

## 家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》于2008年2月15日创办，“家事法苑”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](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com) 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

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

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

**“家事法苑”微信公众号：“家事法苑”，微信号“famlaw”**  
（“家事法苑”团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬）



### 《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》电子版下载启事

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

### 目 录

#### 一、婚姻家庭审判动态

- 海南法院开展试点家事审判方式和工作机制改革-----2016-06-02 南海网(海口) 吴清川  
家事审判:创新司法理念 探索工作机制----2016-06-02 人民法院报 江苏省南京市中级人民法院 周侃 徐聪萍  
最高院民事审判信箱 | 国内结婚定居国外的华侨起诉离婚, 是否必须提供定居国法院以离婚诉讼必须由婚姻缔结地  
法院管辖为由不予受理的证据? -----2016-06-02 最高院民一庭 《民事审判指导与参考》  
最高院民事审判信箱 | 涉外民事关系法律适用法第二十七条规定的理解与适用  
-----2016-06-02 最高院民一庭 《民事审判指导与参考》总第63辑  
三道“方程式”破题家事审判 -----2016-06-03 人民法院报 费文彬 林昱钢  
“清官”难断“家务事”? 百家法院试点家事审判改革今天正式启动-----2016-06-01 中国审判杂志 袁定波  
西湖法院网上法庭启用新装备 昨天一起涉外离婚纠纷庭审只用二十分钟  
-----2016-06-08 都市快报 记者林琳 通讯员西法 徐晨  
北京密云法院建立家事纠纷诉调对接机制-----2016-06-08 民主与法制时报 徐秋颖 相颖  
“以家为本”的专业化审判——广东法院“专业审判+情感修复”家事审判方式和机制调查  
-----2016-6-9 人民法院报 本报记者 张慧鹏 本报通讯员 潘玲娜 贾密  
中国法院启动家事审判改革试点 探索新型家事纠纷解决机制-----2016-06-02 国际在线  
浙江乐清法院推进家事审判改革 为离异者发离婚证明书-----2016-06-08 法制网-法制日报  
《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》将正式实施, 家暴不再是“法外之地” -----2016-06-13 湖南公安

深圳宝安法院：“家事调查员”解决家事审判难题-----2016-06-13 民主与法制时报 赵春艳 吕静  
【罗湖法苑】关于家事审判的若干体会-----2016-06-14 深圳罗湖区法院 钟媛媛  
家事审判改革的广东样本-----2016-6-5 中国审判 袁定波 通讯员 张丽 潘玲娜  
广东法院“以家为本”推进家事审判专业化-----2016-06-08 广东省高级人民法院 玲娜 贾密  
湖南出台家庭暴力告诫制度实施办法-----2016-06-17 人民法院报 曾妍 陈盎然  
为了儿童利益最大化——南京法院少年及家事审判工作纪实-----2016-06-18 人民法院报 赵兴武  
安徽推进家事审判方式和机制改革-----2016/6/19 中国法治客户端  
安徽推进家事审判方式和机制改革-----2016-6-19 人民法院报 李忠好 高民一  
积极发挥基层首创精神 有力推进家事审判改革-----2016-06-20 人民法院报 谢勇  
家事审判重点转型：多讲感情，少谈钱-----2016-06-19 人民法院报 记者林子杉  
最高院专委杜万华：在部分法院家事审判改革工作座谈会上的讲话（节选）-----2016-06-23 法语峰言 杜万华  
最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见-----2016-06-29 多元化纠纷解决机制

## 二、一般审判动态

北京一中院公开开庭审理季承与北京大学返还原物纠纷案-----2016-05-31 北京市第一中院网 曾巧艺 张艳  
专家与法官对话不动产纠纷审判与执行疑难问题-----2016-06-08 法制日报法学院 记者蒋安杰  
北京市法院审判工作所依据的2015年几类参照指标-----2016-06-14 北京审判

## 三、立法动态

【专题】民法典草案一审稿原文-----2016-06-29 中国民商法律网

## 四、媒体典型案例

### （一）解除婚姻关系案例

Q照力证夫妻感情深厚 法院采信判决不准离婚-----2016-06-18 人民法院报 汪次安 凌永芳  
离婚时主张婚姻自主权被侵犯的应承担自行举证责任（行业协会编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）  
-----2016-07-02 指导性案例审判规则

### （二）婚姻无效撤销案例

### （三）子女抚养亲子关系案例

大学生索要抚养费 与父反目对簿公堂 非不能独立生活子女 诉求未获法院支持  
-----2016-06-08 人民法院报 陆晓波 翟珺  
同居三年多新娘不是她 为争抚养权男方抢走女儿-----2016-06-12 上海法制报  
同学聚会续“情缘”非婚生子讨抚养费-----2016-05-30 上海法治报 记者陈颖婷  
代孕引发监护权纠纷案件-----2016-06-28 法匠学堂 法匠课题组

### （四）财产分割案例

土地承包经营权不属于夫妻共同财产范围——连素玲诉张金仁、洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会承包地征收补偿费用分配纠纷案-----2016-06-03 法律家

### （五）损害赔偿案例

男子离婚后发现自己亲生父亲竟然是前妻的现任-----2016-06-20 上海法治报 陈颖婷 陈卫锋

### （六）扶养赡养案例

独居老人讨要探望权 法院调解挽回亲情-----2016-06-04 人民法院报 周广伟 陈中霞  
五子争父-----2016-06-21 经济与法

### （七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

### （八）恋爱同居纠纷案例

### （九）其他相关案例

儿童节特辑|未成年人保护案例民事篇-----2016-06-01 法徒 潘华明  
隔代探望权案例之二审文书-----2016-06-01 法徒 本案合议庭  
儿子离婚，爷爷想看孙子怎么办？-----2016-05-31 方圆 检察日报 李立峰  
钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案-----2016-06-19 家事法苑 最高人民法院公报  
为安置父母以婚前个人财产购房虽升值亦不属夫妻共同财产-----2016-06-30 指导性案例审判规则  
受精胚胎原始权利人死亡后其父母享有监管权和处置权-----2016-07-01 指导性案例审判规则

### （十）赠与案例

离婚后将房产赠与女儿 事后反悔起诉到法院被驳回-----2016-06-08 大洋网-广州日报

## （十一）夫妻债务案例

债务人配偶拒绝还钱 债权人可诉其承担连带责任——2016-05-27 北京市第一中院 任可娜

男子欠债百万房子被扣 妻子被判连带偿还债务——2016-06-01 上海法治报

## 五、继承

### （一）继承审判动态

子女告母争21亿遗产 齐白石弟子许麟庐遗产案今日重审——2016-06-03 京华时报 记者郑羽佳 赵思衡

许麟庐21亿元遗产案重审——2016-06-03 法制晚报 洪雪 唐李晗

三代女人之间的官司——2016-06-13 经济与法

同居未领证，死后为遗产起纷争——2016-06-07 上海法治报 记者王建慧

### （二）继承立法动态

### （三）继承典型案例

谁偷了我的继承权——2016-06-08 经济与法

互为遗嘱继承人的一方死亡后另一方无权撤销遗嘱已生效部分——2016-06-19 法律家

抚恤金不是遗产？逝者生前立下的遗嘱有效吗？——2016-07-01 山东高法 滨州市中级人民法院

## 六、房产、股权、信托

### （一）房产

离婚时约定房子归儿子 丈夫私自卖了引发官司——2016-06-07 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员罗越

为姨夫代购部队福利房 房价涨外甥不愿过户——2016-06-07 上海法治报 见习记者李欢 通讯员欣慰

消失的房 背后的情——2016-06-15 经济与法

父子为房产反目，对簿公堂——2016-06-27 重庆一中法院 东莞市第一人民法院

借名购买经济适用房协议有效实际出资人可据此取得房屋所有权（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）——2016-06-29 指导性案例审判规则

### （二）股权

投资获利女方称“代人持股”拒分配 法院：收益属夫妻共同财产应合理分配

——2016-07-01 人民法院报 何春晓 杨长平

### （三）信托

财富传承，提存还是信托？——2016-06-15 高杉LEGAL 中国建设银行总行私人银行部 王琪

未婚妈妈怀孕发现男友已结婚——2016-06-09 广西新闻网

## 七、社会新闻

国安锋霸家暴遭妻子起诉 恐波及土耳其战欧洲——2016-06-14 搜狐体育

代孕子：“妈妈”喊你回家吃饭了！——2016-06-20 华政国际私法评论 杜涛

——2016-06-14 搜狐体育

——2016-06-20 华政国际私法评论 杜涛

- 何其生教授主持起草《中国国际民事诉讼原则与规则：外国法院判决的承认与执行（建议稿）》——2016-06-20 法学期刊目录通讯 辑要团队
- 法刊辑要（2016173）：《复旦大学法律评论》（第3辑）法律出版社2016年5月版|目录——2016-06-20 中国国际私法 武汉大学法学院 田萌
- “婚内取得的人寿保险年金应当属于夫妻一方财产”的法律研究——2016-06-21 法学期刊目录通讯 复旦大学法律评论
- 关于民事诉讼证据的解释（征求意见稿）——2016-06-22 家事法苑 网络
- 域外调查取证难在哪儿？海牙公约中方联系人告诉你——2016-06-23 天同诉讼圈 李智颖
- 网络虚拟财产如何继承？——2016-06-25 中国民商法律网 谭畅
- 法刊辑要（2016178）：《比较民法与判例研究》（第二卷）——法律出版社2016年3月第1版|目录
- 欧盟议会通过婚姻财产制和登记伴侣财产关系的国际私法条例——2016-06-26 华政国际私法评论 杜涛
- 隐私的手机和手机的隐私——2016-07-03 民法牛 杨立新

## （二）法官视点

- 父母对成年子女中无民事行为能力者亦享有探望权——2016-06-02 人民法院报 浙江省平阳县法院 陈海琴 郑永建
- 经验之谈|不同类案例分析的撰写技巧——2016-06-04 最高人民法院 蔡小雪
- 不服以虚假身份办理婚姻登记行政案件的裁判方式——2016-06-06 中国案例报告 重庆市荣昌区法院 卞立跃
- 【调研报告】不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题的研究报告（上）——2016-06-07 北京审判 一中民一庭课题组
- 【调研报告】不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题的研究报告（下）——2016-06-12 北京审判 北京一中院民一庭
- 未通知夫妻一方的共同财产能否依法评估、拍卖——2016-06-01 江苏法院网 淮安市清河区法院 孙士国
- 订立公证遗嘱是否意味着在先自书遗嘱自然失效——2016-06-08 中国案例报告 北京市一中院 李军
- 离婚协议约定房屋赠与未成年子女纠纷案件的审理思路——2016-06-08 人民法院报 湖南省邵东县法院 陈贵新
- 聚焦：少年审判改革的方向——2016-06-08 上海法治报 王建平
- “李征琴故意伤害案”获“第三届全国青年法官优秀案例评选”特等奖——2016-06-14 南京市中院 徐聪萍
- 反家暴 专门法庭都做了什么——2016-06-19 人民法院报 王道强
- 公产房“承租权”能否继承？——2016-06-19 天津市高级人民法院 李超
- 夫妻共同债务的认定规则——2016-06-22 民商事实务 济南中院 邢景明 李富建
- 法官如何在判词中援引《圣经》——2016-06-23 法影斑斓 何帆
- 敢引用圣经的中国离婚判决书，要围观吗？——2016-06-22 离婚大师 中国裁判文书网
- 夫妻分居两年，法院为何不判离？——2016-06-23 南京市玄武区人民法院 陈文军
- 那些离婚案件庭外的孩子们——2016-06-23 南京市中级人民法院 王冬青
- 离婚后，前妻以前夫在婚姻关系存续期间与他人生子为由起诉获赔——2016-06-23 沈阳市康平县人民法院 郭小仙
- 婚姻家庭案件新闻发布会——2016-06-23 浦口法院 汪会中
- 继承及婚姻家庭纠纷案件审判观点汇编——2016-06-23 上海审判研究 高民一
- 家事法官的情感修复术——2016-06-26 人民法院报 湖南省津市市人民法院 高岚
- 有些当事人就是激情离婚 要引导当事人正确对待矛盾——2016-06-29 法官那些事 陕西富平法院 田水芸
- 关于2012~2014年离婚案件相关情况的调查分析报告——《民事审判指导与参考》2015年第4辑（总第64辑）

## （三）检察官视点

## （四）律师视点

- 虚拟财产的离婚分割和继承判例7则——2016-06-02 佳和家事 上海市华诚律所 桂芳芳
- 婚后取得股权仍为个人财产？——被误读的最高人民法院“48号案件”——2016-06-04 家族律评 贾明军 公维亮
- 有限公司股权婚后取得也是个人财产——2016-06-04 金融法视界 齐精智律师
- 浅析借贷纠纷中夫妻共同债务的认定与举证责任分配——2016-06-09 鑫士铭沙龙 山东鑫士铭律所 孙娟
- 公证机构能为境外居民办理遗嘱公证吗？——2016-06-10 高杉 LEGAL 广东海埠律师事务所 黄善端
- 上海部分上市公司婚姻/继承影响与分析（上篇）——2016-06-21 家族律评 贾明军团队
- 上海部分上市公司婚姻/继承影响与分析（下篇）——2016-06-21 家族律评 贾明军团队
- 法官不是无情物，判决亦有真性情——盘点离婚纠纷的十大“有情判决”——2016-06-26 天同律师事务所 欧阳春
- 五个案例三点感受·关于婚姻抚养费案件代理——016-07-02 审判研究 福建创元律师事务所 蔡思斌

## （五）文件选读

- 国土资源部关于印发《不动产登记操作规范（试行）》的通知——2016-05-30 地籍管理司

想说“离婚”不容易——旅居国外的中国公民如何办理离婚——2016-05-13 中国领事服务网  
最高院民一庭第二合议庭：关于2012—2014年离婚案件相关情况的调查分析报告——2016-06-16 法语峰言  
法院如何认定同居期间共同财产的分割——2016-06-20 法信  
对离婚财产分割案件中有关法官行为规范的建议问题的答复——2016-06-26 民事审判参考 最高院院长信箱  
办理遗嘱公证中如何把握老年配偶的“特留份”？——2016-06-15 拉丁鹰公证咨询组 公证文选  
最高人民法院于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见——2016-06-29 多元化纠纷解决机制 最高院  
适用善意取得制度最值得参考的15条典型案例要旨——2016-06-30 ilawyer 徐忠兴

## （六）媒体视点

女检察官余红：我所经历的南京“饿死女童”案——2016-06-01 融媒体中心 法制日报记者 马超整理  
救救孩子：《收养法》亟待废除——2016-06-04 凤凰财知道 文/David Wu  
法官能断家务事——2016-05-25 中山市第一人民法院《南方》 记者林若川  
父弑母入狱 4岁男童由谁监护——2016-06-08 上海法治报 通讯员朱春叶 冯潇剑  
全国首例非法代孕引发的抚养纠纷案今天宣判：“代孕双胞胎”归谁了？——2016-06-17 上海法治报 金豪  
代孕龙凤胎丧父，祖父母与抚养母亲争夺监护抚养权二审被驳回——2016-06-17 澎湃新闻 陈伊萍 敖颖婕 刘皓  
全国首例非法代孕引发的抚养纠纷案今宣判，你怎么看？——2016-06-18 上海法治声音 严宇静  
男子“借腹”产子后离世 代孕龙凤胎，监护权属于谁？——2016-06-18 人民法院报 敖颖婕等  
让代孕龙凤胎母亲获得监护权的代理词长啥样？专家这样解析国内首例代孕监护权案——2016-06-20 律新社 任跃  
父弑母入狱 4岁男童由谁监护——2016-06-08 上海法治报 朱春叶 冯潇剑  
儿子死亡获赔90万 离异夫妻为分赔偿金对簿公堂——2016-06-20 台海网  
转移财产后诉请离婚 泉州男子提交虚假证据被罚——2016-06-15 南安商报  
收养登记办法修订征求意见 拟取消抚养能力证明——2016-6-29 法制日报—法制网 记者张维  
反家庭暴力法追踪：保护令能否挡住家暴？——2016-06-29 法律图书馆

## （七）公证专题

养老保险个人账户余额归属问题探讨——2016-06-05 山东公证网 邱鸿雁  
家事审判改革，公证不能缺位——2016-05-14 公证人 袁国新  
公证对未成年人的特别保护 | 遗嘱公证中有关未成年人权益的审查——2016-06-20 公证人视点 甬跃

## 十、新书资讯

《国际诱拐儿童民事方面的公约》实施中的重要问题研究——2016年4月1日第1版 中国政法大学出版社 吕亚芳著  
《上市公司股权分割与传承》——2016-06-26 法律出版社 2016年5月1日第1版 贾明军 吴卫义主编  
《上市公司股权分割与传承》的诞生与感悟——2016-06-25 北京市中伦（上海）律师事务所 贾明军

## 十一、家事法苑沙龙

家事诉讼程序立法展望 | 第三届中国婚姻家事法实务论坛之家事法实务沙龙实录——2016-06-06 家事法苑团队整理

### 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：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众号订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

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：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>  
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>  
简报订阅、意见反馈邮箱: [xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)

## 正文

### 一、婚姻家庭审判动态

#### 海南法院开展试点家事审判方式和工作机制改革

2016-06-02 南海网(海口) 吴清川

(南海网记者 高鹏 通讯员 吴清川)5月30日,海南省高级人民法院召开家事审判方式和工作机制改革试点研讨会。南海网记者了解到,海南法院家事审判方式和工作机制改革试点法院包括最高法院确定的三亚城郊法院、儋州市法院、琼山区法院、文昌市法院等4家试点法院,以及海南高院结合本省实际情况增加的省一中院和陵水县法院2家试点法院,共6家试点法院。该项改革试点工作自2016年6月1日起正式开展,为期二年。

海南高院分管民事审判工作的副院长张家慧传达了最高法院常务副院长沈德咏在日前召开的全国法院家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议上的讲话精神,并对海南法院相关工作进行研究部署。

张家慧指出,家庭是社会的细胞。家庭的和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的重要基石。开展家事审判方式和工作机制改革,是家事案件自身特点的内在要求,是人民法院参与社会治理创新的切入点,是司法体制改革的重要内容,是改革要求的具体化。家事案件不同于一般的民事案件,除涉及身份关系及其所衍生的财产关系,还具有社会性、伦理性、情感性等,不能简单地用民事诉讼程序来解决,否则容易造成点面不能兼顾的局面。

张家慧从审判机构专门化、审判团队专门化、审判程序专门化、审判场所专门化、社会相关辅助资源专门化等五个方面为试点法院提供了指导意见和思路。张家慧要求,各个试点法院要站在司法体制改革全局的高度,加强组织领导,转换审判理念,切实将家事审判和一般民事纠纷区别开来,严格按照最高法院、海南高院的要求,统筹兼顾,抓紧部署落实。

张家慧指出,解决家事纠纷,不只是法院一家的事情,还需要社会各界的支持和配合。要用司法力量、行政力量和一切可以动员的社会力量,共同化解家事纠纷,修复家庭关系。因此,不论是家事改革试点工作,还是日程审判工作,都离不开相关单位、专家学者的支持和配合。各试点单位也要将与会单位领导和专家学者的宝贵意见建议充分吸纳到试点方案中。要坚持依法有序、先行先试,边试边改、边试边总结,创新方法,形成经验,推动全省法院家事审判方式和工作机制的改革取得成效。

会议邀请了省委政法委、省司法厅、省民政厅、省妇联、海南大学、海南师范大学等单位相关领导和专家学者,以及改革试点相关法院的院领导和有关负责人参加会议,与会人员对试点法院的试点方案进行了深入研讨。

#### 家事审判:创新司法理念 探索工作机制

2016-06-02 人民法院报 江苏省南京市中级人民法院 周侃 徐聪萍

2015年,全国法院第八次民事商事审判工作会议明确提出,要切实推进家事审判方式改革,积极开展设立专门家事审判庭试点工作。江苏省南京市两级法院于2013年7月开始设立未成年人及家事案件审判庭,在总结少年家事审判经验的基础上,准确把握家事审判公益性、人伦性、关联性、修复性、前瞻性的特点,在现行民事诉讼法的框架内,注重区分家事审判与普通民商事审判的差别,创新家事审判司法理念,探索符合家事审判规律的工作机制,切实保障未成年人、妇女、老年人等弱势群体合法权益,促进婚姻家庭关系的稳定,实现家庭和睦、社会和谐的目标。

##### 一、创新家事审判司法理念

家事纠纷不仅涉及当事人之私益,还涉及家庭人伦和谐、未成年人保护、公序良俗的维护等公益,因此,在家事审判上,不能过分强调当事人处分主义和辩论原则,而更应当强化法官的职权探知。其理由主要有以下几个方面:一是民商事审判采当事人主义审判模式的基本前提是当事人的诉讼能力和地位大体相当,双方可以平等地进行对抗。但家事纠纷当事人之间的实际地位与诉讼能力往往存在客观的不平等,妇女、未成年子女及老年人难以平等地与对方进行抗辩。二是与民商事审判主要解决以往的矛盾不同,家事案件除了要处理已有纠纷外,还要面向未来。夫妻即使离婚之后,将来仍有许多事务如子女抚养等需要协作,因此,家事审判不能只满足于现有纠纷的解决,还应着眼于将来当事人之间的协作。三是家事纠纷中诉讼标的具有鲜明的公益性,当事人并不享有完全的处分权。如婚姻无效案件中婚姻的效力问题、离婚案件当事人对未成年子女抚养问题等就不能听任当事人自由处分,而民商事纠纷通常只涉及当事人之间的私益,由当事人通过意思自治自行处分并无不可。四是家事纠纷往往涉及传统道德、社会伦理,与社会的安定和谐、文化伦理的传承相关,既有法律规则秩序的维护问题,也要尊重中华民族伦理道德规范。家事案件处理适当与否,不仅仅涉及个人,还涉及更多领域。

正是由于家事纠纷当事人之间存在血缘、情感、伦理的联系,其中的权利和义务相对复杂,除了当事人的财

产利益外，还涉及人格利益、身份利益、安全利益、情感利益，甚至涉及到当事人以外亲属间的情感慰藉、对未成年人权益保护的社会责任等等，因此，要着眼于家事审判不同于民商事审判工作的特点，创新家事审判司法理念。

1.坚持保护弱者理念。家事纠纷中，未成年人、妇女、老年人属于弱势群体，家事审判更应关注对弱者的保护，既要体现法律的一般公正，又要兼顾对弱势群体的个案公正。遵循未成年人利益最大化原则，特殊、优先、全面保护未成年人权益，关注未成年人作为独立个体的利益需求。注重男女平等，依法保障妇女在家事纠纷特别是离婚、继承案件中合法的财产权益。关注老年人的现实处境，依法保障老年人合法权益，实现老有所养、老有所依。

2.坚持柔性司法理念。家事审判应当以消除对立、修复关系、实现家庭和睦为导向，构建柔性诉讼环境，以减少当事人之间的对抗性，缓和对立情绪，修复亲情关系。通过调解、和解等多种方式化解矛盾纠纷，在客观事实与修复亲情关系之间寻找契合点，重建和谐家庭关系。发挥情感治愈功能，除身份确认、财产分割等传统审判职能外，应关注当事人的情感需求，引入心理干预机制，化解当事人心结，引导当事人平和、理性地参与诉讼。体现司法人文关怀，对生活确有困难的当事人，实行诉讼期间应急司法救助；设立家事案件中家庭暴力受害者的应急庇护所，保障其权益不受侵犯。

3.坚持积极司法理念。构建以法官为主导的职权探知诉讼模式，实现必要的国家干预。对案件事实的探查不局限于当事人的申请，对有利于保护弱势群体利益和维护社会公共利益的事项，法官可依职权调查、取证。加大法官对举证规则的释明力度，分配举证责任时向弱势群体倾斜。对涉及妇女、儿童和老人合法权益的事项，法官可适度限制当事人处分权的行使。法官自由裁量权的行使，要在家事法律相关规定的框架内参照当事人的身份地位、生活现状、受教育程度及当事人意愿等具体个案因素，全面考量案件涉及的事实、对未来的预判以及善良风俗等，作出最适当的裁判。

4.坚持全面保护司法理念。家事纠纷既包含财产关系也包含身份关系，既涉及过去事实也涉及未来事实，既涉及案件当事人也涉及其他利害关系人，为彻底化解矛盾，应当实行家事案件归并审理，对同一案由中的多个诉请应一并审理，减少当事人讼累，避免人为割裂家事纠纷诉请，人为拆分案件的情况；对关联家事案件应指定由同一承办人审理，便于了解案情，彻底化解纠纷。

## 二、探索符合家事案件特点的审判工作机制

为适应家事案件的特殊性，准确把握家事审判规律，南京两级法院在近年来的实践中逐步探索建立了符合家事案件特点的审判工作机制。

1.建立专业化审判制度。经过充分论证分析，在全市两级法院都设立了未成年人及家事案件审判庭。只有建立专门的机构，培养专门的家事法官，才能逐步探索培育不同于其他民商事案件的审判理念、机制、程序和方法。

2.和谐协作的程序制度。与公安、妇联合作，构建防止家庭暴力工作制度；委托街道、团委、妇联及其他有关机构对家事纠纷进行调查、调解，促成家事调解员、社工队伍的建立与完善；与民政、妇联、社会保障等部门形成对接，为需要长期救助的当事人提供获取救助的便利；与社会服务机构建立合作关系，鼓励法院外的专业机构和人员参与家事纠纷处理，和谐协作、社会联动，形成综合协调解决家事纠纷的合力。

3.不公开审理制度。家事案件既涉及个人隐私，又以修复情感关系为导向，因此，家事审判应以不公开审理为原则，以公开审理为例外。如需公开审理，由当事人提出申请，并经法院审查，确认公开审理不致泄露当事人隐私及损害公共利益，方可准许。且应当从严把握，将公开审理的范围限于当事人的亲属、朋友，保护家庭隐私，弥补双方亲情，修复家庭关系。

4.当事人亲自到庭制度。家事案件涉及亲情、血缘等身份关系，具有高度的敏感性、复杂性和不可替代性，实行当事人亲自到庭制度，有助于法官厘清当事人之间情感纠葛，找准焦点，化解纠纷，修复关系。家事案件当事人有诉讼代理人的，本人除不能表达意思的以外，仍应到庭陈述案情、表达诉求；确因特殊情况无法出庭的，法官须在庭前或庭后当面征询当事人本人意见。

5.财产申报制度。建立财产申报制度，引导当事人如实申报家庭财产，防止虚假诉讼，减少关联诉讼。由当事人在起诉时填写《家事案件财产申报表》，全面准确地申报夫妻婚姻关系存续期形成的财产状况，固定庭审争议的财产范围，明确未如实申报财产的一方当事人在财产分割中承担不利后果，有效防范转移共同财产、逃避债务承担以及虚构债权债务损害妇女儿童权益等虚假诉讼行为。

6.家事调查官制度。在家事法庭为法官配备家事调查官作为审判辅助人员，协助调查家事纠纷，调节家事关系，通过向案件当事人家庭、所在单位、社区的调查、走访，听取意见，为案件处理提供依据。对涉及判决不准予离婚、子女抚养及探视、老人赡养等案件实行回访制度，了解当事人目前生活状况，检验司法审判的社会效果。

7.未成年人利益代表制度。坚持未成年人利益最大化原则，实行诉讼监护人制度。在子女为案件当事人，但其法定代理人无法出庭或因利益相反不宜出庭的情况下，通过诉讼监护人代理子女出庭参与诉讼，表达子女的独立意志，保障子女权益的实现；实行观护制度，在不以未成年子女为当事人的案件中，因涉及到子女的切身利益，需要其参加庭审或参与调解的，由志愿者、社工陪同子女出席，安抚子女的情绪，化解子女的恐惧，为子女提供及时的关怀，保证子女不受他人干扰地表达自己的独立意志，维护自己合法权益。

8.心理疏导制度。在家事案件审理中引入心理疏导制度，缓解案件当事人负面情绪，化解矛盾纠纷，修复家庭关系，引导当事人树立正确的价值观，回归理性诉讼。实行家事法官说服劝解与专业心理矫治专家开展心理干预相结合的模式，由家事法官学习、运用基本心理学知识对当事人心理及情绪状态进行预判，对当事人进行说服、劝解，有针对性地开展矛盾化解工作；对需要进行心理矫治的当事人，由心理学专家开展心理矫治评估、预案、启动、疏导、反馈等流程，化解当事人心结。

9.调解优先制度。为钝化当事人矛盾，修复家庭关系，实行调解优先制度，依法加大调解力度，将调解贯穿于案件审理的每一个阶段。实行调解程序前置，引入多元纠纷解决机制，对有可能调解的家事案件，在登记立案前引导当事人选择诉外调解，或者由法院委派有关调解组织进行调解；登记立案后，可以由法官进行调解，也可以委托有关社会组织或者个人进行调解，促进当事人恢复情感，消除对立。

10.法庭教育制度。实行法庭教育制度，对于当事人的行为不仅进行法律上的评价，也给予道德上的评判，实现家事审判践行社会主义核心价值观、弘扬中华民族传统美德的重要职能。法庭教育可根据案件审理情况在庭审小结、调解、宣判等多个环节开展，对于当事人违背基本社会道德的行为进行批评教育，倡导正确的婚姻家庭观，推进社会文明建设。

### 最高院民事审判信箱 | 国内结婚定居国外的华侨起诉离婚，是否必须提供定居国法院以离婚诉讼必须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理的证据？

2016-06-02 最高院民一庭 《民事审判指导与参考》

来源 最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第63辑民事审判信箱，人民法院出版社，2016年4月第1版。第236页。作者：《民事审判指导与参考》研究组本文系扫描件，如欲查找、引用，请务必核对原文。

在国内结婚并定居国外的华侨夫妻起诉离婚，是否必须提供其定居国法院以离婚诉讼必须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理的证据，人民法院才予以受理

答：这一理解是错误的。根据国际司法的长臂管辖原则，绝大多数国家都是在努力扩大自己的司法管辖范围，而不是寻找理由拒绝管辖。从当事人的角度看，双方当事人均为中国公民，依中国法律在中国缔结婚姻关系。现在原告向中国法院提起离婚诉讼，被告对此不提出异议，说明双方当事人均接受中国法院的管辖。而且，从方便本国公民诉讼的角度考虑，人民法院不应当拒绝受理案件，也不应当将当事人提供定居国法院不受理其离婚案件的证据作为人民法院受理此类案件的前提条件。（本书研究组）

### 最高院民事审判信箱 | 涉外民事关系法律适用法第二十七条规定的理解与适用

2016-06-02 最高院民一庭 《民事审判指导与参考》总第63辑

来源：最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第63辑民事审判信箱，人民法院出版社，2016年4月第1版。第236-237页。作者：《民事审判指导与参考》研究组本文系扫描件，如欲查找、引用，请务必核对原文。涉外民事关系法律适用法第二十七条规定的理解与适用

问：在涉外离婚诉讼中，涉及分割夫妻共同财产时按照涉外民事关系法律适用法第二十四条规定是否可以选择适用外国法律，还是需要适用法院地法律？

答：涉外民事关系法律适用法第二十七条规定，诉讼离婚，适用法院地法律。根据该条规定的立法精神，主要是指判决离婚的应适用法院地法。也就是说，如果涉外离婚诉讼由中国法院审理，则是否离婚需要根据我国婚姻法的规定加以判断，即需要根据该法第三十二条规定判断夫妻感情是否确已破裂。

至于涉及夫妻共同财产分割问题，可以允许当事人根据该法第二十四条关于“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律”的规定，选择适用法律。

另外需要说明的是，对于涉及夫妻人身关系及父母子女之间人身、财产关系的，则应根据涉外民事关系法律适用法第二十三条、第二十五条的规定处理。（本书研究组）

### 三道“方程式”破题家事审判

2016-06-03 人民法院报 费文彬 林昱钢

广西南宁市良庆区法院探索家事审判工作机制调查

“家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校，不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设。”习近平总书记在2015年春节团拜会上阐述了家事的重要意义。广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院于2014年12月正式成立家事法庭，并于2015年9月被确定为广西家事审判改革试点单位。成为试点法院后，良庆区法院主动转变审判理念，通过引入法律、心理双干预机制，延伸司法服务阵地，建立多方联动平台，妥善化解了大量家事纠纷，有力维护了社会和谐稳定。

转变司法理念——

打造“专业式”家事审判

温暖的灯光，柔软的地毯，舒适的沙发，无声无息中散发着“家”的味道；《朱子家训》《幼学琼林》摆放在书架上；墙壁上挂着的字画，将“父子而而家不败，兄弟而而家不分，夫妇而而家道兴”的家庭哲学娓娓道来……置身于良庆区法院的家事审判中心，家和万事兴的感觉扑面而来。

“就良庆区来说，目前正处于经济发展的开发阶段，征地拆迁补偿给居民带来‘一夜暴富’，出轨、赌博、分家析产等原因引起的家事纠纷呈井喷式爆发。”良庆区法院副院长于健介绍。

2014年12月，良庆区法院率先设立家事法庭，抽调6名法学功底深厚、调解能力娴熟和生活经验丰富的法官处理家事纠纷。同时，与广西婚姻家庭研究会、广西律师协会等寻求合作，引入18名心理咨询师、婚姻家庭咨询师提供心理辅导服务，聘任62名人民调解员协助开展调解工作，设立广西首个“青年律师志愿岗”为家事纠纷当事人进行法律咨询。

家庭纠纷产生的负面影响，不仅破坏家庭和谐关系，还祸及孩子健康成长，尤其是焦虑、抑郁、反叛等引发的心理问题，极易诱发犯罪。为此，良庆区法院将家事审判融入少年审判中，通过心理咨询师开展心理疏导，引导父母正确处理家庭关系，满足未成年罪犯渴求家庭温暖的心理需求，进而起到教育感化的作用。

“你们爱怎么判就怎么判吧！我没这个儿子！”得知小星（化名）因涉嫌盗窃罪被起诉，父亲黄某断然拒绝出庭参加庭审，这是今年5月良庆区法院审理一起盗窃案时遇到的情形。

16岁的小星从小生活在父母离异、父亲再婚的家庭环境，由于屡遭家庭变故，小星产生了离家出走的念头，并在社会中沾染了不良习气，先后两次因涉嫌盗窃罪被公安机关抓获。小星父亲觉得无法将小星教育好，就打算彻底放弃管教。了解该案情况后，主办法官谢志强决定邀请心理咨询师作为合适成年人到庭参加诉讼，在代替其父母的角色对庭审进行监督的同时，又可以对小星进行心理辅导。

经过与小星沟通，谢志强和心理咨询师一致认为，该案比较特殊，可以尝试通过心理辅导进行挽救。因此，谢志强再次与小星的父亲黄某沟通，劝其共同参加心理辅导。考虑到小星的亲生母亲无法取得联系，但继母阿燕（化名）对小星关爱有加，谢志强建议黄某与阿燕一起见见小星。

5月11日，谢志强邀请到2名心理咨询师分别对小星的父亲、继母以及小星做了一个小时的心理辅导，使小星最终打开了心扉，小星父子二人抱头痛哭，小星表示一定要痛改前非，不再让父亲操心。

6月6日是小星刑满释放的日子，谢志强提前联系到黄某，希望他到时能到监狱接小星。黄某感慨地说：“我很感谢你们的帮助，不但彻底改变了孩子的想法，也能让他重新回到社会，到时我和他继母肯定都会去接他，家里又可以团团圆圆了。”

“家事案件从属于民事案件，又因为牵涉到亲情，有别于其他民事案件，因此不能单纯依靠法律法规，或者单纯依靠人情世故进行处理，需要结合两者进行考量。”谈及司法理念上的转变，良庆区法院院长韦良体会颇深。“这些案件目前主要以简易程序为主，因为审限较短，我们还要考虑到当事人需要时间进行心理评估和情感危机干预，所以在审限设置上作了适当放宽。”

2014年7月17日，良庆区施某为了与覃某和好，让覃某安心在家生活、抚养孩子，同意了覃某在房产证加名的要求。但不久覃某再次离家出走，拒绝履行家庭义务，施某只能起诉离婚，覃某则以夫妻共同财产为由提出分割房产。案件受理后，法官并没有生硬套用婚姻法中关于夫妻共同财产分割的规定，而是最终认定施某将该房产登记为双方共有的行为是附条件的赠与，不支持覃某的请求。

“由于受限于传统的民事审判思维，这个案件在上诉阶段，仍然夹杂着不同的声音，但二审法院领导在参加全国家事审判会议后，认定我们的判决符合家事审判理念，维持了原判。”于健说。此案判决后，南宁市中级人民法院将良庆区法院推荐为广西家事审判改革试点单位。

实行家事审判专业化，良庆区法院很快尝到了甜头。2015年至今年5月9日，该院共受理家事案件685件，审结611件，以调撤方式结案474件，调撤率达77.58%。

延伸司法服务——

打造“前沿式”家事审判

“这日子过不下去了！”5月11日，一对40多岁的夫妻走进了良庆区民政局婚姻登记处。看到夫妻俩情绪非常激动，加上涉及财产分割问题，像往常一样，良庆区婚姻登记处中心主任袁凤英引导他们来到隔壁不远的家事巡回法庭和“惜缘工作室”。

“不管夫妻俩怎么大吵大闹，或是在离婚中碰到了什么法律问题，他们总能找到解决的办法，大家也愿意听他们的。”袁凤英笑着说。一年多来，家事巡回法庭和“惜缘工作室”共调解离婚338件，劝和冲动离婚夫妻68对，无一件纠纷进入诉讼程序或强制执行程序。

2015年3月，良庆区法院在良庆区民政局婚姻登记处挂牌成立家事巡回法庭，并联合市妇联设立广西首个针对离婚当事人开展心理辅导的“惜缘工作室”，引入心理咨询师、婚姻家庭咨询师等社会资源，形成了集法律咨询和心理辅导于一体的家事纠纷化解平台。

“很多夫妻在民政部门办理协议离婚后，又因为财产纠纷和子女抚养问题起诉到法院，在相互仇恨、敌视

的情况下，处理起来很棘手。我们把司法服务端口前移到民政部门，就可以通过诉前调解，在矛盾激化前一揽子解决这些问题。”巡回法庭法官黄艳芳表示。

家事巡回法庭和“惜缘工作室”联合办公，还形成了互补关系。

研究表明，婚姻出现问题时可分为“危机婚姻”和“死亡婚姻”两种状态，“危机婚姻”可以再修复，“死亡婚姻”则难以挽回。在很多婚姻纠纷中，当事人的婚姻并没有“死亡”，还可以采取心理疏导的方式进行“冷静期”处理，如果单纯用法律手段解决问题，过多的将矛盾引向共同财产的分割和子女抚养权的争夺，只会加快婚姻崩溃的速度。

“法官比较善于处理‘死亡婚姻’引起的一系列法律问题，而面对‘危机婚姻’，心理咨询师等专业人士更能发挥情感疏导作用，有效填补家事审判在情感问题处理上的不足。”黄艳芳说。

在日常工作中，家事法官向办理离婚的当事人发放《婚姻类案件当事人心理测试问卷》，先行展开心理评估和温情调解。认为当事人需要进行心理辅导的，再将其引导到“惜缘工作室”，借助优质心理专家资源，共同缓解当事人的激烈对抗情绪，引导婚姻双方以互相尊重、爱护、理解的方式经营婚姻家庭，将法律知识、法制教育寓于心理疏导中。

“离婚危机往往是家庭问题积少成多、沟通不畅造成的，我要做的就是恢复他们正常的沟通方式，引导他们用平常心看待问题、用更多时间去磨合。”广西婚姻家庭研究会副会长、国家二级心理咨询师覃文达说。今年5月初，他和17位同事正式入驻“惜缘工作室”，在短短三天里调解和好9对夫妻。

在妇联工作的张桂娟认为“哄”字很重要：“现在女方主动提出离婚的不少，很多情况都是男方不会关心、不会‘哄’老婆造成的，夫妻之间应该学会互爱互助互让互信互谅！”

家事巡回法庭和“惜缘工作室”联合取得的成效有目共睹。今年2月，广西壮族自治区高级人民法院副院长蒋浦认为：“良庆区法院在家事审判工作中，大胆创新，不断增强司法柔性和情感治愈性，促进了家庭稳定与社会和谐。”

发挥司法柔性——

打造“人文式”家事审判

家暴被喻为“亲密的伤害”，是发生在家庭成员之间的，以殴打、捆绑、禁闭、残害或者其他手段对家庭成员身心进行伤害和摧残的行为。由于不懂法律，缺少维权知识，加上“家丑不可外扬”观念的影响，有的受害者长期遭遇家庭暴力却没有意识到权利受到侵犯；有的不敢或者不愿离开家庭；有的在逃离家庭后无处容身。

家暴也是家事审判绕不开的话题。为了给家暴受害者提供及时救助，2015年12月，良庆区法院与南宁市救助管理站、良庆区民政局、良庆区妇联四家单位共同设立良庆区反家暴庇护中心。

庇护中心实行无地域、无性别、无年龄限制的“三无”机制，开设24小时的救助服务热线，只要是南宁市的家暴受害者，均可向庇护中心提出庇护申请，由庇护中心提供紧急庇护、心理疏导、法律咨询、诉讼指导等服务。目前，庇护中心设置专用房间和床位，被褥、空调、电视、应急药品及妇女生活用品等一应俱全，完全能满足受害者的短期生活需要。庇护中心还设有心理辅导室，可安排心理咨询师为受害人进行心理疏导。

3年时间，7次殴打，3度住院——家住邕宁区的周女士经常因为生活琐事遭受家暴，今年2月，在电视上看到反家暴庇护中心的介绍后，决定带着5岁的女儿和1岁的儿子来到庇护中心求助，最终在法官的帮助下，重新回归家庭。她也成为广西法院建设反家暴庇护中心以来实行救助的第一人。

“反家暴庇护中心建立后，给家暴受害者提供了一个保护机构，更重要的是，让受害者有了向法律求助的勇气，为人身安全保护令的下达、实施创造了有利条件。”广西高院审判委员会专职委员何艳斌这样评价。

南宁市救助管理站站站长林源林认为：“过去，救助站最头痛的就是受救助者的回归问题，因为我们没有约束力，他们回去后依然会面临相同的境遇，法官进驻救助站后，可以通过跟踪回访和法律教育，让施暴者停止家暴行为。”

据统计，反家暴庇护中心从2015年12月成立以来，已受理6起家暴求助案件，均得到妥善解决，为受救助者创造了一个安全、舒适、温馨的临时“港湾”。

除了反家暴庇护中心，在救助站还建立了未成年人探视中心，保障离异家庭的孩子能够得到父母双方的关爱，解决一方阻挠另一方行使探视权的问题。

探视中心针对不同年龄段的孩子设有游戏室、手工室，可供探视人陪伴孩子玩耍，了解孩子情况，增加双方感情。此外，家事法官还向不直接抚养未成年人的一方发放《探视未成年子女权利义务告知书》《探视未成年子女申请书》，督促、帮助离异家庭父母履行探视权和探视协助义务，设立未成年人探视档案，了解探视权履行与协助履行的情况。

“如果回访发现探视一方超过时间不送归孩子或剥夺对方探视权的，我们会进行劝谏并作出示明告知，事后对方如果提出抚养变更的，法院会根据示明告知的情况作出不利于另一方的判决。”良庆区法院民一庭庭长李愿说。

2015年以来，良庆区法院共处理涉及探视权的家事案件76件，涉及被抚养人96人，目前回访61件79人，2件案件在家事法官的协调下实现正常探视。

## “清官”难断“家务事”？百家法院试点家事审判改革今天正式启动

2016-06-01 中国审判杂志 袁定波

清代吴趸人《二十年目睹之怪现状》第 87 回写道：“大凡一家人家，过日子，总得要和和气气。从来说：‘家和万事兴’”。自古以来，婚姻家庭关系作为基础社会关系的重要性从未改变过，家事纠纷的解决，不仅关乎个人及家庭幸福，同时也关系到社会和谐稳定与文明进步。

2016 年 6 月 1 日起，全国 100 个左右基层人民法院和中级人民法院将开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作，探索家事纠纷专业化、社会化、人性化解决之路，也为推动全国法院家事审判方式和工作机制改革先行先试。

近年来，随着我国经济社会发展进入新常态，婚姻家庭关系中的新情况新问题不断显现，家事案件数量不断增长，类型日益多样，处理难度不断增大。据统计，近 3 年来，全国法院每年审结的一审婚姻家庭继承纠纷案件均在 150 万件以上，且呈逐年增长趋势，2015 年已超过 170 多万件，约占全国民事案件的三分之一。

“随着改革开放的不断推进，我国在家事审判方面出现了不适应。”

最高人民法院审判委员会专职委员杜万华在接受媒体采访时表示，这主要表现在两个方面：

- 1 一是在社会建设方面对于婚姻家庭的稳定强调不够，往往把婚姻家庭领域的建设看作私人领域，重视不够；
- 2 二是法院审判工作没有把家事案件与财产类案件区分开来，往往用财产类案件审判模式审理家事案件，案件一来，法官先问是否愿意离婚，一说愿意离，审判方向马上转变为财产分割和子女抚养，至于当事人感情的修复问题，法官过问不多。

“这个问题我感触很深。我曾担任最高人民法院民一庭庭长多年，通过家事审判的实践掌握到，由于婚姻出现危机不能得到及时救治，导致婚姻家庭不稳定，未成年人成长环境恶化，逃学厌学甚至违法犯罪不断出现，老年人赡养也出现问题。究其原因，虽与多年来我们社会建设中对婚姻家庭关系稳定的强调不够有关，但与人民法院在家事审判工作中，采用财产类案件的审判模式，重裁判轻婚姻家庭关系的修复也有关系。”

杜万华说

婚姻、继承、抚养等家事纠纷具有高度的人身性、敏感性和复杂性，解决起来往往是剪不断理还乱，正所谓“清官”难断“家务事”。针对家事案件自身特点，早在 2010 年，广东、江苏、山东等地相继就家事审判改革探索试水，并逐步建立起适合家事诉讼特点的特别程序规则。探索财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭、离婚生效证明等新机制。努力推进家事审判综合机制构建，包括多元化纠纷解决机制、专业咨询和辅导机制、反家庭暴力整体防治网络机制等……这些地方法院的有益探索和尝试，为深化家事审判改革奠定了良好的基础。

2016 年 4 月 5 日，

最高人民法院召开专题会议，研究部署家事审判方式和工作机制改革。最高人民法院院长周强强调，要充分发挥家事审判职能作用，维护家庭和谐，保障未成年人、妇女和老年人合法权益，促进社会公平正义，维护社会大局稳定。

2016 年 5 月 11 日，

最高人民法院召开视频会议，部署百余家法院展开家事审判方式和工作机制改革试点工作作出部署。明确家事案件是指确定身份关系的案件及基于身份关系而产生的家庭纠纷，主要为婚姻案件及其附带案件，包括离婚、婚姻无效、婚姻撤销等，附带案件包括监护权、子女抚养费、离婚后财产分割等；抚养、扶养及赡养纠纷案件；亲子关系案件，包括确认亲子关系、否认亲子关系；收养关系纠纷案件；同居关系纠纷案件，包括同居期间的财产分割、非婚生子女抚养等；继承和分家析产纠纷案件等六类案件。

**本轮家事审判改革将走向何处？**

《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》明确了改革目标：即通过家事审判方式和工作机制改革试点，转变家事审判理念，推进家事审判方式和工作机制创新，加强家事审判队伍及硬件设施建设，探索家事诉讼程序制度，开展和推动国内外法院之间家事审判经验交流和合作，探索家事审判专业化发展，维护婚姻家庭关系稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人合法权益，弘扬社会主义核心价值观，促进社会建设健康和谐发展。

基于这样的目标，本轮家事审判改革对于改什么，怎么改进行了顶层制度设计。杜万华介绍说，在家事审判工作机制上，试点法院将探索引入家事调查员、社工陪护及儿童心理专家等多种方式，不断提高家事审判的司法服务和保障水平。家事案件的审理涉及心理学、社会学等多方面专业知识，需要相关专业领域人员的配合与协助。试点法院还将探索相关公益性服务机构及人员配合法院调查审理家事案件，及时为当事人提供心理疏导等相关专业服务。有条件的地方，将探索建设家事调解室、心理评估室、单面镜调查室等设施，为家事审判改革提供强有力的物质装备保障。此外，试点法院还将探索家事纠纷的专业化、社会化和人性化解决方式。推动建立司法力量、行政力量和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制，完善多元化纠纷解决机制，形成有效社会合力，切实妥善化解家事纠纷。

为推动家事审判改革和少年审判改革的发展，考虑到未成年人案件与家事案件同根同源、理念相通，未成年人案件与家事案件在诉因机理、审判理念及裁判方式上的共通性等因素，同时吸收和借鉴少年审判三十多年的探索经验和成果，本轮家事审判改革试点为此设计了两种模式。

#### 模式一

为少年审判与家事审判合并试点。在试点法院或具备条件的基层法院派出法庭设立家事少年审判庭。已设立的未成年人案件综合审判庭，更名为家事少年审判庭，并将家事案件纳入其审理范围；尚未设立未成年人案件综合审判庭的，可在原审理婚姻家庭纠纷案件审判庭的基础上进行更名或者新设家事少年审判庭，负责审理家事案件和未成年人刑事案件、被害人是未成年人的刑事案件以及涉少家事案件。

#### 模式二

为少年审判与家事审判分头试点。维持现有少年法庭格局不变，将少年审判受案范围调整为未成年人刑事案件、被害人是未成年人的刑事案件及当事人为未成年人的校园伤害、交通事故损害赔偿等民事案件。围绕家事审判改革和少年刑事审判改革设置的硬件设施和司法辅助人员尽量共用，以免重复设置造成不必要的浪费。

杜万华说

“下一步，最高人民法院将加强对试点动态的跟踪和指导，研究改革试点过程中出现的问题，完善相关制度设计，不断推动家事审判方式和工作机制改革试点工作。”

### 西湖法院网上法庭启用新装备 昨天一起涉外离婚纠纷庭审只用二十分钟

2016-06-08 都市快报 记者林琳 通讯员西法 徐晨

昨天上午10点，西湖法院网上法庭开庭审理了一起离婚纠纷。

原告周先生，35岁，杭州人；被告李女士，38岁，韩国人。李女士不会说中文，对中国的法律也不熟悉，因此委托律师代为出庭应诉。

据周先生在起诉状中说，他和李女士是2002年在国外留学期间认识的，两人性情相投，不久就确立了恋爱关系，第二年在当地民政局登记结婚。

2008年，两人先后在中国和韩国办了结婚仪式，之后又一起在国外住了几年。

到了2012年，周先生学成回国，在某高校当了老师，李女士也回到韩国，在一所学校教授外文。

周先生说，走到今天这一步，实在是没办法。母亲身体不好，需要人长期陪护照顾，作为儿子，不可能丢下她跑去韩国；而李女士态度也很坚决，不会来中国生活、工作。

周先生说，这几年，夫妻俩基本一年见一次，且都是过年的时候他飞去韩国与妻子相会，住上三五天，再坐飞机回来。

这一点，被告方律师也表示同意：“既然不能在一起生活，分开对双方都好。”

周先生和李女士没有生育孩子，名下也没有共同财产，经过协商，双方达成一致意见：同意离婚。

庭审只持续了二十分钟，由于网上法庭配备语音识别智慧云平台系统，庭审笔录会实时显示在电脑屏幕上，因开庭结束后，双方只需要点击“确认”键，就可完成相应手续。

据法官介绍，语音识别系统会自动分辨当事人及审判长的话语，并实时转化为文字显示在屏幕上，准确率高达90%。事后，书记员只需简单核对、修改，即可制成笔录。

“网上法庭大大提高了审判效率，降低了诉讼的时间、金钱成本，也节约了司法资源。”法官说，语音识别系统目前已经比较成熟，只要保持正常语速，发音基本标准，电脑都可以作出转化，还会根据上下文对个别字词进行纠错。一份笔录里，仅有极少数的同音字可能出现差错。

庭审结束后，律师第一时间将结果告知了远在韩国的李女士。

婚姻不是儿戏，涉外婚姻纠纷该如何处理？要注意哪些细节？

签约律师周晚宁：本案当事人分别来自两个不同国家，又在第三国登记结婚，那么他们在中国法院离婚是否有效？

法律具有地域性，一国的司法机关所作出的裁判文书、调解书等法律文书，仅仅在该国法域内具有法律效力。在其他国家或者地区的法域内，未基于国际公约或者两国之间的国际条约等履行法律文书承认与执行程序，是不受其他国家或地区法律的承认与保护的。所以，本案中中国法院所作出的离婚调解书，具体效力如下：

(1) 对于中国：本案中中国法院已经出具离婚调解书，根据《民事诉讼法》，该调解书自双方签收之日起在中华人民共和国境内即具有法律效力。

(2) 对于婚姻登记地以及另一方国籍国韩国：如前所述，本案中的调解书在未经过婚姻登记所在国或者韩国法院承认与执行之前，是不受当地法律承认与保护的。所以本案的双方当事人在婚姻登记国仍为婚姻关系。而在韩国，基于二人在国外的婚姻关系仍未解除，若韩国也与中国一样存在禁止重婚的法律，对方在韩国再婚也可能构成重婚。

在本案中，因为涉及三个国家，所以若要达成完全“干净”的离婚法律效果，在拿到生效的中国法院调解书后，

须在婚姻登记国及韩国请求其法院承认与执行中国的法律文书。

虽然当事人双方已经在中国离婚，但是如果须在婚姻登记国或韩国再婚，也需要申请该国法院对中国离婚法律文书承认与执行后，才能办理再婚手续。

签约律师周晚宁：

浙江腾智律师事务所涉外律师，在公司纠纷处理、国际贸易、证券基金、婚姻家庭法律服务领域经验丰富，擅长涉外、民商事诉讼。

## 北京密云法院建立家事纠纷诉调对接机制

2016-06-08 民主与法制时报 徐秋颖 相颖

本报讯（记者徐秋颖 通讯员相颖）6月7日上午，北京密云法院召开“家事审判之涉农村妇女维权案件”新闻通报会。会上，巨各庄法庭庭长付铁军与区妇联副主席单桂燕签署了家事纠纷诉调对接共建协议，这标志着“家事纠纷诉调对接机制”正式确立。

据悉，近3年来，该院共受理涉妇女婚姻家庭、继承类纠纷4197件。调解结案1654件、判决结案930件、撤诉结案1581件，调撤率达77%。其中，涉农村妇女的婚姻家庭、继承类纠纷约占70%。

近年来，随着新农村建设及辖区重点工程建设的陆续开展，分家析产、继承等家事矛盾激增。今年3月，为了减轻审判压力，密云法院巨各庄法庭积极与区妇联权益部沟通，试行家事审判诉调对接机制，将持有心理疏导资质的妇联工作人员引入家事案件的调解过程，既减轻了审判压力，分担了法官的调解工作，也促进了家事纠纷的进一步化解。

密云法院党组副书记、副院长李金对该院审理的涉农村妇女维权案件四大类型进行了通报，分别为土地承包经营权问题、婚姻家庭人身保护问题、农村集体经济组织收益分配问题以及离婚妇女住房权问题，分析了此类维权案件在审理过程中所遇到的问题和难点，并介绍了该院在审判实际中，为切实保护妇女权益所作出的有益探索。

发布会上，李金介绍，从3月份开始试行建立的“家事审判”诉调对接共建机制主要包括五个方面：一是建立“婚姻家庭家事调解室”。妇联派专员进驻调解室，联合开展辖区涉家事纠纷的调解工作，在保证妇女权益的前提下，促进纠纷案结事了。二是深化妇女维权合议庭建设。畅通妇女儿童权益保护绿色通道，加强对涉及妇女维权等涉家暴案件的审理及研究。三是发挥女法官巾帼维权队伍作用。通过女法官专业优势，与巾帼志愿者协调联动，把维权服务送到基层妇女身边。四是完善工作会议制度。通过举办研讨会、经验交流会等形式，及时交流妇女维权合议庭、诉调对接工作建设中的问题。每季度召开一次共建例会。五是加强法制宣传合作工作。通过开展“以案讲法”“送法下乡”等活动，联动开展辖区法制宣传教育，提高辖区群众司法意识。

## “以家为本”的专业化审判

——广东法院“专业审判+情感修复”家事审判方式和机制调查

2016-6-9 人民法院报 本报记者 张慧鹏 本报通讯员 潘玲娜 贾密

5月27日，广东省中山市第一人民法院家事审判合议庭法官钟劲松电话回访了一对刚刚度过婚姻危机的夫妇。“这个案件是10天前调解结案的。两口子结婚15年了，他们现在正继续为修复婚姻作积极的努力。”钟劲松向记者介绍基本情况。

“这对夫妻本是大学同学，感情基础较好。庭前调解中，女方谈及婚姻几近晕厥，无法正常表达，声称‘如果离不掉，我宁愿自杀’，在安抚女方情绪之后，我们引导其两周内先后进行了5次心理干预。”据钟劲松介绍，心理干预效果很明显，治疗后当事人能够理智地表达情绪，接受判决后果。第二次调解中，法官在征求心理咨询师和当事人的意见之后，出具了《婚姻评估诊断表》和《婚姻修复计划书》，深入剖析了婚姻危机的存在问题并提出挽救计划。夫妻双方最终选择包容共处，手牵手离开了法院。

“近几年，我们围绕审判程序和方式改革做了很多有益的探索，我所在的家事审判庭目前调解率已经达到80%。”钟劲松说的探索，就是广东法院家事审判试点改革。早在2010年3月，广东法院在全省1个中级法院、6个基层法院首次试点建立家事审判合议庭，中山第一法院是首批试点法院之一。

“香洲法院人身保护令直接推动反家暴立法”“成立专业的家事审判庭”“诉前财产申报制度”……“专业化审判+情感修复”模式，为家事审判改革探索出了成功的经验。

今年6月1日起，全国100个左右的基层法院和中级法院正式开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。“树立家庭本位的裁判理念”“引入家事调查员”“社工陪护”，全国试点改革吸纳了诸多的广东经验。

面临新考验

“有时候，审理家事案件的法官成为了当事人的情绪垃圾桶。”广东省高级人民法院一位法官感叹道，“案件本身是非判断并没有问题，但当事人就是不服气，甚至把矛盾调转向法官……家事案件非一般的法律关系案件，不能一味讲求快审。”

如何平等保护双方当事人的利益，如何才能在敲下法槌的同时，辨法析理保护和挽救濒临破碎家庭？这成为摆在广东法院家事审判领域的一道难题。

自古“清官难断家务事”，不仅如此，他们还面临着“案多人少”的矛盾。

司法统计显示，2013年至2015年广东法院新收一审婚姻家庭纠纷案件分别为60110件、61083件、67204件，家事案件在民事案件中的比重超过一成，且呈上涨趋势，其案情也渐趋复杂。

另外，广东高院民一庭在调研中发现：现行审判程序规则已不适应家事案件，突出表现在其有别于普通财产纠纷的高度人身属性和私密性等特点。一是由于涉及隐私，家事案件查明事实难、举证难；二是情感伤害导致案结事了难，如果法官仅从法律层面作出权利义务关系的判断，很难抚平情感破裂带来的伤害和分歧，裁判虽易、事了不易；三是婚姻纠纷中未成年人、老年人权益保护难，未成年人由于无法表达意愿，如何维护其合法权益向家事法官提出了新的挑战。

“婚姻家庭矛盾处理不当，还有可能引发极端事件或暴力犯罪，严重影响当事人的幸福感和安全感。”多次参与专题调研的广东高院民一庭审判长张丽说：“不能将一般民商事案件的理念和方法简单用于家事纠纷，这需要更多的专业知识和人文关怀，刚性司法不如柔性司法更重情理，裁判效力辅助于情感修复才更显活力。”

#### 树立新理念

《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》有关工作理念的部分提到“树立家庭本位的裁判理念，对家庭财产关系的处理以有利于家庭成员共同生活的团体主义为价值追求。坚持以人为本，发挥家事审判的诊断、修复、治疗作用，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合”。广东法院“以家为本”的改革，其核心在于贯彻家庭本位的裁判理念。

在家事审判证据规则方面，广东法院从财产申报、依职权调查等措施入手，引导规范社会诚信，降低受害人证明标准，全面关注人格、安全利益，对家庭财产关系的处理以有利于家庭成员共同生活的团体主义为价值追求。

据了解，自2010年家事审判方式改革以来，广东在工作方式、制度建设等方面，做了许多有益的探索，如：制定了《广东法院家事审判工作规程（试行）》，明确《家事案件当事人财产申报表》等，在财产申报中还明确了申报的范围与流程，明确了逾期申报、不实申报的法律后果。查实申报不实的，判决其少分或不分财产，有效规范了诉讼诚信行为。

珠海香洲法院民一庭庭长苏倩雯告诉记者，该院曾审理的一起涉家暴离婚案件，女方陈述是被男方持刀砍其右臂一刀，当时只有夫妻二人在场；男方母亲在警察询问及离婚案件中作为证人均作证称，女方是自残，自己持刀削右前臂两刀，并言之凿凿地陈述亲眼看见女方“自残两刀削掉了一块肉”。女方是左撇子，确实也有左手持刀自残右手的可能性。为了查明案件事实，主审法官前往原告接受治疗的医院开展调查，接诊医生根据病历记载确认女方受伤为一刀，只是伤口开裂严重，看起来像是两刀削掉一块肉。接诊医生的专业判断，推翻了男方母亲的证言，该案事实得以查明。

2009年7月，珠海市香洲区人民法院发出第一张“人身安全保护令”，率先建立了事前预防人身保护裁定机制。

广东的司法实践探索为立法提供了有益的参考。民诉法修改中增设了“行为保全”制度，补充了之前只有“财产保全”制度的不足。今年3月1日正式实施的反家庭暴力法对此也有明确规定。

2008年至今年4月，广东法院共发出人身安全保护裁定177份，其中香洲法院自2012年2月继发出全国首份“远离令”之后，已发出各类人身安全保护裁定125份。

此外，广东法院在实践中探索总结出的保护令单独立案，以受害人需求为中心的多种保护事项、受害人信息保密、保护令的快审快结及复议、撤销、延长程序、涉家暴儿童权益保护机制，与妇联、公安的联动机制等，积累了宝贵经验。

#### 探索新机制

“目前，我们在家事案件审判庭前、诉中、诉后融合情感修复。如增设了庭前调解程序。调解成功的，当庭出具调解协议；调解不能当即成功的，增设冷静期，区分婚姻危机和婚姻死亡，尝试婚姻修复计划，之后再安排下一次开庭。很多案件在庭前调解成功，既避免多次开庭浪费诉讼成本，就算调解不成功，也避免了对抗性庭审给当事人造成的二次伤害。”钟劲松介绍。

为顺应需求，司法保障“家安社会安”，广东法院以问题为导向，及时转变家事审判理念，以专业审判为核心，对内完善化解家事纠纷新模式，对外形成齐抓共管新格局，在确认身份和分配财产的同时，以社会和谐、家庭和睦、未成年人利益至上、亲属间情感修复等，开启柔性司法家事案件审理新模式。改革最终目的仍然是为了专业化，让法官回归审判，心理辅导交给专业心理师。努力实现让当事人在每个案件中感受到公平正义。

东莞市第二人民法院、深圳市宝安区人民法院等各地试点法院引入社工等专业机构，有针对性地开展庭前社会心理疏导、诉中心理分析、诉后延伸服务，帮助法官更好的安抚当事人，让法官回归审判，效果良好。

“专业社工因受过专业的工作技巧培训，具有与人沟通交流的丰富经验，比较适宜参与家事案件的调解工作。”一名深圳宝安法院的法官告诉记者，专业社工可以为家事案件当事人提供心理指导、心理矫治等服务，有效缓解因家庭矛盾而积蓄的不良情绪，引导其通过合理、合法的方式正确处理家庭矛盾，做到案结事了。深圳宝安社工组织派专人驻点法院，辅助家事审判工作，及时填写情况反馈表，并在结案后对当事人进行跟踪回访，效果明显。部分

家事案件较为复杂，难以通过庭审查清案件事实，也有借助专业社工，通过实地调查、入户走访等方式全程、全面参与家事案件的调查工作，协助调取证据，有效加快案件审理进度。

与此同时，珠海香洲等地试点法院开设儿童观察暨托管观察室、心理咨询室、单独调解室，通过亲子关系报告制度，客观观察、全面考虑，追求未成年人利益的最大化。

2015年12月，东莞第二法院对一起抚养纠纷作出判决，8岁的小孩由男方抚养。“该案双方均强烈要求抚养婚生儿子，而且都没有特别大的优势，主审法官有些犹豫将小孩判给谁。后法院尝试委托两位心理咨询师对女方、男方以及小孩进行心理评测。评测方式为在自然条件下，有目的、有计划地系统观察评测对象的行为和活动，从中发现个体的心理及行为反应。评测设置为沙盘游戏、结构性访谈、竹竿放下合作游戏和MMPI测量（明达苏达人格测量）。后法官参考心理咨询师的亲子报告制度，从抚养能力、人际关系发展、智力发展、生活照顾、沟通能力、个性发展等方面权衡评测，认为由男方抚养婚生儿子更加有利于小孩健康成长，判决婚生儿子由男方抚养。判决后，双方当事人没有上诉，取得了较好的社会效果。”该院家事审判庭庭长徐珍介绍。

#### 推行新做法

在推动家事审判改革过程中，广东法院探索推进家事审判综合机制构建，包括多元化纠纷解决机制、专业咨询和辅导机制、反家庭暴力整体防治网络机制等。如东莞第二法院与东莞市妇联的白玉兰家庭服务中心建立长期合作关系，形成独具特色的家事审判心理疏导机制；宝安区法院创建了由法院主导，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。中山第一法院、佛山市顺德区人民法院等，分别与当地妇联联合下发非诉调解与诉讼调解对接的规范性文件，进一步促进“服诉息判、案结事了”。

立足于大力推动成立专业化家事审判专门机构，为广东法院以改革推动专业化审判又迈出了坚实的一步。

据了解，自2010年3月，中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等7个法院作为首批试点法院，设立17个家事审判合议庭，2011年7月，广州市白云区人民法院、深圳市龙岗区人民法院等8个法院作为第二批试点法院，增设11个家事审判合议庭。截至目前，广州中院成立了少年家事审判庭，除了黄埔区法院、宝安区法院、罗湖区人民法院、湛江市坡头区人民法院和东莞第二法院成立了家事审判庭，广东省内其他法院也成立了家事审判合议庭或者指派专人审理家事案件，并将具有一定社会阅历、心理学知识和热爱家事审判的法官遴选到家事审判岗位上。

全国妇联和全国维护妇女儿童权益暨平安家庭创建协调组授予广东高院民一庭“全国维护妇女儿童权益先进集体”荣誉称号。广东省政协副主席、原省妇联主席温兰子认为，“家事审判合议庭”是广东加强社会管理的一个重要创新，对维护妇女合法权益，化解家庭矛盾，促进社会和谐稳定，推动幸福广东幸福家庭建设起到积极作用。最高人民法院常务副院长沈德咏在今年5月11日所作的部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议讲话中，也对广东家事审判专业场所建设改革工作予以了肯定与表扬。

广东高院探索家事审判改革正在路上。据了解，近期该院将赴各试点法院对改革情况进行考察、评估，并着手制订《家事审判程序规则（试行）》。

### 中国法院启动家事审判改革试点 探索新型家事纠纷解决机制

2016-06-02 国际在线

原标题：中国法院启动家事审判改革试点 探索新型家事纠纷解决机制

国际在线报道（记者 吴倩）：家和万事兴。今年6月起，中国法院启动家事审判改革，百余家基层法院展开家事审判改革试点。最高人民法院常务副院长沈德咏表示，此举是改善当前家事审判工作现状的迫切需求，也是法院参与社会治理创新的切入点。参与试点的北京东城法院法官及有关学者在接受本台记者采访时均表示，对于这项改革满怀信心。

电视连续剧《小镇大法官》在中央电视台（CCTV1）黄金档播出后，同步在爱奇艺、优酷等各大视频网站播出。戏中，走街串巷调解老百姓家庭纠纷的法官们引发观众热议。据报道，网友为此剧留下了数万条评论。

都说“清官难断家务事”。夫妻矛盾、分家纠纷、养儿最终却不能防老引发的悲剧……，家事案件事关法理，也有剪不断的亲情。最高人民法院日前启动为期两年的试点工作，从全国范围内选定100家中基层法院开展家事审判方式和工作机制的改革，希望藉此探索引入家事调查员、社工陪护及儿童心理专家等方式，推动司法、行政和社会形成合力，构建新型家事纠纷综合协调解决机制。关于这项改革的目标，最高法常务副院长沈德咏表示：“要积极构建司法、行政和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决模式，不断强化与公安、检察和司法行政机关的协调配合，进一步加强与民政、妇联、教育、共青团、社区等有关部门的沟通联系，建立统一的社会工作网络和信息平台。”

厦门大学法学院教授蒋月长期从事家事审判改革的研究工作。她认为，当前进行家事审判改革正当其时，“家事审判改革非常有必要，因为案件量在持续增加，无论是当事人对案件审理人员专业化的要求，还是案件审理的结果和案件本身案情比过去都要复杂得多，利用多元化机制，更多的引入除了法官这样司法资源之外的其他专业资源，多管齐下，共同推进家事案件得到更加公平合理的审理和更加快速的解决，这是我们目前改革的基本路径。”

北京市东城区人民法院是试点法院之一。该院民事审判庭赵庆庭院长表示，对于家事审判改革工作，东城法院已经从“硬件”上做好充分准备：“首先人员上，我们配备最强的审判力量，具有家事审判经验的法官；在物的方面，专门配置家事调解法庭，布置温馨，体现温情。同时我们联系人民陪审员、心理咨询辅导等相关人员，出台了一系列规章制度，对人员要求作出具体规定。比如，怎么选任调解员，怎么选任心理咨询师，他们的工作流程、工作规范。”

据了解，改革试点涉及的家事案件，包括确定身份关系的案件及基于身份关系而产生的家庭纠纷，婚姻案件及其附带案件，抚养、赡养纠纷，亲子关系、收养关系、同居关系案件，继承和分家析产纠纷等。这些案件不同于一般的民事案件，除涉及身份关系及其所衍生的财产关系，还具有社会性、伦理性、情感性等。赵庆庭院长说，“断好家务事”法官还要从审判思路上有转变，“原来主要是直接立案，在法庭上说，法官审理依法作出判决，重诉讼效率，轻矛盾纠纷化解，重视财产分配、身份关系确认，比较轻视家庭关系修补和情感修复。现在我们要多诉前调解，加大法官职权的力度，好多家庭矛盾比较私密，需要我们下社区、下居委会主动去探访，还要加大法官的自由裁量权，对当事人处分权利适当干预。总体思路就是维护家庭和谐，促进社会和谐，家固天下稳。”

厦门大学法学院教授蒋月表示，司法要对社会进步起到引导作用，家事审判改革的根本目的就是要协调家庭间的利益矛盾，力求互谅互让，“目前社会治理新的理念来讲，要从根本上解决问题才能够预防同类问题继续发生。我们要把导致当事人或者亲之间的人际关系冲突和紧张、甚至是伤害的真正的原因找到，利用多元的专业资源去解决，通过说服、劝解及其他一些专业机制引入，让当事人有更多认识，即便最终调解不能达成，但对于判决结果当事人已经有了心理准备。”

## 浙江乐清法院推进家事审判改革 为离异者发离婚证明书

2016-06-08 法制网-法制日报

**原标题：乐清法院推进家事审判改革发离婚证明书离异者可依需申请为失败婚姻“遮丑”**

法制网温州6月7日电 记者 王春 通讯员 纪承伟 日前，浙江省温州市乐清法院虹桥法庭审理一起离婚纠纷，最终判决双方离婚。由于判决书涉及孩子患“唐氏综合症”等情况，张女士怕以后用到判决书，会涉及孩子隐私伤害到孩子。于是她把担忧向法官诉说，虹桥法庭经办法官向她发放了《离婚证明书》。一纸证明隐去了离婚案件背后的林林总总，抹去了判决书支撑的事实和理由，让它单纯成为婚姻状况的证明。

当事人领取离婚判决书后，并不就束之高阁，而是经常在一些场合要用到离婚判决书，比如办理再婚手续，出国签证、房屋过户等等日常事务。在向相关部门证明婚姻状况时，必须提供判决书，而判决书上如涉及个人隐私部分，将一览无余地暴露出来，给当事人带来尴尬和不便。

现实中就发生过不少这样的案例。余女士刚拿到离婚判决书时，她很生气，不愿多看判决书一眼，因为判决书“原告起诉称”部分写道：“被告性格固执、任性，难以沟通相处，而且见钱眼开，不负家庭责任。被告不管子女，几乎没有抚养过两个子女。被告平时见钱眼开，开口闭口向原首要钱，不给或给少了就吵。……而且被告还经常乘坐一陌生男子轿车回家，社会舆论纷纷……”一个坏女人的形象跃然纸上。

虽然法院认定的事实里没有这些内容，但她丈夫在起诉时就是这么说的。虽然是其丈夫的片面之词，但写在判决书里尤其刺眼。

余女士现在还没有对外用过这份判决书，如果有一天真需要她要拿这份判决书证明她的婚姻状况时，她表示很难想像那样的场景，“想死的心都有了，太丢脸了。”

据了解，离婚案件中，原告方为了达到离婚的目的，通常在起诉状中大肆罗列对方的种种不是，不惜夸大其词，甚至将道听途说、单方臆想的情况都写进起诉状，以贬低对方，增加自己的胜诉率。法庭经审理，虽然能分清是非，在判决书中不认可原告陈述的事实，但不会指出原告陈述的事实虚假，最多会说“原告陈述的事实没有提供证据证实”，而法院通常都会将原告陈述的事实和理由写进判决书。

赵某也是离婚案件当事人，他前妻在诉状中陈述他有吸毒恶习。后经法庭审理，查证属实，法院判决书认定事实部分将这一内容予以认定。赵某对此无异议，他在离婚案件中也得到惩罚，不能抚养婚生子，在分割财产上作为过错方少分财产。赵某对判决内容都没有意见，但他认为这是他的隐私，他在离婚案件中受到惩罚性待遇就够了。不希望以后证明其婚姻状况时，别人看他的判决书后用异样的眼光看他。如果可能，他想提出申请《离婚证明书》。

乐清法院推进家事审判改革，发放《离婚证明书》就是其中一项便民利民新举措。该院结合家事审判工作实际，离婚纠纷案件当事人可以在法院作出解除婚姻关系的判决并生效后，向经办法官申请出具离婚证明书。《离婚申请证明书》主要以当事人申请为主，但法院也会视判决书内容涉个人隐私情况主动向当事人出具《离婚证明书》。

出具《离婚证明书》是项新举措，有些部门还不认识《离婚证明书》这样的法律文书。乐清法院积极和相关部门对接，函告其《离婚证明书》的法律效力在证明婚姻状况时等同于生效的民事判决书，方便往后当事人拿《离婚证明书》顺利办理事务。考虑到A4纸张不方便保存，乐清法院将尝试《离婚证明书》封塑小册化，方便当事人保管和携带。

乐清法院院长林向光介绍说，“今后，经乐清法院判决离婚的离异者均可以申请法院出具《离婚证明书》，持证

明书办理日常事务，不仅可以证明婚姻状况，还无须担心隐私外泄。这正体现了家事审判改革精神，更加全面地保护当事人的身份利益、人格利益和情感利益。”

## 《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》将正式实施，家暴不再是“法外之地”

2016-06-13 湖南公安

6月13日上午，湖南省公安厅、湖南省高级人民法院、湖南省妇联联合举办新闻发布会，向社会公布《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》于6月20日起实施。省公安厅党委副书记、副厅长袁友方、省妇联党组成员、副主席周迎春、省高级人民法院审判委员会委员、民事审判第一庭庭长彭亚东等出席新闻发布会。

2016年3月1日起我国首部关于预防和制止家庭暴力的专门性法律《中华人民共和国反家庭暴力法》是。为认真贯彻落实《反家暴法》的相关规定和要求，从3月份开始，由湖南省公安厅牵头，会同省高院、省妇联着手开展湖南省家庭暴力告诫实施办法的研究制订工作。于近期完成了公安、法院、妇联三家会签，并按规范性文件“三统一”程序，报送省政府法制办审核登记发文。

湖南省公安厅党委副书记、副厅长袁友方对《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》（以下称《告诫实施办法》）进行了解读。他介绍，《告诫实施办法》主要对四个方面进行了规范：**一是明确了告诫的适用范围。**既包括配偶、父母（养父母）、子女（养子女）、儿媳（女婿）、公婆（岳父母）、继父母、继子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，兄弟姐妹等家庭成员之间，也包括家庭成员以外具有监护、扶养、寄养、同居等关系且共同生活的人之间发生的暴力伤害行为。**二是规范了告诫的适用情形。**规定了不予治安管理处罚，但应当依法实施告诫的四种情形，即：家庭暴力行为情节较轻的；对未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者实施家庭暴力情节显著轻微的；对主动消除或减轻违法后果，并取得受害人谅解的以及其他应当作出告诫的家庭暴力行为。**三是明确了告诫的实施程序。**家庭暴力行为符合告诫情形的，由行为发生地公安派出所依法受理为行政案件，自受理家庭暴力报警之日起三日内作出告诫决定并组织实施。在实施告诫过程中可邀请当地乡镇（街道）妇联组织或居（村）民委员会参加。告诫作出后，社区民警和居（村）民委员会将对家暴人和受害人进行监督检查，并做好查访记录。**四是明确了告诫的法律后果。**对经告诫后拒不改正，再次实施家庭暴力的，公安机关将依法给予治安管理处罚，构成犯罪的将依法追究刑事责任；《家庭暴力告诫书》可以作为人民法院审理涉及家庭暴力案件认定家庭暴力事实的证据；人民法院审理家庭暴力人身伤害刑事案件，在该刑事案件发生之前公安机关曾对加害人进行过告诫的，可以作为人民法院处理该刑事案件的酌定情节。通过告诫制度的实施，最大限度的维护家庭和谐稳定，最大限度的促使反家暴职能部门积极履职，最大限度的防止家庭矛盾激化升级。

中央驻湘、省、市33家参加了新闻发布会，省公安厅党委副书记、副厅长袁友方、省妇联党组成员、副主席周迎春、省高级人民法院审判委员会委员、民事审判第一庭庭长彭亚东等现场回答了记者提问。

反家庭暴力工作是一项长期系统工程，离不开全社会共同关注和努力。它既需要各级党委政府的倡导以及各职能部门和社会组织的通力推动，共同对家庭暴力案件及时进行查处、对施暴者依法予以惩戒矫治、对家暴受害人加强救助保护。它也需要新闻媒体加强社会道德和法律法规宣传引导，让每一个公民自觉遵守社会道德和法律规范，自觉抵制和摒弃家庭暴力行为，共同维护平等、和睦、文明的家庭关系，维护良好社会风尚和法律秩序。为此，我们真诚希望《告诫实施办法》的出台能够成为推动我省反家暴工作深入开展的契机，吸引更多的人来关注参与到反家暴工作当中，通过全社会共同努力，为家庭暴力受害者撑起一片蓝天，为构建和谐家庭、和谐社会，为建设富饶美丽幸福的新湖南贡献一份力量。

## 深圳宝安法院：“家事调查员”解决家事审判难题

2016-06-13 民主与法制时报 赵春艳 吕静

本报讯（记者赵春艳 通讯员吕静）在家事案件中，由于普遍存在证据收集难、固定难的问题，一律遵从“谁主张谁举证”的证据规则难以实现个案公平正义。有鉴于此，2012年开始，深圳市法院将家事案件审理方式进行了重大改革，并逐步建立了一系列的制度来维护家庭成员的合法权益。

作为最高法院确定的深圳唯一一家家事审判改革试点法院，深圳市宝安区人民法院在改革中一直走在前列，其中设置的家事调查员制度自2013年至今运行成熟，对家事审判助力匪浅。

家事调查员制度是法院根据案件需要，委托专门的家事调查员，通过走访邻居、亲属、社区、工作单位等方式了解当事人的婚姻家庭状况及未成年人的抚养状况，向法院出具书面调查报告、出庭陈述调查意见，并提出纠纷解决建议的一项制度。

宝安法院从妇联、司法局、街道办事处和社区推荐的心理专家、妇联干部、社区干部、社区挂点律师、机关干部、人民调解员中，选任了144位家事调查员，制定了《家事调查员工作规程》。自制度建立以来，家事调查员参与处理了20余宗家事案件，主要为离婚纠纷、同居关系纠纷、继承纠纷案件。

原告李某与被告吴某离婚纠纷案，原告李某诉称被告存在家庭暴力，但未能提供足够证据加以证明。法院认为被告是否存在家庭暴力对该案的判决非常关键，故委托两位家事调查员至原、被告生活的社区对这一事实进行调查。家事调查员通过询问原、被告的三个子女、居民委员会工作人员，至当地派出所调查取证的方式收集到了相关证据，

向法院出具了家事调查报告，认为被告存在家庭暴力。法院最终认定被告吴某存在家庭暴力，并判决了原告李某与被告吴某离婚。

深圳市宝安区法官洪胜元告诉记者，和法院调查取证相比，家事调查员以更直接的方式感知当事人的情感及婚姻家庭状况，直接参与证据的收集、形成。家事调查员对证据的收集与法官对证据的审查判断区分开的做法，更符合程序正义的要求。

### 【罗湖法苑】关于家事审判的若干体会

2016-06-14 深圳罗湖区法院 钟媛媛

【罗湖法苑】栏目，每周推送三次，均为罗湖法院原创作品，内容以优美精致的摄影作品、抒情怀古的小诗散文以及优秀经典的审判案例等为主，意在分享，欢迎大家赏析品鉴！

随着市场经济的深入发展与我国社会的逐步转型，现代的人们对婚姻、家庭的观念都发生了翻天覆地的变化。传统的婚姻观与现代民主、平等、和谐婚姻家庭观的交锋中，家事审判与其他类型案件的审判之间存在较大的区别，法官应在家事审判中以法律为依据，在裁判中体现正确的社会伦理价值观，以取得良好的司法效果。另外，针对家事案件举证难的特点，设立了家事调查员制度，以期为法院更加公正、高效地审理家事案件提供不可或缺的帮助。

#### 一、法官在家事审判中应当坚持的基本原则。

1、保护妇女、儿童和老人的合法权益原则。妇女、儿童和老人是社会相对弱势的群体，一个社会多关注弱者的利益，保护弱者的利益，是社会文明进步的标志。

第一，保护妇女合法权益方面。注意女性在特定期间起诉离婚的案件。

根据婚姻法第三十四条规定：“女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。”根据该条款规定，女方在这三个期间内男方不得提出离婚。因为在上述期间内妇女的身心处于比较虚弱的状态，如果男方提出离婚，对女方身心健康将产生不利的影 响，所以法律对上述期间内男方的起诉权作了适当限制，旨在保护妇女合法权益。但如果离婚请求是女方提出的，同理，笔者认为也为了保护妇女合法权益，应尊重妇女的意见，倾向于判离。

案例：蒋某（女方）诉冯某（男方）离婚纠纷案。男女双方于2013年1月登记结婚，2013年12月生育儿子冯小某，2014年5月蒋某诉至法院要求离婚。蒋某在起诉时尚在哺乳期内。这个案件中，主张考虑到女方是在哺乳期内提出离婚的，身心处于较为虚弱的状态，且坚决要求离婚，并结合双方婚前认识时间较短、婚姻持续时间不长的情况，为保护妇女合法权益，即使是第一次起诉，也判决了离婚。

第二，保护儿童合法权益方面。这主要涉及到未成年人抚养权归属及抚养费支付问题。下面讲一下抚养费问题。

《婚姻法》第三十七条第二款规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决：“不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”换言之，子女在父母离婚后可以作为原告向不直接抚养小孩的父母一方主张增加抚养费。当然，如果双方在离婚时达成了不直接抚养小孩的一方无需支付抚养费的，也不影响子女另行起诉主张抚养费。

案例：成小某诉陈某抚养费纠纷案。陈某是成小某的母亲，成某是成小某的父亲，成小某的父母亲在离婚协议中约定成小某归父亲负责抚养，抚养费由小孩的父亲自行承担，母亲无需承担小孩抚养费。成小某在父母离婚时年仅两岁，十年后，因父亲下岗，领取低保度日，而母亲月收入稳定，每月约9000元，最后判决陈某作为不直接抚养小孩的一方应支付成小某抚养费每月2500元，至成小某年满十八周岁时止。

第三，保护老人合法权益方面。

案例：李某诉李小某法定继承纠纷案。这是我们辖区的一个案件，一个老人李某，将近80岁，因为跟女儿李小某的继承官司经常去找社区、街道办的工作人员。具体案情如下：李某是李小某的父亲。李某与何某是夫妻关系，婚后生育女儿李小某。李某与何某婚后共同购买了一套房产，登记在双方名下，各占50%的产权。2012年何某因病去世，未留下遗嘱。后因父女之间产生了矛盾，李某不得已搬离上述房产，而该房产由李小某一人居住。现李某主张涉案房产的所有权，李小某要求仅确认房产的产权份额，表示不应将房产判归一方所有。即一方要求分割房产，另一方仅要求确认份额。本院认为，目前该房产仅为其女儿李小某占有、使用，而原、被告因家庭矛盾导致双方不能一起共同居住，且李某占有该房产较大份额，为保障老人的合法权益，该房产应当进行分割，本院认定上述房产归李某所有，由李某向李小某支付按涉案房产25%的产权份额补偿款。

2、尊重社会公序良俗原则。例如：小三问题。下面有个案例：刘某（男，78岁）诉邝某（女，68岁）离婚纠纷案。刘某在2012年3月与结婚50年的妻子何某离婚。一个月后刘某与邝某登记结婚。双方均系再婚，婚前双方各有自己的子女，婚后未生育子女。刘某与邝某结婚前已经保持了十几年的情人关系。婚后因家庭琐事经常发生矛盾，2013年10月刘某与邝某儿子在双方共同居住的住所发生争执、冲突，导致原告头皮裂伤。经公安机关的伤情鉴定，原告损伤程度为轻微伤。刘某当即搬离双方共同居住的住所，回去其自己子女的身边，与邝某分居，并当即提出离婚诉讼，邝某表示双方有深厚的感情基础，不同意离婚。

笔者审理时分析认为，根据有关法律规定，婚姻基础是判断夫妻感情是否破裂标准之一。邝某是小三，双方十几年

的感情实际是男方还未离婚时的婚外情，属于不正当的情人关系，明显违反公序良俗，那么违反社会道德的婚外情关系不应受到法律的保护。具体在本案中，就是男女双方婚前十几年的情人关系不能作为双方具有深厚感情基础的法律考量因素。因此，综合原告与被告儿子发生争执、冲突，导致原告受伤，严重伤害了双方夫妻感情，之后双方开始分居至今，且双方结婚时间不长，并结合原告将近 80 岁的情况，避免将来矛盾激化，本判决准予刘某与邝某离婚。后双方均未提出上诉。

3、遵守婚姻自由原则。《婚姻法》第二条明确规定实行婚姻自由的婚姻制度。婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。第一次起诉离婚一般判不离，第二次起诉通常判离，这是审判实践中的通常做法，但实际也不能机械地适用这一惯例。是否判离应以夫妻感情是否确已破裂为标准，当事人起诉的次数只是法院判断当事人夫妻感情的考量因素之一。刚才所讲的小三案例，也是第一次起诉离婚就可以判离。还有一个案件，男女双方结婚 30 多年，生育了三个小孩，婚后女方一直以家庭为主尽心尽力照顾小孩，小孩均已成年。现男方第二次起诉离婚，女方坚决不同意离婚。这个案件虽为第二次起诉离婚，但双方有 30 多年的夫妻感情，女方对家庭又付出较多，从照顾女方权益出发，也可以考虑判决不准离婚，但经本院审查，发现双方因感情不和分居将近 6 年，符合《婚姻法》第三十二条规定的“经调解无效、应准予离婚”的情形，最后依法判决离婚。可见，婚姻法本身也是贯彻了婚姻自由原则。如果过于坚持判不离，可能会因夫妻矛盾升级导致不必要的伤害或产生转移夫妻共同财产问题。

## 二、法院设立家事调查员制度的重要意义。

家事案件关系到人民群众的切身利益，也较多涉及到弱者的利益，且由于家事案件隐蔽性、私密性的特点，许多当事人往往存在客观举证不能的情况，所以在家事审判中，如果法官机械地运用“谁主张，谁举证”的民事证据规则，并不能取得良好的法律效果和社会效果，因此需要委托家事调查员针对一些当事人诉讼意识较弱、诉讼能力有限以及证据难以固定的情况，对相关案件事实进行调查，便于固定证据，查清事实。家事调查员既有基层工作经历，熟悉社区，擅长沟通和调查，又具有法律从业经历或法学专业背景，其调查效果往往事半功倍，给法院更为公正、高效地审理家事案件起了非常重要的作用。

家事调查员应坚持实事求是、尊重客观事实的原则。家事调查员实际是参与证据的制作过程，法院通过对证据的认定来查清案件事实，故实事求是地进行调查，是家事调查员要坚持的基本原则。因为家事调查员的调查结果可能直接关系到当事人在案件诉讼中的成败。

## 三、法院在家事审判中的证据要求及可启动家事调查员的情形。

1、关于认定家庭暴力的证据。《婚姻法解释》（一）第一条规定“家庭暴力”是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果。这反映了认定存在家庭暴力要有两方面证据：一是要有证据证明行为人对家庭成员有施暴的行为，二是要有证据证明给受害人造成了一定的伤害后果的行为。证明存在施暴行为的证据有：载明施暴人、受害人的出警记录，载有施暴人承认殴打受害人的询问笔录（派出所所作），居委会、村委会、人民调解组织、妇联组织等机构出具的书面证明，还有施暴人向受害人书写的悔过书或保证书，均可以证实；证明存在伤害后果的证据有：病历、法医鉴定书等，对一定的程度要求，笔者认为轻微伤即能构成。案例：女方主张男方存在家庭暴力，提交了派出所所作的询问笔录，载明：男方认可殴打女方，还提交了法医鉴定意见书，载明损伤程度为轻微伤，该案女方举证已经满足上述两方面的证据要求，法院认定男方的行为构成家庭暴力。

实践中，施暴人在派出所笔录中会含糊其辞或否认实施了家庭暴力，或者有关机构也未向受害人出具书面材料，还有受害人自己亦没有完整收集并保存上述证据，如果委托家事调查员通过走访当事人居住的管理处、社区、妇联、派出所、当事人的近亲属及双方子女，可以取得更多的间接证据，如果这些证据可以形成完整的证据链，法院也可以直接认定存在家庭暴力。

2、因感情不和分居满两年的证据。比如社区工作站、街道办事处或派出所盖章的《分居证明》这一直接证据均可采信，但上述有权机关往往因并不清楚当事人的实际情况而不予出具。这样当事人就处于客观取证不能的状态。这时如果委托家事调查员通过走访当事人的邻居、管理处、所在单位、社区、当事人的近亲属及双方子女进行调查，这些调查笔录或相关记录、材料，且这些间接证据能够形成证据链，就可以获得较强的证明力，并据以认定夫妻感情确已破裂。因为当事人私人领域的事情，法院或许不知道，但当事人生活圈的人可能知道。

3、小孩抚养权归属的证据。关于子女抚养问题，应从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况处理。在审判实践中，法院除可通过原、被告所交的证据来查清双方的抚养能力和抚养条件，但对于十周岁以下的小孩，到底跟父母关系如何，只能通过双方在法庭的陈述及自己确认的事实来认定。如果双方陈述发生矛盾，或者事实难以查清的情况下，则可以委托家事调查员采取与当事人、小孩及其他有关人员面谈沟通、交流，观察子女与父母或其他照顾者的关系，也可以适当方式征询十周岁以上的未成年子女对抚养的意愿或态度，还可以通过走访小孩居住的社区及学校，以查清小孩的抚养现状。查清小孩到底愿意跟谁一起生活的真实意愿，还有双方要小孩的真实目的，是非常重要的。有些当事人仅是想以照顾小孩为名争夺房产所有权，或者仅是当事人的父母想要，也可能是传宗接代的想法，实际并不是真心想负责抚养小孩。从有利于小孩健

康成长出发，维护未成年人的合法权益，有必要委托家事调查员查清这一事实真相。

4、同居关系析产案件中同居关系的证据。这里讲的是男女双方未办结婚登记以夫妻名义同居生活的情况。有关机关通常不会出具相关证明材料，当事人能举证的也很少，法院在审判实践中对以夫妻名义同居关系的认定大多数依赖当事人的自认。如果当事人否认，法院很难查清案件事实。有一个案件，男方主张双方以夫妻名义同居生活，不仅对外是以夫妻相称，而且在许多书面表格中均注明一方是另一方的配偶身份，但女方坚决否认同居关系。男方一直申请法院调查取证，法院在调查过程中由于不熟悉社区等而遇到了较大的阻力，故在此种情形下，相信委托家事调查员进行调查会有较好的调查效果。

总之，家庭是组成社会的基本单位，家庭的和谐稳定直接关系到整个社会的安定繁荣。作为家事审判庭的一名法官，将在审判实践中不断探索如何更好地解决家事纠纷，期盼通过做好份内之事，为维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系尽微薄之力。

## 家事审判改革的广东样本

2016-6-5 中国审判 袁定波 通讯员 张丽 潘玲娜

在普通民事案件中，婚姻家庭纠纷案件占比较大。家庭是社会的基本组成单位，稳妥处理婚姻家庭纠纷关涉整个社会的和谐稳定。广东高院自2010年3月在全国法院率先开展家事审判改革以来，一年一个台阶，在建立与完善诉讼程序、证据规则、审判组织及家事诉讼的社会参与等方面取得丰硕成绩，得到了最高人民法院的关注与肯定。

当前，司法体制改革正在向纵深推进，家事审判改革是本轮司法体制改革的重要内容和关键环节之一。2015年8月，广东高院以党的十八大，十八届三中、四中全会精神为指引，以满足广大人民群众对家事审判工作的新要求、新期待为目标，全面贯彻落实最高人民法院、省法院党组对全面深化家事审判改革的重要指示精神，立足实际、大胆探索、努力创新，继续为全面推进家事审判程序改革试水探路。近期，《中国审判》杂志就广东家事审判改革的背景、历程、成效和经验等有关问题，采访了广东高院副院长谭玲。

新形势给家事审判带来新挑战和新要求

《中国审判》：广东率先启动推进家事审判改革的背景是什么？

谭玲：我国历史上具有悠久的家国同构政治模式和文化体系。家庭关系历来都是人们高度关注的重要社会关系，强调家庭责任，追求家庭和谐，期盼家和万事兴等重要家庭价值观深深地扎根于广大民众心中。但是，改革开放三十多年来，我国社会的巨大变迁，也给我国家庭带来了悄然的变化，传统家庭价值观受到了日益强烈的冲击，在不同阶层、不同区域中呈现出不同特点，并给家事审判工作带来了新的难题和新的挑战。

首先，婚姻家庭案件数量不断增长。2010年以来，广东省一审婚姻家庭纠纷案件（不含继承案件）数量均超过同年一审民事案件总量的10%，且呈逐年上升趋势。同时，家事案件的案情渐趋复杂，现有的审判程序规则已不能适应家事案件有别于普通财产纠纷的高度人身属性和私密性等特点。另外，婚姻家庭矛盾处理不当，有可能引发极端事件或暴力犯罪，也需要足够的重视和更多的人文关怀。此外，审理家事案件不仅需要较高的法律素养，丰富的司法审判工作经验、人生阅历和心理学、社会学方面的知识，还需要做好与相关行政部门、基层组织、社会团体的沟通协调，这对审判队伍也提出了新的挑战。

为适应新形势、迎接新挑战，我省法院充分发挥敢为人先的广东人精神，启动家事审判改革，其中，家事审判专业化是核心内容。专业化审判要求在处理婚姻家庭案件中，立足于消除家庭成员之间情绪对立，实现情感修复，重建和睦。

《中国审判》：家事案件自身特点对审判工作提出哪些新的要求？

谭玲：家事案件涉及的是亲属关系、身份关系，是建立在婚姻及血缘基础上的事实关系，不能将处理财产关系纠纷的观念和方法简单套用于家事纠纷。财产关系更多是私法自治，多采取法律现实主义，遵循处分原则、辩论原则、裁判相对效力原则等。身份关系诉讼中，当事人对抗主义不及职权主义更加适宜，刚性司法不如柔性司法更重情理，裁判效力辅助于情感修复更显活力。家事案件的处理不能只靠法律，不能简单地以民事责任、刑事责任为家事案件作了断，还要在法律之外，从社会、心理、情感甚至精神医学（如家暴）等领域进行统合，以社会和谐、家庭和睦、未成年人利益至上、亲属间情感修复等，开启柔性司法家事案件审理新模式，彰显司法的温暖和人性关怀。

当前家事审判存在理念落后、体制机制不健全、工作方法简单粗放、硬件设施缺乏等诸多问题。根据最高人民法院指导要求，人民法院应当及时转变家事审判理念，家事审判不是简单地确认身份和分配财产，更重要的是维护婚姻家庭关系、消除对立、修复情感，使未成年人利益最大化。

我们探索构建适合家事诉讼特点的特别程序规则，旨在“发现客观真实、追求实质公正”；探索财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭、离婚生效证明等新机制；探索推进家事审判综合机制构建，包括多元化纠纷解决机制、专业咨询和辅导机制、反家庭暴力整体防治网络机制等。

广东家事审判改革以问题为导向措施有力

《中国审判》：请简单介绍一下广东省家事审判改革的历程。

谭玲：广东家事审判改革以问题为导向，直面前述专业案件、专业化审理、专家型团队多重因素倒逼家事审判改革的新挑战，结合工作实际，突出重点、开拓创新，充分发挥广东地处改革开放前沿阵地，家事案件数量多、类型广的优势，努力为全国家事审判改革提供丰富素材和多个样本。

2010年3月，广东高院和广东省妇女联合会联手，首先在中山市中级人民法院、珠海市香洲区人民法院等1个中院、6个基层法院试点家事审判合议庭改革，专司管辖因婚姻关系、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与该类人身权纠纷相关联的财产权纠纷案件。试点第一年，省法院明确提出改革的重点是“反对家庭暴力，推行人身安全保护裁定”，并及时下发了《家事审判合议庭工作规范指引》《人身安全保护裁定适用指引》，确立了家事审判和试行人身安全保护裁定制度的基本规则。

2011年7月开始，针对我省家事审判合议庭试点工作发展的良好态势，我们将试点范围按照国家发展和改革委员会制定的大珠三角发展思路，将试点法院的范围由最初的7个增加到15个，试点合议庭由17个增加到28个，试点受案范围由10类增加到13类（包括继承在内）。试点第二年，首批试点法院在省法院的指导下，本着“大胆探索、先行先试”的原则，不断创新审判方法，形成各自特色。中山市两级法院形成了家事审判不公开审理和当事人亲自到庭等一批制度成果；广州市黄埔区人民法院建立了登记离婚协议司法确认机制；珠海市香洲区法院在全国法院率先试行人身安全保护裁定制度，是全国法院人身安全保护裁定签发最多、保护措施种类最齐全的试点法院；佛山市顺德区法院则是家事审判延伸服务做得最好的试点法院，不仅借力当地的社工部和妇联组织，在家事审判中引入心理疏导机制，还为部分当事人提供诉后的社会帮扶；东莞市第二人民法院的家事审判力量培训工作突出，并且率先在全省试点工作中推行家庭财产申报制度，形成了独具特色的家事审判心理疏导机制；深圳宝安法院2013年正式成立了专门的家事审判庭，虽起步晚，但步子大，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。

2012年6月，为及时总结经验交流学习，进一步提升家事审判法官的工作能力和水平，推进家事审判不断向专业化方向发展，我省召开了首次家事审判经验交流暨培训会议，15个家事审判合议庭试点法院及其下属试点法庭的家事审判人员约80人参加了培训。

2013年，家事审判改革在我省各级法院全面铺开，广东高院制定并完善了《广东法院家事审判工作规程（试行）》《广东省人身安全保护裁定适用指引》，下发全省法院执行，运行情况良好。此外，为配合反家暴立法工作进行，受最高人民法院民一庭委托，广东高院成立了专题调研小组，形成了《广东省关于涉家暴案件审理情况及反家暴立法建议的调研报告》。

2014年4月，广东高院赴广州、深圳、佛山、珠海等9市法院对全省法院涉家庭暴力案件审判情况及全面推行家事审判改革工作情况进行专项调研。通过现场座谈和随机抽查案件的方式，掌握一手材料，继续为全国反家庭暴力立法工作建言献策。

2015年初，广东高院党组对家事审判改革又提出新的任务，要在总结经验、充分调研论证的基础上，制定一个全面完整的家事审判程序规则。2015年8月，省法院召开家事审判程序改革动员会议，正式启动家事审判程序改革试点工作，并确定5家基层法院作为首批家事审判程序改革试点法院。2015年11月，最高人民法院在广州组织召开了全国部分法院家事审判改革工作座谈会。

2016年2月，广东高院向最高人民法院推荐广州中院及深圳宝安法院等4家基层法院为全国家事审判方式和工作机制改革试点法院。2016年3月，全国两会期间，中央电视台“小撒探会”节目播出了以珠海香洲法院为样本的家事审判改革专题节目。

《中国审判》：广东历时六年的家事审判改革，部署清晰，推进有序，请您简单介绍一些改革的具体措施。

谭玲：首先是健全组织，打造复合型家事法官队伍。2010年3月，指定中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等7个法院为首批试点法院，在试点法院设立了17个家事审判合议庭，挑选熟悉婚姻家庭审判业务、审判工作经验丰富、协调能力强、善于做群众工作并且责任心强的法官担任组成人员，并且要求有条件的法院选取有婚姻经历的男性和女性法官组成家事案件合议庭。将离婚纠纷、婚姻无效纠纷等10类案件列为家事审判合议庭受理案件。2011年7月，又指定广州市白云区人民法院、深圳市龙岗区人民法院等8个法院为第二批试点法院，在上述法院增设11个家事审判合议庭，并规定各试点法院可根据自身实际情况，将受理案件范围扩大至离婚后财产纠纷、法定继承纠纷和遗嘱继承纠纷。2013年1月，在全省各级法院全面推行家事审判改革，要求有条件的法院均应成立家事审判合议庭，暂时没有条件的法院可指定由特定法官专门审理家事案件，并将受理案件范围扩大至所有婚姻家庭、继承案件。目前，广州市中级人民法院成立了少年家事审判庭，除了深圳市宝安区人民法院、罗湖区人民法院，湛江市坡头区人民法院和东莞市第二人民法院成立了家事审判庭，省内其他法院也都成立了家事审判合议庭或者指派专人审理家事案件，并将具有一定社会阅历、心理学知识并热爱家事审判的法官遴选到家事审判岗位上来。

然后是制度先行。家事审判合议庭的规范化建设贯穿始终、统领全局。各试点法院制定了《家事审判工作流程》《人身安全保护裁定实施细则》《家事纠纷诉讼指引》等工作规范，明确家事审判合议庭的工作职责、立案范围、

审理流程，为试点工作取得良好成效夯实基础。中山市中级人民法院还与中山市公安局、中山市妇联共同下发《关于对家庭暴力受害人实施人身安全保护的会议纪要》，确保人身安全保护裁定得到及时执行。广东高院于2010年12月下发了《家事审判合议庭工作规范指引》《人身安全保护裁定适用指引》，2011年7月还正式发文扩大了试点法院家事案件受案范围。

广东高院还积极调研创新，形成多项重要调研成果，为深入开展家事审判活动夯实理论基础。在目前我国家事审判工作实体法不完备、程序法又缺位的情况下，各试点法院积极开展家事审判调研，分析近年来婚姻家庭案件情况、特点和审理变化趋势，研究现代家事审判的新问题，突破现行理论的约束和樊篱，形成《关于审理涉家庭暴力纠纷案件的调研报告》《我国民事保护令制度的前瞻性研究》《人身保护令在珠海的探索与实践》《我国反家庭暴力的法律制度研究》《对家庭暴力法律认定之探讨》等成果。

另外，围绕服判息诉、案结事了狠抓调解工作，广东各试点法院积极开展家事纠纷诉调对接机制建设，佛山市顺德区人民法院、东莞市第二人民法院、中山市第一人民法院分别与当地妇联联合下发非诉调解与诉讼调解对接的规范性文件，巩固诉调对接成果，推广家事纠纷诉调对接经验。此外，广东法院充分发挥司法宣传工作隐性司法的功能价值，加大宣传力度，营造了良好的舆论氛围。多家平面媒体和网络媒体持续关注我省家事审判合议庭试点工作发展、典型家事案件审理、远离令的签发和执行等工作，在社会上引起强烈反响。试点工作宣传提高了我省家事案件当事人的法律意识，促进他们运用法律维护自身合法权益，合法表达诉求。

尊重规律敢于创新 家事审判改革亮点频频

《中国审判》：最高人民法院常务副院长沈德咏等领导多次肯定广东法院开展的家事审判合议庭试点工作，在围绕提高审理家事案件专业化水平、促进家庭和睦与社会和谐这一目标，在审判理念、工作方式、制度建设等方面，作了许多有益的探索和尝试，实践证明效果是好的。全国妇联和全国维护妇女儿童权益暨平安家庭创建协调组充分肯定广东高院在维护妇女儿童权益方面的突出贡献，授予广东高院民一庭“全国维护妇女儿童权益先进集体”荣誉称号。省政协副主席、广东省妇联原主席温兰子曾肯定“家事审判合议庭”是广东加强社会管理的一个重要创新，对维护妇女合法权益，化解家庭矛盾，促进社会和谐稳定，推动“幸福广东幸福家庭”建设起到积极作用。请您介绍一下广东法院的宝贵经验。

谭玲：家事审判合议庭试点期间，各试点法院大胆创新，勇于尝试，逐步完善了一系列符合家事案件特点的、行之有效的制度和好方法。特别是加大对家事案件受害人的保护力度，实施“人身安全保护裁定”，前期反家暴试点成果，直接推动了民法修改中增设了“行为保全”制度，补充了民法之前只有“财产保全”制度的不足。同时推动了我国首部《反家庭暴力法》立法，该法于今年3月1日实施。

“人身安全保护令”的出现，是我们防止家庭暴力理念的重大转变，改变了传统“法不入家门”的消极做法，开辟了国家公权力防治家庭暴力的新途径，尝试运用司法手段，将事后惩罚转变为事前保护。根据2012年民法修改前的我国法律规定，家庭暴力的受害人救济途径主要有两种，一是请求离婚，并在离婚诉讼中请求赔偿；二是对正在实施的家庭暴力，受害妇女提出求助或知情人员进行举报的，居委会、村委会或公安机关应当及时制止、调解，即我国法律对家庭暴力的受害人救济途径采取的是事后惩罚机制和事中劝阻调解机制，这两种机制均无法保证受害人的权益事前预防和防止再次受损。广东珠海香洲区法院为此建立了事前预防人身保护裁定（简称“人身安全保护令”）机制，随后其他法院也开始了相关的探索，积累了宝贵经验。通过试点，法院明确了审判中对家暴认定的证据种类、形式，明确可以直接认定家暴事实的直接证据及其他重要辅助证据，重视未成年人证言。允许法官充分行使自由心证，在证据不足或者没有证据的情况下，只要独任法官或者合议庭成员内心确信家庭暴力存在的可能性或者危险性较大的，就可以发出人身安全保护裁定。同时完善了对受害人居所及联系方式的保密规定，创新送达方式等。

2008年至今，广东法院共发出人身安全保护裁定177份，其中珠海香洲法院发出包括全国首份“远离令”“迁出令”等各类人身安全保护裁定125份。内容包括禁止殴打、威胁、侮辱、跟踪、骚扰、进行不受欢迎的接触、不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产、不得毁损财物、禁止被申请人在申请人现居住地100米范围内活动等多个方面。裁定有效期内无一违反。香洲法院试点工作多次被国家、省、市级媒体报道，中央电视台经济与法频道《中国反家暴进程》八集系列片即是以该院反家暴工作为重点宣传内容。2011年4月，香洲法院还承办了全国部分试点法院人身安全保护裁定制度立法调研会，全国人大常委会法工委社会室陈佳林副主任率队到珠海主持会议。此外，广东法院在实践中探索总结出的保护令单独立案，以受害人需求为中心的多种保护事项，受害人信息保密，保护令的快审快结及复议、撤销、延长程序，涉家暴儿童权益保护机制，与妇联、公安的联动机制等被反家暴立法直接吸收。

大胆探索符合家事案件特点的证据规则。在家事审判中仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，难以查明离婚原因、夫妻共同财产范围及家庭暴力事实等私密性、隐蔽性较强的关键事实。为此，家事案件在证据规则方面，针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。扩大法院依职权进行调查取证的范围，尤其是将未成年子女的证言和不愿出庭作证的证人证言纳入法院依受害人申请调查取证的范围。主动走访居委会、妇委会等组织，调取有关当事人房产、存款、股票、基金等证据，力求全面掌握案情，积极创造家事案件调解条件。此外，在

审理案件过程中，加大释明力度，以不违背法律为原则，在遇有当事人诉讼请求不明确、需要申请法院依职权调查收集证据、符合申请人身安全保护裁定的当事人不及时行使权利等情形时，口头告知当事人相关权利及其行使条件，向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。

建章立制，制定并在全省施行《广东法院家事审判工作规程（试行）》，明确《家事案件当事人财产申报表》《家事纠纷诉讼指引同意诉前调解确认书》《诉前调解情况复函》等详细指引。确认书明确了“财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭”的家事审判原则。为打击不诚信的家事诉讼行为，防止当事人隐瞒财产，东莞市第二人民法院创设诉前家事案件财产申报制度，制作家事案件财产申报表供当事人在正式开庭前填写，明确当事人不申报相关财产应承担的诉讼风险，固定庭审争议财产范围，有效提升办案效率。家事案件不公开审理制度，同时，审判程序对当事人保持高度公开，充分保障当事人的各项程序性权利。基于身份关系的特殊性，多数家事案件当事人在诉讼中的作用具有不可替代性，家事案件当事人亲自到庭制度更加符合家事案件审判规律。

重视家事案件中的调解模式，“劝、批、谈、教”相结合，以解开心结、彻底消除矛盾为目标，创新调解方式。调解不局限于当事人的诉讼请求。调解不预设立场，根据当事人感情状况决定调离还是调和。对于原告坚决要求离婚而被告请求给予一次和好机会的案件，创造性地提出“当事人同意在六个月内暂不离婚”的调解方式。此外，从法制、人情、伦理和习俗等方面探寻当事人矛盾的根源，以家庭（族）会议促调解，力促案件合情合理合法和谐地调解结案。

针对家事纠纷案件判后司法延伸服务，创设了“探视抚养档案、登记离婚协议司法确认、心理指导矫治服务、社会帮扶”的新工作方法。建立判后探视抚养档案，建立登记离婚协议司法确认机制。广州市黄埔区人民法院与黄埔区民政局共同开展离婚协议司法确认工作，便捷高效地对于登记离婚当事人达成的关于财产处理或子女抚养的协议出具民事调解书，有效解决了“婚离了，事未了”的问题。此外，黄埔区人民法院借力专业组织和机构，为当事人提供心理指导矫治服务，取得了明显效果。东莞市第二人民法院与东莞市妇联设立白玉兰家庭服务中心，建立长效合作机制，帮助当事人获取修复或者重建婚姻家庭关系的能力。顺德区人民法院与当地妇联及社工联手建立社会帮扶制度，向当地妇联、社工、村居委等组织发出《社会帮扶建议函》，解决当事人实际困难。

下一阶段，广东法院将全面推进家事审判程序的整体改革。2016年，广东的家事审判试点法院试行《广东省家事审判程序规则（试行稿）》，并根据施行效果对规则提出补充、修改意见。广东高院家事审判程序改革领导小组将于2016年6月赴各试点法院对改革情况进行考察、评估。年底将成形《家事审判程序规则（试行）》，连同本次改革终期调研报告，一并报送最高人民法院，为推动家事特别程序立法作出广东法院应有的贡献。

### 广东法院“以家为本”推进家事审判专业化

2016-06-08 广东省高级人民法院 玲娜 贾密

今年6月1日，全国100个左右的基层人民法院和中级人民法院正式开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。“树立家庭本位裁判理念”、“引入家事调查员”、“社工陪护”，为全国试点改革提供了诸多的广东经验，但广东法院家事审判改革仍面临诸多考验……

“新考验”司法统计显示，2013年-2015年广东法院新收一审婚姻家庭纠纷案件分别为60110件、61083件、67204件，家事案件在民事案件中的比重超过一成，呈上涨趋势，案情也逐渐复杂，且面临着“案多人少”情况。

家事审判有别于普通财产纠纷，具有高度人身属性和私密性等特点。

1. 查实、举证难。由于涉及隐私，家事案件查明事实难、举证难。
2. 事了不易。情感伤害导致案结事了难，法官仅从法律层面做出权利义务关系的判断，很难平抚情感破裂带来的伤害和分歧，裁判虽易、事了不易。
3. 老幼权益保护难。婚姻纠纷中未成年人、老年人权益保护难，未成年人由于无法表达意愿，如何维护其合法权益向家事审判法院提出了新挑战。

贾法官

高院民一庭审判长婚姻家庭矛盾处置不当，还有可能引发极端事件或暴力犯罪，严重影响当事人的幸福感和安全感，严重危害社会公共安全。

不能将一般民商事案件的理念和方式和方法简单用于家事纠纷，这需要更多的专业知识和人文关怀，刚性司法不如柔性司法更重清理，裁判效力辅助于情感修复才更显活力。

“以家为本新探索”“以家为本”的改革，其核心在于树立家庭本位裁判理念。据了解，自2010年家事审判方式改革以来，广东在工作方式、制度建设等方面，做了许多有益的探索。

财产申报引导规范社会诚信在财产申报中明确申报的范围与流程，逾期申报、不实申报的法律后果。查实申报不实的，判决少分或不分财产，有效规范诉讼诚信行为。

依职权调取，降低受害人证明标准由于家事案件私密性的特点，针对家庭暴力案件，合理分配举证责任，扩大法院依职权调查取证范围，将未成年子女证言和不愿出庭作证的证人证言，纳入到法院依受害人申请调查取证的范围。

珠海香洲法院曾审理一宗涉家庭暴力离婚案件，双方对女方手臂上的刀伤，是被男方持刀砍伤还是女方自残所致，僵持不下。男方母亲言之凿凿亲眼看见女方自残。为查明事实，主审法官前往医院开展调查，据接诊医生专业判断，推翻了男方母亲证言，案件事实得以查明。

“人身保护令”为立法提供参考珠海香洲法院在审理王女士和张先生的离婚案中，判决双方离婚后，张先生多次向王女士要求和好，在遭到拒绝后，对王女士进行拦截并当众殴打辱骂，打电话进行威胁。家事合议庭法官告知其可向申请保护期为六个月的离婚诉讼后人身安全保护裁定。裁定发出后，张先生未再对王女士实施骚扰。

2009年7月，广东珠海市香洲区人民法院发出第一张“人身保护令”，率先建立了事前预防人身保护裁定机制。今年3月1日，《反家庭暴力法》正式实施。

2008年至今年4月，广东法院共发出人身安全保护裁定177份，其中，珠海香洲法院自2012年2月发出全国首份“远离令”之后，发出各类人身安全保护裁定125份。

此外，广东法院在实践中探索总结出的保护令单独立案，以受害人需求为中心的多种保护事项、受害人信息保密、保护令的快审快结及复议、撤销、延长程序、涉家暴儿童权益保护机制，与妇联、公安的联动机制等，积累了宝贵经验。

“探索审判新机制”为顺应需求，司法保障“家安社会案”，广东法院以问题为导向，及时转变家事审判理念，以专业审判为核心，对内完善化解家事纠纷新模式，对外形成齐抓共管新格局。

东莞第二法院、深圳宝安法院等各级试点法院引入社工等专业机构，针对性开展庭前社会心理疏导、诉中心理分析、诉后延伸服务，帮助法官更好的安抚当事人，让法官回归审判。

与此同时，珠海香洲等地试点法院开设儿童观察暨托管观察室、心理咨询室、单独调解室，通过亲子关系报告制度，客观观察、全面考虑，追求未成年人利益最大化。

2015年12月，东莞市第二人民法院在一起审理一起抚养纠纷案时，双方均强烈要求抚养婚生儿子，但都没有特别大的优势。后法院委托心理咨询师对男女方及小孩进行心理测评，并得出亲子报告，法院参考后判决婚生子由男方抚养，判决后双方当事人没有上诉。

“全面推行新做法”探索推进家事审判综合机制构建

在推动家事审判改革过程中，广东法院探索推进了包含多元化纠纷解决机制、专业咨询和辅导机制、反家庭暴力整体防治网络机制等综合机制构建。

如东莞市第二人民法院与东莞市妇联的白玉兰家庭服务建立长期合作关系，形成独具特色的家事审判心理疏导机制。又如深圳宝安区人民法院创建了由法院主导、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；推进成立专业化家事审判专门机构

据了解，广东自2010年3月，指定中山市中级人民法院等7个法院为首批试点法院，设立17个家事审判合议庭。2011年7月，又指定广州市白云区等8个法院为第二批试点法院，增设11个家事审判合议庭。

截止到目前，广州中级人民法院成立了少年审判庭，广州市黄埔区人民法院等5个法院成立了家事审判庭，省内其他法院也成立了家事审判合议庭或指派专人审理，并将具有一定社会阅历、心理学知识和热爱知识和热爱家事审判的法官遴选到家事审判岗位上来。

### 湖南出台家庭暴力告诫制度实施办法

2016-06-17 人民法院报 曾妍 陈盎然

本报讯（记者 曾妍 通讯员 陈盎然）近日，湖南省高级人民法院、湖南省公安厅、湖南省妇联联合举办新闻发布会，向社会公布《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》。据了解，该办法将于6月20日起实施。

办法指出，告诫的适用范围既包括配偶、父母（养父母）、子女（养子女）等家庭成员之间，也包括家庭成员以外具有监护、扶养、寄养、同居等关系且共同生活的人之间发生的暴力伤害行为。对于不予治安管理处罚，但应当依法实施告诫的四种情形包括家庭暴力行为情节较轻的；对未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者实施家庭暴力情节显著轻微的；主动消除或减轻违法后果，并取得受害人谅解的以及其他应当作出告诫的家庭暴力行为。家庭暴力行为符合告诫情形的，由办案民警按程序制作《家庭暴力告诫书》并送达。

办法明确，对经告诫后拒不改正，再次实施家庭暴力的加害人，公安机关将依法给予治安管理处罚，构成犯罪的将依法追究刑事责任；《家庭暴力告诫书》可以作为人民法院审理涉及家庭暴力案件认定家庭暴力事实的证据；人民法院审理家庭暴力人身伤害刑事案件，在该刑事案件发生之前公安机关曾对加害人进行过告诫的，可以作为人民法院处理该刑事案件的酌定情节。

### 为了儿童利益最大化——南京法院少年及家事审判工作纪实

2016-06-18 人民法院报 赵兴武

“六一”儿童节前夕，由江苏省南京市中级人民法院少年及家事审判庭承担的重点调研课题《南京青少年犯罪原因与对策研究》新鲜出炉。这份近万字、用时近半年的调研报告，以近十年南京法院少年审判的案例为素材，通过详实的数据和案例，分析得出未成年人犯罪的特点与原因，揭示未成年人犯罪出现的新特征、新趋势，并从社会

控制论角度提出预防对策。这份调研报告将成为南京法院少年及家事审判加强对未成年人利益保护的重要参考。

理论成果远不止这些。近三年，南京法院还先后研究出台了少年审判的“四项理念、十项制度”等。立足审判，加强对新形势下审判对象和工作的研究，以理论指导审判实践，是南京少年审判的创新。“只有不断加强对儿童权益保护新情况的研究，才能让儿童沐浴在司法的春风里，实现利益保护的最大化。”南京中院院长胡道才说。

改革审判组织，使审判人才留下来

王萍，南京市玄武区人民法院少年法庭庭长，从事少年审判工作近二十年，先后荣获“全国三八红旗手”“中国青年五四奖章”“全国优秀少年辅导员”等荣誉称号，是南京少年审判的一面旗帜。可在四年前，她却面临着转岗的选择。

过去，玄武法院少年庭一年受理涉少案件近百件。在受案总量不高的情况下，少年庭的工作量还算过得去。可随着案件的大幅增长，全院法官人均受案数在 150 件以上，而涉少案件又逐年递减，甚至有的年份不足 50 件。案件减少导致少年审判工作越来越被边缘化，少年庭面临着要么撤并要么转型办其他案件的窘境。

王萍的尴尬并非个别。南京中院一项调查显示，近 10 年来，南京地区涉少刑事案件、犯罪人数呈逐年下降趋势，犯罪人数到 2014 年减至 200 余人。全市少年审判庭普遍存在被迫转型的危机。

“家事审判与少年审判具有互补性。家庭环境，是未成年人成长的第一环境，将家事案件纳入少年庭审理，既可以在未成年人保护体系上理顺关系，也可以整合审判力量，促进各审判部门均衡发展。”胡道才首先提出破题的思路。

循着这条思路，南京中院组织调研，从全面保护、专业化审判、优化配置审判资源、创新审判模式等六个方面论证破题，并于 2013 年 7 月在全市各法院设立少年及家事审判庭，开启对未成年人及弱势群体全面司法保护新模式。

融合后的少年及家事审判庭每年受案在 1 万件左右。有了施展的舞台，少年审判法官有了宝剑配英雄的归属感。

窥一斑而见全豹。在南京，少年审判队伍已形成以王萍等为代表的中青年审判骨干和人才梯队，人才队伍建设成为审判质量提升的关键因素，全市少年及家事审判庭有 80% 以上被国家或省表彰为“青少年维权岗”。

创新裁判思路，让儿童利益最大化

“六一”前夕，南京市秦淮区人民法院少年及家事审判庭的法官来到湖北省武汉市，回访了解三岁小姑娘小悦悦的近况。

不幸发生在一年前。小悦悦的母亲因病去世，两个“父亲”为了小悦悦的监护权将官司打到秦淮法院。被告在得知小悦悦是妻子与王某婚外情所生，坚决要求放弃监护权。小悦悦究竟由谁来监护更好？

法官没有简单地判决原告胜诉，而是从小悦悦的现实及将来的利益保护出发，在多次走访小悦悦的其他近亲属，并充分考察原告的抚养能力与抚养愿望后作出判决。同时，又针对小悦悦在母亲去世后有权继承上百万元房产的情况，让生父写下不侵占小悦悦财产的承诺，并进行了公证。

该案裁判方法的创新，不仅解决了监护难题，也对小悦悦的未来保障加了一把司法保护锁。

在南京，类似这样的裁判创新还有很多。今年“六一”前，南京中院公布的未成年人权益司法保护十大典型案例，无不体现未成年人利益司法保护的最大化，其中的国家代理、禁止令、财产申报等均为裁判范例。

“过去，经常发现一家人或一对夫妻在法院同时存在或先后诉讼多起有牵连关系的家事案件。有一对夫妻诉讼离婚后，再诉讼多个离婚财产纠纷及子女探望权纠纷等，一起离婚案件，分别在 7 家基层法院衍生出 57 起关联案件。”南京中院少年及家事审判庭庭长周侃举例说。

“这样的分别审理模式，不利于法官查清案件事实和统一裁判尺度，有害于未成年人和弱势群体利益司法保护的最大化。”

沉痾待猛药。南京中院在实践中创设归并审理制度：对不同法院受理的多个有关联的家事案件，协调由同一家法院审理；同一家法院受理多个关联家事案件，统一交少年及家事审判庭并由同一合议庭同一法官承办。

涤荡由点到面，改革由表及里。南京中院在实践中先后探索建立了符合少年及家事审判的十项制度，其中包括不公开审理制度、当事人亲自到庭制度、财产申报制度、家事调查官制度、未成年人利益代表制度等。

这十项制度来源于实践，体现的是对儿童利益司法保护的最大化。它既是审判方法，也是裁判规则。南京中院一方面发挥审级监督的“指挥棒”作用，规范确立导向，修正失范裁判；另一方面通过开展评选优秀精品案件、检查讲评等活动，让十项制度的要旨融进每一个案件的裁判中。

发挥示范作用，把保护力量拢起来

家庭暴力、校园欺凌、故意伤害……一件件对未成年人的伤害事件，痛在天天与案件打交道的南京少年及家事审判庭法官的心里。

2013 年 4 月下旬的一天，乐燕为自己的两个幼女预留少量的食物、饮水，便锁上大门离家，致两个孩子饿死家中。南京中院以故意杀人罪判处乐燕无期徒刑，剥夺政治权利终身。该案的背后凸显了我国儿童监护制度的缺失，引发了南京法官对农村留守儿童、残缺家庭等特殊家庭儿童现状的深切忧虑。

在深入调研的基础上，2014年，南京法院的法官向南京市人大提出立法建议，希望通过地方立法形式加强和规范未成年人保护。该建议被南京市人大常委会采纳，经过一年多的制定、修改、审议，并经省人大常委会会议批准正式出台实施。该案也促进了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》出台，填补了监护制度的法律缺失。

“法律对未成年人合法权益的保护是超前的、全方位的，既抵御外部环境带来的伤害，也遏止家庭对未成年人的伤害行为！”周侃说。

一个案件推动一部法律法规的出台，南京法官用法律的力量守护未成年人的安全。

据南京中院儿童权益司法保护白皮书显示，2014年至2015年，全市法院开展法庭观摩、模拟法庭、各类法治讲座等100余场次，受众中小学生10000多人；近5年，有65名适用非监禁刑的未成年犯接受培训；共计有500余名未成年犯获得减刑。

## 安徽推进家事审判方式和机制改革

2016/6/19 中国法治客户端

本报讯（记者 李忠好 通讯员 高民一）日前，安徽省高级人民法院制定出台了《安徽省高级人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点的实施方案》，从家事改革的总体思路、基本原则、主要任务、方法步骤、组织领导等五个方面，对改革试点工作的实施作了部署。

实施方案总的指导思想是通过家事审判方式和工作机制改革，转变家事审判理念，推进家事审判方式和工作机制创新，加强家事审判队伍建设及基层基础设施建设，大力弘扬社会主义核心价值观，维护家庭和谐，保障未成年人、妇女和老人合法权益，促进社会公平正义，推动社会文明进步。

实施方案规定改革试点的基本原则是，坚持专业化审判、坚持人性化修复、坚持权益的全面保护、坚持依法有序推进、坚持先行先试、坚持从省情出发与吸收域外经验相结合。方案除黄山中院等四个中、基层法院为全国改革试点法院外，确定了合肥市高新区法院等十五个基层法院为省级试点法院。

实施方案要求试点法院成立相应的家事审判专门合议庭，有条件的试点法院成立专门的家事审判庭。要挑选具有丰富的家事纠纷审判经验、社会阅历和调解经验丰富、善于做群众工作、责任心强的法官和辅助人员从事家事审判，其中女法官不低于50%。明确了家事审判案件范围，要求健全家事审判专业审判制度和工作机制，探索多元纠纷解决机制和反家庭暴力预防体系建设。省高院正在制定家庭纠纷案件审判操作规程，以指导全省的试点工作。

## 安徽推进家事审判方式和机制改革

2016-6-19 人民法院报 李忠好 高民一

本报讯（记者 李忠好 通讯员高民一）日前，安徽省高级人民法院制定出台了《安徽省高级人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点的实施方案》，从家事改革的总体思路、基本原则、主要任务、方法步骤、组织领导等五个方面，对改革试点工作的实施作了部署。

实施方案总的指导思想是通过家事审判方式和工作机制改革，转变家事审判理念，推进家事审判方式和工作机制创新，加强家事审判队伍建设及基层基础设施建设，大力弘扬社会主义核心价值观，维护家庭和谐，保障未成年人、妇女和老人合法权益，促进社会公平正义，推动社会文明进步。

实施方案规定改革试点的基本原则是，坚持专业化审判、坚持人性化修复、坚持权益的全面保护、坚持依法有序推进、坚持先行先试、坚持从省情出发与吸收域外经验相结合。方案除黄山中院等四个中、基层法院为全国改革试点法院外，确定了合肥市高新区法院等十五个基层法院为省级试点法院。

实施方案要求试点法院成立相应的家事审判专门合议庭，有条件的试点法院成立专门的家事审判庭。要挑选具有丰富的家事纠纷审判经验、社会阅历和调解经验丰富、善于做群众工作、责任心强的法官和辅助人员从事家事审判，其中女法官不低于50%。明确了家事审判案件范围，要求健全家事审判专业审判制度和工作机制，探索多元纠纷解决机制和反家庭暴力预防体系建设。省高院正在制定家庭纠纷案件审判操作规程，以指导全省的试点工作。

## 积极发挥基层首创精神 有力推进家事审判改革

杜万华在湖北广西调研家事审判工作时强调

2016-06-20 人民法院报 谢勇

本报讯6月17日，广西法院推进家事、少年审判改革暨法院妇联深化妇女儿童维权岗工作现场会在柳州召开。最高人民法院审判委员会专职委员杜万华出席会议并讲话，要求各地法院积极发挥基层首创精神，有力有序推进家事审判改革。广西壮族自治区高级人民法院院长黄克出席会议。杜万华还先后到湖北、广西多地调研家事审判工作。

杜万华指出，湖北、广西法院积极推进家事审判方式和工作机制改革试点工作，成效显著，为下一步改革的深化和推广奠定了坚实基础。广西法院在家事和少年审判改革上先行先试、积极探索，与民政、妇联、共青团、社区、高校等单位通力合作，在多元化纠纷解决机制建设、家事少年案件集中审理、符合家事纠纷特点的审判机制、硬件设施建设和反家暴工作平台、工作机制建设等方面，取得了显著成绩，积累了丰富经验。

杜万华强调，自古以来，家庭建设就是治国理政和社会建设的重要基础。各地法院要深刻认识家事审判改革对

加强社会治理、推进社会建设的重大意义。在家事审判中，各地法院要善于吸纳中国传统文化的有益养分，用法治手段弘扬社会主义核心价值观，加强对基本家庭伦理道德的司法保护，通过发挥家事审判职能助力“五位一体”建设；要注意判别婚姻死亡和婚姻危机，既要发挥家事审判的裁判职能，更要发挥家事审判的救治职能；☞下转第二版

要探索和完善多元纠纷解决机制、适合家事纠纷特点的特殊审判机制和专门诉讼程序以及家事法官和辅助人员分类管理制度，实现维护婚姻家庭稳定，依法保护未成年人、妇女、老年人合法权益，弘扬社会主义核心价值观，推进社会建设的改革目标。各地法院要根据最高人民法院关于在部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的部署和要求，结合本地实际，发挥首创精神，积极开展试点工作，不断总结实践经验，大力推进家事审判专业化进程。

在鄂期间，杜万华还调研了湖北法院民事商事审判工作情况，要求各级法院深入领会、全面贯彻周强院长在第八次全国民事商事审判工作会议上提出的“六个原则”，服务“五大发展”；要防止一审、二审和审判监督程序同质化，探索专业化审判，做好繁简分流，提高审判质效；要下大力气推进破产审判工作，探索设立专门的破产审判机构，解决破产案件立案难问题，完善市场主体救治和退出机制。

### 家事审判重点转型：多讲感情，少谈钱

2016-06-19 人民法院报 记者林子杉

引入专业家事调解团队，成立专门家事审判庭，加强社会观护工作……在近日召开的第三届中国婚姻家事法实务论坛上，多家法院介绍了自己在探索家事审判工作方面的进展。

与会人士认为，未来家事审判方式和工作机制改革的方向和重点，应当放在修复破裂的情感上面，让家事调查员、社工陪护及儿童心理专家等角色在未来的家事审判中发挥更多作用，同时，为法官理性的裁判注入人文关怀的力量。

重点从“析产”转到“修复感情”

据2015年最高人民法院工作报告，去年各级法院审结一审民事案件522.8万件，其中婚姻家庭、抚养继承等案件161.9万件，占比接近三分之一。

近期，最高人民法院决定在全国范围内选择100个左右的基层人民法院和中级人民法院，开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。

此次改革试点的工作机制主要包括探索引入家事调查员、社工陪护及儿童心理专家等多种方式，不断提高家事审判的司法服务和保障水平，探索家事纠纷的专业化、社会化和人性化解决方式等。推动建立司法力量、行政力量和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制，完善多元化纠纷解决机制，形成有效社会合力，切实妥善化解家事纠纷。

“婚姻家庭关系不是一般的财产法律关系，也非一般意义上的身份关系，而是一种集情感、道德、伦理精神及法律效力于一体的社会关系。然而目前，我国的家事审判仍归属于普通民事财产关系和人身关系纠纷的审判机制中。”中国政法大学博士曹思婕说。

因此，未来家事审判方式和工作机制改革的方向和重点，应当放在修复破裂的情感上面，让家事调查员、社工陪护及儿童心理专家等角色在未来的家事审判中发挥更多作用，同时，为法官理性的裁判注入人文关怀的力量。

此外，有观点认为将矛盾化解于对簿公堂之前，更有利于情感的修复，而很多法院已经在这方面进行了多年尝试。浙江省杭州市西湖区人民法院副院长陈辽敏介绍，早在2013年10月份，西湖法院就专门成立了家事调解团队，开展家事纠纷的诉前引导调解工作。截至2016年4月，诉前共引导调解家事案件911件，办结896件，成功458件，调解成功率51.5%。西湖法院还针对不同案件，委派不同的调解员。比如第一次到法院离婚的，多是派心理咨询师向和好的方向调解；如果是第二次起诉离婚或者双方都同意离婚的，则请律师作为调解员，更多从财产分割和子女抚养方面做调解工作。

2015年以来，广西法院选取了南宁、柳州、防城港、百色、贵港、崇左六市的10个基层法院作为试点法院，截至目前，10个法院共成立专门的家事法庭11个，巡回法庭8个，家事合议庭20个，调解室10个，探视中心4个，庇护中心6个；组建专业化审判团队，设有家事独任法官55人，聘请专门的调查员236人、人民调解员65人、心理咨询（辅导）专家23人。截至2015年底，共审理家事案件4522件，调撤结案2520件，调撤率55.72%。

弹性审限留出恢复时间

家事案件具有复杂性、多样性和修复性，这一属性必然与现有的普适性、严格性的审限制度产生矛盾。

“应根据家事案件特点，建立弹性审限制度。”天津市红桥区人民法院研究室副主任管纪尧说。他的结论来自对该院近五年内办理的离婚案件进行的调研。

与一般民商事案件相比，离婚案件往往需要法官进行大量的调查取证，比如要想知道矛盾的根源，就须查明大量的间接事实、背景事实，但这些并无法扣除审限。与此同时，离婚案件中专门规定的调解原则贯穿始终，但审限设计上并未给予特别时间。

管纪尧指出,在现有严格的审限制度下,多次诉讼离婚现象增多。以红桥法院 2011 年至 2015 年离婚案件为例,按同一原被告离婚案件进行统计,259 名原告两次提起离婚诉讼,涉及 518 件离婚案件,占全部离婚案件的 20.7%;82 名原告三次提起离婚诉讼,涉及 246 件离婚案件,占全部离婚案件的 9.8%;12 名原告四次提起诉讼,占比 1.4%;甚至有两名原告五次提起离婚诉讼。

调研发现,随着家事案件审理难度变大,要求增多,案件审理时间和审限制度的矛盾日益凸显。管纪尧举例,在个别极为复杂的离婚案件中,审限附加最多的达到 1082 天。

“虽然多次诉讼现象的成因是多方面的,但严格审限制度是一个重要因素。在现有制度下,法官为了避免案件超审限违反考核规定,不得不将尚未修复的社会关系判决驳回,实质上加重了当事人的诉累,不利于矛盾的化解和社会关系的修复。”管纪尧说。

管纪尧建议给审限进行松绑,建立一种弹性审限制度。对离婚案件进行繁简分流,对婚姻危机进行判断。如果是死亡婚姻,快审快结,如果是危机婚姻,用更多的时间进行感情修复。同时,在现有审限制度下提高审判质量和效率,加强诉调对接,把矛盾和纠纷化解在诉讼之外,把更加专业的纠纷留给法官来解决,完善配套机制,促进家事纠纷一次性解决。

给涉少案件更多观护

涉少家事案件纠纷主要集中于子女抚养权纠纷、抚养费纠纷、变更抚养关系纠纷、监护权纠纷及探望权纠纷等。

现行立法下的民事诉讼程序多采取当事人主义诉讼模式,具有强烈的“成人色彩”,突出当事人的诉讼主体地位,强调法官居中裁判,被动司法,当事人以“谁主张谁举证”为原则,进行抗辩庭审活动。这导致在涉少家事案件审理中,法庭调查未成年人家庭环境、个人意愿以及监护人监护能力等事实时,往往被动依赖当事人提交的书面、视听资料、证人证言以及个人陈述等证据材料,自身缺乏主动有效的调查手段,以及关注案件相关利益人即未成年人真实诉求的特别程序保障,较难通过适当的司法干预,探明当事人提出或者未提出的案件事实。

近年来,各地少年法庭开始探索社会观护工作,以期弥补现行工作机制中存在的不足。

社会观护是指运用社会力量,对涉少民事案件中涉及未成年人的抚养、监护等合法权益的保护问题,由社会观护员对未成年人进行社会调查、关心及保护,以搭建社会力量广泛参与未成年人权益保护的平台机制。

一般实行“三段式”的观护模式:庭前,观护员负责调查未成人及其主要社会关系的基本情况及其权益保护现状,并形成书面调查报告;庭中,应法庭要求参与庭审,宣读调查报告供当事人质证,经当事人同意后,参与调解;庭后,跟踪考察生效裁判文书履行情况,对侵害未成年人权益行为进行社会干预,并制作观护回访报告。

然而这还只是一种初期的尝试,社会观护在实践中存在报告形式、内容不统一,形成周期长影响诉讼效率,物质经费保障不足,公众接纳度不高等问题有待进一步解决。

## 最高法院专委杜万华:在部分法院家事审判改革工作座谈会上的讲话(节选)

2016-06-23 法语峰言 杜万华

### 一、及时转变家事审判理念

家事案件兼具人身性、伦理性及财产性,有别于其他民事案件;家事审判的职能不仅是分配财产和确认身份关系,也包括修复婚姻家庭关系、治愈情感、为未成年人提供监护。因此,不能简单地将处理财产纠纷案件的理念和方法套用于家事纠纷。人民法院开展家事审判改革,应当首先明确家事审判工作的根本目标是维护婚姻家庭关系稳定,依法保障未成年人、妇女和老年人的合法权益。在审判理念上进行“三个转变”。要转变机械遵循辩论主义和处分原则的财产纠纷审判思路,根据家事诉讼对法官职权干预的特殊需求,强化法官的职权探知、自由裁量和对当事人处分权的适当干预。要转变偏重财产分割、财产利益保护和身份确认的审判理念,对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益。在准确诊断婚姻状况的基础上,注意区分婚姻危机和婚姻死亡,积极化解婚姻危机,正确处理保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系。要转变单纯强调审限内结案,忽视矛盾纠纷化解的审判理念,适当放宽婚姻家庭案件的审限限制,为彻底化解家庭纠纷和修复家庭成员心理创伤提供条件。要将审判的战线延长,重视结案后的延伸服务,真正为民解忧,避免因短期化、简单化处理矛盾纠纷而造成矛盾纠纷转化升级。

### 二、探索推进家事审判体制机制创新

探索建立符合审判规律的家事审判体制机制,是推进家事审判专业化发展的必然要求。人民法院应重点做好以下五方面工作:一要探索家事审判多元化纠纷解决机制,综合利用诉前调解、诉中调解、委托调解等方式化解婚姻家庭矛盾纠纷,建立诉调对接机制,积极动员社会力量参与家事纠纷处理,形成合力,构建司法力量、行政力量和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决机制。二要探索设立专业咨询和辅导机构,协助家事案件的审理,及时为当事人提供心理疏导等相关专业服务,使家事案件的和解、调解及裁判更具效率。三要依托涉诉信访制度改革,探索建立家事案件案后跟踪、回访及帮扶制度,延伸家事审判的社会辐射功能。四要探索建立反家庭暴力的整体防治网络。通过与公安、司法、民政等政府部门采取会签文件等形式,建立常态化的部门协作机制,形成确保人身安全保护裁定有效执行的合力,实现民事诉讼强制措施和治安管理处罚措施的无障碍衔接。五要探索家事审判专业机

构建设和家事审判司法人员分类管理体制。鼓励条件成熟的法院设立专门的家事审判庭或者组建家事审判专门团队。紧密结合法院人员分类管理制度、法官额制、主审法官责任制等司法体制改革措施，探索建立专门的家事法官选拔机制，将具有一定社会阅历、心理学知识和热爱家事审判的同志遴选到家事审判岗位上来；建立家事主审法官责任制，完善以家事法官为中心的审判权力运行机制。适当提高家事调查员、心理辅导员等家事审判辅助人员的比例，加强与妇联等相关社会组织的联系，探索通过引入社工、社会团体工作人员和向社会购买服务等方式充实审判辅助人员。

### 三、研究构建家事诉讼程序制度

在我国，专门的家事诉讼程序尚属空白，制约了家事审判的专业化发展。家事案件的特殊性、家事审判职能的特殊性，决定了推进家事审判改革应当将家事案件从一般民事案件中剥离出来，构建符合家事审判规律并适应我国社会发展需要的家事诉讼程序。当前，学术界和司法实务界均已开始关注和研究家事诉讼程序构建，我就此问题谈五点认识，供大家参考：

**第一，家事诉讼应当强化法官职权干预。**对抗诉讼的刚性容易使当事人遭受二次伤害，故家事诉讼应当以法官职权探知主义为原则，加大法官依职权调查取证力度，尤其是对于一方当事人转移、变卖、隐匿财产或者与他人同居、重婚等重要案件事实，当事人难于举证又影响案件审理结果的，人民法院应当根据当事人的申请及提供的线索，依职权向有关单位调查取证，查清案件事实。

**第二，家事诉讼应当以不公开审理为原则，以公开审理为例外。**民事诉讼法虽将离婚案件是否公开审理的决定权交给当事人，但实践中鲜有当事人申请不公开审理。除离婚案件外，亲子、收养关系同样涉及当事人和家庭生活隐私，涉及未成年子女的切身利益，在不公开审理的情形下，方便当事人对相关隐私事实充分质证，方便法院全面掌握案情和探求当事人内心真意，有利于保障参加庭审的未成年人的身心健康。

**第三，家事诉讼实行当事人亲自到庭原则。**身份关系具有不可替代性，当事人本人亲自到庭，有利于法院兼听则明准确裁判，也有助于当事人消除误会，恢复感情，修复婚姻，促成当事人和解、调解及纠纷的顺利解决。除本人不能表达意思及就特殊情况无法出庭向人民法院提交书面意见获得准许的情形外，家事案件的当事人原则上应当亲自到庭参加诉讼。

**第四，家事诉讼应当贯彻调解优先原则。**强制性的判决刚性有余，柔性不足，简单以权威性的裁判处理家事案件，不一定有利于当事人恢复情感、消除对立。人民法院在家事案件登记立案的过程中，除婚姻关系、亲子关系、收养关系的认定等案件之外，家事案件原则上都应当进行调解，调解不成的再交由法官审判。

**第五，家事诉讼应当适当放宽审限。**对涉及家庭暴力等受害人身处困境急需解决的案件，应当优先审结，实现当事人利益的最大保护。其他争议财产较多、矛盾较深、当事人情绪激烈的家事案件，则应适当放宽审限的限制。对于原告要求离婚而被告坚决不同意的离婚案件，经当事人同意可以设置一定的冷静期，防止冲动离婚。冷静期间不计入审限。除以上程序制度之外，人民法院还可研究探索审前家庭财产申报制度、离婚证明书制度、家事案件立案受理制度等。

### 三、着力加强家事审判硬件设施建设

人民法院四五改革纲要确立了健全司法行政事务保障机制的司法改革内容，各级法院应当借助这一有利契机，高度重视家事审判硬件设施建设，加大物质装备投入，为推进家事审判改革提供硬件保障。广东、江苏、福建、山东等地法院对家事审判专业场所建设所进行的尝试，值得肯定与借鉴，但与周边国家和地区相比，人民法院家事审判的硬件建设还存在不小差距。各级法院要树立物质装备服务审判的理念，在家事审判硬件设施的配置方面应当体现家事审判的特征，彰显家事审判的人文关怀和服务意识。有条件的地方，可以建设家事调解室、心理评估室、单面镜调查室等处理家事纠纷的专门场所；审判场所的布置应少一分庄严肃穆，多几分温情关怀，使当事人感受到司法的柔性。（注：讲话全文已刊登在《民事审判指导与参考》【总64辑】）

## 最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见

2016-06-29 多元化纠纷解决机制

微信号 编者按 2016年6月29日，最高人民法院召开新闻发布会，发布《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（法发〔2016〕14号）和《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》（法释〔2016〕14号）。《意见》是今后一个时期指导全国法院开展多元化纠纷解决机制改革的纲领性文件，《规定》以司法解释的形式，对人民法院特邀调解制度进行了系统规范。现对《意见》进行全文刊登。

现刊登全文如下：

### 最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见

法发〔2016〕14号

深入推进多元化纠纷解决机制改革，是人民法院深化司法改革、实现司法为民公正司法的重要举措，是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要内容，是促进社会公平正义、维护社会和谐稳定的必然要求。为贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元

化解机制的意见》，现就人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革、完善诉讼与非诉讼相衔接的纠纷解决机制提出如下意见。

### 一、指导思想、主要目标和基本原则

**1. 指导思想。**全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中全会精神，以邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观为指导，深入贯彻习近平总书记系列重要讲话精神，紧紧围绕协调推进“四个全面”战略布局和五大发展理念，主动适应经济发展新常态，以体制机制创新为动力，有效化解各类纠纷，不断满足人民群众多元司法需求，实现人民安居乐业、社会安定有序。

**2. 主要目标。**根据“国家制定发展战略、司法发挥引领作用、推动国家立法进程”的工作思路，建设功能完备、形式多样、运行规范的诉调对接平台，畅通纠纷解决渠道，引导当事人选择适当的纠纷解决方式；合理配置纠纷解决的社会资源，完善和解、调解、仲裁、公证、行政裁决、行政复议与诉讼有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制；充分发挥司法在多元化纠纷解决机制建设中的引领、推动和保障作用，为促进经济社会持续健康发展、全面建成小康社会提供有力的司法保障。

### 3. 基本原则。

——坚持党政主导、综治协调、多元共治，构建各方面力量共同参与纠纷解决的工作格局。——坚持司法引导、诉调对接、社会协同，形成社会多层次多领域齐抓共管的解纷合力。——坚持优化资源、完善制度、法治保障，提升社会组织解决纠纷的法律效果。——坚持以人为本、自愿合法、便民利民，建立高效便捷的诉讼服务和纠纷解决机制。——坚持立足国情、合理借鉴、改革创新，完善具有中国特色的多元化纠纷解决体系。

### 二、加强平台建设

**4. 完善平台设置。**各级人民法院要将诉调对接平台建设与服务诉讼服务中心建设结合起来，建立集诉讼服务、立案登记、诉调对接、涉诉信访等多项功能为一体的综合服务平台。人民法院应当配备专门人员从事诉调对接工作，建立诉调对接长效工作机制，根据辖区受理案件的类型，引入相关调解、仲裁、公证等机构或者组织在诉讼服务中心等部门设立调解工作室、服务窗口，也可以在纠纷多发领域以及基层乡镇（街道）、村（社区）等派驻人员指导诉调对接工作。

**5. 明确平台职责。**人民法院诉调对接平台负责以下工作：对诉至法院的纠纷进行适当分流，对适宜调解的纠纷引导当事人选择非诉讼方式解决；开展委派调解、委托调解；办理司法确认案件；负责特邀调解组织、特邀调解员名册管理；加强对调解工作的指导，推动诉讼与非诉讼纠纷解决方式在程序安排、效力确认、法律指导等方面的有机衔接，健全人民调解、行政调解、商事调解、行业调解、司法调解等的联动工作体系。

**6. 完善与综治组织的对接。**人民法院可以依托社会治安综合治理平台，建立矛盾纠纷排查化解对接机制；对群体性纠纷、重大案件及时进行通报反馈和应急处理，建立定期或不定期的联席会议制度，形成信息互通、优势互补、协作配合的纠纷解决互动机制。

**7. 加强与行政机关的对接。**人民法院要加强与行政机关的沟通协调，促进诉讼与行政调解、行政复议、行政裁决等机制的对接。支持行政机关根据当事人申请或者依职权进行调解、裁决，或者依法作出其他处理。在治安管理、社会保障、交通事故赔偿、医疗卫生、消费者权益保护、物业管理、环境污染、知识产权、证券期货等重点领域，支持行政机关或者行政调解组织依法开展行政和解、行政调解工作。

**8. 加强与人民调解组织的对接。**不断完善对人民调解工作的指导，推进人民调解组织的制度化、规范化建设，进一步扩大人民调解组织协助人民法院解决纠纷的范围和规模。支持在纠纷易发多发领域创新发展行业性、专业性人民调解组织，建立健全覆盖城乡的调解组织网络，发挥人民调解组织及时就地解决民间纠纷、化解基层矛盾、维护基层稳定的基础性作用。

**9. 加强与商事调解组织、行业调解组织的对接。**积极推动具备条件的商会、行业协会、调解协会、民办非企业单位、商事仲裁机构等设立商事调解组织、行业调解组织，在投资、金融、证券期货、保险、房地产、工程承包、技术转让、环境保护、电子商务、知识产权、国际贸易等领域提供商事调解服务或者行业调解服务。完善调解规则和对接程序，发挥商事调解组织、行业调解组织专业化、职业化优势。

**10. 加强与仲裁机构的对接。**积极支持仲裁制度改革，加强与商事仲裁机构、劳动人事争议仲裁机构、农村土地承包仲裁机构等的沟通联系。尊重商事仲裁规律和仲裁规则，及时办理仲裁机构的保全申请，依照法律规定处理撤销和不予执行仲裁裁决案件，规范涉外和外国商事仲裁裁决司法审查程序。支持完善劳动人事争议仲裁办案制度，加强劳动人事争议仲裁与诉讼的有效衔接，探索建立裁判标准统一的新规则、新制度。加强对农村土地承包经营纠纷调解仲裁的支持和保障，实现涉农纠纷仲裁与诉讼的合理衔接，及时审查和执行农村土地承包仲裁机构作出的裁决书或者调解书。

**11. 加强与公证机构的对接。**支持公证机构对法律行为、事实和文书依法进行核实和证明，支持公证机构对当事人达成的债权债务合同以及具有给付内容的和解协议、调解协议办理债权文书公证，支持公证机构在送达、取证、保全、执行等环节提供公证法律服务，在家事、商事等领域开展公证活动或者调解服务。依法执行公证债权文书。

12. **支持工会、妇联、共青团、法学会等组织参与纠纷解决。**支持工会、妇联、共青团参与解决劳动争议、婚姻家庭以及妇女儿童权益等纠纷。支持法学会动员组织广大法学工作者、法律工作者参与矛盾纠纷化解,开展法律咨询服务和调解工作。支持其他社团组织参与解决与其职能相关的纠纷。

13. **发挥其他社会力量的作用。**充分发挥人大代表、政协委员、专家学者、律师、专业技术人员、基层组织负责人、社区工作者、网格管理员、“五老人员”(老党员、老干部、老教师、老知识分子、老政法干警)等参与纠纷解决的作用。支持心理咨询师、婚姻家庭指导师、注册会计师、大学生志愿者等为群众提供心理疏导、评估、鉴定、调解等服务。支持完善公益慈善类、城乡社区服务类社会组织建设,鼓励其参与纠纷解决。

14. **加强“一站式”纠纷解决平台建设。**在道路交通、劳动争议、医疗卫生、物业管理、消费者权益保护、土地承包、环境保护以及其他纠纷多发领域,人民法院可以与行政机关、人民调解组织、行业调解组织等进行资源整合,推进建立“一站式”纠纷解决服务平台,切实减轻群众负担。

15. **创新在线纠纷解决方式。**根据“互联网+”战略要求,推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用。推动建立在线调解、在线立案、在线司法确认、在线审判、电子督促程序、电子送达等为一体的信息平台,实现纠纷解决的案件预判、信息共享、资源整合、数据分析等功能,促进多元化纠纷解决机制的信息化发展。

16. **推动多元化纠纷解决机制的国际化发展。**充分尊重中外当事人法律文化的多元性,支持其自愿选择调解、仲裁等非诉讼方式解决纠纷。进一步加强我国与其他国家和地区司法机构、仲裁机构、调解组织的交流和合作,提升我国纠纷解决机制的国际竞争力和公信力。发挥各种纠纷解决方式的优势,不断满足中外当事人纠纷解决的多元需求,为国家“一带一路”等重大战略的实施提供司法服务与保障。

### 三、健全制度建设

17. **健全特邀调解制度。**人民法院可以吸纳人民调解、行政调解、商事调解、行业调解或者其他具有调解职能的组织作为特邀调解组织,吸纳人大代表、政协委员、人民陪审员、专家学者、律师、仲裁员、退休法律工作者等具备条件的个人担任特邀调解员。明确特邀调解组织或者特邀调解员的职责范围,制定特邀调解规定,完善特邀调解程序,健全名册管理制度,加强特邀调解队伍建设。

18. **建立法院专职调解员制度。**人民法院可以在诉讼服务中心等部门配备专职调解员,由擅长调解的法官或者司法辅助人员担任,从事调解指导工作和登记立案后的委托调解工作。法官主持达成调解协议的,依法出具调解书;司法辅助人员主持达成调解协议的,应当经法官审查后依法出具调解书。

19. **推动律师调解制度建设。**人民法院加强与司法行政部门、律师协会、律师事务所以及法律援助中心的沟通联系,吸纳律师加入人民法院特邀调解员名册,探索建立律师调解工作室,鼓励律师参与纠纷解决。支持律师加入各类调解组织担任调解员,或者在律师事务所设置律师调解员,充分发挥律师专业化、职业化优势。建立律师担任调解员的回避制度,担任调解员的律师不得担任同一案件的代理人。推动建立律师接受委托代理时告知当事人选择非诉讼方式解决纠纷的机制。

20. **完善刑事诉讼中的和解、调解制度。**对于符合刑事诉讼法规定可以和解或者调解的公诉案件、自诉案件、刑事附带民事案件,人民法院应当与公安机关、检察机关建立刑事和解、刑事诉讼中的调解对接工作机制,可以邀请基层组织、特邀调解组织、特邀调解员,以及当事人所在单位或者同事、亲友等参与调解,促成双方当事人达成和解或者调解协议。

21. **促进完善行政调解、行政和解、行政裁决等制度。**支持行政机关对行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律法规规定的自由裁量权的案件开展行政调解工作,支持行政机关通过提供事实调查结果、专业鉴定或者法律意见,引导促使当事人协商和解,支持行政机关依法裁决同行政管理活动密切相关的民事纠纷。

22. **探索民商事纠纷中立评估机制。**有条件的人民法院在医疗卫生、不动产、建筑工程、知识产权、环境保护等领域探索建立中立评估机制,聘请相关专业领域的专家担任中立评估员。对当事人提起的民商事纠纷,人民法院可以建议当事人选择中立评估员,协助出具评估报告,对判决结果进行预测,供当事人参考。当事人可以根据评估意见自行和解,或者由特邀调解员进行调解。

23. **探索无争议事实记载机制。**调解程序终结时,当事人未达成调解协议的,调解员在征得各方当事人同意后,可以用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实,并由当事人签字确认。在诉讼程序中,除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外,当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。

24. **探索无异议调解方案认可机制。**经调解未能达成调解协议,但是对争议事实没有重大分歧的,调解员在征得各方当事人同意后,可以提出调解方案并书面送达双方当事人。当事人在七日内未提出书面异议的,调解方案即视为双方自愿达成的调解协议;提出书面异议的,视为调解不成立。当事人申请司法确认调解协议的,应当依照有关规定予以确认。

### 四、完善程序安排

25. **建立纠纷解决告知程序。**人民法院应当在登记立案前对诉讼风险进行评估,告知并引导当事人选择适当的非诉讼方式解决纠纷,为当事人提供纠纷解决方法、心理咨询、诉讼常识等方面的释明和辅导。

**26. 鼓励当事人先行协商和解。**鼓励当事人就纠纷解决先行协商,达成和解协议。当事人双方均有律师代理的,鼓励律师引导当事人先行和解。特邀调解员、相关专家或者其他人员根据当事人的申请或委托参与协商,可以为纠纷解决提供辅助性的协调和帮助。

**27. 探索建立调解前置程序。**探索适用调解前置程序的纠纷范围和案件类型。有条件的基层人民法院对家事纠纷、相邻关系、小额债务、消费者权益保护、交通事故、医疗纠纷、物业管理等适宜调解的纠纷,在征求当事人意愿的基础上,引导当事人在登记立案前由特邀调解组织或者特邀调解员先行调解。

**28. 健全委派、委托调解程序。**对当事人起诉到人民法院的适宜调解的案件,登记立案前,人民法院可以委派特邀调解组织、特邀调解员进行调解。委派调解达成协议的,当事人可以依法申请司法确认。当事人明确拒绝调解的,人民法院应当依法登记立案。登记立案后或者在审理过程中,人民法院认为适宜调解的案件,经当事人同意,可以委托给特邀调解组织、特邀调解员或者由人民法院专职调解员进行调解。委托调解达成协议的,经法官审查后依法出具调解书。

**29. 完善繁简分流机制。**对调解不成的民商事案件实行繁简分流,通过简易程序、小额诉讼程序、督促程序以及速裁机制分流案件,实现简案快审、繁案精审。完善认罪认罚从宽制度,进一步探索刑事案件速裁程序改革,简化工作流程,构建普通程序、简易程序、速裁程序等相配套的多层次诉讼制度体系。按照行政诉讼法规定,完善行政案件繁简分流机制。

**30. 推动调解与裁判适当分离。**建立案件调解与裁判在人员和程序方面适当分离的机制。立案阶段从事调解的法官原则上不参与同一案件的裁判工作。在案件审理过程中,双方当事人仍有调解意愿的,从事裁判的法官可以进行调解。

**31. 完善司法确认程序。**经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议,当事人申请司法确认的,由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。

**32. 加强调解与督促程序的衔接。**以金钱或者有价证券给付为内容的和解协议、调解协议,债权人依据民事诉讼法及其司法解释的规定,向有管辖权的基层人民法院申请支付令的,人民法院应当依法发出支付令。债务人未在法定期限内提出书面异议且逾期不履行支付令的,人民法院可以强制执行。

## 五、加强工作保障

**33. 加强组织领导。**各级人民法院要进一步加强诉调对接工作的组织领导,建立整体协调、分工明确、各负其责的工作机制。要主动争取党委、人大、政府的支持,推动出台多元化纠纷解决机制建设的地方配套文件,促进构建科学、系统的多元化纠纷解决体系。

**34. 加强指导监督。**上级人民法院要切实加强对下级人民法院的指导监督,及时总结多元化纠纷解决机制改革可复制可推广的经验。高级人民法院要明确专门机构,制定落实方案,掌握工作情况,积极开展本辖区多元化纠纷解决机制改革示范法院的评选工作。中级人民法院要加强对辖区基层人民法院的指导监督,促进多元化纠纷解决机制改革不断取得实效。

**35. 完善管理机制。**建立诉调对接案件管理制度,将委派调解、委托调解、专职调解和司法确认等内容纳入案件管理系统和司法统计系统。完善特邀调解组织、特邀调解员、法院专职调解员的管理制度,建立奖惩机制。

**36. 加强调解人员培训。**完善特邀调解员、专职调解员的培训机制,配合有关部门推动建立专业化、职业化调解员资质认证制度,加强职业道德建设,共同完善调解员职业水平评价体系。

**37. 加强经费保障。**各级人民法院要主动争取党委和政府的支持,将纠纷解决经费纳入财政专项预算,积极探索以购买服务等方式将纠纷解决委托给社会力量承担。支持商事调解组织、行业调解组织、律师事务所等按照市场化运作,根据当事人的需求提供纠纷解决服务并适当收取费用。

**38. 发挥诉讼费用杠杆作用。**当事人自行和解而申请撤诉的,免交案件受理费。当事人接受法院委托调解的,人民法院可以适当减免诉讼费用。一方当事人无正当理由不参与调解或者不履行调解协议、故意拖延诉讼的,人民法院可以酌情增加其诉讼费用的负担部分。

**39. 加强宣传工作和理论研究。**各级人民法院要大力宣传多元化纠纷解决机制的优势,鼓励和引导当事人优先选择成本较低、对抗性较弱、利于修复关系的非诉讼方式解决纠纷。树立“国家主导、司法推动、社会参与、多元并举、法治保障”现代纠纷解决理念,营造诚信友善、理性平和、文明和谐、创新发展的社会氛围。加强与政法院校、科研机构等单位的交流与合作,积极推动研究成果的转化,充分发挥多元化纠纷解决理论对司法实践的指导作用。借鉴域外经验,深入研究人民法院在多元化纠纷解决机制中的职能作用。

**40. 推动立法进程。**人民法院及时总结各地多元化纠纷解决机制改革的成功经验,积极支持本辖区因地制宜出台相关地方性法规、地方政府规章,从而推动国家层面相关法律法规的立法进程,将改革实践成果制度化、法律化,促进多元化纠纷解决机制改革在法治轨道上健康发展。

## 二、一般审判动态

### 北京一中院公开开庭审理季承与北京大学返还原物纠纷案

2016-05-31 北京市第一中院网 曾巧艺 张艳

因对季羨林先生生前保存的古经字画等物是否应由北京大学占有存在争议，季羨林之子季承将北京大学诉至法院，要求其返还季羨林文物、字画等共计649件。2016年5月31日上午9时30分，北京一中院公开开庭审理了此案，庭审持续至下午3时。

季羨林先生曾于2001年7月与北京大学签订一份捐赠协议书，协议书中约定：将属于季羨林个人所藏的书籍、著作、手稿、照片、古经字画以及其他物品捐赠给北京大学，赠品清单于2002年3月1日以前由赠与人交付受赠与人；赠品将分批分期由赠与人移交受赠与人指定的北京大学图书馆，直到本协议所列各项全部赠品移交完毕。

季羨林之子季承起诉称，2008年12月季羨林曾书嘱“原来保存在北大图书馆里的书籍文物只是保存而已，我从来没有说过全部捐赠”、“全权委托我的儿子季承处理有关我的一切事物、务”。季承认为，季羨林已于2008年的书嘱中表明全权委托季承处理撤销捐赠协议的事宜，据此，主张北京大学返还以上珍贵文物共649件。

对于季承的起诉，北京大学答辩称：季羨林先生未有撤销《捐赠协议》的行为，且《合同法》明确规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用可以撤销的规定。季承提出“返还原物主张”没有依据。

今天上午，北京一中院公开开庭审理了本案。庭审焦点集中在三个问题上，第一，请求返还原物是否于法有据；第二，赠与协议是否有效；第三，赠与协议是否具有公益性。

上午，双方就焦点问题进行了举证质证。北京大学申请了5位证人出庭作证，意图证明季羨林先生与北京大学之间的捐赠协议为季羨林本人真实意思表示，且有两次公开、正式的捐赠移交。季承一方申请了1位证人出庭作证，主要证明季羨林先生已委托季承处理其全部财产和事务，因此季承有权就捐赠协议提出主张。

下午双方就焦点问题展开了辩论。季承一方认为，季承得到季羨林先生的特别委托授权，处分权给了季承，季承具备649件物品的处理权、处分权，有权决定涉案标的物是否继续存放在北大，请求返还原物于法有据。另外，捐赠协议没有成立，且涉案标的物没有交付。最后，北大不是公益机构，该赠与协议不具有公益性。

北大则主张，不论从物权还是委托代理的角度，季承请求返还原物都没有权利依据。从物权角度来讲，季承不能证明自己是涉案标的物的所有权人，季羨林先生没有把涉案标的物交给季承的意思表示，即便涉案标的物属于遗产，季承也并非唯一继承人。从委托代理的角度来看，委托代理关系仅存在于生前，委托人死亡，委托关系自动解除。对于捐赠协议是否成立的问题，北大认为：该协议成立并生效，赠与合同是诺成合同，不需要实际交付，且季羨林从未作出撤销捐赠协议的意思表示。该捐赠协议具有公益性质，涉案的古经字画不仅具有物质上的价值，更是精神财富的传承。

由于北京大学一方不同意调解，合议庭未再进行当庭调解。庭审共持续了近5个小时，下午3时审判长宣布休庭。

### 专家与法官对话不动产纠纷审判与执行疑难问题

2016-06-08 法制日报法学院 记者蒋安杰

5月27日，北京市法学会不动产法研究会(以下简称研究会)与北京市怀柔区人民法院共同举办的“专家与法官对话暨不动产纠纷审判与执行疑难问题研讨会”在北京怀柔举行。研究会会长田玉玺和怀柔区法院院长辛尚明分别致辞，与会人员就不动产统一登记、农村土地承包经营权纠纷、征地拆迁安置房纠纷以及农村不动产强制执行中的疑难问题进行了深入研讨。

#### 不动产统一登记问题

研究会副会长、国土资源部不动产登记中心副总登记师刘燕萍介绍了《不动产登记暂行条例》及其实施细则的各种创新：清晰界定了不动产的概念；规定了不动产登记的基本单位、登记簿的编成；明确自愿申请原则等。针对登记机构的审查能力，规定了三种情况，可以将公证材料作为登记申请材料；明确了查询程序及不同主体查询的范围；规定了条例施行前依法颁发的各类权属证书和登记簿继续有效等。

研究会副会长、清华大学法学院教授程啸认为，虽然农村土地承包经营权登记簿的设置采用了人的编制主义，且实行了登记对抗主义。但依据物权法，登记簿是不动产物权归属和内容的根据。因此，如果土地承包经营权进行了登记，那么不动产登记簿的推定力也当然适用于土地承包经营权。如果有人对此提出异议，则其有义务提出证据，推翻这种推定。

#### 农村不动产物权的强制执行

怀柔区法院法官贺康认为，司法实务中存在大量租用农村建设用地进行非农建设的情况。该权益本身具备一定的经济价值，但在集体建设用地流转规定不明确的前提下，很难对此进行执行。

研究会常务理事、中国青年政治学院教授刘映春认为,原则上不能适用代位权来解决。

研究会副秘书长、北京大成律师事务所律师秦永慧认为,重点考虑通过执行和解的方式实现其价值,必要时,可以向土地管理部门征询处理意见。

农村土地承包经营权纠纷与农民私房买卖合同纠纷

研究会副会长、北京大学法学院教授常鹏翱认为,目前农村土地承包经营合同审判主要有两个难点:一是如何认定家庭土地承包经营。对于未经民主议定程序就有偿使用农用地,如果是为农民提供生活保障,就宜认定为家庭土地承包;反之,除非与当地承包实践吻合,宜认定为租赁。二是如何认定家庭成员的问题。对于外来人口与本户成员结婚共同生活但不转户口的情形,只要这些外来人口在原居住地无地可用,就宜承认其作为家庭成员的地位。

怀柔区法院民二庭副庭长孙竞认为,法院在审理农村土地承包经营合同纠纷中有几个急需解决的疑难问题:一是承包合同到期后,果树自然增值部分、承包人新栽部分、地上辅助设施是否补偿问题;二是民主议定程序对土地承包经营合同的效力的影响问题;三是如何贯彻“增人不增地,减人不减地”政策的问题。

怀柔区法院汤河口法庭庭长祝兴栋指出,目前,司法实践中,法院在处理农村村民房屋买卖合同无效后买受人的补偿问题时,主要采取了四种做法:一、直接判区位补偿价和房屋重置成新价;二、只判决合同无效,而不判决腾退;三、先给区位补偿款后腾退房屋;四、不对现有房屋进行评估,不判腾退。

研究会理事、北京中凯律师事务所律师孙强结合北京市大兴区作为农村集体经营建设用地入市试点情况认为,目前的首要问题是流入市的主体不明确。就这类农村不动产权涉涉及的复垦置换及能否抵押等问题,也缺乏相应的可操作性规定。

拆迁安置房合同纠纷的法律适用

关于拆迁安置的保障房合同纠纷能否适用《商品房买卖合同司法解释》的问题,与会人员一致认为,保障性住房买受人不属于社会化主体,不能直接适用该司法解释。

研究会副会长、中国政法大学教授于飞指出,可以基于法律关系上的实质性和相似性而类推适用该司法解释。

研究会副会长兼秘书长、中央财经大学法学院教授尹飞认为,《商品房买卖合同司法解释》第7条对被征收人给与了更优先于普通购房人的保护。举轻以明重,对于拆迁安置房更应当参照适用司法解释对购房人的保护性规范。

清华大学法学院教授韩世远认为,保障房具有特别保障一方当事人的政策因素,可以类推适用该司法解释。

研究会常务理事、中国房地产协会房地产产权交易和测量委员会秘书长赵鑫明则认为,危旧楼改造等涉及保障性住房的性质问题,不能简单适用商品房买卖合同司法解释。

拆迁安置房选房确认单的性质

就拆迁安置房的选房确认单的性质问题,于飞认为,因为其未达到《商品房销售管理办法》第16条所要求的具体程度,且开发商也未收受购房款,因此,无法认定为买卖合同,只能认定为预约合同。

赵鑫明认为,不应孤立地判断安置房的选房确认单的性质,不能仅根据回迁房选房确认单的内容繁简来确定其性质。

韩世远认为,依生活常识,如果当事人之间没有达成共识,原告是不会轻易同意其房屋被拆迁的。如果不承认,可以借助非书面的因素确定合同的成立及其生效,是否违反了当事人的意愿。选房确认单可以理解为合同书面凭证。

尹飞认为,选房确认单应当界定为本约。被征收人协助进行征收拆迁,就应当视为“出卖人已经按照约定收受购房款”。只要房屋坐落特定、价格确定,就应当认定具备了商品房买卖合同主要内容。

研究会副会长、大成律师事务所高级合伙人袁华之认为,在政府危旧房改造的保障性生活项目,拆迁户持有的《搬迁协议书》《回购房选房确认单》实际上是房屋置换协议。如果房地产开发商将原属于保障性住房的项目建成了纯商业性地产项目,导致拆迁户无法按约定取得住房,势必导致合同解除。至于解除之后的赔偿问题,因为拆迁户一般不需要向开发商支付购房款,所以应参考拆迁户在同地点购买到同等条件的同等原房面积的价款,以不超过该价款的1倍为上限酌定。

## 北京市法院审判工作所依据的 2015 年几类参照指标

2016-06-14 北京审判

### 2015 年城乡居民人均收支等情况

指 标	单 位	数 值
1. 城镇居民人均消费支出	元/年	36642
2. 城镇居民人均可支配收入	元/年	52859
3. 退休人员月平均养老金	元/月	3350

4. 离休人员月平均养老金	元/月	4535
5. 职工最低工资标准	元/月	1720
6. 城市居民最低生活保障标准	元/月	710
7. 失业保险金最低标准	元/月	1122
8. 农村居民人均可支配收入	元/年	20569
9. 农村居民人均消费支出	元/年	15811
10. 农村居民人均粮食收入	公斤	226.9
11. 农村居民人均粮食支出	公斤	205.2
12. 农村居民人均粮食消费量	公斤	105.6
13. 全市职工年平均工资	元/年	85038

### 三、立法动态

#### 【专题】民法典草案

#### 一审稿原文

2016-06-29 中国民商法律网

#### [ 导语 ]

2015年6月24日,中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》正式提交全国人大常委会法制工作委员会。该提交稿是中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会在“征求意见稿”的基础上,根据社会各界反馈的意见修订完善形成的,得到了立法机关的高度评价。民法典编纂工作正在紧锣密鼓地推进,中国民商法律网权威发布《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》,希望社会各界继续关心并共同推动中国民法典编纂的历史伟业。

#### 目录

#### 第一章 一般规定

##### 第一节 基本原则

##### 第二节 法律适用的一般规则

#### 第二章 自然人

##### 第一节 民事权利能力和民事行为能力

##### 第二节 监护

##### 第三节 宣告失踪和宣告死亡

##### 第四节 住所和居民身份证

##### 第五节 个体工商户和农村承包经营户

#### 第三章 法人

##### 第一节 一般规定

##### 第二节 机关法人

##### 第三节 社团法人

##### 第四节 财团法人

#### 第四章 其他组织

#### 第五章 民事权利客体

##### 第一节 物

##### 第二节 有价证券

##### 第三节 其他民事权利客体

#### 第六章 法律行为

##### 第一节 一般规定

第二节	意思表示
第三节	意思表示的解释
第四节	法律行为的效力
第五节	条件和期限
<b>第七章</b>	<b>代理</b>
第一节	一般规定
第二节	委托代理
第三节	无权代理
第四节	表见代理
第五节	代理关系的终止

## **第八章 时效和期间**

第一节	一般规定
第二节	诉讼时效
第三节	取得时效
第四节	除斥期间
第五节	或有期间

## **第九章 民事权利的行使和保护**

## **第十章 附则**

### **第一章 一般规定**

#### **第一节 基本原则**

##### **第一条 【立法目的】**

为了保障民事主体的合法权益，维护社会经济秩序，维护民事主体的自由和尊严，促进经济社会和人的全面发展，根据宪法和我国实际情况，制定本法。

##### **第二条 【调整对象】**

本法调整自然人、法人、其他组织等平等主体之间的人身关系和财产关系。

##### **第三条 【平等原则】**

民事主体的法律地位一律平等。

国家以及国家机关从事民事活动，与其他民事主体法律地位平等。

法律对未成年人、老年人、妇女、身体或者精神障碍者、消费者、劳动者等民事主体有特别保护的，依照其规定。

##### **第四条 【自愿原则】**

民事主体自主从事民事活动，依法承担相应法律后果。

##### **第五条 【公平原则】**

民事主体实施法律行为以及从事其他民事活动，应当遵循公平原则。

##### **第六条 【诚实信用原则】**

民事主体行使民事权利、履行民事义务以及从事其他民事活动，应当遵循诚实信用原则。

##### **第七条 【公序良俗原则】**

民事主体实施法律行为以及从事其他民事活动，不得违背公序良俗。

##### **第八条 【人与自然和谐发展原则】**

民事主体从事民事活动应当节约资源和能源、保护生态和环境，促进人与自然的和谐发展。

### **第二节 法律适用的一般规则**

#### **第九条 【法律渊源】**

处理民事纠纷，应当依照法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释。

法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释没有规定的，依照习惯。习惯不得违背公序良俗。

#### **第十条 【法院不得拒绝处理民事纠纷】**

人民法院不得以法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释没有规定为由拒绝民事纠纷的受理或者裁判。

#### **第十一条 【基本原则和具体规则的关系】**

本法以及其他法律有明确规定的，人民法院以及仲裁机构不得仅依照基本原则作出裁判。

#### **第十二条 【普通法和特别法的关系】**

其他相关法律另有特别规定的，依照其规定。

**第十三条 【溯及效力】**

本法实施以后发生的民事活动，适用本法。

本法实施以前发生的民事活动，适用当时的法律，但本法的规定更有利于保护民事主体合法权益的除外；当时的法律没有规定的，适用本法。

**第十四条 【适用范围】**

在中华人民共和国领域内发生的民事活动，适用本法，法律另有规定的除外。

**第二章 自然人****第一节 民事权利能力和民事行为能力****第十五条 【民事权利能力的开始和终止】**

自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力。

利用人类辅助生殖技术出生的自然人，其民事权利能力不受影响。

**第十六条 【出生与死亡时间】**

户口登记记载的出生、死亡时间推定为自然人的出生、死亡时间。

**第十七条 【胎儿利益的保护】**

涉及胎儿利益保护的，视为已经出生，法律另有规定的除外。

**第十八条 【体外受精胚胎】**

对体外受精胚胎的保管和处置，不得违背公序良俗。

**第十九条 【完全民事行为能力】**

十八周岁以上的自然人具有完全民事行为能力。

十六周岁以上不满十八周岁的自然人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

**第二十条 【限制民事行为能力】**

六周岁以上的未成年人具有限制民事行为能力，可以独立实施与其年龄、智力、辨认能力相适应的法律行为。其他的法律行为由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意后实施，法律另有规定的除外。

**第二十一条 【无民事行为能力】**

不满六周岁的未成年人无民事行为能力，由其法定代理人代理实施法律行为，法律另有规定的除外。

**第二十二条 【精神障碍者的民事行为能力】**

不能辨认自己行为的精神障碍者无民事行为能力，由其法定代理人代理实施法律行为。

不能完全辨认自己行为的精神障碍者具有限制民事行为能力，可以独立实施与其辨认能力相适应的法律行为。其他的法律行为由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意后实施，法律另有规定的除外。

宣告精神障碍者为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，以及撤销该宣告的，适用民事诉讼法的有关规定。

其他不能辨认或者不能完全辨认自己行为的人，其民事行为能力适用本条规定。

**第二节 监护****第二十三条 【未成年人的监护人】**

父母是其未成年子女的法定监护人，但其监护资格依法中止或者丧失的除外。

未成年人的父母死亡或者中止、丧失监护资格的，按照下列顺序，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）关系密切的其他人愿意承担监护职责，由未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门根据最有利于未成年人的原则确定。

没有前款规定的监护人的，由未成年人住所地的民政部门设立的机构担任监护人。

**第二十四条 【精神障碍者的监护人】**

无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神障碍者，由人民法院根据最有利于该精神障碍者的原则从下列人员中确定其监护人：配偶、父母、成年子女、其他近亲属、关系密切的其他愿意承担监护职责的人。

没有前款规定的监护人的，由精神障碍者住所地的民政部门设立的机构担任监护人。

其他不能辨认或者不能完全辨认自己行为的人，其监护人的确定适用本条规定。

**第二十五条 【成年协议监护】**

具备完全民事行为能力的成年人，可以就自己的日常生活、医疗护理、财产管理等事务的部分或者全部，与自己信赖的自然人、法人或者其他组织协商，确定自己的监护人。监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，承担监护职责。

**第二十六条 【成年选任监护】**

成年人虽未丧失民事行为能力，但因年龄、智力、精神等原因，不能处理自己的部分或者全部事务的，经该成年人、

其近亲属或者住所地民政部门的申请，人民法院可以在其近亲属或者关系密切的其他人中为其选任监护人。选任不得违背该成年人的意愿。

被选任的监护人仅在必要范围内处理被监护人事务，代理其实施法律行为。监护人处理被监护人的事务应当尊重被监护人的意愿。

#### **第二十七条 【协议确定监护人】**

有监护资格的人之间协议确定监护人的，由协议确定的监护人对被监护人承担监护职责。被监护人为限制民事行为能力人的，应当考虑其意愿。

#### **第二十八条 【监护人的指定】**

对担任监护人有争议的，由无民事行为能力人或者限制民事行为能力人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门根据最有利于被监护人的原则在其近亲属中指定。

对指定不服的，可以申请人民法院作出裁决。

人民法院作出裁决前，被指定的监护人应当承担监护职责。

#### **第二十九条 【指定监护人的变更】**

监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由被指定的监护人和变更后的监护人共同承担监护职责。

#### **第三十条 【监护职责】**

监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，保护被监护人的人身、财产权益；对被监护人进行管理和教育；代理被监护人实施法律行为；除为被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担相应责任。

#### **第三十一条 【监护职责的委托】**

监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担责任的，由监护人承担；受托人确有过错的，承担相应责任。

#### **第三十二条 【监护资格的撤销】**

监护人有以下情形之一的，经其他具有担任监护人资格的人或者经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门申请，人民法院可以判决撤销其监护资格，并在具有担任监护人资格的人中为其指定新的监护人：

- （一）实施严重损害被监护人身心健康的行为；
- （二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于困境或者危险状态；
- （三）有其他严重侵害被监护人合法权益的行为。

监护人确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以恢复其监护资格，人民法院指定的监护人同时终止监护职责。

#### **第三十三条 【监护关系的终止】**

有下列情形之一的，监护关系终止：

- （一）被监护人已经具有完全民事行为能力；
- （二）被监护人死亡；
- （三）监护人死亡或者丧失监护能力；
- （四）监护人基于正当理由辞任的；

监护人死亡、丧失监护能力或者基于正当理由辞任的，应当依法另行确定监护人。

#### **第三十四条 【国家的监督、保障】**

监护人履行监护职责，国家应当进行适当监督、提供必要保障。

### **第三节 宣告失踪和宣告死亡**

#### **第三十五条 【宣告失踪的条件】**

自然人离开住所地或者最后居住地下落不明满二年的，其近亲属以及其他利害关系人可以向人民法院申请宣告其失踪。

下落不明的时间从自然人音讯消失之日起计算。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

#### **第三十六条 【被宣告失踪人的监护资格】**

人民法院判决宣告失踪，失踪人担任监护人的，人民法院应当宣告中止其监护资格，并在中止期间为被监护人确定监护人。失踪人重新出现的，应当恢复其监护资格。

#### **第三十七条 【财产代管人的确定】**

人民法院判决宣告失踪的，应当同时在失踪人的配偶、父母、成年子女、关系密切的其他人或者组织中指定财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人被宣告失踪的，其监护人即为财产代管人。

**第三十八条 【财产代管人的职责】**

财产代管人应当妥善保管失踪人的财产，维护失踪人的财产利益。

代管财产所需的管理费等必要费用以及失踪人所负债务，由财产代管人从失踪人的财产中支付。

财产代管人因自己的故意或者重大过失造成失踪人财产损害的，应当承担赔偿责任。

**第三十九条 【财产代管人的更改】**

财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的，或者财产代管人丧失代管能力的，失踪人的近亲属以及其他利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。

财产代管人有正当理由的，可以依法申请另行确定财产代管人。

**第四十条 【失踪宣告的撤销】**

人民法院撤销宣告失踪判决后，财产代管人应当停止代管行为，移交代管财产，并向本人报告代管情况。

**第四十一条 【宣告死亡的条件】**

自然人有下列情形之一的，其近亲属以及其他利害关系人可以向人民法院申请宣告其死亡：

- (一) 下落不明满四年；
- (二) 因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年；
- (三) 因意外事故下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存。

**第四十二条 【宣告死亡的申请】**

自然人的配偶未申请宣告死亡的，其婚姻关系继续存续。

**第四十三条 【宣告死亡时间的确定】**

被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡之时。

**第四十四条 【宣告死亡的法律效果】**

自然人被宣告死亡的，不影响其实施的法律行为的效力。

**第四十五条 【撤销死亡宣告的身份法律效果】**

婚姻关系因死亡宣告而终止，死亡宣告被人民法院撤销，其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；其配偶再婚的，夫妻关系不自行恢复。

被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得仅以未经本人同意而主张解除收养关系，但收养人和被收养人同意的除外。

**第四十六条 【撤销死亡宣告的财产法律效果】**

被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得其财产的，应当返还原物；原物不存在的，应当给予适当补偿。

近亲属以及其他利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应当返还原物以及孳息外，还应当对因此造成的损失承担赔偿责任。

**第四节 住所和居民身份证****第四十七条 【住所】**

自然人以其户口所在地为住所。

经常居住地与户口所在地不一致的，或者未办理户口登记的，经常居住地为住所。

自然人由其户口所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户口所在地为住所。

自然人离开住所地最后连续居住一年以上的地方，为经常居住地，法律另有规定的除外。

**第四十八条 【无民事行为能力人、限制民事行为能力人的住所】**

无民事行为能力人、限制民事行为能力人以其监护人的住所为住所。

**第四十九条 【居民身份证】**

居民身份证是公民身份的有效证明，居民身份证登记的项目推定为真实。

**第五节 个体工商户和农村承包经营户****第五十条 【个体工商户的设立】**

自然人从事工商业经营，具备注册登记条件的，可以依法登记为个体工商户。

个体工商户可以个人经营，也可以家庭经营。

个体工商户可以使用名称、字号。

**第五十一条 【个体工商户的住所】**

个体工商户在登记机关登记的经营场所为其住所。

**第五十二条 【变更登记与注销登记】**

个体工商户登记事项变更的，应当依法办理变更登记。

个体工商户不再从事经营活动的，应当依法办理注销登记。

**第五十三条 【农村承包经营户】**

农村集体经济组织成员按照土地承包经营合同规定从事农业生产经营的，为农村承包经营户。

**第五十四条 【个体工商户、农村承包经营户债务承担及限定】**

个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

以自然人个人名义申请注册登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应当以家庭共有财产承担。

个体工商户、农村承包经营户的债务，以家庭共有财产承担时，应当保留家庭成员的生活必需品、必要生活费用和必要的生产工具。

**第五十五条 【作为宅基地使用权主体的户】**

农村集体经济组织成员可以户的名义取得宅基地使用权。

**第三章 法人**

**第一节 一般规定**

**第五十六条 【法人的民事权利能力和民事行为能力】**

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从成立时产生，到终止时消灭。

**第五十七条 【法人的设立】**

法人应当依照本法或者其他法律的规定设立。

**第五十八条 【法人的条件】**

法人一般应当具备下列条件：

- （一）依照法定程序设立；
- （二）有自己的名称、组织机构和场所；
- （三）有自己独立的财产；
- （四）法律规定的其他条件。

**第五十九条 【设立中法人】**

设立中法人自法人名称预先核准登记之时起，可以从事与其设立目的相适应的民事活动。

设立人应当对法人设立过程中的债务承担责任；设立人为两人以上的，承担连带责任。

法人成立后，设立中法人从事民事活动产生的法律后果由法人承受。

**第六十条 【法人机关和法定代表人】**

法人应当依法设立自己的机关，法人机关应当依据法律和章程行使职权。

依照法律或者章程规定，代表法人从事民事活动的负责人，是法人的法定代表人。

**第六十一条 【法人分支机构】**

法人可以设立分支机构。分支机构应当依法办理登记手续。

分支机构经法人授权，以自己的名义从事民事活动，由此产生的债务，以法人分支机构以及法人的财产承担。

**第六十二条 【法人的住所】**

法人以其登记的住所为住所，没有登记的，以其主要办事机构所在地为住所。

**第六十三条 【法人的责任承担】**

法人以其全部财产独立承担民事责任，法律另有规定的除外。

**第六十四条 【法定代表人和其他人执行职务行为的后果】**

法定代表人和其他人执行法人职务产生的法律后果，由法人承受。

**第六十五条 【法人的解散事由】**

有下列情形之一的，法人解散：

- （一）因目的事业已经完成或者确定无法完成；
- （二）章程规定的存续期间届满，或者章程规定的其他解散事由出现；
- （三）法律规定的其他情形。

**第六十六条 【法人的清算】**

法人解散的，应当依法进行清算。未经清算即终止的，由清算义务人承担责任。

清算过程中，法人可以从事与其清算目的相适应的民事活动。

**第二节 机关法人**

**第六十七条 【机关法人的定义】**

机关法人，是指因行使职权需要而具有相应民事权利能力和民事行为能力的国家机关。

国家机关行使职权，应当遵循法无授权不可为，法定职责必须为的原则。

**第六十八条 【机关法人的设立】**

机关法人的设立，依照法律规定。

**第六十九条 【机关法人的民事权利能力】**

机关法人自依法成立之日起，具有法人资格，可以从事与其目的范围相适应的民事活动。

**第七十条 【机关法人的经费与债务承担】**

机关法人的经费纳入中央或者地方预算。

机关法人从事民事活动所负担的债务，以其经费偿还。

**第七十一条 【人民团体的法律适用】**

法律对人民团体未作特别规定的，适用本节规定。

**第三节 社团法人**

**第七十二条 【社团法人的定义】**

社团法人是以自然人、法人或者其他组织等作为成员，依照法律规定成立的法人。

**第七十三条 【营利性社团法人的设立】**

企业法人等营利性社团法人的设立、变更和终止，应当依法办理登记手续。法律规定应当办理批准手续的，依照其规定。

其他法律对营利性社团法人另有规定的，依照其规定。

**第七十四条 【营利性社团法人的登记】**

登记机关应当设置登记簿，记载营利性社团法人的下列事项：

- (一) 名称、住所；
- (二) 经营范围；
- (三) 类型；
- (四) 法定代表人；
- (五) 注册资本；
- (六) 出资人认缴的出资额、出资方式、缴纳期限；
- (七) 法律规定的其他事项。

登记簿记载有错误的，登记机关应当依法予以更正。

**第七十五条 【信息公开】**

登记机关应当通过信息公示系统依法公示营利性社团法人的有关信息。

**第七十六条 【商事登记的信赖保护】**

法律保护善意第三人登记簿记载事项的合理信赖。

**第七十七条 【商事登记簿与营业执照的效力关系】**

营业执照与登记簿记载不一致的，以登记簿为准。

**第七十八条 【商事登记簿变更登记】**

已登记事项发生变更时，营利性社团法人应当依法办理变更登记。

营利性社团法人分立、合并，应当依法办理变更登记、设立登记或者注销登记。

法律规定营利性社团法人的变更、分立、合并应当办理批准手续的，依照其规定。

**第七十九条 【营利性社团法人注销登记】**

营利性社团法人歇业、被撤销、宣告破产或者因其他原因终止营业，应当在清算完毕后依法办理注销登记，营利性社团法人自办理注销登记之日起终止。

**第八十条 【非营利性社团法人】**

事业单位法人等非营利性社团法人的设立，应当依法办理登记手续，法律另有规定的除外。法律规定应当办理批准手续的，依照其规定。

**第八十一条 【社团法人成员权力】**

社团法人的成员通过成员大会依法制定、修改章程，选举或者更换执行机关、监督机关成员，并可以依法行使章程规定的其他权力。

**第八十二条 【社团法人的执行机关】**

董事会、执行董事、理事会等社团法人的执行机关，由成员大会产生，对成员大会负责。

社团法人的执行机关根据章程的规定行使职权。

**第八十三条 【社团法人的监督机关】**

社团法人可以依照法律和章程规定设立监事会等监督机关。

#### 第四节 财团法人

##### 第八十四条 【财团法人的定义】

财团法人，是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事慈善、社会福利、教育、科学研究、文化、医疗、宗教等特定公益事业为目的，依照法律规定成立的非营利性法人。

##### 第八十五条 【财团法人的设立、指导和监督】

基金会社会团体法人等财团法人的设立，应当依法办理登记手续。法律规定应当办理批准手续的，依照其规定。

财团法人登记事项需要变更的，应当依法办理变更登记。

业务指导机关依法对财团法人进行指导和监督。

##### 第八十六条 【财团法人的捐赠章程】

财团法人的设立人应当制定捐赠章程，遗嘱捐赠的除外。

捐赠章程应当载明捐赠目的以及捐赠财产情况。

以遗嘱捐赠方式设立财团法人的，应当指定遗嘱执行人。未指定遗嘱执行人的，由业务指导机关指定。

##### 第八十七条 【财团法人的机关】

财团法人应当依照捐赠章程设立理事会。理事会依法行使捐赠章程规定的职权。

财团法人的监事依据捐赠章程产生。业务指导机关可以依法选派监事。监事三人以上的应当组成监事会。

##### 第八十八条 【违反捐赠章程行为的法律效力】

财团法人的理事或者理事会，有违反捐赠章程行为的，人民法院可以应捐赠人、业务指导机关或者设立人等利害关系人的请求，宣告其行为无效。

##### 第八十九条 【捐赠人的权利】

捐赠人有权向财团法人查询捐赠财产的使用、管理情况，并提出意见和建议。对于捐赠人的查询，财团法人应当及时、如实答复。

财团法人违反捐赠章程、募捐方案或者捐赠协议使用捐赠财产的，捐赠人有权要求财团法人遵守捐赠章程或者向人民法院申请撤销。

##### 第九十条 【财团法人注销后剩余财产的处理】

清算后的剩余财产按照章程或者募捐方案、捐赠协议的规定处理；章程或者募捐方案、捐赠协议未规定的，由业务指导机关划归宗旨相同或者相似的财团法人，并向社会公告。

#### 第四章 其他组织

##### 第九十一条 【其他组织的定义】

其他组织，是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法从事民事活动的非法人组织。

依法登记领取营业执照的独资企业、合伙企业等以及依法成立的业主大会、业主委员会等属于其他组织。

##### 第九十二条 【其他组织的债务承担】

其他组织从事民事活动产生的债务，以该组织以及其成员或者设立人的财产承担。

其他组织的债务先以其财产进行清偿，不能清偿的，其成员或者设立人承担无限连带责任。其他组织的成员或者设立人的债务先以其财产清偿，不能清偿的，以其在该组织中的财产份额清偿。

##### 第九十三条 【其他组织的设立】

其他组织应当依照本法或者其他法律的规定设立。

##### 第九十四条 【其他组织的条件】

其他组织一般应当具备下列条件：

- （一）依照法定程序设立；
- （二）有自己的名称、组织机构和场所；
- （三）有符合法律规定的财产；
- （四）法律规定的其他条件。

##### 第九十五条 【其他组织的成立】

其他组织应当依法办理登记手续。法律规定应当办理批准手续的，依照其规定。

##### 第九十六条 【其他组织的负责人】

代表其他组织从事民事活动的人，是其他组织的负责人。

##### 第九十七条 【其他组织的负责人和其他人执行职务的后果】

其他组织的负责人和其他人执行该组织职务产生的法律后果，由该组织承受。

##### 第九十八条 【其他组织的住所】

其他组织以其登记的住所为住所；没有登记的，以其主要办事机构所在地为住所。

##### 第九十九条 【其他组织的解散】

有下列情形之一的，其他组织解散：

- （一）设立人或者其成员决定解散；
- （二）章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现；
- （三）法律规定的其他情形。

其他组织解散的，应当依法进行清算，清算完毕后依法办理注销登记。

## 第五章 民事权利客体

### 第一节 物

#### 第一百条 【物和物的重要成分】

本法所称物，是指能够为人力所控制并具有独立利用价值的有体物。

对物的整体性质和效能发挥决定作用的组成部分，为物的重要成分。未脱离物的整体的重要成分，不得独立成为物权的客体。

#### 第一百零一条 【动产和不动产】

本法所称不动产，是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。

不属于不动产的物，是动产。

#### 第一百零二条 【公用物】

公共道路、桥梁、公园、公共建筑等公用物的所有人或者管理人不得拒绝民事主体对公用物的正当、合理使用。公用物不得流转。

#### 第一百零三条 【人体脱离物以及遗体】

对脱离人体的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等的利用，不得违背公序良俗。

对遗体的利用，应当尊重死者生前意愿，不得违背公序良俗。

#### 第一百零四条 【动物】

动物是特殊的物。

动物的饲养人、管理人应当提供有利于其正常生长、繁殖、医疗、救助的条件和措施，不得遗弃动物；任何人不得虐待动物。

法律对动物有特别保护的，依照其规定。

#### 第一百零五条 【自然生态空间】

应当本着节约、集约原则对水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然生态空间进行利用和保护。

### 第二节 有价证券

#### 第一百零六条 【有价证券的定义和种类】

有价证券，是指设定或者证明持券人或者被记载人享有相应财产权利的凭证。

有价证券包括汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、股票、提存单证等。

有价证券适用动产的一般规则，法律另有规定的除外。

#### 第一百零七条 【有价证券的权利主体】

无记名有价证券的权利人为证券的持有人。

记名有价证券的权利人为证券所记载的权利人。

指示有价证券所记载的权利人，可以亲自行使证券权利，也可以指示其他人行使证券权利。

#### 第一百零八条 【有价证券权利的转让】

无记名有价证券权利的转让，以证券交付的方式进行。

记名有价证券、指示有价证券权利的转让，依照法定方式进行。

### 第三节 其他民事权利客体

#### 第一百零九条 【人身利益】

民事主体依法享有的人格利益和身份利益，受法律保护。

死者的人格利益，依法受到保护。

#### 第一百一十条 【智力成果、商业标记和信息】

发明、实用新型、外观设计、作品、商标、商业秘密等智力成果、商业标记和信息可以成为民事权利客体。

#### 第一百一十一条 【网络虚拟财产】

网络虚拟财产受法律保护。

#### 第一百一十二条 【财产权利】

财产权利可以依法成为民事权利客体。

#### 第一百一十三条 【企业财产】

企业财产是企业用以从事生产经营活动的各项财产的总和，企业财产的部分或者全部可以依法成为民事权利客体。

**第一百一十四条 【民事权利客体范围的开放性】**

民事权利客体的范围，不以本法规定的为限。

**第一百一十五条 【民事权利客体的流通以及利用】**

非依法律规定，不得禁止或者限制民事权利客体的流通以及利用。

**第六章 法律行为****第一节 一般规定****第一百一十六条 【法律行为的定义】**

法律行为是自然人、法人或者其他组织实施的设立、变更、终止民事权利义务关系的行为。

**第一百一十七条 【法律行为的成立】**

单方法律行为可因单方的意思表示成立。

双方法律行为可因双方意思表示一致成立。

共同行为可因多方意思表示相同成立。

决议行为可依照法律或者章程规定的召集程序和表决方式成立。

**第一百一十八条 【法律行为的生效】**

依法成立的法律行为，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，依照其规定。未经批准，不影响法律行为中当事人履行报批义务条款以及因该报批义务而设定的相关条款、费用负担条款等独立条款的效力。

**第一百一十九条 【法律行为的形式】**

法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

书面形式是指合同书、协议书、书面遗嘱、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

**第一百二十条 【法定形式的效力】**

法律、行政法规规定或者当事人约定法律行为应当采用特定形式的，依照其规定或者约定。没有采用特定形式的，推定法律行为未成立。

**第二节 意思表示****第一百二十一条 【意思表示的概念】**

意思表示，是指行为人将设立、变更、终止民事权利义务关系的内心意思表示于外部的行为。

**第一百二十二条 【意思表示的生效】**

无需受领的意思表示一旦作出，即发生效力。

以对话方式作出的意思表示，为相对人了解时，发生效力。非以对话方式作出的意思表示，到达相对人时，发生效力。

采用数据电文形式进行意思表示，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。当事人对数据电文的到达时间另有约定的，依照其约定。

**第一百二十三条 【以公告送达方式作出的意思表示】**

行为人非因自己的过失不知道相对人姓名、名称、住所的，可以参照民事诉讼法中关于公告送达的规定作出意思表示。

**第一百二十四条 【意思表示的形式】**

行为人可以明示或者默示方式作出意思表示。

行为人不得以沉默的方式作出意思表示，法律另有规定、当事人另有约定或者另有习惯的除外。

**第一百二十五条 【意思表示的撤回】**

行为人可以撤回意思表示，但撤回意思表示的通知须先于意思表示到达相对人或者与意思表示同时到达相对人。

**第三节 意思表示的解释****第一百二十六条 【无需受领意思表示的解释】**

无需受领意思表示的解释，不能拘泥于所使用的词句，应当结合相关条款、行为的性质、行为人的目的、作出意思表示的背景、习惯等，遵循诚实信用原则确定行为人的真实意思。

**第一百二十七条 【需受领意思表示的解释】**

需受领意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、作出意思表示的背景、习惯、受领人的合理信赖等，遵循诚实信用原则确定其含义。

**第四节 法律行为的效力****第一百二十八条 【单方法律行为的效力】**

使他人承担义务的单方法律行为无效，法律另有规定、当事人另有约定或者另有习惯的除外。

他人错误理解单方法律行为的内容，不影响单方法律行为的效力。

**第一百二十九条 【无民事行为能力人的法律行为】**

无民事行为能力人实施的法律行为无效。

**第一百三十条 【纯获法律上利益的法律行为】**

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人实施的纯获法律上利益的法律行为有效。

**第一百三十一条 【限制民事行为能力人所实施法律行为的效力】**

限制民事行为能力人未经法定代理人同意所实施的单方法律行为，无效。

限制民事行为能力人实施的其他法律行为，非经法定代理人同意或者追认，无效。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认，法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。法律行为被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

法定代理人撤销其同意或者限制其同意的内容，不得对抗善意第三人。

限制民事行为能力人获得完全民事行为能力后，在一个月内追认其所实施的法律行为，其追认与法定代理人的追认有相同的效力。

**第一百三十二条 【合理相信】**

因限制民事行为能力人的欺诈使相对人合理信赖其有相应的民事行为能力或者其法律行为已经获得法定代理人同意的，该法律行为不因民事行为能力的欠缺而影响其效力。

**第一百三十三条 【真意保留】**

行为人故意隐瞒其真实意思作出意思表示的，不得主张法律行为无效。行为人能够证明相对人明知的，法律行为无效，该无效不得对抗善意第三人。

**第一百三十四条 【非诚意表示】**

行为人故意隐瞒其真实意思作出意思表示，并期待对方会了解该意思表示并非出自真实意思，法律行为无效。但行为人应当赔偿对方因合理信赖产生的损失。

**第一百三十五条 【虚伪表示】**

行为人之间通谋以虚假意思表示实施的法律行为，无效，该无效不得对抗善意第三人。

行为人之间以虚假意思表示隐藏其他法律行为的，就被隐藏的法律行为确定其效力。

**第一百三十六条 【错误】**

基于错误实施的法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

行为人错误认识所使用的词句的含义或者在表示行为中发生错误，遭受较大损失的，可以认定为错误。

因错误而撤销法律行为的，不得对抗善意第三人。

**第一百三十七条 【欺诈】**

一方以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下实施法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

一方故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

**第一百三十八条 【胁迫】**

一方以胁迫的手段，使对方在违背真实意思的情况下实施法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

以给自然人或者其亲友的合法权益造成损害为要挟，或者以给法人、其他组织的合法权益造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实意思的意思表示的，可以认定为胁迫行为。

**第一百三十九条 【第三人的欺诈或者胁迫】**

第三人实施的欺诈或者胁迫行为，使一方当事人在违背真实意思的情况下实施法律行为的，如相对人知道或者应当知道该欺诈或者胁迫行为的，受欺诈或者受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销该法律行为。

**第一百四十条 【欺诈与第三人信赖】**

因欺诈而撤销法律行为的，不得对抗善意第三人。

**第一百四十一条 【显失公平】**

显失公平的法律行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

一方利用优势或者利用对方没有经验，或者乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使或者诱使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为显失公平。

**第一百四十二条 【法律行为的变更与撤销】**

当事人请求人民法院或者仲裁机构变更法律行为的，人民法院或者仲裁机构不得撤销法律行为。

当事人请求人民法院或者仲裁机构撤销法律行为的，人民法院或者仲裁机构不得变更法律行为。

当事人请求人民法院或者仲裁机构变更、撤销法律行为的，人民法院或者仲裁机构应当要求当事人选择变更或者撤销，当事人不作出选择的，人民法院或者仲裁机构应当依法变更法律行为。

#### 第一百四十三条 【变更权或者撤销权的消灭】

有下列情形之一的，变更权或者撤销权消灭：

- （一）当事人自知道或者应当知道变更或者撤销事由之日起一年内没有行使变更权或者撤销权；
- （二）当事人受胁迫的，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使变更权或者撤销权；
- （三）当事人知道变更或者撤销事由后放弃变更权或者撤销权。

#### 第一百四十四条 【法律行为相对特定第三人无效】

双方法律行为、共同行为、决议行为损害特定第三人合法权益的，该行为相对该特定第三人无效。

#### 第一百四十五条 【法律行为无效】

违反法律、行政法规效力性强制性规定的法律行为，无效。

其他损害公共利益的法律行为，无效。

#### 第一百四十六条 【决议行为的效力瑕疵】

表决权人意思表示的瑕疵不影响决议行为的效力，除非其导致法律或者章程规定的召集程序或者表决方式无法实现。

#### 第一百四十七条 【法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力的法律效果】

法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，当事人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，各方都有过错的，各自承担相应的责任。法律行为因违反法律、行政法规效力性强制性规定或者存在其他损害公共利益情形而无效，不当得利返还财产或者赔偿损失的，不适用前款规定。该法律行为损害国家利益的，当事人因此取得的财产应当依法收归国家所有。

法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

### 第五节 条件和期限

#### 第一百四十八条 【条件的效力】

法律行为或者其部分条款可以附条件，但依照其性质不得附条件的除外。

附生效条件的，于条件成就时发生法律效力；解除条件的，于条件成就时终止效力。

#### 第一百四十九条 【恶意阻止或者促成条件成就的后果】

因条件成就而受到不利的当事人，不正当阻止条件成就时，视为条件已经成就。

因条件成就而得到利益的当事人，不正当促成条件成就时，视为条件不成就。

#### 第一百五十条 【期限的效力】

法律行为或者其部分条款可以附期限，但依照其性质不得附期限的除外。

附始期的，于期限到来时发生法律效力；附终期的，于期限到来时终止效力。

## 第七章 代理

### 第一节 一般规定

#### 第一百五十一条 【代理的定义】

代理人在代理权限内实施的法律行为，对被代理人发生法律效力。

依照法律规定或者法律行为的性质，应当由本人亲自实施的法律行为，不得代理。

#### 第一百五十二条 【代理权的产生】

代理权可以基于被代理人的意思、法律的规定以及人民法院或者其他有权机关依法指定产生。

#### 第一百五十三条 【代理人的行为能力】

代理人欠缺相应的民事行为能力，不影响代理行为的效力，法律另有规定的除外。

#### 第一百五十四条 【家事代理】

夫妻双方可以就家庭日常事务互为代理人，但对如下共同事务的处理除外：

- （一）共有不动产的转让；
- （二）数额巨大的家庭共有财产的赠与；
- （三）其他重大事务。

夫妻双方对彼此代理权限的限制不得对抗善意第三人。

### 第二节 委托代理

#### 第一百五十五条 【授权委托书】

授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。

#### 第一百五十六条 【共同代理】

代理人为数人的，除非法律另有规定或者被代理人表示相反的意思，代理人应当共同实施代理行为。

#### 第一百五十七条 【违法事项的代理】

代理人知道或者应当知道被授权代理的事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未做反对表示的，由被代理人 and 代理人承担连带责任。

#### 第一百五十八条 【禁止自己代理、双方代理】

非依法律规定或者非经被代理人的同意，代理人不得以被代理人的名义与自己实施法律行为。

代理人不得以被代理人的名义与其同时代理的其他人实施法律行为，法律另有规定或者被代理的双方同意或者追认的除外。

#### 第一百五十九条 【复代理的构成与效力】

代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当取得被代理人的同意，否则由代理人对复代理人的行为承担责任。但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

复代理经被代理人同意或者紧急情况下转托的，被代理人可以就代理事务直接指示复代理人，代理人仅就复代理人的选任以及其对复代理人的指示承担责任。

由于急病、通讯联络中断等特殊原因，代理人自己不能实施代理行为，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，可以认定为前款所指紧急情况。

#### 第一百六十条 【代理人的通知和解任义务】

代理人经被代理人同意选任复代理人，对复代理人的行为不承担责任，但代理人明知该复代理人不资格或者不诚信，而又怠于通知被代理人或者怠于将该复代理人解任的除外。

#### 第一百六十一条 【转托不明的责任】

代理人选任复代理人，应当办理转托手续。因转托不明给第三人造成损失的，第三人可以直接要求被代理人赔偿损失。被代理人承担民事责任后，可以要求代理人赔偿损失，复代理人有过错的，承担连带责任。

#### 第一百六十二条 【法定代理人的复任权】

法定代理人可以选任复代理人，并就其行为向被代理人承担责任。

#### 第一百六十三条 【职务代理】

执行法人或者其他组织职务的人，就其职权范围内的事项，无须特别授权，就可以以法人或者其他组织名义实施法律行为，其法律后果由法人或者其他组织承受。

法人或者其他组织对其成员职权范围的限制，不得对抗善意第三人，法律另有规定的除外。

#### 第一百六十四条 【间接代理】

代理人以自己的名义，在被代理人的授权范围内与第三人实施法律行为，第三人在法律行为成立时知道代理人与被代理人之间的代理关系的，该法律行为直接约束被代理人 and 第三人，有确切证据证明该法律行为只约束代理人 and 第三人的除外。

#### 第一百六十五条 【被代理人的介入权与第三人的选择权】

代理人以自己的名义与第三人实施法律行为时，第三人不知道代理人与被代理人之间的代理关系的，代理人因第三人的原因对被代理人不履行义务，代理人应当向被代理人披露第三人，被代理人因此可以行使代理人对第三人的权利，但第三人与代理人实施法律行为时如果知道该被代理人就不会实施法律行为的除外。

代理人因被代理人的原因对第三人不履行义务，代理人应当向第三人披露被代理人，第三人因此可以选择代理人或者被代理人作为相对人主张其权利。第三人不得变更选定的相对人。

被代理人行使代理人对第三人的权利的，第三人可以向被代理人主张其对代理人的抗辩。第三人选定被代理人作为其相对人的，被代理人可以向第三人主张其对代理人的抗辩以及代理人对第三人的抗辩。

### 第三节 无权代理

#### 第一百六十六条 【无权代理】

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为的，为无权代理。

无权代理未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。

无权代理发生后，相对人可以催告被代理人予以追认。被代理人在一个月内未作表示的，视为拒绝追认。

无权代理被追认之前或者虽被追认但相对人不知道并且不应当知道的，善意相对人有撤销的权利。撤销通知到达被代理人或者无权代理人时生效。

#### 第一百六十七条 【赔偿责任】

无权代理，不能构成表见代理，又未被追认的，善意相对人有权要求无权代理人履行债务或者就其受到的损害要求无权代理人赔偿，但赔偿的范围不得超过代理行为有效时所能获得的利益。

相对人知道或者应当知道代理人无代理权的，相对人和代理人各依其过错承担责任。

### 第四节 表见代理

#### 第一百六十八条 【表见代理】

因本人的原因致使善意相对人合理信赖无权代理人享有代理权的，该行为直接对本人发生效力。

本人知道他人以代理人身份实施法律行为而不作否认表示的，适用前款规定。

#### 第一百六十九条 【相对人的审核义务】

代理行为中，相对人对代理人的代理权限有必要的审核义务。未尽此义务的，不能认定其合理信赖行为人有代理权。

#### 第一百七十条 【不得适用表见代理的情形】

下列情形，不得适用表见代理的规定：

- (一) 伪造他人的公章、营业执照、合同书或者授权委托书，假冒他人的名义实施法律行为；
- (二) 被代理人公章、营业执照、合同书或者授权委托书遗失或者被盗，或者与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉的。
- (三) 法律规定的其他情形。

### 第五节 代理关系的终止

#### 第一百七十一条 【委托代理的终止】

有下列情形之一的，委托代理终止：

- (一) 代理期间届满或者代理事务完成；
- (二) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托；
- (三) 代理人丧失民事行为能力；
- (四) 代理人或者被代理人死亡；
- (五) 作为代理人或者被代理人的法人、其他组织终止。

#### 第一百七十二条 【委托代理终止的例外】

被代理人死亡后有下列情形之一的，不影响代理关系的继续存在：

- (一) 代理人不知道并且不应当知道被代理人死亡；
- (二) 被代理人的继承人均予以承认；
- (三) 授权中明确到代理事项完成时代理权终止；
- (四) 在被代理人死亡前已经实施、而在被代理人死亡后为了被代理人继承人的利益继续完成的。

#### 第一百七十三条 【法定代理、指定代理的终止】

有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：

- (一) 被代理人取得或者恢复民事行为能力；
- (二) 代理人丧失民事行为能力；
- (三) 被代理人或者代理人死亡；
- (四) 指定代理的人民法院或者有权机关取消指定；
- (五) 法律规定的其他情形。

## 第八章 时效和期间

### 第一节 一般规定

#### 第一百七十四条 【期日、期间的定义】

期日是指特定的时点。期间是指一期日与另一期日之间的时段。

#### 第一百七十五条 【期间的起算点】

以小时计算期间的，从规定时开始计算。

以日、月、年计算期间的，开始的当日不算入，从次日开始计算。

#### 第一百七十六条 【期间最后一日的终止点】

期间的最后一日的截止时间为二十四时。有业务时间的，至停止业务活动的时间。

#### 第一百七十七条 【期间最后一日的决定】

以日定期限的，算足该期间之日为最后一日。

以星期、月、年定期限，而以星期、月、年之第一日开始计算的，以星期六、月终、年末为期间最后一日；不以星期、月、年之第一日开始计算的，以最后之星期、月、年中与开始计算日相当之日的前一日，为期间之最后一日。

在以月、年定期限，而最后之月无与开始计算日相当之日的，以该月之末日为期间最后一日。

以上述方法算出之期间最后一日，是法定节假日的，以法定节假日的次日为期间最后一日。

### 第二节 诉讼时效

#### 第一百七十八条 【诉讼时效期间届满的法律后果】

诉讼时效期间届满，义务人可以拒绝履行义务。

#### 第一百七十九条 【适用范围】

义务人可以对债权请求权提出诉讼时效期间届满的抗辩，但下列债权请求权除外：

- (一) 支付存款本金以及利息请求权；

(二) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；

(三) 基于投资关系产生的缴付出资请求权；

(四) 其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的权利不适用诉讼时效。

登记的物权人请求返还财产的权利不适用诉讼时效。

#### 第一百八十条 【强制性】

诉讼时效的期间、计算方法以及中断、中止的事由由法律规定。

约定延长诉讼时效期间或者预先放弃诉讼时效利益的，无效。

#### 第一百八十一条 【时效利益的放弃】

诉讼时效期间届满后，义务人可以放弃时效利益。

诉讼时效期间届满，义务人履行义务后，不得请求返还。

诉讼时效期间届满后，义务人同意履行义务或者为义务履行提供担保的，不得以不知诉讼时效期间届满为由请求撤销或者再行提出抗辩。

#### 第一百八十二条 【普通诉讼时效期间以及其起算】

诉讼时效期间为三年，法律另有规定的除外。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道其权益受到侵害以及侵害人之日起开始计算，法律另有规定的除外。

#### 第一百八十三条 【最长权利保护期间以及其起算】

无论权利人是否知道其权利受到侵害，自权利受到侵害之日起超过二十年的，义务人可以拒绝履行其义务。

前款规定的二十年期间不发生中止、中断或者延长。但人身损害赔偿请求权人在上述期间内因不可归责于自身的原因不知道损害的发生，或者损害在二十年之后才显现的，人民法院可以适当延长。

#### 第一百八十四条 【基于变更权、撤销权或解除权的行使而发生的请求权诉讼时效期间的起算】

基于变更权、撤销权或者解除权的行使而发生的请求权的诉讼时效期间，自该变更权、撤销权或者解除权依法行使之日起开始计算。

变更权、撤销权或者解除权的行使需要以诉讼或者仲裁的形式进行的，自确定变更、撤销或者解除的法律文书生效之日起开始计算。

#### 第一百八十五条 【基于法律行为无效而发生的请求权诉讼时效期间的起算】

基于法律行为无效而发生的请求权，其诉讼时效期间自请求权人知道或者应当知道该行为无效之日起开始计算。

#### 第一百八十六条 【诉讼时效中止】

在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍致使权利人不能为中断诉讼时效的行为的，诉讼时效期间停止计算。自中止事由消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

#### 第一百八十七条 【诉讼时效因法定代理人缺位而中止】

在诉讼时效期间的最后六个月内，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人或者法定代理人丧失民事行为能力的，该无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所享有的或者向其主张的请求权，诉讼时效期间停止计算。自其成为完全民事行为能力人或者法定代理人确定之日起六个月内，诉讼时效期间届满。

#### 第一百八十八条 【诉讼时效因法定代理关系的存在而不开始或者停止】

法定代理关系存续期间，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人与其法定代理人之间的请求权的诉讼时效期间不开始计算或者停止计算。自该法定代理关系终止之日起，诉讼时效期间开始计算或者继续计算。

诉讼时效期间停止计算的，自该法定代理关系终止之日起六个月内，诉讼时效期间届满。

#### 第一百八十九条 【诉讼时效中断的事由】

有下列情形之一的，诉讼时效中断，自中断事由终止之日起，诉讼时效期间重新开始计算。

(一) 权利人向义务人提出履行的请求；

(二) 义务人承认权利人的请求权；

(三) 权利人提起诉讼；

(四) 权利人申请仲裁；

(五) 权利人申请支付令；

(六) 权利人申请破产或者申报破产债权；

(七) 为主张权利而申请宣告义务人失踪或者死亡；

(八) 权利人申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；

(九) 权利人申请强制执行；

(十) 权利人申请追加当事人或者被通知参加诉讼；

(十一) 在诉讼或者仲裁中主张抵销；

(十二) 其他与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的事项。

#### 第一百九十条 【请求的中断效力】

诉讼时效因请求而中断的，自请求履行的意思表示到达义务人之日起，诉讼时效期间重新计算。

自诉讼时效中断时起六个月内，权利人未提起诉讼或者没有与提起诉讼具有同一效力的事项的，因请求而中断的诉讼时效视为未中断。

#### 第一百九十一条 【起诉的中断效力】

诉讼时效因起诉而中断的，中断效力自提起诉讼之日发生。诉讼终结后，诉讼时效期间重新开始计算。

撤回起诉或者起诉被裁定驳回或者不予受理时，因起诉而中断的诉讼时效视为未中断。起诉状已经送达义务人的，诉讼时效在送达时中断，诉讼时效期间重新开始计算。

#### 第一百九十二条 【与起诉具有同一效力事项的中断效力】

诉讼时效因与提起诉讼具有同一效力的事项而中断的，中断效力自提起各该程序之日发生，并于各该程序终结前，继续中断。

#### 第一百九十三条 【中断及于人的效力】

诉讼时效中断的效力仅及于中断行为的当事人及其继承人或者受让人。

共有人或者连带债权人之一引起的诉讼时效中断，其效力及于全体共有人或者连带债权人。债务人对连带债权人之一为承认的，对其他连带债权人同样发生中断效力。

### 第三节 取得时效

#### 第一百九十四条 【动产所有权的取得时效】

以所有的意思，和平、公然、继续占有他人动产满五年的，取得该动产所有权，动产所有权已经在登记簿上记载的或者法律另有规定的除外。

#### 第一百九十五条 【不动产所有权的取得时效】

以所有的意思，和平、公然、继续占有他人未登记的不动产满十年的，取得该不动产所有权，法律另有规定的除外。

#### 第一百九十六条 【取得时效的参照适用】

对其他物权的取得，参照所有权取得时效的规定。

### 第四节 除斥期间

#### 第一百九十七条 【除斥期间届满的法律后果】

除斥期间届满后，当事人的撤销权、解除权等权利归于消灭，人民法院应当依职权对除斥期间是否届满予以审查。

#### 第一百九十八条 【除斥期间的开始】

除斥期间自权利人知道或者应当知道权利发生之日起开始计算，法律另有规定的除外。

### 第五节 或有期间

#### 第一百九十九条 【或有期间届满的法律后果】

或有期间是决定当事人能否取得或者能否行使相应权利的期间。买卖合同中的异议期间、保证责任期间等属于或有期间。

当事人在或有期间内未依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的，或有期间届满，当事人不能取得或者不能行使相应权利。

#### 第二百条 【或有期间与诉讼时效期间、除斥期间的衔接】

当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的，当事人取得或者可以行使相应权利，或有期间不再计算；当事人取得或者可以行使的相应权利应当适用诉讼时效或者除斥期间的，诉讼时效期间或者除斥期间开始计算。

## 第九章 民事权利的行使和保护

#### 第二百零一条 【举证责任】

除非法律另有规定，主张民事权利存在的，应当就该民事权利发生的事实承担举证责任；主张民事权利变更、消灭或者受到限制的，应当就该民事权利变更、消灭或者受到限制的事实承担举证责任。

主张民事义务、民事责任存在、变更、消灭或者受到限制的，准用前款规定。

#### 第二百零二条 【民事权利不得滥用】

行使民事权利，不得损害他人合法权益，不得损害公共利益。

以加害他人或者不正当竞争等为目的行使民事权利，应当依法承担相应的民事责任。

#### 第二百零三条 【及时、充分补偿】

为了公共利益的需要，有关国家机关依照法律规定的权限和程序进行征收、征用，给权利人造成损害的，应当给予及时、充分的补偿。

#### 第二百零四条 【自助行为】

权利人为实现其请求权，在情事紧迫并且不能及时获得国家机关保护时，有权在实现请求权的必要范围内扣押义务人之物，或者限制有逃逸嫌疑的义务人的人身自由，或者制止义务人违反容忍义务的行为。

权利人在实施上述行为后，必须立即向有关国家机关申请援助，请求处理。上述行为未获得有关国家机关事后认可的，权利人必须立即停止侵害并对受害人承担赔偿责任。

#### 第二百零五条 【民事权利的限制】

非依法律的明确规定、非出于维护公共利益的需要，不得限制民事主体的民事权利。

#### 第二百零六条 【容忍义务】

权利人正当行使权利给他人造成的不便，该他人负有适当容忍的义务。

#### 第二百零七条 【民事义务的履行与民事责任的承担】

义务人应当全面履行民事义务。义务人不履行或者不完全履行民事义务，应当依法承担民事责任。

#### 第二百零八条 【一般免责事由】

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。

#### 第二百零九条 【承担民事责任的方式】

承担民事责任的方式主要有：

- (一) 停止侵害；
- (二) 排除妨碍；
- (三) 消除危险；
- (四) 返还财产；
- (五) 恢复原状；
- (六) 修理、重作、更换；
- (七) 赔偿损失；
- (八) 支付违约金；
- (九) 消除影响、恢复名誉；
- (十) 赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

#### 第二百一十条 【承担民事责任的顺序】

民事主体应当同时承担民事责任、行政责任和刑事责任的，该民事主体的财产不足以支付的，先承担民事责任。

### 第十章 附则

#### 第二百一十一条 【相关用语的含义】

本法所称的“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，包括本数；所称的“不满”、“以外”，不包括本数。

#### 第二百一十二条 【新法与旧法的关系】

《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》等相关法律的规定与本法不一致的，适用本法。

#### 第二百一十三条 【施行日期】

本法自 年 月 日起施行。

## 四、媒体典型案例

### (一) 解除婚姻关系案例

#### Q 照力证夫妻感情深厚 法院采信判决不准离婚

2016-06-18 人民法院报 汪次安 凌永芳

本报讯 近日，广东省韶关市武江区人民法院的法庭内出现这一幕，在一宗离婚纠纷案件开庭审理的过程中，女方突然走向原告席紧紧抱住男方，并拿出 QQ 聊天记录和一起出游的 QQ 照片，含泪请求不要离婚。据此，该院认为这对夫妻感情并未完全破裂，并依法判决不准离婚。

被告何某与原告雷某于 2009 年登记结婚。婚后夫妻感情尚好，但因被告长期未能怀孕生育，引起原告不满，导致夫妻矛盾逐渐加深，原告遂向法院起诉离婚。在日前开庭审理的过程中，被告坚决表示不同意离婚，并向法院提交了两人长期的 QQ 聊天记录和多次旅游照片作为证据，证明夫妻感情深厚并未完全破裂，并认为生活中夫妻之间为了一些琐事闹点小别扭在所难免，但冲动过后都会自我反省，说到动情处，其突然走向原告席紧紧抱住原告，并拿出从前的 QQ 聊天记录和一起出游的照片与原告“共享”，含泪请求原告不要与其离婚。

法院审理认为，原、被告双方是自由恋爱、自主婚姻，虽然婚前相处时间不长，但婚后共同生活了多年，建立了一定的夫妻感情。从被告提交的证据中可以看出，夫妻感情较为浓厚和融洽，双方并未有真正不可化解的矛盾，应互谅互让，共同珍惜来之不易的感情。现虽因何某难以怀孕而导致夫妻出现矛盾，但在未确定是否能用医疗手段解决的情况下，以此为由提出离婚，实属欠妥。原告应当以理性、积极和乐观的态度加强与被告的交流，并正视两

人目前的婚姻状况，完全有可能挽回濒临破裂的夫妻感情。

据此，该院依法做出了上述判决。（汪次安 凌永芳）

### 离婚时主张婚姻自主权被侵犯的应承担自行举证责任

（行业协会编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）

2016-07-02 指导性案例审判A规则

#### 【审判规则】

夫妻双方经人介绍认识，并登记结婚。夫妻一方在离婚时提起侵权之诉，主张夫妻另一方和介绍人共同侵犯其婚姻自主权的，应依据“谁主张，谁举证”原则承担举证责任，不能举证证明其主张的事实成立的，应自行承担不利后果。

#### 【关键词】

民事 婚姻自主权 夫妻 介绍人 登记结婚 离婚 侵权 举证责任 事实成立 不利后果

#### 【基本案情】

朱丽华在陈文群的热作商行打工期间，经陈文群介绍，认识了陈文群的弟弟陈文智。朱丽华在陈文智兄弟二人的共同建议下，与陈文智来到深圳打工。打工期间与陈文智登记结婚，形成合法夫妻关系，并共同生活至今。

朱丽华以陈文智、陈文群侵犯其婚姻自主权为由，提起诉讼，请求判令赔偿其精神抚慰金。

此外，朱丽华在起诉陈文群、陈文智干涉其婚姻自主权纠纷一案的同时，又起诉与陈文智离婚。法院在朱丽华与陈文智都同意离婚的情况下，依法判决准予二人离婚。

#### 【争议焦点】

夫妻双方经人介绍认识，并登记结婚。夫妻一方在离婚时提起侵权之诉，主张另一方和介绍人共同侵犯其婚姻自主权，但不能举证证明其主张的事实成立的，应否自行承担不利后果。

#### 【审判结果】

一审法院判决：驳回朱丽华的诉讼请求。

朱丽华不服一审判决，以结婚证系在其不知情的情况下由陈文智独自办理，陈文智侵犯其婚姻自主权的过程中，陈文群起到帮助作用，构成共同侵权为由，提出上诉，请求撤销一审法院判决，改判陈文智承担赔偿责任，由陈文群负连带赔偿责任。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

#### 【审判规则评析】

朱丽华与陈文智是经陈文群介绍认识，并自愿登记结婚的，婚姻关系合法有效，双方之间已形成了合法的夫妻关系。既然是合法的夫妻关系，就不存在侵犯婚姻自主权、干涉婚姻自由的问题。陈文群作为介绍人，只起到介绍二人认识的作用，并未强迫朱丽华与陈文智结婚。朱丽华主张陈文智、陈文群侵犯其婚姻自主权、干涉其婚姻自由，应依据“谁主张，谁举证”原则承担举证责任，朱丽华不能举证证明其主张的事实成立的，应自行承担不利后果。故朱丽华的主张于法无据，不应予以支持。

#### 【法律文书】

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

#### 【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

#### 朱丽华诉陈文智、陈文群婚姻自主权纠纷案

#### 【案例信息】

【中法码】民事诉讼法·民事诉讼证明·证明责任·责任承担·举证不能的后果·主张不予支持  
(C050203020538)

【案号】 (2006)海南民二终字第8号

【案由】 婚姻自主权纠纷

【判决日期】 2006年02月15日

【权威公布】 被浙江省律师协会婚姻家庭业务委员会《婚姻与家庭案件律师实务策略》(2008年)收录

【检索码】 C0201++7++HIHN++0406D

【审理法院】 海南省海南中级人民法院

【审级程序】 第二审程序

【审理法官】 韩少清 李秋芸 林彬

【上诉人】 朱丽华(原审原告)

【被上诉人】 陈文智 陈文群(均为原审被告)

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

### 《民事判决书》

上诉人(原审原告):朱丽华,女,1978年4月出生,汉族,广东省潮阳市谷饶镇人,现住海南省昌江黎族自治县石碌镇水头村。

委托代理人:吴伯峰,海南省昌江黎族自治县石碌镇法律事务部主任。

委托代理人:王思忠,海南省昌江黎族自治县十月田中学教师。

被上诉人(原审被告):陈文智,男,1970年11月出生,汉族,广东省揭东县月城镇德东村人,现在广东省深圳市打工。

被上诉人(原审被告):陈文群,男,1963年10月出生,汉族,广东省揭东县月城镇德东村人,现住海南省昌江黎族自治县石碌镇人民北路161热作商行。

上诉人朱丽华因侵权纠纷一案,不服海南省昌江黎族自治县人民法院(2005)昌民初字第412号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。

原审法院判决认定:2003年9月,原告在被告陈文群的热作商行打工期间,经陈文群介绍,原告认识了陈文群的弟弟陈文智。2003年10月初,原告在被告兄弟俩的建议下,与被告陈文智一起到深圳打工。2004年1月30日,原告与被告陈文智在广东省揭东县月城镇登记结婚。2004年4月,原告返回昌江黎族自治县石碌镇生活至今。原告在起诉二被告干涉其婚姻自主权纠纷一案的同时,又起诉与被告陈文智离婚。原告与被告陈文智离婚纠纷一案,在二人都同意离婚的情况下,法院依法判决准予原告与被告陈文智离婚。原审法院认为,原告与被告陈文智是经被告陈文群介绍认识,并自愿登记结婚的,双方之间已形成了合法的夫妻关系。既然是合法的夫妻关系,就不存在侵犯婚姻自主权、干涉婚姻自由的问题。被告陈文群在原告与被告陈文智的婚姻关系中,只起介绍的作用,没有强迫原告嫁给陈文智的行为。原告诉称二被告侵犯其婚姻自主权、干涉其婚姻自由,无事实依据。对原告要求二被告连带赔偿其精神抚慰金2万元的诉讼请求,不予支持。据此,原审法院依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,判决:驳回原告朱丽华的诉讼请求。案件受理费810元,由原告负担。一审法院判决宣判后,原告朱丽华不服,向本院提起上诉,请求:撤销一审法院判决,改判被上诉人陈文智赔偿上诉人精神损害抚慰金2万元,青春损失费1万元和两年的误工费(按每月300元计算),被上诉人陈文群负连带赔偿责任。理由是:2004年1月30日办理的结婚证,是陈文智独自办理的,陈文智在我不知情的情况下办理了和我结婚证,侵犯了我的婚姻自主权,在陈文智侵犯我的婚姻自主权的过程中,陈文群起到了帮助作用,构成共同侵权,应承担连带赔偿责任。我在和陈文智结婚之前是未婚的,因被上诉人陈文智、陈文群的侵权,造成我精神受到伤害,不能工作,因此上诉请求被上诉人连带赔偿上诉人精神损害抚慰金2万元,青春损失费1万元和两年的误工费(按每月300元计算)。被上诉人陈文智、陈文群对一审认定事实和判决结果均无异议,要求驳回上诉,维持原判。

经审理查明,一审法院关于上诉人朱丽华和被上诉人陈文智登记结婚和起诉离婚的情况的认定事实清楚。上诉人朱丽华和被上诉人陈文智离婚纠纷一案,一审法院于2005年10月24日以(2005)昌民初字第411号民事判决书判决准予朱丽华与陈文智离婚,陈文智给付朱丽华生活困难补助费5000元。

本院认为,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。上诉人朱丽华与被上诉人陈文智的婚姻纠纷,已经一审法院2005年10月24日判决准予双方离婚。上诉人朱丽华上诉主张被上诉人陈文智和陈文群共同侵犯其婚姻自主权,未能提供有效证据,其上诉主张不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

二审案件受理费人民币810元由上诉人朱丽华负担。

本判决为终审判决。

## (二) 婚姻无效撤销案例

## (三) 子女抚养亲子关系案例

### 大学生索要抚养费 与父反目对簿公堂 非不能独立生活子女 诉求未获法院支持

2016-06-08 人民法院报 陆晓波 翟珺

本报讯 在中国,子女已满18周岁但因求学深造而无法独立生活的现象十分普遍,那么,就此类案件,在情与法之间该如何抉择?近日,上海市第二中级人民法院审结了一起成年在校大学生与父亲因抚养费而产生纠纷的上诉案,最终,法院驳回了大学生小刘的诉讼请求。

市民刘先生与朱女士婚后生育一女小刘。2005年,朱女士去世,小刘由外婆照顾,刘先生定期支付抚养费。转眼,小刘已经年满18岁,并进入本市一所大学深造,而刘先生也已经到了退休的年纪。刘先生认为女儿如今已经成年,而自己年老多病,每月3000余元的收入自己都不够用,因此拒绝给小刘大学期间的经济资助,小刘遂以因求学而不能独立生活为由诉至法院,要求刘先生支付抚养费至完成学业。

原审法院认为，父母负有抚养未成年子女的法定义务。现小刘已成年，而且在大专院校就读，完全可以通过勤工俭学完成学业，刘先生已没有抚养小刘的义务，故判决驳回小刘的诉讼请求。判决后，小刘不服，提起上诉。

这起案件中，无论判决支持哪一方都可能对另一方当事人造成情感上的伤害，为此，法官充分开展劝解、引导及法律释明等工作，尝试修复父女亲情，但遗憾的是双方始终未能达成调解合意。

案件审理过程中，上海二中院认为，父母对子女有抚养教育的义务，父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。

本案中，小刘已年满18周岁，作为在校大专生，身体、智力状况正常，完全具备劳动能力，不符合“不能独立生活的子女”的标准，刘先生已无承担抚养费的法定义务。如果小刘认为在今后的生活中仍需父亲帮助，应与父亲协商解决，也可通过勤工俭学等途径解决学费、生活费等费用。法院依法判决驳回上诉，维持原判。（陆晓波 翟珺）

#### ■法官说法■

从法律上来讲，本案的裁判要点在于“子女不能独立生活”的认定，司法解释将其规定为尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。因此，已满18周岁的成年人完全可以依靠自己的能力独立生活，即使其仍为一名在校大学生。然而在现实中，我国的教育体制下大学生普遍不具有独立生活的可能性，其中个人能力不足及职场供需等都是重要的因素。

从社会层面讲，亲情对于每个人都是宝贵的。随着现在社会工作和生活的压力不断增大，父母陪伴子女的时间普遍较少，情感交流更是有限，而成年子女因不愿独立生活而“啃老”的现象也不断增多，导致父母与子女之间的矛盾不断，乃至对簿公堂。如何让子女尽快独立，并维护家庭和睦，需要两代人以及全社会的共同努力。本案虽已审结，但该案留下的思考仍有很多。

### 同居三年多新娘不是她 为争抚养权男方抢走女儿

2016-06-12 浦江天平

#### 核心提示

办过婚礼、生活在一起，还育有一个女儿，阿贞和钱军在外人眼里就是一对夫妻。然而，他们并没有领取结婚证。更让人意外的是，办完结婚仪式的4个月后，钱军居然就和别人结婚了。“婚姻”的巨轮说翻就翻，可孩子怎么办？诉讼期间，钱军还从阿贞那抢走了孩子，矛盾更加升级……日前，上海浦东新区法院判决了这起抚养纠纷案。

#### “婚姻”的巨轮说翻就翻

同是山东老乡，同样在上海打工，年纪相仿的阿贞和钱军于6年前在别人的介绍下相识相恋了。之后，两人又回到老家工作，并且开始了同居生活。2012年，阿贞和钱军在众人的祝福下举行了订婚仪式，并且在老家买了房。虽然没有领结婚证，但阿贞在别人眼中已经是钱军的妻子了，她和钱军以及钱军的母亲生活在一起。不久，阿贞生下了女儿娜娜。

2015年1月，娜娜2岁多时，阿贞和钱军终于举行了婚礼，本以为这一家三口会继续幸福的生活，然而没想到，就在婚礼过后的4个月，身在上海的钱军打了一则电话给阿贞，说是两个人感情不和，不适合再继续共同生活，以后也不会和她有任何联系。至于娜娜，钱军也表示不会再照顾了。

接到这个电话，阿贞如同晴天霹雳，虽然生活中有磕磕绊绊，但钱军这般“翻脸无情”是她没有想到的。为了挽回这段感情，阿贞带着娜娜到上海寻找钱军，想当面把事情说清楚。然而，阿贞最终无功而返。回到山东的家后，阿贞意外地发现，家里的门锁竟然被调换了，她根本进不去。

无奈之下，阿贞只能带着娜娜回到了自己父母家居住。不久后，她又在外租房子，独自带着娜娜生活。知道自己和钱军无法再继续生活，但孩子的问题必须要解决，于是今年1月，阿贞将钱军告上了法院，她要求判令娜娜由自己抚养，钱军一次性支付娜娜出生之日起至18周岁止，按每月2000元计算的抚养费。上海浦东新区法院受理了此案。

#### 诉讼期间孩子被“抢”走

一波未平一波又起，法院还未就该案进行审判，今年1月下旬，钱军突然出现在了阿贞山东的住处，他和阿贞没能好好解决两人的感情问题，反而强行将娜娜带走了。阿贞选择了报警。

案件开庭审理时，钱军表示娜娜的确是自己和阿贞的非婚生女。娜娜被钱军带走后，就和钱军的母亲以及妻子一起在上海生活，但因为担心阿贞会骚扰他们的正常生活，所以没有把地址告诉阿贞。

关于自己和阿贞的关系，钱军称，自己和阿贞是相爱过，他们举办订婚仪式后，自己就在老家买了房，阿贞也搬来和自己一同生活。2012年，娜娜出生了。因为工作关系，钱军又来到了上海，那时娜娜才几个月，钱军的母亲在照顾孩子上出了很大的力，和孩子也有很深的感情基础。

钱军表示，他和阿贞已经没有感情了，两人也不可能一起生活，他已经于2015年5月结婚了，现在的妻子明

确表示愿意抚养娜娜，娜娜的爷爷奶奶也会帮忙照顾孩子。钱军说，自己现在在上海工作，收入稳定，可以给孩子更好的生活教育环境，也不要求阿贞支付抚养费，并且会配合、保障阿贞的探视权，希望从孩子的身心角度出发，妥善处理孩子的抚养问题。

### 一切从有利于成长出发

法院审理后认为，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利。子女的抚养问题由父母双方协议，协议不成时，应按照有利于子女成长和身心健康发展的原则，保障子女的合法权益，兼顾父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况确定。

本案中娜娜出生后钱军就到上海工作，娜娜主要由阿贞和钱军的母亲照顾，阿贞和钱军分居后，娜娜也继续和阿贞共同生活，已经适应现有生活和环境，阿贞也很好地承担起了抚养娜娜的义务。钱军称娜娜跟他在上海生活，上海的生活及教育环境优于山东老家，但并未予以举证证明，而且钱军在诉讼期间擅自强行带离孩子的行为也属不当，可能对孩子造成无法弥补的损害。况且居住情况也不是确定抚养关系的唯一决定性因素。

综合考察原、被告双方的抚养能力及抚养条件，从维持孩子稳定的生活环境与情感联系、有利于成长的角度出发，法院认为娜娜继续随阿贞共同生活更为适宜。

根据法律规定，不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的抚养费，直至子女能独立生活为止。但阿贞主张的抚养费金额过高，阿贞也没有提供充分证据证明需一次性支付抚养费的合理和必需，法院不予支持。

法院一审判决，娜娜随阿贞共同生活，钱军每月支付抚养费 1000 元，到娜娜 18 周岁为止。同时，钱军一次性支付阿贞从 2015 年 6 月到 2016 年 1 月的抚养费 8000 元。

法官同时指出，孩子的成长需要父母双方的共同关爱。阿贞和钱军要求直接抚养孩子的决心应予肯定，但直接抚养子女的一方意味着更多的付出与奉献，而作为不直接抚养子女的一方更应通过自己的优势承担起抚养教育子女的义务。作为父母应多从子女健康成长角度来考虑和解决问题，而不是仅为维护自身利益。双方应相互协商，理性谨慎，妥善处理纷争，多顾念子女及他人的心理感受，共同为娜娜创造良好的成长环境。（文中人物均为化名）

## 同学聚会续“情缘”非婚生子讨抚养费

2016-05-30 上海法治报 记者陈颖婷

张玫与李杨在高中同学聚会后动了真情，张玫因此怀孕。但生下儿子后，对方却翻脸不认，无奈之下，张玫只得诉诸法院，为自己的儿子讨个“身份”。日前，浦东新区法院对这起抚养权纠纷作出了一审判决。

70 后的张玫与李杨是高中同学，大学毕业后又分配到同一个城市工作，双方关系不错，直至李杨因工作原因调到上海工作后，两人渐渐失去了联系。2014 年 5 月，张玫与李杨回成都参加同学聚会时再次相遇。几年后的重聚，让两人的心湖都起了波澜。张玫说，双方通过电话、短信、微信等方式频繁联系后，最终坠入了爱河。确立恋爱关系后，两人多次至上海、北京、杭州、重庆、四川等地旅游，感情日益升温。

直到 2014 年 12 月，张玫发现自己怀孕一个多月，便催促李杨登记结婚。但这时李杨终于道出了自己已婚的事情，他无法与张玫结婚，但李杨表示孩子生下后他会承担作为父亲的责任。考虑到自己年龄较大，又有情郎的保证，张玫还是选择将孩子生下来。2015 年 7 月，小亮亮在重庆某医院出生。但令张玫伤心的是，李杨作为孩子的父亲却好似人间蒸发了，在产前及产后始终不予露面，也未支付任何费用，并断绝与张玫的联系，张玫多次要求李杨支付抚养费均遭拒绝。无奈之下，张玫诉至法院，要求判令李杨每月支付亮亮抚养费 1 万元至亮亮成年。

“如果确定孩子是我的，我愿意承担责任。”李杨认为自己在孩子出生后没有支付过抚养费是因为不能确定孩子是自己的。李杨认为，张玫提出的抚养费太高了。他告诉法官，自己虽然收入较高，但妻子是全职主妇，家庭的负担全由他一人承担，且尚需赡养父母，自己的儿子现在高中就学，学费等也较为高昂。

经法院委托，司法鉴定机构对亮亮与李杨进行了亲子鉴定，并确定了两人父子关系。为此，法院审理后认为，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。李杨作为不直接抚养亮亮的生父应依法承担亮亮的抚养费，尽最大努力承担起抚养教育亮亮的法定义务。但张玫主张的抚养费金额过高，法院根据亮亮的实际需要、李杨的负担能力及张玫实际居住地的生活水平酌情确定，李杨每月支付张玫子女抚养费 2000 元至亮亮 18 岁，鉴定费由李杨承担。（文中均为化名）

## 代孕引发监护权纠纷案件

2016-06-28 法匠学堂 法匠课题组

2016 年 6 月 17 日，中国首例代孕龙凤胎监护权案终审落槌，上海市第一中级人民法院二审推翻了原审判决，判定由陈某获得其委托代孕所生子女的监护权，审理过程及结果受到了社会各界的广泛关注。

### 案情回顾

2007 年 4 月 28 日，罗某与陈某登记结婚。婚后，陈某向丈夫透露自己患有不孕不育疾病，主动提出希望抚养与丈夫有血缘关系的子女。后两人通过网络找到一家代孕公司，购买了他人卵子，并由罗某提供精子，通过体外授精联合胚胎移植技术于 2011 年 2 月 13 日，获得龙凤胎。

2014年2月，罗某因急性疾病去世。同年12月29日，罗某的父母将陈某诉至法院。

诉讼争议焦点一审

代孕所生子女监护抚养权归属

二审

代孕所生子女的法律地位的认定；陈某与双胞胎是否成立拟制血亲关系；双胞胎的监护权归属问题。

二审诉辩双方主要观点上诉人

陈某上诉称：其与两个孩子通过4年多的共同生活已经存在继母与继子女的拟制血亲关系。同时从子女利益最大化考虑，由她来照顾、抚养孩子最有利于两个孩子的成长。

陈某的代理律师认为，陈某可以以继母的身份来拥有孩子的抚养权，“在孩子生母不明的情况下，我们可以把孩子看作罗某的私生子女，在婚姻存续期间，陈某作为罗某的妻子，可以看作孩子的继母。” 律师表示，即使陈某与两个孩子没有法律上的亲子关系，罗氏夫妇也没有权利来主张孩子的抚养权。

依据我国法律，祖父母只有在父母已经死亡或者没有监护能力的情况下才有权利主张孩子的抚养权，但目前并没有证据能够证明孩子的亲生母亲，也就是卵子的提供者或者代孕母亲已经死亡。

罗某父母已经是八十岁的高龄了，年龄和身体条件并不适合抚养两个年幼的孩子，而且他们与孩子没有很深的感情，也没有强烈的抚养孩子的愿望。在一审时，他们曾提出要把孩子交给远在美国的姑姑抚养，这样不利于孩子的健康成长。

被上诉人

陈某基于拟制血亲提出的抚养权是不能适用类推亲子关系的。对于基因母亲和孕育母亲是否生存，陈某有能力证明而拒不证明，而且孩子的基因母亲和孕育母亲出于金钱关系才生育的孩子，她们没有意愿抚养孩子，应当认定两个母亲没有抚养能力，在这种情况下他们当然有孩子的抚养权。

学理观点综述血统说

血统说是基于基因学的原理来认定子女的父母的学说，在该学说中，代孕子女的法律父母就是代孕过程中提供精子、卵子的一方。该学说的积极意义在于，血缘纽带有利于维系父母对孩子的爱，从而能让孩子更健康的成长。如前文所述，台湾地区“人工生育法”草案中的乙方案实际上采纳的就是该学说理论。

但是有学者认为，血统说的实质理念其实就是“传宗接代”和繁衍自己的家族，实际上也是夫权社会的一个意识形态，以生育男孩为生育的最终目的，这并不符合现今社会男女平等的社会理念。采纳血统说就不能单纯得依妇女分娩来确定孩子的母亲，而是要通过DNA鉴定才能最终确定孩子的父母是谁，这也大大提高了人工生育的成本。在代孕中存在捐精、捐卵的情况下，由于捐卵者、捐精者均为匿名，若直接以提供精子、卵子者作为孩子的父母，代孕中将会出现许多无父无母、有父无母以及有母无父的孩子，不利于子女合法权益的保护。

子宫分娩说

谁分娩孩子谁就是孩子的母亲，而父亲则是根据母亲生育孩子当时的配偶来确定。美国、英国、日本、瑞典就除代孕外的一般的人工授精管所生育的子女均采纳该学说理论。而关于代孕，该学说是以罗马法“谁分娩，谁为母亲”的传统原则为依据而形成的。主张该学说者认为，代孕母在怀孕及分娩的过程中承担了风险承受了痛苦，在她的照顾和呵护之下婴儿才能安然出生，是对女性辛苦怀胎十月的一种回报，没什么必要因为分娩者是代孕母而改变，所以没必要否认其生母资格。

但也有学者认为，生育责任原本就是社会强加在妇女身上的，女性在怀孕及生育的同时无疑丧失了一定的自由发展的机会，将亲权赋予代孕母亲不仅不能帮助他们更好的发展及自我完善，更会对其正常生活带来一定影响，比如生育的孩子若有先天残疾，在无人愿意抚养孩子的情况下，将抚养责任推到代孕母亲身上，这对代孕母亲是不公平的，也不利于孩子将来的成长。

契约目的说

根据受术前的约定来确定谁是子女的父母，一般双方在受术之前对于谁成为孩子的父母应有约定，生育行为应该属于双方私法上的民事行为，法律应该尊重双方当事人的决定。英国《人类授精与胚胎学法》中就规定，在代孕协议有效的情况下，协议中约定孩子的父母即为法律上孩子的父母。

代孕参与方可以在施术前以书面协议方式，确定双方或者多方的权利及义务，以此来规避将来可能产生的问题。但是民法的各个体系之间应保持和谐，代孕契约在体现民法中意思自治的同时，其关于亲子关系确认的约定对于民法中亲法子法体系产生了比较大的冲击，亲法子法中还包含财产及身份的规定，都含有强制性的规范。所以在制定代孕协议的同时，对于其中亲子关系的认定应该尽可能与亲法子法中处理亲子关系的价值及原则相符，否则将会产生更多的法律问题。

子女最佳利益说

学说将人工生育子女的父母认定视为类似于离婚或者未婚男女对子女监护权归属的争执，由子女获得最佳利益作为最终的认定标准。在1989年11月20日第44届联合国大会第25号决议通过《儿童权利公约》，为保护儿

童权益，公约确立了四项基本原则：无歧视、儿童利益最大化、生存和发展权以及尊重儿童。子女的利益分为精神利益和物质利益，也就是说父母对于子女的爱心属于精神利益，父母对于子女提供的物质经济利益属于物质利益。大多数国家认定符合子女利益的标准过程中更为注重的是子女的精神利益，物质利益只不过是作为参考的条件。由此可见，子女最佳利益原则就是依据现有各方条件，经过综合考量后，最终选择最有利于子女成长及发展的条件。

综上所述

各国（地区）对代孕子女的法律认定的基础是对代孕行为的支持与否。禁止代孕的国家（地区）中，部分国家（地区）规定代孕母就是所生子女的母亲，否则就是违法行为，而更多不允许代孕的国家（地区）对代孕子女的法律地位未作出规定。允许代孕的国家（地区）中，对代孕子女法律地位的认定多数支持判定为委托夫妇，以此判定代孕合同履行中关于子女归属的纷争。

华裔女星刘玉玲去年通过代孕得到了一个儿子

美国法院在司法实践中多用到子女最佳利益原则进行判决，但将子女最佳利益进行了法律上的规制，确定了其范围。若没有法律对子女最佳利益的范围进行规制，则该原则在运用中就难以把握了。由于一般在子女出生后第一步就需进行亲子关系认定，而这个时候子女还是个婴儿，没有自己思考问题的能力，也无法表达自己意愿，他自己也不知道自己需要什么。而此时委托人夫妻、代孕母一般也并没有和孩子长时间生活在一起过，无法看出谁更适合抚养子女。

再者“子女最佳利益”含义模糊难以把握。该原则的概念过于宽泛，没有一个具体的标准参照，法官对此拥有较大裁量权，可能导致同案不同判，将会诱发更多的诉讼。而且法官由于个人经历不同，对于最佳利益也会有不一样的认识，未婚的法官和已婚已育的法官对于子女最佳利益的解释也会不一样。而且最佳利益实质上是一个不稳定的概念。资产、文化背景、住房空间都有可能成为最佳利益的评判标准之一，这些评判标准并不是固定的，资产是可以浮动的、住房是可以更换的、文化是可以学习的，试想若有一天经过法院判决认定了亲子关系的父母丧失了他们之前所拥有的最佳利益，那他们是否其也丧失了继续作为孩子父母的资格呢。若不会丧失，则最佳利益原则就成为一句有名无实的修辞，若会丧失，则这个家庭将永远处在一个不稳定的状态，这样并不利于子女的成长和发展。

法院判决

一审法院上海市闵行区人民法院审理认为，当事人DNA鉴定结论为：不排除罗某父母与双胞胎之间存在祖孙亲缘关系，可以排除陈某为双胞胎的生物学母亲。2015年7月29日，一审以陈某与双胞胎之间欠缺法定的必备要件，未建立合法的收养关系，以及代孕行为本身不具合法性，陈某与双胞胎不构成拟制血亲关系等为由，判决双胞胎由原告高氏夫妇监护，陈某将双胞胎交由罗某父母抚养。

陈某不服一审判决，向上海一中法院提起上诉。

上海一中法院审理后认为，双胞胎是陈某与罗某结婚后，由罗某与其他女性以代孕方式生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。两名孩子出生后，一直随陈某夫妇共同生活近三年之久，罗某去世后又随陈某共同生活达两年，陈某与双胞胎已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。而作为祖父母的高氏夫妇，监护顺序在陈某之后，故其提起监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由陈某取得监护权亦更有利于孩子的健康成长，故改判驳回被上诉人罗某父母的原审诉讼请求。法院观点阐述如下：

代孕衍生法律关系待厘清

代孕所生子女的亲子关系认定具有一定的复杂性，关系到代孕目的的实现、各方当事人的利益、代孕所生子女的权益保护等，更需考虑到公众基于传统的伦理观念、文化背景等的接受程度。

目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。我们认为，“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，“分娩者为母”的认定原则，亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。由此认定，本案中作为代孕所生子女，其法律上的生母应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者；法律上的生父则为具有血缘关系的罗某。由于罗某与代孕者之间不具有合法的婚姻关系，故所生子女当属非婚生子女。

本案中形成有抚养关系的继父母子女关系

父母子女关系的子女范围不应仅限于婚生子女，亦应包括非婚生子女。而《婚姻法》在区分直系姻亲和拟制血亲的继父母子女关系时，是以是否存在抚养教育的事实作为衡量标准的，至于子女的出生时间在缔结婚姻之前还是之后，并非认定有抚养关系的继父母子女关系的实质要件。

五年来，陈某已完全将两名孩子视为自己的子女，并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务，故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系。这一拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，故罗某的死亡并不能使陈某与两名孩子之间，已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。

考量监护权归属儿童利益为大

无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律保护。因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。根据儿童最大利益原则，从双方的监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归陈某更有利于孩子的健康成长。据此认定，双胞胎的监护权应归于李琳。

法匠观点

1991年7月8日，最高人民法院公布《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》，明确了在婚姻存续期间，若夫妻双方都同意人工生育，不再对精子来源进行区别对待，所生的子女都是其婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。

我国《婚姻法》和《民法通则》中对人工生殖子女的法律地位都没有作出明确规定。之后我国卫生部颁布实施了《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类精子库管理办法》、《人类辅助生殖技术规范》、《人类精子库基本标准和技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》。

我国卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条第2款：

“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”

做出这一规定是基于以下考虑：

其一是代孕仅仅代表的是少部分人的利益，不损害大多数人的利益；其二是代孕自身存在很多问题，假如不禁止，当出现问题时就很难解决。

虽然官方不允许代孕，但有代孕需求的家庭却日益增多，由此地下代孕的产业也滋生不绝，相关问题不仅没有解决反而矛盾突出。

我国就相关问题仅限于政府颁布的行政规章等规范性文件，虽然立法成本大大降低，但远远无法满足解决由人工生殖产生的法律问题。关于人工生殖子女亲子关系的认定规则缺失。人工生殖子女因其血缘的特殊性，可能产生的法律父亲、母亲以及遗传学角度的父亲、母亲，排列组合较为复杂。我国仅靠1991年最高人民法院的《复函》，已经无法完全适应各类人工生育子女的亲子关系确认，亟待进一步细化明确和完善。

综合各国学者意见及法律规定，可归结一条确认人工授精子女法律地位的原理，即精子或卵子的捐献者的意愿是帮助他人生孩子，而不扩展到随之而来的身为人父（母）的法律责任和义务。相反，接受人工生殖夫妇的意愿是承担对该婴儿的法律责任。因此，丈夫优先于供精者成为父亲；妻子即分娩者优先于供卵者成为母亲。

我国1991年《复函》中的规定依据《民法通则》中的诚实信用原则和《婚姻法》保护子女权益原则制定的。只要夫妻双方协议一致同意进行人工授精的，不论所生子女是否与父母具有血缘关系，均应视为夫妻双方的婚生子女。

那么涉及代孕案件中，在缺乏法律具体规定的情况下，是否可以依据上述意见和规定也应将代孕子女视为委托方夫妻的婚生子女。即使法律规定代孕是明文禁止的行为，却不能依此否定一个已经产生的事实结果。例如，我们不能因为超生的违法行为而否认父母与超生子女间的亲子关系的事实。

如果在此案中，上诉人、被上诉人、子宫提供者、卵子提供者均不愿承担抚养义务时。法官该如何定夺呢？被上诉人是具有抚养义务的主体，但年事已高且无抚养意愿。子女利益最大化原则的适用也不是万能钥匙，问题的最终还是指向了人工生育子女法律地位的认定。

#### （四）财产分割案例

##### 土地承包经营权不属于夫妻共同财产范围

——连素玲诉张金仁、洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会承包地征收补偿费用分配纠纷案

2016-06-03 法律家

【裁判机关】江苏省洪泽县人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★★☆☆☆ 被江苏省高级人民法院《江苏省高级人民法院公报》2013第6辑(总第30辑)收录

【案由】承包地征收补偿费用分配纠纷

【案号】(2013)泽民初字第65号

【判决日期】2013年07月02日

【原告】连素玲

【被告】张金仁 洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会

【争议焦点】夫妻双方婚姻关系存续期间基于集体经济组织成员的身份取得农村土地承包经营权，离婚时，可否对该承包经营权以夫妻共同财产的形式分割。

【裁判结果】

一审法院判决：被告张金仁给付原告连素玲征地补偿费的三分之一即36608.48元。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

#### 【裁判要旨】

婚姻关系存续期间，夫妻双方基于集体经济组织成员身份取得农村土地承包经营权。离婚后，夫妻双方约定将共同财产全部分配给一方，但未对土地承包经营权进行具体约定。因承包经营权权利并非夫妻共同财产或家庭共同财产，离婚后，其各自享有的农村土地承包经营权应当分别独立享有。在相关土地被国家征收后，夫妻各方单独享有其承包权土地的土地补偿费、安置补助费等。

#### 【法理评析】

土地承包经营权，是指以不特定的任何人为义务主体的民事权利，即绝对权。在土地承包法律关系中，享有土地承包经营权的权利主体是特定的，而义务主体则是除了权利主体以外的任何人。具体来说，土地承包经营权是一种权益，其并能作为一种财产进行处分。享有土地承包经营权的主体，可以依法处置其享有的土地承包经营权，但不能将该权益，最为财产予以处分。

夫妻双方在婚姻关系存续期间，基于集体经济组织成员身份取得相应的农村土地承包经营权。离婚后，离婚协议对夫妻共同财产进行分割，并明确约定夫妻一方的土地由另一方耕种。离婚协议生效后，相关部门征收了该土地，并进行了相应的补偿。夫妻双方在婚姻关系存续期间，基于集体经济组织成员身份取得相应的农村土地承包经营权，但承包经营权权利本身并非夫妻共同财产或家庭共同财产，只有因该承包经营权取得的收益才属于夫妻共同财产或家庭共同财产。离婚后，夫妻双方仍为集体经济组织成员，各自的农村土地承包经营权应当分别独立，即使离婚协议中对夫妻共同财产享有份额进行处分，但并未对其享有的承包经营权进行处分，故夫妻双方仍享有各自的土地承包经营权及相应收益。此外，夫妻一方虽将户口迁出，但其仍为集体经济组织成员，且未再次承包经营其他集体经济组织所有的承包地，故夫妻一方有权依据其享有的土地承包经营权，在土地被征用后，取得土地补偿费、安置补助费。

#### 【适用法律】

《中华人民共和国物权法》第四十二条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

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 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。征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，请求支付相应份额的，应予支持。但已报全国人大常委会、国务院备案的地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章对土地补偿费在农村集体经济组织内部的分配办法另有规定的除外。

《中华人民共和国婚姻法》第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金；
- (二) 生产、经营的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

#### 【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

#### 【思考题和试题】

1. 离婚后对于婚前的农村土地承包经营权可否以夫妻共同财产的形式分割。
2. 简述夫妻共同财产的法定范围及其分割方式。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

#### 《民事判决书》

原告：连素玲，女，40岁，住江苏省洪泽县高良涧镇渠南村。

被告：张金仁，男，42岁，住江苏省洪泽县高良涧镇渠南村。

被告：洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会，住所地在江苏省洪泽县高良涧镇渠南村。连素玲因离婚后征用土地补偿费诉张金仁离婚后财产纠纷一案，向洪泽县人民法院提起诉讼。

原告连素玲因与被告张金仁、洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会（以下简称渠南村委会）承包地征收补偿费用分配纠纷一案，向江苏省淮安市洪泽县人民法院提起诉讼。江苏省淮安市洪泽县人民法院立案受理后，公开开庭进行了审理。本案现已审理终结。

本院经审理查明，原告连素玲与被告张金仁于1994年12月15日登记结婚。婚后共同居住在洪泽县高良涧镇渠南村四组，1996年2月生一女孩。1998年土地二轮承包时，原告连素玲与被告张金仁一家三口按人头每人2.1亩，共分得土地6.3亩。2006年1月1日，原告连素玲与被告张金仁经法院调解解除了婚姻关系，在离婚协议中约定，夫妻共同财产归被告张金仁所有（属原告所有部分折抵部分小孩抚养费），离婚后至今，被告张金仁未再婚。原告连素玲与被告张金仁离婚后，土地一直由被告张金仁耕种。2011年，原告、被告之前一家三口承包经营的土地被征用了3.5088亩，获得征地补偿款109825.44元，渠南村委会已将上述款项支付给被告张金仁。

另查明，征地补偿款109825.44元包括土地补偿费13300元/亩×3.5088亩：46667.04元、安置补助费18000元/亩×3.5088亩=63158.4元，不包含地上附着物和青苗补偿费。原告连素玲与被告张金仁离婚后，原告连素玲户口迁到她娘家即渠南村委会九组，户口迁出后再未承包经营其他经济组织所有的土地。

原告连素玲诉称：2006年1月10日，原告、被告经法院调解离婚，离婚后原告回娘家居住，责任田由被告代为耕种，现责任田已被征用，应得征地补偿款、109831.7元，洪泽县高良涧镇渠南村村民委员会（以下简称渠南村委会）将此款全部打入被告张金仁账户，原告曾多次告诉渠南村委会不要将所有款项打入被告张金仁账户，渠南村委会不予理睬。现原告多次索要未果，故诉至法院，要求两被告返还土地补偿款36610.56元，并承担本案诉讼费用。

被告张金仁辩称：（1）原告的户口不在被告户口上，本案涉及集体经济成员资格问题，人民法院不应受理；（2）土地承包经营权属于夫妻共同财产，双方离婚时已经对共同财产进行了处分，应当按离婚协议履行；（3）双方离婚土地一直由被告耕种，如果由原告获得补偿款，显失公平。

本院经审理认为，农民基于集体经济组织成员身份取得相应的农村土地承包经营权，在婚姻关系存续期间，夫妻双方及其子女等的农村土地承包经营权是以农户名义取得，承包经营权权利本身并非夫妻共同财产或家庭共同财产，只是基于承包经营权取得的收益方为夫妻共同财产或家庭共同财产。《中华人民共和国婚姻法》第17条规定，生产、经营的收益归夫妻共同所有。离婚后，原、被告双方仍为集体经济组织成员，各自的农村土地承包经营权应当分别独立，原告在离婚协议中仅对夫妻共同财产享有份额进行处分，未对其享有的承包经营权进行处分，故原告仍享有承包经营权及相应收益。根据《中华人民共和国物权法》第42条第2款的规定，征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。从立法目的分析，地上附着物和青苗补偿费是对土地承包经营者实际耕种损失的补偿，应当属实际耕种人所有；土地补偿费和安置补助费实质是对失地农民享有的承包经营权丧失的补偿，亦是对其今后的一种生活保障。原告离婚后虽然户口迁到渠南村九组，但仍为该村集体经济组织成员，且未再次承包经营其他集体经济组织所有的承包地，原告享有的承包经营权对应的承包土地仍在被告（农户）名下，而原告、被告之前承包土地时，是按照一家三口人的份额分得，土地被征用后，原告也未接受安置，故土地补偿费、安置补助费原告也应占三分之一的份额。

据此，洪泽县人民法院依照《中华人民共和国物权法》第四十二条第二款、《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》第二十四条之规定，于2013年7月2日作出（2013）泽民初字第65号判决：被告张金仁于判决生效后十日内给付原告连素玲征地补偿费的三分之一即36608.48元。

## （五）损害赔偿案例

### 男子离婚后发现自己亲生父亲竟然是前妻的现任

2016-06-20 上海法治报陈颖婷 陈卫锋

这年头，小青年闹离婚已经不是新鲜事了，如果双方确实过得不幸福走上了离婚这条路，大多也是为了奔向一个更好的前程。这样看来，似乎婚姻里那些“狗血”的剧情只会出现在电视剧中，但其实，生活才是最好的编剧。浦东新区法院日前审结的一起婚姻家庭纠纷案中，就呈现了这样一幕婚姻闹剧。

离婚2年多后，31岁的小于不曾想到，自己竟然会遭受上一段婚姻带来的“二次伤害”。原来，他从前妻小朱口中意外得知，自己一直视为宝贝的4岁儿子其实并非是自己亲生的，前妻的现任丈夫小李才是儿子的亲生父亲。尽管与前妻已经协议离婚2年了，并且双方约定儿子的监护权归女方，但一直以来，小于对自己的“亲骨肉”还是疼爱有加，不仅定期看管孩子，还每个月提供抚养费800元。现在，突然得知这个消息，无异于是晴天霹雳。让人吃惊的地方还在于，前妻小朱不仅“婚内出轨”，孩子两岁时，在小于不知情的情况下，小朱和小李还私下带着宝宝做过一次司法鉴定，结果表明，在生物学意义上，小李确实是孩子的父亲。半年之后，小朱便向小于提出了离婚，再过了2个月，小朱与小李“闪婚”。

在得知事情真相后，小于将小朱和小李起诉至浦东法院。

离婚时主动放弃房产可以算作一种补偿？

小于诉称，两被告不仅隐瞒事实真相，在离婚时还要求其支付抚养费和定期轮流看管孩子，这给原告及其父母造成了严重的感情伤害，使他们遭受到了巨大的精神损害与经济损失。为此，请求法院判决两被告：赔偿原告在小朱怀孕、生产期间支出的护理费、营养费 15000 元；按离婚前每月 6000 元、离婚后每月 3600 元的标准赔偿原告支出的抚养费；赔偿精神损害抚慰金 10 万元；返还借款、生日礼金等费用 14000 元。

法庭上，小朱、小李辩称，小朱自知违反夫妻忠诚义务在先，因而在与原告离婚时已经放弃了大部分财产，其中放弃的房屋价值较大，可视为是对小于的补偿，因而无需再赔偿精神损害抚慰金。即便不考虑这一情节，小于要求其赔偿的孩子抚养费、精神损害抚慰金的数额也过高，不符合法律规定，至于小于主张的孕期护理费、营养费以及生日礼金等费用，也都不合理或没有法律依据。

#### 法院：被告过错明显需进行相应赔偿

浦东法院审理后认为，夫妻应当互相忠实，互相尊重，小朱在与小于婚姻关系存续期间与小李发生性关系并生下儿子，小李在明知小朱有家庭的情况下仍与之发生性关系，而且小朱在明知儿子不是小于亲生的情况下，仍要求其支付抚养费，这一行为对小于造成较大的伤害，给其精神上带来了一定的痛苦，因而原告诉请的精神损害赔偿，于法有据。

小朱在离婚时可能考虑到自己的过错，所以在财产分割上作了较大让步，但其当时并未明确告知原告这一行为是对原告的精神补偿。同时，小朱在明知孩子并非原告之子的情况下仍隐瞒事实，要求其支付子女抚养费，给原告造成了重大精神伤害，理应支付精神损害抚慰金，因而对其离婚时已主动放弃房产无需再作赔偿的辩解，不予采信，综合本案案情及两被告的过错程度等酌定赔偿额为 30000 元。

小于在不知情的情况下对两被告之子进行抚养，因此其支出的抚养费，两被告应予赔偿，至于离婚前的赔偿数额，根据被抚养子女的年龄大小、双方的收入情况等，酌情按每月 1500 元的标准赔偿；对离婚后的抚养费，根据原告实际给付的金额及抚养情况，按每月 1200 元的标准赔偿为宜。考虑到小朱在离婚时已放弃了价值较大的房屋，故小于要求返还护理费、营养费等，不予支持。至于原告主张的生日礼金等费用，由于两被告否认该事实，原告未举证证明，不予支持。

### （六）扶养赡养案例

#### 独居老人讨要探望权 法院调解挽回亲情

2016-06-04 人民法院报 周广伟 陈中霞

年逾九十的郭老汉一辈子都没有打过官司，如今却为了探望权将五个儿女告上法庭，要求五人轮流探望自己。近日，山东省巨野县人民法院受理了此案。在法官的细心调解下，兄弟姐妹们纷纷表示今后一定改正，对老人定期轮流看望。

郭老汉是医院退休职工，每月 4000 多元的工资尚算宽裕。老人生有两儿三女，成年后或因结婚或因工作，均已外迁。随着年龄的增长，老人的身体越来越不好。特别是近几年，老人经医院诊断，患有前列腺癌、脑萎缩等多种疾病，生活状况举步维艰，五名子女又都以工作忙为由不来看望他，导致老人精神上极度空虚，日子越来越难熬。

老人的大儿子系一名退休教师，与老人居住在同一乡镇。他不但对老父不管不问，就连接老人电话都简单粗暴，甚至还恶言相向，再后来对老人的电话干脆拒接，这让郭老汉非常伤心。老人向人打听后，决定起诉儿女维权。因为只有大儿子一个人的电话，其他四个子女的住址、电话老人都不知道。无奈，老人将大儿子告上了法庭。

巨野法院麒麟人民法庭庭长刘建民承接案件后，考虑案件的特殊性，他带领书记员来到老人家中，详细了解了几名子女的状况。从老人处，刘建民获悉老人一个孙子的住址。他迅速联系上老人的孙子，并通过他联系上其他四名子女，逐一将他们追加为共同被告。

刘法官考虑到在亲情之间，无论判决如何正确，社会效果都是冰冷的。于是，他将老人的五个儿女召集到一起，耐心解说新修订的老年人权益保障法，告诉他们不探望、不赡养老人都是违法行为。不仅要尽赡养义务，更要注重精神赡养，不忽视、不冷落，经常探望或问候，让老人在暮年能感受到亲人的温暖。一番细心劝解、耐心说服后，五名子女认识到自己的错误，与老人达成了协议，约定五人定期轮流探望。

老人最终申请撤诉

据该案法官介绍，新修订的老年人权益保障法第十八条规定，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。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。在本案中，郭老汉作为独居老人，更需要儿女的经常看望，而且亲情不是通过判决、强制执行就可以挽回的。本案通过调解，让儿女明白自己应尽的责任和义务，达到了双方真正谅解并挽回亲情的社会效果。（周广伟 陈中霞）

#### 五子争父

2016-06-21 经济与法

如今，因遗弃老人不赡养责任的纠纷时有耳闻，可今天要说的案例却难得一见，却是儿女争着抢着都要赡养老人。为此他们还闹上了法庭。

争着赡养老人是好事，可为什么一家人还会走到法庭上呢，按大姐徐素珍的话说，这都得怪大弟弟徐亚飞，因

为他耍心机，居然把老父亲从小弟弟家给骗走了。

2016年春节前，小弟弟徐亚斌突然接到哥哥徐亚飞打来的一个电话。说要把老父亲接到自己家里过春节，徐亚斌当时没有异议。

老父亲徐克广已是87岁的高龄，2013年老人生病后，出现了老年痴呆症，从那之后，老父亲就跟着小儿子徐亚斌生活，后来老人因为摔跤跌断了腿卧床不起，生活不能自理。徐家老母亲在2015年因为心脏病已去世了。既然哥哥要尽孝心，弟弟自然也支持，于是2016年2月6日，哥哥徐亚飞就把老父亲接到了自己的家中。哥哥说春节后上班就把老人送回来。

然而春节过后，左等右等，却不见哥哥徐亚飞将老父亲送回来。弟弟打电话过去，哥哥说老父亲就不回去了，随他生活。

这事一下在徐家炸开了锅，甚至专门召开家庭会议商讨此事。

按理说徐亚飞是长子，照顾老人也是应当，但在徐家的长辈和兄妹的眼中，让徐亚飞夫妇来照顾老父亲却是万万行不通的事情，他们不放心。因为母亲在世的时候，老两口曾经在哥哥家住过，闹得很不愉快。

好像这矛盾是从几年前，母亲还在世的时候起的头，那么老母亲和老父亲在大儿子家住的这八天发生了什么事呢？竟让其他弟弟妹妹如此不放心？

原本两位老人一直是在老家淮安市五里镇生活，五个子女都在淮安市安了家。2013年，老父亲患上了脑梗，就被子女们接到淮安市来看病。因为弟弟当时没有住房，老两口便住在哥哥家里。

然而让徐亚斌没想到的是，仅仅8天之后，老母亲却哭着找上了门，说在老大家里呆不住了。

原来，老大徐亚飞在五里镇政府工作，老大媳妇开了个店面专门卖饼，两口子都是早出晚归，家里没人专门照顾老两口。而且老大媳妇回来就说厕所所有异味，不让母亲上厕所。

据徐亚斌说，老大媳妇一直就反对父母住过去，所以这八天是摩擦不断。当天，徐亚斌就找了车子把父母从大哥家接走了。而从此以后，两位老人就一直跟着他生活。

大姐说，弟弟对老人照顾得不错，每天早上五点起床，给老人做好饭，就开始伺候老人洗漱，而这个洗漱对于瘫痪在床的老人，却不是件容易事。还要给老人擦身子，还纸尿裤。

之后则要喂饭。老人得少吃多餐，要细软有营养，所以都是专门给单做出来的。之后就是吃药，光药每天就要服用6种。而为了防止褥疮，每隔一两个小时，就得给老父亲翻身，一天得翻五到六次。

而与此同时，大姐说，大弟弟徐亚飞却对父母亲不闻不问，既不出钱，也不出力，甚至连面都不露。

特别是母亲去世前最后一段日子，让徐亚斌至今仍不愿回忆。母亲的病危通知书都下来了，作为长子徐亚飞都不来照顾。

因为这段过往，所以当徐亚飞提出把父亲接走时，弟弟徐亚斌犹豫过。可当老人被接走就没再送回来，还拒绝探望时，徐家其他几兄妹就觉得有问题了，觉得徐亚飞肯定是要拿老父亲做文章，有所图谋。于是他们做了一件事。

这位是大哥徐亚飞的妻子——沈雪莲。从2月份将老父亲接过来后，她就停掉了做饼的买卖，全天在家照顾老人。

2016年3月14日上午，沈雪莲给老父亲喂完香蕉，按照往常作息她就得出门买菜。可是当她走出家门的时候，被吓了一跳。

沈雪莲说，当时楼下聚集了二十多人，还有三辆汽车，其中一辆面包车里放了床，这阵势吓到了沈雪莲。

沈雪莲一看就明白这是来抢老人的，于是她赶紧回家紧锁屋门。等到中午时分，徐亚斌拨打了110，和警察一起来敲门，但沈雪莲就是坚持不开门。

因为沈雪莲拒不开门，当天徐亚斌没能把老父亲带走。到了下午，徐亚飞却接到了当地派出所的电话。说家里姊妹四个告他虐待老人。

等徐亚飞到家后，果林派出所的民警专门来看望了老人。没发现虐待的情况，就走了。

第二天，果林派出所民警对兄弟姐妹几人组织了调解，可是双方都态度坚决，谁都不肯让步。

3月16日，徐亚斌四兄妹一纸诉状将徐亚飞告到了法院，要求取得老人的探视权，并且老人得由子女五个轮流赡养，每人2个月。说实话，如今遗弃老人不负赡养责任的纠纷时有耳闻，都抢着争着要养的却很少见，既然都想照顾老人，为什么徐亚飞却坚持要把老父亲留下，还不让其他人来看望呢？在法庭上，哥哥徐亚飞说出了其中的缘由。弟弟让老父亲住在车库里，让弟弟照顾父亲自己不放心。

这里就是徐家二儿子徐亚斌的家，位于二楼，三室一厅，分别住着徐亚斌夫妻俩，徐亚斌的老岳父和女儿。楼上的房间并没有老父亲的住所，他一直住在楼下，就是这里，这间昏暗的半地下车库中。徐亚飞说，地下车库潮湿、阴冷、不通风，老父亲又是老年痴呆，一直卧床不起，长期住在这里实在不利于身心健康。

哥哥徐亚飞说，弟弟徐亚斌做专卖大棚农用薄膜的生意，所以他经常要送货下乡，而他媳妇也要看门市，所以家里实际上没人陪伴老人。白天，徐亚斌除了正常的洗漱吃饭，就把老父亲留在车库里，晚上，则是老人单独睡觉。结果老人不小心摔断了腿。

徐亚飞说，他不让弟弟接回去是无法忍受老父亲在半地下居住。而大姐他们提出的五兄妹轮流照顾，每人两个月的方案，纯粹是在折腾老人，是出于对自己和妻子的不信任。所以，徐亚飞提出了两个方案，一是由他独自赡养，二是，遵照先前的赡养协议，由兄弟俩轮流赡养，每人5个月，但前提是老人不能再放到地下车库。怎么又出来了一份赡养协议，既然有协议怎么还要打官司呢？

2016年2月底，因为徐亚飞一直不送还老人，徐亚斌和大姐徐素珍就商量找个中间人，通过表弟给徐亚飞递话说想要见一面。于是，24日中午，几个人还有熟识的朋友就一起吃了个饭，大家达成一个协议，轮流照顾老人，每家五个月，谁家照顾老人的退休工资就归谁家。

当时签订的赡养协议上面清楚地写着，老父亲从2016年2月6日开始，由徐亚飞、徐亚斌两兄弟轮流赡养，每人5个月，并附有见证人和两兄弟的亲笔签名。既然当初都谈好了，如今却又打上了官司，是谁临时变卦了呢？

原来，其他三个姐妹并不认可这份协议，在她们看来，不管儿子女儿都有赡养父亲的权利和义务。那份协议里，徐亚飞把三个女儿排除在外，其实是为了钱。

这里说到的钱，其实指的是老父亲的退休工资。徐克广是国家公务员，退休干部，一个月的退休工资有4800元，而如果去世了，大概还有十几万的抚恤金。

果真如此吗？徐亚飞说，那都是姐妹和弟弟的猜忌，自己根本就不是为了钱。首先，老父亲的工资本根本就不在他手中，二来，他还让媳妇把本来非常赚钱的卖饼生意给停了，全职在家照顾老人。媳妇饼店的生意很火，一个月收入不会低于一万元。

徐亚飞说，因为饼店暂停营业，每年还得倒贴2万块的房租钱，再加上本来每月不低于1万元的收入，里外里的损失根本不是老人那每月4800元的工资可以抵消的。自己的主要目的就是为老人尽孝。

在记者采访过程中，五兄妹都分别表示，他们打官司不是为了钱，是为了让老人晚年过得真正幸福，三个姐妹甚至还表示，老人过世后的抚恤金她们一分不要，都给两个儿子平分。老大徐亚飞为了让老人得到更好的照顾，让媳妇关了饼店，每月少收入1万多块在家全职照顾老人。而弟弟徐亚斌做生意收入也是不错的。这样看来，五兄妹争夺老人的赡养义务，还真不是很多人猜测的，是为了钱，而确实是为了让老人过得好。可有着共同的出发点，为什么还打起了官司呢？法官分析，这与血缘亲情下亲人间那种既牢靠又很特别的信任关系有关。

徐亚飞说，几个姊妹特别是大姐对自己不够信任，其实自己完全是主动尽孝。现在，老人住在有阳光的主卧室，白天有大儿媳照顾，晚上则是自己睡在老人旁边。老人在自己家里住着，神志比以前清醒了很多。

时隔一个多月后，主审法官郭云红再次来到徐亚飞家，相比上次，老父亲各方面的情况却有了明显的变化。而经过3个月的照料，老父亲已经恢复到能读报纸，认清字了。

五子争父，对簿公堂，争的是赡养老人的机会。一方是四兄妹，要求五个儿女机会均等，每人赡养两个月，而另一方大儿子却坚持要么自己一个人养，要么是两个儿子轮流赡养，完全把三个女儿排除在外。那么，这样的诉讼请求法院会如何对待？本案的主审法官郭云红在处理家事案件方面有着丰富的经验，但是徐家这个案子却很独特，郭云红刚接到时就发现它有点问题，四名原告是将探视权和赡养要求放在一起起诉的。

因为赡养案件的主体有特定性，原告必须是老人，四个原告不具有赡养案件的主体资格。也就是说，徐亚斌四兄妹不能成为赡养案件的原告，原告只能是父亲徐克广本人，但偏偏老人已老年痴呆，没法做出选择。

诉讼主体不合格，按一般情况，法院就会直接裁定驳回诉讼请求。但是在郭云红看来，简单的驳回起诉，虽然合理合法却不能真正解决问题、化解矛盾

本案先后两次开庭，郭云红几次和原被告双方进行背对背的调解，但是双方一直各执己见互不相让。

俗话说，清官难断家务事，深陷情绪之争的徐氏兄妹还有可能达成一致意见吗？法院决定采取一个特别的形式，2016年5月19日下午，郭云红把本案的第三次开庭放到了大哥徐亚飞所居住的小区广场上，希望通过巡回法庭的形式对本案有所推动。

开庭不一会儿，四周已经围满了人，大多是上了年纪的老人。一开始，双方就情绪激动，大姐徐素珍则把矛头直指大媳妇沈雪莲。

开庭阶段，双方寸步不让，吵得不可开交，法官只能休庭，稍后进行庭上调解。而围观的群众也议论纷纷。

然而，调解开始后，情况依然没有好转，双方还是互相指责。在法官的劝说下，终于，徐亚斌松口，同意让老父亲住楼上卧室，自己去住车库。这一让步使得整个调解，打开了局面。很快，双方达成了一致意见，按照徐亚飞提出的第二个方案，老父亲由两兄弟轮流赡养，每家四个月，老人在哪家生活，老人的工资由哪家保管。

终于，纷纷扰扰近4个月后，五兄妹又坐到了一起，并当场签订了调解协议，老父亲的赡养问题终于得到了妥善解决。

五子争父的出现，根源还是因为信任，当加上钱财等因素时，信任就变得更为难能可贵。所以，希望达成协议的徐家兄妹，眼睛多往前看，这个“前”是前面的前，彼此多些善意的观察，彼此督促，相信老人会过得更好，家庭也会更加和睦。与此同时，也正是因为子女多，互相监督，在某种程度上也保障了老人的权益。目前，社会老龄化明显，像徐克广这样的失能老人日渐增多，谁来做这种老人的监护人，监护效果如何，谁又来监管。目前，我国

对于这个群体的监护制度和法律规定还都比较概括，随着家庭规模日渐缩小，失能老人如何养老，确实是个需要各方破解的难题。

### （七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

### （八）恋爱同居纠纷案例

### （九）其他相关案例

## 儿童节特辑 | 未成年人保护案例民事篇

2016-06-01 法徒 潘华明

### 案例一：隔代探望权案例

#### 【裁判要旨】

隔代探望权的行使应当同时满足以下条件：1、在子女死亡或丧失行为能力等无法正常履行监护、探视职责时，祖父母、外祖父母单独行使隔代探望权的存在既符合伦理道德的价值认同，亦与替代履行的法理相一致；2、隔代探望权是否得以行使、行使的具体方式均应当以是否有利于未成年人健康成长为判断标准，如果不利于未成年人，则应当中止探视；3、在具体行使隔代探望权过程中必须尊重法定监护人依法履行监护职责，如果妨碍监护人履行正当的监护职责，则应当中止探视。

当然，如果满足上述三个条件，未成年人的监护人亦负有适当的配合与容忍义务，从而协助隔代探望权的正常行使。

#### 【案情】

2012年6月，徐某、李某夫妇独生子小徐与倪某结婚。婚后半年小徐意外身亡，两老人对独子离世无法释怀并与儿媳倪某产生隔阂。发现儿媳怀孕后，老人将所有希望放在未出世的孙辈身上，双方关系也有所缓和。怀孕期间，徐某、李某夫妇给了儿媳4万元营养费，孩子出生后多次赠送奶粉、玩具、纸尿裤。2013年10月底，倪某产下儿子，可因双方心结尚未完全解开，在探望一事上摩擦不断甚至爆发剧烈冲突，倪某为此拒绝老人对孙子倪宝行使探视权。老人遂将倪某告上法庭，要求确认其享有隔代探望权并明确行使方式等。

#### 【法院判决】

一、二审法院认为：我国《婚姻法》虽将探望主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在探望主体死亡或者丧失行为能力的情况下祖父母、外祖父母可否代替子女对孙子女或外孙子女进行探望未有明确规定。对此，应从法律规定之精神和中华民族文化传统进行综合衡量并作出妥当安排，遂从隔代探望权的权利本质归属出发，认定该权利既是成年近亲属对未成年人的法定权利，也是成年近亲属对未成年人的法定义务，其他成年近亲属的精神关怀与物质支持对未成年人人格健全、身心发育成长有着积极意义，符合《未成年人保护法》的保护原则。但认为近亲属担任未成年人的监护人应当遵循法定的顺序位阶，在未成年人有法定监护人的情形下，其他近亲属探望须遵守监护权行使的代际位阶，不得妨碍序位在先的监护人履行监护职责，否则监护人可依法要求中止不当探视。当然，监护人在行使监护权之时亦应为其他近亲属合理探视提供必要之便利。鉴于徐某某、李某某已承诺不再纠缠过去矛盾，主动缓和双方关系，故可支持其采用适当方式探望倪宝。

### 案例二：公共管理人疏于管理服务案

#### 【裁判要旨】

1、除法律有特殊规定外，过错责任原则是责任主体承担侵权责任的基本归责原则。该归责原则下，行为人对受害人的损害承担侵权责任需同时满足以下四个条件，即：行为人实施某一行为（含作为及不作为）、行为时存在过错、受害人的民事权益受到损害、行为人的行为与受害人的损害之间存在因果关系等。因此，本案各诉讼主体对李大因溺水身亡的损害后果是否需承担赔偿责任，需承担何种赔偿责任及相应责任比例的大小均对上述四个条件的满足程度进行考察。

2、监护人应当履行监护职责，不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任。未成年人如未满10周岁的，属于无民事行为能力人，其认知、行动和自救能力显然较弱，其成年家属相对应的监护责任包括安全教育、生活照顾、行为看护等就相应较重。

3、物业服务企业有着对小区房屋及配套设施、设备和相关场地进行维修、养护、管理等职能，小区外围设置栅栏本身即意味着禁止进出、隔绝交通的基本功能，是物业小区与非物业小区的区分界限，也是小区内部相对安全、舒适及卫生的硬件保障。

4、损害的发生有一因一果、多因一果、多因多果等多种情形，其中多因一果更为常见。此时，这种因果关系放置到违反安全保障义务的侵权归责之中就需要从以下二个方面来作具体分析，一是有无存在可以预见的影响社会安全交往的客观风险；二是过错行为是否为发生损害必不可少的条件之一或者在实质上是否增加了损害发生的客观可能。

5、从事民事行为的主体应当具有民事行为能力，无民事行为能力人共同嬉戏玩耍致自身或他人损害的，相关行为不能归入法律上所指的有主体意识、有相应法律责任的民事行为，无民事行为能力人相关行为所致损害由其监

护人根据公平责任（相对于嬉戏玩耍主体之间）或无过错责任（相对于其他无辜受害第三人）承担民事责任。

#### 【案情】

2014年8月20日17时41分许，李大因与李二因通过长期未修复的缺口走到围栏外河边发生溺水事件，后李二因被他人成功救出，李大因不幸溺亡。溺水发生地点位于凯发苑二期小区东北角北侧沿吴都路的河道内，该河道被凯发苑小区内的栅栏围墙与小区内相隔离，栅栏围墙的结构是下方为0.8米左右高度的砖砌围墙，围墙上安装1.4米左右的铁栅栏。铁栅栏有缺失，事发后予以修补完整。栅栏围墙到河道之间系绿化带岸坡，岸坡下方有人为挖出的七八级台阶通到水边驳岸，事发地点附近未有警示标志。后李大因父母遂诉至法院，要求对小区内毁坏设施长期疏于管理的凯霞物业公司承担主要赔偿责任，负责河道清淤、拓浚、沿河生态护岸建设的新城建设指挥部承担管理疏忽的相应赔偿责任，华庄街道办对辖区内物业公司未尽监管指导职责应承担相应赔偿责任。

#### 【法院判决】

一、二审法院认为：受害人李大因未满10周岁，虽已小学在读，但仍属于无民事行为能力人，其认知、行动和自救能力显然较弱，相对应，其成年家属的监护责任包括安全教育、生活照顾、行为看护等就相应较重，本案李大因溺亡系成年家属未行监护之责为主因；涉案小区东北角围墙上个别栅栏长期缺漏，无法确保隔离之应有作用，而小区毗邻河道，小区村民利用栅栏疏漏随意进出沿河亦为常态，确有一定的安全隐患，由此带来的人身安全风险可为物业服务公司所预知，故可认定凯霞物业公司不作为增加了在小区内玩耍儿童发生溺水危险的客观可能；自然人未加保护措施进入任何河道均可能导致溺水身亡的风险是积水的自然属性与自然人生理属性所决定，对女童溺水是否必然发生、因何具体原因发生、何时或在何地发生均无法由一级政府作出预先判断并采取有针对性的措施进行管理，事发河道系自然河道且有绿化带与周边小区和道路作了适当隔离，未有证据表明新城建设指挥部根据市政规划进行美化施工后增加了该河道的危险性，故华庄街道办、新城建设指挥部对本案女童溺亡事件既无行为过错，亦无因果关系。为突出司法对公共管理责任人的告诫，最终法院判令凯霞物业公司于判决生效后立即赔偿关某、李某115559.3元（按损害的15%比例），并驳回关某、李某的其他诉讼请求。

#### 案例三：物件致人损害案

#### 【裁判要旨】

1、建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。

2、未成年人所作证词符合其认知能力，具有证人证言的证明效力。

#### 【案情】

2012年12月31日，陈某下午放学后与同学华某在盛岸一村小公园玩耍，小公园内石桌桌面发生脱落，致陈某右足受伤致右足拇趾远节趾骨缺失。经司法鉴定，陈某右足趾损伤伤残等级评定为十级。陈某父亲陈某某作为法定代表人遂以陈某某名义诉至法院，要求小公园景观工程的施工人天合景观公司承担赔偿责任。

#### 【法院判决】

一、二审法院认为：陈某遭受人身损害的事实经过有公安机关对事发当时在场的华某所作询问笔录为证，虽然华某为未成年人，但对事件发生地点、主要经过的陈述在其认知能力之内，在事发第二日的陈述，亦能客观反映事实，综合全案证据足以认定陈某所受人身损害与被告天合景观公司施工的石桌安全性能不足存在因果关系，天合景观公司作为该设施的施工方，应对损害后果承担责任。遂判决天合景观公司全额赔偿陈某残疾赔偿金、精神损害抚慰金、医疗费、营养费等损失合计87739元。

### 隔代探望权案例之二审文书

2016-06-01 法徒 本案合议庭

江苏省无锡市中级人民法院  
民事判决书

(2015)锡民终字第1904号

上诉人（原审被告）倪某，女。

委托代理人奚春晖，江苏湖滨律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）徐某某，男。

被上诉人（原审原告）李某某，女。

委托代理人薛峰（受徐某某、李某某共同委托），江苏正太和律师事务所律师。

委托代理人张静雨（受徐某某、李某某共同委托），江苏正太和律师事务所律师。

上诉人倪某因与被上诉人徐某某、李某某探望权纠纷一案，不服无锡市北塘区人民法院（2014）北民初字第1586号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年8月19日立案受理后，依法组成合议庭于同年9月10日公开开庭审理了本案，上诉人倪某及其委托代理人奚春晖、被上诉人徐某某、李某某及其共同委托代理人张静雨到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院查明：

徐某某、李某某夫妇的独生子徐某于2012年初与倪某相识恋爱，同年6月登记结婚，同年9月30日举行婚礼后共同生活。2013年3月4日，徐某身亡。后徐某某、李某某夫妇与倪某为徐某的身亡起因发生争执，双方为此产生矛盾。徐某死亡时，倪某已怀孕一个多月，倪某自徐某身故后即回娘家居住。徐某某、李某某、倪某均分了徐某的人身保险理赔款各7万余元。就倪某是否继续妊娠事宜，倪某及其家人与徐某某、李某某达成一致意见。后，徐某某、李某某以怀孕营养费为由向倪某汇款4万元。

2013年10月29日，倪某产下一子倪宝。孩子出生当天及11月底，徐某某、李某某先后两次探望孙子。同年12月31日，徐某某、李某某第三次探望孙子时，双方产生口角，事后经当地妇联协调，双方矛盾有所缓解。此后，徐某某、李某某夫妇每月一次至倪某住所探望孙子。在探望过程中，徐某某、李某某也携带一些孩子的食品及生活用品。2014年8月下旬，徐某某、李某某以近日将外出为由，要求提前探望孙子，被倪某以当月已探望为由而拒绝。8月31日，徐某某、李某某夫妇与两个亲戚至倪某住所要求探望孩子，双方为此又产生口角并有肢体冲突。

事后，经当地派出所、妇联协调未果。徐某某、李某某遂诉至法院，要求判令：1、其夫妇有权对孙子每月探望三次。2、倪某对其夫妇行使探望孙子的权利时应履行协助义务。对此，倪某辩称：因徐某某、李某某将徐某的死因归咎于其而致双方产生纠纷，但其仍忍辱负重地继续怀孕，除了对孩子的母爱情结，也包含了对逝去丈夫的告慰之情，可徐某某、李某某并未消除对其怨恨。随着孩子的出生，徐某某、李某某的保留血脉愿望实现后，对其原有的怨恨又再次显现并愈加强烈。其及家人虽为徐某某、李某某对孩子的探望提供了方便，但徐某某、李某某夫妇仍以各种理由借故滋事，为此还产生严重争执并报警处理。徐某某、李某某的行为已严重扰乱了其母子及家人的正常生活秩序，要求驳回徐某某、李某某的诉讼请求。

原审中，徐某某、李某某表示：1、其夫妇对儿子的突然离世痛不欲生，而孙子的降临，给其夫妇以莫大的精神慰藉。2、其夫妇对倪某独自抚养孩子的艰辛表示理解，也愿意在经济上予以帮助。3、随着孩子的日渐成长，在原本每月一次的探望期间，感觉到孩子与其夫妇已产生了陌生感，故要求增加探望次数，以增进祖孙间的亲近感。倪某表示：1、丈夫的突然离世，对其造成难以抹去的伤痛，而婆婆将责任无端地归咎于其，使其受到了再次伤害。2、在是否继续妊娠问题上，其与家人充分考虑到徐某某、李某某夫妇对小生命的企盼情感，为延续徐家血脉作了巨大付出。3、徐某某、李某某在孩子出生前后对其的态度判若两人，此前的怨恨言行在孩子出生后又常有重现。4、徐某某、李某某在每次通知需要探望孩子时，总以自身便利为原则，充满着盛气凌人的霸道，从未考虑其与家人的合理安排与否，而对其与家人提出的建议总被否决，并由此而产生冲突。徐某某、李某某在冲突中的言行，给其及家人造成了严重不安。

原审法院曾多次组织双方调解，但因各执己见未果。

上述事实，有结婚证、死亡证明、接处警资料及双方当事人的陈述等证据在卷证实。

原审法院认为：

解决本案纷争需要对两个方面予以评判：一、导致本案诉讼的原因。二、徐某某、李某某夫妇是否享有探望孙子的权利。徐某某、李某某夫妇系失去独生子女的老人，要求探望自己的孙子，且对被探望者也是天伦共享的行为，系符天理、合人伦之举，却为何与倪某出现本案争执，除了双方所陈述的因素外，各自内心及背后所存在的处事理念差异，实系导致矛盾升级的症结所在。关于徐某某、李某某要求探望孙子及倪某应予以协助的本案诉请，根据已查明的事实，结合当事人之间的关系及相关规定，对徐某某、李某某的诉请予以支持，但探望次数以每月一次为宜。“己所不欲、勿施于人”，双方应各自反省自身以往的不足，“得理不让人”远不如“有理让三分”。各自在追忆逝者的同时，也应感恩让孩子平安降生的上苍眷顾。而孩子成长的阳光与否，与双方今后的处事理念及方式密不可分。在以后的生活中，希望双方能尽快地从过往的悲愤中予以解脱，消弥以往的隔阂与怨恨，以真诚及善意换取对方的理解与信服，而各自谦让所产生的空间将更有利于孩子的健康成长。

为此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第七条、《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条第一款之规定，原审判决：一、自判决发生法律效力之日的次月起至倪宝十周岁时止，徐某某、李某某可每月探望倪宝一次，倪某负有协助配合义务。具体探望方式为：每次的探望时间以六小时为限；探望地点除徐某某、李某某与倪某商定的地点外，以倪某经常居住地或由倪某指定的地点（本市市区范围内）为宜。二、驳回徐某某、李某某的其他诉讼请求。案件受理费80元，由徐某某、李某某负担40元，由倪某负担40元。

倪某不服原审判决，向本院提起上诉称：1、原审判决认定事实错误。其生育倪宝主要是考虑到被上诉人失去儿子后的家庭情况，其作出了重大牺牲，并非是与被上诉人达成一致意见。从其怀孕到孩子1岁多期间，被上诉人多次带人持械上门辱骂打砸，甚至抢走孩子，对其恶意诽谤污蔑，被上诉人的行为对其及其家人和孩子的身心都造成了严重的伤害。因此被上诉人的探望对孩子的健康成长有害无利。原审判决没有实事求是地反映其拒绝被上诉人探望的深层次原因。被上诉人曾汇款的4万元并非对其善意的关爱，而是试图买断其与孩子的所有关系。2、原审法院程序违法。原审没有对其提交的相关证据材料进行质证，也没有对其调查申请予以答复并进行调查，庭审中其要求发问也被制止，并未多次组织双方调解。3、原审判决适用法律错误。《婚姻法》规定探望权的主体为子女的父母。

母，并没有赋予其他人，因此被上诉人的诉讼请求没有法律依据，江苏省高级人民法院也对此作出了明确规定，《妇女儿童权益保障法》规定父母对其未成年子女的监护任何人不得干涉，因此原审适用《民法通则》、《老年人权益保障法》的有关条款不当。故请求二审法院驳回被上诉人的诉讼请求。

徐某某、李某某辩称：1、原审判决认定事实正确。对于倪某生育倪宝是双方的一致意见，其给予倪某妊娠医疗费4万元，并从产检到生产予以全程精心安排是有诚意的关心，至于双方关于孩子的协议事出有因，徐某死亡后，其为了保住胎儿，多次恳求倪某不要打胎，倪某提出孩子的出生、抚养以及教育等费用全部由其承担等6条要求，其写下了协议初稿，但倪某歪曲成其买断孩子。孩子出生后至2014年8月31日，其共探望了12次，仅有两次探望发生了争吵，并不存在“持械打砸”的事实。孩子是徐家和倪家共同的血脉传承，祖孙之间是有血缘亲情的，其要探望孩子并无不妥。2、原审法院的审理程序合法，原审法官对双方当事人晓之以理、动之以情，尽到了司法为民的职责。3、原审判决适用法律正确。婚姻法司法解释（征求意见稿）规定，祖父母对父母已经死亡的孙子女，或者祖父母对父母无力抚养的孙子女尽了抚养义务的，可以向人民法院请求行使探望权。基于血缘关系，其要求探望孙子是人之常情，也符合中国的传统风俗习惯，体现了法律的人文关怀，也符合公序良俗的法律原则，因此原审判决适用《民法通则》、《老年人权益保障法》的相关规定是有理有据的。故请求驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

一审查明的事实，二审予以确认。

二审中，倪某提交如下证据：1、山北派出所于2013年12月31日、2014年8月31日的接处警登记表，2014年9月26日主持调解的录音文字材料，2014年8月31日被砸坏的门和损坏的花盆照片，证明：被上诉人两次到其家中打人、砸物、吵闹，双方发生冲突；2、2013年6月8日的抚养协议，证明被上诉人有将倪宝带走的要求；3、2013年2月18日至3月4日徐某的手机短信记录，证明：徐某的死亡与其没有任何关系。据此，认为徐某某、李某某在之前的探望中的辱骂打砸行为、以及将徐某的死亡归罪于其，已经对孩子及其家庭生活造成了严重影响，为保障孩子的健康成长及其家庭生活的安定，明确要求徐某某、李某某必须对之前的过错行为进行道歉，在取得其及其家人的谅解后再协商以后的探望事宜。

经质证，徐某某、李某某认为：第一次报警只是双方发生争执，没有到派出所调解，是上诉人事后自己报的警；第二次报警是因上诉人不让其探望才产生的冲突，损坏财物非其故意，愿意赔偿；抚养协议双方没有签字，该协议形成过程在答辩意见中已作出说明；手机短信记录与本案没有关联；之前冲突双方都有一定过错，由于徐某的突然死亡给其造成了精神打击，对方拒绝其探望致使其未能理智处理矛盾，为了给予孩子更多的亲情和关心，表示会对倪宝从精神和物质上亦尽到相应的抚养义务，并表示会主动避免矛盾发生。

本案二审争议焦点为：可否准许徐某某、李某某隔代探望倪宝；如准许，应当采用何种方式？

本院认为：

我国《婚姻法》虽将探望主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在探望主体死亡或者丧失行为能力的情况下祖父母、外祖父母可否代替子女对孙子女或外孙子女进行探望未有明确规定。对此，应从法律规定之精神和中华民族文化传统进行综合衡量并作出妥当安排：

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

（二）探望孙辈是失独老人获得精神慰藉的重要途径之一，应视为老年人应有之权益，且可与孙辈享有代位继承权利之法律原理相对应。《老年人权益保护法》规定老年人养老以居家为基础，享有家庭成员尊重、关心和照料的权利。既然《继承法》赋予孙子女、外孙子女等在父或母先于祖父母、外祖父母死亡情形下有代位继承祖父母、外祖父母遗产的权利，同理失独老人代替死亡子女行使探望权于法于理并不相悖，亦是对失独老人的特殊保护和关心。

（三）近亲属担任未成年人的监护人应当遵循法定的顺序位阶，在未成年人有法定监护人的情形下，其他近亲属探望须遵守监护权行使的代际位阶，不得妨碍序位在先的监护人履行监护职责，否则监护人可依法要求中止不当探视。当然，监护人在行使监护权之时亦应为其他近亲属合理探视提供必要之便利。

（四）允许失独老人隔代探望、和谐共处履行监护职责与公序良俗、社会公德相符，亦是对中华民族传统美德的继承与发扬。在有利于未成年人健康成长、有利于亲属间感情融合的基础上，在不影响监护人履行法定监护职责的前提下，应当支持祖父母、外祖父母对孙辈的合理探望。

本案中，倪某作为孩子的母亲是法定的第一顺位监护人，对倪宝的监护权毋庸置疑，作为倪宝的祖父母徐某某、李某某应当充分尊重倪某法定第一顺位的监护权利。之前因探视发生争执和过激的行为不管起因如何，但在客观上的确对倪某及其父母的生活造成了相当影响，也不利于倪宝的身心健康。如果矛盾继续存在，不仅不利于探望，而且亦不符合立法之精神与家庭和谐之理念。鉴于徐某某、李某某已承诺不再纠缠过去矛盾，主动缓和双方关系，故可支持其采用适当方式探望倪宝。倪某作为直接抚养人也应理解和尊重徐某某、李某某，并感念他们在精神及物质

上给予倪宝的帮助，其家人在两位失独老人进行探望时应当给予恰当的、必要的便利，共同营造有利于孩子健康成长的良好环境。如果今后双方再因探望发生矛盾且对倪宝的正常生活和成长造成不良影响，作为第一顺位的监护人倪某可以通过法定途径依法维护其监护权的行使。

鉴于徐某某、李某某已对避免矛盾明确作出承诺，故原审所作判决可予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费80元，由倪某承担。

本判决为终审判决。

审判长 费益君  
审判员 朱光烁  
代理审判员 王俊梅  
二〇一五年十一月二十日  
书记员 尹慧

## 儿子离婚，爷爷想看孙子怎么办？

2016-05-31 方圆 检察日报 李立峰

近日，从重庆市检察机关民事行政检察工作法律宣传活动中传来消息，今年1月被媒体广泛报道的重庆首例隔代探望权诉讼案取得新进展。该案经检察机关抗诉后，通过检法两院的共同努力，目前该案已由重庆市渝北区法院立案受理，将于下月开庭审理。

### 爷孙相伴9年遭遇拒绝相见

70岁的丁某和老伴住在重庆市渝北区，丁某退休前是黔江区环保局的一名高工，退休后，照顾孙子亮亮就成为老两口生活的重心。

丁某的儿子和白某结婚后，于2001年生下亮亮，亮亮2岁时，二人离婚，抚养权归丁某的儿子。离婚后，夫妻各自重新组建家庭，亮亮跟着丁某夫妇一天天长大。

为了让亮亮读当时最好的小学，老两口不惜卖掉了黔江的一套房子。送孙子上学，照顾孙子的生活成了丁某夫妇最快乐的时光。丁某把祖孙外出旅游的每张照片都编好时间、地点，足迹几乎遍布中国，每张照片里的爷孙都笑得非常开心。

然而，6年前，嫁到德国的白某建议变更亮亮的抚养权，想把亮亮带到德国接受教育。

“我们真舍不得，但她告诉我们，在国外生活环境、学习环境都要更好。”辗转反侧过后，老两口还是决定放手，并说服了当时不愿意离开的亮亮。

丁某说，变更抚养监护权后，白某当时口头承诺每年都带亮亮回国探亲。亮亮最开始到德国的一两年，老两口思孙情切，每周都要打越洋电话。为了看到孙子，年近古稀的他们还学会了上网视频。然而，随着时间的推移，白某开始表露出不希望亮亮与丁家联系往来的态度。老两口自此再难见孙子一面，连视频通话也常常不被允许。

一想到与自己生活了9年多的孙子去了德国，相隔天涯海角，老两口常常泪眼婆娑。前儿媳又负气不让孙子跟老两口通话和相见，更让老两口寝食难安。本想劝前儿媳要以孙子的健康成长为重，不想白某脾气更大，干脆把老两口的电话也拉进了黑名单。

### 三次“失败”后，向检察机关求助

2013年，万般无奈之下，丁某夫妇一纸诉状将白某起诉至渝北区法院，请求法院判决白某应协助孙子回来探望他们，并不得妨害他们与孙子的正常交流和沟通。

同年10月，渝北区法院一审认为，白女士对丁某夫妇不负有赡养义务，该案将白某列为被告主体不适格，遂裁定对丁某夫妇的起诉不予受理。

丁某夫妇不服，上诉至重庆市第一中级法院，请求撤销原裁定，并改判为支持其诉讼请求。

2013年11月，重庆市第一中级法院二审认为，依据丁某夫妇的起诉状，其诉讼请求实质是要求家庭成员中的晚辈对长辈应尽精神赡养的义务，应向对其负有赡养义务的相对人提起，而白某对其不负有赡养义务，不是该案适格被告。丁某夫妇起诉不符合规定的起诉条件，依法应不予受理，裁定驳回上诉，维持原裁定。

丁某夫妇仍不服，向重庆市第一中级法院申请再审。2014年7月，该院裁定驳回了丁某夫妇的再审申请。

经历三次“失败”，丁某夫妇仍然没有放弃，转而向检察机关民事行政检察部门求助，请求抗诉。

### 隔代探望权并不应因子女婚姻关系结束而丧失

2015年5月，重庆市检察院第一分院受理了丁某夫妇的监督申请。该院认为，该案符合民事诉讼法规定的起诉条件，法院应当受理原告的起诉，遂提请市检察院抗诉。市检察院受理该案后，对该案进行了仔细审查，最终决定抗诉。

据承办检察官任志勇介绍，亮亮从出生直到去德国居住前的9年多里，丁某夫妇一直与他共同生活并抚养着他，

祖孙之间早已建立起深厚的感情。从丁某夫妇主张前儿媳既不准许孙子回国看望他们，又不准许孙子与他们视频通话，起诉要求前儿媳准许亮亮与爷爷奶奶见面事实看，他们的起诉是符合民事诉讼法规定的。

隔代探望权的基础是建立在自然的血缘关系之上，是血缘关系中的固有亲情之体现，这种基于血缘的隔代探望权并不因为自己子女婚姻关系的结束而丧失。虽然我国婚姻法没有直接规定爷爷奶奶等隔代亲属的探望权，但是，正确行使隔代探望权有利于晚辈与长辈间的沟通交流，有利于青少年身心的健康成长，有利于老年人获得精神上的慰藉，本质上既符合探望权的伦理价值取向，也符合社会善良风俗。

任志勇说，该案属于涉外民事纠纷。因为丁某夫妇长期居住在中国重庆，而白某长期居住在德国，根据民事诉讼法的规定，该案应由渝北区法院管辖。但白某联系不上，也没有具体地址。承办检察官多次联系白某在国内的亲属，通过其亲属找到了白某的联系方式，帮助做了大量说服工作，引导白某配合诉讼。

此外，原审裁定确认该案诉讼标的（案由）为赡养纠纷错误，从原告诉请的事项看，该案并不涉及赡养事宜，故不属于赡养纠纷，原告的主张实际上是要求行使探望权，根据最高法相关司法解释规定，该案案由应当确定为探望权纠纷。

承办检察官还发现，农村隔代抚养的现象较为普遍。留守儿童的父母外出打工后，孩子由爷爷奶奶、外公外婆带大。当其父母离婚后，如不允许隔代探视，一些老人的赡养将成为新的社会问题。

经过充分调研和慎重考量，2015年8月，重庆市检察院向市高级法院提出抗诉。

今年4月，重庆市高级法院作出民事裁定。该院再审认为，丁某夫妇对白某的诉求是平等主体间的人身权益争议，属于人民法院受理民事诉讼的范围，必须受理。经该院审判委员会讨论决定后，裁定撤销原一审、二审裁定，并指令重庆市渝北区法院立案受理该案。

### 钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案

2016-06-19 家事法苑 最高人民法院公报

《中华人民共和国最高人民法院公报》2016年第6期（总第236期）第219页至26页。

**[审判长简介]**姚爱华高级法官，1962年出生，法学学士，2010年起任最高人民法院审判员。

**注：**本案例为扫描版，仅供婚姻家事法专业圈内部研讨交流用，如若引用请务必对照原文。

#### 【裁判摘要】

最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》是关于执行程序中当事人提出执行异议时如何处理的规定。由于执行程序需要贯彻已生效判决的执行力，因此，在对执行异议是否成立的判断标准上，应坚持较高的、外观化的判断标准。这一判断标准，要高于执行异议之诉中原告能否排除执行的判断标准。由此，最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条至第二十八条的规定应当在如下意义上理解，即符合这些规定所列条件的，执行异议能够成立；不满足这些规定所列条件的，异议人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较并综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

#### 最高人民法院民事判决书

(2015)民一终字第150号

上诉人（原审被告）：王光，男，汉族，住福建省福州市。

委托代理人：史正，福建方圆统一律师事务所律师。

委托代理人：林辉，福建方圆统一律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：钟永玉，女，畲族，住福建省上杭县。

委托代理人：庄宗伟，北京大成（厦门）律师事务所律师。

委托代理人：董锦辉，北京大成（厦门）律师事务所律师。

原审被告：林荣达，男，汉族，住福建省上杭县。

上诉人王光为与被上诉人钟永玉、原审被告林荣达案外人执行异议纠纷一案，不服福建省高级人民法院2015年3月2日(2014)闽民初字第7号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，于2015年7月2日开庭审理了本案。王光委托代理人史正及钟永玉委托代理人庄宗伟、董锦辉到庭参加诉讼，林荣达经合法传唤未到庭。本案现已审理终结。

一审法院经审理查明：王光与林荣达股权转让合同纠纷一案中，王光向一审法院提出财产保全申请，请求对林荣达的财产进行诉讼保全。2011年7月15日，一审法院作出(2011)闽民初字第22-2号民事裁定，冻结林荣达银行存款5723万元或查封、扣押等值的财产，并于2011年7月21日向上杭县房地产交易管理所发出(2011)闽民初字第22-2号《协助执行通知书》，查封了林荣达所有的坐落于上杭县和平路121号的房产一幢（房屋所有权证：杭房权证字第06072号，以下简称诉争房产），查封期限自2011年7月21日至2013年7月20日。

2011年12月15日，一审法院作出(2011)闽民初字第22号民事判决，判令林荣达应返还王光已支付的转让款750.681万美元（合人民币5000万元）。(2011)闽民初字第22号民事判决生效后，王光于2012年12月23日向一审

法院申请强制执行，申请执行标的 750.681 万美元。（合人民币 5000 万元）及利息，一审法院于 2013 年 12 月 24 日立案执行，并于 2013 年 6 月 19 日作出(2013)闽执行字第 1-4 号执行裁定：继续查封林荣达所有的座落于上杭县和平路 121 号的房产，查封期限自 2013 年 7 月 21 日至 2014 年 7 月 20 日止。

2013 年 12 月 5 日，钟永玉以诉争房产系其所有为由，向一审法院提起执行异议，请求一审法院中止对该房产的执行并解除对该房产的查封措施。一审法院认为，讼争房产至今仍登记在林荣达名下，尚未变更登记为案外人钟永玉，故上述房产的物权未发生变动，应仍为林荣达所有。案外人钟永玉认为讼争房产系其合法财产之理由无事实和法律依据，查封并无不当，作出(2013)闽执外异字第 3 号执行裁定，驳回钟永玉异议。钟永玉不服，遂提起本案诉讼。

钟永玉向一审法院提起诉讼称，一审法院于 2013 年 12 月 18 日作出的(2013)闽执外异字第 3 号执行裁定书，在认定事实及适用法律上存在错误，应当对讼争房产依法停止执行。理由如下：1996 年 7 月 22 日，钟永玉与林荣达签订《离婚协议书》，双方约定讼争房屋归女方及女方所生子女所有，但只准居住，不准转卖。《离婚协议书》签订后，双方于同年 8 月 7 日办理了离婚登记手续，但林荣达未及时将讼争房产变更登记至钟永玉名下，经钟永玉多次要求均未果，过错在于林荣达。根据《中华人民共和国物权法》第十五条规定，钟永玉与林荣达签订的《离婚协议书》依法成立，合法有效，且讼争房产一直由钟永玉占有、支配、使用，属钟永玉合法财产。根据相关法律法规的规定，本案讼争房产不应列为执行财产。请求判令：1. 确认讼争房产归属于钟永玉所有；2. 停止对讼争房产的执行，并解除查封措施；3. 本案诉讼费由王光、林荣达承担。

王光答辩称，一、讼争房产的所有权人为林荣达，法院对讼争房产采取执行措施，是正确、合法的。理由如下：1. 讼争房产的《房屋所有权证》及《国有土地使用证》上的权利人均登记为林荣达，因此，讼争房产的物权归林荣达所有。2. 钟永玉主张其与林荣达于 1996 年达成离婚协议，该协议约定“上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米的房屋归女方及其所生子女所有，但只准居住，不准转卖”，从 1996 年至今已近二十年，讼争房产登记的所有权人仍是林荣达，仍为林荣达所有。3. 钟永玉对林荣达享有的债权请求权不能对抗法院的查封、执行措施，不能对抗申请执行人。钟永玉要求林荣达办理变更登记，事实和法律上已不可能实现。钟永玉要求确认讼争房产归属于钟永玉所有的诉讼请求没有事实和法律依据，依法应予以驳回。二、《离婚协议书》不能作为钟永玉主张权利的依据。1. 《离婚协议书》约定的是：“上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有。但只准居住，不准转卖”。而根据讼争房产《房屋所有权证》载明讼争房产共四层，面积为 748.7 平方米，故钟永玉只对讼争房产 748.7 平方米中的 173 平方米享有请求权，绝非对讼争房产全部 748.7 平方米享有请求权。2. 《离婚协议书》上特别载明对 173 平方米“只准居住，不准转卖”，说明钟永玉只有居住、使用的权利，并不享有所有权。3. 钟永玉提交的《离婚登记申请书》上结婚证号为空白，故钟永玉与林荣达未必存在结婚的事实，《离婚协议书》是无效的。对该事实钟永玉负有举证责任，否则应承担举证不能的法律后果。三、钟永玉与林荣达、《离婚协议书》早在 1996 年就已签订，至今已近二十年，钟永玉长期未办理变更登记，也不主张权利，直到法院采取强制执行措施才提出主张，其目的在于帮助林荣达逃避执行。四、钟永玉已另案起诉林荣达要求确认讼争房产产权，其隐瞒讼争房产已被法院依法查封的事实，另行提起确权诉讼的行为不符合法律规定。根据《最高人民法院印发<关于执行权合理配置和科学运行的若干意见>的通知》（法发[2011]15 号）第 26 条之规定，受诉法院不应就钟永玉与林荣达进行的确权诉讼进行审理，如有确权判决书或调解书也应当撤销，不能成为本案定案的依据。综上，讼争房产的物权并未发生变动，仍为林荣达所有，执行法院对属于林荣达所有的讼争房产采取执行措施是正确、合法的，钟永玉与林荣达提起本案诉讼的目的在于逃避执行，请求法院依法驳回钟永玉的全部诉讼请求，以维护王光的合法权益。

一审法院经审理查明，钟永玉与林荣达于 1972 年 6 月 28 日登记结婚。1996 年 7 月 22 日，钟永玉与林荣达签订《离婚协议书》，载明：现双方同意办理离婚手续。建在迳美村新联路 11 号的房屋一幢及建在上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有。但只准居住，不准转卖。

1996 年 8 月 7 日，钟永玉与林荣达办理离婚手续，《离婚登记申请书》及《审查处理结果》的内容体现钟永玉与林荣达经婚姻登记机关审查同意准予离婚。

根据《上杭县私有房屋所有权登记申请书》、杭房权字第 06072 号《房屋所有权证》及杭国用(1997)字第 4468 号《国有土地使用证》，其中申请书载讼争房产来源为新建，用地面积为 172.8 平方米，建成年份 1996 年，同时讼争房产的《国有土地使用证》与《房屋所有权证》所附平面图内容与《上杭县私有房屋所有权登记申请书》所附平面图内容一致。

钟永玉与林荣达之子女林必盛、林晓燕、林晓均、林丽娟四人出具的《声明》，内容为同意讼争房产归钟永玉所有，并将《国有土地使用证》及《房屋所有权证》直接变更至钟永玉名下，由此产生任何纠纷、诉讼同意由钟永玉全权处理。

一审法院另查明，林荣达于 2014 年 2 月 17 日、3 月 24 日上杭县人民法院法庭审理中陈述，讼争房产土地使用权 1994 年向上杭县国土资源局购买，1995 年建造竣工并乔迁入住，1996 年向土地管理部门申请办理土地使用权证，

1997年才办理好土地使用权证和房屋所有权证。离婚时，双方已经协议夫妻共同财产即讼争房产归钟永玉及所生子女所有。由于购买土地时是用林荣达的名义购买的，所以办证机关要求用其名字办理，原本可以将房屋所有权过户到钟永玉名下，但一直未去办理。离婚后，该房产都由钟永玉占有、使用和收益。讼争房产现在的门牌号是和平路121号，离婚时已协商归钟永玉及其所生子女所有。

案外人李建杭诉称，讼争房产一楼店面从2010年2月起由其向钟永玉承租，租金每月1200元，每半年以现金方式向钟永玉支付一次。根据钟永玉提供的《上杭县自来水公司用水分户明细卡》、《自来水公司用水账户卡》等证据，林荣达名下的讼争房屋于1996年2月份已经建成并入住。

一审法院经审理认为，钟永玉依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定提起案外人执行异议之诉，应当提供证据证明其对讼争房产享有的实体权利足以阻却强制执行措施。钟永玉提供的《离婚登记申请书》、《离婚协议书》、《审查处理结果》均复印自上杭县档案馆，真实性应予认定，该三份证据内容体现钟永玉与林荣达经协商一致达成离婚协议，并经行政机关审批同意予以办理离婚登记，虽然钟永玉于一审庭审后提供的《结婚登记申请表》所载的申请人为“钟永月姑”，且未提供其他证据证明其曾用名为“钟永月姑”，但是钟永玉与林荣达是否存在合法的婚姻关系，属行政机关在办理两人离婚登记时应当审查的事项，行政机关作出“符合条件，予以办理（离婚登记）”的审查结果，其中当包含确认两人此前存在婚姻关系之意，故王光以《离婚协议书》未填写结婚证号、钟永玉未提供证据证明其与林荣达存在合法婚姻关系等为由，主张钟永玉不能证明其与林荣达曾存在婚姻关系，并因此认为《离婚协议书》无效，理由不能成立，一审法院不予支持。钟永玉与林荣达签署的《离婚协议书》系双方自愿达成，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，两人亦已依该协议并经行政机关批准解除婚姻关系，故应当认定该离婚协议合法有效。

虽然钟永玉提供的《上杭县私有房屋所有权登记申请表》、讼争房产的权属证书等证据体现林荣达系于1997年申请办理并取得讼争房产的权属证书，但是《上杭县私有房屋所有权登记申请表》载讼争房产系于1996年建成，钟永玉于一审庭审后提供的用水分户明细卡、用水账户卡等证据亦体现讼争房产于1996年2月安装自来水并有每月用水记录，上述事实与林荣达有关讼争房产于1994年购买土地，1995年底建成，1996年初入住，1997年补办土地出让手续并办理权属证书的陈述可以互相印证，证明讼争房产系在林荣达与钟永玉婚姻关系存续期间购买土地并合法建造而成，根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条的规定，当属两人夫妻共同财产。

1996年，两人经协商达成有关该处房产归钟永玉及其子女所有的《离婚协议书》，不仅是双方对夫妻共同财产作出的分割协议，而且因具有解除人身关系的性质，而不同于一般处分房产所有权的协议。钟永玉作为讼争房产的共有人，依法享有该处房产之物权，其请求停止对讼争房产强制执行措施，一审法院予以支持。根据钟永玉与林荣达《离婚协议书》的约定，讼争房产权属应当由钟永玉及其四个子女享有，一审诉讼中，钟永玉虽然提供了林必盛等四人的《声明》，主张该四人为钟永玉的婚生子女，但由于该四人并非本案当事人，仅凭《声明》并不能证明林必盛等人的身份，因此，该《声明》书不足以认定《离婚协议书》中涉及的林必盛等四名子女已经同意将讼争房产权利归属于钟永玉，在此情况下，钟永玉在本案中请求将讼争房产判归其所有，依据不足，一审不予支持。

综上，依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第三十九条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第二十四条的规定，一审法院判决如下：一、停止对位于福建省上杭县和平路121号房产的执行；二、驳回钟永玉的其他诉讼请求。案件受理费100元，由王光负担。

王光不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1. 撤销福建省高级人民法院(2014)闽民初字第7号民事判决第一项，改判驳回钟永玉的全部诉讼请求。2. 本案诉讼费用由钟永玉承担。主要理由是：一、讼争房产的物权归林荣达所有，一审法院不依据不动产权属证书而是以1996年两人经协商达成的《离婚协议书》为由，作出钟永玉享有该处房产之物权，判决停止对讼争房产执行的认定没有法律依据。二、即便按照一审法院的观点，以《离婚协议书》来确定讼争房产的权属，钟永玉的诉讼请求仍然不能成立。1. 《离婚协议书》所涉及的与钟永玉及其子女有关的讼争房产的面积只有173平方米，而根据讼争房产的《房屋所有权证》所载，讼争房产面积为748.7平方米，钟永玉只对讼争房产748.7平方米中的173平方米享有请求权（173平方米大约是一层的面积），而非对748.7平方米享有请求权（这种权利仅指173平方米的使用权），并不能因此停止对讼争房产（特别是173平方米以外的部分）的执行。2. 《离婚协议书》的内容是“只准居住，不准转卖”，即钟永玉并不享有处分权，钟永玉只有居住、使用的权利，并不享有所有权。所以钟永玉对讼争房产实际上只有四分之一居住、使用的权利，并不能阻止对讼争房产的拍卖执行。三、钟永玉自述1996年达成《离婚协议书》，但至2011年法院查封讼争房产，长达15年，钟永玉从未主张办理变更登记。这一事实证明，依据《离婚协议书》，钟永玉并不获得讼争房产的所有权，之所以在17年后对讼争房产提出执行异议（钟永玉在2013年才提起执行异议），纯属协助林荣达逃避执行。

钟永玉答辩称，其请求法院停止讼争房屋的强制执行措施，于法有据，一审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。一、钟永玉与林荣达签订的《离婚协议书》，对房屋所有权分配的约定十分明确，且《离婚协议书》签订后，钟永玉与林荣达又于1996年8月7日签署了《离婚登记申请书》，再次明确“财产处理”方式为“房屋归女方”，

《离婚登记申请书》是双方无恶意的合意行为，在行政机关备案的法律文件，合法有效，即案涉房屋全部归女方所有，钟永玉是讼争房产的所有权人（至少是共有权人）。《离婚协议书》中约定的“只准居住，不准转卖”，其真实原因是林荣达考虑其离婚后可能改嫁，担心日后如果房屋被出让，其四个子女的基本生活没有保障，该约定并非从法律角度限制房屋的物权，而是林荣达从保护子女利益角度考虑所提出的一项“离婚条件”。即便退一万步讲，钟永玉与林荣达之间的财产分割属于债权债务关系，该债权基于《离婚协议书》所产生，债的标的是唯一且确定的——即讼争房产，属于特定之债。王光与林荣达之间因股权所产生的债务纠纷发生在离婚 14 年之后，属于种类之债，且形成在后。因此，特定之债优先于种类之债。二、《离婚协议书》所载“和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋”即和平路 121 号房屋，《离婚协议书》中所载面积一百七十三平方米系房屋的占地面积。1. 《离婚协议书》签订时讼争房产尚无门牌号，房屋总建筑面积未实际测量，仅知讼争房产的用地面积为 172.8 平方米（四舍五入即 173 平方米），故协议书所载“建在上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米的房屋”中的“一百七十三平方米”仅是代替门牌号的一种识别符号，且讼争房产共四层总建筑面积为 748.7 平方米，每层的面积也应是 187.18 平方米，与《离婚协议书》所载的 173 平方米相去甚远。如果林荣达与钟永玉的真实意思是指讼争房产的一层或 173 平方米归女方及其子女所有，也应当在《离婚登记申请书》中明确备注是第几层或多少面积归女方及其子女所有，现实情况是《离婚协议书》、《离婚登记申请书》都无此备注，因此“一百七十三平方米”是指房屋用地面积，而不是王光所称的一层房屋的面积。2. 从讼争房产的实际使用情况看，其与林荣达离婚后，其在讼争房屋里一个人含辛茹苦把三个子女抚养成人，该讼争房产一直由其及其和子女居住、使用，后对外出租也是由钟永玉收取租金，林荣达离婚后从未在讼争房产内居住。而且，根据生活常理和中国农村的惯例，离婚之后男女双方是不会继续在同一栋房子里居住的，更不可能一方“寄住”在另一方的房产之中。三、1997 年讼争房屋的房产证及土地证办到林荣达名下，原因在于之前办理土地受让相关手续时登记人是林荣达，所以权属证书就顺理成章的办到林的名下，而且当时物权法尚未颁布实施，普通老百姓对于不动产物权登记的法律意义都无多少概念，文化水平低下的农村家庭妇女，更不会去关心房产“两证”如何办理，钟永玉对房产至今未办理过户手续没有过错。

林荣达提交答辩意见称，同意钟永玉的答辩意见。

本院二审查明的事实与一审法院查明的事实相同。

本院认为，本案系案外人钟永玉在王光与林荣达股权转让纠纷一案生效判决的执行中，对执行标的（讼争房产）提起的执行异议之诉，请求排除执行的理由为股权转让关系发生之前该讼争房产已在离婚协议中作为其与林荣达夫妻共同财产进行处分归其和四名子女所有，因此，钟永玉对本案讼争房产是否享有足以阻止执行的实体权利是本案争议的焦点。本院认为，钟永玉对讼争房产享有足以阻却执行的权利。主要理由是：

一、现有证据不能证明钟永玉与林荣达之间存在恶意串通逃避债务的主观故意，钟永玉与林荣达解除婚姻关系及有关财产约定的意思表示真实。根据原审查明的案件事实，王光与林荣达之间转让股权的时间为 2009 年 9 月，王光因该股权转让纠纷根据生效判决申请原审法院对讼争房产进行查封的时间为 2013 年 6 月，此时讼争房产登记在债务人林荣达个人名下。钟永玉一审中提供的复印自上杭县档案馆的《离婚登记申请书》、《离婚协议书》、《审查处理结果》等三份证据，能够证明钟永玉与林荣达两人于 1996 年 7 月 22 日达成的《离婚协议书》已明确将夫妻双方共有的讼争房产归钟永玉及其子女所有。上述《离婚协议书》系钟永玉与林荣达两人双方自愿达成，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，且两人亦已依该协议并经行政机关批准解除婚姻关系，故一审法院认定该离婚协议合法有效，并无不当。由于该《离婚协议书》签订时间（1996 年 7 月）在先，法院对讼争房产的执行查封（2013 年 6 月）在后，时间上前后相隔长达十几年之久，林荣达与钟永玉不存在借离婚协议处分财产逃避债务的主观恶意。据此，钟永玉与林荣达在离婚协议中对于夫妻共同财产的处分行为亦属有效。王光上诉认为钟永玉与林荣达之间的离婚协议属恶意逃避债务的理由不能成立。

二、关于钟永玉对讼争房产的请求权的内容问题。根据《上杭县私有房屋所有权登记申请书》、杭房权字第 06072 号《房屋所有权证》及杭国用（1997）字第 4468 号《国有土地使用证》等证据可知，讼争房产的用地面积为 172.8 平方米。由于钟永玉与林荣达签订《离婚协议书》时，讼争房产尚未办理门牌号码也未测量其实际面积，因此，钟永玉与林荣达在《离婚协议书》中约定，“……建在上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有”，该约定的内容即应解释为诉争房屋的全部而非其中的 173 平方米归钟永玉及其所生子女所有。尤其是，在《离婚协议书》签订之后，钟永玉及其所生子女也一直实际占有、使用了诉争房屋。因此，王光上诉以钟永玉仅对诉争房屋的 173 平方米部分享有请求权、人民法院不应停止对该房屋其他部分执行的主张不能成立。

三、由于《离婚协议书》并不存在恶意串通逃避债务的问题，且钟永玉对案涉全部房产享有请求权，因此，需要进一步讨论的问题是，钟永玉依据《离婚协议书》对讼争房产享有的权利是否足以排除执行。

在法律适用上，应当看到，最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》是针对执行程序中当事人提出执行异议时如何处理的规定。由于执行程序需要贯彻已生效判决的执行力，因此，在对执行异议是否成立的判断标准上，应坚持较高的、外观化的判断标准。这一判断标准，要高于执行异议之诉中原告能否排

除执行的判断标准。

由此，最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条至第二十八条的规定就应当在如下意义上理解，即符合这些规定所列条件的，执行异议能够成立；不满足这些规定所列条件的，异议人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

在本案中，钟永玉与林荣达于1996年7月22日签订《离婚协议书》，约定讼争房产归钟永玉及其所生子女所有，该约定是就婚姻关系解除时财产分配的约定，在诉争房产办理过户登记之前，钟永玉及其所生子女享有的是将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权。该请求权与王光的请求权在若干方面存在不同，并因此具有排除执行的效力。

首先，从成立时间上看，该请求权要远远早于王光因与林荣达股权转让纠纷所形成的金钱债权。债权的成立时间尽管并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续履行以及继续履行的顺序产生影响。例如，最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题明确规定，在均未受领交付且未办理所有权转移登记手续的情况下，依法成立在先合同的买受人的继续履行请求权就优先于其他买受人。以此类推，在本案情形，至少不能得出王光成立在后的债权具有优先于钟永玉成立在前的债权的结论。

第二，从内容上看，钟永玉的请求权系针对诉争房屋的请求权，而王光的债权为金钱债权，并未指向特定的财产，诉争房屋只是作为林荣达的责任财产成为王光的债权的一般担保。在钟永玉占有诉争房屋的前提下，参考最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条规定的精神可知，其要求将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权，也应当优于王光的金钱债权。

第三，从性质上看，王光与林荣达之间的金钱债权，系林荣达与钟永玉的婚姻关系解除后发生的，属于林荣达的个人债务。在该债权债务发生之时，诉争房屋实质上已经因钟永玉与林荣达之间的约定而不再成为林荣达的责任财产。因此，在王光与林荣达交易时以及最终形成金钱债权的过程中，诉争房产都未影响到林荣达的责任财产。在此意义上，钟永玉的请求权即使排除王光债权的执行，也并未对王光债权的实现形成不利影响。

第四，从发生的根源上看，讼争房产系钟永玉与林荣达婚姻关系存续期间因合法建造而产生的夫妻共同财产，在钟永玉与林荣达婚姻关系解除之时约定讼争房产归钟永玉及其所生子女所有。从功能上看，该房产具有为钟永玉及其所生子女提供生活保障的功能。与王光的金钱债权相比，钟永玉及其子女享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

综上所述，本院认为，基于钟永玉与王光各自债权产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看，钟永玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产的执行，钟永玉提起执行异议请求阻却对本案讼争房产执行的理由成立，一审法院判决停止对讼争的位于福建省上杭县和平路121号房产的执行正确，应予维持。王光上诉请求撤销该项判决的理由，不能成立，本院不予支持。

综上，一审判决认定事实清楚，判决结果正确。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费100元，由王光负担。

本判决为终审判决。

审判长 姚爱华  
审判员 王毓莹  
代理审判员 姜强  
二〇一六年一月十日  
书记员 王慧娴

## 为安置父母以婚前个人财产购房虽升值亦不属夫妻共同财产

（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-06-30 指导性案例审判规则

### 【审判规则】

婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于其他应当归共同所有的财产。但如果夫妻一方婚前所购房屋的资金来源为其婚前个人房产的变卖所得款以及个人存款，并且购房用途为安置父母，属于非经营性购房。即使该房屋随着房地产市场的变化而自然升值，也不应当认为系生产经营性收益，在离婚时该房屋及升值部分不能作为夫妻共同财产进行分割。

### 【关键词】

民事 离婚 个人财产 共同财产 非经营性购房 自然增值 婚前财产公证 婚姻关系 存续期间 共同

## 收益 经营性收益

### 【基本案情】

陈芝芝与赵连系夫妻关系，二人婚后育有一女赵莲，现年五岁。赵连理婚前有一处房产，婚后，赵连理变卖其上述房产，以所得价款及自己的存款购买九十平米的涉案房屋，并将父母从外地接来安置在涉案房屋中，其父母一直在涉案房屋中居住。经查明，赵连理系再婚，在与陈芝芝结婚前作过财产公证。婚前个人所有的房屋及存款均在公证书中有明确记载。

陈芝芝以其与赵连理感情破裂为由提起诉讼，请求判令其与赵连理离婚；婚生女赵莲由其抚养，赵连理每月支付抚养费三千元；夫妻共同财产中一八十平方米的楼房归自己所有。

赵连理辩称：其同意离婚，同意子女抚养和财产分割方式，但抚养费金额过高，应为一千五百元。

在即将达成调解协议时，陈芝芝增加诉讼请求，要求分割涉案房屋。

赵连理辩称：涉案房屋是其以婚前财产购买的，应属于其个人财产，因其父亲脑血栓后生活无法自理，故将父母从外地接来安置在涉案房屋中。

### 【争议焦点】

婚姻关系存续期间，一方为安置父母而以个人财产购买的房屋，是否属于夫妻共同财产。

### 【审判结果】

一审法院认定：根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定，被告赵连理于婚后将原属于其婚前个人财产的房屋变卖，添置部分款项重新购置房屋属于经营行为，该房屋为夫妻共同财产。

一审法院经审理判决：被告赵连理与原告陈芝芝离婚；婚生女赵莲由原告陈芝芝抚养，被告赵连理每月支付抚养费一千八百元至赵莲十八岁止；夫妻共同财产中八十平方米楼房一套归原告陈芝芝所有。被告赵连理名下九十平方米房屋归个人所有，被告赵连理应给付原告陈芝芝该房屋价款一半即八十万元；家具、电器随房屋产权一并分别归属个人所有；其他个人物品归个人所有。

被告赵连理不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决：撤销一审判决中关于上诉人赵连理给付被上诉人陈芝芝其名下九十平方米房屋现值一半的判项，维持一审判决的其他部分。

### 【审判规则评析】

《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定，在婚姻关系存续期间，生产经营性收益归夫妻共同所有。也就是说，在婚姻关系存续期间，一方不论是因个人财产投资或共同财产投资，所获的盈利均为夫妻共同财产。我国相关司法解释亦规定，婚姻关系存续期间，应归共同所有的财产有：（一）一方以个人财产投资取得的收益；（二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；（三）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。据此可以认定，夫妻一方以婚前个人财产购买的房屋，是否认定为夫妻共同财产，应基于其所购房屋是否为投资所用。属于投资经营行为的，所产生的收益应当属于夫妻共同财产。但夫妻一方在婚姻关系存续期间以其婚前个人财产购房，仅使其婚前个人财产的存在形式发生了变化，由存款变成房屋，该行为并不属于生产、经营，夫妻一方婚前个人财产不能仅因形式变化而致其变更所有权。因此，即使该房屋随着时间的推移而自然升值，也不应当认为系生产经营性收益，该财产在离婚时不能分割。

婚姻关系存续期间，男方在变卖婚前房屋基础上又添置个人存款购买房产，并用于安置父母。从购买房产的资金上来源看，男方变卖婚前个人所有的房屋所得款加上个人婚前存款，全部为个人婚前财产。从购买房产的用途看，男方购房是为了安置自己的父母，而非进行投资经营。直至双方离婚时，男方名下的房产亦未出售，故该房产的增值部分不属于经营性收入。根据我国相关法律规定上述房产以及房产升值款均属男方个人财产，离婚时不能予以分割。

### 【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第十七条第一款 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金；
- （二）生产、经营的收益；
- （三）知识产权的收益；
- （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- （五）其他应当归共同所有的财产。

第十九条第一款 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。

### 【法律文书】

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

### 【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

陈芝芝诉赵连理离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中法码】物权法·共有·共有类型·共同共有·夫妻共有 (T070102012)

【案由】离婚纠纷

【权威公布】被最高人民法院民事审判第一庭《民事审判指导与参考》2013年第1辑(总第53辑)收录

【检索码】C0502+12++MMZJ++0412C

【审理法院】XX中级人民法院

【审级程序】第二审程序

【审理法官】

【上诉人】赵连理(原审被告)

【被上诉人】陈芝芝(原审原告)

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人：赵连理(原审被告)。

被上诉人：陈芝芝(原审被告)。

上诉人赵连理因与被上诉人陈芝芝离婚纠纷一案，不服原审法院判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：陈芝芝2012年1月向人民法院申请与赵连理离婚，二人有一婚生女赵莲，时年5岁，由陈芝芝抚养，赵连理每月给付抚养费3000元。夫妻共同财产中一套80平方米的楼房归陈芝芝所有。赵连理同意离婚，及子女抚养和财产分割方式。但每月3000元的抚养费有异议，认为该金额过高，要求降低至1500元。双方当事人一审法院主持下进行调解，在即将达成调解协议时，陈芝芝突然提出增加诉讼请求，要求分割赵连理名下的另一处房产，该房产建筑面积90平方米，系其婚前个人财产购买。陈芝芝的分割理由是，虽然该套房屋是赵连理变卖其婚前个人所有的一套房屋所得价款加上自己部分存款购买的，但是在婚姻关系存续期间所购置，属于夫妻共同财产，应当对半分割，赵连理应按该房屋现值的一半对其进行补偿。赵连理认为该房屋属于其个人财产，购买房屋也是因当年父亲脑血栓后生活无法自理，故自己变卖婚前所有的一套房又添加了个人婚前存款购置了这套90平方米的商品房，而后将父母从外地接来安置，直至现在一直居住。赵连理又进行举证，证明其本人因与陈芝芝是再婚，遂在结婚前作过财产公证。婚前个人所有的房屋及存款均记载在公证书中。陈芝芝对赵连理之父母现居住的房屋是赵连理变卖婚前个人所有的房屋所购这一事实并没有异议。赵连理用存款账户来往证明其添加的15万元系从其婚前个人存款账户上支出，用于交纳购房的定金。该房现仍由其父母居住，故不同意分割。

原审法院经审理认为：《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。没有约定或者约定不明确的，适用本法第17条、第18条的规定。”而《婚姻法》第十七条第一款第(三)项规定：生产、经营的收益为夫妻共同财产。据此应认定赵连理于婚后用其婚前个人财产购置房屋属于经营行为，该房屋为夫妻共同财产。

原审法院判决：一、赵连理与陈芝芝离婚；二、婚生女赵莲由陈芝芝抚养，赵连理每月支付抚养费1800元至赵莲18岁止；三、夫妻共同财产中80平方米楼房一套归陈芝芝所有。赵连理名下90平方米房屋归赵连理所有，赵连理应给付陈芝芝该房屋价款一半即80万元；四、家具、电器随房屋产权一并分别归属个人所有；五、其他个人物品归个人所有。

赵连理不服一审判决，提起上诉。

本院经审理认为，赵连理变卖其婚前所有的房屋，又添加其婚前个人存款，用来购买新房屋。购房款项，有据可查。并且其购置房屋的目的是为了安置父母，该房屋购入后也确系给其父母居住，赵连理的上述行为不属于生产经营行为。遂其房屋因房地产市场的变化而自然增值，不属于生产经营性收益。该房屋也不属于夫妻共同财产，不予分割。

本院判决：撤销一审判决中关于赵连理给付陈芝芝该房屋现值一半的判项，维持了一审判决的其他部分。

### 受精胚胎原始权利人死亡后其父母享有监管权和处置权

(最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则)

2016-07-01 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻双方为生育而实行体外受精胚胎移植助孕手术，医院取卵后，冷冻保存了受精胚胎，此后夫妻二人因车祸死亡，遗留冷冻的受精胚胎。目前我国法律法规并未对受精胚胎法律属性进行界定，受精胚胎不属于公民个人合法

财产，故不能依据继承法的规定进行继承。受精胚胎虽保存于医院，但相关规定禁止从事人工生殖辅助技术的医疗机构和人员买卖、赠送胚胎，故医院对胚胎不享有处置权。因受精胚胎具有孕育生命的机能，考虑到作为胚胎原权利人的父母与胚胎具有生命伦理上最紧密的联系，系胚胎利益的最佳承受者，且获得胚胎能够慰藉原权利人的父母，综合伦理、情感、特殊利益保护等因素，胚胎原权利人死亡后，其父母可以享有对胚胎的监管权和处置权，但需遵守法律及公序良俗原则。

#### 【关键词】

民事 人格权 一般人格权 受精胚胎 监管权 处置权 继承 伦理 情感

#### 【基本案情】

2010年10月13日，沈杰与刘曦登记结婚，二人于2012年4月6日取得生育证明。2012年8月，沈杰与刘曦因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，在南京市鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植助孕手术，南京市鼓楼医院取卵后七十二小时，为预防“卵巢过度刺激综合征”，未对刘曦移植新鲜胚胎，于当日冷冻了四枚受精胚胎。治疗期间，刘曦与南京市鼓楼医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》《配子、胚胎去向知情同意书》，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期，同意将胚胎丢弃。2013年3月20日23时20分许，沈杰与刘曦在驾车途中发生车祸，刘曦当场死亡，沈杰经抢救无效于同年3月25日死亡。现沈杰、刘曦的四枚受精胚胎仍在南京市鼓楼医院生殖中心冷冻保存。沈新南、邵玉妹系沈杰的父母，刘金法、胡杏仙系刘曦的父母。

沈新南、邵玉妹以其享有对胚胎的监管权和处置权为由，提起诉讼，请求判令由其二人行使胚胎的监管权和处置权。

审理中，法院追加南京市鼓楼医院为第三人参加诉讼。

#### 【争议焦点】

夫妻双方为生育而实行体外受精胚胎移植助孕手术，医院保存受精胚胎后，夫妻二人因车祸死亡。夫妻双方遗留的胚胎应如何处置。

#### 【审判结果】

一审法院认定：受精胚胎系含有未来生命特征的特殊之物，不能视作一般之物一样任意转让或继承，因此不能成为继承的标的。同时，夫妻可对受精胚胎行使的权利仅限用于法律法规允许下的生育目的，因本案中沈杰、刘曦夫妻已死亡，生育目的已无实现可能性，因此对胚胎所享有的此种受限制的权利不能被继承。

一审法院判决：驳回原告沈新南、邵玉妹的诉讼请求。

原告沈新南、邵玉妹不服一审判决，提起上诉称：我国法律未规定受精胚胎为禁止继承的物，涉案胚胎系沈杰、刘曦夫妻的合法财产，二人去世后，涉案胚胎与对其的监管权、控制权应当由本方依法继承，一审判决受精胚胎不能成为继承的标的无法律依据。根据沈杰、刘曦与原审第三人南京市鼓楼医院之间的协议约定，原审第三人南京市鼓楼医院只有在手术成功后，才具有对剩余胚胎的处置权利。在手术尚未进行时，沈杰、刘曦已死亡的情况下，原审第三人南京市鼓楼医院依据法律规定和合同约定，对涉案胚胎亦无权处置。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人。据此，请求撤销一审判决，判决四枚冷冻胚胎的监管权和处置权归本方所有。

被上诉人刘金法、胡杏仙辩称：涉案胚胎系其女儿与女婿遗留之物，双方父母均具有监管权和处置权。

原审第三人南京市鼓楼医院辩称：胚胎系特殊的物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的，亦不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。

二审法院判决：撤销一审判决；沈杰、刘曦存放于原审第三人南京市鼓楼医院的四枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置。

#### 【审判规则评析】

遗产是指被继承人死亡时遗留的个人所有财产和法律规定可以继承的其他财产权益。《中华人民共和国继承法》规定，遗产包括公民的合法收入，公民的房屋、储蓄、生活用品，法律允许公民个人所有的生产资料，公民的著作权、专利权中的财产权利等其他合法财产。冷冻受精胚胎在法律属性上与具有生命形态的人身有所区别，因其具有生命潜能，并非民法意义上可以继承的物，不属于“公民个人合法财产”，因而不能适用民法中关于继承的基本规定。卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法、人类辅助生育技术规范》中规定“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎”、“禁止实施胚胎赠送”、“医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”，以上规章针对的主体为从事人工生殖辅助技术的医疗机构和人员，并未对一般公民就其子女遗留下来的受精胚胎行使监管、处置权作出禁止性、限制性规定。冷冻受精胚胎具有孕育生命的机能，应被赋予更多的权利属性和尊重。对于因公民死亡后留下的冷冻受精胚胎而产生的纠纷，应在充分考虑其权利特殊性的情况下，结合伦理、情感、特殊利益保护等综合因素，作出与法理精神和禁止性规定均不相违背的判决。

本案中，夫妻双方以生育为目的施行体外受精-胚胎移植助孕手术，受精胚胎被冷冻保存于医院。之后，夫妻二人因车祸意外死亡。夫妻双方死亡后所遗留冷冻受精胚胎既不能等同于具有生命属性的生命体，亦不属于民法上

具有财产属性的物，故不能依据《继承法》的规定进行继承。受精胚胎保存于医院，从事人工生殖辅助技术的医疗机构和人员应遵循卫生部关于胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕规定的部门规章，但该规章针对的对象不包括一般公民。医院不能因其保存了受精胚胎即享有对该胚胎的监管权和处置权，故其对受精胚胎不享有监管权和处置权。

因目前我国法律法规对人体冷冻胚胎的法律属性和权利归属尚无明确的规定，故夫妻双方的父母就受精胚胎权属产生争议的，应兼顾伦理、情感、特殊利益保护等多方因素确定胚胎的权利归属。在伦理上，以进行体外受精生育为目的的受精胚胎与双方父母具有生命伦理上的密切联系；在情感上，夫妻双亡后遗留下的胚胎，系双方父母血脉的唯一载体和精神寄托，受精胚胎由双方父母监管和处置，合乎人情伦理；在特殊利益保护问题上，胚胎系生命孕育过程中至关重要的一个环节，较非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在夫妻双方意外死亡后，双方父母系与受精胚胎具有最密切联系的人，系胚胎之最近、最大和最密切倾向性利益的享有者。因此，从情理法综合考量的角度出发，夫妻双方意外死亡后，双方父母应当享有受精胚胎的监管权和处置权。但需说明的为，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人利益。

#### 【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第五条 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。

第六条 民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。

第七条 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

《中华人民共和国继承法》第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

- (一) 公民的收入；
- (二) 公民的房屋、储蓄和生活用品；
- (三) 公民的林木、牲畜和家禽；
- (四) 公民的文物、图书资料；
- (五) 法律允许公民所有的生产资料；
- (六) 公民的著作权、专利权中的财产权利；
- (七) 公民的其他合法财产。

#### 【法律文书】

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

#### 【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

#### 沈新南、邵玉妹诉刘金法、胡杏仙一般人格权纠纷案

【中法码】人身权法·亲属权·亲属权行使 (P11011)

【案号】 (2014)锡民终字第 01235 号

【案由】 一般人格权纠纷

【判决日期】 2014 年 09 月 17 日

【权威公布】 被最高人民法院《人民司法·案例》2014 年第 22 期(总第 705 期)收录

【检索码】 C0201++9++JSWX++0414C

【审理法院】 江苏省无锡市中级人民法院

【审级程序】 第二审程序

【审理法官】 时永才 范莉 张圣斌

【上诉人】 沈新南 邵玉妹（均为原审原告）

【被上诉人】 刘金法 胡杏仙（均为原审被告）

【上诉人代理人】 郭小兵 郭伟（江苏瑞莱律师事务所）

【裁判文书原文】 （如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：沈新南。

上诉人（原审原告）：邵玉妹。

两上诉人的共同委托代理人：郭小兵，江苏瑞莱律师事务所律师。

两上诉人的共同委托代理人：郭伟，江苏瑞莱律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘金法。

被上诉人（原审被告）：胡杏仙。

原审第三人：南京鼓楼医院。住所地：南京市鼓楼区中山路 321 号。组织机构代码：42609044-5。

法定代表人：韩光曙，该院院长。

委托代理人：王玢。

委托代理人：郑哲兰，江苏永衡昭辉律师事务所律师。

上诉人沈新南、邵玉妹因与被上诉人刘金法、胡杏仙，原审第三人南京鼓楼医院监管权和处置权纠纷一案，不服宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决，向本院提起上诉。本院于2014年7月2日受理后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院审理查明：

沈杰与刘曦于2010年10月13日登记结婚，于2012年4月6日取得生育证明。2012年8月，沈杰与刘曦因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，要求在南京市鼓楼医院（以下简称鼓楼医院）施行体外受精-胚胎移植助孕手术；鼓楼医院在治疗过程中，获卵15枚，受精13枚，分裂13枚；取卵后72小时为预防“卵巢过度刺激综合征”，鼓楼医院未对刘曦移植新鲜胚胎，而于当天冷冻4枚受精胚胎。治疗期间，刘曦曾于2012年3月5日与鼓楼医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》，刘曦在该同意书中明确对染色体检查及相关事项已经了解清楚，同意进行该检查；愿意承担因该检查可能带来的各种风险；所取样本如有剩余，同意由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理等。2012年9月3日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》，上载明两人在鼓楼医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵15枚，移植0枚，冷冻4枚，继续观察6枚胚胎；对于剩余配子（卵子、精子）、胚胎，两人选择同意丢弃；对于继续观察的胚胎，如果发展成囊胚，两人选择同意囊胚冷冻。同日，沈杰、刘曦与鼓楼医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，鼓楼医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，目前该中心冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存；如果超过保存期，沈杰、刘曦选择同意将胚胎丢弃。2013年3月20日23时20分许，沈杰驾驶苏BXXXXX车途中在道路左侧侧翻，撞到路边树木，造成刘曦当日死亡，沈杰于同年3月25日死亡的后果。现沈杰、刘曦的4枚受精胚胎仍在鼓楼医院生殖中心冷冻保存。

后因对上述4枚受精胚胎的监管权和处置权发生争议，沈新南、邵玉妹遂诉至法院，认为其子沈杰与儿媳刘曦死亡后，根据法律规定和风俗习惯，胚胎的监管权和处置权应由其行使，要求法院判如所请。审理中，因涉案胚胎保存于鼓楼医院，与本案审理结果存在关联性，故原审法院追加该院作为第三人参加诉讼。

原审另查明，沈杰系沈新南、邵玉妹夫妇之子；刘曦系刘金法、胡杏仙夫妇之女。

上述事实，由病历简介、病历资料、准生证、事故认定书、结婚证、户籍资料、知情同意书及原审法院开庭笔录等证据在卷佐证。

原审法院认为：

公民的合法权益受法律保护。沈杰与刘曦因自身原因而无法自然生育，为实现生育目的，夫妻双方至鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡，双方父母均遭受了巨大的痛苦，沈新南、邵玉妹主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志，应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，并且必须以生育为目的，不能买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡，通过手术达到生育的目的已无法实现，故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上，对于沈新南、邵玉妹提出的其与刘金法、胡杏仙之间，应与其监管处置胚胎的诉请，法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定，原审法院判决驳回沈新南、邵玉妹的诉讼请求。案件受理费80元，由沈新南、邵玉妹负担。

上诉人沈新南、邵玉妹不服原审判决，向本院提出上诉称：1. 一审判决受精胚胎不能成为继承的标的没有法律依据。我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物，涉案胚胎的所有权人为沈杰、刘曦，是两人的合法财产，应当属于继承法第三条第（七）项“公民的其他合法财产”。在沈杰、刘曦死亡后，其生前遗留的受精胚胎，理应由上诉人继承，由上诉人享有监管、处置权利。2. 根据沈杰、刘曦与鼓楼医院的相关协议，鼓楼医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利。现沈杰、刘曦均已死亡，手术并未进行，鼓楼医院无论是依据法律规定还是合同约定，对涉案胚胎均无处置权利。一审法院认定胚胎不能被继承，将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人。综上，请求撤销原审判决，判决4枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

被上诉人刘金法、胡杏仙辩称：涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的，上诉人和被上诉人均有监管权和处置权。要求法院依法判决。

原审第三人鼓楼医院辩称：胚胎是特殊之物，对其处置涉及到伦理问题，不能成为继承的标的；根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定，也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。要求驳回上诉，维持原判。

二审查明的事实与原审查明的事实一致，本院予以确认。

另查明，南京市鼓楼医院现已更名为南京鼓楼医院。

本案的争议焦点为：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定

本院认为，公民合法的民事权益受法律保护。基于以下理由，上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1. 沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书，约定胚胎冷冻保存期为一年，超过保存期同意将胚胎丢弃，现沈杰、刘曦意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2. 在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理。施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质，而且含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，“失独”之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后，其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体，而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3. 至于南京鼓楼医院在诉讼中提出，根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

本院还注意到，原审在本案的诉讼主体结构安排方面存在一定的瑕疵，本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。另外，根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，本案案由应变更为监管权和处置权纠纷。

综上，沈新南、邵玉妹和刘金法、胡杏仙要求获得涉案胚胎的监管权和处置权合情、合理，且不违反法律禁止性规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第六条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号民事判决；

二、沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置；

三、驳回上诉人沈新南、邵玉妹其他诉讼请求。

一、二审案件受理费共计160元，由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙各半负担。

本判决为终审判决。

## （十）赠与案例

### 离婚后房产赠与女儿 事后反悔起诉到法院被驳回

2016-06-08 大洋网-广州日报

离婚时说好将房产赠给孩子，事后能不能变卦？张雷与妻子离婚时约定将房屋全都赠与女儿，并约定张雷如果要使用该房产需征求女儿同意。事后，张雷却变卦，以前妻拒绝他探望女儿为由起诉到法院，要求撤销赠与。记者昨日获悉，一审法院支持了张雷的部分诉求。张雷和前妻均不服提起上诉。二审法院最终判决驳回张雷诉求。

受访法官指出，夫妻协议离婚时达成将共有房产赠与子女的条款，与解除婚姻关系密不可分，区别于一般意义上的赠与合同，不适用《合同法》关于任意撤销赠与的规定。双方协议离婚后，一方反悔以房屋产权未转移登记为由请求撤销离婚协议的赠与条款，法院审理后，未发现订立离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

离婚约定将房产赠与女儿

2004年4月，张雷与林红登记结婚，不久后生下了女儿童童。婚后，张雷、林红在天河区以及番禺区共计购买了三套房产，其中位于天河的两套房产，一套权属人为林红、另一套权属人为林红和童童，位于番禺区的房产权属人则为林红及其姐姐。

结婚7年后，2011年4月，张雷与林红因性格不合协议离婚。依据离婚协议，约定位于天河、番禺的三套房产全部产权归童童所有，2013年8月后房产使用权归还给童童，张雷此后若要使用女儿房产需征求女儿同意，并协商给予经济费用。2013年1月，林红姐姐收到张雷给付的100万元购房款，其所属份额转售给童童。

今天下午3点光明凤凰城商住用地拍卖，10余家房企将现场竞拍，或将超越134亿的前海地王晋升深圳总价地王。小编将进行现场直播，扫描上方公众号，回复“直播”就可看直播啦！

后悔起诉到法院要求撤销

不料，2015年1月，张雷将林红还有女儿起诉到法院，要求撤销离婚协议中关于房屋赠与的条款。张雷声称，他这么做是因为林红拒绝让他探望女儿，也不让女儿见爷爷奶奶，而且涉案房屋也尚未转移登记至女儿名下。

面对控诉，林红要求法院驳回张雷诉求，她称与张雷为了使女儿日后的生活和学习在经济上有保障，才协商将房产归女儿所有，离婚协议是一个整体，权利义务对等，如果只考虑张雷的权利而撤销离婚协议的赠与条款，无法体现法律保护妇女儿童权益的原则。

终审改判：《离婚协议书》合法有效 维持赠与房产条款

一审法院审理后，判决支持张雷的部分诉求，即撤销张雷赠与女童的位于番禺区的房产四分之一产权份额，撤销赠与女童的位于天河区两套房产的产权份额分别为二分之一、四分之一。

张雷、林红均不服一审判决，分别提出上诉。广州中院终审后认为，本案争议焦点是张雷能否撤销他与林红达成的《离婚协议书》中将共有房产赠与女儿女童的条款。鉴于《离婚协议书》是张雷与林红为解除双方的婚姻关系以及离婚后处理子女抚养、夫妻共同财产和债权债务问题而订立，是基于婚姻家庭的身份关系所订立的协议，双方在离婚协议中对房屋所作的财产处理，与双方解除婚姻关系、子女抚养等条款构成离婚协议的整体，密不可分，关于房屋归子女所有的约定依附于双方婚姻关系的解除，带有身份关系性质，不同于单纯的财产赠与。因此，张雷请求撤销《离婚协议书》所涉的赠与条款，不适用《合同法》的规定。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。结合本案，《离婚协议书》是张雷与林红在婚姻登记机关协议离婚时所签订，内容没有违反法律规定，合法有效，双方均应自觉按协议履行。至于张雷称他要求撤销房产赠与条款，是因为林红拒绝让他探望女儿，但该理由不是撤销离婚协议的法定条件，张雷也未能举证证实订立《离婚协议书》时林红存在欺诈、胁迫等情形，因此，张雷请求撤销《离婚协议书》中将共有房产赠与女儿女童的理由不能成立。

法官说法：离婚协议中对子女的赠与不能任意撤销

受访法官指出，夫妻离婚时协议将共有的房屋赠与子女，一般有两种情况：一是在民政部门登记离婚，签订离婚协议将夫妻共有的房产赠与子女；二是通过诉讼离婚，在法院主持下达成调解协议，将房产赠与子女。但无论是登记离婚还是调解离婚，双方自愿达成的离婚协议，只要是真实的意思表示，内容没有违反法律的强制性规定，没有损害国家利益、社会公共利益及第三人的合法权益，就应当认定为合法有效，双方均应自觉遵守。

该法官提醒，在双方婚姻关系已经解除的情况下，基于诚信原则，一方也不能单方行使赠与条款的任意撤销权。如果一方当事人离婚后反悔，请求撤销离婚协议中赠与条款的，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》规定，必须同时具备以下两个条件才能获得法院支持：一是在登记离婚后1年内的除斥期间届满前提出起诉的；二是有证据证实订立协议时存在欺诈、胁迫等情形的。否则，法院将依法驳回当事人的诉讼请求。

## (十一) 夫妻债务案例

### 债务人配偶拒绝还钱 债权人可诉其承担连带责任

2016-05-27 北京市第一中院 任可娜

隗某因欠徐某100万元被法院扣押了两套房屋，其妻董某以享有房屋份额为由提出异议。徐某单独起诉董某，请求法院确认涉案债权属于隗、董二人夫妻共同债务，董某对债务承担连带偿还责任。近日，北京一中院审结了这起民间借贷纠纷上诉案件。

一审中，董某承认其与隗某的夫妻关系仍然存续，但其认为借款事项已经经过法院审理，故再次起诉行为不当。而且，徐某在起诉隗某时并未列董某为共同被告，表明徐某已经放弃对董某的诉讼权利。因此，董某认为徐某的诉讼请求并无法律依据。

一审法院认为，本案虽与徐某与隗某借款合同一案是同一借款关系，但两起案件的当事人和诉讼请求不同，不构成重复起诉。徐某在上述案件中未列董某为共同被告，并不表明放弃了对董某的起诉权。最终一审法院认定本案所涉债务发生在婚姻关系存续期间，是夫妻共同债务，董某应当承担连带还款责任。判决后，董某不服，上诉至北京一中院。

北京一中院经审理认为，本案虽与前述案件基于同一借贷关系，但案件当事人不同，诉讼目的也不同，徐某起诉隗某时旨在要求隗某承担清偿借款责任，本案目的则在于请求确认借款为董某与隗某夫妻共同债务，进而要求董某承担连带清偿责任，故并不违反“一事不能二理”的诉讼原则。徐某在另案中起诉隗某还款，不能导致其丧失要求董某承担连带偿还责任的权利。而且，经法院查明，所涉欠款并未完全清偿。因此，徐某有权就未清偿部分向董某主张权利。

最终，北京一中院驳回上诉，维持原判。

法官提示：婚姻关系存续期间发生的债务一般会推定为夫妻共同债务，除非债权人明知债务人与其配偶约定婚

姻关系存续期间的财产归各自所有或者夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务。日常生活中，债权人只起诉债务人夫妻一方的情况比较普遍，但法院执行时通常会执行夫妻共同财产。如果债务人配偶提出异议，债权人可以再起诉债务人配偶，要求其承担连带责任。当然，为了避免执行中债权人配偶以未被起诉为由提出异议，提高执行效率，减少诉累，债权人可以在起诉时将夫妻双方列为共同被告。

### 男子欠债百万房子被扣 妻子被判连带偿还债务

2016-06-01 上海法治报

男子魏某因欠徐某 100 万元被法院扣押了两套房屋，其妻董某以享有房屋份额为由提出异议。徐某起诉董某，请求法院确认涉案债权属于魏、董二人夫妻共同债务，董某对债务承担连带偿还责任。近日，北京一中院审结了这起民间借贷纠纷上诉案件。

一审中，董某承认她与魏某的夫妻关系仍然存续，但认为借款事项已经过法院审理，再次起诉行为不当。而且，徐某在起诉魏某时并未列董某为共同被告，表明徐某已经放弃对董某的诉讼权利。因此，董某认为徐某的诉讼请求并无法律依据。

一审法院认为，本案虽与徐某和魏某借款合同一案是同一借款关系，但两起案件的当事人和诉讼请求不同，不构成重复起诉。徐某在上述案件中未列董某为共同被告，并不表明放弃了对董某的起诉权。一审法院认定董某应当承担连带还款责任。判决后，董某不服，上诉至一中院。

一中院经审理认为，本案虽与前述案件基于同一借贷关系，但案件当事人不同，诉讼目的也不同，本案目的在于请求确认借款为董某与魏某夫妻共同债务，进而要求董某承担连带清偿责任，所以并不违反“一事不能二理”的诉讼原则。徐某在另案中起诉魏某还款，不能导致其丧失要求董某承担连带偿还责任的权利。因此，徐某有权就未清偿部分向董某主张权利。一中院驳回上诉，维持原判。

## 五、继承

### (一) 继承审判动态

#### 子女告母争 21 亿遗产 齐白石弟子许麟庐遗产案今日重审

2016-06-03 京华时报 记者郑羽佳 赵思衡

齐白石弟子、一代国画大师许麟庐去世后留下 73 件字画和 3 把紫砂壶，其中包括齐白石、徐悲鸿等著名画家作品，总估价约为 21 亿元。许麟庐去世后留下遗嘱，所有财产归夫人所有。他的部分儿女，将 95 岁高龄的母亲告上法庭，要求分割部分财产，并质疑遗嘱的真实性。

2014 年 10 月，市二中院认定遗嘱有效，判定许麟庐的遗产全归遗孀。今天上午 10 时，该案被发回重审开庭，许麟庐部分子女到庭，现年 99 岁的夫人未到庭。

1936 年，许麟庐与王龄文女士结为夫妻，后育有 4 子 4 女。除长女许美、三女许嫦已经去世外，长子许化杰、二子许化儒、三子许化夷、四子许化迟、二女许丽、四女许娥均健在。

2011 年 8 月 9 日晚，许麟庐在北京去世。去世后，其留下了 72 件字画和 3 把紫砂壶，其中包括齐白石书画 24 幅，另有徐悲鸿等著名画家作品，总估价约为 21 亿元。

许麟庐去世后，许麟庐部分子女将 95 岁高龄的母亲告上法庭，要求分割财产。许麟庐曾于 2010 年 9 月 2 日用毛笔书写立下遗嘱：“我许麟庐百年以后，我的一切文物、字画及所有财产归我夫人王龄文所有。”

许化夷子女称，他母亲提供的父亲遗嘱并非真实有效。有子女甚至认为，许麟庐的遗嘱是在非自愿情况下所写，不应按照遗嘱来分配遗产。



2014年10月13日，许麟庐遗产纠纷案宣判，二中院认定其遗嘱有效，许麟庐的遗产全归95岁高龄的遗孀。

### 许麟庐 21 亿元遗产案重审

2016-06-03 法制晚报 洪雪 唐李晗

本站文章谢绝转载，否则法律后果自负！

法制晚报讯（记者 洪雪 唐李晗）齐白石弟子、著名国画家、书法家许麟庐（又名许德麟）去世后留下了 72 件字画和 3 把紫砂壶，其中包括齐白石书画 24 幅，另有徐悲鸿等著名画家作品。

2012 年，许麟庐的三儿子、著名画家许化夷将 90 多岁的母亲王龄文及两个哥哥告上法庭要求析产，此后许麟庐的子女纷纷卷入该案。丰台法院审理后因标的高达 21 亿元且社会影响较大，将案件交由二中院审理。

2014 年 10 月 13 日，二中院一审认定许麟庐生前所写遗嘱有效，判决遗产由王龄文继承。许化夷等人不服上诉。市高院以一审程序存在瑕疵、事实需要进一步查清为由，将该案发回重审。今天上午，这场历经 4 年的遗产官司再次在二中院开庭审理，除了许化迟和许娥外，其他子女都对遗嘱不认可。长子表示，父亲不会用阿拉伯数字做落款。

据《法制晚报》记者了解，此案审理期间，许化夷还曾以姐姐许娥受访诋毁自己名誉为由起诉索赔，二中院终审判决许娥公开道歉并赔偿弟弟精神损害抚慰金 1 万元。

持久诉讼

儿子告 94 岁老母 要求分割父亲 21 亿遗产

2011 年 8 月 9 日，许麟庐先生因病去世，享年 95 岁。此时，他与王龄文婚后育有的 8 名子女，也有两位早已去世。

2012 年 7 月，三子许化夷将 94 岁的母亲王龄文及大哥许化杰、二哥许化儒告上法庭，要求分割父亲遗产，包括 72 幅字画、3 把紫砂壶。字画中有齐白石、张伯驹、徐悲鸿的作品，仅齐白石书画就有 24 幅。案件代理人曾称涉案字画价值至少 21 亿元。

丰台法院审理后认为标的较大且有较大社会影响，将此案移送二中院审理。

2013 年 3 月 5 日，二中院第一次开庭审理此案，将许麟庐的所有子女都追加进来，原告变更为许化夷、二女许丽、四女许娥、四子许化迟及已经去世的长女许美的三个女儿丘春、丘雷、丘晴和三女许嫦的女儿许睿共计 8 人。被告 3 人包括王龄文及许化杰、许化儒兄弟。

母亲出示父亲手书遗嘱 儿子不认要求鉴定

案件审理中，王龄文向法庭提供了一份许麟庐的手书遗嘱：“我许麟庐百年以后，我的一切文物、字画及所有财产归我夫人王龄文所有。我许麟庐（许德麟）2010年9月2日所立遗嘱。”该遗嘱还按了两个手印并加盖了名章。

为证明该遗嘱的真实性，王龄文提交了与许麟庐生前用数码相机拍摄的电子照片。照片中，夫妇二人背后墙上挂有遗嘱一份，与王龄文提交的手书遗嘱原件内容一致。许化夷却对此不认可并要求对遗嘱进行鉴定。许麟庐的大儿子、二女儿以及4名外孙女也持同样态度。

其他子女认可父亲遗嘱，四女许娥还在法庭上称，她亲眼目睹父亲手书遗嘱，并向法庭提交父亲书信作为鉴定样本。

北京市高院先后三次确定鉴定机构对遗嘱进行鉴定，但鉴定机构均以样本材料无法满足检验鉴定条件为由，终止了鉴定程序。最终遗嘱未能进行鉴定。

2013年7月初，王龄文又提交了与许麟庐生前合影的照片6张，照片中夫妻两人背后的墙上挂有一份遗嘱，遗嘱与王龄文提交的遗嘱原件内容一致，仅未加盖名章及按手印。许化夷等人认为照片是PS的，王龄文要求对照片真伪进行鉴定。北京信诺司法鉴定所出具的司法鉴定意见书显示，经鉴定确定6张电子照片均未发现技术修改痕迹。

一波三折

原告到法院申请宣告母亲无民事行为能力

案审理期间，2013年4月24日，许化夷等人到丰台法院提出申请宣告王龄文无民事行为能力。后来几人又分别撤回宣告申请。

许化夷等人称，许麟庐去世后，王龄文身体欠佳、思维不清，日常起居生活都需要照料、不能自理，走路都需要搀扶，有时分不清白天和黑夜。申请法院宣告王龄文为无民事行为能力人，依法为其指定监护人，以便明确所有子女的法律责任和义务。

丰台法院办案法官于2013年8月15日专程到王龄文家中与老人面谈并录像。

同年11月22日，经法院申请的司法鉴定机构法医到王龄文住所，对老人进行是否具有民事行为能力的鉴定。法医询问了老人不少问题，包括家庭情况、成长经历和生活状况等。特别是法医当场给老人出了一道算术题。“100减7等于几？”老人很快答出93，法医问再减7等于几，老人略微思考后回答86。

鉴定结果显示，王龄文无精神病，不存在影响其民事行为能力的精神病理因素，评定为具有完全民事行为能力。

原一审认定遗嘱有效 二审发回重审

2014年10月13日，二中院作出一审判决。法院认为，许麟庐藏品属夫妻共同财产，扣除王龄文份额的剩余部分才是许麟庐的遗产。从王龄文提交的遗嘱和照片可以认定，许麟庐知晓遗嘱并愿意在遗嘱前留影。虽然照片中的遗嘱与手书遗嘱之间存在印章、指印上的差别，但两者之间文字内容一致，故认定遗嘱应为许麟庐真实意思表示，判决全部遗产由王龄文继承。

一审判决后，许化夷和许化杰不服，提起上诉。2015年9月25日，市高院以一审程序存在瑕疵、事实需要进一步查清为由撤销一审判决，发回二中院重审。至此，这场历经4年的遗产纠纷又回到了原点。

上午庭审 原告质疑被告代理人身份 法庭确认有效

上午10时，原告许麟庐的三子许化夷、四女许娥委托代理律师到庭，四子许化迟的妻子作为代理人出庭，被告席上坐了二子许化儒和3名被告的4位委托代理律师。原告二女许丽、三女许嫦的女儿许睿以及被告长子许化杰则坐在了旁听席上。许麟庐的夫人王龄文今天没有到庭参加诉讼，委托了代理人出庭。

许化夷的代理律师对王龄文委托的代理人身份提出异议。“我们对王龄文的行为能力有异议，老人已近百岁，她签的授权委托书是否有效？二中院原审法官到王龄文老人住所的谈话记录显示，法官曾询问老人是否知道儿子起诉她的事，王龄文回答不知情。这足以说明老人的记忆能力丧失。”

由于原告怀疑王龄文代理人的出庭资格，法官宣布休庭5分钟，经合议庭评议，法官认为王龄文的授权委托书有其亲笔签字，且委托是在法庭工作人员面前签署，程序合法有效，决定继续开庭审理。

被告：原告没有证据证明遗嘱系伪造

王龄文的代理律师表示，“许麟庐先生的自书遗嘱真实有效。王龄文是许麟庐结发70年的妻子，两人感情深厚，许麟庐将全部遗产留给妻子符合常理。”

该律师表示，“原告指责90多岁的母亲伪造遗嘱，应该提供证据证明，但原告没有。在原审因鉴定不足的情况下，被告还积极提供了49幅作品提供给法院鉴定，但原告对34幅作品不认可，无法鉴定的结果是由于原告造成。被告提供了夫妻俩和遗嘱的合照，经鉴定也没有问题。这些都可证明遗嘱真实有效。”

长子质疑遗嘱 父亲不会用阿拉伯数字落款

许娥和许化迟对遗嘱没有异议，许化迟的妻子说，“我们没有告老太太，只是被法院追加为原告。”

除原告许化夷等人对遗嘱不认可外，被告长子许化杰的代理律师也对遗嘱提出质疑，“许麟庐的子女甚至孙女都有能力模仿他本人的字迹，遗嘱签名上的‘许’字和许麟庐以前的写法不一致，落款日期书写方式是阿拉伯数字。老爷子旧社会出身，他不会用这种书写方式，这和他的习惯不符。此外，盖的章也是老爷子没有使用过的。”

“老爷子曾在 ICU 病房说过，这些字画由大儿子管，所以我们认为遗嘱是假的，要求按法定继承析产。”

该律师表示，“老爷子生病前，老两口一直由大儿子照顾，此后许化迟突然把老爷子接走，其他子女都无法与老爷子联系，不排除老爷子已被对方控制。去年许化杰以许化迟和许娥对父亲有虐待行为为由提起刑事自诉，目前该案正在三中院审理。”

二女许丽代理律师表示，“根据她多年对父亲的了解，觉得遗嘱书写不像父亲的风格，父亲更不会在遗嘱最后画圈，所以她也对遗嘱的真实性表示质疑。”除了许化迟和许娥外，其他子女都对遗嘱不认可。截至记者发稿时，庭审仍在继续。

案中案 姐姐称弟弟伪造画作 弟弟告姐姐获赔 1 万元

据记者了解，就在遗产风波尚未平息时，许麟庐的子女又因名誉权纠纷风波再起。认为姐姐许娥在接受媒体采访过程中，发布诋毁自己名誉的言论，并在央视播出致使自己名誉受损，许麟庐三子许化夷于 2012 年 12 月将许娥告上丰台法院，索赔 20 万元。

许化夷诉称，2012 年 10 月 18 日遗产案开庭后，姐姐许娥在接受央视等媒体采访过程中，说“许化夷造假造得好啊，特别是伪造原告父亲许麟庐的画，只有我能够辨识”。

许化夷认为许娥无中生有，将姐姐告上法庭。丰台法院一审判决许娥在全国范围内公开出版发行的报刊上刊登致歉声明，消除影响，恢复许化夷名誉，并赔偿许化夷精神损害抚慰金一万元、赔偿许化夷公证费一千一百元。许娥不服上诉，2015 年 1 月 19 日，二中院终审裁定驳回上诉、维持原判。 文/记者 洪雪 唐李晗

### 三代女人之间的官司

2016-06-13 经济与法

上海市奉贤区的一个小渔村，有一户人家，夫妻两人都五十多岁，唯一的女儿小青也已成人，有了工作。但去年五月，小青的父亲葛先生，因车祸离开了人世。父亲的突然离去，让这个原本和美快乐的家顷刻间陷入了困境，而随之而来的，一场围绕 50 万的赔偿金官司，让这个处在风雨飘摇中的家庭，变得更支离破碎。

小青的奶奶说，自己的儿子去世后不久，儿媳妇陈女士的娘家人就气势汹汹的找上门来，要求分遗产。这些人要求立刻把葛先生的死亡赔偿金分清楚，并且要多给做为妻子的陈女士分些钱。

儿媳妇的娘家人这么一闹，葛先生家的人也坐不住了。两大家子人，就在葛先生家里吵作一团。亲人尸骨未寒，两边的亲属就为遗产闹成这样，小青心里说不出的难过，内向的她只能默默流泪。

葛先生遗产的合法继承人，只有三位，葛先生的母亲、葛先生的妻子以及葛先生的女儿，在葛先生离世前，这三位都住在一个屋檐下，关系好坏且不说，但事实上是在一起相安无事的生活了近 20 年，眼看这三位都没有对财产的分配有任何意见，为何葛先生妻子的娘家人却要站出来呢？他们真的是见钱眼开还是另有原因呢？

小青的姨妈说，他们之所以会来参与这笔遗产的争夺，是因为自己的妹妹，也就是小青的母亲情况有点特殊。小青的姨妈说，小青的母亲小时候得了小儿麻痹症，除了腿脚不太方便，还有轻微的智力障碍，虽然生活自理方面没有太大问题，但没有任何赚钱的能力，所以这笔钱对于小青的母亲来说，就是未来生活的保障。

原来，陈女士是一名智障人士，以前一直是丈夫葛先生照顾陈女士，如今丈夫遭遇意外死亡。在陈女士的娘家人看来，陈女士的女儿小青根本就不会照顾自己的母亲，所以他们需要一笔钱来照顾陈女士，并且这笔钱要由陈女士的娘家人来保管、

原来，小青母亲的娘家人要求分财产是事出有因，小青的母亲作为一个智障者，的确需要得到更好的关心。不过让人不能理解的是，小青已经成年，并且也工作，而且从法律上讲，小青也应该是自己母亲的合法监护人。这笔钱就算多分一些给小青的母亲，也应该由小青代为管理，照顾自己的父母是儿女应尽的义务，同时，小青在父亲去世后，也一直同母亲生活在一起。那么小青的姨妈和舅舅，有什么理由要求监管这笔钱？他们为何如此不信任小青呢？

小青坚持自己会照顾好母亲，而她的姨妈舅舅却一点不信任她。就在打官司的过程中，他们居然还曝出了一个葛先生夫妇隐瞒了 20 年的秘密。

原来，小青并非死去父亲的亲生女儿，失去父亲的痛苦，加上这突如其来的消息，让小青难以接受，她无法理解，为什么舅舅在父亲去世的节骨眼上，爆出了这个尘封多年的家族秘密。小青一直不能相信这个突如其来的说法，她向奶奶、姑姑等亲人不断求证，渐渐得知了一个尘封二十年的故事。

二十多年前，在家里排行老二的葛先生，由于有轻微的残疾，三十出头，依然没有找到对象，家里人十分着急，葛先生的母亲托了很多人，为自己的儿子找对象。那一年，村里的好心人将隔壁村庄的陈女士介绍给了他。

两个人年龄都不小，双方家庭都很着急，因此很快就成了家，尽管陈女士有轻度智障，不过，这并不影响两人的生活。尽管两人生理上都有点缺陷，但也许正是因此两人更加互相珍惜，相依为命的夫妻两，情投意合的生活让人羡慕。

后来陈女士怀孕了，然而这个消息却没能让夫妻俩高兴起来。虽然他们很想要一个自己的孩子，但是他们也明白，先天残疾很可能会遗传给后代，再三考虑后，夫妻俩含着泪放弃了自己的孩子。

失去孩子后，妻子郁郁寡欢，缺少孩子的家庭似乎总是不够圆满，丈夫很是着急。一个机缘，小青就像天使一样来到了这个家，只有三个月大的她，被养父母捧在手心里，就像是自己亲生的孩子。妻子也因此露出了久违的笑容。

先天的缺陷，让夫妻俩对生命格外的珍惜，他们将所有的爱与呵护都付出给了这个小生命，小青就是在这份浓浓的爱意中成长起来。靠着父亲含辛茹苦地在外做泥水匠的薪酬把她养大、支付她的学费，供她读书。而母亲则是勤恳地洗衣做饭，二十年如一日地料理着她和父亲的日常生活。

虽然家境并不宽裕，但这并不是实现幸福的阻碍，在那个二层小楼里，传出的永远是欢声笑语。在那个小青称为家的地方，没有猜忌，没有算计，没有利益。这个内向的孩子，在父母的关爱下茁壮成长起来。但是这样的好日子在去年4月戛然而止。

葛先生因车祸，突然离开了妻子、女儿和母亲，对这个家庭无疑是个灾难，医院抢救欠下的钱款，之后是肇事者的赔偿。等一切都解决之后，没想到，法庭上陈女士的娘家人不顾小青的感受，当着众人的面爆出小青的身世，夫妻两为了让小青有一个完整的家庭，保守了20年的秘密，在最让人无法接受的情况下被赤裸裸地揭开。小青母亲的娘家人，真是真的希望小青的母亲好？还是不顾一切想要得到这笔遗产的保管权呢？在小青的身世秘密被爆出之后，原本就风雨飘摇的家庭，蒙上了一层厚厚的阴霾。

自从葛先生去世，隐藏了二十年的秘密又被揭开，一向要好的母女两也渐渐地有了一些隔阂。在法庭上，姨妈和舅舅对小青当陈女士的监护人没有提出任何意见，唯独反对财产由小青保管，希望把属于陈女士的份额单独拿出来由他们来保管。既然同意小青做监护人，为何又不信任让小青保管财产呢？小青母亲的娘家人说，在他们看来，小青和小青的奶奶都不会照顾陈女士。

小青的姨妈告诉记者，她的妹妹陈玉芬其实是一个苦命的女子，陈女士结婚之后，葛先生虽然对她很好，但她的婆婆并非如此。小青的姨妈说，由于小青的奶奶脾气不好，夫妇俩一直和他们走得更近，小青抱养过来之后，这三口之家往小青母亲的娘家走动得比较多一点。

而小青的舅舅也是对这个外甥女疼爱有加，把小青当亲侄女看待，一直帮着自己的姐姐和姐夫照顾着小青。在小青母亲陈玉芬的娘家人看来，葛先生的家人非但不照顾生活较困难的陈女儿这一家，更让人觉得痛心的是，那一大家子人，根本就看不起这一对生理有缺陷的夫妻。

于是两家人慢慢有了嫌隙，葛先生的家人认为，陈女士的娘家人也并非对他们十分信任，万事总是猜忌在先，他们认为陈女士的娘家人对于金钱的渴望更高。但陈家人说，葛先生去世后，他的一家人更是对陈女士不闻不问，连家里的农田都要陈女士的娘家人去打理。

两家人相互不信任，陈家人说，葛家人对陈女士不理不照顾也就算了，他们渐渐发现，他们一向疼爱的小青对母亲的态度也发生了变化，这让陈家人十分着急。但葛家人对小青十分信任，认为小青是个知恩图报的孩子，将来也会将自己的母亲照顾好。

在小青眼中姨妈和舅舅的这种做法，显然是她养女的身份让他们提心吊胆，这也是可以理解的。但是小青说，自己毕竟是父母养育了20年的孩子，不可能抛下母亲陈女士不管了。

公说公有理，婆说婆有理，相互间的不信任和顾虑，让这个家庭在失去亲人的同时，承担了更多的伤痛。小青的奶奶为了能尽早的解决这些纷争，决定打一场官司，他将小青和小青的母亲告上法庭，希望由法院来分配这笔死亡赔偿金，同时确定智障者的财产由谁保管。奶奶希望仍然由监护人小青来保管。

经过多次协商调解。法院最终确定了财产的分配，小青的奶奶获得十万元，小青的母亲获得13万元，小青本人获得24万元的赔偿，而小青母亲陈女士的监护人为她的女儿小青。

判决后，女方的亲戚，小青的姨妈和弟弟并不服气，他们认为陈女士丈夫身后的遗产分配的并不十分均匀。因为葛先生女儿小青的份额高于她的母亲，最后陈女儿所继承的财产究竟由谁来保管，仍没有达成一致。

陈女士是一名智障人士，而小青是夫妻两的养女，这是一个特殊的家庭。所以各方家属都是希望各自的亲属能够更好的生活，对陈女士来说，希望有人能够给她养老送终。对于年轻人来说，希望得到信任，安稳的生活，都是站在各自的角度。同时呢，对对方又有些担心，存在一种担忧，但是如果能让这种担忧化为彼此的信任，我想今天的案件也不会发生。陈家人替陈女士将来的生活操心，这无可厚非。希望他们能理智的去对待，同时也希望小青能坚守自己的诺言，在今后的生活中，能将母亲照顾好，让她过上无忧的生活。

### 同居未领证，死后为遗产起纷争

普陀区联合人民调解委会从情、理、法入手，规劝双方换位思考告慰死者

2016-06-07 上海法治报 记者王建慧

大儿子病逝后，其骨灰被同居10年的康女士寄存在殡仪馆无法入土。89岁的肖老太在儿女的陪同下，来到普陀区联合人民调解委员会，要求帮她找回儿子的骨灰。调解员深入了解情况，理顺法律关系，从情、理、法入手规劝双方，并提出调解方案，得到双方认可，化解了一起家庭纠纷。

#### 【事由】

大儿子与人同居未领证

女方扣留骨灰争夺遗产

肖老太早年丧偶，膝下有两个儿子、一个女儿，其中40多岁的大儿子侯某一直未婚。2003年，侯某认识了刚离异的康女士，不久，侯某便在康女士家开始同居生活，并共同抚养康女士的女儿。这种效仿西方的“同居文化”虽然让肖老太无法认同，但久而久之，老人家觉得只要儿子过得好，也就默认了这个名义上的“儿媳”。老人家曾多次提出，如果两人过得好，尽早去办理结婚登记，但儿子总是说“不着急”。

次年，康女士向侯某提出，希望换大一点的房子，并要求侯某出资9万元。购房后，房屋装修全部由侯某承担，一切都安置好了，侯某却发现产权证上没有自己的名字。为此，双方产生矛盾，侯某要求康女士写下9万元借条。此后，侯某仍然将自己的经济和精力全部放在这个“家庭”中。

2013年底，侯某因病去世，引发了肖老太和康女士之间的连环纠纷。侯某离世后，其所在单位有一笔房屋补贴费9000元，丧葬费6000元，共计1.5万元，单位一次性给了肖老太。康女士以“妻子”身份要求肖老太将钱款全数交给自己，还要求肖老太补偿物质和精神损失费，否则拒绝交还骨灰。康女士擅自将侯某的骨灰盒寄存在宝山殡仪馆，并在寄存处办理网上声明：必须由康女士本人带身份证、骨灰盒寄存卡才能取出侯某的骨灰盒。

由于康女士一再阻挠，侯某的骨灰无法入土为安。为逼康女士就范，肖老太拿出儿子生前交给她的借条，要求康女士归还9万元欠款，却被康女士一口回绝。经亲朋好友和居委会多次调解，但都无济于事。

无奈之下，肖老太找到普陀区联合人民调解委员会，要求康女士返还侯某的骨灰；归还欠款9万元。

#### 【调解】

调解员劝说双方和为贵

双方各执一词不愿让步

调解员首先找到康女士，出示借条后，她坚称签名不是她亲笔所写。“侯某有可能将借条放在他母亲这里了。”调解员告诉康女士，虽然你们在一起生活10多年，可毕竟只是同居，没有登记结婚，同居关系不受法律保护，你没有继承权，强占死者骨灰在法律上也站不住脚。况且你还向侯某借过9万元，该债权是侯某留下的遗产，肖老太作为侯某的合法继承人，取得遗产顺理成章。

调解员劝康女士，肖老太年事已高，白发人送黑发人已经很伤心了，老人只想让儿子早点入土为安。“你不要总惦记着遗产，如果官司继续打下去，浪费人力物力，你的损失只会进一步扩大。”调解员说，如果双方能坐下来心平气和地解决，为侯某办丧事付出的费用也可以协商。调解员的一番话，改变了康女士原来的态度，也为调解顺利进行奠定了基础。

然后，调解员又告诉肖老太及家人，如果与康女士打官司肯定会赢，但赢了官司并不会快乐。“康女士毕竟和侯某共同生活10多年。”调解员对肖老太说，侯某去世后，康女士以妻子的身份在家里为侯某设灵堂，操办一切丧葬事宜，丧葬费用2万元都是康女士支付，她还做满“五七”，也算尽到一个做“妻子”的义务。现在最要紧的是能够让侯某的骨灰尽快下葬，不要在钱的问题上再斤斤计较，否则会让哀者更哀，痛者更痛。

听了调解员苦口婆心的劝解，肖老太当即表示，只要能拿回儿子的骨灰，愿意让步。而其子女认为康女士不承认有借款，还索要1.5万元，因此绝不退让。调解员继续劝说家人，康女士不顾非法同居的名声，仍以“妻子”的身份为侯某办丧事，除经济上支出外，精神上你们也应该给予适当补偿。如果坚持打官司，不但让九泉之下的人不得安宁，更让老人痛苦。通过劝导，老人及其子女情绪缓和，表示愿意协商解决。

调解员趁热打铁提方案

老人终于捧回儿子骨灰

调解员提出，为了让去世的亲人得到安息，选择调解是上策，两件纠纷可以合并解决，借款9万元中可扣除丧葬费，再适当的给予康女士一些补贴，双方如在借款上达成协议，另一件返还骨灰也能调解解决。老人及其子女对此表示只要能要回侯某的骨灰，一切都好商量。

然而，老人的工作做好了，康女士却提出了无理要求。她将侯某在她这里生活10多年算了一笔账，房租、水、电、煤、吃、住、用等加起来共计30万元，要求肖老太给付。肖老太称：“儿子工资很高，都用在康女士及抚养她女儿身上，去世后也没有留下任何钱。”双方互不相让，调解一时陷入僵局。

于是，调解员对康女士晓之以法，动之以情，帮她算了一笔账，告知她如通过诉讼，不仅要不回钱款，归还9万元借款一分也不能少，丧葬费也由她自己承担。另外，还要承担两起案件的诉讼费。康女士自知理亏，对立情绪有所缓解，也表示愿意和解。

调解员趁热打铁，第二天将双方当事人约到调解工作室调解。最终，双方当事人签订了两份协议，一份是扣除丧葬费、补贴费外，康女士当场一次性给付肖老太欠款人民币2.5万元；另一份是康女士无条件将死者侯某的骨灰交还给肖老太。

考虑到肖老太的身体状况，在小儿子及女儿陪同下，调解员与康女士一起驱车前往宝山殡仪馆，为他们办理了骨灰盒交接手续。肖老太终于捧回了儿子的骨灰盒，那一刻，老人家哽咽得无法言语，眼中含着泪水一字一顿地说：

“谢谢、谢谢，能让我带着儿子一起回家了。”

#### 【点评】

了解案情熟练运用法律

换位思考促成调解成功

作为一名人民调解员，工作目标就是缓解矛盾，促进家庭和谐、社会和谐，通过调解来缓和当事人的情绪。在当事人情绪激动时，要有耐心、细心、热心，只有这样才能促使当事人理性维权。另外要熟悉案情，在解决前做好充分的准备工作。

首先，设定调解目标。由于该案例涉及到几个法律关系，如通过诉讼解决，矛盾将进一步激化，而且存在骨灰盒的执行问题，只有经过调解才能缓解矛盾，促成问题的解决。

其次，制定解决方案。一是理顺法律关系，从情、理、法入手来确定解决方案，及时与地区两个街道调解工作者联手，共同做好调解工作；二是确定解决策略，从公序良俗、法律关系、经济效益、利益共享等方面给予当事人提示，选择利大于弊的解决方式。

另外，善用调解方法。一是说教法，用充分说理的方式调整当事人的心态，使其接受对方，接受调解方案，在做调解工作时，必须取得双方当事人的信任，才能有的放矢。同时还要耐心、细心，不能操之过急，要让当事人自己明理；二是采用“将心比心”换位思考的方式，使当事人了解、理解、体谅对方，最终接受对方，作出让步，促成调解。

## （二）继承立法动态

## （三）继承典型案例

### 谁偷了我的继承权

2016-06-08 经济与法

王岳，家住成都市。2015年3月，当时不满十八岁的王岳，站在成都市锦江区人民检察院的门口，徘徊了许久，终于鼓足勇气走了进去。未成年人来申请法律监督，这种情况很少见，负责控申举报的检察官高度重视。

王岳告诉检察官，他的父亲2012年因病去世，留下了一百七十多万的遗产。可是2014年10月，成都市锦江区人民法院作出的民事调解书中，作为原告的王岳，只拿到了十万元的补偿款，而全部遗产都分给了其他四名被告。

王岳的父亲留下了一百七十多万的遗产，即便确定有五个继承人，平均分，每个人也得是三十多万。更何况当时王岳还不满十八岁，还是一个未成年人，属于应当被照顾的继承人，可为什么仅仅十万元的补偿款，就让王岳放弃了继承权呢？

1997年7月，王岳出生，但当时王岳的父亲和母亲并没有结婚。王岳出生三年后，年幼的他就离开了亲生母亲，父亲把他带回家，交给了爷爷奶奶抚养。几年后，王岳的父亲与一位金女士结为夫妻，又生育了一个儿子。

十几年来，王岳和继母金女士之间的关系都很融洽。幸福的日子并没有一直持续下去，2010年，王岳的父亲被查出患了重病。

在王岳的父亲生病期间，久未露面的王岳的生母人翟女士竟然意想不到地出现了。翟女士的出现，让王岳和继母金女士的心理都发生了微妙的变化。2012年，王岳的父亲因病离世，王岳和继母金女士之间的关系更是变得糟糕起来。

原来王岳是父亲的非婚生子女。王岳说，他和继母的关系原本还不错，但是因为父亲的去世，以及生母的出现，突然变得有些紧张。特别是父亲去世后，继母的一些举动更是雪上加霜，成为压断他们情感纽带的最后一根稻草。

据王岳的爷爷奶奶说，王岳的父亲去世后，儿媳妇不仅对王岳，对待老人的态度也大不如前，老两口不得不为以后的生活做打算。

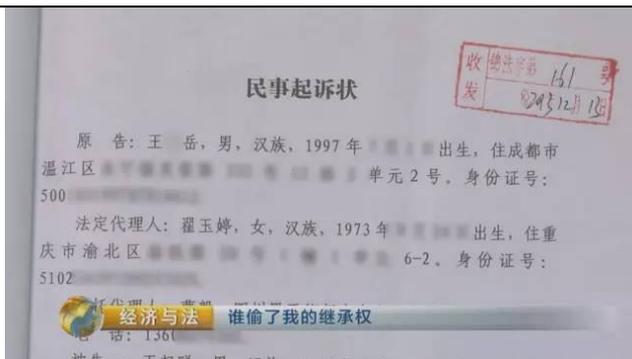
两位老人想到现在他们居住的这套房子，虽然登记在儿子一个人的名下，可钱是两位老人出了大头。老人考虑到儿子还有两套房子，留给了儿媳和小孙子，老人就和儿媳妇商量，能不能把他们居住的房子落到老人的名下。

老人说，没想到他们这个合理的要求，儿媳妇金女士却坚决不同意，更让老人生气的是，对于王岳的继承权，金女士透露出了特别的想法，她说王岳是非婚生子，所以没有继承权。

面对去世儿子的遗产继承问题，感觉自己和老伴，以及尚未成年的孙子，没那么容易与金女士协商，王岳的爷爷豁出去了，他决定出招险棋。他让孙子把自己告了，一起做为被告的，还有王岳的奶奶，继母，弟弟等四人。老人万万没有想到，接下来的结果更糟了。

王岳打官司之前，先找到了生母翟女士。2013年年末，王岳的生母翟女士委托律师，将王岳的爷爷奶奶，继母以及弟弟四个人起诉到成都市锦江区人民法院。

案件诉讼过程中，王岳因为还小，学业又重，生母翟女士就一直没有让王岳到场。而是全权委托了律师。



2014年10月，原被告双方在成都市锦江区人民法院的主持下签订了调解协议，法院随后出具了民事调解书。按照这份协议，王岳拿到继母给他的十万元补偿款，但却要放弃对父亲遗产的继承权。

拿到法院的调解书，王岳的爷爷那个恼啊，孙子不仅没有拿到应得的那份遗产，连继承权都放弃了，真正是“赔了夫人又折兵”。这场官司怎么会有如此戏剧性的结果？王岳说，这中间一定有人做了手脚。

对于这份调解协议和这个调解结果，王岳心有不甘，向成都市中级人民法院申请再审，被法院驳回。王岳只好找到成都市锦江区人民检察院申请法律监督。

听说王岳不服调解结果，王岳的继母金女士很生气。她说，当时全家人都在场，都在这份调解协议上签了字。王岳的爷爷告诉检察官，他当初之所以在协议上签字，根本就不知道协议的具体内容。

王岳的爷爷奶奶究竟是在什么样的情况下签的字呢？据王岳的爷爷回忆，调解协议达成当天，王岳不在场，他们也没有完整地看过协议内容，原告王岳的代理律师曹律师说没有问题，王爷爷出于对曹律师的信任也就直接签了。

王岳的爷爷说，直到法院的调解书签完，他们在回程的路上，和家人一聊，才发现这份调解书大有问题。

曹律师是原告王岳的代理律师，在调解的过程中，本来不应该指点王岳的爷爷奶奶，因为他们是被告。不过或许大家都熟，曹律师只是无心的一句。但是从常理说，曹律师是最不可能在中间做手脚的。可检察官在随后的调查中发现，情况似乎并不是这样。

检察官首先从法律文书上面，发现了疑点。很多法律文书上面的签字，跟王岳之前向检察院提交的申请书，好象有点不一样。

检察官赶紧找来王岳一问，结果大吃一惊。调解协议上王岳的签字并非本人所签，而是有人造假，会是谁呢？

为了慎重起见，检察官对文书上所有签下王岳名字的字迹，进行了笔迹鉴定，确认都是王岳的代理律师曹某的字迹。

那么，曹律师和王岳既然签订的是全权委托代理合同，是不是就可以代表王岳做任何事情呢？

检察官介绍，法律上有明确规定，全权代理，在签署法律文书这个问题上，谁签署就应该签署谁的名字，作为代理人不能签署当事人的名字，当事人自己的名字，应该由当事人自己签署。曹律师签署当事人的名字属于越权代理，超越了他的代理权限，这一点肯定是违法。

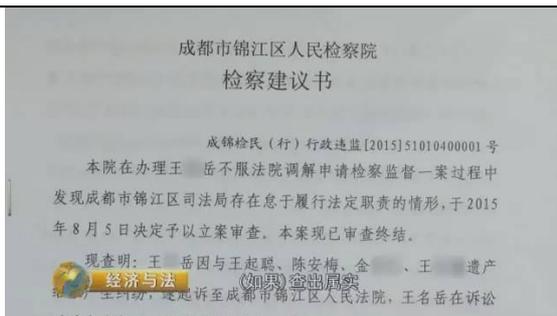
同时，发生在曹某身上的另外一件事，也引起了检察官们的注意。曹律师跟王岳爷爷要了两万块钱，说要给到北京办案的法官买单。法官办案需要律师买单，事实真的会如此吗？后来的事实证明，这样的情况完全是律师虚构的。

据了解，律师曹某是从2013年4月才开始执业的，很快就代理了王岳继承纠纷的案子。虽然资历尚浅，经验不丰富，可是作为一名法律工作者，总不至于连最基本的法律规定都不懂吧。先是在调解过程中对老人进行干扰，接着又在调解协议上伪造王岳的签字，这一系列违反法律规定的背后，到底隐藏着什么呢？

在王岳看来，律师曹某应当已经被继母收买了。在成都采访期间，记者曾尝试过联系曹某，但是曹某一直拒绝。2015年10月，成都市锦江区人民检察院向成都市锦江区司法局发出检察建议，要求对律师曹某进行调查并作出相应处理。

《中华人民共和国律师法》第四十条第三款规定，律师在执业活动中不得有接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益的行为。

第四十九条规定，如果律师有以上不当行为，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业六个月以上一年以下的处罚，可以处五万元以下的罚款。有违法所得的，没收违法所得。



很快，成都市锦江区司法局联合成都市律师协会锦江分会等单位对曹某进行了调查。不久前，在检察机关的介入下，曹某也已经把之前收到的两万元钱退给了王岳的爷爷，老人的损失也算弥补回来了。那么早在2014年年末，王岳的继承权案件，就已经向成都市中级人民法院提出过再审申请，最终被法院驳回。王岳还能不能在检察机关的帮助下追回受损的权益呢？

本案中，民事调解书确认的调解协议只是损害未成年人的合法权益，不符合相关法律规定，是否应当发出再审检察建议存在法律适用上的争议？在这样的情况下，检察机关该何去何从呢？

2015年11月，成都市锦江区人民法院依法对该案启动再审程序。目前，案件正在进一步审理中。

律师是依法取得执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供专业法律服务的法律工作者。“以法为业，以律为师”，是律师职业的行为准则，国有国法，行有行规，严守执业纪律，更是律师职业活动的行为框架。但是，如果律师不能坚守执业底线，后果不只是关系到一起案件的结果，更重要的是伤及对法律的信任。

### 互为遗嘱继承人的一方死亡后另一方无权撤销遗嘱已生效部分

——牟乃分诉卢玉太三名子女遗嘱继承纠纷案

2016-06-19 法律家

【裁判机关】山东省日照市中级人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】★★★☆☆ 被《人民法院报》2012年8月2日刊载

【案例信息】

【案由】遗嘱继承纠纷

【案号】(2011)日民一终字第553号

【判决日期】2012年05月15日

【上诉人】牟乃分（原审原告）

【被上诉人】卢玉太三名子女（均为原审被告）

【争议焦点】

夫妻双方设立经公证的共同遗嘱，约定夫妻一方去世后由在世的一方继承遗产，双方均去世后，由法定继承人继承双方财产。之后，夫妻一方死亡的另一方能否撤销该公证遗嘱。

【裁判结果】

一审法院认定：原告牟乃分的配偶卢玉太在世时，夫妻双方共同签订了遗嘱，遗嘱中载明在夫妻一方死亡后，另一方有权撤销遗嘱。故在卢玉太死亡后，原告牟乃分有权撤销该遗嘱。因遗嘱已经被原告牟乃分撤销，故其不应再按照遗嘱继承涉案房产。

一审法院判决：驳回原告牟乃分的诉讼请求。

原告牟乃分不服一审判决，提出上诉。

二审法院判决：确认上诉人牟乃分继承了卢玉太遗留的房产份额，并取得整个房产的物权。

【裁判要旨】

夫妻双方共同设立遗嘱，约定一方死亡后，另一方即为遗产继承人；双方死亡后，由法定继承人继承双方财产；一方死亡，健在一方有权变更、撤销遗嘱。该共同遗嘱经公证生效后，夫妻一方死亡，遗嘱中的由另一方继承遗产的内容即生效。此后，另一方虽经公证撤销了该共同遗嘱，但因遗嘱中关于一方死亡后，另一方即为遗产继承人的内容已经生效，故另一方无权撤销该内容，其仅能撤销双方死亡后，由法定继承人继承双方财产的遗嘱内容。

【法理评析】

共同遗嘱是指由至少两个遗嘱人共同签订的一份遗嘱。共同遗嘱与普通的遗嘱相比，具有下述特征：一、共同遗嘱属于两个或两个以上遗嘱人共同实施的法律行为，需要各遗嘱人共同的意思表示才能成立。二、共同遗嘱所处分的财产原则上应为所有遗嘱人的共同财产，其中包括夫妻双方或全部家庭成员对共同财产的处分。三、共同遗嘱的生效条件亦应分情况而定，具体而言，当共同遗嘱中约定财产由除遗嘱人以外的第三人继承或受遗赠时，应当在

全部共同遗嘱人死亡后生效；当共同遗嘱中约定遗嘱人互相存在继承关系，那么在其中一名遗嘱人死亡，相互继承的内容即生效，在全部遗嘱人均死亡后，遗嘱则全部生效。四、共同遗嘱的变更和撤销均不同于一般遗嘱。当共同遗嘱中约定财产由除遗嘱人以外的第三人继承或受遗赠时，遗嘱内容具有不可分割性；当共同遗嘱中约定遗嘱人互相存在继承关系时，遗嘱的内容则具有互相制约的性质，即部分遗嘱人主张变更或撤销遗嘱时，应受其他遗嘱人意思的制约。因此，在部分共同遗嘱人死亡后，其他遗嘱人原则上无权擅自变更或撤销遗嘱；除非共同遗嘱人有特殊约定。

夫妻双方在生前订立了共同遗嘱，第一项内容载明，双方共有房产在夫妻一方死亡后，由另一方继承死亡一方的房产份额；第二项内容载明，在双方均死亡后，房产由双方法定继承人继承；同时，夫妻一方健在时，有权自行变更、撤销遗嘱。该共同遗嘱经公证生效后，夫妻一方死亡，遗嘱中的第一项内容即生效，夫妻另一方作为该项遗嘱内容的指定继承人，在未明示放弃继承的情形下，应视为接受了继承。嗣后，夫妻另一方虽经公证撤销了该共同遗嘱，但遗嘱中的第一项内容已经生效，即夫妻双方共有的房产已发生了继承，该项遗嘱内容已无撤销的可能，且夫妻另一方作为第一项遗嘱内容的继承人而非遗嘱人，对于该遗嘱的第一项内容亦无撤销权。虽然共同遗嘱中载明了健在的夫妻一方有权变更、撤销遗嘱，但该内容仅能针对共同遗嘱的第二项内容。综上，夫妻另一方公正撤销遗嘱的行为对已执行的遗嘱第一项内容不发生效力，仅能撤销双方均死亡后，房产由法定继承人继承的内容。

#### 【适用法律】

《中华人民共和国继承法》第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

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

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

#### 【法律文书】

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

#### 【思考题和试题】

1. 论述遗嘱撤销的方式。
2. 简述遗嘱的变更与撤销。
3. 浅谈公证遗嘱的撤销或变更。

#### 【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：牟乃分。

被上诉人（均为原审被告）：卢玉太三名子女。

上诉人牟乃分因与被上诉人卢玉太三名子女遗嘱继承纠纷一案，不服日照市岚山区人民法院(2011)岚民一初字第242号民事判决，向本院提起上诉。本案现已审理终结。

2004年3月2日，牟乃分与其丈夫卢玉太共同订立一份公证遗嘱，将夫妻共有的两处二层沿街楼作如下处分：（一）夫妇一方死亡后，先死亡者遗留下的房产份额由健在的老伴继承；（二）夫妇俩均死亡后，一号沿街楼由其子继承，二号沿街楼由其两个女儿共同继承；（三）夫妇俩健在期间，可共同变更、撤销遗嘱；夫妇俩一人健在时，可以自行变更、撤销本遗嘱；（四）本遗嘱第一项在夫妇一方死亡后生效，第二项在夫妇俩均死亡后生效。2007年，卢玉太因病去世。2009年3月23日，牟乃分向公证部门公证撤销了前述遗嘱，但其认为遗嘱第一项已经生效，其已基于继承取得了房产权，并与其子女就房产继承发生了纠纷。牟乃分遂以其三名子女为被告诉至日照市岚山区人民法院，要求依法确认涉案房产已由其继承、归其所有。

岚山区人民法院认为，牟乃分与卢玉太共立的遗嘱明确约定一方死亡后，另一方有权撤销该遗嘱，表明遗嘱人已将遗嘱撤销权授权其配偶享有，故牟乃分在其夫卢玉太死亡后撤销遗嘱，符合卢玉太的意愿，该撤销行为合法有效；因遗嘱已被全部撤销，故牟乃分请求按照遗嘱继承，并确认涉案房产归其所有，无合法依据。

岚山区人民法院判决为：驳回牟乃分的诉讼请求。

牟乃分不服一审判决，向日照市中级人民法院提出上诉。

日照市中级人民法院认为，卢玉太死亡后，遗嘱第一项已生效，涉案房产中卢玉太的份额发生继承，牟乃分作为遗嘱第一项指定的唯一继承人并未明示放弃继承，应视为其接受了继承。此后，牟乃分虽公证撤销遗嘱，但遗嘱第一项此前已生效，涉及的房产发生继承，该项遗嘱已无撤销之可能，且牟乃分作为该项遗嘱的继承人而非遗嘱人，对于涉及该部分遗产的遗嘱第一项亦无撤销权，故牟乃分公证撤销遗嘱的行为对遗嘱第一项不发生效力。

2012年5月15日，日照市中级人民法院终审判决：确认牟乃分继承了卢玉太遗留的房产份额，并取得整个房产的物权。

### 抚恤金不是遗产？逝者生前立下的遗嘱有效吗？

2016-07-01 山东高法 滨州市中级人民法院

#### 基本案情

原告陈某与徐某系夫妻关系，两人于1996年4月25日登记结婚，双方均系再婚。被告徐某庄、徐某翔系徐某与前妻所生。2015年11月23日，徐某因病去世，按地方法规政策，其家属可享受一次性抚恤金，金额为44040元。原告陈某与被告徐某庄、徐某翔为徐某的第一顺序继承人。

两被告辩称，其父徐某生前于2015年11月8日立下遗嘱，自己病故后44040元抚恤金全部由被告徐某庄所有。且两被告为处理丧事共支出21926元，理应全部享有44040元抚恤金。而原告陈某坚持自己应享有一定的份额，遂起诉至滨州市滨城区法院，请求依法判决自己应享有抚恤金的份额40000元。

#### 判决结果

经滨州市滨城区法院审理，依法判决如下：陈某与被告徐某庄、徐某翔均为徐某的直系亲属，应共同分配涉案的一次性抚恤金，因原告陈某年龄较大且缺乏劳动能力，分配时，应当予以照顾，故由原告陈某享有40%即款项17616元，由被告徐某庄享有30%即款项13212元，由被告徐某翔享有30%即款项13212元。

#### 法官释法

依据国家相关规定应给予死者直系亲属的一次性抚恤金是对死者家属的精神抚慰和经济补偿，由于一次性抚恤金不是给予死者的，也不是死者生前的财产，而是有关单位给予其家属的物质帮助和精神安慰，因此一次性抚恤金并非死者的遗产。故本案中，对两被告称其父亲遗嘱已将涉案一次性抚恤金处分给被告徐某庄所有的主张不予采纳。

《中华人民共和国民法通则》第七十八条规定：财产可以由两个以上的公民、法人共有。共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。本案中陈某与被告徐某庄、徐某翔均为徐某的直系亲属，为抚恤金的共有人，应共同分配涉案的一次性抚恤金。

## 六、房产、股权、信托

### (一) 房产

#### 离婚时约定房子归儿子 丈夫私自卖了引发官司

##### 房屋买卖真假不明 法院判决无效

2016-06-07 上海法治报 法治报记者 胡蝶飞 通讯员 罗越

夫妻结婚9年后离婚，当时对房子的归属问题明确约定给儿子，由女方带着孩子居住。不料几年后男方称已将房子卖给他人，要母子搬离。女方无奈告上法庭，要求确认卖房合同无效。青浦区法院审理后认为房屋买卖并非真实交易，房屋买卖合同无效。

#### 离异夫妻约定房产归儿子

黄女士今年40多岁，十几年前离婚，现在孩子快18岁了。她在1996年经人介绍认识前夫蒋某，两年后生下儿子小蒋。2005年，两人离婚。双方签协议将房子给儿子小蒋。之后，黄女士带着儿子一直居住在此房屋里。

蒋某不久就再婚了。2015年6月底，黄女士接到蒋某的电话说房子已经卖掉，房东要求腾出房子。黄女士认为这房子是夫妻共同财产，离婚时说好是给儿子的，有民政局打印的协议，而且她和儿子在里面生活了十年。现在这是母子唯一的住处，往哪里搬？她认为这房屋买卖合同是无效的，于是提起诉讼，将前夫蒋某和买房的第三人廖某告上法庭，要求确认两被告的房屋买卖无效并将房子过户到儿子小蒋的名下。

#### 前夫无力还贷竟私自卖房

蒋某和现任妻子王某都出庭了，他们认为房子在2010年就卖给廖某并过户。当时因为蒋某的公司周转不行，这个房子还有贷款未还，自己已没有能力再还贷款，才决定卖房子的。出于担心前妻情绪激动，就想缓一缓再和前妻说。后来廖某要租出去，蒋某还反租了房子，让前妻和儿子继续住着，自己支付租金。直到2015年，廖某提出要卖房子了，自己也没有办法，只好让前妻和儿子搬离。他表示愿意为前妻和儿子在外租房，等几年长大了，自己手上也有些钱了，肯定帮他在城区买套房。

蒋某现任妻子王某称，丈夫和他前妻离婚的时候两个人欠了一屁股债，都是自己和丈夫在还。而且给他们安排好乡下宅基地房屋拆迁安置的联排别墅，自己和丈夫去装修好的，特意给小蒋弄了个精美的房间。他们不存在没处去的问题。

同样作为被告的廖某辩称，买房协议白纸黑字，怎么会无效，而且房子早过户给自己了。当时并不知道就房子的归属问题存在争议，不然自己也不会买了。自己也是因为妻子和蒋某现任妻子是姐妹，大家都是亲戚，知道他要卖房才买的，当然亲兄弟明算账，当时还委托了中介办理购房手续，买卖合同都是中介起草的，中介费是蒋某给的。买房也是为了接乡下的父母来城里住。但之后母亲不愿意才作罢，又反租给蒋某。但现在自己需要钱，不得不卖房

子的。买的时候给了70万元的房款，有39万元是现金给的，这些都是我老婆弄的，另外在银行贷了31万元。

关于贷款事宜，银行方面也出面表示，2010年5月，廖某来银行办理的借款抵押合同，金额为31.5万元。当时手续办好后钱就打入廖某账户。

### 法院认定房屋买卖合同无效

法院审理后认为：本案系争房屋在黄女士和蒋某离婚协议中确认分配给儿子小蒋，而蒋某将该房出售显然违背了此协议。本案的争议焦点在蒋某与廖某的房屋买卖合同是否有效。因系争房屋原登记在蒋某名下，廖某与产权登记人签订买卖合同本身没有问题，双方陈述的买房过程包括看房、付款等皆存在疑问。一则，蒋某和廖某都称通过中介居间，但说不清中介的名称，支付中介费也无收据。二则，两人表示为“明算账”而请中介，但现金支付39万元房款时又无收据，且这39万元此前是以现金方式存放在廖某家中。

廖某实际在银行的借款31.5万元，但其竟然陈述错误，其表述是31万元。廖某还贷款的卡并非在自己手中，其声称蒋某欠自己20万元而由他代为还款。一般买房都需要交付钥匙，但黄女士坚持钥匙只有三把皆在原告方，且钥匙是无法复制的，而廖某却称蒋某已交付钥匙，自己手上也有一把，可又拿不出，同时又确认黄女士手上有3把钥匙。综合各方因素和种种疑点，法院认为蒋某和廖某的房屋买卖并非真实交易。

最终，法院确认系争房屋买卖合同无效，并结合系争房屋存在抵押的情况，要求廖某还清银行借款，银行涤除抵押登记，房屋变更登记在蒋某名下。

## 为姨夫代购部队福利房 房价涨外甥不愿过户了

### 从生活常理作自由心证裁判 法院判房归姨夫

2016-06-07 上海法治报 见习记者李欢 通讯员欣慰

沛先生出资购买了外甥单位的福利商品房，却没有任何协议证明这个事实。谁料到房价5年涨了10倍，两年过户锁定期满，外甥小乾作为房子的产权人说什么也不愿过户了。近日，宝山区法院对此案作出一审判决，法官以原被告现有生活状态自由心证裁判原告胜诉。

本是为姨夫代购

看房价涨了却不愿过户

2007年初，宝山某部队为解决军人住房困难开发了一个配套商品房小区，小乾作为适格人员与单位签订了配套商品房购买意向协议。同年3月11日，小乾的大姨夫沛先生向小乾的母亲包女士的账户存入22万余元。同年4月21日，又存入6万余元。5月30日，包女士从账户里一次性支付了39万余元房款给某房产开发公司。

6月7日，小乾及其母亲与该房产公司正式签订上海市商品房预售合同，约定由两人购买一套建筑面积88.30平方米的商品房。第二年的10月25日，沛先生对这套房屋进行了装修。此后，沛先生一家三口搬入这套房屋居住至今，并保留了购房发票及日常居住生活相关的各类费用发票。

2013年6月4日，小乾和母亲包女士两人登记为这套房屋产权人。两年后，该房屋可以上市流通，此时的房价已非昔比。沛先生要求小乾把产权证过户给他，却遭到拒绝。

姨夫诉至法院

请求确认房屋归属

2015年10月，沛先生向宝山法院起诉，将小乾和包女士作为被告，要求判决确认这套房屋归原告所有，被告配合原告办理房屋产权变更手续。

原告称，系争房屋是被告小乾单位开发的住宅，由小乾出面办理认购手续。当时被告已经在他处购房，而原告正准备购房，因此双方协商，由原告实际出资购买该住房，待该房屋可以办理过户手续后再变更到原告名下。

此后，原告支付了全部购房款及各种手续费，其中10万元购房款系现金交付给被告包女士的，没有书面凭证，收房后原告就对房屋进行装修并居住至今。现在该房屋可以办理过户手续，但被告拒绝配合。

庭审中，被告小乾辩称，系争房屋系只针对单位军人销售，具有福利性质，原告不可能购买该房屋，双方也没有协商过以被告名义购房。原告的确居住在系争房屋内，但双方系亲戚关系，且原告女儿长期受被告家人照顾，被告将房屋出租给原告使用也符合常理。

另外，购房款全部是被告出资的，即使母亲与原告有经济往来，也与购房无关，自己从未有过将系争房屋给原告表示，因此不同意原告的诉讼请求。

被告包女士也称，系争房屋系其儿子单位福利，其他人均无处分权。考虑到双方系亲戚关系，而且被告长期照顾原告家庭，因此2007年有了福利购房的机会后，就表示将系争房屋借原告一家居住。由于双方没有就房屋问题形成任何书面文件，不能认定房屋归原告所有。

法院：从生活常理作出自由心证房屋归姨夫所有 双方均没有直接证据证明争议房产的实际购买人，宝山法院民三庭法官经过多次开庭审理后认为，从已经查明的事实来看，虽然原告所述双方商定由被告代购房屋之事实没有直接证据予以证明，其向被告付款的确切数额也难以完全查明，但是被告不能对收取原告大额钱款给予合理说明，且从购房所有凭证均在原告处保管等情况来看，原告所述事实反而较真实可信。

另外，被告包女士还辩称自己无权擅自处分系争房屋，由于两被告系母子关系，小乾也表示经济收入全部交给母亲管理，共同生活，因此，其对于房屋的实际处理情况不可能不知晓，从小乾从未实际管理或过问系争房屋等事实来看，可以认定小乾知晓并认同系争房屋系原告实际购买。因此，原告的诉称更符合客观事实。

据此，法院判决该房屋归原告所有，被告配合原告办理过户手续，过户所涉费用由原告承担。（本文当事人均为化名）

## 消失的房 背后的情

2016-06-15 经济与法

2016年5月21日，徐州市云龙区人民法院庭审现场出现了激烈争吵的一幕，争吵双方是继母和继女的关系。而在这次开庭之前，双方见面矛盾更加激烈，如果不是法官和法警及时制止，双方在法庭外的等候区域就差点大打出手。

究竟什么事情让这原本同在一个屋檐下的一家人，不仅对簿公堂而且恶语相向甚至还想要大打出手相互辱骂呢？法庭上继女说继母与自己父亲结婚就是为了父亲的钱，继母说几个继子女不孝顺，甚至三女儿女婿曾经动手打过老人。事实真是如此吗？这一家人之间的关系究竟如何发展到这样的地步呢？

2009年春节过后，已年过五十但终身未嫁的董女士，经过朋友介绍认识了欧阳蔚林老人。两人相识没多久董女士的父亲就生病了，董女士说那段时间自己要经常上医院照顾老父亲，欧阳蔚林的态度让她很感动。

欧阳蔚林虽然当时70多岁了，但董女士说两人脾气性格很合得来，欧阳蔚林身体很好，他们经常在一起锻炼散步，生活过的很幸福。很快两人就萌生了结婚的念头。董女士说，对于两人即将走进的婚姻，欧阳蔚林身边的朋友和单位的老同事也都很赞成。

董女士说自己一辈子没有结婚，没想到到了晚年50多岁，却找到了自己的幸福和生命中的另一半。两人年龄虽然相差21岁，但年龄差距在他们之间已经不是问题，两人也商量着结婚的事。可是，她说，这种幸福很快就被打破了，原因是欧阳蔚林的三个女儿。

2010年春节前夕，欧阳蔚林去了深圳的女儿家过年。董女士也回到父母的家中过年。过完节回来董女士发现欧阳蔚林脸色很不正常。

在董女士的追问下，欧阳蔚林告诉她，她的东西是二女儿在他去深圳期间来到家里拿到楼下烧了，自己也是回来听邻居和小区保安说的。

董女士说当时自己很生气想要报案，但是被欧阳蔚林阻止了。欧阳蔚林还告诉董女士说，他在深圳三女儿家里被女儿女婿给打了，目的就是不允许他再次结婚。这个情况董女士感到既惊讶又气愤。

董女士说，对于两人的黄昏恋，欧阳蔚林的三个女儿都很反对。考虑到欧阳蔚林的感受，所以两人并没有登记结婚。而在这次事情发生之后欧阳蔚林也很少和三个女儿见面。他们两人依旧过着自己幸福的晚年生活。然而在一年多以后，生活的平静再次被打破了。

2012年的一天，欧阳蔚林被确诊为癌症。医生告诉董女士，欧阳蔚林的病情需要做手术治疗，之后还要化疗。董女士说，正是在她的劝说下，欧阳蔚林还是通知了女儿。

董女士回忆，手术过后，她一直在医院照顾欧阳蔚林，而欧阳蔚林的女儿们都是看了看就走了。在这种情况下，欧阳蔚林提出两人办理结婚登记。

董女士说，欧阳蔚林和她办理结婚登记时，他的三个女儿中，只有大女儿在徐州经常来医院，其他两个女儿在外地，但她们三人当时对此都不知道。只有欧阳蔚林所在单位离退休干部党支部的两位书记知道。而当欧阳蔚林的二女儿知道这件事后，就来到医院，提出让欧阳老人把房子过户给她。由此，开始出现了后来引发一系列纷争的事情。

欧阳蔚林和董女士商量，把自己和前妻买的这套房子过户给女儿。董女士说虽然当时自己很不情愿，甚至很气恼，但是还是在公证书上签了字，放弃了自己将来作为配偶的继承权。

房屋过户到了二女儿名下，考虑到自己和董女士的居住问题，欧阳蔚林夫妇又和二女儿签订了一份协议，约定欧阳蔚林拥有长期居住权，欧阳蔚林百年之后，董女士不再结交异性朋友，不得再婚，可在此房屋内居住。

随后老人又立下一份遗嘱，遗嘱写道，根据三个女儿的表现，我的身后事完全由组织和董女士负责，别人不得干涉。

查出癌症两年后，2014年9月，欧阳老人因病去世。办理完老人的身后事，董女士说，欧阳蔚林的三个女儿就来到家里搬东西，她们说家里的家具和电器都是她们掏钱买的，所以要全部搬走。

董女士说这次事情发生之后，过了一阵子，自己一次出门回家，突然发现门锁被换了。

董女士的父母去世了，父母的房子留给了她的弟弟，弟弟的孩子结婚后住在里面。娘家自己也是回不去了，怎么办？难道自己就这样无家可归了？董女士说自己万万没想到会落得如此地步。可是，对于董女士的这番说法，欧阳蔚林老人的女儿说，根本不是这么回事，关于董女士如何进入这个家庭的，有另外一个版本。

欧阳蔚林的大女儿说，2009年自己一天早上回到家，突然发现家里多了一个人。当时欧阳蔚林说这个女人是家

政阿姨，来搞卫生的。从那以后，欧阳蔚林的大女儿每次回家都会看到这个女的，多次接触下来父亲说出了实情，原来这个人是父亲正在交往的女朋友。

知道了实情，欧阳蔚林的大女儿和两个妹妹商量后找到了父亲。他们不希望父亲和董女士登记结婚，觉得这样日后麻烦的事情太多。而且几个女儿觉得董女士不是很会持家，家里总是乱七八糟的，收拾的不够干净。

欧阳蔚林的女儿对于当初烧了董女士的衣物，解释说，因为家里突然出现了陌生人的衣物，所以就给烧了。

欧阳蔚林的女儿说，父亲和董女士登记结婚并不是出自父亲的本意，而是董女士逼迫他这么做的。

欧阳蔚林女儿回忆，对于这处房产，父亲早在多年前母亲在世时就约定好了，要留给二女儿和三女儿。所以才会在父亲和董女士领证之后，要求把房子过户。

按照欧阳蔚林女儿的说法，父亲并不想跟董女士登记结婚。如果父亲出于自愿，就不会在结婚登记后还把房产过户到二女儿名下。而且，欧阳蔚林的三个女儿说，她们根本没有赶走过董女士，而是她自己放弃了居住，自己不住在这所房子里了。相反的，回不了家的人是她们三姐妹。

欧阳蔚林大女儿说，自己多次到家中都没有见到董女士本人。2015年春节，自己三妹妹一家回徐州，发现门锁已经被更换了进不去家门。屋里有人却不开门，她们只能找来了开锁公司开门。

欧阳蔚林的女儿认为，她们多次到家中都没有见到董女士，只有他弟弟两口子在居住。所以才让他们搬出自己的家。当时用手机拍下了这个收拾和换锁的过程。整个过程中董女士还是没有露面。

董女士说自己是被赶出了家门，无家可归。而欧阳蔚林的女儿说，你自己根本就不住，让你的亲戚住，不符合协议，所以要收回自己的房子。两边谁说的才是真的呢？

2015年5月，董女士将欧阳蔚林的二女儿和三女婿告上了徐州市云龙区人民法院，要求判令两被告排除妨碍，恢复居住权。返还红木家具一套、洗衣机一台及金戒指一枚。

在法庭上，双方各说各的理，女儿怀疑是董女士蒙骗了父亲办理了结婚登记，是另有所图，可董女士再三强调，他们是真情所致。老人当初留下那份遗嘱时有见证人，他的陈述，让人感到，老人的良苦用心其实就蕴含在其中。

法官找到了欧阳老人生前工作单位的离退休干部党支部书记，也是那份遗嘱的见证人。杨书记说，欧阳老人生前，因为生病期间子女们都不来照顾他，而感到很生气，所以提出了自己的丧事让董女士来办理，这样丧葬费加上抚恤金一共十几万，可以作为给董女士的补偿。

把房子提前过户给了二女儿，是因为欧阳老人怕他死后董女士和孩子之间会因为房子起纠纷，而且自己也要对得起孩子。所以杨书记觉得，欧阳老人在各种事情平衡上，还是考虑得很周到的。

对于两人的婚姻状况，杨书记说欧阳老人曾抱怨过，董女士说如果不跟她办理结婚手续就不再伺候他这样的话，但是，欧阳老人也正是因为有董女士的照顾，还是过了几年舒心的日子。

法官随后到了欧阳蔚林生活过的小区了解情况。一位在小区干了很多年的传达室保安说，欧阳老人对董女士照顾他的生活，还是很满意的，相反欧阳老人的子女到是一两年也看不到一次。

了解了这些情况，法院会作出怎样的判决呢？就在法院第一次开庭后，一个让原告董女士感到意外的事情发生了。董女士发现欧阳蔚林老人当初留下的这套房产，已经被她的女儿卖给了别人。自己就算赢了官司也住不进去了。

得知房屋出售后，原告变更了诉讼请求，要求被告赔偿损失共计20万余万。法官来到徐州市房屋产权管理部门查询后了解到，董女士名下确实没有房产。

经过审理，法官认为，被告方目前提供的证据，并不能证明董女士本人不居住在争议房屋内。

2016年6月8日，徐州市云龙区人民法院作出判决，法院认为：在原告无其他住房且对涉案房屋享有合法居住权的情况下，被告将涉案房屋转卖给他人，未合理处理原告的居住权问题而擅自处分房屋，导致原告对该房屋居住权利益的丧失，损害了原告的合法利益。法院判决：被告按照房屋转让价格的30%，9万元予以赔偿。原告主张被告返还金戒指，但并未提供证据证实被告转移了该物品，对其主张，法院不予支持。

遗嘱、协议，欧阳蔚林老人真可谓是用心良苦，作为晚年陪伴自己走完人生之路的配偶，他想安排好董女士，另一方面作为父亲，又考虑子女的利益和感受，所以才反复斟酌，用遗嘱和协议做了安排。现在，很多晚年再婚老人心中的纠结，就是对各方利益和将来状况的顾虑，以遗嘱、协议等方式处理安排好，本身是一个可取的方式，以法律文件形式避免日后纠纷。另外，都说“百善孝为先”，孝后面还有个顺字呢，遗嘱和协议，都是当事人意愿的体现，也是当事人意志自治的结果，只要不违反法律，各方都应该尊重当事人的意愿。

### 父子为房产反目，对簿公堂

2016-06-27 重庆一中法院 东莞市第一人民法院

家住东莞万江的林叔（化名）已经年近70，育有一个儿子，两个女儿，女儿早已外嫁，儿子今年已41岁，婚后与父母一起住在家里。林叔诉称，他和儿子阿军（化名）早已分家，在分家时，他将祖屋地上新建的一栋2号房屋分给儿子，与2号房屋相连的3号房屋则留下自用。但他儿子却长期赖在3号房屋里，且只留一间小房间给他居

住。而儿子则把2号房屋出租，由儿子自己收取租金。

林叔说，他已年近古稀，丧妻后独自生活，他儿子不仅不支付赡养费，还处处刁难、辱骂他，他曾多次要求儿子搬走另住，还曾向管理处反映，要求儿子搬走，但对方一直没有搬走。为此，他向法院诉请，要求儿子在一个月腾空搬离3号房屋。

庭审现场父子各执一词

庭审中，林叔指责儿子贪他的房子，称儿子不但把房租全部拿走，还不给伙食费。儿媳结婚以来不外出工作，还时常骂他。

阿军辩称按当地农村风俗，父母都是跟儿子一起生活，所以其与父亲一直同住在3号房屋，不是父亲说的早已分家和分房子。父亲是个自私自利、脾气暴躁的人，一直都不关心家庭，还经常赌博，和老婆儿子的感情都不和睦。阿军称，因为父亲几乎不承担家里的责任，他从小就担负起维护家庭的重担，并没有刁难辱骂父亲。阿军说，他一直都有每月给父亲500元的赡养费，父亲这次之所以把他告上法庭，是因为父亲花费大，对每月500元的赡养费不满意。

对于林叔在起诉状中所称，儿子只留给他一间小房间居住，阿军在庭上也进行了反驳，阿军说，3号房是一栋3层半建筑的楼房，一二楼都归父亲住，他则与妻子住在3楼以上。对于儿子陈述的这一事实，林叔也在庭上承认。

案件焦点房子由谁出资建造？

庭上，林叔父子所争论的，主要是3号房屋由谁出资建造。阿军表示，2、3号房屋都是自己用多年时间多次建成，并设计为连体房，在建房期间，资金全部由自己想办法解决，不够周转时就向亲戚朋友借，不需要林叔和母亲担心和负责。其中2号房屋有三分之一是祖屋土地，有三分之二是自己买邻居土地后合建而成，设计为出租房，用来增加家庭收入。阿军说，如果早已分房，自己在2005年装修结婚就不会这样设计了。为此，阿军还提供了修建房屋时付款给承建方的收据等资料，并申请了两名包工头出庭作证。

对于阿军的说法，林叔则不认同，林叔表示，即使存在阿军支付部分工程款的事实，也只是阿军作为家庭代表以家庭共同资金来付款。林叔的代理律师表示，根据土地所有证，土地使用权为林叔所有，土地上的建筑也应归林叔所有，因此林叔有权要求其儿子搬离房屋。

阿军表示，之前在多方调解下，他同意增加200元的赡养费，每月支付父亲700元，但前提条件是父亲必须确认在父亲百年归老后，房屋归阿军所有，但最后还是没有签成这份协议。

东莞市第一人民法院经审理查明，林叔系案涉3号土地的使用权人，于2015年取得土地使用权证。林叔父子确认在案涉3号土地建造的房屋尚未取得房地产权证。

判决一审驳回父亲诉求

法院经审理认为，房屋作为不动产，不动产登记的权利人应当享有物权。虽然林叔作为案涉3号土地的使用权人，但林叔没有提供证据证明3号土地上所建造房屋的权属，故林叔应当承担举证不能的不利后果。对于林叔主张3号房屋归其所有的事实，法院无法认定。林叔请求阿军搬离3号房屋的诉求，缺乏事实和法律依据。最后，法院一审判决驳回林叔的全部诉讼请求。

### 借名购买经济适用房协议有效实际出资人可据此取得房屋所有权

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-06-29 指导性案例审判规则

#### 【审判规则】

不具备购买经济适用房资格的实际出资人为购买经济适用房，与名义购房人基于真实意思表示的情况下，签订协议内容不违反法律或行政法规的强制性规定，且不存在违反社会公共利益的借名购房协议，应认定双方当事人签订的协议具有法律效力，在名义购房人与出卖人签订买卖合同后，由实际出资人支付该房屋的全部首付款及诉前贷款。实际出资人为取得在名义购房人名下登记该房屋的所有权，应依据借名买房协议要求名义购房人配合办理房屋过户登记。

#### 【关键词】

民事 物权 房屋所有权 房屋登记 经济适用房 法律效力 法律法规强制性规定 社会公共利益

#### 【基本案情】

2003年5月20日，崔立向开发商认购河北区敬贤里小区9号楼1门201室房屋一套，因该楼盘在开盘时被政府确定为定向安置经济适用房，且崔立无“定向购买经济适用房证明”，遂双方未达成买卖协议。之后，经案外人介绍，崔立通过具有购买该小区房屋资格的他人手中购买房屋。2006年11月27日，崔立与白家连就此达成协议，并签订“协议书”一份，该协议主要内容为：“一、甲方（崔立）购买的天津市河北区敬贤里小区4号楼4门201室房屋一套，需借用乙方（白家连）购房证，甲方给付乙方补偿款人民币伍仟元整。二、甲方出资购买的上述房屋虽为乙方名下，但购房的全部出资及产生的相关费用均为甲方全部出资，与乙方无关。三、甲方对前述房屋拥有全

部权利，对房屋的所有、占有管理、使用、处置权利由甲方自由行使，乙方不得干涉。四、待房屋能够过户时，乙方应无条件地将房屋过户到甲方名下，过户所产生的费用由甲方承担。五、如房屋能够过户时而乙方拒绝将房屋过户给甲方，乙方赔偿甲方损失叁拾陆万元人民币……。”崔立并于当日交付白家连协议约定的5000元补偿款。同年12月6日，崔立与白家连又签订了一份有关贷款内容的“协议书”，主要内容为：“一、甲方（崔立）因购房资金紧张，现需借用乙方（白家连）名义进行按揭贷款，甲方所购房屋坐落在：天津市河北区敬贤里小区4号楼4门201室。二、甲方所购房屋的首付款：壹拾柒万贰仟柒佰元是甲方自行出资，与乙方无关。三、以乙方名义进行的按揭贷款由甲方偿还，乙方不负有偿还责任。四、乙方承认甲方所购房屋的全部出资均与乙方无关，同时乙方知道甲方与白家连就购买该处房屋另行签有协议。五、甲方应按时归还贷款，若甲方不按时还贷致乙方遭受依法应承担的责任时，甲方应对乙方进行赔偿，首付款不退，乙方接付余额款，此房归乙方所有。六、若甲方有能力提前还贷时，乙方应为甲方办理还贷手续，提供便利……。”次日，白家连与其女儿隋婷作为买受人与天津市河北区天兴建设开发公司签订《天津市经济适用住房买卖合同》，合同载明，“房屋坐落河北区爱贤道东北段南侧敬贤里4-4-201号，建筑面积59.75平方米，房屋价款172677.5元，2006年12月7日前交清首付款（玖万贰仟陆佰柒拾柒元伍角整），余款（捌万元整）办理按揭贷款，于2007年1月17日前打入开发商账户。”崔立于同日交纳首付款92677.5元；并于次月8日交纳房屋契税1726.78元。2007年1月11日，抵押人白家连、隋婷与抵押权人津房置业公司（天津市津房置业担保股份有限公司）签订《抵押合同》，并以该房屋抵押给津房置业公司作为该公司提供保证的反担保；借款人隋婷与贷款人振北支行（天津银行股份有限公司振北支行）的前身天津市商业银行振北支行、担保人津房置业公司签订《个人房产担保借款合同》，合同主要内容为：“贷款人根据借款人的申请向借款人发放个人住房贷款80000元，贷款期限自2006年12月29日至2026年12月28日，还款方式为等额本息还款法，保证人自愿为借款人提供连带责任保证。”同月17日，振北支行放款80000元。之后，崔立按月偿还贷款至2013年5月，并在其间曾有九次逾期还款记录。2013年6月，隋婷将其名下的天津银行储蓄存折，即崔立持有的用于偿还该房屋银行贷款的存折挂失，自2013年6月始隋婷偿还该房屋贷款至今，且该房屋的贷款尚未还清，他项权登记仍未注销。另，2009年4月28日，天津市河北区房地产管理局下发该房屋的《天津市房地产权证》，其中，产权人为白家连、隋婷，房屋建筑面积为59.45平方米，同时，设定他项权利摘要一栏载明“权利人津房置业公司，权利种类现房抵押，权利价值80000元，约定期限2006年12月29日至2026年12月28日”。

崔立诉称：其本人在与白家连、隋婷就涉案房屋签订协议书，于购买该房屋时，首付款由崔立出资，余款虽以隋婷的名义贷款，但仍是由崔立偿还。在此期间，协议双方均按约履行数年，崔立入住该房，并按时间向银行偿还借款。今年6月，白家连、隋婷向崔立提出索回房屋的无理要求，遭到崔立的拒绝后，竟将崔立手中持有向银行还款的银行存折挂失，使崔立不能按期还款，请求原判令确认天津市河北区曙光路敬贤里小区4号楼4门201室房屋一套归崔立所有，白家连、隋婷配合崔立办理房屋贷款清偿手续（崔立负责清偿贷款）及房屋所有权更名手续（由此产生的全部费用均由崔立承担），逾期还贷产生的利息和滞纳金要求白家连、隋婷承担。

隋婷及白家连辩称：涉案房屋系是经济适用房，崔立无购房资格，借白家连的拆迁证得以购买，并据隋婷的名义进行房屋贷款，在其还款期间，隋婷发现崔立存在多条逾期还贷记录，对隋婷的个人征信产生了不良影响。就此，隋婷遂将该存折挂失，且自2013年6月起贷款由隋婷负责按月支付该房屋的贷款。崔立未依照与白家连签署的补充协议按时支付贷款，所以依协议约定，涉案房屋应该归白家连、隋婷所有。同时，不同意协助崔立办理清贷和过户手续，逾期还贷并非白家连、隋婷造成的，不同意崔立的所有诉讼请求。

#### 【争议焦点】

实际出资人在不具备购买经济适用房资格的情况下，与名义购房人签订协议约定借名义购房人的名义购买经济适用房，且待允许过户时将购买房屋过户至实际出资人名下。名义购房人与出卖人签订买卖合同，与担保人签订抵押合同，该房屋的全部首付款及诉前贷款均由实际出资人支付，在此期间存在逾期还贷现象。就此，实际出资人可否取得该房屋的所有权。

#### 【审判结果】

一审法院认定：经济适用房属于政府保障性住房，需要一定的购置资格，原告崔立与被告白家连、隋婷在明知原告崔立不具备购置经济适用房资格的情况下，双方仍签订《协议书》，将被告白家连的购置资格非法让与原告崔立。同时，原告崔立利用被告隋婷名义办理贷款手续，该行为违反了经济适用房相关政策，扰乱了正常的市场交易秩序。在讼争房仍存在他项权的情况下，原告崔立请求讼争房的所有权归其所有的主张势必影响他项权人的利益，故不予支持。

一审法院判决：驳回原告崔立的全部诉讼请求。

原告崔立不服一审判决，申请再审。

原告崔立申请再审称：因被申请再审人隋婷于2013年6月将再审申请人崔立持有的用于偿还银行贷款的存折挂失，致使不能按时还款；原审驳回再审申请人崔立的诉讼请求适用法律错误，请求判令确认讼争房归再审申请人崔立所有，被申请再审人白家连、隋婷配合办理房屋贷款清偿及房屋过户手续。

被申请人再审人白家连、隋婷辩称：讼争房是经济适用房，购买该房需要相应购买资格，再审申请人崔立不具有该资格，因此无权购买讼争房，再审申请人崔立与被申请人白家连所签的协议违反了经济适用房管理政策，扰乱了市场秩序，根据有关法律规定应认定双方所签的协议无效；再审申请人崔立未按照 2006 年 12 月 6 日协议的内容按期还款，多次逾期，影响了被申请人隋婷的征信记录。即使再审申请人崔立与被申请人白家连所签的协议有效，按照 2006 年 12 月 6 日协议第五条约定，讼争房的所有权亦应归被申请人白家连、隋婷所有；讼争房仍存在抵押权，再审申请人崔立的诉讼请求影响了抵押权人利益。

第三人振北支行称：在保证第三人振北支行贷款能够收回的前提下，第三人振北支行服从法院判决。

第三人津房置业公司称：只有清偿所有剩余贷款后，第三人津房置业公司才同意撤销抵押权。

在审理期间，被申请人隋婷表示，再审期间的贷款由其本人继续负责偿还；再审申请人崔立表示，其愿意将剩余房屋贷款一次性还清，并愿意将被申请人隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息给付被申请人隋婷。

一审法院再审判决：撤销本院（2013）北民初字第 3510 号民事判决；本判决生效后十五日内，崔立一次性清偿隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下全部剩余贷款本息（具体数额以清偿当日银行计算为准），天津银行股份有限公司振北支行及隋婷予以配合；本判决第二项所涉贷款全部还清后，天津市津房置业担保股份有限公司及隋婷、白家连共同办理天津市河北区敬贤里 4-4-201 号房屋抵押权注销登记手续，天津银行股份有限公司振北支行予以配合；本判决生效后十五日内，崔立将隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息（仅包括正常本金及利息，不含因逾期而产生的逾期利息及复利，具体数额以银行还款明细为准）给付隋婷；本判决第二项、第三项、第四项内容履行完毕后，白家连、隋婷配合崔立将天津市 XX 区 XX 里 4-4-201 号房屋所有权过户至崔立名下，过户所需全部税费由崔立负担；隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下贷款，在本判决生效之前继续由隋婷负责偿还，如因逾期产生逾期利息及复利，由隋婷负担，在本判决生效之后，该贷款由崔立按本判决第二项清偿；驳回崔立的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

#### 【审判规则评析】

所谓“经济适用住房”是指政府提供优惠政策，限定建设标准、供应对象和销售价格，向低收入住房困难家庭出售的具有保障性质的政策性住房，其作为一种保障性的住房在上市交易及政府回购方面均受到一定的限制。对于经济适用房，原则上不允许借名购买，但在现实生活中，因种种原因，借用他人名义购买房屋的情况并不罕见。一般的借名购房协议如果不具有法定合同无效事由，则基于意思自治原则，其效力应予认可。其中，如若当事人存在违反国家经济适用房政策规范的目的的，实施炒房客借用他人名义购买甚至同积经济适用房的民事活动的，出于维护公共利益的考量，应认定借名购房协议无效。在确定借名购买经济适用房协议有效的前提下，因借名购房是基于法律行为而取得物权，其应以完成登记为生效要件，即只要借名购买的房屋还未登记到实际出资人名下，即不能承认实际出资人享有物权。因此，实际出资人只能根据与名义购房人之间的协议要求名义购房人将房屋所有权转移给实际出资人。即实际出资人仅对名义购房人享有要求办理房屋过户的债权，但不直接对借名购买的房屋享有物权，只有在房屋过户至实际出资人名下后，实际出资人才取得房屋的所有权。

实际出资人为购买经济适用住房，与名义购房人签订协议书，约定借名义购房人的名义购买经济适用住房，且待允许过户时将购买房屋过户至实际出资人名下；同时，约定以名义购房人的名义进行按揭贷款。名义购房人与出卖人签订买卖合同，与担保人签订抵押合同，该房屋的全部首付款及诉前贷款均由实际出资人支付，在此期间存在逾期还贷现象。根据上述理论，涉案房屋系经济适用住房，因实际出资人不具备购买该房资格，遂在与名义购买人基于真实意思表示的情况下，签订协议内容不违反法律或行政法规的强制性规定的借名购房协议。同时，实际出资人为用于自住而购买该房屋，不存在违反社会公共利益的情形，应认定双方当事人签订的协议具有法律效力。就此，实际出资人为取得在名义购房人名下登记的涉案房屋的所有权，仅能依据借名买房协议要求名义购房人配合办理房屋过户登记。

#### 【适用法律】

《中华人民共和国立法法》第六十一条 行政法规由总理签署国务院令公布。

《中华人民共和国合同法》第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

《中华人民共和国民法通则》第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第五十五条 民事法律行为应当具备下列条件：

- （一）行为人具有相应的民事行为能力；
- （二）意思表示真实；
- （三）不违反法律或者社会公共利益。

《中华人民共和国物权法》第九条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

第二百五十三条 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。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

#### 【法律修订】

《中华人民共和国立法法》于 2015 年 3 月 15 日修正，自 2015 年 3 月 15 日起施行。本案例适用的第六十一条修改为第七十条，内容修改为：

第七十条 行政法规由总理签署国务院令公布。

有关国防建设的行政法规，可以由国务院总理、中央军事委员会主席共同签署国务院、中央军事委员会令公布。

#### 【法律文书】

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

#### 【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

#### 崔立诉白家连、隋婷所有权确认纠纷案

#### 【案例信息】

【中法 码】物权法·所有权·不动产所有权·房屋所有权·城镇房屋 (T050402012)

【案 号】(2014)北民再字第 3 号

【案 由】所有权确认纠纷

【判决日期】2014 年 09 月 26 日

【权威公布】被最高人民法院《人民司法·案例》2015 年第 4 期(总第 711 期)收录

【检 索 码】C0303+32+1TJ++HB0514C

【审理法院】天津市河北区人民法院

【审级程序】再审程序

【审理法官】高治 路子凤 张杰

【申请再审人】崔立(原审原告)

【被申请再审人】白家连 隋婷(均为原审被告)

【第 三 人】天津银行股份有限公司振北支行 天津市津房置业担保股份有限公司

【被申请再审人代理人】赵玉红 秦红梅[北京君泽君(天津)律师事务所]

【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

申请再审人(原审原告):崔立。

被申请再审人(原审被告):白家连。(未出庭)

委托代理人:赵玉红,北京君泽君(天津)律师事务所律师。

委托代理人:秦红梅,北京君泽君(天津)律师事务所实习律师。

被申请再审人(原审被告):隋婷。(未出庭)

委托代理人:赵玉红,北京君泽君(天津)律师事务所律师。

委托代理人:秦红梅,北京君泽君(天津)律师事务所实习律师。

第三人:天津银行股份有限公司振北支行,住所地:天津市河北区中山北路舒园里 2 号楼。

负责人:李皓然,行长。

委托代理人:戴福彪,信贷科客户经理。

委托代理人:王金光,信贷科客户经理。

第三人:天津市津房置业担保股份有限公司,住所地:天津市和平区大同道 15 号。

法定代表人:姚雨生,董事长。

委托代理人:谷雨,天津华盛理律师事务所律师。

委托代理人：霍文婷，天津华盛理律师事务所律师。

申请再审人崔立因与被申请再审人白家连、隋婷所有权确认纠纷一案，不服本院（2013）北民初字第3510号民事判决，向本院申请再审。本院于2014年8月12日作出（2014）北民申字第5号民事裁定再审本案。本院依法另行组成合议庭，公开开庭审理了本案。申请再审人、被申请再审人的委托代理人及第三人的委托代理人到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

2013年7月12日，原审原告崔立起诉至本院称，我与被告白家连于2006年11月27日、2006年12月6日签订协议书。协议书主要内容为“原告借用被告购房证购买天津市河北区曙光路敬贤里小区4号楼4门201室房屋一套，房屋总价款172677.5元，首付款98677.5元由原告出资，余款以被告名义贷款，贷款由原告偿还”，协议签订后，原、被告按约履行数年，原告入住该房，按时向银行偿还借款。今年6月，被告向原告提出索回房屋无理要求，遭原告拒绝，被告竟将原告手中持有向银行还款的银行存折挂失，使原告不能按期还款。现原告要求确认天津市河北区曙光路敬贤里小区4号楼4门201室房屋一套归原告所有，二被告配合原告办理房屋贷款清偿手续（原告负责清偿贷款）及房屋所有权更名手续（由此产生的全部费用均由原告承担），逾期还贷产生的利息和滞纳金要求二被告承担。

原审被告隋婷辩称，讼争房是经济适用房，原告没有购房资格，借用了被告白家连的拆迁证购买的讼争房，以被告隋婷名义进行房屋贷款，首付款及截止至2013年5月的贷款都是原告支付的，2013年5月隋婷发现原告有多条逾期还贷记录，对隋婷的个人征信产生了不良影响，就将存折挂失了，从2013年6月起贷款由隋婷按月支付。原告没有依照2006年12月6日被告白家连和原告签署过的补充协议按时支付贷款，所以讼争房应该归二被告所有。不同意协助原告办理清贷和过户手续。逾期还贷不是二被告造成的，不同意原告所有诉讼请求。原审被告白家连辩称，我的意见与被告隋婷意见一致。

本院原审查明，2006年11月27日，原告与被告白家连就“原告借用被告白家连购房证事宜”签订《协议书》；2006年12月6日，原告与被告白家连就“原告购房借用被告方名义进行按揭贷薪事宜”签订《协议书》；2006年12月7日，二被告与天津市河北区天兴建设开发公司就天津市河北区敬贤里4-4-201号房屋签订《天津市经济适用房买卖合同》；2007年1月11日二被告与天津市津房置业担保股份有限公司签订《抵押合同》，被告隋婷与天津市商业银行振北支行（现天津银行股份有限公司振北支行）、天津市津房置业担保股份有限公司签订《个人房产担保借款合同》；后天津市河北区房地产管理局下发《天津市房地产权证》，设定他项权利摘要一栏载明“权利人天津市津房置业担保股份有限公司，权利种类现房抵押，权利价值80000元，约定期限2006年12月29日至2026年12月28日”。讼争房全部首付款及截止至2013年5月贷款由原告支付，期间存在逾期还贷现象。后被告隋婷将其名下的天津银行储蓄存折（偿还讼争房贷款专用）挂失，自2013年6月起被告偿还讼争房贷款至今。现讼争房贷款尚未还清，他项权登记仍未注销。

本院原审认为，经济适用房属于政府保障性住房，需要一定的购置资格，原、被告明确知晓原告并无购置资格，仍签订《协议书》，将被告白家连的购置资格非法让与原告，利用被告隋婷名义办理贷款手续，违反了经济适用房相关政策，扰乱了正常的市场交易秩序。现讼争房仍存在他项权，原告的主张势必影响他项权人的利益，故对原告的全部主张，本院不予支持。根据《民事诉讼法》第五条和《中华人民共和国物权法》第三十三条、第一百九十一条的规定，本院作出（2013）北民初字第3510号民事判决：驳回原告崔立全部诉讼请求。

崔立申请再审称，2006年11月27日和12月6日，我与白家连签订两份协议书，由我借用白家连名义购买河北区曙光路敬贤里4号楼4门201号房屋，以隋婷名义办理贷款，房屋首付款及贷款、契税款均由我承担。2013年6月，隋婷将我持有的用于偿还银行贷款的存折挂失，致使我不能按时还款。原审驳回我的诉讼请求适用法律错误，故申请再审要求确认讼争房归我所有，白家连、隋婷配合我办理房屋贷款清偿及房屋过户手续。

被申请再审人白家连、隋婷辩称，不同意崔立的诉讼请求，理由如下：1、讼争房是经济适用房，购买该房需要相应购买资格，崔立不具有该资格，因此无权购买讼争房，崔立与白家连所签的协议违反了经济适用房管理政策，扰乱了市场秩序，根据有关法律规定应认定双方所签的协议无效。2、崔立没有按照2006年12月6日协议的内容按期还款，多次逾期，影响了隋婷的征信记录。即使崔立与白家连所签的协议有效，按照2006年12月6日协议第5条约定，讼争房的所有权也应归白家连、隋婷所有。3、讼争房仍存在抵押权，崔立的诉讼请求影响了抵押权人利益。

本院再审过程中，依法追加天津银行股份有限公司振北支行、天津市津房置业担保股份有限公司为第三人参加诉讼。第三人天津银行股份有限公司振北支行称，在保证我行贷款能够收回的前提下，我行服从法院判决。第三人天津市津房置业担保股份有限公司称，只有清偿所有剩余贷款后，我公司才同意撤销抵押权。

本院再审查明，2003年5月20日，崔立向开发商认购河北区敬贤里小区9号楼1门201室房屋一套。待楼盘开盘时，该小区被政府确定为定向安置经济适用房，崔立因没有“定向购买经济适用房证明”，经案外人介绍，于2006年11月27日与白家连签订“协议书”一份，该协议主要内容为：“一、甲方（崔立）购买的天津市河北区敬贤里小区4号楼4门201室房屋一套，需借用乙方（白家连）购房证，甲方给付乙方补偿款人民币伍仟元整。二、

甲方出资购买的上述房屋虽为乙方名下，但购房的全部出资及产生的相关费用均为甲方全部出资，与乙方无关。三、甲方对前述房屋拥有全部权利，对房屋的所有、占有管理、使用、处置权利由甲方自由行使，乙方不得干涉。四、待房屋能够过户时，乙方应无条件地将房屋过户到甲方名下，过户所产生的费用由甲方承担。五、如房屋能够过户时而乙方拒绝将房屋过户给甲方，乙方赔偿甲方损失叁拾陆万元人民币……”当日，崔立将5000元补偿款交付白家连。2006年12月6日，崔立与白家连又签订了一份有关贷款内容的“协议书”，主要内容为：“一、甲方（崔立）因购房资金紧张，现需借用乙方（白家连）名义进行按揭贷款，甲方所购房屋坐落在：天津市河北区敬贤里小区4号楼4门201室。二、甲方所购房屋的首付款：壹拾柒万贰仟柒佰元是甲方自行出资，与乙方无关。三、以乙方名义进行的按揭贷款由甲方偿还，乙方不负有偿还责任。四、乙方承认甲方所购房屋的全部出资均与乙方无关，同时乙方知道甲方与白家连就购买该处房屋另行签有协议。五、甲方应按时归还贷款，若甲方不按时还贷致乙方遭受依法应承担的责任时，甲方应对乙方进行赔偿，首付款不退，乙方接付余额款，此房归乙方所有。六、若甲方有能力提前还贷时，乙方应为甲方办理还贷手续，提供便利……”2006年12月7日，白家连与其女儿隋婷作为买受人与天津市河北区天兴建设开发公司签订经济适用房买卖合同，合同载明，“房屋坐落河北区爱贤道东北段南侧敬贤里4-4-201号，建筑面积59.75平方米，房屋价款172677.5元，2006年12月7日前交清首付款（玖万贰仟陆佰柒拾柒元伍角整），余款（捌万元整）办理按揭贷款，于2007年1月17日前打入开发商账户。”同日崔立交纳首付款92677.5元，2006年12月8日，崔立交纳房屋契税1726.78元。2007年1月11日，隋婷作为借款人，天津银行股份有限公司振北支行的前身天津市商业银行振北支行作为贷款人、天津市津房置业担保股份有限公司作为担保人，三方签订“个人房产担保借款合同”，合同主要内容为：“贷款人根据借款人的申请向借款人发放个人住房贷款80000元，贷款期限自2006年12月29日至2026年12月28日，还款方式为等额本息还款法，保证人自愿为借款人提供连带责任保证。”同日，白家连、隋婷作为抵押人，天津市津房置业担保股份有限公司作为抵押权人，双方签订“抵押合同”，白家连、隋婷以讼争房抵押给天津市津房置业担保股份有限公司作为该公司提供保证的反担保。2007年1月17日，天津市商业银行振北支行放款80000元，此后崔立按月偿还贷款至2013年5月，其间曾有9次逾期还款记录。2013年6月，隋婷将崔立持有的用于偿还银行贷款的存折挂失，自2013年6月始隋婷偿还贷款至今。再审过程中，隋婷表示再审期间的贷款由隋婷继续负责偿还，崔立表示，其愿意将剩余房屋贷款一次性还清，并愿意将隋婷自2013年6月至本判决生效前实际偿还的贷款本息给付隋婷。

另，2009年4月28日，讼争房下发产权证书，产权人为白家连、隋婷，房屋建筑面积为59.45平方米，他项权利人为天津市津房置业担保股份有限公司。审理中，本院根据崔立申请，将讼争房屋档案予以查封。

上述事实有双方当事人陈述及相关书证材料予以证明，本院予以确认。

本院再审认为，申请人崔立与被申请再审人白家连所签订的由崔立出资，以白家连名义购买讼争房及办理购房贷款，待允许过户时将讼争房过户至崔立名下的协议系双方真实意思表示，协议内容不违反法律或行政法规的强制性规定，其具体情节也不能认定为违反社会公共利益，因此应认定协议有效，双方均应受协议约束，并应依协议约定履行自己的义务。被申请再审人隋婷虽然未在上述两份协议上签字，但隋婷已实际签订了经济适用房买卖合同及借款合同，说明其以自己的行为认可两份协议的效力，故亦应受协议约束。

被申请再审人代理人在书面代理词中引据《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》及《经济适用房管理办法》的有关条款，主张本案申请人与被申请再审人之间的协议无效。对此，本院认为，第一，本案申请人与被申请再审人双方约定由申请人出资以被申请再审人名义购买讼争房，待符合上市交易条件后再将房屋过户给申请人，该情形并未被上述文件所直接禁止。第二，上述文件只是对经济适用房购买资格作出一定限制，但并未绝对禁止经济适用房转让，在符合一定条件并缴纳税费之后，经济适用房允许上市交易。也即无购房资格人员只是不能直接从开发商处购买经济适用房，而无购房资格人员因他人转卖而取得经济适用房并未被上述文件所禁止。本案的情形与约定先由被申请再审人购买，待允许上市交易后再按照原价格转让给申请人的情形并无实质差异，只不过是简化了价款交付手续而已。而后者（约定先由被申请再审人购买，在允许上市交易后再按照原价格转让给申请人的情形）显然并不为法律、政策所禁止，因此本案情形亦不能评价为违反法律或政策的强制性规定。第三，依《中华人民共和国立法法》第六十一条的规定，“行政法规由总理签署国务院令公布”。上述《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》及《经济适用房管理办法》并非由总理签署国务院令公布，在效力层级上均不属于行政法规，因此即便认为本案情形违反上述规范性文件，亦不构成合同无效的理由。

民事活动是否损害国家或社会公共利益，应该结合案件实际情况作个别的、具体的判断。本案被申请再审人在当时并无购买经济适用房的实际需求和意愿，而申请人除讼争房外别无其他住房，其购买讼争房系用于自住而非用于投资或投机，因此申请人与被申请再审人之间的借名买房行为不能认定存在非法目的，其实际效果与政策规范目的亦不存在明显背离。且依据房管政策，经济适用房在上市交易（也即申请人与被申请再审人之间办理更名过户）时要缴纳各种税费，政府通过收缴税费的方式已经收回一部分政策补贴性投入，因此亦不能认定为损害国家或社会公共利益。

民法通则第四条规定，“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”。被申请再审人已在签订

协议后从申请人处获得 5000 元补偿款，现房价大幅上涨，被申请再审人又主张借名买房协议无效，要求按原价格留买讼争房，该主张明显有违诚实信用和公平原则。

综上，被申请再审人所谓协议书“以合法形式掩盖非法目的”、“损害社会公共利益”的抗辩理由均不能成立。现讼争房已具备上市交易条件，被申请再审人应配合申请人办理房屋过户手续。

关于申请人崔立主张确认讼争房归其所有的请求，我国物权法第九条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外”。现讼争房登记于被申请再审人白家连、隋婷名下，因此不能直接认定讼争房归申请人崔立所有，申请人仅能依据借名买房协议要求被申请再审人配合办理房屋过户登记。对申请人确认讼争房所有权的请求，本院不予支持。

因购买讼争房时曾办理贷款，而目前尚有剩余贷款未还清，且讼争房上还存有抵押权，故需待还清剩余贷款，撤销抵押权之后，才能办理讼争房转移登记手续。另外，自 2013 年 6 月至本判决生效前的贷款是由隋婷偿还，崔立亦需将此款返还隋婷后，才能要求对方配合办理过户。庭审中，崔立表示愿意将剩余贷款一次性还清，并愿意将隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息给付隋婷。崔立的该主张有利于减少诉累，一次性彻底解决纠纷，本院予以照准。

另，虽然在 2013 年 6 月之前崔立曾出现 9 次逾期还款记录，但考察实际情况，崔立逾期天数均较短，应非恶意欠款不还，且隋婷现无证据证明因崔立 9 次逾期还款给其造成实际损害后果，故被申请再审人主张按照 2006 年 12 月 6 日协议第 5 条约定，讼争房所有权应归白家连、隋婷所有的抗辩意见，本院不予采纳。如今后因该 9 次逾期记录给隋婷造成实际损害，隋婷可另行向崔立主张损害赔偿。

综上，本案经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第四条、第五十五条以及《中华人民共和国合同法》第八条的规定，判决如下：

一、撤销本院（2013）北民初字第 3510 号民事判决；

二、本判决生效后十五日内，崔立一次性清偿隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下全部剩余贷款本息（具体数额以清偿当日银行计算为准），天津银行股份有限公司振北支行及隋婷予以配合；

三、本判决第二项所涉贷款全部还清后，天津市津房置业担保股份有限公司及隋婷、白家连共同办理天津市河北区敬贤里 4-4-201 号房屋抵押权注销登记手续，天津银行股份有限公司振北支行予以配合；

四、本判决生效后十五日内，崔立将隋婷自 2013 年 6 月至本判决生效前实际偿还的贷款本息（仅包括正常本金及利息，不含因逾期而产生的逾期利息及复利，具体数额以银行还款明细为准）给付隋婷；

五、本判决第二项、第三项、第四项内容履行完毕后，白家连、隋婷配合崔立将天津市 XX 区 XX 里 4-4-201 号房屋所有权过户至崔立名下，过户所需全部税费由崔立负担；

六、隋婷与天津银行股份有限公司振北支行所签借款合同项下贷款，在本判决生效之前继续由隋婷负责偿还，如因逾期产生逾期利息及复利，由隋婷负担，在本判决生效之后，该贷款由崔立按本判决第二项清偿；

七、驳回崔立其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 3753 元，由崔立负担 1876.5 元，白家连、隋婷负担 1876.5 元，财产保全费 30 元由崔立负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于天津市第一中级人民法院。

## （二）股权

### 投资获利女方称“代人持股”拒分配

法院：收益属夫妻共同财产应合理分配

2016-07-01 人民法院报 何春晓 杨长平

本报讯（记者 何春晓 通讯员 杨长平）林某在婚姻关系存续期间买的地，后地价大涨，离婚分割财产时，林某坚称买地仅是代他人持股，收益不能分割，而丈夫张某则认为夫妻共同投资。张某诉至法院，要求确认投资地皮收益款系夫妻关系存续期间的共同财产。近日，福建省厦门市思明区人民法院判决林某投资地皮的收益属于婚内投资收益，是夫妻共同财产，应当进行分配。

法院经审理查明，张某与林某 2009 年结婚。然而在结婚 5 年后，两人感情不和，林某向法院提起离婚诉讼。经过两级法院审理，解除了两人婚姻关系。但对婚姻存续期间一项投资的权益分配，两人产生争议。

林某曾与他人合伙出资 1000 万元共同竞买地处广西某地的一处地块。根据合同显示，林某出资 500 万元。在出资一年后，林某与另外两个合伙人签了协议，将其在所买地块占有的份额以 1250 万元的价格转让了出去。张某认为这是二人在婚姻存续期间共同决定而进行的投资，理应对其投资收益进行分配。

林某认为投资地块的行为与夫妻二人没有关系。其二人月工资不足万元，靠两个人的经济能力，根本无法筹措 500 万元现金进行投资。林某称该笔款项是林某所在公司老板为了方便，以林某的名义进行投资。林某认为自己

没有出过一分钱，只是代为持股，自己公司老板才是真正的投资人，因此投资收益也应当不归自己所有，这笔投资收益不能算是夫妻共同财产。

因该项投资行为涉及案外人，而在离婚诉讼时，案外人没有出庭作证，因此张某需对该财产纠纷另行起诉。之后，张某向厦门市思明区法院提起诉讼，将前妻林某告上法庭，要求确认该项目的转让收益款系夫妻关系存续期间的共同财产，案件审理过程中，法院依法将林某的老板王某列为该案第三人。

庭审期间，王某称因为自己是外籍，为避免手续复杂，他委托林某在该投资项目中代为持股，因此他才是真正的投资人。

对此，张某并不认可，他提出林某是向王某借钱做投资，双方是借贷关系，而不是委托关系。他还提供了与林某的网络聊天记录和电话录音作为证据。

法院经审理认为，张某和林某双方对林某是代持股份还是借贷投资各执一词。根据查明的事实，本案讼争的项目及其相应地块，其《国有建设用地使用权出让合同》《国有土地使用证》等不动产登记证明上所载的权利人均向被告林某以及案外人。另外，根据现有证据，尤其是张某与林某的网络聊天记录和通话录音，可以佐证张某的说辞与客观事实更吻合。因此，法院认为林某在投资地块中所占有的股份是夫妻双方的共同财产。

鉴于张某仅诉求确认转让收益款系夫妻关系存续期间的共同财产，所以法院一审判决予以支持。但一审判决也指出，如果张某要对这笔收益进行分割，应在明确林某为了投资所负债务的总额后，扣除夫妻共同负债，剩余部分才能作为夫妻共同财产予以分割。在分割时，应考虑双方所作的贡献等客观因素，予以公平分配。

#### ■法官说法■

认定“代为持股”要更为谨慎和严格

本案法院否认了“代持股份”这一主张，主审法官旷洁玉认为，“代持股份”是一种比“民间借贷”谨慎得多、严格得多的法律关系，在证据要求上自然也要高得多。林某“代为持股”的说法存在诸多疑点：一是“代为持股”的必要性并不充足。目前的招商政策中，外籍投资并不存在任何限制，因此这不足以成为王某让人“代为持股”的原因。二是“代为持股”的合法性存疑。在本案中，500万元的“代为持股”协议仅依托一张简单的协议进行约定，缺少在场的见证人，也没有相应的公证。“代为持股”的金额如此大，程序上却如此简单草率，不符合常理。三是转让股份的受益人并非王某。证据显示股份已转让，并有1000多万元的转让款，但王某却未收到钱，“代为持股”的受益人存疑。

### (三) 信托

#### 财富传承，提存还是信托？

2016-06-15 高杉 LEGAL 中国建设银行总行私人银行部 王琪

提存的本质是为第三人利益的保管合同，信托的目的也是为实现委托人对受益人的利益安排，因此两者在为第三人利益方面具有相似性。鉴于税费成本低、操作简单，提存成为信托的一种替代选择。本文旨在比较分析提存与信托制度在财富传承领域的异同，供高净值人士参考。

#### 一、提存与信托定义

##### (一) 提存

##### 1. 定义

提存制度始于罗马法，为及时解决债务纠纷，更好地平衡债权人和债务人双方的利益冲突而设。狭义的提存一般仅指清偿提存，指在一定条件下，债务人或其他清偿人将无法履行的给付提交提存机关，以消灭债权债务关系的制度。随着经济社会的发展，逐渐出现了以担保、执行以及保管为目的的提存。广义的提存，是指委托人将金钱、有价证券及其他财产寄存于作为国家机关的提存部门，再由他人自提存部门领取该财产，进而达到特定目的的制度。本文将债务人统称为提存人，债权人统称为提存受领人。

##### 2. 适用法律规范

司法部于1995年6月2日发布施行的《提存公证规则》（以下简称《规则》）、《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）以及《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）是提存适用的主要法律规范。《合同法》与《担保法》分别针对清偿提存和担保提存，规定了提存的法定条件、法律效力以及除斥期间等要素。笔者认为《合同法》第101条至106条关于提存的规定虽未明确仅针对清偿提存，但法律条文的字面含义显然比立法原意广，应做比字面含义窄的解释，即仅针对清偿提存。《规则》主要以清偿提存和担保提存为规范对象，同时提出执行提存、保管提存参照本规则办理。

##### 3. 提存的传承功能

《规则》规定，债的双方在合同（协议）中约定以提存方式给付的，公证处可以根据当事人申请办理提存公证；当事人申办提存公证，必须列明给付条件，公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。遗嘱人或赠与人为了保护遗嘱受益人或受赠人利益，通过遗嘱或赠与合同方式表明财产以提存方式给付，并列明提存物给付条件，公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。如未特殊说明，本文仅就传承提存进行论述。

## （二）信托

### 1. 定义

信托是一种以信任为前提，以财产转移为基础，以委托管理为核心的财产管理制度。《中华人民共和国信托法》第2条规定，本法所称信托是指委托人基于受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或特定目的，进行管理或处分的行为。

### 2. 适用法律规范

作为英美制度的舶来品，信托在中国的发展背离了信托制度的本质，得到最广泛应用的是营业信托，有“信托”之名，无“信托”之实，相应法规也几乎集中于对信托业的纵向行政管理上，关于信托关系人的资格、权利、义务和责任等规范信托的基础性规则欠缺。2001年颁布的《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）作为信托业的基本大法，参考借鉴了英美信托制度，为信托回归信托本源提供了法律依据。

### 3. 信托的功能

信托财产的独立性使得其能够有效地将委托人其他财产与信托财产隔离，信托财产不受委托人婚姻、死亡、债务等影响，起到资产保护、集中有效管理、依委托人意愿实现传承分配、税务筹划、信息保密等作用，在此不一一赘述。

## 二、提存与信托制度比较

### （一）法律关系

#### 1. 基本法律关系

提存是债务人与提存部门之间缔结的一种向第三人履行的保管合同。法律关系主体为委托人和提存机构，第三人与提存机构形成新的债权债务关系，具有请求受领提存标的物的权利。信托是基于信任产生的信托关系，是委托人、受托人和受益人三方法律关系。提存部门基于委托关系，以提存人名义，严格遵照提存人所附给付条件处理安排提存财产，信托受托人则以自己名义管理信托财产。

#### 2. 所有权属及风险责任

一般来说，标的物提存后所有权转移至提存受领人，因此毁损、灭失的风险由受领人承担，提存期间标的物孳息归受领人所有，提存费用由受领人负担。此条款未明确仅适用清偿提存，暂按传承提存参照适用。信托设立后，所有权转移至受托人。风险责任也随之转移，基于信托产生的收益、费用等归于受托人，受益人承担受益份额损失的风险。需要说明的是，我国《信托法》未明确所有权转移，但支持信托财产独立性原则，此处为理解方便，暂如此表达。

### （二）标的物的管理

#### 1. 种类

《规则》没有对提存标的物做出特别的限制，货币、有价证券、不动产，只要是适宜保存的即可；信托财产的种类也没有要求，只要是合法、确定的财产即可。因此，不动产、股权既可以提存，也可以信托，没有法律障碍。笔者认为，短期的保管可以提存，但是长期一定会涉及管理，而此功能仅依信托才能实现。

#### 2. 安全性

关于标的物受委托人影响情况。提存或设立信托后委托人发生的债务，由于标的物所有权转移，一般不会提存标的物或信托财产造成影响。提存人提存前存在个人债务，且提存影响其在先债权实现，依据民法无权处分原理，该无偿赠与行为可能面临被撤销的风险。信托而言，委托人设立信托损害债权人利益的，债权人有权申请人民法院撤销该信托。总体而言，恶意旨在通过提存或信托逃避债务的，法律均不予以保护。

关于提存机构或受托人过失导致的财产损失情况。《规则》规定提存机构是公证处。《中华人民共和国公证法》第43条规定公证处有妥善保管标的物的义务，公证机构及其工作人员在履行职务时，因工作过错给公证当事人或利害关系人造成直接经济损失的，应该承担赔偿责任；此外，值得一提的是，对因自然灾害和意外事故导致的财产损失，也会予以补偿。根据中华人民共和国保险监督管理委员会批准的《公证职业责任保险条款》关于保险赔偿限额的规定，单项个案赔偿限额（不包括诉讼费用）为该件公证收费额的1000倍，对于计件收费的公证业务，赔偿限额为该件公证收费额的1200倍。《信托法》也有受托人违反信托法相关规定、违反信托目的处分信托财产或因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失应承担赔偿责任的规定。但是如果受托人能够证明已经尽了诚实、信用、谨慎、有效管理的义务，则受托人免责，财产损失的风险由受益人承担，例如市场下行导致的投资损失。相比较而言，提存公证的财产损失保险制度，对于财产安全有强烈需求的高净值人士有更大的吸引力。

#### 3. 管理能力

（1）特殊资产。《规则》仅笼统规定公证处有妥善保管标的物的义务，并规定不适于长期保管或长期保管将损害其价值的，以及6个月的保管费用超过物品价值5%的特殊物品，保管期限仅有6个月，超过保管期限，公证处可以拍卖，保存其价款。因此，对于此类特殊物品的赠与，需谨慎考虑其保管能力。相反，将财产信托主要考虑信托公司管理财产（包括特殊资产）的专业能力，但是鉴于目前国内主要以资金信托为主，因此就特殊资产来讲，两者

差异不大。

(2) 现金资产。《信托法》有专门的章节详细规定了受托人的诚实、信用、谨慎、有效管理义务，例如信托财产隔离的财务制度、信托财产管理记录及报告等；受托人一般具有专业的资产管理能力，在信托财产安全的基础上还可以实现增值，如受托人可在房地产、股票、债券、基金、债券性资产等投资标的之间进行资产配置；且委托人和受益人都可以对信托财产的管理提出特别调整，最大限度实现信托财产效益和目的。提存机构主要履行保管财产的义务，不涉及财产投资行为。提存机构在指定银行设立提存账户，一般为定期存款类。

(3) 事务性管理能力。提存机构日常主要办理清偿提存、担保提存等标准化的业务，对于满足个性化财富传承需要的服务能力和经验不足；信托公司有能力和经验通过设计完备的信托条款来应对未来可能发生的意外事件和不可抗力，如针对受益人先于预期死亡的情况，设置第二顺位受益人。还可以为防止受益人挥霍，对信托利益分配做出限制，如限定用途、金额、自由支配条件等。

### (三) 委托人对标的物控制

如前述，提存与信托都涉及标的物的风险责任的转移，因此在一定程度上都可以起到隔离家庭部分财产，保障家人生活的作用，但是信托委托人对标的物的控制更强，更有利于达成意愿。

《规则》第26条规定标的物提存后，提存人即摆脱债务束缚，仅在以下几种情形下可以取回提存物：1. 凭人民法院生效的判决、裁定或提存之债已经清偿的公证证明；2. 提存受领人以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权。一般来说，委托人一旦请求提存，便丧失了对标的物的控制。而委托人设立信托后，仍然保留着对信托财产管理的知情权、特别调整权、受托人不当管理行为撤销权、受托人解任权以及更换受益人的权利。实践中还可通过设立监察人角色保持对信托财产的动态持续控制，通过设计信托条款为事业受挫后东山再起提供支持。

### (四) 受益权的稳定性

标的物提存后，毁损、灭失的风险由提存受领人承担；提存标的物由于所有权转移至提存受领人，可能面临以下两个方面的风险：1. 提存财产可因未成年受领人涉诉而被强制执行；2. 监护人以为未成年子女利益为由要求挪用提存财产。《信托法》第17条规定，除以下情形外，信托财产不得强制执行：1. 设立信托前债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利，并依法行使该权利的；2. 受托人处理信托事务所产生债务，债权人要求清偿该债务的；3. 信托财产本身应担负的税款；4. 法律规定的其他情形。信托优势在于：1. 信托仅可对受益权份额而非信托财产强制执行；2. 在信托因为恶意被撤销时，也不影响善意受益人已经取得的信托利益；3. 未成年监护人无法以照顾未成年生活为由动用信托财产。

### (五) 期限

关于债权人丧失领取提存物权利的除斥期间，法律适用出现争议。《合同法》第104条规定，债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭。《提存公证规则》第21条规定从提存之日起，超过二十年无人领取的提存标的物，视为无主财产；公证处应在扣除提存费用后将其余额上缴国库。如果按法律字面解释，《合同法》规定为5年，《规则》规定为20年。由于《合同法》是全国人大制定的法律，《规则》属于司法部制定的部门规章，根据“上位法优于下位法”的法律适用规则，法律应优先于部门规章适用。因此，对提存公证的除斥期间应适用5年。

提存制度的目的在于及时帮助债务人摆脱债务纠纷，促进交易，因此很必要规定除斥期间。但是时代的发展催生了传承提存的需求，除斥期间显然束缚了传承提存的价值发挥。另一方面，如果对《合同法》中5年除斥期间进行限制解释，即仅针对清偿提存，那么传承提存的除斥期间自然适用《规则》规定的20年除斥期间。虽然无论5年还是20年均限制了传承功能的发挥，但是已能够满足部分需求。信托可以满足几十年甚至几百年的财富传承需求，对未成年有较稳定持续的利益保护。

### (六) 税费成本

对于提存前赠与，我国目前无赠与税，且一般来说，近亲属之间的赠与也不会被当作“偶然所得”征收个人所得税；根据《中华人民共和国遗产税草案》第2条，非被继承人死亡前5年内的赠与也无遗产税负担。提存公证的费用较低。

对于信托，我国目前无信托相关税收规定，设立资金类信托一般无需缴纳个税；设立房产、权利类信托需按照财产转让所得课个人所得税，税率20%，成本较高。信托管理费用也较高，信托财产金额越大，费用成本越高。

## 三、结语

提存与信托都可以起到财产传承的作用，所有权及风险责任转移对象的不同导致了提存与信托财产隔离风险效果的差异。提存及信托财产均能与委托人、受托人的固有财产相隔离，不同之处在于信托财产为独立财产，区别于受益人固有财产，但是提存财产为提存受领人财产，在此意义上说，信托的财产隔离效果更佳，对受益人的保障力度更强。另外，两者对于财产种类的要求没有差异。

信托的优势在于其处理复杂事务性的能力较强，能够实现财产增值、委托人控制，期限可长可短；提存的优势

在于其税费成本低，财产安全程度非常高。

综上，信托制度在满足客户个性化财富传承需求方面仍然有着不可替代的优势，而提存凭借费用低、安全性高、操作简单等特点也受到青睐，高净值人士应根据自身需求权衡适用。例如，子女短期内将成年，打算子女成年时一次性给付一笔资金用于创业，无财产增值管理等需要，通过做好监护人承诺不动用提存财产等特别说明，提存也是很好的选择。值得一提的是，实践中涉及高净值人士财富传承的问题错综复杂，信托、保险、遗嘱、赠与合同、提存等通常不是独立存在，而是相互交融，共同构筑财富架构，确保实现传承意愿。

## 七、社会新闻

### 未婚妈妈怀孕发现男友已结婚

2016-06-09 广西新闻网

怀孕后才发现男友是有妇之夫

未婚妈妈索名誉损失费 法院不予支持

核心提示

黄某怀孕后，发现“男友”已婚，但她还是生下了孩子。“未婚妈妈”的称呼，让黄某觉得很丢脸，她认为，正是“男友”的欺骗让她受到了极大的精神伤害。于是，黄某将黄某林告上了法院，不过她不是索要孩子的抚养费，而是要求黄某林赔偿她名誉损失费5万元。而黄某林不承认与她相恋，只承认与她发生过男女关系。6月8日，记者从南宁市西乡塘区法院获悉，对于这场名誉权纠纷，法院最终没有支持黄某的请求。

晴天霹雳

怀孕后才发现“男友”已婚

今年刚满30岁的黄某说，2010年底，她认识了比自己大5岁的黄某林。2012年初，两人确立了恋爱关系。2012年9月，黄某怀孕了，当她将这个喜讯告诉黄某林时，黄某林却要求她打掉孩子。黄某多次要求生下孩子，黄某林这才告诉她自己已经结婚生子。这个消息，对黄某犹如晴天霹雳，可考虑到腹中胎儿已有5个月大，最终她还是决定生下这个孩子。

2013年5月底，黄某生下个女孩。孩子出生后，黄某林不仅不支付医疗费，对孩子的生活费也分文未付，这让黄某十分伤心。面对“男友”的绝情，黄某将黄某林告上了法庭，要求黄某林赔偿名誉损失费5万元。黄某觉得，因为黄某林的感情欺骗，她不仅耗费了青春，在怀孕时还独自承受了极大的精神伤害和精神压力。作为未婚母亲所面临的世俗谴责和批斗，给她造成了人格和名誉的严重伤害。

对黄某的说法，黄某林则全盘否定。黄某林承认，两人之间曾发生过两性关系，但不等于两人就是恋爱。从婚姻法的角度讲，他的行为违反了配偶之间的忠诚义务。但对于黄某而言，他的行为没有任何违法性，仅涉及道德问题。

黄某怀孕生子是在他强烈反对的情况下的单方行为，且法律并未将生育行为视为某种民事权益进行保护。即使黄某的社会评价因此降低，但他的行为不具有侵权行为，因此他不应承担侵权责任。

法院判决

双方行为 均属社会道德范畴

因黄某林否认与黄某的女儿小黄存在亲子关系，2014年3月，法院申请亲子鉴定。最终确认，黄某林与小黄存在亲生血缘关系。法院调查还发现，2011年9月底，黄某林与赵某登记结婚。

黄某林的行为到底算不算侵犯黄某的名誉权？法院认为，名誉权是指公民和法人对其名誉所享有的不受他人侵害的权利，侵害名誉权的方式为侮辱、诽谤等其他行为。黄某主张黄某林隐瞒其已婚的身份，采取欺骗的方式与她交往，并导致她怀孕，侵犯了她的名誉权。

但从他们之间的关系来看，首先，黄某并未举证证实黄某林存在隐瞒已经结婚的事实。其次，即使黄某林存在隐瞒婚姻状况，但他并未采取侮辱、诽谤等方式损害黄某的名誉和人格尊严，并不符合侵害名誉权的构成要件。

再次，他们自愿发生男女关系，实际上他们双方的行为均属于社会道德评价的范畴，不应由法律进行调整。所以，黄某的主张没有事实和法律依据，法院不予支持。

## 八、异域资讯

### 国安锋霸家暴遭妻子起诉 恐波及土耳其战欧洲杯

2016-06-14 搜狐体育

北京时间6月14日，西班牙媒体《马卡报》消息称，正在跟随土耳其备战欧洲杯的伊尔马兹日前也涉嫌家暴遭到妻子耶斯泰姆起诉，这对于星月军团来说，可不是什么好事儿，要知道伊尔马兹是主帅特里姆最信任的锋线球员之一。

西班牙媒体介绍，伊尔马兹与妻子耶斯泰姆相恋多年，育有一女，2009年3月，两人曾订婚，决定在当年6月份举办婚礼；令人吃惊的是，在婚礼举办前几天，伊尔马兹和耶斯泰姆吵架，土耳其前锋并动了手，随后耶斯泰姆取消婚礼；需要指出的是，伊尔马兹的家暴虽然一度让这对情侣分道扬镳，但在2014年重归于好，时隔五年又

举办的了婚礼。耶斯泰姆做梦也没有想到，伊尔马兹的家暴仍在延续。

按照耶斯泰姆的说法，她跟随伊尔马兹在北京生活的一段时间里，也遭到了土耳其前锋的家暴，他不得不寻找土耳其大使馆寻求帮助。耶斯泰姆还表示，她在婚后不断的被伊尔马兹羞辱，辱骂她是因为钱才选择与伊尔马兹在一起；为此，伊尔马兹在经济上“封锁”耶斯泰姆，先是向银行申请取消了她的信用卡，还卖掉了她的汽车。无奈之下，耶斯泰姆向法院提出诉讼，目前她有四个月的身孕，据悉伊尔马兹曾要求她生三四个孩子，并表示不希望第二胎还是女孩。

西班牙媒体《马卡报》披露，耶斯泰姆已经决定离开伊尔马兹，并向国安前锋索赔 360 万欧元加上房屋的所有权以及孩子的抚养权。毫无疑问，耶斯泰姆不仅仅会影响到伊尔马兹在土耳其欧洲杯备战，更有可能影响到他在北京国安的下半个赛季征程。

### 代孕子：“妈妈”喊你回家吃饭了！

2016-06-20 华政国际私法评论 杜涛

“Berwick 诉 Wagner 案”[1]是一件涉及同性伴侣之间争夺代孕子父母身份的有趣案子。博维克（Berwick）和瓦格纳（Wagner）一直都是德克萨斯州居民，2003 年在加拿大缔结同性婚姻并于 2005 年在加利福尼亚州登记为婚姻伴侣。2005 年他们与一位加利福尼亚州已婚妇女达成了一项由该妇女为他们生一个孩子的代孕协议。该妇女被植入博维克的精子和别人捐赠的卵子形成的胚胎，并成功怀孕生子。在孩子出生前，当事人双方获得了一份加利福尼亚州法院关于该代孕子父母身份的判决，该判决宣布：（1）博维克和瓦格纳分别是该孩子的父母，而代孕妇女及其丈夫并非该孩子的法定父母；（2）要求医院将博维克登记为出生证上的父亲而将瓦格纳的名字登记在母亲一栏。

博维克和瓦格纳带着孩子回到德克萨斯州并一直共同生活到 2008 年。同年，博维克宣布解除两人之间的同性婚姻关系并与一位女士结婚。之后，博维克与瓦格纳之间对该代孕子的监护权产生纠纷。瓦格纳要求德克萨斯州法院承认加利福尼亚州法院的亲子关系判决。而博维克则要求获得独立监护权，认为根据德克萨斯州法律，一个孩子只有一位父亲，而只有他本人才是其儿子的生物学父亲；另外，根据德克萨斯州禁止同性婚姻的法律，该代孕协议不可执行。[2]

有趣的是，法院没有提到《保卫婚姻法》，也没有去讨论德克萨斯州禁止同性婚姻法令的合宪性或公共政策问题。法院也没有提到联邦地区法院在六个月前做出的一项判决，该判决宣布德克萨斯州禁止同性婚姻的法令违宪。[3]相反，法院直接驳回了博维克的观点，认为其“（1）在冲突法上违反了充分诚信的宪法原则；（2）忽视了现有的德克萨斯州法律，根据该法律，外州判决有权获得充分诚信而无需考虑公共政策。”法院认为，宪法上的充分诚信条款要求承认加利福尼亚州的亲子关系判决。

这样一来，这个代孕子在理论上就有了四个“妈妈”：生物学上的妈妈：卵子提供者；医学上的妈妈：生他的女子；法律上的妈妈：父亲的前同性妻子；后妈：父亲的现在妻子。

“妈妈”喊这个孩子回家吃饭了，可是他该到哪个“妈妈”家吃饭呢？

[1] \_\_\_ S.W.3d \_\_\_, 2014 WL4493470 (Tex. App. 2014).

[2] 瓦格纳认为：（1）法院地的公共政策对于执行姊妹州的判决并不是合法的抗辩；（2）任何情况下，本案并不涉及德克萨斯州反对同性婚姻的公共政策，因为：（a）加利福尼亚州法律并不要求代孕协议下的委托父母必须已婚；（b）亲子关系判决只处理了该两名男子与该儿童之间的关系，而未处理他们相互之间的关系。

[3] See *De Leon v. Perry*, 975 F. Supp. 2d 632 (W.D. Texas 2014).

## 九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

### （一）理论学术动态、学者观点

#### 关于保护儿童的欧洲标准

2016-06-01 北京大学法学院教授 王世洲

本文原载于《法律科学》2013 年第 3 期第 163-171 编者按

本期小编：何天翔

六一节是儿童的节日，小朋友们欢畅游玩之时，陪同的父母在高兴之余，往往也在担忧家中小朋友们的安全。这份安全，父母家人的 24 小时照看自然能提供，但是，“幸福的家庭都是相似的，不幸的家庭各有各的不幸”。在世界的各个角落，不是每个小朋友都能幸运地得到如此好的保护。有了完善周全的法律制度保驾护航，虽然没有办法根除对小朋友的侵害，但是在利用惩罚震慑之余，也在渐渐地为小朋友们建设一个更加友好的社会，使同处于这个社会的每个人，都要充当小朋友的守护天使，让他们快快乐乐地成长。在 2012 年的丹麦电影《狩猎》中，男主角卢卡斯——一家托儿所的工作人员——因为小朋友的一句气话而蒙冤，这让人一方面讶异于北欧国家对小朋友的保护程度之高，反应机制之灵敏，也在一方面提醒我们反思，制度的设计必须足够科学。好的合理的法律制度，可以让那些破坏了这一美好的坏人们无法遁形，也确保好人不会因为小朋友的一句戏言而受创。本期让我们随着王世洲教授的笔触，了解欧洲在保护儿童方面的进展。

页

摘要：保护儿童是当今世界人权保护的重要内容。欧洲是世界上社会经济法治最发达的地区，保护儿童的欧洲标准在世界人权保护范围内具有很高的影响力。欧洲理事会所颁布的法律标准，覆盖面广，针对性强，比较完整地确立了儿童保护的欧洲标准。欧洲保护儿童的基本政策，是以八项一般原则与四项实施原则为基础，确立了儿童友好型的国家制度和国际合作以及法律保护的机制。因此，研究保护儿童的欧洲标准对于提高与确立我国保护儿童的标准，以及促进我国法治的进步都具有重要意义。

保护儿童是当今世界人权保护的重要内容。儿童是国家与民族的未来，代表着民族发展与创新的希望，也是社会中需要保护的最幼弱部分，因此，保护儿童是当今社会日益得到普遍重视的法律问题。由于世界各国政治经济法律发展的差异，儿童保护在世界各个司法管辖区中发展出了不同的标准。欧洲是世界上社会经济法治最发达的地区，保护儿童的欧洲标准在世界人权保护范围内具有很高的影响力，因此，研究保护儿童的欧洲标准对于提高与确立我国保护儿童的标准，以及促进我国法治的进步具有重要意义。

### 1 欧洲理事会与保护儿童的法律文件

在现代欧洲法治建设领域中，欧洲理事会（Council of Europe）是一个最重要的组织。这个组织建立于1949年，如今已经有47个成员国，欧洲的另一个重要国际组织——欧洲联盟也不过才只有27个成员国。欧洲理事会是一个独立的国际组织，它虽然没有权力制定对成员国有拘束力的法律，<sup>[1]</sup>但是，它通过为成员国在法律领域中制定国际标准，来推动欧洲各国在人权、民主发展、法治建设以及文化合作方面的发展。欧洲理事会主持制定的最重要的欧洲公约是《欧洲保护人权与基本自由的公约》（简称《欧洲人权公约》），并且还设立了欧洲人权法院作为该公约的执行机构，因此，欧洲理事会对欧洲法治的发展方向发挥着重要的引领作用。欧洲理事会制定、颁布或者认可的法律文件<sup>1</sup>，就代表着欧洲在保护儿童方面今天或者未来的法律标准。

欧洲理事会主要是通过供其成员国签署、参加或采纳的公约、建议、决议以及指南与宣言，来发挥指导欧洲法治发展方向的作用。

目前，欧洲理事会制定的与保护儿童有关的公约和条约主要有《欧洲人权公约》（1950年）、《社会宪章》（1961年）等十多部。其中，在2000年以后制定的有：《保护儿童免受性剥削与性虐待公约》（2007年）、《反对贩卖人口的行动公约》（2005年）、《接触儿童公约》（2003年）、《电子犯罪公约》（2001年）、《关于在个人数据自动化处理、监管机构与跨境数据流动方面保护个人的附加议定书》（2001年）、《收养儿童公约》（2008年修订）等。另外，在国际私法方面，欧洲理事会认可的海牙公约也有五部，其中最近的是1996年制定2002年1月1日生效的《关于在保护儿童的父母责任与措施方面的管辖权、准据法、承认、执行与合作公约》。

在欧洲理事会的框架下，各成员国的外交部长组成的部长委员会给各成员国的“建议”，代表了欧洲理事会认可的“共同政策”，对各个成员国具有比较强的约束力。自1979年以来，欧洲理事会部长委员会总共发布了30多部与儿童保护有关的建议，其中三分之二是在2000年之后发布的，涉及的主题是：增强儿童在信息社会与社会交往中的能力，青少年违法犯罪的惩罚与措施，在网络管制中尊重言论自由与信息自由，加强移民儿童的融合，教育中的性别主流化，支持积极的父母行动，残疾儿童保护，青少年政策，住校儿童权利，青少年的社区参与，民主教育，儿童日托，对儿童的暴力与性虐待问题，警察道德，贩卖儿童，电子媒体中的暴力表现，证人与辩护权，与儿童有关的淫秽资料与物品，促进家庭进步，保护儿童免受虐待，等等。

在欧洲理事会的框架中有一个欧洲议会大会，虽然不是立法机构，但是其发布的建议、决议等文件，在欧洲具有很强的影响力。在1987年至2009年，欧洲理事会的议会大会也通过了31部与儿童保护有关的建议，其中五分之四是在2000年之后发布的，主要涉及的主题是：女性杀害，残疾人权利的保护及其参与社会，通过教师培养社会的人权与民主文化，非法收养新生儿，妓女问题，儿童被害人，对儿童避难的保护与帮助，禁止体罚儿童，青少年移民，青春期危机，在机构中被放弃的儿童，东南欧战争中的儿童，女性在媒体中的形象，与儿童共建21世纪问题，社区与城市中富有活力的儿童社会政策，家庭中的奴役问题，父母与老师对儿童的教育问题，媒体教育，为儿童建立欧洲监察官制度，国际收养中儿童的权利，对儿童的滥用与忽视，儿童的欧洲战略，儿童权利，等等。

除此之外，在1996年至2009年期间，欧洲理事会的议会大会还作出了与儿童保护有关的决议12部，其中11部是在2000年之后作出的，涉及的主题是：禁止杀害女性，禁止在出生时弃婴，巴尔干地区的儿童情况，妓女问题，反对一切形式的对儿童的暴力，禁止以移民方式买卖妇女与卖淫，对儿童性滥用的零容忍，禁止父母一方对儿童的国际性劫持，女性生殖系统保护，禁止在武装冲突中使用儿童战士，禁止在武装冲突中的强奸，等等。在1999年以后，尤其是在2008年，欧洲理事会通过地区性代表大会还提出了5部与儿童保护有关的建议，强调了帮助儿童融入社会与社区，以及禁止校园暴力等问题。

在2000年之后，欧洲理事会及其框架下的一些机构，在各种场合颁布与发表了各种“指南”与“宣言”，强调对互联网时代的儿童权利保护，呼吁加强对儿童权利的重视。

纵观欧洲理事会目前已经颁布的这些法律文件，人们至少可以得出以下几点初步的认识：

第一，欧洲理事会在上世纪末与本世纪第一个十年期间，一直在不断地加强保护儿童的法律建设。虽然从法律效力上看，欧洲理事会的法律文件不具有直接的法律拘束力，但是，欧洲理事会积极呼应联合国与其他各种国际组

织颁布与发布的公约、声明与行动计划，已经为欧洲各国在保护儿童方面提供了一整套比较系统的主流法律标准。

第二，欧洲理事会所颁布的法律标准，覆盖面广，针对性强，比较完整地提供了儿童保护的欧洲标准。其中，特别突出的是全面保护所有儿童的人身安全，包括女童、婴儿、移民儿童、处于战乱中的儿童、残疾儿童，另外，有关法律标准也注重促进儿童全面发展的内容，不仅包括了关注儿童传统的青春期问题，而且包括了增强儿童在现在社会中的交往能力，培养儿童参与社会人权与民主发展，社区与城市建设以及父母与教师的行为规范等内容。

第三，欧洲理事会制定的法律标准，是在《欧洲人权宣言》及各种国家公约的框架下，根据问题的严重性以及解决问题的可能性，逐步规定、逐步明确，采用公约、建议、政策、决议、指南、宣言等多种手段，积极而有秩序地在欧洲理事会的各种制度中，通过二三十年期间确立起来的。

## 2 欧洲保护儿童的基本政策

从欧洲理事会制定的各种保护儿童的法律文件中可以看出，欧洲各国一直在努力不断地提高保护儿童的法律标准。虽然在具体法律文件中，这种努力由于所处理问题的具体性而显得有些零碎，但是，在欧洲各国首脑 2005 年的波兰华沙峰会之后，这种努力就形成了一个明确统一的目标。在华沙峰会上，欧洲各国首脑对保护儿童问题达成一个重要的共识：同意了欧洲理事会提出的共同保护儿童的三点主要要求。

这就是：第一，“有效地促进儿童权利的发展，完整地符合联合国关于儿童权利公约规定的义务”；第二，“在所有欧洲理事会国家的政策中，使儿童权利主流化，并且协调欧洲理事会所有与儿童有关的活动”；第三，“彻底消除针对儿童的所有形式的暴力，尤其是要发动一个三年计划与特别措施，以反对对儿童的性剥削”。在这次华沙峰会共识的基础上，欧洲理事会逐步形成了清晰的保护儿童的基本政策。在这个基本政策的指导之下，欧洲理事会开始组织构建全面而统一的“为了儿童的欧洲”<sup>2</sup>的战略与原则。

根据华沙峰会达成的共识，欧洲理事会开始在 2006 年进行“为了儿童建设欧洲，携手儿童建设欧洲”的项目，随后又进一步地将其发展成“欧洲 2009—2011 年战略”。在 2009 年之前，欧洲理事会为了向其成员国准备有关建议，开始比较全面地审查其成员国在针对儿童的暴力方面的国家政策、立法情况与实践情况。第一批自愿进行此项审查的国家是意大利、挪威、葡萄牙与罗马尼亚。在 4 国报告的基础上，欧洲理事会根据联合国有关反对针对儿童的暴力的研究报告与自己的一贯政策，在 2009 年为其成员国提出了一个完整的建议，系统地反映了欧洲理事会的基本儿童政策，成为欧洲各国保护儿童立法、政策与实践的指导性文件。

欧洲理事会提出的保护儿童的指导性建议，是以发展全面的保护儿童免遭暴力侵害的国家战略为核心的，目的是为了保护儿童的权利，防止针对儿童暴力的一切形式并与之斗争，促进对保护儿童免受暴力侵害的整体国家战略的采纳、执行与监管，加强保护儿童权利与保护儿童免受暴力侵害的国际合作。

这个指导性建议以八项一般原则与四项实施原则为基础。

八项一般原则是：（一）保护儿童免受暴力，包括身体或者心理的一切形式的暴力、伤害或者滥用、忽视、虐待或者剥削（包括性剥削），特别注意父母、法定监护人或者其他有权照顾儿童的人的行为，特别注意暴力不仅包括成年人与儿童之间的暴力，而且包括儿童之间的暴力。（二）生命、生存与发展权的最大化，是儿童与生俱来的固有权利。（三）无歧视。所有儿童不论性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或其他观点、国籍或社会出身，也不论民族、财产、出身、性取向、健康状况、残疾或者其他状态，在暴力面前都应当得到同等保护。（四）性别平等。必须全面考虑女孩与男孩面对暴力的不同风险以及暴力对女孩与男孩的不同后果。（五）儿童参与。儿童有权自由表达对影响他们生活的所有事项的意见，并且在他们年龄与成熟程度的基础上使他们的意见得到采纳，在一切司法、行政或者非司法程序中都应当提供听取儿童意见的机会，国家及其他行动者应当认真听取儿童对保护他们免受暴力的政策与项目的意见。（六）国家责任。国家对保护儿童权利及保护儿童免受暴力侵害负有首要责任，国家承认家庭在儿童发展与福利以及保护儿童权利中的中心地位，为家庭培养儿童提供可获得的、灵活且有质量的托儿服务，为积极的家庭和解提供便利，发展改进父母育儿技术的项目，培养健康向上的家庭环境，在各级政府预算中考虑儿童的权利。（七）其他行动者的义务与参与，所有为了儿童与携手儿童的服务、机构与专业，包括父母、媒体、私人机构、宗教社会与民间社团，都对防止侵害儿童的暴力负有责任。（八）儿童的最好利益，影响儿童的任何活动，包括保护儿童免受暴力侵害的活动，都必须以儿童的最好利益作为首要考虑因素。

四项实施原则是：（一）暴力有多种原因，防止孤立地看待暴力的原因；（二）预防需要多方合作，特别包括跨部门、跨地区、跨国与跨社会的合作与协调；（三）防止需要多部门努力，需要文化的、心理的、教育的、行为的、身体的、政治的、社会经济的项目共同作用；（四）消除暴力需要社会各方面的共同努力，包括国家机关、地方机构、非政府组织、各种专业人士、媒体、家庭与孩子的各种形式的努力。

欧洲理事会要求在国家、地区与地方的行动中，在教育与提高意识的措施中，在法律、政策与制度性框架中，在研究与资料的收集，全面使这些原则加以主流化。同时，欧洲理事会的指导性建议态度鲜明地要求制定保护儿童免受暴力侵害的完整的国家战略，推进多学科有体系的保护框架的形成，以及制定相应的地区与当地行动计划，以保证提供符合儿童需要与特点的及时帮助。此外，欧洲理事会还希望通过教育与提高社会意识的各种措施，通过培养专业人士，运用媒体与信息社会的力量，积极鼓励培养尊重儿童权利的社会文化。

欧洲理事会在保护儿童问题上形成了基本政策，发展出明确的战略与特定的一般原则与具体的实施原则，标志着欧洲理事会已经在保护儿童的标准方面，形成了自己统一而明确的政策性基础。在这个政策性基础之上，欧洲理事会逐步明确了保护儿童的各项具体制度与法律标准。

### 3 欧洲理事会关于儿童友好型国家制度的要求

欧洲理事会为了指导其成员国建设儿童友好型制度，在法律、政治、制度等方面提出了非常详细的建议，设定了非常具体的要求。

#### （一）儿童友好型的法律制度

由于欧洲理事会的全体成员国都是《联合国儿童权利公约》的缔约国，因此，欧洲理事会积极敦促各成员国根据该公约的原则来制定法律条文并加以执行，要求撤销所有与该公约的目标不相符合的保留。另外，由于目前世界上已经制定出许多保护儿童权利以及保护儿童免受暴力侵害的法律文件，因此，欧洲理事会鼓励其成员国积极签署这些法律文件，并且在批准这些法律文件之后就认真遵守，同时，保证自己的国家法律、政策、规定、计划和项目符合这些法律文件。

欧洲理事会要求把预防对儿童的暴力与保护儿童权利置于本国法律制度的优先地位，尤其是考虑以下措施：根据国家规定与国家的国际义务，在儿童一出生时就立即予以登记；对男孩与女孩规定的最低结婚年龄应当可以执行并且不应过低；规定同意性行为的最低年龄；禁止在照管儿童的位置上雇佣由于暴力（包括性的与针对儿童的）而被定过罪的人；发展干涉性项目与措施以评价并防止发生针对儿童而实施的暴力性风险；设计一个制度以审查与儿童一起工作的人所具有的能力，以及保证在保护儿童免遭暴力的权利与个人享有良好名声的权利之间达到恰当的平衡；在国家法律中规定尊重儿童得到倾听的权利与适当倾向儿童观点的义务。

欧洲理事会要求成员国承担起禁止一切针对儿童的暴力的明确义务。国家应当采取恰当的立法、行政、社会与教育措施，禁止任何形式（无论多么轻微的）、任何时候以及在任何情况下针对儿童的暴力，并且在国家管辖范围内为所有儿童提供保护。废除对任何形式的暴力提供法律上的防护或者授权，包括在家庭内外为了改正、纪律或者惩罚的目的而使用的暴力。欧洲理事会要求绝对禁止的是：一切形式的性暴力与滥用，为了性目的对儿童的腐败与诱惑；一切形式的剥削儿童，包括无论出于什么目的或者以什么形式的童妓、儿童淫秽事物、在旅行与旅游中的性剥削，买卖儿童，非法收养，强迫劳动或者服务，奴役及类似的实践，移除器官；通过使用新技术来剥削儿童的一切形式；一切有害的传统性或者习惯性实践，例如早婚或者强迫结婚，殉葬与切除女性生殖系统；使儿童暴露在暴力或者有害的内容面前，不管其来源或者通过什么媒介；在居住机构中一切形式的暴力；在学校中一切形式的暴力；一切体罚与对儿童使用的所有其他残酷的、不人道的或者有辱人格的待遇或者惩罚，包括身体性的与心理性的；使儿童暴露在家庭暴力之中。

欧洲理事会特别要求各成员国采取立法或者其他措施，保证法人对违反《保护儿童免受性剥削与性虐待公约》第26条的（由法定代表人或者根据法人授权实施的）犯罪承担责任。

欧洲理事会对侵害儿童的违法犯罪也提出了以下惩戒要求：应当在考虑罪行严重程度的基础上，对针对儿童的暴力犯罪（包括性犯罪）适用有效的、符合比例的、劝阻性的惩罚与措施；应当提供有效的干涉性项目或者措施，以防止并最大化地减少侵害儿童的暴力性罪犯（包括被告人）再犯的风险；应当根据社会融合与教育的原则以及防止再犯的原则，把对付儿童罪犯的司法制度融入更广泛的社会项目之中，以保证这些儿童获得全面的社会途径与持续的关怀（社会参与与持续关怀原则）；国家法律制度应当根据自己的基本原则，在暴力的儿童被害人也卷入不法活动时，在他们被迫行为的程度内，为他们提供不受惩罚的可能性。欧洲理事会强调，对针对儿童的暴力的惩罚，应当考虑以下从重情节：滥用一种得到承认的信任、授权或者对儿童有影响的地位，滥用一种以经济或者其他依赖形式而形成的关系，卷入一种犯罪组织。

另外，欧洲理事会要求成员国在本国国内对自己的国民以及有惯常住所的人确立对针对儿童的暴力犯罪（包括性犯罪）的管辖权，并且根据国际条约确立在国外的管辖权，但是，应当废除双重追究的可能性，加强双边司法合作，以保证有效的域外的法律效力。此外，成员国必须在时效方面保持与犯罪程度相当的期间，以保证儿童被害人在成年时仍然有足够的时间来提起司法程序。为了保证对儿童免受暴力侵害的保护，成员国应当建立恰当的执法机构，包括独立的儿童权利保护机关与独立的监督机制、人员与自愿保障，并且对有关的所有部门与专业提供指导。

#### （二）儿童友好型的政策框架

欧洲理事会特别强调，国家的儿童权利政策对实现保护儿童免受所有形式的暴力具有至关重要的意义。这项政策应当启动、促进与协调各种程序，以保障《联合国儿童权利公约》的规定与原则在影响儿童的政府政策与公共行动的各个方面都得到贯彻。所有与儿童福利有关的国家政策（社会政策、健康保障政策、教育政策、住房政策，等等），都应当对促进与保护儿童权利作出贡献。在政策中应当优先考虑的重点是：减少不平等、贫困与边缘化；支持家庭；关注失业与收入差距；关注宽容并支持暴力的社会容忍、信仰与价值观；改进社会网络；便利社会接受移民及其他他们的家庭。在相关领域中发展的政策与措施应当妥善地协调，它们的成果应当相互支持。基于研究、证据与儿童自身体验的政策，应当特别关注保护脆弱的群体，例如残疾儿童、在国家照顾中的儿童、被收养的儿童、被

遗弃的儿童、无人陪伴与孤立的儿童、难民与寻求避难的儿童、少数民族儿童、在大街上工作以及生活的儿童、居住在极度贫困与不利或者隔离区域中的儿童、在武装冲突与紧急状态中的儿童、在羁押或者违法情况中的儿童，等等。

国家儿童与家庭政策的总目标应当是：支持家庭承担培养儿童的责任；尽可能防止儿童与家庭的分离；提供像家一样的且以社区为基础的选择性，将儿童安置在符合儿童最好利益的机构之中；在分离时，在恰当的情况下，应当保证儿童与其父母的不断接触，并且在儿童最好利益的条件下支持家庭的重新团聚。儿童与家庭政策的核心应当是：支持积极与非暴力的儿童培养形式。积极是指家长的行为应当尊重儿童的权利与为了儿童的最好利益，把儿童作为一个有着自己权利的个体来培养、准许、指导与承认。积极不是放任，而是设定了帮助儿童充分发展他们的潜能的必要界限。机构性的照顾只能是为了儿童的最好利益，并且首先是为了使儿童融入社会之中的目的。

### （三）儿童友好型的机构性框架

欧洲理事会认为，支持实现国家儿童政策的可持续的机构性框架应当由以下要点组成：

第一，在国家层面上，需要一个机构承担起保护儿童免受暴力侵害的主要责任。这个机构应当负责协调与监督国家战略的实施情况，并且对反对针对儿童的暴力承担总的责任。

第二，保护儿童的各个公共机关应当在这个战略的总目标下，承担各自明确的责任，并且负责与其他机构，包括私人机构的协调与合作。所有机关的工作责任应当无缝对接。

第三，根据保护人权的巴黎原则（根据联合国大会 1993 年 12 月 20 日通过的第 48/134 号决议），应当建立一个独立的人权机构，促进对儿童人权的保护（例如，通过立法建立独立或者主要职责为保护儿童的监察官与特别委员）。这个机构应当有权调查与评价有关人员与机构，提出立法建议，发动提高社会意识的运动，发布关于儿童权利的信息，监督政府的行动，有独立的人、财、物方面的权利。第四，应当建立一个观察儿童权利的机构，处理、分析、管理并传播有关儿童权利的信息，促进国家战略的研究与执行。

第五，所有为儿童提供照顾与服务的机构都应当具有资质并且依法登记。法律应当规定照顾儿童的最低标准。应当建立保证这些法律得到遵守的内部控制与独立的监控机制。

第六，鼓励所有为儿童提供照顾与保护的机构制定良好行为准则，包括禁止、防止并拒绝所有形式的针对儿童的暴力。在有关专业标准中建立标准的行为规范，包括尊重儿童权利与向有关机关报告暴力现象。

第七，在国家、地区与当地建立有效的相互联系与合作机制。

第八，民间社团是国家机构性框架不可缺少的组成部分。应当邀请它们参与国家战略的制定、执行、评价与跟进项目。

欧洲理事会充分认识到，国家在保护儿童中应当承担首要责任，因此，非常耐心地对儿童友好型的国家制度提供了非常仔细的标准。在法律制度方面，非常明确地指出国家应当承担禁止一切针对儿童的暴力的义务。在这个要点上，禁止对儿童实施暴力的规定不仅限于传统的自然人，而且明确了法人也有可能对暴力侵害儿童承担刑事责任。对儿童的暴力侵害，已经全面地处于应当受到刑法禁止的标准之中；对儿童权利的保护，也已经几乎达到了当今法学界建议的最大边界线上了。在政治政策方面，欧洲理事会不仅完整指明了社会、健康保障、教育、住房等需要考虑的方面，而且以家庭为核心，指明了不平等、贫困、就业、移民、社会网络、边缘化、信仰与价值观等需要考虑的方面，更强调了国家应当对残疾的、被收养的、被遗弃的、无人陪伴与孤立的、难民与寻求避难的、少数民族的、居住在极度贫困与隔离区域中的、在武装冲突与紧急状态中的、以及在羁押或者违法情况中的儿童，应当给予特别的关注。在机构方面，欧洲理事会强调了国家总体承担、分工负责、无缝对接、民间配合的整体要求。这些要求与标准，对保护儿童的考虑是非常全面与完整的。

#### 4 欧洲理事会对儿童友好型的服务与机制的要求

为了保证儿童政策的具体落实，欧洲理事会对各种儿童友好型的服务与机制也提出了具体的要求。

总的原则是：所有负责照顾、教育与保护儿童的机构、设施与单位，都应当以最大限度地保证儿童的生存、发展与福利作为自己的首要目标；所有的儿童都应当有权获得适合自己需要的有质量的服务；应当广泛促进多学科服务模式的使用，包括福利、健康、教育与心理帮助以及家庭指导，这种模式应当具有强大的多部门合作、合格的工作人员、综合的课程以及集中实施的工作结构；在当地应当特别提供防止暴力、保护儿童以及救治被害人的服务项目，应当通过部门间协定与备忘录来建立可靠的程序与机制，例如，交换有关信息与经验。

照顾儿童的标准是：在所有机构、服务与设施中都应当建立照顾、教育与保护儿童的制度，并且，通过训练工作人员、内部控制以及定期独立的巡查来保证这些制度得到遵守，违反制度的应当根据适当与有效的程序来进行惩罚；对少年司法制度与设施应当适用特别的要求，以保证儿童的权利得到完全的保护，使儿童享受有质量的生活，并且有机会参与他们的同伴通常能够参加的活动；对于因工作关系而接触儿童的人，应当建立一个完整的审查制度，保证在保护儿童权利与保护个人享有良好名声的权利之间实现恰当的平衡。

负责儿童的照顾、教育与保护的机构，都应当接受定期的独立的检查，以考察法律对儿童与工作人员的规定是否得到完整的遵守，确认公共资金的花费是否恰当与正确，是否做出执行保障儿童福利的法律与规定的具体指南。

这种检查应当有法律指定的独立机构以及经过特殊训练的人员进行。

建立对侵害儿童暴力的报告机制，是真正有效地保护儿童的重要组成部分。在这套报告机制中，对儿童权利的教育与接受报告的机关所具有的知识是两个关键条件。所有为儿童工作与服务的专业人士，无论处于公立还是私立机构中，都有报告暴力的义务，他们履行义务的情况应当依法通过定期审查加以检验。为了鼓励专业人士报告，应当通过立法来保护那些对暴力的风险作出合理错误判断的人，取消提出报告需要得到父母或者照看人同意的要求，保证在儿童同意或者被判定为没有理解能力以及专业人士相信报告符合儿童的最好利益时不使用保密规范来限制报告。儿童及其家长都应当有机会了解哪些行为与做法构成暴力，例如在学校里受到恐吓或者欺负，并且知道能够向谁报告，同时，儿童可以未经父母或者监护人同意就提出报告。每个机构都应当建立众所周知且容易获得的服务，尊重儿童的隐私并且能够迅速而彻底地开展调查。每个儿童，包括那些处于法律机构中的或者残疾的儿童，都应当被告知这种报告机制。有关程序应当便于获得这些服务，同时避免给儿童被害人带来任何耻辱。应当为儿童建立独立的、保密的、众所周知的、容易记住的、免费的电话热线，便于向他们提供保密与专业的咨询服务并接受受到暴力的报告。在各地都应当建立对暴力的儿童被害人的紧急回应服务，包括在家庭内外的性剥削、性滥用以及有害的传统做法等所有形式的暴力，并使这项服务广为知晓。

当需要把儿童被害人介绍给其他机构（例如，在社会服务、教育、健康、警察、检察官、自愿者与私人机构之间）时，有关程序与模式应当清晰地界定，并且应当在考虑儿童及其父母观点的情况下，遵从儿童最好利益的原则。应当鼓励儿童向有关机构说出他们遭受暴力的经历，应当对儿童被害人立即进行评估。对家庭暴力的儿童被害人，应当对非施暴人的保护能力以及该家庭的其他儿童的情况作出评价。

国家应当采取一切适当的措施来促进儿童被害人与暴力案件的证人在身体与心理方面的康复，必要时，还包括其家庭。这种服务必须立即提供，并且有利于儿童的健康、自尊与尊严。对暴力的儿童实施人所执行的恢复与复归社会的措施，应当以儿童的最好利益为基础，但是，以实施的犯罪的严重程度为限（比例原则），并且充分考虑年龄、身体与心理的状态、发展、能力与个人情节（个别化原则），在必要时，应当通过心理学、精神病学或者社会调查的报告加以确定。对暴力攻击的儿童被害人、证人或者行为人提供康复、回复与复归社会服务的机构，都应当采纳多学科、多部门的途径，在家庭、社区及其文化背景等更广阔的情况下来观察这个儿童，同时，在社会主流服务与专业服务之间保持好恰当的平衡。

鉴于少年司法制度的重要性，欧洲理事会在专家的帮助下，已经在2010年11月17日的部长委员会上通过了专门的“关于儿童友好型司法的指导”<sup>3</sup>。这个指导的主要精神是：司法以及司法外程序都应当追求儿童的最好利益，并且完全尊重儿童的权利；为了保护儿童的权利与合理利益，在整个程序中，儿童都应当有权参与调解、获得免费且独立的法律服务、律师与其他支持性服务，另外，应当保证可能获得的救济措施是有效的，司法决定与判决能够得到有效的执行；与儿童有关的司法与非司法程序应当迅速地优先进行，不得有不正当的延误，为此目的，司法程序中的各方当事人之间的合作与协调应当得到鼓励；司法与非司法程序都应当尊重儿童发表意见的权利，特别考虑儿童的观点，在允许儿童参与的程序中，应当以与他们的年龄与成熟度相称的方式，告知他们享有的诉讼权利，并且使他们得到独立代表人的支持；在程序中，应当为儿童被害人与暴力的证人提供特殊保护，尤其是不应当加重儿童经历过的创伤与应当保护儿童及其家庭的隐私，在必要时可以采取保安措施来避免恐吓、报复与重复伤害；儿童的刑事责任年龄应当由法律规定，并且考虑到儿童发展的因素，应当适当高一些，对儿童暴力行为人的惩罚，报应与镇压的概念应当让位于康复与恢复的司法目的，兼顾有效的公共安全与儿童被害人恰当的人权与法律保护；对暴力的儿童实行人提供的机构化照顾，应当建立选择性方案，例如，帮助、指导与监管令，咨询与建议，缓刑，培养性照顾，以及教育性与假期性的训练计划，这些措施的总目的应当是便利儿童成功地社会化并复归家庭、社区与社会；暴力的儿童实行人不应当被过分地剥夺自由，并且，剥夺自由只能作为最后手段、在最短时间内使用且在特殊地方进行，拘留的条件不得违反《联合国儿童权利公约》及其相关标准并考虑儿童的特殊需要，对儿童的关押必须与成年人分开，除非为了儿童的最好利益。

负责儿童的照顾、教育与保护的机构、设施与单位，是直接落实保护儿童各项服务与机制的组织。这些服务与机制进行工作时所遵循的标准，直接影响着保护儿童工作的效果与质量。欧洲理事会从总的原则、具体照顾儿童的标准、检查与考察制度、检举与报告制度、信息共享标准、儿童心理与身体康复的特殊标准，特别是少年司法制度的具体工作等方面，都对保护儿童提出了具体的标准与要求。遵照这些要求与标准，明显能够保证使保护儿童的工作落到实处。具体保护工作的标准，是儿童保护工作的重要方面。

##### 5 欧洲理事会对儿童保护的实证研究与国际合作的要求

欧洲理事会十分重视法学研究对于法律与政策的支撑作用，在有关建议与决议中，特别指出：保护儿童免遭暴力侵害的有效战略，有赖于在国家、地区与当地层面的实证研究，尤其是资料的获得与恰当的分析。因此，欧洲理事会要求成员国制定国家对此问题的研究日程表，并且认为一个完整而有体系的收集、分析、传播与研究有关资料，是促进儿童保护的最恰当的途径。

在研究方面，特别重要的有以下方面：关于针对儿童的暴力的基础性研究，这是任何战略计划的前提；道德与

常规的研究在需要面谈时，应当在保密与信任的条件下，对儿童与其父母或者照管人分开进行，以便准确地获得儿童对暴力的实际经验；纵向的大规模研究，以了解暴力的原因及其各种形式的相互关系；使用普通指标发展一种和谐的方法，以识别对暴力很敏感的儿童群体；对儿童通过互联网遭受的风险所具有的准确性质进行持续性研究，以及这些风险是如何随着时间的推移而改变，并且在干涉下是如何减弱的；对保护性因素的研究，特别明显的是儿童的恢复力机制；对暴力的成年人与儿童行为人的调查，以便为对他们的评价与处理建立标准与参数；对什么是保护儿童免遭暴力的有效措施以及对现行反应手段的评价，这个研究包括审查与评价防止暴力的服务与项目，并且发展有关质量的标准；对侵害儿童的暴力所造成的社会损失的调查。

在统计监测方面，特别重要的是：常规的对侵害儿童的暴力进行统计监测，以现有的方法为基础在国家、地区与当地等层面进行，数据应当分清性别、年龄、暴力形式、城乡区别、家庭特征、教育水平，以及国籍、出身与民族；在与儿童有关的司法程序的期间与结果中，收集数量性与质量性的资料，包括为儿童提供的保护性措施。

在国家资料库的建立方面，特别重要的是：关于儿童的出生与死亡，包括建立儿童死亡（以及严重伤害）的审查机制；关于儿童进入、离开或者变换机构以及所有选择性照管与拘留设施，包括记录在这些机构中的所有侵害儿童的暴力案件；关于侵害儿童的暴力犯罪人，包括他们的遗传学情况（DNA）。

负责资料统计的国家机关与研究单位，应当在国内合作与传播有关资料并且在国际上交换资料。应当限制因为暴力侵犯儿童而定罪的人接触有关资料的机会；对各种个人资料的处理应当符合公认的国际标准与道德保护；应当建立国际同意的统一标准来便利这些资料的国际比较。

欧洲理事会鼓励其成员国在国际法律文件制定的标准下，加强合作，特别重要的是：防止任何形式的暴力侵害儿童，保护与帮助儿童被害人与证人，调查或者起诉涉及暴力侵害儿童的犯罪案件；特别注意各国合作打击劫持儿童、贩运儿童、对儿童进行性剥削与性滥用的行为；鼓励各国与政府间组织、跨国网络与其他国际机构合作，以便利欧洲理事会指南的执行。

在现代人权保护中，儿童保护工作的全面展开的确是一件有待丰富经验的工作。同时，随着社会、文化与技术的发展，儿童保护工作也面临着进一步深化的任务。完善的儿童保护，深入的儿童保护，持续的儿童保护，有效的儿童保护，都需要强大的学术支持。法律发展以法学发展为依托，欧洲理事会对儿童保护实证研究的要求，符合现代法治的基本规律。世界各国在保护儿童方面，不仅由于边境而使法律的执行可能遇到边界问题，而且由于各地保护儿童的标准不同而可能遇到法律障碍问题。只有加强国际合作，才有可能有效地遏制对最严重的侵害儿童的不法形式。欧洲理事会的规定与安排，已经表现出十分长远的考虑了。

#### 6 保护儿童的欧洲标准对我国的意义

今天，在我国法学界研究保护儿童的欧洲标准，有着多方面的意义。首先，通过对保护儿童的欧洲标准的了解，有利于促进我国的儿童保护工作。现代科学已经令人信服地证明，在儿童时期受到身体、精神或者情感方面的伤害，对一个人的成长有可能产生严重的障碍。这个结论至少在最近发生的两起震惊全国的案件中都得到了印证。在2011年的药家鑫故意杀人案中，刑事调查与社会舆论都发现杀人犯药家鑫具有病态人格，并且这种病态人格与他少年时期因练不好琴遭家长打骂关押等家庭暴力有关。<sup>[2]</sup>在2012年的周克华抢劫杀人案中，新闻媒体也发现抢劫杀人犯周克华“非常内向的性格”与其父母有关，并且，他最终走上犯罪道路也与他少年时没有接受完基本教育有关<sup>4</sup>。促进儿童保护事业，不仅是保护儿童这个最幼弱的社会群体应有的权利，而且是保护我们这个社会的最基础性措施。其次，从研究保护儿童的欧洲标准本身来说，最直接的当然是支持我国的立法活动。我国反家庭暴力的法律制定工作，已经列入了2012年全国人民代表大会的立法规划<sup>5</sup>，<sup>[3]</sup>因此，本文对保护儿童的欧洲标准进行研究，所取得的成果当然能够起到直接支持我国反家庭暴力立法的作用。在本文所描述的保护儿童的欧洲标准范围之中，关于侵害儿童的行为形态、关于侵害儿童的法律尤其是刑事责任、关于国家、社会、父母、教师等各个方面对儿童保护应当承担的责任，都能够对我国的反家庭暴力法的起草工作起到直接的支持作用。

然而，我国对保护儿童的欧洲标准的研究，不仅仅是这么功利性的。本文从法学本身的角度对保护儿童的欧洲标准进行考察，还可以至少指出以下几点可能对我国法治建设具有更长远意义。

第一，从保护人权的理想出发来设定儿童保护的标准，以保护儿童标准的设定来保障人权理想的实现。儿童权利是一种特殊的人权。这个思想在经历了很长时间的实践与认识之后，最终由联合国在1990年9月2日生效的《儿童权利公约》中清晰地确定下来。欧洲理事会正是在一系列国际公约的基础上，运用政治、外交以及法律的手段，在成员国领导层中达成共识，形成保护儿童的基本政策，发展出“建设为了儿童的欧洲”的战略与原则，从而得以更加清晰与稳妥地制定保护儿童的各种具体法律标准。可以说，欧洲保护儿童的法律标准，就是在实现欧洲社会公认的人类所有成员，哪怕他是多么的幼小，都享有固有的尊严、平等与权利的理想性认识。法律标准的设定保证了欧洲国家在对共同理想的追求中，有可能承担其共同的责任而迈出共同的步伐。法律作为实现理想的手段，理想成为制定法律的动力。欧洲理事会制定的法律标准不具有直接的法律拘束力，却能够成为衡量成员国颁布的相关法律以及采取的措施是否符合相关理想的标准。通过保护儿童的欧洲标准，人们可以比较容易地看清欧洲理事会的这套法律制度是如何以理想为导向，以标准为指引，既不越俎代庖管理具体案件而陷入具体事务，又高瞻远瞩引领欧洲

发展并把握前进方向。一方面运用政治手段以实现国家意志的认同与统一，另一方面又使用法律标准以调动各国制度推动社会进步，这种理想与现实的结合，政治与法律的分工，对于我国法治建设的深入发展是有启发意义的。

第二，以社会面临的严重问题为参照，逐步明确与完善保护儿童的法律标准。只要稍微仔细一点观察就可以看出，欧洲保护儿童的法律标准是在二三十年的期间中形成的。大致说来，在欧洲理事会的视野中，最先加以考虑的是对儿童人身安全的保护，然后，再逐步扩大到儿童的教育，国家、社会以及家长与教师的责任等更广阔的领域之中。大约在 2005 年之前，欧洲理事会对儿童的保护还明显缺乏体系性。然而，在面临当时比较严重的侵害儿童的各种形式时，欧洲理事会在制定各种法律标准时，也并不是完全被动地做出反应的。通过对完整妥善保护儿童权利的考虑，有关法律标准也开始呈现出主动保护的趋势。例如，有关照顾儿童的人员必须承担报告暴力侵害儿童事件的义务，另外，专门的少年司法制度也建立起来了。儿童，无论是作为被害人、证人还是行为人，在司法制度中都应当受到特殊的保护，这一观念开始深入人心，而且成为普遍适用的法律制度。当然，在欧洲理事会对儿童保护问题的重要性有了共识之后，不仅原有的保护标准有所提高，而且儿童保护的体系性也得到了进一步完善。现在，在保护儿童的欧洲标准中，例如，对儿童的身心保护，已经完整地包括了人身不受侵害、特别包括性的不受侵害、精神与情感不受侵害，以及身心健康不受漠视等内容。欧洲对儿童的保护标准、已经从个别走向完整、从家庭走向社会、从个人走向国家、从比较抽象的政治要求走向相当具体的法律标准。今天，欧洲在保护儿童方面的标准，甚至已经开始对全世界发挥着重要的影响作用了。欧洲保护儿童法律标准的发展历程，对我国的法治建设是具有明显的借鉴意义的。

第三，保护儿童是全社会的责任，然而，国家对保护儿童负有首要的责任。国家的这一责任，首先表现在国家对侵害儿童的各种暴力负有特殊的专属性的遏制义务。在这个范围内，欧洲理事会已经明确提出了禁止任何形式（无论多么轻微的）、任何时候以及在任何情况下针对儿童的暴力的标准，并且为各种侵害儿童行为所应承担的法律责任提供了必要的指引。其次，国家对家庭、社会承担的培养儿童责任也应当承担起支持的义务，包括建设儿童友好型的社区，帮助儿童在必须与其父母分离时也能保持不断的接触，为儿童的充分发展与融入社会提供必要的帮助。再次，国家应当建设有利于全面保护儿童的制度、机构与社会氛围，不断提高儿童友好型的文明程度。当然，国家不可能承担保护儿童的唯一责任。国家在保护儿童方面的各种努力，都需要得到社会各界，包括儿童家长的积极支持。最后，国家应当积极支持与儿童保护有关的科学研究，为不断改善儿童保护工作提供科学的学术支持。国家明确承担保护儿童的首要责任，社会各界特别是家长与教师直接承担保护儿童的工作，形成分工有序、责任明确的体系，这对我国的法治与社会保障体系建设是具有启发意义的。

第四，不断提高儿童保护的水平，不断充实保护儿童的法律标准，是不断提高法治水平的重要途径。在整体法治建设中，儿童保护仅仅是其中的一个部分。然而，窥一斑而见全豹，儿童保护水平的提高以及保护儿童法律标准的充实，能够反映为整体欧洲人权保护水平以及欧洲法治水平的提高。“法治是政治文明发展到一定历史阶段的标志，凝结着人类智慧，为各国人民所向往和追求。”<sup>6</sup> 法治理想的实现，只能通过眼前具体工作的完成，才有可能达到未来长远的目标。法治理想落实为法律标准，需要强大的法学研究的支持。儿童的健康与发展，关系到社会未来的健康与发展。欧洲理事会作为主导法治发展方向的官方机构，总结欧洲强大的法学研究成果，依靠法学研究的深入开展，经过比较长期的努力，终于在进入 21 世纪之后，能够如此大规模地细致地作出对儿童保护的規定，尤其是如此细致地禁止侵害儿童的暴力，是实践总结与理论发展的结果。欧洲理事会通过不断对成员国保护儿童的法律与政策提出详细的建议、指南与标准，不仅逐步把欧洲儿童保护的法律标准提高到世界模范的水平，而且把法治的范围从司法领域扩展到了全社会。这个成功的经验是特别值得我国认真思考的。

他山之石可以攻玉。我国作为法治发展中国家，在保护儿童方面也作出了举世瞩目的成就。然而，笔者认为，在我国进一步提高儿童保护的法律水平时，学习欧洲的标准与经验，对于我们认清问题关键，把握发展方向，丰富选择手段，增强法治实力，都是一条比较方便、可靠而快捷的道路。

#### 脚注

1. 在保护儿童的法律标准方面，参见：Council of Europe Policy guidelines on integrated national strategies for the protection of children from violence，这份指南已经由欧洲理事会部长委员会以 Recommendation CM/Rec (2009)10 的文件名称，在 2009 年 11 月 18 日通过，参见网址：<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1539717&Site=CM>。

2. 参见欧洲理事会部长委员会 CM(2005)80 final 17 May 2005 通过的“行动计划”，第三部分“建设一个更人道更包容的欧洲”中的第 2 个问题“建设为了儿童的欧洲”。参见网址：[http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517\\_plan\\_action\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_en.asp)。

3. 参见：Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice，网址：<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1539717&Site=CM>。

4. 新闻媒体指出，周克华仅仅上了小学一年级后就辍学了。参见网址：[http://www.cq.xinhuanet.com/2012-08/14/c\\_112720179.htm](http://www.cq.xinhuanet.com/2012-08/14/c_112720179.htm)。

5. 除了新闻媒体的报道之外, 参见夏吟兰的主持语:《制定家庭暴力防治法, 促进社会和谐》, 载《妇女研究论丛》(中国妇女研究会会刊), 2012年第3期, 第28页。

6. 国务院新闻办公室:《中国的法治建设》, 2008年2月。

#### 参考文献

[1]王世洲. 欧洲共同体法律的制定与执行[M]. 北京: 法律出版社, 2000.

[2]王世洲. 反对家庭暴力, 建设和谐社会[J]. 妇女研究论丛(中国妇女研究会会刊). 2012, (3): 28-30.

[3]夏吟兰. 制定家庭暴力防治法, 促进社会和谐[J]. 妇女研究论丛(中国妇女研究会会刊). 2012, (3):

28.

### 发挥家事审判作用 坚守家庭温暖港湾

2016-06-03 人民法院报 广西大学法学院教授 黄莹

随着经济社会的快速发展, 传统婚姻家庭观念不断改变, 家事审判所调整的家庭伦理关系, 不断显现新情况、新问题, 案件类型多样化, 矛盾化解难度加大。针对这些情况, 最高人民法院对家事审判进行了重新定位、重新部署, 将婚姻家庭、继承纠纷合并为一类案件, 与合同案件、权属侵权案件构成民事案件的三大门类, 并在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作, 开展家事审判方式和工作机制改革, 积极回应人民群众司法需求。

家事案件, 一般指涉家庭内部成员之间矛盾纠纷的案件, 如离婚、赡养、抚养、继承、析产等案件。广西壮族自治区高级人民法院的一份调研显示, 2012年至2014年, 广西法院累计受理一审家事案件123475件, 呈现逐年增长的趋势, 平均增幅10%, 占民事案件总数的23%左右。同时, 虽然一审案件以调解、撤诉结案居多, 调撤率却出现直线下滑, 分别为75.59%、66.79%、61.44%。面对逐步加大的审判压力, 广西法院能否做出有效应对, 社会各界翘首以盼。

令人欣慰的是, 南宁市良庆区人民法院开了一个好头。作为广西家事审判改革试点之一的法院, 2014年以来, 该院以“大胆探索、先行先试”为工作原则, 以法律、情感双干预机制为工作主线, 不断探索家事审判和矛盾化解的新路子, 把家事审判工作开展得有声有色, 交出了一份调撤率达78%的漂亮答卷, 堪称家事审判的“良庆经验”“良庆版本”。

良庆区法院取得成功并非偶然。从一开始, 法院就精于锤炼优秀队伍, 以家事法庭为依托, 组建一支高素质、高标准的家事审判团队, 在转变司法理念、提升司法能力、增强综合素质上下功夫, 以适应家事审判的需要。为了发挥社会资源的优势, 法院还与妇联、民政、司法等部门形成长效联动机制, 将心理咨询师、婚姻家庭咨询师、青年律师志愿者、人民调解员、人民陪审员等优势力量融入到家事审判中, 共同把家事纠纷化解在萌芽中、在诉讼外。他们还专于完善配套设施, 建立家事审判中心、反家暴庇护中心、探视中心等, 为家事审判创造了坚实的物质基础。这些措施的精心谋划和有力实施, 都成就了良庆区法院如今的成绩, 笔者认为都有其可借鉴、可复制、可推广的地方。

家事审判刚刚起步, 依然任重道远。个人有以下几点建议:

一是加强立法和司法解释工作。要围绕家事审判实践中的热点难点问题, 全国统一裁判思路, 像争议财产较多、矛盾较深、当事人情绪激烈的家事案件, 应适当放宽审限的限制, 而且冷静期间不计入案件审限, 对于原告要求离婚而被告坚决不同意的离婚案件, 经当事人同意可以设置一定的冷静期, 防止冲动离婚。根据人的心理发展, 婚姻从“危险婚姻”走到“死亡婚姻”需要一个过程, 在这期间有些夫妇心理可能会发生改变而不离婚, 有些可能通过外力的介入心回意转, 如果过早的判决离婚, 会引发许多相关的问题。

二是正确把握家事审判的时代性和特殊性, 坚持问题导向, 探索符合家事审判特点的工作机制和诉讼程序。要积极试行家事案件调解前置制度, 加大诉前的调解力度, 发挥人民陪审员和调解员的作用, 在立案登记前, 除身份关系认定类案件外, 对一些能够调解的家事案件要进行委派调解、委托调解, 根据案件具体情况, 耐心细致地做好各阶段诉讼调解工作, 尽力消除当事人之间的对立情绪, 把矛盾化解在诉前。要平衡好司法刚性和司法柔性在家事审判的运用, 实行情理法相结合, 最大化体现人文关怀和司法温暖。

三是建立化解家事纠纷的社会共同体, 完善家事审判多元化纠纷解决机制。要将司法、行政、社会力量纳入家事审判之中, 实现强强联合, 资源共享, 积极构建司法、行政和社会力量相结合的新型家事纠纷综合协调解决模式, 不断加强与民政、妇联、教育、共青团、社区等有关部门的沟通联系, 建立统一的社会工作网络和信息平台。推动建立家事调解委员会, 聘请特邀家事调解员, 设立心理咨询师, 积极动员社会各方面力量参与家事纠纷化解, 不断拓宽处理家事纠纷的途径。

四是转变家事审判理念, 确保人力、物力、财力保障, 加强配套设施建设, 真正体现家事审判的专业化。在全面推进改革试点工作过程中, 要创新家事审判工作机制, 提升家事审判能力和水平, 逐步建立起家事审判的操作规则, 提升专业化水平和审判质效。要围绕家事审判特点和需求, 加大经费保障力度, 加强相关硬件设施配置, 提升业务装备配备水平, 推动家事审判信息化建设。可以建设家事调解室、心理咨询室、单面镜调查室等处理家

事纠纷的专门场所，调整审判场所布置，让当事人更多地感受到家事审判特有的司法柔性，使家事审判职能作用得到更加充分的发挥。

“天下之本在国，国之本在家，家之本在身。”这是孟子在《离娄上》的箴言。家是妈妈的味道，爸爸的臂膀，游子的心结。笔者希望在经济发展的同时，及时夯实家庭基石，坚守家的港湾，人民法院保障未成年人、妇女、老年人合法权益，对维护婚姻家庭和谐稳定，弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，为社会文明进步提供有力司法保障。

## 人大复印报刊资料《民商法学》2016年第5期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2016-06-04 家事法苑 人大复印资料



### 人大复印报刊资料《民商法学》2016年第5期资料索引（婚姻家庭法、继承法部分）

来源：中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第5期。

本文系中国人民大学复印报刊资料2016年《民商法学》期刊第5期婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录，如欲查找引用，请务必核对原刊。

#### 婚姻家庭法

- 法学视角下的婚姻风险的防范//李俊//人民司法(京), 2016. 1. 84~87  
论网络婚姻诈骗中女性性自主权的法律保护/袁翠清//青年学报(沪), 2016. 1. 67~71  
生命法学视野下的代孕法律行为研究/高艳莉//医学与法学(泸州), 2016. 1. 34~38  
美国同性婚姻合法化裁决的启示/张宇//黑龙江省政法管理干部学院学报(哈尔滨), 2016. 1. 4~6  
论我国禁婚亲法律制度的完善/刘惠芹//黑龙江省政法管理干部学院学报(哈尔滨), 2016. 1. 60~62  
代孕合同合法化研究/王东艳//成都理工大学学报:社会科学版, 2016. 2. 9~14  
变性人的性别变更权及其婚姻家庭法律问题研究/翁里, 万晓//宁夏大学学报:人文社会科学版(银川), 2016. 1. 101~107, 118  
彩礼返还制度的司法完善/魏在军, 李盼盼//牡丹江大学学报, 2016. 1. 7~9  
夫妻共同债务的认定规则/邢景明, 李富建//人民司法(京), 2016. 1. 31~35  
我国夫妻财产制立法的价值取向与独立法律制度的构建/雷春红//北方法学(哈尔滨), 2016. 1. 43~54  
论基于夫妻财产制契约发生的不动产物权变动:非基于法律行为的物权变动解释路径/刘耀东//时代法学(长沙), 2016. 1. 41~51  
从意大利离婚法的修改看我国分居制度的构建/罗冠男//法学杂志(京), 2016. 1. 102~110  
比较法视野下的“父母责任”/夏吟兰//北方法学(哈尔滨), 2016. 1. 25~34  
我国监护人责任规范的反思与再解读/孙玉红//法律科学(西北政法大学学报)(西安), 2016. 1. 104~111  
论我国涉外收养的法律适用/邹晴//哈尔滨学院学报, 2016. 1. 55~58

#### 继承法

- 公序良俗原则在婚外第三人遗赠中的适用/云晋升//六盘水师范学院学报, 2015. 6. 41~45  
网络遗嘱服务的法律困境及对策研究/邹晓玫//黑龙江省政法管理干部学院学报(哈尔滨), 2016. 1. 49~52

### 那些让人寒心的跨国抚养权纠纷

2016-04-08 环球时报 作者: Chen Ximeng 翻译: 同聚保 Mary Miao

同聚保中国人一旦卷入跨国离婚案件，想要争取到孩子的抚养权，那比正常人会难一点因为涉及到了法律和文化的差异。图片：IC 尽管事情已经过去十五年了，但是 Susan Blumberg-Kason 仍然特别深刻得记得那些让她辗转难眠的夜晚。当时她的前夫 Cai Jun 第一次威胁她说要把他们年幼的儿子 Jack 带回中国。Blumberg-Kason 是美国人，她第一次遇见 cai 是在香港念研究生的时候，cai 和她同一个学校。Cai 追求她不久两人便在 cai 的老家湖北省闪电般地结婚了。几年后，他们一起搬到了加利福尼亚定居。从那个时候开始，他们的婚姻就开始出现裂缝了。除了文化冲突，cai 还有暴力倾向。当他们第一个也是唯一的儿子出生后，cai 就吵着要把儿子送回去和他父母一

起住, Blumberg-Kason 害怕她会永远失去 Jack, 于是她开始进行离婚诉讼, 最后她成功从这段婚姻逃出来了, 并且赢得了儿子的抚养权。现在 Blumberg-Kason 是一名作家, 她在 2014 年的回忆录好的中国妻子中记述了那段难熬的岁月: 和中国人相爱的往事。她说, 自从那个时候开始, 她收到的最多的回复都是来自于那些想在跨国离婚案里争夺抚养权的人。抚养权纠纷本就是一件让人不愉快的事了, 然而牵扯到中国人的国际离婚案件显得更加棘手。海牙公约规定当孩子被父母一方强行带去另一个国家的时候, 另一方有权要求带回, 如果这一方不同意, 海牙公约会帮助另一方执行, 因为中国没有签署海牙公约, 所以在中国当孩子被带走时, 这方面的法律援助几乎没有。这个情况不是你想象的那么少见, 根据 2015 年 8 月由 iRead Weekly 统计的 2014 年数据统计报告显示, 中国有 47000 段跨国婚姻, 但同时离婚率也在不断攀升。Blumberg-Kason 说, 海牙公约可以保护被动的那一方, 当孩子被不正当带走的时候, 可以通过海牙公约要求带回孩子。然而因为中国没有签署海牙公约, 所以如果孩子被带到中国, 外国父母没有权利让他们的另一半归还孩子。由于中国没有签署国际拐卖儿童民事方面公约, 这意味着在中外婚姻里, 如果一方带走他们的孩子, 另一方几乎没有法律援助。如果没有海牙公约就没有保护海牙公约于 1980 年签署, 1983 年正式投入实施, 在此之前, 父母式的绑架是一个很难定义的概念。当局有两种不同的说法, 一种是具有法律效力的绑架, 一种是妨碍监护权。这个公约除了给这个现象取了一个名字—国际儿童拐卖, 同时还起草了构成监护权妨碍判断准则, 还规定了孩子可以通过哪些机制回家, 这里的家指孩子的常居地所在的国家。拐卖被定义为当父母中的一方在没有单独监护权的情况下私自把孩子带去另一个国家并且拒绝另一方探望或者带回。时至今日, 已经有 94 个国家加入了这个公约。

当然, 有一个摩擦就是涉及的国家都必须是该公约的签字国, 这样公约才能生效。该公约取决于每个签字国中央的建立, 中央和另一个国家中央联系的同时还和国内的法庭联系以此来帮助被拐卖的孩子回到他的母国。如果没有这个公约, 被拐卖孩子的一方是得不到解决方案的。Jeremy D. Morley 是美国纽约的家庭律师, 也是海牙儿童诱拐公约的创始人, 他说: 因为中国没有加入这个公约, 所以常常出现跨国诱拐孩子的案件, 对于家庭律师而言, 法律也没有明确规定这方面的事情。

Morley 说: “父母中的一方带走孩子并且剥夺孩子和另一方在一起的权利, 就这方面而言, 存在法律上的真空地带。如果中外夫妻里的中方把孩子带去中国, 那外方会受到伤害, 同样地, 如果一对中国夫妇中地一方把孩子从中国带到了国外, 国外的法庭由于海牙公约是不能要求让孩子回中国的, 那另一方也会受到伤害。”处于这种情况下的父母唯一能得到的援助只能来自于国内法庭。北京的家庭律师 Li Peixuan 已经接触跨国离婚案件 15 年了, 其中很多案件都涉及到孩子抚养权, Li 回想起一次案件, 当事人是中国女人 Zhang Ya 和她的英国前夫 Matthew 还有儿子 Rick (都是化名)

2009 年离婚后, zhang 移居到马来西亚工作两年而 Matthew 还呆在北京, 他们俩达成协议让孩子 Rick 第一年和妈妈呆在马来西亚, 第二年回到北京和 Matthew 生活。第一年时间一到, 结果 Zhang 不让 Rick 回北京了, Matthew 决定提起诉讼控告她的国际儿童拐卖行为。

李律师作为 zhang 的代表律师, 他说, 由于中国不是海牙公约的签字国, Matthew 在要孩子的这条道路上会遇到很多挑战。“这是一件会拖延很多年的案子, 甚至直到 Rick 长大成人。”

最后, Matthew 和 Zhang 通过新一轮的和解, 避免了诉讼。最终他们达成一致, Rick 继续留在马来西亚, 但是 Matthew 可以探望他并且假期的时候带他回北京。

据李律师说, 另外一个复杂的就是, 在中国监护权的定义和别人的国家不一样。在中国, 没有共同抚养权这一说。当一方得到孩子抚养权后, 不仅意味着孩子以后和这一方生活在一起, 还意味着这一方有权利做关乎孩子的所有重要决定。相反, 在西方国家, 即使一方有监护权, 但是这一方仍需要在做关于孩子重大决定之前和另一方商量。协商的不同方式文化差异不仅可能会影响到婚姻的成败, 还可能影响到抚养权官司的结果。

Li 觉得文化差异是 Zhang 和 Matthew 关系白热化的主要原因。Zhang 想通过协商的方式来解决, 而 Matthew 马上就采取了法律手段, 不仅聘请了三名律师还通知了英国大使馆。

Li 说: “中国人和英国人之间的这种文化差异正是他们纠纷的最主要原因之一。” “在中国, 传统意义上来说大家都喜欢在诉诸法庭之前先采用协商的手段, 而英国人却坚持约定的重要性。”

Blumberg-Kason 也同意大多跨国离婚案里的纠纷都是由于文化差异引起的。这也是她婚姻里冲突的来源。Cai 想要把儿子送回家乡和他的父母生活, 这是 Blumberg-Kason 所不能忍受的。她说: “美国人没有这个习俗。美国人会和自己的孩子住在一起不会把孩子送到自己父母那去。我觉得如果真的把孩子送走了, 我会十分想念他。”我们将何去何从? Yang Xiaolin 是一名专攻家庭法的律师, 同时还是北京 Yuecheng 律师事务所的合伙人。他说, 中国还未加入公约最大的原因之一就是需要实施的法律术语在中国的法律里还没有明确的定义。

“在我们的司法体系里, 还没有明确的法律规定共同抚养权。” yang 说, “我们更多的是注重一方的抚养权, 所以和共同抚养权是冲突的。如果我们签署了这份公约, 和我们现有的法律是冲突的。所以我首先需要建立一个关于共同抚养权的体系和规章制度。”他说他希望最后中国可以签署这份公约, 但是最近外交部的官员透露说签署公约没有那么快。

那么那些中外离婚夫妻该何去何从呢？Li 建议双方都开始学习两个国家的法律，至于适用于哪个国家的法律则取决于孩子的国籍。

“如果你的孩子是中国国籍，你应该去中国法庭诉讼，但是如果他或她是外国国籍，那你应该去那个国家的法庭诉讼，每个国家的法律是非常不一样的。”

Li 补充道外国人不用担心在中国法庭会有任何偏见，法庭唯一的偏见就是比较保护妇女。如果孩子特别年幼，通常妇女会得到抚养权。

她说，更多应该有所准备的是执行判决后会遇到的困难。

举一个例子，疯狂英语的创始人李阳和他的前妻 Kim Lee 的离婚案曾一度闹得沸沸扬扬。伴随着虐待的指控，在经历高调的离婚后，Lee 得到了三个女儿的抚养权，与此同时，李阳还要每年支付给每个孩子 100000 元的抚养费，直到他们成年。但是根据 2014 年的北京新闻报道，2013 年李阳支付完第一笔 150000 元后，他就停止了支付。

同样地，Blumberg-Kason 说加利福尼亚的一个法学教授曾经告诉过她即使有些国家签订了海牙公约，但也不一定会遵守。有些案子解决可能要花个 10 到 15 年，到那个时候孩子已经长大成人了。“相互尊重对方的差异并且以协商的方式才是最好的解决途径。”

她说她还知道有些离婚的跨国夫妻，一方住在中国，孩子上学的时候随另一方住在外国，放暑假的时候回中国。

Blumberg-Kason 说：“这些事情能达成，是因为离婚的夫妻彼此尊重，仍然维持一个良好的关系并且把孩子放在首位。如果人们都能这样，那么事情都会顺利解决的。”

### 强制交还国际诱拐儿童的司法裁量

以海牙公约第 12 条第 2 款为分析对象

2015/1/20 《政法论坛》2014 年第 3 期杜焕芳

【中文摘要】海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》旨在体现强制交还儿童的原则，但同时又规定了强制交还儿童的例外，以便扩大公约的适用范围。公约第 12 条第 2 款中“儿童是否转居于新的环境”，是判决是否返还儿童的关键因素，构成强制交还儿童义务的例外。对此需要从物理因素和心理因素两个要素来判定，但转居是否良好不是合适的判定标准。如果确定存在公约第 12 条第 2 款的例外情形，原则上依据公约交还儿童不存在剩余裁量，除非出于儿童个体的最大利益。对此需要考虑国际条约解释的一致性原则，尊重联合国儿童权利公约和海牙儿童保护公约的义务。

【中文关键字】海牙公约；强制交还；转居例外；司法裁量；统一解释

【全文】

#### 一、海牙公约第 12 条第 2 款与问题的提出

在国际私法语境下，“诱拐”(abduction) 儿童已经成为父母、监护人或其他近亲属单方迁移或滞留儿童的同义词<sup>{1}</sup> (P. 1)。公众舆论称之为“诱拐儿童”，表达了对这种现象的强烈忧虑<sup>{2}</sup> (P. 145)。随着国际民事交往的频繁发展、跨国婚姻及离异事件的不断增多以及出入境手续的日益简化，经常出现这种情形。如果儿童脱离监护人的照料，或者未经监护人的同意，而被迁移出境(国界)，那就构成国际诱拐儿童。特别是在婚姻家庭破裂后，未获监护权的一方父母未经另一方的同意，将儿童移居于、或乘儿童探访之机将其滞留于儿童惯常居所所在地以外的国家，侵犯了另一方父母对儿童的监护权，<sup>[1]</sup> 打断了儿童与其原有生活环境的联系，不利于儿童身心的健康发展，为此，国际社会迫切要求抑制这类行为。<sup>{3}</sup> (P. 415-418)

在这方面，海牙国际私法会议于 1980 年 10 月制订通过的《国际诱拐儿童民事方面的公约》(简称“海牙公约”或“公约”) 是最为成功的公约，<sup>[2]</sup> 它不介入监护权的实体问题，仅涉及诱拐行为合法性的判断，抑制作为“诱拐者”的父母通过单方“诱拐”改变儿童的惯常生活环境，改变既存的监护关系，并试图在其所选择的法域将这种“诱拐”产生的事实状态合法化。公约所采用的司法与行政合作机制<sup>[3]</sup> 有利于被诱拐儿童的迅速交还，从而恢复儿童原有的生活状态，并保障监护权和探视权的有效行使。该公约的这种制度设计旨在体现强制交还儿童的原则，但同时又规定了交还儿童义务的例外情形，例如基于申请人本身的原因<sup>[4]</sup>，基于对儿童利益考虑的“重大危险”(grave risk) 例外<sup>[5]</sup>，“儿童反对交还”例外<sup>[6]</sup>，基于“安全阀”条款的排斥<sup>[7]</sup> 等等。

特别是，第 12 条构成了公约的实质部分，主要规定了儿童所在国的司法或行政机关有义务裁定交还儿童的情形。按照公约的规定，儿童的强制交还取决于被请求国主管机关作出的裁决。因此，第 12 条为这些主管机关设定了交还儿童的义务。该条第 1 款规定，“某一儿童已被认为被非法转移或滞留，并且如果在该儿童所在国的司法或行政机关启动有关程序之日起，非法转移或滞留的期间未满 1 年，司法或行政机关应快速作出交还该儿童的裁定”。同条第 2 款规定，“即使交还程序是在前款所规定的非法转移或滞留期间已满 1 年后开始，司法或行政机关也应裁定交还该儿童，除非该儿童被证明现已转居于新的环境”。为此，该条突出两种情形：一是儿童被非法转移或滞留 1 年内，主管机关有义务启动程序，二是在儿童被非法转移或滞留 1 年后提出申请的场合，这项义务的条件要求。

因此，公约原则上仅适用于儿童被诱拐 1 年内的情形，而在第二种情形下，1 年期限的硬性规定旨在以明确的时间标准来判断儿童是否已转居于新的环境，但公约也认识到这一标准的任意性，故以“儿童是否转居 (be settled

/settlement) 于新的环境”这一实质标准予以补救。[8]这种方法显然扩大了公约要求交还儿童义务的适用范围,体现了强制交还儿童的倾向,同时也反映了公约的整体认知目标与儿童个体权利的日益重要性之间的张力,即在儿童被诱拐1年后且其已转居于新的环境时,国内主管机关可以不接受当事人提出的交还申请并解除此项义务。{4} (P. 17)这是因为,若儿童因时间之经过,已适应新环境,强迫交还的结果,势必对于儿童造成新的生活、心理冲击,因此第12条第2款的规定有维护儿童安全环境的需求。{5} (P. 463-464)应当指出的是,这一实质标准赋予了主管机关较大的自由裁量权。

尽管海牙国际私法会议在制订和管理公约方面发挥了重要作用,但其并无相应的国际争议解决机构,无法对公约的解释和适用行使司法管辖权,解决公约的统一解释和适用。{6} (P. 93)在没有超国家法院或无国际组织为争议解决机构的情况下,就会存在公约解释的多样性风险。因此,如何对于这些抗辩情由进行认定和适用,公约的抽象规定很大程度上取决于各国的司法实践。尤其是对第12条第2款例外中的“转居于新的环境”一词,如何解决存在的司法分歧,以及一旦该例外不成立,是否存在根据交还儿童的剩余裁量对于该条款例外的不同解释和适用问题。本文侧重采用实证比较的方法,以公约第12条第2款为分析对象,探讨儿童是否转居的司法判定要件,可能的剩余裁量和统一解释的其他考量,从解释论的角度澄清这方面的不同认识,以推动公约在当事国的统一解释和适用。

## 二、海牙公约第12条第2款的司法判定

公约第12条第2款的例外需要满足两个条件:一是交还申请在儿童被诱拐1年以后提出,二是被诱拐儿童必须已转居于其新环境。第一个条件属于时间的技术性评估,本文不予讨论。第二个条件因不同的解释而存在许多问题,也是需要着重讨论的内容。对于这个问题,最理想也是最有效的方法,就是逐一跟踪和考察各国有关“儿童转居于新环境”的司法实践,然后归纳出有关解释的一般方法。{7} (P. 19)但是,由于这个问题的争议性很大,考察所有管辖法院的司法裁决,不仅不明智也不现实,以下通过英国、美国、加拿大和澳大利亚等部分管辖法院的做法,来分析第12条第2款的判定要素和解释方法。

### (一) 物理要素和心理要素

加拿大最早提出评估“转居”问题的是最高法院在 Thomson 案[9]中的讨论。在该案中,儿童已经被从苏格兰迁移到曼尼托巴,母亲享有临时监护权,但受到不得迁移儿童命令的限制。儿童和其母亲与儿童的祖父母住在一起,儿童处于学前年龄。法官 Forest 认为,按照公约的规则,儿童在被诱拐1年内必须即刻被交还。即使被诱拐事实已超过1年,也必须交还儿童,除非按公约的规定,实际情况表明该被诱拐儿童目前已转居于其新的环境。因此,这种方法表明,如果能够证明儿童的转居问题,法院可以不命令交还儿童,但法院并未进一步讨论如何判定儿童是否转居。

在 Re Koc 案[10]中,提出了认定是否适用“转居”例外的方法,法院应当考察与儿童生活环境有联系的任何相关因素。这些因素包括“儿童的年龄,儿童居住在新环境的稳定性,儿童是否持续上学或受日常照管,儿童是否定期去教堂,母亲就业工作或生活来源的稳定性,儿童在当地是否有朋友和亲戚,以及儿童在何种程度上与其惯常居所地国家保持任何联系”。这些重要的联系因素必须有实质证据表明,如果父母一方及其子女的移民身份不确定,这项因素意味着儿童并未转居。法院同样认为,作为诱拐者的父母一方的职业缺乏稳定性,这也是确定儿童并未转居的一项因素。[11]

在 Zarate 案[12]中,美国地方法院判定上学和结交朋友超过1年是8岁儿童正常成长的表现,并不构成转居。该案被告证明,儿童自1995年7月到罗克福德市以来,一直居住在同一公寓,并在当地上学,在学校有自己的朋友,还参加了保龄球等课外活动。此外,被告的父母和兄弟也居住在该地。法官 Reinhard 认为,即使公约第12条第2款适用于该案,被告并没有充分证据证明儿童已转居于其新的环境。这些事实充其量仅表明儿童适应其新的环境,再说儿童到罗克福德也只有1年多一点时间。上学和交友对于大多数8岁的儿童来说,是儿童在该年龄段的正常发展。没有判例对“转居”的含义作出定义,公约或法律也未对此界定,也没有额外证据证明儿童现在的环境是“不能改变”的,因此被告败诉。

英格兰法院审理的 Re N 案[13]是该领域具有重要意义的判例,为多数英联邦法院的论证提供了基础。[14]法官 Bracewell 认为,评估并判定“儿童是否已转居到其新环境状态”有两个要素:一是物理因素,与某一社区和环境建立了联系;二是心理因素,获得某种安全和稳定感。“新环境”中的“新”应当包括地点、家庭、学校、居民、朋友、活动和机会,而不是已有的与其父母的紧密关系。因此,转居于新环境是一种长期状态。Re C 案[15]则强化了 Re N 案的方法,“转居”一词有两个要件:第一,不仅是对新环境的适应,而且涉及有关社区环境的物理因素的确立;第二,表示安全和稳定性的心理要素,这种状态从将来的角度来看必须具有稳定性。法官 Thorpe 在 Cannon 案[16]指出,仅关注儿童转居的物理状态是不够的,还需要同等考察心理因素。考虑到儿童被隐匿的情况,证明心理因素作为转居的必要因素的负担也随之增加。法官不应适用僵硬的规则,而应批判性地看待任何基于隐匿和欺骗而声称的转居,尤其是在诱拐方父母逃避刑事司法的场合下。[17]因此,这种方法不是简单地无视隐匿的期限,而是将该期限从整个被诱拐或滞留期内扣除,以便计算出被诱拐或滞留是否超过1年。

## （二）约文解释和目的解释

约文解释又称约文主义，是最基本的、被普遍接受的一种条约解释方法。约文代表了缔约国的共同期望，因而是条约解释的合理基础，法院有义务按照缔约时缔约国宣称的方式和内容对条约进行解释。在萨克斯诉法航公司案[18]中，美国联邦最高法院认为条约解释者必须首先看“约文及其用语的上下文”。目的解释不关注特定条款的含义，而是在更广的范围内将条约作为一个整体探寻其目的和宗旨，对特定条款的解释必须与条约的目的和宗旨相吻合。{8} (P. 234)

在Thorpe案[19]中，澳大利亚法官Lindenmeyer对于“新环境”一词未采用其他任何解释，而是使用其通常含义。也就是说，新环境对于儿童而言意味着与其之前所处的环境不同。按照他的观点，没有必要为两种环境的相关性质确定一些基本的差异标准，而只需此类案件中的这两种环境存在明显差异。转居是一个程度问题，仅考察涉案儿童在家里如何举止或者如何融入到新的家庭环境是不够的，还需要观察儿童如何融入家庭外的社会环境，比如结交朋友、适应学习以及所有类似的环境。就该案而言，儿童已在该地生活了20个月，并自1996学年以来一直在该地就读，而且在这段时间他的学业进步很大。他在其他社会生活方面的证据也表明，其不仅融入到新的家庭环境，而且融入到他所居住的黄金海岸一带，他参加冲浪活动、足球运动，加入合唱队，以及与其学业有关的其他活动，法官Lindenmeyer因而认为大量证据有力表明，儿童已转居于澳大利亚黄金海岸作为其新的生活环境。

在M和C案[20]中，澳大利亚法院对于转居问题采用了更为文义的方法，从而实质性地改变了以往的做法。法院强调某人可以转居于某一环境，而仍然面临严峻的问题，从该环境中迁移会加剧这些问题。法院认为，英国判例建议法院应当考察未来从而确定儿童是否转居，并考虑儿童目前状态的稳定性，这并不代表澳大利亚的法律规定，因而拒绝了Re N案中的论证方法。Townsend案[21]则进一步偏离了澳大利亚对于英国法院判定第12条第2款的方法。法官Kay建议，儿童的父亲不在场使得儿童无法得以“转居”。这种方法显然是存在疑问的，如果按此做法，请求交还儿童的父母一方只需要对被请求国拒绝重新安置就可以完全阻碍第12条第2款的例外。

在判定儿童是否转居于新环境的问题上，苏格兰法院在Soucie案[22]中的处理方法具有相当影响，经常被援引。该案不仅涉及公约的要求与儿童的利益之间的平衡问题，也清楚地表明，转居于新的环境的判定已超越了法院命令交还儿童的义务。该案的儿童仅3岁，很难确切地说其已融入了当地社会，诸如学校、居民、朋友、活动和机会等，就其心理的安全和稳定而言，最大的安全和稳定感来自其母亲的出现。显然，由于母亲很难证明儿童已经实现了这种转居状态，法院将命令其交还儿童。关键在于，儿童的利益是否足够强大到超越公约的基本目标，也就是将儿童交还到适当的法域，由该适当的法域决定儿童的未来。

加拿大法官Mackinnon在Garelli案[23]中主张，第12条的适用必须认真考虑儿童被交还后的环境和公约的广泛目的，同时，决定儿童是否已“转居”，还需要考虑作为诱拐者的父母的“转居”程度。有趣的是，法官Mackinnon建议，作为诱拐者的父母的移民地位也与决定父母和儿童是否转居有关，也就是说父母是否合法居住在加拿大并获得稳定地位。根据这些事实，她得出结论，虽然儿童目前的生活是舒适的，但并没有达到公约意义上的转居状态。这种目的分析只是考虑因儿童转居于其新环境而提出应当拒绝交还儿童请求的部分要求，转居是一个程度问题，并要求认真考量和评估儿童现在的环境，并将之与公约的目的进行平衡。有关处所、家庭、学校、朋友和活动等证据支持了儿童现已转居于新的社区环境的观点，但是，这些因素并不是惟一的考量，儿童是否转居的问题还需要考察儿童目前的状况在将来的稳定性。

## （三）证据负担和其他考虑

公约没有提及如何来证明儿童是否转居这一事实，但从约文逻辑上看，应该是由诱拐者或者反对交还儿童的人来举证，同时保留国内主管机关在这方面的裁量权{9} (P. 342)。考虑到证明儿童转居于新环境的程序时间可能比启动程序的时间还要长，以及不同案情导致儿童的实际交还往往发生在被诱拐1年后，公约对此没有提及“即刻”交还，而仅仅是交还。在Astudillo案[24]中，加拿大法官Benotto认为，按照公约的规定，即使儿童被滞留已超过1年，法院也应当命令交还儿童，除非事实证据能够表明儿童已转居于其新的环境。其父亲提供的惟一可靠的证据是法律顾问提交的一份誓证，该顾问没有对监护或探视情况进行评估，而只是对儿童的生活状况做了简单的“快照”。“在我看来，只有存在充分而有利的证据，才能促使我拒绝交还儿童”。上述誓证并没有提供这些强有力的证据。儿童已有2年多没有见到其母亲，她经常向其祖母提及其母亲。她与其父亲共居一室，尽管按照原计划她应有独立的房间。“我认为儿童的父亲提供的证据还不足以推翻公约的明确指向，也没有证据表明如果交还儿童会对她带来什么伤害”。因此，尽管儿童已在安大略生活了2年4个月，法院仍然命令交还儿童。

苏格兰高等民事法院审理的P案[25]则提出了第12条第2款不涉及作为诱拐者的父母是否转居于新环境的问题。但是，在幼年儿童与诱拐父母一方共同生活的情况下，他或她无疑会与诱拐父母一方在很多方面联系在一起，而限于心理和情感方面。法院认为，儿童转居的程度依赖于父母所处的环境和意图，忽视父母所处的环境和意图是不切实际的，也是错误的。在David S案[26]中，提出了幼童不能转居于其新环境的观点。“3岁以下的儿童尚未融入学校、课外、社区、信仰或社交活动，还不能产生有意义的友谊”。在Re Robinson案[27]中，将儿童的年龄作为确定转居的考量因素。5至10岁的儿童被认为已有足够能力与其新的环境发生有意义的联系，但5岁以下

的儿童则不能。法官 Miller 认为，以下一些有意义的、必要的且无可争议的事实因素，可以证明儿童已转居于其新的环境：在启动申请程序之前儿童已在同一地点生活超过 22 个月（其中有 5 个月与被告的父亲在一起），被告的父亲和兄弟证明儿童已积极参与到被告延伸的家庭生活中，儿童的学习状态很好，积极参加诸如曲棍球、足球等课外活动，还经常在校内外结交朋友。总之，儿童已非常适应其新的学习和生活环境。

在 Cabrera 案[28]中，则提出了儿童是否转居良好（well-settled）的问题。一位母亲带着孩子来到美国，据称是度假，然后她将孩子滞留在美国。在接下来的 2 年半时间里，儿童被转学 1 次，居所搬迁 5 次，显然因为儿童的母亲企图阻止儿童的父亲查找到儿童。尽管很多因素都表明儿童已转居，儿童很快乐，英语流利，保持优异成绩，但是，法院认为儿童并未转居，因为她缺乏在美国的稳定环境。法院非常看重这位母亲和儿童的不确定移民身份，而这种身份使得这位母亲想要找到一份长期且稳定的工作机会很渺茫，儿童本身也面临被遣返的威胁。母女俩来到美国后频繁搬迁，除了儿童的姨妈外，她的亲戚全部生活在阿根廷，这个事实又加剧了这种不稳定性。法院认为判断儿童是否转居良好，需要考虑以下因素：儿童的年龄；新居所的稳定性；是否就学或得到持续照管；是否定期参加教堂活动；母亲的工作稳定性；在当地是否有儿童的朋友和亲戚。多次搬迁就表明儿童并未转居[29]，母亲的不确定移民身份又削弱了她寻找长期工作的稳定性。此外，看儿童转居是否良好，不仅要考虑儿童是否有一个舒适的物质环境，而且要考虑儿童的生活环境的稳定性，以及采取隐匿儿童的任何积极措施。

### 三、海牙公约第 12 条第 2 款的剩余裁量

儿童是否转居于新的环境是判决是否交还儿童的关键因素，但是，如果认定儿童已转居于其新环境，法院是否必须作出不予交还的裁定，或者仍然有权自由裁量作出交还的裁定？这就涉及到第 12 条第 2 款的性质问题，是否赋予法院在这方面的剩余裁量权。从司法实践来看，多数法院适用该条款，似乎表明存在这种自由裁量。[30]正如前所述，对于第 12 条第 2 款中“转居于其新环境”的“转居”一词的司法分歧，以及一旦构成第 12 条第 2 款下的“转居”，在交还儿童方面可能的司法裁量，对于公约的解释不尽一致，体现了公约整体适用于所有儿童与儿童个体权利之间的张力。{4}（P. 17）

澳大利亚法院对于是否存在这种司法裁量的争论仍然在继续。在 TS 案[31]中，法官 Nicholson 指出，交还儿童的司法裁量问题是很多案件讨论的主题，但许多一审裁判相互之间存在冲突。在 Moore 案[32]中，法院认为，在确定儿童已转居于澳大利亚的情况下，法院是否有权自由裁量命令交还儿童，这实际上是一个开放的问题。即使支持存在这种司法裁量，其论据也存在一些困难。例如，如果存在这种司法裁量，但公约并未给出法院在行使这种司法裁量权所需要考量的任何因素。一旦法院以司法方式行使这种广泛的裁量权，对于上诉法院而言，想要再干预这种司法裁量是困难的。

而澳大利亚法官 Kay 在先后处理的两个案件中，作出了不同的裁定。在 Ayob 案[33]中，当事人在儿童被非法迁移 1 年后提出交还申请，证据表明儿童已转居于其新的环境，但法官 Kay 认为法院仍然可以行使司法裁量，命令交还儿童。在 CR 案[34]中，法官 Kay 则认为，如果在提出申请时已过去 1 年时间，且儿童转居的事实被确定，那么法院并无任何法定的权力作出交还儿童的命令。可见，法官 Kay 的这一主张完全修正了他之前在 Ayob 案中的观点。

新西兰最高法院大法官 Elias 在 HJ 案[35]中接受了法官 Kay 的修正主张。她认为，尽管公约第 18 条规定“本章条款并不限制司法或行政机关可随时作出交还儿童的裁定的权力”，但是该条款意在通过中央机关交还儿童程序之外为法院命令交还儿童保留裁量权。她进一步认为，1986 年《家庭法（诱拐儿童公约）规则》第 106 条规定的抗辩理由之一一旦成立，立法和公约都没有支持交还儿童假定的基础。第 106 条第 1 款第 3 项（交还将会带来伤害儿童的重大危险）和同款第 5 项（交还将与基本人权原则相抵触）的抗辩是不可估量的，因为这些例外关注的是对儿童利益的保护，认定门槛也相应地非常高。这也与公约序言强调儿童利益的精神相一致。第 106 条第 1 款第 1 项（儿童已转居）的例外也是对于儿童利益的关注。公约要求避免非法迁移给儿童带来伤害的后果，但这种伤害的后果通常可以通过“转居”的再适应来加以消除，再一次迁移本身就是对儿童的伤害。如果违反这些政策，任何交还“已转居”的儿童假定都是不可靠的，但是，其他法官则认为存在公约下的交还儿童的司法裁量。

在 Anderson 案[36]中，美国地方法官 Graham 主张公约的目标不能超越个别儿童的福利和最大利益。该案中，被告提交了涉案儿童与其新环境的重要联系的证据，并证明涉案儿童在其新的环境转居良好。

在权衡这些证据和公约的目标后，Graham 认为，如果将涉案儿童从其现在俄亥俄州文森特的居所迁离，则会给儿童带来伤害，而这种伤害超越了公约的考虑。因此，法院拒绝命令将涉案儿童交还到新西兰。法院还提醒，这个裁定并不涉及哪一方应享有对儿童的监护权，也不涉及儿童最终应居住在哪里，只是表明有关儿童的监护权裁定应在美国作出。

国际儿童诱拐数据库[37]法律顾问 McElevy 教授在多种场合认为，一旦儿童构成转居，第 12 条第 2 款并未给予法院作出交还命令的自由裁量权{1}（P. 208-209）。国内有学者认为，如果儿童已经适应了新的环境，再盲目要求返还儿童就是再次打断儿童的稳定生活，而这是有悖于儿童最大利益原则的{10}（P. 159）。笔者主张对此做法要谨慎，原则上法院没有剩余裁量，除非是出于儿童最大利益并尽可能取得儿童自身的意愿表达，毕竟重新安置将会

危及刚刚建立起来的稳定联系。当然，作为诱拐者的父母一方，仍然可以主张对儿童的监护权，但只能在该儿童的被交还地国实施这种行为<sup>{11}</sup>（P. 211）。

#### 四、海牙公约第 12 条第 2 款的统一解释

无论出于何种目的、采用何种方法解释公约，当事国法院或者其他机构都必须遵循统一性解释原则。即指条约当事国法院或者其他机构在解释相应国际私法条约时，应当充分考虑到条约规范事项的国际性及其形成的法秩序，作出与国际社会相协调的一致性解释。这对于国际条约的统一适用和目标实现至关重要，这项原则具有普遍有效性，即使条约没有明示这一点<sup>{12}</sup>（P. 140）。条约的签署和批准只是形式统一，而促进条约的统一解释才是实质统一。因此，尽管各国目前对于海牙公约第 12 条第 2 款中的要件判定和剩余裁量尚未有统一的规则，但判定和裁量的方法应与各国参加的其他一些涉及儿童权利保护的公约所承担的国际义务保持一致，并尊重其他国际公约一贯的解释方法。

##### （一）联合国《儿童权利公约》

在承认儿童权利的国际文件中，最为重要的莫过于 1989 年 11 月 20 日第 44 届联合国大会第 25 号决议通过的《儿童权利公约》，这是第一项专门对儿童权利进行国际保护的国际公约，并且缔约国众多，在联合国成员国中只有美国和索马里没有批准该公约<sup>{13}</sup>（P. 36）。对于公约第 12 条第 2 款的解释性考量，尤其要考虑《儿童权利公约》确立的儿童利益最大化原则<sup>[38]</sup>，对家庭完整性的尊重，以及父母子女间有权保持联系和维护儿童权利的规定。

对于保护家庭的完整，《儿童权利公约》第 9 条作出了原则性规定，缔约国应确保不违背儿童父母的意愿使儿童与父母分离，除非主管当局按照适用的法律和程序，经法院审查，判定这样的分离符合儿童的最大利益而确有必要。在诸如由于父母的虐待或忽视、或父母分居而必须确定儿童居住地点的特殊情况下，这种裁决可能有必要。它同时规定进行诉讼时，均应给予包括儿童和父母在内的所有各方以参加诉讼并阐明自己意见之机会。如果这种分离是因缔约国对父母一方或双方或对儿童所采取的任何行动，诸如拘留、监禁、流放、驱逐或死亡（包括该人在该国拘禁中因任何原因而死亡所致，该缔约国应按请求将该等家庭成员下落的基本情况告知父母、儿童或适当时告知另一家庭成员，除非提供这类情况会有损儿童的福祉，缔约国还应确保有关人员不致因提出这类请求而承受不利后果。

对于亲子联系的义务，《儿童权利公约》第 9 条第 3 款进一步规定，缔约国应尊重与父母一方或双方分离的儿童同父母经常保持个人关系及直接联系的权利，但违反儿童最大利益者除外。家庭分裂时，儿童的权利最容易被忽视，虽然离婚使儿童的父母在法律上结束了婚姻生活，但他们之间的父母子女关系仍然存续。当父母分居异地时，要特别注意家长一方把儿童带到异地后拒绝让儿童返回或拒绝其他亲属接近的行为。行为一方可能是出于对儿童的怜爱、对前配偶的厌恨、对婚姻的挽回等不同原因，但他们却忽视了生活环境的突然转变对儿童产生的严重影响，例如情绪不稳定、孤独、失去友爱、教育中断等。因此，《儿童权利公约》第 11 条明文禁止非法将儿童转移到国外和不使其返回本国的行为。考虑到作案主体的特殊性，任何处罚性措施只会恶化行为一方的情绪，故对此类案件的处理一般采取说服教化的方式，并出于儿童最大利益的考虑，着重于恢复儿童与父母双方的正常联系。被转移儿童是否应当返回原居住地，则要视儿童的意愿、他在新居所的适应情况及有利其获得适当照料的条件而定<sup>{13}</sup>（P. 169）。

对于儿童权利的维护，《儿童权利公约》第 12 条明确规定，缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待。为此目的，儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和政策诉讼中，以符合国家法律的诉讼规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。新西兰在根据海牙公约处理国际诱拐儿童交还案件时，往往会寻求与公约一致的《儿童权利公约》的解释。在 S 案<sup>[39]</sup>中，法官 Fisher 指出，在公约旨在反诱拐行为与尊重成熟儿童自身意愿作为辅助考虑之间，实际上存在某种张力。而在希望交还儿童的场合，则不存在这种困难，公约反诱拐的目标和尊重儿童意愿的《儿童权利公约》相得益彰。法国巴黎上诉法院审理的一宗案件<sup>[40]</sup>中，涉案儿童被其父亲从美国诱拐到法国，法院径直接按照《儿童权利公约》第 12 条第 2 款判定，并不考虑儿童在海牙公约第 13 条第 2 款例外下的反对。法院认为《儿童权利公约》第 12 条第 2 款是自执行的，因此可以直接听取儿童的意见来干预法国的私法程序。在评估儿童的转居问题上，英国高等法院采纳了巴黎上诉法院考虑儿童看法的这种做法。<sup>[41]</sup>

##### （二）海牙《保护儿童公约》

联合国《儿童权利公约》通过各缔约国的转化或纳入，已经构成了具有国内法效力的原则和规定。因此，海牙国际私法会议制订一项反映国际保护儿童现状和趋势的新公约<sup>[42]</sup>刻不容缓，1996 年 10 月 19 日第 18 届海牙国际私法会议通过了《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》（简称“《保护儿童公约》”）。<sup>[43]</sup>该公约的目的是希望避免相互间在儿童保护措施的管辖权、法律适用、承认和执行方面的法律制度间的冲突，忆及国际合作对儿童保护的重要性，而确认儿童的最大利益是主要考虑因素，这也应当成为海牙公约第 12 条第 2 款的解释性考量。

《保护儿童公约》第 7 条第 1 款规定了“管辖权分配”，若非法迁移或滞留儿童，该儿童被迁移或滞留的前一个惯常居所地的缔约国的主管机关仍保留其管辖权，直至该儿童在另一缔约国获得惯常居所为止，并且享有监护权的每一个人、机构或其他机关已对此迁移或滞留表示同意；或者在上述享有监护权的个人、机构或其他机关知道或

本应知道该儿童下落之后，该儿童已经在该另一缔约国居住了至少1年时间，在该时间内没有任何已呈交的待决的交还儿童的请求，且该儿童已在其新环境下定居下来。{10} (P. 559) 该公约规定的儿童在被非法诱拐后取得新惯常居所的最短时间是1年，且所有有关的权利人在已知或应当知道儿童的下落后，没有提出儿童返还的请求，这其实是一种默示同意。公约的指导思想是打击跨境非法诱拐儿童和滞留儿童，保证非法行为者不因其非法行为而获得任何法律上的有利地位，若当事人之间没有争议，国家也就不会对这种行为加以干预。因此，原则上儿童被诱拐前的惯常居所地国家保留对儿童监护事项的管辖权，同时还应考虑另一种情形，即如果儿童已被非法带到一个新的国家时日已久，儿童已适应了当地的生活环境，此时应由儿童的新惯常居所地国家行使管辖权。{14} (P. 78-79)

在与海牙公约的关系上，《保护儿童公约》第50条特别规定，同为两公约成员国之间，该公约不影响海牙公约的适用，但不得阻止援用该公约的规定以获得交还被非法迁移或滞留的儿童或者安排探视权。因此，就《保护儿童公约》的适用来说，可以分为两种情形：第一，没有其他可适用的国际文件的情形下，该公约将是惟一选择。第二，在同为两公约成员国之间按照海牙公约提出申请的情形下，海牙公约优先适用。{15} (P. 83) 但是，由于《保护儿童公约》规定的事项范围更广，并不排除在适用前者的同时适用后者。{16} (P. 101-103) 尤其是上述第7条的规定，扫除了不同国家认定儿童是否转居的许多困惑。应当说，《保护儿童公约》第7条的方法与海牙公约的做法是一致的，以取得惯常居所作为判定儿童是否转居的主要标准。惯常居所正在日益成为一个可被接受的概念，不仅被许多国家的国内立法所采纳，而且也为诸多的国际私法条约所采用。{17} 当然，惯常居所的判断也是一个非常复杂的问题。作为一个事实性概念，海牙诸公约并没有对之明确界定，从而留给法院很大的自由裁量权。这方面，各国法院和学者普遍认为惯常居所的取得主要考虑居住的意图和居住的时间两个因素，而对于居住意图的判断，又存在儿童中心主义、兼顾儿童联系与父母意图、父母意图中心主义等三种倾向。[44]我国学者主张现实利益中心地是惯常居所地法原则的价值导向{11}。

## 五、结论

从前述国家的司法实践来看，对于儿童是否转居于新环境的判定，尚未形成完全一致的标准。有的采用文义解释，有的采取严格解释。特别是应当按字面理解，还是根据公约的政策目标来理解，在支持后一种方法的法域，如英格兰、苏格兰和美国，诱拐者的举证负担显然就加重，例外的成立也就越困难。

多数国家倾向于认同转居的两个构成要素，即物理因素和心理因素，尽管如此认定这两个要素仍然存在不同的做法。概括起来，判定儿童已转居于其新环境的因素包括：在新的环境取得了新的惯常居所；迁离给儿童带来的心理影响必须是实质性的，而不是临时的；怀抱中的婴儿不能认为转居于其新环境；“转居”应从其自然含义来理解，包括考察儿童已融入社区环境的事实以及面向未来的状态稳定性；适龄儿童正常地上学并有自己的社交圈；儿童自身认为已转居并听取与其年龄和成熟度相适应的看法；儿童失去了原先环境的一部分并不意味着儿童并未“转居”于其新环境；儿童对当地语言的熟悉和掌握程度；交友、参加社会活动、文体体育活动等本身并不构成“转居”的条件，但参加这些活动很大程度上有助于对“转居”的评估。

不能认定儿童已转居于其新环境的因素包括：儿童被隐匿或在逃跑中；适龄儿童不上学，没有任何社会关系；除了诱拐父母一方外没有其他亲戚；再次融入请求国语言的容易程度。物质上的舒服和诱拐父母一方是否转居不作为儿童转居于其新环境的考量。有的法域不仅考虑转居的事实因素，有的还考察转居的良好状态。公约的标准措辞是“转居”，并未将“转居良好”标准作为例外。早期的案件也未使用“转居良好”的措辞，但进入21世纪后美国法院不仅判定儿童是否转居，还提出了儿童是否转居良好的问题。[45]尽管“转居良好”这一表述可以妥当描述儿童的状态，但它不是合适的判定标准，儿童是否“转居”才是公约下的合适标准。{6} (P. 55)

如果确定存在公约第12条第2款的例外情形，一般认为依据公约交还儿童方面并不存在司法裁量。除非交还是出于儿童个体的最大利益，海牙公约、联合国《儿童权利公约》和海牙《保护儿童公约》的宗旨均支持拒绝作出交还儿童的命令。海牙公约第18条还特别规定，并不限制司法或行政机关可随时作出交还儿童的裁定的权力，该条款下的交还命令可以依据国内法作出，但仅在出于儿童个体的最大利益的情形下作出此种命令。当然，各国在解释和认定公约第12条第2款时，还需要尊重同为缔约国的联合国《儿童权利公约》和海牙《保护儿童公约》下的国际义务，坚持儿童利益最大化原则，尽量保持解释的国际统一性。

## 【作者简介】

杜焕芳，法学博士，中国人民大学法学院副教授。

## 【注释】

基金项目：国家社会科学基金项目《涉外民事诉讼程序修改理念与制度完善研究》（项目编号：12BFX137）的阶段性研究成果。

[1]关于诱拐儿童中的监护权问题，可参见杜焕芳、黄旭宇：“论跨境诱拐儿童中的监护权——以海牙诱拐公约的解释为中心”，载《武大国际法评论》2012年第2期。

[2]截止2014年2月19日，公约成员已达91个，中国香港特别行政区和澳门特别行政区在回归时基于中国政府的声明继续适用该公约。See: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24),

2014-03-07.

[3]有关中央机关合作机制方面,可参见汪金兰:“统一国际私法的新机制——海牙国际私法会议的司法与行政合作”,载《法学评论》2002年第3期;杜焕芳:“国际民商事司法与行政合作中的中央机关机制”,载《时代法学》2006年第3期。

[4]即申请人在转移或滞留儿童行为发生时,并未实际行使监护权,或者申请人已同意或事后默认该转移或滞留行为(第13条第1款a项)。

[5]即在诱拐行为已经发生时,如果交还儿童将存在使该儿童遭受生理或心理上的伤害,或致其处于不堪忍受的境地的重大危险(第13条第1款b项)。

[6]即如果发现该儿童拒绝被交还,并且其年龄和成熟程度均已达到应对其意见予以考虑的程度,司法或行政机关也可作出拒绝交还该儿童的裁定(第13条第2款)。

[7]即如果被请求国关于保护人权和基本自由的基本原则禁止依照公约第12条规定作出交还儿童的裁定,则被请求国可以拒绝作出该裁定(第20条)。

[8]The Hague Conference, Working Document No.25 (Proposal of the delegation of the Federal Republic of Germany); 吴用:《儿童监护国际私法问题研究》,对外经济贸易大学出版社2009年版,第276页。

[9]Thomson v. Thomson, [1994]3 CS R 551, [1994]SCJ No.6 (SCC), October 20th, 1994.

[10]In re Koc, 181 F Supp 2d 136 (EDNY 2001) .

[11]Gonzalez-Locicero v. Nazor Lurashi, 2004 US Dist LEXIS 10332 (DP R2004) .

[12]Zarate v. Perez (In re Zarate), 1996 US Dist LEXIS 19047 (D III 1996) [INCADAT cite: HC/E/USf 134].

[13]Re N (Minors) (Abduction) [1991]1 FL R 413.

[14]P v. B (No.2) (Child Abduction-Delay) [1994]4 IR 185; [1999]2 ILRM 401 (SCI) .

[15]Re C (A Child) (Abduction-Settlement) [2006]EWHC 1229.

[16]Cannon v. Cannon [2004]EWCA CIV 1330 (CA) [INCADAT cite: HC/E/UKe 598].

[17]目前,不少国家的法律已将诱拐儿童行为列为犯罪。例如,英国1984年《诱拐儿童法》、美国1993年《国际父母绑架刑事条例》和法国2005年《刑法典》。See M. McKeon, International Parental Kidnapping: A New Law, A New Solution, 30 Family Law Quarterly (1996), p. 235.

[18]Saks v. Air France, 470 U. S. 392 (1985) .

[19]Director General, Department of Families, Youth & Community Care v. Thorpe [1997]141 FL R 44.

[20]Director General, Dept of Community Services v. M And C (1998) 24 Fam LR 178.

[21]Townsend v. Director General, Dept of Families, Youth and Community Care (1999) 24 Fam LR 495.

[22]Soucie v Soucie 1995 SLT 414 (Scotland HC) .

[23]Garelli v. Rhama [2006]WDFL 2524, 28 RFL (6th) 455 (Ontario Superior Court of Justice)

[24]Astudillo v. Bays [1997]OJ No 1438 (Ont Gen Div) .

[25]P v. S and A and West Lothian Council [2002]Fam LR 2.

[26]David S v. Zamira S, 151 Misc 2d 630, 636, 574 NYS 2d 429, 433 (1991), followed by In re Robinson, 983 F Supp 1339, 1346 (D Colo 1997) .

[27]In re Robinson, 983 F Supp 1339, 1346 (D Colo 1997) .

[28]Cabrera v. Lozano (In re Cabrera), 323 F Supp 2d 1303, 1305 (D Fla 2004)

[29]In re Ahumada Cabrera, 323 F Supp 2d at 1314; Giampaolo v. Erneta (2004, ND Ga) 390 F Supp 2d 1269.

[30]P v. B (No. 2) (Child Abduction: Delay) [1999]4 IR 185; [1999]2 ILRM 401 [INCADAT cite: HC/E/IE 391]; Cannon v. Cannon [2004]EWCA CIV 1330.

[31]Secretary, Attorney-General's Dept v. TS (2000) 27 Fam LR 376.

[32]Director General, Dept of Families, Youth and Community Care v. Moore (1999) 24 Fam LR 475.

[33]State Central Authority v. Ayob (1997) 21 Fam LR 567; (1997) FLC 92-746.

[34]Secretary of the Dept of Human Services-State Central Authority v. CR (2005) 34 Fam LR 354.

[35]Secretary of Justice v. HJ [2006]NZSC 97 (SCNZ) {7}.

[36]Anderson v. Acree 250 F Supp 2d 876, SD Ohio, Dec 12, 2002 (NO. C-2-02-888)

[37]1999年,为增进对1980年海牙公约的多边理解、统一解释和有效实施,海牙国际私法会议常设局开发了国际儿童诱拐数据库(International Child Abduction Database (INCADAT) ),收集了缔约国法院有关案件的判决摘要。

[38]关于儿童利益最大化原则,参见王雪梅:《儿童权利论——一个初步的比较研究》,社会科学文献出版社2005年版,第62-72页;柳华文主编:《儿童权利与法律保护》,上海人民出版社2009年版,第11-14页。

- [39] S v. S [1999] NZFLR 625 (HC) .
- [40] Cour d' Appel de Paris, 1<sup>ere</sup> Chambre-Section C (France) ; Appellate Court, CA Paris 27 October 2005, 05/15032.
- [41] Re C (Abduction: Settlement) (No 2) [2005] 1 FLR 938.
- [42] 1961 年海牙《保护未成年人的管辖权和法律适用公约》，由于其参加国有限，地域适用受到限制，其实施和解释方面也面临许多新的问题，亟待修订。
- [43] A. Dyer, Report on the Revision of the 1961 Hague Convention on Protection of Minors, Prel. Doc. No 1, Apr. 1994.
- [44] 参见张理化：“儿童诱拐公约中的惯常居所研究”，载《人民论坛》2013 年第 1 期； Tai Vivatvaraphol, “Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases Under the Hague Convention”, 77 Fordham L. Rev. pp. 3344-3369 (2009) ; Michelle Morgan Kelley, “Taking Liberties: The Third Circuit Defines Habitual Residence under the Hague Convention on International Child Abduction”, 41 Villanova L. Rev. pp. 1073-1085 (2009) .
- [45] See e. g. , Van Driessche v. Ohio-Esezeoboh, 2006 US Dist LEXIS 92043 (D Tex 2006) ; In re DD [2006] 440 F Supp 2d 1283 at 1297; Karkkainen v. Kovalchuk [2006] 445 F 3d 280 at 289; Bader v. Kramer [2006] 445 F 3d 346 (4th Cir 2006) at 349; Belay v. Getachew, 272 F Supp 2d 553 (D Md 2003) .

#### 【参考文献】

- {1} Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press (1999) .
- {2} 胡斌：“海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》评析”，载《中国国际私法与比较法年刊》1998 年（创刊号），法律出版社 1998 年版。
- {3} Frank Bates, The Response of American and International Society towards International Child Abduction, 16 NYU J. Int' l L. & Pol. (1984) .
- {4} Nigel Lowe, Mark Everall & Michael Nicholls, International Movement of Children: Law Practice and Procedure, Jordan Publishing Ltd (2004) .
- {5} 许耀明：“涉外监护事件之准据法与相关国际公约”，载许兆庆主编：《国际私法论文选集》，台湾财产法暨经济法研究会协会 2005 年版。
- {6} 徐光明：“论缔约国法院对国际私法条约的统一解释”，载《人民司法·应用》2011 年第 11 期。
- {7} Fergus Power, The International Jurisprudence on the Interpretation of Article 12, the Article 12 (2) Exception and the Residual Discretion to Return A Child, Dissertation of University of Auckland (2007) .
- {8} 朱文奇、李强：《国际条约法》，中国人民大学出版社 2008 年版。
- {9} 李双元、李赞、李娟：《儿童权利的国际法律保护》，人民法院出版社 2004 年版。
- {10} 汪金兰：《儿童权利保护的国际私法公约及其实施机制研究》，法律出版社 2014 年版。
- {11} 刘仁山：“现实利益中心地是惯常居所地法原则的价值导向”，载《法学研究》2013 年第 3 期。
- {12} Christophe Bernasconi, Rules of Interpretation Applicable to Private International Law Treaties: An Overview, in W. P. Heere (ed.), International Law and the Hague's 750th Anniversary, T. M. C. Asser Press (1999) .
- {13} 王勇民：《儿童权利保护的国际法研究》，法律出版社 2010 年版。
- {14} Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, Actes et documents de la Dix-huitième session (1996), tome II (1998) .
- {15} De Hart, The Relationship between the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Protection Convention, 33 NYU J. Int' l L. & Pol. (2000) .
- {16} Nigel Lowe & Michael Nicholls, The 1996 Hague Convention on the Protection of Children, Jordan Publishing Ltd (2012) .
- {17} [英] 罗格松：“国际私法中的惯常居所：新的住所？” 杜焕芳译，载《民商法论丛》2012 年总第 51 卷。

### 从司法实践角度谈我国 家事审判立法的完善

2016-06-09 人们法院报 暨南大学法学院 宋耀红

不久前，最高人民法院出台了《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》，此前，广东法院就家事审判改革进行了大胆探索。从司法实践角度来看，我国家事审判立法的完善应当从如下几个方面开展：

### 一、在组织架构上，应建立独立的家事审判法庭

1. 家事案件数量的比重是设立家事审判庭的前提条件。从家事案件的数量增长幅度来看，自1979年至2012年，广东省法院每年新收一审婚姻家庭、继承案件从9687件增长至56061件，年均增幅达到近20%，2015年达到67204件。从数量比重来看，依据《广东高院关于家事审判合议庭试点工作的调研报告》数据显示，自2007年开始，至2010年，广东省受理的婚姻家庭纠纷（不含继承纠纷）案件数量已占广东省受理的一审民事案件总量的10%以上。由此，家事案件的数量比重及增长速度表明设立专门的审判庭的前提条件已经具备。

2. 家事案件需要不同于一般民事案件的审判思维。家事案件不仅涉及法律上的权利义务关系，还涉及家庭成员之间的情感及伦理纠葛。因此，若仅从一般民事案件的审判思维出发，仅仅理清案件事实，处理法律关系，并不能达到案结事了的效果。广东法院在家事案件的审理中“以家为本”，采用综合性思维，在妥善处理法律关系外，还有效化解当事人之间的情感冲突，达到案结事了的效果。

3. 家事案件对审判人员有特别的要求。当前，家事案件审判人员具有特别任职资格已成为家事审判案件的共识。我国台湾地区就对家事审判员做出了特别任职资格限制。如“（家事法庭的）庭长或人员，应遴选对家事案件具有研究并资深者充任之。候补人员及未曾结婚之人员，原则上不得承办”。综合家事案件特征来看，家事案件审判员除必须熟悉婚姻家庭审判业务、审判工作经验丰富、协调能力强、善于做群众工作并且责任心强等条件外，还需选取有婚姻经历的男性和女性人员组成家事案件合议庭。广东打造专业审判团队，符合家事审判发展趋势。

### 二、在诉讼程序上，应增设家事诉讼特别程序

1. 家事诉讼案件与其他民事诉讼案件的价值取向有区别。家事诉讼案件价值取向在于促进当事人之间的情感弥合及实现和解。其他民事诉讼的价值取向在于查明事实，分清是非，我国民事诉讼程序也紧紧围绕这一主旨开展。若机械采用一般民事诉讼程序审理家事案件，家事诉讼案件的价值取向难以体现。

2. 家事诉讼需与一般民事诉讼采用不同的民事诉讼模式。当前，我国民事诉讼主要采用以辩论为主的当事人主义模式，即注重举证、质证、辩论等攻击性的诉讼活动。然而家事诉讼若采用当事人主义的诉讼模式，注重辩论，只会加深当事人之间的人际矛盾，从而无法做到案结事了。职权探知主义更适用于家事案件。即公权力通过对家事案件的干涉，降低当事人的相互敌对情绪，从而化解矛盾。

3. 家事诉讼需要有区别于一般民事诉讼程序的规则标准。家事案件具有极强的人身属性和私密性。若仅依靠“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，法院难以查明一些私密性、隐蔽性较强的关键事实。广东法院在家事审判方式改革中，关注到这一特点，在证据规则方面，家事案件有条件地降低证明标准，合理分配举证责任，扩大法院依职权进行调查取证的范围。如引入夫妻共同财产申报制度便于界定夫妻共同财产范围，都有积极的意义。

4. 第三方力量介入家事诉讼需要构建对接程序。家事案件不仅要妥善处理法律关系，还要有效应对伦理关系，审判人员具有职能局限。家事案件要做到案结事了，需要平衡法律关系及身份关系的矛盾冲突，即第三方力量有效参与家事诉讼无可避免。如广东省佛山市顺德区人民法院便借助当地社工及妇联的力量对当事人进行心理疏导，是一种很好的尝试和探索。第三方力量如何与家事审判实现无缝对接，需要特别程序加以明确规定。

### 三、在制度构建上，家事案件需要设立特别制度

1. 推行家庭财产申报制度。鉴于夫妻共同财产普遍存在一方举证不能及举证不到位等情况，我国应推行家庭财产申报制度，以此有效遏制不诚信的家事诉讼行为，防止当事人隐瞒财产。

2. 引入心理矫正机制。家事诉讼期间是家庭人员由亲密转为陌生乃至敌对的过程，当事人存有极大心理障碍，需要进行心理矫正。这种矫正不仅要在诉前、诉中开展，更要在诉讼结束后开展，从而辅助当事人回归正常生活。

3. 登记离婚协议司法确认机制。因离婚协议履行引发的诉讼案件不在少数。法院可与民政机关共同开展离婚协议司法确认工作，对于离婚协议出具民事调解书，从而使离婚协议具备强制执行效力，减少当事人的诉累。

4. 设立探望抚养档案制度。为解决探望权纠纷问题，法院可制定探望抚养档案制度，即对当事人的探望抚养履行情况签到，从而为当事人对探望履行状况的举证及抚养权的归属等问题提供有效依据。

总之，从广东的司法实践来看，构建独立的家事审判庭制度、制定家事审判特别程序并设立特别制度来化解家事案件纠纷等成功经验，均为推动家事审判改革，完善家事审判立法提供了有力参考。

## 同是“教堂结婚”为何处理方式各异

2016-06-11 领事直通车 任正红

刊登于《世界知识》2014年第19期

随着“全球一体化”进程的不断推进、人们跨国交往的日益频繁，选择在异国教堂举行婚礼或在中国内地采用异国结婚形式的中国公民越来越多，美丽、美妙表姐妹二人就是其中的例子。

美丽在美国加州大学主修法律。在刻苦的学习中，她觅到了知心男友。2007年底，他俩在当地的教堂举行婚礼并领取结婚文件。为随时携丈夫回到中国内地探亲访友，美丽按规定将该结婚文件经加州州务卿认证后，向中国驻洛杉矶总领事馆申请办理了领事认证。

与此同时，美丽在上海一家合资企业工作的表妹美妙发邮件告知：她也有了男朋友，他们相约于2008年8月8

日在上海举办“教堂结婚”仪式，邀请表姐作为伴娘出席婚礼。她还介绍，上海的年轻人在教堂举行“结婚宣誓、交换戒指”仪式日趋增多，商家对婚礼的服务亦由分散式经营，转为集中提供“教堂、宴会厅、婚纱室、新人化妆室、摄影室”等一条龙服务。

美丽欣然接受美妙的邀请，表示愿意在北京奥运会期间，携丈夫回国观光并出席表妹的结婚仪式。但她提醒美妙：在中国内地举办“教堂婚礼”的同时，千万别忘了在当地民政部门办理结婚登记手续。

**同是“教堂结婚”，为何美丽、美妙的处理方式各异？让我们一起寻找答案吧。**

当今，世界各国法律对结婚形式的规定并不一致。据不完全统计，有的采用“结婚登记制”，有的采用“结婚仪式制”，有的则采用“结婚仪式与结婚登记选择制”或“结婚仪式与结婚登记并行制”。在国际实践中，各国普遍遵循“结婚行为适用婚姻缔结地法律”的原则。为此，同样是“教堂结婚”，但由于美国法律承认“教堂结婚”而中国法律不承认，所以美丽、美妙表姐妹俩对“教堂婚礼”文件的处理方式各异，即：美丽依法可为欲送至中国内地使用的上述文件申请办理领事认证手续；而美妙虽可在中国内地教堂举行婚礼，但须依法在其户籍所在地民政部门办理结婚登记手续。具体分析如下：

### 一各国对“婚姻缔结”的形式规定不一

（一）中国法律规定的结婚形式。目前，中国采用“结婚登记制”亦称“民事登记制”，即指结婚申请人必须在婚姻缔结地的主管机关办理结婚登记并领取结婚证书的法定形式。《中华人民共和国婚姻法》明确规定：要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。

（二）外国法律规定的结婚形式。有的国家采用“结婚仪式制”亦称“教堂结婚制”，即指结婚申请人必须按其宗教信仰规定的仪式举行婚礼并领取结婚文件。

有的国家采用“结婚仪式与结婚登记选择制”，即指结婚申请人既可在婚姻缔结地的主管机关办理结婚登记并领取结婚证书，亦可按其宗教信仰规定的仪式举行婚礼并领取结婚文件，两种婚姻缔结形式任选其一。

有的国家采用“结婚仪式与结婚登记并行制”，即指结婚申请人既应在婚姻缔结地的主管机关办理结婚登记并领取结婚证书，同时亦应按其宗教信仰规定的仪式举行婚礼并领取结婚文件，两种婚姻缔结形式并行。

### 二同是“教堂结婚”但法律效力可能各异

（一）外国“教堂结婚”文件在中国内地产生法律效力的原则和条件。首先，以“婚姻缔结地法律承认教堂结婚的效力”为原则。如，1987年1月1日起实施的《中华人民共和国民法通则》第143条规定：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。”2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》同样规定：结婚条件和结婚手续，只要符合婚姻缔结地法律，均为有效。对结婚而言，婚姻缔结地法律承认即合法，婚姻缔结地法律不承认即不合法。由此，海外中国公民如在国外依照当地法律办理“教堂结婚”手续，中国法律可以接受。

其次，以“教堂结婚文件材料必须办理领事认证”为条件。目前，凡需送至中国内地使用的外国民商事文书，一般应向中国驻外使领馆申请办理领事认证，方可在中国内地产生法律效力。因此，在婚姻缔结地法律承认“教堂结婚”效力的前提下，海外中国公民在国外形成的“教堂结婚”文件材料，须办妥当地主管机关的公证认证手续并经中国驻外使领馆办理领事认证，方可在中国内地使用。

（二）中国内地“教堂结婚”文件在中国不具法律效力的原因和理由。中国婚姻法规不承认在中国内地举行的“教堂结婚”的法律效力。《中华人民共和国婚姻法》第2章第8条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”

### 三结束语

总之，强调“教堂结婚”在中国内地产生法律效力的原则和条件以及不具法律效力的原因和理由，并非禁止中国公民在教堂举行婚礼。

海外中国公民在国外教堂举行婚礼而取得的结婚文件，只要当地法律承认“教堂结婚”的效力，中国法律亦予承认。如该结婚文件需送至中国内地使用，应在办妥当地主管机关的公证认证手续后，向中国驻外使领馆申请办理领事认证。

居住内地的中国公民在当地教堂举行婚礼而取得的结婚文件，中国法律不予承认。因为根据中国婚姻法上述规定，双方当事人必须在一方户籍所在地民政部门办理结婚登记手续，方可成为合法夫妻。

综上所述，由于各国对“婚姻缔结”的形式规定不一，根据“结婚行为适用婚姻缔结地法律”原则，同是“教堂结婚”但法律效力可能不同。因此，对美丽和美妙表姐妹而言，同是“教堂结婚”但处理方式各异。

### 中国公民同外国人结婚 为何不可办理领事结婚登记

《人民日报海外版》2016年05月14日 第6版 任正红

来华留学的俄罗斯籍华人阿毅（男）与定居北京的中国公民晓婷（女）是同班同学，多年的同窗友谊结出了爱情之花。为了加深人生记忆，他们决定在中国或俄罗斯申请办理领事结婚登记手续。但经咨询，他们得到的答复是

“不可以办理领事婚姻登记”。

那么，中国公民同外国人结婚为何不能办理领事婚姻登记？外籍华人阿毅和中国公民晓婷应当怎样办理结婚登记手续呢？本文给您带来详尽的答案。——编者

根据《维也纳领事关系公约》、中外双边领事条约（协定）和中国国内法律的相关规定，概括而言，领事结婚登记是指在不违反接受国法律的前提下，一国驻外使领馆根据双方当事人的申请，依照派遣国法律为其办理结婚登记并颁发相应证书的活动。领事结婚登记的前提是，派遣国和接受国的法律规章均承认其法律效力。

对俄籍华人阿毅和中国公民晓婷来说，派遣国和接受国指的就是俄罗斯和中国。

#### ■ 阿毅和晓婷不可在中国申办领事结婚登记的原因

就本案而言，在中国有权力办理领事结婚登记的是俄罗斯驻华使领馆。阿毅和晓婷之所以不可在中国申办领事结婚登记，是因为中俄双边领事条约和作为接受国的中国法律不允许：

（一）《中华人民共和国和俄罗斯联邦领事条约》第10条“有关国籍和民事登记的职务”第1款第4项规定：领事官员有权“办理派遣国国民间的结婚和离婚手续并发给相应的证书”。据此，俄罗斯驻华使领馆可为双方均为俄罗斯公民的当事人办理结婚或离婚登记。由于晓婷不是俄罗斯公民，俄罗斯驻华使领馆不可为阿毅和晓婷办理结婚登记。

（二）中国的《婚姻登记条例》第4条规定：“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。中国公民同外国人在中国内地结婚的，内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地结婚的，男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。”

综上所述，阿毅和晓婷不可向俄罗斯驻华使领馆申办结婚登记手续，而应到晓婷户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。

#### ■ 阿毅和晓婷不可在俄罗斯申办领事结婚登记之原因

就本案而言，在俄罗斯有权办理领事结婚登记的是中国驻俄罗斯使领馆。阿毅和晓婷之所以不可在俄罗斯申办领事结婚登记，是因为中俄双边领事条约和作为派遣国的中国法律不允许：

（一）《中华人民共和国和俄罗斯联邦领事条约》第10条“有关国籍和民事登记的职务”第1款第4项规定：领事官员有权“办理派遣国国民间的结婚和离婚手续并发给相应的证书”。据此，中国驻俄罗斯使领馆可为双方均为中国公民的当事人办理结婚或离婚登记。由于阿毅不是中国公民，中国驻俄罗斯使领馆不可为阿毅和晓婷办理结婚登记。

（二）中国的《婚姻登记条例》第19条规定：“中华人民共和国驻外使（领）馆可以依照本条例的有关规定，为男女双方均居住于驻在国的中国公民办理婚姻登记。”据此，中国驻俄罗斯使领馆可为双方均居住在俄罗斯的中国公民办理结婚登记。也就是说，由于阿毅不是中国公民且晓婷并非居住在俄罗斯，因此中国驻俄罗斯使领馆不可为他们办理结婚登记。

#### ■ 阿毅和晓婷办结婚手续有两个选择

根据《维也纳领事关系公约》、中俄领事条约以及中国的《婚姻登记条例》相关规定，俄籍华人阿毅与中国公民晓婷办理结婚手续有两个选择：

1、阿毅与晓婷可共同到晓婷常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记手续。如该结婚文件欲送往俄罗斯使用，可先在中国内地办妥结婚证书的公证认证手续，最后办理俄罗斯驻华使领馆的领事认证。

2、阿毅与晓婷可共同到阿毅居住地主管机关申办结婚登记手续。如该结婚文件欲送至中国境内使用，可先在当地办妥结婚证书的公证认证手续，最后办理中国驻俄罗斯使领馆的领事认证。（作者：任正红，《人民日报海外版》2016年05月14日第6版）

## “奶爸进行时”：爸爸投入家庭，有助性别平等？

2016-06-14 联合国妇女署 Elsa D' Silva

《爸爸去哪儿》节目中爸爸们对孩子们的悉心呵护，能使孩子更加亲近父亲和母亲，得到更全面的培养 图片来自网络

最近，两项重要的选举总是占据国际新闻头条：美国总统大选和联合国秘书长选举。从来没有女性担任过这两个职位，然而在美国，前国务卿希拉里·克林顿（Hillary Clinton）正是领跑总统选举的候选人之一。在联合国秘书长的选举中则有至少四个积极的女性候选人。不过，想让人们接受一个女性担任这样的职位还是很难，即便她明显是最能胜任那个职位的人。

每天，我们在全球的每个地方都能看到人们怀疑女性的能力，把她们视为二等公民。美国国会联合经济委员会的一份报告表明，基于性别的收入差异直到2059年才可能在美国消失。性别工资差距是一个全球性的问题。

2015年底的数据显示，全球女性的平均工资是\$11,000，而男性的平均工资则达到\$20,500。这样的差距是许多因素造成的，包括传统社会将妇女视为纯粹的“家庭主妇”和“妈妈”，认为她们需要休产假，还需要请假来照顾她们的孩子。她们被视为“主要照顾者”，但却是“二等工作人员”——由于家庭原因没有办法全力投入工作当中。

所以，当分配重要工作和职位，以及决定升职人选的时候，她们经常被跳过。而且，在找不到价格合适的儿童保育服务时，妇女常常会为了在家照顾年幼的孩子而选择放弃工作。

令人不安的是，尽管在很多国家的劳动人口中，妇女的比重都越来越大，在有些国家却并非如此。在我的祖国印度，妇女的劳动参与率就从2004-2005年的37%出头降到了2009-2010年的29%。虽然女性大学毕业生的人数在2001年到2011年间增涨了116%，但却有几乎一半的女性因为系统性的社会歧视和玻璃天花板效应而选择在她们们的职业生涯中期放弃工作。

如果要改变社会规范，我们首先需要打破关于父母角色的刻板印象，确保双方都平等地照顾孩子。父母都应该休产假来共同承担照顾婴儿的责任，适应孩子给家庭带来的变化。

以瑞典为例，父母都可以休480天的产假，但一人最多只能休240天。直到孩子长到八岁为止，他们都能使用这一权利。产假是按孩子的数量计算的（除非是多胞胎），所以如果有超过一个孩子，家长可以累积产假。如果父母中的一方不打算使用自己的产假，他也不能把产假转让给自己的伴侣。

这项政策为促进性别平等、打破刻板印象起到了很好的正面作用。2014年，父亲们用了四分之一的假期来陪伴孩子。反过来，它也正面影响了孩子们对于父母责任的想法。他们能够更亲近父亲和母亲，得到更全面的培养。

当爸爸们也能感受到妈妈们在休完产假重新回去工作的焦虑时，这可能有助于男性经理和主管体谅新父母的需求，并了解他们需要更有弹性的工作生活平衡。

麦肯锡全球研究院最近出台的一份研究报告调查指出，如果在2025年前大力推动性别平等，全球GDP能增加1.2万亿美元；但是这需要公共、私人和社会部门一起为了工作和社会中的性别平等努力。如果印度可以在2025年之前将妇女劳动人口增加百分之十，也就是增加6800万人，印度的GDP将增长16%。

有越来越多的男性选择休假来照顾孩子，连Facebook的CEO马克·扎克伯格也身体力行地休2个月的产假来支持这项政策，但这些男性仍然是少数。这会给他们造成很大的困扰，毕竟大多数的儿童保育举措和设施都是为女性设计的。我们必须更努力地接受和支持男性来担当养育者的角色。

将性别差距当作社会问题，而不只是女性的问题，能让我们得到一个更公正的社会——一个让男女都能完全行使他们工作和组建家庭的权利，而不必担心遭遇偏见或歧视的社会。

**小编评：要促进性别平等，我们不仅要在工作场所给女性更多的支持，而且要更加鼓励男性和女性一起努力担起家庭事务的重责。近年来《爸爸去哪儿》的大火，实际上正显示了社会对于看到“奶爸”形象的渴望。多位爸爸在节目中的精彩表现，更加说明了，爸爸们不但能够很好地照顾孩子，而且孩子们也非常需要爸爸！只有支持“奶爸”形象，为“做家务的男性”洗脱污名，才会有更多的爸爸能够享受和孩子相处的美好时光，也将有更多的孩子能享受来自父母双方平等的爱。**

### 论精神障碍患者强制住院的民事司法程序

2016-06-15 民事程序法研究 河南大学法学院 郝振江

《中外法学》2015年第5期

民事强制住院的法理根据为警察权与国家监护权，应由行使司法权的法院来决定强制住院，因为作为司法权重要组成部分的非讼裁判权与警察权、国家监护权在特点上是一致的，承载非讼裁判权的非讼程序具有快捷、经济、迅速等特点，亦符合强制住院事件的要求。—— by 郝振江

**摘 要：**国家对存在危害自身或他人危险的精神障碍患者实施民事强制住院依据的是警察权与国家监护权。民事强制住院并不是纯粹的医学问题，它涉及公权力行使与精神障碍患者的人权保障，是否强制住院应由法院而非精神病科医生决定。法院决定强制住院应采用非讼程序，非讼程序与民事强制住院事件的特点是相符合的；非讼裁判权也符合警察权、国家监护权的行使特点。我国《精神卫生法》下民事强制住院程序应采用非讼程序进行重新构造。

**关键词：**精神障碍 强制住院 国家监护权 非讼程序 正当法律程序

[正文如下]

受近年来全国各地不断出现的非精神障碍患者强制住院事件的直接影响，我国2011年颁布的《精神卫生法》、2012年修订的《刑事诉讼法》均设置了强制住院程序。

这两部法典出台前后，学界开始逐渐关注这一论题，已有诸多学者从多个角度对其展开探讨。<sup>〔1〕</sup>强制住院已经成为我国法学诸多学科领域学者共同关注的论题之一。可是尽管如此，尚不能说关于强制住院的相关问题已经探讨清楚。

一方面，目前的研究多集中在刑事诉讼法、行政法领域，尤其是刑事诉讼法领域，对民事意义上的强制住院却缺乏关注。刑事诉讼领域高度关注该命题既与刑事诉讼法明确设置了强制住院程序也与我国对精神障碍患者仍然持社会防卫论的主流观点存在联系。社会防卫论认为对精神障碍患者强制住院的目的是消除精神障碍患者的人身危险性，达到保护社会的目的。<sup>〔2〕</sup>这种研究状况很容易让人误认为强制医疗完全或者主要是刑事诉讼与行政法领域内的问题。<sup>〔3〕</sup>

然而实际情况并非如此。《精神卫生法》规定的强制住院标准包括“已经发生危害自身或他人安全的行为”或者“有危害自身或他人安全的危险的”，〔4〕《刑事诉讼法》规定的强制住院标准是“实施暴力行为、危害公共安全或者严重危害公民人身安全，且有继续危害社会可能的”。〔5〕

显然，作为一般法与特别法的关系，刑事诉讼法规范的只是精神卫生法中“已经发生危害他人安全的行为”的部分情形，仅有“危险性”而未发生危害性后果的情形仍须留待《精神卫生法》予以规范。这类强制住院正是民事调整的范畴，目前这一领域理论上讨论较少。

再者，目前的研究缺乏对制度基础法理的深层次体系性探讨。强制住院的基础法理，如国家对精神障碍患者实施强制住院的根据、应由何机关采用何种程序决定或解除强制住院等，都没有得到根本性追问。

这些基础性探讨的缺乏导致了理论研究缺乏连贯性与一致性。有些研究在论证时把社会防卫等同于所有强制住院的权力根据；有些研究把送治等同于决定程序；〔6〕更多研究忽略了强制住院的继续性特征，把它类同于通常的刑事或行政事件。〔7〕

整体而言，目前的研究无论深度还是广度上都过于薄弱。由此造成《精神卫生法》下强制住院制度存在着诸多结构性缺陷，远远没有解决实践中的突出问题。〔8〕

通常而言，某一制度确立后理论研究应当解释论先行，但在笔者看来，《精神卫生法》中的强制住院制度由于理论准备不足导致的这些缺陷，远非解释论能够解决，仍亟需立法论层面的探讨。

基于此，本文将把重心放在《精神卫生法》中的民事强制住院，尝试就该制度的基础法理与如何合理建构进行探讨。

本文的基本思路是：

- (1)探讨国家在民事领域对精神障碍患者实施强制住院的根据，藉此明晰民事强制住院存在的基础；
- (2)民事强制住院的决定机构，由哪一国家机构或者组织决定实施或解除强制住院更具有正当性；
- (3)强制住院的程序选择，即分析民事强制住院下运用何种性质的程序进行决策更具有合理性；
- (4)我国民事强制住院的程序构建，讨论强制住院程序构建时遇到的具体技术问题。

鉴于学界很少从民事角度关注强制住院，本文思考权作抛砖引玉，期待学界能在这一方向上进行更多的探讨。

## 一、民事强制住院的法理根据

民事强制住院是在精神障碍患者具有危害自身或他人安全危险时，由国家或以国家名义对精神障碍患者进行强制住院治疗的行为。同其他如刑事类型强制住院一样，它也是在精神障碍患者没有意思能力的情形下实施的，可能完全违背患者或其监护人的意思。

与后者不同之处在于，它适用的前提是精神障碍患者具有危害自身或者他人的危险性但尚未产生危害性后果，或者虽产生一定危害后果但并不构成刑法意义上的严重后果并且仍然具有这种危险性。简言之，它是危险性为理由对精神障碍患者限制人身自由并进行的强制住院治疗。

由此，这就会涉及精神障碍患者的人身自由权等宪法保护的基本人权，为避免这些宪法性权利受到侵害，运用这一措施就必须有充分、合理的根据。鉴于它是对宪法性权利的限制，那么其根据也应当源于宪法规范或者宪法授权。在我国，民事强制住院的根据应是宪法赋予国家的警察权与国家监护权。

### （一）基于警察权的民事强制住院

作为统治者，国家在维护公共健康、安全、幸福与道德时拥有制定并实施法律与规则的权力。这种权力的重要组成部分之一就是警察权，它在社会中发挥着保护社会公益、社会安全与公共福利的功能。〔9〕

我国宪法中该权力的存在根据应是宪法第28条。该条款规定国家承担“维护社会秩序”职责，它是对国家保护社会公益、社会安全的职责赋予；秩序的重要内容就是安全，所以虽然该条款没有明确运用警察权的表述方式，但警察权应属于它的应有之义。

当国家对精神障碍患者实施强制住院时，因该行为具有典型的维护社会安全或者说社会公益而非促进个体利益的特点，所以可以构成警察权运用。〔10〕

不过，精神障碍患者具有多样性，如果一精神障碍患者对他人已经形成实际危害，在无法通过刑法对其恐吓避免其再次实施危害性行为的前提下，国家运用强制住院形式避免危害后果的继续发生，这是警察权的当然内容，它被称为刑事意义上的强制住院。

当精神障碍患者仅具有危险性，虽未对社会公益与安全产生实际侵害，但为了避免侵害发生，国家亦可运用警察权对其实施强制住院。

这种情形下可以运用警察权的理由在于：

第一，基于保障社会成员人身与财产免受危险性精神障碍者威胁的需要。〔11〕心理威胁同身体、财产的伤害一样，也是一种严重的危害。就精神正常的人而言，可以通过剥夺自由或者生命等刑罚方式使之控制自我的危险行为，但对于欠缺判断能力的精神障碍患者而言，这些措施均无法发挥相应效用。因而与其坐等形成危害后果，倒不如通过强制住院这种类似拘禁的措施来避免侵害行为的发生。〔12〕

第二，基于保障精神障碍患者个人健康和幸福的需要。〔13〕除避免其他社会成员人身和财产免受精神障碍患者侵害的危险外，强制住院还可以保障精神障碍患者自己的健康和幸福。精神障碍患者因缺乏判断和自我控制能力且无法预测自己行为后果的严重性，容易导致自残或者自我伤害行为。现代社会中社会成员之间的连带性，决定了自残或者自我伤害同样是对公共秩序的侵犯，运用强制住院就可以避免这种侵害的实际发生。

### （二）基于国家监护权的民事强制住院

国家监护权是国家在自然人监护权缺位时替代其角色，或者为公共利益对自然人监护权进行监督与干预的权力。前者如国家对流浪儿童的抚养；后者如国家在监护人侵犯被监护利益时对监护人的选任与更换等。这是现代社会国家运用的一项基本权限，尽管它在大陆法系国家和英美法系国家分别表现为国家监护和国家亲权两种完全不同形式，但内容和功能却是一致的。

这一权力在我国宪法中应体现在第45条第3款。该条款规定，“国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育”。关于这一条款，我国宪法学者把它解释为社会保障权的宪法根据。〔14〕由此有点把强制住院医疗理解为社会救助、社会保障具体措施。〔15〕

可是，国家监护权与社会保障权是完全不同的概念。社会保障权是指国家应当保障个人和家庭在遭受工伤、职业病、失业、疾病和老年时期维持一定的固定收入并获得其他各种补助。它是一种受益权，是为补救社会财富分配不均的一种制度设计和安排。

与其说它是济贫、不如说它是一种通过国民收入的重新分配使低收入与高收入者之间差距趋于缩小的制度设计，〔16〕所以主要表现为物质上的保障。

而国家监护只是针对特殊的行为能力存在缺陷或不足的主体的保护，保护的方式既包括自然人监护缺位情况下的补足，也包括对自然人监护行为的监督。因而它更强调通过对特定主体行为能力的帮助，使之成为正常的社会主体。

反观宪法第45条第3款“国家帮助安排其他有残疾公民的生活”，其含义是国家协助对精神障碍患者生活进行照看与照管。这里显然是侧重于能力的帮助，而非物质上的保障。因而，与其不加分析地说它是社会保障权的根据，倒不如理解为国家监护权的根据更为贴切。

#### 国家监护权作为强制住院根据的表现主要是：

（1）监护人决定对精神障碍患者实施强制住院必须经过法院的许可，这是国家监护权对自然人监护权的直接监督。

（2）在精神障碍患者没有监护人时，国家可以直接决定对之实施强制住院。这是国家监护权补充自然人监护权的功能。

（3）国家可以违背自然人监护人意志，强制对精神障碍患者实施住院治疗。这是国家基于对自然人监护人的监督职责，从被监护人的利益出发直接做出的决定。由于国家在强制住院决定中的这种角色，所以它在判断是否强制住院时就需要考虑住院是否有助于治疗、除强制住院外是否还有其他更好的有利于被监护人的措施、住院的持续时间、设施条件、入院后的被监护人的财产管理等。以避免强制住院对被监护人身心和名誉可能会产生的损害。

### （三）警察权抑或国家监护权

以上就强制住院的根据分别进行了考察。显然，它们两者属于性质上完全不同的权力，前者旨在维护社会安全，后者却旨在保护精神障碍患者的身心健康。

但对于具体的民事强制住院行为而言，它们却是不可分离的，同时构成了某一强制住院行为的根据。原因在于：

首先，如果仅以警察权为强制住院根据，它就滑向了刑事强制住院。强制对象也只能是行为已经发生严重危害他人或公共安全的精神障碍患者。

这种情形下与其说是对精神障碍患者进行隔离监护与治疗，倒不如说是基于这种精神障碍患者已经实施的行为的严重性与未来的人身危险性而将之强制隔离，它是一种特殊的社会防卫措施。〔17〕

相反，如果仅以国家监护权为强制住院根据，由于它对精神障碍患者国家监护职责的承担，它就有理由把大量对他人或自身不具有危险性的精神障碍患者也纳入强制住院的范围，**这会对精神障碍患者人权造成严重侵害。**

其次，这两种权力同时作为强制住院根据相互之间恰恰具有平衡作用。当基于警察权维护社会安全的要求，把具有社会危险性的精神障碍患者均纳入强制住院范围时，国家监护权就要求必须立足于患者的立场去考虑是否需要强制住院。

而当根据国家监护权认为被监护人不需住院时，根据警察权又需要斟酌该精神障碍患者是否具有危险性。强制住院的决策者合理权衡这两种权力，才能使强制能住院的效能得到最优发挥。这两种权力的同时共存，构成了民事强制住院的典型特点。

当然，这并不意味着两种权力必须是一种完全对等的关系，不排除因民事强制住院对象不同会有所侧重。

在对可能危害他人安全的精神障碍患者实施强制住院时警察权的因素相对较强；而对可能危害自身的患者实施住院时国家监护的色彩就相对浓厚。〔18〕

而为实现这些目的，必须借助于公正的决策机构、合理的权限设定与精细的程序技术等。

## 二、民事强制住院的决定机构

决定机构，或决定主体，是强制住院事件中的决策者。它不同于送诊主体，送诊主体是发现精神障碍患者存在着危害自身或他人危险时，有权将该患者送往精神病院进行诊断的法定主体。送诊后是否实施强制住院，仍须由决定主体依据诊断结果、结合该患者的其他危险性行为作出判断。有关决定机构如何选择，在我国精神卫生立法过程中争议很大。<sup>[19]</sup>

我国《精神卫生法》最终确立了“精神科医生决定或鉴定+诉讼救济”的模式。

具体来说，法定送诊主体将疑似精神障碍患者送诊后，由精神科医生诊断或鉴定是否须对疑似精神障碍患者实施强制住院，并由医疗机构具体实施强制住院。

其间，精神障碍患者或其近亲属对诊断或鉴定意见有异议的，可以申请复诊、鉴定、再鉴定，即所谓的“两次诊断、两次鉴定”<sup>[20]</sup>。

如果精神障碍患者或其监护人、近亲属仍然认为强制住院侵犯其合法权益的，可以提起民事诉讼。

依据这一模式，是否强制住院完全由精神科医生判断。由此，民事强制住院似乎转化为了纯粹的医学问题。这种模式是否恰当呢？

在分析它之前，这里先从比较法考察下一些主要法治国家与地区在民事强制住院上的决定机构选择。

### (一)各主要法治国家与地区的决定机构选择

目前，各主要法治国家与地区关于民事强制住院的决定机构选择模式主要有：

(1)完全由法院决定。即所有涉及强制住院，无论是许可或者解除均由法院以裁判方式决定。美国法采用这一模式。

(2)照管人决定、法院许可。这是德国法模式。精神障碍患者的照管人<sup>[21]</sup>在法定情形下<sup>[22]</sup>可以决定对精神障碍患者实施强制住院，但必须经法院许可；解除则无须法院许可，一旦强制住院原因消除，照管人只需将强制终止的情况通知法院即可。

(3)由行政机关决定。《日本精神保健与精神障碍患者福利法》规定都道府县知事根据两名精神保健医生的一致诊断结果，可以决定强制住院；<sup>[23]</sup>认为强制住院不当以及入院一段时间后没有必要继续住院的患者，可以依据《人身保护法》请求解除强制住院。<sup>[24]</sup>

(4)审查委员会决定。我国台湾地区采用该模式。<sup>[25]</sup>审查委员会由专科医师、护理师、职能治疗师、心理师、社会工作者、病人权益促进团体代表、法律专家及其他专业人士组成。审查委员会也可以决定强制住院时间的延长。不服强制住院决定的病人或其保护人可以向法院申请裁定停止紧急安置或强制住院，<sup>[26]</sup>法院审理时适用非讼程序。

可以看出，上述国家与地区在民事强制住院决定机构的选择上各有特色。这既表明强制住院决定机构的选择受各国家与地区法律传统与制度环境影响较大，也说明强制住院权力配置方式的多样可能性。

不过，它们仍然有一些不可忽视的共通因素：

(1)严格区分强制住院决定机构与诊断或者鉴定机构。诊断或鉴定机构由精神科医生组成，他们只就精神障碍的有无与是否具有危害自身或他人的危险性进行判断，但是否需要强制住院却须由法院或者其它中立的第三方机构作出决定。中立第三方决定是否强制住院时须遵循法定程序，以此充分保障患者的人权。

(2)法院在强制住院中具有举足轻重的作用。法院或者是直接决定强制住院，或者虽不由法院直接决定但其他机构决定之后可以向法院寻求司法救济，且司法救济不采用通常民事诉讼程序，而是一种快捷、迅速、便利的程序迅速为精神障碍患者提供救济。<sup>[27]</sup>

### (二)我国民事强制住院的决定机构

我国《精神卫生法》规定的把强制住院完全交由精神科医生决定的模式，一定程度上体现了对专业知识和技能的尊重。但这种模式却存在着一些重大缺陷：

(1)我国精神科医生或医院在性质上已完全不适宜对是否强制住院作出判断。民事强制住院并不是普通的住院治疗问题，它涉及警察权与国家监护权等公权力。传统计划经济体制下我国精神病院属于卫生行政的附属机构，具有卫生行政的特点，由其同时担任强制住院决定者和执行者的双重角色或许符合当时社会救助的需要。

但随着市场经济的建立，精神病院逐步过渡为独立于卫生行政的法人单位，其存在形式也呈现多元化，既有完全承担公益功能的公立精神病院，也有以盈利为目的的私立精神病院。

目前无论哪一种存在形式都可能存在着获取国家财政拨款或追求利润的冲动，所以医院的公益性大大降低。与之相适应，精神科医生只是在这些机构中执业的专业人士，它必须依附并受制于精神病院管理体制的拘束，自身独立性较弱。

精神病院的上述获取国家财政拨款或追求利润的冲动，必定通过精神科医生的行为反应出来。近年不断上演的被精神病事件中不乏精神科医生为追求利益而强制住院的例子。这种由与精神障碍患者存在利害关系的另一方来决定他是否强制住院显然是不恰当的。

(2)精神科医生判断的不稳定性严重影响着民事强制住院的正当性。《精神卫生法》规定是否强制住院完全取决于精神科医生的诊断证明或者鉴定意见,这无疑排除了第三方对于该诊断证明或者鉴定意见进行评判的可能性。

这就要求精神科医生的判断必须准确。但实际情况却是一方面精神科医生业务能力参差不齐,另一方面许多病症是否为精神障碍及是否具有危险性在精神卫生医学领域也经常存在着分歧。

把民众的人身自由权这种宪法性权利被委诸于精神科医生的偶然性判断,这显然有违社会公正、缺乏正当性;并且把强制住院完全交由精神科医生判断实质把它等同于通常的治疗行为,这意味着是国家对宪法赋予职责的放弃。

为解决诊断证明或鉴定意见之间的相互冲突、矛盾,《精神卫生法》不得不规定鉴定相互间不一致时以重新鉴定意见为准。<sup>[28]</sup>可是重新鉴定的意见就比初次鉴定客观吗?

(3)医疗诊断行为或鉴定均无法提供强制住院决定所需的制度与技术支持。在把强制住院规定为纯粹医疗诊断的同时,《精神卫生法》虽然也规定了“两次诊断、两次鉴定”程序以为可能的诊断错误提供救济,但这种程序设计终究无法与强制住院的性质相契合。

以危险性认定为例,通常医疗诊断中患者为尽快康复会积极配合医生、进行如实陈述,医生基本可以依据患者陈述并结合各种检查指标体系作出判断。患者和医生的医院诉求具有一致性。

但在认定精神障碍患者危险性时,由于要对患者进行强制性医疗,患者和医生的目标未必一致,患者本人或者监护人也未必配合这种检查,医生只能根据各种检查指标、送诊人的陈述及其他各种陈述展开判断。

这种判断失真的可能性就很大。如果由法院决定,法院就可以通过职权调查或调取相应证据材料,甚至可以到患者本人的日常生活环境中获取他的各类信息。这些制度技术是医疗诊断行为完全无法提供的。

为解决这些问题,我国有必要调整现有强制住院的决定机构。就前述各主要法制国家和地区模式来看,日本采用行政机关决定模式是由行政权力强势的传统决定的,并且日本司法具有强烈依赖政治部门的倾向,政治上无法得以保障的少数人的人权在司法上仍然难以获得救济,<sup>[29]</sup>尽管日本转向司法决定的呼声很高,但最终还是选择了现有方式。

我国目前也存在行政权过度膨胀的问题,如借鉴这一模式很可能使强制住院异化为社会管治的手段,如同本应属于国家监护权行使的收养许可由行政机关行使,最终异化为行政许可制度一样。<sup>[30]</sup>

审查会制虽由不同专业人士组成社会中立机构,被认为可以作出更符合病人与社会需求的判断。<sup>[31]</sup>但是,这种模式下仍需法院发挥监护作用,通过审判给被强制住院者提供救济。这意味着同一事件要经过两个性质完全不同的机构与程序进行判断,这完全不符合强制住院事件继续性的特点。

该模式由美国精神医学会于1974年开始倡议,最终在我国台湾地区得以落实,<sup>[32]</sup>但它在美国并没有为社会所普遍接受,美国仍然沿用着由法院决定的模式。

因而,为充分保障精神障碍患者的人权,前述各种模式中由法院担当决定机构对我国来说更为适宜,这也符合联合国《保护精神障碍患者和改善精神保健的原则》的要求。<sup>[33]</sup>

一方面司法权特有的筛选与评价机制可以保证诊断或鉴定意见的客观性与公正性;另一方面由法院统一行使警察权与国家监护权也有利于二者的合理权衡,既可避免强制住院的无序扩大,又能够使精神障碍患者得到及时治疗。

当然,由法院决定强制住院可能也会有反对声音。反对者可能认为,司法程序严格、漫长,可能导致精神障碍患者无法及时入院,不利于国家监护作用的发挥和患者的治疗。

法院一方也担心自己不具有判断是否精神障碍的专业知识,并且如此大规模事件涌向法院可能会给原已事件压力过大的法官雪上加霜。

对此,笔者以为,一方面,专业知识不足不是强制住院特有的问题,它在任何涉及专业事件的审判中均会存在,司法程序的鉴定、专家证人、陪审团等制度均是为克服该问题设计的;另一方面司法程序的严格、耗时也已因现代司法程序提供的程序类型多重性、程序技术细微性而得以消解。

### 三、民事强制住院的程序性质

法院决定强制住院的益处是所有判断活动均会程序化。良好的程序技术不仅能有效地保障权力行使,也能最大限度地避免错误判断的产生。

从比较法来看,尽管民事强制住院程序差异较大,但基本上均是发生在诉讼程序与非讼程序之间的选择。

民事诉讼程序与非讼程序是性质完全不同的程序。二者的主要区别体现在:<sup>[34]</sup>民事诉讼采用两当事人对立构造、非讼程序不采用对立构造;民事诉讼采当事人主义、非讼程序采职权主义;民事诉讼程序采严格证明制度、非讼程序主要采自由证明;民事诉讼注重程式性、形式性要素,非讼程序则注重弹性,具有快捷、便利以及经济的特点。

从这些区别来看,这两种程序虽性质不同,但各具特色。也就是说,程序本身无所谓优劣,它的选择一方面受制于一国的法律传统与现行法体系,另一方面取决于事件的特点与实体法目的。

在前述各主要法制国家与地区中,选择上的区别恰好体现在大陆法系和英美法系两个典型国家德国与美国的程序选择上。

### (一) 德国与美国的民事强制住院程序

德国法院决定强制住院时运用的是非讼程序。德国法选择该程序更多受传统的影响。德国沿袭了罗马法的国家监护思想。13-17世纪在德意志以监护事件为中心形成了警察条例,在这些法典中国家以监护思想依据全面介入私领域。

后来,随着私权至上和意思自治原则的落实,国家虽然逐步退出私领域。但是仍保留了诸多由国家以监护者身份介入的领域。

19世纪末逐渐形成的非讼事件如不动产登记、抵押权实现及其登记、民事监护、信托及其他登记、登录制度等,制度的基础均是国家监护与社会秩序维持思想。

这些事件被德国民法典和非讼事件程序法典分别从实体和程序角度纳入了法律的调整范围:实体法概括地确立国家的监护义务,以及这种监护义务实现所必需的要件;通过程序法上的职权开始和运行,实现实体法的国家监护职责。后者以民事监护程序为蓝本而构造的总则内容,被视为是国家履行监护职责的手段。〔35〕

民事强制住院被作为监护制度的一部分规定在民法典中。强制住院某种程度上可以说是民事监护中国家对监护人监护的延伸,它是一项处在民事监护延长线上的制度。非讼程序借助审理程序中职权主义的运用充分发挥国家对民事主体的监督与保护。〔36〕

这种程序下形塑出来的民事强制住院呈现了浓厚的国家监护色彩。事件审理过程中,法院应对本人获取个人印象;必要的情况下,法院会在本人的日常环境中获取此种印象。精神医科医生的鉴定意见是否采纳由法院进行判断,并且批准实施强制住院时,实施强制医疗的医生不得为鉴定医生。〔37〕

美国民事强制住院属于州的权限,具体程序虽由各州法律规定,但因美国宪法中正当程序条款的影响〔38〕法院决定强制住院时选择了具有民事诉讼性质的程序。

最为典型的当属加利福尼亚州的LPS法(全称“Lanterman-Petris-Short Act”),它是美国精神卫生立法的典范,也是其他州立法的样板。它规定180日以上的强制住院必须保障患者的辩护人任权与获得陪审审理的权利。

在联邦法院的判例中,则是大量采用告知、迅速司法庭审、排除合理怀疑证明、辩护人的效果性援助、免证特权、排除传闻证据、接受陪审审理这些接近刑事事件审理要求的判例。〔39〕

其中,偶尔虽然会有认为适用简化程序也正当的判例出现,〔40〕但它整体上没有改变强制住院程序的严格性。

程序的严格性表明美国在强制住院理念上偏重社会防卫,强调警察权的运用,因而提升程序严格度以避免权力对民众权利可能产生的侵害。

### (二) 我国民事强制住院的程序性质

与德国和美国相比,我国民事强制住院程序制度选择上虽不像他们那样存在法律传统或者宪法的制约,但这并不意味着我国可以任意选择强制住院程序。

我国宪法第37条第3款规定,“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由”。通常认为,采取“其他方法”剥夺或限制公民人身自由也必须如非法拘禁一样遵循法定程序。法定程序就要提供基本的程序保障。

不过,相对而言我国的限制条件还是相对较少,这就使在进行程序选择时可以更多地考虑到强制住院事件的特点。依据宪法并结合非讼程序特点,笔者认为我国由法院通过非讼程序来决定强制住院更具有合理性,我国民事强制住院的程序性质应当属于非讼性质。理由在于:

(1)非讼裁判权与强制住院依据的权力在特点上是一致的,并且非讼程序技术更有利于保障精神障碍患者权益。诉讼裁判权具有消极性、中立性特点,它承担着国民权利守护者的角色、以为权利受到侵害的主体提供事后救济为宗旨。

但是作为强制住院根据的警察权与国家监护权均具有主动性、积极性的特点,强制住院程序虽主要依申请而启动,但不排除必要情况下法院主动的职权介入,它们显然与诉讼裁判权存在实质冲突。

从美国运用诉讼裁判权规制强制住院的经验来看,精神障碍患者接受强制住院是相当困难的。由此不得不更多采用门诊治疗或者借助于行政强制措施临时强制治疗。

相反,非讼程序下的非讼裁判权却能应合强制住院根据的这些权力特点。非讼裁判权具有积极性、主动性的特点。它依助非讼程序中的职权主义、自由证明、非公开审理等程序技术,尤其如法官可依职权进行事实探知和必要的证据调查,可以积极、迅速地参与到对精神障碍患者的监护和保护中去。

(2)非讼程序可因应情势调整裁判的特点与民事强制住院继续性的特点也是一致的。强制住院属于继续性法律关系,它在时间上具有延续性、行为上呈现持续实施性。

强制住院决定作出后,效力会持续到被强制住院者不再具有危险性;在期间精神病院虽对精神障碍患者一直负有看护与治疗的义务,但国家监护职责并没有解除。

一方面国家对精神病院的治疗、监护人的决定仍然具有监督义务，另一方面在强制住院原因消除后应当及时解除强制住院。而且，住院解除后如果再次出现危险性，还仍须由法院重新作出是否强制住院的决定。

在法院的各种审判程序中，如此可以使法院因应精神障碍患者情势变化不断调整决定的制度惟有非讼程序才能提供。非讼程序特有的裁判变更制度保证了法院能够在裁判基础发生变化时及时调整自己的裁判行为。<sup>〔41〕</sup> 由此也为警察权和国家监护权的合理地平衡运用提供了空间。

③强制住院的判断属于合目的性判断，判断者须有广泛的裁量权，非讼程序亦具有这种制度功能。民事强制住院的实体性要件是“精神障碍患者有伤害自身或者他人的危险性”，“危险性”是一个抽象的、指导性概念。

尽管法院审理过程中会有精神病科医生提供是否具有危险性的评价意见，但法院最终评判时并非完全依据该意见，他仍然要结合其他证据展开综合判断是否具有“危险性”。

这与其说是合法性判断，不如说是合目的性判断。在实现社会防卫与提供必要监护之间找到恰当的平衡点，作出既符合公共利益又能兼顾精神障碍患者福祉的判断。

这种判断在诉讼程序下是很难形成的。诉讼程序的判断通常立足于双方当事人的对论，法院以兼听则明的角度采纳双方的辩论意见，可“危险性”未必可以愈辩愈明。其结果必然是精神病科医生的专家意见经常会被推翻，事实上造成强制住院相当困难。

非讼程序下法官被赋予广泛的裁量权，这就可以促使法官结合精神科医生的诊断与自己的职权调查，综合地做出合目的性判断。

**总之，与诉讼程序相比，非讼程序包容不同价值取向和司法政策的可能性更大，这就为警察权和国家监护权的同时行使提供了极佳的构造。**

它虽产生于国家监护权行使，但因程序迅速性自然也可以承担国家警察权的社会防卫功能；它对程序保障的追求与设定，既能够最大限度避免误判或者“被精神病”的可能性，也有利于因避免程序过于复杂导致强制住院程序迟缓和成本过高的可能。

诉讼程序因程序的消极、严格，不仅会使国家丧失防卫社会和提供监护的最佳时机，而且因程序设计的复杂与成本过高，会使国家失去它在强制住院中应有的国家监护角色承担。将强制住院程序性质上定位于非讼程序，实质上是为后法制国家的我国提供了构建更合理制度的可能。

#### 四、我国民事强制住院的司法程序构造

在我国民事程序制度中，非讼程序并不像民事诉讼程序一样属于相对定型的，亦为民事诉讼法典所规范的程序。理论上虽然通常把民事诉讼法典第十五章视为非讼程序规范，该章的“一般规定”视为非讼程序的共通规则，但它距实质上的非讼程序尚有一定差距。<sup>〔42〕</sup>

笔者这里强调的非讼程序是遵循职权主义、自由证明、非公开审理、非对立性构造等非讼程序共通特点的大陆法系非讼程序构造。由于非讼程序是个类程序概念，具有聚合性特点，既包括各类非讼事件审判的共通程序，也包括各类事件的特有审判程序。<sup>〔43〕</sup>

除遵循上述共通程序的基本特点外，非讼程序也为结合我国强制住院特点构造特有审判程序提供了可能。具体来说，《精神卫生法》在民事强制住院程序构造上有必要考虑如下两点：

首先，**将强制入院、住院期间延长、住院期间的监督、解除住院一并纳入住院程序予以调整。**这是基于强制住院继续性特点的设计。

由于继续性特点，那么住院期间延长、住院解除等均处于入院决定的延长线上，广义上也属于是否强制入院的问题。尤其是解除强制住院，它既可因精神障碍患者恢复正常也可能是由于强制住院决定错误，对于强制入院具有直接的救济功能。运用非讼程序一并调整可以为被住院人提供迅速的救济。这既有利于精神障碍患者的人权保障，也符合世界精神卫生法制的趋势。

我国《精神卫生法》规定<sup>〔44〕</sup>规定的精神障碍患者认为受侵害后可以通过诉讼救济的模式，不仅从前述发达法制国家完全看不到这种救济方式，而且民事诉讼程序的延迟、过于注重程式、不经济等特点决定了它是完全承担不了救济作用的。

其次，**区分强制住院类型设置不同的程序保障内容。**具备完善的程序保障是由法院审判民事强制住院的最大优势，但强制住院程序毕竟不能采用类似于诉讼程序的程序保障内容。它可以最低限度程序保障为基础进行调整。如此，既有利于精神障碍患者的权益保障，也便于国家监护权的行使。

所谓最低限度的程序保障，须呈现两个基本性：第一，它应当涵盖审判程序中当事人的基本权；第二，它还须是现代文明司法审判制度的基本、必要组成部分。

从我国民事程序法制来看，最低限度的程序保障应当是保障当事人陈述意见的权利。<sup>〔45〕</sup> 在此基础上，鉴于民事强制住院根据的多元性，针对不同强制住院事由权力根据应有所侧重，相应的程序保障也可以有所不同。

具体而言，当因精神障碍患者危及他人安全而实施强制住院时，社会防卫的因素就相对较强，更多涉及警察权的运用，这时就需要加强程序保障以保护精神障碍患者的权益；但当强制住院是因精神障碍患者危及自身安全时，

国家监护的因素就会相对较强，此时程序保障可以弱些。

在这些基础上，我国民事强制住院程序在技术上可以做如下设计：

### （一）管辖与申请人

民事强制住院事件应由精神障碍患者所在地、居住地或住所地法院管辖。尤其是所在地法院管辖，这主要是考虑到需要采取强制住院措施的精神障碍患者可能存在着住所地或居所地不明的情形。

无论从社会防卫的角度还是从国家监护的角度来看，都需要国家迅速采取相应措施。所在地法院管辖就满足了这一要求。再者，强制住院期间延长、解除等事件审理中，也以精神障碍患者所在地法院审理更为便捷。

申请人与我国《精神卫生法》中的送诊主体不同。我国《精神卫生法》规定的送诊主体包括近亲属、所在单位、公安机关、民政部门等有关部门。<sup>〔46〕</sup>这些主体均可以申请对确诊符合法定的条件的精神障碍患者实施强制住院。

除此之外，精神病院诊断后认为应当强制住院，但监护人拒绝的时候，精神病院应该也可以成为申请主体。<sup>〔47〕</sup>

送诊与申请强制住院程序区分，就可以避免我国实践中监护人滥用监护权现象的再次出现。申请延长强制住院的主体与申请入院主体范围可以是一致的，**但是申请解除强制住院的主体却不应做任何限定**。它不仅应包括精神病院、被强制住院者及其监护人，而且只要不悖于被强制住院者的意志，任何人均有权请求解除强制住院。<sup>〔48〕</sup>

如此规范原因在于，被强制住院者人身自由处于被限制状态，实际上很难提出请求，给予第三人申请法院解除强制住院的权利更有利于保障被强制住院者的人权。

### （二）申请方式

民事强制住院原则上因申请而启动。<sup>〔49〕</sup>申请可以采用口头或者书面形式。申请书中应附有理由，并提供支持该理由的各类证据材料，这些证据材料未必包含正式的精神病学鉴定。但是法院在批准强制住院时，应当获得正式的精神病学鉴定，不应简单地依据精神病院的诊断证明就作出判断。为避免鉴定医与执行医混同可能导致逐利状况，法院委托的鉴定医生与未来实施强制住院的医生应予以区分。

由法院决定强制住院，不可避免地会出现重复申请的问题：其一，正在审理的申请能否再次提起相同内容的申请；其二，就已经审理终结，且为法院驳回的申请能否基于同样的事由再次提出申请。

关于第一种申请，法院应当参照禁止重复诉讼的原则驳回该申请；对于第二种情形，为避免反复申请增加司法成本同时也给被申请人生活带来的严重困扰，在被驳回后任何有权申请主体都不能针对同一主体基于同样的事由再次提出申请。

此外，对于解除强制住院申请在被驳回后，亦不应允许其它主体在基于同一事由再次提出申请。除非申请是以明显违背被强制住院者意志的理由提起并被驳回的，或者被强制住院者因反对申请者的申请而拒绝加入该事件审理。

但是，如果强制住院已届法定或者裁判指定的期间，在不存在法定延长理由的情况下，法院应不待申请而直接依职权解除强制住院。

### （三）审理

强制住院事件的审理**除遵循自由证明、不公开审理原则外，可由法院依职权调查裁判所需的所有事实，不受申请内容的限制**。例如，在申请延长住院期间事件的审理过程中，法院发现该精神障碍患者已经恢复正常的，就可以直接裁判解除强制住院。

审理原则上以书面形式，但在必要情况下法院应当对精神障碍患者本人进行询问，以获取对精神障碍患者的直接印象；还可以通知被申请人及其监护人、近亲属到场，与申请人和诊断医师面对面进行辩论。

虽然这种到场可能会对被申请人造成新的伤害，不利于其治疗，但是考虑到被申请人的合法权益保障问题，所以仍应通知其到场。直接询问或到场辩论是保障精神障碍患者权益、克服我国实践中时常发生被强制住院现象的最有效措施之一。

是否告知被申请人裁判的相关事实是这类事件审理时的一个棘手问题，这其中主要涉及医生诊断等一些可能给被申请人带来伤害的信息。

我国《精神卫生法》中这类行为为患者知情权的调整，<sup>〔50〕</sup>由法院裁判强制住院事件后，就涉及法院对当事人的告知义务，而告知是关系人知晓事件情况的主要途径。

对此，除这些可能给被申请人带来不必要伤害的信息，可由法院根据具体事件灵活把握外，其他诸如申请、申请人提供的书证、法院依职权调查的证据及第三方提供的有关事件信息、法院的裁判等情况，法院应当予以告知。

### （四）执行

法院裁判许可强制住院后，就由精神病院对该精神障碍患者实施强制住院医疗的行为。精神病院对患者住院期间只是承担看护、治疗义务，并不因强制住院开始而当然取得监护人的身份，对于没有监护人的被强制住院者，法院可以在作出强制住院裁判的同时为其指定监护人。

住院过程中，精神病院采取的治疗措施原则上会经过患者或其监护人同意，但是对于有些措施没有经过他们同意或者依法不需要他们同意的措施，<sup>〔51〕</sup>被强制住院者或其监护人可以向法院主张该措施侵犯了自身权利，请求法院予以制止。

## 结 语

民事强制住院不是单纯的医学问题。它既涉及多种国家权力的运用，也涉及公民人身自由权等宪法性权利。目前，在我国无论从实践抑或精神卫生立法来看，都过于强调它的医学性。

《精神卫生法》尽管在患者人权保障上着墨诸多，但它并没有改变传统的由精神病科医生决定强制住院的模式。精神病科医生决定者与执行者双重身份的重合，严重影响了强制住院的公信力和公正性，同时也使国家推卸了它在承担社会安全与保护精神障碍患者上应承担的责任。随着人权保障理念的深入接受与我国法律体系的趋于完善，国家理应承担起这些职责。

本文主要围绕由谁来决定强制住院逐步展开，探讨了民事强制住院的根据、决定机构、决定程序的选择及我国如何构造决定程序。

笔者的基本论点是由于民事强制住院根据为警察权与国家监护权的特点，应当由行使司法权的法院来决定强制住院，因为作为司法权重要组成部分的非讼裁判权与警察权、国家监护权在特点上是一致的，承载非讼裁判权的非讼程序具有快捷、经济、迅速等特点也符合强制住院事件的要求。

相对于《精神卫生法》下“精神病科医生决定住院、诉讼程序救济”的模式，这种模式不仅在保障精神障碍患者人权而且在效率上的优势都是明显的。尤其对于人权保障，它本是贯穿强制住院过程的核心问题，但目前《精神卫生法》的强制住院模式并没有充分重视这一问题。（完）

郝振江，河南大学法学院副教授、日本京都大学法学研究科·日本学术振兴会外国人特别研究员。本文系国家社科基金后期资助项目“非讼程序研究（14FFX007）”的阶段性成果。

(1) 参见时延安：“中美精神病人强制医疗制度之比较”，《法学评论》2009年第4期；张步峰：“强制治疗精神疾病患者的程序法研究”，《行政法学研究》2010年第4期；刘东亮：“‘被精神病’事件的预防程序与精神卫生立法”，《法商研究》2011年第5期；秦宗文：“刑事强制医疗程序研究”，《华东政法大学学报》2012年第5期；陈卫东、柴煜峰：“精神障碍患者强制医疗的性质界定及程序解构”，《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2013年第1期；纵博：“论强制医疗程序的证明问题”，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期；周维平：“对强制医疗条件的审查”，《人民司法》2013年第6期；王志坤：“强制医疗程序及其检察监督”，《国家检察官学院学报》2013年第6期；郭华：“程序转换与权利保障：刑事诉讼中精神病强制医疗程序的反思”，《浙江工商大学学报》2013年第9期；胡肖华：“美国精神病人强制住院治疗法律制度及其借鉴”，《法律科学》2014年第3期；陈学权：“未实施犯罪的精神病人对强制医疗的司法救济研究”，《暨南学报（哲学社会科学版）》2014年第6期；李娜玲：《刑事强制医疗程序研究》，中国检察出版社2011年10月等。

(2) 卢建平：“中国精神疾病患者强制医疗问题研究”，《犯罪学论丛》（第6卷），中国检察出版社2008年版，页465。

(3) 例如，诸多刑诉学者在论述该问题时直接称之为“强制医疗”或“强制住院”，而没有将之限定为“刑事强制医疗”或“刑事强制住院”，尽管他们论述的仅仅是刑诉法规范的强制住院问题。参见前注（1）参考文献题目。

(4) 参见《精神卫生法》第30条2款。

(5) 参见《刑事诉讼法》第284条。

(6) 典型例如公安机关是否有权决定强制医疗。论者往往直接依据《警察法》第14条、《精神卫生法》第28条和第35条认为公安机关行使的是国家强制医疗决定权（参见前注（1），陈学权文）。但《警察法》第14条规定的是公安机关有权采取保护性约束措施或者需要送往指定的单位、场所加以监护。强制住院和保护性约束措施本属于完全不同的行为；《精神卫生法》第28条规定的是公安机关有权将精神障碍患者送诊；第35条规定公安机关可以协助医疗机构采取措施对精神障碍患者实施住院治疗。

(7) 如，《刑事诉讼法》注重的是强制住院的决定程序，而较少关注强制住院期间与解除时的权利救济。虽规定了被强制医疗的人及其近亲属有权申请解除强制医疗，但是向谁申请、该申请没有获得批准时如何获得救济等这些涉及法院继续性裁判的问题均没有触及。

(8) 例如，据媒体报道，精神卫生法实施一年后，“被精神病”问题并未得到遏制与改变。参见王丹阳：“如何去除‘被精神病’魔咒”，载《广州日报》2014年4月16日，第88版。

(9) 参见陈卫东、石献智：“警察权的配置视角及其控制——基于治安行政管理和刑事诉讼的视角”，《山东警察学院学报》第5期。

(10) Robert I. Postel, “Civil Commitment: A Functional Analysis”, 38 Brooklyn Law Review. 33-37(1971).

(11) “Developments in the Law: Civil Commitment of the Mentally ill”. 87, Harvard Law Review. 1222(1974)

(12) 参照岩井宜子『精神障碍者の強制入院について』金沢法学第27卷1・2合併号136頁(1985)。

(13) Robert I. Postel, Supra note 11.

(14) 参见宋艳慧,“我国社会保障权的宪法保障”,《中国律师》2014年第3期。

(15) 时延安,见前注(1)。

(16) 种明钊:《社会保障法律制度研究》,法律出版社2000年版,页344。

(17) 参见李娜玲:“刑事强制医疗程序之解构分析”,《法学杂志》2009年第3期;秦宗文,见前注(1)。

(18) 正因强制住院的这种复杂权力根据,所以在我国理论研究与立法上就出现了相对混乱的局面。有行政法研究者认为对可能危害他人安全的精神障碍患者实施强制住院属于行政法调整范围,对可能危害自身的患者是否住院则完全交由自然人监护人进行判断(张步峰文,见前注(1))。这种观点无疑完全忽略了这类强制住院背后的国家监护因素。类似的观点在我国《精神卫生法》上也得以体现,《精神卫生法》第31条规定,对于有伤害自身危险的精神障碍患者,经其监护人同意医疗机构才能对其实施住院。

(19) 有不少争论表面上讨论的是谁有权力送诊,但实质上触及的仍然是强制住院的决定权问题。参见刘涌:“争论〈精神卫生法〉谁有资格送人到精神病院?”,载《21世纪经济报道》2011年6月22日,第5版。

(20) 参见《精神卫生法》第28条、30条、31条、32条、35条。

(21) 德国1992年《照管法(Betreuungsgesetz)》对成年监护制度及禁治产制度进行了较大的改革。其中之一就是用照管人取代了监护人。参见王丽萍:“德国的成年照管制度及其启示”,《法学杂志》2001年第3期。

(22) 法定情形如被照管人因心理疾病或因精神上、心灵上的残障而可能自杀或严重自残之危险等。参见《德国民法典》第1906条第1款。

(23) 参见《日本精神保健与精神障碍患者福利法》第23条、24条、25条、26条、27条、29条。

(24) 長沢正範『人身保護法による精神病院不当強制入院「患者」の救済——その現状と批判』同志社法学26卷4号頁84—110(1975)。

(25) 参见《台湾精神卫生法》第41条第3款。

(26) 参见《台湾非讼事件法》第169-2条。

(27) 例如,日本人身保护法的宗旨就是通过司法裁判迅速、便利地恢复国民正在被不当剥夺的人身自由;我国台湾地区适用的非讼事件程序本身就快捷、便利、迅速为制度追求。

(28) 参见《精神卫生法》第35条1款。

(29) 池原毅和『精神障害法』三省堂2011年頁55。

(30) 例如,在德日等大陆法系国家与地区民法典中,确立收养关系程序通常是双方达成书面协议,然后共同向法院申请,由法院运用非讼程序予以审理来决定是否许可。法院承担的是国家监护作用。我国收养法也规定了这类事件,虽然它只规定收养查找不到生父母的弃婴和儿童以及社会福利机构抚养的孤儿时应当向民政部门登记,但民政部在《中国公民收养子女登记办法》(1999年5月25日民政部令第14号发布)中规定所有收养必须登记,并且附加了诸多收养条件。这里收养已并非简单的登记,它已经异化为了行政许可。

(31) 林思蘋:“强制治疗与监护处分——对精神障碍患者之社会控制”,台湾大学法律学系硕士论文,2009年6月。

(32) 郑懿之:“论精神卫生法中强制住院治疗对人身自由之限制”,东吴大学法律学系硕士论文,2011年8月。

(33) 参见联合国《保护精神障碍患者和改善精神保健的原则(The protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care)》原则16第2款、原则17第1款。

(34) 参照(日)小山昇等『演習民事訴訟法』清林書院1973年頁28。

(35) 参照(日)佐上善和『古典的非訟事件研究の序説—後見裁判所の職務を中心として—(一)』民商法雜誌67卷4号頁546、757、758。

(36) 郝振江:“论非讼程序的功能”,《中外法学》2011年第4期。

(37) 参见《德国家庭事件与非讼事件程序法》第321条1款。

(38) 即美国宪法第5和第14修正案所包含的“不经正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产”内容。

(39) 349. F. Supp. 1078 (E. D. Wis. 1972)。该判例对美国强制入院法产生了巨大影响。

(40) 在1979年的Addington v. Texas一案中,美联邦最高法院认可因国家亲权而缓和程序严格性的做法,认为强制住院要求的证明程度未必完全是“排除合理怀疑的证明”,明白且有说服力的证据也是可以的。441 U. S. 418 (1979)。

(41) 郝振江:“论非讼裁判的效力与变更”,《国家检察官学院学报》2014年第2期。

(42) 关于我国民事诉讼法典特别程序章“一般规定”的特点,参见郝振江:“论我国非讼程序的完善——聚焦于民诉法特别程序的‘一般规定’”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

(43) 这一特点从大陆法系国家与地区的非讼程序法典中可以得到明显例证。以德国家庭与非讼事件程序法为

例，它采用的所谓总分则结构就是在总则规定适用于各类事件共通的审判原则和程序，分则规定适用于各类事件的特殊审判程序。参见郝振江：“德国非讼事件程序法的新发展”，《河南政法管理干部学院学报》2011年第2期。

(44) 我国精神卫生法第82条规定，精神障碍患者或者其监护人、近亲属认为行政机关、医疗机构或者其他有关单位和个人违反本法规定侵害患者合法权益的，可以依法提起诉讼。

(45) 参见《民事诉讼法》第159条。关于最低限度程序保障具体分析，参见郝振江：“论非讼事件审判的程序保障”，《法学评论》2014年第1期。

(46) 参见我国《精神卫生法》第28条。

(47) 我国《精神卫生法》第31条规定，对于有危害自身危险性的精神障碍患者实施强制住院时必须经监护人同意。这种规定是不恰当的，它规避了国家监护权对自然人监护权的监督。赋予精神病院也具有申请权，实质是为国家监督自然人监护权行使提供了路径，有利于保护被监护人的权益。

(48) 对于强制住院的解除，英美国家甚至于日本都采用人身保护令（prerogative writ）制度，关于人身保护令的申请主体均没有任何特殊限制。参见鈴木忠一、三ヶ月章『新実務民事訴訟法講座(8)』日本評論社1984年頁427。

(49) 特殊情况下应当允许法院依职权启动住院程序。例如，在审理精神障碍患者监护人确定案件中，法院如判断认为该精神障碍患者具有危害他人的危险时，应可依职权启动强制住院审理程序。

(50) 参见我国《精神卫生法》第39条。

## 德国家事事件非讼化的发展及其启示

2016-06-17 人民法院报 曹慧婷

家事事件因其高度的人身性和公益性而区别于普通民事案件。家事纠纷多牵涉血缘、亲情、道德、隐私等方面，易对当事人生活产生深远的影响。在解决家事纠纷的过程中，法院应当将促成当事人之间恢复感情、消除对立作为纠纷解决的根本目标和价值取向。因此，家事程序在许多方面有别于普通民事程序。2008年9月19日，德国《非讼事件程序法》经历第一次全面修订，名称改为《家事事件及非讼事件程序法》。目前，德国已不仅对既有的程序进行了补充修正，还创设了新的程序和制度，完善了家事程序，初步实现家事程序非讼化。

### 德国家事程序的特点

《德国民事诉讼法》第六编规定家事程序分为婚姻事件和其他家事事件两大类，二者适用不同的程序。婚姻事件主要适用诉讼程序，包括离婚、撤销婚姻的程序，确认婚姻存在或不存在的诉和要求创造婚姻生活的诉。其他家事事件大多属于非讼事件，适用非讼程序。

### 不公开审理

公开原则是《德国民事诉讼法》的基本原则。程序公开能够保障当事人的诉讼参与权，同时加强判决的公正性和可信度，是程序公正的重要部分。家事事件涉及双方当事人的个人情感生活及家庭伦理，在有子女的事件中还涉及子女的健康成长。德国立法者认为，个人隐私和子女利益应当得到更多的保护和尊重。因此，法院审理家事事件时适用程序不公开原则。

### 辩论主义之限制

家事事件关乎人身和公共利益，适用辩论主义不利于法官发现真相，也不利于案件的妥善处理。为了维持身份关系，调和当事人的矛盾，家事审判适用职权主义。在职权主义下，法官可下令调查证据，也可采纳双方未提出的证据，即法院对诉讼证据与资料的收集拥有主导权。例如，在家事审判中，当事人的自认并不当然地约束法院，法院如果对当事人自认的事实形成确信，可以将其作为裁判的基础，但如果法院认为事实不够明确，仍存疑点，则可不采纳该事实，并且可依职权进行协调。

### 处分原则之限制

处分原则是指当事人处分诉讼标的的自由及确定个别诉讼争点的权限。家事事件源于婚姻家庭关系，以当事人感情及身份关系为基础，具有高度人身性。由于涉及人身问题，当事人的处分权受到法律的限制，不能随意认诺、和解、放弃诉讼请求等。关于认诺这一行为，在普通诉讼中，当事人承认对方提出的诉讼请求即等同于败诉，法院对此不作其他规制。但在家事事件中，涉及身份能力的确认，当事人无权承认对方的诉讼请求。

### 当事人亲自到庭

在婚姻事件诉讼过程中，法院有权命令双方当事人亲自到场并举行听审，必要时可以讯问当事人。如果一方当事人由于客观原因无法到庭或者居住地距离法院较远，法院可以指定一名法官对其进行听审或讯问。若当事人拒绝出庭，情节严重的可能因藐视法庭而被拘留。

### 诉讼中止

在家事诉讼程序中，出于妥善解决事件之必要，法院可以依职权中止诉讼。具体而言，在离婚诉讼中，若法院认为该段婚姻有存续的希望，则可基于自由心证，依职权中止诉讼。在中止诉讼的同时，法院应当建议当事人双方咨询专业婚姻咨询机构。

诉讼中止制度能够延缓当事人的决定，防止当事人滥用权利，尽量维持有存续希望的婚姻。法院建议当事人咨询专业机构，有助于当事人接收专业意见，避免双方由于轻率或无经验作出关于婚姻之决定。

#### 德国家事程序的非讼化

原为《德国民事诉讼法》第六编所调整的婚姻事件和其他家事事件，此次全部纳入非讼事件的范围。通过大幅度整合零散规定，简化繁杂冗长的制度，新法所规定的家事事件程序更加简洁明了。《家事事件及非讼事件程序法》不仅对原有家事程序规则进行了多方面的修正与补充，而且创设了新制度，在提高程序效率的同时保障了程序主体的利益。

#### 家事程序保留

民事诉讼通常采用双方当事人双方对立的构造。非讼事件大多是无争议事件，法官依职权审判更利于案件的审理，因而不采用对立结构。《家事事件及非讼事件程序法》的大部分非讼程序采用非对立结构，但对于家事程序则单独作出保留。家事程序在程序启动、法官依职权审判等方面与非讼程序保持一致，出于诉讼因素考虑，仍然维持当事人对立的构造。除此之外，家事程序还有多处保留，如《家事事件及非讼事件程序法》第一编第一章总则和第二编第一章程序启动的规定不适用于家事事件。家事事件的裁判采用裁定形式，但不适用《家事事件及非讼事件程序法》第一编第三章关于裁定的效力和修正。

#### 程序用语规范化

《家事事件及非讼事件程序法》对原处于诉讼模式下的家事事件用语进行更改，使其与非诉程序保持一致。原称“家事诉讼”或“家事争议”，现统一称为“家事程序”。家事程序因当事人“告诉”、“诉求”启动，改为因当事人“申请”启动。《德国民事诉讼法》一般将诉讼当事人称为原告与被告，《家事事件及非讼事件程序法》将在诉讼中处于原告地位的一方改称“申请人”，将诉讼中处于被告地位的一方称为“被申请人”。诉讼程序中的当事人统称“关系人”。

#### 家事事件程序的启动

《家事事件及非讼事件程序法》规定，家事程序由申请人提交申请而启动。当事人请求离婚有两种方式，包括双方申请离婚和一方提出离婚申请而另一方表示同意。当事人申请离婚的，应当提交离婚申请书，申请书内容必须包括共同子女的姓名、出生日期及居住地信息；对涉及父母照顾、子女交往、子女抚养、配偶间扶养等问题是否达成协议说明；对配偶双方是否还共同参与其他未决诉讼的说明。除提交申请书外，亲子关系事件中还要求程序涉及的子女、子女法律意义上的父亲、子女的母亲均参与程序。

#### 职权主义之限制

《德国民事诉讼法》明确规定，家事审判程序适用职权主义。经过修改，《家事事件及非讼事件程序法》仍然规定法院可依职权主动查明事实，作出相关裁判，但职权主义的适用受到一定限制。例如，在离婚事件程序与婚姻废止程序中，针对当事人未提出的事实，只有在该事实有助于维持婚姻或者申请人不反对法院考虑该事实的情况下，法院才能依职权进行调查。

在确认亲子关系程序中，当事人未提出的事实只有在有助于维持父亲与子女亲子关系时，或者质疑亲子关系一方不反对时，法院才能够依职权考虑。在涉及照顾权、确认亲子关系、收养事件和监护事件的程序中，法院适用职权主义进行审讯的，应当使子女和父母本人亲自到场，听取子女和父母本人意见。

#### 对未成年子女的保护

《德国基本法》第6条明确规定，照料教育子女是父母的自然权利与至高义务。联合国《儿童权利公约》将儿童利益最大原则确立为基本原则。家事事件中，子女没有选择的权利，被迫进入案件审理，其权利极易受到伤害，应当受到优先保护。

《家事事件及非讼事件程序法》多项规定体现了子女最佳利益原则，重点强调改善子女在家事法院诉讼程序中的参与程度与共同决定权。首先，法院应当听取子女本人意见。其次，出于维护未成年子女的必要，法院可以为未成年人子女安排程序辅助人，帮助未成年子女更好地参与诉讼，表达意见。

法院作出裁判后，在不损害子女成长、教育、健康的情况下，应当将裁判内容直接通知年满14周岁的子女。年满14岁子女在知晓法院裁判内容后，若对裁判结果不服，可以提出抗告。

为避免子女最佳利益受到损害，法院应当与父母讨论相关问题，合适的情况下还可与子女讨论。在涉及需要采取临时措施的情况下，法院应当毫不延迟地审查是否需要发布关于临时措施的禁令。

在子女的利益需要代理的情况下，法院应当为子女指定法律顾问。对于未出生子女的抚养，母亲可以向法院申请子女出生后的前三个月的抚养费。为了保障子女的生活，该申请可以由母亲在子女出生前提出，法院审查申请后依职权裁定是否要发布临时措施。

#### 德国家事程序的创新

在补充完善家事程序的基础上，《家事事件及非讼事件程序法》创设了新的制度，对家事程序非讼化进行大胆探索，如新增家事事件程序，扩大家事事件范围；设置照管法院取代监护法院，分流家事法院的案件；统一规范法

院对家事事件的裁判形式；创设法律抗告，给予当事人以法律救济等。

#### 新增家事事件程序

《家事事件及非讼事件程序法》第二编为家事事件程序，第一章总则部分首先确定“家事事件”的内涵，将《德国民事诉讼法》所调整的婚姻事件和家事争讼事件两大类全部纳入调整范围。家事争讼事件又分为子女事件、亲子关系、收养关系、婚姻住宅和家务事件、扶养事件和其他家庭事件。

其次明确了家事争讼事件主要涉及扶养请求权、夫妻财产争议和其他家事争议。再次，《家事事件及非讼事件程序法》新增了“其他家事事件程序”一章。其他家事事件程序主要包括已婚的或曾经结婚的人有关分居、婚姻废止或离婚的请求权，但这些请求权应当以未规定在其他章节为限。

其他家事事件程序的新增，使得因婚姻危机而突现的债权关系或者物权关系主要将由家事法院管辖。自此家事事件范围不再局限于人身关系，而进一步扩展到财产方面。

#### 照管法院取代监护法院

德国在设立专门处理家事事件的法院之前，对婚姻事件和相关后续事件分别适用民事法庭的程序与监护法院的非讼程序。此种分别裁判的做法令纠纷缺乏统一处理，当事人就同一纠纷的不同程序问题收到不同判决，极易再次发生冲突。

为简化程序，促进司法统一，德国于1976年通过《婚姻法和家庭法改革第1号法律》，设立专门法院，专司家事事件。该法正式确立建立家事法院制度的目标：运用家事法官渊博的专业知识，集中处理同一家庭中全部或大部分的纠纷或个别法律问题，使纠纷尽可能得到客观、公正的解决；简化程序，加快程序进程；促进司法统一，提升司法利益。

《家事事件及非讼事件程序法》将家事事件全部纳入非讼程序，且新增一节专门规范其他家事事件，由此大大扩展了家事事件的范围。最初由民事法庭和监护法院分别处理案件的做法改成由专门法院统一处理。原由监护法院管辖的案件一部分交由家事法院管辖，若涉及成年人有精神疾病或身体、精神、心理障碍而不能处理其全部或部分事务的状况，则交由照管法院处理。

照管法院，是地方法院中专司照管事件、安置事件和其他相关事件的部门。照管事由可分为精神疾病、身体障碍、精神障碍、心理障碍。照管法院依申请或者依职权为需要照管的成年人选任照管人，如照管事由仅为身体障碍，照管法院应当仅依照该成年人的申请选任照管人，但其不能表明自己意思的情况除外。

#### 统一裁判形式

不同于《德国民事诉讼法》对于家事事件的裁判采取判决形式，《家事事件及非讼事件程序法》将家事事件裁判形式统一为裁定。法院不再“判决”离婚，而是“裁定”离婚。法院作出裁定，必须明确记载关系人及其法定代理人、裁判法官的姓名，且载明作出裁定所依据之理由，关系人明显没有异议的可以不附理由。法院作出裁定的同时必须作出说明，告知关系人关于提起上诉、异议申请、不服裁定的法定救济方式，以及法定救济的期间及法院所在地。

关于裁定的作出，在不同事件的程序中有不同规定。亲子关系事件中，法院的裁定一经作出即不得修改，且对所有涉案人员发生效力。离婚事件往往附有离婚后续事件，法院审理时应当对离婚申请和离婚后续事件一并作出裁定，形成一个完整的裁判。一般而言，裁定只有在具有既判力时才可获得执行，但当裁定包含抚养费时，法院可使得该裁判立即执行。

法院在对子女事件作出裁定时，应当听取年满14周岁的子女本人意见。作出裁定后，在不影响涉案子女的成长、教育和健康的情况下，法院应当将该裁判告知年满14周岁且具有诉讼能力的子女。年满14周岁的子女在无法定代理人协助的情况下，对仅涉及其人身关系的事件可向法院提出抗告。

#### 创设法律抗告

法院作出裁定后，任何自身权利受到法院裁定影响的人都能提出抗告。《德国民事诉讼法》规定，关系人在法定期间内提出抗告的，必须有充分的理由，且有新的证据和事实支持。提出抗告的法定期间一般为1个月，但涉及保全命令和法律行为许可的，抗告期限为2周。为保障程序的顺利进行，上诉法院可为抗告人提出抗告理由设定期间，约束抗告人及时将理由告知法院。

除普通的抗告之外，《家事事件及非讼事件程序法》创设了法律抗告制度，关系人可将法律抗告作为救济手段。法律抗告应当在法院发出书面通知告知当事人裁定内容的1个月内提出。关系人提出法律抗告的，需要提交抗告状，并在抗告状中载明抗告指向的具体裁定及抗告理由。

提交抗告状后，原审法院的上级法院或者抗告法院会对该法律抗告进行审查，符合要求的，由法院直接在裁定中作出许可。《家事事件及非讼事件程序法》规定，当法律问题具有普遍意义时，或者为了保障法律的发展和法律的一致性需要法院作出裁判时，法院必须准予法律抗告的提出。（作者单位：厦门大学法学院）

### 为尊严而战：这些年，在台湾“大陆新娘”的反歧视抗争

2016-06-18 上海交通大学台湾研究中心 王伟男

## 摘要

台当局在无力阻止两岸经贸交流和民间往来日益频密的情况下，担心这个过程的政治和安全风险，主要是臆测陆配群体中混有所谓“情报人员”，也担心陆配群体壮大后会改变岛内的政治生态。

最近一段时间，台湾岛内陆配群体多次走上街头，向当局的歧视性政策说不，她们高喊口号，“要公平，反歧视，陆配6改4领身分证”。

对于多数大陆朋友来说，什么叫“陆配”、她们受到了什么歧视、为什么受歧视，什么叫“6改4”，都是“新”的问题。

“陆配”，是台湾“大陆籍配偶”的简称，是指1987年台当局开放岛内民众赴大陆探亲后，与台湾居民结婚的大陆居民。由于95%的陆配是女性，所以台湾媒体也将这一群体称为“大陆新娘”。

据台当局公布的数据，截至2016年4月底，台湾地区共有51万多件“涉外”婚姻，其中两岸婚姻有33万多例。在这33万多陆配中，已取得台湾地区身份证、因而拥有投票权者约为11.7万人；长期在台居住、但未取得身份证者为10.5万人。也就是说，超过22万位陆配长期在台居住。剩下10多万人虽与台湾居民结婚，但仍以大陆为长期居住地。

两岸媒体在报道与陆配相关的议题时，出现频率较高的一个词就是“歧视”。这种歧视基本可分为两类：政策性歧视和社会性歧视。

政策性歧视主要体现在陆配身份证取得、就业、社会福利、财产继承、公共参与等方面的限制。这些政策性歧视严重影响陆配在台的正常生活。

社会性歧视是指台湾民间内在的社会心理、外在的舆论氛围对陆配的歧视，体现在岛内媒体在涉及陆配议题时的负面基调，也表现在民间舆论、坊间传言在谈及陆配相关议题时的负面措辞或观感。

在陆配议题出现的早期，台湾当局的陆配政策尚处于摸索阶段。这个时期的陆配大多为40到50岁左右、在大陆有过婚史的中年女性。她们的台籍配偶多数为当年随国民党赴台、因各种原因从未结婚、到两岸开放时已年近花甲的退役老兵，即台湾社会所称的“荣民”。

这个时期的台当局，主要由于没有现成的法律法规可循，对陆配赴台没有太多限制。陆配赴台后到取得台湾身份证的时间也相对较短，且在取得台湾身份的同时，也没有被台当局强制要求放弃大陆户籍。

当时，整个台湾社会对陆配群体更多的是同情、怜惜等正面情绪，而非歧视。

1992年9月，台当局发布《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（简称“两岸条例”）及其实施细则，使处理陆配问题的法律法规和政策框架初步建立。

此后，从李登辉到陈水扁，台当局几乎每年都会对“两岸条例”及其实施细则，进行或大或小的修订，先后推出保证人、面谈、配额等制度，以及在工作、医保、继承、政治参与等方面施加各种限制，总的趋势就是对陆配的政策性歧视逐步增多增强。

究其原因，笔者认为至少有两点不可忽视：

其一，进入上世纪90年代后，随着两岸经贸交流和人员往来逐渐增多，两岸通婚数量急剧上升。虽然合法婚姻仍是主流，但以婚姻为幌子遂行不法或不当行为者也越来越多。

加上岛内复杂的政治生态和部分媒体大加渲染，这些不法或不当行为容易成为媒体的报道重点，从而给人一种印象，好像多数来台生活的陆配都怀着婚姻以外的不良企图。这种趋向负面的社会舆论氛围，持续转化为台当局制定歧视性政策的民意压力。

其二，在李登辉和陈水扁当政时期，主要由于他们的分裂主义行径，两岸关系在大部分时间里都处于对抗和动荡状态。台当局在无力阻止两岸经贸交流和民间往来日益频密的情况下，担心这个过程的政治和安全风险，主要是臆测陆配群体中混有所谓“情报人员”，也担心陆配群体壮大后会改变岛内的政治生态。

正是这些猜疑导致他们在当政期间频频修订相关政策，对陆配群体施加的限制趋于趋严。这种政策氛围又强化了整个社会对陆配群体的不信任。

因此，自台当局推出第一项歧视性政策起，陆配群体就发起了一波又一波的抗争运动。国民党于2008年重新上台后，先后废除或修正了一系列歧视性的陆配政策，主要包括：

把陆配取得身份证的年限从八年改为六年；陆配入台后即可获得工作权，无需像先前那样要提出申请获批准后才能工作；陆配入台即可参加医保，无需像先前那样要在取得长期居留权后才能参加；取消陆配最多只可继承其台籍配偶遗产200万新台币的上限，已取得长期居留权者还可继承不动产，而此前只有取得台湾身份证后才能继承不动产。

此外，还废除了保证人制度，陆配申请台湾身份证时无须再提交财力证明，放宽陆配的大陆直系亲属来台探视的规定等。

虽然陆配处境有了大幅改善，但仍没有改善到位。其中最引人注目的就是关于取得身份证的年限。包括东南亚在内的外籍配偶取得台湾身份证只需四年，而陆配在陈水扁时代是八年，经过马英九时有所改善但仍需六年。

从常识来说，两岸同文同种、语言相通、习俗相近，陆配在台适应时间比外配要短，取得身份证所需时间理应也比外配短些，现实情况却是比外配还多两年。

事实上，近年来由于两岸经济差距缩小，台湾身份证对陆配的吸引力已远不如前。但与此同时，陆配群体的权利意识有了很大提高，她们更在意的是歧视政策对陆配人格尊严的伤害。

早在 2012 年时，台当局酝酿的改善措施已把陆配取得身份证的年限进一步减至四年，但由于民进党在立法机构内强力阻挠，相关法案迄今无法通过。

最近几天立法机构再议此事，陆配群体担心民进党再次阻挠，遂自发组织起来，分别于 6 月 13 日和 15 日两次在立法机构门前集会，要求通过相关法案。但由于民进党“恐中”、“反中”的情结挥之不去，此次修法能否通过，尚在未定之天。

## 人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 6 期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2016-06-19 家事法苑 人大复印报刊资料

本文系中国人民大学复印报刊资料 2016 年《民商法学》期刊第 6 期婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录，如欲查找引用，请务必核对原刊。

### 婚姻家庭法

婚姻受暴妇女申请民事保护令裁定分析 / 喻永江 // 郑州航空工业管理学院学报：社会科学版，2016. 1. 131~134  
法律论证的伦理学立场：以代孕纠纷案为中心 / 王彬 // 法商研究（武汉），2016. 1. 31~ 42

受暴妇女消极维权的法理辨析：兼谈《反家庭暴力法》的修改 / 吴炜，何进平 // 西南民族大学学报：人文社会科学版（成都），2016. 4. 88~ 91

论人工胚胎之法律地位：从法国法谈起 / 曾品杰 // 交大法学（沪），2016. 1. 97~ 107

对家庭暴力定义的司法认知 / 陈敏 // 人民司法（京），2016. 10. 4~7

家务劳动补偿制度研究 / 王利玲 // 人民论坛（京），2016. 3 中. 117~119

论夫妻忠诚协议的性质与效力 / 朱晓梅 // 河南工程学院学报：社会科学版（郑州），2016. 1. 40~ 43

离婚协议中赠与撤销权的限制及其裁判路径 / 宋宗宇，何贞斌，李霄敏 // 西南民族大学学报：人文社会科学版（成都），2016. 2. 77~ 81

对完善我国协议离婚制度的思考 / 王待遂 // 长江师范学院学报（重庆），2016. 2. 104~ 110

儿童监护事务的国家干预标准：以儿童最大利益原则为基础 / 冯源 // 北京社会科学，2016. 3. 25~ 34

监护人以未成年人所有的财产设置抵押时的合同效力 / 刘燕波，戎喆 // 人民司法（京），2016. 8. 65~ 67

撤销监护权后未成年人权益后续保障问题研究：从徐州撤销监护权案谈起 / 汪曼乔 // 预防青少年犯罪研究（京），2016. 1. 99~ 104

我国老年监护制度的立法检讨与完善 / 周湖勇 // 温州大学学报：社会科学版，2016. 1. 4~ 12

《民法总则》制定与我国监护制度之完善 / 杨立新 // 法学家（京），2016. 1. 95~ 104

美国夫妻离婚后未成年子女抚养费制度及其启示 / 陶建国 // 理论月刊（武汉），2016. 3. 144~ 148, 155

继承法虚拟财产继承立法构想 / 游路遥，陈舒筠，吴国平 // 重庆邮电大学学报：社会科学版，2016. 2. 32~ 38

僧人遗产继承法律问题探究 / 吴国平 // 福建江夏学院学报（福州），2016. 1. 51~ 61

主 管：中华人民共和国教育部

主 办：中国人民大学

编辑出版：中国人民大学书报资料中心

## 法刊辑要（2016172）：《应用法学评论》（2015）法律出版社 2016 年 6 月第 1 版 | 目录

2016-06-20 法学期刊目录通讯 辑要团队

杨建学主编、曾令健、朱福永、张光君副主编。《应用法学评论》是西南政法大学应用法学院与最高人民法院应用法学研究基地共同编辑出版的法学学术读物，以书代刊，每年一辑。《评论》刊发有关法律适用的研究成果，特别重视应用法学基础理论及学科体系研究，强调中国问题，侧重实证研究，重视交叉研究，关注比较法视角，也欢迎其他的优秀法学成果。

### 目 录

#### 【专 题】

1、人民法庭审理涉农离婚案件的风险与防范——H 省 C 市 43 个人民法庭的调查 陈建华

何其生教授主持起草《中国国际民事诉讼原则与规则：外国法院判决的承认与执行（建议稿）》

2016-06-20 中国国际私法 武汉大学法学院 田萌

#### 一、起草过程说明

2015 年，在完成了《中国国际民事诉讼原则（建议稿）》的起草后，考虑到 2005 年海牙《选择法院协议公约》已经生效，以及海牙国际私法会议正在起草《外国判决承认与执行公约》（Preliminary Draft Text of The Working

Group on the Judgments Project Emanating from Its Fourth Meeting, 6 February 2015), 国际民事诉讼专题委员会将《中国国际民事诉讼原则与规则: 外国法院判决的承认与执行(建议稿)》(以下简称《判决建议稿》)的起草作为2016年度的主要任务。

此次《判决建议稿》的起草, 早期万钧副教授和秦红嫒博士生协助做了不少的工作。2015年7月拟订了初稿; 之后成立了工作小组, 工作小组主要有武汉大学的博士生万钧、王雅菡、丁汉韬、连俊雅、殷俊、刘伟、马龙、郑涛组成。对所起草的稿件进行评议和修订。武汉大学国际法所研究生王雅菡、张霞光、马方涵等协助处理了大量行政事宜。

2016年4月16日至17日, 何其生邀请研究国际民事诉讼的实务专家和学者, 在武汉大学召开了第二届中国国际私法学会国际民事诉讼专题研究委员会研讨会, 暨“大国司法与中国国际民事诉讼法改革”论坛。论坛得到了中国国际私法学会、武汉大学法学院和广东翰诚律师事务所彭小坤律师的资助。来自最高人民法院民四庭、最高人民法院国际合作局、中华人民共和国外交部条约法律司、湖北省高级人民法院、广东省高级人民法院等实务界精英以及北京大学、中国人民大学、中国社会科学院、武汉大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中山大学、苏州大学、烟台大学、宁波大学、中国地质大学、安徽大学、兰州大学、江西财经大学、中南民族大学、华北水利水电大学、香港大学、澳门大学、日本大阪大学等19所高校的国际法专家、学者, 以及律师事务所的律师约60人齐聚江城, 围绕外国法院判决的承认与执行展开了深入的研讨。会议信息得到了中国法学创新网和中国国际私法学会网站的报道。

此次论坛的一个重要环节就是讨论《判决建议稿》。与会的专家逐条审阅和讨论了建议稿的内容, 在条文设置、条文内容和条文顺序上, 阐述了真知灼见。根据这些建议, 再次修改了条文的内容, 并调整了释义的内容。

由于能力所限, 建议稿肯定存在不少疏漏, 敬邀各位同仁批评指正。

## 二、《中国国际民事诉讼原则与规则: 外国法院判决的承认与执行(建议稿)》创新与突破

《判决建议稿》立足于2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)、中外双边司法协助条约等的规定, 同时借鉴了海牙《选择法院协议公约》、欧盟2012年12月12日修订的《欧洲议会和欧洲理事会关于民商事案件管辖权和判决执行的第1215/2012号(欧盟)条例》(以下简称《布鲁塞尔条例I》)(该条例2015年1月10日起生效)、《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《国际私法示范法》)等的规定。

《判决建议稿》包含5章, 共计25条, 分别为总则、承认与执行的一般规定、承认与执行的受理、承认与执行的条件、承认与执行的审理等5部分组成。此次起草的建议稿主要有以下创新和突破:

(1) 规范了外国法院判决在我国法院承认与执行的程序。具体来说, 包括承认与执行程序的法律适用、承认与执行的关系, 申请承认与执行的主体、申请执行的期间、受理法院、需提供的文件、申请的受理与撤回、合议庭审查、法院裁定、执行令以及司法救助等制度, 便于当事人申请和法院操作。

(2) 明确了外国法院判决的审查标准和条件。《判决建议稿》采纳国际社会的普遍做法和我国双边司法协助协定中的规定, 对外国法院判决的审查以形式审查为主, 不对外国法院判决进行实质性审查。而对于审查的标准则从反面规定, 即外国法院判决具有下列情形之一的: 没有互惠; 没有管辖权; 判决尚未生效; 程序不正当; 欺诈; 违反一事不再理和公共秩序, 人民法院可以拒绝承认与执行; 而对于是否拒绝承认与执行, 则由人民法院自由裁量。

(3) 确立分割执行判决制度和超额赔偿判决的承认和执行制度。如果外国法院判决确定的损害赔偿, 如惩罚性或者惩戒性赔偿, 超出了当事人的实际损失或者所受伤害, 人民法院可以在当事人实际损失和损害范围内承认或者执行该判决。而分割执行判决制度则保障了超额赔偿判决制度的实施。

(4) 确立了间接管辖权的判断标准。外国法院如果没有管辖权, 其判决不应得到我国法院的承认与执行。如何判断外国法院的管辖权, 《判决建议稿》确立了以我国法律规定为依据的标准, 即外国法院行使管辖权需符合我国法律规定的要求。

(5) 确立了外国法院和解书的承认与执行制度, 即外国法院已经核准的或者在该法院诉讼程序中当庭达成的, 并且在判决作出国可以与判决相同的方式执行的法院和解书, 人民法院应根据本规则以与判决相同的方式予以执行。

(6) 宣示了身份关系领域某些外国法院判决的承认, 不需要经过严格审查的程序。即对于一些无需执行只需承认的外国法院判决, 例如, 有关中华人民共和国公民之间离婚或宣告婚姻无效的判决, 且配偶双方在解除婚姻关系时经常居所地均在中华人民共和国领域外, 只要该判决不违反我国的公共秩序, 就可以承认与执行。

(7) 采用推定互惠方法, 积极促进判决的相互承认与执行。在当事人能够证明外国法院基于其法律规定或司法实践有承认与执行中华人民共和国法院判决的可能性的情况下, 人民法院可以考虑采用推定互惠原则。而对于具体的证明方法则可以灵活处理, 即通常应由申请人提供判决作出国的法律规定或案例, 证明外国法院具有承认和执行他国法院判决的可能性; 而如果被申请人未能提供判决作出国法院以没有互惠关系为由拒绝承认与执行中华人民共和国法院的案例或其他证据的, 人民法院可以推定存在互惠关系。此规定通过先行给予对方国家当事人司法协助的方式, 旨在积极促成形成互惠关系。

(8) 规定了体现人文关怀和大国司法精神的国际司法救助制度。申请人依据本规则申请承认与执行外国法院判决,应当根据中华人民共和国法律,交纳诉讼费用、执行费用。申请人在判决作出地国法院获准缓交、减交、免交诉讼费用的,在人民法院申请承认与执行判决时,可享有同等待遇。对于经济和生活困难的当事人提供司法救助,体现的是一国司法的人文关怀和人道主义情怀,更是对一国司法机关形象的正面宣传。

### 三、中国国际民事诉讼原则与规则:外国法院判决的承认与执行(建议稿)

#### 第一章 总则

##### 第一条【适用范围】

本规则适用于外国法院在民商事领域就诉讼当事人的实体权利义务作出的判决。

本规则亦适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决,但不包括行政案件中的判决。

##### 第二条【术语界定】

为本规则之目的:

(一)“判决”系指外国法院作出的裁判,包括判决、裁定、决定、调解书、支付令等。

(二)“当事人”系指外国法院判决中的原告和被告。

(三)“申请人”包括外国法院判决中的当事人及其权利义务继受人,以及利害关系人。

(四)“判决作出国”系指做出被请求承认或执行判决的外国法院所在地国。

##### 第三条【国际条约的适用】

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与本规则有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

##### 第四条【外国法院判决承认后的法律效力】

经人民法院裁定承认的外国法院判决具有与中华人民共和国法院判决同等的法律效力。

#### 第二章 承认与执行的一般规定

##### 第五条【承认与执行程序的法律适用】

外国法院判决的承认与执行程序,依照中华人民共和国法律进行。

##### 第六条【承认和执行的的关系】

外国法院判决需要中华人民共和国法院执行的,申请人应当先向有管辖权的人民法院申请承认。人民法院经审查,裁定承认后,再根据本规则的规定予以执行。

申请人仅申请承认而未同时申请执行的,人民法院仅对是否应予承认进行审查,并作出裁定。

##### 第七条【申请承认与执行的主体】

外国法院判决需要中华人民共和国法院承认与执行的,可以由判决的当事人、当事人的权利义务继受人、以及利害关系人直接向中华人民共和国法院申请承认与执行。

##### 第八条【申请执行的期间】

申请人申请执行外国法院判决的期间为二年。申请执行时效的中止、中断,适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间,从外国法院判决规定履行期间的最后一日起计算;外国法院判决规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算;外国法院判决未规定履行期间的,从该外国法院判决生效之日起计算。

申请人仅申请承认而未同时申请执行的,申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。

##### 第九条【形式审查】

人民法院对外国法院判决的审查,以本规则所规定的条件为标准,不对外国法院判决作实质性审查。

##### 第十条【可分割的判决】

根据中华人民共和国法律,外国法院判决事项是可分割的,如果申请人就可分割部分提出请求的,或者根据中华人民共和国法律只有部分判决能够予以承认与执行的,人民法院可部分承认或执行该外国法院判决。

##### 第十一条【法院和解书的承认与执行】

外国法院已经核准的或者在该法院诉讼程序中当庭达成的,并且在判决作出国可以与判决相同的方式执行的法院和解书,人民法院应根据本规则以与判决相同的方式予以执行。

#### 第三章 承认与执行的受理

##### 第十二条【受理法院】

请求承认与执行外国法院判决的申请,应向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院提出。两个以上人民法院均有管辖权的,申请人可以选择向其中一个人民法院提出申请。

申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请的,由最先立案的人民法院管辖。

**第十三条【需提供的文件】**

申请承认与执行外国法院判决的申请人应当提交申请书和下列文件：

（一）外国法院作出的发生法律效力判决正本或者经证明无误的副本；如果判决未明确表明已发生法律效力并可以执行，应附有有关法院出具的关于判决效力的证明书；

（二）证明败诉的当事人已经合法传唤的证明书，但外国法院判决已经对此予以明确说明的除外；

（三）证明没有诉讼行为能力的当事人已得到适当代理的证明书；

（四）请求书和上列各项文件经证明无误的中文译本。

申请人申请执行外国法院和解书的，需提供原审国法院出具的该法院和解书可以与判决同样方式予以执行的证明。

人民法院在必要时，可以要求提出申请人在规定期限内提交补充材料。

**第十四条【请求承认与执行的申请书】**

请求承认与执行的申请书应采用书面形式，并按照被申请人人数提交申请书副本。申请书应载明下列事项：

（一）申请人或者被申请人为自然人的，应当载明其姓名及住所；为法人或者其他组织的，应当载明其名称及住所，以及其代表人或者负责人的姓名、职务和住所；

（二）作出判决的法院所属国国名、法院名称、判决日期、判决的编号和判决概要；

（三）请求承认与执行判决的理由、标的，以及该判决的执行情况。

**第十五条【申请的受理】**

案件虽经外国法院判决，但当事人未申请承认与执行，而是就同一争议向人民法院起诉的，应予受理。

人民法院受理承认与执行外国法院判决的申请后，被申请人向人民法院就同一问题提起诉讼的，人民法院不予受理。

一方当事人向人民法院起诉后，另一方当事人向人民法院申请承认与执行外国法院判决的，对于承认与执行的申请不予受理。

**第十六条【申请的撤回】**

人民法院受理外国法院判决承认与执行的申请后，作出裁定前，申请人请求撤回申请的，可以裁定准许。

申请人撤回申请后，可在条件具备时再次提出申请。

**第四章 承认与执行的条件****第十七条【拒绝承认与执行的理由】**

外国法院判决具有下列情形之一的，人民法院可以拒绝承认与执行：

（一）判决作出国与中华人民共和国没有共同缔结或者参加的国际条约，也不存在互惠关系；

（二）依据判决作出国与中华人民共和国共同参加或者缔结的国际条约的规定，或者依据本规则有关管辖权的规定，该外国法院对案件无管辖权；

（三）依据判决作出国的法律，需予承认与执行的判决尚未发生法律效力或者不具有执行效力；

（四）在判决作出国法院的诉讼程序中，败诉的当事人未经合法传唤，或者在没有诉讼行为能力时未得到适当代理；

（五）判决是通过与程序事项有关的欺诈方式获得；

（六）中华人民共和国法院对相同当事人之间基于相同事实就同一标的的案件正在审理或已作出判决的，或者已经承认了第三国法院对同一案件作出的发生法律效力判决；

（七）承认与执行外国法院判决违反中华人民共和国的公共秩序。

**第十八条【互惠关系的认定】**

在中华人民共和国与判决作出国没有共同参加或者缔结的国际条约的情况下，主张互惠关系的申请人如证明外国法院基于其法律规定或司法实践有承认与执行中华人民共和国法院判决的可能性的，人民法院可以推定存在互惠关系。

**第十九条【管辖权判断】**

作出判决的外国法院的管辖权，需符合中华人民共和国法律的规定。

对于判决作出国法院确立管辖权所认定的事实，人民法院应受其约束，但外国法院判决是缺席作出的除外。

**第二十条【超额赔偿判决】**

如果外国法院判决确定的损害赔偿，如惩罚性或者惩戒性赔偿，超出了当事人的实际损失或者所受伤害，人民法院可以在当事人实际损失和损害范围内承认或者执行该判决。

**第二十一条【身份关系判决的承认】**

外国法院作出的下列无需执行的判决，经申请人申请，如不违反中华人民共和国的公共秩序，在中华人民共和国领域内予以承认：

(一) 判决仅涉及外国法院所属国公民的权利能力和行为能力以及身份关系的认定;

(二) 有关中华人民共和国公民与外国公民之间的离婚或宣告婚姻无效的判决,且解除婚姻关系时配偶一方的经常居所地在中华人民共和国领域外;

(三) 有关中华人民共和国公民之间离婚或宣告婚姻无效的判决,且配偶双方在解除婚姻关系时经常居所地均在中华人民共和国领域外;

(四) 中华人民共和国公民申请并需要人民法院承认的其他确认或解除身份关系的外国法院判决。

## 第五章 承认与执行的审理

### 第二十二条【合议庭审查】

人民法院应当组成合议庭,对外国法院判决进行审查。

人民法院应当将申请书副本及证明材料送达被申请人。被申请人可以陈述意见。

### 第二十三条【法院裁定】

人民法院经审查作出的裁定,一经送达即发生法律效力。

承认与执行外国法院判决的申请被人民法院裁定驳回的,申请人可以向人民法院另行起诉。

### 第二十四条【执行令】

已经获得承认的外国法院判决,如需要执行的,应当由人民法院签发执行令,予以执行。

### 第二十五条【司法协助】

申请人依据本规则申请承认与执行外国法院判决,应当根据中华人民共和国法律,交纳诉讼费用、执行费用。申请人在判决作出地国法院获准缓交、减交、免交诉讼费用的,在人民法院申请承认与执行判决时,可享有同等待遇。

## 法刊辑要(2016173):《复旦大学法律评论》(第3辑)法律出版社2016年5月版|目录

2016-06-21 法学期刊目录通讯 复旦大学法律评论

### 9、清代与现代审判实务中的父母子女关系 陈惠馨

#### “婚内取得的人寿保险年金应当属于夫妻一方财产”的法律研究

2016-06-21 CPBCLUB 刘长坤

当前国内的大额保单以年金保险为主,而且投保人和被保险人有时候是一个人,有时候不是同一个人。生存受益人大部分时候是被保险人,但也可以变更为投保人。那么婚内领取的年金是否属于夫妻共同财产呢?如果人寿保险本身就是用夫妻共同财产购买,保单本身就是夫妻共同财产,年金当然属共同财产无疑。但对于属于夫妻一方的人寿保险或者投保人是夫妻一方的父母的人寿保险,保单年金归属问题法律并没有明确规定,至今笔者也没有找到相关判例做参考,但通说观点是属于夫妻共同财产,对此,笔者持保留意见,原因如下:

婚内取得的生存保险金是否属于夫妻共同财产,首先要确定年金的性质,在法律有关夫妻共同财产种类的规定中,年金只有可能归属于以下三类:

一、认为年金是保险财产的法定孳息

二、认为年金是保险财产的投资收益

三、认为年金保险公司依据合同给与受益人的赠与

首先,我们分析年金是否有可能是保险财产的法定孳息。

我们先看法定孳息的定义:法定孳息一般是指物的用益转让而发生的对价,如把钱存在银行,钱归银行使用,银行支付对价利息。如将房屋租给他人,他人使用而支付对价房租。可见他至少有两个方面的特点,第一是必须转让用益;第二是只转让了物的用益,物的所有权任然归物权人所有。

投保人支付保费给保险公司后,正常情况下投保人是不能取回保费的,因此投保人并非转让保费的用益,而是转让了保费本身。从这个角度看,保险年金显然不属于法定孳息。

其次,我们分析年金是否属于投资收益。

我们先看投资收益的概念:投资收益是对外投资所取得的利润、股利和债券利息等收入减去投资损失后的净收益。严格地讲,所谓投资收益是指以项目为边界的货币收入等。它既包括项目的销售收入又包括资产回收(即项目寿命期末回收的固定资产和流动资金)的价值。

从表面上看,投保人付出保费作为投资,然后取得年金作为投资收益。似乎讲得通,但如果投保人和受益人不是同一个人,则投保人只付出保费,没有任何收益。受益人则没有做任何投资,但他却获得了收益。这显然就讲不通。因此年金也很难解释为投资收益。

那我们就只剩一种选择,视为保险公司按照合同给予的受益人的赠与。

保险合同是一类非常特殊的合同,射幸合同。何为射幸合同呢?通俗的解释就是打赌的合同,也就是双方的权利和义务都是不确定的,具有很大的偶然性。合同一般都必须贯彻等价有偿原则。但保险合同显然不是,投保人付出保费,但他可能将得不到任何利益或者获得的利益远少于付出的保费。而保险公司呢,可能只获得保费而不履行

任何义务，如接受一年期意外保险投保，获得保险金后，如果被保险人一年的保险期间内没有发生保险事故，则保险公司不需要负担任何义务。但他也可能要负担比获得保费大得多的义务，如接受投保年缴保费1万元，20年交，保额为100万的寿险。如果被保险人在等待期后身故，保险公司收取了1万元保费，却要付出100万的赔付，显然不是等价有偿。

保险合同还可能是向第三人履行的合同，当受益人为投保人和保险公司的第三人时，保险合同就是一份向第三人履行的合同，而且大部分保险合同都是这样（也有可能不是，如某些单纯的疾病保险，受益人是被保险人本人，合同就只有投保人、被保险人和保险公司，不需要向第三人履行）。这时的受益人没有履行过任何义务，却拥有了获得受益金的权利。

因此，保险年金的取得，既不是取得法定孳息，也不是取得投资收益，更不是支付相应的对价而等价有偿取得。而且取得年金的人，可能从未履行过任何义务。因此解释为保险公司依据保险合同对生存受益人的赠与是比较合适的。

如果认定为赠与，则依据《婚姻法》第十七、第十八条的规定，婚内接受的赠与，属于夫妻共同财产，但明确赠与给夫妻一方的除外。所以认定的关键就是保险合同中约定的生存受益人是否可以视为是明确给予受益人的赠与，我认为是可以的。

理由一、生存受益人是谁，在保险合同中往往明确约定，且生存受益人一般由投保人决定，从探求投保人内心真意的角度出发，一般也趋向于希望受益金给与受益人个人，而非受益人夫妻。

理由二、最高人民法院编写的《民事审判实务问答》，2005版206页中关于婚内取得的保险死亡受益金是否属于夫妻共同财产的问题，认为保险理赔金具有很强的人身属性，属于一方的个人财产。而生存受益金在这个问题上和死亡赔偿金具有很高的相似性，当然也应当属于婚内个人财产。

综上所述，笔者认为婚内取得的保险的生存受益金应当属于夫妻一方的婚内个人财产。

如果保险公司在签订合同时，能给客户一个选择条款，明确约定生存受益人归生存受益人个人所有，与其配偶无关，则这个问题可以没有争议，但暂时保险公司不提供这样的服务。

我们也可以在签订保险合同以后再写一个声明，某保单号码的人寿保险保单的生存受益金归受益人个人所有，与其配偶无关。这个方法国内的某些保险公司采用过，也可以明确生存受益金的归属。

当然，即使判定为婚内个人财产，如果保险生存受益金还未领取还好，如果已经领取变成现金，则很容易造成混同，很快变为夫妻共同财产。可见除了要有法律的保护，更重要的是要会运用法律，要有专业的规划。

#### 作者简介：刘长坤

CPBCLUB（中国私人银行家俱乐部）监事长，国际认证私人银行家 专注私人财富管理业务七年，在国际税务、信托、保险、法律等方面有丰富经验，文章广泛被《和讯网》《新浪财经》《网易财经》《搜狐财经》《东方财富网》等主流网络财经媒体和《财富管理》《外汇管理》《招行财智生活》等杂志刊载。

### 关于民事诉讼证据的解释（征求意见稿）

2016-06-22 家事法苑 网络

注：本文来源于网络，未经核实，仅供学术、实务研讨交流之用，如若引用请务必查找、核对原文。

#### 第一节 一般规定

##### 第一条 【证据裁判主义】

人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据，依法作出裁判。但法律另有规定的除外。

##### 第二条 【审核判断证据的直接原则】

证据有无证据能力、有无证明力以及证明力的大小，应当由审理案件的审判人员依法独立进行判断。

##### 第三条 【质证】

证据应当在法庭上出示，由当事人相互质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的依据。

当事人在审理前准备过程中认可的证据，经审判人员在庭审中说明后，应当作为认定案件事实的依据。涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得进行公开质证。

##### 第四条 【质证的内容】

人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。

能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，可以作为认定案件事实的依据。

##### 第五条 【自由心证】

审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证据能力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

##### 第六条 【证据能力的排除】

下列证据，不能作为认定案件事实的依据：

(一) 以违反法律、行政法规禁止性规定、严重侵害他人合法权益或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据;

(二) 未经人民法院许可,无正当理由未出庭的证人提供的书面或者视听资料证言;

(三) 法律、司法解释规定的其他情形。

#### 第七条 【补强证据】

下列证据,不能单独作为认定案件事实的依据:

(一) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人提供的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相适应的证据;

(二) 与一方当事人有利害关系的证人证言;

(三) 存有疑点的视听资料;

(四) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品。

## 第二节 举证证明责任和证明标准

#### 第九条 【举证的释明】

人民法院在诉讼过程中,应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

#### 第十条 【举证证明责任】

当事人主张于己有利的事实,有责任提供证据加以证明。但法律、司法解释另有规定的除外。

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明。在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利后果。

#### 第十一条 【法定的举证证明责任分配】

法律对于举证证明责任的承担有明确规定的,人民法院应当按照法律的规定确定举证证明责任的承担。

#### 第十二条 【举证证明责任分配的一般规则】

法律对举证证明责任承担没有明确规定的,人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任承担:

(一) 主张某种权利或者法律关系存在的当事人,应当对产生该项权利或者法律关系的法律要件事实承担举证证明责任;

(二) 主张某种权利或者法律关系变更、消灭或者受到妨害的当事人,应当对该项权利变更、消灭或者受到妨害的法律要件事实承担举证证明责任;

#### 第十三条 【证明标准】

对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信该待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。

法律、司法解释对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的,从其规定。

#### 第十四条 【提高证明标准的情形】

当事人对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对于口头遗嘱或赠与事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。

#### 第十五条 【降低证明标准的情形】

申请回避、申请诉讼保全措施和申请证人出庭作证等程序性事实,由负有举证证明责任的当事人提供相应证据并进行必要说明,人民法院认为该事实有可能存在的,可以准许当事人的申请。

#### 第十六条 【诉讼上的自认】

一方当事人在法庭审理中或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,对另一方当事人主张的于己不利的事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证。

一方当事人在法庭审理之外,对于另一方当事人主张的于己不利的事实,在审判人员面前明确表示承认且记录在卷的,适用前款规定。

#### 第十七条 【对自认的限制】

对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实,不适用有关自认的规定。自认的内容明显与事实不符的,人民法院对于当事人自认的事实不予确认。

#### 第十八条 【限制自认】

一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实声称不知道或记不清,或者有所增加或限制地予以承认的,

由人民法院综合案件的具体情况决定是否构成自认。

#### 第十九条 【拟制自认】

一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实不进行争辩的，经人民法院说明法律后果并询问后，其仍然不明确表示肯定或者否定的，视为自认。但当事人的其他陈述可以视为已经予以争辩的除外。

#### 第二十条 【代理人的自认】

当事人委托诉讼代理人参加诉讼的，诉讼代理人的自认视为当事人的自认。但未经特别授权的诉讼代理人所作出的自认直接导致承认对方诉讼请求的除外。

当事人在场但对于诉讼代理人的自认不做否认的，视为当事人的自认。

#### 第二十一条 【共同诉讼人的自认】

普通共同诉讼中，一人或者数人作出的自认，对作出自认的当事人发生法律效力。

必要共同诉讼中，一人或者数人作出自认而其他共同诉讼人予以否认的，不发生自认的效力。其他共同诉讼人既不承认也不否认，经审判人员充分说明并询问后仍然不明确表示意见的，视为全体共同诉讼人的自认。

#### 第二十二条 【自认的撤销】

有下列情形之一的，当事人可以在法庭辩论终结前撤销自认：

- (一) 一方当事人要求撤销自认并经对方当事人同意的；
  - (二) 一方当事人有证据证明自认是在受胁迫、欺诈或者重大误解情形下作出的。
- 人民法院准许当事人撤销自认的，待证事实由承担举证证明责任的当事人进行证明。

#### 第二十三条 【自认的例外】

在诉讼过程中，一方当事人为和解或者达成调解协议的目的，对另一方当事人主张的对自己不利的事实予以承认的，在其后的诉讼中不视为自认。

#### 第二十四条 【妨害证明的处理】

一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，对待证事实负有举证证明责任的当事人主张该证据的内容不利于持有人的，人民法院可以推定该主张成立。

#### 第二十五条 【司法认知】

下列事实，当事人无须举证证明：

- (一) 自然规律以及定理、定律；
- (二) 众所周知的事实；
- (三) 审判人员基于履行职务的行为已经知悉的事实；
- (四) 根据法律规定推定的事实；
- (五) 根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；
- (六) 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；
- (七) 已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；
- (八) 已为有效公证文书所证明的事实。

前款第(二)至(五)项事实，当事人有相反证据否定其真实性的除外；第(六)至(八)项事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

#### 第二十六条 【习惯、外国法、地方法规的证明】

外国法、地方法规及习惯，由主张外国法、地方法规及习惯的当事人承担举证证明责任。但人民法院可以依职权主动调查。

### 第三节 证据的调查收集和保全

#### 第二十七条 【协助调查函】

当事人需要向案外人调查收集证据的，经当事人或者其诉讼代理人的申请，人民法院可以签发协助调查函，由作为诉讼代理人的律师持协助调查函调查收集证据。

#### 第二十八条 【协助调查函的申请】

当事人或者其诉讼代理人申请协助调查函的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。申请书应当载明需要调查收集的证据、该证据所要证明的事实以及无法自行取得该证据的原因。

#### 第二十九条 【协助调查函的内容】

人民法院准许当事人或者其诉讼代理人的申请的，签发协助调查函。

协助调查函应当载明下列内容：

- (一) 案件编号及协助调查函的编号;
- (二) 律师的姓名、性别、律师证编号及所在律师事务所名称;
- (三) 被调查单位名称或者自然人的姓名;
- (四) 需要调查收集的证据;
- (五) 协助调查函的有效期间;
- (六) 签发人签名及签发日期。

协助调查函由庭长或经授权的独任审判员、合议庭审判长签发, 加盖人民法院印章。

#### 第三十条 【不予签发协助调查函的情形】

有下列情形之一的, 人民法院不予签发协助调查函:

- (一) 证据涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的;
- (二) 申请直接向对方当事人调查的;
- (三) 其他不宜由律师凭协助调查函自行调查收集证据的情形。

案件受理前或者审理终结后, 人民法院不得签发协助调查函。

#### 第三十一条 【协助调查函使用的要求】

持有协助调查函的律师调查收集证据时, 应同时将律师执业证书交由被调查人核对。协助调查函可由被调查人存档。

被调查人对协助调查函指定的调查内容以外的事项有权拒绝。

#### 第三十二条 【协助调查函未使用的要求】

协助调查函因故未使用的, 应当在协助调查函的有效期间届满后三日内缴还人民法院; 被调查人不能提供证据的, 持有协助调查函调查收集证据的律师应当书面说明被调查人不能提供证据的情况。

#### 第三十三条 【滥用协助调查函的处罚】

持有协助调查函的律师未按规定使用或缴回协助调查函, 或伪造、变造协助调查函的, 不得在本案中再次申请协助调查函, 人民法院并可视情节予以训诫、罚款; 情节严重构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

#### 第三十四条 【当事人可以申请人民法院调查收集证据的范围】

《民事诉讼法》第六十四条第二款规定的“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据”是指下列情形:

- (一) 证据由国家有关部门保存, 当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的;
- (二) 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料;
- (三) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能收集的其他证据材料。

#### 第三十五条 【当事人申请人民法院调查收集证据】

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据, 可以在举证期限届满前书面申请人民法院调查收集。申请书应当载明下列事项:

- (一) 证据持有人或者被调查人的姓名、名称、住所;
- (二) 证据的内容及所证明的案件事实;
- (三) 需要由人民法院调查收集证据的原因;
- (四) 必要的线索。

当事人以口头方式提出申请的, 人民法院应当将其申请的内容记入笔录。

#### 第三十六条 【人民法院不予调查收集的情形】

下列情形, 人民法院可以不予准许当事人调查收集证据的申请:

- (一) 当事人申请调查收集的证据与待证事实无关联性的;
- (二) 当事人申请调查收集的证据对于证明待证事实明显无意义的;
- (三) 其他无调查收集证据必要的情形。

人民法院对调查收集证据的申请不予准许的, 应当告知当事人或者其诉讼代理人。

#### 第三十七条 【人民法院依职权调查收集证据的情形】

《民事诉讼法》第六十四条第二款规定的人民法院认为审理案件需要的证据是指下列情形:

- (一) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的事实;
- (二) 涉及身份关系的;
- (三) 涉及民事诉讼法第五十五条规定的诉讼的;
- (四) 当事人有恶意串通损害案外人利益的可能的;
- (五) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序性事项。

除前款规定外, 人民法院调查收集证据, 应当依照当事人的申请进行。

**第三十八条 【人民法院调查收集证据的方式】**

人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行，并制作调查笔录，记载调查收集证据的情况。

调查笔录应当由调查人、被调查人、记录人签名、捺印或者盖章。被调查人拒绝签名、捺印或者盖章的，人民法院应当在调查笔录中注明。

**第三十九条 【人民法院调查收集证据的要求】**

人民法院调查收集证据，可以自行调查，也可以通过委托其他人民法院调查、请求有关单位协助调查的方式进行。

委托其他人民法院调查收集证据的，应当制作委托函，载明需要调查收集的证据和要求。受委托的人民法院应当在收到委托函的次日起 30 日内完成委托事项，并将调查收集的证据和有关情况的记录回复委托法院。未能完成委托事项的，应当向委托法院告知有关情况和未能完成的原因。

**第四十条 【人民法院调查收集的证据的质证】**

人民法院依照当事人申请调查收集的证据，交由提出申请的当事人与对方当事人、第三人进行质证。质证前，审判人员应当对调查收集证据的情况进行说明。

人民法院依职权调查收集的证据，由审判人员对调查收集证据的情况进行说明后，听取当事人的意见。

**第四十一条 【证据保全的申请】**

当事人或者利害关系人根据《民事诉讼法》第八十一条的规定申请证据保全的，应当提交书面申请。

申请书应当写明申请保全的证据、申请的理由、申请采取何种保全措施等内容。

当事人在诉讼中申请证据保全的，应当在举证期限届满前提出。

**第四十二条 【证据保全的担保】**

当事人或者利害关系人申请采取查封、扣押等限制证据保全标的物使用、流通等证据保全措施，或者证据保全可能对证据持有人造成财产损失的，人民法院应当责令申请人提供相应的担保，并对担保财产依法办理查封、扣押、冻结等手续。

担保财产的价值由人民法院根据保全措施对证据持有人的影响、证据保全标的物的价值、当事人或者利害关系人争议的诉讼标的额等因素综合确定。

**第四十三条 【证据保全的措施】**

人民法院进行证据保全，可以根据当事人的申请和具体情况采取查封、扣押、录音、录像、复制、鉴定、勘验等方法，并制作笔录。

在符合证据保全目的的情况下，人民法院应当选择对证据持有人利益影响最小的保全措施。

**第四十四条 【证据保全不当的赔偿责任】**

因申请人申请证据保全错误造成他人财产损失的，申请人应当承担赔偿责任。

**第四十五条 【法院对保全证据的移交】**

人民法院采取诉前证据保全措施后，当事人申请仲裁或者向其他有管辖权的人民法院提起诉讼的，采取证据保全措施的人民法院应当根据当事人的申请，将保全的证据及时移交仲裁机构或者受理案件的人民法院。

**第四十六条 【参照适用财产保全的规定】**

本解释没有规定的其他情形，参照适用法律、司法解释关于财产保全的规定。

#### 第四节 举证时限

**第四十七条 【举证期限的确定】**

人民法院应当在审理前准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院准许。

人民法院指定举证期限的，适用第一审普通程序的案件不少于十五日，适用简易程序审理的案件不少于十日。当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。

举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵的证据，人民法院应当酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的期间的限制。

**第四十八条 【举证期限延长的条件】**

《民事诉讼法》第六十五条第二款“当事人在该期限内提供证据确有困难”，是指当事人在举证期限内提供证据存在客观障碍。

前款情形，人民法院应当根据当事人的举证能力、当事人不能在举证期限内提供证据的原因等因素综合判断。必要时，可以听取对方当事人的意见。

**第四十九条 【举证期限延长的申请和准许】**

当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。但适用简易程序审理的案件，

当事人的申请可以口头方式提出。

申请理由成立的，人民法院应当准许，适当延长举证期限，并通知其他当事人。延长的举证期限适用于其他当事人。

申请理由不成立的，人民法院不予准许，并通知申请人。

#### 第五十条 【再次延长举证期限及限制】

当事人在延长的举证期限内提供证据确有困难的，可以再次申请延长举证期限。

举证期限的延长，一般不超过两次。确有必要的，人民法院可以准许延长。

#### 第五十一条 【管辖权异议情况下举证期限的确定】

当事人在一审答辩期内提出管辖权异议的，人民法院应当在驳回当事人管辖权异议的终审裁定生效后，重新确定举证期限。

#### 第五十二条 【公告送达情况下举证期限的确定】

公告送达的案件，举证期限自公告期届满之次日起计算。

#### 第五十三条 【第三人参加诉讼情况下举证期限的确定】

人民法院在追加当事人或者有独立请求权的第三人参加诉讼的情况下，应当为新参加诉讼的当事人确定举证期限。该举证期限适用于其他当事人。

#### 第五十四条 【发回重审案件举证期限的确定】

发回重审的案件，第一审人民法院在重新审理时，可以结合案件的具体情况和发回重审的原因，酌情确定举证期限。

#### 第五十五条 【增加、变更诉讼请求或者提出反诉情况下举证期限的确定】

当事人增加、变更诉讼请求或者提出反诉的，人民法院应当根据案件的具体情况重新指定举证期限。

#### 第五十六条 【当事人逾期提供证据的程序处理】

当事人逾期提供证据的，人民法院应当组织双方当事人对逾期提供证据的理由进行说明、质疑和辩论，必要时可以要求当事人提供相应的证据。

当事人因客观原因未能在举证期限内提供的证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。对方当事人要求提供反驳证据的，人民法院应当酌情指定举证期限。

#### 第五十七条 【逾期提供证据的后果】

当事人因一般过失逾期提供证据的，人民法院可以采纳该证据，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

#### 第五十八条 【逾期提供证据的后果】

当事人拒绝陈述逾期提供证据的理由，或者因故意或重大过失逾期提供证据的，人民法院对该证据不予采纳。

证据对于案件事实的认定有实质性影响的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

#### 第五十九条 【罚款数额的确定和损失赔偿】

人民法院依照民事诉讼法第一百一十五条第一款的规定对逾期提供证据的当事人罚款的，可以结合当事人主观过错程度、诉讼标的的金额等因素，确定罚款数额。

对方当事人请求赔偿因逾期提供证据而支出的交通、住宿、餐饮等必要费用及直接损失的，人民法院应予支持。

## 第五节 当事人陈述

#### 第六十条 【对当事人的询问】

人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件的有关事实接受询问。

当事人可以申请人民法院询问对方当事人。

人民法院要求当事人到庭接受询问的，应当向当事人送达通知书。通知书中应当载明当事人到场陈述的时间、地点、拒不到场或者拒绝具结、陈述的后果等内容。

#### 第六十一条 【当事人的具结及后果】

人民法院应当在询问开始前责令当事人签署保证书并朗读保证书的内容。

保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。

当事人无正当理由拒绝到场、拒绝签署或朗读保证书或者拒绝接受询问的，人民法院应当综合案件情况，判断待证事实的真伪。待证事实无其他证据证明的，人民法院可以作出不利于该当事人的推定。

#### 第六十二条 【当事人真实陈述义务】

当事人应当就案件事实作真实而完整的陈述。

当事人故意作虚假陈述且足以影响裁判结果的，人民法院可以根据情节，依照《民事诉讼法》第一百一十一条第一项规定的规定进行处理。

**第六十三条 【准用证人规则】**

对当事人的询问，适用本解释关于询问证人的规定。

**第六节 书证**

**第六十四条 【书证原件及例外】**

民事诉讼法第七十条规定的提交书证原件确有困难，包括下列情形：

提供原件确有困难，有下列情形的，可以提供复印件、抄件：

- (一) 书证原件遗失、灭失或毁损的；
- (二) 原件处于对方当事人的控制之下，经合法通知而拒不提供的；
- (三) 原件在第三人的控制之下，而该第三人有权拒绝提供的；
- (四) 原件因篇幅或者体积过大而不便提供的；
- (五) 当事人对于所需要提供的书证的真实性无异议，仅对书证的具体内容存在争议的；
- (六) 承担举证证明责任的当事人通过申请人民法院调查收集或者其他方式无法获得书证原件的。

前款情形，人民法院应当结合其他证据和案件的具体情况，审查判断复印件、抄件能否作为认定案件事实的依据。

**第六十五条 【当事人书证提出命令的申请】**

书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。

因提交书证所产生的费用，由申请提交书证的当事人负担。

**第六十六条 【申请书的内容】**

申请书应当记载以下内容：

- (一) 所申请提出的书证名称；
- (二) 该书证所证明的事实；
- (三) 书证的内容；
- (四) 对方当事人控制该书证的事由；
- (五) 对方当事人应当提供该文书的理由。

**第六十七条 【当事人书证提出义务】**

下列情形，控制书证的当事人应当提交书证：

- (一) 当事人在诉讼中曾经引用过的自己持有的文书；
- (二) 为承担举证证明责任的当事人的利益而制作的，或者为承担举证证明责任的当事人与文书持有人之间的法律关系而制作的文书；
- (三) 就与本案争议有关的事项所制作的文书；
- (四) 商业账簿；
- (五) 承担举证证明责任的当事人依照法律规定有权请求交付或者查阅的文书。

前款所列书证，涉及当事人或者第三人的隐私、商业秘密，且公开书证可能造成当事人或者第三人重大损害的，当事人可以拒绝提出该书证。

人民法院对于当事人拒绝提出书证的理由应当进行审查，必要时可以责令当事人提出书证，以不公开的方式进行审核。

**第六十八条 【书证提出命令】**

人民法院认为当事人申请理由成立的，应当作出裁定，责令对方当事人提交该书证。

对方当事人不服提交书证裁定，可以在收到裁定的次日起三日内向作出裁定的人民法院申请复议一次。复议期间，裁定暂停执行。

**第六十九条 【违反书证提出命令的法律后果】**

控制书证的当事人无正当理由拒不服从提交书证的裁定，人民法院可以认定对方当事人所主张的书证内容为真实。

控制书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他使书证不能使用的行为的，人民法院可以认定对方当事人所主张的需要以该文书证明的事实为真实。

前款情形，人民法院可以依照《民事诉讼法》第一百一十一条第一项的规定，对控制书证的当事人处以罚款、拘留。

#### 第七十条 【书证的分类】

国家机关或者其他具有社会管理职能的组织在其职权范围内制作的文书作为证据的，为公文书证。其他书证为私文书证。

经公证机构公证的私文书证，视为公文书证。

#### 第七十一条 【公文书证的证明力】

公文书证所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。

人民法院对公文书证的真实性有怀疑的，可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。

#### 第七十二条 【公文书证副本、影印本的证明力】

公文书证的制作人根据公文书原件作出的载有部分或者全部内容的副本，与正本具有相同的证明力。

在国家机关存档的文件，其影印本经档案部门或者制作原本的机关证明其内容与原本一致的，该影印本具有与原本相同的证明力。

#### 第七十三条 【私文书证的证明力】

对私文书证的真实性存在争议的，由主张以私文书证证明案件事实的当事人予以证明。

私文书证上有删除、涂改、增添或者其他形式的瑕疵的，人民法院应当综合案件的具体情况判断其证明力。

#### 第七十四条 【单位出具的证明】

单位向人民法院提出的证明材料，应当由单位负责人及制作证明材料的人员签名或者盖章，并加盖单位印章。人民法院就单位出具的证明材料，可以向单位及制作证明材料的人员进行调查核实。必要时，可以要求制作证明材料的人员出庭作证。

单位及制作证明材料的人员拒绝人民法院调查核实，或者制作证明材料的人员无正当理由拒绝出庭作证的，该证明材料不得作为认定案件事实的根据。

### 第七节 物证

#### 第七十五条 【动产作为物证】

当事人以动产作为证据的，应当将动产提交人民法院。

人民法院在收到当事人提交的动产后，应当及时通知双方当事人到人民法院查验。

#### 第七十六条 【不动产作为物证】

当事人以不动产或者其他不宜提交的动产作为证据的，应当告知人民法院，由人民法院通知双方当事人到场进行查验。

#### 第七十七条 【物证的提供】

物证应当提供原物。

原物不宜搬移或者不宜保存的，当事人可以提供复制品、照片或者其他替代品。

#### 第七十八条 【物证的勘验或者鉴定】

人民法院可以通过鉴定或者勘验等方法，审查判断物证的真实性和证明力。

### 第八节 视听资料和电子数据

#### 第七十九条 【视听资料的种类】

视听资料包括录音资料和录像资料。

存储在电子计算机等电子介质中的录音资料和录像资料，适用电子数据的规定。

#### 第八十条 【视听资料的原件及例外】

当事人以视听资料作为证据的，应当提供原件。

符合本解释第六十六条规定情形的，当事人可以提供视听资料的复制件。

#### 第八十一条 【电子数据的范围】

电子数据是指电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、微信、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的电子信息。

#### 第八十二条 【电子数据的原件】

当事人以电子数据作为证据的，应当提供原件。

下列情形，视为电子数据的原件：

- (一) 电子数据的制作人制作的与原件具有同等效力的副本；
- (二) 直接来源于电子数据的打印或者其他可以显示、识别的输出介质。

#### 第八十三条 【电子数据的真实性判断】

人民法院对于电子数据的真实性，应当结合下列因素综合判断：

- (一) 电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否完整、可靠；
- (二) 电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否处于正常运行状态，或者不处于正常运行状态时对电子数据的生成、存储、传输是否有影响；
- (三) 电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否具备有效的防止出错的监测、核查手段；
- (四) 电子数据是否被完整地保存、传输，保存、传输的方法是否可靠；
- (五) 鉴别电子数据发件人的方法是否可靠；
- (六) 电子数据是否是在正常的往来活动中形成和存储的；
- (七) 保存电子数据的主体；
- (八) 影响电子数据完整性和可靠性的其他因素。

#### 第八十四条 【人民法院对视听资料、电子数据的调查收集和证据保全】

人民法院调查收集视听资料、电子数据的，应当要求被调查人提供原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，人民法院应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

人民法院对视听资料、电子数据采取证据保全措施的，比照前款规定处理。

#### 第八十五条 【对书证规则的参照适用】

视听资料、电子数据在对方当事人控制之下的，对待证事实承担举证证明责任的当事人可以根据本解释第六十七条至七十一条的规定，申请视听资料、电子数据提出命令。

本节没有规定的其他情形，参照适用本解释关于书证的规定。

### 第九节 证人证言

#### 第八十六条 【证人的出庭作证义务】

人民法院应当要求证人出庭作证，接受审判人员和当事人的询问。

证人在审前准备阶段双方当事人到场时出席陈述证言的，视为出庭作证。

双方当事人同意证人以其他方式作证的，证人可以不出庭作证。

#### 第八十七条 【证人的提出】

当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出申请书。申请书应当载明证人的姓名、职业、住所、联系方式以及证人作证的事项等。

符合民事诉讼法解释第九十六条第一款规定情形的，人民法院可以依职权通知证人出庭作证。

未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。

#### 第八十八条 【对当事人申请的处理】

人民法院准许当事人申请的，应当向证人送达通知书。通知书中应当载明证人作证的时间、地点、作证的事项、要求以及作伪证的责任等内容。

人民法院认为当事人申请证人作证的事项与待证事实无关的，可以不予准许当事人的申请，并通知申请人。

#### 第八十九条 【证人为现役军人】

证人为现役军人的，人民法院应当通过其所在部队团以上单位政治部门通知其出庭作证。

现役军人不能出庭作证的，人民法院可以自行调查，或者委托现役军人所在部队的政治部门进行调查，并由受托人将调查笔录转交人民法院。

#### 第九十条 【证人为被羁押的人员】

证人为监所羁押人员的，人民法院应当通知该监所，由人民法院法警提押到庭。

监所羁押人员不宜出庭的，人民法院可以自行调查，或者委托监所进行调查并由受托人将调查笔录转交人民法院。

#### 第九十一条 【证人为公职人员】

国家公职人员或者曾经为国家公职人员作为证人的，如作证的内容涉及其职务上应当保密的事项，应当事先征得其所任职或者曾经任职部门的同意。

#### 第九十二条 【证人出庭作证的费用预缴】

民事诉讼法第七十四条规定的证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用，按照机关事业单位

单位工作人员差旅费用和补贴标准计算；误工损失，按照国家上年度职工日平均工资标准计算。

人民法院准许当事人关于证人出庭作证申请的，应当通知申请人预缴证人出庭作证的费用。当事人未预缴证人出庭作证费用的，人民法院不予传唤证人。

#### 第九十三条 【证人出庭作证费用的支付】

证人出庭作证后，可以向人民法院申请支付证人出庭作证的费用。人民法院应当在收到申请的次日起七日内向证人支付该费用。

证人有困难需要预先支付出庭作证费用的，人民法院可以根据证人的申请在出庭作证前支付。

#### 第九十四条 【证人以其他方式作证的条件】

证人确有困难不能出庭作证的，应当向人民法院书面申请以书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。申请书中应当载明证人不能出庭的原因。

证人的申请符合民事诉讼法第七十三条规定的情形的，人民法院应当准许。

证人以书面证言或者其他方式代替出庭作证的，应当签署保证书。

#### 第九十五条 【证人身份的核实及具结】

人民法院在证人作证之前，应当询问证人的姓名、年龄、职业及住所以及证人与当事人的关系等其他必要事项，告知证人如实作证的义务及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书。保证书应当记载证人保证据实陈述，绝无匿、饰、增、减，如有虚假陈述愿受处罚等内容。

人民法院应当责令证人在法庭上朗读保证书的内容。不能朗读的，由书记员朗读，并进行说明，使证人清楚保证书的意义。

证人拒绝签署或者朗读保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

#### 第九十六条 【证人具结的例外】

证人为未成年人，或者因精神障碍不能理解保证书的法律意义及法律后果的人的，人民法院不得要求其签署保证书。

#### 第九十七条 【证人资格】

不能正确表达意志的人，不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

#### 第九十八条 【证人作证的方式】

证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的，可以通过其他表达方式作证。

证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性语言。

证人不得以宣读事先准备的文件或者笔记的方式陈述证言。

#### 第九十九条 【证人的连续性陈述】

证人应当就其作证的事项进行连续性陈述。

当事人及其法定代理人、诉讼代理人或者旁听人员无正当理由打断证人陈述或者干扰证人陈述的，人民法院应当及时制止，必要时可以依照民事诉讼法第一百一十条的规定进行处罚。

#### 第一百零条 【对证人的询问】

审判人员可以对证人进行询问。

当事人可以请求审判人员对证人进行询问，或者经审判人员许可后自行询问证人。

当事人对证人的询问与待证事实无关，或者存在重复、诱导、威胁、侮辱证人或其他不当情形的，审判人员应当根据当事人的申请或者依职权予以限制或禁止。必要时可以依照民事诉讼法第一百一十一条的规定进行处罚。

#### 第一百零一条 【证人的隔离】

证人作证前不得旁听法庭审理，作证后应当及时离开法庭。

询问证人时，其他证人不得在场。但经当事人申请或者人民法院认为有必要时，可以让证人之间或者证人与当事人之间进行对质。

#### 第一百零二条 【证人作伪证的制裁】

证人作证时进行虚假陈述经查证属实的，人民法院可以根据情节，依照民事诉讼法第一百一十一条第一项的规定予以处罚。

## 第十节 鉴定意见和专家辅助人

#### 第一百零三条 【鉴定的启动】

当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。申请书中应当载明需要鉴定的事项及需要通过鉴定意见证明的事实。

申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。

符合民事诉讼法解释第九十六条第一款规定情形的，人民法院应当依职权委托鉴定。

#### 第一百零四条 【申请鉴定的责任】

对需要鉴定的事项负有举证证明责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用，或者拒不提供相关材料，致使待证事实无法通过鉴定意见予以查明的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。

#### 第一百零五条 【鉴定人的选任】

人民法院准许当事人的鉴定申请的，应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的，由人民法院指定。

人民法院依职权委托鉴定的，可以在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人。

人民法院应当在委托书中明确鉴定事项、鉴定范围和鉴定目的。

#### 第一百零六条 【鉴定费用的交纳】

当事人申请鉴定的，应当在人民法院指定期限内预交鉴定费用。申请人逾期不预交鉴定费用的，视为放弃鉴定申请。

人民法院依职权委托鉴定的，应当垫付鉴定费用。

鉴定费用由败诉的当事人负担。

#### 第一百零七条 【鉴定人具结】

鉴定开始之前，人民法院应当要求鉴定人签署保证书。保证书中应当载明鉴定人保证公正、诚实地进行鉴定，如作虚假鉴定，愿受法律制裁等内容。

#### 第一百零八条 【鉴定材料的提交】

人民法院应当在鉴定材料提交鉴定人之前，组织当事人进行质证。

鉴定人可以向人民法院申请调取证据、勘验物证和现场、询问当事人或者证人。经人民法院许可，鉴定人可以直接对当事人或者证人进行询问。

#### 第一百零九条 【鉴定报告】

鉴定工作结束后，鉴定人应当及时向人民法院提交鉴定报告。

鉴定报告应当载明如下内容：

- (一) 委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容；
- (二) 委托鉴定的材料；
- (三) 鉴定的依据及使用的科学技术手段；
- (四) 对鉴定过程的说明；
- (五) 明确的鉴定意见；
- (六) 对鉴定人鉴定资格的说明；
- (七) 保证书的内容。

鉴定报告应当由鉴定人签名或者盖章。鉴定人为机构的，鉴定报告应当由鉴定机构盖章以及从事鉴定的人员签字。

#### 第一百一十条 【对鉴定报告的异议】

人民法院收到鉴定报告后，应当及时将副本送交当事人。

当事人对鉴定报告的内容有异议的，可以以书面方式提出。对于当事人的异议，人民法院应当责令鉴定人作出解释、说明或者补充。人民法院认为有必要的，也可以依职权要求鉴定人进行解释、说明和补充。

#### 第一百一十一条 【鉴定人出庭费用的预交和计算标准】

当事人在收到鉴定人的书面答复后仍有异议的，人民法院应当通知有异议的当事人预交鉴定人出庭的费用，并通知鉴定人出庭。但有异议的当事人明确表示不要求鉴定人出庭的除外。

双方当事人对鉴定意见均有异议的，由当事人分摊预交鉴定人出庭的费用。

鉴定人出庭费用按照证人出庭作证费用的标准计算。

鉴定人出庭费用在委托鉴定时明确包含在鉴定费用中的，人民法院不再通知当事人预交。

#### 第一百一十二条 【鉴定人出庭】

鉴定人依照民事诉讼法第七十八条的规定出庭作证的，人民法院应当在开庭审理三日前将出庭通知书送达鉴定人，通知书应当载明鉴定人出庭的时间、地点及出庭的要求。

#### 第一百一十三条 【出庭的鉴定人对异议的答复】

鉴定人应当就鉴定事项如实答复当事人的异议，当庭答复确有困难的，经人民法院准许，可以在庭审结束后书面答复。

人民法院认为有必要的，可以另行开庭组织对鉴定意见的质证。

#### 第一百一十四条 【鉴定人拒不出庭的后果】

鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。

人民法院应当在三日内作出裁定，责令鉴定人在收到裁定书次日起七日内向当事人返还鉴定费用。逾期不返回的，由人民法院强制执行。

当事人因鉴定人拒不出庭作证申请重新鉴定的，人民法院应当重新委托其他具有相应资格的鉴定人进行鉴定。

#### 第一百一十五条 【当事人对鉴定意见有异议申请重新鉴定】

当事人对鉴定意见有异议申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应予准许：

- (一) 鉴定机构或者鉴定人员不具备相应的鉴定资格的；
- (二) 鉴定程序严重违法的；
- (三) 鉴定意见明显依据不足的；
- (四) 经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定意见，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。

#### 第一百一十六条 【当事人自行委托的“鉴定意见”的规则】

当事人就案件事实所涉及的专门性问题自行委托有关机构出具的专业性意见，适用民事诉讼法和本解释关于书证的规定。

#### 第一百一十七条 【专家辅助人的提出和费用】

当事人可以根据民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前书面申请一至二名有专门知识的人出庭，代表当事人就案件事实所涉及的专门性问题进行说明、发表意见，或者对鉴定意见进行质证。申请书应当载明有专门知识的人基本情况和申请的目的。

人民法院准许当事人的申请的，应当向当事人送达准许有专门知识的人出庭通知书。有专门知识的人出庭的费用由提出申请的当事人负担。

#### 第一百一十八条 【专家辅助人的活动范围】

有专门知识的人员在法庭上就专门性问题的陈述，视为当事人的陈述。

人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许，当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动。

#### 第一百一十九条 【准用证人的规定】

除法律、司法解释另有规定外，本解释中有关询问证人的规定适用于对鉴定人和有专门知识的人的询问。

### 第十一节 勘验笔录

#### 第一百二十条 【勘验的适用】

人民法院认为有必要的，可以根据当事人的申请或者依职权对物证、现场或者人进行勘验。但勘验时应当保证他人的隐私和尊严不受侵害。

当事人申请勘验的，应当提出书面申请。申请书应当载明勘验对象及所要证明的事实。

#### 第一百二十一条 【勘验中当事人的参与】

人民法院应当在勘验前将勘验的时间和地点通知当事人。

当事人有权参加勘验。当事人不参加的，不影响勘验进行。

当事人可以就勘验事项向人民法院进行解释和说明，可以请求人民法院注意勘验中的重要事实。

#### 第一百二十二条 【勘验中的鉴定】

人民法院可以要求鉴定人参与勘验，有必要的可以要求鉴定人在勘验中进行鉴定。

#### 第一百二十三条 【勘验笔录】

人民法院勘验物证或者现场，应当制作笔录，记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓名、身份等内容。

#### 第一百二十四条 【勘验的费用】

勘验的费用，适用本解释关于鉴定费用的规定。

附则

**第一百二十五条 【效力】**

本解释公布施行后，最高人民法院于2001年12月21日发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》同时废止；最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

**域外调查取证难在哪儿？海牙公约中方联系人告诉你**

2016-06-23 天同诉讼圈 李智颖

涉外案件经常涉及域外取证问题。我国是否允许外国机关或个人在我国境内直接调查取证？我国企业/法院如何在境外调查取证？作为《海牙取证公约》成员国，我国目前如何执行其他成员国提出的协助调查取证请求？

本期“法务芳谈”邀请海牙公约中方联系人李智颖女士，结合她经办的诸多国际合作案例，对协助调查取证的实际操作经验及问题进行介绍和总结，并提出相关改进建议。

**李智颖：**海牙公约中方联系人、司法部司法协助交流中心司法协助处负责人。曾参与多项双边司法协助条约、被判刑人移管条约的谈判缔约工作，目前主要负责两项海牙公约及各项民商事司法协助条约的履约工作。

涉外案件经常涉及域外取证问题，但各国司法管辖权相互独立，法律制度包括证据制度存在差异，因此一国通常不允许另一国的司法机构或人员直接在本国境内进行取证。为解决这一问题，各国需在域外取证领域进行合作，代为调查取证成为一种重要的合作方式。它是指受理案件的一国司法机关委托证据所在地国家的司法机关代为调取证据的一种司法协助形式。

为了促进国际间的取证合作，在初始缔约国的共同努力下，1970年3月18日，第十一届海牙国际私法会议正式通过了《关于从国外获取民事或商事证据的公约》（简称《海牙取证公约》或公约）。1972年10月7日，《海牙取证公约》正式生效，我国于1997年正式批准加入。目前，公约已有58个成员国，[参见 [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=82](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82)]是民商事域外取证合作领域使用范围最广影响最大的多边公约。该公约已成为我国与其他缔约国进行域外调查取证合作的主要法律依据。

**一、我国现行的协助调查取证制度****1、中央机关和主管机关**

根据全国人大常委会关于我国加入《海牙取证公约》的决定，司法部被指定为中央机关，负责接收来自另一缔约国司法机关的请求书并做初步审查。之后司法部将符合规定的请求转交给主管机关执行。

关于什么是“执行请求的主管机关”，公约和全国人大常委会均没有明确定义。但在我国签订的双边司法协助条约中，“执行请求的主管机关”通常是指“法院、检察院和其他主管民事和刑事案件的机关”。[参见《中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约》第一条。]

按照目前做法，各缔约国按照《海牙取证公约》的要求，制作请求书并提供相关材料，将请求递交到中国司法部。司法部根据公约规定和国内法相关规定，做初步审查。经初步审查符合规定，司法部将相关材料转交最高人民法院，由法院系统负责执行。

对于我国法院遇到的需要去域外调取证据的情况，由受案法院提出取证请求并附相关案卷材料，通过上一级法院，逐级转递到最高人民法院，再由最高人民法院按照海牙取证公约规定制作请求书，统一向有关国家中央机关提出取证请求。目前，北京、上海、江苏、浙江、广东五省的高级人民法院可直接向公约成员国中央机关发出取证请求。

**2、执行模式**

根据我国《民事诉讼法》第276条和第277条规定，在涉及民商事证据调取的国际合作中，在中国境内的取证行为只能由法院完成。除《民事诉讼法》第277条第二款规定的外国驻我国使领馆向该国公民调查取证外，未经主管机关许可，任何外国机关或者个人不得在中国领域内调查取证。实践中，国内法院对上级法院逐级转递下来的外国提出的调查取证请求，按照我国《民事诉讼法》中有关证据的规定予以办理。

举例说明如下：德国法兰克福某法院请求中方协助调查位于中国境内的某位证人并获取证言。司法部收到德方请求并完成审查后将相关材料转最高人民法院。最高人民法院再次审查后将请求转至北京市高级人民法院。本案最终由北京市二中院负责具体取证。二中院决定采取开庭的方式，将德方请求询问的证人传至法院，通过由法官主持，证人、翻译及其他法院工作人员参与的方式进行取证。在确定采取开庭的方式之后，二中院又通过其上级法院请司法部将开庭的时间、地点通知德方，以便德方安排原告代表及律师出席，同时还就费用问题与德方进行沟通并取得一致意见。本案自司法部接到德方请求至取证结束后将所调取的证言返还德方，共用了一年半时间。虽然耗费时间较长，但最终成功调取证据。

**二、存在的问题及原因分析**

**1、公约执行效率偏低，且低于国际平均水平。**外国向中国提出的调查取证请求，约不到二分之一的案件能在当年得到来自法院系统的答复，二分之一以上的请求需一年以上才能收到执行部门的答复，个别案件过了2年甚至更长时间仍尚无结果。答复结果通常有两种：已经成功调取证据，或因种种原因证据无法调取。实践中前者居少，多为后者。

根据海牙国际私法会议 2013 年问卷调查反馈结果, 各国执行取证请求的平均时间如下: 38%的请求在 2 个月内完成, 18%的请求在 2-4 个月内完成, 5%的请求在 4-6 个月内完成, 17%的请求在 6-12 个月内完成。[参见 [http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc\\_id02.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_id02.pdf)]将以上汇总平均, 可知国际上 78%的请求可在一年内完成。中国的相关数字为: 6 个月内完成的取证请求数字为 0, 42%的请求可在 6-12 个月内执行完毕。

执行取证请求之所以花费时间较长, 有的是因为案件复杂, 执行请求确需较长时间; 有的是因为执行机构对国际合作不够重视, 未及时处理或因不知如何处理而搁置。以上两个原因可归结为一点: 调查取证途径单一, 所有取证请求均由审判机关负责执行。

而我国法院资源有限, 本身已有大量国内诉讼需要处理, 对国外法院请求协助的案件无暇顾及。多年来沿用的这种执行方式, 不仅在文件层层转递过程中耗用大量时间, 而且这种对所调取的证据类型不做区分均由法院负责调取的方式, 造成司法资源的浪费, 最终的结果是执行效率低下, 不仅不利于保护案件当事人的合法权益, 对于中国政府在国际上的履约形象也非常不利。

**2、我国认为该公约具有排他性及强制性, 所有在中国境内取证的行为都必须且只能通过公约规定的途径和方式完成。**因此, 除公约第 15 条规定的外交和领事代表取证方式之外, 所有在中国境内的取证行为只能由法院完成, 法律禁止外国直接在我国国内进行取证。

但由于公约执行效率偏低及其他原因, 导致一些国家不通过公约规定的途径而直接向国内调取证据。据了解, 实践中民间确实存在大量合作。比如外国律师本人或通过委托中国律师直接向自愿出示证据的位于中国境内的当事人或者证人调取证据。例如曾在美国纽约东区联邦法院审理的 *Popular Imports Inc. v. Wong Int'l Inc.* 一案中, 美方就在中国境内进行了直接取证, 尽管后来被告在上诉审中质疑证据的有效性, 美法院最终认定证据有效 [*Popular Imports Inc. v. Wong Int'l Inc.* 166 F.R.D. (S.D.N.Y. 1996).]。当然, 若这类判决需在我国境内申请承认与执行, 则我国法院根据我国民事诉讼法及《海牙取证公约》, 将会认定证据程序违反中国法律, 从而对判决不予承认与执行。若外国判决不涉及到将来在中国的承认及执行, 当然就不存在这类风险。

总之, 对于直接在中国境内取证的行为, 一方面, 《民事诉讼法》第 277 条明确予以禁止。另一方面, 无论是对律师还是自愿予以配合的当事人或证人目前法律均未做出惩罚性规定。而从实际操作角度看, 相关部门无法掌握这种取证及自愿作证行为, 更谈不上处罚。因此禁止性法律事实上形同虚设。考虑到直接取证方式方便快捷, 节省司法资源, 且确实便利跨国诉讼, 不妨直接立法规定在符合一定条件的前提下, 允许直接取证。

**3、国内当事人或者相关部门对公约的利用率低。**加入取证公约数年来, 主要是我国协助外国进行调查取证。根据司法部的数据统计, 中央机关近五年来每年办理的调查取证请求约 30 件。其中绝大部分是外国主要是美国、德国、韩国等依照公约向中国提出协助调查取证的请求。而中国依照《海牙取证公约》向外提出的取证请求寥寥无几, 总数不超过 5 件。

这种提供协助和请求协助案件数量的失衡主要有以下几点原因: 一是传统文化中的诉讼意识问题, 人们通常对诉讼避而远之, 导致一些国际纠纷没有通过司法途径解决; 二是当事人或者某些案件受理法院对国际民商事司法协助不了解, 更不知道可以通过国际条约实现跨国取证。因此一旦出现需要通过取证公约请求外国协助调取证据的情况, 因不知如何处理, 导致诉讼搁置; 三是存在替代途径, 比如有些国家不禁止外国人在其本国调取证据, 或者不认为取证公约具有排他性和强制性。因此一些当事人可以通过律师或其他手段直接在国外取得证据, 然后通过公证认证使得证据可以在国内法庭出示使用。

**4、对外国提出的涉及使用电子技术手段的协助调查取证请求, 无法执行。**近几年, 中央机关接到的外国提交的取证请求中, 越来越多的请求中涉及使用视频或电话取证。对于这类取证请求, 通常以目前国内法无明确规定因此无法操作为由拒绝, 同时建议由我国法院根据中国《民事诉讼法》相关规定代为取证。

### 三、可资借鉴的做法及可行性

2008 年 5 月, 为了解各缔约国执行《海牙取证公约》的情况, 海牙国际私法会议常设局向全体缔约国发出了一份《调查问卷》, 其中第 44 个问题是: “在《海牙取证公约》第一章的规定下 (笔者注: 即在外国法院提交协助调查取证请求书的情况下), 询问证人由贵国的哪个机关执行?” [参见 [http://www.hcch.net/upload/wop/jac2008\\_pd01e.doc](http://www.hcch.net/upload/wop/jac2008_pd01e.doc)]

根据缔约国对《调查问卷》的反馈, 除了由法院询问证人以外, 还有其他方式调取证人证言。而且, 协助调查取证的方式也不是单一的, 缔约国可以根据自身情况选择多种方式协助调查取证。

例如, 美国司法部收到外国法院提交的请求书后, 不是直接转交法院处理, 而是先由供职于美国司法部的律师执行请求书。但司法部律师只能在证人自愿作证的前提下询问证人。如果证人拒绝作证, 司法部律师可以请求美国联邦法院签发传票, 强制要求证人作证 (deposition)。作证过程中, 证人不需要到庭, 法院工作人员也不需要到场, 而是由司法部律师向证人发问, 由速记员进行记录。如果请求国提出明确要求, 且该要求符合美国的法律, 申请人的律师也可以到场, 并向证人发问。[参见 <http://www.hcch.net/upload/wop/2008usa20.pdf>]

再如, 在中国香港, 通常是由高等法院主事官 (Master of the High Court) 负责询问证人, 但如果申请人在

请求书中要求由私人代理 (private agent) 调查取证, 通常都会得到准许。[参见 <http://www.hcch.net/upload/wop/2008hongkong20.pdf>] 类似的, 英国也有两种协助外国法院调取证言的方式, 既可以由大法官 (Lord Chancellor) 指定的法庭询问证人调取证言, 法院也可以批准当事人指定的人进行调查取证。[参见 <http://www.hcch.net/upload/wop/2008unitedkingdom20.pdf>] 澳大利亚也有同样的方式。

可见, 在不采取强制措施的情况下, 由法院以外的其他机构或人员执行请求书, 是国际司法实践中的常见做法。结合我国目前的状况, 在证人自愿作证即不采取强制措施的情况下, 授权律师完成取证行为是一项值得我们借鉴且可行的做法。

1、这种做法符合目前立法中“当事人自行举证为主, 法院协助为辅”的原则。与在取证公约框架下应外国请求协助调查取证的做法不同, 在国内诉讼中, 无论是《民事诉讼法》的条文规定还是国内诉讼实践, 均执行以当事人自行举证为主, 法院调查取证为辅的证据制度, 也就是说调查取证主要是当事人而非法院的责任。

在现实案例中, 也有法院曾这样判决: “法律关于申请法院调查取证制度的设置是为解决当事人在特定情况下的举证困难问题, 而不能演变为任由当事人恣意启动, 通过司法权力变相免除其基本举证责任的工具”。[参见江苏通业实业有限公司与王志成等侵害商业经营秘密纠纷上诉案, 江苏省高级人民法院 (2005) 苏民三终字第 0112 号民事判决书] 可见, 在当事人有能力自行收集或聘请律师收集证据的情况下, 我国法律和实践都是不主张人民法院代为调查取证的。

2、将外国提出的不需要强制力即可完成的取证请求授权由相关律师完成, 可以大大降低法院的工作压力, 使法院更多的专注于审判工作。同时, 律师作为专业提供法律服务的人士, 完全有能力完成这项工作。

3、通过授权相关律师调取证据的做法, 可以解决目前“立法上禁止直接取证实际上存在大量律师直接操作”而相关部门无法掌握也无法处罚的矛盾。

4、通过引入专业律师队伍协助调取证据的这种方式, 还可以促进整个律师业对国际司法协助的了解, 提高公众对国际司法协助的知晓率, 从而推动整个民商事司法协助的进步。

5、因律师采取商业收费模式为当事人取证, 会尽快完成取证工作, 因此我国对外国取证请求的执行效率将大大提高, 在便利国际诉讼更好的保护当事人权益的同时, 我国的履约形象也可以得到改善。

#### 四、提高取证公约履约效率的其他建议

1、**使用新技术手段。**近年来, 网络通讯科技的快速发展为电子手段取证提供良好的技术支持。视频取证技术在国际上受到重视, 越来越多的国家开始使用这一技术。鉴于取证公约订立时间较早, 公约条文里对此问题没有明确规定。但早在 2003 年, 公约特委会已明确表示公约本身不妨碍新技术手段的使用, 并且特委会支持通过使用新技术手段提高公约的执行效率。[参见 [http://www.hcch.net/upload/wop/lse\\_concl\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/lse_concl_e.pdf)]

在 2008 年的问卷调查的反馈中, 澳大利亚、以色列、挪威、新加坡四国表示他们均有成功案例通过视频方式协助请求方取证。[参见 [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions\\_publications&tid=33&cid=82](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions_publications&tid=33&cid=82)]

在 2014 年召开的取证公约特委会会议上, 澳大利亚等国家建议为取证公约制定《视频取证任择性议定书》, 大会在结论文件中重申有必要推动视频取证方式, 并建议成立专门工作组研究使用视频及其他新技术手段协助取证的问题。[参见 [http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc\\_concl\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_concl_en.pdf)]

从我国实践来看, 在刑事司法协助领域, 早在 2005 年, 我们已经成功通过视频会议为美方提供取证协助。而在民商事领域, 至今相关机关仍对于视频技术仍持保守观望态度。建议相关机关顺应科技发展潮流, 尝试使用新技术协助取证, 一是为今后更多的现代科技手段的运用和完善相关立法积累经验; 二是视频手段快速便捷, 可以显著提高执行效率, 节省司法资源。

2、**建议中央机关采取相关措施, 增加宣传, 促进公众对国际民商事司法协助的了解, 提高国际条约的适用效率。**如上文所述, 在协助调取证据的国际合作领域, 目前我国提供协助案件与请求协助案件数量严重失衡, 原因之一是当事人或者某些案件受理法院对国际民商事司法协助不了解, 更不知道可以通过国际条约实现跨国取证。因此, 作为《海牙取证公约》的中央机关, 应当适当加大宣传力度, 增强公众法律意识, 使他们能够利用国际条约提供的国际合作方式, 在国际诉讼中更好的维护自身正当权益。

#### 网络虚拟财产如何继承?

2016-06-25 中国民商法律网 谭畅

实习编辑: 李子玄

责任编辑: 赵妍

图片编辑: 师文、李欣南、刘小铃、金今

我国《继承法》第 3 条规定, 遗产是指“公民死亡时遗留的个人合法财产”, 然而在《继承法》列举的遗产类型中并没有包含网络虚拟财产。网络虚拟财产能否成为继承法中的遗产? 如果继承人想得到死者的网络服务账号和密码, 网络服务商是否有配合义务? 如何看待死者与网络服务商之间协议的约束力? 网络虚拟财产包含了私人信件视频等许多隐私信息, 这些是否会影响到网络虚拟财产的依法继承?

我国《继承法》第3条规定，遗产是指“公民死亡时遗留的个人合法财产”，然而在《继承法》列举的遗产类型中并没有包含网络虚拟财产。网络虚拟财产能否成为继承法中的遗产？如果继承人想得到死者的网络服务账号和密码，网络服务商是否有配合义务？如何看待死者与网络服务商之间协议的约束力？网络虚拟财产包含了私人信件视频等许多隐私信息，这些是否会影响到网络虚拟财产的依法继承？为解决以上问题，华中科技大学博士郭育艳从网络虚拟财产的性质出发分析其继承的可行性以及与现实障碍之间的关系。

网络虚拟财产在自然属性上是一组电磁数据，但这并不妨碍其成为法律上财产的一种。其财产属性决定了其应该成为继承法的规范对象，具有可继承性。网络虚拟财产产生运行于全新的网络环境，是依附于网络环境而以数字化形式存在的权利，这使其运行规则不同于传统的物权债权与知识产权。因此，其继承问题也就不同于传统的物权债权知识产权，我国现行的继承法要进行相应修改才能适应网络虚拟财产的出现及其继承的需要。《继承法》第3条的规定遗产包括“公民的其他合法财产”是一个开放性条款。最高人民法院可以通过司法解释的方式对其进行扩张解释，将网络虚拟财产纳入“其他合法财产”的范围。

网络虚拟财产是基于网络服务商提供的网络服务而产生的，然而国内外几乎所有的网络运营商提供的网络服务协议，不管是免费的还是有偿的，都排除了网络虚拟财产继承的可能性。有学者分析和总结网络服务协议对继承权利排除的原因有三：首先是出于对用户或他人隐私保护的考虑；其次是避免网络运营商需抽调专门人员进行继承人身份审查对数字遗产进行分割等工作，降低经营成本；再次是清理大量的冗余数据，提高网站运行速度。

《合同法》规定提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。然而，网络服务协议多属格式条款，故网络服务协议排除用户对网络虚拟财产的转让继承赠与等条款的应属无效。在法理上，即便网络服务协议约定账户属于网络服务商所有，也不能影响基于网络账户而形成的网络虚拟财产由用户享有法律权益，进而在用户死亡时由用户继承人继承。

对个人隐私的保护一直被认为是数字遗产继承难以绕开的难题。其实，隐私权保护和网络服务协议不能成为网络虚拟财产继承的障碍。因为网络虚拟财产继承与隐私权保护并不冲突。原因有二：首先，网络服务商所承担的用户死亡后的隐私保护义务，其实还是为了维护死者近亲属的权益，作为继承人的近亲属提出了继承网络虚拟财产的要求，网络服务商向近亲属提供网络虚拟财产，也就并不存在侵害死者近亲属权益的可能。其次，与网络虚拟财产继承可能涉及隐私信息相同的是，传统财产继承也会涉及隐私保护问题，只要没有以违反公序良俗的方式利用隐私，不认为会侵犯死者隐私。

网络虚拟财产作为一项可继承的新型财产权固然有其特殊性，但其与传统财产权也具有一定的共性。我们没有必要将其妖魔化，只有回归制度本源，寻找理论基础，才能抽丝剥茧，理清其继承的法律问题。

### 法刊辑要（2016178）：《比较民法与判例研究》（第二卷）

法律出版社 2016年3月第1版|目录

2016-06-26 法律出版社 法学期刊目录通讯

#### 【主题案例研究之二：人工胚胎法律问题的比较法研究】

##### 7、人工受孕体在当代意大利立法和判例中的地位

徐国栋

##### 8、由死后人工生殖之相关裁判谈人工生殖法的禁制与开放

戴瑀如

##### 9、法国法上的人工胚胎

叶名怡

##### 10、英美法上的冷冻胚胎案

李昊

##### 11、英国法上的人体胚胎规制体系

李蕊佚

##### 12、法制化途中的人工胚胎法律地位 ——日本法状况及其学说简评

周江洪

### 欧盟议会通过婚姻财产制和登记伴侣财产关系的国际私法条例

2016-06-26 华政国际私法评论 杜涛

#### 欧盟议会通过婚姻财产制和登记伴侣财产关系的国际私法条例

据欧盟理事会统计，在欧盟共有将近1600万跨国夫妻。为了解决跨国婚姻财产的法律冲突问题，2011年3月16日，欧盟委员会提交了《关于婚姻财产制事项的管辖权、法律适用和判决承认与执行的条例（草案）》以及与之并行的《关于登记伴侣财产制事项的管辖权、法律适用和判决承认与执行的条例（草案）》，供欧洲议会讨论通过。[1]这两个条例草案，前者针对的是婚姻关系，包括同性婚姻和异性婚姻；后者针对的是登记伴侣关系，包括同性伴侣和异性伴侣。目前欧盟成员国中已有14个国家承认了登记伴侣关系。[2]两个条例在法律适用问题上有较大差

别，对于夫妻财产制，夫妻双方可以协议选择准据法，若无选择，则适用婚后最初共同经常居所地法律；若没有共同经常居所，则适用其共同国籍国法律。对于登记伴侣关系，则不允许双方选择法律，只能适用登记地法律。

由于同性伴侣关系在很多欧盟成员国不被承认，因此，上述条例的起草工作遇到障碍，几年来没有进展。2015年12月，欧盟成员国未能在全体成员国之间达成一项政治协议。最后，有17个成员国向欧盟委员会提出请求，首先在这些国家之间就该两项条例所规定的事项范围内进行更广泛的合作。2016年3月2日，欧盟委员会终于通过了一项议案，授权这17个国家在该领域进行更广泛合作

[[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property\\_enhanced\\_cooperation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_enhanced_cooperation_en.pdf)]，并通过了两个条例的正式草案。[3]

2016年6月23日，就在举世瞩目的英国脱欧公投进行的同时，欧盟议会终于表决通过了该两项条例。前一个条例以498对58票通过，35票弃权；后一个条例以490对68票通过，34票弃权。共有18个欧盟成员国（此前的17国加上塞浦路斯）首批参加该两项条例。这18个成员国是：Belgium, Bulgaria, Cyprus, theCzech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia, Italia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland 和 Sweden。目前，两项条例需要得到这18个成员国国内批准后在欧盟官方公报上公布，在公布后第20天生效，并且从其生效满30个月后才开始适用。其他未参加该两项条例的成员国仍然继续适用其国内国际私法，并可以在该两个条例生效后任何时间加入。

[1]Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes, Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 126/2; Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships, Brussels, 16.03.2011 COM(2011) 127/2.

[2]分别是比利时、丹麦、德国、芬兰、法国、爱尔兰、卢森堡、荷兰、奥地利、瑞典、斯洛文尼亚、捷克、匈牙利和英国。

[3]

[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property\\_matrimonial\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_matrimonial_en.pdf); [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property\\_registered\\_partnerships\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_registered_partnerships_en.pdf).

## 隐私的手机和手机的隐私

2016-07-03 民法牛 杨立新

一部电影《手机》，惹出了多少夫妻、情侣之间的纠纷？媒体披露若干，足见影响之大。

事情就是这么怪，手机它虽然是一个通讯工具，但它又是一种隐私的载体，它承载着太多的隐私内容。这不能不说现代高科技的创造能力。因而就说“隐私的手机”的命题，也就一点也不夸张。在这一点上，手机倒有些像日记。这倒不是说它的通讯内容，因为手机的通讯内容不经过特别的手段，别人无法得知，只有在现场听到的，才会查知。不过，如果像严守一所描述的那样接电话：“嗯，啊，好……”之类，而且手机的声音又不大，即使有人在场，大概也不会泄漏隐私。

隐私的手机，就在于它的记录功能。记录电话号码、记录通话时间，都能够泄漏隐私。不是有很多人像沈雪和李燕那样去检查通话记录吗？尤其是它的短信，有时候就是赤裸裸的表白，无加掩饰，且不加任何锁定措施，只要得到手机，就能够查知个人的隐秘。负载隐私的手机，在现代的社会生活中，既给人以极大的方便，同时也给人以巨大的烦恼。无怪乎费墨将其称之为“手雷”！

一个值得研究的现象是，在现代社会，日记作为隐私和思想的记载，已经受到普遍的尊重。就是一个小学生，如果他的日记被父母偷看，也会提出强烈的抗议，并主张自己的权利。可是，对于隐私的手机，却没有得到相当的尊重。这大概还是与手机出现得远比日记为晚，人们还不能确定它的性质有关。

很想写一篇文章，说明手机内容的性质，因为很多人包括司法人员都不能正确的认定它。例如，有的法院对于在手机中发短信对他人进行攻击的行为，认定为侵害名誉权的侵权责任，就不那么恰当。名誉权保护的是客观名誉，也就是保护一个人的客观评价不因不实的言论而降低，判断一个言论是不是构成侵害名誉权，最应当具备的，就是具有不实评价的言词被第三人所知道，没有被第三人所知道的不实言词，不能构成诽谤，也就不构成侵害名誉权。这就是诽谤言论的“公布”规则，没有公布，就不构成诽谤。如果一个人对一个人进行直接的言论攻击，造成对方名誉感的损害，应当认定为侵害一般人格权，也就是侵害了人格尊严，但不能认定为侵害名誉权。在手机中发短信进行言词攻击，等于是“一对一”的攻击，并没有造成第三人知道的后果，没有“公布”，因此，不能构成侵害名誉权。这也说明，隐私的手机本身就是私密的，属于一般人不得介入或者不便介入的私人空间领域；其所包含的内容，属于不得查知或者不便查知的私人活动或者私人信息。

既然如此，手机的隐私是不是受到法律保护，大概就没有更多的疑问了。隐私权所保护的隐私，就是与公共利益无关的私人信息、私人活动和私人空间。手机的内容，包括私人空间，也包括私人活动和私人信息。隐私权保护

私人信息、私人活动和私人空间，那么就应当保护手机的隐私，把它当成人的隐私的一部分，以隐私权加以必要的保护。

究竟应当怎样保护手机的隐私，我提出以下意见：

首先，手机属于隐私领域，手机的内容属于隐私的内容，应当受到法律的保护，应当按照保护隐私权的规则对待手机，对待手机负载的私密应当宽容。现代社会，每个人都应当享有一个宁静的私隐领域，保留自己心灵有一块独立的净土，对此应当尊重，不能因为自己是情侣或者是配偶，就可以侵害对方的隐私，非法侵入对方的隐私空间。在今天，如果还要坚持“心灵深处爆发革命”、“狠斗私字一闪念”作为标准，要求每一个人都要做到，大概是行不通的。

其次，当然，做人最好坦坦荡荡、光明磊落，使自己的行为符合法律和道德规范。例如配偶应互负忠实义务；情侣虽然不能就这样要求，但是从道德上讲，也应当忠实于自己的“心上人”。因此，无论是配偶还是情侣，都应当对对方负责，在感情上专一。如果一个人的手机没有这方面的隐私内容，大概也就不怕别人“审查”。如果严守一没有与武月的秘密交往，如果没有严守一对手机的神神秘秘、神经过敏，哪里会害怕手机变成“手雷”呢？

再次，无论是任何人，即使是配偶或者情侣，也都应当尊重他人或者对方的隐私和隐私权，不得非法侵害。夫妻之间或者情侣之间应当建立最基本的信任，这就包括尊重对方的隐私和隐私权，尊重对方的人格。对配偶或者情侣越是猜疑，越是要“审查”手机的内容，大概夫妻之间和情侣之间的感情就越是大打折扣。知道这一点，大概就会更好的尊重对方的隐私和隐私权，也就不至于由于手机的问题而大打出手，酿成各种各样的纠纷。

最后，手机能够包含隐私内容，但手机的隐私也是最容易暴露的。这就是说，手机对于其负载的隐私，具有一定的公开性，不是保守隐私秘密的适当工具，利用手机进行隐私活动，其安全系数很低。如果一个人想要隐瞒自己的隐私，就应当放弃这样的方式，不在手机中包含更多的隐私内容。同时，与自己的隐伙伴谈论隐私，也最好注意这一点，避免将手机变成“手雷”。

既然隐私的手机关系到手机的隐私，需要加以法律保护，那么人人都按照保护隐私权的法律规则，对手机的隐私予以保护，岂不人人皆“不亦君子乎”？

## （二）法官视点

### 父母对成年子女中无民事行为能力者亦享有探望权

2016-06-02 人民法院报 浙江省平阳县人民法院 陈海琴 郑永建

#### 【案情】

2013年7月，林某发生交通事故导致脑部严重受伤呈植物人状态，后经司法鉴定为无民事行为能力。此后，林某母亲王某主动承担起对女儿的照顾和护理。2015年12月，女婿郭某突然阻止王某及亲属对林某的正常探望和护理。经多次协商沟通无果后，王某诉至法院，要求郭某停止阻碍自己合理探望子女的行为。

#### 【分歧】

本案主要争议焦点在于，父母对无民事行为能力的成年子女是否享有法律上的探望权。

第一种意见认为，父母不享有法律上的探望权，根据婚姻法第三十八条规定，离婚后不直接抚养子女的父亲或母亲一方享有的对于未成年子女探望、联系、会面、交往、短期共同生活的权利。本案中，女儿林某已成年结婚，王某不再享有探望权。

第二种意见认为，父母享有法律上的探望权。从法理上看，探望权是基于亲权的一种派生权利，只要身份关系存在，对子女的探望就是父母的正当权利。因此，王某基于母亲的身份对林某享有法律上的探望权，他人不得干涉。

#### 【评析】

笔者同意第二种意见。理由如下：

##### 1. 法律规定的探望权应作扩大解释

根据婚姻法规定，探望权是离婚后父亲或母亲对子女的一项法定权利。将探望权作为一项权利在法律上加以规定，是由于这不仅是亲属法上的权利，更是一项基本人权，父母子女之间基于自然血缘关系而形成情感应当得到保护。我国立法旨意在于保护未成年子女的身心健康，父母的探望权也是依附于子女的最佳利益而设的，因此，探望权实质上是基于未成年人无法表达个人真实意愿且难以维护好自身合法权益的状况。本案中，林某虽成年和结婚但已呈植物人状态且完全丧失民事行为能力，其无法独立进行民事活动而需要特别保护。因此，应适当扩大探望权的客体范围，即将无民事行为能力或限制民事行为能力的未成年子女扩大至成年子女。

##### 2. 父母探望无民事行为能力成年子女也是义务

关于探望权的性质，一直存在权利说与义务说的争议。根据最高人民法院关于家事审判改革的精神，父母权利本位正向子女权利本位转型过渡，因此，将探望权定性为父母的一项义务更有利于子女利益最大化。以亲情为纽带，子女要求会见父母是基于血缘的固有权利，满足自身的生理需要。尤其作为无民事行为能力的子女（包括成年子女），更需要父母合理的探望与照顾。因此，探望权不应当仅从父母利益出发，而更应从子女的利益出发。探望权不仅为父或母之权利，更应为子女的权利。本案中，王某的合理探望与护理是积极履行探望义务的表现，也是林某的应有

权利，郭某不得妨碍和阻止。

### 3. 法定监护人不得滥用监护权损害被监护人合法权益

监护是为无民事行为能力或限制民事行为能力人设立保护人对其进行特别保护的制度。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成年人的第一监护人是其配偶。本案中，郭某作为林某的配偶是其法定监护人，根据民法通则第十八条之规定，监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。林某已为植物人且丧失民事行为能力，自发生交通事故后王某一直负责照顾林某，郭某阻止王某对林某的探望和护理客观上对被监护人产生不良影响，且明显不利于被监护人身心。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第十条规定，监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，其他有监护资格的人可向人民法院起诉，要求变更监护关系。本案中，作为林某母亲的王某可就郭某滥用监护权的行为向法院起诉要求剥夺其监护权，以依法维护自己的探望权。

### 4. 父母探望无民事行为能力的成年子女符合公序良俗

公序良俗原则为民法的一项基本原则，要求民事主体的行为应当遵守社会公共秩序，符合善良风俗，不得违反国家的公共秩序和社会的一般道德。因此，父母对无民事行为能力的成年子女依法享有探望权不仅契合民法基本原则的精神，更是对中华民族传统美德的继承与发展。本案中，王某的合理探望与照顾有利于女儿的身体恢复和亲情融合，当郭某的妨碍或阻止行为违背社会道德秩序和善良风俗且缺乏相应的禁止性法律规定时，法院可直接根据公序良俗原则判定该阻止行为无效。

## 经验之谈 | 不同类案例分析的撰写技巧

2016-06-04 最高人民法院 蔡小雪

来源 | 余墨 yumoyuqing2015

**【作者简介】** 蔡小雪，男，1954年2月出生，曾任最高人民法院行政审判庭高级法官、审判长。1979年9月考入安徽大学法律系，1983年7月大学毕业，获法学学士学位。1983年8月至1987年6月在铁路运输高级法院工作，先后担任书记员、助理审判员。1987年6月至今在最高人民法院工作，先后任行政审判庭助理审判员、审判员、第三合议庭审判长。在《人民司法》、《法律适用》和《人民法院报》等报刊上发表论文近100篇。

**【编者按】** 撰写案例分析有利于保障裁判统一，规范裁判行为，更有助于提高法官的归纳和思考的能力，总结审判经验，是培养法官，提神审判水平的利器。今天小编请来的是最高法院的资深法官谈谈如何针对不同类别案例撰写案例分析，相信会对又有所启发。

写案例的方式多种多样，但究竟以何种方式最为恰当，取决于撰写案例的目的。撰写案例的目的不同，选择撰写的方式就有所不同。

### 撰写普法案例的方式

为了向老百姓普及法律知识而撰写案例，就应当选择通俗易懂的撰写方式。撰写这类案例，首先要选择老百姓经常接触过的案件，简洁地将案件事实描述出来，采用老百姓看得懂的通俗易懂的语言，将法律规定的规则及道理讲述清楚。切忌用晦涩的语言及老百姓不熟悉的方式阐述有关规则及道理。只有老百姓听得懂，能理解，普法的效果才能实现。反之则不会起到应有的效果。

我曾经读过一位老者写的有关回避制度的普法文章，他所选的案例是婆婆与儿媳妇发生纠纷，让儿子裁决。儿子作出裁决后，先是媳妇不满意。媳妇说，婆婆是儿子的妈妈，所以向着婆婆。婆婆听了也不满意，说媳妇是儿子的老婆，儿子向着老婆。于是他论述道，正因儿子与婆婆之间存在母子关系，儿子很有可能袒护婆婆；媳妇是儿子的老婆，他们之间是夫妻关系，儿子也可能存在袒护媳妇的问题。正因为，他们之间存在母子关系和夫妻关系，各方当事人都有可能对儿子的裁决提出存在不公正的合理怀疑，所以难以让当事人信服。如果请与婆媳之间无任何利害关系的村长或村支书进行裁决，他们所作出的裁决，只要道理讲清楚，婆媳一般都不会提出异议，容易接受裁决。也就是说，没有利益关系的第三方对纠纷作出裁决的裁决，相对公平、公正，容易让当事人信服。这正是建立回避制度的必要性。这位老者正是通过这种通俗易懂的语言，将回避制度的规则及作用讲的一清二楚，一般老百姓都能听得明白。这种撰写普法案例的方式才会起到很好的效果。

**需要注意的是，编写普法案例一定要避免出现有悖常识，有悖逻辑的情节。**如果出现此类问题，适得其反，将会对宣传法治起到相反的作用。例如，河南天价运输案，就是最为典型的一例。起初宣传的目的是告知公民偷逃高速公路费，严重的是犯罪，会受到严厉的刑事处罚。因案例中将两辆套牌军车运输车两个月内偷逃高速公路费300多万元。网民根据高速公路费收费标准进行计算，这两辆车24小时不停的跑，也与规定的标准相差甚远。结果引发一系列的故事，这篇宣传不但未达到宣传的目的，反而事与愿违。

### 教学案例的写作方式

教学案例一般是某门法律教程的辅助读物，用于帮助理解有关法律教程的内容。因此，教学案例都是根据课程的每一章节讲授的内容中的每个知识点选择相关的案例。

此类案例的内容都是与知识点内容相关联的，与知识点内容无关的部分进行删减。在案例事实结束后，一般对

与知识点相关的设置一到两个问题，所设置的问题应当是容易混淆或者容易发生错误的问题，提示学生要围绕着问题进行思考，锻炼学生分析问题、解决问题的能力。而后按照教课书中的观点进行论证。这类教学案例案件事实相对简单，论证一般不会超出课本的内容，要求论证要点明确简洁，条理清晰。

也有将若干个知识点编在一个案件事实中，而后设置若干个互相关联的问题，锻炼学生对综合问题的分析和思辨的能力。有些教学案例在论证中，列出理论界的不同观点及理由，结合教科书的内容对不同观点进行分析，而后阐述出撰写案例者的观点及评论。也有一些教师不直接给出案件的分析论证的过程、依据及结论，而是让学生自己对提出的问题进行分析论证。老师事前对案例的事实及法律适用进行分析、论据。在课堂上结合同学们的分析论证，阐述自己的观点。在学期结束后，老师会根据学生的分析论证中提出的问题，对先前作出的论证进行修正，对教程内容进行必要的补充。再提供给学生，以便全面完整准确地对教程的理解。

### 争议案例的写作方式

在办案中会出现很多有争议的案件，法官与检察官、律师对案件有着不同的认识、处理方式也相差甚远。甚至学术界与实务界对此类案件都存在着不同认识，处理方式也不尽相同。撰写这类案件主要目的是想通过讨论，形成共识，更好地处理这类案件。

因此，撰写此类案件首先应当起一个能够概括争议问题的题目。题目应当简短明确，直接点出案例分析的实质问题。切忌题目过长或者不明确，使人读后不知所云。第二，写出要旨。要旨应当是对最后的结论总结性的归纳。文字一般控制在150字左右，用简洁的语言，明确的观点概括出规则意义的结论。第三，叙述案件事实。在正文中应当将有争议问题的完整叙述清楚，特别是有关决定案件适用法律和处理结果的细节事实叙述清楚，以免让读者读后产生误解或者被误导。第四，对不同观点及理由进行全面介绍。这里的不同观点一般是指主流观点，而不是将所有的不同观点一一列上。在介绍不同观点时，一定要与提出此观点的文章或者书籍进行核对，不要断章取义，更不应歪曲他人的观点。此外还应标出出处，以便编辑或者读者查找、核对原文。第五，论证。一是确定应当适用的法律条文的意义，若对法律条文理解上存在分歧的，运用解释法律的基本方法，如文义解释、目的解释、历史解释和体系解释等方法，来确定适用相关法律条文的意义、适用范围适用及条件；二是，结合不同观点从学理上分析的立法的本意，以及法律条文本身是否存在漏洞，是否需要修补等等；三是，涉及其他法律的，还应论述清楚该法律条文与其他法律条文的关系（包括是否存在冲突等问题）；四是，涉及到历史、文化、经济、风俗传统等问题的，亦要从这些角度并根据当时的相关法律、法规、政策的相关规定进行分析。例如，涉及土地、森林等自然资源的确权案件，就应根据当时的土地制度和法律、法规及政策进行分析；五是不同处理方式的社会效果等等。

若在认定事实和证据上存在分歧的，还要从有关证据规则的原理分析庭审调查中，对各方当事人提供的证据的效力，根据有效证据，按照认定证据的规则确认案件事实。例如，在撰写《职工因公外出期间死因不明的能否认定为工伤——于保柱诉临清市劳动和社会保障局劳动保障局工伤认定申诉案评析》中从《社会保险法》和《工伤保险条例》的立法目的、行政程序中的举证责任、诉讼中的举证范围三个方面进行分析，从而得出“职工因公外出期间死因不明，用人单位或者社会保障部门提供的证据不能排除非工作原因导致死亡的，应当依据《工伤保险条例》第十四条第（五）项和第十九条第二款的规定，认定为工伤”的结论。

在法理论述中，不少同志喜欢用比较法分析论证。比较有三种比较方式：一是用外国的法律与中国的法律进行比较，解决法律漏洞问题。此种方法对拓宽思路，找到更好的处理路径是很有帮助的。但是，每个国家的国情不同，法律体系不同，因此在介绍外国法律时，一定要介绍清楚制定相关规定时的社会背景，该规定的意义、适用范围及条件，适用的社会效果等背景情况。否则，难以进行比较，难以预料将外国的法律规定移植到中国是否存在水土不服等问题。二是用国外发生的类似案件的处理方式与该争议案件进行比较。使用此种方法时，一定要将外国的类似案件的案情介绍清楚，是否真的与争议案件相类似，此外，还应将该国的国情及风俗习惯等问题介绍清楚，因国情不同，风俗习惯等不同，国外的处理方法就很难借鉴。三是用国内其他法院类似的案件处理情况的利弊进行比较，从中找出对争议案件处理的最佳方式。在这里需要注意，中国幅员辽阔，各地方的经济、文化、宗教信仰、风俗习惯等等多有不同，分析时不能忽略上述因素，否则南橘北枳。

对争议案件一般应当提出自己的结论性意见，不能没有结论或结论含糊不清。实在难以得出肯定性结论意见的，也应提出倾向性意见。

### 指导性案件的撰写方式

指导性案例是为了法官准确适用法律，弥补法律较为原则以及滞后、漏铜等不足，采取的一种针对性很强并相当灵活性的指导方式。指导性案例一般分为解决法律条文适用、具有典型性、疑难复杂性和新类型四类案件。由于这四类指导性案件所要达到的目的不同，撰写的方法亦有所不同。

#### 1. 撰写解决法律条文理解不一致案件的方式

因法律规定存在较为原则、滞后、漏铜等不足，从而导致理解不一致的问题，通过发布指导性案例，统一规范法院的裁判。因此在这类指导性案件的方式，首先写明要旨（与争议案例要旨写法相同）。

其次，叙述对有不同理解法律条文的相关案件事实，对于此无关的事实可以删减。其次，写明各地法院的不同

理解及理由。各地法院对法律条文理解不同的表现形式主要有对法律条文的含义表述不同或对同类案件作出的裁判中有关定性及处理结果不同。因此，对裁判文书中有关法律含义不同（包括裁判主文中对法律定义、适用范围、适用条件及论述等表述不同的），都应当在在不同做法中表述出来。同时，对实务界和学术界所发表的具有主流观点的不同意见亦应表述清楚，同时注明出处。

再次，法理论述的方法与争议案件的论述方法基本相同。涉及到经济、文化、风俗习惯等问题的，还应从经济、文化、风俗习惯等方面对法律规定的影 响，对特殊情况引产生例外地情况等问题进行论述，从而确定统一的适用法律条文的规则。

例如，《因起名引起的立法解释——“北雁云依”诉济南市公安局历下区分局燕山派出所户籍行政登记请示案》中，用了大量的篇幅介绍我国姓氏的演变过程、功能和对传统文化、风俗习惯及现代社会管理的影响。

其四，倘若涉及到法律因修改发生变化后，出现的法律漏洞的补救问题时，应介绍法律修改的原因，修改后的法律含义，未修改的部分与修改后的法律存在不一致的问题，已经沟通过限缩性解释或者扩大性解释弥补法律的漏洞。

《应当根据社会的发展需要解决法律规定中有关部门职权的冲突——昆明旭明经贸有限公司诉昆明市工商行政管理局五华分局行政处罚抗诉再审一案》中，因该案在审理中，《投机倒把行政处罚暂行条例》（以下简称《暂行条例》）被废止，有烟草零售许可证但无烟草专卖批发企业许可证经营烟草批发业务的，应当适用何法律条款确定由哪个行政机关行使行政管理职权发生冲突。本案例分析主要从烟草专卖法第三十三条与第三十八条的冲突点、《暂行条例》和烟草专卖法立法时的背景情况、应如何解决《烟草专卖法》第三十三条与第三十八条规定的冲突等三个方面的问题进行分析，从而得出的结论是：有烟草零售许可证但无烟草专卖批发企业许可证经营烟草批发业务的，应当适用烟草专卖法第三十三条的规定，由烟草主管行政机关处理。其五，应当写明适用该法律条文或处理此类案件应当注意的问题。

## 2. 撰写典型性案例的方式

具有典型性案例是对法律界具有较强典型意义及较大社会影响的法律纠纷案例。不少法律中赋予了法官一定范围内的自由裁量权或可以公序良俗作为裁判标准。对自由裁量权和公序良俗的尺度又如何把握，大多由法官自身的经历和认知来判断，这就难免会出现“同案不同判”的现象。为了解决“同案不同判”的问题，通过颁布指导案例同一全国的司法政策。

典型性案例一般由三个部分组成：一是基本案情。简要介绍案件的基本情况。重点突出典型性的案件事实，与典型性关系不大的事实予以删减。二是裁判结果。裁判结果包括法院的论理部分和判决（或裁定）的裁判事项。三是典型意义。简要阐述该案的裁判所确定的基本原则及对社会的影 响。

## 3. 撰写疑难复杂性案例的方式

疑难复杂性案件，一般有三种情况：一是当事人复杂、各方当事人对案件事实的认定争议较大、各方提供的证据错综复杂，判断难度极高。二是经历过的诉讼程序复杂。如有的案件二审多次发回重审，有的经历了一、二审后，检察机关抗诉再审，或者经历多次再审。三是法律关系等复杂，你中有我，我中有你，各种利益相互交织，往往涉及两个或者两个以上的法律规定，有时法律规定之间不尽一致，需要对不同阶位的法律规范的效力作出判断。四是前三种情况存在两种或同时存在。

因此撰写此类案件首先是要对案件事实及所依据的证据进行梳理，厘清每一节事实之间的关系，事实与各方当事人之间的关系。通过梳理可以让读者清楚了解到案件事实的脉络以及与各方当事人之间的关系及利益之争点。其次，归纳当事人争议的焦点及审理重点厘清。当事人争议的焦点问题，一般都是法院审查的重点。但在行政案件中，特别是行民交叉的案件，被诉行政行为合法性是必须审查的内容，但有些合法性的问题对原告、被告均不利，各方当事人有意避之。法官在审理中对当事人避之的合法性问题仍须列为审查的重点。再次，若有关诉讼程序问题存在争议或者存有疑点的，应先对诉讼程序问题进行论述；若对认定事实或者证据有争议的，再对事实或证据的争议问题进行论述，从而确定能够认定的事实，排除不能认定的事实，或纠正对事实的错误认定。在事实确定的基础上进行有关实体问题适用法律的论证。最后，得出对案件应如何处理的结论。撰写新类型案例的方式

新类型案件是指缺少具体明确的法律规范规制的纠纷案件。其特点有四：一是法律关系新颖；二是法律规则不明确；三是相关经验匮乏；四是社会高度关注。发布此类指导性案件的目的主要是为了统一司法政策，各地法院裁判统一。此类案件的撰写方式与撰写典型性案例的方式基本相同。

## 4. 撰写总结审判经验案例的方式

传统撰写案例评析主要有两种方式：一是评析文章由案件事实和法理分析两个部分组成；二是评析文章由案件事实、法院裁判情况、法理分析三个部分组成。这两种写法主要是对案件中的法律问题进行分析论证，但难以反映法官办案的全部过程。

法官办案并不是读完起诉状、答辩状、当事人提供的相关材料，就能完全了解案件的情况。而是通过审阅当事人提供的材料，进行梳理后大概了解案件的基本脉络及法律关系、利益争议点等问题，同时还会产生很多疑问，发

现蹊跷的问题。通过归纳当事人争议的焦点和法官发现的疑问，设定庭审提纲或者听证、询问提纲，在庭审、听证、询问中，对当事人进行提问，通过他们的陈述、辩解、辩论、对质，以及对相关的证据的审查等方式，解开疑团，消除疑问，从而认识案件的真相，再从法理上对当事人争议的焦点问题，法庭认为的审查重点问题进行论证，最终作出裁判的一个完整的过程。这种撰写案例的方式，与传统的案件评析方式有很大的差别。一是反映法官审理案件从何处开始入手，如何发现问题，分析问题，如何适用法律，如何作出裁判。为审理以后类似案件积累经验。二是可以通过当描述事人的陈述、辩解、辩论、对质等了解当事人的心理活动过程，从而帮助确定法官对证据效力的内心确信以及对案件事实的认定打下一定的基础。同时，也会从中对不同心态的当事人陈述、辩解、辩论言语的真实性判断提供有益的帮助。三是审理的过程也是学习法律和其他知识，从而加深了对法律的理解，对有关历史、文化、经济等进一步了解，为阅读者提供有益的审判经验。

我撰写的《“蹊跷”的背后——香港客香村饭店有限公司诉咸阳市人民政府土地登记行为案》时，通过对该案一、二审判决及当事人提供的材料，对案件事实和争议焦点进行梳理后，发现该案存在三个蹊跷的难以解释的问题：一是客香村公司为何在咸阳市人民政府办法国有土地使用权转移登记证十年后向法院提起诉讼？二是客香村公司已将该土地的使用权作为资本入股威力克公司，转让登记行为未给其造成任何损失，客香村公司为什么要对登记行为提起行政诉讼，而不对股权权益问题提起民事诉讼？三是百孚公司已将土地使用权转让给客香村公司，百孚公司不仅未提起行政诉讼，却在二审判决之后，提出申诉，让人不解。

根据上述三个疑点我们拟定听证和审理重点的提问题：1、有关原告客香村公司是否知道或者应当知道被诉土地登记行为的内容问题；2、有关客香村公司起诉的动因问题；3、有关百孚公司与客香村公司是否属于关联交易的问题；关于是否存在恶意串通和善意取得的问题；5、关于土地登记行为的合法性问题。通过听证、阅卷最终查清了上述五个问题，百孚公司是设在咸阳市的一家香港公司与咸阳国有企业联营的公司，该公司最初与咸阳市政府签订联营协议中约定若该公司终结后，香港方负责安置下岗工人。后香港方买断所有股权。99年因该公司污染严重，咸阳市政府让其关闭。百孚公司为了逃避安置下岗工人将其不动产转让给其关联公司——客香村公司，客香村公司又将转让来的不动产作为资本入股威力克公司，而后办理了土地转移登记。当百孚公司关闭会，下岗职工提起了劳动仲裁，仲裁裁决百孚公司支付下岗职工安置费。因百孚公司无财产可执行，仲裁裁决一直得不到执行。十年后法院发现百孚公司与客香村公司是关联公司，其土地等不动产已转变为威力克公司的股权。当法院将该股权拍卖后，客香村公司提起诉讼。所有疑团解开后，一切真相大白，最高院决定不予再审查立案。

### 不服以虚假身份办理婚姻登记行政案件的裁判方式

2016-06-06 九章研究所 中国案例报告 重庆市荣昌区法院 卞立跃

#### 疑难问题

因虚假身份办理婚姻登记而引发的婚姻登记行政案件，裁判方式如何选择？

#### 难点解析

因虚假身份办理婚姻登记而引发的婚姻登记行政案件，涉及登记效力与婚姻效力等行政与民事法律关系问题，实践中裁判方式不一，争议较大。

审理思路及考量因素（一）审理思路一“以虚假身份办理婚姻登记，一方当事人不服婚姻登记提起行政诉讼，法院审查后认为虽然婚姻登记机关已尽到合理审慎的审查义务，但虚假的身份证明不符合婚姻登记要求，故应撤销该婚姻登记行为。

【浙江】浙江省绍兴市越城区人民法院在审理原告徐健与被告绍兴市越城区民政局婚姻登记行政撤销一案

【(2015)绍越行初字第8号】中，法院认为：申请结婚当事人一方提供虚假的身份信息及婚姻状况证明向被告申请结婚登记的事实清楚，双方争议的焦点在于申请人因提供虚假材料造成的结婚登记后果由谁承担，如何承担。被告在为原告办理结婚登记过程中收集的证明材料齐全，程序符合民政部《婚姻登记工作暂行规范》的要求，其对申请人提供的身份信息的真实性也进行了必要的审核，之所以无法甄别上述证明材料的真伪，基于专业技术识别能力和条件的限制，故应当视为婚姻登记机关已履行了审慎合理的审查义务。当然，被告客观上虽已履行了法律规定的审查职责，但因申请结婚登记的一方当事人提供虚假证明材料的行为不符合《婚姻登记条例》第5条的规定，故该婚姻登记行为仍应依法予以撤销，遂判决撤销被告绍兴市越城区民政局于2008年7月18日颁发的绍越结200802783结婚证的具体行政行为。

【广东】广东省开平市人民法院在审理原告胡健康诉被告台山市民政局民政婚姻行政登记管理一案【(2014)江开法行初字第42号】中认为：根据《婚姻登记条例》第五条第一款的规定，查验结婚登记申请人的身份证件是婚姻登记部门履行婚姻登记职能的必经程序。但相关的法律法规没有强制性规定并赋予婚姻登记部门更多的手段进行核实申请人的身份，被告在办理原告及“杨某某”的婚姻登记时也没有相应的技术条件查验身份证件的真伪。本案证据显示原告及“杨某某”双方申请结婚提交的身份证件材料齐全，被告已履行谨慎审查的义务，程序合法。“杨某某”申请结婚登记提交的身份证件是适用虚假的身份信息取得的虚假证件，该虚假的身份证件既不能作为婚姻登记的依据，也无法确认原告于虚假身份的“杨某某”婚姻登记的真实意愿。遂判决撤销被告台山市民政局办理的粤

台结字 204284 号《结婚证》。

(二) 审理思路二 “以虚假身份办理婚姻登记, 一方当事人不服婚姻登记提起行政诉讼, 法院审查后认为婚姻登记行为因身份事实上的重大违背, 故应确认该婚姻登记行为无效。

【重庆】重庆市渝北区人民法院在审理原告叶家菊不服与被告重庆市渝北区民政局 2009 年 2 月 2 日作出的渝北结字第 010900850 号结婚登记, 提起的行政诉讼案【(2015) 渝北法行初字第 00087 号】中, 法院认为: 原告及“马俊”向被告提交了双方的身份证、户口簿、无配偶及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲的声明, 同时双方在结婚登记审查处理表上签字捺印, 被告审查了二申请人的上述材料, 作出结婚登记符合《婚姻登记条例》第四条、第五条的规定。但根据本案查明的事实, 本案的结婚登记系第三人伪造虚假身份产生, 即涉案结婚证的一方当事人“马俊”并不存在。因涉案结婚证与客观事实不符, 应予确认无效。遂确认被告重庆市渝北区民政局于 2009 年 2 月 2 日作出的预备结字第 010900850 号结婚证无效。

【河北】河北省承德县人民法院在审理原告陈宏娟不服被告承德县民政局颁发的冀承结字第 xxx 号结婚证, 提起行政诉讼案【(2015) 承行初字第 00004 号】中认为: 现已有充分的证据证明, 第三人陈宏伟冒用原告陈宏娟身份证与第三人闫宗朝向婚姻登记机关提供虚假身份证明材料, 骗取了结婚证。婚姻登记机关是在受欺骗的情况下作出的婚姻登记发证行为, 该行政行为形式上虽属合法, 但因其有重大、明显的瑕疵, 显然不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》有关的结婚登记的条件, 该行政行为属于无效行政行为的情形, 应当被确认无效。遂确认被告承德县民政局于 2005 年 10 月 19 日核发的“冀承结字 xx 号结婚证”无效。

## 【调研报告】不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题的研究报告(上)

2016-06-07 北京审判 一中民一庭课题组

### 引言

不动产无疑是当今公民财产中价值比重最大的一部分, 对于不动产物权的保护一直是民众最关心的议题之一, 同时也是传统民事审判实务中的重头戏。当不动产涉及到共有问题时, 引发的纠纷往往会更复杂、更棘手。

本文是在北京市第一中级人民法院 2014 年院级重点调研课题《有关不动产共有法律问题的调研》的研究基础上形成的。文章主要以不动产物权变动为研究线索, 以不动产共有权的行使和保护为研究重心, 研究了当前不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题的现状, 阐述了不动产物权变动过程中共有权行使和保护存在的主要问题, 并分别从理论和实务两个层面提出了对策和建议。

### 一、不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题概述

#### (一) 不动产物权变动的内涵

经研究发现, 法院所受理的不动产共有权相关的诉讼均是在不动产物权变动过程中发生的纠纷。鉴于此, 对于“不动产物权变动”内涵的廓清就显得尤为重要。

不动产物权变动, 顾名思义, 是不动产物权的一个动态变化的过程, 包括不动产物权的取得、行使和消灭。但限于篇幅, 本文所称不动产, 仅指房屋; 本文所称不动产物权变动, 即为房屋所有权、抵押权的取得、行使和消灭。具体而言, 不动产物权的取得包括原始取得和继受取得, 原始取得指因建造房屋等事实行为而取得不动产物权的情形, 继受取得包括因买卖、继承、赠与、互易、抵押等法律行为而取得不动产物权的情形。不动产物权的行使表现为对不动产的所有权进行转移(比如通过买卖、赠与、互易等方式使房屋所有权人发生改变)、在不动产上设立抵押等。不动产物权的消灭一般情况下体现在房屋拆迁过程中被拆迁房屋的灭失以及房屋抵押的解除上。

#### (二) 不动产共有权的行使和保护概念的提出

不动产共有权的行使和保护是本文的落脚点和立意所在, 因此有必要对这一概念的提出做适当解释。

共有权, 是共同所有权的简称, 与单独所有权相对应。共有有广义和狭义之分。广义的共有, 可以被用来指“任何两个或两个以上的人可以同时不动产或个人财产主张权益的情况, 这样的例子包括出租人和承租人、保管人和被保管人、抵押人和抵押权人、典当人和典当权人、真正所有权人和非法占有者”[1], 即将所有分享财产利益的人都称为共同所有权人。而狭义的共有, 则仅指法定共有, 如《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第八章规定的按份共有和共同共有, 甚至不能涵盖该法第六章规定的“业主的建筑物区分所有权”。本文所指不动产共有权, 是狭义共有概念下的不动产共有权, 不动产共有权的行使和保护, 是从行权和救济的角度阐述共有权人对房屋的按份共有权和共同共有权。

#### (三) 不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题在诉讼中的体现

以不动产物权变动即不动产物权的取得、行使、消灭为线索, 共有权的行使和保护问题在诉讼中体现如下。

第一, 从不动产物权的取得角度出发, 共有权的行使和保护问题又可以从不动产物权的原始取得和继受取得两方面分析。一方面, 在不动产物权的原始取得上, 共有权问题主要集中在因共建形成新的共有关系而引发的纠纷, 当事人因这类纠纷诉至法院, 其案由[2]体现为所有权确认纠纷、共有权确认纠纷。据统计, 北京市第一中级人民法院在 2012 年至今的近三年时间内所受理的所有权确认纠纷和共有权确认纠纷的案件量为 225 件, 其中涉及共有权问题的纠纷有 13 件, 占比 5.8%。另一方面, 在不动产物权的继受取得上, 共有权问题主要集中在因遗产继承、

遗赠而引发的纠纷，当事人因这类纠纷诉至法院，其案由体现为法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷、遗赠纠纷。据统计，北京市第一中级人民法院在2012年至今的近三年时间内所受理的以上案由的案件量为196件，其中涉及共有权问题的纠纷有154件，占比78.5%。

第二，从不动产物权的行使角度出发，共有权的行使和保护问题主要体现在以下三个方面。一是部分共有人主张出卖房屋、签订拆迁补偿协议等，其他共有人不同意，而产生的共有物分割纠纷。二是部分共有人未通知其他共有人或违背其他共有人意愿，私自签订合同出卖房屋、设定抵押或签订拆迁补偿协议等，由其他共有人提起的确认合同无效纠纷、建筑物和其他土地附着物抵押权纠纷或由合同一方提起的商品房销售合同纠纷、农村房屋买卖合同纠纷、房屋拆迁安置补偿合同纠纷。三是部分共有人擅自出卖房屋，在房屋未过户至第三人的情况下，其他隐名共有人经异议登记制度提起的共有权确认纠纷。据统计，北京市第一中级人民法院自2012年至今受理的以上案由的案件量为859件，其中涉及共有权问题的纠纷有79件，占比9.2%。

第三，从不动产物权的消灭上看，共有权的行使和保护问题集中体现在因房屋拆迁引发的纠纷上。具体而言，是指房屋涉及拆迁后，部分共有人擅自拆除房屋，其他共有人提起的恢复原状纠纷、财产损害赔偿纠纷。据统计，北京市第一中级人民法院自2012年起至今所受理的这两类案由的案件量是198件，其中涉及共有权问题的纠纷有9件，占比4.5%。

从以上分析可以看出，在司法实务过程中，法院所受理的不动产物权变动相关纠纷共涉及了13个案由，覆盖了家事、物权、合同、不当得利等诸多领域，呈现纠纷类型多元化的显著特点。

## 二、不动产物权变动过程中共有权行使和保护存在的主要问题及成因

经研究发现，不动产物权变动过程中共有权的行使和保护主要存在三个问题亟待解决。第一，不动产物权登记制度的城乡二元化结构，导致共有权相关纠纷涌现；第二，现行法律规定不尽完善，导致人民法院裁判尺度不一；第三，诉讼标的理论及案由制度的僵化适用，不利于共有权相关纠纷的一次性解决。以下就这三类问题进行具体阐述。

### （一）不动产物权登记制度的城乡二元化结构，导致共有权相关纠纷涌现

虽然我国《物权法》第10条明确要求建立统一的不动产物权登记制度，但目前，我国的不动产物权登记制度仍处于制度建设的初级阶段，呈现典型的城乡二元化结构，城市房屋权属登记制度有待完善，农村房屋权属登记制度基本空白，导致共有权相关纠纷涌现。

1. 城市房屋权属登记制度有待完善。城市房屋权属登记在制度建设上相对成熟，但在实践中，我们发现，该制度仍存在有待完善之处。与法院处理纠纷相关的是城市房屋权属登记制度中行政登记机关对房屋权属的形式审查制度的弊端在房屋存在隐名共有人的情况下暴露无遗。《物权法》明确了不动产所有权登记公示原则，从理论上说，不动产权属证书中关于权利人的记载与该项不动产的真正权利人应当是一致的，尽管如此，在实践中，并不是所有不动产的真正权利人的名字都完全登记在了不动产权属证书上。虽然《物权法》第30条明确规定“处分物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不生物权效力”，但是在不动产交易过程中，由于城市房屋权属登记机关在进行房屋权属审查时没有对实际权属人进行彻底核实，就导致了部分共有人出卖房屋能将房屋权属顺利地转移登记在房屋买受人名下，这就严重侵害了房屋隐名共有人的共有权益。长期以来，我国城市房屋权属登记机关对于房屋实际产权的审查工作一直停留在形式审查层面，由此而引发的纠纷不断涌现。

2. 农村房屋权属登记薄弱。农村房屋权属登记是国家通过法律的形式对宅基地上的房屋以及涉及的宅基地予以登记，并发放权属证书的行为。虽然法律规定了不动产物权公示原则，但在农村地区，农村房屋权属登记在实践中依旧非常薄弱。目前我国土地、房屋属于不同的政府部门进行登记和管理。因此，农村房屋进行一次完整的登记，至少需要经过三级（市、县、乡）三类部门（房管局、土管局、规划局），登记程序繁琐，耗时长。另外，由于历史原因，一般的农村宅基地缺乏地籍资料，缺少明确的界限标记，这又给农村房屋权属登记带来了很大困难。

农村房屋权属登记的薄弱导致农村地区存在大量房屋权属不明晰的情况，不利于房屋所有权人发挥占有、使用、收益、处分的权能，不利于维护交易安全。由此引发诸多纠纷，最典型的是在农村房屋拆迁工作中，由于缺少房屋权属登记手续，拆迁人往往直接以宅基地使用权证登记的权利人或实际居住人作为被拆迁人，与之签订拆迁安置补偿合同，而实际情况往往是宅基地使用权人几经更替但并未显示在登记簿上，或者房屋除了实际居住人之外还有其他共有人，由此在房屋拆迁问题上就引发了大量房屋共有权人诉至法院要求确认其共有权或要求确认相关拆迁安置补偿合同无效的诉讼。

### （二）现行法律规定不尽完善，导致人民法院裁判尺度不一

我国现行法律规定不尽完善导致法院裁判尺度不统一，一直是法院在审判实务中面临的一个棘手问题，主要体现在对无权处分合同的效力认定上。无权处分，被称为大陆法法学上的精灵[3]，其内涵、效力及其裁判标准长期困扰着我国审判实践。在立法进程中，对于无权处分的相关规定大体经历了三个阶段。

1. 1999年出台《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）。传统立法释义中，对于《合同法》第51条[4]、第132条[5]中的“处分”没有区分债法上的处分合同和物权法上的处分行为，实际上是将债权行为与物权行为的

效力混淆甚至捆绑，对于无权处分合同的效力理论一度以效力待定说为主流[6]。但也有不同观点认为从传统民法理论自洽的角度，将《合同法》第51条的“处分”作限缩解释，解释为物权意义上的处分行为为宜。理论界对此认识不一，实务界也同样如此。因此，法院在处理有关不动产无权处分合同效力的案件时，就出现了裁判不一的情况，给审判工作带来了难题。

2. 2007年出台《物权法》。我国《物权法》虽然认可了负担行为和处分行为相区分的概念，并且确立了物权公示原则，但却并没有采纳物权取得的无因性原则，同时在不动产物权的取得上适用了善意取得制度。我们应当看到，虽然《物权法》第106条已经确立善意取得制度，但该条款实际上是跳过了合同效力的认定，转而直接解决买卖合同相对人取得所有权的问题。

3. 2012年最高人民法院出台《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《买卖合同司法解释》）。该司法解释的第3条[7]对无权处分中的买卖合同效力做了明确认定，是为一大进步，明确了除法定合同无效情形外，无权处分中的买卖合同效力不受处分人无处分权的影响，应为有效，同时，合同相对方可向出卖人主张违约责任。但此条文并不涉及不动产抵押、互易、赠与等其他处分合同，因此，审判实践中关于无权处分合同效力定的裁判尺度不一的问题没有得到彻底解决。

### （三）诉讼标的理论及案由制度的僵化适用，不利于共有权相关纠纷的一次性解决

在审判实务过程中，我们发现，不动产共有人通过诉讼维权时，往往会出现法官在适用诉讼标的理论及案由制度时偏僵化，制约了共有权相关纠纷的一次性解决的现象。最为典型的是共有房屋交易过程中引发的纠纷。共有权受侵害方（通常是隐名共有人）发现共有房屋在自己不知情的情况下被其他共有人擅自出卖给第三人时，一般都会迅速向法院提起诉讼以维护自身的合法权益。但是共有人的诉讼请求往往出现请求内容不明确或同时提起多项请求但无法归于同一案由的情况。比如妻子一方诉至法院，称其丈夫瞒着自己擅自出卖了房屋，因此要求确认丈夫出卖房屋的行为无效，同时要求买受人返还房屋。这里的两项诉讼请求的请求权基础是不同的，第一项请求要求确认丈夫擅自出卖房屋的行为无效是基于夫妻之间的婚姻关系，而第二项请求要求买受人返还房屋行使的是原物返还请求权，权利基础在于妻对诉争房屋享有所有权。在审判实务过程中，法院一般会按照传统的诉讼标的理论，认为应分两个案由，建议原告变更诉讼请求，通过两个不同的案件解决问题。但如此处理显然过于机械僵化，不利于共有权相关纠纷的一次性解决。

## 三、解决不动产物权变动中共有权的行使和保护问题的相关理论完善

经研究，我们认为，要解决不动产物权变动中共有权的行使和保护问题，首先要进行相关理论构建，为实务部门的处理提供理论依据和支撑。

### （一）对不动产登记理论的完善

就我国目前不动产登记制度的城乡二元化结构现状而言，在完善不动产登记理论时有必要区分城市和农村。农村房屋登记亟待解决的不是理论问题，而是制度落地的问题，目前农村地区房屋登记工作亟待在全国范围内切实推行。

相较而言，在城市不动产登记制度视角探讨不动产登记理论的完善，更切合实际。目前需要解决的问题有两个。一是不动产登记的性质问题。对于不动产登记的性质，理论界有公法行为说[8]、私法行为说[9]、证明行为说[10]、公法兼私法行为说[11]等诸多学说，尚未达成统一。我们认为，按照我国不动产登记的一般理论，登记机构不能在没有当事人申请的情况下进行登记行为，不动产登记以申请原则作为基本原则，除非法律另有规定或其它国家公权力机关的委托，登记机关不能擅自启动不动产登记程序。我国不动产登记作为国家行政事务的一种，目的是维护不动产交易安全以及提高不动产资源管理，其服务对象是民事活动，体现了强烈的私法性质。因此，我国的不动产登记属于私法范畴中的国家行政事务。第二个问题是不动产登记审查义务的性质问题。关于不动产登记的审查工作是实质审查，还是形式审查的问题，我们认为当前不动产登记应承担形式审查和实质审查相结合的审查义务。关键在于通过审查主体多元化、引入特别程序等方式来提高不动产登记的效率和正确率。

### （二）对无权处分理论的修正

为促进法院统一裁判尺度，有必要对无权处分理论进行梳理和修正。处分，从广义上说，有事实上的处分和法律上的处分，而法律上的处分又可分为负担行为与处分行为。无权处分，作为法律行为中的学说用语，指当无权利人就他人权利标的物为处分，则该物权变动的效力待定，经有权利人的承认，从而使处分行为有效。[12]也就是说，无权处分中的“处分”仅指处分行为，而不包括负担行为。

处分人具有处分权，是处分行为有效的要件。于负担行为，则不以设立债权行为人具有处分权为必要条件。以买卖合同为例。在买卖合同中，出卖人是否为标的物的真实权利人，并不影响买卖合同的生效，若出卖人为无权处分，只产生买受人取得所有权效力待定的后果，而并不会导致买卖合同无效。这就是物权行为独立性原则，又称分离原则，这一原则在我国《物权法》中已明确确立。[13]需要指出的是，承认物权行为的独立性并不代表承认物权行为的无因性。无因性原则是指“物权行为之效力，不受其原因行为所左右，债权行为虽不成立、不生效力、被撤销或无效，基于债权行为而作成之物权行为，并不受影响，仍然产生物权变动之法律效果”。[14]我国并未采纳该

理论。但独立性原则是区分相对权（债权）和对世权（物权）的逻辑必然，是否采纳无因性原则是立法政策的选择，无所谓对错，不能因为我国未确立物权行为无因性，就得出不承认物权行为独立性的结论，无因性是价值选择，而独立性却是大陆法系法律行为理论的根基，是必然结论。

当我们在辨析无权处分的合同效力时，往往会依据《买卖合同司法解释》第3条的规定将焦点放在无权处分的买卖合同效力认定上，同时又生出其他处分合同如抵押合同、互易合同、赠与合同的效力认定没有相应司法解释做直接依据的困惑。事实上，我们不应区分各类合同（包括区分有偿合同和无偿合同）分别认定其效力，而应当在坚守负担行为和处分行为相互分离这一原则，意即债权合同的效力不以当事人有处分权为前提的情况下，统一辨析无权处分合同的效力。我国《合同法》第25条规定：“承诺生效时合同成立。”第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”可见，合同的效力取决于当事人的意思表示是否真实、自由，合同的无效列举于《合同法》第52条的若干情形，其中并不涉及无权处分。

从《物权法》之前的法律规范来看，其立法目的更强调权利“静的安全”，以保护权利人的利益，但随着经济生活的不断发展，至《合同法》之时，当时的立法者力求平衡权利“静的安全”及“动的安全”，但由于未能区分负担行为与处分行为，故《合同法》第51条笼统地将无权处分的合同归为效力待定，成为理论界及实务界的众矢之的。且“效力待定说”过于保护权利人“静的安全”，而牺牲了善意相对人“动的安全”。依据该说，若权利人拒绝追认，合同自始无效，善意相对人根本无权要求无权处分人履行合同义务，只能要求处分人承担缔约过失责任，赔偿的损失也只能是信赖利益，而非履行利益。从《合同法》的立法体系来看，《合同法》第132条、第135条及第150条均是关于买卖合同出卖人权利瑕疵担保责任的规定，该些规定均是以合同有效为前提而设立的，既然法律已经明确了在合同有效的前提下出卖人无权处分的合同责任，若仍然认为合同因无权处分未获权利人承认而无效，则这些条款便形同虚设，无适用之可能。再从相关司法解释来看，《合同法解释（二）》第15条明确了在多重买卖合同的情形下，未取得标的物所有权的买受人可追究出卖人的违约责任，实际上承认了出卖他人之物合同的有效性，从而更好地保护善意相对人的权利。可见，《合同法》的立法体系已经为无权处分合同的效力做好了逻辑铺垫，“效力待定说”不仅未对负担行为与处分行为加以区分，也与现行法律体系不符。

综上，在确认无权处分合同效力时，对《合同法》第51条应做合理解释，该条中的“处分”应仅指处分行为，而不包括负担行为，当出卖人为无权处分时，其处分行为效力待定，但买卖合同确定有效；该条后半段“经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”，由于我国并未采纳物权行为的无因性原则，处分行为往往以合同的表现形式出现，故此处的“合同”可解释为包含两层含义：一为债权合同，二为物权合意。对该后半段可理解为：经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，不仅该合同有效，其合同履行的后果（处分行为）亦有效。如此解释，可以最大限度与物权行为理论相协调，也更能维护交易安全。

### （三）对案由制度和法官释明制度的梳理

案由制度应为实践服务，原则上应以方便纠纷一次性解决，减轻讼累为目标。在此原则下可尊重传统诉讼标的理论的优势地位，但个案处理不应拘泥于理论，案由的确定则不局限于一案一案由。[15]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]

在完善案由制度的基础上，再辅以法官释明制度作为配套制度，有助于纠纷的一次性解决。由于长期的司法实践将负担行为与处分行为混作一谈，加之一般民众对物权行为等法律概念的认知局限，故当事人诉请合同无效，其真正的诉求往往为要求法院确认物权变动无效，从而可以达到恢复物权的诉讼目的。此时应加强法官的释明责任，在案由确定上强化当事人的主体性。在部分共有人擅自出卖房屋的情况下，其他共有人一般都选择通过法院确认诉争房屋的买卖合同无效，从而达到其取得诉争房屋所有权并收回房屋的目的，但若其仅以无权处分为由诉请买卖合同无效，则无法得到法院的支持。此时，法官不能奢求当事人对物权行为等概念有正确认知，而应合理行使释明权，告知其诉讼风险，将诉请固定于恢复诉争房屋的所有权以及返还诉争房屋的占有，只有将诉请固定后，才能找准其诉请依托的请求权基础并确定争议焦点，即部分共有人出卖房屋的行为是否构成无权处分、侵害了其他共有人的财产利益，审理思路便可着重放在对诉争房屋几次物权移转行为的效力上，而非买卖合同的效力上。当然，必须注意的是法官既要“积极释明”，同时更应做到“适度释明”。适度释明的要求可具体化为两个方面，一是释明不得影响当事人的处分权，不应背离于民事诉讼解决平等主体之间民事纠纷这一本质属性；另一方面，释明不应影响法官的中立形象。

## 四、解决不动产物权变动中共有权的行使和保护问题的对策及建议

### （一）司法实务层面

1. 对于农村房屋权属确定问题，当前应综合考虑土改证、宅基地使用证、建房用地审批等文件上核定的人员，以及房屋新建、翻建、改扩建等情况，分三种情形处理。

（1）诉争房屋经土改登记，未经农村宅基地使用权登记及未新建、翻建、改扩建的，以土改时登记的权利人为房屋的权利人。

(2) 诉争房屋经土改登记及农村宅基地使用权登记, 未进行新建、翻建、改扩建的, 以土改登记及农村宅基地使用权证核定人员为房屋的权利人。

(3) 诉争房屋虽经土改登记, 但在宅基地使用权登记前后新建、翻建、改扩建的, 以农村建房用地审批文件和农村宅基地使用权证核定人员为房屋的权利人。当事人以土改登记为证据主张房屋产权的, 不予支持。

2. 对于部分共有人处分不动产的处分合同及处分行为的效力认定问题, 应严格贯彻负担行为和处分行为相互分离原则进行处理。

(1) 根据《买卖合同司法解释》第3条, 除违反《合同法》第52条所规定合同无效之情形外, 出卖共有不动产合同应为有效。

(2) 对于无权处分中的抵押、互易、赠与等其他合同, 符合《合同法》第25条、第44条规定的, 除违反《合同法》第52条所规定合同无效之情形外, 合同应为有效。

(3) 未经共同共有人全体同意或按份共有人三分之二多数同意的, 部分共有人的处分为无权处分, 其他共有人拒绝追认的, 不发生物权变动效力。但相对人符合《物权法》第106条之规定, 可以善意取得物权。

3. 对于当事人多个诉求不归属同一案由或诉求不明的, 法官应灵活适用案由制度并合理行使释明权促进纠纷的一次性解决。

(1) 法官应灵活适用案由制度。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。

(2) 法官应合理行使释明权。法官应向当事人适当释明诉讼风险并合理引导当事人明确诉讼请求。第一, 被无权处分的房屋尚未过户的, 其他共有人可起诉要求确认诉争房屋共有权、要求不得办理转移登记过户手续、要求返还原物等。第二, 被无权处分的房屋已办理过户的, 其他共有人可起诉要求撤销登记。第三, 法院已判决履行过户手续的, 其他共有人可提起第三人撤销之诉。

## (二) 行政服务层面

1. 建立统一的不动产登记机构。严格贯彻《物权法》规定, 确立统一的不动产登记机构, 由具有专业的登记知识和专业素养和丰富登记实务经验的房管部门来承担房地产登记工作, 这样既有利于加强工作的延续性和稳定性, 不致于对整个登记秩序造成大的冲击, 同时也有利于稳定不动产权交易秩序, 更好地实现登记的公示公信效力。

2. 引入多元化审查机制确保登记结果正确性。将公证机关纳入审查主体范围, 适当引入强制公证制度, 通过审查主体的多元化确保登记结果的正确性。参照司法部、住建部1991年《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》中对继承、赠与房产必须分别办理遗嘱公证、赠与公证的规定, 对其他重大申请登记事项要求强制公证:

(1) 因处分未成年人、精神病人等限制民事行为能力人的房屋而申请登记的, 监护人应当提供经公证的为被监护人利益的书面保证。

(2) 产权人为自然人的, 须委托他人申请转移登记、抵押权登记、所有权注销登记、更正登记、异议登记、遗失补证的, 委托书应当公证。

(3) 房屋登记申请人提供的证明文件是外文的, 应当提供经公证的中文译本; 申请人提供的登记材料中如有港、澳、台和外国的机构或者其他的境外机构出具的证明文件的, 应当按规定办理公证或者认证。

## (三) 立法精进层面

1. 完善异议登记制度, 并加强该制度的适用。

(1) 对《物权法》第19条规定的“不动产登记簿记载的事项错误”作适当的扩大解释: 不论登记是否有效, 只要登记簿上登记内容与登记的原始状态不一致的, 就属于“登记错误”; 因嗣后的原因事由使登记簿上记载的内容与事实状态发生不符的, 也属于“登记错误”。

(2) 赋予隐名共有人跳过更正登记程序而直接提起异议登记的权利。将我国《物权法》中更正登记与异议登记的关系由必然的先后关系转变为或然的并列关系, 使隐名共有人发现自己对不动产的物权掌控陷入危机时, 能有更便捷、更灵活的救济选择。

2. 建立夫妻共有不动产公示强制登记制度。由于夫妻共有不动产在目前法院受理不动产共有权相关纠纷中所占比例较高, 因此有必要在不动产登记中单独设立夫妻共有不动产公示强制登记制度。

(1) 在目前的不动产登记申请、询问事项中增加夫妻共有不动产所有权人的婚姻状况, 包括结婚起始时间、结婚地、是否存有婚前财产书面约定、夫妻关系存续期间对夫妻共有不动产的书面约定。

(2) 在目前的不动产登记申请、询问事项中增加夫妻共有不动产状况内容, 特别是共有不动产的取得原因: 因购买取得的不动产, 是婚前购买还是婚后购买、是婚后夫妻双方共同购买还是夫妻一方单独购买、是婚前夫妻双方父母购买还是夫妻一方父母单独购买; 因赠与取得的不动产, 是对夫妻双方的共同赠与还是对夫妻一方的单独赠与; 因继承取得的不动产, 是法定继承还是遗嘱继承, 遗嘱继承中是否明确对夫妻一方的继承等。各地还可以结合本地登记规定的实际予以细化和完善。

(3) 在不动产登记簿上必须准确记载不动产的共有人夫妻婚姻状况和不动产的性质(系共同共有、按份共

有还是一方所有)和用益物权等内容。因为不动产登记簿是不动产登记的载体,是不动产登记制度的核心,它是权利人享有不动产所有权的唯一合法凭证。同时鉴于夫妻共有隐名共有人的权利保护的的特殊性,必须在征得隐名共有人书面同意的情况下,才能在夫妻共有不动产的登记簿上增加、更改、变动列明所有权状况、抵押权等用益物权状况。

(课题主持人:孙国鸣,课题负责人:郭燕枝,课题组成员:伍涛、张磊、詹晖、柳适思、刘磊、林娜、黄闯,执笔人:林娜。)

[1][美]约翰·E·克里贝特等:《财产法:案例与材料》,齐东祥、陈刚译,中国政法大学出版社2003年版,第278页。

[2]本文依据2011年修订的《民事案件案由规定》,所列举案由为第三、四级民事案件案由。

[3]王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第五册),中国政法大学出版社1998年版,第87页。

[4]《合同法》第五十一条无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。

[5]《合同法》第一百三十二条 出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定。

[6]奚晓明主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社,第72页。

[7]第三条 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。

有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。

[8]黄辉:《中国不动产登记制度的立法思考》,载《北京科技大学学报》社会科学版2001年第2期。

[9]孙鹏著:《物权公示论—以物权变动为中心》,法律出版社2004年版,第148页。

[10]谢庄、王彤文:《产权变更登记不应该是商品房买卖合同成立的要件》,载《法学评论》1996年第3期。

[11]崔建远著:《我国物权立法难点问题研究》,清华大学出版社2005年版,第363页。

[12]史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第605页。

[13]《物权法》第十五条规定:“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。”一般认为,该条是关于合同效力和物权效力区分的规定,参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第50页。

[14]见前引3,第32页。

[15]朱瑞:《民事案件案由的定性反思与制度重构》,载贺荣主编《公正司法与行政法实施问题研究(全国法院第25届学术讨论会)》上册,人民法院出版社2014年1月版,第375页。

[16]《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》(法[2011]42号),载奚晓明主编《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,人民出版社2011年3月版,第14页。

### 【调研报告】不动产物权变动过程中共有权的行使和保护问题的研究报告(下)

2016-06-12 北京审判 北京一中院民一庭

#### 三、解决不动产物权变动中共有权的行使和保护问题的相关理论完善

经研究,我们认为,要解决不动产物权变动中共有权的行使和保护问题,首先要进行相关理论构建,为实务部门的处理提供理论依据和支撑。

##### (一)对不动产登记理论的完善

就我国目前不动产登记制度的城乡二元化结构现状而言,在完善不动产登记理论时有必要区分城市和农村。农村房屋登记亟待解决的不是理论问题,而是制度落地的问题,目前农村地区房屋登记工作亟待在全国范围内切实推行。

相较而言,在城市不动产登记制度视角探讨不动产登记理论的完善,更切合实际。目前需要解决的问题有两个。一是不动产登记的性质问题。对于不动产登记的性质,理论界有公法行为说[1]、私法行为说[2]、证明行为说[3]、公法兼私法行为说[4]等诸多学说,尚未达成统一。我们认为,按照我国不动产登记的一般理论,登记机构不能在没有当事人申请的情况下进行登记行为,不动产登记以申请原则作为基本原则,除非法律另有规定外或其它国家公权力机关的委托,登记机关不能擅自启动不动产登记程序。我国不动产登记作为国家行政事务的一种,目的是维护不动产交易安全以及提高不动产资源管理,其服务对象是民事活动,体现了强烈的私法性质。因此,我国的不动产登记属于私法范畴中的国家行政事务。第二个问题是不动产登记审查义务的性质问题。关于不动产登记的审查工作是实质审查,还是形式审查的问题,我们认为当前不动产登记应承担形式审查和实质审查相结合的审查义务。关键在于通过审查主体多元化、引入特别程序等方式来提高不动产登记的效率和正确率。

## （二）对无权处分理论的修正

为促进法院统一裁判尺度，有必要对无权处分理论进行梳理和修正。处分，从广义上说，有事实上的处分和法律上的处分，而法律上的处分又可分为负担行为与处分行为。无权处分，作为法律行为中的学说用语，指当无权利人就他人权利标的物为处分，则该物权变动的效力待定，经有权利人的承认，从而使处分行为有效。[5]也就是说，无权处分中的“处分”仅指处分行为，而不包括负担行为。

处分人具有处分权，是处分行为有效的要件。于负担行为，则不以设立债权行为人具有处分权为必要条件。以买卖合同为例。在买卖合同中，出卖人是否为标的物的真实权利人，并不影响买卖合同的生效，若出卖人为无权处分，只产生买受人取得所有权效力待定的后果，而并不会导致买卖合同无效。这就是物权行为独立性原则，又称分离原则，这一原则在我国《物权法》中已明确确立。[6]需要指出的是，承认物权行为的独立性并不代表承认物权行为的无因性。无因性原则是指“物权行为之效力，不受其原因行为所左右，债权行为虽不成立、不生效力、被撤销或无效，基于债权行为而作成之物权行为，并不受影响，仍然产生物权变动之法律效果”。我国并未采纳该理论。[7]但独立性原则是区分相对权（债权）和对世权（物权）的逻辑必然，是否采纳无因性原则是立法政策的选择，无所谓对错，不能因为我国未确立物权行为无因性，就得出承认物权行为独立性的结论，无因性是价值选择，而独立性却是大陆法系法律行为理论的根基，是必然结论。

当我们在辨析无权处分的合同效力时，往往会依据《买卖合同司法解释》第3条的规定将焦点放在无权处分的买卖合同效力认定上，同时又生出其他处分合同如抵押合同、互易合同、赠与合同的效力认定没有相应司法解释做直接依据的困惑。事实上，我们不应区分各类合同（包括区分有偿合同和无偿合同）分别认定其效力，而应当在坚守负担行为和处分行为相互分离这一原则，意即债权合同的效力不以当事人有处分权为前提的情况下，统一辨析无权处分合同的效力。我国《合同法》第25条规定：“承诺生效时合同成立。”第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”可见，合同的效力取决于当事人的意思表示是否真实、自由，合同的无效列举于《合同法》第52条的若干情形，其中并不涉及无权处分。

从《物权法》之前的法律规范来看，其立法目的更强调权利“静的安全”，以保护权利人的利益，但随着经济生活的不断发展，至《合同法》之时，当时的立法者力求平衡权利“静的安全”及“动的安全”，但由于未能区分负担行为与处分行为，故《合同法》第51条笼统地将无权处分的合同归为效力待定，成为理论界及实务界的众矢之的。且“效力待定说”过于保护权利人“静的安全”，而牺牲了善意相对人“动的安全”。依据该说，若权利人拒绝追认，合同自始无效，善意相对人根本无权要求无权处分人履行合同义务，只能要求处分人承担缔约过失责任，赔偿的损失也只能是信赖利益，而非履行利益。从《合同法》的立法体系来看，《合同法》第132条、第135条及第150条均是关于买卖合同出卖人权利瑕疵担保责任的规定，这些规定均是以合同有效为前提而设立的，既然法律已经明确了在合同有效的前提下出卖人无权处分的合同责任，若仍然认为合同因无权处分未获权利人承认而无效，则这些条款便形同虚设，无适用之可能。再从相关司法解释来看，《合同法解释（二）》第15条明确了在多重买卖合同的情形下，未取得标的物所有权的买受人可追究出卖人的违约责任，实际上承认了出卖他人之物合同的有效性，从而更好地保护善意相对人的权利。可见，《合同法》的立法体系已经为无权处分合同的效力做好了逻辑铺垫，“效力待定说”不仅未对负担行为与处分行为加以区分，也与现行法律体系不符。

综上，在确认无权处分合同效力时，对《合同法》第51条应做合理解释，该条中的“处分”应仅指处分行为，而不包括负担行为，当出卖人为无权处分时，其处分行为效力待定，但买卖合同确定有效；该条后半段“经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”，由于我国并未采纳物权行为的无因性原则，处分行为往往以合同的表现形式出现，故此处的“合同”可解释为包含两层含义：一为债权合同，二为物权合意。对该后半段可理解为：经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，不仅该合同有效，其合同履行的后果（处分行为）亦有效。如此解释，可以最大限度与物权行为理论相协调，也更能维护交易安全。

## （三）对案由制度和法官释明制度的梳理

案由制度应为实践服务，原则上应以方便纠纷一次性解决，减轻讼累为目标。在此原则下可尊重传统诉讼标的理论的优势地位，但个案处理不应拘泥于理论，案由的确定则不局限于一案一案由。[8]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。[9]

在完善案由制度的基础上，再辅以法官释明制度作为配套制度，有助于纠纷的一次性解决。由于长期的司法实践将负担行为与处分行为混作一谈，加之一般民众对物权行为等法律概念的认知局限，故当事人诉请合同无效，其真正的诉求往往为要求法院确认物权变动无效，从而达到恢复物权的诉讼目的。此时应加强法官的释明责任，在案由确定上强化当事人的主体性。在部分共有人擅自出卖房屋的情况下，其他共有人一般都选择通过法院确认诉争房屋的买卖合同无效，从而达到其取得诉争房屋所有权并收回房屋的目的，但若其仅以无权处分为由诉请买卖合同无效，则无法得到法院的支持。此时，法官不能奢求当事人对物权行为等概念有正确认知，而应合理行使释明权，告知其诉讼风险，将诉请固定于恢复诉争房屋的所有权以及返还诉争房屋的占有，只有将诉请固定后，才能找准其

诉请依托的请求权基础并确定争议焦点,即部分共有人出卖房屋的行为是否构成无权处分、侵害了其他共有人的财产利益,审理思路便可着重放在对诉争房屋几次物权移转行为的效力上,而非买卖合同的效力上。当然,必须注意的是法官既要“积极释明”,同时更应做到“适度释明”。适度释明的要求可具体化为两个方面,一是释明不得影响当事人的处分权,不应背离于民事诉讼解决平等主体之间民事纠纷这一本质属性;另一方面,释明不应影响法官的中立形象。

#### 四、解决不动产物权变动中共有人的行使和保护问题的对策及建议

##### (一) 司法实务层面

1.对于农村房屋权属确定问题,当前应综合考虑土改证、宅基地使用证、建房用地审批等文件上核定的人员,以及房屋新建、翻建、改扩建等情况,分三种情形处理。

(1) 诉争房屋经土改登记,未经农村宅基地使用权登记及未新建、翻建、改扩建的,以土改时登记的权利人为房屋的权利人。

(2) 诉争房屋经土改登记及农村宅基地使用权登记,未进行新建、翻建、改扩建的,以土改登记及农村宅基地使用权证核定人员为房屋的权利人。

(3) 诉争房屋虽经土改登记,但在宅基地使用权登记前后新建、翻建、改扩建的,以农村建房用地审批文件和农村宅基地使用权证核定人员为房屋的权利人。当事人以土改登记为证据主张房屋产权的,不予支持。

2.对于部分共有人处分不动产的处分合同及处分行为的效力认定问题,应严格贯彻负担行为和处分行为相互分离原则进行处理。

(1) 根据《买卖合同司法解释》第3条,除违反《合同法》第52条所规定合同无效之情形外,出卖共有不动产合同应为有效。

(2) 对于无权处分中的抵押、互易、赠与等其他合同,符合《合同法》第25条、第44条规定的,除违反《合同法》第52条所规定合同无效之情形外,合同应为有效。

(3) 未经共同共有人全体同意或按份共有人三分之二多数同意的,部分共有人的处分为无权处分,其他共有人拒绝追认的,不发生物权变动效力。但相对人符合《物权法》第106条之规定,可以善意取得物权。

3.对于当事人多个诉求不归属同一案由或诉求不明的,法官应灵活适用案由制度并合理行使释明权促进纠纷的一次性解决。

(1) 法官应灵活适用案由制度。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。

(2) 法官应合理行使释明权。法官应当向当事人适当释明诉讼风险并合理引导当事人明确诉讼请求。第一,被无权处分的房屋尚未过户的,其他共有人可起诉要求确认诉争房屋共有权、要求不得办理转移登记过户手续、要求返还原物等。第二,被无权处分的房屋已办理过户的,其他共有人可起诉要求撤销登记。第三,法院已判决履行过户手续的,其他共有人可提起第三人撤销之诉。

##### (二) 行政服务层面

1.建立统一的不动产登记机构。严格贯彻《物权法》规定,确立统一的不动产登记机构,由具有专业的登记知识和专业素养和丰富登记实务经验的房管部门来承担房地产登记工作,这样既有利于加强工作的延续性和稳定性,不致于对整个登记秩序造成大的冲击,同时也有利于稳定不动产权交易秩序,更好地实现登记的公示公信效力。

2.引入多元化审查机制确保登记结果正确性。将公证机关纳入审查主体范围,适当引入强制公证制度,通过审查主体的多元化确保登记结果的正确性。参照司法部、住建部1991年《关于房产登记管理中加强公证的联合通知》中对继承、赠与房产必须分别办理遗嘱公证、赠与公证的规定,对其他重大申请登记事项要求强制公证:

(1) 因处分未成年人、精神病人等限制民事行为能力人的房屋而申请登记的,监护人应当提供经公证的为被监护人利益的书面保证。

(2) 产权人为自然人的,须委托他人申请转移登记、抵押权登记、所有权注销登记、更正登记、异议登记、遗失补证的,委托书应当公证。

(3) 房屋登记申请人提供的证明文件是外文的,应当提供经公证的中文译本;申请人提供的登记材料中如有港、澳、台和外国的机构或者其他的境外机构出具的证明文件的,应当按规定办理公证或者认证。

##### (三) 立法精进层面

1.完善异议登记制度,并加强该制度的适用。

(1) 对《物权法》第19条规定的“不动产登记簿记载的事项错误”作适当的扩大解释:不论登记是否有效,只要登记簿上登记内容与登记的原始状态不一致的,就属于“登记错误”;因嗣后的原因事由使登记簿上记载的内容与事实状态发生不符的,也属于“登记错误”。

(2) 赋予隐名共有人跳过更正登记程序而直接提起异议登记的权利。将我国《物权法》中更正登记与异议登记的关系由必然的先后关系转变为或然的并列关系,使隐名共有人发现自己对不动产的物权掌控陷入危机时,能有

更便捷、更灵活的救济选择。

2.建立夫妻共有不动产公示强制登记制度。由于夫妻共有不动产在目前法院受理不动产共有权相关纠纷中所占比例较高，因此有必要在不动产登记中单独设立夫妻共有不动产公示强制登记制度。

(1)在目前的不动产登记申请、询问事项中增加夫妻共有不动产所有权人的婚姻状况，包括结婚起始时间、结婚地、是否存有婚前财产书面约定、夫妻关系存续期间对夫妻共有不动产的书面约定。

(2)在目前的不动产登记申请、询问事项中增加夫妻共有不动产状况内容，特别是共有不动产的取得原因：因购买取得的不动产，是婚前购买还是婚后购买、是婚后夫妻双方共同购买还是夫妻一方单独购买、是婚前夫妻双方父母购买还是夫妻一方父母单独购买；因赠与取得的不动产，是对夫妻双方的共同赠与还是对夫妻一方的单独赠与；因继承取得的不动产，是法定继承还是遗嘱继承，遗嘱继承中是否明确对夫妻一方的继承等。各地还可以结合本地登记规定的实际予以细化和完善。

(3)在不动产登记簿上必须准确记载不动产的共有权人夫妻婚姻状况和不动产的性质（系共同共有、按份共有还是一方所有）和用益物权等内容。因为不动产登记簿是不动产登记的载体，是不动产登记制度的核心，它是权利人享有不动产所有权的唯一合法凭证。同时鉴于夫妻共有隐名共有人的权利保护的的特殊性，必须在征得隐名共有人书面同意的情况下，才能在夫妻共有不动产的登记簿上增加、更改、变动列明所有权状况、抵押权等用益物权状况。

（课题主持人：孙国鸣；课题负责人：郭燕枝；课题组成员：伍涛、张磊、詹晖、柳适思、刘磊、林娜、黄闯；课题执笔人：林娜）

[1] 黄辉：《中国不动产登记制度的立法思考》，载《北京科技大学学报》社会科学版 2001 年第 2 期。

[2] 孙鹏著：《物权公示论—以物权变动为中心》，法律出版社 2004 年版，第 148 页。

[3] 谢庄、王彤文：《产权变更登记不应该是商品房买卖合同成立的要件》，载《法学评论》1996 年第 3 期。

[4] 崔建远著：《我国物权立法难点问题研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 363 页。

[5] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 605 页。

[6] 《物权法》第十五条规定：“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。”一般认为，该条是关于合同效力和物权效力区分的规定，参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 50 页。

[7] 见前引 3，第 32 页。

[8] 朱瑞：《民事案件案由的定性反思与制度重构》，载贺荣主编《公正司法与行政法实施问题研究（全国法院第 25 届学术讨论会）》上册，人民法院出版社 2014 年 1 月版，第 375 页。

[9] 《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》（法[2011]42 号），载奚晓明主编《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》，人民出版社 2011 年 3 月版，第 14 页。

### 未通知夫妻一方的共同财产能否依法评估、拍卖

#### 对一起执行异议案件的评析

2016-06-01 江苏法院网 淮安市清河区人民法院 孙士国

【案件】担保公司与软件公司、王某（系软件公司的法定代表人）、张某（系王某之妻）担保追偿权纠纷一案，A 基层法院经审理后依法作出民事判决书：一、被告软件公司于本判决生效之日起十日内归还原告担保公司代偿款 1533396.69 元并承担利息（按日利率万分之三标准，自 2011 年 6 月 25 日算至实际清偿之日）；二、被告软件科技公司于本判决生效之日起十日内给付原告担保公司担保手续费 29988 元；三、被告软件公司于本判决生效之日起十日内给付原告担保公司律师费用 24800 元；四、被告王某、张某就上述判决确定还款义务承担连带清偿责任。

该民事判决书生效后，因债务人未按期履行判决书确定的义务，权利人担保公司向法院申请强制执行。本案立案执行后，在执行过程中依法向王某送达了执行通知书要求其履行判决书确定的义务，但其仍未履行。同日，执行人员找王某谈话并告知张某也是本案的被执行人，要求被执行人在一个星期内与担保公司协商处理好本执行案件。后三被执行人仍未履行，申请执行人担保公司向法院申请对王某、张某夫妻名下用于反担保的 X 房屋进行评估。法院执行人员找王某谈话，告知其将要对 X 房屋进行评估。法院依法委托房地产评估咨询有限公司对上述房屋进行了评估，将评估报告送达给王某并告知其再不履行还款义务将对该房屋进行拍卖。后法院依法裁定对该房屋进行拍卖，经拍卖有限公司两次拍卖，该房屋被他人竞买。

【审判】对本执行案件异议人张某提出异议，其主要理由如下：

1、本人家庭住址、单位和联系方式从来未变过，该案在执行过程中从未有法官联系过我商谈案情，也没有收到执行通知书。

2、X 房屋系本人与王某的共同财产，没有法官告知过本人该房屋进入评估、拍卖程序。未收到该房产进入评估、拍卖程序的任何法律文书。现申请法院裁定评估、拍卖程序无效。

A 基层人民法院在审查异议后，依法作出执行裁定书，认为：

1、担保公司诉三被执行人担保追偿权纠纷一案，异议人参加了该案的庭审，对该案件是明知的。异议人是被告之一，理应关注该案的审理、执行情况，主动履行判决书确定的义务，而不应消极对待该案。

2、被执行人王某、张某系夫妻关系。我国法律虽然未就夫妻家事代理作出明确规定，但理论界和实务界均一致认可家事代理的存在，并认为在家事范围内与第三人为法律行为时，夫或妻均不需要得到配偶的授权，处分的后果由夫妻双方共负连带责任。该案进入执行程序后，执行人员每一执行环节均找王某进行了谈话，将相关的法律文书送达给王某，王某在该案执行中的行为应视为与张某的共同行为，王某也有义务将执行情况告知张某。作为王某的妻子，张某的异议明显不符合常理，意在规避执行。

3、人民法院的强制拍卖属于公法意义上的拍卖，委托人为人民法院，拍卖机构受法院委托协助完成拍卖活动。拍卖的目的是通过公开竞价实现执行标的物的价值最大化，从而既能保证债权人的债权得到最大程度的实现，又能保护债务人的利益能够得到维护。因此，只要拍卖信息披露充分，进行公开竞价，就应当维持拍卖的效力。异议人要求认定拍卖程序无效没有事实和法律依据。

综上所述，异议人张某的异议不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条的规定，裁定驳回了张某的异议。三、执行复议及处理结果 张某向B中级法院申请复议，复议理由与异议相同。

中级法院经审查认为，申请复议人张某与王某均为本案被执行人，且评估拍卖的房屋登记在两人名下，A基层法院在执行过程中，应依法向两被执行人送达相关法律文书。该院只向被执行人王某送达了相关执行文书，程序上存在瑕疵。鉴于A基层人民法院向申请复议人配偶王某送达了执行通知书、评估报告及其他执行文书，且两人均住在拍卖的房屋中，应视为申请复议人知道A基层法院评估拍卖夫妻两人名下的抵押房屋。为保护双方当事人的利益，维护司法拍卖的公信力，在王某对A基层法院执行行为未表异议，且评估拍卖程序无重大瑕疵的情况下，A基层法院的上述拍卖行为应认定为有效。申请复议人要求确认评估拍卖行为无效的复议理由不成立，不予支持，依法裁定驳回了申请复议人的复议申请，维持A基层法院的执行异议裁定。

#### 【评析】

##### （一）本案的实体问题

本案在实体上并没有违反法律。民事判决书的主文第四项判令，被告王某、张某就上述判决确定还款义务承担连带清偿责任。张某和王某均作为本案的被执行人，法院有权依法处分他们夫妻名下的共同财产即X房屋来支付执行标的和执行费用。《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十七条规定：“财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；”《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第一条：“在执行程序中，被执行人的财产被查封、扣押、冻结后，人民法院应当及时进行拍卖、变卖或者采取其他执行措施。”

同时本案在审理程序中查明，原告担保公司在发放贷款时为保证就担保合同项下担保全部债权的实现和可能发生的为实现债权支出费用的追偿，被告王某、张某为被告软件公司提供不可撤销的连带责任保证，保证期限为自借款之日起至借款期满后二年后止。《抵押反担保合同》约定被告王某、张某以其所有X房屋为反担保提供抵押担保，抵押担保范围为借款本金（含调息、逾期利息、罚息）、违约金、赔偿金及实现债权的费用（含拍卖费、诉讼费、律师费等）。根据《物权法》及相关法律的规定，担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，担保人的责任为以担保财产的变价款担保债权的实现。

故本案在执行程序中，依法评估、拍卖被执行人夫妻名下共有的X房屋，在实体上并不违反法律。

##### （二）本案的程序问题

本案在程序上存在一定的瑕疵。根据《民事诉讼法》及相关法律规定，在启动执行、评估、拍卖等程序时要依法向被执行人送达相应的法律文书。然而在本案执行过程中，执行人员只约谈了被执行人王某，向其送达相应的法律文书；并没有向另一被执行人即王某的妻子张某送达法律文书，对此王某提出了执行异议。这是案件执行的程序瑕疵。

但是被执行人张某在借款之初就签订了抵押反担保合同，同时参加了该案的庭审，对该案件是明知的。张某作为被告之一，理应关注该案的审理、执行情况，主动履行判决书确定的义务，而不应消极对待该案。王某、张某作为被执行人系夫妻关系，且两人都一直共同居住在拍卖的房屋中；该案进入执行程序后，执行人员每一执行环节均找王某进行了谈话并将相关的法律文书送达给王某，应视为张某知道A基层法院评估拍卖夫妻两人名下的抵押房屋。

作为王某的妻子，张某的异议明显不符合常理，意在规避执行。为保护双方当事人的利益，维护司法拍卖的公信力，在王某对A基层法院执行行为未表异议，且评估拍卖程序无重大瑕疵的情况下，A基层法院的评估、拍卖行为应认定为有效。

在破解执行难、制裁规避执行行为的执行大环境下，本案的处理着眼于当事人合法权益的及时兑现；同时在评估、拍卖程序无重大瑕疵的情况下，维护了司法拍卖的公信力。但应当意识到，在追求法治化的道路上，程序合法、公正愈显重要，程序公正是实体公正的有效保障。执法人员在执法办案的过程中应当高度重视程序公正的独立价值，将公平正义以一种“看得见”形式呈现在人们面前。

## 订立公证遗嘱是否意味着在先自书遗嘱自然失效

2016-06-08 中国案例报告 北京市一中院 李军

### 疑难问题

在存在数份内容相抵触遗嘱的情况下，应当依据不同形式遗嘱效力的高低、立遗嘱时间的先后等因素认定哪一份为有效遗嘱。但是，遗嘱人在订立自书遗嘱后，又订立了内容基本一致的公证遗嘱，在该公证遗嘱被合法撤销后，上述自书遗嘱的效力如何认定？在此基础上，是否还要查明并结合遗嘱人的真实意思进行认定？

**难点解析《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。**《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42条亦规定：**遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。

以上规定，侧重于依据不同形式遗嘱效力的高低、立遗嘱时间的先后等因素，对内容相抵触的数份遗嘱的效力进行判断和取舍，以确定哪一份为有效遗嘱。依据上述规定，通常情况下能够较好的解决存在多份内容相抵触遗嘱效力的认定问题。

然而，由于实践中所涉案件的情况有时较为复杂，仅仅依据上述认定标准进行处理，还无法确保得到公正的处理结果。因此在处理相关个案时，在依据上述规定的基础上，还需充分查明并结合遗嘱人的真实意思，以对遗嘱效力进行正确的判断和认定。

另外，遗嘱人在订立自书遗嘱后，又订立了内容基本一致的公证遗嘱，在该公证遗嘱又被撤销的情况下，上述自书遗嘱是否依据上述规则判定其当然发生法律效力，实践中存在疑问。

### 审理思路及考量因素

（一）审理思路一“对于遗嘱人订立数份遗嘱的情况，应当根据继承法关于不同形式遗嘱效力的高低、订立时间先后等因素对哪一份遗嘱为有效遗嘱进行判断。遗嘱人订立公证遗嘱后，之前订立的自书遗嘱自然失效。在公证遗嘱经合法程序予以撤销的情况下，视其未留有有效遗嘱，遗产按法定继承处理。

#### 【案例】

【北京】北京市海淀区人民法院在审理原告梁某某与被告谢某乙等法定继承案【案号(2014)海民初字第16660号】中认为：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。遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准，没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。谢某甲在其去世前立有自书遗嘱及公证遗嘱，应当以公证遗嘱的内容确立继承份额，公证遗嘱外的其他遗嘱应自然失效。本案中，谢某甲在生前将其所作公证遗嘱经合法程序予以撤销，视为其未留有遗嘱，应按法定继承对其财产进行继承。

（二）审理思路二“对于遗嘱人订立数份遗嘱的情况，还应重点考虑并充分尊重遗嘱人的真实意思表示。遗嘱人在订立自书遗嘱后，又订立了公证遗嘱，并不意味着自书遗嘱自然失效。在公证遗嘱被撤销的情况下，如果之前订立的自书遗嘱与被撤销的公证遗嘱内容基本一致，在重点考量并充分尊重遗嘱人的真实意思表示的情况下，该自书遗嘱才应予以撤销。

#### 【案例】

【北京】北京市第一中级人民法院在审理上诉人谢某乙以及被上诉人梁某某等法定继承案【案号(2015)一中民终字第3922号】中认为：2000年9月10日，谢某甲留有自书遗嘱，将1507室房屋留给谢某乙继承；2006年6月29日，谢某甲立有公证遗嘱，将1507室房屋中本人份额遗留给谢某乙继承；上述两份遗嘱所表述的内容基本一致。2013年5月2日，谢某甲在公证机关撤销2006年6月29日的公证遗嘱，该撤销行为有效。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。谢某甲2000年9月10日留有的自书遗嘱与2006年6月29日的公证遗嘱其内容基本一致，故谢某甲2006年6月29日的公证遗嘱被撤销并非意味着2000年9月10日的自书遗嘱自然生效。从立遗嘱人谢某甲所表达的真实意思而言，其所立自书遗嘱及公证遗嘱均表达1507室房屋份额归谢某乙所有的意思表示，现谢某甲将公证遗嘱撤销，既是对1507室房屋由谢某乙继承的意思表示予以撤销，其生前虽未以明确的意思表示撤销其所立的自书遗嘱，但其撤销内容基本相同的后一份且为公证形式遗嘱的行为即可推定其撤销了上述自书遗嘱，否则即与谢某甲生前真实意思相悖。因此本案中，视为谢某甲未留有遗嘱，应按法定继承对其遗产进行继承分割。

#### 【考量因素】

确定上述审理思路的考量因素主要包括以下几点：

**首先**，遗嘱自由是遗嘱继承制度的基本原则。遗嘱是被继承人于生前做出对其财产的死后处分，并于被继承人死亡后发生法律效力法律行为。遗嘱自由则是公民按照自己的意愿，通过订立遗嘱的方式，处分个人财产，决定其死后其财产归属的自由权利。遗嘱自由是民法意思自治原则在继承法中的集中体现，彰显了法律对公民财产权的尊重。因此，遗嘱人真实的遗嘱意思，是处理个案时必须予以探究和考量的首要因素。

其次，法律关于“数份内容相抵触遗嘱，应当依据不同形式遗嘱效力的高低、立遗嘱时间先后等因素认定何者为有效遗嘱”的相关规定，其根本出发点仍是遵循维护遗嘱自由的原则，以确保遗嘱人对于处分其身后遗产的遗愿得以实现。此外，继承法对于遗嘱形式要件、不同形式遗嘱间效力的高低、遗嘱的无效等规定，同样是出于最大限度的保障遗嘱人真实意思实现之目的，以避免出现被继承人受胁迫或欺骗而订立遗嘱，以及遗嘱被伪造、篡改等违背遗嘱人真实意思等情况的出现。

再次，依据继承法的相关规定，并且在充分查明遗嘱人的真实意思的基础上，才能做到个案的公正审判。如果机械的适用《中华人民共和国继承法》第二十条及其司法解释第42条的规定，容易导致只注重遗嘱形式、订立遗嘱时间等外观因素，而忽视遗嘱人真实遗愿这个内在及核心因素，遇到复杂的案件事实，就可能得出错误的结论。如在本案中，遗嘱人以公证形式撤销了公证遗嘱，而并未以任何明确的意思表示对之前自书遗嘱予以撤销或者改变。如果忽视本案遗嘱人的真实意思，可能会得出“由于公证遗嘱已经通过公证的形式予以撤销，而之前的自书遗嘱因为未被撤销则为有效”的错误结论。二审法院在查明自书遗嘱和公证遗嘱的内容没有抵触且内容基本一致的情况下，认定遗嘱人“撤销内容基本相同的后一份且为公证形式遗嘱的行为即可推定其撤销了上述自书遗嘱”，从尊重遗嘱人真实意思出发，从而做出了公正判决，既尊重了被继承人的遗愿，又有效维护了各继承人的合法权利。

#### 【其他参考】

《中华人民共和国继承法》第一条、第十七条、第二十二条

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第35条、第39条、第40条

### 离婚协议约定房屋赠与未成年子女纠纷案件的审理思路

2016-06-08 人民法院报 湖南省邵东县人民法院 陈贵新

#### 【案情】

李某与陈某在离婚协议中约定：儿子由李某抚养，女儿由陈某抚养，住房一套赠给儿子小雨。后李某要求陈某为儿子办理房屋过户手续，却遭到陈某拒绝。李某请求法院判决确认该房屋所有权归小雨所有，并判令陈某配合办理房屋过户手续。

#### 【分歧】

一种观点认为，法院可以径行判决确认案涉房屋归小雨所有，并判令陈某协助将房屋过户到小雨名下。

另一种观点认为，李某的诉讼请求应为要求确认离婚协议中关于房屋赠与小雨的内容有效，法院审查有效后，可判决陈某配合办理过户。

#### 【评析】

本案原告的诉请指向房屋产权的归属，但笔者认为本案属于离婚后财产纠纷，径行判决确认案涉房屋所有权归小雨的观点值得商榷。

#### 1. 本案不是所有权确认纠纷，而是离婚后财产纠纷

最高人民法院发布的《民事案件案由规定》将所有权确认纠纷归属在物权纠纷中，属于第四级案由，将离婚后财产纠纷归属在婚姻家庭纠纷中，属于第二级案由。可见，所有权确认纠纷与离婚后财产纠纷是性质不同的两类纠纷。

所有权确认纠纷是指针对某一标的物的权利归属产生争议而引发的纠纷。只有当事人之间就某一动产或不动产争相主张所有权的时候，法院才能对该争议的动产或不动产权利归属加以确认。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。而本案中，讼争的房屋属于李某和陈某共同所有，而非其儿子所有，这一点非常明确，彼此都无疑义。既然双方不存物权归属争议，本案当然就不属于所有权确认纠纷。

离婚后财产纠纷，主要包括三种情形：（1）当事人双方离婚时，没有对婚姻关系存续期间的夫妻共同财产进行分割，或者因一方隐瞒财产导致还有部分财产没有分割，离婚后一方要求对财产进行分配而产生的纠纷。（2）当事人协议离婚时达成了财产分割协议，离婚后因履行上述财产分割协议而发生的纠纷。（3）男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔而引发的纠纷，一方请求变更或者撤销财产分割协议。本案因陈某不履行其与李某在离婚时达成的财产分割协议而酿成，符合离婚后财产纠纷中的第二种情形，属于离婚后财产纠纷，本质上可归属于合同纠纷。李某应当主要遵循合同法来主张权利，但其通过向法院提起确认之诉寻求权利救济属于选择错误。

#### 2. 受赠人小雨只享有债权，不享有物权

债权，是指一方要求他方为一定行为或不为一定行为的权利，是一种相对权。债发生的原因有合同、无因管理、不当得利、侵权行为。物权，是指权利人对特定的物享有的支配和排他的权利，是一种绝对权，主要包括所有权和他物权（用益物权和担保物权）。物权法第九条规定：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力。案涉房屋产权初始登记在李某和陈某名下，原本就属于李某和陈某共同所有。虽然二人离婚时一致同意将涉案房屋赠送给儿子小雨所有，但该赠与协议不能直接引起物权变动，它只是引起物权变动的原因。小雨依据其父母达成的房屋赠与协议，仅仅是取得了“要求其父母将房屋产权变更登记到自己名下”的债权。小雨要想拥有案涉房屋的产权，必须经过“变更登记”这一要件行为。案涉房屋产权在没有变更登记的情况下，

自始至终属于李某和陈某共同所有，而非小雨所有。

李某和陈某离婚时达成协议将房屋赠送给儿子小雨，这一赠与协议是否有效？这是法院在审理本案过程中必须解决的前置性问题。因为，根据合同法规定，合同如果被认定为无效，就不存在继续履行的问题；如果被认定有效，且又不存在影响合同继续履行的其他障碍，则权利人有权要求义务人继续履行合同。离婚协议中的赠与行为并非一个单独的赠与合同，与夫妻身份关系的解除、夫妻共有财产的分割、子女的抚养等问题构成一个有机联系的不可分割的整体。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条第一款规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”由此可以认定，李某和陈某达成的房屋赠与协议合法有效。双方本应按照协议自觉地到房产部门将房屋过户登记到儿子小雨名下，但事后陈某反悔拒绝办理过户登记手续，李某作为受赠人小雨的监护人当然有权要求陈某继续履行赠与协议。

就本案而言，法律适用的路径和裁判思维应当是，作为受赠人小雨的监护人，李某向法院提起的诉讼请求只能是：（1）确认其与陈某达成的房屋赠与协议有效；（2）请求法院判令陈某配合办理房屋过户登记手续。法院围绕该两项请求审理后，依法作出判决。如果两项请求都可得到支持，判决主文只能是以下两项：（1）确认李某与陈某达成的房屋赠与协议有效；（2）判令陈某在判决生效后限期内配合办理房屋过户登记手续。李某无权提起房屋所有权确认之诉，法院确认房屋所有权既违反法定程序也违反实体法规定。待判决生效后，李某可向法院申请强制执行，然后由法院向房产部门发出协助执行通知书要求房产部门协助办理过户登记手续。房产部门对案涉房屋过户登记手续办理完毕之时，也就是小雨对该房屋所有权取得之时。

### 聚焦：少年审判改革的方向

2016-06-08 上海法治报 王建平

自1984年10月起至今，中国大陆少年法庭摸着石子过河，从创立、探索、创新和发展，经历了三十多个不平凡的春秋。三十多年后，少年审判改革的未来应当向少年刑事和少年家事审判方向发展，对少年审判改革与家事审判改革交叉所面临的问题需要分析和思考，为今后少年审判规范化运作、可持续发展乃至立法完善奠定基础。

从机构沿革看

应向少年家事审判庭方向建制

少年审判事业的发展离不开机构的创设和作为。机构不健全，会制约少年审判工作的发展。据悉，最高人民检察院于2015年12月设立独立建制的未成年人检察工作办公室，这有利于实现未成年人司法保护工作的集约化和专业化，推动未成年人司法保护综合体系建设，值得人民法院借鉴。

二十世纪八十年代初，在我国一些经济发达地区，未成年人犯罪占刑事犯罪案件总数突然从最初的1%-2%猛增至6%-7%，上海市长宁区更是上升至10%，并呈低龄化趋势。一些未成年人实施一次犯罪之后，其犯罪心理未得到有效矫治而重新犯罪。一些25周岁以下成年人实施某种犯罪恰是其未成年时期犯罪行为的延续。这都成为影响未成年人健康成长、危害社会治安的重要因素之一。

研究发现，未成年人犯罪与成年人犯罪具有不同特点，未成年人犯罪具有较强可塑性，对少年犯应区别于成年犯主要采取教育措施或者其他有矫正作用的替代性惩罚措施，以达到矫治和减少未成年人犯罪和重新犯罪的目的。1984年10月，上海市长宁区人民法院率先在全国成立了第一个少年法庭，将未成年人刑事案件从普通刑事案件中分离出来进行专门审判，审判理念发生变化。1988年5月，最高法院在上海召开全国法院第一次少年审判工作会议，总结和推广长宁区法院工作经验。之后，全国各地有许多法院相继成立少年审判庭、未成年人案件综合审判庭、少年家事审判庭，或在刑事审判庭内设立专项合议庭等，审判机构发生变革。2006年8月起至今，全国试点法院按照最高法院要求，从单一审理刑事案件至扩展受理涉少民事和行政案件；有的地方少年审判庭扩大受理全部或部分家事案件，或者扩大受理涉及未成年人抚养的离婚案件等，尝试扩大对未成年人进行民事权益保护，审判职能开始延伸。

但是，少年审判三十年之后，法律对少年法庭机构的设立没有提出更高要求，这对未来发展不利。截至2014年10月，全国法院共有少年法庭2253个（其中1200多个仅仅是合议庭），开展未成年人综合审判试点的中级法院有49家，全国各高级法院中仅有上海、北京和甘肃建立了独立建制少年审判机构。

从少年刑事审判向少年法庭指定管辖综合审判或者少年家事审判庭少年法院，按照这样的发展趋势，有条件的地方如各高级法院和直辖市、省会城市、计划单列市两级法院等都要建立独立建制的少年审判庭，并应当向少年家事审判庭方向沿革。因为，机构和机制的探索和创新，是少年审判事业不断发展的源动力；对未成年人的法律保护和犯罪预防，也是中国少年司法制度发展的必然趋势。

从受案范围看

应向少年家事审判方向延伸

延伸少年审判工作，主要与审理涉少离婚案件接轨，将少年家事案件纳入受案范围。其司法理念是：一切为了孩子，为了孩子一切。只有预防伤害的发生才是保护儿童的最佳方式。在家庭处于动荡破裂时，避免当年未成年人犯罪与家庭支离破碎有关的情形再现，将关注的视角和落脚点永远凝聚在孩子身上。

据统计,全国法院判处刑事案件未成年被告人,从2008年88891人逐年下降到2015年43846人。但以同学间欺凌弱小和敲诈勒索为典型的校园暴力事件、不满14周岁未成年人实施杀人、强奸等恶性犯罪案件等新闻不时见诸媒体,引起社会强烈反响。与此同时,全国法院每年审结的婚姻家庭继承纠纷等家事案件呈现逐年增长的趋势,占我国民事案件的三分之一左右。其中,涉及未成年人抚养的离婚案件约占所有离婚案件的三分之二以上。针对上述情况,2006年,最高人民法院试行少年审判改革,2016年开展家事审判改革。那么,如何处理好少年审判改革和家事审判改革关系,推动少年家事审判改革协调发展?

十年前,全国法院少年审判庭试行综合审判时,主要考虑以下因素:一是从保护原因看,未成年人犯罪除自身因素外,多与家庭、学校和社会有关,具有“综合症”。其中,家庭多半与离异、缺失、罪错等存在关联,由此带来的脱离管教、自暴自弃、集群性高易盲从、缺乏主见易冲动、文化偏低过早离家、辍学流入社会容易沾染不良习气等负面影响以及给孩子留下的阴影是犯罪的诱因。为此有必要在家庭发生某种状况时适时干预,起到修复和预防作用,达到拯救家庭、挽救孩子、减少违法犯罪的目的。二是从保护范围看,实行刑事审判,对犯罪未成年人进行特殊保护比较单一,缺少对未成年人民事权益的关注,有必要扩大保护范围至涉少家事范围。三是从保护手段看,对涉及未成年人案件,需要建立专门机构、实行专门管辖、设立特别程序、开展专业审判、落实专职人员、给予特殊保护等。

从这个角度看,在少年审判改革中需要将与未成年人有关的家事案件纳入受案范围,并排除其他民(商)事案件。其受案范围除少年刑事案件外,主要有:1、涉及未成年人抚养的离婚纠纷;2、同居关系子女抚养纠纷;3、涉及未成年人权益保护的婚姻家庭纠纷,包括:抚养纠纷之抚养费纠纷和变更抚养关系纠纷、收养关系纠纷之确认收养关系纠纷和解除收养关系纠纷、监护权纠纷、探望权纠纷以及监护权特别程序案件中申请确定监护人、申请变更监护人、申请撤销监护人资格等;4、涉及未成年人为唯一当事人的继承纠纷;5、涉及未成年人的侵权责任纠纷,主要包括教育机构责任纠纷(俗称校园伤害纠纷),但不包括合同纠纷和侵权纠纷竞合状态下当事人选择侵权诉讼的案件。

从创新举措看 应向特有家事诉讼制度方向转变

实行综合审判后,由于缺少独立的民事审判特别程序和审判方法,因而需要将在少年刑事审判中长期积累起来的、对犯罪未成年人给予特殊保护的做法有选择地嫁接到少年家事审判中,并根据实际情况继续创新,使得少年家事审判的一些制度有别于普通家事案件,可以取得良好的办案效果。

——绿色通道制度。设立少年家事案件立案、送达、审理、执行快速办理和相互衔接的“绿色通道”,努力让通道上每一个环节都有专人办理,帮助涉案未成年人尽快摆脱诉讼纷争,回归到正常生活和学习之中。

——多元调解制度。由家事调解员先行诉前调解。调解不成,案件立案后转由少年家事法官进行调解。需要对当事人开展社会调查或观护的,交由社会观护员或家事调查员进行,以探明纠纷原因和化解纠纷。

——圆桌审判制度。将少年法庭建成各方可在同一平面围而就坐进行诉讼且法庭呈圆形建筑的“圆桌法庭”,围绕圆桌法庭审判理念和审判方式,营造富有人性化、亲和力的宽松庭审环境,提高庭审效果。

——不公开审理制度。离婚案件当事人申请不公开审理的,人民法院可以不公开审理。实务中,鲜有当事人主动提出,故采取单独制定“离婚案件申请不公开审理告知书”,与其他诉讼文书一并送达,由当事人选择。

——社会观护制度。委托社工开展未成年人家事案件社会观护工作,形成“庭前调查、庭中出庭和庭后观护”工作制度,强化家庭和社会对未成年人的监护责任和保护责任。使案件审理更具客观性、针对性和科学性。

——诉讼引导制度。针对个案具体情况,对未成年人父母就法律规定、父母责任、社会道德、人间亲情等方面进行解释、教育、引导,促使父母自觉履行相关义务,并对权益受到侵害的未成年人提供必要帮助。

——国家救助制度。将法律援助触角延伸至抚养费纠纷、申请撤销监护人资格等涉及未成年人为当事人的案件。将司法救助延伸至校园伤害等案件,帮助当事人恢复正常生活,实现持续发展救助模式,体现司法关怀。

——心理干预制度。与有关心理咨询机构合作,开展心理疏导工作,促其父母间矛盾化解,理性处理涉及孩子的诉讼,避免其受到二次伤害,减少诉讼给未成年人带来的心理阴影,使之今后更好地融入家庭和社会。

——回访帮扶制度。对判决执行情况适时进行回访,重点做好判决不准离婚的回访工作,必要时给予一定帮助。实现一般回访与重点回访、电话回访与走访回访的有机结合,为未成年人生活创造良好条件。

——亲职教育制度。修复夫妻感情,强调监护责任,稳定家庭关系,妥善解决纠纷,避免孩子受到伤害,避免当年未成年人犯罪与家庭支离破碎有关的情形再现,确保孩子在一个健康的环境中成长。

从程序实体看 应向创设家事审判规则方向发展

少年家事审判工作涉及实体法和程序法的适用,但目前相关法律很难适应少年家事审判工作发展的需要,应当适时加以拓展,让未成年人的合法权益得到更广泛的保护。

要研究建立符合少年家事审判规律的诉讼程序,并建议在民事诉讼法修改中设专章加以特别规定。例如针对父母离异后,就抚养费增减、抚养关系变更、探望权行使等,反复诉讼或者交替诉讼、不顾子女利益等情况,有必要对父母行使的诉讼权利形成制约,规定对这类纠纷,在法院调解或判决结案后六个月内,没有新情况新问题的,原

告不得提起诉讼。

要研究进一步规范现有离婚纠纷审理法则。重点研究如何突破夫妻感情破裂为唯一准予离婚法定条件，附加儿童利益最大化原则，以是否对未成年子女造成重大伤害作为评判标准，设置诉中、诉后冷静期，对准予父母离婚加以必要限制。目的是使我国的离婚制度更加理性，减少家庭破裂对子女的影响。这是对既有婚姻法的突破和挑战，需要一定的智慧和勇气。为此，针对不同的年龄段和婚姻感情基础，开展预防性司法，旨在提高解决自身纠纷能力，降低离婚风险。开展修复性司法，旨在发生离婚风险时修复夫妻感情，稳定家庭关系。在处理离婚案件中，设置冷静期，引入社会观护制度，给予双方一定的缓冲。经一次或者两次调解无效，再判决不准离婚。判决后，目前规定是没有新情况新问题的，6个月内不得起诉。为了未成年子女利益，法律应当规定可以视情再延长3至6个月。如果子女即将成年，待子女成年后再行起诉。开展保护性司法，旨在对没有婚姻基础或感情破裂者在协商处理好子女抚养和探望等问题后，及时调解解除婚姻关系，减轻子女痛苦。即使判决离婚，判前要对离婚后可能产生的涉及抚养关系变更、探望权行使等纠纷进行释明，指引当事人解决问题的路径，减少后续纠纷和反复诉讼，保护未成年人不再受到伤害。

要谨慎处理抚养权归属纠纷。一是要研究子女间感情因素对抚养权归属请求的影响。在处理两个子女抚养权归属问题时，如何兼顾父母与子女间的情感因素，更要关注两个子女之间的情感依赖需求。如果将两个从小在一起长大的子女强行分开由父母各养一个，可能会给子女造成无法弥补的心理创伤。故对“各得一个”的抚养权归属传统处理方式和“轮流抚养”模式对子女就学是否影响以及是否符合实际情况等需要研究对策，给孩子多一份关爱。二是要限制变更抚养关系的随意性。经常改变子女的生活环境和方式，对子女健康成长不利。如果当初抚养关系的确定情形没有发生较大变化，一般不能随意改变，尤其是子女即将成年，或改变后涉及子女就学发生变化的更应慎重。三是要将一方设置严重障碍如藏匿子女、为子女任意转学等阻碍另一方正当行使探望权，造成法院无法强制执行等行为，作为另一方申请变更抚养关系的法定事由。

要探索建立诉讼期间先予执行探望权制度。如果一方提出离婚的同时，要求一并解决探望问题并以“探望子女等精神类生活”急需为由，要求即刻行使探望权的，或者在审理探望权纠纷案件中，一方要求即刻行使探望权的，人民法院应当做好另一方工作，给予探望便利。协商不成，可以按照《民事诉讼法》“先予执行”方式裁定探望权行使先予执行。

要研究并应对《中华人民共和国反家庭暴力法》实施后遇到的新问题，把保护未成年人合法权益放在首位。为了准确适用反家庭暴力法，我们要注意对“家庭暴力”如何认定、其“现实危险”如何把握、“保护范围”如何界定等问题进行研究，使人身安全保护令发挥作用。

要修改民法通则中有关监护权方面规定，进一步澄清撤销监护人资格与变更监护人关系。在变更监护人案件中，可否一味将撤销事由列入变更事由考虑；在不符合变更事由、撤销事由又难以查证属实的情况下，如何处理监护权转移等问题。针对诉讼中困境儿童，在无人监护、监护不力、不能监护或剥夺监护等情况下，要研究建立健全国家监护制度和儿童福利制度，让孩子们沐浴在法治阳光下并伴随其健康快乐成长。

（作者系上海市长宁区人民法院少年审判庭庭长，高级法官）

### “李征琴故意伤害案”获“第三届全国青年法官优秀案例评选”特等奖（附案例）

2016-06-14 南京市中级人民法院 徐聪萍

2016年6月2日，最高人民法院召开“促公正·法官梦”第三届全国青年法官优秀案例评选活动总结会，南京中院助理审判员徐聪萍撰写的案例《李征琴故意伤害案——轻微家庭暴力犯罪案件中被害人程序选择权的适用应体现未成年人利益最大化原则》获本次活动特等奖，并应邀在会议上作发言交流。

最高人民法院副院长李少平同志出席评选活动总结会，最高院有关部门领导，全国各高院相关领导参加会议，部分专家学者和获奖案例作者受邀参会。

2011年3月，徐聪萍进入南京中院未成年人及家事案件庭工作，江苏省预防青少年犯罪先进个人，曾参与合议庭审理“郑东故意伤害案”，主审“南京虐童案”等社会关注案件，“南京虐童案”被最高法院评为2015年度十大刑事案件之一。此次，徐聪萍根据“南京虐童案”编写的案例《李征琴故意伤害案——轻微家庭暴力犯罪案件中被害人程序选择权的适用应体现未成年人利益最大化原则》又获殊荣。



“全国青年法官优秀案例评选”是由中国应用法学研究所和最高人民法院机关团委联合举办的一项活动。本次评选活动共收到全国法院选送案例6000余篇，涉及人民法院审判业务工作的各个领域。经过评审委员会初评、复

评和终评，最终选出特等奖 5 篇，一等奖 10 篇，二等奖 20 篇，三等奖 30 篇。

获奖案例全文如下：

## 李征琴故意伤害案

### ——轻微家庭暴力犯罪案件中被害人程序选择权的适用应体现未成年人利益最大化原则

作者：徐聪萍

单位：南京市中级人民法院

#### 关键词

未成年人利益最大化原则 被害人程序选择权 轻微家庭暴力犯罪

#### 裁判要旨

轻微家庭暴力犯罪案件中的被害人依法享有程序选择权，有选择公诉或者自诉的权利。该项权利是当事人对自己诉讼程序利益的处分权，并不是绝对的，应以当事人的行为能力为前提。被害人程序选择权与其他任何权利一样，存在权利边界。涉及未成年被害人时，被害人程序选择权的适用应受到未成年人利益最大化原则的限制，充分保障未成年人合法权益。

#### 相关法条

《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款，《中华人民共和国未成年人保护法》第三条第一款、第十条，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第 8 条、第 9 条，《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条第（一）项

#### 案件索引

一审：南京市浦口区人民法院(2015)浦少刑初字第 13 号（2015 年 9 月 30 日）

二审：南京市中级人民法院（2015）宁少刑终字第 19 号（2015 年 11 月 20 日）

#### 基本案情

南京市浦口区人民检察院指控：2013 年 6 月，被告人李征琴与其丈夫施某斌通过安徽省来安县民政局办理了收养施某某（男，2006 年 9 月 2 日生）的手续，并将其带回本市抚养。2015 年 3 月 31 日晚，在位于本市高新技术开发区星火南路 2 号 9 幢一单元 402 室的家中，李征琴认为施某某考试作弊、未完成课外阅读作业且说谎，先后使用抓痒耙、跳绳对施某某进行抽打，造成施某某体表分布范围较广泛的挫伤。经南京市公安局物证鉴定所鉴定，施某某躯干、四肢等部位挫伤面积为体表面积 10%，其所受损伤已构成轻伤一级。案发后，被告人李征琴于 2015 年 4 月 4 日经公安机关电话通知后到案接受调查，并如实供述了自己的主要罪行。被告人李征琴作为养母，因家庭教育方式不当，故意伤害被害人施某某身体，且造成施某某的损伤程度达到轻伤一级的严重后果，其行为符合《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款的规定，构成故意伤害罪。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十九条的规定，建议对其从宽处罚。提请依法判处。

被告人李征琴及其辩护人辩称：1、本案所涉法医学人体损伤程度鉴定书程序违法，该鉴定并非由两名鉴定人独立完成，背离鉴定规则的独立原则。该鉴定书鉴定意见关于“挫伤”定义采纳的标准错误，应当优先适用公安部刑事侦查局编写的《人体损伤程度鉴定标准释义》（以下简称《释义》）及司法部编写的《人体损伤程度鉴定标准适用指南》（以下简称《适用指南》）的权威解释，据此，“皮内出血”不属于“挫伤”，故施某某的伤情不构成轻伤，应认定李征琴无罪。2、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《意见》）第 8 条规定了被害人程序选择权，施某某及其生父母已经表达了不追究李征琴刑事责任的意见，应尊重被害人的程序选择，撤销该案件的审理。3、根据未成年人利益最大化原则，应尊重施某某希望与李征琴共同生活的意愿，保障施某某的现有生活条件。

法院经审理查明，被告人李征琴与施某斌于 2010 年登记结婚，婚前双方各有一女，2012 年下半年，李征琴夫妇将李征琴表妹张某某的儿子即被害人施某某（男，原籍安徽省来安县，案发时 8 周岁）带回本市抚养，施某某自此即处于李征琴的实际监护之下。2013 年 6 月，李征琴夫妇至安徽省来安县民政局办理了收养施某某的手续。2015 年 3 月 31 日晚，李征琴因认为施某某撒谎，在其家中先后使用竹制“抓痒耙”、塑料制“跳绳”对施某某进行抽打，造成施某某体表出现范围较广泛的 150 余处挫伤。

经南京市公安局物证鉴定所鉴定，施某某躯干、四肢等部位挫伤面积为体表面积 10%，其所受损伤已构成轻伤一级。

案发后，被告人李征琴于 2015 年 4 月 4 日经公安机关电话通知后主动到案接受调查。

另查明，案发后，公安机关依法从安徽省来安县民政局调取了收养人提交的收养材料，其中“收养当事人无子女证明”所盖印章与有权作出证明的单位印章不一致。被害人施某某的生父母张某某、桂某某与被告人李征琴达成和解协议，并对李征琴的行为表示谅解。

#### 裁判结果

南京市浦口区人民法院于 2015 年 9 月 30 日作出(2015)浦少刑初字第 13 号刑事判决，以李征琴犯故意伤害罪，

判处有期徒刑六个月。

宣判后，李征琴不服，向南京市中级人民法院提起上诉，南京市中级人民法院于2015年11月20日作出(2015)宁少刑终字第19号刑事裁定，裁定驳回上诉，维持原判。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：

#### 一、关于法医学人体损伤程度鉴定书的效力问题

##### (一) 关于鉴定程序是否合法

根据司法部《司法鉴定程序通则》第十九条规定，司法鉴定机构对同一鉴定事项，应当指定或者选择二名司法鉴定人共同进行鉴定。本案中，鉴定程序系由多个环节构成，伤情检查、拍照固定等仅为鉴定中部分环节，且该过程中亦有拍照人员、办案人员等其他参与人的见证，伤情照片系张飙以科学方法拍摄，贾力虽未与张飙同时参与至伤情检查，但其对张飙的检查结果亦已审核确认，二人经共同研究作出鉴定结论，符合相关规定中关于“共同进行鉴定”的要求，该鉴定程序合法有效，故对于李征琴及其辩护人、被害人的诉讼代理人关于鉴定程序不合法的意见，不予采纳。

##### (二) 关于鉴定结论是否正确

南京市物证鉴定所出具的法医学人体损伤程度鉴定书系依法定程序、采取科学方法作出，鉴定结论关于“挫伤”的认定依据了《法医病理学》教科书，符合法医学理论通说及理论沿革，故原审法院对该鉴定意见予以采信，并无不当。关于“挫伤”的概念，目前并无法律、法规及司法解释对此进行明确规定，现有法医学理论通说均认为挫伤包括了皮内和(或)皮下及软组织出血，该概念在法医学理论沿革中亦未曾变更。《法医病理学》系卫生部规划的法医学科专业教材，在无任何法律法规和行业规范的情况下，将教科书作为医学鉴定的依据，是鉴定中通常做法。而上诉人李征琴及其辩护人所引用的《释义》及《适用指南》既非规范性法律文件，亦非有权机关所作司法解释，其作为学术观点的一种，虽可在鉴定时作为参考，但不能当然否定教科书作为鉴定理论依据的通行做法，故李征琴及其辩护人提出该两部著作作为权威解释，应优先适用的意见无法律及理论依据，不予采纳。

#### 二、关于本案被害人的程序选择权问题

根据《意见》第8条规定，对于被害人有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件，在立案审查时，应当尊重被害人选择公诉或者自诉的权利。被害人不再要求公安机关处理或者要求转为自诉案件的，应当告知被害人向公安机关提交书面申请，经审查确系被害人自愿提出的，公安机关应当依法撤销案件。具体在本案中，被害人施某某的生母张某某虽已向公安机关递交书面材料要求对本案调解处理，被害人生父母亦已出具谅解书，表示对李征琴的谅解，但本案被害人系未满十周岁的未成年人，心智尚未成熟，其不具备独立判断能力及权利处分能力，而本案所涉刑事犯罪、人伦亲情及法律适用等复杂问题亦已当然超越未成年被害人独立判断和处分的认知和能力范围，其作为无民事行为能力人，不能认识到该项程序选择权的法律后果，其在庭审中出具的书信，表达不追究李征琴刑事责任亦不具有程序选择的法律意义。同时，因张某某、桂某某作为被害人生父母的同时，亦为上诉人李征琴的亲属，其考虑到物质生活及学习教育条件优越性比对及亲情关系等因素，代为作出希望本案调解处理的表达，不能当然代表被害人施某某的独立意思表示和根本利益诉求，公安机关未就此撤销案件，系出于对未成年人生命健康权的特殊保护，并不违反相关法律规定。

同时，根据《意见》第9条规定，对于家庭暴力犯罪自诉案件，被害人是无行为能力人、限制行为能力人，其法定代理人、近亲属没有告诉或者代为告诉的，人民检察院可以代为告诉。可见，《意见》对于无民事行为能力人、限制民事行为能力人采特殊保护之态度，赋予检察机关代为告诉的权利，以充分保障无民事行为能力人、限制民事行为能力人的合法权益。本案符合刑事诉讼法及其司法解释关于提起公诉的相关规定，故检察机关基于对未成年被害人的特殊保护原则，就本案提起公诉，并非无视其程序选择权，且被害人生父母提交的刑事谅解书亦已作为酌定从轻情节在量刑时予以考量，故对于李征琴及其辩护人、被害人的诉讼代理人的该项意见，不予采纳。

#### 三、关于在本案中如何体现未成年人利益最大化原则的问题

本案被害人施某某系未成年人，因其身心尚未成熟，缺乏独立生活能力，应予以特殊保护和照料。《中华人民共和国未成年人保护法》明确规定了未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。

本案系故意伤害刑事案件，上诉人李征琴虽出于对施某某的关心、教育，但其以暴力手段摧残施某某的身心健康，造成严重后果，已构成犯罪，具有社会危害性，应受到国家法律的惩处。未成年人的父母或其他监护人依法对其有抚养教育的权利和义务，但该项权利的行使不得超越法律边界，应受到国家法律的监督。未成年人并非父母或其他监护人的私有财产，其生命健康权不应以任何理由受到侵害，物质生活的优越性不应亦无法替代对未成年人生命健康及人格尊严的权利保障。国家作为未成年人的最终监护人，有权力亦有责任对侵害未成年人合法权利的行为进行监督、干预，此系国家公权力的合法行使，符合未成年人利益最大化原则的要求。

对于本案未成年被害人施某某，国家、社会均应给予充分关爱，尽可能愈合其所受身心创伤，回归正常生活轨

迹。相关部门现已为施某某提供了基本的住房、生活、教育保障，施某某亦表达了希望回原学校继续就读愿望，上诉人李征琴及其辩护人提出一审判决造成施某某辍学的意见与事实不符，对此不予采信。张某某、桂某某作为施某某的生父母，亦应对其多加关心，加强沟通，关注其身心健康，保障其生存、发展等基本权利的实现。

## 评析

### 一、被害人程序选择权的内涵

《意见》所规定的被害人程序选择权系该概念在立法中首次出现，此前法律法规对此并无规定。“程序选择权”的概念虽早已有之，但主要存在于民事诉讼领域，是民事诉讼当事人所享有的一项重要程序性权利。〔①〕由于传统理论认为，处分原则仅存在于民事诉讼领域中，因而当事人仅在民事诉讼中可以自由处分其实体权利和诉讼权利，而在刑事诉讼和行政诉讼中不得处分权利。〔②〕随着现代刑事诉讼理论的完善和发展，刑事诉讼当事人的主体地位逐渐得到认可，可处分性作为法律权利的基本属性得以确认，刑事诉讼当事人对自身诉讼权利的处分权受到法律确认。

本案所涉被害人程序选择权即是刑事诉讼当事人处分权的一种，是刑事诉讼当事人所享有的决定是否行使以及如何行使诉讼权利的自由，具体体现为对有关程序利益问题进行判断和选择的权利。〔③〕

《意见》第8条规定，对于被害人有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件，在立案审查时，应当尊重被害人选择公诉或者自诉的权利。被害人要求公安机关处理的，公安机关应当依法立案、侦查。在侦查过程中，被害人不再要求公安机关处理或者要求转为自诉案件的，应当告知被害人向公安机关提交书面申请。经审查确系被害人自愿提出的，公安机关应当依法撤销案件。被害人就这类案件向人民法院提起自诉的，人民法院应当依法受理。

可见，《意见》在规定公安机关、人民法院对有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件的受理与立案程序时，赋予了被害人选择公诉或者自诉，以及在公安机关立案后不再要求处理的权利。《意见》之所以作此规定，主要是基于家庭暴力案件的特殊性。此类犯罪是发生在家庭成员之间的犯罪，基于家庭关系的人伦亲情因素以及可修复性，公权力对此类犯罪案件的介入应审慎、有限度。规定被害人程序选择权的目的不仅在于保护公民的人身权利，也考虑到维系家庭和睦、社会稳定，是法律对于两种利益的权衡和取舍。

### 二、被害人程序选择权的行使应以行为能力为前提

《意见》虽明确规定了被害人程序选择权，强调在作出对被害人利益具有重大影响的处理决定时，应当充分听取并尊重被害人的意见，但轻微家庭暴力犯罪案件中被害人程序选择权是否在任何情况下均成立，该项权利的行使是否存在一定限制，现行规定对此并未明确，需要我们对于此类法律概念及条款作出进一步的解释。我们从法解释学角度，以文义解释、立法目的解释、体系解释等法律解释基本方法〔④〕对被害人程序选择权进行分析，认为该权利并不是绝对的，应以被害人的行为能力为前提。

第一，从文义解释来看。被害人程序选择权是被害人的诉讼处分权利，是被害人在法律规定的范围内依据自己的意愿决定程序利益的取舍，是意思自治原则在刑事诉讼领域的运用。显然，被害人进行程序选择系权利处分行为，这就当然要求其具有行为能力，行为能力是独立行使权利、承担义务的基础。而本案被害人系未满十周岁的未成年人，其在法律上系无行为能力人，不具备权利处分能力，其亦无法认识到该项程序选择的法律后果。因此，本案被害人所作出的不予追究李征琴责任的意思表示，不具有程序选择的法律意义。

第二，从立法目的解释来看。《意见》第8条规定被害人有程序选择权，主要是基于家庭暴力犯罪案件不同于其他刑事案件，犯罪行为发生在家庭内部，从促进家庭和谐、维系家庭关系来说，被害人有时出于感情、经济等因素，会考虑选择对轻微家庭暴力犯罪行为不予追究，其意愿有可能更符合家庭实际情况，更有利于解决家庭成员之间矛盾，修复家庭关系。因此，《意见》所规定的程序选择权应当是针对具备独立判断能力的被害人而言，否则，《意见》体现的公权力依法介入、干预家庭暴力的立法目的将会落空。本案被害人尚年幼，心智尚未成熟，本案所涉刑事犯罪与人伦亲情的取舍已完全超越其独立判断的认知范围，应否定其具有任意选择是否要求追究被告人刑事责任的权利。

第三，从体系解释来看。《意见》第8条与《意见》第9条〔⑤〕相互呼应，无论从逻辑关系，还是从内在价值判断来看，两者关于强化对家暴被害人保护的内在精神均是一致的，应将二者结合起来进行解读。《意见》第8条规定了被害人的程序选择权，第9条则规定了通过代为告诉保障被害人的诉讼权利。根据第9条的规定，检察机关对于家庭暴力犯罪案件的被害人系无行为能力人、限制行为能力人，其法定代理人、近亲属没有告诉或代为告诉的，可以代为告诉。该条规定从内在价值判断来看，与第8条相呼应，体现对被害人的保护，而该条更强调对无行为能力及限制行为能力被害人的特殊保护。根据举轻以明重原则，检察机关对于自诉案件尚可提起公诉，对于本案符合刑事诉讼法及其司法解释所规定的可以提起公诉的案件，基于对未成年被害人特殊保护原则提起公诉，符合法律规定，既与保护被害人的价值判断相一致，亦在法律体例上协合统一，不生冲突。

### 三、未成年人利益最大化原则在本案中的适用

任何权利都不是绝对的、不受限制的，没有界限的权利往往导致对权利自身的否定，因而被害人程序选择权同样面临权利边界，存在适度限制的问题，即如何合理使用的问题。具体到本案，因涉及到未成年被害人，不仅仅是被害人程序选择权的适用问题，本案的审理均应在未成年人权利保护的范围内进行，以未成年人利益最大化为限。

### （一）未成年人利益最大化原则是审理涉未成年人案件的基本准则

联合国《儿童权利公约》确立了儿童利益最大化原则，要求“关于儿童的一切行为，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”。我国已于1990年签署该公约，这一原则也已成为国际社会处理儿童问题时的基本准则。同时，《中华人民共和国未成年人保护法》亦明确规定了未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。本案被害人施某某系未成年人，身心尚未成熟，缺乏独立生活能力，应予以特殊保护和照料，本案的审理亦应遵循未成年人利益最大化原则。

### （二）应在法律框架下给予全社会未成年人最大限度保护

本案的审理结果符合未成年人利益最大化原则，系在法律框架下对未成年人的最大限度保护。首先，本案系发生在家庭内部的故意伤害刑事案件，李征琴虽在平时的生活中对施某某较为关心、爱护，但其以暴力手段摧残施某某的身心健康，造成严重后果，已构成犯罪，具有社会危害性，应受到国家法律的惩处。第二，未成年人的父母或其他监护人依法对其有抚养教育的权利和义务，但该项权利的行使不得超越法律边界，应受到国家法律的监督。未成年人系具有独立人格的生命体，并非父母的私有财产，其生命健康权不应以任何理由受到侵害。国家作为未成年人的最终监护人，有权力亦有责任对侵害未成年人合法权利的行为进行监督、干预，此系国家公权力的合法行使，符合未成年人利益最大化原则的要求。第三，应全面考量未成年人利益最大化原则。具体到本案，从被害人施某某个体角度来看，未成年人利益最大化并不等同于物质利益最大化，李征琴虽为施某某提供了较好的物质生活、学习条件，但物质生活的优越性并非未成年人健康成长的唯一保障及衡量标准，物质条件不应亦无法替代对未成年人生命健康及人格尊严的权利保障。因此，不能仅因李征琴与施某某的生父母相比能为其提供更好的物质生活条件，而认定施某某与李征琴共同生活才是利益最大化的实现。从全社会未成年人群体角度来看，本案反映了社会传统教育理念与现代法治文明的碰撞，本案的审理结果向社会传达了未成年人权利保护的理念，批判传统家长威权主义教育方式，倡导亲子之间科学良性沟通，长远来看，是对全社会未成年人群体的利益保护。本案审理中，相关部门已为施某某提供了基本的住房、生活、教育保障。国家、社会，尤其是施某某亲属，应在今后给予其充分关爱，对其尽可能正面引导、纾解负面情绪，关注其身心健康，早日愈合其所受身心创伤，回归正常生活轨迹。司法机关等相关部门也将在今后继续关心被害人施某某的生活、学习状况，为其提供相应的保障与帮助。本案被最高人民法院评为2015年度十大刑事案件，以及四起侵犯妇女儿童权益犯罪典型案例之一，本案的审理充分体现国家公权力对儿童权益的保障，收到良好的法律效果与社会效果。

[①]我国台湾地区著名学者邱联恭先生最早提出“程序选择权”这一概念，认为程序选择权体现了立法对当事人诉讼主体思维的尊重，让当事人自己在发现案件真实与促进程序二者之间权衡，从而增加诉讼结果的权威性和可接受性。

[②]参见江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社1999年版，第316页。

[③]陈卫东、胡之芳：《关于刑事被告人处分权的思考》，《政治与法律》2004年第4期，第123页。

[④]参见王泽鉴著：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第212页。

[⑤]《意见》第9条规定，对于家庭暴力犯罪自诉案件，被害人无法告诉或者不能亲自告诉的，其法定代理人、近亲属可以告诉或者代为告诉；被害人是无行为能力人、限制行为能力人，其法定代理人、近亲属没有告诉或者代为告诉的，人民检察院可以告诉；侮辱、暴力干涉婚姻自由等告诉才处理的案件，被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院也可以告诉。人民法院对告诉或者代为告诉的，应当依法受理。

## 反家暴 专门法庭都做了什么

2016-06-19 人民法院报 王道强

反家庭暴力法自3月1日起施行已有三个多月，“反家暴”成为热议的话题。江苏省徐州市贾汪区人民法院于2012年成立具有独立编制的家事审判庭。2014年10月，该院又成立家事司法中心，内设反家暴临时庇护所，至今已对17起案件的家暴受害人提供临时司法庇护，签发人身安全保护令109起。贾汪区法院对涉家暴案件实行专人审理、动态跟踪管理，积累了哪些经验？当事人又该如何保护自身合法权益，免受家庭暴力侵害？

### 当庭打人被认定家庭暴力

汪某和陈某结婚后，共同经营水产品养殖场，生意越来越好。腰包鼓了，丈夫汪某便移情别恋与“小三”鹿某暗中勾搭。两年来，汪某和陈某的矛盾不断升级，从争吵发展到多次殴打。去年，汪某起诉离婚，陈某考虑两个孩子尚小需要父母的双重保护而不同意离婚。

陈某陈述，因不同意离婚经常受到汪某的殴打，请求法院给予人身安全保护。汪某反驳，那只是夫妻间的争吵，没有殴打行为，不构成家庭暴力。两人在法庭上为是否离婚、是否存在家庭暴力吵得不可开交。

休庭期间，汪某走到陈某身旁突然一拳朝陈某的头部打去，陈某当场意识模糊并情绪失控。

贾汪区法院当即对汪某采取处罚 5000 元的制裁措施，同时制作了人身安全保护令当庭送达给汪某。法院认为，虽然没有查明汪某实施家庭暴力的经常性和持续性，但汪某在休庭后的过激行为和对陈某的伤害后果足以认定为家庭暴力。两个月后，在法院的调解下，双方离婚，两个孩子由陈某抚养教育，汪某按月支付抚养费，水产品养殖场归汪某所有，汪某支付陈某 60 万元。

#### ■法官点评

反家庭暴力法第二条规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。可见家庭暴力的经常性和持续性特征仅是大多数家暴案件的共性特征。在个案中，施暴者的加害手段、加害程度及加害后果是认定家庭暴力是否成立的最重要依据，即便是仅有的一次殴打，如果存在手段卑劣、后果严重的事实，同样构成家庭暴力。

本案中，汪某在法院即不能控制自己，当庭殴打陈某，并造成一定后果，可以推定陈某陈述经常被汪某殴打的事实真实可信，依法认定家庭暴力成立。

对于因家庭暴力造成夫妻感情破裂的案件，在子女的抚养上，原则上判归受害者一方抚养，以彻底斩断家庭暴力代际相传的基础。在财产分割上，应充分保护受害方和未成年子女的利益。

#### 短信威胁前妻构成精神暴力

李某和马某因感情不和离婚，随后又因遗漏的财产未分割产生纠纷，再次形成诉讼。马某拒绝到庭参加诉讼，还不断发短信对前妻李某进行威胁、恐吓、骚扰。李某将这一情况告知了法庭，法庭与马某电话沟通后，马某仍不收敛。

法庭调查得知，在纠纷前马某就曾到李某的单位进行谩骂和骚扰，李某整日担惊受怕，为此还三次搬家躲避。

法院认为，马某用短信对李某持续进行威胁、恐吓，给李某造成巨大心理压力，已构成家庭暴力，遂制作人身安全保护令向马某送达，同时向马某所在地派出所、居委会和当地妇联送达。

经公安机关备案和约谈，马某未再进行短信威胁、恐吓和骚扰。该案为婚姻无效后财产分割纠纷，双方争议主要为婚姻存续期间房产的归属，最终法院判决房屋归受害方李某所有。

#### ■法官点评

反家庭暴力法的适用范围主要在家庭成员之间，但因具有同居关系、恋爱关系等共同生活成员之间的暴力行为本质上与家庭成员之间发生的暴力行为无异，故反家庭暴力法在附则中规定此种情况参照该法执行。

本案中，李某与马某系前配偶关系，马某实施的精神暴力依附于曾经的夫妻关系，依附于曾经共同生活，依附于夫妻关系存续期间对李某的实际控制，故法院制作人身安全保护令对马某进行制裁，对李某进行保护是符合反家庭暴力法的立法本义和基本精神的。

应该指出的是，因反家庭暴力法附则中规定，参照该法执行的是“家庭成员以外‘共同生活的人’之间实施的暴力行为”，故前配偶之间发生的暴力行为，我们原则上掌握在双方离婚后一年之内，一年以后发生的，原则上不适用反家庭暴力法的规定。

#### 长期遭受家暴诉离婚获支持

50 多岁的尹某提出与丈夫丁某离婚。据尹某陈述，婚后 30 年她一直在家庭暴力中度过，现在，孩子成家立业，她终于鼓起勇气提出离婚。尹某的丈夫丁某，是一名煤矿职工，30 年来经常殴打尹某，而且没有任何理由。2012 年，丁某退休后经常喝酒，酒后更是变本加厉地殴打尹某。尹某的两个儿子将这一切都看在了眼里，他们都支持母亲尹某提出离婚。

第一次开庭，丁某不认可家暴行为，不同意离婚。法庭通知丁某的两个儿子第二次开庭到庭作证，丁某索性缺席，不与两个儿子质证。两个儿子均当庭证明母亲长期遭受家暴。

法院认为，丁某两个儿子的证言真实可信，丁某对尹某实施家庭暴力的事实清楚，尹某长期遭受家庭暴力伤害，夫妻感情确已破裂，准予离婚。鉴于双方目前同住一村，见面发生纠纷的可能性很大，应尹某的请求，法院为尹某制作了人身安全保护令，向丁某送达，同时向当地派出所、妇联及丁某所在村委会同时送达。判决书生效后，主审法官邀请派出所干警、妇联干部，丁某所在村委会领导共同与丁某约谈，丁某没有发生违反人身安全保护令的行为。

#### ■法官点评

家事案件具有较强的私密性，家庭暴力行为更是隐私中的隐私，一般不为他人所了解和掌握。除情节轻微情形外，家暴受害人大多处于自卑、胆怯、懦弱、忍让和孤立无助的状态中，一般不会注意搜集和保存家暴证据，造成审判实践中大量的家暴行为难以在法律上予以认定。

对家庭暴力行为的认定还是有规律可循的。认定家暴事实成立，受害人对家暴过程的语言描述和在语言描述中的肢体状态、面部表情等，都为认定家暴行为是否成立提供了重要心证依据；受害者近亲属、邻居等证人证言及基

层组织反映的情况应予以足够的重视；应灵活运用证据规则，合理分配举证责任，适当降低证明标准。如对人身伤害明显存在的，可认定受害者完成举证责任，施暴者否认的，转换为施暴者负举证责任。再如，以精神伤害为主的暴力行为，受害人已经表现出恐惧、惊吓、逃避状态的，根据受害人陈述，已基本达到可以心证程度的，法院即可推定精神暴力成立或将举证责任转移给施暴者。

反家庭暴力法明确规定人身安全保护令由人民法院执行，但人身安全保护令的执行是一个动态的过程，要达到遏制施暴行为的预期效果，必须注重公安机关、居民委员会、村民委员会协助执行的重要作用。人身安全保护令原则上要由人民法院直接送达给施暴者并做好送达告知笔录，同时应将人身安全保护令直接送达公安机关和施暴者所在地的居民委员会、村民委员会，便于公安机关、居民委员会、村民委员会了解情况，监督加害人不再实施家庭暴力，强化人身安全保护令的执行效果。

#### 保护令助推夫妻感情修复

赵某与张某婚后5年夫妻感情较好，家中经济条件也颇殷实。2014年生女儿小赵后，双方常因家庭琐事发生纠纷，由于不能有效沟通，赵某即以殴打张某的方式予以解决，导致张某的身心健康受到伤害，夫妻感情受到影响。张某要求离婚的同时请求法院提供人身安全保护。但在法庭上，张某陈述其本意并不希望离婚，只要确保赵某不再殴打自己，愿意原谅赵某。赵某对多次殴打张某的事实予以认可，但认为每次殴打程度轻微，没有给张某造成实质性的伤害，愿意痛改前非，保证不再殴打张某，请求法院调解和好。

法院认为，夫妻人格地位平等，各享有人身自由。赵某采用殴打张某的方式解决家庭问题违反了婚姻法关于夫妻间男女平等、互相尊重、维护平等、和睦、文明婚姻家庭关系及严禁家庭暴力的规定，是夫妻感情受到严重影响的主要原因。鉴于家庭暴力程度较为轻微，张某愿意附条件地原谅赵某，赵某亦表示了彻底反省、坚决改过的决心，法院调解双方和好。同时，法院依法为张某制作了人身安全保护令，当庭向赵某送达，告知其违反人身安全保护令的后果，责令赵某不得以任何理由殴打张某。法院又将人身安全保护令分别向公安、赵某所在的居民委员会送达，告知定期监督和协助执行。至今，赵某没有再对张某实施家庭暴力，小夫妻真正和好。

#### ■法官点评

产生家庭暴力的原因复杂多样，但无论什么原因，在家庭暴力产生的初期进行坚决的打击，阻断家庭暴力惯性的形成非常关键，所以家庭暴力的预防尤为重要。对于结婚时间较短的夫妻，发现存在家庭暴力行为的，按照反家庭暴力法的规定，相关部门及时介入，采取相应的措施，即可有效地遏制家庭暴力的经常性发展势头。

本案中，张某要求人身安全保护依附于离婚诉讼提出。反家庭暴力法实施后，受害人可以不依附于其他诉讼直接向人民法院提出人身安全保护申请，人民法院应依法及时予以立案受理并在72小时内作出人身安全保护令，情况紧急的，应该在24小时内作出人身安全保护令。

审判实践中，许多法官认为，婚姻法第四十六条规定了损害赔偿制度，如果为受害人制作人身安全保护令，即意味着受害人可凭人身安全保护令要求施暴者给予损害赔偿。故此，对于人身安全保护申请审查过于严格，没有确凿证据证明存在家庭暴力的，即不予制作人身安全保护令，势必会造成大量的家庭暴力受害者不会得到人身安全保护令的保护，许多可以挽回的婚姻也会很快因家庭暴力的存在而走向破裂。然而，上述认识存在事实上的误区，按照反家庭暴力法第二十三条的规定，人身安全保护令的重要作用体现在两个方面：一是对家庭暴力进行打击和制裁，目的是遏制家庭暴力的再次发生；二是对存在家庭暴力危险的予以预防，目的是避免家庭暴力的发生。所以，制作人身安全保护令和损害赔偿并没有必然的联系，上述误区应当予以澄清。

#### ■司法观察

##### 遏制家庭暴力

##### 预防尤为重要

我国家庭暴力的现象普遍存在，据贾汪区法院院长李徐州介绍，在该院审理的离婚案件中，近30%的案件原告主张离婚，原因为不堪忍受家庭暴力的侵扰，经过开庭审理，近8%的案件可以认定家庭暴力成立。受害者因受家庭暴力的侵扰，不仅身体上受到折磨，精神上亦万分痛苦，长期生活在恐惧之中。更有甚者，因家庭暴力伤害甚至杀人，社会危害十分明显。

人身安全保护令，是为预防和制止家庭暴力而设立，专门为家庭暴力受害人提供民事法律救济的民事强制措施。新修订的民事诉讼法引入了行为保全制度，人身安全保护令有了可供具体操作的法律依据。李徐州介绍说，该院5年共计制作人身安全保护令109例，慑于人身安全保护令的威力，没有受害人受到施暴者的再次伤害。反家庭暴力法实施后，人身安全保护令发挥了更大的作用。人身安全保护令等于在施暴者与受害者之间竖立了一道隔离墙，经过认真监督执行，可以有效阻断家庭暴力的再次发生。

2014年11月24日，贾汪区法院在全国法院中率先成立了反家暴临时庇护所。与贾汪区法院其他庄严的法庭不同，反家暴临时庇护所，是长廊深处一个温馨的空间。20多平方米的房间，两张松木小床各放一边，中间是一个写字台，旁边还有衣柜等日常家具。墙上的装饰画、暖色的窗帘，都让这里充满了家的味道。

李徐州介绍，反家暴临时庇护所是针对受害人遭受家庭暴力而又无处避难而采取的临时性救助措施，可在短时

间内为受害人提供安全保护，可为人民法院对施暴者采取强制措施预留一定的准备时间，可为受害人选择安全的避难方式预留参考时间。1年多来，该临时庇护所安置了17例家暴受害人，虽然安置时间都很短，多在24小时之内，但对避免矛盾激化、遏制加害行为、有效保护受害人人身安全起到了很好的作用。

李徐州认为，起诉到法院的家暴行为往往比较严重，大多数的婚姻关系面临着解体，所以，对家暴行为的预防尤显重要。李徐州提出三点意见：一是加大宣传力度，让老百姓都知道有这么一部法律，家庭暴力不是私事，是违法行为，国家公权力有权提前介入；二是反家庭暴力法规定的各责任部门务必要提高认识，要依法主动行使好反家庭暴力的法定职权，发现家庭暴力及时处理，将家庭暴力遏制在萌芽状态；三是法院、公安、妇联等部门要密切配合，才能共同做好施暴者的矫治和惩处工作。

### 公产权房“承租权”能否继承？

2016-06-19 天津市高级人民法院 李超

按照以往的政策规定，公产权房是国家或集体财产，作为承租人其享有的是“公房居住权”，不能作为私有财产被继承。根据《继承法》，遗产是指“公民死亡时遗留的个人合法财产”，包括其收入、房屋、储蓄、生活用品和生产资料等等。公产权房承租权是对他人的房屋以居住为目的而加以使用的权利，不能随意的让渡和继承。而同时公有住房使用权的取得是基于计划经济时代职工低收入的特殊状况而享受的“高福利”，如果任意将公有住房列入遗产继承，势必造成国有资产流失。

然而随着市场化的不断发展，公有住房的承租权也产生了越来越多的经济价值，在政策上日趋“私有化”。例如，《天津市公有住房变更承租人管理办法》第5条规定：“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、父母等亲属，可以申请办理变更承租人过户手续。”这一规定确定的有权继续承租人的范围与法定继承第一顺位继承人的范围完全一致。《天津市公有住房变更承租人管理办法》第7条又规定，“公有住房承租人死亡后没有符合第五条规定过户条件人员的，承租人的兄弟姐妹可以在本市主要报纸刊登公告，公告三个月期满无异议的，可以申请过户。”第9条规定：“承租人死亡的，其配偶、子女、父母以外同户籍的其他亲属，出具经公证的符合过户条件人员放弃承租权、同意过户给其他亲属的协议书，也可以申请过户。符合过户条件的人员仅有一人的，可以出具经公证的过户声明。”这两个条文规定将继续承租人的范围扩展至原承租人的兄弟姐妹及外同户籍的其他亲属，而兄弟姐妹正是法定继承中第二顺位继承人之一。《天津市公有住房变更承租人管理办法》第6条规定：“公有住房承租人死亡的，新的承租人通过以下方式确定：（一）公有住房承租人生前可以指定其配偶、子女、父母或者其他同户籍亲属在其死亡后继续承租公有住房；（二）公有住房承租人生前未指定承租人的，其配偶、子女、父母可以申请过户。承租人子女已故的，已故子女的子女可以申请过户。”这条规定实际上承认了公产权房承租权可以通过遗嘱来继承，并在事实上承认了代位继承。可以说，天津市的规定在公产权房承租权的保护上已趋近于对私产权房。此外，有的法院在司法政策中直接承认了公产权房承租权的可继承性。例如，沈阳市中级人民法院《关于审理房地产案件若干问题的处理意见（之二）》规定：“根据公有住房使用权的性质，可以作为遗产进行继承。无论是基于单位分配而获得的公房使用权还是通过市场交易而取得的使用权，均应允许对其所体现的财产权益继承。在发生继承争议时可参照《最高人民法院关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》第二十条的规定精神处理。即：各继承人就作为遗产的使用权房屋的价值及归属达成协议，按协议处理；无法达成协议的，人民法院可按以下情形分别处理：1、各方均主张作为承租代表人承租房屋的并且同意竞价取得的，应当准许；2、一方主张房屋使用权的，就价值不能达成一致的，可由评估机构按市场价格对房屋使用权作出评估，取得房屋使用权的一方应按继承份额给予另一方相应的补偿；3、双方均不主张房屋使用权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割。”

大部分地区对公产权房承租权的保护尚未达到这一高度，但对继续承租人的范围仍是比较宽松。例如，《上海市房屋租赁条例》第41条规定：“房屋租赁期间租赁当事人死亡或者依法变更、终止的，租赁关系按照下列规定处理：（一）出租人死亡或者依法终止的，由房屋所有权的继承人或者继承人继续履行租赁合同。（二）居住房屋承租人死亡的，其生前共同居住人可以继续履行租赁合同。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。（三）非居住房屋承租人死亡或者依法终止的，租赁合同依法变更或者终止。（四）租赁当事人依法分立、合并的，由变更后的当事人继续履行租赁合同。前款第（二）项规定中可以继续履行租赁合同者有多人的，应当协商确定承租人。协商一致的，出租人应当变更承租人；协商不一致的，由出租人在可以继续履行租赁合同者中确定承租人。租赁关系变更后，原承租人的生前共同居住人仍享有居住权。”《上海市房地资源局关于贯彻实施《上海市房屋租赁条例》的意见（二）》对“公有居住房屋承租户名的变更”作了进一步规定：“《上海市房屋租赁条例》中所称公有居住房屋的“共同居住人”是指公有居住房屋的承租人死亡或者变更租赁关系时，在该承租房屋处实际居住生活一年以上（特殊情况除外）而且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人，结婚、出生可以不受上述条件的限制。……承租人死亡的，其生前在本处有本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。协商不一致的，出租人应当按照前款规定书面确定承租人。承租人死亡，其生前在本处无本市常住户口的共同居住人的，其生前具有本

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。协商不一致的，出租人应当按照下列顺序书面确定承租人：（一）原承租人的配偶；（二）原承租人的子女（按他处住房情况）；（三）原承租人的父母；（四）原承租人的其他直系亲属（按他处住房情况）。”

这些规定虽然体现了各地在否定公有住房承租权作为遗产上面的动摇，但也应当看到，规定公有住房使用权过户只能由一人申请过户，符合过户条件的家庭成员有两人以上（含两人）的，应当达成一致意见后方申请过户，这也反映出了其对是否适用《继承法》等法规时的犹豫与困惑。至少，现在我国在立法上还没有确定公产房承租权的私有属性，我们也期待公产房承租权作为“物权客体”被立法所承认。

司法实践中，在公产房承租人死亡后因为家庭成员之间无法达成一致意见而成讼较为普遍。对于原承租人死亡后公产房变更承租人过程中家庭成员之间存在承租权纠纷的民事案件，各法院的处理方式差别较大：有的法院认为，此类案件应为行政诉讼受案范围，不予受理；有的法院给予立案，但在案件审理过程中对于不能经过调解达成一致意见的，驳回原告起诉；少数法院对此类案件依照继承法的相关规则进行处理。

应当说，对于此类案件，目前大部分法院的处理方式是作为行政案件立案受理，而驳回民事案件的起诉。部分地区的司法政策也持同样立场。

例如，北京市高级人民法院《关于因直管公房租赁引发纠纷的受理问题的意见》规定，对于“直管公房承租人死亡后，承租人的共同居住人对政府公房管理部门或直管公房经营管理单位依职权变更直管公房承租人不服提起的诉讼”，“由于涉及政府公房管理部门或直管公房经营管理单位依据其房管职权审查当事人承租资格问题，具有行政管理性质，双方法律地位不平等，应作为行政案件立案受理”。

又如，天津市高级人民法院《关于因直管公产房屋租赁产生争议案件受理问题的审判委员会纪要》规定，“当事人之间因变更直管公产房屋承租人发生争议提起民事诉讼的，不属于民事案件受案范围，人民法院应当告知其向相应的负责管理直管公产房屋的行政机关或授权的经营管理单位申请变更。”“对房屋管理机关依职权变更直管公产房屋承租人不服的；申请变更直管公产房屋承租人，房屋管理机关拒绝履行或者不予答复的；人民法院认为应当受理的其他因直管公产房屋租赁产生争议的行政诉讼”，应作为行政诉讼案件受理。

承租人死亡后，符合申请住房租赁过户的家庭成员无法达成协议的，司法实践亦有按继承规则处理的判例，比较有代表性的是王淑娟诉张洁、第三人天津市宗教房产公司房屋租赁合同纠纷案。该案系再审案件。该案生效裁判认为：“关于上诉人认为再审判决违背了公产房不属于遗产范围、不可以继承的法律规定，要求自己承租诉争房。诉争房虽系宗教产公房，但该房屋允许上市置换交易，可直接变现为金钱，具有财产价值，对于该公产房屋所体现的财产权益应比照私有财产的规则进行处理。”对于公产房承租权比照私有财产的保护规则进行处理，该案殊值借鉴。

## 夫妻共同债务的认定规则

2016-06-22 民商事实务 济南中院 邢景明 李富建

来源：《人民司法·应用》2016年第一期

### 一、问题的提出

民间借贷纠纷案件中，对夫妻一方举债是否构成夫妻共同债务，历来是审判实践中的热点、难点问题。近年来，从审判实践发现，夫妻合谋逃避夫妻共同债务损害债权人利益的现象已不突出，而夫妻一方恶意举债或与亲戚朋友恶意串通虚构债务损害配偶利益的现象逐渐增多。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称民间借贷司法解释）于2015年9月1日正式实施，但涉及夫妻共同债务的问题最终因争议太大予以回避。由于在事实认定、举证责任分配以及法律适用等方面都存在很大分歧，各地法院甚至同一法院不同合议庭之间的裁判规则不一致，有关夫妻共同债务的案件出现大量的“同案不同判”现象。

实践中很多案例均根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）第二十四条的规定，对夫妻一方对外举债的情形，对借款目的、用途不加区分一律“应当按照夫妻共同债务处理”，衍生出许多新的问题。如某法院一审查明男方将巨额借款提供给婚外情人实际消费，故判决由男方个人偿还，但二审和再审均适用《婚姻法解释（二）》第二十四条认定为夫妻共同债务，导致女方上访不断，妇联组织也对二审和再审判决表示不满。济南市几个基层法院受理了若干债权人分别起诉刘某其及妻子张某某的民间借贷纠纷案，经查刘某的情人因涉嫌非法吸收公众存款罪被逮捕，涉案金额高达数千万元。刘某除利用其银行工作人员信誉为其情人担保借款外，同时以本人名义借款累计上千万转交其情人使用。因诉讼期间刘某病故，故一审判决均适用《婚姻法解释（二）》第二十四条认定为夫妻共同债务，判决由张某某承担还款责任。而张某某主张其夫妻关系早就名存实亡，只是为了孩子没有及时离婚，家庭所有财产已经被刘某处分还债，后来为生活所迫离婚，仅靠自己微薄的工资维持母女生计，故坚持对借款不知情，不认可是夫妻共同债务。开始起诉的案件标的额只有几万元、十多万元，通过调解其主动归还了一部分。但债权人起诉的越来越多，标的额越来越大，为审判和执行都带来困难。如何正确理解适用《婚姻法解释（二）》第二十四条成为急需解决的实践难题。

### 二、认定夫妻共同债务的若干规则解析

夫妻共同债务，是指双方或一方为共同生活需要或为履行抚养、扶养、赡养义务所负的债务。1 司法实践中，主要涉及离婚和民间借贷两类案件，在离婚纠纷（或离婚后财产纠纷等）案件中因处理的是内部关系，一般按照“谁主张谁举证”的原则处理夫妻共同债务问题。另外，由于债权人不参加离婚案件的诉讼，在事实无法查清的情况下，法院往往告知债权人另行起诉解决。但在民间借贷纠纷案件中，处理的是债权人与作为债务人的夫妻之间的外部关系，认定是否为夫妻共同债务的基本规则并不一致，目前主要有三种观点。

第一种观点认为，应当严格适用《婚姻法解释（二）》第二十四条，即只要夫妻一方在婚姻关系存续期间对外举债，原则上认定为夫妻共同债务，例外情形包括双方约定为个人债务或夫妻财产实行分别所有制且债权人知情等情形，需要举债人的配偶举证。最高人民法院《民事审判指导与参考》研究组在回答“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义对外负债，但所借款项没有用于夫妻共同生活的，债权人能否要求夫妻双方连带偿还”这一问题时作了肯定答复。2 其理解《婚姻法解释（二）》第二十四规定精神，认为债务人将所借款项是否用于夫妻共同生活，债权人在出借款项之后没办法也没义务监管，债务人及其配偶也不能以此对抗善意债权人而作为不承担连带清偿责任的理由。若债务人和其配偶离婚的，在离婚诉讼或者就此单独提起的诉讼中，债务人的配偶可依据《婚姻法》第四十一条的规定主张该债务没有用于夫妻共同生活，应由债务人一人承担，从而就已经向债权人清偿的部分向债务人追偿。

该观点在实践中被广泛接受，因为这样可以将夫妻共同债务的认定变得更加简单，减低了法官审案的风险和责任。但是如此简单的推定事实，有违社会公平正义。

第二种观点认为，应当根据借款用途确认是否为夫妻共同债务，即有条件的适用《婚姻法解释（二）》第二十四条，但将举证责任分配给举债人的配偶。最高人民法院答复江苏省高级人民法院请示作出的《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》〔（2014）民一他字第10号〕中认为，在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。全国民事审判会议2015年青岛片区研讨会研讨材料征求意见稿就夫妻共同债务认定亦做出了同样的建议。显然，如果举债人将借款用于诸如吸毒、赌博、嫖娼等非法目的，或者与他人串通恶意举债损害其配偶利益，是不会让其配偶知情的，此时让举债人配偶举证证明借款虚假或者证明未用于家庭共同生活等消极事实，违背了基本的证据规则，举债人配偶的利益难以得到维护。但相比

而言，最高人民法院的上述答复是对第一种观点的重大修正和突破。本文前述第一个案例已经查明借款用途系用于男方婚外情人消费，适用该答复即可认定为举债人个人债务。

第三种观点认为，应根据借款的目的、用途区分日常家事行为还是商事行为，依据《婚姻法》第十九条第三款、第四十一条，《婚姻法司法解释（二）》第二十四条的规定，综合认定是否为夫妻共同债务。

1. 山东省高级人民法院2011年民事审判会议纪要认为，依据《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。依该规定的立法本意理解，“为夫妻共同生活”所负债务，是构成夫妻共同债务的本质特征。以个人名义举债所负债务是否构成夫妻共同债务，除根据《婚姻法司法解释（二）》第二十四条的规定认定外，还要从夫妻双方是否具有共同举债的合意和所负的债务是否用于夫妻共同生活等加以判断认定，不能简单地将婚姻关系存续期间，夫妻个人一方的举债推定为夫妻共同债务。在举证责任的分配上，举债人主张属于夫妻共同债务的，应当承担举证责任，即证明举债用于夫妻共同生活或夫妻有共同举债的合意，否则其主张不予支持。

2. 最高人民法院民事审判第一庭在《建立和完善我国民间借贷法律规制的报告》中明确提出，婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义借贷用于家庭日常生活的，应认定为夫妻共同债务；超出日常生活需要范围的，认定为个人债务，但下列情形除外：（1）债权人能够证明负债所取得的财产用于家庭共同生活、经营所需的；（2）夫妻另一方事后予以追认的。3 该观点将是否用于家庭日常生活作为认定夫妻共同债务的分水岭，并从行为意义和结果意义两方面对举证责任作了分配。

3. 最高法院民事审判第一庭高级法官吴晓芳在《婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答》中提出，夫妻在日常家庭事务范围内互为代理人，互有代理权。即在日常家事代理权范围内一方所欠债务应认定为夫妻共同债务，双方共同担责。超出日常家事代理权范围的行为，由行为人自己承担责任，所欠债务为个人债务。但第三人有理由相信行为人有代理权的可以适用表见代理。4

笔者认为，第三种观点辩证地理解、适用《婚姻法司法解释（二）》第二十四条，更符合当前的生活实际和审判实践，有利于平等保护债权人和夫妻双方的利益，有利于维护诚信和谐稳定的家庭关系。

### 三、夫妻共同债务的性质、特征和法理基础

（一）夫妻共同债务的本质属性和特征——“为了”夫妻共同生活所负债务。《婚姻法》第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。明确指出了夫妻共同债务的本质特征，“为了”夫妻共同生活体现了借款的目的和实际用途主客观两个方面。借款实际用途是决定是否构成夫妻共同债务的客观标准，只要查

明借款用途实际用于家庭共同生活，无论是否有举债的合意，均应作为共同债务由夫妻双方共同偿还。而夫妻一方为了家庭共同生活而举债之借款目的，债权人为了帮助举债人解决家庭生活所需之出借目的，则是债权人和举债人分别主张构成夫妻共同债务的主观标准，也是最终适用“推定”的逻辑前提。

(二) 一人举债夫妻共同担责的法律依据与法理基础——家事代理或表见代理。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第十七条第一款第(一)项规定：“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定”。该规定首次从法律层面确立了夫妻之间的日常家事代理权。该条第(二)项规定“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”即对不属于家事代理权范畴的行为，仅在构成表见代理时约束夫妻双方。

夫妻日常家事代理权又称夫妻相互代理权，指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时互为代理的权利。被代理方须对代理方从事日常家事行为所产生的债务承担连带责任。

日常家事代理权的行使一般以日常家事为限。日常家事是指夫妻双方及他们共同的未成年子女的共同生活通常必要的一切事项。台湾学者史尚宽认为，日常家事代理的范围，“一家之食物，光热、衣着等的购买，保健、(正当)娱乐、医疗、子女的教育、家具及日常生活用品之购置，女仆、家庭教师之雇佣，亲友之馈赠，报纸杂志之订购等皆包含在内”。最高法院关于《婚姻法司法解释(二)》第二十四条的理解与适用中，就夫妻共同债务分列了7类，其中前5项应当属于因行使家事代理权形成的夫妻共同债务，具体为：(1) 一方为家庭生活所负的债务。如购置共同生活用品所负债务；购买、装修共同居住的住房所负的债务；为支付一方医疗费用所负的债务。(2) 一方为履行法定扶养义务所负的债务。(3) 一方为履行法定赡养义务所负的债务。(4) 一方为支付夫妻一方或双方的教育、培训费用所负的债务。其中夫妻从事正当的文化、教育、娱乐活动，从事体育活动等所负的债务，属于夫妻共同债务。(5) 一方为支付正当必要的社会交往费用所负的债务等。

浙江省高级人民法院规定，“婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义因日常生活需要所负的债务，应认定为夫妻共同债务。日常生活需要是指夫妻双方及其共同生活的未成年子女在日常生活中的必要事项，包括日用品购买、医疗服务、子女教育、日常文化消费等。夫妻一方超出日常生活需要范围负债的，应认定为个人债务，但下列情形除外：(一) 出借人能够证明负债所得财产用于家庭共同生活、经营所需的；(二) 夫妻另一方事后对债务予以追认的。”

一方因生产、经营、投资等需要向外举债，属于商事行为，一般说来，不属于日常家事的范畴，不享有家事代理权。但一方因共同生产、经营(既包括夫妻双方一起共同从事投资、生产经营活动，也包括夫妻一方从事生产、经营活动但利益归家庭共享的情形)以及购买共同居住使用的商品房等对外举债的，因借款用途明确且配偶为实际利益享有者，应认定为夫妻共同债务。对于只有夫妻一方参股经营即在有限公司任股东，对外举债用于公司的情形，则不属于共同经营的情形，不能适用《婚姻法解释(二)》第二十四条推定为夫妻共同债务。

(三) 无法查明借款实际用途，但属于家事代理范畴的，适用《婚姻法》解释(二)》第二十四条，符合表见代理的适用《合同法》第四十九条规定，均推定为夫妻共同债务。所谓推定，是指法官依据经验法则或者法律规定由某一事实的存在推出另一个事实，从本质上说，推定是根据法律规定或者根据基础事实与待证事实之间的恒常联系，当基础事实被确定时，可以认定某个待证事实的存在，但允许受不利推定的当事人举证反驳的一项辅助证据证明的标准化规则。5《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”。该条规定将夫妻一方在婚姻关系存续期间对外所负债务推定为夫妻共同债务，其适用的前提条件是当事人各方均穷尽了行为意义上的举证责任仍无法证明相关债务是否用于债务人家庭生活，因属于“家事代理权”的范畴，而将结果意义上的举证责任分配给了举债人的配偶。

#### 四、夫妻共同债务纠纷案件审查认定的基本方法

##### (一) 涉夫妻共同债务案件的基本类型

司法实践中，民间借贷纠纷有关夫妻共同债务的案件中，主要存在以下五种情形：一是为家庭日常生活正常举债型；二是夫妻串通损害债权人利益型。夫妻一方举债后为逃避债务离婚，约定全部或大部分财产归配偶或其子女所有，债务则归举债人负责偿还。三是举债人与债权人串通损害其配偶型。举债人与债权人一般是关系特殊的人，且均主张是夫妻共同债务，但往往仅有借条没有交付证据等，虚假债务的比例高。四是举债人将所借款项用于非法目的，如用于赌博、吸毒或婚外情消费甚至违法犯罪等等。五是举债人将借款用于个人投资或经营，包括炒股、炒期货，或转借牟利等。

##### (二) 夫妻共同债务案件四步审查法

一是审查借款是否交付，是否有民间借贷司法解释第十九条列举的虚假诉讼情形，防止当事人恶意串通损害配偶利益。特别注意对双方当事人关系以及大额现金交付主张的审查。举债人认可借款已经交付的仍不能免除原告的举证责任。

二是在交付真实情况下，要从客观上审查借款用途，根据资金流向审查借款是否实际用于家庭共同生活或共同

经营。同时要结合夫妻离婚案件审查男方是否有外遇、是否有赌博、吸毒等恶习；离婚时双方对家庭共同财产或债务分配情况，是否有配偶分得财产但不承担债务的情况。原告对借款用途负行为意义上的举证责任，被告即举债人负有结果意义上的举证责任，举债人配偶负有反证举证责任。

三是借款实际用途无法查明情况下，要从主观上审查夫妻是否有举债的合意、配偶事后是否追认、是否构成表见代理。特别要审查夫妻关系是否正常，是否有过分居或离婚诉讼情况，离婚诉讼中是否提出过债权主张等情形，对此举债人配偶负有举证责任。原告对是否构成表见代理负有举证责任。

四是审查原告的出借目的、被告主张的借款用途，以确定被告是否享有家事代理权，能否按照《婚姻法解释（二）》第二十四条推定为夫妻共同债务。合同未载明借款目的用途的，原、被告均负有举债系为了家庭共同生活所为的举证义务，对此应结合双方之间的关系、借款数额、是否为高利贷、是否符合家事代理范畴等综合认定。原告未主张举债人系为了家庭共同生活举债且无法举证说明借款实际用途的，即使被告认可为夫妻共同债务但无法证明实际用于家庭生活的，仍应认定为个人债务。如果原告主张被告系为了家庭共同生活举债，且被告符合家事代理权范畴，在无法查明借款用途情况下，可按照《婚姻法解释（二）》第二十四条推定为夫妻共同债务。

### （三）举证责任分配规则

1. 债权人举证责任。债权人就夫妻一方以个人名义举债主张为夫妻共同债务的，应当就借款已经交付、举债人夫妻有共同举债合意或取得事后追认，或者举债人享有家事代理权（借款目的系为了家庭共同生活）或构成表见代理负举证责任。一般情况下，债权人对举债人夫妻之间是否有借款合意难以举证，也难以取得配偶事后的追认，且借款实际用途因交付后失去控制也难以举证，故债权人唯有举证证明举债人是“为了”家庭共同生活举债因而享有家事代理权，或者对经营性借款构成表见代理，其主张才有可能得到支持。因此司法实践中，对借款合同或借据上没有注明借款目的的，应重点审查债权人对出借目的的陈述以及与举债人夫妻之间的关系。大多数情况下，债权人往往主张出借款项的目的就是对方因家庭共同生活所需，对此应结合当事人之间关系是否紧密、借款合同或借据上是否注明借款目的、出借款项的数额是否符合家事代理权范围、是否为高利贷等因素综合确定。法院裁判对社会规范引导作用，要通过裁判引导当事人在签订合同时即注重通过让夫妻双方签字来规避自己的风险，同时有利于防止其与举债人合谋，通过滥用家事代理权损害举债人配偶利益的情形。

2. 举债人举证责任。举债人应就借款是否真实有效、是否与配偶有举债合意、举债目的、借款实际用途等予以举证。审理中，应区分举债人是否出庭、是否提出抗辩、如何抗辩等情形予以处理。现实中，举债人下落不明或因其他原因拒不出庭现象比较普遍，出庭后认可与债权人存在债权债务关系且主张系夫妻共同债务的比例高。举债人未出庭的，自然无法举证，但法官应结合案情初步判断系为了躲债跑路还是存在陷配偶于不利的可能性，确定审理或依职权调查的重点。对举债人认可系夫妻共同债务但对是否有举债合意及借款用途不能举证的，应重点审查其在举债时是否享有家事代理权，以判定是否适用《婚姻法司法解释（二）》第二十四条推定为夫妻共同债务。

3. 举债人配偶的举证责任。举债人配偶否认有共同举债合意、涉案借款未交付、借款未用于家庭共同生活，因此不是夫妻共同债务的，虽然按照“否认者不承担举证责任”的规则不承担结果意义上的举证责任，但仍负有行为意义上的举证责任。一般而言，举债人配偶对没有举债合意、借款没有交付等事实无法举证，但对举债人主张用于家庭生活不认可的，应当提供反驳证据。如举债人主张借款系用于缴纳孩子治疗费，其配偶能证明费用另有出处等。举债人配偶还可提供其双方协议离婚或诉讼离婚时的证据予以反驳。离婚时举债人未主张过对外债务、财产分割时未涉及该笔债务、借款时已经长期分居没有享受借款带来的利益等，都是判断借款是否为夫妻共同债务的基本依据。

### （四）民间借贷纠纷案件与离婚纠纷案件认定规则的区别

一是举证规则方面，离婚纠纷（或离婚后财产纠纷）按照谁主张谁举证的原则，由主张是夫妻共同债务的一方就对外借款是否用于家庭共同生活负举证责任。鉴于离婚纠纷案件中的主体一般仅为夫妻双方，债权人并未参与诉讼，故对双方争议较大又无法查明事实的案件，一般采取对债务部分不予处理，由债权人另行提起民间借贷纠纷诉讼的方式解决。

二是法律效力方面。离婚纠纷（或离婚后财产纠纷）中，夫妻双方达成的债权债务处理协议或对债务问题的判决结果，因属于内部法律关系，仅对夫妻双方有约束力，不能约束属于外部法律关系的债权人。离婚案件中根据借款用途判决认定为个人债务的，如在民间借贷纠纷中认定举债人享有家事代理权或构成表见的，仍应认定为夫妻共同债务由夫妻双方对外承担连带责任，举债人配偶承担责任后可以根据离婚纠纷案件的判决向举债人追偿。对于实行婚后夫妻财产共同制且婚姻关系正常存续的家庭，认定是否为夫妻共同债务并无实质意义。故一般先有离婚纠纷，后有民间借贷纠纷。特殊情况下，特别是在夫妻处于冷战、分居，蓄谋争夺财产，且离婚纠纷未予支持时，会先有民间借贷纠纷。此时如民间借贷纠纷判决认定为个人债务的，将约束之后的离婚判决。但如前者依据《婚姻法解释（二）》第二十四条推定为夫妻共同债务作出判决的，并非真正的夫妻共同债务。如夫妻一方以与债权人发生纠纷的生效民事法律文书为证据，主张夫妻共同债务要求另一方共同偿还的，在一方未能举证证明债务为夫妻共同生活所负或夫妻有共同举债的合意，则认定生效法律文书确认的债务为个人债务。

### 五、结 语

夫妻关系存续期间一方对外举债，债权人主张系夫妻共同债务，举债人配偶予以否认的，如果无证据证明夫妻有举债协议（包括配偶事后追认）或构成表见代理、也无法查明借款实际用途，则在区分生活消费型借贷与生产经营性借贷、家事行为与商事行为的基础上，明确举债人的行为是否系处理日常家事行为，是否享有家事代理权，是认定该行为是否约束其配偶，所负债务是否推定为夫妻共同债务的基本判断标准，也是分配举证责任的基本价值尺度。认定夫妻共同债务“应当以《婚姻法》第四十一条作为实体法准则，以《婚姻法》解释(二)》第二十四条作为诉讼证明上的推定规则予以适用。”<sup>6</sup> 故准确理解、把握《婚姻法》解释(二)》第二十四条的立法背景、立法目的和适用的前提条件、限制范围，辩证而非机械地予以适用，注重维护实质正义，确保平等保护各方当事人的合法权益，打击虚假诉讼，才能真正充分发挥该条在解决社会矛盾纠纷、促进诚信体系建设、维护家庭和谐方面的价值和功能。如此，则《婚姻法》解释(二)》第二十四条仍具有强大的生命力，既不能摒弃，也无需修改、补充和完善。

### 法官如何在判词中援引《圣经》

2016-06-23 法影斑斓 何帆

**【编者按】**近日，一则援引《圣经》说理的判决在网络热转，关于这种做法妥当与否，我不便评价，仅提供一些域外花絮，供大家作为谈资参考。

★被誉为“圣经法官”的香港高等法院法官任懿君是基督徒，常常在审理和判词中，引用《圣经》的话，或阐述，或反驳，或抒发感叹。在审理龚如心和她公公的世纪争产案时，任法官曾在判词中引用《圣经》讽喻，表达他对这场世纪争产案的感受：“世人行动实是幻影；他们忙乱积蓄，真是枉然；积蓄财宝，不知将来有谁收取？”

★2013年，香港华仁书院校长谭兆炳，被已退休同校教师控告诽谤一案中，法官黄庆春指责谭校长虽自揭疮疤，承认自己中英文水平欠佳、开校董会时处于“半昏迷”，但法官重听会议录音发现他其实雄辩滔滔言词有力，“半昏迷”只是砌词狡辩，严斥他身为天主教徒竟犯下《十诫》中的第九诫，决定判他赔偿7620元兼付原告堂费，并须向原告书面道歉。然而，天主教会第九诫是「毋愿他人妻」，亦即「不可贪恋别人的妻子」，而基督新教的第九诫才是「不可作假见证」，法官混淆了两教派对于十诫的定义，错误引用经文。天主教与基督新教在十诫的内容上大致相同，但排列略有差异。基督新教的第九诫，圣经指明不可作假见证陷害人。但「毋妄证」在天主教则属第八诫，即禁止说谎、冤枉人、破坏别人的名誉，第九诫是「毋愿他人妻」。大律师陆伟雄指出，法庭应以法律而非依宗教教条量度案件。大律师汤家骅则指出，教条不等同法律，故此段评论不可作为判决的基本理由，亦没有约束力。汤表示，法官时有在判辞中引用《圣经》、孔子、莎士比亚等语句，“只是表达法官态度的题外话”，故不算是判决的一部分。

★1994年，美国科罗拉多州发生一起杀人案，罪犯被陪审团判定有罪，法官决定判处其死刑。但科罗拉多高等法院推翻原判，将其改判为终身监禁，因为有一位陪审员在讨论过程中，援引《圣经·利未记》第24章之17节到20节以说服其他陪审员：“打死人的、必被治死、打死牲畜的、必赔上牲畜，以命偿命。人若使他邻舍的身体有残疾、他怎样行、也要照样向他行。以伤还伤、以眼还眼、以牙还牙，他怎样叫人的身体有残疾、也要照样向他行。”上诉法院法官认为这是“不正当的、造成偏见的引用。”

★2012年，美国南卡州一名法官决定判一名醉酒司机8年刑狱，外加必须做一次圣经学习。法官要求被告通读旧约圣经中的《乔布记》并写一份总结报告。据当地媒体报道，卡桑德拉的律师解说，这名被告感谢这一判决，并已经开始致力于她的“作业”。虽然有些人表达了对这一判决是否符合宪法的担忧，但专家认为：“一般情况下，法官没有权力这样做……但如果被告同意，这不是个问题。”

### 敢引用圣经的中国离婚判决书，要围观吗？

2016-06-22 离婚大师 中国裁判文书网

#### 重庆市巴南区人民法院 民事判决书

(2016)渝0113民初404号

原告王某某，女，1967年10月25日出生，汉族，住重庆市巴南区XX镇XXX村XXX组XX号，公民身份号码XXXXXXXXXX。

委托代理人陈孝福，重庆市巴南区惠民法律服务所。

被告骆某某，男，1965年2月9日出生，汉族，住重庆市巴南区XX镇XXX村XXX组XX号，公民身份号码XXXXXXXXXX。

原告王某某与被告骆某某离婚纠纷一案，本院于2016年1月6日立案受理后，依法适用简易程序由代理审判员席朝阳独任审判，于2016年1月18日公开开庭进行了审理。原告王某某及其委托代理人陈孝福、被告骆某某到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告王某某诉称，原、被告于2000年5月在贵州省赤水县打工时认识，原告在被告骆某某的劝诱下开始与其同居生活，后于2001年4月13日生育女儿骆某。生育女儿之后，原告与前夫离婚，并于2013年4月10日与被告骆某某登记结婚。但自从与被告骆某某结婚后，被告骆某某整天打牌、喝酒，并打骂原告。现原告王某某无法与被告骆某某共同生活，认为原、被告之间的夫妻感情已经完全破裂，遂起诉请求：1、判决原告王某某与被告骆某某

离婚；2、女儿骆某由原告王某某抚养，被告骆某某每月支付生活费300元，医疗费、教育费由原、被告各自承担一半。

被告骆某某辩称，原告王某某诉状中陈述的事实和理由不属实，被告农忙在家务农、农闲外出打工，并非以喝酒打牌为主，原、被告的夫妻感情没有破裂，故不同意离婚亦不同意女儿骆某归原告王某某抚养。

经审理查明，原告王某某和被告骆某某系2000年5月份在贵州省赤水县务工期间认识。原告王某某在未与其丈夫解除婚姻关系的情况下便与被告骆某某同居生活，于2001年4月13日生育一女取名骆某。生育女儿骆某后，原告王某某与其前夫离婚。2013年4月10日，原告王某某与被告骆某某在重庆市巴南区民政局登记结婚。原、被告登记结婚后，原告王某某到被告骆某某的户籍地落户。2015年5月，原告王某某向本院起诉与被告骆某某离婚，后原告王某某撤回了起诉。本案庭审中，原、被告双方各持己见，本案最终调解未果。

以上事实，有当事人陈述及原告王某某提交的结婚证、诉讼费用收据等证据在卷为凭，足以认定。

本院认为，良好的夫妻感情是婚姻关系得以维持和存续的基础。《中华人民共和国婚姻法》第四条规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”本案中，原告王某某与被告骆某某从同居生活、生育子女到正式办理登记结婚，期间持续了长达13年的时间，彼此之间应有较为充分的了解。虽然原、被告在共同生活中存在一些矛盾，但也属正常现象。婚姻本就是平凡平淡的，经不起任何一方的不安分折腾。时间是一杯毒药，足以冲淡任何浓情蜜意。幸福婚姻的原因自有万千，不幸婚姻的理由只有一个，许多人都做了岁月的奴，匆匆的跟在时光背后，迷失了自我，岂不知夫妻白头偕老、相敬如宾，守着一段冷暖交织的光阴慢慢变老，亦是幸福。原告王某某先后经历两次婚姻，经历生养子女，更应珍惜目前这次婚姻。幸福美满的婚姻生活并非不存在任何矛盾，夫、妻更应懂得以互谅互让、相互包容的态度，用恰当的方法去化解矛盾，以共同守护婚姻关系。本案原、被告的婚姻出现问题，系彼此缺乏包容理解和有效沟通所致，夫妻感情并未达到完全破裂的程度。作为丈夫、父亲，被告骆某某更应当以大丈夫的胸怀包容妻子王某某的不足之处，凡事谦让，互相尊重，理应承担起爱护妻子的家庭责任。作为妻子、母亲，原告王某某应当包容、理解丈夫骆某某性格上的缺点，凡事忍耐，理应承担起相夫教子的家庭责任。

家和万事兴。在婚姻里，如果我们一味的自私自利，不用心去看对方的优点，一味挑剔对方的缺点而强加改正，即使离婚后重新与他人结婚，同样的矛盾还会接踵而至，依然不会拥有幸福的婚姻。“为什么看到你弟兄眼中有刺，却不想自己眼中有梁木呢。你自己眼中有梁木，怎能对你兄弟说，容我去掉你眼中的刺呢。你这假冒伪善的人，先去掉自己眼中的梁木，然后才能看得清楚，以去掉你兄弟眼中的刺。——《圣经·马太福音》。”正人先正己。人在追求美好婚姻生活的同时，要多看到自身的缺点和不足，才不至于觉得自己完全正确。本院认为，原、被告通过深刻自我批评和彼此有效沟通，夫妻感情和好如初有着高度可能性。婚姻关系的解除还会影响到其他家庭成员的生活，离婚不仅对成年人产生影响，对未成年子女更将产生巨大的影响，未成年子女将因父母离婚而失去对他们成长至关重要的东西——温馨的家庭。离婚对未成年子女所造成的伤害是一个累积的过程，会严重影响未成年子女的性格和人生观，甚至会影响到他们一生的幸福。本案原告王某某和被告骆某某都应端正婚姻态度，正确对待婚姻和家庭，深刻认识婚姻关系中所蕴含的伦理、道德，深刻认识离婚将对子女未来生活产生的影响。加之，我们相信未成年女儿骆某也不愿看到父母离异不能相聚、家庭分散不能团圆的境况。

本院认为，婚姻是一种契约，缔结婚姻是神圣而庄重的，婚姻自主决不容许当事人随意处分或变更，除非符合法律规定的离婚条件。《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，应准予离婚：……（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。”本案中，原告王贵英以夫妻感情破裂为由起诉离婚，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果”，原告王某某起诉离婚，其应当举证证明夫妻感情已经破裂。本案中，原告王某某举示的证据不足以证明夫妻感情确已破裂。故对原告王某某的诉讼请求，因其证据不充分，本院不予支持。为此，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定判决如下：

驳回原告王某某的全部诉讼请求。

本案受理费120元，由原告王某某承担。（已缴纳）

如不服本判决，可在本判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于重庆市第五中级人民法院。同时，直接向该院预交上诉案件受理费。递交上诉状后七日内仍未预交诉讼费又不提出缓（免、减）交申请的按自动撤回上诉处理。

双方当事人法定上诉期内均未提出上诉或上诉后又全部撤回的，本判决发生法律效力，双方当事人应自觉履行本判决书确定的全部义务。

代理审判员 席朝阳  
二〇一六年一月二十日  
书记 员 谭 娅

## 夫妻分居两年，法院为何不判离？

2016-06-23 南京市玄武区人民法院 陈文军

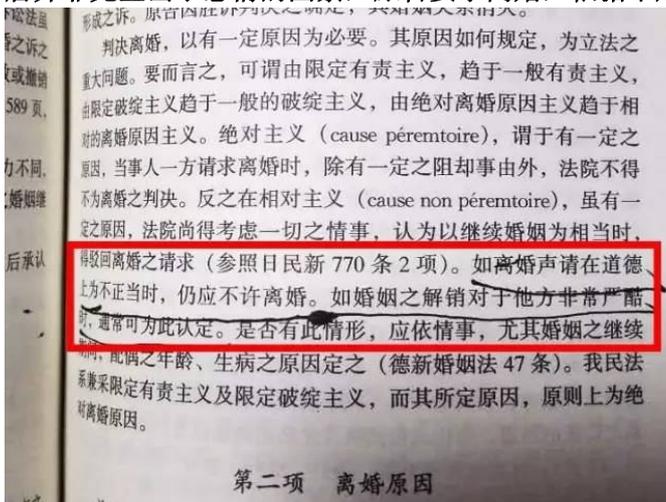
### 简要案情

原、被告于1986年经人介绍相识，1987年双方登记结婚。婚后双方育有一女。原告诉称2008年其父亲生病住院，原告去医院照顾父亲，被告不予理解，双方开始分居。2013年，被告被查出患有胃癌前，原告母亲提出要求被告回江宁一起居住，但被告没同意。被告手术后，原告看到病理切片是癌变，让被告出院跟原告回家，但被告不同意回家。现双方的夫妻感情已完全破裂，请求法院判决准予双方离婚。

**被告辩称**2008年，原告施家暴收走被告钥匙，将被告赶出家门，不让被告回家。2013年初，原告曾要求被告回去同原告一起居住，但因双方对住所等问题意见分歧，被告未回去居住。2013年2月，被告经诊断患有胃癌。被告患病后，原告曾陪同被告去医院看病，但被告在庭审中提出，在化疗期间，都是被告朋友在陪伴，原告并未予以陪同。2015年3月10日，原告诉至本院，要求离婚。

### 裁判依据

1、《中华人民共和国婚姻法》第二十条规定夫妻有互相扶养的义务。在婚姻关系存续期间，被告不幸患病，被诊断为胃癌。原告应当履行扶助义务，给予被告生活上的照顾和精神上的慰藉，使被告能早日康复。被告患病后，原告曾陪同被告看病，也曾要求被告回家共同生活，被告表示其因出于身体调养、居住环境等方面的考虑，未回去与原告同住。现双方已分居多年，原告以夫妻感情完全破裂为由提出离婚，对此，**本院认为，被告身患重病，双方分居并非完全出于感情的因素，原告要求离婚，依据不足，本院不予支持。**



如离婚声请在道德上为不正当时，仍应不许离婚。如婚姻之解消对于他方非常严酷时，通常可为此认定。——中国民法第一人史尚宽

2、繁体字“親愛”，隐藏着一句多么深挚的劝勉！“亲要见面，爱要用心”。希望双方检索一下自己的“親”，盘点一下自己的“愛”。从双方夫妻关系发展变化的脉络看，分居是双方夫妻感情日渐疏远的重要原因。无论有多么深的矛盾，本院真诚的希望双方都能妥善的化解。首先双方要尽快地住到一起，只有经常见面才能更好地呵护夫妻之情。其次各自以宽容的心善待对方，理性看待婚姻中的矛盾。一日夫妻百日恩，双方结婚二十多年，共同抚育女儿长大成人，应当是有一定感情的。相爱一辈子，争吵一辈子，忍耐一辈子，这就是夫妻。没有哪一个人的婚姻是十全十美的，家是讲情的地方，不是讲理的地方，希望双方能珍惜夫妻之情。本院未准许双方离婚，是想给双方的婚姻一个冷静期和一次和好的机会。既然被告不同意离婚，就应当做出更多和好的努力。原告也应当有更多的担当，在婚姻关系存续期间，给患有癌症的妻子以力所能及的帮助，履行婚姻法中的扶助义务。

附：判决书全文

南京市玄武区人民法院  
民事判决书

(2015)玄少民初字第 96 号  
原告梁某，男，1960 年 X 月 X 日生。  
委托代理人沈某。  
委托代理人吴某。

被告张某某，女，1962年X月X日生。

原告梁某诉被告张某某离婚纠纷一案，本院于受理后，由审判员陈文军独任审判，公开开庭进行了审理。原告梁某及其委托代理人沈某、吴某，被告张某某到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告梁某诉称，原、被告于1986年7月经人介绍相识，1987年4月17日登记结婚。1988年2月19日，双方育有一女梁某某。由于婚前缺乏了解，双方感情基础薄弱，婚后感情一直不好。2008年，原告父亲生病住院，原告经常去医院照顾父亲，被告不但不予理解，并且与原告发生争执，2008年起双方开始分居。2013年，被告被查出患有胃癌前，原告母亲提出要求被告回江宁一起居住，每个月给被告3000元，但被告没同意。被告手术后，原告看到病理切片是癌变，让被告出院跟原告回家，但被告不同意回家。现双方的夫妻感情已完全破裂，请求法院判决准予双方离婚。

被告张某某辩称，其不同意离婚。原告所述不实，原、被告婚后感情较好，被告对家庭是全身心付出。2008年，原告施家暴赶走被告钥匙，将被告赶出家门，不让被告回家，被告才一直居住在弟弟家里。2013年2月，被告患上胃癌，这个病是因原告脾气太大气出来的。在查出患有胃癌前，原告母亲提出让被告回位于江宁的房屋里居住，但被告想回中央路的房屋里居住，因为被告在中央路的房子里居住了20多年，所以不愿到江宁原告现在住的房屋里居住。当时被告没有回去居住还有一个原因是原告一天要抽三包烟，被告生病不能闻烟味，所以当时没有回去居住。被告现患有癌症，法院不能判决离婚，这个病的危险期是5年，原告要离婚也要等危险期过了再谈离婚的事情。原告在被告生病后，没有尽到丈夫的责任，被告得重病就要求离婚，没有法律依据，请求法院驳回原告的诉讼请求。

经审理查明，原、被告于1986年7月经人介绍相识，1987年4月17日，双方登记结婚。1988年2月19日，双方育有一女梁某某。2008年10月，双方开始分居。2013年初，原告曾要求被告回去同原告一起居住，但因双方对住所等问题意见分歧，被告未回去居住。2013年2月，被告经诊断患有胃癌。被告患病后，原告曾陪同被告去医院看病，但被告在庭审中提出，在化疗期间，都是被告朋友在陪伴，原告并未予以陪同。2015年3月10日，原告诉至本院，要求离婚。

审理中，本院曾主持调解，本院曾询问原告，因被告患有重大疾病，在离婚时原告能否从个人财产中给予被告适当的帮助。原告表示，他也想给予帮助，但没有这个能力。因双方分歧较大，本院未能达成调解协议。

上述事实有当事人陈述、结婚证、病历、参保人员恶性肿瘤门诊治疗申请表以及本院庭审笔录等证据证实。

本院认为，《中华人民共和国婚姻法》第二十条规定夫妻有互相扶养的义务。在婚姻关系存续期间，被告不幸患病，被诊断为胃癌。原告应当履行扶助义务，给予被告生活上的照顾和精神上的慰藉，使被告能早日康复。被告患病后，原告曾陪同被告看病，也曾要求被告回家共同生活，被告表示其因出于身体调养、居住环境等方面的考虑，未回去与原告同住。现双方已分居多年，原告以夫妻感情完全破裂为由提出离婚，对此，本院认为，被告身患重病，双方分居并非完全出于感情的因素，原告要求离婚，依据不足，本院不予支持。

繁体字“親愛”，隐藏着一句多么深挚的劝勉！“亲要见面，爱要用心”。希望双方检索一下自己的“親”，盘点一下自己的“愛”。从双方夫妻关系发展变化的脉络看，分居是双方夫妻感情日渐疏远的重要原因。无论有多么深的矛盾，本院真诚的希望双方都能妥善的化解。首先双方要尽快地住到一起，只有经常见面才能更好地呵护夫妻之情。其次各自以宽容的心善待对方，理性看待婚姻中的矛盾。一日夫妻百日恩，双方结婚二十多年，共同抚育女儿长大成人，应当是有一定感情的。相爱一辈子，争吵一辈子，忍耐一辈子，这就是夫妻。没有哪一个人的婚姻是十全十美的，家是讲情的地方，不是讲理的地方，希望双方能珍惜夫妻之情。本院未准许双方离婚，是想给双方的婚姻一个冷静期和一次和好的机会。既然被告不同意离婚，就应当做出更多和好的努力。原告也应当有更多的担当，在婚姻关系存续期间，给患有癌症的妻子以力所能及的帮助，履行婚姻法中的扶助义务。

综上，依照《中华人民共和国婚姻法》第二十条、第三十二条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

不准予原告梁某与被告张某某离婚。

本案案件受理费240元，因适用简易程序减半收取120元，由原告梁某负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于江苏省南京市中级人民法院，同时根据中华人民共和国国务院《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向南京市中级人民法院预交上诉案件受理费。南京市中级人民法院开户银行：南京市农业银行鼓楼支行；账号：10105901040001276。

审判员 陈文军  
二〇一五年五月二十二日  
法官助理 陶冶  
见习书记员 褚孟莹

### 那些离婚案件庭外的孩子们

2016-06-23 南京市中级人民法院 王冬青

作者单位：秦淮法院少年及家事审判庭

现如今，离婚已是见怪不怪的社会现象。居高不下的离婚率背后是一批孩子正在主动或被动地参与着父母们的离婚过程。在通过法院诉讼主张离婚的案件中，这些孩子正在经历着什么了，秦淮法院少年及家事审判庭法官通过系列案件讲述离婚案件庭外孩子们的故事，给那些不得不离婚的家庭一些提醒，以便作出对孩子最好的选择。

### 被善意谎言呵护的孩子

在幼儿园老师眼中，琴琴是一个心思细腻、特别懂事的小女孩，她马上就要上大班了。琴琴的生活从上幼儿园中班时有了改变，以前上下学是爷爷单独接送，有一天突然变成了由爷爷和外婆轮流接送一周。刚开始琴琴非常不适应，每次轮换总要哭个一两天，一学期下来也就习惯了。年龄幼小的琴琴还不太明白接送改变背后的具体原因，只知道爸爸妈妈因为工作需要分开生活，并没意识到父母正在法院诉讼离婚，为抚养权归属问题争吵不休。

琴琴的父母都是80后的高知，一个是国企管理中层，一个是技术工程师，晚婚晚育的他们对婚姻质量要求较高，发生矛盾后难以调和，都不愿维持名存实亡的婚姻，便诉至法院。双方本来可以协议离婚，但就是因为都割舍不下孩子，想争夺孩子的抚养权，才选择诉讼离婚。

离婚案件根据法律规定，法院应当组织当事人双方进行调解。在调解过程中，法官发现，不仅原、被告极其疼爱孩子，原、被告的父母也十分关爱孩子，四位老人身体都很好，退休后都有时间和能力照顾孩子，他们本应是被人羡慕的幸福家庭，可惜走到了离婚这一步。

几经调解劝和无果，法院只能准予当事人离婚。对于孩子的抚养权，法院认为离婚双方在抚养能力、对孩子的感情等方面的条件不相上下，判归抚养权归单方将对另一方将会是较大的情感伤害，对孩子的成长也会是个巨大的情感缺失。

最终，双方当事人达成一致意见，由离婚双方轮流抚养，让孩子在父母离婚后仍然能够享受完整的父爱和母爱。父母特别约定，在孩子懂事前都不能主动或故意向孩子透露父母离婚的事实，也不能在孩子面前恶意中伤对方，损害孩子心目中父母的美好形象。

主审法官介绍，该案是父母在离婚后对孩子进行轮流抚养的典型案列。相对于抚养权归父母一方的判决，经法院组织调解，离婚双方达成轮流抚养协议（相当于共同抚养）对于条件相当的父母争抢孩子抚养权的情况，无论是对孩子还是对父母都是极佳的选择，特别有利于孩子的身心健康成长。当然，轮流抚养对离婚双方在未来抚养过程的配合度要求较高，在遇到问题时需要以孩子利益至上为原则去妥协去调适。所以，从某种意义上讲，有如此理性对待婚姻、以最大善意呵护孩子的离婚父母，对孩子来讲也算不幸中的万幸了。

### “爸爸说我有个坏妈妈”

原告张丽与被告郭豪的离婚案件还没到开庭时间，被告郭豪突然带着八岁的儿子来到法院要求见法官。法官见孩子小，不适合参与案件谈话，便要求书记员带孩子到隔壁调解室等候。谁料，被告不同意孩子离开，还说孩子什么都懂，父母离婚的事他什么都知道，不需要回避，也不能回避，就是要让孩子知道他妈妈是个什么样的人。法官正准备进一步劝解时，男孩突然冲着法官喊，我妈妈在外面有野男人，她是个坏妈妈，我们都不要她了。爸爸见势非但不阻止，还很得意跟法官说，孩子很懂事，抚养权一定不能判给妈妈。

庭审中，法官了解到，自从原告向孩子的父亲提出离婚，原告就再也没有见到过孩子，被告也不同意原告接触孩子。类似这种夫妻要离婚，一方控制孩子故意不让对方见到孩子的情况并不鲜见。一方面他们是在用孩子惩罚对方，灌输给孩子对方对家庭对孩子不负责任的思想；另一方面也制造出孩子一直跟随其生活的客观状态，增加抚养权判归其所有的可能性。更有甚者，就如本案中的被告，直接将不满十岁认知判断能力有限的孩子带到法官面前，像证据一样，叫孩子说出对方的各种不是。

根据法律规定，对于不满十岁孩子，因为他们是无行为能力人，对事物的认知和判断能力极为有限，故法院在判决抚养权时不需要考虑这个年龄段孩子的个人意见。但许多的孩子还是会被父母裹挟着进入离婚诉讼。在法官看来，这样的离婚双方在对待孩子的问题上都是十分自私、不负责任的：他们既未真正考虑过孩子真实的感受和想法，只是在借孩子发泄私愤；也没意识到这种参与对孩子的身心发展极为不利，甚至会对孩子未来的婚恋观、人生观产生恶劣的影响。而从法院判决抚养权时应当从有利于子女身心健康成长、子女利益最大化的角度衡量，这样的父母也根本不适合取得抚养权。

### “宁愿我的婚礼上没有父亲”

小路是南京某大学的在读研究生，性格独立，积极上进，是学校里的优秀学生干部。她知道自己的一对接近六旬的父母正在法院打离婚官司，希望法院能够成全母亲离婚的意愿。原告是第一次来法院起诉离婚，庭上的她看起来是一位保守老实的中年女性。她在庭上冷淡地表述：离婚的事实和理由已经写在诉状上交给法院，面对被告不愿意再多说一句。

根据诉状所写：当事人年轻时是自由恋爱结合，婚前女方觉得被告工作稳定、外表帅气，便在双方父母的祝福下登记结婚。婚后感情尚可，谁料被告因企业改制下岗后一蹶不振，白天在家睡觉，晚上出去闲逛，有时深更半夜回来心情郁闷，骂骂咧咧不让妻女睡觉。

多年来，原告和女儿想尽各种办法希望能够帮助被告重拾信心，也多方打听为其找工作，可惜被告总是在面对

具体工作时心高气傲，不愿意委屈自己做不喜欢的事。日复一日，年复一年，被告非但没能找到合适的工作，生活态度也越来越消极，家庭生活每况愈下，夫妻感情也消磨殆尽。争气的女儿就因为有一个这样不求上进的父亲，错过了出国留学的机会，无数次在夜里抱着母亲痛哭。被告答辩时，狠发毒誓决心洗心革面，愿意重新做人，希望原告再给一次和好的机会。原告却表示坚持离婚，不再选择相信被告，表示第一次离不了，六个月后再起诉第二次离婚。

庭审结束后，法院组织双方调解。希望原、被告人至中年看在多年夫妻的份上，也看在女儿的份上，以诉讼为契机能够给婚姻、给对方一次修复的机会，并电话联系原、被告的女儿。女儿在电话中称，曾经给了父亲很多次机会，但每一次带来的都是更深的伤害；她也曾幻想过，毕业后的婚礼上父母双全、共浴幸福的美好画面，但面对被婚姻折磨的母亲，她宁愿婚礼上看不到父亲。

在本案中，从原告和女儿的情感反馈来看，被告作为一个丈夫、一个父亲都是十分不称职的，夫妻感情破裂而勉强维持的婚姻对女儿的伤害也是显而易见的，以致于女儿心底里有点恨自己的父亲，说出自己婚礼上宁可没有父亲的气话。

在离婚日益自由化的时代，人们应当意识到要须臾不可懈怠地在婚姻中守护爱情和亲情，莫在人至中年后一切无法回头时空叹天伦之乐不再。

### 离婚后，前妻以前夫在婚姻关系存续期间与他人生子为由起诉获赔

2016-06-23 沈阳市康平县人民法院 郭小仙

2016年2月，我院对受理的首例“离婚后损害责任纠纷”案件作出判决：被告刘兵在婚姻存续期间违反夫妻间忠实义务，赔偿前妻许晴精神损害抚慰金10000元。

2016年4月12日，《辽沈晚报》以《离婚7个月前夫和别人生子、前妻获赔》为题对此案进行相关报道。

那么，什么是离婚后损害责任纠纷呢？哪些情形下无过错方有权请求损害赔偿呢？过错方又将承担什么法律责任呢？

#### 【案例回放】

许晴和刘兵于2005年11月喜结连理并育有一子。

近年来，两人在生活中矛盾不断，感情转淡，于2013年1月14日开始分居。

2014年2月28日，许晴起诉刘兵要求离婚，法院依法判决双方离婚。许晴对判决中的财产分割部分不服，提起上诉。

2014年5月13日，沈阳市中级人民法院作出判决：驳回上诉，维持原判。

半年多后，许晴却意外地发现，刘兵与一女在2014年12月15日生下一子。按照怀胎十月向前推算，这个孩子的孕育应该在两人婚姻关系存续期间内。

许晴感觉自己受到了伤害，遂向我院提起诉讼，要求刘兵支付精神损害抚慰金。

我院经过审理，依法支持了无过错方许晴的精神损害赔偿请求，结合当地生活水平、刘兵的经济条件和过错程度等因素作出前述判决。

#### 康法回音壁

此案案由为“离婚后损害责任纠纷”，在审判实践中较为罕见。

那么，什么是“离婚后损害责任纠纷”呢？

通俗来讲，我们常说的离婚后损害责任纠纷，是指离婚后才发现前夫（前妻）在婚姻关系存续期间就有出轨或重婚等行为，无过错方有权向法院起诉要求过错方承担损害赔偿责任的纠纷。

那么，哪些情形下无过错方有权请求损害赔偿呢？

法律规定，由于重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员等原因导致离婚的，无过错方有权请求过错方予以损害赔偿。

那么，此类纠纷的过错方将承担什么法律责任呢？

离婚后损害赔偿，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。

物质损害赔偿一般是指无过错方就离婚之前遭受的财产损失向过错方提起的赔偿请求。

精神损害赔偿一般是指无过错方在另一方重大过错致使婚姻关系破裂的情况下对其提起的赔偿请求。根据相关法律规定，人民法院除判令过错方承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，还可根据无过错方的请求，判令过错方赔偿相应的精神损害抚慰金。

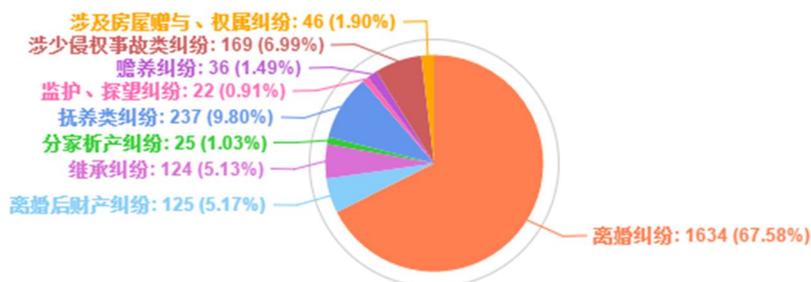
在本案中，刘兵在婚姻存续期间出轨并与其他女子生下一子的行为，违反了夫妻间的忠实义务，不仅拆散了家庭、伤及了无辜的子女，而且败坏了社会风气，系法律所禁止。因此，许晴发现后依法起诉请求精神损害赔偿。法院对此予以支持，彰显了法律的公正和道德的力量。

#### 婚姻家庭案件新闻发布会

2016-06-23 浦口法院 汪会中

随着江北新区的迅速发展，人口流动加速，公民法律观念不断增强，本地区婚姻家庭诉讼案件快速增长。浦口法院未成年人及家事审判庭自2013年7月1日设立以来，截至2016年6月20日共审结案件2628件，其中离婚纠纷1634件、离婚后财产纠纷125件，继承纠纷124件、分家析产纠纷25件，抚养类纠纷237件，监护、探望纠纷22件，赡养纠纷36件，涉少侵权事故类纠纷169件，涉及房屋赠与、权属纠纷46件。

共审结案件2628件



案件数量呈持续快速增长趋势，类型广，新型案例及复杂案件较多，法律适用面广、量大，难度增加。在浦口法院少年家事庭全体法官的共同努力下，本着多办案、办好案的原则，公正及时的处理每一起家事纠纷，其中结案最多的法官审结婚姻家庭案件近800件，审判态势平稳有序。

#### 案件审理发现的问题

##### 1、离婚的主要原因多元化，主要是：

- ◆ 婚前双方了解不够，未能充分了解，草率结婚，如网络恋情，往往因生活习惯和性格难以磨合而导致矛盾；
- ◆ 对父母过于依赖，心理未成熟，婚后导致家庭纠纷；
- ◆ 双方教育、工作背景差异过大，难以沟通；
- ◆ 夫妻均为高学历人才，对家务活、子女抚养等琐事缺乏动手能力；
- ◆ 婆媳不和、岳母与女婿不和，若双方父母均干预小家庭，可导致矛盾迅速激化；
- ◆ 一方存在赌博、吸毒等恶习；
- ◆ 婚外恋情；
- ◆ 一方刑事犯罪，离婚中较常见的是经济类犯罪和毒品犯罪；
- ◆ 家庭暴力，家庭暴力具有身份的特定性、连续性、隐蔽性等特点，家庭暴力不仅造成受害者身体伤害，更造成受害者精神痛苦，导致涉家庭暴力的离婚案件不断攀升。

2、离婚纠纷争议的焦点从以人身关系为主转向以财产和子女抚养为主。主要是财产分割为实质内容，其次表现未成年子女的抚养问题。关于婚姻当事人对家庭财产分割的争议因家庭财产范围扩大，房屋价格高，经常涉及高档生活用品，财产认定的证据难以取得，适用法律上也不够完善，已成为离婚案件的焦点和难点。子女抚养方面，争夺抚养权或双方拒绝抚养相当激烈。

3、非婚生子抚养类纠纷案件明显增多，情况不一，如无配偶者同居生子后未办理结婚登记、有配偶者与他人同居生子等。

4、涉及拆迁区域居民离婚率极高。在拆迁巨大的利益诱惑面前，婚姻在一些人眼里显得格外脆弱。

5、父母离异孩子很受伤。离婚率的升高使单亲家庭的孩子也随之增多。离婚过程涉及抚养权、抚养费、探视权等方面的问题，实践中有的相互争夺、有的相互推托，有当事人拒不支付抚养费，或者抚养方拒绝让对方探视，还有为了不想支付抚养费而争夺抚养权的。离婚往往对孩子造成了很大的打击。

#### 浦口法院“四项基本功”

##### 化解婚姻家事纠纷

###### 1 强化“法律基本功”。

婚姻家庭案件涉及各类财产日趋复杂，股票、基金、投资、拆迁利益、淘宝店、借名购房等资产形态越来越常见。少年家事庭每周安排审判员集体学习相关法律法规和司法解释，分析相关疑难法律问题，形成统一意见。

###### 2 强化“审判艺术”。

审判人员不但要知道法律规定，还必须要有长期法律经验的积累，具有一定的艺术，注意调解方式，了解当事人思想情况，掌握其心理，运用大量的调解艺术，用探询的目光和逻辑的思维把问题查清楚。如果不注意观察细节，就可能毁掉一个家庭。

### 3 提高“调解功力”，把调解机制贯穿于整个诉讼过程中。

考虑到婚姻家庭案件以家庭关系为基础的特殊性，顾及到人性化，处理过程要充分运用各种调解技巧，始终坚持“调解优先、调判结合”工作原则，将调解工作贯穿于婚姻家庭案件审理的全过程，尽最大努力通过调解方式解决纠纷。家事审判庭积极邀请调解工作室和关工委的老同志进行调解，使相当一部分婚姻家庭案件得到妥善化解。无论是在庭审中、庭审后，甚至在判决书下达前，承办法官都要抓住时机，采用多种方式，力促当事人达成调解意见。

### 4 加强“法、理、德”相结合，把中国的传统美德和社会的发展进步结合起来。

社会在发展，人们越来越看重婚姻、家庭的质量、生命的价值和人的价值。统计数字显示当前离婚率非常高，特别在一些发达地区和大城市。将中国的传统美德和现代的文明结合起来，家事审判体现一定的价值导向：既要增强家庭责任感和婚姻责任感，又要依法保护婚姻自由，还要保护弱者的合法权益，在财产和子女抚养上考虑适当倾斜。

#### 典型案例

##### 分居两地致婚姻亮红灯

**【案例】**男女同为博士学历，相识于同学聚会，后结婚。婚后不久，男方便出国留学，两人分居时间较长，缺乏交流。女方认为：双方家庭之间的经济有较大差别，男方没有尽到家庭义务，生活费用都是来源女方；两人缺乏交流、性格不合，男方不履行夫妻之间相互关心的义务，导致夫妻感情彻底破裂，遂向法院起诉离婚。

**【判决】**法院对原告、被告双方的婚姻基础、婚后感情、要求离婚的原因及夫妻关系的现状进行了综合分析后，确认原、被告之间的夫妻感情尚未破裂。夫妻间产生矛盾主要是因为家庭生活琐事所致，只要原、被告珍惜已经建立起来的夫妻感情，改进处理夫妻矛盾的方式方法，互相尊敬、互相关心、互相信任，加强沟通，夫妻关系有和好的可能。故原告要求与被告离婚，理由不充分，法院不予支持，判决驳回原告要求与被告离婚的诉讼请求。

##### 老人干涉小家庭致家庭矛盾激化

**【案例】**原、被告双方都是本地人，对父母的依赖较大。婚后，夫妻双方常因生活琐事发生争吵，被告（女方）的母亲也掺和在中间，被告和其母亲对原告有一些过激的行为，如剪掉原告的一些重要证书及衣物，有时发生冲突，打原告耳光、不让原告上班。原告不想再继续和被告生活，故诉至法院，要求离婚。

**【调解】**男方第一次提出离婚后，法院以原、被告之间的夫妻感情尚未破裂，夫妻关系尚有和好的可能，驳回了原告要求与被告离婚的诉讼请求。后男方再次以夫妻感情破裂为由，诉至本院，要求与被告离婚。最终在法院的主持下，双方当事人达成自愿离婚的协议。

##### 故意杀害被继承人，法院剥夺其继承权

**【案例】**在家中，夫妻二人因家庭琐事发生争吵。争吵过程中，丈夫王某拳击妻子头部致妻子倒地，后用双手掐其颈部，致妻子机械性窒息而死亡。妻子死后，留有房产、银行存款等财产，妻子的父亲和母亲以及孩子作为原告，到法院起诉王某，要求由三原告依法继承被继承人的遗产。

**【判决】**公民依法享有继承权。被告王某故意杀害妻子，丧失继承权。妻子去世后，本案三原告作为其父母、子女并未放弃继承，应视为接受继承。因妻子生前未留有遗嘱，三原告作为同一顺序继承人应继承的份额各应为妻子遗产的三分之一。

#### 结语

树立正确的婚恋观，加强沟通，妥善处理家庭琐事、正确应对家庭矛盾，谨守传统美德，学会体贴和包容，履行好家庭义务，有助于家庭的和谐，社会的稳定。即使夫妻感情确实破裂，合法解除婚姻时妥善合理解决相关财产、子女抚养事宜，也是公民应尽的法律和道德义务。

### 继承及婚姻家庭纠纷案件审判观点汇编

2016-06-23 上海审判研究 高民一

#### 继承及婚姻家庭纠纷案件适法统一研讨会综述（上海）

##### 一、形式瑕疵遗嘱的效力认定

**问题提出：**实践中，由于立遗嘱人对法定的遗嘱形式要件不甚了解，或者由于疏忽，或者由于习惯等因素，导致遗嘱在形式上出现一定瑕疵，此时该如何认定其效力？

**倾向意见：**遗嘱属于要式行为，但法律规定遗嘱要式性的初衷即是为了确保遗嘱人的真实意思表示。因此，为保障遗嘱人的最终真实意思表示能够得以实现，对形式要件上稍有欠缺的遗嘱，如果内容合法，又有充分证据能证明其为遗嘱人的真实意思表示，并能够通过其他方式弥补遗嘱形式上的不足的，可认定遗嘱有效。

##### 二、祖父母立“公证遗嘱”将财产给孙子女，其性质为遗嘱继承还是遗嘱赠与？

**倾向意见：**法定继承人是指依照法律规定的范围和顺序直接承受被继承人遗产的继承人。根据继承法第十条关于法定继承人范围及继承顺序的明确规定，孙子女、外孙子女并不在法定继承人之列，其继承祖父母或外祖母遗产的方式是代位继承或转继承。因此，祖父母、外祖父母即使通过“公证遗嘱”的形式将遗产留给孙子女、外孙子女，

其性质仍属于遗赠，而不是遗嘱。

同时，根据继承法规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃接受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

### 三、打印遗嘱的性质认定

**问题提出：**打印遗嘱与传统自书遗嘱的最大区别是其主文内容由机器打印而成，由于难以判断是遗嘱人自己打印或由别人代为打印，实践中应如何认定其性质？

**倾向意见：**打印遗嘱不能笼统地认定为自书遗嘱或代书遗嘱，其法律属性应当结合被继承人是否具有计算机操作能力、遗嘱形成过程等方面的证据来综合予以认定。根据最高法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》第四十条规定，公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。因此，对打印遗嘱，有遗嘱人签名，注明年、月、日，并能举证证明确为遗嘱人真实意思表示，如遗嘱人有计算机操作能力、有其他证据材料与遗嘱内容相互印证等，则可以认定为是遗嘱人的自书遗嘱。

### 四、继承的时效问题

**问题提出：**被继承人死亡后，遗产未分割，法定继承人也未表示放弃继承。之后有继承人提出分割遗产请求的，是否应适用时效规定？

**倾向意见：**被继承人死亡后，遗产未分割且继承人未表示放弃继承，视为接受继承，继承人的继承权已经实现。其后产生的纠纷应为物权共有纠纷。按照通说，物权请求权不受诉讼时效限制，不论该物是动产或是不动产。

### 五、恋爱期间购房的处理

**问题提出：**恋爱期间以结婚为目的购房，一方支付全部首付款，房屋产权登记在另一方名下，并以另一方名义办理贷款。后双方未结婚即分手，如何分割该房屋？

**倾向意见认为：**根据案件查明事实，可以确认尽管产权登记在一方名下，但恋爱双方有以结婚为目的共同购房的意思表示的，宜认定为共同财产，并根据双方的贡献大小对房产进行分割。

### 六、夫妻共同财产分割

**问题提出：**夫妻共同财产涉及有限责任公司股权，一方要求分割股权或相应的股权折价款，另一方既不同意分割股权，也不同意就股权价值进行协商。若由于该公司经营不规范，法院委托的相关机构无法对公司价值进行评估，如何处理？

**倾向意见：**对离婚纠纷中涉及分割以一方名义拥有的有限责任公司股权，另一方不是该公司股东的，若双方同意以股权折价款进行分割，并可以通过协商或评估确认股权价值的，法院可据此判决非股东一方取得相应股权折价款；若双方不能就股权价值达成一致，也不能通过评估审计确定的，人民法院应首先就非股东一方经股权分割后能取得的份额情况征求公司其他股东意见，对股东的不同意见按照《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条规定处理；若经书面通知，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，亦视为同意转让，法院可就股权份额进行分割处理。

**七、离婚后，一方变卖尚未分割的夫妻共同财产，并用所得款项购房，另一方能否要求分割该房屋？其权利如何保护？**

**倾向意见认为：**应当就原有夫妻共同财产价值进行主张，但不能要求分割该房屋。对于原有财产的价值，可根据不知情一方的主张，以财产出卖时、提起诉讼时等时间点予以确定。

### 八、婚后购房涉父母出资钱款的性质认定及处理原则

**问题提出：**父母出资协助子女婚后购房，有较明确的资金来往记录，在子女离婚后，父母起诉主张子女及其离异配偶共同归还款项。父母持有的借条上只有自己子女一人签名。父母主张为子女购房提供的出资是借款，子女的离异配偶则主张该款项是父母的赠与，借条系事后单方补写。对此，应认定为借贷关系，还是赠与关系？由于借条上只有子女一方的签名，应认定为夫妻共同债务，还是个人债务？

**倾向意见：**是借贷关系还是赠与关系，应根据双方提供的证据及查明的案件事实来确定。在处理结果上，若确系父母赠与出资购房，离婚纠纷中分割房屋时可考虑一方父母出资事实，在份额上可适当多分；若认定为借贷关系，且是夫妻共同债务的，则在房屋份额分割时应考虑夫妻均等享有产权份额。

### 九、婚姻效力认定问题

**问题提出：**《婚姻法》第十条第（一）项规定：“重婚的”，婚姻关系无效。如果重婚的情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，是否还要宣告婚姻无效？

**倾向意见：**最高院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条规定，当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失，人民法院不予支持，该条规定并未排除重婚情形，故如果重婚情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，法院对该申请不予支持。

## 家事法官的情感修复术

2016-06-26 人民法院报 湖南省津市市人民法院 高岚

情感，是人与人之间联系的纽带，也是社会和谐的基础。矛盾的出现、纠纷的产生，与人们情感出现裂痕息息相关。因此，如何修复破损的情感，弥合情感的裂痕，便成为我们基层法官平息纠纷、化解矛盾的一个重要方面。

我是一位长期在民庭工作的法官，由于工作的缘故，接触了很多家事纠纷的案件。家事纠纷虽然小，但往往和人与人之间的情感出现裂痕有关，因而，处理过程中需要讲究方法与技巧。经过多年的实践，我总结出三点。

首先，要善于发现细节。细节决定成败。情感是非常细腻的，有时化解纠纷的突破口，就在于一个微小的细节。善于发现细节，抓住细节，往往能水到渠成。

赵大爷和刘奶奶是一对年过八旬的夫妇，自青梅竹马，友情慢慢地变为爱情，之后很长时间内，二人十分恩爱，但随着岁月的流逝，二人的婚姻亮起了红灯。“以前看哪个电视节目、想吃什么，都依我，现在你偏偏和我吵。”“法官，来评评理，她以前多么善解人意，可现在动不动就发脾气。”在我面前，两位老人吵得面红耳赤。

我赶紧稳定双方的情绪，为他们续上热茶。就在此刻，赵大爷的高血压犯了，我连忙扶他坐下，刘奶奶脸上多了几分焦虑与懊悔。留意到这一细节后，我断定双方的感情基础其实还很深厚，只不过随着年龄的增长，子女相继成家离开，生活琐事上诸多小摩擦，才逐渐造成了矛盾。

弄清楚症结后，我决定利用一个节假日，为两位老人做一顿饭，让他们好好地享受一下家庭的温暖。两位老人一边吃、一边聊，敞开了心扉，心结得以化解，受损的感情得到了慢慢的恢复。

其次，要有耐心与诚心。耐心是融化坚冰的暖心石，诚心则是双方沟通的桥梁。有些纠纷看似不好解决，但只要具有持之以恒的耐心、精诚所至的诚心，问题往往能迎刃而解。

去年，我办理一件赡养纠纷案件。71岁的周某守寡多年，她含辛茹苦将三个儿子带大。儿子们成家以后搬出去居住，她一直独居，生活开支由儿子共同负担。去年，三个儿子因田地分配不均产生矛盾，进而都责怪母亲，便不再赡养她。周某无奈，诉至法院。

第一次调解时，尽管我苦口婆心，但各方矛盾太深。“老人家，别生气，喝杯茶。”“老大老二老三，不要吵，看你们的娘，都哭了。”第二次调解时，我一边安慰着老人，一边劝解三个儿子。

待局面缓和，我将老大拉到一边，耐心劝说，从大哥的角度出发，让他多想想母亲的眼泪与大哥的责任。听着我的话语，老大后悔地低下了头。之后，我又来到老二老三家中，从母亲的爱入手，循循善诱，强调母爱的伟大，母亲最不愿意看到自己儿子相互吵架。

就这样，经过15次不懈努力，矛盾终于化解了。

最后，要能引导双方换位思考。有时，纠纷的产生常常是当事人一定程度上失去了理智，进而产生冲动之举。让双方适当的冷静，适时引导双方换位思考，就能够很大程度上缓解矛盾。

前不久，我办理一件离婚纠纷案。王某是一位农民工，一次工作时，不慎从围墙上摔倒，腰部严重损伤，经医疗鉴定后认定为七级伤残。突如其来的变故，加上不断增加的日常开支，让曾经和他共同打拼的妻子李某产生了怯意，两人的婚姻亮起了红灯。

为挽救王某的婚姻，重燃他的希望，我来到了原告家中。“小李，能不能再考虑一下。”一见面，我便与原告聊开了。之后，又劝说她来到被告家中。“你看看，这个你曾经深爱的人已经成这样了，还要照顾女儿，你怎么忍心呀。”听着我的劝说，原告低下了头。

紧接着，我又引导原告回忆起他们以前的幸福生活，引导她换位思考，试想如果出事的是自己，丈夫狠心抛下自己，她会怎样。原告慢慢地认识到自身的不当之处，思想顾虑也渐渐打消。

我又联系了当地的妇联组织，帮助李某找了一份较为稳定的工作，还商洽了有关部门，为王某减免了一部分治疗费用。就这样，一段濒于破裂的婚姻被成功挽救。

### 有些当事人就是激情离婚 要引导当事人正确对待矛盾

2016-06-29 法官那些事 陕西富平法院 田水芸

原告付某与被告张某均已五十余岁，1984年结婚，生有一子一女，均已成年。两人婚后养育孩子，经营家庭，倒也相安无事，夫妻感情尚好。随着儿女成家立业，家庭经济状况好转，夫妻两为家务琐事经常发生口舌。儿子娶妻生子后，一家人生活在一起，老夫妻关系、小夫妻关系、婆孙关系、婆媳关系交杂在一块，难免磕磕碰碰。2014年8月，被告张某用三轮车载着原告付某，无意将原告付某摔伤，原告认为自己住院期间，被告对自己照顾不周，不给生活费，产生矛盾；2016年3月，原告因和儿媳闹矛盾，一气之下离家到娘家居住。2016年5月，原告诉至法院要求离婚。

在接待原被告的过程中，原告付某将家中所发生的事件一一道来，说到自己为家中的付出，委屈的流下了眼泪。我们没有打断她，耐心的倾听。被告张某也将和付某三十年的生活诉说一遍，但对原告付某的所作所为没有怨言，多次来院，称不愿离婚。我们想，这个案件，双方应该可以和好。但开庭前，多次做调解和好工作，原告对被告横加指责，毫无和好之意。无奈，我们只好等开庭时再调解。开庭当天，没想到的是，原告叫来了两个兄弟、一个兄嫂等几个旁听人员，儿子也参加了旁听，我们以为，可以靠原告亲戚做工作，让原告撤诉。开庭时，原告对被告加

以指责的同时，对儿子儿媳也加以指责，口气强硬，坚决要求离婚，当庭调解不成。庭后，原告叫来的旁听人员，也对被告及儿子予以训斥。这样看来，被告和原告的亲戚关系不融洽，依靠亲戚帮忙调解已不可能。等原告走后，我们对被告及儿子进行了约谈，再次询问原告离婚的真正意图。原来，原告脾气一直比较暴躁，遇事爱发脾气，乱骂人，和儿媳关系处的不好，这次是负气出走，被告不愿离婚，担心原告离婚后年龄大了无人照料，住在亲戚家也不方便，让法院帮忙调解和好。

通过了解案情，我们对被告平时不关心原告的生活，对其儿子及儿媳不能体谅原告进行了批评。原告出走后，被告及家人也没有及时去承认错误，针对这种情况，我们认为，要原告撤诉，说服原告自己，已不可能，只有被告及子女用亲情去感化，才能达到家庭和好的目的。因此我们从夫妻之间的义务，子女对父母的赡养等家庭伦理方面对被告进行了普法教育，被告及儿子均表示接受。回家后，被告带领家人，带着礼品去叫回了原告。两天后原告来院撤诉，我们问为什么不离了。原告说她也不想离婚，只是发生矛盾后，被告及家人对自己生活不闻不问，现在她很高兴，被告及儿子对她承认了错误，她很希望一家人好好过日子就行了。

近年来，离婚案件逐年上升，有些当事人就是激情离婚。我们要从原告被告的说事中，了解案情，通过法官说法说理，教育引导当事人正确对待家庭中的矛盾和纠纷，创建和谐的家庭关系。

### 关于 2012~2014 年离婚案件相关情况的调查分析报告

来源：《民事审判指导与参考》2015 年第 4 辑（总第 64 辑）

作者：最高人民法院民一庭第二合议庭执笔人：吴晓芳，最高人民法院民一庭法官。本文系执笔人许可推送，如欲转推，请务必征得作者的同意。

根据我院(2015)第 17 号明传《关于开展离婚案件有关情况调研的通知》精神，到目前为止，共收到高级法院的调研报告 20 份，其分别来自北京、上海、山西、广西、新疆、西藏、河北、黑龙江、陕西、四川、福建、辽宁、浙江、江苏、云南、青海、湖南、吉林、湖北高院以及新疆兵团分院等，另有重庆市第一、第二、第三、第四、第五中级法院的调研报告 5 份，现将有关情况汇总报告如下：

#### 一、关于 2012~2014 年各级法院受理的一审离婚案件数量

总体来看，全国法院离婚案件数量近年来保持相对稳定态势，与媒体所称的离婚率持续上升的观点并不吻合，反映出通过法院诉讼离婚的仍然是少数，大多数离婚手续是在民政部门办理的。民政部网站显示，2012 年全国登记离婚的是 242.3 万对，法院诉讼离婚的是 68.1 万对；2013 年登记离婚的是 281.5 万对，法院诉讼离婚的是 68.5 万对；2014 年登记离婚的是 295.7 万对，法院诉讼离婚的是 67.9 万对。根据司法统计数据，2012-2014 年全国法院分别受理一审离婚案件 125.1 万件、130.5 万件和 131.9 万件，通过法院诉讼而离婚的数量总体稳定。

北京市 2012 年受理的一审离婚案件数量为 20902 件，2013 年为 21296 件，年增长率 1%，2014 年下降为 20159 件，与 2013 年相比降低 5%；西藏地区 2012 年一审离婚案件数量为 781 件，2013 年为 874 件，年增长率 1%，2014 年为 832 件，比 2013 年下降 4%；黑龙江各级法院 2012 年共计审理 32123 件，2013 年为 31953 件，比上一年下降 0.5%，2014 年为 31435 件，比上一年下降 1.6%；四川省 2012 年共受理离婚案件 89606 件，2013 年 87127 件，下降 2.8%，2014 年 86495 件，下降 0.7%；上海市 2012 年受理离婚案件 18042 件，2013 年为 18314 件，年增长率 1.5%，2014 年为 18063 件，比上一年减少 1.4%，案件数量基本持平。

#### 二、当事人作为原告起诉离婚的性别比例问题

从抽样调查的情况分析，离婚案件中作为原告起诉离婚的大多数是女性。如上海高院从全市一审离婚案件中抽取的 510 份样本中统计，原告当事人中，女性为 322 件，占案件总数的 63.14%，男性 188 件，占案件总数的 36.86%。

统计还发现，年龄段越轻，女性作为离婚案件原告的比例越高；年龄段越大，男性作为原告的比例越高。如根据浙江高院的抽样统计，30 岁以下年龄段中，女性为原告的比例为 76.06%。随着年龄增长，比例差距缩小。在 30 岁-45 岁年龄段，女性为原告的占 65.45%。在 45 岁以上年龄段，原告为女性的占 50.85%。而根据西藏高院的抽样统计，30 岁以下女性提出离婚的占 60%，30 岁-45 岁女性占 55%，45 岁以上女性占 40%。离婚案件中不同年龄段原告性别所占比例的变化，一定程度上是由男女两性不同的社会定位和生理、心理特点等所决定。虽然法律上男女完全平等，但实际生活中择偶标准还是以男性为中心的，公众对男性的要求是有权有钱，对女性的要求是年轻美貌。而 45 岁以上正是男性事业上的发达期，女性则由于年龄增长而日渐失去视觉魅力，经济上也没有优势，故女性 45 岁以上提出离婚的比例明显下降。据北京市海淀区法院审理离婚案件的法官称，45 岁以上男性作为原告起诉离婚的比女性多，女性大多坚决不同意离婚，拒绝出庭、拒收法律文书的现象并不鲜见。

#### 三、离婚案件当事人的生活区域、是否初婚、起诉次数、离婚原因及一审结案方式情况

1. 从离婚案件当事人的生活区域来看，上海高院抽样统计的结果是当事人主要分布在城镇，这与上海的城乡结构比例也较为一致；浙江高院的抽样统计显示，当事人生活区域在城镇的占 39.66%，在农村的占 60.34%。从广西高院随机抽取的 500 件离婚案件中，有 152 件案件当事人生活在城市，348 件案件当事人生活在农村；山西高院的抽样统计显示，因法院管辖的农村人口基数大，离婚诉讼当事人多为农村村民，占到离婚诉讼的八成以上。究其原因，可能与各地区农村和城镇人口区域分布不同有关，也是因为对于农村地区的当事人而言，诉讼离婚是一种相

对便捷的途径，登记离婚在农村地区的可接受度相对较弱。另外，由于外出务工等导致的两地分居，也是引发婚姻危机的重要因素。

2. 从当事人是否为初婚分析，鉴于初婚人口的基数远远大于再婚人口的基数，初婚起诉离婚的比例也就远高于再婚起诉离婚的比例。根据吉林高院的统计，近三年离婚纠纷案件中，当事人属于初婚的比例分别为96.4%、96.3%、95.9%，离婚案件中绝大部分是初婚离婚；浙江高院经抽样统计，91.02%当事人为初婚。

3. 从离婚案件当事人的起诉次数和一审结案方式来看，仍有近三分之一的离婚诉讼需要通过两次以上诉讼得以解决。一方面源于婚姻法本身的规定，在第一次离婚诉讼中，如果被告坚决不同意离婚，原告又很难证明存在重婚或有配偶者与他人同居、实施家庭暴力或虐待遗弃家庭成员、有赌博吸毒等恶习屡教不改等导致夫妻感情确已破裂的情形；另一方面，审理案件的法官也希望通过驳回原告离婚诉请的方式，给予夫妻双方更多的冷静期。

根据各高院的抽样统计结果，一审离婚案件调解、撤诉的比例保持较高水平。如据新疆高院的统计，北疆乌鲁木齐市对离婚案件以判决结案的占16.8%，以调解结案的占58.8%，以撤诉结案的占24.4%，调撤率达到83.2%，体现了法院家事审判着重调解的特点。法院判决准许离婚的占54.8%，不许离婚的占45.2%。北京高院的调查显示，调解在家事案件中作用特殊，调解撤诉率达到离婚案件总数的三分之二强。根据青海高院的统计，从离婚案件的结案方式来看，主要是调解、撤诉的方式，共占结案数的80.6%。

4. 从离婚原因分析，现阶段离婚原因呈现多样化，既有性格因素、经济因素，也有家庭暴力、婚外情、赌博吸毒等原因，部分离婚案件包含多重原因叠加导致夫妻感情破裂的情形。根据浙江高院的统计数据显示，以性格不合作为离婚理由的高达33.22%，家庭暴力占16.27%，赌博、吸毒占10.51%，婚外情占10.51%，经济原因占8.47%，两地分居或一方下落不明占7.46%，婆媳关系不和占2.37%，生育原因占0.68%。

#### 四、当前离婚案件审理中的疑难问题及相关建议

1. 婚后父母一方部分出资为子女买房的处理问题，目前审判实践中争议很大，亟需予以明确

第一种意见：婚后父母一方部分出资为子女买房登记在出资者子女名下的，不适用婚姻法司法解释（三）第七条的规定。离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产；对于父母出资部分按照婚姻法司法解释（二）第二十二条的规定精神处理。

第二种意见：婚后父母一方部分出资为子女买房登记在出资者子女名下的，不适用婚姻法司法解释（三）第七条的规定。离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产；对于父母出资部分可认定为只对自己子女的赠与，离婚分割时该部分出资属于出资人子女个人的财产，但相应的增值部分应按照夫妻共同财产予以处理。

从更加有利于保护妇女权益的角度考虑，我们倾向于按照第一种意见处理。

2. 婚姻法司法解释（三）第七条是否包括公司股份、车辆、船舶等，审判实践中争议很大

第一种观点认为，对“不动产”的理解应限定在土地以及房屋、林木等地上定着物范畴内，应排除父母出资为子女购买公司股份、车辆、船舶等登记在自己子女名下的情形。

第二种观点认为，从当时起草婚姻法司法解释（三）第七条的本意来看，关注的重点不在解释什么是“不动产”，而在于将登记在自己子女名下与“确定只归一方”进行链接。因此，如果父母一方将公司股份、车辆、船舶登记在自己子女名下的，同样应视为确定只赠与自己子女一方，应属于一方的个人财产。现实生活中往往是男方父母出资买房，女方父母

出资买车，如果登记在女方名下的车辆不被认定属于女方的个人财产，将更加不利于保护妇女的合法权益。

我们倾向于第二种观点。

3. 离婚案件中夫妻共同债务认定难，处理不当极易导致矛盾激化和缠诉上访

审判实践中当事人利用婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，串通债权人伪造婚姻关系存续期间的虚假债务、恶意损害未举债配偶利益的现象较为多见。如何平衡债权人与未举债配偶一方的利益是个令人纠结的难题。

我院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》中明确了“如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活经营，则其不承担偿还责任”，但该函复并不是批复，不属于司法解释的范围，建议我院审判委员会对该问题进行讨论，尽快予以明确规定。

另外，建议立法机关在编纂民法典“婚姻家庭编”时，专门规定夫妻一方大额举债应由另一方签字同意或事后追认，否则应由举债一方承担偿还责任。这样规定有利于避免婚姻风险，平衡保护债权人和未举债夫妻一方的利益。

4. 离婚诉讼中，法律文书无法送达被告是非常困扰法院的一个难题

无法送达法律文书既有社会人口流动导致原告无法提供被告准确地址的客观原因，也有当事人不诚信故意拒收法律文书的情形。法院在无奈之下只能采取公告送达的方式，导致法律文书生效后被告提出“被离婚”的问题。根据江苏高院的调研报告，江苏镇江京口法院曾经统计，缺席判决离婚的案件占2012年以来该地区受理离婚案件总数的18%。

面对法律文书难以送达被告的离婚案件，我们应强调在穷尽其他送达方式都无法送达时才能采取公告送达的方式。审理案件的法官应尽量与被告的近亲属取得联系，向其释明法院审理该类案件的法律程序以及缺席审理的法律

后果。在缺席审理离婚案件过程中，法官应严格把握夫妻感情确已破裂的认定标准。

5. 离婚案件中涉及有关“忠诚协议”效力的认定问题，全国各级法院掌握的尺度不一，基本处于“各判各的”局面，迫切需要予以规范

当初起草婚姻法司法解释（三）时，对“忠诚协议”的效力问题作了专门规定，即“夫妻双方签订相关忠诚协议，人民法院经审查没有欺诈、胁迫等情形，应当认定为有效。如果当事人约定的赔偿数额过高，一方可以请求人民法院予以适当调整。”但由于对该问题的争议过大，起草过程中将其搁置。

虽然“忠诚协议”问题缺乏相关规定，但法官不能拒绝裁判，故目前各地法院裁判不一。有认定“忠诚协议”有效的，也有认定无效的，还有主张“忠诚协议”属于道德、感情范畴的协议，法院不应赋予其强制执行力。一旦法院认定“忠诚协议”有效，当事人就要费尽心思证明对方具有出轨的行为，势必出现捉奸成风的负面社会效应，不利于婚姻家庭关系的稳定。

综合考虑实际情况及权衡利弊，我们更倾向于法院对有关“忠诚协议”问题不予处理，此类协议应当依靠当事人自觉自愿的履行。

### 五、建议和对策

正确运用审判职能，妥善处理婚姻家庭纠纷案件，维护健康稳定的婚姻关系，进而维护社会的和谐稳定，是人民法院重要职能之一。基于上述抽样调查分析，提出如下建议：

1. 通过适当方式向民政部门发出司法建议，加强对登记结婚当事人进行婚姻风险教育

婚姻关系是重要的社会关系，缔结婚姻是构筑家庭的重要基石。家庭是社会的细胞，婚姻家庭的稳定直接关系到社会的和谐稳定。从起诉离婚的当事人初婚比例均超过 90% 的情况看，许多年轻男女在结婚前对婚姻的本质和风险认识不足，导致在初婚后婚姻过早解体。有必要建议民政部门婚姻登记机关在婚姻当事人办理登记结婚手续时，采取多种方式进行婚前教育，让即将迈入婚姻殿堂的青年男女获得更多的婚姻家庭知识，最大限度地增强抵御冲击婚姻家庭和谐稳定的免疫力。

2. 积极推进家事审判改革试点工作，强调对家事案件进行专业化审理

人民法院可以根据家事案件的特点，结合自身条件，设立家事案件的家事调查官、调解法官、心理咨询（辅导）专家等专门审理家事案件的人员；建立调解室、探视室、心理咨询（辅导）室等场所，邀请心理咨询师、婚姻情感专家、社会工作者、妇联等协助法院做好心理疏导、调解工作，建立多元化调处化解婚姻家庭纠纷的有效机制。

3. 加强涉及家庭暴力离婚案件的审判工作力度

审判实践中普遍存在家庭暴力认定难的问题，要加强法官技能培训，提高审理涉及家庭暴力离婚案件的司法能力。第一，鉴于家庭暴力的隐蔽性，未成年子女所做的与其认知能力相适应的证言，可以作为家暴案件中的重要证据形式；第二，对于家庭暴力行为的事实认定，应当适用民事诉讼的优势证据标准，根据逻辑推理、经验法则作出判断，避免与刑事诉讼“排除一切合理怀疑”的证明标准相混淆；第三，进一步推进人身安全保护裁定工作，做好与相关职能部门的沟通协作，确保人身安全保护裁定的有效执行，使受害人得到及时有效的司法救助。

4. 谨慎行使裁判权，正确处理离婚案件

法院是解决婚姻纠纷的最后途径，在审理离婚案件中要考虑婚姻的特点，查明双方当事人离婚的真正原因，正确认定夫妻感情是否确已破裂。既要保障离婚自由，又要严格把握离婚的法定标准，对尚能挽救的婚姻，不要轻易判决准予离婚，要加大调解工作力度，避免走过场，不能因为案多人少的矛盾就忽视必要的调解工作。

5. 未成年子女利益最大化应是法院判决离婚时处理子女抚养问题的基本准则

要特别注重对未成年子女的权益保护，在决定离婚后由哪一方直接抚养的问题时，要征求十周岁以上子女的意见，综合考虑各方面的因素，而不能仅仅根据一方的经济条件优越作出裁判。

### （三）检察官视点

### （四）律师视点

## 虚拟财产的离婚分割和继承判例 7 则

2016-06-02 佳和家事 上海市华诚律所 桂芳芳

小佳说：

网络世界的虚拟“资产”已经不再是一串毫无价值的数字了，虚拟物品、各种游戏积分等已经突破了虚拟世界的范围与真实世界发生了经济联系，具有经济价值。耗费了大量时间、精力和金钱创造的人物等级、装备设置、空间装饰、聊天记录中的照片、信件和文字的财产性质已经越来越得到认可。那这些虚拟财产到底属于谁？离婚时是否能够分割？死亡之后将如何继承？

1 我国虚拟财产的离婚分割和继承判例

### 案例 1：王永青诉吴薇离婚后财产纠纷案

【案号】（2012）二中民终字第 11050 号

【案件评析】夫妻关系存续期间开办的淘宝网店铺相关权益都属于夫妻共同所有，婚姻关系解除时网店不能分割

为两个，只能在双方之间进行分配，此行为属于共有财产的分割，不属于网店的转让。

**【案件概述】**王永青与吴薇因感情不和离婚，签署离婚协议书，其中约定将双方婚后共同经营淘宝网“飞来飞去”网店，约定由王永青继续经营该店，支付吴薇40万元。吴薇将网店转让给王永青，签署协议起7天内为使用网店所需的淘宝密码、客服旺旺密码、变更手机验证码、支付宝密码、支付宝招商银行卡及网店的操作程序无偿由王永青使用，在网店实名从吴薇变更为王永青前，需由吴薇协助办理的事情吴薇应无条件协助。

原告王永青诉称，在协议签订后吴薇采用欺骗手段将上述密码进行修改，导致其无法继续经营；还拿走了支付宝绑定的手机，导致其无法进行密码修改。此外，吴薇还利用掌握的支付宝密码从支付宝中提现，离婚后到2012年3月6日共取走现金1108694元。

吴薇辩称，王永青并未按离婚协议书第3条、第5条、第7条的规定支付房屋补偿款40万元、归还婚前个人财产10万元以及分割库存商品款40万元。另外，“飞来飞去”网店系我实名注册和认证，关联的支付宝、手机、银行卡、淘宝客服旺旺都是我的实名注册和认证，如果转为王永青经营，则违反了淘宝网的服务规则和法律的强制性规定，客观上也无法履行，而且我将不能再在淘宝网上开店，将导致巨大的潜在法律风险，对我个人造成巨大经济损失，还将导致欺骗消费者。

**【法院判决】**淘宝网店铺系淘宝用户根据淘宝网规则取得的网络空间使用、经营的权益，法律属性与合同之债最为相似，店主在淘宝网的规则范围内对外经营，同时还需承担法律义务和淘宝网确定的合同义务。淘宝网店的另一显著特点是其与淘宝网制定的信用度、好评率密切联系，信用度和好评率系网店长期经营的积累，为淘宝买家提供甄别卖家的参考标准。

现查明“飞来飞去”网店系王永青与吴薇夫妻关系存续期间开办的淘宝网店铺，故无论登记何人为店主，相关权益都属于夫妻共同所有，经营收益归夫妻共同所有，发生债务也由夫妻共同偿还。现王永青与吴薇婚姻关系解除，网店不能分割为两个，只能在双方之间进行分配，此行为属于共有财产的分割，不属于网店的转让。

同时，因经营者仍为原经营者中的一人，不发生信用度标准与网店的经营积累相分离的情况，对不特定的淘宝买家也不会产生误导。因此，王永青和吴薇的协议不违反淘宝网的网店实名和店铺不得转让的有关规则，可以在淘宝网内进行操作。同时，王永青还必须履行淘宝网有关规则进行实名认证操作。法院判决：淘宝网“飞来飞去×××店”归原告（反诉被告）王永青使用、经营。

#### **案例2：原告王某诉被告何某离婚纠纷案**

**【案号】**(2014)丽遂民初字第537号

**【案件评析】**若虚拟财产的娱乐性小，是获取日常生活的营生工具，认定为“夫妻共同财产”，可以分割。淘宝店经营权由一方取得，并支付另一方折价款。

**【案件概述】**原、被告于1997年自由恋爱，××××年××月××日办理结婚登记手续，婚后未生育子女。双方因性格脾气不和，婚后感情一般，经常为琐事发生争吵，夫妻间的感情早已出现裂痕，现分居长达二年半之久。2013年9月26日原告向遂昌县人民法院提起离婚诉讼，后撤诉，在此之后双方之间的感情无任何和好的可能，至此已彻底破裂。双方婚后的共同财产包括了投资5000元由原告经营的淘宝网店铺。原告请求法院判决分割夫妻双方婚姻期间置办的共同财产。

**【法院判决】**双方投资0.5万元由原告经营的淘宝店，其经营权由原告王某享有，原告支付被告折价款0.25万元。

#### **案例3：李某和王某离婚纠纷案**

**【案例来源】**2010年晨报报道

**【案件评析】**虚拟财产与现实的社会关系发生具有法律意义的联系时，虚拟财产才能进入现实法律调整的范畴。网络虚拟世界的法律漏洞亟待填补。

**【案件概述】**李先生与王小姐都是网游爱好者。2008年5月，二人因玩网络游戏而相识，共同的爱好让二人坠入了爱河，并于2008年底结婚。婚后，两人摩擦不断，常互相指责对方太懒，故起诉至法院，要求与李先生离婚并分割夫妻共同财产。在案件开庭审理过程中，王小姐增加了一项诉讼请求，即要求分割婚姻关系存续期间，双方在网络游戏中因成绩突出而获得的网络游戏装备。而李先生则认为，该游戏账户是自己注册登记的，由此获得的游戏装备应归自己所有。

**【法院判决】**法院最终判决双方离婚，驳回女方要求分割网络游戏装备的诉讼请求。法院认为，只有虚拟财产与现实的社会关系发生具有法律意义的联系时，才能进入现实法律调整的范畴。针对虚拟财产的特点，法院在审理此类案件时存在以下难点：一是虚拟财产价值难以认定。二是双方对虚拟财产权属存在争议时，均难以举证。三是对虚拟财产进行分割欠缺法律依据。目前还没有明确的法律规定对网络虚拟财产加以保护，网络虚拟世界的法律漏洞亟待填补。

#### **案例4：王某和朱某离婚纠纷案**

**【案例来源】**南京市建邺区法院

【案件评析】离婚时虚拟财产也成了夫妻双方争的标的，但因没有明确的法律依据，同时处理这类案件还牵扯到游戏运营商与用户协议等问题，这类财产的举证、评估、分割或者继承只能靠自由裁量。

【案件概述】王某和朱某都是从事 IT 行业的都市白领，因爱好网络游戏相识、相恋，并于 2007 年办理了结婚登记手续。双方在婚后共同注册了名为“鸢鸢于飞”的账号玩魔兽游戏，并花费上万元进行升级、购买武器装备，在网络世界上获得了很高的等级以及不菲的财富。

由于家庭琐事原因，女方王某向法院提起离婚诉讼，并要求依法分割夫妻共同财产。男方朱某对离婚没有异议，双方对子女的抚养以及房产、车辆的分割达成一致意见，但女方坚持要求明确游戏账号的归属以及虚拟财产作为夫妻共同财产进行分割，女方认为账号虽然是以男方名义注册的，但其实是双方共同使用的，都花费了不少时间和精力，并且是用婚后的财产购买的装备，因此也应属于共同财产，男方则提出该账号是用自己的名字实名注册的，具有人身专属性，不属于夫妻共同财产，且现有法律也未明确规定虚拟财产可以分割。

【法院判决】经过办案法官的耐心调解，最终双方达成协议，由男方继续使用账号和网上装备，同时给予女方一定的经济补偿。

### 案例 5：电子邮箱继承纠纷案

【案例来源】上海法治报 2014 年 01 月 13 日

【案件评析】数字遗产大致包括以下四类：第一类是用户账号密码类，如常用的 QQ 号、MSN 号、微博账号、E-mail 密码等；第二类主要是文件与视频，如网络硬盘里的资料、个人网络相册、空间日记等；第三类是网游用户配备的游戏装备；第四类是 Q 币等网站发行的虚拟货币。后两类的财产性质更为明显。

【案件概述】2011 年 3 月 9 日，张梅的老公王铭在一场车祸中不幸丧生。王铭的邮箱里保存了大量他们从恋爱到结婚期间的信件、照片。然而，张梅不知道老公的 QQ 密码。于是张梅向腾讯公司求助。不过腾讯公司的回复是，根据腾讯公司与用户之间达成的协议，QQ 号码所有权归腾讯所有，用户只拥有号码使用权。如果用户被发现长时间不使用，该账号将被收回。腾讯客服人员告诉张梅：“想要拿回密码，只能按照“找回被盗号码”的方式操作。您除了提供逝者本人的基本资料和联系方式外，还得提供号码的使用资料、密保资料。此外，还得邀请王铭的 QQ 好友为其‘作证’在上述程序全部履行完毕后，才能拿到密码。”腾讯客服人员解释：“根据腾讯公司与用户之间达成的协议，QQ 号码所有权归腾讯所有，用户只是拥有号码使用权，这是互联网行业的惯例。用户不能将 QQ 号码作为个人财产处置。”

【报道评价】目前国内网络运营商提供的数字产品服务协议大多从事实上排除了对数字遗产继承的权利。以腾讯为例，QQ 只需要通过注册，用户就可以享受其免费服务，但若长时间不用，QQ 号就会被收回。即使腾讯依据自己拟定的格式合同对于 QQ 号码拥有所有权，但并不意味着腾讯对 QQ 账号中的信件、照片拥有所有权。而记载被继承人生前信息的信件、照片都属于用户的私人物品，如被继承人生前无明确反对，理应由其继承人继承、披露。

### 案例 6：李某与杨元网络装备继承纠纷案

【案例来源】上海法治报 2014 年 01 月 13 日

【案件评析】当网络游戏设备具有财产属性时，可以作为财产由继承人继承

【案件概述】陆某因突发心脏病去世。病危时，迷恋网络游戏的他告诉妻子李某说自己的很多网游装备可以卖钱。在 5173 网站上，网游《征途》的一个 225 级的刺客账号，挂牌售价达到 18 万元；在已经售出的账号中，一个《征途》的 214 级账号卖出了 109000 元。然而，老公去世几个月后，当李某准备将“金刀”变卖以补贴家用时，却有人阻止了她。这个人叫杨元，当初，陆某迷恋网络游戏，与网友杨元在网络里结为“夫妻”。在两人的默契配合下，陆某得到了某网络游戏中的顶级装备“金刀”。因此，当李某准备将“金刀”变卖时，遭到了杨元的抗议。但李某认为这是老公留给自己的遗产，于是她把杨元告上法庭，要求确认“金刀”属于自己的合法财产。

【法院判决】陆某作为网络游戏玩家，为这把“金刀”付出了体力及脑力的劳动，还支付了上网费用以及游戏充值卡等费用，有玩家愿出资 5 万元购买这把“金刀”，所以，该装备具有财产的属性，可以被陆某的合法妻子李某继承。但因该装备是陆某与杨元共同努力获得的，其所有权应归两人共同所有。最终，李兰作为陆某的惟一合法继承人，继承该游戏装备中陆某的份额，其余份额归杨元所有。

## 2 国外虚拟财产的继承判例

### 案例 7：邮箱继承纠纷案

【案例来源】美国

【案件评析】尽管在我国关于网路虚拟财产是否应纳入遗产的范围加以保护还存在很多争议，并且国内的相关案例也不多，但是这并不意味着在将来出现的可能性。

【案件概述】2005 年，美国海军陆战队一名士兵在伊拉克阵亡，亲属要求得到他在雅虎网站的账号和密码。雅虎对 E-mail 的协议条款是“即便是用户去世其在线活动也是保密状态”。

【法院判决】法官站在家属一边，但最后判决还是“折中”了一下：允许雅虎将大兵的 E-mail 等刻录在 CD 盘上然后交给其家属，密码没有一同交付。现在“热邮”hotmail 也允许家属索要虚拟财物的 CD，只要能证明用户已

死亡并且和用户有亲属关系。

国外继承虚拟财产的具体措施：美国、德国等国家明确规定了虚拟财产的遗产继承权；韩国，直接将虚拟财产认定为财产，属于物权法上的“物”，具有物的属性；在英国有很多人立遗嘱分配虚拟财产。

总结

### 一、虚拟财产能否作为夫妻财产分割

1、若虚拟财产的价值小，娱乐性强，则可认定为夫妻“一方专用的生活用品”，在离婚时可不作为夫妻共同财产分割；若价值大，娱乐性强，虽然认定为“一方专用的生活用品”，但是离婚分割时应当对另一方进行对价补偿；

2、若虚拟财产娱乐性小，甚至属于获取日常生活的营生工具，认定为“夫妻共同财产”，可以分割。

### 二、虚拟财产能否被继承

1、“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括公民的其他合法财产”，因此虚拟财产只要是公民的合法财产都可视为遗产。如果虚拟财产能与现实社会的货币或者其他财产产生交易关联，此虚拟财产就存在法律上的财产性质，其本身就属于可支配的财产。

2、如在该虚拟财产或账号中保存有涉及死者及其亲人隐私的信息，应当允许死者的亲属对该账号进行利用以对所涉及的隐私信息进行处理。

3、除了法律的修订外，还应修改相关网络服务协议。

4、财产所有人可以通过遗嘱对虚拟财产的继承进行明确，能定纷止争。

## 婚后取得股权仍为个人财产？——被误读的最高人民法院“48号案件”

2016-06-04 家族律评 贾明军 公维亮

2014年5月28日，关于艾某、张某某与刘某某股权转让纠纷上诉一案，最高人民法院出具（2014）民二终字第48号判决书（下称“48号案件”）：驳回艾某、张某某的上诉，维持原判，即张某某与艾某认为的“张某某将婚后取得的股权在未经配偶艾某同意的情况下转让给刘某某应当是无效的”的观点没有得到最高法院的支持。

时隔两年后，近日，48号案件再次成为律师、法官及其他法律界同仁关注的焦点。因为，近期有不少同仁及关注该类案件的朋友纷纷撰写文章，其中不乏有部分文章理解偏颇甚至是过度解读，引起了部分人士的困惑，甚至也有同仁电询笔者，一方名下的股权无论婚前婚后取得是否都可以自由转让而不受配偶另一方的限制。经过梳理，我们发现，**被误读的观点主要有以下方面：**

1、有限公司股权婚后取得也是个人财产。

2、股权登记一方单独处分名下股权不属于无权处分。

3、未经配偶同意的《股权转让协议》有效。

上述被误读的3个观点均是**片面解读**最高人民法院48号判决书中“得出”，究其原因，笔者认为有两个方面：

一是，48号案件是最高院判的，我国虽不是判例法国家，但是大家仍然认为最高院的判决观点对于同类案件有一定的参考意义。

二是，48号案件的判决观点与主流观点即夫妻一方擅自转让夫妻共同股权属于无权处分的观点相左，引发“即使婚后取得的股权也属于持股一方个人财产的”误读。

笔者认为，无论是从法律适用上、还是从事实查明上，48号案件的判决都并无不妥之处，但是，**48号案件的判决并不能得出“即使是婚后取得的股权也属于持股一方个人财产”等上述错误的结论。**

关于48号案件与“夫妻一方擅自转让夫妻共同股权”案件之间的异同，笔者曾于2015年2月14日撰写一篇名为《看似“同案不同判”，实则“焦点不相关”1——精析最高人民法院两起最新“配偶单方股权转让终审判决”之异同》的长文进行了系统分析。针对近期关于48号案件以及“婚后取得的股权是否为夫妻共同股权”的误读，笔者再次简要分析，以供被误导或者有困惑的同仁及其他读者参考、借鉴。

离婚纠纷中不乏有一方为了规避夫妻共同财产的分割而擅自转让股权的案例，笔者认为，处理当事人之间的该类纠纷，本质上是“**夫妻共同财产出资形成的出资额转让纠纷**”，所涉及的婚姻法领域的法律关系和公司法领域的法律关系具有密切的关联性。同时，我们需要厘清股东与公司之间的外部股权关系以及一方以夫妻共同财产出资并以该方名义登记的公司股权，在夫妻之间是共同财产还是个人财产的夫妻内部关系。该类案件的实质究竟是转移夫妻共同财产还是正常的市场交易行为还需要律师同行及法院一线工作者擦亮眼睛，仔细甄别，**绝不能以偏概全、断章取义！**

### 一、“有限公司股权即使是婚后取得也是个人财产”的观点错误

笔者认为，部分朋友得出“有限公司股权即使婚后取得也是个人财产”的观点，可能主要是基于48号案件中最高法院的如下判词：

本院认为，股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。在股权转让方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也

是股东本人，而不是其所在的家庭。本案中，张某某因转让其持有的工贸公司的股权事宜，与刘某某签订了股权转让协议，双方从事该项民事交易活动，其民事主体适格，意思表示真实、明确，协议内容不违反我国《合同法》、《公司法》的强制性规定，该股权转让协议应认定有效。

…

本院认为：故对本案的处理应当适用我国《合同法》、《公司法》的相关调整股权转让交易的法律规范，而不应适用调整婚姻及其财产关系的法律规定。

笔者认为，最高人民法院的该段判词精炼、准确并无不当之处，但是据此得出“有限公司股权即使是婚后取得也是个人财产”的结论，有失偏颇。

具体分析如下：

#### 1 关于股权属性

毫无疑问，用夫妻共同财产出资获得的股权是夫妻共同财产的一种形式，换言之，在夫妻关系存续期间取得的公司股权根据婚姻法及其司法解释的相关规定，应该属于夫妻共同财产，除非有证据证明该股权的出资来源于股东配偶一方的婚前个人财产或在婚后并无收益。

也就是说，在公司法上，登记上的股东是股权享有者，在股东与公司、股东与股东、股东与公司债权人，以及股东与自己的债权人之间，都是如此。但是，在婚姻法上，夫妻关系的任何一方，在没有约定财产分别所有的条件下，除法律另有规定者外，不能违反夫妻共同共有关系准则、脱离夫妻共同共有而另外享有个人财产权或者具有财产内容的权利。否则，法律关于夫妻关系存续期间的夫妻共同财产和个人财产的制度，就会被彻底摧毁。

婚姻法及其司法解释对夫妻关系存续期间的共同财产和个人财产都有列举式的明确规定，即便没有列举的，如夫妻共同财产出资以一人名义享有的股权，也有法律规定。在该类案件中涉及的夫妻共同财产出资形成的出资额问题，最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)(以下简称“《婚姻法司法解释(二)》”)第16条就明确规定，人民法院审理离婚案件，涉及“分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额”，另一方不是该公司股东的，夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。

这个司法解释虽然针对的是离婚案件，但是清楚地界定了以下观点：

夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，是“夫妻共同财产中”的“以一人名义在公司的出资”的出资额，不是夫妻任何一方个人财产的出资额，也就不是任何一方的个人财产；在离婚时可以分割转让出资额所得财产，在没有离婚问题的夫妻之间，不存在出资额转让和分割所得财产的前提，所以，该出资额是“夫妻共同财产中以一人名义在公司的出资额”，不是个人的财产。

由此法律规定完全能够得出结论：该类案件中，持股一方配偶与非持股一方配偶在夫妻关系存续期间用夫妻共同财产以持股一方配偶名义在公司的出资额，是“持股一方配偶与非持股一方配偶夫妻共同财产的一部分”，而绝不是持股一方配偶的个人财产。

#### 2 关于股权对内与对外两种法律关系探讨

关于该类案件中涉及的法律关系以及法律的交叉运用问题上，笔者认为：以夫妻一方名义出资形成的股权，存在两种法律关系，其一，是公司法上的法律关系，即股东与公司之间、股东相互之间，股东与公司债权人之间的法律关系。对这些法律关系应当适用公司法。其二，是婚姻法上的夫妻共同共有关系。在夫妻之间，以共同共有财产的出资，并不改变夫妻共同共有财产的属性，不能当然地变成个人财产，除非夫妻有改变的约定。在法律没有改变的规定、夫妻也没有改变的约定的条件下，否定夫妻关系内部对共同财产出资额的共同权利，无疑是否定夫妻共同共有制度，鼓励配偶一方利用出资方式侵害配偶的共有权。

夫妻共同共有关系分为内部、外部两种关系，内部关系要求夫妻协商一致、共同管理共有财产，外部关系表现为夫或妻对共同财产事务的代理资格，这种代理资格产生于夫妻身份而无需另行授权。是故，以共同财产出资而取得股权的配偶一方，在外部关系中独立享有股权；在夫妻内部关系中，对以共同财产出资换取的其他权利仍然是共同权利人。内部关系的效力不及于公司、其他股东和公司债权人，外部关系的效力也不能消灭内部关系，不能抵销内部关系的效力。

这也就是为什么我们说，对于48号案件来说，尽管判决结果无误，但是，在适用法律的表述上，由于没有完全表述清楚股权对内对外两种效力的差异，容易引起人们误解的原因。

综上所述，夫妻一方以共同共有的财产出资的，所取得的股权自然属于夫妻共同财产的范畴。在夫妻双方不存在分别财产制的约定的情况下，否定其共同财产的属性缺乏法律依据和法理依据。

#### 二、“股权登记一方单独处分名下股权不属于无权处分”的观点错误

《婚姻法》第17条第2款规定，夫妻对共有的财产，有平等的处理权。这种平等处理权表现为《婚姻法司法

解释（一）》第17条所规定的日常生活处理上的权利平等性和非日常生活处理上的意见一致性。

对该法律条文，笔者认为应该作如下理解：

（1）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定；

（2）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应平等协商，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。

所以，转让夫妻共同财产的出资额属于非日常生活需要而是重要处理，夫妻双方在内部关系中对此享有平等的权利，应当经过夫妻的一致同意。未征求对方意见或者意见不一致的，另一方不得处分，擅自处分的就违反了夫妻共同财产关系的基本准则，应当构成无权处分。

48号案件判决涉案股权转让有效与股权转让人张某某是否属于无权处分并无必然联系。关于48号案件为什么判决涉案股权转让有效，其依据何在，我们在下述第三中进一步分析。

### 三、“未经配偶同意的《股权转让协议》有效”的观点值得商榷

48号案件中，夫妻一方转让股权被认定为有效，实际上严格意义上来说，48号案件并非“夫妻一方擅自转让股权”，更为准确的说应该是“股权转让方转让股权后，以夫妻一方无处分权为由，要求确认股权转让无效”。

股权转让方是否有完整的处分权只是判断股权转让效力的参考维度之一，而非全部。我们仔细分析“夫妻一方擅自转让股权无效”的案件发现，法院判决夫妻一方擅自转让股权无效的案件中存在以下共同的特点：

第一，股权转让时，股权转让方与其配偶之间的夫妻关系已经恶化，即要么已经走上离婚诉讼之路，要么即将踏上离婚诉讼之路；

第二，股权受让方与股权转让方具有非同一般的亲属关系，即要么是同胞兄弟姐妹，要么是姑舅姨表等远房亲戚；对于试图恶意转移夫妻共同财产而非正常的股权交易一方来说，转让给毫不相干的第三人其心存顾虑，毕竟股权回转存在风险，难免造成“假戏真做”“人财两空”尴尬境地；

第三，股权转让价款较低、平价甚至是无对价，即要么无偿赠与、要么名为转让实为转移、要么以出资额为对价进行平价转让，即股权转让存在侵害另一方配偶合法权益的情形。

48号案件的原审判决中，我们发现原审法院引用了大量《婚姻法司法解释（一）》、尤其是《婚姻法司法解释（二）》第十六条的规定，用以说明“《公司法》规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料”进而说明“股权既包括资产收益权，也包括参与重大决策和选择管理者的权利”。从而得出结论：股权并非单纯的财产权，应为综合性的民事权利。故我国《公司法》第七十二条及《婚姻法解释（二）》第十六条规定了股东转让股权必须征得过半数股东的同意，并非必须征得其配偶的同意。”

原审法院的该种审理思路显然是值得商榷的，当然，最高人民法院法院在二审审理过程中进行了纠正。最高人民法院经审理后认为：本案原审判决认定事实清楚，关于本案股权转让协议效力的认定正确，本院予以维持，但其引用《贯彻民法通则意见》、《婚姻法解释（一）》、《婚姻法解释（二）》的相关规定作为判决依据属适用法律不当，本院予以纠正。

显然，最高人民法院的纠正是正确的，但是，或许正是这种纠正，更是进一步增加了大家的迷惑，因为其表述的是“《贯彻民法通则意见》、《婚姻法解释（一）》、《婚姻法解释（二）》的相关规定作为判决依据属适用法律不当”，不结合前后文进行分析，单纯看这句话，确实容易引起该类案件不适用《婚姻法》及其司法解释的误读。

事实上，48号案件的判决除了《合同法》第五十二条的规定之外，还主要适用了《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条的规定，该条主要针对无权处分和买卖合同的效力规定的，即“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持；出卖人因未取得所有权或处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持”。

48号案件中，张某某作为原告之一起诉要求确认股权转让合同无效，完全符合上述法律条文第一款的规定，该法律条文旨在依据《物权法》第15条关于物权变动原因与结果区分原则之规定精神，理顺《合同法》第51条与第132条之间的关系。同时，无权处分行为为现代社会常见现象，在买卖交易关系中该问题较为普遍，因此，该条对买卖合同情形下的无权处分行为的效力进行研究和认定，不仅具有理论研究的意义，还具有较强的社会现实意义。

那么，问题又来了，是否在48号案件中，张某某的配偶艾某一提起诉讼，并将张某某列为共同被告，就可以取得涉案股权转让无效的判决结果呢？答案也是否定的。判断股权转让合同的效力，是否是无权处分只是其中一个方面，如果艾某一作为原告提起该案诉讼，只能是在适用法律上可以排除《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条的适用，但并不必然导致诉争股权转让无效。因为还要综合考虑是否支付了合理的对价以及股权受让人是否是善意取得等等因素，即涉案股权转让是否侵害了作为配偶的艾某的合法权益。

经过上述细致的分析，笔者认为：48号案件的适用法律正确、查明事实无误，判决结果准确，但却容易引起“配偶单方股权转让有效”、“即使婚后取得的股权也是个人财产”“配偶单方股权转让不属于无权处分”等等误读，这主要是没有全读48号判决书、对案情不了解的结果所致。

随着时代的发展和人们财富形式的不断丰富，因夫妻一方作为公司的股东转让股权的行为进而产生纠纷的肯定会越来越普遍，究竟是转移夫妻共同财产还是正常的市场交易行为的确需要法律界同行仔细研判，特别是在移动端传播力量非常强大的今天，法律人撰写文章，要客观、真实，不要带有误导性，尽量避免非法律人士对于法律实践的误判，促进社会的和谐发展！

### 有限公司股权婚后取得也是个人财产

2016-06-04 金融法视界 齐精智律师

在双方婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方都可将共同所有的财产进行投资，获取有限责任公司的股权。事实上，在现行《婚姻法》共有财产制度规定下，日常生活中夫妻双方大多是以这种方式取得有限责任公司的股权。虽然该股权系婚后取得，但股权本身属于登记在个人名下的个人财产，股权收益才属于夫妻共同财产。

#### 一、最高法司法解释明确离婚时分割的对象为“出资额”而非股权

“婚姻法解释二”第16条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。”

司法解释在这一规定中明确，离婚时夫妻双方分割的并非股权，而是“出资额”。需要特别指出的是，此处的“出资额”并非原始的入资款的数额，因为其转让价格需另行确定，故其实际为该出资额对应股权所代表的财产价值。

#### 二、婚姻关系存续期间，股权登记一方单独处分名下股权不属于无权处分

最高人民法院民事判决书（2014）民二终字第48号判决：

“本院认为，股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。在股权流转方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在的家庭。”

综上，股权属于一种新型的综合性的权利，其中包括财产权、身份权以及社员权。即使有限公司的股权是在婚后取得，该股权的权利人只能是登记人而非夫妻双方，但股权收益属于夫妻共同财产。

（文章来源：齐精智律师向金融法视界（flview）投稿，作者：齐精智，金融经济专业律师，陕西明乐律师事务所高级合伙人，文章版权归作者所有，转载请在显著位置注明作者及出处，否则诉讼维权）

### 浅析借贷纠纷中夫妻共同债务的认定与举证责任分配

2016-06-09 鑫士铭沙龙 山东鑫士铭律所 孙娟律师

夫妻共同债务，是指夫妻双方或一方为共同生活需要或为履行抚养、扶养、赡养义务所负的债务。在法律实务中涉及夫妻共同债务的案件主要是婚姻纠纷（包括离婚后财产纠纷）和民间借贷纠纷。婚姻纠纷中对于夫妻共同债务的认定，一般遵循“谁主张，谁举证”原则，在举债人配偶不认可婚姻关系存续期间一方以个人名义所借债务为共同债务的情况下，夫妻双方须各自证明该债务是否用于了家庭共同生活，否则将承担举证不能的法律后果；而在债权人以债务人或者债务人夫妻双方为共同被告提起的借贷纠纷中，在举债人单方认可债务的情况下，认定为夫妻共同债务的标准是什么？涉案各方对于该债务的举证责任如何分配？本文将借助以下案例展开论述。

#### 一、案例

林某与王某于2008年11月23日登记结婚，2012年2月13日生育双胞胎女儿。2014年12月5日王某在北京301医院检查并确诊为恶性乳腺肿瘤。2014年12月至2015年5月在北京某肿瘤医院阶段性住院治疗4次，共计花费18万余元。王某与何某系朋友关系，王某为治病于2015年2月23日、2月27日、6月2日、9月6日向何某借款4次，金额分别为11万元（银行汇款）、5万元（现金）、10万元（银行汇款）、5万元（银行汇款），共计31万元。王某到期未能还款，何某以该夫妻二人为共同被告告诉法庭，要求偿还借款及利息。为支持自己的诉讼主张，何某提供了借款合同、借条、银行个人结算业务申请凭证以及证人证言等证据。

诉讼中，作为被告之一的丈夫林某并不认可上述债务全部为夫妻共同债务，向法庭陈述了自己的理由并提交了相关证据。法庭未采纳林某观点，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》【以下简称《婚姻法》解释（二）】第二十四条：“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”，认定王某以个人名义所借的 31 万元借款为夫妻共同债务，判令由林某、王某共同偿还本金和利息。林某对此不服，已提起上诉。

## 二、以案析法

上述案例为典型的涉及夫妻共同债务的民间借贷纠纷，一审法院的判决在诸多此类案件中也具有广泛的代表性。在众多的涉及夫妻共同债务的民间借贷纠纷中，审理法院适用《婚姻法》解释（二）第二十四条的规定，对于发生于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义举债，均以夫妻共同债务予以确认，除非借款人配偶能够举证证明出借人和借款人明确约定为个人债务或者属于《婚姻法》第十九条第三款规定的情形。该司法解释采取的是“夫妻关系存续期间标准”，其主要意旨是通过扩大债权担保范围，保障债权人的合法权益，维护交易安全和社会诚信，因此在债权人利益和配偶利益的衡量上，倾向于保护债权人的利益，该司法解释规定了两种除外情形，即借款人配偶能够证明借贷双方明确约定为个人债务或符合《婚姻法》第十九条第三款规定的情形，即：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。除了这两种法定的除外情形，其他的因素对法庭审理的影响可以说是微乎其微。

该司法解释的出台，一定程度上解决了实务中大量存在的夫妻双方为逃避债务假借离婚损害债权人利益的难题，但它同时也是一把双刃剑。在当今社会环境中，人们的思想观念受到来自方方面面的冲击，婚姻关系的稳固性已不再如前，在婚姻即将解体之时，许多人都想最大限度地为自己争取利益，有时甚至不择手段。民间借贷纠纷案件中，对夫妻一方举债是否构成夫妻共同债务，历来是法律实务中的热点和难点问题，因此在审理此类案件尤其是审理可能存在债务为非法债务、夫妻一方恶意举债或与亲戚朋友串通虚构债务损害配偶利益的案件时，将“婚姻关系存续期间”作为认定夫妻共同债务的唯一标准，很容易造成对举债方配偶的不公平。例如在本案中，一审法院无论是在对案件事实的查明、证据的认定还是法律的适用等方面似乎均无不妥，但是仔细研究，笔者发现举债人配偶林某的主张也不无道理（至少不应被完全忽略）：1、林某向法庭说明自己并无共同举债之合意，因为四次借款自己均不在场、不知情；2、实际治疗费用与举债数额不符，实际治疗共花费 185250 元，林父资助 40000 元，医疗报销 80%，自己承担 20%，而王某却借款 310000 元；3、王某取款时间与治疗时间不符（非治疗期间取款），取款地点与治疗地点不符（在北京治疗，在杭州取款），取款用途与治疗用途不符（取款用途为通过 POS 机消费）；4、王某与林某在此之前已提起的离婚诉讼尚未开庭审理，二人感情不和，不排除举债人与亲朋串通举债损害配偶利益的可能。由于本案属于借贷纠纷，举债人配偶林某以上主张无法证明存在《婚姻法》解释（二）中的两种除外情形，也不存在法定理由要求举债人王某证明借款用途，林某只能承担举证不能的后果；离婚纠纷中，对于不被配偶认可的个人借款，举债人承担着证明其用于家庭共同生活的举证责任，如举证不能则其配偶不承担共同偿还之义务，而本案由于是借贷纠纷，一审法院因举债人配偶无法推翻原告提交的证据以及被告王某对于该债务的自认，认定 31 万元借款为夫妻共同债务，判令由夫妻二人共同偿还该债务本息。

该案的处理结果引起了笔者的一些思考，主要有以下几个方面：

（一）《婚姻法》解释（二）在对夫妻共同债务的认定上，对借款性质、用途不作考虑，强调“婚姻关系存续期间”，是否会由于过分倾向保护债权人利益而使得某些恶意诉讼或恶意串通损害配偶利益的行为有机可乘？

（二）该案两被告已于债权人起诉前提起了离婚诉讼，基于目前二人的婚姻状况，举债人王某对于诉争借款的自认，能否当然地产生两被告自认的法律效果？两被告间的离婚诉讼尚未开庭审理，该借贷纠纷的判决是否可以成为离婚纠纷中关于“夫妻共同债务”部分的处理依据？

（三）假如夫妻一方具有和第三人恶意串通、通过虚假诉讼虚构婚内债务嫌疑的，该夫妻一方对债务的自认，是否必然免除“出借人”对借贷关系成立并生效的事实应承担的举证责任？

笔者以为，借与贷都属于民事法律关系的范畴，一方当事人的意思自治不应轻易地被忽略。人民法院在审理此类纠纷时，应适当考虑举债人配偶是否具有共同举债的合意。对于出借人而言，在出借款项、签订借款协议的时候征询、了解借款人配偶的意向，要求借款人夫妻双方共同在借条或借款协议中签字确认，不仅可以撇清恶意举债、串通举债的嫌疑，而且可以省去当事人后期的诉累和大量的举证责任。《婚姻法》解释（二）第二十四条过于强调“婚姻关系存续期间”、弱化“用于夫妻共同生活”因素，故在出借人仅提供借条、借款协议佐证借贷关系的，应深入调查辅助性事实以判断借贷合意的真实性，并综合考虑出借人的经济状况、借款人的婚姻状况、资金来源、交付方式、证人与当事人关系是否降低其证言的可信度等因素判断当事人陈述的可信度及自认能否当然地及于其配偶。

在上述案例中，法院的审理结果是否可以成为两被告离婚纠纷中处理夫妻共同债务的依据？笔者以为，该审理结果并不能当然地作为离婚纠纷中共同债务认定的依据。第一，离婚纠纷和借贷纠纷中对于夫妻共同债务的认定标准不同，举证责任的分配不同，离婚纠纷中对于不被配偶认可的个人债务，举债人须证明债务的用途是否为夫妻共同生活，否则其配偶不承担共同偿还义务；借贷纠纷是基于债务人配偶无法证明《婚姻法》解释（二）第二十四条的两种除外情形而被推定为夫妻共同债务的，该夫妻共同债务在夫妻双方的离婚纠纷中不会必然地也被认定为夫妻

共同债务，而是取决于举债人的证据情况。第二，根据《婚姻法》解释（二）第二十五条第二款规定，“一方就共同债务承担连带责任清偿后，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。”由此可见，夫妻一方在偿还共同债务后，有依法律规定就其超额支付部分向另一方行使追偿的法定权利。因此，借贷纠纷中关于夫妻共同债务的生效判决不能作为证明离婚纠纷中夫妻共同债务认定的唯一依据，还应结合其他证据综合判断做出认定。

### 三、最高院民一庭（2014）民一他字第10号答复解读

2014年7月12日，最高院民一庭作出（2014）民一他字第10号答复，内容为：“在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则不承担偿还责任。”

该答复分别就离婚案件和债务纠纷中涉及夫妻共同债务的举证责任以区别对待的方式作了明确，在债务纠纷举证规则中增加了一项内容：如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则不承担偿还责任。这是该答复的一个亮点，是对《婚姻法》解释（二）第二十四条的一个补充，或者说是一个突破，在很大程度上平衡了债权人和配偶一方的利益。如果举债人配偶在《婚姻法》解释（二）第二十四条的两种除外情形之外，能够证明该债务并未用于夫妻共同生活则可以免除偿还责任，是以“夫妻共同生活标准”的引入对“婚姻关系存续标准”的平衡，也是对《婚姻法》解释（二）第二十四条的有益、必要补充。借贷纠纷中，如举债人配偶不认可夫妻共同债务，则其承担着非常重甚至是不太可能完成的举证责任：能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或属于婚姻法第十九条第三款规定的情形。但是这两种除外情形实际发生的概率非常低，婚姻法律关系因为与人的感情紧密相连，其特殊性决定了两人在缔结婚姻的时候很难做到像签订一个普通的商业合同那样把双方的权利义务进行明确约定，而相反地，现实中的婚姻关系在缔结之初往往都是权利义务不均等甚至严重倾斜的，因此这两种除外情形在更多的时候也仅仅是书写于法律典籍之中的规定而已。

### 四、结语

《婚姻法》解释（二）第二十四条基于保护债权人的考虑，对债务是否“用于夫妻共同生活”这一本质特性有所忽略，导致在实务中夫妻一方在婚姻即将破裂时恶意举债损害配偶利益的做法得不到有效制约，为维护实质正义，平等地保护各方当事人的合法权益，从根本上解决矛盾，最高院民一庭第10号答复在两种除外情形之外增加举债人配偶能够证明债务未用于家庭共同生活的情形，在一定程度上消减了《婚姻法》解释（二）的推定效力，在各方的权利义务关系中起到了重要的平衡作用。

## 公证机构能为境外居民办理遗嘱公证吗？

2016-06-10 高杉LEGAL 广东海埠律师事务所 黄善端

### 公证机构还能能为境外居民办理遗嘱公证及遗嘱继承公证吗？

#### ——《涉外民事关系法律适用法》对遗嘱相关公证业务的影响

#### 一、问题的提出

公证机构办理任何公证，均必须遵循合法性原则（《公证法》第3条、《公证程序规则》第2条）。办理遗嘱公证及遗嘱继承公证自然亦需遵循此原则。《遗嘱公证细则》第3条即规定：“遗嘱公证是公证处按法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法的活动。经公证证明的遗嘱为公证遗嘱。”第17条亦规定“遗嘱内容不违反法律规定”为出具遗嘱公证的条件之一。对于一般境内居民所立遗嘱而言，所谓“合法”、“不违反法律规定”中的“法”和“法律”，固然是指内地相关法律，主要是《民法通则》及《继承法》的相应规定（《遗嘱公证细则》第10条、《办理继承公证的指导意见》第15条5项）。然而，就境外居民所立遗嘱而言，在《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）施行以后，“法”及“法律”就已经不再限于内地法律。

首先，《法律适用法》第12条规定：“自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。（1款）自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力，依照行为地法律为有民事行为能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。（2款）”遗嘱能力问题，显然属于涉及继承的民事行为能力的的问题，因此其准据法为行为人（即遗嘱人）的经常居所地法律。

其次，《法律适用法》第33条则规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”据此，遗嘱效力的准据法则为以下四个法域法律的其中之一：（1）遗嘱人立遗嘱时的经常居所地法律；（2）立遗嘱时的国（居）籍国法律；（3）立遗嘱人死亡时的经常居所地法律；或（4）立遗嘱人死亡时的国（居）籍国法律。显然，若上述法域不相同，会产生更复杂的法律适用问题。而相比而言，遗嘱能力的准据法则较为简单，即只能是立遗嘱人的经常居所地。

由此可见，处理境外居民遗嘱相关的公证业务，就非必以内地法律作为判断其遗嘱是否合法的依据（除非在有关时点其经常居所地在内地），而是应该适用相应的境外法律。于是，就产生了内地公证机构是否能够以及如何

办理此类人员的遗嘱公证及遗嘱继承公证的问题。

## 二、遗嘱适用境外法律，公证机构还能办理该遗嘱的公证及其遗嘱继承公证？

在此要探讨的问题是，在遗嘱相关事项应以境外法律为准据法的情况下，内地公证机构是否还能办理境外居民办理遗嘱公证及遗嘱继承公证？

从《公证法》《公证程序规则》的规定看，合法性原则虽要求公证机构办理公证必须以法律为依据，但并未将所依据的法律仅限定为内地法律。因此，不能因为公证事项涉及适用境外法律，就断然认为公证机构就无权办理相关公证。合法性原则的要求，是公证必须遵守法律，其中既可包括境内法律，也可包括境外法律；在涉及准据法为境外法律的事项，合法性原则则要求公证机关办理有关公证必须遵守所适用的境外法律。可以认为，公证机构根据内地法律中的冲突规范适用境外法律，并据以办理有关公证，正是合法性原则的体现。

诚然，无论是规范遗嘱公证的《遗嘱公证细则》，抑或是规范遗嘱继承公证的《办理继承公证的指导意见》，均有以《继承法》为办理相关公证依据的条文。《遗嘱公证细则》第1条规定：“为规范遗嘱公证程序，根据《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国公证暂行条例》等有关规定，制定本细则。”第10条则规定：“公证人员应当向遗嘱人讲解我国《民法通则》、《继承法》中有关遗嘱和公民财产处分权利的规定，以及公证遗嘱的意义和法律后果。”第6条第2款也规定：“见证人、遗嘱代书人适用《中华人民共和国继承法》第十八条的规定。”《办理继承公证的指导意见》第15条则规定“利害关系人与遗嘱继承人就遗嘱内容是否符合《中华人民共和国继承法》第十九条的规定有争议的”为其中一项不予办理遗嘱公证的事由。或有认为，既然《遗嘱公证细则》《办理继承公证的指导意见》均规定了办理遗嘱公证应以《继承法》《民法通则》等境内法律为依据，即可认为公证机构只能根据境内相关法律办理遗嘱公证，至于准据法为境外法律的遗嘱，公证机构则无资格办理。然而，《遗嘱公证细则》《办理继承公证的指导意见》施行之时，《法律适用法》并未实施，其内容只是针对一般适用境内法律的遗嘱相关公证确立准则，难以认为其目的在于禁止公证机构办理需要适用境外法律的遗嘱相关公证。此外，从以下几个方面看，亦足以说明公证机构处理境外居民的遗嘱公证及遗嘱继承公证既符合合法性原则，亦不存在法律上的障碍。

### 其一，从公证业务范围看，境外居民所立遗嘱（即以境外法律为准据法的遗嘱）属于公证业务范围内的业务。

《公证法》第2条规定：“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。”遗嘱，无论其准据法是内地法律还是境外法律，均属于民事法律行为的一种，除非法律明确予以排除，理应视为属于公证业务的范围。《公证法》第11条更明确规定，遗嘱属于法定公证业务的一种，对遗嘱的类型，亦未按立遗嘱人的身份而加以区分，并不将境外居民所立遗嘱排除在外。

其二，从受理规则看，有关法律及规范性文件均未排除境外居民的遗嘱公证及遗嘱继承公证，境外居民遗嘱亦未构成不予受理的情形。《公证程序规则》第19条及《遗嘱公证细则》第7条、第8条规定了公证机构可以或应当受理的情形，境外居民的遗嘱公证并未被排除在外。同时《公证法》第31条及《公证程序规则》第48条同时规定了不予受理公证的情形，及《办理继承公证的指导意见》第15条更规定了不予办理遗嘱继承公证的事由，而境外居民遗嘱公证及遗嘱继承公证均并不当然构成所列的不予受理的事由。

其三，在管辖规则上，《公证法》第25条作为公证管辖基本规则，规定了公证可以由当事人的住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构管辖（其中更明确规定了涉及不动产遗嘱公证亦适用此规则，不受不动产公证的管辖限于不动产所在地公证机构的限制）。《遗嘱公证细则》第4条更具体的规定“遗嘱公证由遗嘱人住所地或者遗嘱行为发生地公证处管辖”。就遗嘱公证而言，即使境外居民的住所及经常居住地均不在内地，但仍可在遗嘱行为地的公证处办理遗嘱相关的公证业务。可见，公证管辖规则本来即没有将可办理遗嘱公证的当事人限于住所或经常所在地在内地的人，实际上为境外居民在内地办理遗嘱公证提供了空间。就遗嘱继承公证而言，公证机构亦可以按照遗产所在地、继承行为发生地对遗嘱继承公证进行管辖。

其四，公证相关的规范性文件从未将境外居民遗嘱公证及遗嘱继承公证列为不予公证事项。在过去，司法部门不是发布有关的规范性文件，明确表明对于某些事项不予办理公证。比如，司法行政部分在《关于能否出具平凡证明事的复函》、《关于停止办理日本孤儿证明的通知》、《关于不办理夫妻关系未破裂公证书的复函》等，明确表明不予办理相关事项的公证。而至今为止，并未看到司法部颁布的将境外居民遗嘱公证及遗嘱继承公证列为不予办理公证的事项。

其五，就遗嘱继承公证而言，若禁止公证机构办理此类公证，将对有关的继承活动造成重大的障碍。尽管我国法律并没有明确规定继承公证为继承人继受遗产的必经程序，但在实务上，继承公证对于继承活动具有不可取代的作用。在理论上，继承人可以直接凭足以证明其继承权的各种文件和材料向有关财产权属登记部门（如房产登记部门、工商管理部门）办理继承手续，但在实务中，由于个别的财产权属登记部门难以全面掌握具有高度专业性的继承业务，而公证机构则能够基于其专业职能更有效地为各个财产权属登记部门把关，以确保继承活动的合法进行。若否认公证机构可办理境外居民的遗嘱继承公证业务，无异于要求各个财产权属登记部门要自行直接根据境外法律

处理有关的权属变更登记事宜，这在实务中必然带来重大的困难，反过来有碍于继承活动，最终有损于继承人的合法权益。

### 三、适用境外法律时所涉及的主要法律问题

如前所述，公证机构为境外居民办理遗嘱公证及遗嘱继承公证业务，在法律上并无障碍，亦符合合法性原则。然而，要实际上办理此类公证，显然在专业上对公证人员提出了更高的要求。在个案中，公证人员必须了解所涉境外法律的相关内容。本文的目的，一方面在于强调公证机构有资格办理境外居民遗嘱相关的公证业务，另一方面则在于通过列举（但非穷尽）并分析若干处理境外居民遗嘱相关公证业务时常见的境外法律适用问题，强调公证人员必须具有适用境外法律的意识及能力。

显然，由于所适用的境外法律因立遗嘱人的本法域的不同而异，致使我们不可能全面地了解全部所可能适用的法律规则。为此，比较可行的方法，是选择一个境外法域的法律，对主要涉及遗嘱效力及相关事项的法律规则进行说明，以作为从事相关业务人员的参考。鉴于笔者因长期处理香港居民在内地遗产的继承事务而比较熟悉香港法律的有关制度和规则，而涉港继承公证亦是内地公证机构最经常遇到的涉外公证业务，因此在以下部分将以香港法律为主要的讨论对象，介绍一些主要的可能影响遗嘱效力及其他相关问题的法律制度和规则。

在处理香港居民遗嘱公证及遗嘱继承公证业务中所可能适用的香港法律制度和规则，最主要的有遗嘱能力制度及遗嘱效力的相关制度。其中，后者又包括许多具体的制度和规则，比如遗嘱赠与因遗嘱见证人违反身份限制而无效；遗嘱全部或部分撤销，包括以遗嘱撤销书撤销、以新遗嘱撤销、以撕毁撤销、因结婚而推定撤销；因立遗嘱人婚姻解除或无效而相应失效；因受益人死亡而失效或变更；因遗产权益消灭而失效或变更；受赠权益因债务承担及履行而减少或消灭；因受益人丧失继承权而失效等等。基于篇幅所限，笔者并不企图在下文中穷尽阐述全部相关制度及其具体规则，只能筛选其中最为常见，也较容易引起疑问的部分制度和规则作为讨论的对象。

#### （一）遗嘱能力

根据《法律适用法》的规定，遗嘱能力只能以立遗嘱人经常居所地法律为准据法。公证机构在办理香港居民的遗嘱公证时，也只能按照香港法律判断其立遗嘱人的是否具备相应的遗嘱能力。香港法律关于遗嘱能力的规定，于1990年已将行为能力（包括遗嘱能力）的法定年龄从21岁降为18岁，从而与内地法律的相关规定一致。在精神健康状况方面，类似于内地法律中民事主体因欠缺相应的精神健康状况而欠缺行为能力的制度，香港立法设有有关当事人精神上无行为能力的制度。根据该制度，精神健康存在问题的自然人，可通过法院程序被宣告为精神上无行为能力人（与内地的限制民事行为能力宣告制度类似），因此公证机关在为香港居民办理遗嘱公证时，应审查该当事人是否已被香港法院宣告为在精神上无行为能力。

对于办理其他境外居民的遗嘱公证时，公证机构主要要注意该法域的法律对遗嘱能力制度是否有特别规定，比如遗嘱法定年龄会否规定了更高的年龄要求，或除了因年龄及精神健康状况外，是否有其他原因可导致自然人丧失遗嘱能力。同时，公证机构要注意按照该法域法律，当事人是否已经被认定为无遗嘱能力人。此外，由于按照《法律适用法》第12条的规定，遗嘱能力问题（及其他涉及继承的行为能力问题）只能以行为人的经常居所地法律为准据法，而不以国籍（居籍）地法律为准据法，因此，即使当事人为具有中国国籍的内地居民，若其已经以境外为经常居所地（如已在外国定居的华侨），则其遗嘱能力的准据法仍然为该当事人的经常居所地的法律，而不是内地法律。

#### （二）对见证人的要求

许多法域的法律均对遗嘱确立了见证的要求，主要涉及见证要求之有无、见证人人数、见证人资格、利益冲突禁止等。关于遗嘱见证规则，涉及一个前提问题，即在冲突法的定性上遗嘱见证究竟是属于遗嘱方式的事项，抑或是遗嘱效力的事项。若属于前者，因遗嘱方式在准据法上可适用遗嘱行为地法（《法律适用法》第32条），因此即使立遗嘱人为境外居民，遗嘱见证只要符合内地法律即可，无需考虑立遗嘱人本法域法律的规定。若属于后者，则在办理境外居民的遗嘱公证时，即须以境外居民本法域法律为准据法，从而须遵守该法域法律中有关遗嘱见证的规则。

遗嘱见证规则究竟属于遗嘱方式的事项还是遗嘱效力的事项，暂时不予讨论。不过，就香港居民所立遗嘱而言，实际上香港法律对遗嘱见证的要求更为宽松。比如，内地《继承法》第18条规定与继承人、受赠人有利害关系的人均不得担任遗嘱见证人，而香港法律只规定遗嘱受益人及其配偶不得担任遗嘱见证人。在见证人人数方面，香港《遗嘱条例》（香港法例第30章）第5条虽然规定，遗嘱一般需要经两名见证人现场见证，但同时又规定即使未满足见证要求，只要能证明遗嘱中载明了立遗嘱人的设立遗嘱的意向，亦足以成立有效的遗嘱。内地法律虽然亦承认无需见证的自书遗嘱等遗嘱方式，但其要求亦比香港法律的要求更为严格。

鉴于香港法律的遗嘱见证要求更为宽松，因此，即使将见证人要求定性为遗嘱效力问题，在一般情况下，只要

按照内地遗嘱公证的程序和规则办理遗嘱公证的遗嘱，也能同时符合香港法律对遗嘱见证的要求。但是，若立遗嘱人为其他境外居民时，为其办理遗嘱公证时，就要注意该境外法域对遗嘱见证规则会否有特殊规定，不排除有关法域对遗嘱见证有更为严格的要求，比如对见证人资格有更严格的要求，或对见证人人数有更高的要求（如三人或以上）。

### （三）违反见证人要求的法律效果

即使将对见证人的要求定性为遗嘱方式，但违反见证人要求的法律效果，即对遗嘱效力所产生的影响（部分无效、全部无效还是不生影响？），由于直接涉及对遗嘱“效力”的影响，因此似乎更有可能被定性为遗嘱效力问题。如此，在出台相关司法解释或立法解释前，为谨慎起见，公证机构在办理境外居民的遗嘱继承公证时，应必须对此问题有所注意。

在处理其他境外居民的遗嘱继承公证时，必须注意该法域法律对于违反遗嘱见证规则的法律后果是如何规定，主要是关于遗嘱究竟是全部无效，疑惑仅相应条款无效（甚至对遗嘱没有任何影响）。以香港法律为例，若遗嘱的见证违反了见证人及其配偶不得从遗嘱受益的规则，香港法律仅仅规定遗嘱中仅相关的赠与条款无效，遗嘱的其他内容并不受影响。在此规定下，若公证机构在此情况下以为遗嘱完全无效，即很可能导致有关遗嘱继承公证违反了香港相关法律。

### （四）遗嘱撤销

各个法域基本上均规定了立遗嘱人在立遗嘱后可撤销该遗嘱，而遗嘱的撤销，在冲突法上属于遗嘱效力问题，应无疑问。因此，对于境外居民所立遗嘱，理应根据其本法域法律判断遗嘱是否已被撤销。

在遗嘱撤销的问题上，公证机构要特别注意的是，内地法律对遗嘱撤销的规定相对于许多其他法域的法律来说，要简单得多。《继承法》及其司法解释就遗嘱的撤销（包括明示及拟制的撤销）规定了三种情形：（1）意定撤销（第20条1款）；（2）以后遗嘱撤销（第20条2款）；（3）拟制撤销（因生前的矛盾处分行为或标的财产在事实上的灭失）（《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第39条）。但在比较法上，按照许多境外法域法律，遗嘱可因其他原因视为被撤销或失效（部分或全部），比如立遗嘱人的婚姻状态、遗嘱的物理状态等。以下以香港法律为例，对有关的问题加以说明。

#### 1. 通过后遗嘱撤销

香港法例《遗嘱条例》（第30章）第13条规定，遗嘱“借另一有效遗嘱而撤销”，此即一般所谓的“最后遗嘱”规则。原则上，在立遗嘱人立有多份遗嘱时，不管这些遗嘱所采用的方式，除非后立遗嘱与在先遗嘱不存在不一致，也不存在撤销在先遗嘱的内容（在实务中，撤销在先全部遗嘱条款属于标准条款），否则应以最后一份遗嘱为有效遗嘱，在先遗嘱均视为已被撤销。

香港法律的此项规则，与内地法律所规定的公证遗嘱效力优先规则（《继承法》第20条3款），以及公证遗嘱必须经公证程序撤销或变更的规则（《遗嘱公证细则》第22条），存在冲突。因此，产生一个疑问，即在立遗嘱人为香港居民时，是否仍应以《继承法》为依据而认定其公证遗嘱具有公证效力，抑或应以《遗嘱条例》为依据认为“最后遗嘱”（不论其形式）具有优先效力？此问题一方面是关于采用不同方式的遗嘱之间，以及在不同时间所立的遗嘱之间的效力顺序问题，另一方面同时也是某份遗嘱（特别是公证遗嘱）是否因另一份遗嘱的存在而无效的问题，显然是属于遗嘱效力的事项。因此，在冲突规范上应当根据《法律适用法》第33条以确定其准据法。对于立遗嘱人为香港居民的情形，自应适用香港《遗嘱条例》（第30章）第13条作为判断标准，而不存在适用《继承法》第20条3款及《遗嘱公证细则》第22条的空间。换言之，香港居民作为立遗嘱人所签立的公证遗嘱，其在今后遗嘱即使并非公证遗嘱，亦应直接根据香港法律上述规定而视为被撤销。

据此，在为香港居民所立公证遗嘱办理继承权公证时，内地公证机构不能仅凭该份遗嘱为公证遗嘱而确认其效力，还必须审查立遗嘱人在该公证遗嘱后是否还以其他方式签立了其他在后遗嘱，以及在后遗嘱是否已有效导致公证遗嘱被撤销。

对于立遗嘱人为其他境外居民的情形，公证机关除了要注意《继承法》的公证遗嘱效力优先规则因《法律适用法》第33条而不予适用外，还要注意，假如该法域法律也同样规定了公证遗嘱或类似方式遗嘱的优先效力，在办理境内公证遗嘱的遗嘱继承公证时，还要判断境内的公证遗嘱是否构成该境外法律中的公证遗嘱。这是属于冲突法在适用上的疑难问题，公证机构在处理时必须审慎对待。

#### 2. 通过遗嘱撤销书撤销

除了以新遗嘱撤销在先遗嘱外，《遗嘱条例》（第30章）第13条还规定了立遗嘱人可通过遗嘱撤销书撤销在先遗嘱。对于遗嘱撤销书，该条规定其要求与立遗嘱的要求相同。因此，根据香港法律，立遗嘱人以遗嘱撤销书的方式撤销在先遗嘱，在形式上并没有严格的要求。相反，按照内地《遗嘱公证细则》的规定，公证遗嘱必须经公证程序撤销或变更。可见，对于香港居民所立的公证遗嘱，是否因立遗嘱人签署的未经公证的遗嘱撤销书而被撤销，香港和内地法律亦存在冲突。如同在后遗嘱能否撤销在先公证遗嘱的问题，此问题在冲突法的定性上理应属于遗嘱效力的事项，从而同样应适用《法律适用法》第33条以确定其准据法，即应以香港法律为准据法。因此，就在先

公证遗嘱而言，香港居民立遗嘱人可直接通过遗嘱撤销书的方式撤销在先的公证遗嘱，而无须经过相应的公证程序。

据此，在为香港居民所立公证遗嘱办理继承权公证时，内地公证机构应当审查立遗嘱人在设立公证遗嘱后，是否曾经签署过任何遗嘱撤销书，而不能仅审查立遗嘱人是否曾经通过公证程序撤销在先的公证遗嘱。对于其他境外居民所立公证遗嘱，公证机构同样需要确认该法域法律是否存在类似于香港而不同于内地的规则。

### 3. 以撕毁撤销

《遗嘱条例》（第30章）第13条还规定，遗嘱可因立遗嘱人以撤销的意思“烧毁、撕毁或以其他方式毁灭”而撤销。在现代复印、照相、扫描等复制方式极为简便的条件下，即使遗嘱原件被毁灭，但仍有各种方式可证明遗嘱的内容。而对于内地的公证遗嘱而言，由于存在遗嘱公证卷档案，即使立遗嘱人撕毁了自己保存的遗嘱，遗嘱内容也仍然可以通过公证机构的档案获得证明。此外，在实务操作中，公证机构办理遗嘱公证，往往会制作一式多份的遗嘱及公证书，从而即使遗嘱被毁，也未必会导致在实际上无法执行。然而，在香港法律的上述规定下，即使在立遗嘱人毁灭遗嘱后仍然可以通过其他方式获得遗嘱的内容，遗嘱也会在法律上被视为已撤销。相反，在内地则不存在类似规则，即使遗嘱被立遗嘱人撕毁或因其他原因被毁，遗嘱也不会当然被视为被撤销而无效。

遗嘱是否因撕毁而撤销，在冲突法上也属于遗嘱效力问题，因此依《法律适用法》第33条，香港居民所立遗嘱（包括公证遗嘱）亦应适用《遗嘱条例》的上述规定，可因立遗嘱人撕毁而视为被撤销。

还要注意的，按照《遗嘱条例》的上述规定，立遗嘱人通过毁灭的方式撤销遗嘱，必须具备毁灭行为以及撤销意思的要件。因此若只有毁灭行为而不存在撤销意思，仍不构成遗嘱的撤销。但是，香港所适用的普通法确立了一项推定规则，即若遗嘱原件遗失（包括一式多份中的其中一份或部分遗失），除非有反证推翻，否则即推定立遗嘱人具有撤销遗嘱的意思。因此，在适用香港法律以判断遗嘱效力时，若发现遗嘱的原件或多份原件中的一份或多份遗失，则必须反证立遗嘱人不存在撤销遗嘱的意思，否则即应认定遗嘱已被立遗嘱人通过毁灭的方式撤销。在内地公证实务中，一些公证机构在办理遗嘱公证时，在出证时往往会出具一式多份的公证遗嘱，但在办理香港居民的遗嘱公证时，应避免这种做法，以减少日后因为无法出示全部文本而引起争议。

据上，内地公证机构在办理境外居民的遗嘱继承公证时，即使立遗嘱人曾经在境内办理了公证遗嘱，亦必须注意该法域法律是否存在类似香港法律的撕毁撤销规则，并审查遗嘱是否已因撕毁而视为被撤销。

### 4. 因结婚而推定撤销

关于遗嘱撤销，香港法律还规定了遗嘱因立遗嘱人结婚而被撤销（《遗嘱条例》（第30章）第14条）。根据该规定，除非立遗嘱人在立遗嘱时已经预期与特定的人结婚，并且具有遗嘱不因与该人结婚而撤销的意愿，否则，遗嘱将因立遗嘱人与该人结婚而被撤销。此外，若立遗嘱人在立遗嘱时已经预期与特定的人结婚，并且具有遗嘱中的特定处置（而不是整份遗嘱）不因与该人结婚而撤销的意愿，则该处置不因立遗嘱人与该人结婚而被撤销。在构成要件上，上述规定仅要求立遗嘱人在客观上依法结婚，而并未要求在主观上具有撤销遗嘱的意思。可见，此项撤销事由相当于遗嘱的法定失效事由，任何人不能以立遗嘱人没有撤销意思而主张遗嘱未被撤销。

内地法律中并未规定类似的遗嘱撤销事由，但既然按照《法律适用法》第33条香港居民所立遗嘱的效力应以香港法律为准据法的情况，则即使香港居民所立的为公证遗嘱，即使未按《遗嘱公证细则》第22条的规定通过公证程序撤销，亦应根据《遗嘱条例》（第30章）第14条的适用而因立遗嘱人结婚而无效。

据此，内地公证机构在办理香港居民遗嘱继承公证时，即使该遗嘱为公证遗嘱，还必须对立遗嘱人在立遗嘱后的婚姻状况进行调查，以确定该遗嘱是否因《遗嘱条例》（第30章）第14条的适用而被撤销。至于对于其他境外居民所立遗嘱，公证机构在处理其遗嘱公证业务时，亦应先确认该境外法域的法律是否存在类似于香港法律中的上述规定，再而确定是否需要对立遗嘱人的相应婚姻状态变化进行审查。

### 5. 因立遗嘱人婚姻解除或无效而失效

香港法律并未将立遗嘱人婚姻解除或被宣告无效列为遗嘱的撤销事由，而是将其作为遗嘱无效或失效的原因，在实质上并无重大区别。根据香港法律，立遗嘱人婚姻解除或宣告无效，亦会影响先前所立遗嘱的效力。根据《遗嘱条例》（第30章）第15条规定，立遗嘱人婚姻解除或无效，其先前所立遗嘱中的两项内容即失效。其一是委任其前配偶担任执行人及受托人的内容，其二为对前配偶所作遗赠的内容（若立遗嘱人有相反意愿则例外）。可见，立遗嘱后婚姻解除或无效，虽不会导致遗嘱全部失效，但亦导致遗嘱的特定条款失效。

同样，内地法律并未将婚姻解除或无效作为遗嘱被撤销、无效或失效的事由，但基于《法律适用法》第33条的规定，对于香港居民所立遗嘱，包括公证遗嘱，亦应适用上述《遗嘱条例》所确立的规则。因此，内地公证机构在办理有关遗嘱继承公证时，亦应对立遗嘱人在立遗嘱后婚姻关系是否解除或被宣告无效，亦必须予以审查。而对于其他境外居民所立遗嘱，亦必须确认该境外法域法律是否有类似规则，并根据有关的规则进行类似的审查。

#### （五）遗嘱变更

遗嘱变更，即立遗嘱人在立遗嘱后对遗嘱内容进行变更，而使遗嘱的原内容及原拟发生的效力有所变化，实际上构成遗嘱的部分撤销及部分重立。在香港法律下，遗嘱变更，可分为遗嘱更改（alteration）和以遗嘱更改附件（codicil）变更两种类型。前者是直接对遗嘱所作的修改，后者则为以作为单独的遗嘱更改附件对原遗嘱的

内容进行修改。

《遗嘱条例》(第30章)第16条对遗嘱更改作出了规范,规定立遗嘱人可按照签立遗嘱的方式在遗嘱上采用涂改、插入或以其他方式进行更改,并规定遗嘱人及见证人在更改处相对或接近的位置签署,或在遗嘱上以备忘录方式加入更改的内容,并在其末端、结尾或相对处签署,均构成有效的更改。至于遗嘱更改附件,则经由判例所确立的规则所规范。按照有关判例,立遗嘱人可以签立遗嘱更改附件作为原遗嘱的一部分,从而变更原遗嘱相关内容。所要注意的是,遗嘱更改附件,既可以撤销在先遗嘱的全部,亦可作为在先遗嘱的补充而成为其一部分,究竟属于何者,取决于遗嘱更改附件的内容及其解释。

内地法律关于遗嘱的变更,除了就公证遗嘱基于公证遗嘱效力优先的规则而规定了公证遗嘱必须经公证程序变更外(《遗嘱公证细则》第22条),并未作更具体规定。对于其他类型的遗嘱,仅有“遗嘱人可以变更自己所立遗嘱”的原则性规定(《继承法》第20条)。

在冲突法上,遗嘱变更包括两方面的问题。其一,为变更事由,其中可以是法律行为(新遗嘱或单独的变更意思表示),也可以是非法律行为事实(如婚姻状态变化等);其二,为变更所引起的对原遗嘱的效力。对于前者中的法律行为,其具体事项在冲突法上应可按遗嘱的不同事项适用《法律适用法》的相应冲突规范,即行为能力适用第12条,行为方式适用第32条,效力则适用第33条。至于后者,就原遗嘱而言,则属于遗嘱效力问题,适用《法律适用法》第33条。在处理香港居民的经变更遗嘱(包括公证遗嘱)的遗嘱继承公证时,必须非常注意香港法律的适用。比如,该遗嘱上出现了变更的记载,尽管内地法律未对变更的形式作出具体规定,但若所作的变更符合香港法律的要求(如直接在遗嘱上修改并经立遗嘱人及见证人签署),则该变更即成立。至于该修改对原遗嘱效力的影响,亦应按照香港法律判断,其中要特别注意的是,即使该遗嘱为公证遗嘱,按照香港法律遗嘱变更效力规则及“最后遗嘱”规则,该变更行为即足以发生变更公证遗嘱的效力。

同样,对于其他境外居民的遗嘱,亦须注意准据法的相应规定,以判断变更是否成立,以及是否对原遗嘱(包括公证遗嘱)的效力造成影响。

#### (六) 因遗嘱受益人死亡而失效或变更

遗嘱受益人先于立遗嘱人死亡,而在遗嘱中又未针对该情形作出规定时应如何处理,一方面是属于遗嘱内容解释或补充的问题,另一方面亦属于遗嘱原内容部分失效及变更的问题,因此在冲突法上同样属于遗嘱效力的内容,故应按照《法律适用法》第33条确定其准据法。因此,对于香港居民所立遗嘱,应适用香港法律予以处理。

按照内地法律,遗嘱继承人或受遗赠人先于立遗嘱人死亡的,遗嘱处分的相应遗产按照法定继承办理(《继承法》第27条)。然而,对于遗嘱受益人先于立遗嘱人死亡的情形,香港法律还对不同情况作出了区分并有不同的规定。

##### 1. 遗嘱受益人为子女或其他直系晚辈

对于作为遗嘱受益人的子女或其他直系晚辈先于立遗嘱人死亡的情形,《遗嘱条例》(第30章)第23条作出了详细的规定。按照该规定,除非立遗嘱人具有不同意思,否则,若先于立遗嘱人死亡的遗嘱受益人子女或直系晚辈本身有后嗣,并且该后嗣在立遗嘱人死亡时仍在生,则按照遗嘱赠与给在先死亡遗嘱受益人的遗产,视为属于赠与给该后嗣的遗产。若后嗣有多人时,则由他们平均分配该遗产。此规则类似于内地法律中的转继承,但按照《继承法》的规定,转继承仅发生在法定继承的场合。

类似地,如立遗嘱人在遗嘱中将遗产赠与给子女或直系晚辈中的某一类别的人,比如“我的全部子女”、“我的全部男孙”等,则除非立遗嘱人具有不同意思,否则,若该类中的人员先于立遗嘱人死亡的,则由该先死亡人员的后嗣代替其成为遗嘱受益人。

如果先死亡的遗嘱受益人没有后嗣,则构成遗嘱处分失效(lapse),所涉及的遗产按照其他遗嘱受益人在先死亡的情形处理(见下)。

##### 2. 其他遗嘱受益人

此所谓其他遗嘱受益人,是指立遗嘱人的子女及直系晚辈以外的其他遗嘱受益人。在香港法律下,遗嘱处分可区分为特定遗产赠与和剩余遗产赠与。特定遗产赠与,是指立遗嘱人在遗嘱中将遗产中的特定物财产赠与给遗嘱受益人,比如地址为XXXXX的房产、ABC公司的全部股权等。剩余遗产赠与,则是指立遗嘱人在遗嘱中将未具体界定的“其他”或“剩余”遗产赠与给遗嘱受益人。在比较标准的遗嘱中,一般会如此表述:“将地址为XXXXX的房产赠与某A,……将剩余遗产赠与某B和某C平均分配。”前半部分即属于特定遗产赠与,后半部分则属于剩余遗产赠与。其他遗嘱受益人在先死亡,其效力即因所涉及的遗嘱赠与是特定遗产赠与还是剩余遗产赠与而有所区别。

###### (1) 特定遗产赠与与受益人死亡

根据香港所适用的判例法,对于特定遗产赠与的其他遗嘱受益人在先死亡,除非立遗嘱人有不同意思,否则,若遗嘱包含了剩余遗产赠与的条款,则特定遗产赠与与所涉及的特定遗产成为剩余遗产,而由剩余遗产赠与的受益人获得。若遗嘱并未包含剩余遗产赠与的条款,或剩余遗产赠与受益人亦同样在先死亡的,则所涉及的遗产按无遗嘱继承(类似于法定继承)处理。

## (2) 剩余遗产赠与受益人死亡

若遗嘱处分属于剩余遗产赠与，则除非立遗嘱人有不同意思，否则，受益人在先死亡时，所涉及的遗产直接按照无遗嘱继承处理。

### 3. 小结

由此可见，在香港法律下，遗嘱受益人在先死亡的，遗嘱相应内容的效力并非当然失效（内地法律按法定继承处理实际上就相当于遗嘱有关处分失效），还需区分不同的情况而作不同的处理。因此，内地公证机构在遇到此情形时，必须进行相应的调查（如在先死亡之子女遗嘱受益人是否有后嗣等），并作出不同的处理。就其他境外法域而言，相信有关的法律规定亦各有不同，因此公证机构在处理有关的遗嘱公证业务时，必须非常注意有关法域的相关规定。

### (七) 丧失继承权

遗嘱受益人是否丧失继承权，是公证机构办理继承公证时必须审查的事项（《办理继承公证的指导意见》第15条1项）。在冲突法上，对于法定继承的继承权丧失与否，固然是法定继承问题，所适用的冲突规范因动产还是不动产而异（《法律适用法》第31条）；对于遗嘱继承，则为遗嘱受益人能否按照遗嘱条款享受遗产权益的问题，亦应属于遗嘱效力的问题，依适用《法律适用法》33条的冲突规范。

对于遗嘱继承人或遗嘱受益人是否丧失继承权，内地法律与香港法律亦存在较大的不一致。按照香港所适用的判例法，遗嘱受益人丧失继承权的原因包括谋杀及误杀立遗嘱人。误杀即相当于内地法律中的过失杀人，此项丧失继承权的事由为内地法律所没有包含的。《继承法》第7条就继承人杀害被继承人作为丧失继承权的原因，仅限于故意杀害，而并不包括过失杀害。而对于《继承法》上述规定的丧失继承权事由，尚包括为争夺遗产而杀害其他继承人、遗弃或虐待被继承人（情节严重），以及伪造、篡改或销毁遗嘱（情节严重），此则为香港法律所未规定。因此，在以香港法律为准据法的情形下，即有可能出现按照内地法律不丧失继承权而按照香港法律则丧失继承权的情形（误杀立遗嘱人）；也可能出现按照内地法律应丧失继承权，但按照香港法律则不丧失继承权的情形（如杀害其他继承人、遗弃或虐待被继承人、伪造遗嘱等）。因此，公证机构在办理遗嘱继承公证审查遗嘱受益人是否丧失继承权时，必须注意香港法律的上述规则，而在处理其他境外居民的遗嘱继承公证时，亦必须注意该境外法域法律对继承权丧失的不同规定。

### (八) 特留份、遗属及受养人权益

为保护立遗嘱人特定范围近亲属的利益，各法域均设有相应的制度以在不同程度上限制立遗嘱人的遗嘱自由。在内地，所采用的为特留份制度，要求立遗嘱人必须为遗嘱生效时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（《继承法》第19条），所保护的範圍包括全部继承人，违反的效力为遗嘱在有关继承人受保护的范围内不生效力（《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第37条）。在冲突法上，特留份规则属于典型的限制遗嘱效力的制度，因此亦属于遗嘱效力问题，因此，包括《继承法》第19条在内的内地相关法律并不适用，而只能适用立遗嘱人本法域法律处理此问题。

在其他同样采用特留份制度的法域，在保护对象、保护方式及对遗嘱效力的影响程度或有不同，在所处理的遗嘱继承公证所适用的准据法也采用特留份制度时，公证机构必须同时注意该特留份制度的不同规定。亦有其他法域，主要是普通法系，在实现类似功能上所采用的并非特留份制度，而是采用特定范围权利人的请求供养制度，香港即为一个典型例子。

香港继受英国法律，采用了遗属及受养人申请供养的制度。根据此制度，申请人（遗属及受养人）可以通过向法院申请，要求从遗产获得一定的利益分配以作为经济供养。此制度相对于大陆法系的特留份制度有一些重要特点。比如，在一般情况下此项权利是针对遗产的整体（由遗嘱执行人或遗产管理人作为代表）而不是针对特定的遗产；申请人可以获得的经济供养，是按照申请人实际需要、立遗嘱人生前对申请人的供养情况、经济供养安排对遗嘱受益人及其他申请人（如有）等多种因素由法院以自由裁量权确定，而并不存在确定的法定比例；经济供养的形式具有多样性，可以从遗产中分期支付、转让特定遗产、以特定遗产设定终身利益（信托）于申请人等。

关于公证机关在办理香港居民的遗嘱继承公证时，是否需要就遗属及受养人供养问题进行审查，存在讨论的空间。如果从权利内容的角度看，遗属及受养人的权利，主要是针对整体遗产的权利，而不是针对特定遗产（比如位于内地的遗产）的权利。按照香港法律，遗产的归属可分为两个阶段，在被继承人死亡时，遗产首先归属遗嘱执行人或遗产管理人，遗嘱执行人或遗产管理人在清理遗产债务后，才按照遗嘱及法律将遗产分配给受益人。因此，取决于遗属及受养人在哪个阶段取得请求供养的判令，其权利的义务人亦有所不同。若在遗产分配前即取得判令，则遗嘱执行人或遗产管理人有义务按照法院判令从遗产向申请人履行供养义务；若在遗产分配后取得判令，则或分配遗产利益的受益人相应地成为按照法院判令从所获得的分配中向申请人履行供养义务。从这一角度看，只要公证机构根据冲突规范及香港法律规定，将内地特定遗产确认为遗嘱执行人或遗产管理人，亦不存在违反香港法律的问题。因此，在办理香港居民的遗嘱继承公证时，公证机构似乎无需对此项问题进行审查。

## 四、对公证机构的挑战

再次强调的是，鉴于本文的目的并不是要成为公证人员办理境外居民或香港居民遗嘱相关公证业务的境外法律适用指南，因此并未（也不可能）穷尽全部在办理境外居民遗嘱相关公证时所需要掌握的境外法律或香港法律，对于前文所讨论的香港法律问题，亦非十分深入和全面。也就是说，公证机构在办理境外居民遗嘱相关公证时，所需要考虑的境外法律问题，并不限于在前一部分中所讨论的问题。但从前文所列举并讨论的问题可知，在《法律适用法》的冲突规范下，我国法律对办理境外居民遗嘱相关公证业务所需具备的相关境外法律专业知识提出了非常高的要求。

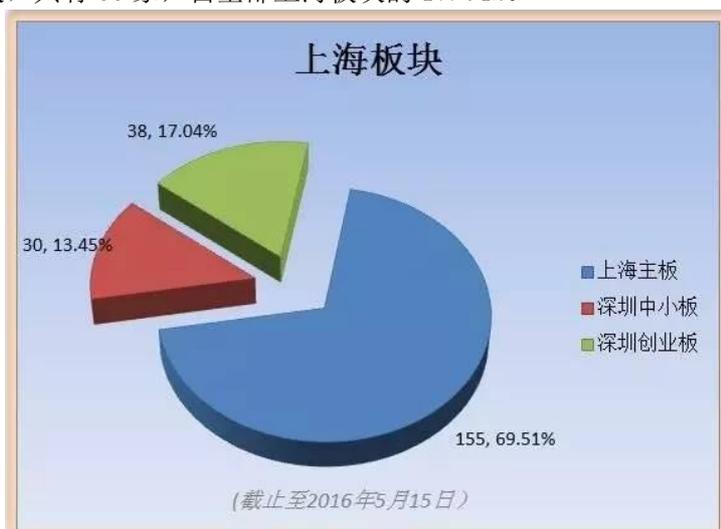
对于内地的公证机构及公证人员来说，这无疑是一个挑战。若公证人员不具备相应的境外法律知识，显然会增加公证机构及其人员的责任风险。如同办理境内当事人的遗嘱公证、遗嘱继承公证及任何其他公证业务未能符合法律规定须承担相应责任，若公证机构在办理境外居民遗嘱公证及遗嘱继承公证，因适用境外准据法错误而造成当事人的损失，自应按照法律有关规定承担包括行政责任（《公证法》第42条）及民事责任（《公证法》第43条）在内的法律责任。不过，正是基于严格的责任制度及公证人员的高度专业，公证制度才能成为我国社会主义法律制度体系的重要组成部分。司法部在《关于进一步加强公证工作的意见》中明确提出了要加强公证队伍建设，提高公证队伍综合素质的要求。从事包括境外居民遗嘱相关公证在内的各类涉外公证业务的公证人员，具备在业务中适用相关境外法律的能力，正是上述要求的体现。

### 上海部分上市公司婚姻/继承影响与分析（上篇）

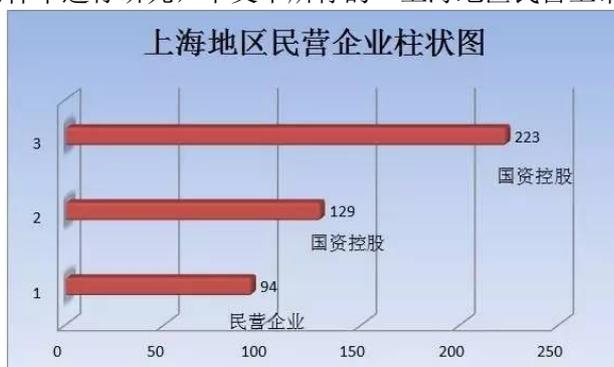
2016-06-21 家族律评 贾明军团队

文 | 贾明军、吴卫义、蓝艳、公维亮

截止至2016年5月15日，上海板块共有223家上市企业，其中上海主板（600板块）共有155家，占全部上海板块的69.51%；深圳中小板（000板块）共有30家（含深圳主板），占全部上海板块的13.45%；深圳创业板（300板块）共有38家，占全部上海板块的17.04%。



从上海板块上市企业的实际控制人性质（国资/民营）来看，上海板块的上市企业中，非国资、非集体企业控股且存在家族或家庭控股的企业共有94家，占全部上海地区上市企业的42.15%，本报告主要以该94家民营上市企业为样本进行研究，下文中所称的“上海地区民营上市企业”，如无特殊说明，均指该94家企业。



上海地区民营上市企业从上市地点上来看分布相对均匀，其中上海主板有41家，占全部上海地区民营上市公司的44.62%；深圳中小板民营上市企业有26家，占总数的27.66%；深圳创业板民营上市企业有27家，占上海地区民营上市企业的28.72%。



上述数据可以看出，上海主板的上市企业主要以国资控股为主，其中 41 家民营上市企业仅占全部上海主板上市企业的 26.45%。与此不同的是，选择在深圳中小板及深圳创业板上市的企业主要以民营企业为主，其中深圳创业板民营上市企业占全部深圳创业板上市企业的 71.05%；而深圳中小板民营上市企业占全部深圳中小板上市企业的比例更是达到了 86.67%。

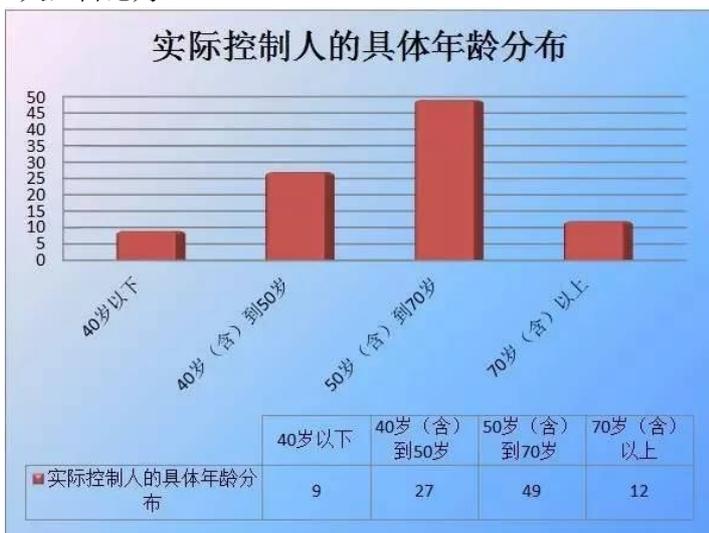
以下针对上海地区民营上市企业的不同方面分别予以分析，并就其可能面临的家事风险因素及私人财富管理风险进行综述。

### 一 实际控制人年龄结构

94 家民营上市企业涉及 97 位实际控制人，该 97 位实际控制人的平均年龄为 53.99 岁。

97 位披露年龄信息的实际控制人中，一半以上实际控制人的年龄在 50 岁以上 70 岁以下的年龄段，另外 50 岁以下的实际控制人占比为 37.11%；70 岁以上的实际控制人接近 3 成。实际控制人的具体年龄分布情况为：

40 岁以下的实际控制人有 9 人，占全部实际控制人的 9.27%；40 岁（含）到 50 岁的实际控制人有 27 人，占比 27.84%；50 岁（含）到 70 岁的实际控制人有 49 人，占全部实际控制人的 50.52%；70 岁（含）以上的实际控制人有 12 人，占比为 12.37%。



从企业传承和私人财富管理的角度来看，40 岁以下的实际控制人尚处于绿色的安全期，40 岁到 50 岁之间的年龄我们称之为黄色预警阶段，在该阶段的实际控制人可以适当关注企业的传承安排事宜；50 岁到 70 岁之间的年龄段，我们称之为财富传承的红色预警阶段，在该阶段，企业应当着手企业的传承安排或已经在传承安排或已经传承完毕；70 岁以上的年龄段，我们称之为财富传承的黑色预警阶段，在该阶段，该阶段的企业实际控制人或大股东应当将传承放在“第一要务”，以免将来发生不必要的纠纷。

上述中国证监会官方网站公开披露的上海地区民营上市企业实际控制人中，年龄最大的是 SZ:00XX68 实际控制人盛先生，盛先生 1923 年 7 月出生，中国公民，现年 93 岁。目前，盛先生通过“SSD”投资有限公司间接持有上市公司 SZ:00XX68 的 39.28% 的股份。“SSD”投资有限公司的股东是上海某商务咨询有限公司与北京某广告有限公司，盛先生分别持有上海某商务咨询有限公司 90% 的股权和北京某广告有限公司 90% 的股权。

97 名实际控制人中年龄最小的是 SH:6006X6 的实际控制人韩先生及 SH:60XX18 的张女士，两人均是 27 岁。

1989 年出生的韩先生，今年 27 岁。上海 WN 股权投资基金管理有限公司共有股东 2 名，法人股东 HY 金控出资比例 70%，自然人股东韩先生出资比例为 30%。其中，韩先生的父亲（韩父）持有 HY 金控 70% 的股权，韩先生持有 HY 金控 30% 的股权。另外，根据韩先生父子签署的《表决权等权利委托协议》，协议约定韩父将其所间接持有的

WN 基金全部股权的表决权等权利委托给韩先生，因此，WN 基金的实际控制人为韩先生。

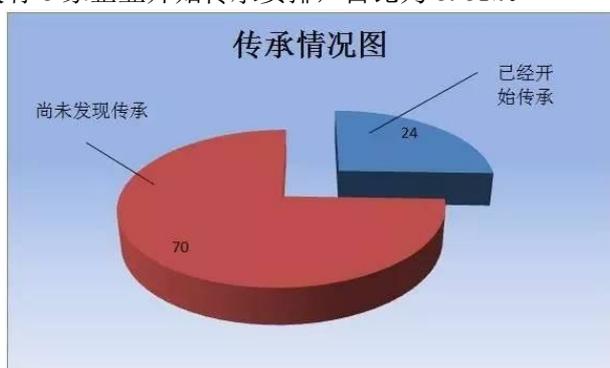
SH:60XX18 的董事张女士今年 27 岁，张女士系上海某科技发展有限公司的股东，上海某科技发展有限公司直接持有 SH:60XX18 的 50.8996% 的股权。另外，张女士持有上海某科技发展有限公司 70% 的股权、上海某创业投资中心 7.14% 的股权并直接持有 SH:60XX18 的 2.111% 的股份，是上市公司的实际控制人。张女士与张女士系父女关系。

## 二公司传承情况分析

从上述数据分析可知，上海地区民营上市企业的传承压力不小，红色预警以上的实际控制人占全部实际控制人的 62.89%，也就是说有 6 成以上的企业股权传承事宜紧迫。公司是否已经开始传承、如何传承看似是企业家的私事，但其实不然。作为一个公众企业，上市公司实际控制人的“传承家事”一直受到社会的关注。这不仅是证券监管部门信息披露的要求，也是保护公众投资人利益、维护证券市场稳定的需要。

企业的传承包括诸多方面，本报告所称的传承是企业实际控制人的直系亲属已经直接或间接持有上市公司的股权、或在上市公司担任重要职务，本报告所列数据以中国证监会披露的信息为依据，部分企业家或实际控制人的后代虽然已经在上市公司下属企业担任重要职务或持有较大比例的股权，但是未公开披露的不在本文的统计数据之中。

研究样本公开披露信息中，已经着手传承安排的企业共有 24 家，占全部上海地区民营上市企业的 25.53%。其中上海主板企业有 12 家，占比 12.76%；深圳中小板企业仅有 4 家开始股权传承的安排，占比仅为 4.26%；深圳创业板有 8 家企业开始传承安排，占比为 8.51%。



从不同的板块进行分析，深圳中小板及创业板已经开始传承的比例也接近四分之一。根据上述数据，上海主板 12 家已经开始传承的企业占全部上海主板 41 家民营企业的 29.27%；中小创 12 家开始着手传承的企业占全部中小创 53 家民营上市企业的 22.64%。

从研究的样本来，股权传承与控制权传承有着天然的一致性，即已经掌握部分股权的“接班一代”往往都在公司担任着管理职务，如董事长、总经理或董事等职务。另外，有 5 家创业板公司的“接班二代”目前只是担任上市公司的管理职务，从公开披露的信息看，尚未发现其直接或间接持有上市公司的股权的情况。

## 三配偶持股情况分析

94 家民营上市企业中，配偶在上市公司中持股的共有 18 家，占全部上海地区民营上市企业的 19.15%。其中，配偶均有持股的上海主板企业有 8 家，占全部上海地区民营上市企业的 8.51%，占上海主板民营上市企业的 19.51%；配偶均有持股的深圳中小板企业有 5 家，占全部上海地区民营上市企业的 5.32%，占深圳中小板民营上市企业的 19.23%；配偶均有持股的深圳创业板企业有 5 家，占全部上海地区民营上市企业的 5.32%，占深圳创业板民营上市企业的 18.52%。

总体来看，在上海地区，配偶均在上市公司中持股的企业占到全部民营上市企业 2 成左右，即每五家民营上市企业就有一家系配偶共同持股。这个比例虽不算普遍，但是随着私人财富管理日益得到大家尤其是高净值人士重视的今天，夫妻均持股的现象可能越来越多的体现在上市公司之中。

有些民营上市企业的家族企业的特点较为显著，不仅夫妻均有所持股，且双方的子女亦在上市企业或上市企业的母公司中持有较大比例股份并在上市企业中担任职务。以 SH:60XXX3 为例，根据 SH:60XXX3 公司 2015 年的年度报告显示，上海某（集团）有限公司持有 SH:60XXX3 公司 7.12%，是上市公司的控股股东。截止至 2016 年 4 月 31 日，刘女士、王先生夫妇及小王先生（刘女士、王先生之子）合计持有该集团 100% 的股权，持股比例分别为：36%、29%、35%。

## 四公司股权结构类型

实际控制人控制上市公司的形式主要有三种，其一：是直接持有上市公司股权并达到一定的比例——直接持股；其二：是通过两层或多层公司架构间接持有上市公司股权以达到控制上市公司的目的——间接持股；其三：是直接持股与间接持股相结合的方式。



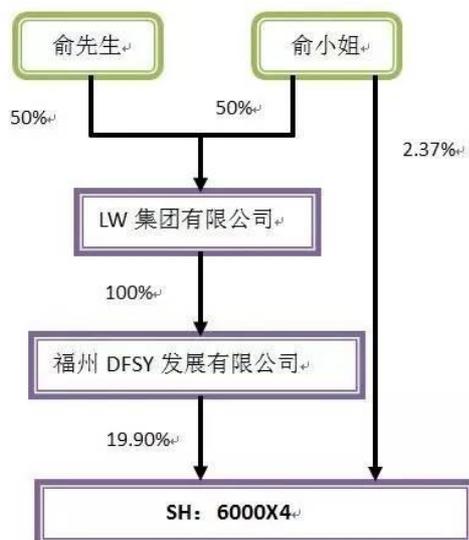
作为本报告研究样本的上海地区 94 家民营上市企业中，实际控制人直接持股的有 36 家企业，占全部上市民营企业的 38.30%。

间接持有上市公司股权的有 45 家，占全部上市民营企业的 47.87%。

直接持股与间接持股相结合的有 13 家，占全部民营上市企业的 13.83%。

从板块方面来看，直接持股的 36 家民营上市企业中，上海主板上市的只有 7 家，占比仅为 19.45%；深圳中小板上市的有 12 家，占比为 33.33%；深圳创业板上市的企业则达到了 17 家，占比为 47.22%。显然，中小创企业直接持股的方式控制企业的达到 29 家，占全部直接持股企业的 80.56%。可见，民营企业更为集中的中小创板块，更倾向于直接持股的方式控制自己的企业。

再看间接持股的 45 家民营上市企业：有超过一半的间接持股企业是在上海主板上市，即有 26 家间接持股的民营上市企业是在上海主板上市，占全部间接持股企业的 57.78%；另外在深圳中小板上市的有 11 家，占比为 24.44%；在深圳创业板上市的有 8 家企业，占比为 17.78%。上海主板上市的民营企业更倾向于间接持股的方式，一方面是由于间接持股的固有优势所致，另一方面更多的或许是因为目前上海主板上市的民营企业部分经过了并购、重组的程序，是并购、借壳的需要所致。

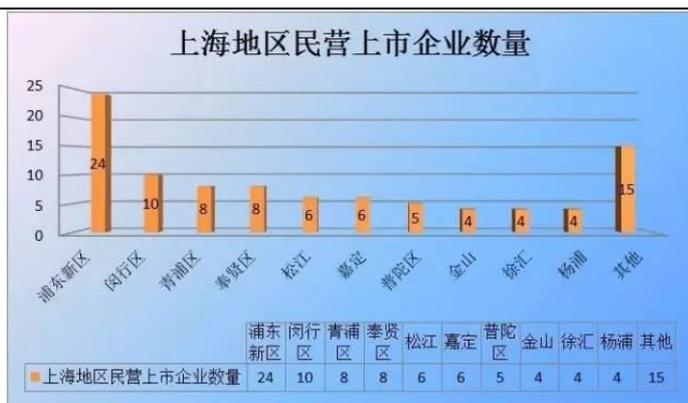


直接与间接持股的方式较为典型的企业是 SH:6000X4，福州 DFSY 发展有限公司作为公司的控股股东，持有公司 19.90% 的股份，俞先生作为公司实际控制人与女儿俞小姐合计持有福州 DFSY 发展有限公司 100% 的股权，同时，作为公司一致行动人的俞小姐还直接持有上市公司 2.37% 的股份（如公司股权控制结构图）。这使得该公司成为直接与间接持股结构较为典型的公司。另外，俞先生的配偶陈女士亦在公司持有股份，使得该公司成为典型的家族控股的企业。

#### 五公司注册地址的区域分布结构

94 家上海地区民营上市企业集中分布在浦东新区、闵行区、原奉贤区、青浦区、松江区、嘉定区、金山、徐汇和杨浦等 10 个区域，该 10 个区域合计有 79 家民营上市企业，占据全部 94 家民营上市企业的 84.04%。

从具体分布上来看，上海地区民营上市企业数量最多的是浦东新区，有 24 家，占比为 25.53%；排在第二位的是闵行区，有 10 家民营上市企业，占比为 10.64%；青浦区与奉贤区并列第三位，均有 8 家民营上市企业，占比为 8.51%；松江与嘉定均有 6 家企业，占比为 6.38%；普陀区有 5 家民营上市企业，占比为 5.32%；金山、徐汇、杨浦各有 4 家，占比为 4.26%；其他地域合计有 15 家，占比为 15.95%。

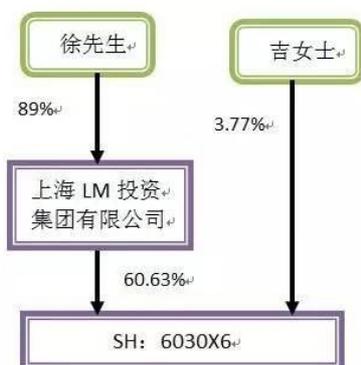


## 民营上市公司家事风险与问题揭示

文 | 贾明军、吴卫义、蓝艳、公维亮

### 一关于配偶单方持股

上述上海地区民营上市企业中，不乏有配偶双方均在上市公司持有股份的（直接/间接），如 SH: 6030X6 公司的实际控制人徐先生、吉女士系夫妻关系，其中徐先生通过上海 LM 投资集团控制上市公司 60.63% 的股份，其配偶吉女士直接持有上市公司 3.77% 的股份，二人合计控制上市公司 64.4% 的股权，对公司形成绝对控制。



然而，通过样本研究我们发现，仍有超过 8 成的上海地区民营上市公司系配偶单方持股。虽然，对于占据 8 成以上比例的上市企业的实际控制人来说，其配偶并未直接或间接持有上市公司股票，但是，这不意味着当该实际控制人面临婚变时可以避免被分割巨额财产。因为，依照婚姻法第十七条的规定，婚姻关系存续期间取得的生产、经营收益属于夫妻共同财产，因此，对于相关实际控制人婚后取得的股权依法属于夫妻共同财产并没有太多争议（有夫妻财产约定的除外）。那么，如果是持股一方在婚前就已经取得了上市公司的股权呢？其婚前取得的股权是否必然是其婚前个人财产呢？

对于部分婚前就已经上市或婚前就已经取得原始股权的实际控制人来说，往往会错误的认为该部分股权应当属于其婚前个人财产，即使发生婚变也不会影响自己对公司控制更不会使得自己的身价缩水。这种想法显然是值得商榷的，在司法实践中也很难得到支持。

因此，对于 8 成以上的配偶单方持有上市公司股权的实际控制人来说，其在面临婚变时仍然会面临夫妻共同财产分割的现实问题。这将可能影响到其离婚财产分割之后对公司的实际控制地位。

当然，对于该 8 成以上的民营企业来说，非持股一方配偶所面临的财富风险要远远大于持股配偶一方。非持股配偶不仅在实体上无法直接掌控公司股权、无法直接参与公司收益，甚至在信息上也存在着不对称。这就导致了司法实践中，常有持股一方配偶为了不分或少分给另一方夫妻共同财产，而选择转让或赠与股权，这在间接持股的公司中尤为常见。

“综上，对于配偶单方持股的民营上市企业来说，其仍有股权被分割以及股权被分割之后的实际控制人地位变更的风险，对于该部分实际控制人来说，切勿因为错误的观念而影响了股权统筹安排；而对于非持股一方配偶则面临着持股一方擅自转移夫妻共同股权的现实风险，作为非持股一方配偶也宜关注配偶公司公告信息。”

### 二关于股权结构

股权结构是公司治理的基础，引用业内的观点就是“投资=投人=投股权结构”，因此，对于企业尤其是民营上市公司来说，优化企业股权结构的目的往往是实现完善的公司治理，提高企业的竞争和经营能力。但是，在私人财富管理领域，股权结构的优劣还可能会影响实际控制人的私人财富的规划与安排。

对于直接持股的民营上市公司实际控制人来说，如果一旦面临婚变，其所持有的股权将可能会被直接予以分割，

这与间接持有上市公司股权的实际控制人来说，就少了一层“防护伞”。如果没有进一步优化股权结构或者是在面临婚变时未能处理好“分股”还是“分钱”或者是分股后股权表决权安排时，将不仅仅会造成实际控制人私人财富的缩水，还将可能对公司的控制结构、治理结构、未来发展产生较大的影响。届时，相关上市公司被改“姓”的可能性不是没有。需要注意的是，婚变仅是影响实际控制人私人财富的因素之一而非全部，传承所可能导致的股权分散也是直接持股上市公司需要重点关注的方面，对于控股能力相对较弱的公司来说，因继承所引起的股权结构分散对实际控制人的控制能力所造成的冲击要远远大于婚变。

94家研究样本中，除了上述36家企业系直接持股的结构外，有45家企业系实际控制人间接持有上市公司股权，另有13家公司系直接与间接相结合的方式，二者合计占全部上市公司的61.70%。

间接持有上市公司股权就意味着实际控制人一方是通过其他法人股东（一般是有限公司）控制上市公司，如界龙实业SH:6003X6的实际控制人就是费氏父子三人合计持有上市公司控股股东的36.55%的股权，进而实现对上市公司的间接控制。

对于类似SH:6003X6的股权结构，如果实际控制人面临离婚的问题，就会涉及对其持有的有限公司的股权的分割与处理，对此，《婚姻法司法解释（二）》第十六条及相关婚姻法司法解释有着较为明确的规定，此处不再赘述。对于《婚姻法司法解释（二）》第十六条的规定，我们需要作如下理解：

1

该条款只适用于配偶一方为股东、另一方非为股东的处理。

2

该条款于2003年12月26日起颁布实施，未考虑“一人有限责任公司”的情形。[1]

3

实践中对于在离婚纠纷中直接依据本条处理公司股权的案例并不多见，即，依照司法实践，离婚案件中涉及案外人的一般不予处理，也即大部分该类型案件都是由配偶一方另行提起离婚后财产纠纷解决。

### 三关于“二代”接班

如上述的样本分析，目前已经着手传承安排的企业共有24家，占全部上海地区民营上市企业的四分之一还多。

当然，该部分“接二代”企业主是否已经婚嫁我们无从进一步详尽的获知，但是，如果上述涉及的“接班二代”尚未婚嫁，那么，其已经获得的“家业”是否可以“高枕无忧”呢？如何提早进行筹划以防“万一”是该部分股东或公司实际掌管人应当予以重视的问题。

1

#### 婚前财富筹划

我们仍以上述研究样本中最年轻的实际控制人韩先生及其控制的SH:6006X6为例进行说明，从SH:6006X6公司2015年年报中披露的信息中可以看出：虽然韩先生仅持有上海HY金融控股集团有限公司30%的股权，但是，韩先生却通过上海HY金融控股集团有限公司及自己直接持有的上海WN股权投资基金管理有限公司30%的股权合计控制着上海WN股权投资基金管理有限公司51%的股权。显然，1989年出生的韩先生已经是SH:6006X6公司的实际控制人。

韩先生如果尚未结婚，那么其目前直接及间接持有的SH:6006X6股权均系其婚前个人财产。那么，这是否意味着其无需进行婚前协议筹划及私人财富的安排呢？答案显然是否定的。这种认为婚前财产本身就属于一方个人的财产，不因婚姻关系的缔结而改变虽有一定的依据，但也存在商榷之处。

现行的《婚姻法》及司法解释与20年前的《婚姻法》及司法解释有所不同。根据当时的司法解释的规定，“结婚满八年、贵重生产活资料结婚满四年”，婚前个人财产就变成共同财产，但现行的《婚姻法》确定了“万变不离其宗”的原则，规定婚前的财产婚后还是属于个人所有，且不随形态的变化而变化。但是问题在于，对于家族企业来说，最大的财富在于“股权”，而不是房产。企业的经营、发展，最终利益都体现在股权上，而根据婚姻法司法解释的规定“婚前股权在婚后的收益”为夫妻共同财产。因此，在没有其他协议安排的情况下，韩先生名下股权在其结婚后取得的收益以及增值将成为夫妻共同财产。

股权是“出资”与“收益”综合在一起的权益，在析产分明之前，是统一的整体，一旦产生矛盾，就可能会涉及对整个公司经营财务状况的审计和评估，从而对公司产生影响。此时，对于专业人员特别是律师等咨询对象的选择，一定不能大意。现在律师也有很精细的分工，就像医院里的不同科室，“内科的问题如何让外科医生解决？”选错咨询对象，也容易产生错误认识，从而对自己的未来婚姻生活埋下“棘手”的种子。

2

#### “二代”接班意愿

与近3成的企业已经开始家族财富的传承相对应的是，仍有7成以上的企业未开始传承。该7成以上的企业中

不乏有部分企业实际控制人的后代并不愿意接手父辈的企业。但是，“二代”不愿意接班，并不能改变“一代”的渐渐老去的自然法则。因此，对于前述超过7成未实质进行传承安排的企业来说，无论“二代”的接班意愿如何，都将有可能面临被动继承父辈缔造的企业帝国的这一客观事实（该处所称的被动继承主要是指“企业实际控制人意外死亡引发继承”的情况）。被动继承父辈企业股权的情况下，可能无法回避以下私人财富的风险：

**其一，继承人众多情况下的股权结构分散。**

在没有遗嘱安排和提前的传承规划的情况下，如果被继承人有多名继承人，这将使得公司股权变得分散，其后果是可想而知的。

**其二，二代婚姻关系存续期间所继承的股权系夫妻共同财产的法律规定。**

在没有指定继承的情况下，二代所继承的股权将成为与配偶的夫妻共同财产，一旦发生婚变，对于企业来说，股权结构可能会进一步分散；对于实际控制人个人来说，财富的缩水将成为必然。

**四移民、加入外籍**

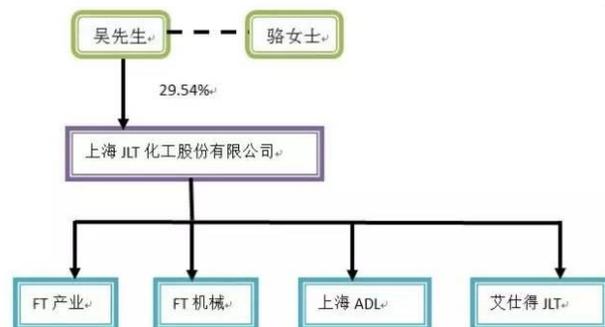
国社科院《全球政治与安全》报告显示，中国正在成为世界上最大移民输出国。越来越多的中国大陆各界精英、富商通过技术移民或投资移民的渠道，获取他国永久居民权或国籍。美国、澳大利亚、加拿大、新加坡、香港……都是热门的移民彼岸。

据相关资料显示，对众多股东、高管来说，移民之路通常分三步走，即家眷先行，自己取得永居，视情况加入外籍。

之所以需视情况后加入外籍，主要在于《中华人民共和国国籍法》（以下简称“《国籍法》”）第三条的规定，中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。同时，根据《国籍法》第九条的规定，定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。然而，在我国目前的政策环境下，某些职位、特定身份是仅对中国籍公民开放的，加入外籍后可能将发生变化。

国籍的变化或许更多的是个人行为，但如果改变国籍的事实发生在某个公司的自然人股东身上则会引起不小的法律变化。进一步说，未上市的有限责任公司和股份有限公司可能会因为股东的国籍变更改变公司的性质，已经上市或正在上市的公司的股东改变国籍可能需要律师出具法律意见书证明该改变的事实不会对上市公司造成实质性的影响。当然，如果股东变更身份前后，均是以在境内的人民币资产对公司进行投资，根据我国现行法律规定，原内资公司的性质不会转变为外资公司，原股东所持股权的性质也仍会被认定为属于内资股，股东对股份所拥有的所有权自然也不会发生改变。

但是，对已上市公司股票来说，根据我国相关证券法律的规定，外籍人士无法在中国证券登记结算有限公司办理证券开户。因此，对于拟进行股权传承的上市公司来说，移民、入籍需谨慎处理。



在上述的研究样本中我们发现，SZ：3002X5 的实际控制人系吴先生，其直接持有上市公司 29.54% 的股份，其中罗女士系吴国政先生之配偶，美国籍。

根据东方财富网（<http://www.eastmoney.com/>）最新披露的信息显示，公司的实际控制人之子 Mr Wu 已经于 2016 年 5 月份接任公司董事长一职，公司实际控制人吴先生不再担任公司董事长职务。显然，创业一代提前退出公司管理层，有布局公司传承交接的迹象。“二代”先进入公司管理层，然后再接棒股权，最终实现公司“所有权”与“经营权”的交接是家族企业传承的主要路径之一。

但是，对于 SZ：3002X5 来说，或许 Mr Wu 的国籍身份也是其先暂缓股权传承的原因之一。从 SZ：3002X5 的股权结构来看，吴先生对上市公司的控制是直接控制的方式。

而出生于 1986 年 4 月的 Mr Wu 系美国籍，毕业于纽约长岛大学商学院。根据中国证券登记结算有限公司的相关规定，Mr Wu 直接接棒 SZ：3002X5 公司的股票尚有一定的难度。所以，移民、入籍不仅是私人财富管理的方式和手段，同时也可能对私人财富管理造成一定的障碍，在入籍选择时需要尤其注意。

**五家事因素可能造成的其他影响**

1

影响上市公司股价

上市公司股价的形成是多种因素相互影响的结果，但近年来资本市场离婚越来越受到人们的关注，尤其是上市公司实际控制人或股东一旦被媒体曝光遭遇婚姻危机，则股价也会随之波动的现象，吸引了PE、风投以及千万公众投资者等利益群体纷纷关心上市公司实际控制人的婚姻问题。

《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个交易日内，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，有义务也应向市场及时公布。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条例规定，董事、监事和高管的离婚诉讼也应向市场及时公布。

## 2

### 可能导致实际控制人变更

若上市公司股权比较分散，实际控制人并未对公司形成绝对控制，而且没有与其他股东签订“一致行动协议”，那么，股东离婚股权的分割可能会影响到实际控制人的地位。

因此，在判断离婚是否导致上市公司实际控制人变更时，首先应看该公司股东所持股权是分散还是集中；其次应看是否与其他股东签订“一致行动协议”；最后应看股权分割后，已经离婚的两人是否愿意集中委托一方持有并行使表决权。故而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的不必要的影响。

## 3

### 影响已上市公司交易的合法性

对于投资人或机构而言，上市公司披露的信息是非常重要的。对于我们律师而言同样如此，往往有许多案件是在查阅公司的披露信息中找到的突破口。

在笔者代理的涉及上市公司的案件中，基本都会衍生出股权转让效力的问题，而在多数案件中，持股一方转让股权基本都是在配偶不知情的情况下完成的，但如果被转让的股权是夫妻共同财产，股权受让方不符合善意取得，则该股权转让行为就有可能被认定为无效。

我国善意取得的立法，见之于《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》和《物权法》，最高人民法院关于公司法的司法规定，股权转让纠纷可以参照物权法关于善意取得的规定处理。按照这些法律规定考察本案，受让人的行为不具备善意取得的全部要件。

构成善意取得要符合两个条件。根据《民通意见》第89条的规定，共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。所以，善意与有偿取得该财产是该类案件中受让人善意取得的条件，二者缺一不可。

对于婚姻关系存续期间的股权是否属于夫妻共同财产。有观点认为，在公司法上，登记上的股东是股权享有者，在股东与公司、股东与股东、股东与公司债权人，以及股东与自己的债权人之间，都是如此。但是，在婚姻法上，夫妻关系的任何一方，在没有约定财产分别所有的条件下，除法律另有规定者外，不能违反夫妻共同共有关系准则、脱离夫妻共同共有而另外享有个人财产权或者具有财产内容的权利。否则有悖夫妻共同财产和个人财产的制度。

## 4

### 导致违规、受罚事项

证监会的32号令《首次公开发行股票并上市管理办法》第十三条明确规定“发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。”该条文其实明确否定了拟上市公司股权代持，或隐名股东的行为。但是，实践中上市公司在上市前存在股权代持，或“股权不清晰”的情形或许并不少见，虽然该种行为可能会在一定时间阶段可以为相关方带来利益，但是实则风险较大。

由于家事离婚、继承等方面的影响，也可能暴露出已上市公司或大股东所存在的不规范、不合法的行为。IPO中，出于股权结构清晰的需要，股权代持行为被禁止，虚假的信息披露也为市场深恶痛绝。目前，因家事因素影响，也可能使得上市公司所存在的实际控制人、控股股东股权代持、虚假披露信息等不合规现象得以暴露。

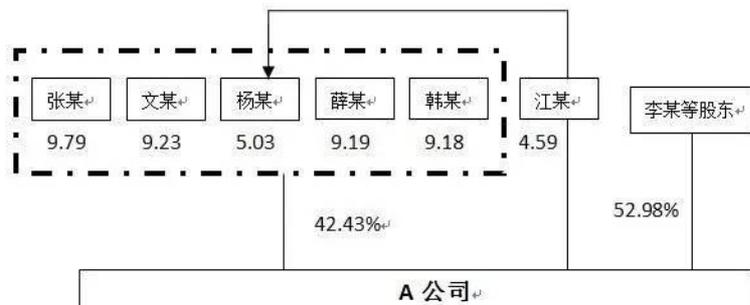
## 5

## 影响股权估值

上市公司股东婚变，其最为关心的莫过于其所持有的股份如何估值？而在实践中，婚前取得股份、婚后公司上市，则在离婚时可能存在共同收益的分割问题。具体金额，若双方不能协商一致，则收益金额需要进行评估，股权“市盈率”会对评估结果产生较大影响。

## 风险防范的几点提示

### 一 协商解决纠纷是首选



A 公司在中国证监会官网公开披露的信息，2011 年 5 月，A 公司接到股东杨某的通知，根据其与前妻江某签署的《离婚协议书之财产分割补充协议》的约定，双方完成了杨某所持公司有条件限售股 11,555,000 股份的分割事宜，其中杨某获得 6,045,000 股，占公司股份总额 5.03%；江某获得 5,510,000 股，占股份总额的 4.59%。江某同意将其名下的 A 公司股票表决权，在其持有期内委托给杨某行使。本次权益变动后，杨某仍是公司实际控制人。

若不得不离婚，本案中杨某与江某协商解决的做法值得借鉴。根据《婚姻法》规定的夫妻共同财产制，夫妻婚后所得财产归夫妻双方共同共有，这是股东面临离婚财产分割的原则和基础。

江某承诺其所获股份遵守 IPO 限售承诺，保证了公司股权结构的稳定。此外，江某同时承诺将“遵守《一致行动的协议书》及《一致行动的协议书之补充协议》中约定的一致行动人之全部义务”，江某还同意将其名下的 A 公司股票的表决权，在其持有期内委托给杨某行使，这些方案和做法值得借鉴。

### 二 重视婚前财富筹划

婚前协议的法律基础，在于我国《婚姻法》第十九条规定，该条指出，“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。”

夫妻双方采用财产约定制，应当具备法定条件。从形式要件上看，夫妻财产约定制应当采用书面形式，如果是口头协议，其效力以夫妻双方均无异议为前提条件。若能证明双方有口头形式的约定，且一直履行，并且双方还认可其效力的也可认定约定成立有效。

### 三 注意移民影响

选择移民、入籍时还需更多的考虑家族企业的传承和未来规划。另外，移民、入籍不仅可以在全球范围内配置家庭财产，而且同时会对婚姻稳定、家庭和睦产生影响。同时，以美国为典型代表的移民目的地国家，税法相关规定错综复杂，而且时有变化，移民及入籍将承受相应的法律后果。对于中国移民常见的家庭跨境的生活形态，海外投资、资产转移、财富传承等需求，有必要在身份转换前就着手进行财产规划，采用合法的税务策划方案，避免被课以重税甚至追责的风险。

### 四 提前规划“交班”

从“继任者”的角度说，与第一代生活环境上巨大的差异，使得第二代在紧迫感与危机感上要逊于第一代。而这种不同环境下产生的不同态度或者说是观念一旦融入到工作中去，随时都有可能引发两代人观念的冲突。另外，还有些二代甚至不愿意接班。在有些“二代”看来，传统的制造业、实业等获利速度慢，所以更热衷于互联网、投融资等行业。因此，提前布局规划，应是“创一代”考虑的家业传承的核心工作。

### 整篇完

[1]因为：《公司法》第二次修正于 2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订，自 2006 年 1 月 1 日起施行，在该次的《公司法》修订中确定了“一人有限责任公司”的相关规定。

## 法官不是无情物，判决亦有真性情——盘点离婚纠纷的十大“有情判决”

2016-06-26 天同律师事务所 欧阳春

常言道，法不容情，此亦为一般人之常识，但若因此认为法律人、法官亦是如此，成天正襟危坐，一脸严肃，心硬如铁，毫不留情，恐是极大误解。

法不容情的主要含义在于，其一，法律上不别亲疏，不殊贵贱，一断于法；其二，执法上乘公执法、不畏权势、

不徇私情。正如亚里士多德所言，法律是一种没有感情的智慧。但这并不代表法律以及法官判案可以完全忽视人性，罔顾人情，正如古希腊经典戏剧《安提戈涅》中所高呼“法律之内，应有天理人情在”。而中国社会如梁漱溟所言是“伦理本位”社会，重人情是传统社会的固有特点，

即使中国古代判案，亦同样讲求天理国法人情，以德服人，以理服人。

近日来，重庆市巴南区法院的一份关于离婚纠纷《民事判决书》，在法律圈中被广泛关注，甚至被称之为“史上最拽的判决书”，并迅速引发热议。因为席朝阳法官在判决书中写道：“时间是一杯毒药，足以冲淡任何浓情蜜意。幸福婚姻的原因自有万千，不幸婚姻的理由只有一个，许多人都做了岁月的奴，匆匆的跟在时光背后，迷失了自我……”并引用了《圣经》：“为什么看到你弟兄眼中有刺，却不想自己眼中有梁木呢……”这一充满情感及个性色彩的表达，直接颠覆了我们常见的“八股式”判决，亦颠覆了我们之前对法官的“冷冰式”印象。

其实，我们大可不必为此惊诧，因为这绝非是仅有特例，如若细心检索，你会发现在类案判决书中，诸如此类的表达并不少见，例如“爱情虽易，婚姻不易，且行且珍惜。”、“夫妻生活何尚不是人生的修行”、“在爱情里再坚强的人都是脆弱、任性的”、“爱情易去而亲情难却”、“曾经能同甘苦，如今却不能共富贵，凡事都要分得你清我楚、欲辨出你是我非，双方丢了爱情、失了亲情。”皆令人称叹，现从中撷取拾篇，以飨读者，排名不分先后。（点击案号即可查看裁判文书全文）

笔者认为，在多元化价值观并存的今天，法官在依法判决的前提下，考量具体案情及当地人文，在判决书中更具时代感、通俗性、个性化文字表达，带有真实情感进行充分说理，不失为司法文明的一种进步及生动体现。或许，通过法官在离婚判决书中对爱情与婚姻的独特解读，不仅能使当事人更易于理解和接受裁判结果，亦可使我们对法律多一些尊重，对法官多一份理解。

莫道法官心如铁，法不容情人有情。纵然铁肩担道义，何妨柔肠化笔尖。

#### 一、时间是一杯毒药，莫要迷失了自我！

“时间是一杯毒药，足以冲淡任何浓情蜜意。幸福婚姻的原因自有万千，不幸婚姻的理由只有一个，许多人都做了岁月的奴，匆匆的跟在时光背后，迷失了自我，岂不知夫妻白头偕老、相敬如宾，守着一段冷暖交织的光阴慢慢变老，亦是幸福。”

“在婚姻里，如果我们一味的自私自利，不用心去看对方的优点，一味挑剔对方的缺点而强加改正，即使离婚后重新与他人结婚，同样的矛盾还会接踵而至，依然不会拥有幸福的婚姻。”为什么看到你弟兄眼中有刺，却不想自己眼中有梁木呢——《圣经·马太福音》，正人先正己。”

摘自：（2016）渝0113民初404号王某与骆某离婚纠纷判决书；法官：席朝阳

#### 二、世上最遥远的距离，是曾深爱的彼此仍在眼前，却再听不到一句我爱你！

“处于各种压力萦绕的现代社会，婚姻的不幸，对一个人的生理与心理将产生莫大的影响，而这种影响，无疑是负面的，甚至是一种伴随朝夕的负担。不幸的婚姻，也常常使得一个家庭甚至多个家庭背上沉重的负担，而这种负担，注定是无法回避和痛苦的。人生不如意十有八九，但能与人言无二三，哀莫大于心死。”

花有重开日，人无再少年，时光荏苒、岁月如梭，双方面对的将是美好青春年华的悄然流逝。这个世界上最遥远的距离，不是真心相爱的你我远隔千里，而是明明站在彼此面前，曾经的海誓山盟却再也换不来今天的一句我爱你。为结束彼此的痛苦，保障双方追求美好爱情与幸福婚姻的权利得以合法继续，以及令二人对各自未来的生活看到希望并获得为了这种希望而奋斗的动力。

摘自：（2015）丰宋民初字第0537号祝某与王某离婚纠纷判决书；法官：徐吉童

#### 三、当年寻他千百度，此事谁料？人生如梦！本院怎忍燕分飞！

“原、被告从同学至夫妻，是一段美的历程：“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在，灯火阑珊处（辛弃疾诗词）”令人欣赏和感动。没有各自性格差异，能擦出如此美妙火花？生活平淡，苦乐相辅相成。享受婚姻快乐与承受生活痛苦是人人必修功课。”

“当初被告怀某”家“梦而与原告相识相恋，遂结连理，喜上眉梢。相信原告之情亦当如此。而今却对簿公堂为离婚。此事谁料？人生如梦！也许离婚非坏事，然而本院还是极不愿目睹劳燕分飞之哀景，遂刻意给出一段时间，以冀望恶化的夫妻关系随时间流逝而得以缓和，甚至静下心来，愿意凑合过平淡日子。”

摘自：（2014）穗南法南民初字第115号陈某与陆某离婚纠纷判决书；以及（2015）穗南法南民初字第426号张某与吴某离婚纠纷判决书；法官：周智广

#### 四、当年美好，纵只余抱怨仇恨，且莫忘身为父母！

“今虽判决，但仍寄希望于双方：你们二人曾牵手共度近20年，并育有爱情的结晶。遥想当年，你们也应该是抱着”执子之手，与子偕老“之心走到一起，共有人生中最美好的时光，可能那时并不富有，但相濡以沫，互相关心，共同开创出后来富足的生活。现如今，虽然生活磨没了你们当初的爱情，但无论如何

也不能割裂你们的情分。

你们之间因为女儿也会有千丝万缕的联系，终老一生也不可能成为陌路人。如果你们立誓想成为陌路，那就请

想想你们无辜、无助的女儿，哪怕你们将彼此之间曾经的美好忘得一干二净，哪怕现在你们之间只剩下抱怨与仇恨，但请你们拿出为父为母之心，权当为孩子做点力所能及的补偿吧！人世间钱财再贵重，也比不过亲情！”

摘自：（2014）济民五终字第 441 号汪某与吴某婚后财产纠纷二审判决书；判文出自：济南市历下区人民法院（2008）历民初字第 4052 号一审判决书，法官：不详

五、大难来临各自飞，人的良心将何在？我们要传递正能量！

“婚姻是夫妻的事，也是夫妻双方父母和两个家庭的事。作为夫妻更应有一颗宽容大度的心，彼此容忍并帮助对方逐渐改正错误和缺点，夫妻才能恩爱，家庭才能幸福，社会才能和谐。

况且被告目前身患疾病，更需要原告给予生活上的照顾、经济上的帮助和情感上的呵护，共同维护爱情的纯洁、高尚，决不能再现所谓”大难来临各自飞“不道德的负面婚姻家庭观，否则，人的良心将何在？人的心灵将会受到拷问。婚姻家庭是社会的细胞，只有当每一个家庭、每一个人都能传递正能量时，我们的社会、我们的家庭才会充满无限的大爱与幸福。”

摘自：（2014）虎少民初字第 0104 号王某与王某离婚纠纷判决书；法官：潘强生

六、婚姻不幸福的两大根源，及婚姻幸福的三大要素！

“婚姻不幸福的根源不外乎以下两种：一是婚姻没有爱情的基础；二是婚后不懂得经营。婚姻里，夫妻间的相处比相爱更重要。而夫妻是否具备健康的心理状况、夫妻双方性格是否般配、是否懂得有方法的经营婚姻，是决定婚姻是否幸福美满的三大关键要素，缺一不可。

面对不幸的或病态的婚姻，双方首先要做的是放弃争执，彼此静下心来，加强沟通。沟通是解决婚姻纠纷最重要的一把钥匙，可以解决大多数婚姻问题。”

摘自：（2015）靖刘民初字第 76 号刘某与陈某离婚纠纷判决书；法官：焦丽丽

七、轰轰烈烈固然美好，柴米油盐才更踏实。珍惜眼前人！

“婚姻的幸福需要双方共同经营，彼此包容、互相关爱、患难与共。家庭矛盾在所难免，双方均应从自身查找原因，考虑对方的付出与艰辛，互相理解与支持，用积极的态度交流和沟通，用智慧和真爱去化解矛盾，用理智和情感去解决问题，不能以自我为中心，更不能轻言放弃婚姻和家庭。

轰轰烈烈的爱情固然美好，但柴米油盐、相濡以沫的生活才更踏实可靠。珍惜身边相依相伴的人、彼此尊重与信任，是对自己人生的一种负责任，更是给自己幸福所争取和保留的机会。”

摘自：（2014）甘民初字第 1686 号赵某与刘某离婚纠纷判决书；法官：刘秀娟

八、婚姻当永远，共同走向生命的终点，不能半途而废，轻言放弃！

“婚姻关系是一种伦理关系，其稳定与否，不仅对婚姻关系的当事人产生影响，对子女家庭乃至社会都有正面或者负面的影响；同时婚姻是以终身共同生活为目的的男女两性的结合，因而，在一般情况下，应当维持婚姻以永远，共同走向生命的终点，而不能半途而废，离婚只是婚姻的例外。当婚姻出现裂痕陷于危机的时刻，男女双方都应该努力挽救，而不轻言放弃，只有这样，婚姻才能稳定和持久”

摘自：（2013）长民初字第 02255 号岳某与尚某离婚纠纷判决书；法官：李亚飞

九、少来夫妻老来伴，虽颤颤巍巍，愿共领略那夕照黄昏！

“在家庭生活中，爱情是短暂的，亲情是长久的。夫妻经过三十多年的共同生活，沉淀下来的是难以割舍的亲情，水乳交融。俗话说，少来夫妻老来伴，到了老年，一生的气力用尽了，终归于安宁静好，那夫妻也就是相互依赖，相互搀扶，相依为伴，同舟共雨，所谓携子之手，与子偕老，虽颤颤巍巍，也仍以最平和的心情领略那生命的夕照黄昏。”摘自：（2015）甘民初字第 5699 号魏某与黄某离婚纠纷判决书；法官：晁岚

十、愿有情人终成眷属，执子之手，与之偕老！

“原、被告经过多年的相知相恋，有情人终成眷属，并有了爱的结晶—一个可爱的小天使徐某某。同时，两人也经历了婚姻不同于爱情的一面，柴米油盐酱醋茶，繁杂而琐碎，在生活中难免会有磕磕碰碰，但不管是男人还是女人，都需要通过婚姻来成长，懂得对对方、对子女、对父母的责任，学会宽容和体贴。

希望双方能忆起热恋时的美好时光，及步入婚姻殿堂时的愿望和誓言‘执子之手，与子偕老’，珍惜两人之间的缘分及多年来纯真的情谊，在以后的生活中能互谅互让，多想对方的好处，欣赏对方的长处，体谅对方的难处，包容对方的短处，相互尊重和理解，用心呵护、经营好婚姻，共同呵护女儿的成长，执子之手，与子偕老。”

摘自：（2015）淮民初字第 02381 号刘某与徐某离婚纠纷判决书；法官：郭云红

精彩太多，无法一一呈现，容我借用判决词，组合为本文结尾。“每一段爱情，都要经历期盼和失望，犹豫和肯定，微笑和心碎，没有一种爱是不需要反复验证的。世上没有一帆风顺的婚姻，人海茫茫，生命苦短，珍惜身边的和已经拥有的，不要轻易放弃。爱，绝对不是缺了就找，更不是累了就换。”祝福所有的生命，因爱而来，沐爱而长，并在爱中安然而去！

五个案例三点感受·关于婚姻抚养费案件代理

2016-07-02 审判研究 福建创元律师事务所 蔡思斌

导读：5月23日，我们推送了蔡思斌律师整理的婚姻抚养费法律适用问题八条裁判规则，点击文末的五月推送回顾，可以查找阅读。就这一类案件的代理，下文结合五个案例谈了三点感受。

从业十八载，经办过的婚姻家事案件数不甚数，其中涉及到主张婚内抚养费的案件也代理过不少。在结合各地法院裁判规则及笔者执业经验的基础上，现就婚内抚养费的几个方面稍作分析。

#### 诉讼请求：一句话可能产生截然不同的裁判结果

只要是律师，都明白诉讼请求设置的重要性。合适的诉讼请求就像是明灯，能够清楚指明案件审理的走向，同时也是最终与当事人切身利益最直接相联系的关键所在。

而不当的诉讼请求会让诉讼之路变得困难，有可能导致原告浪费诉讼机会，甚至错失胜诉良机，又或者是胜诉了却无法收获实际意义。

那么，应当如何区分诉讼请求是否合适呢？

这里，不妨先来看一看下列表格中列举的、来自各地法院的五个判例，[1] 对比一下不同的诉讼请求所产生的不同判决。

序号与案由	诉讼请求与裁判结论
案例 1 抚养费纠纷	<b>诉请：</b> 请求判令邱某乙每月给付邱某甲教育费 1500 元、抚养费 1000 元，并给付医疗费 2000 元。 <b>裁判：</b> 一、邱某乙自 2015 年 4 月起每月给付邱某甲抚养费 1000 元至邱某乙与马某婚姻关系解除之日或双方和好并共同生活之日止；二、自本判决生效之日起十日内，被告邱某乙一次性给付邱某甲从 2013 年 11 月至 2015 年 3 月的抚养费 15000 元。
案例 2 抚养费纠纷	<b>诉请：</b> 一、要求被告支付原告自 2009 年 5 月至今的教育费、生活费、抚养费等共计 5 万元；二、诉讼费用由被告承担；三、精神损失费 20 万元（后变更为 10 万元）。 <b>裁判：</b> 被告马某乙支付原告马某甲自 2009 年 5 月份至 2014 年 8 月份的生活费、教育费等各项抚养费、精神损害抚慰金共计 54512.07 元，于判决生效后 10 日内付清。
案例 3 抚养费纠纷	<b>诉请：</b> 一、请求判令被告支付自 2012 年 10 月至 2014 年 3 月生活费 18000 元；二、自起诉之日起被告每月支付生活费 1000 元直至原告能够独立生活为止；三、被告支付 2012 年 9 月至今的教育等费用 17374 元；被告支付保姆费 6500 元；四、被告出具出生证明以协助办理原告户口事宜。 <b>裁判：</b> 一、被告王某乙支付原告王某甲自 2012 年 10 月至 2014 年 12 月共计 26 个月的抚养费 13000 元；二、驳回原告王某甲的其他诉讼请求。
案例 4 离婚纠纷	<b>诉请：</b> 要求吴某自 2011 年 2 月起每月负担抚养费人民币 300 元至李某乙年满十八周岁止。 <b>裁判：</b> 婚生子李某乙随上诉人李某甲生活，由上诉人李某甲抚养，被上诉人吴某自 2011 年 2 月起每月负担抚养费人民币 300 元至李某乙年满十八周岁止。

案例 5 离婚纠纷	<b>诉请：</b> 婚生儿子随原告共同生活，被告自 2013 年 10 月起按月支付抚养费人民币 2,000 元直至儿子十八周岁止。
	<b>裁判：</b> 一……；二、双方所生之子沈某乙随原告张某生活，被告沈甲自 2016 年 3 月起按月支付抚养费人民币 1,600 元直至沈某乙十八周岁止；三、被告沈甲应支付原告张某 2013 年 10 月至 2016 年 2 月抚养费人民币 46,400 元、医疗费人民币 2,689.50 元，以上共计人民币 49,089.50 元，该款于本判决生效之日起十五日内支付。

先看上表，同为抚养费纠纷的是案例 1-3。这三个案例，均是子女起诉父母中的一方，要求支付婚内抚养费，但在诉讼请求上三者显然各有差异。

案例 1 要求的是自分居之日起每月支付；案例 2 则未对抚养费确定每月标准，而是直接合计一个整数 5 万元，并同时提出精神损害抚慰金赔偿请求；案例 3 则将起诉之日作为节点，要求被告对起诉前分居期间抚养费一次性支付，而对起诉之后按月支付至独立生活之日止。

对比三者的判决结果，案例 1 较为细致的将判决前的费用确定为一次性支付，而对于判决后的费用，则是要求按月支付至夫妻关系解除或和好之日。案例 3 因被告另案有离婚纠纷，法院对于其要求支付至独立生活时止的诉讼请求，并未作出支持。

再看案例 4-5，同为离婚纠纷，且诉讼请求均设置为自分居之日起按月支付，法院在判决时则采取两种方式：一种直接以分居时间为起算点，一种则对分居期间要求一次性支付，离婚后按月支付。

法院对不同诉讼请求所作出的不同判决结果，其实正和诉讼请求的设置关联密切。也许你设置的笼统诉请被法院裁判细化了，那么你是幸运的。比如案例 5，因为对于分居期间的诉请费用确定为一次性支付，因而清晰明了；但也许你的笼统的诉讼请求虽然被法院直接采纳进入判决了，那么即便胜诉但却不能说是完美。

对比一下法院作出的判决：几日内一次性支付与自某年某月起每月支付，显然前者因其明确了具体支付时间而具有更强的确定性，对原告方来说更为有利。

因此，笔者认为，此类案件应将分居期间之抚养费单列一条诉讼请求要求被告一次性支付。而对于诉讼以后尚未实际发生的，若是在抚养费纠纷中，或可参照案例 1，要求按月支付至夫妻关系解除或双方和好共同生活之日；若在离婚纠纷中，则直接确定按月支付数额。而对于分居期间的抚养费数额的计算方式，究竟是按月计算，还是合计确定出一个整数计算，则可结合案情决定，两者之中可结合对方收入按照抚养费计算标准确定对当事人有利的方式。以笔者曾经代理过的一个类似案件来说，当时即是采用此种方式确定了诉讼请求，最终法院判决时亦认可并采纳该方式，对分居期间予以一次性按月计算确定数额，离婚后按月要求义务方支付。

#### 医药费、学费

此类案件中往往还牵涉到未成年子女的医药费、学费，而对于医药费、学费能否获得支持，则往往取决于实际发生的费用数额，若实际发生的费用数额不大的，法院认为义务方所支付的抚养费既已包含该部分费用，则不再要求义务方另行支付。

但如果是该部分费用较大，显著超出了抚养费范畴的，法院则会要求义务方支付一半的费用，而对于该具体数额的标准和界限，往往由法官结合案情自由裁量决定，还有不同地区存在的消费水平等差异，在数额认定时也会带来不一致的看法。

#### 精神损害抚慰金

此种诉请，往往是在抚养费纠纷中即子女单独起诉父母一方的案件中比较容易得到支持。若是在离婚纠纷中，由于性质不同，因而认定的标准自然也有所不同。离婚纠纷中只能依据夫妻之间精神损害抚慰金的认定依据认定。但是在抚养费纠纷中，子女因父母一方长期未支付抚养费而要求其支付精神损害抚慰金的，法院可在结合实际情况的基础上酌情确定数额，予以支持。

#### 注：

[1] 案例 1：南京中院，(2015)宁少民终字第 56 号；案例 2：山东郓城法院，(2014)郓民初字第 916 号；案例 3：山东桓台法院，(2014)桓民初字第 894 号；案例 4：广西桂林中院，(2014)桂市少民终字第 67 号；案例 5：上海浦东法院，(2015)浦民一(民)初字第 24298 号。

#### (五) 文件选读

##### 国土资源部关于印发《不动产登记操作规范（试行）》的通知

2016-05-30 地籍管理司

各省、自治区、直辖市及计划单列市国土资源主管部门，新疆生产建设兵团国土资源局，解放军土地管理局，国家海洋局、国家测绘地理信息局，各派驻地方的国家土地督察局，部相关司局和单位：

2016年是巩固拓展不动产统一登记成果，抓好不动产统一登记制度在基层落地的关键年，要力争年底前所有市县颁发新证、停发旧证。为实现这个目标，切实规范不动产登记工作，进一步明确操作依据，部根据《物权法》、《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）和《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《实施细则》）等法律法规和规章，在总结地方实践经验的基础上，研究制定了《不动产登记操作规范（试行）》（以下简称《规范》），现予以印发，并就贯彻落实的有关事项通知如下：

### 一、切实加强机构建设，为实施统一登记提供组织保障

不动产统一登记制度落地实施需要运转有效的机构作保障。机构建设到位、人员划转到位、职责履行到位是机构建设的基本要求，也是按照《条例》、《实施细则》和《规范》开展工作的先决条件。为确保不动产统一登记制度的顺利实施，各地要尽快落实职责机构整合文件的要求，迅速将文件确定的事项落实到位，切实加强不动产登记机构建设，明确组织架构和领导班子，确保原来从事各类登记的业务骨干划转到位、落实到位。

不动产登记的申请、受理、审核、登簿、发证等是不动产登记机构的法定职责，要确保不动产登记机构登记职责的完整性，不得违法违规随意割裂、拆分，不得将不动产登记的审核职责游离于整个登记程序之外，或分割到不同部门办理。各级不动产登记机构在实施不动产统一登记制度过程中，既要做好不动产登记与相关行业监管、交易管理等工作的有效衔接，确保平稳有序，也要严格按照有关规定，全面落实和履行法定职责，以高度负责的态度依法合理审慎开展登记审核，保证登记簿记载的不动产权利真实准确。

### 二、扎实做好各项技术准备，夯实统一登记工作基础

《规范》进一步细化明确了不动产登记的基本原则、程序和各类不动产登记的申请主体、提交材料、审查要点等内容，规范了登记资料管理和相关文书格式。这些要求要落实到登记资料移交、业务流程再造、数据整合和系统开发、信息平台建设等技术准备工作中。各地要投入充足的技术人员和经费，做好各项技术准备工作。要按照《条例》、《实施细则》的规定，依据《规范》细化的各种登记类型特点，全面梳理，形成一整套规范的登记业务流程。同时，要尽快将不动产登记数据库建设好，建立不动产登记信息系统，满足颁发新证和接入国家级信息平台的需要。

不动产登记资料是证明不动产权利归属的重要依据，是依法开展不动产登记和资料查询的前提，只有依据完整的原始资料开展登记，才能保证登记行为准确高效。《物权法》、《条例》、《实施细则》都明确规定，不动产登记资料应当由不动产登记机构管理；《中央编办关于整合不动产登记职责的通知》（中央编办发〔2013〕134号）规定，要做好不动产登记资料整合、移交等具体工作；《国土资源部 中央编办关于地方不动产登记职责整合的指导意见》（国土资发〔2015〕50号）要求在政府的统一组织领导下，做好资料移交等工作；《国土资源部 住房城乡建设部关于做好不动产统一登记与房屋交易管理衔接的指导意见》（国土资发〔2015〕90号）规定，房屋登记簿等房屋登记资料由不动产登记机构管理。各级不动产登记机构要按照上述规定，积极争取党委、政府的重视和支持，加强与有关方面的沟通协调，确保登记簿、权属来源证明材料、登记原因证明文件以及有关登记申请、审核等资料如期移交到位。电子登记资料和纸质登记资料原件必须按计划完整安全同步移交。暂时无法同步移交的，优先移交电子登记资料，再逐步移交纸质登记资料原件。

### 三、强化登记窗口建设，贯彻便民利民的要求

《规范》在不动产登记窗口建设、规范不动产登记程序等方面做出了细化要求，这些是便民利民的重要措施。各级不动产登记机构要将《规范》的规定落到实处，加强与有关部门的沟通衔接，科学合理设立不动产登记窗口，做好人员配备、岗位设置等窗口建设工作，保证不动产登记工作高效有序。要按照法律和有关规定，抓紧在不动产登记机构的办公场所和门户网站公开申请登记所需的材料目录、示范文本和办理时限等信息，切实方便企业和群众办理不动产登记。

各地要认真落实《国务院办公厅关于简化优化公共服务流程方便基层群众办事创业的通知》（国办发〔2015〕86号）“坚决砍掉各类无谓的证明和繁琐的手续，凡是法律法规依据的证明和盖章环节，原则上一律取消”的规定，对于没有法律法规依据的证明、审核、备案、批准、核准、盖章等手续和材料，不得要求当事人提供，不应作为不动产登记的前置条件或纳入不动产登记业务流程。

### 四、严格登记信息管理，落实有关信息安全的规定

《规范》对不动产登记信息查询和安全管理做出了具体规定。各级不动产登记机构要充分认识信息安全工作的重要性，按照《规范》的规定，建立健全分级控制、层层把关的不动产登记资料安全保密制度，严把登记资料移交、数据整合建库、信息系统运行、登记业务开展和信息共享查询等关键环节，确保信息安全贯穿于不动产登记工作的全过程。建设符合安全保密标准的不动产登记资料存放场所。加强人员管理，通过签订保密协议、开展信息安全风险评估与检查、定期对工作人员进行信息安全教育培训等方式，做到登记信息全方位监管。

各地要全面落实不动产登记资料依法查询制度，除权利人、利害关系人和有关国家机关可以依法查询登记资料

外，不得随意查询。查询不动产登记资料的单位和个人要履行保密义务，未经权利人同意，不得泄露查询获得的不动产登记资料。不动产登记机构、不动产登记信息共享单位以及有关工作人员应当对不动产登记信息保密，除正常办理不动产登记业务外，不动产登记机构工作人员不得随意调取、查阅与办理业务无关的登记信息，也不得泄露不动产登记信息。不动产登记机构不得通过政府信息公开的方式提供不动产登记信息。违反国家规定泄露不动产登记信息的，要严肃处理；对造成信息安全事故或者给他人造成损害的，要依法追究法律责任。

### 五、加强学习培训，不断提高登记人员素质

《规范》是不动产登记的重要依据之一，是不动产登记制度建设的重要内容，对于推动不动产统一登记制度在基层落地意义重大，有利于不动产登记业务规范化、标准化，有利于便民利民优质服务，有利于登记工作人员熟练掌握业务。各级不动产登记机构要充分认识《规范》的重要意义，精心谋划、合理安排，认真做好学习培训工作。要将学习贯彻《规范》与贯彻落实《条例》、《实施细则》相结合，并作为“能力建设年”活动的一项重要内容，摆上议事日程，做出具体部署，提出明确要求。要通过专题学习、辅导培训、专家解读、业务研讨等方式，一级抓一级，一级培训一级，确保学习培训的时间有保障、人员全覆盖、效果最大化，将《规范》的操作要求落实到不动产登记工作中，提高登记效率，保证登记质量，切实保护权利人合法权益。

本通知有效期5年。

2016年5月30日

## 想说“离婚”不容易——旅居国外的中国公民如何办理离婚

2016-05-13 中国领事服务网

俗语道：“十年修得同船渡，百年修得共枕眠”。步入婚姻殿堂的男女，无不憧憬幸福美满的婚姻，憧憬“执子之手，与子偕老”的未来。但是，由于男女双方生长环境不同、性格各异、价值观有别等方面的原因，并不是所有的婚姻都能够白头偕老。对于在婚姻登记机关登记结婚的当事人，如感情确已破裂，无法继续共同生活，申办离婚有两种途径：一是向婚姻登记机关登记离婚，二是向法院提起诉讼离婚。旅居国外后中国公民如何申办离婚呢？不少旅居国外的中国公民对此并不了解。小编归纳以下离婚方式：

### 一、在国内婚姻登记机关或驻外使领馆登记离婚。

满足下列条件，可在国内婚姻登记机关申办离婚登记，经婚姻登记机关依法核准并颁发离婚证，婚姻关系即依法解除。

- (一) 夫妻双方在国内婚姻登记处或驻外使领馆登记结婚；
- (二) 夫妻双方自愿离婚，并就子女抚养和财产分割问题达成一致协议。
- (三) 夫妻双方必须共同到场。

满足下列条件，可在驻外使领馆申办离婚登记，经使领馆依法核准并颁发离婚证，婚姻关系即依法解除。

- (一) 住在国承认领事离婚。
- (二) 当事人的婚姻关系在本馆依法缔结。
- (三) 夫妻双方自愿离婚，并就子女抚养和财产分割问题达成一致协议。
- (四) 夫妻双方必须共同到场。
- (五) 男女双方依然为中国公民。

### 二、向国内法院起诉离婚。

如夫妻双方或一方不能亲自回国，或无法就财产、子女抚养等问题达成协议，可通过向法院起诉的方式终止婚姻关系。人民法院依法制作准予离婚的调解书或作出离婚判决。但不能回国的一方需委托他人代为诉讼，委托书经我驻外使领馆公证或认证后发往中国使用。

### 三、向住在国相关机构提起离婚诉讼。

如住在国法院或相关机构受理外侨的离婚申请，可在当地法院或有关机构诉请离婚。但该国法院的判决如发往中国使用，需经我中级人民法院裁定承认后方具有法律效力。

上述办理离婚的途径，旅居国外的当事人可根据自己的情况选择。但男女双方能够走到一起组建家庭，实属不易。小编真心希望所有夫妻能够和睦相处，幸福美满；愿得一人之心，携手到白头。

最高院民一庭第二合议庭：关于2012—2014年离婚案件相关情况的调查分析报告

2016-06-16 法语峰言 2016年6月《民事审判指导与参考》吴晓芳

### 一、婚后父母一方部分出资为子女买房的处理问题，目前审判实践中争议很大，亟需予以明确。

**第一种意见：**婚后父母一方部分出资为子女买房登记在出资者子女名下的，不适用婚姻法司法解释（三）第七条的规定。离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产；对于父母出资部分按照婚姻法司法解释（二）第二十二条的规定精神处理。

**第二种意见：**婚后父母一方部分出资为子女买房登记在出资者子女名下的，不适用婚姻法司法解释（三）第七条的规定。离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产；对于父母出资部分可认定为只对自己子女的赠与，离婚分割时该

部分出资属于出资人子女个人的财产，但相应的增值部分应按照夫妻共同财产予以处理。

从更加有利于保护妇女权益的角度考虑，我们倾向于按照第一种意见处理。

## 二、婚姻法司法解释（三）第七条是否包括公司股份、车辆、船舶等，审判实践中争议很大。

一种观点认为，对“不动产”的理解应限定在土地以及房屋、林木等地上定着物范畴内，应排除父母出资为子女购买公司股份、车辆、船舶等登记在自己子女名下的情形。

另一种观点认为，从当时起草婚姻法司法解释（三）第七条的本意来看，关注的重点不在解释什么是“不动产”，而在于将登记在自己子女名下与“确定只归一方”进行链接。因此，如果父母一方将公司股份、车辆、船舶登记在自己子女名下的，同样应视为确定只赠与自己子女一方，应属于一方的个人财产。现实生活中往往是男方父母出资买房，女方父母出资买车，如果登记在女方名下的车辆不被认定属于女方的个人财产，将更加不利于保护妇女的合法权益。

我们倾向于另一种观点。

## 三、离婚案件中夫妻共同债务认定难，处理不当极易导致矛盾激化和缠诉上访。

审判实践中当事人利用婚姻法司法解释（二）第24条的规定，串通债权人伪造婚姻关系存续期间的虚假债务、恶意损害未举债配偶利益的现象较为多见。如何平衡债权人与未举债配偶一方的利益是个令人纠结的难题。

我院（2014）民一他字第10号《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》中明确了“如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活经营，则其不承担偿还责任”，但该函复并不是批复，不属于司法解释的范围，建议我院审判委员会对该问题进行讨论，尽快予以明确规定。

另外，建议立法机关在编纂民法典“婚姻家庭编”时，专门规定夫妻一方大额举债应由另一方签字同意或事后追认，否则应由举债一方承担偿还责任。这样规定有利于避免婚姻风险，平衡保护债权人和未举债夫妻一方的利益。

## 四、离婚诉讼中，法律文书无法送达被告是非常困扰法院的一个难题。

无法送达法律文书既有社会人口流动导致原告无法提供被告准确地址的客观原因，也有当事人不诚信故意拒收法律文书的情形。法院在无奈之下只能采取公告送达的方式，导致法律文书生效后被告提出“被离婚”的问题。根据江苏高院的调研报告，江苏镇江京口法院曾经统计，缺席判决离婚的案件占2012年以来该地区受理离婚案件总数的18%。

面对法律文书难以送达被告的离婚案件，我们应强调在穷尽其它送达方式都无法送达时才能采取公告送达的方式。审理案件的法官应尽量与被告的近亲属取得联系，向其释明法院审理该类案件的法律程序以及缺席审理的法律后果。在缺席审理离婚案件过程中，法官应严格把握夫妻感情确已破裂的认定标准。

## 五、离婚案件中涉及有关“忠诚协议”效力的认定问题，全国各级法院掌握的尺度不一，基本处于“各判各的”局面，迫切需要予以规范。

当初起草婚姻法司法解释（三）时，对“忠诚协议”的效力问题作了专门规定，即“夫妻双方签订相关忠诚协议，人民法院经审查没有欺诈、胁迫等情形，应当认定为有效。如果当事人约定的赔偿数额过高，一方可以请求人民法院予以适当调整。”但由于对该问题的争议过大，起草过程中将其搁置。

虽然“忠诚协议”问题缺乏相关规定，但法官不能拒绝裁判，故目前各地法院裁判不一。有认定“忠诚协议”有效的，也有认定无效的，还有主张“忠诚协议”属于道德、感情范畴的协议，法院不应赋予其强制执行力。一旦法院认定“忠诚协议”有效，当事人就要费尽心思证明对方具有出轨的行为，势必出现捉奸成风的负面社会效应，不利于婚姻家庭关系的稳定。

综合考虑实际情况及权衡利弊，我们更倾向于法院对有关“忠诚协议”问题不予处理，此类协议应当依靠当事人自觉自愿的履行。

## 六、建议和对策

正确运用审判职能，妥善处理婚姻家庭纠纷案件，维护健康稳定的婚姻关系，进而维护社会的和谐稳定，是人民法院重要职能之一。基于上述抽样调查分析，提出如下建议：

1、通过适当方式向民政部门发出司法建议，加强对登记结婚当事人进行婚姻风险教育。婚姻关系是重要的社会关系，缔结婚姻是构筑家庭的重要基石。家庭是社会的细胞，婚姻家庭的稳定直接关系到社会的和谐稳定。从起诉离婚的当事人初婚比例均超过90%的情况看，许多年轻男女在结婚前对婚姻的本质和风险认识不足，导致在初婚后婚姻过早解体。有必要建议民政部门婚姻登记机关在婚姻当事人办理登记结婚手续时，采取多种方式进行婚前教育，让即将迈入婚姻殿堂的青年男女获得更多的婚姻家庭知识，最大限度地增强抵御冲击婚姻家庭和谐稳定的免疫力。

2、积极推进家事审判改革试点工作，强调对家事案件进行专业化审理。人民法院可以根据家事案件的特点，结合自身条件，设立家事案件的家事调查官、调解法官、心理咨询（辅导）专家等专门审理家事案件的人员；建立调解室、探视室、心理咨询（辅导）室等场所，邀请心理咨询师、婚姻情感专家、社会工作者、妇联等协助法院做好心理疏导、调解工作，建立多元化调处化解婚姻家庭纠纷的有效机制。

**3、加强涉及家庭暴力离婚案件的审判工作力度。**审判实践中普遍存在家庭暴力认定难的问题，要加强法官技能培训，提高审理涉及家庭暴力离婚案件的司法能力。第一，鉴于家庭暴力的隐蔽性，未成年子女所做的与其认知能力相适应的证言，可以作为家暴案件中的重要证据形式；第二，对于家庭暴力行为的事实认定，应当适用民事诉讼的优势证据标准，根据逻辑推理、经验法则做出判断，避免与刑事诉讼“排除一切合理怀疑”的证明标准相混淆；第三，进一步推进人身安全保护裁定工作，做好与相关职能部门的沟通协作，确保人身安全保护裁定的有效执行，使受害人得到及时有效的司法救助。

**4、谨慎行使裁判权，正确处理离婚案件。**法院是解决婚姻纠纷的最后途径，在审理离婚案件中要考虑婚姻的特点，查明双方当事人离婚的真正原因，正确认定夫妻感情是否确已破裂。既要保障离婚自由，又要严格把握离婚的法定标准，对尚能挽救的婚姻，不要轻易判决准予离婚，要加大调解工作力度，避免走过场，不能因为案多人少的矛盾就忽视必要的调解工作

**5、未成年子女利益最大化应是法院判决离婚时处理子女抚养问题的基本准则。**要特别注重对未成年子女的权益保护，在决定离婚后由哪一方直接抚养的问题时，要征求十周岁以上子女的意见，综合考虑各方面的因素，而不能仅仅根据一方的经济条件优越作出裁判。

注：本文节选自《关于2012—2014年离婚案件相关情况的调查分析报告》（执笔人：最高院民一庭吴晓芳法官）原载于2016年6月出版的《民事审判指导与参考》（总64辑）。

### 法院如何认定同居期间共同财产的分割

2016-06-20 法信

导读：随着社会的发展、道德观念的变化和民众思想观念的开放，同居现象已经越来越多地出现在社会生活中。当解除同居关系时，当事人会不可避免的涉及对同居期间共同所得的收入和购置财产的分割问题。本期法信小编结合相关法条、案例以及观点，对该问题作出了阐释，希望对读者提供参考与帮助。

法信 · 法律依据

#### 1. 《中华人民共和国婚姻法(2001年修正)》

**第十二条** 无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。

#### 2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》

**第十五条** 被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。

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

**第一条** 当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的，人民法院应当受理并依法予以解除。

当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

**4. 《最高人民法院印发〈关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见〉〈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〉的通知》**

8. 人民法院审理同居关系的案件，如涉及非婚生子女抚养和财产分割问题，应一并予以解决。具体分割财产时，应照顾妇女、儿童的利益，考虑财产的实际情况和双方的过错程度，妥善分割。

10. 解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理，同居生活前，一方自愿赠给对方财物可比照赠与关系处理；一方向另一方索取的财物，可参照最高人民法院（84）法办字第112号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第（18）条规定的精神处理。

法信 · 相关案例

#### 1. 同居期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理——王丽诉张伟同居析产案

本案要旨：未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的，同居期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理；解除同居关系时，同居期间为共同生产生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。

审理法院：辽宁省辽阳市弓长岭区人民法院

来源：《最高人民法院公布49起婚姻家庭纠纷典型案例》

**2. 同居期间取得的财产虽登记在一方名下，但双方对财产的取得均有贡献，该财产应认定为双方共同所有——夏某诉蒋某某同居关系析产纠纷案**

本案要旨：男女双方以夫妻名义同居生活，但未办理结婚登记，在同居期间取得的财产，虽登记在一方名下，但双方对财产的取得均有贡献，对该财产应认定为双方共同所有。另一方要求分割的，人民法院应根据照顾妇女、儿童的原则，并结合财产的实际情况予以合理分配。

案号：（2012）苏民再提字第0124号

审理法院：南通市中级人民法院

来源：《江苏省高级人民法院公报》（2013年第3辑）（总第27辑）

### 3. 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——沈某诉肖某同居关系析产纠纷案

本案要旨：同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决；同居期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理，当事人另有约定或者能够证明为一方当事人所有的除外。

来源：《农村婚姻家庭纠纷审理指引》，倪金龙主编，人民法院出版社2014年11月出版

### 4. 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——毕某诉李某同居关系纠纷案

本案要旨：解除同居关系时，对于同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，应按一般共有财产处理。一方对共有财产的贡献较大的，分割比例可以相对较大。

案号：（2012）一中民终字第10997号

审理法院：北京市第一中级人民法院

来源：《中国法院2014年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》，国家法官学院案例开发研究中心编，中国法制出版社2014年3月出版

法信·专家观点

### 1. 无效或被撤销的婚姻，双方同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决

新修正的婚姻法在广泛听取各方面意见的基础上，经过认真研究，多次修改，规定无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，在婚姻被确认无效或婚姻关系被依法撤销时，由当事人协议处理。如果无效婚姻或可撤销婚姻当事人在同居期间对财产的归属有约定的，要依据当事人的约定，分割当事人同居期间的财产。如果当事人对同居期间财产的归属没有约定，又达不成协议时，人民法院对当事人同居期间所得的财产，根据照顾无过错方的原则予以分割。即对无效婚姻的无过错一方当事人可以多分财产。但是，对因重婚导致婚姻无效的财产的处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。即多分重婚导致的无效婚姻当事人同居期间所得财产给无过错方，不得侵害重婚一方第一个合法婚姻的配偶一方当事人的财产权益。例如，有配偶者甲又与乙登记结婚，人民法院根据照顾无过错方的原则，分割甲乙在无效婚姻期间所得财产时，不能将本应是甲第一个合法婚姻的夫妻财产分给乙。

（摘自《中华人民共和国婚姻法释义》，胡康生主编，全国人大法工委编，法律出版社2001年出版）

### 2. 同居期间共同财产应适用平等分割原则处理

同居期间共同财产是指由双方共同管理、使用、收益、处分，以及用于债务清偿的财产。具体分割财产时，应照顾妇女、儿童的利益，考虑财产的实际情况和双方的过错程度，妥善分割。同居生活期间双方共同经营、共同付出劳务等产生的收益、所得的收入和购置的财产，视为共同财产，则应该按照《婚姻法》的规定，适用平等分割原则处理。如果一方有证明其财产是个人的，则不能分割。同居期间一方自愿赠送给对方的财物，可比照赠与关系处理。一方向另一方索要的财物，按《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第18条处理，即借婚姻关系索取的财物，离婚时，如结婚时间不长，或者因索要财物造成对方生活困难的，可酌情返还。而对于一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的，分割财产时，应适当予以照顾，或者由另一方给予一次性经济帮助。解除同居关系时，同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。

（摘自《婚姻家庭纠纷诉讼指引与实务解答》，邹碧华主编，法律出版社2013年出版）

### 3. 同居期间共有财产的共有形式

虽然最高院的司法解释的目的是要规范同居纠纷财产的认定与处理，但是其所规定的“一般共有原则”恰恰使这一问题变得更为复杂。我国《物权法》中规定的共有形式有两种，一种是共同共有，一种是按份共有，但是该司法解释中所规定的一般共有的原则究竟采何种形式并没有明确。从而导致在司法实践中这一部分的判决非常混乱。

笔者的意见是法律虽然没有直接提及同居期间的共同财产采何种共有形式，但是通过其他法律条款规定，还是可以对认定同居期间财产性质起到参考的作用的。例如最高院在《婚姻法司法解释（一）》第十五条规定：“被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。”从该条款中可以窥探出立法者对同居关系中的财产纠纷处理的法律逻辑。《婚姻法司法解释（一）》只将宣告无效和被撤销的婚姻的一种同居情形的财产处理认定为共同共有，而没有将所有同居情形囊括进来。并且宣告无效或者被撤销的婚姻虽然自始无效，但是在被宣告无效或被撤销之前曾经存在过合法的婚姻关系，因此对于这样的财产处理应更倾向于《婚姻法》对夫妻共同财产的处理意见。而对于其他情况的不同居财产纠纷，则应视双方同居时间的长短、是否生育子女等情况并结合照顾妇女、儿童、无过错方利益的原则进行判断。

当然这只是笔者的个人观点，实践中尚没有形成一个统一的裁判标准。个案处理情况还要视证据和法官的自由裁量权而定。

（摘自《法院审理婚姻家庭案件观点集成》，吴卫义、张寅编著，中国法制出版社2012年4月出版）

#### 4. 同居期间所得财产应按照一般共有财产的规定分割

婚姻法第十二条规定，“同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。”这一规定比较模糊且不是很全面，《婚姻法解释（一）》第十五条对此明确指出：“被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。”唯须注意的是，被宣告无效的婚姻不得适用婚姻法有关夫妻财产制的规定。无效婚姻在被依法宣告无效后，双方当事人同居期间所得的财产，推定为双方的共有财产，主张归个人所有的，应承担证明责任，如有证据证明为其个人所有的，认定为个人财产。对于双方共同共有的财产，按民法通则有关一般共有财产的规定合理分割，并应当照顾无过错方。这里所谓的“无过错方”是指本人不具有婚姻无效的情形，且善意相信登记成立婚姻有效的一方。这体现了对善意当事人财产利益的保护。

在审理重婚导致的婚姻无效的财产处理案件时，立法规定应保护合法婚姻当事人的权利，但具体形式未作规定。《婚姻法解释（一）》为此突破了以往婚姻家庭纠纷案件中不列第三人的传统认识，为了更好地保护合法婚姻当事人的财产权益，在该解释第十六条规定允许其作为有独立请求权的第三人参加有关重婚导致无效婚姻的财产处理案件的诉讼。（摘自《婚姻案件审理要点精释》，何志著，人民法院出版社，2013年出版）

#### 对离婚财产分割案件中有关法官行为规范的建议问题的答复

2016-06-26 民事审判参考 最高院院长信箱

##### 1、关于建议法官应履行将判决结果解释给当事人义务的问题。

从目前裁判文书的结构来看，一般都由当事人基本情况、当事人诉讼请求及其事实与理由、对方当事人的答辩意见、人民法院查明事实、人民法院认为以及裁判文书的最终判项等部分构成。其中，关于裁判主文各个判项的依据会在“本院认为”部分加以说明。也即，在裁判文书的本院认为部分已经对裁判结果作出了书面解释。当然，司法实践中，不排除有极个别裁判文书基于各种主客观原因在本院认为说理部分表述过于简单、原则，让当事人不能完全理解裁判结果作出原因的情形。对此，我们将一方面加强对下级法院裁判文书制作规范的指导；另一方面，积极推动“判后释法”工作的开展，通过由承办法官判后答疑解惑的方式，回应当事人的困惑。

##### 2、关于离婚财产分割案件给予法官“酌情”的范围过大的问题。

现实生活中，离婚财产分割涉及到对离婚财产的定性、夫妻双方对导致离婚是否存在过错、各自过错比例以及妇女儿童合法权益维护的问题，较为复杂。首先，关于哪些财产可作为夫妻共同财产在离婚时进行分割的问题。综合我国《婚姻法》第十七条、第十八条和第十九条的规定可知，夫妻共同财产包括法定夫妻共同财产和约定夫妻共同财产两类。法定夫妻共同财产一般为夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，但以下财产除外：（一）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（二）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（三）一方专用的生活用品。约定夫妻共同财产则为夫妻书面约定归夫妻共同所有或部分各自所有、部分共同所有的财产。对夫妻共同财产的分割，法院原则上适用物权法共同共有的规定，实行均等分割或按当事人约定比例分割。但考虑到夫妻关系本身的特殊性，在原则上均等分割的基础上，法院还要考虑夫妻双方在离婚问题上是否存在过错以及过错比例大小这一因素，合理确定分割比例，以体现在财产分割上的实质公平。这一点也在我院1993年颁布的关于离婚财产分割的司法解释中有所体现。在具体审理离婚财产分割案件中，除了过错因素将影响法院在确定离婚财产分割比例上的判断之外，还有一个因素不能忽视，即妇女、儿童这类弱势群体的合法权益保护问题。根据《婚姻法》第三十九条：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决”之规定可知，我国婚姻法对子女和女方权益优先保护。换言之，在离婚财产分割时，法院在确定各自分割比例时，还需加入子女、女方这一因素。在双方其他因素大致相仿的情形下，可对有子女抚养权的一方或女方适当多分。

由上，法官在处理离婚财产分割问题时，有必要综合上述因素，确定一个合理的分割比例。该比例从绝对值上看，可能会给当事人一个错觉，以为法院分割夫妻共同财产时有些随意。这可能部分是因为个别法院在裁判文书中未对分割酌定因素进行详细论述所致。今后我院在对下指导时会重点强调裁判文书说理部分的要求。另外，为了规范个别法官在考量上述因素时可能存在的“酌情”的范围过大问题，我院将根据《婚姻法》的精神出台相关司法解释，对法官在离婚财产分割中酌情的边界及其滥用自由裁量权的处理进行更详细的界定。如果仍有个别法官进行酌定时尺度过大，违反了婚姻法和我院已颁布的司法解释，当事人可以通过法律规定的救济渠道进行救济。

##### 3、关于婚姻法及其司法解释中并未对共同拥有的房产确定比例的问题。

实践中，共同拥有的房产最常见的是夫妻共有房产。关于夫妻共有房产一般情况下为共同共有。在另有约定情形下，不排除可以确定按份共有。对于共同共有财产，根据物权法的规定，共有人之间不存在各自比例的问题。对于按份共有财产，根据物权法的规定，既可在房产登记时按各自比例进行登记，也可以在财产分割时，按比例进行分割。由于这些都是已被物权法确定下来的规则，故婚姻法及其司法解释中没有明确规定。

##### 4、关于二审改判率过低的问题。

我国法院对民事案件审理一般实行两审终审制。虽然规定二审程序将造成当事人诉讼成本的增加，但这对保护

当事人合法权益至关重要，同时也更有利于树立司法权威。至于是否维持原判，二审法院法官只能根据事实和法律作出裁判。一般不存在不同层级法官因彼此相识、碍于情面而维持原判的情形。事实上，如果一审裁判质量较高，自然二审维持原判比例就较高，如果二审维持原判比例较低，则会反过来说明一审法院裁判质量较低。从各国司法审判情况来看，二审改判率低是常态，也是符合正常法治国家司法规律的结果。我国也不例外。退一步而言，即便在个案中法官碍于情面，枉法裁判从而维持了原判，当事人也可通过申请再审或申请检察院抗诉、检察建议的方式，启动纠错机制，纠正错误判决。而且，我们法院内部也会对做出错误判决的法官进行相应的惩处。

### 办理遗嘱公证中如何把握老年配偶的“特留份”？

2016-06-15 拉丁鹰公证咨询组 公证文选

（2016）第43号（2016年6月15日答复）

**▲问题：我国《老年人权益保障法》第二十二条第三款规定：老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额。如果立遗嘱人没有为自己的老伴保留必要的份额，公证机构是否可以公证？公证员如何处理为妥？**

**答复：**一、不论是在古罗马还是在古中国，起初财产的代际流传几乎都是以固定的规则为原则的。而随着社会的发展，在采纳遗嘱继承制度过程中，也就暗含了立遗嘱人于生前自由处分自己将来遗产的原理。世界上没有绝对的自由，遗嘱自由通常也受到了形式上（比如自书形式）和内容上（比如不违反法律）的限制。特留份（又称特留分、必继份、保留份等）就是其中一种对遗嘱自由内容上的限制。特留份一般是指法律规定的遗嘱人不得以遗嘱取消的由特定的法定继承人继承的遗产份额。

二、现代各国的民事法律制度中通常都会有特留份相关条款。比如，《日本民法典》第一千〇二十八条规定：“特留分权利人及其特留分：（一）兄弟姐妹以外的继承人，按下列规定取得特留分；（二）只有直系尊亲属为继承人时，为被继承人财产的三分之一；（三）于其他情形，为被继承人财产的二分之一。”又比如，《瑞士民法典》第四百七十条中规定：“直系卑血亲、父母、兄弟姐妹或配偶为继承人时，其特留份范围以外的财产，被继承人有遗嘱处分权。”该法第四百七十一条规定，特留份的计算为：直系卑血亲各为其法定继承权的四分之三；父母中任何一方，为其法定继承权的二分之一；兄弟姐妹各为其法定继承权的四分之一；生存配偶，如与他人共同继承时，为其法定继承权的全部，如仅其一人为法定继承人时，为其法定继承权的二分之一。

三、我国《继承法》第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第三十七条规定：“遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。”

也就是说，我国的继承法律制度对遗嘱内容自由也作了必要的限制。但从限制的方式看，这种限制并不同于大陆法系民法典的那种规定统一的“特留份”，而是要根据需要灵活处理的保留份额。

四、我们再来看我国《老年人权益保障法》第二十二条第三款规定：“老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额。”有人认为该条为新设“特留份”制度。而从法条本身来看，该条却与欧陆国家的“特留份”制度相去甚远。

第一，从立法目的来讲，该条款的设置目的具有对老年人权益的一种宣示性的保护。

第二，从立法技术来讲，该条款具有明确的指示性——“依法”为老年配偶保留“必要的”份额。那么依什么“法”呢？显然在我国的法律制度中也只有《继承法》第十九条可以被“依”。

第三，从制度层面来讲，作为一部特殊人群的保护法来说，不可能也不应当来创设一个新的法律制度；同时，作为一部全国人大常委会通过的普通法来说，不可能也不应该去调整应由全国人大制定的基本民事法律制度。所以，《老年人权益保障法》第二十二条第三款并未创设新的规定，而应理解为与《继承法》第十九条保持一致的条款。当然，该法提醒立遗嘱人需要高度重视保护老年配偶的相关权利。

#### 五、公证实务操作：

（一）在办理遗嘱公证时，如果立遗嘱人没有为自己的老伴保留必要的份额，公证机构是否可以为其办理公证？

**咨询组认为**，对于不同的家庭情况还是需要综合分析考虑的。

1. 在大多数情况下（多为原配夫妻的），两老往往对婚姻存续期间的财产是具有共有权利的。一方想要通过遗嘱方式处理自己的份额，也就意味着对方也有相应的权利份额。在这种情况下，通常不宜轻易认定配偶为“缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人”，继续办理亦无不妥。

2. 在部分情况中（如系再婚夫妻的），需注意老人的财产权往往掌握在个人名下。此时，如果不能提供配偶具备劳动能力和生活来源的相关证明材料的，可停止办理，并建议立遗嘱人为老年配偶保留必要份额。（如果立遗嘱人坚持办理的，公证人应在告知其法律后果和法律意义后，可以为其办理。办理的理由是：遗嘱是立遗嘱人死亡后生效，判断有无上述无劳动能力和生活来源的人时点是立遗嘱人死亡时刻，而并非公证时刻。对此继承法司法解释有明确规定）。

（二）如涉及老年配偶确需保留份额的，应尽量不采取全部财产相互继承的方式，以避免在遗嘱执行或继承办

理中出现纠纷。

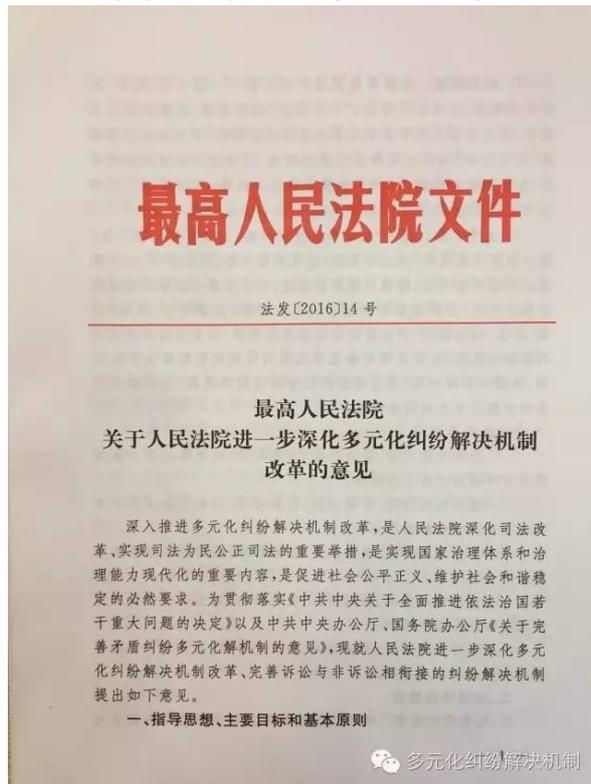
（三）遗嘱中关于保留份额相关的条款。如果存在需要保留份额的继承人，则应直接在遗产分配方案中载入；如果暂不存在，建议写成：“目前，本人不存在缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人。将来如果出现这样的继承人，本人愿将上述遗产中××%的份额保留给这些人（出现这些情况的人各自平分这部分的份额，均不作为其夫妻共有财产）。”

（四）在办证过程中，应对保留份额问题提醒到位，并最好留有笔录或告知书等材料。

### 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》

2016-06-29 多元化纠纷解决机制 最高院

编者按 2016年6月29日，最高人民法院召开新闻发布会，发布《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（法发〔2016〕14号）和《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》（法释〔2016〕14号）。《意见》是今后一个时期指导全国法院开展多元化纠纷解决机制改革的纲领性文件，《规定》以司法解释的形式，对人民法院特邀调解制度进行了系统规范。现对《意见》进行全文刊登。



现刊登全文如下：

#### 最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见 法发〔2016〕14号

深入推进多元化纠纷解决机制改革，是人民法院深化司法改革、实现司法为民公正司法的重要举措，是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要内容，是促进社会公平正义、维护社会和谐稳定的必然要求。为贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，现就人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革、完善诉讼与非诉讼相衔接的纠纷解决机制提出如下意见。

##### 一、指导思想、主要目标和基本原则

1. **指导思想。**全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中全会精神，以邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观为指导，深入贯彻习近平总书记系列重要讲话精神，紧紧围绕协调推进“四个全面”战略布局和五大发展理念，主动适应经济发展新常态，以体制机制创新为动力，有效化解各类纠纷，不断满足人民群众多元司法需求，实现人民安居乐业、社会安定有序。

2. **主要目标。**根据“国家制定发展战略、司法发挥引领作用、推动国家立法进程”的工作思路，建设功能完备、形式多样、运行规范的诉调对接平台，畅通纠纷解决渠道，引导当事人选择适当的纠纷解决方式；合理配置纠纷解决的社会资源，完善和解、调解、仲裁、公证、行政裁决、行政复议与诉讼有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制；充分发挥司法在多元化纠纷解决机制建设中的引领、推动和保障作用，为促进经济社会持续健康发展、

全面建成小康社会提供有力的司法保障。

### 3. 基本原则。

——坚持党政主导、综治协调、多元共治，构建各方面力量共同参与纠纷解决的工作格局。——坚持司法引导、诉调对接、社会协同，形成社会多层次多领域齐抓共管的解纷合力。——坚持优化资源、完善制度、法治保障，提升社会组织解决纠纷的法律效果。——坚持以人为本、自愿合法、便民利民，建立高效便捷的诉讼服务和纠纷解决机制。——坚持立足国情、合理借鉴、改革创新，完善具有中国特色的多元化纠纷解决体系。

## 二、加强平台建设

**4. 完善平台设置。**各级人民法院要将诉调对接平台建设与服务诉讼服务中心建设结合起来，建立集诉讼服务、立案登记、诉调对接、涉诉信访等多项功能为一体的综合服务平台。人民法院应当配备专门人员从事诉调对接工作，建立诉调对接长效工作机制，根据辖区受理案件的类型，引入相关调解、仲裁、公证等机构或者组织在诉讼服务中心等部门设立调解工作室、服务窗口，也可以在纠纷多发领域以及基层乡镇（街道）、村（社区）等派驻人员指导诉调对接工作。

**5. 明确平台职责。**人民法院诉调对接平台负责以下工作：对诉至法院的纠纷进行适当分流，对适宜调解的纠纷引导当事人选择非诉讼方式解决；开展委派调解、委托调解；办理司法确认案件；负责特邀调解组织、特邀调解员名册管理；加强对调解工作的指导，推动诉讼与非诉讼纠纷解决方式在程序安排、效力确认、法律指导等方面的有机衔接，健全人民调解、行政调解、商事调解、行业调解、司法调解等的联动工作体系。

**6. 完善与综治组织的对接。**人民法院可以依托社会治安综合治理平台，建立矛盾纠纷排查化解对接机制；对群体性纠纷、重大案件及时进行通报反馈和应急处理，建立定期或不定期的联席会议制度，形成信息互通、优势互补、协作配合的纠纷解决互动机制。

**7. 加强与行政机关的对接。**人民法院要加强与行政机关的沟通协调，促进诉讼与行政调解、行政复议、行政裁决等机制的对接。支持行政机关根据当事人申请或者依职权进行调解、裁决，或者依法作出其他处理。在治安管理、社会保障、交通事故赔偿、医疗卫生、消费者权益保护、物业管理、环境污染、知识产权、证券期货等重点领域，支持行政机关或者行政调解组织依法开展行政和解、行政调解工作。

**8. 加强与人民调解组织的对接。**不断完善对人民调解工作的指导，推进人民调解组织的制度化、规范化建设，进一步扩大人民调解组织协助人民法院解决纠纷的范围和规模。支持在纠纷易发多发领域创新发展行业性、专业性人民调解组织，建立健全覆盖城乡的调解组织网络，发挥人民调解组织及时就地解决民间纠纷、化解基层矛盾、维护基层稳定的基础性作用。

**9. 加强与商事调解组织、行业调解组织的对接。**积极推动具备条件的商会、行业协会、调解协会、民办非企业单位、商事仲裁机构等设立商事调解组织、行业调解组织，在投资、金融、证券期货、保险、房地产、工程承包、技术转让、环境保护、电子商务、知识产权、国际贸易等领域提供商事调解服务或者行业调解服务。完善调解规则 and 对接程序，发挥商事调解组织、行业调解组织专业化、职业化优势。

**10. 加强与仲裁机构的对接。**积极支持仲裁制度改革，加强与商事仲裁机构、劳动人事争议仲裁机构、农村土地承包仲裁机构等的沟通联系。尊重商事仲裁规律和仲裁规则，及时办理仲裁机构的保全申请，依照法律规定处理撤销和不予执行仲裁裁决案件，规范涉外和外国商事仲裁裁决司法审查程序。支持完善劳动人事争议仲裁办案制度，加强劳动人事争议仲裁与诉讼的有效衔接，探索建立裁判标准统一的新规则、新制度。加强对农村土地承包经营纠纷调解仲裁的支持和保障，实现涉农纠纷仲裁与诉讼的合理衔接，及时审查和执行农村土地承包仲裁机构作出的裁决书或者调解书。

**11. 加强与公证机构的对接。**支持公证机构对法律行为、事实和文书依法进行核实和证明，支持公证机构对当事人达成的债权债务合同以及具有给付内容的和解协议、调解协议办理债权文书公证，支持公证机构在送达、取证、保全、执行等环节提供公证法律服务，在家事、商事等领域开展公证活动或者调解服务。依法执行公证债权文书。

**12. 支持工会、妇联、共青团、法学会等组织参与纠纷解决。**支持工会、妇联、共青团参与解决劳动争议、婚姻家庭以及妇女儿童权益等纠纷。支持法学会动员组织广大法学工作者、法律工作者参与矛盾纠纷化解，开展法律咨询服务和调解工作。支持其他社团组织参与解决与其职能相关的纠纷。

**13. 发挥其他社会力量的作用。**充分发挥人大代表、政协委员、专家学者、律师、专业技术人员、基层组织负责人、社区工作者、网格管理员、“五老人员”（老党员、老干部、老教师、老知识分子、老政法干警）等参与纠纷解决的作用。支持心理咨询师、婚姻家庭指导师、注册会计师、大学生志愿者等为群众提供心理疏导、评估、鉴定、调解等服务。支持完善公益慈善类、城乡社区服务类社会组织建设，鼓励其参与纠纷解决。

**14. 加强“一站式”纠纷解决平台建设。**在道路交通、劳动争议、医疗卫生、物业管理、消费者权益保护、土地承包、环境保护以及其他纠纷多发领域，人民法院可以与行政机关、人民调解组织、行业调解组织等进行资源整合，推进建立“一站式”纠纷解决服务平台，切实减轻群众负担。

**15. 创新在线纠纷解决方式。**根据“互联网+”战略要求，推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用。

推动建立在线调解、在线立案、在线司法确认、在线审判、电子督促程序、电子送达等为一体的信息平台,实现纠纷解决的案件预判、信息共享、资源整合、数据分析等功能,促进多元化纠纷解决机制的信息化发展。

**16. 推动多元化纠纷解决机制的国际化发展。**充分尊重中外当事人法律文化的多元性,支持其自愿选择调解、仲裁等非诉讼方式解决纠纷。进一步加强我国与其他国家和地区司法机构、仲裁机构、调解组织的交流和合作,提升我国纠纷解决机制的国际竞争力和公信力。发挥各种纠纷解决方式的优势,不断满足中外当事人纠纷解决的多元需求,为国家“一带一路”等重大战略的实施提供司法服务与保障。

### 三、健全制度建设

**17. 健全特邀调解制度。**人民法院可以吸纳人民调解、行政调解、商事调解、行业调解或者其他具有调解职能的组织作为特邀调解组织,吸纳人大代表、政协委员、人民陪审员、专家学者、律师、仲裁员、退休法律工作者等具备条件的个人担任特邀调解员。明确特邀调解组织或者特邀调解员的职责范围,制定特邀调解规定,完善特邀调解程序,健全名册管理制度,加强特邀调解队伍建设。

**18. 建立法院专职调解员制度。**人民法院可以在诉讼服务中心等部门配备专职调解员,由擅长调解的法官或者司法辅助人员担任,从事调解指导工作和登记立案后的委托调解工作。法官主持达成调解协议的,依法出具调解书;司法辅助人员主持达成调解协议的,应当经法官审查后依法出具调解书。

**19. 推动律师调解制度建设。**人民法院加强与司法行政部门、律师协会、律师事务所以及法律援助中心的沟通联系,吸纳律师加入人民法院特邀调解员名册,探索建立律师调解工作室,鼓励律师参与纠纷解决。支持律师加入各类调解组织担任调解员,或者在律师事务所设置律师调解员,充分发挥律师专业化、职业化优势。建立律师担任调解员的回避制度,担任调解员的律师不得担任同一案件的代理人。推动建立律师接受委托代理时告知当事人选择非诉讼方式解决纠纷的机制。

**20. 完善刑事诉讼中的和解、调解制度。**对于符合刑事诉讼法规定可以和解或者调解的公诉案件、自诉案件、刑事附带民事案件,人民法院应当与公安机关、检察机关建立刑事和解、刑事诉讼中的调解对接工作机制,可以邀请基层组织、特邀调解组织、特邀调解员,以及当事人所在单位或者同事、亲友等参与调解,促成双方当事人达成和解或者调解协议。

**21. 促进完善行政调解、行政和解、行政裁决等制度。**支持行政机关对行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律法规规定的自由裁量权的案件开展行政调解工作,支持行政机关通过提供事实调查结果、专业鉴定或者法律意见,引导促使当事人协商和解,支持行政机关依法裁决同行政管理活动密切相关的民事纠纷。

**22. 探索民商事纠纷中立评估机制。**有条件的人民法院在医疗卫生、不动产、建筑工程、知识产权、环境保护等领域探索建立中立评估机制,聘请相关专业领域的专家担任中立评估员。对当事人提起的民商事纠纷,人民法院可以建议当事人选择中立评估员,协助出具评估报告,对判决结果进行预测,供当事人参考。当事人可以根据评估意见自行和解,或者由特邀调解员进行调解。

**23. 探索无争议事实记载机制。**调解程序终结时,当事人未达成调解协议的,调解员在征得各方当事人同意后,可以用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实,并由当事人签字确认。在诉讼程序中,除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外,当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。

**24. 探索无异议调解方案认可机制。**经调解未能达成调解协议,但是对争议事实没有重大分歧的,调解员在征得各方当事人同意后,可以提出调解方案并书面送达双方当事人。当事人在七日内未提出书面异议的,调解方案即视为双方自愿达成的调解协议;提出书面异议的,视为调解不成立。当事人申请司法确认调解协议的,应当依照有关规定予以确认。

### 四、完善程序安排

**25. 建立纠纷解决告知程序。**人民法院应当在登记立案前对诉讼风险进行评估,告知并引导当事人选择适当的非诉讼方式解决纠纷,为当事人提供纠纷解决方法、心理咨询、诉讼常识等方面的释明和辅导。

**26. 鼓励当事人先行协商和解。**鼓励当事人就纠纷解决先行协商,达成和解协议。当事人双方均有律师代理的,鼓励律师引导当事人先行和解。特邀调解员、相关专家或者其他人员根据当事人的申请或委托参与协商,可以为纠纷解决提供辅助性的协调和帮助。

**27. 探索建立调解前置程序。**探索适用调解前置程序的纠纷范围和案件类型。有条件的基层人民法院对家事纠纷、相邻关系、小额债务、消费者权益保护、交通事故、医疗纠纷、物业管理等适宜调解的纠纷,在征求当事人意愿的基础上,引导当事人在登记立案前由特邀调解组织或者特邀调解员先行调解。

**28. 健全委派、委托调解程序。**对当事人起诉到人民法院的适宜调解的案件,登记立案前,人民法院可以委派特邀调解组织、特邀调解员进行调解。委派调解达成协议的,当事人可以依法申请司法确认。当事人明确拒绝调解的,人民法院应当依法登记立案。登记立案后或者在审理过程中,人民法院认为适宜调解的案件,经当事人同意,可以委托给特邀调解组织、特邀调解员或者由人民法院专职调解员进行调解。委托调解达成协议的,经法官审查后依法出具调解书。

29. **完善繁简分流机制。**对调解不成的民商事案件实行繁简分流,通过简易程序、小额诉讼程序、督促程序以及速裁机制分流案件,实现简案快审、繁案精审。完善认罪认罚从宽制度,进一步探索刑事案件速裁程序改革,简化工作流程,构建普通程序、简易程序、速裁程序等相配套的多层次诉讼制度体系。按照行政诉讼法规定,完善行政案件繁简分流机制。

30. **推动调解与裁判适当分离。**建立案件调解与裁判在人员和程序方面适当分离的机制。立案阶段从事调解的法官原则上不参与同一案件的裁判工作。在案件审理过程中,双方当事人仍有调解意愿的,从事裁判的法官可以进行调解。

31. **完善司法确认程序。**经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议,当事人申请司法确认的,由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。

32. **加强调解与督促程序的衔接。**以金钱或者有价证券给付为内容的和解协议、调解协议,债权人依据民事诉讼法及其司法解释的规定,向有管辖权的基层人民法院申请支付令的,人民法院应当依法发出支付令。债务人未在法定期限内提出书面异议且逾期不履行支付令的,人民法院可以强制执行。

### 五、加强工作保障

33. **加强组织领导。**各级人民法院要进一步加强诉调对接工作的组织领导,建立整体协调、分工明确、各负其责的工作机制。要主动争取党委、人大、政府的支持,推动出台多元化纠纷解决机制建设的地方配套文件,促进构建科学、系统的多元化纠纷解决体系。

34. **加强指导监督。**上级人民法院要切实加强对下级人民法院的指导监督,及时总结多元化纠纷解决机制改革可复制可推广的经验。高级人民法院要明确专门机构,制定落实方案,掌握工作情况,积极开展本辖区多元化纠纷解决机制改革示范法院的评选工作。中级人民法院要加强对辖区基层人民法院的指导监督,促进多元化纠纷解决机制改革不断取得实效。

35. **完善管理机制。**建立诉调对接案件管理制度,将委派调解、委托调解、专职调解和司法确认等内容纳入案件管理系统和司法统计系统。完善特邀调解组织、特邀调解员、法院专职调解员的管理制度,建立奖惩机制。

36. **加强调解人员培训。**完善特邀调解员、专职调解员的培训机制,配合有关部门推动建立专业化、职业化调解员资质认证制度,加强职业道德建设,共同完善调解员职业水平评价体系。

37. **加强经费保障。**各级人民法院要主动争取党委和政府的支持,将纠纷解决经费纳入财政专项预算,积极探索以购买服务等方式将纠纷解决委托给社会力量承担。支持商事调解组织、行业调解组织、律师事务所等按照市场化运作,根据当事人的需求提供纠纷解决服务并适当收取费用。

38. **发挥诉讼费用杠杆作用。**当事人自行和解而申请撤诉的,免交案件受理费。当事人接受法院委托调解的,人民法院可以适当减免诉讼费用。一方当事人无正当理由不参与调解或者不履行调解协议、故意拖延诉讼的,人民法院可以酌情增加其诉讼费用的负担部分。

39. **加强宣传工作和理论研究。**各级人民法院要大力宣传多元化纠纷解决机制的优势,鼓励和引导当事人优先选择成本较低、对抗性较弱、利于修复关系的非诉讼方式解决纠纷。树立“国家主导、司法推动、社会参与、多元并举、法治保障”现代纠纷解决理念,营造诚信友善、理性平和、文明和谐、创新发展的社会氛围。加强与政法院校、科研机构等单位的交流与合作,积极推动研究成果的转化,充分发挥多元化纠纷解决理论对司法实践的指导作用。借鉴域外经验,深入研究人民法院在多元化纠纷解决机制中的职能作用。

40. **推动立法进程。**人民法院及时总结各地多元化纠纷解决机制改革的成功经验,积极支持本辖区因地制宜出台相关地方性法规、地方政府规章,从而推动国家层面相关法律法规的立法进程,将改革实践成果制度化、法律化,促进多元化纠纷解决机制改革在法治轨道上健康发展。

最高人民法院  
2016年6月28日

## 适用善意取得制度最值得参考的15条典型案例要旨

2016-06-30 ilawyer 徐忠兴

要旨1: 转让机动车未在交易市场内进行, 行为人不能证明自己为善意并已支付相应合理价格的, 不构成善意取得。

——浙江省绍兴市中级人民法院2007年6月6日判决“刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案”。

简析: 善意取得是指无处分权人将不动产或者动产转让给受让人, 受让人是善意的且付出合理的价格, 依法取得该不动产或者动产的所有权。因此, 善意取得应当符合以下三个条件: 一、受让人受让该动产时是善意的; 二、以合理的价格受让; 三、受让的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。机动车虽然属于动产, 但存在一些严格的管理措施使机动车不同于其他无需登记的动产。行为人未在二手机动车交易市场

内交易取得他人合法所有的机动车，不能证明自己为善意并付出相应合理价格的，对其主张善意取得机动车所有权的请求，人民法院不予支持。

索引：载《最高人民法院公报》2008年第2期（总第136期）。

要旨2：出卖人仅占有机动车而机动车行驶证上载明的所有权人并非出卖人，出卖人未提供有权处分手续的，应当认定受让人在受让该机动车时具有明显的重大过失，不构成善意取得。

——浙江省绍兴市中级人民法院2007年6月6日判决“刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案”。

简析：一般而言，对于动产交易，交易相对人可以相信持有该动产的当事人即为有权处分人。但是，对于机动车等特殊动产，则交易相对人应核实该机动车行驶证上所载明的当事人，当载明的当事人与出卖人不一致时，则受让人应进一步进行核查，比如核查出卖人是否有授权手续等其他有权处分的情形。因此，在出卖人仅占有机动车而机动车行驶证上载明的所有权人非出卖人的情况下，如果出卖人并未提供授权出售的手续等合法处分权利外观的，应当认定受让人在受让该机动车时具有明显的重大过失，不构成善意取得。

索引：载《最高人民法院公报》2008年第2期（总第136期）；另载最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解适用与案例指导》，法律出版社2016年版，第147—152页。

要旨3：公司内部意思形成过程虽然存在瑕疵，但其对外表示行为不存在无效情形的，善意第三人可以取得相关动产。

——最高人民法院（2010）民提字第48号“绵阳市红日实业有限公司、蒋洋诉绵阳高新区科创实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案”。

简析：在民商事法律关系中，公司作为行为主体实施法律行为的过程可以划分为两个层次，一是公司内部的意思形成阶段，通常表现为股东会或董事会决议；二是公司对外作出意思表示的阶段，通常表现为公司对外签订的合同。出于保护善意第三人和维护交易安全的考虑，在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下，因合同相对方并无审查公司意思形成过程的义务，故只要对外的表示行为不存在无效的情形，公司就应受其表示行为的制约，善意第三人可以取得相关动产。

索引：载《最高人民法院公报》2011年第3期（总第173期）。

要旨4：当事人长期善意占有管理无主房屋，至今无人提出异议的，当事人可以通过无主财产申请，在补足差价后取得房屋所有权。

——福建省厦门市开元区人民法院民事判决“胡德开等12人申请确认房屋所有权案”。

简析：申请确权人以自己名义长期善意占有、管理无主房屋，至今并无任何人提出异议，如申请确权人愿意补足该房屋差价款以取得该房屋所有权，符合《中华人民共和国民法通则》第四条关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定，人民法院应予准许，可确定该房屋所有权属归申请确权人。申请确权人补交的房屋差价款可视为无主财产，收归国有。

索引：载《最高人民法院公报》1998年第4期（总第56期）。

要旨5：房屋共有人之一未经其他共有人的同意擅自转让共有房屋，受让人善意、有偿取得该房产的，可以依据《物权法》第一百零六条第一款的规定处理。

——广东省高级人民法院民事判决“章春云等与张文斌房地产确权纠纷案”。

简析：房屋共有人之一未经其他共有人的同意擅自转让共有房屋，在双方当事人签订房屋转让协议时，根据转让人所持有的房屋所有权证等，受让人对转让人不享有房屋处分权的事实并不知道且已按照房屋转让协议的约定，支付了合理对价，办理了房地产转移登记手续，取得了该房屋所有权证的，依法应当认定受让人善意、有偿取得该房屋，可以依据《物权法》第一百零六条第一款的规定处理，即对受让人的权益应予保护。

索引：见王朝辉：《关于章春云等与张文斌房地产确权纠纷案的请示与答复——特殊情况下，不动产的取得也可适用善意取得制度》，载沈德咏主编、最高人民法院审判监督庭编：《审判监督指导与研究》2003年第1卷（总第9卷），人民法院出版社2003年版，第111—115页。

要旨6：主合同合法有效，第三人善意、无过失且已办理登记的，可以取得不动产抵押权。

——江苏省南通市中级人民法院（2009）通中民二终字第0452号“中国银行股份有限公司南通港闸支行与陆建国、石李萍借款担保合同纠纷案”。

简析：《物权法》第一百零六条规定了动产、不动产及其他物权统一的善意取得制度，为不动产抵押权善意取得的适用提供了基本的法律依据。不动产善意取得不仅应符合交易行为合法、有偿的特质，而且应从构成要件上进行综合评判。第三人已办理登记，第三人善意且无过失的系善意取得的一般构成要件；主合同合法有效、无异议登记存在、登记错误为善意取得的特殊构成要件。

索引：见陆久斌、郁临清：《刍议不动产抵押权善意取得之适用》，载最高人民法院《人民司法·案例》2011年第4期。

要旨7：抵押权的善意取得，构成房屋登记机关撤销房屋抵押登记的法定阻却事由。

——江苏省南京市中级人民法院（2010）宁行终字第132号“徐国栋诉江苏省南京市住房保障和房产局行政不作为案”。

简析：根据《物权法》第一百零六条的规定，受让人受让不动产时是善意的，受让人取得该不动产的所有权；当事人善意取得其他物权的，与善意取得的所有权具有同样的法律后果。在抵押权人属于善意取得的情况下，其对房屋的抵押权利应受法律保护。抵押权的善意取得，构成房屋登记机关撤销房屋抵押登记的法定阻却事由。

索引：见赵雪雁、宋振敏：《善意取得在房屋抵押登记中的适用》，载最高人民法院《人民司法·案例》2011年第16期。

要旨8：债权人善意取得不动产抵押权时，对债务人在办理他项权证过程中的违法或者犯罪行为不负审查义务。

——江苏省南通市中级人民法院（2009）通中民二终字第0452号“中国银行股份有限公司南通港闸支行诉陆建国、石李萍借款担保合同纠纷案”。

简析：按照《物权法》第一百零六条第三款的规定，抵押权可以适用善意取得。对不动产抵押物权利是否真实完整的审查义务在房屋登记部门，作为债权人，在设置抵押权时其审查义务不应包括债务人在办理他项权证过程中的违法或者犯罪行为。

索引：见马荣：《不动产抵押权善意取得的运用》，载最高人民法院《人民司法·案例》2012年第10期。

要旨9：夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋抵押的，合同相对方可以善意取得该房屋抵押权。

——天津市第一中级人民法院（2013）津一中民二终字第0069号“王某诉李某、中国民生银行股份有限公司天津分行借款担保合同纠纷案”。

简析：夫妻一方未经另一方同意以共同共有房屋作为抵押物签订抵押借款合同，如果合同相对方为善意，履行了给付款项的义务，并且已经办理抵押登记手续，应当认定合同有效。另一方主张撤销抵押权的，人民法院不予支持。

索引：见于筱江：《夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力》，载最高人民法院《人民司法·案例》2015年第8期。

要旨10：人民法院依法查封的财产被转卖的，对买受人原则上不适用善意取得制度。

——最高人民法院（1999）执他字第21号函（1999年11月17日）“解放军6410工厂申请执行辽宁省抚顺市油气运销公司欠款纠纷案”。

简析：法院查封财产被转卖的情况与一般民事交易中善意取得制度有一定的差别。执行制度保护权利的重点在于保护债权人的利益。在债权人与善意第三人的利益之间进行权衡中，应考虑到：债权人动用国家公权力实现自己的权利，其花费的成本比较大。而保护善意占有人的利益在于维护社会交易安全，但在执行程序中保护债权人的利益应当高于对一般交易安全的维护。因此有必要赋予法院查封比一般民事行为更大的限制处分效力，有必要使法院查封的财产绝对受保护，以加强法院执行的权威。而法院在审理案件中将非法转移法院查封财产宣告无效是通行的做法。最高人民法院在以往案件中均认定查封财产被他人非法转卖的，无论第三人是善意还是恶意，均应追回。因此，第三人善意与否，不应影响查封财产转卖无效的后果。

索引：见黄金龙：《关于人民法院查封的财产被转卖是否保护善意买受人利益问题的请示与答复》，载江必新、贺荣主编，最高人民法院执行局编：《最高人民法院执行案例精选》，中国法制出版社2014年版，第419—424页。

要旨11：房地产转让登记行为虽被法院确认无效，但未否定相应的抵押登记行为的，抵押权人可以善意取得抵押权。

——最高人民法院民事判决“广东发展银行股份有限公司佛山分行与东莞市恒顺融资担保有限公司、东莞市恒生实业有限公司、庾志坚借款合同纠纷再审案”。

简析：办理房地产转让登记文件的真实性虽然被否定，且欠缺必须提交的文件而导致房屋转让登记行为被法院确认为无效，但相关行政判决并没有否定房产的买卖行为，也没有否定就该房屋办理的抵押登记行为的，如果抵押人确已支付对价且为善意，仅因登记手续存在瑕疵，其补办登记手续后即依据所有权善意取得制度成为有处分权人，抵押权应为有效；如果买卖关系并不存在或者并非出于善意，则抵押人为无处分权人，抵押权人亦可善意取得抵押权，抵押权仍为有效。

索引：见高燕竹：《抵押权善意取得及保证合同效力的认定——广东发展银行股份有限公司佛山分行与东莞市恒顺融资担保有限公司、东莞市恒生实业有限公司、庾志坚借款合同纠纷再审案》，载最高人民法院民事审判第二庭编：《商事审判指导》2011年第1辑（总第25辑），人民法院出版社2011年版，第209—213页。

要旨12：当事人将他人享有土地使用权的土地出让给第三人的，第三人可以善意、有偿取得土地使用权。

——最高人民法院（1997）民终字第24号“重庆经济技术开发区管理委员会、重庆市南岸区城市建设综合开发统建办公室与重庆市房地产开发股份有限公司、第三人中银富安实业（重庆）发展有限公司土地使用权纠纷案”。

简析：当事人在不享有土地使用权的情况下，将讼争土地擅自出让给第三人的，应当承担相应的赔偿责任。第三人系善意有偿取得讼争土地，并办理了土地使用权证，且已在讼争土地上修建房屋，土地使用权人表示放弃收回

讼争土地使用权的请求，应予以照准，讼争土地使用权应由第三人善意取得。

索引：载肖扬总主编、最高人民法院民事审判第一庭编：《中华人民共和国最高人民法院判案大系》（民事卷一1997年卷），人民法院出版社2003年版，第57—59页。

要旨13：债权人对不动产登记信赖适用“善意推定”，已经进行不动产抵押权登记的，债权人可以善意取得不动产抵押权。

——最高人民法院（2004）民二终字第70号“中国大连国际经济技术合作集团有限公司与大连中大集团公司借款担保纠纷上诉案”。

简析：行为人在他人所有的部分房屋上设立抵押权，属于无权处分，依照《合同法》第五十一条的规定，行为人与债权人签订的抵押合同属于部分无效合同，涉及部分房屋的抵押登记也无效，债权人不应取得抵押权。但是，不动产登记具有公信力，债权人对于不动产登记的相信、信赖无需证明，可以被推定为善意，如果抵押登记行为在先，确认抵押物产权在后，债权人对于抵押行为可以适用“善意推定”，不动产抵押权的善意取得应当得到承认。参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十一条的规定，即使抵押物已确认为他人所有，善意抵押权人仍可就转让后的抵押物追及行使抵押权。

索引：载最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2006年第2辑（总第10辑），人民法院出版社2006年版，第311—322页。

要旨14：赃物适用善意取得制度的条件，应适用《物权法》第一百零六条的规定。

——北京市延庆县人民法院（2008）延民初字第3415号“卫秀玲诉吴志宽、夏秀芬房屋买卖合同纠纷案”。

简析：赃物只是具有在特定时间、特定主体控制下的财物属性，当脱离了特定环境，其自应还原到其自然性质。因此，我们只能得出非法获取财物的行为人无权处分的结论，而不能排除权利人之外的第三人尤其是善意的第三人得到该财物的情况。《物权法》对赃物的善意取得虽未作出规定，但理论上并不排除善意取得制度的适用。通常情况下，因诈骗、侵占而使原权利人丧失占有的赃物，可适用善意取得；因盗窃、抢夺、抢劫而使原权利人丧失占有的赃物，可类推适用《物权法》对遗失物的规定。《物权法》第一百零七条规定对遗失物原则上不适用善意取得制度，但通过法定方式，可以发生善意取得。基于上述，就赃物适用善意取得制度的条件，同样应适用《物权法》第一百零六条的规定，即应具备：受让人受让该不动产或动产时是善意的；以合理的价格转让；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。在房屋转让纠纷中，受让人以明显不合理低价受让赃物的，无法构成善意取得，原权利人仍应为房屋的所有权人。

索引：见张鑫萌：《卫秀玲诉吴志宽等房屋买卖合同案》，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2009年民事审判案例卷）》，人民法院出版社2010年版，第117—123页。

要旨15：在与转让人进行交易过程中，受让人有违一般人在进行同类交易时应有的谨慎和注意程度，应认定其为非善意，不构成善意取得。

——河南省郑州市中级人民法院（2015）郑民三终字第877号“施国风与高乃颖等确认合同无效纠纷案”。

简析：非因重大过失而不知道，是构成善意的重要情形之一。对于受让人是否具有“重大过失”，应根据具体案件的一些客观情况综合认定，日常生活中的房屋买卖，交易相对方往往基于了解标的物自然属性的目的进行实地查看。如果受让人在没有对买卖的房屋进行查看的情况下与转让人签订房屋买卖合同，不去实际占有、使用买卖的房屋，有违一般交易惯例，其对于转让人是否有权处分房屋这一事实明显处于放任的状态，有违一般人在进行同类交易时应有的谨慎和注意程度，故受让人应属具有重大过失，应认定为非善意，不构成善意取得。

索引：载最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解适用与案例指导》，法律出版社2016年版，第135—140页。

## （六）媒体视点

### 女检察官余红：我所经历的南京“饿死女童”案

2016-06-01 融媒体中心 法制日报记者 马超整理

2013年6月21日上午，南京市江宁区泉水新村的一居民家中，一名1岁和一名3岁女童被发现死于家中，尸体已经腐烂。女童的母亲一度下落不明。2013年9月18日，乐某被南京市检察院以故意杀人罪起诉，在南京中院公开开庭审理。2013年9月18日，备受关注的南京市江宁区“饿死女童案”在南京市中级人民法院公开宣判，被告人乐燕犯故意杀人罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

被告人乐燕为何抛弃女儿，致其饿死家中？江苏省南京市人民检察院公诉二处处长兼未检办主任余红讲述了该案中不为人知的一面……

#### 第一感觉非常震惊！我该做些什么让这样的悲剧不再重现

2013年4月下旬的一天下午，被告人乐燕（时年22岁）为自己3岁的女儿李某甲和1岁的女儿李某乙预留了少量食物、饮水后，便锁上大门离家，直至同年6月21日案发未曾回家，致使两个年幼的女儿饿死家中。

第一时间知晓这个案件是通过网上的新闻，当时第一感觉是非常震惊！不仅仅是我，在我身边的所有人都非常震

惊!在经济发展水平较高的南京,竟然会发生两名幼儿被饿死这样惨痛的案件。案发后几天,作为南京市人民检察院未检办负责人的我,接受领导的安排,带领另一名业务骨干与书记员组成临时办案组,开始了对案件的审查起诉工作。

为保证案件质量,我提前介入了侦查工作,开展同步审查并指导侦查人员搜集证据。可案件远没有我想象得那么简单,行为人不履行抚养义务导致被抚养人死亡的行为如何定性?是故意犯罪还是过失犯罪?有没有可能是遗弃或虐待?犯罪嫌疑人乐燕有吸毒史,这会不会影响其刑事责任能力的认定?一连串的问题接踵而至,与此同时,网络媒体持续不断地对这个案件热议,似乎是要未审先定。

而在我的心里,也一直迸发这样的问题:是什么原因让一位母亲置亲生骨肉于不顾?除了让乐燕绳之以法,我还应该做些什么让这样的悲剧不再重现?

### 20 多天的加班审查, 提出补充侦查意见共 30 余条

经过连续 20 多天的加班审查,案件事实渐渐明朗了,我判断这是一起不作为的间接故意犯罪,而这类案件有其特殊的构成要件要求。于是,我和办案组其他同志一起深入研究了案件与相关判例,要求侦查机关在乐燕有作为的义务及作为的能力等方面重点补充证据,四次书面提出补充侦查意见共 30 余条,通过侦查人员的通力配合取证,将原本仅有两册的证据材料扩充至了十册。

但第一次提审乐燕时,却让我的审查起诉工作遇到了新的难题。在此案发生过程中,乐燕再次怀孕,情绪也极不稳定。加之她对自己的未来失去希望,所以产生了一种“破罐破摔”的想法,对我极为抵触,对我的提讯丝毫不配合。我该怎么打破这个僵局?

为了能够将乐燕带回正途,为了她腹中的那个新生命,我必须帮助她。为了能帮助乐燕深刻认识自己行为,我和同事给了乐燕更多的司法人文关怀,再见面、再交谈,了解其心理状态,安抚、舒缓其紧张情绪。

记得开庭前两天,恰逢中秋前一天,我和同事特意准备了月饼、水果等食物前去看望她,我和乐燕聊了很多生活的话题。临走,乐燕告诉我,她很感动,这是她长这么大第一次吃月饼。听到这里,我知道她对我已慢慢建立了信任与理解。在庭审中,乐燕情绪平稳,如实供述,并在我们发表公诉意见之后,流下了悔恨的泪水。

### 我们提交立法建议, 南京市未保条例今年实施了

2013 年 8 月 12 日,南京市人民检察院以故意杀人罪对被告人乐燕提起公诉,同年 9 月 18 日,南京市中级人民法院公开开庭审理此案,当庭判决乐燕犯故意杀人罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。

2015 年年初,在乐燕进入监狱服刑期间,我又去看望了她。她告诉我,正在努力改造,还在学习缝纫,她希望能减刑早日出狱,并能亲手为孩子做套衣服。听到这些,作为一名未检检察官,我很欣慰自己之前做的一切努力。

这起案件的背后,凸显了我国儿童监护制度的缺失,也引发全社会对留守儿童、残缺家庭等特殊家庭儿童的关注。案件办理过程中,我也时常陷入沉思,为什么会有本案的发生?检察机关能否在防范类似案件发生做出努力?在分管院领导的指导下,我们未检办与院研究室一起,经过深入调研,向南京市委政法委提交“江宁饿死儿童案件反思的调研报告”。

后来,我们又以本院检察长的名义向南京市人大提交立法建议,希望对儿童监护缺位问题应予以重视,并通过地方立法形式加强和规范未成年人保护。我们的建议得到南京市主要领导的充分重视,经过一年多的制定、修改、审议,2016 年 5 月 1 日,《南京市未成年人保护条例》开始施行。

### 救救孩子:《收养法》亟待废除

2016-06-04 凤凰财知道 文/David Wu

最近,某县城的计生干部发动集体讨薪,没想到不仅无法赢得丝毫同情,还遭到来自社会各界的冷嘲热讽,证明了在公众当中,对“一孩”政策的性质及后果,有着愈来愈清醒而深刻的认识。然而,原有政策的另一配套产物——《收养法》,其为祸之烈亦不可小觑。该法给广大儿童带来了不可逆转的伤害,却尚未真正引起我们所有人的高度重视。

#### 《收养法》损害孤、残儿童

我们知道,家庭是最适宜儿童健康成长的环境。在幼儿遭到遗弃或因意外丧失全部亲人等情况下,对孤儿最有利的选择,是尽可能地寻找适合抚养他们的新家庭。而一般家庭,为了从小与孩子培养亲情,最愿在儿童 1-4 岁左右的年龄段予以收养。一些特别有爱心的人士,他们甚至愿意收养身有残疾的儿童,但也大多希望孩子年龄较小,从而有望及时矫治。

然而,有着浓厚行政干预色彩的《收养法》,为收养孤儿设置了严苛障碍:如对收养人、被收养人资格规定了极为严苛的条件,收养人要求“无子女”、“年满 30 岁”,并且规定“收养人只能收养一名子女”;被收养人则要求是“丧失父母的孤儿”、“或查找不到生父母的弃婴和儿童”以及“生父母有特殊困难无力抚养的子女”等等。

即便收养人、被收养人都符合条件,由于《收养法》规定收养必须向民政部门登记并受其审查,有过经验的人都知道,在实际申请当中往往面临重重障碍。假如不通过官办垄断经营的儿童福利院,不托人情走关系,并向其缴纳赞助费、服务费等名目的费用,收养成功的可能性是微乎其微的。

收养成功率低反映在统计数据上。近年来,我国家庭收养儿童数呈不断下降态势(见下图)。如 2014 年办理收

养登记仅 22,772 件，登记在册的孤儿却达 52.5 万人。另据《南方周末》报道，四川汶川大地震造成 630 名孤儿，据不完全统计全国提出收养意愿的人就有 8 万多人之多，而根据 2012 年 5 月的媒体回访，4 年内只有 12 名孤儿被成功收养。

数据来源：民政部

那些充满爱心的自愿收养者，大多是被前述《收养法》严苛的收养条件、人为设置的繁琐程序和漫长等待所吓跑。可以说，正是《收养法》使许多孤儿得不到及时收养，错过了最佳的收养年龄段，从而使他们不得不长期处在缺少父母关爱和教导的环境当中——包括集体福利院或不稳定的暂寄托养家庭。这将对他们造成难以弥补的身心损伤，从而极易罹患自卑情结、交流障碍等心理疾病，最终影响他们健康地长大成人。

### 《收养法》损害贫困儿童

在我国千百年的历史中，一直保持着宽裕家庭扶危济困、收养贫困儿童的传统美德。笔者的母亲，就是被一个子女众多的贫困农村家庭，送给城市里面的大户人家——我外公家抱养。这一优良传统却被《收养法》人为断裂，大量贫困儿童因不符合《收养法》规定条件，而难以得到宽裕家庭的收养，造成不少活生生的悲剧。比如 2013 年 6 月南京二女童饿死案，女童的母亲穷困潦倒，又有吸毒恶习，可是按法律规定，孩子既无法送养、好心人也无法收养。

在传统的自由收养制度下，宽裕家庭本着自愿原则收养贫困家庭的孩子，是一件有利各方的积德之事。对贫困家庭的适当补偿，乃是一种雪中送炭，对宽裕家庭来讲，则可以兴旺人丁，而对全社会而言，能够极大促进社会阶层的流动。而受益最大的，当然就是被收养的孩子。他们可以得到更充足的营养、更优越的教育条件，可以更健康地发育成长，取得更好的职业发展机遇。这样本应大力提倡弘扬的功德善事，却被《收养法》极度残酷地非法化了，不少贫困儿童也因此丧失了实现人生转折的诸多可能。

### 《收养法》损害所有儿童

就现实来看，我国对收养儿童存在着巨大需求。据数据统计，我国不孕不育平均发生率在 12.5-15%，而失独家庭据估算大约为 1500 万个，以大量不孕不育家庭以及失独家庭作为基数，保守估计有数百万的家庭需要通过生育以外的途径来获取孩子。“全面二孩”放开后，一些独生子女的家庭可能已经错过了最佳的生育年龄，因此也有收养、领养孩子的强烈意愿。

巨大的合法需求面临的另一端，却是极度萎缩的“合法”供给（究其实质，是部分的合法供给被非法化了），对于这点，《收养法》可谓难辞其咎。正规合法的渠道梗塞不畅，势必刺激所谓“地下黑市”、“黑中介”以及贩卖、拐卖儿童行为的火爆，带来许多善良人士不愿不忍看见的人伦悲剧：

- 每年都有成千上万起拐卖儿童事件被破获，未破案件不知又有多少。各种与拐卖、贩卖儿童相关的新闻报道呈泛滥之势，成为社会关注的巨大热点。

- 很多被解救儿童找不到亲生父母，只能送往福利院和其他家庭，而这些儿童往往已和收买他们的养父母家庭结下深厚感情。目击者称：解救场面可谓“生离死别”。对这些儿童显然又造成了“二次伤害”。

不少“拐卖儿童”案件破获后，警方发现原始“贩卖者”是这些儿童的亲生父母，结果这些父母因此被追究了法律责任。

.....

由于无视道德人伦及经济规律，《收养法》不仅伤害了孤、残儿童、贫困儿童，也间接给所有普通家庭的儿童增加了被拐受骗的风险。如果恢复了民间自由收养的合法性，收养儿童的公众需求依靠合法供给即可获得满足，那么非法拐卖行为的存在空间，就势必受到挤压直至走向消亡。

### 《收养法》不应只修不废

随着“全面二孩”及未来生育必然走向全面放开，《收养法》作为“一孩政策”的配套法，可谓毛之不存、皮之焉附。然而，也有人认为，《收养法》尚可以通过修改，使之着重体现保障收养人与被收养人权益的需要。然而，此举实属毫无必要，因为养父母与养子女之间的权利义务关系、对养子女人身、财产权益的侵害可能性，都可以由传统亲属法及侵权法进行规范和调整，根本不需要另外再搞多余的立法。

以下是对一些相关问题的解答：

#### 1. 废除《收养法》会不会导致儿童买卖泛滥？

儿童心智能力尚未成熟，所以儿童在成人以前，必须要由其他人来拥有以抚养、监管为主要内容的控制权，父母理所当然拥有这种控制权，而这种权利的转让也无可厚非。且如前述，这种自愿转让越多地发生，在很大程度上就意味着有更多儿童及家庭的处境得到改善。此外，由于儿童是潜在成人，对儿童控制权的转让不应理解为对儿童本身的买卖，更不意味着允许其中包含对儿童的奴役或摧残（正如传统法律不允许对包括成人、儿童在内的所有人进行奴役或摧残）。

#### 2. 恢复自由收养是否会造成不断生孩买卖的现象？

这基本上是没有生育过孩子的人才会提出来的问题。怀胎十月对于任何妇女来说都是成本巨大、辛劳备至，而

且伴随巨大风险，用这种方式赚钱，一般说来，只会在没有其他工作机会的赤贫社会或极端环境下才会发生，而且都是罕见的个案。另外恢复自由收养，有利增加被收养一端的供给，会极大压低被收养家庭的可能要价（补偿要求）。

### 3. 儿童控制权转让没有政府官员监管不是会乱套吗？

有些人主张修订《收养法》，继续保留有关部门对收养行为的监管。这种论调，是假设政府官员比亲生父母或养父母对儿童更为疼爱，会更为儿童将来的处境着想，而不是利用手中的权力寻租设障。凡持这种“官员天使论”的人，要么是毫无社会阅历者，要么是糊涂虫。任何一种可行的政策，都不应该建立在如此天真幼稚的假想之上。

综上，废除《收养法》及恢复自由收养制度，将立即改善孤儿、孤残儿童、贫困儿童乃至全体儿童的处境，并为那些生育障碍家庭、失独家庭、单独子女家庭乃至全体家庭带来福音。现在，消除一种不讲人性又违背经济规律的制度，建立一种真正体现人道、恢复传统美德及符合经济规律的制度，所有心存一念之善的人们，我们还犹豫什么，我们还需要继续等待吗？

## 法官能断家务事

2016-05-25 中山市第一人民法院《南方》记者林若川

最高人民法院日前启动家事审判改革试点，强调树立“情感修复”理念。实际上，广东是全国最早启动家事审判改革的省份，几年来的各项改革创新举措都引起了全国的关注

“谢谢老婆能够再给我一次机会，我一定会尽全力挽回这段来之不易的婚姻，珍惜我们共同走过的路。”5月16日上午，在中山市第一人民法院，李德（化名）当着法官钟劲松的面拉着妻子王雪（化名）的手，泣不成声。

以往，婚姻纠纷案件一到法院，法官先问是否愿意离婚。当事人一说愿意离，审判方向马上转变为财产分割和子女抚养。至于当事人感情的修复问题，法官过问的不多。

这种家事审判模式将得到改变。

中山第一法院于2015年4月启动司法改革，成立家事专业审判单元，让法官专注审判，从法律“理”的角度处理问题。同时，引入社会化力量如社工、心理咨询师等对当事人进行心理疏导，从人情世故“情”的角度去化解纠纷。情理并重，各司其职，相得益彰

### 法院治疗婚姻危机

俗话说“清官难断家务事”，婚姻出现危机的夫妇一旦闹上法院，总要吵个面红耳赤不可。李德和王雪也不例外，今年3月初夫妻俩婚姻“亮红灯”，王雪把丈夫告上了法院。然而经过法官和调解员两个多月的疏导，双方终于面对面心平气和地促膝长谈，最终接受了法院的调解。

钟劲松是中山第一法院家事审判单元审判长，同事们都说这个笑容亲切的美女法官是“能断家务事”的调解高手。钟劲松自己却说，成功调解得益于中山第一法院近年来实施的家事审判改革与创新机制。

据了解，中山第一法院于2015年4月启动司法改革，成立家事专业审判单元。同时，试行离婚诉讼强行调解制度，所有离婚案件在开庭前必须进行调解，调解不能当即成功的，给予一个月的“冷静期”，安排下一次开庭。在钟劲松看来，家事审判改革的核心在于理念的转变。在过去的离婚案件审判模式中，往往侧重于财产分割和身份确认，有时候100页的案卷中超过50页都是银行账户查询资料。

现在，最高人民法院强调家事审判要特别注意维护家庭稳定、重视情感修复，要从“居间裁判”理念转变为“情感修复”理念。“也就是说，哪怕夫妻双方都愿意离婚了，如果法官认为孩子抚养的问题没有处理好，都可以判不离。”钟劲松说。

“请你们认真思考，你们的决定将影响一个家庭未来的走向……”一次面对面的圆桌审判让双方当事人打开了缠绕许久的心结

在李德和王雪的案子中，王雪称李德常年在外地工作，自己和公婆难以相处，丈夫的不关心和不理解令她内心充满抑郁。在讲述家里的情况时，激动的王雪情绪激动，数次出现眩晕，难以继续谈话。

钟劲松立即通知家事调解员介入，对案件的当事人进行疏导，让双方冷静客观地看待问题。“法院和心理咨询机构签订了服务协议，家事调解员都是由具备资质的专业心理咨询师组成。他们通过充分倾听、相互交流等专业方式，为家事案件的当事人提供心理疏导和婚姻咨询，缓解不良情绪。然后将婚姻症结、疏导过程、内容和结果等填写于反馈表中，为法官提供判案参考。”钟劲松介绍道。郑锦锐是中山市阳光心理咨询服务中心的咨询师，也是第一法院的家事调解员，他与王雪和李德分别交流过多次。第一次见面时，王雪哭哭啼啼地向郑锦锐倾诉了近两个小时，李德则穿着邋遢，一声不吭。

另一名调解员何家煜，则负责与两位当事人的孩子宁宁沟通。何家煜带宁宁在一间环境轻松的观察室里玩沙盘游戏，从孩子的行为中观察出宁宁非常渴望温暖的大家庭，对目前的家庭环境感到担忧。

两位调解员把这些情况反馈给钟劲松，法官得以对这个家庭有了更全面的了解。钟劲松向王雪详细分析解释了相关法律规定，给李德提出了如何修补婚姻的具体建议。经过法官和调解员的多次疏导，双方当事人表示同意面对面好好谈一谈。为了争取王雪的原谅，李德还亲手书写了两大页纸的《婚姻修复计划书》，向妻子展示重修于好的决心。

据介绍,2015年中山第一法院总共受理家事(婚姻家庭继承)案件1397件(不含旧存137件),结案1286件,结案率83.83%;撤诉252件,调解536件,调撤率达61.27%。

2010年,中山市第一人民法院签发了全市首张人身安全保护令。

### 广东引领家事审判改革

实际上,广东是全国最早启动家事审判改革的省份,几年来的各项改革创新举措都引起了全国的关注。2010年3月,广东省高级人民法院与省妇联在全国率先启动家事审判合议庭试点工作。2013年,在全省15个试点法院逐步建立了家事审判操作规则体系

试点5年来,广东已建立一支专业化的家事审判队伍,建立一套家事审判专业机制和程序,还建立了社会联动机制。广东的家事案件呈现高调撤率、高服判率、低上诉率、低改判率的“两高两低”良好态势。

2012年,中山市第一人民法院在全国首次试行“离婚财产申报”制度。2010年7月,中山市民黄昭(化名)、夏婷(化名)闹离婚,但双方在家庭财产问题上迟迟无法达成协议。因怀疑丈夫有十几万存款,夏婷向法院申请紧急查封老公的账户。为了查明黄昭的财产情况,法官来回19趟跑了6家银行查询,又多次到村委会了解情况,最终查明了一些争执疑点。

钟劲松说,类似的情况并不少见,为了核实财产状况,有时候一个官司要拖很久。然而根据“离婚财产申报”制度,法院在受理离婚、同居析产等民事案件后,通知双方在指定的期限内,向法院申报财产情况。如果申报义务人逾期不申报或不实申报,可能面临“少分”或者“不分”财产的法律风险。

在广东的各项家事审判制度创新中,影响力最大的是在全国首先开河建立的“人身安全保护裁定”制度。全国法院系统首份“远离令”“财产保护令”和“同居关系人身安全保护令”,均来自广东的基层法院

早在2009年,珠海市香洲区人民法院就成立了全国首个反家庭暴力合议庭,发出婚内人身安全保护令,出台中国首个规范化操作细则。同时,还设置了全国首个反家庭暴力立案专窗,实行优先立案、优先开庭、优先裁定,且全程免缴任何诉讼费。

2009年5月,珠海市民陈美(化名)因遭遇丈夫张峰(化名)的殴打而向珠海市妇联求助,妇联建议陈美向法院申请保护令。2009年5月12日,香洲区人民法院在召开听证会后下发人身安全保护裁定,禁止被申请人殴打申请人,在裁定生效期间一方不得擅自处置夫妻财产。如果被申请人违反保护令,法院将对其实施拘留、罚款等措施,构成犯罪的将移送有关机关追究刑事责任。

根据裁定,申请人必须在裁定生效日起十五日内向法院起诉离婚,否则裁定失效。而如果提起离婚诉讼,则保护令有效期为三个月。裁定下达后,陈美再也没有受到张峰的暴力行为,张峰甚至偶尔还会帮妻子做些家务。这让陈美很满意,她也没有按期提起离婚诉讼。2012年,人身安全保护裁定制度作为行为保全制度之一,被吸收进入新修订的《民事诉讼法》。据广东省高级人民法院副院长谭玲介绍,近年来仅珠海香洲区法院一家发出的人身保护裁定就超过100份,其中包含各种不同类型的裁定,比全国其他法院加起来的总数还要多。

### 强调婚姻修复职能

其他省份的一些改革实践也值得学习。从2015年9月开始,广西高院选取10个基层法院试点家事审判改革。在审判形式上,广西的试点法庭采用会议桌(圆桌)开庭,会客厅调解,用会议桌、沙发代替传统的审判台,用“丈夫”“妻子”等台签取代“原告”“被告”台签,并配有电脑、电视、书柜等设备和用品,以此将法庭的严肃性和家庭的温馨有机结合。

随着家事审判改革试点工作的铺开,着重于情感修复的家事审判新理念,将在全国更广泛的范围推广。

5月11日,最高人民法院召开视频会议,部署开展家事审判方式和工作机制改革试点工作,决定在全国范围内选择118家基层人民法院和中级人民法院,自2016年6月1日起开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。

广东共有4家基层法院入选此次改革试点,分别是深圳市宝安区人民法院、珠海市香洲区人民法院、东莞市第二人民法院以及中山市第一人民法院。

中山市第一人民法院的家事审判模式获得舆论和业内的广泛关注和好评,图为沈阳沈北新区法院来调研交流相关经验

最高人民法院审判委员会专职委员杜万华认为,家庭是社会的细胞,婚姻关系是家庭的核心,如果婚姻关系不稳定,社会关系就失去了稳定的基础。据统计,近3年来,全国法院每年审结的一审婚姻家庭继承纠纷案件均在150万件以上,且呈逐年增长趋势,2015年已超过170多万件,约占全国民事案件的三分之一。

“离婚案件将首先区分是婚姻死亡还是婚姻危机:若是已死亡的婚姻,法院要依法判决离婚;若是婚姻危机,家事审判将增加修复婚姻家庭关系的新职能。”杜万华表示。

杜万华还强调,人民法院审理婚姻家庭案件的职能,除裁判职能外,还应有婚姻家庭关系的感情修复职能。“如果我们不秉持维护婚姻家庭稳定的理念,那么对社会的影响是很大的,法院应该要有这样一种社会责任感。”杜万华说。

## 父弑母入狱 4岁男童由谁监护

### 法院平息抚养权之争 借助心理干预帮助减少伤害

2016-06-08 上海法治报 通讯员朱春叶 冯潇剑

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》于2015年1月1日起实施，该意见对申请撤销监护人资格的情形与程序作出了具体规定，为保护未成年人合法权益指明了方向。本文主人公小周周（化名）的故事就发生在这一背景下，无常命运留给了他生活的困境，而司法的判决与案后心理疏导为他照亮了前行的道路。

那一夜父亲勒死母亲

小周周今年4岁了，一张雪白粉嫩的脸上挂着一双清澈的眼睛，整个人肉嘟嘟的非常可爱。而让人意想不到的，年纪小小的他，却已经历了母亲亡故、父亲入狱的人生变故。

“自从发生了这事后，这孩子就好像突然长大了，”外婆每每说起小周周的身世总是会蹙起眉头、叹着气，背后的小周周正安静地玩着手里的积木，他圆圆的脸上有孩子的稚气，也有一种说不出的感情，在小小的身体里收敛着。事情要从2014年5月的一天晚上说起。

那时小周周2岁，平时由于父母白天上班，几乎都是外婆过来帮助照顾。当晚，小周周父母因照顾小孩问题发生争执，愤怒的父亲竟用双手掐住妻子颈部，在她失去反抗能力倒地后，又使用一根领带从背后狠勒住妻子的颈部导致其窒息而亡。一场突如其来的变故让小周周成了没妈的孩子，而父亲也被公安机关带走，最后法院认定小周周的父亲犯故意杀人罪判处死刑，缓期二年执行。

说起自己的女儿，小周周的外婆总忍不住哽咽，“他比我女儿要大将近二十岁，平时我女儿确实有些任性、爱发小脾气，但没想到他竟下得了这样的狠手。”事情过去二年多，这位坚强的外婆始终无法面对女儿的逝去。

双方家属争夺监护权

母亲死亡，父亲被判处死缓，小周周处于无父无母监护的困境之下，外婆与外公开始全心全意照顾孩子，没想到又陷入了一场抚养权之争。

“他们希望把孩子要过去，”外婆口中的“他们”是小周周的姑姑、姑父，“我女儿死后，他们家一个人也没来看过孩子，我怎么放心把孩子交给他们。”

这位从来没打过官司的外婆平生第一次走进法院，“为了这个苦命的孩子，无论如何我都要试一试，”一心想保护小周周的外婆显得格外坚定。

案件来到上海虹口法院少年庭法官朱咏梅的手里。了解了小周周的经历后，从事了多年审判工作的朱咏梅叹息不已。每每整理手头的案卷，她都忍不住再翻看小周周的案子，嘱咐书记员这个案子开庭的注意事项。

“案子很特殊，未成年人目前没有父母监护。拿到案件后我们马上与监狱联系开庭事项，尽量缩短办案时间。”朱咏梅法官补充道。

开庭当日，小周周的父亲与外婆在服刑监狱里见面了。两人相视无言，却又似乎有讲不完的怨恨、指责、悔不当初的感情。

小周周外婆收拾起自己内心的悲痛，简单问候之后，她从上衣口袋里拿出了小周周最近的照片。又是一阵凝滞的沉默，这位年过半百的父亲迅速接过照片，他的双手不停抚摸着照片里孩子的脸庞，夺眶而出的眼泪透露出复杂的感情。看得出在服刑期间他经历了史无前例的心灵煎熬，他悔恨，是自己亲手撕碎了这个家庭，杀死了自己的妻子，他又担心多年之后，儿子对他只剩冷漠、仇视，自己晚年凄凉。

小周周的父亲告诉朱咏梅法官，孩子出生后，因他和妻子的工作原因，白天确实由外婆帮忙照看。现在妻子死后自己入狱，也是由孩子外婆一直抚养，这一点他还是心存感激的。但是他担心外婆家的其他人可能侵犯孩子的财产，所以还是希望孩子由自己家这边的姐姐、姐夫照顾。

朱咏梅耐心听取了小周周父亲的陈述，看出小周周父亲在孩子监护权问题上有些许摇摆。她向小周周父亲说明了法律上关于监护人的职责以及他作为监护人已经无法照顾孩子的现实，希望他尊重孩子目前的抚养现状，以孩子的利益为重。

几番解释沟通之后，小周周的父亲终于表态：“我相信法院，你们定吧。”最终，法院判决撤销小周周父亲的监护人资格，并指定外婆为新的监护人。

监护人资格确认后，小周周的外婆考虑到孩子年纪尚幼，将来读书生活开销较大，故以小周周的名义向小周周的父亲提起了抚养费诉讼，要求小周周父亲每月给付抚养费2500元。法院经审理认为小周周虽有财产及其可继承的遗产，但并不影响小周周父亲应承担的抚养义务。基于小周周父亲目前的具体情况，抚养费数额不宜过高，支付方式也应有所调整，最终判决小周周父亲一次性支付小周周至18岁的抚养费20余万元。

“我们更关心判决结果对于小周周未来生活的实际影响，经过这两次司法判决，小周周的生活保障、情感寄托都得到了平稳的过渡。”虹口法院少年庭庭长张修耘解释到。“在涉少民事案件中，需要尤其注重当事人双方矛盾的缓和。通过克制过激言语和非理性情绪，最大限度减少涉讼未成年人的伤害。”张修耘所提到的工作方法贯穿于

虹口法院涉少民事案件诉前调解、庭中释疑、庭后疏导、判后回访等各环节。

“我是不是没有妈妈了”

官司结束了，生活还在继续。年幼的小周周不明白，为什么搬到外婆家住后，爸爸妈妈就再也没有来看过他。外婆敏锐地感觉到，与以前相比，小周周变得有些少言，如果其他人提起他的父母，他就会制止或者装作不在乎的样子马上离开。

“有次电视里动画片中唱起了‘好爸爸坏爸爸’的歌，小周周马上冲过去把电视关上了。还有次玩游戏的时候他突然说爸爸是坏人……”外婆的眼眶湿润了，“我告诉他爸爸怎么会是坏人呢，爸爸爱小周周。”虽然外婆恼怒女婿将女儿杀害，但考虑到小周周已经无父无母十分可怜，她一直用善意的谎言保护着稚嫩的小周周。

“这种事情肯定瞒不住，也许有一天他会知道，但他现在还太小，我不能告诉他。等他长大了，有了自己的是非观念，那时也许伤害会小很多。”外婆说道。

终于有一天，小周周扑在外婆怀里，沮丧地问外婆：“妈妈是不是再也不会回来了？”

外婆的眼泪在眼眶里打转，她强忍住泪水告诉小周周：“妈妈只是去了很远的地方工作，妈妈在出差，要很久很久才能回来。”

“那我是不是没有妈妈了？”

外婆指着自已另一个女儿的照片告诉小周周：“你当然有妈妈，瞧，这就是妈妈。”没想到，下次小周周见到阿姨就冲了过去一把抱住，不停叫着“妈妈、妈妈……”

小周周的故事牵动着虹口法院少年庭法官们的心。

2015年12月，张修耘和朱咏梅前往小周周家中探望。在与孩子的互动沟通中，法官们被这个孩子的可爱、纯真吸引，但想到他遭遇的不幸，又为他感到伤心和担忧。短短两个小时的相处，已经让小周周对“法官妈妈们”产生了感情。临走时，小周周抱住张修耘问，“张妈妈，什么时候再来看我？”

“过段时间就会来啦，张妈妈想给你带个礼物，你想要什么？”同为入母的张修耘非常心疼这个孩子。

小周周仰着脑袋想了想说，“我想要一个很大、很大的球，有这么大！”小周周边说边比划着。

“张妈妈给你带个篮球好吗？”张修耘摸摸他的头，小周周腼腆地笑了。

2016年2月，张修耘和朱咏梅如约给小周周送去了篮球，小周周欣喜地扑到法官妈妈的怀里，张修耘嘱咐小周周，“等你长大了，就可以玩这个很大很大的球，一定要听外婆外公的话。”

心理干预介入解心结

另外一件事情让外婆更为担心，当晚事情发生时，小周周在现场。“小周周是否看到了这一切？”外婆告诉张修耘，“我们不敢说起和那天相关的任何事情，孩子这么小，怎么能受得了这种打击。”她希望为小周周找到一些心理疏导或帮助，减轻孩子的心理负担。

“我们特意询问了小周周父亲，他确认小周周在场。”张修耘说，从她常年的办案经验来看，家庭状况的变化是具有决定性作用的一种生活变化，其所产生的生活压力可能导致未成年人生理、心理疾病的发生。如没有及时的专业引导，儿童的心理问题将影响其性格，甚至会影响到再下一代的发展，形成一系列的社会问题。

于是，虹口区法院安排心理咨询师孙婷婷前往小周周家中进行心理评估与疏导。

“第一次见到我，孩子有点害怕和紧张，一直躲在外婆身后，和他玩一会游戏才渐渐有点放开。见到生人腼腆，玩游戏活泼，这些表现都非常正常。”孙婷婷说道。这位获得国家二级心理咨询师资格的咨询师主要研究表达性治疗，擅长儿童、家庭方面的心理咨询。

在观察过程中，孙婷婷发现了几处细节：比如小周周喜欢拿一个紫红色的海豚气球打一只小老虎玩具，他的图画书里面也有很多老虎，但他用贴纸把老虎的头都贴住了。

“我询问外婆，孩子有没有提起过父母，外婆说除了问过一次妈妈在哪里，再也没有问过关于父母的问题，听到电视里播放关于爸爸的节目会把电视关掉。”孙婷婷补充。

对于幼小的孩子来说，本能的防御机制会保护他们，也不会用语言来表达痛苦，所以暂时关于父母、特别是有关父亲的记忆和这件事情都会选择性“遗忘”，待到青春期这些记忆就会一点一点又清晰起来，因为那个时候他们已经有能力去应对了。孙婷婷和外婆解释道，案发的场景恐怕会永远烙印在小周周的脑海中。

“我推测老虎可能在他心里象征着令他愤怒的东西，可能是父亲的角色，或是其他，而海豚则是他自己。孩子对于父母有着天然的依恋和爱，无论是由于什么原因，父亲将母亲杀死这件事本身会让孩子陷入一个选择的困境，是该恨父亲吗？还是原谅父亲呢？”孙婷婷表示，之后还会通过做沙盘游戏或者是分析绘画更加清晰的呈现小周周的心理情况。

“接下来，我们会持续跟进这个孩子的成长，”张修耘表示，“谁也不能替代父母在小周周心中的位置，我们能做的就是对他的伤害少一些，再少一些。”

**全国首例非法代孕引发的抚养纠纷案今天宣判！“代孕双胞胎”归谁了？**

2016-06-17 上海法治报 金豪

一边是血脉相连，为了守护自己的孙子坚决不放弃的爷爷奶奶。一边是没有任何血缘关系，但是养育了孩子4年的母亲。“定制龙凤胎”的监护权到底应该归谁？

法院最终判决：**将监护权判给了孩子的母亲陈某**

**宣判：已形成抚养关系的继父母子女关系**

**案件几经周折，今天上午此案终于落下帷幕。**

法院经过审理后认为，陈某与两个代孕所生的孩子已经形成抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。两个孩子的祖父母的监护权在陈某之后，其提起的监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由陈某获得监护权更有利于两个孩子的健康成长。故对陈某的上诉请求，法院予以支持，孩子的监护权归陈某所有

当法官宣判陈某获得监护权后，陈某明显控制不了自己压抑已久的情绪，不禁掩面而泣，嘴里念叨的唯一一句话就是，“孩子终于有妈妈了！”

而与之形成鲜明对比的是另外一边两位与孩子血脉相连的老人，对于宣判结果，两位老人显得有些不知所措，顿时懵在了那里。

**案情回顾：**

陈某与罗某均系再婚，陈某患有不孕不育症，两人商定通过体外授精及代孕方式生育子女。为此，两人精心安排了代孕代孕事宜：非法购买卵子，将罗某的精子及购买的卵子委托医疗机构进行体外授精并形成受精卵；然后，非法委托他人代孕，前后共支出约80万元。

2011年2月，一对异卵双胞胎出生。陈某通过非法手段办理了出生医学证明，登记的生父母分别为罗某、陈某，并据此办理户籍申报。

天有不测风云。2014年2月7日，罗某因重症胰腺炎突然入院，两天后抢救无效死亡。此后，两个小孩随陈某共同生活。2014年12月29日，罗某的父母诉至法院，要求成为两个小孩的监护人，抚养两个小孩。他们的理由是，罗某是两个孩子的生父，而陈某与他们无亲生血缘关系，且未形成法律规定的拟制血亲关系。

一审法院将监护权判给了孩子的祖父母。而**面对一审判决，陈某坚决反对，并上诉至上海市第一中级人民法院，要求要回的孩子的监护权。**

二审庭审中，双方争议的焦点集中在**陈某与代孕所生的两个孩子是否存在法律上的亲子关系，是否存在拟制血亲关系？如果陈某与两个孩子没有法律上的亲子关系，孩子的祖父母是否在法律上拥有主张抚养权的权利？如果陈某和孩子之间不存在法律上的亲子关系，祖父母又没有法律上的抚养权，这种情况下孩子应由谁来抚养？**

陈某认为与两个孩子通过4年多的生活已经存在了继母与继子女的拟制血亲关系，如果这一点不成立，孩子的祖父母也没有权利来主张孩子的抚养权，祖父母只有在父母已经死亡或者没有监护能力的情况下才有权利主张孩子的抚养权，而并没有证据证明孩子的亲生母亲已经死亡。同时从孩子的利益最大化考虑，由她来照顾、抚养孩子是最有利于两个孩子的成长。

孩子的祖父母则认为，陈某基于拟制血亲提出的抚养权是不能适用类推亲子关系的。对于基因母亲和孕育母亲是否生存，陈某有能力证明而拒不证明，而且孩子的基因母亲和孕育母亲出于金钱关系才生育的孩子，她们没有意愿抚养孩子，应当认定两个母亲没有抚养能力，在这种情况下他们当然有孩子的抚养权。

### **代孕龙凤胎丧父，祖父母与抚养母亲争夺监护抚养权二审被驳回**

2016-06-17 澎湃新闻 记者 陈伊萍 通讯员 敖颖婕 刘皓

婚后未能孕育的夫妇两人求子心切，想方设法找来卵子再“借腹”代孕生了一对龙凤胎。然而天有不测风云，一双儿女才满三岁，孩子的父亲却突然患病离世，为此，在公婆和儿媳之间爆发了一场争夺孩子监护权的诉讼“大战”。**抚养孩子多年的妈妈并无血缘关系，有血缘关系的祖父母已经年迈难以承担抚养的重任，还有隐没在案件背后分别提供卵子和生育孩子的两个“妈妈”的身份关系，孩子父亲的遗产继承问题……**这场缠绕着亲情、血缘、伦理的诉讼注定不会简单。

6月17日上午，上海市第一中级人民法院对此案终审宣判，对祖父母要求担任孩子监护人并进行抚养的诉讼请求予以驳回。

宣判后，抚养孩子多年的母亲抱着代理律师当场洒泪。

**再婚夫妇“定制”代孕龙凤胎**

高俊是老高夫妇两人唯一的儿子。2007年4月28日，高俊在经历了两段失败的婚姻后与同样离异的李琳登记结婚。婚后，李琳向丈夫透露自己患有不孕不育疾病，主动提出希望抚养与丈夫有血缘关系的子女。经过商量，两人决定以找人代孕。

他们通过网上找到一家代孕公司，购买了他人的卵子，由高俊提供精子，通过体外授精联合胚胎移植技术，委托另一名女性代孕生育。虽然前后共花费了数十万元，但高俊李琳终于在2011年2月13日如愿获得了一对可爱的龙凤双胞胎小清和小诗。

### 男方病逝，公婆儿媳诉讼“夺宝”

2014年2月，高俊因急性胰腺炎经抢救医治无效突然离世。突如其来的变故在让两个孩子失去父亲的同时，也让高俊的父母和妻子之间因为孩子产生了无法调和的矛盾。

同年12月29日，老高夫妇将李琳诉至法院，双方为接下来孩子的监护抚养问题对簿公堂。老高夫妇诉称，儿子高俊是两个孩子的生父，但李琳与孩子无亲生血缘关系，故要求其夫妇取得两个孩子的监护权。**为证明自己的抚养能力，老高夫妇还拿出了一份居住在美国的女儿出具的承诺，证明女儿愿意协助他们抚养两个孩子。**李琳则坚决不同意老人的诉请，称“两个孩子一直是我在抚养，应推定为我和高俊的婚生子女。如果无法认定为婚生子女，那他们自出生之日起便与我共同生活，亦形成事实收养关系。”李琳的诉讼代理人也辩称，如法院无法认定小清、小诗为高俊与李琳的婚生子女或事实收养子女，那么在无法确定生母是否死亡或丧失监护能力的情况下，也应驳回原告老高夫妇要求成为监护人的诉讼请求。

一审审理中，法院委托权威机构进行DNA鉴定，结论为：不排除高俊父母与小清、小诗之间存在祖孙亲缘关系，可以排除李琳为小清、小诗的生物学母亲。2015年7月29日，一审以李琳与小清、小诗之间欠缺法定的必备要件故未建立合法的收养关系，以及代孕行为本身不具有合法性，李琳与小清、小诗不构成拟制血亲关系等为由，判决小清、小诗由原告老高夫妇监护，李琳将小清、小诗交由两原告抚养。

### 二审认定监护权归属抚养母亲

一审判决后，李琳不服，向上海一中法院提起了上诉。2015年11月16日上海一中法院公开开庭审理这起上诉案件，庭审中双方围绕着代孕所生子女的法律地位的认定、李琳与小清、小诗是否成立拟制血亲关系、小清、小诗的监护权归属问题等争议焦点展开了激辩。

由于高俊生前经营公司，去世后留下了不菲的遗产，李琳当庭称：“如果获得孩子的监护权，我将以自己的能力抚养，并同意法院将两名孩子继承所得的财产冻结，等孩子年满十八周岁之后再给孩子。”李琳还表示，如其取得两名孩子的监护权，会同意公公婆婆探望孩子。但这一番表态并不为老高夫妇所接受，他们始终坚持要求取得两个孩子的监护权。

上海一中法院审理后认为，小清、小诗是李琳与高俊结婚后，由高俊与其他女性以代孕方式生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。两名孩子出生后，一直随高俊、李琳夫妇共同生活近三年之久，高俊去世后又随李琳共同生活达两年，**李琳与小清、小诗已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。**而作为祖父母的老高夫妇，监护顺序在李琳之后，故其提起监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由李琳取得监护权亦更有利于孩子的健康成长，故改判驳回被上诉人老高夫妇的原审诉讼请求。

二审认定监护权归属抚养母亲。

### 【法官连线】代孕衍生法律关系待厘清

本案合议庭审判长兼主审法官侯卫清表示，代孕所生子女的亲亲子关系认定具有一定的复杂性，关系到代孕目的的实现、各方当事人的利益、代孕所生子女的权益保护等，更需考虑到公众基于传统的伦理观念、文化背景等的接受程度。目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。法院认为，“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，“分娩者为母”的认定原则亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。由此认定，本案中作为代孕所生子女，其法律上的亲生母亲应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者；法律上的生父则为具有血缘关系的高俊。由于高俊与代孕者之间不具有合法的婚姻关系，故所生子女当属非婚生子女。

### 本案形成有抚养关系的继父母子女关系

侯卫清说，继父母子女关系的子女范围不应仅限于婚生子女，亦应包括非婚生子女。而《婚姻法》在区分直系姻亲和拟制血亲的继父母子女关系时，是以是否存在抚养教育的事实作为衡量标准的，至于子女的出生时间在缔结婚姻之前还是之后，并非认定有抚养关系的继父母子女关系的实质要件。五年来李琳已完全将两名孩子视为自己的子女，并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务，故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系。这一拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，故高俊的死亡并不能使李琳与两名孩子之间已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。

### 代孕行为虽违法，但儿童利益为大

侯卫清还表示，无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律保护。因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。根据儿童最大利益原则，从双方的监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归李琳更有利于孩子的健康成长。据此认定，小清、小诗的监护权应归于李琳。（文中人物均系化名）

## 全国首例非法代孕引发的抚养纠纷案今宣判，你怎么看？

2016-06-18 上海法治声音 严宇静

亲，还记得当初热议的非法代孕抚养纠纷案吗？有血缘关系的爷爷奶奶和养育四年的母亲，该何去何从？

**法院最终判决：**将监护权判给了孩子的母亲陈某。

### 纠纷案前因后果

陈某与罗某均系再婚，陈某患有不孕不育症，两人商定通过体外授精及代孕方式生育子女。为此，两人精心安排了代孕代孕事宜：非法购买卵子，将罗某的精子及购买的卵子委托医疗机构进行体外授精并形成受精卵；然后，非法委托他人代孕，前后共支出约80万元。

2011年2月，一对异卵双胞胎出生。陈某通过非法手段办理了出生医学证明，登记的生父母分别为罗某、陈某，并据此办理户籍申报。

天有不测风云。2014年2月7日，罗某因重症胰腺炎突然入院，两天后抢救无效死亡。此后，两个小孩随陈某共同生活。2014年12月29日，罗某的父母诉至法院，要求成为两个小孩的监护人，抚养两个小孩。他们的理由是，罗某是两个孩子的生父，而陈某与他们无亲生血缘关系，且未形成法律规定的拟制血亲关系。

一审法院将监护权判给了孩子的祖父母。而面对一审判决，陈某坚决反对，并上诉至上海市第一中级人民法院，要求要回的孩子的监护权。

二审法院经过审理后认为，陈某与两个代孕所生的孩子已经形成抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。两个孩子的祖父母的监护权在陈某之后，其提起的监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由陈某获得监护权更有利于两个孩子的健康成长。故对陈某的上诉请求，法院予以支持，孩子的监护权归陈某所有。

### 判决结果你怎么看？

对于与一审相左的判决结果，你认为是什么原因呢？

对此，上海市万隆众信律师事务所金玮律师表示，人民法院对子女抚养问题，**一般系从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发**，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。从本案的情况而言，法院认为陈某与两个代孕所生的孩子已经形成抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定，确实考虑到了“代孕”以及两个小孩一直跟随陈某生活的实际情形。

**根据《民法通则》第十六条的规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。**未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。因此，两个孩子的祖父母的监护权在陈某之后，其提起的监护权主张确实不符合法律规定的条件。此外，从儿童最大利益原则考虑，基于两个小孩一直跟随陈某生活，由陈某获得监护权确实更有利于两个孩子的健康成长。

另外，北京金诚同达（上海）律师事务所吴慧萍律师表示，法律上（外）祖父母对（外）孙子女的抚养关系需建立在父母均死亡或无能力抚养子女的情况下，且（外）祖父母还需有能力抚养孩子。就本案而言，一审判决由祖父母抚养子有待商榷。

支持二审判决，从判决结果来看，**法院充分考虑了孩子利益最大化**。陈某虽然与双胞胎子女不存在血缘上的父母子女关系，但是长达四年的时间都是由陈某亲自照顾年幼子女，从事实上已形成了继母与继子女的拟制血亲关系，由陈某照顾孩子也有利于孩子的健康成长。

### 为什么称为非法代孕？

吴慧萍律师解释说，根据《人类辅助生殖技术规范》的相关规定，我国实施人类辅助生殖技术的机构，必须遵守国家人口和计划生育法规和条例的规定，并同不育夫妇签署相关技术的《知情同意书》和《多胎妊娠减胎术同意书》；该机构必须预先认真查验不育夫妇的身份证、结婚证和符合国家人口和计划生育法规和条例规定的生育证明原件，并保留其复印件备案；涉外婚姻夫妇及外籍人员应出示护照及婚姻证明并保留其复印件备案。

她还指出，就代孕合同的效力问题，根据我国《民法通则》第五十五条及第五十八条之规定，民事法律行为应当不违反法律或者社会公共利益；若违反法律或社会公共利益的，该民事行为应认定无效。就上述案例而言，**代孕协议因违反法律的强制性规定，自始无效**。（ps：在实际审理过程中的主要争议是，陈某与子女是否形成了拟制血亲关系？由谁抚养双胞胎子女更佳？）

对代孕行为而言，到底谁是法律意义上的父母上存在复杂的认定，一些国家认为有效采取契约主义，而一些国家明确禁止有偿代孕，而我国的《人类辅助生殖技术管理办法》**明确规定禁止任何形式代孕母亲的适用**。

### 小孩与原告被告关系

金玮律师表示，法院认定，陈某与两个代孕所生的孩子已经形成抚养关系的**继父母子女关系**。而小孩与罗某父

母的关系系祖父母关系。另外，他指出，由于孩子还小，没有到10岁，从有利于儿童成长角度不宜到庭询问，一般没有必要征询小孩个人意愿。

## 男子“借腹”产子后离世 代孕龙凤胎，监护权属于谁？

2016-06-18 人民法院报 敖颖婕 等

本报上海6月17日电 婚后未能孕育的夫妇两人求子心切，想方设法找来卵子然后再“借腹”代孕生了一对龙凤胎。然而天有不测风云，一双儿女才满三岁，孩子的父亲却突然罹患疾病离世，为此，在公公婆婆和儿媳之间爆发了一场争夺孩子监护权的诉讼“大战”。抚养孩子多年的妈妈并无血缘关系，有血缘关系的祖父母已经年迈难以承担起抚养孩子的重担，还有隐没在案件背后分别提供卵子和生育孩子的两个“妈妈”的身份关系……，这场缠绕着亲情、血缘、伦理的诉讼甫一发动就注定不会简单。今天上午，上海市第一中级人民法院对此案终审宣判，判决对祖父母要求担任孩子监护人并进行抚养的诉讼请求予以驳回。

### 再婚夫妇“借腹”生下龙凤胎

高俊是老高夫妇两人唯一的儿子。2007年4月28日，高俊在经历了两段失败的婚姻后与同样离婚的李琳登记结婚。婚后，李琳向丈夫透露自己患有不孕不育疾病，主动提出希望抚养与丈夫有血缘关系的子女。经过商量，两人决定以找人代孕的方式“圆梦”。他们通过网上找到一家代孕公司，购买了他人的卵子，并由高俊提供精子，通过体外授精联合胚胎移植技术，委托另一名女性代孕分娩生育。虽然前后共花费了数十万元，但高俊、李琳终于在2011年2月13日如愿获得了一对可爱的龙凤双胞胎小清和小诗。

### 男方死亡公婆儿媳争夺监护权

然而祸福无常。2014年2月，高俊因急性胰腺炎经抢救医治无效突然离世。突如其来的变故在让两个孩子失去父亲的同时，也让高俊的父母和妻子之间因为孩子产生了无法调和的矛盾。12月29日，老高夫妇将李琳诉至法院，双方为接下来孩子的监护抚养问题对簿公堂。老高夫妇诉称，儿子高俊是两个孩子的生父，但李琳与孩子无亲生血缘关系，故要求由其夫妇取得两个孩子的监护权。为证明自己的抚养能力，老高夫妇还拿出了一份居住在美国的女儿出具的承诺，证明女儿愿意协助他们抚养两个孩子。李琳则坚决不同意老人的诉请，称：“两个孩子一直是我在抚养，应推定为我和高俊的婚生子女。如果无法认定为婚生子女，那他们自出生之日起便与我共同生活，亦形成事实收养关系。”李琳的诉讼代理人也辩称，如法院无法认定小清、小诗为高俊与李琳的婚生子女或事实收养子女，那么在无法确定生母是否死亡或丧失监护能力的情况下，也应驳回原告老高夫妇要求成为监护人的诉讼请求。

一审审理中，法院委托权威机构进行DNA鉴定，结论为：不排除高俊父母与小清、小诗之间存在祖孙亲缘关系，可以排除李琳为小清、小诗的生物母亲。2015年7月29日，一审以李琳与小清、小诗之间欠缺法定的必备要件故未建立合法的收养关系，以及代孕行为本身不具合法性，李琳与小清、小诗不构成拟制血亲关系等为由，判决小清、小诗由原告老高夫妇监护，李琳将小清、小诗交由两原告抚养。

### 二审认定监护权归属抚养母亲

一审判决后，李琳不服，向上海一中院提起了上诉。2015年11月16日上海一中院公开开庭审理这起上诉案件，庭审中双方围绕着代孕所生子女的法律地位的认定，李琳与小清、小诗是否成立拟制血亲关系，小清、小诗的监护权归属问题等争议焦点展开了激辩。李琳当庭称：“如果获得孩子的监护权，我将以自己的能力抚养，并同意法院将两名孩子继承所得的财产冻结，等孩子年满十八周岁之后再给孩子。”李琳还表示，如其取得两名孩子的监护权，会同意公公婆婆探望孩子。但这一番表态并不为老高夫妇所接受，他们始终坚持要求取得两个孩子的监护权。

上海一中院审理后认为，小清、小诗是李琳与高俊结婚后，由高俊与其他女性以代孕方式生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。两名孩子出生后，一直随高俊、李琳夫妇共同生活近三年之久，高俊去世后随李琳共同生活达两年，李琳与小清、小诗已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用婚姻关于父母子女关系的规定。而作为祖父母的老高夫妇，监护顺序在李琳之后，故其提起监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由李琳取得监护权亦更有利于孩子的健康成长，故改判驳回被上诉人老高夫妇的原审诉讼请求。

（文中人物均系化名）

（敖颖婕 刘 皓）

### ■连线法官■

#### 代孕衍生法律关系待厘清

该案主审法官侯卫清说，代孕所生子女的亲亲子关系认定具有一定的复杂性，关系到代孕目的的实现、各方当事人的利益、代孕所生子女的权益保护等，更需考虑到公众基于传统的伦理观念、文化背景等的接受程度。目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。我们认为，“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，“分娩者为母”的认定原则亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。由此认定，本案中作为代孕所生子女，其法律上的亲生母亲应根据“分娩者为母”原则

认定为代孕者；法律上的生父则为具有血缘关系的高俊。由于高俊与代孕者之间不具有合法的婚姻关系，故所生子女当属非婚生子女。

继父母子女关系的子女范围不应仅限于婚生子女，亦应包括非婚生子女。而婚姻法在区分直系姻亲和拟制血亲的继父母子女关系时，是以是否存在抚养教育的事实作为衡量标准的，至于子女的出生时间在缔结婚姻之前还是之后，并非认定有抚养关系的继父母子女关系的实质要件。五年来李琳已完全将两名孩子视为自己的子女，并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务，故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系。这一拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，故高俊的死亡并不能使李琳与两名孩子之间已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。

侯卫清强调，无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律保护。因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。根据儿童最大利益原则，从双方的监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归李琳更有利于孩子的健康成长。据此认定，小清、小诗的监护权应归于李琳。

### 让代孕龙凤胎母亲获得监护权的代理词长啥样？专家这样解析国内首例代孕监护权案

2016-06-20 律新社 任跃

2016年6月17日，中国首例代孕龙凤胎监护权案终审落槌，上海市华诚律师事务所谭芳律师及其团队代理母亲一方胜诉，代理意见几乎全部被二审法院采纳——孩子终于有了母亲！当事人喜极而泣，感谢律师“是你们让孩子终于有了妈妈！”

上海女子陈蕾女士（化名）与罗永先生（化名）再婚。因陈蕾患有不孕不育疾病，两人购买卵子后由罗永提供精子，并委托另一女性代孕，于2011年获得了一对龙凤双胞胎。2014年2月，罗永因病去世，罗永的父母将儿媳陈蕾诉至法院，要求取得两个孩子的监护权，一审法院判定罗永父母获得监护权。陈蕾不服该判决，委托谭芳律师团队提起上诉。二审法院推翻了一审判决，母亲陈蕾最终获得孩子的监护权。

谭芳律师在宣判当日第一时间接受CCTV《今日说法》的采访，为孩子终于有了母亲感到欣慰，因为代理意见几乎全部被二审法院采纳，尤其是所主张的儿童最大利益原则被法院直接引用感到兴奋，认为终审判决既能彰显法律精神，又能体现人性温情，是一份有温度的判决书。

律新社第一时间联系了谭芳律师，她说此案在家事法律圈内仍有各种争议，但是此次判决给大家很多启发。律新社也向谭芳律师申请发布这份代理词，经授权并处理后，现全文发布。

同时，律新社也邀请了长期关注此案、华政家事法与妇女权益保护法研究中心主任李霞教授为代理词做了点评。跟专家一起来看看这起备受关注的代孕案代理词以及判决书吧：

#### 二审代理词

尊敬的审判长、审判员：

上海市华诚律师事务所接受本案上诉人陈蕾女士的委托，指派我们担任本案的代理人，参与本案的诉讼，根据庭审调查的事实以及相争议焦点，发表如下代理意见：

一、关于上诉人与孩子之间是否存在父母子女关系？上诉人认为，其与孩子的关系可以类推适用现行《婚姻法》的继父母子女关系以及类推适用最高院1991年复函的规定：

1、我国现行法律并无亲子关系认定制度，对于继父母子女关系，《民法通则》或《婚姻法》等法律也未给出明确定义，但从现行的法律规定来看，父母子女关系成立的条件分为如下几类：第一种是基于自然血亲成立，血缘关系是决定性因素；第二种养父母子女关系成立的决定性因素在于是否有办理合法的收养手续，而第三种继父母子女关系成立的决定性因素在于是否共同生活。是否形成具有法律意义上的继父母子女关系，除了结婚的事实外，共同生活或者是抚养行为起到了决定性的作用，如果没有共同生活的事实，继父母子女仅是一种姻亲关系，只具备伦理上的意义，没有法定的权利义务关系。

因而，判断是否形成继父母子女关系，与孩子是否为父母前一段婚姻中所生并无实际的意义，被上诉人庭审中过分强调前一段婚姻关系在继父母子女关系形成上的作用实际上是对继父母子女关系的一种曲解，而被上诉人认为本案上诉人与孩子间不能适用继父母子女关系的重要理由也就是孩子并非在上诉人亡夫前一段婚姻中出生，显然这一观点即使是从现行法律规定上来看也不能成立。

虽然，本案的上诉人和亡夫找人代孕的行为不具备合法性，但行为的违法性并不必然导致结果的违法性，本案的不合法行为导致的结果是两个孩子的出生，孩子一出生即为民事权利主体，他们同样拥有被抚养以及不被歧视的权利，也就是说不能因为上诉人和其亡夫以及提供卵子和代孕母亲的违法行为而造成孩子父母的缺位。就目前的实际情况来看，卵子提供者以及代孕母亲无法寻找，上诉人养育近四年，与孩子建立了深厚的感情，是最适合抚养孩子以及建立父母子女关系的人选，而上诉人和孩子的关系与继父母子女关系的形成有着诸多的类似，无血缘关系，但有合法的婚姻关系以及共同生活的事实，当下，为了解决孩子的身份关系以及抚养问题，可以类推适用继父母子女关系。

“李霞教授解析：以继父母子女关系切入，是这篇代理词的一大亮点。

当然，也有不同的声音。华东政法大学傅鼎生教授在接受《案件聚焦》栏目的采访时表示：能够成为法律上的子女只有三种亲生子女、养子女、有抚养关系的继子女。有抚养关系的继子女要求孩子必须是婚前生育，本案中并不符合。

2、在判断人工生育子女的法律地位时，是否具有血缘关系从来都不是判断的标准，最高院1991年的复函以及最高院的指导案例早已确定这一原则，这也是符合全世界立法趋势，亦为世界各国立法所采纳。最高院1991年复函解决的是人工授精子女法律地位的问题，在这一复函中，最终确定为孩子父亲的人并非精子的提供者，而是孩子母亲的丈夫。

本案中两个孩子的出生与人工授精子女一样，出生基于夫妻双方的意愿，妻子一方并非卵子的提供者，却有与孩子共同生活的事实，虽上诉人与其亡夫得到孩子的手段并非为法律所允许，但在立法未有明确之前，并不能排除上诉人具有合法的母亲身份的可能，人工授精的子女法律地位在1991年复函以前同样处于模糊状态，无法界定。从世界各国的立法上来看，异质人工授精这种行为本身也经历了从不合法到合法的过程，而关于人工授精子女的法律地位地认定也从单一地以血缘关系判断演变为不将血缘关系作为判断标准。

随着现代文明以及科学技术的发展，建立人类卵子库满足越来越多人的生育需求，也并未完全没有可能，随之而来的父母子女关系问题也是必然需要解决的。而本案类推适用最高院1991年复函解决孩子的法律地位问题，不会造成对于买卖卵子以及代孕行为肯定的结果。如现行行政法规有对上诉人的违法行为的处罚条款，应当适用行政法律法规解决，而不应影响上诉人以及孩子的民事权利，不能混为一谈。

## 二、被上诉人不能依据《民法通则》第十六条的规定取得孩子监护权：

假设依据上诉人行为的违法性就可以剥夺上诉人的监护权，那么被上诉人同样无权成为孩子的爷爷奶奶，理由如下：

### 1、上诉人亡夫罗永行为的违法性可能会导致其无法成为孩子的父亲：

假设上述逻辑关系成立，无论被上诉人如何否认其子罗永参与代孕行为，但其子至xx提供精子、支付代孕巨款、从xx接回孩子并且做亲子鉴定已是不争的事实，相信没有罗永物质上的支持以及强烈的生育意愿，也就不会发生两个孩子出生的事实了。包括两被上诉人原审庭审时也一再提到其在代孕这件事上是明知的，再强调罗永没有参与代孕行为或受到上诉人的欺骗，显然被上诉人是无法自圆其说的。那么罗永同样参与了代孕并且促成了代孕的成功，罗永的行为同样违法，显然如果上述被上诉人的逻辑成立，无论罗永与孩子有无血缘关系，罗永都因自己的违法行为导致其不是孩子的父亲，那么被上诉人更加不能因为和罗永的父母子女关系而理所应当成为孩子的爷爷奶奶。做个不恰当的比方，就是罗永和上诉人一同干了件违法的事，但是上诉人受到了法律的惩处，剥夺其监护权，而罗永却因此获益，理所应当成为了孩子的父亲，显然这是不符合法律的本意的。被上诉人大谈特谈权利来源、身份关系基础，仅从上诉人行为违法性上来看待本案的问题，那么假设本案中卵子的提供者是一名已婚妇女，其和丈夫都主张两个孩子的抚养权，那么此时罗永可能也只是一个精子提供者，而不是孩子的父亲了，自然，被上诉人也不是孩子的爷爷奶奶了。

“李霞教授评语：以子之矛攻子之盾。

### 2、本案不应将血缘关系作为优势因素考量：

此外，必须说明的是本案并非卵子提供者或者代孕母亲向上诉人主张孩子的抚养权，需要考量血缘关系是否具有优势。被上诉人认为两个孩子仅能视为罗永的非婚生子女，非婚生子女和婚生子女享有同等的权利。那么，假设两个孩子是因为罗永婚外情所生的子女，婚外情同样违反了婚姻法的禁止性规定，行为本身同样是不合法的，而上诉人却心甘情愿地抚养了孩子四年，并且也愿意在罗永去世后继续抚养孩子，此时，还能够仅凭血缘关系将孩子交由被上诉人监护吗？显然，答案是否定的。

### 3、现行民事法律规范无法成为被上诉人主张监护权的依据：

《民法通则》和《婚姻法》的规定是被上诉人主张权利的重要依据，然而《民法通则》明文规定只有在未成年人父母死亡或没有监护能力的情况下，才能在有能力的情况下担任监护人，《婚姻法》第28条也规定了有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。姑且不论被上诉人是否为孩子的祖父母以及他们的监护能力，就单说这一前提条件，被上诉人也很难符合，原审在排除了上诉人的母亲资格后，同时也无法查明孩子的孕母及卵子提供者，但无法查明不等于孕母或卵子提供者已然死亡或者丧失监护能力，在这种情况下将孩子直接判决给被上诉人也根本违反了法律规定。

综上，被上诉人也并非孩子当然的监护人。

“李霞教授解析：逻辑上层层递进，十分具有说服力。

三、由于现行的民事法律规范并无父母子女关系认定的规则，而假设上诉人与被上诉人均并无必然的监护人资格，此时，判断孩子应当由谁监护以及跟随归谁生活就应以儿童利益最大化原则作为判断标准，这一原则也为《联合国儿童权利公约》所确定。

“李霞教授解析：《联合国儿童权利公约》能出现在代理词中非常值得称道。这说明谭芳律师对前沿的法律理念非常熟悉。

在现行的法律规范内，本案可能出现的几种情况：

- 1、假设上诉人与被上诉人均不具备法律规定的第一、第二顺序监护人的资格，孩子应当交由居委会或者国家民政部门进行监护；
- 2、本案无法查明孩子的母亲，但可交由公安部门顺藤摸瓜，也许假以时日，能够寻找到代孕的母亲或者卵子提供者，再将孩子交由孩子的母亲抚养；
- 3、在上诉人与被上诉人之间选择最合适的一方来抚养孩子，或者共同行使监护权。

那么我们来看第一种情形，两个孩子已经来到上诉人的家庭生活了近四年，形成了稳定的生活环境，从孩子的角度来看，他和别的孩子没有任何差别，而一旦把孩子送交民政部门监护，势必改变孩子的生活环境而且必将改变孩子一生的命运，显然这并不是一个有利于孩子的决定；

再看第二种情形，假设找到了孩子的母亲，孩子的母亲是否有抚养意愿尚未得知，但通常代孕母亲或卵子提供者大都出于经济利益的驱使生育孩子，其本身并无意愿更加没有经济能力抚养孩子。将孩子交由代孕母亲或卵子提供者来抚养，或许从血缘关系上看更加密切，但显然也不是有利于孩子的决定。

最后一种情形，虽然上诉人与被上诉人都不必然是孩子的监护人，但短期内立法也无法解决本案的问题，那么如何寻找一个最佳的途径解决孩子的抚养问题，当然应当遵循儿童利益最大化原则进行处理：

**首先，从双方的抚养意愿上来看**，被上诉人虽然主张孩子的监护权，但在多次的庭审中，被上诉人曾不止一次地提到罗永的亲姐姐愿意抚养，并且有抚养能力，被上诉人取得监护权后就会把两个孩子送到美国交由女儿抚养（杨浦法院2014年8月27日庭审笔录第5页第9行；闵行法院2014年4月30日庭审笔录第4页倒数第二行、第5页以及第6页以及闵行法院2014年7月9日庭审笔录第3页倒数第四行、第4页第1行），可见，被上诉人虽然坚称自己是为了保护孩子才争取孩子抚养权的说法显然站不住脚，被上诉人根本没有抚养意愿；而上诉人自始至终为了能和孩子们生活在一起，一再地对财产做出一定程度的放弃，甚至愿意放弃自己名下全部的股权份额，可见其抚养的意愿。代理人认为，不论双方之间有多少财产利益的纷争，都不应该拿孩子的将来作为武器。

**其次，从双方的抚养能力上看**，不论被上诉人如何陈述自己有经济能力抚养孩子，但两名被上诉人是耄耋老人已是不争的事实，两名孩子尚有14年才能成年，被上诉人如何保证在这14年间身体健康还有富余的精力去照顾并保护孩子，还是说交由与孩子素未谋面的姑姑处抚养，那么法庭将孩子判给被上诉人抚养的意义何在？代理人非常想说的是，金钱不是养育孩子的唯一条件，而情感和关怀才是幼年的孩子最需要的。反观上诉人，有正当的工作，有足够的精力保证孩子能够得到充分的照顾，并且能让孩子生活的现状不做任何改变，安稳地渡过童年，对孩子有足够的爱心，显然上诉人的抚养能力优于被上诉人。

**再者，从孩子目前的生活环境来看**，孩子已与上诉人以及上诉人的父母建立了深厚的感情，而被上诉人并未带过两个孩子，甚至在明知孩子是代孕出生的情形下提起诉讼，压根没有考虑到孩子的隐私可能会被曝光的风险。而根据多次的庭审表现，被上诉人无法控制自己的情绪，辱骂上诉人，很难给予孩子正面的影响，如将孩子交由被上诉人处抚养，不但会改变孩子现有的稳定的生活环境，还可能会给孩子带来不可逆的影响。而两个四岁的孩子又如何认知在不到两年的时间内失去了爸爸和妈妈？这恐怕不是一个判决可以解决的问题了。

**最后，从判决对孩子利益保护角度来说**，本案的判决恐对孩子的将来产生更深远的影响在于，罗永去世后的财产仍然未得到分配，按照原审判决如果监护权由被上诉人单独行使，而孩子的孕生母亲无法寻找的情形下，一旦被上诉人侵犯孩子的人身或财产权益，谁来保护孩子？难道保护孩子的责任要推卸给同样无辜的国家相关部门？或者由相关部门主动干预？显然，原审判决未曾考虑这些问题。相反，如果能够由上诉人继续抚养孩子，上诉人如有侵犯孩子权益的行为，被上诉人作为祖父母仍然有权监督上诉人以及保护孩子。上诉人也不止一次地在公开场合表达其愿意在保证孩子权益的情况下，将属于孩子的遗产份额交由被上诉人监管。

孩子利益保护是本案必须考虑不可回避的问题，原审判决未有任何论证，草率地做出判决，实属对孩子的将来不负责任。综上所述，生儿育女是人类最基本的愿望，对某些人来说也是最重要的需求，同时还是种族延续的需要。虽然本案中的上诉人和罗永用了不恰当的方式生育了两个孩子，从公法性质上看，这一行为虽然是禁止性行为，但上诉人并未对任何私权利造成侵害，不论是代孕的母亲还是卵子提供者应当都是自愿行为，上诉人的行为如果要受到法律的惩处，也是应当由相关部门做出处罚，而不是以剥夺孩子抚养权的方式代替。如果假定上诉人的行为违法因而无法获取母亲的身份，那么罗永也不能因为提供了精子就取得了合法的父亲身份，被上诉人更加不能取得爷爷奶奶身份，因为这一切并不以血缘关系作为判断标准。无效的民事行为产生的法律后果不一定无效，本案涉及的代孕行为即使无效，但造成的法律后果是两个孩子的出生，不论孩子是婚生还是非婚生子女，都应当等同于婚生子女进行对待，而要解决本案的问题，唯一的途径就是从儿童利益最大化角度出发，做出最有利于孩子成长的判决。

上述代理意见恳请贵院予以斟酌参考！

此致上海市第一中级人民法院

委托代理人：谭芳律师、方洁律师 2015年11月16日

“李霞教授评语：这份代理词具有高超的辩论技巧，逻辑清晰，经验老道。代理词巧妙地以陈蕾女士与孩子间形成事实上的继父母子女关系作为支点，进一步引入了业界前沿的《联合国儿童权利公约》，指出案件应遵从儿童利益最大化原则，为法官做出合理判决提供了法律支持。法官在判决书中采用了代理词的主要观点，这是法律职业共同体中优秀法律人的惺惺相惜。

孩子不是父母的私产，而是独立的个体。孩子与父母之间应该是平等的关系，在关系到监护权归属这类几乎可以决定孩子命运的选择时，确实应以儿童利益最大化作为指导原则。

同时，代孕做为新生事物，应有更为合理的立法来规制。针对不同的情况可以有直接许可、有条件许可、禁止等不同的措施。

## 父弑母入狱 4岁男童由谁监护

法院平息抚养权之争 借助心理干预帮助减少伤害

2016-06-08 上海法治报 朱春叶 冯潇剑

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》于2015年1月1日起实施，该意见对申请撤销监护人资格的情形与程序作出了具体规定，为保护未成年人合法权益指明了方向。本文主人公小周周（化名）的故事就发生在这一背景下，无常命运留给了他生活的困境，而司法的判决与案后心理疏导为他照亮了前行的道路。

那一夜父亲勒死母亲

小周周今年4岁了，一张雪白粉嫩的脸上挂着一双清澈的眼睛，整个人肉嘟嘟的非常可爱。而让人意想不到的是，年纪小小的他，却已经历了母亲亡故、父亲入狱的人生变故。

“自从发生了这事后，这孩子就好像突然长大了，”外婆每每说起小周周的身世总是会蹙起眉头、叹着气，背后的小周周正安静地玩着手里的积木，他圆圆的脸上有孩子的稚气，也有一种说不出的感情，在小小的身体里收敛着。事情要从2014年5月的一天晚上说起。

那时小周周2岁，平时由于父母白天上班，几乎都是外婆过来帮助照顾。当晚，小周周父母因照顾小孩问题发生争执，愤怒的父亲竟用双手掐住妻子颈部，在她失去反抗能力倒地后，又使用一根领带从背后狠勒住妻子的颈部导致其窒息而亡。一场突如其来的变故让小周周成了没妈的孩子，而父亲也被公安机关带走，最后法院认定小周周的父亲犯故意杀人罪判处死刑，缓期二年执行。

说起自己的女儿，小周周的外婆总忍不住哽咽，“他比我女儿要大将近二十岁，平时我女儿确实有些任性、爱发小脾气，但没想到他竟下得了这样的狠手。”事情过去二年多，这位坚强的外婆始终无法面对女儿的逝去。

双方家属争夺监护权

母亲死亡，父亲被判处死缓，小周周处于无父无母监护的困境之下，外婆与外公开始全心全意照顾孩子，没想到又陷入了一场抚养权之争。

“他们希望把孩子要过去，”外婆口中的“他们”是小周周的姑姑、姑父，“我女儿死后，他们家一个人也没来看过孩子，我怎么放心把孩子交给他们。”

这位从来没打过官司的外婆平生第一次走进法院，“为了这个苦命的孩子，无论如何我都要试一试，”一心想要保护小周周的外婆显得格外坚定。

案件来到上海虹口法院少年庭法官朱咏梅的手里。了解了小周周的经历后，从事了多年审判工作的朱咏梅叹息不已。每每整理手头的案卷，她都忍不住再翻看小周周的案子，嘱咐书记员这个案子开庭的注意事项。

“案子很特殊，未成年人目前没有父母监护。拿到案件后我们马上与监狱联系开庭事项，尽量缩短办案时间。”朱咏梅法官补充道。

开庭当日，小周周的父亲与外婆在服刑监狱里见面了。两人相视无言，却又似乎有讲不完的怨恨、指责、悔不当初的感情。

小周周外婆收拾起自己内心的悲痛，简单问候之后，她从上衣口袋里拿出了小周周最近的照片。又是一阵凝滞的沉默，这位年过半百的父亲迅速接过照片，他的双手不停抚摸着照片里孩子的脸庞，夺眶而出的眼泪透露出复杂的感情。看得出在服刑期间他经历了史无前例的心灵煎熬，他悔恨，是自己亲手撕碎了这个家庭，杀死了自己的妻子，他又担心多年之后，儿子对他只剩冷漠、仇视，自己晚年凄凉。

小周周的父亲告诉朱咏梅法官，孩子出生后，因他和妻子的工作原因，白天确实由外婆帮忙照看。现在妻子死后自己入狱，也是由孩子外婆一直抚养，这一点他还是心存感激的。但是他担心外婆家的其他人可能侵犯孩子的财产，所以还是希望孩子由自己家这边的姐姐、姐夫照顾。

朱咏梅耐心听取了小周周父亲的陈述，看出小周周父亲在孩子监护权问题上有些许摇摆。她向小周周父亲说明了法律上关于监护人的职责以及他作为监护人已经无法照顾孩子的现实，希望他尊重孩子目前的抚养现状，以孩子的利益为重。

几番解释沟通之后，小周周的父亲终于表态：“我相信法院，你们定吧。”最终，法院判决撤销小周周父亲的监护人资格，并指定外婆为新的监护人。

监护人资格确认后，小周周的外婆考虑到孩子年纪尚幼，将来读书生活开销较大，故以小周周的名义向小周周的父亲提起了抚养费诉讼，要求小周周父亲每月给付抚养费 2500 元。法院经审理认为小周周虽有财产及其可继承的遗产，但并不影响小周周父亲应承担的抚养义务。基于小周周父亲目前的具体情况，抚养费数额不宜过高，支付方式也应有所调整，最终判决小周周父亲一次性支付小周周至 18 岁的抚养费 20 余万元。

“我们更关心判决结果对于小周周未来生活的实际影响，经过这两次司法判决，小周周的生活保障、情感寄托都得到了平稳的过渡。”虹口法院少年庭庭长张修耘解释到。“在涉少民事案件中，需要尤其注重当事人双方矛盾的缓和。通过克制过激言语和非理性情绪，最大限度减少涉讼未成年人的伤害。”张修耘所提到的工作方法贯穿于虹口法院涉少民事案件诉前调解、庭中释疑、庭后疏导、判后回访等各环节。

“我是不是没有妈妈了”

官司结束了，生活还在继续。年幼的小周周不明白，为什么搬到外婆家住后，爸爸妈妈就再也没有来看过他。外婆敏锐地感觉到，与以前相比，小周周变得有些少言，如果其他人提起他的父母，他就会制止或者装作不在乎的样子马上离开。

“有次电视里动画片中唱起了‘好爸爸坏爸爸’的歌，小周周马上冲过去把电视关上了。还有次玩游戏的时候他突然说爸爸是坏人……”外婆的眼眶湿润了，“我告诉他爸爸怎么会是坏人呢，爸爸爱小周周。”虽然外婆恼怒女婿将女儿杀害，但考虑到小周周已经无父无母十分可怜，她一直用善意的谎言保护着稚嫩的小周周。

“这种事情肯定瞒不住，也许有一天他会知道，但他现在还太小，我不能告诉他。等他长大了，有了自己的是非观念，那时也许伤害会小很多。”外婆说道。

终于有一天，小周周扑在外婆怀里，沮丧地问外婆：“妈妈是不是再也不会回来了？”

外婆的眼泪在眼眶里打转，她强忍住泪水告诉小周周：“妈妈只是去了很远的地方工作，妈妈在出差，要很久很久才能回来。”

“那我是不是没有妈妈了？”

外婆指着另一个女儿的照片告诉小周周：“你当然有妈妈，瞧，这就是妈妈。”没想到，下次小周周见到阿姨就冲了过去一把抱住，不停叫着“妈妈、妈妈……”

小周周的故事牵动着虹口法院少年庭法官们的心。

2015 年 12 月，张修耘和朱咏梅前往小周周家中探望。在与孩子的互动沟通中，法官们被这个孩子的可爱、纯真吸引，但想到他遭遇的不幸，又为他感到伤心和担忧。短短两个小时的相处，已经让小周周对“法官妈妈们”产生了感情。临走时，小周周抱住张修耘问，“张妈妈，什么时候再来看我？”

“过段时间就会来啦，张妈妈想给你带个礼物，你想要什么？”同为人母的张修耘非常心疼这个孩子。

小周周仰着脑袋想了想说，“我想要一个很大、很大的球，有这么大！”小周周边说边比划着。

“张妈妈给你带个篮球好吗？”张修耘摸摸他的头，小周周腼腆地笑了。

2016 年 2 月，张修耘和朱咏梅如约给小周周送去了篮球，小周周欣喜地扑到法官妈妈的怀里，张修耘嘱咐小周周，“等你长大了，就可以玩这个很大很大的球，一定要听外婆外公的话。”

心理干预介入解心结

另外一件事情让外婆更为担心，当晚事情发生时，小周周在现场。“小周周是否看到了这一切？”外婆告诉张修耘，“我们不敢说起和那天相关的任何事情，孩子这么小，怎么能受得了这种打击。”她希望为小周周找到一些心理疏导或帮助，减轻孩子的心理负担。

“我们特意询问了小周周父亲，他确认小周周在场。”张修耘说，从她常年的办案经验来看，家庭状况的变化是具有决定性作用的一种生活变化，其所产生的生活压力可能导致未成年人生理、心理疾病的发生。如没有及时的专业引导，儿童的心理问题将影响其性格，甚至会影响再下一代的发展，形成一系列的社会问题。

于是，虹口区法院安排心理咨询师孙婷婷前往小周周家中进行心理评估与疏导。

“第一次见到我，孩子有点害怕和紧张，一直躲在外婆身后，和他玩一会游戏才渐渐有点放开。见到生人腼腆，玩游戏活泼，这些表现都非常正常。”孙婷婷说道。这位获得国家二级心理咨询师资格的咨询师主要研究表达性治疗，擅长儿童、家庭方面的心理咨询。

在观察过程中，孙婷婷发现了几处细节：比如小周周喜欢拿一个紫红色的海豚气球打一只小老虎玩具，他的图画书里面也有很多老虎，但他用贴纸把老虎的头都贴住了。

“我询问外婆，孩子有没有提起过父母，外婆说除了问过一次妈妈在哪里，再也没有问过关于父母的问题，听到电视机里播放关于爸爸的节目会把电视关掉。”孙婷婷补充。

对于幼小的孩子来说，本能的防御机制会保护他们，也不会用语言来表达痛苦，所以暂时关于父母、特别是有关父亲的记忆和这件事情都会选择性“遗忘”，待到青春期这些记忆就会一点一点又清晰起来，因为那个时候他们

已经有能力去应对了。孙婷婷和外婆解释道，案发的场景恐怕会永远烙印在小周周的脑海中。

“我推测老虎可能在他心里象征着令他愤怒的东西，可能是父亲的角色，或是其他，而海豚则是他自己。孩子对于父母有着天然的依恋和爱，无论是由于什么原因，父亲将母亲杀死这件事本身会让孩子陷入一个选择的困境，是该恨父亲吗？还是原谅父亲呢？”孙婷婷表示，之后还会通过做沙盘游戏或者是分析绘画更加清晰的呈现小周周的心理情况。

“接下来，我们会持续跟进这个孩子的成长，”张修耘表示，“谁也不能替代父母在小周周心中的位置，我们能做的就是对他的伤害少一些，再少一些。”

### 儿子死亡获赔 90 万 离异夫妻为分赔偿金对簿公堂

2016-06-20 台海网

台海网 6 月 20 日讯 据宁德晚报报道，儿子户外工作时不慎触电身亡，获相关死亡赔偿金 90 万元，除去丧葬费用 10 万元，余下赔偿余款 80 万元。悲痛之余，离异的张燕和前夫陆昊因儿子的赔偿余款所有权发生争执，两人最终对簿公堂。记者昨日从福安法院获悉，近日该案已被法院成功审结，法院依照继承法相关规定，判决张燕和其前夫陆昊各享有赔偿余款一半的份额。

儿子工作意外触电身亡

留下巨额赔偿金

据介绍，张燕和其前夫陆昊两人于 1991 年农历 12 月按农村习俗举行婚礼，后以夫妻名义同居生活。1994 年 12 月，两人生育次子陆小某。2014 年 6 月，在结婚 23 年后，张燕和陆昊因感情破裂最终离婚。

2015 年 7 月底，已成年从事广告安装工作的陆小某，在福安城阳镇某金属制品有限公司厂区内安装广告牌时不慎触电身亡。事故发生后，陆小某相关死亡赔偿金相继支付完毕。经张燕和陆昊协商后，两人共同从赔偿款中取出 10 万元用于办理小某的丧葬事宜。剩下的赔偿款 80 万元，于 2015 年 8 月 21 日，经张燕和陆昊协商，双方在中国建设银行共同办理了一张共管联名 IC 卡，并将剩下的赔偿款 799900 元（80 万元扣除银行管理费 100 元）存入该卡，户名：张燕和陆昊。

据介绍，该共管联名 IC 卡剩下的赔偿款为 799900 元，双方未予以分割，该卡由陆昊持有。法院还查明，陆小某死亡时未结婚，也未生育子女。

离异夫妻对簿公堂

法院判决各享一半份额

在料理完儿子身后事后，张燕因与前夫陆昊关于儿子死亡赔偿金的所有权发生争执，张燕遂将陆昊诉至福安法院，请求分割百分之五十的赔偿金。

福安法院经审理后认为，陆小某死亡时没有配偶及子女，其第一顺位继承人为其父亲陆昊、母亲张燕二人，故该赔偿款余款 799900 元归陆昊和张燕共同共有。

法院认为，依照继承法相关规定，“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。”参照该规定，陆昊与张燕对赔偿余款 799900 元各享有一半的份额，即每人可分得赔偿款 399950 元。遂判决陆小某死亡所获取的赔偿款余款 799900 元归原告张燕和被告陆昊共同共有，该赔偿余款 799900 元的一半份额 399950 元归原告张燕个人所有。

### 转移财产后诉请离婚 泉州男子提交虚假证据被罚

2016-06-15 南安商报

妻子要离婚他苦劝挽回 转移财产后又诉请离婚 泉州一男子提交虚假证据 财产少分还被罚 1 万

南安商报 6 月 15 日讯（记者 洪丽燕 通讯员 张得意 林见欢）妻子起诉离婚时，庭上丈夫苦劝挽回妻子。没想到，丈夫在近 4 个月内将财产变卖转移，又主动提出了离婚。为了不让妻子“占便宜”，丈夫接下来又向法院提交虚假证据，最终不仅要少分财产，还要被法院罚款 1 万元。

妻子起诉离婚丈夫挽回 几个月后却主动要离婚

张明（化名）今年 31 岁，家住泉州市区。多年前，他与南安女孩陈晶（化名）相识相恋，并于 2008 年登记结婚，两人婚后育有一个孩子。张明掌管着家里的生意，陈晶也有稳定的工作，两人有车有房，也算是令人艳羡的一对。几年过去了，孩子上了幼儿园，可张明和陈晶没能跨过“七年之痒”，两人因感情不和闹起了离婚。

因对婚姻失去信心，2015 年 8 月，陈晶到泉州鲤城区人民法院提起离婚诉讼。令她意外的是，张明却在庭上苦苦请求，希望与她重修于好。想到孩子还年幼，陈晶心软了，经法官调解，她和张明和好了，两人回家继续过日子。

可让陈晶没想到的是，2015 年 12 月 1 日，张明竟主动到南安法院立案诉请离婚。案件立案后，由南安美林法庭审理。

前几个月还主动示好，这会儿怎么就要离婚了？

在举证期间，张明拿出泉州市某机械配件厂的工资收入证明等证据，称自己每月 2500 元工资，并称位于霞美的一套房产是父母赠予他的，与陈晶没有关系。同时，陈晶发现，张明名下已经没有车了，她之前开的大众 POLO

也没了踪影。陈晶才恍然大悟，原来，几个月前的示好不过是张明打的一手“太极”，这三四个月里，张明已经转移了这些财产，才提出离婚。

### 丈夫转移夫妻共有财产 向法院提交虚假证据被罚

在庭审调查中，双方均同意离婚。但在孩子的抚养权以及婚姻关系存续期间的共同财产两人意见分歧较大。

庭上，张明说自己一直在小公司上班，财产微薄。陈晶却称，张明家里经营生意，每年收入百来万。

“这事有蹊跷！”第一次庭审后，经调查，经办法官发现，张明提供了虚假证据，还存在转移、变卖夫妻共有财产的情况。“经调取房产登记证明，霞美的那套房产登记的是原被告两人的姓名，且机械配件厂表示，张明这几年并没有在其厂里上班。”

查证后，经办法官近日组织了第二次庭审。庭上，法官再次向陈晶和张明强调当事人不得伪造证据，不得作虚假陈述，否则需承担相应的法律责任。

“是我一时糊涂，提交了虚假证据……”了解到事情的严重性，张明这才承认自己提交假证据、作虚假陈述的行为，并表示愿意在分割财产中作出让步。之后，张明追回了转移、转让的财产，并主动提出少分财产。

5月31日，张明和陈晶达成调解协议：夫妻共同财产折价为80万元，陈晶分得50万元，张明分得30万元，两人和平分手。

因为张明的行为已经触犯了民事诉讼法的相关规定，今年6月2日，法官对张明作出《罚款决定书》，对其处以1万元的罚款，并对其进行批评教育。

“在法庭上，诉讼当事人应当如实陈述案件客观事实，向法院提供真实可靠的证据，不得作虚假陈述、不得伪造证据，如果有妨碍民事诉讼的行为，法院将根据法律规定，对当事人进行罚款、拘留，严重的可追究刑事责任。”法官提醒，鉴于张明能主动认错悔改，在析分夫妻共有财产时作出让步，积极与陈晶达成调解协议，且伪造的证据未得到采信，没有造成严重后果，市法院遂作出如上罚款决定。

昨日，记者获悉，张明已接受处罚，向法院缴交罚款。

## 收养登记办法修订征求意见 拟取消抚养能力证明

2016-6-29 法制日报—法制网 记者张维

国务院法制办今日就《中国公民收养子女登记办法（修订草案）（征求意见稿）》向社会公开征求意见。值得关注的是，征求意见稿减少了收养登记的证明材料。为简化收养登记手续，征求意见稿删去了《办法》要求出具的三项证明：收养人所在单位或者村（居）委会出具的抚养教育能力证明、生父母与当地计划生育部门签订的不违反计划生育规定的协议、公安机关出具的亲属关系证明。

全国办理 546417 例收养登记

《中国公民收养子女登记办法》（以下简称《办法》）自1999年5月25日发布施行以来，对规范收养登记工作，维护收养关系当事人，特别是被收养的婴儿、儿童的合法权益，发挥了重要作用。截至2015年底，全国共办理546417例收养登记，办理3143例解除收养关系登记。

随着收养形势的变化和对儿童保护力度的不断加大，现行《办法》的一些规定已不适应实际需要。为更好地发挥收养登记在保障被收养儿童健康成长、促进社会与家庭和谐中的重要作用，亟须对《办法》进行修订。

为使打拐被解救儿童能够及时通过收养重新回归家庭生活，征求意见稿规定，公安机关将解救的被拐卖儿童送交社会福利机构收留抚养后，应当立即开展查找其生父母或者其他监护人的工作，12个月查找不到的，公安机关应出具查找不到生父母或者其他监护人的证明，自公安机关出具证明之日起，被解救的儿童可以被内地居民收养。

发现弃婴应向公安机关报案

为更好地保护被捡拾弃婴和儿童的合法权益，征求意见稿增加规定，社会福利机构、其他组织或者公民发现弃婴、儿童应向公安机关报案，由公安机关查找弃婴、儿童的生父母或者其他监护人，由社会福利机构收留抚养弃婴、儿童，3个月查找不到的，公安机关出具证明后，弃婴、儿童可以被收养。

征求意见稿同时删除了《办法》第三条中关于“收养非社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童的，在弃婴和儿童发现地的收养登记机关办理登记”、第五条中关于“其中收养非社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴、儿童的，收养人还应当提交下列证明材料：（一）收养人经常居住地计划生育部门出具的收养人无子女的证明；（二）公安机关出具的捡拾弃婴、儿童报案的证明”的规定。

增加抚养教育能力评估

简化完善收养登记程序，在征求意见稿中得以全面体现。

为方便收养关系当事人办理收养登记，更好地保护被收养人的合法权益，征求意见稿对收养登记材料作了简化，对收养登记程序作了完善。

征求意见稿增加对收养人抚养教育能力的评估。为使收养登记机关准确地判断收养人的抚养教育能力，征求意见稿规定，收养登记机关可以组织或者委托有关专业机构或者人员就收养人的收养动机、道德品行、身体状况、抚养能力、家庭关系、职业状况等情况进行评估。评估不得向收养人收取费用。

征求意见稿细化收养登记前的公告制度。征求意见稿规定,收养登记机关应当在报纸和国务院民政部门指定的网站上发布公告,公布经过技术处理的被收养人的照片、生理特征、被遗弃或者被解救的地点等信息。

加强对被收养人的保护。征求意见稿规定,社会福利机构与收养人依法解除收养关系的,应重新收留抚养未成年人的被收养人;收养登记机关办理收养登记时,被收养人年满 10 周岁的,收养登记机关应当就成立、解除收养关系单独征得其同意。

征求意见稿对香港特别行政区居民、澳门特别行政区居民、台湾地区居民在内地办理收养登记也作了规定。法制网北京 6 月 28

## 反家庭暴力法追踪:保护令能否挡住家暴?

2016-06-29 法律图书馆

辱骂恐吓、跟踪尾随、酒后殴打……家住浙江省杭州市江干区的李女士,结婚 4 年来被有酗酒恶习的丈夫郑某毒打 20 余次。近日,杭州市江干区人民法院向李女士签发了人身安全保护令,禁止郑某殴打、威胁、骚扰、跟踪李女士,有效期 6 个月,即时生效。接到保护令的李女士悬了多年的心总算放了下来。

从今年 3 月 1 日起,反家庭暴力法正式施行,作为一大亮点的人身安全保护令备受关注。如今,新法实施已逾一季,这张人身安全保护令到底能在多大程度上发挥作用?

### 不再依附于诉讼,保护更周全

“在发布了北京市首个人身安全保护令后,我们对双方进行了回访,现在被申请人没有再对申请人实施家暴行为,法律效果不错。”6 月 3 日,提及首个人身安全保护令的实施情况,北京市房山区人民法院河北法庭庭长肖婧介绍。

据了解,因丈夫赵某有严重的“重男轻女”“男权主义”等封建观念,年过六旬的谷女士遭受了 30 多年的家庭暴力。不堪丈夫常年家暴的谷女士,在反家庭暴力法实施当天即向法院申请人身安全保护令。

根据申请人提供的证据,法官认为谷某的申请符合法律规定,随即开出人身安全保护令,禁止赵某继续殴打和骚扰谷某,如有违反,轻则拘留罚款,重则受到刑事制裁。

“在我国多项法律都明确禁止家暴行为,但通过发出人身安全保护令进行禁止之后,它的意义在于有处罚措施跟上了。”送达保护令时,肖婧明确告知赵某,违反保护令的内容将会受到告诫、罚款、拘留等,如果构成犯罪的会被依法追究刑事责任;另外,在下一步的离婚诉讼当中,在认定感情破裂上,可能对他也不利。同时,她也告诉谷女士,如果被申请人再有这种行为,可以选择报警,因为报警可以固定证据,根据反家庭暴力法的规定,警察会出示告诫书,这是申请执行保护令的证据之一。

其实,人身安全保护令制度的尝试,从 8 年前就已开始。2008 年 3 月,最高人民法院中国应用法学研究所发布了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》,第一次将人身安全保护制度引入中国。随后,最高人民法院选择 9 个基层人民法院作为试点单位,开始人身安全保护裁定试点工作。但大多数试点单位一直将人身安全保护令的申请依附于婚姻家庭等诉讼案件中。比如,在婚姻案件中,申请人身安全保护令后,必须要在限定的时间内提起诉讼,否则保护令自动失效。

“在这种情况下,在婚姻方面的很多受害者都要面临离婚诉讼与人身保护的选择。”北京源众性别发展中心主任李莹律师介绍,“以往,我们发现很多受害者迫切需要保护令,但是由于情感、子女、财产等各种原因,对于是否选择离婚并没有考虑成熟。如果申请了保护令,她就要考虑接下来的离婚诉讼,不提起离婚诉讼就无法申请保护令,这样他们的人身安全就得不到快速有效的保护。”

这一制度困境在新的反家庭暴力法中得到了解决,其中规定:“当事人因遭受家庭暴力或面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受理。”这就意味着,人身安全保护令将不再与离婚案件挂钩,不论受害人是否有离婚的意愿,是否在离婚、赡养、抚养、收养继承等案件的审理过程中,不管是家事案件的诉前、审中还是判后,只要是受害人遭到家暴或家暴的现实威胁,就可以向人民法院申请保护令。

对于反家庭暴力法中有关人身安全保护令的设置,李莹认为,这为家暴受害者提供了更周全的保护。

### 规定无法有效预防家暴

“以预防家庭暴力为目的的人身安全保护令如果得不到执行,就会失去威慑力,预防的效果也会大打折扣。”尽管人身安全保护令制度在不少地方已经初见成效,但是在采访中,部分一线法官对其实际执行力仍然表示担忧。

法规条文过于原则,是受访者反映较多的一个问题。

例如,反家庭暴力法中虽然规定人民法院是人身安全保护令的执行主体,但到底是由审判庭还是执行局来执行,并没有明确规定。“根据法院判执分离的规定,案子的执行是由执行局来处理,但是考虑到审判庭对案件情况比较了解,由审判庭来做可能会更加便捷,如果由执行局来处理又需要从头审查一遍,这与保护令及时保护当事人权益的原则又相违背。这就给基层法院的执行带来了困扰。”签发出北京市门头沟区人民法院第一份人身安全保护令的法官杨畅表达了自己的疑惑。

“法院没有 24 小时值班,但家暴却时时刻刻可能发生。”李莹指出,反家庭暴力法虽然明确了人民法院受理申请后必须在 72 小时(紧急情况为 24 小时)内作出回应,但这个反应时间是否单指工作日?含不含节假日?这些并没有具

体说明。李莹认为,“这些细节没有进行规定,法院的执行就会存在滞后的可能,而对于家暴受害者来说,保护的滞后则意味着受害风险的增加。”

除了法院的回应时间,反家庭暴力法中关于“当事人因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的,其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请”的规定让李莹感到振奋的同时,也产生了疑惑:“代为申请正式入法当然是好事,但是,代为申请是义务还是提倡?如何代为申请?是否需要出示当事人的委托证明……”

### 法律应明确如何协助执行

执行力度有待加强,是受访者反映比较集中的另一个问题。

“第二十九条规定了人身安全保护令的四项措施。立法原意是第二十九条规定前两项禁止被申请人实施家庭暴力,禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属,由公安机关协助执行。这样的规定是考虑到公安派出所所在城市设在社区当中,在农村设在乡镇政府所在地,出警最迅速,同时公安机关也有责任保护受害人人身不受侵害。第三项、第四项由人民法院执行。”全国人大常委会法制工作委员会原副主任阚珂指出。

有人民法院执行局法官反映,反家庭暴力法实施后,由于对公安机关如何协助保护的规定不够详尽,有的地方公安机关接到家庭暴力报警后出警,发现受害人已经有人身安全保护令予以保护,便不予处理或不认真记录,影响了人身安全保护令作用的发挥。

李莹也介绍了类似现象:今年3月,已经申请到人身安全保护令的郭女士,在北京源众性别发展中心志愿者的陪同下正要前往法院参加离婚诉讼开庭,突然一名头戴鸭舌帽的男子驾车从法院门口经过,欲抢走郭女士,幸亏志愿者死死抱住郭女士,该男子才未得逞。原来,这名男子就是郭女士的丈夫。惊魂暂定的志愿者报了警,警方到达现场后却只撂下一句“现在不是没被抢走吗?”

“公安机关的协助执行如何体现?法院对违反人身安全保护令的行为如何裁定惩处?‘执行’二字还存在太大的弹性空间。”在李莹看来,“人身安全保护令如果得不到强有力的执行,法律就会失去它的威慑力,效果也会大打折扣。”

## (七) 公证专题

### 养老保险个人账户余额归属问题探讨

2016-06-05 山东公证网 邱鸿雁

来源:山东公证网 邱鸿雁,女,1970年10月出生,大学学历、法律硕士学位,山东省威海市文登公证处一级公证员。

目前公证实践中对于养老保险个人账户余额归属争议较大,典型观点有三种,即“个人财产说”、“与现任配偶共同财产说”、“与历任配偶共同财产说”。这些观点本身都具有一定的合理性,但都存在不足之处。笔者认为,以公平的理念来解决养老保险个人账户余额归属,明确“个人财产说下的补偿论”,是解决此问题的最佳选择。在认定养老保险个人账户余额归参保人员个人所有的前提下,承认参保人员对其历任配偶或者配偶的继承人可能负有因共同财产转化为个人财产的补偿义务,据此办理养老保险个人账户余额继承公证,才能达到既删繁就简又公平合理结果。

#### 一、问题起因

2015年1月,国务院发布《机关事业单位工作人员养老保险制度改革的决定》(以下简称《决定》),明确自2014年10月1日起,机关、事业单位建立与企业相同的基本养老保险制度,实行单位和个人缴费,改革养老金计发办法。《决定》第三条规定:“按本人缴费工资8%的数额建立基本养老保险个人账户,全部由个人缴费形成……个人账户储存额只用于工作人员养老,不得提前支取,每年按照国家统一公布的记账利率计算利息,免征利息税。参保人员死亡的,个人账户余额可以依法继承。”

《中华人民共和国社会保险法》自2011年7月起施行。该法第十二条规定:“职工应当按照国家规定的本人工资的比例缴纳基本养老保险费,记入个人账户。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员参加基本养老保险的,应当按照国家规定缴纳基本养老保险费,分别记入基本养老保险统筹基金和个人账户。”该法第十四条规定:“个人账户不得提前支取,记账利率不得低于银行定期存款利率,免征利息税。个人死亡的,个人账户余额可以继承。”

当前在办理养老保险个人账户余额继承公证实践中,对于如何认定遗产的范围,养老保险个人账户余额应当认定为参保人员与配偶的夫妻共同财产还是参保人员的个人财产的问题,业界内部存在很大争议。

#### 二、观点评述

关于养老保险个人账户余额归属,公证业界主要有三种观点:

一是“个人财产说”。持该观点的人认为,养老保险个人账户储存额属于参保人员的个人财产,参保人员死亡后,该账户内的余额全部属于参保人员的遗产。

持该观点的理由是:养老保险个人账户储存额与参保人员的人身关系密不可分,应当认定属于婚姻法第十八条第(五)项规定的“其他应当归一方的财产”。

持该观点的人认为,根据《社会保险法》十一条、第十四条和《决定》第三条的规定,养老保险个人账户的储存额只用于参保人员的养老,不得提前支取。由此可见,无论参保人员个人缴付的保险费来自个人财产还是夫妻共同财产,缴付的目的都是为了保证参保人员个人按月领取养老金,让参保人员老有所养,这体现了养老保险个人账户与参保人员个人人身关系密不可分。

持该观点的人还把养老保险个人账户储存额与住房公积金相比较。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第十一条明确将婚姻关系存续期间取得或应当取得的住房公积金其列为夫妻共同财产。住房公积金的提取条件很宽泛,包括购房、建房、偿还商业性住房贷款、租房、家庭生活困难、退休等等。而养老保险个人账户储存额仅限于参保人员个人养老,不及于其配偶、家人。所以养老保险个人账户储存额与住房公积金不同,即使是在婚姻关系存续期间缴付的部分也不属于夫妻共同财产。

二是“与现任配偶共同财产说”。持该观点的人认为养老保险个人账户余额应当属于参保人员与其现任配偶的夫妻共同财产,参保人员死亡后,应先分割出一半归其配偶个人所有,另外一半属于参保人员的遗产。

持该观点的理由是:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第十一条规定:“婚姻关系存续期间,下列财产属于婚姻法第十七条规定的‘其他应当归共同所有的财产’:……(三)男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金……。”

持该观点的人认为,养老保险个人账户余额属于参保人员“应当取得”的养老保险金,根据以上司法解释,属于参保人员与其死亡时配偶的夫妻共同财产,其中的一半属于参保人员的遗产。

三是“与历任配偶共同财产说”。持该观点的人认为,应当按照养老保险个人账户储存额的来源来认定其归属,即参保人员单身期间实际缴付到其养老保险个人账户的部分归其个人所有,在婚姻关系存续期间实际缴付到其养老保险个人账户的部分属于夫妻共同所有。参保人员死亡后,根据参保人员各个婚姻阶段实际缴付到其的养老保险个人账户的储存额来确定归属,将其历任配偶应当分得的数额分割完毕后,剩余的数额才是参保人员的遗产。

持该观点的理由是:养老保险个人账户全部是个人缴费形成的,根据公平原则,参保人员在单身期间的缴费来源是其个人财产,故该期间的缴费额应当属于其个人财产;参保人员在婚姻关系存续期间的缴费的来源是夫妻共同财产,故该期间的缴费额就是夫妻共同财产。

持该观点的人认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第十三条“离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件,另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的,人民法院不予支持;婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费,离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的,人民法院应予支持”的规定是对该观点的确认。

上述三种观点,都有各自的道理,但仔细分析,又都存在不足。

“个人财产说”在公证实践操作上没有问题,是最简单的。该观点认为养老保险个人账户储存额与参保人员人身密切相关是正确的,但该说无视个人账户储存额的来源,在利益平衡上有失公允。

“与现任配偶共同财产说”在公证实践操作上也没有问题,分割出一半为死者的遗产即可,但该说混淆了“保险费”与“保险金”的区别。“保险费”和“保险金”是两个既有联系又有区别的概念。保险费是指投保人为购买保险而向保险公司或者社会保险机构交纳的费用;而保险金则是指保险期限内发生保险事故或者出现法定的事由时,由保险公司或者社会保险机构按照保险合同的约定或者法律的规定,向相关人员给付的金钱和其他待遇。通俗讲,保险费是买保险所交的钱,而保险金是买保险后得到的回报。[1]在社会养老保险框架内,养老保险个人账户的储存额是参保人员个人缴付的保险费,而参保人员退休后按月领取的养老金是保险金。虽然参保人员退休后按月领取的养老金有一部分来自其养老保险个人账户的储存额,但是,因为参保人员死亡后社会保险机构即依法停止发放养老金,所以参保人员死亡后其养老保险个人账户的余额不能认定是参保人员“应当取得的”养老金。因此,以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第十一条的规定作为此观点的论据是站不住脚的。

“与历任配偶共同财产说”既符合公平的原则,又有司法解释作支撑,似乎是最合情合法合理的,但是却有不可实现之处。我们前面提到两个词,即养老保险个人账户的“储存额”和“余额”,这两个词指的都是养老保险个人账户里面所存的款项,但是,在办理继承时用“余额”一词更加确切。为什么叫余额?是因为只要参保人员到了退休年龄或者符合其他法定条件,就要开始领取养老金,养老保险个人账户储存额是要逐月减少的。养老保险个人账户余额少到一定的程度,如果还要先分割出参保人员生前各任配偶应当分得的份额,其余的部分才认定为参保人员的遗产,那可能分来分去不够分了。不够分了,那参保人员个人养老保险账户余额,又是属于谁的呢?

现代的人,一生有两次以上婚姻很正常。比如,参保人员甲生前有三次婚姻,第一次婚姻与乙以离异告终,第二次婚姻配偶丙死亡,最后的配偶丁健在。甲死亡后,其继承人申请办理继承公证,按照“与历任配偶共同财产说”,我们要做如下审查:(1)甲与乙婚姻关系存续期间甲的养老保险个人账户实际缴付数额是多少?二人离婚的时候是否分割过?如果没有,要从这里面先分割出一半给乙;(2)甲与丙婚姻关系存续期间甲的养老保险个人账户实际缴付数额是多少?丙死亡后,是否曾分割出一半作为丙的遗产由丙的继承人继承?如果没有,需要从这里面分割出一

半作为其丙的遗产；(3)甲与丁婚姻关系存续期间甲的养老保险个人账户实际缴付的数额是多少？再从这里面分一半给丁。这样分割三次以后，剩余的才认定是甲的个人遗产。如果此时乙尚生存，那么丙的继承人必须与甲的继承人配合办理继承公证，与乙一起去领取甲的养老保险个人账户余额。如果乙也已经死亡，那么甲、乙、丙这三个人的继承人共同申请，才能办理这笔养老保险个人账户余额的继承公证。这个继承公证涉及了三个被继承人，不可避免的包括转继承等复杂的继承关系，涉及的继承人人数众多。现代社会可不是以前大家族聚居的封闭社会，一个大家庭的成员极有可能分居天涯海角，甲的继承人如果不能找到乙和丙的继承人，或者即使找到了，乙和丙的继承人不予以配合，那这个继承公证还能顺利地办下去么？

养老保险涉及到社会上的每一个人，如果参保人员死亡后，继承人提取其养老保险个人账户余额需要这么麻烦，可以想见，绝大多数人都会对这繁琐的手续心生不满，甚至可能会对法律和养老保险制度本身产生诟病。这样的结果，也不符合立法的本意。

### 三、路径选择

公平正义自古以来就是人们所追求的目标，公平理念是一切立法、司法的重要依据[2]，这个目标和依据也是公证所应追求和遵循的。西方有句格言：“正义不仅应当得到实现，而且应当以人们能够看得见的方式得到实现[3]。”公证的目的是为了预防纠纷，如果我们一味的追溯养老保险个人账户储存额的来源，以来源来认定归属，就会把简单的事情复杂化，反而会制造纠纷，导致公平正义难以实现。

如何既能删繁就简又能合理合法办理养老保险个人账户余额继承公证？笔者受到有的法官在解决离婚知识产权期待利益的归属问题提出的“个人财产说下的补偿论”[4]的启发，认为以“个人财产说下的补偿论”为路径来认定养老保险个人账户余额归属，开辟了一条办理继承公证的新思路。

以“个人财产说下的补偿论”的观点来认定养老保险个人账户余额归属，即在持“个人财产说”的前提下，吸纳“历任配偶共同财产说”的价值取向，认定养老保险个人账户的储存额属于参保人员的个人财产，但是在婚姻关系终结（包括离婚，也包括配偶死亡）后，参保人员应当对夫妻另一方或者另一方的继承人给予补偿。以此观点为思路来办理继承公证，即可在承认死亡参保人员对于其前面的各任配偶或者配偶继承人可能负有补偿债务的同时，认定死亡参保人员养老保险个人账户余额全部属于死亡参保人员的遗产。

对于这个观点，或许会有人提出疑问：《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）》第十三条“婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持”的规定已经将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分定性为夫妻共同财产，办理继承公证时将其认定为个人财产是否与司法解释相违背？

其实，该司法解释恰好是对“个人财产说下的补偿论”的最佳阐释。

根据《社会保险法》第十四条和国务院发布的《决定》第三条的规定，养老保险个人账户储存额只能用于参保人员养老，不得提前支取。那么，在参保人员离婚时，怎么可能将养老保险个人账户储存额支取出来进行分割？实际上按照该司法解释的规定能够操作实现的，也只能是参保人员给予对方相应的补偿。也就是说，该司法解释其实不应理解为养老金个人账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分属于夫妻共同财产，而应当理解为，婚姻关系存续期间因给参保人员个人缴付养老保险费，致使与个人缴付部分等额的夫妻共同财产转化为参保人员的个人财产，参保人员应当给予对方相应的损失补偿。

根据上文的分析，笔者认为，在办理养老保险个人账户余额继承公证实践中，采取“个人财产说下的补偿论”观点来认定参保人员的遗产范围是最佳路径。根据此观点，养老保险个人账户余额全部属于参保人员的个人财产，其死亡后全部属于其遗产，而参保人员应当支付却尚未支付给前配偶或者前配偶继承人的补偿应当视为参保人员的债务。如此，办理养老保险个人账户余额继承公证的所有困难就迎刃而解。当然，公证员必须告知继承人，根据《继承法》第三十三条的规定，继承遗产应当清偿被继承人的债务，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。这样，公平正义在办理该公证的过程中就能“以人们看得见的方式”实现了。

我国《社会保险法》和国务院发布的《机关事业单位工作人员养老保险制度改革决定》都刚实施不久，随着时间的推移，养老保险个人账户余额继承公证业务会逐渐增多。如何解读相关法律和政策，保障养老保险制度改革顺利进行，为当事人提供更好更便捷的法律服务，是摆在所有公证人面前一项重要课题。以上思考是笔者个人的见解，希望抛砖引玉，引起公证界同仁和司法界重视，及早出台办理公证的指导意义和相关司法解释。

注释：

[1]载于 <http://www.fabao365.com/baoxianlipei/14857/>，最后访问于2015年10月5日

[2] 梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，中国政法大学出版社2002年版，第136页。

[3] 田科、张安新、赵水、林得权：《法的理念与实证》，中国方正出版社2004年版，第171页。

[4] 参见姚建军、赵克：《离婚中知识产权期待利益的归属》，载《全国专家型法官司法意见精粹·婚姻家庭卷》，中国法制出版社2013年2月第1版，第159页。

## 家事审判改革，公证不能缺位

2016-05-14 公证人 袁国新

清官难断家务事，剪不断理还乱

俗话说：“清官难断家务事”；《礼记·丧服四制》有云“门内之治恩掩义，门外之治义断恩”，“门内之治”，大致相当于“家事”范畴；汉律又有“亲亲得相首匿”的规定。

家事不易处理。中国古代在处理家庭关系与社会关系时是区别对待的。中国历来重视家庭文化的建设，修身齐家治国平天下，成为古代士人的人生目标；宋朝袁采在《袁氏世范》中告诫：处家贵宽容，父兄不可辨曲直。

家庭关系具有很强的伦理道德色彩，家庭成员之间的矛盾，更多需要通过“动之以情晓之以理”来解决，如果法律直接介入家事领域，“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣”。

家事纠纷不能单纯地以权威性的裁判来分辨是非，而必须把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。

调解前置，公证具有天然优势

家事纠纷涉及公益和当事人的隐私，必须适用科学合理的家事裁判制度才能很好地解决。纵观世界各国，凡是设立了家事裁判制度的国家，大多规定了调解前置程序，并通过设立处理家事纠纷的辅助机构，协助家事审判法庭的运营。

在我国，公证是社会主义司法体系的重要组成部分，是最先介入民事、经济活动，向社会提供公证法律服务的法律部门，作为家事审判调解前置的辅助机构，公证具有天然优势。

公证员具有“准法官”性质，能让法院放心

公证员要求通过国家司法考试，或是从从事法学教学、研究工作，具有高级职称的人员，或具有本科以上学历，从事审判、检察、法制工作、法律服务满十年的已经离开原工作岗位的公务员、律师中考核选拔。公证员和法官具有共同的法治思维，在调解过程中能做到心中有法不逾矩。

公证员队伍中有“老黄金”，是调解能手

公证员任职年限在65岁以下，公证员队伍中有一批老公证员，他们不仅专业素养高，而且社会阅历丰富，具有敏锐的洞察能力。

家事纠纷夹杂着亲属之间的感情、心理、非经济上的因素，需要针对当事人个人特质、心理、身体状况、家庭环境与社会背景的不同，查明症结所在，调整利益关系。

老公证员凭借自己丰富的人生经历，能够体会当事人的情绪和想法，理解当事人的立场和感受，并站在当事人的角度思考和处理问题。用娓娓道来的人生感悟取代生硬的法律宣讲，可以有效化解矛盾，能让当事人信服，有利于促成矛盾双方达成最大的共识，从而修复家庭关系。

公证员走街串巷，能掌握真情况

自实行抗辩制审判以来，法官一般不依职权主动调查取证，而是根据当事人提出的证据数量和质量以及其他相关因素来判断案件事实并作出判决。因为当事人提交证据的能力强弱不同，真正的受害者有可能因举证不能而得不到法律保护，这就会与人们“法律即公正”的预期相背离，即使是合法判决也依然不能案结事了。

公证员在执业过程中，为了确保公证证明材料的真实、合法、充分，经常冒着严寒酷暑，深入社区、人事管理单位，走访周边群众，甚至为了求证死亡的事实，披荆斩棘、翻山越岭去墓地拍照。

公证员不但要对证明材料进行形式审查，更加注重对客观真相的把握。家事纠纷具有一定的隐秘性，有些事实很难以证据载体的形式体现，如果单纯以证据规则作出裁判势必难以定纷止争。公证员凭借在执业过程中修炼的求证本领，能利用其掌握的社会资源，获取客观真实信息，探求当事人内心真实诉求，能为家事纠纷提供切实可行的调解方案。

服务家事领域，公证从来都很积极

继承、遗嘱、收养、婚姻状况、亲属关系等有关家事领域的公证事项，一直是公证服务的主要内容，通过公证证明活动，预防纠纷，减少诉讼，保障了国家法律的正确实施和自然人、法人或其他组织的合法权益。

公证员充分掌握了家事领域的法律法规，积累了丰富的办证经验。因此，一旦有家事纠纷需要诉前调解，公证员就能轻车熟路、游刃有余，妥善化解矛盾。

公证服务家事纠纷调解，能有效节约社会成本

家庭矛盾错综复杂，有时个案导致的矛盾，实际可能是多少年的恩恩怨怨纠缠在一起，结解不开，心就顺不了，如果单纯以调处个案为目标，既可能难以调解成功，又可能按下葫芦起了瓢，导致新的矛盾层出不穷。

公证员在家事纠纷的调解过程中，不以当事人向法院诉请的个案为限制，可以根据其掌握的矛盾起因和详细过程，为当事人提供整体公证法律服务，解决“一揽子”矛盾，彻底做到案结事了。

对于当事人在调解过程中达成的具有给付物品、货币、有价证券等内容的协议，根据当事人的申请，可以赋予强制执行效力，如果当事人在履行过程中反悔，对方当事人可以直接向人民法院申请强制执行，而无需再经过诉讼

程序。

这是一个不容你我左右、不容你我错过的不断进化的时代。家事审判改革的春风已经吹起，公证当面迎春暖花开的日子，为营造美满幸福家庭，推进和谐社会建设贡献自己的力量。

### 公证对未成年人的特别保护 | 遗嘱公证中有关未成年人权益的审查

2016-06-20 公证人视点 甬跃

许多当事人在办理公证中，对公证员在涉及未成年人方面的审查不解，甚至提出异议甚至恶言相向。

未成年人因其自身的特点，无法亲自对其财产进行占用、使用、收益与处分。父母对未成年子女的财产享有一定的权利，并承担一定的管理义务，但这种父母对未成年子女财产的处分权必须是以“为了子女的利益方可处分其财产”为原则加以限制的。

下面为您介绍公证过程中对未成年人财产权益的保护，希望能解除您的疑惑。

因继承、赠与或其他无偿方式取得的财产是未成年人财产的重要组成部分。与一般民事法律关系中有关民事行为能力能力的认定不同，依据《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》第七条的规定，继承法意义上的无行为能力人系不满六周岁的儿童；已满六周岁不满十八周岁的未成年人，应当认定其为限制行为能力人。因此，无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使，限制行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使或者征得法定代理人同意后行使，但未成年人纯获利益的行为，如接受赠与、遗赠的行为是有效的，无需征得法定代理人同意。

在办理继承、遗赠类公证实务时，公证员会按照《公证程序规则》的要求，请未成年人的法定代理人代其申请办理相关公证手续，再审查相关法律事实。明晰法律关系的基础上，会根据个案情况慎重对待涉及未成年继承人、受遗赠人的问题，并在办理相关公证事项时告知未成年当事人的法定代理人，在代理被代理人行使继承权、受遗赠权时不得损害被代理人的利益；并且法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权；若发现明显损害被代理人利益的，其代理行为将被认定无效。对于未成年人因年龄、智力状况能够理解的问题，也会充分询问未成年人本人的意思表示，并在办理公证过程中予以考量，以求最大限度地保护未成年人的合法权益。

公证员在继承、遗赠公证中涉及未成年人利益的审查，主要从根据个案情况慎重对待涉及未成年继承人、受遗赠人的问题，并在办理相关公证事项时告知未成年当事人的法定代理人，在代理被代理人行使继承权、受遗赠权时不得损害被代理人的利益等方面。

## 十、新书资讯

### 《国际诱拐儿童民事方面的公约》实施中的重要问题研究

2016年4月1日第1版 中国政法大学出版社 吕亚芳著

基本信息

出版社：中国政法大学出版社；第1版（2016年4月1日）

平装：185页

语种：简体中文

开本：32

ISBN：9787562067153, 7562067155

条形码：9787562067153

商品尺寸：20.4 x 14.6 x 1.2 cm

商品重量：240 g

品牌：中国政法大学出版社

ASIN：B01EWB5VW0

《〈国际诱拐儿童民事方面的公约〉实施中的重要问题研究》内容分为五章。第1章《国际诱拐儿童民事方面的公约》概述、第二章监护权的公约保护、第三章探视权的公约保护、第四章惯常居所地的司法界定、第五章儿童返还例外的界定等。

编辑推荐

《〈国际诱拐儿童民事方面的公约〉实施中的重要问题研究》由中国政法大学出版社出版。

目录

第一章《国际诱拐儿童民事方面的公约》概述

第一节国际诱拐儿童问题

一、国际诱拐儿童的概念

二、国际诱拐儿童现状及成因分析

三、国际诱拐儿童的影响

第二节《国际诱拐儿童民事方面的公约》

- 一、公约的宗旨和目的
- 二、公约的适用范围
- 三、公约的主要内容
- 第二章监护权的公约保护
- 第一节监护权的概念
  - 一、监护权的定义
  - 二、监护权概念的属性
  - 三、监护权概念的解釋
- 第二节监护权的界定
  - 一、监护权的内容
  - 二、早期监护权
  - 三、禁止出境权
- 第三节监护权的产生
  - 一、法律实践
  - 二、司法或行政裁决
  - 三、具有法律效力的协议
- 第四节监护权的行使
  - 一、公约关于监护权行使标准的规定
  - 二、认定监护权行使的司法实践
- 第三章探视权的公约保护
- 第一节公约对探视权的规定
  - 一、探视权的定义
  - 二、公约对探视权的保护
- 第二节探视权诉讼的司法管辖
  - 一、普通探视权的管辖问题
  - 二、特别探视权的管辖问题
- 第三节保护探视权的公约实践
  - 一、保护探视权的申请
  - 二、保护探视权的司法实践
  - 三、中央机关的作用
- 第四章惯常居所地的司法界定
- 第一节惯常居所地的概念
  - 一、公约对惯常居所地的规定
  - 二、惯常居所地的涵义
- 第二节惯常居所地的界定标准
  - 一、父母的共同意图标准
  - 二、儿童适应性标准
- 第三节惯常居所地的改变
  - 一、搬迁与惯常居所地的改变
  - 二、监护权变动与惯常居所地的改变
- 第五章儿童返还例外的界定
- 第一节基于监护人原因的返还例外
  - 一、监护人未行使监护权
  - 二、监护人的同意或默认
- 第二节基于儿童原因的返还例外
  - 一、返还将使儿童面临重大危险
  - 二、儿童反对被交还
- 第三节其他原因导致的返还例外
  - 一、一年期间与儿童转居于新环境
  - 二、返还儿童将违反人权和基本自由
- 附录《国际诱拐儿童民事方面的公约》

## 参考文献

## 文摘

儿童的监护权，因为使得父亲无法在美国行使他的监护权利。法院认为这种情形就构成公约意义上的非法转移。上诉法院进一步指出，尽管有支持母亲的临时监护裁决存在，但该裁决的性质具有局限性，并不因此废除父亲的监护权。因为该裁决并未否定父亲决定儿童居住在美国的权利，也没有改变父亲继续行使其监护权的权利。可见，对于儿童惯常居所地国家法院作出的赋予诱拐方监护权的临时裁决，应当认为是法院在等待进一步的调查或评估，之后再对监护争议作出最终裁决，因此临时裁决中赋予当事人的监护权并不具有决定性。受案法院应当认真审查儿童被诱拐前的事实情况，从公约的目的出发，判定申请人是否拥有公约意义上的监护权。

第三，临时监护裁决使得外国法院自身享有监护权。许多法院表示，临时监护裁决的实质是授予法院自身对儿童的监护权，直到法院作出最终的监护判决。在最终裁决作出之前，任何一方转移儿童则会侵犯法院的权利。法院可以成为公约保护的监护权的主体，这在司法实践中已被广泛接受。例如，在 Re H 案件中，父亲申请获得对儿童的监护权，爱尔兰法院第一次开庭审理时，父母双方达成监护和探视安排的临时协议，法院于是决定延期 4 个月审理监护争议。之后儿童被母亲从英格兰带到了爱尔兰，父亲于是要求返还。

### 《上市公司股权分割与传承》的诞生与感悟

2016-06-25 北京市中伦（上海）律师事务所 贾明军

前天（2016 年 6 月 23 日），北京好友、私人银行家俱乐部刘长坤微信说，他已经拿到这本书了。虽然我是主编，他笑称是读者中第一位拿到书的人，我很羡慕。我虽然是作者之一，但还没有拿到。昨天晚上，终于拿到了出版的这本书了！看到淘宝、京东、当当已经开始发售，虽然出版多部著作的我，心情是很激动的。

书很厚实，排版后 70 万字，字字都是辛苦的凝结，篇篇都是与同事耕耘的结晶！

出于职业原因，我是一个对发展有规划的人。我们对于涉及交叉业务领域的理论体系发展计划，是从 2008 年左右开始，当时我就和团队计划经历三个阶段：

**第 1 个阶段**，基础研究阶段。以研究改革开放后的涉及公司股权分割与继承的重大案例为切入点，撰写一本《婚姻/继承“绑架”资本》系列的书籍，剖析全国各地共计近 50 个婚姻、继承对公司股权影响的著名案例。该计划的婚姻部分在 2011 年左右就完成了，主要是我和蓝艳律师、以及陈欢律师（现于大成上海）公维亮、邵泽龙（现于环球上海）共同开展落实的。不过，由于涉案具有独特性，一直纠结是否出版。犹豫再三，还是出于涉案过于具体，担心涉案人/事“对号入座”原因，放弃出版了。虽然没有出版，但对这些案例的深入研究，让我们对过往的婚姻、继承与公司股权相关的重大案例的处理，被动地有了丰富的经验和处理的得失技巧。应该说，这些辛苦，都是值得的。这些成果改编后，在我的博客（百度：贾明军律师博客）今天还都能看到。

**第 2 个阶段**，初步发展阶段。股权是家族企业/高净值家庭财富的核心，婚姻、继承问题，在这些主体上的聚焦，就是股权问题。2010 年开始，我和蓝艳律师开始和公司法业务纯熟的韩璐律师团队合作，收集几千个股权转让的案例（股权学习浩如烟海，聚焦股权转让案例更有可行性）后，归纳、分类与提炼，形成了《法院审理股权转让案件观点集成》。通过学习与写作，让我们团队在股权转让法律问题上，从“雾里看花”到“清楚分明”。特别是为写好这本书，团队成员蓝艳沉浸写作、多次在地铁回家途中坐过站的投入与奋斗往事，直到今天还不时津津乐道，感慨十分！同时，撰写的过程，也是我们向优秀商事律师团队学习的过程。撰写完这本书后，再办理离婚、继承涉及的股权转让案件，可谓相对“得心应手”，将自己的经验与理论知识相结合，可以应对任何复杂的案件。

**第 3 个阶段**，相对成熟阶段。从 2011 年开始，我们向静安区政府申报的《婚姻继承对上市公司的影响与预防》课题，就得到了区委组织部与人才科的高度重视。理论应用于实践，服务于金融服务业的建设，律师业务也不例外。虽然月转星移、时过境迁，像小成（现在国浩上海）、MAX 和霞平都已另展天翼，但他们曾和卫义、蓝律、维亮、高洁一样，一起为将婚姻继承业务与证券/公司业务领域的结合做着有益的尝试和付出。很多时候有了目标的冲动和激情，还需要有实践的磨炼。这个过程中，我也得到了江苏孙韬律师（现于国浩南京）的大力支持与共同办案的积累。即为本书，经历 5 载，是我们这些年的结晶。特别是在 2014 年和进入中伦后的 2015 年，团队在该出的出品上，付出大量的时间和心血，特别是泽龙和维亮，在卫义与蓝律的督导下，为完成本书作了很多基础性的工作。而后期的整理与核对、翻译工作，也是工程浩大。我 2016 年春节，从大年三十到正月十八，天天除了吃睡就是核稿和修订。大年三十晚上，我是一边陪家人看春晚、一边看电脑屏幕核对与修订，是十年来第二次大年夜工作；还有华政律师学院的林怡静与研究生院的李瀚文，被我拉着一起“欢度春节”十余天！英语部分的核对与翻译几乎都是由高洁完成、瀚文一起核对，我的助手张心仪（Joyce）全书核稿，付出许多。因为涉及大量资本市场的问题，“笨鸟”俱乐部的杨建军律师（广东广和）与王薇律师（广东君政）耗心评阅、本所著名资本市场大佬郭克军律师与钱伯斯领先的李艳丽律师又帮我审核国内与国外资本市场的涉猎；我的主管领导 Peter 和乔大对该书关心倍至，江平与巫昌祯先生及中伦创始人学兵会长为我鼓励作序、法律社的雨春组织团队精心出品与精梳装裱...这些力量的凝聚，才有了这本书。这本书，是团队力量的结晶、是律所凝聚力的结晶、是各位亲朋共同努力的结晶。

由于水平有限，错误和不足一定存在。不过，这是至今为止，我和团队出版的最实在、最有价值的一本书。这

本书的完成，也标志着我们团队在“家事与股权”研究上取得了阶段性的成果，“企业与家事”理论体系基本构架完成。未来，是一个不断丰富和完善、发展的过程。

加入中伦一年半来的路程，是一个重新认识自己、认识市场、认识发展方向的过程。团队发展的方向，是法律与财富管理的结合。下个月，我们年初组织的首次“笨鸟”学习俱乐部的成果《中国私人财富管理最前沿（2016）》也即将在法律社出版。如果预言下一本团队专著，应该是法律工具与财富管理的结合与应用。虽然道路漫长，困难重重，但径景迷人、风光无限！在感受与享受生活中，做自己想作的、乐意的，真的是一件兴事与趣事！

梅雨初晨，落笔心得，有感而发，与好友共享：)

## 十一、家事法苑沙龙

### 家事诉讼程序立法展望 | 第三届中国婚姻家事法实务论坛之家事法实务沙龙实录

2016-06-06 家事法苑团队整理

**主题：**家事诉讼程序立法展望、家事审判改革经验及家事诉讼程序相关问题交流

**时间：**2016年5月13日晚19:00—22:30

**地点：**中国人民大学法学院6楼601国际报告厅

**编者按：**第三届中国婚姻家事法实务论坛已于2016年5月14日举办，鉴于论坛交流时间所限，本论坛形成了前晚暖场沙龙活动之惯例。本次沙龙主题为：家事诉讼程序立法展望和家事审判改革经验及家事诉讼程序相关问题交流

**郝惠珍律师：**我先给大家介绍一下，我是今天晚上受咱们组委会的委托，做今天晚上沙龙的主持人，我是中国婚姻法研究会的理事，郝惠珍！

我们各位学者，各位法官，各位律师、公证员和调解协会的同行们，以及港澳台我们的同行们，大家晚上好！第三节婚姻家事法律实务论坛，今天晚上的暖场活动叫法律实务沙龙，现在开始。我是中国婚姻法研究会的理事、北京盈科律师事务所的创始人郝惠珍律师，大家好！

今天晚上我们有六个人在这分享他们的经验，时间是从现在开始到晚上的10点钟。最后我们给大家一点时间进行交流。下面我们的沙龙就正式开始，第一个分享主题是《家事诉讼程序立法展望》，发言者是陈爱武教授，是南京师范大学法学院教授、博士生导师，主要从事的是民事诉讼法和家事审判制度研究，并且在2015年承担了最高法院司法调研重大课题，关于家事案件审判程序有关问题的调研，并且是主要的主讲人之一。下面我们用热烈的掌声欢迎陈教授！

**分享人：陈爱武**

**陈爱武：**各位同仁晚上好，今天晚上跟大家来分享，关于家事诉讼立法的漫谈。之前我也在南京的两级法院跟大家做过一些交流。

我想谈几个问题，一个是先了解一下因为我们现在谈家事诉讼的立法。之前从1990年末下半期，我就开始关注这个问题，但是那个时候是一个边缘的东西，没有人去关注。最近这些年突然很多人去关注，我感觉受宠若惊。

所以我想先从这个视角出发做一些说明。为什么？因为我们如果说要立法，一定有比较法的资源，没有比较法的资源我们自己在家里闭门造车，可能不会有什么好的立法成效。因此我首先说一下比较法。大陆法系法国有家事诉讼立法的专门规定，名称可能各不相同，所以我就一一展示一下，比如说有人事诉讼法、家事诉讼法、家事事件法、家事程序法与非讼事件法。那么这些名称各不相同。

我们大致的看一下，比如说德国是一步一步发展到现在的家事程序与非讼事件法的。之前他也是很简单的法律，比如说最早在1878年民法第六编叫《婚姻事件与禁治产事件》。这个事件就有两个程序，一个婚姻事件程序，一个是禁治产事件的诉讼程序，当时都叫诉讼程序，也非常诉讼和非诉讼这样的分别。

后来1898年进行了修改，标准做了更改，后这个更改可以看到说，确定亲子间的法律关系与禁治产事件分了三章，多了一章亲子事件这样的诉讼程序。然后到了1970年代，修改以外除了家事事件、亲子事件，加了抚养事件。所以是一步一步加起来的。

到了1997年还是第六编，就改为家庭事件程序。之前是把这些程序名称全部在第六编当中展示出来的，到1997年的时候就叫家事事件程序。里面分六章，为什么有这么多的内容，是跟民法的修改密切相连的。所以我后面会讲，家事诉讼的立法必须要有厚重的民法典中关于亲属法的修改内容，如果亲属法还是像现在这么简略、粗线条，家事诉讼的立法，是不可能深入的。所以我们看德国立法的历程，可以大致的看到，然后到2001年的时候，新修订的《民事诉讼法》第六编，还是家事事件程序，又加了一章就是同居关系案件程序，这是到了2001年。

到了21世纪，德国对家事事件程序进行重新整合，最终将民事诉讼法第六编独立出来，结合非讼事件法整合成一部新的法律。那么这个法律2008年12月份议会通过，第一条就是家事程序与非讼事件法，2009年9月1号开始生效。

那么我们目前有翻译过来的，但是没有出版，我是最新看到这个翻译件的，打出来很厚的一大本。他的特点是什么？家事事件全面非讼化。不在《民事诉讼法》当中，用的全是裁定。也就是说家事事件用裁定，这样一个非讼

程序。原则上是非讼，特殊例外是比照民事诉讼，里面的内容不再说了。这是德国，是怎样一步一步发展来的。

日本的情况。最早是1898年制定的《人事诉讼程序法》，这个法律2003年进行修订，名称改为《人事诉讼法》。1947年日本制定了家事审判法，根据这部法律日本组建了家庭裁判组。他的家庭裁判组是跟地方裁判组并列的，地方裁判组日本有50所，家事裁定组也有50所，然后家事裁判权下面还设了一些类似于分组的这些。家事纠纷接近正义的地域跟纠纷是非常接近的，是非常便利非常容易的。

2011年的时候日本颁布了《家事事件程序法》，2013年1月1号开始实施。实施家事事件程序法的时候，家事审判法终止了。之前是人事诉讼法、家事审判法，现在是人事诉讼法家事事件程序法，是这两个法律。有的人搞不清楚，以为日本的人事诉讼法也没有了，就一个家事事件程序法。不对，错。所以我们看到他的家事事件程序法的修改，其实是对《家事审判法》进行修改形成的。所以他最大的理念就是推进非讼程序现代化，因为原先我们的理论研究当中说非讼事件是强职权主义的色彩，但是他的修改是强化当事人的权利和程序保障，这个是现在的非讼程序理念。

日本的家事程序是两分，涉及到身份关系的，用人事诉讼法。就是身份事件，用人事诉讼法。家庭中其他事件和非讼事件用的是家事事件程序法。这里面是列了一个附表，附表1，附表2，这是附表1、附表2。那么这些事件以前在家事审判法中，有甲类事件，乙类事件。甲类事件比如说134件，乙类事件16件，现在又用列表做了说明。

法国主要在《民事诉讼法》和《民法典》当中有相关家事事件程序的规定，在《民法典》当中是某些案件特别程序研究，关于家庭案件司法程序，包括婚姻、亲子、收养、夫妻关系等等。在《民法典》当中有离婚程序，亲子关系、诉讼，收养关系的程序性规定。所以说法国，他是通过实体法和程序法的规定，来进行统一规范的，这个是法国的。

我们台湾地区。原先台湾里面是民法第九编叫《人事诉讼法》。第九编的《人事诉讼法》，是婚姻亲子禁治产宣告死亡，还有一个叫家事事件处理办法2006年颁布的，现在已经都终止了。后来他出台了《家事事件法》，那这个法是整合了民事诉讼中的《人事诉讼法》和《家事事件处理办法》以及《非讼事件法》里面的相关内容，把它整合到一块。所以就形成了一个混合的家事事件法。

所以它的法里面，性格尊严、性别平等、未成年子女的最大利益，和社会共同生活这样的程序法，依据这个来进行制定的。

那么它的特色我们也可以看一下保障性别平等。《宪法》上国民人权保障，人格尊严和平等精神是相呼应的，也就是说《宪法》的精神，在这样的一个程序法里面的体验。第二个它的特色就是统合立法，因为日本是两分。也就是它把家事身份非讼的，家事的非讼和家事的调节，三程序合一，统合在一块进行立法。

第三个贯彻纠纷一次性解决的要求，其实统合就体现了一次性解决，同时它的一次性解决还进行了拓展。所以说家事事件里面，除了身份关系的诉讼、非诉之外，还有家事财产关系诉讼，兼顾未成年子女之利益及家庭和谐，这也是它立法的特色。这是我们台湾地区的《家事事件法》。

它的总类甲乙丙丁戊，因为它要统合，所以它有五大类的案件。这五大类的案件，把它简要的分一下大家可以看一下，比如说甲乙丙丁戊，甲类叫有诉争性无处分权，那么这个主要是家事诉讼的确认诉讼这样的案件。那么这样一些案件，是从被告资格和通知参加对世效来讲，打勾的都是有。乙类事件是家事形成诉讼，是有诉争性，有一定程度的处分权，第一个是无处分权，比如说婚姻无效，比如说第二个标的有一定程度处分权，比如说离婚事件，有诉争，有一定程度的处分权，所以说是家事形成诉讼，都是人事诉讼，都是家事身份诉讼。甲类、乙类都是家事身份诉讼。

那丙类事件，是有一定程度的诉争性，有一定程度的处分权。那是家事诉讼财产诉讼，不是身份诉讼，是财产事件。有诉争性，有处分权所以这样一种情况下，就没有对世效，你不参加之后还可以通过其他的路径，就不是统合处理。那么丁类事件是无诉争性，无处分权，是典型的家事非诉，所以这种情况就不是强制调节，但是可以申请调节。

那么戊类，比如说抚养费支付的，那么这类案件按家事非讼事件处理，但实质上是诉讼事件，是叫诉讼事件非讼化处理。比如说抚养费支付的，以前一直是诉讼事件，但是现在把他非讼化了，因为这需要法院职权裁量才能去形成裁决的提醒。所以这也是强制调解的，这是台湾地区的。

那简要的回顾一下域外的家事诉讼的立法，所以说我们要把视野扩大。也就是说家事诉讼，我个人觉得我们应该把他扩大，不仅仅限于身份关系的诉讼，因为身份关系我们是作为一个核心，其他的一些纠纷围绕这个，是由于这个身份，跟这个身份有关系的，如果没有这个身份那样的一些家事财产诉讼，他可能就没有这样的特殊性了，因为亲人之争，熟人之争，跟陌生人之间的财产纠纷是不一样的，因此说我们要扩大到非讼和家事财产性的诉讼和其他的一些案件。

那我们大陆的家事诉讼程序的立法状况，那总体概念来看，我们国家有没有家事诉讼的法典？当然没有，我们都知道没有。但是当然我们又不能说我们没有家事诉讼的法，我们也有，我们这里有实质意义上的家事诉讼法，主要存在于《婚姻法》及其司法解释，《民法》的司法解释，《收养法》等这样的亲属法里面，他初步确立了他的基

本的程序规范规则和规定。所以有没有？有。在哪里？就在这些地方。

那么具体的法律文件，《婚姻法》、《收养法》、《反家庭暴力法》，《民事诉讼法》，还有登记条例等等，这里面都可以找到。我们研究了一些，基本文本素材，所以有的时候我们要进行文本分析的话，这就是我们的文本。

那么具体的规范我就简略的说一下，比如说婚姻无效案件，或者撤销案件。这个是婚姻事件，对吧？这样一些婚姻事件，比如说婚姻无效事件，有诉争性、无处分权的。那我们为它规定的特别的程序。当事人是谁，所以在我们司法解释里面明确规定，比如说婚姻无效事件申请人是谁？撤销婚姻案件的当事人是谁？婚姻无效案件谁可以做第三人？那么如果婚姻无效案件，如果双方一方都死亡了，怎么来认定当事人？而且我们司法解释里面规定，这叫申请人被申请人。申请人被申请人说明它不是诉讼构造，诉讼构造是原告被告，有的国家是原告被告，但我们用申请人被申请人，说明它不是诉讼，是非讼程序就有特殊性。

所以司法解释第二条到第七条，就是对婚姻无效零星的案件程序问题做的规定。比如说禁止撤诉，比如说离婚案件中发生婚姻无效的，直接做无效宣告，不能离婚判决或驳回起诉。婚姻无效案件和附带事项分别处理，也就是我们的司法解释明确告诉你婚姻无效案件的效力问题的判决和子女财产这些是分别做判决书，那个可以上诉，这个不能上诉，所以他的规则不一样，设计也是不一样的。

还有有限审婚姻的效力问题。比如说我起诉离婚，你要求法院确认婚姻无效，有一个先后，有一个先审的法律效力问题，这是第一第二是婚姻无效案件的主体、当事人和程序问题。

第三离婚案件当中，无行为能力人起诉离婚的，那我们在婚姻法司法解释3里面讲到了，变更监护。先变成监护人，然后去起诉离婚，这个做出了规定。对离婚诉讼做的限制，家事诉讼中调解出不同的原则规定，比如说离婚应当进行调解，《婚姻法》里面有规定，那么婚姻法司法解释3第二条，还对妨碍查明亲子关系的后果做出推定，这是对亲子关系案件的程序做出了这样零星的规定，对家事身份案件的自认限制和职权调查。

这个在《民事诉讼法》解释96条，对于涉及身份关系、国家利益等等，不适用前款自认的规定。就是自认的限制和自认的排除。《民事诉讼法》64条第二款规定的，人民法院认为审理案件需要的证据包括，包括什么证据？涉及身份的关系。不要小看这样的几句话，这几句话就表明，在《民事诉讼法》的解释当中，已经开始区分财产关系诉讼和家庭身份关系的诉讼的不同规则，至少在证据这一块，已经做出了明确的解释。

对家庭暴力案件的证据认定规则做出规定，比如说《反家暴法》第20条，人民法院审理涉及家庭暴力的案件，可以根据公安机关出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据，认定家庭暴力事实。那么这个对于家庭暴力事实的认定它的证明标准，要低于一般的民事案件的证明标准，实际上不是严格的证明。因为有的时候你要按照严格的记录来讲公安出警记录，出警记录没有调查，公安出警记的是谁谁谁报警了，他诉称什么了，或者他称了什么，就把这个记下来了，记下来怎么就证明是他打的？但是现在有报警的记录，有这样的东西法院有可以斟酌裁量来认定，给法院便于裁量的一个权利。还有人身保护类案件的程序，在《反家暴法》里面有非常多的篇幅做了规定。

第九个在《收养法》里面，解除收养关系收养无效明确规定；第十家事案件的不公开审理有原则规定。因为我们说不公开审理，比如说《民事诉讼法》规定，不公开审理有应当不公开的和不公开的，应当不公开的有国家秘密和个人隐私，个人隐私大部分不是家庭问题吗。可以不公开的有离婚案件和涉及商业秘密的，这是可以不公开，可以申请的。所以从《民事诉讼法》的规定里面，我们可以推导出家事案件不公开审理，有强制性的规定。

还有家事事事件的可诉性的范围呈扩大趋势，那可诉性的范围，比如是《婚姻法》里面，可以向法院起诉，或者由人民法院判决，这样的条文在《婚姻法》里面，可以找到十几个，包括包括离婚和分割共同财产，抚养和监护的变更，子女抚养费的增加等等这样一些东西都是可以的，那么可诉性范围越来越大，在《婚姻法》里面规定，那么程序法里面也应该有相应的规定。

好了，简要的反思一下、评价一下。就是我们目前来讲，就是我们家事诉讼的立法规定，主要在《婚姻法》及其司法解释当中，零星的在《民事诉讼法》及其司法解释当中。所以说规定总比没有规定好，从填补空白这一点来讲，我觉得积极的意义可见一般。

我自己到国外去交流的时候，在韩国，有一次我们的主题就是家事诉讼程度法，我们中国去了十个老师。当时我对中国家事诉讼2010年的时候，说你们有吗？我就跟他们讲，我们有。所以这样也不能太丢人，不能说我们就没有，我们泱泱大国，也是婚姻家庭大国，怎么能没有，我们有家事事件诉讼法，只不过不是法典，我们散见在这些东西里面。

但是我们回过头来看，我们要反思缺憾是非常非常大的。所以这个程序的规定是不完备、不系统、先天不足。因为你是司法解释里面，所以你一定是零星的，比如说婚姻无效案件，只零星规定它的主体，它个别的程序，但是你有没有整个家事，事件程序、诉讼程序、总体原则，总体的这些规定？没有。所以说你是完全不系统的。

第二是低层次性。因为你是司法解释规定的。司法解释是什么？我们心知肚明对不对？不是立法，那我们对外宣传也可以有，我们也可以作为适用的一个依据，有效力的，司法解释是有法律效力有权解释，但是层次不一，效力偏低是不容否认的。

第三，由实体法及其司法解释对家事诉讼作出规定，这是逻辑不顺，且多半语焉不详，比如说婚姻无效案件一

审终审，凭什么一审终审？哪里来的一审终审这样的权限？司法解释凭什么一视同仁。没有程序的规定。所以你司法解释出来一审终审，这个是不能说服的，是违法的。因为我们《民事诉讼法》规定是两审终审，《宪法》里保障了你怎么能做这样的解释？因为某种意义上讲是合适的，所以这是缺憾。

那么下面，我就讲一下我们家事诉讼程序制度化，立法展望。既然是零星的，不具体不规范，那么跟民事诉讼法的相关规定，也不相协调。那从实践来看，其实我们国内包括我们今天来的这么多人，很多地方的法院都在搞着如火如荼的家事审判实践、改革或者探索，这个探索当中，也涌现出很多地真知灼见一些规律性东西，也提取出来。

我们当初是贾汪法院调研的时候，我当时很吃惊，我们贾汪法院搞的特别好，有规则，有一整套的东西。但是不见得套用到北京、上海的法院都能适用。那我们可以把这些东西抽样一下，形成立法的资源。所以我们的共识是有的，我们不能再头疼，所以有必要在立法层面，不能总是摸着石头过河了。

立法方面一个是立法思路。立法思路我们说家事案件本身是多元的，程序就不能是单一的程序。我也主张我们如果说要制定或者是呼吁制定，或者说我们研究我们应该有一个综合性的家事事件的程序。在家事事件综合程序领域，即便是家事诉讼领域，也应当与普通的民事诉讼程序有所区别。所以前提就是要有综合思维，同时要有区分性的思维。

那么立法理念和思维，首先确定家事事件程序实体、财产、诉讼程序相区分的立法理念和思维，在这个思维主导下进行立法，没有这个思维你的立法不可能。我举一个例子大家直观的看一下，这个是实务中的案子。男女是表兄弟姐妹，原告A、被告B，他们的母亲是亲姐妹，A、B两个人1998年登记结婚了，这是不符合我们《婚姻法》的结婚条件的。后来经常吵架，2008年十年以后，A女士向法院以双方系三代以内的旁系血亲，有禁止结婚的亲属关系为由向法院起诉，请求法院宣告其与被告B男士之间的婚姻无效。

开庭时，两个人一个都不来，申请人A女士，被申请人B男士。这个时候怎么办？婚姻无效案件原被告均不到庭法院怎么办？能不能按撤诉处理，能不能缺席判决。如果是财产性的诉讼纠纷怎么去解决？没有立法的支撑，而主要立法是我必须立的跟普通法不一样对不对，如果财产性的关系诉讼，原告不来就按撤诉处理就完事了。但是这个案件你能这么去做吗？我不能这样做，我依据何在？所以立法当中就要区分，才能立出这样的法律。区分度越大，立法的必要性，立法的这种可能性就越大。所以这个案子就给我们很多的思考，法官觉得很难办，有可能个案处理好了但是没有规则，第一个叫立法的思维区分。

第二个要明确家事诉讼立法之定位。刚才我也给大家看域外的，比如说德国像家事事件法全面非讼法不再实行判决程序，而用裁定程序。我们能这样吗？当然不能。我们跟德国有多大的差距？这个差距一光年的差距了。所以你不能说德国这样了，德国多先进了。好多东西在德国是先进的，拿到我们这是行不通的，因为我们哪有这样的思维，我们肯定不可能走家事事件全面非讼化的道理。

日本是两分，两分的好处是逻辑顺畅。家事事件关系和其他的家事事件，逻辑上是非常顺畅的，法理也是能非常好的应对的。所以说在日本是两分，在台湾地区我们看到是统合，把家事事件分两个，诉讼事件用判决程序，非讼事件用裁定程序，裁定程序增加了合议裁定和适当裁定，背后支撑的是程序选择权法理。当然台湾地区我们也请过一些老师到我们南师大专门做交流，他们的观点不是太一样。也有反对的声音，但是已经实施了一段时间，也是有一定的效果的。因此台湾地区，我个人觉得值得我们去参考借鉴。这是第二个，我们要明确定位。

我个人觉得统合的背景下进行两分，为什么？我们两分制两个法谈何容易。因为你说我先定了这个法，再定了那个法，人大或者说法工委，是那么让我们摆布的？我们能立一个就不错了，能把东西融进去就不错了，所以我们从现实出发一个法把内容融进去，这可能是一个比较好的选择。

第三是规划家事事件程序的内部子程序。内部子程序可以形成一个逻辑顺序这样的构造，比如说一个身份关系的诉讼程序，我就不要再分甲类、乙类家事身份里面的确认诉讼和刑事诉讼，我们就可以家事身份诉讼程序。不一定分那么细，因为分那么细，我们也没有到那么样的程度。如果说我们将来进一步发展的话，我们可以把它内分再细分。

第二家事调解程序，对调解进行规范。第三涉及家庭财产关系的民事诉讼程序。那么这一个板块里面也涵盖了很多的纠纷，包括家庭成员亲权、婚约、离婚赔偿、继承等等。那么有些不仅仅有诉争性，而且也有处分权，那么这样一些案件，我们要照顾它的特殊性。刚才我说了它毕竟是家庭成员之间的纷争，所以它如果有什么样的一些想法，你觉得维护家庭和谐，维护子女的最佳利益，可能我们寻着这个思路去，而不是仅仅围绕财产性的争议。这是第三个。

第四家事非讼程序，针对的是家事事件中无诉争性或较无诉争性。当事人无处分权或者较无处分权，我们把它分成这样的。

第五是家事保全程序，家事保全跟别的也不一样，英美法国家的家事法院我看它有一个非常特殊的，叫家事法院的令，但是这个令实际上也是一种表现形态，有很多。

第六是家事执行程序。这个我们是特别需要的，如果说其他的不需要，生活需要债权的执行，尤其是未成年人，当然离婚一方，老年人这样一些，要采取非常规的方法，不能跟他们一样的。探望权案件的执行，夫妻财产分配的

执行等等。这是第一思维问题。

第二，要想制定家事诉讼法，要厘清程序法和实体法的关系。家事审判程序法法制化需要实体法的配合，否则缺乏根基。我们之前看德国的家事事事件法的发展历程，每一次的修改都是在实体法修改上完成的。所以你离婚法修改了，亲子法的内容修改了，那家事事事件的程序法随之修改。所以你没有具体制度的规定，该项制度来设计的程序就成了无本之木，你怎么设计？我看我们有些法院说子女认领纠纷等，我们有吗？我们有这种实体法的认领吗？没有哪来纠纷？以前最高法院还有，后来要求抚养费结合在一起，成为你要申请支付抚养费的去确认了。

给大家探讨一个案例，从案例来看没有规定怎么去做？比如说这个案情，是我们南京秦淮法院判的。生父生母和儿子，儿子一岁左右，生父母离婚，儿子由生父抚养，后来生父结婚了，这个儿子又跟生父和继母共同生活，一直生活了10几年，14岁左右生父突然死亡，继母起诉要求生母对继子进行抚养和监护。也就是说这个孩子的生父死了，我是继母，我不抚养了，你抚养吧，就是让他亲母抚养去。

生母说不行不行。为什么？我跟他没感情，我们十几年没见过面，现在突然把十几岁的孩子给我，我也没工作，也没有能力去抚养，所以坚决不要。而这边说我这边跟他没血缘关系，不是我的孩子我不要。你是法院怎么办？法院法官就走访，说这孩子很乖，后来继母就告诉他，他去见见他，之前都不太知道亲妈，现在知道一个亲妈他也很激动，因为每个人血缘冥冥之中有一种力量牵引着他，他也愿意回去。但是他亲母说不要他，反而不能告诉他亲妈不要你。对吧？这孩子很乖，回去看书做作业，还给他继母倒水、洗衣服什么的。

怎么处理？这里面有好多问题，比如说法律层面的，儿子的监护人到底是谁？继母、继子之间是什么关系？亲母子之间是什么关系？继母是否更有变更监护人的请求权？依据何在？有没有诉讼利益？生母拒绝接收变更亲子监护人，有没有法律依据，依据何在？继父母关系能不能解除，如何解除。你说你怎么形成的，你是事实形成，那我能不能事实解除？这都是实体法有解决的，实体法没讲，我怎么办？实体法必要有。

这是法律层面如果说继母跟继子之间有父母子女关系，你凭什么给他弄走。如果你有父母子女关系，那你亲母跟他之间是什么关系，双重的父母关系，如果你收养了这边就应该没有才对，所以这是实体法的问题。

现实层面的问题，如果亲生母亲确实因为隔阂，无法建立亲子感情，甚至对这个儿子厌恶，法院能判处强行变更吗？能强制执行吗？能不能改由其他近亲属执行抚养监护？需不需要剥夺他亲母的监护权，这些都是问题。还有一个终止的问题怎么保护儿童最大利益？这个案子折射出来的。这个案子很难，就让我们去讨论，我说我们讨论只能是就个案，就没有规则。

比如说继承案件当中，甲乙当中存在借贷关系，甲为债权人，乙债务人，债务100万。后来乙因为意外死亡，甲起诉乙应该由女儿偿还借款。乙的妻女表示我们放弃继承，放弃继承好了不要告我了，我要退出诉讼，我现在走了，退出去了。这里面的问题就是，如果放弃继承人有效，诉讼当事人怎么列明，怎么列明当事人？本案如何处理债务如何实现？如何防止债务人死亡后，债务人的财产不当减少？因为我作为债权人，债务人死掉了，我对你的财产我是够不着，伸不着，看不见的对不对，如果靠近财产，财产转移了我怎么办？那么这个也是实体法的问题。

那么实务当中这样的案例很多，法院处理也是不一样的，有的是支持的，诉讼过程当中，法院有一个案例，他说你放弃继承权，根据最高法院的意见，继承人放弃继承权导致不能履行义务的，放弃继承行为无效，为保护债权人合法权益，原审法院认定，放弃继承行为无效。判决对继承人实际财产价值为限，清偿债务。那么这个案例就是按照的二审案件。

类似的案件有很多，那问题是存有遗产的人，继承法规定，存有遗产的人应当妥善保管财产，任何人不得侵吞争夺。放弃继承有没有保管义务？实体法上没有关于遗产管理人和遗嘱执行人的明确规定，没有被继承人死亡时的财产“冻结”制度。如果说我有一个财产冻结制度，这人一死，他的财产冻结了不能动，不能动辄无效，那债权人相对来讲他的权益还有权保障。那你死了不声不响的，我几年以后才知道，或者说我最后一个知道的。我放弃继承，如果说你没有这些制度的话，那起诉到法院，我告谁去？第二可能难以实现遗产清偿目的，或者说能但是有较大的障碍和麻烦；第三无法防止债权人、继承人，利用便利的身份侵吞遗产。这是实体法的问题。

上海闵行的案子。这个案子里面你看你又是买来的卵子，提供卵子的母亲和孕育的母亲，和养育的母亲是不一样的，基因母、分娩母和抚养母三个不一样，基因父是明确的死掉的。所以判决结果我们也知道，是给他的爷爷奶奶了。爷爷奶奶跟他有最近的血缘关系，把母亲排除在外了。

那么这个里面亲子关系的确定，立法上由什么确定？人工生殖子女的亲子关系，到底如何确认？基因父、血缘父、法律父，那么同样母亲也是这样的，我们这个案件的母亲就是三重母亲，子女有对出生的知悉权，子女知悉自我真实出生的权利，是一项具有高度人身属性的权利。

有的国家把它上升为宪法性的权利，但是血统真实和身份安定如何协定？需要实体法思考。儿童利益最大化如何去体现？所以说在民法当中的时效问题，在身份法里面有没有时效问题？有的时候有没有善意的谎言的问题？国外的传统，实体法没有人工生殖问题，所以传统实体法确定亲子关系，一为亲缘，二为收养。血缘怎么来的，母亲跟子女出生分娩，这个事实确定了，但是现在有人工生殖了，分娩不一定是他的母亲，因为你是出借子宫的。

然后现在社会增加了很多，比如说人工生殖子女的亲子关系，尤其是非法出生的子女。比如说那个孩子，上海

闵行就是非法出生的，但是孩子不是非法的，出生的过程父母是非法的，但是孩子不是非法的。那你怎么去规定，这是亲属法任重道远的事情。所以说家事诉讼立法，不是说我们坐下来研究一下，抄抄条文，明天就出来了，抄条文好，但是你没有支撑怎么行？实务中问题多多。

第三，我们就说家事法官的思维。我们说我们现在家事的审判的实践走在前面了，我们也培养了一批家事法官，要有家事审判的思维。那我们说家事思维切忌单一化的思维，要有类型化的应对思路，理性认知的应对诉讼法理、非讼法理、交错试用的原则，要活化家事调解。

有的人说你们家事调解就是和稀泥，我说那是你不理解，我们家事审判也是专业化的，不是你想的老大妈就可以了，那是以前。现在老大妈也不灵了，有一些传统性乡土的关系还在的老娘舅、老大妈还有用。但是现在有多少是属于这种类型？所以我们要运用调解的技术，我们要有技术派的人，不仅仅是和稀泥的，和稀泥我们是需要的，不是不需要的，还有借力社会公益和公益机构，注意统合处理。不要深纠纷，比如说这个纠纷不统合处理，我一揽子解决。我就管我这一块，我这块解决了，后续我不管了，是其他法官的，这是不负责任，既对国家不负责任，也对家庭不负责任。

举个例子，比如说男的60岁，女的25岁结婚了，结婚以后住在某个地方，之后女的就跑掉了，没有履行同居义务。这个老头多次跟女方沟通，没有结果，女的不回来。甲向法院起诉，要求女方履行同居义务。请问同居义务是否有可诉性。法院应该如何处理同居事件？诉讼后果如何？有没有可诉性，一个是立法问题，一个是司法问题。

难道义务履行一定是强制她做这个行为吗？我可以诉，可诉以后我怎么处理，我可以调节，可以判决，这个判决不可强制执行。所以不是说有判决都可强制执行，这是一个。假如说甲男向地方法院家事法庭起诉离婚，同时请求女方偿还向他借的款项100万，法院怎么办？这个是不是可诉的问题，怎么处理？我认为可诉，只要是立法的规定，就可诉。怎么处理？调解。

再看一个案例。甲男与乙女结婚，生育一个儿子丙。后甲发现乙女婚姻关系存续期间跟丁交往通奸，并且将婚后个人财产赠送了丁。因协议离婚不成，起诉要求法院判决离婚，提出了离婚请求。离婚总额赔偿，撤销财产赠予，分割夫妻共同财产等等，男方提出这么多的请求，我们法官的思维，你看这么多的请求，我要统合处理。但是大家看，这些诉是什么性质的，能不能合并审理？我把他分类一下，请求离婚那是家事身份诉讼，离婚损害赔偿是家事财产诉讼，撤销财产争议是一般财产诉讼，分割夫妻共同财产是家事财产诉讼，未成年人子女抚养是家事诉讼事件非讼化，争夺抚养费，家事非诉事件。

所以我把它做了这样的区分，为什么要区分？你头脑里面有一根思维，也就是说这个我用诉讼、法理。那个我要强化保障当事人的程序权利，那个我要强化职权的调查，强化法官的职权作用。所以你看这样一些东西能不能合并审理？需要立法规定，法官也应该有这样的思维。

所以我们看台湾地区是这样规定的，数个家事诉讼事件，一概得以合并。只要是家事诉讼事件，一概得以合并。家事诉讼事件与家事非讼事件，请求权基础事实相牵连的可以合并。对于一般性的财产案件，能不能家事财产案全和审办案件合？那么台湾地区的家事事件，如果基于合意我就可以合意，如果基于统合处理必要，或者当事人已就本案为陈述的，我也可以统合起来，除此之外，我已经把民事案件移送到其他的管辖法院去进行。有这样的立法，我有这样的思维，这样的案子在审理的时候就容易了。

最后一个案例甲男与乙女结婚，生有一个儿子丙。后两人因性格不合，分居一年有余。甲男向法院起诉离婚，要求离婚后对丙行使亲权，同时请求法院乙代垫未成年子女抚养费，以及离婚后未成年子女将来抚养费。本案存在几个家事事件类型，法院可以依据职权命调查官调查特定事项？特定事项是指哪些事项？能不能去调查乙女的财产状况？待定抚养费和离婚后支付抚养费有什么区别？程序法有没有区别？调查费用谁来支付？那么这些问题我就讲一个代垫抚养费和离婚后支付抚养费的问题。

案件类型刚才我们已经分析过了，离婚事件家事诉讼、身份诉讼、亲权确定时间、家事非讼事件、离婚财产分割事件、家事财产事件、代垫抚养费家事财产非讼化事件、探望权事件、家事非讼事件。所以我们先把这个事件分割了一下都是可以合并的。

那么这个里面需要进行程序法理的交错，这个里面垫抚养费是过去发生的事实。他可能存在不当得利返还的请求权基础对不对？我们生活中也有，说我代垫的抚养费我现在要求你支付。那代垫抚养费支付，法院有的会困惑，到底子女去起诉要求父亲来支付代垫抚养费还是由母亲来代为起诉？我个人觉得应该是母亲，因为母亲已经帮你花了这个钱，代垫是我垫的，我花的钱是我花的钱，母亲应该是起诉。

代垫的抚养费本质上来讲，因为是过去的，所以有请求权基础这样的不当得利也可能存在。但是未来抚养费就没有这个基础，未来的抚养费，还有10年，孩子在我们这还有十几年，你要抚养费。但是这两个都是抚养事件，原事件你要统合处理。但是统合出来的案件程序法理是不一样的，代垫抚养费反映必须根据事实资料和证据资料进行同意。比如说我有清偿、时效抗辩，我可以提出抗辩。当事人原则上可以自认，我可不可以不要？可以。但是未来抚养费包括数额和给付方法，一方面在声明上有处分权主义的特别规定，比如台湾地区的规定，法院命其付家庭抚养费、赡养费的方式，并给付方法不受申请人的约束，所以说是缓和了处分权主义，不是完全的处分权主义。

另一方面，法院也必须审查父母各自的经济能力及未成年子女的最佳利益，而为适当性裁量判断，因此父母可以完全处分的，父母说我不需要抚养费了可不可以？不一定。因为你根本没有能力，他有钱但是你都不要付抚养费了，我自己砸锅卖铁去养活孩子，法院同不同意？因为不是你自己，因为涉及到未成年人利益。所以法院对于裁判权的事实和证据，法院依职权调查，不利于子女自认的，法院不受约束。法院来讲没有这个思维肯定是不行的。

今天我的汇报到这，不当之处请大家批评！

主持人：促使我们看到陈教授从调查中，从实务和案例分析中，让我们看到了当前立法的必要性和紧迫性。希望您这个调查继续下去，我们大家如果有相同的看法都给她提建议。

**主题：家事诉讼程序立法展望、家事审判改革经验及家事诉讼程序相关问题交流第二时段：**

### **家事审判改革经验及家事诉讼程序相关问题交流**

#### **分享主题一：家事审判改革经验介绍**

**分享人：吴广辉法官**

**吴广辉：**尊敬的各位女士们，先生们，大家晚上好！

我来自山东省武城县人民法院。用肖伯纳的一句话，来开始我今天的分享。你有一个苹果，我有一个苹果，如果我们交换的话，每个人手里有一个苹果；你有一个思想，我有一个思想，如果交换的话，可能有两个思想。也就是说思想的交流具有倍增的效果，这就是说我们这种论坛，开展的必要性。

今天，因为时间的关系，给我的时间不是太长，就15分钟，我能尽量地把我们山东省武城法院做了好多探索和努力的工作，给大家尽量展示一下，不当的地方请多多批评和指正。

我汇报的内容是《家事审判改革经验介绍》，两个方面的内容，第一个方面家事审判方式及工作机制改革的总体要求，他的必要性可能在座的各位都有所了解，可以说我只是点点题目；第二重点是要建设武城县法院家事审判方式，及工作机制改革的一些试点工作。

简单的说一下，为什么要进行家事改革方式和工作机制改革？最高法院给我们三个原因，第一婚姻家庭关系是社会关系的基础；第二中国婚姻家庭关系需要稳定，第三我们的审判方式和工作机制不适合家事审判的需要。

现在为什么要改革？第一个理由，就是说现在的离婚率居高不下。这是一个统计的数字，2015年民政和法院都没有统计出来，大家可以看一下民政统计的数字，每年都在240万以上。全国法院受理的数额这些都是60万以上，也就是全国的范围之内，我们每年产生的离婚纠纷是300万对以上，涉及应该是600万夫妻，如果再加上孩子的话，每年涉及的人群要超过1000万，如果家庭的父母再加上的话，可能全国的数据要达到2000万，这就是我们现在离婚案件的基本情况。

基本的说武城县现在登记结婚的数字是逐年减少，作为一个县级的行政单位，2014年的时候3000多对，2015年就减2045。但是离婚的是逐年增加，到2015年的时候，一共在法院和民政局登记离婚的数字，已经达到1100多对，接近当年结婚的50%。第一个就是说离婚这个事件，这种纠纷对孩子的影响是相当大的。就是离异家庭的孩子因为缺少家庭的关爱，他们会去上网，有一些可能极端的要去吸毒，还有的缺少家庭管束的会出现校园暴力。再一个统计数字，70%的未成年人犯罪来自离异家庭。

所以未成年人应该是我们祖国的未来和希望，但是结合离婚数额和对孩子影响来说，如果一直这样下去的话，我们的祖国有没有未来，这需要打问号的。然后就是说如果家庭这个稳定的基础没有了，我想对老人的赡养和关爱，他自己的事情就做不好，他还有心情去赡养老人吗？

我画了一个图，社会正常的状态应该就是稳定的婚姻，婚姻的家庭，健康的孩子，构成一个和谐的社会。不稳定的婚姻，不稳定的家庭，问题的孩子，就造成一个社会不稳定，大而化之的话就是国家无未来。中国的婚姻家庭，也需要稳定，更需要稳定，影响中国婚姻家庭的社会原因还要多，就是说现在社会变革，首先第一个理由，就是说现在1.2亿农民工进城，尤其是小姑娘进城，看到了中国现代化的进程，也对她们的婚姻、思想，产生了极大的冲击。

再一个由于中国现在的男女比例的畸形，现在男的比女的多3360万人，据报道能产生3000万个男光棍。然后高职女性在大城市当中，大家都明白这个原因她们也成了剩女，现在的剩女也是比较多的。然后交通工具和信息技术的快速发展，原来从德州，我们原来是5个小时到北京，现在是一个小时到北京了。还有手机一个微信让人瞬间产生联系，达到一个结果就是说用网络语言，世界上最遥远的距离，不是生死而是我在你身边，你却在玩手机。

再一个最高法院说的传统的民事审判方式不适应家庭案件的需要。刚才陈教授给我们做了精彩的分享。说一下我们实务方面的问题，第一无专门程序法，沿用民诉法和民事诉讼法的解释。民事诉讼法实际上，它主要是对财产关系进行审理的程序法，是对抗性的，而不是离婚或者婚姻家庭当中的人心属性和伦理关系纳入进行归置的，他就是说一步到庭；

第二，具有人心属性和伦理属性，没有专门的法律规则的话是不行的。

第三，“案多人少”这样的矛盾，一直压着我们喘不过气来。

第四，审限。现在婚姻家庭案件和普通的案件没有什么区分，简易程序三个月，普通程序六个月。搞调解三个

月能解决吗？他们可能生活了十年、几十年的纠纷，三个月给你用调解的办法去解决，能解决根本吗？不可能，现在的审限也是审查方面一个突出的问题。再一个就是刚刚说的，民事诉讼法并没有把人身和财产关系进行区分。

我们简要的说了一下，现有的庭审方式容易对当事人产生二次伤害。本来两口子离婚是两个人之间的事情，现在原告起诉被告了，把本属于双方的隐私隐秘的，只属于两个人之间的事情，暴露在第三个面前，而且是一个公权力的第三个面前。你想想，如果离婚案件开庭了，再想去调和，就太难了，二次伤害两个人已经撕破脸的，调和的余地越来越少。简要的说一下我们为什么要进行改革。

改革你要有一个改革的指导思想，没有指导思想容易跑偏，所以说我们按照最高人民法院的要求，这种改革思想，就是维护家庭的和谐稳定，保护未成年人妇女老年人合法权益，为建设和谐社会奠定基础。这里有一个顺序的问题，原来是妇女儿童老年人，现在改了把他改成未成年人第一。最高院的意思，就是要家事纠纷当中，把未成年人利益最大化，作为一个原理去处理。

然后就是说我们家事审判的职责是什么？就是刚才我说的一套，你坐在中间就开始审，任由原被告去抗辩去，行不行，最后做出一个判决来，判决给你做出一个公正来，只能给你打个及格的分。家事审判职能是维护稳定的婚姻关系，这是第一位的。但是不能说我以稳定的婚姻关系，就不保护离婚自由了，他们是辩证统一的关系。

怎么辩证统一？我们要考虑靠婚姻危机和婚姻死亡的区别。也就是说我们的领导一句话就是说，危机的婚姻，我们要进行救赎、修补，以调和为终极目标。死亡的婚姻，我们要叫他们和平分手为终极目标，至少不让他们成为仇人。

维护和谐的家庭关系主要指的是赡养。在赡养的审理过程中，我们一定要把中华的孝文化贯穿于始终。这里我也不多展开讲了。

如何开展家事改革？第一个从多元化纠纷机制改革入手，构建新型家事纠纷综合调解模式。这个我们也做了，而且把这个调解模式向前延伸到了诉前有诉前调节，往后延伸到诉后，探后我们有回访制度，在回访的过程中，我们也要去贯彻调解原则。第二，以审判为中心的诉讼制度改革入手，对家事审判程序进行改革；第三从司法人员分类管理改革入手，明确法官、司法辅助人员职责分工，探索构建家事纠纷的综合解决模式。

就这三点，这三点也是互相融合的并不可分。就是你中有我，我中有你，你根据这三个层次一点一点去改就行了。

我们就是说武城法院的改革措施，具体的我想也给大家介绍一下。我们一共就是说分了这么几步：第一是团队的建设。就是说建议专业的人，去做专业的事。你要想审理好家事纠纷，得有专门的家事合议庭，所以说我们接了改革任务以后，马上成立了有独立编制的家事合议庭。

第二个改革不是法院一家的事情，绝对法院一家办不了。所以我们要做一些工作，做一些团队的建设，第二个就是我们组建了心理测试员、心理咨询员团队，组建家事调查员，回访员团队，其中还有一些家事调解员，我这里没有写，因为家事调解员和综合调解模式是相通的，实际上我们等于组建了支团队，它是我们整个改革的中心，是指挥的，也是协调的。然后心理测试员，心理咨询员，家事调查员，家庭指挥员，家庭回访员，他们各自的职责有所分工。

审判团队的家事合议庭，主要是这些人员组成，司法辅助人员，就是这些人员组成，就是这五类人员组成，调解员、调查员、测试员、辅导员、回访员，他们都有自己的工作，有调解工作，有调查工作。根据我们的指令，可以进行心理测试，心理辅导，对特定的事项进行回访。为了便于管理，尽可能的把调解贯穿到家事审判的各个过程，我们自己成立了法院主导下的特约调解委员会，他的主要成员就是内部的退休法官，还有我们的爱心人士，爱心人士那边是四德建设的一个模范县，还有爱心联盟的成员，他们都是根据我们法官的指令去做我们的调解工作。

山东那边多元化纠纷解决机制搞的比较好，他们的调解委员会，也是相对来讲比较发达的，各乡镇、各村庄都有，我们也把它纳入到我们家事审当中来，这是第一步做了一个团队建设；

第二步我们完善了工作机制。根据相关的一些规定，加上我们的探索，主要在以下的几个方面：第一个规范家事案件的受理范围；第二个完善家事调查，家事回访制度，第三是实行离婚案件财产申报制度；第四引入了心理疏导机制，创新性的搞了“冷静期”制度；第五修复感情，挽救婚姻计划书制度；第六完善了人身安全保护制度；第七实行离婚生效证明书制度。

第三步我们创新完善庭审方式。我们现在的婚姻家庭，完全实行了不公开审判原则，第二贯彻当事人亲自到庭原则；第三坚持未成年人利益最大化的原则，主要体现在两个方面的工作，第一个就是说如果夫妻双方对孩子的抚养没有着想或者都不抚养孩子的话，即使你们同意离婚，我们法院也不会给你离婚。再一个对于婚姻死亡的案件，如果说一定要判离的情况下，我们要在离婚之前，给未成年人做心理疏导。我们一定要给他疏导，如果不疏导的话，刚才我说的祖国还有未来吗？

第四，改变对抗性庭审模式，不是说原告说离婚就离婚了，创设性的搞了一些小的技巧。先别说你离婚的理由，先说对方有优点吗？有一个你说一说，对方有让你感动的事吗，如果有要说一个，可能就是说在庭审前，会播放一下他们的结婚的录像，婚纱照这一块我们也在庭审之前做一下。第五，适当放宽家事审判的审限。

第四步，搭建家事纠纷的综合协调解决平台。第一，当地党委高度重视，各部门积极联动；第二，和家事审判有关的，像妇联的、民政局、教育局、关工委，我们做了一个协调的联动机制；第三，建设“家和平台”网络，线上线下都要去做。

第五步，构建了家事纠纷的综合调解模式，刚才我也介绍了，也不再多说了。

第六步，建设了配套的硬件设施，把轻松温馨，家庭责任，亲情维系，宽松理解为内涵，以和为主旋律的审判法庭，儿童托管室，家事专门调解室等等都做了。

初步的成绩，就是说整个做下来了以后，从事家事审判人员理念改变了，改变以后一个数字很容易说明问题，去年我们调解结案的案件接近200件，没有一起调解和好的，都是调解离婚的。现在就是说调解成功了10多对，诉前也有，诉中也有，法官理念一变马上就有效果，然后由于诉前调解机制，设立了我们的受案数量，实际上总体效率是增高了，因为大约实行20天的强行调解以后，这一个月的统计，我们立案了51件。但是现在进入诉讼程序的只有13件，那些冲动情绪的就不要再离婚的。

再一个就是面临的困难，百姓的认知度比较低，现在你搞诉前调解，上访的情况也有。在座的法律工作者，律师不配合你想调解，我的时间是钱，不开庭去调解又浪费时间，他们也不太理解。第二个联调联动等机制，还不能有效运转，需要时间和精力。第三是法官前期的工作量现在是成倍增加，当然辅导人员到位以后，可能要好一点。这是我们做团队建设的一些照片。

已经完成的项目是25项，这是总的操作流程，以家事审判庭为中心展开这些工作。这是我们的制度建设和图标。最后是家和万事兴，谢谢！

**主持人：**我们也注意到德州市武城县人民法院是山东省家事审判试点单位之一，应该说他们从改变理念，建立六支队伍，到完善了庭审的制度，以及我们看到取得了很好的效果，应该说都有很多。希望院长您把这整理一下，把文字的稿分享给大家，可以再小范围交流。我认为确实是一个很好的做法，从摆设上也不用对抗，还要放过去的温馨的照片，建立轻松温馨的调解制度，确实是有意思。

我们下一个要分享的是创造家事审判工作制度，倾力打造全国试点法院，分享人是沈北斌！

## 分享主题二：创新家事审判工作机制 倾力打造全国试点法院

分享人：沈北斌法官

**沈北斌：**非常高兴能够有机会参加这次论坛！

我来自安徽省马鞍山市雨山区人民法院。首先向各位介绍一下，马鞍山这个城市，马鞍山是皖江城市带安徽的一个地级市，毗邻南京市，过去是被誉为“江南一枝花”的钢城，因为马钢在这个城市里面。1993年以来马钢作为大陆的钢铁第一股在香港上市，这些年来，马鞍山市除了钢铁产业以外，其他的产业也在不断的发展。同时马鞍山市他的历史不长，但是有较深的文化底蕴，被誉为诗城。为什么是诗城？是唐代诗人李白的终老之乡，《望天门山》，就是再现了当时长江流域壮美的图景。有了这些文化底蕴，一刚一柔，刚柔并济，也使得雨山区法院的家事审判工作落地生根。

现在我受王委员长的委托，在这里和大家交流一下我院家事审判的工作。最近，雨山区法院也被最高院正式确定为全国家事审判改革试点法院，我院之所以有此殊荣，主要倚仗于这两年，正逐步开展并完善多元化创新举措，在不断推进家事审判改革的历程中，雨山人风雨同舟，以真诚和关爱，抚恤人民心灵上的创伤，用智慧和汗水铸就了法治光辉中的璀璨。凝心聚力，抒写崭新的篇章。

下面我就我院的家事审判改革工作，简要的说明如下。刚才德州法院的院长也介绍了他们的一些先进的做法经验，当然我们也有很多做法和他们有很多相似的地方。首先，我今天发言的主题是《创新家事审判工作机制，倾力打造全国试点法院》。

第一，打造新型审判模式，营造家事特色氛围。审判家事案件，不止是在法律上分清是非，更重要的是以法理情并重，着眼于纠纷化解。雨山法院成立了专门化的家事审判庭，对传统的审判法庭的布置模式进行了改造，一是采用圆桌审判方式，圆具有柔和的品质，给人以亲和感，使当事人摆脱传统的庭审模式下的压迫感与疏离感，更令本具有亲属关系的当事人双方，搭建起情感沟通的桥梁。

二是对法庭进行家庭化布置，以丈夫、妻子等成为标牌缓解原被告之间的情绪，以播放结婚的录像，家庭照片的形式，唤起当事人的美好回忆，以张贴温馨的标语、贴画，构建浓郁的家的温暖，营造温馨的环境，突出和的理念。从而缓解双方对立的情绪，也有利于矛盾的化解。鉴于以情感为依托的家事纠纷，绝大部分具有人身关系的属性，这一特殊性，我院由此规划完成了家事审判模式的升级改造，于其中融入并贯穿亲情修复理念，为进一步创新家事审判改革机制奠定形式基础。

第二，拓展多元思路，创新审判工作机制。我们做法一是三表一调定纷争，雨山法院在处理家事纠纷案件中，不断拓展审判工作思路，建立完善未成年子女抚养调查表，经济调查表，回访情况登记表和全程调解表。

家事案件一经立案，审判人员立即着手，对当事人财产状况、家庭环境、生活状况，未成年子女等进行调查，为案件的调解和判决提供了参考。针对第一次判决不准离婚的案件，家事审判庭法官会对夫妻感情，在判决后六个

月的修复情况进行回访，一般的回访最多是三次，及时了解当事人的生活和感情恢复情况，对存在的问题和困难尽力帮助解决。

二我们的做法，是四员联动化干戈。年初我院家事审判庭设立了家事多元调解委员会，力求在家事矛盾纠纷化解上，注入多元调解力量，特别是注重于市、妇联、组织建立婚姻家庭联合长效机制，共同制定了关于家事纠纷诉调工作的实施意见，预防和化解婚姻家庭纠纷。家事调解委员会侧重于与外界相关组织合作互动，当然家事化解平台，引入四员参与，解决家事纠纷。四员分为家事调解员、情感观察员、家事调查员及心理疏导员。从调解情感、调查分析、心理辅导等角度，协助家事审判工作，有效提升家事审判的整体合力。家事调解员的职责，为征得当事人同意的前提下，接受法院委托，开展诉前的调解和诉中调解。主要包括妇联干部、退休法官、退休检察官等等。

目前我们有3名专职调解员和9名兼职调解员。家事调解员队伍共有3名，主要是从媒体、律师、妇联等领域聘请的专业人员担任。通过实地的走访当地村社区，与当事人面对面的交流，对家事案件当中的问题进行深度的挖掘，引导当事人进行自我评价和反思，并对家事进行调查分析。情感调查员是由我院的专业工作人员进行担任，通过对案件审理过程进行旁听，对当事人心理情感等情况进行评估，并形成分析报告，提出意见供法官参考。此外，我们还吸纳了三名专家学者，心理咨询师、心理疏导员，对情感偏激的当事人，进行心理辅导，帮助其缓和情绪，理性看待问题。

第三，我们通过立案分流，巧干预。在我院的一站式诉讼服务大厅，今年初正式升级改造完毕之后，诉讼服务中心实行了案件分流机制，将适宜调解的案件，分流至夕阳红调解中心，由该中心负责案件的调处工作，其中具备人身关系属性的家事案件被确定为先行调解类，主要由家事法庭联合夕阳红调解中心共同参与，以四员合力化解矛盾的争端，力促案件和解或调解结案。即便案件转入正常的诉讼程度，家事多元调解委员会，仍可以依照承办法官意志，随时并全程参与案件的调解工作。

在以审判为核心的基础上，我院家事审判与家事调节两者并行不悖，相辅相成，在多元化纠纷解决机制改革的道路上，立案分流与多元联合参与，成为完善家事审判机制的不二法门。

四完善制度奠定根基。在家事审判制度的制定下，我院吸纳国外先进审理理论的经验，结合本地实际社会的状况，制定和完善一整套家事审判制度及流程，为合理的应对新形势下，家庭矛盾纠纷，提供了可复制、可参考的一些蓝本。在体系的构建当中，创新点我们认为主要表现以下几个方面：

一是全程贯穿调解程序。在家事调解机制上，形成了疏、劝、帮、教调解新模式，帮助当事人缓和对立情绪，注重家庭的整体和谐。打造由特邀调解员、人民调解员和法律援助志愿者等组成的婚姻家庭调解团队。调解人员一般都具有丰富的社会阅历和人生经验，有些则具备丰富的法学、心理学、社会学等方面的专业学知识，对家事纠纷的调解作用显著。

二是不主张公开审理。家事案件的审理不便于公开，主要是考虑到当事人的隐私保护及未成年人的身心发展，因此在审理当中，尽可能的缩小知情人范围，并对敏感的问题予以保密。

三是当事人亲自出庭。在家事案件当中，往往掺杂一些人身财产关系的双重属性，对于人身依附性的民事案件，在审理中更倾向于当事人的真实意思表示，况且家事纠纷夹杂着复杂的情感因素。在庭审中，情感的宣泄与转变时常发生，会出现真实意愿转变的可能性，因此当事人应亲自出庭，参与庭审的全程。

四是适当采纳未成年人的证言。家庭案件的审理，需侧重于维护未成年人的核心利益，顾及他们的真实感受。现实中，为了切实保障未成年人的合法权益，允许他们不必亲自到庭作证，请家事调查员和情感疏导员代为传达，为一线法官提供作证。

当前雨山区法院在家事审判工作机制改革中，也是刚刚开始，我们还有很多需要学习，需要和在座的各位进行交流，也需要有关的学者和实务专家，到我们那进行调研。在我们王炜院长的倡导下，我院对家事审判改革，已经打下了一个良好的开端。实践中，我们邂逅了很多惊喜，但是在改革的进程中，仍然遭遇了很多的瓶颈。主要表现在以下几个方面：

一是家事的案情复杂多变。在司法实践中对于案件的审理，与普通民事案件的区分度尚不够，家庭案件依性质可分为亲属身份争议和以亲属身份为依据所生的财产争议。那么单纯的身份争议，不关乎财产上的利益争端，具备了较强的伦理性。在审理上我们偏重于家事审理程序的特殊性，运用情感类的软性化解，往往较为有力。

在审理上则处于家事审理和一般民事审理的中间地带，既需要用于处理一般的民事财产争议的硬性的法律规定参与其中，也需要家事审理的特殊程序的介入。有审理上的复杂性和多元性，在实践操作中，需要较多的司法资源，参与案件性质的界定与划分。这也是较为棘手的问题。

二是对离婚案件的定性与考察不足。这里应该注重鉴别的是，诊断婚姻关系类案件中，当事人双方婚姻的状况，明确婚姻危机和婚姻死亡的界限，针对具体情况的不同，采取相应审理方式化解矛盾纠纷。法院审理婚姻关系类案件，可以从当事人婚姻的基础，婚后感情，离婚原因、夫妻关系现状等方面加以权衡，从而推断有无修复的可能性。

以上说的情形参与鉴别和诊断婚姻状况，需要法院配备高质高效的人才物力资源，这一点也已经明确。由此我们与相关的机构达成了合作的协议，相互借鉴有限的物质资源，实现司法资源的良好配置与流通。随着今年各项工

作持续推进，我们作为试点法院，势必会在实践中总结出更多的宝贵的经验，进一步完善各项工作机制。

三是我国家事审判改革势在必行，作为立法亟需出台。家事审判工作机制的全面改革，必须仰仗宏观层面，相关法律法规的制定与完善。我们在不断总结中，也在探索如何形成良性的循环。

今天非常有幸能够与大家分享，刚才也听了陈老师，还有我们德州法院的院长做了交流，我把这些宝贵的经验带回去，和我们的同事一同为我国的家事审判改革工作的，进一步做出我们的贡献。谢谢大家！也期待陈爱武教授到我院指导和考察。

### 分享主题三：婚姻家事纠纷面临的困境与出路

分享人：王宏伟法官

**王宏伟：**各位老师，各位同仁，各位朋友，今天非常高兴参加这次沙龙。我来自河南省宁陵县人民法院。首先感谢组委会给大家提供一次互相学习交流的机会，今天大家欢聚一堂，共同探讨家事审判工作，作为一名基层法院法官，我感到非常荣幸。我也想通过这次沙龙与大家真诚交流，学习大家的先进经验，并结合我们的实际情况，运用到审判工作当中去。

清官巧断家务事，每一起家庭纠纷对家庭来说，都是家庭幸福的杀手。所以说家事案件关系到家庭和睦，关系到社会和谐。作为基层法院，如何担当起化解家庭矛盾的重担，这是我们一直思考的话题。

2014年3月17日，我院成立了河南省首家家事法庭，结合家事纠纷特点，采取五项专业审判措施，积极探索“专业人员办专案”的特色之路。两年多年，共裁判家庭纠纷600余件，调解率71.68%，有力的引导和帮助当事人修补、修缮家庭婚姻夫妻关系，取得了案结事了的效果，赢得了人民群众社会各界的广泛赞誉。今年2月17日，最高人民法院常务副院长沈德咏到我院调研时，对我院的家事审判工作给予了充分肯定。

下面，我向各位同仁重点汇报一下我们采取的五项措施：

一是选拔“清一色”女法官。选择什么样的人审理家事案件，是家事纠纷的核心与关键。家事纠纷具有私密性，我院家事法庭的创建之初，选拔善于做调解工作，社会生活经验丰富、性格温和、责任心强又具备心理学知识的法官，担任家事审判合议庭成员，负责家事案件审理。

二是打造家庭式的审判庭。在审判庭场景的布置上，我们采取了“圆桌式”的布置，代替过去高高的审判台；在审判庭外，设立了以家文化为中心的文化长廊，一改原告、被告等专业术语的称谓，改用丈夫、妻子、儿子，父亲、母亲等温馨的家庭理念，让当事人到了法庭，感觉像到了家，这种“家庭式”审判庭的打造，缓解了双方的对立情绪，无形中为矛盾化解增添了助力。

三是开辟“课堂式”教育。家事审判不是你输我赢，也不是谁对谁错。我院坚持“和”的理念，以“孝”、“理”、“让”、“德”为主题积极开展孝文化，为当事人开辟了交流的第二课堂。

四是开展“拉家常式”调解。婚姻家事类案件具有强烈的伦理性，案件中掺杂着亲情。如果仅凭一纸判决，不能从根本问题上解决当事人的矛盾。我院布置了调解温馨室，总结出一套行之有效的息诉方式融合情理法，开庭流程如拉家长里短，交谈“法言法语”变为拉家常式的交流方式，让当事人感觉开庭就像拉家常，既体现出法庭特色，又突出浓厚的家庭特色。

五是探索“专业化”程序。家事纠纷特殊而复杂，涉及伦理、身份、财产、子女、亲情等多种关系，而且具有私密性和人身依附性，存在举证难，认证难等，不难简单的把家事案件等同于其他普遍民事案件。我院尝试以完善家事审判程序为依托，一是对家庭纠纷案件实行“离婚诉讼冷静月”，即对家事纠纷案件不急于开庭下判，适当推迟开庭时间2-3个星期，以期当事人能够理性对待家庭矛盾，便于家庭纠纷的和好与化解。二是采取不利人群隔离规则。家事的和谐稳定最终依靠双方当事人，特别是离婚案件更是如此。在案件庭审或案件调解参与人员选择上，对一些容易激化当事人矛盾的亲属朋友等不利人群进行隔离排除，避免部分不利于的矛盾激化到亲属朋友对双方当事人产生不利诱导。三是以不公开开庭为原则。作为家事纠纷案件，往往涉及当事人之间的家庭隐私，“家丑不可外扬”，是许多当事人内心深处的想法，并不愿意让外人知道，注重保护当事人的隐私，让家务事在家人之间解决。

以上五点是我院成立家事法庭两年多的一些不成熟的做法，不妥之处，请大家批评指正，谢谢大家！

### 分享主题四：《关于家庭案件的执行问题现状及改革》

分享者：季风建法官

**季风建：**感谢主办方给我机会，汇报平时第一线工作及个人研究状况。我发言的题目是《家事案件执行实务及改革前瞻》。需要说明的是，本次发言不代表任何官方观点，纯属于个人的思考，如有不当之处，请大家批评指正。

关于家事案件的范围，根据最高人民法院《民事案件案由规定》，主要是婚姻家庭纠纷、继承纠纷以及相关的执行异议。家事案件执行绝大多数属于财产纠纷，少数属于人身纠纷，故绝大部分可以强制执行的，但是有一部分能否强制执行有争议。这主要涉及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条第一款关于“给付内容明确”的规定，这一点在家事案件执行领域存在比较广泛的争议，主要涉及到实践中常见的车辆、房产等执行问题，此类裁判文书往往因被认为不具有给付内容，按理应依法驳回强制执行申请，但人民法院实际上很难驳回强制执行申请，这种情况下的解决办法是在原有裁判文书之外增加过户的规定。如例所示，

此调解书只确认了车辆归属，执行裁定书在调解书主文内容之外增加过户的内容，这样就解决了因给付内容不明确而导致无法强制执行问题。

下面我讲一下家事案件执行的普通流程。其依据的文件包括2007年1月1日起施行的最高人民法院《关于人民法院执行公开的若干规定》、最高人民法院2014年9月4日印发《关于人民法院执行流程公开的若干意见》以及2015年1月1日起施行的最高人民法院《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》。我本人把家事案件执行程序总结为共10个步骤，六次分流。

在此之前是执行前准备，就是立案受理与执行局分案，主要是审查是否立案登记的条件以及分案后的发送执行通知书与财产申报表、风险告知书。

执行流程的第一步和第二步承办人接到强制执行申请之后，对案件进行审查，主要审查是否符合强制执行的条件，相应的就会做第一次和第二次分流。

在第二步承办人拿到案卷后，就会对申请人和被执行人进行内网的身份核实，当然如果没有被执行人身份证号的情况下，会在外网进行查询，附图就是我在内网对我个人的身份核实。大家可以看到，具体信息包括姓名、性别、出生日期、地址，以及公民身份证号。

第三步，就是内网的自动财产查询（第三次分流）。主要查询的被执行人名下的存款、车辆和房地产，附图是我个人承办的一个案件，尚在执行当中。可以看到内网首先查询到被执行人名下财产情况，可以看到没有车辆登记信息，房产登记信息有2条，银行登记信息有25条。

第四步，就是通过全国法院网络查控系统进行查询（第三次分流）。大家可以看到，这个可查控内容很多，可以查车辆，可以查网络银行中的阿里巴巴、财付通、京东，还有全国性的共21家银行。值得注意的是，这个查询系统非常方便，但是冻结和划拨功能现在尚不实用。

在查询完之后，就是第五步，到对财产的初步处置（第四次分流）。当然在这个过程中，对于家事案件而言，很少直接进行划拨，一般来说都会采用先冻结再联系督促被执行人自动履行这样的工作模式。

第六步就是联系被执行人，督促自动履行（第四次分流）。此步骤中继续核实立案准确性；以督促自动履行为目的；再次为采取强制执行措施提供依据。

第七步是联系申请执行人（第五次分流）。此步骤中，要进行相关核实工作，如果申请执行人要求我们强制执行，我们会找被执行人并采取拘留措施。

第八步是强制执行，主要是找人、拘人（第五次分流）。当然值得注意的是，一般来说我们找人只会找三次左右。

接下来就是第九步采取其他的强制性措施，像限制消费、纳入失信被执行人名单、进行边控等。

做完以上这些可能我们的案件就进入第六次分流，也是最后一次分流，第十步结案。当然，各个结案方式比较复杂，在此就不一一详述了。特别需要指出的是本次执行程序终结。这种结案方式，根据最高法院的规定，程序要求是非常严格。我总结了一下就是材料的要求特别高。所以若家事案件走到了终本的程度，那么可以说确实是暂时没有任何的能够实际执行的办法了。

下面是第三部分，我想分七大方面来讲一下家事案件执行实务中的具体问题。

第一个就是大家普遍反映的探望权难问题。探望权的执行难是当前探访问权执行的一个客观实际，最大的问题就是很多裁判文书，关于探望权的具体内容不明确，导致无法强制执行。再一个就是子女隐匿问题，以及采取强制执行措施可能会对子女导致心理伤害或者不良影响，这样导致实际上探望权面临着无法强制执行，不能采取强制执行措施这样的状况。所以实践中主要靠执行员一一说服教育，说服当事人自动履行。我把这种工作模式总结为四个字“靠嘴执行”。我个人的建议是要在探望权的裁判文书一定要达到六个要素的要求，最好写上不协助探望的惩罚。当然可以引入监督探望、视频探望等探望权执行的新方式。更为重要的是我们要统一探望权执行程序规定以及结案标准，当然具体的内容大家可以看一下我向研讨会提交的探望权执行难、执行乱问题及解决一文。

第二个就是与探望权有关的抚养权的确认或变更，实际上就是关于子女交付的执行问题。就是目前来说，面临着离婚前抢孩子，离婚时争孩子，离婚后隐匿孩子这样三部曲，司法实务中关于抚养权的确定也有一些乱象。就我个人的意见，认为解决这个问题的关键，就是子女交付现在尚未列为案由，导致抚养权权利人维权部门，导致法院执行没有明确的依据。最终导致实际上子女交付的执行，都靠执行法官个人去做个人思想工作来最终完成的。我个人的建议是要把子女交付单列为案由，并赋予相应的裁判文书强制执行力。

第三个问题关于抚养费、扶养费、赡养费的执行。三费标的小，大多能实际执结（个人实际执结率在95%左右）；择校费、补课费、脐带血保存费、保险费、取暖费、租房费、洗牙费、镶牙费等在诉讼时不可模糊，否则不能申请强制执行。当然如果不是涉外的最好不要选择一次性给付三费，因为很容易导致执行和解以及增加请求权的丧失等。

第四个问题关于唯一住房的执行。我的总结是查封始终是没有限制，处置是有风险的，司法解释有变化。根据2005年《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，对唯一住房的执行，查封无限制，拍卖、变卖或者抵债的必须是超出必需的房屋。故一般认为，唯一住房不能处置。但是，2015年5月5日起施行的

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》打破了“唯一住房不能处置”的神话。简单总结就是，房屋交付之强制执行，只受“三个月宽限期”的限制；金钱债权对房屋的强制执行，受扶养人有其他房屋、执行依据生效后被执行人转移过房屋、提供廉租房或5-8年租金的，可以处置。这一规定未区分是否唯一住房，但实际上给唯一住房的强制执行划了一条红线：房屋交付不受限制，金钱债权执行靠金钱来解决。如第一个案例显示，由于被执行人所抚养人的名下还有另外的房屋，这种情况下是驳回了被执行人关于唯一住房的异议。第二个案例就是参照当地房屋的平均租金，申请执行人愿意先行扣除8年的异议也被驳回的。第三个案例申请执行人同意扣除5年，驳回执行异议。

第五个问题就是借名买车的执行。大家都知道在北京，由于摇号，导致借名买车现象非常严重。这种情况下如果查封了被执行人名下的车辆问题，能否执行呢？我们可以看一下这个执行异议的裁定书，可以看出在执行异议当中，只要登记在被执行人名义的情况下，对案外人请求解除查封、扣押的异议，就是驳回，但赋予当事人提起异议人之诉的权利。当然在执行异议之诉当中，我所碰到一个最为典型的案例就是，就是案外人有证据证明这个车确实就是他出的钱买的，只是他借了别人的车牌。所以最终审判庭判决车辆归案外人所有。既然归案外人所有，显然要停止对这个车执行。当然申请执行人对判决不满，提出上诉，最终维持了。但就此案，我们了解的情况是二审法院已经向车辆管理部门发出司法建议，因为案外人违反了北京市小型车的数量控制的管理规定。也就是说虽然这个车本身归案外人所有，但是这个车牌将被依法注销掉。有的人可能会问，为什么案外人可以借名给他人买车，但所提案外人异议被裁定驳回呢？理由是《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》对此类问题有明文规定，其基本精神是案外人异议审查中对权利人的判断坚持表面原则。（这一点与案外人执行异议之诉的审理标准严重不同！）也就是说，关于能否排除相互执行，已登记的不动产，按照不动产登记簿判断；已登记的机动车、船舶、航空器等特定动产，按照相关管理部门的登记判断；未登记的特定动产和其他动产，按照实际占有情况判断。有的人可能会问，是不是全部都属于这样？有例外。当案外人异议与房屋买卖合同竞合时，表面原则就可能失效了。根据2012年7月1日起施行的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》和《物权法》的相关规定，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》又设置了案外人的物权期待权。

第六个问题增加（前）配偶为被执行人的执行异议。我在中国妇女报上发的一个文章，题目名称《增加前配偶我们碰偶，为被执行人违反公证原则》。在这里面说明一下，全国各地的做法不一样，我个人的总结是四种模式，北京采取了第四种，就是也不允许在执行中增加前配偶执行人，也不允许强制执行，前配偶或者配偶个人名下的任何财产。当然这里面涉及到增加前配偶或者前配偶为被执行人，主要涉及到是否经过正当程序，以及救济通道在程度上是否合理的问题。在此我不解释，我个人认为，既然最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定了里配偶反证的权利，这种情况下在执行过程中增加（前）配偶为被执行人，就是违法的。当然大家可能知道，这个问题还实际上涉及到债权人、债务人的恶意串通，甚至有人将其作为离婚时或离婚后争夺财产的手段，以上均会严重侵犯（前）配偶的合法财产权利。基于当前中国家庭“男主外女主内”的普遍现象，被增加为被执行人的（前）配偶，大多是无固定收入来源或收入较低的女性，故从促进男女平等的角度出发，亦应反对在执行中增加（前）配偶为被执行人。当然《北京市法院执行工作规范》对此有明确规定。可以看一下例子，增加（前）配偶为被执行人的执行异议申请，都被我们驳回了。当然值得注意的是，在此情况下，申请执行人可以通过诉讼程度来实现救济。在此，我提醒大家注意的是，如果配偶是自愿承担，或在谈话过程当中能确认是夫妻共同财产，或者配偶自愿以其个人财产来偿还，可以增加，且不能反悔。反悔后再提议的不予支持。最高法院2014年出了一个关于自愿增加的被执行人异议被驳回的案例。当然，对夫妻共同财产的执行《北京市法院执行工作规范》有明文规定，但有限制，暨不得超过共同财产价值总额的一半。以上部分讲座，仅适用于北京法院，像江浙沪粤等地可以增加（前）配偶为被执行人，这个问题我相信最高法院也在研究并解决。

第七个问题谈一下最近比较热的人身安全保护令的执行。大家都知道《反家庭暴力法》第29条规定四条人身安全保护令的措施，第32条规定了人身保护令由人民法院执行，公安机关、居民委员会、村民委员会应当进行协助。这个规定，我个人的总结是，人民法院的执行，第一项叫罚，怎么罚？就是被申请人如果违反了第29条的内容，这种情况下人民法院唯一能做得就是进行训诫、罚款、拘留，以及依法追究刑事责任。但我个人在执行过程案件中发现，由于审判庭的民事裁定都是概括列举，实际上就是简单的去照搬《反家庭暴力法》第29条的内容，导致在事实上有有的内容被申请人已经执行了，这种情况下，如果申请人申请强制执行，再拿原来的人身保护令来执行，就可能存在一定的问题。所以我个人的创新就是人身安全保护令的内容，根据重新确认的事实做执行裁定书。就此问题，我个人的观点是人身安全保护令只能由公安机关具体负责执行。具体的理由，一是这是国际惯例，二是根据以前人身安全保护裁定的试点经验来说，人民法院确实是无力执行的。第二项内容就是发，实际上就是送达。涉及到执行裁定和协助执行通知书的送达。我个人认为法院在做出执行裁定书和协助执行通知书以后，要以送达实现公安机关具体执行的目的，并且要实现被申请人法律责任追究的无缝链接，以及确保相关组织协助执行到位。

大家都知道我们的首席大法官周强提出要在三年内解决执行难的问题，就家事案件执行来说，还确实存在着执

行难的问题。对于家庭案件执行改革，我个人给出了一些指导性的原则。我觉得首先基于我们体制的特点，编制决定人员，决定所从事的工作，故我认为家事案件的执行改革，首先至少要做专人或者转组来办理家事案件的执行，因为家事案件的执行和普通案件的执行，确实不一样。比如说三费的执行，我很少一次性划拨。而普遍的案件执行当中，只要发现有财产，那肯定是要划拨的，这是第一个人的建议。第二个人的建议基于家事案件执行的特点，以及执行员很容易选择司法克制的特质，可能会导致当事人的权益受损，故我个人认为要加强对家事案件执行的职权干预力度。第三个建议，就是我们的家事案件执行，必须保持广泛的社会力量的参与，比如说村委员、妇联等等，一定广泛吸收社会力量的参与。最后两个建议，其实主要是针对于子女有关的，就是我们的执行过程当中，一定要把亲子关系的修复作为首要的选择，不能只能为了满足申请执行人探望或者获得抚养权这样的权利的诉求。当然最最关键的，我们不要让子女在家事案件执行当中成为沉默的参与者，一定要把子女的最佳利益作为法院进行家事案件执行人的指导性理念。

我的发言到此，谢谢大家！

#### 分享主题五：香港离婚诉讼法律财产分配程序

分享人：何志权律师

**何志权：**我就香港的离婚诉讼法律财产程序，跟有的法律跟大家介绍一下。

在香港来说，一对夫妇要离婚的话，香港是有诉讼的离婚方式，不是好像国内可以有行政的离婚，香港只有一个方法去离婚，就是诉讼。如果要申请离婚的话，肯定有一年的婚姻后才可以申请离婚，如果你要求在一年内申请离婚的话，一定有给他们一个特别的理由你的婚姻。在申请婚姻来说，什么的婚姻也可以在香港解决。这是说无论你是在美国，英国，什么地方结婚，也没有问题，主要的你结婚的地方是合法的。

那么在香港法庭来说可以可以处理婚姻的解决，要说婚姻的一方，有没有这样的情况出现。

第一，是不是在以香港为居住地为主。第二个情况，以香港以惯常住的地方三年内，第三跟香港有密切的关系。有这三个香港的法院就有管辖权，诉请你申请的离婚。

申请离婚的话，香港处理三件事，主要解决的婚姻的主体，另外就是处理孩子的问题，第三财产的问题，是由一个法庭去处理的主要的事。

在婚姻主体的话，香港申请离婚只有一个理由，就是婚姻破裂到不可以挽救的地步。什么是脱离到不可以挽救的情况，有五种情况可以证实：第一具有通奸的情况；第二行为可以是很多的行为，什么行为基本上是可以接受的，说是一方不可以接受另外一方的行为，比如说很极端的有殴打、吸毒。另外一端很简单，没有爱，甚至没有礼物送给女生，也是一个行为，会要求法庭给你解除婚姻；第三你们分居了一年，双方同意离婚。第四分居两年不需要双方同意离婚；第五，离开了一年，一方也可以申请离婚。所以一方可以争取，一方就可以申请，法庭就会办离婚令。

除了离婚体主体以外，有关孩子有三个概念，管辖权、监护权，探视权。管辖权基本上在香港有两个概念，共同的管理权，还有独立的管辖权当然是一方照顾孩子，也是双方处理孩子。在香港管辖权的概念，主要是有关孩子重要的事物，比如说在哪里读书，哪里住。在 21 岁之前结婚，要给其他一方的父母批准他结婚。

监护权的话，就是一个孩子跟他一起住了，没有监护权的一方父母就有探视权，探视权可以很广泛的，大家不同意的话，法庭会规定一个规定性的探视时间。当法庭除了孩子的管辖权的问题，法庭去处理家庭财产的分配，或者是生活费。基本上在程序上来说，一申请离婚，三个法庭就启动程序，排解经济纠纷，基本上叫法官作为帮双方配偶去达成一个协议，解决他们经济上的纠纷，如果在这个程序上不可以解决的话，法庭才会重视这个问题。

再一个排解的经济，双方要给法律一个经济状况书，就是我们说的一表格。在这个表格里面，你们双方要给法庭表明所有经济的情况，无论你在银行有什么物业，很多情况的全部要写上来的。还有也是把你的其他的什么的债务，也清楚写上来，也要写清楚每一个月的收入，根据你每一个月的开支，全都给法官清清楚楚的写清楚。如果写的不够，另外一方可以法问卷，问另外一方为什么你没有其他的银行账户，账户去年有多少钱，现在为什么没有，可以发很多很多问题的。

那么主要在法庭来说，是找出现在的婚姻财产有多少，才可以进行分配。在香港来说分配财产的原则，现在是跟有具体的案例，这个案件是香港终审案件带来的，在分配财产的时候，公平分配每一个配偶有 50%。不是说每一个人都是 50%，法庭来看具体的情况，比如说要看婚姻的长短来决定另外一方的配偶可以看到 50%或者是多一点，55%或者是少一点。那么比如说要看这个财产是不是婚姻以内的财产，或者是婚姻以外的财产。

什么是婚姻以外的财产，就是婚姻之前所拥有的资产，或者是婚姻期间你们收到的遗产，从你的爸爸妈妈收到的遗产，这个也是可以作为婚姻以外的财产。婚姻以内的财产，就是在婚姻以内，配偶他们可以拿到的财产，这是婚姻以内的财产。有些时候婚姻长短，如果说在香港来说，在结婚之前，如果双方是有同居的情况，同居的情况在香港来说，双方是为了稳定的住在一起，他们有所有的开支，双方一起用，那么才可以有同居的情况。

那么如果是同居好几年的话，算婚姻长或者短的话，如果是同居是三年的话婚姻五年，那么婚姻对法庭来说是八年的婚姻，八年的官司来算的。还有就是如果是双方对财产的贡献，有一些配偶说你在家里工作，没有什么贡献，在家里通常是在女方，在家里照顾家庭本身是一个专业，如果她放弃她事业的发展，放弃她的机会去赚钱的话，法

庭会考虑给她一个赔偿的情况。换句话说，就是分配 50%之后，再多给一点点损失的一方。

所以基本上公平的分配，香港地法庭会看很多其他的案例。每一个法庭所判的例，会对另一个法庭一个很有用的指示。如果这个判定他，比现在处理的高一级的话，他的判令上一级的法庭一定要根据上一级的判令，所以这是基本的原则。

如果不可以解决这个问题，处理的法官会要求另一个法院去处理的。那么法官会听各方面的意见，决定怎么去分配家庭的财产。

今天我发言的到这里，谢谢各位！

主持人：应该说我们的论坛明天才开始，但是我们今天晚上就已经这样热火朝天了，用了三个小时的时候，我们聆听了五个专家学者和法官的经验分享，从他们的经验当中，我们了解了我们各级法院，尤其是试点单位，在民事家事案件审判程序中的改革和现状，我们也了解在改革中，各级法院遇到的困难和出路，了解了家事案件执行中的改革与创新，我们还了解了我们香港在离婚案件当中，面对财产如何分配的程序与原则，并且随着陈爱武教授调研的内容，我们共同展望了家事案件程序的立法前景，我们说必要性、迫切性、重要性，都让我们有了更新的认识，应该说时间很短，内容很多，更多期望我们明天再见。

今天晚上的沙龙到此结束，谢谢大家！

### 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：153181612）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



“家事法苑”微信公众平台订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

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：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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>

简报订阅、意见反馈邮箱：[xiaolinlvshi@vip.sina.com](mailto:xiaolinlvshi@vip.sina.com)