有不透风的墙，“一直到今年初，我才发觉事情不对劲”，在一次与亲友的闲聊中，张菲菲无意中得知，2012 年 11 月 25 日张渚镇曾有人中了福利彩票双色球一等奖，而且中奖的投注站正是自己之前买彩票的那个。“不会就是我那张彩票中的奖吧？”结合刘大鹏的种种行为，张菲菲越想越觉得可疑，就通过各种方法查询那期彩票的兑奖信息，最终竟然确定了自己那晚买的彩票其中一注中了该期双色球的一等奖，奖金 583 万。

张菲菲认为自己是信任才将彩票放在刘大鹏身上，没想到他竟然背着她去领了奖独吞，还骗自己说没中奖。又惊又气的张菲菲当即找刘大鹏对质，想要回奖金，可不管是当面还是通过手机微信，只要一提到彩票的事刘大鹏就躲躲闪闪，含糊其辞，死活不肯承认，最后干脆手机停机，不知所踪。“我真的没有想到他竟然是这种人，我一定要为自己讨个说法。”在家人的支持下，张菲菲最终选择走法律途径维护自己的权益，2013 年 2 月 27 日，张菲菲一纸诉状将刘大鹏告上了法庭，要求其归还领取的彩票奖金 443 万元。

2013 年 4 月 9 日，宜兴法院公开开庭审理了本案。刘大鹏和当初一同购买彩票的战友董力扬都出现在了法庭上。董力扬向法庭表示，自己当时的确和原告张菲菲、被告刘大鹏在一起。“他们两个人先进彩票店买了两张彩票，我后来进去也买了一张，至于他们两人到底是谁付的钱买的彩票，我没有看到。”董力扬说。

问题的焦点再次聚集到了原告张菲菲和被告刘大鹏身上。“彩票是我买的，我还改了其中一个数字，这才中的奖。”张菲菲向法庭提交了彩票店老板和老板娘的证词。证词中，彩票店老板娘清楚地指出，2012 年 11 月 25 日晚上 7 点多，有两男一女来到店里买彩票，女的掏了 20 元钱买了当晚开奖的双色球彩票 2 张共 10 注机选。出于习惯，老板娘在出票前还特地问了下是否要改号，女的就指着其中一注的蓝球 14 号说 14 不吉利改成 15。事后福彩中心也证实，当期中奖彩票的中奖方式正是机选后改号。为了证明自己所言不虚，张菲菲还拿出了与刘大鹏之间的往来微信作为证据。

同样的时间和地点，被告刘大鹏却有着一番截然不同的说辞。据刘大鹏回忆，当晚自己确实和张菲菲及战友董力扬去彩票店买了彩票。当老板娘问要不要改号的时候，是他随口问了下身旁的张菲菲要不要改号试试，并听从她的意见改了号。“但那买彩票的 20 元钱是我自己掏的，所以彩票才会放在了我身上。”刘大鹏认为，虽然中奖彩票蓝色球的号码确实是张菲菲提议改的，但既然是自己花钱买的彩票，中的奖金当然应归自己所有。至于张菲菲提供的微信里自己那些回避和否认中奖的说法，刘大鹏解释说是因为考虑到自己和张菲菲的关系比较复杂，怕张菲菲知道后会起贪念。刘大鹏甚至说“你知道她和我是什么关系吗？是小三，我为什么要告诉她。”

围绕“彩票究竟是谁购买的”这一关键问题，双方各执一词，在法庭上展开了激烈的辩论。

彩票系共同购买
奖金应两人平分

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

根据双方证据，法院认定的事实是：张菲菲与刘大鹏两人于2012年通过微信相识并往来，两人虽各有家庭，但关系较亲密。2012年11月24日晚7点半左右，张菲菲、刘大鹏、董力扬三人进入位于宜兴市张渚汽车站正对面的站点编号32023806的中国福利彩票投注站。该投注站内电子出票3张，流水号为38、39、40，时间对应为19点27分、19点28分12秒、19点28分40秒，均为5注双色球单式投注票（5注单式打印在一张彩票上），每张金额10元，其中1张为董力扬购买，董力扬购买的彩票并非涉案的中奖彩票。流水号39的彩票最后一位号码中有数字15，为涉案的中奖彩票。与这3张彩票间隔时间最短的5注单式双色球彩票，一张销售时间为17点5分44秒，流水号34，另一张销售时间为19点34分12秒，流水号43。2012年11月27日，刘大鹏持双色球彩票（期数为2012139期，销售时间为19点28分12秒）中奖彩票及本人身份证至省福彩中心兑奖，兑奖单载明该彩票投注方式为机选后修改，中奖号码为081921242831-15，除税费后实兑金额4666671.4元。

宜兴法院审理后认为，一般来说，彩票是国家为支持社会公益事业而特许专门机构销售，供人们自愿选择和购买，并按照事前公布的规则取得中奖权利的有价凭证。即彩票是一种有价凭证，不记名，不挂失，能否中奖都具有极大的偶然性。在这起彩票权属纠纷中，原被告双方均无直接证据证明中奖彩票的购买人及权益归属，因此本案中彩票奖金的权益归属只能是结合彩票的性质、已有的证据、彩票购买、持有及兑奖的过程等因素，运用逻辑推理和日常生活经验进行综合分析。当晚，应该是刘大鹏和张菲菲中的一人出资20元购买了两张随机彩票，号码机选，之后又根据张菲菲的意见进行了改号，最终由刘大鹏持有。法院认为，中奖彩票的票面金额小，购买随意，能否中奖又具有极大的偶然性，鉴于当时刘大鹏和张菲菲的亲密关系及共同参与购买彩票的过程，根据日常生活经验判断，彩票的购买应是刘大鹏与张菲菲共同起意，共同参与，可以认为是共同行为，双方当时一般不可能对彩票的权属作出明确的约定。因此，法院认定，双方共同选定的彩票中奖后，其赢得的奖金应共同共有较为公平合理。2013年4月24日，宜兴法院一审判决，将扣除税费后的奖金466万余元平均分割，由刘大鹏在扣除已支付20万元的基础上返还张菲菲人民币共计213万余元，驳回张菲菲的其他诉讼请求。

刘大鹏不服一审判决，向无锡中院提起上诉，请求二审法院撤销原判，改判驳回张菲菲的全部诉讼请求。无锡中院于2013年8月2日公开开庭审理了本案。

终审判决维持原判

案结事了发人深省

无锡中院认为，本案二审争议的焦点为：购买彩票系刘大鹏张菲菲的共同行为还是个人行为，彩票奖金应如何分配。

彩票作为一种有价凭证，具有不记名、不挂失、中奖具有极大偶然性的特点。虽然一般而言，彩票的持有人可推定为权利人，但亦不能仅凭彩票的持有情况确定其权属，现实生活中大量存在共同购买彩票后由一人持有或委托购买彩票后由受托人持有等彩票权利人与持有人不一致的情形。本案中张菲菲与刘大鹏对中奖彩票由谁出资购买及为何由刘大鹏持有存在争议。虽刘大鹏持有彩票并兑奖，但投注站销售员陈述是2男1女中女的出资20元，而根据一审中提供的张菲菲与刘大鹏的微信记录及对话录音，在张菲菲几次陈述其买了彩票放在刘大鹏身上的过程时，刘大鹏或说“嗯”字，或说没有中奖，并没有明确否认彩票系张菲菲购买，在对话录音中刘大鹏亦陈述过“如果中了我肯定立马要和你说的，要领的话立马和你说，因为这是我们一起的东西”等内容。董力扬在一审中亦陈述其只认定彩票在刘大鹏身上，但不认定彩票是谁的。因投注站在中奖彩票购买时未安装监控，双方均无直接证据证明中奖彩票的购买情况及权属约定。二审中，刘大鹏虽提供董力扬出具的证明、许萍萍接受媒体采访的部分视频等证据，但张菲菲均不予认可，且一审中董力扬已作过当庭陈述，视频亦不具有完整性，故上述证据尚不足以证明刘大鹏之主张。同时，本案彩票的中奖，由两方面的因素促成，一是出资行为，二是号码的选定。双方虽对彩票由谁出资购买存在争议，但对张菲菲提出改号意见且改号的彩票中奖没有争议。关于张菲菲与刘大鹏的关系，张菲菲称双方系男女朋友关系，刘大鹏称系不正当男女关系，从两人之间的微信往来、对话录音及当庭陈述来看，两人在购买涉案彩票时关系亲密是不争的事实。因本案中彩票票面金额本身较小，购买时也很随意，且张菲菲与刘大鹏一起至投注站购买彩票时关系亲密，两人对交往过程中的消费也不作明确结算，张菲菲亦参与选号并提出改号意见，故从双方关系及购买彩票的整个过程来分析，应认定彩票购买是双方共同行为。鉴于双方未对彩票的权属及奖金的分配作出明确约定，原审从公平合理角度出发，对中奖所得奖金平均分割并无不当。刘大鹏上诉称涉案彩票由其出资购买，其应为彩票奖金的合法所有权人，张菲菲只是陪同购买彩票的上诉意见，法院不予支持。

刘大鹏另提出原审判决维护不正当男女关系，违反公序良俗，二审法院认为：原审判决认定购买彩票系双方共同行为并判决张菲菲享有50%的彩票奖金合法有据，并不违反公序良俗。2013年8月23日，无锡中院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

所有的相遇，最终都会别离，只是告别的方式不同而已。这对网络情人来说，因为一张彩票中了大奖而结束的方式，还是很罕见的，这也正巧透视了人性的贪婪和金钱对一部分人感情的考量，这也是值得人们深思的。

“家事法苑”律师团队奉献

母亲墓碑“小三”留名 构成重婚原配获赔偿

2013年10月09日 上海法治报翟瑁

本报讯 一男子为了给第三者地位，在给自己去世的母亲立墓碑时，把“小三”的名字和自己的名字一起刻在母亲的墓碑上，将妻子的尊严置之不顾。日前，河南省南召县法院办结了一起因重婚导致的离婚纠纷案，构成重婚的男方程某在离婚时一次性支付给女方王某离婚损害赔偿金5万元。

南召县居民程某离家外出经商，小有成就。但程某出门在外时，与当地一名李姓女子以夫妻名义同居，并育有子女，且为了给李某“地位”，他在自己母亲去世后立墓碑时，将李某作为自己的妻子将其名字刻在母亲的墓碑上。这一荒唐的举动让妻子王某怒不可遏，向当地司法机关举报程某犯重婚罪，程某被当地法院判处有期徒刑1年，缓刑1年。

随后，程某向南召县法院起诉，请求与王某离婚，王某同意离婚，但请求程某支付离婚损害赔偿金10万元。

法官在审理过程中，明确向程某指出，因其重婚问题刑事判决认定已经生效，王某的请求符合《婚姻法》规定，希望双方念及之前的夫妻之情，协商解决离婚中的相关问题。之后，经过法庭耐心的做调解工作，程某、王某对离婚、子女抚养、财产分割问题协商一致后，双方签订了离婚协议，同时程某当庭一次性支付给王某离婚损害赔偿金5万元。

“彩礼源于‘卖女儿’ 封建陋习不提倡”

2013年10月08日 新京报

10月5日起，新京报陆续推出四期黄金周婚礼调查，主题涉及“份子钱”、“婚宴花销”、“领导婚宴”、“结婚彩礼”。根据记者对北京、湖北、河南、内蒙古、福建、广东等多地数百对新人及其亲友的调查显示，越来越高的份子钱，越来越奢侈的婚宴，以及动辄数万甚至数十万元的娶媳妇礼金，已成为婚礼中的“不能承受之重”。

昨日，新京报记者专访北京民俗学会秘书长、北京市非物质文化遗产保护专家委员会委员高巍，他从历史和民俗的角度解读了中国婚宴、彩礼、份子钱数千年的演化，并建议政府部门、社会组织、媒体共同努力，积极引导摒弃陋习。

彩礼从“大雁”变成“现金”

新京报：娶媳妇要送彩礼，是从古代开始就有的传统吗？

高巍：对。周朝时，男方娶亲时送的吉祥物是大雁，寓意夫妻恩爱，相互遵守誓言。唐宋以来，男方向女方送现金作为彩礼的较为普遍，具体数额据家庭情况而定。

新京报：为什么要送彩礼？

高巍：封建社会有个观念问题，认为将女儿辛苦养大，却成了别人家的人。女方到男方家，相当于多了一个劳动力。这需要男方支付女方家属一定数额的费用，其实如同“卖女儿”。宋代以后，“卖女儿”现象越来越普遍。当下婚礼中，动辄数万甚至几十万上百万的“彩礼”钱，其实起源于“卖女儿”，这是封建陋俗，不值得提倡。

新京报：古人婚礼中，亲友是否也送“份子钱”？

高巍：周朝以来，也有“份子钱”，但更多的是送实物，达官贵族一般送一些首饰、丝绸，坊间一般送老母鸡、狩猎猎物，表达美好祝愿。

建国初期婚礼曾极度简化

新京报：从古至今，婚礼的形式有什么变化？

高巍：周到上世纪中期，并没有饭馆承载婚宴，有身份的人往往在家里设宴，普通人家则在露天大街上摆流水席。建国后到“文革”末期二十多年时间，婚庆中的《周礼》被彻底废除，婚礼极度简化。新人结婚时穿上洗干净的衣服即可，新郎一般借辆自行车，戴着大红花接走新娘。两人共同置办一些家具，单位同事来家祝贺一下，也没有份子钱，亲友间相互通知一下即可，不需要吃婚宴，也不需要彩礼。

新京报：从什么时候起，婚庆方式又开始复兴？

高巍：“文革”结束时，迎来改革开放浪潮，婚礼及相关仪式慢慢复兴。亲友、同事之间，小范围地吃个饭。亲友送一些茶壶、糖罐、被单等作为“份子钱”。上世纪80年代中期以后，慢慢由实物到钱，亲友间给新人十块二十块作为份子钱，男方则给女方数百元甚至千元作为礼金。不过这个时候的婚宴标准多在50元一桌。真正的婚礼攀比之风是在新世纪以来的十多年里。贫富差距逐渐拉大，富起来的人则带头“一辈子只办一次婚事”，逐步开始办奢华婚礼。

新京报：是什么原因导致奢侈办婚礼？

高巍：开豪车、请明星助阵、星级酒店举办奢华婚礼、给女方数十万的彩礼……这不一定是本家的意愿，可能是没有看到更有意义和价值的模式，所以选择跟风，人家拼的是钱，咱也跟着拼钱。这种作法的背后，反映出过多关注物质文明。操办婚事，有了经济基础，旧传统陋俗又沉渣泛起，这值得警醒。

“家事法苑”律师团队奉献

份子钱高价饭让婚礼变味

新京报：男方是否该给女方家属数万甚至数十万彩礼钱？

高巍：尽管给彩礼是一种习俗，但一定要认识到，这是一种陋俗，这是由“卖女儿”延伸过来的，不值得提倡，也不应设置标准。女方到男方家庭，是平等主体的结合，已经不再是“嫁鸡随鸡嫁狗随狗”，结婚是男女双方平等自愿的一种结合。

新京报：应该如何看待份子钱？

高巍：目前的份子钱已经完全变了味，一些父母给儿女举办婚礼，目的之一是将花出去的份子钱再赚回来。另外，份子钱逐年走高，给家庭带来沉重负荷，有些亲友还因为份子钱发生矛盾，这已失去了份子钱“送祝福、祝愿”的意义。建议将份子钱多元化，比如，新人喜欢书画，给新人量身定做一个书画作品，这比只给钱更有意义。

新京报：关于新人办婚礼，有什么建议？

高巍：数千年的婚庆史发展到今天，因份子钱、高价饭、让人瞠目的礼金等，已然变味。在办婚礼之前，新人们一定要弄明白，结婚是相濡以沫、相互帮扶的过程。当你去体会这些深意的时候，就不会将婚姻当成举办一场奢华婚礼就能完成的事。年轻人喜欢表达个性，可以尽可能地把独特的创意加入婚礼中，不要只关注吃什么、喝什么、穿什么衣服、收多少份子钱。喜庆热烈、庄严朴素的婚礼应该是未来主流。

新京报：怎样才能让婚庆观念改变？

高巍：政府部门、社会组织、媒体等需要渐进式地给社会以积极引导，摒弃陋习，让“份子钱”、“高价饭”、“红色炸弹”等热词渐渐式微。这种改变需要时间，但相信并不遥远。

离婚 因为妻子爱撒娇？

80后离婚理由“花样多” 法院多判驳：“婚姻岂同儿戏”

2013年10月10日 北京晚报 张宇

“我在外面有小三”；“我妻子爱撒娇”；“我是同性恋”。这三个说辞不是谁的内心独白，而是房山法院收到的三个家庭的离婚起诉书书中的离婚理由，而离婚案的主角是进入适婚期的80后家庭。

房山法院今年受理的离婚案件中，80后离婚占近70%。为了能离婚，他们的离婚理由可谓稀奇古怪，花样繁多，而这背后却是利益、爱恨的纠葛。

婚礼上冒出了“小三”

1987年出生的小胡，2009年经同学介绍认识比自己小一岁的小丽，两人很快确立了恋爱关系，并在一年后登记结婚。

在结婚的前一天，小丽收到了一个陌生号码发来的短信：“明天婚礼现场，我要送你一份大礼。”为婚礼忙碌的小丽没有把这条短信放在心上，但是，婚礼当天发生的事情却让所有人大吃一惊。

在结婚仪式的当天，一名女子大闹婚礼现场，并声称自己怀了小胡的孩子。后来，该名女子被拉离了婚礼现场，屈于小胡父母的压力，两人还是走完了婚礼的程序。但是，事情并没有就此结束。

婚后不久，小胡就开始离家出走，与小丽分居。并于2013年向法院起诉离婚，称自己有小三。但小丽不同意离婚，并表示可以原谅他。该案经法院审理，认为双方感情尚未破裂，据此判决驳回小胡的离婚诉讼请求。

有钱后怪妻子“撒娇”

今年，1986年出生的小军以妻子爱撒娇，脾气古怪，无法忍受为由向法院递交起诉书要求与妻子小晴离婚。承办法官通过与小夫妻俩沟通，了解到小军与小晴2008年相识并确立恋爱关系，2009年登记结婚。婚后双方感情尚好，婚后未生育子女。

但是，平静的家庭生活因为房屋拆迁而发生裂痕，夫妻开始经常吵架。承办法官通过实地走访，了解到，小军以前家穷，现因拆迁分得三套安置回迁楼，并获得一百多万的补偿费，小军不愿意这些财产被妻子分得，并对妻子多有隐瞒。

小军离婚的真实原因是因家庭财产，况且凭借这些财产自己另觅贤妻，故此向法院提出离婚。该案经法院审理，因为不符合离婚的条件，法院判决驳回小军的诉讼请求。

要离婚自称“同性恋”

29岁的小克与28岁的小莲于2008年相识，经过两年相处之后，小克与小莲登记结婚，婚后双方经常因为各种琐事发生争吵。小克向法院提起诉讼要求与小莲离婚，理由为自己是同性恋，与小莲没有夫妻感情。

但是，小莲却认为这是丈夫在撒谎。在她看来，她与丈夫小克婚前有着深厚的感情，如果小克坚持以同性恋为由要求离婚，自己则要求法院撤销该婚姻。法院判决驳回小克的离婚请求。

法官说法

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

众多的80后夫妻多为独生子女，较为自我，任性，缺乏一定的包容心和责任感，仓促结婚，遇到矛盾琐事，又仓促提出离婚。

这一方面反映了不少80后在面对家庭危机，如第三者、金钱利益等冲击时的应对能力缺乏，另一方面也反映了他们对家庭观、道德观的漠视。

婚姻具有社会性，男女双方应在充分考虑的基础上慎重结婚，一旦组成家庭，就应本着家庭责任来处理家庭矛盾，不应草率起诉要求离婚。因此法院在审理该类案件时，一方以稀奇古怪的理由起诉要求离婚，另一方不同意离婚的，法院多判驳回。

妻子要离婚丈夫不答应 高速追逐让法官都感心悸

2013年10月10日 北京晚报 严琪

王女士因丈夫患有躁狂症欲离婚。此案近日在通州法院开庭后，丈夫开车追赶王女士，最后在法官与法警的伴送下，王女士才回到家。

王女士来自河南，与其夫林某同乡。王女士称，林某性情暴躁，经常对其进行殴打，已无法再继续一起生活，故要求离婚。

在案件开庭审理前，林某很早就来到法庭等候，起初并没有什么异常，但在王女士出现后，其开始焦躁起来，要求与王女士单独谈谈。王女士极度惊恐，根本不敢进入法庭，法官稳住林某的情绪，并与其沟通。林某语无伦次地向法官讲述着其与王女士的婚姻问题，并强烈表示不同意离婚，否则将采取极端措施。

庭审后，林某要求王女士与其一起回家，王女士不同意，滞留法庭，不敢出门。在法官的劝说下，林某终于先行离开。为防意外，法官与法警开车送王女士回暂住地。

当车驶上高速路时，突然发现车后有一辆中型货车正在紧追。王女士说，这是林某的车。看来一直在跟踪。为防止林某做出过激行为，法官一边加速行驶甩开林某，一边拨打110报警，请求支援。经过长达半个多小时的奔袭，终于甩开了林某的车，安全的将王女士送回暂住地。这场惊心动魄的“高速追逐战”使所有人至今仍心有余悸。

打女友一次罚款5000元

2013年10月10日 北京晚报 林靖

本报讯（记者林靖）男子因殴打女友写欠条，毒打一次罚款5000元，女友随后持加了一句话的欠条到海淀法院打官司，索赔25万！法院经司法鉴定，目前驳回了女子的诉讼请求。

李英和王毅本为情侣，同居4年，但常因生活琐事发生口角，王毅有时殴打李英。有一次，王毅殴打李英后，李英写了一个欠条，写明以后王毅毒打自己一次，无论轻重都要当场罚款5000元。这次罚款5000元，到4月10日前给付。王毅在欠条下方签了字。

但王毅没想到，不久后李英拿着欠条要求他偿还25万元。他拿到案件材料后才发现，李英在欠条的“给付”二字后方又加了一句：“另外借李英的25万元于4月底前还清。”为了澄清事实，王毅申请法院司法鉴定。经鉴定，这句与前面的文字并非用同一笔书写。

法院经审理认为，李英对此没能作出合理解释，未能提供她向王毅借款25万元的汇款凭证、存款凭条、证人证言等。相反，王毅的陈述则与鉴定结论相符，因此法院驳回了李英的请求。

称妻嗜赌 男子闹离婚

2013年10月10日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）李先生称妻子田女士赌博成瘾要求离婚，妻子要求得到青春损失费。近日，密云法院受理了此案。

李先生说，他和田女士经人介绍相识，同居3年后登记结婚，双方均系再婚。因与田女士结合草率，缺乏了解，婚后发现性格各异，没有共同语言，经常因琐事发生争吵。让他特别无法忍受的是田女士有玩牌赌博的恶习，久而久之导致夫妻感情彻底破裂。他因此起诉要求与田女士离婚。

田女士辩称，她只是玩麻将消遣，并没有赌博成瘾。她说，如果李先生坚持离婚，她希望得到青春损失费并要求分割夫妻共同财产。目前，此案正在进一步审理中。

为钱结婚 4个月闪离

2013年10月10日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）“80后”的王先生和李女士相识不到3个月就结婚，目的是多分拆迁款。但婚后仅4个月，王先生即起诉离婚。

王先生诉称，他和李女士经人介绍于2013年1月相识，2013年4月即办理结婚登记。因双方婚前缺乏了解，婚后双方感情不和，无法共同生活，故起诉请求法院判令两人离婚。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

李女士辩称，双方相识后，因王先生所在老家面临拆迁，为多取得一个人的拆迁款，王先生在父母怂恿下催促她结婚，双方遂在相识不到3个月就办理了结婚手续。她同意离婚，但要求依法分割所得拆迁款中她应有的份额。

法院审理后证实，王先生和李女士结婚确实是为多得拆迁款，婚后双方因生活习惯、世界观等方面差异，多次发生矛盾并分居。经法院调解，双方自愿离婚，王先生同意将拆迁款中李女士所有的份额分给对方。

最高人民法院官网开通“院长信箱”

2013年10月09日 中国妇女报 王春霞

本报记者王春霞 发自北京 10月8日，最高人民法院官方网站正式开通“院长信箱”（yzxx@court.gov.cn），方便社会各界对人民法院工作提出意见和建议。

公众只要登录最高人民法院官方网站：<http://www.court.gov.cn>，找到右上角的“院长信箱”图标，点击进入页面后，再次点击院长信箱地址 yzxx@court.gov.cn，即可发送电子邮件；也可直接发送电子邮件至 yzxx@court.gov.cn。

9月27日，最高人民法院党组召开会议，传达学习习近平总书记在指导河北省常委班子专题民主生活会时的重要讲话，研究部署贯彻落实措施。在这次会议上，最高人民法院院长周强提出，要尽快开通网上“院长信箱”，建立听取群众意见的直通车。“院长信箱”的开通，将搭起最高人民法院与群众之间全天候的联系渠道。这是最高人民法院扎实开展党的群众路线教育实践活动，畅通民意沟通渠道，密切与人民群众联系的又一举措。

执行法官垫钱帮孩子交入托费

2013年09月30日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）离异夫妻因财产分割等问题反目成仇，因为拿不出2000元钱差点耽误孩子入托。近日，通州法院的执行法官帮孩子垫付2000元入托费，并积极工作促成案件执行。

赵女士和韩先生于2009年相识，两个月后登记结婚，次年6月生育儿子。婚后两人因性格差异大常吵闹。2010年12月，尚在哺乳期的赵女士起诉要求离婚，韩先生表示愿意改正缺点，不同意离婚。当时，法庭没有支持赵女士的离婚请求。

2011年12月，赵女士再次起诉要求离婚，称双方已分居一年多，孩子一直是她抚养。韩先生则表示，赵女士不让他看望孩子，连孩子长什么样他都不知道。他同意离婚，但要求儿子归他抚养。

法庭上，两人针锋相对，对于孩子的抚养权和婚后共同财产分割问题分歧较大。原来，两人在婚前各自贷款买了一套商品房，婚后又添购了一辆标致牌小轿车，登记在韩先生名下。考虑到双方的实际情况，法院判决赵女士抚养儿子，韩先生每月支付1000元抚养费；标致轿车归赵女士所有，赵女士给付韩先生车辆补偿款3万元，韩先生协助办理车辆过户手续。由于两套房屋都是婚前财产，自然归各自所有。因双方共同偿还过房屋贷款，法院对房贷及房产增值折价款进行计算，判决赵女士支付韩先生一部分钱款。

韩先生提出上诉，并在二审期间私自将车卖掉，随后又将车辆变更回自己名下，法院最终判决车辆归赵女士所有，不再支付韩先生车辆补偿款。韩先生觉得既没有取得孩子抚养权，也没有得到轿车，不支付孩子抚养费，反而申请执行，要求赵女士支付双方折抵后的房屋贷款和房屋增值折价款。

赵女士说，她本来有些积蓄，但是支付完房屋贷款和房屋增值折价款后，日常生活开销都是问题。她也向法院申请执行韩先生，但法官在联系时，韩先生总以工作忙为由推托。

临近9月，赵女士找执行法官询问案件进展，她说，3岁的儿子到了入托时间，却交不起入托费，孩子上学会被耽误。得知赵女士的难处，崔鸿伟法官从自己每月4000多元的工资里拿出2000元借给赵女士，让她赶紧给孩子交入托费。同时，法官积极查找线索。几天后，通州车辆检测所传来信息，称韩先生正在为法院查封车辆办理年检手续，法官立即赶赴将韩先生和标致小轿车带回法院。

通过长时间沟通，韩先生最终同意协助车辆过户并交纳孩子的抚养费。赵女士拿到钱后，向崔鸿伟法官表达了感激之情，并偿还了2000元借款。

三问遗产税

2013年10月12日 光明日报 冯蕾 邱玥

核心提示

遗产税对缩小贫富差距、避免财富代际延续有重要作用，但不能认为单靠遗产税就能解决收入差距大的问题

近年来开征遗产税的国家或降低税率或暂停甚至取消，若设定过高税负水平，可能导致财富转移
遗产税征收需要信托制度、遗产评估制度、反避税制度与之配套
征收范围、税率如何确定

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“征收遗产税的目的是要缩小贫富差距，然而按照目前有人提出的 80 万元的起征标准，在大中城市，辛辛苦苦一辈子才买一套房的工薪阶层也都属于课征对象了？”就职于北京一家外企的白领小卢，对于在中国征收遗产税颇为不解，“就拿北京、上海为例，随便一套像样点儿的房子，哪套不超过二三百万元？80 万元的起征点显然过低。”

日前，北京师范大学中国收入分配研究院发布《遗产税制度及其对我国收入分配改革的启示》课题研究称，我国已基本具备征收遗产税的条件，并建议将 500 万元作为遗产税起征点。

“起征点为 80 万元的说法，是来源于 10 多年前有关部门拟推出的《中华人民共和国遗产税暂行条例（草案）》等文件，其内容早已过时，不具有可操作性了。如果在近期内推出遗产税，因为现在受通货膨胀等因素影响，确实应当考虑较大幅度地提高起征点，可以考虑对 500 万元以上部分征税。”北京大学法学院教授刘剑文指出。

北京师范大学中国收入分配研究院副院长刘浩认为，我国把扩大中等收入者比重作为分配政策的既定目标，因此中等及以下家庭的遗产赠与不应在课税之列。

刘尚希也指出，遗产税并非一个大众化的税种，应定性为一个小众税种，只向高收入人群征收，绝不能面向工薪阶层等中低收入群体征收。

税收专家提出，对于遗产税征收，起征点“一刀切”不科学，还应充分考虑地域发展水平、生活成本等差异。此外，与房产税扩围面临同样的问题，遗产税需要具备制度、技术、文化等方面的条件。我国目前尚未建立较完善的个人收入申报和财产登记制度，税务部门难以掌握公民在一段时间内的财产赠与情况。此外，遗产税法还需要信托制度、遗产评估制度、反避税制度等的配套。

杨志勇认为，遗产税调节力度的大小也是需要考虑的问题，这涉及起征点和税负选择问题。“从加大调节力度的角度考虑，设置累进税制且较高的税率体系可能更为合适。但从全球遗产税制的演变趋势来看，若设定过高的税负水平，结果又可能适得其反，导致资产转移。”杨志勇说。

天津财经大学副教授任晓兰撰文建议，开征遗产税努力的方向是积极创造开征遗产税的各项外部条件，加大中国税制结构直接税的比重，相应降低间接税比重，实现社会公平。

遗产税征收时机到了吗

今年 2 月，国务院批转发展改革委等部门《关于深化收入分配制度改革若干意见》提出“研究在适当时期开征遗产税问题”。而近日，一则关于“征收遗产税即将提上日程”的消息引发社会广泛关注。尽管没有遗产税征收的时间表，但有关“遗产税”讨论开始升温——中国真的具备征收条件吗？如何征收才能确保公平？

中国的房产只有 70 年产权，上世纪 90 年代后如潮水般涌现的商品房，70 年之后能不能成为遗产？农民对宅基地并不拥有所有权，那么农民的住宅到时算不算遗产？80 万元的起征点，是不是要把好不容易培养起来的中产阶级重新击垮？……即便遗产税何时开征尚未敲定，对其征收范围、税率大小、税基高低的质疑声已源源不断。

据一家权威调查网站所作的一份关于是否开征遗产税的调查显示，11203 名被调查者中，48.46% 的人表示“目前不适合开征”，只有三分之一左右的人认为“目前适合开征”。在社会热烈讨论收入分配、贫富差距议题的当下，这样的数据引人深思。

赞成开征遗产税的人士认为，从我国的分配秩序看，相当一部分的收入分配是以隐性的方式进行的，正是这部分收入形成了贫富悬殊，而遗产税可在一定程度上弥补这一不足，提高税收调节分配的力度。

财政部财政科学研究所所长贾康认为，从大方向上看，征收遗产税是一个无法回避的问题。对于开征遗产税的目的，财政部财政科学研究所副所长白景明则表示，作为直接税，该税种的推行能避免财富差距的代际延续。

“征收遗产税的时机早就到了。”中国经济体制改革研究会会长宋晓梧认为，我们国家的亿万富翁数量都已赶上美国，有各种方式富起来的群体，这是遗产税开征一个最基本的条件。“关键是要不要下决心开始征收，现在国家贫富差距问题已经凸显，开征遗产税对调节收入分配意义重大。”

但也有业内人士也指出，现实中，由于我国并没有建立起财产登记制度、财产申报制度和财产评估制度，房产税征收面临不少困难。“包括动产、不动产、字画等在内，其价值难以进行准确衡量，导致现有条件下征收遗产税所能起到的作用或许十分有限。”财政部财政科学研究所副所长刘尚希认为，征收遗产税的时机目前尚未到来。

中国社科院财经战略研究院研究员杨志勇表示，是否开征遗产税要立足国情：“近些年来，开征遗产税的国家和地区或大幅度降低税率，或暂停甚至取消遗产税的现象值得我们关注。开征遗产税或遗产税税率较高的

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

国家和地区存在大量财富转移的现象。财富从征收国转移到不征收国的情况屡见不鲜。遗产税要有效发挥在调节收入再分配中的作用，不能不面对遗产税带来的连锁反应。”

“我们要冷静看待遗产税单靠在调节收入分配上的作用，不能认为征收遗产税就能解决收入差距大的问题，利弊几何还有待观察。”刘尚希说。

遗产税会否加剧财富境外转移

国家统计局今年1月公布了2003年至2012年十年间的基尼系数，最低为2004年的0.473，最高为2008年的0.491。这些数据表明我国加快收入分配改革、缩小收入差距的紧迫性。而征收遗产税则被视为调节贫富差距的一个重要路径。

在这一背景下，有网友表示支持，认为开征遗产税可以缩小贫富差距；但也有不少网友担心，一旦开征会引起或加剧财富转移。

“真正需要交纳高税负的高收入阶层，具备更加强烈的避税欲望和更加丰富的避税手段，他们比一般的穷人更懂得如何将自己的财富隐藏起来或转移出去，遗产税不大可能对他们发挥太大的调节作用。”一位网友道出质疑。

遗产税开征，可能导致一些富裕阶层为了避免遗留的财产被课以重税，而多消费或浪费，甚至将大量财产转移到国外等。一项调查数据显示，收入分配的相关改革意见出台7个月以来，平均每天申请去海外的中国亿万富翁达1.7个。

部分业内人士指出，中国内地周边的中国香港地区、新加坡等没有开征遗产税，如果贸然开征遗产税，将很可能造成内地资产大量流出，一定程度上影响经济发展。

中央财经大学保险学院院长郝演苏认为，2010年以来，我国投资移民的比例上升得很快，如果我国开征遗产税，会推动更多的人将资产转移到境外，那将是我国经济的一大损失。不仅如此，还将对我国中等收入人群造成负面影响，使得这个群体难以壮大，从而难以起到社会稳定器的作用。

事实上，开征遗产税或遗产税税率较高的国家和地区，与不开征或遗产税税率较低的国家和地区相比，总是会存在这样的问题，财富会从前者转移到后者。为了改变这种状况，一些国家和地区取消了遗产税。比如香港地区在2006年取消了遗产税，新加坡也在2008年取消了这一税种。

“即使不征收遗产税，部分富人移民的事件也不断上演。”刘剑文表示，要让企业家等高收入阶层正确认识遗产税问题，其实更多的应该是靠国家改善投资环境，健全企业生产经营的法律环境。

“如果一个社会流行的观念是鼓励个人凭自己的力量创造财富，那么富人也不见得就一定要将财富留给子孙后代。子孙有能力，何愁没有财富？在这种观念下，即使遗产税不存在，也不太可能有太多的因财富差距所致的代际间不公平。”在杨志勇看来，如果一个社会有很好的公共服务，穷人家的孩子也有同样的受教育机会和工作机会，也同样可以得到充分的社会保障，那么这样的社会也不太需要遗产税来调节。

“发达国家征遗产税主要用于教育、医疗、养老等社会福利，我国也要在这些方面加强建设。尽量将其用于民生领域，使公民意识到其是取之于民、用之于民的。”刘剑文说

他山之石

世界各国在赠与税的立法实践中的六种模式：

1. 开征遗产税的同时开征赠与税。这种模式为多数国家采用。比如美国、日本、韩国等。
2. 遗产税和赠与税同时课征，但对被继承人生前赠与的财产除按年或按次课征赠与税外，还需在被继承人死亡时，对其生前赠与的财产总额与遗产合并一起征收遗产税，原来已纳的赠与税给予扣减。目前意大利、新西兰等少数国家采用此种模式。
3. 仅开征遗产税，但对被继承人死亡前若干年内赠与的财产追征遗产税。如：英国对被继承人死亡前7年内赠与的财产课征遗产税；新加坡对被继承人死亡前5年内赠与他人的财产课征遗产税。
4. 只开征遗产税，对生前赠与不征税。如：伊朗，只对因继承或受遗赠而获得的所有财产征收遗产税。
5. 只征收赠与税，不征收遗产税。如：加纳，只对平常赠与征收赠与税，对遗嘱中遗留财产和无遗嘱的财产继承均不课税。
6. 对遗产和平时赠与都不征税，中国为其中之一。

签署离婚协议最忌“口袋条款”

2013年10月09日 中国妇女报 林志文

案情

广州市民黄女士去年底和丈夫火速签订了离婚协议，本以为从此脱离暴力婚姻“苦海”，谁料如今却为当时的决定苦恼——由于签订离婚协议时过于草率，对许多问题考虑不周，黄女士如今与前夫官司不断。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

黄女士离婚前与丈夫已结婚 15 年，孩子 12 岁。多年来，丈夫一喝酒就会发酒疯，对她和孩子拳脚相向。去年，忍受不了家庭暴力的黄女士终于决定离婚，独自抚养孩子。但是，整整一年，黄女士提了好多次离婚，丈夫始终没答应，直到年底，丈夫终于松口，但丢过来的一纸离婚协议书却让黄女士倒吸一口冷气——除了孩子和一些电器外，自己什么也没分到。即便如此，为求早日摆脱暴力婚姻的“苦海”，黄女士没有多说，爽快地签下协议——除了家具、家电外，其他所有婚内财产都归丈夫，然后“潇洒”地带着孩子净身出户，搬到父母家去了。

黄女士本以为从此可以过上平静的生活，谁料，最近半年，其丈夫两次向法院起诉，先是要行使对孩子的探视权，后又要求分割妻子工作多年来尚未提取过的公积金。

目前，法院已对黄女士丈夫要求分割妻子公积金一案作出判决，两人各拥有公积金的一半。对于探视权个案，法官指出，最终判决要有利于子女的成长及尊重子女本身的意愿，目前法官还在作积极调解。

点评

黄女士如今对当初草率签下的离婚协议书很是后悔，为应付官司更搞得心力交瘁，只得到广东省妇联向维权专家求助。

对于探视权问题，广东省妇联权益部律师指出，法律赋予离异夫妻中不与子女共同生活的一方享有探视权。但分析黄女士的个案，一是 13 岁的孩子已有自己想不想见父亲的判断及表达能力，也有各种通讯工具方便其与父亲的联系，二是黄女士并没有阻止也没有能力阻止前夫对孩子的探视，因此，律师认为，黄女士的个案其实并不存在探视权纠纷。

关于公积金分割之争，广东省妇联权益部律师认为，虽然黄女士的公积金是单位为其缴存，但本身属于个人经济收入的一部分，当然属于婚后共同财产，其丈夫要求分割在法律上是合法的。黄女士因缺乏正确的法律知识，也没有这个意识，因此在签署离婚协议时忽略了对自身权益的维护。

律师因此提醒，签署离婚协议时，最忌“口袋条款”——就是使用“其他”之类什么都可以往里装的词汇。建议最好就已知财产进行约定，并使用列清单的方式分割。这样，如果日后还有什么新发现的财产，还可向法院起诉要求分割。（本报记者 林志文 通讯员 王飙尘 胡梯）

男子为骗拆迁款假离婚 妻子得款后“人间蒸发”

2013 年 10 月 12 日 京华时报


京华时报讯 为了在拆迁中多得利益，韩某向拆迁人员行贿，使用虚假材料骗取拆迁补偿款。同时他还筹谋和妻子离婚后分别再婚，以期多得拆迁补偿，没想到原配妻子拿到补偿款后突然消失，自己也罪行暴露。记者昨天获悉，韩某因涉嫌行贿罪和诈骗罪被丰台检察院提起公诉。

韩某是丰台区某村的农民，2012 年住宅面临拆迁，本就可以获得相当丰厚的拆迁补偿。但是在金钱的诱惑下，他不禁动起歪念，找人制作了虚假的证明文件，并给予拆迁工作人员好处费，骗取拆迁补偿款。

为了多得拆迁款，韩某还挖空心思和当时的妻子构想出了一个“两人先离婚分户，再各自结婚，拆迁后各自离婚，然后两人再复婚”的完美计划。令韩某没有想到的是，结发妻子在离婚分户后，带着自己的那份补偿款突然消失，而韩某的行为被人识破后举报，他很快被警方抓获。

目前，韩某因涉嫌行贿罪、诈骗罪被丰台检察院提起公诉。

病重老汉被担架抬进银行 因规定改密码须本人

 2013 年 10 月 14 日 人民网 张杰

今年 75 岁的徐万发身患多种重病，在西安城东一家医院接受治疗。10 月 12 日中午，因为需要更改银行卡密码，且银行要求本人必须亲自办理，他被 120 急救人员用急救车送到工商银行西安纺建路支行门口，并在他们的帮助下被放在担架上抬进营业大厅，才最终完成了按指印这道程序。

为去银行办业务 用急救车从医院接出老人

昨日下午，在西安市灞桥区东方世纪城 16 楼，徐万发一个人右侧身躺在一张大床上，鼻子插着氧气管。他的妻子李女士说，老伴儿患有重病，虽然还能说话，但是生活没有办法自理，无法行动，就连睡觉都不能平躺。此外，老人还患有白血病和癌症。

“老伴儿的退休工资都在一张工商银行的卡上，每个月 2000 多元钱，是我俩很重要的生活费来源，但我也上了年纪，一紧张手就抖得厉害，前几天去取钱连续三次输入密码错误，账户被锁定。银行工作人员说必须要重置密码，而重置密码必须要本人来才行。这可把我难坏了，因为要老爷子亲自来营业厅，就必须要把他从医院抬到这里来，可他病得那么严重，我真的担心他会撑不下去……”李女士说。

“后来我们就想着干脆把他从医院接出来，去一趟工商银行营业厅。”李女士说，因为徐万发病情比较严重，一般的出租车或者其他家用车都不方便，也不敢接送，所以他们就申请让 120 急救车送他们过去。“刚开始怕医院不同意，没有说是去银行办业务，而是说送老人回家，在走到银行时，才提出要求。”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

当天护送徐万发的一位 120 急救车工作人员说，老人在担架上也是只能侧躺，身上还有监护仪器、氧气包等设备，挺不方便的，“这事情没有患者本人也确实办不了，所以我们经过权衡也就答应了家属的请求”。

5 名 120 工作人员 帮忙抬着老人进银行

当时，李女士先进了工行营业厅门口，与银行的保安、大厅工作人员说明了老人患病无法行动的情况，希望能通融一下。“我就是希望在我们都在场的情况下，银行的工作人员出来给老爷子拍照或者录像，然后我们家人再进去办理业务。这样多少不让老爷子再受罪。”

沟通并没有起到任何效果。“没有一个人出来跟我说可以按照我想的那样去做，甚至没有人从营业室里面出来跟我一起看看老爷子的情况。”李女士说，120 的 5 名医护人员帮忙把老人从大厅外的台阶下面抬进了大厅内，“当时有人抱着老爷子的头，有人拿着氧气包不停地捏着，还有人在两边扶着，防止他掉下来一因为他是侧身躺着。”

“他体重 100 多斤，那个急救车担架床也很重，120 的几位师傅太不容易了。当时拉着老爷子的手按完手印，我浑身都哆嗦，我都记不清楚是他的哪个手指按的了。”说到这里，李女士眼圈红了。

帮忙将徐万发抬进银行营业厅的一位 120 工作人员说，当时他们建议工商银行能出来几位工作人员，现场为老人实行人性化服务，“我们还建议他们现场录像拍照取证，这样也能真正体现服务行业的服务精神。但很遗憾，银行里面没人出来”。

“密码重置须本人来，这是我们的制度”

昨日，在工商银行西安纺建路支行营业所大门口外，记者看到，抬着老人进入营业大厅必须上 3 级台阶。该营业网点一位李姓保安证实了 12 日中午，确实有 120 工作人员抬着一位老人来办理业务，“他们一进门，就被安排在第一个窗口优先办理。他们也很不容易的”。

该营业网点一位负责人表示昨天并没有当班，也是从工作人员口中得知 12 日中午发生的事情。她称，银行去年 10 月也曾上门为一些特殊客户如行动无法自理的人办理过业务，当时是他们的一位副主任和一位外派人员一同前往。“客户要修改密码和解锁都必须本人亲自来，或者是经客户本人授权并且经公证处公证的其他亲属。如果仅仅是密码重置，老人清醒、身体能动的时候再来办也可以，如果要急着用钱，那必须是他本人前来，或者由他的代理人拿着公证处公证过的授权才可以办理。因为密码牵扯到个人资金的安全，要求必须是本人重置，这也是我们的制度，也是为了保护客户资金的安全。” 本报记者袁小锋

路遇前妻生恨挥拳伤人

2013 年 10 月 15 日 北京晚报马若怡

男子嫌其不管孩子动粗涉罪

本报讯（通讯员马若怡 梁崇龙）郭某在路上偶遇前妻，想到离婚后前妻一直没有关心过自己的孩子，郭某心生怨念，挥拳连续击打前妻面部，致前妻轻伤。近日，丰台检察院以涉嫌故意伤害罪对郭某提起公诉。

2010 年 4 月，郭某与妻子马某离婚，法院判决孩子归郭某抚养。今年 1 月末的一天，郭某在丰台区一超市门口遇到其前妻，想到离婚后前妻没有关心过孩子冷暖，连抚养费也是通过村里代给，他心中生恨，就前去质问前妻。前妻称彼此已经离婚，既然法院判决孩子的抚养权归郭某，她就不需要管了。

郭某顿时觉得新仇旧恨涌上心头，抬起拳头就朝前妻面部打了几拳。面对突如其来的打击，前妻马某躲闪不及，应声倒地。郭某还不罢休，又是连续的对前妻头部重拳击打，后郭某骑车离开，前妻马某报警。经过法医鉴定，马某左眼眶壁骨折，损伤程度为轻伤。

天价离婚再上演 神州泰岳实控人前妻分走 14 亿

2013 年 10 月 15 日 每经网 赵阳戈

离婚成本高，尤其是老板。

神州泰岳（300002，收盘价 34.97 元）近日公告称，公司实际控制人王宁所持股份的一半（4226.32 万股）将分割给其前妻安梅，由于王宁仍然行使这部分股票对应的表决权，所以其实际控制人的地位暂时不变。不过需要指出的是，由于安梅在王宁在职期间拥有每年减持 25% 所持股份的权力，这对神州泰岳股价无疑构成压力。

《每日经济新闻》记者注意到，昨日（10 月 14 日）神州泰岳上涨 1.22%，暂时没有受到王宁股权分割的影响。股东离婚引减持担忧

据神州泰岳 10 月 12 日披露，因公司实际控制人王宁与前妻安梅离婚，所持股份需进行分割，根据协议王宁将持有的神州泰岳 50% 的股份分割至安梅名下。股份分割过户后，王宁和安梅将分别持有的神州泰岳 4226.32 万股，分别占公司总股本的 6.89%。

今年以来，神州泰岳加速进军手机游戏领域。在通过收购天津壳木 100% 股权踏入手游行业后，又计划使用自有资金 2 亿元对北京中清龙图进行增资。多重刺激下，公司股价一路高歌，从年初的 9 元钱附近，已经跃升到如今的 34 元以上。照此计算，安梅所分割股权市值将超过 14 亿元，难怪市场给此番离婚冠以创业板“最贵离婚”的头衔。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

从神州泰岳的持股情况看，截至今年6月底，王宁与另一位股东李力持股数一致，均为8452.63万股，而第三大股东齐强持股4428.06万股。所以，王宁股权一分为二也引起了市场对于神州泰岳控制权稳定性的担忧。对此，神州泰岳明确表示，安梅承诺其依据执行和解协议所取得的股票所对应的表决权，自愿无偿委托王宁代为行使，王宁仍然保持实际控制人身份不变。

不过，神州泰岳公告还显示，安梅承诺其依据执行和解协议所取得的股票在王宁任职公司董事、监事或高管期间，每年可减持份额为其所持股份余额的25%。

“这就相当于神州泰岳每年都会面对一颗1056.58万股的定时炸弹，对股价无疑形成压力”。有股民感叹道。

昨日，《每日经济新闻》记者以投资者身份致电神州泰岳证券部，工作人员表示，王宁离婚事件对公司来说不会引起控制权之争，顶多也就是有股东减持，25%是一个限额，但即使安梅要减持也并不一定会减持那么多。

天价离婚时有发生

其实类似神州泰岳的天价离婚事件在A股市场时有发生。

就在不久前的8月份，纳川股份（300198，收盘价14.20元）实际控制人、董事长陈志江与张晓樱已签署离婚协议，当时陈志江将其所持公司6753.24万股股票的一半，即3376.62万股分割给张晓樱，占上市公司总股本的16.147%。按照纳川股份当时的股价粗略计算，这部分股权市值在5亿元上下。

值得一提的是，这场“分家”也导致纳川股份暂无实际控制人。陈志江最终与公司副董事长、总经理刘荣旋签订一致行动协议，同时受公司股东刘炳辉（持有公司1190万股，占总股本5.69%）的委托以受托人的意志代为行使股东权利，才得以稳定局面。

2012年5月发布的“新财富500富人榜”上，王海燕以22亿元的身家成为当年新上榜的三位女富豪之一，总排名492位。而此人正是三一重工（600031，收盘价7.74元）高级副总裁袁金华的前妻，因与袁婚姻关系终止，获得了一重工的股份。而这场离婚被戏称为A股市场“最昂贵”的离婚。

2011年5月，蓝色光标（300058，收盘价60.00元）董事孙陶然因离婚将其所持上市公司4.59%的股权分割给前妻胡凌华，共计551万股，当时合计市值高达1.67亿元。

据不完全统计，2011年以来，资本市场至少发生了14起高管离婚案件，期间因财富再分配而引起的“另类造富”，也是资本市场的特殊产物之一。

妻子给“小三”号码充话费 通过发票知对方姓名

2013年10月15日 现代快报 陈莹

快报讯（通讯员 赵建峰 周峰 记者 陈莹）妻子苦于无法得知丈夫手机中频繁联系的号码主人是谁，无奈之下，给“小三”号码充了50元话费，通过话费缴纳发票得知了对方的姓名。近日，如东法院处理了一起因婚外情而导致的离婚案件。

家住如东县岔河镇的徐某与丈夫符某在2011年5月结婚，2012年开始，丈夫到了县城打工，徐某则留在乡下照看孩子。今年年初，妻子徐某发现丈夫回家的次数越来越少了，徐某电话打过去，丈夫总是没两句就挂了。今年4月，自知感情出现问题的徐某赶到了丈夫的工地。她查看了丈夫的手机，发现丈夫在几天内与一个陌生号码联系多达200次，而这个号码丈夫只是保存了一个“阿”的代号。徐某询问丈夫，丈夫一直强调是一般的朋友。

为了弄明白，这个隐藏在丈夫手机中的“阿”是谁，回家后徐某来到移动手机营业厅查询该陌生号码的户名，但是营业厅以个人隐私为由拒绝了徐某的要求。徐某正着急时，她听说，如果给号码充话费，缴费单上会有号码所属人的名字。一气之下，徐某掏出50元为陌生号码充了话费，由此也获知了丈夫经常联系的人根本不是什么工友，而是一位同龄异性。

夫妻两人最终调解离婚

2013年5月份，妻子又通过跟踪的方式发现了丈夫出轨的事实。在得知这些事实后，妻子伤心欲绝。最终，夫妻两人在法院调解离婚。

申城老人最关心啥？昨天在复兴公园举行的为老服务传出信息——

房产、遗嘱、保险一个都不少

2013年10月14日 上海法治报

本报讯 近年来，本市老年人口比例不断增长，老龄化问题日渐突出，随之而来的涉老纠纷案件也不断增多。昨天上午，记者在复兴公园举行的“大型宣传咨询为老服务活动”上注意到，法院、公安局、律师、公证协会等与法律直接相关的摊位前围满了前来咨询的老人。其中，老人们最关心的问题主要体现在三方面，即房产问题、遗嘱问题和保险问题。

据市民政局老龄工作处相关负责人介绍，近年来，本市老年维权数量每年维持在3万至4万例左右，财产权日益成为维权大类。而来自本市司法机关的统计数据也印证了这一趋势。以2009年为例，当年全市法律服务

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

援助机构和法院共受理老年人来信、来访、来电总数 4.98 万人次，其中涉及频次较高的依次为：住房权、赡养权、财产权、婚姻权和人身权受侵问题，调解处理 4.9 万人次。

老人立遗嘱能避免身后财产纠纷，为此，本市公证行业于 10 月份为本市 80 周岁以上老年人免费办理遗嘱公证，为 60 岁以上老人免费保管遗嘱。在昨天的活动现场，记者注意到，不少老人都围到了市公证协会的摊位旁边。

家住徐汇区的张阿姨也是咨询遗嘱公证问题的老人之一。她告诉记者，自己今年已 74 岁，曾在电视上看到过本市免费为老人办理遗产公证的相关新闻，但是对具体政策却非常模糊，于是打算专门咨询一下公证协会，“我年龄不够 80 岁，不能免费办理遗嘱公证，不知道对 70 多岁的老人是否还有其他优惠，所以就来问问。”

此外，记者在采访中发现，老人们最关心的法律问题绝大多数都跟房子有关。对于当前正热的“以房养老”问题，不少老人纷纷表示，房子是他们养老的根本，他们宁愿将房子过户给子女，即便一些老人因为房产问题已经跟子女产生了矛盾，也不愿“以房养老”。

在市律协摊位前，记者还看到不少老人拿着保险合同前来询问是否可以退保。市民王阿伯称，他在小区的信箱中，经常收到一些保险推销的小卡片，上面的内容非常有吸引力，不仅有各类保险的功能，还可以参与分红，收益甚至要高出银行同期利率 11% 以上，然而当购买了此类保险后才发现，根本就拿不到任何好处。

对此，一位律师称，这种保险实际上就是打着高收益的幌子来骗取老年人的钱财。对于这种街头小广告，老年人最好不要理睬，如果确实有需要，可以咨询法律人士后再决定是否投保。对于那些已经购买了保险却退保无门的老人，可以向消保委投诉予以解决；解决不了的，可以起诉到法院，但前提是要保全好相关证据。

倡导结婚登记颁证仪式 纸质历史数据将录入婚姻信息库

2013 年 10 月 18 日 法制日报 张维

本报讯 记者张维 就近日落幕的全国首届结婚登记颁证技能比赛决赛，民政部有关负责人表示，举办此次大赛的意义在于推动移风易俗改革，引导庄重节俭婚礼新风；提升婚姻登记工作为民服务的水平；推动婚姻登记制度的改革和完善。

今年是《婚姻登记条例》实施 10 周年。民政部相关负责人表示，近年来，民政部门倡导结婚登记颁证仪式，把开展结婚登记颁证服务作为促进婚姻家庭幸福、推动移风易俗改革的重要举措。并强调，举行结婚颁证仪式，应当坚持自愿原则，由结婚当事人自主选择，不得附加任何损害当事人利益的条件。同时，坚持免费颁证服务，不得强制、劝说、暗示当事人支付费用，通过结婚登记颁证工作为更多的婚姻家庭增添福祉。

举行结婚登记颁证仪式可以引导全社会形成正确的婚姻价值取向和对高雅、健康、时尚婚礼的评价标准。目前，一些婚当事人没有意识到婚姻对于自己和家庭所意味的责任，不愿承担相应的法律义务，举行结婚登记颁证仪式，新人在庄严的国徽下宣示婚姻家庭的责任与担当，增强他们的责任意识 and 法律意识，给婚姻家庭生活加一份保险。

据悉，民政部将在全国婚姻登记信息联网的基础上，进一步加强工作力度，将纸质历史数据逐步录入全国婚姻登记信息数据库，并推动与外交等相关部门的信息共享，为经济建设和社会发展提供基本信息保障。同时，在自愿基础上，推动婚姻登记预约制度，进一步方便群众办理婚姻登记手续。

民政部相关负责人坦言，目前，婚姻登记机关建设还面临一些体制、机制问题，例如部分登记机关仍然是差额拨款甚至是自收自支事业单位，为解决上述问题，民政部大力推动婚姻登记机关规范化建设和标准化建设工作。

反对家庭暴力 呼唤法律利器 全国妇联、全国人大法工委在福建开展反家暴立法调研

2013 年 10 月 16 日 中国妇女报 吴军华

闽芙蓉/本报记者吴军华 发自厦门 近日，全国妇联、全国人大法工委组成联合调研组，到福建省的莆田、厦门两市进行反家暴立法调研。

在闽期间，调研组一行先后在莆田、厦门召开反家暴立法调研座谈会，听取当地人大、政法委、法院、检察院、公安、司法、教育、民政、妇联等部门及社区（村）基层组织对立法的意见和建议，并实地调研了莆田市城厢区法院家事审判法庭实施“人身保护令”、仙游县鲤城街道木兰社区创建“零家庭暴力社区”、厦门市湖里区兴华社区“两所一社区”警民联调工作室等工作。

全国妇联权益部部长蒋月娥在调研中充分肯定了福建省妇女维权工作紧紧围绕大局、社会管理创新、服务基层妇女，大胆创新，积极作为，“平安家庭”创建、妇女议事制、信访代理/协理制、帮扶互助制等工作卓有成效，实现了促维稳、促民生、促和谐。高度称赞福建在反家庭暴力工作中作出的积极探索，特别是厦门市先行先试出台《关于预防和制止家庭暴力的决定》，城厢区法院推出“人身保护令”开创反家暴司法审判先河，

“家事法苑”律师团队奉献

各部门形成反家暴联动机制，对反家庭暴力国家立法具有借鉴意义。希望福建省充分发挥典型示范带动作用，进一步将反家庭暴力的成功经验进行梳理、总结，上升为法律、制度；进一步完善创新多部门联动机制，构建政府主导、部门负责、妇联协调推动、公众参与的反家庭暴力工作格局；进一步发挥高校、学者的作用，深化对反家庭暴力的理论和实务研究，共同推进反家庭暴力进程，不断提高维护妇女儿童权益的综合服务能力、质量水平、覆盖面及成效。

单身母亲征婚被实名“富商”骗钱财 婚恋网站实名审查有限难避“婚骗”

2013年10月19日 法制日报李光明

第一天聊个人、第二天谈家庭……第五天开始被称作“老婆”，到了第八天按要求汇钱送“贺礼”后，却与对方失去联系。在一家知名婚恋网站上，安徽省阜阳市阜南县的杨女士结识了实名认证的田先生，不料这自称早年丧偶、事业有成的“另一半”竟是三个年轻人的“杰作”。更令人瞠目结舌的是，这伙人用一本“8天恋爱秘笈”，骗走了杨女士3万余元。目前，3名犯罪嫌疑人已全部落网，此案将于近日移交检察机关。

离异母亲注册婚恋网择偶

今年4月，杨女士的女儿在国内一家知名婚恋网站上帮母亲注册了一个账户，留下了相关信息和手机号码，打算通过网站给离异多年的母亲寻找“另一半”。没过多久，一个名叫“田文生”的男子打来电话，表示要和杨女士处朋友。

“田文生”自称在深圳打拼，小有成就，渴望寻求美满婚姻。通过电话交流，杨女士对谈吐幽默的田先生心生好感，很快与他确立了恋爱关系。

5月上旬，杨女士得知男友酒店开张，打算送份贺礼。“田文生”推辞一番后，勉强答应收一对花篮，并给杨女士一个当地花店的电话号码。5月11日，杨女士与花店老板联系，但没想到一个花篮要价1880元。在男友的催促下，杨女士订了两个，随后又被店方电话告知还要花钱写花牌和匾额。于是，杨某又陆续把钱打到对方指定账号，共计3.6万元。

钱汇过去了，“田文生”的手机却打不通了，花店老板也联系不上，杨女士这才惊觉自己可能是碰到了骗子。

冒用实名信息网络“猎婚”

5月14日下午，阜南县公安局接到杨女士报警，遂成立专案组。经过深入调查，民警发现犯罪嫌疑人的全部活动轨迹都在广东梅州，且系团伙作案。在细致侦查下，民警锁定了犯罪嫌疑人丘某和钟氏兄弟。

7月4日，专案组民警将3人抓获。随后，专案组继续深挖，又陆续带破4起网络婚恋诈骗案，受害人分布湖北、重庆、河南、甘肃等地，已查明涉案金额15万余元。安徽省公安厅将此案列为重点挂牌督办案件。截至9月3日，专案组已成功追回赃款10万元。

办案民警告诉记者，3名犯罪嫌疑人设计的婚恋骗局主要是针对离异丧偶的中年妇女。他们事先准备了“恋爱秘笈”，上面记载着8天恋爱“攻略”。一旦在婚恋网站上寻找到目标，他们只要冒用他人身份信息通过验证，按“脚本”照读就可以了。

“为了博取受害人信任，他们还用手机软件改变声音，一人分饰女儿、父亲等多种角色。”民警说，这样一来，3名犯罪嫌疑人平时可以各自找对象联系，需要配合时再互相帮忙。

不能保证身份信息是否相符

除了对方骗术高超，自身疏忽大意，太过信任婚恋实名制也是杨女士受骗的原因之一。

借助网络平台交友已成为时下单身男女扩大交际圈的新潮方式。杨女士登录的知名婚恋网站是一个以婚恋交友为主的大型网站，引入公安部身份认证系统，需要验证会员真实姓名和身份证号码，以提供安全的交友环境。

“实名认证是通过公安系统和相关认证部门完成，可以让会员之间核实对方身份证上的照片、年龄、居住地等信息，但也可能出现有人利用他人身份信息注册的现象，目的是否单纯也没法保证。”这家婚恋网站的客户专员告诉记者，所以网站会提醒会员多查看实名信息，在交往过程中保持谨慎理性，不要贸然与对方发生钱财上的往来。

链接

付某打着高级管理人才的幌子，通过交友征婚网站寻找“作案目标”，前后至少有6名受害人被骗取钱财。近日，深圳市龙岗区人民检察院以诈骗罪依法对付某予以批准逮捕。

33岁的付某2009年起就没有正式工作，通过假身份在珍爱网、百合网、世纪佳缘等征婚网站注册，并发布征婚消息，再以各种借口骗取钱财。付某先后租住京基100等高级公寓，谎称自己是银行高管、地产公司运营总监、地产集团资金副总等，使很多女性都抵不住诱惑。据警方调查，迄今至少有6名女性朋友被付某欺骗，骗取金额共7万多元。

对于实名制后的婚恋诈骗,安徽省民事法律专业委员会副主任委员范国平认为,由于审查技术手段有限,不法分子可能会利用信息的不对称性,在网上编造虚假信息,把婚恋网站当成作案工具。如若实名认证的婚恋网站没有尽到应尽的审查责任,且没有在网站公示可能出现的风险,给服务接受者造成损害的话,应承担一定责任。反之,则不能过多苛责网站。但若是网站采取营销手段扩大了实名认证的影响力,超出了付费会员,也就是消费者的心理预期,让消费者产生了错误的认识,诱使一些不良后果的发生,网站也应承担一部分责任。

范国平建议,要想避免类似上当受骗的现象发生,需要多方合力“下药”:单身男女要增强防范意识,不能轻信网络信息;网站运营商、服务提供者要严于自身管理,综合运用多种核查方式,增强认证可信度;公安网监、工商等部门应强化技术监管力度,严厉打击利用网络作案的不法分子,维护健康的网络环境。

老赖虚假买卖房产转移资产 执行听证破解“金蝉脱壳”计

2013年10月23日上海法治报富心振

为了逃避债务,被执行人秦勇夫妇上演“金蝉脱壳”,将其所有的一套房产作虚假买卖予以财产转移,造成无财产可供执行的假象。上海市浦东新区人民法院执行法官明察秋毫,通过听证程序还原事实真相。秦勇夫妇及案外人沈强因妨碍执行分别被司法拘留15天,被执行人秦勇夫妇的房产经评估、拍卖程序后进行了拍卖,拍卖所得扣除偿还三个抵押权人的借款后,供支付申请人吴刚约90%债权共83万元,将一起将走入死胡同的执行案件“起死回生”。本案体现了执行法官高度的责任心、娴熟的专业技能、敏捷的嗅觉力与高超的洞察力。

一笔“三角债”引发债务纠纷

事情得从金融危机之前说起。2007年至2008年间,温州老板吴刚分别借给生意上的朋友葛明70万元和13万元用于资金周转,不料金融危机爆发,葛明生意受到影响,到期无法偿还。而葛明表示他是郑琪的债权人,进而找郑琪进行协商,而郑琪亦表示其对秦勇夫妇也享有债权。2009年底,几番协商,吴刚、郑琪与秦勇夫妇达成三方协议,约定由秦勇夫妇直接向吴刚偿还债务89.3万元即可。随后,吴刚还与秦勇夫妇达成具体的还款计划书。

2010年2月,因秦勇夫妇未能到期还款,经多次催讨无着,吴刚向浦东法院提起债权转让合同纠纷诉讼,要求秦勇夫妇共同偿还借款89.3万元,并支付相关的逾期还款利息。

法院经审理后认为,案外人郑琪将其对秦勇的部分债权转让给吴刚,有吴刚提供的债务偿还协议为证,法院予以确认。之后,吴刚与秦勇夫妇签订的还款计划协议书系双方真实意思表示,对双方均具有约束力,秦勇夫妇应当按照协议约定全面履行自己的还款义务,现秦勇夫妇未还款,属违约,理应承担相应的民事责任。吴刚的诉讼请求于法有据,理由正当,应予支持。据此,法院判决秦勇夫妇偿还吴刚本金89.3万元及约定的借款利息。

一审判决后,双方均未提起上诉。后因秦勇夫妇未自觉履行生效法律文书确定的义务,吴刚向法院又申请强制执行。

虚假买卖房产获取银行贷款

案件很快进入执行实施阶段,根据申请人吴刚的反映,被执行人秦勇夫妇经商多年,名下资产不少。然而,执行法官经多方调查秦勇夫妻的财产情况,并未发现有可供执行的财产。财产调查结果明显反常,引起了执行法官的怀疑。在多次通知秦勇夫妇到法院谈话均未成后,执行法官决定上门调查。

“法官,我现在生意失败,到处借房子住,在上海都快没落脚的地方了,早就没钱还了。”秦勇在住处反复向法官诉苦,一副穷酸模样。可一个细节引起了法官注意,秦勇夫妇现在所谓“租住”的房子,虽登记在案外人沈强名下,但该处就是其户口登记所在,“会不会是秦勇夫妇转移的资产”?执行法官决定不放过任何蛛丝马迹,悄悄调查,果然,通过到小区物业、居委会了解,获知秦勇夫妻是小区居住多年的老业主,物业费等等也一直是他们交的。

此时,执行法官心中已有初步判断意见,决定从这套房子的现有登记产权人调查。执行法官约谈了该房的现产权人沈强,在执行法官的一番情理法的开导后,沈强坦言,“这套房子是在我名下,但实际上不是我的,我只是名义的产权人,并不实际占有使用”,“我是为帮他忙,为他借款方便,(房子)与我无关,我连房子地址都不知道”,“当时秦勇做生意缺钱,因借不到钱,所以就做个假买卖,将房子卖给我,向银行贷款,我实际上一分钱也没出过,一天也没住过,户口也不在里面”。沈强并一再强调,他只是挂名,签了合同,也没有付过一分钱。

事情水落石出,显然房子的实际产权人是被执行人秦勇夫妇,案件执行顿时柳暗花明,执行法官得知这一重要线索之后,立即依法查封了该房产。

听证现场“翻供”仍难逃法网

不料，上述房产被查封后不久，本案再起波澜，此前一再强调房子不是自己的，与自己无关的沈强来到法院，称以前是没弄清情况，有些话说错了，房子是自己的，法院不应该查封他的房子。同时，沈强对法院的执行提出书面异议。根据法律规定，执行法官依法组成合议庭对本案案外人沈强提出的异议择日进行听证，并对听证过程进行全程网络视频直播，并邀请有关媒体当庭旁听。

听证当天，申请人、案外人和被执行人三方均到庭。调查过程中，法官对案外人就所谓的房屋买卖合同等情况进行询问：“沈强，你们是何时签订买卖合同？……”面对一连串的提问，沈强支支吾吾，回答不上来，不时称头脑不清醒，记不清了。旁边的被执行人秦勇很着急，几次抢答本应由案外人回答的问题，均被法官当庭严厉警告。

听证结束，真相大白，法院当庭宣布，驳回案外人沈强提出的异议。被执行人和案外人因妨碍妨碍执行分别被司法拘留十五天。事后，秦勇和沈强均承认虚构交易，规避执行的事实，认识了错误。被执行人秦勇夫妇的房产经评估后，依法作了拍卖，申请人吴刚终于拿到了约90%的执行款。

“幸亏遇到了一个认真负责的好法官，火眼金睛识破他们的逃债把戏，不然我损失就大了，非常感谢法官”，申请人吴刚激动地说。

（文中当事人均化名）

■法官说法>>>

听证令真相浮出水面

听证制度的根本目的就是通过听取当事人的申辩，保障法律公正地执行。

所谓执行听证，是指在执行程序中，人民法院根据执行案件当事人、第三人提出的申请或者案外人提出的异议，依法组成合议庭，召开听证会，组织听证参加人进行陈述、举证、质证和辩论，以查明事实，分清是非，正确适用法律，并依法作出裁定或者决定的司法活动。

本案在执行过程中，由于案外人沈强对法院查封的房产提出异议，法院依法召开执行异议听证，申请人、案外人和被执行人三方均到庭，执行法官对案外人沈强就所谓的房屋买卖合同等情况进行调查，终于查明了被执行人为转移财产、逃避债务，与案外人作房产虚假交易的事实，令真相浮出水面。

本案的执行听证，不仅助推了法院的阳光司法，保护了当事人的合法权益，而且给一些上演“金蝉脱壳”计的老赖及案外人敲响了警钟，任何阻碍法院依法执行的违法行为还将受到法律的制裁。

四旬妇女高龄产子 伙同舅舅变卖亲子

2013年10月23日 上海法治报 翟珺

妇女刘某年近四十生了儿子，“中年得子”本应倍加珍惜，可刘某却拿自己的孩子换了笔钱。日前，江苏省邳州市人民法院依法审理了这起案件，“狠心”的母亲刘某因犯拐卖儿童罪被判刑。

2009年底，刘某没想到，年近四十的她居然又怀了孕。关于要不要这个孩子，她很是纠结。一个偶然的机，刘某得知村里有些人家生不出孩子，会花钱买孩子来养。刘某通过私人途径查了孩子的性别，知道是个男孩，这恰恰是买家最需要的。于是，刘某下定决心，要把这个孩子生下来。

2010年5月前后，刘某找到其舅舅齐某，与齐某商量将即将出生的男婴出卖。后齐某在自己的朋友圈散布该信息。吴某的妻子一直没生出男孩，他迫切地想要个儿子传宗接代。得知这个消息后，吴某很快地联系了齐某、刘某，欲收买该男婴。双方达成协议。

2010年6月，刘某在镇卫生院生了儿子，遂将刚出生的男婴以5万元的价格卖给吴某。今年5月底，刘某到派出所投案。

法院审理认为，刘某以牟利为目的，出卖亲生子女；齐某明知刘某拐卖儿童，而提供居间帮助，二人的行为均已构成拐卖儿童罪，且系共同犯罪。鉴于刘某系自首；齐某在共同犯罪中起辅助作用，系从犯，法院判处刘某有期徒刑3年，并处罚金5000元，判处齐某有期徒刑2年6个月，缓刑3年，并处罚金5000元。

沈阳十岁男孩惨被母亲男友剁手烹煮（图）

2013年10月22日 沈阳网



病房外不少市民十分关注断手男童的病情

“太残忍了！”、“这样的人枪毙几回都不多！”10月22日，在沈阳医学院奉天医院8楼的病房外，大家七嘴八舌地议论着一起令人发指的惨案。当天凌晨两点左右，十岁男孩小明(化名)被人残忍地砍下右手，之后行凶者将砍下的右手丢进电热水壶中烹煮。

记者从医务人员处了解到，因为小明的断手经过热水的烹煮，无法在进行移植。小明已于当天上午进行了截肢手术。但该医务人员表示，目前小明已经从监护病房转移到了普通病房。

在病房门口，医院内不少患者在了解到情况后，表示非常气愤。有知情人表示：该名行凶的男子今年30岁，是小明母亲的男朋友，可能因经济纠纷导致了惨案的发生。

目前，该犯罪嫌疑人已被警方控制，沈阳网将持续关注。

男子避妻不见假扮老板 伪造离婚证骗单身女钱财

2013年10月28日 中国新闻网 罗双江

这边老婆到处找他他要离婚找不到，那边他却伪造个离婚证在外面骗女人的钱花。10月25日，南京秦淮法院到一起利用征婚诈骗的案件作出一审判决，被告人许伟被以诈骗罪判处有期徒刑5年2个月，罚金8万元。

大龄单身女士遇到“北京老板”

杨女士大龄单身，想找个合适的人一起过日子，便于2010年11月底在某征婚网站上注册交友。没过多久，一个自称许伟的中年男人找到她。许伟称，自己是北京人，搞工程的，毕业于清华大学土木工程系。他说，自己已经与妻子离婚，有一个女儿跟着前妻在北京上学。2008年，因为北京没有工程可做，他来到南京，现在在南京某楼盘做工程，还在连云港等地有多处工地。为了证实自己的情况，许伟还出示了自己的离婚证和北京身份证。杨女士觉得许伟谈吐文雅，自身情况又很不错，遂与其长期相处起来。2011年3月份，许伟住到了杨女士位于瑞金新村的家中。

相处后频繁向女子“借钱”

在与杨女士关系愈加密切后，许伟吃在她家，住在她家，除了偶尔买菜掏点钱，其余时候一分钱也不出。不仅如此，许伟还以做工程需要钱款、讨要工程款路费等原因，开始频繁地向杨女士及其家人“借钱”。许伟对警方供述称，他曾向杨女士的母亲借了5万元，向杨女士借了10万元钱，此外还分次向杨女士借款53000元。然而借的虽多，却总也不还。2011年9月份，两人结束同居关系，许伟没有将钱还给杨女士；眼看着2012年都要过去了，许伟还是不还钱。开始意识到事情有点不对的杨女士打电话问了同许伟关系比较近的几个朋友，得到的信息竟是，许伟根本不是北京人。朋友说，许伟是南通人，孩子在南通，妻子也在南通。

他还与另两位女性有来往

2012年11月26日上午，杨女士向公安机关报案。当天下午，涉嫌诈骗的许伟被抓获归案。许伟落网后，警方根据对他既往经历的调查，发现他还与另外两位大龄单身女性有来往。经过对那两位大龄单身女性的调查，警方得知，许伟也涉嫌用同样的手段骗过她们的钱。与许伟交往过的张女士说，许伟经常向她借钱，还把她的工资卡拿走，从来没看他有收入，她只是个普通职工，每个月4000元工资全部都被许伟挥霍掉了。相处了一段时间后，也许是发现张女士并不富裕，榨不出什么“油水”来，许伟又开始物色新对象了。而另一位姓李的女士则说，原本以为的“成功人士”许伟，整天在家无所事事，天天喝酒骂人发脾气，甚至偷偷配了她橱柜的钥匙，将她的身份证、房产证和土地证偷走，企图拿去抵押贷款。李女士提出与许伟分手时，他才拿出证件威胁李女士，说这么做是因为李女士“玩弄了他的感情”。但是，因这两位女士并没有有力证据，难以证明许伟对她们的诈骗过程。

妻子早就想离婚一直找不到他

警方调查证实，许伟是江苏南通人，户口一直在南通。他只有初中文化，曾经因盗窃被判刑5年，2007年之前曾经有过在北京打工的经历。而直到2010年底，许伟开始与前述几位大龄女士正式交往的时候，他都没有与“前妻”办理过合法的离婚手续，他的北京身份证和离婚证都是找假证贩子做的。其妻子憎恶他的品行，一直想跟他离婚，

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

但一直找不到他。许伟被抓后，警方通知了他的妻子，妻子大喜过望，立即提起了离婚诉讼。如今，许伟的“愿望”实现了，他的妻子已经跟他正式离婚，他终于拿到真的离婚证了。

10月25日的庭审中，记者看到，许伟容貌憔悴，操着一口带有地方口音的极不标准的普通话，听不到丝毫的京腔京味，实在让人难以想象被骗的几位女性怎么会相信他是“北京人”。最终，法院一审判决许伟有期徒刑5年零2个月，并处罚金8万元，责令其退还有证据证明的诈骗款项16万3千元。（文中当事人为化名）（实习生童蕴桃 通讯员 秦妍 扬子晚报记者 罗双江）

八、异域资讯简报

美国银行监管机构公布银行机构最新“生前遗嘱”

2013年10月03日 腾讯财经 翊海

北京时间10月3日晚间消息，美国银行监管机构当地时间3日公布了美国主流银行机构最新的“生前遗嘱”，即银行机构在遭遇危机之时应如何在保证利益不受损的情况下的倒闭计划。

有分析人士指出，美国银行机构要求银行业立下生前遗嘱是吸取了此前全球金融危机的教训和经验。2010年通过的多德-弗兰克法案要求银行机构必须提供在不要求向纳税人申请援助的前提下制订完备的破产倒闭计划。

美联储和联邦存款保险公司当地时间3日表示，他们要求在美国境内开展业务的11家规模最大的银行机构提交各自的“生前遗嘱”，各家银行于2012年已经提交了第一稿方案，而第二稿方案要求在今年10月1日之前提交。

根据美联储和联邦存款保险公司公布数据显示，首批次被要求提交第二稿方案的银行机构包括美国银行、摩根大通银行、德意志银行和巴克莱银行等非银行资产规模达到2500亿美元及以上的银行寡头。

根据两大监管机构的要求，上述银行被要求提交两个版本的方案，其中一份将刊登在美联储和联邦存款保险公司的官网上供大众浏览，另一份将被以机密文件形式送交两大机构审查。

在对银行提交的第一稿方案进行审查之后，美联储和联邦存款保险公司发现存在多处不足并要求银行在第二稿方案中添加更为详细的内容，包括在宣布自身倒闭破产问题上会遇到的潜在障碍。

上述提交方案的第二批次银行包括富国银行集团和汇丰控股。第三批次银行则被要求在今年底之前提交方案。

国外如何“以房养老”：子女还清贷款后还可继承

2013年10月12日 新京报 刘远举

明日就是“重阳节”，让老人能拥有一个幸福的晚年是政府、家庭和社会的共同责任。9月13日，国务院发布《关于加快发展养老服务业的若干意见》，其中“开展老年人住房反向抵押养老保险试点”这17个字最为引人注目。

事实上，“反向贷款”的模式在上世纪80年代已经在美国出现。目前世界上不少国家有此政策，但是也有很多国家仍在观望中。

美国“倒按揭”推行多年“门槛低”

“如果你年满62周岁，并且拥有自己的住房……为什么不将房子资产变成现钱呢？”、“很多老人空有大房子，却没有现金，可能面临突然的医疗支出、房屋修缮费用，怎么办？”在美国，从上世纪80年代开始，出现了政府主导的“反抵押贷款”项目，也就是“以房养老”。美国人养老有多种方式，“反抵押贷款”只是其中一种。

20多年来数十万人参加

在一些受访对象的印象中，美国人养老有多种选择，纯粹靠“以房养老”的现象虽然有，但是并不算多。

美国人退休能拿多少钱呢？美国的养老保险制度有“三条腿”，“第一条腿”是基本养老保险，替代率是40%，所谓替代率就是退休后的收入与退休前收入的比例。“第二条腿”是雇主计划，相当于我国的企业年金，最著名的是401K计划，社会平均替代率也是40%；“最后一条腿”是商业养老保险。

61岁的美国人安东尼给出了一个大概的数字：基本养老保险最低标准是800美元/月，一般人能拿到1500-2000美元。很多美国老人并不仅靠基本的社保金过活，同时还会拥有企业年金和一些存款。

在美国，利用房产养老，也是一种比较普及的方式，其中较有特点的一种是“住房反向抵押贷款”，可以简单地理解为“以房养老”。

这种项目由美国政府主导，而不是私营金融和保险机构的商业行为。据统计，截止到2010年5月，参与者已有49万人。

62岁以上有房老人够条件

美国的这种“住房反向抵押贷款”（HECM）出现于上世纪80年代中期，目标人群是62岁以上的老人。该项目由美国联邦政府住房及城市发展部（HUD）和联邦住房管理局（FHA）主导。

通俗来讲，与普通的按揭买房，按月付给银行利息归还贷款的方式相反，参加HECM的老人，是将自己的房屋抵押给HUD，相关金融机构为此付给老人一定金额的现金，也就是贷款。等到老人故去之后，房屋收归HUD所有，并由其变卖房屋清偿贷款。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

申请 HECM 的老人需要符合几项基本的条件，“门槛”并不算高：首先，要求年满 62 岁以上的单身老人或夫妇；拥有一套已经还清贷款或者所欠贷款数额不多的自住房（依靠反向贷款获得的现金可以还清贷款）。

在实际操作中，负责放款的是各大银行、抵押贷款公司和其他私营金融机构。假如贷款机构因破产或其他原因无法按约发放贷款，政府就会适时介入，保证贷款正常发放。

这一项目对申请者用来抵押的住房几乎没有限制。在收到申请后，HUD、银行和保险公司将对申请者的自住房进行估价。

按照规定，申请人最多可获得的贷款，肯定少于房屋的评估价或者销售价格，绝大部分情况不超过 62.55 万美元。当事人无须为这笔收入纳税，其享受的社会保障和医疗保险等其他社会福利也不受影响。

20 万房产能发一半贷款

那么，一般情况下，老人能够依靠反向贷款拿到多少钱呢？这要根据当时的利率、房屋估值、地理位置、老人的年龄等因素来综合评定。如果是夫妻申请，则以年龄较小的一方的年龄为准。

老人在申请反向贷款前，按照要求必需免费获取讲解资料，或者以较低的价格聘用反向贷款顾问，明确了解这一项目的含义。顾问会为老人估算相对准确的贷款金额，或者老人们可以自行在网上用“反向贷款计算器”估算。

在官方的宣传资料中，以拥有 20 万美元价值房屋的 3 个家庭为例，具体地讲明了反向贷款的用途和金额。但是，每一个申请的具体情况仍然有所不同。

63 岁的比尔·史密斯退休后，仍然要为自己的房子偿还小部分贷款。按照 63 岁的年龄标准，史密斯获得 11.5 万美元的反向贷款，他拿这些钱再来偿还自己的房屋贷款。

乔·安德森和利兹·安德森夫妇分别有 75 岁和 73 岁。二人在退休后买下了一栋两层别墅。最近，乔患上了轻微的心脏病，爬楼梯很不方便。于是，他们申请了 HECM 一个较低手续费的储蓄贷款项目。根据利兹的年龄，二人得到 10.5 万美元的反向贷款。他们用 2 万美元安装了一个电梯，又把房子做了一些修缮，剩下的 8.5 万美元存下来以备将来使用。

80 岁的梅尔芭·乔尼斯终生都住在小镇里，她知道自己可以靠亲友的照顾生活，但是因为花光了所有的退休基金，她对生活仍然有些担心。她从 HECM 标准贷款项目中获得了 13.4 万美元贷款。她选择了按月领取贷款的项目，每月能够拿到 925 美元的“贷款退休金”。

子女还清贷款后还可继承

在 HECM 项目中，有一项强制条件是申请者必须住在这套房屋中。

老人在世时，可以一直住在房子里。如果老人搬出，则需要还清反向贷款。

如果老人去世，房屋则收归 HUD 所有，并由其出售房屋清偿债务。盈余部分提供给老人的子女，不足部分由政府补足。

如果老人的子女希望继承房产，则要还清银行或者金融机构支付给老人的反向贷款和利息。但许多情况下由于要支付高额税费，并且办理手续费时费力，许多子女放弃了继承权，住房由政府收回。

除了子女继承的问题，这一项目推行多年来，也产生了一些问题，最主要的是利率太高。与其他贷款方式相比，这种模式的利率较高。办理过程中申请人要缴纳申请费、登记费、律师费等政府收费，这些钱将在金融机构发放贷款时扣除。此外，房屋修缮、水电、保险和房屋定期估价等费用也由房主自行承担。

另外，这一项目往往需要政府补贴大量费用，总额接近 10 亿美元。最近联邦政府出台新的措施，宣布要加强对申请者的资格审查。

卖房住高档养老院也是选择

由于“倒按揭”的养老计划同样存在一些问题，许多美国老人选择将房子卖掉，觉得直接获取大批现金更为实在。在一些高档而昂贵的养老院，许多老人都是卖了房子才得以入住。

在美国居住多年的华人小川曾经去过家门口的高档养老院参观。她介绍说：“我家附近的养老院很高级，全美连锁，设施特别好，能够为老人提供非常贴心而周到的各种服务和陪护。价格当然很贵，而且要求一次性付清，这笔钱差不多能买一所房子。很多老人用卖房子的钱住进去，一直到去世。”

美国也有很多老人将自己的大房子出租，或者卖掉大房子，再换一个小房子，贴补家用，过上更为舒适的晚年。

新加坡

组屋出租需申请 一成老人愿出租

几十年来，新加坡政府通过大兴组屋（相当于“经济适用房”）和“居者有其屋”政策，令大批低收入群体有了自己的住房。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在新加坡，老年人被称为“乐龄人”。如何解决低收入者的养老问题，一直是新加坡政府的难题。为此，近几年新加坡政府实行了数项利用老年人组屋（相当于经济适用房）房产养老的措施。但是，对于美国式的“反向抵押贷款”政策，新加坡政府仍在观望。

房屋套现主要有三种方式

新加坡的“组屋”政策非常有名。上世纪60年代，新加坡成立建屋发展局后，建造了很多公共组屋（相当于经济适用房），比商业私人住宅便宜许多，供低收入人群居住。后来，政府实行“居者有其屋”计划，鼓励中低收入人群购买组屋。如今，组屋已成为新加坡住房市场的主体，87%的人住在其中。

目前，新加坡老年人要利用所拥有的组屋换取收入，有三种主要方式：

新加坡政府允许老年人将自己的组屋整间出租，或者出租其中的房间。不过，这需要向政府申请，否则将面临罚款。

新加坡政府在2009年和2012年初先后出台了两项措施，旨在帮助低收入的老年人解决“有房产，没现金”的窘境。前者是屋契回购计划，后者是乐龄安居花红。

只有一成老人愿意出租房屋

但是，这三种政策，都没有获得非常热烈的反响，反映出亚洲老年人的各种顾虑。

近日，新加坡国家发展部公布了最新数据：新加坡共有约25.4万名年满55岁的组屋屋主，占屋主总数的30%，其中近八成已付清贷款。在这些老年屋主当中，把整间房子租出去的人有1.35万人，出租房间的人则有1.24万人。

根据这项数据显示，新加坡老年组屋屋主中，出租房屋的仅占总数的一成。

据新加坡媒体报道，新加坡租房的收入很可观。一个房间的月租平均是600元，两居室的月租大约为1480元，三居室约为2000元，四居室月租金平均2300元，五房式的租金则为2450元。

为何很多人不愿意出租组屋呢？新加坡国家发展部对1243名年长屋主进行调查发现，在548名不肯出租房子的受访者中，约一半觉得与陌生人同住会失去隐私；有两成的人对有陌生人入住自己的家感到不安，他们担心贵重物品会被窃走；另有约22%的人因为有子女供养、有足够积蓄或还在工作，无须出租房子。

“回购”和“花红”双双遇冷

2009年新加坡政府推出的“屋契回购计划”同样遭遇尴尬。自2009年至今，只有不到500名申请者。

今年2月，新加坡政府对这一计划做了改进，将原本的1万元政府津贴提高一倍到2万元。其中1万5000元是现金，另外5000元会拨入公积金户头。

虽然“屋契回购计划”修改后，申请人数有所增多，但是很多新加坡老年人顾虑的是该计划的30年期限——计划规定组屋屋主在售房给政府后，仍可在已售房里再住30年。很多老年人因此担心，30年后自己会无家可归，真正的老无所依。许多新加坡专家也呼吁，政府取消30年的限制。

至于去年开始实施的乐龄安居花红，其初衷是鼓励老人卖掉现有大型组屋，搬到三居室或更小的组屋中以领取花红的计划。从去年开始实施，迄今申请者只有23个，13个已获得批准，其余10个还在处理中。

乐龄安居花红遇冷，与一开始政策的不合理性不无关系。去年开始实施时，政府规定申请者大屋换小屋所得的收益，要优先补充公积金退休账户。这让很多需要现金贴补生活的老年人望而却步。

据新加坡媒体报道，目前新加坡公积金最低存款额为13.9万元，如果是一对老夫妻，总数就是27.8万元。如果悉数填补，大屋换小后所得的现款可能微不足道，因此政府所给的2万元花红也失去了魅力。根据今年修订的计划，屋主只需用净收益中的6万元填补公积金退休户头，剩余部分可全数提取现金。

小型乐龄公寓受欢迎

另外，新加坡政府为了解决低收入老人的养老问题，也在兴建小型乐龄公寓。据新加坡媒体报道，虽然老年人也有担心居住年限的问题，但是这一举措相对受欢迎。因为很多老人不愿意领取乐龄安居花红的另外一个原因，是不愿意搬离熟悉的环境。如果能够在熟悉的社区中找到小型公寓，可能会令老人们更加安心。

屋契回购计划和乐龄安居花红计划的用意虽好，但是也有专家提出，这些计划的细节和条款过于复杂，让人难以理解。

对于在一些国家实行的“反向按揭房产贷款”，虽然民间一些商业机构曾经试行，但是效果不好，新加坡政府对此还在观望。一些新加坡学者提出借鉴他国相关经验，新加坡媒体对亚洲国家推行“反向按揭”的风吹草动也相当关注。

个别老人卖房去他国买豪宅

去年底，一份调查显示，超过三分之一的英国人打算利用房产筹集养老金，欧洲大陆有类似想法的人占不到四分之一。英国一成退休者被迫出售房产或换成较小房子来维持生计。那么，英国人如何利用房子养老呢？

保险公司主导“终生抵押”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在英国，“以房养老”最主要的形式有两种，一种是利用“反向抵押贷款”，把房产抵押给银行、保险公司等机构，每个月取得贷款作为养老金，老人继续在原房屋居住，直至去世或搬进养老院后，用该住房归还贷款。

1920年，英国为了保障低收入的高龄者的生活，作为一种国家援助的方式，曾经提出倒按揭模式向低收入高龄者贷款的概念。

如今，“反向抵押贷款”在英国也很普及。不过，与美国政府主导为主的“反向抵押贷款”不同，英国主要借助保险公司等商业力量，在英国称为“终生抵押”。据调查，英国大约有20%左右50岁以上的老年人打算采用这种方式。

目前，英国办理“终生抵押”的金融机构和协会有上百家，提供的金融品种多样而灵活。

因此，英国的“终生抵押”并没有统一的标准，各家金融机构都在利率、申请人条件、还贷条件方面有所区别。

总的来说，申请者的年龄下限在55岁至60岁之间。申请人的房屋价值也要符合一个最低评估值，通常在7万英镑到10万英镑之间。

申请者年龄越大，拿到的贷款越多。比如，如果一个人只有60岁，那他大致能够拿到相当于房产价格25%的贷款。实际上，这是保险公司在与老人的寿命博弈，被保险人活得越久，则保险公司需要支付的养老金就越多；反之则保险公司就能很快收回房产获利。

政府鼓励老人租房获利

在英国，另一种“以房养老”的方式是出售大房，换购小房，用差价款养老。

今年一项调查显示，73%的英国退休老人都是“有房一族”，其中26%的人正在找机会卖房，其中73%的人表示想换一套更小一点的房子。在被调查者中，有23%的人希望卖房以增加收入，13%的人希望靠房子偿还债务。

如果拥有大房子的英国老年人不愿意卖房也不愿意抵押房产，他们可以选择出租一间或者两间房子。英国政府推出了一项鼓励老年人租房收益的计划。凡是参加此计划的老人，租房的收益可以部分或者全部免税。

此外，还有老人将自己的房产出售后搬到物价水平较低的城市或者国家去养老。此前有报道称，个别的老人选择去意大利或者西班牙，购买豪宅养老。不过，由于金融危机和欧债危机的影响，很多老年人所购买的房产大幅缩水。新京报记者 储信艳

■ 附议

“失独老人”与“以房养老”

一个欧美房屋业主去世，即使房屋完全损毁，在财务上折旧完毕，净值为零，但由于土地仍有净现值，所以房产净值仍然为正，而这正是以房养老的根本性制度基础。

现在，很多人把“以房养老”解释为，出租一套，自住一套；或者出租一间或几间，自住一间；或由大房置换为小房，获取收入。这种情况本质上就是老人有基本住房之外的资产性收入，完全可以自己随行就市，不用政府操心。所以，“以房养老”应该是狭义的指老人只有唯一的一套住房，自己住在里面，然后把房屋抵押给金融机构，金融机构按期发放资金，老人去世之后，通过房屋偿还金融机构贷款，这也是大多数国家“以房养老”的意义所在。

这种逆向按揭模式的“以房养老”对中国来说，具有更迫切的现实意义，这是因为中国有大量的失独老人。

所谓失独老人，是指人到中老年不能再生育的时候，独生子女却发生意外伤残、死亡的老人家庭。根据卫生部发布的《2010中国卫生统计年鉴》，中国每年新增7.6万个失独家庭，50岁以上失独群体日益庞大，全国失去独生子女家庭已经超百万个。有关专家推算，1975-2010年出生的2.18亿独生子女中，超过一千万会在25岁之前死亡。这意味着有2000万名父亲和母亲，在中老年时失去唯一的子嗣，成为孤立无助的失独老人，养儿防老的传统经济模式无法实现。

根据我国的计划生育政策的推行历史来看，这部分失独老人大多数都是城镇居民，在当年的住房改革中，都曾以较低的价格购买过“房改房”。现在，随着房地产市场的飞速飙升，这些房屋价值都有了巨大的飞跃，“以房养老”政策对于这部分老人来说，可谓雪中送炭，由于不必考虑留给儿女的遗产问题，他们拥有的房子用来养老绰绰有余，可以让他们过上比一般老人更好的生活。但是，不明晰的土地制度却使这一前景成为泡影，政府相关部门仅仅是拍拍脑袋，口惠而实不至。

在中国，城市土地归国家所有，居民对土地并无所有权。房屋是建在租期最长为70年的土地之上。虽然2007年出台的《物权法》规定，“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期”，但并没有清楚规定续期费用是多少。

与中国不同，欧美国家土地制度是土地私有制加物业税，这种税赋每年征收一次。以美国为例，物业税是指对土地和地上建筑物包含的所有资产进行统一税率的税收。美国是联邦制国家，其每个州都是自治的，各个地方的税率并不一致，一般在1%~3%之间。物业税的税基是根据地方政府委托的专业评估机构对房地产价值进行市场评估作为依据来确定的。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

根据这种土地制度，做一个简单的估计，不考虑资金的时间价值，假设土地的市场价值没有变化，税率为2%，这就意味着每隔50年，拥有物业的业主因土地而缴纳的税负就等同于土地的市场价值，相当于把土地及房屋再买了一遍。这实际上与中国土地制度下，土地出让金只有50-70年的期限，到期可能再度续费差不多。

不过，两种制度虽然看起来没有差别，但是，对于以房养老来说，具体的市场意义却相差非常大。在土地私有制下，每年缴纳土地税，因为税负是每年缴纳，所以，任何时候，土地的价值都是稳定的，不存在折旧问题。这就意味着，一个欧美房屋业主去世，即使房屋完全损毁，在财务上折旧完毕，净值为零，但由于土地仍有净现值，所以房产净值仍然为正，而这正是以房养老的根本性制度基础。

但在中国，这个根本性制度却并不存在。由于70年，甚至更短的50年的出让期限存在，一个上世纪90年代购买房改房的居民，到现在，已经过了25年，如果后25年采取“以房养老”的倒按揭，把房屋抵押给银行，自己仍住在房子里面。那么，25年之后，房子几乎变为危房，银行到手的“楼面地”如果还得重新缴纳足额的土地出让金。那就等于说，银行在支付了25年的养老金之后，得到的价值为零。即使土地出让金期限为70年，有偿续期费用也不是足额，而与市场实际价格有一个差价，但也会大大侵蚀金融机构的利润。所以，即使抛开房屋价格的不确定性，这种政策的不确定性也会使金融机构采取回避态度。 刘远举（上海金融与法律研究院研究员）

提姆巴兰签署离婚协议 妻子索要巨额赡养费

2013年10月17日 环球网 李立红



提姆巴兰签署离婚协议

【环球网综合报道】据美国知名娱乐八卦网TMZ 10月16日报道，排行冠军制造机、嘻哈乐坛大牌、天王制作人提姆巴兰近日与妻子莫尼克·莫斯利签署了离婚协议。离婚案中，莫斯利把提姆巴兰当做摇钱树，不仅要求提姆巴兰为孩子和她提供赡养费，而且还要为她的律师买单。据悉，提姆巴兰与妻子莫斯利皆是二婚，两人结婚已有五年。在离婚案中，莫斯利要求提姆巴兰为两个孩子提供赡养费，其中包括他们5岁的亲生女儿和莫斯利前夫的一个10岁孩子。

关于为什么提姆巴兰要赡养莫斯利前夫的孩子，莫斯利称，提姆巴兰以默认的方式不管是在公共场合还是私下都承认孩子是自己的。

此外，莫斯利还要求获得赡养费、人寿保险费、私人学校学杂费、假期、夏令营以及其他费用，甚至还有律师费。更有甚者，她希望提姆巴兰能随叫随到。在离婚案还悬而未决时，她声称自己想要精神损失费和永久赡养费，并且要一次性付清。这看起来莫斯利已经把提姆巴兰看做巨大的摇钱树了。

法国一男子犯“婚内强奸罪”获刑

2013年10月21日 中国妇女报

据法国《欧洲时报》10月18日报道，法国马恩河谷省重罪法院16日以婚内强奸罪判处一名已婚男子三年有期徒刑。

据报道，其妻指控他在2010年底一晚因酗酒及争吵对其拳脚相向，而后又将其两度强奸，这一切全发生在他们4岁大的女儿眼下。

这场漫长的指控持续三年之久，期间形势几度变化，而此前一直没有判定存在强奸行为。最终该男子于16日被判婚内强奸罪，原告律师表示：“这是一场胜利，因为社会因此承认了婚内强奸行为有罪。”

而之前该女子也于15日拒绝了非公开审判，她表示要“以所有饱受暴力行为侵犯的妇女名义参加这场诉讼”。（来源：环球网）

法国批准开征“富人税” 年薪百万以上征税75%

2013年10月20日 新华网

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

年薪超 100 万缴所得税 75%

据新华社电法国国民议会（议会下院）18 日晚投票批准在今明两年内针对年薪超过 100 万欧元（约合 136.9 万美元）的个人征收高税率的“特别富人税”。实际税率接近 75%。

每年坐收 2.1 亿欧元

根据法国政府提交的 2014 年财政预算提案，2013 年和 2014 年，在法国进行工商注册的企业将为年收入超过 100 万欧元的员工缴纳一项名为“特别互助贡献”的税收，税率确定为 50%，但一家企业此项税种所缴纳的总额不超过其营业额的 5%。

由于在法国进行工商注册的企业还必须为员工缴纳一定比例的社会保险费用，这一新税种实际税率接近 75%，与法国总统奥朗德在竞选时提出的开征高额“富人税”主张相符。法国政府称，这一新税种将涉及 470 家企业的 1000 名员工，每年可为法国政府带来 2.1 亿欧元（17.5 亿元人民币）收入。

“劫富”救济穷政府

法国负责预算事务的部长级代表贝尔纳·卡泽纳夫表示，这项新税种并非针对“成功人士”，而是高收入者在公共财政困难时期所作的“特别贡献”。他强调，法国在整顿公共财政期间有必要本着“公平”原则，采取这项临时性税收措施。

法国宪法委员会去年底曾裁定，法国政府拟于 2013 年和 2014 年对年收入超过 100 万欧元的个人征收税率为 75% 的所得税“侵犯了税收平等原则”。法国政府于是经过数月酝酿，针对奥朗德的竞选主张提出了新措施。但这项措施还需要提交法国参议院（议会上院）审议和批准。在参议院否决的情况下，法国国民议会仍有最终审议权和投票权。

分析奥朗德下手为什么这般狠

由于接连受到国际金融危机和欧债危机打击，法国社会不满情绪加大。2012 年总统选举中，隶属右翼的前总统萨科齐与隶属左翼的奥朗德提不同应对危机主张：萨科齐希望给企业减负，并改革高福利制度，从而提高法国经济竞争力；奥朗德主张“公正地重振法国经济”，保持现有福利，减少贫富差距，资本社会中的既得利益者应为经济环境恶化承担责任。对年收入过百万的高收入者征收高额所得税，是他竞选中极具号召力的主张之一。随着左翼社会党全面执掌法国政权，奥朗德逐步践行竞选承诺，总统和政府官员首先主动降薪，随后对国有公共企业高管限薪，另外还取消了萨科齐政府实施的一系列合理避税措施。从今年 9 月份开始，奥朗德政府还出台一系列税改方案，主要加税目标对准高收入人群和巨额遗产。

面对舆论争议，法国政府官员表示，税改肯定会实施，但会充分考虑它对法国经济和企业造成的影响，将视具体情况和目前形势而定。

影响税继续增，人继续跑

曾主演《大鼻子情圣》、《基督山伯爵》等经典影片的法国国宝级演员热拉尔·德帕迪约去年 12 月被证实正式落户比利时小镇内尚。消息传来，法国舆论普遍认为，德帕迪约此举是为了逃避高额“富人税”。

法国《费加罗报》消息称，这是继法国著名演员克里斯蒂安·克拉维耶定居伦敦后，又一位移居法国邻国的“富人”。另外，《比利时自由报》报道称，法国奢侈品巨头路易威登集团(LVMH)董事长兼首席执行官贝尔纳·阿尔诺已经着手申请加入比利时国籍，也是为了逃避法国的“富人税”。

法国媒体称，在决定“出走”的法国富人当中，有人是出于纯粹的经济原因，为了少交一点税，也有人是对奥朗德税收政策所体现出的法国社会“仇富”心态的失望。

税改上了《队报》头条！因为法甲的球员被坑惨了

据新华社电近几个月来，法国职业足球俱乐部一直在进行积极游说，试图阻止“富人税”付诸实施。因为将有 13 家俱乐部受到影响，而仅是巴黎圣日耳曼队一队便有 20 多名球员“中招”。

法甲俱乐部担心，这项税收措施将导致法国职业足球联赛人才流失。据悉，法国主要职业足球俱乐部计划在本月 24 日举行全体大会，商讨对策。有传闻说，法国多家职业足球俱乐部酝酿组织罢赛。

“我理解法国足球俱乐部的反应，因为只有它们将缴纳这一税收，那些自由职业者、律师和艺术家（有办法）不会缴纳的，”法国反对党人民运动联盟议员马克·勒菲尔说。在议会辩论时，勒菲尔举着当天出版的法国体育类专业报纸《队报》略带讥讽地表示，这项新税种将“破天荒”地成为《队报》的头版头条。

这项新税种实施后，也将引起法国职业足球俱乐部之间的“内讧”。像法甲巴黎圣日耳曼俱乐部这样的大俱乐部，旗下 20 多名球员的年收入超过 100 万欧元。勒菲尔表示，大俱乐部有钱，却受到保护；而小俱乐部本来钱就不多，却“多出血”。

也不是所有人都同情法国职业足球俱乐部。法国《巴黎人报》最近公布的一项民调显示，86%的受访法国民众认为法国足球运动员的收入过高。

“家事法苑”律师团队奉献

2013年10月23日 中国新闻网



霍家长房次子霍震寰

中新网10月23日电 据香港《明报》报道，已故全国政协副主席霍英东遗产风波，本随着长房霍震宇与霍震寰2兄弟达成和解而告一段落，但霍震宇后来指亲兄涉隐瞒霍老资产，要求重开官司。案件距开审不足一周，霍老长房2女儿加入震宇阵营，日前入禀香港高等法院要求罢免身兼霍老遗产执行人的霍震寰，改为委任退休上诉庭法官罗杰志或其他合适的人选代替。

霍家长房共有5兄弟姐妹，除了霍震霆、霍震寰及霍震宇3兄弟，原诉人霍丽萍及霍丽娜2姐妹极少曝光。除了霍震寰，其余来自霍家长房、二房及三房合共15人，亦因同属霍老遗产受益人而被列为本案被告，另包括霍老的2名遗孀。

入禀状指出，原诉一方霍丽萍及霍丽娜要求罢免同属长房胞兄霍震寰的遗产执行人职务，要求委任退休上诉庭副庭长罗杰志，或其他合适人选担任遗产执行人。她们又要求高院作出指示，下令罗杰志或其他被委任的遗产执行人可以履行职责，日后负责管理霍老的遗产。

霍英东于2006年10月去世，遗下估计约300亿(港币，下同)遗产，他更于遗嘱内特别订明，死后20年不可分家，又委任胞妹霍慕勤与其丈夫、长房次子霍震寰及三子霍震宇出任遗产执行人。

然而霍老死去仅5年，霍震宇便入禀高院，指长房亲兄霍震寰身为遗产执行人，不单侵吞家族公司逾16亿元资产及现金，更独断独行分配遗产，甚至强迫其他家族成员同意分配安排。当时霍震宇已要求法庭改为委派罗杰志任遗产执行人，又要求霍震寰交还涉案资产及交代遗产账目，并委派毕马威会计师事务所调查。

霍震寰和霍震宇2兄弟原于去年8月达成“大和解”，他们更首度同时现身法庭，表示兄弟间“一路融洽”，可惜好事多磨，2人不久再生嫌隙。同月，毕马威会计师事务所进行遗产调查时，发现霍震寰涉隐瞒家族公司的股份回购协议，并企图与霍震霆二人一起瓜分霍老数以10亿元计的南沙发展项目权益。霍震宇一方得悉后质疑亲兄不诚实不可信，决定搁置和解方案，并入禀要求循简易程序免去亲兄遗产管理人地位。案件将于下周一开审，预计需时5日。

台妇人外遇生子 27年后为争情夫遗产才承认

2013年10月28日 人民网

原标题：台妇人外遇生子 27年后为争情夫遗产才承认

据台湾媒体报道，徐姓妇人与丈夫感情不睦，27年前徐妇在外为陈姓情夫生下一子，因为没有与丈夫离婚，儿子仍登记为丈夫的婚生子，然而情夫今年过世，她为了让儿子认祖归宗以继承遗产，到新北地检署自首涉嫌伪造文书。因已逾十年的追诉期，检察官作出不起诉处分。

新北市土城区徐姓妇人(53岁)与丈夫婚后聚少离多，生下一名女儿后，徐妇与陈姓男子发生婚外情，27年前为情夫生下儿子，由于她没有离婚，儿子仍登记为丈夫的儿子，丈夫毫不知情。

徐妇后来离婚，带儿子搬去与情夫同居，因情夫与丈夫都姓陈，她认为小孩不需改姓，但她一直担心当初瞒着丈夫帮儿子登记户口是犯法行为，不愿让儿子办理生父认领，以致于在法律上，儿子始终是前夫的儿子。

直到今年中，情夫过世，情夫家族的兄弟姐妹竟现身争产，徐妇相当不满，为了捍卫儿子获得遗产的权利，她只好向地检署自首，承认婚外情生下儿子，且没有经过丈夫的同意，悄悄将儿子办理户口登记，犯了伪造文书罪。

检方告知法律追溯期已过，没有刑事责任，徐妇喜极而泣；但徐妇儿子若要继承生父的遗产，还须另打确认亲子关系诉讼。

九、学者、法官、律师视野下的婚姻家庭法

(一) 学者视点

征遗产税要兼顾社会效率

2013年09月30日 环球时报 万喆

最近关于遗产税是否应征收的讨论十分热烈。而其成为热点的原因，不外乎被期许寄托的“均富”功能。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

遗产税是一种财产转移税，从理论上讲，有利于缩小贫富差距，有助于增加国家财政收入。但加税对社会任何人都会有影响。政策的建立一定是在公平的基础上，只对部分人的“公平”不是真的公平。“富人”和“非富人”，只要其财产来源是正当、合法的，都应当享有同样的财产保护权利。这不仅是对私有财产权利的保护，也是对社会效率的保护。如果遗产税相关法规政策的建立缺乏考虑社会总体效率，那么轻则起不到预定作用，重则产生副作用甚至反作用。

所有法规政策的出台都要从总体出发，从长远着眼，要超越“情绪”，更不能以进一步撕裂社会情绪为目的。加税诚然是进行社会财富再分配的好办法，但是也会对生产积极性有所影响，遗产税尤其如此。因此应先确立法规政策的设计要严谨、公平，并综合考虑政策建立的基础和带来的影响。

法规政策的成功，应得益于正确、科学的建立程序和方式。据统计，全球 60%以上国家征收遗产税。但笼统地对国际上有遗产税的国家进行梳理，不能作为我国是否应收遗产税的理论或事实基础。应当对他国整体收入状况、收入层次分布、税收情况、遗产税情况、社会福利状况均进行详细考察，选取与我国现行状况较为相似的国家或阶段进行类比。更重要的，必须在我国现行政治经济体制下，评估遗产税征收的预计所得、投入、正面及负面影响等，进行综合权衡，方能从社会总体效率角度出发，制定合理的法规政策。

税收不能只有“收”，还有“用”的问题。遗产税的征收必须考虑如何“再分配”。如果“劫富”而未能“济贫”，那么对于为富者生产积极性的削弱不能在不富者生产积极性的增加上得到补偿，则虽然暂时提高了财政收入，但是总效率下降，长期必然无助于社会发展。

作为财产转移税目的一种，遗产税根本上牵涉到财产认定。而中国没有建立个人财产登记制度，产权评估体系也不够完善。在财富缺乏透明度的背景下，遗产税一旦开征，必然面临征税对象、征税基数的不确定。征收遗产税可能沦为纸上谈兵，甚至以误伤中产阶层为结果。因此，遗产税的产生应当以建立相关法规制度为基础，保证征收效率。

另外，我国的制度和经济发展有其特殊性，比如房屋产权的年限是 70 年，那么在对继承者征收遗产税时，是否需要考虑将房屋剩下的年限作为估价或折价基础？再比如我国城市、城乡间发展不均衡，北京繁华地带的学区房可能面临要被收取高额遗产税，而三四线城市的大洋房相比就不值几何。问题在于，对普通居民而言，它们都只是辛苦劳动所得，而且均为生活必需品。因此，遗产税相关法规的建立必须考虑全面。

任何决策，决不能是一时兴起，成为用于解决目前社会问题的权宜之计。在没有科学调研、缺乏全面建制基础上建立的，只能是空中楼阁。因此，遗产税法政策的制定一定要遵循严谨的程序，以社会总体福利、公共利益建设为目标，结果一定是要有利于社会效率的提高。▲(作者是中国黄金集团首席经济学家)

论对“第三者”的法律规制

2013 年 9 月 29 日 中国民商法律网 刘余香 衡阳师范学院人文社科系副教授

关键词：“第三者”，配偶权，法律责任

内容提要：“第三者”现象破坏了我国社会主义一夫一妻的婚姻制度，严重侵害了合法婚姻当事人的权益，并极易引发其他社会问题。我国现行《婚姻法》将婚姻损害赔偿的相对人锁定为婚姻关系中有过错的一方，不涉及婚姻关系之外的第三人。明确将“第三者”界定为《婚姻法》第 46 条规定的与有配偶者重婚或同居中的“他人”，明确认定“第三者”的法律责任，有利于更好地保障合法婚姻中无过错一方的合法权益与健康和谐的婚姻家庭关系。

随着我国改革开放的日益深入，由于各种不良因素的影响，“第三者”现象日益严重，在“法律管不着，道德也管不了”的情况下愈演愈烈，从隐蔽走向了公开。资料显示，当前 40%-50%的离婚案，是由“第三者”插足引起。“第三者”已成为现代社会导致他人夫妻离婚的“罪魁祸首”，破坏了社会主义一夫一妻的婚姻制度，严重侵害了合法婚姻当事人的利益，并极易引发故意杀人、故意伤害等刑事案件，严重干扰着正常的家庭生活与稳定的社会环境，对此应引起全社会的高度重视。然而，我国现行《婚姻法》虽明确规定了过错配偶方的婚姻损害赔偿责任，但并无惩罚“第三者”的明确规定。笔者以为，追究“第三者”的法律责任，对于保护合法婚姻，惩戒婚外侵害人，维护家庭与社会的和谐稳定，具有十分重要的意义。

一、“第三者”的界定

20 世纪 80 年代初，伴随着我国的改革开放，西方国家的性解放观念开始涌入我国，一些人置我国的婚姻家庭道德于不顾，肆意攻击他人家庭，通奸、与有配偶者同居、甚至重婚等等，民间就把这种人称之为“第三者”。1984 年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中第一次明确规定了“第三者”和“第三者介入”的概念。该意见第 3 条规定，因第三者介入而导致的离婚纠纷，首先要分清是非责任，对有过错的一方和第三者，应给予批评教育，或建议有关组织严肃处理。第 19 条指出，因第三者介入或喜新厌旧而离婚的，处理财物时应照顾无过错一方和子女利益。可见，“第三者”已被我国社会和法律赋予了特定的含义。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

关于法律意义上的“第三者”的界定，历来众说纷纭，莫衷一是，目前我国学术界与司法界对此尚在探讨之中。巫昌祯教授认为，“第三者是指明知对方有配偶而与之通奸的人，互有恋情但没有越轨行为的和受骗或受威胁而介入者不属于第三者，重婚者除承担刑事责任外，也应承担相应的民事责任。[1]陈苇教授认为，第三者是指介入他人婚姻，与夫妻一方有婚外性关系的人，包括通奸和重婚者。[2]杨遂全教授则从行为方式出发，认为“第三者介入”是指明知对方有配偶，而与其发生不正当男女性关系，从而故意导致他人夫妻感情破裂，希望与之成为合法配偶的行为，从而将一般的通奸和卖淫嫖娼与第三者介入区别开来。[3]以上观点在“第三者”，明知对方有配偶、第三者与有配偶者一方发生过不正当男女性关系、介入对方婚姻并给另一方配偶的配偶权和家庭的和睦团结及幸福造成一定损害三个方面达成一致。笔者以为，所有明知对方有配偶而与之发生性关系的婚姻关系以外的人都是广义上的“第三者”，都是有悖于一夫一妻制的应受到谴责的行为但是我们又必须清晰地认识到法律不可能防止所有的婚外情行为，因此，笔者建议法律仅将那些对合法婚姻家庭关系造成相对严重的侵害的重婚、同居行为中的“第三者”纳入调整范围，而其他诸如嫖娼、“一夜情”、通奸等关系中的“第三者”交给道德法庭去审判而不纳入法律的调整范围。这样，就将法律上的“第三者”界定为我国现行《婚姻法》第46条规定的与有配偶者重婚或同居中的“他人”，既与《婚姻法》衔接起来，又便于实际操作。据此，“第三者”侵害配偶权就包括以下两种情况：

（一）实施重婚行为侵害配偶权

重婚，是指有配偶者重婚或者明知他人有配偶而与之结婚的行为，即包括法律上的重婚和事实上的重婚两种情形。可见，有配偶的“第三者”与有配偶者登记结婚；有配偶的“第三者”与有配偶者以夫妻关系同居生活；无配偶的“第三者”明知他人有配偶而与之登记结婚；无配偶的“第三者”明知他人有配偶而与之以夫妻关系同居生活都属于“第三者”的重婚行为。

（二）“第三者”与有配偶者同居侵害配偶权

我国现行《婚姻法》共有三处出现“有配偶者与他人同居”的规定，第一处是《婚姻法》第3条“禁止有配偶者与他人同居”，是从保障婚姻原则的贯彻提出的禁止性规定；第二处是《婚姻法》第32条规定的准予离婚的理由“重婚或者有配偶者与他人同居的”，是从保护合法婚姻关系，促进社会稳定的要求提出的；第三处是《婚姻法》第46条规定的婚姻损害赔偿“因有配偶者与他人同居”而导致离婚的，无过错方有权提出婚姻损害赔偿，是对“有配偶者与他人同居”的惩罚，是从保护对因此而离婚的无过错方合法权益的角度提出的。根据最高人民法院的司法解释，“有配偶者与他人同居”（即婚外同居）是指：有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。可见，只要具备“有配偶者”、“不以夫妻名义”、“持续、稳定的共同居住”三个要件即构成有配偶者与他人同居。“有配偶者与他人同居”是不道德的行为，也是《婚姻法》所禁止的行为，严重侵害了合法婚姻关系无过错方的权益。

二、“第三者”侵害配偶权的责任构成要件

“第三者”插足，符合《民法通则》规定的侵权民事责任构成，即符合违法行为、损害事实、因果关系和主观过错四个要件，是侵权行为。

（一）行为的违法性

虽然我国法律目前没有关于配偶权的明确规定，但已有不少关于保护婚姻家庭的条款。如我国《宪法》第49条第1款规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家保护”。《民法通则》第104条规定：“婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护”。《婚姻法》第2条规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”。这一规定确定了一夫一妻作为婚姻法的一项基本原则，反对任何破坏一夫一妻制度的违法行为。《民法通则》第5条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯”。违反这一规定而侵害了公民、法人的合法的民事权益，均为违法。“第三者”插足侵害了合法的婚姻关系，是违法行为。

（二）损害事实存在

“第三者”插足侵害了合法的婚姻关系，致使配偶一方享有的配偶身份利益受到损害，导致夫妻反目，家庭破裂。配偶权属于身份权，并无直接的财产内容，对其侵害主要是精神损害，侵犯了配偶一方的同居权、贞操忠实义务，从而导致配偶一方精神上的痛苦，甚至间接导致受害配偶的社会地位、名誉、尊严等社会价值的贬损。

（三）违法行为与损害事实之间具有因果关系

如果侵害配偶权的“插足”行为与配偶权损害事实之间具有引起与被引起的关系，那么就可以认定两者之间具有因果关系。至于现实生活中出现的因夫妻感情出现裂痕而导致“第三者插足”的情形，“第三者”的出现似乎只是一种结果而非原因，但是，法律保护的婚姻，只是婚姻所衍生的权利而非感情。在婚姻面临危机时，配偶权利并非丧失，且双方并未作出解除婚姻的决定，即说明双方的婚姻仍有存在意义，是“第三者”的介入导致了婚姻的最终破裂。同时，“第三者”入侵所造成的婚姻破裂比之婚姻的自行终结给受害人所造成的损害更为严重。[4]

（四）行为人的主观过错

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“第三者”侵害配偶权的行为主观上必须具有妨碍他人婚姻关系故意，明知他人有配偶，却仍然要求与之保持不正当关系，过失不构成侵权。一般情况下，“第三者”和婚姻过错方之间形成默契，相互配合，使他们之间的违法行为得以长期隐蔽地存在。但如属于不了解情况，不知对方有配偶或者在对方隐瞒已婚身份的情况，误当了“第三者”，后知道对方有配偶便主动退出的，不应以“第三者”论处；或者虽明知对方有配偶，但是在被对方胁迫的情况下而与之保持不正当关系的，因行为人既不是出于故意，也不存在过失，其本身也是一个受害者，自不构成侵权。至于“第三者”主观过错的举证问题，可以采取举证责任倒置方式，除非“第三者”明确举出反证，只要“第三者”与配偶一方重婚或者同居，即可以认为其具有故意的主观过错形态。

可见，“第三者”的行为完全符合过错侵权赔偿的法律要件，可以认定“第三者”的行为构成侵权，应承担法律责任。

三、“第三者”的法律责任

（一）“第三者”承担法律责任的依据

关于“第三者”插足他人家庭，侵害一方配偶身份利益的法律后果，一些国家的法律适用侵权行为法或婚姻家庭法，一方面允许受害方向“第三者”提起停止妨害之诉，另一方面赋予受害方向加害方要求损害赔偿的权利。如依日本民法的解释，“与夫妻一方发生不正当关系的‘第三者’限于故意或过失、诱惑等，不问是否是自然的爱情，均对作为他方配偶的夫或妻的权利构成侵害，其行为具有违法性，对他方配偶精神上的痛苦有支付慰抚金的义务”。[5]在美国，1987年8月，一名北卡罗来纳州的妇女，援引北卡州一项具有百年历史的保护家庭不受“第三者”破坏的古老法律，对致使其已有5年的婚姻破裂的“第三者”提出控告，并得到了北卡州格拉海姆法院的支持，获得了“第三者”高达100万美元的赔偿，而法院裁决的依据是，陪审团相信当事人婚姻的破裂，是由于“第三者”的引诱造成的。我国修正后的《婚姻法》第46条确立了侵害配偶权过错离婚损害赔偿制度，但损害赔偿的责任主体仅限于过错配偶，排除了“第三者”的民事责任。对此我国学界有两种意见：一种意见认为，“第三者”应当是承担离婚损害赔偿责任的主体，应作为共同侵权人而负起连带责任，认为“婚姻家庭法应当明确规定第三者的民事责任”；[6]另一种意见认为，承担离婚损害赔偿责任的主体，只能是实施法定违法行为并导致离婚的过错配偶，不能包括插足破坏他人婚姻的“第三者”。因为“离婚及离婚过错赔偿是配偶之间的纠纷，解决的是配偶之间民事身份及民事责任问题，不宜将第三者的赔偿请求权和民事责任规定进来”。“对于第三者的行为，更适宜以道德来调整”。不可否认，道德具有对人们在婚姻家庭领域行为是非、善恶、美丑、荣辱进行评价的功能，但是，道德评价在改变人们行为上缺乏直接强制力，正是由于道德调整的无力和社会谴责力度的疲软，导致目前“第三者”侵害配偶权的现象泛滥。笔者同意第一种意见。配偶权是身份权，具有绝对性，“第三者”作为义务主体负有不得侵犯配偶权的不作为义务，违反不作为义务而作为就构成侵权。这是“第三者”侵害配偶权应当承担损害赔偿责任的学理依据。至于第二种意见所说的离婚及离婚过错赔偿解决的是配偶之间民事身份及民事责任问题，不宜将第三者的赔偿请求权和民事责任规定进来的观点本身没有问题，但笔者认为我们应当进一步完善婚姻法，明确规定“第三者”的法律责任，或者在现行法律体制下允许无过错配偶以“第三者”侵权为理由向法院另行起诉。因为“第三者”介入属于共同侵害配偶另一方权利的行为，符合共同侵权的法律特征，即“第三者”与配偶一方基于主观的共同故意，侵害了配偶另一方人身权利和财产权利，其行为所造成的损害是统一的、不可分割的。根据《民法通则》第130条规定，二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。

（二）“第三者”承担法律责任的方式

1. 刑事责任

我国《婚姻法》第45条规定：“对重婚的，依法追究刑事责任。受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向人民法院自诉；公安机关应当依法侦查，人民检察院应当依法提起公诉。”我国《刑法》第258条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”因此，有配偶而重婚的，或者明知对方有配偶而与其结婚的，构成重婚罪，应依法承担刑事责任。如果确不知道对方有配偶而与之结婚的，不构成重婚罪。同时，《刑法》第259条对破坏军婚有特殊规定：“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”因此，破坏军婚者，要承担较重的刑事责任。构成重婚罪的“第三者”，应承担相应的刑事责任。

2. 民事责任

“第三者”插足侵害配偶权，在“第三者”和无过错配偶方之间形成侵权损害赔偿关系，对此侵权行为，受害方可采取民事救济方法。受害配偶方可以根据实际情况请求法院或有关单位排除侵害，或者根据我国《民法通则》第120条规定，诉请法院责令“第三者”停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉。同时，对于“第三者”插足导致的严重侵害配偶权的行为，如因“第三者插足”而引起的自杀、凶杀事件，还可根据《民法通则》第134条第3款规定，对“第三者”予以训诫，责令具结悔过，收缴非法所得，罚款或拘留。“第三者”插足侵害配偶权，最主要的责任还是损害赔偿责任。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

第一，损害赔偿主体的确立。“第三者”的行为不能单独侵害配偶权，必须与有配偶者的行为相结合才构成侵害配偶权的行为。因此，过错配偶和“第三者”都是承担损害赔偿的主体。受害配偶有权在“第三者”和过错配偶中自由选择赔偿义务主体，具体分为以下三种情形：一是“第三者”无配偶，受害配偶只追究“第三者”损害赔偿责任的。情形。“第三者”插足是“第三者”与有配偶者的行为相结合而实施的共同侵权行为，因此，“第三者”应对此承担连带责任。如果受害配偶不追究其配偶的责任，就可以单独追究“第三者”的损害赔偿。此时，“第三者”就成为唯一的赔偿义务主体。二是“第三者”无配偶，受害配偶同时追究其配偶和“第三者”损害赔偿责任的。情形。“第三者”与有配偶者的行为构成共同侵权行为，“第三者”与有配偶者应对受害配偶承担连带责任，受害配偶可以同时追究其配偶和“第三者”的损害赔偿。此时，“第三者”与过错配偶同时成为赔偿义务主体。但依据现行《婚姻法》第46条及其司法解释第29条规定，受害配偶要追究其配偶的损害赔偿，应以离婚为前提条件。三是侵害配偶权的双方均有配偶，双方受害人又互诉的。此时，双方均为“第三者”和过错配偶。如果一方夫妻离婚，另一方夫妻不离婚，离婚一方的受害配偶可以同时追究实施侵害配偶权的双方的损害赔偿，而未离婚一方的受害配偶只能追究“第三者”的损害赔偿；若两对夫妻均离婚的，则受害配偶均可以同时追究实施侵害配偶权的双方的损害赔偿；若两对夫妻均未离婚，则受害配偶只能追究“第三者”的损害赔偿，在此情形中，双方受害人在追究“第三者”损害赔偿方面若愿意抵消，则可以抵消，否则不得抵消。

第二，损害赔偿的范围和标准。“第三者”插足导致夫妻关系破裂直至离婚，造成的最主要的损害是配偶另一方的精神损害，因此，“第三者”应承担精神损害赔偿的责任。精神损害赔偿的范围，理论上存在广义和狭义两种学说。广义学说认为精神损害包括精神痛苦与精神利益的损失，精神损害赔偿金包括精神利益损害所引起的直接财产损失赔偿、间接财产损失赔偿、纯精神利益损害赔偿和慰问金赔偿在内的综合的金钱赔偿数额。狭义学说认为精神损害仅以精神痛苦为范围。精神痛苦主要指自然人因人身权受到侵害而遭受的生理、心理上的痛苦，导致自然人的精神活动出现障碍或使人产生愤怒、绝望、恐惧、焦虑、不安等不良情绪。笔者认为，广义说将侵害人身权所引起的直接和间接的财产损失包括在内，扩大了精神损害赔偿的范围，而狭义说将精神损害赔偿限于精神痛苦抚慰金，范围过窄。因而笔者建议“第三者”侵害配偶权的精神损害赔偿金包括纯精神利益损害的补偿金和精神痛苦的抚慰金。精神损害是一种无形损害，本质上不可计量。关于精神损害赔偿的确定，通说认为，不能运用数学的计算方法，而是要用人文的方法，由法官从司法裁判的角度对精神损害的程度、后果和加害行为的可归责性及其道德上的可谴责性作出主观评价。精神损害赔偿的具体数额，可以依照最高人民法院关于一般精神损害赔偿方法的规定来确定，赔偿标准应结合“第三者”的主观过错程度和侵权行为的情节与手段、受害配偶所受精神痛苦与创伤的程度大小、过错配偶的过错程度以及当时当地的生活水平等因素综合考虑。在“第三者”主动插足、“第三者”与对方一见钟情不谋而合、过错方主动引诱“第三者”等情形中，“第三者”主观过错程度存在差异，赔偿数额也应不同。此外，“第三者”的经济能力也应在考虑范围之列。赔偿数额过高容易超出责任人的承受能力，一定程度上加深配偶间的矛盾，从而背离维权和制裁的目的；过低则无法满足权利人的请求，不能起到慰抚作用，也达不到制裁责任人的目的。而且，“第三者”的插足行为往往与有配偶的一方有关，因此要分清过错配偶的过错和“第三者”的过错程度，以此来确定“第三者”的责任大小和赔偿数额。同时，过错配偶平时在家庭生活中对自己的配偶、子女、父母是否负责任和承担义务，都是确定赔偿责任要考虑的因素。现代社会各地经济发展不平衡，生活水平存在明显差距，无法用一个具体金额作为硬性标准，所以，确定“第三者”的赔偿数额亦应考虑当时当地的生活水平。

“第三者”插足侵害配偶权，也有可能造成人身伤害、财产损失。人身损害主要包括因身体受到伤害而支出的医疗费、营养费、护理费及误工费等。财产损失指配偶权受损时所发生的直接和间接财产损失。一方面是夫妻共同财产支配利益和物质上相互扶助利益的损失，如配偶一方为“第三者”的利益隐藏、转移、变卖夫妻共同财产。另一方面是受害配偶为恢复被侵害的权利而支出的必要费用。如王泽鉴先生所列举：侦查通奸事实之费用；通奸子之生产费用；对通奸子之抚养费；撤销通奸子为自己婚生之生产费用；离婚诉讼费；闻悉通奸事实，情绪激动致身体健康所受之损害。对于财产损失，“第三者”应承担返还财产、恢复原状和赔偿损失的民事责任。

第三，损害赔偿诉讼的提起。配偶权具有不可侵犯性，受害配偶的配偶权遭到“第三者”侵害时，可向“第三者”提起损害赔偿之诉。提起诉讼的原告一般应是受害配偶本人。但当其丧失了民事行为能力或行动能力，如精神失常或瘫痪时，则由除其配偶以外的法定监护人如父母或成年子女等代为提起。如果受害配偶因“第三者”插足行为已经自杀身亡或被他人谋害时，则应由除配偶以外的法定继承人以原告的身份提起诉讼。

我国实行一夫一妻制的婚姻制度，它是以具有专一性和排他性的爱情为基础，与婚外同居、重婚等各种形式的婚外性行为水火不相容的。而“第三者”是对我国《婚姻法》所规定的一夫一妻制提出的严峻挑战，破坏了他人的婚姻家庭，有悖于社会主义和谐社会的建设，其行为理应受到法律的制约。进一步完善《婚姻法》，明确规定“第三者”的法律责任，约束不正当性行为，对于更好地保障合法婚姻中无过错一方的配偶权不受侵犯，保护正常、和谐的婚姻家庭关系不受非法侵害，纯化社会风气，维护善良风俗，具有十分重要的意义。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
中国民法学研究会 2013 年年会简报第三期

主办：中国民法学研究会

承办：西南政法大学

时间：2013 年 9 月 29 日

中国·重庆

时间：2013 年 9 月 29 日 10:20-12:00

地点：西南政法大学模拟法庭报告厅

主持人：中国民法学研究会副会长杨震

发言人：

王利明（中国民法学研究会会长）

姚红（原全国人大法工委民法室主任）

罗东川（最高人民法院民事审判第四庭庭长）

孙宪忠（中国民法学研究会常务副会长）

杨震：

下面有请中国民法学研究会会长王利明教授发言。

王利明：

我发言的题目是“加快推进人格权法的制定”。

在侵权责任法制定以后，制定人格权法是下一步制定民法典的关键，人格权法可以说是整个民法分则的领头羊，也是不可或缺的重要一部分。民法是保障人民安居乐业、幸福生活的法，幸福生活不仅仅是要衣食温饱，更重要的是生活有尊严，而维护个人人格尊严的基本法律就是人格权法。现在有一种观点认为在侵权责任法制定以后，是不是以侵权责任法来代替人格权法，我觉得这种看法值得商榷，侵权责任法本质上是权利救济法，而人格权法是权利法。侵权责任法不可能具体规定各项权利的内容，也不可能规定这些权利的发生、变动等等，所有这些都需要通过人格权法来作出详细规定，侵权责任法规定了权利的保护方式，但是这些方式是针对所有绝对权保护的方式，对人格权法来说，有自己特殊的一些保护方式，比如说人格权法特别重视停止侵害、赔礼道歉、精神损害赔偿等人格权法所特有的一些救济方式，这也是这些年人格权法发展领域的新趋势。所以侵权责任法不能替代人格权法。

现在也有学者认为从比较法来看，确实出现了一种宪法司法化的现象，人格权法是通过法官解释宪法、保障人身自由人格尊严的规定，这些人格权法表现得特别明显。但是我们国家实际情况不是这样，按照宪法规定，只有全国人大常委会才能解释宪法，法院不能够直接援引宪法作为裁判依据。最高人民法院有关司法解释规定法官裁判时在法庭上不能直接援引宪法，不能通过解释宪法来确定人格权法保护的规则，在中国把人格权保护具体化，需要通过人格权法才能真正的实现和完成。

随着民法强化对人格尊严的保护，人格权保护越来越重要，而且人格权的内容体系是相对完整的，人格权的体系主要建立在对一般人格权和具体人格权区分的基础上。人格权法体系大体包括一般规则、一般人格权、具体人格权，以及侵害人格权的救济这几部分。在确定有关具体人格权这方面，需要重点规定三项权利：

第一项是隐私权。很多学者已经把隐私权看作是现代社会的重要特征，而不仅仅是一项民事权利，在很多国家甚至被上升到宪法上的权利。最近还出现一个新的概念“国家隐私主权”，把隐私权上升到国家主权的范畴，说明隐私权的日益重要。很多国家都已经颁布了独立的《隐私法》，说明隐私权的内容非常丰富和复杂。我觉得至少人格权法应当确定有关个人的私人生活安宁、通讯隐私、禁止窃听拦截通讯等等。此外，住宅隐私、工作场所和生活隐私、个人私生活的秘密都非常复杂，包括个人身体隐私、健康隐私、财产隐私、家庭隐私、谈话隐私、个人经历隐私等等，而且这些隐私是一种财产。我还建议，规定政府在保护个人隐私方面的义务和责任，这也是依法行政的重要内容。这些内容都写进人格权法，内容将是非常丰富和复杂。

第二项是个人信息权。个人信息是与特定个人相关联，反映个体特征的可以记载和识别的符号信息。现在进入了一个信息社会，一个大数据的时代，随着互联网、数字化技术还有数据库技术的发展，个人信息得到空前的记载。现在大数据可以把方方面面的信息和碎片汇聚起来，形成各种不仅仅是商业化的利用，甚至对方方面的政府决策起到了至关重要的帮助作用，所以提出一个数据驱动决策，这是很有道理的。与此相适应的是怎么对个人信息进行充分保护成了全球范围内遇到的最重要一个课题，这充分反映了个人信息保护的重要性。个人信息保护首先涉及到权利性质怎么定位的问题，究竟是财产权还是人格权，我个人历来主张其虽然具有财产的属性，但是本质上主要方面还是人格权，而且必须要在人格权法加以规定。在人格权法规定才能够彰显一种法律平等保护和每一个人人格尊严的价值。如果我们说是一个财产权，好像每一个人享有个人信息的权利还可以分成三六九等，从人格权角度来看完全不是这样，每一个人所享有的个人信息权，它的背后体现和彰显的都是每一个人的尊严，法律要平等保护每一个人的个人信息权，

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

不管他是一个穷人还是富人，不管是地位很高的人还是普通百姓，他所享有的个人信息都涉及到每一个人的人格尊严，所以都要平等受到保护。任何一个人，哪怕是流浪汉，对他的个人信息要在获得其同意的情况下才能够进行利用和处置，这就是保护每一个人个人信息的权利，这也是人格权法属性所体现出来的。个人信息之所以当成是个人人格权规定，也是因为在这种权利遭受侵害了以后，完全通过财产损害赔偿的方式保护是有困难的。将来应该不排除可以通过精神损害赔偿和停止损害来救济。

个人信息权作为人格权，也为个人信息保护法单独制定提供了一个权利框架，同时也确定了未来人格权法制定的一些基本内容，因为个人信息保护法本质上就是要规定与个人信息保护有关的网络服务提供者、政府以及任何个人的义务和责任，这些义务责任的产生前提是界定了个人信息权。在人格权法中确定个人信息权人享有一种对他人请求保护信息完整的权利。所以个人信息单独立法，前提还是应该在人格权法里确认个人信息权。

第三项是确认网络环境下的人格权。我一直认为应该严格区分网络谣言的两种类型：一种是直接侵害个人私权，主要是侵害个人人格权；另一类主要是对公共利益的侵害，比如说造谣出现地震等等，闹得人心惶惶，这其实是侵害了公共利益。对网络谣言的类型进行严格区分以后，我们才能确定哪一种情况下政府要介入，哪一种情况下主要是承担民事责任还是承担刑事责任。但是因为现在人格权法里面没有详细规定网络环境下的人格权，所以对这两种情形没有做严格的界定。我觉得我们的人格权法有必要规定网络环境下的人格权。另外一个原因，因为网络环境下人格利益确实发生了一些变化，比如说在现实生活里面，像手机号码、家庭住址等等，这些信息可以在特定主体之间进行传播，不构成对隐私的侵害，这些信息一旦出现网上，没有经过权益人的同意擅自挂在网上，向全世界传播，受众是很大的，影响很大，出现放大性效应。这样的信息可能成为个人重要的隐私，甚至核心隐私，因此一旦侵害应该允许权益人获得救济。在日常生活里面，我们说个人经常使用化名来实施各种行为，这种化名不一定受到保护，在网上使用得长久，这种化名也可能成为一种人格利益。所以网络放大效应也决定了很多日常生活中可能不认为是一种重要的人格利益，到了网上就转化为人格利益，要求获得保护。而且网上的这些人格利益往往表现出一种集合的特点。也就是说各种人格利益经常交织在一起，对一种人格利益的侵害可能导致对多种人格利益的侵害，比如说个人的声音、肢体语言、形体动作，甚至个人偏好等等，都可能汇集在一起形成特殊的人格利益，在网上非法的利用会构成侵权。而且网上人格利益很容易随着互联网的发展被利用、可以被商业化，这是在日常生活里面所可能没有遇见的。网络侵权有它特殊的特征，所以我一直认为任何人在网上发布对他人名誉侵害的信息，或者非法披露他们的隐私，只要实施这种行为，因为受众是无限的，可以推定造成了一定的社会影响，同时推定受害人遭受了严重的精神损害，应该给予精神损害赔偿。在网上只要实施这种行为，就应该推定受害人遭受了严重的精神损害。在我们的人格权法里特别规定网络环境下的人格权，意义重大，而且这对受害人的保护也是必要的，也充分适应了今天互联网和信息社会发展的需要。时间快到了，我先讲到这里，谢谢大家！

杨震：

谢谢王利明教授精彩的发言。做第二个主题发言的是原全国人大法工委民法室主任姚红，大家欢迎，时间 15 分钟。

姚红：

各位老师、各位专家上午好，一年多以来，我们除了在修改消费者权益保护法，在其他的民事法领域没有多大的作为。我觉得自己还是有义务把现在所要做的工作以及下一步可能做的工作向大家做个汇报。我今天向大家汇报如下问题：第一，向大家汇报一下现在正在修改的消费者权益保护法。第二，介绍一下未来可能会涉及到哪些民事立法。第三，主要回应一下刚才开幕式时大家都很关心的民法典问题。

先向大家介绍第一个问题，关于消费者权益保护法的修订。消费者权益保护法是 93 年制定的法律，这个法律实施 20 多年了，对于保护消费者合法权益、促进社会主义经济发展确实发挥了作用。随着经济社会不断发展，国家的消费方式、消费结构和消费理念都发生了很大的变化，所以这部法到了修改的时候。严格讲起来，本来这部法是由国家工商总局负责修改，提交国务院法制办，然后交给全国人大修改。但是这部法律涉及到每个人的基本权益，最后决定由全国人大直接修改，不再经过前述相关机关层面。这一年多以来，我们主要是做消费者权益保护法的修改工作，且已经过全国人大常委会的两次审议，修改稿都已经挂到网上，我想在座的各位学者可能大部分同志都已经看到了，为了使大家了解一下修改的内容，我先介绍这部法律修改的主要内容，然后讲一讲目前对哪些问题还有一些争议或者其他考虑。

对消费者权益保护法修改的主要内容，这一次消费者权益保护法的修改在五大方面做了修改：第一方面，关于充实细化消费者权益的规定，这种充实细化主要体现在三个方面：明确了个人信息保护，完善了三包的规定，加大了对欺诈行为的惩罚性赔偿力度。比如个人信息保护主要从四个方面做了修改：一是明确规定消费者在购买商品和接受服务的过程中享有姓名权、肖像权、隐私权等各类信息得到保护。二是经营者收集使用消费者的个人信息应当遵循正当合法的原则。三是经营者和工作人员对收集使用的消费者个人信息必须严格保护。四是明确规定经营者没有经过消费者同意或者消费者明确表示拒绝，不得向其发送商业信息。完善三包方面，七天内可以退货，过了七天主要是修理，如

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

果是经过两次修理还有质量问题的可以退货，对于欺诈的惩罚性损害赔偿，原来是商品价格两倍的赔偿，这次分情况：一种是造成损失，不涉及到人身健康方面，没有重大的损失，现在提高到商品和服务价格的三倍，考虑到有一些商品太便宜了，比如10块钱买的，三倍是30块钱，现在有一个最低底线，最低赔偿500元。造成人身伤害的要赔偿受害人所受损失的三倍，这是一审稿、二审稿的规定，以细化对消费者权益的保护。

第二方面，强化了经营者的义务和责任。主要体现在四个方面：一是强调经营者诚信经营义务。二是明确召回缺陷产品的义务。三是明确规定了经营者在某些侵权行为中的举证责任。四是强化了广告经营者、发布者和广告代言人的责任。比如强调经营者诚信经营义务，明确规定经营者向消费者提供商品和服务的时候，必须恪守诚实信用，保证消费者合法权益。除了对他们进行惩罚以后，有关部门要记录信用档案，对社会公示，强调诚信义务。明确规定对一些耐用的消费品，比如说计算机、机动车、电视机、电冰箱，在六个月内发现瑕疵的话，是由经营者来承担举证责任。广告经营者、发布者如果知道是虚假广告还做发布的话，承担连带责任。

第三方面，规范网络购物等新消费方式，主要体现在三个方面：一是保护消费者的知情权，二是保护消费者的选择权，三是保护消费者的损害赔偿请求权。比如讲到保护消费者的知情权，草案明确规定，采用非现场消费的，比如说网络、电视、电话、邮购方式购物的，以及现在提供金融消费的，这种时候必须向消费者提供经营地址、联系方式、商品数量质量等等信息。保护消费者损害赔偿请求权，对于这一点如果销售者是利用网络平台来销售产品的，那么二审稿规定了网络平台的责任问题。

第四方面，进一步发挥消协的作用。主要体现在三个方面，规定消协要向消费者提供信息和服务，引导合理的消费环境。在保护法律法规就质量问题的强制性标准时，要听消协的意见。规定了消协提起公益诉讼的权利。

第五方面，进一步明确了行政部门的监管职责，主要体现在三个方面：一是规定行政部门在各自职责范围内对产品进行抽检，对于损害消费者的产品要召回。二是规定了消费者向行政部门的申诉，行政部门要在多长时间处理，并给消费者反馈。三是加大对违反消法行为的惩罚力度。

下面汇报一下第二个问题，关于消法进一步修改的意见。

第一，消法调整范围问题。归纳起来有这么几方面：

一是消法适用的主体是不是仅限于自然人？原则上讲，消法主要是对弱势群体提供保护的一部法律，法人购买商品是可以透过合同法进行调整的，贯彻契约自由，原则上对法人不适用消法。但是有一些机关、单位、企业为他的职工购买福利用品，比如洗发水等，实际上归结到个人使用了，这一些应当受消法保护，在消法里没有明确规定凡是法人购买的都不受消法保护。

二是大家说生活消费概念非常不清晰。曾经立法过程中，有人说是不是用“非营利性”来界定，经研究发现这也有困难。比如大家现在说消费者买房，买一套房自己居住，买第二套房可能要出租，你这个出租到底是营利的呢还是不营利的呢，我觉得就是仁者见仁、智者见智，有的说我出租了收了租金就是补贴家用，你说是营利的，好像买第二套房就不属于消费者了，这也很难说，所以研究来研究去这一刀还是不敢切。

三是消法是否调整医疗、教育、商品房消费。对于医疗、教育的问题我们也开了很多次座谈会，总体来讲很多同志认为，现在这种义务教育或者是学历教育，还有很多公立医院给老百姓看病，本身不是经营性的，所以不应当纳入消法。但是我们必须看到，现在像新东方这样的教育，周末各种各样的培训班，本身是经营行为，不完全排除在消法的范围。包括医疗，有一些医疗是美容性医疗，如果是排除在消法范围之外也不行。但是在消法上明确哪些进来哪些不进来，确实比较困难。最后对生活消费就没有做改动，我们认为现在的表述含义范围还是比较宽的，为将来也是留有余地的。大家看第二条，虽然是生活消费，第三条有一个经营者的概念，通过这两条的互动，我们想把完全是经营性的买东西排除出去。

四是大家都提到知假买假是不是消法问题，这个问题在生活当中确实有不同的意见。就像王海打假，完全不是因为个人消费的问题，而是为了经营，它的存在对于保护广大消费者权益还是合理的。所以这些东西不要去限定，对这些东西我们现在也是很难说在或者不在这个里面。这条至少在二审稿的时候没有改动。

第二，无理由退货能不能由当事人另行约定的问题。通过网络、电话这样的交易，买的商品有一个七天内无理由退货制度。一审稿规定无理由退货，一审以后有一些委员说无理由退货的范围太宽，有一些产品不适合无理由退货。二审稿的时候就说有一些商品不适用于无理由退货，比如说书刊、杂志，看完了你说退货了，还有计算机软件不适用于无理由退货。但是这次二审稿以后有同志提出全面的执行无理由退货，现在恐怕一刀切不合适。目前像天猫、京东这样大的企业在网上退货比较规范，跟消费者约定无理由退货没有问题。淘宝网上有90%的小卖家，实际上是小企业发展孵化的定位，主要提供廉价和个性化的商品，如果都实行无理由退货，对于小卖家的冲击特别大，最终广大消费者会受到损害。而且如果实行全面的无理由退货，会不会有人为了整倒卖家故意退货，造成恶性竞争。所以是不是能够允许另有约定。但是有一些人反对，如果把七天内无理由退货强制性规定取消以后，会不会大家都会约定不实行无理由退货，这样对消费者是不是有利。还有人说可以允许商家有这样的约定，但是必须高于法定的条款。还有无理由退

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

货还是放给商家和消费者双方约定为好，由市场调节，是不是考虑可以给无理由退货开一个口子，现在我们还在研究这个问题。

第三，对于商品和服务不符合质量要求，要不要限定退货条件。刚才讲了这次强化三包的规定，明确规定质量不符合要求的七日内可以退货，超过七日必须附加一个条件，必须经过两次修理，或者必须符合合同法违约的条件才能退货，否则不能退货。在讨论的时候有人说，干嘛修两次才能退，有的东西修两次不怎么好了，只要是质量问题超过七天也应该给我退货，不要设定这个条件。当然也有人反对，比如一个汽车，只是玻璃有点问题，那修了两次以后，是不是能够把全车都退了昵，这也是我们听到的意见。

第四，关于网络交易平台的责任。我们在二审稿规定，原来有一个“展销会”上来以后，找不到商家可以找展销会，原来把网络的交易也跟展销会的举办者一样的责任，找不到了，就由平台承担责任。原来规定平台先承担责任，这次立法的时候有一些人认为，现在的平台卖家太多了，跟展销会不一样，展销会毕竟就在那个房子里面，几百家都能够控制，现在网络淘宝是600万家，对于审查平台根本做不到实质审查，因为现在工商、公安信息不向平台透露数据的，所以对他的质量怎么样是没法控制的。如果让平台承担责任，对于平台的发展可能影响比较大。

关于惩罚性赔偿。现在把惩罚性赔偿分为两块：一块是没有造成人身伤亡或重大损害；另外是如果造成人身财产重大伤害，甚至造成死亡的，二审稿规定三倍的赔偿。审议的时候有一些委员说太低了，还要提高，比如北京市的标准，现在人均死亡是70万，如果本数是70万，再加惩罚性三倍，就是280万。对于一个黑心企业来讲，可能问题不大，但对于一个个体卖家来讲，数额真的要考虑。

最后，消法可能今年就要通过。下一步是著作权法，在国务院法制办那里，马上要提到我们这改。我最后回应一句话，大家都很关心民法典的问题，在今年的7、8月份，在中国政法大学开了一个专家研讨会，当时专家对于要不要搞法典意见也是不统一的，现在物权法、侵权责任法等等出来了，下一步怎么走我不知道，但是要不要搞民法典大家要回答一个问题，就是民法典的“必要性”，目前有这么多民事立法了，法典与否的差别在哪些地方。制定民法典以后对国家的民事司法实践有哪些更有利的地方，这一定要说服有关方面。

杨震：

谢谢姚红的发言。现在进行第三个主题发言的是最高人民法院民事审判庭第四庭庭长罗东川教授，大家欢迎！

罗东川：

各位老师、专家、学者大家上午好！非常高兴有机会来到西南政法大学参加民法学研究会年会，这也是一次盛会，对我来讲是一次难得的学习机会。

这次准备了一些民事审判情况，给大家做一个介绍。

第一，我把民事审判的工作和特点给各位专家做一个介绍。民事审判工作在法院的工作当中始终居于一个非常重要的地位，这几年虽然说可能对刑事审判工作关注很多，特别是07年死刑复核收回最高院之后。我想民事审判对经济社会发展，始终是重要的内容。特别是这几年每年民事案件的数量在600万件左右，占整个法院工作量很大的比例。在法院，讲的“案多人少”也好，还是“打官司难”也好，我想主要还是针对民商事案件，我们对民商事应该要重视。在2010年，最高法院曾经向全国人大常委会做了一个专题报告，关于民事审判的工作情况，在这个报告当中讲民事审判的几个特点，一个是涉及的范围广，涉及到经济社会生活的各个方面。还有案件的数量大、还有增长快、还有新型案件多，最后是审理难度大，这是对民事审判工作特点的介绍。

第二，审理难度大。现在的民事案件涉及到当事人的切身利益，矛盾非常激烈。应该讲法官感受到了前所未有的压力和责任，这两年也看了关于法官流失、辞职这样的情况，确实是面临着巨大的挑战。这里面有司法的环境、司法的公信力、司法的权威这样一些问题，所以我想民事审判应该讲有巨大的进步。现在全面进入到经济社会生活的各个方面，现在要着力去解决，特别是现在对个案的关注成为热点，应该说民事审判面临巨大的压力。前些年关于南京彭宇案件的审判，这么多年来学者专家和社会上还在关注。其实那个案件的处理还是案件事实没有弄清楚。二审通过调解方式结案，后来导致社会上的误解。所以去年的两会也是相关部门召开新闻发布会，把案件的事实真相做了评估。当初彭宇下车的时候和老太太发生了冲撞，两个人下车有交错，也有派出所的谈话记录证明。现在法官在裁判的时候面临很多的压力。特别是最近也有文件规定关于防止冤家错案终身责任问题，这是我们现在面临的严峻课题。

第三，我们是从2000年建立“大民事”审判格局，建立了四个民事审判庭，并有它的基本分工，民事案件有传统的民事案件加上房地产案件。随着十多年的实践，现在这些审判庭走更多追求共同的理念，还是追求专业性，这是面临的问题。现在民三庭负责知识产权案件，民四庭负责涉外商事案件，民二庭负责商事审判。这四个庭涉及到共同的问题，在审判的标准、尺度这个方面确实需要很好的进行研究。这是对民事审判基本情况的介绍。

接下来介绍我们目前民事审判的一些热点、难点、重点问题。在案件当中我觉得合同案件的处理问题，特别是合同的效力案件处理的问题在各个庭有差异。因为合同案件在几个民庭占了比较大的比例。这周二我旁听了一个庭审，感觉确实是比较复杂，是一个涉外房地产的纠纷，一个人从一个房地产开发公司买了200套房子，是付现金，交付了

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

以后公司出了三张收据，盖了单位的公章。然后老板卷款潜逃，工程没办法继续，市政府就来接手这个项目，后来把这个项目让另外一个公司来全部接手。接手以后房地产部门把允许商品房预售的决定撤销，后来卖给其他人，现在对这样一个案件法院应该怎么来处理，这里面确实涉及到许多问题。还有一个山东的案件，也是几千万，把合同价款付了，后来觉得标的物不值得这么多钱，后来还到公安部门去告了一个刑事的诈骗。我想在合同的纠纷当中现在确实呈现的状况比较复杂。刚才讲的房屋买卖也涉及到刑事，还涉及到行政，所以合同方面，值得我们关注，还包括今天讲的用合同来解决消费者权益保护法等问题。

此外，网络发展带来的纠纷，过去更多的是网络知识产权纠纷。现在网络商业活动越来越频繁，特别是像前两年阿里巴巴的促销，销售量很大，这对今后的民商事审判活动带来巨大的冲击。其他的比较重要的像劳动争议、房地产、医疗纠纷这些都是我们要去关注的。最新的案件是金融危机带来的独立保函纠纷，在这方面与民法有非常密切的关系。

最后一个方面，在最高人民法院民事司法解释的起草和案例指导也值得关注。现在司法解释是统一立项，力争保证质量。现在制定的过程也像立法一样，周期非常长，没有发挥及时指导审判的作用，现在基本上做得比较系统。在司法解释形成当中，实际上还有“批复”的形式，根据实际情况对发生的案件做批复，在这方面要做更多的工作。现在民一庭负责对民间借贷的司法解释，现在这个问题非常难处理。民二庭重点对公司法、证券法案件做得比较多。民四庭对独立保函案件做得比较多。我想指导案例制度应该讲对整个审判的指导有非常重要的作用，需要花大力气，特别是现在强调要调解，好多案件没有花大力气去研究，希望更多的学者来研究。

谢谢大家！

杨震：

谢谢罗东川教授的发言。最后请孙宪忠教授发言。

孙宪忠：

谢谢，我想讲讲物权法的问题，特别是中国农村现在的土地权利状况。我近年来做了很多的调查，发现在农村的土地权益制度建设上，法律规定和现实情况差距较大。我简单的说一下七个问题。

第一，现在农村集体经济组织，是所有权里的主体形态，法律上来讲其地位是很崇高的。但是在东部发达地区集体经济组织早就被各种各样的股份制公司替代，在西部农村地区和其他地方被村民自治委员会替代。

第二，集体所有权。发达地区农村集体的财产量非常之大。可西部有一些地方，集体财产就剩下道路了。

第三，集体组织的成员权。这基本上是一个抽象性的权利，仅仅包括投票权等等。但现实中间把集体组织成员权变成了股份，抽象的权利变成股权，增人不增地，减人不减地，这些好处都实现了。法律上说了，嫁出去的女儿自然没有这个权利，嫁出去的女儿没有这个权利，但是娶进来的媳妇有没有这个权利呢？麻烦很大，实际上成员权演化成民法上的权利，物权法规定的成员权很稀松。

第四，土地承包经营权。如果长久没有期限，其跟所有权有什么区别？积极的方面，农民权利得到确认；消极方面农民的小块地，想合成集体农产非常麻烦。

第五，宅基地的使用权问题。更多的要立法，要盘活，甚至要出现“地票制”，比如成都、重庆。

第六，集体建设用地使用权。物权法在这里没有得到肯定。这几天我参加调研又提到这个问题，这涉及对小产权房问题的解决，问题很大。

第七，城镇化带来农民各种权益的变化。现在农民“带地入市”，很多人在城里居住好几代了，在农村还有地。城镇化中间的地权问题真的很复杂。

时间有限我只能把目前调研的情况给大家简要汇报一下。

“家族信托”：帮富人打理家族财富

时间：2013年09月30日 15:00:33 中财网

作为家族财富传承的一种经典模式，在欧美富豪圈里流行了几百年的“家族信托”终于在中国大陆萌芽。

其实中国不少富豪对家族信托并不陌生，比如SOHO中国(0410.HK)的潘石屹、张欣夫妇，玖龙纸业(2689.HK)张茵，龙湖地产(0960.HK)吴亚军等，他们早已在海外设立了家族信托，并通过家族信托来持有公司股份。

但是，中国大陆第一单家族信托在去年9月才诞生，由平安信托有限责任公司(下称“平安信托”)发行。

虽然中国家族信托只可以用“刚刚起步”来形容，但步伐并不小。今年以来，多家私人银行和信托公司宣布了进军家族信托业务的意向。与此同时，有调查显示，在中国超高净值人群(可投资资产超过1000万元人民币的个人)中，有超过50%的人表现出对家族信托的兴趣。

与我国信托公司长期从事的政信合作、银信合作业务不同，所谓家族信托，是以家庭财富的管理、传承和保护为目的，受益人一般为本家庭成员。其设立主要用于解决财产跨代传承，尤其是家族企业实现有效、平稳的家族股权转让和管理。这更接近于受人之托、代人理财的信托本意。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“家族信托是一个财务管理工具,人们对它的认识还有个过程。近两三年,家族财富传承被很多企业提上了议事日程,家族信托也逐步进入大家的视野。所以不能说家族信托是突然爆发,只是发展到了这个时点。”第三方理财机构诺亚财富旗下,专注高端人群理财服务的歌斐资产管理有限公司投资总监冀田在接受《中国经济周刊》采访时说。

5000 万元起步

点燃中国大陆家族信托第一把火的平安信托对《中国经济周刊》称,目前客户方面需求踊跃,公司正在紧张工作,与客户合作商谈详细的产品方案。

“平安信托会努力把家族信托发展成核心的产品线和服务之一。我们预计人数约百万的高净值客户中有 1%左右的客户有财富传承需求。”该公司相关负责人对记者说。

在专注于高端人群信托业务的第三方理财机构利得财富资产管理(集团)有限公司助理总裁、产品总部总经理吴海波看来,企业的“二代继承人”不愿意接手父辈家业现象日益突出,这将扩大以家族信托为标志的家族财富管理市场需求。有调查显示,只有约 1/3 的二代继承人希望接掌家族企业。

对于在财富管理行业浸淫多年的金融机构来说,家族信托的客户几乎是“现成”的。“我们依托母公司诺亚财富,经过这么多年的积累,客户就在那里,核心问题是如何去提供有价值的产品跟服务。”冀田对《中国经济周刊》说。

值得一提的是,尽管目前一些私人银行、第三方理财机构尚无信托牌照,但他们可以选择信托公司来合作,帮助客户构建私人家族信托。

关于家族信托的门槛,平安信托等金融机构都将其设定为 5000 万元人民币。

“5000 万元是个经验值。从公司角度考虑,针对高端客户的定制化服务,包括税务、法务、资产配置、投资品种研究、风险控制等,成本高费时费力;从客户角度考虑,如果资金规模低于一定门槛,在投资组合配置时较难有优势,因而难以实现家族信托的个性化目标。”平安信托上述负责人告诉《中国经济周刊》,资金越多,信托产品可以更复杂。

实现财富管理“定制化”

实现“定制化”财富管理是富豪们建立家族信托的一个重要原因。家族信托的建立者(即委托人)可以根据自身财务需求和风险偏好、资产规模及配置情况、家族经营业务情况等,设置相应条款。

例如企业创始人离婚给企业带来的潜在影响,就可以用类似的手法来规避。2012 年底,龙湖地产创始人吴亚军离婚,就几乎没有给企业带来震动。

因为早在龙湖地产在港上市前一年,2008 年 6 月 11 日,吴亚军与丈夫蔡奎就已经在汇丰国际信托有限公司分别设立了吴氏家族信托及蔡氏家族信托,通过家族信托分别持有公司股权。这种模式也被业内人士称作家族信托的“预离婚”模式,企业负责人婚变不涉及股权变动。

家族信托还可以实现财产安全隔离、规避遗产税等功能。从法律上讲,委托人设立家族信托后,信托财产名义上是属于受托人(比如信托公司)的,即便委托人面临债务危机,债权人也无法对信托财产进行追索。同样的,信托财产也不算在遗产的范畴内。

家族信托独特之处还在于它可以进行个性化定制。比如在西方不少的家庭信托有所谓的“败家子条约”,即禁止子女转让或处置信托财产,所发款项只够子女过中产生活,或只能用于医疗、教育等支出。只有按照委托人的意愿生活才能享受信托的回报,这样的约束可以避免后代挥霍浪费以致破产。

“甚至有个极端的例子,某香港人设立的家族信托,规定后代必须定期上坟烧纸钱,信托公司看到他去了,就给他发钱。家族信托可以个性化到这种程度。”冀田说。

设立家族信托羁绊重重

家族信托在国内的法律、市场环境下还存在不少障碍,用冀田的话来说,“还达不到完美的状态”。

首先是信托登记制度的缺失。根据《信托法》规定,设立财产信托,依法办理信托登记是信托生效的前提。但目前我国尚未建立统一规范的信托登记制度。所以,像汽车、房产这类需要办理登记过户手续才能成为有法律效力的财产就必须办理信托登记才能设立家族信托,而现金资产则不需要。这导致目前的家族信托资产过于单一。

“我们的业务策略是先从简单的、法律法规保障到位的资产开始开拓家族信托业务。”平安信托上述负责人对记者说。

此外,信托生效还需要将财产情况进行公示,以确认该信托关系不会影响第三人的利益,也无损社会公共利益。曝光财富,这样的要求令不少富人望而却步。此外,这些客户最担心的,还是国内的法制环境。虽然目前法律条款里规定某些情况下,家族信托财产不清偿债务、不纳入遗产,但是实际能不能达到这种效果,他们没有信心。

除了相关法律待完善,市场也有待培育。“国内的家族信托,要成熟还需要一段时间,我个人没有那么乐观。现阶段的家族信托还是偏向投资为主。”冀田说。

尽管家族信托是信托财富管理回归本源之举,但是,“现阶段,信托公司做通道业务(指信托公司不参与信托资产管理,仅仅是利用信托牌照为其他想发行信托产品的金融机构提供通道)很赚钱,有意愿和动力去做家族信托吗?”

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

家族信托资产庞大也给财富管理机构带来挑战。“有些家族委托的资产甚至高达数百亿,这将考验财富管理机构对于不同资产的配置和驾驭能力。”吴海波说。

但不可否认的是,伴随着中国富豪人口和家族企业与日俱增,未来 10 年之内,以家族信托为代表的家族财富管理市场需求会呈现出爆发式的增长,并将在高净值人群中形成风潮。


华人孩子寄养西班牙家庭 频频引发抚养权争夺战

2013 年 09 月 30 日 中国新闻网 凌锋

中新网 9 月 30 日电 据西班牙《欧华报》报道,曾几何时,把孩子送到西班牙家庭中去寄养,对于不少旅西华人来说,还是比较时髦和荣耀的一件事。毕竟以不菲的价格雇上西班牙保姆为自己看孩子,并不是每个华人都能做到的。同时,作为外来移民,能为自己的爱子找一个西班牙人当保姆,在内心里也是一种成功的慰藉。然而虚荣心得到短暂的满足之后,许多华人所要面对的还是海外生活的压力,以及为此而进行的不断奔波。在孩子所带来的后顾之忧慢慢地被搁置起来以后,当家长的往往就会在繁忙中渐渐疏忽,甚至是遗忘了在西班牙人家中寄养的孩子。

马德里一位被剥夺了孩子抚养权的华人母亲痛心疾首地对记者说,自己看到亲戚家的孩子送到老外家中寄养得还不错,于是也找了一对西班牙老年夫妇帮助带孩子。刚送过去的时候,自己还天天想,会隔三差五的过去看看孩子,或是接回家中住个一宿,或是待个一天。后来由于生意渐忙,再加上日子长久了,就改为一周一次。再往后,夫妻俩开起了一间批发店,国内国外地忙得团团转,通常就会二十几天甚至一个多月的去看次孩子。后来,直到孩子快五岁了看到这位母亲后,在西班牙保姆的催促下才能怯生生地叫一声“妈”的时候,她才感受到孩子已经和自己认生了。但当时她并没有想到事态的严重性。

两年后,当孩子七岁的时候,这位华人母亲辞退了西班牙寄养家庭,把孩子领了回来。谁知她日后第一次动手教训自己的女儿,孩子就跑到了以前寄养的西班牙保姆家里,并且在对方的怂恿下,将父母告上了法庭。直到接到法院的传单时,当母亲的才意识到,在自己女儿的心目中,真正能够爱护和保护她的,不是自己,而是西班牙的保姆。其实,女儿早已成为了别人的孩子。

 据了解,仅在马德里华人中,从今年年初到现在,就已经有三对华人父母在抚养权的争夺战中,败下阵来,痛失自己的亲骨肉。在谈起自己的经历时,他们最简单,质朴的一句话就是“送出的孩子要不回来”,“以后千万不能送给老外养了”。而他们的这一个“送”字浓缩了多少父母与孩子的分离,或者是遗弃。从某种程度上说,正是这种变相的“遗弃”导致了华人频频痛失寄养孩子的抚养权。

除了与孩子的长久分离,缺乏培养亲情的基础以外,华人与西班牙人之间巨大的生活和文化差异,也是导致孩子长大后不认亲爹亲娘的重要原因之一。

华人作为移民来到西班牙,毫无根基和安全感可言,唯有日复一日,年复一年般的忙碌和打拼,才能立足和发展。由此,漂泊而动荡的境遇和单调而繁重的工作就成为了生活的全部。而华人寄养的孩子在西班牙人闲散,安逸,讲究享受和生活情调的环境中长大,其价值观和世界观与自己的父母是截然不同的。虽然他们如父母所愿,从起跑线上就开始融入,并成为黄皮白心的“香蕉人”,然而他们与父母之间的差异,也是无法调和的天壤之别。在这种情况下,如果要他们重回父母身边,同吃那份清苦,又怎么能够受得了呢?

对此,马德里一位女华人介绍说,自己的女儿在西班牙寄养家庭中长到九岁才被彻底接家中住。可回来后,孩子这里看不惯,那里受不了的,对亲生父母鄙视之极。到后来干脆提出,还要搬回寄养家庭中住,说和父母住在一起是在是乏味的无法忍受。而寄养保姆的极力争夺,更让女儿有恃无恐,住在对方家中,拒绝回家。

提到自己的女儿时,这位当母亲的伤心欲绝,她说自己和丈夫没黑没夜地经营小店,每个月支付高昂的保姆费用。没想到孩子养大了,居然瞧不起自己开小店的父母,以及他们辛苦而简单的生活方式。所以,她说自己再有孩子的话,无论如何也不能送老外那里养了。因为华人和他们所处的是两个截然不同的世界。

孩子对于华人父母来说,可谓是生活和奋斗的唯一希望。在发现自己的孩子要被西班牙寄养家庭夺走时,华人父母几乎都会主动或被动地诉诸法律,展开抚养权争夺战。然而遗憾而残酷的是,在诉讼中,华人最终所获得的结果都是痛失抚养权。

其实,由于在西班牙家庭中成长起来的孩子早已“身在曹营心在汉”。如此,华人父母的应诉从一开始就已经注定了自己失败的命运。采访中,马德里一位刚刚痛失十三岁儿子抚养权的华人介绍说,虽然孩子已经回家住了两年了,但是和寄养家庭的西班牙夫妇仍然有着相当密切的关系。对此,他和妻子也没有多想,只是认为这是一种朋友之间的情谊。为此,夫妻俩觉得整个家庭能交上这样的西班牙朋友,还是一件幸事。然而在两年中,孩子与父母间的关系不断恶化,并任性和暴戾的脾气表现无遗。对此,这对华人夫妻除了中国传统的打骂教育,就别无它法。后来,在一次棍棒教育之后,孩子和寄养家庭的西班牙夫妇将父母告上了法庭,要求更换抚养权。并且在法庭上,当儿子的亲自出庭作证,指控父母对其进行“虐待”。在如此情况下,华人夫妇哪有不输的道理?

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

此外，一些华人在寄养孩子过程中，不能按规矩办事，经济往来随意性极大，这也给自己日后败诉埋下了祸根。对此，前文那位痛失孩子抚养权的母亲介绍说，自己批发仓库的生意忙起来以后，通常是前去看孩子的时候，顺道给一下钱。有的时候，就一次给两三个月的钱。当时，她这么做，并没有多想。只觉得笑容可掬，热情奔放的保姆夫妇是绝对不会昧着良心，在抚养费上做什么手脚的。可真正等到双方为了孩子对簿公堂的时候，那对西班牙夫妇竟矢口否认自己收过什么抚养费。并且颠倒黑白的说，华人母亲看到孩子是女儿以后，就遗弃了幼子，送给他们养。听到此言，华人母亲说自己的感觉就如晴天霹雳，想要反驳却没有证据。因为以前她支付抚养费的时候，连个简单的收条都没有向对方要。接下来，庭审的结果是可想而知的。后来，当众亲友听闻此事之后，许多人都惋惜的慨叹，华人中其实早有这样的案例。为什么这位华人母亲竟如此孤陋寡闻？

论夫妻共同财产制对不动产登记公信力的影响

2013年03月22日中外民商裁判网 李建洲

在《物权法》实施过程中，由于与《婚姻法》、《民法通则》就不动产产权共有人的认定存在差异，造成了权利人、司法实践部门的众多困惑。一方面，婚姻关系中的夫或妻一方采取欺骗、隐瞒的手段，利用夫妻共同所有的不动产登记在一方名下的便利，在未取得配偶同意的情况下，擅自将夫妻在婚姻关系存续期间取得的不动产转让给第三人，使配偶遭受无法弥补的重大财产损失，甚至流离失所；另一方面，在近几年不动产价值不断攀升的情势下，受最大限度地获得不动产转让价值的利益驱动，婚姻关系中的夫或妻，罔顾已同意转让的事实，以配偶转让夫妻共同所有的不动产，未取得其同意，侵犯其财产共有权为由，恶意提起确认其配偶与第三人不动产转让无效的诉讼，使交易安全受到极大的威胁，使不动产登记的公信力逐渐降低。更由于《物权法》和《婚姻法》分属于不同的法律部门，难于比较其效力位阶的高低，加之《物权法》和《婚姻法》相关规定的不明确，使得司法实践部门对相同事实和相同诉请的案件，在适用法律上不一致，导致了纠纷处理结果的不统一。我国婚姻人口众多，如何切实保护好他们的不动产权益，引导他们处理好与配偶、与第三人之间的财产关系，对于社会和谐稳定至关重要，而完善相关法律规定，消除法律规定间的冲突是必然的途径和选择。本文拟通过夫妻共同财产制对不动产登记效力及其公信力的影响分析，提出关于《物权法》与《婚姻法》对于不动产权属认定不统一的解决办法，以提高不动产登记的公信力。

一、夫妻共同财产制的基本规则

夫妻共同财产制，是依据我国现行婚姻法的规定，对婚姻关系存续期间一方或双方所得的财产，在没有合法约定的情况下，认定为归夫妻共同所有的法定财产制度。其基本规则包括夫妻共同财产范围界定规则和夫妻共同财产权利义务规则。

夫妻共同财产范围依据《婚姻法》第17条及相关司法解释的规定界定，即夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，在排除了夫妻约定财产制和夫妻特有财产的情况下，均为夫妻共同所有的财产。这些财产包括：工资、奖金；生产、经营的收益；知识产权的收益；继承或赠与所得财产；一方以个人财产投资取得的收益；双方实际取得或应当取得的住房补贴、住房公积金、养老保险金、破产安置补偿费，以及发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用。

夫妻共有财产的形式是民法财产所有权的共同共有形式之一，因而夫妻对共同财产的权利和义务应遵守民法的基本规则和婚姻法的特有规则，这些规则可概括如下。

(一) 夫妻对共同共有的财产不分份额地享有权利和承担义务

夫妻对共同共有的财产不分份额地享有权利和承担义务，具体表现在：1. 夫妻对于共有的不动产或动产共同享有所有权、管理权；2. 夫妻共同承担对共有的不动产或动产的管理费用以及其他负担；3. 对于因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，夫妻享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在内部关系上，除共有人另有约定外，夫妻共同享有债权、承担债务。4. 夫妻对于共有的财产，在共有基础丧失或者有重大理由需要分割时才可以请求分割。

(二) 夫妻对共同共有的财产有平等的处理权

夫妻对共同共有的财产有平等的处理权，具体表现在：1. 处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经夫妻一致同意，但夫妻之间另有约定的除外；2. 因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有决定权；3. 夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。4. 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理。

上述规则表明，因夫妻对共同共有的不动产或动产不分份额地享有权利和承担义务，因此夫妻对共同所有的财产享有平等的处理权，尤其是对于不动产的处理需要夫妻取得一致的意见。这种夫妻对共同共有的财产的平等处理权并非以夫妻对共同共有财产所做的登记为依据，而是以夫妻间婚姻关系的存续为基本条件，除法律另有规定外，只要婚姻关系存续，夫妻共同共有财产的处理就必须经由双方共同决定，这是夫妻共同财产制的核心规则，也是人们长期形成且普遍认同的法律理念。

“家事法苑”律师团队奉献

二、不动产登记效力及其公信力

不动产登记又称为不动产物权登记，是权利人申请国家职能部门将有关申请人的不动产物权事项记载于不动产登记簿的事实。《物权法》第6条规定，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。

不动产物权的设立、变更、转让和消灭经过依法登记会产生以下效力：（一）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，但法律另有规定的除外。（二）不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。（三）不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

不动产物权登记在依法产生上述效力的同时，还会相伴产生物权公示公信的效应。物权公示，是指在物权变动时，必须将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害，进而保护交易安全。在民法上，不动产物权登记为不动产物权变动的公示方法，兼具物权设立、变更、转让和消灭的公示功能以及宣誓权利归属及其正确性的功能。物权公信，是指物权变动经过公示以后所产生的社会认同和信任，物权变动按照法定方法公示以后，登记记载的权利人即为法律上真正的权利人，第三人因为相信登记记载的权利人与权利人从事的转移权利的交易受法律保护，即使有公示上的瑕疵，善意受让人也不负返还的义务，对原物权利人的损失，由造成登记错误的人和登记机关承担赔偿责任。

三、夫妻共同财产制对不动产登记公信力的影响

夫妻共同财产制对不动产登记公信力的影响，主要源于婚姻法相关规定的不明确及与物权法相关规定的差异。根据婚姻法的规定，夫妻对于婚姻关系存续期间所得的财产，包括不动产，不论登记与否，只要排除特有财产和约定财产制的财产，即享有共同财产所有权；夫妻在婚姻关系存续期间对于共同财产的重要处理，必须经双方一致决定；对于婚姻关系存续期间共同财产的重要处理，夫或妻无权单方决定，否则即侵犯了对方的财产共有权。而物权法关于不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记发生法律效力，未经登记不发生效力的规定，无疑表明即使不动产是在婚姻关系存续期间取得，依婚姻法判定也属于婚姻关系存续期间的夫妻共同财产，但只要夫妻一方未进行不动产登记，就不能认定该方为该不动产的共有人，进而不能对抗善意第三人，即排除了对夫妻共同财产中未登记为共有人一方的不动产所有权的保护。由此可见，夫妻共同财产制对不动产登记效力的影响主要有以下三个方面。

（一）《婚姻法》规制下传统的夫妻共有观念和认识对不动产登记效力及公信力的影响

《婚姻法》自颁布施行至今已经有50多年的历史，1950年《婚姻法》规定实行一般共同制；1980年《婚姻法》在原来法律规定的基础上把法定夫妻财产制由原来的一般共同制修改为婚后所得共同制，同时补充了夫妻约定财产制；2001年《婚姻法》在继续保留婚后所得共同制、夫妻约定财产制的基础上，对夫妻共有财产的范围、夫妻共同财产的处理权以及夫妻特有财产等做了更加完善、合理的规定。从《婚姻法》发展的历史，我们不难看出，《婚姻法》实施的几十年间，虽然对相关的制度做过相应修订，但对夫妻共同财产制度的规定具有连贯性和一致性，婚姻关系存续期间所得的财产无论登记或占有在夫或妻任何一方名下均属于夫妻共同所有，处分夫妻共同财产应协商一致的法律意识已经深入人心。物权法颁行后，因婚姻法与物权法规定的差异，因司法实践部门适用法律的不一致，对于《物权法》只能依登记取得物权的认识尚不统一，短时间内也难以扭转人们几十年的固有观念，这些都严重影响了不动产登记的效力及其公信力。

（二）《婚姻法》规制下夫妻共有不动产登记现状对不动产登记效力及公信力的影响

受中国传统习惯和婚姻法律制度的影响，家庭成员间独立权利意识淡薄，配偶间不动产权属登记多以一方的名义进行。在物权法实施后，原来的这种登记状态使得婚姻法规制下的夫妻共有财产制所确立的财产共有权处于了不确定的状态，即未进行权属登记的配偶一方权利的有无处于或然性的状态，完全由进行权属登记的配偶一方的意愿及善意第三人的权利所控制和左右，进行权属登记的配偶一方擅自处分共有的不动产，以及第三人的善意取得成立的情形下，其财产所有权荡然无存。而这种财产共有权利的丧失，既非权利人的错误认识导致，也非权利人错误行为使然，完全是因为《婚姻法》与《物权法》法律规定的不一致，以致司法机关在处理同类纠纷时适用法律不统一造成。如果任由这种状态自由发展，人们的不安全感会日益上升，势必造成司法公信力的进一步下降，更难以实现《物权法》关于不动产登记效力的公信力。

（三）《婚姻法》规制下夫妻共同财产制规则的适用对不动产登记效力及公信力的影响

物权法颁行后，如因婚姻法与物权法规定的不一致，简单地排除夫妻共同财产制规则的适用，势必会因夫妻一方擅自处分夫妻共同财产而给另一方造成重大财产损失，而这种损失在婚姻关系存续期间又无法实现赔偿，且因擅自处分夫妻共同财产多为恶意转移财产，即使通过离婚诉讼也难以获得赔偿。反之，如果简单地适用夫妻共同财产制规则，又会影响物权法的施行，无法使善意第三人的交易安全得到保障。如前所述，不动产登记的核心效力在于，不动产的设立、变更、转让和消灭不经登记不发生法律效力，经过登记产生公示公信效应，如果适用婚姻法对于不动产的

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

处分必须取得夫妻一致意见的规则，物权法善意取得制度中判断第三人善意的标准就会更加严格和复杂，判断第三人受让该不动产时是否善意，不仅要考证第三人对不动产登记簿记载的内容知情，还要对不动产登记簿记载之外的，夫妻是否达成一致意见进行考证，这样做的结果，不仅加重了第三人的举证责任，而且彻底否定了不动产经登记生效的法律效力，进而对因登记生效而产生的公信力带来消极影响。

四、消除夫妻共同财产制对不动产登记效力及公信力影响的措施

尽管夫妻共有制对不动产登记效力有着深刻的影响，但是推进物权法适用的进程，提高公民对于物权保护的意识是刻不容缓的，笔者认为，必须采取符合实际需要的行之有效的措施来消除夫妻共有财产制对不动产登记效力的影响。

(一)完善《物权法》的产权登记制度

应在未来的《不动产登记法》中明确规定，证明不动产权属共有的唯一依据为不动产共同所有权人的共同登记，只有在不动产登记簿上署名的权利人，才能为不动产的所有人或共有人；未在不动产登记簿上以共有人身份登记的配偶一方，不得以“不知情”对抗善意第三人。通过上述规定的完善，明确善意取得制度的“善意”条件和含义，避免司法实践部门在判断第三人是否构成不动产的善意取得时适用法律的不统一，保护善意第三人的合法权益，使公示公信原则得到切实的贯彻。

(二)修订《婚姻法》及司法解释的相关规定

在《婚姻法》中明确补充规定夫妻共同财产制度中不动产物权的归属以《物权法》的规定确定；明确夫妻对财产的平等处理权不得对抗善意第三人，以使《婚姻法》的规定与《物权法》和《不动产登记法》的规定相统一。通过完善《婚姻法》的夫妻共有财产制度，避免《物权法》与《婚姻法》法律冲突，解决司法实践中法律适用的不统一，维护法律的权威，增强司法公信力。

(三)及时进行夫妻共有不动产的补充登记

未来《不动产登记法》实施后的不动产登记依《不动产登记法》进行；对未来《不动产登记法》实施前的夫妻共有不动产权登记在一方名下的遗留问题应采取补充登记的办法解决。在未来《不动产登记法》颁布后至实施前，选择时机进行一次全国范围内的不动产产权补充变更登记，对于依婚姻法规定属于夫妻共有的不动产只登记在一方名下的登记进行变更，补充登记另一方为不动产共有人，以对属于夫妻共有财产中未作产权登记的一方权益采取补救的保护措施。通过不动产共有的补充登记的措施，保护不动产共有权人的合法权益，减少相关纠纷及诉讼，促进社会安定和谐。

专家交锋：遗产税该不该征？

2013年10月8日 中国民商法律网

近日，关于“征收遗产税即将提上日程”的消息引发社会广泛关注。尽管随后相关当事人称消息并不准确，但人们的关注度并没有随之烟消云散。遗产税到底是否征收？何时征收？征收遗产税如何确保公平？专家学者们对此观点并不一致。

遗产税征收时机到来了吗？

【焦点】继今年2月，国务院批转发展改革委等部门《关于深化收入分配制度改革若干意见》提出“研究在适当时期开征遗产税问题”之后，近期有媒体报道称国务院参事刘桓透露，遗产税被写入党的十八届三中全会文件草稿。10月1日，国务院参事室的网站刊登刘桓的声明表示，9月以来，就遗产税问题未接受过任何媒体采访，媒体报道内容很不准确。尽管如此，“遗产税”还是触动了人们敏感的神经。

【观点一：征收遗产税的时机早就到了】中国经济体制改革研究会会长宋晓梧认为，我们国家的亿万富翁数量都已经赶上美国了，有各种方式富起来的群体，这是遗产税开征一个最基本的条件。关键是要不要下决心开始征收，现在国家贫富差距问题已经凸显，有了一批提前富起来的人，因此，开征遗产税对调解收入分配有重大意义。

【观点二：征收条件尚不具备】财政部财政科学研究所副所长刘尚希认为，到没到征遗产税的时机，首先要搞清楚征遗产税的目的，然后考虑在现有条件下能否达到这个目的。现在我国房产税征收都面临很多困难，更何况遗产税，动产、不动产、字画等各种东西都包含在遗产税里头，这些东西价值怎么衡量，弄不清楚的话怎么征收？我对现有条件下征收遗产税所能起的作用不太乐观。

【观点三：是否开征遗产税要立足国情】中国社会科学院财经战略研究院研究员杨志勇认为，近些年来，开征遗产税的国家和地区或大幅度降低税率，或暂停甚至取消遗产税的现象值得我们关注。开征遗产税或遗产税税率较高的国家和地区，与不开征或税率较低的国家和地区相比，总是处于不利地位。财富从前者转移到后者的情况屡见不鲜。遗产税要有效发挥在调节收入再分配中的作用，不能不面对遗产税的这些动向，同时需立足国情。

【记者点评】税收是富民之本，强国之基。开征一个新的税种，往往牵一发而动全身。是否征收遗产税首先要考虑其是否利于国强民富，这不仅要立足国情，还要充分聆听民意，需在增加税收和保障百姓增收之间寻找最大公约数。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得 征收遗产税能否拉近贫富差距？

【焦点】舆论普遍将征收遗产税看做调节贫富差距的一个重要路径。国家统计局今年1月公布了2003年至2012年十年间的基尼系数，最低为2004年的0.473，最高为2008年的0.491。这些数据表明我国加快收入分配改革、缩小收入差距的紧迫性。

【观点一：不能将遗产税视作工具】刘尚希认为，我们要冷静看待遗产税在调节收入分配上的作用，不能认为征收遗产税就能解决收入差距大的问题，遗产税在调节收入分配上有正面作用，也有负面作用，到底利弊哪个大，还有待观察。不能简单地将“遗产税”作为一个工具，认为这个东西只要用起来，就能起到立竿见影的效果，这是比较虚幻的思维。

【观点二：遗产税的象征意义大于实际意义】杨志勇说，遗产税的主要目的不是为了增加税收收入，我觉得遗产税相比于调节分配，可能鼓励大家做慈善，呼吁捐钱的作用更突出，在这方面的象征意义更明显。遗产税的作用是促进社会公平，但开征遗产税也要防止新的不公平问题出现。

【观点三：遗产税有助于缓解贫富差距】北京师范大学中国收入分配研究院副院长刘浩认为，目前我国一方面富有人群子女在财富、教育、科技等具有市场领先优势，另一方面是农民工后代在经济能力和素质教育方面处于弱势。在竞争起点上存在财产能力、教育能力等方面的不公平，竞争结果中还存在再分配乏力和财产税调节缺失的问题。在这方面，遗产税可以起到定向调节和校正作用。收入分配改革应从具体制度改革入手，解决竞争不公与分配不公问题，遗产税就是其中一个重要的切入点，可以起到定向调节和校正作用。

【记者点评】增加税收不是开征遗产税的主要目的，也不能完全指望利用遗产税去平衡收入差距。当前，更紧迫的是需要消除城乡之间、区域之间、国企民企之间存在的各种制度性障碍，创造更加公平的竞争环境。

征收范围、税率如何确定？

【焦点】一项新的税收制度从酝酿到出炉，总是要经历反复调研和思量，尤其是牵涉到群众的切身利益，更是难以一蹴而就。目前社会上围绕遗产税开征的可行性也存在很多争议。那么，即便是开征遗产税，又面临哪些难点？

【观点一：征收范围难以确定】中国财税法学研究会理事潘明星认为，开征遗产税的关键是可行性。征收遗产税要求国家对公民个人“遗产”有很清晰的界定和掌控，包括公民的婚姻家庭情况、房产、金融资产、公司股权、境外财产，甚至古玩字画等都要在掌控之中，需要建立全国联网的体系，完善这些就需投入大量的人力物力和较长时间。这个问题解决不了，遗产税想征收就很困难。

【观点二：遗产税税率有待考证】杨志勇认为，遗产税调节力度的大小也是需要考虑的问题，这涉及起征点和税负选择问题。从加大调节力度的角度考虑，设置累进税制且较高的税率体系可能更为合适，但从全球遗产税制的演变趋势来看，若设定过高的税负水平，结果又可能适得其反，在某种程度上导致资本外逃。因此，若征收遗产税应考虑税制对效率和公平的影响，设置合适的税负水平。

【观点三：确定免征额需严格考证】刘浩说，遗产税首先是富人税，国外一百个遗产继承人，也就是两三个人需要纳税，绝大多数人都够不上缴税的数额。我国把扩大中等收入者比重作为分配政策的既定目标，因此中等及以下家庭的遗产赠与不应在课税之列。在我国大城市，许多人都觉得一套房就值好几百万，其实，这可能只是特定时期的特殊情况。国外在征税时，对于地价异常引起的税负加重也是有减除方法的。至于遗产税的免征额和征收比例恐怕要在掌握更全面、更详尽的财产状况后才能讨论。

【记者点评】开征一个新税种不仅要考虑公平公正，还要充分论证其可行性。这需要结合我国收入分配情况和财产评估实际，不仅要从小处着眼，还要从细微处着手。唯如此，方能经得住实践考验。

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会 2013 年学术年会（商洛）综述

2013 年 10 月 7 日 西北民商法律网

2013 年 9 月 28 日，陕西省法学会婚姻家庭法学研究会美丽的陕南城市商洛举行。此次会议由陕西省法学会婚姻家庭法学研究会主办，陕西省商洛市中级人民法院、西北政法大学妇女与家事法律研究所、陕西省妇女|性别研究与培训基地承办，西北民商法律网对此次会议进行全程网络支持。来自全省法学院校、科研机构、法律实务部门的 50 多名专家、学者和法律工作者出席了本次会议。本次会议分为开幕式及嘉宾致辞、主旨报告、专题研讨三部分。

一、开幕式及嘉宾致辞

2013 年 9 月 28 日上午，本次大会在陕西省法学会婚姻家庭法学研究会副会长、陕西省高瑾律师事务所主任高瑾律师的主持下开幕。

商洛市法学会副会长、陕西省法学会婚姻家庭法学研究会副会长、商洛市中级人民法院杨成哲副院长出席开幕式并首先致辞，他先向大会说明了本次会议的筹备情况，并就本次会议的举办地商洛市的地方情况向参会人员介绍，其次他肯定了陕西省法学会婚姻家庭法学研究会自换届三年以来的工作成果和年会的重要意义，最后对婚姻家事案件在历年来的变化趋势进行自己的分析。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

陕西省法学研究部主任魏清利致辞，他首先肯定了本次会议的研究主题，之后高度评价了陕西省法学会婚姻家庭法学研究会婚姻家事方面的研究与实践相结合方面所做出的贡献。

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会会长、西北政法大学民商法学院张伟教授致辞，首先对商洛市中级人民法院对本次年会的大力支持表示感谢，二是希望本次会议在探讨婚姻家庭问题的过程中可以提出新的解决思路，最后对婚姻家庭与国家法律之间的关系提出了自己的见解和看法。

二、主旨报告

本次会议的主旨报告部分由高瑾律师主持。北京天驰洪范律师事务所合伙人杨晓林律师就“子女婚后父母部分出资房屋产权之界定”、“享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠所购公房权属之确定”与上海沪家律师事务所创始合伙人贾明军律师就“婚姻法与其他法律的交叉应用与司法实践”分别作了主旨发言。

杨晓林律师先就“子女婚后父母部分出资房屋产权之界定——《婚姻法》司法解释三第7条再探讨”发言指出，婚后所得共同制是我国的法定财产制度，这就决定了在双方没有相反约定或者其他法定情形下的情形下，婚后所得财产都应该由双方共同共有。然而《婚姻法》司法解释三“婚后父母出资为子女购买的不动产”，尤其是父母部分出资购房款这一最具普遍性的情形，究竟如何认定出资和产权性质，恰恰未予明确，理论和实践产生巨大分歧。2013年7月最高院机关刊物《人民司法》上以司法信箱的方式发表了彻底颠覆之前所存在的两种解读观点，目前来自最高院的权威解读已达三种之多。杨晓林律师认为，《婚姻法》解释三第7条着重针对的是婚后父母出全款帮助子女买房，且登记在子女名下的情形；而对父母仅有部分出资，包括出首付的情形，应当按照《婚姻法》第18条第（三）项的规定，该出资视为对自己子女一方的赠与。如果双方没有相反的约定，则所购房屋产权和增值归夫妻双方共同所有。同时考虑父母所赠出资对房屋取得所作的贡献，在分割共同财产时予以适当多分。

在就“享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠所购公房权属之确定”的问题中，杨晓林律师指出，应充分考虑房改房属特定时期国家福利政策分房的特点，根据购买过程中是否使用了另一方应该享受的包括工龄优惠在内的各种优惠；或者作反向思考，根据房改房是面向家庭，且每个家庭只能享受一次的政策，通过分析另一方是否因此失去再次享受福利分房资格来判断属于一方的个人财产还是再婚夫妻共同财产。同时，考虑到房屋的增值，为平衡双方利益，可以对婚后共同支付的购房款部分给另一方以合理补偿。



贾明军律师发言指出，伴随着市场经济的高速发展，婚姻家庭也受到经济快速扩张的影响，婚姻继承等方面出现法律关系复杂化，与其他学科交叉频繁化的趋势：1、《婚姻法》与《合同法》的交叉应用，体现在《合同法》52条对夫妻一方就夫妻共同财产所订立的合同效力问题；2、《婚姻法》与《公司法》的交叉应用，具体表现在股东代表诉讼、返还印章、股权确认之诉等问题；3、《婚姻法》与《证券法》的交叉应用，在离婚财产纠纷中，对夫妻一方的财产状况的查明往往受到证券法的信息披露制度的限制，“举证难”是在处理涉及证券财产的离婚诉讼案件的最大问题；4、《婚姻法》与《刑法》的交叉应用，在一些涉及家庭暴力的案件中，对受害一方权益的救济不能简单地将其视为婚姻家庭内部事务，而是从法律所保护的社会法益和稳定出发，更重要的是通过《刑法》的相关规定来追究施暴一方的刑事责任。

三、专题研讨

（一）专题研讨一

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会副会长、榆林市中级人民法院贺世辉副院长主持了本部分研讨。

商洛市中级人民法院民一庭尤永刚法官的发言主题为“浅议离婚案件中的照顾女方利益原则”，尤法官指出作为婚姻家事案件的重要审判原则的“照顾女方利益原则”，在长期的司法实践中已经没有存在的社会现实基础，尤其在落后的农村，妇女往往是稀缺资源，男人反而处在弱势地位，婚姻家庭关系作为社会关系的一种，同样适用经济法的原

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

理，按照博弈论的帕累托最优原理，尤永刚法官认为根据现在的社会条件应当将《婚姻法》第 39 条修改为“照顾弱勢一方当事人利益”更为合理，能更大限度的使得离婚双方达到双赢的社会效果。

西北政法大学民商法学院陈凌云副教授的发言主题为“离婚案件中彩礼返还纠纷的解决”，虽然婚约彩礼作为中华民族的传统婚嫁习俗之一，至今影响着中国百姓的生活，但有关彩礼返还纠纷，一直为司法实务中的难点。具体表现在彩礼的认定困难和彩礼的返还困难。造成这一局面的症结在于：1、《婚姻法》解释二第十条规定缺乏统一性和逻辑性；2、我国婚姻法不承认婚约效力；3、彩礼纠纷深受民间习惯影响。对彩礼返还纠纷问题的法律对策应从三个方面出发，首先我国应承认彩礼制度；其次明确彩礼的返还范围；最后要明确彩礼的返还内容和形式。



陕西省榆林市中院民一庭庭长徐小炯法官就夫妻离婚财产分割有关进行发言，他指出在近年来榆林市中院的离婚财产分割纠纷主要集中在房屋产权纠纷和公司股权分割两各部分。其中在离婚时公司的股权分割案件中，多集中于有限责任公司的股权分割，而有限公司由于其人合性和资合性交叉的特性给实务审判造成很大困境。他表示曾提出过将收益权与处分权相分离在离婚时进行分割的想法，但在理论上却与《公司法》的相关规定相抵触。另外，徐法官对探视权的保护问题提出了自己的看法，他认为我国应尽早设立探视令制度，同时还应完善对于不尽监护义务的制裁问题，同时还应重视对无法监护或监护不到位的未成年人的救济。

商洛市丹凤县人民法院法官刘静法官的发言主题为“我国夫妻财产关系难点问题的探讨与完善”，刘静法官就现阶段我国夫妻财产关系中出现的一些难点问题如夫妻约定财产制度，婚姻关系存续过程中的分居、离婚诉讼期间的财产、债务认定，夫妻共同债务、个人债务认定等问题及其完善进行简要的探讨。

(二) 专题研讨二

陕西省法学会民法学研究会副会长、铜川市法学会民事应用法学研究会会长、铜川市中院张力副院长主持了本部分研讨。

商洛市镇安县人民法院副院长胡宗平就“浅谈离婚时女方嫁妆和男方彩礼的处理问题”进行发言，他指出我国现行的婚姻法对嫁妆没有明确的规定，但在第十八条规定了夫妻双方法定个人财产的范围，其中第一项明确规定，“一方的婚前财产”属于个人财产。据此，在实务中几乎所有法院都直接将嫁妆判决归女方所有，但这种简单的处理办法实际上并不妥当。胡宗平院长认为，离婚案件处理嫁妆问题至少应该从夫妻结婚时对财产的约定、嫁妆的来源以及嫁妆使用过程中的修缮问题等因素综合考虑。其中在处理彩礼返还问题时要准确理解《婚姻法》解释（二）第十条的规定，在司法实践中还应注意以下几点：首先，处理彩礼返还问题要把握住基本原则；其次，司法实践中要根据当地的风俗习惯和具体情况综合考虑和把握；第三，在处理彩礼问题时，要坚决打击违法犯罪行为，净化社会风气。

商洛市中级人民法院民一庭李楠法官的发言主题为“离婚案件中当事人将个人财产或共同财产赠与子女所引发的法律问题之探析”，在婚姻关系解除时夫妻一方将共同财产赠与子女，由此而引起一系列法律问题应当引起我们的足够重视。又因通过婚姻组建的家庭，作为人类社会构成的基本单位，其既具有伦理性，又具有经济性，及受法律规范调整又受道德规范调整，从而使得问题复杂化。他认为合同法第十一章专门规定了赠与合同，规范现实生活中的赠与行为，人们按照赠与合同的法律规定而行为，事实上纠纷很少。而离婚过程中的赠与行为，由于掺杂了许多认为的不确定因素，是的赠与关系复杂化。我们应当抛开复杂的离婚纠纷，使赠与合同回到合同法的规范上来。当然，离婚时的财产赠与行为也不乏常态赠与的心态，对此从有利于当事人、节约诉讼成本的角度考虑，如果有明确的法律规定，能够在离婚诉讼中对赠与财产一并处理，那也将是法律作用所在。

陕西省泓瑞律师事务所夏勇律师从个案中谈论了夫妻财产关系的难点，夏勇律师就其本人日前办结的一离婚纠纷案谈论了自己的看法，也表达了对该案判决有一些不同的认识和看法，也有一些困惑。该案历经第一次诉讼判决不准离婚，二次诉讼一审、二审，历时 2 年。夏律师从实务角度提出几点问题供与会代表思考：1、家庭内部的理财协议是否全部具有法律强制力和约束力；2、夫妻一方单位所出具的收入证明能不能证明就是其全部收入；3、离婚案件中一方当事人有没有要证明共同财产合理来源的绝对义务？

西安市长安法院纪胜利法官对离婚案件房产分割问题进行发言，房产分割问题已成为离婚案件中双方矛盾争议的焦点，也是财产部分的处理难点，房款的支付时间、付款的构成、付款方式中父母出资或银行贷款使得房产分割

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

问题日益复杂化。在实践审判中，法官也因此陷入困惑，及法官就长安区法院在审判实践中遇到的3个疑难案例进行简要介绍，并提出初步解决意见，与大家商榷，和各位专家同行进行讨论。

(三) 专题研讨三

陕西省法学会民事诉讼法学研究会副会长、西北政法大学民商法学院副教授张西安主持了本部分研讨。



陕西省高瑾律师事务所主任高瑾的发言主题为“留守女孩遭受性侵害案件引发的思考”，高瑾律师根据自己所代理的一起留守女孩遭受性侵害的案件提出几点思考：1、遭受性侵害的未成年女性刑事附带民事的充分赔偿问题；2、留守女孩监护责任的实际落在现实当中遭遇的尴尬；3、未成年女性遭遇性侵害以后身心修复义务履行主体的落实。高瑾律师认为在实际工作中，既要重视留守女孩一般权益保护的立法，又要重视留守女孩特殊权益保护的立法；对留守女孩的监护制度应当落实到家庭成员内部；监护代理制度应该落实到学校；对于留守女孩的国家保护制度应当落实到专门机构，保护她们合法权益的义务应当落实到妇联、共青团以及妇女儿童工作委员会等专门机构；对于留守女孩的保护应当特别注重其在受到侵害以后的身心修复事项。

西北政法大学民商法学院博士马钰风的发言主题为“建立与完善我国未成年人社会监护制度的思考”，2013年多起虐童案、监护缺失致使儿童饿死案件令人触目惊心，引人深思。如何保护和教育当今的未成年人，他们具有怎样的生存和安全环境及发展素质，将预示着未来社会可能达到的水平及影响社会与经济的可持续发展。未成年人保护包括家庭保护和社会保护，家庭作为人成长的摇篮和社会化的首属群体，在未成年人保护中具有重要地位，同时社会保护也不可或缺，未成年人必须得到家庭和社会的双重保护。儿童成长的基础在于家庭，但是当家庭出现问题时，政府相关部门及司法机关的及时干预时必需的，即要改变“法不入家门”的观念。“南京女童饿死案”已在警示和督促我们，当家庭不能解决问题时，社会监护的有效介入和政府相关部门及司法机关的措施能否及时跟进与强化干预是儿童保护的关键。



宝鸡文理学院杨红霞作了主题为“儿童权益视角下农村留守儿童的隔代监护分析”，近年来，伴随着民工潮的出现，留守儿童的监护问题也日益凸显。目前留守儿童的监护方式主要是隔代监护。受监护人的文化素质、自身精力以及代沟等因素的制约，隔代监护存在很多问题。主要表现在留守儿童厌学、逃学、辍学现象严重，心理健康问题增多、犯罪率畸高、留守女童遭受性侵害的案件频发等。针对这些问题，杨红霞提出以下建议：1、完善立法，大力推行委托监护制度；2、改变经济模式，引导农民工就近就业；3、改善劳务输入地的社会环境，解决农民工子女的问题；4、加大投入，大力发展寄宿学校；5、鼓励引导社会办学，推广留守儿童学校；6、整合资源，建立社会监护体系。

陕西博硕律师事务所律师刘长洪透过四个案例分析了监护权在实务中存在的难题，四个案例分别涉及了父母争夺孩子抚养权、探视权的问题；离婚后抚养权的变更问题；无行为能力人、限制行为能力人的监护问题。据此刘律师提出建议：将离婚前的抚养权、探视权纠纷纳入法律调整范畴；对离婚前、离婚后一方拒绝另一方探视的行为作出惩罚性的规定；在离婚诉讼，分家析产等诉讼中，对于需要判断案件的一方是否具有行为能力、是否需要通知监护人出庭、以及对监护权有争议的，可以直接由案件审判庭予以判断、决定、认定，不需要再另案处理，这样可以大大简化诉讼程序，提高诉讼效率。



西北政法大学民商法学院郝佳博士的发言主题为：“常回家看看——通过法律的社会控制”。近期颁布的《老年人权益保护法》有关子女探望老人的规定引起了社会的强烈关注，对于子女探望老人能不能被法律所强制，这是人们对新法最为直接也是最为集中的质疑。面对这些质疑与争议，郝佳博士认为很大程度上来自公众对新法的误读。误读一方面来自媒体无意识的误导；另一方面，更来源于人们对于法律万能主义的担忧和忌惮。因此，郝博士提出新法有关“常回家看看”的规定，突出了老年人精神需求的重要性，突出其与经济生活需求的并列地位，针对的是老年人精神需求越来越强烈而家庭和社会对老年人的精神需求越来越忽视之间的矛盾，也有面对社会道德不足而希望用法律支撑道德的考量。所以，尽管面对着法律替代道德的责问和执行力不足的质疑与误读，但仍然在修法中实现了现代社会立法对优秀传统文化的回应，凸显了家庭赡养作为国家养老制度的重要组成部分的地位，体现出家庭养老制度化、正式化的养老制度设计趋势。

商洛市商州区人民法院胡艳菊法官的发言主题为：“浅析精神病人离婚案件审理中存在的难点”。精神病人离婚案件作为离婚案件的一种，实践中更应谨慎对待的是程序问题，程序问题理不顺，实体权利无法保障。对于法官而言，程序并非简单的立案、送达、裁判，而是此类案件在具体审理过程中所出现的一系列特殊问题如何在不违背法理和常理的情况下顺利开展诉讼活动，胡法官就实践中精神病人离婚案件的程序上存在的监护人确定问题、诉讼代理人身份问题、结案方式问题进行了分析并给出了自己的见解和建议。

（四）专题研讨四

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会秘书长、西北政法大学民商法学院马钰凤博士主持了本部分研讨。

陕西省法智律师事务所律师唐慧就离婚案件夫妻隐匿共同财产的司法难题进行主题发言。唐律师通过自己所代理的一起离婚案件进行分析，指出了现实司法实践存在的离婚案件中夫妻财产分割时所存在的夫妻隐匿共同财产的这一难题。在离婚案件中，离婚当事人的一方往往处在社会地位和经济地位上的弱势，另一方通过强势地位所带来的便利条件和信息优势对夫妻共同财产进行不同程度的隐匿和转移。弱势一方在离婚财产分割时面临着非常不利的局面，无法证明甚至压根不知道到底有多少夫妻共同财产。面对这种局面办案律师在调查取证的难度也非常大。根据这种难题，唐慧律师给出了自己的分析并综合各种情形提出了几点具体的实践经验上的建议，供与会的各位代表讨论和学习。

商洛市柞水县人民法院法官韩卫东的发言主题为：“浅谈有关返还彩礼的问题”。首先韩法官列举了我国古代关于彩礼返还方面的规定；其次分析了彩礼返还的必要性，第三说明了我国现行法律关于彩礼返还方面的规定。最后指出现实生活中出现的问题与该立法的不足：1、彩礼返还请求人和被请求人的法律界定过窄；2、对于是否“共同生活”的问题，彩礼请求返还方举证难；3、对彩礼返还的种类及范围并未作出明确规定；4、诉讼时效的计算在实践中难以操作。

商洛市商南县人民法院法官陈宝珍的发言主题为：“论我国夫妻财产关系难点问题的法学分析”。发言分为两个部分，首先谈论了夫妻共同财产处理问题，涉及了夫妻共同财产的概述及其处理权的分析、夫妻共同财产管理中存在的问题及分析以及如何保障夫妻一方对夫妻共同财产的知情权、管理权、处分权和分割权，其次谈论了夫妻共同债务的清偿，包括夫妻共同债务的认定及清偿问题和夫妻双方对夫妻共同债务的清偿责任问题。

商洛市洛南县人民法院法官刘文忠的发言主题为：“对农村外出务工人员离婚案件的调查与思考——以洛南法院近三年案件调查数据为例”。以洛南县法院为例，2011年共审理离婚案件446件，其中涉及农村外出人员191件，占离婚案件总数的42.8%；2012年共审理离婚案件309件，其中涉及农村外出人员183件，占离婚案件总数的59.1%；2013年元旦至8月共审结离婚案件188件，其中涉及农村外出务工人员129件，占离婚案件年总数的68.30%，其中所占比率不断上升。刘法官对造成这一局面的原因和特点进行了分析包括：经济因素，家庭因素，社会因素等，并提出了审理外出务工人员离婚案的建议：在审理外出务工人员离婚案件中要加大调节力度，在审理中应贯彻和体现“能调则调，多调少判”原则，树立全案调节的观念。对每个离婚案件均着重调解，决不放弃，促使案件调解成功。无论是调解解除婚姻关系，还是维持婚姻关系，都能够使当事人之间的矛盾得到缓和，从而促进家庭和谐社会稳定。

商洛市商州区人民法院大荆人民法庭法官闫伟伟谈论了近年来大荆人民法庭审理离婚案件若干问题的调研，大荆法庭离婚案件的主要特点：1、离婚纠纷案件所占比重较大，且数量还在逐年增加；2、外出务工人员离婚案件所占比

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

重大；3、女方主动要求离婚者所占绝对多数；4、当事人逐渐年轻化，80后逐渐成为离婚的主力军；5、婆媳关系对婚姻关系有一定影响。闫法官对大荆人民法院所辖范围离婚率高的原因分析并对减少控制农村离婚案件增长给出自己的建议和对策：1、充分发挥人民法院调判结合的职能作用；2、加强婚姻法律法规的宣传，营造社会主义的婚姻家庭观；3、要高度重视农民工的生活状态，通过多渠道解决农民工的现实困难。

四、闭幕式

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会副秘书长、西北政法大学民商法学院郝佳博士主持了本次年会的闭幕式。

陕西省法学会婚姻家庭法学研究会会长、西北政法大学民商法学院张伟教授做了闭幕式的总结发言。张伟教授指出，本次婚姻法年会不仅达到了注重实践、学术、研究相结合的目的，而且参会的各位专家学者和法律界同仁讨论热烈，学术观点相互碰撞交流频繁，对日后婚姻家庭法学的研究工作有很重要的促进作用。这次年会也突出反映了婚姻家庭法在理论和实践中疑难问题多、实务困境突出，还需各位法律同仁们继续努力，深入研究相关问题。其次，张伟教授提出了对未来婚姻家庭法研究会年会的展望。他指出，在未来发展进程中还应明确专题讨论的形式，加长加深全面深入讨论议题，同时在参会人员的构成上也应该更加广泛，积极邀请其他社会人士参与到婚姻家庭法的改革进程中。最后，张伟教授再次感谢了承办方的会议期间周到安排以及与会的各位代表认真严谨的学习态度，并预祝我省的婚姻家庭法的研究工作可以取得新的成果新的突破。

第二届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛在台举行

2013年09月30日 人民法院报

本报讯 “第二届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛”于9月23日至25日在台湾新竹举行。本届论坛以“建构人民信赖之司法”为主题，由台湾地区司法主管机构在《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》司法交流框架下主办，来自海峡两岸和香港、澳门法院系统的65名司法高层代表人士出席。最高人民法院常务副院长沈德咏以两岸司法互助协议特别顾问身份率团出席论坛并在开幕式上致辞。

沈德咏表示，首届海峡两岸暨香港澳门司法高层论坛2011年由最高人民法院以中国法官协会名义在江苏南京举办，历史性地实现了两岸和港澳司法高层的首次聚首。时值首届论坛两周年之际，第二届论坛得以在宝岛台湾隆重开幕，意味着两岸四地司法高层交流的定期化与机制化。这是两岸四地司法界的一件盛事，必将载入中华民族的司法史册，意义重大，影响深远。

沈德咏指出，中国是具有五千年文明的泱泱大国。在传统的儒家文化中，“仁义礼智信”始终是贯穿于中华伦理道德发展的一条主线，其中的守信用、讲信义是包括台港澳同胞在内全体中华儿女共同的价值标准和美德追求。本届论坛以“建构人民信赖之司法”为主题，来自两岸四地司法界的同仁将开展深入研讨，这对于促进提升司法公信力，维护社会公平正义，具有重要的理论意义和实践价值。

沈德咏认为，两岸四地的法治传统、司法的现实情况各有千秋，但两岸四地都奉法治为圭臬，这是我们相融相通的共性。台港澳均为中国人治理地区，分别适用不同法治模式却都取得相当成功，这对于正在探索如何提升司法公信力、加快法治国家建设的大陆而言，是可资学习借鉴的宝贵资源。同样，大陆建设法治社会，对于尊崇法治的台港澳而言，无疑也会起到积极的观照作用。两岸四地司法界应当彼此学习借鉴，相互取长补短，共同为丰富和发展中华法治文明做出新的贡献。

沈德咏强调，和平发展已成为两岸人民的共识，加强两岸的交流与合作是大势所趋，也是人心所向。两岸一系列重要协议特别是两岸司法互助协议的签署，奠定了两岸司法合作的基础，拓展了两岸司法合作的范围，深化了两岸司法合作的内容，两岸司法互助全面快速推进。两岸四地同根同源，只要我们戮力同心，奋发进取，两岸四地的司法交流与合作必将取得更加丰硕的成果，中华民族的法治伟业也必将在康庄大道上继续前行。

两岸司法互助协议司法交流总召集人、台湾地区司法主管机构主要负责人赖浩敏在论坛开幕前分别会见了大陆和香港、澳门代表团并在开幕式上致辞，香港特别行政区终审法院首席法官马道立和澳门特别行政区终审法院院长岑浩辉也先后在开幕式上致辞。两岸司法互助协议司法交流副总召集人、台湾地区司法主管机构负责人苏永钦主持开幕式和闭幕式。

论遗嘱自由之限制：立法干预的正当性及其路径

2013年10月8日 中国民商法律网 蒋月 厦门大学 教授

关键词：遗嘱继承，遗嘱自由，处分限制，立法构想

内容提要：从平衡遗嘱人意愿与其近亲属利益、否定歧视妇女的传统、维护社会公序良俗、保护社会公平等考虑，均有必要找到遗嘱自由的“恰当地线”。在域外继承法中，无论大陆法或英美法传统的国家和地区，普遍采取措施对遗嘱自由进行一定限制。我国现行《继承法》却对遗嘱处分无所限制，仅必留份除外。该种过度信赖遗嘱人自治的立法，与财产继承法自身承担的职责不符。改革开放以来，遗产分配争议明显增多，与现行遗嘱继承立法不足有直接关系。我国遗嘱继承立法宜借鉴域外继承法经验，对遗嘱处分实施适当的限制，引入结婚导致婚前所立遗嘱无效、

“家事法苑”律师团队奉献

特留份制，限制遗嘱处分婚姻居所等，以保护被继承人近亲属的应得继承份额。

按照我国现行《继承法》，除必留份外，被继承人可以订立遗嘱将财产留给其选定的任意一个或者数个法定继承人或者其他继承人，其配偶、子嗣却均无法法律依据去抱怨遗嘱人没有留给他们任何遗产！正因如此，有人立遗嘱将遗产全部留给其儿子，不分给出嫁女儿分文；有人立遗嘱将遗产全部分配给婚生子女，而未留给非婚生子女份额；有人立遗嘱将遗产全部指定由配偶继承，不留给子女分文[1]；还有人临终前立遗嘱将遗产全部指定分配给提供照料者，而未留给近亲属，[2]甚至有人将遗产全部遗赠给婚外同居者，而未留给妻子和子女任何财产。[3]虽然立遗嘱仅仅是少数人的作为，但是，赋予遗嘱人如此大尺度自由合理吗？近些年来，多数研究成果认为，仅有适用范围极其狭窄的必留份约束是不够的，立法应当进一步限制遗嘱自由！那么，继承法为什么应当对遗嘱自由实施更多限制？应当通过哪些措施来限制遗嘱处分？本文基于个体自治与国家干预之妥协的立场，讨论立法干预遗嘱人意思自治的考虑要素，借鉴域外法相关经验，主张对遗嘱自由实行必要限制，以达成以亲属为主体的相关利益者之间的利益公平，防范损害社会公序良俗及公平的行为，并提出了若干立法建议。

一、对遗嘱自由给予必要限制的正当理由

遗嘱既为社会制度，自不能完全委之于立遗嘱人的自由意志，而须顾及一般社会及生者的利益，加以相当限制{1}。遗嘱不得违反强行规定或公序良俗，否则无效。为达成遗嘱人的个人意愿与社会利益之间的平衡，遗嘱继承法应当根据社会经济制度、国民生活水平、历史传统、道德伦理观等考虑，规范遗嘱，防止遗嘱人滥用遗嘱自由权。

（一）平衡遗嘱人意愿与其近亲属之间的权益之需

对遗嘱自由实行一定限制，在很大程度上是为了保护遗嘱人近亲属的继承份额。依从遗嘱自由，遗嘱人的意志与其近亲属的财产利益存在一定矛盾，因为理性人有时会作出极不理性的决定。通常情形下，一个心智健全、有记忆力的人会作出理性的财务决定；但是，如果遗嘱人因故存有偏心或者一时兴起，就可能剥夺多数甚至全体继承人的继承权。被剥夺继承权的亲属虽可以质疑死者的理智或亲情，试图证明遗嘱人受到了来自受益人的“某种诱惑或威逼”以致订立了不符其本人真实意愿的遗嘱。然而，这种质疑或否定的证成总是极其困难和昂贵的。唯有通过立法，预见性地对极端不合理的遗嘱处分进行限制，才能最经济、最合理地实现财产利益分配的基本平衡。

（二）否定歧视妇女的传统和坚持男女平等的需要

我国现行《继承法》坚持男女继承权平等原则，但是，欠缺有效限制遗嘱自由的条款。现实中，受到歧视妇女的旧意识、传统、习俗的影响，遗嘱人歧视、剥夺妇女继承权的现象较为常见。

在遗嘱中，最常见剥夺继承人继承权的情形有两种：一是剥夺出嫁女儿的继承权；二是剥夺妻子的继承权。河南省濮阳市妇联对当地农村妇女财产权益被侵害情况专项调查显示，受访的6个村农村中都有妇女财产被侵害的情形，其中财产继承难等尤为突出。许多农村妇女认同“出嫁女儿对父母遗产不应该享有继承权”，自动放弃财产继承；仅有8%的妇女要求依法继承，但她们也难抵家族人的反对{2}。2002年中国（海南）改革发展研究院对西部12省（区、市）农村的综合调查显示，有13.9%的受访者认为女孩、妻子不能继承土地使用权{2}。陈苇等人于2005—2006年间在北京、山东、重庆、武汉四地完成的当代继承习惯调查也发现，“在某些地区有少部分被调查者在继承时仍存在歧视女性的传统观念”，有“很低”比例的受访者选择“被继承人的出嫁女儿”作为“继承权丧失”的事由{3}。从1930年立法承认继承家产时男女平权，迄今已80余年，然而，性别不平等观念及传统分家析产习俗的影响仍存在，民众对妇女继承权的认识仍不充分。故继承法有必要针对歧视妇女的传统与习俗，增设有有效保护女性平等继承权的条款。

（三）遗嘱自由受到家庭制限制及面临保障老人群体有尊严地生活的巨大压力

遗嘱自由应受到家庭制的限制。婚姻和家庭受我国《宪法》保护，遗嘱继承法应当遵守婚姻家庭法的基本价值观，“必须考虑家庭制度的稳定和家庭功能的正常发挥，考虑被继承人对家庭中其他成员的责任”，{4}更不能突破婚姻家庭制度的底线。如果遗嘱生效，将动摇遗嘱人所在婚姻、家庭的物质基础，或者将极大地打击其近亲属对婚姻家庭的信赖与付出，则该遗嘱不宜被赋予效力。家庭是社会的基础细胞，遗嘱自由不应成为冲毁家庭堤坝之水。在工业化国家和地区，社会保障与福利水平高，对遗嘱自由的约束仍然较多，我国岂能有理由例外？

同时，让庞大的老人群体有尊严地生活，是我国继承法必须正视的巨大挑战。在祖国大陆地区，截止到2011年末，有65岁及以上老人1.23亿，约占总人口的9.1%；且1.85亿60岁以上老人，有2/3时间处于“带病生存状态”；到2050年，我国80岁以上高龄老人将占65岁以上老年人口的三成，劳动力人口与老年人口比将是2.8:1{5}。少子化及小家庭难以承担超重的养老责任，而社会养老条件尚不完备。继承法应当充分注意到婚姻家庭继续承担着且迄今无其他制度可以替代的社会责任。

（四）为遗嘱处分合乎社会公序良俗而定规矩

公序良俗作为民法基本原则之一，是对个体意思自治划定的底线。民事行为不得违反公共秩序和社会善良风俗，否则，不发生法律效力。我国《民法通则》第7条规定，“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”。遗

嘱自由不应成为稳定、良好的社会关系的破坏力量。

为使遗嘱合乎公序良俗，需在合理限度内对遗嘱人的自由意志给予必要限制，引导遗嘱人实施理性行为。尊重死者，包括其遗言，是人类共同传统。古语云，“人之将死，其言也善”。不过，此仅为一般情形。若无法定限制，遗嘱并非无一例外地表达最后的“理性意思”。继承法应当针对可能出现的损害社会公序良俗的遗嘱处分，进行预防性立法，以阻击“临终乱命”的遗嘱。

（五）保护社会公平之需

基于公平而限制遗嘱自由，是法律应为之举。公平意味着有关各方应以大致均等的方式分配合作产生的剩余财富。对于不公平的结果，政府或国家应当作出反应，以纠正个体自治对社会整体机制可能产生的侵蚀。法律正是协调和规制各方利益的“中立者”。

遗嘱不应剥夺共同利益人的正当的遗产利益期待。遗嘱自由保障被继承人能积极订立遗嘱，在身故仍能影响或“控制”其财产。同样，遗嘱对相关者的财产利益有着重要影响。被继承人与其利益相关者置身于相互承诺与照顾的亲属网络中，各方长期相互包容、互信、合作、互助，尽量实现互利。不过，被继承人订立遗嘱时，是否照顾到了应照顾之人，他人不得而知。为避免被继承人立遗嘱时因过分自由或“异想天开”，以致抛弃婚姻、家庭、亲属、忠诚、团结、友爱等基本社会价值，立法应采取相应的阻止行动，保护和促进社会公平正义。

二、我国现行《继承法》放任遗嘱自由之评析

新中国成立以来，法规范对遗嘱自由的规制，在1950年代，考虑较周到，限制较多，内容合理[4]；但从1960年代开始限制减少。这种变化，与其说是继承法规范对遗嘱自由的极大承认，倒不如说是受制于当时意识形态领域“狠批一个私字”、私有财产极少之事实，以及立法“宜粗不宜细”指导思想的影响。在使用“自由”一词都十分谨慎的年代，对遗嘱进行限制似无必要。改革开放以后，随着公民私有财产价值越来越大、种类越来越多，保护私有财产的权利意识增强，限制遗嘱自由的呼声越来越多。

1985年《中华人民共和国继承法》，延续此前相关司法解释精神，对遗嘱自由的限制极少。仅下列两种情形下，对遗嘱处分给予限制。首先遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。继承人是否缺乏劳动能力有没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。[5]其次，如果被继承人死亡时，其妻已怀孕的，分割遗产时须为胎儿保留继承份额。“应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应当从继承人所继承的遗产中扣回。……”[6]换言之，如果遗嘱内容违反了前述任一情形的，该遗嘱将部分或者全部无效。

“必留份”是新中国继承法的创造，但因“双缺乏”而享有“必要的遗产份额”的法定继承人毕竟是个别的，故其限制遗嘱自由的作用极其微弱。事实上，被继承人死亡时，若无双缺乏之继承人，遗嘱处分就处于几无限制的状态！恰恰这种情形最为常见！《继承法》不效仿大陆法传统国家或地区遗嘱继承法普遍实行的特留份制度，除了民族传统差异，更多是受制于立法当时社会的政治经济制度及意识形态影响。在社会主义条件下，有劳动能力的人都可以通过劳动而保障自己的基本生活之需[6]。立法既无必要也不应该设立特留份。如今，社会条件发生了重大变化，无边界的遗嘱自由，的确有必要添加适当限制，照顾到利益主体各方的利益。

三、域外法限制遗嘱自由的途径与措施

在承认遗嘱自由原则的所有国家或地区，都对遗嘱自由实行一定限制。除了遗嘱不得与法律规定相抵触、不得损害社会公共利益、善良风俗外，综合看，大陆法传统和英美法传统的遗嘱继承法中，限制措施主要有特留份制、遗产先取权、特殊贡献份额、抚养费请求权、因结婚而致无效、赋予法庭“修改遗嘱”或“重写遗嘱”的权力等，其中特留份制最为普遍。遗嘱人用遗嘱处分自己财产的意思表示，只有不违反对遗嘱自由之限制，方为有效。

（一）特留份制

特留份，又称“保留份”、“强制应继份”、“必继份”，是指依法必须留给一定范围的法定继承人而遗嘱人不得以遗嘱处分的部分财产。大陆法传统的主要国家和地区的继承法都设有特留份制度。《法国民法典》第913条至第916条{7}、《德国民法典》第2303条至2338条{8}、《意大利民法典》第536条至第564条{9}、《瑞士民法典》第470条至第480条{10}、《日本民法》第1028条至第1044条{11}、《韩国民法典》第1112—1118条{12}以及中国《澳门民法典》第1994条至第2015条{13}、我国台湾地区“民法”第1223条至第1224条，都详细规定了特留份，内容包括特留份、特留权利人、特留份份额及计算等。[7]

根据特留份计算方法的区别，特留份立法例有两类：“各别特留主义”和“全体特留主义”。

1. “各别特留主义”立法例。遗产继承时，以各个法定继承人的法定应继份为基数，按其应继份的一定比例确定为其特别留存的遗产份额。各个法定继承人应继份不尽相同，故以此为基础计算得出的特留份比例也不同。德国、瑞士、奥地利、日本、韩国、越南和我国台湾等地的继承法，均是各别特留立法例。

《德国民法典》第2303条规定，被继承人的晚辈直系血亲、父母和配偶作为特留份额权利人，其特留份额为法定应继份价值的半数{8}559。在韩国，特留份权利人及“继承人的特留份，依据以下各项确定：1. 被继承人的直系

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

卑亲属，为其法定继承份额的 1/2；2. 被继承人的配偶，为其法定继承份额的 1/2；3. 被继承人的直系尊亲属，为其法定继承份额的 1/3；4. 被继承人的兄弟姐妹，为其法定继承份额的 1/3。” {12} 346

2. “全体特留主义”立法例。以被继承人的遗产总值为基数，将一定比例的遗产确定为特留份，由同一顺序的特留份继承人按应继份比例分配。法国、意大利、日本、中国澳门特区的继承法，均采用全体特留立法例。在《日本民法》中，特留分权利人及其特留分，除兄弟姐妹以外的继承人，按下列规定得到特留分：1. 只有直系尊亲属为继承人时，为被继承人财产的 1/3；于其他情形，为被继承人财产的 1/2 {11} 203-206 《澳门民法典》对特留份的规定，内容完备。“特留份继承人为配偶、直系血亲卑亲属及直系血亲尊亲属，且按照为法定继承所定之顺序及规则而继承；……”如配偶单独继承的，其特留份为全部遗产的 1/3；配偶与子女共同分享特留份的，则特留份为全部遗产的 1/2；如无配偶，子女的特留份为遗产的 1/3 或 1/2；二亲等及二亲等以外的直系卑亲属，有权享有其直系血亲尊亲属应得的特留份；如配偶与直系血亲尊亲属共同分享特留份，特留份为遗产的 1/2；如无直系血亲卑亲属或生存配偶，则直系血亲尊亲属的特留份为遗产的 1/3 或 1/4…… {13} 508-513。

全体特留之计算方法，直接以遗产总额为基础起算，不考虑不同继承顺序继承人的应继份差别，简单易行。各别特留之计算方法，反映不同的特留份继承人与被继承人之间关系的亲疏远近，并注意到特留份权利人对遗产积累贡献的有无及大小，计算复杂，对各位特留份继承人也更公平，从继承份额的绝对值看，更有利于配偶和其他法定继承人。

（二）遗产先取权

对于家庭生活必需品、日常生活用品以及与被继承人人身密不可分的物品，生存配偶或家庭其他成员有权优先取得，以满足基本生活之需，维持正常生活秩序。被继承人死亡，对生存配偶利益的损害或潜在威胁最大。同时，日常生活用品，作为遗产，对于生存配偶的价值与对于其他继承人的价值有所不同。允许生存配偶等人优先取得某些特定物品，是寻求不同利益平衡点的一种有效措施。

（三）特殊贡献份额

《韩国民法典》第 1008-2 条规定特殊贡献份额的保护，共同继承人中有人对被继承人财产的维持或增加作出过特别贡献的，诸如被继承人同居、护理及以其他方法特别扶养被继承人，自继承开始时被继承人的财产价值中扣除共同继承人协议确定的该人的特殊贡献份额后所剩财产，始视为遗产。特殊贡献份额，如果有关当事人协商不成或不能协议时，家庭法院根据所定特殊贡献者的请求，斟酌贡献的期间、方法及程度和继承财产额及其他情事，确定特殊贡献份额。特殊贡献份额，不得超出继承开始时被继承人的财产金额和扣除遗赠的金额 {12} 326。针对特殊贡献保护之需，《韩国民法典》1990 年初始增订该特殊贡献条款。该规定对遗产贡献的区分，甚为体贴。

（四）结婚导致婚前所立遗嘱当然被撤销

在英国，为了使家庭可从遗嘱人的财产中受益，根据《1837 年遗嘱法》第 18 条等制定法条款，婚前订立的遗嘱，因为立遗嘱人后来结婚而当然被撤销 {14}。Waite 法官指出，“家庭做什么远远多于家庭是什么。一个家庭单位是一个把家庭成员紧密联系在一起的社会组织。家庭的功能包括生育、性、社会化、经济、感情的。而这些还不是家庭功能的全部。” [8] 结婚是新生活开始的时刻，意味着个人生活的根本变化，他或她由此获得了新的人身责任和经济义务。不经意地剥夺配偶和子女继承其遗产的权利，对配偶和子女是不公允的。如果当事人婚后未设立新遗嘱或者未能取消婚前所立遗嘱，其配偶和子女将无从受益。此规则可以防止家庭陷入困境。当然，大多数婚姻当事人都希望自己的配偶和子女能从其遗产中获益，这是人之常情。

不过，结婚导致当事人婚前订立遗嘱被撤销之规则，有两个例外。如果遗嘱本身与计划中的特定婚姻有关，或者遗嘱人行使了选任权赋予受赠人约定权力，财产将按照赠与人的愿望而处理的，该遗嘱将不因遗嘱人结婚而被撤销 {15}。

（五）抚养费请求权

在英国继承法中，对于家庭成员负有不可推卸的扶养义务之被继承人，不得以遗嘱方式规避法定义务，否则，利害关系人可以请求法庭保护。根据《1975 年继承法（家庭和被扶养人的供养）》，生存配偶、死者的未再婚前配偶、子女、死者生前视其为家庭子女之人、在死者死亡前不久受其全部或者部分供养之人，有权从遗产中获得合理经济供养之费用，如果被继承人的遗产处分不足以为申请人提供合理经济供养的，权利人有权向法庭申请相关命令，责令由被继承人的净遗产向申请人提供定期支付，或命令变更基于原婚姻当事人双方利益作出的婚前或婚后安排，包括遗嘱，使之有利于生存配偶的利益或者子女的利益；法院认为综合个案所有情况显得公平合理的前提下，可以变更遗嘱处分；申请人还可以请求法院撤销死者在死亡日之前六年内为规避其法定经济供养责任而实施的处分行为 {14} 81-85。

（六）赋予法庭修改遗嘱或“变更遗嘱”的权力

在审理遗嘱争议过程中，法庭行使其自由裁量权认定遗嘱的效力或者否定或者部分否定遗嘱效力，某种程度上说，就是对遗嘱的修改，对遗产作出了“新处分”。特别是在英美法传统的国家和地区，法院的权威更强大，虽然法

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

院原则上不能重写遗嘱人的遗嘱，但的确有权力推定遗嘱的意思或变更遗嘱。为保障应享有公平遗产利益之人提供保护，设立了常规性的制度救济途径。这真正的最终约束，将促使遗嘱人立遗嘱时三思而后行，行为更加理性。

四、我国限制遗嘱自由的立法构想

与其等遗嘱生效时发现存在违背法律原则或社会公平之情形而不得不宣布其无效，甚至发现社会公平利益期待落空而无法补救，不如立法事先明文划定遗嘱自由的底线，明确哪些人的遗产利益必须予以照顾或保护。我国修订继承法，应当充分重视对生存配偶继承权、未成年子女继承份额及对被继承人其他近亲属应得继承利益的保护。借鉴其他国家和地区继承法的经验，设立结婚导致婚前所立遗嘱当然被撤销的条款，引入特留份制度，限制遗嘱人处分婚姻居所，赋予生存配偶和未成年子女对遗产享有抚养费请求权，赋予法庭修改遗嘱条款的自由裁量权等。

（一）结婚将导致婚前所立遗嘱当然被撤销

英国遗嘱法将结婚明定为自动撤销婚前订立遗嘱的法定事由之经验，值得借鉴。其理由简单明了，将遗嘱人的配偶、子女等排除在遗产受益人之外，对配偶、子女不公平。事实上，每一个人对于其死亡后家庭的命运、近亲的将来，都甚为关切。法定婚前遗嘱因遗嘱人结婚而当然无效，可弥补遗嘱人遗忘早先所立遗嘱之欠缺，替其完成未了的心愿。一旦实施，简便易懂，方便实行。

（二）引入特留份制度

为了保护生存配偶特别是寡妇的应继份额，保护子女及其他近亲属得到适当遗产，我国多数法学研究成果都主张引入特留份制。[9]

1. 特留份权利人，包括直系卑血亲、直系尊血亲、配偶。在不同国家和地区继承立法中，特留份权利人基本上囿于直系血亲及配偶，不包括旁系血亲。我国可仿效最普遍的做法，将特留份权利人明定为直系卑血亲、直系尊血亲、配偶。

2. 特留份的份额。借鉴《日本民法》，简明扼要规定，若只有直系尊血亲为继承人时，特留份份额为被继承人遗产的1/3；对于其他情形，特留份为被继承人遗产的1/2。

3. 特留份的保全。为防止被继承人实施损害特留份权利人的权利的财产处分，宜规定扣减予以救济，允许特留份权利人向法院请求扣减，以恢复其享有的特留份份额。对于在继承开始前一年内的赠与，可以扣减。但是，当事人双方明知有害于特留份权利人而仍为之赠与的，虽系一年前所赠，也得扣减。凡特留份权利人及其继承人，均享有扣减请求权。扣减时，应先扣减遗赠，然后是生前赠与。对于恶意第三人，扣减仍可溯及。鉴于国土面积大，扣减请求权，自特留份权利人知悉继承开始及有应扣减的赠与或遗赠时起，两年内行使；超时未行使的，归于消灭。自继承开始时起经过20年的，亦同。

4. 特留份的放弃与丧失。宜以《德国民法典》有关规定为参考，特留份继承人抛弃继承权的，仍可请求特留份。特留份的放弃，可以在继承开始前后的任何时候以书面形式明示。此举也便于被继承人生前作出适当处分。

（三）对遗嘱人处分婚姻居所实行必要限制，保障生存配偶对婚姻居所享有居住权

房屋所有权价值的增大将是影响继承法的强有力因素。为了使生存配偶、未成年子女能够在原婚姻居所内继续生活，有必要适当限制遗嘱处分作为婚姻居所的房产。根据2000年第五次全国人口普查，在我国大陆地区，平均每户住房间数2.82间，人均住房建筑面积仅23.86平方米[16]。随着工商业发展，房价越来越高。对于绝大多数人而言，一生中仅有能力购房一次。如果没有特别限制，遗嘱人极可能对作为居所的房产作出处分，遗产分配完毕后，房屋可能被分割、出售，死者的家人将如何能够继续安定地生活？

应赋予生存配偶对婚姻居所享有“优先居住权”。婚姻居所是生存配偶继续生活的基本条件，又犹如生存配偶的“人生日记”，“记载”着过往的日子，有较大的精神慰藉作用。立法有必要赋权生存配偶留在婚姻居所内继续生活，以免在房产属于死者生前个人财产的情形下遭遇“扫地出门”。也可以赋予生存配偶对居所内的家俱享有先取权。[10]

（四）赋予被继承人的配偶和未成年子女对遗产享有抚养费请求权

可以考虑赋予生存配偶、未成年子女及死者生前供养的近亲属享有“抚养费请求权”，从遗产中扣减权利人的抚养费。遗产中，法律没有保留权利的部分，才是被继承人可以自由处分的财产。

（五）赋予法庭酌情修改遗嘱条款的自由裁量权

法院担负着惩恶扬善、维护公平正义的重任。发生遗嘱争议时，立遗嘱人不可能站出来解释：在当时条件下他或她的意思表示是什么以及他为什么如此处分。法庭经过合理解读遗嘱，将最终作出公正裁决。法院应当尊重并尽量满足立遗嘱人的合理预期。但这不是说，面对遗嘱，法院只能充当“遗嘱执行人”，而干不了别的！为了给死者生前供养之人提供合理的经济供给，或者发现遗嘱遗漏了应当享有遗产利益之人的应有份额，为了维护公序良俗，必要时，法院应当行使自由裁量权，修改明显不公平或不合乎公共秩序的遗嘱条款。

总而言之，继承法是亲属法与财产法的“混血儿”。自从个体自由、个人自决等价值观导入婚姻家庭，家人、亲人相互之间关系发生了根本变化，在当代，社会福利为人们提供越来越多支持与服务，削弱了婚姻家庭传统的保障

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

功能,但是,婚姻、家庭作为人类社会的基础性结构,仍然保有着强大的基础支撑作用,迄今尚无其他制度能够替代。遗嘱继承立法有义务提醒财产所有权人立遗嘱处分财产时,必须关注其近亲属—那些与他或她朝夕相处、休戚与共的人们,那些赋予其生命、默默支持他/她成长、陪伴其成熟、变老的人,尽管遗嘱人也有权利将其财产指定分配给他愿意授予财产之人。遗嘱继承法应当为基于法律强制而“不得不履行法定义务”的亲人,以及为那些因为爱、责任而甘心付出的“亲人们”提供应有的保护与待遇。

注释:

[1]我国著名医学专家邝安堃丧妻多年后,86岁时与照料他生活的姑娘朱某结婚。1992年邝病逝。邝生前立有遗嘱,将其名下所有财产悉数赠与朱某。邝的两个儿子向法院起诉提出异议,要求继承父母遗产,均被法院判决驳回。(参见:胡瑜,阮巍千万遗产案一审判决:教授全部财产归小保姆[EB/OL].[2012-05-01].<http://news.sohu.com/20080719/n258245969.shtml>)

[2]例如,浙江省杭州市的裱画师叶瑞亭生前订立遗嘱,把价值百万元的所有财产及房产遗赠给长期照料他生活的年青女士吴菊英,分文未留给女儿邵丽娜、陈丽娟。邵丽娜、陈丽娟起诉吴菊英,要求被告归还死者遗产。2001年1月19日,杭州市中级法院终审认定,邵丽娜、陈丽娟上诉的请求和理由缺乏事实和法律依据,判决驳回上诉,维持原判。(参见:岳耀勇,范跃红杭州裱画师百万遗产不赠女儿赠保姆[EB/OL].[2012-05-01].<http://news.si-na.com.cn/s/173569.html>.)

[3]四川省泸州市的黄永彬于1963年6月与蒋伦芳登记婚姻。1996年,年近六旬的黄永彬与年近30岁的爱姑相识后,公开非法同居生活。2001年4月18日,黄永彬立下书面遗嘱,将其住房贴、公积金、抚恤金和卖房款的一半及手机1部,总计6万元的财产赠与“朋友”爱姑所有。泸州市纳溪区公证处对该遗嘱出具了公证书。同月22日,黄永彬病逝。当日,爱姑以蒋伦芳侵害其财产权为由,向泸州市纳溪区人民法院起诉。第一、二审人民法院均以该遗嘱违背社会公德、损害社会利益为由,认定该遗嘱无效,驳回原告的诉讼请求。(参见:赵兴军,友东鸿,张晓东.全国首例“二奶”状告死者发妻争夺遗产案纪实[EB/OL].[2012-05-02].http://www.110.com/faly/falvanli/minfaanli/jcfal/2010/0723/165248_2.html;兰平.内容真实的遗赠是否一定有效[EB/OL].[2012-05-01].<http://nxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=37>.)

[4]体现在最高人民法院及其各分院关于继承方面的决定、批复、解答中,这些限制涉及四项内容:遗嘱剥夺女儿继承权的,部分无效;遗嘱剥夺了无劳动生产能力的继承人继承权的,部分无效;遗嘱损及继承人的继承权而发生重大不公平结果的,无效;遗嘱与公共政策相抵触的,无效。

[5]最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第37条。

[6]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45条。

[7]参见:蔡墩铭.民法法理理由判解决议实务问题令函释示汇编[M].8版.台北:五南图书出版公司,1996:1166-1167.

[8][1998]1 F. L. R. 6, CA, See Rebecca Probert, Cretney's Family Law, 5th ed. Sweet & Maxwell, 2003:1.

[9]参见:刘春茂.中国民法学·财产继承[M].北京:中国人民公安大学出版社,1990:328-341;梁慧星.中国民法典草案建议稿[M].北京:法律出版社,2003:375-376;徐国栋.绿色民法典[M].北京:社会科学文献出版社,2004:262-263,266;王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由[M].北京:法律出版社,2005:529-530,585-596.

[10]徐国栋等人也持相同观点。(参见:徐国栋.绿色民法典[M].北京:社会科学文献出版社,2004:263.)

【参考文献】{1}陈棋炎,黄宗乐、郭振恭,民法继承新论[M].修订5版.台北:三民书局股份有限公司,2009:240.

{2}杨震敏.论中国妇女财产继承权的保障问题

[EB/OL].[2012-05-02].<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13132>.

{3}陈苇,等.当代中国民众继承习惯调查实证研究[M].北京:群众出版社2008:67.

{4}张玉敏.继承法律制度研究[M]北京:法律出版社1999:243.

{5}中国60岁以上老人超1.8亿每100人中就有14人[EB/OL].[2012-06-01].http://news.china.com.cn/rollnews/2012-04/08/content_13634227.htm.

{6}王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由[M].北京:法律出版社,2005:529.

{7}法国民法典[S].马育民,译,北京:北京大学出版社,1982:189-190.

{8}德国民法典[S].陈卫佐,译注.北京:法律出版社,2004:559-565.

{9}意大利民法典[S].费安玲,等,译.北京:中国政法大学出版社,2004:138-144.

{10}瑞士民法典[S].殷生根,译艾棠,校北京:法律出版社,1987:124-127.

{11}日本民法[S].曹为,王书江,译.北京:法律出版社,1986:203-206.

{12}韩国继承法[G]//吴宗训,蒋月,译.陈苇.家事法研究:2010年卷.北京:群众出版社,2011:346-347.

{13}赵秉志.澳门民法典[M].北京:中国人民大学出版社,1999:508-513.

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

{14} 英国婚姻家庭制定法选集[M]. 蒋月, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2008::1-2.

{15} Roger Kerridge, A. H. R. Brierley. The Law of Succession[M]. London: Sweet&Maxwell, 2002:124-128.

{16} 第五次人口普查数据表 8—13 全国按户主的职业分的家庭户住房状况[EB/OL]. [2012-06-02]. <http://www.stats.gov.cn/tjsj/nds/jrenkoupucha/2000pucha/html/10813.htm>

论家事事件审判专门化

2013年9月29日 湖北警官学院学报 2013年第6期

【摘要】 家事事件审判专门化包括家事法庭（或家事法院）的构建和专门的家事事件程序的构建。通过考察域外家事审判专门化之实践，在构建专门家事法庭方面，应从由家事法庭向家事法院转变、家事法庭的审级和设立地点、功能与原则、受案范围、人员组成共五个方面加以完善，而在构建家事事件程序方面，应选择将家事事件程序单独设为《民事诉讼法》一编的立法例，家事事件程序应当包括预先试行和解制、调解制、开庭审理、设立非诉案件程序、法律咨询和辅导服务等。

【全文】

常言道，“清官难断家务事”。有学者曾说过，“如果财产关系是合理的关系，可以用合理的一般的解决基准来对待，而身份关系是非合理的关系”。{1} 家事纠纷的基础是身份关系，其背后潜藏着复杂的人际关系，从表面上看有财产分割、精神安慰费、养育费等支付金钱的请求，根本上则是夫妻、亲族之间在情感上和心理上的纠葛，埋藏着诸多非合理要素，包括财产关系的合理性和身份关系的非合理性。显然，“对待非合理的关系，适用合理的一般基准是不适当的”。{2} 为了适应家事事件的特殊性，给当事人更多“情感”救济，多个国家采取了家事事件审判的专门化措施。

一、家事事件审判专门化概述

（一）家事事件

家事事件是指涉及婚姻家庭，包括婚姻、亲子、继承、家庭财产等关系的纠纷。本文认为，家事事件应以亲缘关系为划分依据。从主体上看，原被告双方应在《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第12条规定的近亲属范围之内；从案件性质上看，包括人身性案件与财产性案件；从案件本质上看，应当是基于人身关系而产生的。并非一切亲属之间发生的事件都为家事事件，人身属性应为家事事件的基本特征。

（二）家事事件审判专门化

本文认为，家事事件审判专门化包括两大方面：

第一，家事法庭（或家事法院）的构建，此为形式的审判专门化。在人员上，家事法庭（或家事法院）应当配备专门的家事法官和必要的心理学家等以提供相关服务。在程序上，应适用家事事件审判程序。家事法庭只审理家事事件，家事程序只适用于家事法庭。

第二，专门的家事事件程序的构建，此为实质的审判专门化。不同的案件类型应当适用不同的审判方式。针对家事事件的特点，应通过专门的家事事件程序解决家事纠纷，以提高家事纠纷解决的质与量。

二、域外家事审判专门化之实践

鉴于家事事件的特殊性，美国、德国、日本、法国、英国、韩国、新西兰等国家都制定了专门适用于家事诉讼的特别程序法。其中，美国是世界上最早成立实质意义上的家事法院（庭）的国家。本文将以德国与日本为例，归纳总结域外家事审判专门化的经验。

（一）德国的家事审判程序

1. 德国家事审判程序立法概况

《德国民事诉讼法》第6编专编规定了家事审判程序。1997年，《德国民事诉讼法》第6编正式更名为“家庭事件程序”，将亲子事件和抚养事件并入家庭事件，取消了禁治产事件和婚姻无效之诉。2001年最新修订的《德国民事诉讼法》中还增加了同居关系案件程序。

2. 德国家事审判程序的具体实践

（1）适用家事审判程序的范围。具体包括：第一，婚姻事件；第二，亲子事件；第三，抚养事件；第四，同居关系案。{3}

（2）家事案件的审判机构。德国设立了专门的家事法庭负责家事事件的审理。从1977年起，家事法庭就成为地方法院的一部分，家事法庭的裁判可直接上诉到高等法院。

（3）主管行政机关的参与。《德国民事诉讼法》第631条第4款规定，如有配偶一方或第三方申请撤销婚姻的，应通知主管行政机关。

（二）日本的家事审判程序

1. 日本家事审判程序立法概况

与德国不同，日本的家事审判程序以两大法典为支撑——《人事诉讼法》和《家事审判法》。1898年《人事诉讼

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

法》的制定使日本成为了世界上第一个对人事诉讼程序单独立法的国家。该法只调整家事身份关系，并未涉及家事财产案件。随着家事案件的复杂化，1947年《家事审判法》应运而生，涉及的案件范围包括婚姻关系、收养关系和亲子关系案件。

2. 日本家事审判程序的具体实践

(1) 适用家事审判程序的范围。日本《家事审判法》是对《人事诉讼法》的补充。在家庭关系案件中，除人事诉讼案件以外的涉及离婚财产分割、子女监护人的确定、抚养费的负担、婚姻费用的分担等争议是依照家事审判程序由家庭法院审理和裁判的，但是，其中与离婚诉讼有牵连的事件又可以在地方法院审理和裁判。{4}像离婚、婚姻无效、亲子认定等案件，应首先在家庭法院申请家事调停。家事调停不成立，改为通过诉讼加以解决的，应向地方法院提起诉讼，依《人事诉讼法》进行审理。家事诉讼程序与人事诉讼程序可灵活转换。

(2) 家事案件的审理机构。日本借鉴美国设立了家事裁判所，管辖权限极为广泛。

(3) 检察官参与制度。日本《人事诉讼法》规定，为了维护关系，针对婚姻案件、亲子案件和收养案件，检察官可以作为当事人提起诉讼。

(三) 域外立法中家事审判程序的经验总结

1. 由专门的家事审判机构处理家事案件，实现家事审判机构和审判人员的专门化，同时配备相应的其他领域的人员，与民间社会公益组织配合发挥调解作用。

2. 以推行职权探知主义为主流方向，有利于避免双方当事人关系的破裂，也有利于发现案件的真相，避免互相推诿的争吵。

3. 调解制度前置是家事事件程序区别于普通简易程序或小额诉讼程序的重要标志。“诉讼通过对抗来发现真实，但是不可避免会在当事人之间形成争斗的伤痕，关系难以修复，比较适合那种具有临时性、偶然性的社会关系所发生的纠纷，双方无需顾及‘将来’的关系。”{5}

4. 政府机关的参与。国外的检察机关隶属于政府部门，是行政机关的组成部分。基于家事事件程序的公益性，各国大多规定了检察官参与家事诉讼的权利，德国现行家事诉讼程序中由主管行政机关代替了检察官。

三、我国解决家事纠纷程序之构建

一方面，我国欠缺家事审判程序法。现行《民事诉讼法》对“当事人可以自由处分其民事权利的民事案件”与“当事人的处分权受限制的家事纠纷案件”的法院审判程序不加区分，家事程序的有关立法缺乏，未形成体系。另一方面，我国没有专门裁判家事事件的司法机构和司法人员，影响了司法裁判的质量与效果，不利于节约司法资源、提高司法效率。本文认为，要构建专门化家事事件审判程序，应从以下两方面入手：

(一) 专门家事法庭之构建

1. 由家事法庭向家事法院转变

家事法院或家事法庭的设立应根据实际情况而定，既需要物质基础，也需要法学人才、高等院校和科研机构智力支持。目前，我国大多数地区并不适合建立家事法院，而更适宜建立家事法庭。

2. 家事法庭的审级与设立地点

宜将家事法院（法庭）定为初审法院（法庭），承担家事案件一审的职能。上诉适用普通程序，不再适用家事程序。家事法庭的设立地点应当根据当地的经济发展和需要而定。

3. 家事法庭的功能与原则

家事法庭应当兼具司法功能与社会功能。{6}基于家事案件的特性，应当突出家事法庭的社会功能。家事法官在审理案件时，也应坚持以调解为主。

4. 家事法庭的受案范围

家事法庭审理的案件具体包括婚姻案件、涉及儿童权利的案件、亲属关系争议、监护权争议、基于婚姻财产制引发的财产争议、继承争议、家庭暴力案件等。基于对儿童权利的保护，与儿童利益有关的争议都可以纳入家庭法庭的管辖范围。

当事人不应具有程序的选择权，只要是属于家事法庭管辖范围的，当事人无权拒绝。但法官可以自由裁量，依职权将不适宜家事法庭审理的案件转由普通法庭适用普通程序审理。这部分案件可以为涉案金额特别重大的、法律关系特别复杂的案件等。

5. 家事法庭的人员组成

第一，法官的选任，除应考虑法律专业水平外，还应强调具有较丰富的社会生活经验、擅长人际沟通等，同时应考虑法官年龄。第二，选任家事调解员，专门负责调解工作。第三，对改革带来的现任法院工作人员进行分流，合理安排各个岗位的人员，对搞好基层法院改革至关重要。{7}

(二) 家事事件程序之构建

1. 立法模式的选择

本文认为，当前适宜将家事事件程序单独设为《民事诉讼法》的一编，理由有二：第一，基于实践需要，制定法典需投入大量时间、财力，专编设立家事事件程序可行且有效；第二，基于事物发展的规律，作为新事物，直接将其法典化这种一蹴而就的方式并不科学。

2. 家事事件审理程序

家事事件审理程序应当包括预先试行和解制、调解制、开庭审理、非诉案件程序、法律咨询和辅导服务等，{6}主要涉及以下五个方面：

(1) 家事调解制度。现行《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第14条规定，婚姻家庭纠纷和继承纠纷，人民法院在开庭审理时应先行调解，但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。家事程序中应当建立独立的家事事件调解制度，主要包括以下几个方面：第一，设定家事调解委员会，由法官与调解委员组成，当事人可自行选择调解员；第二，明确规定并相应扩大强制调解的范围，调解不成转入审理程序，审理案件的法官为参与调解的法官；第三，家事调解应当有别于一般的调解，有学者把家事调解称为司法ADR（又称法院附设ADR，Court-annexed ADR）{8}，应更加注重感情的维系；第四，调解应贯穿诉讼始终。

(2) 庭审中职权主义的推动作用。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第8条明确规定自认规则不适用于身份关系诉讼。家事事件程序中应注重法官的推动作用。结合职权主义的特点，庭审中家事法院的权利应当包括：第一，为了查明案件真实，法院可以主动调查收集证据，但应征求当事人意见；第二，可在当事人的请求范围之外考虑当事人未提出的事实，当事人在诉讼中对事实的自认和权利的放弃应受限制；第三，法院可以依职权作出程序上的中止、中断，进行证据、财产保全；第四，在上诉审中，上诉法院可以不受当事人上诉范围的限制，进行全面审查。

(3) 判后调解。判后调解作为家事程序的一大特色，由家事法庭调解员或民间志愿者担任。当事人双方可达成和解协议，也可以由法官主持制定调解书。达成调解书后，原判决自动失效，当事人不得以不服调解为由上诉。

(4) 关于审级、审限、诉讼费用和救济。家事法院作出的判决为一审判决，当事人有上诉的权利，不应当突破我国两审终审的基本制度。家事法庭的诉讼费用应参照普通和简易程序按件收取。

(5) 家事事件中政府机关的参与。“检察机关的主要职能是代表国家追究危害者的民事责任，其法律地位应是民事诉讼中的国家‘公诉人’。”{9}检察机关的参与主要体现在：第一，法律应明确规定检察机关作为公诉人可以提起诉讼的家事案件范围；第二，检察机关不承担诉讼费用，被告不能反诉，但被告在胜诉后因合法权益受到检察机关侵害，有权就其损失申请国家赔偿；第三，除了在调查取证方面，检察机关因其是国家机关而拥有与其职权相对应的调取证据、传唤证人、鉴定勘查等权利外，在诉讼中不应享有特权。

四、结语

“稚子牵衣问，归来何太迟？共谁争岁月，赢得鬓边丝？”家人是我们最宝贵的财富，司法救济应当成为我们寻求救济的最后一种选择，司法人员在解决纠纷时更应当审慎对待。可是，在现实中，家事纠纷却成了法官们口中所称的“最难缠的案件”，调解形同虚设，法官没有在调解中发挥应有的作用。家事事件当事人在向法院寻求救济的过程中，并不是抱着鱼死网破的想法，更多的或许是寻找一个可以抒发自己心中不快的地方。法律正义是一种通过创制和执行法律来调整人与人之间的关系及其行为而形成的理想关系。{10}正义意味着各得其所。希望我国能加大力度推进家事事件审判专门化进程，使每个当事人真正“各得其所”。

【参考文献】 {1} 中国政法大学法律史学研究院。比较法律文化论集[C]。2007:298.

{2} [日]我妻荣家事调停序论[M]。东京：有斐阁，昭和27。

{3} [德]奥特马·尧厄尼希。民事诉讼法（第27版）[M]。北京：法律出版社，2003。

{4} [日]中村英郎。家事事件裁判制度的比较法研究[A]。民事诉讼论集（第5卷）[C]。东京：成文堂，1986。

{5} 何冰。纠纷解决机制之重构[J]。中外法学，2002（1）:12。

{6} 张晓茹家事事件交错适用程序法理的必要性[M]北京：中国法制出版社，2011。

{7} 章武生。基层法院改革若干问题研究[J]。法商研究，2002（6）。

{8} 章武生。民事简易程序研究[M]。北京：中国人民大学出版社，2002:292。

{9} 庞华立。关于检察机关提起民事诉讼三个理论问题的探讨[J]。宁夏法学通讯，1989（1）。

{10} [美]罗斯科·庞德。通过法律的社会控制[M]。沈宗灵译。北京：商务印书馆，1984:73。

通奸与干扰婚姻关系之损害赔偿—以英美法为视角

中国民商法律网 孙维飞 华东政法大学

一、问题之提出

配偶一方与第三者通奸，配偶另一方所遭受的损害能否得到救济？此法律问题涉及配偶之间的法律关系以及第

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

三者与配偶另一方之间的法律关系两个方面。就前者，2001年修订的《婚姻法》第46条规定了在离婚时配偶一方可向有婚外同居行为的另一方主张损害赔偿责任，但未涉及单纯的通奸行为；就后者，《婚姻法》未作规定，2010年实施的《侵权责任法》也未作出明确的规定。

从期刊文献来看，在2001年《婚姻法》修订之前，有不少反对受害配偶向第三者请求侵权损害赔偿的见解，[1]但修订之后，从解释论的视角出发，有学者反对就未构成婚外同居的单纯通奸行为使行为人承担损害赔偿责任，但也有支持者。也有学者从适用《侵权责任法》第22条的角度持支持的观点。[2]

从司法实践来看，早在2001年《婚姻法》修正之前，就有支持配偶一方对另一方和通奸第三者的精神损害赔偿请求的案例。例如，在本期专题讨论案例——“周某某诉王甲等案”中，法院认为，配偶与第三者发生婚外性关系，保持长达半年多的婚外情，其“不光彩的做法，严重地侵害原告对配偶的权利，给原告造成了极大的精神打击。因此，两被告应赔偿原告的精神损失”。[3]2001年《婚姻法》修正后，实践中仍不乏作出类似处理的案例。[4]但实践中，也存在否定配偶一方可向另一方与通奸第三者主张精神损害赔偿责任的案例，其中的理由主要是：对配偶来说，《婚姻法》第46条只规定了离婚时针对发生婚外同居或重婚的配偶的损害赔偿责任，不包含针对不构成婚外同居的通奸行为的损害赔偿责任；[5]对通奸第三者来说，要求其承担精神损害赔偿责任亦属欠缺法律依据。[6]

另外，在本专题讨论的前述“周某某诉王甲等案”中，被告王甲在其和原告周某某的婚姻关系存续期间，与第三者王乙（亦为被告）通奸，生有一子。原告得知真相后与被告协议离婚，并向法院提起诉讼，除了精神损害赔偿的请求如前所述得到支持外，其请求通奸双方赔偿其因夫妻共同财产用于支付该孩子的出生和医疗等费用而遭受的损失一并得到法院的支持，依据是其时规定一般侵权行为的条款，即《民法通则》第106条第2款。

本文主要研究上述专题讨论案例所体现出的与通奸相关的精神损害赔偿问题，附带论及抚养非亲生子女所支出费用的赔偿问题，意在通过对关于干扰婚姻关系之英美侵权法历史与现状的观察，结合我国的实例进行比较，为我国将来实务或学说的发展提供一点或许有价值的借鉴之资。

二、英国法上通奸损害赔偿之诉

早期普通法上，丈夫拥有享受妻子陪伴服务的权利（a husband's right to the consortium of his wife），第三人若有诱拐其妻子、伤害其妻子或与之通奸等行为，即构成对此种权利的侵犯。[7]但是，由于在婚姻共同体中，妻子的人格暂停存在，被丈夫吸收，[8]妻子并不拥有类似的权利。[9]由于妻子不具有独立人格，其在通奸中对婚外性行为的同意不具有实质意义，第三人与妻子通奸，与第三人殴打、掳掠妻子一样，对于丈夫来说，都属于使用暴力的直接侵害行为（trespass vi et armis）。[10]丧失妻子服务（loss of service of the wife）的财产性损失虽然会使得丈夫得到的赔偿额增加，但不是赔偿的必要条件，因为通奸对丈夫的伤害是“玷污了他的床”（dishonor of his bed）、“夺取了他妻子的爱”（alienation of his wife's affection）、“家庭安慰的破坏”（destruction of domestic comfort）以及“对于妻子所生属私生子的疑虑”（suspicion cast upon legitimacy of her offspring）。[11]英国1857年颁布的《婚姻诉讼法》[12]（Matrimonial Causes Act 1857）确立了世俗法院对结婚和离婚事项的管辖权（第2条），[13]虽然其第59条取消了原先的“通奸之诉”（action for criminal conversation），但保留了丈夫在离婚或别居诉讼中对与其妻子通奸的第三者要求赔偿的权利（一般称之为“action for damages for adultery”，即“通奸损害赔偿之诉”），并且除有相反规定外，原先适用于“通奸之诉”的普通法的原则和规则继续对其适用（第33条），法庭甚至有权依裁量要求通奸人支付诉讼所产生的全部或部分费用（第34条）。在“巴特沃斯诉巴特沃斯和恩格尔菲尔德”（Butterworth v Butterworth and Englefield, [1920]P.126）一案中，麦卡迪法官（McCardie J.）细致梳理了既有案例，深入讨论了“通奸损害赔偿之诉”的多方面内容，该案也成为涉及此诉的最为出名的一个案件。依据麦卡迪法官的主张，从既有的判例中可以看出，在“通奸损害赔偿之诉”中，丈夫受到的损害可从两个方面进行考察。第一个方面考察的因素是“妻子对丈夫所具有的价值”（the actual value of the wife to the husband），对此可从“金钱的视角”（the pecuniary aspect）和“伴侣的视角”（the consortium aspect）进行分析。和“金钱的视角”相关联的因素有：妻子对丈夫事业的帮助、妻子治家的能力等；和“伴侣的视角”相关联的因素则主要是妻子的纯洁、道德品性以及爱等。从“金钱的视角”评估丈夫的损害时，主要依赖于优良直觉和经验，通奸第三者的具体因素几乎不具有相关性；但是从“伴侣的视角”评估丈夫的损害时，则通奸第三者的行为手段具有相关性。如果通奸第三者需要动用其财富能力去诱惑某人的妻子，则表明该妻子不是可以轻易被征服的女人，也就表明和那些仅因一次诱惑的暗示就上钩的妻子相比，她对丈夫具有更高的价值。第二个方面考察的因素则是对丈夫情感或尊严的伤害。这方面的因素与“妻子对丈夫所具有的价值”因素相比是更为重要的因素，得到了教科书和权威判例的一致认可。判断丈夫所遭受的情感或尊严伤害时，通奸第三者的行为表现非常重要。在此，尽管通奸第三者的财富或社会地位本身不构成相关因素，但财富或社会地位的使用以利于通奸行为会加剧对丈夫情感和尊严的伤害，因此应成为损害赔偿考量的因素。另外，不论是关乎“妻子对丈夫所具有的价值”或“丈夫所受的情感和尊严的伤害”，丈夫自身的品格、行动和爱都是相关的考察因素，其自身的过失、粗鲁或残忍也可能已经毁灭了妻子的爱，从而使自己要求通奸第三者

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

损害赔偿的权利大为缩减。最后，麦卡迪法官还特别指出，与早期的“通奸之诉”不同，若通奸第三者在通奸的开始和继续中都不知其通奸对象已婚时，不应承担损害赔偿责任。[14]

英国《1970年法律改革（杂项规定）法令》（Law Reform [Miscellaneous Provisions] Act 1970）第4条明确规定，自该法生效后，任何人不得再以妻子通奸为由提起损害赔偿之诉。关于通奸损害赔偿之诉的废除，不妨参看1967年英国法律委员会在其工作报告《婚姻及相关诉讼—财产性救济》（Matrimonial and Related Proceedings: Financial Relief）中提出的一些理由。例如，该报告认为：该诉体现的是将妻子当作丈夫的财产；其过程将会鼓励当事人相互伤害对方的尊严，加剧夫妻双方之间的痛苦；另外，如果丈夫和妻子串通，此诉还方便了他们合谋对所谓通奸第三者进行敲诈。在报告人看来，仅被告和原告妻子发生了性行为的事实就可以要求赔偿，其显示的是很粗野、不文明的理论基础（rather barbarous theoretical basis），其他许多可导致他人婚姻破裂的情形都没有责任，而和配偶一方通奸导致婚姻破裂就要承担财产性责任是不合逻辑的，属不合理地区别对待。另外，所谓损害赔偿的风险有助于抑制通奸行为的观点在报告人看来也是不可信的。[15]

如本专题讨论案例所示，通奸经常伴随的问题是如何解决受欺骗错误抚养非亲生子女的问题。英国高等法院2007年报告的“A诉B”一案，虽然涉及的不是通奸，但和错误抚养非亲生子女有关。对其观察或许有助于了解在通奸损害赔偿之被取消的情况下，错误抚养非亲生子女情形中问题的特异性。此案中，原告A与被告B曾是工作中的同事，各自皆无婚姻关系。双方在发生性关系后，1997年被告怀孕生子Y，原告以为是自己的亲生子女，并为其抚养支出了各种费用。2002年A和B相处得不太好，原告并得知Y并非自己亲生子女。后来双方关系闹僵后，A向法院提起诉讼，主张B在有可能会告知真相的情况下隐瞒了Y并非A亲生子女的真相，构成欺诈（deceit）的侵权行为。此主张被法官约翰·布罗菲尔德（John Blofeld）接受，认为案情符合欺诈的要素，因此，原告有权获得精神损害赔偿（判决为7500英镑）。但是，就原告要求赔偿其因受欺骗抚养非亲生子女而支出的费用的主张，法官却未予支持，除了公共政策的考虑外，其中一个理由是：原告A在得知真相前也从其和非亲生子女Y的关系中获得了很大的快乐。[16]

三、美国法上直接干扰婚姻关系的通奸之诉

在美国部分州的普通法上，对婚姻关系的干扰可构成侵权，分为间接干扰婚姻关系和直接干扰婚姻关系（Indirect/Direct Interference With Marriage Relation）。当第三人配偶一方造成身体伤害时，对该配偶构成侵权，此侵权不属于干扰婚姻关系；同时，因为该行为也使配偶另一方遭受了家庭服务丧失等损失，对配偶另一方也可构成侵权，即所谓间接干扰婚姻关系。而当第三人与配偶一方通奸时，对该配偶（因其同意）不构成侵权，但却可能对配偶另一方带来财产或精神损害。此时，只有对配偶另一方的侵权，即只存在干扰婚姻关系的侵权，不存在其他不属于干扰婚姻关系的侵权，如对配偶一方人身伤害的侵权，[17]因此属于直接干扰婚姻关系。

美国普通法上，“通奸之诉”（Action for Adultery）的特点可从其与另一种英国法上从未存在的诉——“失爱之诉”（Action for Alienation of Affection）的区别来看，失爱之诉亦属直接干扰婚姻关系的诉讼，其核心在于侵权人采取了使配偶一方脱离另一方的行为等从而使配偶另一方不能享受家庭服务和夫妻之爱，而通奸之诉的核心并不是家庭服务或爱之丧失，而是对于夫妻性行为的排他的权利（exclusive rights to marital intercourse）。[18]这样的权利原先和英国一样只允许丈夫享有，但现在，在没有取消通奸之诉的州，丈夫和妻子都享有。[19]依据《侵权法重述》（第2版）对美国普通法的总结，即使通奸第三者不知其通奸对象为有配偶之人亦须负损害赔偿之责任，“一个人和已婚者有性关系承担他或她已和他人结婚的风险”；在决定对配偶精神损害（emotion distress）的赔偿额时，须考虑各方因素，第三者和通奸配偶的通奸越频繁的，其赔偿额越高，作为原告的配偶对通奸配偶无视或漠不关心时其可获赔偿额应降低，而通奸配偶之前还和其他人有通奸行为的，作为原告的配偶的可获赔偿额也应降低。[20]

在美国，通奸之诉呈消亡之势，目前只有个别州还保留着。[21]通奸之诉是对性行为不检点的指责和追究，废除它的理由包括：通奸之诉为敲诈和勒索提供了便利之机，诉讼更可能是出于纯粹的贪图钱财或报复的动机，体面而有尊严的人不会去进行这种带来家庭不名誉的诉讼，其情感伤害也难以通过金钱加以弥补；通奸行为很少出于刻意的计划安排，损害赔偿无助于对其进行抑制；另外，如下观念也越来越多地被接受：配偶任何一方都是一个独立自主的人，谁都不是对方独享的财产。[22]

虽然包括通奸损害赔偿之诉在内的直接干扰婚姻关系的诉讼形式在绝大多数州都已消失，但是，在通奸配偶生下子女，而配偶另一方在不知情的情况下与该非亲生子女共同生活、建立了感情并支付了抚养费的情况发生时，仍有诉讼出现。例如，在威斯康星州最高法院审理的“凯斯特勒诉波拉德”一案中，[23]在原告与其妻子婚姻关系存续期间，被告和其妻子通奸，并生下一子。原告主张：被告明知自己为孩子的亲生父亲却故意使原告不知情，使原告在和该非亲生子女建立感情纽带后，却因得知真相而遭受严重的精神伤害，被告的行为构成“故意造成精神痛苦”（Intentional Infliction of Emotional Distress）的侵权行为，故应赔偿原告所遭受的精神损害。“故意造成精神痛苦”在美国法上是一种有别于干扰婚姻关系的独立的侵权类型，依《侵权法重述》（第2版）对美国普通法的总结，故意造成精神痛苦的行为人赔偿的条件是其实施了“极端恶劣的行为造成（他人）严重的精神痛苦”（Outrageous Conduct Causing

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

Severe Emotional Distress)。[24]但是，原告利用“故意造成精神痛苦”的这一侵权类型以避免诉诸已经被废除的通奸损害赔偿之诉的做法，遭到了州最高法院的否决，其理由是：原告的主张实质上就是已经废除的通奸损害赔偿之诉，应被驳回，以实现州立法废除该诉所要实现的公共政策。路易斯法官（Louis J.）对此进行了详尽的分析。他首先将通奸损害赔偿之诉的要求事项列出：（1）婚姻关系之存在，（2）被告和配偶一方发生性行为；然后将原告所主张的事项列出：（1）原告和其妻子存在着一个婚姻关系，（2）被告在原告和其妻子的婚姻关系存续期间发生性行为，（3）前述性行为导致原告妻子产下一子，（4）被告封闭消息和原告后来知道真相。最后，路易斯法官作对比认为：两类事项中（1）和（2）是相同的，而剩下的原告所主张的事项（3）和（4）都是通奸事实的自然的、直接的后果。更具体地说，即（3）事项是（2）事项的自然和很有可能的（natural and probable）的结果，因为发生性行为生了孩子是很自然而可能的事；而（4）事项又是（3）事项的结果，因为隐瞒孩子为通奸所生无疑是普遍会发生的事（undoubtedly common occurrence）。对路易斯法官将原告所主张的事项看成实质上是在诉诸通奸损害赔偿之诉，亚布拉罕森法官（Abrahamson J.）提出不同见解，他认为：一个特定事实可能符合多个侵权之诉的构成，但并不表明这多个之诉是相同的，它们仍是独立的相互有区别的侵权之诉。通奸损害赔偿之诉着眼点是原告的婚姻关系，并不要求被告的行为是极端恶劣（outrageous），而故意造成精神痛苦之诉着眼点是原告的幸福（well-being），则不要求被告必须在侵权行为发生时是已婚的。[25]另一个俄克拉荷马州最高法院审理的案件——“米勒诉米勒案”或许可以为亚布拉罕森法官的观点提供一个补充说明。[26]此案中，被告婚前谎称其所怀的孩子是原告的，其父母（亦为被告）也一起撒谎，原告于是和被告结婚，孩子出生后双方共同生活了十几年，原告才知道真相。因此，原告提起诉讼主张被告其行为构成故意造成精神痛苦的侵权，应承担赔偿责任，并得到法院支持。原告同时主张其为孩子支出的抚养费的返还（restitution），但法院认为：一方面，其撤销父亲身份（disestablish paternity）的期间已过，由此不得要求以撤销父亲身份为前提的不当得利的索回（recovery of unjust enrichment）；另一方面，其依据确定终局判决向孩子的母亲支付孩子抚养费时，亦不得主张不当得利的返还。[27]就此，顺带说明的是，在美国一些州，即使父亲身份被撤销，其立法也明确规定不允许其向收取了孩子抚养费之母或国家要求返还。[28]

四、结合我国案例的比较和借鉴

从通奸损害赔偿之诉在英美的一些共性来说，其中有些理由值得深思。笔者认为，英美通奸损害赔偿之诉的共性在于其核心都是将独享配偶性行为利益作为一种权利，并使之成为侵权法保护的客体。这可以解释美国法上为什么通奸配偶之间就和他（或她）人有通奸行为的会减少赔偿额，也可以解释英国法上为什么妻子越难被他人利用金钱等引诱通奸则所受损害越大。这两种情况下衡量的实际都是配偶的贞洁。仅配偶的贞洁与否就可以影响损害赔偿额的大小。配偶另一方的服务丧失或情感伤害是另外考虑的内容。既然英美通奸损害赔偿之诉的核心是将独享配偶性行为利益作为一种权利并使之成为侵权法保护的客体，那么取消该诉也就意味着不将独享配偶性行为利益作为可受侵权法保护的权利。

假定要借鉴并采纳英美取消通奸损害赔偿之诉的做法（此处只是假定，是否应借鉴并采纳的问题有待后文分析），用大陆法系的语言来说，就需要在判断侵权行为的违法性时认定侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为不具有侵权责任法上的不法性，因此单纯因侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为而造成的损害结果不予赔偿。不过，即使如此，尚须考虑的问题是：若妻子对丈夫隐瞒二人婚姻关系中出生的子女为其与通奸第三者所生，并对丈夫造成了损害，此种情形是否属于单纯因侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为造成损害结果的情形？在笔者看来，从逻辑上说，否定答案的可能性是存在的，因为上述损害的核心是受欺骗抚养非亲生子女带来的情感伤害或财产损失。从这个核心出发，侵害“独享配偶性行为利益”的通奸行为引起此种损害虽属常态，但非必然，不具有夫妻关系的同居者中男方也有可能受此种损害，前文所述英国法上的“A诉B”一案即如此，前文所述美国法上的“米勒诉米勒”一案也是如此，因为此案中被告是因婚前性行为而生下了其丈夫的非亲生子女，该性行为发生时夫妻关系尚不存在，因此也就谈不上对“独享配偶性行为利益”的侵害。另外，在原被告有婚姻关系的情形下，前文所述美国法上的“凯斯特勒诉波拉德”一案中的路易斯法官认为原告所主张的受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿实质上就是通奸损害赔偿，其推理不完全成立。在不认可通奸损害赔偿的前提下，一方面，其认为对由通奸自然产生的结果不应借助于“故意造成精神痛苦”的其他侵权诉讼形式进行赔偿的理由是成立的，否则，取消“通奸之诉”的宗旨或目的就会被变相破坏；但另一方面，其认为受欺骗抚养非亲生子女正属于此自然产生的结果之列的道理不一定成立，在笔者看来，是否成立涉及价值判断。就一国法制来说，通奸合法化或不予处罚并不一定意味着欺骗导致他人抚养非亲生子女也合法化或不予处罚。本文之所以着力讨论受欺骗抚养非亲生子女的问题，是因为我国大陆的通奸损害赔偿中较多涉及的正是此类问题。下文即介绍我国大陆涉及通奸损害赔偿的一些司法案例，观察其特点。

在北大法宝和北大法意的司法案例数据库中，以全文中出现“通奸”、“性行为”或“性关系”，并且全文中出现“损害赔偿”或“不当得利”进行检索，得出相关案例。[29]仅就这些案例来说，可以看出：（1）除一篇外，[30]其他案例都有这样的特征：在通奸被告生下孩子的案件中，其配偶都获得了精神损害赔偿，[31]反之，则法院不支持

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

精神损害赔偿；[32]（2）在通奸被告生下孩子的案件中，原告主张赔偿抚养费的请求都得到了支持，但都没有引用《民法通则》不当得利条款（第92条）；[33]（3）在非通奸的唯一一例因婚前性行为怀孕，但婚后隐瞒了该孩子为丈夫亲生子的案例中，原告以侵犯人格利益为由起诉要求精神损害赔偿，法院未予支持，理由是被告未违反夫妻忠实义务。[34]

英国法律委员会在其有关通奸损害赔偿之诉的工作报告中有这样一段话：“我们虽倾向于取消通奸损害赔偿之诉，但是这通常是社会道德感决定的事项，其或许会感觉在令人气愤的事例中一个富有的引诱他人配偶的人应当付出金钱代价。我们将欢迎法律人或非法律人表达其意见。”[35]就中国的通奸损害赔偿问题来说，同样，它也是由社会道德感决定的事项，不过它是由中国，而非英国，亦非美国的社会道德感决定的事项。以此而言，英美两国法律中就通奸损害赔偿问题的法律发展所显示的价值观对中国就此类问题的处理有多大借鉴意义实属可疑，重要的是本国社会就此问题的感受和态度。即使从普世价值的角度言，通奸造成损害是否应予赔偿似乎也与之无涉。但是，从对本国现行实证法的解释论的角度言，需要关注的是我国实证法所体现的价值观。法官断案须受现行实证法约束，其应采用解释论的视角，不过其结果是否体现了其所处社会的道德感却难以评定。本文于此姑且采用一个假设，即假设本文搜集的数目极其有限的司法案例体现了现行实证法约束下的社会道德感（或者说未与现行实证法相冲突的社会道德感）。在此假设下，下文将试图在解释论的视角下寻求如何从现行实证法的角度为上述司法案例作体系化的法教义学上的解释，并在此过程中从英美有关通奸损害赔偿之诉的普通法中寻求借鉴，尽管并非借鉴其价值观。

首先，从我国现行实证法的角度看，单纯的通奸行为似乎并不能引致精神损害赔偿的后果。2001年修正后实施的《婚姻法》第4条明文规定了“夫妻应当相互忠实”，但是在第46条有关离婚损害赔偿的规定中并无通奸损害赔偿的规定，尽管通奸显然是违背夫妻忠实义务的行为。同年实施的婚姻法司法解释（《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》，法释[2001]30号）第3条规定：“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。”由此可见，撇开《婚姻法》第46条，就未达到该条第2项“有配偶者与他人同居的”夫妻一方与第三者通奸的行为，主张其可构成侵犯配偶权并引致损害赔偿责任的见解并不妥当。对于单纯通奸行为的夫妻一方和第三者，本文亦不赞成依据《侵权责任法》第22条追究其损害赔偿，[36]理由是，对单纯通奸行为的干预，《婚姻法》所显示的克制态度应予尊重，避免其因《侵权责任法》之适用而遭遇冲突，以维护法律体系的价值观上的和谐。

其次，借鉴前述英美法中有关区分因单纯通奸的损害赔偿与因受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿的见解（尽管并非属于一致见解），笔者认为，在否定单纯通奸损害赔偿的解释论前提下，不妨认可受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿，因为前者涉及的保护客体是“独享配偶性行为的利益”，而后者涉及的保护客体则是与之有所不同的人格利益，无以名之，不妨称其为一般人格利益。这种人格利益受侵害造成的精神损害不是指尊严或名誉受损，而是指因和非亲生子女共同生活等所建立的情感纽带遭遇打击，以致情感上的失落，甚至还可包括错过生育自己亲生子女的机会或最佳机会所带来的精神伤害。上述见解可以较好地对本国前述的我国司法案例作较为连贯的体系化的解释，即可以解释为什么司法案例中多显示为通奸生子时支持赔偿，未生子时则不支持。若否定单纯通奸的损害赔偿，将视角转为受欺骗抚养非亲生子女所产生的精神损害时，解决案件时侧重的不再是通奸行为的持续时间等因素，而应是欺骗的持续时间以及丈夫与非亲生子女是否共同生活和感情深厚等因素。由此，如同前文所述英国法上的“A诉B”一案一样，即使行为人并非通奸，也可承担使他人受欺骗抚养非亲生子女所产生的侵权责任。前述我国的一则司法案例就类似情形未能作相似处理，也许正因为未能认识到可对受欺骗抚养非亲生子女中的精神损害作不同于通奸造成精神损害的理解，仍只从是否违反夫妻忠实义务的角度去理解使他人受欺骗抚养非亲生子女的行为。

最后，支持受欺骗抚养非亲生子女的精神损害赔偿，可依据《侵权责任法》第22条，因为从该条规定“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”看，其并未将精神损害赔偿限定于“侵害他人人身权”。2009年全国人大常委会公布的《中华人民共和国侵权责任法（草案）》第22条则有此限定。[37]合乎立法史的解释应当是，人身权之外的一般人格利益并未一概被排除在《侵权责任法》第22条的保护范围之外。因此，虽然前文并未将使他人受欺骗抚养非亲生子女的行为定位于侵犯具体的人格权，而是一般人格利益，其保护依据《侵权责任法》第22条仍属有据。另外，关于受欺骗抚养非亲生子女所支出抚养费用的赔偿请求，前文所述的我国司法案例都予以支持，且并未引用不当得利条款，即《民法通则》第92条，实际上是将其作为侵权造成财产损失的赔偿问题加以对待。不过，若从侵权的角度追究非亲生子女的亲生父亲的责任时，必须以其有过错为要件，若亲生父亲不知自己有该子女存在的，就有关抚养费的损害赔偿来说，似乎难以谈得上过错，因此不应予以赔偿。但是，和精神损害赔偿问题不同，上述抚养费属本该由孩子的亲生父亲承担的费用转由其非亲生父亲支付了，是否可从不当得利角度分析可值研究。考虑到受欺骗抚养亲生子女的人在得知真相前通常会从和非亲生子女的共同生活中获得过天伦之乐，这一点并不会因为由得知真相而来的事后的失落而溯及地消灭。再加上保护儿童等公共政策的考量，不论是侵权的财产损失赔偿，还是不当得利所支出费用的返还，都有进一步探究的余地。[38]

五、结论

通奸损害赔偿事涉及各国不同文化，价值判断可能各异。本文介绍了英美取消通奸损害赔偿之诉的大致情形，在对其借鉴的问题上，并不侧重于英美法对通奸损害赔偿事项处理所体现的价值观，而是侧重于其中区分通奸损害赔偿和受欺骗抚养非亲生子女的损害赔偿的见解。从本文所搜集的我国既有的案例出发，结合对现行实证法的分析，本文所支持的解释论的见解为：因单纯通奸造成的精神损害不予赔偿；因受欺骗抚养非亲生子女而产生的精神损害可依据《侵权责任法》第 22 条作为侵犯一般人格利益造成的精神损害予以赔偿；至于受欺骗抚养非亲生子女的抚养费赔偿或返还问题，有待进一步研究。

注释：

[1]例如，周孝正：《“专家高”与“配偶权”质疑》，载《中国青年研究》1998 年第 6 期；周安平：《性爱与婚姻的困惑——“第三者”民事责任的理论与现实之探讨》，载《现代法学》2001 年第 2 期。

[2]参见于晓：《论干扰婚姻关系的侵害客体》，载《山东社会科学》2011 年第 1 期。

[3]江苏省南京市六合县人民法院（2000）六民初字第 731 号，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2001 年民事审判案例卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 1-4 页。

[4]例如，“田某诉王某某一般人格权纠纷案”，来源：<http://www.pkulaw.cn>, 2013 年 3 月 15 日访问。

[5]例如，“周浩诉韦玉琼离婚纠纷案”（（2005）大民初字第 41 号），来源：<http://www.pkulaw.cn>，2013 年 3 月 15 日访问。

[6]例如，“（2008）赣中民三终字第 314 号”案例，参见《受害配偶对第三人主张侵权赔偿欠缺法律依据》，载《人民司法·案例》2009 年第 22 期。

[7]Evans Holbrook, *The Change in the Meaning of Consortium*, 22 *Michigan Law Review*, 1923, p. 2.

[8]William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Thomas B. Wait & Company, 1807, p. 442.

[9]Supra note 1, pp. 2-3.

[10]关于直接侵权行为（trespass）和间接侵权行为（trespass on the case）在早期英国普通法上的区别及其意义，参见[英]梅特兰：《普通法的诉讼形式》，王云霞等译，商务印书馆 2009 年版，第 119、120 页。

[11]Frederick Pollock, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, second edition, London: Stevens and Sons, Limited, 1890, p. 273.

[12]全称为《英格兰关于修改涉及离婚和婚姻诉讼法律的法令》（An Act to amend the Law relating to Divorce and Matrimonial Causes in England）。

[13]See William Searle Holdsworth, *the Ecclesiastical Courts and their jurisdiction*, in *Committee of the Association of American Law Schools (eds), Select Essays in Anglo-American legal history*, vol. 2, Boston: Little, Brown & Company, 1908, pp. 297-301.

[14]Butterworth v Butterworth and Englefield, [1920]P. 126, at pp. 142-154.

[15]The English Law Commission Working Paper No. 9 (1967), paras. 128-132, 来源：<http://www.worldlii.org/ew/other/EWLC/1967/c9.html>, 2013 年 3 月 15 日访问。另外，已故的英国丹宁勋爵在其书中所描写的关于有人决心通过控告他人通奸而捞一笔钱的故事也许可以为所谓的“敲诈”（尽管不是与妻子合谋）作一小小的注脚，参见[英]丹宁勋爵：《法律的界碑》，刘庸安、张弘译，群众出版社 1992 年版，第 125-128 页。

[16]A v B [2007] EWHC 1246 (QB) (03 April 2007) .

[17]Peter B. Kutner, *Law Reform in Tort: Abolition of Liability for “Intentional” Interference with Family Relationships*, 17 *Western Australian Law Review*, 1987, p. 34.

[18]William E. Geer, *Criminal Conversation: Civil Action for Adultery*, 25 *Baylor Law Review*, 1973, p. 496.

[19]W. Page Keeton et al. (eds.), *Prosser and Keeton on Torts*, fifth edition, West Group, 2004, p. 916. *Restatement (Second) of Torts* § 685 (1977), Comment d.

[20]Restatement (Second) of Torts § 685 (1977), Comment e, f, g.

[21]至 2012 年，只有四个州（夏威夷、伊利诺斯、新墨西哥和北卡罗来纳州）还保留着通奸之诉。See Laura Belleau, *Farewell to Heart Balm Doctrines and the Tender Years Presumption, Hello to the Genderless Family*, 24 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2012, p. 372, note 38. 早在 20 世纪初，美国印第安纳等州就开始了立法废除诸如通奸之诉等直接干扰婚姻关系之诉的进程。See Nathan P. Feinsinger, *Legislative Attack on “Heart Balm”*, 33 *Michigan Law Review*, 1935, p. 979.

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

[22]W. Page Keeton et al. (eds.), Prosser and Keeton on Torts, fifth edition, West Group, 2004, p. 930. 1935年,新泽西州通过废除通奸之诉的立法,一名法官表达的如下见解也许亦值得参考:“不可能既对那些诚实、善意且真正受伤的配偶提供救济而不为那些‘诈人钱财者’打开方便之门。因此,善意要求救济的配偶,作为社会的一员,必须服从为保护社会而设计的法律”(Bunten v. Bunten, 15 N. J. Misc. 532, 192 Atl. 27 (1937)). See Clark W. Toole, Comment, Domestic Relations—Constitutionality of “Heart Balm” Legislation (Illinois), 4 Washington and Lee Law Review, 1947, p. 186, note 6.

[23]Koestler v. Pollard, 471 N. W. 2d 7.

[24]Restatement (Second) of Torts § 46 (1965).

[25]Koestler v. Pollard, 471 N. W. 2d 7, at p.9, per Louis J.; at p. 12, per Abrahamson J.

[26]Miller v. Miller, 1998 OK 24, 956 P. 2d 887.

[27]“除非一份有效判决被撤销,根据该判决作出的付款将不可索回,即便该判决为通过欺诈而取得”,此项英美法上关于不当得利返还的原则,参见[英]皮特·博克斯:《不当得利》,刘桥译,清华大学出版社2012年版,第266页。

[28]例如怀俄明州的立法:2010 Wyoming Statutes 14-2-823 (m), available at: <http://law.justia.com/codes/wyo-ming/2010/Title14/chapter2.html>, 2013年3月15日访问。更多关于父亲身份被撤销引起的抚养费返还问题的美国各州的立法和法院判决情况。See Paula Roberts, Truth and Consequences: Part III Who Pays When Paternity Is Disestablished, 37 Family Law Quarterly, 2003.

[29]北大法宝 (<http://www.pkulaw.cn>), 北大法意 (<http://www.lawyeer.net>), 2013年3月15日访问。在北大法意的检索中,另加案由是离婚纠纷为检索条件。

[30]张某某与王某某离婚纠纷上诉案((2009)沪二中民一(民)终字第608号),以上案例出自北大法宝。

[31]周某诉王某等确认生身父母纠纷案(即本专题讨论案例),邹某某诉李某等返还受欺骗抚养非亲生子费用和侵犯配偶权索赔案,陈某与那某抚养费纠纷上诉案,陈某与肖某等抚养权纠纷上诉案,彭××诉邓××抚养纠纷案,田某诉王某某一般人格权纠纷案,应小明诉陈淑红配偶权侵权案,张建芬诉朱德扬离婚案,以上案例源自北大法宝;曹a与黄a,林承桂与郭晓丹,王林瑞与丁红英,以上案例出自北大法意。

[32]周浩诉韦玉琼离婚纠纷案,张建芬诉朱德扬离婚案(此案中,通奸致怀孕但引产),罗梅清与伍建雄离婚纠纷上诉案,以上案例出自北大法宝。

[33]在“邹某某诉李某等返还受欺骗抚养非亲生子费用和侵犯配偶权索赔案”的材料中附有评析,评析者认为判决支持了原告邹某某有关支出抚养费的诉讼请求,但在适用法律时未援引不当得利的规定欠妥。

[34]张某某诉李某一般人格权纠纷案((2009)浙甬民一终字第760号),以上案例出自北大法宝。

[35]The English Law Commission Working Paper No. 9 (1967), para. 142, 来源:<http://www.worldlii.org/ew/other/EWLC/1967/c9.html>, 2013年3月15日访问。

[36]参见于晓:《论干扰婚姻关系的侵害客体》,载《山东社会科学》2011年第1期。

[37]来源:http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2009-11/06/content_1525914.htm(中国人大网), 2013年3月15日访问。

[38]最高人民法院在一则《关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函》([1991]民他字第63号)中曾指出:“经研究,我们认为,在夫妻关系存续期间,一方与他人通奸生育子女,隐瞒真情,另一方受欺骗而抚养了非亲生子女,其中离婚后给付的抚养费,受欺骗方要求返还的,可酌情返还;至于在夫妻关系存续期间受欺骗方支出的抚育费用应否返还,因涉及的问题比较复杂,尚需进一步研究”。此种谨慎的态度在本文所引述的司法案例中似乎并不存在,对此究竟应如何解释颇费思量,亦当是进一步研究的主题。

当事人协议管辖与外国判决的承认与执行法律制度的关系初探

2013年10月8日 《清华法学》2013年第3期 李 旺

【摘要】 当事人协议选择外国法院而排除中国法院的管辖权在实践中时有发生,而中国法院认可该协议的条件和何是目前学术界和实务界关心的重点。本文结合我国的司法实践,通过对当事人选择外国法院的协议成立条件的梳理,重点分析外国法院判决的承认与执行的互惠原则与当事人协议管辖的关系,探讨互惠原则作为认可管辖协议的成立之条件。

【全文】

目次

一、前言

二、当事人协议排除中国法院管辖权与外国法院判决承认制度的关系

“家事法苑”律师团队奉献

三、结语

一、前言

基于当事人协议的国际民事裁判管辖权是指双方当事人以共同意思决定的直接国际裁判管辖权。目前关于涉外民事案件的协议管辖制度为越来越多的国家立法所采用,并成为当代国际裁判管辖权制度中不可或缺的内容,亦被认为是确定国际民商事管辖权的基本制度之一。我国《民事诉讼法》第242条(2012年《民事诉讼法》第34条)规定,涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人,可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的,不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。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305条规定,属于中国法院专属管辖的案件,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。

协议管辖是当事人意思自治原则在国际民事诉讼中的体现,其制度价值表现在:首先,协议管辖有利于避免管辖权争议。受理案件法院的管辖权问题经常关系到案件审理的结果,因此往往成为诉讼中双方当事人争议的焦点。协议管辖使得当事人可以不再就如何按照法律规定的联系因素,诸如住所、合同履行地而确定管辖权的标准争论不休,从而有利于纠纷的迅速解决;[1]其次,避免国际平行诉讼的产生。排他性的管辖权约定使得受案法院取得专属性的管辖权,当事人不能够在约定国家法院之外的其他国家法院再提起诉讼,被约定法院之外的其他法院也不能够再受理同样的争议;再次,当事人通过协议管辖所选择的法院通常是与合同的准据法相联系的,当事人选择的合同准据法通常就是协议所选择的法院地的法律。选定了争议的实体法(合同准据法)和程序法(协议管辖地法),有利于增加当事人对案件结果的可预测性。最后,协议管辖体现了当事人对所选择的法院的信赖,建立协议管辖制度体现了对当事人意愿的尊重。[2]

协议管辖通常可作如下分类:

1. 排他性协议管辖与非排他性协议管辖。前者只能在选定的法院进行诉讼,被选择的法院具有专属管辖权;而后者一方面允许在选定的国家法院进行诉讼,另一方面也不禁止在其他具有法定管辖权的国家法院进行诉讼。

2. 明示协议管辖和默示协议管辖。前者是指当事人间通过书面协议或其他明示方式表明将他们之间的争端提交给某一或某些法院管辖。后者是指原告起诉后,被告自动应诉,不就管辖权问题提出异议。

3. 协议管辖可以分为赋予无法定管辖权的国家以管辖权或者具有法定管辖权的国家以专属管辖权和排除本有法定管辖权的国家行使管辖权两种。从中国的角度来讲,前者是指原本中国法院没有管辖权,而由于当事人的管辖协议选择中国法院行使管辖权,或者中国虽然具有管辖权但由于当事人的管辖协议而具有专属管辖权;后者是指原本中国法院具有管辖权而由于当事人协议选择外国法院具有专属管辖权而使得中国法院不再具有管辖权。[3]

从我国《民事诉讼法》第242条(2012年《民事诉讼法》第34条)的规定来看,我国也确立了由当事人以明示的方式确定管辖法院的协议管辖制度,体现了对当事人意愿的尊重,有利于促进国际经贸往来。近年围绕《民事诉讼法》第242条(2012年《民事诉讼法》第34条)所规定的当事人协议选择涉外案件的管辖权的法律制度,学者从不同角度作了阐述,[4]不过对协议管辖权制度与外国法院判决的承认制度之间的关系尚缺乏详细的论述,本文结合我国近年的司法案例,仅对当事人协议选择外国法院为专属法院而排除中国法院管辖的法律制度加以探讨,通过对当事人管辖协议成立条件的梳理,揭示两者之间的关系,以期达到抛砖引玉的作用。

二、当事人协议排除中国法院管辖权与外国法院判决承认制度的关系

(一)当事人选择外国法院而排除中国法院管辖权的条件

依照我国关于协议管辖的现行制度,当事人协议选择外国法院为专属管辖法院而排除中国法院管辖时,如果一方当事人诉讼至中国法院,我国法院拒绝行使管辖权的条件有:

1. 特定的法律关系。从我国现行法律制度来看可以选择外国法院管辖的法律关系应该是涉外合同或者涉外财产权益纠纷,而除此之外的法律关系,当事人并不能协议选择外国法院管辖,如婚姻、家庭、继承案件就是如此。[5]

2. 当事人之间选择外国法院的协议成立。[6]首先,管辖协议条款具有独立性,合同实体条款的成立与否并不影响管辖协议条款,这与仲裁条款的独立性相同。

其次,对于当事人关于国际裁判管辖权的协议成立与否的问题,包括当事人是否对该合意表示同意的问题有合同准据法说、法院地程序法说、当事人意思自治说。李浩培先生主张合同准据法说,认为应当适用本案件(实体合同)准据法来解决。即,如果该协议是主合同的一个条款,适用该主合同的准据法。如果该协议是另行制定的,适用该协议的准据法解决,由于这种协议也是一种合同,实际上也适用合同准据法来解决。[7]法院地程序法说认为,管辖协议作为诉讼法上的协议应由国际民事诉讼法上的实体法来解决,该观点亦被许多国家国际私法学者所推崇。当事人意思自治说则认为,管辖协议的准据法应由当事人自行约定,不过现实中当事人进行此种约定的并不多见,其现实意义遭到怀疑。除此之外,2005年海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》则采取了被选择法院国法律作为判断

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

协议有效成立的依据。依照协议被选择的国家的法律，管辖协议有效成立，该国具有管辖权。不过此处的被选择国家的法律也包括该国的冲突规范。[8]

3. 被选择的国家法院对案件具有管辖权。如果被选择的国家法院并不行使管辖权，那么当事人的管辖协议并无意义，因此也并不应该影响虽然当事人没有选择但依据法律规定可以行使管辖权的国家法院受理案件。所以，被选择的国家法院具有管辖权也是排除其他国家法院行使管辖权的条件之一。那么，如何来判断被选择国家法院是否具有管辖权呢？第一是基于当事人的协议，第二是基于被选择国家的法定管辖制度。

不过，被选择的国家法院对案件作出没有管辖权的裁定时，如果当事人起诉至我国，根据紧急管辖之法律制度进行受理也是可以的，此时需要建立紧急管辖的法律制度。[9]

4. 与被选择国家有实际联系。依照我国《民事诉讼法》第 242 条（2012 年《民事诉讼法》第 34 条）的规定，涉外合同或涉外财产权益纠纷当事人协议选择管辖法院的范围限于与争议有实际联系的地点的法院，即被告住所地、被告代表机构所在地、原告住所地、合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地等国家的法院。为了避免给法院审理、执行案件造成困难，当事人不能选择与案件毫无实际联系的国家法院成为管辖法院。此处的实际联系亦被分为形式上的实际联系和实质上的实际联系，[10]上述与合同有关联的所在地为前者，合同争议的准据法所在地为后者。

2009 年 12 月 22 日最高人民法院在山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议一案[11]中指出：《民事诉讼法》第 242 条（2012 年《民事诉讼法》第 34 条）中“可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖”的规定，应当理解为涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院时，应当选择与争议有实际联系的地点的法院，否则，该法院选择协议即属无效；按照我国现行法律规定，对于涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院的问题，采取实际联系原则。而本案当事人选择的新加坡法院既非当事人住所地，又非合同履行地、合同签订地、标的物所在地，同时本案当事人协议选择适用的法律也并非新加坡法律，上诉人（韩国公司）也未能证明新加坡与本案争议有其他实际联系。因此，应当认为新加坡与本案争议没有实际联系。相应地，涉案合同第 21 条关于争议管辖的约定应属无效约定。在中国平安保险公司代位诉实际承运人香港友航轮船有限公司海上货物运输合同货物锈蚀赔偿案中，武汉海事法院以提单背面的管辖条款与争议的事实无实际联系为由，不承认提单条款所约定的船旗国巴拿马法院的管辖权。在中国保险股份有限公司香港分公司与荷兰铁行渣华邮船公司、福建省汕头海运总公司案中，厦门海事法院认为提单约定的仅为本案其中一个被告的住所地法院之荷兰鹿特丹法院与本案争议并无实际联系，进而否定了荷兰鹿特丹法院管辖权。[12]

关于实际联系原则，李浩培先生早就提出了其不利于国际经济往来发展的观点。[13]作为中国的现行法律制度，海事案件就采取了不同于其他案件的做法，放弃了实际联系原则。如 2000 年施行的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 8 条规定，“海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内，中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。”

西方国家多采取无实际联系原则，这是因为：第一，当事人可以从更具有公正性、中立性、专业性、便利性的角度出发去选择自己信赖的法院；第二，当事人选择法院往往是双方当事人对对方当事人的国家法院并不信赖，转而选择第三国法院。而在实际上只与双方当事人的本国具有实际联系的案件中，强调实际联系原则，与允许当事人选择法院之宗旨相悖；第三，合同等涉外财产权益纠纷本来就是可以由当事人任意处分的法律关系，强调实际联系并无意义。

不过，一个国家的司法环境对当事人的协议管辖具有相当大的影响，实际联系原则实际上是限制当事人排斥自己本国的司法管辖权，是否采取实际联系原则最终是由一国司法政策所决定的。

5. 不属于我国的专属管辖。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 305 条规定，属于中国法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议其他国家法院管辖。当事人所选择的外国法院行使管辖权的，其判决也得不到我国法院的承认和执行。

就一定的案件一些国家规定只有该国才具有管辖权。那么，我国所确立的专属管辖有哪些呢？我国《民事诉讼法》第 33 条、第 266 条就专属管辖作了规定，即因不动产纠纷提起的诉讼、因港口作业中发生纠纷提起的诉讼、因继承遗产纠纷提起的诉讼，以及因在我国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷提起的诉讼，我国法院具有专属管辖权。

我国《民事诉讼法》所规定的专属管辖制度与其他国家或地区的专属管辖权制度亦不相同，如中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同虽为合同法律关系，但仍然属于我国的专属管辖。而其他国家一般将关于公司法以及涉及登记事项的内容作为专属管辖。[14]另外，因不动产纠纷所提起的诉讼，由不动产所在地法院专属管辖，此时涉及到不动产的纠纷可能包括所有与不动产有关的案件，如关于不动产的所有权纠纷、关于不动产的买卖、租赁等合同性质的纠纷等。其他国家或地区的立法并不包括不动产合同纠纷，如我国台湾地区“民事诉讼法”第 10 条第 1 款规定，因不动产物权或其分割或经界涉诉者，才由不动产所在地行使专属管辖权。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

6. 书面形式。《民事诉讼法》第 242 条（2012 年《民事诉讼法》第 34 条）规定当事人的管辖协议应采取书面形式。近年受《选择法院协议公约》、《布鲁塞尔公约》、《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民事案件判决的安排》等影响，多认为对书面形式应采取广义的理解，当事人的合同书、诉讼管辖协议书、信件或者电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等数据电文以及视听资料等能够证明管辖协议存在的均可。[15]

7. 明显违反公序的无效。公序条款在我国现行法律制度当中并无明文规定，但是在国际经济交往中，有时强势一方当事人有可能会利用自己在经济上或者信息上的优势地位，滥用管辖权规定，将诉讼地选择在对自己有利的地方，为了避免这种不公正现象的出现，有的国家会规定某些合同中的管辖权协议条款无效。特别是关于劳动合同和消费合同的案件，对当事人的协议管辖进行一定的限制与关于此类合同的法律选择制度具有相同意义。[16]

8. 当事人的选择要明确。依照我国的司法实践，当事人选择的外国法院必须明确，只能选择一个法院，否则协议无效。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 24 条规定，“合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。”在北京市高级人民法院 2005 年 4 月 7 日关于（大韩民国）株式会社 SBF, INC 与北京市滕氏制衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案的裁定中，依据《民事诉讼法》第 237 条关于其他法律在“本编”没有规定时的补充适用的规定，认为上述司法解释第 24 条同样适用于涉外民事诉讼的管辖问题，而该案中双方当事人在商标许可合同中约定的“本合同的诉讼管辖法院为韩国的汉城地方法院或甲方指定的法院”之约定，其选择的法院不是唯一的，因此双方当事人关于诉讼管辖的约定并不明确，其约定无效，中国法院具有管辖权。

（二）当事人选择外国法院而排除中国法院管辖权的，只要符合我国法律规定的条件，我国法院没有管辖权

在前面就当事人协议选择外国法院而排除我国法院管辖的条件进行了梳理，只要符合我国现行法所规定的条件，我国法院将不具有管辖权。在司法实践中有确认因当事人协议选择外国法院而排除中国法院管辖的案件，如上海市第一中级人民法院审理的渡边淳一诉文化艺术出版社等侵犯著作人身权、财产权纠纷案。[17]原告渡边淳一与被告文化艺术出版社等就小说集《香囊》一书的出版许可等事宜产生纠纷，法院以合同中约定应提交日本国东京地方法院专属管辖为由，认定我国法院并不具有管辖权，从而驳回了原告的起诉。

除上述案件外，否定我国法院管辖权的案件还有：厦门海事法院审理的温州市轻工工艺品对外贸易公司诉法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷被告依其签发的提单管辖权条款提出管辖权异议案；上海市第二中级人民法院审理的日绵株式会社诉肖建宇不正当竞争纠纷案；[18]上海市高级人民法院审理的双日株式会社与肖建宇不正当竞争行为管辖异议纠纷上诉案；[19]中华人民共和国最高人民法院审理的住友银行有限公司与新华房地产有限公司贷款合同纠纷管辖权异议案；[20]福建省高级人民法院审理的银森轮船有限公司诉华侨银行厦门分行租船合同运费担保案[21]等。

这些案件依据我国现行的法律制度，肯定了当事人协议选择的外国法院的管辖，进而否定了我国法院的管辖权。但是，我们发现，案件并没有将外国法院判决的承认与执行制度中的互惠原则作为当事人选择外国法院协议的成立条件。那么，下面重点来阐述互惠原则和协议管辖的关系。

（三）外国法院的判决能够得到执行或可以获得中国法院的承认与执行与协议管辖制度的关系之探讨

我国《民事诉讼法》第 281 条及第 282 条规定的承认外国法院判决的条件是存在可以共同遵循的条约或遵循互惠原则[22]和公序原则，不符合这些原则的外国法院判决将得不到我国法院的承认与执行。而如前所述，从我国关于协议管辖的法律制度及司法案例来看，外国法院判决是否能得到我国的承认与执行，特别是协议管辖法院国与我国之间是否存在相互承认判决的互惠关系并不构成协议管辖成立的条件。那么，协议管辖条件和互惠原则之间是否存在一定的关联，互惠关系之存在是否应该成为协议管辖成立的条件呢？

我们来看俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案，该案中当事人协议选择英国高等法院为管辖法院，英国高等法院作出了中方败诉的判决。胜诉的俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司向北京市第二中级人民法院提起承认英国高等法院判决的申请。对此，北京市第二中级人民法院裁定，由于中国与英国之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约，亦未建立相应的互惠关系，所以，英国高等法院作出的判决，不符合我国法律规定的承认外国法院判决效力的条件。对英国高等法院的判决的法律效力不予承认。同时法院判决指出，俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司可以依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 318 条的规定，向有管辖权的中华人民共和国人民法院起诉，由有管辖权人民法院作出判决，予以执行。[23]

该判决根据我国现行的关于外国法院判决的承认与执行制度，与以前拒绝承认日本法院关于五味案判决的大连市中级人民法院的裁定如出一辙，更是贯彻最高人民法院于五味案的回复的当然结果。可是，我们从判决以中英两国

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

不存在互惠关系而否定英国高等法院判决与当事人协议管辖的关系来看,就存在着令人难以理解的现象。即当事人协议选择英国法院管辖是否有效,如果管辖协议有效,包括中国在内的其他国家法院将不再拥有管辖权,那么,中国法院以不存在互惠关系为由拒绝承认英国法院判决将使得双方当事人之间的纠纷得不到妥善解决,当事人的私权得不到司法救济,因为被告很有可能除中国外,在英国及其他可能承认英国法院判决的国家没有任何财产。简单的说就是在英国,其虽然具有管辖权,但因为败诉的当事人没有财产而使判决无法执行,其判决也得不到中国的承认而使得判决成为毫无意义;在中国,虽然当事人具有财产,但是中国法院没有管辖权,也不承认英国法院的判决,即有管辖权的国家的判决得不到执行,而能够执行的国家没有管辖权。

在前(二)所述的中国法院以当事人协议选择外国法院为由拒绝行使管辖权的案件中,当事人所选择的分别是法国马赛、香港、日本东京的法院,由于中国和法国之间订立有《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》,与香港之间签订有《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,所以说中国与法国之间、内地与香港之间存在着共同遵循的协议,其判决的承认与执行在互惠条件上已经不成为障碍。但是,中国与日本之间尚不存在司法协助条约,如与众所周知的五味案一样,可以预见日本法院的判决是得不到中国的承认与执行的。[24]那么渡边淳一等日本原告即使在日本东京法院取得胜诉的判决也无济于事,因为被告很可能在日本没有可供执行的财产,[25]其结果与上述俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案相同。因此可以看出,当事人协议选择与我国没有司法协助条约亦未建立判决的相互承认的互惠关系的国家或地区的法院诉讼,如果被告在诉讼国以及可能承认诉讼国法院判决的国家没有财产,其判决将无法执行,而当事人诉讼到我国法院,我国法院又不行使管辖权,其权利将得不到司法救济。如此,当事人的协议管辖使得当事人的权利成为空中楼阁,束缚了当事人寻求司法救济的途径,不但没有给当事人提供令人满意的司法救济,反而令当事人作茧自缚而束手无策。出现这样的困境的原因正是外国法院判决的承认与执行条件中的互惠原则并没有成为选择外国法院管辖之协议的成立条件。

(四) 从中国法院再诉讼模式看当事人协议管辖与外国判决的承认与执行法律制度的关系

综上所述,在①当事人协议选择外国法院管辖;②当事人协议选择的法院所在国和我国之间没有签署或共同参加的司法协助条约亦无互惠关系;③败诉的被告当事人在协议选择的法院所在国,即判决国(或可能承认该判决的其他国家)没有可供执行的财产时,胜诉的当事人将陷入困境。那么,出现上述困境时如何加以解决呢?对此我国法律提供了一条再诉讼的途径。在俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案中,北京市第二中级人民法院在裁决中指出,俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司可以依照中华人民共和国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第318条的规定,向有管辖权的中华人民共和国人民法院起诉,由有管辖权的人民法院作出判决,予以执行。

上述第318条的内容是:“当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的,如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约,也没有互惠关系的,当事人可以向人民法院起诉,由有管辖权的人民法院作出判决,予以执行”。该司法解释的含义是在否定了外国法院判决在中国的法律效力之后,承认我国法院具有管辖权,那么这种管辖权的依据是什么呢?从否定中国法院具有管辖权的渡边淳一诉文化艺术出版社等侵犯著作人身权、财产权纠纷案等可以看出,如果当事人协议选择外国法院,我国法院是没有管辖权的。在俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案中,当事人也选择了英国法院为管辖法院,实际上已经排除了中国法院的管辖权,即便如此北京市第二中级人民法院仍然做出上述裁定,可见该法院关于最高人民法院的上述司法解释的理解应为,在外国法院判决得不到中国法院的承认时,即使当事人协议选择外国法院,中国法院仍具有管辖权。[26]并且,上述司法解释是指在当事人提起外国法院判决的承认与执行的申请时,审查司法协助条约及互惠关系的存在与否,在拒绝承认外国法院判决之后才允许当事人在中国重新提起诉讼。实际上中国所采取的模式是在中国法院诉讼(驳回)一(在外国法院诉讼)一在中国法院提起承认与执行外国法院判决的申请(驳回)一在中国法院再诉讼。那么,为什么只能在否定外国法院判决的效力后才允许当事人在中国起诉呢?在法律制度上两国之间不存在司法协助条约以及判决相互承认的互惠关系,为什么不直接允许当事人在我国提起诉讼呢?上述第318条所表现出的我国现行法的缺点在于:第一,两国之间是否存在司法协助条约及互惠关系是法律制度问题,即使在提起承认外国法院判决的申请之前已经是确定的,[27]或者说在起初当事人向我国法院提起诉讼时就已经清楚了,即使如此为什么还要当事人到国外提起无谓的诉讼和提起承认判决的申请呢?如果当事人直接到中国法院诉讼,我国法院否定管辖协议而确定自己的管辖权,更有利于保护当事人的权利;第二,如果在起初不允许当事人在中国提起诉讼,而只能在外国法院判决的承认被否定后才允许当事人在我国法院重新提起诉讼,那么案件就不能得到及时迅速的处理,可能由于当事人隐秘财产以及诉讼时效等使得中国法院再诉讼毫无意义;第三,从外国法院诉讼到中国否定外国法院判决的效力,再到在中国法院另行诉讼,实质上是司法资源的浪费。如果当事人起初就在中国法院提起诉讼,而如渡边淳一诉文化艺术出版社等侵犯著作人身权、财产权纠纷案所示,中国法院拒绝行使

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

管辖权，之后再走一条外国诉讼、在中国法院申请判决的承认与执行、中国法院再诉讼之路，其权利寻求司法保护的艰难可见一斑。因此，此种制度无论是对当事人，还是对法院都不理想。

从上述分析我们可以看出，上海市第一中级人民法院审理的渡边淳一诉文化艺术出版社等侵犯著作人身权、财产权纠纷案的裁定虽从现行法律来看是顺理成章的，但从立法论来讲是值得商榷的，显现出了我国现行制度的缺陷。因为中国法院以当事人协议选择日本东京法院管辖为由而拒绝行使管辖权后，当事人将不得不到日本法院诉讼，而其判决又得不到中国的承认与执行，最终还要重新在中国起诉。出现这样的裁决之原因在于我国现行法律关于协议管辖的条件中不包含外国法院判决的承认之互惠原则。[28]

否定外国判决的承认与执行制度中的互惠原则成为协议管辖的条件亦被德日等国的判例和学者所支持，其理由之一一是认为判决可以在判决国（或承认判决的国家）得到执行，所以，不能一概否定当事人协议管辖的有效性。[29]但是此时仅限于败诉的被告在判决国（或承认判决的国家）具有财产。[30]另外，德国学者多认为外国判决是否能够得到德国的承认与执行的判断非常困难，将其作为判断协议管辖的成立条件会给法院带来不必要的麻烦。但是，国家之间是否存在相互承认判决的条约、是否存在互惠关系的判断并非如此，特别是在我国关于互惠原则尚不承认“法律的互惠”的现状下，“条约的互惠”的判断非常容易。最后，亦有学者认为当事人选择外国法院专属管辖，表明了其不在被排除管辖的国家寻求司法救济的意思，当事人放弃在被排除管辖的国家实现权利，是当事人的理性选择，当事人自然应该甘受其结果。[31]但是，在当今关于涉外案件的管辖权制度及外国法院判决的承认与执行制度均不统一，各国的国内法律制度千差万别且多为不成文法的今天，除拥有通晓国际诉讼的专业律师的极少数大型跨国企业以外，一般来讲当事人并不一定能够做出妥善的决定。从上述中国法院受理的案件当中就可证明这一点。

海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》以及中国内地与香港签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》均是将协议管辖与判决的相互承认与执行作为有机的一体，前后呼应，其不单纯是解决了协议管辖和判决的承认与执行问题，而是确保协议管辖具有实际意义而不得不采用的立法方式。因为，如果判决得不到缔约国或对方的承认，其协议管辖制度将起不到应有的作用。

三、结语

一国法院对涉外案件的管辖权亦是国家行使主权的表现。遵循公平、合理、经济、迅速的原则合理地确定本国的民事裁判管辖权之范围，亦是本着国际合作、国际协调的精神而画地为牢的自我约束，自我限制，这种被称为普遍主义的方法多被国际性或区域性的条约所采用，亦是大陆法系国家所追求的理想模式。相反，对与本国有着一定联系的涉外案件，从一国国家主权的角度，即从属地主义、属人主义等角度出发确定管辖权虽亦为国际法所允许，但是，这种从国家主权的角度出发确定本国管辖权的方法，往往出现过度管辖的现象，形成各国间管辖权的积极冲突。所以，采取普遍主义的方法确定一国的管辖权范围具有合理性，[32]而普遍主义的基石是国家之间相互协调、相互合作。在欧洲，《法国民法典》第14条、第15条以及《德国民事诉讼法》第23条之所以颇受非议，就是因为其没有体现国际合作的普遍主义精神。

关于协议管辖亦是如此。就与我国有一定关联的涉外案件，为什么允许当事人协议选择外国法院行使管辖权，而排除中国法院的管辖权呢？实际上各国多设有协议管辖的法律制度，而设立这种制度的本质在于国家之间的相互信赖、相互合作。而这种相互信赖、相互合作更体现在对外国判决的承认与执行上。关于国际商事仲裁，当事人选择仲裁机构的仲裁协议之所以得到广泛尊重，就是因为各国加入了1958年的《承认及执行外国仲裁裁决公约》，仲裁裁决能够得到广泛的承认和执行。同样，只有外国法院的判决能得到内国的承认，内国才会对案件不行使管辖权。即使被告在当事人协议选择的法院所在国拥有财产，从实务的角度出发，被排除管辖权的国家是否还拥有管辖权已经没有意义了。但是，从国家司法主权的角度出发，如果当事人协议选择的国家的判决在制度上得不到被排除管辖的国家的承认，后者仍拥有管辖权是不言自明的。

因此，在《民事诉讼法》第281条、第282条实际上已经没有什么意义，即关于外国法院判决的承认与执行问题仅局限于司法协助条约的我国，在缺乏普遍主义精神、缺乏制度上的国际合作的今天，允许当事人选择外国法院就显得捉襟见肘了。问题的解决有两种方法，或将外国判决的承认制度的互惠原则作为当事人选择外国法院管辖的协议成立之条件，或对外国判决的承认之互惠原则进行再思考。

【注释】 [1]也有利于防止原告单方面选择法院，满足判决的承认与执行的间接国际裁判管辖权之条件。参见[日]贝濂幸雄：“国际合意管辖的基础理论”，《法学协会杂志》1985年第102卷，第5号。

[2]参见奚晓明：《中国涉外民商事诉讼管辖权问题研究》，北京交通大学出版社2009年版，第103页。

[3]从协议签订的时间还可以分为“事前管辖协议”和“事后管辖协议”；从与选择合同准据法条款的关系还可以分为“独立式管辖协议”和“统一式管辖协议”。参见吕晓莉：“国际民事诉讼中的协议管辖制度—兼评我国大陆相关立法”，《河北法学》2002年第6期。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

- [4]参见冯霞：“论国际商事诉讼中的协议管辖规则——兼评我国相关立法及立法建议”，《法律适用》2005年第7期；邓杰：“论国际民事诉讼中的协议管辖制度”，《武汉大学学报（社会科学版）》2002年第6期；王吉文、叶轩宇：“我国涉外协议管辖制度的完善”，《江西社会科学》2008年第4期。
- [5]从立法上应扩大婚姻、继承等引起的财产纠纷的意见也不少。参见张兰兰：“国际协议管辖合要件立法的比较分析”，《中国国际私法与比较法年刊》（2001年第4卷），法律出版社2001年版，第544页。
- [6]当事人具有缔约能力亦是条件之一，参见《选择法院协议公约》第6条第二款。
- [7]参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版，第59页。
- [8]参见王吉文：《2005年〈海牙选择法院协议公约〉研究》，东南大学出版社2008年版，第112~113、139页。
- [9]参见李旺：《国际私法》（第三版），法律出版社2011年版，第284页。
- [10]参见孙南申：“论国际私法中协议管辖的法律效力”，《政治与法律》1999年第2期。
- [11]参见（2009）民三终字第4号。
- [12]关于提单管辖条款效力，参见刘萍：《无单放货中国际私法问题研究：基于中国的理论分析与实证考察》，法律出版社2008年版，第108~118页。
- [13]参见前注[7]，李浩培书，第64页。
- [14]参见《日本民事诉讼法》第3条（5）。
- [15]参见前注[5]，张兰兰文。
- [16]在冲突法上，我国《涉外民事关系法律适用法》第42条、第43条就排除了当事人意思自治原则，并不允许当事人协议选择消费者合同、劳动合同的准据法。
- [17]参见（2008）沪一中民五（知）初字第210号。
- [18]参见（2003）沪二中民五（知）初字第256号。
- [19]参见（2004）沪高民三（知）终字第72号。
- [20]参见（1999）经终字第194号。
- [21]参见（1994）闽经终字第158号。
- [22]关于互惠原则参见李旺：“外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则”，《政法论坛》1999年第2期；徐崇利：“经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则”，载《厦门大学法律评论》2004年第8辑，厦门大学出版社2004年版，第43~72页；王慧：“论我国承认与执行外国法院判决的法律依据”，载《北大国际法与比较法评论》2005年第4卷第1辑，北京大学出版社2005年版。
- [23]参见北京市第二中级人民法院（2004）二中民特字第928号。
- [24]参见前注[9]，李旺书，第319页。
- [25]据报道当事人双方在另案中已经达成和解，亦表明通过诉讼解决的困难。
- [26]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318条规定的“向有管辖权的中华人民共和国人民法院起诉”之管辖权，亦可被理解为依照我国关于直接国际裁判管辖权的法律制度原本应具有管辖权，那么，当事人协议选择外国法院而排除中国法院管辖，而其判决得不到中国法院承认将致使案件得不到司法救济，上述北京市第二中级人民法院在裁决中引用该条文亦无意义。
- [27]此点与承认外国法院判决的公共秩序原则不同。
- [28]德国最高法院在一起德国企业和伊朗国有铁路公司之间的买卖合同纠纷案中，推翻了二审法院以伊朗法院判决得不到德国的承认与执行为由而否定当事人选择伊朗法院为专属法院的协议的效力。虽然德国的判例及学者多反对将外国判决的可承认与可执行性作为管辖协议成立的条件，但是，仍有从保护当事人的权利的角度持反对的主张。参见前注[1]，[日]贝濂幸雄文，第7号。
- [29]日本最高法院1975年11月28日判决。
- [30]日本最高法院1975年11月28日判决及学者也多反对将判决的承认与执行作为管辖协议成立的条件。但是，也有学者对判例持反对态度。参见[日]菊井维大·村松俊夫：《全订民事诉讼法I》，日本评论社1993年版，第144页。
- [31]参见前注[1]，[日]贝濂幸雄论文。
- [32]关于普遍主义以及国家主义，参见李旺：《国际民事诉讼法》（第二版），清华大学出版社2011年版，第15页。

论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”

李永军 中国政法大学 教授

关键词：替代责任，监护人，被监护人，责任能力

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

内容提要：监护人对被监护人不法行为的责任的理论基础和正当根据，就是其能够以最低的成本控制被监护人对第三人的危险，并且充分保护受害人。从替代责任的严格意义上说，应首先确定被监护人的责任，然后再转移于监护人。从责任构成看，被监护人如果有责任能力的话，首先是要被归责的。在我国，法律上无“责任能力”的概念，也就不存在对其归责的问题。所以，我国法上监护人对被监护人的责任是广义上的替代责任，而不是严格意义上的替代责任。在责任的具体承担上，大部分国家都规定（或者法律或者判例）监护人与被监护人承担连带责任（无责任能力人除外）。在其他有责任的人不能赔偿时，无责任能力的人如果有财产和其他经济能力时，法官可根据衡平原则，让其承担赔偿责任。《侵权责任法》第 32 条之规定也应作衡平理解。即不是让被监护人承担责任，而是在监护人承担责任的限度内由其财产支付。

《侵权责任法》颁行以来，关于第 32 条规定的监护人对被监护人加害他人行为的责任承担的问题，在学界产生了激烈的讨论。而有些问题不仅在我国如此，在比较法上也有同样的争议和不同观点。这些问题主要体现为：其一，监护人对被监护人的加害行为承担的是否是替代责任？从比较法的立法例上看，各国对此并不相同。在美国与英国，父母或者看管小孩的任何人均不对小孩的侵权行为承担替代责任，普通法上没有此类替代责任。小孩的个人责任以其他方式处理[1]。根据奥地利法，14 岁以下的未成年人的父母承担的责任不是替代责任，而是基于义务人的过错的责任[2]。而在欧洲的其他国家，有的规定了关于替代责任的一般条款，法官可以根据这个一般条款可以发展新的更多的替代责任，如《法国民法典》第 1384 条；有的国家散见在民法典的不同部分，如德国、意大利等。而在我国，《侵权责任法》第 32 条究竟规定的是替代责任还是个人责任，也存在争议[3]。其二，什么是严格意义上的替代责任？这主要体现在监护人承担责任的归责原则上。如果监护人对被监护人侵害他人的行为的责任，是建立在监护人具有过错（未善尽监护义务）的基础上，究竟是个人责任还是替代责任？如果是替他人承担责任，为什么要求监护人具有过错？这是否属于因自己的过错承担的个人责任？但恰恰许多欧洲国家（如德国等）是建立在推定过错的基础之上（推定过错也是过错），这是否与替代责任相矛盾呢？其三，让监护人为被监护人的加害行为承担责任的理论基础或者正当根据是什么？这一问题与替代责任的归责原则和适用条件相联系。这一问题的研究，在我国没有引起足够的重视。在欧洲许多国家，虽有差异，但其共性大于个性。对这一问题的讨论和分析有利于规范的实施。其四，所谓的替代责任，在责任承担形式方面具体形态是什么？也就是说，替代责任是完全由监护人承担而免除被监护人的责任，还是由监护人与被监护人承担连带责任，或者监护人承担补充责任？《法国民法典》第 1384 条规定的是连带责任。而我国对此问题规定不明确，而学者对此的争议较大。其五，监护人承担替代责任的前提，是首先要确定被监护人的行为是否构成侵权行为从而承担责任，再转交给监护人，还是直接将监护人的加害行为视为监护人的行为而追究监护人的责任？其六，被监护人有财产与没有财产对监护人责任的构成是否产生影响？也就是说，被监护人的财产是影响监护人责任的构成还是影响责任的结果？这一问题是我国法上的“特产”，还是，比较法上的产物？对于以上问题的讨论，不仅具有理论上的意义，更具有司法意义。

一、替代责任的概念及我国法上监护人责任的性质

（一）替代责任的概念

什么是替代责任？我国有学者指出：替代责任实际上就是责任主体与行为主体相分离的侵权责任[4]。也就是说，替代责任是让 A 承担 B 的侵权行为后果，它突破了“个人行为个人负责”的个人理性主义原则，让他人为行为人的不法行为承担责任，体现了社会连带主义思想。既然是 A 为 B 的不法行为买单，替代人 A 的替代责任的承担需要具有过错吗？如果替代人 A 的替代责任的承担以 A 具有过错为要件，那么，这种替代责任是否为真正意义上的替代责任？也就是说，如果替代人 A 的责任以自己具有过错为必要，他就不是在为他人承担责任，而是为自己的过错承担责任。那么，这样的责任能否称为替代责任？这是替代责任的关键和核心问题。

对此，英国学者指出：替代责任是指 A 因与 B 存在着某种关系，应就 B 对 C 所实施的侵权行为承担责任。这一概念在其他的法律部门中也存在，但在侵权法中更为重要。侵权法上使用替代责任比起其他部门，如刑法，更为广泛。虽然两者可能会同时发生，但替代责任与 A 因其违反了自己的义务（如选任 B 来完成某任务）所应承担的个人责任大相径庭，尽管该个人责任的构成以 B 存在过错为要件，但并不要求 A 存在过错。A 的责任从属于 B 的责任，并非替代 B 的责任。尽管实践中，原告在通常情况下并不对 B 执行判决（A 也不大可能从 B 那里获得补偿），但 A 与 B 还是构成并发侵权人。真正的替代责任（例如，雇主对其雇员行为的替代责任）并不要求雇主存在过错或者违反义务，即使是最轻微程度的过错或者违反义务，也不要求。此际，责任是真正严格的[5]。瑞士学者也指出：替代责任是一般严格责任的必要的附带结果，当责任不与人的行为相关联而是客观界定的风险状态时，符合逻辑的结果就是承担责任的的行为人承担着这一风险发生的责任，而不管是谁直接引起了损[6]。我国有的学者也认为：替代责任属于责任的替代，即原本应由自己承担的责任而转由他人承担。如果发生了这种责任转移，则是替代责任，否则就是自我责任[7]。甚至有的学者更明确地指出，如果监护人的责任是普通的过错或者过错推定责任，则其就属于对自己行为的责任[8]。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

与之形成鲜明对比的是,《奥地利民法典》规定,监护人的责任以其具有过错为前提,所以,根据奥地利法,14岁以下的未成年人的父母承担的责任不是替代责任,而是基于义务人的过错的责任:父母有义务监督未成年人,并且只有在他们履行监督义务存在疏忽时,他们才须承担责任。由于父母的责任是基于过错,所以,决定因素在于他们是否有疏忽从而引起了损害。未成年人只有在父母不存在疏忽或者是他们有责任但没有能力赔偿时才会被起诉[9]。

在欧洲,替代责任与监护人责任的推定过错之间这种逻辑上的矛盾始终存在,例如,在德国,父母对未成年人子女的不法行为承担责任的前提就是父母具有监管过失(当然是推定过失)。因此,许多国家通过判例或者其他方式来控制 and 调和这种矛盾。在法国,民法上“对他人造成的损害的责任”的概念并不像英国法上的“替代责任”概念那样被严格的界定。尽管原则上它有别于个人责任,但正常情况下应被解释为个人责任的案件经常被称为对他人造成损害的责任(替代责任)。例如,若A与B签订合同,A要求C履行合同,法院惯常会认为,如果C的履行存在瑕疵,A应当为C的行为承担责任。这种情形被普遍地称为合同上的替代责任。另一个混淆的例子是父母对其未成年子女的责任。从法国最高司法法院1997年的一个判例开始,这种责任在某种意义上真的被看成是替代责任了。起初,《法国法典》第1384条规定的替代责任的归责原则为:父母和工匠的责任是基于不可以反证推翻的过错推定。1997年,法国最高司法法院将父母责任变成了严格责任,父母举证证明其履行了监督职责,也未进行不良教育,其对小孩的侵权行为也无过错,不再是一个免责事由了,仅仅允许不可抗力为免责事由[10]。

在意大利法律体系中,对于他人造成的损害存在若干替代责任的形式。但关于替代责任的一般特征(归责原则),有不同观点。有的认为是过错推定,有的认为是严格责任,而主流的观点是,替代责任的归责原则是一个由过错责任与严格责任之间不同责任形式组成的侵权责任规则体系。在这些替代责任的特殊规则中,一些规则不要求承担赔偿责任的人有“过错”,而在一些情形中,存在纯粹的严格责任[11]。父母的责任被理解为推定的监管或者指示过失。因此,受害者证明系子女造成了损害,或者子女的行为构成了可诉的侵权行为,即已经足够。然而,父母可以通过证明,他们已经尽到注意义务及教育义务,仍无法防止损害的发生来免除责任。从理论上说,证明不存在过错就足够了,但实际的案例表明,法官很少作出有利于父母的判决。例如,良好的教育的事实证明是十分困难的。因此,实际上是“半严格责任”[12]。

德国法上没有任何一个直接对应替代责任的条文,由此可见,德国法上并没有替代责任的一般规则。学者将相关规则分为几个类别,并分别命名为学徒、仆人或者代表人致人损害的责任,未成年人致人损害的责任;过错推定责任以及国家责任[13]。但是,这一概念恰恰与真正的替代责任的基本概念相矛盾:如果监督人具有过错,那就是自己的责任而不是替代责任。因此,德国学者也不得不说:推定过错的适用,让我们有理由认为,对监护人的替代责任处于过错责任与严格责任之间的“灰色地带”[14]。

通过以上的比较分析,凡是适用过错责任或者过错推定的国家,如果将父母对未成年人子女的加害行为之责任承担视为替代责任的,都通过各种不同的方式,将“过错责任”向“严格责任”靠近,有的几乎已经等同于严格责任了,例如,法国。个人责任与替代责任之间的区别究竟有多大?对此,法国学者Sazanne Galand-Carval指出,乍一看,A(父母)对其个人造成的损害的责任以及A对B(未成年子女)所造成的损害的责任似乎有明确的区别。实际上,界限并非那么明显。例如,我们来考察一下父母对其未成年子女的责任,我们就可以发现,在存在这种责任的几乎所有国家,它都建立在推定父母没有尽到注意义务的基础之上。这就意味着,在理论上,只有存在过失的父母才对其儿童的行为承担责任,且因此被认为是因其自己的过错而承担责任。这种“对他人的行为的责任”和“个人责任”之间唯一的区别在于,受害人无须证明被告的过失,因为这种过失是推定的。在不知道事故的具体情形,父母无法证明其已尽合理注意义务的情况下,这一区别确实存在。当B的不法行为受害人依法应证明A存在过错才能够起诉A赔偿损失时,这一区别就不存在了。此时,尽管是B造成了损害,但称为A的责任更为合适[15]。

如果仅仅从法律适用的效果看,法国学者的上述分析和观点在有的时候是正确的,但这仅仅是一种表象分析,并没有触及到问题的实质和根本:实质和根本是责任的构成问题,而非结果问题。按照责任构成问题,有的情况下,被监护人根本不具备责任构成要件,也就无从谈起其监护人的责任;有的时候,即使被监护人的行为符合责任构成要件,如果监护人承担过错责任,无过错时也不可能承担责任;如果监护人是严格责任,监护人就必须承担责任。因此,如果从这一角度来看,法国学者的上述分析就不完全准确。因为:其一,如果真正意义上的替代责任,首先就要确定被监护人的行为是否构成侵权行为从而承担责任。如果被监护人的行为符合责任构成要件,则再转承监护人。就如德国学者所言:父母责任的基础与孩子的行为必须符合产生此等责任的法律要件密切联系。父母的责任要求是:第一、孩子实施了加害行为;第二,孩子导致损害的行为必须是违反法律的行为[16]。此时,监护人承担的是他人责任,不需要具有过错,但可能有抗辩事由。其二,如果监护人的责任是以自己的过错为基础而承担,他承担的就不是替代他人的责任,而是自己对受害人的过错责任。其责任构成的基本思想是:监护人因特殊关系应控制被监护人的行为对第三人造成伤害,但监护人违反了对第三人的注意义务,未尽到必要控制义务,从而导致第三人损害。因此,监护人应因自己的过错对第三人承担责任。这里显然是个人责任而非替代责任了。就如前面所提到的奥地利学者的观点。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

到此，我们可以就替代责任得出这样的结论：替代责任分为广义的替代责任和狭义的替代责任。广义的替代责任是指所有的因被监护人的行为而导致的监护人的责任。狭义的替代责任是指监护人对被监护人的不法行为引起的侵权责任承担严格责任的替代责任。其特征是：其一，监护人的责任是严格责任；其二，监护人的责任以被监护人首先构成侵权责任为前提，即首先对被监护人归责，然后再转移给监护人。这样界定后，实际上在真正的替代责任（狭义的替代责任）之外，还有一些替代责任，它们不要求监护人承担严格责任，也不首先对被监护人进行归责，然后再转移责任于监护人，仅仅是说责任事端由被监护人引起。

（二）我国民法上的监护人责任的性质

《侵权责任法》第32条关于监护人对被监护人不法行为责任的规定是延续了《民法通则》第133条[17]的规定，尽管其中略有修改，但基本思想并没有发生变化。关于我国法上的监护人责任是个人责任还是替代责任？

大多数学者还是主张我国法上的监护人责任属于替代责任[18]。但也有学者持不同的意见，认为，我国《民法通则》第133条及《侵权责任法》第32条规定的监护人责任并非替代责任而是自我责任，理由是：其一，因我国法不承认无行为能力和限制行为能力人的责任能力，故根本不存在其承担责任的可能性。也就不可能发生责任的转移。其二，监护人承担的是因自己未尽监护之责的责任，属于自己责任。其三，不能从法律规定的有财产的被监护人可以以其财产支付，来推断被监护人承担独立责任，这是综合各种因素后的一种平衡结果[19]。

我认为，判断监护人的责任是自己责任还是替代责任主要从归责原则和责任构成来分析。首先，从我国法上说，无论是《民法通则》还是《侵权责任法》都将对监护人责任的归责原则定为“无过错责任原则”。尽管对此存在争议，但只要拿一个标准来衡量就足够了：监护人是否可以通过证明自己没有过错而免除责任？显然不能。监护人可以通过证明自己已经尽到监护义务而减轻责任，但不能免除责任。所以，属于无过错责任。因此，具备了替代责任的第一个标准。但是，我国法上是否规定了首先对被监护人课以责任再转移给监护人？显然没有。我国法从来不考虑被监护人是否构成责任的问题，而是直接追究监护人的责任。因此，这种替代责任，不是严格意义上的替代责任，而仅仅是广义上的替代责任。

二、替代责任的理论基础

监护人对被监护人，特别是父母对未成年人子女的替代责任的理论基础或者正当根据为何，在不同时代因不同的政治与社会结构而有差别。在罗马时代，由于其特殊的社会结构和政治需要，创设了特殊的主体制度（人格制度）。自然人不一定是法律上的人，自然人要取得主体资格和地位，必须具备一定的条件。根据我国著名罗马法学者周相教授的考证，在罗马法上有关人的三个用语中，“homo”是指生物意义上的人；“caupt”是指权利义务主体，“persona”是指权利义务主体的各种身份[20]。一个人必须同时具有自由人、家父与市民三种身份，才能拥有“caupt”，即在市民名册中拥有一章的资格，才能是罗马共同体的正式成员，否则就被视为奴隶或者从属者或者外邦人[21]。罗马法上的人格（主体地位）屡屡被用作制造不平等、把奴隶、外邦人排除在法律主体范围之外的工具[22]，以人格标记出法律舞台上的存在、标记出各种不同的角色与功能，并依据身份将这种角色与功能分配给现实中的人，同时，通过此种角色与功能将现实中的人与活着的物相区分[23]。侵犯了他人之后的责任也就很自然地由主人承担，就像马与牛一样，劳动所得归属主人，伤了他人也由主人承担责任。因此，主人承担替代责任就是理所当然的事情。及至封建社会，虽然社会结构和政治结构发生了变化，主体制度也发生了根本的变化。主体范围显然要比奴隶社会扩大了，但人人平等没有成为现实。即使到了普鲁士邦法时代，有些财产只能由贵族才能拥有。因此，社会的基础是“身份性”与“团体主义”。在这种社会中，替代责任很容易找到其源头和合理的根据。当历史演进到今天，理性主义和个人主义原则要求，法律的基本假定是每个人为自己的不法和过错行为承担责任。如果为他人的不法行为负责，仅仅是例外，并且要求正当根据和理论基础。在这一点上，无论是将对监护人对被监护人的不法行为的责任承担看成是替代责任，还是监护人本人因自己的过错承担责任的自我责任，即无论是狭义的替代责任还是广义的替代责任，在寻找正当根据和理论基础方面几乎没有差别。在我看来，其理论基础和正当根据有两个：一是监护人能够以最低的成本对被监护人的行为危险进行控制，二是对受害人实行充分的保护和赔偿。

（一）监护人能够以最低的成本对被监护人的行为危险进行控制

法律在对风险或者危险，或者责任在进行分配时，有一个非常重要的经济学原理，那就是：谁能够以最低的成本防止事故的发生或者扩大，谁就是责任或者风险的最佳承担者。让监护人对被监护人的不法行为承担替代责任（广义的），就是基于这种理论和根据。

对此，德国学者指出，各种不同的替代责任都是基于非常统一的观念，即必须存在控制他人的职责。因此，德国法上的替代责任的一般特征或许可以说是，只有在对他人行为具有控制职责的情况下，才可能对他人造成的损害承担责任。《德国民法典》第831条和第832条规范中所确立的控制他人的职责可以从“危险”因素得以解释，雇佣很多仆人为自己服务，即应对这些人可能引起的大量失误的更大可能性负责。需要监督的人明显是危险的，父母和监护人

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

之所以对小孩或者被监护人的过错行为承担责任，是因为他们具有法定的或者特别约定的特定职责，以及他们被视为有权对其监督之下的人实施身体上的控制（所谓“危险源事实上的可控性”）[24]。

荷兰学者也认为，对于替代责任的理论基础，有不同的解释。最好的解释就是“风险控制和分散理论”。这一理论认为，未成年人可以被视为父母施加给社会的一种“风险”，但未成年人对社会整体是有利的。从这一观点出发，替代责任的目的是不应让因未成年人侵权所造成的偶然受害者独立承担这一风险，这一风险可以通过让未成年人或者其父母承担责任得以分散，因为他们容易用低成本地获得责任保险[25]。意大利学者指出，父母与其他人的替代责任的合理性在于，他们与未成年人之间存在特殊关系。实际上，父母有能力控制儿童的行为[26]。奥地利学者也认为，一般来说，一个人对另一个人没有此义务，我们认为关键点在于小孩不能充分控制自己的行为，这使得父母有可能控制这种危险。这些因素被认为与安全保障义务的成立有关：无论何时，一个人如果在他的控制范围内给他人带来了危险，他就有义务保护他人利益不受损害[27]

从我国《民法通则》到《侵权责任法》，关于监护人对被监护人对第三人的加害行为的责任的基本理念之一，就是促使监护人尽力控制被监护人对第三人可能发生的危险，并且通过减轻其责任的方式对此进行鼓励。

（二）对受害人实行充分的保护和赔偿

由于被监护人不是完全的理性人，对他人、对社会都具有不同程度的危险。而从社会的现实来看，被监护人一般没有自己独立的财产。如果不实行替代责任或者监护人的过错责任，则受害人很难得到赔偿。因此，表面上看起来是在归责，实际上是在分配风险。基于监护人与被监护人的特殊关系，各国将监护人纳入到赔偿的义务主体范围之内，一个重要的原因就是受害人进行有效的保护和赔偿。就如法国学者所指出的，替代责任的理论基础的核心就是风险控制与保护受害人。在法国，父母的责任自转化为严格责任以来，通常被自然地视为家长权的对应责任，和家庭保障一样，父母的责任明显旨在保护受害人。可想而知，新的责任只是意在给受害人提供一个有能力充分赔偿其损害的被告。侵权人承担个人责任，但是他们通常都没有清偿能力。新的替代责任为被害人提供了相当大的帮助[28]。

《民法通则》第133条与《侵权责任法》第32条规定监护人的责任的正当理由之一，也正是基于这一点。特别是该两条文第2款都规定了，有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。其目的也是为了最大程度地保护受害人。

三、替代责任构成与责任承担方式

（一）替代责任构成

前面已经提到，真正意义上的替代责任是首先对被监护人归责，然后再转移到监护人身上。而广义的替代责任是监护人承担由被监护人引起的对第三人的损害。从比较法的视角看，绝大部分国家都规定了“责任能力”，如法国、德国、意大利等国民法典都有关于责任能力的规定，这其实就为对被监护人归责奠定了基础。德国学者指出：现行德国民法典的立法者最初将过错能力按照加害人的年龄来确定，并且有意识地将过错能力参照有关行为能力的条文进行了规定。也就是说，年满7岁之前无须承担侵权责任，而年满18周岁之后具有完全过错能力。而在两者之间的年龄段，则要取决于未成年人是否具有认知责任的必要判断力。过错能力的标准为“具有认知责任的判断力”，对此，只要求对一般危险或者一般损失的认知能力，以及能够一般地理解到自己的行为可能以某种方式产生责任。至于是否成熟到可以根据这种判断力而采取相应的行动，则不属于过错能力所要规定的问题[29]。在法国，对未成年人的归责采取更加严厉的措施，法国最高法院在80年代中期以来极大地加重了未成年人的责任。法国判例法目前的观点是：民事过错完全取决于实施的行为：加害人的年龄、个性、智力和职业上的能力却没有关系，不是将一个幼儿的行为与另外一个幼儿的行为进行比较，而是将该幼儿的行为与一个理性的人的行为进行比较：如果一个理性的人不像他们（幼儿）那样行事的话，我们就认定他们实施了过错行为。在一个判例中，即一个5岁的小女孩没有注意来往的车辆跑上了马路，结果被一辆机动车撞倒造成了致命的伤害。最高法院以孩子具有共同过错为由将加害人的责任减轻了50% [30]。在欧洲大陆的其他国家，则责任能力方面，要么采取规定一个具体的年龄，要么规定一个年龄标准+识别能力标准的做法。前者如：《奥地利民法典》第1309条就规定：“14岁以下的儿童以及精神病人通常无须为他们引发的损害承担责任。”《荷兰民法典》第164条规定：“不满14周岁的儿童所实施的行为，不得作为侵权行为由其承担责任。”后者如《德国民法典》第828条的规定：“（1）未满7周岁的人，对自己给他人造成的损害，不负责任。

（2）满7周岁但未满10周岁的人，对自己在与机动车、有轨电车或者悬浮轨道之事故中给他人造成的损害，不负责任。其故意引致侵害的，不适用此种规定。（3）未满18周岁的人，以其责任不依第1款或者第2款被排除为限，在自己于实施致害行为之际，不具有认识责任所必要的辨识时，对自己给他人造成的损害不负责任。”从这些法典的具体规定，可以看出，未成年人是可以被归责的。

在我国，无论是《民法通则》，还是《侵权责任法》都没有规定责任能力，仅仅规定了行为能力。行为能力显然不同于责任能力，它是积极行为的能力而非消极行为的能力。有完全行为能力者当然要承担责任，但无行为能力或者限制行为能力人是否承担责任，我国法上很不明确。从我国法院的司法态度和判例体现出来的规则看，司法中不用“责

任能力”这样的概念。因此，我们可以说，我国司法是不存在首先对被监护人进行归责的问题，也就不可能有真正意义上的替代责任。

我国采取的监护人责任的特点可以归结为：其一，将被监护人的不法行为直接等同于监护人的个人行为，直接对监护人归责；其二，对监护人实行“严格责任”归责原则，其可以通过证明自己无过错而减轻责任，但不能免除责任。这样一来，在责任构成方面，就仅仅有监护人的责任构成，而不存在被监护人的责任构成问题。

（二）替代责任承担

在替代责任下，监护人与被监护人的责任如何承担？监护人责任替代是否完全免除了被监护人的责任？对此，《民法典》第1384条第3款规定：“父、母因行使对子女的监护权，对其共同生活的未成年子女所造成的损害负连带责任。”我国台湾地区“民法典”第187条第1款也有类似的规定。在意大利、荷兰、希腊、德国、葡萄牙、比利时等，父母和孩子对第三人承担连带责任，而且相互之间具有求偿权[31]。西班牙的法律与此不同，在孩子满16岁之前，父母的责任排除了孩子的责任。但对16岁到17岁之间的孩子而言，父母只对第三人承担补充责任[32]。在德国，学者福克斯（Fuchs）和《帕兰特民法典评注》都认为，适用第840条第1款的情况（该款规定：数人对因一个侵权行为产生的损害一同负有责任的，该数人作为连带债务人承担责任。）主要还有，直接行为人的责任及对直接行为人负有侵权法上的监管义务的人的责任[33]。但必须指出的是，如果民法典明确排除了被监护人的责任的，不适用连带责任的规定，例如，虽然德国立法、理论和判例规则要求未成年人与父母承担连带责任，但德国民法典第828条（1）明确规定：“未满7周岁的人，对自己给他人造成的损害，不负责任。”这里显然就没有连带责任。但可以根据第829条承担衡平责任。

就我国《侵权责任法》第32条的规定，监护人与被监护人的责任如何承担，存在不同的观点。主要观点如下：其一，监护人责任的承担以被监护人是否具有财产来决定。该观点认为，监护人责任承担的一般规则是根据被监护人是否具有财产来确定的，具体分为两种情况：一是被监护人没有财产时，由监护人承担责任；二是监护人有财产时，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿[34]。其二，监护人补充责任说。该观点认为，该条确立了监护人的补充责任，即在监护人有自己财产时，应当由被监护人承担首位责任。只有被监护人的财产不足时，才由监护人承担补充责任[35]。其三，一般规定与补充规定的衡平责任说。该观点认为，第32条的两款规定，既非一般与例外的关系，也非各自为政的并列关系，而是一种一般规定与例外规定的关系，即第2款是为了弥补第1款在保护被害人权益上的救济缺漏，而向被监护人与监护人强加的一种衡平责任[36]。其四，外部内部关系区分说。该观点认为，第32条的两款实际上是分别规定了监护人对受害人承担责任的外部关系与有财产的监护人之间就赔偿如何分担的内部关系。例如，被监护人甲不法导致他人10万元损失，其监护人尽到了监护责任，可免除30%，即3万元。如果甲有财产1万元，则应由其先支付1万元，其监护人只需要赔偿6万元即可。也就是说，监护人和被监护人支付的赔偿数额限于监护人不能减轻的责任（7万元之内），而受害人不能获得的部分，也只能由其自己承担。毕竟，致人损害的被监护人无所谓过错和责任问题，而监护人也尽到了监护职责，也不应无条件地承担全部赔偿责任，否则，对其过于苛刻[37]。

我认为，前三种观点与第四种观点可以融合适用，有不同但并不矛盾。就法律的具体适用后果看，前三种观点的任何一种观点如果结合第四种观点适用结果可能是一样的。但就法律责任的构成来看，就会看出其差异。因为，如果采取补充说或者并列说（第一种观点）的话，就涉及到被监护人的责任构成问题。但事实上，我国《民法通则》和《侵权责任法》都没有任何关于被监护人的责任构成问题。因此，从责任构成的角度看，不能说是补充或者并列。而是在责任构成之外，基于衡平的思想，对受害人进行救济。在这种时候，第四种观点就显得非常重要。因为，如果不采用第四种观点，就有可能加重被监护人的责任。例如，采取并列或者补充说，假如，被监护人甲不法导致他人10万元损失，其有财产20万元，就有可能先从其财产中支付10万元。即使其监护人A尽到监护职责，减轻也就没有意义了。因此，我同意第四种观点。从比较法上看，德国民法典与希腊民法典都规定了衡平补偿。《德国民法典》第829条规定：“具有第823条至第826条所列情形之一，而基于第827条、第828条规定对造成的损害可以不负责任的人，在不能向有监护义务的第三人请求赔偿时，以衡平事由依情形，特别是依当事人的情况，要求损害赔偿，并且不剥夺其为适当的扶养以及为履行其法定义务所需要的资金为限，仍然应当赔偿损害。”（这里所说的“不负责任”，就是指该法典第828条（1）“未满7周岁的人，对自己给他人造成的损害，不负责任。”，即不满7周岁的人。对于其他有责任能力的人，因承担连带责任，不发生此问题）。《希腊民法典》第918条规定：“一个人造成了损害但是并不构成第915条至917条规定的责任时，如果损害不能以其他任何方式填补的话，考虑到双方的实际情况，法院可以判决其支付合理的补偿。”（这里所说的不构成责任的人，也是指无责任能力的人）。因此，参照这些法典的精神，有财产的被监护人的责任是对监护人不能赔偿的衡平补救，而不是责任承担。

结论

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

我国民法没有规定被监护人，特别是未成年人的责任能力，因此，其就不承担独立侵权责任。一旦发生因其不法行为侵害他人的情形，就会由其监护人承担责任后果。这种方式在司法实践中可能比较简单，但从效果上，客观上放松了对被监护人自律的要求。与当下中国的现实不相吻合。从比较法上看，绝大多数国家有责任能力规定，在客观上，因未成年人有财产者甚少，也许与我国效果上相同。但对未成年人的要求不同。从目前《侵权责任法》第32条的规定看，虽然监护人对被监护人不法行为的责任承担采取无过错责任原则，但由于不能对被监护人归责，所以，不能说我国法上有严格意义上的替代责任。从责任承担上看，大部分国家是让监护人与被监护人承担连带责任。在不承担责任的无责任能力人，承担衡平意义上的责任。按照我国法的规定，有财产的被监护人承担的应该说是基于衡平意义上的补偿，而不是责任。其有无财产并不影响监护人责任的构成，仅仅是影响具体的履行。也就是说，即使被监护人有财产，监护人的责任仍然构成。仅仅是在履行时，先由被监护人的财产支付，不足部分由监护人承担。如果完全足够，则监护人的责任消灭。同时，我们不能忽视的问题是，欧洲国家都有关于未成年人和父母监护责任的保险制度，他们都可以通过投保来分散自己的责任。也正是因为如此，法国的法院已经将未成年人的责任等同于客观责任，许多国家也拒绝父母可以通过证明自己没有过错而免除责任。法律外的制度配套是不能忽视的因素，否则，就会发生这样的后果：我们的法律制度看起来与他国相同，但效果迥异。因此，法律的借鉴，不能仅仅看法律本身的规定。

注释：

- [1][英]w·V·Horton Rogers:《对他人造成的损害的责任:英国法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第86页;[美]Gray T·Schwartz:《对他人造成的损害的责任:美国法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第372页。
- [2][奥]Helmut Koziol and Klaus Vogel:《对他人造成的损害的责任:奥地利法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第16页。
- [3]参见汪峰、肖锋:《监护人承担之侵权责任并非替代责任》,《社科纵横》(新理论版)2010年第12期。
- [4]杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第205页。
- [5]前引[2],W·V·Horton Rogers 文,第80-81页。
- [6][瑞士]Piere Widmer:《对他人造成损害的责任:瑞士法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第344页。
- [7]前引[4],汪峰、肖锋文,第130页。
- [8]王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第452页。
- [9]前引[3],Helmut Koziol and Klaus Vogel 文,第16页。
- [10][法]Suzanne Galand-Carval:《对他人造成的损害的责任:法国法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第111-117页。
- [11][意]Francesco Donato Busnelli, Elena Bargelli and Giovanni Comande:《对他人造成损害的责任:意大利法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第207-208页。
- [12]前引[12],Francesco Donato Busnelli, Elena Bargelli and Giovanni Comande 文,第212-214页。
- [13][德]Jorg Fedtke and Ulrich Magnus:《对他人造成的损害的责任:德国法》,[荷]Jaap Spier 主编:《侵权法的统一:对他人造成损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第137-138页。
- [14]前引[14],Jorg Fedtke and Ulrich Magnus 文,第142页。
- [15]前引[11],Suzanne Galand-Carval 文,第385-386页。
- [16][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第199页。
- [17]《民法通则》第133条第1款规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。”第2款规定:“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。”
- [18]参见杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第205页;前引[9],王利明、周友军、高圣平书,第452页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2008年版,第636页;杨震主编:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第179页等。
- [19]前引[3],汪峰、肖锋文,第153页。
- [20]周相:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第97页。

“家事法苑”律师团队奉献

- [21]徐国栋：《“人身关系”流变考》，《法学》2002年第6期。
- [22]徐国栋：《再论人身关系》，《中国法学》2002年第4期，第7页。
- [23][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第59页。
- [24]参见前引[14]，Jorg Fedtke and Ultrich Magnus文，第138-143页。
- [25]前引[2]，Matthias Haenjens and Edgar du Perron文，第229-230页。
- [26]前引[12]，Francesco Donato Busnelli, Elena Bargelli and Giovanni Comand文，第214页。
- [27]前引[3]，Helmut Koziol and Klaus Vogel文，第17页。
- [28]前引[11]，Suzanne Galand-Carval文，第113页、119页。
- [29][德]马克西米利安·福克斯：《侵权责任法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第87-88页。
- [30]前引[17]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第97-98页。
- [31]前引[17]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第120-121页。
- [32]前引[17]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第122页。
- [33]Maximilian Fuchs, Deliktsrecht, 7. Aufl., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2009, S. 218; Palandt burgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., Verlag C. H. Beck, Munchen 2012, § 840, Rn. 1 我在此想特别感谢我的同事中国政法大学的于飞教授，由于他在德国学习的经历，我特别请求他查阅德国的权威著作，在德国是否为连带责任。他认真地给出了该注释。我确定在德国，监护人与被监护人之间的责任为连带责任。
- [34]前引[9]，王利明、周友军、高圣平书，第466页。
- [35]程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第287-288页。
- [36]朱广新：《被监护人致人损害的侵权责任配置》，《苏州大学学报》2011年第6期，第12-19页。
- [37]刘保玉：《监护人责任若干争议问题探讨》，《法学论坛》2012年第3期，第41页。

《婚姻法解释（三）》第7条的理论缺陷与司法困境

王礼仁

【学科分类】婚姻、家庭法

【出处】本网首发

【摘要】从物权法考察，产权登记只有推定物权主体的功能，不具有推定物权流转事实或流转过程中有关当事人主观意思的功能；从婚姻法考察，产权登记不是划分夫妻个人财产与共同财产的根据，产权登记自然不能成为推定赠与意思的根据；从现实生活考察，产权登记与赠与人的赠与意思没有必然联系，产权登记并不能准确反映赠与人的意思；从《〈婚姻法〉解释（三）》第7条自身内容看，第一款以产权登记作为推定赠与意思的根据，第二款则又不以产权登记作为认定赠与意思的根据。解释第7条的规定，不仅缺乏法律根据和生活基础，而且其解释理论逻辑混乱，自相矛盾，无法对司法实践发挥指导作用，反而制造了新的司法困境。

【关键词】赠与意思推定；财产法；身份法；身份财产

【写作年份】2013年

【正文】

《〈婚姻法〉解释（三）》第7条关于父母赠与房屋性质的认定，其解释内容逻辑混乱，判断标准不一，而且与婚姻法关于夫妻财产制规定相抵触，与物权法的权属判断标准不协调；与《〈婚姻法〉解释（二）》的规定相冲突；在司法实践中无法适用或难以统一认识，增添了新的司法难度。其解释存在的缺陷就如同和尚头上的疮疤，十分明显。然而仍有不少学者为之辩护，对此有必要予以澄清。

我的主要精力在关注身份法，对身份财产法关注不够。刚刚开始学习《〈婚姻法〉解释（三）》第7条，但从我初步接触的印象看，《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与第1条2款相比，第7条的问题比第1条2款的问题还是小得多。尽管两个条文都属于有明显“疮疤”的条款，但第1条2款的“疮疤”属于恶性的，系“癌症性条款”。而第7条的“疮疤”，到底是良性还是恶性，我还无法结论。我只好把这个“疮疤”戳破，让大家一起鉴定。

一、《〈婚姻法〉解释（三）》第7条在理论上的缺陷

（一）《解释三》第7条不符合《婚姻法》关于夫妻取得赠与财产的一般认定标准

一些学者认为，《解释三》第7条并不违反婚姻法，而是对《婚姻法》第18条第3款规定的延伸和具体化。那么，第7条到底是对《婚姻法》第18条第3款规定的延伸和具体化，还是与其基本原则相左，首先要弄清《婚姻法》第18条第3款规定与《解释三》第7条各自的基本含义。

1、《婚姻法》第18条第3款的基本含义

《婚姻法》第17条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有”，并列举了五项，其中第（四）项规定：“继承或赠与所得的财产，但本法第18条第三项规定的除外”。而《婚姻法》第18条规定：“有下

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

列情形之一的，为夫妻一方的财产”，也列举了五项，其中第(三)项规定：“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”。

从上述规定可以看出，判断继承或赠与所得的财产是夫妻共同财产还是一方个人财产，其标准是“遗嘱或赠与合同中是否确定只归夫或妻一方所有”。即“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”，归夫或妻一方所有；没有约定的则属于夫妻共同财产。

2、《〈婚姻法〉解释（三）》第7条规定的基本含义

《〈婚姻法〉解释（三）》第7条规定：“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第18条第(三)项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产”（第一款）。“由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外”（第二款）。

尽管上述解释的判断标准逻辑混乱，但从解释可以看出，第7条第2款判断父母赠与财产是夫妻共同财产还是一方个人财产的标准是“当事人是否另有约定”，即除当事人另有约定外，父母赠与财产为自己一方子女所有。而第一款的判断标准，因其解释自身的缺陷，目前争议较大。但根据起草本司法解释的最高法院法官和《人民司法》的有关解答看，[1]第一款的判断标准并不完全是产权登记，而是出自额。即父母出自全额的属于赠与自己一方子女的财产，父母部分出自的，其出自部分为赠与夫妻双方。

3、《解释三》第7条与《婚姻法》第18条的规定是否一致

根据上述分析，不难看出，婚姻法关于父母赠与结婚子女的财产是以“共有为原则，个人为例外”，即除赠与人在赠与合同中确定只归夫或妻一方外，均为夫妻共同所有。而《〈婚姻法〉解释（三）》第7条第2款则是以“个人为原则，共有为例外”，即除当事人另有约定外，父母赠与财产均为自己一方子女所有。这与婚姻法确定的原则正好相反。而第7条第一款无论是根据产权登记还是根据出资额判断是赠与一方还是双方，也均与婚姻法的相关规定不合。

那么，解释（三）第7条到底是对婚姻法的延伸和具体化，还是另立标准，答案自然就在其中。

（二）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与《婚姻法》关于夫妻财产推定规则相矛盾

从婚姻法第17条、第18条的规定可以看出，婚姻法关于夫妻财产推定规则是以“共有为原则，个人为例外”，即除法律列举的个人财产和夫妻另有约定外，婚姻关系存续期间所取得的财产，均属于夫妻共同财产。其中当然包括不动产，无论是登记在哪一方，均不例外。第7条解释与婚姻法的基本规则也不相吻合。

（三）《〈婚姻法〉解释（三）》第七条与《〈婚姻法〉解释（二）》第22条相矛盾

《〈婚姻法〉解释（二）》第22条：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

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

上述解释区分婚前与婚后不同情形，分别作出不同规定，不仅合理，而且第二款（婚姻期间的父母赠与）规定，除父母明确表示赠与一方外，父母出资应当认定为对夫妻双方的赠与。这与婚姻法所规定的以“共有为原则，个人为例外”相吻合，符合婚姻法的基本原则和精神。

而《〈婚姻法〉解释（三）》第7条第2款规定，除当事人另有约定外，父母赠与财产为自己一方子女所有，与解释二第22条正好相反。第7条第一款对登记在一方的房屋，则根据父母是否全额出资划分是赠与双方还是一方。这与解释二第22条的解释精神显然不合。因此，《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与《〈婚姻法〉解释（二）》第22条解释的法律基础和逻辑思维是完全不同的，两者属于相互对立与矛盾关系，而不是补充关系。

（四）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与物权法并不衔接

物权法是以产权登记作为推定产权的主要根据，没有相反证据足以推翻产权登记，则以产权登记作为认定产权的根据。《〈婚姻法〉解释（三）》第7条也并非完全以产权登记作为确定权属的依据。同时，物权法第103条明确规定：“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”但《〈婚姻法〉解释（三）》第7条第2款则规定根据出资额按分共有，根本没有考虑婚姻法关于夫妻财产共有的特殊规定和原则。

（五）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与一般赠与成立的判断标准不同

一般赠与成立的判断标准是：不动产赠与以登记为成立标准，动产赠与以交付为成立标准。而《〈婚姻法〉解释（三）》第7条第1款形式上是以产权登记为判断赠与的标准，但实质上则要看是否出全资，产权登记并不是判断产权归属的根据。第2款则完全没有根据产权登记确认产权归属。因而，《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与一般赠与成立的判断标准也不同。

（六）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条第1款与第2款之间的适用规则不统一或相互矛盾

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

第7条第1款是以产权登记和全额出资为判断标准，第2款则完全以出资额与有无约定为判断标准。第1款与第2款之间的解释法理逻辑混乱。

总之，第7条解释与相关法律和司法解释均不协调，尤其是与婚姻法有关于赠与的规定和《〈婚姻法〉解释（二）》第22条相冲突。

二、《〈婚姻法〉解释（三）》第7条在实践中的困境

由于《〈婚姻法〉解释（三）》第7条解释的法律基础错误，而且逻辑混乱，解释内容不周延，该解释没有从根本上解决司法实践的法律适用问题，还加剧或增添了司法难度。

（一）增加了法律适用选择上的困境

由于《〈婚姻法〉解释（三）》第7条与现行婚姻法和物权法等若干规则不一致，在司法实践中，遇到具体案件时，到底是选择适用《〈婚姻法〉解释（三）》第7条，还是适用婚姻法、物权法、《〈婚姻法〉解释（二）》等其它规定，则难以把握，以致于各行其是，同案不同判案件比比皆是，法律适用不统一的现象进一步加剧，法律理解错误和适用错误的现象更加严重。

（二）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条逻辑混乱，容易引起理解上的争议

除了法律适用选择存在争议外，由于《〈婚姻法〉解释（三）》第7条逻辑不严谨，对其如何理解，也存在严重分歧。如仅第一款父母出资到底是部分出资还是全额出资，其理解即各不相同。最高人民法院法官自身理解也有三种不同观念。第一种观点是部分出资；[2]第二种观点是全额出资；[3]第三种观点是全额出资，并认为部分出资是对双方赠与，适用于《婚姻法解释（二）》的第22条的规定。但在具体分割不动产时，可对父母出资一方适当多分。[4]而无论哪种理解都无法得出科学结论（理由见后文）。

（三）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条不周延，适用范围有限

《〈婚姻法〉解释（三）》第7条并不周延。该条只规定了一方父母全额出资产权登记在出资人子女名下与双方父母出资产权登记在一方子女名下两种情形。实际上还有这样的情形：1、一方父母全额出资产权登记双方名下；2、一方父母全额出资产权登记他方子女名下；3、一方父母部分出资产权登记双方名下；4、一方父母部分出资产权登记他方子女名下；5、双方父母部分出资，产权登记双方名下；等等。第7条对这些情形并没有规定，导致其适用范围狭窄，其解释的意义和作用大打折扣，实践中的相关问题并没有得到有效解决。如父母部分出资案件，在司法实践中并没有有效解决。德州一父亲给即将结婚的儿子购买了一套房产，并将房产证登记在小两口名下，后因双方离婚，女方提出分割房产。德州市中级人民法院作出判决，“儿媳妇”无权分割房产，产权由男方所有。该判决引起了社会强烈反响。

（四）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条加大了司法难度

《〈婚姻法〉解释（三）》第7条放弃既有的法律评判标准，选择从房屋登记和出资中去揣摩父母主观上的赠与意思，无疑加大了法院查明事实的难度和工作量，也增加了当事人举证责任的难度。

1、由客观法律标准变为游动不定的事实标准，使法院工作难度增大。对于父母赠与，法院本来可以根据既有法律规定的客观标准（即“有明确约定”）判断父母出资的意思和性质。但第7条却规定从房屋登记和出资中去揣摩父母的赠与意思，这一规定无疑使查证房屋出资事实成为审判工作的重心。即法院首先必须查明购买房屋资金来源是否涉及父母出资，然后查明父母是全额出资还是部分出资，再区别父母出资是赠与还是借贷等，最后才能确定父母出资的具体事实及其出资的意思和性质，其复杂性和工作量明显加大。比如，根据婚姻法规定，婚姻期间登记在一方的房产，没有约定直接推定为夫妻共同财产，非常明确而简单。但根据第7条第2款的规定，婚姻期间登记在一方的房产，不仅要查明是否父母双方出资，还要查明父母双方各自出资的具体数额。而查明这些事实，如果双方有不同主张，则自然涉及到查明是夫妻一方出资还是夫妻双方出资，是夫妻一方出资还要查明是夫妻一方本人出资还是父母出资，父母出资要查清是全额出资还是部分出资，等等。只有把涉及争议的其它事实都排除后，才能确认是父母双方出资及其各自数额，其复杂性不言而喻。

2、增加了当事人举证责任难度。由于出资事实或数额是一个待定事实，不仅增加审判难度，当事人证明上述事实的举证责任也自然加大。甚至还容易促使当事人伪造事实或证据。

3、艰苦的工作并不能得出科学的结论。由于缺乏既有的客观标准，法院根据所查明的事实确认赠与意思和性质缺乏科学性和可靠性，一旦事实认定错误，必然导致案件性质和处理结果错误。如将父母的借贷认定为与父母的赠与，则可能导致全案处理错误。因而，这类案件的申诉率或再审率相对升高。

（五）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条的司法困境无法摆脱

1、根据产权登记判断父母赠与意思的困境

第7条解释企图以产权登记判断父母的赠与意思。但父母到底是赠与一方还是双方的赠与意思，并不能根据产权登记作出判断，完全根据产权登记判断父母的赠与意思行不通。而且第2款本身也没有根据产权登记判断父母的赠

与意思。

2、根据父母出资判断产权归属的困境

从第7条解释看，不仅不能根据父母出资判断产权归属，而且还引起了全额出资与部分出资理解之争。如第1款父母出资到底是全额出资还是部分出资，在最高法院的法官中即有三种解释，但无论哪种解释都无法得出科学结论，都难以走出司法困境。

首先，以父母部分出资认定登记产权为一方个人所有，其弊端已经显现出来，受到了司法界的普遍质疑。因而，这种理解几乎被抛弃。

其二，以父母全额出资认定登记产权为一方个人所有，亦是弊端重重。婚姻法解释三的主要起草者杜万华、程新文、吴晓芳法官去年在《人民司法》发表文章认为，第1款父母出资是全额出资。今年的《人民司法》（司法信箱）解答，进一步明确第一款父母出资是全额出资，并认为如果是部分出资，则适用于《婚姻法解释（二）》第22条的规定（即该出资除另有约定外，应当认定为对夫妻双方的赠与）。应该说，全额出资的理解是最权威的理解。那么，如果这种理解是司法解释的本意，按照这种理解执行，同样也存在诸多问题。（1）全额出资与部分出资的判断标准不同；（2）第1款一方父母部分出资与第2款双方父母部分出资判断标准不同；（3）一方父母部分出资首付与本解释第10条夫妻一方出资首付的定性标准不一致；（4）按照全额出资理解，其结果是：能全额出资的大款或富豪为子女出资购房是对自己子女的赠与，而不能全额出资的贫家父母为子女出资则是对双方子女赠与；或者双方父母各出部分资金者，则各自出资是对自己子女赠与，而仅有一方部分出资者，则是对双方子女赠与。这种逻辑合理吗？实践中，部分出资者为多数，全额出资者为少数。本条司法解释得到社会支持的人群也主要是部分出资者。而现在理解为全额出资，可能会使曾经为司法解释三而欢呼的人倒向反面，该条解释的社会基础进一步削弱。

总之，第7条解释既无法根据产权登记判断赠与意思，也无法根据赠与财产数额判断产权归属，无论那种理解都存在缺陷，司法困境无法摆脱。

（六）《〈婚姻法〉解释（三）》第7条容易引起负面辐射效果

《〈婚姻法〉解释（三）》第7条的负面效果，可能会辐射到婚姻法其它领域，从而影响夫妻财产规则的正确适用。实践中，已经出现了根据《〈婚姻法〉解释（三）》第7条有关产权登记或出资的相关规定原则确认夫妻财产的现象。如荆某（女）与李某（男）于2006年8月登记结婚，2007年1月双方按揭购买了一套经济适用房。由于当时只有李某有北京户口，而涉案房屋是经适用房只能由有北京户口的人购买，因此，在办理房屋产权登记时只记载了李某的名字。《婚姻法司法解释三》出台后，荆某为了维护合法权益，要求在产权证上加上自己的名字，遭男方拒绝。荆某起诉，请求法院确认自己对涉案房屋的共有产权。

法院认为，涉案房屋是荆某和李某在婚姻关系存续期间购买的，但购房首付款系李某的母亲支付，房屋产权登记在李先生名下。根据《〈婚姻法〉解释（三）》第7条规定，“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外”。法院判定，该不动产为李某父母对李某一方的赠与，属于李某的个人财产。原告荆某要求确认为夫妻共同财产的请求不予支持。这个案件不仅涉及到父母部分出资产权的认定，还涉及夫妻财产认定的一般规则，父母出资中赠与与借贷的认定，夫妻出资与赠与或借贷的举证责任分配等问题。不讨论该案的事实和举证责任，仅就法律适用来看，显然存在问题，即以首付为父母出资和产权登记而认定该房屋为一方所有，不符合婚姻法关于夫妻财产认定的一般规则。

现实生活中还有，夫妻一方以个人财产购买房屋，产权登记在双方名下；夫妻婚前为结婚出资资金数额不同，产权登记在双方名下；夫妻一方以个人财产购买房屋，产权登记在对方名下；夫妻共同出资购买房屋，产权登记在一方名下；等等。这些情形，都可能受第七条的影响而错误定性和错误适用法律。

三、司法解释第7条制定和解读中的误区

应当肯定，认为《〈婚姻法〉解释（三）》第7条解释正确，可以说出很多理由，否则，该条就不可能出台。但这些理由存在误区，不足以令人信服。

（一）制定和理解第7条内容的误区——用物权法等财产法规则适用身份财产

整个《〈婚姻法〉解释（三）》涉及财产内容的规定，主要都是根据一般财产法规则制定，忽视了身份财产的特点。对此，我在《〈婚姻法〉解释（三）的三大缺陷及其反思》一文中有论述，在此不再赘述。《〈婚姻法〉解释（三）》第7条的解释根据以及认为该解释合法的理由，也是物权法等财产法规则和原理。比如第7条第1款解释的根据及认为其合法的理由，均是物权法的不动产登记，即认为不动产登记可以体现赠与人的意思或具有“赠与合同”的性质与功能，产权登记在自己子女名下就可以推定是对自己子女的赠与。这种理解是否正确有必要澄清。

如何理解第7条，关键就在于身份财产中的产权登记能否作为判断父母赠与意思的要素。即身份财产以产权登记

作为判断父母的赠与意思，有没有法律基础和实践基础？

1、从法律角度考察，身份财产中的产权登记不能成为推断父母赠与意思的根据或条件

要弄清产权登记能否作为判断父母赠与意思的要素，首先必须厘清婚姻法与物权法的关系，弄清婚姻关系存续期间夫妻一方取得财产，能否由物权登记决定产权归属。如果能由物权登记决定产权归属，则可以根据物权登记推断赠与意思；不能由物权登记决定产权归属，则不能以物权登记推断赠与意思。

应该说，单纯从物权法考察，将产权登记作为推定房屋所有人或父母赠与意思倒是具有法律根据和合理性。但在婚姻关系中不能完全适用或照搬物权法。在认定身份财产时，如果身份法与财产法相冲突时，应当适用身份法（婚姻法），而不应适用一般财产法（物权法）。如父母有甲乙丙三个子女，父母将其出资购买的房屋登记在甲一个子女名下。对此，可以根据物权法理解或推断该房屋是对甲子女的赠与，其他两个子女不享有产权。但如果甲子女当时已经结婚，则不能根据物权法理解或推断该房屋仅仅赠与甲子女个人，而不包括其配偶。为什么会有这种区别？其原因就在于：甲子女与其他兄弟之间的财产关系和甲子女与其配偶之间的财产关系性质不同，适用法律不同。甲子女与其他兄弟之间不存在因身份关系产生赠与财产共有关系。但甲子女与其配偶之间则存在因身份关系产生赠与财产的共有关系，即夫妻之间可以基于配偶身份取得对方继承或受赠的财产，如果赠与没有明确约定赠与甲子女个人，配偶则对赠与财产享有共有权。因而，甲子女与兄弟之间的财产关系属于一般财产关系，甲子女与配偶之间的财产关系属于身份财产关系。前者适用一般财产法（物权法），后者适用身份财产法（婚姻法）。身份财产与一般财产的判断规则不同，物权法与婚姻法关于物权登记的意义和作用不同。物权法以产权登记作为推定权利人的根据，而婚姻法则是以婚姻关系作为推定夫妻财产的根据，排除了以物权登记确认权属的可能。根据婚姻法的规定，在婚姻关系存续期间，无论产权登记一方还是双方，除另有约定外，都推定为夫妻共同财产。

可见，在婚姻关系中产权登记并不能决定产权归属，产权登记也就无法推断出产权归属。正由于婚姻关系中的产权登记并不能决定产权归属，物权登记自然缺乏链接赠与意思的基础，把物权登记与赠与意思相结合属于“乱点鸳鸯谱”。申言之，根据婚姻法规定，登记在一方的财产并不等于是一方个人的财产，那么，也就无法得出父母将房屋登记在自己子女一方名下就是对自己子女一方赠与的结论。由于第7条推定的前提是错误的，其结果当然就不可能正确。第7条第1款解释错误的根本原因在于用物权法代替婚姻法，导致物权登记与赠与意思衔接错误。

2、从现实生活考察，在婚姻关系中无法根据产权登记判断父母赠与意思

由于现实生活十分复杂，也难以以产权登记判断父母的赠与意思。首先看第7条列举的情形及其判断规则。第7条2款是双方父母都有出资，但产权登记在夫妻一方名下；第7条1款是一方父母出资，将房屋登记在自己子女名下。对于上述情况，解释却分别作出不同规定，这说明解释本身就没有将产权登记作为判断父母赠与意思的标准。其根本原因就是产权登记并不能作为判断权属的根据。但在制定本条解释时，却没有探究其深层次原因，简单地以看似合理的条文而出笼，导致其前后矛盾，不能自圆其说。再从司法实践来看，夫妻之间产权登记的情况更为复杂，更无法根据产权登记判断父母赠与的意思。如有的父母全额出资或部分资金，或者子女向父母借款或子女双方自筹资金购房，等等。但因户口限制登记在一方名下，或因二套房限制登记在一方名下，或因贷款需要登记在一方名下，等等。对于上述情形，如何能根据产权登记判断父母出资赠与的真实意思？比如男方是北京户口，女方是四川户口，双方结婚后，男方父母全额出资在北京购买房屋登记在男方名下，或者女方父母全额出资在北京购买房屋登记在男方名下，或者男女双方父母各出部分资金在北京购买房屋登记在男方名下，这样的情况能否根据产权登记准确判断父母的赠与意思？因而，父母出资的真实意思与产权登记并不能完全挂钩，产权登记的功能并不能与“合同约定”相提并论，不能以产权登记代替“合同约定”。

同时，产权登记在物权法中，也仅仅只有推定物权权利主体的功能，而不具有推定物权流转事实或流转过程中有关当事人主观意思的功能。比如父母出资购买房屋登记在甲子女名下，这个产权登记的真正功能就在于，任何人见到这个产权登记就可以确信这个房屋是甲子女的，而不论其资金来源或是否继承或受赠所得。至于甲子女到底是受赠所得，还是其他途径所得，实际上都是根据产权登记之外的事实而认定的，并非产权登记本身。

在物权法中，登记权利主体不需要再用产权之外的事实来证明自己取得产权的合法性。只有那些要否认产权登记主体的人，才需要在产权之外寻找相关事实，如产权来源不合法事实，或者产权登记之外另有约定等事实，以达到推翻产权登记的目的。因而，在物权法中没有相反事实，则可根据产权登记主体推定其为权利人。

但在婚姻法中，产权登记主体的配偶一方不需要再用产权之外的事实来证明登记在一方的产权属于夫妻共同财产。只有产权登记主体主张其产权登记为其一人所有时，才需要在产权之外寻找相关事实，如赠与人的明确约定，或夫妻之间另约定为一方所有。因而，在婚姻法中，没有夫妻共有的相反事实，则推定登记在一方的产权为夫妻共同所有，不能根据产权登记推定产权登记主体为唯一权利人。

3、用“产权登记”取代“合同约定”并非更科学

婚姻法已经明确规定婚姻关系存续期间所取得的财产，除法律列举的个人财产和夫妻另有约定外，均属于夫妻共

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

同财产。婚姻法也明确规定了赠与自己子女财产的特殊方式。在法律已经明确告知了区分夫妻个人财产与共同财产的标准或方式的情况下，当事人自然知道不遵循法律规定方式的风险或后果。因而，当事人如果要将财产赠与自己子女，他就应当遵循法律规定的方式，如果不遵循法律规定的方式，他应当自负其果，司法解释不应在法律之外另行为其开辟救济路径。而且，根据解释推论弊端甚多。第一、不符合法律。第二、具有片面性和主观性，不能真实地反映客观情况（如前所述，登记在一方名下并非都是对一方赠与）。第三、容易引起后遗症。由于婚姻法规定婚姻期间取得的财产，不论登记在哪一方，都是夫妻财产。在过去一些父母确实是赠与双方的财产却登记在一方名下，但基于对婚姻法的理解，则认为登记在一方也是夫妻共同财产，自然不需要约定。但由于解释第7条与婚姻法规定相反，第7条出台后，可能会给一些人可乘之机，以产权登记主张为一方所有。第四、司法操作难度大。由于根据产权登记推定赠与意思，并不符合客观情况，而且一部分按产权登记推定，一部分不能按产权登记推定，其标准混乱，司法难度大。

“合同约定”既便于当事人操作，也便于法官断案。司法解释确实没有必要把当事人碍于情面，不愿做的某种行为，设法为其推断出来。

实际上，除遗赠外，父母对财产的赠与到底是赠与子女个人还是子女夫妻双方，往往也受子女意思的影响或体现子女意思，并非完全是父母的单独意思。一般情况下，只有在父母和子女都希望将房屋赠与子女个人时，才约定将房屋赠与子女个人。同时，根据婚姻法规定，夫妻之间也可以就相关财产进行约定。因而，对父母赠与的财产，不仅父母可以表达赠与一方的意思，子女也可以要求父母表达赠与一方的意思，或者与配偶约定赠与财产属于子女一方。在父母对赠与没有明确约定、夫妻之间也没有约定的情况下，既不能排除父母赠与双方的意思，也无法排除子女对赠与财产作为夫妻财产的意思。现在仅仅推断父母的意思，即存在片面性，也具有不准确性。

（二）评价司法解释的误区——用公正性或合理性作为肯定司法解释的标准

许多学者把公正性或公平性作为肯定第7条的理由。比如认为第1款充分考虑到赠与入父母赠与房产的目的初衷，合乎情理；第2款符合公平原则；等等。至于该条是否公平，也不无质疑。目前讨论夫妻财产公平的视野具有明显的片面性，即只看到“女人借婚姻索取财物”，没有看到“男人借财物套取婚姻”。其结果是：男人可以借财物将女人哄上床，法院可以让女人空手走。第7条解释是否符合公平原则，这里不作具体讨论。现在假设第7条解释确实公平合理，那是否就值得肯定呢？

讨论这个问题，首先必须解决评价标准。评价一个司法解释好与坏或者成功与不成功各自有各自的标准，但有两个基本标准是不能脱离的。

1、正当性标准。即司法解释应当具有法律根据和理论基础。这包括两方面含义：第一、司法解释是对现行法律适用问题所做出的解释，其解释应当有法律根据，不得与现行法律相抵触。司法解释如果超越法律，甚至与现行法律相抵触，即使它具有合理性或公平性，也是一种越权解释，不值得肯定。第二，解释应当有理论支撑，经得起理论推敲。有些解释可能是在法律范围内解释，与法律不相抵触，但没有理论基础，逻辑混乱。这种解释也不具有肯定价值。因而，解释的正当性就是符合法律和法理，而且两者必须统一。

2、目的性标准。即司法解释应当解决司法实际问题，达到解释目的。如果司法解释不能解决司法问题，不能达到统一司法的目的，甚至引起了更多的争议，需要对解释再解释，则偏离了司法解释的方向与目的，失去解释应有的意义。

总之，判断司法解释的标准就是法律基础与实践效果。脱离了这两个基本标准，则无法对司法解释作出正确评价。单纯用所谓公正性、合理性等标准判断司法解释，则是舍本逐末，甚至会得出错误结论。

【作者简介】

王礼仁，单位为湖北省宜昌市中级人民法院。

【注释】

[1] 后文将详细介绍相关内容。

[2] 最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》（人民法院出版社 2011年8月版）（第122页）

[3] 最高人民法院民一庭）杜万华、程新文、吴晓芳法官《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》的理解与适用》，《人民司法》2011年第17期（应用版）

[4] 《人民司法》（司法信箱）2013年第13期第111页。

专家称遗产税不会加剧资本外逃 到海外还要交税

2013年10月12日 经济观察报

核心提示：目前，世界主要发达国家多数都开征了遗产税，财产所有人不在此处交税，也会在彼处交税。因此在经过一个短期的冲击性反应后，遗产税对于资本外流的影响就会逐渐减少乃至消失。

“家事法苑”律师团队奉献

激辩遗产税

杜涛

遗产税再次掀起波澜。

上月底有媒体报道称，中央财经大学税务学院副院长刘桓在一次讲座上透露，征收遗产税被写入十八届三中全会文件。但9月30日，刘桓在国务院参事室网站公开声明，否认曾就“遗产税写入十八届三中全会”接受过采访。

遗产税是否应被提上日程，有没进行讨论或者试点征收的可行性，又有哪些因素在推动遗产税最终面世？经济观察报（微博）就此采访了中国社科院财经战略研究院研究员杨志勇、国家行政学院教授冯俏彬和山东大学财政系主任李华。

经济观察报：遗产税的开征应该具备哪些条件，比如福利、资产评估等，现在中国是否具备这些条件？

冯俏彬：开征遗产税是一个系统工程，需要若干的配套制度。首先是财产登记制度，现在我们已经有了银行存款实名制、股票实名制、房产实名制等，所需做的是对这些财产信息的整合与共享。

其次是资产评估制度，征收遗产税需要对财产，其中又特别是不动产进行估值，需要逐渐提高有关方面的管理水平。此外还需要完善遗产继承环节的相关法律制度，以及与主要国家签订多边或双边税收协定，以避免重复征税和防止逃税避税。

上述制度中，有的已经存在但需要进一步健全，有的处于局部的试验和探索中，还有的是空白，但所有这些制度都是市场经济条件下法治国家制度体系的题中应有之义，本身需要逐步建立与完善。遗产税的开征，或许将与现在正在进行的其它改革一起形成合力，推动以上制度的逐渐完备。

杨志勇：遗产税的开征还需要做好税制设计工作，比如哪些类型的遗产列入，哪些则不列入遗产税的征收范围。征收范围的选择应考虑税收征管条件，还应考虑税制对效率和公平的影响。

如果遗产税纳税人因缴纳遗产税，导致只能在短时期内变现遗产，这样的税制就可能严重影响效率。特别是，所继承的遗产是正常运行的企业，但纳税人缺少现金，短期内变现势必严重影响企业的正常经营。

是选择总遗产税制，还是选择分遗产税制，这也是一个需要解决的问题。总遗产税制可以带来更多的税收收入，但是如果遗产税开征的目标是促进社会公平的话，那么只就继承人所继承的遗产额缴纳遗产税，这样的分遗产税制更为合适。

李华：遗产税是一个从价征收的税种，毫无疑问，遗产税的开征需要清楚地获悉遗产的数量和价值，所以需要建立切实有效的财产登记制度、财产申报制度和资产评估制度，并且充分考虑社会民意和社会习俗，也就是说具备一定的社会基础。当前，最为迫切的应该建立财产登记制度，避免仅课征于普通老百姓的财产，造成逆向调节的不利局面。

经济观察报：未来动议开征遗产税，主要是会考虑解决政府增收还是实现其他的价值取向？

冯俏彬：我认为，应当是针对当前现实的收入分配与财富状况，通过研究、讨论遗产税，回应社会重大关切，抚慰大众心理。换言之，其政治意义应当高于其经济意义。

从我们的研究看，在很多国家遗产税都不是用来筹集财政收入的主要工具。有些国家遗产税时征时停，往往与其政府的执政理念密切相关。当然，强调这一点，并不是说遗产税完全没有经济方面的功能，而是要根据具体情况确定自己的目的。

杨志勇：应该准确认识遗产税在收入再分配中的作用，遗产税收入越多，收入再分配的力度越大，但遗产税促进社会公平的作用并不主要体现在遗产税收入上。

开征遗产税的国家和地区多在慈善捐赠和其他公益捐赠等方面有较为宽松的规定，只要个人将财富捐出并用于慈善等其他社会鼓励的用途，财富所有人在死亡时就可以很轻松地减轻甚至不用缴纳任何遗产税。

李华：遗产税是一个解决贫富差距、深化收入分配改革的税种，是个人所得税和财产税的有益补充。因此遗产税的开征取向毫无疑问是解决公平问题，而增收只能是一个副产品，因此遗产税不应该是一个大众税种，而仅应面向高收入人群征收，筹资作用不能有太高的期待。

经济观察报：开征遗产税会不会加剧中国企业家资产流到海外？

冯俏彬：短期而言，开征遗产税可能会带来一些负面影响，如资产集中向国外转移等，但长期而言，则不一定。因为资本是“世界公民”，即使不征遗产税，资本也会在全世界流动，实践中很难甄别有多少资本流动是由遗产税驱动的。

而且，资本的最终目的是获得收益。资本选择在什么地方停留，主要还是要看这个地方的投资机会、产权制度和政治经济环境等共同形成的投资环境，遗产税只能是其中一个因素。

目前，世界主要发达国家多数都开征了遗产税，财产所有人不在此处交税，也会在彼处交税。因此在经过一个短期的冲击性反应后，遗产税对于资本外流的影响就会逐渐减少乃至消失。

杨志勇：遗产税调节力度的大小是需要考虑的问题，这涉及起征点和税负选择问题。加大调节力度，累进税制且设定较高的税率体系可能更为合适。但从全球遗产税制的演变趋势来看，若设定过高的税负水平，结果可能适得其反，带来资本外逃。

论同性结合的民法规范

2013年10月14日熊金才

关键词：同性，性结合，民法规范

内容提要：同性结合由刑法规范至民法规范的跨越经历了数千年历程，是社会发展、文化多元、观念变迁及人类对同性恋认知深化的产物和同性结合去罪化、去病化至正常化发展的结果。但各国同性结合民法规范的立法技术不同，对同性结合权利义务的规定有别，其中蕴涵着不同的法理和价值取向，具有各自的文化适应性。我国是一个文化单一、法律道德化和家中心理念深厚的国家，同性结合生存的社会环境不同，同性结合之民法规范应当选择适合于我国法律和文化的途径。

同性结合(same-sex union)是个舶来词，乃翻译异化的产物，意指同性二人间类婚姻的共同生活关系。其有别于民事结合(civil union)或民事伴侣(civil partners)，后两者通常指两个同性或两个异性的结合，但少数国家或地区亦用其指称所有非传统的类婚姻关系。同性结合亦不等于同性恋(homosexuality)和同性婚姻(same-sex marriage)，同性恋是一种性倾向，同性恋者是否与相同性倾向者结合具有不确定性；同性婚姻是同性结合民法规范的模式之一，目前世界范围内只有荷兰、比利时、西班牙、加拿大、南非、挪威、瑞典、葡萄牙和阿根廷等9个国家实现了同性结合与异性婚姻的一体保护。

一、同性结合民法规范的基础

同性结合与同性恋共生，是个古老而普遍的客观社会存在。同性结合的地位在人类历史的不同时期及不同文化背景中虽有所不同，但总体而言是被忽视、被禁止或被压制的缺乏权利义务约束的隐性关系，不为文化和法律所认同。在特定社会和历史时期，甚至是要被处以刑罚的罪。[1]近半个世纪以来，随着同性恋生理成因研究的深化、社会类型和社会结构的变迁、婚姻家庭伦理观的多元化以及权利意识的觉醒，人们对同性恋和同性结合的态度发生了历史性变迁，同性结合在愈益广泛的国家或地区完成了由去罪化—去病化—正常化—合法化的发展历程，[2]同性结合的民法规范正在演变为全球化的法律实践。

(一)同性结合的生理成因

同性结合民法规范的契机是20世纪后半叶以来同性恋生理成因，即同性恋是天生的本质论研究的突破性进展。[3]当下该理论已发展为同性恋成因的三大理论之一，[4]对同性结合的民法规范产生愈益广泛和深刻的影响。同性恋成因的本质说认为，同性恋的生理构造有别于一般人，包括胎儿期因素、大脑因素及荷尔蒙因素。“在人类妊娠期间，有一段非常重要的时期，此间胎儿对性激素的水平特别敏感。出生前这段时期激素水平的不平衡可以导致同性恋的发生”。[5]本质论声称，性倾向不依赖于人的选择，同性恋是一种不以人的意志为转移的生物本性，而任何生物学上有可能的事物其本身并不是内在有害的，因而不能认为是违背人类天性的。[6]同性性关系是人类本性的表达之一，难以证明有什么“自然法则”禁止同性结合。[7]该理论使同性恋向对同性恋身份和同性性行为的道德谴责、伦理桎梏及刑罚提出挑战，引发了人们对同性恋和同性结合的重新审视，推进了同性恋的去罪化和去病化。

(二)同性结合的社会基础

同性结合的生存环境与法律地位同社会类型及社会结构密切相关。[8]在以自然经济为基础的机械团结型社会，公众意识高度统一，法治观念淡薄，伦理、道德、宗教、习俗等法律之外的其他社会控制手段形成对同性恋的伦理桎梏、道德谴责、宗教压制及社会排斥和歧视，同性结合因而为法律所禁止。但随着经济社会的发展及法治和人权意识的增强，目前全球已有半数以上的国家完成了由传统到现代的转化，即由机械团结型社会向分工协作型社会的转变。在以分工协作维系的有机团结型社会，社会分层与分化加剧，文化和组织多元，社会集体意识分化，法律与道德、法律与宗教等趋向分离，伦理、道德、习俗与宗教等非法律社会控制手段对同性结合的规范作用不断弱化，[9]法律相对于其他社会控制手段调整同性结合的优先地位得以确立，为同性结合之民法规范创造了条件。

(三)同性结合的观念支持

婚姻家庭和性伦理是在传承文化的同时不断创新和由单一走向多元的过程。婚姻家庭观念的多元化造就了多样化的家庭形式，如独居、不育、离婚、单亲、多父母、同居等，[10]这为同性结合拓展了生存空间。婚姻与生育在一定程度上的分离淡化了婚姻的生育功能，缓解了同性恋为养儿育女、传宗接代而走进异性婚姻的压力，为同性恋追求个人价值实现提供了正当性。当今社会，“有相当多的婚姻没有孩子，同样，家庭中有相当多的孩子并不来自婚姻，因此性倾向或父母的身份在婚姻与家庭中已不再重要”。[11]自由主义性伦理的自愿、隐私和私密场所三原则等在释除传统性伦理对同性恋桎梏的同时，也为同性结合营造了宽容、不干预或接纳的宽松的外部环境，使同性恋在传统性伦理之忠实原则、诚信原则和无伤害原则的基础上建立专一、排他和持久的同性结合关系成为可能。

(四) 同性结合的宪法依据

宪法作为法体系的根本规范，具有最高的效力。其所确立的自由、平等与人权原则使性超越了“性别”，为同性恋在自主、尊严与平等的基础上争取与异性恋平等的性权利乃至平等的婚姻提供了人权理论支撑，为同性结合之民法规范提供了宪法依据。迄今已经法律认可同性结合的国家无一例外地认为同性结合是一项宪法权利，对同性结合的禁止或限制违背了宪法的平等保护原则，属于性别歧视，并通过积极的宪法扩张解释方法和违宪审查“严格标准”的适用，[12]废止了低位阶法律对同性结合的歧视性或禁止性规定，实现了同性结合合法化。1996年至今，美国共有12个州及哥伦比亚特区以联邦宪法或州宪法未明确婚姻主体之性别为理据，并基于宪法的平等保护原则废除了州法中以性别为基础的分类，承认了同性结合。如2009年4月，美国爱荷华州最高法院在一起同性结合上诉案的判决中指出：“最高法院有责任决定立法或行政机构所执行的法律是否违背州宪法，而违背州宪法的法律必须被废除。”[13]该最高法院最终裁决波克郡地方法院婚姻登记官为6对同性结合者办理注册登记。

二、我国同性结合的现状与问题

虽然不同调查途径获得的有关我国同性恋数量的数据存在较大差异，但我国存在一个绝对数量较大的同性恋群体是不争的事实。李银河研究员曾估测我国有3%~4%的人是同性恋者，保守估计人数在3600~4800万人之间。据2004年卫生部门首次同性恋人群基数及艾滋病感染率研究调查显示，15至49岁性活跃期的男同性恋约占同年龄段男性人群的2%~4%。按此估算，时下我国男同性恋约为500~1000万人，其艾滋病感染率约为1.35%。[14]

(一) 同性结合的现状与公众认知

我国继1997年新刑法实现了同性结合的去罪化之后，[15]2001年又实现了同性恋的去病化，[16]同性恋的生存环境有所改善。但公众对同性恋的认知与认同依然较低。据李银河研究员的调查，全国范围内支持同性结合合法化的人只有27.3%，反对的占70%。[17]总体看，国人尚缺乏对同性恋的科学认知和客观态度，对同性恋的道德谴责、伦理桎梏和社会歧视等仍普遍存在。我国同性恋中的绝大多数因此不敢公开自己的性倾向，[18]同性结合是处于“地下”状态的不稳定关系，不为社会中的多数所认同。而政治理念的保守、法律的道德化以及司法创造力之匮乏等使得同性结合合法化问题迟迟不能提上议事日程，致使同性结合法律地位缺失，权益保障缺乏法律依据，加剧了社会对同性结合的排斥与歧视，促成了同性恋的异性婚姻，衍生了一系列社会问题。

(二) 同性恋的异性婚姻及其危害

我国同性恋的异性婚姻具有比例高、质量低、社会危害性大等特征。张北川2005年-2006年的研究结果显示，我国同性恋的异性婚姻状况或态度为：与女性性交过愈1/2；未来准备结婚者约1/4；尚未确定是否结婚者约2/5；希望通过与女性的性关系生育后代的愈2/5。[19]刘达临对254例同性恋者的调查显示：为了掩盖自己的性倾向或完成“传宗接代”的任务而与异性结婚的占被调查同性恋者的80%以上，满31岁正常生活的同性恋已婚的占90%。[20]由于同性恋的异性婚姻缺乏性爱基础，违背了婚姻伦理的自愿原则及婚姻的对等性、专一性、排他性等，对个人、家庭和社会造成了不容忽视的危害。

1. 对同性恋者个人的伤害

同性恋的异性婚姻既不符合传统婚姻有关婚姻与性的观念，也有违现代婚姻的爱情理念，是一种“不道德”和缺乏性爱的婚姻。当事人或过着双重性生活，或克制自己的性倾向，履行为人夫或为人妻的义务和职责，由此而产生的心理压力和痛苦降低了同性恋者的生活质量，影响了同性恋者人生价值的实现。[21]美国科罗拉多清泉家庭研究所(Colorado Springs)保罗·卡梅伦(Paul Cameron)与柯克·卡梅伦(Kirk Cameron)博士的研究发现，丹麦的同性恋者与异性结婚后，平均寿命比正常人缩短了25年。[22]

2. 对配偶他方及子女的伤害

走入异性婚姻的同性恋者多数在同异性结婚时隐瞒了自己的性倾向，未尽诚实告知义务，侵犯了配偶他方的知情权，致使婚姻契约缺乏真实意思表示的基础。结婚后，不少同性恋者无法控制自己的本能而与同性伴侣“偷情”，过着双性人的生活，冷淡了配偶他方。这极大地伤害了配偶他方的情感，损害了配偶他方的婚姻利益，往往导致婚姻的破裂，造成配偶他方人生计划的迟延、减损，甚至毁灭。由此而产生的子女抚养、监护、探视等一系列问题往往较之普通离婚案件更加复杂，对子女的影响也更加深远。

3. 对国家或社会的不利益

绝大多数走入异性婚姻的同性恋者或隐藏自己的身份而在“地下”活动，或难以找到长期稳定的性伴侣而频繁变换性伙伴。上述情形使得进入异性婚姻的同性恋者成为艾滋病传播的“桥梁人群”，增加了性病传染的可能性，扩大了性病传染的范围，加大了社会治理成本。而同性恋异性婚姻对配偶他方婚姻利益的损害及家庭破裂对未成年子女的影响会衍生一系列社会问题，不利于婚姻家庭稳定与社会和谐。因此，通过同性结合的民法规范保障同性结合者的人格权、身份权和财产权，使同性结合成为合法的选择，是阻断同性恋异性婚姻的制度保障。

三、同性结合民法规范比较法之启示

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

20世纪90年代至今,全球范围内有24个国家及5个国家的部分地区相继立法,分别以伴侣模式(partner mode)、婚姻模式(marriage mode)、互助契约模式(solidarity pact mode)、互惠关系模式(reciprocal beneficiary mode)及民事结合模式(civil union mode)认可了同性结合,造就了英国《同性伴侣关系法》、加拿大《民事婚姻法》、法国《民事互助契约法》、美国夏威夷州《互惠关系法》及佛蒙特州《民事结合法》等同性恋权益保障的历史性法律。

(一)立法技术比较

迄今已经立法认可同性结合的国家或地区基于其文化传承、价值取向及公众对同性恋的认同程度而采用了不同的法律认可模式,各立法模式采用不同的立法技术,对同性结合者的权利义务关系进行了不同的处置,其中蕴涵着丰富的法理,体现了各异的价值取向,具有不同的文化适应性,彰显不同社会类型和社会结构对同性结合认同之分歧。

1. 伴侣模式

伴侣模式是英国、德国、北欧等国家以及美国部分州等采用的模式。该模式以伴侣身份区分传统婚姻与同性结合,并对二者作出了不同的界定,即异性结合为婚姻(marriage),同性结合为伴侣(partner);前者受婚姻法调整,后者受伴侣关系法调整。伴侣模式制定单独的法律(美国部分州为司法判例)以调整同性结合关系,但各国适用的立法技术有别。英国《同性伴侣关系法》是一部系统、完整与婚姻法相对应的法律,[23]德国《生活伴侣关系法》则仅19条,[24]且诸多条款是解释或修改异性婚姻的相关法律法规,但其立法技术依然严谨,在有限的条款中归纳整理了与同性结合相关的法律,并逐一阐明了修正或适用方式。北欧四国的注册伴侣关系法、[25]美国加利福尼亚州、新泽西州、俄勒冈州、华盛顿州、缅因州等的家庭伴侣关系法采用了与德国相同的立法模式,[26]对同性伴侣的人格权、身份权和财产权进行了类似的处置。

2. 婚姻模式

婚姻模式是荷兰、比利时、西班牙、加拿大、南非、[27]葡萄牙及阿根廷等国家采用的同性结合法律认可模式。[28]该模式均将婚姻界定为异性或同性二人间的结合,受婚姻法的一体调整。其下的同性婚姻法几乎不像一部法律,主要条款是从原则上规定以婚姻法调整同性结合关系,并对婚姻予以重新界定,同时规定修改与婚姻有关的法律法规,使之同时适用于调整异性婚姻和同性结合关系。与伴侣模式之立法技术相比,婚姻模式更为简洁,更符合立法的经济学原理。以加拿大《民事婚姻法》为例,该法仅15条,第1条规定该法之简称;第2条定义婚姻为“二个人之间排他性的合法结合”;第3条规定宗教官员有基于宗教信仰拒绝为同性结合者举行结婚仪式的权利;第4条规定不得仅基于婚姻当事人双方的性别相同而视婚姻无效或可撤销;第5至第15条是修改有关法律法规之规定。[29]

3. 其他模式

其他模式包括互助契约、互惠关系和民事结合模式。这三种模式均视同性结合为两个成年人之间建立的“互助”、“互惠”或“合作”的共同生活关系,未明确同性结合的法律身份,而是在搁置身份的前提下赋予同性结合者异性婚姻配偶享有的部分权利和保障并承担相应义务。由于立法形式简单,身份缺失以及权利保障的有限性,被视为同性结合民法规范的过渡性法规。法国《民事互助契约法》修订了《法国民法典》,在其中编入了新的一章(《第十二章:民事互助契约和同居》)。^[30]修订后的民法典第515条第一款规定,“民事互助契约是两个异性或同性成年人为组织共同生活而订立的协议”。夏威夷州《互惠关系法》将互惠关系定义为“两个成年人之间建立的互利关系”,目的是“赋予依州法不能结婚的伴侣异性婚姻配偶享有的部分权利和利益”。^[31]美国佛蒙特州、马萨诸塞州、康涅狄格州等采用的民事结合模式在搁置身份权的前提下赋予同性结合与异性婚姻同等权利和保障。^[32]

(二)权利义务关系比较

同性结合法律认可不同立法模式的主要差别集中在对同性结合者身份权及与未成年人有关的规定方面。对基于身份权而产生的收养权和监护权,尤其是共同监护权,不仅各立法模式之间存在差异,同一立法模式的规定亦不尽相同;在人格权保障方面,各立法模式均遵循了平等和无差别原则;在财产权保障方面,伴侣模式与婚姻模式对同性结合与异性婚姻实行几乎无差别的对待,但此外的其他模式对同性结合者的财产权保障存在较大差距。

1. 人格权保障之一致性

在同性结合法律认可之不同立法模式下,同性结合者均无一例外地享有与异性婚姻配偶平等的人格权,其中包括一般人格权和具体人格权。前者如人格独立、人格自由、人格平等、人格尊严等;后者如生命健康权、身体权、性自主权、姓名权、名称权、隐私权、知情权等。各国对同性结合者人格权的平等保护不仅是宪法平等保护和无歧视原则的要求,也是一系列国际人权公约的共同准则,且契合民主、法治理念和社会多样性与价值观多元化发展的趋势。

2. 身份权认同之分歧

各立法模式对同性结合者身份权认同分歧严重:婚姻模式无区别对待同性结合与异性婚姻;伴侣模式以伴侣身份区别同性结合与异性婚姻;此外的其他模式未给同性结合者创设相应法律身份。在收养和监护问题上,采用婚姻模式的国家除比利时、葡萄牙外均赋予同性结合者收养权和共同监护权;适用伴侣模式的国家或地区,英国赋予同性结合者收养权和监护权;^[33]丹麦、瑞典、挪威、冰岛四国注册伴侣关系法则规定,《收养法》、《监护法》等有关配偶

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

收养或监护的法律不适用于同性伴侣；[34]德国《生活伴侣关系法》未赋予同性伴侣共同收养和共同监护权。在适用其他立法模式的国家或地区，法国和夏威夷州未规定同性结合者的收养权和监护权；但在采用民事结合模式的佛蒙特州、马萨诸塞州和康涅狄格州，同性结合者享有收养权和监护权。

3. 财产权保障之趋同

除互助契约和互惠关系模式外，其他立法模式对同性结合者的财产权规定基本上是相同的，即同性结合者的财产权保障适用异性婚姻法律法规的相关规定。法国《民事互助契约法》规定了同性结合者经济上的互助义务、对共同住房有关费用向第三人承担连带责任、对缔约后有偿获得财产的共有权、一方可享受另一方的某些社会保障及双方可以共同申报所得税等，但对继承权、代理权、养老金享有权等施加限制。夏威夷州《互惠关系法》只规定了健康保险、医院探病、健康照护决策、保险、继承、死亡利益等有限的权利。

(三)法理依据分析

认可同性结合的不同法律模式是特定社会政治、经济、文化等因素共振的结果。如婚姻模式更突出地体现了人权平等理念、个人主义价值观和多元文化的包容性。其他立法模式则更加注重性伦理与性秩序、婚姻家庭传承的价值与社会整体利益，更多地考虑到同性结合婚姻化对传统婚姻家庭制度的可能冲击以及对未成年子女利益的可能影响，体现了维护婚姻传承与保障同性权益共进的立法价值取向。

1. 伴侣模式之法理

伴侣模式认为，同性结合与异性婚姻在生育功能、性行为方式和子女成长的环境等方面存在差异。同性恋不能生育，同性结合家庭环境是否会影响未成年子女的个性发展与认知能力存在诸多不确定性。基于立法的审慎原则和未成年子女利益最大原则，区别对待同性结合与异性婚姻是必要和合理的。该模式通过同性结合与异性婚姻形式上的区分而实质上的平等，在保护同性权益的同时，兼顾了婚姻家庭的历史文化传承，保留了婚姻传统的信息承载，降低了执法成本，较好地实现了同性恋个人利益与国家或社会利益的结合。

2. 婚姻模式之法理

婚姻模式注重立法的平等与公正原则，坚持同性恋享有与异性平等的婚姻权。同性恋的非罪化和去病化证明了同性倾向不属于精神疾病的范畴，亦不属于心理障碍的类别，而是正常自然的现象，这为同性结合婚姻化奠定了同性倾向成因的本质论基础。[35]同性结合与异性婚姻因生理差异在生育功能及教养孩子的家庭环境方面虽有所不同，但婚姻与生育的分离及辅助生育技术的发展将或正在为同性结合与孩子的问题提供可选择的方案。[36]性倾向不是判断父母资格的标准，同性恋有能力成为合格的父母。[37]相反，平等权益有助于提升同性恋的自尊、自主和创造性，促成其建立稳定、亲密及利他的和谐关系，因而有助于增进未成年子女利益和社会整体利益。[38]

3. 其他模式之法理

婚姻模式和伴侣模式之外的其他模式试图在维护婚姻传承的基础上渐进式推动同性权益保障的进程。因此，不冲击传统的婚姻制度，为同性恋提供可行选择，维护同性恋者相对稳定的共同生活关系，保护同性恋者的人格尊严和一定的财产利益，推进同性权益保护法律制度的建立和发展是其共同的立法宗旨。这些立法模式视同性权益保障为一个递进的过程，其内容随社会演进而不断丰富和拓展。如美国的佛蒙特州、康涅狄格州和新罕布什尔州分别于2000年、2005年和2007年以民事结合模式承认了同性结合，但随着公众对同性恋认同度的提高，三个州又分别于2009年、2008年和2010年将民事结合关系提升为婚姻关系，实现了同性恋婚姻的平等保障。[39]

四、我国同性结合民法规范之路径

同性结合民法规范法律实践的不同模式表明，同性权益保障的路径具有显著的民族性特征。我国同性权益保障的障碍不是显性的宗教禁忌和法律制裁，而是隐性但却强有力的家文化传承桎梏、道德谴责和异性恋的同化，加之司法创造力匮乏、社会对同性结合认同度低以及政治文化对同性结合的敏感等，我国同性结合民法规范的进程将更加漫长，路径选择也会有别于西方。坚持社会整体利益增加原则、婚姻性别基础原则和文化适应性原则，依照同性人格权平等保障—财产权合理调整—身份权暂时搁置的路径，循序渐进地推进我国同性权益保障的进程，逐步实现同性结合的民法规范，是契合我国文化传统和社会现实的可行选择。

(一)推进同性人格权平等保障

同性恋法律地位之缺失使其丧失独立享有权利并承担义务的法律主体资格，衍生了社会各领域侵犯同性人格独立、平等和尊严的现象。为遏制和消除社会对同性恋的排斥与歧视，全球范围内越来越多的国家或地区在法律认可同性结合之前，通过人权法、反歧视法、反性倾向歧视法或性倾向平等法等积极立法措施，禁止社会各领域对同性恋的排斥与歧视，为同性结合身份认同及财产权保障奠定了基础。如英国自20世纪末至今采取了一系列积极立法措施，借助立法和司法的创造力，消除社会对同性恋的人格歧视，是我国同性人格权保障的有益借鉴。1998年，英国通过了《人权法案》，[40]禁止基于性倾向的歧视；2007年，通过了《性倾向平等法》，[41]禁止任何机构或部门基于性倾向的歧视并对性倾向歧视侵权行为的构成要件及其责任作出了明确规定，为同性恋平等权益提供有效的制度保

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

障。我国在通过立法承认同性结合之前，借助反歧视法或性倾向平等法等保障同性恋人格权，禁止教育、就业及社会保障等各领域基于性倾向的歧视，有助于深化社会对同性恋的认知，引导公众对同性恋态度的转变，为同性结合财产权和身份权之民法规范创造条件。

(二) 区别对待同性结合财产权

同性结合财产法律制度对内确立当事人的财产权利和义务，对外直接影响交易安全和第三人权益，是同性结合稳定与交易安全的保证，也是同性结合财产纠纷的解决依据，由此构成同性结合民法规范的核心内容。基于同性结合不能生育子女以及我国家庭保障社会化进程缓慢之事实，同性结合财产制的设置宜遵循别体主义原则，实行同性结合分别财产制。同性结合者可以约定共同生活关系存续期间所得财产以及缔结共同生活关系前之财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。无约定或约定不明的，适用分别财产制，但财产归属不明确的，推定为共同所有。约定应当在缔结共同生活关系之前采用书面形式并经公证且需要在相应登记机关登记才具有对抗第三人的效力；同性结合者财产约定之变更或撤销须经双方意思表示一致并在相应机构作变更登记。同性结合者相互享有继承权，但其继承份额小于婚姻配偶。死亡一方有近亲属的(父母、子女、兄弟姐妹)，生存一方有权继承全部财产的四分之一。死亡一方只有祖父母、堂兄弟姐妹的，生存一方有权继承全部财产的二分之一。死亡一方无第一、第二顺序继承人的，生存一方继承其全部财产。

(三) 渐进式保障同性结合身份权

不冲击传统婚姻制度，根据经济社会和法治发展状况以渐进的方式逐步实现对同性结合者的身份认同，符合我国的文化遗产和立法的文化适应性原则，有利于推进同性结合民法规范的进程，提升相关立法的调整效果。由于当下我国同性结合的身份认同仍难以逾越公众对男女两性的生理差别、人类固有的性本能和种族繁衍等婚姻自然属性的认知障碍，[42]无论是以伴侣模式还是以婚姻模式法律认可同性结合的身份均缺乏社会集体意识基础，难以达成立法目的，甚至可能延缓同性恋权益保障的进程。正视现实、先易后难、求同存异、循序渐进，在搁置身份的前提下实质性保障同性结合的身份权是当下我国理性和可行的选择。如承认同性结合者基于其长期、稳定和富有承诺的共同生活关系而享有同居请求权、忠实请求权、日常家事代理权及住所商定权等。但考虑到同性结合不能自然孕育子女的特征，相关立法不应规定同性结合者计划生育的义务。在涉及未成年子女之收养权和监护权方面，由于目前国人对同性恋能否作为合格的父母以及同性结合家庭环境对未成年子女是否产生不利影响仍存疑虑，不宜赋予同性结合者收养权和共同监护权。[43]

五、余论

同性结合在我国是一个充满争议的敏感问题，即便是在已经法律认可同性结合的国家或地区，人们对同性结合的态度依然分歧严重。美国各州依据不同的宪法解释方法和违宪审查标准，对同性结合诉讼案件作出了相反的判决，即承认同性结合违宪和否认同性结合违宪，彰显同一社会内部的不同区域和不同群体对同性结合价值取向和价值判断的差异。[44]在法律认可同性结合的其他国家或地区，同性结合同样面临根深蒂固的宗教信仰和强大的传统婚姻捍卫者的反对。但这些国家或地区基于同性结合社会存在之客观事实和宪法平等保护原则之法律事实，通过超前立法或司法的创造力，突破立法或司法的道德和社会集体意识基础，造就了同性结合权益保障的历史性法律，反向推进了法律与宗教、法律与道德在调整同性结合问题上的分野，引导了公众对同性结合观念的变迁，推动社会朝着公正、包容和多元的方向发展，彰显法律超前性对观念变迁的影响和司法创造力对推进同性结合民法规范进程的积极作用。对于文化单一、法律道德化和家中心理念依然深厚的我国，同性恋权益保障之进程难以自下而上来实现。借助适度超前立法和司法创造力，通过同性结合之民法规范，深化公众对同性恋的认知，消除公众对同性恋的误解，树立公众对同性结合的客观态度，减少以至消除社会对同性恋及同性结合的不合理对待，是我国同性结合民法规范现实可行的路径。

注释：

[1]罗马帝国时期，依基督教教义，同性恋者一律处死；在公元6世纪的威尔士，同性恋要判处3年有期徒刑；公元7世纪的《苦行赎罪手册》规定，男同性恋者须服10年苦修，女同性恋者须服3年苦修；在8世纪的勃良第，同性恋者要被判处10年徒刑。参见陈苇：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第88页。

[2]已经法律认可同性结合的国家或地区：丹麦(1989)、挪威(1993)、瑞典(1995)、格陵兰(1996)、匈牙利(1996)、冰岛(1996)、法国(1999)、荷兰(2001)、德国(2001)、芬兰(2002)、比利时(2003)、克罗地亚(2003)、卢森堡(2004)、西班牙(2005)、加拿大(2005)、英国(2005)、新西兰(2005)、安道尔(2005)、斯洛文尼亚(2005)、南非(2006)、葡萄牙(2010)、阿根廷(2010)以及澳大利亚、巴西、墨西哥和美国等国家的部分地区。

[3]1952年克尔曼对单卵双生子中同性恋发生率的研究；1993年海莫等人对同性恋兄弟在X染色体短臂上一段基因的共有率的发现；1993年美国国家癌症研究所对男同性恋母系遗传可能性的发现；2008年瑞典卡罗林斯卡医学院的研究人员对男同性恋者和女同性恋者以及女同性恋者和男同性恋者大脑杏仁核结构相似性的发现等。参见洪安：《同性恋生理探因综述》，载 <http://et.2len.com/love/tongxinglian/2003-01-09/901723.html>，访问时间：2010

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
年8月11日。

[4] 同性恋成因的三大理论是：生物学的本质论，即同性恋由遗传基因导致；社会学的构建论，即同性恋是由环境原因造成的；交互式理论，即性取向是先天遗传和后天习得共同造成的。

[5] [美] 罗伯特·克鲁克斯、卡拉·鲍尔：《我们的性》，张拓红译，华夏出版社 2003 年版，第 277 页。

[6] 参见李银河：《李银河自选集—性、爱情、婚姻及其他》，内蒙古大学出版社 2006 年版，第 73 页。

[7] 参见蒋月：《婚姻家庭法前沿导论》，科学出版社 2007 年版，第 302 页。

[8] 埃米尔·迪尔凯姆(Emile Durkheim, 1858 年—1917 年)根据社会结构的特点将人类社会分为机械团结型社会和分工协作型社会。前者是以集体意识和压制型法律维持的社会团结，后者是以社会分工和恢复型法律维系的有机协作型社会。参见 [法] 埃米尔·迪尔凯姆：《社会分工论》，渠东译，北京三联书店出版社 2000 年版，第 26 页。

[9] 社会控制，是指社会生活的规范方面。法本身是一种社会控制，但“礼仪、习惯、伦理、官僚制和对精神病的治疗也是社会控制”。“法律的变化与其他社会控制成反比”，即当其他社会控制较少时，法就越多；当其他社会控制较多时，法就越少。[美] 唐纳德·J. 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 123 页。

[10] 参见 [美] 阿尔温·托夫勒：《第三次浪潮》，朱志焱等译，北京三联书店出版社 1983 年版，第 273-291 页。

[11] [德] 夏埃尔·克斯特尔：《欧洲同性恋立法动态的比较考察》，邓建忠译，载《比较法研究》2004 年第 2 期。

[12] 在对同性婚姻予以禁止或施加限制是否违背宪法平等保护原则问题上，美国司法判例适用了三种不同的审查标准，即严格审查标准(Intermediate strict scrutiny standard)、中度严格审查标准(strict scrutiny standard)和合理基础审查标准(Rational-basis test)。严格审查标准将基于性别的婚姻歧视归入“可疑分类”，进行最实质利益关联审查，往往获得对同性恋有益之结果；中度严格审查标准考察禁止或区别对待同性婚姻之目的与手段间的关联及其是否具有重要利益支撑，其结果具有不确定性；合理基础审查标准依据婚姻传承、世俗观点及宗教信仰等寻求区别对待之情理，往往得出对同性恋不利的结果。

[13] Varnurn v. Brien, supra, 763 N. W. 2d 862(2009).

[14] 王茜：《我国男性同性恋基数庞大》，载新浪财经：<http://finance.sina.com.cn/rou/20041224/10281248689.shtml>，访问时间：2010 年 9 月 2 日。

[15] 1997 年，修订后的《刑法》删除了“流氓罪”，以往被解释为“鸡奸”的某些同性性行为，不再有对应的刑法条款相适应，这被认为是中国同性恋非罪化的重要标志。

[16] CCMD-3 与同性恋有关的部分：62.3 性指向障碍(F66 与性发育和性指向有关的心理和行为障碍)指起源于各种性发育和性定向的障碍，从性爱本身来说不一定异常。

[17] 参见《李银河 2007 年对同性恋的最新调查结果》，载新浪博客：<http://blog.sina.com.cn/s/blog-4b71cc95010008f4.html>，访问时间：2010 年 11 月 21 日。

[18] 39 健康网调查显示：对表明自己的同性恋身份，50.2%的人不会对任何人说；8.5%的人表示不介意对所有人都说；29%的人只会对要好的朋友说；只有 1.3%的人会对家长说。《2009 年中国同性恋生存状况调查报告》，载 39 健康网：http://sex.39.net/dcbg/bg/098/5/951445_6.html，访问时间：2010 年 9 月 19 日。

[19] 该调查在 9 大城市进行，总计有 2000 多位同性恋者参与。他们的平均年龄为 29 岁，约 95% 是汉族。参见张北川：《关于性取向与公共政策关系的调查数据讲述了什么》，载《朋友通信》2008 年版，第 58 页。

[20] 刘达临：《中国当代性文化》，上海三联书店 1995 年版，第 175-176 页。

[21] 参见李银河：《同性恋亚文化》，今日中国出版社 1998 年版，第 232-240 页。

[22] See Paul Cameron, Kirk Cameron, Eastern Psychological Assn Convention, Philadelphia, March 23, 2007.

[23] 该法共 8 编，22 章，合计 264 条。第 1 编界定同性伴侣关系；第 2 至第 5 编分别为英格兰及威尔士、苏格兰、北爱尔兰同性伴侣关系及涉外同性伴侣关系；第 6 至第 8 编分别为同性结合衍生的关系、其他规定及补充规定。See Civil Partnership Act, C33 (England, 2004).

[24] Life Partnership Act, BGBI I S. 266(Germany, 2001).

[25] See The Danish Registered Partnership Act, No. 372 (1989); The Sweden Registered Partnership Act, Sweden Ministry of Justice(1994); The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples, The Ministry of Children and Family Affairs(1993); 564th Bill on the Iceland Recognized Partnership(1996).

[26] See Domestic Partnership Act, SB 75 (CA, 1999); Lewis v. Harris, 188 N. J. 415; 908 A. 2d 196(N. J. 2006); House Bill 2839 (OR, 2009); SSB 5336. PL(WA, 2007); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 22, sec. 2710 (ME, 2007).

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

[27]南非《民事结合法》虽未采用婚姻表述，但规定任何法律有关异性婚姻之规定均适用于同性结合，是事实上的“婚姻”立法模式。

[28]挪威于1993年4月通过《注册伴侣关系法》，以伴侣模式认可同性结合。2008年6月，挪威国会通过婚姻法修正案，将婚姻关系定义为不分性别的两个人之结合，成为第6个实现同性结合婚姻化的国家；瑞典于1994年6月通过《注册伴侣关系法》，2009年4月，瑞典国会通过了《同性婚姻法案》，将同性伴侣关系提升为婚姻关系，成为第7个同性结合婚姻化的国家；此外，葡萄牙于2010年5月，阿根廷于2010年7月相继通过了同性婚姻合法化法案，使同性结合婚姻化的国家增加到9个。

[29]See Civil Marriage Act, C38(Canada, 2005)

[30]See Solidarity Pact, No. 372(France, 1999).

[31]Reciprocal Beneficiaries, Chapter 572C(Hawaii, 1997).

[32]See Vermont Civil Act, No. 91, H. 847 (Vermont, 2000); See Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309; 798 N.E. 2d 941(2003); See David A. Fahrenthold, Connecticut's First Same-Sex s Proceed Civilly, Washington Post, 2005年10月2H.

[33]See Article Seventy Five to Seventy Nine, Civil Partnership Act, C33(England, 2004).

[34]See Section Four of the Danish Registered Partnership Act, No. 372 (1989); See Section Two, Chapter Three of the Sweden Registered Partnership Act, Sweden Ministry of Justice(1994); See Section Four of the Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples, The Ministry of Children and Family Affairs(1993); See Section Five and Six of 564th Bill on the Iceland Recognized Partnership (1996).

[35]See B. A. Robinson, Religious Tolerance, Ontario Consultants on Religious Tolerance, http://www.religioustolerance.org/hom_marr.htm—43k-Cached-Similar pages, 访问时间: 2010年2月22日。

[36]See Francisco Cabrillo, An Economic Analysis of Same-sex Marriage, Erasmus Program in Law and Economics, Academic Year 2000/2001.

[37]See Hawaii Court Findings, Baehr v. Anderson (was Baehr v. Lewin, then Baehr v. Miike). Judge Kevin S. C. Chang, Filed in the First Circuit Court, State of Hawaii. Dec. 3, 1996.

[38]See Chambers, D., What if the Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples, Michigan Law Review, 1996 (95), p. 447.

[39]See Vt. Legalizes Same-sex Marriage, The Burlington Free Press, 2009年4月7日; Bober D. Mcfadden, Gay Marriage Is Ruled Legal in Connecticut, The New York Times, 2008年10月10日; Michael McCord, Amendment Bid Aims to Stop Gay Marriage in N. H., news@sea-coastonline.com, 2010年1月9日。

[40]Human Rights Act, Chapter 42 (England, 1998).

[41]The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations, No. 1263 (England, 2007).

[42]参见王歌雅:《论同性恋者婚姻权的法律规制》,载《甘肃社会科学》2008年第1期。

[43]参见李霞:《论同性婚姻合法化》,载《河北法学》2008年第3期。

[44]迄今,美国共有12个州及哥伦比亚特区通过司法判例或立法承认了同性结合;共有27个州通过司法判例或宪法修正案,明确婚姻为异性的结合,反对将婚姻制度适用于同性恋。

《拿破仑民法典》婚姻家庭法的男女不平等研究

2013年10月17日 澳门大学法律硕士张名扬

关键词: 可谅解要件, 责任主义, 过错, 赔偿

内容提要: 可谅解要件为《澳门民法典》中瑕疵错误制度的其中一个重要要件。本文将先简介该概念及罗马法中过错的判断, 然后再讨论罗马法中关于该要件的相关规定, 然后回到实证法的角度, 从《澳门民法典》角度讨论该要件内涵以及与现行世界上合同法的立法范本《欧洲合同法原则》及《国际商事合同通则》作功能上的比较及讨论。最后, 指出一个与可谅解要件密切相关的课题——缔约上的过失的概念, 然后探讨该制度能否在现行《澳门民法典》中的错误制度相适用, 并对本澳《民法典》作出相关建议。

一、引论

错误制度是民法系统中的一个重要部份, 其不单是民法理论中涉及意思表示的一个重要课题, 更是日常生活中常见的情况。《澳门民法典》中的错误制度以瑕疵错误为主, 表示错误为次, 而瑕疵错误的要件亦为整个错误制度的构成要件。{1}当中亦包括可谅解要件, 究竟何谓可谅解要件? 其要件的内涵为何? 其与过错关系为何? 而《澳门民法典》又如何设置该要件? 其与缔约上的过失制度又何关连? 这些都是本文将要探讨的问题。

二、可谅解性的概念

“家事法苑” 律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

著名的葡萄牙 Mota Pinto 教授在其大著《民法总论》中将可谅解要件列为瑕疵错误 {2} 的第三个要件，而且，该要件事实上亦是拉丁法系各国盛行的论点。{3} 例如，葡萄牙的学者包括 Belezza dos Santos、Cabral de Mon?ada、Galv?o Telles 以及后来的 Castro Mendes {4} 及 Manuel de Andrade 教授皆有将之列为错误的要件并围绕其展开论述，而意大利的 Francesco Messineo 学者甚至乎是法国、比利时及西班牙的学者亦有将之论述 {5}，甚至我国的学者郑玉波先生，在其民法总则著作中，亦有所论及。{6} 传统拉丁系国家的学者认为，只有可以原谅的错误 (error excusabilis) 方具有重要性，才被视为可撤销的理由，而相对地，不可原谅的错误则不得作为撤销的理由。该种观点在 1867 年的《塞亚布拉法典》(Código de Seabra) 生效期间，被葡萄牙所认可。可谅解性，按一般的理解是当错误并不是超乎寻常的疏忽、缺乏敏锐或缺乏谨慎所引致的，从而，一个正常人在这样的状况下也会发生错误。{7} 在《塞亚布拉法典》(Código de Seabra) 生效期间，传统葡萄牙学理认为，认为错误的一方无过错这一点是行为撤销的“必不可缺的”(拉丁文: sine qua non) 条件，当时，他们依据该法典第 695 条之规定得出该原则，并认为，错误如为不可原谅或卑劣的，就不可以错误为由撤销法律行为。{8} 换句话说，可谅解性即等于错误的产生不可归责于错误人。就错误当中的过错而言，是指有关的错误，是不是当事人的过错而引致，换言之，即有关的错误，依是否当事人所引致或对错误的造成，作为错误与过错的连结 {9}，来判断当事人是否有过错。可谅解性这一要件曾被拉丁系的法学国界视为“必不可缺少”的要件，但其在罗马法的时代已经有片段式的零粹文献有所提及 {10}，然而，真正将有关的问题深入研究讨论并影响实证法的，似乎要等到关于“责任主义理论”在欧洲法学理论演变过程中出现的时候。所谓责任主义理论主要所考察的是表意究竟有无过错或是否符合善意。那么，当表意在作出表示时，即使存在意思与表示的不一致，而与其真实意思不符，然基于其在有关错误的表示上曾产生过错，按照“责任主义理论”，其需就其过错负上责任，即有关的法律行为不会因错误而被宣告无效或可撤销。该理论与错误的可谅解性的要件相呼应，从表意人承担责任的角度正好与错误要求可谅解性才能影响的结论相符，并在 19 世纪后期意大利民法学上的得到广泛认可，甚至在 1865 年《意大利法律行为利民法典》中的错误制度中，得以体现该理论的要求。{11}

过错这一概念，不仅是可谅解性的要求，更是民法的侵权归责的要件 {12} {13} 或者在债务不履行之归责要件 {14}，因此，过错的要件往往在民法中作为判断当事人是否需负责任上。{15}

就过错的概念，事实上，来源于罗马法当中，从罗马法时代开始，对于责任的要求当事人需要有过错 {16}，过错被视为责任的一种衡量标准，责任产生于过错，没有过错通常也就没有责任。罗马法将过错分为二种的形式，第一为故意，第二为过失。{17} 这里要先指出，对于故意的问题，不会见于错误之中，因为不论何种的故意皆要求是知道有关的事情真相，亦即要求知道有关的错误的情况，对于此，就瑕疵错误来说，其定义为以不知道其实行某行为所产生决心的事实状况或法律状况的不认识，那么，似乎一个普通的正常状况的人或一个意思表示的表意人，如果明知其存在错误仍为此表示的话，便不是错误了，因为表意人的意思不存在瑕疵。另一方面，障碍错误亦是要求其表示与其意思不一致，而当事人对该不一致是不知悉的，故而，如果知道有关的表示不一致的话，亦是成立障碍故意的。{18}

现行各国的普遍的立法皆以就错误人是否作出过错的意思表示来考虑，其实是在考虑当事人在具体的订约时就错误的生成有否过失。如前所述，过失是从罗马法传承下来的概念，从罗马法的古典时代或者更精确地说在更早的《亚奎利亚法》中已经就过失有作出定义及规范，例如在当时的契约范畴，过失的运用仅在疏忽 (neglegentia) 的情况，后来适用过失的类别渐渐发展至还有缺乏谨慎、拙劣无能、保管物品中的过失、管理事务中的过失和选任过失。{19} 然而，对于过失一词真正的体系化的整理及对后来注释学派所采用的分类方法，则要到优士丁尼大帝对古典法和后古典法时期法学家的归类 {20} {21}，优士丁尼将勤谨注意 (diligentia) 作为是否存在过失的判断依据，过失是对勤谨注意义务的违反，由此，勤谨注意便成为认定债务人是否有过失的判断标准；根据勤谨注意的程度，优士丁尼将过失划分为以下分类，包括：(1) 重过失 (Culpa lata--minus diligens)，该过失是没有尽最起码的注意。重过失是过失程度中最严重的层级，该过失的形态的严重程度远远背离了几乎所有的行为规范，因为尽管没有故意，但其行为却是“异忽寻常的愚蠢”、令人难以置信的荒唐、极其懒惰的自私、全然不关心等，即只要债务人稍加注意，损害便不会发生。(2) 轻过失 (culpa levis--diligens)，即未尽一般人要尽的注意，根据后来罗马法学家的理解 {22}，罗马法又将之又划分为抽象过失——即未尽善良家父的勤谨注意 (culpa in abstracto--diligentia patris familias) 以及具体过失——即未尽处理自己事务同样的注意 (culpa in concreto--diligentia quam suis)。(3) 最后，第三种为最轻过失——即未尽最精确、最勤谨的注意的义务。如上所述，三种层级的过失皆以勤谨注意——即以注意义务的程度 {23} 来论衡的，从责任方向来说，如果当事人履行该类型要求的注意程度，便不成立有关的过失，从而可排除有关的责任。{24} {25} 然而，不论是那一种分类，适用的判断标准皆只有一个——“勤谨注意”，该种注意是相对于义务而言的，即依法产生某种注意义务，当事人如没有履行该种注意义务或未达到其所要求的注意等级的义务时，其便会被认为有某种过失，进而引发有关的责任。{26}

以上几种对于过失的划分被后来广泛流传并形成了现今的“过失”概念，即使现代，虽然或许有所偏离或基于不同学者的见解而有所不同，但仍有很多的法学家采用有关的划分 {27}，该划分方法几乎被大陆法系所接受并作为当

中所引用的定义。

在简述可谅解要件的基本概念及其与过错的关系后，接下来可从历史的角度来考察该要件，因为该要件是一个从罗马法的法学文献已有记载的要件。

三、可谅解要件在罗马法的沿革

罗马法的文献主要是以具体实例的角度出发，去论述有关的法律见解，例如，出自罗马法关于错误的著名的文献中记载着 {28}Ulpian 谈到对实体的错误的一个例子，如一人将醋当酒卖；或者将铜当金卖；又或将铅当银卖。{29} 罗马的法学家似乎集中在具体的案例中讨论或研究出一些原则以图解决错误的问题。然而，几乎所有中世纪的注释学派及罗马法学家皆集中在讨论错误类型及如何解释错误是否具有“根本性”{30}的问题上，但对于错误的表意人是否存在过失的问题上，则似乎有所忽视。根据罗马法的研究数据显示，罗马法并非没有谈论或讨论过错误是否要求没有过失的问题，只是有关的论述较少。根据有关罗马法学者的研究，在罗马法中亦有关于可谅解的错误 (probabilis error) 的记载，如有关的文献曾指出，对其自己的行为或对其自己的权利能力有误解的人，不得主张该错误，因为他有重大的疏忽 (D. 22, 6, 3; D. 50, 17.)。这是少数谈及可谅解的错误的罗马法文献，除此之外，对于可谅解的错误亦有被引用，但不是被引用在错误是否可以得到救济上，而是引用在在占有时效取得方面，罗马法要求时效取得的其中之一个前提为“正当原因”(iustus titulus) 或正当名义，即指确证在占有时未侵害他人而且足以使所有权取得合法化的那种同前占有者的关系。这样就求占有者是存在一种错误，即以为是从所有者或其代表或至少不是以违背所有者意志而从持有物品的人手中接受该物品。在这个层面，有部份的法学家们指出所谓“正当原因”的错误是可谅解的错误。后来优士丁尼的《国法大全》采纳了这些法学家的意见，指出要满足取得时效的“正当原因”的要件，就要对占有者对占有他人物品的“误认”，要求是“除非这种误认以‘可谅解的错误’(probabilis error) 为基础。”

少数的现代的罗马法学家亦曾讨论可谅解错误的问题，罗马法学家 R. W. Lee 教授在其著作中曾举出下述例子：“如果我认为我是应该得到金，但得到的是铜，如果我希望保留接受铜，但如果你，作为卖家，是否可以用金来代替铜来出卖呢？原则上卖方应获得同样的救济，无论如何，上述两个的例子错误必须具合理性，即法律评论家所称的“可谅解的错误 (probabilis error) {31}”。另外，罗马法学家彼德罗·彭梵得亦指出在某些情况，即使属于不可原谅的错误，对某些人也能产生效力，他们是未成年人 (minores)、完全没有文化的人 (rustici)、士兵 (milites)，甚至在某些情况下，妇女亦被包括在内。{32} 换言之，罗马法对于某些身份的人所带有的错误，被理解为属可原谅。

虽然追源溯始，罗马法已有文献对“可谅解的错误”的讨论，并且要求错误是可原谅的，但是在后中世纪的注释学派似乎不太重视错误是否可谅解的问题，他们在如何判断甚么情况的错误可获救济的问题上，又着重于对错误的类型归纳与分类，对于有关的错误是否属“可谅解”的又似乎不太重视。但正如上述注释学派将罗马法的文献分类中所指出的几个类型分类中所看出的 {33}，我们没能在这些类型中指出为何是可谅解的。虽然中世纪的注释学派中，并没有对可谅解的要件提出更多的解释，但是该要件却成为拉丁美洲国家的错误制度中必不可少的要件，其后来得以被重视的主要理由是因为在欧洲法学理论中，责任主义理论逐渐被获重视，从而使错误的可谅解要件亦随之受重视。

四、可谅解要件的比较法

考察随着可谅解要件得到普遍拉丁美洲国家的重视，时至今日，很多大陆法系的国家或地区的错误制度中皆有可谅解性的要求 {34}，而从各国对过失的不同要求来看，可以分成以下三类型 {35}：

(1) 错误不以过失为要件，合同成立时，错误人只要有错误，即可撤销合同，如《瑞士债务法》，其第 23 条规定：“合同于其成立时，陷于主要错误的，无拘束力。”又如德国，《德国民法典》中的关于因错误（意思与表示不一致）致法律行为的撤销，亦没有规定有关的表意人要没有过失，且德国学者在通说亦认为即使有过失，有关的合同仍可撤销。{36} 又如《路易斯安那民法典》{37}、《智利共和国的民法典》{38}、《阿尔及利亚民法典》{39}、《蒙古国民法典》{40} 中，亦同样地显示关于当事人因错误而撤销有关法律行为时，没有指定要求当事人是没有过失的。

(2) 第二种的立法方法是以错误必须没有重大过失为要件，因重大过失的错误而成立的合同，错误人不能撤销。如《日本民法典》，其第 95 条但书规定“表意人有重大过失时，不得自己主张其无效”。日本在其学理及实务上皆认为必须没有存在重大过失才可以撤销。{41}

(3) 第三种立法的范例为错误必须以表意人无过失为要件。如台湾地区《民法》第 88 条之规定，“意思表示的错误因表意人之过失者，不得撤销。”这种的立法例要求表示当事人在撤销有关的法律行为时没有过失，参照字面的意思，即当事人不仅因有重过失而不能撤销，甚至连有轻过失亦不能撤销有关的意思表示。不过，正如某些学者们所阐述的，在法律的适用时，是透过对法律的解释。{42} 对于台湾地区的上述条文所指的“过失”，学上说上甚有争议，有部份学者向应解释为重过失 {43}，有部份的学者认为要作具体轻过失的理解 {44}，另外尚有少数见解认为属抽象轻过失。故此，虽然一些国家或地区的行文上是规定仅为存在过失便不能撤销意思表示，但是在具体适用上究是解释为轻过失或是重过失，则要待有关适法者对法律的理解。

除了上述三种的立法范例，如《法国民法典》，虽在法典内从没有提及有关的错误是要求没有过失或没指出与法

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

律有关{45}，但是其不论是在实务上或者是在学说上，皆承认“不可原谅的错误（inexcusable mistake）”的说法，即实务的判决及学理上仍要求有关的错误不属“不可原谅的错误”，否则有关的合同将不可以获得救济，根据 Barry Nicholas 教授在其著作《The French Law of Contract》{46}中所指，“不可原谅的错误”是要依赖当事人的智识或当事人的专门知识或技能而定的。而尹田教授亦指出其实“不可原谅的错误”是指错误方的错误是否由过分的轻率或疏忽所引起的，如有即属不可原谅的过错，无权主张合同无效。{47}在法国的案例中，曾指出一个制衣师傅（原告）向被告买制女性衣服的材料，但被告知道原告是用来做衣服的，但其所出卖的材料是适合用来做裤的，于是原告拒绝履行合同购买该批材料，并指被告知道该材料是通常用来做裤并知道原告是买来用作女性衣服的，法国法院却判有关的原告败诉，理由是因为其是一个制衣人在购买有关的衣服时是自己可以查看有关的材料的，其应该知道有关材料的制衣用途。{48}此外，法国还有多个判例皆指出错误被要求属非为不可原谅的。{49}因历史原因而深受法国影响的《魁北克民法典》中，错误亦是要求属非为不可宥恕的，其《民法典》第 1400 条第二款指出，“不可宥恕的错误并不构成同意的瑕疵。”本文认为，从字面上来说，“不可宥恕的错误”的称谓更符合错误要求具“可谅性”的描述，直接把错误能不能原谅作为判断的标准。事实上，所谓“不可原谅的错误”近似于重过失的错误内涵，但是，“重过失”似乎比“不可原谅的错误”为程度更严重，“不可原谅的错误”是指出过分的轻率或疏忽所引起，但重过失的定义是异忽寻常的愚蠢、令人难以置信的荒唐，故如果将罗马法就重过失的定义作为标准，似乎比“不可原谅的错误”的程度更甚。各国民法典虽然多为上述三种的立法范例以规范其错误是否要求过失，但是具体在适用错误过程中，其错误制度究属重过失或轻过失或没有要求非过错的情况，则并非必然如该国的民法典的文字上所反映的，实际上要具体参考有关的学理及判例才可知错误制度中要求没有过失的程度。如前述，我国台湾地区就其错误制度中的“过失”，存在重过失解释说及轻过失解释说的争议。

但是，尚未解决在具体的情况下如何判断有没有过失的问题以及过失程度的问题。就此问题，理论上亦是运用上文中曾提及的，过失是考虑当事人的注意义务的问题。但是又如何在具体案件上计量轻过失、重过失及最轻过失三种类型呢？我们将不自禁地提出，重过失所指的比善良家父的勤谨注意少得多的注意与轻过失所指的善良家父的勤谨注意的差距到底有多少？{50}因此，如何量化的问题必将争议不休，为此，本文认为既然不能透过一个数值的方法去量化过错的程度，只能透过具体的例子或案例去理解过错的问题，从而判断在有关具体案件中是否存有过失，关于此点，各国学说及判例提供不少参考资料，可以主要归纳为以下三种衡量过失类型的标准，当然对于过失的判断不仅限于以下三种的类型：

(1) 根据错误的表意人的职业、知识及能力的考虑。这种考虑是指假如当事人的能力较强，或者基于其职业的原因，其具有在具体情况时，其应比一般人对错误的发生负更多的注意义务，那么，其对错误的发生往往被判断为具有过失而不能获得救济。{51}例如，上述法国的判例中，由于错误表意为一个制女衣匠，因为其买材料时，能负上更多的注意义务，但其没有注意到，而被法国法院裁定其对错误有过失而未能获得救济。又如实施过相同性质的商业行为的一位室内装饰家对于一幅画的真伪发生误解，亦被法院裁决为不可原谅的错误。{52}另外，一个具有“保险经验”的某人就同一个风险为自己投了两份保险，亦被拒绝获得救济。日本法院亦是如此的认定，以股票买卖为业的人在购买公司股票时，既然以转卖为目的，就当然需要调查公司的章程中是否有限制股票转让的条款，如当事人怠于调查，那么很显然地是认为有重过失。{53}又如财产保险公司没有向事故相关人听取相事故情况，就与被害人订立了支付保险金的私了契约事件。{54}尹田教授曾指出：“对这类过错的确定，应采用个别评价的方法，即根据误解的当事人具体情况（尤其是专业能力）作出判断”。对于过失的判断，诚如海因·克茨在《欧洲合同法》中所言“当事人越具有专业知识和经验，法院越能够指明其过错，而对于不熟悉此类型交易的人或由于其他原因不能够取得要求信息的人，越容易容忍并倾向于将该错误视为可以原谅。”事实上根据当事人的职业或情况判断其是否对错误负有过错的标准，如前所述，在罗马法时代，已有文献记载假如是女子、士兵或没有文化的人（rustici）等在交易所作出的错误是值得原谅的。{55}上述的判例皆表明，现代的判决似乎多从生活中或当事人的具体情况去决定，该错误是否有过失。

James Gordley 教授曾经对以知识、能力或职业作为评判是否具有过失的基准表示质疑，并举出经典的 Griffith v. Brymer 案，该案为当事人向酒店东主租了一个房间，以便观看爱德华七世加冕游行，他们不知道国王生病，游行已被取消。James Gordley 指出，在该种情况，见多识广的人或见识不足的人都可能这两种错误……而且，让人难以明白的是，为何见识不足的决定能够救济，而见多识广的决定则不能。尽管有部份教授对于该判断基准有所争议，但是以错误的表意人的职业、知识及能力的考虑，至今仍是大陆法系的多个国家关于当事人是否对错误的存在存有过失的主要标准之一。

(2) 表意人是否知道有关的错误出现的风险。对于此种案例，似乎亦能另划分为一种不属错误的过失范围来讨论的，然而，很多时候，如果表意人知道或应知道有关错误可能出现的风险，但是仍作出有关的意思表示，导致错误的出现，往往被判定为与表意人的过错有关。在法国的一个案例中，一套房屋被出售给一位买主，后者想要将它用作住宅或家具制造场所，法院拒绝给予救济。理由为买受人知道这份财产上存在一项役权，使其只能作住宅利用，但决

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

定冒险一试。{56} 买受人想要建造度假屋，他为此购买了一块土地，他知道这块土地按照规划不得建造住宅，德国法院拒绝救济。还有在买卖双方皆承认一支帕克 A-1 猎枪，买方由于对这支枪的真实性抱有怀疑，其请了一位枪炮匠，希望透过枪炮匠拆卸这支枪知道真假，但买受人无法拆卸这支枪，而出卖人又不让他把枪拿给其他人拆卸。法院认为，买方在购买时知道存在（这支枪是贗品的）风险。{57} 在一个拍卖会上，某位著名的艺术家的两幅油画被以 60 美元的价格出售，买受人转手将其变卖得 1,072,000 美元。遗产评估人曾告知遗产代理人，她只能评估动产，不包括艺术品。法院认为，他们承担了这件艺术品可能是某位著名艺术家作品的风险。James Gordley 教授指出，在上述的情况，与其说是他们对合同作出打赌，不如说他们没有保持谨慎，否则他们本来可以注意到这些可能性。当事人没有保持谨慎而订立了合同其实表示，价格的因素可能没有反映在相对的风险上。对法院判例判处当事人不被救济的意见，该教授提出在上述个案中，当事人并没有真正的当作打赌，并指出应当注意有关的价格是否体现在合同出现错误的风险中，即以价格的因素来决定当事人是否决定冒该风险。如枪支的例子，如果是买方知道其低于真实的帕克 A-1 猎枪购得有关的枪支，似乎可以看成其是冒着有关的风险而购买的。

故此，自甘冒险的决定而引发的错误，亦是大陆法系中被普遍认可不会获得救济的情况，甚至体现在大陆法系国家中的民法典中。在《欧洲合同法原则》中，第 4:103 条第（2）款（b）款确立了如有关表意人对错误出现的风险负责或在具体情况下应承担有关风险亦不能获得救济的主张。

（3）错误是否出自被害人没有慎重的查知。当事人没有作出其应有的措施查明真相的措施，招致错误的出现，往往亦被判定而未能获得救济。{58}

海因·克茨如此说道：“如果当事人应当且能够查明当时境况的真相，那么他并不可以随意地以错误撤销。”一个人购下一个地区的狩猎权，却发现指定的区域猎物比他预想的少，当事人他本可事先侦察地形并查明猎物的状况，但他却没有如此做，他就必须遵守合同。{59}

法国亦有一个案例，当事人有可能咨询有关土地能否用于建筑的情况但未咨询，结果有关的错误不被救济。{60} 同样地，荷兰的以下判例亦证明此点：Hilder 是房地产交易商，他从房地产代理人 De Galan 处得到有房产将要出售的消息，该房产由一位“一流的租户”居住。Hilder 承诺给予 De Galan 25,000 欧元的回报。但不久该“一流的租户”解除合同，离开房子。此情况下，Hilder 以陷入错误为由拒绝给付酬金。在上述案例中，由于作为房地产的交易商 Hilder 由于没有对问题进行审查的前提下便相信 De Galan 的判断，学者认为，Hilder 不应获得对错误的救济，因为考虑签订合同的人，应当采取措施以确保他对情势的判断不是错误的。前述《日本民法典》要求错误不具有重过失，其判断基准亦以当事人有否应该慎重调查、处理的角度出发，如果怠于调查，就容易被认定为有重过失。例如一个欲开设药店的 X，计划租 Y 的店铺来开药房，但按有关的条例规定，新开设的药店必须与已有的药店保持 120 米以上的距离，X 经目测后以为可以，但最后，实际上与另一药店距离只有 100 米而未能开店。{61}

在上述例子中，皆可说明，假若当事人其实可以透过一些简单的措施便可以查知真相或阻止错误的出现，但是其没有如此的做到，便往往被认为是具有过失而不能获得对错误的救济，换言之，在上述情况可被认为没有尽其应有义务而被判定具有过失。透过以上的各国判例，可以说明，就错误是否有过错而不被获救济，往往从上述的三个途径来决定。当然，如上述所曾指出的，德国判例及学说皆认为，即使有过错的错误仍可以获得救济，但在实际情况，可能会有不同的解读。海因·克茨这个著名的德国学者却指出：“《德国民法典》第 119 条没有明确指出错误一方的过失排除合同的撤销权。……因为在回答错误是否仅仅是动机错误或是属于错误一方的风险范围问题上，德国法官可以考虑的因素促使法国法院认为错误一方有过错的因素是相同的。”换言之，虽然德国法院不承认错误的撤销是要求没有过错的，但他们可从将错误归入为仅属动机错误或是属于错误一方的自愿承担的风险范围上 {62}，从而拒绝有关的错误作出救济。在功能上，这与其他法院判定有过失的错误不能被救济其实是相同的。

五、《澳门民法典》中可谅解性要件的规范构造

现行《澳门民法典》的前身，1966 年的《葡萄牙民法典》没有将可谅解性的要件规定在其中，而从学理上，Mota Pinto 教授 {63}、Castro Mendes 教授 {64}、Menezes Cordeiro 教授 {65} 皆没有指出错误的撤销要求可谅解性，而 Heinrich Ewald Horster 教授亦只指出如果撤销有关法律行为的表意人存在过错的时候，则另一方可以按照《民法典》第 227 条之规定去要求赔偿，但除此之外，其没有对可谅解性作更深入的讨论，包括指出是否承认该要件的存在。{66} 尽管在《葡萄牙民法典》中没有关于可谅解性要件的规定但在现行《澳门民法典》中已对可谅解性作出规定，并就法律行为因错误的撤销是否需要没有过错作出规范。有关的规定见于现行《澳门民法典》第 240 条第 2 款。要指出的是，《澳门民法典》的立法及学说多参照《葡萄牙民法典》，然而，就错误是否有需要有过失的问题上，存在《澳门民法典》立法理论与《葡萄牙民法典》立法理论中的断层，原 1966 年的《葡萄牙民法典》及通说 {67} 皆不将可谅解性视为错误的要件，然而，《澳门民法典》当中却将要求表意人没有重大过错才可撤销法律行为，这样，就有关的条文解释缺乏了学说上及注释上的参照，有关的内容缺乏更详细探讨的依据。不过，现行被各国合同法所备受关注和有参照作用的《国际商事合同通则》及《欧洲合同法原则》，似乎给《澳门民法典》一个很好的参照，因为透过现行的《澳门民法典》

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

关于可谅性问题的规定与上述两部立法范例比较将能更深入地了解本澳对该要件设置的优劣。

《澳门民法典》第 240 条第 2 款指出，即使符合了其他的错误可引致撤销的要件，但如表意人已接受有关错误出现之风险，或按照有关具体情况表意人应承担此风险，又或该错误系因表意人之重大过错而造成，则有关法律行为不得宣告为无效或撤销。如上文所述，《澳门民法典》将表意人接受有关风险的出现与当事人存在重大过错分开来理解，其不将已接受有关错误出现之风险纳入重大过错的内容中。就《澳门民法典》中的立法规范，显然地，不仅参考了大陆法系通行的当事人自愿冒风险而不能获得救济的说法，并将之纳入民法典的实际规定中。而其在采那一层级的过去排除撤销的问题上，是采用过失标准中的“重过失”的层级，正如上述探讨过失定义时曾指出的，重过失是指“异忽寻常的愚蠢”、令人难以置信的荒唐、极其懒惰的自私、全然不关心等，即只要债务人稍加注意，损害便不会发生的情况。现行大陆法系的国家采用重过失才排除错误的撤销的，主要为上述所指出的《日本民法典》，但是，在实务上的运用上，似乎重过失并非如罗马法般所指为令人难以置信的荒唐，例如前述当事人租赁一单位开药房的例子，该 X 在本人看来并非一个令人难以置信的荒唐。{68} 本文认为，仅从字面上看来，“不可原谅的”错误比重过失的过失程度更严重，但假如用罗马法的理解为一个令人难以置信的荒唐的定义理解重过失的话，则显现地，“不可原谅的”错误仍比不上重过失的程度。故此，将可谅性要件设置为没有重过失的内涵，并非一个严苛的要件，因为只要当事人表现出来的行为“并非令人难以置信的荒唐”便可成立。当然，在缺乏有关正规的注释情况下，无法对上述两个的不确定概念及有关的内涵作出具体的比较，在确定上述内涵时，本文认为对本澳瑕疵错误中要求非具重过失的理解应以本文曾述的按表意人的职业、知识及能力等标准去判断表意人是否有重过失。

在《欧洲合同法原则》中，第 4: 103 条主要是规范处理错误是否获得救济问题的条文，而就处理错误是否没有过失的规定，则规范在 4: 103 条第 (2) 款中，该款指出，即使当事人满足了 (1) 款所指的要件，仍不足够，需要不存在 (2) 款所指的情况才能使有关的合同无效。就《欧洲合同法原则》对于选择要求那一层级的过失问题，《欧洲合同法原则》第 (2) 款 (a) 项规定，在具体环境下错误为不可原谅的一方不能要求合同为无效，根据《欧洲合同法原则》注释中所指出的，不可原谅的错误主要得到法国、比利时及卢森堡所承认及采用，而《欧洲合同法原则》注释中提出关于“不可原谅的错误”的一个要点，其指出，如果错误主要是由一方所引致的，那么如果允许其撤销似乎是不适当的，除非他方至少对错误的出现同样是可谴责的。这里提出的问题是，假如对方对错误的出现亦有过失的话，那么，当事人对错误的出现便不成立“不可原谅的错误”，这里不再仅从表意方去考虑是否有过失而阻止了对错误的救济，同时亦考虑了受意方的过失的问题。《欧洲合同法原则》注释续写道，对于上述的考虑并不赋予对方需要承担留意对方是否有错误的义务，但如受意方留意到有关的错误并且很容易便可以指出，但却没有如此做到，那么，即使表意方对错误的形成有过错亦不是“不可原谅的”错误。而《欧洲合同法原则》亦将自表意人自甘冒风险的情况放进了第 4: 103 条 (2) 款 (b) 项中，(b) 项亦规定了表意人自愿承担风险的情况，当中指出当有关错误出现的风险是被承担的或者在具体的环境下有关的错误应该被显示出来在这些情况下，错误的一方仍不能主张合同的无效。

而《国际商事合同通则》{69} 亦有关于有过失错误的规定，在该文本的第 3.5 条中，规范了“相关错误”的情况，当中第 (2) 款指出，一方当事人不能宣告合同无效，如果：“(a) 该当事人由于重大疏忽而犯此错误；或者 (b) 错误与事实相关联，而对于事实发生错误的风险已被设想到，或者考虑到相关情况，该错误的风险应当由错误方承担。”透过上述条文，可知《国际商事合同通则》是运用“重大疏忽”(grossly negligent) 来实践错误可谅性要求。所谓重大疏忽，比运用“过失”的概念更具体，因为所谓过失，便是探讨当事人是否就具体情况下存在疏忽(没有履行勤勉注意义务)。但是对于运用“重大疏忽”的表述，使人联想是否与重过失所指是相同呢？答案似乎是肯定的，因为《国际商事合同通则》的官方注释亦是如此的指出{70}，第 3.5 条第 (2) 款指出不能宣告无效的两种情况，(a) 项指出了错误是由于错误方的重大过失所致。在这种情况下，若允许错误方宣告合同无效，对于另一方当事人是不公平的。由此可知，《国际商事合同通则》仍是运用重过失的要件来要求当事人是否对其错误负责，否则如有重过失的话，则不能撤销合同。同样地，该文本的 (2) 款 (b) 项亦规定了风险自愿承担的问题，这里要指出，正如考虑其他的问题相同，考虑风险的问题，是从主观及客观两者出发，但是不是要求兼有两者的情况下才由表意人承担相关的风险，而是在满足两者其一的情况已致使错误方不能撤销合同。因为，“对于该事实发生错误的风险已被设想到”的表述即可知，其是从主观的角度出发，若当事人对有关的风险已被设想到，则可以撤销有关的合同，而“考虑相关的情况，该错误风险应由错误方承担”，则是客观方面的表述，在客观的“具体的情况下”该风险应由错误方承担，但不理会当事人的主观角度是否察知有关的风险。

《欧洲合同法原则》及《国际商事合同通则》关于有过失错误的考量对《澳门民法典》甚有参照意义。现行《澳门民法典》，将可谅性要件规范在第 240 条第 4 款之中，对于承担风险的设置，与欧洲合同法原则及《国际商事合同通则》相同，亦从主、客观的角度分别视为当事人甘冒风险的情况，即当事人已接受了有关的风险不能撤销或从具体情况表意人应承担此风险，亦不能撤销有关的法律行为。对于过错的要求方面，则是要求当事人非重大过失才可以撤销有关行为，事实上，《欧洲合同法原则》的“不可原谅”的错误及《国际商事合同通则》的立法亦是作出了几乎同

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

样程度的要求，即并非以普通的过失或者普通的勤勉注意去要求当事人，这样，似乎现行《澳门民法典》之立法方法上亦参考了有关的立法趋向，只有在重大过失的情况才会阻止法律行为的撤销。

就《澳门民法典》关于可谅性的要件，可以认为其接纳现行欧洲大陆法系的最新立法模板的模式，将自冒风险及重过失的情况排除合同的撤销范围皆纳入民法典的规定中，在这里可说是比之前 1966 年的《葡萄牙民法典》的进步。但是这并不指出《葡萄牙民法典》对受意方的保障较现行《澳门民法典》少。按照《欧洲合同法原则》注释中的说法，《葡萄牙民法典》中虽然不要求当事人撤销要具备可谅性，但另一方可透过合同前责任的制度去要求撤销一方赔偿。而现行《澳门民法典》是否亦能运用有关的制度去赔偿当事人的损失呢？这就有必要先简述缔约上的过失的制度。

六、可谅性与缔约上的过失 (culpa in contrahendo) {71}

多数学者 {72} 当提到可谅性或者有过失的错误是否可以撤销时，皆提到一个民法上著名的概念—缔约上的过失。本文不是主要针对缔约上的过失而立论，但讨论到可谅性要件，亦要简述缔约上的过失以及浅谈其在错误制度上的关系。

缔约上的过失是由德国著名法学家耶林所提出 {73}，该氏在其“缔约上过失、契约无效或未完成时的损害赔偿”的论文中，提出道“从事契约缔结的人……其因此而承担的首要任务，系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的，并非仅是一个业已存在的契约关系，正在发展中的契约关系亦应包括在内……契约的缔结产生了一种履行的义务，若此种效力因法律上的障碍而被排除时，则会产生损害赔偿责任。所谓契约不成立、无效者，仅指不发生履行效力，非谓不发生任何效力。简言之，当事人因自己过失致使契约不成立者，对信其契约为有效成立的相对人，应赔偿基于此项信赖而生的损害。”虽然耶林本人认为缔约上的过失其实只为对罗马法法源的诠释，但是，从后来及现代的观点看来，罗马法并未构建缔约上的过失的一般原则。{74} 而后来及现代的法学家多认为该概念或制度由耶林所创设。{75} Dolle 教授甚至指出耶林氏所提出的 culpa in contrahendo 为法学上的发现在该概念提出后便被德国的学说界及实务界所讨论 {76}，及后并经学界及实务界的认可。{77} 从功能上来说，对于在未形成契约，但透过当事人的缔结契约而接触、磋商及谈判，当中虽未有契约或未符合传统侵权责任的情况，但基于对彼此关系产生信赖，为此，就有关的权利义务乃应不同于一般未有涉及任何关系之人的情况，故缔约上的过失制度正是在于调整处该阶段的当事人的权利义务。{78} 对于缔约上的过失概念的理解，依其创作者耶林氏的理解为：缔约上的过失主要指一方当事人因在合同的准备、协商阶段，因过失而致合同不成立者，对相信契约有效成立的相对人负上因信赖而生的损害。然而，在现代，该概念的内涵却经已不限于此，经过后来判例与学说的不断讨论及引起演变后，缔约上的过失内涵已与耶林所提出的概念有所变更。{79} 现代缔约上过失的概念，在大陆法的国家已变成一系列发生在缔约时因当事人过失而发生损失类型的总称，当中包罗之类型特征不一，既包括了违反保护义务的损害赔偿，亦包括了关于诚信义务的违反。{80}

关于合同撤销而引致对他方立约人的损害赔偿，主要是针对信赖利益为对象的，因为既然让有关的合同撤销，自不能要求他方承担履行利益，而有关的利益损失亦不会属固有的利益。对于缔约上的过失，在《葡萄牙民法典》亦受了该制度的影响，于 1966 年的《葡萄牙民法典》第 227 条中有关于缔约上的过失的具体规定，而《澳门民法典》的第 219 条的行文是直接继受自该《葡萄牙民法典》第 227 条的条文的 {81}，然而，葡萄牙缔约上过失制度以过错为要件，没有过错则不会承担赔偿责任。如前所述，《葡萄牙民法典》对于因瑕疵错误撤销法律行为并不以过错为必要要件，事实上，如表意人有过错，受意人按葡萄牙的通说例如 Castro Mendes 教授 {82}、Mota Pinto 教授 {83} 及 Heinrich Ewald Horster 教授 {84} 的著作皆指出可按《葡萄牙民法典》第 227 条去请求赔偿，而这亦是《葡萄牙民法典》中，没有要求错误必须具可谅性或没有过失的理由之一，因为包括上述的葡萄牙学者在内的葡萄牙通说皆认为由于存在缔约上的过失的制度对受意人的保障，而使得错误致使法律行为撤销的要件上无需要求没有过失，这正是缔约上的过失制度功能的存在补足了错误制度要件限制的不足。Mota Pinto 的《民法总论》在提及缔约上的过失制度时曾提出一个问题，对于葡萄牙的错误制度中，已经设定了一系列的要件，如根本性等要件，使得唯有当受意人在不应被保护的情况下才给予表意人的撤销，因此，有关的缔约上的过失制度似乎不能适用。对于此一问题，该教授曾指出，如果法律要求当事人对错误已知悉或不可不知悉方能以此作为理由撤销有关行为，那么，缔约上的过失便不会出现。但对于表示错误（错误制度中的一般制度）只限于规定错误所涉及的要素之根本性是可行的，故仅具备这种情况并代表受意人知道表意人或应知道受意人知道该错误。在此情况，表意人对于消极利益，有予以赔偿的义务。{85}

《葡萄牙民法典》并非要求受意人已知悉或应知悉错误本身，而是要求知道错误的根本性，但《澳门民法典》对于错误制度的规定却不相同，就可认知性要件的问题，现行的《澳门民法典》中不同于《葡萄牙民法典》，今天《澳门民法典》中关于可认知性要件的改变，现行的可认知性是针对错误本身 {86}，如果按 Mota Pinto 教授所指出的理解，岂非不能运用缔约上的过失制度去请求有关的赔偿？而且，上文已谈论过，《澳门民法典》就可谅性的要求，是要求没有重大过错才可以撤销有关法律行为的，那是否《澳门民法典》的错误撤销没有适用缔约上过失制度的可能呢？本文认为，对于《澳门民法典》的情况，虽然对于瑕疵错误是要求没有重大过错而且对错误的可认知的要求亦是针对错

误本身，然而，并不代表在错误引致撤销法律行为的情况下没有适用《澳门民法典》第 219 条之规定的可能。首先，瑕疵错误的成立上与缔约上的过失的成立两者各有其要件，并没有直接的冲突。按《澳门民法典》第 219 条之规定，缔约上的过失，只要当凡在合同之准备及形成之阶段中，因在违反善意原则且存在过失而使对方产生损害的情况，便适用有关的规定，其主要要件为违反善意原则及存在过失。而成立瑕疵错误，并非不能存在过失，即使表意人存在过失，亦可以成立瑕疵错误而撤销有关的法律行为，因《澳门民法典》是采用“重大过错”为排除性的要件的，故此，如果表意人只属一般过失，并非重大过错的情况，便可适用有适用缔约上的过失的可能。第二、在葡萄牙的学说中，涉及因错误而撤销有关的法律行为时，若引致他方损失时，皆能适用缔约上的过失去补偿受意人的损失。{87}而《澳门民法典》的缔约上过失规定（即《民法典》第 219 条）的行文，几乎与《葡萄牙民法典》第 227 条完全一样，如果在《葡萄牙民法典》中可在撤销有关的法律行为，可引致他方引用第 227 条之规定去请求赔偿，那么同样地，没有理由阻碍当以瑕疵错误为由撤销法律行为后，引用《澳门民法典》第 219 条缔约上的过失制度去请求撤销方去作出赔偿。

七、结论及建议

对可谅解性要件的要求，《澳门民法典》的错误制度中一改《葡萄牙民法典》中没有以错误具备可谅解性为要件的局面，并以现代就错误制度立法潮流的“非重大过错”作为错误的要件之一。而对于缔约上的过失与葡萄牙民法理论一样，是适用在错误制度上，但是前提是表意人有过失。在葡萄牙法制中，由于没有要求错误须具备可谅解性，故此，缔约上的过失的作用在保护受意人的角度上显得尤为重要。但《澳门民法典》加入了包括可谅解性要件在内的一系列要件（如可认知性的要件），故此，不可否认的是，在《澳门民法典》各要件混合底下，缔约上的过失所适用的余地变成很有限。《澳门民法典》的瑕疵错误同时要求可谅解性、根本性及可认知性的要件，很明显的，对于要指出表意人一方要负有过失，从而引用 227 条而赔偿是并不容易的。但亦由于现行《澳门民法典》加入了一系列的要件，致使有关的表意人去撤销有关的法律行为变得更不容易，所以从对于受意人的保护角度上看来，似乎《澳门民法典》比《葡萄牙民法典》对受意人的利益保护更强大。因为对于受意人的信赖，即使可运用缔约上的过失制度去索偿，亦不见得是最好的保护，因对受意人来说，当然是不撤销合同是对受意人最好的保护。

如本文曾提及的，表意人在引用错误制度而撤销法律行为后，受害的他方能否引用缔约上的过失曾抱有疑虑，本文虽认为受害的他方可引用缔约上的过失制度去要求撤销合同方作出消极利益的补偿，然而，对于是否真的可适用该制度，实体法上则没有明确的表明，为此，就此一方面，本人建议可参考《德国民法典》因错误而撤销法律行为时，用明确的法律指出，有关的情况被撤销而受损失的请求撤销的一方赔偿其所失利益。《德国民法典》第 122 条如此规定：“意思表示依照……第 119 条、第 120 条被撤销的，如该意思表示须对于他人做出，表意人必须向相对人，在其他情况下，向任何第三人，赔偿该相对人或该第三人因信赖该意思表示有效所遭受的损失，但不得超过相对人或第三人就该意思表示之有效所具有的利益的数额”。《意大利民法典》第 1338 条亦规定了类似的赔偿制度。事实上，不少大陆法系的各国的错误制度中，因法律行为的非有效而受损失的一方皆可以请求撤销方而赔偿。正如海因·克茨教授曾指出的：“大陆法的审判机构因对错误而撤销合同更为慷慨的深一层原因是，对方能够得到普通法所不知道的甜头，因为他可以向因撤销合同致其损失的一方要求取得补偿。”本文认为现行《民法典》应运用成文法的方式指出当撤销引致他方的消极利益损失时，可否请求撤销法律行为的一方赔偿，有关的规定可以直接指出当他方因此而遭受的消极利益损失，得透过第 227 条的缔约上过失制度来请求赔偿，或者另作规定指出有关的消极利益得请求撤销法律行为方作赔偿，即如《德国民法典》第 122 条般的规定。倘立法者不赞同有关的损失是需作赔偿的，则可明示指出不能引用第 227 条缔约上的过失制度去请求赔偿。但现行《民法典》的规定中并没有指出相关的损害赔偿如何处理的，故留有一个空白的区域，要求适法者自行思考及判断受意人能否引用该规定来请求赔偿。 一、引论

错误制度是民法系统中的一个重要部份，其不单是民法理论中涉及意思表示的一个重要课题，更是日常生活中所常见的情况。《澳门民法典》中的错误制度以瑕疵错误为主，表示错误为次，而瑕疵错误的要件亦为整个错误制度的构成要件。{1}当中亦包括可谅解性要件，究竟何谓可谅解性要件？其要件的内涵为何？其与过错关系为何？而《澳门民法典》又如何设置该要件？其与缔约上的过失制度又何关连？这些都是本文将要探讨的问题。

二、可谅解性的概念

著名的葡萄牙 Mota Pinto 教授在其大着《民法总论》中将可谅解性要件列为瑕疵错误 {2} 的第三个要件，而且，该要件事实上亦是拉丁法系各国盛行的论点。{3} 例如，葡萄牙的学者包括 Belezza dos Santos、Cabral de Mon?ada、Galv?o Telles 以及后来的 Castro Mendes {4} 及 Manuel de Andrade 教授皆有将之列为错误的要件并围绕其展开论述，而意大利的 Francesco Messineo 学者甚至乎是法国、比利时及西班牙的学者亦有将之论述 {5}，甚至我国的学者郑玉波先生，在其民法总则著作中，亦有所论及。{6} 传统拉丁系国家的学者认为，只有可以原谅的错误（error excusabilis）方具有重要性，才被视为可撤销的理由，而相对地，不可原谅的错误则不得作为撤销的理由。该种观点在 1867 年的《塞亚布拉法典》（Código de Seabra）生效期间，被葡萄牙所认可。可谅解性，按一般的理解是当错误并不是超乎寻常的疏忽、缺乏敏锐或缺乏谨慎所引致的，从而，一个正常人在这样的状况下也会发生错误。{7} 在《塞

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

亚布拉法典》(Código de Seabra) 生效期间, 传统葡萄牙学理认为, 认为错误的一方无过错这一点是行为撤销的“必不可缺的”(拉丁文: sine qua non) 条件, 当时, 他们依据该法典第 695 条之规定得出该原则, 并认为, 错误如为不可原谅或卑劣的, 就不可以错误为由撤销法律行为。{8} 换句话说, 可谅性即等于错误的产生不可归责于错误人。就错误当中的过错而言, 是指有关的错误, 是不是当事人的过错而引致, 换言之, 即有关的错误, 依是否当事人所引致或对错误的造成, 作为错误与过错的连结 {9}, 来判断当事人是否有过错。可谅性这一要件曾被拉丁系的法学国界视为“必不可缺少”的要件, 但其在罗马法的时代已经有片段式的零粹文献有所提及{10}, 然而, 真正将有关的问题深入研究讨论并影响实证法的, 似乎要等到关于“责任主义理论”在欧洲法学理论演变过程中出现的时候。所谓责任主义理论主要所考察的是表意究竟有无过错或是否符合善意。那么, 当表意在作出表示时, 即使存在意思与表示的不一致, 而与其真实意思不符, 然基于其在有关错误的表示上曾产生过错, 按照“责任主义理论”, 其需就其过错负上责任, 即有关的法律行为不会因错误而被宣告无效或可撤销。该理论与错误的可谅性的要件相呼应, 从表意人承担责任的角度正好与错误要求可谅性才能影响的结论相符, 并在 19 世纪后期意大利民法学上的得到广泛认可, 甚至在 1865 年《意大利法律行为利民法典》中的错误制度中, 得以体现该理论的要求。{11}

过错这一概念, 不仅是可谅性的要求, 更是民法的侵权归责的要件{12}{13} 或者在债务不履行之归责要件{14}, 因此, 过错的要件往往在民法中作为判断当事人是否需负责任上。{15}

就过错的概念, 事实上, 来源于罗马法当中, 从罗马法时代开始, 对于责任的要求当事人需要有过错{16}, 过错被视为责任的一种衡量标准, 责任产生于过错, 没有过错通常也就没有责任。罗马法将过错分为二种的形式, 第一为故意, 第二为过失。{17} 这里要先指出, 对于故意的问题, 不会见于错误之中, 因为不论何种的故意皆要求是知道有关的事情真相, 亦即要求知道有关的错误的情况, 对于此, 就瑕疵错误来说, 其定义为以不知道其实行某行为所产生决心的事实状况或法律状况的不认识, 那么, 似乎一个普通的正常状况的人或一个意思表示的表意人, 如果明知其存在错误仍为此表示的话, 便不是错误了, 因为表意人的意思不存在瑕疵。另一方面, 障碍错误亦是要求其表示与其意思不一致, 而当事人对该不一致是不知悉的, 故而, 如果知道有关的表示不一致的话, 亦是不成立障碍故意的。{18}

现行各国的普遍的立法皆以就错误人是否作出过错的意思表示来考虑, 其实是在考虑当事人在具体的订约时就错误的生成有否过失。如前所述, 过失是从罗马法传承下来的概念, 从罗马法的古典时代或者更精确地说在更早的《亚奎利亚法》中已经就过失有作出定义及规范, 例如在当时的契约范畴, 过失的运用仅在疏忽(neglegentia)的情况, 后来适用过失的类别渐渐发展至还有缺乏谨慎、拙劣无能、保管物品中的过失、管理事务中的过失和选任过失。{19} 然而, 对于过失一词真正的体系化的整理及对后来注释学派所采用的分类方法, 则要到优士丁尼大帝对古典法和后古典法时期法学家的归类{20}{21}, 优士丁尼将勤勉注意(diligentia)作为是否存在过失的判断依据, 过失是对勤勉注意义务的违反, 由此, 勤勉注意便成为认定债务人是否有过失的判断标准; 根据勤勉注意的程度, 优士丁尼将过失划分为以下分类, 包括: (1) 重过失(Culpa lata--minus diligens), 该过失是没有尽最起码的注意。重过失是过失程度中最严重的层级, 该过失的形态的严重程度远远背离了几乎所有的行为规范, 因为尽管没有故意, 但其行为却是“异忽寻常的愚蠢”、令人难以置信的荒唐、极其懒惰的自私、全然不关心等, 即只要债务人稍加注意, 损害便不会发生。(2) 轻过失(culpa levis--diligens), 即未尽一般人要尽的注意, 根据后来罗马法学家们的理解{22}, 罗马法又将之又划分为抽象过失——即未尽善良家父的勤勉注意(culpa in abstracto--diligentia patris familias)以及具体过失——即未尽处理自己事务同样的注意(culpa in concreto--diligentia quam suis)。(3) 最后, 第三种为最轻过失——即未尽最精确、最勤勉的注意的义务。如上所述, 三种层级的过失皆以勤勉注意——即以注意义务的程度{23}来论衡的, 从责任方向来说, 如果当事人履行该类型要求的注意程度, 便不成立有关的过失, 从而可排除有关的责任。{24}{25} 然而, 不论是那一种分类, 适用的判断标准皆只有一个——“勤勉注意”, 该种注意是相对于义务而言的, 即依法产生某种注意义务, 当事人如没有履行该种注意义务或未达到其所要求的注意等级的义务时, 其便会被认为有某种过失, 进而引发有关的责任。{26}

以上几种对于过失的划分被后来广泛流传并形成了现今的“过失”概念, 即使现代, 虽然或许有所偏离或基于不同学者的见解而有所不同, 但仍有很多的法学家采用有关的划分{27}, 该划分方法几乎被大陆法系所接受并作为当中所引用的定义。

在简述可谅性要件的基本概念及其与过错的关系后, 接下来可从历史的角度来考察该要件, 因为该要件是一个从罗马法的法学文献已有记载的要件。

三、可谅性要件在罗马法的沿革

罗马法的文献主要是以具体实例的角度出发, 去论述有关的法律见解, 例如, 出自罗马法关于错误的著名的文献中记载着 {28} Ulpian 谈到对实体的错误的一个例子, 如一人将醋当酒卖; 或者将铜当金卖; 又或将铅当银卖。{29} 罗马的法学家似乎集中在具体的案例中讨论或研究出一些原则以图解解决错误的问题。然而, 几乎所有中世纪的注释学派及罗马法学家皆集中在讨论错误类型及如何解释错误是否具有“根本性”{30}的问题上, 但对于错误的表意人是否

存在过失的问题上，则似乎有所忽视。根据罗马法的研究数据显示，罗马法并非没有谈论或讨论过错误是否要求没有过失的问题，只是有关的论述较少。根据有关罗马法研究者的研究，在罗马法中亦有关于可谅解的错误（*probabilis error*）的记载，如有关的文献曾指出，对其自己的行为或对其自己的权利能力有误解的人，不得主张该错误，因为他有重大的疏忽（D. 22, 6, 3; D, 50, 17.）。这是少数谈及可谅解性的错误的罗马法文献，除此之外，对于可谅解的错误亦有被引用，但不是被引用在错误是否可以得到救济上，而是引用在在占有时效取得方面，罗马法要求时效取得的其中之一个前提为“正当原因”（*iustus titulus*）或正当名义，即指确证在占有时未侵害他人而且足以使所有权取得合法化的那种同前占有者的关系。这样就求占有者是存在一种错误，即以为是从所有者或其代表或至少不是以违背所有者意志而从持有物品的人手中接受该物品。在这个层面，有部份的法学家们指出所谓“正当原因”的错误是可谅解的错误。后来优士丁尼的《国法大全》采纳了这些法学家的意见，指出要满足取得时效的“正当原因”的要件，就要求对占有者对占有他人物品的“误认”，要求是“除非这种误认以‘可谅解的错误’（*probabilis error*）为基础。”

少数的现代的罗马法学家亦曾讨论可谅解错误的问题，罗马法学家 R. W. Lee 教授在其著作中曾举出下述例子：“如果我认为我是应该得到金，但得到的是铜，如果我希望保留接受铜，但如果你，作为卖家，是否可以用金来代替铜来出卖呢？原则上卖方应获得同样的救济，无论如何，上述两个的例子错误必须具合理性，即法律评论家所称的“可谅解的错误（*probabilis error*）{31}”。另外，罗马法学家彼德罗·彭梵得亦指出在某些情况，即使属于不可原谅的错误，对某些人也能产生效力，他们是未成年人（*minores*）、完全没有文化的人（*rustici*）、士兵（*milites*），甚至在某些情况下，妇女亦被包括在内。{32} 换言之，罗马法对于某些身份的人所带有的错误，被理解为属可原谅。

虽然追源溯始，罗马法已有文献对“可谅解的错误”的讨论，并且要求错误是可原谅的，但是在后中世纪的注释学派似乎不太重视错误是否可谅解的问题，他们在如何判断甚么情况的错误可获救济的问题上，又着重于对错误的类型归纳与分类，对于有关的错误是否属“可谅解性”的又似乎不太重视。但正如上述注释学派将罗马法的文献分类中所指出的几个类型分类中所看出的{33}，我们没能在该些类型中指出为何是可谅解的。虽然中世纪的注释学派中，并没有对可谅解的要件提出更多的解释，但是该要件却成为拉丁美洲国家的错误制度中必不可少的要件，其后来得以被重视的主要理由是因为在欧洲法学理论中，责任主义理论逐渐被获重视，从而使错误的可谅解要件亦随之受重视。

四、可谅解性要件的比较法

考察随着可谅解性要件得到普遍拉丁美洲国家的重视，时至今日，很多大陆法系的国家或地区的错误制度中皆有可谅解性的要求{34}，而从各国对过失的不同要求来看，可以分成以下三类型{35}：

（1）错误不以过失为要件，合同成立时，错误人只要有错误，即可撤销合同，如《瑞士债务法》，其第 23 条规定：“合同于其成立时，陷于主要错误的，无拘束力。”又如德国，《德国民法典》中的关于因错误（意思与表示不一致）致法律行为的撤销，亦没有规定有关的表意人要没有过失，且德国学者在通说亦认为即使有过失，有关的合同仍可撤销。{36} 又如《路易斯安那民法典》{37}、《智利共和国的民法典》{38}、《阿尔及利亚民法典》{39}、《蒙古国民法典》{40} 中，亦同样地显示关于当事人因错误而撤销有关法律行为时，没有指定要求当事人是没有过失的。

（2）第二种的立法方法是以错误必须没有重大过失为要件，因重大过失的错误而成立的合同，错误人不能撤销。如《日本民法典》，其第 95 条但书规定“表意人有重大过失时，不得自己主张其无效”。日本在其学理及实务上皆认为必须没有存在重大过失才可以撤销。{41}

（3）第三种立法的范例为错误必须以表意人无过失为要件。如台湾地区《民法》第 88 条之规定，“意思表示的错误因表意人之过失者，不得撤销。”这种的立法例要求表示当事人在撤销有关的法律行为时没有过失，参照字面的意思，即当事人不仅因有重过失而不能撤销，甚至连有轻过失亦不能撤销有关的意思表示。不过，正如某些学者们所阐述的，在法律的适用时，是透过对法律的解释。{42} 对于台湾地区的上述条文所指的“过失”，学上说上甚有争议，有部份学者向应解释为重过失{43}，有部份的学者认为要作具体轻过失的理解{44}，另外尚有少数见解认为属抽象轻过失。故此，虽然一些国家或地区的行文上是规定仅为存在过失便不能撤销意思表示，但是在具体适用上究是解释为轻过失或是重过失，则要待有关适法者对法律的理解。

除了上述三种的立法范例，如《法国民法典》，虽在法典内从没有提及有关的错误是要求没有过失或没指出与法律有关{45}，但是其不论是在实务上或者是在学上说上，皆承认“不可原谅的错误（*inexcusable mistake*）”的说法，即实务的判决及学理上仍要求有关的错误不属“不可原谅的错误”，否则有关的合同将不可以获得救济，根据 Barry Nicholas 教授在其著作《The French Law of Contract》{46} 中所指，“不可原谅的错误”是要依赖当事人的智识或当事人的专门知识或技能而定的。而尹田教授亦指出其实“不可原谅的错误”是指错误方的错误是否由过分的轻率或疏忽所引起的，如有即属不可原谅的过错，无权主张合同无效。{47} 在法国的案例中，曾指出一个制衣师傅（原告）向被告买制女性衣服的材料，但被告知道原告是用来做衣服的，但其所出卖的材料是适合用来做裤的，于是原告拒绝履行合同购买该批材料，并指被告知道该材料是通常用来做裤并知道原告是买来用作女性衣服的，法国法院却判有关的原告败诉，理由是因为其是一个制衣人在购买有关的衣服时是自己可以查看有关的材料的，其应该知道有关材料的

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

制衣用途。{48}此外，法国还有多个判例皆指出错误被要求属非为不可原谅的。{49}因历史原因而深受法国影响的《魁北克民法典》中，错误亦是要求属非为不可宥恕的，其《民法典》第1400条第二款指出，“不可宥恕的错误并不构成同意的瑕疵。”本文认为，从字面上来说，“不可宥恕的错误”的称谓更符合错误要求具“可谅性”的描述，直接把错误能不能原谅作为判断的标准。事实上，所谓“不可原谅的错误”近似于重过失的错误内涵，但是，“重过失”似乎比“不可原谅的错误”为程度更严重，“不可原谅的错误”是指出过分的轻率或疏忽所引起，但重过失的定义是异忽寻常的愚蠢、令人难以置信的荒唐，故如果将罗马法就重过失的定义作为标准，似乎比“不可原谅的错误”的程度更甚。各国民法典虽然多为上述三种的立法范例以规范其错误是否要求过失，但是具体在适用错误过程中，其错误制度究属重过失或轻过失或没有要求非过错的情况，则并非必然如该国的民法典的文字上所反映的，实际上要具体参考有关的学理及判例才可知错误制度中要求没有过失的程度。如前述，我国台湾地区就其错误制度中的“过失”，存在重过失解释说及轻过失解释说的争议。

但是，尚未解决在具体的情况下如何判断有没有过失的问题以及过失程度的问题。就此问题，理论上亦是运用上文中曾提及的，过失是考虑当事人的注意义务的问题。但是又如何在具体案件上计量轻过失、重过失及最轻过失三种类型呢？我们将不自禁地提出，重过失所指的比善良家父的勤谨注意少得多的注意与轻过失所指的善良家父的勤谨注意的差距到底有多少？{50}因此，如何量化的问题必将争议不休，为此，本文认为既然不能透过一个数值的方法去量化过错的程度，只能透过具体的例子或案例去理解过错的问题，从而判断在有关具体案件中是否存有过失，关于此点，各国学说及判例提供不少参考资料，可以主要归纳为以下三种衡量过失类型的标准，当然对于过失的判断不仅限于以下三种的类型：

(1) 根据错误的表意人的职业、知识及能力的考虑。这种考虑是指假如当事人的能力较强，或者基于其职业的原因，其具有在具体情况时，其应比一般人对错误的发生负更多的注意义务，那么，其对错误的发生往往被判断为具有过失而不能获得救济。{51}例如，上述法国的判例中，由于错误表意为一个制女衣匠，因为其买材料时，能负上更多的注意义务，但其没有注意到，而被法国法院裁定其对错误有过失而未能获得救济。又如实施过相同性质的商业行为的一位室内装饰家对于一幅画的真伪发生误解，亦被法院裁决为不可原谅的错误。{52}另外，一个具有“保险经验”的某人就同一个风险为自己投了两份保险，亦被拒绝获得救济。日本法院亦是如此的认定，以股票买卖为业的人在购买公司股票时，既然以转卖为目的，就当然需要调查公司的章程中是否有限制股票转让的条款，如当事人怠于调查，那么很显然地是认为有重过失。{53}又如财产保险公司没有向事故相关人听取相事故情况，就与被害人订立了支付保险金的私了契约事件。{54}尹田教授曾指出：“对这类过错的确定，应采用个别评价的方法，即根据误解的当事人具体情况（尤其是专业能力）作出判断”。对于过失的判断，诚如海因·克茨在《欧洲合同法》中所言“当事人越具有专业知识和经验，法院越能够指明其过错，而对于不熟悉此类型交易的人或由于其他原因不能够取得要求信息的人，越容易容忍并倾向于将该错误视为可以原谅。”事实上根据当事人的职业或情况判断其是否对错误负有过错的标准，如前所述，在罗马法时代，已有文献记载假如是女子、士兵或没有文化的人（rustici）等在交易所作出的错误是值得原谅的。{55}上述的判例皆表明，现代的判决似乎多从生活中或当事人的具体情况去决定，该错误是否有过失。

James Gordley 教授曾经对以知识、能力或职业作为评判是否具有过失的基准表示质疑，并举出经典的 Griffith v. Brymer 案，该案为当事人向酒店东主租了一个房间，以便观看爱德华七世加冕游行，他们不知道国王生病，游行已被取消。James Gordley 指出，在该种情况，见多识广的人或见识不足的人都可能这两种错误……而且，让人难以明白的是，为何见识不足的决定能够救济，而见多识广的决定则不能。尽管有部份教授对于该判断基准有所争议，但是以错误的表意人的职业、知识及能力的考虑，至今仍是大陆法系的多个国家关于当事人是否对错误的存在存有过失的主要标准之一。

(2) 表意人是否知道有关的错误出现的风险。对于此种案例，似乎亦能另划分为一种不属错误的过失范围来讨论的，然而，很多时候，如果表意人知道或应知道有关错误可能出现的风险，但是仍作出有关的意思表示，导致错误的出现，往往被判定为与表意人的过错有关。在法国的一个案例中，一套房屋被出售给一位买主，后者想要将它用作位宅或家具制造场所，法院拒绝给予救济。理由为买受人知道这份财产上存在一项役权，使其只能作住宅利用，但决定冒险一试。{56}买受人想要建造度假屋，他为此购买了一块土地，他知道这块土地按照规划不得建造位宅，德国法院拒绝救济。还有在买卖双方皆承认一支帕克 A-1 猎枪，买方由于对这支枪的真实性抱有怀疑，其请了一位枪炮匠，希望透过枪炮匠拆卸这支枪知道真假，但买受人无法拆卸这支枪，而出卖人又不让他把枪拿给其他人拆卸。法院认为，买方在买枪时知道存在（这支枪是贗品的）风险。{57}在一个拍卖会上，某位著名的艺术家的两幅油画被以 60 美元的价格出售，买受人转手将其变卖得 1,072,000 美元。遗产评估人曾告知遗产代理人，她只能评估动产，不包括艺术品。法院认为，他们承担了这件艺术品可能是某位著名艺术家作品的风险。James Gordley 教授指出，在上述的情况，与其说是他们对合同作出打赌，不如说他们没有保持谨慎，否则他们本来可以注意到这些可能性。当事人没有保持谨慎而订立了合同其实表示，价格的因素可能没有反映在相对的风险上。对法院判例判处当事人不被救济的意见，该教

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

授提出在上述个案中，当事人并没有真正的当作打赌，并指出应当注意有关的价格是否体现在合同出现错误的风险中，即以价格的因素来决定当事人是否决定冒该风险。如枪支的例子，如果是买方知道其低于真实的帕克 A-1 猎枪购得有关的枪支，似乎可以看成其是冒着有关的风险而购买的。

故此，自甘冒险的决定而引发的错误，亦是大陆法系中被普遍认可不会获得救济的情况，甚至体现在大陆法系国家中的民法典中。在《欧洲合同法原则》中，第 4: 103 条第 (2) 款 (b) 款确立了如有关表意人对错误出现的风险负责或在具体情况下应承担有关风险亦不能获得救济的主张。

(3) 错误是否出自被害人没有慎重的查知。当事人没有作出其应有的措施查明真相的措施，招致错误的出现，往往亦被判定而未能获得救济。{58}

海因·克茨如此说道：“如果当事人应当且能够查明当时境况的真相，那么他并不可以随意地以错误撤销。”一个人购下一个地区的狩猎权，却发现指定的区域猎物比他预想的少，当事人他本可事先侦察地形并查明猎物的状况，但他却没有如此做，他就必须遵守合同。{59}

法国亦有一个案例，当事人有可能咨询有关土地能否用于建筑的情况但未咨询，结果有关的错误不被救济。{60} 同样地，荷兰的以下判例亦证明此点：Hilder 是房地产交易商，他从房地产代理人 De Galan 处得到有房产将要出售的消息，该房产由一位“一流的租户”居住。Hilder 承诺给予 De Galan 25,000 欧元的回报。但不久该“一流的租户”解除合同，离开房子。此情况下，Hilder 以陷入错误为由拒绝给付酬金。在上述案例中，由于作为房地产的交易商 Hilder 由于没有对问题进行审查的前提下便相信 De Galan 的判断，学者认为，Hilder 不应获得对错误的救济，因为考虑签订合同的人，应当采取措施以确保他对情势的判断不是错误的。前述《日本民法典》要求错误不具有重过失，其判断基准亦以当事人有否应该慎重调查、处理的角度出发，如果怠于调查，就容易被认定为有重过失。例如一个欲开设药店的 X，计划租 Y 的店铺来开药房，但按有关的条例规定，新开设的药店必须与已有的药店保持 120 米以上的距离，X 经目测后以为可以，但最后，实际上与另一药店距离只有 100 米而未能开店。{61}

在上述例子中，皆可说明，假若当事人其实可以透过一些简单的措施便可以查知真相或阻止错误的出现，但是其没有如此的做到，便往往被认为是具有过失而不能获得对错误的救济，换言之，在上述情况可被认为没有尽其应有义务而被判定具有过失。透过以上的各国判例，可以说明，就错误是否有过错而不被获救济，往往从上述的三个途径来决定。当然，如上述所曾指出的，德国判例及学说皆认为，即使有过错的错误仍可以获得救济，但在实际情况，可能会有不同的解读。海因·克茨这个著名的德国学者却指出：“《德国民法典》第 119 条没有明确指出错误一方的过失排除合同的撤销权。……因为在回答错误是否仅仅是动机错误或是属于错误一方的风险范围问题上，德国法官可以考虑的因素促使法国法院认为错误一方有过错的因素是相同的。”换言之，虽然德国法院不承认错误的撤销是要求没有过错的，但他们可从将错误归入为仅属动机错误或是属于错误一方的自愿承担的风险范围上 {62}，从而拒绝有关的错误作出救济。在功能上，这与其他法院判定有过失的错误不能被救济其实是相同的。

五、《澳门民法典》中可谅解性要件的规范构造

现行《澳门民法典》的前身，1966 年的《葡萄牙民法典》没有将可谅解性的要件规定在其中，而从学理上，Mota Pinto 教授 {63}、Castro Mendes 教授 {64}、Menezes Cordeiro 教授 {65} 皆没有指出错误的撤销要求可谅解性，而 Heinrich Ewald Horster 教授亦只指出如果撤销有关法律行为的表意人存在过错的时候，则另一方可以按照《民法典》第 227 条之规定去要求赔偿，但除此之外，其没有对可谅解性作更深入的讨论，包括指出是否承认该要件的存在。{66} 尽管在《葡萄牙民法典》中没有关于可谅解性要件的规定但在现行《澳门民法典》中已对可谅解性作出规定，并就法律行为因错误的撤销是否需要没有过错作出规范。有关的规定见于现行《澳门民法典》第 240 条第 2 款。要指出的是，《澳门民法典》的立法及学说多参照《葡萄牙民法典》，然而，就错误是否有需要有过失的问题上，存在《澳门民法典》立法理论与《葡萄牙民法典》立法理论中的断层，原 1966 年的《葡萄牙民法典》及通说 {67} 皆不将可谅解性视为错误的要件，然而，《澳门民法典》当中却将要求表意人没有重大过错才可撤销法律行为，这样，就有关的条文解释缺乏了学说上及注释上的参照，有关的内容缺乏更详细探讨的依据。不过，现行被各国合同法所备受关注和有参照作用的《国际商事合同通则》及《欧洲合同法原则》，似乎给《澳门民法典》一个很好的参照，因为透过现行的《澳门民法典》关于可谅解性问题的规定与上述两部立法范例比较将能更深入地了解本澳对该要件设置的优劣。

《澳门民法典》第 240 条第 2 款指出，即使符合了其他的错误可引致撤销的要件，但如表意人已接受有关错误出现之风险，或按照有关具体情况表意人应承担此风险，又或该错误系因表意人之重大过错而造成，则有关法律行为不得宣告为无效或撤销。如上文所述，《澳门民法典》将表意人接受有关风险的出现与当事人存在重大过错分开来理解，其不将已接受有关错误出现之风险纳入重大过错的内容中。就《澳门民法典》中的立法规范，显然地，不仅参考了大陆法系通行的当事人自愿冒风险而不能获得救济的说法，并将之纳入民法典的实际规定中。而其在采那一层级的过失去排除撤销的问题上，是采用过失标准中的“重过失”的层级，正如上述探讨过失定义时曾指出的，重过失是指“异忽寻常的愚蠢”、令人难以置信的荒唐、极其懒惰的自私、全然不关心等，即只要债务人稍加注意，损害便不会

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

发生的情况。现行大陆法系的国家采用重过失才排除错误的撤销的，主要为上述所指出的《日本民法典》，但是，在实务上的运用上，似乎重过失并非如罗马法般所指为令人难以置信的荒唐，例如前述当事人租赁一单位开药房的例子，该 X 在本人看来并非一个令人难以置信的荒唐。{68} 本文认为，仅从字面上看来，“不可原谅的”错误比重过失的过失程度更严重，但假如用罗马法的理解为一个令人难以置信的荒唐的定义理解重过失的话，则显现地，“不可原谅的”错误仍比不上重过失的程度。故此，将可谅性要件设置为没有重过失的内涵，并非一个严苛的要件，因为只要当事人表现出来的行为“并非令人难以置信的荒唐”便可成立。当然，在缺乏有关正规的注释情况下，无法对上述两个的不确定概念及有关的内涵作出具体的比较，在确定上述内涵时，本文认为对本澳瑕疵错误中要求非具重过失的理解应以本文曾述的按表意人的职业、知识及能力等标准去判断表意人是否有重过失。

在《欧洲合同法原则》中，第 4: 103 条主要是规范处理错误是否获得救济问题的条文，而就处理错误是否没有过失的规定，则规范在 4: 103 条第 (2) 款中，该款指出，即使当事人满足了 (1) 款所指的要件，仍不足够，需要不存在 (2) 款所指的情况才能使有关的合同无效。就《欧洲合同法原则》对于选择要求那一层级的过失问题，《欧洲合同法原则》第 (2) 款 (a) 项规定，在具体环境下错误为不可原谅的一方不能要求合同为无效，根据《欧洲合同法原则》注释中所指出的，不可原谅的错误主要得到法国、比利时及卢森堡所承认及采用，而《欧洲合同法原则》注释中提出关于“不可原谅的错误”的一个要点，其指出，如果错误主要是由一方所引致的，那么如果允许其撤销似乎是不适当的，除非他方至少对错误的出现同样是可谴责的。这里提出的问题是，假如对方对错误的出现亦有过失的话，那么，当事人对错误的出现便不成立“不可原谅的错误”，这里不再仅从表意方去考虑是否有过失而阻止了对错误的救济，同时亦考虑了受意方的过失的问题。《欧洲合同法原则》注释续写道，对于上述的考虑并不赋予对方需要承担留意对方是否有错误的义务，但如受意方留意到有关的错误并且很容易便可以指出，但却没有如此做到，那么，即使表意方对错误的形成有过错亦不是“不可原谅的”错误。而《欧洲合同法原则》亦将自表意人自甘冒风险的情况放进了第 4: 103 条 (2) 款 (b) 项中，(b) 项亦规定了表意人自愿承担风险的情况，当中指出当有关错误出现的风险是被承担的或者在具体的环境下有关的错误应该被显示出来在这些情况下，错误的一方仍不能主张合同的无效。

而《国际商事合同通则》{69} 亦有关于有过失错误的规定，在该文本的第 3.5 条中，规范了“相关错误”的情况，当中第 (2) 款指出，一方当事人不能宣告合同无效，如果：“(a) 该当事人由于重大疏忽而犯此错误；或者 (b) 错误与事实相关联，而对于事实发生错误的风险已被设想到，或者考虑到相关情况，该错误的风险应当由错误方承担。”透过上述条文，可知《国际商事合同通则》是运用“重大疏忽”(grossly negligent) 来实践错误可谅性要求。所谓重大疏忽，比运用“过失”的概念更具体，因为所谓过失，便是探讨当事人是否就具体情况下存在疏忽(没有履行勤勉注意义务)。但是对于运用“重大疏忽”的表述，使人联想是否与重过失所指是相同呢？答案似乎是肯定的，因为《国际商事合同通则》的官方注释亦是如此的指出{70}，第 3.5 条第 (2) 款指出不能宣告无效的两种情况，(a) 项指出了错误是由于错误方的重大过失所致。在这种情况下，若允许错误方宣告合同无效，对于另一方当事人是不公平的。由此可知，《国际商事合同通则》仍是运用重过失的要件来要求当事人是否对其错误负责，否则如有重过失的话，则不能撤销合同。同样地，该文本的 (2) 款 (b) 项亦规定了风险自愿承担的问题，这里要指出，正如考虑其他的问题相同，考虑风险的问题，是从主观及客观两者出发，但是不是要求兼有两者的情况下才由表意人承担相关的风险，而是在满足两者其一的情况已致使错误方不能撤销合同。因为，“对于该事实发生错误的风险已被设想到”的表述即可知，其是从主观的角度出发，若当事人对有关的风险已被设想到，则可以撤销有关的合同，而“考虑相关的情况，该错误风险应由错误方承担”，则是客观方面的表述，在客观的“具体的情况下”该风险应由错误方承担，但不理会当事人的主观角度是否察知有关的风险。

《欧洲合同法原则》及《国际商事合同通则》关于有过失错误的考量对《澳门民法典》甚有参照意义。现行《澳门民法典》，将可谅性要件规范在第 240 条第 4 款之中，对于承担风险的设置，与欧洲合同法原则及《国际商事合同通则》相同，亦从主、客观的角度分别视为当事人甘冒风险的情况，即当事人已接受了有关的风险不能撤销或从具体情况表意人应承担此风险，亦不能撤销有关的法律行为。对于过错的要求方面，则是要求当事人非重大过失才可以撤销有关行为，事实上，《欧洲合同法原则》的“不可原谅”的错误及《国际商事合同通则》的立法亦是作出了几乎同样程度的要求，即并非以普通的过失或者普通的勤勉注意去要求当事人，这样，似乎现行《澳门民法典》之立法方法上亦参考了有关的立法趋向，只有在重大过失的情况才会阻止法律行为的撤销。

就《澳门民法典》关于可谅性的要件，可以认为其接纳现行欧洲大陆法系的最新立法模板的模式，将自冒风险及重过失的情况排除合同的撤销范围皆纳入民法典的规定中，在这里可说是比之前 1966 年的《葡萄牙民法典》的进步。但是这并不指出《葡萄牙民法典》对受意方的保障较现行《澳门民法典》少。按照《欧洲合同法原则》注释中的说法，《葡萄牙民法典》中虽然不要求当事人撤销要具备可谅性，但另一方可透过合同前责任的制度去要求撤销一方赔偿。而现行《澳门民法典》是否亦能运用有关的制度去赔偿当事人的损失呢？这就有必要先简述缔约上的过失的制度。

六、可谅性与缔约上的过失 (culpa in contrahendo) {71}

多数学者 {72} 当提到可谅性或者有过失的错误是否可以撤销时, 皆提到一个民法上著名的概念—缔约上的过失。本文不是主要针对缔约上的过失而立论, 但讨论到可谅性要件, 亦要简述缔约上的过失以及浅谈其在错误制度上的关系。

缔约上的过失是由德国著名法学家耶林所提出 {73}, 该氏在其“缔约上过失、契约无效或未完成时的损害赔偿”的论文中, 提出道“从事契约缔结的人……其因此而承担的首要任务, 系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的, 并非仅是一个业已存在的契约关系, 正在发展中的契约关系亦应包括在内……契约的缔结产生了一种履行的义务, 若此种效力因法律上的障碍而被排除时, 则会产生损害赔偿责任。所谓契约不成立、无效者, 仅指不发生履行效力, 非谓不发生任何效力。简言之, 当事人因自己过失致使契约不成立者, 对信其契约为有效成立的相对人, 应赔偿基于此项信赖而生的损害。”虽然耶林本人认为缔约上的过失其实只为对罗马法法源的诠释, 但是, 从后来及现代的观点看来, 罗马法并未构建缔约上的过失的一般原则。{74} 而后来及现代的法学家多认为该概念或制度由耶林所创设。{75} Dollé 教授甚至指出耶林氏所提出的 culpa in contrahendo 为法学上的发现在该概念提出后便被德国的学说界及实务界所讨论 {76}, 及后并经学界及实务界的认可。{77} 从功能上来说, 对于在未形成契约, 但透过当事人的缔结契约而接触、磋商及谈判, 当中虽未有契约或未符合传统侵权行为的情况, 但基于对彼此关系产生信赖, 为此, 就有关的权利义务乃应不同于一般未有涉及任何关系之人的情况, 故缔约上的过失制度正是在于调整处该阶段的当事人的权利义务。{78} 对于缔约上的过失概念的理解, 依其创作者耶林氏的理解为: 缔约上的过失主要指一方当事人因在合同的准备、协商阶段, 因过失而致合同不成立者, 对相信契约为有效成立的相对人负上因信赖而生的损害。然而, 在现代, 该概念的内涵却经已不限于此, 经过后来判例与学说的不断讨论及引起演变后, 缔约上的过失内涵已与耶林所提出的概念有所变更。{79} 现代缔约上过失的概念, 在大陆法的国家已变成一系列发生在缔约时因当事人过失而发生损失类型的总称, 当中包罗之类型特征不一, 既包括了违反保护义务的损害赔偿, 亦包括了关于诚信义务的违反。{80}

关于合同撤销而引致对他方立约人的损害赔偿, 主要是针对信赖利益为对象的, 因为既然让有关的合同撤销, 自不能要求他方承担履行利益, 而有关的利益损失亦不会属固有的利益。对于缔约上的过失, 在《葡萄牙民法典》亦受了该制度的影响, 于 1966 年的《葡萄牙民法典》第 227 条中有关于缔约上的过失的具体规定, 而《澳门民法典》的第 219 条的行文是直接继受自该《葡萄牙民法典》第 227 条的条文的 {81}, 然而, 葡萄牙缔约上过失制度以过错为要件, 没有过错则不会承担赔偿责任。如前所述, 《葡萄牙民法典》对于因瑕疵错误撤销法律行为并不以过错为必要要件, 事实上, 如表意人有过错, 受意人按葡萄牙的通说例如 Castro Mendes 教授 {82}、Mota Pinto 教授 {83} 及 Heinrich Ewald Horster 教授 {84} 的著作皆指出可按《葡萄牙民法典》第 227 条去请求赔偿, 而这亦是《葡萄牙民法典》中, 没有要求错误必须具可谅性或没有过失的理由之一, 因为包括上述的葡萄牙学者在内的葡萄牙通说皆认为由于存在缔约上的过失的制度对受意人的保障, 而使得错误致使法律行为撤销的要件上无需要求没有过失, 这正是缔约上的过失制度功能的存在补足了错误制度要件限制的不足。Mota Pinto 的《民法总论》在提及缔约上的过失制度时曾提出一个问题, 对于葡萄牙的错误制度中, 已经设定了一系列的要件, 如根本性等要件, 使得唯有当受意人在不应被保护的情况下才给予表意人的撤销, 因此, 有关的缔约上的过失制度似乎不能适用。对于此一问题, 该教授曾指出, 如果法律要求当事人对错误已知悉或不可不知悉方能以此作为理由撤销有关行为, 那么, 缔约上的过失便不会出现。但对于表示错误 (错误制度中的一般制度) 只限于规定错误所涉及的要素之根本性是可知, 故仅具备这种情况并代表受意人知道表意人或应知道受意人知道该错误。在此情况, 表意人对于消极利益, 有予以赔偿的义务。{85}

《葡萄牙民法典》并非要求受意人已知悉或应知悉错误本身, 而是要求知道错误的根本性, 但《澳门民法典》对于错误制度的规定却不相同, 就可认知性要件的问题, 现行的《澳门民法典》中不同于《葡萄牙民法典》, 今天《澳门民法典》中关于可认知要件的改变, 现行的可认知性是针对错误本身 {86}, 如果按 Mota Pinto 教授所指出的理解, 岂非不能运用缔约上的过失制度去请求有关的赔偿? 而且, 上文已谈论过, 《澳门民法典》就可谅性的要求, 是要求没有重大过错才可以撤销有关法律行为的, 那是否《澳门民法典》的错误撤销没有适用缔约上过失制度的可能呢? 本文认为, 对于《澳门民法典》的情况, 虽然对于瑕疵错误是要求没有重大过错而且对错误的可认知的要求亦是针对错误本身, 然而, 并不代表在错误引致撤销法律行为的情况下没有适用《澳门民法典》第 219 条之规定的可能。首先, 瑕疵错误的成立上与缔约上的过失的成立两者各有其要件, 并没有直接的冲突。按《澳门民法典》第 219 条之规定, 缔约上的过失, 只要当凡在合同之准备及形成之阶段中, 因在违反善意原则且存在过失而使对方产生损害的情况, 便适用有关的规定, 其主要要件为违反善意原则及存在过失。而成立瑕疵错误, 并非不能存在过失, 即使表意人存在过失, 亦可以成立瑕疵错误而撤销有关的法律行为, 因《澳门民法典》是采用“重大过错”为排除性的要件的, 故此, 如果表意人只属一般过失, 并非重大过错的情况, 便可适用有适用缔约上的过失的可能。第二、在葡萄牙的学说中, 涉及因错误而撤销有关的法律行为时, 若引致他方损失时, 皆能适用缔约上的过失去补偿受意人的损失。{87} 而《澳门民法典》的缔约上过失规定 (即《民法典》第 219 条) 的行文, 几乎与《葡萄牙民法典》第 227 条完全一样, 如果

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在《葡萄牙民法典》中可在撤销有关的法律行为，可引致他方引用第 227 条之规定去请求赔偿，那么同样地，没有理由阻碍当以瑕疵错误为由撤销法律行为后，引用《澳门民法典》第 219 条缔约上的过失制度去请求撤销方去作出赔偿。

七、结论及建议

对可谅解要件的要求，《澳门民法典》的错误制度中一改《葡萄牙民法典》中没有以错误具备可谅解性为要件的局面，并以现代就错误制度立法潮流的“非重大过错”作为错误的要件之一。而对于缔约上的过失与葡萄牙民法理论一样，是适用在错误制度上，但是前提是表意人有过失。在葡萄牙法制中，由于没有要求错误须具备可谅解性，故此，缔约上的过失的作用在保护受意人的角度上显得尤为重要。但《澳门民法典》加入了包括可谅解性要件在内的一系列要件（如可认知性的要件），故此，不可否认的是，在《澳门民法典》各要件混合底下，缔约上的过失所适用的余地变成很有限。《澳门民法典》的瑕疵错误同时要求可谅解性、根本性及可认知性的要件，很明显的，对于要指出表意人一方要负有过失，从而引用 227 条而赔偿是并不容易的。但亦由于现行《澳门民法典》加入了一系列的要件，致使有关的表意人去撤销有关的法律行为变得更不容易，所以从对于受意人的保护角度上看来，似乎《澳门民法典》比《葡萄牙民法典》对受意人的利益保护更强大。因为对于受意人的信赖，即使可运用缔约上的过失制度去索偿，亦不见得是最好的保护，因对受意人来说，当然是不撤销合同是对受意人最好的保护。

如本文曾提及的，表意人在引用错误制度而撤销法律行为后，受害的他方能否引用缔约上的过失曾抱有疑虑，本文虽认为受害的他方可引用缔约上的过失制度去要求撤销合同方作出消极利益的补偿，然而，对于是否真的可适用该制度，实体法上则没有明确的表明，为此，就此一方面，本人建议可参考《德国民法典》因错误而撤销法律行为时，用明确的法律指出，有关的情况被撤销而受损失的请求撤销的一方赔偿其所失利益。《德国民法典》第 122 条如此规定：“意思表示依照……第 119 条、第 120 条被撤销的，如该意思表示须对于他人做出，表意人必须向相对人，在其他情况下，向任何第三人，赔偿该相对人或该第三人因信赖该意思表示有效所遭受的损害，但不得超过相对人或第三人就该意思表示之有效所具有的利益的数额”。《意大利民法典》第 1338 条亦规定了类似的赔偿制度。事实上，不少大陆法系的各国的错误制度中，因法律行为的非有效而受损失的一方皆可以请求撤销方而赔偿。正如海因·克茨教授曾指出的：“大陆法的审判机构因对错误而撤销合同更为慷慨的深一层原因是，对方能够得到普通法所不知道的甜头，因为他可以向因撤销合同致其损失的一方要求取得补偿。”本文认为现行《民法典》运用成文法的方式指出当撤销引致他方的消极利益损失时，可否请求撤销法律行为的一方赔偿，有关的规定可以直接指出当他方因此而遭受的消极利益损失，得透过第 227 条的缔约上过失制度来请求赔偿，或者另作规定指出有关的消极利益得请求撤销法律行为方作赔偿，即如《德国民法典》第 122 条般的规定。倘立法者不赞同有关的损失是需作赔偿的，则可明示指出不能引用第 227 条缔约上的过失制度去请求赔偿。但现行《民法典》的规定中并没有指出相关的损害赔偿如何处理的，故留有一个空白的区域，要求适法者自行思考及判断受意人能否引用该规定来请求赔偿。

注释：

*张名扬，澳门大学法律硕士，于初级法院工作。

{1} 张名扬著：《论瑕疵错误的构成要件——以澳门民法典错误制度为中心》，澳门大学 2011 年 7 月硕士论文，未刊版，第 30 版。

{2} 这里是省略的说法，即瑕疵错误致法律行为可撤销的要件，但这里从略，为方便行文，下文亦将同样称谓。

{3} Mota Pinto (林炳辉等译)，Teoria Geral do Direito Civil，第三版的中译本，澳门翻译有限公司，第 298 页。

{4} Jo?o de Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, Volume II, AAFDL, 1985, pg. 90-91.

{5} 【德】海因·克茨：《欧洲合同法（上卷）》，周忠海、李居迁等译，法律出版社，2001 年 4 月版，第 260 页。

{6} 郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社，2003 年 8 月版，第 347 页；王泽鉴，《民法总则》，中国政法大学出版社，2001 年 7 月版，第 382 页。

{7} 唐晓晴：《意思表示错误制度研究》，未刊版，第 7 章，第二节，1966 年《葡萄牙民法典》中的错误。

{8} Mota Pinto (林炳辉等译)，Teoria Geral do Direito Civil，第三版的中译本，澳门翻译有限公司，第 298-299 页。

{9} 【德】海因·克茨：《欧洲合同法（上卷）》，周忠海、李居迁等译，法律出版社，2001 年 4 月版，第 268 页。该文中有关于过失错误的解释。

{10} William L. Burdick, The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law, The Lawbook Exchange, LTD., 2004, pg. 401.

{11} 唐晓晴：《民法基础理论与澳门民法的研究》，中山大学出版社出版，2008 年 3 月版，第 37 页。

{12} 谭新美：《论澳门侵权行为法的归责原则》，载于谭新美、徐斌、李妍卿：《硕士论文集 1》，澳门大学法学

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

院出版, 2007年版, 第47页。

{13}【日】大冢仁:《刑法概说(总论)(第三版)》, 冯军译, 中国人民大学出版社, 2003年1月版, 第372页以下。事实上, 刑法上往往用罪责的概念来确定有否成立犯罪, 当中亦是探讨故意与过失, 与民法上的过错的概念, 几乎有异曲同工之妙。

{14}王泽鉴:《民法概要》, 中国政法大学出版社, 2003年4月版, 第248页。

{15}注8, 第57页。

{16}周枏:《罗马法原论》, 商务印书馆出版, 2004年版, 第693页。当中其如此写道:“采取过失责任主义, 可以促使人们注意自己的行为, 少出差错, 甚至不出差错, 以维持良好的经济秩序和社会秩序。”

{17}丁玫:《罗马法契约责任》, 中国政法大学出版社出版, 1998年10月版, 第121页。

{18}【德】迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》, 邵建东译, 法律出版社, 2001年9月版, 第565页。

{19}必须指出, 过失在罗马法时期, 多见于在契约责任中, 但事实后来的影响及运用却不限于契约责任, 故本文不将过失仅运用在契约中, 不应忘记的是, 过失责任的规定首次是出现在《亚奎利亚法》中, 关于造成他人物品损害的规定中首次使用的。【意】彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社, 1998年10月版, 第59页。及注17, 第156页。

{20}这是由优士丁尼根据古典法和后古典法时期法学家的著作而分类, 注17, 第148至第149页。然而, 以下内容中本人将在下文会参考到关于丁玫教授所著的该书的内容, 但本人将当中的债务人的改为当事人, 乃因过失不限于债务的履行, 虽然当时可能只是针对债务人而言的, 但其实不限于债务人;【英】巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》, 黄风译, 法律出版社出版, 2000年12月版, 第181页。

{21}过失的论述皆在于在具体案例中的衡量, 而众所周知, 罗马的法学家倾向于透过具体的案例来表达他们法学的观点, 罗马法学家就过失的情况作了一系列的列举, 并被整理为一系列有过失情形的范例, 如: 缺乏谨慎、拙劣无能、保管物品中的过失、管理事务中的过失和选任过失。见注17, 第142页。

{22}注17, 第156-165页。

{23}似乎是一种以量的程度来决定的划分。其量是注意程度, 但注意程度本身真的可以量化吗?

{24}注17, 第148页以下。

{25}同上注, 第148页以下。

{26}【澳】彼得·凯恩着(汪志刚译):《侵权法解剖》, 北京大学出版社, 2010年11月出版, 第40页。彼得·凯恩教授简单及有趣地提出过错的含意, 其指出蓄意、故意及放任为心理状态, 过失则指的是行为标准, 并非一种心理状态。这种划分足使吾人启迪。

{27}黄立:《民法总则》, 中国政法大学出版社出版, 2002年1月版, 第307页; 及曾世雄:《损害赔偿法原理》, 中国政法大学出版社, 2001年10月版, 第79页以下。

{28}【美】詹姆斯·戈德雷(张家勇译):《私法的基础——财产、侵权、合同和不当得利》, 法律出版社, 2007年11月版, 第505页。

{29}注10, 第401页。

{30}亦即所谓实质性的要件。

{31}【英】R. W. LEE., *The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian*, Sweet & Maxwell Limited, 1956, Pg. 348.

{32}【意】彼德罗·彭梵得著(黄风译):《罗马法教科书》(2005年修订版), 中国政法大学出版社出版, 2005年9月版。

{33}【美】詹姆斯·戈德雷(张家勇译):《现代合同理论的哲学起源》, 法律出版社, 2006年6月版, 第73页。

{34}当然, 有些国家是没有要求错误的法律行为撤销或无效需要可谅性的。

{35}马齐林:《“错误”制度研究》, 载于《甘肃政法学院学报》, 第74期, 2004年6月版, 第22页。

{36}【德】卡尔·拉伦茨(王晓晔、邵建东、程建英等译):《德国民法通论》, 法律出版社, 第565页。但是并非说相关的立法方式没有考虑到受意人的利益, 因为该些国家往往通过不问过失的信赖赔偿责任来保护相对人利益。以《德国民法典》及《葡萄牙民法典》为例。

{37}徐婧译:《最新路易斯安那民法典》, 法律出版社, 2007年10月版。

{38}徐涤宇译:《智利共和国民法典》, 金桥文化出版有限公司, 2002年11月版。

{39}尹田译:《阿尔及利亚民法典》, 中国法制出版社, 2002年4月版。

{40}海棠、吴振平译:《蒙古国民法典》, 中国法制出版社, 2002年版。

{41}【日】山本敬三:《民法讲义 I—总则》, 解旦译, 北京大学出版社, 2004年6月版, 第123页。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

{42} 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2001年10月版，中国政法大学出版社，第250页。及王泽鉴：《法律思维与民法实例》中国政法大学出版社，2001年7月版，第210页。

{43} 黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社，2002年1月版，第310页。

{44} 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社，2001年7月版，第382页。其指出道史尚宽、洪逊欣、李模、施启扬采抽象轻过失说，郑玉波则采具体轻过失；芮沐：《民法法律行为理论之全部（民总债合编）》，中国政法大学出版社，2003年11月版，第129页。芮沐博士指出错误之撤销应不必限于表意人并无过失之情况，并指出事实上无过失的错误，亦不能想象。

{45} 罗结珍译：《法国民法典》，中国法制出版社出版，2002年7月版。

{46} Barry Nichola, *The French Law of Contract*, Clarendon Press Oxford, 1992, pg. 94.

{47} 尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（第二版），法律出版社，2009年6月版，第97页。亦参见 B. DICKSON, *Introduction to French Law*, Pitman Publishing, 1994, pg. 143.

{48} 注46，第94页。

{49} 同上注，第94页；尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（第二版），法律出版社，2009年6月版，第97页。

{50} 注17，第165页。

{51} 詹姆斯·戈德雷（张家勇译）：《私法的基础—财产、侵权、合同和不当得利》，法律出版社，2007年11月版，第516页；尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（第二版），法律出版社，2009年6月版，第97页。

{52} 尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（第二版），法律出版社出版，2009年6月版，第97页。

{53} 注41，第147页。

{54} 同上注，第147页。

{55} 【意】彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社出版，第2005年9月版，第64页；周枬：《罗马法原论》，商务印书馆出版，2004年版，第637页。

{56} 詹姆斯·戈德雷：《私法的基础—财产、侵权、合同和不当得利》，张家勇译，法律出版社，2007年11月版，第533页。

{57} 同上注，第534页。

{58} 故此，表意人知道有关的错误出现的风险，本文将之归类为因对过错的出现存在过失而不能被救济。

{59} 【德】海因·克茨：《欧洲合同法（上卷）》，周忠海、李居迁等译，法律出版社，2001年4月版，第268页。

{60} 注52，第97页。

{61} 【日】山本敬三著：《民法讲义 I—总则》，解旦译，北京大学出版社，2004年6月版，第147页。

{62} 大陆法系的一些民法典或理论中，如果有关的错误是表意人自愿承担或应属其承担的风险的话，则不能撤销合同。此亦是《澳门民法典》所规定的情况。见《澳门民法典》第240条第4款。

{63} 注8，第300页。

{64} Jo?o de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil Volume II*, AAFDL, 1985, pg. 89-95.

{65} Ant?nio Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Portugu?is I Parte Geral*, Tomo I, Livraria Almedina, 3. a Edi??o, 2005, pg. 816-830.

{66} Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do C?digo Civil Portugu?is—Teoria Geral do Direito Civil*, Livraria Almedina, 1992, pg. 571.

{67} 注63、64、65及66。

{68} 马沙度（J. Baptista Machado）：《法律及正当论题导论》，黄清薇、杜慧芳译，澳门大学法学院及澳门基金会出版，1998年版，第83页。当然的，重过失或者过失，甚至乎所谓令人难以置信的荒唐皆是一个不确定的概念，无法量化或确定实际内涵。关于不确定概念，见上述著作。

{69} 《国际商事合同通则》，中英文对照版本，法律出版社，2003年8月版。

{70} 同上注。

{71} 有争议的译法，有学者不同译法。朱广新：《信赖责任研究—以契约之缔结为分析对象》，法律出版社，2007年8月版，第119页。

{72} 注8，及同注64，第89-95页、同注66，第564页。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

{73}最早的讨论者不是耶林本人，早在罗马法历经德国普通法迄至19世纪，向为立法上及学者讨论的重大问题，惟系统的论述，多付阙如。王泽鉴：《民法学说与判例研究 I》，中国政法大学出版社，1997年10月版，第88页。

{74}王泽鉴：《债法原理》第一册—契约、代理权授予、无因管理，中国政法大学出版社，2001年7月版，第229页；亦参见 Reinhard Zimmermann, *the Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1966, Pg. 244-255。对于缔约上的过失，罗马法只是提供了尝试性的暗示。耶林的法学发现不是对罗马法进行公允注释的结果。朱广新：《信赖责任研究—以契约之缔结为分析对象》，法律出版社，2007年8月版，第119页。

{75}有学者亦举出一些罗马法时期处理合同未成立时的准备及形成阶段所产生的买卖权利及义务规定的例子，但是，在罗马法有关的文献中，并未看到描述缔约上的过失的原则或雏形。范剑虹：《澳门与欧盟相关国家法治研究》，2004年11月版，广东人民出版社，第4页。

{76}当然少不了批评的内容，例如温德夏特的批评，其不承认“缔约上的过失”，对于耶林所指的（缔约上的过失）案件，他赞同根据诚信的观念向缔约一方强加责任。注74，第195页。

{77}当然，相应的亦少不了不少的批评。但主流还是采纳该意见，并反映在德国民法典中（1900年），德国民法典第一草案立法理由书明白表示……于缔约之际，因过失不法侵害他人权益者，究属侵权行为，抑或为法律行为上义务的违反，应让诸判例学说决定。注73，第90页。

{78}注195，第229页；及黄茂荣：《债法总论》（第二册），中国政法大学出版社，2003年1月版，第181及182页。

{79}卡尔拉伦茨教授曾指出“缔约上过失责任，与其说是建立在民法现行规定上，毋宁认为系判例学说为促进法律进步，所创造之制度……具有习惯法之力”，参见注73，第92页。

{80}黄茂荣：《债法总论》（第二册），中国政法大学出版社，2003年1月版，第184页。

{81}有关的行文几乎完全一样。

{82}见注64，第89-95页。

{83}见注8，第299页。

{84}见注66，第564页。

{85}注8，第299页。

{86}在1966年的《葡萄牙民法典》中，关于可认知性所针对的可认知对象，并非针对错误的本身，而是针对错误的根本性。唐晓晴：《民法上的错误理论与制度研究》，第八章，未刊稿，2007年；及 Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português—Teoria Geral do Direito Civil*, Livraria Almedina, 1992, pg. 563. 及 Luis A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, AAFDL, 2a edição, pg. 284.

{87}注64，第90-91页。

论股权善意取得的依据与法律适用

2013年10月15日 西北政法学院 郭富青

关键词：股权；善意取得；公示；交易安全

内容提要：股票善意取得以持有股票的权利推定效力为逻辑前提，而有限责任公司股权的善意取得则以工商登记的公信力为逻辑前提，二者均以实现交易安全为价值追求。然而，有限责任公司股权以登记为公示方式，发生无权处分股权及善意取得的几率有限。隐名出资形成的名义股东处分其名下的股权属于有权处分，缺乏适用善意取得的前提。股权毕竟不同于物权，在适用物权法第106条关于物权善意取得的三个要件时，必须考虑其特殊性。

2010年12月6日，最高人民法院审判委员会第1504次会议通过的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释（三）》）已经将我国《物权法》第106条关于物权善意取得的规定引入公司案件的司法审判，适用于股东出资、有限责任公司股权转让纠纷的处理，实现了《物权法》与《公司法》的对接。其中《公司法解释（三）》第7条、第26条和第28条涉及股权善意取得。然而，在此之前股权能否善意取得法学界存在意见分歧。因此，仍然有必要深入研究有限责任公司股权善意取得是否存在理论依据和现实形态，以及物权善意取得的构成要件如何在股权善意取得中正确适用，从而促进股权善意取得案件公正和妥善地解决。

一、股权善意取得的依据：从物权到股权

股权善意取得源自物权善意取得，是物权善意取得原理在股权变动中的具体运用。因此，在探讨股权能否善意取得之前，我们有必要首先回顾物权善意取得理论的基础、价值取向和制度设计。

物权善意取得是指，未经授权的非物权所有人擅自将他人所有的物转移给受让人时，受让人基于善意取得物权，原权利人则丧失物权的制度。在社会现实生活中的之所以会出现无处分权人处分他人物权的现象，是因为以物权公示原则为核心的物权变动体系要求物权变动必须以一种客观可以认定的方式加以展示，以获得社会和法律认可的效力。公

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

示的一般方式为不动产登记和动产占有交付。物权公示原则必然引申出公信原则，即凡依赖物权变动的外部表征受让物权者，纵然该表征与真实权利不相一致，法律对信赖该表征的受让人亦加以保护。“物权变动的公信原则包括两项内容：一为占有的公信力，二为登记的公信力。其中前者主要适用于动产，并以此为逻辑前提，导出了动产善意取得制度；后者主要适用于不动产，并以此为逻辑前提，导出了不动产的善意取得制度。”{1}320 为了适应保护交易安全，促进交易便捷的需要，在所有人善意受让财产的第三人之间出现利益冲突的情况下，采取侧重保护善意第三人的立法政策，则是物权善意取得制度的实践依据。{1}249

在现实社会生活中之所以会发生无处分权人处分他人物权的行为，是因为物的占有委托和占有脱离在物权公示原则、公信原则的作用下，导致法律物权与事实物权发生分离。根据物权是否具有公示的外观表征，可以将物权区分为法律物权和事实物权。“已经纳入登记的物权，以及由占有表示的物权，即由法定公示方式表征的物权，为法律物权；而真正权利人实际享有的物权，为事实物权。”{2}58 一般情况下，法律物权和事实物权具有一体的重合性或一致性，二者均由同一法律主体统一支配。“法律物权就是该物之上存在的真正物权，法律物权人对物的支配符合客观事实。”{2}64 但是，在复杂的现实社会生活中，由于各种客观原因往往导致法律物权与事实物权出现分离的现象。例如，由于当事人出于某种需要或过失，他人恶意侵占，以及登记机关的错误登记等原因，经常会发生不动产纳入登记的权利人并非真正的权利人，真正的权利人却未纳入登记；动产的所有人并不占有该动产，非所有人却占有该动产。诸如此类的情形均会导致物权法律公示的权利与真实权利不一致。法律物权与事实物权的分离已经成为现代社会的一种常态，这便为无处分权人处分他人财产创造了条件。

物权变动采债权意思主义者主张出卖他人之物的买卖合同无效，因此，买受人通常不能取得标的物的所有权。除了买卖标的物为遗失物或盗窃物外，善意买受人可例外的取得标的物的所有权。在物权变动债权意思主义模式下，仅根据生效的债权合同就能够产生物权变动效果，物的占有交付或登记并非物权变动的生效要件，只是对抗要件，因而物权公示的权利推定效力被弱化，发生无权处分几率比较大。物权变动采物权形式主义者，通常认为处分人享有处分权是处分行为的有效要件，当事人不享有标的物的处分权，并不影响债权合同的效力，但是无处分权人而为的物权行为效力处于待定状态。若事后无处分权人取得处分权以补正其处分权上的欠缺，则受让人取得标的物的所有权；或者受让人为善意也可以取得标的物的所有权。由于占有交付或登记是物权变动的生效要件，公示所表彰的权利人即被推定为真正权利人，受让人基于对让与人物权的公信力，受让物权完全排除了其善意主张，即不知情的可能性，并且只要受让人已经占有标的物或被纳入登记，即取得合法有效的物权。即使让与人不是真正的权利人，受让人也可以根据物权行为理论从无权处分人处取得物权。{2}55 据此，仅凭物权行为制度足以保护交易安全，似乎没有善意取得制度适用的余地，然而，德国民法为何在采用物权变动形式主义模式下，还要确立物权善意取得制度？笔者认为由于物权行为的独立性和无因性，在物权变动中一旦标的物占有交付或登记，物权行为即刻生效，受让人取得物权。事后，即使转让标的物的债权合同不成立、无效或被撤销，转让人只能主张不当得利的返还。这种过度倾向于物权受让利益保护的安排，致使让与人处于相对不利的境地，若不加以限制则物权所有人的静态安全时刻会受到无权处分行为的威胁。因此，德国民法确立物权善意取得制度是对物权行为理论过度保护受让人利益的矫正机制。“在无处分权人为无权处分行为时，一旦受让人为善意，则其善意可补正无权处分人处分权的欠缺，例外地承认无权处分行为为有效行为。这样就进一步排除了将占有或登记的效力作为受让人取得所有权法律基础的可能，使善意受让人取得所有权成为经由法律的特别规定得以补正的、有效法律行为的法律后果。”{1}245 恶意受让人即使获得占有交付或登记也不能产生物权变动的效果。

我国《物权法》第106条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（1）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（2）以合理的价格转让；（3）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。”该规定在确保物权静态安全的基础上兼顾了动态的交易安全，实现了物权原权利人与善意第三人之间的利益平衡。首先，所有权的静态安全是整个私法秩序的基础，所有权神圣不可侵犯，法律理应侧重优先保护原所有权人的利益。因此，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。其次，为了建立正常的物权交易秩序，也须保护交易安全。因而，当无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，受让人受让该不动产或者动产时具备善意，支付了合理对价，且以物权公示方式完成了占有交付或登记构成要件的，可以例外地取得该不动产或者动产的所有权。

考虑到作为特殊种类物的货币和有价证券等在所有权移转上的特殊规则：即在未有特约的情况下，占有的移转即代表着所有权的移转，因而无论是否承认物权行为无因性理论，一旦完成了交付，即实现了所有权的移转。因此，各国和地区的民法对货币和不记名有价证券或认为其属于特殊动产，或直接规定得适用动产善意取得制度。{1}275 股份有限公司的股权以发行股票实现了权利证券化。无记名股票属于纯粹有价证券，其本身“表示一定权利，权利人

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

行使权利必须持有证券，原则上不得离开证券而行使权利”。{3} 3-4 但是，记名股票偶尔会发生股东在不持有股票时，仍然能够行使权利的情形。[1] 这一点虽然与无记名股票有所区别，但是通常情况下其持票人就是票面权利的实际所有人。股票的持有人被推定了权利人。然而，股票占有者仅仅是得到被“推定”为适法持有人的形式上的资格而已，并非赋予实质性的权利，有时会出现股票持有人并非真正的权利人。因此，主张相反事实的人可以通过举证推翻该事实。基于股票占有具有权利推定效力，股票的善意取得是可以的。{4} 253 记名股票背书转让的权利证明效力同样包括善意取得，此时 3 善意取得是指持票人只能以背书的连续证明其权利并且在取得票据时是善意、无重大过失时，就是票据的合法取得人。”{3} 119 由此可见，“股份的善意取得是基于对股票占有认定的权利推定力的当然的逻辑后果。”{4} 260 笔者认为股票不但可以善意取得，而且其大于动产善意取得的适用范围，即使盗窃等不法手段获得的股票同样可以适用善意取得制度。

那么，有限责任公司的股权转让能否适用善意取得制度，国外和我国公司立法均未明文规定。我国公司法学界对此持不同看法。有学者持肯定态度，认为“基于股权的特殊性，我们应当考虑特定情形下善意取得的适用。”{5} 328 另有学者持否定态度，认为“有限责任公司股权善意取得尽管存在逻辑上抽象的可能性，但是在现实经济生活中难以具备可行性。”{6} 316 “善意取得仅适用于股份有限公司的股份转让。”{7} 225-226 “有限责任公司股权无权处分场合，不应适用《物权法》上的善意取得制度，因为和交易安全进行价值衡量的，不仅仅是股东的股权，还有股东的身份、有限责任公司的人合性、公司的股权结构、其他股东的同意和优先购买权等众多法律价值目标。”{8} 《公司法解释（三）》采纳了肯定者的主张，于第 7 条、第 26 条和第 28 条规定了以股权向公司出资、股权转让案件，人民法院可以参照物权法第 106 条的规定认定股权的善意取得。

笔者认为有限责任公司的股权转让能否适用善意取得制度，必须考察其是否存在善意取得的逻辑前提，以及是否存在发生无权处分的可能性。首先，股权在特定情形下会出现事实权利与法律形式权利分离的现象。《公司法》第 33 条第 3 款规定：“公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”据此，纳入工商登记的股东推定为享有合法的股权，登记的公信力得对抗第三人。当股权转让时，受让人基于对让与人登记股权的信赖，依法取得股权。然而，现实中由于股权转让合同生效后因未及时办理股权的变更登记，或股权转让办理股权登记后，股权转让合同不成立、无效和被撤销，或因错误的股权登记，则会出现形式股东并不是真正的股权所有人，真正的股权享有人却没有登记的现象。其次，当出现事实的股权与法律形式上的股权分离的情形时，若名义股东处分股权则构成无权处分，此时，受让人根据股权登记的公信力受让股权，则有适用善意取得股权的余地。由于有限责任公司为股东签发的出资证明书，不是有价证券，只是一种书证。“书证是记载一定法律事实或法律行为的文书，其作用仅仅证明这种法律事实或法律行为曾经发生。”{3} 2 据此，出资证明书是记载股东向公司出资的法律事实，证明股东已向公司履行出资义务的书证。“书证只有证明作用与权利本身没有关系”，{3} 4 据此，出资证明并不体现股权。有限责任公司的股权并未实现股权证券化，出资证明书持有人并不能推定为股权享有者。因此，股权善意取得的逻辑依据不同于股票的善意取得。股票善意取得是持有股票权利推定的直接逻辑后果，而股权的善意取得必须以纳入工商登记的公信力为逻辑前提。

此外，股权是一种无形财产权，具有绝对权属性，股东基于股权拥有排除包括公司在内的一切其他主体侵害其股权利益的权能。因此，大陆法系一般认为股权变动属于准物权行为。我国《物权法》第 2 条第 2 款规定：“本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”第 223 条规定，债务人或者第三人有权处分的可以转让的股权可以出质。与第 106 条物权善意取得的规定联系起来进行体系化思考，完全可以得出物权法已经为股权的善意取得提供了立法依据。《公司法解释（三）》对股权的善意取得所作的司法解释将其具体化，进一步强化了其可操作性。至于股权善意取得具体包括哪些特定情形，其适用范围如何，必须进一步深入研究。由于股份有限公司的股权以股票形式实现了权利证券化，其流通仅次于货币，权利转让有特殊规则，并且适用善意取得已无异议。因此，下文不再赘述股票善意取得，将重点讨论有限责任公司的股权善意取得。

二、股权善意取得的前提要件：从股权变动到无权处分股权

（一）从物权变动看股权变动

物权变动是物权的取得、变更、转让和消灭的总称。各国所采取的物权变动方式可归纳为：债权意思主义、债权形式主义和物权形式主义三种模式。债权意思主义是指，双方当事人仅就以变动物权为目的的债权合同成立生效，即产生物权变动的效力，也就是说物权基于与债权相同的效果意思发生物权变动的效果。“债权合同效力发生之际，就是物权变动的法律效果实现之时。如果不能实现物权变动的法律效果，债权合同效力也就无法得以发生。”{1} 206 债权形式主义则要求旨在变动物权的债权合同，除了双方当事人达成合意订立有效的债权合同之外，还须有动产占有交付、不动产登记的公示形式，才能发生物权变动的效力。物权形式主义与前两种物权变动模式截然不同，它以物权独立性和无因性为基础，在物权变动中区分债权行为（负担行为）和物权行为，物权变动以动产交付占有和不动产登记为生效要件，物权行为的效力不受债权行为的影响。只要具备物权变动的形式要件，即使债权合同未成立、无效或

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

被撤销，因物权行为的无因性，也不会导致物权行为无效。据此，受让人取得标的物的所有权，出让人只能请求受让人返还不当得利。于是，所有人从所有权人变为债权人，不再享受物权的保护。

我国《物权法》第9条第1款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”第14条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。”第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”第23条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。”第127条第1款规定：“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”第129条规定：“土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”第158条规定：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”从以上规定可以看出，我国所采用的物权变动模式是：以债权形式主义为主，并辅之以债权意思主义的折中主义。一般物权的变动以债权意思与占有交付或登记共同构成物权变动的生效要件，土地承包经营权和地役权等法律有特别规定的物权变动适用单纯债权意思主义。仅就我国物权变动的债权形式主义而论，其特征为：

(1) 不承认物权行为的独立性。首先，发生债权的意思表示即为物权变动意思，二者合一，不作区分。其次，尽管原则上要求以登记或交付行为作为标的物所有权移转的表征，但是并不承认物权合意的存在，即不存在独立于债权行为之外的物权行为。(2) 物权变动是债权合同这一法律行为与交付或登记这一事实行为合力作用的结果。仅有生效的债权合同，没有标的物的占有交付或登记，不发生物权变动的效果；只有占有交付或登记的事实行为，没有生效的债权合同作为根据，同样不能发生物权变动的效果。(3) 债权合同的效力与物权变动的效果相分离。“债权合同效力的判断与物权变动的效果是否实现的判断是两个独立的判断。不发生物权变动的效果，不能在逻辑上推导出债权合同不发生效力的结论。”^{1}207 (4) 不承认物权变动的无因性。旨在物权变动的债权合同不成立、无效或被撤销时将导致物权变动无效。虽然“在债权形式主义物权变动模式之下，合同的效力与合同得到履行的法律效果是相互分离的。合同履行法律效果不实现并不影响合同的效力。但要想实现合同履行的法律效果，却必须以合同的生效为前提。”^{1}243

我国《公司法》确认的股权变动模式与《物权法》规定的物权变动的一般模式不同。《公司法》第140条规定：“记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。”第141条规定：“无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。”股票作为有价证券其转让方式与票据相同，均属于单方法律行为，与一般债权让与是合同行为不同。因此，股票转让只须有让与人一方的意思表示即可生效。无记名股票仅须依转让的意思交付于受让人即发生转让的法律效力；记名股票只须背书交付即生效，背书由让与人（背书人）签名即可，有时虽要记载被背书人（受让人）的姓名，但仍是背书人的行为，不需要被背书人同意，更不要被背书人签名。^{3}103-104 另外，记名股票可采用空白背书的方式转让，而空白背书股票^[2]，其后手可以单纯交付的方式再转让，视同无记名股票。由此可见，股票所表彰的股东对股份有限公司享有股权的变动具有无因性、独立性，以形式要件具备决定变动的效力，其变动模式类似于物权形式主义。《公司法》第72条第1款规定：“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。”第2款规定了股东向股东以外的人转让股权。然而，与股份有限公司的股权变动明显不同。由于有限责任公司的股权没有可识别的权利证券化的外在形式，需要通过转让人与受让人订立书面合同才能实现股权转让，股权转让的债权合同有效成立即发生股权变动的效力，受让人取得股权。尽管《公司法》第33条和74条规定，发生股权变动应当向公司和公司登记机关办理股东名册和工商登记册的变更登记。但是，这种登记并不是取得股份的生效要件，而只是对抗要件。登记前根据生效的股权转让合同受让人已经取得股权，登记仅具有宣示性并产生对抗效力。即凡未经变更登记的，不得对抗公司和第三人。因此，有限责任公司股权转让采取的是单纯债权意思主义。

然而，值得注意的是，《物权法》第226条对股权的出质作出了特别规定，即股权出质，当事人应当订立书面合同。以证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。^[3]因此，股权出质引起的股权变动采用是债权形式主义，即质权设定除了当事人订立生效的书面合同之外，还必须办理相应的登记。《物权法》之所以有此特别规定，是因为证券交易所实行的无纸化交易使记名股票设质背书无用武之地，至于有限责任公司的股权本无证券化形式，无法通过交付占有设定质权。然而，这两种股权要设定质权如果不存在外在表征，则所设定的质权无论在法律上还是在事实上，均难以发挥担保的作用和效果。因此，必须依赖于登记公示方式作为生效要件，才能使这两种股权所设定的质权成立，并产生公信力及其权利推定效力。

(二) 股权的无权处分及善意取得的适用范围

所谓处分行为，在债权意思主义和债权形式主义的物权变动模式下，由于不承认有独立于债权合同的物权合同，

家事法苑TM婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

因此，处分行为指旨在发生权利变动所订立的债权合同。而在物权形式主义变动模式下，处分行为则指独立于债权合同的物权合同。具有有价证券形式的股票，非享有股票权利的持有人仅以单方行为将股票交付或背书加交付予受让人，便构成无权处分。由于有限责任公司的股权转让采取债权意思主义，股权出质采取债权形式主义，因而股权的无权处分是指不享有股权者以他人所有的股权为标的与受让人签订合同的行为。至于无权处分人处分他人股权订立合同的效力如何？根据我国《合同法》第 51 条的规定应为效力待定合同。即事后经股东追认或者无处分权的人订立合同后取得股权，使订立合同时法律行为效力的缺陷得以弥补的，该合同有效，否则该合同无效。另外，根据《物权法》第 106 的规定，无处分权人处分他人股权一般不产生股权变动的效力，股东有权主张转让无效。但是，符合善意取得要件时，受让人可以取得股权。在此情形下，交易相对人的善意仅可弥补权利取得的缺陷，却无法弥补法律行为效力上的缺陷，股权转让合同仍属于无效合同，善意取得股权，视为原始取得。

无权处分人之所以能够处分他人所有的股权，在股票方面是因为股票的托管、质押、遗失或其他原因往往出现持有人并非真正的权利人，而权利人却不持有股票，加之持票人被推定为权利人，致使股票的事实权利与法律权利相分离。当股票持有人擅自转让他人股权时，受让人对持票人权利外观的信赖，极容易发生无权处分行为。然而，我国《公司法》规定，在有限责任公司股权方面，对于公司，记载于股东名册的股东，可依据股东名册主张行使股东权利；对于公司之外，纳入工商登记册登记的股权，股东则能以之对抗第三人。可见，股东名册和工商登记册均属于股权公示形式，具有对抗和股东资格推定的效力。而《韩国商法》则赋予股东名册既能对抗公司又能对抗第三人的双重对抗效力。[4]这样一来，有限责任公司的股权就极大地减少了无权处分行为发生的可能性，因而股权善意取得的适用空间十分有限。其原因是：第一，股权公示通常排除了受让人善意的可能性。如果无处分权人擅自处分他人股权，股东名册与工商登记册记载的股东及享有股权的公示功能及效力，完全排除了受让人的善意。因为受让人只需查阅股东名册或工商登记册，便可确知股权的归属。若未尽查阅的注意义务，股权公示的效力则推定其对股权归属已知情，不能以其对转让人不享有股权不知情对抗真正享有股权的股东。也就是说，受让人须承担自己疏忽的风险责任。第二，有限责任公司兼有人合性，维持股东之间信任关系即静态的安全优于交易安全的保护。为此，各国公司法和公司章程对有限责任公司股权转让均有限制性规定。尤其是股东向股东之外的第三人转让股权时须经其他股东同意，发生无权处分的几率极低。虽然股东之间转让股权，除公司章程有限制外，法律允许自由转让，但是，有限责任公司往往股东人数较少，互相知情，难以发生无权处分股权的行为，股权善意取得适用余地更小。

然而，并不能完全排除有限责任公司股权在特定情形下，发生无权处分并适用善意取得的可能性。其中典型的类型包括：（1）A 与 B 订立股权转让合同将其所有的股权转让给 B，并办理了工商变更登记，事后 A 与 B 之间的股权转让合同被认定为无效或被撤销，但在此之前，B 已将该股权再转让给 C 并办理了工商登记。A 与 B 订立的合同无效或被撤销，B 再转让股权则为无权处分，但 C 可根据善意取得该股权。（2）A 将自己拥有的股权，“一股权二卖”，先与 B 订立股权转让合同，但未办理变更登记，然后又与 C 订立股权转让合同，且办理了工商登记。A 再次转让股权属于无权处分，但 C 可以根据善意取得股权。对此种无权处分股权的类型，《公司法解释（三）》第 28 条规定：“股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第 106 条的规定处理。”

（3）在股权共同共有时，其中共有人之一，未经其他共有人同意，擅自处分共同所有的股权。由于股东名册和工商登记对共同共有股权登记的公信力能够排除受让人不知情的抗辩，通常不易发生善意取得。即使处分人虚构其他共有人同意的事实也不能善意取得。只有当其他共有人将其享有的一定比例的股权转让给某一共有人，获得全部股权者，再转让给第三人，事后共有人之间的权益转让无效或被撤销的，第三人在此特定情形下才能善意取得股权。

无处分权人处分股权是股权善意取得的前提条件。《公司法解释（三）》第 26 条将股东处分其名下的股权作为无权处分的类型之一适用善意取得。其规定为：“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第 106 条的规定处理。”笔者认为名义股东处分其名下的股权属于有权处分，缺乏适用善意取得的前提。理由是：其一、根据实际出资人、名义股东与公司之间的法律关系链条，实际出资人从未取得股东资格并享有股权。《公司法解释（三）》第 23 条规定，当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，首先应当证明的事实是：已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定。而公司法相关强制规定，要求投资者必须以显名的方式，[5]直接向公司出资或者认缴出资才能取得股东资格享有股权。在实际出资人、名义股东与公司之间的关系中，实际出资人采取隐名的方式向公司间接投资。实际出资人与名义股东之间往往存在投资协议法律关系。对此，《公司法解释（三）》第 25 条第 1 款规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第 52 条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”从该规定可以看出，根据双方当事人的合同约定，实际出资人享有投资权益但不享有“股权”，因为依据这种约定也不可能产生股权，享有股权者只能是名义股东。另外，根据《公司法》第 33

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载股东的姓名或者名称及住所；股东的出资额；出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”由于实际出资人既未登记于股东名册也未纳入工商登记册中的股东登记，只是根据与名义股东之间的投资协议隐名于名义股东身后，与公司之间不存在任何直接法律关系。因此，实际出资人仅凭与名义股东订立协议而享有投资权益，既不能对公司主张股东权利也无法对抗第三人，只能对抗名义股东。《公司法解释（三）》第25条第3款进一步规定，当实际出资人欲转为股东时须经公司其他股东半数以上同意，并且仍须依法通过记载于股东名册、签发出资证明书、记载于公司章程，并向公司登记机关办理登记，履行显名手续才能成为股东。因此，认为实际出资人对于股权原本享有实际权利，也与该条款的规定明显不符。其二、名义股东由于依法向公司以显名的方式履行了出资义务，根据股东名册和工商登记册对其姓名或名称及其出资的记载，不但能够对公司主张行使股东权利而且可以对抗第三人。至于其出资的来源，是否是实际出资人在所不问，这是外观主义法理的必然结果。有人主张“名义股东本质上并非股东，其不真正享有公司股权。名义股东转让其名下股权属于无权处分，在第三人善意的情况下，即可取得股权。”{9}这种观点，显然缺乏公司法上的依据，也没有法理上的支持。因此，名义股东处分其名下的股权依法属于有权处分，不存在参照物权法第106条适用善意取得的逻辑前提。至于名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人可以根据其与名义股东订立的投资合同处理，其既可以追究名义股东的违约责任，也可以解除合同请求名义股东承担赔偿责任。再者，夫妻共同财产向公司出资以夫或妻一方的名义登记为股东，登记为股东的夫或妻转让其名下的股权，虽未经另一方同意的，也不属于无权处分而是有权处分。尽管从婚姻法的角度而论以夫妻共有财产出资形成的股权属于夫妻共有财产，但是若未根据公司法的要求登记为夫妻共同享有股权，在这种情形下，共有财产只能体现为股权收益或股权转让金归夫妻共有。至于股东资格及股权，根据外观主义法理和公司法关于股东显名主义的规定，只能由登记为股东的夫或妻享有包括转让的股东权利。

另外，并非所有无权处分股权均适用善意取得。物权法对无权处分他人物权的态度是原则上无效，只是符合善意取得的要件时，受让才例外地取得物权。为此，国外关于善意取得制度多限于动产，一般仅适用于占有委托物而不适用于占有脱离物。法国和日本民事立法均排除遗失物或盗窃物善意取得的适用。[6]《德国民法典》第935条第1项规定，从所有人处盗窃的物、由所有人遗失或因其他方式丢失的物，不适用善意取得之规定而取得所有权。瑞士民事立法则将非基于所有权人意志的一切占有脱离物均排除在适用动产善意取得制度之外。[7]其被排除的范畴最广，包括盗窃物、遗失物以及通过走私、抢夺、抢劫等其他非以所有人的意志而丧失占有的物。我国《物权法》第107条、第108条和第114条规定，不适用善意取得的物包括遗失物、漂流物、发现埋藏物或者隐藏物。法律在界定物权善意取得的范畴上，之所以区分占有委托物和占有脱离物，是因为：当所有人出于特定的交易目的，依其意志使让人占有其物时，将同时面临两种风险：第一，它营造了一个可以使第三人信赖的权利外观，从而危及交易安全；第二，所有人失去标的物的直接占有，就会产生标的物被他人处分的危险。这两种危险均是由所有人自身的行为所招致的。就防范交易风险而言，所有人与善意第三人相比所处地位截然不同：所有人处于积极主动的地位，可以较少的成本避免风险，而善意第三人则处于消极被动地位，控制风险能力弱且成本高。因此，从实现社会经济利益最大化的原则衡量，理应由所有人承担风险。至于赃物、遗失物等占有脱离物，所有人丧失占有并非出于其意志，在交易的风险防范上所有人与善意第三人相比并无优越地位，若仍然适用动产善意取得制度，对所有人未免过于苛刻，并且会导致法益保护失衡。也就是说，“所有人如果将自己的占有托付给第三人，而第三人通过处分滥用了这种信任，所有权人必须自己承担这种风险。如果该物是所有人不情愿地丢失的，他则无须承担这种风险。”{10}253就此而论，有限责任公司股权的善意取得较之动产物权的善意取得更应属于极例外的股权取得方式。因此，对无权处分股权适用善意取得的范围应当有所限制。笔者认为，对无权处分人伪造股东签名在股东不知情的情况下，转让股东股权者，受让人不适用善意取得，受让人已经登记为股东再将股权转让给第三人者，第三人亦不能使用善意取得股权（见下图）。

因为在该案中，无权处分人乙没有享有股权的权利外观，股东名册及工商登记的公示效力排除了受让人丙以不知情为善意的抗辩。第三人丁受让股权虽然符合善意取得的特征，但在不知情的股东甲与第三人丁的利益平衡上，若使第三人丁取得股权，对原股东甲过于苛刻且显失公平，同时也不符合有限责任公司人合性和封闭性的特征。此外，甲的股权是在其不知情的情况下被乙以伪造甲签名的手段擅自转让，从而形成丙享有股权的权利外观，但是这并非甲的行为促成的结果，对股权遭到无权处分的风险，甲丁处于相同地位。然而，保护静态安全是私法的基础，保护交易安全则位居次要地位。因此，甲不应承担丧失股权的风险。对该案型主张第三人善意取得的观点不足取。[8]例如，A房地产开发有限公司的股东燕某授意他人以摹拟签字的手法擅自将股东崔某等2人的股权非法转让给李某等人，并于2003年9月办理了工商变更登记；2003年9月，李某等人又将股权转让给不知情的孙某等人。孙某等人在转让前到工商部门查阅了登记档案，在转让中支付了对价，在转让后实际控制了公司，并开展了经营活动。案发后，崔某等2人要求工商部门撤销第一次变更登记，恢复自己的股东身份。最高人民法院终审判决维持江苏省高级人民法院的一审

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

判决：李某等人对争议的股权不具有处分权，孙某等人受让李某等人的股权适用善意取得制度。{11}笔者认为，该判决适用股权善意取得，导致崔某等2人在不存在任何过错的情况下，丧失股权，有失公允。一方面，它使燕某与伪造签名者串通侵害崔某等2人股权的违法行为的后果不能获得法律救济，是对侵犯股权行为的鼓励和纵容；另一方面，在原股权所有人与受让人之间的法益平衡上倾斜于受让人，与公司法保护有限责任公司的人合性和静态安全重于交易安全的法理相抵触。再者，在我国公司运行实践中，这种侵害股权的行为方式比较常见，司法审判若适用股权善意取得无异于促进其蔚然成风，必将妨害公司法保护股东合法权益的宗旨，动摇有限责任公司的根基。

三、股权善意取得构成要件及法律效力

(一) 股权与物权善意取得的共性与差异

《公司法解释（三）》第28条规定，股权善意取得可以参照物权法第106条的规定处理，已经表明二者既有共性又不完全相同。因此，股权善意取得只能类推适用物权法第106条的规定。二者的相同之处，在于二者的法理依据、价值取向完全相同。具体而言，二者均按照公示原则，以权利相应的公示方式产生的公信力作为善意取得制度的逻辑前提；以保护交易安全为价值追求，从而实现侧重保护善意第三人的立法政策。在构成要件方面除了均须以标的的无权处分为前提，股权善意取得也必须符合物权善意取得的其他构成要件。即：（1）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（2）以合理的价格转让；（3）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

然而，股权毕竟不同于物权，在适用物权法第106条关于物权善意取得的三个要件时，还必须考虑特有的要件，以及相关要件认定的特殊性。以下仅从有限责任公司股权的角度分别论述。

1. 股权善意取得的特殊要件：股权须以依法转让的方式取得。善意取得是为了保护交易安全而建立的制度，因此，股权只能在转让中才能适用善意取得。因赠与、继承和公司合并而取得股权时，不存在善意取得。当然，从无权利人处受赠与、继承和合并而取得股权后，再转让的，受让人可以善意取得股权。股权转让不但涉及转让双方的利益，而且牵连其他股东、公司和公司登记机关，事关重大，因此，无处分权人作为转让人必须与受让人订立书面的转让合同。不能采取口头合同的形式转让股权。如果法律规定需要批准的合同，当事人须履行批准手续。另外，无权处分人向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。其应就股权转让事项书面通知其他股东征求意见，确保其他股东享有优先购买权。否则，受让人不能善意取得股权。

2. 股权善意取得其他要件认定的特殊性。首先，受让人受让股权时是善意的。这里的善意是指受让人受让股权时，对转让人并非所转让股权真正的权利人不知情，且对不知情不存在重大过失。由于有限责任公司的股权对外以工商登记为公示方式，纳入工商登记的股东及其股权具有对抗第三人效力。只有无权处分人实际上不是股东也不真正享有股权，但是却因某种原因已经被登记为股东，才能使受让人产生虚假的权利外观，并信赖转让人是股权所有人而受让股权。其典型类型是：A与B订立股权转让合同将其所有的股权转让给B，并办理了工商变更登记，事后A与B之间的股权转让合同被认定为无效或被撤销，但在此之前，B已将该股权再转让给C。C受让该股权时是基于工商登记册对B股东身份及股权的登记，这一权利外观的信赖而受让股权的，所以，B为善意受让人。有时，这种权利外观是未及时办理股权变更登记产生的。如《公司法解释（三）》第28条规定，股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东仍将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分。即A为转让所拥有的股权先与B订立股权转让合同，但未办理变更登记，然后又与C订立股权转让合同，且办理了工商登记。遇此场合，前一股权转让合同的生效则A丧失股权，A再处分者为无权处分。由于前一股权转让未办理变更登记，工商登记册的股东仍为A，A据此再处分时对后一受让人C形成权利外观，后一受让人C对前一股权转让不知情，则存在受让善意。由于股权工商登记的公信力，对受让人善意的认定，应当采取推定善意的方法，即凡受让人基于对登记在册股东享有股权的信赖而受让股权的，推定受让人为善意，除非受让人明知登记错误。原股权享有人主张其为恶意的，负举证责任。另外，不具有股权外部表征的人，转让以他人名义登记的股权，受让人以未查阅工商登记作不知情抗辩者，属于重大过失，受让人善意不成立，不能取得股权。

其次，以合理的价格转让。有限责任公司的股权转让由于没有公开的市场价格，因此，合理转让价格会成为司法认定的难点。笔者认为股权转让价格的认定应考虑以下几个方面：（1）凡通过产权交易中心挂牌交易形成的价格即为公平价格；（2）股权经法定评估机构评估，转让双方以评估价为底价协商达成协议的价格，视为合理价格；（3）股权转让时，虽未对股权委托评估机构评估，但转让方未作虚假陈述，而且是在使受让方在充分了解公司的经营状况和财务状况的前提下，双方经自愿、平等协商确定的价格，应认定为合理的价格。

再次，转让的股权已经登记。股权转让已经办理登记，一方面是无处分权人像有权处分人一样，使移转股权产生可信赖表征的要求；另一方面表明股权转让已经完成，受让人已经事实取得股权，构成法律观念上的交付，是对善意受让人的保护优于原权利人的依据之一。进而言之，包括：第一，股东名册的变更登记。受让人未将其姓名或名称、股权比例、住所等信息纳入股东名册登记的，不得向公司主张股东权利。股东名册变更登记虽然不是股权善意取

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

的必要条件，但是，公司申请股东变更工商登记往往以此为基础；第二，变更股东名义的工商登记。以股权转让采取债权意思主义而言，虽然，股权转让双方仅凭订立转让股权的债权合同生效就能产生股权转让效力，工商变更登记并非生效要件，但是非经登记受让人获得的股权就会因缺少法定公示形式，不得对抗第三人，也就是说无法获得公司法排他性的保护；第三，《物权法》第 226 条规定，以有限责任股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。可见，股权质押未登记者则不能成立生效。

（二）股权善意取得的法律效力

无权处分股权符合善意取得构成要件者，受让人取得股权，原股权所有人则丧失股权。原股权所有人有权向无处分权人请求赔偿损失。然而，与物权善意取得不同的是，原物权所有人物权相对消灭后便退出了该物权关系，原物权所有人将不存在任何义务。但是，当善意取得的股权存在瑕疵时，不但善意受让人无法取得优于原股权所有人的权利，而且原股权所有人也无法退出与公司之间出资的法律关系。原股权所有人是有限责任公司设立时的股东者，则居于发起人地位。公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，原股东须承担合同责任。原股东未全部履行出资义务的，其他股东和公司有权请求履行相应的出资义务；公司债权人可请求其在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任；当其他股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，须承担出资担保连带责任。[9]

结论

因股票有权利证券化的形式，并且持有人将被推定为权利人，往往会出现非股权所有人持有股票移转股权的情形，受让人基于对持有人权利推定公信力的信赖，善意取得股权有极大的余地。相对而言，有限责任公司的股权虽然有工商登记作为善意取得的逻辑前提，但是因无以凭借证券化形式，则很少出现法律权利与事实权利分离的状态。加之，有限责任公司的封闭性和人合性的要求，因而其股权发生无权处分和适用善意取得的机会较少。司法实践中，法官对有限责任公司股权适用善意取得的适用条件应当从严掌握，不应作扩大解释，轻易适用物权法善意取得的规定。

注释：

[1]《公司法》第 144 条规定：“记名股票被盗、遗失或者灭失，股东可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的公示催告程序，请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后，股东可以向公司申请补发股票。”

[2]记名股票转让时，背书人不记载被背书人，仅签名于股票背面以表明转让股权的背书称空白背书，又称略式背书、无记名背书。

[3]该条规定以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。“其他股权”显然是指有限责任公司的股权。将工商行政管理部门办理出质登记作为股权出质设立的生效要件与《公司法》第 33 条第 2 款的规定明显存在着法律冲突。因为《公司法》该条款规定：“公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”在此应当将《公司法》第 33 条第 2 款看作一般法的规定，而将《物权法》第 226 条视为特别法的规定，并按照特别法优于一般法律的原则，优先适用《物权法》第 226 条。

[4]《韩国商法》第 557 条规定：“转移持份，若未将取得人的姓名、住所及其标的一出资份数记载于社员名册，则不得以此对抗公司及第三人”。

[5]《公司法》第 23 条规定设立有限责任公司由股东共同制定公司章程，第 25 条规定有限责任公司章程应当载明股东的姓名或者名称，股东应当在公司章程上签名、盖章。第 32 条规定有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。出资证明书应当载明股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期。第 33 条规定有限责任公司应当置备股东名册，记载股东的姓名或者名称及住所；股东的出资额；出资证明书编号记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

[6]《法国民法典》第 2279 条第 2 款但书规定：“但是占有物如系遗失物或盗窃物时，遗失人或受害人……得向占有人要求返还其物……”；《日本民法典》第 193 条规定：“……如占有物为盗品或遗失时，被害人或遗失人……得向占有人请求回复其物。”

[7]《瑞士民法典》第 934 条第 1 项规定：“因动产被盗窃或丧失或因其他反于自己的意思而丧失占有的，得……取取得人请求返还。”

[8]参见（2010）北京二中民终字第 16856 号民事判决书。

[9]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 3 条、第 13 条和第 19 条。

【参考文献】 {1}王轶. 物权变动论[M]. 北京：中国人民大学出版社，2001.

{2}孙宪忠. 论物权法[M]. 北京：法律出版社，2001.

{3}谢杯栳. 票据法概论[M]. 北京：法律出版社，1990.

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

- {4} [韩]李哲松. 韩国公司法[M]. 吴日焕, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- {5} 赵旭东. 公司法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2006.
- {6} 李建伟. 公司法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- {7} 施天涛. 公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- {8} 陈彦晶. 有限责任公司股权善意取得质疑[J]. 青海社会科学, 2011(3): 112-116.
- {9} 王晓艳, 李晓慧. 有限责任公司股权善意取得的实证分析[J]. 公司法评论, 2011(1): 76-86.
- {10} [德]M·沃尔夫. 物权法[M]. 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- {11} 魏磊, 许琛. 确立股权善意取得原则对工商登记的影响[J]. 工商行政管理, 2008(17): 43-45.

夫妻忠实协议有效性辨析

2013年10月16日 上海法治报 俞立珍

忠实协议是男女双方在婚前或者婚后约定,彼此在婚姻关系存续期间保持性和情感的专一,违反者承担违约责任的协议。《婚姻法司法解释(三)》回避了对于解决这一类型纠纷的统一规定,忠实协议的纠纷仍旧由各个法院根据具体案件具体裁判,结果亦各不相同。

□如果忠实协议有效,怎样的情形算是不忠实,不忠实需要承担怎样的违约责任,这都需要合法、合乎公序良俗的具体明确的约定。同时,对于不忠实证据的收集,将成为一个大问题,操作不当可能损害配偶及与配偶交往的第三人(不一定是所谓的第三者)之人格权。

□若忠实协议无效,为保障无过错方的权益,应该多从婚姻法的夫妻财产制度、夫妻相互扶养义务、离婚时的经济帮助、经济补偿、离婚损害赔偿等各项制度的完善入手,确立“性别平等、利益平衡”的婚姻法立法理念。

自从2003年上海市闵行区人民法院一审判决某男因违反忠实协议而赔偿女方30万元的消息见诸报端之后,关于忠实协议的效力认定问题,一直是学界、民间关注的话题,也是困扰司法审判的一大难题。这十年间,请求不忠实方依据忠实协议承担违约责任的诉讼常有报道。法院对这类协议的态度不尽相同,司法实践中尚未建立统一的标准与规则。

忠实协议有效性仍无定论

忠实协议,就是男女双方在婚前或者婚后约定,彼此在婚姻关系存续期间保持性和情感的专一,违反者承担违约责任的协议。订立这样的协议,旨在保障夫妻双方彼此忠实,维护婚姻的稳定,以及对于不忠实方的惩罚。

主张忠实协议应当有效的理由主要有:忠实协议符合我国婚姻法的立法意图和社会主义道德风尚。我国《婚姻法》第四条明确规定“夫妻应当互相忠实,互相尊重”,且私法领域实行“法无禁止即许可”的规则,因此,当事人自愿签订忠实协议乃是符合法律倡导性规则的行为,理应得到认可。追究不忠实方违约责任,让感情受到伤害的无过错方在经济上得到一定弥补,不失为一种公平之道。承认忠实协议的有效性,不仅在个案上惩罚了不忠实方的过错、维护了公平,而且还可能对于社会中潜在的不忠实方起到告诫的警示作用,从而促进良好婚姻伦理的维护。

主张忠实协议应当无效的理由主要基于:忠实协议将破坏夫妻的相互信任。签订忠实协议,是以对方可能不忠实的怀疑为出发,而且这种怀疑还将伴随夫妻共同生活的始终。夫妻人身关系的权利义务具有法定性,不能由当事人自行约定,否则可能侵犯一方的人身自由。同时,忠实并非法定义务,我国《婚姻法》第四条关于“夫妻应当互相忠实”的规定仅仅是宣导性规则,《婚姻法司法解释(一)》第三条规定:“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。”现代婚姻家庭法一般主张国家不宜干涉人身、伦理空间。配偶基于婚姻关系所生的人身义务,只能根据自愿约束和自己的良心来得到保证。通过国家惩罚或者威胁实施惩罚,都会违反婚姻的道德基础。

孰对孰错,难以选择。《婚姻法司法解释(三)》最终还是回避了对于解决这一类型纠纷的统一规定。目前,忠实协议的纠纷仍旧由各个法院根据具体案件具体裁判,结果亦各不相同。

有效时可能引发的问题

关于忠实协议的效力问题,在赞成者与反对者各不相让的争议中,不妨换一个角度思考。设想一下,如果司法承认忠实协议是有效的,那么,将有可能出现怎样的问题。

是否签订忠实协议,将成为夫妻面临的选择难题。即便决定签订协议,就协议条款字斟句酌、据理力争,又是一个让人为难的问题。基于婚姻关系,当事人签订协议时,都可能或主动或被动地随意做出(接受)真意保留、不计后果、夸张失当的约定,为日后双方对于约定是否真实意思发生争议埋下隐患。

而协议具体内容之约定是一个专业性较强的问题。怎样的情形算是不忠实,不忠实需要承担怎样的违约责任,这都需要合法、合乎公序良俗的具体明确的约定。在司法实践中,我们可以看到各种不恰当的约定,譬如:“丈夫如果出轨,必须给妻子8万块钱,到杭州的武林广场跪8个小时”、“一方出轨,必须净身出户”、“出轨方不能探望子女”或者“不能提出离婚”等等。司法实践中之所以有一些忠实协议被认定有效,有一些被认定无效,其中原因就与协议

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

内容适当与否有很大关系。一般来说，协议内容应当做到：不得限制一方离婚自由权、隐私权、人身自由权、人格尊严、通信自由权等人格权；不得剥夺父母对于孩子的抚养、探望权；不能侵害第三人的隐私等人格权；不得约定过分高于夫妻经济能力的赔偿数额等。如果违反了这些规则，约定条款乃至整个协议都可能被认定为无效。

同时，不忠实证据的收集，将成为夫妻双方的日常负担。忠实协议赋予当事人追究对方承担违约责任的请求权，根据谁主张谁举证的规则，享有请求权的一方需要拿出证据来主张权利。如果有了怀疑，采取查看收集对方通信通讯信息、跟踪、偷拍偷录等侦查手段就在所难免。因此，很有可能出现的情况是，夫妻从彼此注意对方行踪、社会交往情况，逐渐演变成相互防范、侦察与反侦察的关系，极大动摇了夫妻相互信任的基础。而且，如果当事人自己无法完成证据收集的时候，还可能委托他人、纠结亲友从事“捉奸”活动，“私家侦探”的行业也可能应运而生，给社会管理带来重大影响。如此，忠实协议是一把双刃剑，在宣誓忠实维护婚姻的动机下，反而激化夫妻间的矛盾。

在收集证据的同时，不损害配偶以及与配偶交往的第三人（不一定是所谓的第三者）之生活安宁、隐私、名誉、人身自由等人格权，也是一个无法回避的难关。跟踪、偷拍偷录的对象既包括配偶，也包括与配偶交往的任何第三人。这样，收集证据的行为影响的不仅仅是配偶的社会交往，还可能危害第三人的生活安宁、隐私、名誉、人身自由等人格利益。我们知道，现代民法明确赋予每一个民事主体人身自由、生活安宁、隐私、名誉等人格权，将人格权视为人之为人的必备权利。因此，当配偶权的行使与这些人格权保护相冲突时，维护人格权是当然之选。

无效时无过错方权益的保障

我国婚姻法没有将夫妻相互忠实规定为法定义务，但是，某些承认忠实协议合法有效的判决，一定程度上激发了社会公众（尤其是女性）对于签订忠诚协议的兴趣。据报道，为了保障自己婚后的权益，先签订忠实协议，再领结婚证，成了时下一些都市女性婚前必要的准备。这种现象令人深思。为什么在婚姻法之外，大家特别是女性还需要另行签订一纸忠实协议来解决自己的后顾之忧？婚姻法不能提供足够的保障吗？

从世界各国的发展历史看，传统婚姻价值观竭力捍卫的夫妻忠实义务，越来越让位于强调个人自主自决的主体权利价值观。由此导致了身份性义务的法律拘束力及其正当性不断被掏空和侵蚀。男女两性关系的情感、伦理纠纷被交给当事人自身道德调整，法律不再介入其间。但是，我们也知道，家庭作为天然的和基本的社会单元，其地位仍然不可替代。保护家庭是国际公约及各国法律的共识，我国也不例外。我国《宪法》第49条规定“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”就是明证。那么，如何平衡好个人自主自决权利与婚姻家庭共同体的利益保护问题就成为婚姻立法必须面对的大课题。保护无过错方利益的问题也必须放在这个大课题之下综合考虑。

解决办法，应该多从婚姻法的夫妻财产制度、夫妻相互抚养义务、离婚时的经济帮助、经济补偿、离婚损害赔偿等各项制度的完善入手，确立“性别平等、利益平衡”的婚姻立法理念。具体而言，例如在财产制度方面，针对当前我国司法实践倾向于强调保护个人财产的情况，明确家务劳动与外出工作对于家庭的贡献具有同等价值的理念，确立资本所得与劳动所得同等对待的尺度，确立婚姻共同住所及保障配偶对于婚姻共同住所的居住权益等等。这些措施到位了，婚姻法就有可能多角度多方面保护好个人在婚姻共同体中的利益，解决人们的后顾之忧。这样，人们就不必再将忠实协议就推崇为“聪明女性的明智选择”了。

（作者单位：华东政法大学）

如何理解男女平等

——欧盟法院判决要求保险业取消对妇女的优惠措施引发的问题

中国社会科学院法学研究所研究员 刘作翔

2013年10月18日 人民法院报

问题的起因

2011年3月1日，欧盟最高司法机构欧洲法院裁定，保险公司在确定保费时区分男女的做法构成了性别歧视，应予取消。此举意在捍卫男女平等，结果却有可能加重投保人负担，剥夺女性原本享受的优待，因此引发一片争议。

根据欧洲法院的裁定，从2012年12月21日起，欧盟境内的保险公司将不得在计算保费时考虑性别因素，即不分男女，适用相同的费率。

此前，欧洲保险公司针对某些险种会区分性别，对男性和女性投保人收取不同的保费，比较有代表性的就是车险和寿险。通常，在车险中，男性投保人需缴纳的保费要比女性高，有的甚至高出一倍，因为男性驾车出事故的几率比女性高；而在寿险中，女性因为平均寿命比男性长，因此需缴纳更高的保费。

尽管欧洲保险公司的做法不乏科学依据，也不无道理，但却有违欧盟法律规定。根据欧盟2004年通过的“平等待遇指令”，禁止在提供商品和服务时存在性别歧视。指令本应从2007年12月21日开始施行，但对保险业网开一面，允许有五年宽限期，之后需重新审议其合理性。

2010年，一个比利时消费团体就本国保险业继续享受豁免向比利时宪法法院提起诉讼，因为涉及欧盟立法，该案被提交总部设在卢森堡的欧洲法院审理。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

欧洲法院认为，保险业继续享受豁免，在确定保费时采取性别歧视做法，不仅违反了平等待遇指令，而且也与2009年12月生效的《里斯本条约》相违背。《里斯本条约》中包含的基本人权宪章再次确认了男女平等这一基本原则。

男女平等之不同理解

对于欧洲法院的判决，负责司法事务的欧盟委员会副主席维维亚娜·雷丁表示欢迎。雷丁说，这份判决是落实男女平等这一基本人权的重要一步，所有投保人，不分男女，都应得到公平对待，这不仅是尊重人权，也是良好的商业操守。

但这份判决遭到了保险业的猛烈抨击。英国保险商协会称，如果取消男女保费差异，英国25岁以下女性驾车者的保费平均将上涨25%，这意味着她们需要为男性的鲁莽多付钱，女性因为行为谨慎本该享有的优待没有了。

而在寿险领域，一个名为Saga的欧洲老年人团体也对欧洲法院的判决感到不满。该团体认为，对男女收取相同保费后，保险公司因为无法控制男女投保的比例，为了尽可能减少承保风险，只会向高收费看齐，从而损害了所有消费者的利益，即便是女性，其保费也未必会降低多少。

欧洲议会英国籍议员萨贾德·卡里姆更是批评欧洲法院的判决“极其愚蠢”，完全违背常理。“统计数据表明，年轻男性就是比女性更容易发生交通事故，因此他们的保费理应高些。”

在法理和常理之间，欧洲法院自然是依法行事，但如此捍卫男女平等是否恰当恐怕还值得商榷（尚军：《保险费不准分男女，欧盟禁令惹争议》）。

欧洲保险业与性别歧视

《中国妇女报》2011年7月5日发表谢曦的文章，对欧洲保险业禁止将性别作为拟定费率的过程进行了梳理：进入2011年不久，一则消息吸引了不少保险业内外人士的眼球。英国金融服务监管局日前警告，英国保险公司将面临在定价过程中，禁止将性别作为拟定费率的因素之一。英国保险商协会日前也提醒其会员公司做好准备，自3月1日起，将禁止施行欧洲法院之前所判定的带有性别歧视的保费定价方式。

男女平等准则至关重要：关于性别歧视与保险，源于英国的法律，早在“1975年性别歧视法令”（在北爱尔兰为1976年）中，对于保险行业中区别对待男女客户的行为就已经有所禁止。不过有一个例外情形，保险公司必须证明他的行为是参考了可靠的精算数据，而数据的来源必须真实、可靠，值得信赖。因此，在人身保险、年金、旅游保险、机动车辆保险、个人医疗保险和部分重疾险中，保险公司在保费和保险赔偿金的计量过程中，继续把性别作为一个重要的厘定因素。

2004年，英国“性别指令”颁布实施，在该指令中，性别作为保险风险评估的一个要素，必须基于相关和精确、可靠以及公布的统计数据，并且必须和财政部发布的数据一致。任何的差别待遇必须是合理计算的结果，而且不能基于怀孕和哺乳期所导致的费用差异。关于这两个期间，在法律中也有明确的规定。从2008年12月22日开始，因为一个妇女处在怀孕和哺乳期，而对其提供产品和服务给予较次的待遇，属于违法行为。

2010年9月30日，一名名为朱利安·考寇特的法律顾问在比利时宪法法庭上向欧洲最高法院提出，保险公司应该停止将性别作为其计量保费的依据。她认为，统计数据显示的两性之间的风险差异，并不能支撑男女应该接受差别待遇的结果，这种行为也不符合欧洲法律的免责情形，因为没有足够的证据来支撑。

考寇特说，男女平等准则至关重要，我们不应过多地将注意力集中在性别这一因素上，因为影响被保险人面临的风险水平因素是多种多样的。而且，在评估保险风险的过程中，这些因素也可能是至关重要的。所以，被保险人的生命预期受到社会各个个体和经济方面的影响。

考寇特认为，将一个人的保险风险和他的性别联系起来，即便在法律上也是不合理的，人们之间的性别差异，充其量最多只是在统计数据的时候进行区分的一种指标，而保险公司是在为客户提供保险产品的时候，并不应该以此为标准进行区分。考寇特还说，一个人并没有办法决定自己的性别，而性别对身体的影响也不像年龄，会随着时间的改变而改变。基于这些理由，她建议法庭对于保险公司在计量保费的过程中，将性别作为参考因素的该条款宣布无效。虽说考寇特只是对欧洲最高法院提议，不过在后来有80%的案例采用了其建议。

遭受歧视怎么办？如果遭受了歧视，在索赔时，如何进行举证？英国的法规通过改变举证的一方，而使得申请人更加容易证明遭受了歧视的待遇。申请人首先陈述事实，在没有被告充分辩解的前提下，也可以推导出其遭受了歧视待遇的结论，然后才是被告为自己辩解，没有进行歧视对待。截至目前，关于性别歧视索赔，还没有赔偿上限。

说到这，不得不提“2010平等法令”，也是考寇特提议的重要法律依据。其对于有保护特性的人受到的直接和间接的歧视行为进行了禁止。而关于保护特性，在法令中明确地列示了几点，分别为：年龄、残疾、变性、婚姻与否、民事合伙关系、怀孕、哺乳期、种族、宗教信仰、性别以及性取向。在第29部分，服务提供商，包含金融服务的提供者，在对所有或者部分公众提供服务时，不能对某人不予提供或者在本应提供的期间终止提供服务，也不能在服务提供期间损害客户的权益。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

在新的法令下，第13部分对直接歧视定义为对待某位具有保护属性的个人实行相对较差的待遇。而如果一份保单并没有对具有保护特性的人进行区分，即对所有人都适用时，如果出现了差别待遇，则是间接歧视，不过如果这种行为是因为合法的目的，又有足够的理由和证据支撑，则不能辨别为歧视。间接的歧视适用于任何的保护属性，不过怀孕和哺乳期例外。

划分责任的过程中，熟悉免责条款不可或缺。法令的第5部分中，用表格明确列举了免责条款，和过去对比，大同小异，就是关于残疾、性别、变性以及怀孕和哺乳的相关说明，免责条款包含了把性别作为风险评估因素的范畴。因此，并不是所有的基于性别产生的差别待遇都是违法的，只要能够证明其符合以下情形，则都是合法的，即该行为是基于相关的、准确的精算统计数据基础上，而且该数据是在规定的期间持续更新，并且对公众进行了公布。

此外，还有一种免责情形，就是在上述法令实施生效前就存在的条款，如果继续运用，也不属于违法。而一旦这些保单经过了更新，或者这些条款在法令公布后被检查了，那么保险公司必须遵守相关的法律法规。

“常回家看看”的法律呼唤

2013年10月18日 人民法院网 彭超峰

新修订的《老年人权益保护法》已经生效一段时间，这部法律自修订草案提请全国人大常委会审议开始，最引人关注也是争议最大的，莫过于其中的“常回家看看”条款。这等于说，如果不经常看望老人，今后就是违法行为了。

针对“常回家看看”入法，社会上展开了激烈的讨论，但基本上存在着两种观点：一种观点认为，道德的归道德，法律的归法律，“常回家看看”的道德义务不应当规定在法律当中。如果法律过于侵蚀伦理或干涉道德，只会适得其反，最终导致法律不被遵守，反而削弱法律的效力和权威。再者，“经常”也不好界定，违反之后也不好进行惩戒。另外，年轻人不经常回家看望老人，大多数并不是主观上不愿意，而是客观上不能，由于生活和工作的巨大压力，对于一部分人来说，“常回家看看”是一个不现实的问题。天下事不难于立法，难于法之必行。所谓“清官难断家务事”，经常回家看望老人不仅仅是一个简单的法律问题，更是社会问题，仅仅依靠法律来治孝，法律反而有可能会沦为“一纸空文”。

另外一种观点认为，把“常回家看看”写入法律，以法律推动亲情走进新时代，是法治精神的升华，应该值得提倡，也是一种立法趋势。老人的今天就是我们的明天，要让亲情世代相传，仅仅靠道德力量远远不够，必须用法律强制培养起儿女“常回家看看”的行为。虽说带有强制性，但唤醒的却是儿女的亲情良知。其实，并非每一个法律条文都必须有具体的操作程序，有些法律条文可以作原则性的宣示，表明立法者的导向是鼓励子女们给予老年人精神需求，并不一定非得要有制裁和执行规范。再者，道德也可以向法律转换，在人口老龄化问题日益严重，“空巢”现象逐渐增多的情况下，“常回家看看”入法是完全必要和紧迫的，否则社会问题将不断增加，这将不利于构建和谐社会。

实际上，不单是中国，世界上早有其他国家采用立法的方式来解决“常回家看看”的问题的先例。新加坡不养父母要被罚款判刑。新加坡政府为了防止越来越多的老年人家庭出现“空巢现象”，在购买组屋时制定了一个优惠政策，鼓励子女与父母一同居住。建屋局在分配政府组屋时，对三代同堂家庭给予价格优惠和优先安排，同时规定单身年轻人不可租赁或购买组屋，除非愿意与父母同住，则可优先；如果有子女愿意与丧偶父亲或母亲一起居住，则对父母遗留房屋可以给予遗产税减免优待。新加坡政府还规定，从2008年4月起，凡年满35岁的单身者购买政府组屋，如果是和父母同住，可享受2万新元的公积金房屋津贴。而在购买组屋后就必须要住，否则将面临高额罚款及牢狱之灾。

笔者认为既然“常回家看看”已经入法，我们就不应质疑“常回家看看”的法治善意，这不是为立法者辩护，而是道德迈向法律的兑变。国家为了提倡某种社会风气，把倡导性、鼓励性的条款写进法律也是现代法律发展的一种趋势。如今我国人口老龄化问题日益严重，老年人的精神需求成为我们不得不重视的问题。“常回家看看”入法，有利于子女更好地赡养父母和保障老人的权益，对我国构建社会主义和谐社会具有重大的意义。然而，任何一部法律的实施，都需要相应配套“设施”的跟进，《老年人权益保护法》也不例外，为了防止法律条款成为“一纸空文”，还需要相应的制度和政策保证法律实施。

一方面，为了“常回家看看”法律条款更好的实施，最根本的措施应当是降低居民生活成本，让广大子女有能力在工作地赡养父母，降低交通费用，以降低子女回家成本等等；其次，劳动部门一定严格要求用人单位执行劳动法规，保障广大子女在节假日有时间回家；最后，全国要尽快建立全国统一性的医疗保障体系，让年迈的父母在子女所在城市看病也能报销医药费。

另一方面，要在全社会倡导“常回家看看”的守法意识。“常回家看看”既是道德的要求，又是法律的要求，整个社会都应该为“常回家看看”的实施提供便利条件。当然最核心的还是需要强化守法宣传，法律既然明确要求子女“常回家看看”，为人子女者岂能反其道而行之。同时对于拒不履行“常回家看看”义务子女，特别是对那些长期不赡养、不探望、不联系父母的子女，法律也应该进行处罚。法律，毕竟应体现罪与罚的法理均衡。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

“常回家看看”入法是我国应对人口老龄化带来的老年人精神需求难以满足的必然之举，也是我国立法进步的体现。如果完善相关制度和政策，它并不是像有些人所称的具有不可操作性。在我国社会转型时期，部分人过度追求物质欲望的风气下，有必要适时的让法律出面，用法律为道德助力，让法律呼唤道德“常回家看看”。当然我们每个人也需要以身作则，保持“尊老、敬老、养老、爱老”的传统美德，政府、社会机构、企业等用人单位也要最大程度的发挥各自的作用，促使每一位老年人都拥有幸福美好其乐融融的晚年。

公有住房租赁权继承法律问题探讨

2013年10月18日 中国民商法律网 陈耀东 丁渤海

关键词：公有住房，公有住房租赁权，继承

内容提要：公有住房租赁权，是公有住房承租人在与出租人签订公有住房租赁合同后，对其租赁的公有住房享有的一定范围内的占有、使用、收益的权利。对于我国公有住房租赁权的法律性质及能否继承，理论与实务界存在债权说、物权说、物权化债权说等多种学说。公有住房租赁权作为具有物权特性的债权，属于财产权利，应当具有可继承性。公有住房租赁权继承人范围和顺位的确定应依照《继承法》并借鉴各地规范性文件。公有住房租赁权的继承方式应采取遗嘱继承优先，无遗嘱适用法定继承的原则。应从立法、司法等多层面，建构我国公有住房租赁权继承法律机制。

公有住房是由公共机构（政府）、国有企事业单位等出资建设并拥有所有权，通过一定程序交由符合规定条件的公民居住，居住者无所有权的房屋的通称。在已经建立住房保障制度的国家和地区，公有住房广泛存在，并为解决公民住房问题发挥了重要作用；相应地，规范公有住房的民事法律制度也比较完善。与域外不同，在我国，公有住房是计划经济体制下福利分房制度的产物。建国几十年来，公有住房的规划、建设、分配均是在政府行政权力的作用下进行的，相关民事法律制度的建设处于明显滞后状态，对公有住房的调整作用极其有限，公有住房居住者本应享有的民事权利也无从谈起。

改革开放以来，我国逐步推行住房制度改革，允许出售部分公有住房。1998年发布的《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》，正式确立了我国住房制度改革市场化，住房分配货币化的目标。公有住房出售范围扩大，数量增多，相当一部分公有住房居住者获得了其居住房屋的所有权或部分所有权，公有住房的经济价值开始显现。同时，由早期的互换发展到如今的置换，公有住房承租人有偿变更，即公有住房租赁权（使用权）市场化交易流转制度也建立起来。此外，长期被忽视的公有住房居住者享有的公有住房租赁权，也开始焕发出其作为民事权利所本应具有的价值。但由于现行调整公有住房的相关法律制度的不完善，围绕公有住房租赁权也产生了一系列有争议的法律问题。其中，公有住房租赁权能否继承即是一个亟待解决的问题之一。目前，在全国人大常委会已决定修订《继承法》的大背景下，公有住房租赁权继承问题再度引起社会的关注。鉴此，对公有住房租赁权继承的有关法律问题，如公有住房租赁权继承人范围与顺位的确定，公有住房租赁权的继承方式等进行分析与研讨无疑具有重要的价值与必要性。

一、公有住房租赁权的可继承性

（一）公有住房及公有住房租赁权的基本含义

1. 公有住房的概念与分类

我国的公有住房是公有房屋的组成部分。原建设部颁布的《城市公有房屋管理规定》曾将“公有房屋”界定为“国有房屋和集体所有的房屋”[1]，并按照用途将“公有房屋”划分为公有住房与公有经营性房屋两类。本文探讨的公有住房，是指由政府、国有企事业单位等投资兴建，按照一定程序由城市居民、本单位职工等进行租赁并交纳低廉的租金，由建设单位（出租人）享有所有权，居住者（承租人）享有租赁权的住房。公有住房一般又可分为由国家所有，各级政府房管部门负责管理的“直管公房”以及由国有企事业单位所有并负责管理的“单位自管公房”两大类。

2. 公有住房租赁权的内涵与特征

公有住房租赁权，是公有住房承租人在与出租人签订公有住房租赁合同后，对其租赁的公有住房享有的一定范围内的占有、使用、收益的权利。由于公有住房是计划经济时代的产物，公有住房租赁权既是民事权利，同时与其它民事权利相比又具备一些典型特征：

（1）公有住房租赁权具有浓厚的福利性。起源于计划经济时代福利分房制度的公有住房租赁权，其存在基础是个人对国家、集体的服务关系。承租人通过分配取得租赁权的住房，其套型、面积大小等与该承租人的工龄、职务级别、家庭人口状况等诸多要素紧密相关。浓厚的福利性是公有住房租赁权极为显著的特征。即使在公有住房租赁权可通过置换等交易流转方式取得的今天，这种福利性虽有减弱，但仍然存在。

（2）公有住房租赁权具有劳动者住房消费的补偿性。公有住房租赁权实际上隐含了一部分价值，这种价值是劳动者多年工作中应用于住房消费的补偿，属于劳动价值的组成部分。因此，公有住房租赁权是劳动者收入中住房消费部分的积累，也是劳动价值中原先被扣除的部分补偿的表现，是劳动者必要劳动创造的价值{1}。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

(3) 公有住房租赁权具有长期存续性。在法律允许范围内, 公有住房租赁权依租赁合同约定, 存续期一般较长, 且无极特殊情况(如因房屋征收房屋被拆除导致该房屋消灭)一般均可续期。这是公有住房租赁与普通房屋租赁及租赁型保障性住房相比的又一重要特点{2}。

(二) 公有住房租赁权的法律性质

1. 公有住房租赁权法律性质纷争与评说

关于公有住房租赁权的法律性质, 我国理论与实务界均存在争议。概括而言, 关于公有住房租赁权的法律性质, 我国理论与实务界的观点主要有债权说、物权说、物权化债权说三类。

(1) 债权说。债权说主张, 公有住房租赁权是出租人与承租人通过订立租赁合同而设立的。公有住房承租人行使租赁权, 对其租赁的公有住房进行使用、收益, 不是对该公有住房进行支配的结果, 而是依据其与出租人间的债权债务法律关系享有应有权利的体现, 本质上来源于出租人依据租赁合同约定, 将公有住房交付承租人的行为。

债权说的基本主张来源于我国设立公有住房租赁权的某些实务做法, 表面上看有一定可取之处。但债权说忽视公有住房租赁权与普通住房租赁权相比存在的明显差异, 在公有住房租赁权的民事权利属性逐渐显现, 公有住房租赁权交易流转机制已经建立的情况下, 不利于保护相对公有住房出租人处于弱势地位的公有住房承租人的合法权益, 也不利于维护公有住房租赁权交易流转的安全, 其缺陷是显而易见的。

(2) 物权说。物权说认为, 公有住房租赁权的法律性质应为物权, 其中以公有住房租赁权用益物权说较为典型。该说认为, 用益物权是对他人之物在一定范围内使用、收益的定限物权{3}。用益物权人对他人所有的不动产或者动产, 依法享有占有、使用和收益的权利。公有住房承租人对其租赁的公有住房行使租赁权, 进行占有、使用与收益, 本质上是在一定范围内对出租人所有的特定物进行的支配, 并非全部来源于对出租人的请求权及出租人相应的行为。公有住房租赁权的行使以对公有住房的占有为前提, 且同一公有住房一般只能成立一个公有住房租赁权; 公有住房租赁权存续期很长, 实际操作中事实上接近于永续存在, 故公有住房租赁权因此具有一定范围内的排他性与存续的长期性。基于以上因素, 公有住房租赁权的法律性质应为物权。且由于公有住房的所有权属于政府、国有企事业单位等公共主体, 公有住房承租人对其租赁的公有住房无处分权, 故公有住房租赁权属于对他人所有的不动产进行占有、使用、收益的权利范畴, 应认定为独立的用益物权{4}。

以用益物权说为主要代表的物权说, 看到了公有住房租赁权在法律性质上的独特性, 其理论分析也相对较为合理。但是, 物权说在法律上存在的最明显问题在于, 其理论与我国现行物权法律制度坚持的“物权法定主义”原则不尽相符, 从而很大程度上限制了该说在理论研究与司法实践中发挥作用的空间。

(3) 物权化债权说。物权化债权说认为, 在实行“物权法定”原则的我国, 租赁权的性质自应归为债权, 但是为了保护承租人的利益, 法律应强化其效力, 从而使其有物权化的趋势{5}。其典型表现就是现行《合同法》认可的“买卖不破租赁”, 即租赁物所有权人的变更对租赁权通常不产生影响的原则[2]。这一原则突破了传统的合同相对性原则, 使租赁权具有了对抗第三人的效力, 有利于对公有住房承租人的保护。公有住房租赁权属于租赁权范畴, 故也应适用该原则, 具有对第三人对抗性, 体现物权色彩。此外, 公有住房租赁权的长期性及一定范围的可处分性(转租、让与等)等, 也是公有住房租赁权应为物权化债权的重要理由。

物权化债权说在对公有住房租赁权法律性质中物权性的认识上与物权说是相似的, 同时与我国现行物权法律制度基本没有抵触。故笔者认为, 与债权说、物权说相比, 物权化债权说得合理性程度较高。公有住房租赁权是一种特殊的债权, 其特殊之处正在于存在于其上的不能抹杀的物权特性。

2. 公有住房租赁权是具有一定物权特性的特殊债权

(1) 公有住房租赁权的物权特性。《物权法》第2条规定:“本法所称物权, 是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”。根据该条规定, 审视公有住房租赁权的特性, 可以发现其具有的物权特性主要表现在标的物特定、对标的物直接支配及具有一定排他性三方面:

第一, 公有住房租赁权的标的物是特定物。标的物特定是物权的重要法律特征。不特定的物可以作为给付标的物而成立债权, 但不能以之为标的物成立物权。就公有住房租赁权而言, 其权利人——公有住房承租人行使权利的标的物必然是其租赁的公有住房本身, 该公有住房虽然在套型、面积等方面可能与其它公有住房存在相同或相似之处, 但不可能完全同质化, 必然有其差异, 具有特定性。因此, 应当认为公有住房租赁权的标的物是特定物。

第二, 公有住房租赁权是直接支配特定物的权利。所谓“直接支配”, 即权利人无须借助他人行为即可行使其权利。公有住房承租人在与出租人订立公有住房租赁合同, 取得公有住房租赁权并实际占有应由其租赁的公有住房后, 其对该公有住房的使用(居住), 在不损害房屋结构及内部设施, 不利用房屋进行违法犯罪活动, 按照规定期限和数额交纳租金的前提下, 一般不须再经过出租人的同意, 完全可依据自身意志即可进行。而满足承租人自身及其家庭成员等公民使用(居住)的需要, 是公有住房租赁权存在的最基本作用与意义所在。可见, 承租人基于使用(居住)的目的行使公有住房租赁权是在满足一定条件下对特定公有住房的直接支配。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

物权为民事权利之一种，而民事权利的本质为法律赋予特定人得享受特定物的利益，这种权利人就特定物享受的利益，是受法律上之力所保护的{6}。这种收益既包括直接利用标的物的利益，也应包括将标的物交由他人利用，而自己取得对价的利益。目前，公有住房承租人通过行使公有住房租赁权收益的途径主要包括公有住房的转租与公有住房租赁权的转让（流转交易）。公有住房的转租已为多个省市地方性法规、地方政府规章或其它规范性文件所认可[3]，且已有间接或直接规定公有住房转租无须经出租人同意的条款出现[4]；公有住房租赁权的转让虽大多需要经过出租人同意或履行相当于同意的程序（如开具确认公有住房租赁权转让可以进行的证明文件等），但这种“同意”更多只是具有形式审查的意义，对于材料齐全且经审查合格的公有住房租赁权转让，出租人一般不能予以否定[5]。因此，公有住房租赁权人依据其租赁权，通过转租其租赁的公有住房或转让租赁权方式获得收益，也可以认为是在一定范围内支配该公有住房的表现。

综上所述，公有住房租赁权人凭借租赁权，对公有住房进行的占有、使用（居住）和收益，是其对特定公有住房进行支配的表现，故公有住房租赁权是直接支配特定公有住房的权利。

第三，公有住房租赁权具有一定排他性。物权是权利人直接支配标的物而享受其利益的权利，则当然具有排他性；物权对标的物的直接支配性，当然引申出物权的排他性。公有住房租赁权是承租人通过与出租人（政府、国有企事业单位等）签订合同而取得的。由于公有住房的特殊性，在可单独承租的公有住房或其部分上一般不可能同时成立两个以上租赁权。同时，根据现行法律法规，公有住房承租人在其租赁的公有住房出售时，享有具有一定排他性的优先购买权[6]。因此，公有住房租赁权是具有排他性的民事权利。

（2）公有住房租赁权是一种债权。尽管公有住房租赁权具有物权的特征，但其性质依然属于债权。

一是，公有住房租赁合同是公有住房租赁权设立和存在的基础。公有住房租赁合同是公有住房出租人与承租人签订的，通过明确的条款，约定出租人、承租人双方的权利义务关系及各自应承担的法律责任，成立公有住房租赁权的协议。公有住房租赁权设立和存在的基础与前提是公有住房租赁合同。没有公有住房租赁合同作为依据，公有住房租赁权便无由存在。

二是，公有住房租赁权能够体现特定债权债务法律关系。《民法通则》第84条规定“债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人”。如上所述，公有住房租赁权的设立和行使，以租赁合同为依据，反映公有住房出租人与承租人间权利义务关系：出租人根据法律法规及租赁合同，收取公有住房租金，在一定范围内依法对承租人行为进行监督，在符合规定条件时收回公有住房，同时负责公有住房的修缮和维护等；承租人依照法律法规和租赁合同约定，占有、使用公有住房，满足规定条件时可对所租赁的公有住房转租或转让租赁权以获取收益，同时负有足额、按时交纳租金，未经出租人同意不得擅自改变租赁公有住房的结构、装修等义务。可见，公有住房租赁权体现的正是存在于出租人与承租人间债权债务关系，出租人与承租人事实上处于互为债权、债务人的地位。

三是，公有住房租赁权的设立与变更采意思自治原则。公有住房租赁权具有较为浓厚的福利色彩，公权力介入程度较深，但这并不能改变公有住房租赁权的设立与变更基于出租人与承租人双方合意的事实：在承租人不符租赁特定公有住房所要求的限制条件时，出租人有权不予租赁或收回已经租赁的公有住房；从理论上讲，承租人出于种种原因，在合法范围内，对公有住房也可以拒绝租赁，相关法律法规对该行为也没有明确的禁止性规定。因而，与遵循法定主义，当事人自由度有限的物权不同，公有住房租赁权的设立与变更，采取的是以租赁合同为外部表征的意思自治原则。

（三）结论—公有住房租赁权具有可继承性

分析以上关于公有住房租赁权法律性质的论述，笔者认为，公有住房租赁权是具有一定物权特性的特殊债权，是代表财产利益的权利。且在公有住房租赁权交易流转在多地已经开放，有关规范性文件已经出台的背景下[7]，许多公有住房的承租人通过公有住房租赁权市场交易的途径发生变更，公有住房租赁权完全实现市场化交易流转是可以预见的趋势，公有住房租赁权与特定人身关联已经不再如福利分房时代一样密切。因此，公有住房租赁权毫无疑问应属于财产权利范畴，是公有住房承租人享有的合法的可以流转交易的财产权利。

继承是继承人依照法定程序，无偿取得被继承人遗产的法律行为。遗产是继承的标的，包括死者遗留下来的财产与财产权利。《继承法》第3条对我国认可的遗产范围以列举加概括的方式进行了规定[8]，明确“公民的其他合法财产”属于遗产。对于“公民的其他合法财产”应如何界定的问题，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3条指出：“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》颁布于20世纪80年代，彼时我国尚处于由传统计划经济向市场经济转型过程中，公民个人所有的，可供继承的财产非常有限。因此，在当时的历史条件下，《继承法》第3条在规定遗产范围时，主要就当时已认识到的一些财产类型进行了列举，并规定了“公民的其他合法财产”这一兜底条款。推究该条的立法目的，结合前述《意

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

见》在诠释“公民的其他合法财产”时使用的“等”的表述，笔者认为，有关立法规定“公民的其他合法财产”，主要不是为了对遗产的类型进行不必要的限制，而恰恰是为了在实践中对遗产进行相对灵活的认定留出空间。因而，对“公民的其他合法财产”应当作较为宽泛的理解。公有住房租赁权是具有一定物权特性的债权，具有可流转性，是能够表征财产利益的权利，应当认定为属于“公民的其他合法财产”范围，是遗产的类型之一。

综上，公有住房租赁权是公有住房承租人享有的，对其承租的公有住房享有占有、使用、收益的合法财产性权利，是《继承法》规定的可认定为遗产的“公民的其他合法财产”，具有可继承性。

二、公有住房租赁权继承人范围与顺位的确定

公有住房租赁权具有可继承性。公有住房租赁权继承的法律效果，是经由法律规定的程序，将特定公有住房的承租人由被继承人变更为继承人（即“过户”），由继承人取得该特定公有住房的租赁权。因此，要顺利实现公有住房租赁权的继承，必须对公有住房租赁权的适格继承人加以明确。

由于《继承法》等有关法律尚未明文认可公有住房租赁权的可继承性，又根据《立法法》，继承作为民事基本制度之一，属于“法律保留”项目。故法律以外的其他规范性文件目前对公有住房租赁权的继承也没有加以规定，具体继承人的确定更无从谈起。但是，实践中因公有住房原承租人死亡而需要变更承租人的情况客观存在。此种情况下承租人（即公有住房租赁权权利人）的变更，与继承法律关系变动中遗产权利人经法定程序由被继承人变更为继承人在事实上存在相似性。各地在处理公有住房承租人变更问题中，针对此类问题也积累了一定经验，出台了有关规定。因此，笔者认为，在未来建构公有住房租赁权继承法律机制的进程中，可以参照目前各地实践中因公有住房原承租人死亡而需要变更承租人（即所谓“过户”）时的做法，对公有住房租赁权适格继承人的范围、顺位等问题加以规制，确定公有住房租赁权的适格继承人。

（一）代表地区处理公有住房因原承租人死亡发生承租人变更的相关规定及评说

各地现行的涉及调整公有住房的规范性文件，对因公有住房原承租人死亡而发生的公有住房承租人变更（“过户”）作出了一些规定，本文限于篇幅，仅对其中较有代表性，内容设计相对比较具体的《上海市房屋租赁条例》及《天津市公有住房变更承租人管理办法》相关规定加以说明。

1. 《上海市房屋租赁条例》

《上海市房屋租赁条例》是上海市人大常委会制定并颁布的地方性法规，《条例》对上海市行政区域范围内的，包括公有居住房屋（即本文所称“公有住房”）在内的房屋租赁及管理事项进行了规范。关于公有住房原承租人死亡后，如何确定新承租人问题，《条例》规定：“公有居住房屋承租人死亡的，其生前的共同居住人在该承租房屋处有本市常住户口的，可以继续履行租赁合同；其生前的共同居住人在该承租房屋处无本市常住户口或者其生前无共同居住人的，其生前有本市常住户口的配偶和直系亲属可以继续履行租赁合同”[9]。

《条例》颁行后，上海市房屋土地资源管理局（现上海市住房保障与房屋管理局）出台了旨在贯彻《条例》的一系列规范性文件。其中，《上海市房屋土地资源管理局关于贯彻〈上海市房屋租赁条例〉的意见（二）》及《上海市住房保障和房屋管理局关于公有居住房屋变更、分列租赁户名的若干规定》包含了原承租人死亡后确定公有住房新承租人的细化规定。根据该两规范性文件，公有住房原承租人死亡时，其生前在本处有上海市常住户口的共同居住人协商一致，要求变更承租户名的，出租人应予同意。协商不一致时，由出租人从有上海市常住户口的原承租人共同居住人中，按照原承租人配偶、子女、父母、其他共同居住人的顺序书面确定承租人。原承租人死亡，其生前在本处无上海市常住户口的共同居住人的，其生前具有上海市常住户口的配偶和直系亲属协商一致，要求变更租赁户名的，出租人应予同意。协商不一致时，出租人应当按照原承租人配偶、子女、父母、其他直系亲属的顺序书面确定承租人[10]。

考察《上海市房屋租赁条例》及其附随规范性文件的上述规定，可以发现其在确定原承租人死亡后公有住房的新承租人时，总体上采取原承租人共同居住人优先，尊重当事人意思自治的基本原则。在当事人不能达成意思一致，需由出租人确定新承租人时，在新承租人范围上，原承租人的配偶、子女、父母可被确定为新承租人，其他人员是否可被确定为新承租人则与其户口状况、是否为原承租人共同居住人、是否为原承租人直系亲属等相关。

2. 《天津市公有住房变更承租人管理办法》

《天津市公有住房变更承租人管理办法》颁行于2004年，2007年修订。对于公有住房原承租人死亡后承租人的变更，2007年修订后的《办法》规定：“公有住房承租人死亡或者户籍迁出本市的，承租人的配偶、子女、父母等可以申请过户”，“过户申请人为18周岁以下未成年人或者其他无民事行为能力人申请过户的，可以由其监护人代理申请过户，并提交经公证的代理履行承租房屋义务的保证书”[11]。《办法》还规定，原承租人死亡后无可继续承租公有住房的配偶、子女、父母的，原承租人的兄弟姐妹等在天津市主要报纸刊登公告，公告三个月期满无异议的，提交具结书后可以申请过户[12]。

此外，值得注意的是，2007年修订前的《天津市公有住房变更承租人管理办法》（下称“原《办法》”）在上述问题上与现行《办法》规定存在一些不同。按照原《办法》规定，公有住房承租人死亡或者户籍迁出本市的，承租人

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

配偶及其原户籍共同生活两年以上的家庭成员可以申请过户。公有住房使用权过户按照配偶、原同户籍共同生活的家庭成员中子女、父母、其他亲属的顺序，同时需征得其他符合过户条件的家庭成员的书面同意。顺序在先的家庭成员放弃承租权的，可由其后顺序的家庭成员申请过户[13]。

分析《天津市公有住房变更承租人管理办法》，特别是对比 2007 年修订前后该《办法》关于承租人死亡后确定新承租人的规定，可以发现《办法》在处理该问题上做法存在的明显变化。与 2007 年修订前相比，现行《办法》不再明文规定原承租人配偶、子女、父母及兄弟姐妹等其他亲属在确定新承租人时的必然顺序，也不再规定“同户籍”、“共同生活两年以上”等限制性条件，这些变化一定程度上有利于扩大承租人范围，更加尊重当事人意思自治，但也有可能造成一些新的争议，如由于取消了关于确定新承租人顺序的规定，在符合承租人条件的原承租人配偶、子女、父母及其他亲属对由何人继任承租人产生争议时，出租人、司法机关等因缺乏明确、具体的规范依据而难以确定承租人进而解决争议。

（二）公有住房租赁权继承人范围与顺位的制度借鉴与构想

通过上文对上海、天津市相关规定的解析，不难看出《条例》与《办法》（包括 2007 年修订前后的《办法》）在因原承租人死亡发生的公有住房承租人变更制度设计上存在一些共性，虽然没有明确使用“公有住房租赁权继承”的术语表述，但蕴含的精神和内在法律机理与《继承法》是相一致的[7]。因此，笔者认为，在现行《继承法》基本框架下，构建公有住房租赁权继承法律机制，明确公有住房租赁权的适格继承人，应充分借鉴《上海市房屋租赁条例》、《天津市公有住房变更承租人管理办法》等地方规范性文件，结合实际情况，对公有住房租赁权适格继承人的范围与顺位加以规范。

首先，《继承法》第 10 条[14]是确定公有住房租赁权继承人范围与顺位的基本法律依据。依据该条，公有住房租赁权继承人范围应包括原承租人（被继承人）的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。其中，原承租人（被继承人）的配偶、子女、父母为第一顺位继承人，原承租人（被继承人）的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺位继承人。

同时，原承租人（被继承人）生前共同居住人一般而言为照顾原承租人（被继承人）的生活付出较多，或者是原承租人（被继承人）自身抚养、赡养的对象，故由其继续承租所居住的公有住房是合理的，且从《合同法》[15]及前述地方规范性文件中也可以找到一定依据。故笔者认为，在上文所述同一顺位继承人之间，可规定原承租人（被继承人）生前共同居住者享有优先继承权，各继承人也可自行协商后，以书面形式确定不采用优先继承权；存在第一顺位继承人时，第一顺位继承人继承遗产，应为处于第二顺位，但系原承租人（被继承人）生前共同居住者保留必要份额，其表现形式可以为共同承租或经济补偿等。对于继承人是否具有被继承公有住房租赁权所在地户籍问题则不宜要求过严。

三、公有住房租赁权的继承方式

《继承法》第 5 条规定了我国遗产继承的基本方式，根据该条，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。公有住房租赁权作为可继承的财产性权利，其在继承方式上也应遵循《继承法》第 5 条规定，即遗嘱继承优先，无遗嘱适用法定继承的原则。

（一）公有住房租赁权的遗嘱继承

公有住房租赁权的遗嘱继承，是指公有住房租赁权权利人（即公有住房承租人）通过立遗嘱方式，将其享有的公有住房租赁权指定由法定继承人的 1 人或者数人继承的继承方式。

在公有住房租赁权遗嘱继承的具体制度设计上，2007 年修订前的《天津市公有住房变更承租人管理办法》具有很好的借鉴意义。该《办法》规定：“通过置换取得公有住房使用权的承租人，可以通过公证遗嘱的形式指定一名家庭成员在其死亡后继续承租。被指定的承租人未与原承租人同户籍共同生活，且与原承租人同户籍共同生活的家庭成员无其他住房的，被指定的承租人应当允许其继续居住”[16]。笔者认为，这一规定允许通过置换这一市场化交易方式取得公有住房租赁权的承租人以公证遗嘱形式，从其家庭成员中指定其死亡后的承租人人选，无疑承认了公有住房租赁权的财产性，与《继承法》关于遗嘱继承的规定[17]本质上有一致性，完全可以适用于公有住房租赁权遗嘱继承之中。

此外，公有住房租赁权的财产性和可继承性不因权利人取得公有住房租赁权的方式不同而不同。申言之，不论通过分配取得或通过置换等市场化交易流转方式取得，公有住房承租人均有权以遗嘱形式，将其享有的公有住房租赁权指定由法定继承人中的 1 人或数人继承。遗嘱的具体形式可借鉴前述《办法》规定，采公证遗嘱形式。遗嘱指定的继承人中与公有住房租赁权权利人（公有住房承租人）共同居住者，在遗嘱继承中有优先继承权。遗嘱继承中，各继承人应为未被指定为遗嘱继承人，但与原公有住房租赁权权利人生前共同居住，且属于《继承法》规定的法定继承人范围内的人保留必要份额，其表现形式可为共同承租、经济补偿、允许继续居住等。

遗嘱指定的继承人不具备承租公有住房资格时，由公有住房所有权人（出租人）收回公有住房，由第三方评估

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

机构参照当地公有住房租赁权交易流转市场上相同或相近档次公有住房租赁权的交易流转价格，考虑被收回公有住房的房龄、已租年限、房屋质量等因素，评估确定被收回公有住房的现价值。公有住房所有权人根据评估结果给付经济补偿，遗嘱指定的继承人就该经济补偿享有继承权。如遗嘱指定的继承人为1人以上，但当地有关规定不认可公有住房可共同承租时，遗嘱指定的继承人应自行协商确定承租人，承租公有住房的继承人应给予其他继承人适当补偿。当地有关规定认可公有住房共同承租，但遗嘱指定的各继承人经自行协商确定由其中一人为承租人时亦应照此办理。

（二）公有住房租赁权的法定继承

公有住房租赁权的法定继承，是指公有住房租赁权原权利人（原承租人、被继承人）死亡后，在没有遗嘱或遗嘱无效的情况下，由其法定继承人依照法定范围和顺位继承公有住房租赁权的继承方式。

公有住房租赁权的法定继承在共同居住人享有优先继承权、继承人不具备承租公有住房资格时的处理，承租公有住房的继承人对其他继承人的经济补偿等问题上与遗嘱继承类似，可以参照上文有关分析，此处不再赘述。

四、结语

公有住房租赁权作为一种体现财产性权益的民事权利，理应具有可继承性。然而，因《继承法》对公有住房租赁权的继承因没有明确规定，造成公有住房租赁权能否继承始终存在争议，司法实践中处理类似问题往往无法可依。完善我国继承法律制度，从法律规定层面明确认可公有住房租赁权的可继承性，建构符合我国实际且具有较强可操作性的公有住房租赁权继承法律机制，是进一步显化公有住房租赁权财产属性，尊重和保护公有住房租赁权权利人合法权益，促进社会和谐稳定的必由之路。

从立法层面看，条件成熟时可通过修改《继承法》，将公有住房租赁权纳入该法第3条规定的“遗产”范畴之中，以解决公有住房租赁权可继承性问题。如将公有住房租赁权列入《继承法》规定的“遗产”范围条件尚未成熟，可由立法机关以立法解释、答复、批复等形式，认可公有住房租赁权的可继承性；公有住房租赁权继承的具体法律适用，可由立法机关授权行政机关在符合《继承法》、《立法法》规定的前提下，制定行政法规等规范性文件加以规范。

从司法层面看，在法律、行政法规等未对公有住房租赁权继承进行规定的情况下，人民法院可以通过颁布司法解释、指导意见等司法文件，形成公有住房租赁权继承案件的裁判规则。对于公有住房原承租人死亡后，因变更承租人而产生的纠纷，人民法院应当予以受理，并按照公有住房租赁权的继承裁判规则进行审理和判决。

注释：

[1]原《城市公有房屋管理规定》第3条、第20条。

[2]《中华人民共和国合同法》第229条：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”，第230条：“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”。

[3]如《北京市国土资源和房屋管理局关于开展直管公有住房使用权试点工作的通知》，《天津市公有房屋转租管理办法》、《上海市房屋租赁条例》等。

[4]例如，《北京市国土资源和房屋管理局关于开展直管公有住房使用权试点工作的通知》规定：“公房承租人将其所承租的公房转租给他人使用的，应当向原出租人进行备案”，关于“备案”的表述间接表明转租公有住房无须原出租人同意。”又如，《上海市房屋租赁条例》第31条规定：“公有居住房屋承租人转租房屋不需征得出租人同意，但应当在签订转租合同前书面告知出租人”，直接表明转租公有住房无须出租人同意。

[5]《北京市国土资源和房屋管理局关于开展直管公有住房使用权试点工作的通知》规定，对于符合条件的公有住房使用权（即租赁权）交易申请（包括转租、转让），“直管公房经营管理单位应在规定的时限内办结各种手续，不得以任何理由加以拒绝”。

[6]《中华人民共和国合同法》第234条：“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋”。《国务院住房制度改革领导小组关于鼓励职工购买公有旧住房的意见》规定：“出售旧房时，原住户有优先购买权”。

[7]已出台的有关规范性文件有《天津市关于公产住房租赁过户、调换、置换管理的若干意见》、《天津市直管公房挂牌代理转让规则》、《上海市不可售公有住房差价交换试行办法》等。

[8]《中华人民共和国继承法》第3条：“遗产是公民死亡时遗留的合法财产，包括：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产”。

[9]参见《上海市房屋租赁条例》第41条第（二）项。

[10]参见《上海市房屋土地资源管理局关于贯彻〈上海市房屋租赁条例〉的意见（二）》第十一项，《上海市住房保障和房屋管理局关于公有居住房屋变更、分列租赁户名的若干规定》第3条第（三）项。

[11]参见《天津市公有住房变更承租人管理办法》第2条。

“家事法苑”律师团队奉献

[12] 参见《天津市公有住房变更承租人管理办法》第3条。

[13] 参见原《天津市公有住房变更承租人管理办法》第2条。

[14] 《中华人民共和国继承法》第10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”。

[15] 《中华人民共和国合同法》第234条规定：“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋”。

[16] 参见原《天津市公有住房变更承租人管理办法》第3条。

[17] 《中华人民共和国继承法》第16条规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的1人或者数人继承。”

【参考文献】 {1}周宏伟公房承租权继承模式探究[D]上海交通大学, 1999.

{2}天津市高级人民法院课题组. 关于公有住房使用权纠纷案件的调查与分析[J]人民司法, 2012, (13).

{3}王利明. 民法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010. 217.

{4}沈思晨. 公房使用权性质及同住人范围研究[D]. 华东政法大学, 2011.

{5}崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 368.

{6}梁慧星, 陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2007. 11

{7}陈耀东. 房地产法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2012. 57.

国涉外物权法律适用规则之适用与完善

2013年10月19日 中国民商法律网 杜焕芳

关键词: 新国际私法, 物权, 法律选择规则, 法律适用与完善

内容提要: 中国新国际私法对涉外不动产物权、动产物权、有价证券、权利质权进行了明确规定, 但也存在个别条款立法粗糙、与现行国内实体法不一致的情况。动产物权引入意思自治原则过犹不及。未考虑到有价证券间接持有体制下的法律适用。

一、引言

2011年4月1日,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)正式施行,这标志着中国涉外民事关系的法律适用迈入一个新的发展阶段,从立法论走向解释论,从解决立法完善问题迈向解决司法适用问题。{1}为此,中华人民共和国最高人民法院专门发布了《关于认真学习贯彻执行〈法律适用法〉的通知》(以下简称《通知》)。{2}该《通知》指出,“《法律适用法》是我国关于涉外民事关系法律适用的第一部单行法律,该法的出台必将对我国涉外民事审判工作产生重大而深远的影响。各级人民法院应当积极组织审判人员认真学习《法律适用法》,准确把握立法精神,深刻理解每一条款的含义,充分认识这部法律对调整我国涉外民事关系的重要性以及对促进国际民事交往的积极作用。”“徒法不足以自行”。笔者认为,兹《通知》的这一要求对于中国国际私法学界的同仁也是适用的,立法者已谢幕退场,学界和司法实务者应及时登台亮相。《法律适用法》是中国民事法律体系中的一部分“新法”和“小法”,只有首先在学界和司法实务界引起反响,理解立法,取得共识,让这部法律的每一条款深入学界和司法实务界的人心,方能唤起民众对这部“新法”和“小法”的可能理解与适用兴趣。

在《法律适用法》颁布之前,中国在涉外物权领域的一般法律适用规则主要有1986年《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第144条以及1988年《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第186条规定。依据这些规定,中国法律确立了“不动产的所有权,适用不动产所在地法律”的原则,并通过司法解释延伸规定“不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系,均应适用不动产所在地法律”。而在动产物权、运输中动产物权、有价证券和权利质权等方面的法律适用规则,则是由《法律适用法》首次作出规定,但该法没有将1994年《中华人民共和国海商法》和1995年《中华人民共和国民用航空法》两部特别法中涉及船舶物权{3}和民用航空器物权{4}的法律适用条款予以纳入。这些规定在尽可能与国内外、国际相关立法保持一致的同时,也存在个别条款立法粗糙、遗漏,与现行国内实体法不一致的情况。笔者曾参与了由中国国际私法学会组织的《涉外民事关系法律适用法建议稿》{5}(以下简称《建议稿》)的草拟工作,以及由全国人大常委会法制工作委员会组织的相关立法讨论,对此深有感触。

本文主要对《法律适用法》中涉外物权的法律选择规则的适用与完善进行分析。如何理解和适用新法的规定,对于涉外物权争议的解决尤为重要,在此基础上提出进一步完善的建议,对于将来出台司法解释或者修订新法亦具意义。由于司法实践中援引新法解决涉外物权争议的裁判尚未公布,本文对于相关司法实践的介绍和评判均系基于新法之前的法院裁判。

二、不动产物权的法律适用

在不动产物权方面,《法律适用法》采纳了物之所在地法(*lex rei sitae*)原则,其第36条明确规定:“不动产

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

物权，适用不动产所在地法律。”这与《民法通则》第144条“不动产的所有权，适用不动产所在地法律”的规定相比，适用范围扩充为“不动产权”；与《民通意见》第186条“不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律”的规定相比，法律用语更为统一简洁。一方面，2007年《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）已明确采用了物权概念；另一方面，物权法的调整对象是物权的本体关系。《物权法》第2条第1款规定：“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法。”也就是说，物权法调整的是物权的归属（取得、设立、丧失或变更）和内容，以及物权的利用和保护。《法律适用法》对涉外不动产权的规定亦主要是针对作为不动产权关系的本体关系，而对于不动产权的复合关系，例如最典型的债权债务关系——不动产权的转让和侵权，该法并未在涉外不动产权中规定，而只能由债（权）调整或者需要另行规定。

从中国法院审理涉外物权案件的司法实践来看，对于不动产权的法律适用问题，尽管在法律选择结果上几乎所有的案件都最终适用了不动产所在地法律，但在部分案件中不仅法院之间的判决理由互有歧异，有时法院的判决依据与前述中国法律的明文规定亦有所出入。因此，指出中国法院司法实践中存在的问题，对今后正确处理此类及其他类似案件的法律适用问题具有重要意义。

（一）涉外不动产确权案件

在台湾居民阳建明等5人诉王桂云财产权属纠纷一案^{6}中，围绕着一套位于中国广西桂林市的房产，房屋的实际出资购买人的子女与房屋产权登记人的遗孀发生争执，分别要求法院确认其对于该争议房产的所有权。关于本案管辖权及法律适用的问题，法院认为：“因台湾省与中国大陆属一国之内的不同法域，其法律冲突问题应准用我国涉外法律的相关规定。（1）管辖权问题。因本案被告住所地在广西壮族自治区桂林市，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第22条的规定‘对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖’。又根据最高人民法院《关于指定广西壮族自治区桂林市中级人民法院管辖一审涉外民商事案件的批复》的规定，本院对本案具有管辖权。（2）法律适用问题。由于原、被告没有对处理争议适用的法律作出选择，根据《中华人民共和国民法通则》第144条的规定，不动产的所有权，适用不动产所在地法律。本案不动产房屋所在地在中国大陆，故应适用中国大陆法律。”

不难发现，本案的法律适用结果固然正确，但其所依据的判决理由却不无瑕疵。本案的实质问题在于争议房屋由他人出资购买的事实和证据能否推翻房屋产权证书中所记载的相反内容，进而确定房产的真正所有人及其继承人的权利。这一问题涉及一国法律在不动产所有权归属方面的核心规定，其法律适用自然应依据中国法律明文规定的“不动产的所有权，适用不动产所在地法”的规则来加以解决。但是，法院判决理由中的措辞却表明，审理法院似乎持这样一种观点，即“不动产的所有权，适用不动产所在地法”规则的适用以“原、被告当事人没有对处理争议适用的法律作出选择”为前提条件。这种观点对中国有关法律的理解有失偏颇：在涉外不动产权方面，中国法律排除当事人意思自治原则的适用。实际上，这也是各国国际私法普遍承认的原则。尽管《法律适用法》第37条肯定了当事人意思自治原则在动产物权领域的适用，但在不动产的物权问题上，当事人意思自治原则仍然没有适用的余地。

（二）涉外不动产租赁案件

在林慧美、陈志英诉厦门豪客来餐饮管理有限公司、厦门市豪客来餐饮娱乐有限公司无锡朝阳分公司房屋租赁合同纠纷一案^{7}中，法院的法律适用依据显然是基于《民通意见》第186条关于“不动产所在地法”适用范围的规定：“本案为涉外、涉台商事纠纷案件。本案租赁合同所涉的房屋系位于中华人民共和国大陆地区，不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，依法均适用不动产所在地法，故审理本案纠纷应适用中华人民共和国大陆地区法律。”而在周东阳诉米建平租赁合同纠纷一案^{8}中，法院的法律适用依据却是“最密切联系原则”。该案判决书写到：“双方当事人在合同中和起诉前未就法律适用作出约定，但案件涉及的目标物和法律关系发生的事实均在我国境内，涉外合同的双方当事人没有选择处理合同争议所适用的法律时，应当按照最密切联系原则选择以我国内地法律作为处理本案纠纷的准据法。”显然，在该案中，审理法院并不认为在不动产租赁合同履行过程中因一方当事人违约而引起的纠纷属于须由物之所在地法解决的“物权问题”，而是属于“合同争议”^{9}，应与一般合同的法律适用问题相同，在当事人没有选择法律的情况下适用与合同有最密切联系国家的法律。理论上而言，较之于《民通意见》第186条失之过宽的规定，^{10}该案审理法院所持的观点更为合适。

实际上，“不动产权，适用不动产所在地法”这一规则虽然广为接受，但也常常因其措辞的宽泛而具有误导性。^{11}毕竟，不动产的买卖或租赁法律关系与动产的买卖或租赁法律关系一样，都是既包括物权法律关系，也包括合同法律关系，前者主要涉及有关物权在得丧变更过程中的成立要件、效力、对第三人权利的影响等“物权问题”，而后者主要涉及以转移或设立上述物权为目的而达成的协议的意思表示、协议内容、履行及违约责任等“合同问题”。正是在这一区分的基础上，各国国际私法体系都无一例外地采纳了“物权问题”适用物权冲突法（物之所在地法），而“合同争议”则依合同冲突法（意思自治与最密切联系原则）的做法。因此，中国法院在面对此类案件时应首先对案件争议作出准确的识别，确定有关争议究竟属于“物权问题”还是“合同争议”，进而正确地适用冲突规则做出合乎争议性质要求的法律选择。同时，在将案件争议识别为“合同问题”后，要注意遵行关于最密切联系法律的特征性履

行推定：{12}“不动产的买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法”。12

三、动产物权的法律适用

在动产物权和运输中动产物权方面，《法律适用法》在采用“动产所在地”、“运输目的地”连结因素的同时，引入了当事人意思自治原则，大大突破了物之所在地法的一般规则。其第 37 条和第 38 条分别规定：“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”“当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律。当事人没有选择的，适用运输目的地法律。”

（一）动产物权适用意思自治的反思

我们知道，在中国民法学界的极力反对下，《物权法》最终将物权自由主义排除在外，确立了物权法定主义。{13}有关涉外物权的法律适用应当与中国现行法律相关规定保持一致才能保证立法的一致性。然而，《法律适用法》却让物权自由主义重生，这与中国现行物权法的基本原则背道而驰。{14}

首先，物权的法定性、绝对性、对世性和公示性，都要求物权的法律适用只能受物之所在地法支配，而不能任由当事人约定。在物权关系中，除了物权权利人之外，其他当事人都是不特定的。物权是对世权，可以对抗一切人，包括第三人。因此，第 37 条和第 38 条所规定的“当事人”就无法特定。这与债权关系不同。债权是对人权，是特定当事人之间的权利义务关系，因而他们就可以协议选择他们之间关系的准据法，且债权只能约束债权关系当事人，不能对抗第三人。同时，物权必须公示，这是物权法的基本原则。{15}只有物权的准据法明确，物权才可能公示。如果当事人可以任意选择物权的准据法，物权的内容就处于漂浮状态，无法为众人所知晓，尤其会影响第三人利益。因此，为了保障交易安全，必须保证物权的明确性以便让第三人能够知晓物权的内容，使他不至于因为目标物受他不可预见的法律支配而受损。{16}

其次，第 37 条和第 38 条与中国现行法律关于动产物权变动的规定不配套。按照第 37 条和第 38 条的规定，当事人协议选择的准据法所适用的法律关系是（运输中）动产物权的变动。按照不同的物权变动立法模式，各国法律规定下的动产物权的变动可能有不同的条件。法国和日本采意思主义的物权变动模式，德国和瑞士采物权形式主义的物权变动模式，而奥地利和韩国则采债权形式主义的物权变动模式，等等。{17}当事人选择法律的同时就选择了一种动产物权变动的方式。这样的规定相当于赋予当事人一种权利，他们可以通过选择法律从而选择动产物权变动的时点。在《中华人民共和国合同法》的立法模式{18}下，动产所有权的转移（或保留）可以由当事人约定，但是按照中国《物权法》的规定，排除了当事人对动产物权的设立和转让的约定，动产物权“除法律另有规定外”自交付时才转移。这一规定就不再是任意性的立法模式，表明立法者有意对动产物权的设立和转让有所控制，第 37 条和第 38 条的规定可能使当事人通过法律选择规避这一强行规则。

再次，物权领域引入当事人意思自治的国外立法例极少，且多有限制，司法现状亦不容乐观。最早在国际私法立法上将当事人意思自治原则引入物权领域的当属瑞士。瑞士 1987 年《关于国际私法的联邦法》（2010 年文本）在确立了物之所在地法原则的同时，其第 104 条还规定：“对于动产物权的取得与丧失，当事人可以选择适用发送地国法律、目的地国法律或者支配致使物权取得与丧失的法律行为的法律。此项法律选择不得用以对抗第三人。”{19}可见，瑞士国际私法在动产物权方面规定的当事人意思自治是有条件、有限制的当事人意思自治。而中国《法律适用法》第 37 条和第 38 条的规定对当事人所选择的法律没有任何限制，有些过犹不及。从司法现状看，瑞士国际私法第 104 条的规定经过 20 多年的检验，其所发挥的作用与立法者的预期大相径庭，近年来已经遭到激烈批评。{20}因此，第 37 条和第 38 条不加任何条件限制的引入意思自治原则欠妥，且会给将来的司法实践带来很大的麻烦。这方面，可参考中国国际私法学会《建议稿》第 44 条第 1、2 款规定：“动产物权，适用取得、变更、转让或消灭物权的法律事实发生时动产所在地法律。运输中的动产物权，适用运输目的地法律。”

最后，中国法院在《法律适用法》之前处理动产物权确权案件运用当事人意思自治原则亦欠妥当。在原告富运发展有限公司与被告成都新津宝珠酒业有限公司确认财产所有权属纠纷案{21}中，法院认为：“本案富运公司诉宝珠公司是确认存放于宝珠公司库房内的曲酒所有权纠纷，其行为地在中华人民共和国境内，同时，双方当事人一致陈述适用中华人民共和国法律。故本案应适用中华人民共和国法律。”笔者认为，法院关于该案法律适用的这一推理过程并不恰当。首先，本案涉诉的目标是曲酒，属于动产；由于原告为外国法人，因此，本案应属于涉及动产所有权的国际私法案件。处理国际私法案件，需要确定应援用的法律适用规则。在《法律适用法》颁布之前，中国现行法律仅规定了不动产所有权的法律适用规则，而对动产物权的法律适用未作规定。通观世界各国关于物权的法律适用，各国一般主张适用物之所在地法原则加以解决。本案的目标——曲酒位于中国境内，因此，依据物之所在地法，应适用中国法律。同时，依据《民法通则》及《民通意见》的规定，外国法人在中国领域内进行的民事活动，必须符合其本国法与中国法律的规定；但本案是确认之诉，所以援用行为发生地这一连结点并不恰当；适用当事人意思自治原则亦缺乏法律依据。

（二）运输中动产物权适用目的地法

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

运输中的物，其所在地并不固定。尤其是运输中的货物可能正在公海上或空中，更无法确定所在地。通常情况下存在三个可供选择的地点：始发地、目的地和过境地。过境地通常与案件不具有实质性联系，多数国家规定适用运送目的地国法律。我们认为，可以根据具体案件中需要保护的当事人利益来决定适用始发地国法律还是目的地国法律。一般来说，始发地国法律有利于保护卖方利益；目的地国法律则有利于买方利益。中国在进口和出口方面都居世界前列，但相对而言，中国进口的货物都是重要资源或高科技设备等，出口的大都是中低端工业品，所以适用运输目的地法律相对而言更有利于中国当事人。

在原告韩国三荣公司诉被告盘锦庆道服装有限公司海运货物纠纷案{22}中，1992年2月29日，被告盘锦庆道服装有限公司与发货人韩国庆道经贸公司签订了《来料加工皮革服装合同》。合同约定由发货人向被告提供原材料、辅料，由被告负责加工。为履行该合同，发货人分别于1995年的8月31日、9月25日、10月6日将3个集装箱的原材料及辅料，在韩国釜山交与原告韩国三荣公司承运。原告向发货人签发3份提单，提单记载：发货人庆道贸易公司，收货人凭指示，装货港韩国釜山，卸货港中国大连，承运船为“朝阳”轮。发货人凭原告签发的提单已于韩国（株）韩一银行结汇，并通过韩国结汇银行将正本提单邮寄给开证行中国银行盘锦分行。该3份提单项下的货物分别于同年9月8日、9月30日、10月12日抵达大连港。提货时，被告以正本提单未到为由向原告提出先行提货后补交提单的请求，原告同意，并凭被告出具的“保函”，将该批货交与被告。被告接受货物后，以该批货物存在质量等问题为由，未向中国银行盘锦分行付款赎单，该分行便将3份正本提单邮回韩国（株）韩一银行，故被告无正本提单补交给原告。原告要求返还货物，被告予以拒绝。1996年3月19日，该批货物的正本提单持有人韩国（株）韩一银行以本案原告不法放货为由向韩国法院提起诉讼，要求本案原告赔偿因无单放货造成的经济损失。同年3月21日，原告以被告无正本提单提货并占有货物为由提起诉讼，要求判令被告立即返还以上3个集装箱的货物。同月原告又提出财产保全的申请，请求查封为被告非法占有的3个集装箱的皮革及辅料，原告缴纳保全费后，法院裁定将被告存放于仓库内的该批货物予以查封。

大连海事法院认为，争议提单项下的货物在原告承运期间至收货人凭提单提取之前，应属原告合法占有，被告与发货人之间虽有《来料加工皮革服装合同》，但未向银行付款赎单，依法无权提取并占有该批货物；原告将货交与被告是基于被告的补单承诺而为之。因此，被告仅在提单流转至开证银行前可以占有该货物。当提单流转至开证银行，被告不予赎取，违背了先前的承诺，继续占有该批货物没有合法依据，强行占有属不当得利。依照《民法通则》第92条规定“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”原告要求被告返还货物于法有据，应予以支持；被告主张应由其占有的抗辩理由不能成立。原告未按合法程序将货物放给被告，对本案诉讼起因也负有一定责任。据此，大连海事法院于1996年5月6日判决如下：被告盘锦庆道服装有限公司于其仓库向原告韩国三荣公司按原状返还本案争议的3个集装箱的货物。自本判决生效之日起15日内返还。本案原告韩国三荣公司预交的诉讼费、保全费共计人民币53531元，被告盘锦庆道服装有限公司承担人民币28531元，余额由原告韩国三荣公司承担。第一审宣判后，当事人未提起上诉。

法院的如上判决在结果上没有问题，但是很显然，针对这一国际私法案件，法院判决书没有体现法律选择的思维和过程，直接依据中国实体法裁判。关于运输过程中的货物所有权争议，中国之前的法律没有规定法律适用规则，但按照物之所在地法原则，该系争货物在中国大连，也可得出准据法为中国法律的结论。按照目前《法律适用法》新的法律适用规则，在当事人没有协议选择的情况下，客观上要适用运输目的地法律，联系到本案也就是中国法律。

（三）动产物权的既得权保护和限制

一般而言，动产经移动致其所在地前后不同时，动产物权即应依其新所在地法。{23}但这一原则有时与保护已依其旧所在地法取得物权的的原则，难以配合。因此，就存在这样一个问题：对于动产物所在地发生改变后，依照先前的所在地法所取得的权利是否为后来所在地法承认和保护？各国适用的一般规则是，准据法的改变不影响先前所取得的合法权利，但是，依照先前所在地法所取得的权利要受后来所在地法的限制和约束。{24}

这对中国具有重要意义，它涉及对外国资产进行国有化和征用后，该财产在国外被原所有人起诉后，应当如何处理的问题。{25}《法律适用法》未对此作出规定，很有必要予以补充。这方面，可以参考中国国际私法学会《建议稿》第44条第3款：“动产被转移到另一国家时，先前取得的物权不得违反该国法律对善意第三人的保护。”国外立法例如，委内瑞拉《关于国际私法的法令》第28条规定：“动产的转移不影响已依照前法规定有效取得的权利。但此种权利仅在其满足新所在地法规定的要件时方有对抗第三人的效力。”{26}又如，德国《民法典施行法》（截至2010年）第43条第2款规定：“如已设定权利的物进入其他国家，则该权利的行使不得与该国的法律制度相抵触。”{27}这种做法既考虑到了动产既得权的保护问题，又对此作出了一定的限制以保护后来处置该动产的善意第三人利益，因而达到了用立法来平衡各种社会关系和各方当事人利益的目的。

同时，这还涉及对中国流失海外文物的追索问题。《法律适用法》第37条规定仅可适用于一般意义的动产物权纠纷，不能适用于被盗文物的原始所有人和善意购买人有关所有权的纠纷。如果不完善该条文，适用这一条文的结果将

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

为被盗文物的跨国非法流转大开方便之门。原因在于，一旦出现被盗文物跨国所有权纠纷，而国内的文物原始所有人在中国法院以国外的购买人为对象提起文物返还之诉，由于中国的文物原始所有人没有参与不法分子与购买人的移转该被盗文物的所有权交易中，因而不是该合同的当事人，根本无法决定该被盗文物所有权移转合同所适用的法律，因而第 37 条第 1 句“当事人选择法律”的规定在这一情形下根本无法得以适用；在第二种情形下，由于不法之徒在选择交易地点时已作精心挑选，又加之文物交易的重要管道拍卖行把关不严，往往使购买人依交易所在地法可获得有效的所有权，中国法院依“法律事实发生时动产所在地法律”往往会再次确认购买人的所有权，而文物原始所有人的权利根本得不到保护。{28}这方面，亦可以参考中国国际私法学会《建议稿》第 45 条：“文化财产所有权，适用原属国法律。原属国法律缺乏对善意第三人保护的，可以适用发现文化财产所在地法律。”

四、有价证券的法律适用

在有价证券方面，《法律适用法》第 39 条首次规定：“有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。”显然，该规定只涉及有价证券体现的权利的法律适用，而不包括有价证券本身的物权的法律适用；只考虑到有价证券直接持有体制下的法律适用，而不包括有价证券间接持有体制下的法律适用。

（一）区分有价证券两种不同性质的权利关系

有价证券的权利包括两种权利：一种是持有证券的人对证券本身的物质权利，即证券所有权和其他物权，它是一种物权；另一种是构成证券内容的权利，即证券所体现的权利，也就是证券持有人依照证券上的记载而享有或行使的权利，通常称为证券权利。因此，有价证券的法律适用，要区分对证券本身的物权和对证券中所体现的权利的所有权。{29}对于证券本身的所有权、占有权等物权，应当适用证券的物权准据法，一般就是证券的所在地法，或者说是证券通常能够被发现的国家的法律。证券的物权准据法适用的范围包括：对某一证券本身的所有权和担保权，证券转让的条件、效力，证券所有人与第三人间的关系，证券的抵押担保等。比如，《中华人民共和国担保法》第 75 条规定了权利质押，可以在票据、债券、提单、股票等有价证券的权利上设置质押，这是一种担保物权。中国《物权法》第 223 条规定了权利质权，票据、债券、提单、股权等权利可以出质。对于权利质押应当适用哪一法律，《法律适用法》第 40 条规定：“权利质权，适用质权设立地法律。”这一规定很不明确，用设立地作为连结点也不合适，如何判断设立地？由于可供质押的权利类型多样，其性质也大相径庭，有些权利质权需要登记，比如股票，办理出质登记时设立；有些权利质权不需要登记，比如债券，权利凭证交付时即可设立。因此，权利质权应当依据不同权利本身的性质适用其准据法，对于需要登记的权利质权，适用权利登记地法；对于不需要登记的权利质权，适用权利成立地法。{30}

对于证券中所体现的权利，则要适用证券权利准据法，即支配相关的证券法律关系的准据法。证券权利的准据法决定某一书面凭证是否有价证券、是何种有价证券以及如何实现有价证券的权利。{31}根据证券类型的不同，证券所体现的权利也会有所不同。有价证券所体现的权利（证券权利）大多是债权，比如请求支付金钱的请求权（票据）；也可表现为物权，比如请求交付货物的请求权（提单）；还有一些有价证券体现的是一种社员权或成员资格权，比如股票。因此，对于有价证券的权利，应依照权利的不同性质，适用与该权利有关的法律关系的准据法。比如，甲在澳门地区购买某澳门公司的股票，后甲将该股票带回中国内地并转让给乙。该股票所有权的转让应当依据转让行为发生时股票所在的中国内地法律（物之所在地法）判断，而乙获得股票后能否享有澳门公司的股东权利则应依据澳门地区法律（公司属人法）。《法律适用法》第 39 条引入了比较灵活的连结因素：权利实现地或最密切联系地，但是，如何判断“权利实现地”？这一连结点不明确。实际上，不同有价证券所体现的权利能否实现，依赖于与该权利有关的法律关系的准据法。比如，股东根据股票所享有的权利，适用发行股票的公司属人法（比如注册登记地法）；债券持有人享有的债券权利，适用债券发行合同准据法（比如债券指定的法律）；票据持有人享有的票据权利，适用提示付款或承兑付款地法。{32}

（二）区分有价证券两种不同方式的持有体制

传统的证券交易体制是一种直接持有体制，即证券发行人与证券所有人之间存在直接的法律关系。投资者要么直接持有证券，要么作为所有人将无纸化的证券直接登记在发行人的股东名册上。当证券转让时，投资者要么持纸质证券去交易所进行交换，一手交钱一手交货；要么通过在发行人的登记簿上进行变更登记完成交易。随着现代计算机技术的发展和跨国证券交易的迅猛发展，这种传统的交易体制逐步被间接持有体制所取代。

中国证券市场正逐步对外开放，在证券持有模式上，中国目前采用的是直接持有和间接持有相结合的“双轨制”模式。对于境内居民投资 B 股，同 A 股一样实行直接持有或直接登记制度；对于境外投资者投资境内 B 股，境外投资者通过 QFII（合格境外机构投资者）投资中国国内证券市场，以及中国境内投资者通过 QDII（合格境内机构投资者）投资境外证券市场的，则采用证券间接持有模式。在间接持有体制下，证券的登记、持有、转让和抵押等都通过位于不同国家的中间人的电子账户的记载来完成。从现实情况来看，中国国内证券的发行和交易已基本实现了无纸化，证券的发行和交易通过中央证券电子交易系统来完成，任何证券的交易都只需在账面上作相应的记载即可完成。{33}

因此，对于证券的物权，如果仍然按照传统的“物之所在地法”（证券所在地法），如何确定“物之所在地”就成

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

为一个难题。2006年7月5日，海牙国际私法会议通过了《关于经由中间人持有的证券的某些权利的法律适用公约》，试图统一间接持有体制下证券跨国交易的冲突规则。{34}该公约提出了一个特殊的连结点，即“相关中间人账户所在地”（the Place of Relevant Intermediary Approach，简称 PRIMA），同时引入了有限制的意思自治原则，即公约中所规定的有关事项所适用的法律为账户持有人与相关中间人在账户协议中明确同意的国家的法律，或者账户协议明确指明的另一国家的法律；但必须满足在协议签订时，相关中间人在该国有分支机构，且该分支机构应符合公约规定的条件。

将“相关中间人账户所在地”与“当事人意思自治”有机结合的这一做法意义重大，正获得日益广泛的接受。台湾地区2011年5月26日实施的《涉外民事法律适用法》专门规定了有价证券间接持有的法律适用，主要采纳了上述海牙公约的立法精神，该法第44条规定：“有价证券由证券集中保管人保管者，该证券权利之取得、丧失、处分或变更，依集中保管契约所明示应适用之法律；集中保管契约未明示应适用之法律时，依关系最切地之法律。”中国国际私法学会《建议稿》也借鉴了该海牙公约的做法，其第49条第2款规定：“由中间人托管的有价证券的权利，适用当事人选择的法律。当事人没有选择法律的，适用相关证券中间人账户所在地法律。”笔者认为，在《法律适用法》没有规定的情况下，适时加入该海牙公约，也可以弥补目前立法上的缺位。

五、权利质权的法律适用

中国《物权法》第2条允许以权利作为物权的客体，由单行法特别规定。由此产生权利质权，比如以应收账款、股权、知识产权等设立质权等。在权利质权方面，《法律适用法》第40条首次规定：权利质权，适用质权设立地法律。权利质权，是为了担保债权清偿，就债务人或第三人所享有的权利设定的质权。《物权法》第223条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、支票、本票；（二）债券、存款单；（三）仓单、提单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）应收账款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”可见，中国法律规定的权利质权是在无形财产上设定的权利。对于权利质权应当适用哪一法律，各国不同规定。很多国家未将权利质权从无形财产中分离出来，单独规定权利质权的法律适用，而是通过规定无形财产的法律适用，一并解决权利质权的法律适用问题。例如，《韩国2001年修正国际私法》第23条第1句规定：“以债权、股份和其他权利或与其类似的有价证券为对象的约定担保物权适用作为担保对象的权利的准据法”。{35}少数国家将权利质权从无形财产中分离出来，单独规定了权利质权的法律适用。例如，瑞士1987年《关于国际私法的联邦法》（2010年文本）第105条规定：“债权、有价证券或其他权利的质押，适用当事人所选择的法律。此项法律选择不得用以对抗第三人。当事人未进行法律选择时，债权和有价证券的质押，适用质押权人的惯常居所地法律；其他权利的质押，适用支配该权利的法律。除了支配受质押的权利的法律外，其他任何法律不得用以对抗债务人。”{36}从上述相关国家国际私法的规定来看，对于权利质权的法律适用，各国立法具有较大差异性，尚未形成普遍的法律适用规则。《法律适用法》采用“权利质权，适用质权设立地法律”的规定具有一定合理性，但也存在连结点的确定性。“适用质权设立地法律”的核心是确定权利质权的设立地，即在何种情形下权利质权得以设立。一般说来，交付权利凭证或登记等公示方法为质权的设立要件。例如，中国《物权法》第224条规定：“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。”但是，《法律适用法》没有考虑到有些权利质押需要登记，如知识产权，有些不需要登记，如票据质押等；权利质权引发的法律冲突，不区分债权、股权、知识产权等多种权利类型，而笼统规定适用质权设立地法律，似不妥当。例如，甲和乙签订协议，甲向乙贷款100万元，乙将其在澳门地区获得的发明专利质押给甲作为担保，双方未办理质押登记。后双方发生纠纷，甲能否根据合同向乙主张质押权？如何来判断本案中质权的设立地？笔者认为，权利质押应当根据不同权利本身的性质适用其自身准据法，具体而言，需要登记的以权利为客体的物权，指的是适用权利登记地法律；不需要登记的，指的是适用权利成立地法律。这方面可以参考中国国际私法学会《建议稿》第48条的规定：“以权利为客体的物权，适用权利登记地法律。不需要登记的，适用权利成立地法律。”

六、结语

应当说，《法律适用法》在涉外物权方面的法律适用规则设计比较合理，具有立法创新精神，但也存在不尽如人意的地方，需要在今后的立法修订中予以完善或司法实务中予以解释。

《法律适用法》的物权客体宜与中国民法和特别法上物权的客体保持一致，在调整物权本体关系的同时，在范围上应涵盖并区分所有权、用益物权和担保物权。“动产物权”和“运输中动产物权”即使引入当事人选择法律的意思自治，也应加以限制，不得损害第三人的权利。对于有价证券的法律适用，既要包括有价证券体现的权利的法律适用，又要考虑有价证券本身的物权的法律适用；既要考虑到有价证券直接持有体制下的法律适用，又要顾及有价证券间接持有体制下的法律适用。在承认域外物权既得权的同时，更要注重对于内国财产的交易安全和秩序，以及善意第三人利益的保护。

注释:

杜焕芳, 法学博士, 中国人民大学法学院副教授。

本文系中国人民大学科学研究基金(中央高校基本业务费专项资金资助)项目成果(12XNJ004)《中国国际私法发达史研究》的阶段成果。

{1} 参见黄进:《中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善》,载于《政法论坛》,2011年第3期,第11页。

{2} 法发(2010)52号,2010年12月2日。

{3} 《海商法》第270条:船舶所有权的取得、转让和消灭,适用船旗国法律。第271条:船舶抵押权适用船旗国法律。船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间,设立船舶抵押权的,适用原船舶登记国的法律。第272条:船舶优先权,适用受理案件的法院所在地法律。

{4} 《民用航空法》第185条:民用航空器所有权的取得、转让和消灭,适用民用航空器国籍登记国法律。第186条:民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。第187条:民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

{5} 该《建议稿》已由中国人民大学出版社于2011年出版,由黄进任主编,曾涛和杜焕芳任副主编。

{6} 广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2009)桂市民初字第326号民事判决书。

{7} 江苏省高级人民法院(2009)苏民三终字第0252号民事判决书。

{8} 河南省高级人民法院(2010)豫法民三终字第66号民事判决书。

{9} 最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第2条规定:“合同争议包括合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的终止以及违约责任等争议。”

{10} 参见陈卫佐:《比较国际私法》,北京:清华大学出版社,2008年,第429页。

{11} See James Fawcett and Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett's Private International Law* (14th ed., Oxford University Press: 2008), pg.1204.

{12} 2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2007]14号)第5条第2款第4项。

{13} 梁慧星:《物权法草案第六次审议稿的若干问题》,载于《比较法研究》,2007年第1期,第3-5页。当然,也有学者认为,为了维护民法体系的稳定性和开放性,应在公示基础上采用物权自由的立场。参见常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,载于《法学研究》,2006年第5期,第3页。

{14} 在《物权法》制定期间,有学者认为,如果物权法认可物权的一定程度的任意性特点,则在该任意性范围内涉外物权可以由当事人所选择的法律支配,但这种选择不能对抗物之所在地的善意第三人的利益(参见周后春:《论物权的任意性及其对物权法律适用的影响》,载于《湖南公安高等专科学校学报》,2006年第3期,第71页)。在《法律适用法》制定前后,也有学者分析意思自治在物权冲突法领域的生存空间及可行性(参见许军珂:《国际私法上的意思自治》,北京:法律出版社,2006年,第214-219页;宋晓:《意思自治与物权冲突法》,载于《2011年中国北京“国际私法全球论坛”——全球化背景下的国际私法:机遇与挑战论文集》,2011年,第319-336页)。

{15} 参见王利明:《论物权法中物权和债权的区分》,载于《法学论坛》,2007年第1期,第8-9页。

{16} 参见杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,北京:中国法制出版社,2011年,第246-248页。

{17} 参见王轶:《物权变动论》,北京:中国人民大学出版社,2001年,第18-33页。

{18} 《中华人民共和国合同法》第133条:“目标物的所有权自目标物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”第134条:“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的,目标物的所有权属于出卖人。”

{19} 邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第162页。

{20} 参见杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,北京:中国法制出版社,2011年,第247页。

{21} 四川省成都市中级人民法院(2005)成民初字第850号民事判决书。

{22} 关于该案详情,载于《中华人民共和国最高人民法院公报》,1997年第4期,第140-141页。

{23} 参见杜涛:《国际经济贸易中的国际私法问题》,武汉:武汉大学出版社,2005年,第156页。

{24} 同上注,第157页。

{25} 参见杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,北京:中国法制出版社,2011年,第250-251页

{26} 邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第189页。

{27} 同上注,第14页。

{28} 参见刘琳:《被盗文物跨国流转所有权争议法律适用规则探讨——兼论〈涉外民事关系法律适用法〉第37条》,载于《时代法学》,2011年第1期,第108页。

{29} 参见黄进主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》,北京:中国人民大学出版社,2011

年，第 81 页。

{30} 同上注，第 80 页。

{31} 同上注，第 81 页。

{32} 例如，中国《票据法》第 100 条：“票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律。”第 101 条：“票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。”

{33} 参见王克玉：《现代金融性商事交易对传统物权法律适用规范的改造》，载于《2011 年中国北京“国际私法全球论坛”——全球化背景下的国际私法：机遇与挑战论文集》，2011，第 348 页。

{34} 参见苏颖霞、王葆蔚：《国际证券抵押物权关系法律适用原则初探——兼评〈关于由中间人持有证券若干权利的法律适用公约〉》，载于《时代法学》，2005 年第 1 期，第 83-85 页。

{35} 沈涓译：《韩国 2001 年修正国际私法》，载于《中国国际私法与比较法年刊》，2003 年（第六卷），北京：法律出版社，2003 年，第 641 页。

{36} 邹国勇译注：《外国国际私法立法精选》，北京：中国政法大学出版社，2011 年，第 162 页。

夫妻间权利冲突不可避免——《身份权与人格权冲突的法律问题研究》序言

2013 年 10 月 19 日 中国民商法律网 孙若军

20 世纪 90 年代中后期，笔者开始执教婚姻法时，正值婚姻法修订工作启动，一场铺天盖地、席卷全国的“婚姻观”大讨论，不仅让笔者见识了社会各界脱离法律、不求共识的情绪宣泄，而且，积淀多年的思想碰撞更使笔者视野大开。尽管喧嚣而热闹的讨论随着法律草案的顺利通过戛然而止，但传统与现代交锋所释放出的价值理念，直接影响了国人未来的婚姻走向。事实证明，2001 年婚姻法的修订成为中国婚姻关系的一个拐点，在之后的十多年间，笔者见证了婚姻法学界的同仁们为构建稳定、和谐的婚姻关系所做的坚持与努力，但现实却朝着相反的方向发展。较之当年，如今的家庭解体已变得稀松平常，当事人不再为情感纠缠而是转为争夺财产的坦然，社会不再热衷辩论夫妻间“忠”与“不忠”的是与非，而是转向谴责官员的腐败……时代变迁，恍如隔世。

本书写作的初衷，原本是想借助权利冲突理论寻找一条可以化解夫妻冲突的途径，使婚姻关系朝着良性的方向发展，然而，当笔者沿着历史发展的脉络一路走来，却十分清晰地看到，百余年来人类为之奋斗的，实质上都是要摆脱人与人之间的依附，都是在为挣脱家庭的束缚而努力。换句话说，人类在追求人格自由、平等与独立的同时，也在一步步地瓦解着传统的婚姻制度和家庭伦理。可以说，正是因为人权思想的普及、法治社会的建设以及经济的繁荣发展，激发了人们对追求个人幸福与价值的强烈愿望，才进一步加剧了夫妻矛盾，导致了婚姻关系的大量解体。而与此同时，古往今来人类追求的除感情外再无其他目的的理想婚姻，终于有了实现的可能性，且已经成为一部分人的生活。

本书研究的过程，是一个对婚姻法律制度重新审视的过程，虽然理想的家庭关系并非法律所能构建，人的幸福与否也无法以婚姻来衡量，甚至在直面具体的家庭与个人时，是非曲直都难以言说，但是，法律对婚姻关系的调节仍然是必要的。笔者在本书中主要想阐述以下两个观点：第一，婚姻法律制度的设计应当顺应社会的发展，应当将“以人为本”作为基本理念，始终将尊重人作为其核心价值。维系家庭关系的稳定是婚姻法追求的目标，但不应绝对化，更不能以维护家庭的名义而牺牲个人的权利与尊严。第二，社会发展并未彻底改变婚姻关系的本质，传统的家庭伦理依然为主流的价值观念，且对社会和个人都具有重要的意义，国家有责任对婚姻关系进行适度的干预和保障。

最后，笔者想强调的是，无论现在还是未来，夫妻间身份权与人格权的冲突都是不可避免的，从积极的意义上讲，冲突有助于人类社会的进步，有助于法律制度的建设，有助于观念的更新，也有助于婚姻关系朝着更加符合人性的方向发展。

论我国大陆地区遗赠主体制度的立法完善 以海峡两岸法律制度比较为视角

2013 年 10 月 22 日 中国民商法律网吴国平、吴锟

关键词：遗赠人，受遗赠人，立法，完善

内容提要：我国大陆与台湾地区继承法都确立了遗赠制度，对遗赠人和受遗赠人的相关问题作出了规定。相对而言，我国台湾地区遗赠主体制度内容较为全面。我们可以借鉴台湾地区和世界有关国家的立法经验，扩大遗赠法律关系当事人的范围、建立遗赠义务人制度、增设转遗赠、替补遗赠和后位遗赠制度等，以期进一步完善我国大陆地区的《继承法》。

我国《继承法》颁布于 1985 年并实施至今，由于受当时立法技术等诸多局限，不仅在内容上比较原则与简略，而且还存在一些立法空白，尤其是遗赠制度（包括遗赠主体制度）方面，已无法满足社会经济发展和保护公民私有财产权益的需要，亟待修订与完善。相形之下，我国台湾地区的遗赠主体制度较为完善，我们有必要吸收台湾地区有益的立法经验，对我国大陆地区遗赠主体制度进行补充与修订。

一、我国大陆地区遗赠主体制度的主要内容

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

我国大陆地区遗赠主体制度的内容主要体现在《继承法》和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中。其主要内容包括：

第一，关于遗赠的主体。根据我国《继承法》第16条第3款的规定，遗赠法律关系的主体是遗赠人与法定继承人以外的自然人或集体组织、国家。法定继承人不得作为受遗赠人。

第二，关于受遗赠权的代理行使。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第8条的规定，法定代理人代理被代理人行使受遗赠权，不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不得代理被代理人放弃受遗赠权。如有明显损害被代理人利益的，则应认定其代理行为无效。此外，《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第53条对“转遗赠”问题作出了规定，即“继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人”。

二、我国台湾地区有关遗赠主体制度的主要内容

现行台湾地区“民法”第五编第三章“遗嘱”的主要内容包括遗嘱通则、方式、效力、执行、撤回和特留分六节，共83条。其中包括了遗赠制度，并将遗赠作为遗嘱的一项重要内容，其方式、效力、执行和撤回规则等均适用遗嘱的相关规则。其中有关遗赠主体法律制度的内容有：

（一）遗赠人

根据台湾地区“民法”第1186条的规定，遗赠人（即遗嘱人）必须具有遗嘱能力。凡是没有遗嘱能力的人不得进行遗赠行为。据此，只要是具有遗嘱能力的自然人，均可以作为遗赠人。

（二）受遗赠人

在遗赠法律关系中，受遗赠人是根据遗嘱人所立遗嘱而有权获得遗嘱中指定财产利益的人。

受遗赠人须具备的条件有：第一，须为遗嘱发生效力时尚生存的人；第二，须未丧失受遗赠权。如受遗赠人因发生某种违法行为而丧失受遗赠权的，则遗赠对其不发生效力。

在继承开始时，凡是具有权利能力的人，除受遗赠缺格者（即依法丧失受遗赠权者）外，均可以为受遗赠人。包括自然人、法人或其他社会组织、国家均可以成为受遗赠人。在我国台湾地区，受遗赠人范围既包括继承人，也包括继承人以外的人。在不违反特留份规定的前提下，继承人除依遗嘱而享有指定应继份的继承权外，还可以接受遗赠。

根据台湾地区“民法”第7条的规定，胎儿以将来非死产者为限，在遗赠人死亡时视为已经出生的，也可以被指定为受遗赠人。

（三）遗赠义务人

1. 一般遗赠关系的遗赠义务人。遗赠义务人是指具有履行遗赠义务的人。在台湾地区，遗赠义务人一般是继承人。在有遗嘱执行人的情况下，则为遗嘱执行人。在无人承认继承时，则为遗产管理人。不论是遗赠义务人，遗嘱执行人还是遗产管理人，他们均负有履行遗赠交付遗赠物的义务。

我国台湾地区“民法”第1215条规定：“遗嘱执行人有管理遗产，并为执行上必要行为之职务。遗嘱执行人因前项职务所生之行为，视为继承人之代理”。史尚宽先生的解释，遗赠义务人虽然原则上为继承人，如有遗嘱执行人因其视为继承人的代理人，并于其执行职务中继承人不得处分与遗嘱有关的遗产，遗嘱执行人亦为遗赠义务人。“在无人承认之继承，遗产管理人有交付遗赠物之职务，其职务上行为视为继承人之代理，于有继承人承认继承时，其承认前所为，亦为遗赠义务人”。{1}517因此，在遗产继承中，遗产管理人被视为被继承人（遗嘱人）的信托受托人，他理所当然的是遗赠义务人。

当遗赠义务人在遗嘱人死亡时已不生存或丧失继承权或抛弃继承权的，除遗嘱人另有意思外，对于遗赠的效力不产生影响。此时由因遗赠义务人空缺而直接受益的人作为遗赠义务人，负担遗赠义务。{1}518当在继承人有数人时，除遗嘱另有指定外，他们共同为遗赠义务人。

2. 附负担遗赠的遗赠义务人。首先，在附负担的遗赠中，受遗赠人为负担履行义务人。如果受遗赠人在遗赠发生法律效力后未履行法定义务前死亡时，其继承人是否须负履行负担的义务呢？台湾地区学者认为，受遗赠人未进行遗赠的承认或抛弃而死亡时，其继承人可以在自己的继承权范围内进行承认或抛弃。受遗赠人的继承人如承认遗赠者，则于其应继份的范围内负履行负担的义务。如果受遗赠人已承认遗赠但在未履行负担前死亡时，则由承认继承的继承人负履行负担的义务。{1}508-509 {2}364其次，对于何人有权请求受遗赠人或其继承人履行遗赠的负担，台湾地区“民法”没有明文规定。在解释上认为，遗嘱人于遗嘱中有指定履行请求权人的，应依遗嘱的指定；遗嘱没有具体指定时，则应由遗嘱人的继承人、遗嘱执行人、继承人以外的受益人等作为负担履行请求权人。如果所附负担是为了公益事业，则负担有关公益的主管机关可以成为负担履行请求权人。

（四）替补遗赠和后位遗赠

在遗赠关系中，如果第一受遗赠人先于遗赠人死亡或放弃受遗赠或丧失受遗赠权时，该受遗赠人所应继受的财产利益即移给与第二受遗赠人，后者为第二次的受遗赠人，因此称为替补遗赠，也称为补充遗赠。而后位遗赠，也称为

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

后继遗赠，是指第一受遗赠人所受的遗赠利益，因某种条件的成就或期限的届至，应移转于第二受遗赠人的遗赠。后者亦为第二次的受遗赠人。他无须于遗嘱发生法律效力时存在，只要在该条件成就或该期限届至时存在即可。目前，这两类遗赠在台湾地区“民法”中并没有规定。在学理上，台湾地区学者史尚宽、陈棋炎、黄宗乐、郭振恭教授等人研究认为，从尊重遗赠人意志的立场出发，应当在立法上承认之。{2}346-347

三、海峡两岸遗赠主体制度之比较

（一）海峡两岸遗赠主体制度的相同点

1. 有关遗赠主体资格要件方面。大陆与台湾地区均规定遗嘱人须具有遗嘱能力，无遗嘱能力人视为主体不合格。凡是无遗嘱能力人所立的遗嘱不具有法律效力，其所涉遗赠内容也就随之归于无效。同时，大陆与台湾地区立法均要求受遗赠人须为遗嘱发生法律效力时尚生存的人。如果受遗赠人于遗嘱发生法律效力前死亡的，则该遗赠不发生效力。

2. 有关转遗赠、替补遗赠和后位遗赠制度方面。大陆与台湾地区立法目前对转遗赠、替补遗赠和后位遗赠制度均没有作出规定，使问题的处理缺乏法律依据。所不同的是，大陆地区的司法解释对转遗赠问题作出了规定，但该问题在立法层面上仍处于缺失状态。

3. 有关遗赠不适用代位继承的规定。大陆与台湾地区均要求受遗赠人须于继承开始时尚存在，因此，遗赠不适用代位继承的规定。

（二）海峡两岸遗赠主体制度的不同点

1. 大陆地区的遗赠与遗嘱继承相对，是指遗嘱人对法定继承人以外的人（包括其他自然人、集体组织和国家）通过遗嘱实施的赠与行为。受遗赠人限于法定继承人以外的人。台湾地区的遗赠并不要求必须是法定继承人以外的人，法定继承人也可以成为受遗赠人。这是海峡两岸遗赠法律制度的最大区别。

2. 台湾地区规定了遗赠义务人制度，而大陆地区《继承法》中的遗赠制度内容相对比较简要，对这一问题的规定处于缺失状态。

从以上内容可以看出，台湾地区的遗赠主体制度相对比较具体，受遗赠人的范围比较广泛，特别是遗赠义务人制度的内容较为完善，同时，台湾地区学界有关替补遗赠和后位遗赠制度应在立法上予以确认的观点，法理依据充分，在执行上具有可行性，对尊重遗赠人的意思自治和保护受遗赠人的权益十分有利，这些都值得大陆地区在修订遗赠主体法律制度时参考。需要指出的是，台湾地区将法定继承人也纳入受遗赠人的范围，主体范围过大，与大陆地区实行“主体划分论”的立法模式有明显区别，其中之利弊，还需要在学术上深入分析比较和研究。这将在第四个问题中具体分析。

四、完善我国大陆地区遗赠主体制度之构想

（一）大陆地区遗赠法律关系主体制度存在的不足

目前，我国遗赠法律关系主体及其相关制度存在以下不足：

1. 没有规定转遗赠制度。目前，我国大陆地区《继承法》对于在继承开始后，受遗赠人在表示接受或者放弃遗赠之前死亡的，其接受或者放弃受遗赠的权利是否可以转归其法定继承人享有没有作出规定。

2. 遗赠义务人的立法呈空白状态。即关于遗赠义务人的产生方式及其义务内容等没有具体规定。

3. 没有规定替补遗赠和后位遗赠制度。依照我国现行立法，在法定继承情况下，继承人先于被继承人死亡的，继承人的直系血亲卑亲属依法可以代位继承，但在遗赠情形下，受遗赠人先于遗赠人死亡的，则遗赠归于无效。即使遗赠人已有明确意思表示的情况下，受遗赠人的直系血亲卑亲属也不能获得该遗赠财产，这不利于保护遗赠人自己处分自己身后财产的自由。同时，后位遗赠制度的缺失，对于保护再婚当事人特别是生存配偶一方和未成年子女的居住权十分不利。

（二）完善我国大陆地区遗赠主体制度的若干建议

1. 进一步明确遗赠法律关系当事人的范围

一是规定受遗赠人的继承人可以成为遗赠的转继承人。二是将遗赠人死亡时已经受孕的胎儿纳入受遗赠人的范围；三是遗赠公证人、见证人及其配偶或其他直系血亲不得作为受遗赠人；四是将继承人、遗产管理人和遗嘱执行人等纳入遗赠义务人的范围。这里，有两个问题需要重点阐述：

第一，代位遗赠和转遗赠问题。关于代位遗赠和转遗赠问题我国《继承法》均没有明确作出规定。《大清民律草案》第1516条曾经规定：“……受遗人在未承认以前死亡，其继承人有承认或抛弃遗赠之权”。《日本民法典》第988条规定：“受遗赠人未为遗赠的承认或放弃而死亡时，其继承人得在自己继承权的范围内为承认或放弃。但遗嘱人在其遗嘱中已表示特别的意思时，从其意思”。《德国民法典》第2180条第3款和1952条第1、3款也有类似的规定。在德国、日本的立法例中，转遗赠与转继承所适用的法理是统一的。{1}555 当然，笔者并不赞成我国《继承法》规定代位遗赠问题，而是建议继续坚持《继承法》第27条第1款第3项的规定，[1]并参考我国台湾地区“民法”1201条的规定，明确规定“受遗赠人于遗嘱发生法律效力前死亡的，其遗赠不发生效力”。同时，我们还应当看到，在继承开

始后，无论受遗赠人承认或抛弃遗赠，在法律上均已经因为遗赠人死亡和遗嘱而享有受遗赠的现实的权利。这时，如果受遗赠人承认或抛弃这一权利，则仅仅是针对已经取得的受遗赠权的确认或抛弃，因此，在法律上不应当剥夺受遗赠人的承认或抛弃权，同时也应当承认受遗赠人的法定继承人的“转遗赠权”。

长期以来，我国继承法理论认为，受遗赠人死亡后，并不产生遗赠财产由受遗赠人的继承人承受的问题，即既不会发生代位遗赠，也不会发生转遗赠问题。理由在于受遗赠人的受遗赠权只能由受遗赠人自己享有而不得转让。这一理论与大陆法系国家的立法例是不同的。{3} 690 而事实上，我国相关司法解释对转遗赠问题已做出了初步的规定，司法机关在实践中也有了这方面的审判实践。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 53 条的规定，在继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利可以直接转移给其继承人享有。现在需要做的就是将司法解释的规定上升到法律层面加以确认。笔者建议：在修订我国《继承法》时明确规定，继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡者，其接受遗赠的权利转归其继承人享有。当遗赠人在遗嘱中对遗赠作出特别的意思表示的，应从其意思。即遗赠人可以在遗嘱中指定受遗赠人死亡后，由受遗赠人的继承人或者他人接受遗赠。{4} 346 当继承开始后，受遗赠人知道自己受遗赠，并从其知道自己受遗赠之日起 2 个月内作出接受受遗赠的意思表示，但还没有实际接受遗赠即死亡的，其生前如果在遗嘱中有明确指定转遗赠人的，则其指定的继承人享有转遗赠权。{5} 165 但是，如果受遗赠人在继承开始后遗产分割前死亡，由于其不知道受遗赠，也尚未表示接受或者放弃受遗赠，这时应如何处理？笔者认为，根据我国《继承法》的立法宗旨和保护公民财产继承权的基本原则，从尊重遗赠人的意愿和保护受遗赠人及其继承人利益出发，应当确认转遗赠的效力，该项权利应转归死亡的受遗赠人的继承人享有。这些都有待于未来在修订《继承法》时予以确认。

第二，关于受遗赠人的范围问题。按照我国《继承法》第 16 条第 3 款的规定，受遗赠人只能是国家、集体或者法定继承人以外的人，继承人不能作为受遗赠人。对于受遗赠人的范围是否应当扩大到继承人，学者们有不同的看法。有的学者赞成受遗赠人的范围应当扩大到法定继承人。如陈苇教授等认为不宜限制受遗赠人须为法定继承人以外的人。{6} 402 而有的学者认为我国现行《继承法》以所指定的遗产承受人是否为法定继承人来区分遗嘱继承和遗赠是可取的。郭明瑞、张平华、刘春茂教授等主张受遗赠人只能是法定继承人以外的国家、集体和自然人，其对遗产所继承只能是积极的财产利益，并不负担遗产债务的清偿责任，仅仅是在遗嘱执行人或继承人清偿了遗产债务后取得受遗赠财产（在遗产有剩余情况下）。主张我国未来《继承法》应坚持以继承遗产的内容和承受人与遗赠人的关系为双重标准来区分遗嘱继承与遗赠。{7} 136 {4} 319 {8} 365 梁慧星教授起草的《继承法修改草案》和杨立新、杨震教授主持起草的《继承法修正草案建议稿》中都坚持了我国《继承法》“主体划分论”的立法模式。笔者也赞成我国《继承法》现行规定，主张不宜再“创造”新的模式，以免造成认识上和执行上的混乱。并且笔者还认为，现行《继承法》对遗嘱继承人与受遗赠人主体范围的划分很科学合理，在实践中执行得比较顺畅，不会造成混乱。因此，应当坚持现有规定，即法定继承人以外的人不能作为遗嘱继承人，而法定继承人也不能作为受遗赠人。遗嘱继承人限于法定继承人范围内，其对遗产的继承属于权利义务的概括继承，遗嘱继承人须承担清偿遗产债务的义务，且在清偿债务、执行遗赠之后，如果遗产还有剩余，遗嘱继承人才能继承遗产。当然，遗嘱继承人对其遗产债务的清偿责任仅以其所接受的积极财产的价值或数额为限。这也符合我国《继承法》的立法精神。这样规定，对于梳理和明晰不同的继承法律关系，增强遗产执行的可操作性具有重要的意义。

2. 建立遗赠义务人制度。建议借鉴台湾地区立法建议，在我国《继承法》中也设立遗赠义务人制度，明确规定：第一，无行为能力人和限制行为能力人均不得作为遗赠义务人。第二，由遗嘱指定的继承人或遗嘱执行人负责履行遗赠义务。如果遗赠人既没有继承人，也没有指定遗嘱执行人时，经受遗赠人申请，由人民法院指定遗产管理人作为遗赠义务人。因为在遗产继承中，遗产管理人通常被视为遗嘱人（遗赠人）的信托受托人，他自然可以担任遗赠义务人。第三，遗赠义务人的主要职责是：（1）全面清点遗产，编制遗产清单。即查明遗产的名称、数量、地点、价值等状况；编制遗产清单，明确遗嘱人以遗嘱处分的遗产的范围。（2）清结遗嘱人生前的债权和债务，管理和保护遗产。（3）严格执行遗嘱内容。主要包括：一是召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容，并对有关遗产的情况作出说明；二是按照遗嘱内容要求分配遗产，执行遗赠，即将遗产最终转移给遗嘱继承人和受遗赠人。（4）报告遗赠执行情况。遗赠执行完毕，遗赠义务人应向继承人等利害关系人报告遗赠执行的情况。属于人民法院指定的，应当及时向人民法院提交书面报告。

如果遗赠义务人在遗嘱人死亡时已不生存或丧失继承权或抛弃继承权的，除遗嘱人另有意思外，对于遗赠的效力不产生影响。此时由因遗赠义务人空缺而直接受益的人作为遗赠义务人，负担遗赠义务。{1} 518 当在继承人有数人时，除遗嘱另有指定外，他们共同为遗赠义务人。

3. 增设替补遗赠和后位遗赠制度。首先，关于替补遗赠。目前，包括法国、德国、瑞士、俄罗斯和美国等国家继承法都规定了替补遗赠制度，而匈牙利等国家虽然没有规定替补遗赠，但也不禁止替补遗赠。{5} 292 而我国《继承法》中对此没有作出规定。我国有的学者也主张我国《继承法》应当确认替补继承和替补遗赠制度。如张玉敏教授主

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

持起草的《继承法建议稿》第 37 条规定遗嘱人可以在遗嘱中指定替补继承人和替补受遗赠人。{9} 8 因为根据我国《继承法》第 27 条的规定，当受遗赠人先于遗赠人死亡时，遗赠归于无效，遗产中的有关部分按照法定继承办理。即便在遗赠人已经有明确意思表示的情况下，受遗赠人的继承人也不能享受该财产利益。而在法定继承情况下，被继承人的直系血亲卑血亲却依法享有代位继承权。这样，就不能充分保障遗赠人的遗嘱自由，最大限度地使遗产的归属符合遗赠人的意愿，也不符合我国老百姓希望将自己的财产代代相传的民间传统习惯。而承认和实行替补遗赠制度，既填补了我国继承立法的空白，又尊重了民风民俗和遗嘱人的遗嘱自由，全面保护和兼顾继承关系中各方当事人的合法权益，发挥继承制度在巩固家庭职能，维系家庭关系中的积极作用。

其次，关于后位遗赠问题，目前世界各国有三种立法例。一是在民法典中明确承认后位遗赠。德国、瑞士采此立法例。二是在民法典中明确禁止后位遗赠。法国采此立法例。三是在民法典中既未明确承认也未明确禁止后位遗赠。日本、我国台湾地区即采此立法例。{4} 330-331 我国《继承法》既未明确承认后位继承，也未明确禁止后位继承。对于我国未来《民法典》是否应当承认并规定后位继承（包括后继遗赠），目前在学界有否定说和肯定说两种不同的观点。{4} 243-246 而对于后位遗赠，也是如此。有的学者提出，我国传统民法上认为，在继承开始后，遗赠人已经对遗产实际享有某种权利，遗产不应该承认后位遗赠，以免干涉受遗赠人的权利。{3} 692 有的学者则认为，只要遗赠人关于候补受遗赠人或次位受遗赠人的指定不违反我国法律和社会公共利益，就应当承认其效力。{8} 374 笔者赞成后一种意见，认为我国《继承法》应当承认后位遗赠。因为这也是对遗嘱人遗嘱自由权的一种尊重。如果遗赠人在遗嘱中对后位遗赠作出了事先安排，只要不违反法律和社会公序良俗，法律都没有必要去禁止或限制。当遗嘱中所设定的某种条件成就或期限届至，遗产就由前位受遗赠人转归后位受遗赠人，如果遗嘱人在遗嘱中对条件或期限没有具体规定时，则可参照《德国民法典》第 2106 条第 1 款的规定，遗产在前位受遗赠人死亡之时转归于后位受遗赠人。同时，可以对后位遗赠的次数加以限制。

注释：

[1]我国《继承法》第 27 条规定：“有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：……（三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的”。

【参考文献】 {1} 史尚宽. 继承法论[M]. 北京：中国政法大学出版社，2000.

{2} 陈棋炎，黄宗乐，郭振恭民法继承新论（修订 7 版）[M]. 台北：三民书局，2011.

{3} 房绍坤，郭明瑞，唐广良. 民商法原理（三）[M]. 北京：中国人民大学出版社，1999

{4} 张平华，刘耀东. 继承法原理[M]. 北京：中国法制出版社，2009.

{5} 刘文. 继承法比较研究[M]. 北京：中国人民公安大学出版社，2004.

{6} 陈苇，宋豫中国大陆与港、澳、台继承法比较研究[M]. 北京：群众出版社，2007.

{7} 郭明瑞，房绍坤，关涛. 继承法研究[M]. 北京：中国人民大学出版社，2003.

{8} 刘春茂. 中国民法学·财产继承（修订版）[M]. 北京：人民法院出版社，2008.

{9} 张玉敏. 中国继承法立法建议稿及立法理由[M]. 北京：人民出版社，2006.

妇女平等权的立法保护与性别预算

基于国际和国内比较的视角

2013 年 10 月 21 日 中国民商法律网 徐爽

关键词：妇女平等权；性别立法；性别预算

内容提要：妇女享有与男子同等的地位与权利是实现两性平等以及妇女自身充分发展的必要条件。将妇女平等权纳入宪法及法律成为世界发展的潮流。本文基于国际和国内比较的视角，对中国妇女平等权的立法保护进行了梳理，继而分析了“性别立法”和“性别预算”等促进妇女平等权的新政策工具在中国的开展和实施，以期进一步推动男女平等在中国的真正实现。

人人平等是人类社会矢志追求的基本价值和理想状态。然而，历史和现实表明，男女不平等是所有不平等现象中最持久、也最顽固的一种。联合国《人类发展报告》将男女不平等列为人类面临的最严峻的十大挑战之一，由此可见，追求两性平等将会是一场漫长的革命。

自 18 世纪妇女运动第一次浪潮开始，作为拥有社会成员一半数量的妇女在过去 300 多年间一直在为获得受教育权、就业权、政治参与权、婚姻家庭权以及其他各方面与男子完全平等的权利而奋斗。同时，越来越多的文明国家陆续在宪法等最高法律文件中确立了“两性平等”原则，用法律制度保障妇女的平等地位和权利。当今世界，就像反对阶级压迫、反对种族歧视、反对民族奴役一样，反对性别歧视、寻求男女平等已经成为全世界妇女的行动纲领与伟大实践。

一、中国妇女平等权的宪法依据

1949 年，中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的具有临时宪法性质的《共同纲领》，在总纲第 6 条明确规

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

定：“妇女在政治的、经济的、文化教育的、社会的生活各方面，均有与男子平等的权利。”1954年，我国第一部《宪法》又明确规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活各方面享有同男子平等的权利。”后来虽经数次修改，男女平等始终作为重要原则写在宪法当中。

现行《宪法》第48条第1款对妇女平等权作了如下规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”这一规定是中国政府采用最高法的形式对妇女平等权所作的最为经典的表述。1995年，中国政府宣布将男女平等作为促进我国社会发展的一项基本国策。同时，考虑到妇女经济不独立以及社会参与程度较低往往是造成男女不平等的社会根源，《宪法》在第48条第2款还进行了有针对性的补充规定：“国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。”据此，妇女平等权在宪法上获得了明确的宣示，我们可将这一层面的平等权称为一般平等权或宪法平等权，重在强调其价值意义及原则属性。男女平等既已成为我国宪法确立的一条根本原则，以此为基础，有关法律与宪法相适应，就妇女平等保护作出了相应规定，如妇女的参政平等权、受教育平等权、经济平等权、婚姻家庭平等权等。这样一些具体平等权是具体法律规范与一般平等权的结合，笔者将在下文中按照法律规定、内容及实现程度等进行逐一梳理。

二、我国立法对妇女平等权的确认与保护

除了宪法与基本国策，我国多部法律法规都对妇女的各项具体平等权利作出相应规定。1950年颁布的《中华人民共和国婚姻法》是新中国制定的第一部国家大法，确立了男女平等、婚姻自由、一夫一妻等基本政策。在1980年和2001年两次修订中，根据社会生活的发展变化，对其内容进行了相应调整，但保护妇女合法权益一直是其根本宗旨。1951年颁布的《中华人民共和国土地改革法》、1951年颁布的《中华人民共和国劳动保险条例》、1954年颁布的《中华人民共和国选举法》，分别对女性与男性的土地所有权、劳动保护和政治权利等作出了明确规定。同时，《中华人民共和国劳动法》明确规定男女公民享有同等的劳动权利、劳动保险权利，并且针对女性的生理特点一如女职工“四期”保护等一作出了特殊规定。2001年《人口与计划生育法》强调禁止歧视、虐待生育女婴的妇女。2002年通过的《农村土地承包法》确认妇女与男子享有平等的土地承包权，并且在土地承包中，应当保护妇女的合法权益，任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地经营权。《中华人民共和国继承法》明确规定继承权男女平等，妇女享有拥有、管理、处理财产的权利；妇女在取得应继承的遗产后，有权携带财产结婚或再婚，他人无权干涉。《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国母婴保护法》等许多法律也都鲜明地体现了男女平等和保护妇女的原则。

男女平等原则在立法中最重要的推进，是1992年以妇女为主体的法律——《中华人民共和国妇女权益保障法》的颁布并施行。该法是我国第一部以妇女为主体，全面保护妇女合法权益的基本法。2005年，十届全国人大常委会第十七次会议完成了对《妇女权益保障法》的修改，对妇女参政、就业中的性别歧视、生育保险、家庭暴力、性骚扰、农村妇女土地承包及相关财产权益等问题均作出新规定。截至2009年3月，全国已有27个省、自治区、直辖市先后修改并通过了《实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》。

随着中国特色社会主义法律体系的形成，我国现已建立起了以宪法为统帅、以《妇女权益保障法》为主体，包括国家法律法规、中央政府部门规章和地方政府规章在内的保护妇女各项平等权益的比较完备的法律体系。至此，以法律体系为支撑的妇女平等权具有了丰富的内容：

（一）不受歧视

妇女具有平等的法律主体地位和身份，这是妇女享有并行行使与男子同等权利的基础和条件。从词源意义上讲，性别歧视是性别平等的反义词，因此，促进性别平等，首先就要反对性别歧视。何谓性别歧视？联合国大会于1979年12月18日通过、1981年9月3日开始生效的《消除对妇女一切形式歧视公约》对此作出了明确规定。“对妇女的歧视”一词指基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。简单言之，性别歧视即是因为男女性别而作出的不合理的差别对待。我们通常所讲“性别歧视”都是指“对妇女的歧视”，由男性所主宰的社会仅仅因为女性的性别而将其视为低下群体，这就是最典型的对妇女的歧视。

可能有人会问，在不同年代和不同文化当中，男性也受压迫受剥削，那么是否也存在“对男子的歧视”问题？按照女性主义社会学家李银河的观点，历史和现实中男性受压迫，“是由于（他们）属于某个阶级或阶层的成员而受压迫，而不是由于是男性而受压迫。女性则不同，除了因为属于某个阶级或阶层等原因之外，还仅仅因为身为女性而受压迫。”{1}

在现阶段，尽管国际社会和各国政府为促进男女两性平等作出了相当努力，也取得了一定成效，但“歧视妇女的现象仍旧普遍存在”。[1]中国女性在就业、升迁等方面遭遇较之男性更高的“职业门槛”、农村女童很难获得与她们的兄弟同等的受教育机会，诸类现象都属于性别歧视的“选择性”结果。

从自然性别来说，男女两性在生理和心理等各方面存在一定差别，这样的差别天然存在而且会永远存在。反对性

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

别歧视不是要抹杀生物学意义上的差别，而是说反对因为这种“生物差别”而“放大、扭曲”所带来的不合理“差别对待”。性别差异不是命运。自然造成的“生物差别”不仅不应为平等权所排斥，而恰应为妇女平等权所包含。因此，在确保妇女与男子平等的基础上，由于长时期以来“男强女弱”的社会历史与现实状况，需要在政治、经济、文化和家庭生活领域对妇女进行一些特殊保护，这也是缩小男女差距、促进两性平等的一种手段，而这一点常常被人们所忽视。

（二）平等享有和行使权利

在保证妇女与男子同地位的基础上，妇女要实现充分发展和进步，还需享有如下具体的平等权益：

1. 与男子平等的政治权利

妇女有权通过各种途径和形式，管理国家和社会事务，并享有平等的选举权和被选举权。为切实保障妇女的参政权，我国法律规定，各级人民代表大会的代表中，应当有适当数量的妇女代表，并逐步提高妇女代表的比例。在任用领导人员时，必须坚持男女平等，重视培养、选拔女性担任领导职务{2}。

在漫长的人类历史中，“女性极少有幸被当作值得郑重加以看待的政治动物”{1}43。妇女享有和男子平等的政治权利，其实不到100年时间；在此以前，国家政治活动和公共管理都与广大妇女无缘，她们只能生活在厨房闺房、相夫教子的狭小空间当中。世界上第一批赋予妇女选举权的国家是斯堪的纳维亚国家。1906年芬兰妇女争得投票权，1913年挪威妇女取得选举权。号称世界“头号民主强国”的美国，在1839年兴起了妇女争取投票权的运动；然而，直到81年后，1920年8月26日，国会通过宪法第十九修正案，承认“合众国公民的选举权，不得因性别缘故而被合众国或任何一州加以否定或剥夺”。由此，美国妇女获得了同男人一样的选举权。中国在建国后不久，即通过宪法赋予了妇女与男性同等的各项权利，当然也包括政治权利。

社会进步的历史表明：在国家政治生活中，单由男子制定的政策和作出的决定只反映了人类的部分经验和潜力。要公正有效地组织社会，就需包容全体社会成员，由他们共同参与。将妇女排除于公共生活和决策之外的社会，不能说是民主的社会。只有在政治决策由妇女和男子共同作出并顾及双方的利益时，民主概念才具有真正的、鲜活的意义和持久的影响。然而，在过去50年内，妇女参与公共及政治生活的程度依然很低。虽然现代社会改善了妇女参与政治生活的机会，但她们继续面临许多经济、社会及文化障碍，这一点严重影响了她们的参与。联合国的一项研究结果指出，如果妇女参与的比率能达到30%至35%（一般称为“关键人数”），就会对政治方式和决定内容产生实质影响，政治生活将充满新的活力。由此可见，国家在保障妇女普遍、平等地参与公共生活，充分吸纳占其人口半数的女性国民的意见和利益方面，还有很多工作可以做。

2. 与男子同等的文化教育权利

第一代女权主义先驱玛丽·沃斯通克拉夫特曾在其名著《女权辩护》一开篇就宣布，“我深信忽视对于我的同胞的教育乃是造成……那种（女性）不幸状况的重大原因。”{3}沃斯通克拉夫特认为，要使妇女有所成就以成为更可尊敬的社会成员，那么她们的受教育程度就应该相称于她们的社会地位，因而给予妇女同男人平等的受教育和文化权利、培养她们的理性，方能使她们担此重任。改变女性的命运当自改变女性的受教育状况和科学文化素质人手。

女性享有与男子同等的文化教育权利包括入学、升学、获得学位、毕业分配、出国留学等各个方面，以及妇女从事科学研究和文学艺术创作等文化活动的权利。对此，我国《教育法》、《义务教育法》、《高等教育法》、《职业教育法》、《民办教育促进法》、《学位条例》、《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《教师法》等一系列法律法规作出了相关规定。政府、社会、学校和家庭等多方主体都要承担起保证女性接受教育的义务。

3. 与男子同等的劳动和就业权利

在现代社会，妇女不再仅仅是“家庭动物”；与男性一样，她们也同样是为国家为世界贡献劳动、创造价值的“社会动物”。妇女就业是人类社会文明进步的标志之一，是经济社会发展的需要，也是妇女获得经济独立和自身发展的基本保障。按照马克思主义的观点，妇女解放的第一个先决条件就是一切女性重新回到公共劳动中去。“只要妇女仍然被排除于社会的生产劳动之外而只限于从事家庭的私人劳动，那么，妇女的解放，妇女同男子的平等，现在和将来都是不可能的。”{4}妇女的劳动和就业权主要包括：就业的权利，同工同酬的权利和休息的权利，获得安全和卫生保障以及特殊劳动保护的權利，享受社会保险的权利。

我国法律规定，任何单位在录用职工时不得以性别为理由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准；不得以结婚、怀孕、产假、哺乳等为理由，辞退女职工或单方面解除劳动合同；在晋升、晋级、评定专业技术职务以及享受福利待遇等方面，不得歧视妇女{2}14。

4. 与男子同等的人身权利

1991年全国人大常委会出台《关于严禁卖淫嫖娼的决定》和《关于严惩拐卖绑架妇女儿童犯罪分子的决定》，严厉惩处卖淫嫖娼和拐卖妇女儿童犯罪行为。《妇女权益保障法》也对此作出规定：“禁止拐卖、绑架妇女；禁止收买被拐卖、绑架的妇女。”1997年《刑法》大修，对拐卖妇女儿童以及诱骗、强迫被拐卖妇女卖淫的犯罪行为进行了

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

专项规定，实施严厉惩罚。这体现了政府打击拐卖妇女儿童、禁止卖淫嫖娼、保护妇女人身权利的坚定决心和积极举措。

相较于上述严重侵犯妇女人身自由的情况，家庭暴力则是更加普遍存在的现象。在男女组合的家庭中，女性往往更容易成为家庭暴力的受害者。根据中国妇联的一项调查，在全国 2.7 亿个家庭中，有 0.81 亿个家庭存在不同程度的家庭暴力，约占全国家庭总数的 30%，且施暴者有 90% 是男性。在被调查的公众中，16% 的女性承认遭受过配偶的暴力，14.4% 的男性承认打过自己的配偶。全国每年约有 40 万个家庭解体，其中四分之一源于家庭暴力^{5}。

当然，家庭暴力并不仅仅存在于中国，这是一个全球性问题。联合国于 1993 年发表了《消除针对妇女的暴力宣言》，并将每年 11 月 25 日定为“国际消除针对妇女暴力日”。预防和制止家庭暴力、维护妇女最基本的人身自由和安全感，不仅需要妇女的自立自强与自我保护，同时，也需要男性担负起家庭的责任，加入到关爱女性的队伍中来。

5. 婚姻家庭和财产权利

在《第二性》中，西蒙·波伏娃曾尖锐地指出，社会传统赋予女人的意义，就是婚姻，“对女孩子们，婚姻是结合于社会的惟一手段，如果没有人想娶她们，从社会角度来看，她们简直就成了废品。”^{6} 在现代社会的今天，婚姻当然并非女性获得“社会承认”的惟一途径，但女性对于家庭和婚姻的渴望较之男性，还是更为迫切。女性的个人幸福与其婚姻家庭的美满密切相关，女性在婚姻家庭中与男性平等地享有各项权利尤为重要。

我国《婚姻法》、《妇女权益保障法》等法律规定，妇女享有平等的结婚和离婚自由权。封建社会时代所谓“父母之命，媒妁之言”的包办婚姻枷锁已经被打破。同时，夫妻关系中男女地位平等，妇女有独立的姓名权，有参加社会生产和社会活动的自由。妻子在家庭重大问题中的决策权、生育权、共担家务及其他各方面，与丈夫一律平等。

此外，涉及财产与经济状况，我国《土地管理法》等法律还特别规定，妇女在农村划分责任田、口粮田以及批准宅基地等方面享有同男子平等的权利；妇女在婚姻家庭财产关系中，享有与男子平等的所有权和继承权；丧偶妇女有权处分继承的财产，其他任何人不得干涉。然而，就在 20 世纪 60 年代民权运动之前，美国各州的普遍情况是，“丈夫可以控制妻子的收入；如果没有遗嘱，妇女只能继承丈夫遗产的三分之一，而州的法律却给予鳏夫对亡故妻子财产的完全控制权。丈夫可以决定妻子的合法居所，非婚生子女的抚养责任由母亲承担。妇女被禁止从事某些职业（比如担任陪审员），同工不同酬天经地义。”^{7} 将不同时期中美两国妇女的不同境遇放在一起，并非是想进行简单比较，而是意在说明性别歧视是一个普遍存在的问题，是我们需要付出卓绝努力共同对付的敌人。促进男女平等，实现妇女在婚姻家庭、经济财产方面的平等权益，需要全社会若干代人的艰苦奋斗。

（三）尊重性别差异，享受特别保护

坚持妇女享有与男子同等的各项权利，是在承认和尊重性别差异的前提下追求男女平等。我们要改变的，不是男女两性之间天然存在的差异，而是因为这种差异所衍生的不平等、不合理的社会歧视。不是要用男性的尺度来衡量女性，更不是要“把女人变成男人”。相反，我们正是基于尊重男性和女性各自具有的生理特点，强调人人都有平等机会发挥自身的潜力和才能，平等地参与和享受社会发展及其成果；同时，区别情况区别对待，给予妇女最适合自身特点的特别保护，这才是实现真正意义上的男女平等。

依据马克思主义的基本观点，生产本身有两种，“一方面是生活资料的生产，即食物、衣服、住房以及为此所必需的工具的生产；另一方面是人自身的生产，即种的繁衍。”^{4} 2 两种生产相互联系，缺一不可。妇女在与男子共同进行第一种生产的同时，还单独从事着第二种生产。她们的存在，对人类的延续起着最为重要又不可替代的作用。应该说，妇女承担了对家庭、对社会的双重责任，应当受到加倍的尊重和关爱。并且，由于妇女生育所造成的某些特殊现象或者容易引发的疾病，应给予妇女特别保护措施，如生育保险、母婴保健制度等。我国《人口与计划生育法》第 26 条特别规定：“妇女怀孕、生育和哺乳期间，按照国家规定享受特殊保护并可以获得帮助和补偿。”

此外，根据妇女的生理和心理特点，我国政府针对妇女特殊保护制定了专门的法规和规章，如劳动部 1990 年颁布了《女职工禁忌劳动范围的规定》。国家要求各企事业单位改善劳动条件，对女职工的安全和健康采取更多保护措施，建立女职工定期检查身体和妇科病等专项保护制度，为女职工购买“特定疾病保险”，推行“弹性工作制”，允许妇女有灵活的上班時間，在社区建托儿所等措施，逐步减少生育与家务劳动负担对妇女发展的负面影响。截至 2008 年底，我国共有 43% 的企业执行了女职工劳动保护规定；有 43% 的企业执行了女职工禁忌劳动范围的规定。到 2009 年 6 月，全国 80% 已建工会的企业签订了女职工权益保护专项集体合同，覆盖企业 73 万多户^{8}。

考虑到历史、文化和现实等各方面原因，妇女实际的社会地位、发展环境、竞争实力等方面与男子相比较都处于弱势地位，国家在参政、晋升、教育、培训等问题上采取了一些“平权措施”，给予女性优惠。这实际上是给予妇女的特殊保护，待女性的弱势地位改变后即行消除，为妇女实现与男子平等的权利创造条件。

三、社会性别主流化在中国：妇女平等权保障的发展趋势

中国在法律制度上保障两性平等、推进妇女平等权，是全球性促进性别平等、增强妇女权能运动的重要组成部分。近几十年来，社会性别主流化成为国际社会推进性别平等的成功经验，也成为我国贯彻男女平等基本国策、促进妇女

实现平等权的一大趋势。

社会性别主流化(gender mainstreaming), 也称“社会性别平等主流化”或“将社会性别意识纳入社会发展和决策的主流”, 其理念与方法集中反映于 1995 年第四次世界妇女大会通过的《行动纲领》中。在《行动纲领》中, “社会性别主流化”被确定为促进性别平等的全球战略, 要求“在处理提高妇女地位的机制问题时, 各国政府和其他行动者应提倡一项积极鲜明的政策, 将性别观点纳入所有政策和方案的主流, 以便在做出决定以前分析对妇女和男子各有什么影响。”

联合国经社理事会于 1997 年通过了对“社会性别主流化”的一致定义: “所谓社会性别主流化是指在各个领域和各个层面上评估所有计划的行动(包括立法、政策、项目方案)对妇女和男子所产生的影响。作为一种战略, 它使对妇女和男子的关注和经验成为设计、实施、监督和评判政治、经济及社会领域所有政策和方案的有机组成部分, 从而使妇女和男性能平等受益。社会性别主流化的最终目标是达到社会性别平等。”{9}

1997 年后, 社会性别主流化越来越受到国际社会和各国政府的关注, 成为促进性别平等的一个重要战略和途径。我国政府在第四次世界妇女大会上宣布实行男女平等的基本国策后, 随即对国际社会“把性别意识纳入决策主流”的思想给予积极回应, 并开始立法、预算等重要决策中主动嵌入女性性别意识。

(一) 性别立法

性别立法强调以性别去考量和改善立法, 重新审视现有法律体系的内容。盘点我国现行法律, 可以发现存在男女不平等规定的两类情况:

一是存在明显男女不平等内容的法律, 如《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》。《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》第 4 条规定, 男年满 60 周岁、女年满 55 周岁的干部可以退休; 《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第 1 条规定, 男年满 60 周岁、女年满 50 周岁的工人应该退休。部分人大代表及学术研究团体认为, 该规定有性别歧视色彩, 剥夺了女性的工作权利。退休制度的建立应符合现实需求, 并应与国际接轨。目前, 规定男女同龄退休的国家约占 60%, 将男女退休年龄拉平已成世界发展趋势。近年来, 社会各界要求修改退休年龄法律规定的呼声越来越强烈。有建议在将来出台的《养老保险法》中确立弹性退休制度, 将男女退休年龄统一规定为 60 周岁, 并允许在特定情形下, 经过本人申请、主管部门批准, 提前 1 至 10 年退休, 领取非全额养老保险金, 个别岗位经过批准可适当延长退休年龄。

二是现行法律中潜在的隐性不平等以及性别盲点。隐性不平等不像性别歧视那么明显, 往往表现为某些貌似“性别中立”的规定, 但由于男性和女性所处的经济、社会地位不尽相同, 他们从法律规定的实际受益也是不同的。因此, 某些隐性不平等规定并不是真正意义上的“性别中立”, 而是事实上的“社会性别盲点”。社会性别盲点, 又称社会性别盲视, 是指缺乏社会性别敏感, 即忽视男女两性的不同需求, 并在客观上对性别平等的权利和机会进行限制。以刑法为例, 有学者认为现行刑法中关于正当防卫的规定是依据男性标准制定的: 一方面没有充分考虑妇女长期受虐的经历以及由此产生的对施暴者的极度恐惧心理; 另一方面, 没有充分考虑男女在体力和身高上的差异, 受虐妇女在遭受不法侵害时很难反抗。学者建议在未来刑法修订中注意增加女性经验, 矫正这类“隐形”男性标准的规定。此外, 我国《妇女权益保障法》对禁止“歧视”、“家庭暴力”、“性骚扰”作出了规定, 但无准确定义, 缺乏侵权救济的可操作性。2005 年修订的《妇女权益保障法》, 即强化了“法律责任”等相关规定。

在性别立法中, 还有一类积极的立法措施, 即针对妇女群体制定专门性法律, 加强对妇女的保护, 如瑞典《男女机会均等法》、挪威《男女机会平等地位法》。我国已出台了专门的《妇女权益保障法》, 有法学专家建议制定《反性别歧视法》或在《妇女权益保障法》中增加反性别歧视的条款, 细化权利救济问题, 切实保障妇女的平等权利。

日前, 《深圳经济特区性别平等促进条例》(下文简称《条例》) 经过三年多的立法调研、条例撰写和专题论证, 已经纳入 2011 年深圳市人大的立法项目, 一旦审议通过, 即可实施。这是中国内地对性别平等立法的首次尝试。《条例》与联合国《消除对妇女歧视公约》、《行动纲领》等重要文件接轨, 倡导建立一系列性别制度: 对公共政策的制定与实施进行性别分析, 政府预算要考虑到资源配置的性别公平, 政府在审计和统计等工作中, 要设置性别指标。相对于《妇女权益保障法》, 《条例》提出了具体的性别分析指标, 增加了操作性强的规定, 如男方享有育婴假, 市人大代表中女性所占比例不低于三成。同时, 设立“平等机会委员会”作为该条例的实施机构, 其职责更具体明确。深圳特区此次立法实验, 旨在建立性别制度, 提高行政与执法的性别敏感度, 以消除性别歧视和结构性的不平等。

(二) 社会性别预算

社会性别预算(gender budget), 也称社会性别敏感预算(gender-responsive budget), 是指从性别角度出发, 对政府的财政收入和公共支出进行分析, 看它对妇女与男性之间有什么不同的影响。社会性别预算帮助政府决定哪些资源需要再分配, 以实现人的发展和男女平等受益。社会性别预算既不是为妇女单独制定的预算, 也不是特指预算科目中某些针对妇女的支出项目, 更不是激进的女权主义者为了争夺社会资源而向所谓“男权制”开战的武器。简单地说, 社会性别预算是一种促进社会公平正义的政策分析工具, 即从性别的视角分析政府资源分配的绩效。我们通常假定政

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

府预算是性别中性的，女性和男性从预算中得到的收益是均等的。但事实上，一方面政府财政收支对女性和男性的影响是不同的；另一方面，从广大发展中国家的现实情况看，女性的地位低于男性，只有从政策上加以倾斜，才能逐步矫正两性间的不平等，促进社会和谐公平{10}。

2007年8月，全国妇联、国务院妇女儿童工作委员会与联合国开发计划署在北京举办了首届“性别预算研修班”，将“社会性别预算”概念正式引入中国。社会性别预算是一套推进男女平等、实现社会公正的政策工具，也是一项复杂而严密的综合工程。它首先需要搜集、获取大量关于性别差异的统计数据，比如男女两性健康状况、教育状况、经济领域、政治与决策领域、家庭财力等各方面的预算开支、实施情况等，并将此数据公之于众，方能使公众参与到预算的监督与评估中来，提高政府预算的透明度和支出效率。其次，在充分掌握资料、数据的基础上，依据不同的分类标准和方式，建立一系列完备的指标系统，对整个预算进行社会性别敏感分析，明确政府预算在男性和女性之间的分配方案。其中最重要的就是确定在资源不足情况下的优先顺序选择。在瑞典，每个政府部门（包括财政部）都需在提出的预算项目中设立有关社会性别公正的目标，财政部将综合这些目标指数分配对妇女和男性的经济资源。瑞典每年基本上都会拨出相当于国内生产总值的2%预算，用于公立儿童保育，并拿出专项资金支持欧洲最高的妇女就业率{10}27。在遵循性别平等目标、调整好预算支出或制定新政策后，还要跟踪预算资金的配置和使用是否和政策承诺的一样，是否达到了预期目标，考察预算支出的落实程度以及受益对象的收益程度并作出回应，以进一步提高财政支出的使用效率。

目前世界上已有60多个国家实施了社会性别预算，2001年10月在布鲁塞尔召开的“推进性别预算—加强经济和财政管理”国际会议呼吁，到2015年全球所有国家实行性别预算。中国政府历来重视发展妇女平等事业，已经开始注意到社会性别预算对于推进性别平等的重要意义。全国妇联副主席赵少华女士表示，“将性别预算的概念引入中国，可以增添观察问题的新视角，获得解决问题的新手段。中国将认真参考借鉴国际上好的经验和做法，努力推进性别平等事业。”就目前而言，政府应加大对国务院妇儿工委的授权，使其不仅具有“协调和推动”性别平等工作的基本职能，而且还具有组织领导和监督检查的职能。加大对国务院妇儿工委人力、财力资源的投入，使其有足够的力量去“支持政府各部门将性别平等的观点纳入所有政策领域的主流”。此外，全国妇联也应当肩负起推动社会性别预算工作的使命，把推进社会性别预算工作作为自己的关注点，广泛参与国家和部门决策，为性别平等预算决策提供建议和咨询。有专家建议，中国政府在财政预算中应尽早写入“性别预算”，全面实施这一工程，无疑将会进一步推动男女平等，促进社会更加和谐。

注释：

[1]《消除对妇女一切形式歧视公约》“序言”。

参考文献：

- {1}李银河. 妇女：最漫长的革命[M]. 北京：中国妇女出版社，2004:1.
- {2}姜琼枝. 妇女权益保障法条文释义[M]. 北京：人民法院出版社，2006:13.
- {3}玛丽·沃斯通克拉夫特. 女权辩护[M]. 王蓁，译北京：商务印书馆，2007:3.
- {4}马克思，恩格斯. 马克思恩格斯选集：第四卷[M]. 北京：人民出版社，1972:158.
- {5}北京市怀柔区人民法院. 腾讯微博[J/OL]. (2011-09-16) [2011-09-26]. <http://t.qq.com/p/t/58565022843511>.
- {6}西蒙娜·德·波伏娃. 第二性[M]. 陶铁柱，译. 北京：中国书籍出版社，2004:489.
- {7}德波拉·G·费尔德. 女人的一个世纪：从选举权到避孕药[M]. 姚燕瑾，徐欣，译. 北京：新星出版社，2006:3.
- {8}全国人大常委会执法检查组关于检查《中华人民共和国妇女权益保障法》实施情况的报告[DB/OL]. (2010-06-23) [2011-09-26]. http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/jd gz/bgjy/2010-06/23/content_1578400.htm
- {9}闫东玲. 浅论社会性别主流化与社会性别预算[J]. 妇女研究论丛，2007，(1):10.
- {10}李兰英，郭彦卿. 社会性别预算：一个独特视角的思考[J]. 当代财经，2008，(5):28.

扬州大学反家暴“家庭诊所”处理千余婚姻案件

2013年10月22日 扬州网

扬州大学有一群由大学生组成的团队，专门为家暴受害者提供免费法律援助，保障妇女权益。近日，记者从该校法学院了解到，这群由70多名大学生组成的“婚姻家庭法律诊所”已解决了上千起婚姻案件。近日，全国公益女律师组织了一个“反家暴”组织，将该诊所作为“反家暴法律援助中心”研究基地。

问卷调查

家暴案件鲜入法院大门

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

记者了解到，扬州大学“婚姻家庭法律诊所”成立于2006年。谈及为何成立以婚姻家庭为主体的法律诊所，法律援助中心负责人、婚姻法专家李秀华老师解释，该学院的学生曾经在全国多地发放千份问卷调查，结论显示，家庭暴力在家庭纠纷中比例最高。尤其是在农村，约一半以上的农村妇女都受过丈夫的家暴。

“但是当我们走访各地法院时，却发现民庭处理的大多是民事财产和刑事案件，婚姻家庭纠纷占了很小一部分，‘家暴’的比例更是微乎其微，这与家暴案的数量显然不成正比。”调查负责人高智新告诉记者，究其原因，还是传统观念作祟，很多人都有家丑不外扬的想法。

成立7年

免费处理千余婚姻案件

据了解，“扬州大学婚姻家庭法律诊所”的成员由70多名大三学生组成。由大学生组织的“法律援助中心”，案件从哪里来呢？成员赵勇告诉记者，不要小看大学生的力量，从2006年至今，“法律援助中心”已经接收了上千起案件，其中大部分以离婚和家暴为主。向他们提供案件的方式有很多，如直接来访、打电话、发电子邮件、网络问答等。

“我们所有的服务都是免费的，哪怕是礼物，我们都不会接收。”赵勇解释，他们只希望让更多人了解如何通过合法途径保护自己，保护婚姻。

处理方式

调解为主尽量不上法庭

赵勇称，每个案件除了由大学生团队处理分析外，也会咨询专业老师。在处理案件时，专业老师告诉他们，永远不要帮当事人作决定，而是要站在中间位置，告诉他利害关系以及某一行动的后果，由他自己作决定。

赵勇介绍，他们大多用调解的方式处理家暴案件，一般不提倡当事人走诉讼程序。对此，李秀华坦言，她不排除当事人积极运用法律武器来维护自身的合法权益，“但是，我始终认为诉讼是最后的救济方式。遇到家暴时，既要勇敢地对施暴者说不，也要注意合理的沟通方式。”（吴苏晨 山笋怡 乔云）

中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞教授参观贾汪法院家事庭并座谈

2013年10月22日 中国网

龙翼飞教授指出，婚姻法是特别法，是维护社会伦理道德的底线，贾汪法院关于一系列家事审判的创新举措有一定的现实意义，值得思考与借鉴。

2013年10月19日上午，中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长暨北京中国人民大学教授龙翼飞、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事暨中国人民大学副教授、硕士生导师孙若军女士，在市中院李德彬专委的陪同下，参观我院家事法庭，并与家事干警进行了座谈。岳敏专委就贾汪法院家事审判两年来的工作开展情况向两位专家作了介绍，周洪生副院长就家事审判中的前沿性问题向两位专家进行了请教，王牧院长就家事审判工作的未来设想向两位专家征求了意见。

龙翼飞教授指出，婚姻法是特别法，是维护社会伦理道德的底线，贾汪法院关于一系列家事审判的创新举措有一定的现实意义，值得思考与借鉴。希望贾汪法院在不违背民事诉讼法规定的前提下，提炼出家事审判的特有规律，向最高院建议通过司法解释的形式予以确认。龙翼飞教授还就婚姻瑕疵登记行为的起诉与受理作了前沿性的指导。

孙若军副教授指出，家事案件专业化审判是大势所趋。希望贾汪法院能在执法思想、调解理念及具体的指导原则方面作进一步阐述，使其更具有合理性、科学性和可行性，更具有说服力和推广价值。

两位教授向王院长发出邀请，欢迎贾汪法院派员参加11月9日在湖北武汉召开的全国婚姻家庭2013年年会，王院长愉快地接受了邀请。

（二）法官视点

离婚后 子女抚养权如何判？

2013年09月30日 长江商报 李璟

本报讯（记者 李璟 通讯员 王薇 徐丹丹）近年来随着离婚率频频上升，产生了大量的子女抚养权纠纷。孩子判给谁才有利于健康成长？如何判决才能将离婚给孩子带来的伤害降到最低？昨日，武汉市中院民一庭法官结合典型案例给出了答案。

残疾子女不应被“踢皮球”

2000年4月，王刚和李丽婚后生下儿子王晓。因不慎摔伤头部，出生不久的王晓便落下残疾。次年8月，经武汉蔡甸区法院调解，夫妻自愿离婚，王晓由王刚自行抚养。

由于王刚主要靠在家附近打零工维持生活，2010年6月王刚向法院起诉，请求王晓改判由前妻李丽抚养。他承诺每年支付抚养费直至王晓能独立生活。王晓也表明愿与母亲生活。

法院查明，李丽虽也靠打零工维持生活，但其居住地学校有校车接送。法院认为，王刚、李丽抚养子女的条件

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

基本相当，现双方均不愿意抚养王晓。根据相关法规应考虑满 10 岁子女本人意见。故改判王晓由李丽负责抚养。李丽不服上诉。二审法院提出，李丽、王刚均应正确面对目前的困境，共同努力将王晓抚养成人，而不该互相踢皮球。二审维持原判。

双胞胎子女尽量不分开

刘玲与张志强婚后 3 年生育双胞胎儿子小刚和小童。2009 年，刘玲向武昌区法院起诉与张志强离婚，同时双胞胎由自己抚养，男方按月支付抚养费。法院经查明后准许夫妻离婚，双胞胎由刘玲抚养，张志强每月负担 5000 元至其子独立生活时止。张志强上诉至武汉中院，主张由自己抚养两个儿子或每人养一个。中院认为，孩子的父母均享有抚养权，但鉴于两个孩子是孪生兄弟，在一起共同生活可能更有利于孩子的健康成长。刘玲也积极要求抚养孩子，而张志强在庭审中表示自愿将应由其抚养的一子交由刘玲代养，故两个子女可以跟随刘玲一同生活。故二审判决，小童由刘玲抚养，小刚由张志强抚养但由刘玲代养，张志强每月负担 5000 元抚养费。

应尊重子女的熟悉生活高洪伟、余小兰于 2012 年 3 月经法院调解协议离婚，约定儿子高业由余小兰抚养，地点必须在武汉市区，高洪伟每月支付抚养费 1000 元。时隔半年，高洪伟以余小兰未履行约定，将高业放于乡下抚养等为由诉至法院，请求变更儿子抚养权。一审硚口区法院查明，余小兰在武汉某高校读博，高业交由居住在鄂州的外祖父母抚养。高洪伟有稳定工作和固定住所，故判决高业改由高洪伟抚养。余小兰不服上诉，二审武汉中院查明，本次起诉与离婚时间相隔不足一年，余小兰的抚养条件没有变化。从稳定子女的成长环境考虑，法院驳回高洪伟主张变更由其抚养子女的诉讼请求。

不动产善意取得中“善意”之理解

2013 年 01 月 09 日 人民法院报 彭跃进

所谓善意取得，是指无权处分其占有物的动产占有人将该物转让给他人，善意受让人依法即时取得该物的所有权或者其他物权。所谓“善意”应以登记簿上是否有异议登记和取得人是否明知登记簿错误为依据。我国物权法第一百零六条确立了善意取得制度，本文拟就该制度中的“善意”进行探析。

“善意”之涵义

不动产善意取得制度旨在维护交易安全，保护的是取得人对登记簿记载的信赖，因此所谓“善意”仅指取得人的善意而非出让人的善意。也就是说，即便登记簿上记载的不动产的非真实权利人真诚地相信自己就是该不动产的真实权利人，也只能受益于物权法第十商品房条第一款规定的登记簿推定效力，而不可能发生善意取得制度的适用。此外，就不动产善意取得中取得人善意的理解必须与登记簿相联系。也就是说，取得人善意是指取得人对登记簿权利事项的信赖产生了信赖，而不是对其他事实产生了信赖。

就取得人善意的界定，德国法采取了一种“纯客观化”的方法，即只要登记簿的登记状态在客观上对取得人的权利取得提供了支持，就认为取得人是善意的，不以取得人事实上是否查阅了登记簿为前提，即《德国民法典》第 892 条规定的不动产善意取得制度中的信赖保护的思想已经被强烈地形式化和客观化，“不是主观上的信赖而是对官方簿册的客观信赖构成了公信力的基础”。

就我国不动产善意取得制度中取得人善意的界定，笔者认为，不能采取德国法那样“纯客观化”的模式。申言之，单单要求登记簿的登记状态在客观上对取得人的权利提供了支持还不够，还应当要求取得人实际查阅了登记簿并从登记簿上知悉了出让人为登记权利人。之所以这样说，理由有二：（1）由于长期以来我国的不动产登记制度非常不完善，不动产交易的当事人更信赖的是不动产权属证书，而并未形成对登记簿的信赖。（2）要求取得人查阅登记簿有助于使人们在今后的交易中逐步形成对登记簿的信赖，而且也不会给取得人增加负担。（3）与真实权利人将会因善意取得而丧失不动产物权这一相当严重的后果相比，要求取得人在交易时查阅登记簿并不为过。

“善意”如何判断

就如何判断取得人的善意，我国学界的主要争议集中在取得人是否负有调查核实的义务以及在取得人由于重大过失而未尽该义务时能否认定其为非善意。持第一种观点的学者认为，物权法第 106 条第 1 款第 1 项的“善意”在不动产物权善意取得与动产物权善意取得中具有相同的涵义，即无论是动产还是不动产的取得人，对其善意与否都应当采取如下标准：不知情且非因重大过失而不知情。考虑到我国登记错误概率比较高，通过排除具有重大过失的取得人的善意而加重其注意义务，以倾斜保护真实权利人的权利。持第二种观点的学者则认为，尽管《物权法》第一百零六条第一款将动产善意取得与不动产善意取得合并规定，但仍有必要区分动产和不动产的取得人善意的判断标准。对于动产的取得人可以认为其具有重大过失而不知道时非属善意；对不动产善意取得而言，应当以取得人对登记的信赖作为判断关于不动产善意取得的判断标准。在通常情况下，只要取得人信赖了登记，就推定其是善意的，除非其事先明知登记错误或者登记簿中有异议登记的记载。

笔者赞同第二种观点，理由：在动产的善意取得中，判断取得人善意与否时应考虑其有无重大过失，即动产的善意取得人应当负有一定的注意义务，如果其应当知道处分人为无处分权人但因重大过失而不知道，就认为其并非善

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

意。但是，就不动产取得人而言，只要其不知道登记簿的记载错误并且登记簿上没有异议登记，就应当认为其是善意的。取得人不负有调查核实的义务，不能因为取得人没有进行调查核实而否定其善意。

“善意”的判断时点

根据物权法第九条第一款的规定，基于法律行为的不动产物权变动，原则上采取登记生效要件主义，即只有经过登记，方才发生物权变动效力。因此，只有在登记完成时为止取得人都是善意的，才能构成善意取得。然而，不动产登记不可能瞬间完成，而是需要一段时间后才能完成的。这样一来，决定取得人的善意就有多个时间点，如提出登记申请的时间、登记机构受理登记的时间以及完成登记的时间。有观点认为，鉴于物权法要求取得人在取得不动产物权时为善意，而只有当登记完成时才能算得上取得不动产物权，且物权法第十四条也规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”。因此，将判断取得人是否为善意的时间点确定在记载于登记簿时更合理些。

笔者赞同此观点，理由有二：(1) 物权法并未对取得人是否知情的时间点作出明确的规定。物权法第一百零六条第一款第三项明确要求出让的不动产依照法律规定应当登记的已经登记；物权法第十四条规定，只有记载于不动产登记簿，不动产物权变动的效力才发生。因此，以记载于登记簿的时间作为判断善意的时间点符合物权法的立法本意。(2) 当事人提交登记申请后并非完全无法控制登记的进程。例如，《房屋登记办法》第二十一条明确规定：“房屋登记机构将申请登记事项记载于房屋登记簿之前，申请人可以撤回登记申请”。这意味着取得人在提出登记申请后如果发现登记簿存在错误，其完全有机会撤回登记申请。基于诚信原则的要求，取得人在明确知道了登记簿错误之后自然应当撤回登记申请。

“善意”的排除

在不动产的处分中，受让人的善意采取推定的方式，不过，该善意也可以被反证所推翻，具体有如下排除方式：(1) 受让人事先明知登记记载的错误。例如，对于登记错误的发生，受让人本身亦是参与者，因此，其了解登记错误的发生过程。(2) 登记簿中存在异议登记的记载。在不动产处分中，如果真实权利人对登记权利真实性提出异议，登记机关将该异议记载于登记簿上，第三人据此至少应当知道该房屋存在权利瑕疵的可能。此时，如果第三人仍然与登记权利人进行产权交易，就应当承担权利瑕疵的风险。

离婚纠纷案件中几个疑难问题的思考

2013年04月09日 中外民商裁判网 李玉皎

当今社会，随着社会发展和人们观念的改变，离婚案件数量大幅增加，婚姻家庭纠纷尤其是离婚纠纷，已经成为了基层法院最为常见的案件类型之一，直接涉及到人们的财产权利和人身权利。离婚纠纷能否得到顺利解决直接影响着我国社会和谐与稳定。当前，在审理离婚案件时遇到了一些较为疑难复杂的问题，如婚姻登记瑕疵离婚案件的认定和处理问题，离婚案件当事人一方为精神病人的认定和处理问题，离婚案件中夫妻忠诚协议的效力认定及处理问题等。本文将对以上三种疑难问题进行探析，祈盼能对今后婚姻法律实务提供借鉴价值。

一、结婚登记瑕疵婚姻案件的认定和处理

在人民法院受理的诸多离婚案件中，结婚登记存在瑕疵的现象数见不鲜，存在的瑕疵情形也复杂多样。实务中，婚姻登记存在瑕疵的情形主要有：1、当事人使用虚假的身份信息或者冒用他人身份信息办理结婚登记的；2、未按照法律规定的程序领取结婚证的；3、结婚证登记信息与本人身份信息不符的。笔者认为应当在分析瑕疵情形的基础上确定法律适用，而每一种情形的瑕疵又存在多种实务问题，下面逐项进行分析。

首先应明确能否因为婚姻登记瑕疵而认定婚姻无效。婚姻无效是指当事人双方不具法定结婚条件或没有履行法定结婚程序而缔结的婚姻，不产生合法婚姻的法律效力。可见，婚姻无效的情形一是当事人双方不具法定结婚条件；二是未经过婚姻登记程序缔结婚姻。对于婚姻无效的情形，我国《婚姻法》第十条有明确的法律规定，即“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”该条只规定了四种婚姻无效的情形，没有任何兜底条款和外延范围，且我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第一条第一款规定，“当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。”由此可见，不能因为婚姻登记存在瑕疵而当然认定婚姻无效。如果当事人在离婚诉讼中以结婚登记存在瑕疵为由，对民政部门颁发的结婚证的效力提出异议，认为不存在夫妻关系的，应裁定驳回当事人的起诉。但同时《婚姻法解释三》第一条第二款首次明文赋予了当事人救济手段，如果当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由主张撤销结婚登记的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

（一）当事人使用虚假的身份信息或者冒用他人身份信息办理结婚登记的有关法律实务问题

1、因未达到法定婚龄而伪造虚假身份证明欺骗婚姻登记机关进行登记的，当事人一方起诉离婚，首先应明确起诉时双方是否达到法定婚龄。如果双方均未或有一方仍未达婚龄，根据最高人民法院对河北省高级人民法院《关于未

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

达婚龄欺骗婚姻登记机关登记结婚的婚姻关系在法律上的效力问题的复函》，不能认为双方有法律上的婚姻关系，应宣告婚姻无效。如果双方均已达婚龄，从法理上讲，无效民事行为的情形已经消失，双方已经具备了实质的和形式的婚姻要件，在离婚时应当认定其婚姻关系合法有效，应当按照离婚案件进行处理，但笔者认为应当对其欺骗婚姻登记机关而登记结婚的行为进行批评教育。

2、以骗取钱财为目的使用虚假身份证件与另一方登记结婚，婚后不久下落不明，另一方向法院起诉离婚的，如果法院以没有明确的被告为由裁定驳回，显而易见不能维护受骗者的合法权益。对此，如果查证该身份证确系伪造，笔者认为，婚姻登记机关在受欺骗的情况下作出的婚姻登记行为有重大、明显的瑕疵，且显然不符合《婚姻法》和《婚姻登记条例》等有关结婚登记的条件，如果受骗一方提起行政诉讼请求撤销结婚登记，人民法院应予支持。

3、冒用他人身份证进行结婚登记，结婚证上载明的主体与实际共同生活者不一致时，结婚证的效力只对结婚证上载明的主体有约束力，而不应及于实际共同生活者。如果实际共同生活的当事人请求离婚的，人民法院应当告知其变更诉讼请求，按照《婚姻法解释一》第五条的规定，1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，此时无法补办结婚登记的情况下，按照解除同居关系处理。当事人坚持拒绝变更诉讼请求的，人民法院应当裁定驳回起诉。

此种情况因冒用了他人的身份证明，婚姻登记对其有效，严重影响其合法权益，例如无法再行结婚登记等。被冒用人和结婚证上的“配偶”因为没有自愿结婚的意思，不符合结婚的实质性要件，故不形成夫妻关系，对此，可对结婚证效力提出异议，请求民政部门撤销结婚登记或直接提起行政诉讼。

（二）未按照法律规定的程序领取结婚证的法律实务问题

我国《婚姻登记条例》于2003年10月1日起实施，其第四条规定了“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记”；第五条规定了办理结婚登记的内地居民应当出具的证件和证明材料；第七条规定了“婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由”。可见，结婚登记程序应包括三个内容，其一是双方当事人应亲自到婚姻登记机关办理结婚登记；其二是应提交必要的证件或材料；其三是婚姻登记人员进行审核准予登记后，领取结婚证。另外，结婚证一式两本，男女双方各为持证人。但在实务中却发现不符合这些登记程序的结婚证普遍存在。

1、他人代理或冒名顶替进行结婚登记的认定和处理。分两种情况：第一种是当事人知他人代理其进行结婚登记，且对此不持异议，例如双方都符合结婚的实质性要件，但为了省事，没有亲自到民政部门办理结婚登记，而是托关系“拿”一个结婚证，这种情况当事人虽未亲自到场办理结婚登记手续，但却是真实意思表示，不影响婚姻效力，应按照离婚纠纷适用法律；第二种是一方当事人不同意结婚，他人冒名顶替与另一方当事人进行结婚登记，该种情形不仅严重违反结婚程序，也违背了当事人的意志，被冒名的当事人可以申请民政部门撤销该结婚证，也可以向法院提起行政诉讼请求撤销，人民法院应予支持。但笔者认为如果当事人仅仅向法院提起离婚诉讼，人民法院可以直接按照离婚案件处理。

2、未经民政部门所颁发的“结婚证”的认定与处理。分两种情况：第一种是该“结婚证”本身即为虚假证件，对此经相关鉴定，证明盖章及结婚证本身为虚假伪造的，当事人向法院起诉离婚的，应当予以驳回，法院应告知当事人按照事实婚姻或者同居关系纠纷处理；第二种情况是无法鉴定该“结婚证”的真伪，而婚姻登记机关没有相关登记证明和留存档案，且不存在因玩忽职守造成婚姻登记档案损失的情形，婚姻登记机关不认可颁发该证的，如果有证据证明该结婚证确实未经法定程序登记，则可认为未完成结婚缔结程序，不能认定合法夫妻关系的存在，宜按照事实婚姻或者同居关系处理。

（三）结婚证登记信息与本人身份信息不符的法律实务问题

1、因婚姻登记机关的失误导致结婚证登记信息与本人不符的情况，在审判实务中比比皆是，尤其是在婚姻登记相关规定不完善的条件下，结婚证上登记的个人信息为人为填写，如果工作人员责任心不足则极易造成登记人姓名、出生年月等的误登记。对此笔者认为责任在婚姻登记机关，不能因该瑕疵否定婚姻登记效力，如果当事人向法院提起离婚诉讼，通过结婚证、户籍证明或身份证上的照片能够证明确系同一人的，应当按照离婚案件进行处理。

2、使用曾用名进行婚姻登记导致与本人现行身份信息不符的情况，如果当事人向法院起诉离婚的，可以提供村委会证明或者派出所出具的确系同一人的证明，按照离婚案件进行处理。

二、离婚案件当事人一方为精神病人的认定和处理问题

审判实践中，当事人一方为精神病人的离婚案件现象很多，但法律上对此并没有明确的规定，只在法理或相关的法律性文件、司法解释中略见一斑。为了维护婚姻自由、保障当事人人身权益，有必要对精神病人的离婚问题进行分析与探讨。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

医学上认为精神病是一种严重的心理障碍疾病，患者的认识、情感、意志、动作、行为等心理活动出现持久的明显异常，不能正常学习、工作、生活，动作行为难被一般人理解，在病态心理的支配下，有自杀或攻击、伤害他人的动作行为，例如精神分裂症、躁狂抑郁症和其他重度丧失正常精神作用的精神病等。法学上将精神病人视为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，这部分人没有诉讼行为能力，按照我国《民事诉讼法》第五十七条的规定，“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。”但离婚案件属于身份关系的诉讼，作为精神病人的当事人无法正常表达意志，故其诉讼主体资格问题受到争议，对此笔者认为应分精神状态和诉讼地位的不同区别对待。

(一) 当事人为间歇性精神病人的情况。间歇性精神病人在病情间歇期间，神志清醒，具有判断行为是非的能力。间歇性精神病人在其精神正常的状态下，应认定其具有完全的行为能力，即具备诉讼行为能力。在离婚诉讼中，无论其以原告身份还是被告身份出现，都应首先鉴定其精神状态，看其是在间歇期，还是发病期。如果是在间歇期，那么当事人具有诉讼主体资格毋庸置疑；如果是在发病期，则不具有完全的行为能力，无法独立进行诉讼。

(二) 当事人为无民事行为能力或者限制民事行为能力精神病人的情况，对此笔者区分诉讼地位进行分析。

1、精神病人以原告身份诉讼的情形。离婚案件是涉及身份关系的诉讼，是否提出离婚诉讼，是婚姻当事人的自主行为，未经本人意思表示或授权，他人不得代替本人提出离婚诉讼。无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人，其无法辨认和表达自己的意志，无诉讼行为能力，法院对于精神病人提出的离婚诉讼应当不予受理；如果受理了，被告提出证据证明原告为精神病人或者经鉴定原告确为精神病人，法院应裁定驳回起诉。

但在实务中，倘若出现精神病人确有必要离婚的情况，似乎就诉讼无门了，这对维护精神病人的合法权益十分不利。笔者认为，在精神病人受到家庭暴力、虐待、遗弃等严重损害自身权益的情况下，可以由相关监护人作为法定代理人提起离婚诉讼。我国《民法通则》第十七条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：(一) 配偶；(二) 父母；(三) 成年子女；(四) 其他近亲属；(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”顺序在先的人优先于顺序在后的人担任监护人，那么精神病人的配偶是其第一监护人，故在确有必要提出离婚诉讼的情况下，应先进行监护人变更，使精神病人的监护人转移为配偶之外的父母、成年子女等，再由监护人作为法定代理人代精神病人提起离婚诉讼。按照我国民法的相关规定，监护的变更有三种情形：①因协议变更；②因撤销变更，即监护可以因监护人不履行或者不正确履行监护职责而撤销，因此可依此种方式变更监护人；③因监护人死亡或者丧失行为能力而变更。对于本情况可适用第二种情形。笔者认为这种情况下法院应当依法进行受理。

2、精神病人以被告身份诉讼的情形，分两种情况：一种是被告婚前即患有精神病，婚后仍未治愈；一种是婚后才患有精神病。精神病被告进行离婚诉讼，法院应当为其设置诉讼代理人，对已设定监护人的，应由监护人代理诉讼，未设监护人的，应指定监护人代理诉讼。

对于第一种情况，存在婚姻效力的问题。我国《婚姻法》第七条规定，患有医学上认为不应当结婚的疾病应禁止结婚，同时第十条规定，婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的，婚姻无效。哪些属于患有医学上认为不应当结婚的疾病，现在主要依据的是《母婴保健法》、《传染病防治法》。根据我国《母婴保健法》第八条、第九条以及第三十八条的相关规定，有关精神病，即精神分裂症、躁狂抑郁症，重症智力低下者即痴呆症属于医学上认为不应当结婚的疾病。原被告双方的婚姻不符合婚姻法规定的实质性要件，如果原告有证据证明被告具有上述情况，直接起诉申请宣告婚姻无效的，人民法院应当支持。

对于第二种情况，《最高人民法院关于审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中规定：“婚前隐瞒了精神病，婚后经治不愈，或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚，或一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的”可以视为夫妻感情确已破裂，一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。由此可见，精神病人在久治不愈的情况下，原告坚决要求离婚且调解无效的，法院可以判决准予离婚。但应正确处理以下两个问题：

(1) 对精神病人的保护问题。我国《婚姻法》第二十条规定：“夫妻双方有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。”精神病人属无民事行为能力人或限制行为能力人，已经丧失了劳动能力，没有正常的经济收入和生活来源，如果对方在婚姻关系存续期间不予扶养，精神病人向人民法院请求对方给付治疗费、生活费等扶养费用的，人民法院应予支持。而对于精神病人要求支付将来需要治疗的费用的，因是待实际发生的费用，数额又不能确定，人民法院可不予支持。

我国《婚姻法》第四十二条规定：“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议，协议不成时，由人民法院判决。”精神病人实属生活困难之群体，为了切实保护其各项合法权益，可以根据原告的经济承受能力和当地的生活水平，给予精神病被告适当的经济帮助，由法院作出具有现实性、合理性的处理或判决较为适宜。总之，笔者认为与精神病被告离婚应以安排好精神病人离婚后的生活为前提。

(2) 子女抚养的问题。原、被告有子女的，因为精神病人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，不具有生活收入和经济来源，根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的相关规

定,从有利于子女身心健康,保障子女的合法权益的原则出发,其子女判决由原告直接抚养为宜,但应保障被告的探望权。

三、离婚案件中夫妻忠诚协议的效力认定及处理问题

随着社会不断发展和公民自我保护意识的增强,夫妻之间签订忠诚协议的现象越来越多。在离婚之诉中,对忠诚协议是否有效众说纷纭,对此法律没有明文规定,学理上也存在诸多争议。第一种观点是无效说,认为夫妻忠诚协议限制了宪法所赋予公民的人身自由,有限制离婚自由之嫌,另属身份协议,不应为合同法调整;第二种观点是有效说,认为夫妻忠诚协议体现了意思自治原则,是夫妻忠实义务的具体化;第三种观点是无强制力说,认为夫妻忠诚协议本身并不违法,但若一方不履行司法也不能介入强制履行。最高人民法院吴晓芳法官在这个问题上谈到对此的上风观点是不予受理,而实务中,各地法院则会根据自己的认知做出不同处理,以上三种观点均有采用,并不统一。对此笔者愚见,认为需要在对忠诚协议性质进行深入剖析的基础上得出结论。

所谓忠诚协议,是指夫妻之间自愿签订的,因一方违反忠实义务而给付另一方若干财产的协议。

首先,忠诚协议不是身份协议。身份协议是为创设或解除身份关系而达成的基础性协议,而忠诚协议最终是对财产的处理,违背忠实义务虽涉及到身份关系,但只是忠诚协议实现的一个条件而已。其次,忠诚协议并不限制离婚自由。这与人的理性挂钩,在一方对另一方感情有变的情况下,并不会迫于存在一份忠诚协议便不予离婚,只是需要承担因违背承诺的不利后果罢了,是对自身行为承担责任的一种表现。再次,忠诚协议的实现以违背忠实义务为条件,是一种附条件的法律行为。所谓附条件的法律行为,是指以未来的不确定的事实的发生或者不发生,作为法律行为发生效力或者失去效力的限制条件的法律行为。有关身份的法律行为不得附条件,是指法律行为本身是身份关系,比如婚姻、收养等行为不得附条件,而忠诚协议本身不是有关身份关系的法律行为,只是该条件是与身份关系有关的忠实义务,并不能因此否定忠诚协议的有效性。最后,忠诚协议对限制违背忠实义务起到了作用。我国《婚姻法》第四条规定“夫妻应当互相忠实”,忠诚协议是对该条规定的具体化,由双方当事人因情爱自愿签订,自愿在违背忠实义务后承担财产损失的不利后果,对双方理应有约束力,这与我国《婚姻法》第四十六条规定的无过错方的损害赔偿请求权有异曲同工之处。

由此可见,忠诚协议的签订体现了“法无明文禁止即可为”的民法原理,同时体现了民法上的意思自治、权利本位、过错责任、诚实信用等基本原则,笔者认为采纳有效说更为合适。忠诚协议是由情爱转化为金钱,归根到底最终是对财产权利自愿进行处分的协议,应视为一种附条件的夫妻财产的约定,本质上是一种新生的无名合同,处理忠诚协议的效力问题适用合同法的相关规定,问题便可迎刃而解了。

如果忠诚协议是双方在自愿的基础上作出的真实意思表示,协议约定的内容合情合理,既没有欺诈行为,也没有胁迫之举,且不违反公序良俗,不损害国家、集体或第三人的合法权益,不损害社会公共利益,即不违反我国《合同法》第五十二条之规定的,应当认定该忠诚协议合法有效,人民法院应当予以支持。

但在实务中,忠诚协议约定的内容不尽相同,有的甚至不切实际,比如约定的标的额过高,或者约定的内容非财产权利,而是有害身体权益的行为等。笔者认为对于标的额过高的,显失公平,可视为可变更合同,在数额进行调整的基础上予以部分合理支持。对于约定内容损害了当事人生命权、健康权、身体权等具体人格权和一般人格权的,则违背了社会善良风俗,导致合同无法履行,合同目的无法实现,对此人民法院可以直接依据公序良俗原则认定该行为无效。

经过公证的QQ聊天记录可作为诉讼证据

2013年10月09日 人民法院报 胡胜克 卢彩霞

【案情】

被告杨水峰、徐俏系夫妻关系,原告名扬公司与被告素有合作关系。自2007年10月始,原告的法定代表人王旭与被告之间即有通过QQ聊天约定通过南丰公司银行账号汇款的交易习惯。2009年12月30日,双方以补充协议的形式约定由被告将除欠原告的除去损失部分共计1100余万元货款于2010年4月15日之前全部汇回原告指定的账号。根据原告法定代表人王旭所指定的南丰公司的账号,在2010年1月至7月间,被告通过与其有供货关系的斯提瓦尔-敖德萨有限公司实际控制的公司汇入南丰公司的银行账号共170余万美元。

原告以被告一直未履行付款义务为由向法院提起诉讼,请求判令被告立即支付货款1100余万元,并支付逾期违约金。

被告提供了经过公证的其与QQ号为9892851、15984367的聊天记录。法院经调查,这两个号码分别为案外人南丰公司的法定代表人谢莲超和原告法定代表人王旭所使用。

【评析】

QQ聊天记录等电子证据在本案中起了重要作用。新民事诉讼法将电子数据列入了证据目录中,该规定意味着包括电子邮件、QQ聊天记录甚至微博私信等都有可能作为证据使用。但电子证据的高科技性、易受破坏性、可修改性

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

及原件的不确定性使得实践中对电子证据的认证成了一个难题，确定电子证据的认定方法及标准是司法实践的迫切需要。

对于证据的认证主要是从关联性、客观性、合法性三方面进行。对于 QQ 聊天记录这一电子证据来说，通过这三方面的认定，关键是要确定两个问题：一是 QQ 的使用人是否为现实中的聊天人，是否为具有诉讼主体资格的案件当事人；二是聊天记录是否未经删除篡改，是否具备完整性与真实性。由于电子证据本身的特殊性，对于其形式的合法性审查应区别于其他证据。实践中，法院单一采纳 QQ 聊天记录，仅凭聊天记录对案件事实进行认定的情况很少，必须有其他证据予以佐证，形成一条完整的证据链。

就本案来说，QQ 聊天记录的内容关系到案件当事人诉讼主体资格的确定，对待证事实及争议问题具有极为重要的关联性，故符合证据的关联性要求。该聊天记录由当事人一方徐俏申请公证机关进行了公证，整个收集过程符合法律规定，形式上也符合法律要求，具备较强的真实性与可靠性。需注意的是，关于 QQ 软件的聊天记录问题，用户在注册会员后即可上传聊天记录，若设置了漫游聊天记录，即可以随时随地查看与好友之前的历史聊天内容。本案当事人徐俏在公证处的保全专业计算机上完成聊天记录保全，一定程度上也有利于降低聊天记录被修改删除的风险，提高了证据的可信度。本案的 QQ 聊天记录与其他证据相结合，可确定 9892851、15984367 的 QQ 分别系谢莲超、王旭使用。聊天记录也可以证明原告法定代表人王旭与被告之间在 2007 年就有通过南丰公司账户收取款项的交易习惯，且 2010 年双方就已付款项进行对账，对账单中的每笔付款数额与斯提瓦尔-敖德萨有限公司证明汇入南丰公司的款项情况均相吻合。谢莲超也未能提供证据证明南丰公司与被告在 2010 年左右的业务往来关系，故 170 余万美元应属被告按照原告的指示汇入南丰公司账号的货款。

由本案审判可知，QQ 聊天记录经过公证机关公证，确保真实性和完整性，是能够被采用的。若能有其他证据予以佐证，形成完整的证据链，则具有更强的证明力。

子女追索抚养费的时效问题浅析

013 年 10 月 11 日 光明网 莫田华

在离婚纠纷越来越多的情形下，极易发生各种抚养费纠纷。在农村社会，夫妻离婚后，子女往往由一方来抚养，另一方支付一定的抚养费。但随着外出务工人员越来越多，以及女方改嫁远方的情形，导致拖欠抚养费的情形越来越普遍，极大地侵害了未成年子女的合法权益，不利于其健康成长。而随着子女的不断成长，追索抚养费则会遇到各种各样的障碍，其中诉讼时效就是一个无法回避的问题，分析这些障碍，理顺相关法律关系，对充分的保护未成年人的合法权益，促进子女健康成长都极有必要。

《民法通则》第一百三十五条对诉讼时效作出了一般规定，即一般的时效都为 2 年，但法律另外有规定的除外，而诉讼时效期间则从知道或者应当知道权利被侵害时起算，但从权利被侵害之日起超过了二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。虽然诉讼时效的客体为请求权，但并不是一切请求权均适用诉讼时效。实践中，有一些请求权，如追索抚养费的权利，依其性质是不能适用诉讼时效的规定。

父母与子女之间的权利义务关系是基于血亲关系，根据当事人之间的特殊身份来决定的。虽然请求给付抚养费会涉及一定的财产性权益，但其主要还是一种身份利益，故一般离婚后子女请求父母给付抚养费，不应受诉讼时效的限制。此外，《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。”由此确定了子女与父母之间的权利义务关系，这种关系是基于双方的血缘关系而来，即使父母离婚，也不能免除这种义务。父母离异后，无论子女归谁抚养，父母双方对子女仍负有抚养及教育的权利和义务。所以，只要当事人双方之间的身份关系没有消灭，未成年子女就具备请求支付抚养费的权利，负有抚养义务的被请求人就应该履行给付抚养费义务。

如果子女已经能独立生活，则应予免除了父母的给付抚养费义务，子女的抚养费请求权应归于消灭。抚养费给付的前提是子女有需要抚养的情节存在，给付抚养费主要是为了实现子女的正常成长，但子女已经成年能够独立生活了，这不再存在这种需要。子女无权再对父母此前所欠下的抚养费进行追偿，这也从反面反映出了抚养费更多意义上是一种身份性利益，而不仅仅是一种财产性权益。

诉讼时效的目的在于督促人们及时行使权利，使权利义务能够得到及时的明确，促进社会的快速、有序发展。如果是离异父母为了规避支付抚养费而故意采取躲避、藏匿、拒绝履行义务的行为，导致子女无法实现自己的权利的，不能以两年诉讼时效来对子女的追索抚养费的请求权进行抗辩，只要子女尚未成年，父母此前所欠下的抚养费就应当一并予以给付。这才更有利于子女的健康成长，以及促进整个社会道德的进步。

（作者单位：广西荔浦法院马岭法庭）

浅析我国离婚经济帮助制度存在的问题及完善

2013 年 10 月 09 日光明网 蒋艳玲

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

根据我国《婚姻法》的规定，夫妻在婚姻关系存续期间有相互扶养的义务，但是一旦离婚后，这种基于夫妻关系应履行的扶养义务便不复存在。而我国《婚姻法》致力于保护弱者利益，实现损害与救济之间的衡平为宗旨设立了离婚救济制度，离婚经济帮助是其中的一种救济制度，它是指离婚时如果一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当的帮助。该制度自建立以来在一定程度上发挥了它的应有作用，给离婚时经济上处于弱势的一方提供了帮助，体现了法律所追求的公平、正义价值。但该制度尚存在不合理性和不确定性，尚存在亟需完善之处，笔者就此谈点自己粗浅的看法。

一、离婚经济帮助的法律规定

我国《婚姻法》第四十二条所规定之“离婚时，如一方生活困难另一方应从住房等个人财产中给予适当帮助”是离婚经济帮助原则的最基本体现，在随后的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称婚姻法司法解释一）中第二十七条对于何为“一方经济困难”作了规定，是指“依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地的基本生活水平”，“一方离婚后没有住处的，属于生活困难”。可见，离婚经济帮助的适用条件是：

1、一方生活困难。所谓生活困难，根据《婚姻法解释（一）》第二十七条的规定，《婚姻法》第四十二条所称“一方困难”是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住处的，属于生活困难。可见，生活是否困难可以从两个方面来判断：一是离婚时的财产能否维持当地基本生活水平；二是离婚后有没有住处。其财产能维持生活，但离婚后无住处的属于生活困难；有住处但财产不能维持生活的，也属于生活困难。

2、生活困难发生在离婚当时。即在离婚时，其个人的财产和离婚分得的财产就无法维持当地基本生活水平。如果离婚时其财产能够维持生活或离婚以后发生困难的，不能适用经济帮助。

3、我国离婚经济帮助的方式是一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。所谓“适当帮助”，根据相关规定，可以确认为给予对方短期的或一次性的经济帮助[1]。

4、双方经济条件差异大的或另一方有帮助能力的。离婚时一方生活困难，另一方应给予经济帮助，前提是另一方生活不困难，即有帮助能力。如果另一方也存在生活困难或者住房狭小，无法提供帮助，也不能强行要求其帮助。

5、我国离婚经济帮助确认的方式有两种：双方协议或是协议不成，由法院判决。

6、我国离婚经济帮助终止的情况是受帮助一方再婚、死亡或原定的经济帮助执行完毕。

二、离婚经济帮助的价值设计

1、离婚经济帮助制度的实施有利于离婚纠纷的圆满解决，有利于对婚姻自主权的保护，有利于防止因离婚可能带来的社会动乱，体现了法律对弱势一方主要是妇女的特别保护[2]。

2、离婚经济帮助制度的建立加大了离婚成本，使一些视婚姻为儿戏的人慎重对待婚姻，有助于维护婚姻的稳定。

3、离婚经济帮助制度，用法律将这一道义上升为义务与责任，这对于弘扬中华民族扶贫救弱、互助友爱的光荣传统，对于倡导人们确立珍惜亲情、珍爱伴侣的良好道德品质，对于实现社会公平正义、促进社会和谐发展都具有重要意义。

三、离婚经济帮助存在的问题

1、现行法律对离婚经济帮助规定的适用条件过于严苛

我国婚姻法司法解释（一）第二十七条采取的是绝对困难说，而随着我国经济的蓬勃发展，人民生活水平日益提高，各项社会保障制度也不断完善，在实际生活中无法维持当地基本生活水平的人越来越少。如果以此标准适用离婚经济帮助制度，会导致离婚经济帮助制度的适用范围越来越小。且该规定是以当事人能够生存为前提条件的，没有考虑婚姻关系存续期间的生活水平，一方对另一方或家庭生活所做的牺牲或贡献，以及一方在离婚后谋求职业或提高就业能力所需的培训与教育成本等情况。

2、住房帮助的规定难以落实

判断生活困难的另一标准是一方离婚后没有住处的，属于生活困难，此标准有些偏颇且不当。结合我国目前的生活水平现状，大多数的家庭仅仅拥有一套住房，拥有两套以上住房的家庭并不多，而恰恰是处于这种情况的当事人更需要经济帮助。如果离婚后一套住房已经作为共同财产分割给一方配偶，按照法律规定，另一方只要没有住所，无论其经济状况如何都属于生活困难。可见，这一标准认定显然有失公平，颇为不妥。

3、对经济帮助的变更和终止未作系统规定

经济帮助不论以何种形式履行，随着双方当事人生活状况的变化，有可能出现需要变更经济帮助的情况。即当引起经济帮助关系产生的条件发生变化时，经济帮助亦应随之而变更。包括经济帮助费用的增加、减少或免除等。而我国婚姻法对经济帮助的变更和终止却未做出系统的规定，这无疑是一个缺陷。

4、法律没有明确规定离婚经济帮助的提起方式

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

法院对于在离婚案件办理过程中，一方当事人并未提出离婚经济帮助，但其生活又确实困难的情况下，能否依职权直接判决另一方给予经济帮助？根据法律规定，一方请求经济帮助，至少应当在案件审理过程中提出来，而且有协商的过程，只有协商不成时，才能由人民法院判决。《民事诉讼法》规定，法院受理案件必须有明确的诉讼请求，也就是说，如果当事人没有提出请求的，法院不予受理。

四、完善我国离婚经济帮助制度的建议

1、改进和完善离婚经济帮助制度的适用条件

离婚经济帮助应采用相对说而不是绝对说，应规定离婚时一方只要具备以下条件，法院就可以裁决另一方给予经济帮助：一是其财产或分得的财产不足以维持其合理的生活需要；二是不能通过从事适当的工作维持其生活需要；三是一方因年老、疾病或残疾、照顾子女等原因不能就业或不能充分就业[3]，其个人财产或离婚时分得的财产不足以维持基本生活的，另一方给予经济帮助。

2、摒弃住房经济帮助，而将其作为一个参考因素。

配偶一方在离婚后没有住所并不能完全反映其经济状况，也不能说明其需要帮助或者另一方离婚配偶有相应的经济能力。另外，在某些情况下，离婚配偶一方有住所，但条件未达到其合理需要的情况下，也需要相应的经济帮助。所以以有无住房判断生活困难的标准过于武断且内容含混不清，应该作为确认离婚经济帮助的一个参考因素，而不应该单独作为离婚经济帮助适用条件的离婚配偶一方生活困难的判断依据。

3、完善经济帮助的变更和终止

在离婚经济帮助期间，因双方或一方当事人的身体状况、经济状况或其他情况发生重大变化，使经济帮助无法继续履行或显失公平时，可以由双方当事人协议变更或者由法院根据双方或一方的请求予以变更。离婚经济帮助的终止条件可参考以下因素：一是受帮助方再婚或死亡；二是帮助方死亡；三是原定的经济帮助执行完毕[4]；四是因一方或双方当事人的经济状况等发生重大变化而终止。

4、应明确规定离婚经济帮助的提起方式。

由生活困难一方在诉讼请求中明确，或在答辩中向法院明确提起，如当事人未提出经济帮助的请求，而且生活确实困难，符合法律规定的经济帮助要件的，法院可在征求双方意见的基础上做出给付判决；假如生活困难一方当事人明确表示不要求经济帮助，法院则不应做出给付判决[5]。

【注释】：

[1]孙丽华《对离婚经济帮助制度的几点建议》，载于光明网—人民法院频道

[2]《离婚经济帮助制度的理解与适用》，载于<http://china.findlaw.cn>

[3]《浅析我国离婚经济帮助》，载于<http://wenku.baidu.com>

[4]孙丽华《对离婚经济帮助制度的几点建议》，载于光明网—人民法院频道

[5]何燕《浅析我国离婚经济帮助制度—从一起双方当事人均不服法院终审判决的离婚申诉案谈起》

（作者单位：广西全州法院）

妻子坚决做“丁克” 丈夫起诉离婚获支持

2013年09月22日 北京法院网 李晓蕊

一、案情回放

成先生是家里的独生子，因小时候曾经出过车祸，脚留下了残疾。由于残疾程度不高，并没有影响成先生的生活和工作。2007年，成先生与曹女士结婚。由于是家里的独生子，婚后成先生的父母就催促他们生孩子。于是，成先生跟曹女士商量想尽快要个孩子。成先生的要求遭到曹女士的拒绝，她说希望等工作稳定、条件好一些再要孩子。随后几年里，目睹自己身边的同事、同学有了孩子以后过着辛苦而单调的生活，曹女士越来越羡慕那些“丁克”家庭，便暗自决定不再生育子女。因此，每次成先生提起此事，曹女士都以各种拖辞拒绝。

2011年10月，曹女士意外怀孕了，兴奋、激动的成先生每天忙前忙后地料理家务。然而，曹女士却未与成先生商量，于同年11月20日擅自去医院做了流产手术。成先生知道后提出了严重的抗议。两人为此争执多日，却依然无果。无奈之下，心灰意冷的成先生便选择与妻子分居了。

在分居的日子里，成先生虽然很思念妻子，但是一想到妻子残酷无情地打掉了他们的孩子，他便由爱生恨。当成先生再次劝解妻子考虑生孩子之事无效后，他产生了离婚的想法。但曹女士拒绝离婚，并声称女人不是生孩子的机器，还指责成先生思想太陈旧。

2012年3月，成先生一怒之下将妻子告上法院，认为妻子擅自终止妊娠，侵犯了他的生育权，要求曹女士赔偿其精神损失费5万元，并要求法院判决与曹女士解除婚姻关系。

最终，法院经过审理判决驳回成先生提出要求精神损害赔偿的诉讼请求，准许二人离婚。

二、法官讲法

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

根据我国的法律规定，男女公民均享有相应的生育权。曹先生享有的生育权是基于人身权中的一种生命健康权，而成先生所享有的生育权是身份权中的一种配偶权。当这两种权利相冲突时，应当更加关注生命健康权，而非配偶权，同时法律还规定妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。最高人民法院关于婚姻法的司法解释中明确规定对于丈夫以妻子擅自中止妊娠而请求损害赔偿的，不能支持。因此，法院判决驳回了成先生提出的精神损害赔偿的诉讼请求。

受理案件后，法官就成先生提出离婚的诉讼请求进行了调解，成先生称只要妻子同意为其生育子女就可以不离婚，可是曹女士不同意生孩子，称自己理想的家庭状态就是丁克家庭，双方对此无法达成一致的意见。婚姻关系是靠夫妻双方的感情来维系的，成先生与曹女士因为生育子女的问题产生了家庭矛盾，且经过法院调解双方就此问题无法达成一致意见，导致双方的感情破裂。法院最终判决准许成先生与曹女士离婚。

虽然法律将生育的权利赋予了每一位符合条件的公民，其间没有性别的差异，但是由于生理上的差异，男性生育的权利和意愿必须通过女性才能实现。由于现代生活观念和生活方式的改变、职业竞争的压力和抚养孩子成本的提高，使得夫妻在是否生育子女的问题上出现分歧，这类诉讼也随之增加。《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释三》第九条规定，夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持。夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第（五）项的规定处理。《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款规定，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。根据这些规定，如果夫妻双方因为生育子女的问题无法达成一致意见，婚姻关系继续存续将会使一方生育子女的权利受到侵害时，可以协议离婚或向法院起诉要求解除婚姻关系。

法官在此想提醒大家，在结婚前双方可以就是否生育子女的问题进行交谈，以减少婚后发生矛盾的机率。同时，婚后夫妻双方在行使生育权时要彼此尊重，协商进行，不能强迫、命令或者把自己的意志强加于对方。

遗嘱公证被撤销 财产继承受损

2013年02月20日北晨网

十几年前，刘女士的丈夫留下遗嘱，将财产全部给予她。本以为做了公证便万无一失，不料丈夫去世后公证处竟撤销了公证书。本应全部继承的财产受到损失，66岁的刘女士遂将公证处起诉到海淀法院，要求赔偿损失。最终法院认定公证处存在过错，赔偿刘女士96万余元。

生效14年的公证撤销了

刘女士诉称，她与王先生于1979年3月登记结婚，婚后未生育子女。而王先生与前妻有一子小王。1995年6月19日，刘女士与王先生到公证处做遗嘱公证，遗嘱写明王先生去世后，所有财产均归刘女士继承，公证处当时出具了公证书。

不料，2009年，公证处以申请表由刘女士填写并签名、违反了公证程序规则为由，撤销这份公证书。而此时王先生已经去世，重新办公证已不可能，因没有公证遗嘱，法院按法定继承处理了王先生的遗产，致刘女士继承的财产受到损失。

刘女士认为，公证处作为专门的公证机关，应告知其办理公证的相关程序，但公证处并未履行上述义务，请求法院判决公证处赔偿房产损失、其他损失、房产评估费、房租损失费等共计110余万元。

公证处辩称，撤销公证书是由于刘女士的行为造成的，公证处在办理公证的过程中并不存在错误，依照规定，王先生在办理公证时应当由其本人填写公证申请表，但该申请表却由刘女士填写，该公证书是公证处主动撤销的，并不是因为诉讼案件才撤销。

公证处赔了96万

双方各执一词，法院最终经审理查明，王先生与刘女士在婚姻关系存续期间取得两套房产，因王先生所做的公证遗嘱未生效，后在刘女士向法院起诉小王法定继承一案中，法院判决上述房产中的一半应为刘女士所有，剩余部分系王先生的遗产，应由其继承人刘女士、小王依法进行继承。

此外，王先生在公证处办理遗嘱公证时作了相关的谈话笔录，并在公证处卷宗内留有本人签名的遗嘱一份，卷宗内公证申请表中填表人处的签名字迹为刘女士。如当时公证申请表的填写不符合公证规则，公证员完全可以及时制止，并要求由王先生本人填写，但公证机构当时未能指出此事，事后又依据该申请表出具了公证书，其对公证书此后被撤销一事应承担过错责任。公证处在王先生去世后，又因程序问题撤销该公证书，在客观上损害了利害关系人刘女士的利益，使刘女士不能按王先生的遗嘱继承全部遗产，而只能按法律继承一半的遗产。最终法院判决公证处赔偿刘女士各项损失96万余元。

晨报首席记者 王彬

“家事法苑”律师团队奉献

■法官说法

为何认定错在公证处？

海淀法院周元卿法官表示，申请办理公证的当事人的义务为“有责任如实说明有关情况，提供真实合法充分的证明材料”，而公证机构则有责任和义务根据不同公证事项的办证规则审查公证。申请办理公证的当事人在事先不可能，也没有必要了解公证的程序和规则，当事人交纳了公证费后，只要提供了真实的材料，如实陈述事项后即有理由相信会取得具有法律效力的公证书。因当事人办理公证全程都要在公证人员的提示下进行，故公证机关应对公证的程序事项承担责任，以保证公证效力。

以转移户口为目的缔结的“合同婚姻”的效力如何认定

2013年10月17日 中国法院网 李新亮

[案情]

2009年3月15日，河北籍女子姜某经人介绍与北京籍男子陈某相识并结婚，二人同时签订“入户付款协议”，约定：“结婚时付款5万元，3年后户口转入北京再付余款5万元，如任何一方反悔，给付对方违约金2万元”。双方并未在一起共同生活，在此期间，陈某因于他人恋爱无法登记结婚，2011年10月26日，陈某向法院起诉姜某，要求确认双方婚姻关系无效，并依法予以解除；另主张双方存在“假结婚”行为，请求法院确认“入户付款协议”及违约条款无效。姜某则主张此案应驳回陈某的诉求，要求法院按离婚程序重新审理；另主张因陈某并未依照协议帮其办理北京户口，故应按照协议约定将已付5万元退回，并赔偿违约损失2万元，否则不同意离婚。

[分歧]

本案中，对于双方以转移户口为目的形成婚姻关系，以及签订“入户付款协议”的效力问题，应通过何种法律程序进行审理，存在两种处理意见：

第一种意见认为，虽然现行婚姻法及其解释对该类行为的效力并未作出明确规定，但双方并非以感情为基础、以长期共同生活为目的，以此形成的婚姻关系完全建立在非法转移户口目的之上，相比婚姻法第十条规定的婚姻无效四种情形更加有损社会公益，应该对该法条适当做出扩大解释，认定为婚姻关系无效。

第二种意见认为，双方婚姻关系的形成并未违反婚姻法第十条规定的婚姻无效四种情形，司法解释中亦未对以婚姻形式侵害公共利益行为的效力作出规定，双方已经通过结婚登记形成了现实的婚姻关系，故应依法驳回陈某的诉求，陈某只能通过离婚程序重新立案、重新审理。但双方签订的协议系恶意串通损害国家公共利益的行为，理应被认定为无效合同。

[评析]

笔者同意第二种意见，理由如下：

1、法律解释的对象和范围受到严格的限制。司法实践中，法无明文规定时，需要法官根据立法的基本原则和精神对现有法律、法规做出合理解释，如对法律条文的内涵进行具体界定。但是，基于民法上的“法无明文规定即自由”原则，法官不可以对强制禁止条款进行扩大解释，否则就超出了法律解释对象的合理外延。我国婚姻法第十条以列举方式对婚姻无效的四种情形做出明确规定，并没有“其他导致婚姻无效情形”的类似表述，相关司法解释亦未对以假结婚谋取非法利益的婚姻效力作出规定，法官行使自由裁量权受到严格限制。本案中，双方结婚存在“以婚姻换户口”的非法利益因素，一定程度上造成了社会福利资源的不平等分配，侵害了其他公民的合法权益和可期待利益。

2、婚姻登记行为是确认婚姻关系有效的直接证据。婚姻关系的成立必须满足婚姻法规定可以结婚的前提要件，如自愿结婚、达到法定婚龄等主观条件，并通过婚姻登记行为获得法律上的认可。而感情因素虽然是维系婚姻关系的实质要件，但其仅在法院判定是否准予离婚时进行考量，而在双方自愿登记结婚的情况下，婚姻登记机关无法对双方是否存在真情实感进行审查，只能通过双方的登记行为进行倒推认定，即基于婚姻身份关系的严肃性，只要双方满足结婚的形式要件且共同到婚姻机关进行登记，即可认定双方自愿并存在感情基础，至于是否一起共同生活、感情深浅、日后感情的变化，并非结婚登记机关必须审查的因素。本案中，双方显然属于自愿登记结婚，不仅满足了婚姻关系成立的主观要件，而且通过登记行为表达了长期共同生活的意思，虽然附有“以婚姻换户口”的交易条件，但双方合意掩盖，婚姻登记机关根本无从审查，并不能以此否定行政机关进行婚姻登记的公定效力。

3、婚姻关系的存续不受任何合同效力约束。本案中，“入户付款协议”虽然是双方自愿签订，但其生效条件建立在非法目的性基础之上，是一种双方合意侵犯国家公共利益的行为，属于合同法规定的“无效合同”情形，不能对双方产生协议约束效力。然而，本案中的合同无效并不必然导致婚姻关系无效，因此，法院只能驳回陈某的诉讼请求，依照离婚程序重新立案、重新审理。据此可以认定双方自始不存在夫妻感情，从而判定双方离婚条件成立。

英国儿童家庭寄养法律制度

2013年10月18日 星期五 人民法院报 李贤华

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

英国的儿童家庭寄养法律制度体系完备、内容丰富，该制度对家庭寄养主体、寄养权利义务、政府监管责任等方面作了详细规定。

一般情况下，如果地方当局发现本辖区内的儿童的权利有遭受重大损害的风险，那么地方当局就可申请法院签发相应的指令，督促看护该儿童的有关人员积极地履行自己的职责，必要时地方当局还可直接将该儿童带离其看护人，同时对被带离的儿童安排进行家庭寄养。如果儿童的父母或其他看护该儿童的人涉嫌犯罪，即便这种被指控的犯罪不是针对该儿童的，地方当局也可以将儿童从其父母或其他看护人处带离，同时安排其进行家庭寄养。

英国《1989年儿童法》对诸如居住面积、抚养人自身条件等对寄养人（家庭）都作了要求。同时，还授权地方当局针对那些正在抚养或正准备抚养被寄养儿童的家庭或个人提出具体要求。这些要求包括该家庭可以寄养的儿童的数量、性别、年龄、居住标准、为该儿童利益所要进行的相应安排等。地方当局还可以要求寄养父母、被寄养儿童的父母、近亲属或其他监护人及时向其反映被寄养儿童的情况、要求、意愿以及寄养家庭条件的相关变化。

地方当局在维护儿童权利方面拥有很大的职权。地方当局除对自己看护下的儿童安排进行家庭寄养外，还可以对其发现的权利有被侵害危险的儿童安排进行家庭寄养。对申请人的有关情况是否符合寄养要求进行评估，以决定是否接受家庭寄养申请。同时，地方当局还就寄养家庭的条件、状况变化等进行评估、检查、监督，一旦发现寄养家庭的条件不再适宜继续进行家庭寄养时，就可依职权主动或依有关人员的申请变更或取消该寄养安排，并及时给相关儿童安排新的寄养家庭。此外，为了更好地维护儿童权利，更适当地安排符合儿童自身需要的家庭进行寄养，地方当局还积极主动地咨询地方教育部门、卫生部门、学校、心理咨询机构、社会福利机构等，以设计出适合每一个儿童的家庭寄养方案。

志愿组织在英国的家庭寄养制度中，占有重要的地位。志愿组织可以自己监护儿童，也可以安排其监护下的儿童进行家庭寄养。志愿组织的成立需要登记，并且该登记由英国国务大臣保管。该组织的活动受地方的监督，当其行为有违法律规定，未能履行促进儿童福利或权利保护时，地方当局可以对其直接责任人进行处罚。

家庭寄养协议是寄养家庭与地方当局或志愿组织签订的代为抚养被寄养儿童的书面协议。该协议在性质上属于行政合同，地方当局对协议的履行具有检查监督的权力，协议可以经协商一致解除，也可因地方当局的单方行为而解除。对于后者，法律赋予了寄养家庭起诉权。

根据有关规定，地方当局每年至少要进行两次定期检查。地方当局积极对儿童进行家庭寄养安排，这种管理职权并不主要针对当局监护下的儿童，而更多的是针对父母或其他监护人监护下的儿童。地方当局针对家庭寄养设立了一个投诉机构，负责受理有关此问题的上访，并在此过程中及时发现、处理本辖区内家庭寄养中所存在的问题。

（作者单位：重庆市第三中级人民法院）

“探望权”的困境与破局

2013年10月20日 人民法院网 谭地慎 郎卓章

随着我国社会生活特别是家庭结构的深刻变化，亲情关系越来越受到关注和珍视。我国婚姻法规定，离婚后非抚养方对子女享有探望权，可与未成年子女会面、短期居住。然而，夫妻双方离婚后，一方违反协议约定拒绝另一方探望的情况时有发生，从而引发一系列探望权纠纷，不仅使无辜的孩子卷入“家庭战争”而受到更大的伤害，也对社会的安定和谐带来诸多隐患。

实践中的困境：

一是对探望权存在错误理解。一方认为抚养权并非一种实际权利，人为剥夺对方的抚养权，认为孩子属于自己“个人财产”，既不允许对方直接探望小孩，也不允许祖父母或外祖父母代为探望。另一种情形是认为探望可有可无，基于各种不当理由拒绝探望或敷衍推脱，让对方无法真正享受探望权。

二是因不良心理使探望权受阻。离婚后，一些父母把孩子作为筹码，以对孩子的探望、抚养作为要挟或者惩罚对方的一种手段，拒绝对方探望孩子，以发泄对婚姻的不满。此外，还将探望权与抚养费等费用的支付挂钩，一旦抚养费支付不到位就阻挠对方看望孩子，甚至把孩子藏起来，以此制裁对方。

三是探望权的行使方式不当。一些未与孩子生活的夫妻一方在亲情感召下，频繁行使探望权本无可厚非，但大部分离异夫妻重组家庭后，不希望新生活被过多打扰，而另一方频繁行使探望权必然会给对方带来不便。为避免“麻烦”，与孩子生活一方经常限制对方探望，极端情况下甚至迁居外地，拒绝对方行使探望权。

探望权具有长期性、反复性，其行使需要离异双方的配合，同时尊重被探望人的意愿，遵循孩子利益最大化原则，一切以孩子身心健康发展为依归。针对以上情形，笔者建议从以下四个方面进行引导，减少和妥善处理探望权纠纷。

一是加大离婚纠纷化解力度。行使探望权受阻在很多情况下系离婚纠纷的后遗症，离异夫妻因婚姻期间的纠纷未完全化解，特别是心理疑虑未完全消除，对对方行使探望权极可能产生反感心理。因此，在处理离婚纠纷时，就探望权等易引发冲突的相关事宜必须加大纠纷化解力度，做好办法析理工作，促使当事人认识到常态化的探望是保证子女身心健康的需要，阻碍、拒绝对方行使探望权属于违法行为。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

二是细化裁判文书中探望权的行使方案。由于申请探望权是一种行为而不是金钱财物的给付，执行内容相对较为抽象，执行标的难以确定，如果缺乏相应的反制措施，极易使探望权成为“纸上权利”。为防止恶意阻止探望，裁判文书应对行使探望的时间、地点和方式方法及探望的次数等作明确具体的规定，对于存在可能不履行协助义务的一方当事人，还应写明不履行协助探望义务将承担的法律后果。

三是动员各方力量保障探望权的行使。探望权的行使不仅涉及孩子的父母，还涉及到祖父母或外祖父母的亲属权。对于曾经照顾过孩子的祖父母或外祖父母而言，代为探望孩子无疑是情感寄托的重要方式之一。行使探望权应采取灵活多样的方式，在探望地点上，可以考虑由孩子就读的学校或对方单位协助执行探望；在探望主体上，祖父母或外祖父母可代为探望孩子。

四是引导离异双方充分尊重孩子意愿。探望权的行使，必须遵循孩子利益最大化原则。未与孩子生活一方行使探望权时，应主动与对方沟通，了解孩子的生活、学习情况，尤其是孩子的情感需要。通过情感沟通和交流，最大限度地减轻孩子的家庭破碎感，让其感受到来自父母双方的爱。但是，当探望不利于子女身心健康时，与孩子生活一方应及时行使诉权，由人民法院依法中止探望，待中止的事由消失后，再恢复探望权。

（作者单位：重庆市黔江区人民法院）

法官手记 “小三”受赠

2013年10月22日 上海法治报

由于“婚外恋”现象的存在，夫妻一方将夫妻共同财产赠与婚外第三者的情况时有发生，由此引发赠与合同纠纷并诉至法院。

对赠与方而言，将夫妻共同财产赠与第三者，一般均是在赠与方意思表示真实的情况下作出的，但该赠与行为的后果侵害了赠与方配偶的财产权利。鉴于此种赠与行为往往带有交易性质，即为了继续保持婚外恋或者非法同居关系，故在认定此类赠与行为的效力时，应当着重审查赠与的动机和目的。目前，我国对此类赠与行为的效力没有直接的实体法规定，但“公序良俗”作为民法的基本原则，已经成为司法裁判的法律依据。

在实践中，赠与方的配偶提出赠与无效的情况颇为常见。对此，法院应判决全额返还赠与财产，理由是赠与方的赠与行为基于同居关系而为，违反了公序良俗原则和《婚姻法》的有关规定，同时“小三”接受赠与财产不属于善意取得，此赠与合同关系归于无效。作为夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，属于夫妻共同所有，对其处分理应由双方协商决定，赠与方擅自将其赠与“小三”，侵犯了配偶方的合法权益，故应当全额返还。

对于受赠方起诉要求赠与方履行赠与合同的案件，由于将夫妻共同财产赠与第三者的行为是无效的，无效的民事行为自始无效，故尚未履行的赠与，“小三”不得要求法院判决赠与方履行赠与义务。

对于赠与方起诉要求受赠方返还财产的案件，鉴于赠与方在订立、履行赠与合同的过程中，知道或者应当知道赠与行为违法，但仍然实施赠与行为，事后又因合同的履行对其不利而主张赠与无效，其行为有违诚实信用原则。倘若允许赠与方以赠与无效为由，轻易将财产予以返还，其结果将会纵容不法行为人从事违法行为，也将鼓舞更多人加入婚外同居的行列，并随意作出赠与行为，让违法的赠与方获得“人财兼得”的有利结果。让合同无效制度沦为不法行为人追求不正当利益的手段，不仅违背合同无效制度的立法宗旨，也有悖法律精神和社会道德。故笔者认为，对已经完成的赠与，赠与方本人不得要求受赠方返还。

夫妻债务问题法律解析

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称婚姻法）对夫妻债务的规定相对较少，只出现在3个条款中，即婚姻法第十九条第三款，分别夫妻财产制下一方对外所负债务的清偿；第四十一条，离婚时原为夫妻共同生活所负债务的清偿；第四十七条，离婚时伪造债务企图侵占另一方财产的处理。除此之外，最高人民法院在对婚姻法先后作出的三个司法解释[分别是婚姻法解释（一）、婚姻法解释（二）、婚姻法解释（三）]中又对夫妻债务问题的法律适用作了进一步规定。但是，由于认识上的分歧，引发个别人对婚姻法司法解释，尤其是对婚姻法解释（二）第二十四条的质疑，因此有必要对上述法律和司法解释的相关条款作一个梳理，以期对夫妻债务问题有个全面、清晰的认识。

一、夫妻共同债务的清偿

夫妻共同债务，指以夫妻共同名义对外所负债务，或者虽以夫或妻一方名义对外所负债务，但系为夫妻共同生活所负债务。夫妻双方对夫妻共同债务负有共同偿还责任，夫或妻是以夫妻共同财产偿还，还是以一方个人财产偿还在所不问。夫妻一方以个人财产偿还夫妻共同债务的，有约定从其约定，没有约定的，离婚时不再处理。

二、夫妻个人债务的清偿

夫妻个人债务，指以夫或妻个人名义且非因夫妻共同生活对外所负债务。夫或妻个人对其个人债务负偿还责任，夫或妻是以其个人财产偿还还是以夫妻共同财产偿还在所不问。夫妻一方经对方同意后以夫妻共同财产偿还个人债务的，有约定从其约定，没有约定的，离婚时不再处理。夫妻一方在未经对方同意的情况下以夫妻共同财产偿还个人债

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

务的，视为该方对另一方形成婚内债务，债务额为对外偿还债务的一半，该债务未在婚内清偿的，另一方可在离婚时要求一并处理。

三、夫或妻一方对外所负债务的清偿

1、夫或妻一方对外所负债务，原则上按照夫妻共同债务处理

无论是在法定夫妻财产制下，还是在分别夫妻财产制下，夫或妻一方对外所负债务既可能是夫妻个人债务，也可能是夫妻共同债务。是否是夫妻共同债务，取决于是否系为夫妻共同生活所负债务。区分夫妻个人债务，还是夫妻共同债务，主要是解决夫妻内部之间对债务的负担问题。在通常情况下，债权人仅有权向债务人主张权利，但是如果他主张的债权是债务人的夫妻共同债务，则有权向夫妻双方或夫妻任何一方主张权利。基于法定夫妻财产制是我国婚姻家庭财产制的常态以及通常情况下债权人无从知道、也很难证明夫或妻是否为夫妻共同生活所负债务的两点考虑，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。也就是说，赋予债权人向夫妻双方或夫妻任何一方主张债权的权利。但是，只要夫妻这方能够提供证据证明该债务确为欠债人的个人债务，未欠债的婚姻关系当事人就可以对抗债权人的请求。

我们必须明确，夫妻一方以个人名义所负债务应当按照夫妻共同债务处理的原则，并不是婚姻法解释（二）第二十四条确立的原则，而是婚姻法第十九条第三款确立的原则。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。这一规定所体现的法律原则就是：在分别夫妻财产制下，夫或妻一方对外所负债务按夫妻共同债务处理，即由夫妻共同偿还。作为例外情形，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。而对“第三人知道该约定”的举证责任，婚姻法解释（一）第十八条明确是在夫妻一方，而不是在债权人一方。在分别夫妻财产制下，夫妻所得归各自所有，夫或妻一方对外所负债务都是按照夫妻共同债务处理，那么在法定夫妻财产制下，在夫妻所得财产都属于夫妻共同财产的情况下，夫或妻一方对外所负债务就更应当按照夫妻共同债务处理。

2、按照夫妻共同债务处理原则的例外

夫妻一方以个人名义所负债务，不管是夫妻个人债务，还是夫妻共同债务，也不管是在分别夫妻财产制下，还是在法定夫妻财产制下，都应当按照夫妻共同债务处理，这是总的原则。有原则，必有例外。这一原则的例外就是：夫妻一方或双方能够提供证据证明该债务确为夫或妻一方的个人债务。只要能证明这一点，未欠债的婚姻关系当事人就可以对抗债权人的请求。这也是例外情形的总原则，就是用证据证明是夫妻个人债务。证明“是夫妻个人债务”的举证责任应在夫妻一方，而不在债权人一方。

婚姻法解释（二）第二十四条列举了两种例外情形，在这两种情况下，则不需要进一步证明是夫妻个人债务还是夫妻共同债务，一律按照夫妻个人债务处理。第一种情形：夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务。债权人与债务人就该债务明确约定属于夫或妻一方的个人债务，不管该债务实际上是否用于夫妻共同生活，该约定都是未欠债的婚姻关系当事人对抗债权人请求的依据。第二种情形：夫妻一方能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形，即对于实行分别夫妻财产制的家庭，夫妻一方能够证明债权人与债务人个人建立债权债务关系时知道债务人与配偶之间实行分别夫妻财产制。债权人在知道债务人与配偶实行分别财产制的情况下，仍与债务人个人建立债权债务关系，表明其自愿放弃对债务人的配偶主张权利，在这种情况下，不管债务人出于什么原因举债，也就是不管是否用于夫妻共同生活，债权人都不得向债务人的配偶主张权利。

3、夫或妻一方婚前对外所负债务的清偿

夫或妻一方婚前对外所负债务，原则上属于举债一方的个人债务。根据婚姻法解释（二）第二十三条的规定，债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。夫或妻的个人债务，另一方不负偿还义务，通常情况下，债权人无权就一方婚前个人债务向另一方主张权利。作为例外情形，虽然是夫或妻一方婚前个人所负债务，但所负债务用于婚后家庭共同生活的，视为夫妻共同债务，夫妻双方均有偿还责任。而证明“所负债务用于婚后家庭共同生活”的举证责任在债权人。因为是债务人婚前举债，债权人要想让债务人后来的配偶承担偿还义务，债权人要有义务提供证据证明债务人所负债务用于债务人婚后家庭生活，否则无权向债务人后来的配偶主张权利。

四、特定情形下夫妻债务的处理

1、夫妻离婚时夫妻债务的处理

根据婚姻法第四十一条的规定，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。该规定蕴涵的法律原则就是：夫妻共同债务共同偿还，夫妻个人债务个人偿还。这是总的原则，前面阐述的“夫或妻一方对外所负债务的清偿”以及下文将要提到的夫或妻一方死亡时夫妻债务的处理和夫妻之间债务的处理，属于特殊规定，但即便是特殊规定，也没有背离这一总的原则。

2、夫或妻一方死亡时夫妻债务的处理

根据婚姻法解释（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。夫或妻一方个人死亡的，其个人债务用遗产偿还。根据《中华人民共和国继承法》第三十三条规定，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。也就是说，夫或妻一方个人死亡的，对于死亡一方的个人债务，债权人只能主张在遗产范围内受偿。如果是婚姻关系存续期间的共同债务，因生存一方有连带清偿责任，所以债权人可以选择从遗产中受偿，或者直接向生存一方主张，或者先从遗产中受偿，遗产不足以清偿的，再向生存一方主张。对于夫妻共同债务，一方死亡后，在内部关系上，生存一方负责偿还一半，另一半用遗产偿还，如果生存一方对外先行偿还夫妻共同债务超过其应承担部分的，就超过部分可以优先从遗产中获得补偿。

3、夫妻之间债务的处理

在分别夫妻财产制下，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，夫妻之间借款、偿还都不存在障碍。在法定夫妻财产制下，根据婚姻法解释（三）第十六条的规定，夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。该条表明，在法定夫妻财产制下，尽管在婚姻关系存续期间所得的财产是夫妻共同财产，但夫妻之间仍然可以用书面形式对一方借用夫妻共同财产及其偿还进行约定。该条是对借用夫妻共同财产所作的规定，由此及彼，既然夫妻共同可以被夫妻一方借用，夫妻一方的婚前个人财产或者是婚内接受赠与或继承所得个人财产，当然也可以被另一方借用，自然无需另行规定。

前文已经提到，夫妻一方在未经对方同意的情况下以夫妻共同财产偿还个人债务的，视为该方对另一方形成婚内债务，债务额为对外偿还债务的一半，该债务未在婚内清偿的，另一方可在离婚时要求一并处理。与此相同，夫妻一方擅自处分重大夫妻共同财产造成共同财产损失的，视为该方对另一方形成婚内债务，债务额为造成损失的一半，该债务未在婚内清偿的，另一方可在离婚时要求一并处理。

五、夫妻共同债务处理结果对债权人的影响

夫妻共同债务处理结果，指当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻共同债务负担问题所作的处理。夫妻共同债务，夫妻双方负有连带清偿责任，任何一方都有先行向债权人偿还全部债务的义务。在通过离婚协议或法院生效裁判文书对夫妻共同债务的负担作出处理后，离婚的双方对债权人是否还负有连带清偿责任呢？对此婚姻法解释（二）第二十五条规定，当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。这里的“向男女双方主张权利”应理解为向双方主张全部权利或向任何一方主张全部权利。也就是说，在通过离婚协议或法院生效裁判文书对夫妻共同债务的负担作出处理后，离婚的双方对债权人仍然负有连带清偿责任。之所以作出这样的规定，应基于以下两点考虑：第一、当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻债务负担问题所作的处理，对男女双方具有法律约束力，双方必须全面履行；第二，当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻债务负担问题所作的处理，不能对抗善意第三人，作为夫妻关系之外的债权人，仍然有权就夫妻共同债务向任何一方主张权利，离婚后的男女双方不得以双方已有协议或者法院生效裁判文书为由加以对抗。

夫妻一方的个人债务，在离婚时不对负担问题进行处理，但可以明确夫妻一方的个人债务由该个人负责偿还。如果双方约定夫妻一方的个人债务转移给另一方，根据合同法有关债务承担的规定，应当经债权人同意，否则双方的约定对债权人不发生效力。

六、对婚姻法解释（二）第二十四条的理解

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。对该条规定，主要存在两种不同理解。

第一种理解：除该条但书部分所列两种特殊情形外，婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负的一切债务，均应当按照夫妻共同债务处理。第二种理解：夫妻一方以个人名义所负债务，当是夫妻共同债务还是夫妻个人债务不能确定时，原则上应当认定为夫妻共同债务，但在该条但书部分所列两种特殊情形下，按照夫妻一方的个人债务处理。该理解的前提仍然是：夫妻个人债务由个人负责偿还，夫妻共同债务由双方共同负责偿还。

第一种理解侧重于文义理解，而第二种理解则侧重于本义理解，应该说各有各的道理，本文采用第二种理解。

七、对于伪造夫妻共同债务的处理

为防止夫妻一方伪造债务侵占共同财产，在离婚诉讼中，法院对于认定夫妻共同债务持非常谨慎的态度，通常情况下，单凭一方向亲朋好友写的借条而要求认定夫妻共同债务，法院一般不予支持。对于父母对双方购房的出资，在

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

无其他充分证据证明的情况下，均视为父母向子女一方或双方的赠与。

对于伪造债务的，婚姻法第四十七条规定，离婚时，夫妻一方伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对伪造债务的一方，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。司法实践中，对于存疑的债务，法院通常是以证据不足为由不予认定，但如果有关证据是一方伪造债务的，法院在分割夫妻共同财产时则会按照法律的规定，在伪造债务的额度内，不给予该方或少分予该方。

对于夫妻一方与他人恶意串通伪造债务，并由他人以夫妻双方为被告起诉到法院主张债权的，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十二条规定，当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，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。法律规定很明确，但对于法院来说，审理此类案件的难点在于事实的查明。法院是通过当事人提供的证据来认定事实，所以当事人对自己的事实主张或反驳对方的事实主张，应当最大限度地提供证据予以证明，否则负有举证责任的当事人必然要承担不利后果。

作者：北京市第一中级人民法院 王茂刚

注：本文纯属业务学习，如有理解不对的地方，诚望指正。

附：本文涉及的法律、司法解释。

《中华人民共和国婚姻法》

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

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。

第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

第四十七条 离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

第十八条 婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”，夫妻一方对此负有举证责任。

《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（二）》

第二十三条 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

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。

第二十五条 当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。

第二十六条 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。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》

第十六条 夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。

《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其限。

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。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百一十二条 当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，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。

迟延履行利息计算基数的确定

“家事法苑”律师团队奉献

我国民事诉讼法第二百五十三条规定被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息，确立了执行程序中迟延履行债务利息制度，以督促债务人自觉主动履行法律文书确定的金钱债务。但迟延履行利息具体如何计算，相关司法解释较为粗略，各地法院掌握的标准和尺度不同，致执行实践中争议颇多，执行效果差强人意。笔者拟对实践中争议较大的迟延履行利息计算基数进行探讨，以期对理顺迟延履行利息的执行有所裨益。

一、迟延履行利息的性质

根据民事诉讼法第二百五十三条的规定，判决、裁定和其他法律文书确定的债务人应当支付给债权人的“金钱义务”即为迟延履行利息的计算基数，但法律未对“金钱义务”的内涵和外延予以界定，致执行实践中计算基数不统一，出现诸多混乱。要分析确定迟延履行利息的计算基数，必须首先明确迟延履行利息的法律性质，对此学界有不同的观点。有观点认为，责令支付迟延履行利息是民事执行程序中一种特定的促使被执行人自觉履行判决、裁定等法律文书义务的强制执行措施，与查封、扣押、划拨等强制措施一样。理由在于该条规定在民事诉讼法第三编执行程序中的第二十一章执行措施中，并认为适用的前提条件为“有履行能力的被执行人不履行义务”。

笔者认为此观点失之偏颇，法律规定强制计付迟延履行利息应从维护正常民事诉讼法律关系的角度去解读，而不应拘泥于单纯的法律条文去理解。全国人大法工委民法室在阐述迟延履行利息立法理由时指出：法律文书一旦生效，当事人就应当履行法律文书确定的义务，对不履行法定义务的，应当制裁，以保护对方当事人的合法权益，维护法律的尊严，并赋予该制度具有弥补权利人损失和对义务人惩罚的双重功能。笔者认为，迟延履行利息是对迟延履行行为和妨害民事诉讼行为的一种制裁和惩罚，是法律规定的对违反生效法律文书关于履行期限的指令而科以的惩罚性实体责任，是促使当事人自觉履行判决、裁定等法律文书义务的公法上的制裁手段。迟延履行利息虽兼具补偿性和惩罚性，但更侧重惩戒、遏制功能，是对被执行人拖延履行生效法律文书行为的惩罚措施的设定，是一种惩罚性的法律责任形式。其并不建立在债务人实际损失的基础上，只要债务人拖延履行法律文书确定的债务，无论对债权人是否造成实际损失都有受惩罚的应然性。以期通过惩罚怠于履行法律文书确定义务的债务人，促使其自觉主动履行法定义务，实现权利人合法权益并维护司法权威。

二、迟延履行利息的计算基数

明确了迟延履行利息是人民法院对不履行生效法律文书的惩罚制裁措施的法律性质，在此基础上我们对法律文书确定的债务人应当支付给债权人的“金钱义务”的内涵和外延予以界定以确定迟延履行利息的计算基数。法律文书中确定的债务人的金钱支付义务一般包括债务本金、违约金、利息、案件受理费、保全费、鉴定费等。迟延履行利息的计算基数包括本金是“金钱义务”的题中之义，对此并无争议，其他几项应否计入计算基数实践中争议较大，笔者分述之。

1. 违约金。违约金是双方当事人约定的在一方违约的情况下由违约方承担的兼具补偿性和惩罚性的赔偿责任。关于违约金的性质，合同法第一百一十四条等规定已经确定违约金具有“补偿和惩罚”双重性质，但以赔偿非违约方的损失为主要功能，而非旨在严厉惩罚违约方。违约金基于当事人意思自治而产生，是民事法律意思自治原则的体现，其与法律直接规定的对迟延履行行为和妨害民事诉讼行为的惩罚性的法律责任有本质的区别。迟延履行利息制度直接体现了对迟延履行生效法律文书确定义务行为的否定性评价，由民事诉讼法明确规定，无需法院判定，更无需当事人约定，由法院直接引用执行。所以，违约金与迟延履行利息分属于不同的法律关系，违约金是一种私权利，迟延履行利息是一种公权力，两者不存在重复计算问题，违约金应包含在迟延履行利息的计算基数内。

2. 利息。利息是货币债务依照合同约定或法律规定产生的约定孳息或法定孳息，一般包括偿还期内的利息与超过偿还期产生的逾期利息。当事人约定的债务偿还期内的利息计入迟延履行利息计算基数不存在异议。对逾期利息有观点认为不应计入迟延履行利息计算基数内，否则存在重复计息、重复惩罚之嫌。笔者以为，迟延履行利息与法律文书确定的逾期债务利息性质不同，法律文书中确定的逾期债务利息，是对债务人不履行作为裁决基础的债务而确定的债务人对债权人的实体责任。而迟延履行期间的债务利息是对被执行人不履行法律文书确定的义务而设定的一种强制责任，其虽具有弥补损失的功能，但主要是惩罚性质，目的在于惩罚和制裁被执行人的过错行为，给不履行法定义务者增加更大的违法成本，并借以警戒他人不再发生类似的违法行为。且最高人民法院《关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》中应该说对于逾期利息是否应计算迟延履行利息的争论给予了明确的肯定性答复。所以，因债务产生的逾期利息应计入迟延履行利息的计算基数。

3. 诉讼费用。法律文书中确定的案件受理费、保全费、鉴定费等诉讼费用是否应计付迟延履行利息，相关司法解释和批复无明确规定。依照人民法院《诉讼费用交纳办法》的规定，案件受理费、保全费、鉴定费由原告或申请人预先垫付，经诉讼程序后由法律文书确定各方当事人分担的数额。司法实践中，多数法律文书都确定由诉讼费用负担人直接向预交人支付已预交的诉讼费用，且明确了诉讼费用义务人支付诉讼费用的期限，而计算迟延履行利息的期间，

家事法苑TM婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

从生效法律文书确定的履行期间届满的次日起计算。此时，案件受理费、保全费、鉴定费等都已经生效法律文书确定由债务人给付债权人，事实上形成了债务人对债权人新的债务，义务人在法律文书确定后就应当履行分担的诉讼费用，该新的债务与法律文书确定的原债务具有同等的法律地位，因此，诉讼费用应包括在迟延履行利息计算基数之内。

（作者单位：重庆市渝中区人民法院）

本案应当载明离婚协议有效

2013年10月21日 人民法院报 陈毅清

【案情】

原告：李某。（系王某前妻）

被告：王某。（系李某前夫）

第三人：覃某。（系李某未婚夫）

王某与李某2011年经人介绍相识，热恋一年有余于2012年6月15日步入婚姻殿堂。然而由于婚后王某远赴广东打工，对李某缺乏足够的关心和照顾，两人感情逐渐疏远。2013年1月，李某的工友覃某向李某示爱，李某深受感动，于是果断向王某说明一切，希望和王某协议离婚。王某心有无奈，但还是和李某签定了离婚协议，协议约定：1、李某将其存款现金24.6万元交予王某，王某将其所有的一栋二层平台房（价值约25万元）在2013年6月1日以前过户到李某名下；2、房产过户过程中，王某有协助配合李某的义务。2013年4月7日，原、被告拿着离婚协议到民政局办理了离婚手续。同年4月8日，李某答应了覃某的求婚，覃某正式成为李某的未婚夫。王某获知此事后，心里极度怨恨李某。同年5月1日，覃某陪同李某拿着24.6万元找到王某并将钱交予王某，要求王某按照此前签订的离婚协议将王某所有的一栋二层平台房过户到李某名下，王某则以种种理由推脱不予协助配合。2013年7月21日，李某就此事起诉至法院，向法院提出两个诉求：1、判决其与王某签订的离婚协议有效；2、判决王某按照离婚协议的约定履行协助配合过户房产的义务。

【分歧】

在立案环节，本案的案由被界定为“离婚后财产纠纷”。法院审理此案之后，一致认为该案中的离婚协议有效，王某应当按照离婚协议的约定履行协助配合过户房产的义务。但是，对于判决书当中是否应当在判决结论部分明确载明离婚协议有效这一点却存在两种不同的观点，第一种观点认为不应当明确载明，理由是本案案由为“离婚后财产纠纷”，与案由直接相关的只有李某的诉求2，诉求1与案由无关。第二种观点则认为应当明确载明，理由是不应当受限于案由，诉求2需以诉求1为前提；并且，假若不明确载明，也有漏判的嫌疑。

【评析】

笔者同意第二种意见。

关于第一种观点，首先，我国有关法律并没有对案件的案由作出统一规定，案由仅仅是在司法实践中，人民法院为了便于案件的归档和管理，而根据实践经验将案件划分为不同的种类。既然是根据实践经验来划分，那自然就有可能划分不准确、适用不恰当，因此，不应该死死拘泥于案由去推导案件。其次，就本案来看，办案法官一致认为该案中的离婚协议有效，而按照离婚协议的内容，该案所涉房产已经确属李某所有无疑（尽管还没有办理过户登记），既然房产权属明确，此案就不是确权之诉，而是给付之诉，那就不可能还存在“财产纠纷”，因为，一般而言，“财产纠纷”多表现为财产权属以及权属份额上的争议。从这一点上而言，本案的案由有定性错误的嫌疑。再者，跳出案由的束缚之后，本案就要考虑诉求问题。本案原告有两个诉求，如果最终判决书中不对离婚协议有效还是无效作出明确界定，一旦判决结果对原告不利，则原告有可能会以遗漏诉讼请求为由提起上诉，这是不利于纠纷的解决的。这也直接支持了第二种观点。故，第一种观点缺乏法律及实践理论依据。

再来看第二种观点。此种观点认为案件审理不应当受限于案由本身，笔者对此是赞同的，赞同的理由前文已有论述，在此不赘述。而关于“诉求2需以诉求1为前提”也并无不妥，因为一旦离婚协议无效，则王某在协议中所应履行之义务将不复存在，李某自然无权利要求王某为任何行为。第二种观点还考虑到漏判的问题，也是恰当的。故此，笔者以为第二种观点合法且正确。

事实上，关于“本案应当载明离婚协议有效”还可以从当事人权利以及民法中有关法律关系的理论中寻求到支撑。首先，从权利的角度看，本案当事人李某在王某不履行协助配合义务时，有权利：1、单独起诉先要求法院判决离婚协议书有效；2、单独起诉要求法院判决王某履行协助配合义务。即将本案一个诉讼拆分为两个诉讼，这显然是有法律依据的。退一步讲，假若李某在起诉书中只有一个诉求，即要求法院判决王某履行协助配合义务，此种情况下，毫无疑问，办案法官也必定会首先考虑离婚协议是否有效的问题，在判决书当中显然也无法绕开这个问题而单独论述王某必须履行协助配合义务。不管李某在起诉书中是否有诉求1，法院都要对此有所提及；而一旦李某在起诉书中明确提出诉求1，则法院必须在判决书中明确载明离婚协议的效力问题。李某不仅可以只请求第一个请求，还可以只请求第二个请求，这相当于他只行使了部分诉讼权利，剩下部分可以另行行使。但如果李某全部行使自己的诉讼权利有

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

错吗？当然没有！其次，从民法中有关法律关系的理论来看，给付之诉通常包含着确认之诉（本案中诉求1为确认之诉，诉求2为给付之诉）。举一个简单的例子：张三打李四，李四要求法院确认张三侵权并要求张三赔偿，在这种情况下是不是要分案处理？应该是不用的。因为在这个例子中只有一个诉，即只有一个法律关系（或称只有一个诉的标的）。李四完全可以不主张第一个请求而实现第二个请求，因为第二个请求必然以第一个请求为前提。本案中唯一的法律关系就是王某与李某离婚协议中的权利义务关系，尽管案由通常和法律关系重叠，但二者并不完全等同。所以，本案一并载明离婚协议有效恰好符合民法中有关法律关系的理论。

综上，本案判决书当中应当在判决结论部分明确载明离婚协议有效。

（作者单位：湖南省永州市新田县人民法院）

婚姻审判理论与司法适用问题研究综述（上 实体篇）

王礼仁

【学科分类】婚姻、家庭法

【出处】本网首发

【摘要】婚姻审判涉及实体法与程序法的综合适用问题，一般婚姻法学教材不能满足其需要，有许多新情况、新问题需从零开始研究。它不仅涉及“婚姻审判法学”的研究方法问题，也涉及一些重大理论或司法适用问题。如我国家事程序几乎处于“零立法”状态，但司法审判一刻也不能离开程序，涉及身份关系性质的诉讼程序有若干重大理论需要解决。而实体法方面，诸如民法总则如何适用亲属法（婚姻法）；民法学上的身份范围；婚姻形态的判断标准；重婚的信赖保护；“夫妻感情确已破裂”离婚标准的适用及其存废；“身份财产”的特点及其司法适用；夫妻共同债务的司法认定与法律设计；等等，都需要研究解决。限于篇幅，拟将笔者研究相关内容分为“实体篇”与“程序篇”予以介绍。这里选择20个实体法问题予以综述，以便学界和实务界快捷地了解相关内容，并希望对相关问题的关注和深入研讨。

【关键词】婚姻审判；实体法；理论和司法适用问题；研究综述

【写作年份】2013年

【正文】

一、“婚姻审判法学”研究应当突破传统的范围与方法

目前对亲属法（婚姻法）和相关法律制度的研究缺乏统筹把握和整合比较，存在三大缺陷：一是亲属实体法与程序法分离；二是财产法与身份法（包括财产关系诉讼与身份关系诉讼）分离；三是婚姻民事诉讼与行政诉讼分离。从而导致适用财产法规则处理身份关系案件，甚至适用行政诉讼解决民事婚姻效力纠纷。研究亲属法，尤其是要满足司法实际需要的“婚姻审判法学”，必须突破传统研究范围和思维，采取跨学科多维度研究方法，即将亲属法与民事诉讼法相结合、民法总则与亲属法相结合、婚姻行政诉讼与民事诉讼相结合、财产关系诉讼与身份关系诉讼相结合，并重点解决如下问题：

1、亲属法与其他民法的关系，亲属法能否适用民法总则，以及如何适用民法总则？

2、财产关系诉讼（普通诉讼）与人事诉讼（身份关系诉讼）的关系，普通诉讼程序与人事诉讼的区别，普通程序中哪些适用身份关系诉讼，哪些不适用身份关系诉讼？

3、婚姻民事诉讼与行政诉讼的关系，婚姻关系效力是否适用行政诉讼程序以及婚姻行政案件的范围如何界定？

4、婚姻登记机关的职能是什么？婚姻登记机关能否处理婚姻关系效力纠纷或者能否赋予其处理婚姻登记效力纠纷的职能？

5、有效婚姻关系的解除与无效婚姻的认定标准和法律适用。

前四个问题是亲属法与其它法律的关系，后一个问题是亲属法自身规则的判断和适用。

亲属法涉及内容十分广泛和复杂，除了社会学、伦理学、性学等边缘学科外，婚姻审判必须掌握和了解的法律学科至少有下列几个方面：

1、亲属法及其原理，并了解各国（重点是本国）亲属法的立法体例和特点，以便判断亲属法与民法总则或民法的关系。

2、民法及其原理，并了解各国及本国的民法典到底是“潘德克吞式”体例，还是“罗马式”体例，以便判断亲属法与民法总则或民法的关系，以及民法总则是否适用亲属法。

3、行政法、行政诉讼法及其原理，以便正确把握婚姻登记的性质，正确区分婚姻行政诉讼与民事诉讼的界限（尤其是当前存在婚姻效力纠纷行政诉讼的情况下，划分两种不同性质诉讼的范围更具现实性和紧迫性）。

4、民事诉讼法及其原理，掌握普通诉讼程序的一般规则和原理，身份关系诉讼中有相当部分内容适用普通诉讼程序。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

5、人事诉讼法及其原理，掌握人事诉讼的一般原理和基本特点，以便划分身份关系诉讼与普通诉讼的区别，准确适用人事诉讼的特殊规则 and 法理。

二、民法总则适用亲属法（婚姻法）的范围有限

民法总则是否适用亲属法（婚姻法），主要存在“适用论”、“不适用论”和“区别适用论”三种观点。相比之下，“区别适用论”更具合理性，比较符合我国目前的法制状况。那么，究竟如何“区别适用”呢？应从法律规范的内容和性质两个方面考察。从法律规范的内容上考察，主要看法律规范对有关身份行为有无明确规定。凡婚姻法和民法总则已有特殊规定的，应当分别适用婚姻法和民法总则。从法律规范的性质上考察，婚姻法可以分为单纯的身份法与身份财产法（与之相对应的是身份行为与身份财产行为）。对于单纯的身份行为，原则不适用民法总则；单纯身份行为的有效与无效，有其独立的评判规则，不能适用民法总则无效民事行为的规定进行评判；单纯的身份行为在婚姻法和民法总则都没有规定时，应当类推适用婚姻法。对于身份财产行为，亲属法无特别规定时，可以适用民法总则。但民法总则与其本质相抵触时，应当充分考虑身份财产的特点，不能完全适用民法总则。

三、民法上的“身份”应当专指亲属法上的身份

理论上有人认为，民法上的身份应当包括亲属法以外的“三种特殊身份”。实际上，亲属法以外的三种身份不具有民法身份的特殊价值。1、着作权人、共有人、合伙人、社员、消费者等都是体现于物或财产关系上的身份；2、未成年人、精神病人、外国人等影响权利能力和行为能力的身份，在民法上没有独立价值，它亦是影响刑法等法律适用的身份；3、未成年人、精神病人等作为弱势群体身份时，属于社会学意义上的身份。

只有上述第1种身份主要存在于民事领域，但如果把体现于物或财产关系上的身份都作为身份，其身份就多了。如所有人身份、占有人身份、用益人身份等。可以说，民事法律关系中的任何一个当事人都具有自己的特定身份，把这些都作为“身份”对待，势必会造成身份的滥用或泛身份化。

民法意义上真正的身份，应当是专指亲属法上的身份。对于亲属法以外的身份，倾向用特殊权利主体或义务主体取而代之。

四、身份行为是非利益行为，有其自身特点

身份行为，是指足以引起身份关系发生或消灭的民事行为。真正的身份行为或狭义的身份行为，不存在“变更”行为。

身份行为是非利益行为；身份行为只限于建立或消灭身份关系，不创设权利义务关系；身份行为为要式行为；结婚年龄不能理解为单纯的行为能力；身份行为只存在有无行为能力之别，不存在限制行为能力之说；身份行为的合意是不具有法律约束力的准契约行为。

五、应当重新构建婚姻形态判断标准

我国尚未建立婚姻形态的科学判断标准体系，判断不同性质婚姻形态的标准，则是单一的有效与无效判断标准。不论是什么性质的婚姻形态，都用婚姻有效无效标准判断。这种婚姻判断标准，不能满足理论与实践的需要，造成结婚与婚姻成立、婚姻成立与婚姻有效、婚姻不成立与婚姻无效等不同性质婚姻形态的误判。为了正确评判各种不同婚姻形态，应当重构婚姻形态判断标准，即建立以婚姻的属性要件、形成要件和效力要件为评判标准的科学评判体系。

（1）婚姻的属性要件，是判断婚姻与非婚姻的要件，即是婚与非婚要件。它的主要功能或作用在于解决什么是婚姻，什么不是婚姻。如在我国，“同性婚姻”属于非婚现象，不属无效婚姻。（2）婚姻的形成要件，是判断婚姻成立与不成立的要件，亦称婚姻的成立要件。婚姻的形成要件，主要功能在于判断婚姻是否成立或存在。（3）婚姻的效力要件，是判断婚姻有效与无效的要件。它的功能或作用在于判断业已成立的婚姻是否具有法律效力。

六、司法审判所涉及的六类婚姻的划分及其意义

婚姻是指男女双方以永久共同生活为目的，按照一定程式缔结的配偶关系。从司法审判需要或法律评判的角度，可以按照不同标准对婚姻划分六种类型。

- 1、以婚姻是否有效为标准，可以分为有效婚姻与无效婚姻（包括可撤销婚姻）。
- 2、以婚姻是否成立为标准，可以分为已成立之婚姻与未成立之婚姻（或已成就之婚姻与未成就之婚姻）。
- 3、以婚姻是否具有法定形式为标准，可以分为事实婚姻与法律婚姻（或登记婚姻）。
- 4、以婚姻主体是否两性为标准划分，可以分为异性婚姻与同性婚姻。
- 5、以男女性别是否变化为标准划分，可以分为原性婚姻与变性婚姻。
- 6、以婚姻形态是否真实为标准划分，可以分为现实婚姻与虚拟婚姻。

婚姻的类型很多，但从审判需要或法律评判的角度，对婚姻类型作上述划分，更具现实意义，有利于对各种类型婚姻效果的法律评判。

七、我国离婚标准的例示主义立法模式应当修改与完善

2001年修正后的婚姻法修改了1980年婚姻法关于判决离婚标准的概括主义立法模式，确立了抽象概括与具体列

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

举相结合的例示主义的判决离婚标准新模式。但这种修改仍存在诸多弊端。第一、例示情形的选定不科学，用语不规范；二是例示主义模式有其固有缺陷。解决例示主义立法缺陷的途径主要有两条：一是摒弃例示主义立法模式，回归1980年立法模式；二是对现行例示主义立法模式进行修改完善。从长远的眼光看，摒弃例示主义立法模式更为理想。但从现实来看，例示主义立法模式实施时间不长，马上废弃可能存在困难，采取修补的方式更为可行。

八、“夫妻感情确已破裂”的离婚标准不宜修改

爱情是缔结婚姻的基础。爱的动机和程度可能各有不同，但最低应当以双方能够相互接纳为底线。婚姻的存续也是以感情为基础。夫妻感情具有多元性，并非都是高质量。所谓“凑合型婚姻”之所以能够“凑合”，亦是感情尚未彻底破裂的结果。夫妻感情是夫妻之间友情（积极感情）和仇恨（消极感情）的一种综合指数，是一种抽象化的客观状态，不是一个纯主观范畴。婚姻关系是一种静态的法律关系，只存在解除或消灭，不存在好与坏或破裂与不破裂。非经法定程序解除，婚姻关系不可能发生变化。而夫妻感情是一种动态关系，始终处于发展、变化之中。影响婚姻寿命的真正“基因”是“夫妻感情”，而非婚姻关系。当夫妻感情破裂，婚姻就面临解体。因而，不是婚姻关系决定婚姻的存亡，而是夫妻感情决定婚姻的存亡。婚姻关系是离婚所指向的对象（即离婚请求所要解除的对象正是婚姻关系），属于诉讼标的范畴；夫妻感情破裂则是婚姻解除的原因，属于离婚理由范畴。通常所说的婚姻破裂，实际上是夫妻感情破裂的代名词。否认婚姻以爱情或感情为基础，或者认为感情属于纯主观范畴，并由此主张用“婚姻破裂”取代“夫妻感情破裂”的离婚标准，其观点并非更具科学性。

九、应当设立重婚信赖保护制度

现实生活中许多婚姻案件涉及到重婚信赖保护问题，但婚姻法没有规定，有必要加以规范。

对重婚的信赖保护应当限定在两种情形且双方善意范围。即前婚姻关系已因协议登记离婚或诉讼离婚确定判决（包括调解）而消灭，但因该离婚登记或判决嗣后又经变更，致使后婚姻成为重婚者，若重婚双方当事人均系善意且无过失信赖一方前婚姻消灭之协议离婚登记或离婚确定判决而结婚者，该重婚具有婚姻效力，前婚姻自后婚成立之日起消灭。

十、我国家庭暴力不应当包括虐待、“冷暴力”等非暴力行为

由于各国国情、社会意识形态以及学者的价值观不同，对家庭暴力的概念，往往从不同角度，根据不同标准，以各自的价值取向进行界定，没有一个统一定义。如果单纯在概念上纠缠，并希望寻求一个包罗万象的“万能”概念，不仅不切合实际，而且容易误入歧途。要正确认识家庭暴力，只有对家庭暴力进行类型化分析，才能了解不同类型家庭暴力之内涵，并为反家庭暴力立法提供新的路径。我国反家庭暴力立法不能照搬其他国家的立法模式，应当根据自己的国情界定家庭暴力的内涵。由于我国有专门的虐待、遗弃立法，其家庭暴力不应包括虐待、遗弃行为，更不能包括所谓的“冷暴力”，以避免“泛暴力”化倾向，并导致法律之间相互冲突。

十一、男女平等的法律并不是最好的法律

从性别的视角来考察法律，现代法律与过去法律相比，一个最大的进步，就是消除了歧视妇女的条款。而现代法律的一个最大缺陷，则是忽视了两性区别，用毫无性差的法律规定男女同权、男女平等，其结果是男女根本不可能平等。因而，这种男女平等，实际上是用形式上的平等掩饰了事实的不能平等，是一种包装了的男女不平等。这种男女平等的法律，并不是最好的法律。只有体现性别差异、补充女性能力，实现男女无利差的法律，才是最好的法律。

婚姻审判应当具有性别意识，用性别视野去发现和弥补立法之不足，更加能动地保护女性权益。

十二、应当承认事实婚姻，并赋予不同类型事实婚姻的不同效力

我国目前的法律一概不承认事实婚姻的效力，这是婚姻立法上的“大跃进”。其最大收获或真正结果，无疑是制造或生产了更多的事实婚姻。因而，一概否认事实婚姻效力并不符合中国国情，应当有条件承认事实婚姻的效力。

除法律上不承认事实婚姻效力外，理论上甚至否认事实婚姻的概念，将其与同居并论。这也缺乏科学性。事实婚姻的大量存在是一个不争事实，承认事实婚姻的存在，才是一种明知的选择。承认事实婚姻的存在，并不等于承认事实婚姻的效力。事实婚姻的存在与否或有无，是一个对婚姻事实的判断问题；承认与不承认事实婚姻的效力，则是一个法律评判问题。解决事实婚姻的有效途径，不是从事实上加以否定，而是要从法律效果上加以区分。只要从法律的角度，科学划分事实婚姻的法律类型，承认事实婚姻不仅没有坏处或消极作用，反而可以帮助我们全面认识事实婚姻，并为正确处理事实婚姻提供判断标准。考察我国事实婚姻的类型，则可发现它是一个“三元”形态：即具有民事法律效力的事实婚姻；不具有民事法律效力的事实婚姻；违法的事实婚姻。承认事实婚姻并进行类型化，不仅有利于判断事实婚姻的效力，也有利于划清事实婚姻与登记婚姻、事实婚姻与同居的界限，并为处理事实重婚提供理论基础。

十三、对同性婚姻、变性婚姻、网络婚姻应当采取不同态度和立场

1、我国对同性婚姻的基本态度是不鼓励、不禁止、不干预。从本质上讲，同性婚姻不涉及真理问题，不存在对与错，不能用是非标准判断。决定同性婚姻出路或命运的直接因素是一个国家国民的整体道德价值观或价值取向。

2、变性人结婚完全是合法的，并具有一般婚姻的法律效力。已结婚者变性后，原婚姻不能自然解除；变性后结

婚引起的离婚案件，原则上适用一般离婚标准。

3、网络（虚拟）婚姻的基本特征是：一半虚幻一半真。其“虚”者，就是网络婚姻脱离现实，完全是一种虚拟的东西，不具有任何法律效力和约束力。其“真”者，就是虚拟婚姻的主体，是两个现实生活中的真实人。虚拟婚姻虽然不具有法律效力，但其对现实婚姻构成破坏时，应当根据实际情况处理。

十四、应当设立日常家事代理制度

我国婚姻法没有规定日常家事代理制度，《〈婚姻法〉解释（一）》对家事代理制度的规定亦不够完善，有必要在婚姻法中设立日常家事代理制度。其具体内容设计如下：

夫妻任何一方均有权对满足日常生活需要的家庭事务作出决定。但家庭重大事项应当由夫妻共同决定。

夫妻一方因家庭日常生活需要所为之行为，视为夫妻共同行为，对双方具有约束力，第三人可以主张夫妻共同承担责任。

夫妻一方非日常家事所为之行为，第三人有理由相信是日常家事代理或有理由相信是夫妻共同意思表示的，可以主张夫妻共同承担责任。

十五、应当设立非常夫妻财产宣告制度

婚姻法解释三用物权法中的一般“共有财产分割制度”代替“非常夫妻财产宣告制度”，这是不科学的。应当在婚姻法中设立非常夫妻财产宣告制度。

十六、应当完善夫妻共同债务制度，设立准夫妻共同债务

现行法律关于夫妻债务的规定不完善、不科学，尤其是《婚姻法解释（二）》第24条的规定，在司法实践中弊端甚多，应当予以修改和完善。

1、夫妻共同债务与夫妻个人债务的界定

夫妻共同债务，是指因家庭日常生活或其它需要所负债务，或者经夫妻合意由双方共同偿还的债务。夫妻共同债务，应当由夫妻共同偿还。

准夫妻共同债务，是指因夫妻一方滥用日常家事代理权对善意第三人承担连带责任的债务。夫妻一方对他方滥用日常家事代理权对善意第三人承担连带责任后，可以向他方追偿。

夫妻个人债务，是指一方没有用于家庭共同生活或家庭其它需要所负的债务，或者约定由夫妻一方承担的债务。夫妻个人债务应当个人偿还。

2、夫妻一方举债性质和举证责任

夫妻一方因日常生活或其它家庭需要所负债务，属于夫妻共同债务，由夫妻双方共同偿还。

夫妻因一方举债是否用于日常生活或其它家庭需要发生争执时，应当由举债一方承担举证责任。举债方不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要的，应当认定为举债方个人债务。

3、债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任

债权人对于夫妻一方因日常生活或其它家庭需要所负债务主张夫妻共同偿还的，应当由夫妻共同偿还。但夫妻另一方能够证明债权人与举债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者除外。

债权人对于一方因日常生活或其它家庭需要所负债务主张夫妻共同偿还时，应当对举债的真实性承担举证责任。在举债人没有出庭或者出庭后不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要时，债权人应当承担相应的举证责任，或者证明自己理由相信该债务用于日常生活或其它家庭需要。

夫妻一方滥用家事代理权恶意举债，或者其举债没有用于家庭共同生活的，应当由举债方个人承担责任。但该举债行为无法使债权人辨别已超出家事代理的，夫妻他方亦应对善意债权人负偿还责任。债权人对夫妻他方主张权利时，应当对自己“无法辨别”的善意负有举证责任或合理解释。

对于超越日常生活需要范围的巨额举债，应当由夫妻共同合意。但债权人理由相信是夫妻共同合意，或者有证据证明用于夫妻或家庭共同生活的，夫妻他方亦应承担偿还责任。

4、夫妻债务和财产分割约定对债权人的效力

依法应当由夫妻共同承担的债务，虽经夫妻约定或在离婚诉讼中法院生效文书确认由一方承担的，债权人仍然可以向夫妻双方主张权利。夫妻共同承担债务后可以依据协议或法院生效文书向另一方追偿。

依法应当由夫妻一方承担责任的，应当由夫妻用个人财产承担责任。夫妻一方在未清偿债务前，将自己应当分得财产让与对方，造成债务不能清偿的，债权人可以主张其财产分割无效，请求法院撤销，或者主张从另一方多分割的财产中清偿。

夫妻一方或双方在未清偿债务前，将财产转移第三人，债权人可以主张其财产转让无效，请求法院撤销，或者主张从转移财产中清偿。但第三人取得财产属于善意者除外。

十七、应当重视“家事工伤”补偿的适用

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

夫妻一方因从事家庭劳动或经营等服务家庭生活共同生活的家事受伤致残的，属于“家事工伤”。离婚时，应当从家庭共同财产中获得补偿。

夫妻一方因保护配偶人身安全而致自身伤残的，离婚时受益方应当承担伤残方离婚后的必要生活费用。

十八、夫妻财产的认定和处理应当体现身份财产的特点

身份财产不同于一般财产，认定身份财产的性质应当体现身份财产的特点；规范身份财产的范围应当坚持以共有为原则，以个人为例外；处理夫妻财产的原则应当有利于鼓励创造家庭财富，遏制离心离德，稳定婚姻关系。身份与财产可以有限分离，但切忌将身份与财产看作是绝对分离的“两张皮”

在理论上和司法实践中，对夫妻财产的认定和处理，往往没有站在亲属法或身份法的立场，而是站在纯财产法的立场解释夫妻财产或身份财产，或者就是由纯财产法理论左右身份财产，忽视身份财产的特点，使一般财产制度与身份财产制度缺乏应有的区别和有机结合。婚姻法解释三就是最典型的例证。

然而，解释三在纯财产法学者看来是正确的，并得到纯财产法学者充分肯定。但由于解释三过分突出纯财产法的特点，有些内容几乎就象“有产者资产保护法”或“防止资产流失法”。因而，其规定不太符合身份财产的本质，在身份关系中有些水土不服，目前暴露的问题也很多。如解释第7条、第10条即具有浓厚的纯财产法色彩。其中，解释第7条将婚后父母出资为子女购买的房屋，没有约定的情况下，分别为各子女个人的财产，或者根据出资比例按份共有。这一规定显然是把共有作为例外。

我国现行婚姻法规定的“法定夫妻财产共有制”是以共有为原则，个人（约定）为例外。解释第7条规定正好与之相反，这一规定不仅违反了婚姻法所确定的夫妻财产制的一般原则，也与身份财产制的本质属性不相融。尤其是在婚内根据父母投资比例按份共有的规定，与“合伙财产法”别无二致。

又如，解释三第10条以房屋购买合同作为认定房屋产权的根据，完全是一种套用物权法的“公式化物权主义”或“形式物权主义”的表现。如果按照这种物权理论的逻辑推论，婚前一方取得的土地或山林等承包合同，其经营权或收益人也只能是婚前一方个人的。另一方婚后的投资只能是债权，另一方参与经营或劳动只能视为“帮工”或“雇工”。

解释三第10条不仅与“身份财产”的性质不相吻合。其规定婚后另一方投资属于债权性质，但却又规定按物权处理（即分割财产考虑一方投资的房屋增值），两者自相矛盾，债权与物权纠缠不清。

所谓按揭房屋的物权性质，实际上是一种“拟制物权”或“不完整物权”，不能与完整的物权同日而语。对于按揭房屋的婚后投资，如果没有明确约定为借贷，将其理解为“物权加入行为”更为合理。即婚后双方加入了婚前个人的购房行为，成为共同购房人。对此，根据婚前与婚后的不同投资比例分段计算，实行按份共有，是最简单、最合理的方案，也是最符合其特点的方案。而且与物权法与婚姻法不相矛盾。

十九、应当有条件地承认夫妻忠贞协议的效力

对于夫妻之间签订的旨在维护婚姻关系的婚姻道德的协议，只要系双方自愿，不违反法律和公序良俗，法律可以调整，并具有执行可能的，应当承认其具有法律效力。

二十、精神赡养诉讼具有可能性和必要性

精神赡养，从其形式上划分，有作为形式的精神赡养和不作为形式的精神赡养；从其内容上划分，有物化的精神赡养和情感的精神赡养；从其性质上划分，有法律层面的精神赡养和道德层面的精神赡养。物化层面的精神赡养和法律层面的精神赡养是可以通过诉讼解决的。因而，精神赡养具有可诉性。而且，作为权利救济手段的诉讼，对于精神赡养来说，也是必要的。

【作者简介】

王礼仁，宜昌市中级人民法院三级高级法官。

【注释】

附：作者研究亲属实体法主要著作目录

[1]王礼仁. 婚姻诉讼前沿理论与审判实务[M]. 北京: 人民法院出版社, 2009.

[2]王礼仁. 民法总则在婚姻法中适用问题研究[A]. 见: 夏吟兰龙, 翼飞主编. 家事法研究(2011年卷)[C]. 北京: 社会科学文献出版社, 2011. 097—116.

[3]王礼仁 我国家庭暴力内涵的立法定位与构想——以家庭暴力类型化分析为视角,《中华女子学院学报》2012年第4期

[4]王礼仁. 登记程序瑕疵婚姻的性质与救济路径之选择[A]. 见: 夏吟兰龙, 翼飞主编. 家事法研究(2012年卷)[C]. 北京: 社会科学文献出版社, 2012. 211—232.

[5]是进步还是倒退?——评我国离婚标准中的例示主义立法模式, 最高人民法院《法律适用》2005年12期

[6]王春辉 王礼仁《离婚案件房屋纠纷适用物权法若干问题研》民事审判指导与参考总第43集 2010年第3集

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

- [7]王礼仁:《“婚姻登记瑕疵”中的婚姻成立与不成立》载于《人民司法》(应用)2010年第11期。
- [8]王礼仁《男女平等的法律并不是最好的法律——以女性从政和婚姻诉讼为视角》中华女子学院学报2010年1期
- [9]王礼仁《离婚制度的立法修改与完善》,获民政部“全国婚姻家庭研究会暨新中国首部婚姻法颁布60周年紀念大会”三等奖
- [10]王礼仁:《《婚姻登记瑕疵的效力认定》载于奚晓明主编《民事审判指导与参考》(2009年第4集)(总第40集)
- [11]王礼仁等《借用他人登记结婚的诉讼路径与效力判断》,《人民法院报》,2010年11月11日第七版
- [12]《确立婚姻成立与不成立形态的理论价值和实践意义》载 杨立新、刘德全主编《亲属法新问题与新展望》,人民法院出版社,2009年2月出版。
- [13]“离婚无伤”是离婚审判的最高追求——对最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》的解读最高人民法院《最新民事法律文件解读》2007年第3辑(总第27辑)
- [14]王礼仁.适用婚姻法解释(二)第二十四条的前提条件——夫妻共同债务的理论回应,全国法院第19界学术论文二等奖。
- [15]王礼仁.判处一条路来——逾越婚姻法解释二24条的障碍.北大法律信息网
- [16]王礼仁.精神赡养:一个不容回避的问题,《人民法院报》2005-10-10
- [17]王礼仁.“家庭冷暴力”的提法应当冷下来,《人民法院报》2005-12-05
- [18]王礼仁.“夫妻感情确已破裂”的离婚标准过时了吗,人民法院报,原载2006.5.15《人民法院报》法制时代B2
- [19]重构婚姻判断标准的理论价值和实践意义——中国律师和法学家,2008年1期;北大法律信息网
- [20]亲子关系诉讼的热点和难点——亲子诉讼的价值选择 中华全国律师协会民事法律专业委员会编《婚姻家庭法实务》(第2辑)
- [21]王礼仁《假结婚、假离婚与错结婚的认定和处理》,《美中法律评论》2010年
- [22]关于婚姻法冲突条款的适用——因隐藏转移财产“少分或不分”与“照顾子女和女方权益的原则”相冲突的法律适用2006年最高人民法院《最新民事法律文件解读》
- [23]AA制婚姻破裂后财产如何分割,人民法院报,2008年9月17日;夫妻财产约定为何不算数《中国妇女》2008年11期
- [24]房屋登记在子女名下,离婚时如何处理 检察日报
- [25]“被处女”引起的“冷暴力”立法问题 - 2011年.北大法律信息网
- [26]法学研究从身份到契约之反思 11.23. 民商法律网
- [27]王礼仁离婚时单方主张房屋竞价应如何处理——对婚姻法若干问题的解释(二)第二十条的理解与适用,最新民事法律文件解读(2005.7总第7辑)(133)
- [28]彭祥玉不服一审判决夫妻连带清偿第三人债务上诉案——适用婚姻法解释(二)第二十四条应当以符合夫妻共同债务的性质为前提 最高人民法院《最新民事法律文件解读》2007年9(总第33辑)
- [29]王礼仁.《婚姻法解释(三)》的三大缺陷及其反思,2011年婚姻法学会年会论文集
- [30]王礼仁.当前婚姻审判中的八大前沿理论问题探讨.最高人民法院《最新民事法律文件解读》2012年10期
- [31]王礼仁.《婚姻法解释(三)》第7条的理论缺陷与司法困境. 北大法律信息网
- [32]王礼仁.破解夫妻共同债务司法困境之构想[A].见:夏吟兰,龙翼飞主编.家事法研究(2013年卷)

继承纠纷诉讼时效法律适用问题研究 ——以民通意见第177条为例的分析

2013年06月18日 北京法院网 刘海银

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第177条(以下简称民通意见第177条)规定:“继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后,继承人未明确表示放弃继承的,视为接受继承,遗产未分割的,即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长,均适用民法通则的有关规定。”对此法条的理解有以下几种:有的认为继承纠纷应当严格适用诉讼时效制度;有的认为根据民通意见第177条规定,继承纠纷转化为共有权纠纷后,是否应当适用诉讼时效的规定法律未明确规定,且学术界和实践中都存在一定的争议,但根据该条的意思应适用诉讼时效的规定;有的认为,遗产处于共同共有状态后,应当从侵害共有权的侵权行为发生之日起两年内提起诉讼,且不论从继承开始到起诉是否超过20年。笔者从亲身经历的一起继承案件出发,试想通过查找全国其他法院对此类纠纷的处理方式总结实践中的做法,但调研发现,在实践中,因对民通意见第177条的理解不同,全国各个法院甚至同一法院的判决都各不相同。为统一法律适用,本文拟在考察我国涉民通意见第177条的继承纠纷适用诉讼时效现状之基础上,剖析此类案件实质上属于物权确认及物的分割案件,以共有权确认及共有物分割纠纷不适用诉讼时效制度为解决途径,以期能达到抛砖引玉之效。

“家事法苑”律师团队奉献

以下正文

一、一起案例引发的思考

【案例】原告杨秀敏与被告杨同系姐弟关系，原告喻金系原告杨秀敏之外甥女。原告杨秀敏与被告杨同的母亲方秀梅于2007年2月去世，父亲杨永明于2008年4月去世。方秀梅和杨永明去世时，遗留房屋两处。后原告杨秀敏与被告杨同因继承遗产发生纠纷，原告杨秀敏于2009年5月31日诉至法院要求继承遗产。审理中，本院追加喻金为本案原告。经原审法院调解，双方当事人于2009年7月23日达成协议，将方秀梅与杨永明遗留的房屋两处予以分割。调解书生效后，案外人杨艳芬、杨玉兰、任玉祥于2010年7月5日向中院申请再审，同年7月14日中院提审该案，11月26日，中院裁定撤销原审调解，发回原审人民法院重审。

该案经重审查明：原审诉争的两处房屋中其中位于A处的系杨裕与李菊夫妇的共有财产。杨裕与李菊共生育四个子女，即：杨冬月、杨艳芬、杨玉兰、杨永明。1972年3月22日李菊死亡；1976年12月20日杨裕死亡。李菊、杨裕夫妇死亡后，其二人的房产未经翻建、亦未析产继承。1982年2月杨冬月死亡，留有一子任玉祥。2008年4月杨永明死亡，其有三个子女：杨秀琴、杨秀敏、杨同。杨秀琴于2005年11月23日死亡，留有一女喻金。位于B处的房屋登记在杨永明名下，系杨永明、方秀梅夫妇与杨同夫妇共同共有。

在重审的过程中，杨秀敏认为杨艳芬、杨玉兰、任玉祥的起诉已超过了最长诉讼时效20年，其民事权利不应受到保护。关于本案是否适用诉讼时效问题，出现两种意见：一是应当适用诉讼时效的规定，但是因为遗产未进行分割，应从2009年7月23日当事人达成的调解协议生效之日起适用两年的诉讼时效，因其他继承人于2010年7月5日向中院申请再审主张权利，其未超过两年诉讼时效；二是本案实质上属于物权纠纷，物权纠纷不应当适用诉讼时效的规定。

二、涉民通意见第177条的继承纠纷诉讼时效适用之现状考察

以下系笔者摘取的较为典型的、涉民通意见第177条继承纠纷案件的部分裁判文书内容，经过分析，我们不难发现该类继承纠纷在法律适用上不统一现象较为明显。

上诉人许文绪因其他继承纠纷一案中，海南中院认为1980年何汝莲去世，继承自此开始，2005年4月13日被上诉人符春玉、符玉桂以上诉人许文绪占用其共同共有房屋要求腾退。而上诉人许文绪认为其系何汝莲的继承人，对该房屋享有继承权，不同意退出，双方发生争议，已超过二十年，但上诉人未提供中止、中断、延长有关证据证明。上诉人明知何汝莲于1980年死亡，至今二十多年才提起请求分得遗产诉讼，已超过法定诉讼时效。[1]

原告田某、田某1、田某2与被告田某3、田某4、田某5、田某6、田某7、田某8法定继承纠纷一案中，北京市东城区人民法院认为根据《继承法》的规定，继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。该诉讼时效为普通诉讼时效。被告认为原告田某、田某1的起诉已超过二年的普通诉讼时效期间，但未就该抗辩理由提供充分的证据，即未证明原告田某、田某1之主张从其知道或应当知道权利被侵犯之日起超过二年，其应当承担举证不能的不利后果。故本院认定，原告田某、田某1的起诉未超过2年的普通诉讼时效。根据《继承法》及最高人民法院对《民法通则》的解释，当事人自继承开始之日起超过20年的，不得再提起诉讼。该时效为最长诉讼时效，但适用《民法通则》对诉讼时效延长的规定。根据《民法通则》的规定，针对最长诉讼时效，如有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。本案中原告田某、田某1虽未在20年的最长诉讼时效期间提起民事诉讼，但在最长诉讼时效期间就前红井房屋的权属问题提起了行政诉讼，并在行政诉讼期间以及行政诉讼终结后的合理时间内连续提起了民事诉讼，而行政诉讼的处理结果与民事诉讼又存在密切关系，故应当认定原告田某、田某1从最长诉讼时效即将结束时开始，持续的行使自己的权利，其诉讼请求应当适用最长诉讼时效延长的规定。综合以上因素，本院认定原告田某、田某1的诉讼请求应当受法律保护。原告田某2在最长诉讼时效期间并未通过诉讼行使自己的权利，其要求继承前红井房屋的诉讼请求已超过诉讼时效，本院不予支持。原告田某2应当继承的份额，应当归于其他继承人。本案法官认为该类继承纠纷应当适用诉讼时效的规定，且适用了最长诉讼时效延长的规定。[2]

上诉人李学如、严伟、严美华、严利因分割继承遗产纠纷一案中，判决说理部分未充分论证上诉人提出的被上诉人的起诉是否超过2年或20年诉讼时效期间问题，只是用“本案并不存在上诉人所称《继承法》第8条规定的情况”用语简单带过。[3]

原告袁寿群、万帮群与被告袁寿春、袁寿富，第三人彭州市房地产管理局继承财产纠纷一案中，被告袁寿春久居诉争之房，但在2003年9月22日前并未取得住房的所有权，仅为物上的使用权，故并不构成对遗产共有人即二原告及被告袁寿富共同所有权之侵害，不能发生时效计算问题，当诉争房屋登记移户时，即构成对二原告继承权的侵害，诉讼时效应从诉争房屋登记之日起计算。二原告在两年内启动诉讼程序，故本案无涉时效问题。该案件仅仅关注诉讼时效的起算点，没有考虑20年诉讼时效问题。[4]

三、涉民通意见第177条的继承纠纷诉讼时效适用救济途径之选择

(一) 民通意见第 177 条的正确诠释

要正确理解民通意见第 177 条的含义首先必须明确“继承权纠纷”的含义。从以上列举的案例判决理由来看，我国法院在审理继承纠纷案件中，由于对于“继承权纠纷”的概念及民通意见第 177 条的规定理解不同，所作的判决也截然不同。笔者对所在法院的 80 位法官做的问卷调查中发现近九成的法官认为所谓“继承权纠纷”就是与继承有关的纠纷都属于此类，应当严格按照《继承法》规定的诉讼时效来判决。

笔者认为，在实践中“继承权纠纷”的范围不宜扩大。我国《继承法》所称的“继承权纠纷”应当限定在享有继承权的自然人身份有争议，或者继承人中是否享有丧失继承权、是否存在继承人以外的可分得遗产的自然人、无继承权利的人侵害继承人继承权等情形。如《继承法》第七条规定的丧失继承权的情形，第十四条规定的可以分给适当遗产的人，以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼等，[5]不能将全部与继承权相关的继承纠纷案件全部纳入继承权纠纷之内，这样不仅不利于真正权利人主张权利，还导致物的归属处于模糊状态。

其次，根据《民通意见》第 177 条的规定，被继承人死亡后，只要继承人（为方便讨论，本文不涉及遗嘱继承与遗赠，本文所述的继承人系指法定继承人，以下同）未明确表示放弃继承的，则视为接受继承，且如果遗产未分割的，即为共同共有。此时继承纠纷转化为确认物权归属与分割物的纠纷，即确认各继承人份额进而对遗产进行分割。确认物权请求权属于我国《物权法》规定的物权保护请求权的一种，系确认物权的归属和内容的物权确认请求权。《物权法》第三十三条规定，“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利”。由此可见，当双方或多方当事人之间就物权归属或物权是否成立以及物权的内容发生争议时，自认为是物权主体或主张物权成立的任何一方当事人都可以向人民法院提起民事诉讼，请求人民法院确认其物权。[6]继承开始后，法律赋予继承人默示的行为具有继承的意思表示，被继承人的遗产转变为各继承人的共同共有财产，此时，继承人起诉要求继承遗产的诉讼请求实质上是确认各继承人继承份额的确认物权请求权的确认之诉。此外，最高人民法院关于继承开始时，继承人未表示放弃继承遗产，又未分割的，可按析产案件处理的批复对此亦予以明确。[7]

(二) 确认物权请求权不适用诉讼时效制度

物权法第三章规定了物权保护的五种请求权，大致可以分为三种情形：一、确认物权归属和内容的物权确认请求权；二、基于物权行使的物权请求权，包括返还原物请求权、排除妨害或消除危险请求权等；三、对损害物权的侵权请求权，即损害赔偿请求权。[8]对上述请求权能否适用民法通则关于诉讼时效的规定，物权法未予以明确。龙翼飞教授认为基于财产共有关系的分割请求权不适用诉讼时效规则[9]，杨立新教授认为诉讼时效的适用范围不包括物权请求权，[10]王利明教授亦赞同对于物权请求权不能适用诉讼时效的规定。[11]

笔者认为，确认物权请求权不应当适用诉讼时效。首先，确认物权请求权关系到物权的归属，尤其随着近几年旧城改造、拆迁补偿等导致不动产价值逐年攀升的情况下，不动产的物权归属对权利人而言就更为重要。在很多案件中，确认物权的归属往往是行使物权行为的基础，物权确认之诉是给付之诉的前提。从消灭时效适用的法律效果来看，无论采诉权消灭说还是实体权利消灭说，亦或是抗辩发生说，[12]消灭时效届满均导致权利实质上归于消灭。因为自然债务与裸体权利都是虚无缥缈的，得不到法律保护的权利不能算是真正的权利，仅仅具有理论意义而已。假如确认物权请求权因诉讼时效期间届满而消灭，那么，标的物将长期处于归属不清或者权利真空之状态。[13]这种状态导致未实际占有的权利人丧失实体胜诉权，而实际占有不动产的人因得不到法院对其物权的确认也不能进行产权登记因而不能真正成为该不动产物权法律上所保护的产权人。因此，如果诉讼时效届满，该物权的归属出现权利的真空状态。权利真空之状态导致各方当事人继续争夺标的物，将影响该物的正常使用和流转，不利于社会经济秩序的稳定和效率提高，背离诉讼时效制度的立法本旨。

其次，从【1987】民他字第 12 号批复中可以看出，一方于 1985 年 12 月起诉，距被继承人费翼臣死亡已有 25 年，已经超过《继承法》与《民法通则》规定的 20 年最长保护期限，仍建议按照析产案件给予处理而不是驳回诉讼请求可以看出最高院对此类案件的态度。

再次，从审判实践中看，通说认为，《民法通则》规定的诉讼时效，仅适用债权而不适用于物权。尽管学界还有一定的争议，但审判实务中对物权特别是对不动产的保护，不适用民法通则第七章规定的诉讼时效，已是共识。[14]而上海市高级人民法院民一庭对民事审判适用物权法总则及所有权部分的相关问题，对物权保护的五种请求权是否适用诉讼时效的指导性意见与笔者的看法不谋而合。该指导性意见认为，物权法第三章规定的物权保护的五种请求权是否适用诉讼时效，物权法没有明确规定。通说认为，物权确认请求权不适用诉讼时效。（因本文主要讨论的是确认物权请求权是否适用诉讼时效的问题，对于其他物权请求权在此不予赘述）

最后，由于不动产拆迁带来的巨大利益，近几年因继承遗产诉至法院的纠纷逐年递增，其中因分割不动产遗产的纠纷比重亦呈逐年增长趋势，从 A 市 B 法院 2006-2010 年受理的继承纠纷与不动产继承纠纷分别占全部受理案件的比例情况看，如果适用继承法规定的关于诉讼时效的规定，每年该法院约有 21.56% 的不动产继承纠纷案件因诉讼时效届满，判决驳回原告的诉讼请求，该法院辖区内每年将有约五分之一的不动产权属处于不明状态，导致拆迁过程中因被拆迁

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

人权利主体的不明确滋生更多的社会矛盾，增加涉诉信访新案的发生，造成法院司法资源的浪费，不利于社会矛盾的解决。

（三）审判实践中采用正确案由

因在实践中，各个法官对继承权纠纷及涉民通意见第 177 条继承纠纷认识的差异，法律对此又没有明确的规定，导致在过去的时间内此类案件的案由沿用混乱。有的适用法定继承纠纷，有的适用分家析产纠纷，有的适用共有物分割纠纷。笔者选取所在辖区法院 2010 年受理的 100 件涉民通意见第 177 条规定的继承案件进行统计发现，有近 7 成的案件采用法定继承纠纷，有约 20% 的案件采用分家析产纠纷，剩余则采用共有物分割纠纷、排除妨害纠纷、返还原物纠纷等。

2010 年 A 市 B 法院 100 件涉民通意见第 177 条规定的继承案件中案由采用情况

案由采用：法定继承纠纷 分家析产纠纷 共有物分割纠纷 排除妨害纠纷 返还原物纠纷 遗嘱继承纠纷
数量各为 68 件 19 件 5 件 3 件 2 件 3 件

笔者认为，此类纠纷案由应当确定为共有权确认、共有物分割纠纷。要确定正确的案由，首先应当明确案由的确定标准。最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知中规定了民事案由的确定标准。民事案件案由依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定是原则，同时考虑当事人诉争的民事法律关系的性质具有复杂性，对少部分案由也依据请求权、形成权或者确认之诉、形成之诉的标准进行确定，对少部分案由也包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。该通知中还规定了关于第二部分“物权纠纷”项下“物权保护纠纷”案由与“所有权纠纷”、“用益物权纠纷”、“担保物权纠纷”案由的协调问题及同一诉讼中涉及两个以上的法律关系时如何确定案由的问题。[15] 通过本文前面的分析，本案的法律关系以继承纠纷为基础，继承开始后，遗产未被分割的，无人明确放弃继承权，则被继承人的遗产即处于继承人共同共有的状态，此时所涉法律关系为关于物权确认及共有物分割。依据以上通知的精神，因此时涉及物权保护项下的两种物权请求权，则案由应当采用所有权纠纷中的共有权确认纠纷及共有物分割纠纷。有人认为，民通意见第 177 条已经规定了此时遗产属于各继承人共同共有，为什么还要确认他们的共有权呢？这是因为，在实践中，有时诉至法院要求分割遗产的继承人为了分得更多的遗产，故意不告知还有其他的继承人，或一部分继承人为了使某些继承人得不到遗产恶意串通另一部分继承人采用诉讼的方式分割遗产，如果此时法院只凭借这些当事人的陈述，就有可能损害被遗漏的继承人的权利，因此，在分割共有物之前还要有一个共有权确认的过程。因为共同共有关系存续期间，所有权是一个，各个共有人之间不分份额，只是享有一个总的所有权，个人在其中不具有自己的部分，只要共有关系不解除，这种关系就永远不能分出份额。[16] 此外，虽然推定各继承人对遗产共同共有，但因为实践中有些继承人对被继承人尽了较多的赡养义务，法院可以酌情多分一些遗产给这些继承人，因此，共有权确认之后，共有物分割就解决共有人如何按份共有的问题。

对于不适用其他案由的理由，如不适用法定继承纠纷的理由，根据民通意见第 177 条的规定，此类继承纠纷在继承开始后、遗产未进行分割前、多个继承人未放弃继承的条件下实质上转化为共有纠纷，即法律关系的性质已经转化为共有权的确认和共有物分割的问题。从修改后的《民事案件案由规定》看，分家析产纠纷属于婚姻家庭纠纷的一个子案由，与本条的规定无关。至于排除妨害、返还原物纠纷是基于对物拥有确定的所有权份额基础上的请求权，因为处于共同共有状态的遗产此时尚未进行分割，无从谈排除妨害与返还原物的请求权。

结语——对于审理此类案件的建议

从我国《民法通则》及《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）来看，我国诉讼时效届满之后一方当事人丧失胜诉权、一方当事人产生履行义务抗辩权，而社会实践中争议的标的物往往由一方或几方实际占有，如果确认物权请求权也适用诉讼时效规定，当诉讼时效期间届满后，可能导致实际占有人不能取得法律上的物权，主张权利一方丧失法律保护的權利，这样就有可能导致大量的物权归属处于不明确的状态。除此之外，即使因诉讼时效届满，往往物被实际占有，不是《继承法》第三十二条规定的无人继承的遗产，收归国家所有或集体所有无法律依据，也无实践基础。

再有，依据最高人民法院《关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为己有发生纠纷应如何处理的批复》，这种行为应当认定为代表共有人登记取得的产权证明，该房屋仍属各继承人共同共有的财产，由此可以推知，所有有损共有权的行为应当被认定为无效，未被分割的遗产仍然属于各继承人共同所有，因此，将此类纠纷作为侵权纠纷就无法确定侵权行为的起诉点。故在实践中，对于确权纠纷不适用诉讼时效制度为宜。

随着时代的发展、社会的进步，一方面，当事人私权自治的理念深入人心，当事人主义已成为现代民事诉讼制度的基本特征。但另一方面，为了更好地发现案件真实，同时进一步提高诉讼效率，加强法官对诉讼的控制成了各国国家民事诉讼制度改革共同趋势。我们不能为求得其他次要的、甚至是虚幻的价值，而牺牲了查明真相这一目的。[17] 笔者认为，在审理继承纠纷案件中，因继承人的范围可能涉及法院依职权追加当事人的程序问题，故依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 15 条之规定，法官应采取各种措施调查明确继承人范围及遗产范围，不能只

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

听信当事人的陈述，以防止部分当事人恶意串通分割遗产及其他损害合法继承人权益的行为。法官主动查明事实真相不仅有利于减少当事人诉累及司法资源浪费，还能进一步提高诉讼效率，切实保护所有继承人的合法权利，有利于彻底解决社会矛盾，实现“案结事了”。

注释与参考文献

- [1] (2008)海南民二终字第112号判决书，类似的案例有(2007)穗中法民一终字第3510号上诉人黄凤仙、周国权、周剑文、周爱莲、周茵、周筱、周丽华、周丽云、周国鸿、黄剑烽继承纠纷一案。
- [2] (2006)西民初字第10728号判决书。
- [3] (2002)成民终字第1594号判决书。
- [4] (2003)彭州民初字第18号判决书。
- [5] 汤文元：《继承权诉讼时效的理解和适用》，载《人民司法·案例》2010年第2期第56页。
- [6] 沈爱玲：《物上请求权与物权保护探析》，载《前沿》2010年第20期总第274期第19页。
- [7] 【1987】民他字第12号批复，该批复认为，“双方当事人诉争的房屋，原为费宝珍与费翼臣的夫妻共有财产，1958年私房改造所留自住房，仍属于原产权人共有。费翼臣病故后，对属于费翼臣所有的那一份遗产，各继承人没有表示过放弃继承，根据继承法第二十五条第一款的规定，因视为均已接受继承。诉争的房屋应属各继承人共同共有，他们之间为此发生之诉讼，可按析产案件处理，并参照财产来源、管理使用及实际需要等情况，进行具体分割。”
- [8] 关于物权请求权的类型，存在三类型说、四类型说以及无类型说三种学说，其争论主要是围绕恢复原状请求权、确认物权请求权以及损害赔偿请求权是否属于物权请求权而展开的。梁慧星：《中国物权法草案建议稿一条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第13-14页。本文根据物权保护的特点采用三类型说。
- [9] 2002年11月30日，龙翼飞教授在中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一的演讲中分析了三种不适用诉讼时效的请求权：基于身份关系的抚养费 and 赡养费的请求权、基于财产共有关系的分割请求权及基于不动产相邻关系的停止侵害、排除妨碍请求权。龙翼飞：《时效制度若干问题》，载王利明主编：《民商法前沿论坛第1辑》，人民法院出版社2004年3月版，第309页。
- [10] 杨立新教授认为，诉讼时效的适用范围应当是：第一是请求权，而不是一切权利；第二是在请求权中，只有债权请求权才适用诉讼时效的规制，其他的请求权如物权请求权不适用诉讼时效制度。杨立新：《中国民法理论热点问题探索与意见》，载王利明主编：《民商法前沿论坛第1辑》，人民法院出版社2004年3月版，第324页。
- [11] 2001年9月28日，王利明教授在中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一的演讲中指出，物权的请求权通常适用于各种继续行的侵害行为，如果严格以消灭时效的期间起算办法，则对物权人是不公平的，也不利于保护物权。王利明：《债权与物权》，载王利明主编：《民商法前沿论坛第2辑》，人民法院出版社2004年3月版，第55页。
- [12] 关于消灭时效适用的法律效果，民法学界存在三种学说：1、诉权消灭说。该说认为，消灭时效届满后，实体权利并不消灭，权利人丧失的只不过是诉权而已。消灭时效届满后的债务属于自然债务，而权利则称为“裸体权利”。2、实体权利消灭说。该说认为，消灭时效届满后，当事人的实体权利归于消灭。3、抗辩权发生说。该说认为消灭时效届满后，实体权利与诉权均不消灭，仅发生义务人拒绝履行义务的抗辩权。李建华、杨代雄、赵军：《论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择—兼评〈中华人民共和国民法（草案）〉的相关规定》，载 <http://www.chinaue.com/html/2005-12/2005121218544236/htm>，于2013年2月8日访问。
- [13] 李建华、杨代雄、赵军：《论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择—兼评〈中华人民共和国民法（草案）〉的相关规定》，载 <http://www.chinaue.com/html/2005-12/2005121218544236/htm>，于2013年2月8日访问。
- [14] 汤文元：《继承权诉讼时效的理解和适用》，载《人民司法·案例》2010年第2期，第57页。
- [15] 最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知规定，“所有权纠纷”、“用益物权纠纷”、“担保物权纠纷”案由既包括以上三种类型的物权确认纠纷案由，也包括以上三种类型的侵害物权纠纷案由。物权法第三章“物权的保护”所规定的物权请求权或者债权请求权保护方法，即“物权保护纠纷”，在修改后的《民事案件案由规定》规定的每个物权类型（第三级案由）项下可能部分或者全部适用，多数可以作为第四级案由规定，但为避免使整个案由体系冗长繁杂，在各第三级案由下并未一一列出。在涉及侵害物权纠纷案由确定时，如果当事人的诉讼请求只涉及“物权保护纠纷”项下的一种物权请求权或者债权请求权，则可以适用“物权保护纠纷”项下的六种第四级案由；如果当事人的诉讼请求涉及“物权保护纠纷”项下的两种或者两种以上物权请求权或者债权请求权，则应按照所保护的权利种类，分别适用所有权、用益物权、担保物权项下的第三级案由（各种物权类型纠纷）。同一诉讼中涉及两个以上的法律关系的，应当依当事人诉争的法律关系的性质确定案由，均为诉争法律关系的，则按

诉争的两个以上法律关系确定并列的两个案由。

[16] 杨立新：《关于共有的若干问题》，载王利明主编：《民商法前沿论坛第2辑》，人民法院出版社2003年版，第87页。

[17] 田少红：《法官在民事诉讼中调查取证方面的作用——中国和法国民事诉讼制度之比较》，载《法律适用》第2005年第6期，第38页。

代书遗嘱，为何纠纷频现

2013年10月27日 王伟 李迎昌

遗嘱是被继承人生前作出的处分自己财产及安排与此相关的事务并于其死亡后才发生效力的意思表示。法律规定，公民可以自己书写遗嘱，也可以请别人代为书写，即代书遗嘱。为了确保代书遗嘱的真实性，法律对代书遗嘱的形式要件进行了严格的规定，但审判实务中，立遗嘱人、代书人、见证人由于缺乏对遗嘱方面法律知识的了解，导致所立遗嘱无效的情况较为常见。

近期，上海市第二中级人民法院对近年来审理的代书遗嘱纠纷案件进行梳理，发现遗嘱继承纠纷中涉及代书遗嘱效力问题的案件呈增多趋势。该院民一庭拥有丰富办案经验的三位法官结合审判实践，对代书遗嘱存在的问题给出了意见和建议。

案例一：被继承人真实意思表示是关键

刘先生与颜女士有五个子女。多年来刘先生夫妇二人一直与孙子小军居住在一起，他们原先承租的公房购买后，产权人登记为刘先生夫妇和小军三个人的名字。

2012年，刘先生去世，因遗产继承问题，颜女士将五个子女及小军告上法院，要求对刘先生的遗产，即房屋三分之一的产权份额进行分割继承。

法庭上，小军拿出了一份遗嘱，该遗嘱载明立遗嘱人为刘先生、颜女士，内容为“立遗嘱人中的任何一个人去世，其在上海市金汤路房屋中所享有的产权份额均赠与共有产权人孙子小军”，落款处分别有立遗嘱人的印章及两枚指纹印记，还有见证人的签名、代书人的印章、立遗嘱时间。

对这份遗嘱，颜女士认为，被继承人刘先生晚年患有老年痴呆，民事行为能力受限制；遗嘱代书人是孙子小军聘请的，且遗嘱是事先制作好后带到刘先生家中，遗嘱内容并没有读给刘先生听；见证人也未起到见证作用，无法确认刘先生的手印、图章是如何形成的。因此，该遗嘱应当无效。

为了查清事实，法庭传唤了遗嘱的代书人出庭作证。代书人向法院陈述，当时是小军请他去做代书遗嘱的，代书的内容也是按照小军的陈述打印好后带到刘先生家中给两位老人读过的，但记不清当时刘先生是否签字、捺手印了。

法院审理后认为，本案涉及的代书遗嘱并非由代书人按照被继承人刘先生的口述制成，而是根据继承人小军告知的内容打印制作的，不存在代书人根据被继承人口述设立遗嘱的事实，而且继承人小军告知的内容是否就是被继承人刘先生口述的内容，也无法证实。刘先生是否本人签字或者捺手印也已经无法证实，所以刘先生所立代书遗嘱无效。法院最终判决刘先生的遗产由包括颜女士在内的六名继承人共同继承。

该案承办法官岑华春指出，代书遗嘱要求立遗嘱人必须亲口口述遗嘱内容，而不是由代书人按照自己的意思设立遗嘱，也不是由代书人按照被继承人之外的其他人的口述设立遗嘱。代书人只能按照立遗嘱人的意思表示，如实记载立遗嘱人口述的遗嘱内容，而不可对遗嘱的内容作出实质性的修正或更改。本案中，立遗嘱人并没有口述遗嘱的内容，而是由继承人小军陈述遗嘱的内容，难以认定为立遗嘱人的真实意思表示，所以遗嘱为无效。

案例二：利害关系人不能代书遗嘱

2007年，刚满60岁的陈阿婆因重病住院。病床前的陈阿婆对房子的事情始终放心不下。原来，陈阿婆有四个子女，前些年小儿子看到父母住房困难，就贴补了两位老人一笔钱，购买了陈阿婆夫妻居住的房屋。房屋的产权证上面写了陈阿婆、刘老汉和小儿媳、小孙女的名字。近年来，四个子女之间因为生活琐事产生了纠纷，陈阿婆担心在她离世后，因为房屋再起纷争，便跟老伴陈老汉商量立一个遗嘱。

陈阿婆让小儿媳写遗嘱，小儿媳按照刘老汉和陈阿婆的意思用电脑打印了一张遗嘱。病床前，陈阿婆、刘老汉叫来了除小儿子以外的三个子女，将遗嘱拿给他们看。遗嘱上写着：刘老汉、陈阿婆夫妇现住上海市某路201室，该套房屋的产权由小儿子和小孙女继承所有。三个子女同意父母对房产的处理，并在这份打印的遗嘱上签了名。刘老汉和陈阿婆也盖上了个人的印章。此后，陈阿婆和刘老汉相继离世。

虽然有了遗嘱，四个兄妹还是因为房产起了纠纷。2012年，陈阿婆的二儿子向法院提起诉讼，要求析产继承这套写有父母名字的房屋。

法院审理后认为，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、其他见证人和立遗嘱人签名。但继承人、受遗赠人，或者与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为见证人。本案中的代书人小儿媳与“遗嘱继承人”是夫妻、母女关系，其作为代书人明显与继承法的相关规定不符，故法院认定该

协议不符合代书遗嘱的形式要件，否定了这份“遗嘱”的效力。

遗嘱失去了效力后，本案所涉及到的房产应当按照法定继承的原则处理。鉴于两被继承人在生前确有将遗产交由小儿子继承的意思表示，兼顾小儿子对房屋出资贡献较大的因素，故法院终审判决在分割遗产时对小儿子给予适当的分。

该案承办法官李罡指出，随着社会的发展，新型遗嘱也不断出现，如本案中的打印遗嘱。这份打印的遗嘱由被继承人刘老汉的小儿媳起草，刘老汉盖章确认，从形式上属于代书遗嘱的性质，但由于代书人与继承人具有利害关系，小儿媳不符合代书人资格。同时，该份遗嘱的见证人只有一人，不符合法律规定的两人以上在场见证的要求，在形式上有重大瑕疵。所以，刘老汉和陈阿婆让子女签署的这份带有遗嘱性质的协议，并不具有代书遗嘱的效力，最终，房产还是应按照法定继承原则进行分割。

案例三：见证人必须到场

林先生与前妻有一个儿子。步入中年，林先生与郑女士再婚，双方生了一个女儿。女儿出生后不久，林先生与郑女士夫妻关系恶化。2010年，林先生得知自己生重病后，到法律服务所咨询遗嘱和继承的相关法律规定，林先生表达了自己立遗嘱的意愿以及百年之后将自己的房产给儿子的心愿。法律服务所的工作人员小张按照林先生的表述，打印了一份遗嘱交给了林先生，应林先生的邀请，小张在遗嘱上作为代书人、见证人签了名字。

林先生去世后，林先生的儿子与继母郑女士就遗产分割产生分歧，儿子拿出遗嘱，要求继承父亲名下的房产。而继母则认为，林先生去世前眼睛有疾病，看不清楚遗嘱的文字，所以遗嘱应该是无效的。

法院查明，林先生从法律服务所工作人员小张手中拿到打印的遗嘱时并没有当场签字，而是将这份打印的遗嘱拿回了家。此后，遗嘱的代书人小张并没有看到林先生签字的过程。

法院认定林先生的遗嘱是由小张代书的，按照法律规定代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。林先生的代书遗嘱只有小张一人起草、一人见证，而小张也没有看到林先生签字的经过。所以这份遗嘱是无效的。最终，经法院调解，林先生的儿子与同父异母的妹妹及继母对房产作出了合理的分割。

该案承办法官王江峰指出，按照我国继承法规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书。代书人和见证人应当见证立遗嘱人表述对财产处理的陈述并在遗嘱上签字的全过程。本案林先生的遗嘱是由小张代为起草、打印的，是代书遗嘱。但这份遗嘱缺少法律规定的两个以上的见证人在场见证的形式要件，同时，小张作为代书人、见证人，他并未见证遗嘱最终形成的整个过程，违反了见证人须在场见证的法律规定，所以是无效的。

■法官提醒

完善细节让“代书”实现心愿

当今社会，公民个人财富日益增长，很多老年人因为身体状况、文化所限等原因，往往采用代书遗嘱的方式分配遗产。

从法律层面上讲，代书遗嘱是要式民事法律行为，我国继承法第十七条第三款规定：代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。该法律条文对代书遗嘱的形式作了严格的规定，以确保代书遗嘱的真实性。代书遗嘱在形式上应特别注意以下几点：

见证人问题。见证人首先应具有行为能力，对被继承人的真实意思有一定的识别能力，无行为能力、限制行为能力的人或者对被继承人的意思缺乏识别能力的人应排除在外；代书遗嘱见证人的人数应是两人以上，且必须由其中一人代书，见证人人数不足或者在遗嘱上签名的见证人并未代书遗嘱等情形均违反法律规定；见证人与继承人须无利害关系，见证人若与继承人有利害关系，容易产生利益上的裹挟，违反被继承人的真实意愿，故法律予以禁止。

见证过程问题。被继承人订立遗嘱过程中，见证人必须自始至终在现场见证整个遗嘱订立的过程，其标准应该是时间、空间的高度一致性。见证人在遗嘱订立中途加入见证，或者在订立过程中临时走开，并未见证整个过程，事后回到现场签字，又或者见证人自身并未见证，仅是事后听闻后在遗嘱上签字以凑齐法定人数等情形，都会导致见证人无法了解遗嘱内容是否是被继承人的真实意思，进而导致遗嘱无效。

遗嘱的完备问题。代书遗嘱的形式完备至关重要，代书遗嘱的签字、署名等“细枝末节”问题都会关乎遗嘱的效力。被继承人的签字关系遗嘱是否是其真实意思，见证人的签字则关乎代书遗嘱是否经其见证，而用盖章、捺印的方式代替签字易产生真伪难辨的状态，影响对遗嘱效力的判断。遗嘱订立时间应清晰记载年、月、日，否则订立时间难以判断，会增加了解案件事实的难度，同时在有数份遗嘱的情况下，遗嘱订立的时间是判断何份遗嘱为最后遗嘱的唯一依据。

俗话说，“细节决定成败”，实践中有不少代书遗嘱因“失之毫厘”而“谬以千里”。一份有效的代书遗嘱会达成被继承人的最后心愿，而一份不完美的代书遗嘱会让继承人之间产生猜疑、争执、怨恨甚至对簿公堂，但无论如何，继承人之间应该本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题，此为法律精神的要求，亦是人伦道德的体现。

代书遗嘱 为何纠纷频现

“家事法苑”律师团队奉献

法官提醒：立遗嘱从形式到内容都有讲究

2013年10月29日 上海法治报

上海市第二中级人民法院岑华春（审判长）、李罡、王江峰法官均从事民事审判工作多年，拥有丰富的办案经验。

在中国传统观念的影响下，将毕生积累留给后代是老一辈心之所愿。当今中国，尤其是北京、上海等老龄化程度比较高的城市，通过订立遗嘱来处理身后事，已经成为不少老年人的选择。一些老人受身体原因，很多老人因身体状况、文化所限等原因，往往选择代书遗嘱的方式来分配遗产。

近期，上海市第二中级人民法院民一庭对近年来审理的代书遗嘱纠纷案件进行梳理，发现遗嘱继承纠纷中涉及代书遗嘱效力问题的案件呈增多趋势。立遗嘱人、代书人、见证人由于缺乏对遗嘱方面法律知识的了解，导致所立的遗嘱不符合法律规定的要件而无效。

如何让代书遗嘱从内容到形式都合法有效呢？法官透过案例为你解析支招。

案例一：

并非口述，

代书遗嘱有效吗？

【案件回放】

刘先生与颜女士有五个子女。多年来，刘老夫妻二人一直与孙子小军居住在一起，他们原先承租的金汤路公房购买为售后产权房时，登记的产权人为刘老夫妻和小军三个人的名字。

2012年，刘先生去世，颜女士将五个子女及小军告上法庭，要求对刘先生的遗产，即金汤路房屋三分之一的产权份额进行分割继承。

法庭上，小军拿出了一份遗嘱，该遗嘱载明立遗嘱人为刘先生、颜女士，内容为“立遗嘱人中的任何一个人去世，其在金汤路房屋中所享有的产权份额均赠与共有产权人孙子小军”，落款处分别有立遗嘱人的印章及两枚指纹印记，见证人的签名，代书人的印章，及立遗嘱时间。小军认为，按照遗嘱自己理应承担。对这份遗嘱，颜女士辩称，刘先生晚年患有老年痴呆，民事行为能力受限制，遗嘱代书人是孙子小军聘请的，且遗嘱是事先制作好后带到刘先生家中，遗嘱内容并没有读给刘先生听，见证人也未起到见证作用，无法确认刘先生的手印、图章是如何形成的。因此，该遗嘱应当认定无效。

遗嘱代书人出庭作证时称，当时是小军请他去做代书遗嘱的。代书的内容也是按照小军的陈述打印好后带到刘先生家中给两位老人读过的，但记不清当时刘先生是否签字、捺手印了。

法院审理后认为，本案涉及的代书遗嘱并非由代书人按照被继承人刘先生的口述制成，而是根据继承人小军告知的内容打印制作的，不存在代书人根据被继承人口述设立遗嘱的事实。而且，继承人小军告知的内容是否就是被继承人刘先生口述的内容，也无法证实。刘先生是否本人签字或者捺手印也已经无法证实，所以刘先生所立代书遗嘱无效。

法院最终判决刘先生的遗产由颜女士在内的六名继承人共同继承。

【法官简析】

承办该案的岑华春法官指出，代书遗嘱要求遗嘱人必须亲自口述遗嘱内容，而不是由代书人按照自己的意思设立遗嘱，也不是由代书人按照被继承人之外的其他人的口述设立遗嘱。代书人只能按照立遗嘱人的意思表示，如实记载立遗嘱人口述的遗嘱内容，而不可对遗嘱的内容作出实质性的修正或更改。

本案中，立遗嘱人并没有口述遗嘱的内容，而是由继承人小军陈述遗嘱的内容，难以认定为立遗嘱人的真实意思表示，所以遗嘱为无效。

案例二：

利害关系人

可以代书遗嘱吗？

【案件回放】

2007年，刚满60岁的陈阿婆因重病住院。病床前的陈阿婆对房子的事情始终放心不下。

原来，陈阿婆有四个子女，前些年小儿子看到父母住房困难，就贴补两位老人一笔钱，购买了陈阿婆夫妻居住的房屋。房屋产证注明产权人为陈阿婆、刘老汉和小儿媳、小孙女。近年来，四个子女之间因为生活琐事产生纠纷，陈阿婆担心在她离世后，因为房屋再起纷争，便跟老伴陈老汉商量立一个遗嘱。

陈阿婆找来小儿媳，让她按照自己和刘老汉意思用电脑打印了一张遗嘱，遗嘱上注明，刘老汉、陈阿婆夫妇现住上海市某路201室，该套房屋的产权由小儿子和小孙女继承所有。

随后，陈阿婆将另外三个子女叫到病床前，将遗嘱拿给他们看。三个子女同意父母对房产的处理，并在这份打印的遗嘱上签了名，刘老汉和陈阿婆也盖上了个人的印章。

然而，尽管有了遗嘱，陈阿婆和刘老汉相继离世后，四个兄妹也还是因为房产起了纠纷。2012年，陈阿婆的二

儿子向法院提起诉讼，要求析产继承这套写有父母名字的房屋。

法院审理后认为，继承人、受遗赠人，或者与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为代书遗嘱的见证人。本案中的代书人小儿媳与“遗嘱继承人”是夫妻关系，其作为代书人明显与继承法的相关规定不符，故法院认定该协议不符合代书遗嘱的形式要件。法院否定了这份“遗嘱”的效力。

遗嘱失去了效力后，本案所涉及到的房产应当按照法定继承的原则处理。鉴于两被继承人在生前确有将遗产交由小儿子继承的意思表示，兼顾小儿子对房屋出资贡献较大的因素，故法院终审判决在分割遗产时对小儿子给予适当的多分。

【法官简析】

承办该案的李罡法官指出，本案中的打印遗嘱由被继承人刘老汉的小儿媳起草，刘老汉盖章确认，从形式上属于代书遗嘱的性质，但由于代书人与继承人具有利害关系，小儿媳不符合代书人资格。

同时，该份遗嘱的见证人只有一人，不符合法律规定的两人以上在场见证的要求，在形式上有重大瑕疵。所以，刘老汉和陈阿婆让子女签署的这份带有遗嘱性质的协议，并不具有代书遗嘱的效力，最终，房产还是应按照法定继承原则进行分割。

案例三：

见证人不在场可以吗？

【案件回放】

林先生与前妻有一个儿子。步入中年，林先生与郑女士再婚，双方生了一个女儿。女儿出生后不久，林先生与郑女士夫妻关系恶化。

2010年，林先生得知自己生重病后，到法律服务所咨询遗嘱和继承的相关法律规定。林先生表达了自己立遗嘱的意愿，表示自己过世后想将房产留给儿子。法律服务所的工作人员小张按照林先生的表述，打印了一份遗嘱交给林先生，应林先生的邀请，小张在遗嘱上作为代书人、见证人签了名字。

林先生去世后，林先生的儿子与继母郑女士就遗产分割产生分歧，儿子拿出遗嘱，要求继承父亲名下的房产。而继母认为，林先生去世前眼睛有疾病，看不清楚遗嘱的文字，所以遗嘱应该是无效的。法院查明，林先生从法律服务所工作人员小张手中拿到打印的遗嘱时并没有当场签字。而是将这份打印的遗嘱拿回了家。此后，遗嘱的代书人小张并没有看到林先生签字的过程。

法院认定林先生的遗嘱是由小张代书的，按照法律规定代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。林先生的代书遗嘱只有小张一人起草、一人见证，而小张也没有看到林先生签字的经过。所以这份遗嘱是无效的。

最终，经法院调解，林先生的儿子与同父异母的妹妹及继母对房产作出了合理的分割。

【法官简析】

承办该案的王江峰法官指出，按照我国《继承法》的规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书。代书人和见证人应当见证立遗嘱人表述对财产处理的陈述并在遗嘱上签字的全过程。

本案林先生的遗嘱是由小张代为起草、打印的，是代书遗嘱。但这份遗嘱缺少法律规定的两个以上的见证人在场见证的形式要件，同时，小张作为代书人、见证人，他并未见证遗嘱最终形成的整个过程，违反了见证人须在场见证的法律规定，所以是无效的。

（文中人物均为化名）

法治报记者 胡蝶飞 通讯员 王伟 李迎昌

■法官点评

如何让代书遗嘱合法有效？

在中国传统观念的影响下，将毕生积累留给后代是老一辈心之所愿。当今中国，尤其是北京、上海等老龄化程度比较高的城市，通过订立遗嘱来处理身后事，已经成为不少老年人的选择。

遗嘱在法理上是一种要式民事法律行为，通俗地讲，就是法律对遗嘱的形式有具体而明确的规定，公民只有按照法律规定的方式和要求设立遗嘱，遗嘱才合法有效。

根据继承法的规定，遗嘱可分为公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音形式的遗嘱和口头遗嘱。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；口头遗嘱是遗嘱人在危急情况下的选择，应当有两个以上见证人在场见证，在危急情况解除后，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。

现实生活中，很多老人因身体状况、文化所限等原因，往往选择代书遗嘱的方式来分配遗产。但是，从诸多案例

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

中不难看出，很多代书遗嘱都因形式上的不完备而产生争议，因“失之毫厘”而“谬以千里”，比如见证人数未达法定人数，见证过程不完整等等。一份有效的代书遗嘱会达成被继承人的最后心愿，而一份不完美的代书遗嘱会让继承人之间产生猜疑、争执、怨恨甚至对簿公堂。

怎样才能订立一份合法有效的代书遗嘱呢？法官提醒应特别注意以下三点：首先是见证人问题。代书遗嘱见证人应具有行为能力，人数应是两人以上，且必须由其中一人代书。还须注意的是，见证人与继承人须无利害关系，见证人若与继承人有利害关系，容易产生利益上的裹挟，违反被继承人的真实意愿，因此法律予以禁止。

其次，在被继承人订立遗嘱过程中，见证人必须自始至终在现场见证整个遗嘱订立的过程，见证人在遗嘱订立中途始加入见证，或者在订立过程中临时走开，并未见证整个过程，事后回到现场签字，且未对遗漏见证的部分进行重新确认，又或者见证人自身并未见证，仅是事后听闻后在遗嘱上签字以凑齐法定人数等情形，都会导致见证人无法了解遗嘱内容是否是被继承人的真实意思，进而导致遗嘱无效。

最后，代书遗嘱的形式完备至关重要，代书遗嘱的签字、署期等“细枝末节”问题都会关乎遗嘱的效力，因此法律对此均有苛刻的规定。被继承人的签字关系遗嘱是否是其真实意思，见证人的签字则关乎代书遗嘱是否经其见证，而用盖章、捺印的方式代替签字易产生真伪难辨的状态，影响对遗嘱效力的判断。遗嘱订立时间应清晰记载年、月、日，否则订立时间难以判断，会增加了解案件事实的难度，同时在有数份遗嘱的情况下，遗嘱订立的时间是判断何份遗嘱为最后遗嘱的唯一依据。

（三）检察官视点

丈夫婚前大一居 婚后换成小两居 价值翻了整一倍 房屋增值款 配偶难分

2013年10月11日法制晚报 汪红

法制晚报讯（记者 汪红） 张某（男）结婚前有一套大一居室，当时市值100万元。与王某结婚后，张某便将大一居室出售，卖了200万元。二人用200万元又买了一处小两居室。

婚后不到一年，张某与王某便因感情不和离了婚。离婚时，王某要求分得房屋增值部分50万元，但张某不同意，王某便起诉至法院。

检察官说法

朝阳区检察院检察官张剑：根据相关司法解释，一方婚前的房子婚后出售，产生的自然增值属于一方的个人财产，另一方无权要求分割。

但是，如果一方婚前买房是一种投资行为，甚至属于专职的“炒房客”，婚后购置房产的行为就应认定为投资行为，所得收益法院会认定为夫妻共同财产。

本案中，张某婚前并非“炒房客”，其购买房屋纯属居住所用，而且婚后出售其婚前购买的房屋也是为了购买婚后夫妻共同的居所，所以，王某无权要求分割。文/记者 汪红

面对家暴，执法者要零容忍

-2013年10月2日 中国妇女报 舒锐

10月14日，宁夏发生一家七口灭门案，这是两个家庭的悲剧，更是全社会之殇。逝者已矣，生者有必要为之反思，我们的社会何以充斥暴力？类似家暴事件能否避免或者减少？

从各方叙述来看，疑犯麻永东对妻子存在长期的家庭暴力。“在过去的两年多中，因麻永东赌博、夜不归宿，小两口争吵不断，兰秀英时常挨打”。麻也曾多次威胁妻子，如果敢离婚就将其灭门。而据疑犯父亲回忆，就在惨剧发生当天，疑犯“因言语过激打了儿媳一巴掌。随后，儿媳发短信给娘家，还报了案。之后，到现场的民警因为是家庭纠纷，建议到乡里去调解，儿媳也随着亲家回了家。”

在家暴面前，兰家和大多数受害者一样选择了一再忍让。这一方面也许是出于对暴力的忌惮、对“家丑”的顾忌，另一方面也许更在于他们对法律不信任。即使报了案又能怎么样？像案发当天那样不了了之？之后，施暴者会不会变本加厉？正是这样的容忍，让家暴屡屡越过雷池、步步为营，最终肆无忌惮地吞噬了整个家庭。

若可以假设的话，如果丈夫第一次采取家暴，妻子就利用法律武器，执法机关就依法处置，事态还会发展至此吗？

可悲的是，这种假设在现实中并未存在。当地办案民警没有尽到足够的注意义务，也是有其宏观背景的。我们必须意识到，虽然法律已经确立了对家暴的惩罚措施，重则涉及刑责，轻则也可以视为随意殴打他人的寻衅滋事行为，受到治安拘留。但在各地不成文的执法惯例中，对于类似的家暴纠纷，工作人员往往以调解为主，更要“尊重”受害者的态度。可是，这种“尊重”反而是在伤害。当受害者拥有某种选择权，其自然出于种种考虑，甚至担心下次将遭到更大强度的暴力而放纵施暴者。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

对家庭成员施暴，不仅侵犯了受害者的权利，也违反了公共秩序。受害者本是弱者，她们难以在施暴者面前强硬起来。在这种现实语境下，执法机关就更有必要实现对家暴的零容忍，让所有施暴者感知到：只要实施了暴力，只要触犯了法律，即使得到受害者谅解，即使受害者为之求情，也逃脱不了法律的制裁。也许只有这样，受害者才能感受到法律的保护，才敢于对家暴说不，才能更有尊严地活着。

（作者系北京西城区人民法院法官 舒锐）

应保护离婚妇女土地承包经营权

2013年10月26日 检察日报 赵荣 张攀峰

吕某离婚后，其承包的土地被前夫张某侵占。吕某诉至法院要求前夫返还，前夫以该土地被村组收回后由现任妻子承包为由拒不返还。河南省三门峡市中级人民法院近日对该起案件作出终审判决，张某应归还吕某土地及土地收益款。

2000年初，吕某和张某经人介绍相识后结婚。2001年男方村里为吕某分了承包土地0.86亩。2002年夫妻两人生育一女孩。2005年5月，二人因家庭纠纷发生矛盾后离异，但吕某的户籍一直在该村。因吕某所分得的土地一直由张某耕种，吕某多次要求张某归还土地及土地收益款，均被拒绝。

吕某无奈诉至三门峡市陕县法院。法院判决要求张某返还诉争土地及土地收益款。

张某不服提起上诉，并提交村里证明一份，证明该土地已由现任妻子袁某承包，不应返还吕某。对此，二审法院审查证据发现，张某提供的村里出具的证明违反法律规定，因为吕某虽与张某离异，但户口仍然在该村。根据农村土地承包法第30条规定：“妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。”因此，在承包期限内，村里没有权利收回吕某承包的土地，据此，二审法院维持原判，要求张某依法返还吕某土地及土地收益款。至于现任妻子袁某，村里应按新增人口为其分配土地。

（作者单位：河南省三门峡市湖滨区人民检察院）

（四）律师视点

监护权剥夺制度应进一步完善

2013年09月30日 上海法治报 北京盈科（上海）律师事务所 蔡绍辉

孩子由亲生父母抚养似乎天经地义，父母本就依法拥有未成年人的监护权，但是如果父母因为疾病、吸毒等原因有时无法控制自己的行为，将孩子交给这样的父母，对孩子恐怕是一种潜在伤害。

吸毒人员子女引发社会对未成年人监护权的广泛关注，始于1997年夏天“丢丢”的悲剧。三岁的丢丢被他身染毒瘾的母亲作为所欠毒资的抵押品交给三个吸毒者，当警察发现他时，他已经体无完肤、奄奄一息。“丢丢”是医院护士为他取的昵称，而他的父亲从未现身，母亲被劳动教养两年，但是坚决表示自己会好好带大丢丢，反对好心人收养丢丢的建议。

1999年，在社会爱心呵护中成长了两年的丢丢和他劳教期满的母亲一起回了老家，好心人都希望他能有一个新的未来。5年后，丢丢的舅舅联系媒体，称丢丢的母亲又丢下孩子4年不管了，自己已经无能为力，希望媒体帮丢丢找个人家，丢丢又一次陷入困境。经过媒体的多方努力，丢丢的母亲最终同意由一家好心人代养丢丢。

类似的悲惨故事引发了社会大众对于收养、监护权剥夺规定的广泛讨论与关注。虽然《未成年人保护法》一直都有“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人”的规定，但“不履行监护职责”如何界定？是家长或其他亲属等监护人因经济上、身体上、家庭结构等方面的欠缺导致无力监护，还是监护人不负责任导致有能力而不履行监护？对于吸毒人员这些特殊人群是否需要特别规定？这些，一直都停留在理论探讨的范围。

中国人有血浓于水的传统观念，注重亲情，认为孩子由生父母抚养合情合理。

但《联合国儿童权利公约》第3条规定：“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。”

由亲生父母抚养就一定是孩子的最大利益所在吗？这个问题目前在人们的观念上还没有得到统一，所以，在未成年人的监护权所包含的相应权利义务及其剥夺程序方面，急需通过法律的相关规定或者司法解释加以明确。

希望法律的不断完善，能保障每一个未成年人都能有幸福的童年。

在未成年人的监护权所包含的相应权利义务及其剥夺程序方面，急需通过法律的相关规定或者司法解释加以明确。

养儿儿也没能防老 空巢老人孤独死去 悲剧频频上演

“常回家看看”成一纸空文？

2013年10月14日 北京晚报 王蕾

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

今年7月1日，新修改的《老年人权益保障法》将“常回家看看”作为法律条款写了进去，然而悲剧却仍然在发生：中秋节前河南洛阳一对空巢老夫妇在出租屋里孤独离世。尤为令人气愤的是，这对老夫妇生前辛苦养育了的三个儿子无一在身边。

俗话说“养儿防老”，然而养三个儿子却如同一个未养。正如有人评价，一对空巢老夫妇死在出租屋里，本来就容易给人带来“震惊”，尤其还发生在中秋节前夕，且老夫妇的遗体已腐烂发臭，更是在网上引发了“声讨”一片。

新闻聚焦

养儿也不防老

老夫妇独守空巢死去

今年中秋节前，河南洛阳一对空巢老夫妇被发现死在出租屋，遗体已腐烂发臭。老人三个儿子都不在身边。这对老夫妇，男的有60多岁，瘫痪在床已经十多年了，一直都是靠老伴照顾，女的有50多岁，患有心脏病和高血压。

邻居们反映，去年4月老两口被儿子送到这里，之后很少见到有人来探望。房子是老夫妇的二儿子租的。“他们三个儿子，老大一直没出现过，老三在外地成了家，只有老二有时会来这里看望老人。”一位邻居说。

这起事件被报道后引发了社会的热议，人们在“谴责”三个不孝之子的同时，还认为应该追究老夫妇三个儿子的法律责任。

其实就在几年前，北京也发生过类似的事件。通州有一位年过八旬的老太太，含辛茹苦养大了五个儿子。2009年4月的一天，老太太的孙子去看望她时，发现奶奶僵硬地躺在地上，已经去世。法医鉴定结果表明，老人是被饿死的。

后经调查，老人的五个儿子中，原本负责照顾她的小儿子于2007年因酒精中毒去世，老人便轮流由其余四个儿子抚养。此后因房产等家庭纠纷，儿子们之间产生了矛盾，2009年3月两个儿子交接不畅，继而发生了老人被饿死的惨剧。经过法院的审判，四个儿子中，除了老四，均被法院以遗弃罪判处3年到2年不等的有期徒刑。

但老大和老三对法院的判决并不服。已出狱的老大和老三近日已向市二中院提出了申诉。

法律分析

拒绝抚养情节恶劣 可追究子女刑事责任

“老吾老，以及人之老”、“鳏寡孤独废疾者皆有所养”，这些古代先贤的名言都表明，赡养老人乃中华民族的传统美德和中华儿女必备的品质。但近年接连发生的老人惨死事件令世人震惊。人们认为，这些大逆不道的子女除了应受到道德上的舆论审判外，还应该承担相应的法律责任。

北京东方恒信律师事务所的樊涛律师认为，从法律层面来讲，该案的具体事实应由有关部门进一步调查、核实。仅就报道披露的情况看，根据《宪法》、《老年人权益保障法》、《婚姻法》有关条款，老夫妇的三个儿子显然应当承担相应民事责任，同时，属地居民委员会以及老人、子女所在单位应当对三个儿子予以规劝、训诫。但鉴于老夫妇已经双双离世，这样的民事责任承担显得苍白无力。

三个儿子是否触犯《刑法》呢？樊律师告诉记者，按照《刑法》第261条关于“遗弃罪”的规定：对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有抚养义务而拒绝抚养，情节恶劣的，处5年以下有期徒刑或者管制。综合报道情况看，老夫妇显然属于“没有独立生活能力的人”，三个儿子也依法“负有抚养义务”，至于三个儿子是否有“拒绝抚养”的情节，还需要有关部门的进一步调查、认定，界定罪与非罪，分清涉嫌犯罪还是意外事件。如确实“拒绝抚养”，造成老人双双死亡，当属情节恶劣，就涉嫌遗弃罪了。

什么情况属于“拒绝抚养”？东城法院刑事审判一庭的石魏告诉记者，法律规定的“拒绝抚养”意味着使他人生命、身体产生危险以及在他人生命、身体处于危险状态时不予救助。一般而言，拒绝抚养通常包括以下几种情况：将抚养的人放置一定的场所，但缺乏必备的生活条件；将需要抚养的人置于一定的危险场所或者应该对老人扶助而不扶助，应该赡养而不赡养，遗弃子女等，并且行为人需要具备一定的抚养能力。

举例说，如果老人的经济条件较好，而子女没有经济收入，不能支付赡养费，这种情况就并非“拒绝抚养”。但如果老人没有生活能力，而子女有条件抚养，却不去看望照顾老人的生活，最后造成严重后果发生，如老人饿死或者自杀等，都应视为涉嫌“遗弃罪”。

法官认为，如果子女有能力抚养而拒绝抚养，没有造成“情节恶劣的”，不以刑事犯罪对其论处，但应该对其进行教育，老人也可以通过民事诉讼的方式让子女承担赡养的义务；“情节恶劣的”，则应以遗弃罪对子女进行惩戒，可处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

“河南这对老夫妇死亡事件，要根据其子女是否履行了赡养的义务而定。如果将老人安置在出租屋内后，并没有对老人的生活进行照顾，老人的死亡与子女没有赡养有着直接的因果关系，则子女应该承担刑事责任。”石魏告诉记者。

法官观察

空巢老人频打官司 索要“精神赡养”增长明显

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

东城法院民六庭的高小岩法官对4年来该院受理的近百件老人赡养纠纷进行过调研，发现近年来空巢老人打官司要求精神赡养的纠纷逐渐增多。空巢老人在诉讼中除要求子女给付赡养费外，还普遍要求“被探望、被问候”。这些老人通常自养能力较弱，生活孤单寂寞，其中独生子女家庭老人要求精神赡养的案件数量增长明显。

高小岩法官建议，相关部门应对老人“精神赡养”进行细化规定。以今年开始实施的《老年人权益保障法》为基础，建议相关规定对精神赡养内容进行进一步细化，加以明确规定。如子女进行精神虐待或不履行精神赡养义务时，父母有要求子女停止虐待、赔礼道歉和满足基本精神生活需要的权利，同时增加精神赡养的可诉性等内容。

“要减少赡养老人的纠纷，还应加强借助社会力量的解决，与各级政府民政部门配合，深入开展普法教育宣传，同时社区应建立空巢家庭档案，采取结对帮扶的办法，切实解决老人的生活照料和精神抚慰等问题。”高法官认为。

“空巢老人问题不仅仅是个法律问题，而是一个社会问题，是我国长期的发展模式、社保安排，甚至人口政策积累下来的必然结果，单纯依靠法律手段解决这个问题是力不从心的。”樊涛律师也认为，社会要从传统的“养儿防老”家庭养老思维向社会养老转变，完善养老保险、社会保障制度，这是社会养老的核心所在及基本载体。

据相关资料统计，到2050年，我国独居和空巢老年人将占总数的54%以上。如何有效化解“空巢老人孤独离世”的问题，是一个艰巨的社会课题。正如樊律师所说，我们都是为人子女者，在这个问题上，每个人都应以更大的紧迫感，更强的责任心来着手、呼吁、探讨包括法律措施在内的应对解决之道，尽力避免悲剧的再度发生，不仅是为老人，也是为我们自己。

现实难题

空巢现实严峻

法规缺可操作性

老夫妇孤独死亡凸显了越来越严峻的空巢老人问题。据媒体报道，今年中秋节前后，福州就发生了三起类似事件：远在日本的小方电话打回家没人接，才通过邻居得知，父亲被发现在卧室内去世……同一天，相似的情节在福州上海西新村小区也发生了，76岁的林依伯在家中死亡数日……9月21日，福州西洪路凤凰池新村内，一位独居老人被发现死在家中已多日。

今年7月1日重新修订施行的《老年人权益保障法》规定，“与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人”，这一内容被视做是“常回家看看”入法的体现。新法规定的“老年人养老以居家为基础，家庭成员应尊重、关心和照料老年人”、“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人”等也体现了这一精神。

但这部新法仍然没有挡住空巢老人孤独离世的悲剧屡屡上演。人们不由得怀疑，法律规定是否成了“一纸空文”？

“老人在必要的情况下可以通过法律途径维护自身合法权益，比如向法院提起诉讼，要求子女支付赡养费，或者要求子女‘常回家看看’。”樊涛律师说，“如果子女确实有前述遗弃行为，情节恶劣的，老人可报案，要求检察机关依法提起公诉，也可依法提起刑事自诉案件，追究子女刑事责任。”

樊律师认为，虽然新修改的《老年人权益保障法》将子女“常回家看看”作为法律条款写了进去，但该条款仅具有导向性、呼吁性功能，并无直接的法律强制、惩戒规定。不能简单说法律成了“一纸空文”，但相关条文确实缺乏具体、细化、可操作的配套规定。“究竟什么是‘常回家看看’，子女隔多久回家看看才能算是法律意义上的‘常回家看看’？”

同时，樊涛律师认为还要考虑到大批在外打工子女以及独生子女如何赡养老人的问题。“法律并不是冷冰冰的条款，也要兼顾国情、社情、人情。否则，一个看似完善的法律就会因为‘水土不服’而成为‘恶法’。我国城镇化的滚滚浪潮把大量的子女带到远方，老龄化的迅速到来又把大量老人留在了空巢，如何通过法律规定既能让子女们在外安心奋斗，又能保障老人‘常回家看看’的期望，这就要考验立法者的智慧了。”

丈夫殴打妻子终被判刑还赔偿

被家暴妻子讨回公道

2013年10月14日 北京晚报 林靖

妻子十分看重婚姻，虽然屡屡遭到丈夫殴打，仍然在对方起诉离婚时表示“感情仍在，不愿离婚”。然而丈夫继续实施家暴。终于，在铭滔律师事务所翟振锋律师的建议和帮助下，妻子勇敢地拿起了法律武器，丈夫终因故意伤害罪被判刑一年，法院也准予双方离婚，并由男方向女方支付精神损害赔偿金。

丈夫迷恋网游

对妻施以家暴

孙泽成与沈静怡本是初中同学，在2008年一次初中同学聚会后，孙泽成开始追求沈静怡。2010年10月10日，沈静怡与孙泽成登记结婚，步入了婚姻的殿堂。但事实证明，这是一场失败的婚姻。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

新婚伊始，双方的工作及经济收入都比较稳定，沈静怡洗衣、做饭、照顾孙泽成生活起居。随着共同生活的时间越来越长，孙泽成因迷恋上网络游戏，不但在工作上变得懒散，而且经常熬夜。沈静怡想与丈夫沟通，不料孙泽成不仅不听劝阻、大发雷霆，还对妻子大打出手，将她打得满嘴是血，身体瘀青。

事后，沈静怡并没有特别强烈的反应，因为她非常看重自己的婚姻，不想走到离婚的地步，可没想到宽容成了纵容。自打那以后，孙泽成就经常对妻子施以家暴。

而且，孙泽成并未珍惜这份爱情，不仅施家暴，还经常在外夜不归宿，搞出婚外情。

2012年8月22日，孙泽成与沈静怡因琐事发生争执，孙泽成再次失控，疯狂殴打沈静怡，致使她“鼻骨粉碎性骨折，右侧面部肿胀，下唇左侧可见青紫，双眼肿胀，左眼下瘀血，双眼钝挫伤”。经事后法医鉴定，鼻骨构成轻伤，双眼构成轻微伤。

丈夫起诉离婚 反称妻子对他施以家暴

去年10月，孙泽成向北京市朝阳区人民法院起诉沈静怡，要求法院判决解除婚姻关系，分割夫妻共同财产。对于夫妻感情，沈静怡则仍怀有不舍之情，不希望这段婚姻就这么结束了。

在北京市铭滔律师事务所翟振锋律师的帮助下，沈静怡出庭应诉。庭审过程中，她万万没想到，孙泽成提出离婚的主要理由竟然是这两点：其一，女方婚前隐瞒自己患有精神疾病，影响生育；其二，女方贪吃零食，并经常对男方施以家暴。

经过法庭调查，孙泽成所称沈静怡患有精神疾病及家庭暴力的说法乃是子虚乌有。翟律师出示了沈静怡连续3年在体检中心的体检报告。其中显示：沈静怡身体状况良好，未患有任何精神疾病。

沈静怡提出，尽管她跟丈夫之间产生过种种不愉快，甚至孙泽成对她多次施以家暴，仅就医就有五六次，但彼此之间还是有深厚的感情。沈静怡向法庭出示了孙泽成的亲笔“承诺书”。该承诺书的主要内容是：孙泽成在实施家庭暴力之后，对沈静怡深表歉意，并承诺一辈子照顾她、对她好。

“孙泽成多次到我的单位找我，并痛哭着求我，说是他父母让他和我离婚的，这些证明他对我肯定还是有感情的。”沈静怡不同意离婚。

沈静怡的代理人翟振锋律师表示，由于孙泽成致沈静怡轻伤、轻微伤的案件还在侦查阶段，罪刑未定，附带民事赔偿还未支付，因此现在解除双方婚姻关系对女方极为不公平。

在开庭过程中，孙泽成矢口否认曾殴打沈静怡并致轻伤的事实。在征得法官同意后，翟振锋律师质问孙泽成：“2012年8月22日凌晨，是你陪沈静怡去医院就医的吗？医药费是谁交的？”“是我陪着去的，药费是我交的。我不是故意打她的，是不小心挡了她一下，碰到沈静怡脸上的。”

“碰一下能致沈静怡鼻骨粉碎性骨折吗？碰一下的力量能有如此大的危害吗？”翟律师追问，要求法庭书记员详细记录这一对话过程。

在法庭上，孙泽成自知理亏。而沈静怡也表明了不愿意离婚的坚决态度。

冲进娘家打人 律师建议追究故意伤害罪

案子结了，但孙泽成毫无悔改迹象，对妻子的生活仍然不闻不问，还经常没缘由地对沈静怡施加暴力。沈静怡一气之下搬回了娘家。

殊不知，去年12月，孙泽成和他父亲直接闯入沈静怡娘家，二话不说，进门就指责沈静怡，并把衣柜中的物品扔得满地都是。沈静怡父女见状，非常气愤，欲上前阻止，却遭到孙泽成父子殴打。沈静怡被打得身体多处受伤，随后被送往医院，沈静怡父亲的面部被打得流血不止。

沈静怡的父亲急忙报警。在警察的讯问下，孙泽成承认了打人、损害财物的事实。派出所对孙泽成父子治安拘留7天，并处罚款500元。此后，沈静怡终于死心了，觉得是自己的懦弱纵容了孙泽成今天的行为，两人的婚姻没有持续的必要了。在父母的陪同下，沈静怡再次找到翟律师。

翟振锋律师认为，2012年8月22日孙泽成的行为，基于主观上的故意，客观上对沈静怡实施伤害行为，致沈静怡鼻骨粉碎性骨折，已构成我国《刑法》第二百三十八条规定的“故意伤害罪”，应依法追究其刑事责任。

另外从婚姻家庭法律关系来讲，我国《婚姻法》第三十二条规定：实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的调解无效，应准予离婚。孙泽成的所为严重违反《婚姻法》的禁止性规定，双方解除婚姻关系确有必要。同时，根据《婚姻法》第四十六条规定，由于重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待和遗弃家庭成员，导致离婚的，无过错的配偶有权请求损害赔偿。在婚姻关系存续期间，孙泽成长期对沈静怡实施暴力、进行虐待，存在严重的婚内过错，并因此导致双方离婚，应当对无过错的沈静怡给予过错损害赔偿。

由此，翟律师依据沈静怡及其家人陈述的事实及相关证据，提供了下述法律意见：根据加害人孙泽成的行为及态度，应追究其刑事责任；附带要求赔偿沈静怡因孙泽成的犯罪行为而产生的损害。

施暴丈夫终判刑一年

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

离婚妻子获精神赔偿

受沈静怡及其父母委托，翟律师着手办理刑事和民事离婚两个案件。2013年3月16日，该刑事案件经朝阳区检察院公诉到朝阳区法院。

经过庭审，法院认定，孙泽成致沈静怡鼻骨粉碎性骨折、右侧双眼钝挫伤，经法医鉴定已构成轻伤、轻微伤，依照我国《刑法》第238条规定，构成故意伤害罪，依法追究其刑事责任。最终，法院判决孙泽成构成故意伤害罪，判处有期徒刑1年，并赔偿沈静怡医疗费13000元。

在处理该民事离婚案件过程中，翟振锋律师梳理全部案件事实后，根据诉讼请求收集到相关证据。如：孙泽成伤害沈静怡的报案记录；派出所相关讯问笔录；孙泽成刑事判决书；沈静怡住院病历、诊断证明、收费单据；孙泽成与婚外第三人开房记录等。这些证据是案件的关键，也是能证明事实的依据。

法院准予双方离婚。根据事实及证据显示，孙泽成存在严重婚姻过错，并给沈静怡造成身体及精神上的巨大伤害，因此法院判决孙泽成向沈静怡支付精神损害赔偿金、困难补助款及婚姻关系存续期间医药费，婚后共同财产沈静怡应多分。

律师提醒：涉外婚介尚处禁止状态

2013年10月14日 上海法治报

据《城市快报》报道，遭遇婚托是件极痛苦的事，因为失去的不仅仅是金钱，还有感情。而欲求“洋姻缘”却碰上婚托，金钱损失就更巨大了。

遭遇婚托被骗4万

天津市民刘女士就是这样一名受害者，她相信一家婚介所的“跨国婚介”宣传，先后交了41900元费用后，被对方安排先后与数名老外相亲，都无果而终。

女人的直觉告诉刘女士，问题并不仅仅是对方没看上她这么简单。刘女士怀疑遇到了婚托，将婚介所告上法庭，要求退还服务费用。

此时，刘女士找到天津击水律师事务所，请司晓楠律师作其代理人。可能是遭遇骗子之后的思维惯性，刘女士初次与律师沟通时，并不是完全信任。但随着律师工作的开展，委托人对律师为其案件的努力表示认可。

一审后，法院采纳了律师意见，认定原被告签订的服务合同无效，被告于判决生效之日起15日内返还原告41900元。

婚介所不服上诉。二审期间，刘女士继续委托天津击水律师事务所代理，经过律师努力，二审维持了一审原判。

涉外婚介涉嫌违规

天津击水律师事务所司晓楠律师表示，被告公司从事涉外婚姻介绍活动，违反了国家关于限制经营的规定。

根据《国务院办公厅关于涉外婚姻介绍管理的通知》和《民政部办公厅关于认真贯彻〈国务院办公厅关于涉外婚姻介绍管理的通知〉有关问题的通知》的规定，我国严禁成立涉外婚介机构。

相关规定明确：国内婚姻介绍机构和其他任何单位都不得从事或者变相从事涉外婚姻介绍业务；不得播放或者刊登涉外征婚广告，不得张贴或者散发此类征婚广告。

这个《通知》是迄今为止国家就婚介机构管理下发的唯一具有指导意义的文件。

本案中，被告为原告提供涉外婚姻介绍服务，并向原告收取服务费41900元，是以营利为目的从事或变相从事涉外婚姻介绍活动，违反了我国国家限制经营的规定，原被告双方签订的《婚姻咨询与翻译服务合同》是无效合同。

法院同时判决，被告公司因此取得的服务费41900元应全部返还原告。

从美特斯邦威服饰公司（sz-002269）上市公告文件看婚姻律师如何分析招股说明书

(2013-10-13)

沪家所 贾明军律师团队新人培训整理稿(节选)

前言

对于继承案件来说，对上市公司招股文件、年报等材料分析必要性一般不大。继承一般涉及现有财产的继承，不太可能会溯及以往；但婚姻案件则不同，上市公司股东如果面临离婚，涉及最重要的财产就是股权；而招股文件，一般会较为详细地对股权结构及演变做简述，成为公司不可能否认的依据（但也有例外，比如笔者代理的南京市鼓楼区法院一起股权转让纠纷案件中，该知名上市公司及实际控制人均否认公示的股权结构，而以股权系“代持”来对抗原告诉求）。

本文主要针对笔者团队内部培训，团队新人如何进行招股说明书的研读改编，主要读者是针对没有证券法律功底的律师，如何从看似庞杂的上市文件（仅以招股文件为例）寻求办案中必须的素材。公司样例系随机抽取，并没有任何针对性，我们只是假设该公司任何一名股东存在或面临婚姻、继承问题，如果作为婚姻律师，将如何分析和研读。

“家事法苑”律师团队奉献

主文

美特斯邦威服饰公司（sz-002269）（以下简称“美邦股份”）2008年在深圳主板上市，以周杰伦“不走寻常路”的宣传广为人知。其股权结构相对简单，是浙江地区上市公司较为常见的交叉持股方式，对该招股文件的分析，适用我团队新人的练习。

同绝大多数招股文件（近期）一样，美邦股份的招股说明书由以下几个部分构成：

- 一、释义
- 二、概览
- 三、本次发行概况
- 四、风险因素
- 五、发行人基本情况
- 六、业务与技术
- 七、同业竞争和关联交易
- 八、董事、监事与高级管理人员
- 九、公司治理结构
- 十、财务会计信息
- 十一、管理层讨论与分析
- 十二、业务发展目标
- 十三、募集资金运用
- 十四、股利分配政策
- 十五、其它重要事项
- 十六、重要声明
- 十七、备查文件

通常而言，在以上各项大类中，第三、四、五、八、九、十、十一是分析重点，里面涉及较多的家事因素，可能会在婚姻、继承案件中涉及。我们下面一一研讨。

一、释义与概览

（一）释义

一般是指招股文件中各类特指词汇的简称，婚姻律师快速浏览，可以先对这个陌生的公司有一个大体判断。比如，看到美邦股份的子公司较多，比如宁波美邦、昆明美邦等等，不仅可以看到关联企业的情况，而且基本可以判断公司属传统制造、销售类公司（美邦股份主营服装销售，虽然有一些经营创新，但仍属此营业大类）。当然，我们在研读时，还会格外留意承办律师的名称和收费，毕竟很多签字律师或律所都较为熟悉，看他们的工作，有种检阅的感觉：)

（二）概览

此部分内容相当于招股说明书的主要内容，看这部分内容所用时间较少，但一目扫过之后，心里基本就会对该公司可能会涉及哪些方面的家事因素影响大体有底（这还是需要一定的经验和知识的积累），一般心里会有“谱”，并对该公司大体了解。

该部分内容主要包括：

1. 公司概况
2. 简要历史沿革 比如，在本案例中，简述了公司几次重大的股权结构的变化，使公司的控制权演变一目了然。律师自然会对“周成健、胡佳佳”两位自然人姓名印象深刻，而会特别留意下文中二人的关系及其它自然情况。
3. 业务概况 主要阐明公司的主要业务模式。一般情况下，上市公司讲究业务模式主营突出（特别是中小、创业板），但一些实力雄厚的公司业务模块多样，也同样在这个板块内（如美的集团 sz-000333）。
4. 竞争优势 主要描述公司的特色，即“为啥我与别人不同”。
5. 发展战略 主要讲我融到了钱，主要准备干啥。

二、控股股东和实际控制人简介

该部分内容是婚姻律师研读的核心，如果有股东面临婚姻、继承问题，无非：

- 第1，是控股股东；
- 第2，是实际控制人；
- 第3，是一致行动人；
- 第4，是5%以上的股东（非控股或一致行动人）
- 第5，是5%以下的小股东

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

(之所以区分 5%上下, 一是一般披露要求, 二是对于上市公司而言, 5%是可能影响公司的持股分析边界)

在本案例中, 美邦股份在历史沿革中, 以“周成建”先生原直接对公司持股, 变更为由华服公司对美邦股份持股。对于婚姻律师来说, 就有必要探究和分析其原因, 即为何不继续由自然人持股、而改为由公司直接、本人间接持股, 这样的安排基于何因?

当然, 从该部分描述中, 还能马上得知“周成建”与“胡佳佳”为父女关系, 这涉及股权(财产方面)传承、但管理是否传承, 还要进一步研习文件。

三、发行人的主要财务指标

结合报表, 我们注意到, 截止 2008 年 3 月, 公司所有者权益为 805, 260, 598 元; 同期营业利润为 192, 230, 558 元; 这些数据, 如果涉及离婚案件, 会较为重要, 特别是历年(一般披露近三年)的财务数据, 尤其是对于婚前取得股权、婚后面临上市(或已上市)和离婚问题的案例。

四、本次发行情况

发行价格和发行规模是较为重要的二个数据, 可以初步判断涉及股权的大体价值。A 股一般发行价和开盘价是有效期别的, 以美邦为例, 发行价为 19.76 元, 但 2008 年 8 月 28 日开盘报 30 元, 尾盘收于 26.90 元, 较发行价上涨了 36.13%。以当日收盘价计算, 美邦服饰实际控制人周成建父女身家飙至 161.4 亿元。

五、募集资金和主要用途

该项一般研习意义不大。

六、本次发行情况

里面的“市盈率”指标较为重要; 一般而言, 不同行业的市盈率可能不同, 代表股东财富的膨胀水平不同。据《证券时报》统计, 截至 2012 年 5 月 2 日收盘, 沪深两市共有 35 只个股市盈率超过 1000 倍, 最高的国农科技市盈率为 20967.2203 倍! 当然, 这是极个别不正常的情况, 服装行业的平均市盈率在 2012 年是 22 倍, 美邦正好也是 22 倍, 属于正常指标。而一般较高的是信息技术(如网络类)。当然, 主板、创业板不同, 该指标也不同, 这里不述。

七、发行有关当事人

主要介绍上市公司、中介机构等主体情况, 不重要。

八、风险因素

根据不同风险因素的披露, 可以推断出公司的一些资产、运营等与股权分割可能相关的情况。比如, 本案例中, “物业租赁风险”和“对外担保风险”、“控股股东控制风险”都与家事因素相关, 即公司加盟和直营店的自有物业(固定资产)较少, 存在对外担保(股东也可能进行股权质押)、自然人婚姻、继承变化因素可能导致股票价值波动等情况。

九、发起人的改制设立情况

涉及股权结构及演变, 是婚姻律师研习的重点。

1、控股股东的其它公司股权情况, 是了解该股东在国内外持股情况(不一定完全准确, 可能在其它公司存在隐名持股的问题)。

2、有限公司改制股份公司对股东家事纠纷处理的影响(2007 年 9 月 18 日, 上海美邦有限召开临时股东会, 审议通过关于整体变更为股份有限公司的决议。同日, 上海美邦有限的全体股东华服投资和胡佳佳作为发起人签署了《发起人协议》, 上海美邦有限以经审计的截至 2007 年 6 月 30 日的净资产 412, 830, 430 元为基础折合为股份有限公司股本, 计 40, 000 万股, 每股面值 1 元, 折股后剩余金额 12, 830, 430 元计入股份有限公司的资本公积金。)

3、历史中的股权激励政策及法律问题(公司实际控制人周成建曾计划以股权方式对管理层进行激励, 由其出资(合计 7, 000 万元)给五位高级管理人员或业务骨干, 该五位高级管理人员或业务骨干分别认缴出资并担当名义股东, 日后再根据管理者的经营表现择机将相关股权实际授予上述人员。该 5 名自然人与周成建约定其合共持有的上海美邦有限 58%权益的所有权由周成建实际享有, 且基于该等权益所产生之一切权利(包括企业资产增值等)均为周成建所有, 该 5 名自然人不享有任何实体权利。但由于之后管理层出现变动, 出于维护企业的稳定发展的目的, 周成建于 2005 年 12 月 1 日与上述 5 名自然人分别签订了《股权转让协议》, 收回了以上股权。)

4、集团公司等股权转让给自然人周成建持股原因及法律后果分析(招股文件 1-1-38)

5、股权“代持”与股权转让关系对夫妻共同财产分割的影响(即对应招股书中, 保荐人和律师认为: 前述股权代持行为中虽不存在股权代持协议, 但存在真实有效的股权转让协议及相关当事人的确认书, 不存在股权纠纷及其他法律风险, 周成建合法拥有公司的股权, 发行人实际控制人未发生变更。)

6、控股股东自然人直接持股与通过公司间接持股法律后果分析以及婚姻、继承问题对财产分割的影响分析(2007 年 9 月 14 日, 上海美邦有限股东会决议同意其股东周成建将其所持有的上海美邦有限 90%的股权作价 23, 400 万元投

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

入华服投资，同意因此而发生的股权转让。同日，周成建与华服投资签署《股权转让协议》，将其所持有的上海美邦有限 90% 的股权作价 23,400 万元作为周成建认缴华服投资的增资额，由周成建一次性投入华服投资。）

7、**公司股权收购对夫妻共同财产的影响**（即上市收购安排与股东个人股权转让、涉及夫妻共同财产转移、隐匿的区别），主要涉及招股文件中，“为解决同业竞争、减少关联交易以及内部业务整合需要，发行人于 2006 年以来进行了一系列股权收购，经过该等股权收购，美邦企发公司、上海瓯江、上海美邦销售、上海美威、重庆美邦、杭州美邦、广州美邦、北京美邦、成都美邦、天津美邦、福州美邦、西安美邦、昆明美邦、宁波美邦、济南美邦、沈阳美邦、南昌美邦、南京美邦共 18 家公司成为发行人的控股子公司”部分。

8、**“代持关系”上市前后披露法律后果以及对共同财产分割的影响**。主要对应招股文件“保荐人和律师认为：鉴于周成建在相关子公司中均为实际控股股东，而前述两名自然人代持股权比例较小，其在相关子公司中的代持股权比例合计均不超过 10%，因此前述两名自然人是否书面确认代持关系均不会对周成建在发行人下属相关子公司中的实际控制地位造成任何影响。前述两名自然人将其代持股权转让给周成建和胡佳佳或周成建指定的第三方时均签署了《股权转让协议》，并已办理完成工商变更登记手续，因此，其是否书面确认代持关系均不会影响相关股权转让的合法有效性。据此，发行人下属相关子公司于 2005 年前曾存在股权代持关系不会对发行人合法拥有该等子公司股权构成任何不利影响，亦不会对周成建在 2005 年前实际持有该等自然人代持的上海美邦有限及其下属相关子公司股权构成法律风险”部分。

9、实际控制人家族财产分布分析（主要对应“被收购公司的财务指标及对公司的影响”部分）

十、发起人和实际控制人的基本情况

招文件对华服投资、胡佳佳如何取得公司股权做了较为详细的描述。因该二人直接对上市公司持股，涉及共同财产价值计算方便，因此，婚姻律师要格外重视，特别是对于因次股权转让情况，是否可能涉及股权因夫妻关系（共有财产）导致可能无效的情况，要研讨讨论。

另外，对于实际控制人股权设立资金来源，婚姻律师也应重视，这可能会涉及在离婚时，持股一方主张（代持）问题，虽然从离婚财产分割角度来讲，出资款来源（是借贷还是受赠）与股权分割并不直接关系，但司法实践中，法院可能会从该角度（而不注意上市文件披露中的承诺与真实性）考虑，对应招股文件中：“，保荐人和发行人律师未发现上述资金来源不真实、不合法的情况。据此，根据周成建及其家族成员的说明及保荐人和发行人律师以前述方式所能进行的适当核查，保荐人和发行人律师认为：实际控制人周成建受让发行人股权以及发行人历次增资中的资金系周成建及其家族成员个体经营销售自有品牌服装多年积累的资金，为周成建所有，周成建的上述资金来源真实、合法”部分。

十一、发行人股本及社保情况（略）

十二、业务与技术

其中主要供货商和销售商，对于了解公司供货和销售渠道有意义，同时，可能在家事纠纷处理中，调动各种力量促成和谐处理达到一定积极效果。

十三、董事、监事与高级管理人员

其中，各类高管是否在公司持股较为重要，同时了解股东及其配偶有无在公司任职，对于研讨股权传承较有意义。

十四、财务会计

该内容中，如何利用财报分析客户共同财产情况，是重点。通过合并财报来看，股东权益分别是 805,260,598 664,745,082 300,753,750 148,470,925，而对等期限的净利润分别是 140,402,675 363,649,301 67,760,576 7,336,372，可见公司长速度以及近三年股东权益还是相当稳健的，这对于分析婚前股权婚后收益有实用意义。

综上所述，对于婚姻律师来说，从婚姻\继承对公司及股东影响的角度，股权结构及股权演变历史是重点，一个涉及内地上市公司婚姻纠纷的财产分割案，主要涉及股权转让、出资、股权代持、婚前股权婚后收益几个方面。当然，实践中千变万化，争议焦点可能会变化，比如，如果涉及上市公司本身（即自然人直接持股）股权分割，分割方式（非交易变更登记还是二级市场大宗交易及其利弊）、税费计算就是重点等等。深入案件中，结合案件的具体要素，就会深入、细致地剖析法律点；而对于一般的招股文件的分析，发现和学习个案特点之外，培养涉及上市公司家事因素影响的律师处理直觉、积累相应视角经验，还是有积极的意义！

针对离婚时一方转移、隐匿夫妻共同财产情况，专家建议——

加大法官调查力度，保障弱势方合法权益

2013 年 10 月 16 日 中国妇女报

身为一家知名律所合伙人的王先生，在自己打离婚官司时转移、隐匿了夫妻共同财产。经查证属实后，日前，北京昌平区法院依法判决准予双方离婚，但在财产分割上判女方获得较多份额。对双方现存的夫妻共同财产，即四套

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

房屋及一辆奔驰轿车（价值约690余万元），由李女士分得价值600余万元的共同财产，王先生分得价值90余万元的共同财产。

一般而言，能够转移、隐匿夫妻共同财产的一方在家庭中往往处于主导地位，而这起北京昌平区法院判决的案件给了许多家庭中弱势一方以希望。那么，在离婚率不断攀升的今天，离婚时转移、隐匿财产的情况是否常见？是否“受害”一方都能像李女士这样得到应有的份额？就此，记者采访了北京天驰洪范律师事务所合伙人、中国婚姻家庭法学研究会理事、中国人民大学律师学院客座教授杨晓林。

记者：我国现行法律关于离婚时转移、隐匿夫妻共同财产，法院应如何分配财产有何规定？

杨晓林：我国《婚姻法》第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”

另外，《婚姻法司法解释（三）》第5条又补充规定，婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，人民法院不予受理；但一方在夫妻因感情不和分居期间及人民法院判决不准离婚后，有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的，在不损害债权人利益的情况下，人民法院可以受理。

记者：当前，离婚时一方转移、隐匿夫妻共同财产的情形是否常见？大约占多大比例？处于弱势的一方是否大多还是女性？

杨晓林：离婚诉讼中及前后，一方甚至双方转移、隐匿夫妻共同财产的情形时有发生，占有相当大的比例。尤其是一方在经济上处于主导地位时，其转移、隐匿财产的行为对另一方损害更大，受害方以女性居多。这种现象的多发，很大程度是由于制度上的缺陷，具体主要是对隐匿、转移等行为的发现、认定难度极大，而惩罚力度又明显不够。转移、隐匿财产一方侥幸逃脱惩罚的几率很大，这是其铤而走险的动力之一。

记者：实际中，对于转移、隐匿夫妻共同财产的一方，是否都能得到相应的惩罚，即少分或者不分？少分的比例一般在多少？

杨晓林：实践中，对于已经发现并认定的转移、隐匿夫妻共同财产的一方，得到相应的惩罚，不存在问题。但少分的比例并无法律明确规定，由法官自由裁量，法官通常会考虑转移、隐匿、毁损共同财产的严重程度及对另一方造成的影响来决定是少分还是不分，少分多少。

问题的关键在于，由于我国目前夫妻财产知情权在立法及司法上的落实不到位，实践中，转移、隐匿财产行为的发现及认定相当困难，因此能够受到惩罚的为数不多。这也是转移、隐匿财产行为盛行的最主要原因。

记者：在查找转移、隐匿夫妻共同财产的证据时，可能会面临哪些困难？

杨晓林：目前离婚诉讼中妇女申请调查财产面临诸多障碍。如在婚姻家庭案件中经常需要查询公民住房信息，对此，各地甚至北京市各区县要求都不同。仅以北京市为例，一般情况下，由配偶一方本人或委托律师持双方结婚证与本人的身份证去房产交易中心，在提供明确无误的房屋坐落（具体到小区、楼层、门牌号）情况下，查询该房产是否在夫妻名下以及相关档案信息，个别区房产交易中心要求律师必须提供立案证明，甚至必须出具法院的调查函方能查询。

而如果只知道配偶一方买了房产，但对房产具体信息一无所知的，或者在离婚时想要了解对方是否另外购买、转移隐匿了房产，房产交易中心通常是不会接受以名字和身份证号查询相关信息。

对于离婚诉讼中最难查询的银行存款和股票账户，法院一般要求当事人提供具体的账户信息，而拒绝根据一方的身份证号及姓名，查询其银行结算账户信息的申请。而当事人，经常是女方，根本无从知道对方的银行账户信息，合法权益难以得到保障。

尤其在涉及对境外财产的分割时，困难就更大。即使知道财产信息，如银行账号，如果对方拒不提供账户明细，法院也会以无法调取为由不予处理。因此目前司法实践中，离婚时对境外财产的分割主张几乎是不能完成的任务。

记者：对于在家庭中处于弱势的一方，要避免另一方转移、隐匿夫妻共同财产，或者掌握对方转移、隐匿夫妻共同财产的证据，您有何建议？

杨晓林：要从根本上解决离婚诉讼中一方转移、隐匿夫妻共同财产的问题，公平地维护婚姻双方的合法权益，体现法律与司法的公正，很多问题不能仅靠实体法来解决，需要从程序上保障各方利益。可以借鉴英美等西方国家已趋于成熟并付诸实践多年的家事诉讼程序专门（单独）立法。通过代理涉外案件我们发现，在美国、加拿大、香港等地，房产的具体信息包含地址或者地段都可以轻松查到，甚至包括查询婚姻状况、房主、纳税、交易历史等信息也相同。这都源于他们有成熟的家事诉讼程序立法作为保障。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

可喜的是，我国某些法院已经认识到家事案件的特殊性，并开始探索家事审判的规律。如不久前，广东黄埔法院家事审判庭试点实行“离婚财产申报制度”；同时，尽管落实上仍然困难重重，但各地也开始认识到给予夫妻财产互查提供便利的重要意义，相继出台一些举措。但距离真正落实夫妻财产知情权，仍然是任重而道远。

目前解决之道是加大法官依职权调查的力度。针对我国婚姻家庭财产日趋积聚、形式多样化、复杂化，以及离婚案件中隐匿财产情况盛行，现时一个最可行的办法，是彻底保障《中华人民共和国妇女权益保障法》与《中华人民共和国婚姻法》所赋予妇女（夫妻双方）的夫妻家事代理权、共同财产支配权所必然延伸出的财产知情权，与《物权法》《商业银行法》相关规定衔接起来，在诉讼过程中，加大法官依职权的调查力度及律师调查令制度的推广，最主要的还是加大法官依职权的调查力度和范围。

记者：目前状况下，女性怎样做才能保护自己婚姻中的财产利益？

杨晓林：家和万事兴，美满的婚姻、良好的夫妻关系应该是我们共同的追求和愿望。因此女性，尤其是全职太太，要防止与男方差距变大。良好夫妻关系的关键是要保持相互之间的沟通交流和彼此关爱。

第二，对于“男主外，女主内”模式的家庭，最好做到公私分明，相互尊重；适度参与，保持了解。既要有合理明确的分工，同时，对于负担照顾家庭责任的一方，还是应该定期地了解另一方的收入情况，尤其是公司的财务状况，这样对自己可以有适当的保障。即使将来诉讼，至少可以提供财产线索，申请法院调查也有一定的依据。

第三，夫妻共同财产最好能共同署名，保持透明。也能防止另一方擅自转移，损害弱势方的合法权益。

第四，婚前婚后签订财产协议以及特别约定，明确婚前财产的范围、双方婚后财产采用共同财产制还是区别财产制，确定双方在家庭生活中的分工和义务。特别是在风险投资进入公司或者上市前，股东与配偶、公司、其他股东等签署相关协议，以保障公司及相关利益主体的权益，但同时也需要兼顾公平。

最后要防止“被离婚”。为了防止被离婚，必须要保证自己住址的合法有效。因为在缺席判决离婚时，另一方等于放弃了诉权，其权利被侵害的可能性极大。另外，夫妻之间不宜长期分居，更不要随意玩“失踪”，经常保持和父母、亲友的联系，以降低“被离婚”的风险。

赵宁宁律师荣获“反对家庭暴力网络”优秀论文奖

反对家庭暴力网络/北京帆葆，是中国法学会反对家庭暴力网络（研究中心）（2000.6—2011.3）的继续，在一批关注妇女人权的专家学者、妇女活动家，以及若干妇女非政府组织的共同努力下，作为中国第一家专门研究针对妇女的家庭暴力的涵盖多领域、多部门的网络型组织，至2010年拥有共有个人成员121人；团体成员72个，覆盖全国28个省市自治区。



“反家庭暴力网络”以通过研究、倡导、培训和服务，提高性别平等意识，推动相关法律制度改革，巩固并完善多机构合作的家庭暴力干预机制，增进妇女权益为己任与使命。

2013年本人有幸参与“家庭暴力受害者人身安全保护措施及实施问题”研讨活动，为其撰稿，文章荣幸评优获奖并得到参与2013年9月26日在北京举办该次研讨会的机会，与来自北京、湖南、河北、陕西、江苏、云南、上海等地政法委、公安、法院、妇联、律师事务所、研究机构等与会代表就我国人身保护裁定实施情况等问题进行交流探讨。

杜绝家庭暴力，需要全社会的关注与努力！

《理财师》杂志采访：从土豪金到贵族绿

2013年7月 《理财师》杂志 王占国

“家事法苑”律师团队奉献

外来的和尚

6月底，有媒体和玖龙纸业董事长张茵开了个“玩笑”，声称这位56岁的女富豪已经离婚了，此事后来被证明子虚乌有，但受此影响，张茵的海外家族信托被推上前台。

据悉，张茵和丈夫刘名中设立了三只家族信托——The Zhang Family Trust（张氏家族信托）、The Liu Family Trust（刘氏家族信托）、The Golden Nest Trust（金巢信托），信托的受托人为泽西岛上的法巴信托公司。这三只家族信托分别通过三家在海外注册的公司持有玖龙纸业大股东 Best Result 的股权，以此达到控股玖龙纸业的目的。同时，张氏家族信托为不可撤销信托，具有锁定企业股权的功能，也就是说，即使张茵发生婚变，分割财产也影响不到公司正常运营。

在中国内地，像张茵这样去境外设立家族信托的企业家并不罕见，包括 SOHU 中国实际控制人潘石屹夫妇、雅居乐大股东陈氏兄弟、龙湖地产董事长吴亚军等，都是通过设立家族信托来控制公司股权、防范家庭纠纷或达到其他特殊目的。

从目前来看，中国企业家还较少运用家族信托进行财富传承，事实上，财富传承不但是家族信托的“杀手锏”，更是欧美富豪设立家族信托的主要目的。

以美国洛克菲勒家族为例，因为担心后代的成熟程度和经验，该家族设立了家族信托财产，并严格限定：任何一个受益人在30岁之前只能获得分红收益，不能动用本金；30岁之后可以动用本金，但要信托委员会同意。得益于良好的财富传承方式，洛克菲勒家族已经繁盛六代，今天依旧续写着财富传奇。

其实，这种需求正在中国积聚。目前，中国富一代正在进入密集交班期，如何把财富传给下一代，正是他们必须考虑的问题。招行与贝恩公司发布的《2013中国私人财富报告》显示，在中国，约有三分之一的高净值人士已经开始考虑财富传承，而这一比例在超高净值人士中更高，接近二分之一。

这些人对家族信托也颇有兴趣。上述报告指出，从高净值人士产品需求角度看，家族信托位于首位，提及率接近40%。在超高净值人群中，家族信托的需求更加旺盛，提及率超过50%，并且有超过15%的受访超高净值人士已经开始尝试接触家族信托。

种种迹象表明，对于家族信托业务，中国是一个值得挖掘的市场。于是，一些嗅觉灵敏的境外机构已经把目光聚焦在这里。

达蒙集团是较早的布局者，这家全球最大的独立信托机构已在中国设立了八个办事处。“我们的宗旨是，中国市场是一个长期市场，只要中国市场给我们机会，我们一定要在这里发展和壮大。”达蒙集团香港董事总经理 Nigel Rivers 接受《理财师》采访时表示，他们正努力对中国高净值人士进行客户教育。

叫好不叫座

境外信托机构在中国市场步步深入，令境内金融机构蠢蠢欲动。

“境外信托机构存在一个问题：根据现在的认定，它们不能成为中国的信托营业主体，这就意味着它们只能解决中国客户的境外资产，而解决不了中国客户的境内资产。”北京市中凯律师事务所继承部主任陈凯对《理财师》说。

Nigel Rivers 也承认这一点，“限于中国的法律问题，达蒙集团只为中国客户在境外的资产提供受托人服务。”

这无疑给中国发展家族信托留下了空间，但多年来迟迟没有突破点。

直到2012年底，平安信托才发售出中国第一款家族信托，产品总额度为5000万元，合同期为50年，客户是一位40多岁的企业家。根据约定，信托委托人将与平安信托共同管理这笔资产。委托人可通过指定继承人为受益人的方式来实现财产继承，收益分配方案根据委托人的要求来执行。

私人银行也开始发力。今年7月，招商银行宣布国内首单财富传承家族信托正式签约。招行这一信托计划为单一定制信托，资产门槛也是5000万，期限为30-50年（跨代），为不可撤销的信托，具备法律保障使其跟客户的其他资产之间建立起防火墙，招行在其中承担财务顾问与托管角色。招行表示，该行家族信托受托的资产主要是金融资产、部分股权和房地产。

但是这两款产品却是叫好不叫座。据悉，半年来，平安信托还没有敲定第二单家族信托业务；招行私人银行至今签约的家族信托客户也只有十个而已。

同时，业内对它们的评价也褒贬不一。“创新步子还是太小，感觉就像站在岸边点了一下水，没能一个‘扑通’跳下水去。”陈凯认为，这两款产品仍然局限在信托的金融功能，家族信托的财富传承、财务管理、集中股权等特性都没有体现出来。

陈凯说，设立家族信托需要两个核心支持，缺一不可：一是需要信托公司参与，利用其信托制度和资产管理能力，二是需要律师事务所参与，满足家族信托事务的详细执行。“银行设立家族信托这种模式还有待观察，因为银行只有营销的优势，在实际操作过程中，银行仍然需要和信托公司、律师事务所合作。”

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

关于家族信托的收费标准，一位信托公司老总向《理财师》表示，现在的市场仅仅是探索阶段，没有一个成熟的产品，收费标准还需要在实践中探讨。但不管采用何种收费模式，都脱离不了五方利益——客户利益（谁提供的客户）、资产管理利益（信托公司、私人银行或其他机构）、信托事务服务利益（律师事务所）、信托制度利益（信托公司）、资金托管利益（银行），最后就看这些利益如何平衡。

缺口的链条

没有成熟的操作模式、没有成熟的产品、没有成熟的收费标准，在中国刚刚发展起步的家族信托面临重重困境，但最大的困境还是法律困境。

假如一位客户将房产作为财产设立家族信托，就需要把房产过户给信托公司，但是拿着信托合同到房产局，房产局不给过户；硬要过户的话，只能按房产交易办理，就会产生交易费用，导致成本增加。

“过户的目的不是为了交易，只是更改名字而已，不应该收税的，但是我国没有信托财产登记制度和信托税收制度，以至于给不给过户、征不征税，法律上没有明确，所以需要建立这样的配套制度。”锦天城律师事务所高级合伙人李宪明对《理财师》说。

假如另一位客户将5000万元给信托公司设立家族信托，当客户用这5000万元信托资产购买其它股权的时候，所登记的就是信托公司的名称，从表面上看，这变成了信托公司的固有资产。“在理论上，如果信托公司负债，债权人来追索的话，可能会把信托财产冻结。这里也会有争议，因为我国没有财产公示制度。”李宪明说。

既然法律上缺乏配套制度，那么平安信托和招行成立的家族信托会不会有风险？一般认为，家族信托属于他益信托，虽然我国《信托法》提及了他益信托，但并无详细规定，因此在操作时，只能由律师根据此前已发生的司法诉讼裁决案例做解释。“但是有一个问题，中国内地属于大陆法系，主要看法条，以往判例只有参考的意义，不具有决定性作用。至于能否推动法律给一个支持，我们还需拭目以待。”应用比较法和信托专家、法学教授曾文生接受《理财师》采访时说。

鉴于一些法律困境，业内有人呼吁尽快修改《信托法》，但接受《理财师》采访的多名律师均表示现阶段无需修改《信托法》，建立起相关配套制度更为迫切，其它法律细节可在实践中逐步完善。

研究报告

RESEARCH REPORT

神州泰岳（SZ：300002）

实际控制人离婚案

课题研究员 贾明军 蓝艳 公维亮 邵泽龙 张霞平

上海沪家律师事务所

2013.10 沪家综研字第 0015 号

沪家——企业家事研究中心介绍

随着中国经济，尤其是民营企业的快速发展，越来越多的“私人”公司开始走上资本化的道路。与此同时，家事对企业的影响也越来越深远。紧跟着这一历史潮流，上海沪家律师事务所企业家事研究中心应运而生。本中心正式成立于2009年。本中心以婚姻和继承对公司股权的影响为主要研究对象，在掌握相关法律问题对公司股权的影响的同时，进行广泛且深入的学术研究与案例分析，致力于帮助并解决股东、董事、高级管理人员等在企业的发展过程中所遇到的婚姻和继承问题，从而实现企业的长远发展。本中心的研究成果包括《法院审理股权转让纠纷案件观点集成》、《婚姻、继承对上市公司的影响》等多部著作以及《离婚对网络上市公司的影响》、《百亿富豪之妻“被离婚”问题研究》等多篇研究报告，主笔起草了全国及上海的《律师办理婚姻业务操作指引》和《律师办理继承业务操作指引》，得到了国内外学术界、金融界等一致认可。

本中心经办过40余起典型的因婚姻问题影响上市公司股权的案件，除此以外，本中心还代理了一批Pre-IPO公司的股权分割、继承案，该类纠纷的调解率一般都在60%以上，使得公司能在上市之前解决家事纠纷和矛盾，避免上市过程和上市后对公司股价和经营的不稳定因素。本中心在人员配备上，选择了多位业务精通的资深律师并结合一批外语好、业务精、有创意的青年律师，组成了强大的专业团队，并能够融会贯通证券、金融、财税等其他领域的专业知识。

目 录

前言 5

一、 神州泰岳实际控制人离婚 6

（一）神州泰岳介绍 6

（二）神州泰岳实际控制人离婚 7

（三）神州泰岳股东甄岳宾离婚案 7

“家事法苑”律师团队奉献

二、 实际控制人王宁离婚对公司的影响	8
(一) 实际控制人王宁离婚对股价的影响	8
1、 离婚之前神州泰岳股价表现	8
(1) 公司业绩连年攀升	9
(2) 公司并购动作不断	10
(3) 股东不减持承诺	10
2、 离婚后神州泰岳股价走势	11
(1) 离婚分割巨额股份后股价表现	11
(2) 离婚后股价下跌的原因	12
(3) 资本市场股东离婚风险是否应予披露	13
(二) 实际控制人王宁离婚对公司股权、管理方面的影响	15
1、 未来实际控制人是否变更不确定	15
2、 安梅名下股份抛售的限制性条件	16
3、 是否影响公司的管理	17
三、 创业板离婚案件的梳理和对比	18
(一) 创业板离婚事件梳理	19
(二) 创业板离婚事件基本面分析	19
1、 公司行业分布	19
2、 离婚的股东信息分析	20
(1) 年龄分布	20
(2) 教育、创业史	21
3、 离婚时股价分析	22
4、 非交易过户方式分析	23
(三) 创业板离婚对比分析	24
1、 离婚处理方式不同	24
(1) 签订离婚协议的方式	24
(2) 法院介入调解的方式	24
(3) 其他激烈的方式	25
2、 离婚时股份是否对半分割	25
(1) 均额分割	25
(2) 近似均额分割	26
(3) 未均额分割	26
3、 离婚是否导致公司控制权变更	27
(1) 蓝色光标离婚未导致实际控制人变更	27
(2) 纳川股份离婚导致实际控制人暂时空缺	28
(3) 硅宝科技离婚影响大股东地位	28
(4) 梅安森离婚影响持股 5%以上股东地位	28
4、 因离婚而发生权益变动时信息披露的内容分析	29
(1) 承诺遵守一致行动协议	29
(2) 承诺限售期不转让股份	29
(3) 承诺表决权由对方代为行使	30
(4) 承诺避免同业竞争	30
(5) 是否参与管理	30
总结	32
神州泰岳实际控制人离婚案	
前言	

资本市场从来就不缺艰辛刺激的商战故事，更不缺缘聚缘散的分离故事。离创业板的钟声敲响之际才近 4 周年而已，已经有 5 家公司明确公告实际控制人、股东因离婚而导致股份变更的信息。可以说，离婚早已非个人私事范畴了，

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

已经严重挑动着资本市场的神经。某种程度上，资本市场股东离婚当事人双方的利益已经和成千上万公众投资者的利益之间紧密相连。

2013年10月12日，神州泰岳实际控制人王宁先生宣告婚姻破裂，其名下的股份将被对半分割，前妻安梅将获得市值15亿元的股票，刷新了“创业板历史最贵”离婚案的财产分割记录。这与刚刚曝光的纳川股份实际控制人陈志江先生离婚的信息不到2个月的时间。

本文将首先介绍并分析神州泰岳实际控制人离婚案件相关法律问题，其次，针对该次离婚对公司的影响作一剖析。最后，本文将着重介绍目前已经公开的5家创业板上市公司股东离婚案件的对比分析，以期对资本市场股东离婚的共性和个性作一总结。

一、神州泰岳实际控制人离婚

2013年8月28日晚间，福建纳川管材科技股份（SZ.300198）有限公司（以下简称纳川股份）董事长陈志江先生离婚，为此支付了一半股份给前妻张晓樱女士，市值高达5亿元，被称为“史上创业板最贵”离婚案。没想到，才两个月不到的光景，资本市场又添一例天价离婚案，再次刷新了“史上创业板最贵”的离婚记录。2013年10月12日，北京神州泰岳软件股份有限公司（以下简称神州泰岳）实际控制人王宁被曝离婚，支付给前妻安梅女士的股份价值高达15亿元。

（一）神州泰岳介绍

北京神州泰岳软件股份有限公司（以下简称神州泰岳）专注于IT运维管理领域的发展，主营业务是计算机网络综合管理及网络系统集成技术开发、技术服务、技术转让、技术培训等，为国内各大行业的大中型企业和政府部门提供IT运维管理的整体解决方案。

其于2009年10月30日登陆创业板，拟发行3160万股，每股发行价格58.00元/股，对应的市盈率为68.8倍。2010年4月初，神州泰岳高开高走，股价达到235.95元，较发行价涨幅超过300%。很多券商纷纷表示看好神州泰岳的未来发展，甚至会超越“茅台”股价，成为“第二个腾讯”也指日可待。即使在资本行情十分低迷的今年，神州泰岳的表现也一直可圈可点。仅从2013年伊始至今，股价已从年初的9元飙升至最高38.66元，十个月涨幅再次超过300%。

（二）神州泰岳实际控制人离婚

神州泰岳实际控制人王宁的婚姻家庭问题却呈现出与公司股价相反的走势。2013年10月12日，神州泰岳发布公告称，神州泰岳于2013年10月11日接到持股5%以上股东王宁的通知，王宁与前妻安梅女士就离婚事宜的股份分割形成如下内容：根据《民事调解书》（北京市海淀区人民法院（2011）海民初字第22601号）以及执行和解协议书，王宁将其持有的神州泰岳的股份的50%（即42,263,174股）分割至安梅名下。待股份分割过户后，王宁持有神州泰岳42,263,175股，占公司总股本的6.89%；安梅持有的神州泰岳股份为42,263,174股，占公司总股本的6.89%。除上述公告的内容外，也特别说明以下三点：一是安梅承诺其依据执行和解协议所取得的股票在王宁任职公司董事、监事或高管期间，每年可减持份额为其所持股份余额的25%；二是安梅承诺其依据执行和解协议所取得的股票所对应的表决权，自愿无偿委托王宁代为行使，本次权益变动不会导致公司实际控制人变化；三是本次权益变动后，王宁持有公司6.89%的股份，仍为持有神州泰岳5%以上股份的股东及公司实际控制人。依照当日股价，安梅获得的股权价值高达14亿元，再次刷新创业板“史上最贵”离婚事件！

（三）神州泰岳股东甄岳宾离婚案

神州泰岳实际控制人王宁的天价离婚案引起众多媒体关注。然而，神州泰岳已离婚的股东中不仅仅有实际控制人王宁，另一股东甄岳宾也早于2009年公司上市后离婚。根据2010年10月28日神州泰岳发布的《中信证券股份有限公司关于神州泰岳部分限售股份上市流通之核查意见》中的内容显示，至2010年10月30日，公司股东彭洁（系公司原股东甄岳宾前妻，根据司法裁定，甄岳宾于2009年将其持有的公司股份全部过户至彭洁，其股份锁定期不变）持有的7,066,475股有限售条件股份（占公司股本总额的2.2362%）的限售期已满，可于2010年11月1日上市流通。彭洁名下股份上市流通时的股价为59.25元/股，因离婚而致使其名下股票财富高达4亿多元。

二、实际控制人王宁离婚对公司的影响

神州泰岳实际控制人王宁的离婚可谓一石激起千层浪。八卦们都在讨论通过离婚的方式成为亿万富豪的新途径；财经记者们都在盘点历年A股最贵离婚事件；而投资者们则都满面愁容，担心神州泰岳原本越来越强的股价走势会因离婚事件而疲软，甚至一蹶不振。

（一）实际控制人王宁离婚对股价的影响

1、离婚之前神州泰岳股价表现

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

今年资本市场的表现非常低迷，绝大部分上市公司的股价都在历史最低位徘徊。自2012年9月26日沪指跌破2000点后，股市便进入漫长的寒冬期。但是，神州泰岳的表现可谓一枝独秀，甚为抢眼。从年初的9元飙升至38.66元，涨幅高达300%。如此高的股价主要得益于以下因素：

(1) 公司业绩连年攀升

神州泰岳自上市以来，业绩十分抢眼，每年都呈一定幅度增加。绝大部分企业在哀怨宏观经济不景气、行业不景气时，神州泰岳仍然坚持专注于运维管理、互联网两大业务领域，并兼具电子商务、物联网的业务架构，尤其是在移动互联网方面形成了强大的产品能力、运营能力，为深入发展移动互联网业务打下了良好的基础。

根据公司年报显示，2009年度，营业总收入722,758,690.50元，比2008年增加39.18%；营业利润283,660,656.80元，比2008年增加170.04%；实现利润总额300,408,620.72元，比2008年增加141.93%。2010年度，营业总收入83,956.09万元，比2009年增加16.14%；营业利润35,348.19万元，比2009年增加24.78%；实现利润总额36,498.70万元，比2009年增加21.65%。

2011年度，营业总收入1,159,287,855.17元，比2010年增加37.74%；营业利润362,242,889.94元，比2010年增加2.36%；实现利润总额386,906,668.65元，比2010年增加5.88%。

2012年度，营业总收入1,414,012,428.63元，比2011年增加22.19%；营业利润417,211,444.78元，比2011年增加16.05%；实现利润总额451,641,921.03元，比2011年增加17.56%（图1）。

2013年10月15日，神州泰岳发布业绩预增公告，称2013年1—9月，归属于上市公司股东的净利润比上年同期增长15%—25%。

由上述内容可知，神州泰岳自上市后的业绩一直呈上涨趋势。即使在宏观经济下行的大潮中所带来行业危机不断蔓延的背景下，仍然能实现利润总额节节攀升，股价也得以突破压力位，不断上扬。

(2) 公司并购动作不断

神州泰岳自上市后并购动作频频，也不断刺激股价创新高。仅2010年度，收购了北京互联时代通讯科技有限公司、北京友联创新系统集成有限公司、大连华信计算机技术股份有限公司三家公司；2011年度，收购宁波普天通信技术有限公司；2013年度，神州泰岳收购天津壳木软件有限公司。近日，又加速进军手游行业，利用自有资金2亿元增资北京中清龙图网络技术有限公司。除此外，又参股一家页游公司，努力降低公司飞信业务的比重，丰富公司业务结构，提升公司整体竞争力。在多重刺激下，神州泰岳股价一路高歌，升至38.66元。

(3) 股东不减持承诺

神州泰岳自2009年10月30日上市时，实际控制人王宁承诺自公司股票上市之日起三十六个月内，不转让或者委托他人管理其直接或者间接持有的公司本次发行前已发行的股份，也不由公司回购其直接或者间接持有的公司本次发行前已发行的股份。截至2012年10月30日，神州泰岳实际控制人及董事所持限售股份可以上市流通。但是，神州泰岳发布公告称，公司实际控制人王宁先生、李力先生及董事黄松浪先生、王国华先生、万能先生、齐强先生、徐斯平先生均承诺：2012年内不进行任何减持。不仅如此，实际控制人王宁先生在接受记者采访时也表示：“尽管所持的股票在2012年10月份解禁，但不会考虑减持。2013年不考虑，2014年也不会减持。”截至目前为止，上述人员未有任何减持迹象。王宁、李力等管理团队对公司的前景十分看好，并指出：“要进一步加强跟投资者沟通，进一步把业务做好。讲真的，动真的，看数字……”管理层做好业务，提升股价，回报投资者的决心强烈，一定程度上给了投资者一剂强心针，股价逆势上涨。

2、离婚后神州泰岳股价走势

2013年10月12日周六，神州泰岳发布公告称实际控制人王宁已经与前妻安梅离婚。王宁所持有的8452.63万股股份，总计占公司总股本13.78%的股份面临对半分割的局面。分割后，王宁仅持有4226.32万股，占公司总股本6.89%。

(1) 离婚分割巨额股份后股价表现

尽管2013年10月15日神州泰岳发布公告称，预告公司2013年1—9月归属于上市公司股东的净利润比上年同期增长15%—25%。但受董事长王宁离婚分割巨额股份这一利空因素的影响，股价仍然下跌8.49%，报收32元/股。由此可见，资本市场股东的离婚已不再是私人问题，而是关乎到公司、股东和公众投资者利益的事件。

(2) 离婚后股价下跌的原因

1 资本市场谈“离婚”色变

离婚后股价下跌早非先例。沃华医药（SZ.002107）实际控制人赵丙贤被曝光离婚的当月，股价下挫10.28%；蓝色光标（SZ.300058）实际控制人孙陶然被曝光离婚的当日，股价下挫1.53%。

2 离婚可能会引起抛售恐慌

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

资本市场上每逢实际控制人、控股股东或大股东离婚事件，就总有些揣测随之而来：是不是通过“假离婚”的方式达到抛售股票的目的？正因市场上处处都充斥着该类流言，引发市场抛售恐慌，致使股价下跌。

其实，这种担忧有一定的可能性。资本市场股东离婚后，如果其所持有的股份仍然是限售股，根据《上市公司解除限售存量股份转让指导意见》第二条的规定，受让方仍应遵守出让方自身关于持股期限的承诺。如果股东持有的股份是限售解禁股，即使股东一方坚决表示不抛售股票，但另一方是否随时抛售股票就存有很大的未知性。

3 离婚会导致实际控制人变更

离婚因为会面临巨额股份的分割，实际控制人有可能发生变动。公众投资者担忧因离婚夫妻反目而导致公司的运营机制失常，损害公司的利益，投资者的利益也将无法得到保障。

(3) 资本市场股东离婚风险是否应予披露

根据我国相关法律规定，实际控制人、控股股东、大股东以及其他股东“婚姻关系”并不属于信息披露的内容。《证券法》第六十七条规定，对于重大事件影响股票价格的，上市公司应制作临时报告制度，但所罗列的重大事件中并不包括婚姻关系变动。《上市公司信息披露管理办法》第三十条规定，其对于《证券法》中所述的“重大事件”予以细化，新增了九项具体内容，但也不包括披露婚姻关系。

如果涉及股权变更，影响公司控制权的则属于应披露的内容。根据《上市公司董事、监事和高级管理人员持有本公司股份及其变动管理规则》第十一条规定，上市公司董监高所持公司股份发生变动的，应当自该事实发生之日起2个工作日内，向上市公司报告并由上市公司在证券交易所网站进行公告，包括本次股份变动的日期、数量、价格等。由此可见，董事、监事和高管若婚姻关系变动影响到股权变更的才需要进行信息披露。

在其他国家，若影响公司股票价格的，有义务也应及时公布。如20世纪70年代美国证券交易委员会制定了必须披露的非经济性软性信息SK条例规定，涉及：公司董事及高级管理人员自我交易行为；发行人董事及高级管理人员的业务经验和声誉；发行人及其董事和高级管理人员的诉讼事项及已经判处的行为的属于应披露的内容。公司董事、监事和高管的婚变应关系到其声誉，关系到公众投资者对其自身道德方面的评判，进而影响到公司的声誉；而根据SK条例，董事、监事和高管的离婚诉讼也应向市场及时公布。

(二) 实际控制人王宁离婚对公司股权、管理方面的影响

1、未来实际控制人是否变更不确定

根据神州泰岳披露的《2012年度报告》显示，公司的实际控制人是王宁和李力（图2），各持有13.78%的股权。可以说，这样的股权安排是有巨大风险的。若王宁因离婚而被分割掉一半6.89%的股权，那么，实际控制人就极有可能发生变更。实际控制人的认定标准是依据“实质重于形式”的原则进行的。若李力对公司的经营管理起着很重要的作用，那么实际控制人很有可能变更为李力；若李力也不能起主导作用的，那么很有可能李力要与王宁签署《一致行动协议》，或与其他股东签署《一致行动协议》，共同成为公司实际控制人。

图2 实际控制人股权结构图

本案中，根据离婚公告的相关信息显示，安梅承诺其依据执行和解协议所取得的6.89%的股权所对应的表决权，自愿无偿委托王宁代为行使。因此，本次权益变动不会导致公司实际控制人变化。对此，笔者认为本次权益变动只是暂时不会导致公司实际控制人变化。因为，安梅每年都有抛售股份的可能性，其承诺名下的股票在王宁任职公司董事、监事或高管期间，每年可减持份额为其所持股份余额的25%。按照最快的时间预算，安梅在四年之内就有可能抛售一空，无股份就无表决权，因此，更确切地说是实际控制人暂时不会变更，以后是否发生变更取决于安梅是否抛售股票以及抛售股票的多少。另外，股份如果登记在安梅名下的，她可以自行决定是否转让股份，从而导致公司易主。因此，从长远来看，实际控制人是否变更仍然存在不确定性。

2、安梅名下股份抛售的限制性条件

如前文所述，截至2012年10月30日，神州泰岳实际控制人及董事所持限售股份可以上市流通。故而，王宁名下的股份可以上市流通。只是，王宁作为董事长，需要遵守《公司法》第一百四十二条的规定，上市公司的董监高在公司上市一年内和离职后的半年内不能转让自己所持的股票。在任职期间，每年转让的股份不能超过其所持上市公司股份总数的百分之二十五。

王宁的前妻安梅获得分割的股票后，因其承诺所取得的股票在王宁任职公司董事，监事或高管期间，每年可减持份额为其所持股份余额的25%。除此外，安梅名下股票抛售还需受到以下条件制约：

一是持有期限限制。根据《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》第十七条规定，持有上市公司股份5%以上的股东买卖股票的，其买入公司股票后持有的期限应超过6个月再卖出，或者卖出后应超过6个月再买入，否则，所得收益将归公司所有。

二是信息披露要求。根据《创业板股票交易规则》相关规定，在一个创业板上市公司中拥有股份已达该公司总股本5%以上的股东或公司的实际控制人通过深交所交易系统买卖该上市公司股票，其每增加或减少股份数达到该上市

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

公司总股本的 1%时，应委托上市公司在该事实发生之日起两个交易日内作出公告，公告内容包括股份变动的数量、平均价格、股份变动前后持股情况等。

3、是否影响公司的管理

离婚前，神州泰岳前五大自然人股东分别是王宁、李力、齐强、黄松浪、王国华，分别持有 13.78%、13.78%、7.22%、6.06%、5.73%的股权。王宁离婚后，其名下的股份将对半分割给前妻安梅后，王宁与安梅则并列为第三大股东。

安梅成为第三大股东后，其本人是否参与公司的经营管理或者在董事会换届选举中是否提名董事候选人具有很大不确定性。根据神州泰岳 2012 年修正后的《公司章程》第八十二条的相关规定，合计持有公司百分之三以上股份的股东有权依据法律法规和本章程的规定向股东大会提出非独立董事候选人的议案。据此，安梅可以向董事会提出竞选董事的议案。另外，根据该《公司章程》第九十六条的规定，董事议案的通过还须要经过股东大会的选举，由出席股东大会的股东所持表决权的过半数通过方可。

安梅若成为公司董事，一方面，可以更好地了解公司的运营状况，知悉公司财会，最大程度地保障自身利益。另一方面，如果安梅成为公司董事会成员后，对影响公司发展的相关议案无法形成与王宁先生一致意见的话，那么，也增加了公司会陷入僵局的可能性风险，侵害了公司和投资者的利益。

三、创业板离婚案件的梳理和对比

2009 年 10 月 30 日，创业板开市钟声敲响，首批 28 家企业登陆创业板。仅仅一个月的时间，28 家上市企业平均静态市盈率已高达 100 倍以上，动态市盈率也将近 90 倍左右。可以说，创业板成为了新的造富摇篮。截至 2013 年 10 月 18 日，创业板 337 位来自 355 家创业板上市公司的股东财富超过 5 亿元。与此同时，创业板股东的离婚潮也愈演愈烈，不仅巨额财富因为离婚而遭受缩水，而且还影响到公司控制权的变更。

（一）创业板离婚事件梳理

2011 年 5 月份，蓝色光标（SZ. 300058）实际控制人孙陶然与前妻胡凌华离婚；2011 年 11 月份，硅宝科技（SZ. 300019）实际控制人王有治与前妻杨丽玫离婚；2012 年 11 月，梅安森（SZ. 300275）董事程岩与前妻王燕华离婚；2013 年 8 月，纳川股份（SZ. 300198）实际控制人陈志江与前妻张晓樱离婚；2013 年 10 月，神州泰岳（SZ. 300002）实际控制人王宁与前妻安梅离婚。

（二）创业板离婚事件基本面分析

1、公司行业分布

前述离婚案件中，蓝色光标是从事于信息传播服务业，主营业务是公共关系服务，为企业提供品牌管理服务；硅宝科技从事于化学原料及化学制品制造业，主营业务是研发、生产和销售有机硅室温胶；梅安森与硅宝科技的行业和主营业务相同。纳川股份从事于橡胶和塑料制品业，主营业务是 HDPE 缠绕增强管及配套管件的研发、生产和销售，以及为 HDPE 缠绕增强管系统的设计和施工提供技术支持服务；神州泰岳从事于计算机应用服务业，主营业务是集中于运维管理领域、互联网领域（图 3）。

图 3 创业板已离婚上市公司股东所在行业一览

公司名称

蓝色光标

硅宝科技

梅安森

纳川股份

神州泰岳

行业分布

信息传播服务业

化学原料及化学制品制造业

化学原料及化学制品制造业

橡胶和塑料制品业

计算机应用服务业

可以说，创业板已发生的实际控制人或股东的离婚案件的公司所处行业的分布呈多样化趋势。既有新兴行业，如蓝色光标、神州泰岳；也有传统行业，如硅宝科技、梅安森和纳川股份。由此可见，离婚不仅仅发生在我们通常所认为的诸如信息服务业、计算机应用服务业等新兴行业。那些在创业板传统行业中成长起来的实际控制人，与“第一代”企业家不同，思想观念较为开放，崇尚自由的生活方式。当婚姻生活不如意时，能有勇气去追求新的婚姻生活或选择其他生活方式。

2、离婚的股东信息分析

(1) 年龄分布

上述创业板公司实际控制人或股东离婚的年龄如下：蓝色光标实际控制人孙陶然生于1969年，离婚时43岁；硅宝科技实际控制人王有治生于1964年，离婚时47岁；梅安森董事程岩生于1966年，离婚时46岁；纳川股份实际控制人陈志江生于1967年，离婚时46岁；神州泰岳实际控制人王宁生于1961年，离婚时52岁（图4）。

(2) 教育、创业史

蓝色光标实际控制人孙陶然是大学本科学历。早年，在其他公司担任高管。2008年，作为发起人之一发起设立蓝色光标，并担任董事一职；硅宝科技实际控制人王有治是硕士学历，并拥有高级经济师职称，2008年，作为主要发起人之一发起设立硅宝科技；梅安森董事程岩是大学本科学历，并拥有高级经济师职称，早年担任煤炭科学研究总院重庆分院煤矿测控设备的项目课题组负责人，后于2003年进入本公司，并于2010年发起设立梅安森；纳川股份董事长陈志江系机械流体转动与控制专业硕士研究生。其先后供职于厦门港务局、美国罗克韦尔公司，专业从事于自动化。2003年创办纳川股份，创业艰辛，励精图治，他带领企业一路走来，并在2011年创业板上市成功；神州泰岳实际控制人王宁系理学、法学双学士，早年担任河北大学小团委书记，后从商。2002年作为主要发起人发起设立神州泰岳。

由上述可知，创业板公司的实际控制人、控股股东或其他股东容易爆发离婚的年龄段是40岁—50岁之间。在这一阶段，他们事业有成，家庭反而会更容易遭受危机。另外，这些已离婚的实际控制人或董事的受教育程度较高，属于“高知分子”，但是不安于现状，热爱挑战新鲜事物，若另一半不能满足他的这种心理层面的交流，不能在爱的修行中提升生命层次的话，很有可能面临的的就是离婚。

3、离婚时股价分析

蓝色光标实际控制人孙陶然于2011年5月14日周日公告离婚股份分割事宜，次日股价跌幅1.01%；硅宝科技实际控制人王有治于2011年11月6日周日公告离婚股份分割事宜，周一开市时股价小幅上扬，但周二股价重挫3.58%；梅安森董事程岩于2012年11月22日公告离婚股份分割事宜，因分割的股份价值数额较小，当日股价小幅上扬0.05%；纳川股份实际控制人陈志江2013年8月27日周二公告离婚股份分割事宜，次日股价下跌5.06%；神州泰岳实际控制人2013年10月12日周六公告离婚股份分割事宜，周一开市时股价小幅上扬，但周二股价重挫8.49%（图5）

通过上述案例可知，离婚已然牵动资本市场的神经，股价也应声下跌。也正因此，有的股东离婚时会选择“瞒而不报”，即逐步分批转让少于5%的股权给对方或给对方信任的人，但另一方存在的风险比较大；更过的股东离婚时会选择较为合适的时机公布，比如，大盘走势较强的阶段公布，或是选择双休闭市时公布，以让投资者有足够时间予以消化。

4、非交易过户方式分析

上述实际控制人离婚涉及到的股份分割应该是通过非交易过户的方式进行的。根据《证券非交易过户业务实施细则（适用于继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形）》和《中国结算深圳分公司证券非交易过户业务指南》（以下简称《指南》）的规定，符合条件的当事人可通过非交易过户的方式进行股票过户，根据上述规定，对于依法进行的财产分割情形，中国证券登记结算公司深圳分公司受理离婚涉及的过户登记申请。

证券非交易过户无需缴纳所得税（但是需要到股票过出方所在的地方税务局办理完税证明，由于证券非交易过户无需缴纳个人所得税，该完税证明可以是零纳税），但是其他过户费用（印花税、手续费）按照规定缴纳，具体计算方法为：

印花税=股数*过户前一日收盘价*0.001

手续费=股数*股票面值（1元）*0.001

根据《指南》第十六条的规定申请人办理离婚涉及的财产分割所涉证券过户，既可以通过托管证券公司代为办理，也可以直接到本公司柜台办理。

(三) 创业板离婚对比分析

1、离婚处理方式不同

(1) 签订离婚协议的方式

根据上述实际控制人、股东离婚公告的内容可知，蓝色光标实际控制人孙陶然与前妻胡凌华是通过签订《离婚协议书之财产分割补充协议》的方式和平分手；梅安森董事程岩与前妻王燕华通过签订《离婚补充协议书》的方式和平分手；纳川股份实际控制人陈志江与前妻张晓樱是通过离婚协议的方式和平分手。

(2) 法院介入调解的方式

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

硅宝科技实际控制人王有治与前妻杨丽玫是通过《人民法院民事调解书》的方式分手；神州泰岳实际控制人王宁与前妻安梅是通过《民事调解书》（北京市海淀区人民法院（2011）海民初字第 22601 号）以及执行和解协议书的方式分手。

（3）其他激烈的方式

上述创业板的离婚案件中，有的通过签署离婚协议的方式分手，有的通过法院调解的方式分手，可以说，这两种方式都是相对而言较为缓和的。但是，资本市场也不乏一些离婚案例，双方的矛盾剑拔弩张，以一种非常激烈的方式结束婚姻。如，真功夫因离婚而爆发的实际控制人触犯刑事法律；赶集网因离婚而涉及到其他关联诉讼正陷入漫长的“拉锯战”中……

由于资本市场的离婚涉及到众多利益的重新分配，考虑的因素纷繁复杂。因此，仅仅凭离婚双方自行协商成功的可能性较小。此时，非常亟需既擅长婚姻法又精通公司法、证券法、财会法等专业型律师的介入，拟好离婚协议书，最大程度保障当事人的利益。另外，婚姻案件案情的变动性较大，提前聘请的专业律师也会为案件可能进入诉讼程序做更详尽的准备。

2、离婚时股份是否对半分

根据婚姻法的相关规定，如果夫妻之间没有约定财产分别所有的，或者法律规定由一方所有的，夫妻的财产属于共同共有。在离婚时，持有上市公司股份的一方需要分割一半给对方。但在实践中，通过协议的方式可能并不会做到平均分割。

（1）均额分割

硅宝科技、纳川股份和神州泰岳实际控制人离婚时，其名下股票都实现了平均分割。其中，硅宝科技实际控制人王有治离婚时，其所持有公司 18,810,000 股股票，由王有治分割所得 9,405,000 股，杨丽玫分割所得 9,405,000 股，各占公司总股本的 9.22%；纳川股份实际控制人陈志江离婚时，其持有的公司 67,532,400 股股票，由陈志江分割所得 33,766,200 股股票，张晓樱分割所得 33,766,200 股股票，各占公司总股本的 16.147%；神州泰岳实际控制人王宁离婚时，其所持有公司 84,526,350 股股票，由王宁分割所得 42,263,175 股，由安梅分割所得 42,263,175 股，各占公司股本的 6.89%。

（2）近似均额分割

蓝色光标实际控制人孙陶然离婚时，其持有公司有限售条件股份 11,555,000 股份，其中孙陶然获得 6,045,000 股，占公司股份总额 5.03%；胡凌华获得 5,510,000 股，占股份总额 4.59%。

（3）未均额分割

梅安森董事程岩离婚时，其持有 4,200,000 股股份，其中程岩获得 3,290,000 股，占公司股份总额 4.01%；王燕华获得 910,000 股，占股份总额 1.11%。

通过以上案例可知，创业板公司股东离婚的案例中，大部分是能做到财产均等分割，但也有部分公司股东离婚时，只给予另一方少部分的股票。可以说，每种方式都有各自的优劣。平均分割，一方面，确实遵循了夫妻财产共同共有的原则，公平地分割，有利于保护非持股方的利益。但另一方面，如果夫妻矛盾不可调和以致于双方对公司未来发展持相反态度的情形下，必然损害了公司的利益。同理，未均额分割股权的，确实没有充分照顾到非持股一方的利益，但对保持自身对公司的控制力是占优势的。

3、离婚是否导致公司控制权变更

（1）蓝色光标离婚未导致实际控制人变更

蓝色光标实际控制人孙陶然因早于 2008 年与赵文权、吴铁、许志平和陈良华五人共同签署《一致行动协议》，协议的主要内容有：五方将在发行人下列事项上采取一致行动，作出相同的意思表示，无论五方中任何一方或多方是否直接持有发行人的股份。一是行使董事会、股东大会的表决权；二是向董事会、股东大会行使提案权；三是行使董事、监事候选人提名权；四是保证所推荐的董事人选在发行人的董事会行使表决权时，采取相同的意思表示等其他内容。五方合计持有发行人 37,612,865 股份，占发行人本次发行及上市前总股本的 62.69%。

离婚后，孙陶然的前妻胡凌华承诺将不可撤销地遵守《一致行动协议》约定的全部义务。另外，胡凌华同意将其名下蓝色光标股票的表决权，在其持有期内委托给孙陶然行使。因此，孙陶然的离婚并未导致实际控制人变更。

除了蓝色光标之外，神州泰岳实际控制人王宁也因前妻安梅分割的股份自愿无偿由其代为行使表决权而未丧失实际控制人地位。

（2）纳川股份离婚导致实际控制人暂时空缺

纳川股份实际控制人陈志江离婚前持有公司 32.29% 股权，离婚后，持有公司 16.147% 股权。陈志江与前妻张晓樱并列第一大股东，但任何单一自然人股东所持公司股权都未达到 30% 的份额，因此，离婚后，纳川股份暂无实际控制人。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

后来，陈志江与第二大股东刘荣旋达成《一致行动协议》，共同构成公司实际控制人。

(3) 硅宝科技离婚影响大股东地位

硅宝科技上市时，前三大股东王跃林、王有治、郭第民的持股比例分别为 27%、24.75%和 20.25%，即没有一个股东持有本公司 30%以上股权，形成对公司的实质控制。另外，从该司董事会构成及表决权的行使，三人之间需要协商一致共同决定，因此，公司无明显的实际控制人。王有治离婚后，名下 24.75%的股份对半分后，只持有 9.22%的股份，由第二大股东变更为与前妻并列的第三大股东，对公司的股权结构、运营决策方面影响较大。

(4) 梅安森离婚影响持股 5%以上股东地位

梅安森董事程岩离婚前持有公司 5.11%的股份，属于持股 5%以上的大股东。后因离婚被分割股份，持股比例降为 4.01%。本次权益变动后，程岩不再是持有公司 5%以上股份的股东。

由以上案例可知，通常情况下，离婚会导致实际控制人变更，影响大股东的地位。具体而言，若实际控制人婚变，并平均分割股权，1) 在没有与其他股东签署《一致行动协议》的情况下，很容易导致实际控制人发生变更；2) 如果离婚双方未形成股权托管或代为行使表决权的情况，很容易导致实际控制人发生变更。故而需要企业家们无论是面对婚变时还是继承时，都需要格外注意股权的设置与优化，尤其是在面临婚变时，较好的股权处理与安排可以避免对公司稳定经营产生不必要的影响。

4、因离婚而发生权益变动时信息披露的内容分析

上述创业板 5 家公司实际控制人或股东离婚案件中，每家公司披露的信息内容既有相同的地方也有不同的地方，下面主要说明上市公司实际控制人因离婚而发生权益变动时，除了较为一致地公告股份分割的数额，实际控制人是否发生变动外，还会从哪些方面要求受让股份的一方予以遵守，以保护公司利益。

(1) 承诺遵守一致行动协议

蓝色光标实际控制人孙陶然的前妻胡凌华承诺将遵守孙陶然与其他股东签署的一致行动协议，防止实际控制人发生变化。

(2) 承诺限售期不转让股份

硅宝科技实际控制人王有治离婚时，其名下的股份仍然处于首发限售期内。因此，分割股份时，王有治与杨丽玫均做出 2012 年 10 月 30 日前不得转让的 IPO 限售承诺。

纳川股份实际控制人陈志江的前妻张晓樱也作出遵守陈志江作出的首发限售承诺，自公司股票上市之日起三十六个月内，不转让或者委托他人管理其持有的公司首次公开发行股票前已发行的股份，也不由公司回购该部分股份。除此外，张晓樱抛售股票还受到了严格的限制，因其承诺将遵守陈志江遵守的深交所 2010 年发布的《关于进一步规范创业板上市公司董事、监事和高级管理人员买卖本公司股票行为的通知》中的相关规定，即在公司担任董事、监事、高级管理人员期间每年转让的股份不超过所持有公司股份总数的 25%；离职后六个月内，不转让所持有的公司股份。在本人持有公司 5%以上（含 5%）股份期间，如本人在买入后 6 个月内卖出或者在卖出后 6 个月内买入公司股份的，则由此所得收益归公司所有。陈志江、张晓樱均已作出承诺将遵守该条规定。

(3) 承诺表决权由对方代为行使

蓝色光标实际控制人孙陶然的前妻胡凌华承诺其名下的股份的表决权由孙陶然代为行使；神州泰岳实际控制人王宁的前妻安梅也承诺其名下的股份的表决权由王宁代为行使。

(4) 承诺避免同业竞争

纳川股份实际控制人陈志江首发时承诺避免同业竞争，其本人或本人控制的其他企业所开展的产品或将要开展的产品等都不与纳川股份产生竞争关系。离婚后，陈志江的前妻张晓樱也将遵守避免同业竞争的承诺。

(5) 是否参与管理

硅宝科技在发布王有治离婚时引起的权益变动公告时，因前妻杨丽玫并未委托王有治行使，故在公告的内容末尾处特意明确了杨丽玫是否参与公司管理和是否参与董事选举具有不确定性。

通过上文分析可知，在实际控制人或股东婚变引起的权益变动公告的内容上也不能完全做到详尽的披露。上述所罗列的 5 点内容，每家公司公告的大约只有其中 2 点内容。笔者认为，上市公司实际控制人因离婚而引起权益变动的公告上，应披露每个可能影响到投资者判断的情况，尽可能披露详实，至少应包括离婚的方式（诉讼或调解）、分割的股份数额（占总股份的多少百分比）、股份过户登记相关信息、实际控制人、大股东地位是否发生变更、有无一致行动协议、是否承诺限售（包括首发限售和董监高在职限售）、是否委托行使表决权、是否承诺避免同业竞争或关联交易、是否参与公司的经营管理以及是否加入董事会等等信息，应给予充分、完整、真实地披露，以便投资者判断离婚事件将从哪些方面影响公司。

总结

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

不可否认，创业板上市公司股东的离婚潮正扑面而来。在无法缝补婚姻破裂的前提下，如何能更好地平衡离婚双方当事人与各自家族成员、公司、公众投资者间的利益便成了我们迫切需要解决的课题。

本文不仅仅是单方面剖析了神州泰岳实际控制人离婚对公司的影响，更重新梳理了所有创业板上市公司的离婚信息并做了对比分析，以期更好地为离婚当事人双方提供建议，保障双方、公司和公众投资者的利益。

老父病重住院口述赠房 有护士一旁作证

病床上的口头遗嘱有效吗？

2013年10月21日 北京晚报 林靖

前不久，李阳的父亲因糖尿病并发右腿浮肿住院治疗。入院时，老人神志清醒、病情稳定。他在病房里对李阳说：“我没什么别的财产，在我死后，咱家唯一一套房子就留给你吧！”说罢，李父又对正在病房里照顾自己的护士小赵说：“姑娘，你也听见了，你给我作个证啊！”小赵一笑，半开玩笑地回答：“好的，老爷子，您这情况不算严重，安心养病。您还得长命百岁呢！”

经过医护人员的精心治疗护理，李父半月后病情好转出院。不料过了两个月，李父的病情突然恶化，因肾功能严重衰竭住进了重症监护室。7天后，李父病故。

处理完父亲的后事，李阳本打算按父亲的遗愿办理房屋产权变更手续。这时，弟弟李月却突然出现，并要求按照法定继承，来分割父亲留下的房产。原来，因家庭琐事纷争和性格的原因，李月与父亲关系不和，早已离家多年。在父亲病危时，李阳多次通知他速回，说父亲想再见他一面，但都遭到拒绝。

现在父亲刚刚去世，李月却突然出现要分房产，李阳万分愤怒，厉声将李月赶走。然而半个月后，李阳却收到了法院传票，弟弟李月竟将他告到了法院，要求按照《继承法》关于法定继承的规定，继承并分割父亲留下的房产。

经法院审理查明：李阳的母亲15年前去世，2005年李父用毕生的积蓄买下了一套房屋。李父生前曾多次口头表示要将这套房屋留给李阳。今年4月李父在病房口述遗愿，在场的护士小赵表示情况属实，当时李父病情稳定，神志清醒。那么这个案子法院会怎么判？有护士作证，这份口头遗嘱是否有效呢？

法律剖析

老人意识清楚 造成“遗嘱有效”认识误区

北京市惠诚律师事务所的王文恩律师认为，从遗嘱人李父的“民事行为能力”和“遗嘱内容系遗嘱人真实意思表示”两点来看，是符合法律规定的。

李父是成年人，无精神病史或精神疾病，具有完全的民事行为能力；他入院治疗时精神意识、健康状况良好，有当时的医学诊断证明（病历）可查，有主治医生、护士的证人证言；而且他口述遗嘱内容的指向目的清晰，如“房产给大儿子李阳”，不存在语义含混或歧义；他对自己独自合法所有的房产具有完全的处分权。所以可以认定，李父口述将房产遗赠给李阳的意思表示是真实的。

当然，也正是因为遗嘱人满足了上述两点，不少人才误认为李父的口头遗嘱是有效的。

李父立遗嘱时 并不属于“危急情况”

王文恩律师认为，李父所立的口头遗嘱是无效的。

我国《继承法》第十七条第五款规定了公民可以立口头遗嘱的情况：“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。”王律师认为，李父所立口头遗嘱则并不满足法律关于“危急情况”的界定，从而无效的。

那么，什么情形才满足“危急情况”呢？王律师列举了以下几种情况：

- 一是遗嘱人因病危濒临死亡时，在病榻上所立的口头遗嘱；
- 二是因自然灾害致使遗嘱人处于生命危险时，在遇难现场所立的口头遗嘱；
- 三是在战争中遗嘱人身负重伤，生命垂危时，在战场上所立的口头遗嘱；
- 四是遗嘱人遭遇不法侵害，生命垂危时，在遇害现场所立的口头遗嘱；
- 五是遗嘱人在航海、航空中遇到事故，生命有危险时，在航空器或船舶上所立的口头遗嘱。

举例不可能穷尽社会生活的万千变化情形，但通过以上列举不难看出，所谓的“遗嘱人在危急情况下”，主要是指“遗嘱人生命垂危或面临即将的死亡危险的情形”。因此，口头遗嘱是一种紧急情况下的应急措施，以危急情况为其适用要件，不是任何场合都可以使用的立遗嘱的方式。

王律师认为，本案中李父入院之初口述遗愿时，显然不具备构成“危急情况”的条件。因为李父当时生命体征平稳，也未面临即将发生的死亡危险。其口述遗愿的行为只是基于年老多病者普遍存在类似顾虑情况下的一种家庭事务的安排，并非一般意义上的“临终交代”。

危急解除 危急时所立口头遗嘱无效

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

除了规定“遗嘱人在危急情况下可立口头遗嘱”外,《继承法》第十七条第五款中还规定:“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。”

由于李父入院治疗半个月后,病情即好转,而且出院了,这期间,他完全具备重新以书面或录音形式立遗嘱的条件,却没有重新立遗嘱。那么根据上述规定,即使李父当初口授遗嘱时符合“危急情况”的条件,他的口头遗嘱也是无效的。

如上所述,口头遗嘱是一种紧急情况下的应急措施,有效的口头遗嘱的特定危急情况一直持续到立遗嘱人身故,所立口头遗嘱即生效。可一旦此种危急情况解除或中断,只要有条件,就应当以书面或录音的形式将口头遗嘱的内容加以固定或变更。否则,即使具备有效条件的口头遗嘱也会无效。

王文恩律师就此提醒大家:不能把“应急措施”当成“常态手段”来加以适用。也就是说,不能想当然地认为在危急情况下口述遗嘱,就算立了有效的口头遗嘱,可以再无顾虑了。

那么怎么才算“危急解除”?法律如何界定?

如果遗嘱人在医院重症监护病房中,病危时口述遗嘱,之后病情平稳下来,但最终还是在重症监护病房中去世了,这期间算不算危急情况解除?

王文恩律师认为,只要不再面临现实的、马上就要发生的死亡危险,就应当算是危急情况解除。比如,在日常生活中,遗嘱人即将接受可能有生命危险的重大手术,可视为“危急情况”;手术成功,遗嘱人恢复意识,生命体征平稳,则应当视为危急情况解除,即使此时遗嘱人仍身处重症监护室留观。当然,生命体征是否平稳,应当是一个医学判断的问题,不能以普通人的认识作为标准。

只有护士一个见证人

口头遗嘱无效

另外王律师认为,李父所立的口头遗嘱也不满足“有两个以上见证人在场见证”这一要件,因而是无效的。

对于口头遗嘱的效力,除了要满足“在危急情况下”这一条件外,法律还规定了其他生效要件:遗嘱人立遗嘱时必须具有民事行为能力;遗嘱人以口述形式表示其处理遗产系其真实意思表示;立口头遗嘱,要有两个以上见证人在场见证。加上“在危急情况下”,以上四个要件缺一不可,不具备这四个要件的口头遗嘱就属无效遗嘱。

本案中,虽然照顾李父的护士小赵符合见证人的条件,也有愿意作证的表示,但遗憾的是,李父立遗嘱时只有小赵一个见证人,再无他人。而李阳作为继承人,根据法律规定,是不能成为其父口头遗嘱的见证人的。

涉外诉讼离婚的管辖

2013年10月21日 上海法治报 蔡绍辉

9月13日,在无任何征兆的情形下,王菲李亚鹏爆出婚变,两人相继宣告俩人今生夫妻缘分已尽,引来一片热议。

此后有媒体报道称,当地民政部门声明没有为王菲与李亚鹏办理过离婚手续,一时波澜再起,甚至有网友称“鹏菲”婚变实为炒作。

正在大众感到困惑之际,李亚鹏户籍所在地法院在9月24日反应迅速地声明,王菲与李亚鹏系在该法院调解离婚的。

这一事件,在法律上涉及到涉外诉讼离婚的管辖问题,正好可以借此机会简要介绍一下。

涉外离婚和国内居民离婚一样,也可以选择两种方式,即协议离婚和诉讼离婚。

单就诉讼离婚的管辖而言,根据不同情形分别有如下规定:

1、夫妻双方均为内地居民,一方在中国境外但未定居,另一方居住在中国内地的,不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼,中国内地一方住所地的人民法院都有权管辖;如中国境外一方在居住国法院起诉,国内一方向人民法院起诉的,受诉人民法院有权管辖。

2、夫妻双方均为内地居民,都在中国境外但未定居的,一方向人民法院起诉离婚,应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

3、夫妻双方均为内地居民,但都在中国境外定居,而婚姻缔结地是在中国内地的,如果采取诉讼程序,需回国向原结婚登记地人民法院提起离婚诉讼。

如果他们原在我驻外使领馆办理结婚登记,申请离婚时双方有争议的,应向出国前最后户籍所在地或居所地的人民法院起诉。

4、夫妻一方为内地居民,另一方为非内地居民或无国籍人,如果婚姻缔结地不在中国内地,对不在我国内地居住的另一方提起离婚诉讼的,由原告住所地人民法院管辖;

原告住所地与经常居住地不一致的,由原告经常居住地人民法院管辖。

5、夫妻双方均为非内地居民或无国籍人,如果双方的婚姻缔结地不在中国内地的,我国法院一般不受理。

这里有两个例外情况,第一,认定当事人一方的住所或居所在中国内地的,我国人民法院有权管辖。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

第二，如果双方当事人就离婚问题已经协商一致，我国人民法院可以管辖。

王菲与李亚鹏，一方为内地居民，另一方为非内地居民，双方虽然都不是北京户籍，但常年居住于北京，只需在诉讼中提供在京居住满一年以上证明即可在北京进行诉讼离婚。

当然，两人也可以选择一方户籍所在地的法院，比如这一事件中位于乌鲁木齐市的法院诉讼离婚。

对于名人而言，和平分手，避免媒体喧嚣也许是他们最好的选择。

涉外离婚和国内居民离婚一样，也可以选择两种方式，即协议离婚和诉讼离婚。

老父病重住院口述赠房 有护士一旁作证 病床上的口头遗嘱有效吗？

2013年10月21日 北京晚报 林靖

北京市惠诚律师事务所婚姻继承、房地产诉讼部主管律师。执业以来办理了大量的各类诉讼案件，具有丰富的司法实践经验。成功办理了国内和涉外的标的巨大以及疑难复杂的婚姻继承类案件，形成了一套独特的办案方法和技巧。

前不久，李阳的父亲因糖尿病并发右腿浮肿住院治疗。入院时，老人神志清醒、病情稳定。他在病房里对李阳说：“我没什么别的财产，在我死后，咱家唯一一套房子就留给你吧！”说罢，李父又对正在病房里照顾自己的护士小赵说：“姑娘，你也听见了，你给我作个证啊！”小赵一笑，半开玩笑地回答：“好的，老爷子，您这情况不算严重，安心养病。您还得长命百岁呢！”

丈夫出轨，三年多时间内 82 次向“小三儿”转账，妻子起诉二人追讨 107 万，“小三儿”该不该返还

2013年10月23日 检察日报 赵雯

结婚十年，儿女绕膝，生活富足。家住上海市杨浦区的丁洁，生活幸福平静。却不料，这平静的日子被丈夫蒋磊的出轨打破了。2009年，丁洁的丈夫蒋磊认识了当时还是某戏剧学院学生的杨柳，二人很快发展为情人关系。2009年10月21日至2013年2月12日期间，蒋磊先后82次向杨柳转账共计107万余元。

事情败露后，蒋磊写下悔过书认错，但丁洁难忍愤怒。近日，她以丈夫擅自处分夫妻共同财产，侵犯自己的财产权为由，将丈夫蒋磊和“小三儿”杨柳告上公堂，要求杨柳返还107万余元。

一审判决赠与无效

法庭上，原被告唇枪舌剑，互不相让。

原告丁洁诉称，自己与蒋磊于2003年结婚。107万元是他们夫妻共有财产，丈夫未经自己同意赠与他人，系擅自处分，侵犯了她的财产权，且杨柳取得上述财产违反了民法通则规定的公序良俗原则及婚姻法的相关规定，应为无效。故要求法院确认蒋磊向杨柳所作的涉及107万余元的赠与行为无效；被告杨柳返还原告107万余元。

被告蒋磊未到庭，仅以书面答辩称，2009年10月起，他未经原告同意将夫妻共同财产赠与被告杨柳用于其消费，现同意原告的诉讼请求且同意将全部款项直接返还给原告。

被告杨柳称，自己与蒋磊2009年8月开始谈恋爱，2010年2月起住在一起，蒋磊每周来住两三天。今年年初，自己才知道蒋磊已婚。107万元是两人在恋爱共同生活期间的共同生活开销费用，不是赠与，蒋磊也没有赠与的意思表示，其转账时讲是两个人谈朋友补贴自己的，共82次，都是每个月给付的，其中每月支付的钱款与自己租房的房租一致，自己向该账户存款用于共同生活消费。双方共同生活期间，蒋磊也向她要过钱，自己也是受害者且未获益，原告应向被告蒋磊主张权益。故不同意原告的诉讼请求。

被告杨柳提供了名下银行账户的交易明细，证明蒋磊在与自己共同生活恋爱期间共同生活开支、每月支付生活费且两被告均向该账户存款用于共同生活消费；房屋租赁合同两份、续租单一张，证明蒋磊每月打款6300元给她用于支付房租且被告杨柳租房期间按月交付房租。

法院认为，夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，归夫妻共同所有；非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定的，夫妻双方应当协商取得一致意见。

法院还认为，被告蒋磊在与杨柳共同生活期间先后82次均以转账方式向杨柳支付百万钱款而除此外未支付其他钱款，显与被告杨柳所述两被告共同生活的生活状态及日常生活常理不符，且被告杨柳在审理过程中亦陈述被告蒋磊在转账时讲是两个人谈朋友补贴被告杨柳的，故综合考量，对被告杨柳的意见难以采信。结合被告蒋磊已婚的事实，法院认定被告蒋磊向被告杨柳交付的款项为赠与。

关于杨柳是否应当返还上述钱款，法院认为，被告蒋磊将大额钱款赠与被告杨柳，既非因日常生活需要，又未经作为财产共有人的原告同意，严重损害了原告的财产权益，且被告蒋磊的赠与行为系基于其在婚外与被告杨柳之间的不当关系，有悖公序良俗，更有违公平，故该赠与行为无效。现被告蒋磊表示系争款项直接返还给原告，故被告杨柳应当返还原告107万余元。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

法院一审判决确认被告蒋磊在2009年10月21日至2013年2月12日期间向被告杨柳所作的涉及107万余元的赠与行为无效;被告杨柳返还原告107万余元。

一审判决让此案暂时告一段落,但围绕此案的争议并没有停息:诉讼主体是否适格?107万元是赠与还是同居费用?107万元能全部要回吗?

妻子能直接告“小三儿”吗?

“当然能。”中国人民大学副教授孙若军说,“根据婚姻法和物权法的相关规定,丁洁作为财产权利人有权直接起诉。”

中国人民大学民商法博士李钧也认为,丁洁作为夫妻财产共有人,在以共有财产对外形成的债权债务关系中属于连带债权债务,有权利向被告杨柳提起诉讼。

北京天驰洪范律师事务所杨晓林律师介绍说:“原配起诉要求返还出轨方赠与‘小三儿’的财产以什么案由起诉,实践中并不统一。主要有:共有纠纷、赠与合同纠纷、确认合同效力等。本案中以赠与合同纠纷为案由,并无不妥。”

法律实务界人士施舟骏则认为,本案的诉讼主体不适格。“原告在诉状里首先诉求认定自己丈夫与杨柳之间的赠与无效。赠与合同关系成立的前提是一方当事人首先要有赠与的意思表示,但这个案子里丁洁与杨柳之间并不可能有任何关于财产赠与的合意,即她俩之间成立赠与合同关系的条件不存在,即便蒋磊与杨柳存在赠与合同关系,丁洁作为该合同相对人以外的第三人也不能以赠与合同纠纷为由起诉杨柳,所以本案中诉讼主体是不适格的。”

北京化工大学法律系教师岳业鹏认为,本案中诉讼主体是否适格取决于提起诉讼的性质。“如丁洁提起赠与合同无效的确认之诉:基于合同的相对性原理,丁洁并非合同当事人,不具有诉讼主体资格,只有作为赠与合同的赠与人的蒋磊才是适格的原告;如果是如丁洁所称‘侵害了其财产权’为由提起侵权之诉,那么其是有原告资格的,但这种情况下就导致了杨柳作为被告的不适格,因为侵权行为的实施者是蒋磊,杨柳只有在与蒋磊存在‘共同故意’时才是适格的被告。”

“从本案情形来看,虽然丁洁主张‘财产权侵害’,以蒋磊、杨柳为共同被告,表面上看是侵权之诉,但这只是‘幌子’。因为争诉过程中,原告的主张为‘蒋磊赠与行为无效’,实际上本案法院亦跟着原告的思路将此案作为赠与合同纠纷来审理。但令人不解的是,合同双方当事人并非原被告双方,而是同为被告,却由合同外第三人提起了合同之诉,严重违背了合同法的基本原理。而且,作为本案被告的蒋磊(侵害夫妻共同财产行为的主要侵权人)非但与原告没有利益冲突,而且还在庭审中同意‘杨柳返还丁洁相应款项’,这种荒谬现象产生的主要原因就是法院对本案纠纷涉及法律关系及当事人认定的错误。”

107万元款项,是赠与还是同居费用?

岳业鹏说,合同法第185条规定,赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同。根据合同法第10条规定,当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。本案中,虽现有证据未表明二者存在口头或书面的赠与协议,但结合社会一般常识和本案具体情形,蒋磊无偿向杨柳转账的行为本身即可认定赠与合同已经成立,且已履行完毕。法院将转账行为认定为赠与,是完全正确的。

他同时强调,“需要注意的是,蒋磊3年间共向杨柳转账82次,在法律上构成82个独立的赠与合同,其效力应当各自判断。法院将这些时间间隔久远、情形各异的行为看作是一个总额为107万元的赠与合同显然不妥。”

李钧认为,“就目前的证据看,在杨柳不能证明蒋磊的转账款是用于日常生活开销(主要的租赁合同都是杨柳一人承租)的前提下,判定为赠与是通常的认定,也较为合理。”

杨晓林则认为,将该款项全部被认定为赠与与值得商榷。赠与强调无偿性。杨柳提供的证据中,有些费用是为维持双方婚外同居关系所支付的生活成本。这部分费用,无论性质如何,不宜简单认定为对杨柳的赠与。同时,参照普通上海市民的生活标准,三年用于生活的花费高达100多万元不太现实。而且本案中,杨柳提供的维持同居关系的基本花费证据即使得到认定也远远达不到这个数,况且还有证据显示杨柳将大部分钱款用于个人消费。杨柳强调那100多万元是蒋磊给她的两个人共同生活的生活费,显然只是一种辩解。符合常理的推测是,既有维持同居关系的基本生活费用,也有部分赠与性质。

施舟骏认为,从合同主体角度上讲,蒋磊与杨柳的赠与关系是有可能成立的,关键在于是否存在赠与的合意。这种对双方合意的判断在司法实务中存在难点,它的主观性常常让局外人难以弄清楚他们当时的真实意图:比如,每笔钱都各在什么条件下给的,杨柳又是怎么花的。有可能这是多个法律关系的交织体,这107万元中,可能有赠与的,也可能有两人在恋爱中吃喝用度等的共同花销,因此,要对此有正确的判断,必须要认真分析每一笔钱的来源、去处,细致考量这二人在这三年多关系中发生的真实细节。

“小三儿”必须全额返还吗?

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

有网友为杨柳抱屈，“一审判决杨柳全额赔偿，感觉她挺亏的，两个人一起的房租等等花销都要她负担，男的倒成了她的‘二爷’。”

岳业鹏认为，本案中，法院认定，由于被告处于已婚状态，为维持非法同居而赠与，显然因“违反公序良俗”而无效，杨柳理论上应负不当得利返还义务。不过，本案中杨柳知悉蒋磊已婚的时点对于返还的范围具有核心意义。在四年中，前后相继发生的82次赠与应当独立进行判断：对于知悉蒋磊已婚之前的赠与，杨柳虽受有利益但属善意，返还范围为现存利益，即如果利益已不存在则可免于返还；对于知悉之后的赠与，杨柳受有利益且应知其无法律上原因，应负完全返还义务。当然，知悉蒋磊婚姻状况的时间点并不能以杨柳个人主张来定，应当根据现有证据综合来判定。

还有人认为，本案丁洁充其量只能要回夫妻财产中的一半，也就是其中的50万元而不是全部。

“小三儿”获赠返还，在司法审判实践中一直是争议较大的问题。

杨晓林介绍，在婚姻法司法解释(三)起草过程中，前四稿中都出现过所谓的“小三儿”条款。但在公布的正式稿中，还是删除了“为解除婚外同居关系约定的补偿”条文。

对于出轨方赠与“小三儿”的财产，是应当返还一半还是全部返还，一直存有争议。一种观点认为，应当返还一半。理由是，夫妻共同财产双方各有一半的权利。丈夫赠与“小三儿”的财产，其中一半是丈夫的，对于该部分财产丈夫有处分权，该部分赠与不能主张返还；而属于妻子的那部分丈夫无权处分，因而该部分赠与无效。可以主张返还的是属于妻子的这部分财产。

另一种观点主张对于获赠部分应当全部返还。理由是，我国采取法定夫妻共同财产制，在该制度下，共同财产在分割之前夫妻双方是不分份额地享有权利。无偿将夫妻共同财产赠与“小三儿”，属于非因日常生活需要处分的共同财产，损害了另一方的财产权益。因此，除非无过错的配偶方主动提出解除共有关系，包括维持婚姻关系的前提下或解除婚姻关系的同时，否则夫妻共同财产是不应该分割的，配偶完全有理由要求“小三儿”返还受赠的全部财产，以维护自己的合法权益。

如何理性看待判决

与以往对待“小三儿”案件的反应不同，本案一审判决落槌后，很多网友却对杨柳表示了一定程度的同情，“男人随便找‘小三儿’都不用怕，等到玩腻了再喊老婆打官司把钱要回来就行，这一判决是否会放任包二奶行为？”

施舟骏认为，不能随便给一个普通的个案贴上道德标签。“这种被贴上找‘小三儿’、包二奶等标签的案子，百姓多用道德尺度评判，但法院的判决却是在法律的范围内就法律关系而言对当事人之间的行为作出的判断。就本案而言，如果法院不支持原告诉求，是不是我们就可以理解为法院支持夫妻任何一方都可随意将共同财产转移给‘小三儿’？是不是代表着法院鼓励男人对婚姻不忠？显然不行。任何一个案件，对于原被告双方，有的人可以从法律依据上找到自己的支持，有的人从道德行为上找到支持，道德标签可以随便贴，但是司法审判的评价却只能有一个维度，那就是在法律关系中适用法律规范去评价案情。很显然，个别网友通过这一判决就简单得出放纵包二奶的结论，超出了法律评价所应有的范围。”

杨晓林说，我国目前法律规定中，对于婚外情的惩罚包括：达到重婚的，可以追究刑事责任。婚外同居的，无过错方可以此作为夫妻感情破裂的法定理由起诉离婚，并提出精神损害赔偿。“因此，认为我国法律没有对出轨方的任何惩罚措施是有失偏颇的，只是目前的规定还过于粗疏并存有漏洞，需要进一步完善，以维护婚姻家庭的稳定，平衡保护各方利益。”

抵押唯一住房帮儿借款 儿未还款老父险些房产无归 养儿防老，还是养老防儿？

2013年10月23日北京晚报 薛鹏

北京薛鹏律师事务所主任。薛鹏律师1968年毕业于北京政法学院，即现中国政法大学，律师执业多年。他所创办的律师事务所近年来多次被评为通州区文明单位、优秀律师事务所、先进党支部，被北京市司法局评为“三进”十佳律师事务所，薛鹏律师被北京市司法局评为律师界优秀共产党员。通州“串子”案，通州区某公司被河北省检察院抗诉后胜诉案，河南某某被判处死刑后经上诉改判为缓期执行案等，均是该事务所代理和辩护。

声称自己工程项目需要周转资金，王大爷在儿子的说服下，将自己唯一一套住房抵押给出借人李某，借款80万。但是还款日期截止后，王大爷发现自己并不能解除自己的房屋抵押登记，原来儿子并没有按期还款。情急之下，王大爷将与自己签订房屋抵押合同的李某告上法庭，要求解除之前签订的合同。

具有法律效力的房屋抵押合同能否按照王大爷的诉讼请求被解除呢？一纸抵押合同成为本案的关键。

“我房子要不回来了！”

“律师，我房子要不回来了，你得帮帮我。”2013年7月的一天，一位老人一瘸一拐地来到薛鹏律师处，一进门他就喊道，“我房子抵押了，到期要被他们拍卖了！”

这位老人名叫王光军（化名），今年72岁，家住通州区，有一儿一女，王平（化名）是其长子。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

王大爷退休前是某单位一名后勤职工，上世纪80年代，他和老伴分得了一套60平方米的职工宿舍，后来，家里有一定积蓄后，他和妻子以成本价将房屋买下，登记到自己名下。

上世纪90年代，王大爷老伴去世，儿女也各自成家立业，王大爷一个人过活，这套房子成了他唯一的依靠。因为自己腿有残疾，王大爷日子过得平顺但也辛苦。

王大爷说，自己每月就领2000块钱的退休金，孩子并不在身边照顾自己，这2000块钱除了买药，还要请保姆，因此，这套房子是自己的安心丸，“万一以后自己或儿女有个大病大灾，这房子可以救救急。”

如今，看到自己房子要不回来了，王大爷着急了，愁容满面的他向薛律师讲述了事情的经过。

儿子80万把房子抵押了

“他有钱，开着那个什么宝马车。”据王大爷介绍，自己儿子是在天津做工程项目的，但具体是什么项目儿子很少向自己透露，“我们不住在一起，见不着他。”

2012年12月初，王平找到自己父亲，声称自己的项目需要一大笔钱周转资金，但是自己手头临时拿不出那么多钱来。看到儿子着急，父亲赶忙问他怎么办。

“他说，他找到了一个人可以借他钱，但是需要抵押担保。”王大爷回忆道，“王平告诉我说，用我的房子做担保就行，可以拿到借款80万，三个月后，自己手头有钱了就可以把房子赎回来。”

看到儿子着急，王大爷不敢怠慢，2012年12月11日，王大爷跟随儿子找到了出借人李某。

李某看了老人的房本和产权信息之后，就和王大爷签订了一份《抵押担保合同》，不识几个字的王大爷就在合同书上签了自己名字。

合同约定李某出借80万，年利息为25%，王大爷将自己的房子抵押做担保。借款日期是2012年12月11日至2013年3月11日。合同还约定，如果借款方到期不能归还贷款，贷款方将有权处理抵押品。

签完合同之后，三人又来到通州区房屋产权交易大厅，做了房屋抵押登记。稀里糊涂地签完合同，王大爷就被儿子送回家了。起初自己并没有在意，后来王大爷越想越觉得不对劲：毕竟房子是自己的，字也是自己签的，但为什么自己连一分钱都没见到呢，好歹也经手一下啊。

王大爷满是疑惑，就打电话找到了自己儿子。

听到父亲有疑虑，电话那头的王平解释道：当初嫌麻烦，就让李某把钱打到自己卡上了。电话里，王平一再向父亲保证，到期自己一定能够把钱还了，房子肯定能拿回来。

王大爷听到儿子的连连保证，也就没再计较这事。但是，随着3月11日还款日期的到来，王大爷担心的事情还是发生了。

3月11日，王大爷早早来到产权交易大厅，准备将自己房子登记回自己名下。但是，工作人员却告诉他，房子还抵押着呢，不能对其做变动。

王大爷一下子慌了神，赶忙联系儿子，王平不急不忙地对父亲说：着啥急，过两天就把钱还了。

“儿子骗了我，我不告他”

房子的事情成了压在王大爷心头的一块大石，他压根没想到自己儿子会拿自己的命根子当儿戏，“房子要不回来我也活不成了。”王大爷悔恨不已，“都说养儿防老，到最后，他却把我坑了！”

据王大爷介绍，作为家中的长子，王平虽然干着大买卖，但自己却没沾光，如今还把自己余生搭进去。

一方是紧逼催债的出借人，一方是拿不出钱还款的儿子，王大爷夹在中间不知所措，他只有一个想法：无论如何都要拿回房子。

“我要告李某，要求那个抵押合同无效作废。”王大爷虽然嘴上说儿子骗自己，但是真要对簿公堂，他却转向了出借人。

薛律师了解到这些情况之后，觉得解除抵押合同这一诉讼请求有难度，白纸黑字，在王大爷落笔的那一刻，这份合同就生效了，事情就得按照合同的约定来走，而不是任何一方想解除就能解除的。

离婚协议中遗嘱条款的效力认定

张明明 江苏苏源律师事务所

【基本案情】王某、王乙、王丙系三兄妹，其父母均已过世。1992年10月，王某经人介绍与李某相识，同年底双方开始同居生活。2008年9月28日，王某与李某办理结婚登记，双方未生育子女，王某也无其他子女。2011年8月1日，王某和李某办理离婚登记。2012年6月20日，王某猝死于家中。

王某遗有其与李某共同名下房产一套。该房屋建筑面积40平米，系王某于2002年参加房改购房取得，其与李某结婚后，该房屋登记至二人名下，未约定份额。2011年王某与李某离婚时，在离婚协议中约定：“离婚后，本市XX房屋仍归王某、李某共同所有，王某百年以后房产归女方所有”。王某死后，王乙、王丙认为哥哥死因蹊跷，怀疑其嫂对其哥不忠，且就其哥遗留房屋的继承问题无法与李某达成一致，李某遂诉至法院。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

原告诉称：2010年王某即存在嗜酒的严重病态，此时双方无正式工作，家庭经济困难，王某为了能够申请低保，双方才办理了协议离婚，双方离婚后一直在一起共同生活，离婚协议书中关于房产处理的条款是其委托他人打印，双方在落款处签名，并注明年月日，该条款是附期限的夫妻财产约定，经过双方签字后即生效，原告有权依据该条款获得诉争房屋的所有权。

被告王乙、王丙认为：离婚协议中的“王某百年以后房屋归女方所有”的约定，实际上是遗赠条款，该条款既非王某亲笔书写，也无见证人签字，也无代书人签字，不符合继承法规定的自书遗嘱和代书遗嘱的法定要件。王某在办理协议离婚前嗜酒，并有酒精依赖的症状，精神一直处于不正常的状态，王某办理协议离婚并非为了取得低保，在这种情况下王某决定将房产全部留给李某，不合常理，不能仅依据协议经过婚姻登记就推断王某的意思表示真实，因此该条款不具有遗赠的法律效力，诉争房产应当按照法定继承办理。

【法院裁判】一审法院认为，单纯对照《继承法》关于自书遗嘱和代书遗嘱的形式要件的规定，虽形式欠缺，但双方签订的《离婚协议书》已经过了婚姻登记机构的审查并备案，且离婚协议书已经生效，该条款即具有法律效力。另外，该条款不违反法律禁止性规定，内容应属合法，且案件审理过程中，被告方未能举证证明该条款内容非王某的真实意思表示，而从诉争房屋由王某名下变更至王某、李某夫妻名下，再在离婚协议中处置房屋的约定过程来看，王某决定在其死亡后将该房屋全部归李某所有的意思表示应当是真实的。综上判决诉争房屋由李某一人继承。

一审判决后，王乙、王丙二人不服上诉。二审法院经过调解，李某同意补偿王乙、王丙 50000 元，双方调解结案。

【律师点评】本案双方存在争议的法律问题有二：一是争议条款法律性质是附期限的夫妻财产约定还是遗赠条款？二是遗嘱的形式要件欠缺时如何认定遗嘱的效力？

首先，争议条款应为遗赠条款而非附期限的夫妻财产约定。夫妻财产约定和遗赠至少存在以下三点区别：1、二者生效的时间点不同，遗赠是为了确定立遗嘱人死亡后的财产归属，须待立遗嘱人死亡后才发生法律效力，夫妻财产约定明确的是夫妻关系存续期间的财产归属，离婚协议书明确的是离婚后的财产归属，一般经双方签字或经登记后生效；2、遗赠是立遗嘱人的单方意思表示，而夫妻财产约定和离婚协议书均为双方共同意思表示；3、遗赠可依单方意思表示而变更或撤销，比如立遗嘱人可以将房屋另行赠与他人或依法另立遗嘱的变更先前的遗赠，但是夫妻财产约定和离婚协议书生效后均不得单方面变更或撤销。

所以，争议条款不属于夫妻财产约定，根据《继承法》第十六条之规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。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。”争议条款应属于王某通过立遗嘱的方式将其个人财产赠与李某的遗赠行为。

其次，关于遗嘱的形式要件问题，《继承法》第十七条明确规定了自书遗嘱、代书遗嘱等五种遗嘱的形式要件，但通说认为，本条关于遗嘱形式要件的规定，是为了从立法上保障立遗嘱人意思表示的真实性，并不是遗嘱生效的必备条件。如果遗嘱的形式要件欠缺，但是通过其他证据能够确定立遗嘱人意思表示真实的，仍然应当认定遗嘱的效力。有效的遗嘱应当同时具备以下五个条件：1、遗嘱人设立遗嘱时有遗嘱能力；2、遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示；3、遗嘱处分的是个人所有的合法财产；4、遗嘱内容必须确定和可能实现；5、遗嘱不违反公序良俗和法律的禁止性规定。

本案争议条款作为离婚协议书的一部分，经过了婚姻登记机关的审核，王某和李某在婚姻登记工作人员的面前签名，排除欺诈胁迫情形的存在，争议条款应为王某的真实意思表示。王乙、王丙虽然主张王某在立协议前精神状况有问题，李某有不忠行为，但是未能提供充分的证据加以证实，未能充分证明王某的遗嘱能力存有瑕疵，所以一审法院判决确认该条款为有效遗赠条款并无不当。

律师答疑：城里人能否继承农村祖屋？

2013年10月28日 北京晚报 赵鸿飞

北京济和律师事务所合伙人，中华全国律师协会会员，北京市律师协会会员，从事法律工作近十年，专注商事、房地产建筑、刑事法律领域，具有深厚的法学理论功底和丰富的诉讼经验。赵鸿江律师创办了房地产与婚姻家庭律师网 (<http://haolawyers.com>) 和北京刑事辩护网 (<http://bjbianhu.com>) 并担任首席律师。

在处理案件时，赵鸿江律师思维严谨、办事认真，见解独到，能够协助当事人妥善处理案件。赵鸿江律师对其经办的每一个案件都能够做到尽心尽责，负责地对待当事人，并因此取得了委托人的信赖和好评。

李先生家住昌平农村，自幼丧母，和父亲相依为命。长大后因为上学就业，李先生的户口转为城镇居民，成了“城里人”。不过此后，李先生还一直与父亲居住在农宅里。

2010年5月，李先生经人介绍和张女士登记结婚，婚后夫妻俩与老父亲同住。婚后的第二年，李先生的父亲去世了，没有留下遗嘱。因为房子是农宅，也没有进行产权过户，还“挂”在父亲名下。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

去年，妻子张女士染上了赌博的恶习，一天天沉迷下去，抛家舍业地围在赌桌旁，将夫妻二人辛苦挣来的家业输了个精光，还欠下几十万元的高额赌债。为了翻本，张女士不惜向人借了10万元的高利贷用于赌博，又输了个血本无归。夫妻二人为此经常争吵，感情也出现裂缝，最终发展到长期冷战。

今年9月，李先生终于忍无可忍，向法院提起离婚诉讼。在财产分割问题上，李先生要求将位于昌平区的老房判归自己所有。在法庭上，张女士虽然同意离婚，但没有工作的她离开李家就没了经济来源，甚至连个住处都没有。她不甘心被扫地出门，认为李家的老宅是夫妻共同财产，自己也有一份，要求平分房屋。此外，她还要求李先生跟她共同偿还20万元的赌债，以及高利贷和利息15万元。

农村的老房子是盖在农村集体土地上的，李先生一个“城里人”有资格得到农村宅基地和房子吗？三年前才嫁过来的张女士能不能平分李先生父母留下来的老房子？她在婚姻存续期间欠下的高额赌债和高利贷，李先生是不是要一起偿还？积怨与利益让这对夫妻在法庭上剑拔弩张，互不相让。

法律剖析

老家儿没留遗嘱 房产夫妻都有份

房子是李家老人传下来的，作为外来的媳妇，张女士有权利分吗？

赵鸿江律师分析说，李先生和张女士并未签订书面协议，对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产进行约定，因此就应当遵从《婚姻法》规定的夫妻共同财产制原则。根据《婚姻法》的规定，除非是遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，否则在夫妻婚姻关系存续期间继承或赠与所得的财产，归夫妻共同所有。

赵律师给算了一笔账：李先生父母去世时都没有留遗嘱，继承房产的份额要追根溯源。李先生母亲去世时，房屋的一半就成了她的遗产，法定继承人为李先生及其父亲。也就是说，李先生可以拥有该房屋产权的1/4，而李先生的父亲拥有3/4。

李先生继承的1/4的房产属于婚前财产，由李先生个人所有。而在李先生的父亲去世后，李先生作为唯一继承人，依法取得了该房屋产权的另外3/4。这3/4属于婚后取得，且李先生的父亲未留下遗嘱，就成了李先生夫妻的共同财产。

城里人可继承农村宅基地上房屋

北京济和律师事务所赵鸿江律师介绍说，李先生家的老宅占用的宅基地属于农村集体土地。按照国家政策，农村宅基地以及地上房屋只能在本集体经济组织成员内部流转。城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或小产权房。但是，城镇居民也不是不能取得农村宅基地使用权及地上房屋。

赵律师说，根据《国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》（国土资发[2011]178号）第六条的规定：“已拥有一处宅基地的本农民集体成员、非本农民集体成员的农村或城镇居民，因继承房屋占用农村宅基地的，可按规定登记发证，在《集体土地使用证》记事栏应注记‘该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人’。”

由此规定可见，城镇居民可以通过继承方式取得宅基地使用权以及地上房屋的所有权。李先生家的房子登记在李先生父亲名下，属于李先生父母生前合法财产，在他们去世后，依法转化为遗产。李先生作为唯一继承人，可以继承房屋及占用宅基地的使用权。

离婚分产 不能两人共有一套

在庭审过程中，张女士提出，自己无房居住，希望能够取得其中一间房屋的所有权。法院能否把一套房屋分两半儿，分别判给李先生和张女士呢？

赵鸿江律师分析说，根据一物一权原则，一物之上不能同时存在两个以上的所有权。住宅楼中“一物”的最小单位是“套”，一套房屋只能确定一个所有权，一套房屋内的不同房间，不能单独设立所有权。不动产虽然可以由两个以上个人共有，但成套建造的房屋不得由两个以上个人分别所有该套房屋内的不同房间。因此，在离婚分割房产时，所有权只能判归夫妻一方所有，由取得房屋所有权的一方对另一方予以补偿。

赵律师介绍说，法院经审理，认为李先生和张女士夫妻感情确已破裂，判决准许二人离婚，因张女士是离婚的过错方，法院本着照顾无过错方的原则，判决房屋归李先生所有，由李先生对张女士给予适当补偿。

赌债不算共有债务 谁欠的谁还

房子的问题解决了，但张女士欠下的赌债和高利贷怎么办呢？

赵鸿江律师表示，根据我国《民法通则》的规定，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。赌博是国家法律严厉禁止的行为，赌债不受法律保护。因此，张女士和李先生均无义务偿还赌债。

而对于高利贷，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》中规定，民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。此外，出借人明知借款人是为了进行非法活动而借款的，其借贷关系不予保护。

“家事法苑”律师团队奉献

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

赵律师分析说，张女士向他人借的高利贷，如果出借人明知道张女士借款是为了赌博，那么借贷关系不受保护。如果不知道张女士借款是为了赌博，则利息在银行同类贷款利率的四倍以内的，是合法的。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。

此外，该债务属于张女士因个人原因借款，并未用于家庭生活，不应当由李先生承担偿还义务。但是，出借人可以向张女士主张，也可以向李先生主张，如果李先生代为偿还债务，可以向张女士追偿。

十、文件选登

公益服务月引发公证热 “巧”立遗嘱公证 避免“身”后争产

2013年10月22日 上海法治报

本期专家：陈慧哲，女，上海市徐汇公证处公证员，从事公证业务多年，尤其对遗嘱公证、继承公证、财产赠与等公证业务有丰富的实践经验和较深的理论功底，博得当事人好评。

本月8日，上海公证行业“老年人免费保管遗嘱和办理遗嘱公证”公益服务月活动正式启动，在全市为80周岁以上的老年人开展免费办理遗嘱公证、为60周岁以上的老年人办理免费遗嘱保管。自该活动公布后就受到社会各界的关注。

9月25日开始预约以来，不少老人都积极前往公证处咨询、预约，而在国庆之后，预约又迎来一个高潮。截止13日，全市公证处目前已经预约了5249件，其中90%以上是遗嘱公证，遗嘱保管不到10%，浦东公证处截止到10月9日的预约量已经达到600多个，免费遗嘱公证的办理已经排到今年12月31日，数量居全市第一。这也使“遗嘱公证”成热议话题。

订立遗嘱为了是避免纠纷了却心愿，可若操作不当也会有不少麻烦。

案例一：

空头的“遗嘱”

撕裂的亲情

王先生手里拿着终审法院的判决书，愣愣地无法回神，他不明白，为何自己在母亲人生最后几年的尽心尽力，却是竹篮打水一场空。

原来，五年前王先生的母亲来到公证处，针对其名下唯一的一套房产办理了遗嘱公证，欲以在其百年后将该套房产留给自己最喜爱的小儿子。但没想到小儿子在拿到母亲的遗嘱公证书后，暴露了本性，对母亲不管不顾，使得母亲大为伤心。

为了使自己的晚年有所依靠，母亲提出与大儿子也就是王先生同住，作为条件，王先生提出让母亲手写一份遗嘱将其名下的唯一一套房产在其百年后留给自己。王先生有了母亲自书的遗嘱倒也是不遗余力地安顿好了母亲的生活。也许是基于对小儿子的溺爱，母亲在临终前对于自己曾在公证处办理过公证遗嘱的事情只字不提，也许是他的母亲认为自己手书的遗书可以取代之前的公证遗嘱。

母亲过世后，王先生胸有成竹地拿着母亲的自书遗嘱向自己的兄弟姐妹告知，自己将成为房产的唯一继承人，但他的美梦被他弟弟手里的公证遗嘱碾成了碎片。于是，原本应是手足情深的兄弟，却水火不容地对簿公堂，形同陌路。

由于公证遗嘱的最高效力，使得王先生手中的自书遗嘱成了“空头遗嘱”。二审终审后，王先生的弟弟取得了房屋产权，而王先生只是得到了一定的经济补偿，相对于价格日涨夜高的房产，这点补偿怎能达到王先生的预期。母亲的两份遗嘱最终使得兄弟决裂，亲情无存。

【以案说法】

《中华人民共和国继承法》第二十条规定“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。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。”

本案中王先生的母亲先办理了公证遗嘱，后订立了自书遗嘱，由于自书遗嘱不可撤销、变更公证遗嘱，因此王先生持有的遗嘱其实是一纸空文，毫无价值。

看到这里，也许大家会觉得《继承法》的这一规定有点苛刻，其实仔细分析一下，这样的规定自有其存在的道理。由于公证处办理遗嘱公证程序规范，对于立遗嘱人的真实意愿、遗嘱能力都进行了一定程度的审查，为日后遗嘱的生效奠定了扎实的基础，若没有相反证据证明，公证遗嘱的效力是可以被直接认定的。而自书遗嘱、代书遗嘱随意性大，对于立遗嘱人订立遗嘱时是否为其真实意思表示还需有进一步的佐证，难以被直接采纳。很多人误认为公证遗嘱门槛高，要求多，随着立遗嘱人年纪的增大，通过公证程序更改遗嘱的难度系数也增大。其实不然，只要遗嘱人身份属实、具有完全民事行为能力、意愿表达真实、所处分的财产是其个人财产、遗嘱内容不违反法律规定和社会公共利益，公证机构即可受理。公证机构不能受理的遗嘱，在一定程度上必然存在瑕疵，在效力认定上定会产生分歧。

本案中，若王先生的母亲没有隐瞒公证遗嘱的实情，若王先生的母亲再次通过公证程序变更了遗嘱，那结果将会大相径庭。当然，我们绝不推崇以房产权利交换赡养义务的作法，赡养老人是每个子女应尽的义务，我们也绝不赞成老人拿遗嘱作为子女承诺赡养自己的万能钥匙，只有正确对待遗嘱，了解公证遗嘱，才能更准确地表达老年人的遗愿，体现公平、合理的社会法则。

“家事法苑”律师团队奉献

案例二：

办理遗嘱公证
了却儿子遗愿

某日，一对老夫妻来到遗嘱咨询室，登记办理遗嘱公证。当工作人员询问办理遗嘱公证的原因时，老太抑制不住悲伤，泣不成声，而老先生也只是默默地坐在一边，眼泪在眼眶中打转。工作人员看到这个情形也被吓了一跳，急忙倒了两杯水，安抚两位老人的情绪。老先生喝了口水，缓了缓神，慢慢地道出他们悲伤的缘由。

原来，老夫妇俩有一个独子，几年前，一直为孩子没有对象而操心的夫妇得到喜讯，儿子终于要结婚了。于是夫妇俩不遗余力地为孩子操办婚事。

婚后没多久，他们又喜上眉梢，儿媳妇怀孕了，夫妇俩可以说是陶醉在接踵而至的“幸福”中。可是，没过多久，夫妇俩就觉得不对劲了，媳妇一直住在娘家，不回婆家不说，还不让婆家的人去看望她，儿子也只是偶尔得到“探视”的权利，更令人不解的是，当媳妇生好孩子以后，她居然提出了离婚！

天堂到地狱的坠落让老夫妇一家陷入了极度的悲愤和怀疑中。一次次试图对婚姻的挽回，也让儿子的健康每况愈下，儿子几度提出要对孩子进行亲子鉴定也被对方无情的拒绝，最终老夫妇的儿子在去年年底因癌症抑郁离世。

老夫妇的儿子在临走之前对他们说：“爸妈，由于我的错误选择带来了这个家庭无尽的伤痛，我走了，但是你们一定要保护好自已的财产，好好养老。”老先生说到这里哽咽了……工作人员明白了他们的用意，迅速为他们办理了遗嘱预约手续。

几天后，老夫妇俩从公证员手中拿到了遗嘱公证书，他们分别将自己名下的财产在他们去世以后留给自己的兄弟姐妹。他们紧紧握住承办公证员的手，激动地说：“感谢你们这么快地为我们做好了遗嘱公证，这下我们了却了孩子的遗愿，可以安心地过日子了。”

【以案说法】

根据《中华人民共和国继承法》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。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。由于本案中老夫妇的儿子先于他们过世，且在法律上他们的儿子有自己的下一代，若老夫妇俩没有订立遗嘱，则在他们过世以后，他们的财产将全部由儿子的子女代位继承。

此外，根据《中华人民共和国继承法》第五条的规定，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。可见，遗嘱继承是优先于法定继承的，且从法理上而言第三代不属于“缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人”的范畴，因此没有必要为其保留必要的遗产份额。这对夫妇通过遗嘱公证的手段有效地捍卫了自己辛苦积攒的财产，完成了儿子临终的遗愿。

案例三：

以“公证遗嘱”
反哺临终关怀

张先生（化名）患有严重的家族遗传疾病，他的双亲以及唯一的姐姐都已撒手人寰，离他而去。张先生从未结婚，也没有子女，家里没有任何可以依靠的亲人。在没有劳动能力和收入来源的情况下，其所在的街道给予了他无微不至的关怀和照顾，每天三餐不落，还帮他请了钟点工打扫房间，这些的种种都让张先生感动无比。

春节假期的最后一个工作日，公证处接到张先生所在街道的工作人员的一通电话，说张先生病情危重，需要马上进行一项成功率很低的手术，他希望在术前办理公证遗嘱。公证处的领导在了解了具体情况后，立即指定两名公证员以最快的速度张先生取得联系，明确了张先生的真实意愿后火速赶到医院，为其办理遗嘱公证。

原来张先生对于街道给予他的临终关怀十分的感激，而且最近几次病危的医疗费用都是街道先行垫付的，他觉得自己无力回报社会，唯有通过立遗嘱的方式将自己名下唯一的一套房产遗赠给帮助过他、扶持过他的街道组织。“非常感谢你们能及时赶来为我办理遗嘱公证……”躺在病床上的张先生激动地握着公证员的手。术后不久，张先生便离开了人世，他的遗愿随着公证遗嘱的生效而得以实现。

【以案说法】

《中华人民共和国继承法》第十条和第三十二条的规定“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。”“无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。”

本案中张先生未婚无子女，其父母，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母均先于他过世，在法律层面上张先生不存在任何法定继承人，若不订立遗嘱，其名下的财产将收归国有。正是由于张先生及时地办理了公证遗嘱，使得他可以尽自己最大的努力反哺社会给予自己的临终关怀，传递社会的正能量！

- 十一、娱乐休闲
- 十二、推荐视频
- 十三、书籍推荐

婚姻家庭纠纷案件律师业务第二版序言
2013-10-08



修订再版前言：

《婚姻家庭纠纷案件律师业务》一书自 2008 年第一次出版发行后获得了法律界同仁的一致褒评，尤其对于新执业婚姻律师而言，该书内容详实而饱满，很有指导意义。日前，该书也早已售罄。笔者心怀感恩，再次向各位读者和律师同仁表示由衷的谢意！

时光荏苒，一晃已至 5 载有余。在这期间，我国社会主义法制体系日臻完善，并陆续出台和修订了若干民事法律及司法解释，比如《民事诉讼法》修正案的颁布实施、《买卖合同司法解释》的出台，尤其是《婚姻法司法解释（三）》的施行，对以往婚姻案件的争议焦点，诸如亲子鉴定、中止妊娠、夫妻一方财产婚后的收益处理、房产分割、诉前离婚协议等等作了明确规定，统一了裁判尺度。在《婚姻法司法解释（三）》施行后，笔者及其团队成员也代理了很多案件，收获颇丰，强烈感受到婚姻法深邃的同时，也激励自己笔耕不辍。《婚姻家庭纠纷案件律师业务》一书便有了修订再版的必要。

事实上，大约在 2 年前该书就已经售罄。当时由于《婚姻法司法解释（三）》正在紧张修订之际，加之本人也是修订课题组的成员之一，深知《婚姻法司法解释（三）》对我国婚姻家庭案件司法实践的影响，所以并未急于对本书第一版进行加印和改版。对于有迫切需求的法律界同仁，我们从珍藏的书库中免费相赠。

2011 年 8 月 13 日，《婚姻法司法解释（三）》正式颁布施行，全国各地读者热切期盼再版《婚姻家庭纠纷案件律师业务》之声不绝于耳，然再版之事并未顺势提上日程。一是由于业务繁忙，本人一心投入到深究案件之中；二是本人对读者存有敬畏之心，若是对《婚姻法司法解释（三）》没有一定程度的积累就贸然再版，实则对读者的不尊重。因此，时至今日《婚姻家庭纠纷案件律师业务》再版才面世，对此，笔者及其团队成员深表歉意。

此次再版，总共增加和修改 20 余万字，其中，新增和替换案例共计 88 个，涉及本书 15 个章节；新增和修改章节附录共计 95 个，涉及本书 17 个章节；内容修订上涉及 28 个章节，除了《婚姻法司法解释三》涉及的内容一一对照进行了修订、删减和增加外，还结合我们的办案经验及全国律师同行的智慧总结，对婚姻家庭纠纷案件与新《民事诉讼法》密切相关的内容进行了汇编整理。在全部修订涉及的 28 个章节中，我们针对近年来离婚财产分割案件中股权分割越来越突出的现象，结合我们成功处理几十起拟/上市企业大股东离婚及财产分割的经验，新增“公司股权在离婚中的分割与相关争议处理”内容，并将其单独列为一章。另外，随着我国律师总数的逐年增加及专业办理婚姻家庭纠纷类案件律师力量的凸显，婚姻律师的办案能力仍有进一步提升的空间和余地，鉴于此，对于“婚姻律师办理离婚案件能力的提升”我们也专章进行了分析。

本书修订版交稿之时，心中颇怀感激：首先要感谢法律出版社薛晗老师对本书修订工作的大力支持以及对本

“家事法苑”律师团队奉献

书再版书稿提出的宝贵建议，同时感谢广大律师同行鼓励和信任，是你们的需要给了我修订好该书的信心以及做好修订工作所需要的动力。另外，在本书的修订改版过程中，我所律师助理赵世文等协助我作了部分资料及案件收集整理工作，在此一并感谢！

由于水平所限，本书可能存在值得商榷之处，望各位读者多多批评指正！

贾明军

书名：【学术著作】何宝玉：信托法原理与判例——英国法研究三部曲

出版社：中国法制出版社

出版日期：2013年4月

【作者简介】

何宝玉

湖北襄阳人，1988年自中国社会科学院研究生院毕业后，一直在全国人大从事立法及相关工作。

【内容简介】

自本书2001年出版以来，英国信托法又有一些新发展，主要体现在两方面：（1）议会通过了一些涉及信托的法律，例如，《1999年禁止永久所有权和积累法》、《1999年受托人委托代理法》、《2006年慈善法》、《2008年养老金法》、《2011年养老金法》等，这些法律主要是对现行法律的修改完善，这次修订将其中涉及信托的内容分别放入相应的章节加以说明，例如《2006年慈善法》对公共利益的新要求，就加在第六章第二节；《2008年养老金法》和《2011年养老金法》的有关内容，则分别加在第七章的相应地方。（2）作为终审法院的英国议会上议院（以及2009年取代它而成立的英国最高法院）、上诉法院和高等法院的一些重要判例，进一步澄清或修改了相关的法律规则，这些判例也分别补充到相关章节。总起来说，这次修订的内容主要集中在养老金信托、慈善信托、推定信托等正处于发展过程的领域。

本书第一版的附录译出了英国议会通过的有关信托的三部重要法律《1925年受托人法》、《1958年信托变更法》和《1961年受托人投资法》，十多年来这几部法律基本未做修改，为节省篇幅，这次修订删去这部分内容，确有需要的读者，请查阅本书第一版。拙著《信托法原理研究》（中国政法大学出版社，2005年版）还译出了英国《2000年受托人法》等，有兴趣的读者请参看。

另一方面，由于社会公众对信托了解不多，有关人士对信托理解不深，信托的运用一直是我国制定信托法以来面临的一个难题，信托的商业运用表面繁荣，实有低水平重复与恶性竞争之忧，而民事运用刚在起步。作者本打算深入了解英国信托的运用后另作著述，但尚需时日且有所不便，故借这次修订之机，将目前所了解的信托的某些具体运用简要加以介绍，列为附录。

【目录】

序言

初版前言

第一章 信托概述

第一节 信托的起源

一、衡平法的产生

二、土地用益制度及信托的产生

第二节 信托的定义和特征

一、信托的定义

二、信托与其他概念的区别与联系

第三节 信托的分类与性质

一、信托的分类

二、信托的性质

三、信托的法律冲突与《国际信托公约》

第二章 信托的设立

第一节 委托人的资格与受益人原则

一、委托人的资格

二、受益人原则

三、设立信托的形式要求

点滴所得

第二节三个确定性

- 一、意图的确定性
- 二、标的物的确定性
- 三、受益对象的确定性

第三节无效信托和可撤销信托

- 一、非法信托或无效信托
- 二、可撤销信托

第三节信托的变更

- 一、法院依固有管辖权变更信托
- 二、依制定法变更信托
- 三、《1958年信托变更法》

第三章特殊类型的信托

第一节归复信托

- 一、假定的归复信托
- 二、自动的归复信托

第二节秘密信托

- 一、秘密信托的原则
- 二、秘密信托成立的条件

第三节私人目的信托

- 一、私人目的信托概述
- 二、私人目的信托的类型

第四节保护信托

- 一、保护信托的基础和结构
- 二、设立保护信托的方式

第四章受托人

第一节受托人的指定、辞任和解职

- 一、受托人的资格和数量限制
- 二、受托人的指定
- 三、将信托财产授予受托人
- 四、受托人关系的终止

第二节受托人的受信人责任

- 一、受信人责任概述
- 二、受托人的报酬
- 三、受托人取得的秘密利润
- 四、购买信托财产
- 五、受托人的其他责任

第三节受托人的权力

- 一、委托他人代理的权利
- 二、抚养未成年人的权力
- 三、预付的权力
- 四、补偿费用的权利
- 五、受托人的其他权力
- 六、对受托人权力的控制

第五章信托基金的投资

第一节信托基金投资概述

- 一、投资的基本类型
- 二、投资的一般原则
- 三、非经济考虑因素

第二节明示的投资权

- 一、信托文件规定的投资权

二、依据明示的权力进行投资

第三节《1961年受托人投资法》

一、简述

二、允许的投资项目

第四节受托人的其他投资活动

一、土地投资

二、投资于抵押贷款

三、保留不再被授权的投资

四、变更投资权

第六章慈善信托

第一节慈善信托的定义和特点

一、慈善信托的定义

二、慈善信托与非慈善信托的区别

第二节慈善信托成立的条件

一、信托目的必须是慈善性的

二、公共利益的要求

三、信托必须完全彻底地是慈善性的

第三节慈善信托的形式

一、救济贫困的慈善信托

二、促进教育的慈善信托

三、倡导宗教的慈善信托

四、有益社会的其他目的的信托

五、政治目的与慈善信托

第四节近似原则

一、慈善目的仍然存在

二、慈善目的失败

三、制定法规定与近似原则

第七章养老金信托

第一节养老金信托概述

一、职业养老金计划的两种类型

二、信托法的适用性

三、基本特征：受益人不是无偿受让人

第二节适用养老金信托的特殊规则

一、主管机构

二、受托人

三、养老基金的投资

四、养老金权益的转移

五、养老金计划受益人的权利

六、最低资金要求与养老金保护基金

七、其他重要规定

第三节养老基金盈余的归属

一、养老金计划存续时的盈余

二、养老金计划终止时的盈余

第八章推定信托

第一节推定信托概述

一、推定信托的特点

二、推定信托的性质

第二节产生推定信托的情形

一、受信人取得未获授权的利益

二、信托的陌生人或第三人

三、产生推定信托的其他情形

第三节新型推定信托：正义和良心？

一、新型推定信托简述

二、新型推定信托的具体分析

第九章违反信托的救济

第一节受托人违反信托的责任

一、受托人的个人责任

二、损害赔偿的计算

三、受托人的辩护理由

第二节衡平法追踪：受益人的财产性救济

一、衡平法追踪简述

二、衡平法追踪的条件

三、衡平法追踪的具体办法

第三节其他衡平法救济

一、禁令

二、针对接收者的个人救济

第十章信托的运用

第一节信托的民事运用

一、生前信托

二、遗嘱信托

第二节 信托的商业运用和其他运用

一、信托的商业运用

二、信托的其他运用

特别声明

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

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

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

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：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！

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>

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

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

“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com