

家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报

《家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报》于2008年2月15日创办,“家事法苑”律师团队编辑,尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台,共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月1-2期,无偿赠阅。

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

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

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

2013年总第8期 综合资讯版

编辑时间:20130501

目 录

一、婚姻家庭审判动态

家事纠纷在“家”解决 今年起广东全省推行家事审判改革-----2013-04-02 中国妇女报 林志文
 粤全面推行家事审判改革-----2013年03月27日 南方报网—南方日报
 宝安法院将设家事审判庭-----2013-03-28 深圳特区报 陈霖霖
 新国五条”落地后或致假离婚等六种情形增多 江苏高院:假离婚弄假成真要求复婚者不予支持
 -----2013-04-02 法制日报—法制网
 为多拿拆迁款 公公与儿媳结婚-----2013年03月24日 北京青年报
 安徽省首例婚内“诈骗”案件二审开庭-----2013-04-01 中国法院网 淮法言
 生母再婚绝情骨肉 被诉剥夺监护资格-----2013-03-28 阜阳市中级人民法院网 李彬 何涛
 “鸳鸯”离别未必伤为哪般?-----2013年04月08日 人民法院报 曹霞
 天价离婚案牵工商变更诉讼 广电电气股权起纷争-----2013-03-14 上市公司证券日报
 假离婚要求复婚不予支持-----2013-04-09 法制日报 政法司法 丁国锋
 铜山法院:四项措施规范离婚案件公告送达-----2013-04-09 江苏新闻网 吴磊
 离婚拉锯战暴露婚姻制度短板-----2013-03-28 四川新闻网 朱永华
 车祸后妻子智力受损 丈夫7年9次起诉离婚-----2013年03月27日 四川新闻网 华西都市报 记者 崔燃
 男子称为避政策用女友父名义购房 求归还遭拒-----2013年04月12日 华商网-华商报 余晖
 江苏“独一代”夫妻离婚涉子女抚养纠纷增多法官称“抢孩子”实为感情破裂宣泄口
 -----2013-04-15 法制日报 政法司法 丁国锋
 “80后”离婚案件的样本分析-----2013年04月14日 人民法院报 邵忠 吴莉
 同居遭家暴也能申请“保护令” 清官要断家务事-----2013-03-28 新闻中心-中国网 黎薇
 广东湛江首家“家事审判庭”由清一色女法官组成-----2013年04月10日 中国新闻网 梁盛 李蓝娜
 家暴外遇层出不穷缺乏证据维权受阻-----2013年04月11日 信息时报 记者 桂良 通讯员 邱小华
 每次探望儿子都被迫与前夫发生关系-----2013-04-17 广州日报 记者黎薇
 保护女性免遭家庭暴力江西发出首例“人身安全保护令”-----2013-04-13 中国妇女报 杨青 刘旭
 老公发达后三诉离婚 老婆:还15年家务钱-----2013年03月08日 大洋网-广州日报 刘晓星 李柯
 女儿患白血病 父母法庭争谁出钱-----2013年04月16日 新京报 张玉学

二、一般审判动态

风口上玩火 伪造法律文书之众生相-----2013年04月01日 人民法院报 严剑漪
 调研预判六类法律问题将增多 江苏对落实房地产新政作出司法应对
 -----2013年04月08日 人民法院报 娄银生 潘军锋
 全国首家高院未审庭有编制有职数有职责范围 北京涉未审判转向全方位多层面
 -----2013-04-12 法制日报—法制网 李松 黄洁
 北京市高院未成年人案件综合审判庭正式成立 未成年人案件全部单独审理---2013-04-15 北京晨报 记者 颜斐

三、立法动态

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

一场面试“意外”引发离婚诉讼 法院认定女方有错,依法对财产进行处置
 -----2013年04月12日 上海法治报 记者 王川 通讯员 余甬帆
 妻子隐瞒患精神病史 丈夫起诉离婚获得支持-----2013年04月12日 北京晚报 通讯员 张明星
 北京丰台法院审判动态:疑结婚目的不纯 丈夫诉请离婚》疑结婚目的不纯 丈夫诉请离婚

(二) 婚姻无效撤销案例

(三) 子女抚养亲子关系案例

女儿无钱读大学告父亲索要学费-----2013-04-11 京华时报 张淑玲

(四) 财产分割案例

辽宁省锦州市古塔区人民法院：老两口闹离婚房子咋分-----2013-04-14 法制日报析案 霍仕明

(五) 损害赔偿案例

沈阳市皇姑区人民法院：女子发现丈夫发暧昧短信 起诉离婚索赔1元-----2013年04月01日 辽沈晚报 朱柏玲

(六) 扶养赡养案例

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

武汉夫妻离婚妻子被净身出户 抗诉争回400万财产-----2013-03-29 检察日报

广西桂林市秀峰区人民法院：房产莫名其妙被易主 老汉怒向前妻索“产权”

-----2013-04-15 中国法院网 桂林秀峰频道 蒋湘华

(八) 夫妻债务案例

广东中山市中级人民法院：妻子独自借贷丈夫蒙在鼓里-----2013-03-26 中山日报

上海长宁区法院：离婚诉讼中丈夫为转移财产制造虚假诉讼 法官识破“诡计” 驳回原告诉请

-----2013年4月16日 上海法治报 记者 王川 通讯员 姚博

(九) 恋爱同居纠纷案例

北京房山法院：同居恋人情变成仇人 30万借条案法官有明断-----2013年04月02日 北京晚报 孙莹

(十) 其他相关案例

甘肃天水市麦积区人民法院：天水市一亲代女儿诉离婚被法院驳回-----2013年04月18日 西部商报 宋芳科

五、继承

(一) 继承审判动态

北京二中院法官说法：老人留遗嘱：10%财产给宠物狗-----2013年04月16日 北京日报 王维维

遗产分配分歧难调和-----2013-04-02 南方日报

男子因公证问题丧失房屋继承权 连打6场官司告房管局-----2013-04-02 广州日报 刘晓星

北大深陷季羨林遗产纠纷案-----2013-04-10 法治周末 赵晨熙

(二) 继承立法动态

继承法修改列入今年立法规划 孙辈或第二顺位继承-----2013-04-01 法制晚报 时政新闻

法定继承人权益保障纠纷增多专家建议 规定特留份制度合理限制遗嘱自由

-----2013年4月15日法制日报人大立法 李吉斌

广东省韶关市浈江法院：再婚夫妇生前约定股份收益归属 继子插足无理 2013年04月11日 南方日报 谷立辉

杭州江干区法院：表妹和妻子争遗产 这套房子到底归谁-----2013年04月12日 今日早报 陈洋根

山东省阳信县人民法院：去世老人未留存折密码 继承人起诉支付获支持 2013-04-08 中国法院网 田莹 刘俊峰

天津河北区法院：刺死丈夫 女子丧失继承权-----2013年04月09日 今晚报 孙启明

天津红桥区法院：争遗产一家人两上公堂 涉诉房屋被判按遗嘱执行-----2013-04-17 天津北方网冯琳

(四) 继承新闻

家族信托与财富传承 国内业务发展面临障碍-----2013-04-01 《零售银行》作者:Alex

“数字遗产”何处以安-----2013年04月16日 国际金融报

签下人生最后一份文件-----2013年04月05日 北京晚报 安然

身后事不是简单事-----2013年04月05日 北京晚报 孙莹

房价15年上涨10多倍 房产继承公证收费2%引质疑-----2013年04月07日 北京青年报 范辉

数字遗产难处理 法律界争议不休-----2013年04月07日 文汇报 尤歆飞

郑州90岁老太打官司 “强迫”让孝顺养女继承房产-----2013年04月09日 东方今报

谷歌推出新工具 允许用户为账户“立遗嘱”-----2013年04月12日 搜狐IT

预约爆满 遗嘱库将增加登记点 中华遗嘱库登记预约已排至11月中旬，年内有望从北京推广至上海广东

-----2013年04月05日 新京报

六、房产、股权

(一) 房产

未通过购房资格审核 法院判解约购房人担责 法官提示：不要轻信销售人员的口头承诺

-----2013-03-28 北京法院网 刘奇琦

夫妻赠房救儿恩人 儿子与恩人争房产 海淀法院受理首例强制执行人民调解协议案

-----2013年04月07日 北京晚报 林靖

(二) 股权

七、社会新闻

女子发现自己非父母亲生后想和哥哥结婚——2013年04月03日 东亚经贸新闻
6旬老太向老伴讨青春费被拒联手儿子将其杀害——2013年04月08日 辽沈晚报
房产避税：正在被追逐的招数——2013年04月08日 人民法院报 邓光扬
雇个老头冒充岳父 骗到房产与妻离婚 黑心女婿因贷款诈骗罪获刑十年半
——2013年04月07日 北京晚报 孙莹
女子生娃后才发现遭遇骗婚 已婚男先后伪造离婚证结婚证受害人本想给机会却发现还有私情
——2013-04-08 京华时报 裴晓兰
夫妻为购第3套房离婚 妻子坐拥2套房产拒复婚——2013年04月06日 汉网-武汉晚报
婚姻恒久远 中国排第二 最新调查称 埃及婚姻持久值最高 中国次之 “浪漫国家”排名偏低
政策性离婚——2013年04月15日 人民法院报 伊言
江苏“假离婚要求复婚不予支持”纯属媒体误读——2013-04-14 第一财经网
楼市调控“国五条”引发离婚潮 调查显示7成人称离婚避税说明政策制定应更科学
——2013-04-13 法制日报-法制网 廉颖婷

无法享受独生子女奖励只因前夫再婚后生子？——2013年04月17日 信息时报 张建林 张志科
男子为争房产砍死妻子被判死缓——2013年04月17日 中国新闻网 林滢 林浩

八、异域资讯

湖人趣闻：禅师犯错低级 巴斯为女友留巨额遗产——2013年04月02日 中国体育在线
美高法审理同性婚姻案——2013-04-02 法制日报环球法治
法参院通过同性婚姻法案——2013-04-16 法制日报环球法治
老牌打星刘家辉立遗嘱 中风两年身体堪忧，家人疏远积蓄用尽，TVB愿筹款帮助渡难关
——2013年04月16日 新京报 勾伊娜
要闻集萃——20130402 法制日报环球法治
英国男子为争抚养权纵火栽赃致6名子女身亡——2013年04月06日 南方都市报
每年赔3600万！离婚太贵 老贝吓傻了求助法院(图)——2013年04月12日 新浪体育
台湾“通奸除罪”激辩正酣——2013-03-26 法治周末 作者：特约撰稿 赖芳玉

九、理论学术动态

我国遗嘱形式要件的认定及完善——中日比较法的视野——2013/3/14 南京师范大学法学院 赵莉副教授
认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思——2013-4-8 张作华 中南财经政法大学 副教授
“亲属”概念在近代中国民法文献中之变迁——张亚飞 华中科技大学法... 《兰州学刊》2012年6期
从“中华遗嘱库”的启动看我国继承法修改——2013-04-07 幸颜静 中国政法大学
论受胁迫、欺骗所立遗嘱的效力——刘诚《海峡法学》2012年第1期 更新时间：2012/11/28
继承法对遗产管理规定过于简陋，专家建议构建遗产管理制度明确管理人职责2013-04-16 法制日报 记者李吉斌
专家指出：公证遗嘱不应具有当然优先效力——新闻中心-中国网 news.china.com.cn 2013-04-10
离婚时，家务劳动应得到补偿 专家认为，我国家务劳动补偿制度应加入性别视角2013-04-17 中国妇女报 周文
网络虚拟财产应被列入个人遗产——2013-04-12 法制日报人大立法
完善我国法定继承人范围和顺序立法的思考——陈苇 西南政法大学 教授， 冉启玉 西南政法大学 讲师
论共同继承遗产的分割规则——以《物权法》的解释和《继承法》的修改为视角 李国强 吉林大学法学院 副教授
关于修订继承法的三点建议——房绍坤 烟台大学 教授
无权处分与善意第三人的保护 兼论《合同法》第51条与《物权法》第106条的关系
——王若冰 清华大学法学院 2013-4-14

继承纠纷诉讼时效法律适用问题研究——以民通意见第177条为例的分析——2013-04-16 中国法院网 刘海银

十、法官视点

夫妻共同债务如何认定——2013-04-02 江苏法院网 朱来宽 董伟
痛恨他也得赡养他 一副总年薪百万拒养生父 他说父亲背叛了妈妈 还杀了情人及腹中骨肉
——2013年04月08日 北京晚报 林靖
“80后”离婚纠纷呈上升趋势 专家建议签订婚前协议2013年4月9日 上海法治报 记者 王川 通讯员 夏芸
遗产继承与分家析产界定标准 涉不同民事法律关系——2013-04-16 三明日报 范小敏
北京朝阳区法院法官：新闻思考 别让遗嘱在继承时被“雪藏”——朝阳区法院 张逢春
民事诉讼调解秩序价值和公正价值的冲突与衡平——2013年04月17日 人民法院报 闫信良
行为保全制度完善初探——山东省烟台市经济技术开发区人民法院 张鲁

妻子再婚就丧失继承权”的遗嘱无效-----2013-04-11 中国网
父母去世 10 年 起诉继承遗产是否超时效-----2013-03-28 广西法治日报 罗兰瑶
丈夫花 2 3 0 万给“小三”买房 妻子起诉分割婚内财产获支持-----2013-03-11 上海法院网
再婚老伯身后补助该归谁 法院判继母适当多分抚恤金 继子获丧葬费-----2013-03-19 上海法院网
管辖权异议与应诉管辖衔接适用问题的建议——兼议电子送达之受送达人同意
-----2013-04-10 光明网—人民法院频道 张武杰
离婚后尚未交付的安置房能否进行分割-----2013-04-12 中国法院网 左禄山
方工针对个案公正谈——让每一个案件都实现公正-----2013-04-17 法制日报法学前沿

十一、检察官视点

十二、律师视点

家庭财产制度法律问题解析（之一）-----人民法院报 □特约法治评论员 师安宁
家庭财产制度法律问题解析（之二）-----人民法院报 □特约法治评论员 师安宁
家庭财产制度法律问题解析（之三）-----人民法院报 □特约法治评论员 师安宁
家庭财产制度法律问题解析（之四）-----人民法院报 □特约法治评论员 师安宁
家庭财产制度法律问题解析（之五）-----人民法院报 □特约法治评论员 师安宁
离婚房产分割的常见问题（上）-----2013 年 3 月 18 日 上海法治报 □上海普若律师事务所 杨欣
离婚房产分割的常见问题（中）-----2013 年 3 月 25 日 上海法治报 □上海普若律师事务所 杨欣
离婚房产分割的常见问题（下）-----2013 年 4 月 1 日 上海法治报 □上海普若律师事务所 杨欣
律师提示各种遗嘱应如何订立-----2013 年 4 月 15 日 上海法治报 杨崇峰律师
遗产继承交织爱恨 哥哥向弟弟追讨继承权-----2013 年 04 月 16 日 扬子晚报网 邢媛媛
丈夫赠房给情人，即使过户亦无效-----2013 年 4 月 1 日 上海法治报 □安徽凯安律师事务所陈学娟
倒插门女婿写下保证书 妻子请求法院确认被驳回 新“三从四德”的法律翻译
-----2013 年 4 月 8 日 北京晚报 孙莹

爱情婚姻不能靠协议-----2013 年 4 月 8 日 上海法治报 □山东衡明律师事务所王巡生
老人过世前 房产转给孙子 继承人质疑 起诉确认无效
-----2013 年 4 月 8 日 上海法治报 北京盈科（上海）律师事务所 胡珺 宫克

焦点关注：遗嘱库能否破解继承难题-----2013-03-20 北京日报 陈凯
律师：假结婚离婚规避房产税面临六大法律风险-----2013 年 04 月 12 日 人民网 人民网[微博] 张晓红
婚内赠房能拿回 说好送房却反悔昔日夫妻对簿公堂-----2013 年 04 月 11 日 投资者报 费国海
网恋结婚 丈夫爱拈花惹草 无奈离婚 如愿分得拆迁款-----2013 年 4 月 15 日 上海法治报 胡珺

十三、好书推荐

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事律师网™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称(京 ICP 备 10218255 号-1)，并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。
欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚
姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队
顾问：郝惠珍 主编：杨晓林
执行主编：段凤丽 编委会成员：李军
家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>
“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>
家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>
家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>
“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正文

一、婚姻家庭审判动态

家事纠纷在“家”解决
今年起广东全省推行家事审判改革

2013-04-02 中国妇女报 记者 林志文



广东各级法院与妇联合作，探索符合家事审判内在规律的证据规则和诉讼制度，建立社会组织广泛参与的长效协作机制，实现案结事了，促进家庭和睦与社会和谐。

东莞市第二人民法院2012年受理了一宗双方都情绪激动的离婚案件，法官在多次找当事人谈话的过程中发现双方思维混乱且情绪偏执。作为广东设立家事审判合议庭的试点法院之一，该院开展了积极的调解，承办法官联系当事人所属镇区的妇联和司法分局的两名社会工作者，一方面对当事人进行心理疏导，帮助联络工作，解决其生活困难；另一方面跟他们的孩子进行沟通交流，为其联系学校读书。

经过社会工作者10余天、近10次的跟进和帮助，当事人情绪逐渐恢复理性，在法院判决离婚后，双方均未提出上诉。

这是广东省试点家事审判合议庭以来，通过积极调解，案结事了的个案之一。

3月27日，广东省高级人民法院发布妇女维权与家事审判调研报告。报告显示，广东省高级人民法院与省妇联于2010年3月联合在全国率先启动的家事审判合议庭试点工作，三年来效果明显，创造了多项制度创新，今年将在全省各级法院全面推行家事审判改革。

案结事了

据介绍，近年来，广东法院每年受理的家事案件占民事案件总量的比例均超过10%，考虑到家事案件具有特殊的处理原则，省法院与省妇联于2010年3月联合启动了家事审判合议庭试点工作，指定中山市中级人民法院、珠海市香洲区法院等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、善于做群众工作且责任心强的法官担任组成人员，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，这在全国属于首创。

在取得初步工作成效的基础上，2011年7月，省法院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，家事审判合议庭受案范围也从试点初期的10类增加到13类。

服判息诉、案结事了是审判工作的硬道理。据统计，广东各法院开展试点工作三年来，家事案件的结案率和调解撤诉率大幅提升，上诉率和发回改判率显著降低。各试点法院每年的结案率都保持在90%以上，部分试点法院的结案率甚至达到100%；平均调解撤诉率达到70%，远高于近几年广东省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解撤诉率平均水平；平均上诉率不到10%，取得了案结事了的良好效果。

新举措中完善制度

在涉及子女抚养的离婚案件中，判决后的执行问题是一个普遍难题。有的当事人在拿到判决书后，探视子女只能依靠每个月去法院申请强制执行。为解决此问题，作为广东首批试点法院之一的顺德法院家事合议庭，创设了离婚案件判后探视抚养档案。

据介绍，对于涉及子女抚养探视的离婚案件，在判决生效后合议庭会向双方各派发一份《判后探视、抚养情况表》，对判决生效后双方履行抚养、探视义务的情况予以跟踪记录，一方的履行行为需要另一方在表上签名确认。当一方无正当理由，拒不履行抚养、探视义务超过三次，则另一方可以以跟踪表为证据向法院申请变更抚养权。同时为加强监督，合议庭还联动社工对案件进行跟踪回访，由法官或社工定期对案件双方当事人进行跟踪回访，对社工跟踪回访中发现的情况及时反馈给合议庭。

法官表示，通过这种当事人内部监督与社工外部监督相结合的制度，确保了抚养权、探视权的真正实现。

据了解，三年来，各试点法院大胆探索家事审判的内在规律，经过充分论证并实践，提出了许多建设性的制度创新。如大胆探索符合家事案件特点的证据规则、审理制度等、判后司法延伸服务等，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、社会帮扶等新举措，在多个方面取得了突破。

各项制度中，影响力较大的是在全国首开先河建立的“人身安全保护裁定”制度。据了解，三年来，各试点法院共发出各类人身安全保护裁定近百份，先后发出了全国法院系统首份“远离令”“财产保护令”和“同居关系人身安全保护令”。根据申请人接受回访时反馈的信息，被申请人在裁定生效后均停止了家庭暴力行为，未发生一起违反裁定事件，证明人身安全保护裁定对制止家庭暴力发挥了重要作用。人身安全保护裁定制度作为行为保全制度之一，已为2012年新修订的《民事诉讼法》所吸收。

三年探索全省推行

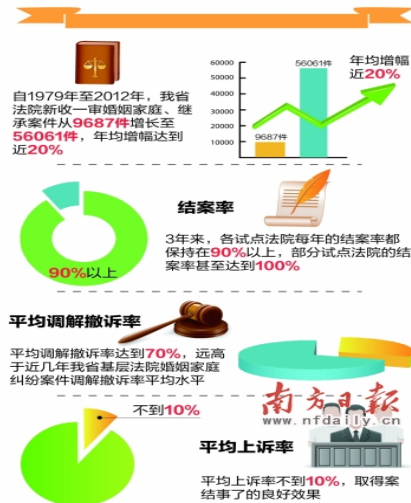
据介绍，三年来，广东省家事审判合议庭工作不断深化，积累了较为丰富的工作经验，取得了较为丰硕的制度成果，实现了依法审判和妇女维权、法律效果和社会效果两个“有机统一”，受到了最高院、全国人大内司委、全国妇联领导的高度肯定。

广东省法院有关人士表示，实行家事审判专业化、规范化建设，探索符合家事审判内在规律的证据规则和诉讼制度，建立社会组织广泛参与的长效协作机制，对实现案结事了的审判目标，促进家庭和睦与社会和谐，是行之有效的。

今年1月，广东省法院决定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。(本报记者 林志文 通讯员 粤高法 王飙尘)

粤全面推行家事审判改革

2013年03月27日 南方报网—南方日报



家事案件，一般是与婚姻家庭有关的案件，比如离婚、继承、收养等案件。俗话说“清官难断家务事”，每年都在激增的婚姻家庭、继承案件，让判案的法官也深感头痛。据统计，自1979年至2012年，我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%。

3年前，省高院和省妇联启动家事审判合议庭试点，引起最高人民法院的高度关注。全省15个试点法院逐步建立了家事审判操作规则体系，试点成效明显，我省家事案件呈现高调解率、高服判率、低上诉率、低改判率的“两高两低”良好态势。据悉，全省各级法院将全面推行家事审判改革，受理案件范围扩大至所有婚姻家庭、继承案件。省高院、省妇联、省法学会还将于今日举办妇女维权和家事审判研讨会，共同研究推进改革进程。

家事案件呈“两高两低”态势

2010年3月，省高院指定中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院、珠海市香洲区人民法院、中山市第一人民法院、中山市第二人民法院、佛山市顺德区人民法院、东莞市第二人民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；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。

第二年，省高院又指定广州市白云区人民法院、深圳市龙岗区人民法院、汕头市金平区人民法院、梅州市兴宁市人民法院、梅州市丰顺县人民法院、惠州市惠城区人民法院、江门市台山区人民法院、肇庆市端州区人民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。

目前，我省家事案件呈现“两高两低”的良好态势。各试点法院家事案件的结案率和调解撤诉率大幅提升，上诉率和发回改判率显著降低。据统计，3年来，各试点法院每年的结案率都保持在90%以上，部分试点法院的结案率甚至达到100%；平均调解撤诉率达到70%，远高于近几年我省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解撤诉率平均水平；平均上诉率不到10%，取得案结事了的良好效果。

不久前，省高院决定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。

严格贯彻调解优先原则

据了解，家事案件不宜简单地用“一刀两断”式的判决来处理。在试点工作中，家事审判合议庭严格贯彻调解优先原则，不断创新调解方法，通过“劝、批、谈、教”相结合，解开当事人的心结，彻底消除矛盾。

调解不局限于当事人的诉讼请求，对诉讼外问题，只要双方当事人同意调解且不涉及案外人利益的，即在案中一并调解。“劝离”与“劝和”相结合，调解不预设立场，根据当事人感情状况决定调离还是调和。对夫妻感情确已破裂的，摒除两次起诉方可判决离婚的规定，尽量促成双方调解离婚。

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。对于涉及家庭（族）矛盾或者家庭（族）矛盾多元化的案件，充分发挥长辈在解决家事纠纷中的作用，适时召开庭前或庭后家庭（族）会议，从法制、人情、伦理和习俗等方面探寻当事人矛盾的根源。

试点法院委托妇联组织送达有关诉讼文书或开展家事案件审前事实调查工作，将妇联提供的事实调查材料作为处理家事案件的重要参考，改变妇联仅参与家事案件调解工作的单一协作方式。试点法院还开展与综治维稳中心、社区调解办公室、村调解中心等机构的诉调对接工作，扩大家事审判社会参与的广度和深度。

创新点

1 降低家暴案件举证标准

据介绍，在家事案件审判实践中，一些试点法院大胆探索符合家事案件特点的证据规则。

比如，针对家庭暴力案件，降低证明标准，合理分配举证责任。针对家庭暴力案件具有的连续性、隐蔽性特点，为解决受害人难以举证证明施暴方存在施暴行为的难题，各试点法院合理分配举证责任，要求受害方只需举证证明存在受侵害事实即可。在受害人完成上述举证的情况下，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。

各试点法院扩大依职权进行调查取证的范围，依当事人申请或者依职权主动走访，调取当事人房产、存款、股票、基金等证据，力求全面掌握案情，积极创造调解条件。

在很多案件中，掌握相关事实的未成年人和亲朋近邻所作证言是重要证据，但这些证人担心出庭作证影响日后与当事人的关系，往往不愿出庭作证，特别是要求身心健康已因家事纠纷受到消极影响的未成年人出庭，就亲身经历的痛苦作证并接受双亲的质询，更不利于他们的健康成长。有些法院将未成年人及不愿作证的目击证人所作证言纳入法院依申请调查取证的范围，取得了良好的社会效果。

2 诉前申报财产防当事人隐瞒

省高院民一庭认为，试点法院大胆探索适应家事纠纷案件特性的审理制度，明确了“财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭”的新原则。

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了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。

家事案件公开审理不利于当事人对涉及个人、家庭隐私的事实展开充分质证，不利于法院全面掌握案情和探求当事人内心真意，也不利于保障参加庭审的未成年人的身心健康，针对家事案件公开审理的前述弊端，中山市两级法院试行家事案件不公开审理制度，除非当事人申请，家事案件一般不公开开庭审理。中山市中级人民法院审理的当事人亲自出庭的家事案件调解率高达80%以上。

3 人身安全保护令保护受害者

此外，一些试点法院还大胆探索建立“人身安全保护裁定”制度，加大对家事案件当事人的保护力度。

据了解，离婚诉讼中，当事人自述存在家庭暴力的约有10%。各试点法院借鉴国内外的先进经验，采取签发人身安全保护裁定的新举措，并在适用中进行了诸多创新。

加害人所作的悔过书、保证书、受害人报警时的电话记录、向妇联反映情况的记录、医院诊断证明等可以作为认定家庭暴力事实存在的直接证据，其他重要辅助证据则包括未成年人证言、带有威胁内容的手机短信和录音等。

法院重视具备相应观察、记忆能力和表达能力完整的5周岁以上未成年人提供的与其年龄、智力和精神状况相当的证言。允许法官充分行使自由心证，在证据不足的情况下，只要法官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。此外，还完善了对受害人居所及联系方式的保密规定。对被申请人的送达，必要时可在法警协助下进行，加强对送达人员的安全保护。

据了解，各试点法院共发出各类人身安全保护裁定近百份，先后发出了全国法院系统首份“远离令”、“财产保护令”和“同居关系人身安全保护令”。根据申请人接受回访时反馈的信息，被申请人在裁定生效后均停止了家庭暴力行为，未发生一起违反裁定的事件。人身安全保护裁定制度作为行为保全制度之一，已为2012年新修订的《民事诉讼法》所吸收。

宝安法院将设家事审判庭

2013-03-28 深圳特区报

深圳特区报讯（见习记者 陈震霖）记者昨日从宝安区法院获悉，该院将在“家事审判合议庭”试点的基础上设立专门的家事审判机构，暂名“家事审判庭”。与“家事审判合议庭”这种临时组成不同，家事审判庭将是一个常设机构。

宝安法院民一庭副院长张力英称，目前准备工作就绪，正等待机构编制部门同意。业界认为，这是家事审判程序的大胆创新，实现法律学者多年的呼吁。

近年宝安区涉及家事纠纷的案件都在增加，2012年此类案件有1446件，2011年是1294件。张力英本身是女性，常年经手家事案件，“许多家事纠纷演变为恶性刑事案件时有发生，让我们常常感到有心无力。”就此话题，她便多次主动和记者通电话，“希望全社会都能来关注这一领域。”

早在去年9月份，宝安区法院就一起和宝安区妇联协商，拟以“妇联干部+专家+退休干部+社工+志愿者”为观察团的形式，推进家事审判庭的设立。去年5月合作成立的“家事审判合议庭”也为审判庭的设立摸索出成熟经验：以在家事审判方面有丰富经验的女法官为骨干，明确家事案件“财产申报、不公开审理、当事人亲自到庭”的审理原则。

不仅如此，家事审判庭的设立将实现证据规则的突破和对家事纠纷中弱者的保护。在证据上，将采用推定家庭暴力事实存在和法官依职权询问的方式进行，提高家暴认定率。“事实上，许多操作在法官审理中都运用了，审判庭的设立将促进标准统一。”张力英说。

此外，家事审判将强调对当事人弱者一方的保护，根据省高院的《人身安全保护裁定使用指引》，发出人身保护令。

“新国五条”落地后或致假离婚等六种情形增多 江苏高院：假离婚弄假成真要求复婚者不予支持

2013-04-02 法制日报—法制网

今天，江苏省高院发布了《关于“新国五条”对法院工作的影响及对策建议的报告》，分析了“新国五条”正式实施后可能引发的假离婚等六种纠纷情形，并对全省法院发出了“通过假离婚签订协议，约定房屋归配偶一方所有的，另一方事后因弄假成真、难以复婚而主张协议无效的，除能举证证明胁迫或欺诈事由外，不予支持。”等司法对策及建议。

报告指出，结合前几次房产新政出台的情况，预计在各地实施细则出台后，可能出现六种纠纷。首先是假离婚情形可能增多。由于“新国五条”规定了更严格的限购、限贷条件，购房人为了规避限购、限贷政策，夫妻双方通过协议离婚的方式，约定将原有房屋归一方所有，另一方名下无房产，从而获得购房资格或贷款优惠。

“对于有多处房产的卖房人，为了不缴纳个人所得税，通过协议离婚的方式使夫妻一方成为只拥有唯一一套住房的产权人，从而规避个税征收。实践中可能出现假戏真做，没有分得财产的夫妻一方主张协议离婚无效而引发纠纷。”江苏省高院民一庭法官潘军锋告诉记者。

“再有就是签订“阴阳合同”、借名购房、以房抵债、中介机构违规、商业用房、保障房纠纷等情形可能会增多。”潘军锋说，面对可能发生的房地产纠纷，江苏高院向全省法院发出了准确把握“新国五条”的精神实质，妥善运用法治化的裁判方式，保障房地产新政的有效落实的司法对策及建议。

首先是主动做好对房产新政细则出台后的跟踪研判。近期各地将陆续出台“新国五条”实施细则，要在吃透细则精神的基础上，加强对新情况新问题的跟踪研判，就法院审判工作中如何贯彻落实新政提出针对性的工作措施和指导意义。要加强与住建、房产、税务等相关部门的沟通联系，及时发现案件审理中出现的苗头性、倾向性问题，有针对性地提出司法建议，从源头上堵塞政策漏洞。

其次是要准确把握新政实施后相关房地产案件审理的基本原则。要准确理解、正确适用“新国五条”规定的限购、限贷、税收等措施，根据即将出台的实施细则，及时调整审理思路，区分刚性、改善性购房和投机性购房，通过司法裁判提升政策的调控效果。要按照诚实信用的原则，强化当事人的诚信意识和市场风险意识，依法维护房屋买卖合同、租赁合同的效力，对恶意违约的依法追求违约责任，避免让司法裁判成为当事人违反诚信、谋取不当利益的途径和手段。要正确区分正常的市场风险与履约客观条件变化的不同法律后果，合理平衡新政细则出台后继续交易的可能性和利益失衡的严重程度，准确适用情事变更原则。

再次是要依法打击规避房地产新政的行为。全省法院要加强案件甄别，对于发现假离婚、签订阴阳合同、借名买房、违规购买保障房等规避政策的行为，准确认定真实的交易关系，依法裁判。对于通过假离婚签订协议，约定房屋归配偶一方所有的，另一方事后因弄假成真、难以复婚而主张协议无效的，除能举证证明胁迫或欺诈事由外，不予支持。全省法院在审理中发现存在伪造合同、对房屋买卖事实争议较大等可能涉嫌虚假诉讼情形的，应当加大司法审查力度，对于查明属于虚假诉讼的，依法判决驳回诉讼请求。

法制网南京4月2日电

为多拿拆迁款 公公与儿媳结婚

2013年03月24日 北京青年报

原标题：为多拿拆迁款 公公与儿媳结婚



村民很关注此案如何判决，60多人前来旁听（1 / 1张）

“最近，宁波高新区上王村出了件奇事，公公和儿媳为了拆迁而结婚，想以夫妻投靠名义把儿媳、孙女的户籍迁移到村里，以此多分钱。当户口申请材料被退回来后，公公和儿媳以“不作为”之名将公安局告上了法庭。22日，法院当庭驳回了原告的诉讼请求。”

庭审背后

结婚是冲着金钱去的？

村民陈师傅说，去年7月5日，村里开起了土地征迁动员大会，9月21日就听说村民陈××与自己的儿媳赖某结婚了。一开始大家感觉有些不可思议。没多久大家渐渐明白了，陈××离婚原因其实不简单。村民们认为，赖某愿意放下面子，与自己的公公结婚，实际上是冲着金钱而去的。

村民说，村里有经济合作社，只要是社员每年都能得到分红，比如去年的分红是人均4.8万元。上王村党支部书记周永跃说，村里的村民以农业户口为主，也有部分是非农户口。非农业户口的村民只能在计划生育、小孩入学等方面享受优惠政策，但是不能享受社员分红提成待遇。

村民陈××的妻子王某是一名下乡知青。随着国家政策调整，她的户口变成了农转非。而他们的儿子陈×，也是居民户口，现为宁波某家具城的老板。儿媳赖某虽然是农业户口，但在外村。根据上王村政策，如果赖某的户籍迁入本村，她也可以享受社员福利待遇。另外，还可额外获得至少100万元的房屋拆迁补偿。

去年七八月间，陈×与赖某办理了离婚手续。9月17日，陈××与王某在鄞州法院办理了离婚手续。9月21日，陈××与赖某登记结婚，赖某8岁的女儿小陈，则由赖某监护。同日，原告陈××向被告户籍管理部门申请办理赖某、小陈的户籍迁移。

“如果法院判决下来，公公和儿媳这样的做法也能成的话，那接下去会有更多的村民去效仿，整个村子就要乱套了。”上王村村主任张凯龙说。

庭审现场

原告：公安不迁户口属违法

2012年10月23日，梅墟派出所对原告户籍迁移事宜进行了调查询问。被告工作人员口头告知原告，要取得原告陈××所在村民委员会的证明材料，并将申请材料退回。

陈××认为，他的户籍迁移申请符合法律规定，被告理应在法定期限内作出具体行政行为。被告行为属行政不作为，因此于2013年1月4日向江东法院提起行政诉讼，请求法院依法判决，确认被告宁波市公安局高新技术开发区分局不作为违法。

被告：不会纵容乱伦行为

宁波市公安局高新技术开发区分局辩称，据相关法律规定，农村户籍登记需要村集体协助办理，村集体应为户籍迁移开具证明。因为上王村村委以不合社会公德及伦理规范为由，拒绝给陈××开出相关证明材料，故而原告在申请户籍迁移时，并未出具该项材料。被告依法告知了原告需要补充材料，应去村民委员会盖章证明。被告依法履行了告知义务，不存在所谓的行政不作为。

法院：驳回原告诉讼请求

之所以判决驳回原告诉讼请求，江东法院给出的依据是，被告工作人员在收到原告的申请后对原告进行了口头答复，要求其提供上王村村民委员会的同意户籍迁移的证明。据有关规定，被告工作人员已对原告进行了口头答复，并告知其应取得村民委员会证明，程序上并无不当，并不存在行政不作为的行为。

庭外说法

法官：假结婚严重破坏公序良俗 或构成诈骗罪

审理此案的翟法官认为，虚构婚姻事实以获取金钱利益的行为明显违反社会公序良俗，如若任其发展，则很有可能使得传统道德逐步沦丧。如本案原告陈××与赖某原是公公与儿媳的关系，却因受利益的驱动，分别办理了离婚手续并到民政部门办理了结婚登记，而因其不属于禁止结婚登记或婚姻无效的情形，民政部门给其颁发了结婚登记。虽然其领到了合法的结婚登记证书，但该行为出于非法的目的，同时事实上仍保留着与原配偶的“事实婚姻”，应当说，原告的该种行为是对社会基本伦理道德的肆意践踏，是一种不能容忍的行为。

江东法院分管行政庭的副院长吴启贤说，陈××和赖某结婚虽然看起来符合婚姻法以及婚姻登记条例的规定，但却可能构成诈骗罪从而被判处刑罚。他说，根据刑法的相关规定，虚构婚姻事实从而骗取拆迁补偿安置款等行

安徽省首例婚内“诈骗”案件二审开庭

2013-04-01 中国法院网 淮法言

3月28日下午，安徽省首例婚内“诈骗”案二审在淮南市中级人民法院开庭。此前，淮南市田家庵区人民法院以合同诈骗罪一审判处被告人黄耀龙有期徒刑十一年六个月，并处罚金50000元。

原审法院查明，2009年12月至2010年6月，被告人黄耀龙以**公司为南京某公司安徽总代理、在某公司有60万元加盟保证金为由，共三次骗取被害人孙某共计34万元入股**公司。2011年3月5日，黄耀龙以各转让**公司10%股份为由，与被害人马某、张某分别签订股份转让协议，分别骗取二人共计10万元。2011年5月，黄耀龙以其在合肥有两套房子及在某公司有60万元加盟保证金为由，从马某手中以借款形式骗走10万元。

原审法院认为，被告人黄耀龙以非法占有为目的，用虚构事实、隐瞒真相的方法，与他人签订股权转让协议及借款合同的形式来骗取财物，价值54万元，属数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。

黄耀龙上诉称，其与孙某原系夫妻关系，其中，有17万元的款项系婚前向孙某借款，另两笔分别为8万元、9万元，系婚后双方共同投资，不应认定为诈骗；此外，与马某、张某签订的股权转让协议，虽未经过工商部门登记变更，但协议是有效的，也不应认定为诈骗。

黄耀龙的辩护人辩称，上诉人借孙某的钱不应认定为诈骗，婚前借的17万元是孙某主动拿出来支持公司运转的，而婚后的17万元应当是夫妻共同财产，何况上诉人还向孙某打了借条。此外，辩护人还当庭举出了其他30余份证据，证明**公司确实有60万元加盟保证金，因此不构成诈骗。

检察员当庭指出，二审期间辩护人所列举证据的真实性需要进一步核实，对证据的证明目的以及与案件的关联性提出质疑。故要求法院维持一审判决。

由于案情复杂，法庭没有当庭作出判决。

生母再婚绝情骨肉 被诉剥夺监护资格

2013-03-28 阜阳市中级人民法院网 李彬 何涛

近日，颍上县法院适用特别程序，依法判决撤销郭某对其儿女的监护资格，变更由孩子的爷爷、奶奶作为监护人。

郭某与其前夫刘某婚后生育一双儿女。2007年刘某因病去世后，郭某当年改嫁，两个孩子由其爷爷、奶奶看护。多年来郭某作为母亲不仅未看望过孩子，且在孩子哭着找她时，竟躲在门后避而不见，给孩子的身心带来伤害。

今年3月1日，孩子的祖父母提起诉讼，申请法院撤销郭某监护人资格。颍上法院通过公开开庭审理，经征求两个孩子意愿，根据查明的事实，从利于被监护人身心健康和成长教育出发，作出前述判决。

（作者单位：颍上县人民法院）

“鸳鸯”离别未必伤为哪般？

2013年4月8日 人民法院报 曹霞

安徽省泾县人民法院2011年和2012年受理的离婚案件分别为497件和461件，占全部民商事案件的21.18%和19.62%，平均约15%的案件以解除婚姻关系结案。但庭审中法官发现存在假离婚现象，且呈逐年上升趋势，需引起重视。

经分析，此类案件呈现出以下特点：提出的离婚原因不明确，无实际矛盾；庭审时当事人态度平和，庭审后常伴有催办现象；财产分割显失公平；一方要求负责清偿所有债务。

经研究发现，该类案件发生的主要原因有：

规避房贷调控。买卖双方通过各自先离婚，然后卖方房主与买方异性结婚，房产证上加上对方名字后再离婚，房屋归买方异性，最后买卖双方夫妻各自复婚。

恶意逃避债务。债务人为逃避债务，通过假离婚协议将家庭全部财产转给夫妻另一方，自己负责清偿全部债务，让法院执行陷入困境。

违规超生二胎。为达到超生目的，女方怀孕时假离婚，孩子生下后再复婚。或者离婚后女方先与他人结婚，仍与前夫同居，孩子生下后与现任丈夫离婚，再与前夫复婚。

申请购买住房。一些中低收入家庭夫妻离婚，使夫妻一方成为无房户后申请经济适用房，待成功后复婚。还有的当事人通过假离婚，一方无房后以首套房申请贷款。

骗取拆迁利益。随着京福高铁、宣纸文化园扩建、经济开发区等建设工程的加快发展，因部分补偿款项以户为单位发放，当事人便“紧急”离婚，从而获取更多的补偿。

针对上述原因，笔者提出以下建议：

增加法庭警示。在法庭调解过程中，对当事人进行教育警示，详细介绍计划生育政策、告知婚姻存续期间共同债务应以共同财产偿还等，以打消当事人通过假离婚而达到非法目的的企图。

加大审查力度。严格以“感情确已破裂”标准作为离婚的法定条件，加强对财产分割协议的审查，对一方主动放弃全部财产并承担全部债务、显失公平的，要当事人说明合理原因。

完善文书内容。对财产条款的效力予以限制，建议在裁判文书夫妻共同财产分割项中，加上“此项财产的分割不能成为偿还夫妻共同债务的抗辩理由”或“本案调解书不得作为拆迁补偿依据”。

加强协调宣传。与婚姻登记机关、计生委、公安、信贷等部门建立沟通协调机制。结案后，若查证确实为假离婚者，要向当事人单位发出司法建议，建议给予当事人党纪政纪处分。加强信息通报，让当事人知道假离婚的法律后果，减少此类现象发生。

建立完整体系。充分发挥审判职能作用，加强研究，及时发现问题，健全完善协议离婚效力的相关制度，建立健全完整的惩治体系，从制度上阻止假离婚现象发生。

天价离婚案牵工商变更诉讼 广电电气股权起纷争

2013-03-14 上市公司证券日报

广电电气



[查看该股行情](#) | [最新资讯](#) | [资金流向](#) | [广电电气六维诊断](#) | [进入广电电气微博](#)

相关股票:

[粤水电](#) (5.02 -0.59%)

[文山电力](#) (5.37 +0.37%)

[太阳电缆](#) (7.49 +2.74%)

[韶能股份](#) (3.53 -0.56%)

[广州发展](#) (6.85 -0.72%)

[经纬电材](#) (6.73 +1.05%)

相关板块:

[电力](#) +0.308%

[上海](#) +0.316%

[机械、设备、仪表](#) +0.295%

此外，同为原告的本杰明公司是罗莱家纺第四大股东，该诉讼涉及股票市值超过3亿元

■本报记者 陈雅琼

3月13日下午，一起有关上市公司广电电气第一大流通股股东的诉讼在北京海淀法院公开审理。

据了解，这场不起眼的诉讼其实是“中国巴菲特”赵丙贤“天价离婚案”的副产品，其妻子陆娟因不服工商行政处罚，质疑处罚理由有失公允，以北京仁海维投资管理咨询有限公司（简称仁海维）和北京本杰明投资顾问有限公司（简称本杰明）为原告，将北京市工商行政管理局海淀分局（简称海淀工商局）告上法庭。

在庭审现场，原告方为陆娟及其代理律师等三人，被告方则为海淀工商局两位代理人。现场听者寥寥，而平静的气氛之下实则波涛汹涌。在双方的举证中，陆娟被指从派出所擅自抱走保险箱的案子也重新浮出水面。

这起案件的灵魂人物赵丙贤昨日并未露面，其签名鉴定作为重要证据，成为海淀工商局撤销股权变更到陆娟名下的理由。

离婚案波及上市公司股权

在这场旷日持久、令人唏嘘的离婚案之前，赵丙贤和陆娟名下公司数量众多，曾有媒体统计财富总数超过20亿元。而两人感情失和之后，旗下部分公司的股权结构开始云谲波诡的变动。

可查资料显示，仁海维、本杰明都成立于2007年，由陆娟、赵丙贤共同参股的公司中证万融等投资组建。截至该案审理时，两家公司的法人均为张华东。

2010年5月28日，本杰明95%股权、仁海维95%股权都划归一家名为北京特格特管理咨询有限公司（简称特

格特)的企业所有。当年12月,本杰明、仁海维各95%股权又划归到陆娟及夫妻婚生女儿赵悦欣名下,并于2010年12月10日完成了工商变更登记手续。

这部分股权意味着什么?根据记者不完全统计,广电电气2012年三季报显示,仁海维为公司第一大流通股股东,持股数量4089.69万股;罗莱家纺2012年三季报显示,本杰明持有公司394.73万股,是公司第四大股东。若以3月13日收盘价广电电气3.97元/股、罗莱家纺41.60元/计算,这一起诉讼涉及到约3.27亿元市值的股票。

案件争议的焦点是,海淀工商局2012年8月23日下达行政处罚决定书,分别撤销仁海维、本杰明2010年12月取得的公司变更登记并各罚款25万元。

据原告方陆娟表示,因夫妻感情失和,2010年5月赵丙贤匆忙成立特格特公司,并将原属夫妻二人名下财产向外转移,她发现端倪并提起诉讼。当年12月,赵丙贤之所以同意将仁海维、本杰明各95%股权还给她和女儿,是双方多次协商达成一致的结果。

是否提供虚假材料?

然而,海淀工商局的调查结果与陆娟所述大相径庭,根据相关行政处罚决定书,赵丙贤对这起股权变更不知情,签名更不是他的亲笔。

庭审答辩显示,海淀工商局对本杰明做出上述处罚,理由主要是:2010年12月当事人申请公司变更登记期间特格特公司公章未在实际控制之中,其股东赵丙贤证实对上述变更不知情,其提交给登记机关的法定代表人签字“赵丙贤”经北京华夏物证鉴定中心《司法鉴定意见书》华夏物鉴中心(2012)文检字第56号的鉴定意见认为“赵丙贤”签名字迹与样本上“赵丙贤”签名字迹不是由同一个所写。

对仁海维的处罚理由与本杰明类似,均包含公章不在、签名不实。

根据2006年1月1日起实施的《中华人民共和国公司登记管理条例》第六十九条:“提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实,取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,处以5万元以上50万元以下的罚款;情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照。”

陆娟代理律师当庭质疑称,赵丙贤提供的签名样本来源不明,北京华夏物证鉴定中心的鉴定结论可能被操控,有失公允。

对此,海淀工商局代理人回应称,北京华夏物证鉴定中心是具有合法资质的鉴定机构,据此做出相应的处罚“事实清楚,证据确凿”。

离奇的公章丢失案

关于特格特公章不在实际控制之中,又牵出了一个“案中案”,主要是指向陆娟曾经抢夺装有公章的保险箱。

海淀工商局出示的证据包括朝阳公安分局预审大队2012年7月27日向其提供的说明,“经查,系在2010年12月7日,陆娟与张华东将报案后存放于麦子店派出所的保险箱擅自拿走,保险箱内有北京特格特管理咨询有限公司等公章,这些公章自拿走之日起一直未归还给该公司,后我大队于2011年9月14日将陆娟存放在交通银行保险箱内的该公章依法扣押。”

陆娟在法庭上辩称,这一情况不属实,而且该案的股权转让法律文件签署于转移之前的11月26日。她还表示,特格特公司于2010年12月14日在《北京晨报》第26版刊登声明,称其“公章、合同专用章、法定代表人名章于2010年11月29日不慎丢失”,这与朝阳公安分局预审大队说明中的12月7日也不一致。

在此之前,陆娟与赵丙贤的“天价离婚案”曾引起投资者关注,因其直接或间接涉及的上市公司远不止广电电气、罗莱家纺等,原本是家务事的离婚案不断发酵,直至牵连到数额不菲的上市公司股权归属。

3月13日,经过2个多小时的审理,法官宣布休庭,判决结果出炉尚待时日,本报将继续关注。

假离婚要求复婚不予支持

2013-04-09 法制日报 政法司法

本报南京4月8日电 记者丁国锋江苏省高级人民法院针对“新国五条”正式实施后可能引发的假离婚等6种纠纷情形,向全省法院发出司法对策及建议:通过假离婚签订协议约定房屋归配偶一方所有,弄假成真、难以复婚而主张协议无效的,除能举证证明胁迫或欺诈事由外,不予支持。

江苏高院在其近日发布的《关于“新国五条”对法院工作的影响及对策建议的报告》中指出,结合前几次房产新政出台后的情况,预计在各地实施细则出台后,假离婚情形可能增多。由于“新国五条”规定了更严格的限购、限贷条件,购房人为了规避新政策,夫妻双方通过协议离婚方式,约定将原有房屋归一方所有,另一方名下无房产,从而获得购房资格或贷款优惠。

“一些有多处房产的卖房人,为了不缴纳个人所得税,通过协议离婚使夫妻一方成为只拥有唯一住房的产权人,从而规避个税征收。实践中可能出现假戏真做,没有分得财产的一方主张协议离婚无效而引发纠纷。”江苏高院民一庭法官潘军锋告诉记者。

“再有就是签订阴阳合同、借名购房、以房抵债、中介机构违规、商业用房、保障房纠纷等情形可能会增多。”潘军锋说,面对可能发生的房地产纠纷,江苏高院建议全省法院,准确把握“新国五条”精神实质,妥善运用法治化裁判方式,保障房地产新政有效落实。

铜山法院：四项措施规范离婚案件公告送达

2013-04-09 江苏新闻网

中新江苏网徐州4月9日电(吴磊)2012年铜山法院审结离婚纠纷案件共684件,其中判决结案96件,因被告下落不明采取公告送达方式的53件,占判决离婚案件的55.21%,而法律对公告送达和缺席判决规定较为原则,在审判实践中必须谨慎对待,对此铜山法院采取四项措施,规范公告离婚案件审理。

一是严格审查使用条件,慎用公告送达。对于原告起诉称被告下落不明的,告知原告应提供相关证据。同时,承办法官认真调查,做好笔录。将原告方提供的证据与调查取证笔录相结合,审慎认定被告是否下落不明。二是送达诉讼文书应多种方式并用。在公告送达的基础上,同时采用邮寄送达、直接送达等方式。公告送达除应在报刊上刊登公告外,还应尽可能到被告直系亲属所在地或原工作单位所在地张贴公告。三是加强依职权调查取证。对于被告下落不明离婚案件中“不落不明”、“分居满两年”及财产情况等证据事实的审查,应直接前往被告户籍地、原工作单位等地调查取证,尽可能查明事实真相;对于不能直接调查取证的,应请有关部门协助。四是强化法律释明义务。公告离婚判决生效后,如果被告重新出现并找到法院的,承办法官必须做好说服解释工作。对财产分割和子女抚养有异议的,告知其可以另案提起诉讼,以最大限度地维护被告的合法权益。

离婚拉锯战暴露婚姻制度短板

2013-03-28 四川新闻网 朱永华

9年前的一天,丈夫驾车出车祸,同车的妻子受伤成了智障残疾人,从2006年至今,丈夫任强以夫妻已无感情交流、婚姻关系已破裂的理由,先后9次向法院起诉离婚,前8次均被驳回。这场耗时7年的离婚“拉锯战”迟迟无法落幕(3月27日《天府早报》)。

实际上,在现实生活中,类似“离婚哥”遭遇的这种尴尬并不是分鲜见,夫妻,尤其是年轻夫妻在工作、生活、疾病或是在交通事故中出现严重伤害,导致身体彻底无法恢复,不能履行夫妻间正常的义务,因为存在法律上的夫妻关系,健康的一方必须依法履行自己的扶养义务,但这种只有付出没有任何回报的“扶养”义务,给另一方和整个家庭带来沉重经济和精神负担是无期限的,几乎很少有健康的一方心甘情愿的来履行这种毫无希望的“忠实义务”。成都“离婚哥”的情况更不让人意外,妻子受伤成高度智障残疾人,能够通过努力恢复健康的几率基本为零,正值壮年的丈夫坚持选择离婚确实也有相当的无奈。

但是,无论从我们的传统伦理道德还是现行的《婚姻法》,都让这位“离婚哥”陷入两难,弃妻儿去追求自己的幸福,不仅要背负“背信弃义”的道德骂名,也与国家法律所不容,履行法律手续解除婚姻关系,妻子一方不同意,《婚姻法》对这种情况更没有明确判离的依据,即使“离婚哥”愿意放弃所有家产“净身出户”,双方协议不成,鉴于这种特殊情况,法院也不好做出强判,“离婚哥”9次向法院起诉离婚,8次被驳回显然也正是出于这个原因。

“离婚哥”的情况看起来是极端个例,但现实中的这种境况并不特别少见,能够忠实履行扶养义务,几十年如一日甚至终身照顾瘫痪或生活完全不能自理的妻子(或丈夫)的固然值得推崇和称赞,但已经付出巨大努力无果后选择离开或离婚,也不能简单的站在道德制高点上去谴责,况且无论是道德惩罚还是“不准离婚”对于健康一方同样也不公平,作为一位健康的丈夫或妻子,既有承担责任的义务同样也有追求幸福的权利,在夫妻一方已经完全丧失履行夫妻间义务和责任能力,用一纸结婚证将另一方与其强行“捆绑”,这种残酷和折磨并非一般人所能承受,从这个角度上来说,“离婚哥”坚持走法律程序解除自己与妻子的婚姻关系非但不值得谴责,换位思考一下,更应该给予充分理解。

确实,从立法角度上来说,《婚姻法》是出于保护合法婚姻而立,但这也暴露出对某些特殊情况保护的短板,按照现行《婚姻法》,“离婚哥”妻子享受丈夫扶养义务的权利得到了充分保护,但这种保护却是建立在伤害没有任何过错的丈夫身上,现实中,我们不难看到有妻子在丈夫完全失去生活自理能力让家庭经济无法支撑的情况下,不得不选择“重婚”来维系原有家庭的生活来源,曾有媒体报道,山西一位农妇在丈夫突发脑溢血瘫痪在床后让家庭经济陷入绝境,为了供养两个未成年子女和照顾丈夫,这位农妇苦撑4年后选择了“携夫改嫁”,同居一室的两男一女非但没有受到相邻的谴责和法律的“重婚”追究,反而被传为美谈,但这对于普通丈夫“离婚哥”来说,显然是奢望。

一场变故给“离婚哥”妻子造成巨大不幸,“离婚哥”同样也是严重受害者,为了解除名存实亡的和婚姻关系,愿意独自抚养女儿和放弃所有家庭财产“净身出户”,也理应得到妻子一方家庭父母的理解,同时,笔者以为,我们的《婚姻法》也有待细化和完善,对像“离婚哥”这类都不存在过错,纯属于灾难造成婚姻名存实亡的状况,也应给予明确和便于实际操作的规定。另外,对于“离婚哥”妻子来说,维系婚姻关系的主要目的是为了得到经济上的保证,尚若我们地方政府和社会在救助保障制度上再科学完善一些,消除这类不幸所带来的后顾之忧,想必这样的纠纷矛盾也会迎刃而解,毕竟“名存实亡”的婚姻对于“离婚哥”妻子已经没有任何实际意义,但对于并无过错的“离婚哥”,却是整个后半生的幸福,这样的代价也确实太大了。(四川新闻网太阳鸟时评)

车祸后妻子智力受损 丈夫7年9次起诉离婚

2013年03月27日 四川新闻网



昨日，“离婚哥”在法院组织的调解协调会上发言。

武侯法院、高新法院昨日第一次联合出动4名法官进行调解

2004年，一场车祸让罗兰(化名)智力残疾。2006年开始，她的丈夫李志(化名)连续7年9次提出离婚。双方家庭因财产分割、如何治疗病人，矛盾越积越深。在他们之间，到底有着怎样的恩怨纠葛？

2004年10月10日，是成都市民李志(化名)30岁的生日，也就是从这天开始，围绕两个家庭的悲剧开始了。当天，李志的妻子罗兰(化名)因车祸导致智力残疾，两年后，李志提出离婚，7年内一共提出了9次。

昨日下午，武侯法院、高新法院联合召集李志、罗兰的父母，在武侯法院召开了调解协调会。

车祸后妻子的智力受损

事发当天，李志驾车和妻子罗兰前往南充(微博)，因超越停在路边的长安车，他们的车与来车相撞，副驾上的罗兰受伤，造成智力二级残疾，智力水平仅相当于几岁小孩。

对罗兰一家来说，可谓祸不单行：在她出事前十几天，她的弟弟刚因车祸身亡，一家人正在极度悲伤之中，没想到灾难接踵而至。

对李志来说，大学毕业后刚打拼出一些成绩，开了公司，事业正在上升期，这一场车祸也改变了他的命运。经警方鉴定，李志在事故中承担50%的责任。此后，罗兰长期生活不能自理，需要人照顾。

8次提离婚被法院驳回

从2006年开始，李志和罗兰的父母就罗兰的治疗方式产生了分歧。

罗兰的母亲说，她一直希望女儿能够恢复智力，得到最好的治疗，因此，偏方、进口药或听说的一切治疗方式都不会放过。而做医疗器械生意的李志则认为，从医学科学的角度看，妻子难以再恢复智力，虽然治疗应该继续，但不能毫无节制地花钱。出了车祸后，1岁多的女儿要养，解散的公司准备重组，房贷要还，这一切，都需要钱。

自此之后，双方因为钱的纠纷和争吵一直没停过。2006年9月李志第一次提出离婚，法院审理后认为，两人曾是同学，婚姻基础较为牢固，且经过共同打拼，家庭经济较为富裕。原告由于自身过错导致妻子残疾，以此为理由提出离婚有违道义，故不准予离婚。从2006年到2010年，李志8次起诉离婚，法院均予以驳回，网友因此戏称他为“离婚哥”。

目前，正在成都高新法院审理的两人的离婚案，是李志第9次起诉离婚。

4名法官参与离婚调解

罗兰受伤一年后，李、罗两家开始了7年多的离婚纠纷，7年来李志共9次提出离婚，但因涉及赔偿、子女抚养、帮扶费用等诸多问题，离婚一事至今都无定论，昨日在武侯法院，双方再次为离婚开始了协调。

昨日下午，武侯法院、高新法院联合召集李志、罗兰的父母，在武侯法院召开了调解协调会。这是事故发生9年来，双方第一次坐在一起深入地谈论离婚问题，也是两家法院第一次一起，出动4名法官对离婚案进行调解。

从调解涉及的案件数量，就能看出双方的积怨之深。第一起，是在高新法院审理的双方离婚案件；第二起，是妻子罗兰一方告李志在车祸之后重婚；第三起，是关于李志所开公司的股权分配；第四起，是法院将执行李志对于妻子的车祸赔款。

岳父岳母状告女婿重婚

上个星期，罗家在武侯法院状告李志重婚的案件，几乎和离婚案件前后脚开庭。罗兰的父母说，李志在罗兰出事一年后，2005年又与另一女子结婚，并育有一女。2010年底，罗兰父母以女婿涉嫌重婚、遗弃等为由，向武侯警方报案。

目前，李志是否涉嫌重婚，尚无最终宣判结果。不过他承认，自己确实在2008年后和一名女子有过交往，不过并没有领取结婚证。

这次诉讼，已经让两家的关系降到了冰点。

女方父母：想离婚可以拿200万元外加两套房产

根据交警部门2004年出具的事故鉴定，李志和另一方涉事司机各付一半责任，因此，他获得了30万元左右的赔偿。此后，岳父母首先将他告上法庭，要求支付由他们垫付的医疗等费用。武侯法院判决李志支付7.8万余元

元。但在判决生效后，李志并未付款，并在本月初被司法拘留了15天。

昨日下午，罗家拿出了同意李志离婚的方案，即他至少要拿出200万元，并将两套房产归于罗兰名下。最终，双方没有达成一致。

对话当事人

“离婚哥”：其实我心里也很难受

昨日下午，记者在武侯法院见到了李志。在9次提出离婚的过程中，看得出来，他其实也很纠结

华西都市报(微博)：离婚离了7年，告了9次，你为什么这么坚定？

李志：这些年发生的事情太多，总的来说就是财产和治疗方案。我们是同学，结婚前，我追了她3年，提离婚我心里也很难受。但是打了这么多官司，我已经无法和她的家人一起生活了。

华西都市报：这些年最让你困惑的是什么？

李志：我被拘留的时候，10岁的女儿给她妈妈写了封信，“妈妈能不能给我一张你的照片呢？”因为纠纷，女儿已3年没见过妈妈了。如果不是和岳父母闹得太僵，我真希望能带着女儿去看她妈妈。

华西都市报：上星期我们去看了罗兰，她现在智力有所恢复，你决定以后如何帮扶她？

李志：我只回避人，不回避事情。对于妻子的一切费用，我听从法院的判决，但女儿还是要我带，一是要离婚，二是要女儿，这是我的底线。

记者手记

一场车祸之后，丈夫9次提出离婚。一边是智力残疾的妻子，一边是事业受挫的丈夫。清官难断家务事，我们无法评判这场纠葛的对与错，但因为这场纠纷，他们年仅10岁的女儿承受着煎熬，老人也被卷了进来，这才是一场意外后，最大的悲剧。

记者崔燃（华西都市报）

男子称为避政策用女友父名义购房 求归还遭拒

2013年04月12日 华商网-华商报



接受采访问隙，史湘玲看向窗外本报记者汤继颖摄

21岁女孩：买时说送的，但买了一周他就要房子，后来又耍了两三次

48岁男子：没送这回事，当时为规避政策用她父亲名字买房

“他说我是他见到的最美的女人，相处一周左右就说要给我买套房。”21岁的史湘玲说着她和48岁的张祥的曾经。

史湘玲说，因为想孝敬父亲，所以虽然是张祥付的款，她还是将房子买在了父亲名下。可是由于男朋友的疑心，她和张祥相处3个月后，就慢慢断了联系。没想到10多天前父亲却被张祥起诉到法院。张祥诉状称，之前为规避国家限购令才用她父亲的名义购房，现在请求法院依法确认房子实际购房人为张祥。

如今，法院已经受理了此案。史湘玲说，她已请好律师准备应诉。

女孩讲述

为孝敬，她把送的房落在了父亲名下

在西安拥有两家游戏厅的张祥(化名)收入颇丰，2012年9月，他在世园公园偶遇史湘玲(化名)。

“他喜欢拍照，当时遇到我，就一直追着拍我，后来就互留了电话。”还在求学的史湘玲说，当时她被当做模特，许多人都在拍她，离开时，张祥还开车送她，自那以后，就穷追不舍，不断通过QQ、手机短信、电话等多种方式联系她，对她很好。

“他说我是他见到的最美的女人，有时候，他一大早就在我家楼下等我。”史湘玲说。通过进一步了解，史湘玲知道张祥有家庭，还有两个孩子。因为史湘玲觉得张祥很像她一个同学，对他并不排斥，慢慢就产生了暧昧关系。

认识一周左右，张祥说要给她买套房子，史湘玲就跟父亲说，要买房子孝敬父亲。当年10月，史湘玲就用父亲的身份证，在西安城北买了一套价值近60万的房子，张祥支付了房款。

“他对我很好。”史湘玲说，因为引起了男朋友疑心，没多久她和张祥就吵架，再后来就慢慢减少了联系。就这样，两人的关系维持了三个月后，慢慢就淡了，基本上也没有了联系。

“前后要过三四次房子了。”史湘玲说，最早一次是买房后一周，当时因为两人关系还维持着，张祥没多说

什么，但过后又提过两三次。

10 多天前史湘玲的父亲收到了张祥起诉他的法院传票，此时他才知道了张祥这个人，而且年龄比自己还要大 3 岁。

“你认识张祥吗？”在父亲的质问下，史湘玲道出了实情。“因为张祥，我和男朋友后来也分了手，本来我还想着，要不要回去找他，我觉得喜欢他，我付出了真感情，我们在一起也有美好的回忆。”史湘玲说，“但现在可能回不去了，他已经把我爸告了。”

“他是赠送给我的，怎么可能再要回去。”史湘玲说，她目前也聘请了律师，准备应诉这场官司，“我也曾给他说过要找媒体报道此事，他说随便。”

男方说法

买房时就说过请她父亲“代购”

昨晚，记者联系了此案的原告方张祥。

他说，他和史湘玲的确是在世园公园认识的，后来两个人关系不错。至于两个人之间的关系，他不愿多说，并称和本案无关。“但绝对没有赠送房子这回事，如果有这回事，我为啥还要到法院去伸张我的权益呢。”

张祥说，当时买房就是为了规避国家政策，“她百分之百撒谎了。”

张祥的起诉状称：2012 年 10 月，准备购买城北的一套商品房，但由于受政府购房政策限制，自己已有了两套商品房，再次购房将无法办理相关手续，于是就找到史某(史湘玲的父亲)帮忙并商定，“由张祥出资，以史某名义替张祥购房。”史某同意，于是，张祥先后三次将 50 多万元转入到开发商账户，由史某和开发商签订了购房合同。

起诉状称，转入房款，签订合同后，张祥曾要求与史某签订书面文件确认，史某同意，但截止到目前，经多次催促，史某一直以各种理由推诿，为维护自身合法权益，张祥将史某诉至法院，请求法院依法确认史某所购的城北一处房产的实际购房人为张祥，并请求法院判令史某承担本案的诉讼费用。

日前，法院受理了此案。

律师观点

房子归属要看合同或房产证

这套房子到底应该归谁所有？昨日，20 多个网友参与了讨论。

在被采访的 20 个网友中，有 10 个人支持女孩，前提是女孩说的是真的。有 6 位支持张祥，但必须支付一定的费用给史湘玲；还有 4 人认为，如果如张祥所说是规避政策，就该归还房产。

“排除道德的因素，单纯就本案来说，法律上有个原则，动产谁拥有就是谁的，而不动产，只要有购房合同，或者房产证，上面是谁的名字，房子就是谁的。”陕西浩公律师事务所律师王浩公说，具体到这个案子，“到底是赠与，还是代购，双方都要向法庭出示证据，但就目前来讲，房子归属权为史湘玲的父亲。”王浩公说。

“我们之前代理过类似案件，最后女方胜诉。”陕西智法律师事务所律师韩朝泽认为，按相关法律规定，房子张祥要走的可能性不大。

本报记者余晖

江苏“独一代”夫妻离婚涉子女抚养纠纷增多法官称 “抢孩子”实为感情破裂宣泄口

2013-04-15 法制日报 政法司法

本报记者丁国锋

本报见习记者马超

本报通讯员陆芳芳

随着“独一代”的成家立业，“独二代”出生了。

江苏省无锡市南长区人民法院法官今天向《法制日报》记者介绍，在该院近两年办理的夫妻离婚争夺抚养权案件中，抢孩子现象显著增多。据统计，2012 年 1 月至今，该院共受理争夺抚养权纠纷 56 件，其中 11 件双方为抢孩子大打出手，有的甚至引发刑事案件。

秦先生和李女士于 2010 年起诉离婚，两人对财产没有过多争议，只对女儿抚养权问题吵得不可开交。女方指责男方长期不回家，对女儿没有责任心；男方辩解为了女儿的成长甚至辞去了外地的高薪工作。

然而诉讼还在进行时，秦先生带着两名男子到李女士家抢女儿。其间，秦先生为摆脱李女士纠缠，对其腿部连踢 3 脚。经鉴定，李女士构成轻伤。秦先生因犯故意伤害罪被判处有期徒刑 1 年，缓刑两年。

“她提起离婚诉讼后就把女儿藏起来不让我看，我忍无可忍才带人去把女儿抢回来。”宣判后，秦先生承认自己有些过激。

2012 年 7 月，秦先生以侵犯探望权为由将李女士诉至法院，要求确认他对女儿的探望权。李女士则提出，秦先生的行为给女儿造成心理创伤，其探望不利于女儿身心健康。同年 9 月，法院确认了秦先生的探望权。“离婚后不直接抚养子女的一方有探望子女的权利……考虑到秦先生的行为对女儿心理造成的不良影响，其探望时间采用循

序渐进的方式比较适宜。”法官为秦先生拟定了探望时间表,告诫他要为女儿的成长提供安稳和谐的环境。

本案承办法官汤然认为,“抢孩子”现象的产生,与目前“一对多”式的家庭结构有关,导致“独二代”面临被争抢的局面。“抢孩子实际上是离婚父母感情破裂的宣泄口,他们觉得幸福的婚姻没了,但孩子一定要留住。其实,对孩子真正的爱,应该是无私的、理性的,任何抢孩子、藏孩子的行为不仅会给自己离婚造成麻烦,更会对孩子造成无法弥补的心理伤害。”

本报无锡(江苏)4月14日电

“80后”离婚案件的样本分析

2013年04月14日 人民法院报 邵忠 吴莉

近几年,重庆市梁平县人民法院受理的农村“80后”离婚案件呈上升趋势。据统计,2010年为269件,2011年为318件,2012年为353件。为此,该院对受理的案件进行了统计分析,并提出建议对策。

“80后”离婚案件主要特征为:婚姻持续时间较短。离婚案件中一年婚龄的占20%,三至五年婚龄的占53%;女方作为原告起诉的比重大。2010年,“80后”女性作为原告起诉的案件为179件,占全部离婚案件的66%,2011年为214件,占67%,2012年有249件,上升到70%。

“80后”离婚的主要原因:

缺乏感情基础,结婚草率。许多“80后”注重外表,一见钟情,还有部分通过网络聊天相恋,认识一两个月便领证登记,而婚后发现对方缺点多,不如意。于是乎一场争吵后矛盾升级,感情还没充分磨合就“劳燕分飞”。对家庭缺乏基本的责任心。一些“80后”以自我为中心,很少换位思考。一些男青年有酗酒、赌博等不良嗜好,将亲情爱情抛在脑后,对家庭及子女的关心照顾很少,从而激发家庭矛盾,这也是女方起诉率高的重要原因。

双方长期分居,感情淡漠。一些“80后”通过父母亲友介绍认识,见面两次便结婚。婚后为改善经济状况,一方或双方均外出打工,但受外部诱惑和刺激,在外各自寻找性伴侣,之后与另一方慢慢生疏,最终感情破裂。对婚姻期望值过高。不少“80后”强调个性,兴趣爱好、生活习惯稍有不同,就觉得没有共同语言,婚姻生活出现小矛盾时也不积极解决。此外,女方一般比男方敏感,也更注重婚姻质量,尊重内心感受,对婚姻的态度是不委屈不将就。

过于追求物质享受。农村结婚彩礼数额逐年攀升,男方家庭为结婚除需建新房、添家具、购电器外,还需给付女方数额不低的彩礼。相当数量的男方家庭由此负债,婚后产生矛盾。

针对上述原因,笔者提出以下建议:

加强法制宣传,树立正确的婚姻观。在农村广泛宣传婚姻法,与当地妇联、婚姻登记机关、基层司法所等部门建立起互助平台,充分利用宣传栏、电视广播、送法下乡等形式,强化婚姻法宣传。也可借助正反两方面案例,采取“以案说法”的形式宣传,增加农村“80后”的法制观念和家庭责任感。

高度重视离婚案件的调解。“80后”往往提出离婚快,但真正离婚手续办了,又有相当一部分人后悔。因此,应当充分了解双方当事人的婚姻基础、婚后感情、涉诉原因。对感情较好、一时冲动要离婚的,采用“冷却处理法”。对因误解引起的离婚,帮他们消除误会,必要时邀请双方父母、亲朋好友参加调解。还应适当将案件多分配给中年女法官,情感细腻的女法官对调解婚姻矛盾有天然优势。此外,审理时也应给调解多留些时间,给双方再留一些时间,使其充分认识到婚姻的重要性。

积极拓展离婚纠纷化解的新途径。以法院、人民法庭、巡回审判点为纵向联络线,以三调联动为横向协作面,综合调处化解离婚纠纷;可以组织心理咨询师、律师、社工及妇联干部等专业人士,从社区、村委会入手,举办婚姻关系处理培训班;在乡镇、村组、社区组建调解员队伍,对80后婚姻矛盾及时发现并化解在萌芽阶段。

针对外出务工长期分居闹离婚的,可以让双方多沟通多联系,让双方能够理解对方的苦衷。同时,让双方冷静,多回顾往日夫妻感情,多考虑孩子的成长环境,能够和好就尽量和好。

同居遭家暴也能申请“保护令” 清官要断家务事

2013-03-28 新闻中心-中国网 记者黎衢 通讯员粤高法、王飙尘

内容摘要:据悉,今年起,按照广东省高院的要求,全省法院均要设定家事审判合议庭,受理案件范围扩大至所有婚姻家庭、继承案件。2010年3月,广东省高院与省妇联率先在全国启动了家事审判合议庭试点工作,指定中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等7家单位为首批试点法院,在试点法院设立了17个家事审判合议庭。



广东3年前率先“试水”家事审判 今年要在全省各级法院推行

家务事，怎么断？一直是个难题。昨日，由广东省高院、省妇联和省法学会共同举办的“妇女维权与家事审判研讨会”在广州举行。来自全省各级法院的法官、学者和律师共 50 多人就法律工作中的家事审判问题展开热烈讨论。

记者在研讨会上了解到，基于家事审判的特殊性，广东于 2010 年起在全国率先“试水”家事审判合议庭模式，在全省 15 个基层法院设立试点，以更专业和带有创新性的方式审判“家务事”，使得家事案件的结案率和调解撤诉率大幅提升，上诉率和发回改判率显著降低，各试点法院每年的结案率都保持在 90% 以上。

据悉，今年起，按照广东省高院的要求，全省法院均要设定家事审判合议庭，受理案件范围扩大至所有婚姻家庭、继承案件。

家事审判 试行 3 年撤诉率大幅提升

据统计，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%。2007 年以来，全省每年新收一审婚姻家庭、继承案件数量占同年新收一审民事案件总量的比例均超过 10%。

2010 年 3 月，广东省高院与省妇联率先在全国启动了家事审判合议庭试点工作，指定中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等 7 家单位为首批试点法院，在试点法院设立了 17 个家事审判合议庭。第 2 年，省高院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 家单位为第二批试点法院，在上述法院增设 11 个家事审判合议庭。

据了解，家事审判试行 3 年来，全省家事案件的结案率和调解撤诉率大幅提升，上诉率和发回改判率显著降低，各试点法院每年的结案率都保持在 90% 以上，部分试点法院的结案率甚至达到 100%；平均调解撤诉率达到 70%，远高于近几年全省基层法院婚姻家庭纠纷案件调解撤诉率平均水平；平均上诉率不到 10%，取得了良好效果。

因案施调 “劝和劝离” 不搞“一刀切”

在研讨会上，围绕家事案件中最常见的离婚诉讼，法律工作者和学者们展开了热烈讨论。

有来自基层法院的法官介绍，他们在家事审判合议庭试点工作中严格贯彻调解优先原则，“劝离”与“劝和”相结合，调解不预设立场，根据当事人感情状况决定调离还是调和：

对夫妻感情确已破裂的，摒除两次起诉方可判决离婚的规定，尽量促成双方调解离婚。

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，提出“当事人同意在 6 个月内暂不离婚”的调解方式。

对于涉及家庭（族）矛盾或者家庭（族）矛盾多元化的案件，充分发挥长辈在解决家事纠纷中的作用，适时召开庭前或庭后家庭（族）会议，从法制、人情、伦理和习俗等方面探寻当事人矛盾的根源。

但也有法官表示，由于中院受理的大多是二审离婚案件，因此在她的实际工作中，也曾多次遇到一方在第一次法院调解后撤销了离婚诉讼，但第二天就开始实施财产转移，并在半年后再次提出离婚的案例。这种情况下，处于弱势的一方（常常是女性）最后落得“人财两空”。因此她认为，家事案件中到底是“劝和还是劝离”一定要因案失调，千万不能简单地用“一刀两断”式的判决来处理。

家事 纠纷特点

中山大学法学院副教授卓冬青认为，家事纠纷具有不同于其他民事纠纷的鲜明特点：一是有强烈的伦理性。“像家事案件中的财产问题，当事人常常是先有夫妻、父女、父子等的身份关系，再有财产关系，当中还夹杂着很多‘理不清、剪还乱’的关系。”

二是家事案件中当事人的性别特征明显，通常有男女两性，还有儿童，其中女性和儿童往往处于弱势，有必要对她们采取特殊的保护政策。“家事审判合议庭的推行将使这类审判更有的放矢，更有效地保护妇女儿童权益。”

假离婚风险大

针对最近广受关注的部分市民为了买卖房产而“假离婚”的现象，很多与会的法律界人士认为，这种“假离婚”背后隐藏着很多风险。例如一方本来就抱着离婚的念头，离婚后拒绝复婚。另外，这些“假离婚”在处理财产时往往比较草率，例如把房产直接归于一方名下，而一旦出现上面那种一方拒绝复婚的情况，另一方的权益往往就会受到侵害。

创新点

在研讨会上，不少基层法院在家事审判合议庭试点工作中的探索和创新引起了大家的共鸣和关注。

1. 家暴受害方不再承担所有举证责任

由于家庭暴力案件具有的连续性、隐蔽性特点，受害人经常会遇到举证难的问题。为此，各试点法院采取了“降低取证标准，合理分配举证责任”的做法，要求受害方只需举证证明存在受侵害事实即可。在受害人完成举证的情况下，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。

2. 同居受侵害，也能申请“人身保护令”

离婚诉讼中，当事人自述存在家庭暴力的约有 10%。为此，3 年来，广东各参与家事审判试点工作的法院发出各类人身安全保护裁定近百份，先后发出了全国法院系统首份“远离令”、“财产保护令”和“同居关系人身安全

3. 推广财产申报，督促离婚诚信诉讼

在离婚诉讼中，一方隐瞒和转移财产是常有的事。为此，东莞法院于2011年创设了离婚案件财产申报制度，要求离婚案件双方在庭前如实向法院申报自己的财产、债权和债务等经济状况。告知当事人在离婚时对隐瞒、转移、变卖、毁损夫妻共同财产不实陈述的法律后果，例如在财产分割时不分或少分的后果。

4. 设立离婚案件判后“探视抚养档案”

“探视难”是不少离婚案件判决后遇到的现实问题。针对这些问题，佛山市顺德区人民法院创设了离婚案件判后探视抚养档案，对判决生效后双方履行抚养、探视义务的情况予以跟踪。一方的履行行为需要另一方在《判后探视、抚养情况表》上签名确认，如一方无正当理由拒不履行抚养、探视义务超过3次，则另一方可以该表为证据向法院申请变更抚养权。

5. 引入“社会中立第三方”参与家事审判

佛山市顺德区法院心理辅导介入机制建立以来，共有10名心理辅导志愿者对17宗离婚案件的当事人开展了心理介入辅导，其中有7宗案件经介入调解和好，有6宗案件经介入顺利达成离婚调解，其余4宗案件因当事人积怨太深、分歧较大无法达成调解，但经心理介入辅导后对息诉服判也起到了有利的作用。

文/记者黎衡 通讯员粤高法、王飙尘

广东湛江首家“家事审判庭”由清一色女法官组成

2013年04月10日 中国新闻网

原标题：广东湛江首家“家事审判庭”由清一色女法官组成

中新网湛江4月9日电（梁盛 李蓝姗）记者9日从广东湛江市中级法院获悉，该市首家“家事审判庭”在坡头区法院挂牌成立，并由清一色女法官组成。

坡头区法院院长林保南表示，家事案件与老百姓的日常生活息息相关，并且具有其特殊的复杂性及专业性。“家事审判庭”采取“圆桌审判”模式，对涉及婚姻、家庭、继承、抚养等家事纠纷进行专门审理，一改向来“清官难断家务事”的局面。

据介绍，“家事审判庭”将发挥女法官刚柔并济的优势，同时，在审判庭的场景布置上采取新颖的“圆桌式”布置，法官与原被告双方同坐一张圆桌前，突显家庭和谐平等的氛围，较好地把握法律的刚性与法官的人性、当事人的亲情、社会的公共秩序和良好习俗融合在一起，有利于消除当事人双方对立，恢复双方的感情，促成和解，更好地处理家事矛盾纠纷。

据了解，近年来，湛江市法院系统在司法便民、惠民的道路上进行了许多全新的尝试，不仅将法庭“搬出去”，开展巡回审判，在乡村的田间地头开庭，甚至在农户家里或渔民船上审理案件，此外，还实行“先受理案件，审结或执行到位后，当事人再来缴费”的做法，均取得良好的社会效果与法律效果。（完）

家暴外遇层出不穷缺乏证据维权受阻

2013年04月11日 信息时报



信息时报记者 桂良 通讯员 邱小华

2012年禅城区法院受理家庭纠纷类案件443件，占整个家事类案件的69.98%。各种以殴打、捆绑、禁闭、残害等形式为主的家庭暴力层出不穷，婚外情损害家庭幸福也时有发生。然而真正走上法律维权道路时，能拿出确凿证据的受害人却并不多，最后也只能落得个“哑巴吃黄连”的结局。

长期接触此类案件的法官提醒广大受害人，在遭遇此类家庭危机时，要让自己的合法权益得到有效的保护，受害人一定要保留好相关证据。

现状：家暴证据不足维权受挫

记者从禅城区法院获悉，在婚姻家庭中，遭遇不公平待遇但因为缺乏证据而无法得到合法保护的妇女不在少数。2012年，禅城区法院共受理婚姻家庭类纠纷443件，占家事类案件69.98%，而调解或者庭审过程中口头提出存在家庭暴力现象、第三者介入婚姻的情形高达30%~40%左右。实际上，在法庭上能有效提供证据予以认定的却寥寥无几。苦于没有证据，家庭暴力往往变成了白打，小三变成了“假想情敌”。

“证据不足，维权变成空口说白话，这是目前离婚案件中，妇女维权遇到最普遍、最无奈的问题。”禅城法院张槎法庭副庭长欧阳云总结道。来自广东省妇联的报告显示，2010年省妇联接到的关于家庭暴力的投诉为3874件，占婚姻家庭权益问题的15.4%。2011年，比例上升到16.1%。2012年，这方面案件数量为4102，所占比例达18.2%。

案例 1：小三登堂 大婆无家可归

阿兰与丈夫的婚姻是从网恋开始的，结婚后本抱着白头偕老的心愿，但这段婚姻没有维持到两年便以对簿公堂告终。

据阿兰介绍，其与丈夫袁某某于2009年底通过网络认识，相恋一年多后便结婚。婚后，买房买车，生活本也幸福美满。然而，由于生活习惯、经济等问题，双方逐渐开始争吵不断。2012年6月，因琐事争吵之后，阿兰一气之下直接搬回娘家居住。然而数天之后，当阿兰气消再次回家时，这个家的大门却早已被丈夫紧锁。

吃了闭门羹的阿兰立即报警，在民警的协调下，阿兰最终顺利回家。但令自己伤心的是，回家之后竟发现丈夫带着一个女人回家过夜。随后阿兰将丈夫告上法院，但在维权之时，自己却无法提供任何有关丈夫“带女人回家过夜”的证据。

案例 2：丈夫有外遇 离婚却不成

阿庆住在禅城张槎，1996年与陈某结婚，结婚后感情一直很好，两年后有了一个儿子小浩。但阿庆发现，自己生完孩子之后，丈夫就开始有了婚外情，长期不回家，也不拿钱回来养家。据阿庆透露，丈夫在她生完孩子之后，在外面又有了一对孪生女儿。

无奈之下，阿庆将丈夫告上法院，向法院提出离婚的要求，并要求小浩由丈夫抚养。就在阿庆与丈夫对簿公堂时，阿庆却陷入了新的尴尬之中。因为阿庆以丈夫有婚外情及已生育一对女儿为由诉至法院，请求与其离婚，但在庭审之时，阿庆却不能提出任何证据。

考虑到阿庆与丈夫是自由恋爱结婚，感情基础很好，而且生有一子，在综合考虑婚姻基础、婚姻态度以及矛盾起因和孩子成长问题之后，法院最终没有判决二人离婚。

法官支招

第 1 招

家暴报警记录结合诊疗证明

“报警往往只是起到证明存在双方曾发生过肢体冲突，但就诊介入、医疗证明等，能进一步佐证家暴构成及其对受害人的伤害程度，有利于法院支持受害方的诉讼请求。”禅城法院主审家事纠纷类案件的法官王琦告诉记者。

因此从维权角度看，报警、邻居或家属等证人证言虽然能起到固定家暴证据的作用，但如果受害方想得到损害赔偿的话，法官提醒，还必须注意及时将受害情况拍成相片，并到医院检查，出具医疗就医证明，结合就诊介入，危害情节才能确认，赔偿索求才能有更充分的事实依据。

第 2 招

通过技术手段进行合理取证

2012年，佛山禅城受理的婚姻家庭类纠纷443件中，只有2件有明确证据显示小三存在。因此，在实际维权中，能为婚外情拿出十足证据的人寥寥无几，前述案例中的阿兰正是陷入了这个困局中。在法庭上，阿兰对丈夫带女人回家过夜的不忠行为并不能提供任何证据，只能靠自己表述。

“立法存在一定的缺陷。”王琦提出自己的观点。她指出，目前类似小三破坏家庭和睦的情况主要还是要依靠伦理道德约束。一旦上升至法律条例，所面临的最大问题在于取证难。而根据婚姻法第46条，如果受害方要获得相应的赔偿，证据一般要达到能证明“一方有持续稳定的婚外情”。这一条件作为与他人同居的标准，而“持续稳定”这个程度往往很难举证。实际生活中男方可能也不会冒这个险，毕竟要面临重婚罪的指控。

法官同时提醒广大妇女，随着科技的发展，采用电子工具拍相、录音、录像等方式收集的色情性强的婚外情证据并不是不可以采纳，但要注意适用范围及方式，只能用于司法维权，千万别用于到处撒播、言语诋毁等，否则将适得其反，维权变侵权。

第 3 招

保持经济独立 理性对待纠纷

在内地法院审案两年，以及在沿海经济发达地区审案三年，王琦法官明显感觉沿海经济活跃地方妇女的维权意识更强，处理的方法和手段更成熟合理。家庭纠纷中，很多受害妇女因为经济过度依赖男方，一旦婚姻出现危机，便感觉天塌地陷，行为容易过激。

所谓“流水的媳妇，铁打的房。”从保护女同胞的角度出发，王琦法官建议，妇女应尽量保持经济独立。此外，心宽则天地宽，要宽容、谨慎、理性处理日常生活纠纷，避免家庭暴力演变成伦理惨案，追悔莫及。

每次探望儿子都被迫与前夫发生关系

2013-04-17 广州日报 记者黎薇

探视难纠纷在妇联维权案例中仅次于家庭暴力

未离时积怨深 离婚时关系僵 孩子成报复王牌

阿婷面前的那扇门，既熟悉，又陌生。离婚前，门的背后就是她的家；离婚后，门的背后有她日夜思念的儿子，但也有无尽的羞辱和恐惧——离婚诉讼中，法院将儿子的抚养权判给了男方，但离婚后每次阿婷想探视儿子，前夫要么不准，要么就要求阿婷得先与他发生一次性关系。

阿婷的故事是记者日前从广东省妇联权益部了解到的真实个案，“她的遭遇其实是离婚后探视难这一问题的一个缩影。”省妇联权益部维权律师王鹰尘告诉记者，离婚纠纷一直是广东省各级妇联维权投诉的热点，而当中又有很大一部分属于探视难。“很多人离婚为了争财产、争孩子把关系全搞僵了。后来，获得了抚养权的一方为了报复，就在探视孩子这个问题上设置种种障碍。”

探视难

离异妈妈

他每次碰我都恶心 想想儿子只好忍了

今年36岁的阿婷6年前与家住广州海珠区的阿俊结婚。婚后，阿婷发现丈夫与恋爱时判若两人。“以前他很斯文，对人彬彬有礼，但结了婚之后，他一点家务活都不干，下了班不是和朋友去打麻将，就是回家上网玩游戏，我稍有怨言他就会恶言相向，甚至动手打人。”前年，阿婷觉得与阿俊再也过不下去，提出与其离婚。“那时，我们的儿子已经4岁了，如果不是对这个男人无法忍受，说实在的，我真是舍不得儿子。”

由于阿婷在广州没有房子，于是双方协议，4岁的儿子归男方抚养，女方每月可以探望两次。离婚后第一个月，阿婷买了儿子最喜欢吃的巧克力蛋糕来到从前的家门。然而，等待着她的是一道冰冷的铁门。原来，离婚后阿俊在原来的大门外再装了一道铁闸。阿俊冷冰冰地说：“儿子今天不在，你改天再来吧。”

过了两周，阿婷打算再去看儿子。这一次，她先给阿俊打电话，可得到的答复是“孩子要上早教，没空。”第三次、第四次……面对阿婷多次提出的探视要求，阿俊总是以各种理由拒绝。

无奈之下，阿婷到阿俊打工的地方找他谈判。“为什么不让我见儿子？”阿婷问。“你不是要离婚吗？既然都不要我和儿子了，你还见他干什么？”阿俊反问。面对阿婷的苦苦哀求，阿俊竟然提出：要见儿子可以，但阿婷得先和他发生一次性关系。

在接下来的几个月里，阿婷为了见儿子，每月都要忍辱负重满足阿俊的无理要求。“他每次碰我，我都恶心想吐，可想想儿子，我就忍了。”长期的屈辱让阿婷身心憔悴，夜里噩梦连连，忍无可忍的她，拨通了广东省妇联的维权热线“12338”。

离异爸爸

月月申请强制执行 爸爸见女儿大阵仗

除了相对弱势的女性，探视难的问题同样会发生在男方身上。今年40岁的周先生是顺德人，去年与妻子离婚，当时双方育有一个5岁的女儿。离婚时，女儿的抚养权和财产分割让周先生和妻子闹上法院。最终，法院把女儿和双方名下的一套房子判给女方，周先生可以每周探视女儿一次。

夫妻关系因此闹僵了，双方父母也几乎成了仇人。在周先生要求行使探视权时，妻子一口拒绝，并叮嘱自己的父母，不能让周先生见女儿。尽管周先生发动单位领导给前妻做工作，但女方就是不肯让父女见面。无奈之下，周先生申请法院强制执行。

据顺德区法院家事审判庭法官的介绍，在过去的一年里，周先生每次看望女儿都要通过法院的强制执行，且每次不仅有法警陪伴在旁，前妻也会派出家人或亲自监场，双方剑拔弩张，气氛异常紧张。

审判探索

履行义务要签名确认 凭表申请变更抚养权

王鹰尘表示，对于离异夫妻的探视纠纷，目前广东省有部分地方法院的家事审判庭正在进行一些探索。例如顺德区法院在家事合议庭创设了离婚案件判后探视抚养档案。具体做法是，对于涉及子女抚养探视的离婚案件，在判决生效后合议庭会向双方各派发一份《判后探视、抚养情况表》，对判决生效后双方履行抚养、探视义务的情况予以跟踪记录。一方的履行行为需要另一方在表上签名确认，当一方无正当理由，拒不履行抚养、探视义务超过三次，另一方可以跟踪表为证据向法院申请变更抚养权。

妇联律师分析：孩子利益应放第一位

记者从广东省妇联了解到，探视纠纷是维权投诉的常见问题，占了各类家庭纠纷案件的13%，每年接收的案例总量仅次于家庭暴力，排名第二。省妇联权益部维权律师王鹰尘分析指出，按照妇联的经验，探视纠纷的原因常常是离异双方及双方家庭在婚姻存续期间积怨太深，或者是在离婚过程中因为财产分割和抚养权的争夺引发了巨大矛盾。“因此离婚后，获得抚养权的一方为了报复，常常把孩子的探视权当作手中的一张王牌。”王鹰尘说。

王鹰尘认为，在探视纠纷中，无论是获得抚养权的一方还是要求实现探视权的一方，往往都忽略了一点，那就是孩子的感受。王鹰尘说，他们在对这起纠纷进行调解的过程中，发现孩子其实很抗拒这样的见面，“他们很害怕，因为无论在什么情形下见了父亲，回家都会被母亲和外公外婆责备。”

为此，省妇联在处理类似的探视纠纷案例时，并不鼓励遭遇探视难的一方采取强硬的手段实现自己的探视权，“包括申请法院的强制执行。”王鹰尘说：“我们会先做拒绝探视一方的工作，看能不能化解双方的怨气。如果实

在不行，我们会劝要求探视的一方先退一步，不要再那么迫切地要求探视。”

王飏尘同时还提醒那些计划离婚或正在办理离婚手续的夫妻，在处置财产和孩子抚养权的时候要平心静气，多想想孩子。

保护女性免遭家庭暴力江西发出首例“人身安全保护令”

2013-04-13 中国妇女报 杨青刘旭

近日，江西省发出首例保护在家庭婚姻纠纷案中女性免遭家庭暴力的“人身安全保护令”。

江西省兴国县男子刘某与谢某系夫妻关系，因刘某长期对谢某实施家庭暴力，使谢某受到身体和精神上的双重伤害。谢某在向法院诉请离婚后，向法院申请人身安全保护。近日，兴国县人民法院作出首例“人身安全保护”裁定：“禁止刘某骚扰、跟踪、殴打、威胁谢某。如刘某违反上述禁令，法院将根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条之规定，视情节轻重处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。据了解，该裁定是江西省第一例旨在保护在家庭婚姻纠纷案件中女性免遭家庭暴力，维护妇女合法权益的“人身安全保护令”。

2012年8月31日，全国人大常委会对现行民事诉讼法进行了修改，将第九十二条第一款修改为：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”这是我国法律对“人身保护令”的首次明确“发声”，为人民法院发出人身安全保护裁定首次提供了直接的法律依据，扩大了对当事人权益保护的范

围（家务劳动补偿）

老公发达后三诉离婚 老婆：还15年家务钱

2013年03月08日 大洋网-广州日报 刘晓星 李柯



本报讯（记者刘晓星 实习生李柯 通讯员马伟锋）1997年挑战双方父母的压力和世俗传统，比裸婚还裸婚。但丈夫事业有成时不但有外遇，还三次起诉要和妻子离婚？在这宗离婚案件中，妻子坚决不肯离婚，要求法院判令丈夫每天履行两小时照料家庭的义务，1997年至2011年期间未履行的家庭义务以金钱形式弥补，共219万元。记者昨天获悉，番禺法院一审认为双方感情未破裂不予离婚，丈夫上诉至广州中院后又撤诉。

患难夫妻不能同富贵

阿军与小莉（均为化名）曾是一对患难夫妻。两人相识于1996年，1997年登记结婚，一年后有了儿子。根据小莉在法庭上的陈述，两人的结合挑战了双方父母的压力和世俗传统，婚后过着比裸婚还裸婚的生活。经过多年的辛苦打拼，阿军总算在事业上有所成就。然而，日子一天天好起来，两人却渐行渐远。阿军从2010年开始，三次到法院打官司要求离婚，称自己面对这场名存实亡的婚姻，已处于窒息、绝望、精神崩溃的状态。小孩也因为在这种冷漠的家庭环境下身心受到了极大的伤害。

妻子要他补偿家庭劳务费

小莉称还爱着丈夫，坚决不肯离婚，还请求法院判令阿军履行每天2个小时照料家庭的义务，对以前未履行的家庭义务以每天2小时计付代偿家庭劳务费，1997年至2011年共计15年，10950个小时，以其时薪的1/5计，每小时200元，共计219万元。小莉还称，阿军有发生婚外情等背叛家庭的行为，但她愿意相信这只是生活中的一些插曲和追寻人生价值的过程中发生的一些模糊认知。“我与儿子一直在默默坚韧地等待“父亲”的回归。我们在精神上一直仰赖着父亲给我们温暖和安全感。”在一次离婚诉讼中，小莉如此动情地说。

要让儿子了解何为真爱

在法庭上，小莉说：“我希望儿子依赖、信赖和仰赖的父母都能够真正让他感到幸福和自豪，让他了解什么是真正的“爱情”；儿子现在正处于青春发育期，生理正在发生着急剧改变，心理上处于青春叛逆期，生理行为和心理动向都急需指导和呵护。他虽然是一个表现优异的孩子，但隐藏了很多心理缺失，我希望作为父母能够竭力弥补，而不是在这里闹离婚。儿子的一篇作文以我们家庭发生的变化为原型，写出了自己的心声和这个时代这个社会的心声，虽然文字粗浅、错漏颇多，但老师几乎给了他满分，这说明老师被他真挚而深沉的感情打动了，为什么我们做父母的还不能意识到危机，还不能意识到对孩子深深的伤害？”

法官办案有感：女方牺牲支持男方进修 共同财产转化成男方技能

一位经办过多起家事案件的民事法官指出，从近几年受理的离婚案件来看，夫妻共同财产的构成越来越复杂，表现形式也日趋多样化。夫妻共同财产包括有形财产和无形财产，有形财产主要体现为物，无形财产主要体现为权利，无形财产本身具有价值，权利人据此可以获得利益的一种财产，诸如文凭、学位、职称、技能等。

面对激烈的竞争环境，为了增强个人的竞争实力，现在越来越多的人通过读研究生或学习专业技术作为改善境况的一条道路。而现有的家庭状况和家务劳动、社会化程度都不允许双方同时深造，往往牺牲一方利益去保全另一方，而被保全的往往是男方。夫妻财产也随之消耗而转化成了专业知识或技术能力，配偶一方获得的知识或技能是受夫妻共同财产的资助而形成的。男方待功成名就时提出离婚，此时家里的有形财产已经不多，即使全部分割给女方，也远远不能使女方以前的投入得到合理的补偿。女方处于弱者的地位，如果按照现行的法律规定，弱者的权利就不能得到保证，显然有失公平。因为受支持一方把夫妻共同财产已转化为一种技能，将来可以利用它谋取更多的经济利益，而“支持一方”却一无所有。因此，必须正视这种现实，不能忽视无形财产、智力投资等潜在的经济利益的转化。学界认为应将这种家庭无形财产作为夫妻共同财产分割，国外立法也有类似规定。对这种财产的评价必须以公平原则为指导，以原额财产，即恢复投资学会某项技能前夫妻共同财产为基础，使待分割的夫妻财产含有投资某项技能消耗的部分，考虑该项技能的社会用途和价值，给对方相应的补偿。

法院判决

维护家庭稳定 不准两人离婚

番禺法院认为，阿军和小莉经自由恋爱而结婚，感情基础较好，婚后本应珍惜婚姻家庭生活，但在婚后的日常生活中，双方没有注意维系夫妻感情，致使感情日渐恶化。阿军认为其已经三次到法院提起离婚诉讼，足以证明双方感情破裂。但根据《婚姻法》及其相关规定，当事人提起离婚诉讼的次数并不是衡量夫妻感情是否破裂的标准。阿军在法院判决不准离婚后，并未意识到自身的责任，亦未珍惜夫妻感情，尝试互谅互让，加强沟通，而是采取回避的办法，未尝试亦未努力去修补夫妻关系。两人组织家庭并共同生活十数载，一同经历工作、生活的曲折。

小莉在庭审过程中仍表示爱着丈夫，不同意离婚。而阿军在工作有所成就的时候提出妻子与其不般配的观点，不仅没有意识到自己的问题，还为恶化夫妻关系创造条件。只要双方珍惜十多年夫妻感情，矛盾都是可以避免的，夫妻感情亦可以继续维持下去。鉴于两人夫妻感情尚未彻底破裂，以及考虑离婚将对孩子的成长产生不利的影响，出于对家庭稳定的维护，不准予离婚。

省妇联电话：12338

市妇联电话：38613861

本报报料热线：81919191

女儿患白血病 父母法庭争谁出钱

2013年04月16日 新京报 张玉学



昨日，法庭内，小雨的姥姥（左一）指责小雨的父亲（右一），甚至一度连打带骂。本版摄影/记者 王贵彬



昨日，11岁的白血病患儿小雨和父亲坐在原告席上，小雨将头扭向一边，不愿看自己的父亲

- 她（妻子）家拿着拆迁款，拒绝给小雨看病。——小雨的父亲
- 他（丈夫）整天游手好闲，打官司就是为钱。——小雨的母亲
- 这病（白血病）我也不想治了，养着就行。——小雨

新京报讯 11岁的女孩小雨（化名）患有白血病，医院建议做骨髓移植，小雨父母却因此闹上法庭。小雨父亲称，妻子不同意为女儿做配型，也不同意出钱做骨髓移植手术，他代女儿起诉。小雨母亲称，她一直给女儿治病，丈夫起诉是想骗取拆迁款。

昨日，通州马驹桥法庭上，身体虚弱的小雨说：“不想治疗，养着就行。”

丈夫：

她有钱不给女儿治病

小雨的父亲边先生称，2012年3月，女儿检查出患有再生障碍性贫血（俗称“白血病”），医生多次建议由小雨父母做配型，进行骨髓移植手术。

“她不同意做配型。”边先生说，妻子刘女士还说没钱，不同意做骨髓移植手术。2012年11月后，刘女士基本上连每周血常规检查都不给小雨做。

边先生认为，小雨因特殊疾病急需治疗，刘女士有拆迁款可供治疗，不是没有经济能力，刘女士放弃给女儿治疗，侵害女儿的合法权益。边先生代女儿诉至法院，请求判令刘女士从拆迁补偿款中支付30万元，用于女儿的治疗费用。

妻子：

他起诉是为筹集毒资

“起诉不是小雨的真实意思。”昨日法庭上，小雨的母亲刘女士说，小雨一直和自己生活在一起，从未放弃对女儿的治疗。

刘女士说，女儿现在已有三个月没有输血，病情在好转，不需要进行骨髓移植。况且医生也说就算骨髓移植，成功的几率也不是很大，还有生命危险，“如果保证女儿骨髓移植能够保命，我就同意为女儿做手术”。

法庭上，刘女士的代理人称，边先生以为女儿治病为由“筹集毒资”。

刘女士说，丈夫边先生整天游手好闲，吃喝嫖赌样样俱全，编理由从她娘家骗钱。刘女士还曾多次发现丈夫吸毒，“他这次打官司的目的就是为钱”。

昨日，此案未当庭宣判。刘女士的代理律师表示，此次诉讼不收律师费，并当庭捐出5000元为孩子治病。

■ 现场

昨日上午，患病的小雨和妈妈、姥姥一起走进法庭。她穿着橘黄色上衣，头戴4个彩色发夹，看上去很虚弱。

1 女儿不愿坐在原告席

开庭前，小雨和妈妈一起坐在被告席上。开庭后，法官要求小雨和边先生坐在原告席上，小雨不愿意，孩子姥姥也说，“不过去，就坐这”。

后经法官多次劝说，小雨很不情愿地与父亲坐在了一起，但一直与父亲保持一定距离，眼睛望向远离父亲的一边，擦着眼泪，不愿看父亲。

见女儿不理睬自己，边先生尴尬地笑了笑。

小雨看上去很疲劳，坐在父亲身边不久后，就趴在桌子上睡着了。大概5分钟后醒来，但坐在椅子上依然眯着双眼。

2 丈母娘法庭打骂女婿

法庭内，小雨姥姥见到小雨父亲，就大喊“不是东西，还不如养条狗，狗还懂得看家”。

“你都这么大年纪了，还这样说话。”边先生说。听了这句话，小雨姥姥拉着女婿边打边骂，“你自己做啥事你知道，没良心的东西。”

小雨姥姥说，女婿边先生是外地人，吃喝住都由她家出。“他俩领结婚证一个星期后我才知道，就没法说了，就让他们住在了我家。没想到现在房子要拆迁，他竟过来要拆迁款。”小雨姥姥说，“房子是我家的，不是他的，我没法给他。他还很浑，给孩子看病的钱也被他拿走花了。”

■ 纠葛

为孩子还是拆迁款？

据边先生称，1995年6月他和刘女士通过老乡介绍认识，三天后两人结婚，2002年4月有了女儿小雨。

夫妻俩争论拆迁款

边先生指责刘女士，她家属于拆迁户，并非没有经济能力，现在拆迁款已至少有65万给了她家，“她家就是拿着拆迁款，拒绝给小雨看病”。

“我没有钱，也没有能力支付，我还是靠家里养着呢。”刘女士反驳，“房产在我父亲名下，拆迁款不是一个人的，而且现在也没有拿到钱。”

刘女士说，能借来的钱全部用在女儿身上，目前已经花了20多万治病，现在也在继续筹集资金，为下一步女儿的手术费用做准备。

曾起诉离婚未成功

刘女士称，自从结婚后，边先生对她张嘴就骂，抬手就打，“我和母亲都受到了肢体伤害。”刘女士边说边拿出母亲受伤的照片交给法官看，“我曾起诉和他离婚，但被法院驳回，后来我就和他分居了，至今已有一年。

女儿是一直和我住在一起，由我来照料。”

据了解，刘女士曾起诉边先生请求离婚，法院考虑到两人实际情况和小雨的身体状况，今年年初判决两人不予离婚。

边先生的代理人称，随后边先生代女儿起诉索要治疗费，还请求法院对房屋拆迁补偿款所有权进行确认，并要求占三分之一比例。

“我不但在房屋拆迁中拿不到拆迁文件，不清楚准确的拆迁补偿项目，妻子还起诉与我离婚，这样女儿的病就不能治了。”边先生在诉状中称。

“父母还不如离婚”

对于边先生说的母亲不给治病，小雨反驳，“不是这样的，看病的钱都是我妈出的。”

“咱实事求是，有啥说啥。”边先生盯着小雨说。“本来就是这样的，我说的是实话。”小雨继续反驳。

“我妈没有说不给我治，我现在的身体已经快好了。”小雨接着说，“他（父亲）以前是为我出钱治病了，但现在又起诉向我妈妈要钱，这次起诉他都没有和我说。”

小雨还称，父亲对她不好，“我也不喜欢他，因为他总打我妈，他俩还不如离婚呢，和我妈生活在一起挺好的。”

对于自己的病，小雨说，“这病我也不想治了，养着就行。”

二、一般审判动态

风口上玩火 伪造法律文书之众生相

2013年04月01日 人民法院报 严剑漪



伪造者往往搬起石头砸自己的脚。资料图片

传票、判决书、调解书、应诉通知书……严肃权威的法律文书，在一场场“暗怀鬼胎”的闹剧中被伪造、被变造，有人为了婚姻，有人为了房子，有人为了应付客户，于是，真实的案号被配上了虚假的判决主文、粗陋的文书格式加上了精心拷贝的合议庭成员姓名。法官指出，这类行为损害的是司法公信和司法权威，一经发现，法院一律依法予以严惩。

自己“炮制”自己的男人

56岁的江苏无锡人杨建昌自从下岗后便与妻子之间有了隔阂。面对一直好吃懒做的丈夫，杨妻最终选择了向法院提起离婚诉讼。

法院向杨建昌发出了应诉通知书和传票，但因夫妻俩就财产、住房问题难以达成协议，离婚案一直悬而未决。离婚是迟早的事，杨建昌很明白这点，想到自己今后总要再恋再婚，他看着法院发给他的应诉通知书、传票计上心来——给自己弄个“大款案”吧。

杨建昌依样画葫芦，重新打印了一份设计好的“应诉通知书”，编造出一起法院立案受理的股权纠纷案，在这份“应诉通知书”上，他将女儿列为原告，自己则作为被告，以显示自己是一个企业的大股东。

为了进一步“标明”自己的“身价”，杨建昌同时又炮制了一份法院“财产冻结查封通知”，上面赫然写着：“2002年底结算市值1.88亿元人民币及2002年红利892.3684万元及你本人中国农业银行世纪宝通信用卡，上海浦东发展银行东方卡、上海城市合作银行明珠卡、中国银行金卡的资金，冻结听候处理。”

杨建昌没有料到，他的这两张“杰作”被回家整理女儿衣物的杨妻发现了。

看着这些夹在女儿相册中的假文书，杨妻又气又恼，当法院再次召集夫妻双方进行离婚案件调解时，她向法院提交了这些假文书材料，始料不及的杨建昌不得不当庭承认是自己私自而为。三个月后，法院以伪造、变造国家机关公文罪，判处杨建昌管制一年。

与杨建昌有同样心思的，还有江苏启东人高强。高强与前妻曾在法院调解离婚，调解书确认双方之女由高强抚育。

再婚后，高强又想与现任妻子再生一子，于是高强拿着法院的调解书，花了80元钱，请人伪造了一份“调解书”。该“调解书”中载明女儿由高强前妻抚养，并在伪造的调解书中加盖了伪造的法院印章。案发后，法院以伪造国家机关公文罪，判处被告人高强有期徒刑六个月，缓刑一年。

不惜赴汤蹈火的女人

杨建昌、高强毕竟只敢偷偷摸摸。而周爱华姐妹俩，竟为了骗取房屋动迁款，堂而皇之地与他人合谋伪造法院文书。

由于家中老宅动迁，周爱华与妹妹周黎华来到担任动迁员的董某办公室，询问其母亲住所地相关动迁事宜及在动迁过程中如何能多得到补偿。

董某心领神会，当即表示可以为周爱华办理假离婚，将周及其女儿作为“引进人口”列入其母亲住所地动迁时应安置的人数范围内，从而多得到房屋拆迁安置款。一拍即合的周家姐妹立即与董某约定，事成后给董某一至两万元的好处费。

第二天，周爱华将自己的户口簿、房卡本、身份证等相关证件交给董某。数日后，董某将伪造的法院民事调解书及复印件交给周爱华，骗取到房屋拆迁安置款 87000 元。

看到姐姐如此顺利地拿到安置款，周黎华也为了自家住所地拆迁事宜与董某密谋，约定由董为其丈夫家的亲戚办理假离婚手续，骗取安置款。一周后，周黎华取得伪造的法院调解书，从而骗取房屋拆迁安置款 86800 元。

轻易骗取了 17 万余元的周氏姐妹非常满意董某的办事效率，不仅按约支付了董某好处费 2 万元，还另送了一部三星牌手机。

半年后董某事发，当得知有关部门正在追查此事后，周氏姐妹同自己的丈夫向公安机关投案自首。法院分别判处周爱华、周黎华、周黎华的丈夫、房屋动迁员董某有期徒刑一年六个月至五年不等，并分别处罚金 2000 元至 5000 元。

无独有偶，家住上海杨浦的韩文娟也为了房屋不惜“赴汤蹈火”。

杨浦区房地产交易中心的工作人员小王至今还记得，在一个快要下班的黄昏，他正在窗口工作，收到了一份韩文娟递交的“民事调解书”，在这份调解书上清楚地记录着双方达成的协议内容：“上海市杨浦区杨树浦路某弄某号二层南北间，原告韩月娟占二层北间，被告杨海、伍天彬占二层南间”。为了谨慎起见，小王特地到法院进行核实。

“这份调解书一看就是假的，连书记员的姓名也写错了，而且上面用的字号、文字的表述方式和我们法院出具的法律文书根本不一样，一点也不规范。”负责接待的立案庭法官看出了破绽。

果然，经过核查，这份“调解书”上除了合议庭的 3 名法官姓名属实，其余内容均为伪造，法院从未出具过这份调解书，更没有这些“当事人”。

“闹出这些事都是为了房子！”到案后，韩文娟后悔不已。

胆大妄为的真假律师

陈丽英是一个受伪造之苦的受害者。2010 年，陈丽英碰到一起房产纠纷，经人介绍认识了一个名叫胡吉祥的“律师”。“胡律师”得知陈丽英的烦恼后立即挺身而出，声称可以为其“包打官司”。喜出望外的陈丽英立即与胡吉祥签订了一份“律师委托代理合同”，根据合同约定，胡吉祥先向陈丽英收取了 3 万元代理费。

此后，胡吉祥另行委托了某律师事务所的一名曹律师，由曹律师根据陈丽英的资料向法院提起了行政诉讼，但胡吉祥没有料到，法院最终裁定不予受理此案。

法院没有受理，胡吉祥却没有把真实情况告诉陈丽英，反而花言巧语欺骗她“案子继续在法院诉讼”，并先后多次向她收取费用共 41600 元，而实际上他什么也没有做。

两年后，着急的陈丽英向胡吉祥催问案件的审理情况，无奈之下，胡吉祥伪造了一份判决书给陈丽英，并告知“案件在法院申请执行”。

信以为真的陈丽英拿着判决书前往法院询问执行情况，接待法官一看陈丽英手里的文书，立即指出文书的案号、格式都存在错误，法院的印章也明显假冒。

法官随即通过法院审判管理系统进行查询，发现这份判决书上的法官从来没有办理过陈丽英一案，而当法官电话联系这份“判决书”上的律师事务所时，该所答复“根本没有一个叫胡吉祥的律师”。

如梦初醒的陈丽英立即拨打了 110 报警，胡吉祥很快落网。警方在侦查中发现，陈丽英并不是唯一的受害者，还有一名女性也因同样的原因被胡吉祥骗走了 7 万余元。“我早打个电话给事务所就好了！”陈丽英后悔自己的天真。

陈丽英碰到了假律师，但 A 公司碰到的伪造者却是真律师。

上海的一家法院曾经收到过一份来自 A 企业管理咨询（上海）有限公司邮寄来的申请执行材料，其中包含了一份民事判决书复印件，A 公司要求被告某食品店支付 14 万余元的欠款。

当法官通过审判管理系统进行法律文书核对时，却惊讶地发现这份判决书复印件除了最后一页有关审判组织、日期、法院印章等落款部分是根据真实法律文书复印外，前面的内容全为变造，包括莫须有的“当事人”。

法院立即与 A 公司取得联系，要求提供民事判决书的原件。A 公司表示，判决书是由该案的代理律师杜某传真至公司的，公司并没有原件。而当 A 公司打算电话联系杜某时，却发现杜某已“神秘消失”了。

经调查，A 公司此前确实与某食品店就货款结算问题发生过纠纷，A 公司也全权委托了杜某向该食品店追索欠款。

然而，就在那段时间，杜某因家事情绪低落，在一次疏忽中竟然将全部的证据材料丢失，无法向法院提起诉讼。杜某只好瞒着 A 公司，一拖再拖，直至最后 A 公司多番催促，杜某想出了伪造判决书的“招数”来应付 A 公司。事情败露后，杜某选择了向公安机关投案自首。

(文中人物系化名)

调研预判六类法律问题将增多 江苏对落实房地产新政作出司法应对

2013年04月08日 人民法院报 娄银生 潘军锋

本报讯 (记者 娄银生 通讯员 潘军锋) 江苏省高级人民法院近日向全省各级法院及有关方面提供了《关于“新国五条”对人民法院工作的影响及对策建议的报告》。记者注意到，该报告主要分为三个部分：“新国五条”出台至今全省出现的新情况、“新国五条”正式实施后可能出现的纠纷和司法对策及建议。

从限购、限贷，到税收、房价控制目标，至今年2月20日国务院出台五项加强房地产市场调控的政策措施，这一轮的调控显然超出以往历次调控。在此之前的多次调控力度下，已经出现了诸如借名买房等违规操作，造成违约纠纷增多的情况。为了准确把握“新国五条”可能对审判工作带来的影响，按照江苏高院院长许前飞关于“提前预判可能产生的纠纷，积极做好司法应对工作”的要求，主管全省房产纠纷案件的江苏高院民一庭派出专门人员分赴全省各地深入调研，并在南京、苏州等地召开了座谈会，广泛听取了住建部门、房地产专业律师、房地产案件审判法官的意见，经调研、分析、研究、总结，形成了“报告”。据该院民一庭负责人介绍，由于“新国五条”实施细则尚未出台，基于各方对政策执行不确定的预判，房地产市场出现了诸多异常现象，并引发了一系列法律问题，并会出现“六增多”：一是假离婚，二是签订“阴阳合同”，三是借名购房，四是以房抵债，五是中介机构违规，六是商业用房、保障房纠纷。

江苏高院这份“报告”认为，面对可能发生的房地产纠纷，全省各地法院要准确把握“新国五条”的精神实质，妥善运用法治化的裁判方式，保障房地产新政的有效落实。

要主动做好对房产新政细则出台后的跟踪研判。要在吃透细则精神的基础上，加强对新情况新问题的跟踪研判，就审判工作中如何贯彻落实新政提出针对性的工作措施和指导意见。要加强与住建、房产、税务等相关部门的沟通联系，及时发现案件审理中出现的苗头性、倾向性问题，有针对性地提出司法建议，从源头上堵塞政策漏洞。

要准确把握新政实施后相关房地产案件审理的基本原则。要准确理解、正确适用“新国五条”规定的限购、限贷、税收等措施，及时调整审理思路，区分刚性、改善性购房和投机性购房，通过司法裁判提升政策的调控效果。要按照诚实信用的原则，强化当事人的诚信意识和市场风险意识，依法维护房屋买卖合同、租赁合同的效力，对恶意违约的依法追究违约责任，避免让司法裁判成为当事人违反诚信、谋取不当利益的途径和手段。要正确区分正常的市场风险与履约客观条件变化的不同法律后果，准确适用情势变更原则。

要依法打击规避房地产新政的行为。要加强案件甄别，对于发现假离婚、签订阴阳合同、借名买房、违规购买保障房等规避政策的行为，准确认定真实的交易关系，依法裁判。对于通过假离婚签订协议，约定房屋归配偶一方所有的，另一方事后因弄假成真，难以复婚而主张协议无效的，除能举证证明胁迫或欺诈事由外，不予支持。在审理中发现存在伪造合同、对房屋买卖事实争议较大等可能涉嫌虚假诉讼情形的，应当加大司法审查力度，对于查明属于虚假诉讼的，依法判决驳回诉讼请求。

全国首家高院未审庭有编制有职数有职责范围 北京涉未审判转向全方位多层次

2013-04-12 法制日报——法制网 李松 黄洁

法制网北京4月11日讯记者 李松 黄洁今天上午，北京市高级人民法院未成年人案件综合审判庭正式成立，这是全国法院系统首个有编制、有职数、有职责范围的高级法院未审庭。最高人民法院副院长黄尔梅表示，它的成立标志着北京市法院少年审判工作重心，从保障未成年被告人的诉讼权益为主，向全方位、多层次维护未成年人合法权益转变，必将进一步推动全国法院少年法庭工作的创新发展。

北京高院副院长孙力介绍说，北京法院自1987年成立首批少年法庭以来，从最初的未成年人刑事案件合议庭，逐步发展为独立建制的未成年人案件审判庭；受案范围从单一审理未成年人刑事案件，逐步拓展为未成年人刑事、民事、行政案件综合审判。目前，全市两个中院已成立未成年人案件综合审判庭，基层法院已有12家成立独立建制的未成年人案件审判庭，约占全市基层法院总数的四分之三。下一步，北京将在全市法院全部成立未成年人案件综合审判机构。

据了解，该庭的主要职责包括：审理二审未成年人刑事案件及涉及未成年人权益保护的二审民事案件和行政案件；对下级法院相关审判工作进行监督、指导；对相关审判工作进行调研；协调开展涉及未成年人的权益保护、犯罪预防等审判职能延伸工作。该庭应配备人员20名，现有人员5人，大部分来自北京高院少年法庭工作办公室，另有部分从基层法院遴选出来的少年审判法官。

北京市高院未成年人案件综合审判庭正式成立 未成年人案件全部单独审理

2013-04-15 北京晨报 记者 颜斐

近日，北京市高院未成年人案件综合审判庭正式成立。这标志着，今后北京市未成年人案件，不仅是未成年人刑事案件与成年人分开审理，对于民事和行政案件也全部实现单独审理。

据北京市高院副院长孙力介绍，北京市法院自1987年成立首批少年法庭以来，全市已有12个基层法院成立独立建制的未成年人案件审判庭，约占全市基层法院总数的四分之三，在中级法院中，二中院、一中院已相继于2006年和2010年成立未成年人案件综合审判庭。此次高级法院未成年人案件综合审判庭的成立，标志着北京高院成为全国首家成立有编制、有职数、有职责范围的未成年人案件审判庭的高级法院，标志着北京市未成年人审判工作，将全方位、多层次、综合地保护未成年人合法权益。

此次设立的未成年人案件综合审判庭主要职责是审理二审未成年人刑事案件及涉及未成年人权益保护的二审民事、行政案件，对下级法院相关的审判工作进行监督、指导，对相关的审判工作进行调研，协调开展涉及未成年人的权益保护、犯罪预防等审判职能延伸工作等。

记者了解到，针对未成年人刑事犯罪案件，北京法院少年法庭注重“寓教于审”，认真落实分案审理、社会调查制度，积极试行未成年人刑事案件“量刑规范化”，深入探索合适成年人参与诉讼、轻罪记录封存、刑事和解等制度，为未成年人提供了特殊、有效的司法保护。在民事审判领域，少年法庭开辟了“涉少民事案件绿色通道”，实行优先分案、优先开庭、优先调判；积极探索社会观护制度，对未成年人合法权益进行全程保护；开设“周末法庭”，确保学龄未成年当事人在参加诉讼期间仍能正常上课；创设“课堂式庭审”，最大限度减轻未成年当事人对法庭的紧张和恐惧心理。

■ 新闻链接

五年审理未成年人刑案 7000 余件

近五年来，全市少年法庭共审理未成年人刑事案件 7000 余件，判处未成年刑事被告人 9000 余人，约占全部罪犯总数的 7%；判处非监禁刑的比率约为 34%，共审结涉及未成年人民事权益保护案件 10000 余件，涉及未成年人 11000 余人，适用简易程序率达到 80% 以上，调撤率约为 60%，其中抚养纠纷类案件的调撤率已达 80% 以上。

五年来，全市已有 15 个法院，对户籍涉及全国 20 余个省市的 60 余名特困未成年当事人，给予了总计人民币 70 余万元的救助金。对 90 余名未成年当事人、40 余名家长引入了心理评估、干预机制，帮助他们改善亲子关系，重新树立起生活的信心。

三、立法动态

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

一场面试“意外”引发离婚诉讼 法院认定女方有错，依法对财产进行处置

2013年4月12日 上海法治报 记者 王川 通讯员 余甬帆

本报讯 一次求职面试，却引发了张女士与他人的不正当关系。丈夫李先生对此无法释怀，两人之间的关系也日渐恶化。无奈，张女士至法院起诉离婚。

近期，虹口区法院作出一审判决，准予双方离婚，并在认定张女士存在过错的基础上，对女儿的抚养和探视、双方的财产分割，依法进行了处置。市二中院日前维持原判。

2009年，张女士父母与李先生父母在人民公园恋爱角结识。经几次沟通，感觉两家孩子可以谈谈朋友。两个年轻人见面后，感觉很一般，但在双方父母的竭力撮合下，两人最终确立了恋爱关系。一年后，张女士和李先生登记结婚。之后，他们有了一个女儿，双方感情尚可。

2011年8月，刚坐完月子不久的张女士打算找份工作。在某公司面试结束后，张女士乘坐该公司经理驾驶的轿车行驶至某商圈时，在车内与经理发生了不正当关系。之后，张女士将此事告知李先生，并于当天到派出所报强奸案。由于张女士在派出所陈述时表示：对方未使用暴力，自己也未反抗，派出所未做处理。李先生又气又恼，回家以后就和张女士分床而睡。之后，双方为张女士的不当行为多次发生争执，双方就此开始分居。

2011年年底，张女士以夫妻感情破裂为由起诉至虹口区法院，要求与李先生离婚，离婚后孩子随李先生生活，李先生家中的家具家电归李先生所有，由李先生给付折价款 14000 元。并要求李先生补贴借房费、承担生活费等 2.7 万余元。

李先生同意离婚、孩子随自己生活，但要求张女士每月支付孩子抚养费 1000 元。他同意按照谁购买归谁的原则分割家具家电，但不同意折价，拒绝张女士提出的补贴借房费、承担生活费等。同时认为，由于婚姻破裂的过错方在张女士，故要求对张女士少分或者不分财产。审理中，李先生还要求张女士返还婚前购买的一些首饰。张女士表示，这些首饰是李先生赠与自己，且其离家时并未带走。

虹口区法院作出一审判决，准予离婚。孩子随李先生生活，张女士每月给付抚养费 285 元，至孩子 18 周岁时止。张女士每月第一、第三周周六可探视孩子。李先生处的彩电等归张女士所有，微波炉等归李先生所有，首饰归还李先生。

一审判决作出后，张女士不服，提起上诉。二中院日前驳回了其上诉。

(以上人物均系化名)

妻子隐瞒患精神病史 丈夫起诉离婚获得支持

2013年04月12日 北京晚报 通讯员 张明星

本报讯(通讯员张明星)房山区居民谢某与妻子李某结婚五年后,才得知妻子自幼患有精神病。从2010年开始,谢某先后三次向房山法院起诉与李某离婚。记者今天获悉,房山法院经审理,支持了谢某的离婚请求。

谢某称自己和李某于2000年结婚,李某隐瞒了婚前曾患有精神分裂症的情况。2005年李某母亲去世,导致她病情复发。谢某得知李某病史后进行了积极的治疗,但李某的病情至今仍需药物控制。

李某的父亲作为法定代理人出席参加了庭审。李父称,李某于1995年在放学回家的路上被车惊吓导致患有精神疾病,曾在医院住院治疗过,后来基本恢复正常。为了给孩子一个完整的家,李父不同意离婚。

法院经审理认为:李某婚前即患有精神疾病,在婚后的共同生活中又多次复发,谢某也给予了积极的医疗,现李某的精神疾病尚不能完全康复,双方分居时间较长,夫妻感情确已破裂,最终判决谢某和李某离婚,谢某一次性给付被告李某经济帮助人民币2.5万元。

北京丰台法院:疑结婚目的不纯 丈夫诉请离婚》疑结婚目的不纯 丈夫诉请离婚

2013年04月15日 北京晨报 王彬

晨报讯(首席记者 王彬)认为妻子是为了北京户口和低保才和自己结婚的,高先生为此将顾女士诉至法院要求离婚,近日丰台法院一审判决驳回其诉讼请求。

高先生诉称,他和顾女士都是再婚,顾女士结婚的目的就是为了把户口变成北京户口,再办理一个低保,目的不纯。而且她总是为钱算账、打架,并和高先生的妹妹、女儿吵架对骂,家人都反对两人的婚事。高先生称结婚时没和家人商量,所以起诉,要求与顾女士离婚。“我不同意离婚,我们在家里是很好的,今天来开庭还是骑一个电动车来的!”顾女士辩称,结婚时就知道高先生是残疾人,也愿意照顾他,高先生此番是因为一点琐事起诉的,“他性格倔强,做事必须做到底,所以他起诉了我就顺着他过来了。”顾女士说,她和高先生的女儿关系很好,高先生说她是为了取得北京户口、吃低保的说法不存在。最终法院驳回了高先生的诉求。

(二) 婚姻无效撤销案例

(三) 子女抚养亲子关系案例

女儿无钱读大学告父亲索要学费

2013-04-11 京华时报 张淑玲

京华时报讯(记者张淑玲)考上了大学本是一件大喜事,但对于19岁的小陈来说却是一件烦心事。因为父亲不出学费,小陈无奈一纸诉状将父亲起诉到了房山法院。

小陈称父母10年前就已离婚,自己一直随母亲生活。去年9月,小陈考上了北京一所重点大学,但学费高达2万多元。母亲没有固定工作,难以支付高昂的学费,无奈之下,小陈将父亲起诉到法院,要求父亲陈某支付学费,并每月另外支付生活费1000元。

虽然父母对子女有抚养教育的义务,但根据《婚姻法》和最高人民法院相关司法解释,“不能独立生活的子女”,是指不满18周岁的未成年子女,由于小陈今年已经19周岁,父母已经没有继续支付抚养费的义务了,因此,小陈要求父亲支付学费和生活费的请求不符合法律规定。

为此,法院法官建议小陈,学费和生活费可以通过国家助学贷款以及学校的其他助学补助来解决。

(四) 财产分割案例

辽宁省锦州市古塔区人民法院:老两口闹离婚房子咋分

2013-04-14 法制日报析案

本报记者霍仕明

本报通讯员韩宇

近日,辽宁省锦州市古塔区人民法院受理一起离婚案件,原被告均是已逾八十的高龄老人。原告老李身患重病,卧床不起,其子女作为代理人代为参加诉讼。双方都同意离婚,唯一有争议的是老李名下的一处房产。原来,二位老人是二婚,结婚已经三十余年,但二十年前便发生矛盾开始分居生活直至今日,只是一直没有办理离婚手续。

10年前,老李的儿女出资为他买了一处房子,登记在老李名下。现在老李身患重病,为免身后事出现纠纷,所以起诉至法院要求解除婚姻关系。

开庭时,被告方发表答辩意见认为房子是在双方婚姻关系存续期间购买的,登记在一方名下,应为夫妻共同财产。

庭后法官将双方的儿女留下来进行调解,被告方也认可购买这房屋时均是原告的儿女出资的,他们同意不按照共同财产平均分割,而原告的儿女也愿意给付对方一定的补偿,最终双方达成一致,调解结案。

据审理此案的法官介绍,虽然婚姻法对于此案的这种情形没有明确的规定,但参照《最高人民法院关于适用〈中

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第七条“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定,视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产”的规定,本案老李和被告分居期间,其子女出资购买的房屋登记在老李一人名下,应视为对老李一人的赠与,应认定为老李的个人财产。当然法不外乎人情,双方基于多年情感达成的调解意见法律是支持的。

(五) 损害赔偿案例

沈阳市皇姑区人民法院：女子发现丈夫发暧昧短信 起诉离婚索赔 1 元

2013 年 04 月 01 日 北国网-辽沈晚报

发现丈夫与异性发短信、网上聊天，妻子无法忍受，最终夫妻感情破裂，互不理睬。妻子认为此段婚姻的失败，是丈夫的过错造成，起诉至法院离婚，除了财产的分割，较真的她提出要一元精神损失费，并向她道歉。

张玉与刘申是一对 80 后小夫妻，2011 年 7 月登记结婚。婚后初期，两人小日子过的不错。可是好景不长。“他回家后只要一有空，就握着手里的电话，摆弄来，摆弄去。晚饭后，就打开电脑开始上网聊天”。张玉最终发现，丈夫在和异性聊天，并且聊天内容有一些暧昧。

相反的是，在两人的生活中，丈夫的话却越来越少，张玉感受到的是一种被冷落的感觉。她无法忍受丈夫这样的行为，而丈夫却认为自己这样做没有错，并未超出正常的交友界限。两人的矛盾越演越烈。张玉曾在婚后 4 个月向法院提出离婚，被驳回。此后，两人的关系并未得到改善，并且丈夫回家越来越晚，甚至有时不回家，两人甚至无话可说。

2012 年 7 月，张玉再一次向法院提出离婚，要求婚前购买的家具及家电归自己所有，自己与丈夫名下的住房公积金依法分割，还特别提出：“他要赔付我精神损失费 1 元，并且向我赔礼道歉！”

张玉认为，两人走到离婚这一步，完全是因为丈夫的过错造成的，丈夫应该为此承担责任。

刘申表示，夫妻感情确已破裂，同意离婚，“我并没有过错，我不同意给付她精神损失费 1 元及向她赔礼道歉”。张玉婚前购买的家具、家电由其父母给的彩礼钱购买，应属于夫妻共同财产，要求分割。

皇姑区人民法院认为，婚姻关系的存续应以夫妻感情为基础。现张玉已再次起诉要求离婚，刘申也表示同意，故对张玉要求离婚的诉讼请求应准予。

关于家庭财产问题，虽然张玉是用其所得彩礼钱购买了家具、家电，但彩礼礼金也属于婚前一方父母对另一方的赠与。故对张玉该诉讼请求，应准予。

对于张玉以刘申在婚后行为不端为由，要求认定其在婚姻中存在过错，要求其赔付精神损害赔偿金 1 元并赔礼道歉，从张玉提供的证据可以看出，刘申在行为上确有不当之处，但未达到法律规定的过错标准，故对张玉该诉讼请求，法院不予支持。

皇姑区人民法院判决准予两人离婚。张玉婚前购买的家电等归其所有；张玉名下住房公积金婚后取得部分双方各分得 50%；刘申名下住房公积金婚后取得部分双方各分得 50%。

(文中涉及人物均为化名)

辽沈晚报记者 朱柏玲

(六) 扶养赡养案例

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

武汉夫妻离婚妻子被净身出户 抗诉争回 400 万财产

2013-03-29 检察日报

抗诉，是指人民检察院对人民法院作出的判决、裁定，认为确有错误时，依法向人民法院提出重新审理要求的诉讼活动。昨日，记者从江岸区检察院获悉，该院提起的全省首例民事调解抗诉案已经办结。

在这起案件中，武汉女子罗玲（为保护当事人隐私，特使用化名）在面临夫妻共同财产因债务纠纷被夫家划走，其夫要求她净身出户的处境下，通过检察机关的依法抗诉，在离婚诉讼中分得 4 处房产和近百万现金（预计总价值 400 万元），为自己下半辈子的生活争取到了经济保障。

丈夫姐姐追债

划走家中千万元厂房

40 岁的罗玲，住在武汉市江岸区，其丈夫袁峰（化名）经营一些小生意，两人育有一子。

2009 年，一纸诉状送抵罗玲家中，原告是袁峰的三个姐姐。袁峰三个姐姐在起诉书中称，袁峰于 2005 年先后向她们三人分别借款 55 万元、14 万元和 12 万元，承诺 2008 年偿还，拖欠一年多未还，要求袁峰夫妇共同偿还该债务，连本带息共计 104 万余元。

2010 年 1 月，在法院庭审中，袁峰当庭承认有此债务，并在法院的主持下达成调解，同意在当年 2 月 13 日前偿还全部债务。考虑到丈夫的难处，罗玲愿意动用夫妻的共同财产，为夫还债，便在三份调解协议上一一签字。

当年 4 月份，因夫妻二人未能按时还债，法院下达强制执行通知书。袁峰随后与三个姐姐达成执行和解协议：将自家 1400 余平方米厂房以 700 元每平方米，划归三个姐姐所有。

丈夫提出离婚

妻子被要求净身出户

原本以为生活会就此回归平静，但一年之后，令罗玲始料未及的事发生了。

2011年4月，袁峰向法院提起离婚诉讼，并要求分割与罗玲的共同财产。在离婚诉讼中，袁峰称，由于家庭负债累累，资不抵债，无可供分割的共同财产，若罗玲同意离婚，他将独自承担家庭全部债务。

想到自己即将面临“净身出户”的状况，再联想到袁峰与三个姐姐之间的那场债务纠纷，罗玲猛然发觉，自己似乎陷入了一场预先设好的局。她甚至怀疑，袁峰和他三个姐姐之间的债务是场转移夫妻共同财产的“双簧”，目的就是让她净身出户，袁家人独得1400平方米厂房超过千万元的拆迁补偿。

妻子醒悟申诉

精神鉴定令债务生变

其实，早在2010年4月，家中1400平方米厂房被划走不久，罗玲便已在母亲的陪同下，向武汉市中院申请再审。

当时，罗玲的母亲出示给法院的有一份病历，该病历表明：从2004年起，罗玲因夫妻感情危机，婚姻生活压抑，精神逐渐出现问题，于2009年被医院确诊为“癔症性精神病”。罗玲的母亲据此认为，女儿当初签下的民事调解协议书，不具备法律效力，要求对袁峰的债务纠纷重做调解。此外，罗玲的母亲还状告女婿袁峰虚构借款事实，转移夫妻共同财产。

但是，武汉市中院以无法证明罗玲在签订调解协议书时是否是发病状态，且没有证据证明袁峰虚构借款事实转移夫妻共同财产为由，驳回了再审申请。

但是，罗玲家人并未因此妥协，罗玲母亲向法院申请宣告罗玲为“限制民事行为能力人”。法院随即委托武汉市精神病医院对罗玲进行司法鉴定。鉴定书结论是“罗玲在协议书上签字时情绪激动，有一过性意识范围缩窄，实质性辨认能力削弱，故评定其签字当时为限制民事行为能力”。2010年9月，法院宣告罗玲为限制民事行为能力人。

2011年8月，手持司法鉴定书和法院宣告其为限制民事行为能力人的判决书，罗玲在律师及家人的陪同下，向江岸区检察院提出申诉。罗玲的律师认为，罗玲因患有精神疾病，根本不具备表达真实意思的行为能力，袁峰债务案中的调解协议内容严重损害了罗玲的个人利益，应属无效。

检察机关抗诉

离婚妻争回应得财产

江岸区检察院民事行政科经过认真谨慎的调查审核后认为，罗玲在签字时为限制行为能力人，其无法独立判断自己在调解书上签字的行为所带来的严重后果，且罗玲的法定代理人事后也未认可其签字行为，罗玲的签字行为超出了她当时健康状况所允许的能力判断范围，并非其真实意愿。

鉴于以上分析，2011年9月，该院向武汉市检察院提请抗诉，并向审理罗玲离婚案件的法院通报了提请抗诉的情况。同时，审理罗玲离婚诉讼的法院中止审理，等待抗诉结果再恢复审理。

考虑到罗玲的精神状况，为避免罗玲在漫长的诉讼过程中再受刺激，加剧病情，在检察官的建议下，2012年10月，罗玲在律师和家人的见证下与袁峰签订了一份和解协议。协议约定，罗玲撤回申诉并同意与袁峰离婚，但袁峰必须将两套70平方米的商铺和两套100平方米的住宅分给罗玲，另支付95万元现金。

新的协议签订当月，罗玲便拿到了95万元现金。2012年年底，再审法院裁定，同意撤回申诉。之后，罗玲也顺利拿到了两套商铺和两套住房。2013年春节，罗玲在母亲和姐姐的陪同下，专程来到江岸区检察院，给办案检察官送来了锦旗。

广西桂林市秀峰区人民法院：房产莫名其妙被易主 老汉怒向前妻索“产权”

2013-04-15 中国法院网 桂林秀峰频道 蒋湘华

年过六旬的唐伟杰原本在桂林市秀峰区甲山村有一座3层小楼，去年房屋拆迁时，他突然发现，房屋的产权竟莫名其妙归到了已与自己离婚多年的第二任妻子蒋林芳名下，房屋的拆迁补偿款也被蒋林芳领走。为追讨拆迁补偿，唐伟杰携第一任妻子以及双方的两个儿子把蒋林芳告上了法院。

近日，桂林市秀峰区人民法院一审审结了这起房屋产权纠纷。

女租客晋升成了女主人

1994年，唐伟杰与第一任妻子胡丽梅在桂林市秀峰区甲山村买了一套二手房，他们将房屋进行了扩建、修缮，并将部分房屋对外出租。

不久，一名叫蒋林芳的30多岁女子租住进了唐伟杰家。蒋林芳长得清秀，人也机灵，一来二去便与唐伟杰家混熟了。日子一长，蒋林芳便由女租客“晋升”为会计，平日负责为唐伟杰记账，包括房租收入、房屋扩建修缮等，用自己的劳动来抵房租。

1997年12月，唐伟杰与胡丽梅因“感情不和”离婚。离婚时，双方将该房产公证赠与了两个儿子，但约定该房产暂由唐伟杰管理使用。一年后，唐伟杰与蒋林芳的感情“水到渠成”，登记结婚。

房屋莫名被落户到前妻名下

不过，唐伟杰与蒋林芳的婚姻也只维系了3年多，最终于2002年3月经法院调解解除了婚姻关系。之后，他们依然居住在那座3层小楼里

2012年初，因湘桂铁路扩能改造工程征用甲山村的土地，唐伟杰的房屋也在拆迁范围内且要被整体拆除。在与拆迁人协商相关补偿时，唐伟杰才得知，房屋的产权已在蒋林芳名下。原来，由于唐伟杰与第一任妻子离婚后一直未办理产权过户手续，蒋林芳便拿走了他购买房屋的资料，并于2004年向房产管理部门提供相关材料，将房产的权属办到了自己名下。

2012年5月，蒋林芳与拆迁人签订了《拆迁补偿安置房屋协议书》。根据约定，该房产因拆迁可获拆迁补偿款19万余元、一套200多平方米的产权置换房以及临时安置补助费。同年6月，蒋林芳领取了全额的拆迁补偿款后涉案房屋被拆除。

为争拆迁补偿 两任妻子对簿公堂

唐伟杰得知蒋林芳领走拆迁补偿款后心中大为光火，为了讨回拆迁补偿，他携第一任妻子胡丽梅以及两个儿子一起联名将第二任妻子蒋林芳告上了法庭。请求法院判决：确认涉案房屋归其所有；涉案房屋因拆迁产生的收益（该收益包括：拆迁补偿款196009.6元、临时安置补助费及213.24平方米的产权置换房）归其共同所有。

法庭上，唐伟杰、胡丽梅拿出了《公证书》、离婚证、财产分割协议书、子女抚养协议书等证据，证明房屋是他们俩从第三人张洪那里购买的，产权人应是他们，他们在民政局办理离婚登记时已将房屋赠与两个儿子。至于当初购房的相关资料，唐伟杰说已经被蒋林芳拿走。

蒋林芳则辩称，该房产是她购买的，且办理了房屋产权证，她是合法所有权人。为此，她拿出了一份她与原房屋产权人张洪签署的《房屋转让协议》。她还出具了一些电费单及房租收入记录及购房扩建、修缮开支记录，证明该房产系由她出资购买，之后亦系由她出资对房产进行了扩建。此外，唐伟杰等人起诉已超过诉讼时效，其诉请依法应予驳回。

对于双方的争执，原房产出卖人张洪出庭时表示，房屋是他于1994年出售给唐伟杰及胡丽梅的，唐伟杰二人支付了购房款4万余元。至于蒋林芳手中的协议书，张洪说：“是蒋林芳在2003年以要办理房产证但原协议遗失为由，要求与我重新补签的协议。”

隐瞒事实真相无权取得房产权

法院审理后认为，我国《民法通则》第七十一条规定：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”第七十二条第一款规定：“财产所有权的取得，不得违反法律规定。”公民可通过继承、买卖、互易赠与等方式合法取得财产的所有权。本案中蒋林芳虽然于2004年办理了涉案房产的房屋产权证，并为此向法院提交了其为办理该房产证与原房屋产权人张洪补签的《房屋转让协议》，但根据唐伟杰提交的公证文书以及唐伟杰、胡丽梅在1997年办理公证时提交给公证机关的房产转让资料，并结合张洪的陈述可知，系唐伟杰、胡丽梅于1994年向张洪购买并占有、使用了涉案房产。故法院对蒋林芳依据其提交的《房屋转让协议》提出其于1994年出资购买涉案房产的主张不予采信。蒋林芳系隐瞒事实真相办理了涉案房屋的所有权证，其并不具有依法取得涉案房产所有权的根据，故法院对蒋林芳依据该房产的产权证、土地证提出涉案房产应归其所有的主张不予采信。

法院认为，虽然蒋林芳提交了房租收入记录及房产扩建、修缮开支记录，但蒋林芳提交的该证据仅能反映上述开支的具体项目及数额，考虑到涉案房产系唐伟杰、胡丽梅出资购买，蒋林芳对该房产并不享有所有权，同时庭审中双方均确认系在蒋林芳与唐伟杰登记结婚之前对房产进行了扩建（增加了一层房屋），并共同确认拆迁补偿协议中载明的无证砖混房产等的施工搭建及完工时间均不在唐伟杰与蒋林芳婚姻关系存续期间，故在蒋林芳未提交其他证据佐证的情况下，其提出涉案房产的扩建及修缮均系由她出资明显不符合常理，故法院对唐伟杰、胡丽梅提出该房屋的修缮及扩建均系由其出资的主张予以采信。

关于该案是否已超过诉讼时效？法院认为，《民法通则》第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算……”作为诉讼时效案件的民事权利限定为请求权，支配权、抗辩权等不适用诉讼时效的规定。物权为支配权，物权请求权为物权的一部分。物权请求权的作用在于保障物权恢复圆满状态，物权请求权是物权效力的具体体现，只要物权存在，物权请求权就应该存在。鉴于目前在我国物权法未规定取得时效制度的情形下，如物权请求权适用诉讼时效制度，则将出现物权人虽享有物权，但在物权被侵害时无法行使物权请求权使其物权恢复圆满状态，从而导致物权成为空洞权利的现象。该案系所有权确认纠纷，确认物权是保护物权的基本手段，其与物权的存在共始终，故法院对蒋林芳主张唐伟杰等起诉已超过诉讼时效不予支持。

桂林市秀峰区人民法院遂依据《民法通则》第七十一条、第七十二条第一款、第七十五条、第一百三十五条、第一百三十七条的规定，作出一审判决：被告蒋林芳归还原告唐伟杰、胡丽梅等人房屋拆迁补偿款196009.6元；《湘桂铁路扩能改造工程房屋拆迁补偿安置房屋协议书（产权调换）》中约定的产权置换房及拆迁人应给付的临时安置补助费（该费用应扣除前述拆迁补偿款196009.6元中已包含的前三个月临时安置补助费4478元）归原告唐伟杰、胡丽梅等人所有；驳回原告唐伟杰、胡丽梅等人的其他诉讼请求。（文中人物均为化名）

（八）夫妻债务案例

广东中山市中级人民法院：妻子独自借贷丈夫蒙在鼓里

2013-03-26 中山日报

文章导读：庭审现场 妻子在外借款 40 多万元，债主追讨未果，无奈之下将夫妻二人告上法庭。蒙在鼓里的丈夫成了被告。按照《婚姻法》规定，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；若夫妻一方能

庭审现场

妻子在外借款 40 多万元，债主追讨未果，无奈之下将夫妻二人告上法庭。蒙在鼓里的丈夫成了被告。按照《婚姻法》规定，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；若夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，应由债务人承担。在这起案件中，毫不知情的丈夫是否应该和妻子共同承担债务？近日，市中级人民法院对这起民间借贷纠纷案作出终审裁定，判决夫妻二人连带偿还借款及利息。

■41 万借款难追回，债主起诉至法院

这起民间借贷案得追溯到 2011 年。当时，湛江人关馨（化名）因资金周转问题，于当年 11 月 13 日至 12 月 6 日向李娟（化名）先后借款共 41.2 万元。每次借款时，关馨都会出具相应借款确认书确认所借金额和月 10% 的利息。但双方当时没有约定具体还款日期，这也成为双方债务出现纠纷的主要原因。

李娟多次向关馨讨要欠款，但关馨只是支付了约定的利息共计十余万元。“我之所以后来没有还款，是因另外与一个公司借了高利贷，该公司诱使我签订了一份合同，导致我家庭破产。”关馨称，不是不还钱，而是暂时还不起。

关馨的丈夫吴强（化名）在三乡有一处房产，李娟认为，夫妻一方借债，两人应共同偿还。于是她将关馨和吴强一起告上了法庭，请求法院判令两人共同返还借款 41.2 万元及利息。

■丈夫被蒙在鼓里，被判与妻子共还债

关馨在一审时表示，她已经和李娟明确说明，丈夫吴强并不知道这一情况。“我借款不是用于夫妻共同生活，而是自己用于投资。”

吴强在庭上大喊冤枉：“我不认识李娟，对整个借款情况毫不知情。原有家庭的财物都已经拿去还高利贷了，我也没有用过这些钱。如果我有经济能力，还可以偿还，但现在我生活都有困难了。”

李娟在庭上拿出了关馨借款时抵押的户口簿和结婚证，认为吴强与关馨应承担连带偿还的责任。

法院查明后认为，李娟持有吴强与关馨的结婚证及家庭户口簿，足以证明是关馨将夫妻关系告知了李娟。且关馨在确认书上没有明确表示债务是个人债务，关馨和吴强也没有约定夫妻关系存续期间所得财产归各自所有，所以法院认定该债务属共同债务，吴强和关馨应当连带偿还。

■民间借贷高于法定利息是否受保护

在庭审过程中，关馨称她从 2011 年 8 月 24 日起，就开始向李娟借款，借款后按月支付 10% 的利息。为此，她提交了 2011 年 8 月 24 日李某签字的收条及农业银行的客户网上银行交易明细表共计 29 万元系账面交易作为证据。

李娟承认明细表中的 29 万元是账面交易，也承认 2011 年 11 月 22 日后的还款是利息，利息的标准是 10%，但认为 11 月 22 日前的还款是以前借款的利息。法院查明后认为，关馨的实际借款时间并非完全与借款确认书的时间一致，鉴于李娟并未提出除此之外还有其他借款的证据，所以认定关馨 9 月 3 日起及 11 月 26 日转账给李春霖的款项均为按月 10% 利率计算的利息。

按照最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条规定：民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。

关馨已支付给李娟的利息是 11.15 万元，该利息明显超过法律规定的范围，所以 11 万多元的利息不受法律保护，故清偿李娟的借款 41.2 万元时应予扣除李娟已收取的利息 11.15 万元。

一审法院判决，关馨还应支付给李娟的本金是 30.05 万元，利息按中国人民银行同期同类贷款利率四倍计算。李娟不服判决上诉至市中级人民法院，后又撤回上诉。

该文章转自[珠三角新闻网-zzjnews.com] 原文链接：

<http://www.zzjnews.com/news/xxs/2013-03-26/14633.html>

上海长宁区法院：离婚诉讼中丈夫为转移财产制造虚假诉讼 法官识破“诡计”驳回原告诉请

2013 年 4 月 16 日 上海法治报 记者 王川 通讯员 姚博

夫妻本该相守一生，即便遇上性格不合不得不离婚，也该讲究个好聚好散。可就有这么一位丈夫，眼看着要离婚了，为多占些钱财，竟串通朋友编造了一笔 20 万欠款，自己则作为被告跟朋友打起了“虚假诉讼”。近日，长宁区法院公开审理了此案，驳回了原告全部诉请。

离婚诉讼中，天降 20 万欠条

现年44岁的刘某在2005年10月娶了年长自己5岁的唐某为妻。5年后，由于生活中的种种隔阂，夫妻两人于2010年7月开始分居，并在2010年9月和2011年6月分别打了两次离婚官司，就在两人的第三起离婚诉讼的审理过程中，刘某却突然成为了另一个案子的被告，刘某的好友周某以一笔未偿还的20万欠款提起了诉讼，而唐某则被追加为了第三人。

在法庭上，周某提交了借条和催款通知单，以证明刘某确实借款20万元且多年拖欠未还，因而要求法庭判令刘某和唐某支付这笔欠款及借条上约定的利息。该借条的落款时间为2007年7月20日，落款人为刘某一一人。刘某对该笔欠款的真实性予以了认可，并表示自己无力偿还。

妻子质疑，指出疑点重重

对于唐某来说，这笔欠款来得很突然，随即就对这笔欠款的真实性提出了质疑。

唐某认为，原告主张的借款事实不存在，两被告在2007年经济状况良好，并无举债的必要，且当时周某并不具备出借20万元的能力，其也未提供任何借款的交付证据，因此应承担举证不能的法律后果。

唐某表示，对原告主张的借款始终不知情，而且她跟丈夫曾于2009年签订协议书，约定对外债务任何一方不确认则不成立，所以该笔借款即使存在，也应当是刘某个人的债务。再者说来，两人前两次离婚诉讼中，对于该笔债务刘某均只字未提，眼下第三起离婚诉讼正在审理中，显然，本案是原告周某和被告刘某通过恶意串通，企图转移财产的虚假诉讼。

法庭查证，识破虚假诉讼

法庭经审理查明，2007年7月19日，被告刘某名下帐号的银行账户余额为16.7万余元。2009年6月，两被告签署协议约定了“其他债务事宜，双方任何一方不确认则不成立”。2010年7月，两被告开始分居。2010年9月、2011年6月，唐某分别起诉至法院，要求与刘某离婚，而在上述两案诉讼过程中，刘某均未提及该笔借款。

事实上，在两被告的第三次离婚诉讼中，刘某也始终将本案借款作为夫妻共同债务要求共同偿还。刘某称其于2007年8月2日用涉案借款中的10万元提前归还房贷，但其银行交易记录却显示当天有10万元存款从刘某名下银行账户支取，与其归还的银行贷款在时间、金额上具有对应性。此外，刘某银行账户同期存有10余万元存款，再以5%的年利率向他人举借20万元，缺乏必要性和合理性。

开庭时，刘某经法庭传唤明确表示拒绝到庭。上述事实和行为足以对刘某相关陈述的真实性产生怀疑。为此，原告周某仍需就其与刘某之间借贷关系成立并生效的事实承担相应的举证义务。原告自述其名下有多套房产，且从事经营活动，所以其具有相应的现金出借能力，但原告却拒绝提供相应证据。因此法庭认为，原告明确表示放弃继续举证的权利，而其提供的现有证据并未能证明涉案借款的交付事实及原告本人的资金出借能力，故其应承担举证不能的法律后果。对于原告的诉讼请求，法院依法不予支持。

（九）恋爱同居纠纷案例

北京房山法院：同居恋人情变成仇人

30万借条案法官有明断

2013年04月02日 北京晚报 孙莹

本报讯（记者孙莹 通讯员贾小翠）男子张某拿着一张借条，将自己昔日的女友小兰告上法庭，要求小兰返还在同居期间的借款30万元。虽然有借条，但房山法院审理之后，认定证据不足，驳回了张某的诉讼请求。

张某说，他与小兰是大学同学，又是老乡，上学期间关系就不错。毕业后，两人为节省房租，一起租房生活。2009年4月，小兰为了家里哥哥买房向他借款30万元，还写了一张借条，承诺2年内归还。张某起诉要求小兰返还款。

在法庭上，小兰辩解说，她与张某在大学期间就是恋人，毕业后同居。后来，张某总是怀疑她外面有人。2009年4月，两人为此吵架之后，张某要求小兰表忠心，给他打一份借款30万元的借条。她完全是受到张某的逼迫，也为了让男友别再猜忌，才写的欠条。

“我认为这就是个玩笑，哪知道他现在真来要钱。我们当时刚毕业，张某根本拿不出30万元来借我，我们之间也没有这30万元的资金往来凭证。”小兰补充说。

庭审中，法官询问张某这30万元借款的由来、用途、支付方式等细节问题，张某要么答非所问，要么不予回答。

法院经审理认为，合法的借贷关系受法律保护，但张某仅凭一张借条，无完整的证据链条佐证自己的主张，不能证明他们双方之间存在合法的借贷关系，依法驳回其诉讼请求。

（十）其他相关案例

甘肃天水市麦积区人民法院：天水市一亲代女儿诉离婚被法院驳回

2013年04月18日 每日甘肃网-西部商报

（记者宋芳科通讯员刘成娟实习生闫亚荣）

母亲代女儿诉离婚被法院驳回

法院认为，该离婚案有很强的身份属性，必须由本人决定是否解除婚姻关系

记者从天水市麦积区人民法院获悉，这起离婚案最终由女儿的母亲以法定代理人的身份代女儿将女婿告上法庭离婚，那这婚能离吗？

女儿患病母亲代女儿起诉离婚

家住天水麦积区的李丽(化名)和当地小伙赵石(化名)经人介绍相识，2010年初领取结婚证成为一对幸福小夫妻。可惜好景不长，李丽怀孕生下小孩之后不久患上精神疾病，送到医院检查结果显示是间歇性精神分裂症。李丽的母亲说，女儿查出患病后，女婿并没有给予积极治疗，就连小孩都由他们老两口来照料，为此李丽的母亲决定代女儿办理离婚。可是说到离婚李丽就碰上问题了，因为按照法律规定李丽属于无民事行为能力人，所以不能独立行使民事权利。去年5月，想来想去，李丽的母亲决定以法定代理人的身份来代女儿离婚，将女婿告上了天水市麦积区人民法院。

关系特殊离婚这事不能代办

母亲代理女儿离婚，法院受理这起特殊离婚案后亦产生了不同意见。有法官认为本案中李丽属于无民事行为能力人，即使婚姻中遭受侵害也没办法走法律程序离婚。因此，为了保护精神病人的合法权利，他人代理原告李丽提出离婚应该支持。法官认为，离婚必须是当事人自愿作出的表达，李丽母亲以法定代理人的身份代女儿提出离婚，或许并不是李丽真实意思。而对于这些被告赵石则表示，他是和岳母一家因为妻子的事情有些误解，可是他不愿意和李丽离婚，李丽还需要他来照顾。为了了解原告李丽的真实意思，法院亦要求李丽到庭或者法官去家中调查。但均被李丽母亲拒绝。

驳回诉讼婚到底能离吗

调查时还发现一个问题，在本案中李丽属于无民事行为能力人，应该由监护人来监护。而按照法律规定李丽的监护人应该是丈夫赵石，如果赵石不放弃监护权利，那么李丽的母亲本身没有监护权。而法庭上赵石亦表示不会放弃监护权。

法庭审理认为，即使李丽母亲是李丽的监护人和法定代理人，她的监护权限也不包括离婚诉讼，因为我国法律规定公民自主决定婚姻问题，他人不能代替。而本案作为离婚案件，有很强的身份属性，必须由本人做出解除婚姻关系的意思表达才可以。可是本案中李丽并没有做出这样的选择。昨日记者获悉法院一审驳回了原告李丽法定代理人的诉讼请求。在这样的情况下，罹患精神疾病的李丽想离婚就没有别的办法吗？昨日天水麦积区花牛法庭刘成娟法官在接受记者采访时认为，精神病人离婚的案件应当慎重，法律上有夫妻相互照料的义务，不能因为一方生病就被另一方抛弃。同时本案中李丽系间歇性精神疾病，亦能部分表达自己的真实意愿，如果她能出示这方面的证据或诉求，还是可以判决离婚。

(十一) 赠与案例

五、继承

(一) 继承审判动态

北京二中院法官说法：老人留遗嘱：10%财产给宠物狗

2013年04月16日 北京日报 王维维

国内首家中华遗嘱库，一亮相就业务爆棚，遗嘱办理申请已预约到了明年。老人因何为遗嘱而发愁呢？昨日，专门审理遗嘱纠纷案件的市二中院法官透露，老人在订立遗嘱时困惑很多，但其实，只要遗嘱形式规范，内容真实，即使将部分财产留给宠物，法律也是会支持的。

立不立

生前怕引发矛盾不立遗嘱，身后子女闹官司

老人离世后，遗产分割是无法回避的问题。

“近年来不断飞涨的房价，成了亲情间的一道坎。”市二中院民六庭副庭长周瑞生介绍，经初步调查统计，该院审理的遗嘱类案件中，大部分案件涉及到房屋或者房屋拆迁。因为房屋的价值比较巨大，而且升值比较快，容易引发纠纷，这类案件的比重大约占所有遗嘱类案件的90%左右。

根据相关法律，如果老人没有留下遗嘱，则财产分割按照法定继承进行，如有遗嘱，则按照老人生前意愿分配。“当然，即便有遗嘱，子女之间往往也会有争议产生。”周瑞生说，因此总会有一方想要千方百计地证明对己不利的遗嘱是无效的。

周瑞生认为，许多老人在生前不愿订立遗嘱，是顾虑到分割财产后引发子女对自己的不满和激化子女间的矛盾，正是这种误区为子女日后的矛盾埋下隐患。他建议，老人在世时，应尝试把所有子女召集齐，通过家庭会议把财产分割讲清楚，并履行完毕。或者，可以通过订立遗嘱将后事交代清楚，“以免给后代带来纷争，影响感情”

怎么立

遗嘱效力起争议，翻出生前档案验笔迹

市二中院民六庭法官胡建勇说，在审理诸多涉及遗嘱纠纷案件后，发现许多人对于该如何订立遗嘱、订立何种遗嘱并不清楚，更谈不上了解不同遗嘱的法律效力差异了。他说，经常有老人子女在法庭上称，老人生前在与

街坊邻居聊天时，明确表露要分割财产给自己，“他们不了解，这种闲谈时的‘意思表示’根本没有法律效力。”

胡建勇介绍，该院审理的一起案件中，儿子和继母打遗产分割官司。儿子拿出一份父亲生前的自书遗嘱，继母认同该遗嘱上的签名属实，却又拿出一份更具时效性的老人自书遗嘱。法官经过审理，最终证实第二份遗嘱系继母方伪造。

“在巨大的利益面前，许多人会说谎。”胡建勇说，自己曾遇到许多伪造老人生前笔迹的自书遗嘱和代书遗嘱，还会有当事人找来两个亲友，伪造老人曾在他们见证下订立过口头遗嘱。甚至，有当事人通过鉴定机构或者医院造假，通过指认老人签订遗嘱时神志不清醒，来推翻真实遗嘱的有效性。

胡建勇说，在审理这些案件中，法官为了证实老人笔迹，往往要从其生前工作单位调人事档案等能够进行字迹对比的材料，或者为证实老人签订遗嘱时的精神状态，向专业的医科专家咨询，才能够核实遗嘱的有效性。他建议，老人生前应尽可能地选择法律效力最佳的公证遗嘱，来确保财产分割的有效执行。

立给谁

遗嘱个性化，给宠物留财产也支持

胡建勇说，对于法院来说，主要职责是审查遗嘱是否为老人的真实意愿，遗嘱处分财产是否明确，该财产是否属于老人可以分割的个人遗产。但财产该怎么分，分给谁，则是老人自己生前要解决的问题。

市中院审理的一起案件中，一位丧偶多年的老人在去世后，将过半财产分给了自己生前的保姆，还分出10%的财产给自己养的宠物“小豆狗”，交由自己的妹妹代为保管，却没有把财产留给自己的一双儿女。老人在遗嘱中写道：“他俩都没有尽孝道，我也没享受在他们成年后应得的尊严和孝顺，财产他们没有份额。”最终，法官经审理认为，老人遗嘱的表达方式符合他生前的生活习惯及心理需求，遂判定支持遗嘱的有效性。

“老人生前需要的，不是钱的问题，而是精神的陪伴。”周瑞生说，该院近几年来审理的案件中，将财产留给保姆和宠物的案件在增多。而在这类遗嘱中，只要老人订立的遗嘱格式规范，则他们的决定也会得到法院支持。周瑞生建议，老人在订立遗嘱时应该避免情绪化，应综合考虑子女们的平衡。而在老人去世后为了证实遗嘱真假而争执不休的子女，真应该在老人生前多尽孝道

遗产分配分歧难调和

2013-04-02 南方日报

[提要] 本可继承亿万遗产的1/2却同意只继承1/7，又立下遗嘱将10%遗产赠与他人，却不留一分钱给女儿，患有老年痴呆症的富翁之女甄新金生前签章的两份违背常理的遗产文件，使台山华侨甄锡昆亿万遗产纠纷案变得扑朔迷离。3月11日第一次法庭调查，原告向法院申请4名证人出庭作证，包括2009年5月4日甄新金《遗嘱》的见证人陈松旺、区炳坚和代书人陈兆国，以及事件知情人甄明维。

“台山华侨亿万遗产案”新闻追踪

本可继承亿万遗产的1/2却同意只继承1/7，又立下遗嘱将10%遗产赠与他人，却不留一分钱给女儿，患有老年痴呆症的富翁之女甄新金生前签章的两份违背常理的遗产文件，使台山华侨甄锡昆亿万遗产纠纷案变得扑朔迷离。该案3月11日及3月26日在江门市中级法院进行二审法庭调查，原告上诉请求法院撤销一审判决，重新分割遗产，庭审聚焦甄新金的《遗嘱》及《家庭合和协议书》的公证是否真实有效，原告方认为台山市公证处造假，致使甄锡昆及其女儿甄新金的遗产分配出现重大失误；被告方则认为公证的瑕疵并没有改变甄新金的真实意思表示，应认定有效（详见2012年4月27日、11月27日相关报道）。

一审未采信3名证人证言 二审将重新审查

3月11日及26日，江门中院两次开庭进行该案二审法庭调查，双方均聘请律师出庭，原告请求4名证人出庭被否，被告新证据也不被认可。

因案件最初原告黄桂韶已在案件审理期间于2011年10月去世，该案原告变更为黄桂韶丈夫及儿女共4人，被告为甄新金儿子黄兆璋、甄长优5子1女及原审第三人雷晓劲。原告坚持原有起诉意见，认为甄新金患有老年痴呆症，涉案《遗嘱》及《家庭合和协议书》均非真实意思表示。

3月11日第一次法庭调查，原告向法院申请4名证人出庭作证，包括2009年5月4日甄新金《遗嘱》的见证人陈松旺、区炳坚和代书人陈兆国，以及事件知情人甄明维。其中前三人曾在一审时出庭作证，证明甄新金患有老年痴呆症，该份遗嘱是雷晓劲教甄新金讲的，该份遗嘱内容先由雷晓劲找江门某律师起草，其后由黄兆璋交陈兆国代抄。

审判长认为，该3名证人已在一审出庭作证，此次需要有新内容方可出庭作证。原告提出，一审庭审笔录没有完整反映证人意见，希望证人再次出庭说明过程。被告对出庭作证表示反对，认为3名证人与原告已在庭前沟通，出庭作证对上诉人会出现事实上的偏袒。审判长最终否决了原告要求，认为根据一审笔录，3名证人已经清楚表达了意见，没有新证据可以提供。一审法院没有采信3名证人证言，属于证据审查问题，与二审是否出庭作证不存在关联，二审法院会对该证据重新进行审查，作出采信与否的决定。

第四名证人甄明维曾参与办理甄锡昆遗产，其在一审时未出庭，上诉人因此认为属于新证据。甄明维在1996年受继承人委托办理遗产，协议自付费用、事成获利10%，甄明维1997年通过省侨办等部门联络推动遗产继承，

使中国驻多伦多总领事馆在1997年9月10日复函台山市公证处要求协助处理遗产，但在其后继承人因分配问题发生纠纷，导致遗产继承搁置。原告希望其出庭证明遗产继承前后经过，被告再次反对，认为与庭审焦点问题无关。审判长询问各方人员后，确认甄明维并非《遗嘱》及《家庭合和协议书》现场见证人，决定不同意其出庭作证。

被告在二审法庭调查中也提供了两份新证据，其中一份为1999年12月16日甄国荣寄给加拿大安大略省多伦多市威廉斯律师楼的信函，主要内容是请求独自占有甄锡昆遗产。第二份证据是遗产办理者甄德祥的笔录及护照，其在今年春节回国接受笔录询问，属于一审之后形成的证据，证明7位继承人委托其办理遗产。甄德祥2008年受甄长优儿女委托办理遗产继承，并在2010年1月办结首笔遗产款47890.2美元。

对于被告提供的新证据，原告代理律师认为，因该证据并非司法机关或公证机关制作，无法确定其真实性，且甄德祥办理遗产从中获利，与案件存在利害关系，不适宜作证，证言也不应采信。

甄新金能否自主盖章和按手印：

《遗嘱》及《家庭合和协议书》签署情形说法不一

庭审中，审判长着重向各方当事人分别询问了《遗嘱》及《家庭合和协议书》的签署情形。对于台山市公证处公证过程，原告及被告黄兆璋等均确认，公证员余艳梅当时并未到场，到场公证员邝均铎也未在甄新金房间，负责整个公证过程的是公证处办事员伍活康，且公证笔录内容是事先已经拟好，并非现场答问。审判长连续追问之下，被告也确认了余艳梅当时并未在场。

《遗嘱》及《家庭合和协议书》上甄新金的印章和手印是否本人所盖？法庭上，原告坚称甄新金当时神志不清，公证书载明签字确认，甄新金并未签字，而其签章是他人代为，手印也是他人抓着甄新金的手盖上。

甄新金的代书遗嘱中写道：“将我继承父亲遗产的10%遗赠给侄孙婿雷晓劲”，然而，一审时三名见证“代笔遗嘱”诞生的证人则反映，遗嘱录音内容是雷晓劲教甄新金讲的，雷教了她几次才勉强录音；黄兆璋则在法庭上称，那份遗嘱根本不是母亲的真实意愿，而是雷晓劲找到江门某律师代笔起草的。

甄新金之前已于2009年3月12日立下《立馈赠书》将继承权的10%遗赠给雷晓劲，黄兆璋在庭上承认，该份文书上“章是我盖的，手印是我拉着母亲的手按上去的”，不是甄新金的真实意思表示；雷晓劲则说，这两样都是甄新金自己盖的。

《家庭合和协议书》上甄新金的印章呢？审判长询问，黄兆璋说是陈日平盖的，陈日平的笔录则显示，章不是在公证处由甄新金自己盖的，而是黄兆璋之后拿着甄新金的章去公证处盖的。原告方认为，该协议书最终在台山公证处签名的时候，甄新金并不在场，仅有本案的其他被告在场；被告方之一的甄国顺则表示，公证处的工作人员也曾在甄新金家里做笔录，当时甄新金的视力虽不好，但还是可以看到，章和手印都是由甄新金自己盖的。黄兆璋反驳称，当时他的母亲已经接近全盲，手指弯曲，是无法完成盖印的。

原告方律师认为，对于陈日平等提到的一系列公证过程违反法律及公证程序规则的实情，在一审判决中一字不提，只是一味强调公证的法律效力，是有失偏颇的。鉴于公证过程多处违法，请求法院撤销该份公证书；被告方律师则认为，虽然公证过程存在个别瑕疵，但并没有改变甄新金的真实意思表示，应认定有效。

该案二审第二次法庭调查于3月26日下午5时许结束，各方坚持己见，但同意以调解方式解决纠纷。

男子因公证问题丧失房屋继承权 连打6场官司告房管局

2013-04-02 广州日报 刘晓星

原标题：因乌龙公证丧失产权屡打官司状告房管局

本报讯（记者刘晓星 实习生李柯）因为一份问题公证，冯先生失去了对上辈人留下的房屋的继承权。为此，他连打五场官司状告房管局，欲讨回他所占的房屋份额，却均告失败。近日，冯先生又打起了第六场官司。

乌龙公证致丧失继承权

惠福西路毕公巷12号房屋，是冯先生一家四代居住了七十多年的老房子。冯先生称，这个房屋是1953年由其祖父和姑姑、姑父共同建造，当时契证上写了姑父的名字。1965年到1968年，冯先生的姑姑、祖父和奶奶先后去世了。尽管契证上写的是冯先生姑父的名字，但作为夫妻共同财产，其姑姑应占有一半份额。又因为冯先生的姑姑先于父母死亡，冯先生的祖父母作为第一顺位继承人，对于冯先生的姑姑所占有的那部分房产，与冯先生的姑父、冯先生姑姑的子女们具有同样的继承权。而作为后人，冯先生亦可相应继承其祖父母所占有的一部分房产份额。

然而在1991年，冯先生的表兄弟姐妹七人，虚报了冯先生的姑姑和祖父母死亡的时间。将冯先生的祖父母死亡时间说在前，姑姑的死亡时间说在后。这样一来，姑姑去世后，她所占有的那部分房屋的权属就跟冯先生这一脉无关了。冯先生的七名表兄弟姐妹据此拿到了继承公证书，进而又取得了该房屋的0369497号房产证，共同占有了该房屋。

告房管局官司连打连输

后来，冯先生的表兄弟姐妹们又将他们所占有的房屋份额集中赠与了冯先生最小的表哥班某，后班某又将涉案房屋卖给阎某，2006年8月22日，广州市国土房产局向阎某核发了C481372号房产证。从2007年开始，冯先

生分别针对表兄弟姐妹们因继承和赠与而取得 0369497 号和 611282 号房产证，状告广州市国土房管局，要求对方撤销房产证。连打四场官司，法院均驳回其诉讼请求。随后，冯先生再度状告市房管局，要求撤销阎某经买卖交易取得的 C481372 房产证，一审再告失败。

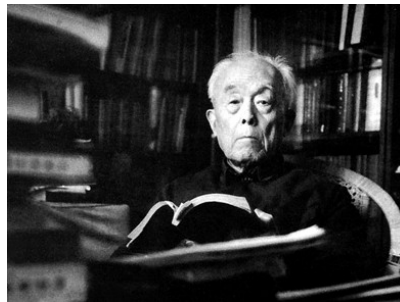
在该份一审判决中，一审法院认为，案件涉及的房屋曾因继承、赠与及买卖三次转移登记，冯先生虽然已就七名表兄妹向市房管局办理继承登记以及班某其后办理房产赠与与登记的行为提起行政诉讼，但一审二审均被驳回。那么，本次涉及阎某的转让登记所提起诉讼，也应被驳回。在这第五场官司一审又宣告失败后，冯先生向广州中院提起上诉，已于近日二审开庭。

“2006 年 6 月 28 日，公证处就撤销公证书的问题约谈班某。他在与公证处谈话后仅 13 天，公证处撤销公证书之前 20 天，就与阎某签订了房屋买卖合同。这显然是在逃避法律责任。”在二审庭审后，冯先生告诉记者。

北大深陷季羨林遗产纠纷案

2013-04-10 法治周末 赵晨熙

国学大师季羨林先生仙逝已有 3 年，但其身后事在几年间从未脱离过公众的视野。季老独子季承、季老前秘书李玉洁、李玉洁干女儿王如等纷纷登场



法治周末记者 赵晨熙

“今天下午我们将上交 54.18 万元的诉讼费，办完这个手续，案子就正式立案进入庭审程序了。”2013 年 3 月 27 日上午 10 点，已故国学大师季羨林先生的独子、78 岁的季承在北京友谊宾馆举办媒体通气会，正式通报了其诉北京大学返还遗产案的最新进展情况。

国学大师季羨林先生仙逝已有 3 年，但其身后事在几年间从未脱离过公众的视野。季老独子季承、季老前秘书李玉洁、李玉洁干女儿王如等纷纷登场，为季老的财产去向争执不休。

季承的私人律师、北京民正律师事务所律师卞宜民向法治周末记者表示，季承起诉北大返还季羨林遗产案，目前已正式完成立案，等待开庭。“纠结”许久的季羨林遗产纠纷案或将迎来转机。

遗产案中的闹剧

“季羨林遗产纠纷”在今年上演的最大“闹剧”莫过于王如被“释放”一事。

2009 年 12 月 15 日 20 时许，身为季羨林前秘书李玉洁干女儿的王如唆使季羨林的老管家方咸如采用破窗入室的方式进入季羨林在北京大学朗润园故居中，窃取书籍、塑像等大量物品，经鉴定，上述物品价值 333 万余元。12 月 20 日，北京海淀警方便将嫌疑人王如和方咸如抓获，并宣布被盗物品全部返还。

2011 年 5 月，北京市一中院公开审理此案。公诉机关认为，应当以盗窃罪追究二人刑事责任，由于“数额特别巨大”，公诉人建议量刑范围在十年以上有期徒刑。法院并未当庭作出宣判，在拖延 9 个月之后，于 2012 年 2 月 17 日，王如与方咸如被法院取保候审。

然而在取保候审期限满 1 年后，2013 年 3 月 2 日，有媒体报道称检察院方面已撤回起诉，季羨林故居被盗案中的盗窃主谋王如被无罪释放。

“最初听到这个消息我们很诧异。”卞宜民边说边苦笑着摇了摇头，“王如怎么会被无罪释放呢？”

听闻此事的季承更是在第一时间给负责此案审理的法官发去短信询问。“主审法官直接给我回了电话，人家的原话是‘这个案件我们还在审理中，怎么就无罪释放了？至少我不知道这个情况。’季承无奈地笑了笑，人家承办案件的法官都不知道，怎么可能是真的？”

此后，该消息被证实是“虚惊一场”，此案仍在审理之中。据季承向法治周末记者透露，王如在取保候审期间，本应待在西安的居住地，但却频频现身北京，一直在圈内强调自己被冤枉了，甚至还在去年 5 月请季承吃饭，遭到拒绝。

这次的“释放”风波也让卞宜民和季承采取了措施。3 月 4 日，他们向北京市一中院递交了针对此案的刑事附带民事起诉状，其中要求变更王如的取保候审强制措施为逮捕，恢复案件的审理。

“法院已经收下了诉状，表示要经过合议后才能决定。”卞宜民说，法院也表示将会尽快对此案进行审理。

其实在“季羨林故居被盗案”的司法处理上，季承一直就颇有意见，“2009 年发的案，这么长时间还没有个审理结果”。而在卞宜民看来，这起案件迟迟难有一纸判决，主要难点和顾虑也是集中在季羨林遗产的归属问题上。

王如和方咸如的代理律师就坚持认为被告人的行为属于擅自转移暂存在季羨林住所的北大财产的行为，而非

盗窃犯罪，应按民事法律关系处理，不应按刑事法律关系追究刑事责任。

“由此可见，季老的财产到底是归北大还是季承所有，是案件解决的关键所在。”卞宜民说。

季羨林遗产起争端

关于季承与北京大学关于季羨林财产的归属纷争风波，近些年也屡见报端。事件缘起于2001年7月6日季羨林与北京大学签署的一份关于捐赠自己图书、字画等物品的协议书。协议书上写明了季羨林自愿将所藏书籍、手稿、照片、古今字画及其他物品捐赠给北京大学，并有季羨林的亲笔签字，北京大学也接受了上述捐赠。

然而原本的“宁静”在2008年被打破。

2008年11月，山东大学教授张衡等人披露季羨林收藏的数十幅名人字画，从2007年开始分批流向拍卖市场。虽然北大方面随后坚称季老藏品未流失，并撤掉了时任季老秘书的北大副校长吴志攀的妻子杨锐，但这还是引起了季羨林的警觉。2008年11月7日，季承与父亲离别14年后的再次团聚，也令事件有了新的走向。

在卞宜民出示的一份季羨林写于2008年12月5日的手书中，法治周末记者看到如下内容：“有几件事情在这里声明一下：一、我已经捐赠北大一百二十万元，今后不再捐赠；二、原来保存在北大图书馆的书籍文物只是保存而已，我从来没见过全部捐赠……”

2008年12月6日，季羨林在301医院写下了日期最近的一份委托书，文中写明：“全权委托我儿子季承全权处理有关我的一切事物、务。”

“季先生明确向北大表示不想捐赠的意愿是在2009年1月13日。”季承回忆，当天北大党委副书记杨河和纪委书记来到301医院向季羨林报告文物清点的结果，称字画总数为577幅，其中207幅为宝贵古画。学校当时表示“季老怎么说，学校就怎么做”，我父亲就说我不捐了，当时现场有很多人，还有录音录像，学校也将2001年与父亲签订的捐赠协议退给我了。

原本以为协议都退了，捐赠也就作废了。在2009年7月11日季羨林仙逝后，季承多次向北京大学要求归还藏品，北大方面则一直未给予正面回应，物品目录也没有提供。

“他们一直在坚称原来的捐赠协议有效。”在季承提供给记者的一份2012年4月25日北大校长办公室给季承的复函中称：“学校始终坚持认为，2001年7月6日季老与北大签署的《关于季羨林先生向北京大学捐赠个人所藏图书、手稿、字画等物品的协议书》是合法有效的……”

对此季承则有着不同的看法。他指出，这份捐赠协议中所涉及的文物都是父亲婚后收藏的，属于夫妻共同财产，父亲当年与北京大学签订的那份协议并没有分割夫妻财产，是不合法、无效的。

卞宜民也认为季老2008年的委托书就是他最后的自书遗嘱，季承是遗嘱继承人。依据继承法第17条第2款规定，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。法律上也并未要求自书遗嘱上需要写明“遗嘱”二字。因此根据继承法第20条，立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准，2001年的捐赠协议已经失效。

此外他强调，依照当年《捐赠协议》第10条的约定：双方指定“专人办理交接手续”、“交接清单一式两份，赠与人受赠人签字生效”。即必须要有一个交接和签字，协议才生效，所有权才发生转移。而捐赠书从签订后，双方至今未办理交接，因此并没有发生实际捐赠行为。

据季承讲，在父亲去世后的3年里，他曾经就财产问题跟北大沟通了20多次，包括当面沟通和书面写信沟通，但都没有实质性进展。“‘北大希望能本着合法、合情、合理的原则进行友好沟通协商。’他们3年来就一直念着这个经。”季承不满地哼了一声。

3月11日，法治周末记者曾致电北大目前负责此事的余浚主任求证此事，但余浚的电话一直无人接听，记者随后发去短信询问，也未得到任何回复。

起诉北大获立案

“父亲肯定不希望也没想到会打官司，但走到这一步只有这条路。”在协商近3年未果的情况下，季承选择了付诸法律。

2012年6月，季承委托卞宜民分别向北京市一中院和北京市高院递交上诉状，起诉北京大学，请求“依法判令被告原物返还2009年1月13日被告清点保管季羨林文物、字画577件”。

在经历了两个月的漫长等待后，8月4日，北京市一中院才接收了所有材料。“因为涉案金额巨大，当时诉讼费我们申请了缓交。”卞宜民指出，申请缓交之前法院只能算是受理，并不能称为立案。

2012年10月，北京一中院对此案进行了一次庭前调解。

“谈崩了！”提起这次调解过程，季承叹了口气，北大方面一直要求我们拿出调解意见。对我们提出的先提供文物目录、查验实物状况、协商归还文物等调解意见也不做表态。

此外，据卞宜民透露，北大方面曾称可以以金钱的方式补偿，随后又予以否定，季承也回绝了这一做法。对此，北大的代理律师张东则明确向媒体表示，北大并没有金钱补偿的说法，至于具体情况他不便透露。“这在法院那里是有记录的，并不是我们随便说的。”卞宜民反驳道。

如今法院的正式立案将让这起“纠结”许久的案件迎来转机。

在3月27日的媒体通气会上，季承表示此次诉讼标的是：要求季羨林文物保管人北京大学原物归还替季羨林先生保存的文物577件+38类(72件)=649件。而在其最初提供的2012年8月的“民事起诉状”中，“诉讼请求”

一项注明为文物字画共 577 件。

为何会多出 38 类 72 件？季承解释称，在 2009 年 1 月 13 日北大两位书记去报告文物清单时曾明确表示 577 件文物没有一件流失，当时季羨林问起的苏轼的《御书颂》以及八大山人等书画，北大方面表示都在。

然而在 2009 年 3 月 23 日，北大在清点季羨林生前蓝旗营住处时，又发现了 38 类 72 件文物，这其中就包括《御书颂》，当时校方以文物安全为由，将其全部取走，保存在北大图书馆。

“难道《御书颂》有两件？”季承认为，北大要么就是丢失了这 72 件文物，要么就是谎报了实情，这些文物与 577 件的关系“谁也说不清”，因此现在将其全部概括进来。

根据现有的清点目录，记者看到，这些文物中不乏唐伯虎的楷书，文征明、八大山人、仇英等名家的珍贵画作，卞宜民告诉记者，此案的标的额高达 1 亿元。

谈起案件的未来走向，卞宜民满怀自信，“这起案件并不能简单地理解为遗产纠纷或是捐赠纠纷，而是季羨林父子二人一致地一起来解决所有财产和事务性问题，包括解决北大遗留问题。”

他指出，在季羨林去世前的半年时间里，大小事务已都是与季承共同应对处理，包括 2009 年 1 月 13 日接受北大清点季羨林文物的报告，以及 3 月 26 日共同接受北大对十三公寓以及蓝旗营藏书画的清点交还或暂存处置。从这些看，北大实际上也用行动否定了捐赠协议。

“按照法理、公理和人情来讲，我觉得我们都有胜诉的把握。”78 岁的季承有些激动，“我起诉并非是要为自己谋利，而是为了完成父亲的意愿和遗愿，让父亲的藏品能够发挥出真正的价值。”

季承强调，如果胜诉，他将把文物拍卖，并设立数额为一亿元的“季羨林奖金”，也将首选与北大一起合作。“与其让文物在北大的地下仓库中，不如拿出来拍卖或者用其他方式，鼓励大家做研究、出成果。”季承说。

对此，北大方面则非常低调。3 月 27 日，北大新闻发言人表示，尚未收到法院的正式文书，也不愿就此事做过多评论。

另据卞宜民向法治周末记者透露，他们近期也准备对季羨林的前秘书李玉洁提起诉讼。起诉理由则是李玉洁将原属于季羨林在“博雅西苑”的一处房产据为己有。“我们目前正在搜集证据，待证据全面充分后，会提起诉讼。”卞宜民说。

（二）继承立法动态

继承法修改列入今年立法规划 孙辈或第二顺位继承

2013-04-01 法制晚报 时政新闻

草案负责人杨立新提出网络财产应列入遗产范围

孙辈可第二顺位继承遗产

本报讯（实习记者纪欣）3 月 30 日下午，朝阳区律师协会举办《继承法》修改热点难点问题讲座，中国人民大学教授杨立新在会上提出若干修改建议，其中包括将孙子女、外孙子女规定为法定继承的第二顺序、承认夫妻共同遗嘱效力及补缴土地使用权出让金后的经济适用房属于遗产项目等内容。

1985 年通过并施行的《继承法》是我国目前实施最久而又没有进行过修正的民事法律。

目前，人大法工委已将《继承法》修改列入去年及今年的立法计划，杨立新正是《中华人民共和国继承法》修正草案建议稿课题组负责人之一。

继承祖父母遗产孙子女“上位”

杨立新表示，目前我国《继承法》没有规定孙子女、外孙子女的继承人地位，而是通过代位继承制度保护孙子女、外孙子女的继承权。

我国《继承法》规定，配偶、子女、父母为第一顺序继承人；兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序继承人。而按照我国的传统，孙子女、外孙子女在亲属中的地位极为显著。

因此，他建议孙子女、外孙子女应当作为第二顺序继承人，使他（她）们既能够通过代位继承而继承第一顺位的先亡父母应当继承的遗产，又能够通过第二顺序的继承得到遗产，增大孙子女、外孙子女的继承几率。

建议“密封遗嘱”成为法定新形式

对于是否规定密封遗嘱，有人持反对观点。对此，杨立新表示，规定不同的遗嘱形式，给遗嘱人以更多的选择，有什么不好的呢？

他认为，遗嘱是被继承人的权利，密封遗嘱是遗嘱自由的表现，最能够体现遗嘱人处分遗产的自由意志，且有现实需要，对于解决遗产纠纷有重要作用，应该成为我国遗嘱的形式之一。

补缴土地出让金后经适用房可继承

在修正《继承法》的过程中，对于经济适用房是不是遗产的问题存在一些争议。杨立新认为，经适用房是未缴纳土地使用权出让金、未取得完全土地使用权的房屋，仍然是自然人享有所有权的不动产，不能排除在遗产范围之外。

他建议，应当规定经适用房可以继承，但继承时应补缴土地出让金，以保证土地使用权也能一并继承。同时，限价商品房应适用同样的规则继承。

对于网络财产，杨立新建议，不论是不动产还是动产，都应属于遗产范围，列入《继承法》中。

夫妻共同遗嘱应认定有效

《继承法》中对共同遗嘱没有规定，以至于在司法实践中对共同遗嘱的效力认定意见不一致。

杨立新建议，《继承法》应当对共同遗嘱采取实事求是的态度，保护他们自主处分自己遗产的意志。同时，我国民事习惯尊重这种遗嘱形式，法律对习惯认可的遗嘱形式完全采取不承认主义，有悖于人民意志。因此，《继承法》应当有条件地承认共同遗嘱的效力，即对于夫妻共同立的遗嘱承认其效力，对于非夫妻关系的若干人共同所立遗嘱不予承认。

法定继承人权益保障纠纷增多专家建议 规定特留份制度合理限制遗嘱自由

2013年4月15日法制日报人大立法 李吉斌

□继承法修改

本报记者李吉斌

近年来，财产所有人将全部财产留给保姆、留给情人，甚至留给宠物的遗嘱不时出现，法定继承人得不到遗产而起诉至法院的纠纷越来越多，对家庭和睦、社会和谐产生了不可忽视的影响，引起社会越来越多的关注。中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、博士生导师杨立新教授近日在接受《法制日报》记者采访时建议，对现行继承法进行修改，明确特留份制度，对财产所有人的遗嘱自由进行合理限制，具有现实意义。

2001年，四川省泸州市“二奶”与原配争夺遗产案引发了法学界的关注。据了解，案件中被告蒋伦芳与丈夫黄永彬于1963年结婚，婚后感情不和分居。1996年，黄永彬认识了张学英，并与其同居。黄永彬患肝癌后，张学英精心照料，并在2001年4月22日黄永彬去世时妥善将其安葬。随后张学英向蒋伦芳出示黄永彬生前的公证遗嘱，遗嘱明确将其遗产指定由蒋伦芳继承一部分，另一部分总值约6万元遗赠给张学英。但蒋伦芳控制了全部遗产，拒绝执行遗嘱。张学英认为，蒋伦芳的行为侵害了她的合法权益，按继承法等法律规定，她有权获得黄永彬遗赠的财产，遂起诉请求法庭判令蒋伦芳给付黄永彬遗赠给她的遗产6万元。法院以遗嘱违反公序良俗原则判决遗嘱无效。

从民众对这一判决的反映看是支持的，但是从法律层面分析，却引发了很大的争议。一些法学家认为，从现有的法律规定来看，不能直接断定男子的行为不合法，事实上，也有一些地方法院的判决，支持了“二奶”的类似行为。也正是由于该案，引发了对我国继承法是否应规定特留份制度的热议。

“如果立法规定遗嘱自由并以特留份制度加以必要限制，就能够妥善处理遗产处分自由与法定继承人权益保护之间的关系，能够纠正司法实践中将某些遗赠行为认定为违背公序良俗原则而宣告无效的不当做法。”杨立新说。

杨立新介绍，特留份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。特留份的实质是通过特定的法定继承人规定一定的应继份额，来限制遗嘱人的遗嘱自由。遗嘱人在设立遗嘱时，如果没有给特留份权利人保留法定的份额，则其相应部分的遗嘱处分无效。特留份制度在许多国家，如法国、德国、日本的继承法中都作了类似规定，在遗嘱继承中对遗嘱自由进行限制是国际趋势。

我国继承法未规定特留份制度，仅在第十九条规定了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。该条是对必留份即“必要的遗产份额”的规定，一些人由此认为，我国继承法规定了必留份制度，不必规定特留份制度，也有的认为将必留份和特留份规定在一起，成为一个制度。对此，杨立新指出，与特留份制度相比，仅仅规定保留必留份具有明显不足，并且与必留份规定在一起也不够妥当，原因在于特留份与必留份并不相同，不能代替，也不能合并。

“我国继承法应当明确规定特留份制度，规定特留份仅为法定继承人所享有，特留份是对遗嘱自由的限制，特留份为法定的不可侵害的应继份。”杨立新建议，应当将特留份的性质规定为继承权，是法定继承人才能享有的权利。特留份并不是被继承人遗产的全部，对于特留份以外的遗产，被继承人可以行使自由处分权。

对于特留份的主体范围，杨立新建议借鉴国外立法例，既不宜过宽，也不宜过窄，将现行继承法规定的第一顺序的配偶、父母、子女列为特留份权人比较适当；第二顺序的继承人作为特留份权人，意义不是很大，可不予规定。

对于特留份份额的多少，目前国际立法有规定二分之一，也有规定三分之一。对此，杨立新建议以二分之一为宜，建议在继承法中增加规定：遗嘱人设立遗嘱时，应当为下列法定继承人预留本法规定的第一顺序法定继承人应继份的二分之一的特留份。继承人按照本法的规定丧失继承权的，其特留份权利同时丧失。

为将特留份制度规定得更加细致，杨立新同时建议增加规定：继承人可以在继承开始后，向相对人以明示方式抛弃特留份权。继承人向受遗赠人履行支付标的物义务的，视为抛弃特留份权。特留份的计算，应在本法规定的应继财产中扣除债务后的全额。特留份权利人为保全特留份，在必要的限度内，可以请求扣减遗嘱处分。

（三）继承典型案例

兰州城关区法院：重婚男子立遗嘱：房产赠与同居女友 法院一审判决：遗赠行为有效 亲生儿子不服上诉

2013年04月09日 每日甘肃网-兰州晨报

本报讯（记者陈霞 李辉）刘某在未与妻子解除婚姻关系的情况下，与另外一名妇女登记结婚。刘某去世后，两任“妻子”的孩子为遗产打起了官司。城关区法院经审理后认为，刘某立遗嘱时已经与第一任妻子离婚，因此

刘某的遗赠行为符合法律规定。一审宣判后，刘某的亲生儿子不服一审判决提起上诉。4月8日，这起遗赠纠纷案在兰州中院开庭二审。

1997年，47岁的离异妇女潘某与刘某相识。二人于同年8月在潘某的老家宁县登记结婚。婚后，潘某携儿子与刘某共同生活。2002年6月，刘某按成本价购买了单位的房屋。2008年2月，刘某因病去世。此前，刘某曾经立下遗嘱，自己生前所住房屋由潘某母子继承，即使两人不具备继承人的身份，也可以以受赠人的身份来取得房屋所有权。处理完刘某的丧事后，潘某找到刘某的亲生儿子要求其交出房屋所有权证，但潘某的要求遭到拒绝。2012年10月，潘某母子将刘某的儿子告上法庭，要求确认其取得房屋所有权。

城关区法院审理认为，刘某在明知自己婚姻关系尚存的情况下，仍与潘某登记结婚，其行为已构成重婚。根据《婚姻法》规定，刘某与潘某的婚姻属于无效婚姻，潘某不具有合法妻子的身份。因此潘某母子不能以遗嘱继承人的身份继承遗产。但从刘某所立遗嘱的时间看，立遗嘱时刘某已经与妻子离婚，因此刘某将遗产遗赠给潘某母子不违反法律的强制性规定和社会公序良俗，潘某母子的身份不妨碍其以受赠人的身份取得遗产，判决诉争房屋归潘某母子继承。刘某的亲生儿子不服一审判决提起上诉。

在4月8日的庭审中，刘某的亲生儿子提出，既然认定潘某与其父亲是无效婚姻，那就属于同居关系，潘某母子无权继承父亲的财产。当时在父亲病重无法准确表达意愿的情况下，潘某办理了遗嘱见证，该遗嘱依据的是潘某提供的无效结婚证作出的，因此请求法院二审予以改判。潘某没有提出新的辩护意见，请求法院维持原判。该案将择期宣判。

（原标题：重婚男子立遗嘱：房产赠与同居女友 法院一审判决：遗赠行为有效 亲生儿子不服上诉）

广东省韶关市浈江法院：再婚夫妇生前约定股份收益归属 继子插足无理

2013年04月11日 南方日报 谷立辉

南方日报讯（记者/谷立辉 通讯员/汪次安 罗定海）韶关市一对再婚夫妇约定谁先去世，6千元股份分红就归仍在世的一方单独收益，后男方先去世，女方就继承问题与继子发生纠纷诉至法院。10日，韶关市浈江区人民法院一审判决6千元股份收益归女方所有。

李梅（女）与周家盛（男）于1999年10月经登记结婚（均系再婚），再婚后没有生育。李梅再婚前生有一子，周家盛再婚前生育三个子女。同年周家盛向韶关某单位购买了一套房改房。2006年3月，周家盛与李梅协商，投入6千元入股筹建某股份林场。两人当时签订了一份《协议书》，约定：如周家盛先去世，该6千元股份分红归李梅单独收益，如李梅先去世，股份分红归周家盛单独收益，双方子女不得干涉。2012年10月，周家盛因年事已高且身患重病，立下一遗嘱给李梅，指定房改房一套和林场股份6千元由李梅一人继承。同年11月，周家盛因病去世。之后李梅向周家盛子女提出按周家盛的遗嘱继承周的遗产，遭到周家盛儿子拒绝，李梅遂向法院提起民事诉讼。诉讼期间，李梅撤回了对房改房的继承请求，只要求法院对继承林场股份6千元的诉讼请求依法判决。

浈江法院经开庭审理后认为，《协议书》是周家盛与李梅双方的真实意思表示，且不违反法律的禁止性规定。遂依照法律的有关规定，判决6千元股权收益全部归李梅所有。

（原标题：再婚夫妇生前约定股份收益归属 继子插足无理）

杭州江干区法院：表妹和妻子争遗产 这套房子到底归谁

2013年04月12日 今日早报 陈洋根

丈夫离家与表妹同居8年，立下遗嘱赠予名下房产

表妹和妻子争遗产 这套房子到底归谁

□通讯员 辛成

本报记者 陈洋根/文

黄昕/漫画

法官朱学军前天调解了一起遗产继承纠纷，扯出了一杭州男子与表妹及结发妻子之间的三角情感纠葛。

男子立下遗嘱将房产赠与表妹

官司纠纷的起因，是一份遗嘱。去年2月，杭州男子阿胜因癌症去世。早在2011年12月，阿胜就与表妹阿环签订了遗赠协议，协议里是这样约定的：

阿胜所享有的杭州市江干区闸弄口新村的房屋产权（面积有50.9平方米），在阿胜死亡后赠送给阿环；阿环照顾阿胜日常起居，直到阿胜百年；

阿环应在阿胜去世后60日内办理赠与财产的所有权转移手续，逾期不办的，视为拒绝遗赠，阿胜遗产可按法定继承处理；

阿胜应负对遗赠财产的维护责任，不得随意处理遗赠的财产，如阿胜故意将遗赠财产送给他人的，阿环有权要求阿胜收回；

阿环应当履行自己对阿胜的照顾义务；等等。

该遗赠协议由律师事务所两位律师代书，另有2位见证人也在协议上签名捺印。

与妻子分居后与表妹同居八年

表妹阿环来自湖北黄石，今年 53 岁。阿胜比表妹大六七岁，去世前 8 年，他都和表妹阿环同居。

说起阿环，阿胜的结发妻子阿珍恨得咬牙切齿：“就是这个死女人，勾引了我老公，花言巧语把我和老公的房子，骗到手了。我现在恨不得撕碎了这个人！”

阿环有过一段失败的婚姻，在老家有一儿一女，后来她只身来杭州投奔姨娘（阿胜母亲）。2000 年，阿胜和妻子阿珍闹了矛盾，阿胜愤而离家与阿珍分居。

阿环经常会在姨娘家碰到阿胜，二人似乎聊得蛮投机。转眼到了 2002 年，阿环干脆认了姨娘做干娘。这样，她和阿胜走得更近了。没多久，两人便同居在阿胜位于景芳的一套公房里，在别人眼里，俨然是对夫妻。

这一切，阿珍自然有所耳闻，怒火中烧，三天两头来吵打，但丝毫没有影响到阿环和阿胜的感情。二人反而越来越亲密，阿胜的生活起居，一直由阿环照顾。

法院判遗嘱有效，表妹继承一半房产

阿胜除了在江干闸弄口新村有一套房子外，在景芳还有一套公房。

2010 年 10 月，阿胜以房改购房的形式，将闸弄口新村的房屋（阿珍和儿子所住）买下，而和阿环同居的住房仍然是公房。当年 12 月，他们又背着阿珍，将买下的闸弄口新村的房子，去银行抵押贷款 30 万元，阿环冒充阿珍在贷款合同中签字画押，款项一直由阿环在使用。

去年 2 月，阿胜撒手人寰。3 月底，阿环便要求阿珍和阿胜儿子办理房产过户。阿珍自然不肯。阿环便诉到法院，要求确认闸弄口新村房屋的产权，其中 50% 的份额归阿环所有。

阿珍和儿子则认为，阿胜在 2010 年 12 月以闸弄口新村房屋抵押贷款 30 万元，其行为与立遗嘱的意思表示相反，遗嘱应视为撤销或部分撤销，且遗赠协议违背公序良俗。

江干区法院经过开庭审理查明并认定：闸弄口新村房屋属阿胜、阿珍共同共有，阿胜去世后，该房屋一半所有权属阿胜遗产，阿胜可以立遗嘱将个人遗产赠给阿环。遗赠协议于 2011 年 12 月签订，阿胜先前抵押贷款的行为不影响遗赠协议效力。阿环可以要求接受遗赠。

法官介入双方达成调解

判决生效后，阿环多次要求阿珍协助办理房产加名手续，阿珍当然一直拒绝。今年 3 月，阿环再次来到法院，要求阿珍协助办理房产加名手续。而 30 万元的贷款，阿环也主动说明已经还清，并出示了相关还款凭证。

阿珍仍然愤愤不平，法官忍不住说了阿珍几句：“到今天这个地步，不要再埋怨任何人。你难道自己没有责任？为什么老公离你而去？如果阿环对你老公不是真心，他也不会送房子给她。他们同居了 8 年，你除了去吵闹，有试图挽救过这段婚姻吗？”

听完法官的话，阿珍低下了头。而这边的阿环似乎有点得意，法官马上话锋一转：“阿环，你也不要得意！你虽然照顾了阿胜 8 年。但是你们二人同居是违背公序良俗的，是要被人耻笑一辈子的。虽然法律上支持了你的诉请，但是你不是不光彩的。”阿环听了，脸颊红一阵青一阵。

在法官的努力下，双方最终达成调解，初步达成了闸弄口新村的房屋归阿环，阿环支付阿珍房屋折价款 45 万元；景芳的公房交还阿珍居住使用的调解意向，并在一周后正式签订调解协议。

（原标题：表妹和妻子争遗产 这套房子到底归谁）

山东省阳信县人民法院：去世老人未留存折密码 继承人起诉支付获支持

2013-04-08 中国法院网 田莹 刘俊峰

中国法院网讯（田莹 刘俊峰）张老先生突发疾病去世，留下一张存折，儿子小张去银行取款，却被告知无密码不能办理取款手续，于是小张告诉银行工作人员老人已去世，但是银行仍拒付存款。近日，山东省阳信县人民法院在审理这起纠纷后作出一审认定：银行拒付存款于法无据，判决银行向张老先生的子女们支付全部存款及利息。

2011 年 10 月，张老先生在某银行办理一张定期存折，存入金额为 5 万元，期限为 1 年。2012 年 3 月，老人突发脑溢血死亡，儿子小张在整理遗物时发现了这张存折，但父亲并没有告诉自己密码。2012 年 11 月，小张来到银行，说明父亲已去世，要求支出存款，遭到银行的拒绝。

银行工作人员称，依据有关规定，为了维护储户利益，定期存折是凭密码和有效证件由本人支取的，若委托代办，代理人需出具经公证部门公证的书面授权委托书或其他有效的授权法律文书。小张并未向银行提供任何法律文书，银行拒绝付款是合乎法律规定的。小张无奈将银行告上法庭，要求银行支付 5 万元存款及利息。

法院在审理后认为，原告系张老先生的法定继承人，有权要求被告银行支付存款，而银行却以原告不能提供公证部门的继承权证明书等理由拒绝支付款项，没有法律依据，遂作出上述判决。

天津河北区法院：刺死丈夫 女子丧失继承权

2013 年 04 月 09 日 今晚报 孙启明

本报讯（记者孙启明 通讯员王刚楠）一对年轻夫妇在家中因琐事发生争执，女方激愤之下，竟持刀杀死丈夫。事发后，女方被判刑入狱。男方身后遗产分割引发争议。日前，河北区法院经审理认定，女方因杀害被继承人已丧失继承权，判决夫妻共同财产在析产后，由男方父母和女儿依法继承。

据魏华的父亲魏忠称，魏华死亡后，郑钰的父母从银行取走了魏华名下存款及利息共计 2.5 万余元，魏华还遗有公积金 2.1 万余元、存款 1.1 万余元及若干利息。魏忠认为，郑钰因杀害魏华已丧失对死者继承权，根据郑钰与魏华于 2008 年 10 月对各自工资用途进行的约定，魏华在银行的工资存款系其个人财产，为此，魏忠和魏华的女儿甜甜一同起诉要求继承这部分遗产。

针对该诉求，被告郑钰辩称，其丈夫魏华死亡时确有存款和公积金，但并不清楚具体数额，对此，郑钰要求依照继承法规定进行继承。郑钰的父母作为本案的第三人也表示，2011 年初，二人经郑钰同意共取出魏华名下 10 笔存款，本息共计 2.5 万余元，二人从中拿出 9000 余元给郑钰交纳了两年的养老保险，其余用于郑钰服刑期间的生活费。这笔钱属于郑钰与魏华的共同财产，应当依法继承。

结合已查明事实及相关法律，法院认为，二原告及第三人高某（魏华之母）为死者的第一顺序法定继承人，依法享有继承遗产的权利，被告郑钰虽也为第一顺序继承人，但根据其杀害被继承人的犯罪行为，已经丧失了继承权。被告与魏华 2008 年 10 月 10 日签订的协议，只是对各自工资的支配及用途进行的约定，并非对婚内财产的约定，因此原告主张被继承人在银行的工资存款系其个人财产，法院不予支持。被继承人魏华死亡时遗留的存款及公积金，系夫妻关系存续期间所得，视为夫妻共同存款，应以先析产后继承的原则处分，即被告先分得 5.8 万余元的 50% 份额即 2.9 万余元，郑钰父母取走的 2.5 万余元归被告郑钰所有，故郑钰再分得 3700 余元，其余部分由二原告和第三人高某依法继承，鉴于原告甜甜尚年幼，被告作为抚养人目前正在服刑，无能力尽抚养义务，甜甜生活有特殊困难，故在分配遗产时，应当予以照顾。综上，法院一审判决被告郑钰析得魏华公积金账户存款 3700 余元，郑钰父母取出的 2.5 万余元归郑钰所有，两项共计 2.9 万余元，作为其分得夫妻共同财产的份额。魏华公积金账户存款 1.6 万元分别由魏华父母各继承 8000 元，该账户的余款及魏华名下其他存款及利息由甜甜继承。（涉案人物系化名）

法律链接

《继承法》第 7 条，继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（一）故意杀害被继承人的；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

案件回放

2010 年 11 月 23 日，本市女青年郑钰与丈夫魏华因琐事发生争执，一番激烈争吵后，两人开始厮打，随着矛盾不断升级，恼羞成怒的郑钰拿起家中的水果刀刺向魏华胸部。经抢救无效，魏华于当日死亡。2011 年 6 月 15 日，法院以故意杀人罪判处郑钰死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身。

天津红桥区法院：争遗产一家人两上公堂 涉诉房屋被判按遗嘱执行

2013-04-17 天津北方网记者冯琳通讯员温金凤

内容提要：王老太在小儿子去世后与儿媳和孙子通过打官司达成调解协议，获得一套房产的 1/6 份额。几年后，王老太在两名律师的见证下立遗嘱将遗产留给大儿子。王老太病逝后，一家人又再次对簿公堂。

王老太在小儿子去世后与儿媳和孙子通过打官司达成调解协议，获得一套房产的 1/6 份额。几年后，王老太在两名律师的见证下立遗嘱将遗产留给大儿子。王老太病逝后，一家人又再次对簿公堂。日前，红桥区法院一审判决，该遗嘱合法有效，王老太遗产应按其遗嘱执行。

王老太有三个儿子，其小儿子于 2002 年去世，留下一套位于红桥区的房产。当时，王老太通过诉讼与儿媳李某某和孙子张小山达成调解协议，王老太获得了该房的 1/6 份额。2009 年，王老太在一家律师事务所由两名律师见证立下遗嘱，其中写明所涉房屋的 1/6 份额由大儿子张海继承。2011 年王老太病逝，因继承事宜，大儿子张海将二弟张河以及三弟之子张小山一并告上法庭。

被告张小山认为律师见证书不是公证书，也没有医院对奶奶当时健康状况的证明，不清楚奶奶立遗嘱时意识是否清醒。被告张河辩称，其作为被继承人的子女享有继承权，要求依法继承诉争房屋母亲所享有的份额。

红桥区法院经审理认为，本案中被告王老太享有涉案房屋的 1/6 份额，其立下遗嘱将上述财产指定由原告继承，该遗嘱合法有效，遗产应按其遗嘱执行。对于原告提交的律师见证书，被告及第三人均提出异议，认为被告均不在场，质疑被继承人立遗嘱时的精神状态；但被告及第三人并未提供被继承人订立遗嘱违背其真实意思的证据，被告是否在场亦不能否定遗嘱的法律效力，故法院对该证据的证明力予以确认。二被告的抗辩意见及第三人诉称意见缺乏法律依据，不予支持。法院一审判决，所涉房屋的 1/6 份额由原告继承。

（四）继承新闻

家族信托与财富传承 国内业务发展面临障碍

2013-04-01 《零售银行》 作者:Alex

最近，北京师范大学收入分配研究院发布的《遗产税制度及其对我国收入分配改革的启示》中期成果报告认为，开征遗产税的时机已经成熟，并建议在“十二五”期间征收，起征点定为 500 万元。这份报告的引起各方激烈的讨论，税务官员表示是否要推出遗产税，何时推出，税率如何制定都无时间表。无独有偶，去年深圳市政府提出的十大收入分配制度改革思路中也提到，深圳可以试点遗产税。此消息一出引起市场的轩然大波，随即深圳

保险市场传闻出现多宗巨额保单。

遗产税风波的兴起，无疑对于银行的私人银行客户的影响是最大的，按照国外的经验遗产税税率一般都在 50% 左右，最高能达到 70%。因此，越来越多的私人银行的客户在思考如何将财富有效的传承给下一代。一般来讲财富传承工具包括遗嘱、赠与、慈善基金、人寿保险单及家庭信托等。常见财富传承工具的比较如下：

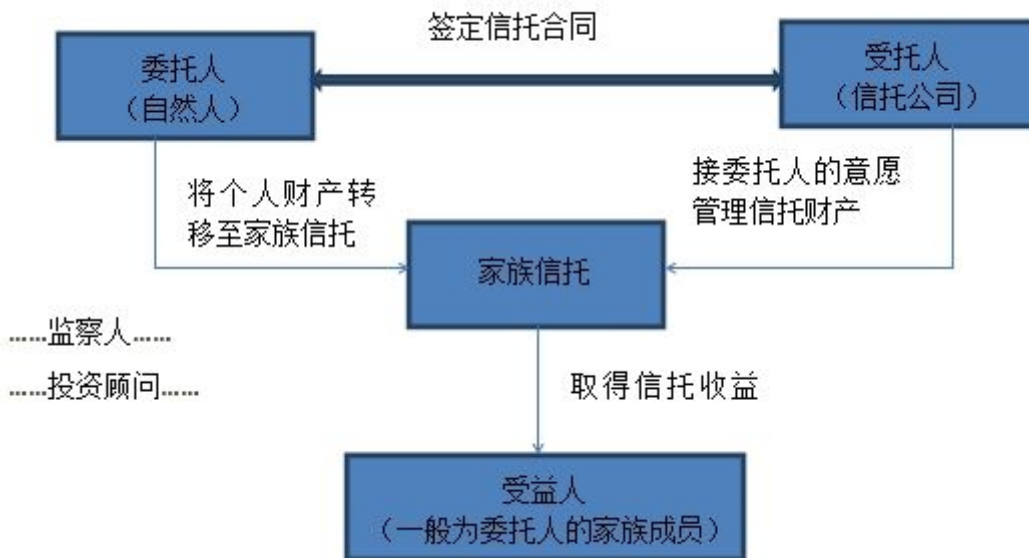
财富传承工具	概述	优势	劣势
遗嘱	遗嘱人生前在法律允许的范围内，按照法律规定的方式对其遗产或其他事务所作的个人处分，并于遗嘱人死亡时发生效力的法律行为。	简单，常见方式。	无法规避高额遗产税，遗产税一般是先付税款然后继承，继承人可能无法及时凑足高额税款。
人寿保单	被保险人的生命发生保险事故时，保险人支付的保险金，保险金一般等于投保金额。	保险金免税，受法律保护，不能用于偿还债务，生前指定受益人。	标准合约，难以实现投保人个性化的财富传承需求。
赠与	无偿将财产给予受赠人，财产所有权的转移。	在一定额度内免赠与税，容易执行。	一般要交契税、印花税、个人所得税，在海外赠与额度有限制，超过的部分要征赠与税。
慈善基金	利用捐赠的财产，以从事公益事业为目的成立的组织。	符合监管要求就可免税，期限无限制。	缺乏流动性。

相比以上几种财富传承工具家，家族信托有着期限长(可以是永续信托)、流动性好、独立性强(信托财产的所有权与受益权分离)、委托人的控制力强(可以根据委托人的意愿分配财富，以及决定资金的投资方向)、较小的税务支出以及财产的多样性(可以把有形和无形的资产都装进信托进行打理)等其它财富传承工具无法比拟的优势。

本文将从信托的定义、家族信托的关键要素、家族信托的优势、案例分享及国内私人银行业发展家族信托的进展和障碍等五个方面介绍家族信托在财富传承方面的运用。

一、信托的定义

根据我国《信托法》，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的进行管理或者处分的行为。而家族信托是以个人作为委托人，以家族财富的管理、传承和保护为目的信托，受益人一般为本家族成员。典型家族信托的结构如下：



图一：家族信托结构图

二、家族信托中几个关键要素

1. 委托人：委托人是信托的创立者，可以是自然人也可以是法人。委托人提供财产、指定和监督受托人管理和运用财产。家族信托的委托人一般都是自然人。

2. 受托人：受托人承担管理、处理信托财产的责任。受托人根据信托合同为受益人的利益持有管理“信托资产”；具体包括，信托资产的管理、行政及分配。受托人必须对信托相关资料保密，履行尽责义务，遵照相关法律，为受益人的最大利益和事。一般受托人都由独立的信托公司担当，在境外也可以是家族成员自己成立的私人信托公司。

3. 受益人：由委托人指定，根据委托人意愿获得相关资金或收益的分配。委托人在某些条件下，也可成为受益人。在家族信托中，受益人一般都是委托人的家族成员。

4. 监察人：为了使家族信托更好的按照委托人的意愿执行，家族信托的委托人可以指定信得过的人作为家族信托的监察人。监察人被委托人赋予各种权利，如更改或监管受益人等。监察人可以是律师、会计师、第三方机构等。

5. 投资顾问：根据信托财产类别，家族信托可以聘请不同的投资顾问打理信托财产，使信托财产保值增值。投资顾问可以是银行、资产管理公司等。

6. 信托财产：家族信托中可持有的财产没有限制，只要该信托财产的所有权能够被转移，可持有的资产可以是房产、保单、股票、家族企业的股权、基金、版权和专利等。

7. 家族信托设立地点：家族信托设立的地点非常重要，可以设立在境内也可以设立在境外，目前国内家族信托由于信托财产登记制度的原因能接受的信托财产类别非常少，所以实际操作过程，一般都把家族信托设立在境外，比如全球著名的避税圣地：开曼群岛、香港、英属维尔京群岛等。委托人必须先清楚设立地点的相关法律法规后，再选择最符合自己利益的地点。

三、家族信托的优势

1. 财富灵活传承

家族信托可以根据实际需求灵活地约定各项条款，包括信托期限、收益分配条件和财产处置方式等，如可约定受益人获取收益的条件“年满18岁”、“结婚”等。

2. 财产安全隔离

现实中我们很多私人银行客户都是多家企业的实际控制人，而且个人资产和企业资产并不能清楚区分。当企业面临债务危机时，其个人资产往往也成了债务追偿对象。而家族信托财产是独立，家族信托的所有权与受益权严格区分，信托财产名义上是属于受托人的，与委托人、受托人和受益人的其他财产隔离。因此委托人的任何变故，都不会影响信托财产的存在。受益人是通过家族信托的受益权获得利益。这样债权人也无法对信托财产进行追索，降低了企业经营风险对家族财富的影响。

3. 节税避税

就像本文开篇所提到，从长期来看，我国一定会征收遗产税。而家族信托就有能很好避免遗产税，因为信托财产名义已经是受托人的，委托人名下没有登记财产，所以也无法征收遗产税。

4. 信息严格保密

家族信托设立后，信托财产管理和运用都以受托人的名义进行，除特殊情况外，受托人没有权力向外界披露

信托财产的运营情况。而且使用家族信托时，在委托人去世前，财产已完成转移，避免了遗产认证的过程。

从以上家族信托的优势，我们可以看出，家族信托相对其它财富传承工具有着绝对的优势。下面分享一个家族信托财富传承的案例。

四、家族信托财富传承案例分享—梅艳芳信托

梅艳芳自小家境拮据，五岁开始登台演出。1982年，因参加香港第一届新秀歌唱大赛获得冠军而出道。随后以浑厚低沉的嗓音、华丽百变的形象加上仗义豪爽的性格逐渐在歌坛、影坛走红，成为香港演艺界举足轻重的人物。多年的演艺经历让梅艳芳存下了不少积蓄。至2003年底病逝前，梅艳芳名下有香港、伦敦、新加坡等多处房产以及现金，资产总值1亿元。

2003年12月初，梅艳芳(委托人)立下遗嘱及家族信托，将自己两处物业赠予好友刘培基，预留140万人民币给4名外甥及侄女作教育经费。剩余的房产、现金等资产(信托财产)委托汇丰国际信托有限公司(受托人)管理，每月支付给母亲覃美金(受益人)约7万元作为生活费直至母亲去世。遗嘱中还特别指明，直至覃美金去世，家族信托所有资产会扣除开支捐给妙境佛学会。据悉，梅艳芳去世时留下价值约3000万至3500万港元的资产，随着香港房价上涨，其家族信托财产2011年被认定升值到港币近1.7亿元。

2004年初，梅艳芳的母亲覃美金一直坚称，梅艳芳是在神志不清的状态下签订遗嘱，故法庭应判遗嘱无效，希望独得亿元家族信托财产。向法院提起诉讼后开始了这场遗产之争。

2006年3月和2007年8月，梅艳芳的哥哥梅启明和母亲覃美金又将遗嘱执行人、主治医师、遗产受益人一并告上法院，质疑三方串通欺骗梅艳芳立下遗嘱窃取其遗产。对于梅家的控告，三被告坚称梅艳芳立下家族信托时神志清醒，不把遗产交给母亲打理，是因为担心母亲不善理财，花尽遗产生活无依。

2004年到2011年的七年多来，梅艳芳的母亲覃美金多次上诉，屡告屡败。2011年5月10日，香港高院下达终审判决书，梅艳芳的母亲覃美金再次败诉，财产继续由信托公司管理。

案例点评：梅艳芳为什么将其近亿元的遗产通过汇丰国际信托公司设立家族信托，而不是交给其80岁高龄的母亲打理呢？因为梅艳芳母亲嗜好赌博而且挥霍无度，梅艳芳担心如果把这笔钱一次性给她，可能很快就会损失殆尽，她以后的生活反而没有着落。而通过设立信托基金，梅艳芳将自己的遗产委托给专业的信托机构打理，信托公司每月按照嘱托支付7万元生活费给其母亲，一直持续到她去世，这样她就可以安享晚年了。

由此可见，家族信托能很好的按照委托人的意愿进行信托财产的管理，同时通过家族信托能有效的进行财富传承，避免财富被受益人迅速挥霍。

五、国内私人银行开展家族信托业务的进展及障碍

(一)国内私人银行开展家族信托业务的最新进展

目前，国内私人银行都意识到开展家族信托业务的机会，都通过各种途径纷纷参与到该项业务的发展中来。现在，国内私人银行一般通过两种方式发展家族信托业务，一种是通过与银行境外的子公司合作针对客户境外资产推荐家族信托业务，另一种是与国内的信托公司、律师事务所合作开展该项业务，但在国内设立家族信托有着诸多限制，目前接受的信托财产只能是现金，而房地产等其它资产都不能装进家族信托里面。

(二)国内发展家族信托业务面临的障碍

1. 信托登记制度缺失；根据我国信托法规定：“设立财产信托，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未办理信托登记的，应当补办登记手续。不补办的，该信托不产生效力。”

但并不是所有财产都需要登记，判断是否需要登记有两个标准。一个标准是，凡是法律规定必须登记过户才能发生法律效力的，就要进行信托登记，例如房产。另一个标准是，凡是不能独立存在、只能依附于其它财产存在或表现的权利财产，都应该当登记。比如停车场收费权。

由此认定，家庭财富中的现金资产无需登记，而非现金资产则要办理信托登记才能确保信托生效。

我国尚未建立信托登记制度，所以家族信托无法产生效力，这是阻碍家族信托业务发展的主要障碍。

2. 信托登记的公示

我国将公示作为信托生效的要件，这就是说委托人的财产装进信托除要办理信托登记手续外，还要公示，就像我们平时身份证丢失后在报纸上刊登作废声明进行挂失一样。如果当事人之间设立信托关系不会影响第三人的利益，也无损社会公共利益，公示就会影响自由和效率。相反，境外为了保护私有财产，均没有以公示作为信托生效要件。此外，如果设立家族信托却要将财产情况进行公示，恐怕会引高端客户的不安。

3. 根据信托业协会官方数据统计，截止到2012年四季度末，近75000亿信托资产中，财产信托的余额仅为4856亿，占比为6.5%，其余信托资产全为资产类信托。从上面数据可以看出，我国信托公司主要从事资金信托业务(融资类业务)，所以无论业务经验还是人员储备都缺乏管理财产信托业务的能力。

4. 家族信托理念薄弱。我国接受的信托都是信托类理财产品，对家族信托的作用缺乏正确的理解。信托公司和私人银行都要对家族信托的理念进行大力的宣传。

综上所述，家族信托对于私人银行客户在财富传承、资产隔离、节税避税、家族企业代际传承等方面有很大的作用。家族信托业务也是国内私人银行业务未来发展很重要的一块。

“数字遗产”何处以安

2013年04月16日 国际金融报



本期嘉宾:

游云庭 上海大邦律师事务所合伙人

张起淮 北京市蓝鹏律师事务所主任律师

唐欣 资深IT行业分析师

董旭 易观国际高级分析师

编者按:

“如果有一天你走了，你的“数字遗产”将留给谁？”当被问及这个问题，起初多少会令你错愕，但细细想来，在互联网时代，这确实是一个我们无法回避的现实问题。电子邮件、博客、微博、个人空间、游戏积分和装备……它们承载着人们的经历、记忆，不仅是一笔精神财富，也是价值不菲的资产。

日前，淘宝网宣布将于今年下半年正式推出“离婚过户”、“继承过户”细则，以解决因夫妻离婚、店主去世等情况带来的店铺分割和继承问题，首次开始虚拟网店转让。

淘宝网的尝试，再次引发业界和网友对于“虚拟财产”的归属、转让、继承、买卖等方面问题的探讨。不少人认为互联网发展至今，网络上存在很多种例如QQ账号、网游账号等所谓的虚拟财产，已经具有了堪比线下实体财产的经济价值。庞大的“网络遗产”该如何处置？

话题一

数字资产归属权谁定

从法理角度，以现有的法律来看，游戏中的兵器、网络上的币种等这些虚拟空间中的资产都是有价值的

关于数字遗产的第一案发生在2004年11月，当年，年轻的美国海军陆战队队员贾斯汀在伊拉克执行任务时被炸死。海军陆战队把他的物品寄给他的父亲约翰，包括所有的信件。

贾斯汀的父亲约翰·埃尔斯沃斯认为电子邮箱也是儿子留下来的纪念之一，他希望能够获得儿子在雅虎邮箱中还保存着的邮件，做成一本纪念册，但被雅虎公司拒绝。

雅虎公司的理由似乎也很充分：雅虎邮箱的规则是保持账户的私密性，“我们承诺，将为每一个与雅虎缔结关系的账户活动情况保密，即便在他们去世后也是如此”。如果90天未使用，雅虎将删除这个账号。最后没办法，约翰只好将雅虎公司告上了法院。这也成为数字遗产纠纷的第一案，在全美引发激烈讨论。

上述案件的分歧点在于，遗嘱执行人也许需要获得和使用密码的合法权利，但对为这些资产提供平台的谷歌或雅虎等公司而言，它们的生意模式取决于用户的信任。用户希望它们保护隐私，因此，这些公司在用户去世后仍努力保护其隐私。

距离第一案发生已超过7年，这么长时间内，数字遗产该不该继承的分歧仍然存在。

一个在中国发生的案例是，2011年，市民王女士的丈夫徐先生不幸在一场车祸中丧生。徐先生的QQ邮箱中保存了两人的大量照片和信件。为了能够缅怀丈夫和纪念曾经的生活，王女士想要整理和留存这些珍贵的资料，并且保留丈夫的QQ号码。然而，在没有密码的情况下，王女士只能求助腾讯公司。但是经过一番交涉之后得到的答复却是，王女士只能通过QQ的“密码找回”流程找回密码，如果不具备相应的资料，那么王女士将不能获取密码，而如果发现QQ主人长时间不使用该账号，腾讯将把账号收回。

那么，类似电子邮箱、QQ账号等数字资产归属权究竟由谁决定？

游云庭：这个问题分为几个方面。首先，从网络游戏公司的角度来看，根据网络公司跟用户间的协议，网络存储空间、游戏里的装备，都是属于网络公司所有，用户只有使用权。再加上，很多网络公司都不认为这属于财产，而只是存储在服务器上的一个数据。因此，他们认为，如果用户很久不玩了，不再登录了，公司就有权把它处理掉。

但是从玩家的角度来说，这些资产是他们花了很多钱与时间获得，网络公司应该给予保护，同时玩家也应该拥有转让和传承的权利。

因为用户的反应比较强烈，网络公司已经开始松动。比如说，在巨人的游戏里，转移装备是允许的，但是官方会收一定的手续费。因为权利和义务是相伴随的，从收费这个角度说，收了钱确认了转让的合法性，也就是确认了装备的财产性。但目前对于这个问题，各个公司的意见还不统一。

张起淮：从上述案例来看，网络公司的这一做法肯定是不合理、不合法，也是没有法律依据的。正是客户给他们带来了巨大的利益收入，使其在短短数年间，在世界上占得一席之地，并推动了相关技术的发展。既然允许客户使用、为客户提供方便，那么在你发展的同时，你的规定应该要符合广大网民切身利益的需要。

从法理角度，以现有的法律来看，游戏中的兵器、网络上的币种等这些虚拟空间中的资产都是有价值的。关于这点，最高人民法院也是认可的。那么，只要有价值，按照中国继承法规定，老公去世，对于网络的虚拟资产，老婆是有继承权的。虽说可能会涉及个人隐私，难道书面的、纸媒的遗产就没有隐私了吗？

以上述案例来说，腾讯作为保管的一方对徐先生的隐私有保护的义务，但可以做出相应规定，比如隐私部分可以在未经司法部门的许可下，为社会稳定而不被打开。

唐欣：网络遗产作为公民合法财产，应按照《继承法》有关规定确认权利归属。如果当事人没有订立遗嘱，那么其配偶、子女和父母都有可能作为网络遗产的继承人。具体可以协商解决。

但这类案件通常具有隐私特征。按照法律，即使当事人已经过世，其隐私权也应得到保护。用户申请网络服务时，与网络公司签订的《软件许可及服务协议》中一般也会有明确约定，网络公司拥有账号的所有权，用户仅有使用权。

此外，目前法律对此还未有明确规定。因此，即使收回账号也是合法的。但我个人建议，网络公司在归还账号之前可以采取一些保护隐私的措施，比如，腾讯公司可以考虑用户特殊情况，根据司法机关出具的继承证明，将QQ内容及好友关系删去，然后交还给王女士，并签订新的服务协议。

话题二

该不该立法保护

立法总是滞后于公司的服务，因为互联网产品以及整个产业的更迭速度很快，立法相对来说是对于比较成熟的体系的监控

也许除了事到临头的诉诸公堂之外，我们需要一个更加未雨绸缪的解决方案。中国互联网络信息中心数据显示，截至2012年12月底，中国网民规模达到5.64亿。其实，早在2004年，成都合泰律师事务所何佳林律师联合了19位律师向全国人大法律委员会提请建议：立法保护虚拟财产。但直到目前，如何保护虚拟财产在法律上还是一片空白。国家有没有针对数字遗产立法的必要、相关互联网公司应不应该设立相关制度仍是争议。

董旭：随着用户的增长以及用网络普及率的提升，这肯定是需要去面对的。

互联网企业是否需要提供这样一个服务与用户有没有这方面的需求有关。而这又与互联网本身的渗透率以及使用的深度相关，即如果越来越多的重要信息内容是以数据形式呈现在互联网上的，那用户肯定会希望有这样一个服务或体系来保证整体的数字信息。

但就互联网来说，立法总是滞后于公司的服务，因为互联网产品以及整个产业的更迭速度很快，立法相对来说是对于比较成熟的体系的监控。但是如果这方面的需求足够庞大了，政府肯定要介入，相关部门也会参与监管。

游云庭：最近谷歌有了新规定，如果用户设置合适的话，他的这些数据可以由继承人来继承。但这只是一家公司做的事情，其他公司并没有跟进。更重要的是，国家也没有从立法层面进行强制性规范。

个人认为立法规制是迟早的事情。谷歌目前做的事情其实就代表了数字遗产将来要进行的一个方向，不管是Facebook也好，腾讯也好，都应该如此。

互联网普及仅十多年，最初接触互联网产品的人群中，中老年人不多，以中年人和青年人为主，但是可以预计的是，再过十几二十年，很多用户开始进入了衰老甚至去世的阶段，进入这个阶段之后，所有这些人都会面临数字遗产的问题，到时候问题可能就会更激烈。谷歌有一个前瞻性，所以推出了这样一个规则。

张起淮：网络的产权问题出现与科学技术的发展、人类的进步是密不可分的。虽然网络已走进千家万户，但是相关的法律法规却没能跟上，缺乏一条具体的法律对这个问题进行详尽、明确的规定。虽然在没有明确的规定下可以按照相关精神来进行操作，但是在操作中会遇到困难。从继承法角度来看，网络的虚拟空间也是资产，按照继承法的规定是可以继承的，但是具体继承时个人隐私该如何保护又遇到一些法律的冲突、障碍。

所以，应从网络资产、网络继承、网络的财产承担、网络个人隐私的保护这几个角度进行立法。同时，民法的隐私权要扩大到网络的通讯聊天记录，遗产继承方面也要扩大到对网络这一虚拟空间的继承。

唐欣：虚拟的数字遗产具有特殊性，而且未来种类会越来越多，应用范围也会越来越广，纠纷也会越来越多，如果不立法保护，这些纠纷将难有判断依据。所以立法保护数字遗产是有必要的。

目前对数字遗产并没有明确的法律规定，通常是依照数字服务提供商制定的服务协议来执行。

话题三

隐私权冲突咋避免

我们可以在申请会员、开办时就提示别人以此来回避因为没有告知而可能造成的后果，也可以避免日后滋生麻烦

去年，美国马萨诸塞州参议院辛西娅·克里姆提交了一份议案，就有关如何处理人们的数字遗产，包括电子邮箱和脸谱账号。在这份议案中，辛西娅提出，遗嘱执行者有权利得知亡故之人的电子邮箱账号。如果辛西娅的这份议案得到通过，那么马萨诸塞州将成为美国第六个为数字遗产提供法律保护的州。

然而，辛西娅的想法虽好，却面临着不小的麻烦，因为这样的做法已经明显违背了科技企业与用户之间的保护隐私协定。与隐私问题的冲突被视为解决数字遗产问题的最大难点。

游云庭：个人认为对于数字遗产的问题，理论上应该是由国家来规定的。具体包括这样几部分，第一，如何处理用户社交网络上的数字遗产的问题。社交网络上的内容很多包括隐私内容，比如私信，应该如何让家人进行继承。因为很多的隐私数据，哪怕是家人，使用者可能也是不会让他们进行访问的。

第二，如何处理一部分具有财产性的数据，比如网络游戏的装备数据，这个数据应该怎样继承。网络提供商是否有必要根据用户意愿或者法律规定，将这个账户转移到或者转交给他的继承人。

值得注意的是，这一问题又涉及到遗嘱继承和法定继承。遗嘱继承是没有问题的，互联网上面的账户涉及到最重要的就是登录密码，只要使用者把自己的密码交给继承人或者指定的人，那就没有争议，因为这个人就可以访问到或者控制这些数据。

但关键在于，如果没有订立遗嘱，就会产生争议。比如，妻子想了解去世的丈夫婚外情，这就涉及到去世的人的问题的，也涉及到其他人的隐私权问题，那么这些社交网络公司应不应该公开账号，就是一个复杂的问题。

因此，网络公司应该增加一个程序，在用户注册时或使用过程中，专设一个条款让用户选择你同不同意家人来继承你的这些数据，如果同意的，留下名字，死后我们可以将这些数据交给他，如果不同意，就默认网络公司未来可以处理掉这些数据。

张起淮：如何避免与隐私权发生冲突是解决数字遗产的难题。

个人建议，保管者如网络服务商可以明确指出相关数字遗产是涉及隐私的。

在资本主义国家，私人的保险柜一旦被知道还是会被打开。这点可以向瑞士银行业学习。在瑞士银行业的保险库里有钱、字画或者是个人宝贵的书信，按照瑞士的法律法规，只要你有合法的继承权，你就有权打开他的所有账户。所以，我们可以在申请会员、开办时就提示别人以此来回避因为没有告知而可能造成的后果，也可以避免日后滋生麻烦。

唐欣：立法保护有一定难点，主要是数字财产不同于实物，而且它的种类繁多，特征复杂，在如何对其进行物权认定上具有难度。

【企业秀】

谷歌：替用户清理“数字遗产”

当地时间4月11日，正遭受欧洲隐私监管机构调查的谷歌宣布将帮助用户处理“数字遗产”。用户可以在“设置-账户”下去设置相关信息，以便在自己离世后，或网络账户长期不使用后（虚拟死亡），对与该用户相关联的照片、账户信息、个人档案等数据进行注销清除。该项工具被命名为不活跃账户管理器，旨在按照用户“生前愿望妥善管理“身后”的虚拟资产。

用户可以拟定计划选择想要获取的数据，然后发送给信赖的联系人。也可以设定谷歌何时删除所有数据，时间选项包括：处于非激活状态3个月后、6个月后、9个月后和12个月后。在你设定的日期到期后，谷歌会给你来信确认你是不是真死了。

淘宝：将允许继承者转手网店

日前，淘宝网宣布将于今年下半年正式推出“离婚过户”、“继承过户”细则，以解决因夫妻离婚、店主去世等情况带来的店铺分割和继承问题。

据了解，“离婚过户”的申请人需要提供离婚证、财产分割公证书，而“继承过户”的申请人需要提供被继承人的死亡证明、经过公证的遗嘱或是遗产分割协议公证书。

而这些只是原则上的要求，以上两种过户情况还要符合6项条件，包括过户前需要将待过户店铺中的所有进行中的交易处理完毕；店铺受让人承接原店铺经营权人签署的各类服务协议；重新缴纳原店铺经营权人已经缴纳的各类服务保证金；店铺无阿里金融贷款；店铺受让人在18至70周岁之间，有完全民事行为能力；申请人自行承担店铺过户服务费可谓面面俱到。

Facebook：“进入悼念状态”

在用户死后，Facebook将限制能看到该用户页面的人，但仍然允许亲友留言和哀悼，使该用户页面“进入悼念状态”。Facebook还会应要求关闭这个账号，但不会交出用户密码。

Legacy Locker：收用户管理费用

这是一家成立于2009年、提供数字遗产管理服务的代表性互联网公司，用户需要每年缴纳一定的管理费用。用户在网站上输入完整的数字信息并列明继承方案。用户过世后，家属提供死亡证明，Legacy Locker就将根据用户的安排分配数字遗产。

Twitter：亲属可有选择权

规定亲属在提供账号持有者已去世以及他们有权处理后事的证据后，可以选择将账号删除或存档。

Hotmail: 允许刻数据光盘

允许邮箱主人的家庭成员申请数据光盘, 只要他们提供授权书和死亡证明。

【他山之石】

英国: 11%受访者将密码写入遗嘱

伦敦大学金史密斯学院的研究人员与一家名为 Rackspace 的网络公司合作, 对 2000 名英国成人进行了调查, 结果显示, 约 1/4 的人在网上有价值不低于 200 英镑的财产, 这些财产的形式可能是视频、音乐、电子书和照片等。照此推算, 所有英国人在网上拥有的财产总值可能会超过 23 亿英镑。

近 1/3 的调查对象认为, 200 英镑这一数额足够大, 应由亲人继承; 11% 的调查对象已经把密码写入遗嘱。

美国: 为“数字遗产”立法

旧金山的“互联网档案馆”从 1996 年起收藏网页、多媒体文件和图片等, 用户可以考虑将自己的“数字遗产”捐献给类似的档案馆, 作为社会学等领域的研究资料。

此外, 数字遗产已开始被写入美国一些州的法律。2010 年, 俄克拉荷马州通过了针对数字遗产的法案, 这项法律已经于 2010 年 11 月 1 日起正式生效。立法者承认虽然这项法律与现有的虚拟服务协议存在冲突, 但他们认为所有权人在去世后这些虚拟财产仍具有价值, 应该得到妥善处置。如果死者在生前没有就去世后的虚拟财产作出明确的处置说明, 法院将根据情况决定它的合法继承人。

2011 年, 爱达荷州也通过了类似法案; 康涅狄格、罗得岛、印第安纳等州则技巧性地偷了懒, 用已有的法律涵盖了一部分数字遗产。

德国: 死后 10 年内受保护

数字遗产是按照普通继承财产统一管理的, 在认证有金钱价值时, 在死者死后 10 年内, 其数字遗产的财产权都会受到保护。

芬兰: “数字遗产”可继承

芬兰电信管制机构 FICORA 近日公布了一项法规, 规定被继承人死亡后, 其近亲可以继承其数字遗产。

FICORA 称, 电信运营商有权向继承人披露管理“数字遗产”所需的相关识别数据, 以及用户名、密码等。信息披露的标准同用户在世时获取这些信息的程序一致。但是, 有关电子通信的立法并没有规定电信运营商有义务披露用户的“数字遗产”。因此“数字遗产”的披露或还需要基于合同或法庭判决。

签下人生最后一份文件

2013 年 04 月 05 日 北京晚报 安然

遗嘱, 哪怕在弥漫着追思气氛的清明时节提起, 也一样会让人颇多顾忌——在中国这个对死亡讳莫如深, 又曾经对“义”、“利”之别有着异乎寻常道德高标的国度, 主动立下遗嘱, 似乎会在冥冥中给自己招来不幸, 而建议长辈立下遗嘱, 更是要被视作觊觎财产的不孝之举。于是长久以来, 一家兄弟姐妹们宁可在老人身后为遗产分配纠缠不清, 也没人愿意主动在老人生前提及“您是否立个遗嘱”。在普通人家, 遗嘱与正常生活没多大关系。甚至在一些特殊的时期, 国人最习惯见到的遗嘱是这样的: 电影银幕上战斗英雄重伤弥留之际, 掏出几张带血的纸币交给战友, 艰难地说, “这是我的党费”。

根据统计, 超过 50% 的成年美国人立有遗嘱, 有 36% 的英国人在 2009 年前后更新了自己的遗嘱。众多名人, 如迈克尔·杰克逊、戴安娜王妃、惠特尼·休斯敦……都在盛年时代就早早立下了自己的遗嘱。立一份遗嘱, 对身后事提早安排, 是欧美许多中产以上家庭的一项正常生活内容, 一个上流社会人家, 不预立遗嘱是件不可想象的事情。

“这几年, 国人的财产多了, 在北京, 一套房子就价值几百万, 不再是以前兄弟几个分几千块存款的时候了, 遗嘱的问题也就获得了越来越多人的重视。”中凯律师事务所高级合伙人陈凯律师说。但是, “知易行难”, 即使开始重视, 立下一份有效的遗嘱, 为自己的亲人提前做好一份保障, 也绝非一件易事。

“看着母亲和媳妇对骂, 他在那边也不好过”

“休庭。”法官敲下法槌, 暂停了一起头绪纷繁的遗产纠纷案的审理。婆婆刘岚起身, 没有抬眼看一下坐在对面被告席上的前儿媳, 她走向法官, 说: “您稍等, 我再跟你说句话。”

“你还说什么啊?!”儿媳陈铂快步抢了过来。曾经的婆媳相隔三尺, 怒发冲冠, 对峙几秒钟后, 互相戟指大骂。两人的骂声穿透法庭厚重的大门, 惊动了门外执勤的法警。法警慌慌张张推门而入, 不知道里面出了什么变故。

展现在这位法警面前的场面让他惊诧不已: 两名高级知识女性放弃了一切斯文, 越骂声调越高, 情绪越发激动。按照旁观者的回忆, “俩人嘴里能塞进一个苹果。”法官、书记员加上双方律师齐上, 4 个人使尽浑身解数也劝解不开。身高体壮的法警往双方中间一站, 两边分拆, 终于在两位女士之间开辟出一块安全区。

两人貌似不共戴天的仇恨来源于他们共同的亲人, 刘岚之子、陈铂之夫何源的突然去世。何源生前曾是上海一家外企的高管, 2011 年间, 他在出差时突发急病, 同事在酒店房间里发现他的时候, 人已然离世, 一句话也没能留下。

突如其来的变故让家里早已埋下的隐患开始爆发。在他生前，妻子与母亲的关系就已经因为一些生活中的细琐事日益恶化，加上孩子的抚养问题，遗产分配问题，终于点燃了这个硕大炸药包的导火索。

“和大多数家庭不太一样，何源家里，是媳妇挣得比丈夫多。”陈凯是这个案子的代理律师，双方的不理性让他和对方的代理律师都头疼不已。陈铂也是一家大型企业的经理，收入丰厚。加上何源在解除前一次婚姻关系时曾支付过大笔抚养费，现在家庭里的财产，相当大比例都是陈铂挣来的。但无论如何，从法律关系上讲，这些财产全属于夫妻共同财产，作为何源的法定继承人，他的父母有权继承其中的一部分。

为了能让官司和解，对方律师曾经在法庭的门口，坐在冰凉的椅子上，与刘岚商谈了整整两个小时。对方律师自有他的道理：同样作为知识女性，刘岚虽然失去了儿子，但其实生活无忧，几套房子的财产收益足以支付养老费用，对于财产的渴望并没有表面上那么大。之所以要打这场官司，其间情感上的恨意远超过经济因素。但是两个小时之后，律师长叹一声，转身离开，此后再也不提“和解”二字。

刘岚的道理是，反正儿媳今后也要改嫁，弄不好还要让我的孙子姓别人的姓，那么我儿子的财产就不能给她，必须得多留给我的孙子。在何源在世时，由于孩子的生活教育等问题，婆媳之间早已水火不容。最让刘岚不能接受的是，儿媳从来不让孙子在自己家过夜。在刘岚看来，这无异于挑拨祖孙的关系。为此，刘岚坚定地把儿媳起诉到了法院，要求继承儿子的遗产。

但是这样的遗产继承官司谈何容易。由于何源是猝死，生前也没有留下过任何遗嘱，去世前又没机会交代后事，他到底有多少财产，身为母亲的刘岚根本就不知道。连能够继承的财产范围都不知道，官司还怎么打？而她的对手，儿媳陈铂本就是高端商务人士，理财方式花样多端，如今特意隐瞒一些财产，让这个难断的家务事更平添了重重迷雾。

陈凯说：“我去银行调查，发现连这家银行都在帮着对方隐瞒。给我们打出的长长的对账单隐瞒了不少交易去向。当时我发现，这张对账单连利息收入都没有体现，我就知道这份对账单是经过了节选的。”在陈凯的力主下，法院同意不采纳这份对账单，重新调查财产下落。尽管这一次算是取得了成功，但案子还远远没完。从起诉至今已经持续了一年多，可是连一审程序都还没走完，今后等待着原告和律师的不知还有多少类似的查证。

每次提及这个案子，陈凯就要感叹：要是何源当初能立份遗嘱，何至于此！“要是他在天有灵，看着母亲和妻子这么大动干戈，一定会非常痛苦。”

他说，像何源这样的中年人，按照人之常情，都会希望自己一旦出现什么不测，财产能更多地留给孩子。但是按照法定继承规则，他的子女所能继承的家庭财产，可能仅占1/4、1/8甚至更少。“在没有遗嘱，全凭法定继承的情况下，一个人财产最终的分配结果，往往与他设想的大相径庭。”目前，中国人的财产中，往往最大份额的就是一套房产。遗产的划分，不仅要考虑到子女未来的生活，如果老人依然健在，还必须考虑到他们的养老。随着双独夫妻增加，一方去世后，他（她）的父母由谁来赡养？“从法律上讲，丧偶后，健在的一方没有义务去赡养配偶的父母，在现在这样一个老龄化社会，老人的养老问题就会越发地凸显出来。如果没有一份好的遗产分配方案，老人遭遇一个凄凉晚景，恐怕就会是比较普遍的现象了。”

立份遗嘱

也难保身后不起波澜

并不是立了遗嘱，身后事就全能安排妥当。如果父辈和子女平时交流不畅，遗嘱本身的真实性也常常会遭到质疑。假如当中还有个诸如保姆、学生、干儿子干女儿等搀和进来，不闹上法庭就不正常了。

2011年12月，家住朝阳区的郭老先生去世。不久，他生前的保姆陆某将郭老先生的子女告上法庭，要求将老人名下的一处房产过户给她。

“当时我们都惊了。”郭老先生的女儿郭华说。在父亲去世后，郭华和兄弟们曾经拿着公证处的介绍信到银行查询父亲的遗产，愕然发现老父亲卡上的存款竟然多达200多万，而他的银行卡一直被保姆陆某保管。银行工作人员说，郭老先生生前的理财行为都是陆某代办的，比如购买基金，从来都是陆某出面。大伙儿于是找到陆某，要求她交还银行卡，却不料陆某拿出了一份立于2011年8月的遗嘱。这份遗嘱上说，郭老先生将名下一套房子留给孙子，另一套留给保姆，银行存款也全部归保姆所有！

为了办理过户手续，陆某手持遗嘱将郭的子女告上了朝阳法院。同时，她还拿出大量医疗票据，据此要求郭华兄妹俩支付老人生前10多万元的医疗费用，陆某声称：“这些钱都是我垫付的，他们必须还给我。”

一个月工资不足2000元的保姆能支付这么大一笔医疗费？在老人的银行卡全由她掌管的情况下，她会用自己的钱来支付医疗费？这样“荒唐”的控告让郭华等人先是感到气愤，继而又有一些恐惧：和老人的财产与房产相比，这10万元毕竟还是小事，但是难道真的能因为她手中的一纸遗嘱，就能将父亲的财产席卷而去？

“假如这个保姆能再专业一点，也许郭华他们就真的没办法了。”代理了这个案子的陈凯律师说。保姆陆某出示的是一份律师见证遗嘱，表面上看具备法律效力。然而经过法庭调查，见证遗嘱的律师是陆某本人聘请的。“律师见证遗嘱有一个重要要求，就是见证律师不能和遗嘱的受益人之间有利害关系。所以，既然律师是陆某请来的，就说明律师与陆某有利害关系，不适合担任见证人。”陈凯说。在法庭上，陈凯还指出了另一个疑点：郭老先生在2011年8月初给孙子办理了房产过户，当时还能签字，而这份立于当月底的遗嘱上，只按下了手印，却被注明“已不能写字”。这个疑点也引起了法庭的注意。

一审法院最终没有采信陆某出示的遗嘱，她不能继承房产和存款，但10万元医疗费用需由郭老先生的子女偿还。目前该案的二审尚未结束，最终这数百万元的存款和一套90平方米的房产的归属还难以确定。

“其实立遗嘱是件非常专业，也相当复杂的事情，绝不是想象中写张字条，签个字就能彻底解决的。”陈凯说，事实上，有很多经验丰富的律师，但平时不从事与继承有关的业务，也会在一些遗产问题上出现疏漏。“要是老人想更改遗嘱，麻烦事就会更多。这里面最大的原因就是老人过早地把遗嘱内容告诉了子女或其他人，如果在之后因为子女态度变化，老人想修改遗嘱的话，在生前就会产生更大的纠纷。有的老人因为把遗嘱内容过早告诉了子女，最后骑虎难下，面对不同的子女的时候常常口不对心。由此产生的纠纷实在是太多了。”

陈凯说，近年来他一直在致力于推动关于遗嘱的讨论，希望可以渐渐推广公民重视遗嘱的功能。“我认为，谈及遗嘱问题，首先要有一个豁达的理念，不要一说立遗嘱就认为是个晦气的事情。这也体现了一种良好的法律意识：毕竟财产是自己的，也是家庭的，要有主动管理的态度。最重要的，这还是爱和责任意识，处理和安排好自己身后的财产，是对家人的负责。”他认为，在正视了遗嘱的功能、意识到了遗嘱的作用之后，才谈得上重视它的法律效力。“这是个有技术有技巧的事，可远不是仅有一个‘我不忌讳谈死后的事’的态度就能办好的。”

身后事不是简单事

2013年04月05日 北京晚报 孙莹

中华遗嘱库由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会联合发起，为60岁以上老年人提供免费办理遗嘱的登记、保管和传递服务。位于西交民巷73号的中华遗嘱库北京第一登记中心门外，立即就排起了长队，老人们的积极性大大出乎主办方的预料，短短三天时间，已有近600名老人预约办理遗嘱登记，预约号已经排到6月份了……

孙莹

中华遗嘱库爆棚原因不难理解，免费，又有律师辅助，保险又省钱，两全其美。很多人觉得，自己写遗嘱怕不规范，而到公证处做遗嘱公证，花钱、麻烦，甚至还要预约排队。在一定程度上，中华遗嘱库的产生似乎消除了老百姓大量的遗嘱需求。

有人替公证处“担心”，因为遗嘱公证是公证处的一项“业务”，律师给老百姓做见证，这不是来抢公证处饭碗吗？

带着疑问，记者到北京方正公证处探个究竟。采访时，楼里满满当当都是人，“国五条”出台之后，几乎全是为房子办公证的。

去年一年，方正公证处做了538件遗嘱公证。相比于公证处一年11万件的总量，实在是不值一提。一个遗嘱公证收费400元，真不算贵。公证量少，并不是因为老百姓怕花钱，主要是遗嘱公证的程序严谨，颇费些周折。

王士刚主任介绍说，首先，公证遗嘱的程序比较复杂。公证员先与立遗嘱人聊天，主要目的是了解立遗嘱人的语言表达能力、思维能力。

公证员觉得能办了，让除了立遗嘱人之外的其他陪同人员都离开现场，公证员单独和立遗嘱人对话，了解其来公证处的目的；是否自愿来办理遗嘱；想处分的财产是什么；财产的来源；了解立遗嘱人的家庭、子女情况；有无受其供养的人；有无债务；遗愿是什么；是否有自己写好的遗嘱还是要委托公证员代书等等。

这一大套词儿，就是为了审查立遗嘱人是否自愿，有无处分财产的权利，处分是否合法。

同时还要告知法律规定，比如遗嘱内容不能剥夺依靠你生活的人的继承权，公证遗嘱的效力，今后如果要修改必须来公证处才行等等。

公证员的问话也有规矩，只能问“这房子您打算留给谁？”要是问“这房子您是要给儿子吗？”即便这确实是老人的意思，那也是指向性的诱导。

按照立遗嘱人的真实意思草拟遗嘱后，识字的要让他自己读一遍，不识字的，公证员要进行宣读，立遗嘱人确认表述无误后签字。

公证过程全程录音录像，以防后患。

一个遗嘱公证办下来，起码要一两个小时。如果赶上做遗嘱的老人表达不清楚，时间更长。要是前面有一个办遗嘱的，后面排队做其他公证的人可等不起。所以，在很多公证处，办遗嘱公证都要预约。

“有的都预约到明年去了，办遗嘱的很多都是风烛残年的老人，等不及，只能再想别的法子。”王主任说。

公证员“顶雷”证遗嘱

“办遗嘱公证这么麻烦，程序不能简化吗？”记者问。

王主任解释说，公证要做的是进行实质审查。如果仅仅是简化到对立遗嘱人来立遗嘱，立了一份什么样的遗嘱进行公证，一旦遗嘱内容违反法律规定，处分自己并没有产权的财产，或非立遗嘱人的真实意思，甚至是程序上有点瑕疵，立遗嘱人的遗愿就可能被推翻，公证处也可能要承担责任。

前不久有一家公证处因为程序瑕疵撤销了一个遗嘱公证，被法院判赔90万元。

一份公证的遗嘱，拿到法庭上，就是效力最高的证明文件。为了它代表的证明力，为了真正代表逝者的遗愿，当然，也为了给公证处自己避免风险，公证的“复杂”程序丝毫不能减，复杂也是代表着公正、客观。

“每个遗嘱人都可能是个‘雷’。”王士刚主任的话没有半点嘲讽立遗嘱人的意思，而是无奈地诉说苦衷。

遗嘱在绝大部分情况下都是剥夺部分继承人的继承权利，被他的遗嘱剥夺继承权的人都有可能来公证处找麻烦。“尤其是现在一套房产有这么大的含金量，剥夺了谁的权利，谁能干啊？都回来找茬，说公证员勾结受益人，作假……”王主任说，去年有一家公证处办的遗嘱公证，所有的材料都没有问题，当事人愣说公证员和受益人认识，纠缠不休。

一件遗嘱公证耗费一两个小时的时间，一个公证员一天做三四个遗嘱公证就算超负荷劳动了。虽然收费不高，耗费精力，甚至还得担着潜在的巨大风险，公证员们还是努力承担着这项使命。

考虑到遗嘱公证的特点，方正公证处还专门开了个“绿色通道”，每周一至周五，都有一名公证员在“遗嘱值班室”值守接待。值班的公证员都是党员，有点讲“奉献”的意思，可见这是个苦差事。

王士刚主任说，立遗嘱人别盲目，应该充分了解自书遗嘱、代书遗嘱、见证遗嘱和公证遗嘱的特点，根据自己的情况，谨慎选择立遗嘱的方式。

关起门来吐真言

公证员审查老人立遗嘱的意愿，经常能碰到立遗嘱人关上门就说真话的。

有一次，一个老太太来公证处办遗嘱公证，公证员一关上门，老太太就开始哭，说是儿子逼着她来的。

老太太说，她有个傻儿子，老太太怕自家的房子留给儿子被人骗了。所以，她想把自己的房子留给女儿，让女儿照顾傻弟弟的生活。可她儿子在房子问题上一点都不傻，逼着母亲要房子，不去做公证就打骂她。

真话一说，这公证也就没法做了。为了保护老太太，公证员只好跟她的儿子说，“你们先回去吧，我们还要外调了解情况。”将他们送走了。

之后，老太太的儿子还来过两次追问遗嘱公证什么时候做出来，公证员也给敷衍过去了。后来听说，老太太去世了。“虽然这个公证遗嘱没有做，但事实上，我们保全了老人真实的遗愿。”王主任说。

公证员办遗嘱公证时，能经常感受到老人安排自己身后事时的那份纠结。

有个老先生，儿子是无行为能力的残疾人，也是担心自家的房子被别有用心的人用结婚的方式骗走，要办赠予公证，将房子过户给儿子。公证员一听不靠谱：“您儿子是限制行为能力人，今后他如果娶媳妇，妻子就成了监护人，真要是存心为房子，一样可以凭借监护人的身份弄走。”老人想了想，不办赠予公证了，立遗嘱，把房子只留给儿子。过了一阵，又来公证处改遗嘱，又想把房子给女儿，附带的条件是照顾他这个残疾儿子。可这两天，老人又来改遗嘱，因为“国五条”出来了，老人盘算着先把房子卖了，再给孩子们分钱。

王主任说，在国外，遗嘱信托非常发达。立遗嘱人可以委托第三方机构保管遗产、执行遗嘱，一方面实现保值增值，另一方面确保按照死者遗愿处置遗产。但我们国家还缺少这样的制度。“我们正在研究建立信托制度，探索公证处有没有成为信托机构的可能。”

为继承一辆车 开六个证明

立遗嘱麻烦，继承遗产也不是件容易的事。

王女士和丈夫从购车摇号政策开始时就一直在申请，可小两口运气不佳，到现在都没摇上。王女士的父亲心疼闺女，就把自己的车给他们开着。

两年前，王女士的父亲病故了，夫妻俩如今想换辆车，可车主去世了，谁也没权利处分。王女士想把车过户到自己名下，只得去做个继承公证。

咨询之后，王女士第一次就领回来5个表。以王女士的父亲为中心，他的所有合法继承人，父母、配偶、子女，都要到各自的档案单位开具亲属关系证明。

王女士父亲的档案还存在原单位；王女士的母亲已经退休，档案在街道；王女士的奶奶没有工作，也要街道出证明，爷爷早已去世，由派出所负责开证明；王女士的档案在人才中心。王女士夫妇俩和母亲兵分三路，跑了一天的时间，开出了5份合乎要求的证明。

材料收集齐备后，公证员还要分别去这5个人的档案单位进行外调核实。由于王女士的奶奶已经超过60岁，按照规定，老人还得去医院挂号，请医生检查后，就老人的精神健康状况出具证明，说白了，就是证明老人不糊涂，可以清楚地表达自己的真实意思。

等这6个证明都办齐了，王女士再和母亲、奶奶一道去办公证，还得办俩公证。

首先，这车辆算是夫妻共同财产，车辆的一半属于王女士父亲的遗产，王女士及其母亲、奶奶作为合法继承人各继承三分之一。母亲、奶奶声明放弃继承，王女士才能获得父亲的遗产——半辆车。接着，王女士的母亲，再做一个赠予公证，将自己所有的半辆车赠给女儿，王女士才算拥有了完整的一辆车。

“之前就以为几个人一起去公证处说一声就能办完呢，现在看来确实是想简单了。”为了一辆车，如此大费周折是王女士一家人根本没想到的。

办继承才知“身前事”

王主任说，在所有公证事项中，继承公证算是程序比较复杂的。公证处必须进行实质性调查了解，到死者单位人事部门调档案，查询死者的继承人情况，父母是谁，婚姻状况，子女情况……把全部继承人都查清楚了，一个不差，再回来和继承人核实，确定继承事项是全部合法继承人的意见。很多继承公证办到一半办不下去，都是

因为查出遗漏了继承人。

有个老人去世了，老伴儿和子女一起来办继承公证。公证员到单位查档案，从老人“文革”期间的自述中发现，他此前还结过一次婚，而且跟前妻还有子女，跟前妻生活去了，和老人也再无来往。不过，这个子女仍然是合法继承人，按规定，他必须到场表明对继承遗产的意见。

一听说老人还结过一次婚，甚至还有孩子，一家人都傻了，没想到老人瞒了这么多年。可是，这听都没听说过的同父异母的兄弟上哪找去啊？最后，因为合法继承人不全，这个继承公证只能终止。

王士刚主任说，继承人拿着逝者的遗嘱来做继承公证，公证员要把所有合法继承人都叫来，了解在这份遗嘱之后还有没有更新的，再问大家对遗嘱有没有意见。

公证处只做无争议的继承公证，说到底还是一种证明，证明大家对遗产的继承方式和份额没有纠纷。毕竟公证处不是法院，不是法律判定机关，一旦继承人之间有纠纷，即便有公证的遗嘱，公证处也不能再办理继承公证，继承人只能去法院打官司。在诉讼中，公证遗嘱就显示出它的优势，是效力最高的证明。

在有纠纷的家庭中，一场官司在所难免。

在继承公证中，最麻烦的情况是产权人去世时间比较早，而家庭成员对遗产继承又比较晚。王主任说：“很多家庭觉得，分它干吗，就放着呗，隔了几年甚至十几年，其间又有继承人去世，这麻烦事就来了。”

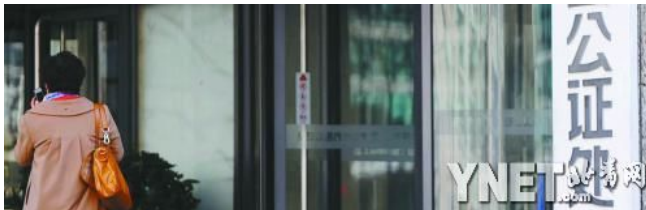
比如说，父母去世了，父母的父母、子女是合法继承人，如果没有办理继承，其间子女又去世了，那么子女的配偶便顺序继承，子女的配偶去世了，子女配偶的父母也成了继承人。如果不及时办理继承，可能最后姑姑、姨、舅舅都成了继承人，得把一大家子人叫来询问意见，看怎么继承遗产。

王士刚主任提醒说：“家里有人故去，尽早办理继承事宜，否则拉的时间越长越麻烦。”

这身后事真不是个简单的事儿。

房价 15 年上涨 10 多倍 房产继承公证收费 2% 引质疑

2013 年 04 月 07 日 北京青年报 范辉



房价已上涨 10 多倍 而 15 年前出台的房产继承公证费按房价评估值 2% 收取标准却一直未变——

“清明是个哀思故去亲友的时节，然而还有不少人要为家庭遗产的继承办理各种复杂的手续，其中包括房产继承。动辄数千元甚至上万的高额房产继承公证费也成了不少市民绕不开的槛儿。按 1998 年相关管理部门出台的规定，继承公证费按房屋评估值 2% 收取，而如今 15 年过去了，北京房价相比当年已上涨了 10 多倍。不少市民认为，应改变房屋继承公证收费模式和标准，参照办理房产证按件收取模式收费。”

人没了，房还在。但家人要顺利继承却不容易，中间还要掏一笔不菲的继承公证费，少则几千元，多则数万元。不少市民感叹，房产继承公证，是否可以像办房产证那样按件收取，而不是目前的按房屋价值的比例来收取。

继承房产公证费少则上千多则上万

李女士母亲去年底过世了，给她在劲松二区留下了一套 60 平方米的房产。但李女士想要继承母亲的这点遗产却费了不少劲儿。拿着母亲的房本，李女士去朝阳房管局咨询如何过户，得到的答复是要先去做继承公证。

到朝阳区某公证处，李女士一打听，“要拿老人的死亡证明、本人的户口本、房本等，开一系列的证明材料。”而更让李女士不舒服的是，继承公证要收一笔不小的继承公证费。“母亲的房子是公房，要按照 60 元/平方米收取继承公证费，60 多平方米的房子就要 3600 元。”

李女士不理解，“公证处让我提供的一系列材料全是我自己去办理，缘何收费还这样高？”原来，公证处告知她，李女士需要准备一系列材料：除了她和她母亲的母女关系，还要其他继承人明确放弃继承。李女士得去她母亲原单位开人事证明，其中包括她外公、外婆、父亲已去世。由于李女士还有一个弟弟，她还得拉着弟弟去公证处签字，明确表示放弃继承权。让她更难以理解的是，收了高额公证费的公证处还要求她保证，所有材料、陈述都是如实，否则由此产生的责任李女士承担。

“如果所有的这些盖章、核查都是公证处去完成，因为调查付出了劳动，收我的钱我还心理平衡一些。”李女士说。而家住东三环的商先生听说了李女士的事后则表示，“她这费用花得算少的，我当时要继承我父亲的商品房，因为地处市中心，房价较高，按规定，商品房要按评估值的 2% 收取，算下来，公证费近十万元。”

法院判决书过户“规避”高额公证费

李女士的一位律师朋友给她支了一招儿：如果不做继承公证，还可以花几百块钱诉讼费，通过法院程序来办理，获得法院判决书或者调解书后，带上房本、死亡证明等材料，就能够直接在房屋登记中心办理过户了。

“虽然法院也是按照标的物价值的一定比例来收取诉讼费，但可以通过低估房子价值的方式，让诉讼费降低。”律师朋友建议，李女士做原告，她弟做被告，通过司法途径来解决，慢则一个月，快则两周。“他向我强

调，通过这样操作，诉讼费不超过 1000 元。但我感觉，本来我们姐弟两个就没有异议的事情，为了获得一个法院的材料，两人还得上法院，太跌份了，最后也就没走这条路。”李女士说。没办法，李女士只能硬着头皮继续开证明。最后交了三千多的继承公证费，才把所有的手续都办完。

但上文提到的商先生则告诉记者，为了省高额公证费，他们家就是通过“自家人诉讼自家人”的方式，花了几百元拿到了法律判决书，完成了父亲房产的继承过户。

继承公证收费方式合不合理？

北京知名律师陈旭介绍，根据我国的法律体系，房屋遗产继承必须进行公证才能在房管部门更名过户。而早在 1998 年，当时的国家计委、司法部《关于调整公证服务收费标准的通知》中，即规定“证明财产继承、赠与和遗赠，按受益额的 2%收取，最低收取 200 元”。

据介绍，上述文件中所说的“2%”并不是商品房当下市值，而是评估价。评估价要比商品房市值低很多，但 15 年来，北京房价翻了十倍，评估价再低，基数也不小。据了解，目前在北京，多家公证处一般在实际操作中，公房、经济适用住房按照 60 元/平方米收取，商品房则按照评估价的 2%收取。

但对此，正在办理父亲房产继承公证手续的方先生和李女士一样提出质疑，“公证处实际上是依据我提供的整套材料，公证其具有继承房产的权利。既然公证的是权利，那和房子价值有什么关系呢？不管房子是值 50 万元还是 500 万元，和我是否具有继承权没有任何关系，为什么要收这么多钱？”

对此，北京多处公证处的工作人员解释，公证是一个有风险的事务，如果公证错了，公证处是要赔钱的。“从表面上看，我们只是盖了一个章，但是在这个背后，公证包括大量的调查，有些时候还需要亲自上门核实，只是市民看不见而已。”东二环附近某公证处的一位公证员表示。

上述公证员还强调，虽然《公证法》里规定，其他机构要对公证机关的工作提供协助，但在现实工作中，大家对公证处的工作支持力度不够。“这让调查难度增大，风险也增大，公证费中有一部分进入了风险基金，以便来应对可能出现的公证赔偿。”

房产继承公证按件收费才合理？

对于上述公证人员所强调的“出了错要赔偿”这一说法，采访中，不少市民并不认同。“各区县房屋登记大厅每天过户那么多房子，同样要审核大批材料，弄错了也得赔钱，为什么房屋过户登记是按件收费，且一件才 80 元？”一位房地产业内人士表示。

他表示，公证处不能够以出错要承担赔偿责任为理由。因为虚假材料可能造成公证损失而收取高额费用也站不住脚。根据我国《公证法》规定，公证机构、公证员在执业活动中如果出现过错，假如这种过错是由于当事人提供虚假材料造成的，并且给他人造成了损失，最终承担赔偿责任的应该是当事人。这意味着，公证处具备了赔偿以后向当事人追偿的权利，《公证法》同时新增了对当事人及其他个人或组织伪造公证书、提供虚假证明材料骗取公证书等须追究的法律责任。“如果我造假，最后追究的还是我的责任。”和李女士一样，近期刚办完房产继承公证的孙先生强调。

对于市民的抱怨，某公证处的一位资深公证员也觉得自己很委屈。“因为继承问题复杂，房屋价值又大，公证部门才有了介入的必要性。”他解释，“单一个继承，就有法定继承和遗嘱继承之分，而其中又有转继承、代位继承等一系列复杂的法律关系，必须要由专业的社会组织即公证处提供这个服务。”但这位人士也承认，按件收取公证费更为合理。本版文/本报记者 范辉

财经观察

深沪继承公证费已相继下调

近年来，继承公证收费方式一直受市民诟病。调查显示，上海已经率先调整了收费比例：上海市公证协会于 2012 年 3 月 1 日起将该市的房产继承公证收费下调了 50%，按照房屋评估价的 1%收费。而深圳据称也已经启动了调价机制。据了解，深圳律师、公证和司法方面的专家研讨初稿建议，房产继承公证收费标准由此前的 2%下调至 0.07%，这一建议最快将在今年上半年付诸实施。

截至目前，北京是否会进行费用调整还不得而知。“公证处身份比较特殊，公证费用的下调肯定不会从公证处自发调整。”一位业内人士告诉记者。我国《公证法》规定，公证机关既不是以营利为目的，同时又依法承担民事责任。“这种亦官亦商的身份，让它对降价没有动力。”

此外，公证机构也没有主动降价的能力。根据北京司法局和物价局下发的文件，明确了每一项公证业务的收费标准，要求北京地区的公证处严格执行收费标准，不得自行增设收费项目，不得提高收费标准，不得随意减免公证收费。

对于大多数老人而言，一辈子最大的遗产也许就是一套房子，随着中国老龄化程度不断加深，房产继承高峰的逐步到来，降低房屋遗产公证收费比例，或是改变收费方式以实际降低继承成本已成越来越多的人所希望的。

同时业内专家也建议，公证机构原则上不应该是营利机构，不能唯利是图，单纯地追求经济效益，而要以社会正义为己任，尤其要正确处理公证机构创收与公证之间的关系。

财经提醒

遗嘱继承也需公证才能过户

原房主故去后，房产继承一般分为法定继承和遗嘱继承两种方法。房屋遗产继承首先要确定继承人。要先看有没有遗嘱，有没有指定特定的继承人。如果有指定特定的继承人，那么指定的继承人就为立遗嘱人所拥有的房屋的继承人。如果没有立遗嘱，则按照法定的继承顺序，第一顺序继承人为：配偶、子女、父母；第二顺序继承人为：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。没有第一顺序继承人的时候，第二顺序继承人才能继承。

根据《北京市房屋登记工作规范》对房屋继承的所需材料的规定，除了登记申请书、身份证明、房产证、房产平面图等材料外，还需要证明房产权属转移的生效法律文书或继承权公证书。因此，不论是遗嘱继承还是法定继承，均需公证。不做公证，就需要提供法院判决书等法律文书。

也正是如此，目前，房产继承人要么通过继承公证办理继承过户，要么通过法律诉讼取得法院判决书办理继承过户。

房产继承人不在“限购范畴”

在目前限购的调控政策下，继承房产用不用审核“购房资格”？对此，记者从相关部门了解到，符合规定的房产继承，继承人不在“限购范畴”，即办理继承过户时，不用审核购房资格。此外，房产继承人到房屋所在地的房产交易中心办理房产继承所需提交资料为：

1. 房屋所有权证书；
2. 继承公证或者法院调解书、判决书；
3. 继承人身份证及复印件；
4. 房屋所有权登记申请书(收件窗口领取)。

若继承人不能亲自办理，需提交委托书或公证书及受托人身份证及复印件；若继承人未成年，需提交监护人身份证原件及复印件。

数字遗产难处理 法律界争议不休

2013年04月07日 文汇报 尤歆飞

数字遗产是指被继承人过身后遗留的个人所有的网络权益和财产，确切地说，它是指以互联网为承载形态的文字作品、资料、图片、影音、虚拟货币所构成的一种文化传承财富。随着互联网在人们生活中的作用越来越重要，个人数字财富的内容也越来越形式多样。互联网上的注册账户、个人资料、文章、网络相册、视频、信函、积分、虚拟币、游戏装备等都是数字财富的一部分。

随着网络的发展，英特网不再只是我们临时逗留的舞台。电子邮件、博客、微博、个人空间、游戏积分和装备……它们承载着我们的经历、记忆，构成每个人独一无二的人生财富。但是，当一个人的有形生命走到尽头，这些无形的财富是否也将“清零”变成虚无？

无形财富难继承

2011年，沈阳市民王女士的爱人徐先生在一场车祸中丧生，死者QQ和邮箱里保存着两人从恋爱到结婚期间的许多信件、照片，但王女士因不知账号密码，于是向腾讯公司求助，以便留下一份念想。然而，王女士却无法从官方渠道获得密码，因为QQ号码所有权归腾讯，用户只有使用权，不属于遗产继承范畴。如果她想拿回密码，必须提供号码的使用资料、密保资料，还得邀请徐先生的QQ好友为其“作证”。面对这些问题，王女士困惑了：“人已逝，去哪里找这些资料呢？”

无独有偶，在国外也有类似的案例。2004年，美国海军陆战队士兵贾斯汀·艾斯沃斯在伊拉克执行任务时不幸身亡。他的父母向雅虎公司提出请求，希望得到儿子的雅虎邮箱密码，以获取儿子留下的文字，保存相关的回忆。然而，这个请求却被雅虎拒绝，理由很简单：他们要保护账户的私密性。无奈之下，贾斯汀的父母将雅虎告上法庭，引发了一场激烈争论。最终，雅虎公司采用了折中的办法——将贾斯汀的邮件复制到一张光盘上交给他父母，但没有给出雅虎邮箱的用户密码。

目前，针对“数字遗产”主要有两大问题：一是法律定位不明确，对于继承方法、继承流程没有相关规范；其二，许多网络运营商与用户签订的协议里有“隐私保护”条款，这就形成了一个壁垒，让数字遗产的继承变得困难重重。

网络财产高达数百亿

像QQ一样，网络空间、邮箱、微博都凝结了人们的情感和心血，而游戏积分、优质的游戏装备甚至网店，更意味着投入了不菲的真金白银。国内曾经有过这样一个官司：李女士的丈夫陆先生迷恋网络游戏《传奇》，并在游戏中得到了最高装备“屠龙刀”，然而这把“神器”却被他的玩伴杨某骗走了。在陆先生去世后，李女士向法院起诉，希望依据《继承法》向杨某讨回“屠龙刀”的所有权。她还称，曾有人出5万元购买该装备。

动辄上万元的游戏账号和装备并非天方夜谭。在5173中国网络游戏服务网上可以看到，每天都有许多游戏账号和游戏装备在线交易。《征途》游戏中一个208级的人物账号卖到50000元，《蜀门》中一个75级的人物账号卖到52000元，而84级的《天龙八部》账号甚至开价888888元……易观国际分析师玉轶指出，高等级的游戏账号和装备既有价又有市，“卖几十万是不成问题的”。

网络财产已经越来越多地得到人们的重视和认可。据调查，在英国，有53%的人拥有网上财产，包括付费购买

的音乐、电子书、应用程序、电影等，而且有相当大的一部分人的网上财产价值超过 200 英镑，全英网络财产总价值可能超过 23 亿英镑，而这些跟中国相比简直小巫见大巫。EA 创始人、现任数字巧克力公司总裁崔普·霍金斯曾在他的博客上发文称“中国的虚拟物品市场大约超过 70 亿美元，合 430 多亿人民币”。

法律界争议不休

虽然国内某些企业在处理网络遗产之时已有相关做法，但都只依照事件特性而定。对于网络财产继承，仍然是“公说公有理，婆说婆有理”的情况。那么，关于虚拟财产的继承是否有法律作为准绳，做到“有法可依”呢？业内人士也只表示，在中国，网络财产的立法仍在襁褓之中，难以达成共识。

反方：运营公司态度成关键

针对用户索要 QQ 账号的事件，上海大邦律师事务所律师游云庭认为，腾讯的确应当拒绝当事人索要账户的请求，但他也表示，倘若账户内含有 Q 币等虚拟货币，腾讯仍然应当给予相关处理的。“账号属性认定困难是继承虚拟遗产方面最大的壁垒，只有财产才能作为遗产来继承，而互联网账号是否具备财产的属性，还需查看其账户内是否有通过真实货币兑换的虚拟货币。”

法律专家赵占领也持有相同观点。“按照目前业内做法，互联网账号在一段时间不使用后，会被有些公司回收，这样的时间一般是 6 个月。因此，业内对它是否属于财产的认定变得更为艰难。”在游云庭眼里，即使是全网实名制后，仅仅通过公安机关出具的身份证明还不能够完全证明账号所属人，“因为第三方运营机构根本无法认定是否存在其他继承人或者存在遗嘱，想要继承还应提供继承公证书。”互联网账号均由第三方运营机构掌握，如果第三方运营机构为减低风险采取不予处理的态度，势必增加继承人继承财产的难度。

正方：网络财产可“虚转实”

不过，腾信律师事务所高级合伙人林昕却对网络遗产立法抱有坚定的信心。她认为，要继承数字遗产，最重要的是将它们实体化，“实体化之后就按照实体财产来继承，相对来讲可操作性更强。”

林昕表示，欧洲曾有类似事件出现，当地就是将网络财产实体化后再进行继承相关事宜的。“我国目前已有专门的评估虚拟价值的机构，可以评估 Q 币、游戏装备、游戏账号等资产的价值，将虚拟价值实体化，实现依法继承或转让。”她表示，自己曾接手的一个案件也是按此法实现继承的，“当事人逝世后，其家属将其网络游戏装备拿出来评估，经过法律协商变卖后变成资金，随后平分。”林昕认为在实名制账号下，实现继承的可能性将会大大增强。

而在国外，情况更为乐观一些。已经有人将自己的数字财产譬如网络账号密码写进遗嘱里。在未来，一个人的遗嘱中可能包含这样的词眼：“支付宝密码给我妻子，邮箱里的邮件给公司，QQ 号和魔兽装备留给儿子……”崭新的遗嘱模式应运而生。

在美国，“数字遗产”已开始被写入一些州的法律，如威斯康星州、康涅狄格州和罗得岛州。在德国，数字遗产是按照普通继承财产统一管理的，在认证有金钱价值时，在死者死后 10 年内，其“数字遗产”的财产权都会受到保护。韩国也表示正在讨论是否制定关于妥善管理及保护死者留下的网络上的活动记录的指导方针。不过，由于互联网的特殊性，数字遗产问题往往会越出单一国家的范围，比如一个人的数字遗产有可能掌握在另一个国家的服务商手里。当一个国家的法律与另一个国家的公司服务条款发生冲突时，仲裁就不那么容易了。距离彻底解决数字遗产难题，中国还有较长的路要走。

数字遗产衍生托管服务

尽管在法律方面还没有形成统一体系，但是一些企业已经嗅到了商机。在国外，一批专门进行数字遗产处理的公司先后出现。成立于 2009 年的 Legacy Locker 为用户保存数字财产。如果使用者过世，公司就将根据事先的约定，将账户密码、邮件、图片、视频等内容转交给继承者，Legacy Locker 提供三种价格服务，免费账户包括储存三项数字资产的信息、一个受益人和一份遗书，作为死后发出的数字道别便条；如果选择年费 29.99 美元的计划或一次性收费 299.99 美元的计划，允许无限量的资产、受益人和遗书，还可以进行文档备份和上载视频。

AssetLock 专注于死者对其他入关键信息的大容量储存，包括金融信息、遗产计划、保险单账号密码、电邮和遗愿、最后的指示等等。

GreatGoodbye 让账户持有者可以安排只有可信方输入激活码后才会触发的邮件发送到至爱亲朋。该项服务提供三种收费方案。免费服务只包括电邮，而每年 20 美元和一次性收费 119 美元的方案包含无限量的消息，可附带无大小限制的视频、照片和 MP3。所有方案提供长达 20 年的无限储存空间、数据加密、安全登录以及多重保安。

类似的服务还有 Entrustet、Futuris.tk、Deathswitch 等等。在中国的南京，也有一家电子公司也推出了“承接网络遗产”这项业务。服务内容包括 QQ、MSN、论坛、游戏账号等。该公司经理吴胜表示，办理网络遗产承接需要先签协议，然后由公司为客户电脑植入一个类似于“木马”的程序。“以 QQ 为例，如果程序监控到该账号连续 30 天无人登录，那么我们将直接联系继承人，全程收 100 元。如果有人希望自己的 QQ、网游账号随自己一起‘西去’，我们还专门开设了网络公墓。账号墓地的费用每年只要 10 元。”

当然，把资料交给这些公司同样面临着风险。一方面，如果公司倒闭，这些账户密码也可能消失；另一方面，就像普通遗产会吸引偷盗者一样，数字盗墓这一行当也有兴起之势，一些黑客开始将目光瞄准数字遗产，以谋求自己的发家致富。上传到互联网的个人信

局”，专门处理数字遗产的问题。

“挂了，也挂在线上”

这是一家英国公司在近日推出的名为 LivesOn 的应用时喊出的口号。这项应用可以在账号所有者离世后，继续模仿其风格在 Twitter 上发送消息。

作为一项超越死亡的应用，LivesOn 针对的显然是时下正逐渐流行开来的新名词和新事物——数字遗产，而数字遗产的产生显然与互联网在今天的高度发达密不可分。眼下迈入数字生活的人们开始拥有越来越多的数字财产。这些数字财产除了 Twitter、微博等社交类应用的账号外，还包括电子相册里的照片、网游里的游戏装备等。

互联网公司如何处理数字遗产

Facebook：在用户离去后，Facebook 将限制能看到该用户页面的人，但仍然允许亲友留言和哀悼，使该用户页面“进入悼念状态”。Facebook 还会应要求关闭这个账号，但不会交出用户密码。

雅虎：遗产继承人可以要求公司关闭账户并永久删除内容。

淘宝网：淘宝拟公布“离婚过户和过世继承草案”。如若店主过世有多个继承人，那么大家商定由其中一人继承网店，该确权（确定所有权）需经过公证，淘宝将予以承认。

郑州 90 岁老太打官司 “强迫” 让孝顺养女继承房产

2013 年 04 月 09 日 东方今报

很多人打官司是为了争遗产，可郑州 90 岁的杨老太打官司，却是为了“强迫”养女继承她和老伴儿的房产。法官说，这场官司打出了人间真爱，这样的事儿还真是不多见。昨天，郑州市二七区法院公布了这起案件的详情。

□东方今报记者沈春梅通讯员 李晓理

起因：90 岁老太“强迫”养女继承房产

今年 3 月中旬的一天，郑州市二七区法院福华街巡回法庭。庭长王蕾接待了一位老太太。老人姓杨，今年已 90 岁，希望法庭为其与“女儿”刘玲分割遗产。

又是争夺遗产的家庭纠纷？然而杨老太和“女儿”没有任何“纠纷”，言谈中对“女儿”都是褒奖之词，老太太只想通过法庭“强制”“女儿”一人继承老伴儿留下的房产。这是为什么呢？随着调查的深入，法官发现，官司背后，竟是一个感人至深的爱心故事。

调查：这场遗产官司背后有个感人故事

杨老太原为洛阳市居民。1990 年，68 岁的杨老太与郑州铁路退休职工姚先生登记结婚，姚先生名下有郑州市北福华街房产一套。杨老太说，她和老伴儿在晚年能有个幸福的家，并且相濡以沫，全得益于姚先生的“女儿”刘玲。

这个“女儿”刘玲其实是姚先生的亲外甥女。因与前妻没有其他子女，姚先生就对刘玲视同己出。

刘玲从小因患小儿麻痹落下行走不便的后遗症，但她有一颗善良的心。两位老人再婚后，刘玲全心照顾两位老人。

2003 年 3 月，姚先生不幸去世，将养父养老送终后，刘玲除了照顾年迈的生母，还赡养没有血缘关系的杨老太。刘玲像亲女儿一样，每天和杨老太住在一起，悉心照料。杨老太感激不尽，决定把丈夫姚先生生前合法拥有的一套房产全部由刘玲继承。

法官：一份调解书凝聚不下的亲情美德

谁知，老太太的建议一提出，却遭到刘玲的委婉拒绝。刘玲说，她不想在养母杨老太还健在时，就提出遗产继承之类的忌讳话题。

但老太太也有隐忧，她稍微懂得法律。她和已故的姚先生经过婚姻登记是合法夫妻，彼此有继承的权利。因丈夫先故去，她和女儿刘玲是法定继承人，但老太太的亲生子女在其百年后也有部分继承权。

为回报养女刘玲的孝心，同时避免若干年后自己后代与刘玲发生纠纷，老人要把目前居住的这套房产全部让刘玲继承。

然而好事多磨。当办理房产过户手续时，因为法定资料和手续欠缺或无法证明，无论是公证处还是房管局及其相关部门，都对老太太爱莫能助。

最后，老太太来到郑州市二七区法院福华街巡回法庭求助。

结局：房产顺利过户了却老人的心愿

庭长王蕾深深被当事人打动，决定依法为老太太排忧解难。当王蕾联系刘玲时，才得知刘玲的亲生母亲已病危，她现在正彻夜照顾生母。王蕾告诉杨老太，等刘玲的生母状况稳定后再行协商。

没多久，刘玲的生母去世，刘玲回到了养母身边。

“无论有没有房子，我都会赡养养母。”第一次见法官，刘玲就表明了自己的态度。

法官说，杨老太之所以这么做，是基于刘玲的孝心，并且老人有权按照自己的意愿处理自己的财产，尊重老人的意愿也是一种孝心。做通刘玲的思想工作后，法庭郑重出具了人民法院调解书：房子过户到刘玲名下；杨老太由刘玲养老送终。

昨天下午记者了解到，目前，杨老太持法院的调解书，顺利办完了房产过户手续，了却了一桩心愿。

争分老父遗产五女闹上法庭

“老人健在时，这些孩子为赡养问题一个比一个落后，老人去世后为了争遗产却一个比一个在先，太不像话了！”昨日，郑州市高新区法院审结一起遗产纠纷案，姊妹五人因争遗产撕破脸皮。

本案原告苏二妞、苏妞妞、苏来娣、苏小姐和被告苏大姐是亲姊妹关系，苏大姐是大姐。去年年初，她们的父亲苏老汉去世不久，苏大姐就把父亲遗留下来的银行存款3万元全部取走。苏二妞知道后，找到苏大姐要求分1万，但遭拒。为此，苏二妞联合三个妹妹，以苏大姐侵犯她们四人继承权为由诉至法院，请求法院判给每人继承父亲遗产中的6000元。

据此，法院认为，苏老汉的3万元存款只能作为遗产依法分割，判决苏大姐等五人每人继承6000元。法院判决后，双方均未上诉，现该判决已经生效。

东方今报记者沈春梅通讯员薛灵

■ 评论

“强制”继承是对“孝”的真情回报

□东方今报评论员 李长需

一场官司，争的不是养老，不是遗产，争的却是让养女继承房产。像杨老太这样的官司，还是闻所未闻。在房价离谱的今天，一套房产足以让人眼热心跳，难道杨老太不知房产的珍贵，却要用“逼”的方式，让养女继承？

细看新闻，可以看出其中的诸多不同点：杨老太是姚先生的再婚妻子，而刘玲则是姚先生的外甥女；从血缘上来说，姚先生与刘玲没有直接的血缘关系，顶多算得上养女，与杨老太更是八竿子打不着。

但就是这样，杨老太死心塌地想让刘玲继承房产。原因不难分析，虽然是外甥女，但刘玲对老两口照料悉心，即便在姚先生去世以后，刘玲还是如亲女儿一样，尽孝如常，即便是亲生女儿，也不过如此。正是这孝心，感动了杨老太，以真情回报真情，杨老太最终使用逼迫的方式，让刘玲继承房产，这也算得上是对孝的真情回报。

一个“逼”字，道出了这个故事的境界。激荡的孝心，在老人与养女的心间奔突，没有遗产争夺的一地鸡毛，没有恶语相向的养老问题，有的尽是温暖的底色，尽是人间的真情。

“孝，乃百行之先，众善之初也。”古人的话，穿越千年，言犹在耳，在利益愈加分化纷争的今天，能做到尽心尽力孝敬父母，已非易事；如养女这般尽心尽力的，更是难得。为人子女者，不要像苏家姊妹一样，在赡养老人时争着落后，在继承遗产时个个争先。看看这个逼迫养女继承的故事，我们都应该有所体悟。

谷歌推出新工具 允许用户为账户“立遗嘱”

2013年04月12日 搜狐IT



【搜狐IT消息】4月12日消息，据国外媒体报道，谷歌公司近日推出了一款供用户管理身后数据的工具，谷歌是第一家推出此类服务的大型网络公司。

通过这个名为“不活跃账户管理器”（Inactive Account Manager）的工具，用户可以设定在自己死后或账户长期停用的情况下如何处理其Gmail、谷歌+、云端硬盘、Picasa相册和Youtube等服务中的数据。

用户可以选择在账户停用3个月、半年或一年之后删除数据或将数据转移到其他人的账户中。

谷歌公司产品经理安德烈斯·图尔克（Andreas Tuerk）表示，“我们希望这一新功能可以帮助用户处理账户的身后事，保护用户的隐私和安全。”

由于美国隐私相关法规等限制，大部分网络服务商并不允许用户将账户控制权转交其他用户。谷歌此次推出的新工具也仅限数据转移，并不涉及账户控制权。数据“继承者”不能通过被继承者的Gmail或谷歌+发布信息。

不过，对于用户而言，能够在生前设定死后账户处理方式是一种便利。其他互联网企业是否会跟进仍有待观察。（纳言）

预约爆满 遗嘱库将增加登记点

中华遗嘱库登记预约已排至11月中旬，年内有望从北京推广至上海广东

2013年04月05日 新京报



前日，西交民巷，中华遗嘱库北京第一登记中心门口，老人们正在排队进行遗嘱登记。新京报记者 王嘉宁 摄
“办完这件事，往后的日子才踏实。”前日，位于北京西交民巷的中华遗嘱库北京第一登记中心门口，78岁的王敏（化名）拄着拐杖，独自来预约。她正式办理遗嘱登记的日期已经排到了11月14日。

自开始免费接受老人遗嘱登记仅10个工作日，已有1000多名老人前往中华遗嘱库办理了登记遗嘱的预约手续。面对“供不应求”的场面，北京民政部门已协调派出志愿者“增援”。

今年内，中华遗嘱库还将在京新设立3至4个登记点，并向上海、广东推广。

多数老人立遗嘱“回避”子女

“好久没坐过公交车了。”北京西交民巷，78岁的王敏拄着拐杖，迎着午后的阳光，步伐缓慢地走到中华遗嘱库第一登记中心门口，加入等候的队列。十多位等待办理遗嘱登记预约手续的老人排着队，队伍一直蜿蜒到了街面上。

自3月22日开始办理遗嘱登记至昨日，中华遗嘱库“门庭若市”，已为130多人办理了遗嘱登记。由于接待能力有限，目前只能先接受预约。还有多名来到现场的老人反映，热线“热”得打不进来。

中华遗嘱库负责人、北京阳光老年健康基金会理事长陈凯称，为了提高遗嘱库的接待能力，民政部门已经派来了志愿者“增援”，专门接听热线。近期计划再增加几个办理窗口，解决排队问题，“可以5月之后再再来办理预约，到时接待能力增强，预约排期可能会比现在更靠前。”

像每名办完预约手续的老人一样，王敏也领到了一张通知单和遗嘱范本。老人可以按范本的格式写好遗嘱，再按照预约的日期前往登记，将内容录入到遗嘱库内。王敏早就想好了遗嘱内容，北京一处房产留给女儿，山东一处房产留给儿子。

“我活了这辈子，最后一件事一定要办好。”王敏说，她特意选了个儿女都不在家的日子前来预约。工作人员也发现，大多数老人是独自或老两口结伴前来登记遗嘱，表示立遗嘱不希望子女提前知道。有的甚至是瞒着孩子“偷偷摸摸”来的。

不少老人在遗嘱中提出，希望根据赡养程度的多少或其他因素分配财产，而不是平均分配。因此，老人们不希望孩子过早获知遗嘱的内容，免得影响彼此和睦，滋生家庭矛盾。“人老了，特别怕家庭关系不好。”75岁的钱大爷说，他的哥哥生前就是怕子女闹矛盾，一直没有立过遗嘱，结果去世后4个孩子还是闹上了法庭。

为了确保遗嘱体现老人的独立意志，中华遗嘱库规定，即使子女陪同前往，老人办理登记时也必须是在专设的房内独立完成且全程录像，子女不允许在场。

另外，对于老人登记好的遗嘱，除了老人亲自指定的提取人之外，不允许“泄密”给任何人。对于遗嘱录入、查询、打印、提取的每一个环节，遗嘱库都实行严格的分级授权。如“泄密”，或以侵犯个人隐私被追究法律责任。

95%以上老人遗嘱涉及房产

据陈凯介绍，前来登记、咨询遗嘱事宜的老人中，95%以上均涉及房产分配问题。“房子拆迁怎么办？”“一套房子怎么分给5个孩子？”遗嘱库现场，老人之间议论最多的便是这些。

很多老人知道房价一路飙升，但并不真正了解房地产市场行情，对多年“老宅”现今的价值心中无底。另外，许多老人都有不止一名子女，一处房子如何分配给几个孩子方能不失公平，也成了难题。有老人提出，将房产给其中一名子女，要求该子女补偿一些钱给其他子女；还有老人希望将房产变卖后，子女再“分成”。

陈凯表示，对于老人在遗嘱中的诉求是否合法有效，遗嘱库的律师志愿服务团队会作出风险提示，比如不能够违法、尽可能具备操作性等。此外，律师还会根据老人的想法与愿望、面临的问题给予一些帮助。比如，一名老人反映自己的身份证、户口本和房产证都被儿子藏起来了，律师遂建议他重办证件，即可完成遗嘱登记。

■ 追访

遗嘱登记保存将长期免费

中华遗嘱库的发起、主办方并非政府部门，而是中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会，均是公益社会组织。对于社会组织“承接”老年人遗嘱管理的事务，全国老龄办副主任阎青春表示，中华遗嘱库的出现填补了国内相关领域的空白，拓展了新的社会公共服务项目。

针对有媒体称中华遗嘱库远期将试行收费，陈凯表示，作为以老年人为服务对象的公益项目，对于遗嘱的登记、保存将会长期免费。不过，作为“一站式”服务，遗嘱事宜的后续办理如果涉及到律师、公证等，需要按照公证处的标准进行收费。另外，针对部分老人身体虚弱，走路、写字困难的情况，遗嘱库正在研究新流程，希望能够推行上门服务，并通过录音录像的方式登记遗嘱。

■ 个案

“同意我捐眼角膜 女儿才能继承遗产”

“我希望通过立遗嘱，迫使女儿答应我的要求。”65岁的梁女士说。

梁女士立遗嘱是基于一个特殊的原因。六七年前，曾是退休教师的她，萌生了捐献眼角膜给贫困地区学生的心愿，但女儿女婿都明确表示反对。梁女士曾到同仁医院表达登记捐献眼角膜的希望，但医生当时告诉她，需要家属同意签字。梁女士的老伴已去世，女儿坚决不肯签字。

“我理解她疼我，但捐眼角膜是我的愿望，我已经想好了。”从报纸上得知中华遗嘱库成立的消息后，梁女士便萌生了以遗嘱“逼宫”女儿的想法。梁女士在遗嘱开头申明，希望女儿女婿承认遗嘱的效力，并且配合医院，同意她做角膜捐献登记。在这个前提之下，女儿才可继承她的遗产。

中华遗嘱库律师表示，梁女士的遗嘱中，设置了给继承人的“附加义务”。这种情况下，只要附加义务本身合法，遗嘱便在法律上成立。也就是说，如果梁女士的女儿不同意母亲捐献眼角膜，便无法继承她的遗产。

■ 问题

缺乏精神鉴定机构对接

中华遗嘱库运行十日，面临的最大问题就是缺乏精神鉴定机构的对接。

陈凯表示，在财产继承纠纷中，许多案件的争议焦点是遗嘱人身体和精神状况是否正常。对此，中华遗嘱库在登记遗嘱时全程录音录像，这个档案可以帮助反映、证明老人在立遗嘱时的身体、精神状况。但有些老人前来登记遗嘱时，表现出的精神状况不太好或反应较迟钝。这种情况下，工作人员会建议老人前往精神鉴定机构鉴定。中华遗嘱库呼吁，希望有精神鉴定机构同遗嘱库对接，这样老人登记时就可以“一站式”进行精神鉴定，更大幅度地保障老人的遗嘱切实生效。

■ 提醒

老两口应分别立遗嘱

“很多老人对于遗嘱的意识是好的，但对法律的理解还不够到位。”陈凯称，有的老人虽然立了遗嘱，但由于对法律不了解而导致遗嘱无效。

根据北京市高院统计，在遗嘱继承案件中，有将近60%的遗嘱被法院认定为无效。最常见的法律“盲区”就是遗嘱人分配的遗产“越界”，夫妻一方在遗嘱中支配了夫妻共同财产。比如属于老两口的房子“去世后不给老伴，给儿子”的遗嘱就属于不合法的，不具有法律效力。对此，陈凯提醒，老两口必须分别立遗嘱，遗嘱中支配的财产只能是遗嘱人有权支配的部分。

六、房产、股权

(一) 房产

未通过购房资格审核 法院判解约购房人担责

法官提示：不要轻信销售人员的口头承诺

2013-03-28 北京法院网 刘奇琦

因购房人居住证无效不符合限购政策，未通过资格审查，开发商北京通瑞万华置业有限公司（以下简称通瑞万华公司）将购房人吴女士诉至法院，要求解除房屋预售合同并索赔违约金82万余元。笔者今天从朝阳法院获悉，法院判决双方解除合同。

2011年10月30日，吴女士与通瑞万华公司签订了《北京市商品房预售合同》及补充协议，购买了该公司开发的位于朝阳区常营的“龙湖·长楹天街”项目房屋一套，房屋预测建筑面积141.6平方米，房屋总价411.44万元。

通瑞万华公司诉称，吴女士在购买房屋时，提交了家庭信息表、购房承诺书、身份证、工作居住证等文件，以证明具有购房资格，于是双方签订了合同。后公司接到政府主管部门通知，被告知吴女士所持有的工作居住证无效，并不具备购房资格。根据合同的相关约定，吴女士应当承担就此产生的相应法律责任。故诉至法院，要求解除双方签订的《商品房预售合同》，同时要求吴女士支付违约金822880元。

吴女士表示，她所持有的北京市工作居住证系开发商的销售人员为其办理的，如果不是当时销售承诺能够办理真实有效的居住证，她并不会购买这套房屋。吴女士坚称该居住证是北京市人力资源和社会保障局合法颁发的，其认为购房时通过了建委的审核、顺利办理了银行贷款均可证明了这一点。同时，吴女士认为开发商并无证据证明其不具备购房资格，无权单方解除合同，故不同意通瑞万华公司的诉讼请求。

吴女士在庭上还提出，她虽没有北京户口，但是符合办理北京市工作居住证的条件，购房时售楼人员樊某和刘某称可以为其办理居住证，为此刘某收取了她11万元，之所以没有通过正常途径办理，是因为樊某和刘某是开发商的工作人员，他们说能够办理，她就认为没有问题。吴女士称居住证上的工作单位和地址与她提供给刘某的

不一致，刘某解释说是为了尽快办下证才这么写的。

但吴女士的说法并没有在开发商处得到证实，通瑞万华公司称刘某、樊某均已离职，该公司从未要求员工用这种方法售房。双方签订的购房合同确实通过了网签，但该公司在此后才接到建委通知，被告知居住证是无效的。

对于开发商销售人员协助办理居住证并曾承诺可以通过购房资格审查的情况，吴女士无法提供证据。但在类似吴女士签署的《商品房预售合同》及《购房承诺书》中，则均有关于吴女士承诺符合购房政策，承诺提交的材料真实、合法、有效，吴女士不符合购房条件，开发商不承担，吴女士承担一切法律责任并承担房屋总价 20% 的违约金的约定。

关于吴女士居住证无效，不具备购房资格一节，开发商向法庭提交了一份《北京市建设工程和房屋管理监察执法大队商品房销售专项执法检查表》，该表显示吴女士的居住证核查无效，但该表并未加盖公章。因此，吴女士对此并不认可。

为查明吴女士的北京市工作居住证是否合法有效，审理中，法官通过网上登录北京市工作居住证管理系统的方式进行了查询，输入吴女士的居住证信息后，查询结果显示“用户证件无效”。为进一步查明相关情况，审理中，法院还专门致函北京市人力资源和社会保障局，询问吴女士的北京市工作居住证是否为该局颁发，根据北京市工作居住证管理系统所查询的相关信息能否作为确认居住证效力的依据。但北京市人力资源和社会保障局未在限定时间向法院作出答复。

审理中，关于合同解除后房款的返还问题，吴女士明确表示不要求法院处理。

法院经审理认为，吴女士与通瑞万华公司签订的《北京市商品房预售合同》及补充协议合法有效，双方均应依约履行。由于合同中对于购房资格有明确的约定，吴女士亦在签订合同之前签署了承诺书，故对于因不具备购房资格而产生的相应后果，应由吴女士承担。

吴女士虽然有北京市工作居住证，但是，经登录北京市工作居住证管理系统查询，其居住证无效，故实际上不具备购房资格。而且，从常理而言，吴女士若具备办理北京市工作居住证的资格，完全可以通过正常程序进行办理，根本不必支付其所称的“11 万元”费用，办理下来的工作居住证所登记的工作单位、居住信息亦应与其真实的信息相符。其虽辩称具备办理北京市工作居住证的条件，但是未能提供其他证据予以证明，因此对其所述，法院认为难以采信。

鉴于吴女士的居住证无效，不具备购房资格，故双方之间的合同无法继续履行，通瑞万华公司要求解除合同，法院予以支持。关于通瑞万华公司主张的违约金，法院认为考虑到双方之间的合同已经进行了预售登记，吴女士无明显恶意违约行为，故法院未予支持。同时，因吴女士明确表示对于合同解除后的相关问题无需在此案中处理，法院对购房款的返还等问题未予处理。

一审宣判后，因房产商坚持主张违约金，而吴女士则主张继续履行合同，双方均提起了上诉。日前，二审法院作出终审判决，裁定维持原判。

【法官提示：不要轻信销售人员的口头承诺】

笔者就本案采访了主审法官，法官吴岩表示，此前未曾审理过类似案件。关于吴女士陈述的情况，因没有证据支持，法院难以查明和认定，但吴女士签订的书面合同及承诺书等内容，则将提供不真实资料、不符合购房资格的一切责任均归咎于购房人一方。对此，法官提醒购房人，面对房屋销售人员巧舌如簧的各种承诺，购房人要保持冷静，不要轻信而草率作出决定，要认真阅读自己签署的合同文本等相关文件，特别是其中关于开发商免责和责任承担的条款，如双方确有补充约定，一定要形成书面协议，给付相关款项，也应索要收据。否则，一旦发生纠纷，只能“吃哑巴亏”。

夫妻赠房救儿恩人 儿子与恩人争房产 海淀法院受理首例强制执行人民调解协议案

2013 年 04 月 07 日 北京晚报 林靖

本报讯（记者林靖）老夫妇赠房感谢救儿性命的恩人，不料死后其子和救命恩人因房产争执不休，人民调解委员会调解协议经法院确认后，其子仍未履行承诺，恩人无奈向法院申请执行。今天上午记者了解到，海淀法院现受理了此案，而这是新民事诉讼法生效以来首例申请执行人民调解协议案。

为了感谢刘喜曾经救过张楠的性命，张楠的父母将自己三居室房屋中的一间赠与刘喜。不料，张楠父母去世后，张楠和刘喜因房屋分配问题发生纠纷。经人民调解委员会调解，二人达成协议，房屋归张楠所有，张楠在出卖该房屋的当月给刘喜 50 万元补偿。

为了使该调解协议更具有法律效力，二人向法院申请对该协议进行司法确认。法院经审查，认为该调解协议符合法律规定，最终对该调解协议予以确认。

同时，张楠承诺在卖房后的 2 月底支付补偿金。然而期限已过，张楠并未履行承诺，反而对刘喜避而不见。无奈之下，刘喜向法院申请执行。目前，海淀法院已受理此案。

法官说法

海淀法院的孟凯锋认为，新民事诉讼法增加了人民调解协议的司法确认程序，规定经双方当事人申请，法院可

确认符合法律规定的人民调解协议有效，一方当事人拒不履行的，另一方可以申请强制执行。

人民调解协议的司法确认程序是非诉讼与诉讼衔接的矛盾纠纷解决机制，有利于人民群众在和气的氛围中解决矛盾、化解纠纷，避免诉讼带来的诉累，有利于社会矛盾的彻底化解。此案司法确认和执行程序的实践，无疑将为人民调解协议的司法确认程序提供更多的经验。

国五条之后：从房产纠纷看房价走向

2013年04月15日 人民法院报 赵正辉 李宁倩



“国五条”出台后，到民政局办理离婚的人数明显增多，为此，某民政局摆放了“楼市有风险，离婚需谨慎”的公告牌。资料图片

2013年2月20日，国务院常务会议确定了新的五项房地产市场调控政策，即“国五条”。“国五条”再次重申了以限购、限贷为核心的调控政策。自调控措施颁布以来，江苏省无锡市南长区人民法院共受理商品房买卖合同纠纷案件32起，比去年同期上升6.67%。这些案件反映出的一些现象值得深思。

房产商：

从捂盘惜售到开门待客

周先生于2013年1月18日与强盛房地产开发有限公司签订了八份房屋买卖合同，并支付了部分首付款。其后，由于周先生资金链断裂，余款结算遥遥无期，强盛公司便将周先生告上南长区法院，要求解除商品房买卖合同。

案件审理过程中，当事人双方并未有任何分歧，在法院展开调解工作前，双方已经就解除合同达成了一致意见。他们希望通过法院调解这一方式，快速注销二手房买卖合同备案登记，继而让房源迅速回归市场。纵观该类案件，购房者在明知多套房屋不可办理产权证的情况下，仍然大批量签订商品房买卖合同，这种行为很难避开炒房嫌疑。“国五条”明确规定，将提高二套房贷款的首付款比例及贷款利率，二手房交易按照增值额的20%征收个税。成本的增加让不少炒房者望而却步。

据业内人士分析，房地产开发公司可能因此将放弃所谓的“大客户”，转而走向积极营销的道路。在“国五条”的框架下，他们对盈利方式也有了重新考量，“囤房抬价”已然行不通，将存房投入市场才是回笼资金的最优方案。

对于房地产开发商而言，捂盘惜售的时代已经过去。“国五条”对国内楼市的导向作用非常明显，随着各项措施的逐渐落实，房产商将会意识到，只有进行诚信、专业的营销，才能在楼市大战中拔得头筹。

投资人：

投资购房先算算值不值

浙江的宋先生近些年生意做得不错，手上有了些积蓄，身边的朋友都劝他赶紧投资房产，让钱变相“升值”。在亲戚、朋友的怂恿下，宋先生动了心。2012年底，他来无锡看房打样，并于2013年1月正式签下了购房合同，交付了25万元首付款。

一个月后，“国五条”正式颁布。宋先生猛然发觉自己的“升值”梦怕是没机会实现了。他急忙找到房地产开发公司，希望能够解除双方的房屋买卖合同。

“除了解除合同之外，他们没有提出任何需要法院处理的问题。关于房屋交付、已付款的退还等问题他们都一致同意自己协商解决。”案件承办法官说，“国五条”的颁布，在一定程度上加快了此类案件审理进程。

在南长区法院受理的32件解除商品房买卖合同纠纷中，外地人来无锡购房的案件就有12件，其中不乏一些怀揣发财梦的投资者。“国五条”“坚决抑制投机投资性购房”的调控导向已初见成效。

有市民表示：“现在二套房贷款的首付款比例要提高，银行贷款利率也要提高，如果不是刚性需求，一般老百姓根本不会去考虑买第二套房。再说，二手房转让的个税都要交20%，投资购房？得先算算值不值。”

对于投资者来说，原来的楼市“香饽饽”已然没那么令人向往，不断提升的投资成本及预期利益的缩水，让这部分人不得不对投资收益进行重新评估。

银行也在其中扮演着重要角色，“国五条”明确要求银行对购房者进行严格的资格审查，对房价上涨过快的城市进一步提高第二套住房贷款的首付款比例和贷款利率，该举措对抑制投机、投资购房行为起到了杠杆调节作用。

购房者：

会不会为20%个税“买单”？

“国五条”出台后，无锡二手房交易市场人头攒动。个税比例上调到转让所得增值额的20%，其中的差价由谁来承担，一时没有明确的规定。为规避可能到来的高个税，很多市民赶在新政实施前签约交易，将房源出手。然而仓促签约可能会在合同履行期间带来后续纠纷，盲目地避税过户也可能会在家庭成员之间产生继承、买卖等矛盾。

对于“转让热”，南长区法院副院长林春江也提出了自己的担忧，“无锡细则出台时间将近，一旦措施正式颁布，未能完成转让手续的买卖双方很可能就个税支付责任产生分歧。在无锡细则颁布后的一定时期内，就上述矛盾引发的案件可能会激增。”

这一疑虑在买房者心中更加明显。很多买房者认为，部分房屋持有者在“国五条”颁布后仍然持观望态度，并不降低房价，最终20%的税可能还是会落在买方身上。如果真的按照20%的比例来征收个税，那么这笔钱对于购房者来说将会是一个不小的负担。

南长区法院民一庭法官建议，现在多地已出台地方实施细则，其中有的细则按老办法执行1%的个税，也有的要严格执行20%的个税，还有的就没有提及20%个税的问题。对此，进行房屋转让的市民可在办理手续之前就个税承担比例进行商谈约定，20%的个税可由双方均摊或由一方单独缴纳，以免到时产生不必要的纠纷。

法官提醒

审慎应对

中国式离婚

“国五条”的颁布引发了网络大军热议，其中一些涉及避税方法的文章更是被各大媒体纷纷转载，点击率持续飙升。对网络上猛炒的“避税招数”，南长区法院法官认为风险太大。

据调查，“国五条”出台后，到民政局办理离婚的人数明显增多，其中有部分夫妻试图通过假离婚的方式来获得购房资格或贷款优惠。为此，某民政局还在婚姻登记处门口摆放了“楼市有风险，离婚需谨慎”的公告牌，用以警示一些为规避新政而假离婚的夫妻。

法官认为，假离婚难避道德风险，“打个比方，假离婚后，原本属于夫妻共同财产的房屋如果归男方所有，那么对于女方来说，即便复婚，之前的房产也已被认定为男方的婚前财产。第二次婚姻一旦遭遇危机，那就得不偿失了。”

法官提醒，“国五条”出台后，法院对于离婚案件的审理也会更加慎重，投机取巧的行为实不可取。

“国五条”明确个税按转让增值额的20%征收，有人支招称房屋买卖双方可以通过签订阴阳合同的形式来达到少缴税的目的。也就是说，在真实的房屋买卖合同之外，双方另外签订一份用于备案登记的合同，并在该份合同中人为降低交易价格，通过减少交易差额的方式来避税。但在合同实际履行过程中，一旦双方产生纠纷，就会出现以哪份合同为准的问题。

法官认为，明显低于市场价格的二手房交易必然会引起税务部门的注意，一旦对房屋进行价格评估，那么就必然要按照评估价缴纳个税，而如果纳税金额与之前双方预估价相差较大，又会产生新一轮的矛盾，阴阳合同可谓后患无穷。

“国五条”出台后，“以房抵债”，即利用司法和解避税也成为了微博热议话题。有位博友在微博上写道，“谁买你房，他一次性付款给你，你写欠条给他。一个月后让他去法院起诉你，你说没钱还以房抵债，所有税全免。”但也有很多博友对此表示不赞同，其中网友“小希”表示，“就算是协议以房抵债，办理房屋所有权过户手续时仍然要缴纳一定比例的税费，只是可能少交个人所得税而非全部。”

对此，法官认为，双方当事人出于避税目的采取虚假的诉讼主体、事实及证据的方法提起民事诉讼，很可能构成虚假诉讼，后果严重的将会被追究刑事责任。而且，在“国五条”颁布后，法院会加强对该类案件的审查力度，一旦查清事实，合同将会被确认无效。

（二）股权

七、社会新闻

女子发现自己非父母亲生后想和哥哥结婚

2013年04月03日 东亚经贸新闻

“世界上最远的距离，不是生与死的距离，而是我们走到民政局的柜台前，工作人员说不能给我们办结婚证。”汪清县的向伟(化名)如是说。

3月29日，向伟去当地的民政局办结婚登记，却因女朋友是他“妹妹”，被工作人员拒绝。

20年前她被过继成了他妹妹

向伟家住汪清县罗子沟镇，“妹妹”雨菲(化名)是他的女朋友，为什么“妹妹”成了女朋友，这事儿还要从20年前说起。

20年前，向伟家里就他一个孩子，向伟的父母一直想要个闺女，却不能如愿，便想从哪儿过继一个来！巧的是，向伟的父亲有个拜把子的兄弟，家里一直想要个儿子，却生了3个女孩儿。老人们一商量，便把雨菲过继过

来了，这样，向伟就多了个妹妹。

得知身世想要和“哥哥”结婚

这一晃就是20年，孩子都长大了，雨菲的父母也已去逝。向伟的父母觉得是告诉雨菲身世的时候了，这时，向伟才知道雨菲竟然和自己没有任何血缘关系。

知道这个事实，雨菲非但没抱怨，反而很感激养父母的养育之恩，她想报答二老。

也许是从小对“哥哥”的依赖，雨菲觉得“哥哥”就是她的依靠，知道自己和向伟没有血缘关系，那种亲情般的味道似乎慢慢地在雨菲的心里产生了变化，转化成一种向往的又说不出来的情愫。

而对向伟来说，他和雨菲青梅竹马、两小无猜，是再合适不过的了。于是，两颗心自然地碰撞在一起。

到民政局登记结婚却被拒绝

“女儿”想要变成儿媳妇，老人当然乐得合不拢嘴了。3月29日，向伟和雨菲一起来到了民政局。

“哎？不对，你们都在一个户口簿上，还同一个姓，是兄妹关系，不能结婚。”工作人员拒绝为他们登记。

“我妹妹是我家领养的，我们没有血缘关系，我们是真心相爱的。”向伟不停地解释着。

“你虽然是这么说，但这是我们第一次碰到这事儿，能不能结婚，建议你们去法院咨询一下吧！”工作人员说。

法官

要结婚先解除收养关系

4月1日9时许，汪清县人民法院立案庭的刘晓丽法官接到了向伟的电话。

听完事情的经过，刘晓丽查询了相关法律条文，查到了这样的规定：女方因收养关系而与男孩产生兄妹关系，即便没有血缘关系，但是双方已形成拟制血亲，同样适用于我国《婚姻法》第二章第七条的规定：直系血亲和三代以内的旁系血亲的，禁止结婚。

“这种情况，‘兄妹俩’要结婚，“妹妹”必须先在法律上和养父母解除收养关系。”刘晓丽说。

律师

两种途径解除“兄妹”关系

吉林阳光博舟律师事务所的王坤律师建议，可以协议解除“兄妹”关系，前提是雨菲小时候被收养的手续齐全，户口簿、身份证、收养登记证以及解除收养的协议书。“拿着这些证明去当地民政部门办理解除收养关系的手续就行！”王坤说，还可以通过法院诉讼解除“兄妹”关系。雨菲可以跟养父母做亲子鉴定，证明没有血缘关系。然后以此诉讼至法院，请求法院解除雨菲和她“哥哥”的“兄妹”关系。

6旬老太向老伴讨青春费被拒联同儿子将其杀害

2013年04月08日 辽沈晚报



手腕捆绑物。警方供图

辽沈晚报讯 记者宫雪报道 6旬老太与一老头搭伙过日子，不料老头看上年轻女子不跟她过了。老太向老头索要“青春损失费”遭拒，竟伙同亲生儿子杀死“老伴”。日前，沈北警方成功破获一起杀人案。

66岁的老人佟某丧偶多年，一直独身一人过日子。去年11月，佟某的朋友张某在火车上认识60岁的白某，得知白某是内蒙古人，早年丧偶，独身一人多年，便好心将白某介绍给佟某。

起初，佟某和白某二人很谈得来，都认为找到了自己真正的“老伴”。没过几天，白某就搬到了位于沈北新区新城子街某小区的佟某家中，二人开始“搭伙”过日子。

白某有一儿一女，住在山东，她与佟某没生活几天，女儿生孩子，她便去山东照顾。期间，佟某因老家动迁得到几十万元的征地补偿。有了钱，佟某便找了个年轻的女子，不想再跟白某过了。

去年12月28日一早，白某和佟某大吵一架，这次佟某明确表示不愿再与白某“一起过”。

白某心里不平衡，向佟某索要2万元的“青春损失费”，佟某坚决不给。

白某就喊来儿子，将佟某软禁在家中，拿起菜刀把砸向佟某头部，佟某晕倒在床上。继而，白某将床单撕成布条，捆住佟某手脚，抢走佟某身上的一张银行卡。

半个多小时后，佟某苏醒。白某拿着菜刀，逼着佟某说出银行卡密码，白某说了一个假密码。白某发现不对，

拎起菜刀砍向佟某，导致佟某脸部哗哗流血。

佟某又说了一个密码，还是假的。白某一气之下，抽下电热毯上电线，死死勒住佟某脖子一阵毒打，逼其说出银行卡密码。

佟某被折磨到下午3时许，熬不住毒打，昏死过去。白某和儿子拿起棉被盖住佟某身体，逃到山东。

12月30日，佟某的侄女一直联系不上佟某，担心出事，找来“锁王”开门看看。佟某侄女进屋发现，佟某躺在床上，露出棉被的双脚被捆绑了，掀开被子后，吓得哇哇大叫。佟某的双手也被布条捆绑住，脖子被电线勒了好几圈，皮肤惨白，人已死亡。

警方调查，30日当晚白某曾给媒人张某打过电话，谎称她要 and 儿子回老家内蒙古过年，并一再强调佟某的电话坏了，不要给他打电话。张某觉得可疑，连夜赶到佟某家中，得知佟某死了。

警方据此认定白某有重大作案嫌疑。一天后，沈北公安分局公安民警将躲藏在沈北新区新城子街内某旅社的白某抓获。

白某交代，整个作案过程都是她自己干的，当时儿子在场。案发后，她和儿子去了山东。这次回来，是想探探风，看佟某到底死没死。

与此同时，兵分两路的警察将逃往山东青岛姐姐家的儿子捉拿归案。

房产避税：正在被追逐的招数

2013年04月08日 人民法院报□ 邓光扬



所谓的避税招数潜在风险很大

2013年2月20日，“国五条”发布，3月1日，国务院出台了细则，要求各地区对限购进行升级，房价上涨过快城市提高二套房首付比例和利率，出售住房按规定征收20%个人所得税。日前，北京、上海等地也已出台实施细则。

20%的高赋税激发了大家的想象力，无偿赠与、“阴阳”合同、假离婚、打假官司等避税及规避限购的招数又被疯传。这些所谓的招数“功效”如何，潜在风险多大？虽然下述案例发生于“国五条”出台前，但大道相通，仍极具警示意义。

避税招数之一

实为卖名为赠 只缴契税印花税

实战步骤：第一步，买卖双方商定，假称将房产赠与卖家；第二步，买卖双方订立房屋赠与合同并公证；第三步，“受赠人”凭赠与合同只需缴纳3%的契税，双方各自承担万分之五的印花税。

失败案例：虚受赠多掏钱

江苏省镇江市的袁爱镇很开心：女儿去年考进南京知名的金陵中学读初一，丈夫调到了南京上班，她索性辞职，应聘到南京市溧水区一家外企做财务工作。

半年内，举家搬进省城，不能总租房了，干脆买一套房吧。

袁爱镇的表姐骆爱宁在南京有三套房，儿子马上自费留学澳大利亚，正想卖掉一套。

骆爱宁当众表示：“爱镇要买房，我在市场价的基础上再让10万元，算是给妹妹落户南京的贺礼。”

袁爱镇自然欢喜，喜滋滋地选了离工作单位和女儿学校相对较近的一套118平方米的三居室。

骆爱宁2007年买这套房子时，花了不到100万元，现已涨到200万元出头。

骆爱宁有心兑现承诺，以180万元与表妹成交，可丈夫阴着脸迟迟不表态。她左思右想，突然想出了一个“万全之策”。丈夫一听，拍着大腿叫好。

两家人凑到一块，弄出一个房产赠与合同，第二天花3000元办理了公证；半个月后，袁爱镇不等房产过户，支付了100万元现金，搬进表姐的房子。

2013年元旦转眼就过去了，两家人都从繁忙的工作中抽出时间，一起到南京华侨路房产交易中心办理赠与房产的相关手续。袁爱镇单方缴纳了3%的契税，以及本应双方各自承担的印花税。

正当满心憧憬着房产证之际，袁爱镇被告知：表姐妹不是直系亲属，她们之间的赠与也必须缴纳个税。

袁爱镇掐指一算，这样一番周折之后，她反而比正常交易多掏了2万元左右，不禁叹息：“早知如此，何必当初。”

风险提示：免个税仅限直系亲属间

2009年的《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》中，明确只有三种情形的房屋产权无偿赠与，对当事双方不征个税：房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹的；无偿赠与对其承担直接抚养或赡养义务的抚养人或赡养人的；其死亡后，依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人。

江苏省东南律师事务所律师辛超向笔者分析指出，上述假赠与中，双方当事人串通损害国家利益，显属合同法规定的无效情形，危害较多。

辛超说，这种假赠与，卖方可能无法全额取得卖房款，买方可能面临赠与人撤销赠与或不履行赠与义务的风险。而且，合同法规定“赠与的财产有瑕疵，赠与人不承担责任”，如买到的房产发生质量问题，难以在法律上得到救济。

避税招数之二

“阴阳”两合同 做低交易价

实战步骤：第一步，买卖双方签两个合同，“阴合同”载明房屋真实成交价，“阳合同”故意做低交易价；第二步，拿着价低的“阳合同”办理房产交易手续，从而少缴税。

失败案例：价格过低被识破

南京的李东平以300万元总价卖房给唐玉香。为少缴税，双方协商后，签订应付房产和税务部门的“阳合同”，标明交易总价250万元；在双方实际履行的“阴合同”中，将另50万元房款以“装修款”名义写入补充条款，由唐玉香私下支付给李东平。这样，仅个税一项就能省下5000元。

但此举被税务窗口的工作人员识破：“你的房子比网上挂牌价整整低2000元/平方米，不可能。”最后，唐玉香好说歹说，工作人员按房屋所在地段的基准价进行了计税征缴。

风险提示：“做低”也有限度

南京市鼓楼区地税局干部刘以杲向笔者介绍，“做低成交价格”的手法在房产交易市场普遍存在，目的只为少缴税，但这个“做低”是有限度的。报税价格并不以买卖双方的意愿而定，一味做低，很可能在税务部门卡壳，从而按最低基准价计税。

上海、南京、杭州等城市的税务部门均出台了二手房交易计税基准价。当纳税人申报的成交价格高于计税基准价时，按纳税人申报的成交价格征税，低于计税基准价且无正当理由则按基准价计征。该计税基准价是房屋买卖前同一区域的市场均价。

另外，签“阴阳合同”同样存在风险。“阳合同”总房款中的差额部分，是买卖双方私下交易的，并不进入银行的保证金账户，因此这笔房款能否如愿交割、如期交割均有一定风险。

避税招数之三

假欠款上公堂 以房抵债避税费

实战步骤：第一步，买方向卖方支付房款，卖方按房款额向买方出具欠条并以房产做抵押；第二步，买方以对方拒不还债为由诉至法院，卖方承认欠款但坚称无力偿还，愿用所抵押的房产抵偿债务；第三步，买方拿着法院判决书办理房产过户手续。

失败案例：偷鸡不成蚀把米

李玉英的父母在南京有三套房。其中123平方米的那套房，被李玉英的大学同学吕忠强相中，欲以每平方米1.8万元的价格购买。为避缴税款，吕忠强与李玉英商量后，在2013年3月的一天，与李玉英的父母“签订”了一份《借款合同》。合同载明：李玉英的父母向吕忠强借款200万元，借款期限为三年，自2009年12月21日至2012年12月20日止。合同期内借款利率为月利率7.875%，如借款逾期，从逾期之日起，在合同载明的利率基础上加收50%计收利息。

双方还在合同中约定：李玉英的父母用其所有的一套房产向吕忠强作抵押担保。

伪造合同当天，吕忠强即以李玉英的父母借款不还为由提起诉讼。李玉英的父母承认欠款事实，但无力归还，愿按约以抵押的房产抵偿债务和利息。

在法院开庭审理过程中，当事各方的回答矛盾迭出：关于借款用途，李玉英的父亲说为女儿李玉英置备嫁妆，母亲则讲借钱买房。而法院查明的事实却是，李玉英在借款前半年就已举行了婚礼，而借款后李玉英的父母从未买过房子。

关于钱款的支付方式，吕忠强说是两位老人上门取现金，但李玉英的父母却说是李玉英代办的，李玉英则称，是信用卡转账还是现金支付记不清了……

法官怀疑这是虚假诉讼，但并不捅破这层“窗户纸”，而是提出要鉴定订立《借款合同》的时间，或者拍卖变卖房产将所得房款用于偿债。

吕忠强闻言，虚汗直冒，沉吟半晌，连说“我撤诉，撤诉！”

经此一番折腾，吕忠强费钱费力打了一场假官司没讨到半点便宜，真是应了那句话：偷鸡不成蚀把米。

风险提示：虚假诉讼要担责

南京市中级人民法院刑二庭法官汪波告诉笔者，虚假诉讼一旦被查实，当事双方除了承担相应的民事、行政责任，甚至还会被处以刑罚。

南京中院为审查排除虚假债务，专门出台了《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》，明确指出：原告起诉的借贷事实或理由不符合常理，借据可能伪造等八大情形之一的，严格审查借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项去向以及借贷双方的经济状况等事实。

对涉嫌虚假诉讼的案件，法院将采取下列措施予以防范：传唤当事人或相关经办人员到庭陈述；加大当事人举证责任，包括申请证人出庭作证；依据利害关系人的申请或者依职权通知其参加诉讼；依职权进行调查取证等。南京中院民一庭法官路进良向笔者介绍，如今法院审理民间借贷案相当严格，对大额借贷、素不相识者间的借贷格外谨慎，一般都会要求欠款方提供转账信息或支付等凭证。此外，法院扩大了法官依职权调查的范围，一旦查明虚假诉讼真相，往往判决借款合同无效。

关于虚假诉讼，清华大学法学院教授张明楷认为，行为人以提起民事诉讼为手段，提供虚假证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财产的行为，构成诈骗罪，应按刑法第二百六十六条论罪处罚。

（全文所涉案件当事人均为化名）

狸猫换太子之房产版

实战步骤：第一步，卖家离婚，房产归男方；第二步，买家离婚，如有房产也归男方；第三步，卖家男携房产和买家女结婚，房产“临时夫妻”共有；第四步，卖家男和买家女离婚，房产归买家女，钱归卖家男；第五步，两对“闪离”夫妻，各找先前配偶复婚。

失败案例：

老公趁机娶新人

王玉林从农村来到南京上大学，毕业后就地入赘学妹李秀英家，当了上门女婿。

后来，王玉林喜欢上了搓麻将、泡桑拿，自己赚钱不够花，常常向妻子伸手要钱。

李秀英城郊的房子拆迁后获得两套房子和一笔不菲的货币补偿。怕丈夫有钱“手痒”，她打算将补偿款变成固定资产。为绕过南京的限购政策，她便与王玉林商量假离婚。

两人一拍即合。王玉林用摩托车载着妻子，办理了协议离婚手续，把两套房产变更到了王玉林名下。

办妥这一切，李秀英不亦乐乎地看房杀价。王玉林也没闲着，暗中将其中一套房子低价卖给了在南京做生意的女老乡。

李秀英气不打一处来，三天两头找那个女老乡闹、跟王玉林吵。

王玉林和女老乡一合计，索性将那套房装修一新，住到了一起，并威胁李秀英说：“你现在住的房子也是我的，再闹，请你走人。”

李秀英慌了神，放低姿态请老公“回家”。不想，王玉林振振有词：“回家？你爸妈把我当过家里人吗，给我好脸色吗？我一个苏北穷小子，配得上你南京大小姐吗？”

最后，王玉林和那位离异的女老乡结了婚。李秀英求助律师，律师也爱莫能助。

风险提示：

楼市有风险 离婚须谨慎

此招违反传统伦理道德和社会公序良俗。而且牵扯互不相识的两对夫妻，假离婚后夫妻感情会面临巨大考验，潜在风险不可不防。

雇个老头冒充岳父 骗到房产与妻离婚

黑心女婿因贷款诈骗罪获刑十年半

2013年04月07日 北京晚报 孙莹

本报讯（记者孙莹 通讯员陈自喜）男子杨某与他人合谋，盗取自己岳父的证件，并雇人冒充岳父，将其房产过户到自己名下，再将房产抵押给银行贷款60万元，最后挥霍一空。近日，房山法院以贷款诈骗罪，判处杨某有期徒刑十年六个月。

60多岁的孙大爷丧偶多年，自己一人抚养女儿小梅长大。2004年，孙大爷用自己大半生的积蓄买了一处楼房。同年9月，小梅与杨某登记结婚。2007年7月，杨某和其同伙陈某合谋，在孙大爷不知情的情况下，从家中盗取孙大爷的户口本、身份证，用伪造的房产证掉包了原件。

而后，杨某雇了一个老头，持伪造的自己与岳父的房屋买卖合同，将房屋过户到自己名下，并用该房屋向银行贷款60万余元。2007年12月底，杨某与小梅离婚，随后将60万挥霍一空。

后来，银行多次催杨某偿还贷款未果，将他诉至法院，法院将强制执行公告送到家，孙大爷和小梅才知道房屋已易主，立即报警。

法院经审理认为，杨某以非法占有为目的，使用虚假的产权证明作担保，诈骗银行贷款，数额特别巨大，其行为已构成贷款诈骗罪，判处杨某有期徒刑十年六个月。

女子生娃后才发现遭遇骗婚

已婚男先后伪造离婚证结婚证受害人本想给机会却发现还有私情

2013-04-08 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）王女士和已婚的董某同居后，先后被对方办的假离婚证、假结婚证欺骗。最终艰难结婚并生了孩子的王女士选择告发董某。近日，董某因涉嫌伪造国家机关证件罪在顺义法院受审。

2007年，30多岁的董某认识了20多岁的王女士，随后同居。2008年，王女士在董某手机中发现了董某妻子的短信，董某遂承认自己有妻室，并恳求王女士原谅，保证和妻子离婚。但董某妻子当时不同意离婚，因董某居住的地方正在拆迁，董某父亲称，如果儿子离婚就不分儿子家产。

董某随后花100余元找小广告办理了假离婚证，王女士信以为真，催促董某结婚。董某为了继续谎言，称自己认识民政局的人，可以不到现场就领结婚证，并花钱买了假结婚证。两人于2009年举行婚礼。2010年，王女士生下一女。其间，董某还称老家拆迁得了5套房，并做了假房产证骗取王女士信任，还称自己被提升为公司副总。

2011年初，王女士在观看一档法制节目时得知，领结婚证必须双方到场。经质问，董某实话实说。当时，王女士为了孩子有一个完整的家，让董某赶紧离婚和她结婚。董某最终于2012年办理了离婚手续，并在3天后和王女士办理了结婚登记手续。

好景不长，此后董某到东北炒房后人间蒸发，王女士调查董某用过的手机号查找机主时，意外发现董某还和其他女子有暧昧关系，且董某也非副总，遂报案。

公诉机关认为，董某的行为涉嫌伪造国家机关证件罪，董某认罪。此案没有当庭宣判。

夫妻为购第3套房离婚 妻子坐拥2套房产拒复婚

2013年04月06日汉网-武汉晚报

男子假离婚面临人房两空

歪招躲限购 镜破难重圆

男子假离婚面临人房两空

李先生与妻子名下有两套房子还想再买，两人去年商量着办了个假离婚，以此躲避限购政策。不过，两套房子到手后，女方却不想复婚了，两人展开房产争夺战。周二（4月2日），李先生致电“周二之约”寻求帮助。

李先生介绍，他与妻子12年前结婚时买了一套房。2010年，夫妻俩一起贷款买了第二套房，登记在妻子名下，还没拿两证。去年，为了避开限购条例购买第三套房，两人决定假离婚。离婚时，两人签署协议把第二套房产分割在李先生名下。时隔一年多，前妻却不愿意复婚了，反而忙着办理单身证明，要把第二套房坐实。李先生为此非常苦恼。

东湖高新技术开发区法院执行庭副庭长施何梅认为：夫妻离婚时签署的离婚协议在法律上是具有法律效力的。离婚协议把第二套房分给男方，李先生就可以拿着协议书申请过户。但如果是女方已办证或可能将房子卖出，牵扯到第三方，李先生可以申请诉前财产保全，先把房屋的房产登记予以查封，再打确权官司。

施何梅建议，李先生可以先向房产管理部门出示离婚证及离婚协议，咨询是否能够通过行政程序解决初始登记的问题，即使不能越过初始登记事宜，也可向相关部门备案，以防止房屋非法过户。

婚姻恒久远 中国排第二

最新调查称 埃及婚姻持久值最高 中国次之 “浪漫国家”排名偏低

日本

据日本媒体今晨报道，全球最大的旅行交流网站Tripadvisor的一项调查显示，在25个主要人气旅游国家中，中国人的婚姻持久度排在第二位，埃及人婚姻最为持久，而西班牙人不幸垫底。

中国名列第二

该网站近日对世界多个国家的结婚以及离婚情况进行了调查，并将受调查国家平均每1万人1年内的结婚数定义为成就值、结婚数与离婚数之差定义为持久值，对其进行了排名。

根据结果，25个主要人气旅游国家当中，持久值最高的国家是埃及，中国和土耳其分别排在第2、3位。同时，成就值排在前三位的国家依次为塔吉克斯坦（135对）、伊朗（122对）和埃及（110对），倒数前三位依次为俄罗斯（47对）、白俄罗斯（41对）以及拉脱维亚（40对）。

浪漫让婚姻走开？

有趣的是，调查结果显示，在一些以“浪漫”闻名的国家，婚姻却并不那么持久。像意大利只排在第16位；最讲究浪漫的法国更是排在第22位，也就是倒数第四。持久值排名垫底的国家是西班牙，平均每1万人每年结婚数为34对；离婚数高达22对，甚至超过了结婚数的一半。编译/张洁清 记者 蒋伊晋

婚姻持久值排行榜

持久值前十名

1. 埃及
2. 中国

3. 土耳其
 4. 乌克兰
 5. 俄罗斯
 6. 墨西哥
 7. 韩国
 8. 希腊
 9. 新加坡
 10. 波兰
- 持久值后五名
1. 西班牙
 2. 比利时
 3. 匈牙利
 4. 法国
 5. 澳大利亚

政策性离婚

2013年04月15日 人民法院报 □伊言

聚会聊天，若碰上冷场，可祭出一个法宝，立马缓解尴尬，气氛热到爆棚。

这个法宝就是聊房子。

谈到房子，似乎人人都有一把血泪史。没房的人后悔没买，有房的人后悔买晚了买贵了，“房姐”、“房哥”们还要后悔买少了，没屯下可供万世子孙坐吃山空的房子。

总之，在房子这个问题上，是最能体现人心不足的。即便有个把人自我安慰着，有套房子住着就不错啦，比不上不足比下有余。那余音里也必然是一低三叹，心事零落碾成泥。

近段时间的侃大山里，为了房子“离婚”成了新话题。

原因就是新出的“国五条”，其中规定，出售房产要缴纳房子增值部分20%的个税，这可不是一笔小数目。不交税的情况只有一种，就是出售个人满五年唯一住房。

手里有着多套房要卖的人便打起了小算盘，两夫妻离婚，其中一人带着一套房子出门，将这“唯一住房”免税出售之后，再复婚，再离婚，又带着一套房子出门，再免税出售，如此周而复始，直到不需要卖房子了。

部分地方的细则还规定，家庭不能购买第三套住房，购买第二套的，首付比例提高到70%，且不能使用公积金，不能享受贷款优惠利率。反之，个人首套房依然可以享受许多优惠待遇。

手里有房且还要买的人也打起了小算盘，两夫妻离婚，其中一人净身出户，买一套房子，两人复婚，再离婚，再净身出户，又买一套，如此周而复始，直到不需要买房子了。

到最后，这些人数着房本的同时，也可以数着离婚证玩了。

虽然折腾，却也划算，以如今北上广的房价来看，不算房子的价值和升值空间，光是免掉的税收或享受到的贷款优惠，几十万是基本的了。

而离婚再复婚再离婚再复婚，所花去的经济成本撑死了百十来块。

算着经济账的离婚一族振振有词：两个人在一块生活，感情最重要，那一张纸什么都说明不了。

这话听着浪漫前卫，且还有几分道理，在西方，一些人就选择一辈子做情人而不走进婚姻。

房子，一下子就改变了国人的婚恋观。

可撇开情感因素不谈，那一张纸并不只是摆设，婚姻之不同于爱情，就在于婚姻是不自由的，是附加了诸多责任、义务和权利的。世界各国都有婚姻法，却从未听闻“恋爱法”。所以，婚姻是一种严肃的、法律意义上的契约关系，不容随意亵渎。

自从房价疯涨以来，让人看稀奇看古怪的故事出了不少。跟陌生人结婚的、父母兄弟对簿公堂的，精彩程度远超戏剧。

房子啊，似乎成了超越一切的利益。

从道德层面上来指责政策性离婚族其实毫无意义，经济社会里，人有逐利的本能，君子爱财，那是对自己的人生和家庭负责任的态度。取的手段即便是难看了些，只要不违法，旁人也说不出什么来。

然政策和法律是有用的，用处便是替人们守住底线，保证基本的公平正义。一项政策，若是总让罔顾道德法纪、专会钻空子的人得利，而遵纪守法坚守道德底线的人吃亏，或者更极端，将第二种人逼成第一种人，那这项政策便是值得反思的。

一个社会，若总是如此，则危矣！

江苏“假离婚要求复婚不予支持”纯属媒体误读

2013-04-14 第一财经网

[摘要]江苏省高院发布了《关于“新国五条”对法院工作的影响及对策建议的报告》，在该报告的最后一部分，做出了因“假离婚”购房导致“弄假成真，难以复婚而主张协议无效的，除能举证证明胁迫或欺诈事由外，不予支持”的规定。这个规定被很多媒体理解成为“假离婚更改房主后要求复婚不予支持”，这是对该报告的误读。

江苏省高院发布了《关于“新国五条”对法院工作的影响及对策建议的报告》，在该报告的最后一部分，做出了因“假离婚”购房导致“弄假成真，难以复婚而主张协议无效的，除能举证证明胁迫或欺诈事由外，不予支持”的规定。这个规定被很多媒体理解成为“假离婚更改房主后要求复婚不予支持”，这是对该报告的误读。（来源：第一财经网）

《报告》关于“假离婚”后主张“协议无效”中的“协议”，指的是离婚时双方签订的房屋归属协议，而非婚姻关系本身。离婚协议中关于财产约定部分，只要是双方真实意思的表示，双方没有异议，在法院判决离婚之时生效。

婚姻关系属于身份关系，不能以协议的方式进行约定，在离婚案中，一经判决，婚姻关系即可解除，对此不能提出上诉或者再审。至于离婚案中的财产分割部分，则可以适用二审和再审程序。《报告》中所称的房屋归属协议属于离婚协议的财产部分，可以提起二审或再审。（来源：第一财经网）

江苏高院认为，对此的提出的异议，除了存在“能举证证明胁迫或欺诈事由”以外，都不能推翻之前的房屋归属协议。也就是说，如果申请人自己没有确实证据证明签署这个协议之时曾遭人欺诈或胁迫，那么，他将无法拿回离婚时归属他人的房产。法律对“胁迫”和“欺诈”的证据要求，应该是可以固定和重现的证据，无法核实的口头承诺、夫妻默契、“阴阳合同”等都不能作为原协议无效的理由。

除此之外，婚姻自由是我国婚姻关系的基本原则。结婚、离婚和复婚都是成年公民的合法权利，不仅任何人都不得干涉，而且任何下位法都不能与之相抵触。（来源：第一财经网）

江苏省高院发布的报告，在法律位阶上属于地方性司法指导，不能与《婚姻法》这类强制法相冲突，即便是有冲突，也会因为违反上位法而归于无效。从复婚程序上说，复婚和结婚的性质是一样的，不能通过法院解决。离婚后要想复婚，应该到婚姻登记机关再次履行登记结婚手续即可。

所以，江苏省高院的《报告》并未有过“假离婚更改房主后不能复婚”的规定，这是一些媒体对此的错误解读。（来源：第一财经网）

值得注意的是，通过“假离婚”的方式规避限购，与制造假证件、黑中介、非法购买保障房、利用假合同等非法方式规避限购有本质区别——前者是合法的，后者是非法的，合法的法律行为应该产生应有的法律效果，政府不能以违反道德标准就施以法律制裁。

既然结婚或者离婚都是自由和合法，单身购房也是合法的，那么，就不应该对这种行为干涉太多。江苏省高院的《报告》中关于假离婚的规定，确有画蛇添足之嫌。（来源：第一财经网）

楼市调控“国五条”引发离婚潮 调查显示

7成人称离婚避税说明政策制定应更科学

2013-04-13 法制日报—法制网 廉颖婷



制图/李晓军

对“为了避税,你是否会选择离婚”这一问题,有80.37%的人选择“是”

如何避免“政策性离婚”这一现象?71.57%的被调查者认为,在制度设计上应该更加科学,政策的制定应符合道德规范

63.37%的人认为，“能让人钻空子的政策不完善，应随时进行调整”

□精确报道

法制网记者 廉颖婷

今年3月，国务院房地产市场调控措施“国五条”出台，各地配套细则也陆续落地。这个旨在平抑房价的新政，在北京、上海、天津、南京、苏州、广州、昆明等城市，却诱发了离婚登记人数的成倍增长。

政策中对市场冲击最大的是第三条：“调整完善相关税收政策，加强税收征管……对出售自有住房按规定应征收的个人所得税，通过税收征管、房屋登记等历史信息能核实房屋原值的，应依法严格按转让所得的20%计征”。

如果不离婚，在买卖第二套房产时要为此付出少则十几万元多则几十万元的税款。为了避税，许多人不得不出此下策。

有人认为，为了钱而离婚的人丧失了最基本的道德底线；也有人认为，出问题的不是去排队离婚的人，只能说明政策有待完善。

其实，不只是国五条，此前的“限购令”等诸多调控政策，都让不少人选择离婚等手段，来减少损失实现利益的最大化。

《法制日报》视点新闻部联合搜狐网，对这种“政策性离婚”现象进行了在线调查。结果显示：为了避税，80.37%的人会选择离婚。

80.37%的人：为避税离婚可取

你会为避税离婚吗？

“不会。”

为什么？

“我觉得如果为了房子去离婚，总有种被撕裂的感觉。至少对我来说，婚姻是神圣的，我要守住这个底线。”

曾在英国留学的刘翠笃定地告诉记者。她认为，婚姻一旦被房子所绑架，甚至去离婚，婚姻会有瑕疵。

但此次的在线调查结果显示，对“为了避税，你是否会选择离婚”这一问题，有80.37%的人选择“是”；19.63%的人选择“否”。

对于“国五条”公布后，一些人选择离婚来规避政策，有政协委员呼吁，应谴责这些为了钱而离婚的人，因为他们丧失了最基本的道德底线，将婚姻大事当作可以投机取巧和钻营的工具。

但海南大学法学院副教授王琳认为，离婚本身并不涉及道德。就算夫妻确是为了规避税收而离婚，也是基于双方的合意，且出于对彼此的信任才作出的决定。我们更应关注的是，人们为何出此下策，而不是去指责人们为什么会选择离婚。

“离婚并不是法律所禁止的行为，即使是规避税收的离婚，在申请离婚时也不会拿这条作为离婚的理由。我们没必要去探究他人为什么而离婚。”王琳说，“国五条”引发的离婚现象，并不是孤例。在福利分房时代，也曾多有发生。这恰恰说明分配方式有问题。

对于“有人认为，为了钱而离婚的人丧失了最基本的道德底线，将婚姻视为儿戏和投机取巧的工具。你怎么看”这一问题，90.61%的人认为，“社会的底线是由法律和政策来约束和划定的，出问题的不是去排队离婚的人，只能说明政策不够完善。”

有9.39%的人同意如下说法，“不管其出发点有多合理，本质都是在挑战法律的尊严，无视法律的严肃性”。

无法享受独生子女奖励只因前夫再婚后生子？

2013年04月17日 信息时报 张建林 张志科

街坊报料：只有一个小孩，因前夫再婚后再育，自己无法享受独生子女父母生活补贴，街坊单女士非常不解。

记者跑腿：按照广东省关于独生子女“四无”的政策，单女士夫妻生育一个子女后离婚，只能认定该对象为只生育一个子女的父亲或者母亲，不能认定为独生子女父亲或者母亲，因而单女士不属于独生子女父母奖励对象。

“我为什么要为前夫的孩子埋单？”日前，家住增城新塘镇新康花园的单女士向记者报料称，她在只有一个小孩的情况下，仍不能享受独生子女父母生活补贴，原因在于她的前夫再婚后又再育。记者向新塘镇计生办了解到，按照广东省关于独生子女“四无”的政策，单女士夫妻生育一个子女后离婚，只能认定该对象为只生育一个子女的父亲或者母亲，不能认定为独生子女父亲或者母亲，因而单女士不属于独生子女父母奖励对象。

据了解，单女士今年57岁，她和前夫在1991年协议离婚，协议约定唯一的儿子跟随单女士生活。一年后前夫再娶并育有一子，而单女士没有再结婚。目前，单女士身体不好，行动不便，每月靠退休金维持家庭开支。按照规定，男性年龄达到60周岁、女性年龄达到55周岁的独生子女父母可以享受一定的生活补贴。那么，单女士是否符合条件呢？她到相关部门咨询，得到的答复是“前夫已再育，不符合条件”。对此，单女士表示不解，“我就生了一个儿子，前夫再娶再育，跟我没有关系。”

带着单女士的疑问，记者走访了她户口所在地新塘镇计生办。工作人员解释道，按照广东省关于独生子女“四无”的政策，“独生子女”是指父母终身只生育了一个子女，该子女既没有同胞兄弟姐妹，又没有同父异母或者同母异父的兄弟姐妹，也没有收养的兄弟姐妹和与其父（母）有抚养关系的继兄弟姐妹。若夫妻生育一个子女

后离婚，婚生子女判决或者协议由一方抚养，并且该抚养子女的一方而后未再婚再生育子女的，也只能认定该对象为只生育一个子女的父亲或者母亲，不能认定为独生子女父亲或者母亲，因而单女士不属于独生子女父母奖励对象。

男子为争房产砍死妻子被判死缓

2013年04月17日 中国新闻网 林滢 林浩

为了争夺房产的所有权，广西崇左市男子农某竟然将妻子刘某活活砍死。4月17日，崇左市中级人民法院依法判处农某死刑缓期两年执行，剥夺政治权利终身。

法院查明，1993年农某与死者刘某相识并相恋，按照当地的风俗摆了酒后，两人没有到当地民政局办理结婚登记，一直保持着同居关系，在同居期间两人生育一女孩。后因感情不和分手。2011年10月，两人因对同居期间共同建造的一栋楼房的权属发生纠纷，刘某遂向当地法院提起诉讼。法院依法作出判决，将房产判归刘某所有。但农某始终认为房屋应该归其所有，便产生了杀死刘某的念头。

2012年7月18日上午，农某携带两把刀在刘某住所守候，中午12时许，刘某下班回到家门口后，农某手持一把尖刀冲向前，往刘某的颈部、胸部等部位乱捅。刘某在此过程中呼喊救命并抓住尖刀，农某又拿出另一把尖刀继续捅。闻讯赶来的邻居将农某当场抓获。刘某经医院抢救无效死亡。

面对铁证，农某在庭审中对其实施的犯罪行为供认不讳，法院遂作出上诉判决。

八、异域资讯

湖人趣闻：禅师犯错低级 巴斯为女友留巨额遗产

2013年04月02日 中国体育在线

最近美国媒体爆料了关于湖人的一些趣闻：

A

天钩爆魔术师的料

“天钩”贾巴尔最近在参加一档电视节目时追忆了他和“魔术师”约翰逊的往事。

“我们彼此合作的第一场比赛，我们最终拿下了胜利，他赛后是如此的高兴以至于那看上去像是再次赢得了NCAA的冠军。他当时很疯狂，跳到了我身上（拥抱）。”贾巴尔说，“我们随后进入了更衣室，我说‘埃尔文，我们后面还有81场比赛呢’。”

此后，湖人在“天钩”贾巴尔和“魔术师”约翰逊的带领下赢得了1980、1982、1985、1987、1988年的总冠军。贾巴尔表示，最近在湖人主场外揭幕的贾巴尔铜像非常像自己，而“魔术师”的那尊铜像则有些滑稽。

B

禅师的打字困扰

3月28日，前湖人主教练菲尔·杰克逊加入了Twitter。然而，他发表的第一条Twitter看上去并不像人们期待的那样。

这位拥有11枚总冠军戒指的传奇教练在他的Twitter中出现了错误拼写，把“11 championship rings”打成了“11 champ;ipnsikp[rings”不幸的是，这还被网友转发了几万次。

但是，不管怎样，聪明的杰克逊还是笑到了最后。他的第二条Twitter在第二天下午出现，是一段视频，杰克逊坐在电脑旁，当他准备打字时叹了口气。他随后旋转过座椅，向网友们展示了他为什么会如此挣扎。他的每一根手指都带着一枚NBA总冠军戒指，既有公牛的，也有湖人的。“我得把这些摘了，不是吗？”他询问道。

杰克逊在一天之内就积累了14万的粉丝，他总是有办法平息言论。这次的错误拼写更是不在话下。更多的猜测是杰克逊此举是在推销他的新书：《十一戒：成功的化身》，此书将在5月份上市。他Twitter的图片背景便是这本书的封面。慈世平也在Twitter中故意发错，还搞笑地@了一下“禅师”。

C

老巴斯给小情人留遗产

已经去世的前湖人老板杰里·巴斯留给比他小几十岁的年轻女友一笔巨额家产，包括他在夏威夷火奴鲁鲁的一栋房产以及他2009年产的宾利车。

巴斯的一份遗嘱复印件显示，他将把所有家产留给遗嘱的受托人、巴斯的女儿珍妮·巴斯管理。（遗嘱生效时，将信托财产转移给受托人，由受托人依据信托的内容，也就是委托人遗嘱所交办的事项，管理处分信托财产。）根据遗嘱内容，留给这位女友的家产总价值约为550万美元。（显然这只是巴斯财产的一小部分。）

这位年轻的女士名叫德里亚·科特兹，她居住在夏威夷。如今科特兹尚未到30岁，他正在学习准备将来成为一名兽医。据与巴斯关系近的人表示，科特兹与巴斯有同居关系。巴斯也是一名花哨的富翁。为了将夏威夷的这套房产和宾利车留给科特兹，巴斯特地在2012年3月修改了遗嘱。

D

湖人功勋冠军戒被盗

三枚总冠军戒指拥有者、前湖人前锋AC·格林最近在南加州的家中失窃。警方表示，他的三枚总冠军戒指被

盗。

3月29日，当地警方负责人称，格林雇佣了小时工帮他把物品搬到储藏室，随后格林确信冠军戒指被这些人盗走。

该警方负责人表示镶嵌着钻石并刻着格林45号的这三枚冠军戒指每一枚估价在25000美元左右，但是他们对于AC·格林来说却是无价的。这三枚总冠军戒指包括格林和“魔术师”约翰逊、“天钩”贾巴尔一起征战在1987年和1988年获得两枚，还有2000年他辅佐奥尼尔、科比获得的一枚。格林1985年首轮第23顺位被湖人选中，2001年在迈阿密热火退役。

犯罪嫌疑人目前尚未确认，警方还未采取拘捕行动。

美高法审理同性婚姻案

2013-04-02 法制日报环球法治



近日，美国联邦最高法院就争论多年的同性恋婚姻案进行“划时代审理”，83岁的女同性恋者温莎希望联邦政府退回当年收取的遗产税。温莎与同性伴侣斯派尔在上世纪60年代订婚，2007年前往加拿大结婚。结婚两年后斯派尔因病去世，为温莎留下两处房产。不过，温莎为这些房产缴纳了36.3万美元的遗产税。

同性恋者是否应享有与异性夫妻同等的权利，在一方死亡的情况下，顺理成章地继承其遗产而不缴纳税款，成为美国社会，尤其是同性恋群体近期较为关注的事件。一位年已83岁的老妪，向最高法院主张权利，也是这一案件能够被如此关注的原因之一。美国联邦最高法院对于此案的判决，将对今后的此类案件产生不可估量的深远影响。

法参院通过同性婚姻法案

2013-04-16 法制日报环球法治



4月12日，法国参议院通过了同性婚姻法案，该法案随后将进入国民议会二读阶段。如获最终通过，有望于今年夏天生效。此间媒体评论说，这是继1981年废除死刑以来法国最重要的一项社会改革措施，但是该法案的出台仍引发了法国民意和社会舆论的分裂。

近期，法国政府加速同性婚姻法案的立法进程目的在于避开反对阵营5月的抗议活动。如果不出意外，预计该法案将在左翼政党占据多数席次的议会两院顺利通过二读，从而完成赋予同性伴侣结婚和领养儿童权利的立法程序。

老牌打星刘家辉立遗嘱 中风两年身体堪忧，家人疏远积蓄用尽，TVB愿筹款帮助渡难关

2013年04月16日 新京报 勾伊娜



一代打星 身体消瘦

据遗嘱见证人，女星樊亦敏（左）透露，刘家辉现在已看尽人情冷暖，早前已在她和律师等人见证之下立下遗嘱。不过，她不愿透露遗嘱内容。只表示，如今会探望刘家辉的亲人就只有他的姐姐和外甥女。连番的争家产事件，让卧病在床的刘家辉一度意志消沉，十分沮丧。他早前因忧心忡忡而食欲不振，体重由刚中风时的 160 磅，急降至 110 磅（约合 49 公斤）。

新京报讯（记者勾伊娜）57 岁香港老牌打星刘家辉自前年 8 月中风导致右边身体瘫痪后，一年多来不但要接受治疗，还饱受家庭纠纷困扰。他与现任泰国籍妻子离婚不成，其妻更连同一对子女要求刘家辉分家产；上个月，媒体再爆出刘家辉的前助手兼前任委托人冯小姐，私吞了刘家辉财产。据知，每个月近 10 万港元的医疗护理费用，已把刘家辉的积蓄用得所剩无几。目前身为他委托人的女星樊亦敏，接受香港媒体访问时透露，刘家辉已在她和律师等人的见证之下立下遗嘱。

卧床之后家人疏远

据《联合早报》报道，刘家辉中风后，被爆出与泰籍妻子早已分房多年，过着有名无实的夫妻生活。后来他发现老婆有个泰籍男友，这令他一度伤心不已并对外表示，很对不起前妻和一对女儿，离开她们另娶泰妻是他一生的罪孽。据媒体介绍，刘家辉与第二任妻子 1991 年结婚，育有一对分别 20 岁和 17 岁的儿女，2009 年两人签署离婚协议书，但因为物业所属权问题一直未能办理离婚手续。

据媒体报道，刘家辉早前住院期间，除了女助手每日前往探望，他的泰籍妻子一直未现身，其一对儿女更向他索取每月 5000 港元家用，家人关系非常疏离。

助手卷走“救命钱”

刘家辉每个月的开支，目前从他的积蓄支付，并经由律师行代为处理。但刘家辉的积蓄并不多，每个月还领取伤残津贴。若他要持续良好的医疗，“暂存”在前助手冯小姐手上的近 10 万港元就成了“救命钱”。虽然刘的委托人樊亦敏已代刘家辉发律师信，要求冯小姐在 3 月 26 日前交还该笔款项，但到目前仍未有消息。樊亦敏表示，刘家辉已做最坏打算，若未能取回这笔钱，就会变卖一处寓所，卖楼的钱作为养老和医病之用。该物业是他 1992 年以 100 万港元购入，据估目前市价已超过 800 万港元。目前泰籍妻子和一对儿女仍居住在此。

■ 老东家表态

自 2011 年中风后，半身不遂的刘家辉一直在疗养院养病。早前刘的好友曾志伟曾去探访，送一部 iPad 给他，教他上网看以前的作品。据樊亦敏透露，目前刘家辉正进行物理治疗，右边身体活动不算灵活，日常生活主要由看护照顾，进食时可以自己用左手辅助。昨日，记者就此致电 TVB 外事部曾先生，他表示据他了解，刘家辉的康复情况相比两年前刚中风时已大有好转，作为当年邵氏和 TVB 的资深艺人，如果刘家辉真的遇到经济困难，TVB 也一定会想办法筹集善款帮助他。

要闻集萃<FL0A< span>

20130402 法制日报环球法治

两岸银监机构举行第三次磋商会议

第三次两岸银行业监管磋商会议 4 月 1 日在台北举行。大陆方面银行业监督管理机构负责人尚福林率团赴台参加本次会议。本次两岸银行业监管磋商，双方将就进一步密切两岸银行业监管合作等具体事宜进行深入交流。

自两岸银行业监管机构建立合作机制以来，已成功举办两次银行业监管磋商会议。在此机制推动下，两岸银行业交流往来取得了突破性进展，为促进两岸民众往来、加强经贸投资合作发挥了重要作用。截至目前，台湾地区银行已在大陆设立了 10 家分行和 6 家代表处。其中，5 家分行已获准经营人民币批发业务，1 家分行获准经营对大陆台资企业的人民币业务。大陆银行也在台设立了两家分行和两家代表处。

台湾当局与反核团体人士展开对话

据台湾媒体报道，3 月 9 日台湾废核大游行发起人之一的“妈妈联盟”3 月 31 日首度与台当局官员交锋，马英九高规格接待，双方就是否建立核四厂展开对话。

马英九建议，双方应继续对话，并邀请“妈妈联盟”参观核四厂，“去看不表示支持，要坚督的对象好歹去看一

下状况,不能隔那么远监督,应该要进去看看”,效果才会更大。

马英九说,当局想稳健减核逐步达成,“立刻废核实在找不到可替代的(能源)”。 “行政院”有对话诚意,“窗口不关、平台持续存在”,江宜桦也会跟其他废、反核团体座谈,“产火生花也无所谓,至少让真理越辩越明”。

“妈妈联盟”发起人之一、富邦文教基金会执行董事陈蔼玲肯定沟通平台的构想,也同意推派专家参与对话,不过没有回应是否要参访核四厂。

陈水扁病情首次在立法机构公开

据台湾媒体报道,台当局立法机构“外事及防务委员会”4月1日邀请“退辅会主委”曾金陵、“法务部长”曾勇夫、台北荣民总医院院长林芳郁、副院长陈天雄及精神部心身医学科主任周元华报告“陈水扁于台北荣民总医院就医近况及身心健康情形”,并备质询,这是陈水扁病情第一次在立法机构公开,颇受瞩目。

针对陈水扁病情,民进党“立委”已做好轮番上阵质询的准备,用意是逼列席人员说出送给“法务部”报告内容,作为争取陈水扁保外就医的有利依据;部分国民党“立委”则冷眼以对,并认为该委员会一向都是讨论大事,陈水扁的病情实在谈不上是大事,没必要搬到这里讨论。

港府修订限奶令或删除“看似奶粉”

据香港媒体报道,港府将修订限制携带婴儿奶粉出境的《进出口条例》,预料会将条文上“看似奶粉”(milk like)之字眼删除,以减少执法混乱。

《2013年进出口(一般)(修订)规例》的小组委员会将继续开会审视条文修订。消息人士透露,港府愿意聆听各方意见,为免引起执法混乱,港府会将条文上“看似奶粉”之字眼删除。

条文亦清楚厘订规管36个月以下的婴儿配方奶粉以及豆奶,避免外界误指法例“连好立克(一种以麦芽做成的热饮)、老人奶粉都规管”。

消息指出,由于奶粉商的态度曾出尔反尔,食物及卫生局不会撤销限奶令,除非本地婴儿奶粉的供应链得到充分保证。

澳门立法会否决同性民事结合法

据澳门媒体报道,澳门议员高天赐提出的《同性民事结合》法案日前以17票反对,3票弃权,1票赞成被澳门立法会否决。

有议员认为要尊重每个人性取向,但应循序渐进,待有强烈社会共识及法律制度具备条件,始适合以法律形式规范,否则草率通过,势必严重冲击社会核心理念和家庭制度。

有议员指出,尽管同性婚姻或民事结合已被部分西方国家的法律所允许,但未被接受的国家更多。该议员说,虽然多数人认为应停止歧视,但“停止歧视”和“接受结合”是两码事。停止歧视是出于尊重,但不等同要立即立法。法案争议极大,关系到澳门人的传统观念、价值观、伦理秩序和家庭结构。

法案最终以17票反对,3票弃权,1票赞成被否决。

英国男子为争抚养权纵火栽赃致6名子女身亡

2013年04月06日 南方都市报

据新华社电 英国一家法院4日裁定,一对夫妇故意纵火致死6名子女罪名成立,判处两人入狱服刑。

米克·菲尔波特,男,56岁,依靠政府“慷慨”救济,与5名女子生育17名子女。英国一些媒体批评他的生活方式,称他“无耻米克”。

菲尔波特夫妇被控去年5月11日在德比的住所纵火,致使6名子女窒息身亡。检方指认,两人原先打算上演一出“火中破窗救子”的“壮举”,以期在与菲尔波特29岁的前同居女友丽莎·威利斯争夺5名子女的监护权中“加分”,并将纵火罪名嫁祸给威利斯。

菲尔波特是其中4名孩子的父亲,本打算栽赃前女友,夺取监护权。不料,火势不随人意,很快失控,窗户也无法打开。6名子女吸入浓烟,窒息身亡,年龄从5岁至13岁不等。

英格兰中部诺丁汉刑事法院法官判处菲尔波特终身监禁,获假释前,必须服满15年刑期。他的妻子梅雷亚德·菲尔波特32岁,获判监禁17年,最短服刑须满8年半。

法官凯瑟琳·瑟尔沃尔说,被告是“令人不安的危险人物”。“你毫无道德标准。”她对菲尔波特说。

法官宣判时,菲尔波特低头不语,用手拭去泪水,他的妻子在一旁哭泣。菲尔波特的一些亲属旁听,一人向他喊道:“(他们是)你自己的孩子。”菲尔波特微微一笑,被带离法庭时作不雅手势。

这起案件还有第三名被告、即菲尔波特的朋友保罗·莫斯利,他因参与实施犯罪获判17年监禁。

每年赔3600万!离婚太贵 老贝吓傻了求助法院(图)

2013年04月12日 新浪体育

CHRONICLE

> Tgcom24 > Chronicle > Lombardy > Lario-Berlusconi skips the agreement for divorce: the next round in court

10/04/2013

Lario-Berlusconi, salta l'accordo per il divorzio: prossimo round in tribunale

Veronica presenta una memoria per evitare il blocco degli alimenti (100mila euro al giorno) chiesto dal Cavaliere



FOTO L'ESPRESSO

CORRELATI

19:49 - Non sono serviti gli incontri "segreti" tra gli avvocati per raggiungere l'accordo finale: Veronica Lario e Silvio Berlusconi si rivedranno in un'aula di tribunale. La quasi ex moglie del leader del Pdl, infatti, ha depositato una memoria (con allegati) per costituirsi nell'udienza d'appello chiesta da Berlusconi per sospendere d'urgenza l'assegno di mantenimento da 36 milioni l'anno.

La cifra, i famigerati 100mila euro al giorno, era stata stabilita lo scorso dicembre con una sentenza della nona sezione del Tribunale e qualche tempo fa era stata impugnata dal leader del Pdl.

L'ex "première dame", nella memoria, si è opposta al blocco dell'appannaggio decretato in primo grado e che è stato ritenuto dal Cavaliere troppo oneroso. Un appannaggio su cui, pare, siano franati per

老贝请求暂停对前妻的离婚赔偿。

新浪体育讯 还记得去年圣诞节贝卢斯科尼与帕斯卡尔订婚时的春风得意吗？这才刚刚过了几个月，AC米兰[微博]主席就招架不住了。不过让贝总吃不消的并不是新未婚妻，而是与前妻维罗妮卡的巨额分手费。《Mediaset》网站爆料称，就在最近贝卢斯科尼向法院申请紧急暂停对维罗妮卡每年高达3600万欧元的离婚补偿费。

实际上，在正式与维罗妮卡离婚之前，两人的律师就曾在私下进行过数不清的会面，一直无法就赔偿金达成一致，最终强硬的维罗妮卡选择走法院判决的方式来结束这场婚姻，也为自己带来了每年3600万欧元的高额补偿，平均每天的赔偿金几乎为10万欧元，这比她的前任得到的赔偿整整高出10倍。今年1月初，贝卢斯科尼正是对外公布了他与维罗妮卡结束长达5年离婚官司的消息，仅仅过了4个月，财大气粗的AC米兰主席就被压得透不过气了。

根据贝卢斯科尼的要求，当地法院将于近日再次开庭进行调节，届时维罗妮卡也将面对她的前夫。不管贝卢斯科尼又想要怎样的花招，维罗妮卡都不必过于担心，因为去年12月离婚案宣判时她就给自己留了一手。

《Mediaset》称，法庭宣判时维罗妮卡专门要求签署了一份备忘录，上面白底黑字写明了赔偿金的数额，贝卢斯科尼也在上面签字表示愿意接受赔偿数额。想必对贝卢斯科尼知根知底的她已经料到会有今天这一幕的发生。

下一次的庭审将在未来几周内进行，为了保护双方的隐私，庭审的过程将是不公开的，不过可以想象到的是，届时免不了又是一场双方的唇枪舌剑。（瓶子）

台湾“通奸除罪”激辩正酣

3月19日，台湾地区民进党“立法委员”尤美女协同民间团体在“立法院”召开记者会，宣布发起废除刑法通奸罪连署活动

2013-03-26 法治周末 作者：特约撰稿 赖芳玉



法治周末特约撰稿 赖芳玉

3月19日，台湾地区民进党“立法委员”尤美女协同民间团体在“立法院”召开记者会，宣布发起废除刑法通奸罪连署活动。

四天前，民进党“立委”陈欧珀提出通奸除罪化议题。“行政院”院长江宜桦说，多年来，“法务部”研修小组都在研究，其中有人建议去刑责化，但鉴于多数的学者专家建议暂时维持现状，研修小组还没决定修法，这是一个开放的议题，他鼓励社会大众一起讨论。

用通奸罪处理婚外情

台湾“刑法”第239条规定：“有配偶而与人通奸者，处一年以下有期徒刑，其相奸者亦同。”所谓通奸，系指行为人与相奸者彼此合意而为婚姻关系外的性器官接合，又因本罪的立法目的在于保障男女（夫妇）婚姻圆满的

不可侵犯性。婚姻既存在于异性之间，且台湾法令目前尚未许可同性婚姻，则本罪处罚之对象限于异性间之性行为。

通奸罪为告诉才处理，依“刑事诉讼法”规定：唯有配偶有此告诉权，告诉条件须为知悉通奸起六个月内提出，且未有任何事前纵容或事后宥恕等情形。当配偶向警方或径向各地方检察院提出妨害家庭之告诉后，依告诉不可分原则，如果仅对于配偶一人提告，该告诉仍及于相奸者，故如对相奸者撤回告诉者，相同地撤回的效力也会及于配偶。然而如对配偶撤回告诉者，则例外地不及于相奸者。

检察署所侦办的案件证据足以证明其犯罪嫌疑的则依法提起公诉，通常实务上法院判决有期徒刑三个月或五个月，并且得以一天新台币一千元计算的罚金。简言之，如证据充分者，通奸者及相奸者可能被处罚新台币9万至15万元，并缴纳于“国库”。

此外，配偶也可以对通奸的配偶及相奸者，依侵权行为规定请求精神赔偿，法院会衡量双方身份地位、经济状况及所受情节等斟酌精神慰抚金的额度，通常判处新台币30万元到50万元不等。

台湾“刑事诉讼法”在2003年改良为“当事人主义”后，除交互诘问程序外，证据从严认定。此后实务上认定通奸罪的证据趋严，往常只需孤男寡女深夜共处一室、被褥凌乱、警方敲门十分钟尚未开门等情况证据，约莫就足以认定通奸罪，然而现在就算如上述情形，甚至两人裸身共盖一床棉被，在未有证据证明当晚有性器官接合的情形，也不见得起诉，或为有罪判决。

不过自现阶段司法判决通奸罪案件量观察，2009年各地方法院统计普通刑事案件量总计150604件，其中妨害家庭罪593件(该数据包含和诱、略诱罪等)，比例约千分之四，无罪29件、不受理案件(包含撤回)208件。这似乎可以看出通奸罪仍为夫妻间处理婚外情时常见的刑事手段。

通奸罪利弊争论

3月14日，“文化部”部长龙应台在开会时提到“通奸罪”这种“落后的法律”，让她相当不以为然。她认为每个人都有身体自主权，“这是什么时代了？难道要靠警察去敲门、侦探录像来维持你的婚姻吗？”因而引发各界对于通奸除罪化的讨论。

龙应台一席话，除引发民进党“立委”提出通奸除罪化的议题外，妇女团体也纷纷表态支持通奸除罪化。

这次联署活动主要指责通奸罪实质上对女性不利。徐昌锦法官针对1999年至2005年地方法院判决研究指出，历年来女性因通奸罪被判刑人数都比男性高、且逐年增加，起诉后妻子撤回对丈夫起诉比例也一直高于丈夫撤回对妻子的起诉比例。

学者官晓薇也提出相同研究结论。官晓薇通过研究指出虽通奸罪形式上是“罚夫亦罚妻”，但实质上却是性别不平等的效应。此外妇团也特别强调通奸罪的追诉过程，双方情感经常因法庭攻击而更加撕裂，刑罚化的结果反而未保护婚姻，而是更加破坏，显然不利于夫妻平等亲密关系的发展。

然而虽然妇女团体或法律界试图从各项观点提出除罪化的倡议，很明显，各界仍是存疑，并未因此被说服。

持反对立场者认为外遇事件是婚姻里的杀手，倘若没有通奸罪存在，婚姻忠诚价值无以保障，婚姻制度会比现在更严重；他们虽认同婚姻本质不该以刑罚作为手段，却仍坚持通奸罪的存在，让犯错的人受到刑事处罚，以弥补婚姻中受害者的伤痛，是一种正义的表现。

他们引用2002年12月27日大法官释字第554号解释支持反对除罪化的论点，该号解释认为通奸罪并未违宪，其认为婚姻与家庭为社会形成与发展的基础，受宪法制度保障。

554号解释认为，婚姻制度根植于人格自由，具有维护人伦秩序、男女平等、养育子女等社会性功能，为确保婚姻制度的存续与圆满，必然要制定相关规范约束夫妻双方互负忠诚义务。性行为自由与个人人格有不可分离的关系，固然每个人可以自主决定是否及与何人发生性关系，但依“宪法”第22条在不妨害社会秩序公共利益的前提下受到保障。所以性行为的自由，仍应受到婚姻与家庭制度的制约。

因此持反对者认为大法官既然认为通奸罪没有“违宪”，自没有必要再讨论除罪化这件事。

虽然如此，妇女团体依然希望借此次龙应台事件凝聚更多通奸除罪化共识，透过“立法委员”联署提出刑法修正草案。但“法务部”目前除了提出大法官会议554号解释表示未有违宪外，同时也强调，将搜集外国立法例、广纳各界意见，审慎研议通奸罪有无修正必要性。

通奸除罪化是趋势

其实“妇运”早在1990年就不断倡议废除通奸罪，但有鉴于当时“民法”关于夫妻财产及子女监护权等规范对女性不公平，很多女性依赖通奸罪作为武器，借重该条文用“以刑逼民”的诉讼策略取得较平衡地位，因此暂时停止关于通奸除罪化的修法，优先倡议修改不平等的民法亲属篇。

而今经过多年的努力与修法，“民法”亲属篇对于两性较为公平，离婚事由也趋于弹性合理，足以让身处婚姻困境的女性朋友有较大空间依民法规定寻求离婚的解脱。

因此已无当年倡议除罪化的障碍与顾虑，故借此次龙应台事件，再度串连妇女团体、法界等人联署通奸除罪化。

如果进行得顺利，无论是民间版依“游说法”使“立法委员”联署，或系“法务部”提出草案经“行政院”院会审议通过送交“立法院”，或系民间版及官方版修正草案并呈送交“立法院”朝野协商，经“立法院”三读通

过后，自有可能达到通奸除罪化的目的。

倘若通奸罪一旦除罪化，往日街道处处可见“征信社”广告或警方半夜敲门协助抓奸的情景将告一段落，也许婚姻中遭到背叛之人将忿忿不平。

但笔者建议签订婚前协议，约定违反婚姻忠诚者处以高额损害赔偿额，此类婚姻忠诚条款将会是取代通奸罪的最佳做法。至于是否因此增加离婚率，或增加外遇事件，笔者以为不受影响，因为外遇者从不因有通奸罪存在而戒除通奸行为，婚姻的维系与否确实与“通奸”有关，但与“通奸罪”无关。

通奸罪的效果就像是“甄嬛传里的舒痕胶”，表面上可以让皮肤复原，但却含麝香，容易让婚姻流产。婚姻的维系是靠夫妻间的“互敬互信互爱”而非“刑法”，通奸罪的存在反而让人忽略婚姻的本质。

通奸除罪化不是肯定通奸行为是对的，但错的行为不一定要入罪，就好像闯红灯不会入罪、违反契约是要负损害赔偿。因此对于倡议通奸除罪化的社运过程虽尚不知结果如何，亦不知再历经几年，但诚心提醒所有夫妻回到婚姻的本质，慎思动用通奸罪时对于婚姻的反挫力。

(作者系台湾律州联合法律事务所律师)

九、理论学术动态

我国遗嘱形式要件的认定及完善——中日比较法的视野

2013/3/14 南京师范大学法学院 赵莉副教授

内容提要：对于我国遗嘱形式的完善，学界在能否承认共同遗嘱问题上观点对立，还有学者提出在现行《继承法》规定的五种形式以外再增加秘密遗嘱形式。但通过对中日两国遗嘱实务进行实证分析可以看出，应当明文否定共同遗嘱等自设形式，同时秘密遗嘱不符合我国国情，而在规定了秘密遗嘱的日本，该形式已经受到学者废除的呼吁，因其实质是自书遗嘱。因此，在对遗嘱形式要件予以完善时，应当维持现行的五种形式，但需细化五种遗嘱形式的要件，以便于司法确认立遗嘱人的真意，实现立遗嘱人的终意。

由 *testatio mentis* 一词而来的遗嘱，作为一个处理后财产归属的单方民事意思表示，遗嘱具有死后生效的特点，但对于其是否为立遗嘱人的真实意思，各国法律都通过规定遗嘱的形式和实质要件来确认，以达到尊重死者终意的目的。我国现行《继承法》规定了遗嘱的五种形式，但除此之外的形式是否有效、是否应当增加其他形式，是学界较为关心的问题。在我国民法典的立法建议中，学者们亦提出了各自的立法建议，笔者拟从中日比较法的角度，结合中日审判实务，论述我国形式要件的认定及完善，以期为今后继承法的修改尽绵薄之力。

一、遗嘱形式要件的认定

我国现行《继承法》第17条规定了五种形式的遗嘱，相比而言，日本法将遗嘱分为普通方式的三种和特别方式的四种，共计七种。普通方式包括自书遗嘱、公证遗嘱、秘密遗嘱，是继受了法国法；特别方式的遗嘱包括危急时遗嘱和隔绝地遗嘱两种，而危急时遗嘱包括死亡危急时遗嘱和海难时遗嘱；隔绝地遗嘱包括传染病隔离时遗嘱和在船时遗嘱。[1]特别方式的遗嘱是受到瑞士和西班牙法律的影响。但日本民法自1898年实施以来近120年，上述海难时遗嘱和隔绝地遗嘱几乎没有得到利用，可以说在上述遗嘱形式中，公证遗嘱和自书遗嘱是最为人们熟知、利用频率最高的。在日本，公证遗嘱由1999年的57710件增加到2008年的76436件，增加了1.32倍。自书遗嘱的检定数量由2000年的10251件增加到2009年的13962件，增加了1.36倍。而秘密遗嘱和危急时遗嘱的利用则一年只有数十件。[2]

由此可见，中日在遗嘱形式上共同的有公证遗嘱、自书遗嘱和口头遗嘱三种形式。鉴于日本的秘密遗嘱既可以是自书的也可以是代书的，可认为代书遗嘱也是日本法上规定的遗嘱形式之一；但录音遗嘱则不为日本法所认可，笔者认为，这和日本民法立法时间（1898年制定，1947年修改了继承编）较早有关，而2009年5月修订的《韩国民法典》第1067条则规定了录音遗嘱，“录音遗嘱，由遗嘱人口述口头遗嘱目的、姓名及年月日，并由见证人口述遗嘱的正确性及其姓名”。[3]对此，笔者拟从比较法的角度探讨公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱等要件的认定。

（一）公证遗嘱的要件

我国仅在《继承法》第17条第一款规定：“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理”，无任何相关要件的规定，直到2000年3月1日司法部部长办公会议才通过颁布了公证遗嘱细则，于同年7月1日施行。根据该公证遗嘱细则的规定，出具公证遗嘱的程序要件为：1. 两名公证员，特殊情况下一名公证员，一名见证员，[4]实务中该见证员多为公证处工作人员；2. 单独询问遗嘱人；[5]3. 制作、宣读谈话笔录（第12条）。对于年老体弱、危重伤病人、聋哑盲人、间歇性精神病患者、弱智者，还应当录音或者录像（第16条）。但我国对遗嘱能力的要求为完全行为能力，该条中规定的弱智者是不符合出具公证遗嘱的条件，而间歇性精神病患者如果没有医生在场鉴定订立遗嘱时的精神状态，仅仅录音或录像是无法知道其精神状态的。

日本有关公证遗嘱的要件是在日本民法第969条明文规定的，公证遗嘱要求由见证人两名见证，制作顺序为：由立遗嘱人口述；公证员记录，宣读给立遗嘱人和见证人听；遗嘱人和见证人确认无误后各自签名盖章，但是，在遗嘱人无法签名盖章时，公证员记录下该事由可代其署名；最后，公证员注明形式合法后签名盖章。可见公证遗嘱的制作程序为上述重要的四个环节。仅从规定看，日本的公证遗嘱与我国之不同点在于除公证员以外，还要

求两名见证人，而公证员只须一名。但重要的区别在于司法实践对公证遗嘱的审查。

1. 对于第 969 条的“在遗嘱人无法签名盖章时，公证员记录下该事由可代其署名”的但书规定。日本最高裁判所在昭和 37 年（1962 年）6 月 8 日遗嘱人罹患胃癌，虽未丧失签名盖章的能力但公证员因担忧该遗嘱人在疲劳后导致病情恶化而未让其签名盖章，记录下原因的案件中，认定该情形符合第 969 条的但书规定，属于“遗嘱人无法签名盖章”的情形。[6]

2. 对于“口述”的要件。日本最高裁判所在昭和 51 年（1976 年）1 月 16 日对于因肝脏恶化而住院的遗嘱人在公证员询问时仅点头而未答一句的公证遗嘱认定为无效，理由为不符合“口述”这一要件。[7]再者，广岛高等法院在平成 10 年（1998 年）9 月 4 日认定遗嘱人表达不清的公证遗嘱为无效。在该案中，遗嘱人对公证员说“我的所有财产由母亲处理，希望按照我说的做，拜托 C（遗嘱人的妹夫）了”，公证员没有再向有四个孩子的遗嘱人进一步确认，因此，本案的公证遗嘱不能认定为是基于遗嘱人的真实意思表示、确为自由而明确的意思表示的口述方式。[8]

3. 对于见证人的资格要求。日本最高裁判所在昭和 55 年 12 月 4 日就遗嘱人的盲人侄子为见证人的案件中，以盲人并非民法第 974 条[9]规定的见证人欠缺者、并非不能履行见证人的职责为由维持了二审认定公证遗嘱有效的判决；[10]日本最高裁判所又在平成 13 年（2001 年）3 月 27 日对两名合格见证人在场，同时，受遗赠人长女这一利害关系人也在场而制作的公证遗嘱的效力问题的案件中认为，“由于该长女的在场不能左右本案遗嘱的内容，没有妨碍遗嘱人基于真实的意思立遗嘱”，故该公证遗嘱有效。但学说认为，在本案立遗嘱时有 3 名见证人在场，其中 1 名为欠缺见证人，则遗嘱当为无效。[11]

4. 对于两名见证人的人数要求。日本最高裁判所在昭和 52 年 6 月 14 日就一名见证人迟到未听到口述，仅听到公证员读笔录、遗嘱人点头的案件中，以“见证人没有充分确认遗嘱人的真实意思”为由，认定公证遗嘱无效。[12]但日本最高裁判所在平成 10 年 3 月 13 日在两名见证人在医院参与了立遗嘱人口述、签名、公证员记录制作公证遗嘱的全过程后因立遗嘱人印章不在，由他人取来盖章时只有一个见证人在场，另一个见证人在会见室而不在现场，盖章结束后由公证员告知该见证人立遗嘱人已经盖章的案件中，认定该遗嘱有效，理由是，虽然本案遗嘱公证的制作方式有瑕疵，但鉴于立遗嘱人“并没有推翻以前的想法，再者，本案的遗嘱公证没有违反遗嘱人的意思”，所以，没有理由否认该公证遗嘱的效力。[13]

但我国在司法实践中，从遗嘱公证书载明的内容，只能看出公证机构对立遗嘱人的真实意思和签名真实性的确认，是否严格遵循了公证遗嘱细则规定的程序则无从知悉，因此，法院只有对公证书实质内容的审查而无程序方面的审查。例如，在“李玉英诉苗抗征遗嘱继承纠纷案”中，[14]该案有前后两个不同的公证遗嘱，前一份内容为将遗产给原告（被继承人再婚妻子），后一份内容为将遗产给被告（被继承人之子），法院认定后一份公证遗嘱有效，仅从实体法看似无不妥，但因无对公证程序的审查，仅从时间角度来认定后一份遗嘱有效是不全面的。实践中，对于公证遗嘱法院只有在公证机关主动撤销的情形下才不予认可，这一方面与我国《继承法》中没有明文规定公证遗嘱的形式要件有直接关系，对于否认公证书，须是当事人提供相反证据，法官不会以司法部的公证遗嘱细则作为审查公证遗嘱是否程序合法的依据；另一方面，司法不审查公证书现象，不仅是公证遗嘱存在的问题，为此，对公证书进行司法裁判是有合理性及必要性的。[15]又鉴于公证遗嘱具有当事人死后生效这一特点，司法机关对公证程序的审查则更有必要。而从上述判例可见，日本的法院对公证遗嘱订立程序的依法审查还是较为严格的，公证遗嘱被认定无效的案例亦较为普遍，这和日本在民法中明文规定公证遗嘱的形式要件，要求司法予以审查有着重要的关系。因此，在我国《继承法》中应详细规定公证遗嘱的程序，要求在遗嘱公证书中反映出公证的程序以方便司法审查，否则将会出现公证行为替代了司法机关对遗嘱效力的确认行为。

（二）自书遗嘱

自书遗嘱是利用最多的遗嘱。我国《继承法》第 17 条第一款规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日”；日本民法第 968 条第一款亦有相同规定，[16]但该条第二款对自书遗嘱的修改作了规定，即立遗嘱人须在修改的地方签名并盖章，这正是我国《继承法》所没有规定的。从我国的司法实践来看，对自书遗嘱形式的争议多集中在是否为当事人自书或者立遗嘱人是否有订立遗嘱之能力，近年来集中在打印的遗嘱是否有效的问题，对此，日本的司法实践积累了大量判例。

1. 关于打印、复写等遗嘱的效力。日本判例对于“自书全文”要求能根据笔迹认定乃本人所书，由此才可保证遗嘱为遗嘱人之真实意思的表示，故打印的遗嘱不能认定为“自书”。[17]东京高等法院昭和 59 年（1984 年）3 月 22 日的二审判决维持了对于附件的不动产目录系立遗嘱人让他人打印而认定遗嘱为无效的一审判决，理由为“打印的上述不动产目录是本案遗嘱的重要组成部分，但非立遗嘱人自己打印，则上述遗嘱明显不能满足民法第 968 条第一款全文自书的要求”。[18]但自书是否要求全部为文字？在遗嘱人在遗嘱中将耕作图划线，将继承人的姓名分别写在线内的案件中，一审旭川家事法院在平成 14 年（2002 年）2 月 15 日的判决中认为，该遗嘱虽然是立遗嘱人的亲笔，但欠缺自书遗嘱的形式要件。但抗告审的札幌高等法院在平成 14 年（2002 年）4 月 26 日的决定中撤销了原审判决，理由为法条所规定的“全文”“并没有否定照片、图画以及一览表等，在遗嘱人用图时，图上附有自书的文字和标明的文字，或者使用了明显使与自书书面一体性的方法，从而能保证自书性即可”。[19]用印蓝纸复写方法制作的遗嘱被认定为非自书遗嘱。[20]一审、二审都认为，虽然可以做笔迹鉴定，但有较高的

伪造、变造的可能性，所以该慎重认定。再者，日本最高裁判所在昭和 62 年 10 月 8 日的判决中对于因疾病手抖无力书写，由他人扶住手书写的遗嘱的效力问题认为，要满足自书遗嘱的要件需要具备自书能力，且辅助者仅仅是帮助其寻找在纸上书写的正确位置，对于立遗嘱人的手写，辅助者仅仅是给予了力气上的支持，笔迹显示没有迹象证明辅助者介入了立遗嘱人的意思等，则符合自书的要件，为有效遗嘱。[21]

2. 对日期的要求。日期作为判断立遗嘱人遗嘱能力有无的依据，或者作为确定内容相互抵触的复数遗嘱的先后基准起着重要的作用，所以要求正确记载。同时，日期需要确定，不过例如第 47 次生日、2004 年儿童节也都是确定日期。日本最高裁判所在昭和 54 年（1979 年）5 月 31 日对载明的日期为“昭和四十壹年七月吉日”的自书遗嘱，以“该（吉）日非日历上的日期”为由认定该自书遗嘱无效，但学界多数认为只要有年月即可。[22]而仙台地方裁判所在昭和 50 年 2 月 27 日对于一件写有“昭和贰拾月三十”，旁边写有“九年三”却没有在订正处署名盖章的自书遗嘱，认定为无效。[23]再者，对于误写了立遗嘱的日期的情形，判例[24]认为只要能够判断其真实的日期，遗嘱就并非无效。该案的遗嘱人于昭和 48 年 10 月 21 日去世，其自书遗嘱的日期为“昭和 28 年 8 月 27 日”，由于遗嘱中载明遗嘱人在昭和 47 年刚结识了遗嘱执行律师，且查明该遗嘱是照抄了遗嘱执行律师于昭和 48 年 8 月交给遗嘱人的草稿，故日本最高裁判所认为“虽然该遗嘱的日期为误写但该误写是明显的，且可以容易地判断出正确的制作日期，应该不能左右遗嘱的效力”，从而驳回了原告要求认定遗嘱无效的主张。[25]

3. 对于签名、盖章及摁手印问题。日本的自书遗嘱强调立遗嘱人的签名和盖章，我国的习俗恰好相反，强调签名，不认可盖章。日本最高裁判所在平成元年（1989 年）2 月 16 日的判决中认定未盖章却按了拇指印的自书遗嘱有效。[26]签名盖章的位置按惯例在遗嘱书下方，但东京高等裁判所在平成 18 年（2006 年）10 月 25 日的判决中，认定了遗嘱书上只有日期而没有署名盖章，但署名盖章在装有遗嘱的信封背面，正面标明“遗嘱书”的遗嘱为有效，理由为遗嘱和信封乃一个整体。[27]

由上可见，细化自书遗嘱的要件，明确全文自书，日期可判断，修改需签字，签名以及摁手印的效力将是我国在完善自书遗嘱时需注意的问题。

（三）代书遗嘱及秘密遗嘱[28]

我国《继承法》第 17 条第三款规定的代书遗嘱的要件为“两个以上见证人”，见证人可为代书人，代书人、其他见证人和遗嘱人须签名。我国司法实践对签名的要求比较严格，例如，在“朱现凤与刘兵遗嘱继承纠纷上诉案”中，[29]代书律师当时未签名，在诉讼中出庭证实该遗嘱的真实性，解释了当时未签名的原因。一审法院认定该代书遗嘱有效，但二审法院根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 35 条的规定：“继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效”，否定了代书遗嘱的效力。只有立遗嘱人盖章而无立遗嘱人签名的代书遗嘱也被认定无效，在昆明市中级人民法院审理的二审继承案件中，法院认为，“有遗嘱人马秀图的私章，但无马秀图本人的签名，该遗嘱从形式上不符合我国《继承法》关于代书遗嘱应由遗嘱人签名的规定”，[30]从而认定代书遗嘱无效。该款未明文规定可摁手印，笔者认为应作扩大解释，认可摁手印和签字的效力相同。代书遗嘱的另一问题在于见证人和代书行为人可为一人，则对于代书行为的见证，实际只有一人。我国司法实践中有见证人不出庭导致代书遗嘱难以有效认定的案件，[31]对此，要解决代书遗嘱之风险，须详细规定代书遗嘱的程序，增加见证人。

日本法规定的秘密遗嘱可自书亦可由他人代书。该遗嘱要求立遗嘱人将遗嘱封存、在封口处盖章后，在公证员 1 名、见证人 2 名在场的情况下，陈述书写人的姓名、住址以及此为自己的自书（代书）遗嘱后，公证员在信封上注明该遗嘱提交的日期和立遗嘱人的上述声明，立遗嘱人和见证人签名盖章。由于该遗嘱的公证仅为形式公证，不对遗嘱的实质内容进行审查，因此，日本学界也有呼吁废止秘密遗嘱的观点。[32]但由此亦可见日本代书遗嘱的形式要件为“公证员 1 名、见证人 2 名”，这样的要求较我国法律规定的代书遗嘱的要求高，且可防止上述不作证之风险。不过，在日本，代书只存在于秘密遗嘱中，而秘密遗嘱若因形式欠缺导致无效后还可根据日本民法第 971 条[33]转换为有效的自书遗嘱，但若系代书则无法转换为有效，因代书遗嘱非日本法定遗嘱形式，如下述案例：日本最高裁判所在平成 14 年（2002 年）9 月 24 日的判决中认定了一封代书的秘密遗嘱无效。在该案中，立遗嘱人仅自书了遗嘱日期“平成十年十一月十五日”中的“十五”和姓名，其他内容均为立遗嘱人再婚妻子的儿媳 C 参照书上的遗嘱样式用打字机打的。立遗嘱人在医院在公证员和见证人 2 名的面前提出，声明为自己的遗嘱、系自己书写，制作成秘密遗嘱。后立遗嘱人与前妻的孩子诉请认定本案秘密遗嘱无效。鉴于该遗嘱为 C 打印，日本最高裁判所支持了下级法院认定无效的判决，认为“因为立遗嘱人没有对公证员表示本案遗嘱的书写人 C 的姓名和住址，因此，本案遗嘱欠缺民法第 970 条第一款第 3 项[34]规定的方式，故为无效”。[35]本家中立遗嘱人为 80 多岁的老人，原告亦提出其无立遗嘱能力问题的主张。

（四）口头遗嘱和特别遗嘱

我国《继承法》第 17 条第五款规定了口头遗嘱，订立口头遗嘱的前提为“遗嘱人在危急情况下”订立，要求有两名见证人，但在“危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效”。实践中，一方面因口头遗嘱的证据证明问题，另一方面因其前提为“危急情况”，故认定口头遗嘱有效的案例极少。

我国有关口头遗嘱的形式类似日本民法第 976 条规定的特别方式遗嘱。特别方式遗嘱有危急时遗嘱和隔绝地遗嘱两种。死亡危急时遗嘱是在立遗嘱人病危时，由见证人 3 人在场，其中一人执笔记录后，读给立遗嘱人和其

他见证人听或给他们阅读，再由各见证人签名盖章。该遗嘱在立遗嘱日之日起 20 日内必须由见证人或者利害关系人向家事法院提出确认请求，否则无效。该确认不是确定遗嘱的有效性自身，而是确认该遗嘱为立遗嘱人真实的意思表示；海难时遗嘱是在海难濒死时，由见证人 2 人在场，其中一人执笔记录后，由各见证人签名盖章。同样，该遗嘱在立遗嘱日之日起 20 日内必须由见证人或者利害关系人向家事法院提出确认请求，否则无效。关于隔绝地遗嘱，传染病隔离时遗嘱需要警察一名和见证人两人（第 977 条）；在船时遗嘱，需要船长或者事务员一名和见证人两名（第 978 条），由立遗嘱人制作遗嘱，立遗嘱人、见证人签字盖章（第 980 条）。隔绝地遗嘱不要求亲笔书写，但同样要求由见证人或者利害关系人向家事法院提出确认请求，否则无效，只是没有 20 日内的限制。由于特别方式的遗嘱是在无法利用普通遗嘱时的特别措施，在立遗嘱人能够通过普通方式立遗嘱时起生存 6 个月以上时，不产生效力（第 983 条）。可见，对于特别遗嘱方式，规定了效力存续期间。如此详细之规定，对完善我国口头遗嘱的形式要件也具有借鉴意义。

二、共同遗嘱之效力及遗嘱自设问题

我国现行《继承法》对遗嘱形式要件的规定较为粗线条，对第 17 条规定的五种形式以外的遗嘱形式是否有效没有明确规定，特别是共同遗嘱是否为法律认可的遗嘱形式，一直为学界所争议，实务界则因无明确的否定规定而不敢认定该种形式的遗嘱无效。相比之下，《日本民法典》第 960 条规定，遗嘱除法律规定的形式外均不得设立；同时第 975 条明文规定禁止两人以上者订立共同遗嘱。对此，笔者拟通过对共同遗嘱效力的论述，探讨遗嘱形式能否自设的问题。

（一）我国有关共同遗嘱的规定及争论

如上所述，我国《继承法》对共同遗嘱问题无任何规定，2000 年 7 月 1 日实施的《遗嘱公证细则》（以下简称“公证细则”）第 15 条规定：“遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的，公证处应当引导他们分别设立遗嘱”（第一款），“遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件”（第二款），可见，该规定对共同遗嘱的办理是有条件的，即在“遗嘱人坚持申请办理”时，要“明确遗嘱变更、撤销及生效的条件”，正如我国台湾地区学者所言：“盖遗嘱有绝对的自由性，其成立、消灭应独立为之。共同遗嘱妨碍遗嘱撤回之自由，而且就共同遗嘱人之意思亦易生疑义，自不宜承认共同遗嘱；而夫妻之人格各自独立，亦无为例外解释之必要”，[36]共同遗嘱无法解决遗嘱设立后的变更、撤销等问题，故公证细则以此为条件作为可办理的前提。但要求立遗嘱人在遗嘱中“明确遗嘱的变更、撤销及生效的条件”，笔者认为，这一方面违反了遗嘱自由的原则；另一方面没有明确在没有说清这些条件时却出具了的公证遗嘱是有效抑或无效的问题。

我国学界将共同遗嘱分为形式上的共同遗嘱和实质上的共同遗嘱。“形式意义的共同遗嘱又叫单纯的共同遗嘱，是指内容各自独立的两个或两个以上的遗嘱，记载于同一遗嘱书中”；[37]实质意义上的共同遗嘱“是指两个或两个以上遗嘱人将其共同一致的意思通过一个遗嘱表示出来，形成一个内容共同或相互关联的整体遗嘱”。[38]对共同遗嘱的认可问题，我国学界存在肯定与否定之对立分歧。否定共同遗嘱有效的理由主要为，共同遗嘱的订立、变更或撤销受到另一遗嘱人的制约，违反了遗嘱自由的原则，且遗嘱的实现过程容易出现障碍，特别是指定第三人为最终继承人或受遗赠人的；[39]肯定共同遗嘱效力的主要观点也集中在夫妻共同遗嘱上，主要理由为我国的夫妻财产共有制以及继承习惯，即父母双方过世后方继承。[40]但即使是主张肯定共同遗嘱效力的学者，亦主张在认可共同遗嘱的同时，对共同遗嘱的成立条件、生效与失效、变更与撤销等方面予以特别规范。[41]

学说的对立，也和大陆法系国家立法的对立有一定关系。《德国民法典》遗嘱章第 2064 条明文规定“被继承人只能亲自立遗嘱”，[42]但第 2265 条则允许配偶双方订立共同遗嘱；而《日本民法典》和《法国民法典》则明文禁止共同遗嘱。

（二）日本有关共同遗嘱的规定及判例

日本民法第 975 条规定，禁止两人以上者订立共同遗嘱。理由为，共同遗嘱妨碍了各遗嘱人意思表达的自由，制约了其中一人撤回的自由，还可能带来因为部分无效时的处理难等复杂的法律关系。[43]该规定继承了法国民法的规定，《法国民法典》第 968 条规定：“二人或数人不得用同一文书为第三人受益或者以相互处分遗产的名义订立遗嘱（testament conjoint，即共同遗嘱）”。[44]

日本的司法实践通过数个重要判例确立了对于共同遗嘱的认定，即须以双方的共同合意为要件的原则。日本最高裁判所在昭和 56 年（1981 年）9 月 11 日的判决[45]中维持了两审法院认定共同遗嘱无效的判决，该案中的立遗嘱人在将遗嘱的内容读给其妻听过、征得其妻的同意后立下一份由其主笔、签名并代其妻签名的共同遗嘱。但东京高等裁判所在昭和 57 年（1982 年）8 月 27 日的判决[46]中，对于虽署了夫妻二人之名，但妻子之名系丈夫擅自署上，且内容和妻子无任何关系的案件中，认定该遗嘱为丈夫的单独遗嘱，故为有效。最高裁判所在平成 5 年（1993 年）10 月 19 日的判决[37]中，对于用 4 张 B5 纸订成簿册的遗嘱，第一页为丈夫的签字盖章、第四页为妻子签字盖章的案件中认为，丈夫和妻子的遗嘱内容部分互不关联，两份遗嘱可以较容易地分离，故非共同遗嘱。可见，认定共同遗嘱需要实质意义上的“共同”，即需有共同立遗嘱人的合意。这样的认定标准和我国学的形式与实质的区分也是一致的。

三、完善遗嘱形式要件之建议

通过上述比较法的研究，对于我国《继承法》有关形式要件的完善规定，笔者建议：

（一）维持现有的五种遗嘱形式、明文规定不得自设遗嘱

1. 明文禁止共同遗嘱。笔者认为，禁止共同遗嘱的理论基础在于继承法上的遗嘱代理的禁止原则。民法学者多认为，遗嘱是遗嘱人的意思表示而成立的法律行为，兼具感情因素，则订立遗嘱时，必须亲力亲为，不得由他人代理。诚如史尚宽先生所言：“盖以遗嘱为自主独立的行为，性质上不适用代理之规定也”、[48]“所谓独立，即不许他人意思之补助或代理，并不须与他人之意思会同而为之”、[49]“遗嘱人与有关亲属之间的感情和遗嘱人的愿望，具有强烈的感情色彩，必须由遗嘱人亲自进行，不得代理”。[50]大陆法系国家除德国民法允许配偶双方订立共同遗嘱外，均禁止共同遗嘱；我国《继承法》虽无明文规定，但由该法规定的五种遗嘱形式亦可见遗嘱的订立须亲力亲为。

我国学界主张肯定夫妻共同遗嘱的主要理由为我国传统的一般夫妻共同财产制以及父母双方过世后方继承的习惯。但笔者认为，2001年《婚姻法》的修改增加了1980年《婚姻法》所未规定的婚后特有财产制，而2011年8月13日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》则更进一步明确了婚后特有财产的范围。诚如我国台湾地区学者林秀雄指出的“以共同财产制为原则之国家，将共同财产之范围，尽量限定于职业所得，而扩大夫妻独自之财产。因此，今日各国之夫妻财产制，严格言之，既非单纯的分别财产制，亦非单纯之共同财产制”，[51]可见，夫妻共同财产制的变化发展导致肯定共同遗嘱效力的重要理由已经失去了法律的根本，同时，随着离婚率和再婚率的上升[52]也带来家庭关系的复杂，因此，再立法承认共同遗嘱已无必要。

在学界的立法草案中，有关共同遗嘱的问题，王利明主编的《中国民法典草案建议稿及说明》（以下简称“王利明建议稿”）第597条明确规定不承认共同遗嘱；[53]梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》（以下简称“梁慧星建议稿”）无“王利明建议稿”之明确规定，但在第1861条规定了遗嘱代理的禁止；[54]徐国栋主编的《绿色民法典草案》仅承认夫妻共同遗嘱，但规定“应采取夫妻共同自书遗嘱的形式”。[55]如果要求夫妻共同自书遗嘱，则为形式上的共同遗嘱，而非实质上的共同遗嘱，可见上述草案都基本站在否定共同遗嘱的观点上。

2. 不需增加秘密遗嘱。我国现行《继承法》无秘密遗嘱之规定，学界的草案建议稿中有增加秘密遗嘱之观点，[56]笔者通过上述对日本秘密遗嘱的考察，认为实无增加之必要。如上论述，在规定了秘密遗嘱形式的日本，该遗嘱形式一方面利用率不高，更重要的是，鉴于其实质上与自书或者代书遗嘱并无区别，亦遭到日本学者予以废止的批判，为此，我国实无必要重蹈覆辙。同时，如“王利明建议稿”附理由中所述，秘密遗嘱的方式“与我国国情不符”，[57]因在秘密遗嘱中公证员只作形式公证，不作实质公证；而我国对公证员公证的遗嘱要求的是实质性公证。现有的五种形式的遗嘱已经涵盖了遗嘱的形式，只是既认可录音遗嘱，则随着技术的发展，亦可增加录像遗嘱。“王利明建议稿”在遗嘱方式中也建议“遗嘱人非依下列方式不得订立遗嘱：（一）公证遗嘱；（二）自书遗嘱；（三）代书遗嘱；（四）录音录像遗嘱；（五）口头遗嘱”（第596条）。如此建议的理由为“本建议稿特在保留传统遗嘱形式的基础上，对遗嘱形式的要求进行细化，并且明确禁止共同遗嘱以维持遗嘱是单方行为的特点”。[58]“梁慧星建议稿”在遗嘱形式方面也建议“设立遗嘱可以采用公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱等法律规定的形式为之”（第1868条）。[59]两建议稿相比，后者的形式与现行《继承法》一致，前者增加了“录像遗嘱”，且仅限该五种形式，都无遗嘱形式的增加。笔者赞成“王利明建议稿”，应当明文规定除法定形式以外不得自创形式，对共同遗嘱和遗嘱契约不予认可，以便于确认立遗嘱人的真意。

（二）细化各遗嘱形式要件

完善、细化对各遗嘱形式要件的规定是立法必不可少的作业，对此笔者建议：

1. 对于自书遗嘱，将第17条第二款修改为：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。修改之处必须签字或盖章，注明年、月、日”，并增加“由两个以上见证人在场见证遗嘱人亲自打印过程的，可认定为自书遗嘱，见证人须签名并注明由遗嘱人亲自打印”。

2. 对于代书遗嘱，将第17条第三款修改为：“遗嘱人口述，他人记录或打印的遗嘱为代书遗嘱。代书人在记录或打印后应当向立遗嘱人阅读记录或打印的遗嘱内容。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证、注明年、月、日，并由代书人、见证人签名，遗嘱人签名或按手印。”即增加关于代书人阅读遗嘱内容并在遗嘱最后注明的程序要求，将打印的遗嘱作为代书遗嘱规范，同时增加规定代书人不得为见证人以监督代书行为。

3. 对于录音录像遗嘱，将第17条第四款修改为：“遗嘱人可以自己或他人录音、录像的形式订立遗嘱。录音录像遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，但录音录像人不得为见证人。录音中须录下见证人的姓名、录像中须录下见证人，并须录下录音录像的制作年月日。录制完毕，须将磁带、DVD等录音录像载体封存，由录音录像人、见证人共同在封口处签名，注明年月日”。

4. 对于口头遗嘱，可参考我国台湾地区的口授遗嘱，要求即使在紧急情况下也须以书面形式或者录音形式记录。[60]要求两位见证人在场，可用代书或者录音方式留存，因无任何记录常常导致法院认定困难，特别是现在手机普及的今日，录音较为方便；同时参考日本危急时遗嘱的规定，设立口头遗嘱的有效时间，日本规定为6个月，我国学者有建议两周的。[61]故建议将第17条第五款修改为：“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有三个以上见证人在场见证，其中一人须以书面或录音记录。口头遗嘱在危急情况解除后15日内失效。”

5. 对于公证遗嘱, 据统计显示, 1998 年全国公证遗嘱的件数为 38288 件, [62]到 2008 年为 93169 件, 2009 年为 94813 件, [63]10 年来增加了近 2.5 倍。因此, 有必要将细则的规定要件立法化, 从而更好地规范公证遗嘱的订立程序和要件, 增加司法对公证遗嘱程序的审查。有必要将司法部公证细则中合法的程序订入《继承法》, 加强司法对公证遗嘱程序的审查。故建议将第 17 条第一款修改为: “公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。公证自书遗嘱的, 须由遗嘱人在两名公证员面前书写遗嘱, 签名; 由遗嘱人口述、公证员记录, , 遗嘱后公证的, 须有两名见证人在场见证。公证员须录音和摄像遗嘱的制作过程。公证机构有义务提供公证过程的材料。”同时增加“前款的见证人除不得为《继承法》第 18 条规定之人以外, 还不得为公证人的配偶、三代以内的亲属、书记人员以及雇佣人员”。

遗嘱形式要件的完善, 对确认死者的真实意思有着极其重要的意义, 因此, 总结我国司法实践的经验及他国的司法经验, 对遗嘱形式要件的认定、完善遗嘱形式要件的规定有着极其重要的作用。当然, 遗嘱形式的有效, 还涉及代书人及见证人之不得欠格, 对此, 囿于篇幅, 将另行文论述。

注释:

[1][日]二宫周平:《家族法》, 新政社 2005 年版, 第 384 页。

[2]该内容来源于日本立命馆大学家族法教授本山敦 2011 年 5 月 4 日在南京师范大学法学院的讲座稿。

[3]《韩国最新民法典》, 崔吉子译, 北京大学出版社 2010 年版, 第 268 页。

[4]公证细则第 6 条规定: “遗嘱公证应当由两名公证人员共同办理, 由其中一名公证员在公证书上署名。因特殊情况由一名公证员办理时, 应当有一名见证人在场, 见证人应当在遗嘱和笔录上签名。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”。

[5]公证人员应当询问遗嘱人, 询问时除见证人、翻译人员外, 其他人员一般不得在场。

[6]日本《民事判例集》第 16 卷第 7 号, 第 1293 页。

[7]日本《家庭裁判月報》第 28 卷第 7 号, 第 25 页。

[8]日本《判例時報》第 1684 号, 第 70 页。

[9]日本民法第 974 条是有关证人欠格的规定。

[10]日本《民事判例集》第 34 卷第 7 号, 第 835 页。

[11][日]本橋美智子:《要約遺言判例 100》, 学陽書房 2010 年版, 第 78 页。

[12]日本《家庭裁判月報》第 30 卷第 1 号, 第 69 页。

[13]日本《家庭裁判月報》第 50 卷第 10 号, 第 103 页。

[14]新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2007)乌中民一终字第 430 号。参见国家法官学院、中国人民大学法学院:《中国审判案例要览(2008 年民事审判案例卷)》, 中国人民大学出版社 2009 年版, 第 409 页。

[15]参见侯仰坤:《对公证书进行司法裁判的合理性及必要性》, 载《法律适用》2010 年第 2 期。

[16]日本民法第 968 条第一款: “以自书形式订立遗嘱的, 立遗嘱人须自书全文、日期和签名, 并盖章。”

[17]前引[1], 第 388 页。

[18]东京高判昭 59[1984]年 3 月 22 日, 日本《判例時報》第 1115 号, 第 103 页。

[19]日本《家庭裁判月報》第 54 卷第 10 号, 第 54 页。

[20]最判平 5[1993]年 10 月 19 日, 日本《判例時報》第 1477 号, 第 52 页。

[21]日本《家庭裁判月報》第 40 卷第 2 号, 第 164 页。

[22]前引[11], 第 31、32 页。

[23]日本《判例時報》第 804 号, 第 78 页。

[24]最判昭和 52 年 11 月 21 日, 载日本《家庭裁判月報》第 30 卷第 4 号, 第 91 页。

[25]日本《家庭裁判月報》第 30 卷第 4 号, 第 92 页。

[26]日本《民事判例集》第 43 卷第 2 号, 第 45 页; 日本《判例時報》第 1306 号, 第 3 页。

[27]日本《判例時報》第 1955 号, 第 41 页。

[28]国内学者也称其为密封遗嘱。

[29]《朱现凤与刘兵、云南建工第六建筑工程有限公司遗嘱继承纠纷案》, 载法律图书馆:<http://www.law-lib.com/cpws/cpwsml.asp?bbdw=&pages=2&tm1=%BC%CC%B3%D0&tm2=>, 访问时间: 2011 年 12 月 23 日。

[30]《杨桂英诉邢元寿遗产继承纠纷案》, 载《人民法院案例与评注》(民事一卷), 中国法制出版社 2006 年版, 第 3—38 页。

[31]石海朝、付鑫婧:《用证据说话: 婚姻家庭官司证据指导》, 法律出版社 2008 年版, 第 167、168 页。

[32]前引[1], 第 386 页。

[33]日本民法第 971 条规定: “以秘密遗嘱方式订立的遗嘱, 即使欠缺前条规定的方式, 但若具备第 968 条规定的方式时, 可作为有效的自书遗嘱。”

[34]日本民法第 970 条第一款第 3 项规定: “立遗嘱人应当在公证员一人以及两个以上的证人面前提交秘密遗嘱,

陈述此为自己的遗嘱以及立遗嘱人的姓名以及住址。”

[35]日本《家庭裁判月報》第55卷第3号，第72页。

[36]陈琪炎、黄宗乐、郭振恭：《民法继承法新论》，三民书局印行，第307页，转引自吴英姿：《论共同遗嘱》，载《南京大学法律评论》1996年春季号。

[37]麻昌华、曹诗权：《共同遗嘱的认定与构建》，载《法商研究》1999年第1期。

[38]前引[37]。

[39]前引[37]。

[40]参见前引[36]吴英姿文。

[41]参见前引[36]吴英姿文。

[42]《德国民法典》（第三版），陈卫佐译注，法律出版社2010年版，第579页。本论文所涉及的德国民法均引自该书

[43]前引[1]，第392页。

[44]《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第272页。

[45]日本《民事判例集》第35卷第6号，第1013页；日本《判例時報》第1023号，第175页。

[46]日本《判例時報》第1055号，第60页。

[47]日本《判例時報》第1477号，第52页。

[48]史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000年版，第407页。

[49]前引[48]，第398页。

[50]张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社1999年版，第238页。

[51]林秀雄：《夫妻财产制之研究》，中国政法大学出版社2001年版，第6页。

[52]据统计数据显示，中国的离婚率和再婚人数逐年增加，详细参见中华人民共和国国家统计局：《中国统计年鉴》，中国统计出版社2010年版，第907页。

[53]王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版，第376页。

[54]梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第375页。

[55]徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第232页。

[56]张玉敏主持的《中国继承法立法建议稿》在第40条第一款现有五种遗嘱形式中增加了“密封”形式订立的遗嘱。参见张玉敏主编：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社2006年版，第12页。徐国栋主持的绿色民法典草案亦对密封遗嘱作了详细规定，前引[55]，第236、237页。

[57]王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由（人格权编、婚姻家庭编、继承编）》，法律出版社2005年版，第531页。

[58]前引[53]，第86页。

[59]前引[54]，第376页。

[60]参见吴国平：《海峡两岸遗嘱形式及效力规则比较与大陆相关立法之重构》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》第33卷第1期。

[61]在“王利明建议稿”和“张玉敏建议稿”中都有口头遗嘱有效期间的规定。

[62]中华人民共和国国家统计局：《中国统计年鉴》，中国统计出版社2000年版，第748页。

[63]前引[52]中华人民共和国国家统计局书，第887页。

认真对待民法中的身份 ——我国身份法研究之反思

2013-4-8 张作华 中南财经政法大学 副教授

上传时间：2013-4-8

关键词：身份；民法体系；伦理秩序

内容提要：当今的私法研究以财产私法为重，而身份私法相对薄弱。身份法基本理论研究的式微源于学界对身份法的历史偏见、财产法优位主义以及民事立法理念的片面继受等因素。民法体系的逻辑完足、民法典的最终成就、当代中国社会生活现实对身份利益保护与救济的需求，都需要我们认真对待民法领域的身份问题。身份法研究既要追求身份关系的制度构建与伦理秩序原理间的协调与平衡，又应致力于身份制度与民法整体制度的逻辑融合，还要为现代亲属身份生活领域的利益纠纷化解提供理论基础。

一、引言

“身份”作为主体在一个特定社会或群体中所处的位置或资格，广泛存在于社会生活的各个领域。每个社会个体或组织体都会有一个或多个社会“身份”。可以说，现代社会的身份、身份关系无处不在。政治国家需要藉由身份关系来组织管理社会、谋求社会秩序，譬如公务员制度、户籍制度、身份证制度的功能意义。而且，有时一个主体在社会中的身份地位还关涉其资源的占有份额、利益的分配依据，诸如财产继承制度、薪金制度、社会福

利制度。而且，无论社会形态发生怎样的变迁或更迭，身份在伦理秩序领域的存在意义始终未曾缺失过。梅因所谓社会“从身份到契约”的进步运动，[1]96-97只揭示了个体的法律人格和社会地位从古代到近代发生革命性转变，但梅因的断言并不意味着身份的消亡（注：有教科书在介绍梅因这一断言时认为，“这显然是对人类发展史的曲解”。参见张宏生：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第381页。）。

民法为典型的私法，调整平等主体之间的人身关系和财产关系。私法可分为“身份私法”与“财产私法”。身份私法主要指规范和调整婚姻家庭领域基于亲属身份地位产生的相关权利义务关系的法律，而财产私法则主要关乎私生活领域财产归属与财产流通过程中的相关权利义务关系。自罗马法以来，民法就将亲属法上的身份关系纳入其调整对象，它包括家长与家属间的身份关系、父母与子女的身份关系、夫与妻的身份关系。民法学主要关注“私”的身份问题，而公民身份、社会身份、身份犯罪中的身份都不是民法学所要研究的身份。当代中国私法制度建设中，财产法的理论研究和制度建设可谓成熟与发达，合同法、物权法、知识产权法、各类商法、侵权责任法等民法部门法在深入的理论研究基础上，已经逐步形成完备的财产法体系。人格法也因为现代人自身人格意识的觉醒而呈勃兴之势。而相比之下，身份法部分的理论研究和立法实践，还相当薄弱（注：2010年生效的《侵权责任法》作为民事权利保护与救济的专门法、一般法，对亲属身份权是否作为调整对象，态度暧昧，仅将监护权明确纳入保护范围，而监护权又非严格意义的身份权），尤其是身份法与传统民法的逻辑关联，尚未见充足的论说（注：由于法制继受的历史背景和立法政策等因素，现行《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等是否应归于民法以及如何成为民法的一部分，仍然是一个不断被讨论的问题。参见雷春红：《论亲属法在我国未来民法典中的地位》，载陈小君主编《私法研究》（第9卷），法律出版社2010年版，第263页。）。民法体系的逻辑完足、民法典的最终成就、当代中国社会现实生活对身份关系保护与救济的需求，都需要我们认真对待民法领域的身份问题。

二、身份法研究之现状解析：观念变革与法律继受

在我国改革开放前，如果说存在“私法”，那也仅指“身份私法”，绝无“财产私法”之余地。改革开放与经济转轨带来观念变迁，财产私法日渐强盛，当今的私法研究显然以财产私法为重，而身份私法则日渐式微。“盖因财产法理论及经济学之普及极大促进了财产私法的繁荣。”[2]自序在近年来各种法学研究综述中，有关亲属身份法研究的论文数量和所载期刊档次都远不如财产法的研究；[3]各类法学研究获批的课题立项中，亲属身份法的份额也是寥寥无几（注：例如，2011年立项的中国法学会部级法学研究课题中，就没有一项涉及身份法研究。参见“2011年度中国法学会部级法学研究课题立项公告”，http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=126&InfoID=4138，2011-5-25；2011年立项的国家社科基金资助项目中只有一项以此为主题的法学项目。）。而且，现有的民法研究论文或研究课题也很少有围绕身份法基本理论而展开的。[4]中国民法学领域中财产法繁荣与身份法薄弱形成鲜明对比，个中原因，值得我们认真反思。

（一）身份法研究背负着沉重的历史包袱

法制史上身份法的封建糟粕导致现代民法学研究存在意识形态偏见。在古代西方社会未曾从“身份”进步到“契约”之前，身份法的地位在法制史上优于财产法。众所周知，早期的罗马社会基本就是身份社会，罗马法的人法就是“身份法”，它担负着社会组织化的功能。[5]罗马法的人法实质上是一种人格法，其有关自然人身份的规则确定了人的一般法律地位，作为组织身份社会的基本法，具有公法的性质。而财产法不过是身份法的附属品，即身份确定是财产分配的前提，无身份即无人格；无人格即无财产。[6]罗马法将自然人的法律人格与身份“捆绑”在一起，统治者利用这一法律工具（亦可谓之政治工具）对被统治者进行“适格”判断，实现其统治所需的差序格局；更有甚者，罗马法将奴隶排除在人格判断之外，使之成为法律的“客体”。罗马法的身份人格显示出其反伦理性，也因此招致后世诟病。[7]等级森严的身份法建立后，社会财产的分配与经济利益的流动自然就以此为标准和依据。身份的高下，意味着人格的优劣、财产的多寡。直至中世纪，身份法仍归属于公法、社会组织法。中世纪的身份权是人身支配权、是专制权、是绝对权。身份社会几乎就是“封建社会”的别名！击碎身份社会的枷锁遂成为近代资产阶级革命的首要任务。于是在法律领域，从身份法到契约法的转变，标志着社会的进步。

在现代民法学理论与立法研究中，“身份”研究备受冷落，很大程度上源于社会大众及法律学者们对封建社会的身份制度抱有成见。不少学者和立法者将现代社会中身份概念及制度功能与中世纪以前的身份概念及制度功能相关联，从而在意识形态上排斥“身份”概念。因此，重提身份关系、身份权、身份法等概念，似乎具有“封建复辟”之嫌，关于“身份”的话语和研究几乎成为主流学者们的禁忌。也正因为如此，在现代民法内容体系中，尽管“人身关系”被立法明示为民法两大调整对象之一，但由于人格权的勃兴使得民法中“身份关系”内容被挤压在非常狭小的空间（注：学者们在谈及法律关系、法律行为、权利类型等概念时，针对身份关系、身份行为、身份权等要么寥寥数语，一笔带过，要么避而不谈。）。事实上，人类社会从“身份社会”进步运动到“契约社会”后，“身份”的内涵和社会功能已经发生了巨大变化。[8]91-92近代社会以来，民法不再具有社会组织化功能（该功能由宪法等基本法承担）。近代民法之人法，完全不同于罗马法之人法。近现代民法逐步成为主要规范婚姻家庭伦理秩序的身份法。因此，若要健全完整的民事法律理论体系，需要摒弃对“身份”的偏见与成见，从而改变身份法领域理论研究的薄弱现状。身份法的既往历史不应成为现代民法排斥、轻视其存在的理由。

（二）身份的民法学意义被遮蔽

现代社会中，“身份”的政治学意义、社会学意义湮灭了其法律学意义。在多数学者们的意识领域里，身份问

题是一个社会学或政治学命题。法学理论研究者多认为身份问题似乎不属于法律、尤其不是民法学研究的问题。政治学学者热衷于研究“公民身份”，认为公民身份比起其他各种社会身份，更能够满足人类的根本政治需求。[9]7 公民身份由公民的要素、政治的要素和社会的要素所组成，三种要素分别表明了公民身份所包含的三种权利：公民权利、政治权利和社会权利 [10]代译序。社会学者从政治社会学、社会哲学等角度对社会成员的“身份认同”展开研究，认为社会整合是由社会身份系统参与达成；身份系统的基本功能是对社会成员所处的位置和角色进行分类区分，通过赋予不同类别及角色以不同的权利、义务和责任，在群体的公共生活中形成“支配—服从”的社会秩序。社会身份是基于具体个人的自然属性和社会属性形成的身份，个体的社会角色成为其各种责任担当的依据。[11]3 政治学、社会学对“身份”问题给予了热切而深入的关注。相形之下，私法学领域的“身份”问题似乎无足轻重，进而“身份私法”的研究也似乎无所必要。然而，身份问题不是专属于政治学、社会学的领地，民法学在身份问题上并不是无所作为。民事生活领域中的婚姻家庭制度、知识产权制度、行为能力制度等都涉及个体的身份问题，其间主体的诸多身份利益都需要民法的关怀。

在涤除封建社会、奴隶社会“身份”的糟粕意义后，现代身份法存在的意义体现在对社会生活的组织管理、家庭伦理秩序的维护以及社会弱势群体的保护。只不过现代社会中，法律将承担社会组织管理与弱者保护功能的身份法主要交给公法规制（如宪法、行政法、新兴的社会法及一些特别法）；而仅仅将婚姻家庭领域的身份法纳入到民法的调整范围（即狭义的身份法）。

特别需要指出的是，民法学领域的身份问题与社会学领域的身份问题应有适当的界分，扩大化地理解私领域的“身份”可能也会弱化甚至遮蔽民法上的身份法特质。有民法学者基于近代社会契约与身份同时勃兴，大量的身份契约出现在新兴社团组织关系之中，个体通过契约重新组合，进入新的身份体，认为私人间法律关系的一些领域越来越多地通过身份关系来确定。[12]然而笔者认为，上述诸多新型身份体更确切地说是社会身份，而非严格意义的“私法”身份，它最多也只是现代民法社会化在主体制度上的体现。将民法视野中的“身份”社会化、一般化而交由私法调整，实乃民法（私法）不能承受之重！

（三）身份法研究遭受财产优位主义的干扰

民法的财产优位主义导致了学界对身份法研究的轻视。从发生学角度看，古代社会身份法既先于财产法，又优于财产法。从调整领域观察，古代社会身份法一般与财产法混同交织，并未俨然界分。但是近代以后，随着社会“从身份到契约”的进步运动，法律从一个极端走向另一个极端。资产阶级革命胜利后，首要任务是从物质基础上破除旧制度，从上层建筑、意识形态领域彰显物文主义（即“所有权神圣”），因此在民法制度的构建中，财产法便优先于并排斥着身份法，身份法沦为财产法的附庸（如知识产权制度、继承制度、夫妻财产制度、抚养监护制度等）。从立法上看，民法总则沦为财产法的通则，而财产行为制度几乎完全湮灭身份行为制度，最后遭致学者们对传统民法的“财产中心主义”、“物文主义”的批判。[13]正是传统民法的功利性、现实性、“物文性”（注：影响传统民法内容结构体系的两位经典德国法学家萨维尼和温德沙伊德对民法内容的描述，即对民法调整对象的概括均显示出对财产法的高度重视，其理论具有典型的物文主义色彩。参见徐国栋：《再论民法中人格法的公法性——兼论物文主义的技术根源》，《法学》2007年第4期。）导致在民法学领域财产法的理论研究深度和立法成熟度都远远超过身份法。就中国大陆而言，先前高度集中的计划经济体制下，私的“闪念”成为禁忌，私有财产无由产生，财产私法无用武之地。而上世纪80年代前后，中国开始实行经济体制改革，社会形态也开始转变。随着改革开放的不断深入，转轨中的中国更需“财产法”的支撑。因而，中国民法学理论研究顺应现实的需要，表现出对财产法领域的极大热情。相形之下，身份关系既为“观念的、本质的社会关系”，在理论上难有所发展。[2]自序中国民法学中的身份法研究被轻视、被忽略，也在情理之中。

民法的人本主义要求民法制度构建应以人际关系为基点。财产乃人之身外之物，但个体的人格要素和身份地位往往也影响其财产利益的产生、分配与享有；同时，个体基于其人格或身份也享有诸多重要的非物质利益。传统民法的财产优位主义应予以调整和纠正。随着国民人格意识的觉醒，人格利益的分化与多元化，我国民法人格权制度在理论层面和立法层面已经有了长足的发展，人格法已占据了民法应有的地位。这在一定程度上改变了传统民法学财产优位局面。然而，身份法的发展不仅没有在财产优位主义退让时有所进展，反而却因为人格法的欣欣向荣而偏居一隅。切实改变财产法的优位主义需要身份法的发达，身份关系法也就能获得其应有的民法地位，身份法研究的薄弱局面也就能得到根本改善。

（四）民事立法理念的片面继受

对民法理念的片面认识，使得我国在民事立法与理论研究中曾长期将身份法（即婚姻家庭法或亲属法）排除在民法大家庭之外，因而鲜有学者从私法角度认识和研究身份法。虽然传统大陆法系经典民法理论和立法均不否认家庭关系、亲属关系属于“私”的关系从而成为民法调整对象，但传统社会主义国家的“商品经济民法观”不仅使民法总则沦为财产法总则，而且也使得婚姻家庭法与民法难以融合。苏联民法理论试图将“人身财产关系”排除出民法调整对象范围，而将人身关系限制在知识产权主体的身份关系以及具体人格权关系，其实质即是将家庭法逐出民法（注：1961年的《苏俄民事立法纲要》第1条。参见中国人民大学苏联东欧研究所编译：《苏联和各加盟共和国立法纲要汇编》，法律出版社1982年版，第4页。）。按苏联民法理论，全部民事权利分为财产权利和人身非财产权利两类。其中，人身非财产权利又再分为与财产权有关的人身非财产权利和与财产权无关的人

人身非财产权利。人身非财产关系中不论是否与财产权利有关，均不包含身份关系的权利。这种安排形成了将民法与家庭法（亲属法或身份法）分离立法的“苏联模式”（注：1922年《苏俄民法典》第3条的表述表明，形式意义上的民法不调整土地关系、劳动关系和家庭关系，因为该三种关系均为“非商品关系”。这是通过德国学说的中介达成的对西塞罗开创的物文主义民法调整对象理论的接受。参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第56-57页；徐国栋：《再论人身关系——兼评民法总则条文建议稿第三条》，《律师世界》2003年第4期。）。新中国成立后的上世纪50年代，由于历史的姻缘际会，中国完全继受苏联关于民法调整对象的理论和立法实践。中国学术界曾有一种观点认为把婚姻家庭关系列入民法不合适，主张将婚姻亲属法作为独立的法律部门。[14]虽然《民法通则》已将“财产关系与人身关系”作为民法调整对象，将婚姻家庭关系和监护关系纳入民法并强调具体人格权的全面保护，逐渐背离了民法与身份法的分离模式，但商品经济民法观仍然根深蒂固，在当代中国民事立法实践中身份法被间接孤立。新中国诞生之前，革命根据地时期就已经有婚姻立法；1950年颁布实施的《婚姻法》是新中国成立之后的第一部正式制定法，它标志着中国亲属身份法作为独立的部门法而存在。1980年的《婚姻法》并未改变这一立法模式。尽管1986年《民法通则》从立法层面将婚姻家庭法纳入民法的内容体系，但实际上身份法与民法（主要是财产法）从理论研究和立法实践上，仍然貌合神离。譬如，1999年颁行的统一《合同法》第2条在定义“合同”时，将婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议排除在合同法的调整之外；2010年的《侵权责任法》第2条在列举本法所保护的权益类型时，也没有将身份权这一重要民事权利明确表述出来。如此一来，现实生活中大量出现的身份关系纠纷均无法获得民法的明确调整。

近半个世纪的中国民法理论与民事立法在域外继受和自我成长中日渐成熟，有关民法理念、民法调整对象、民法基本原则、民法内容体系以及民法法典化等方面渐趋统一并形成共识；溯源于古罗马法的西方近现代民法从内容到形式在中国内地的民法学界逐步得到公正评价和选择性认同。[15]在亲属身份法领域，应该切实端正对西方近现代亲属法的认识，从根本上消除苏联婚姻家庭立法理念的思维定势。只有这样，我们才可能将身份关系纳入民法基础理论和制度研究中来，在立法上完成婚姻家庭法向民法的实质回归。

三、身份法研究之价值取向：法律秩序与伦理秩序的融合与平衡

（一）亲属身份关系在本质上是人伦关系

大致而言，人类生活关系可区分为身份上的结合关系与财产上的结合关系。民事领域的生活关系还可分为人与人之间的关系及人与物的关系，前者包括债权债务关系与身份关系；后者主要指物权关系。在一般的日常生活中，财产关系与身份关系常常会相互交错发生，但二者在本质上却是截然不同的，其根本区别就在于：财产关系是一种目的的社会结合关系；而身份关系则是一种本质的社会结合关系（注：日本已故“身份法之父”中川善之助教授提出了“二元社会”观念，将人类社会的结合关系，分为“本质的社会结合”与“目的的社会结合”。本质的社会结合为“自然的（natural）”、“必然的（inevitable）”、“本质的（essential）”结合，是各成员“不得不结合”的、“全人格”的社会结合关系；反之，目的的社会结合系“作为的（positive）”、“便宜的（convenient）”、“目的的（objective）”结合，是各成员意欲的结合关系，是部分人格的社会结合关系。[日]中川善之助：《身分法の基礎理論》，（昭和14）岩波書店，第30页以下）。所谓“本质的社会结合关系”，系指基于人类之本性所必然之关系，它并不以利益追求为其结合目的（此为财产关系之本质），而是一种非权益的、非计算的、感情的结合关系。近代以降，国家观念愈强，家族、家的观念愈弱，亲属身份共同体只在有限范围内存在。梅因所倡之“由身份而契约”的社会演变趋势，只是说明身份法之主宰范围缩小，而财产法主宰范围则日益扩大，即并不意味着身份关系的消亡。

亲属身份关系在本质上具有人伦性。所谓人伦，源自于传统封建社会人伦关系，也就是君臣、父子、兄弟、夫妇、朋友这五种人伦关系，五伦关系涵盖了中国传统社会的所有人际关系，其特点就在于关系主体之间具有自然的、本质的、不得不的联系（注：中国传统法律文化以血缘为纽带，“五伦”之中，父子、兄弟是家族血缘联系；君臣、朋友是社会伦理关系；夫妇则是生理性的男女关系与生物性的血缘关系的同一；而君臣、朋友等社会伦理关系则是家族血缘关系的扩充与延伸，把本没有血缘关系的朋友、君臣关系，加以拟血缘化。参见樊浩：《中国伦理精神的现代构建》，江苏人民出版社1997年版，第22页。）。身份，也作“身分”，“分”就是在伦理关系、人伦秩序中的份位，即人伦地位；在人伦关系中，“伦”不同，“分”也就不同，进而个体的伦理权利与伦理义务也就不同。中国传统社会就是通过“伦”、“理”或“分”，来确立个人在人伦关系中的“名分”或“身份”，从而构建并维护封建统治者所需要的“身份社会”。身份关系，就是人伦关系。当社会从“身份社会”进步到“契约社会”后，这种反动的人伦身份秩序（即“三纲五常”）业已崩坏，但“君臣”不再，“尊卑”犹存，现代社会至少在亲属家庭领域，还保留着一定的人伦身份关系，即现代亲属法领域的夫妻关系、亲子关系、其他亲属关系，只不过其中男权社会的男尊女卑已经转变为现代社会的男女平等（如父子关系转化为父母子女关系）。罗马社会是身份社会，统治阶级通过身份法来组织和维持其所需的等级秩序社会。尽管现代亲属身份关系的封建意义、政治意义不复存在，但其伦理性依旧存在，不具有伦理性的亲属身份关系不可想象。现代社会仍然遵从辈分伦理、夫妻伦理；仍然讲究长幼有序、尊卑有别、名分有定。当然，一定社会之人伦秩序原理也会随时代、社会环境、社会观念的变化而发生变化，如婚姻的解消（离婚）经历了从禁止主义到放任主义的变迁。

亲属身份关系自身独特的人伦性质和特征，决定着身份法研究的对象范围、研究方法、价值理念等均不同于

民法的其他部门法研究。由于身份关系问题牵涉一个民族社会已有的伦理、道德、习惯，同时身份法的民族性与地域性也面临经济全球化、生活方式多元化的冲击，因此探求中国身份法自身的特质和内在规律性，需要从社会学的角度而不是单纯的法律关系角度进行研究，这样才可以使得法律方案具备一定的社会妥适性，从而提高身份制度的可接受性。据此，身份法研究应当从其与现代伦理秩序以及现存民法制度的关系维度上予以合理把握。与财产关系相比较，亲属身份关系具有本质上的人伦性、结合上的统体性、存续上的稳定性以及变动上的连带性。[16]67-78 身份关系的人伦性，具体体现在其维持上的支配性、关系要素上的定型化、法律化时的先在性等方面。亲属身份关系的这些本质特征，决定着亲属身份法与财产法基本理念与制度设置的差异性。身份法研究要追求身份关系的制度构建与伦理秩序原理间的协调与平衡。

（二）伦理秩序的法律化应保持必要的谦抑

1. 身份关系法中伦理秩序的“先在性”

一个国家或民族的身份伦理秩序一般是经过绵延不断的历史传承和沉淀而形成的。一个民族社会有哪些身份类型，各种身份关系的权利义务内容如何，均约定俗成。亲属身份共同生活关系秩序在其经营与维持上固然以人伦为其内在的规范原理，但毕竟亲属身份关系为社会关系的一部分，为维护社会秩序，则须按其要求程度，而有法律秩序化的必要。[17]11“法不入家门”已成为过时的观点。现代社会国家有必要对人伦生活关系领域进行法律化，以期获得整体社会生活的秩序化与一体化。但是，国家意志通过法律手段对人伦关系领域进行规制时，必须体现出有别于其他社会关系领域的规范理念。

针对伦理秩序的法律化，亲属法理论通说中存在“事实先在性”原理（注：所谓“事实先在性”（一说为“事实先行性”），系指法律之“事实”业已先行存在，而法规嗣后始加以追认者而言。此一概念最早由日本已故著名亲属法学者中川善之助教授提出。中川教授认为，身份法关系与财产法关系最大之不同者在于“事实先在性”之有无。正是因为身份关系具有事实先在性之特征，使得以变动身份关系为主要目的之“身份行为”与以变动财产关系为主要目的之“财产行为”间，存在着截然互异之性质，即身份行为仅具有“宣言（确认）性”之特征；而财产行为则具有“创设性”之特征。[日]中川善之助：《新订亲族法》，新订版，（昭和40）青林书院，第24页。）。 “事实先在性”原理要求法律及当事人尊重人伦秩序之“身份事实”。亲属的身份关系，本来就是自然形成的人伦秩序上之关系。亲属法上有关纯粹身份关系的规定，与其说是法律的规范，不如说是人伦秩序规范，即在人伦秩序上，该规范皆具有一定的“既定”性，应为各类亲属身份人所遵守。一个民族社会依然存在的伦理秩序，法律应该全盘接受而使之法律化。身份关系诸要素，即使受到法律的调整，也应该依据其传统的伦理秩序、道德习惯予以确定（注：刘得宽教授也认为，若视财产关系为“选择”的关系，身份关系则为“赋予”的关系。参见刘得宽：《民法总则》，中国政法大学出版社2006年版，第45页。）。先有身份伦理秩序规则，而后法律予以规范；而非先有法律，而后才有身份及身份关系。[18]4 国家意志对身份领域的介入，不是依据政策便利、经济效益等价值理念而“制定”身份法，而是充分尊重社会的人伦秩序而“认可”既定的身份关系规则，是对人伦秩序的绝对尊重。亲属身份关系即使被法律化后，仍不应该丧失其人伦秩序关系之特色。亲属的身份关系，既不允许立法者任意创设，也不准予当事人依效果意思变更；亲属身份关系有关法律规范，仅有确认作用而已，并无创设的效力。亲属身份的人伦秩序，一律都应该有其法律上的效果。[19]582-583 对于既成的身份生活事实（如事实婚姻、事实认领等），法律应该予以全面肯定解释并加以保护。对于法律未予规定者，但确属人伦秩序上存在的亲属身份关系，除其有违背人伦性者外，均应作全面的肯定解释。事实身份关系一旦形成，只要不违反社会之一般人伦秩序，法律就不应该断然否定其身份关系效果。[20]

当然，亲属的身份关系虽以人伦为其根基，但违反人伦性之亲属身份事实也有存在可能，如包二奶、蓄养童养媳、贩卖子女、重婚、相奸婚等皆是，对因此身份事实而产生的身份关系，法律自不应该认可其效力（至于认其为无效还是可撤销，法律除要考虑合人伦性外，还要考虑身份关系的安定性与稳定性），因为它们并非合乎人伦的“先在事实”。先在性与人伦性发生冲突，自应以人伦性为先。

2. 身份关系法中意思自治的有限性

私法的精髓在于意思自治，法律行为制度为私法自治提供了必要的法律工具。民法的主要功能不在于限制或干预民事主体的行为，而是赋予行为人所完成行为某种法的效力从而对主体行为进行引导。[21]34 法律行为之所以产生法律后果，不仅因为从事法律行为的当事人欲求这种效果，还因为法律规定和认可了这样的后果。一切法律行为的效力，均为法律所赋予。法律对自治行为效力的认可一般基于立法政策和一般价值取向。法律行为系私法自治的法律工具，同时也是国家意志强制干预和控制私人行为的管道。意思表示则是法律行为的核心。意思表示的内容在多大程度上与立法政策及普遍价值相一致，决定了私人意思自治的空间有多大；而立法政策与普遍价值对私人行为效力的认许与控制，必然也会影响意思自治的深度与广度。私法领域存在自治与强制之间此消彼长的紧张关系。

在民法领域，意思自治、伦理习俗与国家强制呈相互博弈状态，而且民法内部不同领域内存在状态不同的博弈情形。债权法、物权法、身份法等都存在公法强制因素，但由于各自内在性格的不同，强制力有程度或量的差别。在财产关系领域与身份关系领域存在着俨然有别的价值理念，因而自治与强制的博弈呈现不同样态。由于物权的自身特征及其对社会经济制度的重要影响，物权法领域的强制有较高的程度（注：物权关系当事人不能对权

利类型和内容进行自由创设，但他们依然享有对是否发生物权关系以及与何人发生物权关系的自由，有权按照自己的意志选择符合自己利益诉求的物权类型和内容。参见张晓娟：《在意思自治与法律强制之间——关于物权法定原则的思考》，载《现代法学》2007年第6期，第76-82页。）。物权法定原则使物权法具有了“强行法”的特征，其为物权法与债权法的根本区别所在（注：由于物权自身的绝对性、排他性，法律需要平衡考虑不特定义务人的信赖利益，从而保护交易安全和交易便捷。因此，各国民法几乎都规定了物权公示制度；而为了达到“公示公信”效果，物权法定原则成为必然。另外，财产支配关系向来关涉一个国家和社会的基本经济制度，公权力理应对此严加控制。）。在债权契约领域，却充分凸显了民法的自治理念，法律给予行为当事人尽量多的自治空间，合同自由是其最高原则。但这种自由仍然有其边界，如通过诚实信用、公序良俗、公益优先、安全效率、合同正义等宏观原则，对私人自治进行有限的控制。

就私主体的自治空间而言，在亲属身份法领域存在着高水平的“国家强制”。由于充分尊重人伦秩序的“先在性”以及追求身份法律关系的确定性与安定性，国家意志对亲属身份法领域干预的强度、深度及广度明显甚于财产法领域。亲属身份行为制度集中体现了国家强制力之存在。

亲属身份行为法效目标，是特定身份或身份关系。这种身份或身份关系是“法律之前的事实”，即在立法对之进行法律规范之前，有关“身份关系”业已“他在地”存在。一个社会、民族究竟有何种身份及身份生活类型、该身份关系的权利义务内容如何、该身份关系如何发生及如何终了等问题，均在人类为主观的法律认识之前，在人伦生活秩序上已经有所决定，此即身份关系的“定型化”。[19]125而财产关系之债权债务关系，为人造的、打算的利益结合关系，因而债权行为之内容可依当事人意志被充分塑造，即财产权义务关系是“法律之后的事实”。身份法律行为仍以意思表示为本质要素，但由于身份关系的“定型化”，导致身份行为的意思表示内容，仅限于行为人是否愿意形成或解消身份法律关系而已。行为人不能创设人伦秩序中不存在的身份种类；而且，亲属的身份关系如何发生、如何消灭、身份关系的内容如何等均在人伦秩序上已有所安排，不容许当事人以意思表示擅做决定。身份权利与义务为人伦秩序所赋予的“状态权”、“状态义务”，[19]594其内容涉及夫妻之间的同居、忠贞、扶助、家事代理；亲子之间的管教、遵从、抚养、赡养；近亲属之间的扶养、扶助等方面。身份关系主体之间的权利义务由人伦秩序、传统习俗所决定，并附着于特定的身份地位。国家对这些人伦关系予以法律化时一般也要对这些人伦秩序内容悉数加以确认。行为人欲进入或解消特定身份关系，只能对此权利义务“整体打包”地予以接受或者消除。身份行为各方当事人只能对这些人伦秩序上权利义务予以“附和”，不能依自由意思任意创设、增删、取舍。

虽然财产法领域的物权关系也具有“定型性”（即所谓“物权法定”）；债权债务关系也存在“标准条款”、“格式合同”等情形，但是，财产行为中的这种意思表示限制是为了交易秩序的安全性或便捷性，与“人伦性”无关（注：在物权法定主义下，物权行为的内容也受到相当限制，物权也具有“状态权”特征，物权行为人不能自由创设物权种类、物权内容、乃至物权的效力，但这些限制乃基于立法政策取向等外在的必要性。而亲属的身份权之状态权，乃是出于其内在的本质特征——人伦秩序的先在性。（参见陈棋炎：《亲属·继承法基本问题》，台湾三民书局1980年版，第594-595页）。身份关系的种类及其内容要素，既然为社会所先定和赋予的东西，身份行为人的意思表示中的法效意思其实就很简单了：进入或拒绝进入、保有或退出某一特定身份关系（注：与此不同，债权行为之“任意性”特征甚为明显，债权行为系典型的“设权行为”，行为人对债权与债务内容，甚至对债的类型（如设定无名合同）享有充分的意思自治。债权行为人对债的内容予以变更、对债的关系主体予以变动（如债权让与或债务承担），均能保持债之关系的“同一性”。参见孙森焱：《民法债编总论》，法律出版社2006年版，第827页。）。

虽然伦理秩序规则、共同生活事实对身份关系的成立极为重要，但当身份主体的意思自治与伦理纲常发生冲突，法律倾向于迁就一个国家民族的伦常，因此亲属身份领域的国家强制着眼于社会习俗、伦理道德的维护，而非私人自治的保障。如果说契约法领域体现了国家强制的“有限性”，身份法领域则体现私人自治的“有限性”。当然，身份法领域的国家干预无论多么强大，不会、也不应该导致身份法丧失其作为私法的自治品格（注：在私法领域，公权力的在场是必然的。一部法律有无公法干预或强制，与其是否属于私法范畴是两个不同性质的问题。）。

3. 身份关系法中国家意志的谦抑性

基于以上分析，在人伦秩序法律化过程中，针对个体的意思自治，身份法体现国家意志足够的强制性；而针对身份社会的人伦秩序而言，却要保持国家意志的宽容和谦抑。因此，身份法研究在致力于身份关系制度体系构建的同时，还要探求国家制定法干预身份伦理秩序的程度，研究如何保持国家强制力在身份法领域的谦抑性。国家制定法应该对这一“先在”人伦秩序予以充分的尊重，对亲属身份生活领域进行法律化时应该控制国家强制力介入的力度、深度和广度。这些问题应该在中国民事立法（尤其是身份立法）时引起理论界深入而广泛研究。

全国人大最近通过了《刑事诉讼法》修正案，其中引人注目的是吸收了古代中国法制中的“亲亲相隐”原则（注：孔子在《论语·子路》里曾说，“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”。中国历代立法者多肯定“亲亲相隐”原则。倡导亲友相互检举揭发与中国传统伦理中的“亲亲相隐”相悖。在中国古代，父亲犯罪如果儿子揭发，那儿子必须先受几十大板，而后才给父亲定罪。），免除被告人的配偶、父母和子女强制出庭作证的义务，也就是说，在刑事审理过程中立法不再倡导所谓的“大义灭亲”（注：根据2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，修正后的《刑事诉讼法》第180条规定：“经人民法

院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”但有疑问的是，该法第60条仍对公民的作证义务做了强制性的一般规定，而且刑法中也规定了包庇罪，这使得上述修正案的合理规定无法与之做到制度上的一贯与协调。然而刚刚公布实施的《婚姻法司法解释（三）》，将原先奉行的夫妻房产“推定”共有制，改变为“意定”共有制，结果导致一些夫妻争先恐后要求在房产证上加名字，引起了人们对这一修法活动的社会妥当性争论。这两个法律修正案带给我们的思考是：我们应该如何对待亲属身份关系？“亲亲相隐”或夫妻间财产归属，实质上涉及社会关系中最基础、最核心的人伦秩序。无论这次刑事诉讼法修改，还是婚姻法新司法解释，真正触及的是国家干预家庭关系的正当性和可行性问题。如果说免除近亲属出庭作证的义务，表明国家对人伦秩序的合理尊重，那么，削弱“同居共产制”似乎又体现了国家意志对人伦秩序的不当干预。世界各国之所以尊重人伦亲情，回避对亲属关系作过多干预，推崇家庭和婚姻稳定的价值，正是因为亲属身份关系乃制定法“独善其身”的调整对象，有着自身的特质和规律性。[22]不能借口社会从“身份到契约的进步”，将人伦生活秩序一概“契约化”。家庭乃社会细胞，一个民族国家正态的存续和发展，需要建立和维护其核心的人伦生活秩序——在这样的人伦秩序图景中，夫妻相濡以沫，老人颐享天年，父母竭力“护犊”，孩子知恩图报，亲人们同舟共济，婚姻家庭和谐稳定！

四、身份法研究之任务：民法典编纂和伦理生活规范

身份法研究应该主要围绕亲属身份领域（狭义的身份领域）内的基本概念、制度、原则、理念等方面，特别要研究身份行为、身份关系、身份权等核心制度，并关照民法总则部分相关概念，进行体系整合。一方面，即将提上日程的中国民法典制定工作，将如何接纳和安排诸如身份关系、身份行为、身份权等概念和制度，如何补正传统民法的总则内容和体系结构的逻辑缺陷，都需要民法学者们通过身份法研究课题予以回答。另一方面，现代社会的婚姻家庭伦理观念的多元变迁，使得与亲属身份关系相关联的民事纠纷呈现普遍化、多样化、复杂化特征，社会生活现实要求法律理论研究对有关身份问题作出相应的回应。身份法研究应担负起对我国民法制度建设和身份伦理秩序维护的双重使命。

（一）身份法研究与民法体系的科学构建

身份法研究应致力于亲属身份制度与民法整体制度的逻辑融合。如前所述，虽然学界对身份法的民法属性及其民法回归在应然层面上几近达成肯定性共识，但如何让亲属身份法合乎逻辑地融入现代民法体系之中，尚缺乏基础理论研究的铺垫。本文主张应该明确以“身份法”或“亲属身份法”作为民法独立的部门法名称，将其作为调整婚姻家庭领域的身份关系基本法，将婚姻法、亲子法、继承法、收养法、监护法等特别法整合于一体。同时，将亲属身份法纳入中国现代民法的逻辑体系中，从而科学构建中国民法典。民法调整对象理论以及民法总则制度可以为这种科学构建提供理论依据。

1. 身份关系与民法调整对象

法律以社会关系为调整对象，而任何社会关系都是人的结合关系。人类之所以为万物之灵，在于人类既有自然结合的需求，又有主动结合的能力。人类因为不同的目的需求而形成不同的结合形态：人类或因为“性”的需求而结合（诸如夫妻关系或同居关系）；或因为“种”的延续而结合（诸如夫妻、亲子关系）；或因为“群”的依赖而结合（“家”是最基本的群结合体；“国家”是最大的群结合体）；或因为经济利益而结合（诸如债的关系、或合伙、公司等社团关系）。理论认为法律部门的划分主要是依据调整对象的特征而进行的。民法调整私的结合关系。大致而言，私的关系可区分为身份上的结合关系与财产上的结合关系。据此，民法调整对象应该就是私主体之间的财产关系和人身关系。人身关系可以进一步划分为人格关系和身份关系。[23]107-108 传统民法的财产优位观念使得民法调整对象较多集中在财产关系领域，包括静态的财产关系和动态的财产关系。整个民法内容体系体现出明显的“物文主义”。现代民法加大了对人身关系的调整，从对财产的关注转向对人自身的关注。然而，这种转变基本上是伴随着现代社会人格意识的觉醒而发生的，主要体现为民法对人格利益、人格权的确认、保护与救济。因此，随着民法调整对象的转变，人身关系的兴旺仅仅表现为“人格关系”的兴旺，身份关系仍萎缩在民法的角落，备受冷落。作为人类私生活的重要领域，身份关系并未获得其应有的地位，民法在其调整对象上表现出“厚此薄彼”，民法大厦向财产法、人格权法倾斜。

若要真正落实民法调整对象理论，则身份关系既不能游离于民法体系之外，也不能被财产法遮蔽，更不能被财产法所吸收。虽然身份关系与财产关系均属于基本的民事法律关系，但二者存在明显的本质差异。身份关系与财产关系、进而身份法与民法总则的关系问题，经常构成身份法研究的困局。

缺失对民事主体之间身份关系进行调整的民法，必定是内容残缺的普通法。而散见于婚姻法、收养法、侵权责任法、婚姻登记条例、未成年人保护法、人身损害赔偿、精神损害赔偿司法解释的身份法律法规难以形成统一、明确的调整机制，也严重损害民法体系结构的科学性。

自然人之间基于特定亲属身份地位所形成的社会关系是否需要民法的调整，取决于这类关系是否与民事领域其他社会关系存在着某种共性。因此，只有在理论上对身份关系的内涵、本质、特征、类型等基本内容进行揭示和梳理，对身份关系的基本概念和制度进行科学构建，才能使得身份法在民法中自立。同时，只有通过身份关系的研究，才能合理调整和设置整个民法的内容结构体系。惟有如此，才能体现民法调整对象的完整性，使得财产关系、人格关系和身份关系构成民法大厦“三足鼎立”的态势。平等主体之间的财产关系、人格关系、身份关系

共同形成现代民法典内容体系的三大子项，民法调整对象“名不副实”的现状据此将得到改变。

2. 身份行为与民法典总则模式

尽管学界在中国民法典是否需要总则部分的问题上一直见仁见智，但在总体认识中，以大陆法系（尤其是德国法族）为路径依赖的中国民法学仍然要采总分的逻辑模式，意即中国民法典仍然要设立总则，这似乎是中国民法典化的宿命（注：1986年颁布实施的、长达20余年的《中华人民共和国民法通则》事实上已经提供了民法总则的雏形；而更长时间的民法教学与研究已经使得民法学人养成了“从一般到具体”的思维模式。民法总则的立法模式已基本形成，全国人大2002年底公布的中国民法典草案征求意见稿设置了总则编，1999年的《合同法》、2007年的《物权法》以及2010年的《侵权责任法》实际上也认可了总则编模式并以此为基础。反对民法总则模式的观点参见徐国栋：《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》，载徐国栋主编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第57页以下。）。学者们针对亲属身份法与民法的关系问题所进行的探讨，往往是在认可“民法总则为财产法通则”前提下所做的无奈努力。这种努力人为地割裂了民法理论与民法典化的必然联系，即民法内容包括身份法而民法典总则编并不涵盖身份法。而且，采取“身份法迁就总则（实为财产法通则）”的思路不可能圆满解决传统民法典的逻辑缺陷问题。如果将身份关系湮没在财产关系之中，身份关系实际上成为财产关系的附庸，这样无法获得对纯粹身份关系的本质认识。我们应当摒弃财产法先入为主的传统思维定势，以“民法总则系包括财产法与身份法在内的全部民法领域的一般准则”为前提，分析、检讨进而改造传统民法总则的基础性概念和制度，最终将身份法纳入民法总则的射程范围。中国民法典体系建设不仅要谋求亲属身份法的体系自足与独立，同时又要谋求身份法与财产法、人格法逻辑并存的整体架构（注：鉴于中国民法理论与实践对大陆法系民法传统具有深刻的依赖性，中国民法典体系建设需要总则模式的支撑。总则内容规定之“公因素”之多寡，并不影响其总则功能的发挥。民法总则部分作为财产法与身份法之共同规定所在，在技术上不存在障碍。对于身份法的民法典设计，可采取“民法总则之一般规定——身份法通则规定——具体身份关系特别规定”三个层次的设计方案，坚持遵循“从总到分、从一般到具体”的演绎逻辑，既能被民法合乎逻辑地容纳，又能维持自身独立品格。）。

民法总则的奠基石是法律行为制度。民法总则模式的存废需要论证法律行为在总则中的存废。法律行为是潘得克吞法学对民法体系化所作出的一大贡献。法律行为的重要价值在于它有很强的涵盖力与适用性，即法律行为可以涵盖任何一种以意思表示为要素的行为。但从实然层面看，法律行为的重要价值并未获得充分体现（注：德国民法中的法律行为，在理论上是通过对物权行为、债权行为以及身份行为抽象而成的。但物权行为在实用性方面存在的意义并不充足（一些继受国就没有接受物权行为理论）；而身份行为具有不同于财产行为的诸多特征，往往由亲属身份法作特别处理，一般不应适用总则之规定。）。“法律行为”似乎沦落为债权行为、甚至仅是契约行为的代位概念。[24]39-40要论证法律行为存在的合理性需要论证这一概念的功能价值能否实现，即能否成为物权行为、债权行为和身份行为等具体表意行为符合逻辑的再次抽象，至少要证成债权行为和身份行为有着某种逻辑重合点。然而，作为民法总则基石的“法律行为”，能否或多大程度涵摄并指导其下属概念“身份行为”，学者们并未给予足够的研究并提出合理的答案（注：不赞同德国民法总则模式的学者多认为法律行为制度仅仅是设计者为合同行为“量身定做”，建议将总则法律行为的规定移至财产法总则之中，这实际上否认了身份行为的法律行为属性。参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，《法学研究》2004年第6期。但或许德国总则模式之适用性弊端，不是由于这种逻辑形式本身存在缺陷，而是源于“法律行为”这一概念受创设者所处社会背景及其理性偏好局限而存在的缺陷。我们也可反向追问：“法律行为”概念和制度难道一定要局限于债权契约、合同行为吗？如果是法律行为概念本身的含义偏狭，将其进行合理扩张和改造，这一制度的适用性问题将迎刃而解。参见张作华：《传统法律行为理论的现代改造及体系重构——从“权利行为”到“关系行为”》，《法商研究》2009年第1期。）。

身份行为指自然人旨在创设或消解身份法律关系的意思表示行为。与债权行为一样，身份行为仍然要以意思表示为要素，同样是追求私法效果的表意行为。但主流身份法研究者认为，身份行为与法律行为俨然有别，即认为身份行为不是法律行为，其理由是构成财产法上法律行为之基本要素的“意思表示”与身份行为并无多少联系；“身份”在法律学上，是属于“意思表示以前”之概念；在人类社会生活上，有何种“身份”、而该“身份”应有之内容如何，皆无意思表示、效果意思干预之余地。[25]1-20传统亲属法学中有关身份行为的研究使得身份行为与民法总则的法律行为、进而身份法与民法的距离渐行渐远。

因此，如何设置总则内容、如何在技术上克服潘得克吞体系的弊端，关键在于建立身份行为与法律行为的合理的逻辑联系。只有找到身份行为与法律行为的逻辑联络（哪怕只是形式上），才能让法律行为合理涵摄包括身份行为在内的各类具体法律行为，民法总则及整个民法体系才能做到逻辑自足。这样，身份法才能寻找到重回民法家园的路径。人身关系才能与财产关系一道，共同撑起民法的完整大厦。否则，传统民法典及其总则，永远只是一件未完成的“伟大”作品（注：德国学者梅迪库斯（Diter Medicus）认为：“民法典的人法部分仅仅是一件未完成的作品。人们几乎不可能从这些规定中推断出一般性的结论。毋宁说，要研究这些规定，还必须考察我国法律制度中其他具有人法内容的领域，特别是《基本法》的基本权利部分、著作权法和商法。”[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第778页。）。

身份行为是否与其他类型的法律行为具有共性，决定着法律行为能否对整个民法领域具有合理的涵摄性，进

而决定民法总则的存在的合理性；而身份行为是否具有不同于其它类型法律行为的独特品格，则关系到身份法领域是否能够自成一体、独占民法一片天地。以身份行为的基本理论研究为切入点，从身份行为主体、身份行为内容、身份行为方式、身份行为能力以及身份行为效力等方面予以探索，有助于民法总则法律行为的相关内容规定的合理设计。

综上，如果承认身份法对现代社会生活秩序化、对中国民法法典化有着重要的现实意义，民法理论界就应该摒弃对“身份、身份关系、身份法”等概念和制度的偏见与成见，理性对待身份法的研究。研究者既要排除社会意识形态的干扰，又不能为财产法研究的定势思维所束缚。中国民法学人一直致力于通过中国民法法典化工程成就一部“伟大”的世界性民法典，而缺失逻辑完足、内容完整的身份法的民法典，不可能完成这一历史使命。

（二）身份法研究与伦理生活的秩序规范

法学理论研究应该服务于社会实践，为解决社会纠纷提供法理基础和立法依据。身份法研究要突显其社会实践意义。随着社会的变迁和婚姻家庭观念的转变以及国民权利意识的勃兴，司法实务中日益呈现有关亲属身份关系的纠纷问题，比如死者人格利益保护问题、亲属祭奠权问题、老年人监护问题、拐卖儿童问题、离婚父母对子女的探视权问题、夫妻同居请求权及忠实请求权问题、第三者侵害夫妻关系的救济问题、事实婚姻问题、非婚同居问题、夫妻生育权实现问题等等。中国社会现实生活已经通过日益增多的司法疑难案件向现代身份法发出呼唤。而已有的身份立法与理论研究不能满足现实社会的需要，司法实务累累陷入两难境地。

诸如此类的纠纷与问题属于纯粹的身份关系问题，即自然人基于特定的身份地位而享有的非财产性法益保护与救济问题。这些问题既涉及到亲属身份法调整范围问题，也涉及到身份利益请求权基础问题；既涉及到伦理秩序与法律秩序的协调问题，也涉及到身份法与其他民法部门法的衔接问题。研究现代身份关系基本问题，特别是从理论上充分论证有关身份权侵害的请求权基础，无疑有着非常重要而急迫的现实意义。我国现行的《民法通则》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等尚没有提供解决上述现实问题的合理途径。即使是作为民事权利保护基本法的《侵权责任法》，也没有对侵害身份权的情形提供明确的救济途径。我们既不能简单地将这些问题划入道德调整范围而听之任之，也不能教条地比照财产法的相关规定而削足适履。因此，身份法研究应该有其历史担当，从身份关系、身份权利义务的角度认真而正确地提出应对和处理方案。身份法研究应该着力于民法基本原则适用以及请求权基础理论，以便有效解决前述立法与司法实务的困局。

1. 建立公序良俗原则在身份法的适用机制

民事活动应该遵从社会公共秩序与善良风俗。传统民法，一般都在总则或总论中，将公序良俗作为民法的一个基本原则。公序良俗原则作为民法总则中的一般规定，能否在亲属身份法中适用，多数学者并未深入研究，已有的研究者也认识不一。公序良俗原则的适用问题实际关涉到民法总则与亲属身份法的关系问题。早期日本民法学说普遍认为，民法总则对亲属法与继承法当然适用，如身份行为的无效与撤销在亲属法上无明确规定的，应当适用民法总则的规定，梅谦次郎、富井政章、鸠山秀夫等代表人物均持此观点。但日本亲属身份法大师中川善之助先生根据其民法总则只是财产法总则的认定，以及财产法与亲属身份法的本质区别，坚持认为，亲属法上有特别规定的，适用特别规定；无特别规定的，则应类推适用亲属法的规定。[26]198-200 也有学者认为，亲属法中已将公序良俗予以具体明文化，因而对于身份行为应排除适用。

公序良俗是民法一以贯之的大原则，理应适用全部民事活动，任何民事法律行为的内容、方法、目的，都不得违背社会公共秩序与善良风俗。本文认为，即使民法总则只是财产法的总则，也不能一概否认其中的“公序良俗原则”对亲属身份法的适用。因为亲属身份关系本身就是人伦秩序上特定身份人之间的结合关系，而身份法就是人伦秩序的法律化。一个社会历史传统沉积而成的人伦秩序就是该社会公序良俗的当然重要的组成部分。作为一般私法原则的公序良俗理应适用于亲属身份法领域。即使亲属法已将公序良俗予以具体化、明文化，但缺漏之处在所难免；而且，一个社会所谓的“良俗”、“人伦规范”必然会随着社会的发展、观念的变化而发生变迁，因此，亲属身份法也需要通过公序良俗原则这一弹性规定对其进行补充、解释和发展。

通过公序良俗原则限制法律行为，始于罗马法，近现代各国民法都继承了这一观念。依《法国民法典》第6条的规定，公序良俗不过是对于契约自由原则的限制；而《德国民法典》中，公序良俗原则成了支配全部私法领域的基本原则，其第138条规定，“违反善良风俗的法律行为，无效”。

亲属身份领域之人伦秩序是重要的公序良俗，身份法应当基于公序良俗之维持或基于社会伦常之要求，对身份行为的有效性施加控制。任何违反公序良俗原则的法律行为应该予以效力的否定评价。至于违反公序良俗原则的身份行为之效力如何，则可考虑身份关系的终局性与稳定性特征，以及对人伦秩序违反的程度，判定为绝对无效或相对无效（即可撤销），而非如财产行为那样一律无效。

身份行为是否背俗一般是从行为的动机、行为的条件、方式手段等多方面斟酌认定。譬如，身份行为附条件或期限，现行法律并未对此作出明文禁止规定，则应以所附条件或期限有违公序良俗而否定其效力。有违人伦的人身关系或财产关系就是违背善良风俗的社会关系，应该受到法律的否定性评价，如卖身为奴或“典身救父”的协议、为维持婚外不正当两性关系的协议或遗嘱，均可因为违背公序良俗原则而无效。有些背俗行为若对第三人利益不产生重大影响，则是可撤销的行为，如日本民法将重婚、近亲结婚等违反良俗的婚姻规定为可撤销（《日本民法》第744条第一项）。

公序良俗原则作为民法总则之一般条款规定，是对私法自由裁量权的赋予，也是立法漏洞补充和法律解释的依据，内容具有较大弹性。在结婚、协议离婚、收养、协议终止收养、任意认领等典型的身份行为中，具有严重违反社会人伦纲常、普遍习惯风俗而应该否定其效力者，却无法被现行法律强制规定所涵盖时，才需要援用总则之公序良俗原则条款加以规制。因此，当一个身份行为，既违反了法律强制规定，也可能构成对公序良俗的违反（如一人同时与二人结婚），解释和适用上自然按照“内容不合法”处理。

2. 奠定亲属身份权益保护的请求权基础

学理上一般认为，民法确认和保护的民事权益包括权利与合法利益（法益），按照是否具有经济价值民事权益又可进一步分为财产权益与非财产权益。如果亲属身份领域存在着需要保护和救济的身份法益，法律就应该为此提供请求权基础。请求权基础系指当事人一方据此可向他方当事人有所主张的法律规范。〔27〕50从法律技术而言，请求权基础的建立可通过民法各权利分编明确界定各类具体民事权利和民事法益的内涵和外延，而在侵权责任编中，将民法所需保护的民事权利和利益进行概括式或列举式规定。民法中有关身份权或身份法益的规范就是亲属身份权益保护的请求权基础。

身份权益系指两个自然人之间基于一定的身份关系所产生并享有的法律上利益。狭义的身份权益仅限于婚姻家庭领域内亲属身份人之间互享之法益，如父母与子女、夫与妻、其他近亲属之间所存在的合法权益。身份权益二分为身份权与身份法益，身份利益被法律明确权利化则为“身份权”，其他身份利益已被法律纳入保护范围但尚未权利化则为身份法益（注：有学者认为，权利仅限于指称名义上被称为权利者，属于广义法益的核心部分，其余民法上的利益均称为其他法益。参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第136页。）。身份权益依据其利益类型可再分为纯粹身份权益与身份财产权益。侵害纯粹身份权益所生之损害一般为非财产上之损害，加害人所为之赔偿也仅为精神损害赔偿。毫无疑问，自然人基于特定的身份地位除了享有诸如继承权、被扶养权、经济帮助权等财产性权益之外，还享有许多纯粹的身份权益。纯粹身份权益遭受侵害者，权利人理应可依法主张精神损害赔偿。实务中有关死者人格利益保护问题、亲属祭奠权问题、老年人监护问题、拐卖儿童问题、离婚父母对子女的探视权问题、夫妻同居请求权及忠实请求权问题、第三者侵害夫妻关系的救济问题等均涉及到当事人纯粹亲属身份权益保护问题。

继受大陆法系民法传统的国家或地区，大多已通过民事立法或民法修正以及司法判例途径，奠定了身份权益保护的请求权规范基础。《德国民法典》第827条规定：以违背善良风俗的方式对他人故意造成损害的人，对他人负有赔偿损害的义务。我国台湾地区“民法”第184条和第195条对亲属身份法益保护提供了明确而完整的请求权基础（注：第184条：“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”第195条：“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操，或不法侵害其他人格法益而情节重大者，被害人虽非财产上之损害，亦得请求赔偿相当之金额。其名誉被侵害者，并得请求恢复名誉之适当处分。前项请求权，不得让与或继承。但以金额赔偿之请求权已依契约承诺，或已起诉者，不在此限。前二项规定，于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益而情节重大者，准用之。”)。日本审判实务也认可了夫或妻侵害配偶权以及第三者破坏婚姻生活共同体的不法性而予以侵权法救济。〔28〕法国、英国、美国等国针对侵权行为致人死亡明确了其近亲属身份权受到侵害的具体内容，如丧亲之痛、丧失陪伴等。〔29〕

反观我国内地法制，身份权益的立法保护几近空白，亲属身份权益保护的请求权基础基本上付之阙如。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第2条仅规定了非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人可以请求赔偿精神损害。尽管本条立法针对监护关系的保护，但本条所规定的请求权主体应解释为亲权人或亲属权人。这是笔者发现的中国内地立法有关亲属身份权益保护的请求权基础。《中华人民共和国侵权责任法》虽然将“民事权益”概括地纳入其保护范围，但是在随后的民事权利类型具体列举中未包含亲属身份关系领域中的典型身份权，该法仅确立了监护权保护的请求权基础（注：《中华人民共和国侵权责任法》第2条：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”)。但监护权性质上并非一种典型的民事权利（本质为职责），而且监护人与被监护人的关系并不是亲属法上的身份关系。〔30〕61因此，作为民事权利保护的基本法，《中华人民共和国侵权责任法》未能为身份权这类典型而重要的民事权利提供保护和救济机制。而《婚姻法》、《收养法》等特别法也缺失明确的身份权保护规定。

我国身份权救济机制的立法缺失与我国亲属身份权的理论研究薄弱和认识分歧有关。内地民法或亲属法理论对身份权的概念、性质、类型缺乏系统而权威的研究。已有的研究在身份权的内涵、身份权与人格权的区别、身份权的保护与救济等问题上认识不一。〔31〕譬如，鉴于现实生活出现诸多侵害已故近亲属人格利益的纠纷案件，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条专门规定了自然人死亡后其姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益遭受侵害而致其近亲属遭受精神痛苦的，其近亲属可以请求赔偿。本条规定表面上是对自然人死亡后的人格利益保护问题，但内在的法理基础在学界却众说纷纭，有死者利益延伸说、遗族利益维护说、社会利益维护说、死者近亲属利益保护说等多种观点。〔30〕55即使有学者正确地认

认识到该种侵权救济是对死者近亲属利益的保护，但请求权基础究竟是近亲属的人格权还是身份权，还存在模糊认识甚至错误认识（注：有学者认为对死者人格利益的保护可通过追究加害人对死者亲属一般人格权的侵权责任加以解决。参见张红：《死者人格精神利益保护、案例比较与法官造法》，《法商研究》2010年第4期。该学者通过判例法理论而不是从请求权基础理论提出解决方案，值得进一步商榷。）。侵害死者人格利益而产生的民事侵权责任应属于身份权的保护范畴。一个家庭或家族的社会评价是其亲属成员的社会评价共同形成的，反之，家庭或家族的社会评价也深刻影响甚至决定其个体亲属成员的社会评价，牵一发而动全身。因此，已故亲属的社会评价因其名誉、荣誉、隐私等人格利益遭侵害而减低，实际上的受害人就是已故之人的近亲属，其所受之损害就是家庭或家族社会评价减低而引起的精神痛苦。笔者认为，从身份关系角度出发寻求死者人格利益保护的请求权基础，不失为一种圆满而合理的解决机制。前述《解释》第7条还规定了自然人因侵权行为致死，其近亲属也可以提出精神损害赔偿诉求，该请求权基础也是身份权。其实该条文的适用范围可以扩大到包含近亲属受害致残情形。因为，加害人侵害自然人的身体致死或致残，都将侵害到受害人近亲属基于特定身份关系而享有的身份利益（如家破人亡、妻离子散），造成其精神极度痛苦之后果。如果该死亡人没有近亲属，也就意味着无人遭受损害，即使存在前述侵害事实，依据民法“有损害即有救济”以及“填补原则”，则无侵权责任问题。

现代社会生活中存在愈来愈多的其他侵害身份权情形并形成案件纠纷。如亲属或第三人剥夺或妨害自然人对已故近亲属悼念或祭奠的行为，就是侵害其身份权的表现。[32]这种对已故亲人的哀思与怀念之情，也是一种需要法律保护与救济的重要身份利益，可称之为亲属祭奠权。拐卖儿童涉及到对父母亲权的侵害；遗弃子女则构成对子女权的侵害；离婚父母一方或亲属阻挠另一方看望子女构成对探视权的侵害；第三者故意“插足”则侵害了一方配偶的配偶权或夫妻关系圆满维持权（注：有学者将夫妻配偶权与其他身份权区别对待，认为配偶权不具有外部侵害性，第三人故意破坏他人夫妻关系，不应该承担民事责任，受害配偶无法寻求侵权责任法的保护与救济。参见郭鸣：《论亲属身份权的侵权法保护》，《江西社会科学》2010年第3期。笔者认为，我国颁布的《侵权责任法》，未将夫妻身份权（配偶权）纳入其保护范围，是立法者的“故意”疏漏，显然不妥。）。

法学研究应该积极回应社会现实，并为建立法律应对机制奠定理论基础。我国身份法研究应该关注已有的亲属身份关系案例纠纷，参照那些和我们共享东方传统伦理文化的国家或地区的成熟做法，认真梳理需要法律保护的身份法益，使其权利化、类型化，并最终促其法律化，奠定亲属身份权益保护的请求权基础。

五、结语

骨肉相亲、血脉相传、夫妻相爱，系人之常情，故夫妻、父母子女、亲属之身份生活的圆满和稳定，仍为现代人类生理及心理上所必然之需求。科技的发展和社会文明的进步在为我们生活提供了越来越多的便利时，却并不能同时简化社会关系的结构层次以及相应的权利类型。亲属身份关系永远都是社会关系中的重要组成部分，身份权也是民事主体不可或缺的私权利。法学研究不应该轻视或蔑视身份法。不管“身份”和“契约”的地位在不同时代、不同社会形态中如何“运动”和转换，只要存在社会分工、只要承认竞争的优胜劣汰、只要还坚持家庭的辈分伦理、只要还存在人与人的姻缘和血缘结合，“身份”及“身份社会”就始终存在。[17]8-9然而同时，只要不是将身份地位作为唯一或主要的资源利益的分配依据；只要不是将主体身份与其法律人格勾联起来；只要不是将身份作为主体社会地位高下贵贱的标尺（身份本身意味着差别和不平等，但身份人的人格绝对平等）；只要不是将身份进行固定化、永久化（即社会能够提供机制使身份可以流动和转换，禁止身份继承与世袭），“身份”的存在就是合理的，身份社会就应该是一个正态的社会！法学理论界和立法界完全可以坦然地接受身份社会，认真地对待现实社会中的一系列身份关系问题。重视身份法的理论研究对当代中国“私”生活领域的秩序化、民法理论体系的完备化、民事规范的法典化都有着重大的意义。

注释：

[1] [英]梅因. 古代法[M]. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959.

[2] 陈棋炎. 民法亲属[M]. 台北: 三民书局, 1984.

[3] 中国法学会信息部. 民法学·2010年科研单位论文数据统计[EB/OL]. <http://www.lawinnovation.com/html/fxpd/4391.shtml>, 2011-05-25.

[4] 王利明, 周友军. 民法典创制中的中国民法学[J]. 中国法学, 2008, (1):127-146.

[5] 徐国栋. 再论民法中人格法的公法性——兼论物文主义的技术根源[J]. 法学, 2007, (4):3-15.

[6] 尹田. 民法典总则与民法典立法体系模式[J]. 法学研究, 2006, (6):3-10.

[7] 张作华. 法律人格的伦理变革——来自罗马法又回到罗马法[J]. 西南政法大学学报, 2007, (6):40-47.

[8] 杨立新. 从契约到身份的回归[M]. 北京: 法律出版社, 2007.

[9] [英]齐斯·佛克. 公民身份[M], 黄俊龙, 译. 台北: 巨流图书有限公司, 2003.

[10] [英]布赖恩·特纳. 公民身份与社会理论[M]. 郭忠华, 蒋红军, 译. 长春: 吉林出版集团有限责任公司, 2007.

[11] 张静. 身份认同研究[M]. 上海: 上海人民出版社, 2005.

[12] 马俊驹, 童列春. 私法中身份的再发现[J]. 法学研究, 2008, (5):74-85.

[13] 徐国栋. 两种民法典起草思路: 新人文主义对物文主义[M]//徐国栋. 中国民法典起草思路论战. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

- [14]巫若枝.论中国婚姻法在法律体系中地位研究之误区——兼与婚姻法私法论商榷[J].中华女子学院学报,2006,(5):1-5.
- [15]曹诗权.中国婚姻法的基础性重构[J].法学研究,1996,(3):100-108.
- [16]张作华.亲属身份行为基本理论研究[M].北京:法律出版社,2011.
- [17]陈棋炎,黄宗乐,郭振恭.民法亲属新论(修订五版)[M].台北:三民书局,2006.
- [18]戴炎辉,戴东雄.中国亲属法[M].台北:三民书局,1988.
- [19]陈棋炎.亲属·继承法基本问题[M].台北:三民书局,1980.
- [20]张作华.事实身份行为与事实身份关系的法律保护——以事实婚姻为中心[J].四川大学学报(哲社版),2009,(4):122-127.
- [21]苏永钦.私法自治中的国家强制[M].北京:中国法制出版社,2005.
- [22]顾骏.国家介入家庭事务应有度[N].东方早报,2011-08-26.
- [23]龙卫球.民法总论(第二版)[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [24][德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M],谢怀轼,等译.北京:法律出版社,2002.
- [25]陈棋炎.亲属、继承法与民法总则间之疑难问题[M]//郑玉波,戴东雄.民法亲属·继承论文选辑.台北:五南图书出版公司,1984.
- [26]于飞.公序良俗原则研究——以基本原则的具化为中心[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [27]王泽鉴.法律思维与民法实例[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [28]陈秋君.论侵害身份法益之民事责任[D].国立台湾大学法律学院法律学研究所硕士论文,2008.
- [29]谢鸿飞.精神损害赔偿的三个关键词[J].法商研究,2010,(6):11-15.
- [30]魏振瀛.民法(第四版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2010.
- [31]杨立新,袁雪石.论身份权请求权[J].法律科学,2006,(2):52-59.
- [32]刘晓燕.父亲墓碑上没有我女儿索要“祭奠权”[N].人民法院报,2010-02-01(3).

“亲属”概念在近代中国民法文献中之变迁

张亚飞 华中科技大学法... 《兰州学刊》2012年6期

摘要:近代民法典之亲属编历经五次立法活动,关于亲属、亲属种类、亲属范围、亲等等亲属概念,一直处于摇摆之中。因此,对民法亲属编概念的梳理,显得很有必要。在此基础上,解读晚清民国时期立法条文与司法实践之间的断裂,真实还原“亲属”相关概念如何实现从传统到近代的变迁。

关键词:民法典/亲属/亲属范围/亲属种类/亲等

一、导论

从清末修律到民国时期民法亲属编经历了五次^①的立法。除此之外,还有民国初年为了解决法律适用的混乱局面,大理院颁布了很多的解释例和判决例,这为民国初年的各级司法机关提供了判案的标准。到南京国民政府时期,各级法院除了运用六法全书进行裁判外,也运用一些判决例和解释例来辅助司法实践处理亲属问题。

民国时期学界针对清末民国时期民法亲属编的立法历史多有论述,如谢振民之《中华民国立法史》、杨幼炯之《近代中国立法史》、杨鸿烈之《中国法律发达史》等,而对于民法亲属编之通则具体条文问题没有详述,如亲等、亲属范围、亲属种类等基本问题。民国时期,一些亲属法著作论述对民法亲属编,大多关注婚姻、继承、妾制、夫妻财产制、宗祧、家族制度、女性法律地位及权利义务、家制等。关于民法亲属编通则的相关论文不多。20世纪80年代以后,当代学者著作论述了中国近代民法典中亲属、亲属种类、亲属范围、亲等等基本问题。这些著作主要关注中国民法近代化中的《大清民律草案》《国民律草案》《中华民国民法》等亲属立法过程,或对某一专门问题进行论述(如结婚、离婚、立嗣、宗祧等),或是对近代中国五次亲属立法中某一部法典进行解释和评价。当前一些论文是对清末民国时期之亲属法的立法原则,亲属法对传统亲属制度的改造、亲属法在中国法律近代化过程中的影响及意义等方面。

学界对清末民国时期中的五次亲属法通则条文的研究比较薄弱,故本文通过梳理中国近代五次亲属立法中通则条文,还原亲属、亲属种类、亲属范围、亲等等概念在近代中国民法典文献中的嬗变,揭示“亲属”概念在清末民国时期历次立法和司法实践中的原貌。

二、近代中国民法文献中的“亲属”

(一)清末修律中的“亲属”

“亲属”一词,在清末民法学中没有自己的观点,大都是对日本法学的翻译和传播。“亲属”在日语中为“亲族”,在日本民法中亦不称“亲属”,而称为“亲族”,日本学者梅谦次郎在《民法要义·相续编》第一章总则中,对“亲族”进行了描述,“第725条,左列各项为亲族。一、六等亲内之血族。二、配偶者。三、三等亲内之姻亲”[1]。从其对法典中的“亲族”中亲属范围的解释看出,“亲族”包括血亲、配偶、姻亲,故“亲族”与中国古代的“亲族”不可等同,中国古代的“亲族”仅指男系同宗之亲。而中国古代法典中的“亲属”,如《大清律例》中有“亲属相为容隐”、“亲属相盗”、“亲属相奸”等诸多条文,以上这些条文中的“亲属”不仅包括同姓之宗亲,还包括

异姓之外亲和妻亲。故日本民法中“亲族”与中国古代法典中的“亲属”词义是相同的，但不能简单地从字面理解“亲族”和“亲属”，要放在中国特有的法律文化背景中来理解。

《大清民律草案·亲属编》第1317条：“本律所称亲属者如下：一、四等亲内之宗亲；二、夫妻；三、三等亲内之外亲；四、二等亲内之妻亲。夫族为宗亲，母族及姑与女之夫族为外亲，妻族为外亲。”[2]可见从《大清民律草案》可以看出，“亲属”包括三种：宗亲、外亲、妻亲。故若用中国古代“亲族”的称呼，不能完全概括亲属的种类，只能指代宗亲一种。

《大清民律草案》起草者之一的邵羲先生②所著的《民律释义》对《大清民律草案》“亲属编”的命名作了解释，邵羲先生道：“惟各国之所谓亲族者，其意义则不如是狭窄也。盖其于同宗之血亲外，复包有异姓之配偶者及姻族在内。然则彼之所谓亲族者，于吾之所谓亲族者，其范围之广狭，有不可同日而语者。乃今欲编纂民律，自不得不以亲族二字之外，另求适当用语也。夷考中国旧时律例，凡指族亲姻亲之全体者，必曰亲属。”[3]由此观之，“亲族”在中国古代和西方各国的含义是完全不同的，词义有广狭之分，而西方各国的“亲族”包括宗亲、外亲、妻亲三种亲属，而我国古代“亲族”仅指宗亲一种，而我国古代的“亲属”则是指宗亲、妻亲、外亲三种亲属，故为避免歧义，中国近代民律草案取“亲属”来命名民律亲属编，从而适合中国固有的亲属制度，避免和西方各国发生混淆。

(二) 民国时期民律草案及民法典中的“亲属”

《民国民律草案·亲属编》第1055条：“本律称亲属者如下：一、四等亲等内之宗亲；二、夫妻；三、三等亲内之外亲；四、二等亲内之妻亲。夫族曰宗亲，母族及女子之出嫁族为外亲，妻族为妻亲。”[4]此处所称的亲属亦包括四种亲属种类：宗亲、妻亲、外亲、夫妻。故只有“亲属”才能包括四种亲属种类，而“亲族”根据其在中国古代的指代，仅指宗亲一种。故《民国民律草案》也延续了《大清民律草案》的传统，以“亲属”来命名亲属制度。

在《中华民国民法典》亲属编中，第967条：“称直系亲属者，谓己身所从出，或从己身所出之血亲。称旁系血亲者，谓非直系血亲，而与己身出于同源之血亲。”第968条：“称姻亲者，谓血亲之配偶、配偶之血亲、及配偶之血亲之配偶。”[5]从以上两条看出，虽然亲属种类从历次民律草案中的宗亲、外亲、妻亲、夫妻变为血亲和姻亲，但是亲属的种类还是“亲族”所不能包含的，因此只有用“亲属”来命名更适合中国的现实。

(三) 民国亲属法学著作中的“亲属”

近代四次民律草案中均以“亲属”为名称来命名亲属编，一直到《中华民国民法典》的颁布，一直沿用“亲属”二字。因此，近代很多民法学者对为什么采用“亲属”，而不用“亲族”？民法学者在“亲属”和“亲族”在中国古代所包括的亲属种类上，取得了共识，即“亲属”包括宗亲、妻亲、外亲的全体，而“亲族”仅指宗亲，仅为亲属的一类，故沿用中国古代律例中的“亲属”来命名。但诸多民法学者对“亲属”和“亲族”两词的词义理解上，对二者的区别给予了诸多解释，有诸多分歧，现将四种说法列出：

1. “亲属”与“亲族”词义没有区别，但所指亲属种类不同，沿用中国古代律例中的“亲属”来命名。

汪波对“亲属”和“亲族”给予了解释，认为：“亲属二字，日本的民法称为亲族。考诸我国典籍，亲属与亲族其义本可通用。盖‘亲’是取亲爱的意思……‘属’是从属的意思……‘族’是取群簇的意思。[6]”因此“亲属”二字是因亲爱而相互从属，而“亲族”因为亲爱而相互聚集，“亲族”和“亲属”在词义上没有太多的区别。

汪波对《中华民国民法典》采取“亲属编”的命名给予了如下的理由，“我国律例，以为‘族’字须用其专指同宗族之亲为宜，倘兼指姻亲，字义上似有未妥。所以后来定亲属法的名称，不依日本名以‘亲族’而以‘亲属’，即因‘亲属’二字，指族亲姻亲的全体，实较稳妥”[7]，故在命名上，为避免歧义，而和日本的“亲族法”作出区别，用“亲属”。综上，此种观点承认在中国古代，“亲族”和“亲属”的意思是相近的，而日本的“亲族”和中国古代的“亲族”相去甚远，日本的“亲族”包括姻亲和宗亲，而中国古代的“亲族”仅包括同宗之亲，则日本民法中的“亲族”和中国古代的“亲属”（所包含的宗亲和姻亲），意思相同，故近代民法学用“亲属”来命名民法典亲属编。

2. “亲属”与“亲族”词义不同，所指亲属种类不同，虽日本民法中的“亲属”出自中国古代典籍，但词意已经发生变化，非中国古代的“亲族”，故用中国古代律例中的“亲属”来命名。

徐朝阳认为：“尝考日本《亲族法》以族通称于各种亲类，不专指同宗之血亲；即异姓之配偶者及姻族，均包括在内，皆谓之亲族。欧美亦然，日盖仿欧美也。中国有亲族无亲族律之称。《律例》中凡亲族二字，专指同宗族之亲而言；若包括族亲姻亲之全体，则用亲属二字。所谓亲族者，不过亲属中之一种而已。”[8]屠景山也持此说。③宗惟恭亦持此种解释。④李谟亦认为“亲属云者，乃血亲姻亲之总称也。我国向例，称同宗族之亲曰亲族。称族亲姻亲之全体曰亲属”[9]，故亲属编“不仿日本之例曰亲族。而称亲属，盖取概括之意也。”[10]曹杰亦称“历次民法草案均定名亲属编，现行民法第四编因之，其所以不采日本民法‘亲族编’之命名者，盖以吾国旧律所用亲属二字，则包括亲族姻亲全体而言，至云亲族，则专指同宗之亲族而言”[11]，加之“日本民法所采用亲族二字，亦由吾国经典，诠释而出，非其臆造”[12]。但日本民法典的“亲族”已非我国古代“亲族”的含义，故我国民法典为免除歧义，而用“亲属”。同时，曹杰认为“亲属”和“亲族”的命名之争没有必要，法典应以立法内容和立法精神为标准，而不必以名称作为区别。赵凤喈⑤也认同此种说法。此种观点对中国古代的“亲族”和“亲

属”辨析，尤从古代律例中得出中国古代有亲属有亲属律，也有亲族而无亲族律，故历次民律草案及《中华民国民法典》均用“亲属”，是沿用中国古代旧律之用语。同时指出日本民法中“亲族”亦出自我国古代典籍之中，但日本“亲族”的本意已经不是中国古代“亲族”之义，所以不能混淆中国古代的“亲族”和日本近代民法中的“亲族”。

3. 中国有“亲属”而无“亲族”，而“亲族”来自日本，日本“亲族”又来自于外文翻译，故沿用中国古代律例中的“亲属”来命名。

黄右昌认为“我国有亲属而无亲族，而亲族二字，来自日本，日本亲族法之称，翻译来自于英 law of family, 法 L I dela familia on. Droit domestique, 德 Familienrecht。而诸国亲族法之文字则又发源于拉丁 Familias” [13]。而日本“亲族”翻译自外文，包括同宗、异姓之配偶、姻族。而中国律例中的“亲族”仅指同宗之族，唐律中多有用“亲属”二字，而无“亲族”用法，如亲属相为容隐、亲属相盗、亲属相奸等律文。故中国古代律例中的“亲属”指宗亲、族亲、姻亲，而“亲族”仅指同宗之亲。胡长清亦坚持中国古代有“亲属”而无“亲族”之说。⑥郁疑亦持此种观点。⑦

综上，此种说法坚持中国古代有“亲属”，而无“亲族”。中国古代律例中只有“亲属”，例文中没有“亲族”之说。且日本民法中的“亲族”实出自外文翻译，取自外国法学的“亲族法”的称呼，而不是出自中国古代典籍。因此，日本民法中的“亲族”不是中国古代“亲族”之义，二者不是同源关系，故日本民法中“亲族”和中国古代律例中“亲族”没有直接联系。中国近代四次民律草案以及《中华民国民法典》采用“亲属”命名民法典亲属编，实为近代中国民法沿用自唐律、明律、清律以来的用语而已。

4. 否定“亲属”，主张用“亲族”来命名。

陈宗蕃对以“亲属”命名提出三点反对意见，一是“亲”字的古义包括宗亲、外亲、妻亲三种。二是“亲属”二字开始于明律，而非古义也。三是因为“亲属”二字仅能表示卑幼对尊长的亲属关系，而不能反映尊长对卑幼的亲属关系。故“亲属”的称呼并不能完全反映亲属法的内容和立法精神，与名称和内容不符。陈宗蕃进一步指出，“至名称亲属，而不沿日民之例称亲族者，则以大清律例所用亲属之字义，较亲族为稍广，与本法之规定相符也” [14]。陈宗蕃对“亲属”和“亲族”两词的辨析和其他民法学者观点一致，即“亲族”在中国古代专指宗族，“亲属”指宗族、外族、妻族三种亲属种类。但陈宗蕃氏认为“亲属”和“亲族”二者的意义是相同的。但“亲属”二字并非古义，“属”字有“系属”的意思，“有家者各以属为之服”，有卑幼对尊长之意思，而不能包括尊长对卑幼之关系，故用“亲族”命名较为妥当。

综上所述，通过以上对近代诸多民法学者对“亲属”和“亲族”两词的争论，反映了“亲属”这一词在历次民律草案和近代民法学中的演进过程。近代民法学者对中国古代的“亲属”和“亲族”有了一致的认识，即中国古代“亲族”仅指宗亲之一种亲属种类，而“亲属”在古代律例中则包括宗亲、外亲、妻亲全部亲属的种类，故近代历次民律草案和国民法典运用“亲属”的称谓，这样反映了亲属法的基本内容(即全部亲属种类，而不仅仅规定男系宗亲的亲属权利义务，而是宗亲、外亲、妻亲全体的权利义务)，故近代历次民律草案均以中国古代律例中的“亲属”命名。

而学者对日本民法中“亲族”和中国近代历次民律草案中“亲属编”的关系存在很多的争议。首先，《大清民律草案》前三编是由日本法学博士志田钾太郎、松田义正起草，而亲属编由章宗元、朱献文起草。亲属编也遵循了修律的基本原则，“求最适于中国民情之法则。……是编凡亲属、婚姻、继承等事，除与立宪相背，酌量变通外，或本诸精义，或参诸道德，或取诸现行法制，务期整饬风纪，以维持数千年彝于不敝。……[15]”既然制定《大清民律草案》亲属编注重本国风俗，那么应充分考虑本国古代例文中亲属相关条文如何在近代得到更好的继承和转变，“亲属编”的命名就应该和中国古代的亲属例文联系起来，从而找到最佳的命名方式，而不是和日本民法中的“亲族”来混淆，仅需要对中国古代的“亲属”和“亲族”进行辨析，从而为近代民律草案中有关亲属条文的命名作参考，《大清民律草案》就采取中国古代律例中的“亲属”来命名。

其次，日本民法中的“亲族”命名，固然有其渊源，而民国时期学者没有对日本民法中的“亲族”一词进行深入的考据，仅仅从表面上认为中国古代典籍中演绎而来的，或是从外国亲族法翻译而来的，如此简单的考据，是不能对日本民法中的“亲族”一词的来源有很强的解释力。毕竟日本在 1868 年开始明治维新之前，所适用的法律是参照中国古代《唐律疏议》为蓝本来制定的，在明治维新之后，日本向西方学习，大量移植西方法律，来改造本国的法律，那么在这个过程中，日本法律体系和法律概念发生了很大的变化。故“亲族”这一词在这次法律大转型中，发生了怎样的变化？或是沿用了中华法系的含义，或是完全西化，抛弃“亲族”的本义，而采取了西方诸国亲族法的含义，抑或是折中，既保留了“亲族”的本意，又加入了西方诸国亲族法的含义。因此，只有在弄清日本民法中的“亲族”一词的含义演变的前提下，才可以谈日本民法中的“亲族”和中国近代历次民律草案及国民法典中“亲属”的关系。纵使清末修律时期中国以日本民法典为样板，请日本法学博士志田钾太郎和松田义正来起草民律草案前三编，但是亲属编是由中国人起草的，且符合了中国传统文化，以维持中国千年礼教为宗旨，故历次民律草案及国民法典命名“亲属编”充分考虑了中国古代律例对“亲属”的定义，最终命名“亲属编”。

三、近代中国民法文献中的亲属种类和亲属范围

(一)立法

清末修律时期,《大清民律草案》③亲属编第一章通则主要规定了亲属范围、亲属种类、亲等计算法、亲系、妻于夫之宗亲、外亲的关系、嗣子与嗣父母的关系、由婚姻与承嗣成立亲属关系等一系列问题,一共六个条文。其中,第1317条对亲属种类作了规定,亲属种类包括宗亲、妻亲、外亲三种,并对亲属种类逐个进行了定义。

北洋政府时期,1915年《民律亲属编草案》第1条规定了亲属种类,即以夫妻、宗亲、外亲、妻亲四类,没有对《大清民律草案》进行改变,还是沿用原来的分类。此条直接是对《大清民律草案》的照搬,亲属范围中对“外亲”的定义少了“姑之夫族为外亲”之规定。至1925年《国民律草案》亲属编总则中,针对亲属范围、亲等、亲属种类予以了规定。总则一共有八条。⑨第1055条规定了亲属种类,延续了《钦定大清现行刑律》以来,经《大清民律草案》所坚持的夫妻、四亲等内之宗亲、三亲等内之外亲、二亲等内之妻亲的亲属种类和亲属范围。

南京国民政府时期,1927年法制局《亲属法草案》⑩分通则、婚姻、父母与子女之关系、扶养、监护人、亲属会议七章,共82条。第1条规定了亲属范围,以四世以内的血亲,三世以内的姻亲、配偶为限,采用寺院计算法来计算世数,以此确定亲属范围在纵向上的限度。为维持男女平等之原则,亲属种类采用血亲和婚姻两项事实标准,分亲属为血亲、配偶、姻亲三类。1927年法制局《亲属法草案》规定凡有血统关系之亲属,统称为血亲。血亲没有作宗亲与外亲的区别。而姻亲是指血亲之配偶、配偶之血亲、配偶血亲之配偶。姻亲中不再分宗亲与妻亲。法制局之《亲属法草案》仅有血亲和姻亲分类。亲系分为直系亲和旁系亲。

1931年《中华民国民法典》亲属编总则共有五条,第967条给出了不同种类亲属的定义,即以直系亲和旁系亲为准,与《大清民律草案》《国民律草案》大不相同。首先,直系亲和旁系亲不再以“妻”作为“所出者或所从出”,而仅是以“己身”为中心来确定直系亲和旁系亲的计算标准。

其次,直系亲的定义较《大清民律草案》《国民律草案》范围有所变化。即“从己身所从出”没有变化,但“从己身出之血亲”,强调了“血亲”二字。《大清民律草案》《国民律草案》没有规定“从己身出之血亲”的亲属种类,而《中华民国民法典》不仅强调了“从己身出”的“血亲”,也改变了历次民律草案中的亲属分类,“血亲”代替了宗亲和外亲,同西方民法之亲属制度接轨,这样更准确地定义了直系亲,即“从己身出”与其有直接血缘关系的子孙,不论男女,包括历次民律草案中的外亲(如出嫁的女儿)和宗亲(伯叔兄弟之子及其子孙、姑姊妹之子及其子孙)。

再次,旁系亲的定义也有很大的变化。改变《大清民律草案》《国民律草案》之“与己身出于同祖若父者”的表述方式,而用“而与己身出于同源之血亲”的表述方式,即不再用历次民律草案中“同祖若父者”的说法,取而代之是“同源之血亲”。虽旁系亲的范围变化不大,但同样采取了“血亲”的说法,向西方亲属制度靠拢。

复次,亲系分类。亲系分为三类,一是直系亲与旁系亲。直系亲是指上溯己之所从出,下溯己之所出之亲系。旁系亲是指“由己所从出之直系亲分衍之亲系也”。[16]二是尊亲系与卑系亲,尊亲系是指与父母同辈及父母辈以上亲属,卑亲属是指子女及与之同辈以下之亲属也。三是男系亲与女系亲。男系亲是指以男子为连系者之亲系。女系亲是指以女子为连系者之亲系。

最后,血亲之分类。血亲分为天然之血亲和拟制之血亲。天然之血亲是出于血统关系,于出生时取得血亲之身份;或出于婚姻关系而生血亲之分类。“非婚生子女,如昔之所谓私生子、庶子等。苟为生父所认领或抚育,以及其生父与生母结婚者,亦取得天然血亲之身份。否则,仅对于其生母有血亲关系,而对于其生父,法律上否认为其血亲也。”[17]拟制之血亲,本无亲生之血亲之关系,通过拟制建立亲属关系。尤其养子女与养父母。另外,《中华民国民法典》第969条指明了三类姻亲:一是血亲之配偶;二是配偶之血亲,如夫之父母为夫之直系血亲;三是配偶之血亲之配偶。1931年《中华民国民法典》不再列举亲属范围,仅规定亲属种类,以罗马亲等计算法来确定亲属关系的远近。

(二)司法实践

司法实践中,清末修律时期民事实体方面起作用的是《钦定大清现行刑律》中宗亲、外亲、妻亲三种亲属种类,亲属范围以服制图为核心。至北洋政府时期,民事实体法方面起作用的是《现行律民事有效部分》、大理院解释例、判决例、民事习惯、条理等。而《现行律民事有效部分》是对《钦定大清现行刑律》的沿袭,故亲属种类分为宗亲、外亲、妻亲三类亲属。亲属范围仍以服制图为中心来确定,并加之“三父八母”。

《现行律民事有效部分》中有两条直接规定了亲属范围。第一条是“期亲祖父母条”,揭示了“期亲”的亲属范围,“期亲”并不以期服亲为限,不仅仅指祖父母,而是曾祖父母、高祖父母都包括在内。同样律中所称的“孙”,包括曾孙、玄孙。第二条明确指出了“嫡母、继母、慈母、养母”(11)四种身份与亲生母亲相同。嫡母指妾所生的子女,对父之正妻称之嫡母。前妻所生子女,称夫后娶之妻为继母。从小过继给他人者,称抚养自己的母亲为养母。子女的亲生母亲亡故,父将子女交给妾来抚养,子女称妾为慈母。上述“四母”因与子女感情深厚,自幼抚养,视同其亲生母亲。故子女与“四母”的服制关系为斩衰三年。

在大理院民国九年统字第1289号判决例中亲属范围不是光停留在《现行律民事有效部分》确定的服制图之内,亦不受《中华民国暂行新刑律》之束缚,尤其是在告争远祖坟地这一类民事案件中,“子孙对于远祖,应认为尚有宗亲关系”[18],亲属范围有可能溯源至宋元时期,可见亲属范围远超已经超出《中华民国暂行新刑律》第82条第二项本宗四等亲之外。由此可以看出大理院解释例对亲属范围进行了扩充解释。另外,大理院判决例四年上字

第 292 号(12)规定了庶母在现行民事实体法中不认为直系尊亲属，对亲属范围又进行限制解释。

到南京国民政府时期，至 1931 年《中华民国民法典》亲属编把亲属种类分为血亲和姻亲。至此，中国传统旧律服制图之宗亲、妻亲、外亲三种亲属种类，经过近半个世纪修律，终于采用血亲和姻亲分类方法，并在司法实践中适用此种分类。同时，不再限定亲属范围，仅规定亲属种类，以罗马亲等计算法来确定亲属关系的远近。最高法院解释例和判决例对民法典亲属编进行了补充和扩大解释。如 1928 年判决例规定妾对亲生子女是直系尊亲属，而对于家长其他子女的不同。(13)进一步在最高法院解释例二十年解字第 48 号(14)对妾的法律身份给予了规定，妾不能与正妻相提并论，故被承继人之妾，不能成为承继人的直系亲属。但妾与自己亲生的子女为直系血亲，“若其所生之子女亡故，自可为其第二顺序之遗产继承人”[19]。又规定后母在旧律称为继母，后母与前母之子不是直系血亲关系，前母之子亦不是后母的卑亲属。(15)而后母与前母之子是直系姻亲，因为后母非父亲己身所从出之血亲。(16)对于子女方面，养父母收养不同性别的子女，养子和养女不是血亲关系。(17)子女因为父亲为赘夫，从母姓，并不影响其与父之直系血亲尊亲属的关系，因为这些亲属是己身所从出之血亲。子女与父之旁系血亲仍有尊亲属关系。故子女不因从母姓而影响其与父之亲属的关系。(18)又有血亲之配偶之血亲不在《中华民国民法典》亲属编第 969 条姻亲的亲属范围内，如“甲之女嫁与丙为妾，甲与丙之父丁既无姻亲关系”[20]。

在亲属立法中，从《大清民律草案》开始，亲属种类分为宗亲、外亲、妻亲三种，亲属范围包括四亲等内之宗亲、夫妻、三亲等内之外亲、二亲等之妻亲之内。一直到《民律草案亲属编》《民国民律草案》亲属编、法制局《亲属法草案》一直都是坚持宗亲、外亲、妻亲三种亲属。亲属范围到《民国民律草案》没有变化，仍沿袭了《大清民律草案》原条文。故在历次亲属法草案中，亲属种类仍坚持自中国传统旧律以来的宗亲、外亲、妻亲的三种。到《中华民国民法典》亲属编最终将亲属种类分为血亲和姻亲，亲属范围不再列举，而是以罗马计算法来设定范围、司法实践中，清末修律时期还是以《钦定大清现行刑律》宗亲、妻亲、外亲的为核心亲属种类，亲属范围是以服制图为核心确定。北洋政府时期《现行律民事有效部分》及大理院解释例、判决例亦是坚持宗亲、妻亲、外亲三类，亲属范围亦是以服制图为标准确定。南京国民政府时期亲属种类为血亲和姻亲，亲属范围不再明确列举，而是按照罗马亲等计算法划分血亲与姻亲的亲属之远近

四、近代中国民法文献中的亲等

(一)立法

清末修律时期，《大清民律草案》第 1318 条所采用是寺院计算法，直系亲从己身上下数，一世就为一亲，而旁系亲就与直系亲不同，而是采取从己身或妻出发，算到同源祖父，然后从所要指代的亲属，由此人数至同源祖父，这样如果世数相同，那么就采用此世数。如果双方世数不相同，那么以世数多的作为亲等数。本条第二项也对直系亲和旁系亲作了明确的规定，即从己身或妻所出者，或与己身或妻同源所出，即为直系亲。而旁系亲是与己身或妻出于同源之祖。且亲等计算仍然以服制图为准。

北洋政府时期，1915 年《民律草案亲属编》(19)第 2 条的亲等亦采用寺院计算法，亲系分为直系亲和旁系亲，相比较《大清民律草案》直系亲的定义，少了“非直系亲”的字样，后半部分完全一致，分析旁系亲的定义与《大清民律草案》实质上无异。第 6 条：“彼此互相同一亲等之关系。”亲属彼此之间适用同一等的亲等关系。本条是对《大清民律草案》第 1321 条的照搬。

1925 年《民国民律草案》第 1056 条的亲等制度亦采用寺院计算法，延续了《大清民律草案》第 1318 条之亲等计算法。即直系亲从己身上下数，以一世为等亲，直系亲的亲等为相同。而旁系亲的亲等数如果相同，那就以相同数为准，如果世数不相同，以多数者为准。同时，对直系亲和旁系亲给予了法律的定义。又在第 1060 条规定亲属彼此互有同一亲等之关系，本延续了《大清民律草案》第 1321 条的规定。南京国民政府时期，1927 年法制局之《亲属法草案》亦仍采用寺院寺院计算法，延续了前三次亲属立法的规定。至 1931 年《中华民国民法典》第 968 条彻底改变了这种格局，首次采用罗马计算法，一改历次民律草案之寺院计算法。《大清民律草案》《民律亲属编草案》《民国民律草案》、法制局之《亲属法草案》与服制图相对应，凡五服之内的亲属，均可包括在寺院计算法中。1928 年《中华民国刑法典》第 13 条，亲属范围也是采取寺院计算法为标准来计算，与我国旧律服制图所列亲属之范围相吻合，1928 年《中华民国刑法典》仍采用寺院计算法。南京国民政府为统一民刑两大法中的亲属制度，故在 1931 年《中华民国民法典》采取了西方普遍采用的罗马亲等计算法，故 1928 年《中华民国刑法典》最终要被修订，来维持与《中华民国民法典》一致的亲等制度。后来在 1935 年《中华民国刑法典》将亲等制度定为罗马计算法，修改了 1928 年刑法典的亲等制度，保持了与《中华民国民法典》亲属编一致。

其次，古代服制计算法与亲等计算法。亲等者，是表示亲属关系之远近。凡扶养、继承之相关事宜，应以亲等之远近为标准来确定扶养顺序之后，继承顺序之先后。亲等的远近计算分为两种古代服制计算法和近代亲属计算法。古代服制计算法是阶级亲等制，是“以血亲关系之远近，地位之尊卑，情谊之厚薄，男女之标准，就各种亲属，列举的定其亲等之谓也”[21]。我国古代没有亲等这一说法，但中国古代服制图，表示亲属关系之远近。近代亲属计算法是世数亲等制，即罗马计算法和寺院计算法，以血统之远近，世数之多寡为标准，从而免除中国古代服制图列举各种亲属以定亲等之繁琐。故近代历次民律草案虽“采宗亲之旧制，欲改用世数亲等制。现民法之亲属组织，既从一般法例，以血亲姻亲为准，则关于亲等之制，自亦以采世数计算为妥”[22]。故近代中国历次民律草案采取世数亲等制，前四次亲属草案均采用寺院计算法，是因为寺院计算法所包括的亲属范围与服制图

相吻合。今《中华民国民法典》为适合国际立法趋势之罗马计算法，“以期合乎情理，而顺应世界之潮流焉”[23]

最后，本条可分为直系血亲之计算法和旁系血亲之计算法。直系血亲之计算法从己身上下数，以一世为一等亲。旁系血亲之计算法是从己身数至同源之直系血亲，再由同源之直系血亲数至所要计算亲等之血亲，以其总世数为亲等之数。同时，《中华民国民法典》第970条进而对姻亲之亲系和亲等的计算进行规定，即一是血亲之配偶，从其配偶之亲系及亲等。二是配偶之血亲，从其与配偶之亲系及亲等。三是配偶之血亲之配偶，从其与配偶之亲系及亲等。

(二) 司法实践

而在司法实践中，清末修律时期，清廷亦采用服制图之斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻五等计算法。北洋政府时期仍采用服制图计算法，只是大理院判决例中对具体亲属关系的亲等进行了细化。如四年字第650号规定了对于儿子出继后，即变更与本家的亲等关系，“自难仍计算本法之亲等”。又有四年上字第1271号判决例规定在亲等问题上，异姓子与血统之子在族谱上宜有所区别，即“现行律例有异姓不得乱宗之明文，故从前旧谱若将异姓之子与血统之子显为区别者，自不得轻改其例，以紊乱血统”[24]。故异姓子在族谱上就有所区别，在族谱中与养亲亲族的亲属范围、亲属种类、亲等等方面有所差别，要区别对待。南京国民政府时期司法实践中适用与立法中一致的罗马亲等计算法。

综上所述，亲等在未颁布的四次亲属法草案中，《大清民律草案》采用的是寺院计算法，到民国四年(1915)的法律编查会的《民律草案亲属编》，进而至民国十四年(1925)修订法律馆的《民国民律草案》亲属编，第四次到民国十六年(1927)国民政府法制局的《亲属法草案》，四次亲属法草案均采用寺院计算法，这是为了适应我国传统服制图的斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻的五等亲属计算法，传统服制图中的亲属均包括在寺院计算法之内。这仅是未真正颁布的草案而已。而在司法实践中，清末修律时期，民事方面起作用的是《钦定大清现行刑律》，亲等贯彻是服制图的五等计算法。到民国初年北洋政府时期，采用的《现行律民事有效部分》及大理院解释例、判决例、民事习惯及条理，依旧使用五服图计算方法。至南京国民政府时期，随着1931年《中华民国民法典》颁布，亲属法彻底丢弃了中国传统的服制图计算法，而采用了罗马计算法，自此实现了亲等制度与西方民法典上的接轨

五、结论

纵观清末修律至民国时期的五次亲属立法，前四次均属于亲属法草案，虽没有正式颁布，但立法者一直在中国传统固有法与西方继受法之间摇摆，对亲属范围、亲属种类、亲等等亲属基本问题权衡再三，四次亲属法草案的制定时而进步，时而后退，使得立法者在“进步”和“落后”之间徘徊，进也难，退也难，陷入两难尴尬境地。立法上四次草案一直向西方亲属制度趋近，但因中国传统固有法的生命力如此之顽强，使得四次亲属法草案都不能社会中实施，无果而终。最终在1931年《中华民国民法典》亲属编确立了近代亲属制度。

司法实践中，真正民事实体法是《钦定大清现行刑律》《现行律民事有效部分》、大理院解释例和判决例和《中华民国民法典》亲属编、最高法院解释例、判决例，使得司法实践与亲属立法呈现出较大的差距和断裂。晚清民国近五十年的司法运作中，近三十年一直沿用了中国传统固有法的服制图为中心的亲属制度，只有在《中华民国民法典》亲属编颁布后才采用近代亲属制度，传统亲属制度一直向近代亲属制度转变，其实质是中国传统法律文化与西方继受法文化的较量和冲突，即家族主义与个人主义，义务本位与权利本位，传统身份等差与近代平权立法，保守主义与自由主义的较量和冲突

注释：

①晚清民国时期五次亲属立法：第一次是宣统三年八月(1911年)《大清民律草案》亲属编，学界称为“民律第一次草案”；第二次是民国四年(1915年)的法律编查会的《民律亲属编草案》；第三次是民国十四年(1925年)北洋政府修订法律馆的《民国民律草案》亲属编，学界称之为“民律第二次草案”；第四次是南京国民政府法制局的《亲属法草案》；第五次是1931年《中华民国民法典》亲属编。

②在清末修律中没有“邵义”一人，而有“邵羲”名字，此人为中国近代著名民法学者，参与《大清民律草案》中的起草工作，著有《民律释义》(民国六年二月上海中华书局出版)一书，并与1911年3月同其他几十位法学才俊成立《法政发杂》。

而王志华所勘校的《民律释义》(北京大学出版社2008年版)中把作者的名字看错了，把“羲”看错看成繁体的“義”了，所介绍的作者“邵义”的生平跟“邵羲”的生平一致，而查陈玉堂先生的《中国近代人物名号大辞典》，根本无“邵义”此人。又查1911年3月所发起成立的《法政杂志》创刊号的成员名单中没有“邵义”一名，而只有“邵羲”一名。又见程燎原先生的《中国近代法政杂志的兴盛与宏旨》一文对《法政杂志》的介绍中，所列出的发起人只有“邵羲”一人，并没有“邵义”一人，故此处的“邵义”其实应为“邵羲”。

③屠景山，《亲属法原论》，上海世界书局1932年版，第5页。

④宗惟恭，《民法亲属释义》，上海法学编译社1932年版，第1页。

⑤赵凤喈，《民法亲属编》，正中书局1945年版，第2页。

⑥胡长清，《中国民法亲属论》，商务印书馆1935年版，第1页。

⑦郁寔，《亲属法要论》，朝阳大学出版部1934年版，第1—2页。

⑧杨立新点校，《大清民律草案民国民律草案》，吉林人民出版社2002年版，第169页。

- ⑨杨立新点校,《大清民律草案民国律草案》,吉林人民出版社2002年版,第344页。
- ⑩《亲属法草案说明书》,载屠景山,《亲属法原论》,世界书局1932年版,第27—28页。
- (11)郑爱淑,《现行律民事有效部分集解》,世界书局1930年版,第240页。
- (12)郭卫,《大理院解释例全文》,台湾成文出版有限公司1972年版,第912页。
- (13)十七年上字第267号判决例。陈顾远,《民法亲属实用》,上海大东书局1946年版,第4页。
- (14)吴经熊,《中华民国六法判解理由汇编》第二部,会文堂书局1948年版,第911页。
- (15)最高法院解释例二十一年六月七日院字第774号。陈顾远,《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第4页。
- (16)最高法院判决例二十八年上字第2400号。陈顾远,《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第4页。
- (17)最高法院解释例二十五年三月二日院字第1442号。陈顾远,《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第4页。
- (18)最高法院判决例二十七年沪上字第117号。陈顾远,《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第4页。
- (19)民国北京政府修订法律馆,《法律草案汇编》第一集民事,1926年。

参考文献:

- [1]梅谦次郎.民法要义.相续编[M].上海:商务印书馆,1911:2.
- [2][4]杨立新.大清民律草案民国律草案[Z].长春:吉林人民出版社,2002:169,344.
- [3]邵义.民律释义[M].王志华,勘校.北京:北京大学出版社,2008:469.
- [5]吴经熊.中华民国六法判例理由汇编(民法之部)[Z].上海:会文堂书店,1948:911—912
- [6][7]汪波.亲属法ABC[M].上海:世界书局,1931:11.
- [8]徐朝阳.中国亲属法溯源[M].上海:商务印书馆,1933:1.
- [9][10][17]李谟.民法亲属新论[M].上海:大东书局,1934:1,1,13.
- [11][12]曹杰.中国民法亲属编论[M].上海:上海法学编译社,1935:3,4.
- [13]黄右昌.民法亲属释义[M].上海:上海法学编译社,1936:2—4.
- [14]陈宗蕃.亲属法通论[M].上海:世界书局,1947:20—22.
- [15]谢振民.中国民国立法史(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,2000:744—745.
- [16]陶汇曾.民法亲属论[M].上海:上海法学编译社,1933:12.
- [18]郭卫.大理院解释例全文[Z].台北:台湾成文出版有限公司,1972:745.
- [19][20]陈顾远.民法亲属实用[M].上海:大东书局,1946:4,9.
- [21][23]郁崑.亲属法要论[M].朝阳大学出版部,1934:17,20.
- [22]赵凤喈.民法亲属编[M].重庆:正中书局,1945:24.
- [24]郭卫.大理院判决例全书[Z].台北:台湾成文出版有限公司,1972:205.

从“中华遗嘱库”的启动看我国继承法修改

幸颜静 2013-04-07

据新华网2013年3月21日报道,我国首个关注遗嘱的公益项目“幸福留言—中华遗嘱库”在北京启动。该项目由中国老龄事业发展基金会和北京阳光老年健康基金会联合发起,将为60岁以上老年人提供免费办理遗嘱的登记、保管和传递服务,以协助老年人处理好家庭问题,建设和谐家庭。其位于北京西交民巷73号的第一个登记中心当天挂牌运行。该中心22日挂牌,不到3天,该登记中心目前已经为近40位老人提供了整套遗嘱登记服务,并已有近600位老人进行了预约登记。对于其他想办理遗嘱登记的老人,现在只能预约到今年6月份了。

中华遗嘱库项目的启动和火爆,实际上反映了现代社会对秘密遗嘱制度的需求。然而,不是由正式的国家机构而是由民间公益组织来完成这一职能存在较多的法律问题。

首先,中华遗嘱库是个公益项目,因此其性质仅为民间公益机构,目前发起方也不允许它挣钱赢利,因此对老年人的各项服务全免费。然而,在现在的生活条件下,以60岁左右的老年人为例,自立遗嘱时起至遗嘱生效时止,大多还有20年左右的时间,那么,长期保管大量遗嘱所需要的经费从何而来?同时,按照报道,其还要对老年人进行指导、对遗嘱进行形式审查、免费提供特殊书写纸,这些工作和项目所需要花费的经费又从何而来?如何保证这一民间公益机构的长期存续?尽管在“高端人群逐渐出现关于遗嘱的深度服务需求后,发起方有可能成立一个新的机构来提供盈利性的服务,并以此支持公益项目的扩展”,但仅是一个粗略的设想,是否允许这种新的盈利模式存在,也还是个未知数。

其次,根据继承法的规定,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。与公证机关相比,中华遗嘱库保管的遗嘱尽管也需要经过形式审查,但仍然属于普通自书遗嘱,并不具有优先效力。很容易被遗嘱人其后的自书遗嘱甚至是符合条件的代书、录音、口头遗嘱所更改。

在具体实施中,也存在亟需解决的问题。比如老年人订立遗嘱很多都是瞒着继承人,那么,继承人如何知道有这么一份遗嘱?在老年人死亡后,中华遗嘱库如何及时得知这一信息并通知继承人?由于要对遗嘱进行形式审查,

因此遗嘱内容必然为中华遗嘱库所知，如何防止遗嘱库的泄密问题？继承人对遗嘱库提供的遗嘱有争议又如何处理？在遗嘱保管实施过程中出现的问题，需要事先预料各种可能的情况，从而作出设计。

在我国，遗嘱库的出现无疑是一种新生事物，然而在世界其他国家，帮助立遗嘱人保管遗嘱并对其内容进行保密，并不是一种新的制度设计，而是法律的固有规定。同时，这种设计更完善、更有制度保障并更具可操作性。这就是各国法上的秘密遗嘱制度。

秘密遗嘱也称密封遗嘱，指遗嘱人将所立的书面遗嘱按一定程序密封并交相应的机构保管，待立遗嘱人死亡后，再由相应的机构按照法律规定的程序打开遗嘱的一种遗嘱形式。关于秘密遗嘱的规定古已有之，如古罗马《国法大全》中即有多处提及秘密遗嘱。秘密遗嘱在当今世界各主要国家也几乎都有规定，在我国，中华民国民法也有密封遗嘱的规定。

秘密遗嘱的内容对除立遗嘱人外的任何人都是保密的，但其订立仍需要满足一定的主体和形式要件。遗嘱行为是一种重要的民事法律行为，因此，其生效也应符合民事法律行为的要件。根据我国民法通则和继承法的相关规定，遗嘱有效的主体条件为：1、立遗嘱人为完全民事行为能力人。2、意思表示真实。秘密遗嘱作为一种特殊的遗嘱，自然也须具有上述遗嘱的主要特征。又由于秘密遗嘱在内容上无法为遗嘱订立人以外的人所知晓，因此，为确保遗嘱在立遗嘱人死亡后能得到有效执行，避免更多争议的产生，很多国家的法律对秘密遗嘱订立人的资格还规定了更严格的要求。如《德国民法典》就规定，被继承人为未成年人的或者根据被继承人的陈述或者公证人的确信，被继承人不能阅读书写的文字的，不能订立秘密遗嘱。《意大利民法典》规定，不会或者不能阅读的人不得制作秘密遗嘱，如果仅仅是不能书写的人，可以由他人代书秘密遗嘱。

由于秘密遗嘱的内容是保密的，因此，各国对其内容并没有作出要求上的规定，秘密遗嘱是否确定有效，或者在多大范围上有效，只能等待秘密遗嘱开启，遗嘱内容公开之后才可得知。

关于秘密遗嘱的作成形式，各国均规定为书面形式。秘密遗嘱必须是书面遗嘱。此点并不难理解。非书面形式的遗嘱无法密封，至少在各国法律相关规定订立时是这样。当然，由于社会的发展，口头遗嘱也可以被记录和固定。但至少到目前为止，可以用固定载体（如光盘）记载下来的其他形式的遗嘱是否可以成为秘密遗嘱，各国立法均无明确规定。

秘密遗嘱的密封和交付需要公证员的全程参与。此点很好理解。因为如果没有公证员的参与，由立遗嘱人自行保管哪怕是密封好的自书遗嘱，也没有就此问题进行规定的必要，因为此种规定无法被执行和监督执行。如《俄罗斯联邦民法典》规定：秘密遗嘱装在封口的信封内，在有两名见证人在场的情况下交付公证员，见证人应在信封上签字。经见证人签字的信封然后当着见证人的面由公证员装入另一信封，公证员在该另一信封上背书，说明向公证员交付秘密遗嘱的立遗嘱人的情况、接受遗嘱的地点和日期，与每位见证人身份证件一致的见证人的姓、名、父称和住所地。公证员从立遗嘱人那里接受装有遗嘱的信封时，必须向立遗嘱人解释相关法规的内容，并将此事项在第二个信封上进行相应的背书，还应向立遗嘱人发给证明接受秘密遗嘱的文件。《意大利民法典》还专门详细规定了制作秘密遗嘱的程序。其他各国法律对此均有详细规定。

关于密封遗嘱的保管，各国法律规定并不一致。多数规定为接受秘密遗嘱的公证机构保管，也有规定为初级法院保管的。由有公信力的机构保管遗嘱是确保秘密遗嘱安全性的重要条件之一。由于秘密遗嘱的内容并未公开，因此，如果其因保管不善遭人毁坏或者篡改，将很难被发现，即使被发现，也很难证明遗嘱的实际内容。秘密遗嘱的功能将丧失殆尽。因此，由具有公信力的专门机构对秘密遗嘱进行保管是必要的。

遗嘱的开启一般规定由遗嘱的保管机构在得知立遗嘱人死亡后，在满足一系列程序要件的条件下开启。为使秘密遗嘱得以实现，遗嘱的开启必须设定严格的条件。古罗马《国法大全》就已经对此作了详细的规定。《德国民法典》规定，遗产法院一知悉被继承人死亡，即必须为开启在其保管之下的遗嘱确定日期。在可行的限度内，应该传唤被继承人的法定继承人及其他利害关系人在该期日前来。必须在该期日开启遗嘱，向利害关系人宣读遗嘱，并根据请求向利害关系人出示遗嘱。在出示的情况下，可以不宜宣读。另外，没有一个利害关系人在该期日来的，也不宜宣读。必须就遗嘱的开启做成记录，遗嘱被加封的，必须在记录中确认加封是否完好。等等。

因此，我国现行法上并没有秘密遗嘱的规定。那么，在我国继承法中能否引入世界各国均有规定的秘密遗嘱制度呢？我国继承法的修改已经列入全国人大的立法计划，在此次继承法修改中，是否需要增加密封遗嘱、电子数据遗嘱的问题也被提及。但大部分学者对修改后的继承法是否应引入秘密遗嘱是持否定态度的。如“王利明建议稿”就反对在继承法中规定秘密遗嘱。其草案附理由中所述，秘密遗嘱的方式“与我国国情不符”，因在秘密遗嘱中公证员只作形式公证，不作实质公证；而我国对公证员公证的遗嘱要求的是实质性公证。

笔者认为，秘密遗嘱在我国现有国情下，有其适用的必要性和可行性。中华遗嘱库项目的启动和火爆就已经说明了这一点。在继承法中增加设立秘密遗嘱制度，增加现有公证机关保管遗嘱的职能，并适当借鉴各国立法，完善秘密遗嘱的作成、密封、保管、开启等程序，当可解决当前社会对于遗嘱保密的需求和中华遗嘱库存在的各种问题。而中华遗嘱库已经和正在作出的努力也可资借鉴。如采用专业的登记流程软件，借助指纹扫描、现场影像、电子扫描、文件存档和密封保管等方式对遗嘱进行严格保管，必要时还可以附加律师见证，以确保遗嘱的真实性。组织多名法律专家起草免费遗嘱范本，涵盖了遗产安排中的绝大部分内容，可以基本满足订立遗嘱的需要。专门从国外进口不但保存时间长，而且还可以防止虫蛀和避免人体汗液的侵蚀的特种用纸，提供给登记人使用等。

(作者单位: 中国政法大学比较法学研究院教师)

论受胁迫、欺骗所立遗嘱的效力

刘诚《海峡法学》2012年第1期 更新时间: 2012/11/28

内容提要: 近年来围绕《继承法》第22条产生争议: 受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效抑或可撤销? 梳理对大陆法系和英美法系立法例中这一命题的判断其实是遵从何种立法惯例的选择, 其中并无优劣的明显区分。考虑改变制度所需付出的成本, 保持目前的制度并无不妥。

关键词: 胁迫; 欺诈; 遗嘱; 效力

我国《继承法》第22条规定: “遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思, 受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。”近年来这一规定的合理性遭到质疑。虽然这些质疑理由在文章中的阐释寥寥数语, 语焉不详, 但体察作者原意综而言之, 其质疑理由主要有二: (1) 大陆法系立法例一般规定因欺诈、胁迫设立的法律行为属于可撤销的法律行为, (注: 我国大陆地区称为可撤销的民事行为。这是因为我国大陆《民法通则》规定民事法律行为为合法行为, 而民事行为之所以会被撤销, 往往是因为具有违法的因由, 因此可撤销的法律行为本身是个悖论, 所以我国《民法通则》创造了“民事行为”的上位概念, 包括了民事法律行为、可撤销的民事行为、无效的民事行为、效力未定的民事行为等。具体可参见陈明添, 吴国平. 中国民法学[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 171-173。)对遗嘱也不例外。如意大利民法典、德国民法典、瑞士民法典均做此规定。我国关于受欺诈、胁迫订立的遗嘱无效的规定与大陆法系的通例相违。以[1] (2) 根据1999年制定的《合同法》第54条规定, 受欺诈、胁迫订立的合同原则上属于可撤销的合同。这是因为在现实生活中, 可能存在有的合同当事人在知道订立合同时存在欺诈、胁迫情况而仍然愿意维持合同效力的情况, 因此法律规定受胁迫、欺骗所订立的合同一律无效, 反而可能违背合同当事人的真实意思。《合同法》规定受欺诈、胁迫的合同原则上属于可撤销的合同, 体现了民事立法对当事人主观意愿的尊重。[2][3] 按照这样的精神, 受欺诈、胁迫的遗嘱也应该是可撤销的遗嘱。[4]

笔者认为, 由于以上质疑未得到充分论证, 对《继承法》第22条的质疑理由的疑问有四点: (1) 大陆法系是否存在受欺诈、胁迫所设立的法律行为, 包括遗嘱行为属于可撤销的法律行为的立法例? (2) 大陆法系是否存在受欺诈、胁迫设立的法律行为, 包括遗嘱行为无效的立法例? (3) 若以上皆有, 受欺诈、胁迫设立的法律行为, 包括遗嘱行为属于可撤销的法律行为的立法例是否能成为大陆法系的通例? (4) 《继承法》关于受欺诈、胁迫所立的遗嘱效力的规定是否需要和《合同法》中受欺诈、胁迫所订合同的规定一致? 以上四点关系到对我国《继承法》第22条规定的质疑理由是否能够成立, 笔者试从民法原理和比较法的角度对此作出分析。

一、概念辨析: 撤销和撤回

因欺诈、胁迫所进行的遗嘱行为属于可撤销的法律行为吗? 所谓可撤销的法律行为, 是指对民事行为虽已成立并生效, 但因意思表示不真实, 可以因行为人撤销权的行使, 使其自始不发生效力的民事行为。[5] 对于已经生效的遗嘱, 由于遗嘱的生效以遗嘱人的死亡为条件, 因此遗嘱既已生效就不可能存在遗嘱人的撤销。遗嘱人生前若因遗嘱是受他人的欺诈、胁迫而立而心生悔意, 完全可以对遗嘱的内容进行修改或明确废除原来的遗嘱, 此应为遗嘱的撤回而非撤销。两者的区别在于: (1) 撤销是指意思表示或法律行为在发生效力之后, 再予以追回的行为; 撤回是指意思表示或法律行为在发生效力之前, 予以追回的行为。[6] (2) 撤销权人行使权利的意思表示, 须向法院或仲裁机关作出, 而撤回权的行使无此要求, 一般向相对人直接作出。但是我国现行《继承法》显然是在“撤回”的层面上使用“撤销”一词的。如我国《继承法》第20条第1款规定: “遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。”无独有偶, 我国台湾地区旧“民法典”也长期混淆使用此二概念。如台湾地区“民法典”第五编第三章第五节1985年修正时阐释其理由: “本节所定系指于尚未发生效力之遗嘱, 预先阻止其效力发生之‘撤回’而言, 与一般所谓‘撤销’, 系指业已发生效力之法律行为, 溯及的失其效力者有所不同。爰将本节名‘撤销’修正为‘撤回’。”[7] 可见在1985年我国台湾地区修正其“民法典(继承编)”之前, 包括1949年之前的中华民国“民法典”也一直在“撤回”的层面上使用“撤销”一词。长期的概念混淆也导致我国学者在许多民法典翻译中未区分撤销与撤回的概念。为避免产生混乱, 本文区分使用“撤回”与“撤销”这两个概念。

二、大陆法系国家和地区立法例之考察及评析

由于遗嘱生效时遗嘱人必已死亡, 因此, 遗嘱人只可能撤回遗嘱。若有对遗嘱的撤销, 其撤销权人必非遗嘱人。但遗嘱人的继承人, 或是遗嘱的利害关系人, 是否可撤销遗嘱人生前受欺诈、胁迫所立遗嘱? 由于遗嘱人的继承人或利害关系人并非遗嘱人, 已经超出了“行为人可因法定原因撤销其自为行为”的法理规则范畴, 应另作思考。大陆法系国家和地区立法先例因此具有重要参考价值。

(一) 大陆法系国家和地区立法例

法国《民法典》关于遗嘱处分的第八节名目为《遗嘱的撤销与失效》, 但从其规定内容来看, 是说遗嘱人可以通过重新订立遗嘱, 或者在公证人前做成载明改变意愿的声明文书等方式来全部或部分取消原来的遗嘱。[8] 因此此处译者所译之“撤销”其意显然应为“撤回”。法国民法典并无总则部分, 因此对于受欺诈、胁迫的法律行为效力如何规定不详。

德国《民法典》明确区分了遗嘱的撤回与撤销, 将遗嘱的撤回放在《遗嘱的做成和取消》一节中。其第2253

条规定：“被继承人可以随时撤回遗嘱以及包含在遗嘱中的个别处分。”其后的第 2264 至 2258 条详细规定了遗嘱撤回的方式。而遗嘱的撤销则是放在《遗嘱的一般规定》一节之中，其第 2078 条明确规定遗嘱可以因错误或者胁迫而撤销，这里的错误包括“被继承人就其意思表示的内容发生错误，并且须认为被继承人在知道事情的状况时就不会做出意思表示的”，撤销权人主要为“因终意处分的取消会直接受益的人”。[9]其规定与德国《民法典》总则部分关于因错误、欺诈、胁迫所作出的意思表示可以撤销的规定一致。遗嘱的撤销要求须在 1 年内提出，自撤销权人知道撤销原因时起算。

意大利民法典规定了遗嘱人的撤回权。对因欺诈、胁迫或诈欺而成立的遗嘱，意大利《民法典》明确规定无效。原则上，任何利害关系人均可在知道可能导致无效的情况起 5 年内提起无效之诉。同时如果明知无效原因的人在遗嘱人死亡后确认了遗嘱的效力或者自愿执行了该遗嘱，则不得再对遗嘱主张无效。[10]从其规定看，意大利《民法典》中所说的“无效”，并不是我们所说的绝对、确定、当然、永久的无效，而是可以因利害关系人的态度改变其无效性，且其无效性的认定须诉诸于法院，故更加符合“撤销”的概念。意大利《民法典》也没有总则编的规定。

瑞士《民法典》规定遗嘱人因误解、受骗、受胁迫或被强制下订立的遗嘱无效。但是，如被继承人在已知悉误解、受骗的事实或已摆脱他人的胁迫、强制后的 1 年内未撤销其遗嘱处分时，其遗嘱处分有效。被继承人可采用法定订立遗嘱的方式，撤销其已订立的遗嘱的全部或部分内容。从其规定看，瑞士《民法典》中的“撤销”意亦近于“撤回”。若被继承人始终未知悉误解、受骗的事实或未摆脱他人的胁迫、强制，或在已知悉误解、受骗的事实或已摆脱他人的胁迫、强制后的 1 年内未撤销其遗嘱处分前即已死亡，则与继承人和受赠人有利关系的任何人，均得提起宣告遗嘱无效之诉。无效之诉的诉权受时效的限制。[11]从其关于“无效”的规定看，其无效的意义也更近于“撤销”。瑞士《民法典》并无关于法律行为的总则性规定。

日本《民法典》规定遗嘱人可以依遗嘱的方式或其他方式，随时撤销其遗嘱的全部或一部。如果该撤销的表示又被遗嘱人自己撤销时，前面的遗嘱并不因此回复效力。除非该撤销行为是因为被欺诈或胁迫发生的。另外规定对于以欺诈、胁迫妨害被继承人订立、撤销、变更关于继承的遗嘱者；以欺诈、胁迫使被继承人订立、撤销、变更关于继承的遗嘱者，继承人丧失继承权。[12]从其规定看，日本《民法典》中的对遗嘱的“撤销”也近似于“撤回”，显然不同于其总则编《法律行为》一章中对因欺诈、胁迫而进行的意思表示的“撤销”。

俄罗斯联邦《民法典》继承法编规定遗嘱人有权在设立遗嘱后无须任何人同意随时废止或改变他所设立的遗嘱的全部或一部。从此规定看，俄罗斯联邦《民法典》中所说的“撤销”也意近“撤回”。另外，其《民法典》规定，在违反了本法典规定导致遗嘱无效的情况下，基于这种无效根据遗嘱无效由法院认定（有争议遗嘱），或者无须依赖于这种认定（无意义遗嘱）。按照被遗嘱侵犯的权利人和合法利益人的诉讼请求，法院可以认定该遗嘱无效。由此可知若因遗嘱人被欺诈、胁迫而订立遗嘱受损害的继承人或其他利害关系人，完全可因此请求法院认定遗嘱无效。[13]这里“无效”不是当然地无效，其意思也更符合“撤销”的意义。

我国台湾地区“民法典（继承编）”规定了遗嘱人的撤回权。对于以诈欺或胁迫使被继承人为关于继承之遗嘱，或使其撤回或变更之者；以诈欺或胁迫妨害被继承人为关于继承之遗嘱，或妨害其撤回或变更之者，继承人丧失继承权。这样的遗嘱对于实施欺诈、胁迫的继承人当然无效，[14]对于遗赠人或除欺诈、胁迫行为以外的其他继承人的效力，台湾地区“民法典”未作明确规定。台湾地区学界大多认为除了“继承法”有特别规定外，民法总则关于法律行为的规定原则上应适用于遗嘱，（注：如史尚宽先生认为遗嘱原则上不适用于民法总则，但是遗嘱意思表示的规定是否适用民法总则存在疑问。但是关于错误、欺诈、胁迫的规定对于以财产为目的的遗嘱应有适用。参见史尚宽：《继承法论》，16 页，北京：中国政法大学出版社，2000；陈棋炎认为以财产上事项为内容的遗嘱使用民法总则关于撤销的规定。参见陈棋炎、郭振恭、黄宗乐：《民法继承新论》，368-369 页，台北，三民书局，2001。集中的论述可参见林秀雄，《民法亲属继承争议问题研究》，318 页，台北，五南图书出版公司，2000。）因而受欺诈、胁迫而订立的遗嘱属于可撤销的遗嘱。

我国澳门地区《民法典》规定了遗嘱的撤回、撤销和无效。对于因错误、欺诈及胁迫而作出之遗嘱处分，得予以撤销。此规定与该法典在总则中关于受欺诈、胁迫的意思表示可被撤销的规定一致。其遗嘱撤销的诉权从利害关系人知悉有关遗嘱及其可撤销之原因之日起 2 年后失效。[15]

（二）评析

通过考察以上大陆法系国家和地区的民法典可知：（1）虽然可能表述不同，但前述各国家和地区的立法实际上都规定，在遗嘱人生前，遗嘱人有权随时撤回其已经订立遗嘱的全部或一部。其中对于受欺诈、胁迫所立遗嘱，瑞士《民法典》特别规定遗嘱人应在 1 年内行使撤回权，否则遗嘱有效；日本《民法典》特别规定遗嘱人撤回对受欺诈、胁迫所立遗嘱的撤回后，遗嘱有效。（2）前述国家和地区中德国、意大利、瑞士、俄罗斯、我国澳门地区虽然也作不同表述，但也在实际上规定了对受欺诈、胁迫所立遗嘱，其利害关系人可行使撤销权。且前述国家和地区除法国、意大利、瑞士外，一般都有受欺诈、胁迫设立的法律行为可撤销的总则性规定。按照我国台湾地区学者意见，除非继承法有相反规定，总则的规定原则上可适用于遗嘱行为。（3）前述国家和地区立法例并无因欺诈、胁迫所设立的法律行为，包括遗嘱行为绝对、当然、确定、永久无效的立法例，但其中日本、我国台湾地区的立法都特别规定了继承人因欺诈、胁迫行为导致其丧失继承权，从而使遗嘱对其实际无效。（4）从以上分析总

结的情况看,受欺诈、胁迫设立的法律行为,包括遗嘱行为属于可撤销的法律行为的立法例可以称为大陆法系立法通例。

三、制度选择:无效抑或撤销

虽然遭到质疑,但我国《继承法》第22条的规定实际与《民法通则》关于受欺诈、胁迫法律行为的规定保持一致。即使在修改了《合同法》之后,也仍然有学者认为至少有部分受欺诈、胁迫的法律行为应规定为无效,比如受欺诈、胁迫而进行的损害国家利益的合同行为。《民法通则》的规定也一直未做改动。实际上同理也可推知,若国家立法规定受欺诈、胁迫所立遗嘱得由遗嘱之利害关系人主张撤销,则在遗嘱人未知真相或未及时摆脱胁迫或未及时撤回遗嘱即死亡的情况下,又没有遗嘱利害关系人或利害关系人不愿撤销遗嘱,也仍然无法避免违背遗嘱人真实意思的结果,且放任不诚实者或是暴力者得利,更加有违法律公平之原则。另外,遗嘱行为和合同行为属于并列的两种法律行为,两者各具特质,并无在合同法上的制度安排就一定同样适用于继承法的逻辑。一般说来,倒是《继承法》的规定与《民法通则》中法律行为的规定保持一致反倒更加妥当,符合在无特殊理由的情况下,分则规定应与总则规定保持一致的立法惯例。因此,以上《继承法》中关于受欺诈、胁迫所立遗嘱应和《合同法》保持一致的质疑理由无法成立。

并且,在英美法系国家,我们似乎也能找到关于受欺诈、胁迫所立遗嘱无效的立法通例。如英国《遗嘱法》对于遗嘱人在被欺诈、胁迫或受不恰当影响下订立的遗嘱规定为无效。[16]美国、澳大利亚均无全国统一的遗嘱立法,而是由州法律进行规范。对于遗嘱人在因欺诈、误解或受不当影响(包括胁迫)下订立的遗嘱也多规定无效。[17]但恰恰相反的情况是,在英美契约法中,受欺诈、胁迫订立的契约都属于得撤销之契约。[18]因此,对于受欺诈、胁迫所立的遗嘱应属无效抑或可撤销的判断,毋宁说是遵从大陆法系立法惯例还是英美法系惯例的选择。我国虽然传统上属于大陆法系国家,但近年来也不排除英美法系规则的融合。

综上,笔者认为:既然我国立法已经规定并长期实施了受欺诈、胁迫法律行为,包括遗嘱行为无效的规则,那么基于路径依赖理论,(注:路径依赖是指人们一旦选择了某个体制,由于规模经济、学习效应、协调效应以及适应性预期等因素的存在,会导致该体制沿着既定的方向不断得以自我强化。要强行改变将付诸巨大成本和代价。)考虑改变制度设计所带来的沉没成本和新的初始设置成本,既然无法确切证明使受欺诈、胁迫所立遗嘱为可撤销的制度选择就一定比使受欺诈、胁迫所立遗嘱为无效的制度选择来的优越,那么继续保持原来的制度也并无不妥。注释:

- [1]张平华,刘耀东.继承法原理[M].北京:中国法制出版社,2009:359.
- [2]柳经纬,李茂年.论欺诈、胁迫之民事救济—兼评合同法之二元规定[J].现代法学,2000(6):74-75.
- [3]王利明.无抑或撤销—对因欺诈而订立的合同的再思考[J].法学研究,1997(2):69.
- [4]郭明瑞,张平华.海峡两岸继承法比较研究[J].当代法学,2004(3):18.
- [5]王利明.民法[M].北京:中国人民大学出版社,2010:118.
- [6]韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2004:242.
- [7]杨建华,郑玉波,蔡墩铭.六法判解精编[M].台北:五南图书出版公司,2002:2-424.
- [8]法国民法典(上册)[M].北京:法律出版社,2005:1035-1038,758-760.
- [9]罗结珍,陈卫佐.德国民法典(第五编)[M].北京:法律出版社,2004:527-550.
- [10]陈国柱.意大利民法典[M].北京:中国人民大学出版社,2010:119-687.
- [11]殷生根.瑞士民法典[M].北京:法律出版社,1987:124-521.
- [12]日本民法典[EB/OL].().<http://www.fatisia.com/ms/Read-News.asp?ID=50540>.
- [13]石均正.俄罗斯联邦民法典(继承法)[J].福建警察学院学报,2008(2):98-99.
- [14]杨建华,郑玉波,蔡墩铭.六法判解精编[M].台北:五南图书出版公司,2002:2-429.
- [15]澳门民法典[EB/OL].().<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=11836>
- [16]陈碰有.英国遗嘱继承制度研究[J].厦门大学法学评论,2001(2):282-283.
- [17]魏小军.遗嘱有效要件研究[D].西南政法大学.2007.
- [18]杨楨.英美契约论[M].北京:北京大学出版社,2003:183-189.

(出处:《海峡法学》2012年第1期)

继承法对遗产管理规定过于简陋,专家建议构建遗产管理制度明确管理人职责

2013-04-16 法制日报人大立法 记者李吉斌

□继承法修改

著名相声演员侯耀文遗产纠纷案曾轰动一时,遗产范围的确定和统一管理是导致该案历时数年的主要原因,案件也再次引发了有关遗产管理制度的讨论。遗产管理制度,是对死者遗产负责保存和管理的制度。在继承开始后,到遗产的最终分割、处理时止,为了保护遗产不被损毁或散失,必须确定遗产管理人,对被继承人的遗产进行管理。中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、博士生导师杨立新教授近日在接受《法制日报》记者采访时指出,我国继承法关于遗产管理的规定过于简陋,应当借鉴国外立法有关遗产管理的规定予以完善,在继承法中构建遗产

管理制度,明确遗产管理人职责。

杨立新介绍,各国继承法规定遗产管理主要有两种立法例:一是由法院或主管官署依职权进行管理。德国、瑞士等国继承法采取此立法例,如《德国民法典》第1960条规定:遗产法院尤其可以命令存放印章,提存金钱、有价证券和贵重物品,以及编制遗产目录,并为成为继承人的人选任保佐人(遗产保佐人)。二是由民事法院根据利害关系人或者检察官的请求,指定遗产管理人。法国、日本等国继承法采取此立法例,如《日本民法典》第936条规定,继承人有数人时,家庭法院应从继承人中选任继承财产管理人。

我国继承法仅在第二十四条规定:存有遗产的人,应当妥善保管遗产,任何人不得侵吞或者争抢。杨立新认为,该条的规定过于简陋,对于被继承人的遗产无人存有时,如何进行遗产的管理缺乏规定。虽然有学者认为应当结合实际情况,由死者生前所在工作单位或者遗产所在地的基层组织负责管理。但这样处理显然不够,应当借鉴国外立法规定,采用遗产管理人制度为宜。

“应在继承法中规定:继承开始后,被继承人留有有效遗嘱的,遗嘱执行人为遗产管理人。没有遗嘱或者遗嘱无效者,继承人应当及时推选遗产管理人。”杨立新建议。

“继承法还应明确规定,未经遗产管理人同意,任何人不得进行有损遗产价值的使用、收益和处分。”杨立新说,遗产管理人的职责应当尽可能的明确,可采取列举加兜底的立法模式予以规定:查明被继承人是否留有遗嘱,确定遗嘱是否真实合法;查明并通知遗产承受权利人、被继承人的债权人、债务人;管理遗产,制作遗产清单并公证;清偿遗产债务;分割、移交遗产;在管理权限之内,采取必要的措施或通过诉讼保全遗产;进行与管理遗产有关的其他必要行为。

杨立新建议,法定继承人、村民委员会、居民委员会担任遗产管理人时,不得辞任,但继承人放弃继承权的除外。对遗产管理人不当履行义务时应承担的责任、遗产的清偿顺序也应作出具体规定。

我国现行继承法仅规定了无人承受遗产的归属问题,即无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。但对于无人承受遗产的管理却没有明确规定。杨立新认为,无人承受作为一种状态,会持续一定的时间,需要在这段时间内对无人承受的遗产进行管理,才能有效保护有关当事人、国家或集体的利益。对此,应当借鉴国外继承人旷缺制度的有关规定,完善我国无人承受遗产的管理制度,用遗产管理人制度管理无人承受遗产。

杨立新建议,继承法应当明确规定遗产管理人处理无人承受遗产时的主要职责:保管遗产,遗产管理人应以善良管理人的注意义务,管理遗产。编制遗产清单,遗产管理人在确认死者的遗产系无人承受遗产的同时,应当仔细、认真、不遗漏、无差错地清点遗产,编制遗产清单,记明遗产名称、数量、价值、特征等。进行公告,督促权利人在一定期间内主张权利。清偿债务。遗产管理人应当对死者生前应缴纳的税款和债务进行清偿。剩余财产的移交,继承人如于法定公告期间内出现,或于遗产清算完毕前主张权利者,遗产管理人应在证实继承人身份后,将剩余财产交付于继承人。如直至遗产清算完毕前仍无继承人主张继承和受遗赠,且遗产有剩余者,遗产管理人应负责将剩余遗产移交有关部门上缴国库所有;如果死者生前是集体所有制组织成员的,移交所在的集体所有制组织。

“在处理无人承受遗产时,如果有继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,则可以分给他们适当的遗产。”杨立新最后说。

专家指出:公证遗嘱不应具有当然优先效力

新闻中心-中国网 news.china.com.cn 2013-04-10

我国首个关注遗嘱的公益项目“幸福留言——中华遗嘱库”近日在北京启动,其位于北京西交民巷73号的第一个登记中心挂牌不到3天,就为近40位老年人提供了整套遗嘱登记服务,并已有近600位老年人进行了预约登记。中华遗嘱库项目的启动和火爆,实际上反映了现代社会对密封遗嘱制度的需求,但我国继承法并没有对此项制度作出规定。中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、博士生导师杨立新教授近日在接受《法制日报》记者采访时指出,我国继承法应规定更多的遗嘱形式,以适应当前社会实际生活需要,并且公证遗嘱对抗其他一切遗嘱形式的规定过于绝对化,应予以修改。

增加密封遗嘱丰富遗嘱形式

关于遗嘱的形式,我国继承法规定了自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱。对此,杨立新认为,应当规定更多的遗嘱形式,如电子数据遗嘱、录像遗嘱、密封遗嘱等,以适应当前的社会实际生活需要。

关于密封遗嘱的规定古已有之,如古罗马《国法大全》中即有多处提及密封遗嘱。对于是否规定密封遗嘱,有人认为不能见到外国人有什么样的遗嘱形式,我国就一定要照搬。杨立新认为,规定不同的遗嘱形式,给遗嘱人以更多的选择,是有益的。且在我国规定密封遗嘱是可行的,原因在于,遗嘱是被继承人的权利,密封遗嘱是遗嘱自由的表现,最能够体现遗嘱人处分遗产的自由意志,且有现实需要,对于解决遗产纠纷有重要作用,应该成为我国遗嘱的形式之一。

我国继承法对公证遗嘱的效力规定:自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。杨立新指出,规定公证遗嘱具有对抗一切遗嘱的效力,过于绝对化,特别是在被继承人作出了公证遗嘱之后,没有能力或者条件通过公证再立遗嘱撤销、变更公证遗嘱的时候,问题更为严重,等于剥夺了遗嘱自由的权利。

“应当改变这种做法。”杨立新建议,当被继承人所立多种形式的遗嘱内容相互抵触的,应当尊重遗嘱人的真实意思表示,以最后所立的遗嘱为准。

此外,杨立新认为,将法定继承规定在遗嘱继承之前会对普通群众造成法定继承优先的误解,建议调整顺序,先规定第二章“遗嘱继承”,后规定第三章“法定继承”或者“非遗嘱继承”。

增加规定夫妻共同遗嘱制度

共同遗嘱也称为合立遗嘱,是指两个或两个以上的遗嘱人共同订立的一份遗嘱,在遗嘱中同时处分共同遗嘱人各自的或共同的财产。共同遗嘱以夫妻双方合立的夫妻共同遗嘱为常见。对此,杨立新指出,我国在继承法施行前,在现实生活中大量存在共同遗嘱,在司法实践中有的也承认共同遗嘱。但立法对此没有规定,以致于司法实践对共同遗嘱的效力认定意见不一致,出现差错。

杨立新建议,继承法在修改时应应对共同遗嘱采取实事求是的态度,有条件地承认共同遗嘱的效力,即对于夫妻之间的共同遗嘱承认其效力,对其他的共同遗嘱不予承认。如果对夫妻共同遗嘱采取完全不承认主义,对这些人的遗嘱在事实上宣告无效,他们自主处分自己遗产的意志就没有得到保护。同时,我国民事习惯尊重这种遗嘱形式,法律对习惯认可的遗嘱形式完全采取不承认主义,有悖于人民群众的意志。

“我国继承法对遗嘱执行人的法律地位未作明确规定,应当对此予以补充。”杨立新建议在继承法中规定:遗嘱人可以遗嘱指定遗嘱执行人,或者委托他人指定遗嘱执行人。遗嘱执行人的职责,是管理遗产并为其执行遗嘱所必须的行为。遗嘱执行人须忠实地执行遗嘱人的遗嘱。遗嘱执行人为两人以上,执行遗嘱的意见不一致的,有不同意见的继承人以及其他利害关系人可以请求人民法院裁决。

增加规定后位继承替补继承

后位继承也叫次位继承或替代继承,是指因遗嘱中所规定的某种条件的成就或期限的到来,由某遗嘱继承人所继承的财产又移转给其他继承人承受。杨立新认为,目前我国社会生活中后位继承是存在的,但数量不是特别大,原因在于法律对此没有明文规定。规定后位继承制度,对于尊重被继承人处分遗产的意志是有益的。

杨立新介绍,在后位继承法律关系中,首先承受遗嘱人遗产的继承人是前位继承人;从前位继承人那里取得遗产的继承人是后位继承人或叫次位继承人。后位继承人只有在遗嘱中所规定的某种条件成就或期限届至时,才能从前位继承人那里取得财产。在此之前,后位继承人只能根据遗嘱的内容享有期待权。

“建议在继承法中规定,遗嘱人可以在遗嘱中规定,在某种条件成就或期限到来时,由遗嘱继承人将其继承的财产移转给其他继承人承受。前位继承人放弃继承权或存在丧失继承权的事由,只能在遗产分割之前进行。”杨立新说。

此外,杨立新还建议增加替补继承。替补继承与后位继承不同。替补继承是指遗嘱人在遗嘱中除了指定正式继承人之外,又指定候补继承人,以便补充正式继承人的缺额,确保遗嘱人在死后能有自己的继承人,而减少遗嘱无效的可能性。

“我国继承法没有规定替补继承,但社会生活确实有实际需要,应当补充规定。例如,遗嘱人在遗嘱中为继承人或者受遗赠人指定替补的继承人或者受遗赠人,一旦继承人或受遗赠人先于遗嘱人死亡,或者丧失继承权或遗赠权,或者放弃继承或受遗赠权,就有可能出现无人继承或者受遗赠的现象。”杨立新最后说。(李吉斌)

离婚时,家务劳动应得到补偿

专家认为,我国家务劳动补偿制度应加入性别视角

2013-04-17 中国妇女报记者 周文

●男方能力、社会地位等各方面的提高,都是基于妻子的付出与支持才得以实现,这就是夫妻协力,但这种夫妻协力在离婚时没有予以考虑。

- 家务劳动对家庭的发展有利,对社会的发展有利,但我国当前对此没有任何评估,这是立法的盲区。
- 离婚时一方(女方居多)“净身出户”的可能绝不是危言耸听,家务劳动补偿问题亟待重视。

对话专家

高小岩:北京东城区人民法院民六庭法官

杨晓林:北京岳成律师事务所律师

夏吟兰:中国政法大学法学院教授

丈夫在事业有成时,以妻子与自己不般配、感情破裂为由,三次提出离婚。女方不同意离婚,并要求对方补偿其过万个小时的家庭劳务费。这起不久前起诉到广州番禺法院的案件,虽然以一审法院不准予离婚,丈夫上诉至广州中院后又撤诉而告终,但家务劳动是否应得到补偿这一话题受到了社会的广为关注。

一般而言,婚姻中,女方在家庭中要付出更多的精力。《第三期中国妇女社会地位调查》结果显示,女性在家庭中承担大部分或全部家务的占七成左右。那么,离婚时,家务劳动能否得到补偿,应否得到补偿?

记者:我国现行法律关于家务劳动补偿有何规定?

高小岩:我国《婚姻法》第40条规定,夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有,一方因抚育子女、照顾老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。也

就是说，家务劳动补偿权的行使必须有前提条件：首先，必须是夫妻书面约定婚姻关系存续期间的财产归各自所有；其次，夫妻一方付出了较多的家务劳动。

夏吟兰：这一规定强调的是夫妻在婚姻关系存续期间实行分别财产制，而且只有在离婚的情况下才可以请求补偿。对于夫妻实行共同财产制的，婚姻法规定的总原则是财产均分。在我国的惯有思维下，一般认为，在财产均分的情况下，家务劳动已经得到补偿了。

记者：实务中，家务劳动的价值能否在离婚时得到承认？

高小岩：2000年通过的新婚姻法第一次规定了家务劳动补偿制度，目的是要让我国的婚姻法律制度与国际接轨。其初衷很好，但有些超前。毕竟，就我国现实情况而言，夫妻双方实行分别财产制的情况很少。近几年，我们法院受理的案件中此类情形就十分少见。

杨晓林：我在实务中遇到的当事人主张家务劳动补偿的仅有一例。双方婚后不久订有财产约定实行AA制，各自财产及收入归个人。离婚时因财产比例悬殊一方主张家务劳动补偿，但法官不重视，未予支持。

夏吟兰：据我们调查，目前婚姻关系存续期间采取分别财产制的只占3%~5%。因此，概括而言，我国的家务劳动补偿制度存在适用难、比例低、功效低三个特点。

记者：您认为，家务劳动付出是否应得到补偿？

杨晓林：应当得到补偿。夫妻结婚生育以后，多数家庭女方不得不把人生中的黄金年华和精力奉献给家庭、孩子和丈夫，这必然影响她们的学业提高、工作进步、职称晋升等，进而失去就业或选择更好职业的机会。根据婚姻法规定，离婚时夫妻共同财产平分秋色，再加上有利于保护妇女儿童的照顾性条款，这样，一般认为，就等于对家务劳动的价值进行了正确的评价，就算是为妇女对家庭付出较多贡献的特殊照顾了。

如果不仔细分析夫妻各方对家庭的实际投入，就会误认为这是一种超出男女平等原则的对女性的特殊照顾，而不认为这是对女性在家庭中大量投入的回报。相反，如果将这个问题置于市场经济条件下讨论，一个已婚妇女在家庭中所付出的劳动和代价，远非夫妻财产的一半所能补偿。法律规定对离婚夫妻中女性财产的照顾，只不过是本属于妇女应得的权益说成是照顾罢了。事实上，丈夫那点高收入在女性对家庭的无偿投入面前早已黯然失色。

特别是《婚姻法》司法解释（三）出台后，备受社会各方的广泛关注，过分强调物权法，忽视婚姻关系的人身权性质，过分强调对个人财产的保护，而忽视了婚姻关系中夫妻共同生活，权利义务合一的特点。注重保护财产取得时候的产权份额，或者说只是静态地保护了初始状态的物权及以后不变的收益，而没有动态地考虑财产运作过程的价值增减。而这些极有可能加剧因离婚而“贫困化”的发生。“贫困化”产生的原因在于因家庭利益共同体的解体所导致的夫妻共同财产分割及获得配偶帮助、扶养权的消灭。“贫困化”的表现为依靠个人财产或离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平或依靠自身条件无法解决住处等，离婚时一方（女方居多）“净身出户”的可能绝不是危言耸听，家务劳动补偿问题亟待重视。

夏吟兰：我国关于家务劳动补偿的规定缺乏性别视角。《第三期中国妇女社会地位调查》显示，当前男女的教育水平已经很接近，但在就业之后，男女的收入却有很大差别。这很大一部分原因是女方在结婚后把很大一部分精力放在了家庭。

婚后，男方知识、能力、社会地位等各方面的提高，都是基于妻子的付出与支持才得以实现，这就是夫妻协力。但这种夫妻协力在离婚时往往没有予以考虑，这就是共同财产制均分财产的弊端。财产均分，貌似将家务劳动等都考虑了，但实质上没有。因为夫妻中家务劳动贡献大的一方肯定挤压了自身的能力发展，导致其在离婚后谋生能力降低，生活水平下降，所以在离婚时需要予以补偿。

当前，我国的家务劳动是没有价值、不被认可的。第四次世界妇女大会《北京宣言》要求各个国家要评估家务劳动的价值，并将其纳入国民核算体系。其实，家务劳动对家庭的发展有利，对社会的发展有利，但我国当前对此没有任何评估，这是立法的盲区。

记者：国外关于家务劳动补偿是如何规定的？

杨晓林：《瑞士民法典》第164条规定：“负责料理家务、照料子女或扶助配偶他方从事职业或经营事业的配偶一方，有权请求他方支付一笔合理的款项，供其自由处分。”

《德国民法典》第1360条规定：“夫妻双方相互负有其劳动和以其财产适当抚养家庭的义务。家务处理交予夫妻一方的，该方以处理家务履行其以劳动抚养家庭的义务。”

《美国统一结婚离婚法》规定，财产分配时要考虑每一方对婚姻财产的获得所做的贡献，包括一方以操持家务的方式所做的贡献。

《加拿大离婚法》规定，有管辖权的法院应一方或双方配偶的申请，在签发离婚抚养令时，法律应考虑的因素之一就是夫妻哪方较多地承担了对子女的照料和抚养义务。

夏吟兰：国外的制度可概括为两种，一种是家务劳动补偿制度，一种是离婚抚养费制度。

关于家务劳动补偿，英国的关于婚姻及离婚的王室委员会在其报告中提出，婚姻为夫妻平等运作的合伙，妻通过家事之照料、子女之养育而对共同事业的贡献，与夫之维持家计、扶养家庭具有同等价值。相应地，英国在《婚姻诉讼及财产法》中规定，夫妻在离婚分割财产时，法院要考虑一方家务劳动的贡献。

对于离婚抚养费，很多国家有专门的《离婚扶养法》，是指离婚时一方没有工作或者工资低微，双方差距很大，分割财产时就应向弱势一方倾斜，要给予其一定的抚养费以维持以后的生活。

我在美国德州一所大学做访问学者时，亲身感受了一个离婚案例。夫妻两人有三个孩子，一套按揭买的房子。女方本身也是大学毕业，但她为了照顾家庭只能做兼职工作，收入很低。离婚时，法院判决孩子和房子都归女方，男的几乎就是“净身出户”。男方要支付孩子抚养费，直至他们成年。此外，还要给女方一笔抚养费，供女方学习用，以让女方提高自己的能力，好自食其力。因为法院认为女方为家庭付出太多，所以需要予以支持。

记者：您认为，我国的家务劳动补偿制度该如何完善？

杨晓林：我认为，应该以更加合理的夫妻离婚后扶养制度来取代现行的离婚救济制度。离婚后的夫妻间扶养问题应理解为夫妻婚姻关系存续期间扶养义务在离婚后的自然延伸。同时，以夫妻离婚后抚养费给付制度全面取代现有经济帮助制度。离婚后夫妻任何一方都可以请求对方给付抚养费，决定抚养费给付与否的，视双方的经济条件、身体健康状况等因素，而非性别，实践中一定要注意避免矫枉过正。离婚妇女和离婚男子所享有的机会相同，但由于男女实际上的不完全平等，离婚女性更有可能面临就业的压力和谋生的困难，并受到监护未成年子女责任的限制，因此需要受扶养的可能更多是女性。

夏吟兰：一要完善家务劳动补偿制度。家务劳动补偿应扩展至所有情形，而不应仅限于分别财产制的情况。如果离婚救济制度得不到改善，就应增加离婚抚养费制度。抚养费可以根据不同情形予以区别对待，比如永久性抚养费，适用于一方确实没有工作能力或者没有生活来源的情形；专门性抚养费适用于为困难的一方提供上学或培训的机会，以让其提高自身工作能力。

其实法律的所有目的都是为了实现公平正义。当前我国的离婚救济制度是缺乏性别视角的。有观点认为男女平等，因此法律是性别中立的，不考虑男女。“我赚的就是我赚的，这就是公平。”但看似公平，却是实质上的不公平，因为男方赚的那些也是有女方付出的。因此，女方应该分享男方所得的利益，这才是真正的公平。

网络虚拟财产应被列入个人遗产

2013-04-12 法制日报人大立法

□继承法修改

本报记者李吉斌

2012年7月，24岁皇冠淘宝店主小艾猝死，其男友向淘宝网申请继承网店，引发普遍关注，有关网店能否被继承的话题更是在网络上热炒。与此相类似，网友“难道我不帅”发帖抱怨，因淘宝网是用其母亲的身份证办理的，母亲去世后，结算只能转账，产生了很多手续费，希望能通过继承解决这一问题。近年来，有关QQ号、微博账号、网游账号等互联网虚拟财产能否继承的问题一直为人们所关注，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、博士生导师杨立新教授近日在接受《法制日报》记者采访时认为，我国现行继承法对遗产的范围规定过窄，扩大遗产范围是继承法现代化迫在眉睫需要解决的主要问题，如网络虚拟财产就应该列入个人遗产范围。

坚持列举加兜底的立法模式

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

杨立新介绍，该条文对遗产范围的规定采取的是列举加兜底的方式，目前就如何规定遗产范围的方式存在三种意见：一是列举加兜底式；二是概括加排除式；三是概括式。

杨立新分析，主张采取概括加排除式立法方案的主要理由是，对遗产的列举是永远无法列举全面的，即使加上兜底的条款，也仍然会存在大量的疑问，并且在法律适用上也会存在不同看法。而采取概括式的方式规定，则将遗产的具体内容交由法官判断，只要是被继承人的合法财产就是遗产，容易操作。至于有些财产在继承上受到限制，可以加上排除的条款。

“不过，立法不仅是为了操作，也是为了宣示。”杨立新说，借鉴我国侵权责任法第二条第二款规定侵权责任法保护范围的立法经验，适当的列举，既能够确定主要的遗产项目，又能够宣示主要的遗产范围，有利于人民群众掌握。因此，坚持继承法第三条采取的适当列举加兜底式的方式规定遗产范围，具有优势，也符合我国的民事立法习惯。

继承法对遗产列举范围过窄

“我国继承法第三条规定存在的问题是列举的遗产范围过窄，一些重要的遗产没有概括在其中。”杨立新说。

随着我国经济的发展，公民私有财产呈现多样化的特点，司法实践中对一些财产能否列入遗产范围存在争议。杨立新为此对以下几类进行了分析：

——公有住房租赁权。公有住房租赁权尽管带有物权性质，但仍然是债权。债权也是财产权，属于遗产范围，应当准许继承，但不一定写在遗产范围之中，可以概括地规定为有财产价值的债权，都是遗产。

——死亡赔偿金和抚恤金。死亡赔偿金是否为遗产范围是一个伪命题，因为死亡赔偿金由死者的近亲属接受后，

立即变为近亲属的动产,享有所有权。当取得死亡赔偿金的被继承人的近亲属死亡之后,其继承应当按照一般的动产继承进行,并不存在死亡赔偿金的继承问题。死亡赔偿金是给付给死者近亲属的赔偿金,而不是给付死者的,因此不是遗产。死亡赔偿金在分配时比照继承顺序的规定确定受领人,已经死亡的近亲属不能分配死亡赔偿金,当然也不存在继承问题。抚恤金与死亡赔偿金基本相同,应当采取同样的规则。

——网络虚拟财产。网络财产,不论是不动产还是动产,都可以继承,都属于遗产范围,并且是新型的财产,继承法应当列举为遗产。

——建设用地使用权。自然人享有的建设用地使用权是房屋地基的地上权,性质是不动产用益物权,属于遗产范围,应当准许继承人继承。

因此,杨立新建议将遗产规定为:遗产是被继承人死亡时遗留的个人合法财产,包括动产;不动产;建设用地使用权;财产性债权;著作权、专利权、商标权中的财产权利;有价证券;股权;网络虚拟财产;其他合法财产。

经适房继承应缴土地出让金

在现实生活中,一些特殊的财产能否继承以及以何种方式继承存在着争议,主要包括:经济适用房、限价商品房、宅基地使用权和土地承包经营权。

杨立新分析,就经济适用房而言,其是未缴纳土地使用权出让金,未取得完全的土地使用权的房屋,但仍然是自然人享有所有权的不动产,不能排除在遗产范围之外。应当规定经济适用房可以继承,但继承时应当补缴土地使用权的出让金,以保证土地使用权也能够一并继承。限价商品房与经济适用房尽管有所不同,但性质相似,可以适用同样的规则继承。

“宅基地使用权的继承问题,应当根据我国农村土地政策的走向确定。按照现在的规定,非集体经济组织成员不应当继承,但是,着眼于农村土地政策的长远发展,应当准许宅基地使用权继承。”杨立新说。

对于土地承包经营权的继承,杨立新指出,我国土地承包经营权有两种,一是农村土地承包经营权,承包的主体是集体经济组织成员,承包的是集体土地;二是四荒地等的承包经营权,是其他人承包四荒地进行经营。对前者的继承需要遵守现行法律规定,后者作为遗产继承没有法律障碍。因此,杨立新建议对这些财产的继承应另写条款单独规定:下列遗产的继承,须依照法律规定的方法进行:(一)土地承包经营权;(二)宅基地使用权;(三)经济适用房、限价商品房。

完善我国法定继承人范围和顺序立法的思考

陈苇 西南政法大学 教授, 冉启玉 西南政法大学 讲师

上传时间:2013-4-10

关键词:法定继承人 范围 顺序 论争观点 立法建议

内容提要:法定继承人范围和顺序,是我国《继承法》修改的难点问题之一。围绕这一问题,学术界有诸多争论。关于我国法定继承人的范围和顺序,立法上还存在很多不足,应结合我国民众的继承意愿和继承习惯,借鉴外国立法经验,修改、完善相关立法。

法定继承人的范围和顺序,是指哪些人能够成为法定继承人及其依据何种顺序参加继承取得遗产,这既关系到对被继承人私有财产权的保护,也涉及到家庭扶养职能的实现。值此我国《继承法》修改之际,我们在考察我国法定继承人范围和顺序修改论争的主要观点基础上,分析我国法定继承人范围和顺序的立法现状与不足,借鉴外国立法经验,结合我国民众的继承意愿和继承习惯,提出修改、完善我国相关立法的建议,以供立法机关参考,期望对《继承法》的修改及未来的《中国民法典·继承编》的制定有所裨益。

一、我国法定继承人范围与顺序修改论争的主要观点

我国现行《继承法》制定于20世纪80年代。该法从1985年施行至今已有27年。在21世纪,随着我国经济的发展,人们社会生活条件发生了很大的变化,在遗产继承中也出现了一些新情况。我国学界普遍认为,法定继承人范围过窄,法定继承顺序也存在某些不合理之处,需要进行相应的修改,以适应调整新时期我国民众遗产继承新情况的需要。但对法定继承人范围和顺序应当如何修改,专家学者们的观点不尽一致,提出的立法建议也不尽相同。因此,法定继承人范围和顺序究竟应当如何修改,是《继承法》修改中的难点问题之一。首先,对我国法定继承人范围和顺序修改论争的主要观点进行考察。

(一) 我国法定继承人范围修改论争的主要观点

关于我国法定继承人范围是否应适当调整,主要有两种观点:一种观点认为,现行法定继承人的范围比较合理,赞同《继承法》的现有规定。另一种观点认为,现行法定继承人的范围不符合我国的现实国情,需要进行调整。对于法定继承人范围是否需要调整的论争,主要涉及以下三个问题:

第一,我国法定血亲继承人的范围是否应适当扩大?对此主要有两种观点:一种观点认为,我国法定继承人范围应当维持原状;另一种观点认为,我国法定继承人范围过窄,应予适当扩大。至于扩大到哪些近血亲,学者们的观点不尽一致,主要有三种不同的立法建议:一是主张扩大到第四亲等内的血亲;二是主张扩大到在一个家庭中共同生活或有扶养关系的三亲等的血亲; [1]三是主张只增加兄弟姐妹的子女(即侄子女、外甥子女)

作为法定继承人。[2]

第二，形成扶养教育关系的继父母、继子女是否应为法定继承人？对此主要有两种观点：一种观点认为，经过近 20 多年的运作，我国《继承法》有些特色已成为我国固有法的一部分，建议予以保留，如形成扶养教育关系的继父母子女相互享有继承权的规定。[3]另一种观点认为，形成扶养教育关系的继子女享有对继父母的遗产继承权，对父母再婚不利、实际上也损害继父母的亲生子女的继承权，故建议取消形成扶养教育关系的继父母与继子女互有继承权的规定，改为适用《继承法》第 14 条有关酌情分配遗产的规定为宜。[4]

第三，尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿是否应为法定继承人？对此主要有两种观点：一种观点认为，该制度的设立较为公平合理，有利于老年的公婆、岳父母生活上的照料和精神上的安慰，有利于发扬中华民族的美德、发挥家庭的扶养职能，体现了权利义务的一致性。[5]另一种观点认为，此是将本应由道德调整的问题纳入到了法律调整的范畴，通过适用《继承法》有关酌情分得一定遗产的规定同样也可以保护此种丧偶的儿媳和女婿的合法权益，故不宜将其纳入法定继承人的范围。

（二）我国法定继承人顺序修改论争的主要观点

关于我国法定继承人顺序的修改，主要有两种不同的观点：一种观点认为，现有的法定继承人顺序符合我国国情，应当维持《继承法》原有的规定。[1]另一种观点认为，现有的法定继承人顺序不够合理，需要进行修改，其修改的内容包括：配偶继承人的继承顺序与血亲继承人的继承顺序。

第一，配偶继承人的法定继承顺序是否应进行适当调整？对此主要有两种观点：一种观点认为，配偶应固定继承顺序。《继承法》将配偶固定在第一顺序，这体现了配偶在家庭中的地位和家庭成员之间的密切关系。另一种观点认为，配偶应不固定继承顺序。我国配偶继承顺序的现行规定，既不符合我国民间的继承习惯，也使配偶的继承份额有限，并且不能兼顾保护血亲继承人的继承权，因此，建议不固定配偶的继承顺序，配偶可以参与到任何一个继承顺序与血亲继承人一起共同继承。

第二，血亲继承人的继承顺序是否应进行适当调整？对此，争议的焦点问题是父母和子女是否应当在同一个继承顺序。[6]主要有两种观点：一种观点认为，在我国人口老年化严重的背景下，应考虑我国社会保障制度的不完善情况，父母作为第一顺序的法定继承人，可以缓解人口老年化带来的赡养问题。[7]另一种观点认为，子女及其直系卑血亲应当优先于父母的继承顺序，子女及其直系卑血亲作为第一顺序法定继承人，父母作为第二顺序法定继承人，这样可使遗产通过子女及其直系卑血亲往下传而被保留在被继承人的后代之家庭内部，这符合我国民间的继承习惯，也与世界大多数国家和地区的立法相一致。同时，对被置于后面继承顺序而未能参加继承的受被继承人扶养的父母以及祖父母、外祖父母的晚年生活保障，可以通过设立特定遗产（包括遗产中供受抚养人日常生活使用的物品和住房）的终身使用权的方式，予以妥善地解决。[2]

二、我国法定继承人范围和顺序的立法现状与不足

关于我国法定继承人的范围和顺序的立法现状，根据《继承法》第 10、11、12 条的规定，法定继承人的范围包括：配偶、子女（包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女）、父母（包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母）；兄弟姐妹（包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹）、祖父母、外祖父母；孙子女、外孙子女及其晚辈直系血亲为代位继承人。配偶、子女、父母为第一顺序法定继承人；兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序法定继承人。被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人不受辈数限制。（注：参见 1985 年 9 月 11 日《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 25 条。）丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序法定继承人。

针对以上学者对我国法定继承人范围和顺序修改的主要观点论争，结合现行《继承法》的规定，我们简要分析现行法定继承人范围和顺序的立法之不足。

（一）我国法定继承人范围的立法之不足

1、我国法定血亲继承人的范围过窄。除配偶继承人外，《继承法》规定的直系血亲继承人上至祖父母、外祖父母，下至全体直系卑血亲，旁系血亲继承人止于兄弟姐妹，此外还有因扶养关系而取得法定继承权的人（包括形成扶养关系的继父母与继子女，尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿）。目前，我国法定血亲继承人范围是世界上最窄的国家之一。这种立法例的主要缺陷如下：

第一，这与我国现有的家庭结构和血亲关系的变化不相适应。我国实行计划生育政策已 30 多年，提倡“一对夫妻只生一个子女”的独生子女政策的实施，使我国家庭结构已呈小型化核心家庭为主，在核心家庭中近血亲的种类和数量都在减少，如兄弟姐妹数量的减少甚至家庭中无兄弟姐妹。随之而来的就是叔、伯、姑、舅、姨、侄子女、外甥子女这些血亲的种类和人数也减少。我国第六次人口普查结果显示，平均每个家庭户的人口为 3.10 人，比 2000 年第五次全国人口普查的 3.44 人减少 0.34 人。我国家庭结构以核心家庭为主，法定血亲继承人的总量有所减少。基于这一社会现实情况，应当适当扩大法定血亲继承人的范围。如前所述，对于扩大法定血亲继承人的范围，学者们已提出了不同的建议，对其范围扩大最宽的建议是将法定继承人范围扩大到四亲等以内的血亲，对其范围扩大最窄的建议是仅增加兄弟姐妹的子女为法定继承人。我们认为，就四亲等以内的血亲而言，在我国现实生活中，有些亲属如堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹之间发生继承的情况非常少，民间也没有这样的继承习

惯。借鉴外国的相关立法例，结合我国民众的继承习惯，新增加的法定继承人，应当与被继承人具有一定经济上和情感上联系、在一定情况下能尽扶养和扶助义务，并且在民间有相互继承遗产的习惯的血亲为宜。因此，增加兄弟姐妹的子女为法定继承人较为适宜。

第二，这不利于保护自然人的私有财产继承权。目前，随着社会经济的发展，我国家庭的财产数量及种类都有较大的增加。根据国家统计局公布的数据，2011年我国农村居民人均纯收入6977元，比上年增加1058元，增长17.9%。2011年我国城镇居民人均总收入23979元，其中，人均可支配收入21810元，比上年增长2701元，增长14.1%。我国民众私有财产数量和种类的增加，要求我国法定继承人范围的修改应当加强对公民私有财产权的保护。基于保护公民个人财产所有权之私法理念，公民死亡后遗留的个人财产应尽量归属于其近亲属继承。但我国现行法定继承人范围过窄，这容易出现无人继承而导致私有财产归公。显然，这不利于保护公民的个人私有财产权，可能挫伤人们创造和积累财富的积极性。

第三，这与我国民众的继承习惯不完全相符。在我国，目前社会保障机制尚未完全建立，现实生活中无子女的叔、伯、姑、舅、姨，由其侄子女、外甥子女给予精神上的慰藉，经济上的供给及生活上的帮助的情况较多，但是我国法定继承人的范围并不包括上述亲属，这不利于发扬近亲属之间相互扶养的传统美德，也与我国民间这些亲属之间有相互继承遗产的习惯相悖。[8]由于我国家庭人口结构的小型化，未生活在同一家庭中的近亲属之间的联系，尤其是经济上的联系相对传统农业社会而言较为松散。在目前我国以家庭养老为主的养老模式下，在农村剩余劳动力外出务工、子女在外求学、参军等情况下，就会出现大量的空巢家庭。[9]我国法定继承人范围的修改，应当考虑如何有利于激励近亲属间经济上相互扶养与生活相互照料的积极性，以利于保障老年人尤其是空巢家庭老年人的晚年生活。因此，我国应当适当扩大法定血亲继承人的范围，增加兄弟姐妹的子女作为法定继承人。

第四，这不利于保护涉外及涉港、澳、台继承案件当事人的财产继承权。随着我国社会经济、文化的发展，中外民众交往逐渐增多，同时我国内地民众与港、澳、台三地地区民众间的交往也更频繁。与之相应，涉外及涉港、澳、台继承案件也有所增多。我国内地法定继承人的范围过窄，不利于保护涉外及涉港、澳、台继承案件当事人的财产继承权。在国外，为防止遗产因无人继承而归公，有的国家的立法有扩大法定继承人范围的趋势。如2003年3月1日施行的《俄罗斯联邦民法典》对法定继承人的范围做了重大修改，已极大地扩大了法定继承人的范围：长辈血亲止于被继承人的曾祖父母和外曾祖父母及表、堂祖父母，表、堂外祖父母的子女，晚辈血亲止于被继承人的表、堂孙子女的子女，此外还包括被继承人的继父、继母以及继承人之外受被继承人扶养的人等。[10]404我们认为，此立法动向值得注意，我国应当适当扩大法定继承人的范围。

2、形成扶养教育关系的继父母与继子女互有继承权的规定不够合理。我国《婚姻法》第27条规定：“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”我国《继承法》第10条亦规定，形成扶养教育关系的继父母与继子女互为法定继承人。对此，如前所述，我国有学者已提出此规定不利于离婚一方的再婚，因为这样可能影响夫妻关系，损害扶养继子女的继父母一方的亲生子女的利益。[11]我们赞同此观点。因为，在继父母扶养了继子女后，法律还强行规定继子女有权继承继父母的遗产，这也许会违背当事人的意愿。据我国学者的调查显示，尽管在我国一些地区存在平等对待继子女继承权的传统，但仍有部分人不承认继子女的继承权，且相当大比例的人选择对继子女的继承权视具体情况而定。如在北京地区，有5.9%的被调查者选择根本没有考虑过继子女的继承权，有25.9%的人选择会视具体情况而定。在重庆市有11.4%的被调查者选择根本没有考虑过继子女的继承权，有34.8%的人选择会视具体情况而定。在武汉市有17.1%的被调查者选择根本没有考虑过继子女的继承权，有31.0%的人选择会视具体情况而定。[12]342我们认为，继父母与继子女已经形成扶养关系的，如果继父母愿意让继子女继承其遗产，有以下三种方式可选择：一是根据我国《收养法》的相关规定收养该继子女；二是通过遗嘱将财产遗赠给该继子女（继子女也可采取这种方式遗赠财产给继父母）；三是可依《继承法》第14条的规定，请求酌情分得适当的遗产。通过以上措施，可以保护继父母与继子女双方的合法权益。

3、丧偶儿媳或丧偶女婿享有继承权的规定之不足。儿媳与公婆，女婿与岳父母为姻亲，许多国家法律规定姻亲之间无法定的权利义务关系。而我国《继承法》规定丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人，旨在于鼓励丧偶的儿媳或女婿对公婆、岳父母的赡养。但近年来有学者对此规定提出了质疑，认为此规定有一定不合理的地方。一是此种规定将本应由道德调整的规定纳入到了法律调整的范围；二是多数国家的继承法都未将姻亲纳入法定继承人范围；三是此规定不符合我国民间按支继承的传统，可能会出现不公平。如果被继承人同样留有不正一个子女且每个子女都有子女时，丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，可以作为第一顺序法定继承人，并且其子女还可以代位继承，此时该支亲属就继承了两份遗产。但在尽了主要赡养义务的儿媳或女婿没有丧偶的情况下，该被继承人的子女就只能继承一份遗产。在此种情况下，两支亲属所尽义务基本相同，但继承份额却不同，就出现了遗产分配不公平的现象。我们赞同此观点。我们认为，如果丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，可以通过适用《继承法》第14条酌情分得遗产的规定而予以适当补偿，但不宜将他们纳入法定继承人的范围。[2]

(二) 我国法定继承人顺序的立法之不足

如前所述，根据《继承法》第 10 条规定，法定继承人的顺序有如下二个：第一顺序：配偶、子女、父母；第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。我们认为，我国法定继承人顺序的立法存在以下不足之处：

1、我国法定继承人的顺序太少。关于法定继承人的顺序，与世界上其他国家相比，我国属于最少的。如《俄罗斯联邦民法典》规定的法定继承顺序有八个，英国的法定继承顺序有七个，澳大利亚大多数州和德国规定的法定继承顺序有五个，法国的法定继承顺序有四个，瑞士、日本、意大利（除了国家作为第四顺序外）和美国《统一遗嘱检验法典》的法定继承顺序有三个。我们认为，法定继承人的顺序太少，一方面容易导致遗产继承过于集中，另一方面容易导致无人继承而遗产归公。

2、我国法定继承人的顺序不够合理。我国法定继承人的顺序的安排主要有以下不足：其一，父母与子女同为第一顺序法定继承人，这不符合我国民众的继承意愿和继承习惯。根据我国学者调查，从我国民众的继承意愿看，大多数被调查者都希望配偶和子女为第一顺序法定继承人，父母为第二顺序法定继承人。[12]69 另据我国学者调查，在我国民间，如果死者留有后人（子女）时，父母一般不继承遗产。其二，配偶为固定的第一顺序法定继承人，这对配偶继承权的保护力度还不够。在现代社会，夫妻作为家庭的核心成员，配偶的继承地位得到了进一步提高。与部分国家相比，我国将配偶列为固定的第一顺序法定继承人，其所得之遗产最多固然可能是全部，但如果死者有多个子女并留下父母时，其继承份额则十分有限。其三，我国法定继承人顺序的规定，未能兼顾保障配偶继承人与血亲继承人的继承权。在我国家庭结构已呈小型化核心家庭为主的社会背景下，在保护配偶继承权的同时，血亲继承人的继承权也应当受到保障。如果配偶被固定在第一顺序参加继承，有可能使第二顺序的血亲继承人不能参加继承而其继承权不能实现。因此，许多国家的继承法都明确规定，配偶为不固定顺序的法定继承人，其可以与其他顺序的血亲继承人一起共同继承。如法国、德国、瑞士、日本、意大利以及英国、美国、澳大利亚等国的立法，以兼顾保护配偶继承人与血亲继承人的继承权。[10]407 在我国，根据现行法定继承顺序，在无第一顺序的其他法定继承人时，所有遗产归配偶所有，而顺序在后的血亲继承人的继承权全部落空。我国有学者指出，这样的顺序安排还可能会容易导致遗产归公。如果配偶在继承遗产后其没有法定继承人时，虽被继承人还有第二顺序的法定继承人但也不能继承，而被继承人的遗产则应归公，“缩短了私有财产收归国有的行程”。[13]

综上所述，我们认为，我国《继承法》有关法定继承人的顺序应当适当调整，应当将子女及其晚辈直系血亲作为第一顺序法定继承人，这既符合我国民众的继承的意愿和习惯，也与世界上大多数国家的立法相一致。同时，父母是被继承人最近的直系尊血亲，父母与祖父母、外祖父母、兄弟姐妹相比，与被继承人关系比后者更为密切，在没有直系晚辈血亲时，大多数人希望由父母继承遗产。因此，父母应作为第二顺序法定继承人。关于兄弟姐妹及其子女与祖父母、外祖父母的继承顺序，我们认为，为尽可能使遗产不外流于更远的旁系血亲，应将兄弟姐妹及其子女作为第三顺序继承人。在兄弟姐妹死亡时，由其子女代位继承。祖父母、外祖父母的继承顺序宜放在兄弟姐妹及其子女之后，作为第四顺序继承人。关于配偶的继承顺序，建议配偶不固定继承顺序，配偶可以参与到第一、第二、第三继承顺序中共同继承。在无前三个顺序时，由配偶取得全部的遗产，这样可以避免遗产向更远的旁系血亲扩散，以兼顾保护配偶继承人和血亲继承人的继承权。此外，为加强对配偶继承权的保护和保障父母、祖父母和外祖父母的晚年生活，需要增设两种制度：一是配偶对特殊遗产的先取权和家庭住房的终生居住权；二是受被继承人扶养的未参加继承的父母、祖父母和外祖父母对特殊遗产的终生使用权。

三、完善我国法定继承人范围和顺序的立法建议

基于上述分析，根据保护私有财产继承权的基本原则，本着对被继承人财产所有权的尊重及各种继承人继承权的兼顾保护，借鉴国外立法经验，结合我国民众的继承意愿和继承习惯，我们提出以下完善我国法定继承人范围与顺序的立法建议：

（一）适当调整我国法定继承人的范围

第一，建议适当扩大法定血亲继承人的范围，增加兄弟姐妹的子女作为法定继承人。[14]

第二，建议删除形成扶养教育关系的继父母与继子女相互继承遗产的规定，同时新增规定：继父母与继子女相互形成扶养关系的，可以依据《继承法》第 14 条的规定，请求酌情分得适当的遗产。

第三，建议删除尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿作为法定继承人的规定，同时新增规定：丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，可以根据《继承法》第 14 条的规定，请求酌情分得适当的遗产。[12]70

（二）适当调整我国法定继承人的顺序

建议对我国法定继承人的顺序进行调整和补充，作出如下规定：

在法定继承时，遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：子女及其晚辈直系血亲。子女先于被继承人死亡的，由其晚辈直系血亲代位继承，以代数近者为先。

第二顺序：父母。

第三顺序：兄弟姐妹及其子女。兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由其子女代位继承。

第四顺序：祖父母、外祖父。

继承开始后，由顺序在前的继承人继承。没有前一顺序继承人或前一顺序继承人都放弃继承权的，由后一顺序继承人继承。

配偶为不固定继承顺序的法定继承人，其可以参与到前三个顺序中共同继承。如果无前三个顺序的法定继承人，由配偶取得全部遗产。

此外，为加强对配偶的继承权的保护，同时保障受被继承人抚养的未参加继承的父母、祖父母、外祖父母的晚年生活，建议在法定继承制度中增加以下两个方面的规定：第一，配偶在参与不同顺序进行继承时，享有不同的继承份额；配偶对遗产中的日常生活用品有先取权，对遗产中的家庭住房享有终生居住权；第二，受被继承人抚养的未参加继承的被继承人的父母、祖父母、外祖父母对于遗产中供其使用的日常生活用品和住房享有终生使用权。（注：限于篇幅，对配偶在参与不同顺序进行继承时享有不同的继承份额之具体立法建议内容从略。有关立法建议的内容，请参见陈苇主编：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 423—425 页。）

注释：

- [1]赵泽隆. 有扶养关系的三亲等亲属应有继承权[J]. 现代法学, 1985, (1).
- [2]陈苇, 杜江涌. 我国法定继承制度的立法构想[J]. 现代法学, 2002, (3).
- [3]王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 506.
- [4]张玉敏. 继承法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 205—206.
- [5]刘春茂. 中国民法学·财产继承[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1990: 229—230.
- [6]陈苇, 曹贤信. 改革开放三十年中国无遗嘱继承制度研究之回顾与展望[C]//陈苇. 改革开放三十年(1978—2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望. 北京: 中国政法大学出版社, 2010: 437.
- [7]郭明瑞, 房绍坤, 关涛. 继承法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 73.
- [8]陈苇, 宋豫. 中国大陆与港、澳、台继承法比较研究[M]. 北京: 群众出版社, 2007: 290—291.
- [9]张大勇, 等. 家庭支持网与农村空巢家庭养老问题[J]. 安徽师范大学学报(人文社会科学版), 2007, (3).
- [10]陈苇. 外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [11]张玉敏. 中国继承法立法建议稿及立法理由[M]. 北京: 人民出版社, 2006: 92.
- [12]陈苇. 当代中国民众继承习惯调查实证研究[M]. 北京: 群众出版社, 2008.
- [13]孙学致. 应修改继承法扩大继承人范围——从溥仪著作权继承之争说起[J]. 法学, 2008, (2).
- [14]陈苇, 冉启玉. 外国法定继承人范围和继承顺序制度比较研究[C]//陈苇. 家事法研究(2007年卷), 北京: 群众出版社, 2008: 187—188.

出处:法学论坛 2013年第2期

论共同继承遗产的分割规则 以《物权法》的解释和《继承法》的修改为视角 李国强 吉林大学法学院 副教授

上传时间:2013-4-12

关键词: 共同继承遗产 分割请求权 分割溯及力

内容提要: 基于继承权而对被继承人的财产享有的财产权利, 首先应确定属于共有, 其次应确定为按份共有, 而其份额即为应继份。分割请求权是一种形成权, 通常行使分割请求权的主体是共同继承人。继承开始后遗产分割前具体情形的改变, 可能扩张分割请求权主体的范围。共同继承遗产分割的三种分割依据中, 协议分割和诉讼分割应是选择性的。遗产分割后没有溯及力, 分割后共同继承人之间应负担瑕疵担保责任。

我国现行《继承法》只有对遗产分割的原则性规定而缺乏共同继承遗产分割的具体而明确的规则。（《继承法》第四章“遗产的处理”用 12 个条文规定了遗产处理包括遗产分割的内容，但缺乏对数人共同继承遗产所有权关系的定性和分割请求权行使等具体规则的规定，在涉及到复杂的遗产关系处理，尤其是共同继承遗产分割时很难有针对性的适用。）随着 2007 年《物权法》的施行，包括分割共同继承遗产规则在内的分割共有财产的规则也值得在解释论上重新探讨，尤其是《物权法》对于共同继承遗产是按份共有还是共同共有并未予以明示。从各国立法和司法实践来看，对于共同继承遗产的共有类型和分割规则的规定也并不一致，而分割规则的确立必须在确定共有关系性质的基础之上。本文拟以确定数人共同继承遗产为按份共有关系为前提，在解释论上明确共同继承遗产的分割规则，并对《继承法》的修改提出具体意见。

一、共同继承遗产应确定为按份共有——共同继承遗产分割的前提性判断

（一）共同共有说的检讨

关于共同继承遗产共有关系的界定，我国学者通说认为，遗产分割前的共有属于共同共有，其理由大致为：当死者有数个继承人时，其中任何继承人都不可能单独取得遗产的所有权，遗产只能为全体继承人共有，而且在遗产协商分割前，不能确定各继承人对遗产的份额，因此，在遗产分割前全体继承人对遗产的共有只能是共同共有。该观点的法律依据是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以

下简称《民法通则意见》)第88条和第177条。(《民法通则意见》第88条规定:“对于共有财产,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明财产是按份共有的,应当认定为共同共有。”第177条规定:“……遗产未分割的,即为共同共有……”。)

笔者认为,这种观点在《物权法》颁布之前有其存在的合理性,但在《物权法》颁布之后就成为错误的观点,主要理由如下:

第一,共同共有的观点缺乏法律依据。《民法通则意见》第88条和第177条的解释依据是我国台湾地区现行“民法”第1151条的规定:“继承人有数人时,在分割遗产前,各继承人对于遗产全部为共同共有。”(我国台湾地区“民法”所说的“共同共有”等同于“共同共有”。)该规定作为在先的立法,其影响延续至今,导致学界多认为共同继承遗产属于共同共有。(注:王利明教授等就认为:我国《继承法》虽未规定共同继承遗产的性质,但也应当做与我国台湾地区“民法”第1151条同样的认定。参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第三版),法律出版社2011年版,第327页。)因此,在《继承法》和《民法通则》没有明确规定的前提下,最高人民法院的司法解释就采取了共同共有的观点。但该两条规定现已被最高人民法院明文废止,因其与《物权法》有关规定冲突。(注:《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》(法释〔2008〕15号)规定:《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第88条、第94条、第115条、第117条、第118条、第177条与《物权法》有关规定冲突。)因此,共同共有的观点已经失去了法律依据。

第二,共同继承遗产缺乏稳定的共同关系。共同共有与按份共有不同,主要不是基于共有人的共同意志而发生,而是必须以特定共同关系的存在作为发生的必要条件;没有特定共同关系的存在,就不能发生共同共有关系。例如,以婚姻关系或家庭共同生活关系为必要条件所发生的共同共有关系。而在“家”的解体的现代社会,除少数构成家庭共同生活关系的以外,共同继承人虽主要由亲属构成但缺乏共同关系。共同共有的起源与身份有着不可分割的联系,在日耳曼法史上,“……所有家产都属于家属共有,在家父死亡后,已成年的兄弟通常并不分割家产,而由年长的兄弟承继管理家产的权利,同时担负起祭祀祖先的义务,继续维持共同生活,但家产则属于全体家族”。[1]共同关系实质就是一种身份关系。无论是家庭共同共有、夫妻共同共有,还是其他共同共有,各共同共有的人都具备一定的身份,或为家庭成员,或为配偶等。在我国台湾地区现行“民法”制定的年代,“家”的观念仍然存在,即使尊长死亡,普通情形仍不分析家产。[2]182而随着社会的发展,家族共同生活的“家”逐渐解体,父母和未成年子女组成的小家庭成为社会常态,这直接导致作为继承人范围的亲属和家庭成员身份背离。

第三,共同继承遗产关系只能暂时存续,其必然走向分割共有财产的结局,而共同共有的全体一致决规则极易导致陷入分割僵局。这与遗产共有的目的是不相符的。因此,即使是主张共同共有说的学者,也认为遗产共有与普通共同共有存在不同,遗产共同共有系以遗产分割为终局目的,分割的依据为共同继承,并以遗产归继承人单独所有为分割目的。[3]167继承遗产的共同共有立法不仅对共同继承遗产的内部权利义务关系依据按份共有法理进行设计(如有应继份之分),而且对共同继承遗产的外部关系也依据按份共有法理进行设计(如按应继份清偿债务)。这种立法本身就存在逻辑上的矛盾。

综上,如果共同继承人没有家庭共同生活关系,就不能认定对遗产是共同共有。

(二)以继承权向所有权转化的思路解读按份共有说

在共同继承的场合,只有在遗产最终分割完成时才能明确权利主体的具体变更,继承开始前和遗产分割完成后这两个阶段适用的规则是近代以个人主义所有权为中心的物权法制度指向的内容,而在继承开始后和遗产分割前,虽然按照现行《继承法》第2条的规定,继承从被继承人死亡时开始,但并没有确定遗产的具体权利人,而只能概括地说遗产属于全体继承人共有。因此,继承法在继承开始后遗产分割前确定特殊的继承法规则是与现行物权制度衔接的必要途径,其思路为继承权向所有权的转化,以共有来代替单独所有。

继承开始前,存在双重的权利主体:一为所有权主体;二为期待继承权主体。继承权向单独所有权转化,会跨越三个阶段:第一阶段为被继承人死亡前,被继承人是所有权的主体,客体为被继承人所拥有的财产;第二阶段为继承开始后至遗产分割前,继承人成为继承权主体,客体为遗产,此阶段涉及到物权法和继承法的衔接;第三阶段为遗产分割后,继承人实际占有遗产或办理完所有权登记后,继承权主体转化为所有权主体,所有权的客体为基于继承而获得的财产。[4]在第二阶段,共同继承人的财产关系只能是一种共有。由于继承人的范围受亲属关系的影响,如果共同继承人之间还处于家庭共同生活关系,如父母一方去世,另一方和未成年子女仍然共同生活,此种情况下是可以认定为共同共有的。但更多的情况下,由于被继承人的亲属之间不具有家庭共同生活关系,继承人之间以暂时共有财产权利为必要,其享有和行使对遗产权利的意思不会总是一致,而按份共有的表决机制恰与其应继份相关联,应继份的明确与共同关系的模糊形成对照。此时,即使采共同共有说的立法例,也在将共同继承遗产视为共同共有的基础上依据共同继承人的特殊需要,设计了与一般共同共有规则不同的特殊共同继承遗产规则。特殊共同继承遗产规则与一般共同共有规则相悖,却与将共同继承遗产视为按份共有所形成的规则相一致。[5]这种基于继承权而对被继承人的财产享有的财产权利,首先应确定属于共有,其次应确定是一种按份共有的共有关系,而其份额即为应继份。允许共同继承人享有应继份、指定应继份以及随时分割遗产请求权存在,表明共有遗产所体现的共同利益关系具有份额性。[5]

二、共同继承遗产进行分割的前提——分割请求权的行使

如果没有被继承人禁止分割的遗嘱，也没有共同继承人不得分割的约定，任何一个人都没有义务维持共有状态，并且即使遗嘱和约定限制遗产分割，其也不是无限期的。如果被继承人已经通过生前行为或遗嘱实施分割，在不损害他人权利的限度内分割是有效的。除此之外，每一个共同继承人都享有要求分割遗产的权利，以我国台湾地区现行“民法”为代表的立法例称这种权利为分割请求权。

（一）分割请求权性质上为形成权

通说认为，分割请求权是一种形成权，该权利并不意味着要征得其他共有人的同意，只要共有人提出请求，就会产生分割的效果。笔者同意上述观点。首先，共有分割请求权的性质是请求权还是形成权，须先从民事权利分类理论中寻找根据。共有分割请求权的实现过程中不存在实质意义的给付，因此不符合请求权的性质。因为根据请求权的概念，请求权的实现是建立在义务人履行义务基础上的，即必须有义务人的给付行为方可实现权利。而形成权“指的是由特定的人享有的、通过其单方行为性质的形成宣告来实施的、目的在于建立一个法律关系、或者确定一个法律关系的内容、或者变更一个法律关系、或者终止或者废止一个法律关系而导致权利关系发生变动的权利”。[6]共同继承中的分割请求权具备形成权的特征。“形成权通常系以权利人的意思表示为之，于相对人了解，或到达相对人时发生效力，称为单纯形成权，多数形成权属之。”[7]如果各继承人之间达成协议并分割完毕，则符合意思自治原则；而如果其他共有人不同意分割，分割请求权人诉请分割，该诉讼为形成诉讼，形成判决确定后，分割请求权人及其他共有人的单独所有权就确定地取得了。

（二）行使分割请求权主体的范围扩张

通常情形下，行使分割请求权的主体是共同继承人，除非继承人的权利受到限制。共同继承人如被附停止条件地做出分配，其无权在条件未成就时就请求分割，但其他共同继承人在对附条件的继承人在条件成就时的应得部分提供适当担保后，可以请求分割。

但是，基于按份共有的属性，继承开始后遗产分割前具体情形的改变，也可能扩张分割请求权主体的范围。其一，共同继承人不得遗产分割，即将自己的财产转移给继承人以外的第三人，则该第三人即取得分割请求权。需要注意的是，此种份额转让需要符合《物权法》第101条的规定，即其他共同继承人应当享有优先购买权。其二，发生了转继承的情形，继承人的继承人请求分割。如共同继承人之一在继承开始后遗产分割前死亡，其任何继承人都可以请求分割，但在分割中，其全部继承人应视为一个单一的人，并且他们必须共同行动或通过一个共同的代理人行动。[8]

（三）分割请求权行使的限制

分割请求权可以自由行使，但也会受到法定或约定的限制。有学者认为，分割自由受到五个方面的限制：非经遗产债务清偿，不得分割遗产；遗嘱禁止在一定期间内分割的，不得分割遗产；继承人协议在一定期间内不得分割的，不得分割；胎儿利益保护的；因分割严重损害遗产经济价值而需暂缓分割的。[3]169-170 笔者不完全赞同该观点。其一，非经债务清偿而限制遗产分割不具有合理性。在继承开始后，被继承人的债权人不一定能够及时主张债权，继承人也不一定能够及时了解负债情况，换句话说，分割遗产时很可能不能明确处理债务清偿的问题，而遗产分割后，由继承人按照分得份额承担债务，并相互之间承担连带责任，对于债权人来说非常有利。其二，关于胎儿利益保护的限制，因为我国现行《继承法》采取的是为胎儿保留特留份的做法，已经在分割之前就解决了对胎儿利益的保护，故不能因此而影响分割请求权的行使。其三，基于财产效益的发挥而限制分割遗产缺乏客观的判断标准。所谓严重损害遗产经济价值的判断标准很难把握，反而限制了共同继承人的自由意思，不利于贯彻物尽其用原则。所以，笔者赞同第二和第三个方面限制合理，试分述如下。

1、被继承人的遗嘱禁止分割的限制。被继承人以遗嘱禁止遗产分割的对象，得为遗产的全部或一部；禁止的方法可以是绝对的禁止，也可以允许继承人的全体或多数决为分割的相对禁止。虽以遗嘱禁止分割，如经全体继承人的同意仍不妨碍分割。现行《继承法》第21条规定：“遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。……”据此，被继承人或遗赠人以遗嘱之单独行为明定继承人或受遗赠人不分割遗产的，可以认为属于该条的“附有义务的”情况。需要注意的是，此时还应类推适用《物权法》第99条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照规定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，……”。对该单独行为予以规制，即不得在遗嘱中规定永不得分割，否则无效。笔者认为，《继承法》中应当规定不得分割期限的上限。如遗嘱中的不得分割期限超过此上限的，应缩短为上限期限。

2、共同继承人不分割协议的限制。共同继承人全体合意可以订立不分割协议。我国台湾地区在理论和实务上，均认为“虽有不许分割之特约，若共有人因重要事由主张分割现有利益时，则该特约亦许变更，准予请求分割”。[9]根据《物权法》第99条规定，可将共同继承人不分割协议的规则解释如下：第一，继承人分割请求权行使自由应受不分割协议的限制，但如果继承人约定了永久不分割的协议，应为无效；或者在解释上将永不分割的约定视为“约定不明确的”情况。第二，继承人协议在一定期限内不分割也应该规定期限上限；超越上限的，缩短为上限期限。第三，不分割协议达成后，某个继承人转让其应继份于第三人时，不分割协议对第三人有拘束力。因为，如果第三人知道存在不分割协议仍然受让应继份，加入共有关系的，自然应受不分割协议的拘束；如果第

三人确实不知存在不分割协议的，因为第三人加入共有关系的目的一般是为了在共有物上实现其用益，而不分割协议与他的目的无悖。另外，如果认为对第三人没有拘束力，让与人很容易与第三人恶意串通，借让与达到规避不分割协议的目的。此三项解释规则，修改《继承法》应当予以明确。

三、共同继承遗产的分割依据与分割方法的选择

遗产分割的依据主要区分为三种：其一，基于被继承人的遗嘱进行分割；其二，基于继承人之间的协议进行分割的协议分割；其三，通过审判进行分割的诉讼分割。当然，诉讼分割也可能因调解而达成协议，依法院制作调解书进行分割。

（一）协议分割和诉讼分割应是选择性的

传统观点认为，协议分割是诉讼分割的前置程序。我国台湾地区学者王泽鉴教授认为，根据我国台湾地区现行“民法”第 824 条规定：“……分割之方法不能协议决定……法院得因任何共有人之请求，……”。虽然仅以“分割的方法，不能协议决定”为提起诉讼的前提，但共有人间根本不愿分割者，也应当包括在内，因此，提起分割诉讼须以共有人不能协议分割为要件，不得未经协议而径行起诉。（注：王泽鉴：《民法物权 1 通则·所有权》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 362 页。与我国台湾地区现行“民法”一致的是《日本民法典》第 258 条第 1 款规定：“对于分割，共有人不能达成协议时，可以请求法院对其分割。”）而我国大陆学者认为：“如果共有人之间已经达成分割共有财产的协议，那么部分共有人就不得提起分割共有财产之诉。……部分共有人不履行分割协议的，应该提起给付之诉，而非请求分割财产之诉。” [10]笔者不同意这种观点。共有人只能通过形成诉讼的方式行使分割请求权，而且形成诉权本身也赋予了共有人可以随时提起分割诉讼的权利，但基于私法自治原则，共有人可以在诉讼途径外达成分割协议并依此履行，该分割协议的达成并不能消除共有人所固有的形成诉权。共有人协商这种封闭的自由交易，免不了少数人钳制的问题，共有人在协商中固执己见，导致效率的低下。 [11]292 可以说，分割协议的达成只是使共有人又多了一个债权请求权的分割途径，共有人可以选择行使分割协议上的债权请求权，也可以行使固有的形成权。在分割协议上的请求权有效存在的情况下或者共有人根本就未协议分割的，共有人都可以行使其固有的形成权诉请分割。因此，《物权法》第 100 条确立的是诉讼分割下的裁判规范，只是考虑到当事人之间的私法自治，而设“共有人可以协商确定分割方式”语句。“达不成协议”是事实性描述语句，在此情况下共有人可以诉请司法救济。另外，当共同继承人达成分割协议后，其中之一继承人让与其应有部分的，不论受让人知否分割协议的存在，受让人在行使分割协议上的请求权和行使固有的分割请求权之间享有选择权。

（二）共同继承遗产分割中分割方法的选择

无论哪种分割，都需要在分割中确定分割方法。根据《物权法》第 100 条规定：“……共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”该条宣示了遗产分割中的三种实现方法，即实物分割、折价分割和拍卖、变卖分割。根据条文的语词顺序，分割实现时首先要考虑共有物是否可以实物分割，在不适于实物分割的情况下，可以考虑折价分割或拍卖、变卖分割。这与《继承法》第 29 条第 2 款的规定保持一致：“不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。”需要注意的是，《继承法》第 29 条第 2 款规定实际上允许继续保留继承人的共有关系。应当说，诉讼分割中出现需要共同继承人在不宜分割状态下继续按份共有状态，只要不违反意思自治原则，也可能更有利于生产和生活，《继承法》修改后应继续坚持这种规定。

四、共同继承遗产分割的效力

（一）确认遗产分割后没有溯及力

继承人分割取得遗产的溯及力问题主要有两种观点：一是移转主义，认为遗产分割具有转移效力或创设效力，遗产自分割时起发生归属和移转的效力，即以分割为一种交换各继承人因分割而互相让与其各自的应有部分，而取得分配与自己的物的单独所有权，德国采用此立法例。二是溯及主义（宣言主义），认为遗产分割溯及继承开始发生效力，即因分割各自受分配的物，溯及于继承开始时已专属于自己所有。法国、我国台湾地区修法前采用此立法例。需要注意的是，日本立法之初学说多认为民法第 909 条采溯及主义，但最高裁判所昭和 46 年判例却采实质上的移转主义的解释。 [12]我国现行《继承法》对遗产分割的溯及力没有明确规定，理论存在诸多争议。

笔者认为，依据共同继承遗产分割前的按份共有属性，遗产分割的效力应采移转主义，理由如下：其一，移转主义更能说明共有物分割中的权利变化，且与《物权法》的规定一致。共同继承人在遗产分割前取得的是依据应继份对遗产的按份共有权，这符合《物权法》第 29 条规定。继承人分割所得的财产是对不同于共有物的新的标的物的权利，把共有物分割成多个权利客体，“分割”的另一层含义就是“各共有人相互间的集体交易”，把抽象的应继份变成具体的单独所有权。 [11]291 其二，相较于溯及主义特别规定的瑕疵担保责任，移转主义的解释更合理。采用溯及主义的解释，继承人应当继承被继承人遗产的瑕疵，如此解释会导致共同继承人之间的公平性的丧失，所以需要特别规定共同继承人之间互相负担与出卖人相同的瑕疵担保责任。 [2]211 移转主义则认为，继承人相互交换应有部分，所以与出卖人负同样的瑕疵担保责任。因此，《继承法》修改应该明确采用移转主义的规定。

（二）共同继承人的瑕疵担保责任

关于遗产分割的瑕疵担保责任，我国现行《继承法》没有规定。为了防止由于分得遗产的瑕疵而造成继承人之间实质上的不公平，《继承法》应当增加规定遗产分割时继承人相互负瑕疵担保责任。遗产的瑕疵担保责任应当包括继承人分得实物的瑕疵担保责任和分得债权的瑕疵担保责任。 [3]175

1、对遗产物权瑕疵担保责任。遗产分割时各继承人对其他继承人所得的遗产，应当负与出卖人同样的瑕疵担保责任，包括物的瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任。 [2]249 物的瑕疵担保责任是指担保遗产标的物的价值、效用或品质无瑕疵； 权利瑕疵担保责任是指担保遗产标的物的权利无瑕疵，不受第三人对遗产标的物主张任何权利。这样的遗产标的物因分割而归属于某一继承人时，让该继承人一人承担损失是不公平的，应由共同继承人共同承担损失，但应以所得的遗产价值为限。

2、对遗产债权的瑕疵担保责任。遗产债权原则上应由共同继承人在遗产分割前收取，但因债权未到期或附停止条件债权的条件未成就等原因，在遗产分割时债权不能收回分配于继承人。如果遗产分割时由某一继承人分得此债权，其他继承人有担保此债权实现的责任。债权因债务人在遗产分割时无支付能力而无法实现的，该继承人有权要求其他继承人承担担保责任。如果该遗产债权是未届清偿期或附停止条件的，其他继承人应对清偿时债务人的支付能力负担担保责任。遗产债权的担保数额原则上以债权额为标准，如果分割遗产时对债权另外进行了估价，则应以估定价格作为担保数额。

共同继承人分割遗产的瑕疵担保责任是法定担保责任，除非继承人在分割遗产时特别约定免除担保责任。遗产的瑕疵担保责任是共同继承人之间的内部法律关系，继承人相互只负按份责任，因此，各继承人仅以分割所得的遗产价值为限按比例承担责任。若其中有继承人无力偿还其应分担的比例份额，则应由其他继承人就该部分再按比例分担。但如果不能偿付是由于分得有瑕疵遗产的继承人本身过失所导致，则无权请求其他继承人承担担保责任。另外，如果应继份是被继承人遗嘱指定的范围，那么其瑕疵担保责任则可以以遗嘱明定的方式的排除，但如果被继承人没有明确表示排除瑕疵担保责任，则共同继承人仍然需要负担瑕疵担保责任。

五、结语

关于共同继承遗产的分割规则，修改《继承法》应该明确以下内容： 首先应该确定继承开始后遗产分割前共同继承人按份共有遗产，因为在现代社会共同继承人缺乏共有的基础关系； 在此基础上，除非有特别的限制，否则继承人可以自由行使分割请求权，以使遗产转为单独所有加以利用。而在分割的过程中，分割协议虽然能从保障意思自治的角度解决问题，但不宜将分割协议作为诉讼分割的前置程序。最后，对于遗产分割的效力来说，应当认定遗产分割后没有溯及力，同时确定分割后共同继承人之间要负担瑕疵担保责任。

注释：

- [1]李秀清. 日耳曼法研究[M]. 北京: 商务印书馆, 2005: 452.
- [2]史尚宽. 继承法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [3]郭明瑞, 房绍坤, 关涛. 继承法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [4]杨震, 王歌雅. 继承权向所有权转化探究[J]. 学习与探索, 2002, (6) .
- [5]冯乐坤. 共同继承遗产的定性反思与制度重构[J]. 法商研究, 2011, (2) .
- [6][德]卡尔·拉伦茨, 曼弗瑞德·沃尔夫. 德国民法中的形成权[J]. 孙宪忠, 译注. 环球法律评论, 2006, (4) .
- [7]王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 98.
- [8]徐国栋. 绿色民法典草案[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004: 278.
- [9]王泽鉴. 民法物权之 1 通则所有权[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 359.
- [10]最高人民法院物权法研究小组.《中华人民共和国物权法》条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2007: 312.
- [11]苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [12][日]内田贵. 民法 IV 亲属继承[M]. 东京: 东京大学出版会, 2004: 429 —431.

出处:法学论坛 2013 年第 2 期

关于修订继承法的三点建议

房绍坤 烟台大学 教授

上传时间:2013-4-15

关键词:继承法修订 风俗习惯 协调法律 继承程序

内容提要:继承法修订应当妥善处理风俗习惯,贯彻现代社会理念优先原则,并分别情况予以保留或废除;应当协调法律之间的关系,保持继承法与其他法律的制度衔接;应当建立和完善继承的相关程序性规范,明确实体权利存续和程序进行的合理期限。

自 1985 年《继承法》实施以来,我国的政治、经济、文化等领域发生了翻天覆地的变化,现行继承法已经不能适应当今社会的发展需求,因此,修订继承法已成为民事立法的当务之急。笔者认为,在修订继承法时,除应当对继承法的实体规范加以修改、完善外,应当着重解决如下三个问题:一是妥善处理风俗习惯;二是保持相关法律之间的制度衔接;三是建立必要的程序性规范。

一、妥善处理风俗习惯

家庭是一个社会伦理规则的发源地，而婚姻与继承在家庭中处于核心的位置。前者是所有身份关系的中心，后者是财产传承的主要方式。虽然现代社会已经完成了“从身份到契约”的转变，但财产继承仍然是以一定的身份关系为前提的，传统的伦理规则在财产继承上依然发挥着强大的影响力。因此，继承法较之普通的财产法负有着更重要的使命，即尽量调和风俗习惯与现代社会发展理念之间的矛盾。笔者认为，继承法应当按照以下规则调和二者之间的矛盾：

（一）现代社会理念优先

市场经济以个人自由为基础。自由是政治、经济、社会和法律制度的基本价值。继承法中虽然充斥着大量技术性和强制性的规定，但同样以自由为最高价值。被继承人对遗产的安排具有优越地位就体现了这一价值：遗嘱继承优先于法定继承，遗赠扶养协议优先于遗嘱继承。自由以平等为前提，因此平等也是现代法律的基础。我国继承法贯彻继承权平等原则是比较到位的，如男女在继承方面享有完全平等的权利、婚生子女与非婚生子女的继承权平等。

自由、平等并不是法律的唯一价值，公平和效率也是法律追求的重要目标。在我国继承法中，公平原则得到了较好体现，如继承权利与扶养义务的对等考虑、适当分得遗产制度、特殊情况下遗产不均等分配等，都体现了公平原则。但我国继承法未能充分体现效率原则，影响遗产效用的发挥。根据效率原则，我国继承法至少应当完善以下三项制度：其一，扩大继承人范围，减少遗产归国家和集体所有的可能性。遗产归国家和集体所有不符合效率原则：一方面，遗产归国家和集体所有的程序比归自然人所有要繁琐得多，从而增加了遗产处理的成本；另一方面，遗产归国家和集体所有后的管理和利用的成本要比自然人高得多。其二，鼓励遗产分割。一般而言，财产单独所有比共同所有的利用效率要高。所以制度安排应当尽可能让遗产归个人所有。但是遗嘱人指定继承人不得分割遗产是自由原则的体现，这就需要协调自由和效率之间的关系。从立法例上看，一些国家和地区的民法一方面给予遗嘱人限定遗产分割的权利，另一方面又在禁止分割的期限上予以限制。例如，《德国民法典》第 2044 条规定：遗嘱人限制遗产分割的期限为继承开始后的 30 年；《意大利民法典》第 713 条规定：遗嘱人可以决定在遗嘱人死亡后不超过 5 年的期间内不得对遗产或某些遗产进行分割；《日本民法典》第 908 条规定：遗嘱人禁止分割遗产的年限为继承开始后的 5 年；我国台湾地区“民法”第 1165 条规定：遗嘱禁止遗产分割者，其禁止的效力以 10 年为限。笔者认为，这些做法较好地协调了自由和效率的关系，值得借鉴。从兼顾自由和效率的角度看，遗嘱人禁止遗产分割的期限不宜过长，应以 5 年期限为宜。第三，规定配偶对住房和家庭用具的优先分配权。这一方面是考虑配偶对正在使用物品的感情问题，更重要的是让熟悉住房和家庭用具的配偶使用更有利于物品经济效益的发挥。对此，《法国民法典》第 831 条规定：生存配偶可请求通过遗产分割，优先分配其实际参与或曾经参与经营的任何农业、商业、工业、手工业或自由职业企业之整体或一部，或者优先分配这种企业的共有份额；对于配偶实际居住的场所以及其内配备的动产的所有权、实际用于从事职业活动的场所以及这些场所内配备的从业用的动产物品的所有权，配偶亦享有优先分配权。《瑞士民法典》第 612—A 条规定：配偶双方居住过的房屋或其家用器具在遗产之列的，生存配偶可请求将该类财产所有权折抵给自己。《葡萄牙民法典》第 2103—A 条中规定：生存配偶有权于分割取得家庭居所及家庭用具之使用权，有关价值超出其继承份额及倘有之共同财产半数时，应向共同继承人作出抵偿。在我国社会实践中，继承人之间分割住房和家庭用具时，也多会考虑尽可能地分给配偶。因此，继承法修订时有必要对其予以明确规定。

（二）保留与现代社会理念不相冲突的风俗习惯

继承法是保留民族特色最多的法律，各国和地区继承法中体现各自民族特色的规定比比皆是。例如，继承法中在许多情况下需要不相关的第三方参与继承活动，他们通常在保管遗嘱、指定遗产管理人、保管遗产等方面发挥作用，西方国家通常选择法院或者主管行政机关作为第三方，而受中国传统文化影响的亚洲部分国家和地区会选择亲属会议作为第三方。我国现行《继承法》也保留了一些中国的风俗习惯，如赋予丧偶儿媳、女婿以继承权和遗赠扶养协议制度等。这两项制度在鼓励对无子女、丧子老人的赡养方面发挥了重要作用，而且与平等、自由、公平和效率的理念并不冲突。这些制度不仅能够满足社会需要，而且对社会发展是有益无害的，因此，应予以保留。

那么，对于民间存在的遗产归扣的风俗习惯，我国继承法是否应当承认呢？遗产归扣的目的在于防止当事人因被继承人生前的特种给付而获得较多的财产。遗产归扣符合公平理念，是各国和地区继承法的通行制度。在我国民间，继承人在处理遗产时通常也会考虑被继承人生前对不同继承人的付出而决定如何分配，即进行遗产归扣。（注：据我国学者对北京、重庆、武汉、山东四地的继承习惯的调查，我国广泛存在着遗产归扣现象。参见陈苇（项目负责人）：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社 2008 年版，第 71—72 页。）这类风俗习惯与现代社会理念并不冲突，在修订继承法时应当肯定。当然，为防止遗产归扣违背被继承人的意愿，还应当规定如果被继承人有相反意思表示时则不能进行遗产归扣。

（三）通过合理方式处理与现代社会理念相冲突的风俗习惯

继承法应排除与现代社会理念相冲突的风俗习惯，这是社会发展的需要。继承法对待应排除的风俗习惯，最主要的办法就是不予以规定。但是，很多风俗习惯并不会因为继承法不予规定就不存在，甚至在个别情形下，即

便法律作出相反规定，这类风俗习惯依然会存在。在我国社会实践中，分家析产就是这样的情形之一。分家析产是指在被继承人尚未去世或者只有配偶一方去世时，为解决子女的独立生活以及被继承人的赡养问题而对家庭财产进行的分割。分家析产有些是通过明示方式进行的，包括签订分家协议书，也包括邀请亲朋、好友或者有威望的乡亲主持或者参加的分家；有些则是通过默示方式进行的，如不举行仪式、不签订书面协议，只是父母跟一个孩子共同生活，财产也由共同生活的子女支配。概括地说，分家析产有两个典型特征：一是谁养老，财产归谁；二是大多情况下女儿不参与分家析产。应当说，分家析产代表着严重的重男轻女的封建习俗，而且一些内容与现行法律相冲突：一是按照分家协议得不到财产的子女，按照法律规定并不能免除赡养义务；二是按照分家协议不需要赡养老人的子女，按照法律规定仍享有继承遗产的权利。我国现行继承法没有对分家析产作出规定，也许是有意识地想改变中国的分家析产的风俗习惯，但并没有成功，分家析产依然是民间解决养老和继承的重要方式。[1]由于继承法没有对分家析产作出规定，已经给司法实践带来极大的困扰。

笔者认为，对于违背现代社会理念的风俗习惯，其处理方式有三种：一是直接废除；二是逐渐废除；三是剔除有悖于现代社会理念的部分后加以认可。就分家析产而言，其最大的问题是违背了男女平等原则，这也应当是继承法没有承认的根本原因。继承法规定了继承人的赡养义务和继承权利，并没有规定例外，这实际上是选择了直接废除分家析产的作法。但实际效果并不理想，民间仍存在着大量的分家析产的事例。因此，可以考虑通过另外两种方式来处理。在我国，逐渐废除一些不合时宜的风俗习惯是有先例的，如我国婚姻法就是从仪式婚成功过渡到登记婚。但是，分家析产似乎不适合这样的过渡，因为认可分家析产无异于认可了重男轻女的封建习俗，否定了男女平等，这是立法的倒退。因此，第三种方式也许更适合运用于分家析产。子女有赡养父母的义务，接受子女赡养是老人的权利，继承遗产是子女的权利。从理论上说，权利是可以放弃的。因此父母放弃被赡养的权利，子女放弃继承的权利，如果是出于自愿就应当承认其效力。但问题还没完全解决：第一，父母放弃赡养可能导致其无人赡养，这就把养老的责任推给社会，而国家目前尚无能力负担这项义务。因此，法律需要为赡养权利的放弃增加一项限制：如果放弃赡养导致无人或者有赡养义务人但无能力赡养时，则放弃赡养权利的表示无效；第二，按照继承法规定，继承人放弃继承应当在继承开始以后、遗产分割前作出，而分家析产中的放弃继承则发生在继承开始前。解决两者之间冲突的最好办法就是承认继承放弃协议，即只要继承放弃协议不损害被继承人的利益，就应当承认其效力。（注：关于继承放弃协议，各国立法态度不一。法国、意大利等国否认继承放弃协议的效力，而德国、瑞士等国则承认继承放弃的效力。在我国，现行继承法并没有规定继承放弃协议，而据我国学者对北京、重庆、武汉、山东四地的继承习惯的调查，我国民间普遍存在着继承放弃协议且为民众所接受。参见陈苇（项目负责人）：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社 2008 年版，第 64 页。）

二、保持相关法律之间的制度衔接

自继承法实施以来，我国颁布了许多新的法律，其中一些法律规定涉及到财产继承问题。但这些法律规定有很多与继承法的规定不够协调，且又无法简单地通过“新法优于旧法”加以解决。因此，在修订继承法时，应当使相关法律在继承问题上保持制度衔接。笔者认为，应当从以下几个方面做好继承法与其他法律之间的协调：

（一）修订与社会发展不相适应的理论

在我国现行法规定中，对继承法理论冲击最大的莫过于股份继承。我国《公司法》第 76 条规定：在有限责任公司中，除公司章程另有规定外，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格。该条规定有其现实意义，符合基本的道德观念，国外也有相关的立法例。但这一规定对继承法理论形成了冲击，因为继承法是建立在纯粹的财产继承基础之上的，对于纯粹的身份继承和附带的身份继承（如知识产权中的身份继承）都是否认的。但有限责任公司股份中的财产利益与附带的身份资格是无法剥离的，因此，承认股份继承也就必须认可股份中的身份资格也可以继承。为回应公司法的规定，笔者认为，应当修改继承法理论，承认附带有身份资格的财产利益可以作为遗产，允许继承人继承。埃利希指出：“法的发展的重心既不在于立法，也不在于法学或私法判决，而在于社会本身。”[2]因此，我们不必固守僵化的理论，法律是为社会生活服务的，当社会发展需要法律自身做出改变时，不管是理论、立法还是司法都要与之相适应。

（二）修改导致与其他法律冲突的不适宜的条款

富勒指出：冲突的法律“不仅仅会导致一套糟糕的法律体系，它所导致的是一种不能被恰当地称为一套法律体系的东西。”[3]在现行法上，继承法与其他法律之间的冲突是较为常见的，迫切需要加以解决。这些冲突主要包括：其一，《继承法》第 8 条规定的继承回复请求权与其他请求权之间在时效方面的冲突。《继承法》第 8 条规定：“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。”在被继承人死亡后，当事人围绕继承权发生的纠纷可以主张的请求权至少包括继承回复请求权、物权请求权、侵权请求权和遗产分割请求权，而每个请求权都有自己的时效和期间的计算方式。如果按照最宽泛含义理解“继承权纠纷”，该条规定就与其他请求权的时效和期间规定发生了冲突。其二，继承人放弃继承与夫妻共有财产之间的冲突。依照《继承法》第 25 条规定，继承人有权在继承开始后、遗产分割前放弃继承。按继承法原理及《物权法》第 29 条规定，遗产自被继承人死亡时转归继承人所有，继承人为多人的，遗产归继承人共有。但根据《婚姻法》第 17、18 条的规定，除遗嘱指定遗产归继承人一人所有外，遗产属于婚姻关系存续期间所得，为夫妻共有财产。因此，继承人放弃继承，也就等于放弃了夫妻共同财产。但

如果不允许继承人放弃继承或放弃继承应征得配偶的同意，则又有违继承权放弃的基本法理。如何协调这一冲突，是继承法修订时需要迫切解决的问题。其三，遗赠的效力与《物权法》第 29 条规定的物权变动的冲突。（注：关于遗赠的效力与《物权法》第 29 条规定的物权变动之间的冲突，笔者已有专文论述。参见房绍坤：《遗赠能够导致物权吗》，载《当代法学》2012 年第 6 期。）

笔者认为，继承法与其他法律之间的冲突，有的是继承法规定的原因，也有的是其他法律规定的原因。为此，在修订继承法时，可以采取如下两种方式解决冲突：一是修改继承法中不适宜的条款，如明确将《继承法》第 8 条改为继承回复请求权的诉讼时效。当然，还要明确继承回复请求权与最易混淆的物权请求权的区别，以及与不同请求权竞合时的处理方式。二是保持继承法的规定，在适当时机修订其他法律的规定。例如，应当废除《物权法》第 29 条关于遗赠能够导致物权变动的规定，可以将婚姻法有关继承遗产原则上归夫妻共同所有的规定修改为原则上归继承人个人所有。

（三）回应其他法律，将其他法律规定的内容在继承法中予以完善

继承法是有关继承的基本法，其他法律不可能就继承问题作出详尽的规定，如公司法规定的股份继承、信托法规定的遗嘱信托等，都只能是原则性规定。这就需要继承法对此作出具体规定，否则这些继承制度就没有办法贯彻实施。限于篇幅，笔者仅就股份继承、遗嘱信托提出需要加以解决的问题。

关于股份继承，继承法至少还需要解决如下问题：（1）股东死亡没有继承人或者继承人放弃继承时股份的处理。这包括两种情形：一是股东全部死亡没有继承人或者继承人放弃继承，二是部分股东死亡没有继承人或者继承人放弃继承。在上述两种情形下，如何处理股份的承受问题，对其他股东具有重要影响，继承法应加以明确。（2）无民事行为能力人和限制民事行为能力人在继承股份后其股东权利的行使问题。这个问题既涉及到继承权的行使，也涉及到股权的行使，需要继承法、公司法加以具体规定。（3）我国继承法采取当然继承主义，而根据《股东变更登记条例》第 31 条的规定，有限责任公司股东的变更登记采登记公示主义，二者之间的矛盾应当加以解决。（4）有限责任公司具有强烈的人合色彩，在允许继承人继承股权成为股东的同时，应当设置保障其他股东合法权益的具体措施。

关于遗嘱信托，我国信托法没有规定如何进行操作。对此，继承法需要作出以下回应：（1）明确信托财产归属。被继承人有指定时，按照遗嘱确定；没有指定时，信托财产的所有权应当归属于继承人。（2）规定信托成立的时间，明确遗嘱信托与必继份的关系。（3）限定遗嘱信托的存续期限。遗嘱中如果明确了信托期限，则按照遗嘱办理；如果遗嘱中没有指定，法律上应当规定一个合理期限，以防止永久信托。

三、建立必要的程序性规范

在继承法中，为防止遗产的安排不符合遗嘱人的意愿或者有人不正当侵吞遗产，合理、严格的程序就显得极为必要。各个国家和地区的继承法中都有许多不直接分配权利义务，而是保障权利义务正确分配的程序性规范。这些程序性规范主要有两种：一种是继承法本身规定的程序，如遗嘱设立程序、遗产分配程序等；另一种是借用其他法律中的程序，如公证程序、诉讼程序等。因为继承法中有许多程序性的法律规范，所以有学者将继承法说成是技术性的法律。[4]在各国和地区的继承法中，程序性规范都占有着相当大的比例。我国现行继承法主要规定的是当事人之间的实体权利和义务分配，程序性规范极少，这不利于遗产的顺利分配。笔者认为，我国继承法可以从以下几方面建立和完善继承的程序性规范：

（一）完善遗嘱见证人制度

我国继承法规定了自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱。除自书遗嘱外，代书、录音和口头遗嘱需要有两个以上的见证人在场见证。而根据现行继承法的有关规定，遗嘱见证人除须具备完全民事行为能力外，继承人、受遗赠人以及与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为见证人。笔者认为，现行继承法对遗嘱见证人的规定还存在有待完善之处，具体而言：其一，应当排除继承人、受遗赠人的近亲属作为遗嘱见证人。既然与继承人、受遗赠人有经济上利害关系的人如合伙人、债权债务关系人等不能作为见证人，那么，与继承人、受遗赠人有着更复杂关系的近亲属当然也不适合作为遗嘱见证人。其二，应当排除身体有某种残疾的人作为某类遗嘱见证人，如盲人不适合作为代书遗嘱的见证人（盲文除外）、聋哑人不适合作为录音遗嘱的见证人。其三，应当规定遗嘱见证瑕疵的弥补措施。遗嘱见证在某一方面存在瑕疵的，如果有其他证据证明遗嘱是遗嘱人的真实意思表示，可以认定遗嘱有效。例如，如果有三个遗嘱见证人，其中某一个遗嘱见证人不符合法定条件，则不能影响遗嘱的效力。这是因为，法律规定遗嘱见证人的目的是确保遗嘱是遗嘱人的真实意思表示。既然有证据证明遗嘱是遗嘱人的真实意思表示，那么遗嘱见证有所欠缺也不应影响遗嘱的效力。在这方面，我国司法实践也有先例，如遗书符合一定条件可以作为自书遗嘱对待。（注：《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 40 条规定：“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，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。”）但应当指出，软化程序和形式的效力应当以是否能够证明意思表示真实作为遗嘱效力的判断标准。

（二）建立和完善遗产分配程序

遗产分配程序是确保遗产能够得到公正分配的最重要的组成部分。各个国家和地区继承法都建立了复杂的遗产分配程序，但我国继承法在这方面的规定极为简陋。笔者认为，继承法应当建立和完善以下程序：其一，完善

遗产保管人制度。遗产保管人不同于遗产管理人，也不同于遗嘱执行人。被继承人死亡时，遗产可能由继承人保存，也可能由继承人以外的人保存。为保证这些遗产在遗产管理或者遗嘱执行前不至于流失，规定遗产的保管极为必要。笔者认为，我国不必设立专门的遗嘱保管机构。我国现行法律的规定是合适的，符合我国国情，只是需要明确保管人的权利和义务。对此，可以考虑规定遗产保管准用无因管理的规定。其二，完善遗嘱执行人制度。我国继承法规定了遗嘱执行人制度，但关于遗嘱执行人的职责、报酬等事项都没有规定，需要加以完善。笔者认为，如果遗嘱中给予遗嘱执行人报酬或者是继承人许诺给予遗嘱执行人报酬的，应当允许遗嘱执行人获得报酬。其三，建立遗产管理人制度。遗产管理人是在没有遗嘱执行人时处理遗产的人。这是遗嘱继承中极为重要的制度，各个国家和地区的继承法都有规定。笔者认为，继承法修订时应当就遗产管理人选任、职责、责任等做出较为完善的规定。其四，建立遗产归国家和集体所有的程序。我国继承法只是规定了无人承受的遗产归国家和集体所有。但是，谁代表国家行使接受遗产的权利，接受遗产之前如何寻找继承人和遗产债权人等程序都没有任何规定。笔者认为，可以考虑由基层人民政府的财政部门代表国家行使接受遗产的权利，并在接受遗产前通过公告寻找继承人和遗产债权人。

（三）与其他法律中的程序规范相衔接

继承法中除直接与遗产处理相关的实体程序外，还涉及到其他法律中的两项程序：

其一，公证程序。根据公证法的规定，继承中所有适于公证的事项都可以公证，但其中最为重要的是遗嘱公证。目前，我国遗嘱公证需要完善的问题很多，主要有：（1）我国继承法规定，遗嘱公证是一种独立的公证形式，但继承法并没有进一步规定公证遗嘱的具体形式。司法部发布的《遗嘱公证规则》第18条规定，公证遗嘱采用打印形式。笔者认为，既然继承法把公证遗嘱作为一种独立的遗嘱形式，就应当规定公证遗嘱的具体形式，而不能由行政机关自行规定。现行的做法，实际上等于认可行政机关规定的遗嘱形式与法律规定的遗嘱形式并列，而且行政机关规定什么样的公证遗嘱形式并没有任何限制。（2）按照司法部《遗嘱公证规则》的规定，公证机构不给其他形式遗嘱做公证。笔者认为，遗嘱公证是对遗嘱事实的证明，只要当事人提供了符合公证条件的遗嘱，不论是继承法中规定的哪种形式的遗嘱，公证机构都不能拒绝给予公证。（3）公证遗嘱不能具有优先于其他形式遗嘱的效力。公证制度的意义在于经过公证证明的事实具有推定效力，没有相反证据证明时，就推定事实真实存在。公证遗嘱的效力应当是在没有相反证明时，推定该遗嘱是正确合法有效的。如果赋予公证遗嘱以优先效力，则与公证制度的目的相违背。（4）公证机构无须对遗嘱进行实质审查。在遗嘱公证时，公证机构对于当事人提供的资料应进行形式审查还是实质审查，理论上尚有争议，这与公证法规定公证机构需要证明事实和文书的合法性有关。笔者认为，公证法规定的合法性应当是指不能对违法事项给予公证。公证机构只对文书和事实的真实性和合法性进行审查即可，无须对文书和事实的内容进行实质审查，实质性审查已经超出了公证机关的权限。

其二，诉讼程序。与继承法有关的诉讼程序包括三种情形：一是因继承发生争议提起的普通诉讼，如关于继承回复请求权的诉讼、遗产分割的诉讼等，这类诉讼程序少有争议。二是我国继承法如果建立遗产管理人制度，则参照《民法通则》关于监护的习惯做法，指定权应当赋予基层自治组织。但对于基层自治组织的指定不服或者申请撤销管理人的，则需要由法院来处理。这类诉讼与其他处分实体权利义务关系的诉讼不同，民事诉讼法缺乏这方面的程序性规定，有必要加以完善。三是在处理遗产过程中，有些情形需要寻找继承人或者遗产债权人，继承法可以规定公告寻找程序。当然，必要时也可以借用民事诉讼法上的公示催告程序或者无主财产确认程序寻找继承人或者遗产债权人。

（四）规定实体权利存续和实体程序进行的合理期限

继承法中除诉讼时效期间外，还存在其它期间。这些期间主要适用于两项内容：一是实体权利的行使期限，如继承放弃的期限、遗赠接受的期限、遗产分割的期限等；二是某项程序进行所需要的期限，如遗产债权人申报债权的期限、编制遗产清册的期限、遗嘱执行人表示是否接收指定的期限等。我国继承法对实体权利的行使期限大都没有规定，且现有规定也不甚合理，修订继承法时应当加以明确和完善。另外，继承法在完善程序制度时，应为程序进行规定合理的期限。这些期限对于权利的行使和程序的进行具有重要意义，需要慎重对待。

注释：

[1] 俞江. 继承领域内冲突格局的形成——近代中国的分家习惯与继承法的移植[J]. 中国社会科学, 2005, (5).

[2] [奥] 埃利希. 法社会学原理[M]. 舒国滢, 译. 北京: 大百科全书出版社, 2009: 作者序.

[3] [美] 富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2005: 47.

[4] [德] 罗伯特·霍恩, 海因·科茨, 汉斯·G·莱塞. 德国民商法导论[M]. 楚建, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 215.

出处: 法学论坛 2013年第2期

无权处分与善意第三人的保护

兼论《合同法》第51条与《物权法》第106条的关系

王若冰 清华大学法学院 2013-4-14

关键词: 无权处分 善意取得 第三人 保护

内容提要：针对无权处分行为，我国《合同法》第 51 条从合同关系的角度作出了规范，而《物权法》第 106 条从物权变动的角度对其作出了规定，二者的上述规定存在一定的冲突和矛盾。应该在受让人是善意的情况下，优先考虑是否符合《物权法》第 106 条的构成要件，如果完全符合该条确定的构成要件，应直接适用善意取得，认定该交易是有效的。

一、问题的提出——现行法律中无权处分制度和善意取得制度之间的矛盾

无权处分，是指行为人没有处分权而处分他人的财产。换言之，就是行为人无处分权而从事了法律上的处分行为。《合同法》第 51 条规定：“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。”从该规定可知，在无权处分人与相对人订立了处分他人财产权的合同（简称为无权处分合同）后，该合同性质上属于效力待定合同，其效力取决于真正权利人对此是否追认或履行期限届满前处分人是否取得该标的物的所有权。[1]同时，依反面解释，如果无权处分人没有在履行期限届满前未取得处分权，权利人又不予追认，该合同将被宣告无效。[2]

在无权处分人实施无权处分行为后，依据《合同法》第 51 条规定，该行为构成效力待定行为，但是，我国《物权法》第 106 条对无权处分的法律效果又做出了不同的规定，依据该条规定，如果受让人受让时为善意、支付了合理的价款并且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时，受让人将构成善意取得，取得所有权。该条确立了物权法上的善意取得制度。应当看到，在某些情况下，无权处分行为发生以后，适用《合同法》和《物权法》第 106 条在法律效果上可能是相同的，例如，如果无权处分人非法转让他人之物，而受让人是善意的，但因为转让的价格大概与市场价格相符，甚至高于市场价额，这种处分行为因符合真正权利人的意愿，权利人愿意接受该转让后果，并依据《合同法》第 51 条对该行为进行了追认，此时，如果符合善意取得的构成要件，善意受让人应取得所有权。同时，因为权利人依据《合同法》第 51 条规定追认该无权处分行为，因此，该处分行为应当发生效力。此种情况下适用两个条款都产生相同的效果。不过，无权处分行为生效并产生物权移转的效果，这种情形在实践中是极少发生的，大量的情况都表现为适用上述不同规定会产生不同的法律效果。

我们需要讨论的是，上述法律对无权处分的规定，在适用中导致在无权处分的法律效果方面的极大差别，从而形成了明显的冲突。这种冲突主要表现在如下几个方面：第一，无权处分行为的效力不同。依据《合同法》第 51 条的规定，在无权处分的情况下，处分行为并非当然无效，也非当然有效。如果经真正权利人追认或者因处分人事后取得该标的物的所有权可以有效；如果权利人不予追认，且处分人事后并未取得该标的物的所有权，则该行为将被确认无效。但如果从《物权法》的角度上看，在无权处分的情况下，即使是权利人不予追认，如果第三人构成善意取得，按照通说，该无权处分行为仍然可以有效。第二，是否需要事后返还财产不同。依据《合同法》第 51 条，如果真正权利人拒绝追认，应当判定合同无效，其结果是由无权处分人或者善意第三人将标的物返还给权利人，也就是说第三人无论是否善意都不可能取得该标的物的所有权。但依据《物权法》第 106 条规定，如果符合善意取得的构成要件，善意第三人取得所有权，因而无权处分人不可能返还原物。第三，两者依据的价值理念不同。法律所保护的安全利益可以分为静的安全与动的安全。前者着眼于利益的享有，所以也称为“享有的安全”或“所有的安全”，此种安全主要是由物权法等来保障的；后者主要着眼于利益的取得，所以也称为“交易的安全”。[3]《合同法》第 51 条的立法理念在于，保护真正权利人、维护静态交易安全。而《物权法》第 106 条的立法理念在于，保护善意第三人、维护动态交易安全。正是因为此种立法理念上的差异，导致两部法律所涉及在同一制度之间的冲突，此种冲突在法理上成为“碰撞漏洞”，也属于法律漏洞的一种，不仅给法律的适用带来一定困难，也给未来民法典价值体系的构成和制度的协调提出了新的任务。

二、解决上述碰撞漏洞的出路

（一）出路之一——《物权法》第 106 条的优先适用

我国学界的大部分学者均认为《物权法》第 106 条应优先适用于《合同法》第 51 条，笔者赞成此种看法，其主要原因在于：

第一，从特别法优先于一般法适用的原则角度出发，《合同法》第 51 条是对无权处分效果的一般规定，而善意取得的规则只是针对无权处分符合善意取得的构成要件后将发生物权变动的特殊规定，两者构成一般法与特别法的规定，其理由在于：一方面，《合同法》第 51 条是针对无权处分的一般情况所做的规定，主要是因为无权处分制度不仅可适用于物权的无权处分，还可以适用在债权或知识产权等无权处分中，其范围显然宽于旨在规定涉及物权之无权处分行为的善意取得制度。[4]

另一方面，从《物权法》第 106 条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权。”从文意角度解释，我们看到“善意取得”的情形是放在“无权处分人”的法律效果之后介绍的，也就是说“善意取得”制度是对“无权处分”制度的补充和例外。此外，《合同法》第 51 条仅仅涉及合同的法律效力问题，涉及的是合同当事人之间的债权债务关系问题，而并非旨在解决最终的所有权问题，因此，其对于构成要件的设定并不严格。相反，《物权法》中的善意取得制度涉及三方关系，其功能在于终局性地界定物权的权属。因此，其除了要规定合同是否有效的要件之外，还要求其他严格的要件，尤其是第三人的主观善意要件。虽然说这两个法条是分别处于《合同法》和《物权法》

之中的，但是从整个体系解释的角度讲，针对无权处分中发生善意取得的特定情况，《合同法》第 51 条与《物权法》第 106 条的关系是可以被看作为普通法和特别法关系，所以说，按照特别法优于普通法而适用的原则，只要当事人的行为符合善意取得制度的规定，就要优先适用该特别规定，而不能适用《合同法》第 51 条的一般规定。[5]

第二，从价值衡量的角度来说，《物权法》和《合同法》所侧重的角度是不同的。《合同法》第 51 条将无权处分行为作为效力待定加以规定，旨在保护真正权利人的利益，因为该条确认了真正权利人享有追认权，在其拒绝追认后有权利要求第三人和无权处分人返还。无权处分行为实际上侵害的是一种私权，一般情况下不涉及公共利益，正是因其侵害的是权利人的私权，因此产生了真正权利人的追认权。[6]而善意取得制度旨在维护交易安全，因为在符合善意取得的构成要件下，善意受让人可以取得所有权，而真正的权利人无权追及该财产，这使善意受让人的权利得到保护。在市场经济社会，保护善意受让人就是对市场上交易稳定的认可，就是保护交易安全，[7]所以从价值判断上来说，保护善意受让人关系到整个社会市场经济秩序，而真正权利人的利益毕竟只是单个人的利益。显然，与社会利益相比，单个人的利益更加重要，所以善意取得制度应当先于《合同法》第 51 条的规定而适用。

第三，从按照新法优于旧法的法律适用原则，应当优先适用《物权法》第 106 条的规定。新法优先于旧法仅适用于同一位阶的法律之间，原则上新颁布的法律应当优先于旧颁布的法律。《物权法》和《合同法》同样作为民事基本法律，都是由全国人大制定的，但《合同法》制定颁布在前，而《物权法》颁布在后，凝结了立法者及学术界对上述问题的周全思考和近十年来对相关司法实践经验的总结与提炼，因此，《物权法》第 106 条的规定相对《合同法》第 51 条而言，属于新法的规定，应当优先得到适用。

第四，从发生效力的时间来看，只要符合法定的要件，即可发生法定的效果。而按照《合同法》第 51 条的规定，对效力待定的合同宣告无效，权利人必须拒绝追认，只有在拒绝追认的情况下，才能够发生无效的法律后果，而实际上，在权利人追认之前，只要符合善意取得要件，就发生善意取得的后果，所以在发生善意取得之后，就不应再适用《合同法》第 51 条的规定。更何况，从目的的角度来看，从既有的法律经验来看，善意取得制度存在的目的就是解决现实中存在的某些无权处分问题。也就是说，无权处分就是善意取得的基础之一。如果优先适用《合同法》第 51 条，则《物权法》第 106 条将完全被架空，这点从立法目的上讲也是不合理的。所以善意取得应当优先于无权处分制度适用。

第五，从立法的经济分析角度来看，单从物的归属上，不论是善意取得还是无权处分都仅是一个权利人和受让人之间内部的关系的规定，对外部没有影响。但是善意取得制度作为保护善意相对人的信赖利益的工具，其结果不仅在于可以令受让人减少交易前的考查所需的交易费用，促进交易的动力，还有助于刺激资源的充分有效的利用。[8]也就是说，如果给予权利人过大的追及其物的权利，并排除善意取得优先的规则，会带来很多负的外部性，比如受让人会承担更高的交易风险，导致系列交易因为权利人的拒绝而中断，从而得不到有效的利用，并最终导致社会所期待的交易规模减少，不能物尽其用。因此，从社会总体的利益出发也应当适用善意取得优先规则。

（二）出路之二——排除适用《合同法》第 51 条的情形

依据《合同法》第 51 条，在无权处分人实施无权处分行为之后，该行为处于效力待定状态，《合同法》将确定合同是否将有效的权利赋予真正的权利人，由其决定是否予以追认来确定该行为的效力。但该法显然没有考虑善意受让人的利益保护问题，因为在无权处分的情况下，善意受让人对转让人是否有权的情况并不知情，其可能支付了合理的对价，但因为权利人拒绝追认而导致合同无效，其不仅有返还财产、恢复原状的义务，而且在无权处分人无法返还价款的情况下，善意受让人所支付的价款将无法返还，这就会严重损害善意受让人的合理信赖并危及交易安全。尤其是在权利人拒绝追认导致合同无效的情况下，善意受让人无法请求无权处分人承担违约责任，其遭受的损失难以获得补救。此外，若将合同认定为效力待定，那么现实交易生活中大量的交易将无法进行。因而，笔者认为，应当对《合同法》第 51 条进行目的性限缩，即将其适用范围限缩到受让人非善意的无权处分情形。

我们之所以认为可以进行目的性限缩，首先要考虑该立法目的，即是否允许选择这样一种解释方法，笔者认为，从整个《合同法》的目的来看，其担负的一个重要目的就是维护交易安全，随着市场经济的发展，民法的功能处于从静态向动态的转化，愈加倾向于保护交易安全。如果仅仅因为权利人未加以追认就宣告处分行为无效，不利于交易安全的保护。我国《物权法》确认的维护交易安全的制度，应当优先于《合同法》第 51 条适用。从目的考量来看，反映了立法者对市场经济发展内在要求的回应。正是因为《合同法》的重要目的是保护交易安全，虽然第 51 条没有体现这一目的，但是应当从整个《合同法》的目的来考虑，应将整个《合同法》的立法目的融入到对第 51 条的解释之中。笔者认为这是一种可行的目的性限缩，可以有效地纠正《合同法》第 51 条的错误，消除其对交易安全的负面影响。

笔者认为，一旦涉及到所有权的移转，就应当受到《物权法》的规范。在此情形下，就应当考虑是否符合《物权法》第 106 条的关于善意取得要件的规定。如果符合善意取得的构成要件，所有权则发生移转；如果不符合善意取得构成要件，则不能够当然认定所有权已经发生移转。真正的权利人也可以根据所有权返还请求权向其请求

返还，不过此种返还请求权的基础是物权，而不是基于合同请求权。在标的物没有交付的情形下，无权处分人不能实际履行合同约定的交付标的物并移转其所有权的义务的，善意受让人可以依据有效的合同请求其承担违约责任。

（三）出路之三——立法的完善

笔者认为，在我国未来民法典的制定中，应当着力解决《合同法》第 51 条与《物权法》第 106 条的冲突问题，具体来说，应该从两个方面做出必要的修改：

1. 善意相对人同时符合《物权法》第 106 条所规定的善意取得要件，受让人取得所有权，该无权处分行为是有效的，也就是说一旦符合善意取得的构成要件，就可以将受让人根据善意取得制度取得物权作为合同效力瑕疵的补正原因之一。否则，如果此时合同效力仍然被宣告无效，那么善意受让人所取得的所有权就会因为欠缺法律上的原因而构成不当得利。在构成《物权法》第 106 条的善意取得的情形时，受让人取得所有权，应当确认合同有效，使其可以根据善意取得有效取得物权。尤其应当看到，善意取得本质上是旨在保护交易安全的法律制度，应当保护合法的交易。在物权法中，违法的交易不可能受到法律的保护，自然也不能产生善意取得的效果，因此，只有合法的交易才能受到法律的保护，作为善意取得构成要件之一的无权转让合同也应当是有效的。[9]

2. 在无权处分的情况下，即使不符合善意取得的构成要件，只要受让人是善意的，该无权处分行为仍然有效，此时，应当认可合同的效力。主要理由在于：

第一，有利于保护善意相对人，在合同有效的情况下，善意相对人可以依据有效的合同向无权处分人请求违约责任。在合同有效的情况下，如果善意受让人遭受了信赖利益的损失，其可以基于违约而向无权处分人主张期待利益的赔偿责任。如果合同约定了违约金，善意受让人也可以要求无权处分人承担违约金责任。但是，如果合同被宣告无效，受让人只能基于缔约过失责任请求处分人赔偿损失，失去了主张合同责任的机会，“剥夺了合同相对人主张法律行为上的救济的可能性”。[10]

第二，在登记机关错误登记的情况下，如果受让人是善意无过失的，即使最终不符合善意取得的构成要件，其也应受到保护。对于登记机关错误登记是否构成无权处分，学界存在不同看法。笔者认为，此情形仍然构成无权处分，因为无权处分的核心要件在于当事人不具有处分权。而在登记错误的情况下，当事人明知没有处分权，还对不动产进行法律上的处分，其自然处于不具有处分权而处分他人财产的状态。在转让不动产时，虽然登记在行为人名下，但其不是真实权利人，因而属于无权处分。但是在外部第三人看来，其对此并不知情。可以说，第三人对行为人是否具有处分权的认识，并不影响和改变无权处分的性质。在此情形下，如果合同有效，则有利于保护善意无过失的受让人的利益，实现对交易安全的维护。

第三，有利于区分合同的生效与合同的履行。根据《物权法》第 15 条的规定，无论是否承认物权行为，事实上都对合同生效与合同履行进行了区分，在以转让物权作为最终目的的合同生效之后，同样会存在合同履行问题以便达到交易的最终目的。在我国《物权法》第 15 条规定的背景之下，可以将合同履行行为解释为履行合同的履行行为，其本身并无独立的意思表示，而可以为合同的内容所包含，这样就不必再借助物权行为理论于合同之外再承认一项独立的法律行为，解释的负担较低，也符合长期以来我国没有采纳物权行为理论的既成事实。

从理论上而言，即使是在转移财产权的合同之中，合同履行的行为可以被解释为法律行为，也可以被解释成其他法律事实。而物权行为制度认为在上述合同之中，移转物权行为是一种独立的法律行为，而这种法律行为同时构成了合同履行行为，但这仅仅是解释方案之一。即使不承认物权行为，合同履行行为仍然存在，只不过构成履行行为的移转物权的并非独立的法律行为而已。不管合同履行行为是何种性质，只要合同的履行能够达成合同的目的，此时就构成有效的清偿，而合同的履行如果不能达成合同的目的，就可能构成违约。换言之，在承认合同生效与合同履行之区分的前提下，合同履行究竟是构成有效的清偿从而使得债权消灭，还是未构成有效的清偿从而产生违约责任的承担，都仅与合同目的是否达成有关，而与合同履行是否被解释为法律行为无关，是否存在独立的物权行为也与当事人的最终利益状态并无太大关系，而仅仅是体系解释方案的选择而已。因此，在《合同法》第 51 条的解释中，无需考虑物权行为，而最为重要的是区分合同生效和合同履行。

三、结论

综上所述，关于《合同法》第 51 条和《物权法》第 106 条，在表面上看确实存在一定的矛盾，但是实际上两者之间并不存在矛盾。因为《物权法》第 106 条是优先适用于《合同法》第 51 条的，也就是说在符合善意取得的构成要件上，不能再适用《合同法》第 51 条。所以针对无权处分的情况，我们不能仅仅首先将该行为作为效力待定的行为对待，也不能首先考虑是否应该由善意受让人行使撤销权，或者真正权利人行使追认权，[11]相反，而是应该在受让人是善意的情况下，优先考虑是否符合《物权法》第 106 条的构成要件，如果完全符合该条确定的构成要件，应直接适用善意取得，认定该交易是有效的。即便真正权利人没有追认，也不应该影响善意受让人的权利取得。在受让人是善意的情况下，即使不符合善意取得的构成要件，也可排除《合同法》第 51 条规定的适用。也就是说，在此情形下，合同仍然可以有效，而不应一概地通过真正权利人行使追认的方式来确认合同的效力。通过对善意受让人的保护，使《合同法》第 51 条和《物权法》第 106 条相互之间形成了内在价值的协调一致，并充分发挥民法所应具有保护交易安全、维护经济秩序的功能。

注释：

- [1] 崔建远：《无权处分辩——合同法第 51 条规定的解释与适用》，载《法学研究》2003 年第 1 期，第 5 页。
- [2] 崔建远：《无权处分辩——合同法第 51 条规定的解释与适用》，载《法学研究》2003 年第 1 期，第 20 页。
- [3] 参见郑玉波：《民商法问题研究》（一），三民书局 1991 年版，第 415 页。
- [4] 参见王利明：《论无权处分》，载《中国法学》2001 年第 3 期。
- [5] 王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社 2011 年版，第 320 页。
- [6] 李锡鹤：《论民法撤销权》，载《华东政法大学学报》2009 年第 2 期。
- [7] 王利明：《善意取得的构成——以我国物权法草案第 111 条为分析对象》，载《民商法研究（第 7 辑）》，法律出版社 2009 年版，第 408 页。
- [8] [德] 汉斯·贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特：《民法的经济分析（第四版）》，江清云、杜涛译，法律出版社 2009 年 5 月版，第 552 页。
- [9] 参见朱岩、高圣平、陈鑫：《中国物权法评注》，北京大学出版社 2007 年版，第 331 页。
- [10] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年 4 月版，第 256 页。
- [11] 秦伟：《英美法善意原则研究：解读英美法物权变动中的“优先和最高原则”》，法律出版社 2008 年 4 月版，第 270 页。

出处：《法学杂志》2012 年第 12 期

继承纠纷诉讼时效法律适用问题研究——以民通意见第 177 条为例的分析

2013-04-16 中国法院网 刘海银

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 177 条（以下简称民通意见第 177 条）规定：“继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长，均适用民法通则的有关规定。”对此法条的理解有以下几种：有的认为继承纠纷应当严格适用诉讼时效制度；有的认为根据民通意见第 177 条规定，继承纠纷转化为共有权纠纷后，是否应当适用诉讼时效的规定法律未明确规定，且学术界和实践中都存在一定的争议，但根据该条的意思应适用诉讼时效的规定；有的认为，遗产处于共同共有状态后，应当从侵害共有权的侵权行为发生之日起两年内提起诉讼，且不论从继承开始到起诉是否超过 20 年。笔者从亲身经历的一起继承案件出发，试想通过查找全国其他法院对此类纠纷的处理方式总结实践中的做法，但调研发现，在实践中，因对民通意见第 177 条的理解不同，全国各个法院甚至同一法院的判决都各不相同。为统一法律适用，本文拟在考察我国涉民通意见第 177 条的继承纠纷适用诉讼时效现状之基础上，剖析此类案件实质上属于物权确认及物的分割案件，以共有权确认及共有物分割纠纷不适用诉讼时效制度为解决途径，以期能达到抛砖引玉之效。

一、一起案例引发的思考

原告杨秀敏与被告杨同系姐弟关系，原告喻金系原告杨秀敏之外甥女。原告杨秀敏与被告杨同的母亲方秀梅于 2007 年 2 月去世，父亲杨永明于 2008 年 4 月去世。方秀梅和杨永明去世时，遗留房屋两处。后原告杨秀敏与被告杨同因继承遗产发生纠纷，原告杨秀敏于 2009 年 5 月 31 日诉至法院要求继承遗产。审理中，本院追加喻金为本案原告。经原审法院调解，双方当事人于 2009 年 7 月 23 日达成协议，将方秀梅与杨永明遗留的房屋两处予以分割。

调解书生效后，案外人杨艳芬、杨玉兰、任玉祥于 2010 年 7 月 5 日向中院申请再审，同年 7 月 14 日中院提审该案，11 月 26 日，中院裁定撤销原审调解，发回原审人民法院重审。

该案经重审查明：原审诉争的两处房屋中其中位于 A 处的系杨裕与李菊夫妇的共有财产。杨裕与李菊共生有四个子女，即：杨冬月、杨艳芬、杨玉兰、杨永明。1972 年 3 月 22 日李菊死亡；1976 年 12 月 20 日杨裕死亡。李菊、杨裕夫妇死亡后，其二人的房产未经翻建、亦未析产继承。1982 年 2 月杨冬月死亡，留有一子任玉祥。2008 年 4 月杨永明死亡，其有三个子女：杨秀琴、杨秀敏、杨同。杨秀琴于 2005 年 11 月 23 日死亡，留有一女喻金。位于 B 处的房屋登记在杨永明名下，系杨永明、方秀梅夫妇与杨同夫妇共同共有。

在重审的过程中，杨秀敏认为杨艳芬、杨玉兰、任玉祥的起诉已超过了最长诉讼时效 20 年，其民事权利不应受到保护。关于本案是否适用诉讼时效问题，出现两种意见：一是应当适用诉讼时效的规定，但是因为遗产未进行分割，应从 2009 年 7 月 23 日当事人达成的调解协议生效之日起适用两年的诉讼时效，因其他继承人于 2010 年 7 月 5 日向中院申请再审主张权利，其未超过两年诉讼时效；二是本案实质上属于物权纠纷，物权纠纷不应当适用诉讼时效的规定。

二、涉民通意见第 177 条的继承纠纷诉讼时效适用之现状考察

以下系笔者摘取的较为典型的、涉民通意见第 177 条继承纠纷案件的部分裁判文书内容，经过分析，我们不难发现该类继承纠纷在法律适用上不统一现象较为明显。

上诉人许文绪因其他继承纠纷一案中，海南中院认为 1980 年何汝莲去世，继承自此开始，2005 年 4 月 13 日被上诉人符春玉、符玉桂以上诉人许文绪占用其共同共有房屋要求腾退。而上诉人许文绪认为其系何汝莲的继承人，对该房屋享有继承权，不同意退出，双方发生争议，已超过二十年，但上诉人未提供中止、中断、延长有关

证据证明。上诉人明知何汝莲于1980年死亡，至今二十多年才提起请求分得遗产诉讼，已超过法定诉讼时效。[1]

原告田某、田某1、田某2与被告田某3、田某4、田某5、田某6、田某7、田某8法定继承纠纷一案中，北京市东城区人民法院认为根据《继承法》的规定，继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。该诉讼时效为普通诉讼时效。被告认为原告田某、田某1的起诉已超过二年的普通诉讼时效期间，但未就该抗辩理由提供充分的证据，即未证明原告田某、田某1之主张从其知道或应当知道权利被侵犯之日起超过二年，其应当承担举证不能的不利后果。故本院认定，原告田某、田某1的起诉未超过2年的普通诉讼时效。根据《继承法》及最高人民法院对《民法通则》的解释，当事人自继承开始之日起超过20年的，不得再提起诉讼。该时效为最长诉讼时效，但适用《民法通则》对诉讼时效延长的规定。根据《民法通则》的规定，针对最长诉讼时效，如有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。本案中原告田某、田某1虽未在20年的最长诉讼时效期间提起民事诉讼，但在最长诉讼时效期间就前红井房屋的权属问题提起了行政诉讼，并在行政诉讼期间以及行政诉讼终结后的合理时间内连续提起了民事诉讼，而行政诉讼的处理结果与民事诉讼又存在密切关系，故应当认定原告田某、田某1从最长诉讼时效即将结束时开始，持续的行使自己的权利，其诉讼请求应当适用最长诉讼时效延长的规定。综合以上因素，本院认定原告田某、田某1的诉讼请求应当受法律保护。原告田某2在最长诉讼时效期间并未通过诉讼行使自己的权利，其要求继承前红井房屋的诉讼请求已超过诉讼时效，本院不予支持。原告田某2应当继承的份额，应当归于其他继承人。本案法官认为该类继承纠纷应当适用诉讼时效的规定，且适用了最长诉讼时效延长的规定。[2]

上诉人李学如、严伟、严美华、严利因分割继承遗产纠纷一案中，判决说理部分未充分论证上诉人提出的被上诉人的起诉是否超过2年或20年诉讼时效期间问题，只是用“本案并不存在上诉人所称《继承法》第8条规定的情况”用语简单带过。[3]

原告袁寿群、万帮群与被告袁寿春、袁寿富，第三人彭州市房地产管理局继承财产纠纷一案中，被告袁寿春久居诉争之房，但在2003年9月22日前并未取得住房的所有权，仅为物上的使用权，故并不构成对遗产共有人即二原告及被告袁寿富共同所有权之侵害，不能发生时效计算问题，当诉争房屋登记移户时，即构成对二原告继承权的侵害，诉讼时效应从诉争房屋登记之日起计算。二原告在两年内启动诉讼程序，故本案无涉时效问题。该案件仅仅关注诉讼时效的起算点，没有考虑20年诉讼时效问题。[4]

三、涉民通意见第177条的继承纠纷诉讼时效适用救济途径之选择

（一）民通意见第177条的正确诠释

要正确理解民通意见第177条的含义首先必须明确“继承权纠纷”的含义。从以上列举的案例判决理由来看，我国法院在审理继承纠纷案件中，由于对于“继承权纠纷”的概念及民通意见第177条的规定理解不同，所作的判决也截然不同。笔者对所在法院的80位法官做的问卷调查中发现近九成的法官认为所谓“继承权纠纷”就是与继承有关的纠纷都属于此类，应当严格按照《继承法》规定的诉讼时效来判决。

笔者认为，在实践中“继承权纠纷”的范围不宜扩大。我国《继承法》所称的“继承权纠纷”应当限定在享有继承权的自然人身份有争议，或者继承人中是否享有丧失继承权、是否存在继承人以外的可分得遗产的自然人、无继承权利的人侵害继承人继承权等情形。如《继承法》第七条规定的丧失继承权的情形，第十四条规定的可以分给适当遗产的人，以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼等，[5]不能将全部与继承权相关的继承纠纷案件全部纳入继承权纠纷之内，这样不仅不利于真正权利人主张权利，还导致物的归属处于模糊状态。

其次，根据《民通意见》第177条的规定，被继承人死亡后，只要继承人（为方便讨论，本文不涉及遗嘱继承与遗赠，本文所述的继承人系指法定继承人，以下同）未明确表示放弃继承的，则视为接受继承，且如果遗产未分割的，即为共同共有。此时继承纠纷转化为确认物权归属与分割物的纠纷，即确认各继承人份额进而对遗产进行分割。确认物权请求权属于我国《物权法》规定的物权保护请求权的一种，系确认物权的归属和内容的物权确认请求权。《物权法》第三十三条规定，“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利”。由此可见，当双方或多方当事人之间就物权归属或物权是否成立以及物权的内容发生争议时，自认为是物权主体或主张物权成立的任何一方当事人都可以向人民法院提起民事诉讼，请求人民法院确认其物权。[6]继承开始后，法律赋予继承人默示的行为具有继承的意思表示，被继承人的遗产转变为各继承人的共同共有财产，此时，继承人起诉要求继承遗产的诉讼请求实质上是确认各继承人继承份额的确认物权请求权的确认之诉。此外，最高人民法院关于继承开始时，继承人未表示放弃继承遗产，又未分割的，可按析产案件处理的批复对此亦予以明确。[7]

（二）确认物权请求权不适用诉讼时效制度

物权法第三章规定了物权保护的五种请求权，大致可以分为三种情形：一、确认物权归属和内容的物权确认请求权；二、基于物权行使的物权请求权，包括返还原物请求权、排除妨害或消除危险请求权等；三、对损害物权的侵权请求权，即损害赔偿请求权。[8]对上述请求权能否适用民法通则关于诉讼时效的规定，物权法未予以明确。龙翼飞教授认为基于财产共有关系的分割请求权不适用诉讼时效规则[9]，杨立新教授认为诉讼时效的适用范围不包括物权请求权，[10]王利明教授亦赞同对于物权请求权不能适用诉讼时效的规定。[11]

笔者认为，确认物权请求权不应适用诉讼时效。首先，确认物权请求权关系到物权的归属，尤其随着近几年旧城改造、拆迁补偿等导致不动产价值逐年攀升的情况下，不动产的物权归属对权利人而言就更为重要。在很

多案件中，确认物权的归属往往是行使物权行为的基础，物权确认之诉是给付之诉的前提。从消灭时效适用的法律效果来看，无论采诉权消灭说还是实体权利消灭说，亦或是抗辩发生说，[12]消灭时效届满均导致权利实质上归于消灭。因为自然债务与裸体权利都是虚无缥缈的，得不到法律保护的权利不能算是真正的权利，仅仅具有理论意义而已。假如确认物权请求权因诉讼时效期间届满而消灭，那么，标的物将长期处于归属不清或者权利真空之状态。[13]这种状态导致未实际占有的权利人丧失实体胜诉权，而实际占有不动产的人因得不到法院对其物权的确认也不能进行产权登记因而不能真正成为该不动产物权法律上所保护的产权人。因此，如果诉讼时效届满，该物权的归属出现权利的真空状态。权利真空之状态导致各方当事人继续争夺标的物，将影响该物的正常使用和流转，不利于社会经济秩序的稳定和效率提高，背离诉讼时效制度的立法本旨。

其次，从【1987】民他字第12号批复中可以看出，一方于1985年12月起诉，距被继承人费翼臣死亡已有25年，已经超过《继承法》与《民法通则》规定的20年最长保护期限，仍建议按照析产案件给予处理而不是驳回诉讼请求可以看出最高院对此类案件的态度。

再次，从审判实践中看，通说认为，《民法通则》规定的诉讼时效，仅适用债权而不适用于物权。尽管学理界还有一定的争议，但审判实务中对物权特别是不动产的保护，不适用民法通则第七章规定的诉讼时效，已是共识。[14]而上海市高级人民法院民一庭对民事审判适用物权法总则及所有权部分的相关问题，对物权保护的五种请求权是否适用诉讼时效的指导性意见与笔者的看法不谋而合。该指导性意见认为，物权法第三章规定的物权保护的五种请求权是否适用诉讼时效，物权法没有明确规定。通说认为，物权确认请求权不适用诉讼时效。（因本文主要讨论的是确认物权请求权是否适用诉讼时效的问题，对于其他物权请求权在此不予赘述）

最后，由于不动产拆迁带来的巨大利益，近几年因继承遗产诉至法院的纠纷逐年递增，其中因分割不动产遗产的纠纷比重亦呈逐年增长趋势，由A市B法院2006-2010年受理的继承纠纷与不动产继承纠纷分别占全部受理案件的比例情况可见，如果适用继承法规定的关于诉讼时效的规定，每年该法院约有21.56%的不动产继承纠纷案件因诉讼时效届满，判决驳回原告的诉讼请求，该法院辖区内每年将有约五分之一的不动产权属处于不明状态，导致拆迁过程中因被拆迁人权利主体的不明确滋生更多的社会矛盾，增加涉诉信访新案的发生，造成法院司法资源的浪费，不利于社会矛盾的解决。

（三）审判实践中采用正确案由

因在实践中，各个法官对继承权纠纷及涉民通意见第177条继承纠纷认识的差异，法律对此又没有明确的规定，导致在过去的时间里此类案件的案由沿用混乱。有的适用法定继承纠纷，有的适用分家析产纠纷，有的适用共有物分割纠纷。笔者选取所在辖区法院2010年受理的100件涉民通意见第177条规定的继承案件进行统计发现，有近7成的案件采用法定继承纠纷，有约20%的案件采用分家析产纠纷，剩余则采用共有物分割纠纷、排除妨害纠纷、返还原物纠纷等。

笔者认为，此类纠纷案由应当确定为共有权确认、共有物分割纠纷。要确定正确的案由，首先应当明确案由的确定标准。最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知中规定了民事案由的确定标准。民事案件案由依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定是原则，同时考虑当事人诉争的民事法律关系的性质具有复杂性，对少部分案由也依据请求权、形成权或者确认之诉、形成之诉的标准进行确定，对少部分案由也包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。该通知中还规定了关于第二部分“物权纠纷”项下“物权保护纠纷”案由与“所有权纠纷”、“用益物权纠纷”、“担保物权纠纷”案由的协调问题及同一诉讼中涉及两个以上的法律关系时如何确定案由的问题。[15]通过本文前面的分析，本案的法律关系以继承纠纷为基础，继承开始后，遗产未被分割的，无人明确放弃继承权，则被继承人的遗产即处于继承人共同共有的状态，此时所涉法律关系为关于物权确认及共有物分割。依据以上通知的精神，因此时涉及物权保护项下的两种物权请求权，则案由应当采用所有权纠纷中的共有权确认纠纷及共有物分割纠纷。有人认为，民通意见第177条已经规定了此时遗产属于各继承人共同共有，为什么还要确认他们的共有权呢？这是因为，在实践中，有时诉至法院要求分割遗产的继承人为了分得更多的遗产，故意不告知还有其他的继承人，或一部分继承人为了使某些继承人得不到遗产恶意串通另一部分继承人采用诉讼的方式分割遗产，如果此时法院只凭借这些当事人的陈述，就有可能损害被遗漏的继承人的权利，因此，在分割共有物之前还要有一个共有权确认的过程。因为共同共有关系存续期间，所有权是一个，各个共有人之间不分份额，只是享有一个总的所有权，个人在其中不具有自己的部分，只要共有关系不解除，这种关系就永远不能分出份额。[16]此外，虽然推定各继承人对遗产共同共有，但因为在实践中有些继承人对被继承人尽了较多的赡养义务，法院可以酌情多分一些遗产给这些继承人，因此，共有权确认之后，共有物分割就解决共有人如何按份共有的问题。

对于不适用其他案由的理由，如不适用法定继承纠纷的理由，根据民通意见第177条的规定，此类继承纠纷在继承开始后、遗产未进行分割前、多个继承人未放弃继承的条件下实质上转化为共有纠纷，即法律关系的性质已经转化为共有权的确认和共有物分割的问题。从修改后的《民事案件案由规定》看，分家析产纠纷属于婚姻家庭纠纷的一个子案由，与本条的规定无关。至于排除妨害、返还原物纠纷是基于对物拥有确定的所有权份额基础上的请求权，因为处于共同共有状态的遗产此时尚未进行分割，无从谈排除妨害与返还原物的请求权。

结语——对于审理此类案件的建议

从我国《民法通则》及《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《诉讼时效规定》)来看,我国诉讼时效届满之后一方当事人丧失胜诉权、一方当事人产生履行义务抗辩权,而社会实践中争议的标的物往往由一方或几方实际占有,如果确认物权请求权也适用诉讼时效规定,当诉讼时效期间届满后,可能导致实际占有人不能取得法律上的物权,主张权利一方丧失法律保护的权利,这样就有可能导致大量的物权归属处于不明确的状态。除此之外,即使因诉讼时效届满,往往物被实际占有,不是《继承法》第三十二条规定的无人继承的遗产,收归国家所有或集体所有无法律依据,也无实践基础。

再有,依据最高人民法院《关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有发生纠纷应如何处理的批复》,这种行为应当认定为代表共有人登记取得的产权证明,该房屋仍属各继承人共同共有的财产,由此可以推知,所有有损共有权的行为应当被认定为无效,未被分割的遗产仍然属于各继承人共同所有,因此,将此类纠纷作为侵权纠纷就无法确定侵权行为的起诉点。故在实践中,对于确权纠纷不适用诉讼时效制度为妥。

随着时代的发展、社会的进步,一方面,当事人私权自治的理念深入人心,当事人主义已成为现代民事诉讼制度的基本特征。但另一方面,为了更好地发现案件真实,同时进一步提高诉讼效率,加强法官对诉讼的控制成了各国国家民事诉讼制度改革共同趋势。我们不能为求得其他次要的、甚至是虚幻的价值,而牺牲了查明真相这一目的。[17]笔者认为,在审理继承纠纷案件中,因继承人的范围可能涉及法院依职权追加当事人的程序问题,故依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第15条之规定,法官应采取各种措施调查明确继承人范围及遗产范围,不能只听信当事人的陈述,以防止部分当事人恶意串通分割遗产及其他损害合法继承人权益的行为。法官主动查明事实真相不仅有利于减少当事人诉累及司法资源浪费,还能进一步提高诉讼效率,切实保护所有继承人的合法权利,有利于彻底解决社会矛盾,实现“案结事了”。

注释与参考文献

[1] (2008)海南民二终字第112号判决书,类似的案例有(2007)穗中法民一终字第3510号上诉人黄凤仙、周国权、周剑文、周爱莲、周茵、周筱、周丽华、周丽云、周国鸿、黄剑烽继承纠纷一案。

[2] (2006)西民初字第10728号判决书。

[3] (2002)成民终字第1594号判决书。

[4] (2003)彭州民初字第18号判决书。

[5] 汤文元:《继承权诉讼时效的理解和适用》,载《人民司法·案例》2010年第2期第56页。

[6] 沈爱玲:《物上请求权与物权保护探析》,载《前沿》2010年第20期总第274期第19页。

[7] 【1987】民他字第12号批复,该批复认为,“双方当事人诉争的房屋,原为费宝珍与费翼臣的夫妻共有财产,1958年私房改造所留自住房,仍属于原产权人共有。费翼臣病故后,对属于费翼臣所有的那一份遗产,各继承人都没有表示过放弃继承,根据继承法第二十五条第一款的规定,因视为均已接受继承。诉争的房屋应属各继承人共同共有,他们之间为此发生之诉讼,可按析产案件处理,并参照财产来源、管理使用及实际需要等情况,进行具体分割。”

[8] 关于物权请求权的类型,存在三类型说、四类型说以及无类型说三种学说,其争论主要是围绕恢复原状请求权、确认物权请求权以及损害赔偿请求权是否属于物权请求权而展开的。梁慧星:《中国物权法草案建议稿—条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第13-14页。本文根据物权保护的特点采用三类型说。

[9] 2002年11月30日,龙翼飞教授在中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一的演讲中分析了三种不适用诉讼时效的请求权:基于身份关系的抚养费 and 赡养费的请求权、基于财产共有关系的分割请求权及基于不动产相邻关系的停止侵害、排除妨碍请求权。龙翼飞:《时效制度若干问题》,载王利明主编:《民商法前沿论坛第1辑》,人民法院出版社2004年3月版,第309页。

[10] 杨立新教授认为,诉讼时效的适用范围应当是:第一是请求权,而不是一切权利;第二是在请求权中,只有债权请求权才适用诉讼时效的规制,其他的请求权如物权请求权不适用诉讼时效制度。杨立新:《中国民法理论热点问题探索与意见》,载王利明主编:《民商法前沿论坛第1辑》,人民法院出版社2004年3月版,第324页。

[11] 2001年9月28日,王利明教授在中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一的演讲中指出,物权的请求权通常适用于各种继续行的侵害行为,如果严格以消灭时效的期间起算办法,则对物权人是不公平的,也不利于保护物权。王利明:《债权与物权》,载王利明主编:《民商法前沿论坛第2辑》,人民法院出版社2004年3月版,第55页。

[12] 关于消灭时效适用的法律效果,民法学界存在三种学说:1、诉权消灭说。该说认为,消灭时效届满后,实体权利并不消灭,权利人所丧失的只不过是诉权而已。消灭时效届满后的债务属于自然债务,而权利则称为“裸体权利”。2、实体权利消灭说。该说认为,消灭时效届满后,当事人的实体权利归于消灭。3、抗辩权发生说。该说认为消灭时效届满后,实体权利与诉权均不消灭,仅发生义务人拒绝履行义务的抗辩权。李建华、杨代雄、赵军:《论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择—兼评〈中华人民共和国民法(草案)〉的相关规定》,载 <http://www.chinaue.com/html/2005-12/2005121218544236/htm>,于2013年2月8日访问。

[13]李建华、杨代雄、赵军：《论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择——兼评〈中华人民共和国民法（草案）〉的相关规定》，载 <http://www.chinaue.com/html/2005-12/2005121218544236/htm>，于 2013 年 2 月 8 日访问。

[14]汤文元：《继承权诉讼时效的理解和适用》，载《人民司法·案例》2010 年第 2 期，第 57 页。

[15] 最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知规定，“所有权纠纷”、“用益物权纠纷”、“担保物权纠纷”案由既包括以上三种类型的物权确认纠纷案由，也包括以上三种类型的侵害物权纠纷案由。物权法第三章“物权的保护”所规定的物权请求权或者债权请求权保护方法，即“物权保护纠纷”，在修改后的《民事案件案由规定》规定的每个物权类型（第三级案由）项下可能部分或者全部适用，多数可以作为第四级案由规定，但为避免使整个案由体系冗长繁杂，在各第三级案由下并未一一列出。在涉及侵害物权纠纷案由确定时，如果当事人的诉讼请求只涉及“物权保护纠纷”项下的一种物权请求权或者债权请求权，则可以适用“物权保护纠纷”项下的六种第四级案由；如果当事人的诉讼请求涉及“物权保护纠纷”项下的两种或者两种以上物权请求权或者债权请求权，则应按照所保护的权利种类，分别适用所有权、用益物权、担保物权项下的第三级案由（各种物权类型纠纷）。

同一诉讼中涉及两个以上的法律关系的，应当依当事人诉争的法律关系的性质确定案由，均为诉争法律关系的，则按诉争的两个以上法律关系确定并列的两个案由。

[16]杨立新：《关于共有的若干问题》，载王利明主编：《民商法前沿论坛第 2 辑》，人民法院出版社 2003 年版，第 87 页。

[17] 田少红：《法官在民事诉讼中调查取证方面的作用——中国和法国民事诉讼制度之比较》，载《法律适用》第 2005 年第 6 期，第 38 页。

十、法官视点

夫妻共同债务如何认定

2013-04-02 江苏法院网 朱来宽 董伟

殷某（男）与韩某（女）于 1998 年登记结婚，婚后二人均在殷某父亲开办的工厂工作，夫妻俩的生活开支及子女的教育费用主要由殷某父亲支付。2009 年殷某与韩某感情发生变化导致夫妻感情不和，殷某便经常外出不归，并且与第三者同居，生养子女。期间，殷某向于某出具一份 9 万元的借条，借款到期后因殷某未能及时归还，于某以殷某与韩某夫妻存续期间债务系夫妻共同债务，将殷某起诉至法院，并要求韩某承担连带清偿责任。

关于殷某的 9 万元借款能否认定为与韩某的夫妻共同债务，存在两种意见。

第一种观点认为，殷某的 9 万元借款是在与韩某的夫妻关系存续期间所产生的债务，应当推定为夫妻共同债务，除非韩某能够举证证明该笔借款系殷某和于某明确约定为个人债务，或者于某知道殷某与韩某约定财产为各自所有。

第二种观点认为，殷某的 9 万元借款能否认定为夫妻共同债务，主要看该笔借款是否用于夫妻共同生活，或为履行抚养、赡养义务等所负债务。就本案看来，殷某借款并没有用于夫妻共同生活，依法不能认定为夫妻共同债务。

笔者同意第二种观点。

《婚姻法》第四十一条规定：离婚时，原为夫妻共同生活所负债务，应共同偿还。最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干问题具体意见》第十七条规定：夫妻为共同生活，或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。笔者认为，所谓夫妻共同债务是指夫妻关系存续期间，夫妻一方或者双方为共同生活或者为履行抚养、赡养等义务所负债务。认定夫妻共同债务主要有三个标准：一是举债是否是为了夫妻共同生活，二是夫或者妻是否享受到举债带来的离异，三是夫或者妻一方能否证明该举债系赌债等非法债务或者与他人同居期间所生债务。

本案中，殷某所借的 9 万元债务，虽发生在夫妻关系存续期间，但是韩某并不知情，殷某借款也并没有用于家庭共同生活，且殷某借款前后与第三者同居，养育子女，故该笔借款并不能认定为其与韩某夫妻共同债务，而系殷某的个人债务，韩某依法不需要承担连带清偿责任。

痛恨他也得赡养他

一副总年薪百万拒养生父 他说父亲背叛了妈妈 还杀了情人及腹中骨肉

2013 年 04 月 08 日 北京晚报 林靖



法官章艳艳

陆军（化名），一个上市公司的副总，年薪数百万，却因不赡养生父近日被告上法庭。法院判令陆军每月支付赡养费 800 元，但陆军仍然拒绝给付。其父申请了强制执行，陆军被法官传唤到庭。随着陆军的讲述，一个埋藏了 30 年的惊天恩怨逐渐浮出水面。

陆军以前名叫赵军，9 岁那年，他的亲生父亲因故意杀人罪被判处 20 年有期徒刑。赵军的父亲是一名医生，在工作中与护士小梅（化名）产生了感情，而背叛了自己的家庭。一段时间后，小梅怀了赵军爸爸的孩子，于是她要求赵军爸爸与原配妻子离婚，与她结婚。小梅还扬言：“如果你不同意，我就要把咱俩的事公布给你的老婆和医院领导，我还要告你强奸！”

在小梅的步步逼迫下，赵军爸爸心生恶念，竟做出了令他悔恨终生之事：为小梅注射了过量的胰岛素，他亲手结束了情人和腹中骨肉鲜活的生命。

杀死小梅之后，由于内心的悔恨和煎熬，赵军爸爸向公安机关自首了。至此，一直被蒙在鼓里的赵军妈妈终于知晓了丈夫的婚外情。

赵军妈妈选择了离婚，带着年幼的小赵军回到了姥姥所在的城市。后来妈妈改嫁给一个工人，继父忠厚朴实，对赵军母子非常照顾，赵军从此随继父姓陆。

在亲生父亲是个杀人犯的心理阴影下，以前活泼开朗的小赵军不见了。陆军开始变得沉默寡言。继父及时发现了小陆军的心理问题，一直不断地开导和鼓励他。在继父的关爱下，小陆军的学习一直名列前茅，还考入了重点大学，直至通过努力，当上了上市公司的副总。

此时，他的生父已经出狱，原本一直自己生活，但由于近几年年事已高，又没有经济来源，才经多方寻找，找到了陆军，要求儿子赡养。遭到拒绝后，他提起了诉讼。看着生效的法律判决书，面对传唤他到庭的法官，陆军却仍然拒绝给付生父赡养费。

“我的成长和成功，都是当工人的继父在一路鼓励和支持我。而‘他’背叛了妈妈，背叛了家庭，最后连情人都背叛了，还杀了情人腹中自己的骨肉，我从感情上不能接受他！我从小就在拼命逃离他，我只认继父是我爸。”

在执行法官的耐心工作下，最终陆军自动履行了判决书义务。然而，30 年来的心结却不知何时才能打开。

法官释法

子女对父母有赡养义务

海淀法院的章艳艳法官说，陆军带着 30 年来的怨恨拒绝赡养生父，相反，他对抚养他长大的继父非常孝顺。而根据我国《婚姻法》第二十一条规定，子女对父母有赡养扶助的义务；子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母有要求子女付给赡养费的权利。

“因此，无论陆军是否能卸下心中的枷锁，都不能违反国家法律规定，不能拒绝赡养生父。”

另外，陆军 9 岁随母亲改嫁，继父将他抚养长大。章艳艳法官认为：“陆军对继父有赡养义务。同时，陆军对生父也有赡养义务，不因母亲的婚姻变化而终止。”

“80 后”离婚纠纷呈上升趋势

专家建议签订婚前协议

2013 年 4 月 9 日 上海法治报 记者 王川 通讯员 夏芸



资料照片

□法治报记者 王川法治报通讯员 夏芸

本期专家：青浦区人民法院民一庭副庭长吴海明，从事离婚审判工作 20 年，办案经验丰富。

近年来，“80 后”离婚比例逐年上升，俨然成为离婚的“主力军”。以青浦区人民法院为例，截至去年年底，该院共受理“80 后”离婚案件 431 起。法官从案例入手，分析了目前离婚纠纷的几种常见情况。

案例一：

争夺抚养权法官难下判

2007 年，小丽与小华经人介绍相识恋爱，并于 2009 年步入婚姻殿堂。同年 11 月，小丽产下一子，由于小丽与小华都是独生子女，小家伙的降生顿时让双方家庭都开心不已。可是渐渐的，小丽和小华经常因为琐事发生争执，争吵到后来甚至演变成了“全武行”。

小华认为自己已经无法再忍受小丽的行为，于是向法院提起了第一次离婚诉求，而小丽却坚决不同意离婚，她觉得双方的关系是可以改善的。为此，法院没有支持小华的诉求。

然而后来的日子里，双方的关系并没有像小丽说的那样“可以改善”，仍然是“三天一小吵，五天一大吵”，生活中一丝甜蜜的味道都没有，反而全是火药味。小华觉得这样的生活对儿子的成长一点好处都没有，便再次和小丽提出要离婚，并且儿子由他自己抚养。

这次小丽没有坚持，表示离婚可以，但有个要求，就是儿子必须由她来抚养。双方为此又发生了激烈争执，这次甚至连双方的父母都出面调停，可是小华仍然不肯让步。为此，他向法院提起了第二次诉讼，但是这次仍因为小丽不同意，法院考虑到孩子还小，双方感情没有到完全破裂，还是没有支持小华。

尽管法院没有判决双方离婚，但是小华开始了和小丽的分居生活，而儿子则被小丽强行留在了自己身边，为了争夺儿子的抚养权，小华第三次向法院提起离婚诉求，并要求将儿子的抚养权判给自己。而小丽这次依然表示同意离婚，但强调儿子必须跟随自己生活，这次“离婚案”中，双方的家长也来到法院“争夺”孩子，大家闹作了一团。

为了证明自己是更有能力抚养孩子的，双方不但将自己的工资等收入证明提交给了法庭，甚至都提出不需要对方承担抚养费。由于双方的经济实力相差不大，且均有自己的房屋住所，这令法院一时难以下判。最终法庭经过综合考量，将孩子判给了孩子的母亲小丽。

专家说法：

“80 后”大多数都是独生子女，所以双方在离婚纠纷中，如果是有孩子的话，双方的矛盾焦点往往都集中在孩子的归属问题上。而由于双方的家庭条件相差不大，往往很难直接下判孩子由谁来抚养。

法官在审理这样的案件时，往往还是从对孩子健康成长更有利的多种因素综合考量下判。

上述离婚案例中，当事人双方就是遇到了孩子抚养权的问题，经过庭审确认的事实，法院考虑到孩子才 3 岁不到，平时小丽及其父母对孩子照顾较多，而在双方分居期间孩子一直跟随小丽及小丽的父母生活，孩子的生活均较稳定，且年纪尚小更需要母亲的关爱，于是才将孩子判给了小丽。

案例二：

夫妻财产多离婚难查清

2005 年，小杜和小徐经人介绍认识并相恋。2006 年，两人打算要结婚，于是向双方父母提出了自己的设想。双方父母得知后都十分高兴，由于小杜家是传统家庭，他们给小徐家送去了礼金，而小徐家也欣然收下了礼金。就这样，两人很快就举行了婚礼，并且小两口婚后住在一套房产证登记在两人名下的房屋内。

起初，小杜和小徐的生活过得还是很甜蜜的，可是小徐的肚子却一直没有传出“喜讯”。为此，小两口开始互相埋怨对方，慢慢地争吵也增多了，甚至发展到后来，小杜索性时常夜不归宿起来。这让独守空房的小徐心里渐渐凉了下來，小徐经过几天彻夜的思考，终于下定决心：与其两人这样拖着，倒不如趁早分手。于是小徐向法院提起了离婚诉讼。

小杜对于天天争吵的生活也是十分厌烦，于是很干脆地表示同意离婚，但是要求小徐要将嫁妆全部还给自己（因为小杜认为自己家给小徐的礼金，小徐后来全部用来买了嫁妆，所以现在要把嫁妆还给自己），此外，现在居

住的房子也需要进行分割。另外，小徐还有几张境外会员卡及数只股票、基金等，这些都是夫妻共有财产都要进行分割。

小徐听后就懵了，她认为礼金是小杜家自愿给的，两人当时要结婚了，给礼金也属正常，凭什么现在要还回去？而且小杜家给的礼金与自己的嫁妆是不等价的，如果说是用那些礼金买的嫁妆，压根儿就不会有那么多嫁妆。而房子是由自己父母出资买的，小杜家一分钱也没有拿出来，当初写上小杜的名字是因为自己的父母觉得不能女儿、女婿两眼看待，现在房价不断上涨，小杜想要分自己的房子肯定是不可能的。至于小杜所说的会员卡、股票，自己根本就没有。

法院经审理后认为，由于小徐的嫁妆系其婚前购买，属小徐婚前财产，应归小徐所有，给小徐的礼金是婚前赠与，如该赠与不致小杜生活困难，根据婚姻法解释（二）相关规定，该赠与不予返还。对于小杜要求嫁妆都归自己的诉求不予支持。至于房屋，由于小杜提供的房产登记证上是小杜和小徐两人的名字，该房屋视为双方的夫妻共有财产，至于小徐提出的房屋由自己父母出资购买，由于其无法提供相应证据证明，且与婚姻法解释（三）的相关规定相悖，法院对其主张不予采信。至于小杜主张的会员卡分割，由于该会员卡是属于境外的场所，法院无法进行查证，不予处理，而其主张的股票、基金等，因其未提供财产线索，所以也无法采纳其主张。

专家说法：

目前有一部分“80后”离婚案件中，虽然双方结婚时间不长，但是不少家庭经济条件富裕，涉及的财产众多，夫妻双方虽未进行财产约定制，但经济上往往互不相干，相互不了解对方经济的情况，所以财产的查实难度很大，法院在认定上十分困难。如一方购买会员卡消费等，这些财产往往标的大，争议更多；男女一方瞒着对方购房产，产证登记在己方名下等，因房价的不断飙升，导致如遗漏房屋的处理会对另一方极不公平……

案例三：

夫妻离婚纠纷无过错方难维权

2006年，“80后”青年张军和蒋佳洁结婚，组建了自己的家庭，2008年两人可爱的女儿降临到了这个温馨的家庭。然而，此后张军因嗜好赌博致使夫妻两人关系紧张起来，进而引发了一场离婚诉讼。

张军在青浦一汽修厂工作，因为平时工作忙闲不均，张军喜欢上了打麻将，并将时间都花在了打麻将赌博上。而蒋佳洁则十分刻苦好学，虽然她一边工作一边还要带女儿，但是平日里她还会给自己找点课程给头脑充充电。张军和蒋佳洁的经济都是分开的，女儿的开销都是由蒋佳洁负责的。

由于蒋佳洁的勤奋努力，公司很快便提拔她成为了部门负责人。看着妻子工作蒸蒸日上，张军的心里产生了不平衡，回到家动辄就发“少爷脾气”，但蒋佳洁都默默忍受了。一次，张军和蒋佳洁为了打麻将的事情动了口角，张军竟然动手打了蒋佳洁一顿。蒋佳洁当夜带着女儿回到了娘家。事后，张军很后悔，又是写保证书，又是道歉信，希望蒋佳洁能跟他回家。

蒋佳洁觉得既然张军都写了保证书了，最后看在孩子的面子上还是跟他回去了。但蒋佳洁说，起初张军的表现还不错，每天下班后就回家，看着蒋佳洁工作忙碌，他还会帮忙做饭带孩子，然而没过多久，张军故态复萌了，而且变本加厉。麻将似乎有一种特殊的魔力将张军一次又一次吸引了过去，蒋佳洁觉得张军已经不可救药了，为了孩子的将来着想，蒋佳洁毅然向法院提起了离婚诉讼。

法庭上，蒋佳洁将张军写的保证书、道歉信都拿了出来，就是为了证明张军沉迷于打麻将而不顾家庭。然而张军表示自己过去的的确不对，但是现在都已经改邪归正了，希望妻子能够再给自己一次机会，所以坚决不同意离婚。

法院经审理后认为，蒋佳洁和张军因性格差异等问题发生矛盾，但未导致两人感情破裂。因蒋佳洁提供的保证书尚可证明张军过去的过错，但其未提供张军屡教不改有过错的相关证据，因此法院最终没有支持蒋佳洁的诉求。

专家说法：

类似于保证书这种夫妻之间的书面保证，只能证明夫妻一方在过去曾有过过错，但是不能代表在保证写下之后仍然有此类过错。而对于保证书写下后，另一方提出仍然有过错的，则另一方仍需要继续举证证明。但对于夫妻之间的事，这种举证是相对比较困难的，因此，像这样无过错方的利益很难维护。（文中人物为化名）

专家建言：

婚前协议或可解决婚后难题

目前，年轻的“80后”一代渐渐都已经步入了婚姻的殿堂，组建了属于自己的家庭。然而近年来，“80后”的高概率离婚问题，也引起了社会各界的关注。夫妻双方感情不和固然是离婚的重要诱因，但是这也与婚姻当事人对婚姻的草率认知脱不开关系。

感情是维系婚姻的纽带，它不是儿戏，所以当两人要步入婚姻殿堂时，一定要经过慎重考虑，万不可因为一时的冲动而盲目结婚。不少离婚的案例，都是因为闪婚造成的，毕竟双方没有很深的认识，这样也为婚后感情、生活习惯等方面的不和埋下了隐患。

两人生活在一起就不可避免地会产生摩擦，对于这些生活中的小摩擦，夫妻双方应该互相理解、包容，如果的确是不可调和的矛盾，要进入司法程序解决，那么双方也应对可能产生的问题有充分的考虑。

法官表示，为了避免婚后会发生众多难以调和的问题，恋爱中的双方可以签订一份婚前协议，当然这并不代表着就一定为离婚做准备的，但是如果双方在有些敏感问题上提前已经达成了共识，签订了协议，那么即使将来发生矛盾纠纷，也可以按照双方的共识来化解，而不会发生“公说公有理，婆说婆有理”的情况。

遗产继承与分家析产界定标准 涉不同民事法律关系

2013-04-16 三日报 范小敏

遗产继承与分家析产属于两种不同的民事法律关系，应严格区分两者的界限，这不仅有利于保护夫妻个人财产，而且也有利于保护继承人的合法继承权利。

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产一半分出为配偶所有，其余为被继承人的遗产。

分家析产中包含两个概念，一个是“分家”，另一个是“析产”，分家是将一个较大的家庭根据分家协议而分成几个较小的家庭；而析产指的是财产共有人通过协议的方式，根据一定的标准将共同财产予以分割，分属各人所有。

1、引发遗产继承和分家析产的法律事实不同。遗产继承是由于被继承人死亡而引发。分家析产是由于家庭成员因为一定的生活和生产需要等各种原因，不需要或不能够再在一起生活，而要求分割家庭共有财产所引发，而人的死亡仅仅是引发分家析产的法律事实之一。

2、两者所处分的财产的性质不同。遗产继承中继承的遗产是被继承人死亡前的个人合法财产，而分家析产中所涉及的财产是家庭共有的财产。

3、参与的人员不同。遗产继承中的参与人是依《继承法》规定的合法继承人或遗嘱指定的继承人；而分家析产中的参与人员是财产的共有人。例如遗产继承中，儿媳一般不作为第一顺序继承人，而儿媳作为家庭财产共有人的分家析产中，儿媳可以作为参与者之一参与共有财产分割。

4、两者产生的时间不同。遗产继承自被继承人死亡或被宣布死亡之时开始，而分家析产可以在被继承人死亡之前也可以在被继承人死亡之后，对此没有限制。

5、两者适用的法律不同。遗产继承的法律依据是《中华人民共和国继承法》，根据该法规定按照法定继承的顺序或是遗嘱继承的顺序进行继承。而分家析产依据的《中华人民共和国民法通则》关于共同共有的规定进行，往往是对财产根据人数或需求平均分割。

遗产继承与分家析产虽然都导致财产所有权发生变化，但是两者有原则上的区别，且分家析产中往往含有继承和分家析产两种法律行为，所以严格区分两者有着重要的意义。

遗产继承与分家析产属于两种不同的民事法律关系，应严格区分两者的界限，这不仅有利于保护夫妻个人财产，而且也有利于保护继承人的合法继承权利。

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产一半分出为配偶所有，其余为被继承人的遗产。

分家析产中包含两个概念，一个是“分家”，另一个是“析产”，分家是将一个较大的家庭根据分家协议而分成几个较小的家庭；而析产指的是财产共有人通过协议的方式，根据一定的标准将共同财产予以分割，分属各人所有。

1、引发遗产继承和分家析产的法律事实不同。遗产继承是由于被继承人死亡而引发。分家析产是由于家庭成员因为一定的生活和生产需要等各种原因，不需要或不能够再在一起生活，而要求分割家庭共有财产所引发，而人的死亡仅仅是引发分家析产的法律事实之一。

2、两者所处分的财产的性质不同。遗产继承中继承的遗产是被继承人死亡前的个人合法财产，而分家析产中所涉及的财产是家庭共有的财产。

3、参与的人员不同。遗产继承中的参与人是依《继承法》规定的合法继承人或遗嘱指定的继承人；而分家析产中的参与人员是财产的共有人。例如遗产继承中，儿媳一般不作为第一顺序继承人，而儿媳作为家庭财产共有人的分家析产中，儿媳可以作为参与者之一参与共有财产分割。

4、两者产生的时间不同。遗产继承自被继承人死亡或被宣布死亡之时开始，而分家析产可以在被继承人死亡之前也可以在被继承人死亡之后，对此没有限制。

5、两者适用的法律不同。遗产继承的法律依据是《中华人民共和国继承法》，根据该法规定按照法定继承的顺序或是遗嘱继承的顺序进行继承。而分家析产依据的《中华人民共和国民法通则》关于共同共有的规定进行，往往是对财产根据人数或需求平均分割。

遗产继承与分家析产虽然都导致财产所有权发生变化，但是两者有原则上的区别，且分家析产中往往含有继承和分家析产两种法律行为，所以严格区分两者有着重要的意义。

北京朝阳区法院法官：新闻思考 别让遗嘱在继承时被“雪藏”

朝阳区法院 张逢春

近日，我国首个关注遗嘱的公益项目“幸福留言——中华遗嘱库”在北京启动。遗嘱库为60岁以上老年人免

费办理遗嘱的登记、保管和传递服务，以协助老年人处理好家庭问题。

遗嘱不可超越个人合法财产范围

一份合法有效遗嘱的出现能够起到定纷止争的作用，缓和当事人之间因对簿公堂而流失的亲情，对和谐家庭乃至和谐社会起到至关重要的作用。但现实生活中囿于传统观念的影响，一些被继承人特别是老人对于遗嘱没有足够的重视，认为遗嘱的书写有伤家庭亲情，还有一些老人对法律知识掌握较少，所立遗嘱不符合法律规定的实质要件和形式要件，从而导致所立遗嘱被确认无效。

遗产继承纠纷案件中，相当一部分遗嘱是由男性老人或最后一位在世老人书写，在书写内容上都称将自己所有的财产留给自己的某一个或某几个孩子，但他们所称“自己所有的财产”往往都未对具体财产内容进行描述，亦未对夫妻共同财产予以区分。一份遗嘱必须对遗产内容进行明确、遗产的范围进行界定，否则将不利于继承纠纷的解决。

遗嘱不符合形式要件导致无效

实践中因遗嘱形式不符合法定要件而导致遗嘱无效的情况非常常见，如代书遗嘱没有其他见证人签字或没有订立遗嘱人签字；录音遗嘱没有见证人在场见证或者见证人不符合法定条件；口头遗嘱在危急情况解除后没有再次订立书面遗嘱等。遗嘱的形式决定着遗嘱的效力是否被认定，这关系着被继承人意志能否得到实现，所以订立遗嘱时其形式要件必须完备。

此外，遗嘱人在订立遗嘱时的精神状态及签字的可辨识度也是订立遗嘱应当注意的问题。一些继承人往往会质疑被继承人在订立遗嘱时的精神状态是否清醒，或者对方所提交的遗嘱是否为被继承人亲笔签字，因此遗嘱人在订立遗嘱时应尽量采用现场录音录像的方式，或由其他无利害关系人进行现场见证，具备条件的，最好采用公证方式订立遗嘱。

在遗嘱库立遗嘱并非一劳永逸

考虑到我国当前司法实践，中华遗嘱库在实施中可能会存在一些问题，如这一项目只是订立并保存遗嘱的一种形式，并不代为执行遗嘱内容。根据遗嘱库的项目简介和操作流程可以看出，通过这一项目所作出的遗嘱可能为代书遗嘱或自书遗嘱，还有一部分公证遗嘱，遗嘱库所承担的主要是订立、保管和传递服务，并不包含遗嘱的执行，也就是说这一项目并不像一些老人所想象的只要立完遗嘱就可以一劳永逸了。

此外，在遗嘱库所立遗嘱虽然符合遗嘱的形式要件，但仍有可能被后来的遗嘱推翻。对于通过遗嘱库所订立的自书遗嘱和代书遗嘱来说，按照遗嘱库的操作流程，这些遗嘱在形式上符合要求，但一旦遗嘱人需要改变自己的意志，其仍然可以通过合法有效的方式订立新的遗嘱，从而推翻通过遗嘱库所订立的遗嘱。

对于一些要求“秘密”订立遗嘱的老人，该份遗嘱有可能在继承时被“雪藏”。对于一些老人来说，他们不希望在世时让子女知道自己订立遗嘱的事实，中华遗嘱库也提供了相应的保密服务，但如果这些老人的“保密”工作没有任何继承人知道，则有可能导致直至遗产被分割完毕，还没有人知道该份遗嘱的存在。

不管这一公益项目会遇到何种困难和问题，但这一有益尝试仍将会给广大老年人带来便捷，也会在一定程度上促进家庭和谐，对于其中可能存在的问题，希望在执行过程中能够得到进一步完善。

民事诉讼调解秩序价值和公正价值的冲突与平衡

2013年04月17日 人民法院报◇ 闫信良

秩序价值与公正价值构成了民事诉讼调解制度价值的两个主要方面，前者是指民事诉讼调解制度所发挥的解决纠纷，维护社会秩序的功能；后者是指民事调解制度在维护社会主体合法权利方面所发挥的作用。

秩序价值与公正价值在民事诉讼调解制度的地位并不平等。在建设法治国家的背景下，公正价值应当是民事诉讼调解制度和核心价值，其他价值相对于公正价值而言，都不应当具有优先的地位。但由于我国正处于社会转型期，社会转型所带来的动荡以及社会发展对稳定的需求使得对秩序价值的需求格外迫切，可能导致民事诉讼调解制度为了追求秩序价值而在某种程度上牺牲公正价值，从而造成民事诉讼调解制度秩序价值与公正价值的冲突。合理确定二者的地位与把握两者的关系，以更好地发挥民事诉讼调解制度效能，是一个应当认真对待的问题。

秩序价值与公正价值的内涵

一般意义上的调解作为一种纠纷解决机制，自产生之初，其基本功能就是为了解决冲突，因而秩序价值对于调解制度而言具有基础性。现有民事诉讼调解制度作为一种源于传统又体现出创新性的制度设计，仍然不能脱离解决纠纷的基本职能，其体现在我国现有的立法和司法政策里，是追求法律效果和社会效果相统一和对案结事了强调。从司法实践来看，全国法院近些年平均每年30%多的调解结案率表明民事诉讼调解在解决纠纷中仍占重要地位，其秩序价值在相当程度上得以实现。而且，在评价民事诉讼调解制度价值的实现时还应该看到，以调解结案方式体现出来的结果，只是部分反映了民事诉讼调解秩序价值的实现，由于民事诉讼法规定一般的案件都要经过调解程序，对于那些经过调解但没有达成协议而最终以判决方式结案的案件，也可能会因法官的调解工作中增加了当事人对判决结果的认同度，而在某种程度上实现了案结事了的效果。

建设法治国家所追求的社会秩序是以法治原则为基础的秩序，这个法治原则的主要体现就是通过法律确立公民的合法权利并予以有效地保护。在民事诉讼调解过程中实现对当事人合法权利的保护，也就构成了民事诉讼调

解制度的公正价值。确认并强调民事诉讼调解制度的公正价值，在立法层面和司法政策的层面都有明显体现。自上世纪八十年代开始，从调解为主到注重调解，再到最终确立调解自愿原则和合法原则，这种立法上对调解指导原则的调整体现得最为直接；司法上，2010年6月发布的《最高人民法院关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则若干意见》第十五条、十六条，更是专门就贯彻当事人自愿调解原则和合法调解原则作出明确规定。然而，立法和司法政策对民事诉讼调解公正价值的强调并不意味着公正价值在司法实践中能够自然实现。不论是理论界还是实务界，对民事诉讼调解多有诟病，批评的矛头无不指向民事诉讼调解中权利保护的不充分，而相关争论也折射出该制度秩序价值与公正价值之间的复杂关系。

秩序价值与公正价值的冲突

根据上文对民事诉讼调解秩序价值与公正价值含义的分析，民事诉讼调解运行的理想状态应当是以充分保护权利的形式解决纠纷，这时民事诉讼调解中的秩序价值和公正价值都得到了实现，因而是融洽和谐的。然而，因受到诸多因素的影响，这种理想关系并非民事诉讼调解制度的常态，而两者的冲突主要有3种表现：

1. 秩序价值损害公正价值 在单纯的以财产给付为主要内容的零和型博弈案件中，由于调解的达成往往是以一方对部分权利的放弃为代价，必然导致调解结果中一方当事人的权利（往往是原告）不能充分实现。这个时候民事诉讼调解虽然达到了解决纠纷的目的，实现了秩序价值，但公正价值无疑是受到了损害。

2. 秩序价值吞没公正价值 在司法系统内部，从民事诉讼调解的发起来看，既有立法上的规定，也有司法上的动机（因为现阶段对调解的强调，包括法院内部对调解率的考核等）。在调审合一的条件模式下，当一方当事人因不愿让渡部分权利而拒绝调解时，法官就有可能以某种明显或隐蔽的方式反复动员当事人进行调解，从而导致引起广泛批评的所谓强制调解。还有一种情况，即一些案外因素的介入，使得法官难以进行判决，或者在判决后会面临较大风险时，法官也会进行反复的调解动员，甚至强迫调解。在这些情况下，民事诉讼调解秩序价值与公正价值的冲突表现得较为明显，即以牺牲公正价值的方式实现秩序价值。由于这种结果与法治化的追求相矛盾，显然是应当加以避免的。

3. 秩序价值与公正价值互相制约 从民事诉讼调解制度设计来看，确立了“查明事实、分清是非”原则，与法治化要求相一致，也是为了强调调解的公正价值。但常常调解之所以可能，正是因为案件事实的模糊性和法定结果的不确定性，使得当事人愿意追求一个脱离法律规则但大家都能够大致接受的结果。如果案件事实查清了，权利义务也很确定了，这时的调解无非是权利人要放弃多少权利的问题。于此，站在公正价值的立场上，调解毫无意义；站在秩序价值的立场上，由于调解的处理方式能使双方都可以接受，避免了上诉缠诉上访等问题，因而依然受到欢迎。此时，民事诉讼调解制度秩序价值与公正价值的分歧就相当明显，而实务界和理论界对该原则批评和赞同的声音都有，就实属自然。

通过以上分析可以看出，民事诉讼调解中秩序价值与公正价值之间的冲突，既与民事诉讼调解制度本身有关，也与我国司法体制设置有关，还与我国社会转型所面临的现实密切相关。一个制度中的诸价值存在冲突并不可怕，其甚至是任何一种制度的常态，重要的是应当如何评价这些冲突并做出适当反应。毫不夸张地说，正是我们的评价和反应，才在最终意义上决定了民事诉讼调解制度会向哪里去，以及它会为我们这个时代带来什么样的影响。

秩序价值与公正价值的衡平

民事诉讼调解制度设计既为秩序价值与公正价值的冲突埋下了伏笔，也为其提供了一个解决的空间，但这个空间不是无限的，而是有限的，这个限度其实也就是民事诉讼调解制度功能的限度。在此，就秩序价值损害公正价值而言，确立维护公正价值的底线和追求秩序价值的底线，尤为重要。

1. 确立公正价值的底线 在司法制度内，一般原则应当是在不牺牲公正价值的基础上追求秩序价值，其表现：在当事人对自己享有的权利有清晰认识的情况下，其自愿放弃部分权利以与对方达成调解协议。除此之外，其他任何情况下当事人对自身权利的放弃，都应当被视做是公正价值的受损，因而也是应当避免的。跳出司法制度，公正价值在某些时候受损，并非不能接受，但是要有前提，也即存在如果不部分牺牲秩序价值，就可能使秩序价值受到根本损害，会带来较大范围的社会不稳定的情形。然而，不论在什么情况下，都应当坚决避免秩序价值吞没公正价值的情况发生，也即以强制的方式让部分当事人放弃他不愿意放弃的权利。这个底线同时也就是法治的底线。

2. 确立追求秩序价值的底线 一般而言，民事诉讼调解的秩序价值可由判决的秩序价值作为替代，也即调解不成的案件，可以依法判决。由此，民事诉讼调解秩序价值在一般情况下都需要向公正价值让步，只有在民事诉讼调解的秩序价值对于社会而言具有一定的广泛性，而且不维持秩序价值可能会动摇社会稳定的根基，且该秩序价值不能够被判决的秩序价值所替代时，才应当在部分牺牲公正价值的情况下维持秩序价值。与此需要注意的是，在这个时候同样不应触碰上文所述的公正价值的底线。

需强调：当对秩序价值的追求不可避免地会导致对公正价值底线的触碰时，表明对案件的处理已经超出民事诉讼调解的处理限度，这个限度同时也就是司法解决纠纷的限度——换句话说，这些以司法方式处理的矛盾与纠纷，本身应当通过政治原则或其他原则予以解决，这时如果坚持以司法的方式进行解决，无疑是在逼迫司法机关以非司法的方式审理案件，必然会极大地影响司法权威，损害司法公信。

具体建议

1. 以务实态度充分认识民事诉讼调解解决纠纷功能的限度 民事诉讼调解解决纠纷能力的限度既表现在调解率上,也体现在调解效果上(相关主体对调解结果的认同经常并不像人们想象的那样高度一致)。既然民事诉讼调解秩序价值与判决的秩序价值具有一种可以互相替代的关系,我们又处于权利意识相对单薄、权利保护比较缺失的阶段,对于一般的案件,调解不成的,完全应该依法判决。由此,“能调则调,当判则判”原则不失为一种更能平衡民事诉讼调解秩序价值与公正价值的调解指导原则。

2. 在司法调解的公正价值中,坚持以权利观念为主导的正义观 必须坚持司法调解制度中的“查明事实,分清是非”原则。当事人权利意识乃至主体意识的树立,离不开他们对自身权利的清晰明确的认识,在推进法治化和树立社会公众的权利意识过程中,作为司法一环的司法调解制度在这一点上应该有所作为。

3. 逐步积累调审分离的条件,待条件成熟时予以实施 调审分离可以破解现有民事诉讼调解实务中的强制调解问题,在很大程度上消解民事诉讼调解秩序价值与公正价值的紧张关系,对于司法个案解决的去政治化而言也将具有非常重要的意义。短期内,则应当按照秩序价值服从公正价值的原则作进一步的规范化,特别是法官行为的规范化。

行为保全制度完善初探

山东省烟台市经济技术开发区人民法院 张鲁

2013年1月1日起实施的民事诉讼法确立了行为保全制度,该法第一百条规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”与以前的规定对比,民事诉讼法扩大了保全的对象:即保全不仅仅局限于被申请人的财产,还包括被申请人的行为。

本文对该制度的具体问题初步探讨。

行为保全适用的条件及时间范围

1. 适用条件 行为保全应以当事人申请为原则,以法院依职权启动为例外。且实践中,这个例外应只存在于法律文书生效后到申请执行前以及执行程序阶段这两个时间段,因为此时当事人的权利义务关系已经被确认,保全错误的风险大大减小且属于可控范围。

2. 适用范围 根据民事诉讼法的规定,行为保全适用于案件起诉前和审理过程中不存在争议的案件,但在一审和二审或者审判和执行程序的转换衔接过程中能否进行行为保全,则需要探讨。

对比财产保全,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百零三条规定了当事人“上诉后到二审法院接到报送的案件前的阶段”,一审法院可以依申请或职权采取财产保全措施;《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第三条规定了“法律文书生效后到申请执行前的阶段”,如果存在需要进行财产保全的情况,有执行管辖权的法院可以依申请采取财产保全措施。参照这两条规定,笔者认为,行为保全与财产保全性质相同并且在法律中被统称为“保全”,则行为保全也可以适用于“上诉后到二审法院接到报送的案件前”及“法律文书生效后到申请执行前”这两个时间段。

对于“一审裁判文书送达后到当事人上诉前”的阶段,笔者认为,处于该阶段的案件,由于一审审理结果已经明确,败诉方进行积极作为或消极不作为以使判决不能执行的可能性比诉前以及一审审理阶段的可能性增大,故在这个时间段中如果出现需要保全的情形,由一审法院进行行为保全有其必要性和正当性。

而执行程序阶段本来即为了判决的执行,此阶段由执行法院进行行为保全也更符合行为保全所具有的防止“使判决难以执行或者造成当事人其他损害”的要义,如果在此之前已经采取行为保全措施的,其法律效力应当在执行程序中自动延续。

行为保全的担保

1. 申请人提供担保 财产保全由于存在财产标的,担保数额的大小可以根据争议标的的数额的大小得以确定,而行为保全的对象是行为,无法直接用财产来加以衡量。笔者认为,行为保全中的担保依然应当以可能给被申请人造成损失的数额相当为确定原则,这就要求法院在审查时综合多种因素进行考量。

如:甲乙是同村的南北邻居,甲欲在自家宅基地范围内盖一座三层小楼,乙发现如果甲盖成了三层小楼,自家的阳光将被遮挡,于是乙诉至法院,要求判令甲停止楼房的建设。可以想象,本案在经过送达、答辩期、开庭审理、判决乃至上诉等阶段时,甲完全可以将楼房建成,如果乙最终胜诉,甲就要面临拆除楼房的可能,对其来说损失巨大;如果只是采取经济方式赔偿,乙就要长期过着“暗无天日”的日子。而如果乙申请法院在开庭审理之前就先责令甲停止施工,其担保应当综合考虑耽误甲的工期所带来经济方面的损失、甲重新复工时工人工资、原材料价格上涨所带来的经济损失等;当然,法院也可以根据案件的进展情况责令申请人追加担保。

2. 被申请人提供担保 在财产保全中,被申请人提供了足额的财产担保后,法院应当解除保全措施。但行为保全的对象是行为,很多情况下具有不可替代性,也不能用金钱来替代,申请人的诉讼请求也可能是跟财产无关,被申请人的财产担保对于申请人没有意义,因此,除非申请人同意,被申请人提供担保也不能解除保全措施。但是,对于那些诉讼请求与财产有关的行为保全案件,应当分情况进行区别对待:如果诉争财产对申请人来说属于

特定物，则被申请人提供担保也不能解除行为保全措施；如果属于种类物，则被申请人提供与物的价值相当的担保后可以解除保全措施。

行为保全的执行、救济与解除

1. 行为保全的执行 民事诉讼法对于强制措施的规定主要及于罚款和拘留，这样的措施对于保障行为保全的顺利执行来说是远远不够的。因此，笔者认为，对于可替代的行为，被申请人若不履行，法院可以通过中立的第三方进行履行，相关费用由被申请人负担；对于被申请人拒绝履行不可替代的行为或继续做了被禁止的行为，则应对其进行罚款、拘留或通过法定程序追究刑事责任，还应对其不履行行为保全裁定造成的损失予以赔偿。当然，上述内容在现行法律框架下尚不能得以完全实现，有待今后进一步完善。

2. 行为保全的救济 根据民事诉讼法的规定，行为保全的救济方式依然为被申请人申请复议。笔者认为，这样的救济措施相对简单，实践中复议往往流于形式，而申请人败诉后，被申请人请求赔偿损失又面临着重新立案、举证损失数额等重重困难，因此在行为保全过程中设立更为合理的对抗机制例如听证程序、上级法院进行复议等，应当是今后法律完善的另一方向。

3. 行为保全的解除 参照财产保全及笔者相应观点，在下列情形下，法院应当解除行为保全措施：申请人申请解除的；被申请人提出复议，法院经审查认为复议理由成立的；被申请人提供担保，且申请人同意解除的；种类物财产纠纷中，被申请人提供担保的；诉前行为保全实施后，申请人未在法定期限内起诉的；申请人主张的权利并未得到法院生效法律文书支持的；申请人撤诉的；案件经过审理后，裁判文书所确定的义务，被申请人已经履行完毕的；不可抗力或情势变更导致行为保全失去存在基础的。

妻子再婚就丧失继承权”的遗嘱无效

2013-04-11 中国网

编辑同志：

我丈夫去世前曾立下遗嘱，写明如果我日后再婚，则无权继承其遗产。我守寡两年至今，心中有了心仪的对象，并准备近日结婚。可儿子表示：再婚可以，但必须交出我丈夫份额内的价值 20 余万元的房屋，因为我丈夫的遗嘱已经附加“不得再婚”作为我继承其遗产的条件，我违反了该条件，自然无权获得房屋。请问我丈夫立这样的遗嘱有效吗？邱庚秀

邱庚秀读者：

你丈夫所立遗嘱无效，你即使再婚，也同样享有继承权并有权获得该房屋。

我国《民法通则》第 62 条的确规定了“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”但最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》的意见第 75 条明确规定“附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。”也就是说，该规定已补充说明，“合法”是附条件民事行为生效的法定条件，如果违法，便没有法律约束力。

我国《婚姻法》第 2 条规定“实行婚姻自由，一夫一妻，男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童、老人的合法权益。”第 3 条规定“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”即婚姻自由是我国公民享有的一项基本权利，符合结婚（包括再婚）条件的当事人，在婚姻问题上享有充分自主权利，任何人不得以任何方式加以强制或干涉。你丈夫以干涉婚姻自由为条件的遗嘱明显与之相违，因此是无效的。同时，我国《继承法》第 27 条规定遗嘱无效部分所涉及的遗产，按照法定继承办理。你作为配偶属于第一顺序法定继承人，因此有权按照法定继承获得遗产房屋。

父母去世 10 年 起诉继承遗产是否超时效

2013-03-28 广西法治日报 □罗兰瑶

【案情】

李某家住城镇，父母早年在镇上建有一幢楼房。2001 年，李某出国留学。不料，父母在 2002 年 8 月外出旅游时因车祸不幸双双罹难，李某闻讯赶紧回国奔丧，料理父母后事便又出国继续学业。

李某留学结束后在外国工作，一直没有和哥哥商议父母遗产房的分割事宜。哥哥婚后也建起了一栋 2 层楼房，并于 2007 年将父母的遗产房过户到其名下。2012 年 9 月，李某回国并决定在国内发展。得知哥哥自行处分父母的遗产房，李某便提出继承一半份额的要求，由哥哥补偿相应的价款，却遭到反对。因协商未果，李某向法院起诉，要求依法继承楼房。

【争议】

对于此案该如何处理，有两种意见：

一种意见认为，李某 10 年来都未提分割遗产之事，表明其已放弃了继承权，况且房屋已过户到其哥哥名下，按法律规定就应当是哥哥的个人财产。而且，李某的起诉已超过法定 2 年的诉讼时效。因此，李某的诉讼请求不应获得支持，法院应依法驳回。

另一种意见认为，没有证据表明李某已放弃继承遗产的权利，李某回国后才得知哥哥过户房产之事，其合法继承权受到侵犯，因此李某的起诉没有超过 2 年的诉讼时效。如李某的哥哥没有应多分遗产的特殊情形，该遗产

应由兄弟二人平分。

【探究】

笔者赞同第二种意见，补充理由如下：

李某兄弟二人都是法定继承人，都有权继承父母的遗产。从父母去世时始，李某兄弟便依法享有继承遗产房的权利。我国《继承法》第25条第1款规定：“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。”父母去世后李某回国办理丧事又出国，兄弟俩10年来未就父母的遗产做出处理，没有证据认定李某因此放弃了继承权。李某仍有权继承父母的遗产。

依据最高人民法院《关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有发生纠纷应如何处理的批复》的规定，父母的房屋遗产过户到兄弟姐妹一人名下，并领取了房屋产权证的，应认定为其代表共有人登记取得房屋产权证明。按此规定，哥哥未征得李某的同意，虽然已办理遗产房的过户手续，但不能以房产证登记其为所有权人而剥夺了李某的继承权。

《继承法》第8条规定：“继承权纠纷提起诉讼的期限为2年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过20年的，不得再提起诉讼。”虽然父母去世已过了10年，但李某直到回国（2012年9月）才得知哥哥企图独占父母遗产房的侵权事实，李某此时提起继承权诉讼并未超过2年的诉讼时效。

而按《继承法》第13条的规定，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对生活有特殊困难、缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。继承人协商同意的，也可以不均等。因此，如果哥哥没有可以多分或者给予照顾的情形，李某要求分得父母遗产房的一半价值是正当的，理应获得法院支持

丈夫花230万给“小三”买房 妻子起诉分割婚内财产获支持

2013-03-11 上海法院网

林先生感情出轨，还出资给“小三”买房。伤心之余，妻子郑女士提起离婚诉讼，然而丈夫却拒不出庭应诉。妻子只能另行起诉，要求分割双方婚内财产。“三八”妇女节前夕，徐汇区法院依据《婚姻法司法解释（三）》判令林先生给付妻子银行存款9.8万元及股票折价款80万元，保护了女方合法权益。

【案情回放】

林先生是浙江苍南人，是从事制造行业的私营业主。郑女士说，2001年丈夫有了外遇，对方是同村一名吴姓女子。2003年，林先生在上海购置房屋，和妻儿一起搬到上海居住。但吴某也紧随他们来到了上海，并在此后为林先生生育了子女。2011年3月起，林先生索性搬去和吴某同住不再回家。

郑女士决定和丈夫离婚。她这才发现，早在2009年9月，林先生就从账户划走230万元，为吴某在徐家汇地区购置了一套房屋。如今，房子已被吴某出售，林先生作为代理人操作了整个售房事宜。

郑女士向法院提起离婚诉讼后，林先生几次开庭都未出庭应诉。为维护自身权益，郑女士以分割婚内财产为请求，另行提起诉讼，要求对林先生名下98742元银行存款以及约147万元股票进行分割。

法院认为，林先生未征得妻子同意，将巨额资金转给案外人，又不能合理说明转账用途，因此可推定为恶意转移财产或挥霍财产。郑女士主张分割夫妻共同财产的请求，法院予以支持。此外，本案虽非离婚诉讼，但林先生的行为已造成夫妻共同财产的明显减损，具有过错，因此在分割夫妻共同财产时，酌情判给郑女士较多份额。

【以案说法】

问：为何郑女士在婚姻关系存续期间可以要求分割夫妻共同财产？

答：《婚姻法司法解释（三）》第四条规定了在某些特别情况下，夫妻一方可以在婚姻关系存续期间要求分割夫妻共同财产。本案中，林先生在婚姻关系存续期间存在明显的转移或挥霍夫妻共同财产的行为，属于上述法条所规定的“重大理由”事项，郑女士在直接起诉与林先生离婚存在一定主客观障碍的情况下，选择婚内分割财产，并获得法院支持，不失为一种保护自己利益的方法。

问：选择起诉分割婚内夫妻共同财产应注意哪些事项？

答：在分割婚内夫妻共同财产时，要注意两点：一是要有充足的分割财产的理由。最常见的重大理由是一方存在隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务的行为；二是要确定财产范围。原告至法院起诉时需要提前做好准备，明确财产范围，否则即使法院查实被告存在隐藏、转移夫妻共同财产的行为，因诉讼中可分割的财产无法明确，仍难保护原告利益。

【法辞典】

《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）》第四条：婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的。

（徐汇区法院 吴艳燕 章祺辉）

再婚老伯身后补助该归谁 法院判继母适当多分抚恤金 继子获丧葬费

2013-03-19 上海法院网

再婚老伯去世，单位补发了抚恤金及丧葬费。这笔款项该归谁所有，继母与三个继子女产生纷争。近日，法院判决，继母适当多分抚恤金，剩余的由继子女平分，丧葬费由料理老伯后事的继子获得。

【案情回放】

1995年6月，张老伯与王阿姨再婚，婚后未生育子女，两人再婚时张老伯的三个子女张生、张梅、张兰均已成年。2008年4月，张老伯立下遗嘱：其名下遗产全部由三个子女继承，王阿姨确认自愿放弃对张老伯遗产的继承权。

2010年2月，张老伯去世。张老伯生前所属单位给予一次性抚恤金共计63810元，其中丧葬费600元。张老伯的身后事宜均由张生料理。事后，在张老伯抚恤金分配问题上，张家三子女与王阿姨产生分歧，为此诉至法院，要求平分抚恤金。

王阿姨辩称，张家三子女平时对张老伯照顾很少，张老伯去世前几次病重住院都是她在照顾，双方再婚15年感情深厚。张老伯去世后，其遗产都留给了三个子女，现自己多病且还要养老，故要求抚恤金全部归她所有。

虹口区法院经审理判决张生、张梅、张兰各得13695.5元，王阿姨得22123.5元，丧葬费600元归张生所有。

【以案说法】

问：抚恤金是否属张老伯遗产？

答：遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，单位发放的一次性抚恤金系对死者亲属的精神抚慰和经济补助，并非死者遗产。因此，遗孀王阿姨对此享有财产权利。

问：抚恤金应该如何分割？

答：张老伯的子女和妻子对其抚恤金具有同等权利，但考虑到王阿姨年事已高，且张老伯在遗嘱中也要求三子女善待继母，故在具体分割时，应酌情予以照顾。

问：如何确定丧葬费的归属？

答：张老伯的后事系张生料理，故丧葬费应归其所有。

【法辞典】

《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》第九十条：在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

（虹口区法院 余甬帆）

**管辖权异议与应诉管辖衔接适用问题的建议
——兼议电子送达之受送达人同意**

2013-04-10 光明网—人民法院频道 张武杰

随着我国经济社会快速发展，“有的法律规定，当时搞得比较原则，实施一段时间后，经验不断积累，认识不断深化，有条件修改的更明确一些、操作性更强一些。”为了妥善解决民事诉讼中的一系列问题和难题，在充分论证、广泛征求意见的基础上，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）经全国人民代表大会常务委员会会议修改后实施。

这次《民事诉讼法》修改的范围之大和内容之多，以及一系列民事诉讼制度的创新，在此不予赘述。卫东区法院法官在本文中仅就修改后的《民事诉讼法》关于管辖权异议和应诉管辖之间衔接适用问题进行浅析，并对电子送达中关于“受送达人同意”以期最高人民法院进行配套司法解释修订时引起注意，仅表拙见。

一、管辖权异议与应诉管辖在司法实践中的衔接适用

《民事诉讼法》第一百二十七条规定“人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”本条共两款，分别是关于管辖权异议与应诉管辖制度的规定。管辖权异议是指人民法院受理案件后，当事人依法提出该人民法院对本案无管辖权的主张和意见。管辖权异议是当事人的一项重要诉讼权利，提出期间受到民事诉讼法的严格限制。而应诉管辖又称默示协议管辖，是指本不具有管辖权的人民法院，由于当事人在法定期限内未提出管辖权异议且应诉答辩的，人民法院即有权对该案进行审理。

但根据《民事诉讼法》第三十六条的规定，“人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。”以文本解释意即人民法院只要发现管辖错误的，无论在何诉讼阶段——但限定在裁判前无异——都应当移送管辖权，未予承认受诉法院依当事人应诉答辩而取得管辖权，似与第一百二十七条的规定相矛盾，但其实该二条规定有内在渊源及适用条件。

从法理层面上讲，无论当事人提出管辖权异议与否，人民法院对管辖权进行审查是一项强制性义务，因为管辖权属于诉讼要件之一，是人民法院做出实体判决的前提条件。对管辖权进行审查既是人民法院须主动履行的职

权职责，另一方面，提出管辖权异议也是当事人的法定诉讼权利。在受诉法院未主动审查或虽经审查但却未发现管辖错误的，若当事人在法定期间内未提出管辖权异议的，可视为其对自己法定诉讼权利的放弃；如其另就案件实体法律问题应诉答辩的，可视为当事人之间达成了由受诉人民法院管辖的协议（即默示管辖协议），受诉法院便藉此取得了所谓的应诉管辖权。当事人在期间届满后再提出管辖权异议的，受诉法院有权裁定驳回；当事人如以受诉法院无管辖权为由进行抗辩的，受诉法院不予支持，也不得再行移送管辖。这也是修改后的《民事诉讼法》第十三条第一款关于诚实信用原则的规定，“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”，即在民事诉讼活动中，人民法院和诉讼参加人都应当同等地遵循诚实信用原则。

从诉讼程序操作层面讲，当事人提出管辖权异议应具备以下两个要件：一是司法实践中提出异议主体主要为被告，虽《民事诉讼法》第一百二十七条规定提出管辖权异议的是“当事人”，但因诉讼程序的启动人是原告，法院“不告不理”，原告向其认为有管辖权的法院主动提起诉讼，被告不能决定受诉法院，故若被告认为受诉法院没有管辖权的，只能以此形式提出主张，这也是法律赋予被告该诉讼权利的出发点与法理基础。二是应在法定期间内提出，“当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出”，该项规定应为强制性条款，且属于效力性条款，如不在此法定期间提出异议，即丧失该项诉讼权利，受诉法院依法取得管辖权。默示协议管辖则需在此二要件基础上增加一个要件，即是要求被告“应诉答辩”，即被告在答辩期限内未提出管辖权异议的同时，还要求其按照受诉法院依法确定的日期时间到庭参加诉讼，并就案件实体法律问题进行辩论陈述的，方可视为被告默认受诉法院具有管辖权。

因此，从法学理论与实践操作中均可以得出如下结论：被告作为被动参与民事诉讼程序的一方主体，未依法提出管辖权异议，即已放弃了法律赋予其处于被动诉讼地位的诉讼权利，这既是管辖权异议程序的“胎亡”，却又是默示协议管辖程序的“萌生”。如被告在放弃提出管辖权异议的诉讼权利后，到庭参加诉讼并就案件实体法律问题进行辩论陈述，则既是民事诉讼程序法问题，也是实体法律问题的肇始。而对于受诉法院来讲，其因此合法取得对案件的管辖权，不得再以《民事诉讼法》第三十六条之规定为据移送管辖，且得依法行使对案件实体法律问题进行审理裁判的权力。

二、管辖权异议与默示协议管辖衔接适用问题的建议

但是，对于受诉法院可能存在这样几个法律问题：在被告应诉答辩前，受诉法院发现其不享有管辖权，是否可以主动移送至有管辖权的法院呢？这样是否会剥夺被告同意原受诉法院对案件实体法律问题审理的诉讼权利呢？因此，需要最高人民法院通过司法解释的方式明确以下几个问题。

首先，应当明确当事人提出管辖权异议期间的法律性质。“当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出”，这是《民事诉讼法》对于当事人提出管辖权异议诉讼权利行使期间的限制，这一期间的法律性质应为除斥期间？还是时效期间？也即要明确答辩期间的法律性质，《民事诉讼法》未对此予以明确，但是修改后的《民事诉讼法》第一百二十五条第一款关于被告答辩期间的规定为“应当在收到之日起十五日内提出答辩状”，与修改前相比较，增加了“应当”二字，笔者认为这二字是对“十五日”的限定，而非对被告是否必须提出答辩状的限定，因为该条第二款明确规定“被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理”。与涉外民事诉讼提出答辩状期间可以申请延期的规定不同，该条（即国内民事诉讼）强制性地规定被告提出答辩状这一诉讼权利的行使期间为法定的十五日，未明确是否可以延期，应严格依照法律文本操作，被告不得申请延期、人民法院也不准延期。

因此，被告提出答辩状的期间是固定的，不以任何事由而变更，被告如未在此期间提出答辩状，则丧失了提出答辩状的诉讼权利，故该期间的法律性质应为除斥期间。如当事人未能在法定期间提出管辖权异议的，便也丧失了提出管辖权异议这一诉讼权利。该规定条款应为强制性条款，而非倡导性条款，且属于效力性条款，如不在此法定期间提出，即丧失该项诉讼权利，受诉法院依法取得管辖权。但是，若当事人在答辩期间未提出管辖权异议，其后也未应诉答辩的，即便其在法定期间届满后再提出管辖权异议的，人民法院虽无义务进行审查，但却仍可依职权决定是否采纳——对管辖权的审查是人民法院的法定职责——可在最终裁判前将案件移送有管辖权的人民法院。

其次，应当借鉴协议管辖制度，明确默示协议管辖适用的案件类型，并保护被告“默示”的诉讼权利。《民事诉讼法》第三十四条是关于协议管辖的规定，“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”可看出协议管辖的法定要件有：一是适用案件为“合同或者其他财产权益纠纷”；二是应采书面约定形式；三是协议约定管辖法院范围法定；四是必须选择确定的、单一的受案管辖的人民法院；五是不得违反级别管辖与专属管辖。默示协议管辖显然不要求书面约定，相反是以被告“应诉答辩”的作为方式为要件的，也不要求确定单一的管辖法院，但在不得违反级别管辖与专属管辖的要求是相同的。然，默示协议管辖是否应明确或限定适用的案件类型呢？在被告应诉答辩前，受诉法院发现其不享有管辖权，是否可以径行移送至有管辖权的法院呢？

笔者认为，第一，默示协议管辖适用的案件类型应予限定，可以借鉴协议管辖制度要件，将默示协议管辖适用的案件类型也限定为“合同或者其他财产权益纠纷”，排除人身权益及身份权益纠纷类型的案件，抑或以属地为依据概括性地限定为“与争议有实际联系的地点的人民法院”，排除与争议纠纷毫无关联的法院的管辖权。这既是

民事诉讼法基本法理的应有之义，也可以防止当事人通过虚假诉讼方式来行违法违纪行为之实，如婚姻关系当事人借默示协议管辖在与夫妻双方均无人身、身份或财产权益关联之地的人民法院诉讼离婚并分割财产，以此来逃避夫妻债务或规避国家强制性义务。第二，被告在法定期间未提出管辖权异议，也未应诉或答辩的，其后受诉法院发现其不享有管辖权，依职权将案件移送至有管辖权的法院应无异议。但是，如果在答辩期届满前或届满后应诉答辩前，受诉法院依职权审查而发现其不具有管辖权，如在此任何一个期间径行移送案件之管辖权，是否会侵害当事人的诉讼权利，尤其是剥夺被告默示同意的诉讼权利——默示协议管辖的本质即是被告以应诉答辩的作为方式同意受诉法院对案件实体法律问题进行审理裁判——从而使得被告丧失了要求或同意受诉法院对案件实体法律问题进行审理裁判的诉讼权利？笔者认为，在解决了默示协议管辖适用的案件类型问题后，如不属于适用的案件类型，主动移送应无法律障碍与现实障碍；如属于可以默示协议方式管辖的，为保护当事人的诉讼权利，建议在移送前征求双方当事人的意见，或考虑在期间届满后再行移送。

最后，建议增设受诉法院就默示协议管辖法律后果向被告释明的义务。默示协议管辖制度是大陆法系国家（地区）民事诉讼法均有规定的一项制度，但大陆法系国家（地区）民事诉讼法一方面均无管辖权异议期间的限制，即当事人可以在民事诉讼活动的任何阶段提出管辖权异议，以充分保护被告的管辖利益；同时，又通过应诉管辖制度以维护原告的信赖利益、程序安定和诉讼利益，二者互为补充适用。而设置提出管辖权异议的法定期间是我国民事诉讼法的创新，原因与目的均是为了敦促当事人及时行使诉讼权利和节约有限的司法资源。但是，在我国民事诉讼当事人的诉讼能力相对不足的现状下，被告不提出或者不能在法定期间内提出管辖权异议的抗辩，可能是由于不了解这种诉讼不作为的法律后果造成的，如果机械地适用该项规定，则可能会使得与其设立的目的相悖，影响民事诉讼效率和效果。因此，应当借鉴有关国家（地区）的立法例，如古罗马法中就要求被告应当明知法院无管辖权但同意接受其审判的才能产生应诉管辖的法律后果，“如果他们误认为自己处于某一审判员的司法管辖之下，则不产生这一司法管辖”；《德国民事诉讼法》第504条规定：“初级法院在事务管辖或土地管辖两方面都没有管辖权时，应在本案辩论之前将此点向被告指出，并告以不责问而进行本案辩论的结果。”对人民法院课以就默示协议管辖的法律后果向被告释明的义务，可以口头释明，也可以在立案送达时书面释明。

三、兼议电子送达之受送达人同意

《民事诉讼法》第八十七条是关于电子送达制度的规定，“经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。采用前款方式送达的，以传真、电子邮件等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。”其中，关于电子媒介载体范围、送达法律文书范围、送达确认方式及送达日期等，许多专家学者与司法工作者均有论作，相关争议分歧不大，但是关于“经受送达人同意”的问题鲜有论述，需要最高人民法院通过司法解释的形式予以明确。

为何必须“受送达人同意”？根据规定，受送达人同意是电子送达的前提条件，如果受送达人不同意则不能采取此种方式，即使送达也无效。这是由电子送达的特殊性决定的，因为根据《民事诉讼法》的规定，送达法律文书主要有以下几种方式：直接送达、留置送达、邮寄送达、转交送达、委托送达、公告送达和电子送达。其中，除了电子送达外，其他六种送达方式均是“人对人”进行送达的，且送达结果即受送达人是否接收到法律文书，均会以某种特定形式确定，而只有电子送达是“人对物”进行的，向被送达人的传真机或电子邮箱等通过电子物理渠道实施的，送达结果即受送达人是否接收到法律文书难以确定，这直接关系到人民法院的诉讼程序是否合法和受送达人诉讼权利能否得到实现的问题，因此，必须取得受送达人的同意。

如何确定“受送达人同意”？受送达人同意是电子送达的前提条件，而送达结果直接关系到人民法院诉讼程序的合法性，也与受送达人的诉讼权利和实体权利紧密相关，因此必须将受送达人同意的意思表示通过某种载体形式予以固定。对于原告来说，固定其同意的意思表示的载体较为容易，因为其作为民事诉讼程序的发起人和实体权利的请求人，相对会配合法院的送达工作，完全可以在受理后以书面形式将其同意电子送达的意见予以固定。

但是，对于被动参与民事诉讼程序的被告来说，其实体利益可能会因诉讼裁判而被限制、减损或被课以诉讼义务和实体义务，一般是不愿意被动参与诉讼的，故不管是初次送达还是再次送达，被告不予配合的情形是普遍的，如不采取可靠可信的方式对其同意电子送达的意见予以固定，其在诉讼中或裁判后以送达不合法为由“翻供翻案”的法律风险是完全存在的。对此，建议采取以下几种方式进行固定：一是电话录音或制作电话询问笔录，并由合议庭成员或其他在场人员签字确认；二是被送达人书面同意电子送达，并说明选择何种电子方式进行送达；三是案件承办人或合议庭成员可以其他方式方法通知，但必须有其他在场人书面确认或被送达人其后到庭补签送达回证。

离婚后尚未交付的安置房能否进行分割

2013-04-12 中国法院网 左禄山

【案情】

2005年吴某(女)与胡某(男)登记结婚，共同居住在胡某在农村的住所，吴某将户口一同迁至胡某处，户主为胡某。2006年，吴某与胡某生有一子小胡。2012年5月，胡某在农村的房屋依法被征收，胡某作为户主与当地政府签订了一份房屋拆迁安置协议，该协议约定：安置房是对原有住房征收进行的补偿，按照每户的人口进行补偿，

每人补偿标准 35 平方米。按此协议，胡某一家三口分得一套 105 平方米住房。2012 年 12 月，吴某与胡某因感情破裂被法院判决离婚，婚生儿子小胡由胡某抚养，但未就安置房进行判决。2013 年 1 月，吴某将胡某起诉至法院，要求对安置房的所有权进行分割，由胡某对吴某应得的安置房份额进行补偿。据悉，该安置房仍在建设中，尚未交付使用。本案中，吴某离婚后能否要求对尚未交付的安置房进行分割？

【分歧】

对于本案中吴某能否要求对尚未交付的安置房进行分割，存在三种不同的观点：

第一种观点认为，胡某与当地政府签订的房屋拆迁安置协议尚未实际履行，安置房尚未交付，吴某起诉的标的并不存在，故应裁定驳回起诉，吴某须待安置房实际交付后，方可再行起诉。

第二种观点认为，胡某与当地政府签订的房屋拆迁安置协议，当事人双方为当地政府和胡某，吴某并不是该协议的当事人，作为协议外的第三人要求对安置房进行分割违背了合同的相对性原则，故对吴某的诉求不应支持。

第三种观点认为，该案为家庭财产纠纷，该安置房为吴某与胡某婚姻期间的共同财产，故对吴某的诉求应予支持。该纠纷实为分家析产纠纷，李某母子的诉求应予支持。

【管析】

笔者同意第三种观点，理由如下：

首先，虽然房屋拆迁安置协议约定的安置房仍未建设中，尚未实际交付，但基于国家政策、政府诚信等综合因素考虑，该协议效力是有效且预期能够实现的，该协议约定的利益是确定的必然的。吴某基于自己应得财产份额而提出相应的诉求，是为了实现自己的基本居住权，至于该安置房是否交付，并不影响吴某对自身利益的主张。

其次，房屋拆迁安置协议虽然是胡某与当地政府签订的，但胡某作为户主签订此协议，并不当然的由其个人取得该安置房的所有权，其代表的并不是个人，而是整个家庭，应由整个家庭对该安置房享有所有权。故房屋拆迁安置协议的签订，并不妨碍家庭成员之间的内部分配，这并不是调整拆迁协议双方的权利义务关系，而仅是拆迁一方主体对利益的重新调整，这种调整是平等主体之间的民事关系。故吴某有权提出分割安置房的诉请。

最后，拆迁安置房虽然是对原物权人胡某的原有住房进行补偿，但其不仅具有一种对物补偿的特性，也具有一种对公民居住权保障的特性，从协议约定内容“安置房是对原有住房征收进行的补偿，按照每户的人口进行补偿，每人补偿标准 35 平方米”可以看出，协议约定安置房的面积是按照人口而非按原建筑面积来确定，这充分体现了对公民居住权的保障，故胡某获得的安置房应是吴某与胡某婚姻关系存续期间的家庭共同财产。对离婚时尚未处理的共同财产，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十八条规定：“一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时为涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割”，据此，对吴某的诉讼请求应予支持。

方工针对个案公正谈——让每一个案件都实现公正

2013-04-17 法制日报法学前沿（作者系武汉大学法学院博士生，重庆市第一中级人民法院法官）

■方工针对个案公正谈——

让每一个案件都实现公正

习近平总书记在中央政治局就推进依法治国进行的第四次集体学习时提出：“要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。”这个要求事关依法治国和建设法治国家，实现和维护人民群众利益大局，必须深刻认识和认真实践。对此，方工在《检察日报》上发表文章《科学施策，让每一个司法案件都实现公正》中指出：

司法公正不是抽象理论或空洞要求，更不是玄学空谈，而是司法程序合法、司法行为文明、司法结果公平、司法效果彰显正义的具体实践。司法活动都是围绕具体案件进行的，因此司法公正须通过具体案件而体现，没有司法个案的公正，司法公正就是虚无缥缈的海市蜃楼，法律尊严、法治权威也无从谈起。

在每一起案件中，司法者都必须以实现公正为唯一目标、硬性原则和切实行动，做到理性、平和、文明、规范司法。即依照宪法和法律规定，遵守法律面前人人平等的法治基本原则，坚持对同样情况依法按照同样程序、做出同样处理，一视同仁的平等保护任何诉讼当事人的宪法权利，使司法达到法律、事理与民情的统一，经得起事实、法律和历史的检验。

■李涛就检察思维谈——

培养“检察思维”的重要意义

党的十八大报告指出，提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力。检察工作是法治建设的重要环节，“检察思维”是法治思维的重要组成部分，对此，河南省人民检察院李涛在《检察日报》上发表文章《法治中国视野下的检察思维》中指出：

检察思维，是指检察人员对检察制度的性质、作用和检察工作运行等进行分析研究、推理决策的过程。培养“检察思维”的重要意义有：第一，“检察思维”有利于检察人员增强全局意识，更好地服务经济社会发展大局。培养全面的“检察思维”，可以促使检察人员以社会整体发展为参照系，将检察工作在法治中国建设中准确定位，充分发挥检察制度的效能，服务经济社会健康发展。

第二，“检察思维”有利于检察人员强化监督意识，完善中国特色社会主义检察制度。培养“检察思维”，能够

使检察人员深刻认识检察工作的法律监督属性, 准确理解我国检察制度的优势, 提高认同度和归属感, 促进检察理论和制度的完善。

第三, “检察思维” 有利于检察人员端正执法理念, 促进检察工作方式的转变。

■刘宪权就危险驾驶罪谈——

危险驾驶罪宜认定为过失犯罪

《刑法修正案(八)》以抽象危险犯的立法模式增设了危险驾驶罪。但对于危险驾驶罪主观方面的认定, 刑法理论界与实务界还存在一定争议。对此, 华东政法大学教授刘宪权在《东方法学》上发表文章《危险驾驶罪主观方面的刑法分析》中指出:

绝大多数论者都认为, 危险驾驶罪的主观方面为故意, 即行为人明知自己醉酒驾驶或追逐竞驶的危险驾驶行为会给公共安全造成一定的危险状态, 却仍然希望或者放任这一危险状态的发生。但也有少数论者认为, 危险驾驶罪的主观方面应为过失。

笔者认为, 宜将危险驾驶罪认定为过失犯罪。如果认定危险驾驶罪的主观方面为故意, 则既会过分扩大我国刑法的处罚范围, 也会在多个方面使得我国的刑法体系和法定刑设置不相协调, 造成量刑失衡的不合理现象。

将危险驾驶罪认定为过失犯罪, 既符合刑法的谦抑精神、我国刑法总论有关过失犯罪的基本规定和传统的罪过理论, 也有利于相关法律的适用以及我国刑法体系和法定刑设置的协调, 因而更为妥当。

■黄彩华就微博的影响谈——

司法应积极应对微博时代

从被称为“中国微博元年”的2010年至今, 微博对公共事件的影响无孔不入。作为社会公正最后一道防线, 司法也不例外。微博时代的司法活动任何细节都受到关注, 这对司法的影响既有积极面, 也有消极面。对此, 黄彩华在《人民法院报》上发表文章《微博时代的司法应对》中指出:

过去司法公开面对的舆论压力主要来自媒体, 而微博时代的舆论不再依赖媒体为其信息源, 媒体反而追随微博的民意。司法机关直接面对复杂多变的社会, 这极大挑战着司法机关的智慧。微博时代的社会力量将比媒体更为激烈地冲击着司法公开的现有边界。在微博时代, 司法机关需认真分析微博的影响路径和影响面, 并作出积极的应对:

一是创新司法公开, 寻求与社会力量的互信。通过更大程度的司法公开, 积极寻求与社会力量的互信, 是当前司法面对微博民意的第一要务, 也是在微博时代司法权威得以维系、司法公正得以实现的必要因素。

二是树立法律信仰, 形成司法公正的社会基础。首先, 司法机关和政府应以身作则, 通过法的运行来倡导尊重法律的社会风尚。其次, 应通过法治教育, 将法律信仰内化为普通民众的精神品质。

(侯建斌编辑)

十一、检察官视点

十二、律师视点

家庭财产制度法律问题解析(之一)

人民法院报 □特约法治评论员 师安宁

家庭财产权的类型及法渊

家庭财产是私有财产的重要组成部分, 也是个人财产权的主要存在形态。可以毫不夸张地说, 在人类文明史上, 如果没有对家庭财产权的保护制度就没有社会发展的动力。当前, 在强化依法治国及建设法治政府的新形势下, 对各种类型的家庭财产权提供充分的法律保护显然是极其重要的。

从婚姻家庭的角度出发, 家庭财产权包括家庭共同财产及家庭个人财产两大部分。

现行婚姻法规定, 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的, 适用该法第十七条、第十八条关于夫妻共同财产和分别财产制度的规定。婚姻法明确肯定了夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定对双方具有约束力。也就是说, 从婚姻法的立法体系而言, 目前我国的家庭财产制度形态分为夫妻共同财产制、夫妻分别财产制和夫妻混合财产制三种权利类型, 且除非夫妻双方另有约定外, 家庭个人财产权不因婚姻关系的存续而转化为夫妻共同财产。不仅如此, 夫妻财产制度的约定形态将涉及到对第三方的约束力。诸如, 婚姻法规定夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的, 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。

从财产权产生的不同法律渊源来看, 其可具体划分为: 来源于民法中的动产与不动产权益; 来源于物权法中的所有权及用益物权; 产生于知识产权法体系中的商标权、专利权、著作权及技术信息权等权利形态中的财产权; 根据公司法和企业法而产生的公司股权、企业股权及自然人独资所形成的企业所有权; 根据投资关系而产生的股份性权益及基金份额权; 依据合同法产生的债权与债务性资产(家庭负资产)等等权利形态。

此外, 妇女权益保护法、未成年人权益保护法和老年人权益保障法是涉及到对三种家庭成员权益予以特殊保障的特别法, 其中所设定的有关对妇女、儿童和老人等家庭成员进行特别保护的财产保障法律制度必须在司法实践中得以体现。

诸如，民法通则要求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，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。同时，对于涉及到被监护人权利受到侵害时的法律责任体系，即监护人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；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

涉及家庭财产权保护制度的另一类重要法律渊源是司法解释。目前，最高人民法院对婚姻法已经先后三次作出司法解释，对继承法的适用也有相应的司法解释，此类解释连同其他司法政策性文件均是处置家庭财产权确权和析产纠纷的重要依据。

家庭财产制度法律问题解析（之二）

人民法院报 □特约法治评论员 师安宁

物权制度与家庭财产权

应当说，目前可以对家庭财产制度进行调整和规范的法律渊源十分庞杂。最主要的基础性法律制度体现在民法、婚姻法和继承法中；合同法、物权法、公司法和知识产权法是家庭财产权得以受到保障的重要的几部实体法。其中，物权法明确规定，私人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。涉及家庭财产权部分最重要的物权制度包括下列三大板块。

第一大板块是所有权体系中的家庭财产权。

诸如建筑物区分所有权，即通常意义上体现为“单元房”的房屋所有权；该部分权利为家庭财产的重要组成部分，也是司法实践重点关注的权益形态之一。另一类型是私人或家庭拥有的动产，民法通则明确规定私人对其合法的收入、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。其中私人或家庭的合法储蓄等货币资产属于特别动产，当然受到民法及物权法的保障。公民个人或家庭因投资而产生的股权或股份性权益及其收益均具有物权属性而受到物权法的保护。在一定程度上，企业法人财产权也是家庭财产权的特殊存在形态。这些家庭财产权均可被合法地继承。

第二大板块是因特殊原因产生的家庭财产权。

包括因涉及人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等产生的物权权益；因继承或者接受遗赠取得的物权等。

第三大板块是用益物权体系中的家庭财产权。

主要包括土地承包经营权、建设用地使用权和宅基地使用权。这三大用益物权涵盖了农村和城市居民的重要家庭财产权内容。当然，建设用地使用权主要存在于城市及城镇规划区内，但却是公民个人及家庭财产中最具价值的权利内容。

应当明确，农村土地承包法虽是物权法的下位法，但其设定的农村土地承包制度是物权法中“用益物权”制度的重要组成部分。其中，无论从立法或司法的角度而言，对于妇女应该与男子享有平等的权利，且承包中应当保护妇女的合法权益，任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地承包经营权已经成为一种共识。

目前，对土地承包经营权的颁证确权及对农民承包地流转自由权的保护使得该项权利已经从用益物权的性质向所有权性质靠拢。农民可以依法对承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。除非法律规定应当收回承包经营权的情形之外，农民及其后代可以不受辈数限制地对这类权利继承下去。此外，通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的承包经营权已经具有了商业化性质，该类承包权益当然可以依照继承法和承包合同的规定予以继承。

应当注意到，新一届中央政府确定将继续推进城镇化作为新的改革发展动力。可以预见，用益物权必将在家庭财产中占有更加重要的价值和地位。

家庭财产制度法律问题解析（之三）

人民法院报 □特约法治评论员 师安宁

物权制度与家庭财产权

家庭共有财产的核心规则是夫妻共同财产制度。现代社会中，因未进行分家析产而存在的家族性共有财产的情形较为少见，但各种形态的家庭共有财产与物权法共有制度直接相关。

家庭共有财产由家庭成员共享所有权，这是家庭共有财产权的必然要求。家庭共有财产的来源主要是家庭成员在共同生活期间的共同劳动收入、投资性收益和继受性财产以及由此产生的增值性收益等财产权益。同时，基于合同法、物权法而产生的共有物权也是物权法第八章的“共有”制度的调整范畴。

婚姻法对夫妻财产制度设定了分别财产制、共有财产制和混合财产制三种形态。即夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。根据有关规定，除非存在明确的约定而设定了特殊的夫妻按份共有的情形外，夫妻共有财产一般为共同共有。

按份共有对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权；共同共有对共有的不动产或者动产共同享有所有权。对共有财产的处分和管理权方面，共同共有实行平等行权的原则，而按份共有则可以按照约定管理共有的物权；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。按份共有同时实行比例决策原则，即处

分共有物权以及对共有的不动产或者动产做重大修缮的，应当经占份额三分之二的按份共有人同意。

在实行分别财产制的家庭中，夫妻任何一方对个人所有的财产享有自主的处分权，且夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产，但当事人另有约定的除外。

婚姻法同时规定，夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权。婚姻法《解释（一）》明确要求按照下列两项原则来理解夫妻对家庭共同财产的平等处分权：一是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。笔者认为，这里的“权利平等”指的是主体资格意义上的平等，而非夫妻双方的事实处分权完全均等化。二是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。现有司法实践的态度是，除非第三人知道夫妻为分别财产制，否则夫妻任何一方的处分权第三人均有理由相信其系夫妻共同处分意思的体现。

但是，如何证实“第三人知道该约定的”，现行司法解释明确要求夫妻一方对此负有举证责任。

物权法共有制度中规定，按份共有人可以转让其享有的共有物权份额；其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

因此在实行夫妻约定共有制的情形下，任何一方转让自身的按份共有物权时，另一方享有优先购买权，这一点在处分以公司股权为标的的家庭共有财产中尤为重要。

家庭财产制度法律问题解析（之四）

人民法院报 □特约法治评论员 师安宁

知识产权与家庭财产权

知识产权制度是家庭财产权产生的一个重要法律渊源。知识产权涵盖人身权和财产权两大板块，其中财产权板块在多数情形下涉及法人财产权、家庭财产权和个人财产权三大权利归属。只有在特殊的情形下，知识产权涉及国有资产或国家所有权的构成问题。

事实上，夫妻共有财产权和个人财产权都是家庭财产权的主要组成部分，也是私有财产权的重要内容。而且，家庭财产权无论如何共存或流转，最终必然要归结为个人财产权。

根据婚姻法及各项知识产权制度的规定，“知识产权的收益”既是夫妻共同财产的构成内容，同时也是个人财产权重要来源。因为知识产权的一个重要属性就是其具有高度的人身性特征，无论归属于法人类或是其他主体的知识产权，必然要由相应的自然人进行创作或发明。因此，只要尊重个人的知识产权，就必然会涉及家庭财产权。

家庭知识产权权益散见于各类知识产权法制度中。

例如，著作权法规定中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。著作权包括人身权和财产权两大板块。其中，财产权板块包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权和汇编权等十六项列举性权利及一项兜底性权利。前述权利构成中，有很多属于法人财产权的内容。但是，凡由个人可以享有的知识产权均可以成为家庭财产权的构成内容。同时，即便是法人财产权，在涉及家庭析产法律关系时，仍然可以转化为家庭财产权。商标权和专利权具有同样的属性，即其既可以是个人财产权，也可以是法人财产权的构成内容，如果该类知识产权隶属于企业法人财产权的，仍然与家庭财产权直接相关。因为企业法人财产权必然受股权及投资权的控制，而该两类权益又是家庭财产权的重要组成部分。

知识产权基于家庭财产权而言，其主要权利形态最终一般体现为许可权和获得报酬权两种形式。各类知识产权之许可使用和转让合同法律行为都是对知识产权行使处分权的体现，因此产生的“获得报酬权”是家庭财产权在这一领域的最终表现形态。

知识产权收益可以构成家庭财产权的另一途径是因侵权赔偿所得的财产性权益。目前，我国的知识产权法体系已经构建了相对充分的索赔机制。无论是专利法、著作权法、商标法以及反不正当竞争法及有关商业秘密或技术信息保护的司法解释等均是保护知识产权和家庭财产权的重要法律渊源。

需特别指出，家庭财产权中的“知识产权的收益”，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。也就是说，凡是家庭成员合法享有的知识产权，即便没有完成最终的权利分析而以“期待权”的形态存在，依然可以成为家庭财产权的构成部分。

家庭财产制度法律问题解析（之五）

人民法院报 □特约法治评论员师安宁

家庭债权债务处置规则

债权、债务性资产是家庭财产的重要组成部分。也即，家庭财产权除以物权的形态存在外，债权和债务（负资产）亦是家庭财产权的构成内容。

家庭债权分为内部债权和外部债权；相应地家庭债务亦分为内部债务和对第三方所负的外部债务。目前的司法实践认可夫妻内部之间的债权债务关系。如夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营

活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，此种情形在离婚时可按照借款协议的约定处理。

对于外部债权和债务的处置而言，如果夫妻关系合法存续期间，则此类法律关系相对简单，即夫妻双方作为财产共同体和责任共同体，共同对外享有债权并承担债务。需要指出的是，家庭共同债务的承担不以某一时段的夫妻共同财产为限而承担“有限”责任，而是夫妻双方对其家庭债务应当承担“无限”责任。

较为复杂的法律关系是，当家庭共同财产之责任主体解体后如何对原有债务承担法律责任？综合现有司法实践的裁判原则，笔者认为应当按照下列原则进行处置。

第一，以优先保护第三方的债权为基本原则。即以认定该类债务为家庭共同债务为原则，因为婚姻法《解释二》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。

第二，以认定其为个人债务为例外。即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。显然，此时应按照证明责任规则准确分析该类债务的性质，来分析其到底系原家庭共同债务或是个人债务。前述除外条款具体是指“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”。但是，“第三人知道该约定的”的法律事实必须由夫妻一方对此负有举证责任，债权人对此有权以证据反驳该种异议。

第三，将婚前债务纳入家庭共同债务的承担范畴实行举证责任倒置原则。即债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，法院的基本原则是“不予支持”。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。也即，无论婚姻关系存续期间或解除后，第三方主张债务方的配偶承担婚前债务的，持有异议的配偶一方不负有排除性举证责任，而是实行由债权人举证的倒置证据规则。

第四，婚姻关系解体后双方对原有家庭共同债务应承担连带责任。即无论是婚内或离婚后或者是夫妻一方死亡的，第三方债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。即便当事人的离婚协议或者法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出了处理，并不消灭原夫妻连带法律责任。但是，任何一方就共同债务承担连带清偿责任后，对于超出自身应当承担份额的，有权基于离婚协议或者法院的法律文书向另一方主张追偿。（未完待续）

离婚房产分割的常见问题（上）

2013年3月18日 上海法治报



□上海普若律师事务所 杨欣

房产是每一个家庭必须的生活资料，几乎每个婚姻的裂变都会涉及到离婚房产分割问题。在离婚诉讼中，房产往往是夫妻分割的最主要财产，它浓缩了夫妻在婚姻关系存续期间大部分财富的积累，凝结着当事人几年甚至几十年的辛苦和汗水。

当夫妻关系融洽时，它是双方的“爱巢”；一旦夫妻感情突变，它又是双方争夺的“主战场”。

笔者在日常办案和接待咨询中，接触到当事人大量关于离婚房产分割的问题，在此特对这些问题进行梳理，希望对面临类似问题的当事人能够有所帮助。

问：离婚诉讼中可以只起诉离婚而不要求法院分割房产吗？

答：从法律上讲，“不告不理”是法院审理案件的基本司法原则。如果原告单独起诉离婚并不要求法院对财产分割进行处理，那么法院本无理由在原告诉讼请求之外处理财产问题。

但是，我国法院在审理夫妻离婚案件时，为了避免出现“诉累”，常常在判决夫妻离婚的同时就夫妻共同财产的分割及子女抚养问题一并进行解决。即便原告起诉离婚时并不要求对财产进行处理，如果被告要求分割财产，那么法院还是有权处理双方的财产问题的。

问：夫妻只有一套房产，离婚诉讼中可以按房间进行分割吗？

答：不行。离婚房屋按房间分割违反了一物一权（所有权）的物权原则。

物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利。权利人要实现其对物的直接支配和排他的权利，须以国家公权力的保护为后盾。而国家公权力要实现对物权的保护，必须以确定物的范围和界域为前提。《物权法》并没有以具体条文的形式明确规定一物一权原则，而是以一种隐而不显的方式肯定了这一原则，这在物权的

概念、物权法定原则、不动产统一登记制度等条款中均有体现。

一物一权原则，是指一物之上不能同时存在两个以上的所有权。广义上的一物一权原则，还包括一物之上不能同时存在两个以上种类一致、效力相同的用益物权或者担保物权。住宅楼中“一物”的最小单位是“套”，一套房屋的范围和界域内只能确定一个所有权，一套房屋内的不同房间，不能单独设立所有权。国家对不动产实行的统一登记制度中，不允许对同一套房屋登记两个以上的所有权。

故不动产虽然可以由两个以上个人共有，但成套建造的单元楼房不得由两个以上个人分别所有该套房屋内的不同房间。

夫妻两人离婚时，一套房屋不能由两人分别所有不同的房间，但这并不妨碍离婚时或离婚后，取得房屋所有权的一方，将某个房间甚至整套房屋提供给另一方居住使用。

问：夫妻双方都没有能力支付对方房屋折价款，夫妻离婚房产分割可以直接确认按份共有，而不进行折价补偿吗？

答：夫妻离婚房产分割一般应在法院判决离婚的同时处理，上海法院分割夫妻共有房产的方式一般是一人得房一人得房子的折价款，这是由房产的特殊属性决定的，也是因为夫妻双方房产共有的基础不再存在，为避免离婚后继续发生纠纷的有效处理措施。

但是，对于明显由一方得房而得房的一方离婚后无法支付房产折价款的情况下，另一方可以请求法院不判决支付房产折价款，而直接判决房产离婚后仍由双方按份共有，由离婚判决书明确诉讼双方对离婚后房产的持有比例？

上海高院在2007年由高院民一庭、执行局、立案庭、行政庭等部门，就如何贯彻审执兼顾原则多次磋商研究，形成了《关于贯彻审执兼顾原则的若干意见》，该意见明确：如双方经济状况不佳，且感情破裂、确无共同生活可能的，可判决房屋产权归双方共有并确认各自份额，但可明确由一方使用，使用方须支付使用费，以解决对方的居住问题（使用权房参照上述办法解决）。

此需要提醒的是：这样属于特例，如果法院有别的选择，一般不会照此意见判决按份共有。

问：夫妻双方只有一套房屋，一方既不同意分割也不愿支付房屋折价款，可以申请法院拍卖分割拍卖款吗？

答：在法院作出判决前申请法院拍卖诉争房屋，需要夫妻双方共同申请，单方申请是不行的。

问：我放弃所拥有的房产份额，法院就会判决离婚吗？

答：法院判决离婚的标准是夫妻感情破裂，这和当事人是不是放弃财产份额没有关系。虽然在离婚诉讼中承诺放弃所拥有的房产份额可以作为离婚谈判的筹码，但离婚谈判是有许多技巧的，建议不要轻言放弃房产。否则，如果放弃分割房产后对方仍不同意离婚，便无路可退了。

问：婚前买的房子就是婚前个人财产，婚后买的房子就是夫妻共同财产吗？婚前婚后是按照房产证颁发的时间界定吗？

答：目前确有许多观点认为，只要房产证颁发的时间在结婚之前就是婚前个人财产，如果房产证颁发的时间在结婚之后就为夫妻共同财产。这种观点的法律渊源在于我国物权法规定的物权登记制度，一般情况下，房产归属登记是房产所有权取得的必经程序。只有办理了房产产权登记或者过户手续，才能真正取得房产所有权。因此，有人认为房产证只要是婚后办出来的，那么房产就是婚后取得的，是为夫妻共同财产；反之，房产证只要是婚前办出来的，该房产就为婚前个人财产。

但在实践中，存在房产为婚前签订合同购买、但由于房地产管理部门办理产权证需要一段时间，有时候婚前购房但产权证在结婚后取得，对于该类房产是否为共同财产，上海法院以购买房产、签订合同的时间点作为确定产权性质的标准，并没有以房产证取得的时间点作为判断房产是否共有的标志。

另外，许多婚后取得房子，如遗嘱继承或赠与合同中确定只归夫或妻一方的房产、夫妻婚内协议约定只归夫妻一方所有的房产、父母全额出资为自己子女一方购买的房产且该房产登记在自己子女一人名下，这些也都是夫妻一方的个人财产。

问：夫妻一方婚前按揭购房婚后用夫妻共同财产还贷，离婚时房屋婚后的增值部分是夫妻共同财产吗？

答：物权法主张物的孳息属于物的所有权人，房产因市场价格波动造成的增值属于房屋的自然孳息，因此夫妻婚前按揭购房婚后共同还贷离婚时房屋增值部分属于房屋的所有权人。如果婚前按揭购买的房屋登记在出资者一人名下，那么该房屋及房屋婚后的增值部分归出资者一人所有；如果婚前按揭购买的房屋登记在夫妻双方名下，那么该房屋及房屋婚后的增值部分在离婚时均可以要求分割。

最高院《婚姻法司法解释三》明确：夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

问：父母全额出资，单独登记在子女名下的房产，父母离婚时可以作为夫妻共同财产分割吗？

答：根据我国婚姻法相关规定，夫妻婚后共同出资购买的房子，无论登记在夫妻一方名下还是双方名下，如果没有相反证据，均应认定为夫妻共同财产。

但若房屋产权证上也登记有子女的名字，则为夫妻双方与子女共同所有。此时的房子不仅是夫妻共有财产，还是家庭共同共有财产。

现实生活中，有些夫妻在婚姻关系存续期间，购房登记时会把房屋产权仅登记在自己子女名下。此时，夫妻双方一旦发生离婚诉讼，如有一方坚持要求对登记在子女名下的房产进行分割该如何处理？

上海市高级人民法院《民事法律适用问答》2005年第3期（总第16期）对此做了解答：物权公示原则是指物权的享有和变动需有可取信于社会公众的外观表现形式，通常不动产物权享有和变动的公示方式为登记。但不动产物权的登记应区分外部效力和内部效力。对外效力是指基于物权公示公信原则，一旦不动产物权经登记，善意第三人基于对登记的信赖与登记权利人发生的不动产交易行为受法律保护；对内效力则应探究当事人的真实意思表示来确定真正权利人。

实践中，夫妻双方共同出资购买房屋后，出于各种因素的考虑，有时将房屋产权只登记为未成年子女一人。但这并不意味着房屋的真实产权人即为该未成年子女，而应考量夫妻双方在购买房屋时的真实意思。因此，除非有相反的证据，否则通常仍然将该房屋视为夫妻及未成年子女共有财产。但是，对于因房屋产生的债务，应由夫妻负责偿还。

2007年，上海高院对此问题做了进一步解释：至于产权人只登记为子女一人的房屋所有权问题，上海高院《民事法律适用问答》2005年第3期问题六已有答复。但鉴于未成年子女未出资，也不承担还贷义务，在处理房产权利时可适当调整子女所得的比例。

由此可见，如果夫妻购房时将房产仅仅登记在未成年子女的名下，仍然可以认做为夫妻和子女共有，夫妻离婚时有权对该房产进行分割。

但是，如果夫妻购房时，将所购买的房产登记在成年子女的名下，夫妻离婚时能否主张对该房产进行分割？我国法律及相关司法解释对此均未作出规定。

笔者认为，鉴于成年子女已为独立民事主体，并不像未成年人一样在父母监护之下，因此，此时若父母仍将房产登记在子女名下，除非有相反的证据证明，否则就视为对子女的赠与。赠与完成时，父母即丧失对财产的所有权。

提示

离婚房产分割的具体方法

关于共有物的分割，《物权法》第一百条规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”鉴于前文讲到的房产分割的特殊性，故不可能对诉争房产进行实物分割。

《婚姻法》第三十九条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决”。由此，只要夫妻双方协商一致，夫妻离婚房产分割可以有以下几种方法：

1、折价。夫妻只有一套房产的，离婚后房产归夫妻一方所有，获得所有权的一方支付另一方房屋折价款；夫妻有多套房屋的，也可以对多套房屋按照折价补偿的方式进行分割。

2、变卖。在离婚诉讼期间，夫妻双方共同将诉争房产在市场上出售，然后依法分割卖房款。变卖在夫妻离婚诉讼中很少遇到，其主要原因在于变卖需要夫妻双方均同意出售为前提。

3、拍卖。拍卖和变卖的方式基本相似，都是在诉讼期间将诉争房产出售，然后依法分割卖房款。但拍卖和变卖的不同之处在于：拍卖是法院委托拍卖行按照拍卖规则进行出售，但拍卖的价格往往会低于市场价。

4、赠与。离婚诉讼案件中可将诉争房产进行赠与处理。

5、放弃。离婚房产分割诉讼中，当事人的财产权利如何行使均为当事人的自由，夫妻一方放弃分割夫妻共有房产，只要意思表示真实，法院一般都会确认。

离婚房产分割的常见问题（中）

2013年3月25日 上海法治报



上海普若律师事务所 杨欣

房产是每一个家庭必须的生活资料，几乎每个婚姻的裂变都会涉及到离婚房产分割问题。在离婚诉讼中，房产往往是夫妻分割的最主要财产，它浓缩了夫妻在婚姻关系存续期间大部分财富的积累，凝结着当事人几年甚至

几十年的辛苦和汗水。

当夫妻关系融洽时，它是双方的“爱巢”；一旦夫妻感情突变，它又是双方争夺的“主战场”。

笔者在日常办案和接待咨询中，接触到当事人大量关于离婚房产分割的问题，在此特对这些问题进行梳理，希望对面临类似问题的当事人能够有所帮助。

问：婚后夫妻一方用婚前个人存款单独出资买的房子，且房产亦登记在出资者自己名下，该套房产应为夫妻共同财产还是个人财产？

答：我国婚姻法第十八条规定，夫妻一方的婚前财产为一方的个人财产。因此，夫妻一方婚前的个人存款归一方个人所有，离婚时另一方无权分割。

最高人民法院《婚姻法解释（一）》第十九条明确规定：婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

上海市高级人民法院在民事法律适用问答中进一步解释：婚前财产在婚后的形式转化，不影响该财产的性质。因此，夫妻一方以婚前存款在婚后购置的房屋，仍然属于购置方的婚前财产，如果对方没有出资，则不能主张享有房屋的份额。

同样，婚前其他财产的形式转化，也不影响其作为婚前财产的性质。

另外，婚前财产产生的孳息，如婚前存款的利息等财产，也属于婚前财产。律师在此提醒：如果当事人因以婚前存款购置的房屋发生纠纷，一方诉讼至法院要求分割，法院对房产性质的认定，关键要看双方的举证情况。如果购买的一方不能举证证明该房产是用其婚前存款购买的，那么法院认定房屋系夫妻共同财产的可能性极大。

为此，当事人如果希望适用《婚姻法解释（一）》第十九条的规定认定房产的性质，至少要举证证明以下两个事实：

其一，当事人拥有足够的婚前个人财产；

其二，系争房屋的购房款都是当事人用婚前财产支付的。

从笔者多年的离婚诉讼经验来看，当事人要想证明上述两点很难，因为存款的流动性很强，加上当事人缺乏足够的法律意识，一旦纠纷发生就很难证明“购房用的钱就是婚前存的那些钱”。针对这种情况，当事人最好的办法也就是委托专业离婚律师协助处理了。

问：婚前一方承租的公房，婚后购买为产权房，产权证登记在夫妻一方名下，是夫妻共同财产吗？

答：承租公房，一般是指政府或单位按照国家政策分配给职工居住，职工按照政府规定的租金标准按期交付租金的房屋，房屋的所有权人为政府或单位，职工仅享有承租权及居住权。自1994年起，上海市政府出台了《关于出售公有住房的暂行办法》等一系列规定，开始允许公有住房的承租人（包括同住人），以优惠价格购买公有住房，使之成为产权房，承租人和同住人就变成了产权人。

在离婚诉讼中，如果公房是婚前由夫妻一方承租或由其父母承租，婚后以夫妻共同财产购买使之成为产权房（即售后公房），如何确定该售后公房的法律性质？

根据最高人民法院《婚姻法解释（二）》第十九条中明确规定：由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。毫无疑问，如果登记在双方名下更是夫妻共同财产。

从《婚姻法解释（二）》可以看出，最高人民法院否定了夫妻一方婚前所承租的公房使用权所包含的财产价值。

但从上海的实际出发，由于公房使用权可通过承租权转让的方式上市交易，具有一定的交换价值，因此，在婚姻关系存续期间，以共同财产出资将原有公房的使用权转为产权后，在离婚分割该房屋时，如果一概不考虑原一方承租时的使用权价值，将显失公允。

为此，上海市高级人民法院司法指导意见认为，针对这种情况，可区分下列情形处理：一方婚前承租的公房是基于福利政策分配取得，婚后以共同财产购买为产权的，由于在婚姻关系存续期间内无法体现出原公房使用权的交换价值，则在离婚分割该产权房时可不考虑原公房使用权的交换价值单独归属问题；

一方婚前承租的公房使用权是其以个人财产支付对价取得的，婚后又以共同财产购买为产权，在离婚分割该产权房时，应当将取得原公房使用权时所支付对价部分确定为当时承租的夫或妻一方个人所有，产权房的剩余部分价值按共同财产分割；

对于婚前由夫或妻一方父母承租、婚后又以共同财产购买为产权的公房，原公房使用权的交换价值可参照《婚姻法解释（二）》第二十二条的规定，推定为父母对夫妻双方的赠与，离婚时可直接将产权房按共同财产分割处理。

问：如何确定农村宅基地上建造的房屋是否是夫妻共同财产？

答：根据上海法院的意见，农村宅基地上房产的权利归属一般以建房申请书上核准的申请人数为准。如果夫妻双方均属建房申请书的核准人员，那么有权在离婚时要求房产分割；否则一方不能主张分割农村离婚房产，即便其户口可能在该农村房产内。

问：婚前个人房产结婚满8年会成为夫妻共同财产吗？

答：《婚姻法解释（一）》第十九条明确规定：“婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。”

因此，目前已经不存在“个人房产结婚满8年会成为夫妻共同财产”这一说法。

问：婚后将婚前个人房产卖了又买的房子是夫妻共同财产吗？

答：婚前财产在婚后的形式转化，不影响该财产的性质。如果婚后买房子的出资全部来源于婚前房产的卖房款，那么婚后又买的房子仅是“婚前财产在婚后的形式转化”，仍属于个人财产。但如果婚后买的房子登记在夫妻双方名下或对方名下，或婚后买房子的时候用了一部分夫妻共同财产，那么婚后购买的房子就是夫妻共同财产。

针对此种纠纷，如果诉讼至法院，法院对房产性质的认定关键要看双方的举证情况。如果购买的一方不能举证证明该婚后房产购房款全部是用其婚前房产卖房款购买的，那么法院认定婚后这套房子系夫妻共同财产的可能性极大。

当事人如果想证明婚后买的房子也是个人财产，至少要举证证明以下两个事实：其一，当事人婚后有一套婚前房产与配偶无关，卖掉后所有的卖房款都有证据证明；其二，婚后买房子的购房款都是用婚前房产卖房款支付的，没有得到配偶的任何帮助。

从笔者多年离婚诉讼经验来看，当事人要想证明上述两点很难，因为存款的流动性很强，加上当事人缺乏足够的法律意识，一旦发生纠纷就很难证明“购房用的钱就是出售婚前房产所得款”。

问：结婚前签定购房合同付首付婚后拿到房产证是夫妻共同财产吗？

答：《婚姻法解释（三）》第十条明确：夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

问：夫妻婚前共同出资购房，房产证登记在一方名下，是夫妻共同财产吗？

答：如果婚前共同出资购房，房屋产权证登记在夫妻一方名下，该房屋在婚后能否认定为夫妻共同财产，可以说存在较大变数。一般情况下，婚前购房房屋登记在夫妻一方名下，由于购房时男女双方尚未存在夫妻之间的身份关系，我国法律推定为夫妻一方婚前个人财产。

但是，上海法院曾出台司法指导意见认为：若配偶方同时有证据证明其婚前是基于双方均认可所购房屋为共同所有的前提下进行出资的，则虽然该房产登记在一方名下，仍宜认定为夫妻共同财产，分割时应按共同财产的分割原则进行处理。同样的，其按揭贷款债务为共同债务。

但在分割共同所有的房产时，对于存在当事人出资额比例悬殊、且婚后确未共同生活或婚姻关系存续期间较短等情形的，也应一并考虑，可参考当时的出资比例对房产进行分割，而不宜拘泥于各半分割。

由此可见，我国法律对婚前共同出资购房房屋性质的认定还是比较复杂的。

问：婚前一方出资购房一方出钱装修或婚后对婚前一方所有的房产进行过修缮、装修，是夫妻共同财产吗？

答：婚前一方出资购房一方出钱装修或婚后双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原拆原建，离婚时未变更产权的，房屋仍归产权人所有，增值部分中属于另一方应得的份额，由房屋所有人折价补偿另一方；进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。

提示

离婚房产分割的一般原则

1、尊重当事人共同意愿。我国《婚姻法》第三十九条规定，对夫妻共同财产的分割首先由夫妻双方进行协商，协商不成时才依法进行判决。

2、男女平等。即夫妻双方对于其共同财产享有平等的共有权，不受双方收入状况、对家庭贡献的影响，双方均有平等分割共同财产的权利。

3、照顾子女和女方权益。

《妇女权益保障法》第四十八条“夫妻共有的房产，离婚时，分割住房由双方协议解决；协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照照顾子女和女方权益的原则判决。夫妻双方另有约定的除外。夫妻共同租用的房产，离婚时，女方的住房应当按照照顾子女和女方权益的原则解决。”《婚姻法》第三十九条也作了类似规定。

4、照顾无过错方。对于因一方过错导致离婚的，可在分割财产时适当照顾无过错方，以体现法律的公平与正义。但这种照顾不是民事责任，其性质不同于离婚损害赔偿责任，因此，这里的过错并不限于重婚、实施家庭暴力等重大过错行为，还包括其他违反婚姻义务的过错行为。

5、有利于生产、方便生活。

分割夫妻共同财产时，应从充分发挥共同财产的效用和不损害财产的经济价值出发。这一点对法院确定房子所有权归属，解决双方居住问题尤为重要。

对不宜分割使用的夫妻共有房产，应当根据婚姻法、司法解释确定的上述原则，综合考虑房屋的性质、来源、婚姻关系存续时间长短、双方住房情况以及照顾子女和女方原则等因素，分给一方所有。分得房屋的一方应给予

另一方相应价值的补偿。

离婚房产分割的常见问题（下）

2013年4月1日 上海法治报



□上海普若律师事务所 杨欣

房产是每一个家庭必须的生活资料，几乎每个婚姻的裂变都会涉及到离婚房产分割问题。在离婚诉讼中，房产往往是夫妻分割的最主要财产，它浓缩了夫妻在婚姻关系存续期间大部分财富的积累，凝结着当事人几年甚至几十年的辛苦和汗水。

当夫妻关系融洽时，它是双方的“爱巢”；一旦夫妻感情突变，它又是双方争夺的“主战场”。

笔者在日常办案和接待咨询中，接触到当事人大量关于离婚房产分割的问题，在此特对这些问题进行梳理，希望对面临类似问题的当事人能够有所帮助。

问：离婚房产价值的确定是否以当初购买房产时的合同价格为准？

答：离婚房产价值的确定应以法院分割房产时房产的市场价为准，而非购房时的合同价。

购房时的合同价和离婚房产分割时的市场价的价差属于房产的增值部分，离婚时同样应当予以分割。

问：离婚房产价值的确定一定要申请评估公司评估吗？

答：司法实践中，离婚诉讼确定房产价值，首先由诉讼双方协商确定，协商不成才会委托专业房产估价公司进行评估。

虽然采用评估的方式确定房产的价值在司法程序上较显公正，但也存在两个较为突出的问题：

第一，拖延诉讼的进程。通过法院委托房地产评估机构对房产的价值进行评估，一般需要一、两个月的时间，根据我国诉讼法的规定，评估期间不计入法定审限，因此，如果中介结构拖延的时间过长，可能导致离婚诉讼久拖不决，给双方当事人心理、生活都带来负担；

第二，通过法院委托房地产评估机构对房产的价值进行评估，需要交纳一定的评估费，评估费的数额一般根据房产的价值按比例收取，这对当事人来说也是一笔不小的开支。

鉴于上述原因，最高人民法院民一庭曾明确表示：“双方对财产价值有争议的，可通过协商、竞价、作价、评估、拍卖等形式确定和处理财产，处理财产时应贯彻照顾子女和女方权益的原则以及照顾无过错方的原则，不是必须委托中介机构评估。”

问：出资多少会不会影响离婚房产分割的比例？

答：司法实践中，上海法院对离婚房产如何分割经常会考虑双方对房产的贡献，这也是基于公平公正的司法理念决定的。

夫妻双方各自对购房的出资比例经常会对离婚房产的归属及分割比例造成影响。由于夫妻婚后购房，无论是哪一方的出资，一般均为夫妻共同财产出资，因此，出资多少对于此种情况下的房产分割影响较小。

出资情况对离婚房产分割的影响主要体现在夫妻双方婚前共同购房的案例中。

根据上海高院的规定，如果恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，析产分割的处理应当考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况，合理确定未出资方的份额。

问：离婚后的居住问题法院会考虑吗？

答：我国《婚姻法》第四十二条规定，离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。

上海法院的相关指导意见认为，住房为一方所有，离婚时住房一般仍归该所有人。

如另一方离婚后确实无房，法院可根据具体情况判决允许其暂住；也可判决无房一方另外租房居住，若经济确有困难，享有房屋产权的一方可给予一次性经济帮助。

为此，离婚后居住情况不仅会对夫妻一方个人房产造成影响，基于《婚姻法》第四十二条的理念，夫妻一方离婚后居住困难甚至会对夫妻共同房产分割的分割造成影响。

问：房产证还没有办出来，离婚时可以分割该房产吗？

答：根据我国《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，不发生效力。

最高院的《婚姻法解释（二）》第二十一条规定，离婚时双方当事人对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。

因此，如果夫妻婚后购买的房屋尚未过户到夫妻名下，其房屋权利归属根据物权法规定尚不能认定为夫妻共同所有，法院不能处分房屋的所有权，只能判决房屋的使用权。

但根据上海法院的司法审判实践，有时法院为避免当事人的讼累，对夫妻离婚时尚未取得房屋所有权的房产分割，一般会依据已经签订的购房合同，判决由夫妻一方来履行，同时判决履行购房合同的一方支付另一方一定数额的购房折价款作为补偿。

问：按揭房贷尚未还清，离婚时房产如何分割？一般会判给主贷人吗？

答：房产是夫妻共同财产，夫妻婚后共同购房的按揭房贷亦是夫妻共同债务，未付清的按揭款应由双方共同偿还。

夫妻离婚时，法院通常在判决房产归一方所有的同时，判决未还清的房贷由得房者负责清偿。

由于法院对房产归属的处理可能涉及贷款人和银行签订的住房按揭贷款合同的变更，所以上海法院的常见分割方法是：谁是按揭贷款合同的主贷人，在双方条件相同的情况下，法院更倾向于把房屋判给谁所有。

问：离婚房产分割可以在法庭上竞价，谁出价高判给谁吗？

答：关于离婚房产分割可以在法庭上竞价取得的问题，最高院《婚姻法解释（二）》第二十条对《婚姻法》第三十九条曾作出补充解释：双方对夫妻共同财产中的房产价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：（一）双方均主张房产所有权并且同意竞价取得的，应当准许；（二）一方主张房产所有权的，由评估机构按市场价格对房产作出评估，取得房产所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；（三）双方均不主张房产所有权的，根据当事人的申请拍卖房产，就所得价款进行分割。

根据最高法院司法解释我们可以看出，夫妻双方采用竞价方法确定房产所有权的归属有两个前提：一是双方均主张房产所有权；二是双方均同意同意竞价取得。如果有一方不同意竞价，法院就不能运用竞价规则处理离婚房产分割问题，法院没有强迫当事人接受竞价的权力。

上海市高院在《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》中进一步明确：关于离婚诉讼中，当事人提出采用竞价方法确定房产权利归属的处理，应按照婚姻法及其司法解释的规定，财产的处理应以照顾女方和抚养子女一方的权益为原则。

在处理共有房产时，当事人提出采用竞价方法确定房产权利归属，若符合下列条件的，可予准许：（1）双方同意竞价；（2）双方经济、住房等条件基本相同。

上海高院关于竞价规则司法适用的指导意见之所以设定采用竞价方法确定房产所有权的归属，必须满足“双方同意竞价”和“双方经济、住房等条件基本相同”两个基本条件，原因在于竞价规则排斥了夫妻离婚财产的处理“应以照顾女方和抚养子女一方的权益”的基本法律原则。

即便竞价规则从表面上看是公平的，但考虑到子女、女方及生活困难一方的法定利益，通过竞价来处理房产分割问题显然是有利于经济上强势一方的。

问：夫妻只有一套住房离婚时怎么分割？

答：上海市高院认为，夫妻离婚时房子的分割，首先应审查当事人的经济状况，然后根据不同情况分别处理：如果夫妻仅有一套共有房子，且当事人经济状况良好，能自行解决居住问题的，可判决一方得房、一方得经济补偿。

若共有房子系以一方当事人名义抵押贷款购买的，一般判决由贷款方获得房子权利，但须支付对方经济补偿（经银行等抵押权人同意变更贷款人等情况除外）。应尽可能促使款项支付到位，调解或判决主文也可明确经济补偿款的支付期限。

如果夫妻仅有一套共有房子，而双方均无力补偿对方，又难以分开居住，感情尚未完全破裂的，可不判决离婚。

如双方经济状况不佳，且感情破裂、确无共同生活可能的，可判决房子产权归双方共有并确认各自份额，但可明确由一方使用，使用方须支付使用费，以解决对方的居住问题。

对经济补偿款的执行，应采用房子置换、房子权利人出资租房等方法予以妥善解决。房子迁让的执行，应审查得房方支付经济补偿款的情况。

得房方未支付经济补偿款的，可暂缓执行其迁让申请。

问：夫妻双方的父母可以参与夫妻离婚房产分割诉讼吗？

答：夫妻离婚的诉讼只有两个当事人可以参加，即便是双方父母认为房产与己有关，也不能参与到诉讼中来作为共同原告、共同被告或诉讼第三人。

如果双方父母想在夫妻离婚诉讼中发表自己的意见，只能作为诉讼双方的诉讼代理人或证人。

如果诉讼双方任何一方父母认为夫妻离婚所要分割的房产是属于自己的或自己也拥有部分房产产权份额，需要另行起诉处理。

如果一方父母是隐名的房屋产权人，即夫妻双方共有的房产证上没有父母的名字，而父母是真正的房屋产权人，那么父母应在夫妻离婚房产分割之前向法院起诉，要求确认自己在房产中所享有的权利。

问：夫妻离婚时房子里的户口如何处理？

答：夫妻结婚时，经常会把户口迁至夫妻共有房屋内，一旦离婚，得房的一方常常会要求对方将户口迁走。

关于夫妻离婚房产纠纷中户籍迁移的问题，属于行政管理的事项，如果离婚后应为对方不迁户籍而向法院起诉，法院会认为该事项不应由法院管辖而不予受理。

可以作为参考的，是法院对于二手房买卖中涉及的户口迁移问题给出的意见。

上海市高院曾在相关指导意见中指出：对于二手房买卖纠纷，如果当事人以卖方违约为由，要求卖方承担违约损害赔偿责任的，可以作为民事案件处理；

买方要求卖方实际履行约定的，将户口迁出并将自己的户口迁入的，法院可以告知该当事人，违约损害赔偿可以作为民事案件受理，但户口迁移问题属于行政管理问题，不属于民事案件的受理范围，法院也无权作出此类民事判决，故该请求判决继续履行的主张属于依照法律规定法院不能强制当事人继续履行的事项。

当事人坚持迁移户口主张的，裁定不予受理或者驳回起诉。

因此，关于夫妻离婚房产分割可能涉及房屋内双方的户口迁移问题，双方最好在离婚诉讼时或执行时妥善解决，以免后患。

律师提示各种遗嘱应如何订立

2013年4月15日 上海法治报 杨崇峰律师

据《华商晨报》报道，3月21日，我国首个遗嘱库在北京成立，主要为60岁以上老年人提供免费办理遗嘱的登记、保管和传递服务，随后，将考虑为各个年龄段有需要的人群提供服务。

近日记者对沈阳某老年人活动中心的50名老人进行了调查，发现仅有1名老人表示立了遗嘱。

调查中，记者发现尽管仅有1名老人立了遗嘱，但有立遗嘱想法的老人却不少，占了总数的70%以上。这70%的老人中有一半以上的老人曾因自己的房产和财产如何分配咨询过律师。

辽宁华建律师事务所杨崇峰律师介绍，根据我国法律规定，遗嘱主要有自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱。除公证遗嘱外，其他遗嘱都可以重复设立，最后设立的有效，先设立的丧失法律效力。

同时，他对各种遗嘱的要点作了简要介绍。

自书遗嘱：即自己书写的遗嘱，写明自己的身份、财产及所列财产的分配关系即可，在自己签名摁手印后即生效。

自书遗嘱的潜在风险是无法确立遗嘱是否为本人所写，所以，最好能够同时留下自己的笔迹类材料，比如信件，日记等文字材料，可在发生纠纷时鉴定遗嘱真伪时使用。

代书遗嘱：主要是指立遗嘱的人不会写字或者没有能力写字的情况下，由第三人代笔，按照立遗嘱人的意思书写遗嘱，最后由立遗嘱人摁手印。

代书遗嘱的潜在风险是无法确认代书人书写的内容是否是立遗嘱人的真实意思表示，所以，法律规定代书人要与立遗嘱人和遗嘱的继承人之间无利害关系，司法实践中可以找社区工作人员、社区片警等人作为遗嘱的见证人，人数超过2人以上为宜。

录音遗嘱：是立遗嘱人将自己的遗嘱以录音的方式固定下来，待立遗嘱人去世后生效的遗嘱。

录音遗嘱的潜在风险是无法得知立遗嘱的真实时间，所以，可以找社区工作人员、社区片警等人作为录音遗嘱的见证人，人数超过2人以上为宜。

口头遗嘱：通常适用于立遗嘱人病危之时，就自己的财产进行的处分。

口头遗嘱潜在的风险是具体内容不好确定，存在听不清、产生误解的风险，所以，建议召集利害关系人到场，共同听立遗嘱人的遗言。

公证遗嘱：是指在公证处办理遗嘱公证，即根据公证处的要求提供材料，按照公证处的法定流程办理的遗嘱。此种遗嘱的优点是安全、无后续纠纷、可以直接作为证据使用。

立遗嘱人只能通过遗嘱处分在立遗嘱的时候自己依法享有所有权的合法的财产，产权不明及配偶或别人的财产不能在自己的遗嘱中进行处分，同时对共有的财产，也只能是处分自己依法享有的份额，不能处分共有财产的全部份额，否则面临遗嘱此部分处分无效的法律风险。

遗产继承交织爱恨 哥哥向弟弟追讨继承权

2013年04月16日 扬子晚报网

夏增卫（化名）和夏亦龙（化名）是一对亲兄弟，父母相继离世后，哥哥夏增卫怜惜弟弟无住房的窘境，决定放弃继承，让弟弟独享父母留下的房产。可从小娇惯的夏亦龙非但不感激，还因母亲死亡赔偿金的分配问题对哥哥大打出手，将夏增卫的手指严重咬伤。气急的夏增卫近日决定向法院起诉收回放弃继承的承诺。

夏父早年去世，夏母于2010年去世。父母唯一一套位于南京浦口近100平米的房产由夏增卫和夏亦龙兄弟俩平分。夏亦龙是家里的幺子，从小就深受父母疼爱，年长8岁的哥哥夏增卫也是对小弟爱护有加，大事小事都迁

就着小弟。

年近六旬的哥哥夏增卫为人老实勤快，做机修工的他不管家庭和事业都踩着点过得很安稳，自己现居的住房早就还完贷款，只等着退休安享晚年。弟弟夏亦龙一直在做保安，期间也换了好几家物业公司，后来，好不容易找了个姑娘租房结婚，日子也过得磕绊。有了孩子后，夏亦龙夫妇因租房生活的口角也逐渐多起来。夏增卫看着48岁的弟弟至今仍没个属于自己的窝，很心急，但又没财力从经济上支持弟弟，所以心一横决定放弃房产继承，让弟弟独享房产。夏增卫做出放弃继承的书面承诺，夏亦龙感动得直称谢谢。但很快兄弟俩又失和了。

夏母死后，在分配丧葬费的问题上，夏亦龙认为自己分担多了，一直吵闹，还对哥哥拳脚相加，将夏增卫的手指严重咬伤引发骨髓炎，花去2万多治疗费用，后经鉴定构成轻伤二级。

多年的照顾和忍让换来一纸伤残鉴定书，哥哥夏增卫彻底寒心了。近日，夏增卫向法院起诉，要求撤销“放弃继承”的承诺，收回对弟弟的继承份额的赠与，要和弟弟平分房产。

■律师点评

想要回遗产继承权 必须通过诉讼 胜算把握应该很大

哥哥夏增卫起诉能有几成胜诉把握呢？代理此案的江苏宁联律师事务所朱靖利律师认为：根据《继承法》，夏增卫作为长子当然有权法定继承其父母的房产。同时根据相关规定：遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院依据其提出的具体理由，决定是否承认。夏增卫念及兄弟情谊将本应由自己继承的遗产份额赠给夏亦龙。但夏亦龙不顾兄弟亲情因丧葬费的分担问题与夏增卫发生冲突，故意殴打夏增卫，咬伤其左手食指，致夏增卫左手食指严重伤残。夏亦龙的做法让夏增卫十分寒心，法院应依法准予夏增卫撤销放弃继承权的意思表示。

至于本案为何要通过法院解决争议？朱律师解释：哥哥夏增卫已经与弟弟之间立有放弃继承的协议，在未经人民法院判决撤销之前合法有效，弟弟完全可以凭此协议依法继承全部遗产。哥哥在受到弟弟严重伤害后欲反悔，必须通过法院判决予以撤销该放弃继承协议。（邢媛媛）

丈夫赠房给情人，即使过户亦无效

2013年4月1日 海法治报

□安徽凯安律师事务所陈学娟

最近在网上看到这样一则报道：妻子从老家回北京后，发现自家的房子竟然被丈夫无偿“卖”给了昔日情人，妻子于是将丈夫和丈夫的情人告上法庭，请求法院确认两人间的房屋买卖合同无效。法院支持了妻子的诉讼请求。

法院之所以支持妻子的请求，主要在于丈夫私自处置了夫妻共同财产，并且是无偿转让。

那么法院如此处理的具体依据和理由是什么呢？

首先，本案中的诉争房屋是丈夫和妻子结婚后购买的房屋，应属于夫妻共同财产。根据我国《婚姻法》及司法解释的规定，婚后用共同财产购买的房屋，即使房屋权属证书登记在一方名下，也应认定为夫妻共同财产。

其次，本案中，丈夫私自将夫妻共同所有的房屋转让给其情人，且是无偿转让，该转让行为无效。

根据我国《婚姻法》司法解释的规定，“夫或妻对夫妻共同财产，有平等的处理权，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要决定，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。”

根据该规定，丈夫是私自转让房屋，并未和妻子取得一致意见，同时，丈夫是将房屋无偿转让给其情人，其情人是恶意的，她明知未经过妻子同意而接受无偿转让，损害了妻子的利益，因此，妻子可以主张转让行为无效。

我国《物权法》第106条规定，“无处分权人将不动产或动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得不动产或者动产：1、受让人受让该不动产或动产时是善意的；2、以合理的价格转让；3、转让的不动产或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。”

只有同时符合上述条件，受让人才能取得不动产或动产的所有权。

结合本案，虽然房屋已经办理了过户手续，但丈夫的情人并非“善意第三人”，明知该房屋是他们夫妻共同财产，丈夫私自转让，并且是无偿转让，因此不符合物权法关于善意取得的规定，该转让行为无效。

综上所述，丈夫或妻子非因正常生活需要处理夫妻共同财产时，应平等协商，并取得一致意见，这是对彼此的尊重。如在私自处置夫妻共同财产时，损害另一方权益，另一方可以主张处置无效或者要求对方赔偿损失。

丈夫或妻子非因正常生活需要处理夫妻共同财产时，应平等协商，并取得一致意见，这是对彼此的尊重。如在私自处置夫妻共同财产时，损害另一方权益，另一方可以主张处置无效或者要求对方赔偿损失。

倒插门女婿写下保证书 妻子请求法院确认被驳回

新“三从四德”的法律翻译

2013年4月8日 北京晚报 本报记者 孙莹



“老婆出门要跟从，老婆命令要服从，老婆讲错要盲从，老婆化妆要等得，老婆花钱要舍得，老婆生气要忍得，老婆生日要记得。”近日，湘潭市一对80后小夫妻拿着一份“三从四德”保证书，请求法院给予司法确认。法院以其内容为封建陈旧思想，违反了婚姻法的基本原则为由，未予确认。夫妻间自愿达成的保证为什么不合法，凭什么不能确认？

新闻聚焦

“三从四德”未获确认

2010年，女青年王静（化名）经人介绍，认识了孙磊（化名）。孙磊家住外地，且家境贫寒，最终只好倒插门儿，“嫁”入王家。没想到在王静产下一子后，王家居然让孩子姓王。在王静坐月子期间，内心压抑的孙磊拿起一把刀冲向了老婆和儿子。但被岳母及时发现并阻止。慌乱之中，孙磊离家出走，一直没有回家。

半年后，王静向法院起诉要求离婚。

承办法官几经周折，在一个工地上找到了孙磊。法官向孙磊说起其儿子的近况，并耐心地说服他承担起家庭责任。在法官的劝说下，孙磊最终回家了。

几天后，这对小夫妻来到法院，开心地拿出了一份写有新版“三从四德”内容的夫妻和解协议和保证书，请法院确认协议内容，并出具一份民事调解书。

不过，承办法官看了二人的和解协议和保证书后，认为虽然协议和保证书是夫妻俩自愿达成，但其中的新版“三从四德”体现的是旧封建思想，明显违背我国婚姻法中关于男女平等的原则，法院不予确认。最后，王静和孙磊重新写了一份无上述新版“三从四德”等内容的和解协议，才得以确认。

法律剖析

“三从四德”是“创设性权利”

在旧社会作为中国妇女枷锁的“三从四德”，在现代社会来了个180度大转弯，引起网友哗然，“这是丈夫还是奴隶啊！”

北京市律师协会婚姻家庭专业委员会副主任米良渝律师分析说：“新‘三从四德’与旧‘三从四德’恰恰相反，全部是从女性需求出发的，多少有些调侃的意味，仅仅作为家庭生活中一种‘调味剂’也未尝不可。但要是较真起来，诉之法院要求确认其法律效力，新‘三从四德’显然违背了法律的一些基本原则。”

“肯定不能确认。”西城法院诉调对接办公室负责人张晖法官听说新“三从四德”保证书的内容后斩钉截铁地说：“法院能够进行司法确认的调解协议事项必须是法院民事案件受理范围内的，而这个保证书的内容实际是女方创设性的权利，法院根本不该受理。”

男方全是义务显失公平

新“三从四德”违反了哪些法律规定呢？我们不妨对新“三从四德”的条款进行法律翻译和解读。

张晖法官说，夫妻应当互相忠实，夫妻有互相扶养的义务。但这种法律已经明确规定的权利义务，是法律赋予的，夫妻双方都必须遵守的，根本没有必要进行司法确认。而且夫妻权利义务是相互的，协议只涉及一方权利，另一方全是义务，显失公平。

“‘老婆讲错要盲从’，如果老婆让老公杀人放火、为非作歹，老公也必须服从，重了说老婆教唆犯罪，轻了说违反《民法通则》第七条：‘民事活动应当尊重社会公德’，不能违反公序良俗。”米良渝律师说，总的来说，新“三从四德”全部强调的是男方的义务，缺乏权利义务的对等性，违反《民法通则》第三条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”

你情我愿不一定合法

事件中的女方也许会不服气，我们夫妻商量好、你情我愿达成的协议，法院怎么就不能确认其法律效力？

米良渝律师解释说，自愿协商达成一致的协议，并不一定就是合法的，还需要遵循公平、等价有偿、诚实信用的原则。

米良渝律师说：“婚姻里面有爱情、有亲情、有血脉、有责任、有付出；婚姻应当像保养我们的肌肤、我们的爱车一样，经常注入活力和新的生命力。无论再和睦恩爱的夫妻，都可能出现矛盾和纷争，如何化解、调整，心态很重要。将所谓的新“三从四德”作为证据提交，不单纯是其缺乏法律常识，更重要的是缺乏经营婚姻和感情的智慧和信心。”

协议难执行 确认也不行

张晖法官说,《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》对法院进行司法确认的程序进行了严格规定。规定列明“违反法律、行政法规强制性规定的”;“侵害国家利益、社会公共利益的”;“损害社会公序良俗的”;“内容不明确,无法确认的”等情形法院都不予确认调解协议的效力。

“法院审查协议合法性是司法确认的基础,除了判断合不合法之外,还要对合理性和可执行性进行审查。事实上,这个保证书的内容根本就不明确,没有可操作性。”

张晖法官举例说,比如有的夫妻离婚的协议,明确说明两人在哪、几楼、几门、几号拥有一套房产,目前登记在谁名下;在哪个银行的哪个账户有多少存款,为夫妻共同财产。现在如何分割,房子归谁,一方给对方多少补偿。何时办理相关产权手续,如果逾期没有办理,应承担什么责任和相应的赔偿。

“这就是内容明确,有可操作性的协议。约定了双方具体的权利义务,有罚则和经济赔偿的替代性机制。”张晖说,反观新“三从四德”保证书,出门要跟从,命令要服从,讲错要盲从,等得,舍得,忍得,记得……这些行为都没有标准可言,根本不能对这样的含混表述予以司法确认。

此外,如果违反了怎么办,协议中也没有约定。司法确认后的协议具有法律强制约束力,一方不履行时可以申请强制执行。张晖法官反问:“‘三从四德’的协议如何执行?一份无法执行的协议确认它有什么意义呢?”

律师支招

“忠诚协议”要这么写

在现实生活中,类似“三从四德”这样的“忠诚协议”花样百出,有规定出轨补偿的,有索要青春损失的,有以孩子抚养做要挟的……司法判例中有支持的,也有不认可的。多年承办婚姻家庭案件的米良渝律师告诫说,如果决定签订夫妻忠诚协议,有些内容是不应当出现在夫妻忠诚协议里的,否则签了也白签。

1. 切忌让过错一方受到法律底线之外及伦理道德界线之外的罚责。

错误写法:如果一方出轨,出轨方无权提出离婚,无权进行辩驳,另一方有权公开过错方的一切过错行为等。这些限制一方基本人权和人格权的条款都是无效的。

2. 切忌以剥夺一方对孩子的抚养权、探望权为条件的惩罚性约定。

错误写法:如果一方出轨,则无权拥有孩子的抚养权,永世不得见孩子。

抚养权、探望权是父母的权利也是义务,不能将剥夺抚养权、探望权作为对过错方的惩罚。

3. 切忌约定违约金或赔偿金数额严重影响过错方的基本生活。

错误写法:家里全部家当加起来也就10万元,忠诚协议就约定一方出轨则需要赔偿对方100万元。这也将面临被认定条款无效的重大风险。

4. 切忌在忠诚协议中违背公序良俗或明显违背社会常理的约定条款。

错误写法:一方出轨,则需在街心广场长跪三天,或赔偿青春损失费。此案中的新“三从四德”也属于此。

5. 切忌在“抓奸现场”或在对方受胁迫之下,拿出事先准备好的忠诚协议,要出轨方立刻签。这会被认为是在“胁迫”状态下所签,不具有法律效力。

爱情婚姻不能靠协议

2013年4月8日 上海法治报

□山东衡明律师事务所王巡生

日常生活中,人们经常约定各种事项,达成各种协议。但是,并不是所有协议都适用合同法。

我国《合同法》第2条第1款对“合同”下了一个定义:“本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的界定。”

在现实中,涉及婚姻爱情的各种“感情协议”是否有效,能否适用合同法常常成为问题。

按合同法的条款,合同是处理平等主体之间民事权利义务关系的协议,主要指的是财产方面的民事关系。

在日常生活中签订的“财产协议”,无论其签约背景是什么,在没有明确证据证明虚假、胁迫存在的情况下,一般先推定是有效的。

但是,如果双方在“财产协议”中附加了以“婚姻”等身份关系为条件的感情协议,那依法该协议将不能适用合同法的规定,只能适用婚姻法的规定。而婚姻法是决不能以“财产”决定婚姻自由的,因此,可以说该协议是不能发生效力的。

最常见的例子是民间习俗的订婚礼金,这种以民间传统留传下来的婚礼程序,在过去可能是有效的,但我国的婚姻法规定了“婚姻自由”的原则,废除的订婚等民间习俗,也不认同以财产为条件的婚姻。因此对于一切以“婚姻为条件”的财产处理协议,往往认定协议无效。

比如以结婚为条件的订金是否进行返还问题,婚姻法明确规定应当返还的情形为:双方未办理结婚登记手续;或虽办理登记手续但确未共同生活;给付导致生活困难的。

从立法的总体意图上看，是倾向于不支持这种以“身份关系”为条件的财产协议的。

以此类推，许多以“感情”为条件的财产协议也是很容易认定其效力的。

如双方不结婚便赔偿对方多少损失费、结婚便赠与多少财产等协议，如果对方已经支付，不存在其它违反“自愿”情况的前提下，依法一般不会支持返还。但如果一方拒绝履行，即使去起诉依法也不会得到支持。

同样的，虽然法律规定夫妻双方可以在婚姻存续期间签订各种财产协议，法律也支持这种财产协议的效力，但一定要注意不能将“离婚”或“出轨”等感情原因作为财产协议的条件。

在现实中，夫妻双方不管是出于“感情”需要，还是理智思考后签订的“忠贞协议”。一般也很难认定为有效，还不如直接单纯的以“财产”论“财产”来的有效。

但这不意味着，婚姻中的无过错一方没有任何权利可言，只要有证据证明对离婚存在过错时，还是可以依法要求损害赔偿的。

但是，具体金额应由法院根据实际情况决定，而不是基于“感情协议”的内容来认定。

如果双方在“财产协议”中附加了以“婚姻”等身份关系为条件的感情协议，那依法该协议将不能适用合同法的规定，只能适用婚姻法的规定，而婚姻法是决不能以“财产”决定婚姻自由的，因此，可以说该协议是不能发生效力的。

老人过世前 房产转给孙子 继承人质疑 起诉确认无效

2013年4月8日 B04—律师讲述 上海法治报



北京盈科（上海）律师事务所 胡珺 宫克

一年之中，母亲和父亲相继去世，这对做子女的人来说显然是最大的不幸。

然而更令人想不到的是，父母名下且生前居住的房产，在母亲去世后父亲去世前，通过一次价格远远低于市场价的“交易”，过户到了老人的孙子名下。

这究竟是怎么一回事？作为法定继承人的老人子女，又该如何维护自己的权益……

父母过世不曾留下遗嘱

夏雷是五十年代生人，在家中排行老三，大哥姚永、二哥夏平和小妹姚静分别跟了父亲夏金荣和母亲姚招娣的姓。

2012年1月，母亲姚招娣因病离世，没有留下遗嘱。多年相依相伴的老伴去世，对夏金荣老人的打击非常大。

此后他一直精神不振，健康状况也每况愈下，半年多以后，在2012年8月，夏金荣也因病离世了，他同样未留有遗嘱。

一年内相继料理了母亲和父亲的后事，让众子女感到心力交瘁。由于父母没有遗嘱，待所有事情告一段落后，夏雷便准备和其他兄妹一起按照法定继承的方式处理父母遗产。

唯一房产成为主要遗产

对于退休多年的父母的财产状况，子女们其实都比较清楚，他们知道老人并没有多少存款，唯一有价值的遗产就是他们生前所住的房子。

这处房产是一套面积为65平米的老公房，属于父母买下的售后公房，当初产权登记在父亲夏金荣一人名下。按照法定继承的方式，这处房产应由4个子女共同继承。

至于具体如何分配，究竟是有人拿房产有人拿补偿，还是卖掉房子分配房款，这就需要大家共同协商了。

于是，夏雷召集自己的两个哥哥和一个妹妹，准备开一次家庭会议。

长子宣布房产已给孙子

在夏雷召集的家庭会议上，本来最主要的议题就是父母遗留房产的分配问题。

然而还未等切入正题，大哥姚永就宣布一个惊人的消息。

他说：这处房产并不属于父母的遗产，因为在2012年5月，这处房产已经通过合法手续变更到了自己儿子

姚天亮的名下，所以父亲已经没有房产可以继承了。

既然已经没有了房产，家庭会议也就无法继续。

得到这个信息后，夏雷马上赶到房地产交易中心查询了该房的登记信息，发现确实如大哥所言，该房屋的产权人已经登记为侄子姚天亮，而房屋的来源则登记为“买卖”。

交易细节委托律师调查

在得到确切的讯息后，夏雷才开始仔细琢磨这件蹊跷事。可是越琢磨，他越觉得这件事情有点不对劲。

父亲在母亲去世后，为什么要把自己安身立命的房产卖给孙子？这么大的事为什么没有跟子女商量？卖房的价格是多少，钱又去了哪儿？父亲有权处分跟母亲共有的房屋吗？

对于卖房背后的疑问，夏雷感到自己无力调查；而对于其中牵涉的法律问题，他也觉得心里没有底。

于是他带着这些疑问找到我所在的律所，委托我们两位律师处理此事。

提起诉讼获得调查权力

接受委托后我们认为，要进行诉讼就必须弄清楚房屋交易的细节问题，而这只有通过调阅房地产交易中心留存的房屋买卖合同才能明了。

问题是根据目前的司法实践，律师仅凭相关委托书和律师证，哪怕由律所再出具证明，都很难调阅到房产的交易合同。对房产交易中心来说，他们只接受法院的调查，或者律师持法院出具的调查令进行调查。

而法院出具调查令的前提，就是必须先立案。

虽然这有点像是“先有鸡还是先有蛋”的问题，但司法实践中却难以回避。

为此，我们决定先基于我们掌握的情况提起诉讼，即以夏金荣在老伴去世后擅自处分夫妻共有财产无效为由，将案子起诉到法院。

确定被告获得法院立案

在准备起诉的过程中，我们首先要确定那些人是被告，又有哪些人有权当原告。

作为目前这处房屋的产权人，姚天亮无疑是当然的被告，而夏平和姚静作为房屋原有产权人的继承人也可以作为原告的。但通过前期沟通，夏平和姚静不愿意得罪大哥，拒绝作为原告起诉。

但在该案中，这两人又属于必要的共同诉讼人，无奈之下我们只能将他们确定为被告。

立案后，我们很快根据法院出具的调查令进行了调查，这次“买卖交易”的合同文本也终于浮出了水面。买卖价格远远低于市价

在房产交易中心我们看到，这份房屋买卖合同中确定的房屋价格是50万元，该合同签订于2012年3月，上面夏金荣的签字经过夏雷辨认，认为的确是父亲本人所签。但这一50万元的价格，显然远远低于当时周边类似房产120万元的市场价。交易后，这处房产在2012年5月办理了姚天亮为权利人的产权登记。

根据姚永和姚天亮提供的证据显示，2012年7月，姚永的妻子通过银行划账形式向夏金荣的银行卡内汇划20万元，2012年8月10日，姚永通过银行划账形式向夏金荣的银行卡内汇划20万元。

姚永同时承认上述银行卡在自己手里，并称剩余10万元房款自己是以现金形式支付给父亲的。

态度强硬坚称交易有效

虽然被我们查到了交易记录和合同，但姚永的态度依旧很强硬。

除了认为该房屋买卖系父亲的真实意思表示，且自己有实际付款行为之外，姚永还有三个主要的抗辩理由：首先，他提供了1998年售后公房买卖时的付款收据，认为当时3万元的购房款是由他出资的。

其次，他认为自己的儿子姚天亮享受知青子女回沪待遇，且户口也在系争房屋内，所以该房屋产权的获得原本就与姚天亮有关。

最后，他还找来了家里老一辈的几个阿姨，证明母亲生前曾有把房子给孙子的想法。

我方认为属于无权处分

庭审中，加入此次诉讼的夏平表示，他不清楚系争房屋买卖合同的签署情况，只希望法院依法判决。

而姚静则表示，该房屋系基于父亲的级别待遇增配所得，与姚天亮的知青子女身份无关。她认为将房子悄悄过户到姚永儿子名下是不对的，也主张该合同应属无效。

作为原告夏雷的代理人，除了起诉时的理由之外，我们围绕姚天亮是否可取得系争房屋所有权这个焦点问题还提出了以下几个观点。

首先，系争房屋在取得时，配房单位系配给夏金荣所有，而姚天亮当时是未成年人，显然根本不属于配房资格人，属于知青子女配房的说法也没有证据佐证。

至于购买房屋产权时向物业公司支付房款的发票，虽然目前在姚永手中，但上面明明写着缴款人为夏金荣，因此认为房款是姚永所付也缺乏事实依据。

其次，母亲姚招娣去世后，原告和几名被告依法对母亲在该房产内的份额享有继承权，夏金荣未经其他继承人同意将房屋转让给孙子显然侵害了其他共有人的共有权，其行为构成无权处分。

法院判决产权恢复原状

最后需要厘清的一个问题是，目前房子已过户给了姚天亮，而他的父母也已支付部分房款到老人账户，本案

是否能适用物权上的“善意取得”制度，由姚天亮继续享有产权呢？

对此我们强调，姚天亮的情况显然不符合善意取得的法律规定。

从身份关系来讲，他没有理由不知道系争房屋内有奶奶的份额，不可能不知道其他继承人的权利。

其次，他也没有支付合理的对价。买卖合同中确定的50万元房价，远远低于该房屋当时接近120万元的市场价格，何况2012年5月就办理了产权变更，但转账付款行为发生在2012年7、8月，且夏金荣的银行卡还保存在付款人姚永手里，他还擅自从该银行卡内支出过部分钱款。

综上，我们的诉请十分明确，即要求法院判决该交易无效。

经过审理，法院很快对此案作出了判决。在判决中，法院几乎完全接受了我们的代理意见，判决系争房屋买卖合同无效，房屋产权登记回复至夏金荣名下。

而且法院认为，因为姚天亮说房款为其父母支付，而该款也在其父亲姚永处，故法院对购房款的返还不作处理，由儿子与父母双方自行解决。

这个案子的判决，让某一继承人单独占有老人遗留房产的目的落了空，也为夏雷与几个兄妹共同继承父母生前留下的房产扫清了障碍。

（文中当事人均为化名）

链接：

“善意取得”

善意取得是指无权处分他人不动产或者动产的占有人，在不法将不动产或动产转让给第三人以后，如果受让人在取得时出于善意，就可以依法获得所有权，受让人在取得不动产或动产的所有权以后。

此时原所有人不得要求受让人返还财产，而只能请求转让人（占有人）赔偿损失。

《物权法》第一百零六条规定：

无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

- （一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；
- （二）以合理的价格转让；
- （三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

焦点关注：遗嘱库能否破解继承难题

2013-03-20 北京日报 陈凯

〔提要〕新加坡的遗嘱注册并不是把遗嘱交给遗嘱注册处，而是呈报立遗嘱者的个人资料、所立遗嘱及修改遗嘱的日期，以及协助拟订遗嘱的律师的个人资料、遗嘱保管人的身份资料、将以上资料存档者的个人资料等。



北京市中凯律师事务所 陈凯

新闻背景

继承法领域有很多与老百姓息息相关的问题。近日，全国人大常委会法律委员会向媒体表示，已经着手研究修改继承法。据悉，“幸福留言”中华遗嘱库即将启动，这是我国第一个遗嘱库，遗嘱库能否破解老百姓家庭中的继承难题呢？

遗产纠纷多因无遗嘱或遗嘱不明确

2009年以来，一系列的名人遗产案将遗嘱和继承的话题逐渐推向公众视野，引起了许多讨论。当时，相声演员侯耀文遗产案、国学大师季羨林去世后遗产失踪事件、歌星陈琳自杀后爆出遗产纠纷的苗头；而在海峡彼岸，围绕台塑领导人王永庆的3300亿台币遗产，一场豪门家族争战正在上演；在香港，2007年去世的亚洲女首富龚如心的400亿港元遗产案进入了最重要的审理阶段，加上前几年沸沸扬扬的画家陈逸飞遗产案、演员古月遗产案、作家路遥遗产案、著名藏书家傅增湘遗产案……一系列文化名人的遗产案件令人目不暇接，与继承有关的话题逐渐成为社会热点。

这些名人遗产案多与当事人没有订立遗嘱或者遗嘱不明确、不规范有关。我国现行继承法规定的遗嘱形式包括：自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音遗嘱和公证遗嘱。由于书写技术的革新和社会观念的进步，在继承法

修改的讨论中，对遗嘱形式的修改建议是最多的。有的学者提出应增加打印遗嘱、密封遗嘱、录像遗嘱等形式；有的学者则认为打印遗嘱容易伪造，遗嘱应当由立遗嘱人自己或代书人代为书写；有的学者认为公证遗嘱不宜作为一种独立的遗嘱形式，认为应当修改公证遗嘱具有最高效力的规定；来自公证机构的声音则反对这种意见。

由于现实生活中的状况多种多样，无论规定哪种具体的遗嘱形式，很多现实案例仍然超出了法律设想的情形。例如国外许多律师事务所把遗嘱表格提供给当事人，由当事人自行填写或勾选相关的选项，甚至由律师询问后，由律师代为勾选和填写，当事人只需签字便形成了一份遗嘱。这种遗嘱有一部分是手写的，有一部分是打印的，如果按照我国法律的规定，无论是根据手写遗嘱还是打印遗嘱的要求，都无法单独被认定为有效的遗嘱。

因此有学者认为，遗嘱的成立与否应当着眼于遗嘱能否体现立遗嘱人的真实意思，法律不宜对遗嘱形式作出列举式的规定，应当原则性规定遗嘱成立的要求，而不对遗嘱的具体形式作出限制。

特留份制度：有利有弊引争议

在诸多遗产案中，配偶或子女的继承问题占很大比例，这其实涉及到特留份制度。所谓“特留份制度”，是指特定的法定继承人得以继承一定份额的遗产，遗嘱人不得取消。世界上有多个国家实行特留份制度，“特留份”比重不一，有的国家规定三分之一，有的国家规定二分之一。据了解，在此次修订继承法的过程中，特留份制度得到了大多数专家的支持。支持的理由大概有两点：一是维护家庭和谐与传统价值观，二是避免“花心老公”鬼迷心窍，立遗嘱指定“小三”继承全部财产，以至糟糠之妻孤苦伶仃、一无所获。

不过，在学界普遍开展的继承法修改研讨活动中，出现了特留份制度的激烈争辩。巫昌祯、龙翼飞等著名法学家均提出设立特留份制度的必要性，但许多实务部门的人士对此提出了不同看法。在中国婚姻法研究会2012年年会上，对特留份制度的讨论达到空前激烈的程度。持支持观点的人认为，特留份制度具有恢复固有伦理制度和维护传统亲情的作用，应当立法予以确立。持否定观点的人认为，被继承人与家庭成员关系非常复杂，设立特留份制度可能不但不能维护传统亲情，反而不利于维护老年人权益，容易使家庭问题更加复杂；同时，对于陈光标这样有将遗产捐赠公益事业的想法的爱心人士，该规定可能打击他们的公益热情。

新修改的老年人权益保障法即将于今年7月1日实施，该法规定：“老年人以遗嘱处分财产，应当为老年配偶保留必要的份额。”这一规定实际上已经确立了在老年夫妻中间实行特留份制度。

遗嘱登记并非仅把遗嘱交登记机构

遗嘱登记是遗嘱库的重要工作内容。遗嘱登记在我国尚属新生事物，但在国外，遗嘱登记已经在多个国家存在。[新加坡](#)律政部于2003年成立了世界上第一个遗嘱注册处，在几年的运行过程中，得到了民众的肯定，公众对遗嘱注册反映良好。

所谓遗嘱登记，指当事人将遗嘱文件或遗嘱信息（例如何时在何处立有遗嘱等），或与遗嘱有关的物品和资料在统一的机构进行登记和保管。遗嘱登记是遗嘱订立之后、遗嘱执行之前的重要环节，因此有学者提出，应当建立统一的遗嘱登记机构，避免遗嘱执行和效力认定中存在漏洞。

新加坡的遗嘱注册并不是把遗嘱交给遗嘱注册处，而是呈报立遗嘱者的个人资料、所立遗嘱及修改遗嘱的日期，以及协助拟订遗嘱的律师的个人资料、遗嘱保管人的身份资料、将以上资料存档者的个人资料等。

新加坡律政部成立遗嘱注册处的目的是方便遗产管理人查询遗嘱事宜。由于很多人立遗嘱都不让家人知道，所以有了这一机构，死者的亲属或者他们的律师在办理遗产管理手续时，就可以向注册处核实其是否立有遗嘱，以及遗嘱的下落，从而免去了不必要的争执，也使遗产的处理工作能够顺利进行。

延伸阅读

把遗嘱交给谁保管最放心？

现实生活中，人们往往把订立后的遗嘱交给亲友或律师管理，但亲友或律师管理遗嘱存在以下弊端：

一是亲友与继承人之间存在千丝万缕的联系，有可能不小心泄露了遗嘱的内容，因此导致新的麻烦。现实生活中经常发生继承人知道遗嘱内容，不满意遗产安排，继而对立遗嘱人的态度发生转变的案例。而且，一旦让继承人知道了遗嘱内容后，如果立遗嘱人将来想要再进行修改和调整，很可能会引发新的矛盾和冲突。

二是无法防止管理人因客观原因无法管理遗嘱的情况发生。因为亲友管理遗嘱大多数是“义务劳动”，法律对他们的责任缺乏约束，如果他们发生去世、出国、迁居等客观情况，可能无法继续管理遗嘱。由律师个人管理遗嘱也存在类似的风险。

三是亲友的法律水平有限，自身容易招惹矛盾。有的亲友出于好心管理遗嘱，在将来把遗嘱交给继承人时，如不能说清受托的原委，或者缺乏相关的证据，可能因此遭到对遗产安排不满的继承人的起诉。

四是多份遗嘱效力认定成难题。如果当事人立有多份遗嘱，而这些遗嘱如果保存在不同的地方，由不同的人管理，在立遗嘱人去世后，这些管理人是否能够全部找到，是否能够将所有的遗嘱放在一起进行效力认定，则出现了不确定性。如果遗漏了一份遗嘱，而且这份遗嘱可能成为推翻前面所有遗嘱的依据，那么之前进行的遗嘱认定和遗产分割都要推倒重来。

律师：假结婚离婚规避房产税面临六大法律风险

2013年04月12日 人民网 人民网[微博]

4月12日电 为规避“国五条”高额房产交易税，各地纷纷出现了新一波假结、离婚潮，甚至有不少网友质疑“国五条”的合理性。对此，“家事法苑”婚姻律师团队成员段凤丽、李军在做客人民微博微访谈时表示，假结、离婚避税有风险，得不偿失，不建议大家采用。

李军认为，政策性离婚确实隐藏着各种各样的风险，如因国家政策变动或调整导致离婚未达预期逃税目的；因离婚协议生效且不可反悔，一方假戏真做，导致另一方人财两空或者导致一方或双方心理失衡而做出极端的行为，甚至触犯刑律。另外，即使是假离婚，也会对孩子的身心健康产生不好的影响。因此，不值得为避税而假结、离婚。

段凤丽也认为，通过假结、离婚来规避“国五条”只存在理论上的可行性。因为“国五条”是增加二手房买卖的交易成本，而夫妻之间的更名过户不受此限，所以从理论上说通过假结、离婚可能达到避交20%个税的目的，但风险很大。其法律风险主要有以下几种：双方产生相互扶养的法律义务；财产约定不明或约定无效时产生争议的风险；出资证据不明时，财产权属产生争议的风险；一方反悔不愿离婚时，或为达到其他目的，陷入离婚持久战中；一方恶意举债时，对外承担连带债务的风险；而且由于认识上的分歧，可能也会存在刑事责任风险。同时，虽说为规避房产交易税而假离婚是否违法存有争议，但一般认为其违反了公序良俗，因此，也难以说是合理避税，这种分歧也是潜在的风险。（实习生 张晓红）

婚内赠房能拿回 说好送房却反悔昔日夫妻对簿公堂

2013年04月11日 投资者报 费国海

婚姻存续期间，老婆曾对老公许下承诺自愿放弃与其共有的房产，希望将房子完整过户至对方名下。然而时过境迁，转眼二人劳燕分飞，走出了婚姻的“围城”，男方多次要求前妻配合办理过户手续，却遭遇不配合。前夫拿着前妻曾经出具的声明书，却无法拿回许诺过的一半房屋产权，遂将其告上法院。婚后送房可以反悔吗？

说好送房却反悔 前夫怒告前妻

深圳市民李小姐与王先生于2007年结婚，婚后二人共同出资购买了一栋房产作为居住之用。婚后不久，出于某些原因的考虑，李小姐出具了一份声明书，明确表示自愿放弃其和男方共同共有的房屋产权，自愿将其拥有的产权过户至男方名下。

2011年，二人因感情不和离婚。王先生多次要求前妻配合办理房产过户手续，但李小姐都不予配合。拿着前妻亲手签名的声明书，王先生将李小姐告上法庭，请求其确认涉案房产的所有权归自己所有，要求女方将原本登记在双方名下的房产过户至男方一人名下。

为何当初答应将一般房产赠与前夫，离婚后又反悔？对此，李小姐有自己的说法，其表示，声明书是其在前夫的胁迫下签订的，并非自己的真实意思。“没人那么傻，白白送一般房产给别人，即使那个人是自己的老公。”李小姐表示，“送房子根本不是我的本意，当时被逼着才签字。”

一审判决男方胜诉

一审法院经过审理后查明，涉案房产为夫妻共同财产。李小姐婚姻关系存续期间向王先生确实出具了声明，在该声明中，女方已明确表示放弃涉案房产的产权。至于王小姐主张的声明系受男方胁迫情形下签名，但并未提供相关证据予以证明，男方对此亦不予认可，法院表示对此不予采信，对男方出具的声明的真实性予以确认。案件双方争议在于女方所出具声明的法律性质问题。法院认为，王小姐答辩主张其放弃涉案房产产权即是对男方的赠与行为，现涉案房产并未办理变更登记，女方据此有权撤销赠与。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第六条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理”。法院认为，该条文确立的是夫或妻一方所有房产在夫妻之间发生赠与行为后如何处置的规则，而涉案房产为夫妻共有房产，并非为一方所有，故本案情形不适用该条文确立的处分规则。

一审法院认为，女方声明放弃涉案房产的产权，实质系双方对婚姻关系存续期间所得财产即涉案房产归属达成了约定，涉案房产已据此由共有房产约定为男方个人所有，该约定对双方具有约束力。男方据此请求房屋所有权归男方所有，应该支持。

随后，一审法院判决涉案房产归男方王先生所有，其前妻王小姐应协助男方将上述房产变更登记至男方名下。上诉律师：未办理产权登记可撤销赠与

一审判决后，王小姐向深圳中院提出上诉。

王小姐二审代理律师颜宇丹的法律观点与一审法院不同。其认为，一审判决曲解了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第六条的规定，直接导致判决结果错误。

“一审判决对该条规定的理解实属望文生义的嫌疑。”颜宇丹律师表示，“一方所有”并不仅仅指的是一方对房产产权份额100%的完全所有，当然也应包括对房产产权份额比例的部分所有，作为原夫妻共同共有房产所有人之一的王小姐完全有权依法处分自己享有房产份额比例部分。

颜宇丹律师例举了我国《婚姻法》规定的三种夫妻财产约定的模式。即分别所有、共同所有和部分共同共有，

并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。其认为，将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然按照男方诉称双方当事人达成了涉案房产的处理协议，但因未办理房屋产权的变更登记手续，依照我国《物权法》的规定，房屋所有权尚未转移，而依照《合同法》关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

颜律师表示，我国《合同法》第一百八十六条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”本案所涉房产共有份额的赠与情形显然不属于不能行使任意撤销权的情形，故女方完全有权在该房产产权办理变更登记前撤销赠与，继续保有与男方共同共有的权利状态。

事实上，其认为王小姐出具的“声明”实为一种赠与协议。由于系对不动产的赠与，依照我国《合同法》第四十四条第二款及《物权法》第六条、第九条第一款的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。”据此，即使认定上述“声明”为赠与，也因未办理转移登记手续，赠与协议也未生效。

目前，本案二审结果仍未出炉。

《投资快报》发自广州

网恋结婚 丈夫爱拈花惹草 无奈离婚 如愿分得拆迁款

2013年4月15日 上海法治报 胡珺



资料照片

一个杭州姑娘在网上结识了上海小伙，两人通过网恋步入了婚姻殿堂。然而，婚后丈夫的拈花惹草，让她意识到婚姻生活并非如憧憬中的那样美好。

在无奈分居并离婚后，她唯一的要求是分得在婚姻关系存续期间，她作为安置人之一的拆迁补偿。

但是除了老房子的地址之外，她对于拆迁情况几乎一无所知……

异地网恋修成婚姻正果

2012年12月初，一位叫潘菲的年轻女子特意从杭州赶来向我咨询，她说自己被丈夫起诉离婚，虽然她也想要离婚，但总觉得丈夫对不起她，因此感到心有不甘。

随后，她简要介绍了自己和丈夫从相识到结婚再到分居的经过。

作为杭州人的潘小姐在2007年通过网络结识了上海人林晨，两人经历了一段浪漫的网恋和现实中的交往，最终于2008年2月登记结婚。

作出结婚的决定，就意味着潘小姐要放弃自己在杭州的工作，来到上海与林晨共同开始新的生活。

然而经过一段蜜月期之后，潘小姐赫然发现自己的丈夫竟然喜欢拈花惹草，个人生活混乱不堪。更让她感到难以启齿的是，由于丈夫的原因，她甚至一度染上了性病。这和自己所憧憬的婚姻生活显然有着天壤之别。

两年婚姻走入分居状态

在维持了2年婚姻关系后，再也无法忍受丈夫不忠的潘菲回了杭州的娘家，双方从2010年4月开始分居。由于两人没有生育过子女，因此也几乎就没有来往了。

正式分居之后，林晨也曾找过潘菲商谈离婚的事。但作为女性，潘菲认为自己是这段短暂婚姻中的受害方，离婚完全是林晨造成的。如此轻易地放过这个负心的男人，她总觉得心有不甘。

但对于潘菲提出的十万元左右的赔偿要求，林晨表示自己没有稳定工作，完全无能为力，因为始终无法征得潘菲的同意去办理协议离婚。不想继续遭受婚姻束缚的林晨只能从上海请了律师，到杭州的法院去起诉要求离婚。

男方起诉女方心有不甘

得知自己被诉，潘菲的感情十分复杂。一方面，她清楚这段短暂的婚姻即将走向终点，不管诉讼进行得如何，离婚分手是迟早的事，而且她也希望能够尽早摆脱这段婚姻带给自己的阴影，早日开始新的生活；另一方面，她对丈夫前后的所为依旧无法释怀，希望能够多少获得一点补偿。

在咨询中潘菲告诉我，双方之间的确没有多少共同财产，但她依稀记得在2009年的时候，林晨曾经问她拿过身份证、户口本的原件，说是他母亲的老房子要拆迁，需要用到这些东西。但是具体的拆迁和补偿细节，丈夫并没有向她透露。

曾遇动迁不知具体细节

由于2009年属于潘菲和丈夫婚姻关系存续期间，因此我对这一事实格外注意，并就此作了询问。

在我的追问下潘菲回忆说，当时丈夫和婆婆办理拆迁手续是瞒着她进行的，她只是依稀听说婆婆拿到了一套拆迁安置房，但是不是跟自己有关，到底有多少拆迁款她就完全不知情了。

她说，希望我这个房产和婚姻方面的专业律师能从她所提供的有限信息里，帮她理出一些头绪，让她知道自己是否还有一些离婚时可以享有的权益。

分拆迁款需要另案处理

听了她介绍的简单情况，并根据我办理动拆迁案件的经验，我当时就告诉她，根据上海2009年时的拆迁政策，老房子基本是采取“数人头”方式进行补偿的，也就是拆迁协议中一定会出现拆迁安置人口，而根据她结婚的时间以及当时曾使用过她的身份证件这一情况来推断，潘菲属于房屋的拆迁安置对象几乎是八九不离十的。

但如果要分得属于她在拆迁安置中的那份利益，首先因为涉及到她婆婆以及可能存在的其他安置对象，所以不一定能在离婚案件中处理。其次，拆迁款分割的案件需要相关书面材料，但目前除了老房子的地址，潘菲对其它信息一无所知，所以我们需要通过调查取得初步材料。而要获得初步材料，倒是可以借助这个离婚案件。

制定策略应对离婚诉讼

由于潘菲经济并不宽裕，出于为她节省诉讼成本的考虑，我建议她在离婚案阶段没有必要委托律师代理。

但我事先已经给她制定了一个基本的策略：因为丈夫林晨没有支付补偿的经济能力，而潘菲的赔偿请求在法律上也没有依据，就不要在诉讼中和丈夫纠缠补偿的问题，只须要求林晨提供他母亲房屋拆迁的具体情况和相关材料就可以了。

我告诉潘菲，如果丈夫不肯配合，那么她就不要考虑同意离婚的事。而从双方的分居情况，以及林晨急于起诉的表现来看，我认为他是会在这个问题上妥协的。

而一旦获得基本的拆迁材料，就能为下一个拆迁安置补偿分割案件打下基础。那个时候她再委托我，我一定可以帮她争取利益最大化。

我的建议得到了潘菲的同意，她一边自己积极应诉，一边跟我保持着联系。

获得协议开始后续调查

2012年12月底，潘菲再次带着一份杭州法院的离婚调解书和一份由林晨提供的拆迁协议找到了我。一切都在我们当初的设想中，潘菲在当天就与我签订了委托代理协议，让我帮她解决争取拆迁利益的事。

这起案件在准备立案的过程中，我们先要解决两个问题。首先是诉讼主体的问题，潘菲显然是原告，而在同类案件中，法院一般要求将所有拆迁安置对象都作为被告。

而潘菲提供的拆迁协议显示，这套老公房的承租人叫高泉，是潘菲婆婆的父亲。被拆迁人处的签章为潘菲的婆婆高梅和婆婆的父亲，但在拆迁补偿安置协议附件里出现的安置对象名单中并没有婆婆的父亲，除了潘菲的婆婆、丈夫和潘菲三人外，还有一个叫李国强的人。据潘菲回忆，李国强应该是丈夫的继父，但房子动迁后没多久，他和潘菲的婆婆好像又离婚了。

为了立案初步确定诉求

为了能顺利立案，最终我们还是将高泉、李国强与高梅、林晨一起作为被告起诉。

接下来，我们必须确定诉讼的标的。从拆迁协议来看，该房屋的总拆迁款达到120万元，其中有40万元用于购置目前名字登记为高梅一人的一套安置房。

但是，协议中有一处令人困惑的地方。在“拆迁人名单”李国强的名字后面有个括弧，里面写着“另作处理”四个字。光从这份协议来看，我们无法判断是拆迁公司另外给了李国强安置利益，还是从本拆迁协议的利益中直接分配了一块给他。

我初步判断，这个疑问恐怕要通过到拆迁公司调取更多材料才能清楚了。

虽然潘菲作为因为婚姻关系引入的人口，与拆迁房的来源无关，在该房屋内既无户口又无长期居住事实，她很难拿到四分之一的安置款，但我们还是打算按这个最大限度来提起诉讼。再考虑到拆迁安置房的实际市场价值已经远远超过40万元，所以我们的标的分成房屋产权和动迁款两个部分。从后面诉讼的过程来看这是一个非常明智的做法，因为涉及到相对难以转移的房屋，无形中还为执行难题铺平了道路。

获调查令信息逐渐明朗

立案后没多久，承办法官就电话告知我们一个情况：虽然李国强是上海人，但是送达给他的法律文书被高梅退了回来，高梅表示离婚后自己与李国强没有任何联络，对其联系方式也不知情。

如果将李国强列为被告，就只能通过公告送达了，这无疑会拖延诉讼程序的进行。在被迫进行公告前，我们拿到了法院的调查令进行更为深入的调查，因为拆迁已经有些年头了，我跑了好几次才将相关材料调查全。

但老天不负有心人，这些材料替我们解决了不少问题。

原来，这套房屋总共有三份拆迁协议，高泉和自己的一个儿子一个孙子三人作为一户安置；高梅、林晨、潘菲、李国强作为另一户安置；因为某些特殊原因，动迁公司又与李国强单独签订了一套拆迁安置的协议。

最终形成的事实是，李国强已经单独获得了特殊对象补贴3万元、交通补贴5万元、其它补贴5万元，并从

高梅一户的货币补偿款中分出 20 万元，总计拿到 33 万元，他用其中的 23 万元购买一套拆迁安置房。

双方调解获得 20 万补偿

根据我调查到的情况，显示李国强的拆迁利益是独立而明确的，他不再是该案的必要共同诉讼人。根据这一新情况，我们迅速调整了原来的起诉书，撤销了对高泉和李国强的起诉，并将对房屋产权和剩余拆迁款的主张都调整到了三分之一份额。

本案主体变成三人之后，法院很快组织了开庭。

在大量的书证面前，高梅也承认到目前为止所有的拆迁利益都在她手里，但她和儿子仅有这套安置房可供居住，至于剩余的拆迁款也已基本用于房屋的装修，已经所剩无几。

见她有耍赖的意思，而且如果真的通过判决获得拆迁款，恐怕日后的执行也是个难题，因此作为潘菲的代理人我在法庭上坚持要求对房屋进行产权的分割确认。

虽然我们也知道即便法院判决分割确认产权，将来真正分割还是需要漫长而艰难的过程，但这无疑能给高梅母子很大的压力。

果然，通过法官积极的调解工作，为了保住这套安置房，高梅同意一次性支付 20 万元给潘菲，从此双方事结案了。

在征得潘菲同意后，我们认可了这一调解方案，法院当庭制作了调解书。为了不留执行的后遗症，庭审笔录写明待高梅一周后将钱款支付至法院，该调解协议方生效。

一周后，潘菲顺利拿到了这笔拆迁安置款，对于这场失败的婚姻她也终于感到释怀了。

十三、好书推荐

特别声明

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

家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事律师网™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称(京 ICP 备 10218255 号-1)，并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：李军、王东莹

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

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

“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com