家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 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。

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

（“家事法苑”团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬）

目 录

一、婚姻家庭审判动态

为少年司法更辉煌聚智慧谋发展——“少年法庭改革与建设”论证座谈会发言摘登----------2016-11-02 人民法院报 最高人民法院蒋明整理

宁津 情感修复助家事纠纷“软着陆”----------2016-11-06 人民法院报 郑春笋 高国义

宿城法院审结首例社区申请撤销监护人资格案---------2016-11-08 江苏高院 宿迁市宿城区人民法院 朱来宽 刘敏

第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要----------2016-11-30 最高人民法院

长宁法院召开涉未成年子女家事案件审判白皮书发布会----------2016-11-30 上海长宁法院

涉未成年子女离婚案件审判白皮书 ----------2016-11-30 上海长宁法院

二、一般审判动态

三、立法动态

天津:明年 3 月 1 日起处置家暴和性骚扰将有法可依----------2016-11-20 法律图书馆

广东省公安机关反家庭暴力告诫书制度工作指引----------2016-11-22 南粤家事

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

（二）婚姻无效撤销案例

（三）子女抚养亲子关系案例

祖孙相思不得见 隔代探望获法院支持----------2016-11-08 人民法院报 任韵霖 楚仑

（四）财产分割案例

离婚后财产纠纷中违章建筑不宜作为夫妻共同财产分割----------2016-11-21 最高院民一庭

（五）损害赔偿案例

（六）扶养赡养案例

“家事法苑”团队奉献

儿子拒养母亲 法官判定其行为构成遗弃罪，获刑一年半----------2016-11-03 广州市中级人民法院
库伦旗法院典型案例发布：法盲遗弃病妻 触犯刑法严惩----------2016-11-08 法制网 吕弢
谁来为我养老----------2016-11-14 经济与法

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

婚姻家庭、继承纠纷裁判要旨汇总 离婚后财产纠纷（1）----------2016-11-11 北大法律信息网
无证据证明财产分割协议显示公平无权请求重新分割----------2016-11-24 指导性案例审判规则
婚姻家庭、继承纠纷裁判要旨汇总 离婚后财产纠纷（2）| 法宝案例----------2016-11-22 北大法律信息网

（八）恋爱同居纠纷案例

感情过期，赠出的 房产能要回吗？----------2016-11-01 民主与法制杂志 孟祥林
昔日恋人合资购房 今日翻脸对簿公堂----------2016 年 11 月 09 上海法治报 记者季张颖 通讯员孙口

（九）其他相关案例

徐贵红、杨少名与徐贵成、魏孔花婚姻家庭纠纷之第三人撤销之诉案----------2016-11-03 北航法律评论
借房办入学却将百万拆迁款据为己有 法院判决被告返还拆迁款并支付利息-2016-11-02 人民法院报 陈雅敏 宁宇
夫妻一方擅自以共有房屋与银行签订的抵押合同有效----------2016-11-12 指导性案例审判规则
法院对夫妻一方下落不明，另一方提起离婚诉讼的处理----------2016-11-14 法信
厦门思明区法院判定男方出轨 微信记录成关键证据----------2016-11-17 厦门网 彭菲
采用欺骗手段与妇女发生性关系构成对妇女贞操权的侵犯----------2016-11-23 指导性案例审判规则
男子假离婚买房变真离婚“丢”房 结果还背一身债务----------2016-11-30 厦门网 陈佩珊

（十）赠与案例

未成就结婚条件赠与彩礼应予返还（最高院《公报》案例中确定的审判规则）---2016-11-08 指导性案例审判规则
违反公序良俗原则的赠与合同虽履行但仍应认定无效----------2016-11-14 法律家
赠与人于房屋交付前变更买受人赠与关系尚未成立——罗 x 诉黄 x、赵 x 赠与合同纠纷案------2016-11-16 法律家
丈夫私赠情人三十多万财产 妻子上法庭讨还----------2016-10-21 厦门网 谭欣妮

（十一）夫妻债务案例

夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务----------2016-08-24 法信
夫妻共同债务认定中举证责任的分配----------2016-11-28 法信
夫妻一方借债 债务谁承担？----------2016-11-2 北京法院网 达媛

五、继承

（一）继承审判动态

请别忌讳立遗嘱！厦门首例无主财产认定案今日判决，遗嘱究竟多重要？
----------2016-11-01 厦门市海沧区人民法院 海沧法院
见证书次日签发 瑕疵遗嘱无效----------2016-11-09 信息时报(广州) 记者魏徽徽 通讯员马英
异姓养子是否能继承遗产 法庭化解遗产纠纷----------2016-11-24 厦门网 陈佩珊 吴荣辉

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

“口粮田”及“果树地”家庭承包经营权不因某一家庭成员死亡发生继承
----------2016-11-03 人民法院报 北京市第三中级人民法院 张清波

六、房产、股权、信托

（一）房产

婚姻家庭、继承纠纷裁判要旨汇总 离婚纠纷（4）----------2016-11-04 北大法律信息网
民国时期和建国初期的土地契约能否作为主张权利的依据?---------2016-11-06 法客帝国 北京一中院 茂刚法官
婚后购得经适房 未办产权分割难----------2016-11-10 北京法院网 王俊姬
父母和未成年子女间不动产转让的几个问题----------2016-11-18 中国房地产杂志 金绍达

（二）股权

控股股东离婚案惹祸，挖金客“卖身”上市公司、IPO 双双折戟----------2016-11-28 梧桐树下 V 梧桐小编

披露实控人与他人“同居俨如配偶”，为海洋实业收购报告书点赞！----------2016-11-29 梧桐树下 V 梧桐小编

（三）信托

七、社会新闻

云南女大学生起诉父母 要求返还压岁钱----------2016-11-06 法律图书馆
异姓养子是否能继承遗产 法庭化解遗产纠纷----------2016-11-24 厦门网 陈佩珊 吴荣辉
五岁男童为索要户口页告奶奶 称上学办手续等受阻----------2016-11-25 法律图书馆
智力残疾男孩缘何借款 130 万元？法官拨开疑云保护无民事行为能力人合法权益----------2016-11-21 浦江天平

八、异域资讯

英格丽·褒曼的婚史：一个教科书般的国际婚姻法案例----------2016-10-28 国际私法通讯
意大利缩短“离婚冷静期”致离婚率大涨----------2016-11-15 环球时报-环球网(北京) 举报

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

我国家事审判制度的改革探索(上)----------2016-10-20 法制日报—法制网 中国应用法学研究所博士后 任容庆
我国家事审判制度的改革探索(下)----------2016-11-02 法制日报—法制网 中国应用法学研究所博士后 任容庆
不动产继受人范围要厘清----------2016-11-04 中国不动产 陕西省西安市不动产登记服务中心 陈学超
我国内地离婚损害赔偿制度存废论——以我国内地司法实践实证调查及与台湾地区制度比较为视角
----------《河北法学》 2015 年 06 期 西南政法大学 陈苇 张鑫
尽快出台反家庭暴力法实施细则----------2016-11-06 中华女子学院
反家暴法执行中的重点难点探究（上）----------2016-10-28 中国妇女报
反家暴法执行中的重点难点探究（下）----------2016-11-04 中国妇女报
徐涤宇教授主题报告·2016 年会综述系列（八）----------2016-11-10 中国民商法律网 中国民法学研究会
2016 年法律实务专场暨“少年审判与家事审判的关系”专题研讨会召开------2016-11-14 东方网 常怡蓉 林需需
无处可归：村庄拆迁改造中破碎的家庭与失去的家园丨文化纵横
----------2016-11-16 《文化纵横》2016 年 10 月号纸刊 北京大学社会学系 孙超
婚后共同还贷房产增值补偿计算方法探究----------2016-11-18 鑫士铭沙龙 烟台大学法学院副院长 刘经靖 山东鑫士铭律师事务所 邵永利
唐代婚姻解除之礼法规制：夫妇之道不可以不久也----------2016-11-18 烟台大学法学院教授 孙季萍
金眉教授、丁海俊副教授谈民法分则继承编|讲坛----------2016-11-25 中国民商法律网 民商法前沿论坛
人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 11 期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录
----------2016-11-24 人大复印资料 人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 11 期
法律适用 2016 年第 11 期(总第 368 期)婚姻家庭论文摘要----------法律适用 2016 年第 11 期(总第 368 期)
对家暴说“不”为何如此难----------2016-11-28 人民法院报 中国应用法学研究所博士后 张建肖

（二）法官视点

法眼观察|面对家庭暴力该怎么办？听听法官的维权建议----------2016-11-02 北京三中法院风景线
婚姻家庭案件法律适用疑难问题研讨----------2016-11-02 北京审判 北京三中院民二庭
“离婚协议”怎么签才不会出问题，秦淮法官手把手来教你----------2016-11-02 南京市秦淮区人民法院 王冬青
最高院民一庭：如何认定受遗赠人“知道受遗赠后两个月内”的起算点------2016-11-09 家事法务 最高院民一庭
办理涉少家事案件的探索与出路----------2016-11-07 中国法院网 江苏省太仓市人民法院 屈芳
基于夫妻财产约定的不动产物权在未经登记下的司法保护------2016-11-10 人民法院报 北京市大兴法院 张纪云
离婚协议分割房产但未过户案件的处理·以执行异议之诉为视角的分析
----------2016-11-10 审判研究 浙江省嘉兴市中级法院 钱慧智
执行夫妻名下财产的司法困境及路径选择----------2016-11-04 中国执行 最高法院 詹晖
冰冷的法条，温情的判决——从个案看婚解二 24 条的适用------2016-11-13 庐州判官 合肥市蜀山区法院 蒋鸿铭
张学军：离婚时“联合购买住房”的分割研究----------2016-11-13 民事审判参考
破解夫妻债务困境的当今之策与未来之法----------2016-11-16 北大法学在线 王礼仁

子女抚养费问题研究----------2016-11-17 重庆法院网 潼南法院 张娥
民间借贷中认定夫妻共同债务需要考虑的因素----------2016-11-16 湖南法院网 新邵县人民法院 刘园芝
一审观护辨抚养能力高低 二审权衡准三方“意思自治---------2016-11-18 法润花季 上海二中院少年庭 陆晓波
域外反家庭暴力立法聚焦----------2016-11-18 人民法院报 江西省鄱阳县人民法院 郭扬辉 罗小明
婚姻法解释二第24条或许没有那么不正义----------2016-11-16 庐州判官 淮南市中级人民法院 刘凤玉
只有当你成了债权人，见识了死皮赖脸的债务人，才知道二十四条也没那么差---------2016-11-16 微伟道来 微伟
同居关系期间购买房产的权属认定、分割问题——董攀诉丁晶所有权确认纠纷案---广州市番禺区人民法院 张慧欣
我遇到的奇葩当事人……----------2016-11-27 基层法官 兰台公子
民间借贷纠纷案件的几个新问题及原因|附十大建议及典型案例----------2016-11-26 法信 北京市二中院
同居时男方发现子女非亲生所致纠纷的六个法律问题----------2016-11-22 江苏省泗洪县人民法院 姜波
“情妇”与原配的遗嘱之争----------2016-11-25 法律读库 蒋保鹏
杜万华：关于儿媳、女婿是否对父母为子女一方购买的房屋享有权利的问题----------2016-11-23 法信
不动产物权确认的实体和程序问题----------2016-11-21 北京三中院 李丹
婚姻登记的法定程序在服务行政视角下可适当从宽------2016-11-21 中国案例报告 重庆市大渡口区法院 徐良
一个专审离婚案子法官的杂感：婚姻就是合同，各取所需----------2016-11-21 天涯论坛 糖糖 T 妞
共同债务离婚后单独提出的诉讼时效抗辩不能成立----------2016-11-29 重庆法院网 涪陵法院 叶路辉
夫妻同“户”，离婚后一方要求返还户口簿的不予支持----------2016-11-09 北京法院网 宿鹏涛

（三）检察官视点

（四）律师视点

【观韬家事沙龙第2期】不动产新规讲座文字实录----------2016-11-02 婚姻家庭与资本市场 高明月
夫妻一方出卖双方名下房产的法律判断----------2016-11-03 审判研究 江苏法舟律师事务所 林佳业
证监会“揭密”终止首发原因，发起人“婚变”自此难恐过关！----------2016-11-05 家族律评 贾明军律师
两岸家事案件执行问题比较研究——父母对未成年子女扶养之刑事责任
----------2016-11-07 台湾成鼎律师事务所律师 梁维珊
以暴制暴：“弱者”反抗家庭暴力的最好选择？----------2016-11-14 江苏中虑律师事务所 吴知然
认定夫妻共同财产应当把握的25条物权法规则（附办案依据）----------2016-11-15 文法书院 徐忠兴
分割夫妻共同财产应当把握的34条物权法规则（附办案依据）----------2016-11-17 文法书院 徐忠兴
离婚房产分割中，关于法院管辖问题几则故事----------2016-11-22 远闻（上海）律师事务所 赫少华

（五）文件选读

离婚案件分割财产时对“工龄买断款”如何处理----------2016-11-04 法信
陕甘宁边区高等法院民事判决书----------2016-11-05 民事审判参考
遗嘱中的房屋在被拆迁后所得补偿房屋或补偿款，遗嘱中确定的原房屋继承人能否主张继承-2016-11-05 家事法务
二轮土地承包后，农村新出生人口和户口迁入人员要求解决承包地，如何处理？
----------2016-11-14 海坛特哥 最高人民法院
关于依法妥善审理房屋买卖合同纠纷案件的通知----------2016-11-17 天津高院

（六）媒体视点

北京三中院：“家暴认定低，受害者仍需提高维权意识”----------2016-11-02 民主与法制时报 赵春艳 刘晓蕾
悲情龙凤胎----------2016-11-03 经济与法
外地户籍夫妻为买房决定离婚 妻子嫁给中介----------2016-11-04 晨报记者 张佳琪
家暴举证难在哪里----------2016-11-04 人民法院报 盛会
居委会申请取代监护人资格，法院准了----------2016-11-08 人民法院报 朱来宽 刘敏
海外亲戚房产中国频遇继承难？涉外继承需求剧增，跨国家事法律服务"问计"公证!-----2016-11-15 律新社 王琼
专家称24条与婚姻法冲突 部分基层法院探索解决办法----------2016-11-15 成都商报 记者张柄尧
婚姻险爱情险各有门道 夫妻离婚后不应草率退保----------2016-11-21 证券日报 本报记者 尹力行
“反家暴法”17省区市已出配套政策----------2016-11-27 新京报 记者沙璐

云南家暴人身安全保护令制度实施办法出台----------2016-11-25 法制日报—法制网 刘百军
反家暴法贯彻实施顺利 多地多部门展开积极探索----------2016-11-25 人民日报海外版
为遗产99岁老伯被起诉 法官悉心调解化纠纷----------2016-11-30 浦江天平 上海二中院

（七）公证专题

公证视阈下建立家事法律服务室的探索与实践----------2016-11-16 公证文选 包头市天泽公证处 李琨
公证视点：如何把握继承中的特例----------2016-11-25 公证人 山东省临沭县公证处 阚怀学
接受遗赠之我见----------2016-11-22 重庆市公证处 何伟 刘文娅

十、新书资讯

《困境未成年人国家监护制度的健全》----------2016-11-04 三明中院
《世纪争产案遗嘱真伪之辨》----群众出版社 中国人民公安大学出版社 2011年1月1日第1版 詹楚材 张泽民著

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TM 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TM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、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：邓雯芬、侯晓婷

家事法苑TM家事律师网 http://www.famlaw.cn

家事法苑TM 新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan

家事法苑TM婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正 文

一、婚姻家庭审判动态

为少年司法更辉煌聚智慧谋发展

——“少年法庭改革与建设”论证座谈会发言摘登

2016-11-02 人民法院报 最高人民法院蒋明整理

我国少年法庭经过30多年的发展，教育矫治了一大批犯罪未成年人，涌现出包括尚秀云、詹红荔等许多优秀法官，取得了很大的成绩，得到社会各界的充分肯定和极高的评价。少年法庭的成立和发展对中国司法和人权领域作出了重大贡献，获得了国际赞誉，也成就了中国的少年法庭经验和范本。

如何进一步加强少年法庭工作，最高人民法院一直在思考这个问题，并始终积极寻找出路。为此，2016年10月19日，最高人民法院召开“少年法庭改革与建设”论证座谈会。最高人民法院常务副院长沈德咏到会并就少年法庭工作的改革与发展发表了意见。出席座谈会的专家学者、法官、检察官和律师代表，为我国少年法庭工作献计

献策，座谈成果丰硕。现将与会代表的观点摘登如下。

少年法庭改革正处于关键时期

中国政法大学终身教授陈光中认为，党的十八大以来，我国进入全面推进依法治国的新时期，少年法庭的发展在司法改革大背景下遇到了一些新情况，正处于一个关键的历史时期，必须引起我们高度重视。

少年法庭在司法改革中只能加强、不能削弱，只能前进、不能后退，这个总的方针不能动摇。少年司法是衡量司法进步性、文明性的重要指标。国际人权报告、我国的司法文明状况报告以及国务院新闻办公室的白皮书，都重点关注未成年人的司法保护。

少年法庭的改革和发展，需要社会各界共同关注，共同推动。总的来说，少年法庭牌子不能丢、名片不能毁、方向不能乱。少年法庭工作卓有成效，这是中国司法领域一张光彩夺目的名片，要保护、发展好，创造少年司法的中国经验和中国方案。

关于少年法庭的改革与建设，应注意几个问题：

第一，关于少年法庭审理案件数量问题。未成年人犯罪率下降，少年法庭刑事案件减少，这是一个现实问题，也说明了少年法庭审判工作卓有成效。在其他庭室受理的案件数量大幅度上升的情况下，少年法庭的案件数量却在减少，以至于有些少年法庭的人员被调整、机构被撤并，这个情况要正视。要特别注意，少年法庭的工作不能以案件数量来衡量，少年法庭除了庭审以外，还有很多延伸、帮教工作要做，每件案子的工作量可能几倍于成年人案件审判的工作量。但是案件太少也不行，必须务实解决。可以适当扩大少年法庭受案范围，保障少年法庭工作稳步发展。

第二，少年法庭的改革出路问题。未成年人的司法保护，是一揽子工程，少年法庭应当实行综合审判方案，搞综合审判，把民事、刑事综合起来审判，更有利于全方位保护未成年人权益。对涉及未成年人的家事案件，是放在少年庭审理，还是放在家事庭审理，主要是一个取舍，但放在少年法庭审理更好一些，因为这样更有利于保护未成年人利益；这部分案件只占家事案件的很少一部分，拿出来也不会影响家事审判改革。

第三，关于不满十六周岁不负刑事责任未成年人严重违法行为的司法处置问题。我认为可以考虑，但目前缺乏立法支持，涉及司法扩权问题，需要特别慎重，可以先进行试点研究。

少年法庭改革要从国家层面来考量

北京师范大学刑事法律科学研究院教授宋英辉认为，少年法庭的改革发展，必须遵从以下两方面：一是少年法庭的改革必须要从国家战略层面来考量。未成年人违法犯罪关系到国家的长治久安，是国家战略必须考虑的问题。在新的历史时期，少年审判的功能定位应当有新的考量和顶层设计，要从积极参与国家治理体系现代化建设的高度，而不是单纯审理案件的角度，改革和发展少年审判工作。二是少年法庭的改革和建设必须尊重少年司法规律。要体现对未成年人的特殊保护、优先保护和儿童最大利益原则；要成立专门审判机构，少年审判 32 年来工作最大的教训就是没有形成自上而下独立的专门审判机构，导致每逢改革少年审判便会受到冲击；要形成独立的审判管理类别和独立的评价体系，体现少年审判的工作实绩和特色。

关于改革和建设中几个具体问题，第一，不赞同少年审判与家事审判合并审理。原因之一，少年审判和家事审判的着重点不一样。少年审判强调儿童利益最大化原则，注重儿童利益保护，家事审判的当事人双方是平等的，注重平等保护；原因之二，少年审判尤其是刑事案件的处理，如果用成年审判方式去对待，将不可避免地给未成年人带来伤害，因此少年审判还是要有专门的团队和体系。对涉未成年人离婚案件是否应该纳入少年审判，相当多的未成年人犯罪背后都有家庭离异的情况，必须高度重视，在少年审判框架内加强对这一部分案件的审理，将有利于构建未成年人的司法保护体系。但对不涉及未成年人的家事案件不宜纳入少年法庭审理。

第二，关于案件的受案范围。原有未成年人案件综合审判庭的受案范围是合适的，在原有基础上，根据新的形势增加一些涉及未成年人的案由种类，是可以的，人员不足可以根据审判情况合理增加。

第三，关于不满十六周岁不负刑事责任的未成年人违法行为的处置问题。实际上，不满十六周岁不负刑事责任未成年人严重违法的案件很多，不少案件没有反映在统计数据中。这一部分的案件如果能通过司法途径来处理，会更加规范和公正，应当加强这一方面的探索。

第四，关于少年法庭受理十八周岁以上不满二十二周岁青年人犯罪案件问题。这个问题在学术界和实务界的讨论非常多，根据生物学、心理学、医学研究成果，人的大脑发育，情绪控制能力要到二十四周岁才完全成熟，行为控制能力要到二十六周岁才完全成熟。将十八周岁到二十二周岁的轻刑犯罪案件纳入少年法庭审判范围，更有利于

对于这一部分被告人的改造和挽救，对发挥少年法庭的职能作用、实现刑罚的教育、矫治功能都是有益的。

少年审判改革发展的关键是要有专门机构

上海政法学院刑事司法学院教授姚建龙就少年法庭的改革和建设着重谈了以下几个问题：

第一，少年审判的生存危机问题。在 30 多年发展历程中，少年法庭受到多次冲击。这次是受到家事审判的冲击。这不过是老问题新表现。少年审判屡屡出现生存危机，究其原因，主要是少年审判一直推进的是搭积木式改革，没有从根本上解决问题。当然，这其中有客观原因，那就是受到权限限制。有的改革，例如工读学校问题、收容教育问题，需要立法完善。从国外的经验看，涉及少年司法的先议权，也即对少年犯，包括对没有达到法定责任年龄的少年犯，是否需要正规审判、如何教育改造等等，都得由法院评估、决定，但我们国家不少却交给了检察机关、公安机关，这是需要反思的。

第二，少年审判与家事审判的关系。两者的关系可以用十六个字概括：理念相通，程序相近，资源共享，相互独立。从美国、日本以及我国台湾地区的实践看，虽然建立了家事少年法院，但在内部，家事和少年是有明确分工的。对国外的经验不能只见其表，不见其实。建议在法院内部成立少年家事部。少年家事审判资源可以共享，信息互通，但案件审判互相独立，互不干扰。

第三，少年审判改革发展的关键是要有专门机构。目前少年法庭面临的困境，表面上看是案件数量问题，实际上是因为少年审判没有核心机构，体系太弱，没有真正成为专门的审判类别。没有专门机构和人员，少年审判只能加强，不能削弱的要求就无法落实。

第四，关于少年法庭受理案件范围，对十六周岁以下实施严重违法行为不负刑事责任的未成年人，数量很多，不宜交给公安机关一家负责，应该经过法院的司法程序进行处置。涉及被害人是未成年人的，更应该进入少年法庭。对涉及未成年人的家事案件，也应该由少年法庭审理。

第五，对不满二十二周岁青年犯罪案件应当纳入少年法庭审理范围。我国法律界定成年的标准是十八周岁，成年除了法律标准外，还有生理学标准、心理学标准、社会学标准。现在有所谓“童年期延长”现象，也就是生理成熟早但社会

化推迟。中国古代 20 岁为弱冠，中央文件规定 25 岁是青少年的上限。可以把少年法庭审理案件的年龄高限放宽到 25 岁，由各地结合本地实际掌握。少年法庭可以更名为青少年法庭，内部对于少年法庭和青年法庭进行区分。

少年法庭改革必须做到招牌不能毁方向不能乱

《民主与法制》杂志社总编辑刘桂明认为，少年法庭工作非常重要。在几代法院人的共同努力下，少年法庭已成为人民法院的一块金字招牌，因此，少年法庭改革必须做到招牌不能毁，方向不能乱。目前要重视的几个问题：

第一，要解决好少年法庭的架构问题。应当考虑好三个架构，理论方面的架构，应当考虑好少年司法定位的问题，这是先决问题；制度方面的架构，主要是少年司法的立法问题，需要进一步完善好；业务方面的架构，就是受案问题，在原有基础上稳步提高受案范围。

第二，要重视少年法庭机构问题。少年司法是国事，只能加强，不能削弱，少年法庭的独立机构建设问题非常重要。有了独立的机构，在统一的架构体系中，稳步探索少年法庭的各项工作才能更加卓有成效。

第三，数量与体量问题。少年法庭审理案件不能仅仅看数量，还要考虑其特色工作，但是数量太少，少年法庭的职能作用发挥就会受到限制。增加十八到二十二周岁的刑事案件，是一个非常智慧的选择，符合心理学、生理学规律，有利于充分发挥少年审判在教育感化挽救犯罪人方面的独特功效。

第四，要注重少年审判功能。这是关系到少年法庭 30 多年来改革存亡的问题，是关系下一阶段少年审判境界高低的问题，我认为还可以广泛调研，广泛听取意见，不断加强少年审判功能的探索。

少年司法的改革，在司法领域没有任何负面声音，怎么强调、加强、重视都不过分，还可以进一步充实与加强。

有必要设立专门的少年法院

北京市青少年法律援助与研究中心主任佟丽华认为，少年法庭的改革非常重要。

第一，非常有必要设立专门的少年法院。党的十八届四中全会提出要设立专门法院。少年法院最需要，条件也最成熟。希望最高人民法院重视和加强顶层设计。

第二，涉及未成年人的家事侵权类案件有必要纳入少年法庭受案范围。这类案件很多，却没有管起来，导致大量违法犯罪没有受到应有制裁，对未成年人的权益保护非常不利。家事案件中涉及未成年人权益的其他案件，如离婚案件，也应当纳入进来。

第三，不满十六周岁不承担刑事责任未成年人的违法行为案件应当纳入少年法庭审理。这类案件非常多，社会高度关注。应当借鉴其他国家的经验，通过司法程序将这部分案件和违法犯罪的未成年人管起来，纳入到少年法庭审理的范围。

少年法庭综合审判应向深层次发展

首都师范大学少年司法社会工作研究与服务中心主任席小华认为，少年法庭改革涉及很多方面：

一是犯罪生理学的问题。这个问题在学术界发展很快，但是司法领域的关注还不够。国外提出二十四岁，心理和生理才完全成熟，法律需要衔接这一年龄，所以将少年法庭的受案范围扩展到二十二周岁是完全没有问题的，很多青年人要实现心智完全成熟，十八周岁是达不到的。

二是犯罪预防科学问题。对未成年人的犯罪预防，国外正在从浅层预防向深层预防发展，简单说就是将犯罪预防的广度和深度大大延伸。实行少年审判的综合审判，就是将未成年人犯罪预防从浅层次向深层次发展。

三是少年审判专业化问题。少年审判专业化一个非常重要的指标就是专门机构。这也是一个率先需要解决的问题，如果没有这个基础，很多工作无法开展，这个要达成共识。

少年法庭应当专业化

北京市人民检察院未成年人案件监察部主任岳慧青认为，少年司法改革应当坚持几个原则：一是坚持现有司法体制的情况下，构建中国特色少年司法制度。二是坚持稳步推进的原则。三是遵循司法规律的原则。四是坚持理想与现实相结合的原则。五是坚持儿童利益最大化原则。

具体做法：第一，人民法院的少年审判，需要检法相互推动，共同发展。第二，应当加强机构建设，少年法庭应当专门化，这种专门化必须自上而下，否则，基层法院的法官没有归属感，会感觉低人一等，不利于少年审判发展。第三，应当坚持改革创新，不断丰富和发展中国特色少年司法制度。第四，应当不断推动立法完善，推动少年司法法律体系的完成。

少年审判要大胆改革加快改革步伐

北京市高级人民法院未成年人案件审判庭庭长赵德云认为：

第一，要特别重视最高人民法院的机构建设。从实践来看，只有建立独立的机构来统一管辖少年审判工作，才能真正实现少年法庭工作的专门化和专业化。北京市三级法院都成立了未成年人案件综合审判庭，因为高院有独立机构，所以北京市的少年法庭工作能够成为一个相对独立的板块，在司法改革中没有感受到明显的冲击。这也说明了独立机构的重要性，所以我们也盼望最高人民法院在少年审判的独立机构建设方面下定决心迈出关键一步。

第二，要坚持综合审判。综合审判的效果已在审判实践中得到论证。从北京这几年的综合审判情况看，综合审判明显更有利于犯罪未成年人的认罪悔罪，改过自新，无论是法律效果还是社会效果都非常好，所以这个改革方向一定要坚持。

另外，被害人是未成年人的案件必须纳入少年审判庭，法院和检察院要联手来做好改革的工作，实现强强联合，家事审判和少年审判也可以强强联合，但不能影响少年法庭的职能发挥。少年审判案号要统一，要建立审判管理指标评价机制。家事改革发展很快，成效显著，少年审判也要大胆改革，加快改革步伐。

推动少年审判工作科学发展

河南省驻马店市中级人民法院副院长、第十一届全国人大代表李其宏认为，少年法庭的职能作用存在被弱化和淡化的趋势，在一些法院，少年法庭办理了许多与自己职能不相称的其他案件，少年审判的特色没有得到显现。目前在全国开展的家事审判改革，对少年综合庭的受案范围也有一定的冲击和影响。因此建议：

第一，稳定并加强少年法庭的组织机构和队伍。少年审判工作由于面对未成年人这一特殊的对象，有特殊的法律程序、独特的审判理念、方式和回访帮教方法，具有不可替代性，稳定发展独立的少年法庭机构和队伍，非常必要。希望最高人民法院设立独立建制的少年法庭，指导下级法院少年审判工作的开展。

第二，明确界定少年审判职能定位，推进少年法庭综合审判改革。在少年审判工作中，对未成年人的保护应树立最大化、最全面、最有效的保护理念。

少年审判机构亟待完善

上海市长宁区人民法院未成年人案件审判庭庭长王建平认为，解决少年法庭目前存在的困境，重点要解决三个方面的问题：

第一，关于少年审判机构建设问题。30 多年来，少年审判工作取得巨大成就，得益于有一些专门的机构、专业

的人员在从事这项神圣而庄严的工作。但是最高人民法院始终没有建立起指导全国少审工作的统一的少年法庭机构，全国

各高级法院中除北京、上海、甘肃和河南外，其他省市高级法院也没有建立独立建制的少年审判机构，从而制约了少年审判工作的进一步发展。如果在少年司法而立之年还不能建立健全全国法院少年审判机构，少年法庭将无法完成历史赋予的未成年人司法保护工作。

第二，关于推进少年审判指定管辖问题。可以考虑实行指定管辖集中审理制度，将分散审理的未成年人犯罪案件集中分配给部分法院审理，向专门法院即少年法院的建立迈出探索步伐，同时可以摆脱受案法院收案数明显减少的困境。

第三，关于明确少年法庭管辖范围问题。建议将涉少离婚案件、离婚后涉及未成年人权益的案件、涉及未成年人的一般侵权责任纠纷包括教育机构责任纠纷（俗称校园伤害纠纷）纳入改革受案范围，而不是受理全部家事案件和其他民商事案件。

少年法庭的组织体系必须保持独立和壮大

江苏省徐州市中级人民法院少年家事庭庭长王韧认为，少年法庭发展历经 32 年，尤其是最近 10 年，少年法庭工作发展很快，在取得很大成绩的同时，少年法庭也随之陷入了生存的困境，比如案件减少、出现无米下锅的问题，家事审判改革的挤压问题，员额制改革问题以及绩效考评不平衡问题等等。这些问题的根本症结在于少年法庭发展路径的选择。

少年法庭必须坚持独立发展之路，少年法庭的组织体系必须保持独立和壮大。目前进行的家事审判改革，家事案件和少年案件合并审理的模式有其合理性，但放在一个业务部门，直接引起了两类案件庭内资源争夺，因为家事案件体量较大，涉少案件审判在庭内审判格局中处于从属地位很难避免。因此，少年法庭必须要有基本案件数量保障。进一步明确少年法庭职能定位，广泛建立独立的组织机构，把案外工作纳入工作量评价范围，使少年法庭向专门化和专业化方面发展。

建设统一的少年法庭加强业务指导

江苏省南京市玄武区人民法院少年法庭庭长王萍认为，需要建立少年审判独立的工作业绩评价体系。少年法庭法官做了很多案外工作，这些工作为人民法院赢得很多荣誉，也得到了社会各界的广泛认同，但是很多案件的延伸工作无法计入工作量，极大挫伤少年法庭法官工作的积极性。对于受案范围，少年法庭就是全面维护未成年人权益的审判庭，应该以刑事审判为中心，展开民事、刑事、行政综合审判。法治宣传也是我们需要重点考量的内容。我们基层的法治教育效果极佳，对于中小学校的法治宣传起到了极为有利的作用。我们都呼唤独立的机构建设。希望最高人民法院建设统一的少年法庭，加强对于下级法院的业务指导，只有最高人民法院建立的独立的少年法庭，全国少年法庭机构上下一体，我们今天面临的所有问题都将迎刃而解。

家事审判和少年审判都应不断改革和进步

最高人民法院民一庭庭长助理于兵认为，目前家事审判和少年审判都在积极改革，都在各自领域取得了很大的成绩，在二者融合审判上积累了丰富的实践经验。家事审判与少年审判改革的利弊，应该进一步调研，在试点基础上不断总结并推动改革。建议听取各地试点法院的意见，家事审判和少年审判都应不断改革和进步，使两者能共同进步。

少年审判应重点考虑案件的职能

最高人民法院刑一庭副庭长杜国强认为，目前法院普遍存在受案不均衡的问题，有历史原因，也有社会原因。

少年审判不宜过分强调案件数量降低，应该重点考虑案件的职能、优势，使少年审判的特色体现出来，推动少年审判不断前进。少年审判的矫正、挽救职责应着重从审判的角度去推动，进而使机构设置得到推动。对于被告人为未成年人的性侵案件，可以考虑纳入少年审判，但被害人为未成年人的案件，不宜全部纳入少年法庭审理范围，因为这些案件与普通刑事案件并无太大的区别。对基层法院多头指导的问题，应当在这次改革中明确，哪一类由刑庭指导，哪一类由民庭指导，应当区别对待，划清范围。对十八周岁至二十二周岁的轻罪青年人犯罪纳入少年法庭问题。要注意如何甄别轻刑案件；如何落实对这类人的宽缓作用；要关注社会效果问题，社会如何接受，如何面对，怎样说服社会民众对犯罪分子的从宽处罚，这些都需要进一步试点和研究。

少年法庭改革必须要注重顶层设计

中华司法研究会专职副秘书长牛凯认为，少年法庭必须要加强。少年司法是一种国家战略，不管将来如何发展，

如何变化，都应该加强。未成年人检察工作的发展对于少年法庭的发展应当是一种重大促进，也是机遇。对于改革中涉及未成年人犯罪的很多数据，最高人民法院没有为未成年人设定专门的统计口径，比如驾驶案件中有多少涉及未成年人，刑事案件中有多少未成年人被害人，都无法获取准确的统计数据，因此必须建立好单独的审判管理体系，做好大数据研究。

加强少年法庭工作，必须要注重顶层设计，在最高人民法院层面设立未成年人审判专门机构；要出台具体的改革方案，应兼顾刑事司法和儿童福利，注重保护和预防一体化；加强受案范围研究，解决好案源不足的问题，处理好少年审理和家事审理的关系。赞同将十八至二十二周岁青年人轻刑犯罪案件纳入少年法庭审判，可以考虑借鉴国外少年法庭的经验和做法，进一步研究和完善。

少年法庭改革应突出其重要性和独特性

最高人民法院政治部法官管理部副部长刘峥认为，少年法庭改革不能单打独斗，要和检察机关互通有无，在两者相互衔接和配合下推动改革。

少年法庭改革要突出其重要性和独特性，少年法庭应该主动介入多元化争端解决机制，突出在其中的作用。少年法庭改革不是因为案件少，而是因为其地位的重要，是因为少年法庭工作的特殊性，不是因为家事审判改革而迫使少年审判进行改革。少年法庭改革不能站在本位主义立场，应当合理解决与家事审判改革的关系。这两项改革都是最高人民法院主导的改革，不能相互冲突或抵触。

最高法院应率先成立专门的少年审判机构

中国应用法学研究所副研究员代秋影认为，少年审判改革和家事审判改革都很重要，二者应该齐心协力，共同推动。少年法庭应当保持独立的组织机构和人员队伍，最高人民法院应当和最高人民检察院一样，成立专门的少年司法机构。和家事审判相比，少年司法相对薄弱，但是儿童利益最大化原则必须要坚持，这需要专业化的法官来落实。要解决人员专业化，必须先解决机构专门化，否则将影响未成年人犯罪矫治的效果。

宁津 情感修复助家事纠纷“软着陆”

2016-11-06 人民法院报 郑春笋 高国义

作为山东省德州市法院系统推行家事审判方式改革的基层试点法院之一，宁津县人民法院坚持“依法维权、调解优先、公正高效、多方协作、促进和谐”原则，积极探索出一条以诉前社会力量介入、庭审特设情感修复阶段、专业化设施辅助“三位一体”的家事情感修复工作机制， 且可复制、模板化，有力地提升了家事审判工作质效，受到当地社会各界群众的普遍好评。

■诉前介入 让对立的情感缓缓劲

“我要和这个不孝子作个了断，真是白养了这个没良心的!”情绪激动的李奶奶在大儿子的搀扶下来到宁津法院保店人民法庭诉讼服务站，对工作人员不停地数落着二儿子的不是。工作人员考虑到属于家事纠纷，经征询李奶奶和大儿子的意见，给该镇法院聘请的家事调解员吕春梅打了电话，并随即填写了委派调解函，启动了家事纠纷的诉前调解程序。

吕春梅是宁津县保店镇的妇联主席，今年 5 月她又有了另外一个新身份，和全县 12 个乡镇的妇联主席一起被宁津法院聘为家事调解员，接受法院的诉前委派或者诉中委托从事家事纠纷的调解工作。

“奶奶，您别着急，先喝杯茶冷静冷静，跟我详细说一下你遇到的问题，好吗？”在保店法庭布置温馨的家事调解室内，吕春梅和李奶奶唠起了嗑。原来李奶奶一直和大儿子在一起居住，自己家的老房子今年 4 月拆迁后，李奶奶就把拆迁后得到的 2 万元补偿款给了大儿子。但从此以后，二儿子以未得到拆迁补偿款为由，对老人不尽赡养义务，也不上门看望，把李奶奶气坏了。

“我也不是不养老娘了，就是感觉她把钱全给了我哥，我心里不平衡!”吕春梅送走李奶奶，和李奶奶村的妇女主任一起来到二儿子家面谈。“你这种思想是不对的，赡养老人又怎能看在钱上。实际上现在老人们都有退休金了，也花不了你几个钱，老人就是希望你多去看看她。现在老人要去法庭告你，你觉得丢人不丢人啊？!”吕春梅和该村妇女主任一起从法理情理出发对二儿子进行思想教育。

“你说的都对，我就是别不过这个扣，实际上我哥条件不如我好，就是有点怨老娘偏心，现在既然你们来了，我也怕让乡亲们笑话，都听你们的。”一番交谈后，很快老人和两个儿子一起达成了轮流赡养的协议。

“家事无小事，家事纠纷调处也是我们妇联的一项主要工作，能够和法院一起构建家事纠纷调处的联动平台，对充分发挥妇联的职能作用，也是一次难得的机遇。”在得知吕春梅又成功调解了这起家事纠纷，宁津县妇联主席

宋艳敏高兴地说。

宁津法院解决家事纠纷，强化社会力量的联动职能，力争将纠纷化解在诉前，先后和县司法局、县妇联、团委、教育、民政等单位分别签署了《宁津县家事纠纷诉前调解工作实施办法》，组成了由 2 名驻院人民调解员、14 名家事调解员、14 名家事调查员、2 名心理咨询师构成的家事调解员队伍。对那些矛盾对立、尖锐、情绪激动的当事人，为避免“打官司”给他们造成的二次感情伤害，由法院工作人员算清诉讼风险五笔账，并引导分流给家事调解员先行诉前调解，让对立的情感缓一缓，以达到最大限度化解家庭矛盾纠纷的目的。

该项举措实施 3 个月以来，共引导分流诉前调解案件 102 件，调解不成进入诉讼程序的 73 件，其他全部诉前调解结案。

■情感修复

给纠结的情感找找路

“罗某和刘某是 2010 年在济南打工的时候认识的，婚后感情一直很好，只是近期因为罗某经常玩手机、聊微信，刘某认为罗某有了第三者，于是经常吵架，造成感情出现问题，经调查，双方父母都认为两人还有和好的可能。”这是家事调查员、宁津县时集镇妇联副主席安平接受委托对原、被告都同意离婚的一起婚姻家庭纠纷案件进行社会调查后，呈送法院调查报告中的一段话。

看到这份报告，家事法官翟平谨慎起来，因为像这种夫妻双方均同意离婚的案件，按惯例法官是不必再做调解和好工作了，只对双方在财产和子女抚养问题进行调解，而这份调查报告却让翟平看到了双方和好的希望，“这是一桩可以挽救的婚姻啊。”

6 月 24 日上午，这起离婚案件如期开庭，翟平在询问双方当事人是否申请回避后，宣布本案进入情感修复阶段。“尺有所短、寸有所长，婚姻中的男人女人常常犯这样的错误，无形中放大彼此的缺点，而忽视了对方的优点，静下心来想一想，其实或许你忽略了很多对方在生活上的闪光之处，下面罗某、刘某你二人共同填写家事案件婚姻情感调查表一（优点篇），填完后签上你们的名字。”在翟平的主持下，情感修复阶段有条不紊地进行，罗某和刘某先后填写了五份情感调查表，观看了结婚录像片段和孩子的照片剪辑。

当看到电视机上孩子的照片剪辑以及听到那首耳熟能详的音乐《世上只有妈妈好》时，刘某的眼泪再也控制不住流了下来，最后翟平按照既定程序宣布给予罗某、刘某冷静期 1 个月，并当庭填写了委托函，委托罗某、刘某所在乡镇的家事调解员在冷静期内进行调解。

一周以后，刘某来到了法院，“翟法官，我不离婚了，以前都是我疑神疑鬼，当时在法庭上我就不想离了，但是碍于面子，我没有说。这几天，我们镇的调解员和村主任到我们家去了好几趟，太辛苦了，我那口子也不想离了，我想撤诉。”

就是这样，宁津法院在庭审中专门设立了情感修复阶段。即，该法官通过让夫妻双方填写婚姻家庭情感调查表，观看结婚录像和播放子女照片做成的 VCR，启发当事人回忆共同生活中对方的优点、自身缺点和令对方感动的点滴往事，共同怀念孩子的成长片段，勾起对孩子的关爱、对家庭生活的信心和责任心。情感修复阶段由庭上法官主导修复和庭后社会力量参与调解两部分组成，然后根据案件情况进行法庭调查等后续程序。

“为使那些家事纠纷中不健康的心态、非常纠结的情感得到矫正和梳理，我们在家事案件的审理中，特别设立了情感修复阶段。通过设计的特定情节、特定方式唤起双方当事人对以往美好生活的回忆，唤醒他们的生活责任感。”宁津法院院长王慧说。

■设施辅助

将失控的情感降降温

舒适的沙发、暖色调的壁纸、纸巾、花卉、大大的“和” 子，一处设置温馨、感觉私密的心园工作室让家事调解员和心理咨询师有了调解纠纷、疏导心灵的绝佳舞台。

“这是什么地方，怎么比我们家还漂亮，感觉好舒服，在这里，我有什么不对的，你也可以守着人家调解员说说。”在心园工作室内，本来怒气冲冲的王女士和她丈夫说道。原来王女士的丈夫来法院起诉离婚，法院工作人员按照家事纠纷的情感修复程序，委派给驻院调解员进行诉前调解。收到调解员王玉成的电话通知后，王女士当时就来了气，抱着和丈夫大闹一场的想法来到法院，却在心园工作室这样的氛围中，一下子泄了气。

“孩子，平常爸爸妈妈谁照顾你多啊？”“这是两个杯子，一个代表爸爸、一个代表妈妈，你更愿意用哪个杯子喝水呢？”在心园工作室内，心理咨询师、宁津第一实验小学的李红梅老师正在对一起争夺孩子抚养权案件中的

女孩豆豆进行心理疏导。而在另一个房间内，豆豆的爸爸妈妈正在紧张地看着一台电视机，电视中的内容正是李红梅老师对豆豆进行疏导的情形。

“我喜欢用这个杯子!”当豆豆选择了代表妈妈的那个杯子时，豆豆的妈妈长舒了一口气，而爸爸却难过地低下了头。最后，豆豆的爸爸向家事法官崔晓表示既然孩子选择了和妈妈生活，那尊重孩子的意见，本来一起剑拔弩张的纠纷，在法院巧妙的安排下，妥善解决。

“你不要灰心，虽然豆豆由她妈妈抚养，但是你有探视的权利，我们已经和豆豆妈妈说好，允许你每两周探视一次，这就制作调解书。”崔晓向豆豆爸爸做着调解工作。

“那以后她妈妈不让我探视怎么办？”还是不放心的豆豆爸爸问道。“没关心，考虑到这种情况，我院专门建立了未成年人探视中心，如果豆豆妈妈不允许探视，你只要写份申请就行了。如果豆豆妈妈还不让探视，这种情形，如果你要求变更抚养，法院会作为一项证据考虑的。”崔晓说。

宁津法院为加大家事纠纷情感修复力度，增进情感修复效果，设立了心园工作室和与之配套的观察室，营造一种温馨和缓的调解氛围，给失控的感情降降温，便于家事调解员和心理咨询师的调解。同时对那些赡养纠纷、抚养纠纷的案件，让另一方当事人在观察室内感觉到对方情感变化，引发情感共鸣，对案件处理会起到意想不到的效果。

同时宁津法院还和妇联、民政联合在宁津县救助站设立了“宁津县反家暴庇护中心”和“宁津县人民法院未成年探视中心”。

“这两个中心的成立，是法院、民政、妇联等部门服务大局、关注民生、反对家庭暴力，推动和谐社会建设的一项有益尝试，同时也是法院进行家事审判改革的一项重大举措。”宁津县委常委、政法委书记张会利说。

宿城法院审结首例社区申请撤销监护人资格案

2016-11-08 江苏高院 宿迁市宿城区人民法院 朱来宽 刘敏

不久前，网上和媒体热炒的一段视频，“宿迁洋河小街路站台，一位父亲带着三岁孩子乞讨，无任何疾病，有路过车就让孩子去拦下要钱，父亲嗜烟酒成性，孩子抽烟也是平常……”这一信息引起很多人的关注。11 月 4 日，宿迁市宿城区人民法院依法按照特别程序，公开审理了此案。该案也是宿迁地区首例居民委员会申请撤销监护人资格案。

作为申请人，宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居委会提出申请，请求法院撤销靳乐乐（化名）的父亲靳某的监护人资格，将监护权移交给东关社区居委会。被申请人靳某由于被鉴定为患有酒毒性人格改变、具有限制民事行为能力宿迁市洋河新区社会事业局作为法定代理人出庭应诉。

法庭上，东关社区居民委员会对撤销靳某监护人资格列举了一系列证据，证明靳乐乐于 2012 年 10 月 28 日出生，系宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居委会一组村民。靳乐乐母亲的姓名及身份信息不详，系靳某于 2012 年从外地带至本地生活的妇女，其在生下靳乐乐八个月时离家出走，至今下落不明，除了靳某外没有其他监护人；同时出具了宿迁市公安局洋河派出所委托司法鉴定机构对靳乐乐与靳某鉴定是父子关系和靳某患有酒毒性人格改变，具有限制行为能力，具有行政处罚能力鉴定意见。

东关社区还出具了洋河派出所多次接到群众报警，内容是靳某在街上以及徐淮路上教唆靳乐乐拦汽车要钱要物，经记录在案一共有 24 起；靳乐乐讨来的钱财则全部用于供应其抽烟、酗酒等挥霍。靳某酗酒成性，酒毒性人格改变，有人格障碍，对靳乐乐生命安全造成隐患，不适宜进行行使监护人监护资格。

靳乐乐现被村镇相关部门送至宿迁市儿童福利院看护。

法院经审理后认为，被申请人靳某因患有精神障碍类疾病导致民事行为能力受限，其作为靳乐乐的监护人不仅不能更好的履行法定监护职责，还存在利用靳乐乐乞讨、教唆其施行违法行为等监护侵害行为，严重危害了被监护人靳乐乐的人身及其他合法权益。依据《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》等相关规定，应撤销被申请人靳某对靳乐乐的监护权。因靳乐乐的母亲身份信息不详，且今下落不明，其自靳乐乐出生后不久便离家出走，未尽任何监护义务，故其不宜作为靳乐乐的监护人。除了父母之外，靳乐乐只有一近亲属即其叔叔靳某某。但靳某某与被申请人靳某素有矛盾，且靳某某长期在外务工，也不愿意承担监护责任，故其亦不宜作为靳乐乐的监护人。

综上，申请人东关社区自愿承担对靳乐乐的监护职责，符合法律规定，据此，一、撤销靳某为靳乐乐的监护人的资格。二、指定宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居民委员会为靳乐乐的监护人。

第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要

“家事法苑”团队奉献

2016-11-30 最高人民法院

2015 年 12 月 23 日至 24 日，最高人民法院在北京召开第八次全国法院民事商事审判工作会议。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱同志专门作出重要批语。最高人民法院院长周强出席会议并讲话。各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院以及计划单列市中级人民法院派员参加会议。中央政法委、全国人大常委会法工委、国务院法制办等中央国家机关代表，部分全国人大代表、全国政协委员、最高人民法院特邀咨询员、最高人民法院特约监督员以及有关专家学者应邀列席会议。

这次会议是在党的十八届五中全会提出“十三五”规划建议新形势下召开的一次重要的民事商事审判工作会议。对于人民法院主动适应经济社会发展新形势新常态，更加充分发挥审判工作职能，为推进“十三五”规划战略布局，实现全面建成小康社会“第一个百年目标”提供有力司法保障，具有重要而深远的历史意义。通过讨论，对当前和今后一段时期更好开展民事审判工作形成如下纪要。

一、民事审判工作总体要求

我国正处于奋力夺取全面建成小康社会的决胜阶段，人民法院面临的机遇和挑战前所未有，民事审判工作的责任更加重大。作为人民法院工作重要组成部分的民事审判工作，当前和今后一段时期的主要任务是：深入贯彻落实党的十八大和十八届三中、四中、五中、六中全会精神，以习近平总书记系列重要讲话精神为指导，按照“五位一体”总体部署，协调推进“四个全面”战略布局，围绕“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的目标，坚持司法为民、公正司法，充分发挥民事审判职能作用，服务创新、协调、绿色、开放、共享五大发展理念，坚持依法保护产权、尊重契约自由、依法平等保护、权利义务责任相统一、倡导诚实守信以及程序公正与实体公正相统一“六个原则”，积极参与社会治理，切实提升司法公信力，为如期实现全面建成小康社会提供有力司法服务和保障。

二、关于婚姻家庭纠纷案件的审理

审理好婚姻家庭案件对于弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护婚姻家庭稳定，具有重要意义。要注重探索家事审判工作规律，积极稳妥开展家事审判方式和工作机制改革试点工作；做好反家暴法实施工作，及时总结人民法院适用人身安全保护令制止家庭暴力的成功经验，促进社会健康和谐发展。

（一）关于未成年人保护问题

1. 在审理婚姻家庭案件中，应注重对未成年人权益的保护，特别是涉及家庭暴力的离婚案件，从未成年子女利益最大化的原则出发，对于实施家庭暴力的父母一方，一般不宜判决其直接抚养未成年子女。

2. 离婚后，不直接抚养未成年子女的父母一方提出探望未成年子女诉讼请求的，应当向双方当事人释明探望权的适当行使对未成年子女健康成长、人格塑造的重要意义，并根据未成年子女的年龄、智力和认知水平，在有利于未成年子女成长和尊重其意愿的前提下，保障当事人依法行使探望权。

3. 祖父母、外祖父母对父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务，其定期探望孙子女、外孙子女的权利应当得到尊重，并有权通过诉讼方式获得司法保护。

（二）关于夫妻共同财产认定问题

4. 婚姻关系存续期间以夫妻共同财产投保，投保人和被保险人同为夫妻一方，离婚时处于保险期内，投保人不愿意继续投保的，保险人退还的保险单现金价值部分应按照夫妻共同财产处理；离婚时投保人选择继续投保的，投保人应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

5. 婚姻关系存续期间，夫妻一方作为被保险人依据意外伤害保险合同、健康保险合同获得的具有人身性质的保险金，或者夫妻一方作为受益人依据以死亡为给付条件的人寿保险合同获得的保险金，宜认定为个人财产，但双方另有约定的除外。

婚姻关系存续期间，夫妻一方依据以生存到一定年龄为给付条件的具有现金价值的保险合同获得的保险金，宜认定为夫妻共同财产，但双方另有约定的除外。

三、关于侵权纠纷案件的审理

审理好侵权损害赔偿案件对于保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会公平正义具有重要意义。要总结和运用以往审理侵权案件所积累下来的成功经验，进一步探索新形势下侵权案件的审理规律，更加强调裁判标准和裁判尺度的统一。当前，要注意以下几方面问题：

（一）关于侵权责任法实施中的相关问题

6.鉴于侵权责任法第十八条明确规定被侵权人死亡，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任，并没有赋予有关机关或者单位提起请求的权利，当侵权行为造成身份不明人死亡时，如果没有赔偿权利人或者赔偿权利人不明，有关机关或者单位无权提起民事诉讼主张死亡赔偿金，但其为死者垫付的医疗费、丧葬费等实际发生的费用除外。

7.依据侵权责任法第二十一条的规定，被侵权人请求义务人承担停止侵害、排除妨害、消除危险等责任，义务人以自己无过错为由提出抗辩的，不予支持。

8.残疾赔偿金或死亡赔偿金的计算标准，应根据案件的实际情况，结合受害人住所地、经常居住地、主要收入来源等因素确定。在计算被扶养人生活费时，如果受害人是农村居民但按照城镇标准计算残疾赔偿金或者死亡赔偿金的，其被扶养人生活费也应按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出标准计算。被扶养人生活费一并计入残疾赔偿金或者死亡赔偿金。

（二）关于社会保险与侵权责任的关系问题

9.被侵权人有权获得工伤保险待遇或者其他社会保险待遇的，侵权人的侵权责任不因受害人获得社会保险而减轻或者免除。根据社会保险法第三十条和四十二条的规定，被侵权人有权请求工伤保险基金或者其他社会保险支付工伤保险待遇或者其他保险待遇。

10.用人单位未依法缴纳工伤保险费，劳动者因第三人侵权造成人身损害并构成工伤，侵权人已经赔偿的，劳动者有权请求用人单位支付除医疗费之外的工伤保险待遇。用人单位先行支付工伤保险待遇的，可以就医疗费用在第三人应承担的赔偿责任范围内向其追偿。

（三）关于医疗损害赔偿责任问题

11.患者一方请求医疗机构承担侵权责任，应证明与医疗机构之间存在医疗关系及受损害的事实。对于是否存在医疗关系，应综合挂号单、交费单、病历、出院证明以及其他能够证明存在医疗行为的证据加以认定。

12.对当事人所举证据材料，应根据法律、法规及司法解释的相关规定进行综合审查。因当事人采取伪造、篡改、涂改等方式改变病历资料内容，或者遗失、销毁、抢夺病历，致使医疗行为与损害后果之间的因果关系或医疗机构及其医务人员的过错无法认定的，改变或者遗失、销毁、抢夺病历资料一方当事人应承担相应的不利后果；制作方对病历资料内容存在的明显矛盾或错误不能作出合理解释的，应承担相应的不利后果；病历仅存在错别字、未按病历规范格式书写等形式瑕疵的，不影响对病历资料真实性的认定。

四、关于房地产纠纷案件的审理

房地产纠纷案件的审判历来是民事审判的重要组成部分，审理好房地产纠纷案件对于保障人民安居乐业，优化土地资源配置，服务经济社会发展具有重要意义。随着我国经济发展进入新常态、产业结构优化升级以及国家房地产政策的调整，房地产纠纷案件还会出现新情况、新问题，要做好此类纠纷的研究和预判，不断提高化解矛盾的能力和水平。

（一）关于合同效力问题

13.城市房地产管理法第三十九条第一款第二项规定并非效力性强制性规定，当事人仅以转让国有土地使用权未达到该项规定条件为由，请求确认转让合同无效的，不予支持。

14.物权法第一百九十一条第二款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定，当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由，请求确认转让合同无效的，不予支持。受让人在抵押登记未涂销时要求办理过户登记的，不予支持。

（二）关于一房数卖的合同履行问题

15.审理一房数卖纠纷案件时，如果数份合同均有效且买受人均要求履行合同的，一般应按照已经办理房屋所有权变更登记、合法占有房屋以及合同履行情况、买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位。但恶意办理登记的买受人，其权利不能优先于已经合法占有该房屋的买受人。对买卖合同的成立时间，应综合主管机关备案时间、合同载明的签订时间以及其他证据确定。

（三）关于以房抵债问题

16.当事人达成以房抵债协议，并要求制作调解书的，人民法院应当严格审查协议是否在平等自愿基础上达成；对存在重大误解或显失公平的，应当予以释明；对利用协议损害其他债权人利益或者规避公共管理政策的，不能制作调解书；对当事人行为构成虚假诉讼的，严格按照民事诉讼法第一百一十二条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百九十条、第一百九十一条的规定处理；涉嫌犯罪的，移送刑事侦查机关处

理。

17.当事人在债务清偿期届满后达成以房抵债协议并已经办理了产权转移手续，一方要求确认以房抵债协议无效或者变更、撤销，经审查不属于合同法第五十二条、第五十四条规定情形的，对其主张不予支持。

（四）关于违约责任问题

18.买受人请求出卖人支付逾期办证的违约金，从合同约定或者法定期限届满之次日起计算诉讼时效期间。

合同没有约定违约责任或者损失数额难以确定的，可参照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十九条第二款规定处理。

五、关于物权纠纷案件的审理

物权法是中国特色社会主义法律体系中的重要支柱性法律，对于明确物的归属，发挥物的效用，增强权利义务意识和责任意识，保障市场主体的权利和平等发展，具有重要作用。妥善审理物权纠纷案件，对于依法保护物权，维护交易秩序，促进经济社会发展，意义重大。

（一）关于农村房屋买卖问题

19.在国家确定的宅基地制度改革试点地区，可以按照国家政策及相关指导意见处理宅基地使用权因抵押担保、转让而产生的纠纷。

在非试点地区，农民将其宅基地上的房屋出售给本集体经济组织以外的个人，该房屋买卖合同认定为无效。合同无效后，买受人请求返还购房款及其利息，以及请求赔偿翻建或者改建成本的，应当综合考虑当事人过错等因素予以确定。

20.在涉及农村宅基地或农村集体经营性建设用地的民事纠纷案件中，当事人主张利润分配等合同权利的，应提供政府部门关于土地利用规划、建设用地计划及优先满足集体建设用地等要求的审批文件或者证明。未提供上述手续或者虽提供了上述手续，但在一审法庭辩论终结前土地性质仍未变更为国有土地的，所涉及的相关合同应按无效处理。

（二）关于违法建筑相关纠纷的处理问题

21.对于未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定内容建设的违法建筑的认定和处理，属于国家有关行政机关的职权范围，应避免通过民事审判变相为违法建筑确权。当事人请求确认违法建筑权利归属及内容的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

22.因违法建筑倒塌或其搁置物、悬挂物脱落、坠落造成的损害赔偿纠纷，属于民事案件受案范围，应按照侵权责任法有关物件损害责任的相关规定处理。

（三）关于因土地承包、征收、征用引发争议的处理问题

23.审理土地补偿费分配纠纷时，要在现行法律规定框架内，综合考虑当事人生产生活状况、户口登记状况以及农村土地对农民的基本生活保障功能等因素认定相关权利主体。要以当事人是否获得其他替代性基本生活保障为重要考量因素，慎重认定其权利主体资格的丧失，注重依法保护妇女、儿童以及农民工等群体的合法权益。

（四）关于诉讼时效问题

24.已经合法占有转让标的物的受让人请求转让人办理物权变更登记，登记权利人请求无权占有人返还不动产或者动产，利害关系人请求确认物权的归属或内容，权利人请求排除妨害、消除危险，对方当事人以超过诉讼时效期间抗辩的，均应不予支持。

25.被继承人死亡后遗产未分割，各继承人均未表示放弃继承，依据继承法第二十五条规定应视为均已接受继承，遗产属各继承人共同共有；当事人诉请享有继承权、主张分割遗产的纠纷案件，应参照共有财产分割的原则，不适用有关诉讼时效的规定。

六、关于劳动争议纠纷案件的审理

劳动争议案件的审理对于构建和谐劳动关系，优化劳动力、资本、技术、管理等要素配置，激发创新创业活力，推动大众创业、万众创新，促进新技术新产业的发展具有重要意义。应当坚持依法保护劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并重的原则，严格依法区分劳动关系和劳务关系，防止认定劳动关系泛化。

（一）关于案件受理问题

26.劳动人事仲裁机构作出仲裁裁决，当事人在法定期限内未提起诉讼但再次申请仲裁，劳动人事仲裁机构作出不予受理裁决、决定或通知，当事人不服提起诉讼，经审查认为前后两次申请仲裁事项属于不同事项的，人民法

院予以受理；经审查认为属于同一事项的，人民法院不予受理，已经受理的裁定驳回起诉。

（二）关于仲裁时效问题

27.当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构作出实体裁决后，当事人在诉讼阶段又以超过仲裁时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

当事人未按照规定提出仲裁时效抗辩，又以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

（三）关于竞业限制问题

28.用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失，当事人请求调整违约金数额的，人民法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定予以处理。

（四）关于劳动合同解除问题

29.用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金。

七、关于建设工程施工合同纠纷案件的审理

经济新常态形势下，因建设方资金缺口增大，导致工程欠款、质量缺陷等纠纷案件数量持续上升。人民法院要准确把握法律、法规、司法解释规定，调整建筑活动中个体利益与社会利益冲突，维护社会公共利益和建筑市场经济秩序。

（一）关于合同效力问题

30.要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据建设工程施工合同司法解释的相关规定处理。

（二）关于工程价款问题

31.招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生较大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。

（三）关于承包人停（窝）工损失的赔偿问题

32.因发包人未按照约定提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，隐蔽工程在隐蔽之前，承包人已通知发包人检查，发包人未及时检查等原因致使工程中途停、缓建，发包人应当赔偿因此给承包人造成的停（窝）工损失，包括停（窝）工人员人工费、机械设备窝工费和因窝工造成设备租赁费用等停（窝）工损失。

（四）关于不履行协作义务的责任问题

33.发包人不履行告知变更后的施工方案、施工技术交底、完善施工条件等协作义务，致使承包人停（窝）工，以至难以完成工程项目建设的，承包人催告在合理期限内履行，发包人逾期仍不履行的，人民法院视违约情节，可以依据合同法第二百五十九条、第二百八十三条规定裁判顺延工期，并有权要求赔偿停（窝）工损失。

34.承包人不履行配合工程档案备案、开具发票等协作义务的，人民法院视违约情节，可以依据合同法第六十条、第一百零七条规定，判令承包人限期履行、赔偿损失等。

八、关于民事审判程序

程序公正是司法公正的重要内容。人民群众和社会各界对于司法公正的认知和感受，很大程度上来源于其所参与的诉讼活动。要继续严格贯彻执行民事诉讼法及其司法解释，进一步强化民事审判程序意识，确保程序公正。

（一）关于鉴定问题

35.当事人对鉴定人作出的鉴定意见的一部分提出异议并申请重新鉴定的，应当着重审查异议是否成立；如异议成立，原则上仅针对异议部分重新鉴定或者补充鉴定，并尽量缩减鉴定的范围和次数。

（二）关于诉讼代理人资格问题

36.以当事人的工作人员身份参加诉讼活动，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第八十六条的规定，至少应当提交以下证据之一加以证明：

（1）缴纳社保记录凭证；

（2）领取工资凭证；

（3）其他能够证明其为当事人工作人员身份的证据。

第八次全国法院民事商事审判工作会议针对新情况、新问题，在法律与司法解释尚未明确规定的情况下，就民事审判中的热点难点问题提出处理意见，对于及时满足民事审判实践需求，切实统一裁判思路、标准和尺度，有效化解各类矛盾纠纷，具有重要指导意义。对于纪要规定的有关问题，在充分积累经验并被证明切实可行时，最高人民法院将及时制定相关司法解释。各级人民法院要紧密团结在以习近平同志为核心的党中央周围，牢固树立政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识，充分发挥审判职能，为全面推进“十三五”规划提供有力司法保障，为如期实现全面建成小康社会作出更大贡献。

长宁法院召开涉未成年子女家事案件审判白皮书发布会

2016-11-30 上海长宁法院

在第 28 届”宪法宣传周”活动来临之际，长宁法院于 11 月 29 日下午召开涉未成年子女家事案件审判白皮书发布会，发布《上海市长宁区人民法院 2011 年-2015 年涉未成年子女离婚案件审判白皮书》、《上海市长宁区人民法院 2011 年-2015 年离婚后涉未成年子女权益案件审判白皮书》。

市高院民一庭庭长吴薇与市妇儿工委、市妇联、长宁区委政法委、区妇儿工委、区妇联、团区委、区教育局以及区妇儿工委成员单位等相关部门领导受邀参加发布会。长宁法院党组书记、院长陈萌，院党组成员、副院长秦明华，院党组成员、副院长宓秀范出席。

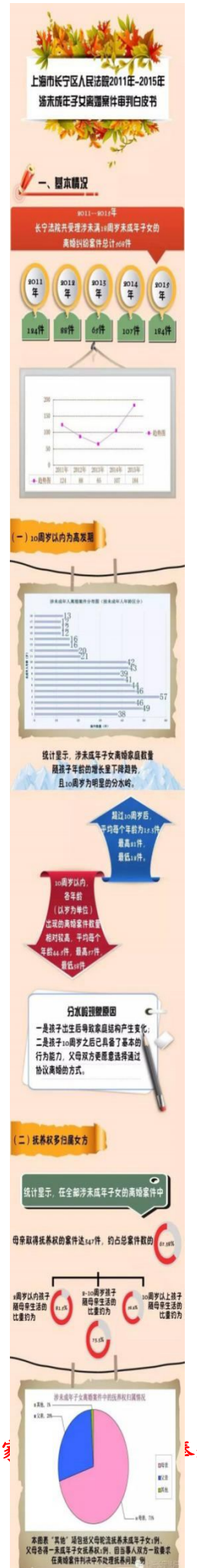
发布会上，长宁法院宓秀范副院长和秦明华副院长分别介绍了 2011-2015 年该院涉未成年子女家事案件审判工作基本情况以及在审判实践中形成的特色做法。

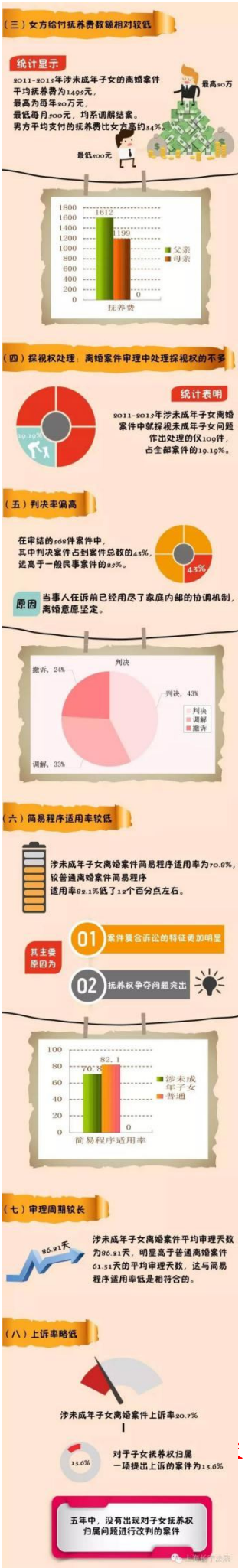
之后，市高院民一庭庭长吴薇致辞，对长宁法院率先发布涉未成年子女家事案件审判白皮书的重要意义予以肯定，对其在未成年人权益保障方面所作的探索和取得的成绩给予高度评价，并希望长宁法院在今后的工作中继续探索家事纠纷的专业化、社会化和人性化解决方式，推动建立司法机关、行政机关和社会力量相结合的家事纠纷综合协调解决机制。

最后，长宁法院陈萌院长发表讲话，从落实宪法规定强化未成年人权益保护、顺应少年及家事审判改革、创新家事纠纷综合治理机制三个方面对研究涉未成年子女家事案件的现实意义进行了解读，同时明确了长宁法院涉未成年子女家事审判工作的下一步构想：即大胆探索创新，建立特殊程序；形成社会合力，多元调解纠纷；拓宽教育平台，强化亲职教育；完善司法救助，建立联动机制。

涉未成年子女离婚案件审判白皮书

2016-11-30 上海长宁法院


上海市长宁区人民法院2011年-2015年
涉未成年子女离婚案件审判白皮书
一、基本情况
2011--2015年
长宁法院共受理涉未满18周岁未成年子女的
离婚纠纷案件总计709件
2011年
2012年
2013年
2014年
2015年
124件
88件
65件
107件
124件
（一）10周岁以内为高发期
统计显示，涉未成年子女离婚家庭数量
随孩子年龄的增长呈下降趋势，
且10周岁为明显的分水岭。
超过10周岁后，
平均每个年龄为18.3件，
最高31件，
最低13件。
10周岁以内，
各年龄
（以岁为单位）
出现的离婚案件数量
相对较高，平均每个
年龄44.7件，最高57件
最低38件。
分水岭现象原因
一是孩子出生后导致家庭结构产生变化；
二是孩子10周岁之后已具备了基本的
行为能力，父母双方更愿意选择通过
协议离婚的方式。
（二）抚养权多归属女方
统计显示，在全部涉未成年子女的离婚案件中
母亲取得抚养权的案件达547件，约占总案件数的
3周岁以内孩子
随母亲生活的
比重约为
8-10周岁孩子
随母亲生活的
比重约为
10周岁以上孩子
随母亲生活的
比重约为
本图表“其他”项包括父母轮流抚养未成年子女1例、
父母各诉一未成年子女抚养权1例、但当事人双方一致要求
任离婚案件判决中不处理抚养问题”例


（三）女方给付抚养费数额相对较低
统计显示
2011-2015年涉未成年子女的离婚案件
平均抚养费为1405元，
最高为每年20万元，
最低每月500元，均系调解结案。
男方平均支付的抚养费比女方高约54%
最高20万
最低500元
1800
1600
1400
1200
1000
800
600
400
200
0
1612
1199
0
父亲
母亲
抚养费
（四）探视权处理：离婚案件审理中处理探视权的不多
统计表明
2011-2015年涉未成年子女离婚
案件中就探视未成年子女问题
作出处理的仅109件，
占全部案件的19.19%。
19.19%
（五）判决率偏高
在审结的568件案件中，
其中判决案件占到案件总数的43%，
远高于一般民事案件的25%。
43%
原因
当事人在诉前已经用尽了家庭内部的协调机制，
离婚意愿坚定。
判决
撤诉，24%
判决，43%
调解，33%
判决
调解
撤诉
（六）简易程序适用率较低
涉未成年子女离婚案件简易程序适用率为70.8%，
较普通离婚案件简易程序
适用率82.1%低了12个百分点左右。
其主要
原因为
01
案件复合诉讼的特征更加明显
02
抚养权争夺问题突出
100
80
60
40
20
0
70.8
82.1
0
涉未成年子女
普通
简易程序适用率
（七）审理周期较长
86.91天
涉未成年子女离婚案件平均审理天数
为86.91天，明显高于普通离婚案件
61.51天的平均审理天数，这与简易
程序适用率低是相符合的。
（八）上诉率略低
涉未成年子女离婚案件上诉率20.7%
15.6%
对于子女抚养权归属
一项提出上诉的案件为15.6%
五年中，没有出现对子女抚养权
归属问题进行改判的案件

二、问题梳理
通过对近5年涉未成年子女离婚案件的逐案分析，我们发现，在此类案件的审判实践中，存在如下突出的热点与难点问题：
（一）婚内恶意抢夺、藏匿未成年子女问题
（二）为不当目的将未成年子女扯入诉讼的问题
具体表现
1 向未成年子女宣泄不良情绪
利用未成年子女牟取利益 2
3 利用未成年子女阻碍法庭调查
（三）涉外婚姻背景下的探视权保障问题
01 抚养权归属难
02 是否可以对子女采取限制出入境措施问题
（四）两孩以上子女的抚养、探视问题
国家生育政策从“双独二孩”向“全面二孩”的转变及家庭经济条件日益改善的现状，使离婚案件中未成年子女为复数的案件逐渐增多。
（五）涉无行为能力人离婚纠纷中隔代抚养问题
一种观点认为，父母的抚养意愿是法官决定抚养权归属的重要前提条件
另一种观点认为，从孩子利益最大化的角度出发
（六）离婚协议中未成年子女财产权益保护问题
审判实践中就设定未成年子女财产权益约定的性质及其效力、违背相关协议的法律后果、当事人是否在特定情况下应享有解除权等尚存困惑。如何在调解过程中确保调解协议符合法律规定，具备可操作性，避免日后纷争，是一个现实的挑战。
上海长宁法院

三、成因剖析
（一）社会层面
当前涉未成年子女离婚案件中当事人的普遍特质表现为：
Stage 01
对法律、法院和诉讼程序缺乏足够尊重
对未成年子女独立人格缺乏足够保障
Stage 02
Stage 03
对传统社会中“爱幼”情怀缺乏足够重视
（二）制度层面
一是实体法律法规的滞后性
二是专项法律规定缺乏可操作性
三是程序性保障手段缺乏
（三）操作层面
一是对未成年子女人身采取直接强制执行措施存在困难
二是对行为人通过罚款、拘留等方式予以间接强制存在困难
三是对审判结果的执行及未成年人实际控制的变更存在困难
四、建议与对策
（一）在审判实践中确立未成年人利益最大化原则
（二）充分运用现行法律规定，规制婚内抢夺、藏匿未成年子女和使子女不当牵扯入离婚诉讼的行为
#01 善用行为保全制度，遏制婚内抢夺、藏匿未成年子女行为。
#02 活用现行法律规定，阻遏将子女恶意牵扯入离婚诉讼的行为。一是要严格适用现有法律规定。二是要对当事人的不当行为进行训诫。三是对于采取极端行为的当事人，应当将其行为纳入到抚养权归属的考量因素中，并对此作出释明。
（三）在现行婚姻法的框架下探索新的监护方式
努力扩大“轮流抚养”的适用 01
02 参照境外就离婚后未成年子女监护问题的相关规定，在不违背现行法律的前提下，探索新的离婚后未成年子女抚养及探视问题。
（四）在现行家事法与财产法制度的框架下尽量扩张对离婚协议上未成年子女财产权益的保护
1、对实践中离婚夫妻共同订立的“共同遗嘱”的效力，只要所订遗嘱确系出于双方真实意思表示，就应予以认可。
2、充分挖掘现行财产法相关规定潜力，在不损害标的财产所有人依法享有的处分权的前提下，实现未成年子女财产权益最大化。

编辑 | 王夏迎

二、一般审判动态

三、立法动态

天津:明年 3 月 1 日起处置家暴和性骚扰将有法可依

2016-11-20 法律图书馆

《天津市妇女权益保障条例》将于 2017 年 3 月 1 日起正式施行。

该条例由天津市第十六届人大常委会第三十一次会议于 2016 年 11 月 18 日表决通过。其中针对女性遭遇的性骚扰和家庭暴力问题,条例明确规定,家庭成员应当维护妇女的人身权利,禁止对共同生活的妇女实施任何形式的家庭暴力。市和区人民政府应当单独或者依托救助机构设立临时庇护场所,为遭受家庭暴力侵害的妇女提供十日以内的救助。有条件的临时庇护场所,应当提供心理辅导。鼓励有资质的社会组织,为遭受家庭暴力侵害的妇女提供临时庇护场所和救助。

条例明确,禁止对妇女实施性骚扰。受到性骚扰的妇女有权向用人单位、公安机关投诉。受理投诉的单位和部门应当作出处理。

此外,为了保障妇女的特殊需求,条例还明确规定,用人单位每年在为职工安排健康检查时,应当为女职工安排妇科健康检查,并承担检查所需费用。各级人民政府在城市基础设施建设和提供公共服务时,应当保障妇女的特殊需要。新建、改建、扩建机场、车站、港口、商场、医院和文化体育等大型公共场所,应当按照规定配建保护女性隐私、满足妇女需要的母婴室,增加女厕厕位数量。女职工较多的单位应当按照国家和本市有关规定,建立女职工卫生室,健全女职工卫生保健制度;根据需要,建立孕妇休息室、哺乳室。

广东省公安机关反家庭暴力告诫书制度工作指引

2016-11-22 南粤家事

广东省公安机关反家庭暴力告诫书制度工作指引

广东省公安厅 2016 年 8 月 11 日

第一条　为有效预防和制止家庭暴力，切实保护家庭暴力受害人合法权益，促进家庭和谐与社会稳定，根据《中华人民共和国反家庭暴力法》等法律规定，建立我省公安机关反家庭暴力告诫书制度，特制定本指引。

第二条　本指引所称告诫书，是指公安机关对家庭暴力情节较轻、依法可以不予治安管理处罚的加害人出具的书面劝告劝诫。

第三条　对具有下列情形之一的家庭暴力行为，依法可以不予治安管理处罚的，应当作出告诫：

（一）情节较轻，尚未取得受害人谅解的；

（二）对未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者实施家庭暴力情节的；

（三）其他应当作出告诫的。

第四条　公安机关接到家庭暴力报案后，应当及时出警，制止家庭暴力，严格规范做好调查取证工作，协助受害人就医、鉴定伤情。

第五条　家庭暴力行为符合第三条规定告诫的情形的，应当由居住地公安派出所自受理家庭暴力报警之日起 5 个工作日内作出告诫决定并组织实施。

办案民警完成调查取证工作后，填写《呈请反家庭暴力告诫审批表》（附件 2），报请公安派出所负责人审批后，制作《反家庭暴力告诫书》（附件 1）并送达。

第六条　公安机关在实施告诫过程中可邀请当地乡镇（街道）妇联组织或居（村）民委员会参加。

《反家庭暴力告诫书》一式四份，一份交加害人，一份交受害人，一份附卷，一份抄送当事人住所地或经常居住地居（村）民委员会。

《反家庭暴力告诫书》向加害人当场宣告后，经加害人在家庭暴力告诫书上签名、捺印，即视为当场送达。

加害人拒绝签收《反家庭暴力告诫书》，公安机关可以邀请居（村）民委员会代表作为见证人，说明情况，由民警、见证人签名或盖章，即视为送达。

第七条　办案民警应当及时将告诫情况告知社区民警，社区民警和居（村）民委员会在告诫书送达后的一个月内对加害人、受害人进行查访，监督加害人不再实施家庭暴力，并做好查访记录。

第八条　加害人经告诫后拒不改正，再次实施家庭暴力，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第九条　施行告诫书制度应充分尊重受害人真实意愿，保护当事人隐私。受害人请求不出具告诫书的，应当尊重受害人的意愿。

四、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

（二）婚姻无效撤销案例

（三）子女抚养亲子关系案例

祖孙相思不得见 隔代探望获法院支持

2016-11-08 人民法院报 任韵霖 楚仑

父母离婚，小文在与祖父母共同生活九年之后，由母亲带往德国读书，祖父母念孙心切，要求探望其孙，并诉至法院。近日，重庆市渝北区人民法院审结了该起全国首例跨国隔代探望权纠纷案件，判决部分支持了丁某夫妇要求探望孙子的诉讼请求。

原告丁某夫妇系小文的祖父母。2004 年 9 月 2 日，小文的父亲与被告白某登记离婚，双方约定婚生子小文由其父亲抚养。离婚后，小文一直跟随丁某夫妇共同生活。2011 年 1 月 5 日，小文的父亲与白某协商，将小文变更由白某抚养。而后，小文被白某带至德国法兰克福学习和生活。然而，被告白某却不允许小文回国探亲，且时常阻挠小文与其祖父母联系。祖孙三人相思心切，丁某夫妇通过联系当地使领馆等多种方式，仍不能与其孙小文相见，丁某夫妇无奈之下诉至法院，要求行使其探望权。

法院审理认为，小文在前往德国居住前，在长达 9 年多的时间里，一直随丁某夫妇共同生活，小文与丁某夫妇之间已经建立了深厚的感情，这份感情对双方来说都是难以割舍的。而且小文去往德国后，也时常通过微信向丁某夫妇表达了强烈的回国探亲的愿望。根据《中华人民共和国民法通则》第七条规定，民事活动应当尊重社会公德。2015 年《全国民事审判工作会议纪要》也指出，抚养孙子女、外孙子女的祖父母、外祖父母主张探望孙子女、外孙子女的，一般应予保护。基于此，丁某夫妇要求行使隔代探望权既契合探望权的伦理价值取向，也符合社会善良风俗。

该案承办法官说，虽然我国婚姻法没有直接规定除父母外其他近亲属具有探望权，但探望权系亲权的延伸，祖父母与孙子女具有基于血缘情感而产生的特殊身份关系，其探望权并不因父母双方的离婚而消灭，祖父母也在一定程度上履行着对孙子女的照顾权。保护祖父母对孙子女的探望权，不仅能够满足祖父母对孙子女的关心、抚养、教育的情感需要，也有利于未成年孙子女的身心健康。所以，法院最终支持了丁某夫妇要求行使探望权的主张，被告白某对此应该予以充分协助。

（四）财产分割案例

离婚后财产纠纷中违章建筑不宜作为夫妻共同财产分割

2016-11-21 家事法务 最高院民一庭

【裁判要旨】

夫妻关系存续期间搭建的违章建筑，虽然被登记在房产证中，但是基于其破坏国家行政机关对于土地、规划、建设的管理秩序,违反《土地管理法》、《城市规划法》等相关法律法规禁止性规定，不宜作为夫妻共同财产由人民法院以判决的方式予以分割。人民法院应该就此向双方当事人释明，只有当诉争违章建筑被政府依法拆迁补偿而其价值得以合法形式体现后，当事人才可以就拆迁补偿款的分割另行协商或提起诉讼。

【案号】

一审：（2015）南法民初字第 03218 号

二审：（2016）渝 05 民终 2541 号

【案情】

上诉人（原审原告）黄素珍

被上诉人（原审被告）沙立夫

黄素珍与沙立夫原系夫妻关系。沙立夫提起离婚诉讼并被判决准予其与黄素珍离婚，黄素珍对该判决不服，被重庆市第五中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。本案离婚后财产分割所涉诉争房屋系双方当事人夫妻关系存续期间修建，该房屋所有权证（字第 02455 号）中载明的权利人为黄素珍，住宅建筑面积为 94 平方米，违章建筑 91.5 平方米。黄素珍与沙立夫对诉争房屋的价值未能达成一致意见，遂起诉至重庆南岸区人民法院，请求依法对诉争房

屋进行分割。

一审过程中，黄素珍申请对诉争房屋价值进行评估。一审法院委托重庆普华房地产土地资产评估有限公司进行评估。资产评估有限公司作出的《房地产估价报告》载明“诉争房屋所有权证：字第 02455 号、集体土地使用证：南集用（2003）字第 0142 号,住宅（建筑面积 94 平方米，评估价值为 76600 元，违章建筑面积 91.50 平方米，评估价值 60400 元），合计 137000 元。”黄素珍对评估报告无异议，但认为违章建筑不合法，不应进行折价补偿。沙立夫认为诉争房屋虽然是违章建筑，却登记在房权证上，也有价值，应包括在评估价值范围内。

【审判】

南岸法院一审认为，黄素珍与沙立夫对诉争房屋各享有 50%的产权份额，现两人已解除夫妻关系，黄素珍提出对诉争房屋进行分割的请求，应予准许。双方当事人在法院主持下，选取评估机构即重庆普华房地产土地资产评估有限公司进行评估。评估人员具备评估资格、评估程序合法，一审法院对《房地产估价报告》中的评估结论予以采纳。因违章建筑记载于乡村房屋所有权证中，亦属于黄素珍与沙立夫两人婚姻关系存续期间共同修建，具有一定的使用价值。综合考虑本案的实际情况，诉争房屋系乡村房屋，宅基地的土地所有者为上石牛社，土地使用者为黄素珍，黄素珍为该社社员，本案诉争房屋即位于重庆市南岸区南山街道石牛村上石牛组的房屋归黄素珍所有，房权证中载明的违章建筑归黄素珍使用，由黄素珍支付沙立夫房屋折价补偿款共计 68500 元（137000 元÷2）。

据此，南岸法院遂判决：一、位于重庆市南岸区南山街道石牛村上石牛组的房屋（乡村房屋所有权证：字第 02455 号）归原告黄素珍所有，房权证中载明的违章建筑归原告黄素珍使用；二、由原告黄素珍支付被告沙立夫房屋折价补偿款共计 68500 元。

黄素珍不服一审判决，向重庆市第五中级人民法院提起上诉。

重庆五中院审理认为，本案争议的焦点是涉案房屋中的违章建筑部分是否应当作为夫妻关系存续期间的共同财产进行分割的问题。一方面因违章建筑本身具有一定的财产属性，且本案涉及的违章建筑已被国家行政管理部门登记于乡村房屋所有权证中，黄素珍与沙立夫作为乡村房屋所有权证上记载的共有人，婚姻关系解除后双方有权对该财产价值进行分割。但违章建筑因其违法性无法进行流通交易，其价值目前尚难确定，现在分割对双方当事人均可能造成不公平结果。因此对涉案房屋的违章建筑部分暂不进行分割，双方当事人可以共同使用。今后该违章建筑价值得以确定或实现时，双方当事人均有权再分割。

据此，重庆五中院判决如下：一、撤销重庆市南岸区人民法院（2015）南法民初字第 06903 号民事判决；二、位于重庆市南岸区南山街道石牛村上石牛组的房屋即字第 02455 号乡村房屋所有权证中载明的面积为 94 平方米的住宅归原告黄素珍所有；字第 02455 号乡村房屋所有权证中载明 91.5 平方米的违章建筑暂不分割；三、由黄素珍支付沙立夫对于字第 02455 号乡村房屋所有权证中载明的面积为 94 平方米的住宅房屋折价补偿款共计 38300 元；四、驳回黄素珍的其他诉讼请求。

【评析】

1.违章建筑因其本质的非法属性而不具合法产权

所谓违章建筑就是未经相关主管部门的许可而动工兴建的建筑物，其本质上破坏了国家有权机关对于土地、规划、建设的管理秩序，违反了《土地管理法》、《城市规划法》等相关法律法规的禁止性规定[1]。违章建筑大体上可以分为两种情况：一是建筑人未取得土地使用权，因而也无法取得建筑许可证；二是建筑人虽然已经取得土地使用权，但是尚未取得建筑许可证而擅自建设[2]。

对于违章建筑的归属与利用问题，司法实践中主要有以下几种观点：（1）不动产说：认为违章建筑为不动产，建筑人享有产权。（2）动产所有权说：认为作为违章建筑整体，因其违法性，所有权及其他派生的权利不得承认，但构成违章建筑的建筑材料本身作为动产是合法的，应受法律的保护。（3）占有说：认为构筑人对违章建筑的占有，作为一种事实状态受法律保护，除执法机关依法处理外，构筑人可以对其进行占有和使用，禁止他人侵犯构筑人对违章建筑的占有[3]。

笔者赞同第三种观点，理由是占有说更符合物权法基本原理。通说认为，占有是一种事实状态，而非权利。占有是主体对于物基于占有的意思进行控制的事实，占有首先是对物的一种事实上的控制。……不管占有人对物的控制是否具有据为己有的意思，只要客观上的控制状态形成就可以构成占有。占有可以是有本权的占有，也可以是无本权的占有。而在构筑人对违章建筑物，虽不享有所有权（本权），但由于其实际的管理与控制，也形成了一种占有，同样受到法律的保护，他人不得随意侵犯。故站在物权保护的角度讲，违章建筑本身承载的利益，仅仅体现在

其可以占有并使用的层面，因其非法的本质属性而并不能具有完整、合法的产权。

2.违章建筑不宜作为夫妻共同财产以司法判决进行分割

一方面，本案诉争违章建筑虽然被国家房屋产权管理部门登记于房产证中，但是其因破坏国家行政机关对于房屋产权管理秩序的非法属性并未发生变化，其不能作为夫妻关系存续期间的合法共同财产，由人民法院用判决的方式予以分割。否则，人民法院会陷入以合法判决书的方式式，确认违章建筑为合法财产的矛盾境地，损害司法的权威性。

另一方面，因违章建筑后续处理存在以下几种可能的情况而不能一概而论均予以分割：一是持续处于非法状态，二是被政府依法强制拆迁，三是被政府依法拆迁并获得相应补偿。如果诉争违章建筑一直处于非法状态当然无法分割，理由同前不再赘述；如果诉争违章建筑被政府强制拆迁，那么构筑人不会获得任何形式的补偿，违章建筑作为财产的价值为零；如果政府依法对诉争违章建筑进行拆迁补偿，则当事人可以各占50%的份额对拆迁补偿款进行分割。

3.违章建筑“产权”分割的处理路径

本案中，如果对诉争违章建筑的“价值”采纳《房地产估价报告》的意见而作价分割，则另一方当事人必须做出货币补偿。这样会直接导致，一旦政府对诉争违章建筑部分依法强制拆迁或拆迁补偿，则难免对做出货币补偿而“取得”违章建筑“产权”的当事人不公平。因为违章建筑是否会被政府强制拆迁或被拆迁补偿处于未知待定状态。并且一旦采信《房地产估价报告》，则诉争房屋的价值就会被以判决的方式确定下来，这无疑会与诉争房屋违章建筑部分将来被政府强制拆迁或拆迁补偿在法律后果层面产生不可预估的冲突。笔者认为，违章建筑只有在政府依法拆迁而获得相应补偿款后，才能体现其作为夫妻关系存续期间合法共同财产的价值。毕竟违章建筑而无法正常进入房产市场合法流转，其市场价值难以获得法律层面的肯定性评价。

需要特别指出的是，根据我国物权法规定，不动产的产权归属实行登记主义，非经法定程序不能随意撤销。本案中，违章建筑囿于其非法属性，从行政法角度看，房产管理部门不应为其登记，否则有行政违法的嫌疑。尽管如此，人民法院做出判决仍需尊重其他国家机关做出的有关具体行政行为，非经法定程序不能擅自更改、撤销其他行政机关的具体行政行为。不能因为房管部门为违章建筑做登记，就完全否定违章建筑自身对于特定当事人所具有的使用价值，无非是违章建筑所承载的所有权权能不能获得法律层面完全的积极性评价。

综上所述，人民法院不宜采信资产评估公司出具的《房地产估价报告》而就本案诉争房屋违章建筑以作价补偿而分割的方式处理，并且需向当事人释明只有在政府依法对诉争违章建筑拆迁补偿时，才可以就诉争违章建筑拆迁补偿款另行协商或提出分割的诉讼。

[1]我国法律目前还没有明确违章建筑的定义。1980年国务院《批准中央气象局关于保护气象台站测环境的通知》首次使用“违章建筑”一词，后来《城市规划条例》《城乡规划法》等法律法规使用了这一术语。

[2]刘武元：“违法建筑在私法上的地位”，载《现代法学》2011年第4期。

[3]相似学术观点参见周友军：“违章建筑的物权法定位及其体系效应”，载《法律适用》2010年第4期。

执笔人：重庆市江津区第五中级人民法院 刘德宝 蒋 璐

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第66辑

（五）损害赔偿案例

（六）扶养赡养案例

儿子拒养母亲 法官判定其行为构成遗弃罪，获刑一年半

2016-11-03 广州市中级人民法院

广州一名独生子在老母身患重病治疗期间，不闻不问，不去探望照顾母亲，也从未支付过任何治疗费用，尽管居委会、民政局和派出所多次出面约谈，但他皆不理会，避而不见。即便被外婆告上法院要求履行赡养义务，该男子还是熟视无睹，迟迟不肯履行。最终，该男子因犯遗弃罪被广州法院判处有期徒刑1年6个月。

受访法官指出，遗弃行为必须达到情节恶劣程度才构成犯罪，如果遗弃罪名成立，最高可判5年刑罚。

案件还原● 母亲患精神分裂症 在异地患病治疗● 外婆控诉外孙对母亲不管不顾 未尽赡养义务● 儿子称因房产问题与外婆吵架后拒绝赡养母亲

李婆婆（化名）与丈夫育有一个独子张伟（化名），张伟在广州从事外贸工作，税后月收入超8000元。2008年年初，李婆婆被诊断患有偏执型精神分裂症，丈夫又不幸被确诊患有癌症。2009年8月，李婆婆丈夫去世后，独

自一人留在丽江生活的李婆婆病情也出现恶化。

据派出所出具的说明显示，李婆婆有肇事肇祸倾向，多名小区业主报警向派出所反映情况，经民警实地走访调查，李婆婆已严重威胁到小区居民的生命财产安全，在联系其家人未果后，派出所协同民政局工作人员于 2012 年 1 月将李婆婆送至丽江市一家医院接受治疗。

在李婆婆入住医院期间，丽江当地民政局及派出所曾多次试图与张伟取得联系，但张伟一直不接电话。之后，丽江方面又委托广州当地民政局及派出所协助联系张伟，但张伟却表示“不管母亲”。

之后，丽江当地公安机关、民政部门联系到李婆婆的母亲和弟弟，并将李婆婆交由他们照顾。

李婆婆的母亲在证言中说，李婆婆是其大女儿，从 2012 年 1 月李婆婆被送往医院治疗之后，她病情时好时坏，这期间转过多家医院进行治疗，而作为独子的张伟却没有为生母支付过任何治疗费用，也从未照管过母亲。

2012 年年底，李婆婆的母亲作为其监护人将外孙张伟告上法院，要求张伟履行赡养义务。对此，张伟未到庭参加诉讼。法院判决张伟每月支付赡养费用 2000 元及探视李婆婆一次，并返还出售房产中应属于母亲的部分，但张伟没有履行该判决。

明知生母患有重病在异地治疗，身为独生子的张伟为何不肯尽孝？张伟辩解称，他在 2009 年至 2012 年上半年期间，仍然有探望母亲和为母亲居住在丽江的房屋支付按揭款，但张伟也承认在 2012 年以后拒绝赡养母亲的事实。张伟称，2010 年 6 月左右，母亲曾从云南丽江回到广州，商量要求将他名下位于恒福路的房产过户到母亲名下，张伟不同意。2012 年 11 月左右，张伟将位于恒福路的房产以人民币 130 万元出售。2012 年 11 月左右，外婆通过律师找到他，提出要将卖出房屋的钱款大部分给外婆和母亲，双方没有谈成，外婆便将他告上了法院，但由于他当时没在广州，所以没有到法院应诉。

张伟强调，位于恒福路的房产是他在 2010 年以人民币 110 万元购入，是他个人的房产，而购买该套房产的钱款来自于出售位于淘金路的房产，淘金路的房产原是父亲的单位宿舍，后来房改后父母出资购买，2007 年左右，父母就将这套房产过户到他名下。

张伟承认，自己从 2007 年至今，除了 2010 年见过母亲，之后就没有见过她。2007 年母亲退休之前，都没有患病，母亲退休之后有退休金、医保、社保。2007 年至今，他还帮母亲买养老保险，2009 年 10 月至 2012 年 3 月左右，他还帮母亲在丽江购买的房子交房贷，后来因为与外婆吵架才停止。

法院判定

独子张伟构成遗弃罪判刑 1 年半

2014 年 1 月，张伟在广州一家网吧内被公安人员抓获归案。2014 年 9 月，检方以张伟涉嫌遗弃罪为由对其提起公诉。检方认为，张伟作为李婆婆的独生子，在李婆婆患有偏执型精神分裂症期间拒绝抚养，致使李婆婆生活无着落流离失所。其间，法院曾判决张伟履行扶养义务，但张伟拒绝执行，情节恶劣，符合遗弃罪构成要件。
面对控诉，张伟表示认罪，并愿意在其能力范围内承担对其母亲的扶养义务。

法院审理后认为，张伟对其患病、没有独立生活能力的母亲负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣，其行为已构成遗弃罪。但鉴于张伟在 2009 年至 2012 年仍有履行赡养义务，且归案后如实供述罪行，依法可以从轻处罚。综合考虑张伟的犯罪事实、社会危害程度、认罪态度等情节，判决其有期徒刑 1 年 6 个月。

法官说法

遗弃行为须达到情节恶劣程度才构成犯罪

花都法院法官告诉记者，依据我国刑法规定，**遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。构成遗弃罪的，可判处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。遗弃行为的表现形式是不作为，被遗弃的必须是年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力或者不能独立生活的人。**这些人的情况虽然各不相同，但共同的特点是没有独立生活的能力，如果没有其他人的扶养，就无法生活下去。

需要注意的是，遗弃行为必须达到情节恶劣的程度，才构成犯罪。也就是说，**情节是否恶劣是区分遗弃罪与非罪的一个重要界限。所谓情节恶劣，根据司法实践经验，一般是指由于遗弃而致被害人走投无路，被迫自杀的；被害人因被遗弃而生活无着流离失所或者生存困难；遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人；对被害人长期不予照顾、不提供生活来源；遗弃的动机极其卑鄙的；行为人屡经教育，拒绝改正而使被害人的生活陷入危难境地的；遗弃手段十分恶劣的（如在遗弃中有打骂、虐待行为的）等情形。**

受访法官提醒，一般遗弃行为虽然没有构成犯罪，不用追究刑事责任，但也是违法的，不道德的，依据治安管

理处罚法规定，可以给予治安处罚，即处 5 日以下拘留或者警告。

库伦旗法院典型案例发布：法盲遗弃病妻 触犯刑法严惩

2016-11-08 法制网 吕弢

库伦旗扣河子镇居民王某与被害人张某于 2005 年 1 月 10 日登记结婚。2011 年 3 月，张某因与王某吵架后回娘家。2011 年 7 月 6 日，张某被诊断出患有神经性胶质瘤，后张某父母将病情告诉王某，但王某置之不理，未履行任何治疗、照顾等扶养义务，并与其他女子在外地同居。2015 年 5 月 15 日，张某因病死亡。

办案法官认为，被告人王某与张某在婚姻关系存续期间，具有互相扶养的义务，被告王某在明知妻子患重病的情况下，不给患重病的妻子治疗，后妻子未得到及时治疗而死亡，情节恶劣，应认定被告人王某犯遗弃罪。法官认为法院判决对社会具有导向作用，通过本案判决，使每一个家庭成员明白应积极履行法定义务，否则要承担法律责任。

谁来为我养老

2016-11-14 经济与法

家住广东省惠州市蓬凌村的陈菊英老人今年已经是 83 岁高龄，按理说该是子孙绕膝，安享晚年生活才对。可是，陈菊英老人说这一切对她而言简直就是奢望。因为陈菊英老人一大把年纪不但没有过上安稳的日子，反倒被卷入了一场不可开交的纷争之中。

今年年初的一次不慎摔伤导致陈菊英老人右股骨转子间骨折。虽然经过一段时间的治疗、恢复，但陈菊英老人现在依旧不能自理，就连最基本的生活起居都要在旁人的帮助下完成。病痛让陈菊英老人显得有些憔悴，然而更让老人感到痛心的是几个孩子的冷漠。

目前大儿子大媳妇照顾她，负责她每日三顿饭，帮她洗澡，处理大小便的问题。其他的孩子都没来看过她，其实主要是二儿子和三儿子来的比较少，四儿子还是会偶尔来。

陈菊英说由于身体的原因，她希望能请个保姆照顾她的生活，可是要实现这个想法并不容易，因为她唯一的经济来源只有每个月几百元的低保。目前虽说有大儿子徐国宁照顾，可儿子也有自己的家庭，对她的照顾难免力不从心。陈菊英迫切希望能有专人照顾她，可是请保姆的费用成了一大难题，对此老人感到十分苦恼。那么，陈菊英老人口中的另几个儿子在哪里？他们为什么对自己母亲的生活不闻不问呢？

陈菊英有六个孩子，两个女儿嫁到香港，四个儿子都在当地。这处瓦房是陈菊英生活的地方，紧挨着的这栋三层小楼就是大儿子的家，提起其他几个弟弟对母亲的态度，大儿子一家满腹怨气。

大儿子徐国宁说，母亲现在的生活基本上都是他们家照顾，而徐国宁一家认为赡养母亲应该是兄弟几个共同承担的事情，不能只让自己一个人来承担。徐国宁家旁边的这两栋三层楼房分别是老二和老三的家，老大说他们住得虽近，却很少来看过母亲，也就只有四弟会偶尔回来陪陪母亲。

老四徐国联说，自己一家四口人租住在廉租房里，每个月的房租要靠打工的收入维持，对他来说照看母亲不是件容易的事情。

那么，老二和老三又是什么情况？住着几层楼房的他们，应该并不是经济条件不好，那么，他们又为什么不去看望母亲，任母亲住在这样的房子里，对母亲置之不理呢？

面对老大徐国宁的指责，两个弟弟说他们不是不养母亲，是母亲习惯生活在瓦房里，而他们跟大哥徐国宁因为一些误会，也不方便去看望母亲，这血浓于水的亲兄弟之间究竟发生了什么？他们到底有什么深仇大恨呢？

老大徐国宁说，早年间父亲身处异地他乡，徐国宁作为家中的长子，小小年纪就陪着母亲一同挑起了整个家庭的重担，为这个家付出了很多。多年后，几个弟弟渐渐长大，兄弟之间有困难都会互相帮衬，一家人不分彼此，相处得很融洽。

老三徐志军说，在他和老二徐国军的帮助下，大哥家的条件慢慢有所好转。之后大哥生了一场病，需要昂贵的手术费，老二和老三毫不犹豫地伸出了援助之手。

逢年过节一大家人也会欢聚一堂，但是好景不长，和谐的家庭气氛并没有持续太久。徐家四兄弟由原来的同甘共苦突然成了熟悉的陌生人，甚至平时见面都不说话。

曾经团结和睦的四兄弟让村里人羡慕不已。现在的四兄弟只要提及到彼此就气不打一处来，那么，究竟是什么原因让原本幸福美满的一个大家庭走到了今天这般田地呢？这一切，都与他们的父亲去世前留下的一笔钱有关。

老三徐志军说，2007 年 4 月父亲主动找到他，悄悄地拿出一张存有七万元的存折交给他，并嘱咐他这些资金是

用于他母亲以后的日常开销，一定要妥善保管。

一个月后，父亲胃病去世，处理完父亲的丧事后，徐志军思来想去，觉得兄弟之间应该坦诚相待。于是，决定把他和父亲的秘密向另外几兄弟公开，大家知道后表示赞同父亲的安排。可徐志军说，没过多久，居然有人开始打起这笔钱的主意。

据老大徐国宁说，他们并不是想要分这笔钱，只是母亲的身体情况需要请保姆用钱，可老三徐志军却把着钱不肯出，老大徐国宁只是想让老三把钱拿出来给母亲请保姆。

老大徐国宁说，既然老三徐志军拿了父亲的七万元钱，就该为母亲的生活负责，可是，徐志军拿着钱却不给母亲请保姆，这不得不让他们心生疑问，几个兄弟认为，徐志军辜负了父亲临终前的托付，压根就没替母亲着想，因此兄弟之间开始争执不下，矛盾也越来越深。那么，徐志军为什么拿着钱却不照顾母亲呢？难道他真的想把那笔钱据为己有吗？徐志军说他绝无此意，这完全是个误会，不是他不拿钱出来，而是这笔钱早就花完了！

徐志军说，当初操办父亲丧事的费用都来自这笔钱，2010 年母亲摔伤，住院期间所有的花销也动用了这笔资金。2016 年 2 月，母亲在走路时因为地滑摔伤，考虑到母亲年事已高等多方面因素，只好选择保守治疗，在医院住了三个月疗养，这期间又花费了一笔不小的费用。

徐志军说，当时母亲住院的医疗费走了一部分医保后，剩下的钱就是他从父亲留下的那笔钱里支付的，这几笔下来，父亲留下的那笔钱基本上已经用完。但是，这个说法却让其他几个兄弟难以相信。

兄弟们的质疑让徐志军感到很恼火，徐志军说，每一笔花销他都留存了单据，根本不可能私自动用这笔钱，毕竟这是父亲留给母亲的钱。母亲几次摔伤住院，请护工等等开销，用的都是当初父亲留下的钱，再加上这次母亲住院和出院后请保姆的花销，父亲留的钱确确实实是花完了。所以没有资金继续给母亲请保姆，也造成陈菊英老人对现在的生活不适应。但是，徐志军的说法并没有得到其他兄弟认可，兄弟之间的猜忌让徐志军感到委屈，而母亲陈菊英夹在几个儿子的纷争里不仅被搅得不安宁，态度更让她感到寒心，无奈之下陈菊英一纸诉状把四个儿子告到惠州市惠城区人民法院，要求四名被告支付赡养费每月 500 元，护理费用每月 4000 元，以及医药费 11680 元。

由于原告是 83 岁的老太太，前期她摔了一跤行动很不方便，其生活没有着落情，法官发现不及时处理，原告权益会受到极大的伤害，所以从这个角度上考虑，法院立马启动了速调速裁机制。案件的特殊性引起法院的高度重视，为了让陈菊英生活尽快得到保障，法院迅速展开工作，首先来到了老三徐志军的家。

徐志军的老婆表示不养母亲是因为几个兄弟之间有矛盾，但是只要他们不愿意养，自己还是十分愿意去养老人的。徐志军的态度让法官内心充满了欣喜，也更有利于开展下面的调解工作，紧接着，法官又分别来到了老二徐国军和老大徐国宁的家里。

老二徐国军同样表示自己没有不愿意去养母亲，只是因为兄弟之间的矛盾而导致赡养母亲的方式上没办法达成一致意见。老大徐国宁说老人一直在跟随着自己生活，只不过保姆的费用对自己来说有点难以担负。

经过对兄弟四人的一番走访了解情况后，法官看到了调解的希望，老四家里经济条件稍微差了些，但也愿意赡养母亲。既然四兄弟都没意见，那应该很快达成一致啊！随着法官的深入调查，发现问题并没有那么简单，在这起赡养纠纷案件还没起诉到法院的时候，老大徐国宁就找到当地司法所，请司法所出面调解过，而且差一点就解决了。

陈菊英的代理律师说，之前把大家召集在一起，进行了一次调解，但是第一次的全体调解效果不好，因为各方都有各自的意见。陈菊英老人习惯居住在瓦房，所以轮流赡养的方案刚提出就被否决了，除此之外，还有另外一个重要的因素。

陈菊英老人的身体状况比较特殊一点，她只能吃流食，而其他三个儿子饮食基本上以米饭为主，对这方面，老人适应不了。所以她坚持让大儿子负责她的日常起居。

了解到陈菊英老人的想法后，司法所很快就制定出第二套调解方案，并得到了四兄弟的一致认可。

司法所提出老二、老四家庭经济状况一般每月出五百元作为母亲的赡养费，老三家庭经济状况比较好出一千，一个月两千块钱交给老大作为赡养老人的费用，老大由于出力所以他的钱不计算，这套方案当时大家都同意了。本想趁热打铁，当场签订调解协议，但不巧的是，当时的环境没有办法及时打印出协议。然而，让人没想到的是等到签协议的时候事情又有了变化。

老大的老婆反对这个协议，说需要六千块钱来作为老人的每月赡养费。

就这样，调解不欢而散。老大徐国军家的反悔让调解彻底陷入僵局，提出的调解条件也遭到三个弟弟的强烈反对，老大家突然改变主意，这背后会不会有什么原因？多次调解无果后到了法院，那么，这次法院能顺利调解吗？

法官认为解决这个案件唯一的关键，就是大媳妇的态度，以及如何去做通她的思想工作。抓住问题的关键后，法官换了一种方式，找到老大的妻子单独沟通。通过进一步的沟通法官发现，老大徐国宁对过往的事情一直耿耿于怀，没有打开心结。后经法官耐心的劝说，对其告知以法，晓之以理后，老大徐国宁家终于做出了让步。

2016 年 9 月，惠州市惠城区人民法院做出民事调解书：徐国军、徐志军、徐国联一致同意按月支付赡养费给母亲陈菊英，其中徐志军每月支付赡养费 1000 元，徐国军，徐国联每月支付 500 元。因为四个兄弟经济条件的差异，金额划分不等，也得到了兄弟之间的理解，这场因为兄弟矛盾引起的赡养费纠纷在法院的调解下，得以圆满解决。赡养父母不仅是中华民族的传统美德，更是作为子女应尽的义务，子女应该多回家看看父母，对父母精神上和物质上给予一定的照应，真正的让老人老有所依。

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

婚姻家庭、继承纠纷裁判要旨汇总　离婚后财产纠纷（1）

2016-11-11　北大法律信息网

【作者】法律小编

【来源】北大法律信息网、北大法宝司法案例库

【注明】本文由北大法宝编写，转载请注明来源

夫妻双方在离婚协议中约定将共同共有的房屋赠与未成年子女，一方能否在离婚后要求撤销赠与？

关键词：离婚协议；共有房屋；未成年子女；撤销赠与

裁判要旨：离婚协议不同于一般的合同，带有一定的人身性质，夫妻双方在离婚协议中约定将共同共有的房屋赠与未成年子女，不适用合同法关于撤销赠与的规定。该约定在夫妻关系解除时即已达成条件，对协议双方产生效力，一方在离婚后提出撤销赠与，缺乏法律依据，也违背了诚实信用原则。此外，夫妻在离婚协议中约定对共同共有的房屋进行处分，系夫妻二人的共同意思表示，属于共同赠与行为，不能由单方撤销赠与。因此，夫妻双方在离婚协议中约定将共同共有的房屋赠与未成年子女，一方不能在离婚后要求撤销赠与。

相关案例：

李某某诉王某某离婚后财产纠纷案（法宝引证码：4304185）

【基本案情】

原告李某某与被告王某某于 2001 年 11 月 11 日登记结婚，婚后于 2003 年 9 月生育一子王某。因感情不和，双方于 2009 年 9 月 2 日在法院调解离婚。双方离婚时对于共同共有的位于北京市崇文区××路××号院××小区××号楼××单元 59 号房屋（以下简称 59 号房屋）并未予以分割，而是通过协议约定该房屋所有权在王某某付清贷款后归双方之子王某所有。2013 年 1 月，李某某起诉至北京市东城区人民法院称：59 号房屋贷款尚未还清，房屋产权亦未变更至王某名下，即还未实际赠与给王某，目前还处于李某某、王某某共有财产状态，故不计划再将该房屋属于自己的部分赠给王某，主张撤销之前的赠与行为，由法院依法分割 59 号房屋。

被告王某某则认为：离婚时双方已经将房屋协议赠与王某，正是因为李某某同意将房屋赠与王某，我才同意离婚协议中其他加重我义务的条款，例如在离婚后单独偿还夫妻共同债务 4.5 万元。我认为离婚已经对孩子造成巨大伤害，出于对未成年人的考虑，不应该支持李某某的诉讼请求。

【审理结果】

北京市东城区人民法院于 2013 年 4 月 24 日作出（2013）东民初字第 02551 号民事判决：驳回原告李某某的诉讼请求。宣判后，李某某向北京市第二中级人民法院提起上诉，北京市第二中级人民法院于 2013 年 7 月 11 日作出（2013）二中民终字第 09734 号判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：原、被告在婚姻关系存续期间均知悉 59 号房屋系夫妻共同财产，对于诉争房屋的处理，李某某与王某某早已达成约定，且该约定系双方在离婚时达成，即双方约定将 59 号房屋赠与其子是建立在双方夫妻身份关系解除的基础之上。在李某某与王某某离婚后，李某某不同意履行对诉争房屋的处理约定，并要求分割诉争房屋，其诉讼请求法律依据不足，亦有违诚信。故对李某某的诉讼请求，法院不予支持。

无证据证明财产分割协议显示公平无权请求重新分割

（最高法院公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-11-24 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻双方离婚后，一方以离婚协议中关于共同财产的分割显失公平，且其是在受胁迫的情况下签订的离婚协议为由提起诉讼，请求重新分割夫妻共同财产。鉴于离婚协议虽在形式上属于合同，但夫妻双方分割共同财产时除了利益因素，亦受夫妻感情及子女抚养等因素的影响，故不能将离婚协议等同于民事合同，以等价有偿作为唯一的判断标准。因此，在一方未提供证据证明双方在签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形时，应认定该离婚协议对双方均具有法律约束力。

【关　键　词】

民事　离婚后财产　离婚协议　共同财产分割　显示公平　胁迫　重新分割　民事合同　利益因素　夫妻感情　子女抚养　等价有偿　判断标准　法律约束力

【基本案情】

李 XX 与包 XX 原系夫妻关系，婚后育有一女。包 XX 性格暴躁，时常与李 XX 吵架。经历多年婚姻生活的折磨，李 XX 对包 XX 心生恐惧。之后，包 XX 几次提出协议离婚，李 XX 均未同意。于是包 XX 多次到李 XX 单位和父母处哭闹，使其无法正常工作，精神非常紧张。一日，包 XX 又到单位找李 XX 签字协议离婚，李 XX 怕失去工作，在离婚协议书上签字，离婚协议内容载明：双方婚生子女由包 XX 直接抚养，李 XX 每月支付抚养费五百元直到孩子工作时为止。房子两处，均归包 XX 所有；房贷还完后，李 XX 协助办理相关过户手续。轿车一辆及存款二万元归李 XX 所有。此后，李 XX 与包 XX 在民政局办理了离婚手续。

现李 XX 以离婚协议书的签订并非其真实意思表示，是在受威逼的情况下签订的，且协议书中对财产及抚养费的分割也不合理为由，提起诉讼，请求重新分割夫妻共同财产，每月负担抚养费三百元，直到孩子十八岁为止。

包 XX 辩称：双方之间签订的离婚协议书是双方的真实意思表示，且系在李 XX 自愿的情况下签订，不存在重新分割的法定事由。但同意李 XX 每月支付抚养费三百元至孩子十八岁为止。

【争议焦点】

夫妻双方基于真实意思表示自愿签订离婚协议，并就财产分割进行了约定，之后一方能否以离婚协议中关于共同财产平均分割显失公平为由请求重新分割财产。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告李 XX 关于重新分割夫妻共同财产的诉讼请求；原告李 XX 每月给付子女抚养费三百元，直至其独立生活时止。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

离婚协议为复合协议，是数个法律关系的混合。一般情况下，离婚协议主要包括两部分内容：一是夫妻关系解除；二是夫妻共同财产的分割。部分协议还会包括夫妻之间的财产补偿、损害赔偿等方面的内容以及未成年子女抚养方面的内容。离婚协议在形式上虽类似于合同，且合同的变更或撤销是基于双方订立合同时有“重大误解”或“显失公平”，但因离婚协议不同于一般的合同，其中对夫妻共同财产的分割，除了纯粹的利益考虑外，还包括夫妻感情及子女抚养等因素，因此不能将离婚协议与民事合同等同对待，以等价有偿作为唯一的判断标准。离婚协议签订后，夫妻一方以其是在受胁迫的情况下签订的离婚协议，且离婚协议中将夫妻共同财产均分割给对方所有，显示公平为由，主张重新分割夫妻共同财产。但其并未提供证据证明其是被对方采取胁迫的方式签订的离婚协议，且没有证据证明签订离婚协议之时其精神状态不稳定，不能按正常人的思维方式考虑问题，据此，应认定双方签订的离婚协议合法有效，对双方均具有法律约束力。

夫妻双方协议离婚后，一方以其签订的协议书系在对方胁迫下完成，且离婚协议中对夫妻共同财产的分割及子女抚养费的支付等方面显示公平为由，提起诉讼，请求重新分割夫妻共同财产。虽然我国婚姻法司法解释规定离婚后一年内，夫妻一方可以提起诉讼请求重新分割夫妻共同财产，但鉴于离婚协议不同于一般的民事合同，故在判断离婚协议签订时是否受胁迫或显示公平，不能仅基于公平原则，而应考虑夫妻间感情等因素。一方虽请求重新分割共同财产，但其并未提供证据证明在签订离婚协议时其受到对方胁迫，亦未举证证明其并非基于自愿签订的离婚协议，故对其请求变更离婚协议中财产分割的诉讼请求应不予支持。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例　有效　参考适用

李 XX 诉包 XX 离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中　法码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚效力·离婚协议效力·有效 (L040403025)

【案　　由】 离婚后财产纠纷

【权威公布】 被最高人民法院民事审判第一庭《民事审判指导与参考》2008 年第 2 集(总第 34 集)收录

【检索　码】 C0502+12++MM++++0308C

【审理法院】 XX 人民法院

【审级程序】 第一审程序

【原　　告】 李 XX

【被　　告】 包 XX

【裁判文书原文】　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

原告：李 XX。

被告：包 XX。

李 XX 诉称，其与包 XX 于 1998 年登记结婚，于 2004 年 5 月生育一女。包 XX 性格暴躁，双方发生争执时对其又打又骂又抓。还不允许其正常休息，逼其下跪并写保证书，甚至伙同自己的母亲一起用针扎破其手指在保证书上按血手印。包 XX 经常用自杀、自残的方式来逼其顺从自己的意志。历经多年婚姻生活的折磨，其对包 XX 心生恐惧。自 2005 年起包 XX 几次提出协议离婚，但其看孩子年幼而犹豫不决。于是包 XX 多次到其单位和父母处哭闹，使其无法正常工作，精神非常紧张。此时其即将与单位续签劳动合同，由于担心失去工作，精神压力巨大。2006 年 11 月 2 日，包 XX 又到单位找其签字协议离婚，在威逼的同时，又表示如其能看在多年夫妻的情分上，放弃财产要求，将来再从一无所有爬起来，还会与其复合。在包 XX 这种哭闹和威逼利诱下，其精神彻底崩溃，在父母及其他亲属均不知情的情况下鬼使神差地签了字。事后，其认为自己在精神状态不清晰的情况下所签的离婚协议不是真实的意思表示，更有悖于常理。因此，在双方离婚时，本应合理分割的夫妻共有的两处房产成了包 XX 一人的财产。离婚协议中其每月承担孩子抚养费 500 元过高，如按照离婚协议书中的内容执行，其将失去生活，该离婚协议显失公平与公正，故请求重新分割夫妻共同财产，自己每月负担抚养费 300 元，直到孩子 18 岁为止。

包 XX 辩称，2006 年 11 月 2 日的离婚协议书是李 XX 在精神状态完全正常的状态下自愿签订的。关于李 XX 所述我和我母亲合伙用针扎破其手指在保证书上按手印之事，当时我与李 XX 吵架后，我母亲对李 XX 讲，如果想继续过，就写一份保证书并按上手印。后我母亲用针在李 XX 手指上扎了一下，李 XX 在保证书上按下手印，当时的目的是让李 XX 真正重视起来。关于孩子抚养费同意其每月给付 300 元。

一审法院经审理查明：2006 年 11 月 2 日，李 XX 与包 XX 在民政局协议离婚。协议的主要内容为：1、双方婚生子女由包 XX 直接抚养，李 XX 每月支付抚养费 500 元直到孩子工作时为止。2、房子两处，一处归包 XX 所有；另一处贷款房，离婚后归包 XX 所有；贷款还完李 XX 协助办理相关过户手续。轿车 1 辆及存款 2 万元归李 XX 所有。

一审法院认为，夫妻双方协议离婚，其所签订的离婚协议对双方当事人均有约束力。现李 XX 以包 XX 采取胁迫的方式，使自己在精神状态不清晰的情况下签订离婚协议，该协议显失公平和公正，要求重新分割离婚协议书中已分割的财产，包 XX 不同意李 XX 的主张。李 XX 无证据证明自己是被包 XX 采取胁迫的方式签订的离婚协议，李 XX 系大学本科学历且在公司做业务工作，在签订离婚协议时，没有证据证明其精神状态不稳定，不能按正常人的思维方式考虑问题。夫妻在签订关于共同财产分割的协议时，除了利益的因素外，更多地受到子女抚养及感情因素的影响，而不能像对待其他民事合同一样，以等价有偿作为唯一的标准。因此，对李 XX 关于财产分割的诉请本院依法予以驳回。李 XX 认为离婚协议中给付孩子的抚养费 500 元过高，要求每月给付抚养费 300 元，包 XX 表示同意，本院予以支持。据此判决如下：1. 驳回李 XX 关于重新分割夫妻共同财产的诉讼请求。2. 李 XX 自 2007 年 5 月起每月给付子女抚养费 300 元，直至其独立生活时止。

一审判决后，双方当事人均未上诉。

2016-11-22　北大法律信息网法律小编

【来源】北大法律信息网、北大法宝司法案例库

【注明】本文由北大法宝编写，转载请注明来源

男方在婚后将女方婚前所有的汽车出售并用所得价款购买新的汽车，在离婚时如何分割？

关键词：婚前财产；夫妻关系存续期间；分割

裁判要旨：夫妻共同财产，是指受我国《婚姻法》调整的在夫妻关系存续期间夫妻所共同拥有的财产。在确定配偶一方的婚前个人财产在婚姻关系存续期间取得的收益是否为夫妻共同财产时，要考虑收益的取得是基于个人财产的自然增值还是基于夫妻的共同经营来判断。女方婚前所有的汽车，男方在婚后出售，并用所得价款购买新的汽车，仅是由动产转化为金钱，没有包含夫妻的共同劳动，因此仍应视为一方的个人财产。离婚时对该财产进行分割，应当将属于个人财产的部分的扣除，剩余部分考虑折旧后按照夫妻共同财产进行分割。

相关案例：

郎某与屈某离婚后财产纠纷案（法宝引证码：4343214）

原告郎某与被告屈某经人介绍于 2005 年 3 月份认识，于 2005 年 12 月 19 日结婚，婚后育有一女。婚前原告娘家陪送其家用电器数件；婚前被告父母为其购买汽车一辆，婚后被告将其汽车出售得款 25，000 元，后原、被告双方于 2007 年 5 月使用被告出售婚前汽车所得的 25,000 元购买桑塔纳牌轿车一辆，购车款 83,000 元，登记人为被告。原、被告于 2005 年 12 月 21 日购买楼房一套，同日分别办理了《房屋所有权证》和《房屋共有权证》，登记原告所占楼房份额为 80%,被告所占份额为 20%。婚后原、被告有共同债务 82,000 元。婚后，原、被告因家庭生活琐事经常发生纠纷，原告于 2008 年 11 月 14 日诉至本院，要求与被告离婚，并依法分割婚后共同财产、承担婚后共同债务，女儿由自己抚养，被告每月支付 1000 元抚养费。

本院经审理判决准予原、被告离婚；汽车归被告屈某所有，被告给付原告一半折价款四万一千五百元；同时对房屋归属、子女抚养、原告郎某个人婚前财产归属及婚后共同债务承担作出了判决。

原审判决后，被告屈某不服上诉，北京市第一中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。2010 年 5 月 10 日，一中院作出（2010）一中民监字第 02022 号民事裁定，对该案中涉及财产的部分再审。一中院再审后，于 2010 年 6 月 11 日，以（2010）一中民再终字第 10465 号民事裁定书裁定将该案涉及财产部分发回原审法院重审。原审法院于 2010 年 10 月 26 日以调解方式结案。

（八）恋爱同居纠纷案例

感情过期，赠出的 房产能要回吗？

2016-11-01 民主与法制杂志 孟祥林

老鼠爱大米，恋爱期赠送女友房产

2001 年 8 月 12 日，颜大勇和好友王辉找到租住在破旧房屋里的夏红丹，为的是兑现一个承诺：“丹丹，今天我要把这套房子送给你……决不开玩笑，你看，我还带来了证人。”夏红丹听后既惊喜又顾虑重重：“你说什么？别冲动，这房子即便你愿意送我，你家人也会反对，还是算了吧……”

虽然女友推辞，但颜大勇主意已定。当着王辉的面，拿起钢笔认真地在白纸上写下“契据”：“现我居住的 322 号小院所有权归夏红丹，任何人无权干涉。立字为据。”落款处，王辉和颜大勇写下自己名字，还按了手印。

当颜大勇郑重地把房产证连同这份“契据”交给夏红丹时，她的眼圈儿红红的：这样痴心爱自己的男人还有啥挑剔的？她决定把自己的后半生托付给眼前这个实在的男人——

颜大勇，1955 年 6 月出生在河北省邢台市郊区。初中毕业后，通过招工成为邢台煤矿一名采煤工人。1978 年 5 月，颜大勇和本村姑娘姜慧结为伉俪。婚后，三个儿子相继出生，给这个小家庭增添了无限乐趣。姜慧一直在家做全职太太相夫教子，而颜大勇每日动力十足地在环境恶劣的井下采煤，支撑着五口之家。那些年，夫妻俩省吃俭用不仅翻盖了 322 号老院，还购买了坐落在市区繁华地段的单位所建的两套经济适用房。可是红红火火的好日子在 2000 年戛然而止，姜慧因癌细胞扩散离开了人世。妻子走后的日子，忙于生计的颜大勇没时间管仨孩子，尤其是看到 14 岁的小儿子颜瑞每日吃着百家饭更是心疼不已，是该结束这种既当爹又当娘的煎熬日子了。

1965 年出生的夏红丹是个苦命的女人，曾有一段心酸的婚史。她和前夫姚强生育了两女一儿，嗜酒如命的姚强嫌夏红丹爱唠叨，酒后经常对她拳打脚踢。1999 年 3 月，夏红丹忍受不了家暴与姚强离婚，把儿子和小女儿留给了前夫。随后，她在市区一家餐馆当服务员，和十岁的大女儿在餐馆附近租房居住。

2001 年 3 月的一天，经人介绍，时年 36 岁的夏红丹与颜大勇相亲，两人初次见面相谈甚欢，还攀上了“亲戚”，原来夏红丹的哥哥是颜大勇的妹夫，这之前两人并不知道。

爱情的种子生根发芽、迅速成长。颜大勇对夏红丹的美貌怦然心动，而夏红丹也对颜大勇有说不完的话。那段时间，颜大勇只要有空便西装革履、蹬着锃亮的皮鞋，相约夏红丹一起吃饭、看电影、逛公园……

颜大勇陶醉在第二次爱情的甜蜜中，终日精神焕发，仿佛自己又年轻了十岁。交往期间，颜大勇发现女友因房租太贵，经常搬来搬去，他无法忍受自己心爱的女人居无定所，慎重考虑后，作出一个惊人决定：送一套房产给女友！这份惊喜感动得夏红丹热泪盈眶。

再婚又离婚，半路的感情不堪一击　　2001 年 11 月，两人领了结婚证，随后夏红丹和颜大勇一起生活在 322 号小院里。颜家三兄弟因女主人的到来，一日三餐都能吃上丰盛可口的饭菜，脸上洋溢着幸福的笑容；颜大勇下矿采煤，常是一脸黑泥、一身泥水，可想起家里的媳妇，干劲儿更足了。在这期间，颜大勇曾拿出 4000 元，在村东购买了一块 311 号宅基地。让全家人骄傲的是，运气极佳的颜大勇在一次深夜回家途中捡到一个装有 5 万元现金的黑包，当时街上没目击者，但他坚持把这笔巨款交给了派出所。颜大勇拾金不昧的事在街坊邻居口中传颂，人格魅力爆棚。

颜大勇和夏红丹沉浸在再婚的幸福中，谁也没想到日后会出现不和谐的音符。2005 年 5 月，颜大勇的大儿子颜胜准备结婚，一件小事让夏红丹和颜胜心生嫌隙。夏红丹帮着购齐新家具、布置好新房后，为向外人证明她做继母的对颜胜视如己出，她对颜大勇提出要求：“婚礼当天，颜胜当众喊你爸，也必须喊我一声‘妈’，最好是磕头答谢……”

想到夏红丹这几年的辛苦，颜大勇觉得要求不过分，可颜胜无法冲破心理枷锁叫不出这声“妈”。最终，婚礼那天，颜胜给足了夏红丹面子，但就是没张开口叫“妈”。这让夏红丹失望甚至气愤：“能喊丈母娘‘妈’，却不能叫我妈，这不是明摆着让我难看嘛？”颜大勇小儿子说：“为这事，夏红丹不和我大哥说话，还不让他登家门。”

颜大勇的二儿子颜峰在江苏徐州读大学后，夏红丹把二女儿也接到身边。那几年，煤炭价格上涨，颜大勇的月收入都在 6000 元左右，可总是入不敷出，每月还要借亲朋好友 1000 多块。这些钱的去向，颜大勇从来不问。有一次，颜胜的婶婶和夏红丹闲聊时问及此事，两人还吵了一架。

2011 年年初，颜大勇从岗位上退下来。二儿子颜峰也娶妻生子，小两口因工作压力大，没时间管孩子，他便常去帮忙。夏红丹没有什么朋友，孤单之余，她难免对他发牢骚。一天，颜大勇又是很晚才回来。夏红丹生气地说：“怎么这么晚才回家？退休了也不在家陪我……是不是嫌我没工作和收入，你才这样欺负我……”颜大勇很气愤，也想不通：夏红丹和自己一起去帮忙怎么就不行？两人越吵越凶，厮打在一起，颜大勇的脸挂了“彩”。胳膊受伤的夏红丹哭哭啼啼收拾衣物，搬到了大女儿家。

颜大勇夫妇从冷战闹到离婚边缘，夏红丹的哥哥出面调解。尽管颜大勇做出了让步，答应给夏红丹 5 万元住房公积金，还让她永久居住在 322 号小院，但夏红丹坚持索要这套赠与房屋的所有权，最终复合化作了泡影。

2012 年 9 月，夏红丹一纸诉状，将颜大勇告到法庭，请求依法解除婚姻关系并分割夫妻共同财产。经过法院一审、二审后，最终判决准予两人离婚，并把颜大勇的 7.8 万元退休住房公积金一分为二。

婚前颜大勇写下的这份赠与“契据”是否有效？村东的 311 号小院，是否属于夫妻共同财产？因情况复杂，可能涉及其他家庭成员利益，这场离婚诉讼中均未作判决，夏红丹只得另行起诉。

诉求被驳回，赠出的房产物归原主

离婚后，夏红丹因无住所经协商被准许在 322 号小院中暂住。孰料，颜大勇的小儿子与夏红丹的二女婿又为这套房屋的所有权争执起来，还动了手，最终派出所民警出面干涉才得以平息。2014 年 7 月，夏红丹起诉颜大勇，请求法院判令被告将 322 号房屋过户名下，并平均分割 311 号房产。邢台市桥东区法院采取独任制开庭审理了此案。法庭上，双方当事人针对“赠与的房产该不该过户到夏红丹名下”等问题，展开激辩。

面对曾同床共枕十余年的被告，夏红丹向法庭出示了“契据”证明颜大勇曾把 322 号小院赠与自己。坐在被告席上的颜大勇点头认可，但辩称：“我送原告房子，是想让她与我白头到老，我百年后房子归她……现在，她与我离婚了，我的愿望没实现，我要撤销这份‘契据’！”

颜大勇的律师补充说：“原告手中的这张‘契据’不具有法律效力。位于桥东区的 322 号房产证是 1991 年取得，说明该房产是被告和前妻及仨孩子的共同财产。根据继承法第 24 条规定，存有的遗产，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或争抢。所以，被告颜大勇未征得房屋共有人同意，擅自签订‘契据’将房产赠与原告，侵犯了其他共有人权益，是无效的。”

夏红丹的代理人指出：“颜大勇婚前有三处房产。原告受赠的这套房子的产权上都是登记在颜大勇的名下，因

此被告有处分权，这份‘契据’是有效的……”

被告律师接着辩称：“颜家房屋再多，也不能证明桥东区 322 号房产属于被告颜大勇个人所有。在遗产未分割前，这些财产都属于家庭成员共有，根据房地产管理办法第 38 条可认定这份‘契据’是无效的。”

311 号小院是否属于夫妻共同财产？法庭上，原告和被告都向法院提供了村委会出具的书面材料，证明小院的建筑者，但是内容却完全不同。被告律师要求原告律师调查笔录中涉及的被调查证人出庭质证，但是，证人并没在法庭上出现。

在庭审过程中，双方当事人情绪都很激动，火药味十足。主审法官结合查明的事实和现有的证据认为：所赠房产是颜大勇与前妻所建，其中一半属于遗产，颜大勇无权处分，该赠与是无效行为；这套受赠房产不属于救灾扶贫，没有经过公证，颜大勇有权撤销赠与合同；颜大勇出资 4000 元购置 311 号房屋宅基地，该出资虽属夏红丹与被告共同出资，但该地面所建房屋到底是夏红丹夫妇还是颜大勇二子所建，双方提交证据因不充分，所以暂不处理。

2014 年 10 月 27 日，桥东区法院判决：驳回夏红丹诉讼请求。收到判决书，夏红丹不服上诉。二审法院依法组成合议庭开庭审理后认为：在双方尚未对颜大勇前妻法定继承人的继承份额进行处理的前提下，原审判决直接认定颜大勇赠与行为无效不妥，应纠正；夏红丹直接起诉要求将赠与的房产过户名下，属于证据不足，无法支持。

2015 年 3 月，邢台市中级人民法院作出驳回上诉、维持原判的终审判决。没多久，夏红丹来到桥东区法院请求平均分割 311 号房产。2016 年 6 月中旬，桥东区法院开庭审理后还未作出判决。

检察官说法：受赠人要学会用法律保护权益

赠与合同属于诺成合同，即当事人意思表示一致时便可成立。生效的赠与合同必须履行吗？合同法第 186 条规定，除具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质及经过公证的赠与合同外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与合同。此外，最高法院关于贯彻执行民法通则若干问题意见第 128 条规定：“公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准，赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。”特别指出，已交付使用、未办理过户房屋手续的这种赠与情形，该规定是“可以”认定赠与有效而不是“应当”。也就是说，法官有一定的自由裁量权，也可以根据具体案情认定没办理过户手续的赠与合同是无效的。本案中，夏红丹在婚后长达十余年不要求颜大勇办理房屋过户手续或请公证部门对赠与的房屋公证，存在重大过失；另一方面，受赠人享有接受赠与的权利，但赠与房屋没有发生所有权转移前，赠与的房屋毕竟是颜大勇的，法律保护赠与人的权利就会更强些，赠与人依然有撤销权。因而，夏红丹的诉求得不到支持也就不足为怪了。

检察官借此提示：应对复杂的不动产过户登记过程、多变的赠与人心理，唯有每个受赠人学会用法律武器保护自身权益，及时请公证部门对受赠的房产公证，才会在日后的赠与纠纷中胜出一筹。

昔日恋人合资购房 今日翻脸对簿公堂

2016 年 11 月 09 上海法治报 记者季张颖 通讯员孙口

昔日黄昏恋人，为了共同生活一起出资购买了房屋，此后男方单方面要求退资，女方将资金全数返还后，男方却仍以女方少退还 5.5 万元为由起诉至法院。近日，闵行区法院对该案做出判决，驳回了原告乔某的全部诉求。

乔某与周某是昔日的恋人。2009 年底，两人在连云港东海县购买了一套总价值 41.9 万余元的房屋，双方各出 8 万元用于支付首付，剩余的钱款都是贷款，两人共同归还。但由于之后乔某感觉连云港的气候不太适合其生活、居住，且周某不同意乔某将名字加在产证上，因此要求退出资金，自行至南宁购房，周某经过了慎重考虑后，同意乔某退出。

经过双方核算，至 2011 年 3 月，乔某一共归还了 15 个月的贷款，加上自己的出资，合计周某应该返还给乔某 16.5 万元。两个月后，乔某收到了周某退还的 11 万元，而对于剩余 5.5 万元乔某则表示一直未收到。为此，乔某起诉到法院要求周某返还 5.5 万元。

对此，周某表示，乔某与其确实一起出资购买了位于连云港的房屋，后来由于乔某要求退资，自行去南宁购房养老，对此，其也是同意的，当时实际退还乔某的是 19 万余元。孰知，乔某在南宁购买房屋后，居然在南宁的中介所要求介绍女朋友，自己一怒之下就不再理会乔某了，多退的钱也没找其讨要。

法院经审理后认为，周某退出合资购买房屋，乔某返还周某 16.5 万元是双方的合意，对此，双方都是认可的。关键在于庭审中，周某提供了落款日期为 2011 年 5 月 9 日的收条，可以证明乔某在除了收到周某返还的 11 万元以

外还收到了周某返还的另外 8.35 万元的退房款。对此，乔某先是表示落款不是其写的，待到鉴定之后又说是为了练字才写了“签名：某某收到”的字样。对此，法院认为如系单纯的签名，乔某关于练字的解释尚有一定合理性，然收条上并非简单的签名，而是明确确认收到钱款的字样，故乔某的认为落款系其练字的主张，法院实在难以采纳。因此，法院经过庭审并依据证据确认周某一共支付乔某退房款为 19.35 万元，高于双方协商的 16.5 万元，因此周某无须另行返还乔某 5.5 万元。据此，闵行法院做出了如上判决。

（九）其他相关案例

经典案例|徐贵红、杨少名与徐贵成、魏孔花婚姻家庭纠纷之第三人撤销之诉案

2016-11-03 北航法律评论

一、案由：

民事合同、无因管理、不当得利纠纷

二、案件号：甘肃省兰州市中级人民法院/(2015)兰民三初字第 49 号/2016.05.18

三、案情概要：

由徐贵成、魏孔花离婚诉讼争夺房屋财产而引出的第三人撤销之诉。第三人徐贵红、杨少名认为房屋系本人所有，请求法院撤销徐贵成、魏孔花离婚诉讼中对房屋财产的判决与裁定。

四、争议焦点：

（2015）兰民三终字第 752 号民事判决书第四项判决“皋兰县石洞镇中堡村 283 号房屋归徐贵成所有”是否正确。原告徐贵红、杨少名请求撤销该项判决有无事实依据，诉讼请求是否成立。

五、法院裁判概要：

1、关于房屋修建：

魏孔花没有充分证据证明此房屋为婚内共同修建，徐贵成同样没有充分证据证明此房屋系其姐姐姐夫修建，各自主张均未有充分证据证明。

2、原告诉讼请求成立

魏孔花认为被答辩人现无权提起第三人撤销之诉，请求人民法院驳回其起诉。

《民事诉讼法》第 56 条第二款规定：因不能归责于本人的事由未参加诉讼的第三人有证据证明发生法律效力的判决内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。

然而，关于徐贵成与魏孔花离婚纠纷一事，现已经在人民法院经前后诉讼 5 次，被答辩人杨少名甚至曾担任过徐某乙离婚一案的代理人，在多次诉讼当中两被答辩人也参与旁听。故对于石洞镇中堡村 283 号宅基地的处分、裁判也完全应当知晓，被答辩人若认为其对相关财产有权益，则应当在之前的诉讼中作为第三人申请参加诉讼，其现在未能参加诉讼也完全系其本人责任，现被答辩人再次提起第三人撤销之诉不符合法律规定，请求人民法院判决驳回其起诉。

但本院认为：

1）中堡村 283 号房屋新建、重建时，徐贵红夫妇主动参与并由杨少名联系施工人员和采购施工材料，负责工程费用的结算。因此涉及第三人利益，诉讼请求成立

2）虽然两原告知道徐贵成与魏孔花因离婚诉至法院，但因离婚案件是对婚姻关系当事人之间身份关系及财产关系的处理，两原告符合法律规定的“因不能归责于本人的事由未参加诉讼”的情形，且无明显过错，故对魏孔花认为原告已过诉讼时效的答辩意见不予采纳。

3、人民政府颁发的集体土地建设用地使用证对中堡村 283 号宅基地的使用人登记明确，确为徐贵红，本院予以采纳。

4、对于魏孔花认为原告与徐某乙串通涉嫌恶意诉讼的诉求本院认为是主观臆测，没有任何证据证明，不予采信。

因此：原告胜诉。

六、与之相关的法律知识：

1、“第三人撤销之诉”概念：

第三人撤销之诉是指非因自身原因没有参加到他人之间的审判程序，针对双方当事人之间生效判决对其不利部

分予以撤销的请求。

2、适用法条：

第五十六条：对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

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

借房办入学却将百万拆迁款据为己有

法院判决被告返还拆迁款并支付利息

2016-11-02 人民法院报 陈雅敏 宁宇

本报讯 广东一对老夫妻鲍某和李某，好心将名下房屋无偿出借并过户给儿子阿怀曾经指导的研究生于某，帮助于某和陈某的女儿办理入户上学手续，但于某夫妻却将房屋据为己有，在领取了该房拆迁补偿款后逃之夭夭。广东省广州市花都区人民法院一审判决于某、陈某向老夫妻返还房屋补偿款123万余元及利息。近日，广州市中级人民法院二审后维持原判。

花都区新华街某房屋原本登记在鲍某名下，是鲍某与李某这对年过古稀夫妻的共有财产。老夫妻的儿子阿怀是于某的硕士生导师，也是于某、陈某夫妻的公司老板。因于某、陈某的女儿需要在花都上学，念及于某毕业后就一直跟着阿怀工作，出于照顾，鲍某夫妻便将房屋借给于某、陈某，助其为女儿办理在花都入户上学的手续。

双方于2012年5月2日签订了《房产借用协议书》，约定将涉案房产无偿借给于某使用，暂时将该房产过户至于某夫妻名下，待办妥女儿在花都上学手续后的一个月内归还。同时约定，无论于某女儿在花都入户上学的事情最终是否能办妥，于某借用该房产最长期限不超过自该房产过户至于某名下起六个月。

借房协议签订后，2012年6月1日，该房屋过户至于某、陈某名下。后当地政府为建设地铁征收了于某、陈某名下的涉案房屋，并支付了于某征收补偿款共计123万余元。鲍某、李某多次追讨补偿款未果，无奈之下向法院起诉。

法院审理后认为，鲍某、李某虽然将花都区新华街某房屋过户至于某、陈某名下，但《房产借用协议书》明确约定，双方真实的关系既非买卖房屋，亦非赠予房屋，而是无偿借用房屋。鲍某、李某基于好心和信任，无偿出借房屋帮助于某、陈某，二人非但不感恩、依当初承诺及时返还房屋，反而在收取巨额补偿款后逃之夭夭，其行为侵犯了两原告的合法财产权益。故法院依法判决于某、陈某向鲍某、李某返还房屋补偿款123万余元及利息。

夫妻一方擅自以共有房屋与银行签订的抵押合同有效

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-11-12 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻一方将共有房屋作为抵押物与金融机构签订抵押借款合同时，未经其配偶同意，事后亦未取得其配偶追认的，系无权处分。但鉴于在合同签订时，夫妻一方提供了无配偶、其为房屋所有权人的证明等资料，金融机构已尽到形式审查义务，主观系善意，且金融机构已发放贷款，支付合理对价，故应认定金融机构的行为构成善意取得。同时，在签订抵押借款合同后，双方已办理房屋抵押登记，金融机构亦取得房屋的他项权证。因此，应认定金融机构已取得该房屋的抵押权，双方签订的抵押合同有效。

【关 键 词】

民事 抵押合同 确认合同无效 夫妻一方 共有房屋 无权处分 善意取得 不动产登记

【基本案情】

2009年，李X以其新购买的涉案房屋（华亭佳园房屋）作为抵押物与民生银行（中国民生银行股份有限公司天津分行）签订抵押借款合同，约定李X以按揭贷款的方式向民生银行借款，借款金额为五十六万元，借款人为李X及王X。李X已全部还清该项借款。两年后，李X再次以涉案房屋作为抵押物与民生银行签订抵押借款合同，并提交婚姻状况为无配偶的声明。此后，双方办理了涉案房屋的抵押登记，民生银行亦取得了涉案房屋的他项权证。另查明，王X与李X于1994年登记结婚，此后因感情不和于2012年办理了离婚手续，离婚时，双方约定涉案房屋系共有财产，但产权证书中未注明王X为共有人。

王X以李X擅自处分共有财产，其对李X与民生银行于2011年签订抵押借款合同的事实并不知情为由，提起诉讼，请求确认李X与民生银行于2011年签订的抵押借款合同无效，撤销涉案房屋的抵押登记，将其登记为涉案房屋的共有人。

法庭审理期间，民生银行提交了2011年其与李X签订抵押合同时，李X提供的证明自己无配偶的相关材料复印件。其中，户口中载明的离异日期、离婚登记日期、离婚协议签署日期均系2007年。李X虽否认上述材料为其所提供，但未提交证据证实。

【争议焦点】

夫妻一方未经配偶同意，擅自以共有房屋作抵押与金融机构签订抵押借款合同，合同签订时，金融机构对夫妻一方提交的无配偶证明及房屋所有权证明进行了形式审查，且将贷款发放给夫妻一方，此时，金融机构的行为是否构成善意取得。在双方已办理房屋抵押登记的情形下，该抵押合同是否有效。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告王X的全部诉讼请求。

原告王X不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【审判规则评析】

无权处分，是指无处分权人以自己的名义就他人的权利标的所为的处分行为。其中，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（一）》规定，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。据此，根据该司法解释的规定，并结合无权处分的含义，夫妻一方未经配偶同意，擅自处分夫妻共同财产的行为为无权处分，转让、变更财产权利的合同无效。但该规定存在例外，即善意取得制度。善意取得制度系无权处分人将其财产有偿转让给第三人，如果受让人取得该财产时出于善意，则受让人将依法即时取得对该物产的所有权，原所有人不得要求受让人返还财产的制度。善意取得制度的构成要件为：转让人必须为无权处分财产的人；受让人取得财产时出于善意；受让人以合理的价格有偿取得；善意取得的对象可以为动产，亦可以为不动产，还可以为其他物权。其中，不动产借助登记的公信力来达到维护交易安全的目的。根据《中华人民共和国物权法》的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，均以登记作为对外公示的要件。不动产只有经过登记，才能产生物权变动的效力，从而达到善意取得的效果。综上，夫妻一方未经对方同意，擅自将夫妻共有不动产抵押的，构成无权处分。但若受让人的行为构成善意取得，且不动产抵押已办理抵押登记，则该抵押行为有效，夫妻一方与受让人订立的抵押合同有效。

在婚姻关系存续期间，夫妻一方未经配偶同意，擅自以夫妻共有房屋作为抵押物与金融机构签订抵押借款合同，且其配偶事后未予追认的，属于擅自处分夫妻共有财产，系无权处分。但在签订抵押借款合同时，金融机构已经审核了夫妻一方提交的无配偶、其系抵押房屋所有权人的证明材料，已经尽到了合理审查义务，主观系善意。同时，金融机构亦按照合同约定发放了贷款，即支付了抵押合同的合理对价，故金融机构的行为构成善意取得。另外，合同签订后，双方已经办理了房屋抵押登记手续，已产生不动产的物权登记公示效力，且金融机构已取得房屋的他项权证，故应认定金融机构已经取得房屋的抵押权。根据上述善意取得制度及不动产物权变动效力的论述，即使夫妻一方未经配偶同意，仍不影响其与金融机构签订的房屋抵押合同的效力，即抵押合同有效。

【适用法律】

《中华人民共和国物权法》第一百零六条 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。

最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（一）》第十七条 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。

【法律文书】

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

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

王X诉李X、中国民生银行股份有限公司天津分行确认合同无效纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】合同法·借款合同·借款担保·抵押担保·抵押合同 (T040502031)
【案 号】 (2013)津一中民二终字第 0069 号
【案 由】 确认合同无效纠纷
【判决日期】 2013 年 06 月 14 日
【权威公布】 被最高人民法院《人民司法·案例》2015 年第 08 期(总第 715 期)收录
【检 索 码】 B0304+67+2TJYZ++0413C
【审理法院】 天津市第一中级人民法院
【审级程序】 第二审程序
【上 诉 人】 王 X（原审原告）
【被上诉人】 李 X 中国民生银行股份有限公司天津分行（均为原审被告）
【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)
《民事判决书》
上诉人（原审原告）：王 X。
被上诉人（原审被告）：李 X。
被上诉人（原审被告）：中国民生银行股份有限公司天津分行（以下简称民生银行）。
上诉人王 X 因与被上诉人李 X、中国民生银行股份有限公司天津分行确认合同无效纠纷一案，不服天津市和平区人民法院（2012）津和民三初字第 1069 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。书记员记录。本案现已审理终结。

天津市和平区人民法院经审理查明：王 X 与李 X 原系夫妻关系。2009 年 5 月 8 日，李 X 与民生银行签订个人购房借款合同，用于购买华亭佳园房产，并以该房产作为抵押物，借款金额为 56 万元。合同中写明抵押房产共有人为王 X，李 X 及王 X 均在合同中签字。此后，上述个人购房借款合同中的欠款全部还清。2011 年 9 月 26 日，李 X 与民生银行签订个人额度借款合同及最高额担保合同，提交了婚姻状况声明，签字确认如下内容：“截至本声明签署之日，本人的婚姻状况为无配偶。”借款金额为 92 万元。李 X 再次以华亭佳园房产作为抵押财产，并办理了他项权证。王 X 未在该合同中签字。民生银行当庭提交了李 X 办理贷款时证明自己无配偶的相关材料复印件，其中李 X 的户口页复印件中登记的婚姻状况为“离异”，户口登记日期为 2007 年 4 月 15 日。离婚证复印件中离婚登记的日期为 2007 年 3 月 15 日。离婚协议书的签署日期为 2007 年 3 月 15 日。李 X 当庭否认上述材料为其提供给被告民生银行，但未提交证据予以证实。

经法庭调查确认，王 X 与李 X 于 1994 年 4 月 13 日登记结婚，后因感情不和，于 2012 年 3 月 12 日在江苏省兴化市民政局办理了离婚手续。二人均确认：华亭佳园房产为婚姻存续期间的共同财产，离婚协议书中约定该房产系双方共有财产，离婚后各自拥有 50%的所有权。产权证书中权利人登记为李 X，未注明有共有人。

2012 年 8 月，王 X 以对 2011 年办理的贷款及抵押事实并不知情为由，向法院起诉，要求：1.判令李 X 与民生银行签订的个人额度借款合同和最高额担保合同无效；2.判令二被告撤销作为合同担保的房产在房管部门的抵押登记；3.判令二被告为原告办理在该担保房产产权登记上增加原告为共有人的手续。

天津市和平区人民法院认为，二被告签订的个人额度借款合同及最高额担保合同系双方的真实意思表示，且并未违反法律、行政法规的强制性规定。王 X 提出的 2009 年办理房屋抵押贷款时作为共有人进行了签字的事实，不足以证实民生银行与李 X 在 2011 年签订合同时明知抵押房屋存在共有人的情况。王 X 提交的证据不能够证实二被告签订合同时存在恶意串通损害第三人利益的情形，故二被告签订的个人额度借款合同应确认为有效。

签订借款合同及对夫妻共同财产设定抵押都是夫妻共同生活中对共同财产的重要处分行为，对此夫妻双方应在平等协商并取得一致意见的基础上方能有效行使。李 X 未经原告同意，属于擅自处分共同财产。但在本案中，民生银行在签订借款及抵押合同时，审核了房屋产权证等有关材料，已尽到足够的审查注意义务，其为善意，并有偿取得抵押权，且已办理抵押登记，其抵押权应予保护，抵押合同应当确认有效。因此，王 X 要求确认合同无效并撤销抵押登记的诉讼请求，不予支持。对王 X 的损害，应由擅自处分共有财产的李 X 承担责任。

2012 年 11 月 14 日，天津市和平区人民法院判决驳回原告王 X 的全部诉讼请求。

宣判后，王 X 不服一审判决，向天津市第一中级人民法院提起上诉。

天津市第一中级人民法院经审理认为，原审判决认定事实清楚，处理结果并无不当，于 2013 年 6 月 14 日判决驳回上诉，维持原判。

法院对夫妻一方下落不明，另一方提起离婚诉讼的处理

2016-11-14 法信

导读：夫妻一方下落不明，另一方能否起诉离婚、法院将如何裁判？这一问题在司法实践中很早就受到重视，《婚姻法》修订时和民诉法解释中都对该类案件的审理作出了具体规定。本期法信梳理了关于该类案件的相关法律、案例和专家观点，供读者参考。

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法》(2001 修正)

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

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

（一）重婚或有配偶者与他人同居的；

（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；

（四）因感情不和分居满二年的；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

2.《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》

人民法院审理离婚案件，准予或不准离婚应以夫妻感情是否破裂作为区分的界限。判断夫妻感情是否确已破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析。根据婚姻法的有关规定和审判实践经验，凡属下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。

12. 一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的。

3.《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 修正)

第二十二条 下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

（一）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；

（二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

（三）对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；

（四）对被监禁的人提起的诉讼。

第一百八十五条 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月，宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为三个月。

公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

4.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释

第二百一十七条 夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或者死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人公告送达诉讼文书。

法信 • 相关案例

1.一方结婚登记使用虚假信息，事发后下落不明，另一方起诉至法院离婚，经公告查找确无下落的，应当依法准予离婚——孙某某诉田某某离婚纠纷案

本案要旨：夫妻一方知晓另一方办理结婚登记时是提供的虚假身份信息后，向人民法院起诉离婚，人民法院应当将其作为离婚纠纷立案受理；另一方事发后离家出走下落不明，经法院公告送达开庭传票后仍未到庭参加诉讼，因缺乏调解基础，法院应当根据《婚姻法》第三十二条相关规定，依法解除双方的婚姻关系。

审理法院：重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院

来源：《最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例》2015.12.4

2.对下落不明的人提起的离婚诉讼应由原告住所地人民法院管辖，诉讼文书通过公告送达——吉生彦诉拉毛措离婚案

本案要旨：夫妻一方下落不明，另一方起诉至人民法院要求离婚的，应当按照《民事诉讼法》相关规定由原告住所地或经常居住地人民法院管辖。一方只要求解除夫妻婚姻关系，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的，人民法院应当受理，经公告查找确无下落的，应认定夫妻感情确已破裂，准予离婚。

案号：(2008)湟上民初字第 22 号

审理法院：青海省西宁市湟中县人民法院

来源：《中国审判案例要览案例》2009 年民事审判案例卷

3.一方下落不明满两年，对方起诉离婚的，经公告查找确无下落，应认定夫妻感情确已破裂——许生桂诉李炎案

本案要旨：夫妻一方离家出走，下落不明已有 4 年之久，另一方起诉离婚，经法院公告查找确无下落，符合《最高人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第 12 条规定“一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的”的情形，应当认定夫妻感情确已破裂。另一方经鉴定为无民事行为能力人的，由其法定代理人进行诉讼。

案号：(2000)长民初字第 8 号

审理法院：上海市长宁区人民法院

来源：《中国审判案例要览》2001 年民事审判案例卷

法信 • 专家观点

1.人民法院处理一方下落不明的离婚案件，应依职权对下落不明一方进行调查核实

近年来，一方下落不明的离婚案件日益增多。一些当事人为达到离婚的目的，在对方毫不知情的情况下提出离婚之诉，并向法院谎称被告下落不明，或者在诉状中故意提供虚假的被告住址，致使法院无法送达诉讼文书，只能适用公告送达的方式。人民法院在审理这类离婚案件时，一般应要求原告出具被告住所地或者经常居住地的派出所或者居委会、工作单位等出具的被告下落不明的证明，不能仅凭原告单方面的陈述就认定被告下落不明。法院还应依职权调查取证，联络下落不明一方的近亲属进行调查核实。

（摘自《中华人民共和国婚姻法案典》，杜万华主编，人民法院出版社 2014 年出版）

2.一方下落不明的离婚案件的立案技巧

由于一方下落不明，导致另一方离婚障碍的现象日益增多。对于一方下落不明，以前有的法院的做法，是以对方当事人地址不明确，不符合《民事诉讼法》第 108 条（《民事诉讼法（2012 修正）》第一百一十九条）立案条件为由不予受理；有的法院是让当事人先行宣告另一方失踪或死亡，相关的法律程序走完后，再受理判决。法院这样处理，不仅给当事人造成了巨大的经济成本，而且也给当事人带来了巨大的时间成本。如果一方当事人下落不明，另一方要用几年的时间，才能达到解除人身关系束缚的目的，不利于时代的发展和效率。对此，可以采用以下具体做法：第一步：一方当事人向法院立案起诉离婚；第二步：法院按一方当事人提交的邮寄地址送达法律文书，若被退回，初步证实对方下落不明；第三步：由起诉方当事人或法院向有关部门收集另一方当事人下落不明、杳无音信的补强证据，进一步认定对方法律文书地址无法直接送达；第四步：由法院在公告栏和相关媒体上刊登公告，进行公告送达。在公告中告知当事人的权利义务以及不及时参与诉讼的法律后果。一般案件的公告期为六十日，涉外案件的公告期为六个月。第五步，公告期满，视为送达，进行开庭和缺席判决，一般会判决离婚。

（摘自《婚姻家庭案件立案标准》，刘学文主编，人民法院出版社 2009 年出版）

厦门思明区法院判定男方出轨 微信记录成关键证据

2016-11-17 厦门网 彭菲

【法条】

2015 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 116 条规定，电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。

厦门晚报讯（记者彭菲）妻子发现丈夫有出轨的种种迹象，决定起诉结束婚姻。丈夫一再否认，不同意离婚。这该怎么办？在思明区法院家事法庭近日审理的一桩离婚纠纷中，微信聊天记录成为认定男方出轨的关键证据之一。在证据面前，丈夫最终承认其真实性。

随着微信的使用越来越普遍，不少当事人都会提交微信聊天记录作为证据。法官表示，微信聊天记录是民事诉讼法及其司法解释规定的证据类型之一，但最终能否被采信，还要视情况而定。

【争议】

聊天记录有“猫腻”，丈夫却说是为了宣泄感情

陈霞和李俊(均化名)2009 年结婚，育有一女。去年 10 月，陈霞从李俊的手机中发现“猫腻”。李俊在微信上和一名女子频繁聊天，通话记录也显示两人常联系。李俊向女子表示:“我心里已经没有她了，一点也不爱她，活在这样的家里，感觉好累。”因此，陈霞希望结束这段婚姻。此外，陈霞还向法庭提交了一份丈夫写的保证书，保证书上说如果李俊对家庭不忠，将自愿把房产留给陈霞，作为陈霞抚养女儿的保障。

不过在法庭上，李俊说他不想离婚。他解释，自己和陈霞所说的女子只是正常往来；他为了宣泄感情，从自己的一个微信账号向自己的另一个微信账号发信息。李俊说，陈霞提交的聊天记录并不完整，且陈霞存在误解，双方没有走到离婚这一步。至于保证书，那只是他为了哄陈霞回家写下的。

【判决】

对比多条记录后，法院认定双方感情已破裂

李俊是否存在出轨行为成为双方争议的主要问题。与其他类似案子不同，本案没有开房记录、所谓“艳照”等来作为证据，甚至也无法说明“小三”的真实姓名。

法官分析了陈霞与李俊的聊天记录以及李俊与其他女子的聊天记录。李俊向陈霞承认“酒后乱性”并道歉；李俊还向其他女子表达爱意，并提到值班时，妻子带女儿来送夜宵，同事都很羡慕，自己却不感动等。最终，李俊承认了微信聊天记录的真实性。法官认为，两份聊天记录可以相互印证，虽然陈霞无法说明第三者的真实姓名，但第三者确实存在；而李俊没有其他证据反驳，宣泄情绪一说不合常理。在这样的情况下，法院认定李俊严重违反夫妻忠诚义务，双方感情已经破裂。

陈霞要求离婚的同时，还要求分割夫妻共同财产。考虑到李俊对婚姻破裂存在过错，以及婚姻法中保护妇女儿童权益的基本原则，酌定陈霞分得夫妻共同财产的 55%，李俊只分 45%。由于陈霞抚养女儿，所以双方的共同房产判归陈霞，陈霞按照比例补偿李俊一百多万元。

【说法】

提交的微信记录要认定“三性”

法官表示，以往举证配偶出轨，另一方通常提交的是开房记录、“艳照”等，这些取证难度都比较大。民事诉讼法及其司法解释明确规定，通过电子邮件、网上聊天记录、微博、手机短信等形成或存储在电子介质中的信息可作为证据。所以本案中，微信聊天记录可作为证据使用。

但微信聊天记录作为证据的效力如何呢？法官解释，庭审对提交的证据要做“三性”认定，即真实性、合法性和关联性。微信聊天记录也是一样的，首先要确认微信聊天记录的使用人就是案件当事人。其次，要确保聊天记录的完整性和真实性，不能被篡改，电子数据应保存在终端载体中。最后,获取微信聊天记录的途径和手段要合法。

法官还说，由于微信非实名制，如果不能证明微信使用人是当事人，微信证据在法律上就与案件没有联系。目前，审理中一般是依靠当事人自认，微信头像或微信相册辨认，网络实名、电子数据发出人的认证材料或机主的身份认证，第三方机构即软件供应商腾讯公司的协助调查等。

【释疑】

聊天记录可公证固存

但证明当事人身份是难题

厦门市鹭江公证处表示，微信聊天记录也可以通过公证来保存证据。通常的做法是截屏保存聊天记录，但证明微信使用人是谁，也是公证中要解决的一大问题。最直接的办法是聊天中有能体现对方身份信息的内容，或对方的微信是直接和手机号码绑定的，这些都比较容易确认。其次是通过朋友圈内容，如发布本人照片，也可以截屏保存，用来证明身份。有些微信聊天记录是以语音形式体现的，公证过程中不仅需要截屏保存，还要录音、录像，以固存语音。

【支招】

微信聊天记录

如何保证证据效力

(1)保存原始记录。微信聊天记录容易毁灭，平时应当注意收藏可能有用的语音记录。截图后，原来的聊天记录也应保存，否则对方否认时，将无从查证。

(2)注意微信内容的连续性。如果聊天记录涉及语音，语音应未经过处理，具有连续性、真实性。

(3)微信语音内容应尽量清晰、准确，双方就所谈论的问题及表态均有明示。

(4)尽量搜集除了微信内容之外的其他相关证据来佐证。

【相关案例】

两张借条两种说法

微信记录来辨真假

不仅在离婚案件中，民间借贷、房屋买卖等纠纷中也经常出现用微信聊天记录作为证据的情况。最近，湖里区法院审理的一起民间借贷纠纷中，被告正是用微信聊天记录戳破原告的谎言。

2014 年 4 月，阿星因为公司资金周转需要，找老乡阿梅借 10 万元，并且还有担保人。阿星写了张借条，交给阿梅。今年上半年，阿梅至法院起诉，要阿星还债，但除了所欠的 10 万元，还多了一笔 11.2 万元借款，阿梅提交两张借条作为证据。

阿星一看大喊委屈。他说，原本借 10 万元，每月都要付利息给阿梅，但到了 2015 年，连着几个月，利息拿不出来，阿梅就提出利息要提高。2015 年 4 月，两人协商后，阿星重新出具了一份借条，重新计算利息后，直接加到本金中，写明借款 11.2 万元，并承诺半个月内还清。按照阿星的说法，阿梅答应在担保人签字后，销毁旧借条，没想到却出现两张借条。

双方各执一词。审理中，阿星提供了他和阿梅的微信聊天记录。记录中，阿星说:“你不能讲字条两张都要告，差你 10 万就是 10 万，就像你讲一样，都是老乡。”阿梅答:“这个我要看律师怎么算，如果让我亏钱的话，我只能一起了。你不想就这个星期赶紧准备好，就没有事，我也不想。”阿星继续说:“虽然我欠你的，你这样不对的。”阿梅又答:“那你说话也没有算啊……”面对证据，阿梅承认了聊天记录的真实性。

通过微信聊天内容的对照分析，法院认为阿梅主张的第二笔借款真伪不明，依法对该借贷事实不予确认，仅确认本金 10 万元的借款。双方虽然协商约定了利息，但已超过国家规定的上限，已还利息超出部分可以冲抵本金，最终法院判决阿星向阿梅返还 84500 元。

采用欺骗手段与妇女发生性关系构成对妇女贞操权的侵犯

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2016-11-23　指导性案例审判规则

【审判规则】

行为人隐瞒自己结婚生子的事实，与权利人确立恋爱关系并发生性行为。权利人怀孕流产后，得知行为人已结婚育子的事实，并因此产生巨大精神损害。行为人主观上具有欺骗权利人的故意，其与权利人发生性关系的行为侵犯了权利人的贞操权，给权利人带来身体及精神损害，且该损害与行为人实施的侵犯贞操权行为具有因果关系。综上，行为人的行为侵犯了权利人的贞操权，应对其给权利人带来的精神损害承担赔偿责任。

【关　键　词】

民事　一般人格权　隐瞒　结婚生子　恋爱关系　性行为　流产　精神损害　欺骗故意　贞操权　因果关系　赔偿责任

【基本案情】

2006 年 3 月，XX 应聘到 X 公司担任业务员一职，XXX 系该公司业务经理，为 XX 的直接上司。之后，XXX 于 2006 年 4 月隐瞒其已经结婚并育有孩子的事实，与 XX 确定恋爱关系，向 XX 允诺会与其结婚，并与 XX 租房同居。XX 于 6 月 1 日怀孕，但被医院诊断为子宫内早孕四十五天，XX 随后做了人流手术。XX 于 7 月得知 XXX 已经结婚且生育两个小孩的事实，遂与 XXX 中断了恋爱关系。

XX 以 XXX 对其实施欺骗行为，剥夺其贞操为由，提起诉讼，请求法院判令 XXX 向本人赔礼道歉，并赔偿本人三万元的精神损失费。

【争议焦点】

行为人隐瞒自己已婚事实，与权利人确立恋爱关系并发生性行为，权利人在得知行为人已婚育子的事实后，遭受巨大精神损害，行为人应否对权利人承担赔偿责任。

【审判结果】

一审法院判决：被告 XXX 赔偿原告 XX 二万元精神损害抚慰，弥补原告 XX 贞操权受到侵害的损失；驳回原告 XX 的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

贞操是一种人格利益，即保持结婚前不和他人发生性行为。贞操权为区别于身份权性质的配偶权，是男女均享有的以性行为为特定内容的独立的人格权。侵害贞操权属于侵权行为的一种，构成要件包括：贞操权受到损害的事实；具有的违法侵害贞操权的行为；侵害贞操权的行为与贞操损害事实有因果关系以；行为人主观上具有过错。贞操权的客体特征表现为，公民的性自由具有不可侵犯性，且贞操与人身具有不可分离性，侵犯权利人的贞操权并不会造成物质损害，而仅限于侵犯权利人人身而给其造成精神损害。故行为人故意隐瞒自身的真实情况，骗取权利人信任，与其确立恋爱关系并发生性行为，对权利人造成身体即精神损害的，应承担相应侵权责任。

权利人到用人单位就职，行为人利用工作关系接触权利人，隐瞒自己已经结婚且生育子女的事实，与行为人确立恋爱关系并发生性关系。在此期间，权利人怀孕并终止妊娠。之后，权利人得知行为人的婚姻及家庭情况，并由此遭受巨大的精神损害。行为人的行为违反了基本的社会公德，主观上具有欺骗故意，客观上与权利人发生了性行为，且给权利人身体及精神造成严重损害。综上，行为人的行为侵犯了权利人的贞操权，应就其侵权行为向权利人承担精神损害赔偿责任。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

第七条 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。

第一百零一条 公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

第一百三十四条 承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

（二）排除妨碍；

（三）消除危险；

（四）返还财产；

（五）恢复原状；

（六）修理、重作、更换；

（七）赔偿损失；

（八）支付违约金；

（九）消除影响、恢复名誉；

（十）赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

【法律修订】

《中华人民共和国民法通则》于 2009 年 8 月 27 日修改，自 2009 年 8 月 27 日起施行。本案例适用的第五条、第七条、第一百零一条、第一百三十四条内容没有变更。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

XX 诉 XXX 一般人格权纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】人身权法·其他人格权·贞操权 (P09021)

【案 号】 (2006)东法民一初字第 10746 号

【案 由】 一般人格权纠纷

【权威公布】 被最高人民法院《人民司法·案例》2008 年第 12 期(总第 551 期)收录

【检 索 码】 C0201++9++GDDG++0306C

【审理法院】 广东省东莞市中级人民法院
【审级程序】 第一审程序
【原　　告】 XX
【被　　告】 XXX
【裁判文书原文】 （如使用请核对裁判文书原件内容）
《民事判决书》
原告：XX。
被告：XXX。

原告于2006年3月应聘到X公司任业务员，被告在该公司担任业务经理，是原告的直接上司。2006年4月，被告隐瞒已婚且育子的事实，与原告确定恋爱关系，并以允诺结婚为由与原告租房同居。5月，原告怀孕。6月1日，原告被诊断为子宫内早孕45天，遂做了人流手术。7月，原告得知被告已婚且生育两个小孩的事实后，中断了双方的关系。原告认为被告通过欺骗的方法夺去了其最珍贵的贞操，遂诉至法院，请求法院判令被告向原告赔礼道歉，并赔偿精神损失3万元。

广东省东莞市人民法院认为，贞操权是男女均享有的以性行为为特定内容的一项独立人格权，应受法律保护。被告在自己已有配偶且生有孩子的情况下，向原告谎称其未婚，使原告信以为真与其恋爱、同居。被告这种以故意违背善良风俗的方法，以允诺结婚骗取原告的信任而发生性关系，并致使原告怀孕及中止妊娠，给原告造成了身体和心理的损害，确已构成侵害原告的贞操权，被告依法应承担精神损害赔偿责任。原告要求被告予以精神损害赔偿，证据充分，理由正当，法院予以支持。因原告主张3万元赔偿额过高，根据本案的实际情况，法院确定被告应向原告赔偿精神损害抚慰金2万元。又因原告在与被告交涉时被告已明确向原告认错并道彝，而且法院亦确认被告应予以精神赔偿，故对原告主张被告赔礼道歉的诉讼请求不予支持。依照民法通则第五条、第七条、第一百零一条、第一百三十四条的规定，一审法院判决如下:一、限被告自本判决发生法律效力之日起5日内赔偿原告贞操权受到侵害的精神损害抚慰金2万元。二、驳回原告的其他诉讼请求。

宣判后，原告和被告均未上诉。

男子假离婚买房变真离婚“丢”房 结果还背一身债务

2016-11-30 厦门网 陈佩珊

为买房假离婚，结果老婆没了还背一身债。

海西晨报讯(记者 陈佩珊 通讯员疏影)近日，阿杰拿到了海沧法院的判决书。密密麻麻的字里，他只看出了几个意思：老婆没了，房子不在自己名下，50万元的债务归自己了。

这一切开始于两年前一个错误的决定———为规避房产限购政策假离婚买房。

离婚复婚离婚 这回真掰了

2002年，阿杰和婷婷登记结婚。在携手度过十余年婚姻后，他们的一个决定让身边人错愕———2014年2月13日，情人节前夕，两人至民政局办理了离婚手续。

好好的为什么离婚？旁人不懂，但夫妻俩心里有数，离婚因房而起。为了规避当时房产限购政策，阿杰和婷婷决定来场假离婚，把买房的事搞定再复婚。

离婚手续办好后，买房的事紧锣密鼓地开始了。离婚后第一天，阿杰就在某房产公司持信用卡进行消费。当月，阿杰向该房产公司支付了30多万元。按照夫妻俩事先的计划，购买的房子、车库登记了在了婷婷名下。

付了首付款，每月按揭，阿杰和婷婷的生活又回到了正常的轨道。2015年2月11日，阿杰和婷婷办理复婚登记。然而，好景不长，今年5月，阿杰至海沧法院起诉离婚。这回，他们真离了。

刚离婚前妻表哥上门追债

离婚官司刚结束，婷婷的表哥阿桂找上门来。原来，第一次离婚后，为了凑房子首付，阿杰向阿桂借了钱。2014年2月21日，阿杰向阿桂借款20万元；2月24日，借款10万元。以上两笔借款由阿杰出具《借款合同》，约定月息为1%。2014年5月13日，阿杰银行账户再收到阿桂转来的20万元。此后，阿杰按约定每季度向阿桂支付利息。

面对阿桂的催讨，阿杰否认了借款事实，坚称钱是婷婷借的，自己只出具了前30万元的借条、提供了接收另20万元的银行账户。“我和他之间从未达成借贷合意，也未约定利息。”

几次追讨未果，阿杰又进了海沧法院，这次成了民间借贷诉讼的被告。婷婷也被阿桂追加为被告，但阿桂当庭

明确本案不要求婷婷承担责任。

夫妻共同债务不成立

这 50 万元是不是夫妻共同债务成为关键。

庭审过程中，婷婷未到庭，但提交了书面答辩意见。婷婷称自己未向阿桂借过钱，并提出 50 万元借款发生在两人离婚后、复婚前，属于阿杰的婚前债务，阿杰应自己承担。婷婷还提出，在两人的离婚纠纷里，这 50 万元债务曾被提及，但最终未被认定为共同债务。

阿杰主张 50 万元为夫妻债务，庭审举证其信用卡及储蓄卡银行消费记录，欲证明借款用于购买登记在婷婷名下的房子及车库。阿桂对此事真实性无异议，但其认为这与借贷纠纷无关。

近日，经调查审理，海沧法院判决，阿杰应返还阿桂借款 50 万元及利息。根据阿杰按季度支付的款项来看，后 20 万元借款利息亦为 1%。(文中人物均为化名)

【法官说法】

离婚后复婚前借款非共同债务

前 30 万借款转入了阿杰的账户，且阿杰出具了《借款合同》，并确认支付了该部分借款利息，足以认定阿杰是该笔借款的借款人。后续 20 万借款，阿杰虽未出具借款合同，但款项转入他的银行账户，且其在离婚案中主张该笔借款是夫妻共同债务，显然是确定了自己至少是债务人之一。

法官为何不认可，50 万元是夫妻共同债务？法官认为，首先，借款发生于离婚后复婚前，非夫妻关系存续期间，不能认定为夫妻共同债务。其次，两人离婚至复婚，时间间隔近 1 年，阿杰的借款即使确系用于婷婷购买不动产，也在其自由支配、使用借款的范畴内，不意味着婷婷和他共同达成合意向阿桂借款。案中，阿桂和婷婷都不认可婷婷是共同借款人，阿杰的举证只能证明有关款项的用途，不足以证明婷婷是共同借款人。

（十）赠与案例

未成就结婚条件赠与彩礼应予返还（最高法院《公报》案例中确定的审判规则）

2016-11-08 指导性案例审判规则

【审判规则】

男方经人介绍与女方相识后，以结婚为目的在介绍人见证下向女方支付了订婚彩礼。此后，因双方并未办理结婚登记手续，男方起诉请求女方返还已给付的彩礼。因以结婚为目的给付的彩礼属于附条件的赠与，在双方未缔结婚姻的情况下，属于所附条件未成就，赠与合同未成立。同时，我国《婚姻法》禁止借婚姻索取财物，女方继续占有彩礼无法律依据，为保护男方的合法权益，女方应全额返还彩礼。

【关　键词】

民事　婚姻家庭法学　婚约财产　彩礼返还　结婚条件　赠与

【基本案情】

张 XX 经人介绍与赵 X 相识后，在恋爱期间，张 XX 为与赵 X 结婚通过介绍人邵 X 给付赵 X 人民币四万元及首饰四件作为订婚彩礼。此后，张 XX 又将两箱酒、两条烟、两盒茶叶、几袋糖等物品赠送给了赵 X。但两人并未进行结婚登记，赵 X 亦未退还前述张 XX 给付的订婚彩礼。

为此，张 XX 以婚姻事实未成就为由，提起诉讼，请求判令赵 X 退还彩礼四万元、首饰钱一万两千元及购买其他物品五千元，共计五万七千元。

案件审理中，赵 X 在法庭上将张 XX 给付的四件首饰退还给张 XX，张 XX 已接受。

【争议焦点】

在恋爱期间，男方基于结婚目的，在介绍人的见证下向女方给付现金及首饰作为订婚彩礼，但此后双方并未缔结婚姻关系，女方亦未返还已支付的现金等物。为此，男方提起诉讼要求判令女方返还给付的订婚彩礼，法院应否支持。

【审判结果】

一审法院判决：被告赵 X 退还原告张 XX 彩礼款四万元；驳回原告张 XX 的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》的规定，未办理结婚登记手

续，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院应当予以支持。由此可知，对于彩礼赠与后双方未缔结婚姻的，已给付的彩礼应予返还，原因在于：彩礼给付的目的明确，属于附条件的赠与。通常情况下，婚约财产的赠与是基于当地的风俗习惯，当事人一方给予另一方彩礼之时已明确给付目的，即期望与对方缔结婚姻关系；另一方收取彩礼之行为表明其愿意与赠与方缔结婚姻关系。彩礼赠与时即附有缔结婚姻之条件，未办理结婚登记属于所附条件未成就，赠与合同未发生效力。此时，受赠方拒不返还而继续占有彩礼，将损害赠与方的合法权益，构成不当得利。另外，《中华人民共和国婚姻法》命令禁止买卖婚姻、借婚姻索取财物及男女双方自愿结婚，但一方却以对方给付财物作为结婚条件的行为。借婚姻索取财物的受赠方，为满足其个人物质欲望，将婚姻建立在金钱基础之上，此种行为不仅会给赠与方及家庭造成生活困难，影响自己和他人的生活，而且不符合正确的婚姻家庭道德观，妨碍婚姻自由原则的实施。综上，以结婚为目的给付的彩礼在未缔结婚姻关系的情况下应予返还。

男方与女方经人介绍相识后，以缔结婚姻为目的通过介绍人向女方赠与现金及首饰作为彩礼，但之后双方并未登记结婚，女方亦未返还男方作为彩礼赠与的现金等物。为此，男方起诉请求返还彩礼。在此种情况下，因男方给付彩礼系以结婚为目的，属于附条件的赠与，现双方未办理结婚登记手续，所附条件未成就，赠与行为未生效，女方应及时返还彩礼。同时，我国《婚姻法》亦明确禁止借婚姻索取财物，女方占有该彩礼无法律依据，为保护男方的合法权益，男方可以双方婚姻条件未成就为由，提起婚约财产返还，请求判令女方将彩礼全额返还。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

指导性案例 有效 参照适用

张 XX 诉赵 X 婚约财产纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】婚姻家庭法·婚约财产·借婚姻索取财物 (L02011)

【案 由】 婚约财产纠纷

【权威公布】 最高人民法院通报：三十起婚姻家庭纠纷典型案例（山东）（2015 年 11 月 19 日）

【检 索 码】 C0502+10++SDJNGX0314B

【审理法院】 山东省济宁市高新区人民法院

【审级程序】 第一审程序

【原 告】 张 XX

【被 告】 赵 X

【裁判文书原文】 （如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

原告：张 XX。

被告：赵 X。

济宁市高新区人民法院经审理查明：2013 年 5 月，原告张 XX 与被告赵 X 经邵 X 介绍相识。2013 年 7 月 13 日，通过证人邵 X，原告给付被告现金 40 000 元及首饰四件作为订婚的彩礼。此后，原告又向被告赠送了两箱酒、两条烟、两盒茶叶、几袋糖。而后，原、被告未能登记结婚，被告亦未将上述彩礼退还。为此，原告诉至法院。法院在审理过程中，被告当庭将首饰四件退还原告。

济宁市高新区人民法院一审认为，原、被告经人介绍相识，此后双方未能登记结婚，原告给付被告的彩礼，被告应当予以退还。证人邵 X 是原、被告双方的介绍人，给付彩礼的过程证人亦实际参与，且证人与原、被告双方均无利害关系，其证言可信度较高，并且证人陈述的情况亦符合本地的风俗习惯，因此对其证言法院予以采信。证人高 X 的证言与证人邵 X 的证言，并不矛盾，亦印证了原告存在订婚给付彩礼的事实，因此对其证言法院亦予以确认。法院认为，证人邵 X 出庭作证只证明原告给付被告现金 40 000 元，该 40 000 元被告应当予以退还原告。原告主张此后其又给付被告 2 000 元用于购买衣服，但未向法院提交相应的证据，因此其要求退还该 2 000 元，法院不予支持。被告已将首饰退还原告，原告亦已经接受，因此原告主张的首饰钱 12 000 元，被告不需再返还。原告要求退还购买物品的价款 3 000 元，未提供购买物品的发票，所购物品价值不能确定，因此对原告的该项请求，法院不予支持。最后，法院判决被告赵 X 于判决生效之日起五日内退还原告张 XX 彩礼款 40 000 元，驳回原告张 XX 的其他

诉讼请求。

违反公序良俗原则的赠与合同虽履行但仍应认定无效

——王 x 诉李 x 确认合同无效纠纷案

2016-11-14 法律家

【中　法　码】合同法学·赠与合同·赠与合同效力·合同无效（t0302042）

【关 键 词】民事　赠与合同　确认合同无效　以合法形式掩盖非法目的　公序良俗　无效民事行为

【学科课程】合同法学

【知 识 点】赠与合同 合同效力

【教学目标】掌握赠与合同无效的情形，了解赠与合同无效的法律后果。

【裁判机关】江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★★★☆☆ 被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2012 年第 1 辑(总第 79 辑)收录

【案例信息】

【案　　由】确认合同无效纠纷

【案　　号】 (2010)新民初字第 01032 号

【判决日期】2011 年 07 月 01 日

【原　　告】 王 x

【被　　告】 李 x

【争议焦点】

行为人利用婚姻关系，以婚后赠予房屋产权的合法方式，掩盖其不当获取产权的非法目的，使对方作出违背其真实意愿的赠予行为。在该赠与物已经实际履行的情形下，可否认该赠与行为无效。

【裁判结果】

一审法院判决：确认原告王 x 与被告李 x 签订房屋的赠与协议无效。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

受赠人与赠与人在办理结婚登记后，以约定的形式将赠与人的房产产权变更为按份共有，并办理了变更登记手续，其后受赠人并未与赠与人共同生活，亦未履行夫妻义务，反而与其前夫共同居住在受赠的房屋中。因受赠人的行为属于以与赠与人结婚及因婚姻生活赠与房屋部分产权的合法形式，掩盖其不当获取房屋大部分产权的非法目的，其行为违反了社会公德，损害了赠与人的合法权益。故即使双方签订的赠与协议已经履行，亦应认定该赠与行为无效，受赠人应将房产返还给赠与人。

【法理评析】

赠与合同，是指赠与人将自己的财产无偿地送给受赠人，受赠人同意接受的合同。赠与人在赠与财产权利转移之前可以行使任意撤销权撤销赠与。受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：严重侵害赠与人或者赠与人近亲属；对赠与人有扶养义务而不履行；不履行赠与合同约定的义务。赠与人的撤销权自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。另外，依据我国法律的规定，公民的民事活动应当遵守社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。以合法形式掩盖非法目的民事行为，为无效民事行为，无效民事行为，从行为开始起即不具有法律约束力。赠与的发生往往基于亲属关系、朋友或者其他道德的原因，故赠与人的真实意愿对赠与行为的合法性起着决定性的作用。因受赠人的原因导致赠与人作出了不符合其真实意愿的意思表示，且有证据证明时，不受行使撤销权一年期限的限制。上述规定不但符合赠与人的真实意愿，而且保障了赠与人的合法权益。

受赠人与赠与人在办理结婚登记不足半个月，即按约定将原属于赠与人的两套房产产权变更为按份共有，受赠人在获得房产产权后不履行与赠与人之间的夫妻义务，不但未对赠与人进行相应的照顾，而且受赠人以夫妻名义与其前夫居住使用并出租该房屋，赠与人主张确认其赠与行为无效。因依据规定，因受赠人的原因导致赠与人作出了不符合其真实意愿的赠与意思表示，且有证据证明时，即使双方履行了赠与行为，赠与人仍可行使撤销权。而从受

赠人与其前夫居住使用受赠房屋的性质上明显可得出受赠人系为了骗取赠与房产而与赠与人结婚，如非为了共同生活，赠与人不会作出赠与的意思表示，受赠人并非出于与赠与人共同生活的目的而接受房屋，此时，受赠人的行为符合以合法形式掩盖非法目的的民事行为特征，故该赠与行为无效，赠与人请求确认赠与合同无效来保护自己合法权益的主张应予支持。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第五十八条第一款第（七）项、第二款 下列民事行为无效：

（七）以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第（三）项 有下列情形之一的，合同无效：

（三）以合法形式掩盖非法目的；

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【思考题和试题】

1. 简述赠与合同的有效要件。

2. 分析赠与合同效力的判定依据。

3. 简析赠与人撤销赠与合同的事由。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

原告：王 x。

被告：李 x。

无锡高新技术产业开发区人民法院经审理查明：

王 x 称，其本人识别是非的能力较差，其与李 x 于 2006 年夏天经人介绍相识，后因在外打听到李 x 有一些不光彩的事情，故一直不愿意与李 x 结婚，2009 年后，因李 x 将王 x 的房产证拿走，才被迫结婚。王 x 的父亲知晓双方结婚，但根据李 x 的主张，双方没有举办仪式，以便李 x 在 x 区 x 街道获得一套拆迁安置房屋，但是最后该街道拆迁部门没有安置给李 x。婚后王 x 住在 501 室东面一间房间中，李 x 与其前夫魏 x、儿子魏 xx 一同住在靠阳台的另一间房间，王 x 的房屋钥匙被李 x 拿走，其平时回家都要敲门。2010 年 3 月，王 x 的父亲去世时，李 x 并未参与后事。此后，王 x 搬至 101 室居住。王 x 曾想住在 501 室，但被在该房屋中居住的魏 x 用水管逼打出来，不让其居住。为证明其主张，王 x 提供由无锡市 x 区 x 街道 x 社区居民委员会盖章及 6 名证明人签字的情况证明 1 份予以佐证，另证人秦小东、马明到庭作证。证人秦小东陈述：（1）王 x 与李 x 结婚时并未办理仪式，且平时都看不到双方在一起，王 x 的父亲去世时也未曾见到李 x 出现；（2）王 x 曾告诉该证人，双方并无夫妻生活；（3）在王 x 父亲火化的当天晚上，该证人与王 x 一起来到 501 室，因王 x 没有房门钥匙便敲门，随后魏 x 从房内走出，当面就骂王 x，该证人看到房间内有两张床，还有一个不满 6 岁的孩子；（4）王 x 的房产证和低保卡均在李 x 处，经该证人与周围邻居讨要，李 x 才将房产证与低保卡交由该证人保管，该证人保管了 3 个月后将证件和卡交还了王 x。证人马明陈述：（1）王 x 的智商较低，李 x 与王 x 结婚的动机不良；（2）该证人曾听王 x 说过王 x 与李 x 并无夫妻生活；（3）其听说李 x 前夫和一个孩子住在 501 室中，李 x 前夫曾将王 x 赶出了 501 室。

李 x 对情况证明的真实性有异议，认为在情况证明上签名的都是王 x 的老邻居，与王 x 有一定的利害关系，且这些人作为邻居无从知晓原被告双方是否有夫妻生活，王 x 也无充足的证据明证其识别能力较差；对于证人证言，因两证人与王 x 具有一定的利害关系，且均是道听途说，与情况证明上的内容不符，应当不予采信。李 x 表示，双方自 2006 年相识后以朋友关系相处，并未考虑结婚，直至其与魏 x 离婚数月后才确立恋爱关系。结婚是双方商量的结果，王 x 的父亲是知晓的，之所以不办仪式是因为没有钱。

一审法院依法分别对 501 室承租人杨晓、501 室楼下的邻居曹帅及 x 花园小区内住户多人进行了调查并制作了调查笔录 3 份。其中，承租人杨晓陈述：其自 2010 年 3 月 20 日起租住在 501 室一间房间中，房东住在隔壁房间中，房东即为魏 x 与李 x 夫妻及一个孩子。邻居曹帅陈述：（1）其以前在派出所做协管员，认识王 x 和李 x。2009 年 9 月起，李 x 与其前夫及孩子一起住在 501 室中。李 x 平时下楼都戴着口罩和墨镜，有一次李 x 的衣服掉在该证人家中阳台外，李 x 来取时也带着口罩，感觉很不正常；（2）李 x 的小姐妹陈梅告知该证人，李 x 曾说过她以前在外面

骗点钱也就算了，这次骗多了，要出事。其他住户陈述：起初村里的邻居都不知道王 x 与李 x 结婚的事情，是在王 x 父亲去世后才知晓的；王 x 与李 x 从未有过夫妻生活，李 x 都是与其前夫住在一起；李 x 是和前夫假离婚，为了骗取王 x 的财产，王 x 的低保卡、工资、房租都被李 x 拿走了，且王 x 父亲去世时李 x 也未出现，没有为老人送终。王 x 对本院制作的调查笔录没有异议。李 x 认为该些证人都是道听途说，不可能知道原被告双方有无夫妻生活。

王 x 称：其是因为房屋产权证被李 x 强行拿走后才被迫签订赠予协议的，协议是李 x 写好后让其签字的，王 x 在签字时并未看清协议内容，其去办理过户手续也是受李 x 胁迫所为。

李 x 称：王 x 曾表示双方结婚后就是夫妻了，遂自愿将房产证交于李 x；王 x 为人老实，虽没有大的能耐，但却有两套房产，故李 x 才与其结婚，李 x 在婚前就表示双方结婚后，要拥有房屋的部分份额，王 x 亦亲口同意，王 x 家人未善待他，而双方结婚后，李 x 对王 x 倍加关心和照顾，王 x 因感动才自愿将房屋的部分份额赠予李 x；为证明其主张，李 x 提供告白书 1 份予以佐证。王 x 表示该告白书系其在受李 x 威胁的情况下才被迫将李 x 事先写好的告白书抄写了一遍；告白书中表示要将房子给李 x 的内容不是其真实的意愿。

原告王 x 诉称：其于 2005 年经拆迁安置取得位于无锡市 x 区 x 花园二区 327 号 501 室（以下简称 501 室）、321 号 101 室（以下简称 101 室）房屋的产权。2009 年 9 月 28 日，王 x 与李 x 登记结婚，但是婚后至今双方未共同生活，亦未同居，虽有夫妻之名却无夫妻之实。2009 年 10 月 10 日，在双方登记结婚尚未满半个月时，在王 x 不清楚协议具体内容的前提下，李 x 让王 x 在事先拟好的协议保证人处签名，将王 x 婚前所有的上述两套房产均约定为按份共有，李 x 分别占 80%及 70%的份额。事后瞒着王 x 办理了房屋共有权属登记。王 x 认为，李 x 与其缔结婚姻关系的真正目的不是基于夫妻感情，而是觊觎王 x 的财产。李 x 以结婚为幌子来骗取财产有违公序良俗，该协议应届无效。为此，王 x 于 2010 年 10 月 22 日诉至法院，请求判决确认王 x 于 2009 年 10 月 10 日作出的赠予协议无效。

被告李 x 辩称：（1）王 x 系完全民事行为能力人，对其拥有所有权的房屋有处分的权利。王 x 自愿将诉争房屋的部分所有权赠予李 x 是其真实意思表示，其行为不违反法律规定；（2）双方对于诉争房屋的约定自该约定成立时已经生效，且该约定并不存在法律规定的合同无效情形；（3）双方经人介绍后自愿结婚，婚后感情一直很好，李 x 没有任何诱骗王 x 的行为，正是由于李 x 对王 x 的关心照顾，王 x 才自愿将自己所有的房产份额赠予李 x 并且办理了变更手续。综上，请求驳回王 x 的诉讼请求。

本案的争议焦点是：女方以婚姻的形式掩盖其为获得赠与房屋产权的目的而订立的赠与合同是否有效。

无锡高新技术产业开发区人民法院认为：公民的民事活动应当遵守社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。根据法律规定，以合法形式掩盖非法目的民事行为，为无效民事行为，无效民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。本案中，虽然李 x 与王 x 已缔结婚姻关系，婚后不久即签订房屋赠与协议，并办理了产权变更手续，其形式上是合法的，但从本院调查情况分析，王 x 与李 x 结婚后不久就分开居住，并没有以夫妻名义共同生活，李 x 存在以合法婚姻为掩盖，骗取王 x 房产的故意和目的。理由如下：（1）双方婚姻关系的缔结过程不正常。李 x 早在 2004 年就与魏 x 共同生活并生育一子，双方直至 2008 年 9 月才登记结婚，又于同年 12 月份登记离婚。在此期间，李 x 与王 x 于 2006 年即经人介绍相识，李 x 与魏 x 登记离婚后不久，又与王 x 登记结婚，双方结婚并未办理任何结婚仪式。（2）双方婚后的婚姻生活不正常。虽然李 x 一直表示双方感情不错，其婚后对王 x 倍加关心和照顾，但没有具体表现，从王 x 本人的陈述及其提供的证据及法院调查取得的证据看，在双方结婚后不久，李 x 即与其前夫魏 x 及儿子共同住在 501 室中，且李 x 与魏 x 还以夫妻名义对外出租该处房屋，王 x 作为房屋的产权人尚无法在该处房屋中正常居住和生活。在王 x 父亲过世时，李 x 亦从未出面办理后事，其未尽到一个妻子和儿媳应尽的义务。（3）双方签订赠予协议的原因尚无明确合理的解释。李 x 与王 x 在双方登记结婚的两周内即签订赠予协议并办理了房屋的变更登记手续，且两处房屋的大部分份额均约定为李 x 所有。李 x 虽然表示是其对王 x 关心照顾的结果，但王 x 称系被迫才结婚和签订赠予协议的。从李 x 婚后的生活状态来看，李 x 的主张缺乏相应的证据，且李 x 曾明确表示系因王 x 有两套房子才与其结婚，故对于李 x 陈述的因其对王 x 关心照顾，王 x 因感动才将房屋赠予给李 x 的意见，本院不予采信。综合上述理由，李 x 在与其前夫魏 x 共同生活并生育一子之后又与王 x 往来，时隔两年后才与魏 x 办理结婚登记，随后短时间内即办理离婚登记，又在较短时间内与王 x 办理结婚登记，登记后不足半月便以约定的形式将原系王 x 所有的两套房屋产权变更为与李 x 按份共有，李 x 分别占 70%与 80%的份额，并办理了变更登记手续，李 x 系以与王 x 结婚及因婚姻生活赠予房屋部分产权的合法形式，掩盖其不当获取房屋大部分产权的非法目的，其行为亦违反了社会公德和善良风俗，故该赠予协议应属无效。对于王 x 的诉讼请求，本院予以支持。

无锡高新技术产业开发区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第五十八条第一款第（七）项、第二款，《中华人民共和国合同法》第五十二条第一款第（三）项之规定，判决：确认王 x 与李 x 签订的关于无锡市新区春潮花园二区 327 号 501 室及 321 号 101 室两套房屋的赠与协议无效。

一审宣判后，双方当事人均未在法定期限内提出上诉，判决已发生法律效力。

赠与人于房屋交付前变更买受人赠与关系尚未成立

——罗 x 诉黄 x、赵 x 赠与合同纠纷案

2016-11-16　法律家

【中　法　码】合同法学·赠与合同·赠与合同效力·合同生效（t0302022）

【关 键 词】民事　赠与合同　房屋买卖合同　购房款　意思表示　配偶

【学科课程】合同法学

【知 识 点】赠与合同 合同成立

【教学目标】掌握赠与合同的概念，明确赠与合同的生效要件。

【裁判机关】xx 人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】★★★☆☆ 被最高人民法院民事审判第一庭《民事审判指导与参考》2010 年第 4 集(总第 44 集)收录

【案例信息】

【案　　由】赠与合同纠纷

【上诉　人】　罗 x（原审原告）

【被上诉人】　黄 x 赵 x（均为原审被告）

【争议焦点】

赠与人以受赠人名义签订房屋买卖合同并支付购房款，应认定其具有将房屋赠与受赠人的意思表示。此种情况下，赠与人在房屋交付前变更买受人，受赠人的配偶在与受赠人离婚后可否要求分割购房款。

【裁判结果】

一审法院判决：驳回原告罗 x 的诉讼请求。

原告罗 x 不服一审判决，提出上诉。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

赠与人以受赠人名义签订房屋买卖合同并支付购房款，合同载明的买受人为受赠人的，可以认定赠与人作出了赠与的意思表示。但是，赠与人在房屋交付前变更买受人，其与受赠人之间的赠与关系尚未生效，受赠人的配偶与受赠人解除婚姻关系后无权要求分割购房款。

【法理评析】

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，除法律规定的具有救灾、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外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与标的物为房屋的，房屋赠与合同属于实践性合同，根据书面赠与合同办理了过户手续，应当认定赠与关系成立，如未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。父母出资以其已经子女的名义购房已向子女作出赠与的意思表示的房屋，应视为父母对子女的赠与。在房屋未交付使用且产权登记尚未完成前，作为赠与人的父母有权撤销该赠与。在尚未付清该房屋全部款项、房屋登记尚未完成，父母即表示撤销赠与的情况下，子女因离婚或者离婚后分割夫妻共同财产进行的诉讼中，夫妻另一方无权要求将购房款作为夫妻共同财产进行分割。

赠与人在其子女与子女的配偶婚姻关系存续期间，以其子女的名义与房屋出卖人订立房地产转让协议，协议载明的买方为赠与人的子女。赠与人的行为表明其同意将该房产赠与给其子女，其子女即为受赠人。但在该房屋交付之前，赠与人将房地产转让协议所载明的买受人及房屋预付款变更为自己，因此其与受赠人之间的赠与关系尚未成立。而后受赠人与其配偶离婚，受赠人的配偶即主张该房屋预付款未夫妻共同财产要求分割。因赠与人在尚未付清

该房屋全部款项、房屋登记尚未完成，即作出实际行为表示撤销赠与，故受赠人的配偶无权要求将购房款作为夫妻共同财产进行分割。

【适用法律】

《中华人民共和国合同法》第一百八十五条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

第一百八十六条 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。

第一百八十七条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

【法律文书】

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

【思考题和试题】

1.什么是赠与合同。

2.赠与合同的成立及生效要件。

3.如何认定赠与人赠与的意思表示。

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审原告）：罗 x。

被上诉人（原审被告）：黄 x、赵 x。

上诉人罗 x 因与被上诉人黄 x、赵 x 赠与合同纠纷一案，不服红杉市人民法院(2008)x 民一初字第 154 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

罗 x 与黄 x 于 2002 年 12 月 30 日登记结婚。2006 年，黄 x 之母赵 x 以黄 x 的名义与中钢建设集团有限公司红杉办事处（以下简称中钢公司办事处）签订房地产转让协议一份，约定由中钢公司办事处向黄 x 转让位于红杉市凤山街道 8 号市场改造工程 1 号楼 606 室房产，房屋建筑面积暂定为 145 平方米，另有地下车库 1 个。2006 年 7 月 17 日、7 月 21 日，2007 年 2 月 9 日、4 月 11 日，赵 x 向中钢公司办事处交纳 17 万元的房屋预付款,2006 年 12 月 13 日、2007 年 1 月 17 日，案外人顾 x 代赵 x 向中钢公司办事处合计交纳房屋预付款 17 万元，用以归还其向赵 x 的借款。2007 年 5 月 21 日，在中钢公司办事处的协助下，房地产转让协议上乙方（买受人）的名字由黄 x 变更为赵 x，上述 34 万元房屋预付款的客户名称也相应变更为赵 x。罗 x 与黄 x 两人自 2007 年 5 月 9 日开始分居生活。2008 年 1 月罗 x 诉至红杉市人民法院要求与黄 x 离婚。2008 年 4 月，红杉市人民法院作出(2008)x 民一初字第 154 号民事判决，准予罗 x 与黄 x 离婚，但告知双方对于争议的 34 万元购房款另行处理。

罗 x 与黄 x 离婚后，向黄 x 索要 17 万元购房款未果，遂以黄 x 和其母赵 x 为被告，提起诉讼。

罗 x 诉称：购买红杉市凤山街道 8 号市场改造工程 1 号楼 606 室房屋的 34 万元是黄 x 支付的。2007 年 5 月 21 日，黄 x 为剥夺其合法财产权益，将房屋转让给其母赵 x。可赵 x 并未实际支付房屋预付款。离婚时黄 x 也未将 34 万元房屋预付款的一半付给罗 x,侵犯了罗 x 的财产所有权。故请求法院判令赵 x 其支付房屋预付款的一半 17 万元，并由黄 x 承担连带给付责任。

被告黄 x 辩称：房屋实际购买人是其母亲赵 x，34 万元的房屋预付款也全部由其母支付。黄 x 本人既未签订合同亦未付过房款。请求依法驳回罗 x 的诉讼请求。

被告赵 x 辩称：34 万元的购房预付款系其支付。请求法院依法驳回罗 x 的诉讼请求。

一审法院认为，在罗 x 与黄 x 婚姻关系存续期间，赵 x 以其儿子黄 x 的名义与中钢公司办事处签订房地产转让协议并支付 34 万元房屋预付款的行为表明，其欲将所购房产赠与儿子黄 x。但在涉案房屋交付前，赵 x 将房产转让协议上买受人及房款预付款客户的姓名均变更为自己，故赠与关系尚未成立。在诉讼过程中，该院根据查明的事实，依法将案由变更为赠与合同纠纷并据此判决驳回了原告罗 x 的诉讼请求。

宣判后，罗 x 不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理后驳回了罗 x 的上诉请求。

丈夫私赠情人三十多万财产 妻子上法庭讨还

2016-10-21 厦门网 谭欣妮

厦门日报讯(记者 谭欣妮 通讯员 流岚)婚外情损害的不仅是夫妻感情，还有夫妻财产。近日，海沧区人民法

院家事法庭调解了一起家事财产纠纷案，原配将丈夫和第三者一起告上法庭，要求第三者返还所有丈夫赠与的财产。

调任外地就出轨

挥金如土包养第三者

彩霞(化名)和丈夫秦刚(化名)于1999年结婚，两人育有一子。2011年，秦刚被单位派往广西办事处工作，开始了与妻子两地分居的生活。刚到广西不久，他就认识了比自己小16岁的川妹子晓晓(化名)，也许是因为独自在外的寂寞，或者是因为贪恋年轻女子的美色，他和晓晓很快就在一起了。

秦刚对小情人颇为疼爱，两人在一起也不过一年多的时间，他就转了近37万元到她的账上，帮她付房子和宝马车的首付款。后来秦刚调回厦门，这段关系也就断了。2015年年底，彩霞偶然翻到丈夫的旧照片，才发现了枕边人出轨的事实。

自己在家里含辛茹苦地抚育孩子、照顾老人，丈夫却在外面养第三者，还把家里的钱往外搬，彩霞怎么想都咽不下这口气。她把丈夫和晓晓一并起诉至海沧法院，要求晓晓如数归还从秦刚手中拿到的每一分钱。

第三者早早有准备

谎称赠款是借款

也许是早就料到了会有这么一天，晓晓出庭时也是有备而来。她拿出了两张借条，内容是2011年秦刚向她借款10万元和20万元，以此证明后来秦刚多次转账给她，都是为了偿还这两笔借款。但当法庭调查她的账户时，却没有发现之前借款时的资金走向。晓晓解释，这是因为她给的都是现金。

很可惜，晓晓的说法连秦刚都不承认。他说借条是分手前晓晓逼他写的，借钱一事纯属胡编乱造。

经过法院的多次调解，晓晓也意识到自己的说法站不住脚，原本绝不还钱的态度也有所松懈。最终双方各退了一步，彩霞同意只要165000元，而晓晓答应分期把这笔钱如数还给彩霞和秦刚夫妇。

【法官说法】

无过错配偶

可主张财产返还

我国《婚姻法》明确规定，在婚姻关系存续期间，夫妻双方对共同财产具有平等的处分权利，非因日常生活所需而处理夫妻共同财产，须双方协商一致。很显然，出轨方无偿赠与第三者财产并不属于日常生活的范畴。如果无过错的配偶一方对出轨方的赠与行为不予追认，该行为就是无效的，无过错方当然有权要求第三者归还受赠财产。

（十一）夫妻债务案例

夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务

2016-08-24　法信

导读：我国《婚姻法》不仅保护夫妻双方的共同利益，也同样注重夫或妻一方的合法权益，对于认定夫妻共同债务、确保婚姻存续期间个人债务和共同债务的明晰化，将有利于夫妻双方的利益维护。在最新公布的《民事审判指导与参考》2016年第1辑（总第65辑）中，对夫妻一方对外担保之债不应认定为夫妻共同债务作出了详尽的介绍，这一内容为司法实践提供了明确的标准。本期法信小编将围绕《民事审判指导与参考》中的典型案例，并结合相关法律条文、案例对夫妻一方对外担保之债的认定进行说明，供读者参考。

最高人民法院民一庭

担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同生活债务，夫妻一方对外担保之债不能适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务处理。

一、案情简介

再审申请人(一审被告、二审上诉人)：宋某，男。

再审申请人(一审被告、二审上诉人)：叶某，女，系宋某妻子。

被申请人(一审原告、二审被上诉人)：王某，男。

一审被告：李某，男。

一审被告：陈某，女，系李某妻子。

李某于2012年7月和9月分三次向王某借款合计人民币150万元，并依次出具三张借条，约定借款月利率1.8%。宋某在三张借条上均签字提供担保。借款后，李某未按约还本付息和承担担保责任。经王某不断催讨，李某仍余100万元借款本金及自2013年1月18日起的利息未支付。故王某向一审法院提起诉讼，请求判令：李某、陈某共同偿

还其本金人民币100万元及利息，暂合计106万元；担保人宋某及其妻叶某对李某和陈某的上述债务承担连带责任。

宋某辩称，一是其为李某的借款提供担保纯粹因朋友关系，其以为李某有足够偿还能力。因此，其瞒着妻子叶某为李某提供了担保，此担保系个人行为，叶某对此不知情。二是李某向王某的借款都由李某收取，其没有从中获取任何经济利益，其妻叶某及家庭更没有得到任何经济利益。因此，本案不涉及其妻叶某，不应由叶某承担连带清偿债务的责任。

叶某辩称，一是宋某为李某向王某借款提供担保系宋某个人行为，担保产生的债务是宋某个人债务，叶某对此担保并不知情。如果宋某事前告知，其不会同意他提供担保，该债务系宋某个人债务。二是其不应承担连带清偿债务的责任。其不是李某向王某借款的担保人，虽然宋某是其丈夫，但提供担保系个人行为，担保所产生的债务系个人债务，与其无关，不应承担连带清偿债务的责任。

二、法院主要观点和理由

再审审查过程中，对于本案中叶某应否对宋某的担保债务承担连带责任，即夫妻一方的担保之债是否适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定，存在两种不同观点，审判实务中对此问题的理解也并不统一。

第一种观点认为，担保之债不同于婚姻法规定的夫妻共同生活债务，担保不排除其他利益但不必然导致连带责任，担保之债不应当适用《婚姻法解释(二)》第二十四条的规定，夫妻一方的担保之债不宜认定为夫妻共同债务。叶某不应当对宋某的担保债务承担连带责任。

第二种观点认为，担保之债虽为从债务，但与普通债务没有本质的区别，与《婚姻法解释(二)》第二十四条规定不冲突，叶某应对宋某的担保债务承担连带责任。

我们认为，第一种观点更具合理性，理由如下：

1.关于夫妻共同债务，婚姻法第四十一条规定为：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”《婚姻法解释(二)》第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”婚姻法第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”据此，夫妻共同债务有两个特性：一是用于夫妻共同生活或共同生产、经营活动的；二是产生于双方婚姻关系存续期间夫妻双方共同举债，或一方虽以个人名义举债但另一方同意。婚姻法第四十一条以是否用于夫妻共同生活作为认定夫妻共同债务的标准，采用“目的论”，更偏向于反映婚姻的本质，更符合权利义务的一致性，有利于保护未受益的一方；《婚姻法解释(二)》第二十四条以是否发生于婚姻关系存续期间为标准，采用“名义论”，更偏向于对债权人的保护。但《婚姻法解释(二)》是对婚姻法的解释，不能背离婚姻法第四十一条规定的精神，在客观上不能用于夫妻共同生活的，不能成为夫妻共同债务。在目前法律没有明确界定夫妻共同债务的内涵以及具体范围的情况下，应以婚姻法第四十一条作为审判的主要依据。据此，夫妻共同债务主要有两大类：第一类是法定共同债务，主要包括三类情形：第一类婚后为共同生活所负之债；第二类婚前个人所负用于婚后夫妻共同生活的债务；第三类结婚后夫妻一方对外所负的债务，但非举债配偶能够证明为个人债务的除外。第二类是约定共同债务。运用《婚姻法解释(二)》第二十四条判断是否明确约定为个人债务时，不应拘泥于当事人的口头表述或书面记载等形式，而应注重实质，对于一方个人债务的延续、专属于一方的个人债务及无偿行为所生之债务，即使其未在合同中明确约定，也应认定为个人债务。

2.最高人民法院民一庭(2014)民一他字第10号《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》中载明：在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法解释(二)》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

3.就夫妻一方以个人名义设立的保证债务而言，如果其对外担保并收取了经济利益，这种利益往往用于家庭生活，那么就属于夫妻共同债务的范畴，应由夫妻对该担保之债承担连带清偿责任。而对于夫妻一方无偿保证所生之债务则应认定为个人债务，因为保证人既没有从债权人也没有从债务人处获得对待给付，无法给保证人带来任何利益，对于夫妻共同生活目的的实现没有任何帮助，因此该保证债务的设定并没有基于夫妻共同生活的可能，属于《婚姻法解释(二)》第二十四条规定的明确约定为个人债务的情形，不属于夫妻共同债务的范畴，应认定为夫或妻一方

的个人债务。

4.婚姻法不仅应强调夫妻共同体的意义，更应注重夫妻作为独立自然人的个体价值。如果一味过度强调保护债权人的利益，忽略了非举债配偶一方的利益，在债权人与非举债配偶一方之间缺乏利益平衡机制，将违背法律公平理念。以个人名义所负的债务应当首先推定为个人债务，若债权人或者以自己名义负债的夫或妻想要认定该债务为夫妻共同债务，其应当对其主张负举证责任。若不能举证证明该债务是夫妻共同债务，应认定该债务为个人债务，由负债的夫或妻以其个人财产对债务承担清偿责任。

（以上内容摘自：《夫妻一方对外担保之债不属于夫妻共同债务》，载于《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑），杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭编，人民法院出版社 2016 年 6 月出版，执笔人：最高人民法院民一庭韩延斌、柳凝。）

法信 • 相关案例

1.夫妻一方对外担保之债不应视为夫妻共同债务——苏某姐诉苏某丽、苏某云、潘某请民间借贷纠纷案

本案要旨：判断夫妻一方对外担保之债是否属于夫妻共同债务，理应遵循合同相对性为原则、“为夫妻共同生活而举债”为例外的逻辑思路进行分析认定。

案号：（2013）厦民终字第 546 号

审理法院：福建省厦门市中级人民法院

来源：《民间借贷：司法实践及法理重述》，陈国猛主编，人民法院出版社 2015 年 3 月出版

2. 对外担保所付的债务并非因日常生活进行的财产处理，不应认定为夫妻共同债务——闵庆岱与山东岱祺物资有限公司、冀金玉等民间借贷纠纷案

本案要旨：夫妻双方因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方都有权决定，但夫妻一方作出的的对外担保行为若并非为了夫妻、家庭共同生活或生产经营需要，或者夫妻、家庭从该担保行为中受益的，不应认定为夫妻共同债务，另一方不承担连带保证责任。

案号：（2016）鲁民终 544 号

审理法院：山东省高级人民法院

来源：中国裁判文书网 2016.06.23

3.夫妻一方为任职公司无偿提供借款担保属于个人担保债务，不应认定为夫妻共同债务——姬新民与王方、赵勇借款合同纠纷

本案要旨：夫妻一方为任职公司无偿提供借款担保属于个人担保债务，并非用于夫妻共同生活，该情形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（二）第二十四条所规定的“一方以个人名义所负债务”并不相同，不应认定为夫妻共同债务。

案号：（2016）豫 01 民终 1233 号

审理法院：河南省郑州市中级人民法院

来源：中国裁判文书网 2016.07.04

法信 • 法律依据

1.《最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》

福建省高级人民法院：

你院（2014）闽民申字第 1715 号《关于再审申请人宋某、叶某与被申请人叶某某及一审被告陈某、李某民间借贷纠纷一案的请示》收悉。经研究答复如下：同意你院审判委员会多数意见，即夫妻一方对外担保之债不应当适用《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。

2.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》

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

3.《中华人民共和国婚姻法》（2001 修正）

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、

部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

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

夫妻共同债务认定中举证责任的分配

2016-11-28 法信

导读：日常生活中，因夫妻一方赌博、信用卡套现等债务，导致无辜的配偶含辛茹苦为其还债的案例屡见不鲜。如何认定是否为夫妻共同债务？是否应当将“婚姻关系存续”作为夫妻共同债务的唯一判断标准？举证责任又应如何分配？《民事法律文件解读》总第 142 辑收录了相关疑难案例及观点，本期法信小编整理了该案核心内容，并附其他同类案例和法律依据，供您参考。

新类型疑难案例

在婚姻关系存续期间，对超出夫妻日常事务代理权的债务，第三人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，应负举证责任——山东昊玺经贸有限公司诉朱俊强、徐萍民间借贷案

案例要旨：是否为夫妻共同债务不应仅以婚姻关系存续为依据，还应考察债务是否为共同生活所负。在婚姻关系存续期间，对超出夫妻日常事务代理权的债务，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。第三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，第三人应对自己的“有理由相信”负举证责任。

来源：《民事法律文件解读》 总第 142 辑

案情简介：

被告朱俊强于 2012 年 5 月 28 日向原告借款 200 万元，并出具借条一张。原告于 2012 年 5 月 30 日向被告朱俊强账户转入 83 万元，并于当日按被告朱俊强指定打入刘峰账户 110 万元，当时双方约定 7 万元为借款利息；2012 年 4 月份被告朱俊强向原告借款 30 万元，原告交付被告承兑汇票三张(票号分别是：21898650、21811938、23306981)。2013 年 11 月 7 日，被告朱俊强重新为原告出具借条两张，对上述两笔借款予以认可，此前所打借条作废。后经原告催要至今未付。另查明，被告徐萍与被告朱俊强系夫妻关系。

法官观点：

1. 判断是否为夫妻共同债务，应综合考虑“婚姻关系存续”、“共同生活、利益共享”标准

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)第二十四条规定，在债权债务纠纷中，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。除外的情形只有两种，即夫妻实行分别财产制或与债权人明确约定为个人债务。实际生活中这两种除外情形极少，从而导致在债权人起诉的案件中，绝大多数债务被认定为夫妻共同债务，实际上有的却是夫妻一方借的赌债或与债权人串通伪造的债务。不知情的配偶一方，可能会为一段婚姻背上一辈子的债务。实际生活中因夫妻一方赌博、信用卡套现、高利贷等债务，导致无辜的配偶一方含辛茹苦为其还债。

《婚姻法解释(二)》第二十四条的立法本意并非是否定一直沿用的“共同生活、利益共享”标准，而是在依上述标准无法作出认定时的一种必要补充，因此，适用第二十四条时不能简单机械地照搬文字，采取字面解释，应结合夫妻共同债务的本质来判断和理解，也就是说适用该条应当以符合夫妻共同债务的法定性质为前提。如果机械地将“婚姻关系存续”作为唯一标准，既违背了法律最初的立法本意，也曲解了法律与司法解释之间的效力地位关系。因此，在判断是否为夫妻共同债务的过程中应将“共同生活、利益共享”和“婚姻关系存续”标准合理运用，综合考量，以此推进案件的审理和最后的裁判。

2. 夫妻共同债务认定中，应根据借款金额大小、是否必要、用途性质等因素综合判断“日常生活需要”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)第十七条规定“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”。由此可以推断在我国，“日常事务”可以理解成“满足日常生活需要的事项”，由于我国立法并没有就“日常生活需要”作出进一步解释，这就要求法官在司法实践中，运用生活经验、审判技巧，结合当地生活水平、当事人家庭收入支出状况等情况，根据借款金额大小、是否必要、用途性质等因素进行公正、客观的自由裁量。

3. 未超出夫妻日常事务代理权的小额借款中，债权人主张涉案债务为夫妻共同债务的举证责任

如果是小额借款，即未超出夫妻日常事务代理权的借款，原则上应推定为夫妻共同债务。此时，债权人主张涉案债务为夫妻共同债务的，只需证明：借贷关系真实存在且债权人已经履行了金钱给付义务；债务形成于夫妻关系存续期间。

债权人起诉要求夫妻双方共同承担债务，举债方也认可为夫妻共同债务的：应首先由举债方证明存在夫妻借款合意或所借款项已经用于家庭共同生活。这既考虑了夫妻身份关系，保护了非举债一方配偶的权益，又考虑了交易安全，保护了债权人的利益。非举债方否认为夫妻共同债务的，应证明并不存在借款合意或所借款项并未用于家庭共同生活，可以提供证据否认借条的真实性或借款并未实际交付，借款的形成是否有违生活经验和生活逻辑；或者是存在《婚姻法解释二》第二十四条规定的两种例外情形，即债权人与债务人明确约定为个人债务，或者债权人知道夫妻双方对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有。

若举债方不能证明夫妻双方具有举债合意或借款用于家庭共同生活，而非举债方对此两项内容举证充分的，举证责任转移给债权人，若债权人能完成其举证责任，应当认定该债务为夫妻共同债务，否则，应当认定为举债方的个人债务。

债权人起诉要求夫妻双方共同承担债务，夫妻双方均主张债务为举债方个人债务的：若夫妻双方能证明夫妻无举债合意或所借款项并未用于夫妻共同生活，则应该认定为举债方个人债务，否则，应认定涉案债务为夫妻共同债务。

债权人起诉要求夫妻双方共同承担债务，夫妻双方均主张债务为对方个人债务的：首先应由举债方举证，而非举债方只需证明对借款不具有借款合意或借款并未用于家庭共同生活即可。若举债方完成其举证责任而非举债方未完成的，应认定为非举债方个人债务，若举债方未完成其举证责任而非举债方完成了的话，应认定为举债方个人债务；若双方均未能完成其举证责任，应认定为夫妻共同债务。

4.超出夫妻日常事务代理权的大额借款中，债权人主张涉案债务为夫妻共同债务的举证责任

此种情形下应由债权人或主张为共同债务的举债方主要举证证明为夫妻共同债务，非举债方只需证明借款金额已超出日常事务代理范围，对“借款合意及未用于家庭生活”的证明只需达到较高程度的盖然性即可，并不需要达到高度盖然性要求。实践中有的法院也已经开始采取此种标准，如《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》第十九条第三款规定：“夫妻一方超出日常生活需要范围负债的，应认定为个人债务，但下列情形除外：(一)出借人能够证明负债所得的财产用于家庭共同生活、经营所需要的；(二)夫妻另一方事后对债务予以追认的。”之所以对举证责任作如此分配，主要是基于以下几点考虑：

首先，基于“谁主张，谁举证”举证责任分配原则，债权人主张借款应为夫妻共同债务的，本应就其主张承担举证责任，即除证明借贷关系真实存在外，还应证明夫妻二人对借款具有借款合意或借款已被用于家庭共同生活。《婚姻法解释(二)》实际上是免除了债权人的这一举证责任，对于这一规定，在明显超出日常生活需要的大额借款中对其应用应加以限制。

其次，根据《婚姻法解释(一)》第十七条规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理的决定，夫妻应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人”。在非举债方完成其举证责任后，债权人对自己的“有理由”和“善意”应承担举证责任，证明自己在与举债方发生超出日常生活需要的借贷关系时已经尽到了注意义务。比如，债权人应了解借贷的目的、征询非举债方意见或得到对方的确认，因借贷一般发生在亲朋熟人之间，所以这种注意义务的履行是必要的也是一般不存在客观障碍的。除非债务人明知对该债务其配偶根本不同意或根本不知情，此种情形下，非举债方既不具有举债合意，也没有举债行为，该笔借款更不会用于家庭共同生活，非举债方不应承担还款责任。对因高利贷形成的借贷关系，更应强调出借人的注意义务，因高利贷存在本金高、利息高、风险高等特点，在举债方无力偿还甚至下落不明的情况下，要求毫不知情的配偶偿还巨额债务，侵害了非举债人合法权益，不利于家庭稳定，有损司法公正的彰显。综上，在涉及超出日常生活需要的大额借贷时，仍应由债权人举证证明为夫妻共同债务，否则涉诉债务应当视为举债方个人债务而非夫妻共同债务。

（以上内容均摘自：山东省淄博市临淄区人民法院刘海红《夫妻共同债务认定中举证责任的分配》，载于《民事法律文件解读》总第142辑，杜万华主编，人民法院出版社2016年10月出版）

法信 • 相关案例

1.债权人应举证证明夫妻一方超出日常生活需要的债务为共同债务——龚文娟诉严丽娟等人民间借贷纠纷案

案例要旨：夫妻关系存续期间，对于一方超出日常生活需要范围的举债，并不当然认定为夫妻共同债务，应类推适用表见代理规则，由债权人承担举证责任。

案号：（2010）浙衢商再终字第 2 号

审理法院：浙江省衢州市中级人民法院

来源：《人民法院报》2011 年 07 月 21 日第 6 版

2. 夫妻共同债务的举证责任一般应由举债人承担；举债人不能举证的，由债权人承担替补举证责任——戴建义与戴善德、杨英秀离婚后对外举债纠纷上诉案

案例要旨：夫妻关系存续期间一方对外借款的性质判定，不能机械适用婚姻法解释（二）第 24 条的规定，对借款用途的事实应根据举证责任分配原则确定，一般应由举债人承担举证责任；举债人不能举证的，由债权人承担替补举证责任。适用上述司法解释应以符合夫妻共同债务性质为前提条件。

案号：(2007)浦民初字第 381 号；(2008)漳民终字第 313 号

审理法院：福建省漳州市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2010 年第 22 期

3. 夫妻一方非因夫妻共同生活原因举债应为其个人债务，夫妻另一方不负偿还责任——解某诉邵某等民间借贷纠纷案

案例要旨：夫妻共同债务应为双方共同生活原因所负，如一方非因夫妻共同生活原因举债，则另一方不负偿还责任，但其应承担该债务与夫妻生活无关的证明责任。

案号：（2014）扬民再终字第 00006 号

审理法院：江苏省扬州市中级人民法院

来源：《人民法院报》2015 年 8 月 20 日 第 6 版

4. 夫妻双方均抗辩为举债一方个人债务时，由夫妻双方共同举证——谢某诉李某、刘某等债务纠纷案

案例要旨：发生在婚姻关系存续期间的债务，原则上推定为夫妻共同债务。在债权人起诉，夫妻双方均抗辩为举债一方个人债务时，由夫妻双方共同举证；在举债一方抗辩为夫妻共同债务时，由其承担举证责任。

审理法院：浙江省宁波市中级人民法院

来源：《人民法院报》 2013 年 08 月 28 日 第 7 版

法信 · 法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法》

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

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

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

2.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》

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

3.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

（一）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。

（二）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。

4.《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》

第十九条 婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义因日常生活需要所负的债务，应认定为夫妻共同债务。

日常生活需要是指夫妻双方及其共同生活的未成年子女在日常生活中的必要事项，包括日用品购买、医疗服务、

子女教育、日常文化消费等。

夫妻一方超出日常生活需要范围负债的，应认定为个人债务，但下列情形除外：

（一）出借人能够证明负债所得的财产用于家庭共同生活、经营所需的；

（二）夫妻另一方事后对债务予以追认的。

不属于家庭日常生活需要负债的，出借人可以援引合同法第四十九条关于表见代理的规定，要求夫妻共同承担债务清偿责任。

援引表见代理规则要求夫妻共同承担债务清偿责任的出借人，应对表见代理的构成要件承担证明责任。

表见代理的证明责任，适用最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发[2009]40 号）第 13 条的规定。

五、继承

（一）继承审判动态

请别忌讳立遗嘱！厦门首例无主财产认定案今日判决，遗嘱究竟多重要？

2016-11-01 厦门市海沧区人民法院 海沧法院

今天上午，海沧法院第 7 法庭举行了一场特殊的庭审。

之所以特殊，

是因为：

1. 这场庭审没有被告；

2. 厦门从没出现过此类案件。

事情是这样的

卢某彬，男，1922 年 11 月 30 日出生，系海沧区某事业单位退休人员。卢某彬终生未婚，无配偶无子女。2007 年 11 月 11 日，卢某彬因病去世，**未留遗嘱和遗赠扶养协议**。卢某彬的父亲于 1924 年病故，母亲于 1938 年病故，哥哥于 1953 年病故，**无其他继承人**。

卢某衍，**系卢某彬的侄子**。卢某彬退休后由卢某衍照顾日常生活起居，卢某彬病逝后，丧事亦由卢某衍操办，卢某衍为其购买墓地花费 68000 元等。

2015 年 6 月 25 日，卢某衍收到卢某彬生前工作单位出具的《厦门市住房货币化补贴支取通知书》，告知**卢某彬有一笔住房货币补贴金额为 97500 元**，已存入卢某彬在中国建设银行股份有限公司厦门海沧支行处设立的公积金账户。卢某衍遂向海沧法院提出申请，要求认定卢某彬在中国建设银行股份有限公司厦门海沧支行处设立的公积金账户项下的住房货币化补贴 97500 元及其利息**为无主财产，因卢某衍为卢某彬尽了生养死葬的义务，故请求判令上述款项归卢某衍所有**。

关于继承有以下几个问题一. 有人继承的遗产处理

有人继承遗产，谁来继承？分为以下几种情况：

1. 有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；
2. 有遗赠抚养协议的，按照协议办理；

若无遗嘱也无遗赠抚养协议的，则按法定继承办理：

3. 第一顺序继承人：配偶、子女、父母；

4. 第二顺序继承人：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母

二. 无人继承的遗产处理

案件中，卢某彬终生未婚，无配偶无子女。卢某彬去世后未留遗嘱和遗赠扶养协议，去世时没有第一顺序继承人，也没有第二顺序继承人。

虽然叔侄关系本在中国传统社会被认为是血缘非常近的亲属关系，但从法律上讲侄子并不是叔叔的法定继承人，只有当侄子过继给了叔叔，与叔叔形成了抚养关系才有继承权，**因此，卢某彬无法定继承人。**

1. 无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；2. 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。

Tips：《中华人民共和国继承法》第十四条又规定：对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，可以分配给他们适当的遗产。

法院这样判卢某彬遗留的存于中国建设银行股份有限公司厦门海沧支行处设立的公积金账户的住房货币化补贴 97500 元及其利息为无主财产，归申请人卢某衍所有。

在随后召开的新闻通气会上，

本案的审判员罗小茜提出了自己的看法：

在我国传统习俗中，未生育子女的叔叔伯父，通常由侄子进行赡养，并对其养老送终，这是千百年来中国社会所遵从的伦理要求。法律上对侄子没有规定赡养义务，亦未赋予侄子对叔伯的遗产享有法定的继承权。“任何法律都不可能对不平衡的社会关系作‘一刀切’式的简单规范，再精密细致的国家法也无法对社会进行完全的涵盖，无法对千变万化的人类行为和社会活动给予精确的规定。” 因此法律存在着真空区域。而善良的民俗习惯凝结着社会大众的普遍性的价值判断准则，如果我们将善良风俗习惯引入司法裁判过程，就能够有效地弥补法律缺失，提高司法的社会认同度。本案通过判决对叔叔尽了生养死葬义务的侄子有权取得叔叔的遗产，鼓励和引导更多的人遵从这一良好的风俗习惯，促使善良风俗发扬光大。本案的裁判结果正是对善良风俗习惯作出的积极评价和回应。

吴丽芬专委指出：

1、该案的审理厘清了无主财产认定与遗产处置的两个法律关系，一方面根据民事诉讼法的规定适用特别程序认定了财产无主，另一方面根据继承法的规定对遗产进行了合理的处置，兼顾了法律效果与社会效果的统一，使各种社会利益得到适当的平衡。

2、该案的审理很好地运用了公序良俗，通过判决对无法定继承人的公民进行扶养、办理丧葬事宜的人有权取得遗产，鼓励更多的人参与到类似失独家庭、丁克家庭、以及自身无法生育导致的无子女家庭的老人的赡养帮扶中来，促使善良风俗发扬光大。

同时，罗小茜法官也建议：

在现有法律框架下，

一是及时立下遗嘱；

二是签订《遗赠扶养协议》。

中国人总认为立遗嘱不吉利，

其实，年迈老人在身体尚健康时，

如能立个遗嘱，能省事很多。

否则，

有时给子女会造成更大的麻烦。

见证书次日签发 瑕疵遗嘱无效

2016-11-09　信息时报(广州) 记者魏徽徽 通讯员马英

大儿子 15 年从未看望父母，也不出席父母葬礼？广州一位九旬老太去世前请律师上门见证遗嘱，欲将名下财产全部给孝顺的二儿子继承，孰料这份遗嘱的见证书不仅签名上有瑕疵，也不是当场出具，律师第二天才签发，导致老太的 4 名子女对遗嘱的真实性各执一词。日前，广州市中院终审判定这份遗嘱无效。

源起：

大哥十多年未尽孝？

2015 年 7 月 23 日，郭先生起诉请求法院判令由他继承父母五分之四的遗产。据了解，郭先生的父亲郭老伯在 2008 年以 87 岁高龄离世，90 岁母亲王老太在 2015 年 2 月也身故了。郭先生父母共生育了 4 个婚生子女，郭先生是老二，两老共留下广州市越华路某号 501、502、403 房的 3 处房产。

庭审时，郭先生和郭四妹都说，长兄郭大哥 15 年内从未看望父母，也不出席父母葬礼。“父母曾经是多么期盼大哥能回来看望他、照顾他，一家人其乐融融地坐在一起过个团圆年，但直到他们去世都没有等到这一幕。”

郭四妹说，母亲对大哥的行为痛心疾首，对二哥二嫂多年来的悉心照料记在心里，母亲决定将财产都留给二哥，并在生前约二位律师上门做遗嘱见证。郭四妹作证称，二位律师上门时，她与两个保姆都在场。

对此，郭大哥解释称，前些年由于忙于照顾患了绝症的妻子，加上自己也年老体迈，他才减少了探望父母。但他时常叮嘱女儿前去探望，母亲的葬礼也是派女儿作为代表出席。他经常向女儿过问两老的情况，并不存在没有履行赡养义务行为。郭三妹则称，遗嘱对房产的分配与母亲生前的一贯态度不符。二哥与母亲并没有生活在一起，而

且二哥还“啃老”。母亲生病住院基本上都由她照顾，二哥很少露面；母亲去世后也是她在主导置办墓地事宜，二哥却要求先分遗产再谈安葬事宜。

争议：母亲欲将家产传二哥？

郭先生向法院提供了母亲王老太的一份《遗嘱》，立遗嘱时间是 2012 年 8 月 1 日，内容为：“本人王老太今年 87 岁，立本遗嘱时神智清醒。由于年事已高，可能发生意外，故立此遗嘱，表示对自己财产在我去世之后的处理意愿。我愿在我过世后，由我的二儿子继承我名下两处房产中所有的份额。以上是我真实意思表示。”

“立遗嘱人”有王老太名义的签名和捺指模，“代书人”有律师李某某的签名。律师事务所于第二天（2012 年 8 月 2 日）出具了《律师见证书》，见证律师签名栏中“张某某”有二个笔迹不同的签名。郭先生还提供王老太的保姆潘、李两人的证言，证明他经常照顾母亲，母亲生前经常讲要将全部财产留给他，立遗嘱时王老太身体很好，很清醒。

郭先生还提交了一份郭四妹在母亲离世后签署的赠与《声明》。郭四妹说，“母亲留下遗嘱将名下财产由二哥郭先生继承。因二哥在父母晚年尽了主要赡养义务，我自愿将遗产中自己的份额赠与二哥。”郭先生在《声明》上签字“同意接受”。据悉，除了房产，王老太有一笔定期存款 28 万余元在郭四妹手上保管。

然而，郭大哥和郭三妹对遗嘱的真实性均表示质疑。

瑕疵：事后见证且笔迹不同

一审法院认为，本案是遗嘱继承还是法定继承的争议问题，关键在于被继承人王老太在 2012 年 8 月 1 日立下的《遗嘱》是否合法、有效。经审查，该《遗嘱》非王老太本人书写，为代书遗嘱，该遗嘱中只有遗嘱人和代书人签名，没有其他见证人签名，不符合《继承法》规定“代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名”的法定形式要件。

而且，律师事务所在 2012 年 8 月 2 日才作出《律师见证书》，属事后见证，而非当场见证，且律师签名存在笔迹不相同的重大瑕疵，故法院对该律师见证行为的效力不予认定。据此，一审法院认定遗嘱无效，以法定继承进行遗产分配处理，郭先生、郭大哥、郭三妹、郭四妹四人均有继承权。但一审法院认定郭先生尽了主要赡养义务，依法对郭先生予以多分。

据此，一审法院考虑郭先生已长期居住 502 房，该房屋面积较大，价值较高，故由郭先生继承所有，以便于郭先生继续使用管理；501 房的 1/2 与 403 房的面积、价值相当，可由郭大哥、郭三妹共同继承 501 房，各占 1/2 产权份额；403 房则由郭四妹继承所有。存款则由四人平分。近日，广州中院维持原判。

法官说法：代书遗嘱必须当场见证

该案二审的审判长黄文劲法官指出，因遗嘱事涉重大，根据我国法律规定，各类遗嘱均有严格的形式要求，或称法定形式要件。一般情况下，只有具备全部法定形式要件，才是合法有效的遗嘱，否则是无效遗嘱。本案《遗嘱》为打印体，并非由被继承人王老太本人亲笔书写，因此属于代书遗嘱。

本案中，作为代书遗嘱的《遗嘱》上仅有遗嘱人和代书人签名，“其他见证人”张某某律师没有在《遗嘱》上签名，即没有其他见证人的签名，因此，《遗嘱》欠缺法定形式要件，是无效的。律师在见证遗嘱后第二天在《律师见证书》上签名，既不符合“当场”的要求，也不符合“在代书遗嘱上签名”的要求，因此不产生相应的法律效力。

异姓养子是否能继承遗产 法庭化解遗产纠纷

2016-11-24 厦门网 陈佩珊 吴荣辉

海西晨报讯（晨报记者 陈佩珊 通讯员 吴荣辉） 陈光年过八旬，小时候就被过继到了许家。虽然姓氏不同，但他从小跟养父母生活在一起，与妹妹许华、弟弟许强一起长大。不久前，就因为“陈”“许”不同，陈光遭到了弟弟许强的排挤。起因是老父亲的老宅面临征迁，征迁补偿款怎么分成了问题。

异姓养子被视为外人

老父亲过世时并未立下遗嘱，但老宅几十年前的土地房产所有证显示，陈光、许华、许强三人的名字均登记在上。从法律关系上来看，三人都有继承权。不过，许强可不认这个，他将陈光视为外人。而姐姐许华作为外嫁女，一开始便自愿放弃了对该房屋的继承权，只要陈光不继承，房子就全归许强了。许强说：“陈光跟我们不同姓，怎么能继承我父母的遗产？”几次协商未果，陈光将许强告上法庭。

找到调解关键人物

同安法院新民法庭受理了该纠纷。考虑到当事人都已七八十岁，法庭联系了莲花镇调委会，希望通过诉调对接解决该纠纷。莲花司法所调解员参与了调解。

调解员发现，陈光、许强矛盾激化，但作为继承人之一的许华比较理性，她不想兄弟反目。许华说，陈光经济情况不错，上法院起诉只是为了争一口气。

他们将许华视为解决这起纠纷的关键人物。“按照法律，许华是继承人之一，如果愿意配合调解，是可以左右调解结果的。”许华表示会积极配合。

权衡利弊各方达成协议

在陈光那里，调解员对其提出的享有一定继承权的诉求表示支持，同时也从农村风俗、兄弟感情等方面对其进行劝说。“你家庭经济情况好些，身为兄长在经济上适当让步帮帮弟弟，其他村民反而会夸你有度量。”

在为许强分析情况时，调解员提出，若陈光坚持要起诉，许华又不放弃继承权，到时许强拿到手的还不如通过协商拿到的多。

两天后，调解员、法官再次组织三方当事人进行调解。这一次，调解员从亲情入手。“从小一起长大，不管姓什么都是最亲的人，不要为了些财产互相伤害。”

陈光当即提出只要承认他的继承权，他只要 20%的份额。而许华也表示，如果许强同意陈光的意见，她放弃继承，剩余 80%都归许强。许强思考了一会同意了。

许华拿到民事调解书时感慨：“我这两兄弟都七八十岁了，最后还得靠年轻人来讲道理、讲法律才听得进去，太感谢了。”

调解员手记

该案例与农村常见的继承纠纷并不相同，养子不随养父母姓，使得该案例较为特殊，而且牵涉到的三名当事人均为 70 岁以上老人。如果采取诉讼途径，一方面会导致兄弟感情破裂，另一方面较为漫长和繁琐，三名当事人的年龄及身体条件不允许，可能产生变故。因此，采取诉调对接的办法，有利于迅速化解该纠纷，同时能确保调解结果的法律效力。

《中华人民共和国继承法》第九条规定，继承权男女平等。调解员和法官正是抓住这点，给态度中立的许华做思想工作，使得许华在调解过程中发挥了关键作用。(文中人物均为化名)

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

“口粮田”及“果树地”家庭承包经营权不因某一家庭成员死亡发生继承

——北京三中院判决乔秀荣、杨树勇诉张春连等法定继承纠纷案

2016-11-03 人民法院报 北京市第三中级人民法院 张清波

裁判要旨

“口粮田”及“果树地”家庭承包经营权的承包主体是“户”，而非某一家庭成员，全体家庭成员共享承包经营权。某一家庭成员死亡，“口粮田”及“果树地”的承包经营权仍归该户剩余的家庭成员共有，均不发生继承。“果树地”的承包经营权发生继承仅限于“绝户”这一特殊情况，即“户不绝，不继承”。

案情

1998 年 12 月，北京市平谷区金海湖镇祖务村分配口粮田，每人应分得 0.7 亩，杨树强和其妻张春连及女儿杨鑫钰、杨鑫跃一家四口共分得口粮田 2.8 亩；1999 年 3 月，该村又分配果园地，每人应分得 0.5 亩，杨树强一家又分得 2 亩。相同时期，杨树强的父母二人亦分得了相应的口粮田和果园地，杨树强的弟弟一家四口亦分得了相应的口粮田和果园地。2010 年 5 月 6 日，杨树强去世。2016 年 2 月 14 日，杨树强的父亲亦去世。现杨树强的母亲乔秀荣及弟弟杨树勇起诉张春连、杨鑫钰、杨鑫跃，要求依法继承分割杨树强对 0.7 亩口粮田和 0.5 亩果园地的承包经营权。

裁判

北京市平谷区人民法院经审理认为：被继承人杨树强享有北京市平谷区金海湖镇祖务村 1.2 亩地的土地使用权应由杨树强的法定继承人予以继承。因杨树强之父杨兴在杨树强死亡后去世，故杨兴应继承杨树强的遗产份额，由杨兴的法定继承人（包括杨树勇）再予以继承，并按照继承分配原则确认乔秀荣享有其中 0.32 亩土地使用权，杨

树勇享有其中 0.08 亩土地使用权。判决后，张春连、杨鑫钰、杨鑫跃不服，提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为：家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户，即以农户为单位而不是以个人为单位，在农户内部，每一个家庭成员均有权享有土地承包经营权。当承包的农户中一人或者几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由其他家庭成员继续承包经营，并不发生承包经营权的继承问题，只是死者的承包收益可以作为遗产继承，故改判驳回了乔秀荣、杨树勇要求继承分割承包经营权的诉讼请求。

评析

1.“口粮田”及“果树地”的家庭承包经营权的承包主体具有特定性

集体土地的承包方式分为家庭承包和其他方式承包两大类。采用家庭承包的土地承包经营权的取得需由集体经济组织作为发包方与农户作为承包方签订农村土地承包经营合同，以固定每户应当承包的土地亩数。《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条及《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第三条第二款均规定家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。2016 年 6 月全国人大常委会已审议并公布的民法总则（草案）第五十一条也进一步明确从事家庭承包经营的主体为农村承包经营户。即家庭承包经营权的主体为农户而非签订土地承包经营合同的个人，签约人仅系该农户的代表，在农户内部，每位家庭成员均共享土地承包经营权。

2.承包经营户家庭成员的身份确定具有特殊性

是否属于承包经营户中的家庭成员，不能以是否在共同居住、是否具有近亲属关系或是否属于同一户口簿等作为判断标准，而应当以集体经济组织发包土地时核对的农户为单位，该家庭成员是否属于农户中的一员作为判断标准。另外，该家庭成员的人数会因结婚、新生儿出生、老人去世而有所变化，但“增人不增地，减人不减地”的原则不变，人数增减并不影响承包地的亩数，只是影响每位家庭成员所享有的承包收益分配份额。

本案中，乔秀荣一家两口、杨树强一家四口、杨树勇一家四口在北京市平谷区金海湖镇祖务村分配“口粮田”“果树地”时均作为三个独立的农户参与分配，签订承包合同，并非是一个大户作为签约主体，三户之间的土地承包经营权并不共享。

3.“口粮田”及“果树地”承包经营权的继承具有法定性

以家庭承包方式取得的承包经营权具有社会保障的功能，为集体成员提供最基本的生活保障，这就决定了土地承包经营权的继承与一般所说的财产权利继承不同。采用家庭承包方式承包的农村土地限于耕地、林地和草地。2003 年 3 月 1 日起施行的《中华人民共和国农村土地承包法》第三十一条只规定“林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继续承包”。2005 年 9 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十五条第一款亦仅规定“林地家庭承包中，承包方的继承人请求在承包期内继续承包的，应予支持”。可见，法律及司法解释仅明确了林地承包经营权的继承，即意味着耕地和草地的承包经营权不能继承。因家庭承包经营权的主体为农户，某一家庭成员去世后，承包地仍由其他家庭成员继续承包经营，并不发生承包经营权的继承问题，只是死者的承包收益可以作为遗产按照继承法的规定继承。对于耕地和草地的承包经营权，当家庭成员全部死亡即“绝户”时，因承包主体消灭，该土地承包经营权一并消灭，土地则由发包方收回。但对于林地的承包经营权，法律规定则不同。因为林地的承包期为 30 年至 70 年，俗语说“前人栽树后人乘凉”。林地一般前期投入大，后期才见收益，不同于耕地、草地一般投入较小且当年投资当年可收益，若因承包人死亡就收回林地，则不利于承包人权益的保护，将严重影响承包人投资的积极性，故立法者特别规定了林地的承包人死亡后，其继承人可在承包期内继续承包，切实消除了承包人的后顾之忧。

本案案号：（2016）京 0117 民初 1120 号，（2016）京 03 民终 8100 号

案例编写人：北京市第三中级人民法院　张清波

六、房产、股权、信托

（一）房产

婚姻家庭、继承纠纷裁判要旨汇总 离婚纠纷（4）

2016-11-04　北大法律信息网

【作者】法律小编

【来源】北大法律信息网、北大法宝司法案例库

【注明】本文由北大法宝编写，转载请注明来源

离婚时双方依据村委会制发的所有权证书请求确认房屋归属的，法院不予支持

关键词：村委会；小产权房；所有权；使用权

裁判要旨：在农村集体土地上建设的未缴纳土地出让金且产权证由乡政府或村政府颁发的房屋，系小产权房。由于其产权证书不是国家房管部门颁发的，所以无法取得正式的房产证，其对房屋拥有的只是使用权而不是所有权。换而言之，村民委员会制发的房屋所有权证书并不能依法产生物权设立、变更、转让的法律后果，持有该证书的当事人实际也并未真正取得该房屋的合法的所有权。故离婚时双方就此请求确认房屋归属的，法院不会支持，而会根据实际情况对其使用权作出判决。

相关案例：

张某诉王某某离婚纠纷案（法宝引证码：8499161）

张某、王某某曾于 1994 年 4 月 17 日登记结婚，1997 年 10 月 25 日生有一女王小某。2001 年 11 月 15 日调解离婚，2004 年 3 月 12 日双方重新办理了结婚手续。现双方均表示同意离婚。张某在 2012 年 8 月、9 月间写给王某某的离婚协议中确认其手中有共同存款 70 万元，张某表示现在其手中尚存有 50 万元，其余 20 万元已用于孩子的各项费用及家庭支出，对此张某提供了自 2012 年 7 月至 2012 年 10 月其信用卡支出及消费明细。王某某认为张某手中应有共同存款至少 100 万元，但未提供相关证据。双方均表示无共同债权、债务，有于 2010 年 1 月、2 月间购买的位于通州区× ×园×号楼×单元 505 号、506 号两套房屋，均登记在张某名下，两套房屋共支付购房款 60 余万元。两套房屋现由王某某对外出租，现已收取租金 9000 元，在王某某手中。除以上房屋外，张某还有于 2003 年承租的位于北京市朝阳区×园×楼×单元 002 号房屋。王某某称张某承租该房屋时交纳了 28 万元，当时双方虽已离婚，但其交纳了 14 万元，对此张某不予认可。双方有于 2009 年购买的车牌号为京 P × × × × ×克莱斯勒轿车一辆，登记在王某某名下。双方对该车的分配达成一致意见，车辆归张某所有，张某给付王某某 12 万元折价款。王某某表示其刚刚辞去工作，辞职之前月收入为 1 万元。现孩子与张某一起生活。

另查，王某某与张某均认可位于北京市通州区× ×园×号楼×单元 505 号、506 号两套房屋系小产权房，房屋所有权证书是北京市通州区某村民委员会制发，其二人均非该村的集体经济组织成员。

2012 年 12 月，张某起诉至一审法院称：张某、王某某于 1994 年 4 月 17 日登记结婚，1997 年 10 月 25 日生有一女王小某。2001 年 11 月 15 日双方在法院的主持下调解离婚。2004 年 3 月 12 日双方在朝阳区民政局办理复婚登记。现因王某某的过错，导致夫妻感情彻底破裂，诉至法院请求判令解除双方的婚姻关系；婚生女王小某由张某抚养，王某某每月支付 5000 元抚养费；登记在王某某名下的车牌号为京 P × × × × ×的克莱斯勒汽车归张某所有。

王某某辩称：同意离婚。但是张某所述我们复婚后因为我的过错导致感情破裂不属实，我也不同意每月支付给孩子 5000 元的抚养费，我现在只是个临时工，三年都没有交社保了。

一审法院经审理后认为：婚姻应以感情为基础，感情靠双方共同努力来维护。张某、王某某婚后不注重感情培养，造成感情破裂。现双方均表示同意离婚，法院准许。王某某称张某婚前承租的位于朝阳区×园×楼×单元 002 号房屋，承租时其支付过 14 万元，对此张某不予认可，因该行为发生在再婚前，故双方应另案解决。位于朝阳区×园×楼×单元 002 号房屋系张某再婚前承租，且再婚后双方购置有其他两套房屋，均具备居住条件，故该房屋应继续由张某租住使用。登记在张某名下的位于通州区× ×园×号楼×单元 505 号、506 号两套房屋，双方各分得一套。在张某手中的共同存款 50 万元，双方应各分得一半。王某某对张某 2012 年 7 月至 10 月的支出提出质疑，但未提供相关证据，故法院不予采信。王某某有关张某手中尚有其他存款，因其未提供相关证据，法院亦不予采信。在王某某手中的房租 9000 元，双方应各分得一半。登记在王某某名下的（京 P × × × × ×）克莱斯勒轿车，就该车的分配双方达成共识，法院不持异议。现孩子随张某生活，根据保护妇女儿童合法权益的原则，法院对孩子的抚养权和抚育费依法予以判决。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 32 条、第 36 条、第 37 条、第 39 条之规定，判决：一、准许张某和王某某离婚；二、婚生女王小某由张某抚养，王某某自 2013 年 2 月始每月支付 500 元抚育费，至王小某十八周岁止；三、位于北京市朝阳区×园×楼×单元 002 号房屋由张某继续租住；四、位于北京市通州区× ×园×号楼×单元 505 号房屋归张某所有，位于北京市通州区× ×园×号楼×单元 506 号房屋归王某某所有；五、张某于本判决生效后 7 日内给付王某某共同存款 25 万元、王某某于本判决生效后 7 日内给付张某共同存款 4500 元；六、双方共有的京 P × × × × ×克莱斯勒轿车一辆归张某所有，张某于本判决生效后 7 日内给付王某某 12 万元折价款；七、驳回张某、王某某的其他诉讼请求。

一审判决后，王某某不服，向二审法院提出上诉。

二审法院经审理后认为：本案双方当事人对一审法院就离婚、子女抚养、房屋及车辆分割等问题所作处理均无异议，王某某上诉主要认为张某于 2012 年 7 月至 12 月的支出中有 16 万余元系不合理消费。对此，一审法院根据张某提供的具体支出明细，结合其日常消费及用于孩子的各项费用，依法确定了张某正常消费的合理数额，王某某的主张缺乏依据，法院不予支持。但是，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 21 条的相关规定，离婚时双方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。本案中，关于北京市通州区×　×园×号楼×单元 505 号、506 号两套房屋，当事人提交的所有权证书是北京市通州区某村民委员会制发，依法不能产生物权设立、变更、转让的法律后果，张某、王某某亦认可该两套房屋确系小产权房，其二人均非该村的集体经济组织成员，故张某、王某某实际并未取得该两套房屋的合法的所有权，原判对此所作处理欠妥，应予纠正。据此，二审法院依照《中华人民共和国婚姻法》第 39 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 21 条以及《中华人民共和国民事诉讼法》第 170 条第 1 款第 2 项之规定，判决：一、维持一审判决第一、二、三、五、六项；二、撤销一审判决第七项；三、变更一审判决第四项为：位于北京市通州区××园×号楼×单元 505 号房屋由张某使用，位于北京市通州区×　×园×号楼×单元 506 号房屋由王某某使用；四、驳回张某、王某某的其他诉讼请求。

典型判例:民国时期和建国初期的土地契约能否作为主张权利的依据?

2016-11-06 法客帝国 北京一中院 茂刚法官

有关民国时期土地契约不能作为主张权利依据的一份再审判决

作者|北京市第一中级人民法院

来源|@茂刚法官的新浪博客

阅读提示：老旧房契及租契（手抄），虽可证明房屋演变的历史渊源，但其并非权属凭证。

▪解放初期土地改革时规定，“土地制度改革以前的土地契约，一律作废”。故基于旧“土地执照”所建立之租赁关系，应归于终止。同时，二十世纪五十年代中期，农村开始集体（城市为社会主义改造）运动，村民（居民）个人直接出租私有房屋之现象在当时已不存在。

▪1985 年，农村重新开始宅基地的颁证工作，依据当时《北京市农村建房用地管理暂行办法》，“本办法公布实施前由当地人民政府发给村民的各种私有的地照或土地证自然失效。”的规定，即使存在 1950 年所发给李祥的“土地执照”之说，亦无法作为权属依据。

北京市第一中级人民法院

民事判决书

（2014）一中民再终字第 7940 号

上诉人（原审原告）：李××，男，1939 年出生。

被上诉人（原审被告）：张××，男，1937 年出生。

上诉人李××与被上诉人张××返还原物纠纷一案，北京市××人民法院于 2012 年 1 月 11 日作出**（2011）×民初字第 1665 号**民事判决，张××不服提出上诉。本院于 2012 年 4 月 20 日作出**（2012）一中民终字第 4526 号**民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。张××不服该判决，向北京市高级人民法院申请再审，北京市高级人民法院于 2013 年 10 月 10 日作出**（2013）高民申字第 1486 号**民事裁定，**指令本院再审本案**。本院经审查认为，原审判决认定事实不清，于 2013 年 12 月 20 日作出**（2013）一中民再终字第 13656 号**民事裁定，撤销本院（2012）一中民终字第 4526 号民事判决和北京市××人民法院（2011）×民初字第 1665 号民事判决，并将该案发回北京市××人民法院重审。2014 年 7 月 15 日，北京市××人民法院作出**（2014）×民再初字第 00871 号**民事判决。李××不服该判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭公开开庭审理了本案。李××及委托代理人，张××之委托代理人到庭参加了诉讼。**本案现已审理终结。**

李××在一审诉称：我祖父李×于 20 世纪三十年代将位于×镇四街 62 号院及北房五间出租给被告的祖父张×。1946 年我父亲和二伯父再同被告的祖父补充订立租约，此后被告的父亲及被告一直租住该院。后被告私自将北房中西边的三间翻建，但东边的两间仍在，因此我要求被告张××返还该两间旧北房，重新签订房屋租赁合同。

张××在原审辩称：1、原告所述事实并不属实，根据原告提供的证据材料，原告家原有房屋只有土房三间，院中东侧两间北房是我爷爷建的，西侧三间房子是我自己建的；2、从一审到现在，原告均不具备主体资格；3、本

案诉讼时效已经超过。原告向我们主张房屋所有权没有事实和法律依据，请求法院驳回原告的诉讼请求。

一审法院再审查明，原告祖父李×在二十世纪三十年代将其位于×镇四街村后街 62 号院（以下简称 62 号院）的房屋及院落出租给被告的祖父开澡堂使用。抗日战争结束后，被告的祖父不再经营澡堂，被告全家人即居住于该院。1980 年被告在原三间土房的位置上翻建了四间北房。2007 年 10 月 24 日，原告向×镇政府提出申请，要求确认 62 号院宅基地使用权人为原告，后×镇政府作出“关于李××与张××宅基地使用权争议的决定”，确定原告对康庄镇四街村后街 62 号宅基地不享有使用权。因不服该决定，原告于 2008 年 11 月 7 日诉至法院，法院作出（2008）×行初字第 24 号行政判决书，判决撤销了×镇人民政府作出的“关于李××与张××宅基地使用权争议的决定”。2009 年 3 月 2 日，原告诉至法院，要求被告返还宅基地，法院以其诉讼请求不属人民法院受理民事诉讼的范围为由，作出（2009）×民初字第 1048 号民事裁定，驳回了原告的起诉。原告不服该裁定，上诉至本院，本院作出（2009）一中民终字第 15498 号民事裁定，维持了原裁定。2010 年 1 月 12 日，原告以被告未经通知其就私自翻建了租赁宅院的三间北房为由再次诉至法院，要求解除与被告的房屋租赁合同关系。法院作出（2010）×民初字第 659 号民事判决书，驳回原告的诉讼请求。原告不服该判决，上诉至本院，本院作出（2011）一中民终字第 448 号民事判决书，维持了原判决。2011 年 3 月 31 日，原告再次诉至法院，要求被告返还目前仍存在的位于 62 号院东北角处的祖宅两间房屋。法院作出（2011）×民初字第 1665 号民事判决书，判决被告返还原告位于 62 号院东侧的北房两间。该判决经二审维持后，被告向北京市高级人民法院申请再审，北京市高级人民法院指令本院再审，本院再审后，认为原审判决认定事实不清，裁定撤销一、二审判决，将本案发回北京市××人民法院重审。

一审法院再审认为，根据法律的规定，权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。原、被告诉争的两间房屋建于二十世纪三十年代，原告称该两间房屋系自己祖父所建，被告称该两间房屋是自己祖父建造。无论是原告祖父所建还是被告祖父建造，该两间房屋已建有七八十年，是原、被告双方认可的事实。被告祖父承租该院落和房屋后，此两间房屋就由被告祖父用于开澡堂使用，不开澡堂之后也始终由被告及其父辈占有和使用。根据原告的陈述，其祖父与被告祖父订立了房屋租赁协议，将房屋租赁给被告家使用，在原告祖父过世后，原告的父亲、伯父又与被告的祖父续订了房屋租赁协议，继续将房屋租赁给被告家使用，后被告家于文革开始便不再缴纳租金，原告称虽然家人曾在文革后期向被告主张过房租，但被告最后一次给付房租是在七八十年代。对于原告的陈述，被告不予认可，表示不清楚租赁的具体情形，不认可自己曾支付过租金。法院认为，即使按照原告的陈述，被告家于二十世纪七八十年代就不再支付租金，说明其权益已受到侵害，原告时隔三四十年才向被告主张权利，已超过了法律规定的二十年的最长保护期限。故此，被告关于本案超过诉讼时效的抗辩理由成立，原告要求返还两间房屋的诉讼请求，法院不予支持；原告要求重新签订房屋租赁合同的请求，不属于人民法院民事诉讼解决的事项。综上，依照《中华人民共和国民法通则》第一百三十七条的规定，判决：驳回原告李××的诉讼请求。

判决后，李××不服一审再审判决，向本院提出上诉。其上诉理由为：一、原审法院适用诉讼时效的规定判决驳回上诉人的诉讼请求，属于适用法律错误。1、物权法没有诉讼实效规定，本案属于物权，一审法院根据民法通则规定作出判决，属于适用法律错误。本案应当适用物权法。2、从民法原理看，我国理论界主流观点认为，物权请求权不适用诉讼时效。3、即便从诉讼时效的角度讲，本案没有超过 20 年最长实效。民法通则从 1987 年开始施行。最长实效从当事人知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。本案中，李××是在 2001 年知道权利被侵害，应该从这时开始计算。4、再审一审判决混淆了租金的债权请求权与物权的返还原物的请求权，没有分清请求权的性质和请求权的请求主体。5、最高法院在 2008 年颁布审理民事案件诉讼时效的规定，第 3、4 条明确规定当事人在一审没有提出诉讼实效，二审、再审均不能依照诉讼时效驳回当事人的请求。原审明确显示被上诉人没有提出诉讼时效，而再审一审判决依照诉讼时效作出实体判决没有依据。二、一审认定事实错误。再审裁定书以事实不清发回重审，一审抛开再审裁定中关于原审事实不清的认定是错误的。三、诉争房屋上诉人已向法院作出确实充分举证，无论是从书证还是证人证言，充分证明诉争房屋属于上诉人所有。上述证据形成完整的证据链。四、被上诉人主张诉争房屋系其祖上所盖，但是未能举证，应当承担不利后果。关于房屋，被上诉人有多种主张，最初主张是租赁上诉人祖产，后说是没有房屋，后又说本案两间房屋是自己所盖。对方陈述存在矛盾之处。请求：撤销一审判决，改判支持李××的诉讼请求。

张××辩称，1、一审法院适用法律正确，请求法院予以维持。上诉人混淆继承权与物权关系。本案只涉及继承权。依据物权法第九条，本案中，以前房屋已经不在，以前房屋登记的是李×祥。按照继承法，继承人在超过两年后提出继承，是不应支持的。2、就本案事实看，诉争房屋属于被上诉人。依据是我们之前提交的证据即上诉人

提交的起诉书，显示祖上使用北房三间，生效的裁定书显示旧房已经不存在。还有一个老房档，房子是三间。上述证据显示本案房屋与上诉人没有关系。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条规定，对方承认和认可的对己方不利的事实，应当予以确认。综上，上诉人的上诉理由不应支持。

本院经审理查明，李××之祖父为李×。李×共有三子，分别为长子李×祥（无后，卒于 1949 年前后，具体不祥），次子李×荣（卒于 1978 年，有一女李×梅），三子李×华（卒于 1949 年前，具体不详，有一子李××）。李××于二十世纪五十年代初，即离开家乡外出工作，并最终定居于河南省郑州市。

李×在二十世纪三十年代在其位于 62 号院之宅基处建房（间数不详）并租予张××之祖父张×。张×在该处开设经营浴室至抗战结束。后张×（已故）一家及后人一直在此居住至今。在居住期间，张××于 1980 年将当时的五间北房中的西侧三间翻建为北房四间。李××称该翻建之房东侧另有未翻建的两间房屋为原李×所建之祖屋。张××则称该两间房屋为自己祖辈所建。

为证明自己所述，李××提交延庆档案馆保存的，由原中华民国察哈尔省政府于中华民国三十年（1941 年）颁发的“土地执照存根”，其记录内容为，“房主李×祥间数土房三间”。

在诉讼中，李××出示转抄的租契一份，其可辨认内容大至如下：“立租房及地基人张×今租到李×荣/李×华院落地基一所北房五间租价每月大洋七元按月交付不得拖欠其北房五间如遇坍塌到坏者主料客工零修碎补张×自理与房东无干同中人议定十年之内不准增长租价原有所立契约继续有效永远存在不能作废原有压租金五十元仍旧存在原租价每月五元今因李×荣/李×华委托中人要求增加两元张×按要求履行照办永无变更立字存证通共欠房租钱七十四元除掉原押租下欠二十四元算至三十六年（注：民国）正月二年收法币六万又收法币三百元同面言明旧日压租契一概做废东伙再议中证人刘×　孙×王□。民国二十四年三月”。

李××据此主张，原出租房屋为五间，现东侧两间房屋为原李×所建；且双方存有租赁关系。张××则否认该租约的真实性。

在诉讼中，李××称李×祥在参加土改后亦持有土地执照，房主为李×祥。但档案馆未查到此记载。

在上诉过程中，李××称张××一直缴纳房租，并出示了三份证言，证明李×梅曾经于上世纪七十年代找张××去要过房租。张××对此予以否认。李××就此未能进一步举证证明。

上述事实，有（2008）×行初字第 24 号行政判决书，（2006）×民初字第 2306 号、（2009）×民初字第 1048 号、（2010）×民初字第 659 号、（2011）×民初字第 1665 号民事卷宗材料，（2013）一中民再终字第 13656 号民事裁定，照片，调查笔录及双方当事人陈述等证据在案佐证。

本院认为，本案争议焦点有二，一是 62 号院东房两间为谁所建；二是李××是否对该两间房屋具有物上之请求权。

针对焦点一，本院认为，在双方当事人历次诉讼的陈述中，张××均表示，62 号院原系自己祖上因承租关系而来。同时，依据李××的陈述及档案馆保存的由原中华民国察哈尔省政府于中华民国三十年（1941 年）颁发的“土地执照存根”的记载，可以认定，62 号院内原房屋系李××之祖父李×所建并登记于李×之长子李×祥名下。但“土地执照存根”所记载之房屋与李××所提供的“房屋租契”抄件中所记载房屋间数不同。就此，双方对所租之房为三间或五间各执一词。李××称，当时“住人的房间进行登记，另外两间没有住人，所以没有登记”。而张××称该两间房屋系自己祖上所建。本院认为，在续签租约时的中华民国二十四年（1935 年）载明为“北房五间”，而在中华民国三十年（1941 年）颁发“土地执照”之时，其中两间因“不住人”而未予登记，故本院依常理判定，该两间房屋宅基处之上的原房屋原为李×所建。但该未予登记之两间房屋的品质，应为不具备居住条件，且不应好于已登记的三间土房。而整院房租也仅算至中华民国三十六年（1947 年）。

在诉讼中，李××称，与张××一家始终保持租赁关系，并提供了证言。但证言仅显示在上世纪八十年代，李××之堂姐李×梅向张××索取房租时遭拒绝。而张××则否认向李×后人继续缴纳过房租。

本院认为，租契之中，双方租金仅算至 1947 年，此后再无续约交租之凭证。而**解放初期土地改革时规定，“土地制度改革以前的土地契约，一律作废”。故基于旧“土地执照”所建立之租赁关系，应归于终止。同时，二十世纪五十年代中期，农村开始集体（城市为社会主义改造）运动，村民（居民）个人直接出租私有房屋之现象在当时已不存在。**故李××称自始至终与张×及其后人保持有租赁关系至今，与历史事实不符，本院不予采信。依据双方陈述及共同认可，该两间房屋自租赁之始至今，一直由张×及其后人居住使用。房屋的维修及管护亦由张×及其后人完成。据此，本院进一步认定，经过近八十年的演变，现立于原宅基之上的两间房屋，已非原出租之时的土房。

虽李××坚称该房屋即为原房，张××也无法进一步举证系自己重建或翻建，但考虑到始建距今已近八十余年的土房，若非经重大修缮或翻建，则非倒即塌。而该房屋迄今仍正常使用，故该房应为张×及后人进行了重大修缮或翻建所至。

针对焦点二，本院认为，1947 年始，人民政府开始在解放区进行土地改革，**依据当时《中国土地法大纲》及《中华人民共和国土地改革法》的规定，“土地制度改革以前的土地契约，一律作废”，“土地改革完成后，由人民政府发给土地所有证”。**据此，李祥所持、**由原中华民国察哈尔省政府于中华民国三十年（1941 年）颁发的“土地执照存根”已失去作为不动产权属凭证的依据。**在此后的集体化过程中，农村宅基地全部划归集体所有，在李祥已死亡的情况下，**其包括李××在内的其他旁系亲属，无法通过继承获取该宅基地的使用权，同时，也无法以集体经济组织成员的身份申请对诉争房屋的继承及翻、改建等活动。**而李×祥解放前后即已去世，且无后代。故形成该房由原承租人张×之后人世代居住之现状。

1985 年，农村重新开始宅基地的颁证工作，**依据当时《北京市农村建房用地管理暂行办法》，“本办法公布实施前由当地人民政府发给村民的各种私有的地照或土地证自然失效。”**的规定，即使存在李××所称于 1950 年所发给李祥的“土地执照”之说，亦无法作为权属依据。

综上所述，本院认为：首先，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力”。李××作为非争诉之房所在地的集体经济组织成员，对该地的宅基地无使用权，其所主张的原有宅基地之上的现有两间房屋，因该两间房屋既不是原始标的物，亦未在重新登记时登记在自己名下，其所提交的**老旧房契及租契（手抄），虽可证明房屋演变的历史渊源，但其并非权属凭证**，其据此主张 62 号院之东房两间的所有权，缺乏事实与法律依据。其次，依据继承法律关系，李××作为旁系亲属，虽对李×祥之财产享有继承权，但因其所主张的标的物以发生重大变化已非原物，故其依据继承法律关系主张该房的返还，亦无法律依据。

本案为物权纠纷，原审法院依据诉讼时效的规定，驳回李××基于物权的请求权，属适用法律不当。李××关于本案不适用诉讼时效的上诉意见本院予以采纳并对一审法院判理予以纠正。据此，依据《中华人民共和国物权法》第九条、《中华人民共和国土地管理法》第六十二条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>审判监督程序若干问题的解释》第三十七条之规定，判决如下：

驳回上诉，**维持北京市××人民法院（2014）×民再初字第 00871 号**民事判决。

一审案件受理费七十元，由李××负担（已交纳）。

二审案件受理费七十元，由李××负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审　判　长　　王　京

审　判　员　　胡　沛

审　判　员　　刘燕风

二〇一四年十一月十七日

书　记　员　　尤　頔

婚后购得经适房 未办产权分割难

2016-11-10 北京法院网 王俊姬

张某与冯某婚后以家庭名义从某公司处通过公积金贷款的方式购得了一套经济适用房。两年后，两人经法院判决离婚。因房屋产权转移登记手续一直未办，日前，张某将冯某及出售房屋的某公司诉至顺义区人民法院。

原告张某诉称：原告与冯某系夫妻关系，婚姻存续期间，共同申请从某公司处通过公积金贷款的方式购买经济适用房一套。之后原告与冯某因感情不和经人民法院判决准予离婚，但因涉诉房屋未办理权属转移登记，故未予分割涉诉房屋。时至今日，就涉诉房屋产权证的办理问题，原告多次与被告协商，均遭拒绝。故诉至法院，要求法院判令：1、确认原、被告签订的北京市商品房现房买卖合同真实、合法、有效；2、某公司将产权证办理在冯某和原告名下，冯某履行相关的协助义务。

被告某公司辩称：我公司根据补充协议第 10 条第 3 款补充约定的内容，多次要求原告和被告冯某出具需要办理产权证的相关手续原件，原告无法提供相关的手续原件，所以我公司无法办理产权登记。延期办理产权证过错不在我公司，是原告的原因没有提供相关的证件。故此，不同意原告的诉讼请求。请法庭依法驳回原告的诉讼请求。

被告冯某辩称：我同意办理房屋登记手续，但我认为涉案房屋是经济适用房，其中包括婚生子的财产权益。因此，我方认为房屋应登记在原告、被告冯某和孩子三人名下。

法院经审理认为，张某、冯某与某公司所签订的北京市商品房现房买卖合同系双方真实意思表示，合法有效，双方均应按照合同约定全面履行各自的义务。关于涉诉房屋产权证的办理问题，在张某、冯某与某公司所签订的北京市商品房现房买卖合同有明确约定。某公司应当按照合同约定办理房屋产权证。张某与冯某已经解除了婚姻关系，因涉诉房屋的性质为经济适用房，在办理产权证的时候二人需及时按照相关规定提交相应的材料和证件，以便于某公司办理涉诉房屋的产权证。本案系房屋买卖合同纠纷，涉诉的北京市商品房现房买卖合同系由张某、冯某与某公司所签订，合同具有相对性，其婚生子非系合同当事人。综上，最后判决确认原被告签订的北京市商品房现房买卖合同合法有效；被告某公司为原告张某与被告冯某办理涉诉房屋的产权证书。

父母和未成年子女间不动产转让的几个问题

2016-11-18 中国房地产杂志 金绍达

某市登记机构询问：最近，我们对一起登记业务的处理产生了一些疑虑。父母要把自己的房屋卖给未成年子女，一部分人认为，在这种买卖合同中，只能由其法定监护人父母作为代理人在买卖合同上签字，这样就形成了由同一个人代表买卖双方在合同上签字，这岂不是成了自己和自己做买卖？所以，主张应按赠与办理。问，父母能否把房屋卖给未成年子女？父母和未成年子女间的不动产转让是不是一定要按赠与来办理？父母把房屋卖给子女是不是属于“自己代理”？如果是未成年人把房屋卖给父母，登记机构能否受理？

金绍达：

一、权利人有合法的房屋所有权，就有按照自己的意愿来处分自己房产的权利，因而，父母可以把房屋卖给未成年子女。

二、父母以何种方式把房屋转让给未成年子女，应该由当事人自行确定，在申请转移登记时只要如实申报就行，登记机构毋须也不应对此进行干预。所以，父母把房屋转让给未成年子女并不一定要按赠与来办理。且赠与时应有赠与合同，同样存在着同一人代表双方在合同上签字的问题。

三、“自己代理”是指代理人以被代理人的名义与自己实施民事法律行为。由于自己代理易于损害被代理人的利益，因而在一些国家的法律规定中是被禁止的。如《德国民法典》第一百八十一条规定：“代理人无特别许可，不得以本人名义与自己为法律行为，亦不得为第三人之代理与本人为法律行为；但法律行为系属专以债务为目的者，不在此限”；《日本民法典》也有类似的规定。在我国大陆，自己代理虽然见诸于民法教材，但法律并未对自己代理作明文规定。在司法实践中，是将自己代理视为对代理权的滥用。

在父母把房屋卖给未成年子女时，父母和子女是不同的民事主体，在买卖合同上签字是分别作为卖方和买方代理人，因而不能算是和自己做买卖。未成年人的父母作为法定监护人代理自己的子女取得房屋权利，不属于代理权的滥用。

四、我国台湾地区明令禁止受监护人的财产转让给监护人（台湾地区“民法”1102 条：“监护人不得受让受监护人之财产”），我国《民法通则》虽然无类似的直接规定，但在第十八条规定了：“除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”。因此，《房屋登记办法》和《不动产登记暂行条例实施细则》都规定了因处分被监护人不动产而申请登记的，应当提供为被监护人利益的书面保证。而把未成年人的房屋卖给父母很难解释为是为了未成年人的利益。即使申请人提供了为被监护人利益的书面保证，但其实际行为与此明显不符，违反了《民法通则》的上述规定。因此，将未成年人的房屋卖给父母，登记机构不应受理。

（二）股权

控股股东离婚案惹祸，挖金客“卖身”上市公司、IPO 双双折戟

2016-11-28 梧桐树下 V 梧桐小编

控股股东离婚代价实在是高，业绩优秀的新三板挂牌公司北京挖金客信息科技股份有限公司（834003）很可能因控股股东婚姻问题导致股权结构不稳定，终止 IPO。而在挂牌之前，挖金客本想卖身上市公司亨通光电（600487），也因同样原因被搅黄！

挖金客主营业务为移动娱乐和资讯产品提供全方位整合营销解决方案，于 2015 年 11 月 30 日挂牌新三板，挂牌时总股本 1037.85 万股（含挂牌同时发行的股份），后经资本公积金转增股本增至 5100 万股。公司控股股东和实际控制人为李征、陈坤两人，挂牌时合计持有公司股份 75.50%。

股东股权变动，主动终止 IPO

11 月 22 日，挖金客公告董事会决议称，“经公司认真研究和审慎决定，公司拟暂时终止首次公开发行股票并上市的申请并撤回向中国证券监督管理委员会递交的申请文件”，在撤回申请获得批准后，“公司拟向全国中小企业股份转让系统有限公司申请恢复转让”。

挖金客在 2016 年 1 月 11 日向北京证监局申请辅导备案，2016 年 6 月 20 日向中国证监会提交了 IPO 在创业板上市的申请，并在 6 月 23 日获得受理，并于 2016 年 9 月 26 日向证监会更新披露了 2016 年半年度补充财务数据。

对于撤回 IPO 申请的决定,挖金客解释是因为“公司战略发展需要及部分股东股权拟发生变化”,并且表示“待股权调整完毕后将择机重启申报”。

公司近两年业务发展势头强劲，2014 年、2015 年、2016 年上半年公司营业收入分别为 6102 万元、1 亿元、7974 万元，扣非净利润分别为 2148 万元、3786 万元、2307 万元。业绩如此优异，挖金客自然不必担心财务指标过不了关。

2015 年年报和 2016 年中报显示，挖金客资产负债率分别仅为 8.1%、9.76%，而且，截止 2016 年 9 月 30 日，公司购买的理财产品余额为 7315 万元。可见公司现金流充足，盈利质量高、经营相当理想。

因此，单从财务方面看，挖金客并没有 IPO 的实质障碍，公告里提到的“公司战略发展需要”纯属套话，现有业务好好的，不可能做重要的、足以影响 IPO 要求的战略调整。

终止的真实原因应该是在 “部分股东股权拟发生变化”。

控股股东涉离婚案，致上市公司重组流产

2015 年 1 月 1 7 日，上市公司亨通光电(600487)披露《《发行股份及支付现金购买资产并募集配套资金报告书（草案》，拟计划 4.32 亿元购买李征、陈坤及新余永奥投资管理中心共同持有的北京挖金客信息科技有限公司（挖金客改制前名称）100%股权。

亨通光电 5 月 21 日公告，本次交易对方之李征之妻就其与李征离婚事宜向法院申请了财产保全，并已缴纳了保全费，造成上市公司拟收购的李征直接或间接持有的挖金客信息相应的股权权属存在重大不确定性，公司决定终止该资产重组。

挖金客准备“卖身”给上市公司一事，因为离婚案泡汤了。只要离婚案一日不了结，挖金客控股股东股权归属问题就始终存在悬念。

截止 2016 年 6 月 30 日，李征持有的股份占公司股份总额的 34.45%，陈坤持有的占 28.18%，李征、陈坤共同出资设立的新余永奥投资管理中心（有限合伙）持有股份占公司股份总额的 12.87%，因此公司控股股东及实际控制人李征、陈坤直接及间接合计持有公司 75.50%的股份。

谁的婚变致股权变动、致 IPO 终止？

报告期内实际控制人没有发生变更，是 IPO 的一项必要条件。因为股权变更导致挖金客撤回 IPO 申请的股东，应该就是李征、陈坤这两个实际控制人中一人，而不可能是其他股东的股权变更。而结合亨通光电终止重组公告的原因，李征婚姻变动导致股权变动的可能性更大。理论上，李征婚变的同时，陈坤也因某种原因而致股权变动的可能性也存在，但不会如此凑巧吧？！

根据挖金客 2016 年半年报披露：

李征、陈坤自公司设立以来分别担任公司董事长、副总经理：

李征，1976 年生，1998 年毕业于首都经济贸易大学，获得经济学学士学位，先后在赛特购物中心家电部任业务主管、在海天网联公关顾问公司任市场顾问、在空中网任高级市场推广经理；在千橡寰宇科技发展（北京）公司任市场总监、在华友世纪通讯公司任数字营销事业部总经理；曾相继担任风笛指媒、挖金客执行董事、监事。2015 年 7 月起，担任挖金客董事长和总经理；

陈坤，1977 年生，2000 年毕业于武汉大学，获得文学学士学位，先后在广州白马信息集团任网络媒体事业部副经理、在新浪无线任人力资源部主管、在深圳浩天科技任互联网事业部市场总监、在广州滚石移动科技任网络营销部总监、相继担任风笛指媒、挖金客监事、经理；

2015 年 7 月起，担任挖金客董事和副总经理。

小编猜想，李征妻子向法院申请财产保全后至今的 1 8 个月内，李征为了 I P O 的巨大利益，一边申报 IPO 一

边肯定大做妻子的撤诉和撤保工作，但很可能至今没有做通工作或者做通了工作又被反悔了，或者不仅没有做通工作，事情还向不利的方向发展了，其股权被分割的可能性更大了，证监会又审核材料了，无奈终止公司 IPO 之路。

挂牌新三板时信息披露重大遗漏？

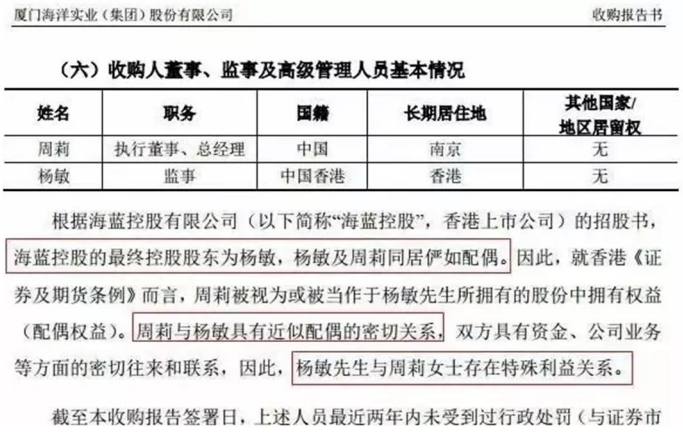
小编注意到，挖金客２０１５年１１月３０日挂牌新三板，而２０１５年９月１４日签署、２０１５年１１月２４日披露的《公开转让说明书》明确“本公司各股东所持股份均为真实持有，不存在冻结、质押或其他任何形式的权利限制情况，不存在委托持股等情形，也不存在任何权属争议或潜在纠纷”。

根据亨通光电２０１５年5月21日的公告，在该公告日前，李征已被其妻申请法院财产保全，才产生“股权权属存在重大不确定性”。

为什么公开转让说明书没有提及李征股份被法院财产保全的事情呢？除非保全后在申报新三板材料前又撤保了，否则挖金客涉嫌新三板申请挂牌时信息披露重大遗漏，应该被监管部门处罚。

披露实控人与他人“同居俨如配偶”，为海洋实业收购报告书点赞！

2016-11-29 梧桐树下 V 梧桐小编



厦门海洋实业（集团）股份有限公司　　收购报告书

（六）收购人董事、监事及高级管理人员基本情况

姓名	职务	国籍	长期居住地	其他国家/地区居留权
周莉	执行董事、总经理	中国	南京	无
杨敏	监事	中国香港	香港	无

根据海蓝控股有限公司（以下简称“海蓝控股”，香港上市公司）的招股书，海蓝控股的最终控股股东为杨敏，杨敏及周莉同居俨如配偶。因此，就香港《证券及期货条例》而言，周莉被视为或被当作于杨敏先生所拥有的股份中拥有权益（配偶权益）。周莉与杨敏具有近似配偶的密切关系，双方具有资金、公司业务等方面的密切往来和联系，因此，杨敏先生与周莉女士存在特殊利益关系。

截至本收购报告签署日，上述人员最近两年内未受到过行政处罚（与证券市

上面这个截图来自从主板退市的挂牌公司厦门海洋实业（集团）股份有限公司（股票简称：海洋 3，证券代码：400022）11 月 28 日披露的《收购报告书》。

“同居俨如配偶”、“有近似配偶的密切关系”、“存在特殊利益关系”！这些词语出现在公众公司公开披露文件里，朋友们是第一次看到吧，是不是太惊奇？！脑洞不够用了？！

小编倒是认为，这样的信息披露对资本市场来说是一大进步，是大好事！

周莉、杨敏其人

主角周莉系海洋实业收购人中惠融通投资管理（深圳）有限公司的实际控制人。收购报告书披露：

周莉，女，出生于 1981 年 12 月，身份证号：320121198112****42,无境外永久居留权，住所：南京市江宁区汤山街道汤山街**号，学历：硕士研究生。任职经历：2000 年 3 月—2004 年 9 月任职中惠（江苏）装饰园林工程有限公司市场部副总经理，2004 年 10 月—2007 年 7 月任职中惠工程产业集团董事长，2007 年 8 月至今任职翠屏国际控股有限公司执行总裁，2015 年 9 月至今，担任中惠金控及中惠融通的执行董事、总经理。

与周莉女士同居俨如配偶的另一主角杨敏系香港上市公司海蓝控股有限公司（HK：02278）的最终控股股东。海蓝控股是一家房地产发展商，主要专注在海南省开发住宅物业项目，总部在海南三亚。

小编查阅海蓝控股公布的高管资料得知：杨敏，1962 年出生，1998 年 12 月毕业于中国中共中央党校，主修经济及管理。为海蓝控股创办人及策略领导人，以及执行董事兼主席，于 2015 年 8 月 31 日获委任为董事，并于 2016 年 4 月 12 日调任为执行董事、提名委员会主席。杨敏拥有约 21 年建设及房地产管理经验。获得 2007 年度中国房地产最具影响力人物、1998-2007 中国房地产改革十年十大贡献人物及 2007 年财富中国房地产诚信经营杰出企业家等称号。杨敏与公司其中一名执行董事周莉女士声明为同居俨如配偶，并育有一名女儿。

根据海蓝控股披露的高管资料，小编还看到收购报告书未披露的周莉部分情况。周莉于 2016 年 4 月 12 日获委任为海蓝控股执行董事，并于 2016 年 6 月 22 日获委任为薪酬委员会及提名委员会成员。周莉于 2005 年 12 月至 2008 年 12 月期间攻读南京大学中荷国际工商管理教育中心举办的工商管理硕士遥距课程，并于 2008 年 12 月获马斯特里赫特管理学院颁发工商管理硕士学位。

收购海洋实业

收购人中惠融通成立于 2015 年 11 月，注册资本 1000 万元。全资控股股东为中惠金融控股（深圳）有限公司，而周莉女士持有中惠金融控股 99%的股权，因此成为中惠融通的实际控制人。

中惠融通收购海洋实业的目的是通过破产重整引进重整投资人帮助公司清偿债务，解决历史遗留问题，本次收购完成后，海洋实业的主营业务未进行调整。收购人拟计划未来通过股权分置改革捐赠资产，从而引进经营性资产，改善公司的经营状况，形成新的主营业务。在未来显著提高公司的盈利能力，实现公司的可持续发展，使公司符合重新上市的要求，最终实现公司股票重新上市。

本次收购完成后，收购人将直接持有海洋实业 3848.2368 万股，占总股本的 24.51%，成为海洋实业的第一大股东，而中惠融通的实际控制人周莉女士将成为海洋实业的实际控制人。

如果中惠融通本次收购成功且海洋实业恢复上市成功，周莉与杨敏这对“俨如配偶”事业合伙人控制了两家上市公司，真是有点牛逼！

为什么要点赞？

在内地资本市场，少数拟上市\挂牌\收购主体的实际控制人也与他人存在非婚姻关系的密切关系，有的共同生有小孩，保代、律师为了保护隐私、或者认为同居关系不是产生法律意义上权利义务的身份关系，也可能因无先例，干脆多一事不如少一事，不予披露。

实际控制人的这种非婚姻关系不予披露，是实践中信息披露的一个大漏洞。首先，同居关系人可能实质上也是公司的实际控制人，不予披露的话，公众不会知道公司存在共同实际控制人的真实情况。其次，在公众公司关联人的认定上也会出现问题，会遗漏同居关系人，从而使公司与实际控制人同居者的交易脱离关联交易的监管。

上海、深圳证券交易所《股票上市规则》认定具有以下情形之一的自然人，为上市公司的关联自然人：

1、直接或间接持有上市公司 5%以上股份的自然人；

2、上市公司董事、监事和高级管理人员；

3、关联法人的董事、监事和高级管理人员；

4、前述第 1 项和第 2 项所述人士的关系密切的家庭成员，包括配偶、年满 18 周岁的子女及其配偶、父母及配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹、子女配偶的父母；

5、中国证监会、本所或者上市公司根据实质重于形式原则认定的其他与上市公司有特殊关系，可能导致上市公司利益对其倾斜的自然人。

第 4 项写明了关系密切的家庭成员，遗憾的是列举时没有写上“同居关系人”。第 5 项写明了实质重于形式原则认定关联人，那么实际控制人的同居关系人显然在实质上应被认定为关联人、共同控制人。

本次海洋实业收购报告书披露收购者实际控制人的非婚姻关系同居者，可能迫于杨敏、周莉俩在香港联交所已经披露双方关系的事实。如果收购报告书不披露，则与香港市场的披露不符，会引发法律责任。

这份收购报告书对周莉、杨敏关系的披露希望能引发内地资本市场监管者、从业者的一点思考，期待沪、深交易所、股转公司尽快修订股票上市/挂牌规则中关联人的认定范围，期待保代、律师以后也会披露拟上市/挂牌/收购公众公司的主体实际控制人、董监高的同居关系人，以提高信息披露的质量。

正是从这个意义上，小编为海洋实业这次有重大突破的披露点赞！

（三）信托

七、社会新闻

云南女大学生起诉父母 要求返还压岁钱

2016-11-06 法律图书馆

云南一女大学生因父母离婚后不愿支付学费而将父母诉至法院，要求返还压岁钱。4 日，昆明安宁市法院透露，该院日前开庭审理了这起案件。

女大学生小娟的父母因感情不和，于 2010 年 11 月协议离婚，小娟由母亲抚养。离婚后双方又因对小娟的抚养及婚后财产分割等问题多次对簿公堂，导致双方间的矛盾和隔阂不断加深。

2016 年 7 月，小娟考上了昆明某大学，但其父母因矛盾和隔阂太深，双方都不愿主动承担小娟上大学的费用，小娟为学费、生活费犯起了愁。无奈中，小娟的奶奶出面想办法凑够了第一学年的学费，小娟才得以顺利进入大学报到。后小娟在奶奶的支持下，以要求父母返还压岁钱交纳大学学费为由向安宁市法院提起诉讼。

安宁市法院受理案件后，承办法官了解到小娟父母将双方多年来的矛盾和隔阂转移为不愿意支付孩子的学费，导致小娟不得已以要求返还压岁钱为由让父母为其支付学费和生活费的事实。据此，认为“一判了之”并不能尽快解决小娟的燃眉之急，也无助于修复已经破裂的父女、母女亲情，遂确定了“释法析理，尽力调解、疏导”的办案策略。

经法官调解，小娟父母最终同意每月定期向小娟支付大学期间的学费及生活费共计 1500 元，直至小娟大学毕业。

异姓养子是否能继承遗产 法庭化解遗产纠纷

2016-11-24 厦门网 陈佩珊 吴荣辉

海西晨报讯（晨报记者 陈佩珊 通讯员 吴荣辉） 陈光年过八旬，小时候就被过继到了许家。虽然姓氏不同，但他从小跟养父母生活在一起，与妹妹许华、弟弟许强一起长大。不久前，就因为“陈”“许”不同，陈光遭到了弟弟许强的排挤。起因是老父亲的老宅面临征迁，征迁补偿款怎么分成了问题。

异姓养子被视为外人

老父亲过世时并未立下遗嘱，但老宅几十年前的土地房产所有证显示，陈光、许华、许强三人的名字均登记在上。从法律关系上来看，三人都有继承权。不过，许强可不认这个，他将陈光视为外人。而姐姐许华作为外嫁女，一开始便自愿放弃了对该房屋的继承权，只要陈光不继承，房子就全归许强了。许强说：“陈光跟我们不同姓，怎么能继承我父母的遗产？”几次协商未果，陈光将许强告上法庭。

找到调解关键人物

同安法院新民法庭受理了该纠纷。考虑到当事人都已七八十岁，法庭联系了莲花镇调委会，希望通过诉调对接解决该纠纷。莲花司法所调解员参与了调解。

调解员发现，陈光、许强矛盾激化，但作为继承人之一的许华比较理性，她不想兄弟反目。许华说，陈光经济情况不错，上法院起诉只是为了争一口气。

他们将许华视为解决这起纠纷的关键人物。“按照法律，许华是继承人之一，如果愿意配合调解，是可以左右调解结果的。”许华表示会积极配合。

权衡利弊各方达成协议

在陈光那里，调解员对其提出的享有一定继承权的诉求表示支持，同时也从农村风俗、兄弟感情等方面对其进行劝说。“你家庭经济情况好些，身为兄长在经济上适当让步帮帮弟弟，其他村民反而会夸你有度量。”

在为许强分析情况时，调解员提出，若陈光坚持要起诉，许华又不放弃继承权，到时许强拿到手的还不如通过协商拿到的多。

两天后，调解员、法官再次组织三方当事人进行调解。这一次，调解员从亲情入手。“从小一起长大，不管姓什么都是最亲的人，不要为了些财产互相伤害。”

陈光当即提出只要承认他的继承权，他只要 20%的份额。而许华也表示，如果许强同意陈光的意见，她放弃继承，剩余 80%都归许强。许强思考了一会同意了。

许华拿到民事调解书时感慨：“我这两兄弟都七八十岁了，最后还得靠年轻人来讲道理、讲法律才听得进去，太感谢了。”

调解员手记

该案例与农村常见的继承纠纷并不相同，养子不随养父母姓，使得该案例较为特殊，而且牵涉到的三名当事人均为 70 岁以上老人。如果采取诉讼途径，一方面会导致兄弟感情破裂，另一方面较为漫长和繁琐，三名当事人的年龄及身体条件不允许，可能产生变故。因此，采取诉调对接的办法，有利于迅速化解该纠纷，同时能确保调解结果的法律效力。

《中华人民共和国继承法》第九条规定，继承权男女平等。调解员和法官正是抓住这点，给态度中立的许华做思想工作，使得许华在调解过程中发挥了关键作用。（文中人物均为化名）

五岁男童为索要户口页告奶奶 称上学办手续等受阻

2016-11-25 法律图书馆

出生时户口跟了奶奶，父母离异后，5 岁的男童乐乐（化名）随母亲生活。因没有户口导致上学办手续等受阻，乐乐将奶奶诉至法院，要求返还自己户口页。昨天下午，该案在通州法院开庭。法院认为，户口页拆分会导致整个

户口本失效，需要户口可与派出所联系，因此驳回原告的诉求。

昨天下午 2 点，该案在通州法院开庭审理。记者了解到，原告方是 5 岁的乐乐，被告方是 61 岁的老人，也就是乐乐的奶奶。当天庭审中，乐乐没有到庭，其母亲作为法定代理人出庭，乐乐的奶奶出庭应诉。

原告诉称，2013 年 11 月 1 日，原告的母亲与被告的儿子经法院调解离婚，现原告已经上了幼儿园，需要户口办理各种手续。原告的户口与被告在一起，因被告的原因致使原告出行购票、办理保险等均处处受阻，故诉至法院，要求被告返还户口页。

乐乐的奶奶不同意返还户口页，她称孩子的母亲不让她见孩子，为了看孙子她多次去原告家，孩子母亲还为此报警。她至今都不清楚儿媳妇为什么要跟儿子离婚，“我是户口本的户主，返还户口页是我儿子的事，跟我没有关系”。乐乐奶奶还称，关于孩子没有户口不能办理上学手续一事，她这边的学区更好，可以在这边入学，而且孩子的父亲是老师，也能更好地教育孩子。

经过审理，法院认为，根据我国户籍制度的相关规定，居民户口本是由公安机关统一制作，户口本的使用人并不能自行将户口簿内的户口页进行拆分使用，拆分下来的户口页不具有相关证明效力，且拆分行为进而会导致整个户口本失效。

针对原告诉称使用户口不便的情形，可联系公安机关户籍管理部门进行解决。最终，法院当庭驳回原告的诉讼请求。

智力残疾男孩缘何借款 130 万元？法官拨开疑云保护无民事行为能力人合法权益

2016-11-21 浦江天平

核心提示

年仅 19 岁且有精神残疾的小剑欠下 130 万巨债，而且名下房屋也被法院查封。小剑的母亲觉得其中必有蹊跷。果然，经过法官仔细审理，查明其中的确存在问题，而作为原告的放贷人陈勇又几次拒绝测谎，上海松江法院一审驳回原告讨债诉请，二审法院维持原判。

奇怪！借给别人的钱竟又要求当日归还

在庭审中，原告陈勇出具了 10 万元的借条、120 万元的借款合同以及银行转账 120 万元的凭证。作为被告代理人的母亲张女士则提出，年仅 19 岁的儿子根本没有必要通过他人向陌生人借款 130 万元。

同时，小剑的代理律师也表示，小剑本意只想借 10 万元，陈勇却控制了他，强行向其账户内汇款 60 万元，让小剑取出现金后交还陈勇，然后，他又一次将这 60 万元汇入小剑账户，并再次要求小剑将钱取出归还他。这番奇怪的举动令小剑觉得奇怪，最终连本意想借的 10 万元也并未实际收取。

经过法医鉴定，男孩竟有精神残疾

双方各执一词，主审法官王凌琼决定严查借贷经过，按照民间借贷的审查要点逐一询问当事人并要求当事人陈勇和小剑本人到庭接受核实。在与小剑的交谈中，小剑不完整的语言表达和特殊的行为习惯引起了法官的注意。

经过法医鉴定，小剑竟是具有精神残疾的无民事行为能力人，这一结果让不合常理的借贷过程更显蹊跷。

原告拒绝测谎测试，回答提问漏洞百出

王法官决定对双方的借贷合同、银行转账的过程进行严格、慎重地审查，对时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向等事实反复询问：为什么陈勇只认识被告几天，就愿意出借 130 万元给他？两笔 60 万元的钱款来源哪里？为什么同一天同一账户要分两次转账？又为何在转账给小剑后，相同时间相同地点，陈勇的账户里立即转入相同数额的钱款？

面对法官的提问，陈勇的回答漏洞百出。为查明真相，法官还提出对双方进行测谎测试，陈勇也拒绝接受。

男孩无民事行为能力，借贷风波就此平息

鉴于这些情节，法院认为，无民事行为能力人实施的民事行为无效，小剑经司法鉴定机构评定为无民事行为能力，故其和陈勇签订的借条及借款合同无效。无效的合同自始就没有法律约束力，但合同无效后，因合同取得财产应予返还。小剑是否应归还陈勇 130 万元的关键在于其是否收到了陈勇交付的 130 万元钱款。关于其中的 10 万元，陈勇称已经给了小剑，但并未提供任何证据证实，法院不予采信。

关于另两笔合计 120 万元的借款，法官认为，陈勇在同一日同一银行向小剑的同一账户转账却要分不同营业网点进行，明显有悖常理。小剑称自己受陈勇控制取钱，这一说法和陈勇提供的其名下的银行流水明细能够相互印证，和双方所确认的两次转账时陈勇、小剑均在场的事实也相符合，而陈勇也难以对同日连续取出存入相同金额的大额

资金作出合理解释，结合陈勇拒绝进行测谎的事实，法院采信小剑的辩称意见，确认陈勇实际并未交付小剑 120 万元钱款的事实，一场疑云重重的借贷风波就此平息。（文中均为化名）

来源|上海市高级人民法院、上海松江法院、新民晚报

八、异域资讯

英格丽·褒曼的婚史：一个教科书般的国际婚姻法案例

2016-10-28　国际私法通讯

瑞典国宝级女演员、奥斯卡金像奖得主英格丽·褒曼（Ingrid Bergman）成功的演艺事业背后是她候鸟般在欧洲和美国之间的迁徙工作和生活——三次结婚、离婚以及四个婚生子女。追求自由和幸福的诉求之下，她还是婚姻冲突法的阐释者和麻烦制造者。

1. 第一次婚姻

1915 年，褒曼出生在瑞典斯德哥尔摩，并终身保有瑞典国籍。她自己就是跨国婚姻的“产物”，父亲是瑞典人，母亲是德国人。褒曼年少时展示出异禀的表演天赋，在斯德哥尔摩和汉堡出演几部电影，崭露头角。1937 年鲍曼和她的第一任丈夫皮特·林德施特洛姆在瑞典结婚，并产下一女皮娅。战争爆发后，鲍曼全家先后迁往好莱坞。在美国，褒曼拍摄了《北非谍影》、《战地钟声》、《煤气灯下》，多次入围入围并斩获奥斯卡最佳女演员奖，成为美国影迷追捧的“圣女”。1949 年，褒曼结识了电影《罗马不设防》导演、新写实主义巨擘罗伯托·罗塞里尼。这两位公众人物旋即陷入了“爱德华八世和辛普森夫人”般的绯闻。褒曼怀孕后，成为公众眼中不名誉的女人。外人的闲碎言语，却不能阻挡这个有夫之妇和那个有妇之夫渴求结婚的心。

2. 第二次婚姻

褒曼和林德施特洛姆在瑞典登记结婚，共同婚姻住所在美国加利福尼亚，从美国的角度褒曼与林德施特洛姆的婚姻关系准据法变更。罗塞里尼与其妻奥地利人德玛琪斯，在奥地利登记结婚，共同婚姻居所在意大利罗马。当时的意大利法规定结婚是终身承诺，不允许离婚。于是乎，罗塞里尼先“说服”其妻子德玛琪斯，使她宣称自己结婚时精神有障碍，不能辨别自己的行为，据此在奥地利法院获得了宣告婚姻无效的判决。由于其妻子是奥地利公民，因此该判决在意大利得以承认，罗塞里尼变回未婚男子。在褒曼这边，丈夫林德施特洛姆拒绝解除婚姻关系，只得另想其他办法。在律师的建议下，褒曼获悉墨西哥法院可以受理与本国没有联系的离婚案件，遂即在墨西哥法院提出离婚申请，称林德施特洛姆“不能控制自己的情绪，对褒曼进行精神压迫，而且全部家庭开销都由褒曼一人支付”，墨西哥法院判决二人离婚。判决生效后，褒曼和罗塞里尼又利用墨西哥婚姻法的规定，利用“代理婚姻”的规定，在二人缺席的情况下，由两位代理人先生优雅地交换了婚姻誓言，缔结了墨西哥法上有效的婚姻。婚后两人共同居住在罗马。

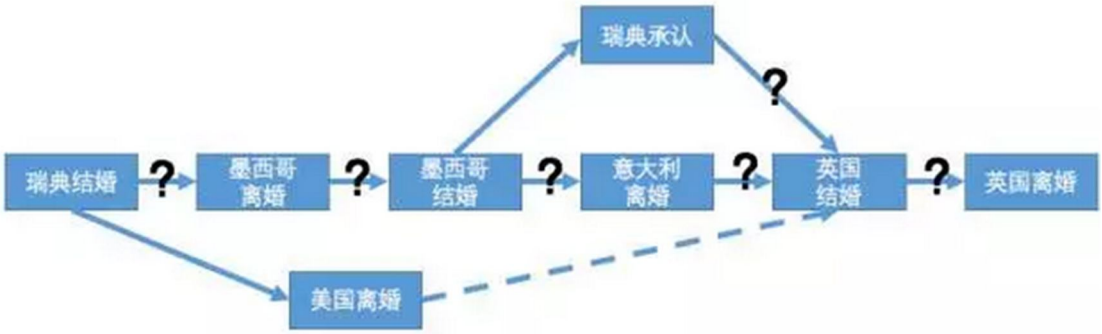
好景不长，罗塞里尼 1957 年受印度总理尼赫鲁之邀，远赴印度拍摄纪录片。拍摄期间罗塞里尼与一位印度已婚女性有染，在印度引起轩然大波。在该印度女性有权势的丈夫的要求下，罗塞里尼被禁止离开印度。褒曼在尼赫鲁访英之际，为之求情，遂放罗塞里尼回罗马，但二人的婚姻关系从此走向尽头。罗塞里尼为了迎娶这位印度女性，向罗马法院起诉请求确认他与褒曼的墨西哥婚姻无效。意大利法院确认墨西哥婚姻无效，理由是褒曼未向其国籍国瑞典登记其在墨西哥缔结的婚姻，根据国籍国法律该婚姻无效。在意大利法院看来，褒曼的丈夫仍是林德施特洛姆。但事实上，瑞典国际私法的规定并非如此。根据瑞典最高行政法院的判决，这类墨西哥婚姻的效果是自动承认，除非其他利害关系人或检察机关提出异议。意大利法院似属适用外国法错误，意大利法院解除了一个在瑞典仍有效的婚姻。

3. 第三次婚姻

在意大利法院宣告褒曼的墨西哥婚姻无效之后，这位银幕美人再一次遇到真爱——这次是她的同乡瑞典演艺界大亨拉尔斯·施密特。当两人试图登记结婚的时候，却遭遇到令人头痛的问题，褒曼是否结婚？丈夫是谁？她能否再婚？再没有比一次坡脚结婚加另一次跛脚离婚更令人头痛的事了。似乎这个世界上再也没有人愿意给他们登记婚姻，但办法总比问题多。由于之前，加利福尼亚法院在林德施特洛姆的申请下，考虑到褒曼对“家庭残忍的离弃”，判决二人离婚。于是褒曼第一次婚姻被美国法院解除。加上她和罗塞里尼的墨西哥结婚登记有规避法律之嫌，尽管该婚姻在瑞典仍然有效，但褒曼和拉尔斯终于在英国找到了一位婚姻登记员，为他两登记结婚。英国当然也不是他二人的住所或国籍，这次婚姻同样效力存疑。褒曼的这个效力存疑的第三次婚姻，在 1975 年在伦敦又判决解除。褒曼三次结婚，但终老时仅得孤身。

4. 子女问题

子女方面，她与林德施特洛姆的子女皮娅被加州法院判给对方，她与罗塞里尼的三个子女，也没有判给她，因为“对于一位年过四十事业繁忙而且还要再婚的女性来说，授予她监护权并不合适”。



纵观褒曼的婚史，各国有差异的婚姻制度似乎对追求爱情和自由的褒曼提供了可供挑选的“制度篮子”，富有和声望也招徕了愿意提供帮助的人。可是面对这些反复折腾出来的形式有效结婚和离婚，我们要问法律准备好问题的答案了吗？

参考文献：Jänterä-Jareborg, FS Martiny S. 1119 ff.

意大利缩短“离婚冷静期”致离婚率大涨

2016-11-15 环球时报-环球网(北京) 举报

（原标题：意大利缩短“离婚冷静期”致离婚率大涨）

【环球网综合报道】据台湾“中广网”11 月 14 日报道，意大利 2015 年离婚率增长迅猛。据意大利国家统计局的资料显示，意大利 2015 年的离婚率增长了 57%。

意大利人多半信奉天主教，不支持离婚。所以以往离婚前双方须分居 3 年冷静一下。但国会 2014 年时修法，将离婚冷静期缩减到半年到一年(双方愿意离婚则冷静期为半年)。因此导致 2015 年有 82000 多对夫妻结束婚姻，比 2014 年增加 50%。

同时，或因经济转好，以及离婚人数增多，单身的人数也增多，结婚人数也增加。2015 年，意大利结婚的人数增加 2.4%，是 7 年来第一次正增长。

此外，统计也显示，意大利的结婚年龄在较 7 年前延后了两年。目前意大利的平均结婚年龄男性为 35 岁，女性 32 岁。

但较让教会担心的是，意大利现在有 45%的人不接受宗教婚姻，比七年前增加了 9%九个百分点。(实习编辑：周思敏 审核：谭利娅)

版权作品，未经环球网 Huanqiu.com 书面授权，严禁转载，违者将被追究法律责任。 意大利缩短“离婚冷静期”致离婚率大涨获取授权

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

我国家事审判制度的改革探索(上)

2016-10-20 法制日报—法制网 中国应用法学研究所博士后 任容庆

在新一轮司法改革中,司法体制、人员分类管理、司法责任制等固然是重中之重,但与当事人程序权利和实体权利实现有最直接关系的诉讼程序改革未逊色过。家事审判制度改革便是诸多诉讼程序改革项目中最具活力的一项。

“家和万事兴,家稳天下固。”家庭是社会的细胞,婚姻家庭关系的稳定与社会关系的和谐,密不可分。改革开放以来,随着经济的高速发展,社会意识形态的多样化对传统的家庭观念产生了冲击,同时,社会道德水准的降低导致家庭道德规范的弱化,使得婚姻家庭处于不稳定的状态,其结果是人民法院每年受理的家事诉讼案件逐年增加。更为严重的是,在司法实践中,因家事纠纷不能得到妥善解决,引发了很多令人痛心疾首的恶性犯罪事件。可见,家事纠纷的解决不仅关乎个人及家庭幸福,也关系到社会稳定和文明进步。在此形势下,近年来,人民法院率先承担起维护婚姻家庭关系的社会责任,积极探索家事审判工作机制的创新,成效显著。从 2015 年开始,最高人民法院顺应家事审判

改革的趋势，选取全国100多个中基层法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作，通过改革的先行先试，探索建立适应我国国情的家事审判制度。

树立先进的家事审判理念

家事审判属于民事审判的一个分支，但在审判理念方面又与普通民事审判有很大不同。在传统的家事审判实践中，长期存在重审判、轻服务；重诉讼效率，轻纠纷事了；重身份关系确认与财产分割，轻婚姻关系修复和情感修复的落后观念。这是由于人民法院忽略了家事案件与普通民事案件的区别，简单地将处理财产纠纷案件的理论和方法套用在家事案件审判过程中，导致将裁判作为家事审判的主要职能，具体表现在，法院审理家事纠纷的“三步曲”：首先，判断夫妻双方感情是否确已破裂，能否判决离婚；其次，如果可以判离，夫妻共同财产如何分配；再次，孩子归谁抚养及其抚养费的相关问题。之所以存在上述审判观念和审理思路的误区，究其原因在于，人民法院和家事法官对家事案件自身的特点认识不足，即家事案件兼具人身性、伦理性和财产性，家事审判的职能不仅在于身份关系的确认和财产的分配，还要增加其救治职能，即通过救治婚姻危机，修复婚姻家庭关系，治愈夫妻情感伤痛，将未成年人与老年人因夫妻离异导致的精神损害降到最低。

为此，在当前推行的家事审判改革试点中，重点促进审判理念在三个方面的转变：

第一，在审判职能方面，转变偏重身份确认和财产分割的裁判职能，注重对夫妻双方安全利益、人格利益、情感利益的保护和家庭及其家庭成员情感的治愈性职能，在婚姻危机的状况下，做到化解婚姻危机，恢复家庭关系；在婚姻死亡的状况下，做到保护离婚自由，修复家庭成员心理创伤。

第二，在审理思路方面，改变传统的“三步曲”审判法，家事审判应以保护未成年子女的利益为重心，具体来说，无论夫妻双方感情是否确已破裂，均应该将未成年子女的健康成长放在第一位予以考虑，在夫妻双方不能处理好未成年子女的情感治愈和抚养问题的情况下，哪怕符合法定离婚事由，也不能草率地判决离婚和分割财产，要积极引导和教化夫妻双方理性处理未成年子女的抚养问题。

第三，在审判效果方面，以矛盾纠纷的彻底化解作为家事审判的终极目标，淡化诉讼效率、审限结案的传统观念，重视家事案件的情感色彩和人伦特点，关注人与人之间的情感纠葛，花时间和心力去厘清关系、查清矛盾进而解决矛盾，避免因家事案件处理方法的短期化、简单化、程序化所引发的矛盾纠纷转化升级。

建立多元的家事审判机构

近年来，随着婚姻家庭案件数量的递增及其案件类型的复杂化和多样化，对家事案件的审判组织提出了更高的要求，专业化家事审判机构的建立和专业化家事审判团队的培养，不仅能充分体现家事纠纷解决的专业化和特殊性，还能很好地保障家事案件的审理效率和裁判质量，更好地发挥家事审判化解家事纠纷、稳定社会关系的作用。

广东省高级人民法院早在2010年率先在中山中院和珠海香洲区法院等6个基层法院试点家事审判合议庭改革，围绕“反对家庭暴力，推进人身安全保护裁定”来重点开展工作，并不断创新审判方法，形成各自特色；2013年，深圳宝安法院正式成立专门的家事审判庭，并创建了法院主导下的公安、司法、妇联等部门共同参与的家事纠纷综合解决机制，为修复家庭关系、弥合情感创伤、保障儿童权益发挥了重要的作用。

今年4月，最高人民法院《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》中，为各地法院的家事审判机构改革的试点工作提供了两种模式：一是少年审判与家事审判合并试点，即已设立少年审判庭的试点法院，将家事案件纳入其审理范围，更名为家事少年审判庭；尚未设立少年审判庭的试点法院，可将家事案件从此前审判庭独立出来，与涉少家事、刑事案件合并审理，新设家事少年审判庭。二是少年审判与家事审判分头试点，但鉴于两类审判有着共同的工作目标，从经济实用角度考虑，可实现硬件设施和司辅人员的共用。在柳州市委的支持下，柳州市成立了国内首家柳州市家事少年案件审理中心，对柳州市内的家事案件进行集中管辖，为今后家事少年审判法院的建立奠定了基础。同时，吉林法院也正在积极地推动专门的家事少年法院建设工作，准备将长春经开区人民法院改造成为全国首家家事少年法院。

从域外经验来看，家事法院建设将成为今后我国家事审判机构改革的必然趋势。在英美法系国家，美国是最早成立家事法院的国家，澳大利亚也设立了地位相当于联邦法院的家事法院；在大陆法系国家，日本的家事法院已超越美国的家事法院，成为全世界范围内最完备的综合性法院，台湾地区也于2010年通过《家事及少年组织法草案》，在高雄少年法院的基础上成立家事法院。需要特别注意的是，域外家事法院的法官不仅仅要求是专业性强的司法官，还必须要有洞察人行为的能力，即应当对心理学、教育学、社会学等与人有关的学科有一定的科学认识。因此，为保障家事法院处理家事案件的专业性和高效性，在今后的家事法院设置上，应配备兼具专业法律知识和处理家事纠纷丰富

经验的法官、心理学家、社会工作人员等专业人员。

我国家事审判制度的改革探索(下)

2016-11-02 法制日报—法制网 任容庆

构建公平的家事审判程序

目前,我国解决家事纠纷的法律并未针对家事案件自身特点对家事审判程序进行专门立法,使之区别于普通民事诉讼程序,从而实现家事案件的专门审理。适用普通程序审理家事案件,激烈的庭审对抗方式不利于家事纠纷的妥善解决,而且普通程序本身所要求的诉讼效率等因素又使本来可以通过缓和的,斡旋式的方式得到缓冲的亲情裂隙在“速战速决”的诉讼过程中进一步恶化,最后容易导致案件的判决反倒成为矛盾升级的导火索,易于引发不良社会后果,不利于社会主义和谐社会的建设。因此,为填补家事诉讼程序的空白,促进家事审判的专业化发展,有必要从家事案件及其审判职能的特殊性入手,构建符合家事审判规律,并适应我国社会发展需要的家事诉讼程序,可从以下方面进行体系化的设计:

第一,确定我国家事审判程序的基本价值取向。一是保护家庭关系中弱势群体的利益,在家庭关系中处于弱势地位的是未成年子女、老人,而尽管女性的社会地位已经大大提高,但基于我国的社会现实和女性自身原因,在离婚诉讼中,女性仍然处于弱势地位,如何在家事诉讼程序中体现出保护弱势群里的利益,是家事审判程序设计时首要考虑的因素;二是维护家庭关系的稳定,因家事纠纷的当事人之间通常具有亲属关系或姻亲关系,家事纠纷往往对婚姻家庭产生一定的影响力,处理不善小则影响个别家庭,大则影响整个社会秩序的稳定,因此,家事诉讼程序的根本目的在于通过对已经破裂的家庭关系进行恢复,以此来促进家庭成员之间和睦相处,从而达到整个社会的稳定、有序;三是发现实质正义,家事诉讼的公益性质要求法官应当以发现实质正义为目标和价值取向,充分保障当事人、第三人及公共利益,当实质正义与效率出现矛盾时,应将发现实质正义放在首位,效率应服从与实质正义的追寻。

第二,明确我国家事审判程序的基本原则。家事程序的基本原则集中体现了家事诉讼的本质和精神实质,原则的确定为诉讼参与人的诉讼活动和人民法院的审判活动提供指导。家事诉讼程序的原则包括:

一是调解优先原则,德国与日本采用家事诉讼的调解前置程序,英国离婚诉讼中,由法院福利官处理调解事宜,美国的家事纠纷、特别是离婚案件属于法院建议或指定以调解或和解予以解决的范围,因此,我国也应采取调解优先的原则,争取将家事案件在进入诉讼阶段之前予以解决。

二是职权主义原则,因家事纷争关乎家庭和睦和社会公共秩序的稳定,公权力作为对公共秩序的维护者,自然介入到家事诉讼的解决中,使得家事诉讼当事人程序的处分权受到限制,程序的终结与否并非完全由当事人控制。

三是本人诉讼原则,而家事纠纷多牵涉到血缘亲情关系,应更加尊重当事人本人的意思,当事人亲自出庭,有利于法官方找出案件症结、查清当事人的情感瓜葛、便于达成调解、促成纠纷的解决。

四是非公开审理原则,家事案件不仅涉及当事人家庭的生活隐私,且因家庭人际关系的复杂,使得牵涉面较为广泛,只有明确非公开审理原则才更有利于保护案外第三人的利益,以及未成年人的利益和未成年人身心的健康发展。

五是未成年人利益最大化原则。在家事诉讼程序中,以未成年人的根本利益和长远利益为出发点,将未成年人视为一个独立的主体,给予其特殊的照顾与关怀,优先考虑未成年人的需要,以非对抗的形式查明案件真相、适用法律。

第三,选择符合我国家事审判程序的立法模式。域外家事程序立法模式大概有三类:以日本、台湾为主的单行法模式,以德国为主的独立诉讼程序模式,以英美法系国家为主的程序与实体相结合模式。尽管在大陆法系国家,为家事诉讼单独立法已经发展为一种趋势,但从我国现有的立法技术和条件看来,参考德国的独立诉讼程序模式更具可操作性,可以借鉴台湾地区家事程序法的立法轨迹,在民事诉讼法的框架下,先行制定独立的家事诉讼特别程序,等条件成熟后再制定家事诉讼单行法。

第四,设计我国家事审判程序的具体制度。诉讼程序的基本原则,不能发挥其实际价值,而唯有对程序进行具体的设计,才能展现我国家事诉讼程序的用武之地。家事审判程序的具体设置包括案件受案范围、当事人适格条件、管辖规则、庭审规则、证据规则、调解规则等,这些都有待在下一步的家事审判改革试点中进行逐步探索。

运用司法外资源解决家事纠纷

家事纠纷不仅是法院重要的审判领域,更是每个家庭成员,以及社会各个层面需要合力解决纠纷的领域。在西方发达国家,尽管司法对于整体社会具有庞大的承载效应,但其社会纠纷的解决从未完全依赖于司法程序,而是对外衍生了一套各尽其能、各司其职、配合衔接,有序运行的多元化纠纷解决体系。例如,德国就发展了社区心理咨询、调解、少年管理等行业并将其列入家事纠纷解决的行列。

在本轮家事审判改革试点过程中，各地法院都响应最高人民法院的号召，积极搭建家事纠纷的综合协调解决平台。例如，山东武城法院在建立“121”联调联动机制外，还组建专业调解团队，选聘由退休法官、人民陪审员、社会知名人士、爱心联盟成员、四德模范等二十余人组成的特约调解委员会；通过建设“家和平台”网络，设置“和谐家庭”“反家庭暴力”“未成年人保护”“老年人保护”四大版块主题，服务家事审判方式及工作机制的试点。又如，广西三级法院通过与民政部门、妇联、社区服务中心等多部门合作，创建了形式多样的合作方式，成绩斐然。其中，南宁市良庆区法院与民政局合作成立探视中心和反家暴庇护中心；南宁市西乡塘区法院与社区服务中心合作，充分利用社工和服务人员开展家事纠纷调解工作。再如，苏州中院早在 2014 年引入婚姻家庭人民调解委员会，协助法院化解婚姻家庭纠纷，苏州妇联在全市各乡镇、街道均聘任一名以上家事纠纷特邀调解员，在全市组建大调解网络，便于法院通过该网络委派或邀请当事人所在地的特邀调解员化解家事纠纷；常熟法院在巡回审理过程中，开展家事纠纷的民意审判方式探索。

家庭问题并不是一个单纯的法律问题，更是一个社会问题，它与家事成员心理状态、心理变化、认知程度有非常重要的关系。家事案件的审理涉及心理学、社会学等多方面专业知识，需要相关专业领域的人员的配合与协助，通过心理咨询员的心理辅导、疏导，对于救治婚姻关系产生很好的效果。最近，最高人民法院与高校科研机构共谋家事审判与心理学研究的深度合作，欲通过在家事审判中引入心理学测量、评估、分析、治疗等方法，推进家事审判和心理学、社会学研究的共同发展，这一多层次、常态化合作机制的建立，不仅能吸纳全国社会心理学与社会学的师生进入家事审判调解员的队伍，对当事人进行心理测试，婚姻评估，通过开创家事纠纷的多元化调解渠道助推家事审判的心理学研究。同时，通过对家事法官和家事调解员制定职业标准、进行职业评估、编制培训教材、开展定期培训等，来提高家事审判人员的专业化程度，更好地服务于家事审判工作。

家事审判改革是本轮司法体制改革的重要内容和关键环节之一。前期的试点工作已取得了可喜的成绩，在总结试点法院经验的基础上，研究改革试点过程中出现的问题，在完善相关制度的设计后，逐步扩大全国家事审判改革的试点范围，将试点经验向全国推广，统筹设计家事审判改革具体方案，形成一套专门程序和工作流程机制，紧紧围绕“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的工作目标，妥善化解家事纠纷，不断完善家事审判程序，不断创新家事审判机制，推动家事审判再上新台阶，为家庭幸福和社会稳定保驾护航。（作者系中国应用法学研究所博士后）

不动产继受人范围要厘清

2016-11-04 中国不动产 陕西省西安市不动产登记服务中心 陈学超

《不动产登记暂行条例实施细则》第 14 条规定，因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书。

这一条款为办理因继承导致的不动产转移登记提供了三种通道，一是全部继承人共同提出申请，二是确定的继承人根据《公证书》提出申请，三是根据生效的法律文书提出申请。

对第一种通道，《不动产登记操作规范》第 1.8.6 条款从申请材料要求、材料查验职责要求和规范办理程序的角度做出了更为细致的规定。但是，这无疑增加了办理该类业务难度，也增大了风险。为此，笔者尝试从享受权利和履行义务的角度出发，对遗产继受人范围问题进行探讨。

一抚养、扶养、赡养的法律表述

抚养、扶养和赡养(简称“三养”)是几种最常见的民事行为，主要描述的是自然人与自然人之间的权利和义务关系，正确理解三者的含义，对于办理继承导致的不动产转移登记大有裨益。

“抚养”一词在《收养法》和《婚姻法》的相关规定中均有使用。《收养法》是一部约束和维护收养当事人权利的法律，收养人和被收养人之间形成的是养父母和养子女的关系。该法第 4 条规定，被收养人必须是未满十四周岁的未成年人，第 6 条规定，收养人应当同时具备无子女、有抚养教育被收养人的能力和年满三十五周岁。

《婚姻法》是婚姻家庭关系的基本准则，主要约束的是婚姻关系和家庭关系。婚姻关系指夫妻双方的关系，家庭关系指的是父母子女关系、兄弟姐妹关系、祖父母关系和外祖父母关系。该法第 21 条规定父母对子女有抚养教育的义务，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，适用该法对父母子女关系的有关规定。

根据相关法律法规的表述，抚养适用于父母对子女、养父母对养子女和继父母对未成年的继子女。换言之，就

是约束具备相应民事行为能力的成年人对未成年子女、养子女和继子女的义务。

《婚姻法》第 20 条规定，夫妻之间有互相扶养的义务，该法第 29 条规定了特殊情况下兄姐和弟妹之间互相扶养的义务。《继承法》第 10 条规定，父母包括有扶养关系的继父母，子女包括有扶养关系的继子女。扶养多用于约定夫妻、兄弟姐妹之间的权利和义务，主体之间是平等的。即使在特殊情况下，兄姐和弟妹之间的扶养义务也区别于父母对子女的抚养义务。在继父母和继子女之间，使用的也是“扶养”一词而不是“抚养”，表明继父母和成年继子女之间的继承权是基于互相履行了扶养义务而取得的。

《婚姻法》第 21 条规定子女对父母有赡养扶助的义务，第 26 条的规定将养父母和养子女之间的权利和义务纳入到了该法规定的子女和父母权利义务之中，第 27 条将继父母和未成年继子女之间的权利和义务纳入到了该法规定的子女和父母权利义务之中。

《继承法》第 12 条规定，丧偶儿媳对公公、婆婆，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。

赡养主要用来约束子女对父母、养子女对养父母的义务。继子女对继父母的赡养义务是以继父母对继子女尽到了抚养义务为附加条件。丧偶儿媳或女婿，也可以适用赡养的义务，但是这些义务不具有强制性，而是以履行义务为获得继承权的条件。

二“三养”对继承登记的影响

按照《继承法》的规定，继承分为法定继承和遗嘱继承两大类。《继承法》第 2 章法定继承部分规定了继承人的范围和顺序，并规定了代位继承的情形，这也是依据法定继承做出的规定。毋庸赘述，对被继承人有且尽到了抚养或赡养义务的人都是法定继承人。

那么，适用扶养关系的主体之间能否发生继承关系呢？相应的不动产继承登记又应如何办理？

按规定，扶养适用于平等的主体之间，平等主体既包括兄姐和弟妹、继父母和成年的继子女，也包括夫妻等。按照《继承法》第 14 条规定，对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，或者继承人以外且对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。该条款的规定，将遗产继受人的范围扩大到附条件的平等主体，即对被继承人尽到扶养义务的人或者是依靠被继承人扶养的人也可以继受被继承人的遗产。《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 30 条规定，对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。该条款解释了尽了赡养义务和扶养义务的认定标准，具体包括提供主要经济来源和在劳务等方面给予了主要扶助两个标准。该条款也应该可以扩张解释为认定依靠被继承人扶养的标准。

综上，被继承人不动产的继受范围既包括尽了抚养或赡养义务的继承人，又包括尽了扶养义务的人和依靠被继承人扶养的人。

案例分析

张某与李某为夫妻关系，婚后育有一女为张某某。在张某某成家之后，李某去世。王某和赵某为夫妻关系，婚后育有一女为王某某。在王某某成家之后，王某去世。后张某和赵某登记结婚，并购得房产一套，与赵某之女王某某共同居住直至去世。现张某某和王某某申请上述不动产继承登记，该如何认定继承人？

张某和赵某与张某某和王某某之间，属于继父母和继子女的关系。张某和赵某结婚时，由于张某某和王某某均已成年结婚，所以对张某某和王某某并未形成扶养关系。但是，应该认定张某某和王某某对各自的父母均尽了赡养的义务。在张某和赵某购房后，与王某某共同居住，应该认为王某某尽了对赵某的赡养义务的同时，对张某也尽了扶养的义务。

根据《继承法》第 10 条规定，第一顺序继承人包括配偶、子女、父母。所以张某某对张某遗产份额享有继承权，即上述房产的一半，王某某对赵某遗产份额享有继承权，也是上述房产的一半。《继承法》也做出了对继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产的规定。由于王某某对张某尽了扶养的义务，所以其对张某遗产份额享有继承权，继承份额由张某某和王某某共同协商确定。

作者单位：陕西省西安市不动产登记服务中心

我国内地离婚损害赔偿制度存废论

——以我国内地司法实践实证调查及与台湾地区制度比较为视角

《河北法学》 2015 年 06 期 西南政法大学 陈苇 张鑫

基金项目：2014 年度中国法学会部级研究课题《我国妇女儿童权益保障情况实证调查研究》[CLS(2014)D045]的阶段性成果；西南政法大学 2014 年度重大专项项目《我国妇女儿童权益法律保障情况实证调查研究》（2014XZZD－002）的阶段性成果。

作者简介：陈苇，西南政法大学民商法学院教授、博士生导师，研究方向：婚姻家庭继承法；张鑫，西南政法大学民商法博士研究生，西南科技大学法学院讲师，研究方向：婚姻家庭继承法。

摘 要：近年来，我国内地有些学者提出废除离婚损害赔偿制度的主张。通过考察内地学者对离婚损害赔偿制度存废论争之主要观点及理由，并实地调查内地离婚损害赔偿制度之司法实践现状，分析内地离婚损害赔偿制度存在的基础，辨析内地离婚损害赔偿制度＂否定说＂之正误，证成内地离婚损害赔偿制度有其独立的功能，在内地离婚救济制度体系中发挥着不可替代的作用。在对我国内地与台湾地区相关比较研究的基础上，提出对内地立法改进之建议，主张应坚持与国情、民需相符合之规定，同时完善司法实践之不足。

关键词：离婚损害赔偿 实证调查 存废理由 比较评析 立法建议

我国内地 2001 年修正后的《婚姻法 》（ 以下简称内地《婚姻法》） 新增了离婚损害赔偿制度该制度自实施以来，其司法适用状况一直差强人意，引发理论界与实务界对这一制度存废的持续性争论。如今，为适应法治国家的建设需要，我国内地将制定民法典，在今后修订完善婚姻家庭法时，离婚损害赔偿制度是被保留，抑或用其他制度取代之，需要进一步深入研究我们拟通过对内地学者关于离婚损害赔偿制度之存废理由论争的考察，对该制度在内地司法适用状况的实证调查，对该制度在内地存在的社会基础和法理基础的分析，进而在对我国内地与台湾地区离婚损害赔偿制度比较研究的基础上，结合内地实际， 提出对内地立法改进之建议。

一、我国内地学者对离婚损害赔偿制度存废之论争

(一) “否定说”及其理由

我国内地部分学者持“否定说”，其主张废除离婚损害赔偿制度的主要理由如下：

第一，“有违无过错离婚原则说”。该说认为离婚损害赔偿惩罚离婚时一方的过错，与破裂主义的无过错离婚原则注重婚姻破裂结果而不强调过错的精神相矛盾，其给中国无过错离婚原则罩上强调“过错”的阴影，客观上不利于个人离婚自由权的行使[1]而在过错离婚主义向破裂离婚主义发展的今天，有的国家已不再承认离婚损害赔偿 例如曾经作为离婚损害赔偿制度立法代表之一的瑞士民法，2000 年被修订时取消了这一制度 [2] 第二，“可能促使婚姻商品化说”。该说认为设立离婚损害赔偿，是用金钱来衡量婚姻的精神利益的价值，会导致婚姻的商品化 财产化 [3] 第三，“司法适用的成本过高说”。该说的学者考察离婚损害赔偿制度的司法适用现状认为，该制度在适用中存在当事人申请少 法院支持少 受害人获赔少的现象，其追究过错的社会成本太高，故应代之以加强离婚经济帮助等其他离婚救济制度的建设。[4]

第四，“一般侵权法可以救济说”。该说认为夫妻一方与他人重婚或者同居， 造成另一方名誉损失的，另一方可以提起名誉权损害赔偿之诉等 实施家庭暴力或虐待 遗弃家庭成员的，过错方侵犯了受害方的身体权、健康权，以民法上对身体权和健康权的保护为依据提起一般侵权损害赔偿即可，并不需要有一个特别的离婚损害赔偿制度来提供救济 [5]。

第五，“婚内侵权制度可取代说”。该说认为婚内侵权制度更有利于保护受害人，制裁侵权人及预防侵权，应当废除离婚损害赔偿制度，建立起统一的婚内侵权责任规则，建议婚内侵权责任成立的要件以一般侵权责任为基础，在责任承担方式上灵活设计。[6]

(二) “肯定说”及其理由

我国内地部分学者持“肯定说”，主张应当设立离婚损害赔偿制度的主要理由如下：

第一，“应当追究离婚过错者责任说”。该说认为无过错离婚主义虽然使离婚更为宽松与容易，但并不意味着对离婚进程中的过错行为的放纵，过错行为依然要承担相应的法律后果。只有追究过错方的损害赔偿责任才符合法律的正义 [7] [8]。

第二，“离婚损害赔偿的制度功能说”。 该说认为离婚损害赔偿制度具有填补损害 慰抚精神制裁和预防违法行为的功能。设立离婚损害赔偿是完善内地婚姻法的需要，是保护离婚当事人的合法权益的需要，是司法部门有法可依 违法必究的需要。[9]

第三，“金钱赔偿不会导致婚姻商品化说”。该说主张既然民法中其他人格权受到侵害要求赔偿没有导致人格商品化，离婚损害赔偿当然也就不会导致商品化 相反建立离婚损害赔偿制度有利于防止或减少婚姻关系存续期间的

过错行为，保障婚姻关系的稳定，进一步提高当事人的人格独立、民主、平等的意识。[10]

第四，“婚内损害赔偿难以实现说”。该学说认为，实行夫妻财产婚后共同制是我国内地婚姻家庭的主要形态，如果配偶一方除共有财产外别无其他可用于负担损害赔偿的个人财产的，婚内损害赔偿往往难以实现。也正因为如此， 2001 年的《婚姻法》修正案规定了离婚后的损害赔偿制度。[11]

第五，“婚姻关系的特殊性说”。该学说认为婚姻关系具有特定的亲属身份关系，不具有民法等价有偿的性质，不是民法的债权债务关系 在司法实践中《民法通则》有关侵权或违约责任的规定对婚姻案件并不直接适用，因此，在《婚姻法》中设立离婚损害赔偿制度是十分必要的。[12]

第六，“离婚经济帮助不能替代说”。该说认为对生活困难方的经济帮助不能代替离婚损害赔偿制度。因为对生活困难一方的经济帮助不是过错赔偿，不是基于对无过错方的照顾，更不是对有过错方的惩罚 其不考虑当事人主观上的过错，只要一方生活确有困难，另一方在有负担能力的情况下就应提供经济帮助。[11]

综上，我国内地学者对离婚损害赔偿制度存废的争论焦点主要被集中在以下四个方面题：一是性质上，离婚损害赔偿是否违背无过错离婚主义原则；二是作用上，离婚损害赔偿度是否具有独立功能；三是实践中，离婚损害赔偿制度的适用状况分析是否科学合理；四后果上，离婚损害赔偿是否会导致婚姻的商品化以下，我们将实证考察离婚损害赔偿制度在我国内地的司法实践现状，研究分析该制度存在的社会现实基础和法理基础，进而辨析“否定说”之正误，以期证成我国内地离婚损害赔偿制度之不可替代的独立地位。

二、我国内地离婚损害赔偿制度司法实践之实证调查

为了解离婚损害赔偿制度在司法实践中的运行状况，2014 年 1 月我们在重庆某县法院进行抽样调查。在某县法院调取 2011－2013 年审结的离婚案件，以每年度抽取 120 件，三年共计抽取 360 件为调查样本进行统计分析，其具体情况如下 ：

第一，当事人起诉离婚的理由情况 在被抽取的 360 件离婚案件中，以内地 《婚姻法》第 6 条列举的法定离婚过错事由诉请离婚的案件共 101 件，占 28．1%；以感情不和、感情不和分居满两年等其他理由诉请离婚的案件共 259 件， 占 71．9%(见表 1 表 2)【 1 】 。

第二，当事人请求离婚损害赔偿的情况。在 101 件以内地《婚姻法》第 46 条列举的四项法定过错事由起诉离婚的案件中，提出离婚损害赔偿请求的有 8 件，占 7．9%，未提出离婚损害赔偿请求的有 93 件，占 92．1%(见表 3 图 1) 。

第三，提出请求的当事人实际获得赔偿的情况 在 8 件提出离婚损害赔偿请求的案件中，实际获得赔偿的案件有 5 件，占 62．5%，其中获得赔偿的法定理由：重婚的 1 件，有配偶与他人同居的 3 件，实施家庭暴力的 1 件。法院判决不予支持的有 3 件，占 37．5%(见表 4) 。

第四，法院不予支持赔偿的理由分析 如前所述，法院判决不予支持的案件有 3 件，占 7．5%(见表 4 图 2) 据查阅离婚案件的卷宗信息显示，法院不予支持的理由均是未在法定举证期限内提交证据证明其主张，故法院不予支持。可见，“举证难 ”是影响内地离婚损害赔偿司法适用的主要障碍。【 2 】我们认为导致“举证难”的原因主要在于：一是当事人的证据意识与收集证据的能力不足前述调查数据显示，在调阅的离婚案件中，当事人请求离婚损害赔偿的案件共 8 件，仅占以法定过错事由诉请离婚案件总数 101 件的 7．9%，比例非常低、这其中有的当事人因为不了解法律的相关规定，或不知道离婚损害赔偿请求权的存在，或缺乏诉讼证据的收集与保存的相关知识，对证据的收集或保存不到位， 故无法请求或实现离婚损害赔偿。如前述调查数据显示，以实施家庭暴力为由诉请离婚的案件 83 件，占以第 46 条列举法定过错为由诉请离婚案件总数 101 件的 82．2% (见表 1 表 2)，所占的比例最高，但实际获得赔偿的仅有 1 件。在离婚诉讼中，家庭暴力案件的举证非常困难，因其具有一定的隐蔽性，当暴力发生时，很少有第三人在场，证人极少，而受害人普遍缺乏收集和保存证据的意识，所以在既无人证又无物证的情况下，很难得到法院的认定。二是法院认定事实的证明规则不符合离婚损害赔偿案件的特殊性。内地法院在审理离婚损害赔偿案件时，法官在很大程度上运用的是客观真实认定标准，追求确凿无疑的认定家庭暴力等事实的证据。但由于这类案件自身的特殊性，要确凿无疑地证明是很困难的， 法官据此不予支持受害当事人的请求，这影响了离婚损害赔偿制度的适用。

表1　当事人诉请离婚案件理由的情况统计(件)

离婚理由 / 案件数 比例	重婚	有配偶者与他人同居	实施家庭暴力	虐待、遗弃家庭成员	感情不和	因感情不和分居满2年	有恶习屡教不改	生育上不能达成一致意见	其他
某县法院	2	14	83	2	225	90	45	0	84
比例	0.6%	3.9%	23.1%	0.6%	62.5%	25.0%	12.5%	0.0%	23.3%

表2　以离婚损害赔偿法定事由起诉离婚的案件情况统计(件)

	有法定过错事由的案件	非法定过错事由的案件	合计
案件数	101	259	360
比例	28.1%	71.9%	

表3　提出离婚损害赔偿请求的案件的情况统计(件)

	提出离婚损害赔偿请求的案件	未请求离婚损害赔偿的案件	合计
案件数	8	93	101
比例	7.9%	92.1%	

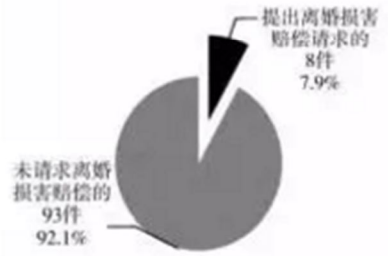


图1

表4　获得离婚损害赔偿的案件情况统计(件)

	调解或判决获得赔偿的案件	法院判决不予支持的案件	合计
案件数	5	3	8
比例	62.5%	37.5%	

表 4　获得离婚损害赔偿的案件情况统计(件)

	调解或判决获得赔偿的案件	法院判决不予支持的案件	合计
案件数	5	3	8
比例	62.5%	37.5%	

图 2

第五， 具有法定过错的配偶一方对无过错的他方配偶， 以其他方式给予经济补偿的问题。值得注意的是，在此次调研中，我们通过与该县法院的法官交谈以及对抽取的离婚案件卷宗的查阅与分析，发现无过错离婚当事人的离婚损害赔偿请求的实现，在司法实践中并非仅为离婚损害赔偿金， 还表现为获得补偿性经济给付，这样实际上使无过错一方配偶获得了救济 例如，该县法院 2013 年审理的“古某诉张某离婚案”中，被告以原告外出务工期间与他人长期同居为由提出离婚损害赔偿金 1 万元的请求，虽然法院以被告提供证据不足，不予支持。但是在法院的调解中，离婚当事人双方达成协议，由原告古某给付被告张某补偿金 0．5 万元。办案法官反映，该案中的夫妻双方并未实行分别财产制， 被告也没有提出离婚经济帮助的请求，虽然被告举证不足，但是原告当事人基于对其过错行为的内疚，故在调解中达成了向无过错方配偶支付补偿金的协议， 该补偿金具有一定的精神慰抚性质。并且，从该县法院抽调的离婚案件之统计数据的分析中，我们发现离婚时具有法定过错事由而当事人未请求离婚损害赔偿的案件 93 件与提出赔偿请求而法院不予支持的案件 3 件，两者合计为 96 件(见表 5) 在这 96 件案件中，经法院调解由当事人双方自愿协商达成补偿性经济给付的有 17 件，占 17．7% (见表 6 图 3) 由此，该县法院审理的具有离婚损害赔偿法定事由的 101 件离婚案件中，获得离婚损害赔偿的有 5 件，经法院调解双方达成协议获得补偿性经济给付的有 17 件，两者合计则离婚时无过错方配偶实际获得赔偿的共 22 件，占 21．8% (见表 7 图 4)

表 5　某县法院审结的具有离婚法定过错的当事人未请求或请求后未获得离婚损害赔偿的案件情况统计(件)

未请求离婚损害赔偿的	提出离婚损害赔偿请求的 8 个案件		合计
	合计法院判决不予支持的	获得赔偿的	
93	3	5	101
96			

表6　双方达成补偿性经济给付协议的案件情况统计(件)

	协议经济给付的	未协议经济给付的	合计
案件数量	17	76	96
比例	17.7%	82.3%	

家事法苑

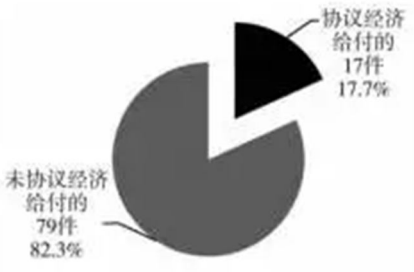
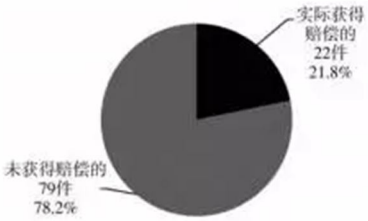


图3

表7　获得离婚损害赔偿与协议获得补偿性经济给付的案件情况统计(件)

	实际获得赔偿的		未获得赔偿的	合计
	获得离婚损害赔偿的	获得经济给付的		
案件数量	5	17	79	101
比例	5.0%	16.8%	78.2%	



家事法苑

图4　实际获得赔偿的案件情况统计

综上所述，根据对我国内地离婚损害赔偿之司法实践的抽样调查，从对当事人起诉离婚的理由，请求离婚损害赔偿的情况，实际获得赔偿的情况，法院不予支持赔偿的原因分析，以及当事人以其他名义获得补偿性经济给付的情况等分析中，我们可以看出，现实生活中确实存在配偶一方以严重过错行为，破坏婚姻关系，侵害配偶他方合法权益的情况。我国内地离婚损害赔偿制度在司法实践中已经被相当一部分离婚当事人采用，而且已实际获得赔偿。同时，该制度在司法实践中存在的问题是，当事人主动依法请求适用的少，法院实际予以支持赔偿的也少，其主要原因是当事人举证困难，导致其适用范围极其有限。

三、我国内地离婚损害赔偿制度存在之基础分析

（一）社会现实基础分析

在我国内地，自 20 世纪 80 年代以来， 离婚率在不断上升，因夫妻一方与他人同居、重婚、实施家庭暴力等导致婚姻破裂的离婚案件在增多，许多无过错离婚当事人因过错配偶的侵权违法行为，身心受到严重摧残，也严重影响着婚姻家庭的稳定 面对婚姻家庭领域中出现的这些现实问题，仅仅用道德去教化，用社会舆论去约束，已难以奏效，受害配偶们发出了制裁过错者，要求过错方 给予一定经济补偿 的强烈呼声，社会多方力量积极呼吁填补法律漏洞，通过法律手段来调整和规范人们的行为［9］2001 年修正内地《婚姻法 》时增设离婚损害赔偿制度，

回应民众的呼声是一个重要的原因，另一个重要原因则是回应司法实践之有法可依的需要。如今，该制度在我国内地正发挥着填补损害、慰抚精神、制裁和预防违法行为的功能，保护着合法婚姻关系，保障无过错方的合法权益，维护社会公序良俗。这是该制度设立的社会现实基础。

（二）权利救济基础

有权利，就必须有救济。我国《宪法 》第 49 条规定，“婚姻家庭、母亲和儿童受国家保护。”依法缔结婚姻的男女建立起夫妻身份关系，夫妻间互负相互忠实 相互扶养等法定的权利和义务。重婚、与他人同居是对夫妻忠实义务的违反，遗弃家庭成员是对法定扶养义务的违反，实施家庭暴力、虐待家庭成员， 是对家庭成员作为独立个体的基本健康权或生命权的侵害。当无过错配偶一方的婚姻家庭权利受到他方配偶的侵害导致离婚的，法律应当予以救济 建立离婚损害赔偿制度，这使司法部门追究过错配偶的责任有法可依，使破坏婚姻家庭的违法者承担责任，有利于保护无过错离婚当事人的合法权益。

（三）立法价值基础

第一， 离婚损害赔偿符合法律的公平正义价值。公平和正义是法律的立身之本。如前“应当追究离婚过错者责任说”所述，在具有较高离婚自由度的当今社会，只有追究过错方的损害赔偿责任才符合法律的公平与正义。婚姻当事人一方因另一方的过错行为致使权利受到了侵害和损失，而婚姻另一方却因此获得了利益或保持原有的权利不变，这导致婚姻当事人之间权利义务的失衡 正如学者指出的那样，离婚损害赔偿制度责令婚姻当事人过错一方对受害一方进行补偿 承担责任，从而使双方的权利义务趋于平衡，使受害方的权利得以恢复或保障，实现社会公平。在婚姻家庭中，发生家庭暴力 虐待 遗弃等侵权行为， 大多是配偶一方利用生理优势或经济优势侵害配偶他方的权利，是婚姻中强者专权的体现，法律要贯彻保护弱者的精神， 采取有效措施对受害弱者进行保护， 实现社会正义。[13]

第二， 离婚损害赔偿符合法律的秩序价值 秩序是家庭和社会有效运行的保障 在当今社会，许多国家都通过法律手段对婚姻家庭关系进行适度干预， 呈现私法公法化的发展趋势，以期保障实现家庭的职能，维护社会发展的良性秩序 一夫一妻制是人类走向文明的标志 有配偶者与他人同居或重婚是公然挑战一夫一妻婚姻制度的行为，严重违背婚姻法的基本原则 影响社会的文明进步 实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员是严重侵犯基本人权的行为，既是对独立人格的践踏，也是对家庭基本义务的违反。[14] 离婚损害赔偿制度可以预防和制裁严重违反婚姻家庭法的过错行为，填补受害方的损害 慰抚其精神，体现了国家公权力的适度干预，从而维护婚姻当事人的基本人权，维护社会秩序与公序良俗。

（四）制度体系基础

目前， 我国内地的离婚救济制度包括离婚帮助制度 离婚经济补偿制度和离婚损害赔偿制度，这三种制度各以其特殊的救济功能和专门的制度设计，共同构成离婚救济制度的完整体系。离婚经济帮助制度旨在给予离婚时生活困难一方的经济帮助，以解决其离婚后的经济困难，以期保障婚姻当事人行使离婚自由的权利 离婚经济补偿制度旨在实现对夫妻各方婚姻期间所做间接经济贡献（ 家务劳动）的价值确认与直接经济贡献（ 职业劳动所得利益）的公平分配，即对于实行约定分别财产制的夫妻，夫妻一方在婚姻存续期间抚养子女 赡养老人以及协助另一方工作等尽了较多家庭义务的，离婚时由夫妻另一方给予经济补偿，以平衡夫妻在婚姻期间取得的经济利益，从而体现对家务劳动的价值的承认， 实现对家庭中处于相对弱势方利益的保护 离婚损害赔偿制度旨在离婚时，基于无过错配偶之请求，法院责令有配偶者对其违法侵害合法婚姻关系和配偶合法权益造成的损害后果，承担赔偿损失 给付慰抚金等民事责任，以期填补损害、慰抚受害方之精神，制裁加害方的违法行为，达到保护合法婚姻关系，保障无过错配偶合法权益之目的。[15] 总之，我国内地的三种离婚救济制度在保障离婚自由的同时，救济离婚当事人的生活困难，承认家务劳动的价值，惩戒违法行为，保护无过错配偶的合法权益 三者的法律功能与制度设计的差异，使三者独立存在而不宜相互替代。

四、离婚损害赔偿制度“否定说”正误之辩析

以下针对我国内地学者对离婚损害赔偿制度存废的争论焦点主要集中的四个方面问题， 我们对“否定说”之诸学说进行正误之辩析。

第一，离婚损害赔偿并不违背无过错离婚主义原则、离婚破裂主义原则坚持无论当事人是否有过错，只要婚姻关系破裂，均应允许离婚。至于过错方是否应承担损害赔偿的责任，则并非破裂主义要解决的问题 有学者指出，无过错离婚主义给予过错方提起离婚的权利，也不以过错作为准予离婚的法定条件，但是并不是法律对确因一方过

错所引起的离婚不应无所作为，只有追究过错方的损害赔偿责任才符合法律的正义［7］离婚损害赔偿制度具有填补损害 慰抚精神 预防和制裁违法行为的功能，对维护合法婚姻关系和无过错方配偶的合法权益具有重要意义 在实行无过错主义离婚的今天，这一制度仍然具有存在的价值。

第二， 离婚损害赔偿的制度具有特殊的功能和不可替代的独立地位。如前所述，我国内地有些学者提出了替代离婚损害赔偿制度的方案，主要有：或适用一般侵权责任制度，或设立婚内损害赔偿制度，或适用离婚经济帮助制度。但我们认为，离婚损害赔偿制度的特殊功能决定其具有不可替代的独立地位在我国内地，如前所述，离婚损害赔偿制度具有不同于与离婚经济帮助制度的功能，它是离婚救济制度体系的重要组成部分，不能以离婚经济帮助制度取代 而离婚损害赔偿制度与一般侵权损害赔偿制度。婚内损害赔偿制度三者虽然在法律功能上相近，但在制度设计上差异明显 首先，离婚损害赔偿与一般侵权损害赔偿的差异：其一，请求权行使的主体不同，前者是特定的民事主体，须为无过错的配偶一方，如当事人有法定过错即无请求资格；后者则包括一切自然人和法人，行为人主观上可能存在混合过错 共同过错等过错形式，可以适用过错相抵原则 其二，请求权行使的时效不同，前者是以离婚为条件，且只能在提起离婚时或者离婚后一年内，才能行使请求赔偿的权利 后者则不以离婚为条件，且在法定诉讼时效内可以随时提出。［16］ 其三，请求赔偿的法定条件不同，前者限定为婚姻期间发生四类严重过错行为导致离婚所产生的损害，即是以法定过错行为导致离婚这一法定特殊结果为条件，仅有法定严重过错行为而未导致离婚的或仅有离婚请求却无法定过错行为的均不能提起离婚损害赔偿；后者则只要存在一般侵权的过错行为及一般的损害结果，即可请求侵权损害赔偿。例如，我国内地《婚姻法》第 46 条规定的实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员的行为，属于亲属间的特殊侵权行为，必须基于以上过错行为导致夫妻感情破裂而离婚的，无过错方才能提出离婚损害赔偿，这不同于一般侵权责任损害赔偿 即离婚损害赔偿将过错行为与导致离婚的结果作为请求赔偿的法定条件，这是与一般侵权行为的根本区别之处。另外，正如前述，婚姻关系的特殊性说 ，婚姻家庭的身份性、伦理性决定一般侵权责任制度不宜直接适用于解决离婚损害赔偿问题。［17］

那么，是否增设婚内损害赔偿制度即可取代离婚损害赔偿制度呢？主张建立婚内损害赔偿制度的学者仍然是基于一般侵权损害赔偿的制度设计，要求或是在一般侵权法中，或是在婚姻法中明确规制婚内损害行为 除前述理由以及“肯定说”中“婚内损害赔偿难以实现说”之理由外，二者的差异还在于离婚损害赔偿是以法定严重过错行为导致离婚为要件，而婚内损害赔偿不以导致离婚为要件， 所以婚内侵权损害赔偿是在保持婚姻关系存续下请求赔偿，其不能涵盖法定严重过错行为导致婚姻破裂的离婚损害赔偿。也就是说，婚内侵权赔偿制度与离婚损害赔偿制度各有其不同的构成要件和功能， 各有其存在的法理基础

第三， 离婚损害赔偿被适用少，这亦不能成为否定其存在的理由 就法律的适用情况而言，不同的法律制度有不同的功能并调整不同的社会关系。在人们的思想观念和生活方式呈现多元化的现代社会，多数人群体的合法权益与少数人群体的合法权益都应当受到法律的尊重和保护，故不同的法律被适用的数量有多少之别， 这正表明法律能够适应调整不同社会关系的需要［18］ 因此，不能认为被适用量较少的法律就“无用武之地”而应当被废除。例如，刑罚中的死刑制度， 其目前在刑罚中适用最少却不能因此而被废除 如前所述，根据我们的实证调查， 离婚损害赔偿在司法实践中适用少的主要原因是“举证难”问题，其与当事人缺乏权利意识和保存证据知识，以及举证证明标准不尽合理等关联较大， 需要采取相关措施促进这一制度的适用 离婚损害赔偿制度作为一项填补损害与惩罚过错相结合的离婚救济制度，以其特殊的功能和专门的制度设计， 彰显的法律公平、正义、秩序之价值，不能以其被适用的多少而做出否定性评价。

第四，离婚损害赔偿不会导致婚姻的商品化 正如我国台湾学者王泽鉴先生所言:所谓损害赔偿将使婚姻关系成为商业化，也属似是而非，现行法规定，人格权遭侵害者，被害人得以法律规定，请求损害赔偿或慰抚金， 损害赔偿不足使人格权成为商业化，毫无疑问，婚姻关系也依然。［19］如前所述，从我国现实生活来看， 离婚当事人要求离婚过错方给予一定经济赔偿的呼声很高 有人担心这会出现“爱情转化为金钱”的现象，是只见表面，未见实质 离婚损害赔偿制度实质上是用赔偿之财产，填补损害、慰抚受害人精神，并有利于制裁违法行为 既然损害赔偿不会使人格权转化为金钱，毫无疑问，离婚损害赔偿也不会使爱情转化为金钱。［20］

五、我国内地与台湾地区离婚损害赔偿制度之比较与评析

离婚损害赔偿制度，在我国内地与台湾地区均已经设立。内地该制度的内容主要由内地《婚姻法》第 46 条和相关司法解释构成，台湾地区该制度的内容主要体现在台湾地区“民法”（ 以下简称台湾“民法”） 第 1056 条之中 我国内地和台湾地区的法律制度同源于中华法系，具有不少相同相近之处。以下，我们对内地和台湾地区两

地的制度进行对比研究与评析，以期考察内地离婚损害赔偿制度的合理与不足之处， 探讨分析其有无改进的余地。

第一， 适用范围。我国内地与台湾两地区的离婚损害赔偿均可适用于判决离婚， 但在协议离婚的适用上有一定的差异 根据内地最高人民法院 2001 年《关于适用 中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释(一) 》，在诉讼离婚中， 无过错方作为原告提起损害赔偿请求，必须在离婚诉讼的同时提出。对于协议离婚， 当事人可以在办理离婚登记手续后一年内提出离婚损害赔偿，但当事人在协议离婚时已经明确表示抛弃该项请求的除外。【3】台湾“民法”第 1056 条第 1 款规定: 夫妻之一方，因判决离婚而受有损害者，得向有过失之他方，请求赔偿。据此，台湾离婚损害赔偿主要适用于判决离婚 对于协议离婚， 台湾有学者认为，若当事人两愿离婚时就损害赔偿没有协商的，则不得请求。[2] [21] 可见，对于离婚损害赔偿的适用范围，我国内地与台湾地区都采用的是裁判离婚与协议离婚均可适用的双轨制 ，然而，两地立法的差异在于，台湾地区须在协议离婚的同时提出，而不能像内地可以在协议离婚后一年内提出。我们认为，协议离婚与判决离婚仅仅是终止夫妻关系的不同的法律程序，不应当有效力上的差异 只要因婚姻当事人一方的法定严重过错行为导致离婚的，即使协议离婚时无过错方当事人没有提出离婚损害赔偿请求的(且未表示放弃此请求的) ，也不应当剥夺其权利， 应当允许其在法定期限内提出该请求 因此， 我国内地的现行规定更为合理。

第二，法定原因。对于离婚损害赔偿的法定原因，我国内地严格限定为四项法定事由，而我国台湾地区的法定事由则较为宽泛 内地《婚姻法》第 46 条规定: 有下列情形之一， 导致离婚的， 无过错方有权请求损害赔偿:(一) 重婚的;(二) 有配偶者与他人同居的;(三) 实施家庭暴力的;(四) 虐待 遗弃家庭成员的 即只有出现这四项法定事由且导致离婚的，才能请求离婚损害赔偿 我国台湾地区对离婚损害赔偿的法定事由，采用概括性的规定，即在裁判离婚的情形下，只要因一方的有责原因引起离婚的，另一方就可以请求离婚损害赔偿台湾“民法”第 1052 条列举了裁判离婚的 10 个法定原因，其中有 7 个属于有责的离婚原因，包括: 重婚 与配偶以外之人合意性交，夫妻一方对他方为不堪同居之虐待，夫妻一方以恶意遗弃他方在继续状态中，夫妻一方意图杀他方，夫妻一方对他方之直系亲属为虐待，或夫妻一方之直系亲属对他方为虐待致不堪为共同生活，因故意犯罪经判处有期徒刑逾六个月的【4】。凡因这些有责原因而导致离婚的，均可以提起离婚损害赔偿 [2][21]。可见，台湾地区离婚损害赔偿的法定事由与法定过错的离婚事由是完全相同的，所以其比内地宽泛。

关于离婚损害赔偿的法定事由，从比较来看，我国台湾地区列举的离婚损害赔偿的有责事由基本包括了内地的法定事由，此外还有通奸、卖淫嫖娼等与配偶以外之人合意性交，夫妻一方之直系亲属对他方为虐待致不堪为共同生活的，夫妻一方意图杀害他方，因故意犯罪判处有期徒刑逾六个月等情形。我国内地有些学者提出了对现有法定事由“扩大说” ， 建议借鉴台湾地区立法， 增加内地离婚损害赔偿的法定事由 [22]。对于我国台湾地区的这些规定，我国内地是否应予借鉴? 我们认为，其一，通奸、卖淫嫖娼的行为是否应列入内地离婚损害赔偿法定事由的问题。在现代社会，通奸是一种不道德行为， 其与重婚、 有配偶者与他人同居这些公然违反一夫一妻制的违法或犯罪行为的性质不同。婚姻家庭关系既是重要的伦理关系，又是重要的法律关系，既要导之以德，又要约之依法。以道德规范通奸行为，更符合社会之现实情况。而对于卖淫嫖娼行为，内地主要通过行政规章或构成刑事犯罪的由刑法予以处理， 其惩治手段强于民事制裁， 因此以上两类行为不宜列入内地离婚损害赔偿的法定事由。其二，故意犯罪判处有期徒刑以及故意杀害配偶他方导致婚姻关系破裂的，是否应列入内地离婚损害赔偿法定事由的问题。目前，内地的刑事政策是立足于对服刑罪犯的教育和改造，需要配偶和近亲属的积极配合，如若再追究服刑罪犯的民事赔偿责任，无异于雪上加霜，故此在内地不宜将此两类行为纳入内地离婚损害赔偿的法定事由。其三，夫妻一方之直系亲属对他方为虐待致不堪为共同生活导致离婚行为，是否应列入内地离婚损害赔偿法定事由。在我国内地的部分农村地区，仍然存在着公婆以暴力“管教” 儿媳的旧俗，这属于近亲属间的家庭暴力行为，其严重侵犯配偶一方的人身权益，往往导致受害方配偶不堪与之共同生活。故此，内地可以考虑借鉴台湾地区做法， 增设类似规定。其四，内地有学者还提出了“设立兜底条款说” ，建议借鉴台湾地区做法， 对离婚赔偿的法定事由增加概括性兜底条款 [23]。我们认为，我国内地《婚姻法》列举的四项法定事由，主要为严重违反一夫一妻制婚姻义务或严重侵害他人人身权益，并由此造成离婚的违法行为。对这些行为导致离婚的，无过错配偶有权请求赔偿，这体现了法律对无过错配偶的基本人权之保护，对实现家庭职能的保障，对社会公序良俗秩序的维护，是国家公权力对婚姻家庭领域的适度干预。因此，内地现有离婚损害赔偿的法定事由范围是合理的，不宜作扩大化解释。如果设立兜底条款，可能会增加司法实践的随意性。

综上， 我们认为内地应当从实际出发， 将离婚损害赔偿的法定事由严格限定在严重违反一夫一妻制婚姻义务

或严重侵害他方配偶人身权益的范围内。

第三，请求权主体。我国内地和台湾两地区立法都规定离婚损害赔偿请求权的权利主体限于无过错方，但是在财产损害赔偿的请求权主体上，我国内地与台湾地区存在显著差异 具体而言，内地最高人民法院 关于适用《中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释 （三）》第 17 条规定：夫妻双方均有婚姻法第 46 条规定的过错情形， 一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持 即其请求权人必须限于没有实施 婚姻法 第 46 条列举的四项严重法定过错行为的；依据台湾 民法 第 1056 条第 2 款规定，对于非财产上的损害赔偿，要求请求人必须无过失才能请求 但对于财产上的损害赔偿，请求人不论是否有过失，均得请求 如果请求人也有过失的，可适用过失相抵原则处理。[24]

由上可见， 离婚损害赔偿请求权的主体是否应当限于无过错方配偶，并且是否实行过错相抵原则，我国内地与台湾地区的立法有所不同。我们认为，如果配偶双方均故意实施了法定违法行为而导致离婚的，其违法行为性质相同，只是在数量上可能有 五十步与一百步 之差别 内地 婚姻法 将请求权主体限于无过错配偶， 而不采用过错相抵原则，这有利于促使公民严肃认真的对待婚姻关系，预防侵害夫妻合法权益的违法行为的发生，也可以避免为证明离婚配偶双方过错大小举证困难，这是合理的。[25]

第四，义务主体。有过错的配偶一方是离婚损害赔偿的义务主体，这为内地与台湾两地区立法的共性 但是对于第三者能否成为损害赔偿的义务主体， 我国内地与台湾地区的立法和司法实践是不相同的 台湾学者认为，台湾早期以“民法”第 184 条第一项后段为依据，1999 年台湾“民法”修订时增补第 195 条第 3 项之规定，明确了在特定身分法益受侵害而情节重大时，赋予被害人请求慰抚金的权利，成为台湾地区追究侵害婚姻家庭的“第三者”责任的法律依据 而对过错一方配偶，或者适用“民法”第 185 条第一款追求过错配偶的连带责任， 或者在裁判离婚的情况下适用“民法 ”第 1056 条追究过错配偶责任 [26]。可见， 台湾地区是以一般侵权责任的方式追究“第三者”责任， 而非以第 1056 条离婚损害赔偿之规定为依据的 而内地《婚姻法》第 46 条规定的离婚损害赔偿的义务主体仅限于婚姻关系的过错方，并不涉及破坏婚姻关系的“第三者”， 并且内地《侵权责任法》对此也无规定 。

我们认为，“第三者”是一个社会学概念，通常是指介入他人婚姻，与夫妻一方有婚外性关系的人，第三者介入他人婚姻家庭的行为包括第三者与有配偶者重婚 同居 通奸等，这些行为的性质不同，不宜用法律一概加以惩罚，而应分层规范。在内地，根据《刑法》第 258、259 条规定，“第三者”如果主观上恶意， 明知他人有配偶而与之结婚的， 明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，均构成犯罪，应依法追究刑事责任；如果主观上善意，不知道对方有配偶的，不构成犯罪，不予追究刑事责任，通奸属于道德约束范畴，对过错方配偶尚不追究其离婚损害赔偿责任，对与之共同过错的“第三者”也不应追究此责任 正如有学者指出的那样，“第三者”现象不仅涉及到社会现象 社会心理， 也涉及到人的行为 情感， 这一现象的大量出现绝不是一个单纯的法律问题， 它同时是一个极为复杂的社会问题，其社会现实的复杂程度，是法律难以用统一的尺度建立衡量标准的。[27] 所以， 对于破坏他人婚姻关系的“第三者” 由道德调整是更为现实的选择。

六、完善我国内地离婚损害赔偿制度之思考

综上所述，在我国内地，离婚损害赔偿制度既有社会现实需要的基础，也有包括权利救济、立法价值及制度体系的坚实法理基础，其独特的功能与专门制度设计，为其他制度所无法替代；与我国台湾地区的制度比较研究也表明， 我国内地的离婚损害赔偿制度符合内地的国情与民需，立法内容具有合理性 当然，内地离婚损害赔偿制度在司法实践也显不足，其主要症结在于“举证难”问题，这需要我们认真检视这一制度，采取切实措施加以完善。

第一，适用范围的思考。对离婚损害赔偿适用范围之协议离婚时权利行使的时效，内地是坚持现行的可在协议离婚后一年内提出，还是借鉴台湾地区的须在协议离婚的同时提出？ 我们认为，基于同样的法定严重过错行为导致离婚后果而受到的损害， 应当给予同样保护之理由，协议离婚与判决离婚仅仅是终止夫妻关系的不同的法律程序，不应当有效力上的差异，内地应当坚持现行规定即协议离婚的无过错方，可以在登记离婚后一年的法定期限内提出离婚损害赔偿请求， 但协议离婚时明示放弃的除外。

第二， 法定原因的思考。对离婚损害赔偿的法定原因，内地是坚持现行的严格 限定主义，还是借鉴台湾地区采取 扩大主义 ？我们认为， 基于现代国家对婚姻家庭这一自治领域之公力干预应当适度和谨慎，以维护基本人权、基本社会秩序为核心之理由，我们认为，应当坚持严格限定的列举主义，仅对破坏一夫一妻制之婚姻家庭秩序以及侵害基本人权的严重过错行为者，予以承担民事责任，以禁止司法实践的随意扩张适用 此外，建议内地可借

鉴台湾地区的立法，增设规定离婚损害赔偿的法定情形：夫妻一方之直系亲属对他方为家庭暴力、虐待，致不堪为共同生活而导致离婚的，可以提出损害赔偿。

第三， 请求权主体的思考。对离婚损害赔偿的请求权主体，内地是坚持必须为无过错方标准，还是借鉴台湾地区采取过错相抵原则？我们认为，基于婚姻家庭关系的伦理属性以及内地离婚损害赔偿制度的法定过错行为的限定性之理由，内地应当继续坚持请求权主体为无过错方的标准，以期更好地发挥离婚损害赔偿制度的预防功能，维护家庭与社会良性秩序 。

第四， 义务主体的思考。对破坏他人婚姻关系的“第三者”能否成为离婚损害赔偿的义务主体，内地是坚持现行的排除规定，还是借鉴台湾地区立法将其纳入损害赔偿之义务主体的范围？我们认为，基于破坏婚姻家庭的行为的性质不同，应当分层规范的理由，内地应坚持对于破坏他人婚姻家庭的第三者，如果其行为构成犯罪的，应依法追究其刑事责任，但不追究其民事责任；对于未构成犯罪的，不纳入义务主体范围。

第五，证明标准的思考“举证难”问题是内地离婚损害赔偿制度在司法适用中的主要障碍。基于最高人民法院司法解释确立的民事诉讼“优势证据规则”的规定， 我们认为在离婚损害赔偿案件的事实认定中，法院应当从离婚案件的具体情况出发，适用优势证据规则，以盖然性法律事实的证成支持受害当事人的请求，保护其合法权益，以发挥离婚损害赔偿制度之功能。[28] 例如，在家庭暴力事实的认定上，只要受害者能提供一些家庭暴力的基础性证据，能够证明当事人之间很可能存在家庭暴力行为，而另一方当事人没有否认或无证据推翻受害者的主张，即可推定家庭暴力事实存在。此外，建议加强法制宣传，内地法院可从司法实务角度提供四项违法行为的证据保存与提交的指导性资料，培养当事人的举证意识和收集保存证据的能力。

参考文献:

[1] 薛宁兰．论我国离婚损害赔偿制度的完善 [J]．法律适用，2004， (10)．

[2] 林秀雄．《亲属法讲义》第二版 [M]．台湾：元照出版公司， 2012．211－213．

[3] 罗满景．论婚姻家庭法与侵权责任法的关系 [A]．夏吟兰，龙翼飞．家事法研究 2011 年卷 [M]．北京：社会科学文献出版社，2011．313．

[4] 王琪．经济学视野里的离婚损害赔偿制度 [J]．湖南社会科学，2006， (2) ；黄宇．婚姻家庭法之女性主义分析 [D]．西南政法大学博士学位论文， 2007．4－5．

[5] 马忆南．离婚救济制度的评价与选择 [J]．中外法学，2005， (2) ．

[6] 郁伟明．论婚内一般侵权责任制度的建立 兼评离婚损害赔偿制度 [J] ．南京大学学报 哲学人文科学会科学， 2010，(3) ．

[7] 夏吟兰．离婚衡平机制研究 [J] ． 中华女子学院学报，2004，(5) ．

[8] 王歌雅．关于离婚损害赔偿的若干思考 [J]．求是学刊，2004， (4) ．

[9] 陈苇．建立我国离婚损害赔偿制度研究 [J]．现代法学， 1998， (6) ．

[10] 马继辉．试论建立离婚之损害赔偿制度 [J]．妇女研究论丛，1997， (4) ．

[11] 余延满．亲属法原论 [M]．北京：法律出版社，2007．356 － 366．

[12] 于东辉．离婚损害赔偿制度研究 [M] ．北京：人民法院出版社，2006． 8．

[13] 钱叶卫．婚内侵权损害赔偿问题新探 [J]．中华女子学院学报， 2009， (4) ．

[14] 宋豫．国家干预与家庭自治：现代家庭立法发展方向研究 [M] ． 郑州：河南人民出版社， 2011． 11 － 21．

[15] 陈苇．中国婚姻家庭立法研究 [M]．北京：群众出版社， 2010．63 － 71．

[16] 吴晓芳．被告作为无过错方提出离婚损害赔偿的请求不构成反诉 [J]．人民司法， 2005， (1) ．

[17] 雷春红． 新中国六十周年离婚法学论争纪实与评述 [J]．河北法学， 2010， (3) ．

[18] 陈苇，于林洋．论我国离婚经济补偿制度的命运：完善抑或废除 [J]．法学， 2011，(6) ．

[19] 王泽鉴．民法学说与判例研究 第一册 [M] ．北京：中国政法大学出版社， 2005． 328．

[20] 陈苇．应建立离婚损害赔偿制度 [A]．李银河， 马忆南．婚姻法修改论争 [M]．北京：光明日报出版社，

1999． 234 － 235．

[21] 戴炎辉， 戴东雄，等． 亲属法 [M] ． 台湾：顺清文化事业有限公司， 2010． 286．

[22] 刘琳. 试论我国离婚救济制度的重构 [J]. 湖南社会科学，2006， (4) .
[23] 夏吟兰. 离婚救济制度之实证研究 [J] . 政法论坛， 2003， (6) .
[24] 高凤仙. 亲属法理论与实务 [M]. 台湾: 五南图书出版有限公司， 2012. 180.
[25] 陈苇. 离婚损害赔偿法律适用若干问题探讨 [J]. 法商研究， 2002，(2) .
[26] 叶启洲. 身份法益侵害之损害赔偿的实务发展及其检讨 [J]. 政大法学评论， 2012， (8) .
[27] 周安平. 性爱与婚姻的困惑 第三者 民事责任的理论与现实之探讨 [J] . 现代法学， 2001， (2) .
[28] 张榕， 陈朝阳. 论作为司法能动性之核心的法官自由裁量权——以最高人民法院民事证据规定 为中心 [J]. 河北法学， 2005， (4) .

(全文共 18，199 字)

注释：

【 1 】当事人起诉离婚的理由一般为多项， 本调查按项分别统计， 计算比例时以调阅案件总数 360 为基数，故此比例之和超过百分之百 由于我们主要考察具有内地现行《婚姻法》规定的四项法定过错离婚事由的案件， 其总数为 101 件， 对具有其他离婚事由的案件， 其总数我们计算为 360 － 101 = 259 件， 对具有多项离婚事由的， 不进行重复计算。

【 2 】2002 2008 年我国内地学者的相关司法实践调查结论， 也与我们此次调查结论相一致。参见巫昌祯:《婚姻法执行状况调查》， 北京: 中央文献出版社， 2004 年版第 88 － 89 页 第 171 － 172 页; 王歌雅: 离婚救济制度: 实践与反思 ， 载《法学论坛》， 2011 年第 3 期

【 3 】参见《婚姻法解释一》 第 27、 29、 30 条。

【 4 】台湾“民法”第 1052 条规定: “夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院请求离婚: 一 重婚; 二与配偶以外之人合意性交; 三夫妻之一方对他方为不堪同居之虐待; 四 夫妻之一方对他方之直系亲属为虐待， 或夫妻一方之直系亲属对他方为虐待， 致不堪为共同生活; 五 夫妻之一方以恶意遗弃他方在继续状态中 六 夫妻之一方意图杀害他方; 七 有不治之恶疾; 八 有重大不治之精神病; 九生死不明已逾三年 十 因故意犯罪， 经判处有期徒刑逾六个月 有前项以外之重大事由， 难以维持婚姻者， 夫妻之一方得请求离婚 但其事由应由夫妻之一方负责者， 仅他方得请求离婚。”

尽快出台反家庭暴力法实施细则

2016-11-06 中华女子学院

10 月 22 日，反家庭暴力法实施中的重点和难点问题研讨会在北京召开。该研讨会由中国妇女报社、中国妇女发展基金会妇女新闻文化基金、北京红枫妇女心理咨询服务中心主办。与会专家建议，应尽快出台反家庭暴力法实施细则，推进反家庭暴力法更好地贯彻落实。

专家学者、法官、警察、社会工作者、社区工作者齐聚一堂，从宏观、中观、微观等方面总结反家庭暴力法实施半年多来取得的成绩，分析存在的问题，既有从人权、宪法角度的理论探讨，也有来自一线的调查研究、案例分析、经验分享。研讨会分为四个单元，妇女·人权与反家暴，司法、执法与反家暴，社会工作与反家暴，心理救助与反家暴。

联合国妇女署专家郭瑞香认为，中国出台反家庭暴力法具有里程碑意义。联合国跨机构工作组将推动中国出台反家暴法司法解释，制定相关部门和组织的执法细则和跨机构合作模式，满足家暴受害者多方位需求；倡导公众意识提高，挑战传统观念，预防家庭暴力。

北京红枫妇女心理咨询服务中心名誉理事长王行娟通过互联网信息分析了反家庭暴力法实施的现状。王行娟介绍，法律初显成效。人身安全保护令实施喜忧参半，申请者少，裁定过严，处罚措施未跟上，法院难以履行执行职责。无论新建或原有的庇护所普遍遇冷。反家暴法需要加大普法力度，扩大保护令执行主体，解决婚姻法与反家暴法的衔接问题。

据统计，反家庭暴力法公布实施后，北京红枫妇女心理咨询服务热线今年 1 月到 6 月的热线数量大致相当于 2015 年同期的 3 倍，来电咨询者对家暴的认识提高。

中国公安大学原副教授荣维毅认为，反家暴法实施后，告诫书制度的实施情况缺乏调查统计，底数不清，责任主体不清，解释不统一。建议公安部组织编写警察介入家庭暴力的执法标准、反家暴警察培训教材，促进警察有效干预家庭暴力。

中国政法大学教授夏吟兰认为，反对家庭暴力单有反家暴法还不够，需要具体措施的跟进，需要体制、机制层级化、精细化的构建。理念先行特别重要。反对家庭暴力和促进家庭和谐从宏观角度看并不矛盾，应该是互相促进的关系。反家暴法要达到的目的，应是预防和制止家庭暴力，提高婚姻和家庭的质量，最终促进家庭和谐。虽然反家庭暴力法的法律规定存在不足，但是应当看到法律的出台意义重大，需要逐步推进。执法人员家庭暴力的敏感度非常重要，应加大培训，改变执法者的观念。

“反家暴法实施的症结还在于未普遍确立反家庭暴力的先进理念，未对反家庭暴力法进行整体全面理解，未对反家暴法实施抱有坚定的态度。”中华女子学院教授李明舜说，对反家暴法的认同是做好反家庭暴力法实施的前提。抓住重点，聚焦难点，对症下药是有效实施反家暴法的关键。应抓住和聚焦反家暴法确立的告诫、强制报告、撤销监护、人身安全保护令等重要制度，聚焦公安机关、人民法院等最重要的责任主体，抓住和聚焦具有高度风险的家庭，抓住和聚焦施暴者这个矛盾的主要方面，抓住和聚焦处理具体家庭暴力案件的关键环节。(转载自人民网)

反家暴法执行中的重点难点探究（上）

2016-10-28 中国妇女报

编者按

反家暴法的实施状况始终为公众所关注。日前，本报和北京红枫妇女心理咨询服务中心等机构联合举办研讨会，法学界专家、司法和执法者及社会工作者济济一堂，聚焦重点问题，解析难点问题，梳理案件审理和社工实践经验。这里将分两期刊登发言摘要以飨读者，借以推动普法和社会认知，共同营造良好的执法环境。

执行反家暴法，要解决三大问题

□ 夏吟兰

我国反家暴法的出台是一个里程碑。但光有立法是不够的，需要具体措施的跟进，包括体制和机制的层级化、精细化的构建。

我认为执行反家暴法要解决三大问题。

第一个是理念问题，理念先行特别重要。我们在制定法律时，对要不要把促进家庭和谐写入总则，存在很多争论。从我的角度看，反家暴和家庭和谐在宏观上是不矛盾的，是互相促进的。通过预防、制止家庭暴力，就会减少家庭冲突，当然就促进了家庭和谐。另外，如果说通过反家庭暴力导致一些人因为家庭暴力解除了婚姻，也不是破坏了家庭的和谐，而是解除了那些痛苦的、本来就不和谐的家庭，它的结果实质上还是促进了家庭和谐。

总之，反家暴法要达到的目的，应当是提高婚姻和家庭的质量，最终促进家庭和谐。如果这样看问题，在逻辑上说得通，执法者在处理此类问题时也不会陷入纠结。处理家庭暴力没有破坏家庭和谐，不是说法官因一方的家庭暴力发出人身安全保护裁定或判决当事人离婚，就破坏了家庭和谐，对社会和谐有不好的作用。所以在理念上，我觉得还是值得再深入探讨的。

第二个是制度问题。主要指法律规定得不充分、不完善，或者说制度上还有一些欠缺。反家暴法出台后在实施的过程中的确发现了一些问题，有些问题在立法时也已经提过意见。但我一直记住彭珮云大姐说过的一句话：“一比零大。”2001 年修订婚姻法时，把“禁止家庭暴力”写在婚姻法中，有些人说，没有概念，也没有具体措施，写有什么用？她说：“一比零大。法律有规定就是进步。”显然一比零大，因为有了婚姻法的原则性规定，才有了后来国家和地方、各部门的相关法律、法规以及司法解释的规定，包括专门的反家暴法出台。所以我觉得，反家暴法的出台虽然不尽善尽美，存在一些问题，但是，“一比零大”，我们往前迈进了，这就是里程碑，当然，接下来还需要进一步改进。

法律规定不足，能明显地感受到。比如因为证据问题，导致法官难以下判断，难以下裁定，难以下判决等等。但我们要改的是，举证责任能不能更有利于受害人。我相信将来有一天会改，法律的完善需要不断地推进。

第三个是执行问题。当一个法律出台以后，特别重要的是通过司法机关的严格执法来确保法律得到贯彻实施。所谓有法必依、执法必严。无论是法官、警察，还是其他相关部门的执法者，他们如何理解法律，如何执法，特别重要。执法问题，除了法律的规定不够完善以外，执法者对家庭暴力的敏感度、认识也非常重要。因此，培训就有非常重要的意义。执法过程当中，对公民反家暴的宣传、倡导要去做，但更重要的是对执法者的培训，要改变执法者的观念。法是靠人来执行的，同样的法律不同的人执行可能有不同的结果，人是解决一切问题的最重要的环节。

（作者系中国政法大学教授）

发挥社区社会组织在反家暴中的作用

□ 朱东武

反对家庭暴力不仅需要政府、司法机关和各有关部门的积极作为，也需要社区居民、社区社会组织发挥积极的作用。只有全社会树立起反家庭暴力人人有责的意识，才能真正减少家庭暴力，促进家庭和睦。

中国法学会 “反对针对妇女的家庭暴力对策研究与干预”总项目中的“城市社区综合干预家庭暴力行动研究”于 2000 年开始在北京市丰台区右安门街道进行。经过 10 余年的努力，反家庭暴力的意识已经成为该街道辖区居民较为普遍的认识，反家庭暴力也已经纳入社区党委、社区居委会的日常工作中。2015 年该街道对社区居民的一项调查发现，绝大多数被调查者（97.1%）对社区举行的反家庭暴力宣传活动印象深刻，55.8%的被调查者对居民反家暴志愿者团队持肯定态度。对多选题“你对家庭暴力性质的认识”的回答，78.9%的被调查者认为家庭暴力是违法行为，38.5%认为是犯罪行为，30.3%认为是侵犯人权的行为，认为家庭暴力是家庭私事的仅为 17.4%。在回答“身边人遭受家庭暴力，你的处理方式”时，大多数人（86.3%）回答会采取一定的行动加以制止，其中超过一半（51.4%）的被调查者回答会帮助求助有关单位，而 34.9%的被调查者回答会主动劝止。

可见，将反家庭暴力落实到社区是十分重要的，社区居民在反家庭暴力中可以发挥重要的作用。妇联应发挥组织优势，将社区居民组织起来，重点培育一批开展反家庭暴力工作的社区社会组织，积极发挥它们在反家庭暴力中的作用。

所谓社区社会组织，是指在城乡社区开展为民服务、养老照护、公益慈善、促进和谐、文体娱乐和农村生产技术服务等活动的社会组织。根据今年 8 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》，这类社会组织是当前及今后一段时间，政府将采取购买服务、设立项目资金、补贴活动经费等措施，重点加以扶持、大力培育发展的。

各地妇联应抓住妇联改革的机遇，将反家庭暴力、为妇女服务为家庭服务的工作与社区建设、社区治理紧密结合，依托街、乡镇组建综合妇女（家庭）服务平台，建立街、乡镇妇联牵头的妇女（家庭）服务社区社会组织、社区建设和社会工作三社联动机制，将社区中为妇女（家庭）提供服务的社会工作机构和社区社会组织团结起来，促进工作整合、资源共享和优势互补。一方面，可以通过购买社会工作专业服务，推进社区反家庭暴力和家庭和睦工作；另一方面，可以协助社区社会组织承接反家庭暴力事项，促进社区社会组织结合社区特点，开展社区群众喜闻乐见的反家庭暴力工作，进一步推动反家庭暴力落实在社区基层。

（作者系中华女子学院社工学院原院长）

家庭暴力司法认定比例只有十分之一

□ 黄海涛

北京市第三中级人民法院专题课题组所作的《家事案件中家庭暴力的认定与处置情况调研》，对近三年以来北京市中级法院审理的部分（213 件）涉家暴婚姻案件进行调查分析，发现存在以下诸多问题。

证据和家暴的认定率低。在当事人提交了家暴证据或法院调取了证据的 98 件案件中，仅 17 件法院对证据予以认定，采信率仅为 17.3%。部分案件即使法院对当事人提交的证据予以采信，但基于家庭暴力的严重程度不足或频次较少等原因，仍认为不构成家庭暴力。213 件婚姻家庭案件中，法院认定构成家庭暴力的案件仅为 22 件，认定率 10.3%。

家庭暴力主张的损害赔偿获赔率低。以家庭暴力为由主张损害赔偿的案件 73 件，占案件总数 36.9%，只有 17 件得到法院判决支持，获赔率仅为 23.3%，其中获赔的案件中还包含了施暴方同时存在其他过错的情形。在获得法院支持的案件中，多数赔偿数额在 5 万元以下。

反家暴法还未能适用家事案件。考察立法及相关司法解释，对家庭暴力的认定，差异主要在于行为方式及其强度。2001 年婚姻法解释（一）将 “家庭暴力”界定为精神暴力和躯体暴力，而且伤害要达到一定程度。反家庭暴力法则规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。实践中，因反家暴法并无关于在家事案件中如何适用的内容，司法界多数仍以“婚姻法解释一”作为界定家庭暴力的法律依据。我们认为反家庭暴力法应当适用在家事案件的审理之中。

人身保护裁定事实要件的要求应当低于离婚事由中的家庭暴力的认定。鉴于家庭暴力这一概念为不同的部门法规定，并服务于不同立法宗旨目的，对审判机关而言，要区分程序与实体问题，采取不同的认定标准。要根据法律责任的性质及严重程度的不同采取不同的认定标准，既要揭示家庭暴力概念的共性特征，又可以保持略有差异的要件要求。

程序法事实是指涉及当事人诉讼权利义务、在诉讼程序上具有法律意义的事实。反家暴法中的程序法问题，主要是家庭暴力情形下人身保护裁定的申请与审核、执行等问题。反家庭暴力法首次明确了家庭暴力被害人申请人身保护裁定的权利，而鉴于人身保护裁定的临时性、紧急性、救济性特征，不应坚持与审理涉家庭暴力离婚案件时同样的认定标准。结合反家暴法本身所规定的申请条件还包含“面临家庭暴力的现实危险”，故这一事实要件的要求应当低于离婚事由中的家庭暴力的认定。

因此，人身保护令程序中对家庭暴力的认定，不必然成为此后依据婚姻法及其司法解释审理相关离婚案件时所认定的家庭暴力。

（作者系北京市第三中级人民法院民二庭副庭长）

倾听受暴妇女的声音

□ 侯志明

反家暴法公布实施后，2016 年 1~6 月份红枫妇女热线反家暴个案大幅增加，比 2015 年全年增长了 54.90%。半年数大致相当于去年同期的 3 倍。

从来电者反映看，对家暴的认识明显提高，如“经常被老公打骂，3 天前又被打伤，以前不知道家暴犯法，从未报警”“丈夫看钱重，总为钱吵，没有性生活，昨天才知道这是家暴”。

丈夫打妻子比例仍居第一，占 55.70%。一个突出变化是，成年子女投诉“父母施暴”比例大幅增加，占 25.95%，2015 年及以前，父母对子女施暴列在“其他家庭成员施暴”中，平均仅占不到 10%。

总体上看，受暴者对施暴的行为反应，一半以上当时积极反抗，如质问、回骂、回打、辩护，事后努力寻求解决办法。也有许多人表现软弱、哭泣和默默忍受。

在反抗中，令受暴者耿耿于怀、最反感的是不拿自己当人看，挨打是“因为你有错”。

——“都是爹生娘养的人，你凭啥对我拳打脚踢！”

40 岁的河南女教师：“丈夫骂我，很难听，我问为什么骂人，就招来一顿打，经常是这样。”“我说，都是爹生娘养的人，你凭啥对我拳打脚踢！结果越说越打！”

“老公不与我交流，什么都是他做主，说了算，还不让我与娘家和外人来往。我成了什么？”来电者与老公经营一家五金店，刚刚起步，老公就要买车，她不同意，老公自作主张，口角中老公多次动手，还说“不能过，就滚！”她说：“身上的伤与这句话对我的伤害，根本没法比！”

——“我到底错在哪儿！”

打人是违法行为，被打者却屡屡遭受指责，家人、朋友，包括施暴者，几乎无一例外都对被打者说，你有错！

“从来没想过，居然会受到家暴，我有很深的人生挫败感，老在想，我到底错在哪了？是选错了人，还是因为自己的任性，把好好的日子过坏了？” 一位曾是外企白领的全职妈妈说，“想来想去，我唯一做得不好的地方，就是话说多了。生孩子带孩子 3 年没上班，让我变成了一个仰人鼻息没有自信的人。”

——“我要和谐平等的家庭关系，要快乐幸福的生活！”

投诉父母施暴的来电者，年龄集中在 30 岁~40 岁。父母施暴，不仅影响他们自己的夫妻关系，还严重影响了子女的人际交往、择偶和上下几代人的亲子关系。

一位自称“目睹儿”“受暴者”的“海归”抱怨父母严重的重男轻女，“小时候不管我，有了弟弟后，把我往姥姥家一扔 10 年，现在还是死活看不上我，甚至说我：你这样的，还挑呢？谁肯跟你就不错了！一个当妈的，居然这样说自己的女儿！当时，我又羞又恼，真想一头撞死在她面前……”

另一位为子女教育来电：“小时候，父母经常打骂指责我，说我又傻又笨，缺心眼，弄得我特别自卑。我就希望儿子千万别随我。急了就动手，与儿子关系特别紧张……”

来电者无一不渴求和谐平等的家庭关系，希望能消除暴力，过上快乐幸福的生活。

（作者系北京红枫中心工作人员）

怎样破解庇护所的难题

□ 马李

作为多机构合作干预家庭暴力的一个环节，反家暴庇护所目前呈现两个主要声音，一个是无人入住，另一个是难以为继。问题到底出在哪儿呢？

从深层次看，专业能力不足、无力应对庇护所发展中出现的各类问题，无法为受暴者提供有效服务，是制约庇

护所发展的关键。

从专业能力角度看，有一个“责任洼地”问题。在对民政职能的描述中，喜欢用“兜底”的概念，它是体制内社会保障的最后一道防线，这个底如果兜不住或者兜不好就会使社会问题激化。从多机构合作反家暴机制的设计来看，任何机构都可以把案主转介到其他机构。但实践中，各个机构对社会性别的认识程度不一，处理家暴案件的态度参差不齐，同一个案件不同的警察、法官来处理可能会是两个不同的结果。从责任的角度，任何机构都可以把责任“转介”到庇护所，他们都有责任“下家”，唯独庇护所没有。只要案主住在庇护所，问题和责任都集中在庇护所，任何一个机构不作为都会影响到庇护所。

从“福利恐惧”角度看，受害者不去庇护所只是最表面的现象，背后有复杂的社会背景。“福利恐惧”更确切地说是机构工作人员对“无限责任”的恐惧。在基层工作实践中，往往倾向于注重“结果”，不重“过程”，甚至只看“结果”不问“过程”。安全领域尤其如此，庇护所出现任何人身意外都是不允许的。这给庇护所工作人员带来巨大压力。在没有解决这一问题之前，民政系统参与反家暴工作的积极性是受影响的。

再高一层是国家层面的。对受暴者进行救助需要财政的有力支持，注定了反家暴法的推进要小步快走，不太可能跨大步。所以我们对于反家暴工作的推进既要有合理的预期，又要有足够的耐心。

庇护所面临的问题不是庇护所自身能够解决的，需要从更高的层面上去关心和关注。

此外，多机构合作干预家庭暴力还缺少一个抓手，那就是专业技术支撑。现有的体系中，案主在多个机构之间流转，这个体系太复杂，在每个机构都要重复讲述自己的受暴过程，形成多次伤害。国际上通行的有效办法是在受害者和多机构之间引入社工介入，提供专业服务，构筑专业化家暴防控体系。

社工介入要解决的问题，一是专业化尝试，主要是在多个反家暴机构中设立社工岗位，运用社工专业化的手法开展服务。二是按照标准化的要求制定科学流程，上升为国家行业标准，减轻从业人员的“无限责任压力”。三是理论上突破，破解“机构福利恐惧”，让社会福利机构工作人员有一个阳光心态进行工作。四是项目化运作，江苏曾提出“项目民政”概念，以民政基础设施项目为基础，以满足家暴受害者的需要为前提，从民政行业发展的重点来筹划，整合社会各类资源，全面推进以项目为载体的基础设施、运作机制、管理制度、人才队伍。

从策略上看，民政部门参与反家暴工作不仅仅是依托救助站或福利院建立庇护所，更重要的是建立遍及多机构的社工体系，变受暴者在多机构之间往返奔波为受暴者社工服务档案在多机构社工中流转。只有这样，多机构合作预防和制止家庭暴力工作才有抓手，才能真正落到实处。

（作者系江苏省徐州市民政局工作人员）

从互联网透视反家暴法实施现状与问题

□ 王行娟

中国第一部反家暴法自 2016 年 3 月 1 日施行至今已半年有余，互联网上有关反家暴法实施的信息有 113 万多条，从中可归纳出以下特点：

法律初显成效。反家暴法实施两个月，深圳市处理家暴案件 20 宗，行政拘留 3 人，刑拘 2 人，逮捕 1 人，发告诫书 1 份，其他处理 35 人。有的地方如武汉、昆明反映，投诉家暴个案呈上升趋势。

据有关统计，反家暴法公布首日全国发出 5 份人身保护令。目前发出保护令比较多的有：福建泉州法院 22 份，南京 17 份。发出告诫书比较多的有：新疆伊宁 24 份，长沙 37 份。

人身保护令最受瞩目。大量的报道是各地首例保护令的发出，但随后“喜忧参半”“申请寥寥”的信息出现。表现在：

申请者少。广东省头两个月发出 12 份保护令，但以后申请的很少。北京市房山法院在 3 月 1 日当天发出首份保护令，事后启动 6 项措施推进工作，共处理家暴案件 71 件，但申请保护令的只有这 1 份。

裁定过严。湖州市长兴县 9 月 19 日发布的调研报告称，家庭暴力 51 件，法院裁定的保护令只有 2 份。海门市发生家暴警情 20 件，申请保护令 9 份，但一份都没有发出。主要是证据不足，无法形成证据链。

处罚措施未跟上。反家暴法规定，加害人实施家庭暴力构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。但是多地对违反保护令的处罚措施未跟上。

法院执行难。反家暴法规定，保护令的裁定和执行都由法院进行，公安机关予以协助。但很多时候法院难以负起执行职责，而由于法律条文对公安机关如何协助不够明确，有的公安机关接报警后发现已有保护令，即不予以处理。

庇护所门前冷落。在反家暴法实施后，有 13 个地区如柳州、合肥、泸州、潍坊、中山等地成立新庇护所。其中济南市力度最大，在 3 月 1 日反家暴法实施当日宣布启用，还出台反家暴法实施意见，庇护所设施一应俱全，提供心理和法律援助服务。但无论新建或原有庇护所普遍遇冷。济南市的庇护所成立 57 天，接 50 多个咨询电话，但无一人申请入住。

针对反家暴法实施中存在的问题，建议——

扩大保护令执行主体。很多专家多次呼吁人身保护令应明确由公安机关执行。因为，司法警察不具备执行人身权利类民事裁定职能，只有公安机关才能履行保护令的监督、出警、处罚等职责，建议最高法出台司法解释或最高法与公安部联合发布工作意见，将公安部门扩大为保护令执行主体。

解决婚姻法与反家暴法的衔接问题。由于婚姻法和反家暴法都没有明确提到实施家庭暴力一方没有权利抚养孩子，使得有的施暴者获得了孩子抚养权，并有藏匿、抢夺孩子的行为，受害母亲的权利受到损害。需要解决两部法律之间的衔接问题，明确施暴者不宜抚养孩子，并确认父母一方抢夺、藏匿孩子的行为属于家庭暴力。

（作者系北京红枫妇女心理咨询服务中心名誉理事长）

反家暴法执行中的重点难点探究（下）

2016-11-04　中国妇女报

反家庭暴力法有效实施的前提与关键

□ 李明舜

对反家庭暴力法的认同和信仰是做好实施的前提。

反家庭暴力法出台后，不同的人基于不同的立场和理念提出了不同的看法，这些不同的意见丰富了反家庭暴力理论研究，为全面、正确理解和实施反家庭暴力法提供了重要参考和理论依据。

由于反家庭暴力的理念和制度之间总会有不同，防治家庭暴力的制度对其理念的体现总有局限，当我们以反家庭暴力的先进理念衡量现有制度时，总会感到有很多不足。

反家庭暴力的先进理念既要指导反家庭暴力制度的制定，也要指导反家庭暴力制度的实施和落实，引导反家庭暴力制度的改变和完善。但与此同时，我们对反家庭暴力制度局限的固有性也必须有清醒的认识。反家庭暴力的理念较为单纯，而反家庭暴力制度却要权衡利弊，一个制度所要承载的思想和理念甚至是多重的，是多方利益的妥协。因此，我们在看到反家庭暴力法中某个制度的不足和缺陷时，不能简单地否定和指责，必须看到这些法律制度的确立所具有的合理性和正确性。

法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。因此，我们只有对反家庭暴力法确立内心的拥护和真诚的信仰，尊重反家庭暴力法的权威地位，做反家庭暴力法的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者，反家庭暴力法的实施才有了坚实的基础和前提。否则，脱离了这个基础和前提，我们就会否定反家庭暴力法应有的权威，我们就会失去反家庭暴力的基本依据和基本底气，反家庭暴力法的实施就会失去应有的动力，这对于反家庭暴力工作有害无益。

杜绝反家庭暴力法律资源的浪费，是全面落实的基本要求。

反家庭暴力法主要功能是以法律形式为反家庭暴力工作提供制度资源，反家庭暴力工作应当按照反家庭暴力法的制度要求来进行，两者高度匹配，供需平衡是理想状态。但反家庭暴力法的实施中，很多人感受更多的是反家庭暴力法规定不到位，制度不够用。

就反家庭暴力法提供的法律资源而言，不足之处确实存在：一是与国际标准相比，适用范围包括主体范围和行为方式上还不够广泛；二是一些制度的规定没有形成闭合系统，特别是有要求无后果的情况并不少见；三是有些法律规定不够具体，可操作性不强、刚性不够。

但与此同时，对反家庭暴力法律资源的浪费也比比皆是：一是对反家庭暴力法的基本原则认识不够，作用没有充分发挥；二是对很多反家庭暴力法条文规定的立法精神了解不够，甚至存在偏差致使该规定没有充分利用；三是执法、司法机构及人员对实施反家庭暴力法的消极态度影响了反家庭暴力法的有效实施。

针对这种情况，我认为，尽管反家庭暴力法对有些问题的规定还不是很完善，但反家庭暴力法作为国家立法机关制定的并已经生效的法律，其基本原则应在实施中得到全面贯彻，其立法精神和目的必须在实施中得到充分体现和实现；执法机关、司法机关更应当秉持有法必依、执法必严，把反家庭暴力进行到底的信念，有坚决贯彻落实反家庭暴力法的决心，那么反家庭暴力法律资源不足与浪费所造成的困难就会在千方百计想办法的过程中得到解决，反家庭暴力法的规定就能真正落到实处。

不忘初心，抓住重点是有效实施反家庭暴力法的关键。

众所周知，反家庭暴力法有其立法目的，反家庭暴力工作有其出发点和工作目标，而且反家庭暴力立法和工作都有其基本理念，这些内容构成了我们反家庭暴力的初心。不忘初心，就是反家庭暴力法的实施不能背离其立法目的和立法精神，每一个具体制度的理解和每一个措施的实施，都不能背离反家庭暴力法的基本原则和基本理念，不能在实施过程中改变了工作方向，模糊了关注焦点，脱离了反家庭暴力的既有轨道。

抓住重点、聚焦难点是有效实施反家庭暴力法的关键。抓住重点、聚焦难点，就是要抓住和聚焦反家庭暴力法确立的告诫、强制报告、撤销监护、人身安全保护令等重要制度，就是要抓住和聚焦公安机关、人民法院这些最重要的实施主体，就是要抓住和聚焦那些具有高度风险的重点家庭，就是要抓住和聚焦家庭暴力关系中施暴者这个主要方面，就是要抓住和聚焦处理具体家庭暴力案件的关键环节。

只要我们牢牢抓住这些重点和难点，并且能够确立先进的反家暴理念，能够对反家暴法规定进行整体全面的理解，能够始终对实施反家庭暴力法抱有积极的坚决的态度，那么反家庭暴力法的实施就一定会取得预期的法律效果和社会效果。

（作者系中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长）

城市化进程中家暴特点与防治

□ 汪懿

我所在辖区近几年实施以村民自治方式的动迁工作，预计未来数年内真正意义上的自然村落不复存在，取而代之的是以大家庭共居方式的农村宅基地被征收后家庭安置上楼，这不仅是居住方式的变化和家庭结构的变化，更意味着家庭矛盾的表现形式与内在冲突均呈现新的面貌。

家庭暴力的动因呈现复杂性。此前农村的家庭暴力以殴打伤害、威胁、遗弃等手段对受害人进行折磨，往往伴随的起因是夫妻关系不睦、性格不合、丈夫赌博酗酒等恶习的存在。动迁过程中的家庭暴力较前面原因外，往往目的性更强，更多以排斥女性获得拆迁的货币补偿为动因，以排斥女性获得拆迁安置利益为原动力。

这样的暴力并非基于丈夫、父母对妻子、子女的惩戒为目的，而是直接指向拆迁后不菲的经济利益。意图借助暴力方式使得女性离家、回娘家，意在家庭财产的独享，防止家庭、家族财产因此落入女性手中。

家庭暴力的施暴方式并不局限于丈夫这一家庭角色。我们在审理案件中发现，家暴的实施一方并不完全是丈夫，而是以丈夫为代表的男性整个家族参与、教唆、纵容。此类施暴并不存在循环、反复和矛盾关系的缓和，更不存在施暴者的愧疚、悔恨。

这一原因在于受害者往往是外地嫁到本市农村，或许取得户籍、生育子女，但受教育水平不高、获取财富能力极为有限，加之就业权益、社会保障权益缺失，不得不依附于男性家庭，有的女性仅仅靠男方家庭自建房屋的收益维持生活。在城市化进程中，外地女性嫁入本市遇到拆迁时，夫妻矛盾的男性一方的家庭成员，包括父母、兄弟姐妹均鼓励、纵容丈夫对妻子施暴，促使家庭分化瓦解，这一现象屡见不鲜。

基层社会防范治理较为乏力。城市化进程中，旧有的传统正在打破、新的秩序尚未建立。短期内家庭从贫穷走向富有，有的男性婚姻观念落后，借助殷实的家庭条件，包“二奶”、养情人，恣意妄为，稍不如意就对妻子实施暴力，动迁前暴力现象呈现受害人不告、邻居不理、基层组织不问的状态。动迁完毕后，旧有集体组织、自然村落消失，基层组织防范治理基本没有。

难点问题与解决建议：

第一，人身保护令的措施问题。人身保护令的立法包含四项内容，但我个人认为不应该排除以居所为令状保护对象的可能。居所在诉讼中表现为夫妻共同财产、家庭共同财产，但居所对于女性更多蕴含着基本生存需要的人身属性，应当允许法院以令状方式保证受害人居有定所，城市化进程中，应允许法院禁止施暴方对居所进行出租、出卖等处置行为。

第二，警员出庭制度的设计与适用。警员往往乐于提供出警记录、询问笔录、调解笔录，但极少警员能到庭接受法庭询问，还原事实真相。警员在干预家暴的现场不仅仅是制止暴力的发生，还要对施暴人进行教育、带离现场，提取证据、制作笔录等，但多数情况尚属于一种消极处理的调解者。改变这一现状必须鼓励、健全警员出庭制度，出庭意味着警员需要在法庭上面对法官和律师的提问，意味着警员对家庭暴力的干预不可能简单而消极，即便未有执法记录仪、书证的存在，但出庭警员能让法官和陪审员获得事实的真相，这有利于制止家庭暴力，也对警员介入、

保护令的实施等起到积极促进作用。

第三，离婚诉讼中涉及家庭暴力案件，法院初次受案判决离婚问题。离婚涉及的家暴问题，法官可能以证据不足、举证不能为由不予采信，驳回女性的离婚请求。应鼓励涉及家暴案件初次受案时法官依职权调取证据，对于家庭暴力客观存在应径行判决离婚，同时对涉家暴案件离婚被驳回后再次起诉，应充分考虑家庭暴力的新的情况、新的事实，降低 6 个月不准提出离婚诉讼的门槛。对于已经受理的离婚诉讼中，法院依法发出人身保护令后，原有案件因需要可以中止审理，让司法行为对家庭暴力的矫正、防治持续于整个离婚诉讼过程中，充分保障受害女性权益。

（作者系北京市海淀区人民法院山后法庭副庭长）

社工介入家暴要遵循社会工作价值观和实务原则

□ 李洪涛

在家暴干预和服务中，为促进反家暴法的实施，需要关注几个难点：

第一是熟人社会中如何做家暴干预？中国传统文化注重亲疏的区别，人依附于组织和社群。我们在推动反家暴法落实时，怎样做到既尊重个体的权利，又有效地利用社会资源？我认为从事直接服务的基层公检法司、妇联及社区等机构应该制定和遵守更加严格的家暴介入工作规则，如保密制度并让社会知晓。没有严格的保护个人隐私的工作制度和规范流程，难以使家暴受害人获得安全感和信任，家暴案件也不会浮出水面。

第二是在家暴案件中慎用调解。目前公检法司、社区等部门接到婚姻家庭案件后第一步是做调解，反家暴法也有这样的要求。家庭暴力和家庭纠纷不同，二者的区别是：发生原因，家庭纠纷通常由事件引发，家庭暴力可能是无缘由、找借口的；关系状态，纠纷双方比较平等，而家暴是加害人对精神和行为的控制；意愿表达，家庭纠纷表达比较自主，而家暴受害者是恐惧、不敢表达的；过程表现，家庭纠纷是偶发，可能有暴力但是程度较轻，家庭暴力常常是反复和循环的；行为后果，纠纷可能对情绪、心理有影响，家暴后果是身体和精神的伤害；介入方式，家庭纠纷是介入他们的关系问题，进行心理辅导，家庭暴力是法律问题，应由公权力部门干预。

对有暴力的家庭纠纷案件怎么处理？根据多年的项目实践，我总结出三点提示：第一，运用危险评估量表测试暴力是否偶发案件，是否属低危险。第二，施暴者要停止暴力、认错，才能进行调解。第三是受害人愿意接受调解。如果强势方不承认错误，弱势方又不敢开口，匆匆把他们召集在一起调解，弊大于利。

第三是工作目标的设定。处在多重困境中的家暴受害人的需求具有多样性、差异性、多层面和变化性等特点，尤其是对于受害人需求的不断变化，社工服务提供者应该有充分的理解，因为她们资源稀缺、受到多因素影响，比如对孩子的牵挂、加害人的威胁等等，只有真正了解家暴受害人的需求才能使服务到位。有数据表明，多数家暴受害人并不选择离婚，而如果服务提供者把工作目标设定为帮助她脱离暴力关系，协助她寻找有意义的人生，这个目标与受害人的需求是存在差异的。

社工在介入家暴案件时要遵循社会工作价值观和实务原则。我觉得重要的，一是全方位接纳受害人，了解她的意愿和现状，跟她讨论计划，接受她的反复和犹豫不决，耐心做陪伴者，促进她的改变；二是个别化，知道家暴有不同的类型，家暴受害人处境需求也有很大的不同，根据诸多的不同去设计运用不同的工作方案介入。

（作者系中华女子学院教授）

徐涤宇教授主题报告·2016 年会综述系列（八）

2016-11-10　中国民商法律网 中国民法学研究会

全文共 2546 字，阅读时间约 3 分钟

中国民法学研究会 2016 年年会由中国民法学研究会主办， 中南财经政法大学承办，于 2016 年 10 月 22-23 日在武汉中南财经政法大学举行。中国民商法律网会对近期会议讨论内容进行分类，陆续推出民法学年会综述，敬请持续关注后续内容。

2016 民法年会实录推送预告

10 月 31 日 2016 年会综述系列（一）：民法总则立法争议问题·宏观

11 月 1 日民事主体丨民法总则立法争议问题·2016 年会综述系列（二）

11 月 2 日民事主体&客体 丨民法总则立法争议问题·2016 年会综述系列（三）法律行为&代理&时效丨民法总则立法争议问题·2016 年会综述系列（四）

11 月 4 日债与合同 丨 王利明教授主题报告·2016 年会综述系列（五）

债与合同 | 民法典各分编立法争议问题·2016年会综述系列（五）
债与合同 | 司法实务对民法理论的发展·2016年会综述系列（五）
11月6日物权 | 崔建远教授主题报告·2016年会综述系列（六）
物权 | 民法典各分编立法争议问题·2016年会综述系列（六）
物权 | 司法实务对民法理论的发展·2016年会综述系列（六）
11月8日侵权法 | 谭启平教授主题报告·2016年会综述系列（七）
侵权法 | 民法典各分编立法争议问题·2016年会综述系列（七）
侵权法及其他 | 司法实务对民法理论的发展·2016年会综述系列（七）
11月10日婚姻家庭 | 徐涤宇教授主题报告·2016年会综述系列（八）婚姻家庭及其他 | 民法典各分编立法争议问题·2016年会综述系列（八）

11月12日继承法 | 杨立新教授主题报告·2016年会综述系列（九）

中南财经政法大学法学院院长，教授，博士生导师，中国民商法律网授权学者徐涤宇报告：

尊敬的各位专家学者，大家上午好，因夏吟兰教授和龙翼飞教授因故不能出席，我受婚姻家庭编编纂小组的委托，就该编的编纂情况向大会作一个简短的报告。为避免组织意图和集体智慧被曲解、遗漏，我将坚持不脱稿的原则发言。我的报告主要分为两个部分：该编起草工作的进展状况和起草过程中的争论焦点。

婚姻家庭编的编纂是中国法学会民法典编纂项目中的一个子项目。该子项目由夏吟兰教授，龙翼飞教授和我担任牵头人，31位婚姻家庭法领域的专家学者共同参与。2016年7月9日，项目组在京召开了项目启动暨立法研讨会，确定了分工和工作日程。在2016年8月31日完成了资料收集，问题清单和修改思路整合工作。本月15日到16日，婚姻法研究会在京召开了2016年年会。与会代表围绕前期整理汇总的问题清单和修改思路进行了深入、热烈的讨论。目前项目小组正在进行条文及其理由的起草工作。预计下月26日至27日将在本校组织草案初稿研讨会。项目组预计在2017年1月前完成草案第二版的修改，形成最终的专家建议稿，提交中国法学会。

就本次起草过程中的论争焦点而言，我主要从立法价值目标选择，回应社会现实和具体制度设计三个方面来做一个一般性的客观描述。

首先，婚姻家庭编的相关争论集中表现为立法价值目标的争论。正如日本学者我妻荣先生所言，家庭关系是不宜于抽象化和概念化的一种关系。在这种意义上，立法技术上的构造在家庭法中仅具有次要的意义。不同于财产法，“伦理中心主义”是婚姻家庭编的基本特征。换句话说，主流的伦理道德观是家庭法的基石。这也是很多国家民法典实际上演进为财产法典或者采用人法、家庭法与财产法双轨立法模式的重要原因。毋庸置疑的是，婚姻家庭编的编纂应当以社会主义婚姻家庭观为基础，以建设平等、和睦、文明的婚姻家庭关系为目标。但是在这一大的理念基础之下，仍然存在相当大的争论空间。尤其是婚姻家庭编到底是偏向个人主义多一些还是偏向团体主义多一些这种争论。虽然多数学者赞成应当在诸多相互竞争的价值目标之间进行折衷，但到底折衷到那个程度仍然缺乏定论。例如，学界在夫妻形式平等和优先保护妇女利益这两项价值目标之间如何进行折衷仍然未能形成共识。如果不能厘定作为前提的价值理念，婚姻家庭编的编纂工作将陷入“无土之木，无水之源”的困境。一些重要的争论，尤其是法定夫妻财产制的选择，本质上都是价值理念的争论。但欣喜的是，参与编纂的专家学者在诸如优先保护儿童利益，国家保护婚姻和家庭，尊重和保护人权等价值目标上取得了共识。由于价值的不可实验性，我们在起草相关条文时究竟应当偏向于何种价值目标仍然是我们当下编纂工作所面临的巨大挑战。

其次，如何在法政策上回应社会现实，是婚姻家庭编面临的重要任务。从比较法的角度来看，家庭法的动荡程度远远高于民法典其他编。以德国为例，仅在1957年至2009年间，《德国民法典》中的家庭法部分就经历了22次重大修订，其他有着范式法典之美誉的民法典，如法国民法典、智利民法典等，其家庭法部分如今也是面目全非。再精美的立法技术也无法预见社会现实状况的巨大调整。从这种意义上说，我们的民法典编纂，尤其是婚姻家庭编的编纂，不仅仅是对既有法律规定和司法解释的汇编、重述和立法上的体系化梳理，它更需要在立法政策上回应已经变化的或正在变化的社会现实。民法典婚姻家庭编的本土特色必须以中国社会状况的变迁为基础。在本次编纂过程中，学者们讨论较多的社会现实问题包括但不限于：不断扩大化的非婚同居现象，留守儿童和空巢老人问题，代孕和非法人类辅助生殖子女现象的涌现，社会对于同性伴侣关系的接纳。要不要对这些现象进行私法上的调整以及如何调整，学界并未达成共识。事实上，由于目前实证调研的匮乏，对这些社会现实问题的具体状况我们仍然缺乏深入的了解。那么，是否应该通过此次民法典编纂的机会，在法政策上予以明确回应，考验着立法者的政治智慧、

价值判断能力和决断勇气。

最后，在具体制度设计方面，参与编纂的学者在该编的框架上取得了较大的共识，尤其是将收养法整体纳入，以及将司法解释的部分规定吸收进立法。值得一提的是，参与本编编纂的多数学者仍然坚持将监护的内容纳入本编而非由民法总则进行具体调整。事实上，由于我国婚姻家庭法无论是在实定法还是在学说上均长期游离于民法。如何科学回归是这次婚姻家庭编起草工作面临的重要任务。相当多的学者由于长期浸染在“家庭法伦理帝国主义”的环境中，对于接纳民法其他编的目标（如交易安全和市场效率）存在心理上的不适。婚姻家庭编的回归面临“教义学”改造的难题。我国婚姻家庭法长期存在重视价值宣教而疏于具体制度规定之弊病。这次编纂活动提供了修正这一弊病的机会。在具体制度规定上，编纂小组在以下方面取得了较大的共识：将编名确定为婚姻家庭编，增设一般规定（通则），适当修正基本原则，增加有关亲属的规定；恰当处理与从财产法中提炼出来的民法总则的关系；根据社会变迁和科学发展，从法政策的角度适度调整结婚条件，适当降低婚龄；改革离婚标准和程序，强化对婚姻住所的保护，适度放松对军婚的保护，增设认定亲子身份的规定，引入父母照顾或类似概念以区别于监护，将代孕和非法人类辅助生殖的子女纳入私法的调整范围，根据现行计划生育政策调整收养条件，增设不完全收养。分歧较大的问题主要集中在无效婚姻和可撤销婚姻的单双轨制的选择、法定夫妻财产制的重构或者改革以及非婚同居和同性伴侣关系的保护方面。根据本次民法典编纂“不宜推倒重来，也不宜照单全收”的指导思想，将这些存在较大分歧的制度纳入存在较大的困难。

综上，在当今社会，不同的社会群体对于婚姻家庭存在不同的利益诉求，婚姻家庭法正是在不断回应这些诉求中得以更新调整。但正如习近平总书记在 2015 年春节团拜会上发表重要讲话时所强调的那样，家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。我们的婚姻家庭编起草编纂工作一方面必须回应社会生活形态多样化的事实，另外一方面必须坚持社会主义核心价值观，将家庭和睦作为家庭法的整体编纂目标，全面体现法德共治的思想。与此同时，我们还必须注重婚姻家庭编立法的科学性、前瞻性和可操作性。这样才能真正编纂出既具有中国特色，又能屹立于 21 世纪法律之林的民法典婚姻家庭编。

但愿以上报告能起到抛砖引玉的作用，供各位专家学者讨论批评。谢谢大家！

（以上整理的发言稿未经发言人本人审阅）

2016 年法律实务专场暨“少年审判与家事审判的关系”专题研讨会召开

2016-11-14 东方网 常怡蓉 林需需

11 月 13 日上午，由上海市社会科学界联合会、上海市法学会主办，上海市法学会未成年人法研究会、上海政法学院全国青少年犯罪与司法研究及服务中心承办的 2016 年法律实务专场暨“少年审判与家事审判的关系”专题研讨会在华夏宾馆召开。

上海市法学会专职副会长施基雄到会指导。最高人民法院研究室副主任周加海、福建省高级人民法院正处级审判员林常茵、福建省莆田市涵江区人民法院副院长林坤、北京市第一中级人民法院未成年人审判庭庭长李纪红、普陀区人民法院少年审判庭庭长金红、华东政法大学教授许莉、江苏省江阴市检察院未检科科长陈春来等特邀专家应邀出席。上海市社联研究部领导、上海市法学会研究部副主任张志军等领导与会指导，上海市法学会未成年人法研究会的成员等五十余人参加了本次法律实务专场。

自 1984 年 10 月至今，中国大陆少年法庭从创立、探索到创新和发展，经历了三十多个不平凡的春秋。三十二年来，少年法庭从无到有、从少到多，逐步发展，现已发展成为人民法院的重要审判机构。随着经济社会的变化，特别是司法改革的推进和最高人民法院提出积极推进家事审判方式和工作机制改革，如何处理少年审判与家事审判的关系以及少年法庭的未来应当如何发展定位等问题急需理论的回应。与会代表围绕“少年审判与家事审判的关系”、“少年审判的未来发展与定位”两个主题展开研讨。上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市禁毒办主任王石平主持了本次研讨会的开幕式环节，上海市法学会专职副会长施基雄作致辞。

上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市民办教育发展基金会秘书长杨永明主持了“少年审判与家事审判的关系”环节，上海市普陀区人民法院少年审判庭庭长金红，福建省莆田市涵江区人民法院副院长林坤，北京市一中院未成年人综合审判庭副庭长李纪红，上海市法学会未成年人法研究会副秘书长、华东政法大学《青少年犯罪问题》编辑作等分别围绕“当前少年审判的现状分析”、“家事审判改革的实践状况”、“家事审判改革对少年法庭的影响”、“家事审判与少年审判的差异及关系定位”等做了主题发言。华东政法大学许莉教授，上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市教委青保处处长朱坚进行了专家点评。

在“少年审判的未来发展与定位”环节，上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市妇联副主席刘琪主持该环节。福建省高级人民法院正处级审判员林常茵作了“为什么少年法庭始终无法摆脱生存危机：一位资深法官的思考”的主题发言，上海市法学会未成年人法研究会常务理事、上海长宁区人民法院副院长秦明华作了“当前少年审判所面临的主要困境”主题发言，上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市高级人民法院少年法庭庭长朱妙作了“少年法庭受案范围的思考：一个根基性的问题”的主题发言，上海市法学会未成年人法研究会副会长、上海市检察院三分院专委樊荣庆作了“关于少年法庭未来发展的建议：检察机关的视角”的主题发言，上海市法学会未成年人法研究会常务理事、华东理工大学社会学系主任、博导范斌教授，上海市法学会未成年人法研究会名誉会长、华东政法大学功勋教授徐建老师进行了精彩的专家点评，将会议氛围推上高潮。

上海市法学会未成年人法研究会副会长、市政府妇儿工委办公室常务副主任田熊主持了研讨会学术总结环节，最高人民法院研究室副主任周加海立足实际谈到了少年审判与家事审判实践上的困境，并提出了切实可行的解决方案，上海市法学会未成年人法研究会会长、上海政法学院刑事司法学院院长、教授、博导，团中央权益部副部长姚建龙在大少审与大家事的背景下提出了“理念相通，程序相近，资源共享，相对独立”的十六字方针，为研讨会画上了圆满的句号。

无处可归：村庄拆迁改造中破碎的家庭与失去的家园丨文化纵横

2016-11-16 《文化纵横》2016 年 10 月号纸刊 北京大学社会学系 孙超

在中国，征地拆迁是长期以来的悲情话题，在文中所呈现的小村，拆迁更是带来了一种十分悖谬的局面。巨额补偿款引发了家庭成员间普遍的彼此争夺和猜忌，房屋的货币化带来的财产分配问题，更是导致了父子、兄弟间关系的崩解。而为了守护家园，守护子孙后代，面对拆迁，老年人成为了最坚决的抗争群体，而拆迁带来的代际关系倾斜和权力的过早转移，又使老人注定成为这场抗争中最大的牺牲者。

▌导言

近年来，与集体土地尤其是宅基地相关的征收拆迁成为全国范围的热点问题；拆迁过程中不断出现的暴力冲突引起社会各界的广泛关注。昆明作为西南地区重要的省会城市也不例外，前市委书记仇和从 2007 年底开始强力推行大规模城市化的政策，昆明进入“仇和造城”时期。其主要目标之一便是对昆明市区及其周边的大量村庄进行改造，笔者调查的村庄——小村也被纳入了改造范围之中。

由于靠近昆明市区，从 2003 年到 2008 年，小村的 2000 余亩耕地被全部征收。其间，自 2005 年起，小村村委会为了保障村民的长远生计，决定在预留安置用地上修建一座统一规划的新村，随后 500 多户村民批得了新村的宅基地。到 2009 年秋，新村基本修建完成，新村楼房的底层统一建成商铺，顶层或最高两层村民自住，其余都租给外来人。小村之前的宅基地区从此被称为“老村”。

小村的地理位置

2010 年春，小村被纳入昆明市城中村改造范围。按照政府规划，整个村庄将在未来变成商业区，全村两千余人

则会被集中安置在几栋三十多层高的回迁房中。尽管村干部们迅速表态支持拆迁，但大部分村民们却对改造活动进行了强烈的抵制。到 2010 年 7 月底，由于媒体的介入，拆迁活动暂时中止。此后该村一直处于一种“地位未定”的状态：一方面，村庄仍在政府的改造范围之内，另一方面，公开激烈的拆迁动员基本停止。

从 2010 年底到 2011 年冬，笔者先后三次前往该村，进行了共计五个多月的田野调查，发现这场已陷入僵局的城中村改造在使老年人生存处境大为恶化的同时改变了村庄的家庭和代际关系，其影响之深远远远超出了拆迁活动本身。

▌“代签”与村民家庭关系的崩解

“你看看黄富就知道了，老两位都让逼得上吊去了。”村民用这样极端的例子诉说着拆迁对村内老人带来的影响。

他们提到的黄富共有二子二女，长子黄大育曾当过村主任，当时虽已下台，但仍对村庄有一定的影响力。小儿子黄小育则是村里公认的“烂人”。据说他平日会拿着把匕首在村里转来转去，看谁不顺眼、容易欺负就上去骂几句，村民对他唯恐避之而不及。2009 年黄富立下分家协议，把自己的两处房子都分给了小儿子。2010 年 5 月，黄小育加入拆迁办，之后不久，黄富的两处房子便被他签给了拆迁方，拿到大笔补偿款的黄小育从此离开村庄，直到田野结束时都再没出现过。黄富是直到拆迁办给他所住的房子喷“拆”字时才知道了小儿子签字的事，他坚决不同意拆迁方入户测绘，并很快拿着准备上吊用的绳子到拆迁办大闹了一番。

这种家庭成员未经户主同意便与拆迁办就户主名下房屋签订《拆迁补偿安置协议》并取得补偿款的行为被村民称为“代签”。在整个小村拆迁中，此类事情并不少见，而且其中绝大部分都是成年儿子“代签”父母的房子。这其中有很多值得探究的问题：绝大部分父母为什么最终都默认了儿子的“代签”？儿子为什么要背着父母签字？拆迁办为什么会承认“代签”协议的有效性？

分析了大量“代签”事件后笔者发现，“分家协议”在其中具有相当重要的意义。即使是“代签”，儿子也会严格遵守分家时划定的财产范围，他们签订协议的房屋都是理论上父母过世后将归其所有的部分。黄富家的情况也是如此，2009 年的“分家协议”里明确写到“黄富将祖上遗留老草房一间一耳包括内外空地”和“瓦房两间一耳分给黄小育使用和处理”。在子辈们看来，“代签”只是对父母财产的“提前继承”。

“代签”的另外一种情况是根本没有分家协议，父母只有成年独子。此时所有财产原则上都将归独子一人继承，儿子“代签”所受的约束也更小。小村“五代表”之一的马大爹便遇到了这种情况。

马大爹家在村史上赫赫有名，他的曾祖马会是解放前的小村“五会长”之一。2007 年前后，马大爹的儿子一家搬去新村。开始拆迁后不久，马大爹的儿子背着父亲把祖上传下来的老宅子签给了拆迁办，直到村干部到处说“莫听他的，他自己的房子都已经签了”马大爹才知道这事。就在黄富大闹拆迁办后几天，马大爹带着户口本、身份证和土改时颁发给他家的房产证也闹到了拆迁办领导那里：“我是户主，我的房子除了我之外，任何人签字都不算数，就是我儿子也不行！你们要是随便给签，我就要去法院告！”

马大爹在跟讲述他家的“代签”时，不断强调国家法律中的相关条款，“按照《继承法》，等我死了，这房子才能归儿子，只要我还在，这房子就不该他继承。”之后又特别讲了一则新闻，大意是昆明一个老人在临死时写了遗嘱，把房子留给多年来悉心照顾他的保姆，而不是一直对他不闻不问的儿子，后来儿子把保姆告上法院，法院却判遗嘱有效。在马大爹看来，不但拆迁办“不管谁住着，只要儿子去签字就给签”的行为完全违法，就是黄富拿根绳子寻死觅活的事也是不懂法律的体现。马大爹的说法完全是从现代法律的个体主义原则出发评判“代签”，这一点和拆迁办“未受委托不得代他人签字”的规定相吻合。

不过这条原则并没有得到村民的普遍认可。在谈到“代签”问题时，绝大多数村民都认为“既然分给儿子了，就是人家的，愿意什么时候签都是人家说了算。”即使是黄富这样以死相逼不让拆房子的人也并没有对“代签”本身提出质疑，他更多的是从自己的生存处境出发解释自己的行为：“我跟他们说你们不能拆，拆了我住哪去？拆迁办也是共产党领导的，你不能不顾老百姓的死活！”

相对于马大爹的看法，村民们似乎更多地还是延续着“父子一体”的传统观念，财产被认为是归属于某个家庭（即使已经分了家）而非单独的个人；因此即使父母还没有过世，儿子依然拥有处置分家协议中划归自己的家庭财产的权力。只不过以往的研究者更多地强调父亲在家庭财产处分上的决定权，而笔者在村庄中看到的则刚好相反，子辈在这一问题上具有极大的发言权，甚至到了可以不经过父辈同意便做出决定的程度。不过无论彼此权力如何消长，这种以家庭为单位的财产所有观念本身却没有遭到质疑。

换一个角度看，从第一次分家（长子成家）到父母完全丧失自理能力彻底分家之间其实是家庭财产归属的过渡期，成年子女分家时没有带走的大家庭财产此时处于一种未来归子女所有和此时归父母支配的模糊状态，房子尤其如此。拆迁的出现迫使村民将这一模糊地带从产权意义上清晰化，于是才会产生“提前继承”这种看似不合法理事实上却被普遍接受的现象。

与财产归属清晰化同时发生的是家庭成员间情感的淡漠，一旦产权变得清晰起来，原本维持那种模糊但稳定的财产状态的温情脉脉的东西便显得不再重要了。因此村庄绝大多数遭遇“代签”的父母最终选择了隐忍和退让，希望以此维持已经开始遭到破坏的家庭关系。

即使是接受了现代法律观念的马大爹，虽一度打算联合其他有相同遭遇的老人起诉拆迁办，但最终还是不了了之。因为当他找到儿子，质问“代签”房子的事时，“儿子说怕我顶到最后吃亏才偷偷签的，他说他现在也后悔了，我就闷了嘴了。真个去起诉还不是要把他扯出来，算了。”

黄富则是另一个极端，拆迁给他的家庭关系带来了极端恶劣的影响，父子关系完全崩解。黄富老两口住在新房里，黄小育则住在父母的旧房子中，不过他很快在老村批得了一块自己的宅基地，并用父母的钱盖起了房子。没过多久，已经有了房子的黄小育将黄富夫妻赶到旧房子，准备把父母本来居住的房子租出去。黄富因此与小儿子起了争执，却被黄小育直直推倒在路边的水沟里。黄富形容小儿子甚至“抡着铁锹，准备要我的老命”，最终是在路过村民的劝阻下才作罢。“让自己的儿子打，在我家村子算是已经没脸了”，黄富在村民提点下，决定去法院起诉次子。黄小育在收到传票后拿着刀找到黄富，逼他撤诉，说不撤的话，就要取黄富、黄大育和黄大育的儿子三条人命。迫不得已的黄富撤下讼状，并立了书面协议将两处房屋和所有财产都分给黄小育。此后黄富老两口只得一直住在旧房子里，平时靠女儿的接济过活，直到拆迁。在访谈中，不同于其他村民，黄富十分主动地向我展示他被迫撤回的起诉书和被逼签字的分家协议，因为完全和儿子闹翻，他不断强调自己“已经是没脸的人了”，也只有在这他种家庭情况下，父母才会撕破脸皮去追究儿子的“代签”。

新村 409 名村民曾在 5 月底联名寄上访信给国务院，要求停止拆迁。经过层层文函往复，拆迁办在 7 月底被要求对此事件向上级进行书面汇报。按照拆迁办的统计汇报，联名者中有 21 户已经转变态度签订《拆迁安置补偿协议》，其用意在于说明“联名信的内容并不一定是小村广大村民意愿的真实反映”。不过从他们对这 21 个签字者的情况说明中，笔者却吃惊地发现只有 9 个是由本人签字，其他 12 人都是其他家庭成员代为签字。而且 12 人中只有 2 个被标为“户主”，这意味着剩下的 10 户很有可能都是由非户主的家庭成员“代签”房屋。考虑到老村的签字率要远远高于新村，“代签”问题在老村无疑更为严重。

“代签”现象的普遍出现是有拆迁的现实情况所导致，但实质上，它更是巨额补偿款的诱惑，不算成功的家庭教育和长期个体化趋势合力之结果。拆迁在村民家庭中引发的“代签”风波，对村民的家庭关系形成了巨大考验，而且一旦走到这一步，不管最终如何处理，家庭成员间的亲密关系事实上已经被难以挽回地破坏了。

▌补偿款与村民家庭矛盾的升级

征地拆迁在全国范围内已成为一个负面词汇，每每出现必无好事。但就小村的例子看，对老村的拆迁对部分村民来说，确实起到了提供一个提高生活水平、改变生活方式的机会。因此村民们从一开始着力反对的也是某些具体的拆迁政策（如何拆迁）而非拆迁行为本身（要不要拆迁）。

初入田野时，笔者将村民的反抗理解为对补偿标准的不满，“赔得越多越好”。但随着访谈的深入，笔者发现对具体的家庭来说，实际上是“不患寡而患不均”；村庄家庭矛盾的产生大半不是因为补偿标准太低，而是由于家庭成员无法就巨额补偿款的“公平”分配达成一致意见。在某些家庭中，拆迁带来的巨额资金加剧了家庭成员间的矛盾分歧。

马义家的情况较具代表性。马义家原本的分家情况是，大儿子住自己建的新房及获得马义给的 4000 元补偿，二儿子住在马义新买的一套房，老宅子归三儿子，马义自己住在一套砖房。

开始拆迁后不久，马义的儿子和儿媳们就围绕老两口所住那处房子的归属发生冲突：大儿媳认为公公事实上一共有三处房子，老二和老三已经各得一处，剩下的这个应该给她家；小儿子认为老人以后要由他赡养，因此二老所住的房子应当归他；二儿子则提出把老房子签了，三家平分补偿款。马义大概还是倾向于把房子给老三，只是说“先量两边，正屋留着；我们晚上去新村，白天还是在老房子待着。”二儿子知道部分老房子被量的事后，登门要求马义将房子天井旁的一块狭长空地量给他，并保证如果获准则以后不再掺和老房子的事，因而由此得到了大约六万元的补偿款。大儿媳妇得知老二也量了一部分房子后异常愤怒，从那时起，她每隔两、三天就会登门吵闹一番，要求

老两口把剩下的所有面积给他家，并要老二家交出六万块钱由三家平分，否则“别看只是几万块钱，为了这点钱，拼了一条命也值得！”。

可以看出马义家的家庭财产纠纷与拆迁有着密切的关系。拆迁使得以往无人在意的老房子变得奇货可居，因而使此前的分配方案显得有失公平。但这不仅仅是重新调整分家协议就能解决的。马义的困境在于，随着房子意外地变成巨额补偿款后，能够为几个儿子共同接受的“公正”事实上已经不存在了。因为急速的增值已经超出了原本协议可保证的公平，在村民生活经验所及的范围内又没有什么相同情况下的先例可循，于是当拆迁打破了原本的均衡，家庭内部的纷争变得不可避免。

其实，假如遭遇拆迁的村民如果能足够“现代”，能够将分家时得钱或得房视为一种风险投资，或者他们仍相当“迷信”，将这种意外的“相对损失”归结于冥冥中注定的命数，那么这一问题倒都还可以解决。但麻烦的是，包括马义一家在内的大部分村民，既不愿意承认自己应当对这一损失承担某些责任，又一定要在现实之中找到一个具体的使其“吃亏”的元凶，于是这类各执一词又无法裁断的糊涂账大多变成了家庭中积年累月的吵闹咒骂，甚至家庭成员间的拳脚相向和更严重的家庭暴力，就像马义儿媳妇所说：“拼了一条命也值得！”。

与“代签”相比，拆迁导致的财产分配“不公”并不算普遍。但村民也都承认，补偿款的诱惑使得村庄家庭成员间的关系比以前脆弱得多：每个人都开始敏感地紧盯着房子的归属，一些以往不大可能引起注意的细节在拆迁之后都有可能变成巨大纠纷的导火索；为了得到房子，有的人甚至开始挑战长久以来的财产继承原则，用村里老人常常感叹的话说：“拆迁动着经济了，社员都变复杂了，村子也乱了。”

▌房屋与老人

在与村干部的交谈中，他们几乎一致认为政府推行拆迁力度过大和村民思想转变过慢是导致小村拆迁困局的最主要矛盾。而他们所说的思想转变过慢，是指“老百姓没有商品经济观念，思想上转不过弯，就觉得房子和地好。现在都搞市场了，房子跟补偿就是一回事，他们不认这个，就要房子。”村干部的解释在某种程度上可以看作是对农民心态的文化解读。不过随着时间的推移，我越来越觉得这种说法似是而非，因为不少村民，尤其是中老年人的确对土地和房屋表现出执着的依恋，但这种依恋并不能简单地归结为某种不可还原的情结或心态，相反，其更多地应当被视为一种可以在现实中寻找到具体表现形式的生活方式。

要了解拆迁对村民生活方式的影响，最直接的办法便是观察对此最为敏感的老年人群体。

2011 年 10 月 2 日清晨，十多个村中的老年人聚集到了离村口不远处的废墟旁聊天，刘述戎看到一条整版刊登的新闻，大概内容是说同在滇池边的福海村前段时间被拆迁，失去房子的村庄老人变得无处可归，因为村外“房主嫌老人年纪大了或者体弱多病，觉得老人在租房期间在自家房子里去世会不吉利，拒绝老人们租房。”于是几十个老人不得不回到已成废墟的村子，栖身于猪圈、柴房之中。刘述戎把这条消息拿给周围的老人看，大家倒是没有太惊讶，附和到：“是的嘛，搬出去咋个整！”对小村的老年人来说，这类消息实在已是司空见惯了。小村的村民在 2011 年 5 月的一份材料中就明确提到“60 岁以上老人，一般户主都不愿意出租，怕老人病亡在屋内”。在拆迁开始后的一年半中，小村就有三四个签字搬出村子的老人在病重时被房主赶出，这些老人最终只能被家人送回已经废弃的村子，在破房子（有的甚至只有临时搭起的窝棚）里凄惶去世。

但总的来说，和其他遭遇拆迁改造的滇池沿岸村庄相比，在小村，拆迁带来老人去世现象虽然存在，但并不是十分突出。对老年人影响更大的是搬出老村之后的生活问题。

搬出老村的老年人有两种去向，大部分搬去新村和负责赡养他们的子女同住，少部分老人的子女把新房子也签了，便全家搬到村外去住。这两种情况下老人的生活状态有所不同，总的来说，完全搬出村子的老人的不适感更强。

笔者在 2011 年底对仍居住在老村的老年人进行了调查，有 57 户，共计 97 位老人明确表示不管“给多少钱都不让房子”，“不挨儿子住”，宁愿自己在老村单过；这在仍居于老村的老人中占有很高比例。在那次调查中，不断有老人闻讯从新村跑来找我，让我把他们“挂上”（登记上），同时表示“新村不好在（不舒服），老房子是签了，但还没拆，我想扫出一、两间，还是回来住。”在问到“为什么不愿搬出老村”或者“为什么又想回老房子”时，老人们的回答十分零碎：“吃不惯”、“爬不动”、“处不好”，或者干脆笼统地说“不方便”。后来试图重新理解这些难以归纳的理由时，笔者发现，这些看似琐碎的事情其实已构成了老人日常生活的全部。

作为老人们经常提到的一个理由，“吃不惯”其实包含了更多的含义。一方面，与“牙口好，吃得硬”的子女相比，老人大多只能吃些较软的食物。大概正是因为这一点，昆明虽然是传统的稻作区，但小村老人们倒是经常吃面食。另一方面，老人们一般睡眠少、起得早，因此他们大多一天吃三顿饭——七、八点吃早饭，十二点吃午饭，下午六点多吃晚饭。而村里无所事事的年轻人则不同，由于晚睡晚起，他们每天上午十、十一点吃中饭，四、五点吃下午饭，晚上十点左右补一顿宵夜。由于吃饭时间不同，搬去和子女住的老人要么改变自己的饮食甚至作息习惯，要么就只能“每天早饭么，就把儿子头天的剩饭热热，中午么赶早一点跟他们一块吃，晚上再热剩饭吃。”

新村的居住结构无疑更加大了老人在饮食上的不便。由于房屋要用来出租，绝大多数住进新村的老人只分到一两间房子做卧室，没有单独的厨房，不得不和子女“伙着吃”。即使获准使用子女的厨房，大部分老人也完全不知道应该如何操作那些“先进”的煤气、电力炊具。比如田碧兰老伴的胃病很严重，吃饭见不得“大料”（葱、姜、蒜等刺激性调料），每天还要喝中药。据田碧兰说，开始拆迁后，有次区领导来小村“下访”，她抱着给老伴熬中药的瓷罐跪在区领导面前说：“我是有四十年党龄的老党员，组织要拆迁，按说应该带头；可要把老房子拆了，老倌的病咋个办？”区领导并不清楚她家的情况，弄不清拆迁和熬药有什么关系，因此把她看成是在“胡搅蛮缠”，跪求最终没产生什么效果。但“熬药”这种看似不成问题的问题恰恰表明了拆迁对老人生活方式的改变是何等剧烈。对田碧兰来说，老房子已经和她老伴的病情，和她每天的生活作息，甚至和如何寻找木柴、如何生火熬药，如何让老伴晒太阳等等问题联系在了一起。拆迁看上去改变的只是一个居住地点，但她却需要因此重新安排自己的全部生活，这种改变显然已经大到七十多岁的田碧兰无法承受的地步。

老人们所说的“爬不动”也与新村的特点有关。平均 6 层左右高的新房子中村民自住的只有顶层或者最上两层（其他楼层用来出租）。这样的居住格局给老人的出入带来极大不便，大部分老人根本没有体力每天在五、六层的楼房里上上下下。刘杰的母亲有八十多岁，被村民公认为身体矍铄的老人，能不用人搀扶，自己抓着楼梯爬上儿子六层高的新房子。但即使这样，刘杰妈也只是一、两个月去一次而已，因为“儿子经常喊，不去不好”。大部分老人没有她这么好的身体，笔者在一户村民的新房子顶层吃饭时，该村民的一个长辈也被邀请到场。但这位老人只能坐在椅子里被儿孙们抬着上楼。

“爬不动”的直接结果是老人尽量减少自己的出门次数。出门次数减少事实上使得老人不得不告别以往那种整天走家串户的生活，转而学习对着电视混日子或者在发呆中打发时间。仍然居住在老村的老人们每天除了吃饭，大部分时间都是在村里转来转去。从大清早起，老头们就会在几个固定的地点聚集起来打牌、“吹牛”；午饭之后又会去打麻将、看花灯、抽水烟。老奶奶们上午基本是在农贸市场附近，一边买菜一边与碰到的熟人“款款”，下午则大都带着一堆做“皮鞯踏”（皮凉鞋）的材料，聚集在不同的村民家里聊天做鞋。总之，住在老村的老年人虽然不再种地，但仍过着长久以来的村庄公共生活。而一旦搬去新村，“爬不动”的问题将使他们不得不减少与其他村民的交流次数。

除上述缘由外，马大爹在解释老人为什么不愿搬走时总结说“有的相处不融洽，有的积怨已深不容易解决。”这种“家庭内摩擦”用村民的话说就是“处不拢嗄，处得拢当初就不用分家了。你望望，村里可有哪家没分家？不住在一起大家都好，住一块了，三五个月就要出事，还是老早分开好。”日常生活的复杂和琐碎使得同在一个屋檐下的家庭成员不可避免地要发生摩擦，因此普遍存在的子女成年即分家（包括分房、分灶、分财）恰恰是为了最大限度地避免两个家庭间的冲突与纠纷。小村长期以来也是如此，除非老人完全不能自理，否则一般不会与成年子女同处一室。但对老村的拆迁却迫使老人与子女合住，这些家庭由此产生了前所未有的内部纠纷。

2011 年冬回访时，笔者得知陈招富的老伴刚刚过世。在之前的田野中，就曾和这个六十多岁的老奶奶有过多次交谈，当时并未发现她有什么疾病症状，后来从陈招富本人和其他村民那里凑全了事情的大概经过：陈招富的老房子在开始拆迁后不久就被两个儿子签了。按照之前的协议，老两口由小儿子赡养。在第一次田野调查时，陈招富和老伴已经搬到小儿子的新房住，不过陈的老伴每天得自己掏钱给小儿子家买菜做饭。半年后，小儿子认为当初分家的时候并没有拿到什么特别的好处，而且“只说要管吃喝，没说要管住”，又觉得陈招富有私心，没有把钱全都拿出来分，所以对老两口颇多怨言。同时，陈的大儿子认为老两口成天和弟弟住在一块，“肯定偷偷给小的好处了”，于是逼老两口做财产公证，“现在有多少钱都拿出来平分，以后老倌的工资也要平分。”陈招富老伴去世前的一段时间，两个儿子几乎天天登门，要老两口拿钱出来分。用陈招富的话说：“我们就跟面一样，让他们捏来捏去。”事情的导火索源于一顿饭，那天陈的老伴买了些熟羊肉，二儿子看到后指责她不会过日子，“买肉怎么不顺便要些

汤？”老奶奶便又拿着大铁锅去农贸市场要羊肉汤，等她抱着铁锅上楼时，听到二儿子正对陈招富说“只要你们肯搬走，莫说 20 万，200 万我都愿意掏！”陈招富的老伴听到这话，气昏过去并摔下楼梯，随后被送往医院。因为没有查出特别的病症，陈的老伴一周后出院，不过回家仅仅十来天后，老奶奶便在二儿子家中郁郁而终了。

村民事后普遍认为，陈招富的老伴是“给儿子活活气死的”，“要是莫签那点老房子，人还不会死”。当然，陈招富老伴的去世归根到底是源于家庭成员的彼此猜忌和由此带来的两个儿子对家产的激烈争夺。但毫无疑问，失去老房子、住进新村使得老两口再也无法用回避的方式缓和冲突，而日常生活中的频繁接触则增加了事态激化的可能性。

村民在谈到陈招富老伴时，往往将其与村中同时发生且情况相似的另一桩事，孔光老两口子做对比。六十多岁的孔光夫妇在搬去新村和儿子同住时坚持“先莫签老房子”。几个月后，孔光老两口与儿媳关系破裂；但由于仍有容身之地，他们及时搬回了老村，从而避免了陈招富老伴那样的不幸。这种对生活本身的改变所带来的苦痛其实发生在每个被拆迁村民身上，只不过在老人那里体现得最为明显罢了。这种苦痛虽然深切而具体，但在完全以市场语言进行的拆迁中却无法得到任何补偿，甚至根本不被考虑，最终只能由每个个体及其家庭默默承受。

更进一步看，拆迁的到来其实人为地提前了成年村民对父母财产的彻底分配。根据学者的研究，中国家庭的财产分割不是一次完成的，而是自长子成家后多次进行的，最终在老人失去自理能力的濒死期完成。拆迁在对老人财产进行彻底分配的同时，也使这些仍具有自理能力的老人被迫进入濒死期，他们搬出老村后表现出的强烈不适正是这两个完全不同的人生阶段间巨大反差的体现。但政府在以拆迁强行改变村庄固有养老模式的同时又拒绝承担因此导致的老人问题，这无疑在加剧家庭冲突的同时恶化了老人的生存处境。

▌客堂与抗争

笔者在田野中发现，小村不同年龄群体在抗争活动中的参与度存在明显差异。大概可以以 30 岁和 55 岁作为两个分界点，将 2010 年，村民可分为青年人、中年人和老年人三类。其中，青年人的参与程度最低，无论是与拆迁方发生的正面冲突还是村民自己召开的群众大会，他们都极少参加。与之相反，老年人一直积极地从事抗争活动，到我做田野时，他们已经成了小村抵抗拆迁的主力。中年人的参与情况则介于前两者之间。

老年人异常坚定的抗争态度部分可以归因于拆迁对他们的影响最为剧烈，但事实上，老人依然保持着、或至少是在习惯性地履行着某种“村庄守护者”的角色，这使得他们会在小村面对外来威胁时挺身而出捍卫“家园”。更进一步说，老年人的存在对脱离农业的小村在拆迁的巨大冲击下仍能基本维持共同体形态有极大的意义。与其他村民相比，老人通过小村“圣神之地”——客堂实现了对村庄人际关系的传递、成员矛盾的缓和及违规行为的惩罚，从而不断再生产着这个共同体。

小村的很多见闻让成长于的笔者颇感惊异，刚到村子不久，几乎所有与之聊天的人都能毫不费力地讲述其他任何村民的成长经历、家庭状况甚至奇闻轶事。于是笔者开始追究一个问题：村民如何学习、记忆关于村庄人际关系的海量信息？

经过观察，笔者认为在客堂举办的红白事请客是村民“村庄化”最为重要的途径。首先，小村请客相当频繁，平均不到一周就会有一次。其次，参加的村民相当多。一般“正客”会有五十桌左右，到场人数在四百以上。最后，吃席流程便于村民交流。客堂最主要的特点是空旷，几百个村民同时在一个大厅中吃饭，桌子之间隔的很近。这样虽然在吃饭时会显得很嘈杂，但却便于大家相互聊天和敬酒。同时，由于小村请客时习惯人到场了再做菜，所以大家在到达客堂和吃上饭菜之间还会有一个相当长的等待期。在这段时间里，村民会教小孩跟周围的人打招呼，如看到关系好的朋友或长辈亲戚，还会带着孩子去问好。坐下的村民并不闲着，他们往往紧盯着客堂大门或桌边的过道，一见有人经过便向周围的村民说到“唉，某某也来了”，或者“那不是某某么，咋个一向也不见？”然后周围村民开始对这个刚看到的村民议论不已，并相互拼凑一番此人的个人、家庭状况；这时如果有村民在某些信息上显得比较含混、甚至有舛误，那么旁边更为了解情况的人便会主动澄清这方面的内容，帮他补充更正相关信息。村民们关于某个到场者的讨论几乎会很快牵扯出其他很多人，于是相似的聊天方式会一直延续到请客结束。可以说，除了红白喜事本身的礼俗含义外，请客为成年村民大规模“共享”和“更新”自己的村庄个人家庭信息库提供了宝贵机会，同时也是儿童“村庄化”的重要场所。

此外特别值得指出的是新客堂（即之前的拆迁办大厅）本身发生的变化。2011 年 8 月之后，村民的请客地点由大寺转移到新客堂。与此同时，“五代表”和老人协会排除了村委会对客堂的控制，将其纳入自己的管理之下。与“圣神之地”的紧密结合强化了老人们守护小村的责任感和能力。除了请客外，村庄其他重要政治事件（村民大会、

与政府的谈判等）也开始转移到这里进行，老人管理下的客堂成了拆迁抗争活动的中心场所。另一方面，村民们从收回客堂起就对其进行了一些改造，用抵抗拆迁的横幅代替了之前“早签约、早搬迁、早享受”之类的旧标语。2011年底，一张几个月前拍摄的村民合影在加上了“为保卫我们的家园”的题目后被放大悬挂在客堂正中央。据说之后每到请客时，经常有村民聚在照片前寻找自己的头像。与此相反的是拆迁办当初贴在墙上的已签订了《拆迁安置补偿协议》的村民名单，尽管已经被“榜上有名”的村民反复撕刮，但不少残片上的姓名依然隐约可辨，引得来此吃席的人们指指点点。正如马大爹所说，在以往的请客作用之外，客堂又逐渐被赋予了新的意涵——小村的“拆迁展览馆”。

小村拆迁越到后来越像是一场发生在拆迁方与村庄老年人之间的战争，造成这一结果有两方面的原因。老人成为抗争中最为坚定的群体不仅是由于其自身在拆迁中所受冲击最为剧烈，也是因为他们自觉地意识到了以客堂为代表的“圣神之地”对村庄共同体的重要意义。另一方面，中青年人的淡出可以部分归结于他们的生活方式和思想观念已经开始发生变化，对他们来说，村庄共同体的意义有所降低；更为关键的是，村庄对拆迁的抗争仍以家庭而非个人为单位。

在调查期间，笔者几乎每周三都去参加村民的“桥头聚会”；不过每次都会发现到场全是中老年人，尤以老年人居多。问到村里青年人去哪了时，桥头的人会无可奈何地说“年轻的一下都不来”，因此我也逐渐将小村年轻人的缺席简单归结为他们的“不懂事”。直到三月底的一次“桥头聚会”上，很偶然地看到了一个二十来岁的小伙子。他不停地和其他村民打招呼，显然也是小村人。等小伙子走近了，站在旁边的刘述戎叫着他的小名，问道“你咋个来了？你爹你妈呢？”年轻人回答说“去版纳玩了，下个礼拜回。家里没人，我就过来看看，可有哪样新消息？”攀谈了几句后发现，这个年轻人对村子抵抗活动的了解程度远比我想象中深入，据他说，“我爹我妈每次听到哪样话了，都会跟我讲。”也就是说，村民中老年人（父辈）的参与事实上意味着年轻人（子辈）不必到场便能从前者那里了解拆迁状况。

更进一步，村庄中的父辈出于对子辈的爱护往往会劝阻子孙不要太过涉入在他们看来不太安全的抗争活动。在田野中，不止一次听到老人们讲述他们如何劝退儿女，而由自己“站出来顶着”的事。他们反复强调的一个理由是自己时日无多，可以“豁得出去”，可子孙日子还长，不能出意外。这种天然的“舐犊之情”使得老人们带有悲剧色彩的孤军奋战成了他们与子孙们“合谋”的结果。因此在我看来，小村中老年人的抗争不能被简单地归结为一种基于个体主义的权利诉求，或者源于共产主义的集体观念，而应该看到这其实也是一种家庭中父辈“舐犊”角色的延续和扩展。老人们不光是为了自己或村庄，更是为了子子孙孙在顽强地与拆迁抗争。“老人问题”的难以解决在于它包含了某种不可还原的情感因素，而这超出了仅仅认同市场逻辑的拆迁方所能理解和接受的范围。

▌结语

2011年底回访时，笔者又见到马义老两口。在谈到他家老房子的分配问题时，老两口仍显得忧心忡忡。据说，在大儿媳每天登门吵闹一段时间后，马义终于口头答应将老房子还没量的正屋分给长孙（大儿媳的儿子）。但马义提出先由老两口住着，以后守不住了再签。大儿媳勉强接受了这个方案，不过仍会隔三差五催促老两口尽快签房子。在此之前，马义长孙的第二个儿子出生。由于觉得自己家在分房中吃了亏，大儿媳总想着找机会占便宜；于是2011年春开始，她每天上午八、九点将婴儿送到马义家，晚上六、七点再接回新村，白天由马义老两口负责照顾小娃娃。马义的小儿子对此表示不满，认为老人“偏老大家，净给他们家做事”。一个月后，马义小儿子在新村开了家饭店，借口“新房子不好垒大灶”，但“吃饭的人多，得拿木甑子做才得够”，要求马义每天在老房子做两木甑米饭送到饭店。于是产生了笔者在回访中经常看见的一幕，七十多岁的马义在前，他老伴背着小娃娃在后，两人用扁担担着一个装满米饭的木甑从老村往新村走。村里人在说到马义时大都颇为同情，认为“老两位是受罪呢”，不过又觉得无可奈何，“他们家的事就是三个儿子分不平，你现在给大的看娃娃了，要是不给小的干活，又得说你偏心，又要闹。”马义老伴也说虽然比之前累些，但吵的要少了。她每天上午背着小娃娃到处转转、听听消息，小曾孙睡着时就抓紧时间做“皮鞭踏”；下午如果不用给小儿子的饭店看门，就还来得及去官渡街逛逛再回来煮饭、送饭。不过老两口最担心的倒是一直不吭气的二儿子，“老大、老三的事都干了，啥都没给老二家做，怕以后又说偏心。”

马义老两口在过去一、两年中的经历从某种程度上可以看作是小村家庭关系和老人生活的一个缩影。巨额补偿款引发了家庭成员的争夺和彼此猜忌，而房屋货币化本身则往往使得既有财产分配变得不再“公平”，这些在原本就具有模糊性的财产家庭共有观念作用下导致了普遍的父子间的“代签”和兄弟间的争夺。另一方面，老年人出于对拆迁后艰难处境的担心和村庄共同体的依恋，以及守护子孙后代的本能成为拆迁中最为坚决的抗争群体，但老人

本身的生活处境却随着拆迁导致的家庭关系紧张而不断恶化。

拆迁给小村带来了一种十分悖谬的局面：一方面，家庭内部的纠纷因为拆迁大大增加；另一方面，动员方式与村庄传统的结合又强化了作为拆迁单位的家庭对个体村民的意义，这使得不少内部矛盾越来越严重的主干家庭不得不走向合家共居。更为重要的是，拆迁之后家庭成员间的亲密情感随着财产的清晰化逐渐淡漠，人们（尤其是子辈）开始学着用市场逻辑对待彼此关系；老人“舐犊”之情的单方延续反而加速了家庭权力向子辈转移。只不过情感的淡出和市场逻辑的引入似乎并没有使小村出现全新的基于个体主义“权力-义务”观念的人际关系，相反，代际关系的倾斜使得年轻人的自我主义表现地更为明显。只是这种自我主义并不能被简单地看成一种“无公德的个人”的新现象，毋宁说，这是小村长期以来“对上汲汲索取，对下过分宠溺”的家庭伦理的延续和再生产。年轻人和老年人的差别在于索取程度，而不在于索取行为本身。只不过无论最终结果如何，老人已经注定了将成为这场拆迁中最大的牺牲者。

本文原刊于《法律和社会科学》第 11 卷。原标题为“村庄拆迁改造中的家庭关系与老人生活”，注释从略，文中图片由作者提供。欢迎个人分享，媒体转载请获得许可。

婚后共同还贷房产增值补偿计算方法探究

2016-11-18　鑫士铭沙龙　烟台大学法学院副院长　刘经靖　山东鑫士铭律师事务所　邵永利

摘要：《婚姻法解释（三）》第 10 条规定婚前按揭购房婚后共同还贷的情况下，房产权人应对另一方进行增值补偿。对于增值补偿的计算，不同法院、不同法官之间均有不同的计算方法，为便捷案件审理，应根据婚姻法基本原则、文义原则、最利于当事人原则统一通用的数学模型，并结合其他因素对计算公式进行调整。该公式不仅可以应用于按揭房产增值额度的计算，也可运用到其他类似财产分割中。

关键词：按揭房产　增值补偿　计算方法

2011 年，我国出台《婚姻法司法解释（三）》，该解释第 10 条对婚前夫妻一方按揭购房婚后共同还贷的房产在离婚时如何分割、如何补偿的问题作了原则性规定，即规定双方共同还贷款项及对应财产增值部分由房屋所有权一方对另一方进行补偿。但该条并未给出具体的计算公式，故在实务中，如何计算增值部分，各法院甚至同一法院的不同法官存在着不同的计算方法，由此所得数额不尽相同，造成应用混乱，损害司法的严肃性。本文将对如何确定和计算第十条共同还贷“相对应财产增值部分”进行探究，并对其他类型的房产增值或财产增值能否适用或者类推适用第十条这一问题进行阐述。

一、共同还贷增值补偿的观点与裁判实例分析

（一）按揭房婚后财产增值部分的归属

对于按揭房产本身，我国学者认为，该房产购于婚姻关系成立前，是首付方与开发商、银行之间订立的合同关系，其权属不随婚姻关系的成立而改变，仍应属于首付方的个人财产。

对于按揭房产婚后增值部分的归属，我国学者有着不同的观点。一种观点认为，根据物权法相关原理，婚前一方所购房产在婚姻存续期间的增值部分属于原房产的孳息，那么原物的所有权人为该部分的所有权人，即增值部分属于房产所有权人，另一方无权要求分割。我们认为，将增值部分解释为孳息欠妥。根据物权法相关原理，孳息可以分为法定孳息与天然孳息，天然孳息是指原物依其自然属性而产生的收益，而房产增值原因为房产市场的波动，是社会原因而并非自然原因，故不属于自然增值。法定增值是指根据法律规定依一定的法律关系由原物所生的收益，法定孳息只能是因他人使用原物发生的收益。[i]房产的增值并非是房产权人与他人产生法律关系所致，故不能认为是法定孳息。那么既然房产增值并非孳息，其权属不能以孳息的归属来予以判断，即非房产权人的个人财产。

另一种观点认为，在婚姻关系存续期间，夫妻双方对房屋进行占有、使用及维护以保持其使用价值，双方对房产的维护保证其在房价上涨情况下可以取得增值收益。故双方在婚姻关系村存续期间均付出了相当的时间与精力，参与了房产的维护，那么对于增值部分双方均有付出，应属于夫妻共同财产。

（二）共同还贷增值补偿裁判实例

对《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》一书中的案例加以改编，形成本文探究补偿方法的基本案例。[ii]根据这一案例，结合相关判决，整理出现有较为典型的计算公式如下图：

方法序号	计算公式
方法 1	共同还贷额×离婚时房屋价值÷（购房合同价+总利息）÷2
方法 2	共同还贷额×离婚时房屋价值÷（购房合同价+已付利息）÷2

方法 3	（共同还贷利息+共同还贷本金×离婚时房屋价值÷购房合同价）÷2
方法 4	[（离婚时房屋价值-购房合同价）×共同还贷额÷（首付价+个人婚前已还本息）+共同还贷额]÷2
方法 5	共同还贷额×离婚时房屋价值÷购房合同价÷2
方法 6	共同还贷额×离婚时房屋价值÷结婚时房屋价值÷2
方法 7	共同还贷额×离婚时房屋价值÷购房合同价÷购买年限×婚姻存续期间÷2
方法 8	共同还贷额×离婚时房屋价值÷（购房合同价+总利息+税）÷2[iii]

上述八种方法的相同点为均采用比例法进行计算，不同点在于利息部分是否计入房价，以及共同还款本金与共同还款额对应额增值部分是否分开计算。

方法 1 为《最高人民法院婚姻法解释（三）理解与适用》一书中推荐的计算公式。该方法的基本思想在于考虑夫妻婚后共同还贷额在购房成本中的比例，其中购房成本即购房合同价与需还利息的总和。该种方法计算相对简便，也便于理解。根据公式也可得知，该种计算方法的缺陷在于，忽略了婚前个人还贷及其对应增值部分对房屋升值所做的贡献，在购房时间与结婚时间相差无几的案件中，这一部分可忽略不计，但若购房时间远远早于结婚时间，再加上房价的飞速增长，那么这一计算方法的缺陷将十分明显，给房产所有权人一方造成损失。不仅如此，在该计算公式中，将贷款利息作为购房成本予以计算，但在计算离婚时房屋价值却不再考虑贷款利息，造成矛盾。

方法 2 与方法 1 的基本思路相似，都是考虑夫妻婚后共同还贷额在购房成本中的比例，但方法 2 的购房成本为购房合同价与已付贷款利息的总和，并非将总利息纳入考量，更有利于被补偿方的利益。且该公式避免了购房本金的重复计算。

方法 3 的基本思路为不考虑还贷利息的增值，只计算还贷本金的增值，加上已付利息为补偿的数额。与方法 1 相比，避免了还贷利息计入购房成本而未计入离婚时房产价值的矛盾。但该种计算方法与法理相悖，房产权人一方婚前购房所欠贷款应为个人债务，如果增值部分不考虑贷款利息，对于被补偿方而言，其实是将还贷利息看作其对买房一方所提供的无息借款，必然会造成不公。

方法 4 的基本思路在于将共同还贷额与对应增值部分分开计算，思路清晰，符合《婚姻法解释（三）》第十条的文义。此种计算方法将离婚时房产价值与购房合同价之差作为房产增值部分，而忽略了个人婚前还贷对增值的贡献，故在购房时间远远早于结婚时间的情况下，该种计算方法会产生较大的误差，对房产权人一方不公正。

方法 5 将购房合同价看作购房成本，在诸多算法中其购房成本数值最小，同时将夫妻贡献值与房产现价最大化，故在这种情况下所计算的补偿额相较于其他计算方法是最大的，可以最大程度地对被补偿方进行补偿。但是其缺陷也显而易见，其忽视了个人婚前还贷对房产升值的贡献，对房产权人一方及其不利，也很难说服法官对这一结果产生认同。

方法 6 需评估离婚时与结婚时两个时间点的房屋价值，成本较高。该方法的思想为夫妻还贷本息均为对房产增值的贡献，且将结婚时的房屋价值作为购房成本，排除了婚前个人还贷的影响，更加公平，也更具说服力。

方法 7 的特殊之处在于考虑到了购房年限因素，减弱了婚前个人还贷额对增值的影响。但该计算方法建立在房价均匀增长的假设条件之上，但在房价及其不稳定的经济背景下，这种计算方法的缺陷暴露无疑。

方法 8 的思路与方法 1 相同，相较于方法 1，其将房产税等纳入购房成本的考量范围，更加精确，也更有利于房产权人的利益。

二、共同还贷增值财产的计算模型构建

（一）计算的基本原则

1．遵循法律文义原则

任何计算方法都必须以现行法律为依托，在对《婚姻法解释（三）》充分理解的基础上，对增值补偿进行计算。婚姻法解释（三）明确了离婚时房产权人一方对另一方的补偿范围，一是共同还贷款项，二是对应财产增值部分。那么计算方法也应遵循该解释，不得逾越司法解释做出有失公平的计算。从文义来看，共同还贷支付的款项应当包括还贷利息与还贷本金，那么不论是本金还是利息，都应当计算其对应增值。

2．公平原则

公平原则是我国民法通则规定的基本原则，其要求以利益均衡为价值判断标准，从而更好地调整民事主体之间的物质利益关系。[iv]在婚前个人按揭买房婚后共同还贷增值补偿案件中，应当适用公平原则分割夫妻经济利益。

从理论上讲，不论性别均有成为婚前购房之一方的可能性，我国《婚姻法》便是以中立的姿态对婚前按揭婚后共同还贷增值补偿做出的规定。但我国几千年来的传统婚姻关系中，一般为男性婚前购房，女性置办家具等其他生活用品，且大多数情况下，男性积累财富的能力优于女性，而女性在照顾家庭方面优于男性。对于婚前按揭房产婚后共同还贷的情形，应充分考虑到男女差异，在夫妻双方的利益之间寻求一个平衡点，即引入公平原则。同时《婚姻法解释（三）》第十条规定，增值分配补偿应遵循婚姻法第 39 条第一款规定的原则，即“照顾子女和女方权益原则”，这也是对公平原则的肯定。

3．最利于当事人原则

在面对婚前按揭婚后共同还贷增值补偿案件时，作为当事人的律师，要以法律为依据，以当事人的利益为导向，充分维护当事人的利益。在进行增值计算时，要对数据成本及诉讼成本予以考虑。

数据成本主要是考虑所用的计算方法需要对数据进行确定所耗费的时间与金钱，例如利用方法 6 对增值补偿进行计算，则必须对该房产进行评估，并且需要评估结婚时、离婚时两个时间节点上房产的价值，势必耗费大量的时间与金钱，或许在计算结果上对当事人是有利的，但如若加上房产评估所耗费的数额，对当事人的经济利益造成损害。

对计算方法的选择还要考虑说服法官的难易，若一味地偏向当事人，则会加大诉讼的难度，不利于当事人尽快结束婚姻关系的目的。因为在现实生活中，对于走到婚姻尽头的当事人来说，大多数当事人都想要尽快了结此事开始新的生活。故对计算方法的选择要对诉讼成本进行考量，有助于当事人方便快捷地进行诉讼。

（二）计算的基本思路

现行对婚后共同还贷所对应的增值部分的计算主要有两种思路：第一种是计算共同还贷在起始房价所占比例，然后与房屋现值相乘，得出增值的数额；另一种思路为计算房屋现值与起始房价的比例，即计算增值倍数，再乘共同还贷额，得出增值的数额。将增值额再除以 2，即为增值补偿额。将上述文字逻辑表述为数学模型则为：

从上述公式可以看出，计算增值补偿额公式中有三个变量，分别为房产现值变量、共同还贷变量以及购房成本变量，将上文几个公式整理后可得下表：

变量	变量内容	对应公式
房产现值变量	房屋现值	方法 1、2、3、4、5、6、7、8
共同还贷变量	共同还贷额（本金+利息）	方法 1、2、5、6、 7 、8
	共同还贷本金	方法 3
购房成本变量	购房合同价	方法 3、5、7
	购房合同价+总利息	方法 1
	购房合同价+已付利息	方法 2
	购房合同价+总利息+税费	方法 8
	结婚时房产价值	方法 6
	首付价+个人婚前已还本息	方法 4

对于房产现值变量，本文所列举的方法并无差别，均是以离婚时房产价值为变量值。对于共同还贷变量，本文列举的方法中主要涉及两种，一种是共同还贷额，即共同还贷本金与共同还贷利息的总和，另一种是共同还贷本金。对于仅将共同还贷本金视为共同还贷变量的缺陷，上文对各种方法的剖析中也进行过阐述，在此不再赘述。通过上表，可以看出，现存计算方法主要是在购房成本上存在差异。

（三）购房成本应考虑的因素

1．婚前还贷婚后增值

根据我国《婚姻法解释（三）》第 5 条及第 10 条的规定，婚前还贷属于个人财产部分，其对应的增值部分不应当归于夫妻共同增值。若未在购房成本中加入此项内容，而仅仅将购房成本规定为合同价或者仅为首付加已付本息，则会将个人还贷与共同还贷所产生的增值发生混淆，那么增值额会相对较大，对于被补偿方的补偿也会偏多，对房产权人来说则是一种不公平。故对于个人婚前还贷应考虑在购房成本中，保障房产权人利益。

2．尚未偿还的利息

夫妻双方离婚后，获得房产权一方还要继续支付房产贷款利息。对于尚未偿还的利息是否要计入购房成本的问题，笔者认为，尚未支付的利息并不影响房产的权属，那么若将总利息计入购房成本，无疑是增加了购房成本额，从而削弱了共同还贷在房产增值中的贡献，对于增值受偿方而言极为不利。

3．购房必要开支

购房必要开支主要包括购买房产所缴纳的税费及公共维修基金等。在房价膨胀的当下，这些费用所占的比例很小，故有人认为对房产增值影响不大，可以予以剔除。但从逻辑及法理上来说，这部分金额属于获得房产权属必须缴纳的费用，应当纳入购房成本予以考量。并且，对于离婚财产分割诉讼案件而言，再小比例的金额也会引起当事人的锱铢必较。故购房税费、维修基金等必要开支需计入购房成本当中。

综上，对于本文列举的八种方法而言，方法 3、 5 、 7 仅将购房成本规定为合同价，其实是将个人还贷部分所对应的增值计入共同还贷所对应的增值，侵犯了房产权人一方的利益；同理，方法 4 将首付与已付本息的和视作购房成本也是不可取的。方法 1 和方法 8 将总利息计入购房成本，是对购房成本的一种扩大。方法 6 的增值起点准确，但此种计算方法需要对房产进行两个时间节点上的价值评估，在经济成本上过高，不利于当事人的利益。方法 2 对购房成本的确定相对合适，但仍需进行适当调整，即需要考虑到购房的必要开支，故得出增值补偿公式：

$$\text{增值补偿}=\frac{\text{离婚时房产价值}\times\text{共同还贷额}}{\text{购房合同价}+\text{已还贷款利息}+\text{必要开支}}\div 2$$

三、增值补偿计算公式的调节因素

（一）增值补偿额度调节因素的法律论证

幸福的家庭都是相似的，不幸的家庭各有各的不幸。实务中的离婚纠纷可谓多种多样，上述增值分配公式仅仅只能作为基本参考，并不能适用于所有案件。房产增值补偿若仅仅考虑以上因素，而忽视另一方对家庭的付出，则有违公平。《婚姻法解释（三）》第 10 条在一个相对中立的立场上规定了按揭房产的归属及增值补偿办法，即男女双方均有可能成为房产权人。但从实际生活来看，男性购买房产的情况为普遍，女性在照顾家庭方面的能力也普遍优于男性。在处理离婚案件增值补偿问题时，不能一味强调地男女平等而忽视性别差异及社会分工差异，从而损害公平。且第十条同时规定了增值分配可以依照《婚姻法》第 39 条规定的原则进行，即“照顾子女和女方权益的原则”。《婚姻法》第 40 条也规定即使夫妻书面约定了婚姻存续期间财产实行 AA 制，对家庭贡献较多的一方任有权获得补偿。[v]据此，可以看出，我国婚姻法对男女社会分工差异、对家庭的贡献在分配财产时得到照顾持认同观点。增值计算公式的调节因素有其存在的合理性及可行性，虽然可能造成公式复杂化，但也增强了其适应性。

（二）增值补偿额度调节因素的类型

1．其他经济贡献

其他经济贡献是指除了共同还贷之外的对房屋起到较大增值作用的经济贡献，例如一方提供资金对房屋进行装修装潢。在现实生活中，不乏有男方购房、女方装修的情形，根据民法的添附原理，该装修已与房产不可分割，或者分割后装修装潢的价值残存较小，造成资源浪费，故该装修应归房产权人一方所有。该装修与装潢的存在，必然也会对离婚时房产的价值产生积极影响，故应当将这些经济贡献纳入房产现值中，并对其对房产增值的贡献比例予以考量，以调整共同还贷增值补偿额。

2．家庭贡献

由于男女社会分工的差异，男性在财产积累上具有一定优势，而女方在照顾家庭包括老人、子女方面具有优势，在男主外女主内的婚姻关系中，不能仅以经济贡献分割增值部分，应当考虑女方对家庭的贡献，对增值补偿额度进行适当调整。

3．劳务贡献

婚姻关系存续期间，对房产的管理与维护不仅仅需要经济支持，有时也依靠于个人劳动。例如为保持房产价值，一方付出劳动对房屋进行粉刷、修葺，如若此种劳务对房屋增值有相当的因果关系，就应当看作对房产增值的贡献，在分割共同还贷增值额时将此劳务考虑在内。

4.过错惩罚

我国婚姻法中存在对婚姻过错方加重处罚的内容，那么投射到共同还贷增值补偿中，也应当考虑这一因素，即

存在过错的一方在增值补偿中做出一定比例的让步。

上述四种调节因素是在基本公式的基础上进行增减，对于经济贡献可直接将一方所支付金钱代入计算公式，对于劳务贡献可结合当地工资标准进行，家庭贡献及过错惩罚的增减比例应根据具体案件的实际情况进行。对于这些调节因素并不能设置具体数额或确定的增值补偿增减比例，否则将会造成法律僵化。

综上,增值补偿最终额度表述为公式应为：

$$\text{增值补偿}=\frac{\text{离婚时房产价值}\times\text{共同还贷额}}{\text{购房合同价}+\text{已还贷款利息}+\text{必要开支}}\div 2+\text{调节因素}$$

四、增值补偿计算公式的拓展应用

上文所得的婚前按揭购房婚后共同还贷增值补偿公式不仅可以运用于离婚时房产增值补偿中，对于其他夫妻财产，也可进行类推适用。假设婚前贷款购入一家超市（包括商号的转让），合同价为 30 万元，首付 10 万元，按揭贷款 20 万元，贷款总利息为 12 万元。办理过户支付税金及其他必要费用 1 万元。婚前个人还贷 4 万元（本金 2 万元，利息 2 万元）。双方当事人婚后共同还贷 6 万元（本金 3 万元，利息 3 万元）后诉讼离婚，经过共同经营，两人离婚时该超市的市场价为 50 万元。该案例与按揭房产相类似，两者的区别主要在于房产的增值为房产本身依据市场价值的波动而增值，商店的增值主要在于其商业信誉的增加，而不是经营商店所依托的经营场所的增值。

对于获得该商店所有权的一方，基于另一方对商店增值所做的贡献，所有权人一方应当支付一定的增值补偿费用。采用上文所述的公式，可以将增值补偿列为：

，即增值补偿额为 4.17 万元+调节因素。

同理，对于其他财产增值补偿也可以采用此方法进行初步计算。

结语

随着现代社会的发展，住房制度发生改革，按揭购房已成为我国居民普遍采用的一种购房方式，夫妻财产状况也日益复杂化和多样化。本文对现存的几种增值补偿计算方法进行分析，寻找一种合理、应用性强的计算公式，以解决婚前借贷婚后共同还贷增值补偿问题在实务中遇到的困难。当然，面对纷繁复杂的离婚案件，此公式并非是万能的，一味地套用公式则有与实际脱节的可能性。清官难断家务事，离婚案件的财产分割很难做到绝对公平，我们只能运用这一公式追求相对公平的计算结果，希望在实务中可以为解决婚前按揭购房婚后共同还贷增值补偿问题提供有益思路。

参考文献

[1]郭明瑞.物权法[M].北京：中国法制出版社，2009：145-146

[2]最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用[M].北京：人民法院出版社，2015：210-214

[3]张子敏、孙文.婚前购房婚后还贷增值补偿的裁判方法研究[A].全国法院第二十六届学术讨论会论文集:司法体制改革与民商事法律适用问题研究[C]. 北京：人民法院出版社，2015：932-939

[4]余金枝.离婚财产分割制度适用原则简析[J].法律经纬，2008,1：99

[5]孙若军.离婚时处理按揭房屋的法律问题探析[J].法学家，2009,3：135-141

[6]贺剑.夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神[J].法学家，2015,4：95-105

[7]易伟.婚姻法解释三按揭房产分割数学模型[DB/OL].

http://www.66law.cn/lawarticle/8417.aspx,2012

---

[i]参见郭明瑞：《物权法》，北京：中国法制出版社，2009 年，第 145 页-146 页。

[ii]“假设婚前贷款购房者所购房屋的单价是每平方米 15000 元，面积 80 平方米，即合同价为 120 万元。首付款是 36 万元，按揭贷款 84 万元。贷款期限 20 年（240 个月），则利息总计为 60 万元。婚前还贷总额 14 万元。办理产权证是支付税金 3 万元。如果采用等额还款的方式，月均还款 6 千元。双方当事人婚后共同还贷 3 年（36 个月）后诉讼离婚，即二人共同还贷 21.6 万元，经评估，两人结婚时房屋价值为 140 万元，离婚时房屋市场价为 400 万元。”改编自最高人民法院民事审判第一庭编著，《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，北京：

人民法院出版社，2015 年 11 月。

[iii]参考张子敏、孙文《婚前购房婚后还贷增值补偿的裁判方法研究》，《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，人民法院出版社 2015 年版，第 932 页。

[iv]余金枝：《离婚财产分割制度适用原则简析》，《法律经纬》，2008 年第 1 期。

[v]参见《中华人民共和国婚姻法》第 40 条：“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。”

唐代婚姻解除之礼法规制：夫妇之道不可以不久也

2016-11-18 烟台大学法学院教授 孙季萍

“夫妇之道不可以不久也，故受之以《恒》。恒者，久也。”这是《周易·序卦》里的话。在中国传统哲学中，夫妇之道取法阴阳，阴阳和则生，阴阳离则灭，阴阳错则变。不仅如此，传统婚姻在社会现实中还承载着两姓家族和睦，本宗血脉延承，以及社会“人伦之始”的重任，婚姻的稳定和谐，关乎天道人伦，夫妻需守之以恒，不可轻言离散。

古代中国人的婚姻观以及严谨持敬呵护婚姻的态度值得今人深思，尤其在闪婚闪离现象较为多发的当下，这一传统婚姻理念的文化价值益显突出。本文以唐代婚姻解除的礼法制度为视角，探讨唐人对离婚大事的制度与文化规制，借此重温古人对待婚姻的严肃与慎重，以为今鉴。

唐人婚姻的解除有七出、和离、强制离异三种方式，而以七出为主要形式。

七出——不弃无过之妻

七出，即在妻有以下七种情形之一时，丈夫可以单方面解除婚姻：无子，淫佚，不事舅姑，口舌，盗窃，妒忌，恶疾。

七出，是自周代始就确定的礼法，但在唐代以前，这一原则并未被严格遵守，在男子握有婚姻主动权的“夫权”社会，妻子被无缘由任意休弃的情形非常多。《诗经》中的弃妇诗便刻画出一批勤劳、温顺而被弃的充满悲剧色彩的女性形象。比如，春秋时，曾参因妻蒸梨不熟而休弃之，战国时孟子因妻坐相不雅而欲休之，皆“非七出也”，女性权利在其中被完全忽略。基于此，秦代始，已对丈夫休妻权利予以限制，唐代更以《令》的形式规范“七出”，明确限制夫权，维护婚姻的稳定。

依七出之律，无法定七项事由，丈夫不得休妻，任意休妻者要承担刑法上的后果。唐律规定：诸妻无七出之状而出之者，徒一年半，夫妻关系恢复如旧。该条疏议解释：伉俪之道，义期同穴，一与之齐，终身不改。故妻无七出之状，不合出之。

不仅如此，当妻犯七出之条时，还可以“三不去”作为对抗休妻的法定理由：经持舅姑之丧；娶时贱后贵；有所受无所归。妻子嫁入夫家，为公公或婆婆守孝三年——妻有恩；夫娶妻时贫贱，后富贵发达——妻有功；妻子被弃后无家可归——妻无助。三个排除性条款体现了公平原则及对处于弱势地位的妻子利益的保护。同时，反对富贵弃妻，尤以防范人性弱点，体现道德主义为出发点，是对男子“喜新厌旧”行为的强硬限制。唐律规定：妻虽犯七出，有三不去而出之者，杖一百。婚姻关系恢复如初。

所以说，还原到“夫权社会”这一基本事实之下，唐代的“七出”法条，是对夫权的限制，对婚姻稳定的呵护——七条之外，丈夫不得休妻，而即使七条理由本身，亦体现出维护婚姻之意。如七出之第一条“无子”，疏议解释：妻年五十以上无子，听立庶以长。即是四十九以下无子，未合出之。五十岁无子，方合休弃，从实际生活来看，五十而无子，且与丈夫共度半生而被休，这样的概率应是极低的。七出第三条“不事舅姑”，在礼制中本为“不顺舅姑”，“事”重在行为，“顺”重在内心，一则为客观标准，一则为主观判断，对女性的权利保障在前者显然更加可靠。

自唐代七出入律之后，现实中丈夫任意休妻的行为既为法律所禁止，也为社会舆论所不齿，先秦时期妻子“动辄”被休的现象已较少发生。到明清时期，男子休妻的现象已非常少见。

和离——并非简单的“一拍两散”

和离，按唐律解释，“谓彼此情不相得，两愿离者”，即夫妻协议分手。和离制度似乎赋予男女双方在离婚问题上平等的表达权和决定权，在唐代社会相对开放、婚姻自主程度较高的背景下，这一制度对婚姻稳定会否起到瓦解作用？

实际上，所谓和离，可视为七出制度的补充，完全无条件、无限制地夫妻两相情愿、协商一致的和平离异，在

那个时代难以存在，无论从律文本身，礼教纲常规范，还是当时的婚姻实态中，都可得出这一结论。

首先，如上所述，唐代“无故”出妻需要承担刑事后果，而和离条款的出现，使得丈夫可以在七出缘由之外休妻——所谓“和离者非无故离妻”也，不构成刑事责任。就此而言，和离条款拓展了丈夫的休妻权。但同时，“同意原则”无疑也赋予妻子“拒绝权”，对任意休妻构成障碍。在夫妻权利之间维持平衡，是内含于该律中的立法考虑，夫妻任何一方都难以从该律中获得更多的婚姻权利和自由。

当然，和离制度也赋予了妻子解除婚姻的主张权，但这种主张权只有在得到丈夫同意后才能真正兑现，如此方为和离；未得丈夫同意而离开者，为“擅去”。唐律规定，妻妾擅去者，徒二年；因而改嫁者，加二等。疏议解释：妇人从夫，无自专之道，……若有心乖唱和，意在分离，背夫擅行，有怀他志，妻妾各须责罚。

其次，从律文“情不相得，两愿离者”推导，极易得出如现代人所理解的夫妻“一拍两散”、任性而为的结论，婚姻的稳定性值得担忧。但在中国古代，婚姻是基于家族利益的两姓结盟，婚姻的缔结以家族为主体，要祭告祖先，并依“父母之命”；同样，婚姻的解除自也应当归于家族主宰，当事人无条件的自由协商，两愿离异，于礼法难以成立。

第三，在实践中，官府亦以消极态度对待和离。《太平广记》记载，颜真卿为抚州刺史时，曾接手一桩离婚案，有书生杨志坚，一心苦读圣贤之书而未得志，其妻不堪清贫而“求去”，杨志坚以《送妻》诗相送。其妻持诗，到州府请求公碟，以备另嫁。颜真卿手书判词，对这位嫌贫爱富的妻子大加挞伐：“污辱乡闾，伤败风教，若无惩诫，孰遏浮嚣？”最终判：妻可笞二十，任自改嫁。这一判词表明唐代官府对待和离的态度，其中的道德评判与说教意在警示后人，而该案之后，“四远闻之，无不悦服。自是江表妇人，无敢弃其夫者。”口碑与效果俱佳。

所以，唐代的和离虽形式上扩大了丈夫的休妻权，实际中则更多是为了保全双方尤其是女方的体面而采取的一种变通的离婚形式，因为在和离的“放妻书”中，不需要直陈女方过失，是因为考虑其再嫁时的名声。和离条款不同于现代意义上的当事人自由，它的出现也并非为男女轻慢婚姻开方便之门。事实上，唐代人的婚姻并没有因这一条款入律而步入随意、任性、便捷，相反，传统的规则与秩序仍被人们所持守。

强制断离——不合礼法之婚姻必须终结

如果婚姻有悖礼法，即使当事人两情相悦，官府亦要强制解除，这同样表达了唐代国家与社会对待婚姻敬慎、严肃的态度。但慎重对待婚姻，并不意味着无原则地维护婚姻的稳定。

唐代强制离异有两种情形：义绝和嫁娶违律。

义绝是指夫妻或其亲属间出现伤害夫妻之义的情形，婚姻必须宣告解体，不论双方是否同意。具体而言，包括夫妻之间及夫妻双方亲属间或夫妻一方对他方亲属有殴、骂、杀、伤、奸等行为，以上情形发生后，若经官府审断为义绝，夫妻关系便要强制解除，任何一方违而不离者，获一年徒刑，两不愿离者，以共同犯罪论，区分首从。

唐律在中国历史上首次规定了义绝。依古人的理解，夫妻关系以“义”为基础，义者，宜也，道也，“夫妇之道，有义则合，无义则离”，《白虎通》中说，如“悖逆人伦，杀妻父母，废绝纲常，乱之大者，义绝，乃得去也”。恩断义绝之时，婚姻当然瓦解，再加维系，便有悖于婚姻伦理。显然，传统的夫妻之“义”的主体范围已完全超出当事人自身，而涵盖了两个家族，家族之间恩义已绝，即使夫妻恩爱，婚姻也绝无延续的道理。这里再一次体现了中国古代婚姻的家族性、社会性、身份性，体现了古代婚姻的目的和实质：家族和睦，进而社会稳定，国家长治久安，这是婚姻的使命。

嫁娶违律，也是唐代婚姻解除的强制性条款。依唐律，违律婚姻包括以下诸种：为婚妄冒，有妻更娶，以妻为妾，居父母夫丧嫁娶，同姓为婚，夫丧守志而强嫁，娶逃亡妇女，监临娶所监临女，和娶人妻，奴娶良人女为妻，杂户官户与良人为婚，等等。以上行为，当事人在承担刑法后果的同时，婚姻关系必须解除。即使遇赦，亦必须离之、正之。

违律嫁娶行为，一方面破坏甚或玷污了婚姻的本来意义，另一方面，也构成对刑法所保护的相关社会关系的侵犯，只有正之以律，方得婚姻之真谛，并借以恢复受到破坏的社会关系，如宗法服制关系，社会等级秩序，吏治秩序等。以“监临官娶监临女”条为例。唐律规定：诸监临之官，娶所监临女为妾者，杖一百；若为亲属娶者，处以同样刑罚。枉法娶人妻妾及女者，以奸罪论，处罚加重二等；为亲属娶者，同论同罚。监临官，依唐律，即统辖监督本地区之官员，若其在辖区内行婚娶之事，不免利益交换或利用职务之便强娶之嫌疑，既犯吏治之禁，又悖婚姻之义，所以严令禁止。唐开元年间玄宗还曾特颁敕令：“诸州县官人在任之日，不得共部下百姓交婚，违者，虽会赦，仍离之。”娶辖区内女子为妻，婚姻无效，官员受罚。

离婚程序——双方近亲及邻舍见证

唐代离婚无须报官府审查批准，但要经过法定的“见证”程序。《唐令拾遗·户令》规定：休妻者，“皆夫手书弃之，男及父母伯姨舅并女父母伯姨舅，东邻西邻及见人皆署；若不解书，画指为记。”可见，丈夫出妻，要有书面形式的“休书”，和离者，有“放妻书”，且有双方近亲、左邻右舍及其他见证人在场见证，联名签字或画押。敦煌出土的唐代“放妻书”中，多处可见体现以上程序要求的文字，如“恐后无信，勒此文凭，略述尔由，用为验约”“今对六亲，各自取意”“两家父母六亲眷属”“聚会二亲”等，并有“押指节为凭”字样。这表明在唐代，以上法律程序在离婚过程中被大体遵守。

唐宪宗元和年间，户部尚书李元素欲与妻子王氏离婚一案可作为唐代离婚程序的例证。李元素欲弃其妻，“上表，恳切披陈”，得到了皇帝恩准，随后李元素在“不曾告报妻族，亦无明过可书”，且对妻子财产给付严重不足的情况下，匆匆遣归妻子，招致妻族不满而被控告。宪宗命人查明原委，李元素因此被罢职停官。宪宗诏文中说：“如此理家，合当惩责”，官员士大夫，是百姓的楷模，当引领社会道德，李元素休弃无明显过错的妻子，查其实因，原在于“溺情仆妾”，且未履行必需的程序，因此当罚。

从这一案例中还可以看到，在唐代，官员休妻需要履行奏报上闻的特别程序，这一点虽未见律令条文，但案例中的“上表”一节可见其意。另外，唐德宗时期的房孺复离婚案中，亦有“上奏”情节。房孺复任杭州刺史时，娶台州刺史的女儿崔氏为妻，崔氏“妒悍甚”，一天晚上，命人杖杀房孺复的两个侍婢，被告发后，房因此被贬为连州司马，并以“义绝”被判与崔氏离异。后房孺复“上疏”请求复婚，诏令从之。两年后，却又再“奏与崔氏离异”。这一记载似乎印证了唐代官员离异需经奏请这一结论。但无论是否请得圣旨，在唐代，官员休妻在舆论上都是不名誉之事，房孺复的离而复合，合而复离，《旧唐书》中称其为“取舍恣逸，不顾礼法也如此。”唐玄宗时期，曾写下传世名作《黄鹤楼》的崔颢以貌娶妻，数度离异，时皆非议之。

唐代婚姻，其缔结也难，其散也不易，诚是。而所有婚姻解除条件与程序的设置，都意在表达其时人们对婚姻之事的敬谨、恭慎之心。《周易》曰：“有天地，然后有万物；有万物，然后有男女；有男女，然后有夫妇；有夫妇，然后有父子；……然后礼仪有所错。”夫妻关系是一切社会关系的起点，夫妇之义是社会伦理道德的基础，男女有别，夫妇有义，父子有亲，家庭稳定和谐，社会的安宁与和谐才有保障。唐代婚姻解除的礼法制度给了我们深刻的启示：婚姻，需要当事者理性真诚以待。婚姻的缔结与解除并非简单的男女个体行为，它关乎家庭、家族，以及由婚姻而衍生出的一切社会关系，关乎风俗人心，天下治乱，夫妻之道贵在和、久、通：夫妻相谐，同甘共苦；孝养父母，和睦亲族；延续子嗣，祖先有祀——透过唐代婚姻解除的礼法制度，我们可以看到那个时代对婚姻的美好期待，其中的意蕴，值得今人深思

金眉教授、丁海俊副教授谈民法分则继承编|讲坛

2016-11-25 中国民商法律网 民商法前沿论坛

本文为金眉教授、丁海俊副教授与谈内容，由论坛组委会整理，中国民商法律网独家发布，转载请联系授权。

2016 年 10 月 25 日，第 434 期民商法前沿论坛在中国人民大学明德法学楼 601 国际报告厅举行。本期论坛也是民法典编纂高端论坛系列第二场。中国法学会民法典编纂项目领导小组继承编课题组总负责人、中国民法学研究会副会长、中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授主讲“修订民法分则继承编的主要问题”。中国政法大学民商经济法学院金眉教授、北京航空航天大学法学院丁海俊副教授参与与谈环节。本实录稿由论坛组委会整理，本篇为金眉教授、丁海俊副教授与谈部分，经两位与谈嘉宾审定。中国民商法律网独家出品，转载请联系授权。

第 434 期民商法前沿论坛发布计划 11 月 23 日杨立新教授主讲修订民法分则继承编的主要问题

11 月 25 日金眉教授、丁海俊副教授谈民法分则继承编 11 月 27 日

王玲芳法官、王毅纯博士谈民法分则继承编

金眉教授（中国政法大学民商经济法学院教授）：

1《继承法》修订应进行习惯调查

在中国特色社会主义法律体系中，能承担起“中国特色”的法律，婚姻家庭法和继承法应该是主力军。婚姻家庭法和继承法体现着一个国家和民族的特点，因此在所有的国家都被视为固有法。编纂民法典是令人振奋的大事，听了杨老师介绍的立法进度安排，我有一个疑问：《继承法》的修订，我们准备好了吗？

我认为，修法至少需要具备两个基本条件：一是立法准备，二是理论准备。关于立法准备，我们需要认识到，《继承法》的修订不能按照常规立法程序进行，因为常规的立法程序缺乏“习惯调查”这个重要步骤。目前以调研

工作代替习惯调查的做法，实际的结果是将真正的民事主体排除在调查范围之外，脱离亿万民众的生活实践，由此提供的立法依据恐怕很难达到真实、全面、可靠。

从世界历史看，对传统必要的尊重是优秀法典的品质。以法国为例，自 13 世纪以来法国就开展了对民事习惯的采录，至 18 世纪才基本告竣。1804 年的《法国民法典》被公认为是法国大革命的产物，但这部法典仍吸收了长期历史发展的成果，并且在很大程度上融合了两种传统制度：深受罗马法影响的南部成文法与以日耳曼、法兰克习惯法为基础的北部习惯法。

我国在清末和民国初年，曾组织两次大规模的累计时间长达十年的民商事习惯调查。清末民商事习惯调查由当时的修订法律馆负责，全国各省设调查局，各县设调查科，每个机构都有具体的负责人，参与调查的除专职调查人员，还有相关官员及社会各界人士。修订法律馆制订了详细的调查目录供基层操作。此外，日本人在发动侵华战争前，在中国的华北地区也曾进行广泛的民商事习惯调查。

历史与现实都已证明，法律不可能包罗万象。由于生活需要，每个社会都会形成一些习惯，实际上起到法律的作用。更进一步讲，许多法律也只是对通行习惯的确认、总结、概括、升华而已。国家的强制力固然保障法律的实施，但从根本上讲，法律的效力来自于民众的认同，而非立法者的强制。法律制度的生命力应内在于民众的日常生活之中，而不是相反。

强调习惯调查，是因为近代以来中国的继承法在与传统断裂的情形下建构，但是民众的生活在很大程度上却是传统的延续。习惯是传统的表现形态，代表固定的行为方式，其形成固然有历史因素，但当下的生活实践也有可能存在或正在形成新的习惯。因此，习惯不是一个静止的概念，近代以来的国人生活有无形成新的习惯？在广泛调查前，我们不能轻易下否定结论。

基于此，修订《继承法》除常规的修法程式（包括收集资料，参考国外的立法、国内学者的专著，开展调研，向实务部门和学界征求意见等），还需要由政府部门或者立法机关主导开展习惯调查，包括对民众在继承方面的惯常行为、惯常心理，以及在财产传承过程中追求的价值取向的调查。

至于理论准备，无庸多言，在民法学科中，有关继承法的理论研究一直以来都是薄弱的领域。

2 中国继承法应超越单纯的个人主义

我们希望修订一部具有中国特色的《继承法》，但法律的“中国特色”体现在什么地方？我认为，这首先取决于中国人的生活和生活原理有特色，与西方人的生活原理、生活逻辑不完全相同，因而才有我们的法律特色。

中国与西方民众生活最明显的不同是宗教的影响。中国社会没有严格意义的宗教，是一个世俗社会。中国人非常看重生命传承的价值，对这一价值的追求超越了单纯的个人主义精神，具有世系的特点，因此中国人是在与祖先和后代的联系中寻求人生的幸福。

西方人将人看成是彼此分离的个体，中国人则是将人看成是相互依赖的个体。信教的西方人将信仰视为幸福的源泉和终极，中国人则是以生命的传承绵延不朽为自己幸福的起点和终极。个人与家庭的认同关系不仅保持终生，还及于身后。这种以家庭为始终的观念，培育出了中国人对家庭的异常珍视，同时也决定了中国人对待婚姻与家庭的态度，那就是个人在利己的同时必须考虑共同体内其他成员的利益。

中西生活原理的差别应当反映到《继承法》的修订中。继承法是私法，近代西方私法的原理是个人主义，继承法的原理无疑也是个人主义。但将这样的原理完全用于今天中国《继承法》的修订，就缺少对国人生活原理的尊重。

修法不能只停留在单纯的个人主义，要给世系主义一席之地，修法必须尊重中国人对生命传承和人生幸福的观念。比如杨老师刚才提及的后位继承，如果站在超个人主义的立场思考，问题就容易解决。又如特留份制度是否设立，如果占在世系主义的立场，结论不证自明。

3“继承法现代化”已经完成

我认为，现阶段提出“继承法现代化”可能是个伪命题。

“现代化”是一个社会学概念，指的是与传统社会相比，社会生产方式和生活方式的转变。继承法的现代化应当指，带有宗法家族主义色彩的继承法，向奉行个人主义的近现代继承法的转变。

这个任务早已完成——1930 年国民党执政时制订的《继承法》，沿袭的是近代以来的欧陆继承法，解放后大陆制定的《继承法》，继受的是前苏联的立法经验。二者经过若干修订，都已完成去宗法家族主义的任务，实现了从传统继承法到现代继承法的转型。今天我们要解决的应该是如何修改完善继承法的问题。

丁海俊副教授（中国民商法律网授权学者，北京航空航天大学法学院副教授）：

我同意金老师，要进行习惯调查，将其反映在《继承法》中。但中国社会所经历的 30 年变化，并非通过“调查”能完全解决问题。

更为根本的问题是为什么会有继承，继承的根据是什么。我认为，继承的出现是由家庭制度在社会结构中所处地位决定的。继承主要或者首先发生在家庭成员之间，如果没有家庭，继承就没有存在意义。要回答这个问题，必须观察家庭在整个社会结构的变化，要从家庭功能和社会地位的角度分析和解决继承问题。

郑也夫老师在《文明是副产品》一书提出，外婚制是意外，不是人类追求的结果。还有观点认为，人类婚姻经历群婚制、一夫一妻制、外婚制，最终会走向偶合婚制。婚姻是否是一个合同，对其规制的理由是什么？值得思考。

关于继承法究竟是人法还是财产法，杨老师的观点认为至少在遗产处理这部分是财产法。从法律分类的角度观察，德国民法分成人法和物法，债法归属于物法。如果将物法之下的债法关系归属到人身关系，是不合适的。遗产处理部分的财产法性质，是否导致整部继承法就是财产法，我认为不能如此理解。

继承法中的财产关系以人身关系为前提，必须按照人身关系规则处理财产。不能将继承法视同为债，因为债以意思表示及私法自治为主要原则，而人身关系，尤其是亲属和继承关系，更突出表现民族性、法定性和限制性。继承法应被定位为人法，而在遗产处理时具有财产法性质，这样定位利于债法规则的适用。

人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 11 期婚姻家庭法、继承法文献索引摘录

2016-11-24　人大复印资料　人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 11 期

人大复印报刊资料《民商法学》2016 年第 11 期资料索引（婚姻家庭法、继承法部分）

本文系中国人民大学复印报刊资料 2016 年《民商法学》期刊第 11 期婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录，如欲查找引用，请务必核对原刊。

全文索引

论婚姻缔结中的意思表示瑕疵及其效力/冉克平//《武汉大学学报》：哲学社会科学版，2016.5.118-128

我国遗嘱继承制度背景下的遗嘱信托法律制度探析/赵廉慧//《法学杂志》（京），2016.8.80—88

婚姻家庭法

代孕行为的法理统一性及法律调控 / 赵析蔓 // 洛阳师范学院学报，2016.1.77~ 79

限制民事行为能力人婚姻登记的审查标准 / 林波 // 人民司法（京），2016.23.94~ 96

“婚姻法司法解释三”对女性劳动力供给的影响 / 王靖雯，魏思琦 // 经济学动态（京），2016.7.44~ 50

有限开放代孕的法理思考与基本路径 / 时永才，庄绪龙 // 法律适用（京），2016.7.43~ 47

婚姻关系契约与性别利益：《婚姻法解释（三）》的法经济学审视 / 张伟 // 学术界（合肥），2016.6.120~ 127

欺诈性抚养的认定及其侵权赔偿责任研究 / 吴国平 // 山东女子学院学报（济南），2016.4.34~ 42

监护人责任的理论和实证研究：“场域区分说”的主张 / 石冠彬，魏振华 // 社会科学研究（成都），2016.4.101~ 107

我国成年人监护制度的问题与完善 / 林玉丽 // 文化学刊（沈阳），2016.8.187~ 190

被扶养人生活费的认定和计算方法 / 周宏 // 人民司法（京），2016.19.93~ 99

继承法

回族农村妇女继承权问题的考察：以平罗县宝丰镇为例 / 朱爱农 // 回族研究（银川），2016.3.37~ 42

信息知情权的法律制度研究：以福岛核电站事故为例 / 秦嗣权，杨波 // 阴山学刊：社会科学版（包头），2016.4.89～93

美国继承法新发展问题的研究 / 王杉月 // 法制与经济（南宁），2016.8.47~ 49

遗产继承中继承人优先购买权制度之构建 / 钱佳，张鹏 // 行政与法（长春），2016.8.122～封三

浅论虚拟财产继承的现状和制度完善 / 唐细宗 // 齐齐哈尔大学学报：哲学社会科学版，2016.8.75~ 77

我国遗产管理人制度的立法构想 / 刘乙璞 // 长沙理工大学学报：社会科学版，2016.4.126~ 131

法律适用 2016 年第 11 期（总第 368 期）婚姻家庭论文摘要

法律适用 2016 年第 11 期（总第 368 期）

本文系法律适用 2016 年第 11 期婚姻家庭相关论文摘要整理，仅做学习之用，如欲查看全文，请查阅该期刊。

目录

1．夫妻共同债务清偿规则探析

2.英国家事审判支付及其启示

夫妻共同债务清偿规则探析

作者：曲超彦，大连海事大学法学院博士研究生来源：《法律适用》2016 年第 11 期（总第 368 期）

摘要：根据债务是否经过夫妻合意，夫妻共同债务可分为“合意型”共同债务和“单方型”共同债务两种，虽然同为夫妻共同债务，但是其法理基础并不相同，责任承担方式也应有所区别。本文总结两种夫妻共同债务的法理基础，并结合国外立法经验及我国的现实得出结论：“合意型”夫妻共同债务由未举债方与其配偶承担连带责任，“单方型”夫妻共同债务未举债方仅以其所占有共同财产的份额为限承担责任。

关键词：夫妻共同债务 共同之债连带之债 连带责任有限责任

一、问题的提出
二、夫妻共同债务清偿规则的理论基础
（一）共同之债和连带之债的区别
（二）夫妻共同债务的属性
（三）债务同责任的对应关系
三、“合意型”夫妻共同债务的清偿规则
四、“单方型”夫妻共同债务的清偿规则
（一）“单方型”夫妻共同债务清偿的新思路
（二）其他国家和地区的立法经验
（三）两种模式的对比分析
（四）我国立法对两种模式的选择
结论

“合意型”同“单方型”夫妻共同债务的成立分别基于当事人意思自治原则(债权人有充分理由相信债务系夫妻合意所为的情形基于信赖利益保护原则)及夫妻生活共同体的强势外观性特征而被归于夫妻共同债务之列，其法理基础不同，责任承担方式也应有所区别。具体而言，二者系连带之债与共同之债的区别，“合意型”夫妻共同债务基于其连带之债的属性应当由夫妻承担连带清偿责任；“单方型”夫妻共同债务的共同之债属性导致其责任承担方式具有多元选择性，根据我国的现有法律框架及社会现实，由未举债方以其在共同财产中所占比例承担有限责任为宜。不同性质的债务对应不同的责任承担方式不仅体现了债务本身的内在规定性，同时也是公平正义原则的要求，对不同情形下的夫妻共同债务课以有分别的责任承担方式，除了更加注重制度之法理分析外，也缓解了夫妻债务认定规则的实践压力：既尊重了夫妻生活共同体的身份性特征，又注重了对夫或妻个人利益的保护。

英国家事审判支付及其启示

作者：陈莉，北京航空航天大学法学院博士研究生；
向前，重庆市荣昌区人民法院院长

来源：《法律适用》2016 年第 11 期（总第 368 期）

摘要 英国家事审判制度在一定程度上反映了西方国家处理家事纠纷的司法政策和基本规则。英国家事审判制度的主要特色在于：设置家事法院等专门机构集中审理家事案件；注重运用调解方案彻底化解家事纠纷；通过谨慎的诉讼程序引导当事人修复婚姻家庭关系；优先保护未成年人等弱势群体的合法权益；强化家事法官的职权干预。英国家事审判制度的基本经验，为目前正在进行的我国家事审判制度改革提供了有益启示。

关键词 家事审判 家事组织 家事法官 家事调解

一、英国家事审判机构及案件管辖
（一）英国家事法院的设立
（二）家事案件的上诉管辖
（三）英国其他地区的家事审判机构
二、英国家事审判程序及其特色
（一）英国家事审判程序
（二）英国家事审判特色
三、英国家事审判制度的启示

（一）构建独立的家事诉讼程序
（二）设立专门的家事审判组织
（三）建立专业化的家事审判队伍
（四）完善家事审判工作机制

对家暴说“不”为何如此难

2016-11-28 人民法院报 中国应用法学研究所博士后 张建肖

今年 11 月 25 日是《中华人民共和国反家庭暴力法》正式实施后的第一个“国际消除对妇女的暴力日”。前一天上午，浙江省乐清市人民法院网络直播审理被告人郑某兴涉嫌故意杀人罪一案。合议庭认为，郑某兴长期实施家庭暴力，并曾威胁要杀害受害者的亲属，直至本次升级至致命程度，人身危险性较大，酌情从重处罚。最终，法院判处郑某兴犯故意杀人罪，判处有期徒刑十年零二个月。从司法实践的情况来看，我国反家暴法的实施取得了一定的效果，但传统难点仍待突破，既有规则难以应对的新问题亦值得重视。

家暴案件介入成本高，操作难

家庭的私密性和伦理性极大地增加了家暴取证和认定的困难。司法解决路径不外乎两种：一是加强司法机构的力量，增大司法资源供给。事实上，司法机关很难投入相当资源查清每一起家暴的细节、达到法律要求的举证标准，这将耗费巨大的司法成本，成为司法不能承受之重。二是控制精细化操作成本，放任以粗犷的方式介入可能存在的家暴。这易造成家庭内部运行过度依赖法律，导致的结果通常是法律介入的效果越好，家庭成员之间自治的冲动越低，甚至坐等法律介入完成家庭内部的运作和家庭责任的承担。当法律介入家庭治理成为一种文化时，家庭自治本身所具有的价值也将荡然无存。

精神暴力成为家暴的新趋势

现实中，“打老婆”所借代的身体暴力行为对我国民众和司法工作者来说，并不陌生。身体暴力的违法性以及法律介入的必要性，在学理上不再存疑。事实上，对身体暴力违法性的共识、国民整体素质的提高和法律规避意识的增强，已经抑制了身体暴力发生的频率和烈度，而精神暴力在现阶段反倒成为家庭暴力的新趋势。但精神暴力行为具有极强的隐蔽性，很难为他人所了解和掌握。精神暴力受害者大多处于自卑、胆怯、懦弱、忍让和孤立无助的状态中，一般也不具备搜集和保存家暴证据的能力，造成审判实践中精神暴力认定的困难。

现实性问题突出，介入容易而治愈难

家暴的发生机制和环境极为复杂，当亲情伦理、经济状况、身体力量等差异悬殊时，受暴者对暴力的发生通常有极大的容忍度。比如在“经济控制”型家暴中，受暴者多是缺乏独立经济来源的一方。此时如仅对施暴者科以行政或刑事处罚，不仅难以达到遏制家暴的效果，反而会加剧受暴者的经济困境，因为处罚不能改变双方“控制”的固有格局。又如，在一些偏远地区，受暴者一方面不堪忍受精神和肉体折磨，另一方面却以忍气吞声为理应承担的家庭责任而习以为常，甚至引以为荣。在此语境下，当受暴者潜在承受的“多事”指责的精神压力压倒家暴行为带来的痛苦时，受暴者通常会排斥法律救济，反而会维护施暴者，对抗作为其保护者的国家法律。

即使是穷尽逻辑与悟性的立法，也总是有一些现实问题是无法精确界定的，也总是有一些社会关系是依靠成文法的有限变量难以完全理顺的，也总是有一些立法目的是不可能完美实现的。因此，我们需在反家暴立法与实践源源不断的互动交流中，尽可能捉出其中的“鬼魅”，以免昏聩说混沌、荒唐演大荒。

（二）法官视点

法眼观察|面对家庭暴力该怎么办？听听法官的维权建议

2016-11-02 北京三中法院风景线

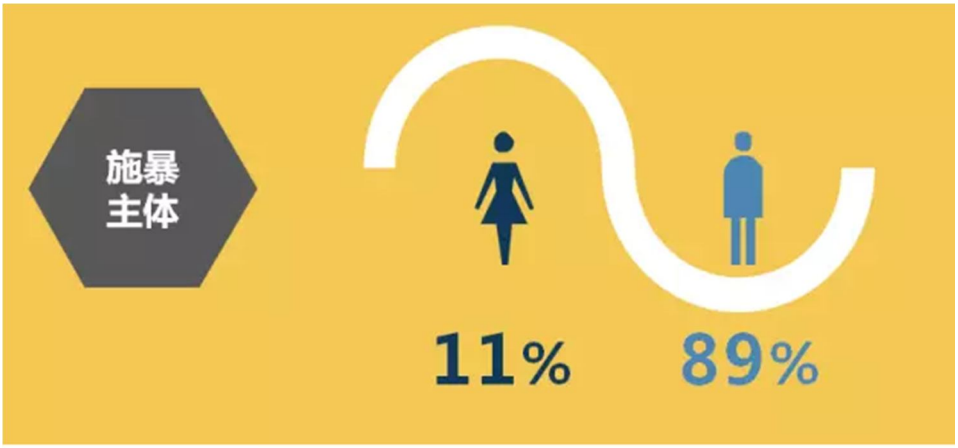
编者按

近年来，家庭暴力逐渐成为社会热点话题。家庭暴力已不再是传统观念的“家内私事”，而是社会问题，关系到公民人权、家庭和谐、社会稳定及文明进步。11 月 1 日上午，北京市三中院召开新闻通报会，结合调研情况对涉家庭暴力婚姻家庭类案件的基本特点、审理难点及三中院的相关司法观点作了通报，并对家庭暴力受害人如何维权提出建议。

案件特点

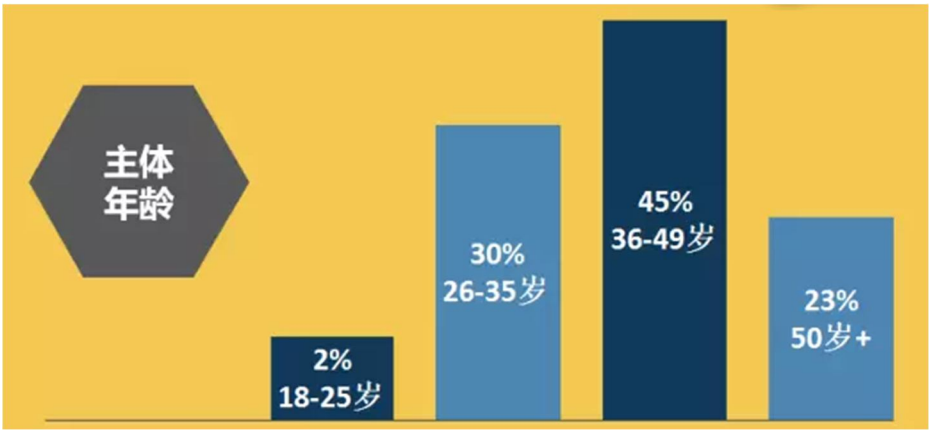
1 案件类型

就案件类型而言，主要集中于离婚案件。213 件案件中，有 198 件案由是离婚纠纷，占比高达 93%。其余 7%的案件则散见于抚养、扶养、赡养纠纷、探望权纠纷及离婚后财产纠纷。



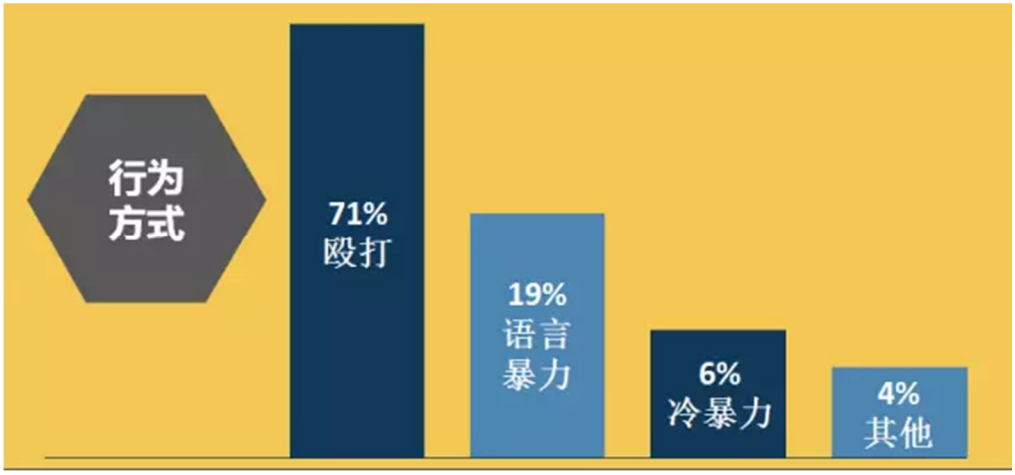
2 施暴主体

就施暴主体而言，主要体现为男性对女性实施家庭暴力。调研结果显示：女性主张男性实施家庭暴力的有 187 件，占比高达 89%；而男性主张女性实施家庭暴力的仅占 11%。



3 主体年龄

就主体年龄而言，多为 36-49 岁之间。经调研统计，施暴主体处于 36 至 49 岁之间的案件数占 45%。这一年龄段的人群正值中年，面临“上有老、下有小”的压力，处于事业发展关键期，家庭生活中的琐碎矛盾，容易成为引发家庭暴力的导火索。



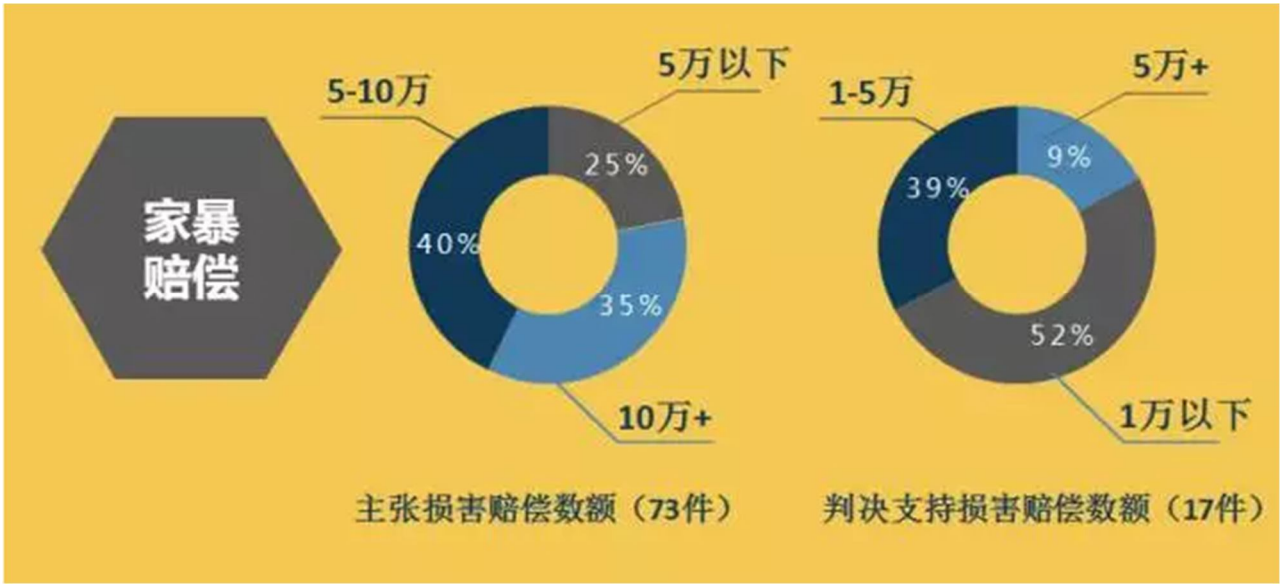
4 行为方式

就行为方式而言，殴打为最主要的表现形式。调研统计的案件中，家庭暴力的行为方式虽呈现出多样性，包括殴打、语言暴力、限制人身自由等，但占比最高的仍为殴打，比例高达 71%，谩骂、恐吓、威胁等语言暴力位居其次。

5

构成认定

就构成认定而言，较少案件被法院认定构成家庭暴力。213 件案件中，经法院审理认定构成家庭暴力的仅为 22 件，认定率为 10.3%。



6 损害赔偿

就损害赔偿而言，相关诉请获得法院支持率较低。213 件案件中，当事人以家庭暴力为由主张损害赔偿的有 73 件，仅有 17 件得到了法院判决支持，支持率仅为 23%，且赔偿数额多在 5 万元以下。

审理难点

经调研分析，三中院法官认为法院在审理涉家庭暴力婚姻家庭类案件中会面临当事人举证不充分、法定构成要件难确定以及法律后果不明确等难点问题。

1 当事人就家庭暴力的事实举证不充分

213 件案件中，当事人未提交任何证据，仅口头主张存在家庭暴力的有 115 件。其余 98 件案件，当事人虽提交了部分相关证据，但因证据不充分，被法院采信的只有 17 件，采信率仅为 17.3%。

2 家庭暴力的法定构成要件难确定

认定家庭暴力需要依据法律规定的构成要件予以确定。我国《婚姻法》对家庭暴力的概念与内涵没有明确的规定，最高法院的司法解释与《反家庭暴力法》对家庭暴力的界定又有差异，如何理解与适用相关规定，实践中也有一定争议。

3 家庭暴力的法律后果不明确

《婚姻法》仅规定构成家庭暴力的，法院应当判令准予离婚，并可判令施暴者支付损害赔偿金。但家庭暴力是否影响财产分割比例，是否影响抚养权，是否影响探望权等，法律规定尚不明确，实践中存有一定争议。

司法观点

1 家庭暴力的认定

目前，民事领域涉及家庭暴力概念界定的法律及司法解释包括：《婚姻法》、《婚姻法解释（一）》、《反家庭暴力法》。其中，《婚姻法》只是原则性地提出了家庭暴力的概念，但未涉及构成要件。《婚姻法解释（一）》规定，只有在给对方造成一定的伤害后果的情况下，才构成“家庭暴力”。《反家庭暴力法》则区分身体有形暴力与精神暴力，对身体有形暴力的行为强度、危害后果并无限制性要求，而对谩骂、恐吓等形式的精神侵害，则要求以经常性的方式实施。

因《反家庭暴力法》条文本身没有是否适用于家事案件中的规定，司法实践中仍有依据《婚姻法解释（一）》认定家庭暴力的情况。但我们认为，在新时期社会文明不断发展的大背景下，《反家庭暴力法》作为调整与处理家庭暴力行为的专门性立法，其指向的家庭暴力行为与《婚姻法》中规定的家庭暴力行为并无不同，理应适用于家事案件的审理之中。

法院认定家庭暴力，应当结合侵害方式、持续时间、反复频次、伤害后果等方面予以综合审查判断，但不宜将造成轻伤、轻微伤或精神抑郁等“伤害后果”作为必备要件。法院判断相关行为是属于家庭暴力还是一般家庭纠纷，应当考虑受害人的感受及意愿、施暴者与受害人的婚姻感情状况、社会一般大众的观念等，作出合理区分与认定。对在一般人看来也属于轻微的家庭纠纷或推搡，或双方偶然的激烈争吵，法院不应认定为家庭暴力。

2 法律责任的确定

在案件审理中，一旦法院认定构成家庭暴力，即会涉及相关法律责任的问题，主要包括离婚案件中对婚姻关系、财产分割、损害赔偿、子女抚养等问题的处理；抚养纠纷案件中对抚养关系的判定；探望权纠纷案件中对是否准予探视的考量等五个方面。

1 准予离婚

根据《婚姻法》第三十二条的规定，家庭暴力被纳入法定离婚事由。夫妻一方以对方实施家庭暴力为由提起离婚诉讼的，即使对方不同意离婚，在认定构成家庭暴力的情况下，法院也应当判决准予离婚。

2 财产分割适当照顾受害方

我国《婚姻法》及司法解释确立了照顾无过错方及照顾妇女、儿童的原则。法院在认定构成家庭暴力的离婚案件中，分割财产时应照顾作为无过错方的受害人，适当予以多分。至于多分的份额，法院应结合家庭暴力的实施手段、频率次数等情节及损害结果的严重程度，合理确定。

3 损害赔偿兼顾物质损害赔偿和精神损害赔偿

《婚姻法》第四十六条规定的因家庭暴力而应承担的离婚损害赔偿责任，既包括物质损害赔偿，也包括精神损害赔偿。物质损害赔偿数额的确定，通常以受害人提供的证据，包括医疗费票据、交通费票据、营养费票据等作为

依据。精神损害赔偿数额的确定，我们认为应结合施暴情节的恶劣程度，酌情予以判定。目前，司法实践确定的家庭暴力精神损害赔偿数额相对较低，我们认为应适当予以提高，进一步发挥司法惩治功能。

4 结合具体案情确定子女抚养权

“儿童最佳利益”原则始终是确定抚养权归属的基本原则。调研统计的案例当中，主张对方实施家庭暴力的受害人，提出由己方抚养未成年子女的共有 76 件，法院判决支持的有 34 件，占 44.7%的比例。我们认为，经法院认定构成家庭暴力的案件中，如果双方对由谁直接抚养子女不能达成一致意见，虽然施暴者并不必然因此丧失抚养权，但法院应结合其具体施暴方式、次数、严重程度等，分析其个性特征，进而确定是否适合抚养未成年子女。

5 特殊情形剥夺探望权

探望权是赋予离婚后不直接抚养子女一方作为父母的法定权利及义务，一般情况下，法院不宜否定其该项权利。但在未成年子女心理因家庭暴力受到严重影响的情形下，法院可以驳回施暴者探视子女的诉讼请求。曾为家庭暴力的施暴对象、或者曾经目睹施暴行为的未成年子女，对施暴者可能已形成恐惧或抗拒心理。此种情形下，如允许施暴者探视子女，不仅不能修复未成年子女严重的心理创伤，反而会造成进一步的伤害。

维权建议

大部分受害人在最初遭受家庭暴力时选择了忍辱求全，不会对外声张，也不会向亲友、居委会及基层派出所等反映、求援，当然，更不会刻意保留施暴证据。可见，当前反家庭暴力的维权意识尚未深入人心，维权知识尚未普及到位。鉴于此，三中院法官特向家庭暴力受害人提出如下建议：

提高自我保护和维权意识

家庭暴力的受害人应当摒弃“家丑不外扬”、“清官难断家务事”的传统思想，克服在经济生活等方面依附于施暴者、不敢反抗的心理障碍，依法维权。受害人应当提高权利与平等意识，认识到家庭暴力可以寻求家庭其他成员、社会公众、专门机构以及公权力机关的救助与干预，勇于及时拿起法律武器维护自身权益，拖延只会助长施暴者进一步施暴的“气焰”。

及时收集和固定证据

家庭暴力发生后，如双方能进行沟通和解，可要求施暴者作出书面悔过或保证，也可录音、录像保存。如自行和解不成，受害人要勇于寻求外力干预，努力通过家庭内部成员（特别是共同居住的家庭成员）、亲友、邻居、双方所在单位、村（ 居） 委会、司法所或妇联等进行调解，这些参与调解的人的证言将是认定家庭暴力事实的有效证据之一。

在暴力情节比较严重、情势紧迫的情况下，受害人应当及时报警，公安机关会依据相关法律进行记录与调查处理。警方制作的报警记录与询问笔录等材料均是认定家庭暴力的重要证据。家庭暴力导致受伤的，受害人应及时去医疗机构进行诊断医治，并将伤情拍照留存。总之，所有与家庭暴力发生有关的伤情照片、身体伤痕、日记、证人证言、保证书、报警记录、社会团体的相关记录或证明、专家证言、病历、录音录像、短信、网络聊天记录等材料均是诉讼中的重要证据，受害人在家庭暴力发生前后要留意获取与保存证据。

寻求社会机构与公权力机关的干预与救助

根据《反家庭暴力法》的规定，学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构等，均是承担反家暴职责的重要机构，受害人可以向其寻求帮助，摆脱不利局面。

申请人身安全保护令

当事人在遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险时，亦可向人民法院申请人身安全保护令。一般保护令在 72 小时内发出，紧急保护令在 24 小时内发出。紧急保护令对于受到严重威胁、严重家暴的人，可以起到及时隔离、制止暴力，避免暴力升级的作用。

婚姻家庭案件法律适用疑难问题研讨

2016-11-02　北京审判 北京三中院民二庭

编者按:北京市第三中级人民法院邀请最高人民法院审判长吴晓芳讲授“婚姻家庭案件处理疑难问题”。该院民二庭结合培训内容及审判实务，对吴晓芳法官讲课内容进行归纳梳理，经民商事专业法官会议讨论，形成如下意见，供审判实践中参考。

一、夫妻“忠诚协议”的效力如何认定？

“忠诚协议”的效力尚未形成统一认识，主要有三种观点：

第一种观点，认定“忠诚协议”有效。《婚姻法司法解释（三）》草案曾考虑认定“忠诚协议”有效，主要基于两点理由：第一，该协议是双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制性规定，也未损害他人利益；第二，婚姻法第四条规定，夫妻间应当相互忠实，忠诚协议实质上是对婚姻法中抽象的夫妻忠实义务具体化。但正式出台的《婚姻法解释（三）》并未保留该条。

第二种观点，认定“忠诚协议”无效。理由主要是：婚姻法第四条规定的夫妻之间的忠实义务是道德义务而不是法律义务，不宜将道德、感情上的要求转变为法律上的要求并赋予强制执行力。

第三种观点，法院不予处理。上海高院目前的做法：在婚姻存续期间主张依忠诚协议获得赔偿的，法院不予受理；在离婚案件中依忠诚协议主张赔偿的，不予处理，相当于超过诉讼时效的债权债务关系。吴晓芳法官个人倾向于法院不予处理。

我们认为，对于夫妻间“忠诚协议”中关于子女抚养等身份关系的内容，法院应认定无效；对于夫妻间“忠诚协议”关于财产关系的内容，一般应认定有效，无履行可能或显失公平的，法院可以适当调整。

二、夫妻间关于房产部分或全部所有权转移的合意是否可以撤销？

我们认为，首先，应区分房产原本归属：房产原本即是夫妻共同财产，则无论约定部分或全部归一方所有，均应适用《婚姻法》第十九条的“约定”，单方不得撤销；房产原本属于夫妻一方个人财产或婚前个人财产，则无论约定部分或全部归另一方所有，均应适用《婚姻法司法解释（三）》第六条的“赠与”，未完成产权登记变更前，一方享有撤销权。但如果该项房产约定系夫妻双方离婚协议中整体分割财产内容的一部分时，应视为《婚姻法》第十九条的“约定”，单方不得撤销。其次，对于物权效力问题，“约定”在夫妻间具有婚姻法上的效力，但不具有物权法上的效力，即对世效力，也不得对抗善意第三人。

三、夫妻双方离婚时约定将共同财产赠与子女是否可撤销及子女是否有权要求履行协议？

我们认为，对于协议变更或撤销问题，任何一方不得单方撤销对子女的赠与，因为违背了离婚协议的整体性，但夫妻双方一致同意变更的，可共同撤销对子女的赠与。

对于协议履行问题，应当区别不同的诉讼主体采取不同的诉讼形式：一方面，前配偶可以基于合同的相对性，以夫妻财产约定纠纷或离婚后财产纠纷诉另一方要求履行协议，子女作为第三人参加诉讼；另一方面，子女可以基于赠与合同纠纷，以其父母双方为共同被告，起诉要求履行协议。

四、夫妻一方将双方共有房屋卖给第三人，买卖合同是否有效？

我们认为，基于最高法院“买卖合同解释”第三条的规定，合同效力问题已经与物权基础问题分离，故该类无权处分协议一般应当有效，除非转让协议有其他无效事由；对于买受人能否实际取得房屋所有权的问题，应当按照善意取得制度处理；买受人未能依据合同取得房屋的，可以起诉卖房一方主张违约责任，该责任应当由其个人自行承担。

五、夫妻将双方购买的房屋登记在子女名下，离婚时如何处理？

我们认为，首先应判断夫妻双方真实意思表示是否为赠与。如果无法查清夫妻双方真实意思表示，则按产权证的记载认定房屋权属。

六、为促成双方婚姻，一方父母应另一方要求将房屋登记在其名下，后双方没有结婚，登记权人主张房屋为其所有，应当如何处理？

我们认为，此类问题应尊重物权登记效力，将房屋认定为登记方所有，同时考虑出资来源，比照适用彩礼的处理返还事宜。

七、夫妻共同债务对内对外如何认定？

《婚姻法司法解释（二）》第二十四条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。《婚姻法》第十九条第三款规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

《婚姻法》第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

吴晓芳法官指出，《婚姻法司法解释（二）》第二十四条出台的背景是夫妻逃债。但目前，出借人和债权人恶意串通情况亦时有发生，因此不少人认为该条过分保护债权人的利益。吴晓芳法官提到最高法院给地方高院的两个函

复：

一是（2014）民一他字第 10 号给江苏高院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务如何认定的答复》，内容为：在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法司法解释（二）》第二十四条规定认定，如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

二是（2015）民一他字第 9 号给福建高院《关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》，内容为：夫妻一方对外担保之债不应适用《婚姻法解释（二）》第二十四条的规定认定为夫妻共同债务。

吴晓芳法官认为，夫妻共同债务对内对外应区别对待：对内，在涉及夫妻双方之间债务承担时，应适用《婚姻法》第四十一条的规定，无论夫妻双方谁做原告，都由借款方承担举证责任，证明该借款系基于夫妻的合意或用于家庭共同生产或生活，如果证据不足，则由其个人偿还；对外，在涉及债权人与债务人之间的法律关系时，应适用《婚姻法司法解释（二）》第二十四条的规定，运用推定原则，债权人只要证明该借款系发生于夫妻关系存续期间，即推定为夫妻共同债务。对于大额举债与“家事代理”，吴晓芳法官认为可参照浙江高院的做法，夫妻一方对外举债，在日常生活范围内，承担连带偿还责任；超出日常生活范围的，举债一方或债权人应举证证明债务用于夫妻共同生活或经夫妻双方合意。

我们认为，基于第二十四条的推定效力，在民间借贷案件中，可以根据需要追加配偶为共同被告，由其在此诉讼中对债务不属于夫妻共同债务进行抗辩与举证，法院对债务性质与配偶是否应当承担还债责任问题，统一作出判断；在民间借贷案件中未追加配偶的，债权人有权另行起诉要求确认其连带清偿责任，法院应按照上述原则处理举证与判断问题。

八、依据“结束非法同居关系的分手费协议”提出的请求法院能否支持，给付方配偶能否要求返还？

我们认为，分手费债务不能通过法院索要或追回。给付了约定财物的一方，因系无权处分且目的有违社会善良风俗，故给付方的配偶请求返还财产的诉讼请求，法院应予以支持，不能返还原物的，接受方应赔偿相应损失。

“离婚协议”怎么签才不会出问题，秦淮法官手把手来教你

2016-11-02　南京市秦淮区人民法院　王冬青

离婚协议，是夫妻双方在民政局自愿办理离婚手续时，签订的关于离婚、子女抚养、财产分割等内容的协议。一般情况下，民政局工作人员会指导离婚双方按照真实意思签字确认，但对具体内容不作审核。司法实践中，经民政局备案的离婚协议，当事人在履行中产生矛盾的情况屡见不鲜，并作为离婚后财产纠纷案件进入法院诉讼解决。

很多案件当事人称，离婚协议是在网上找个模版，两人一商量就起草了，再到民政局附近找个店打印下就完成了。实际执行协议的时候，才发现问题，协商不了只能诉讼。那么，问题来了，离婚协议该怎么签？是不是真的很难签？难道问题就不可避免了吗？下面，法官来手把手教你怎么签。

标准模版是这样的：

离 婚 协 议

男方：XXX，X 年 X 月 X 日出生，身份证号码：X，住址：X

女方：XXX，X 年 X 月 X 日出生，身份证号码：X，住址：X

一、双方自愿离婚。

二、婚生子女*由夫或妻一方抚养，另一方每月*号前支付抚养费*元直至婚生子女年满 18 周岁止，该款直接付至*账户。另一方有探视权，探视时间和方式为：每月（周）探视*次，具体时间、接送地点和方式等。

三、夫妻共同财产，包括**房屋、**车辆、**存款、**股权、债券等归谁所有，给对方**折价款，具体产权变更登记时间和折价款支付时间和方式等。可另行约定逾期的违约责任。

三、夫妻共同债务，由哪方承担。未约定的债务，各负其债。

四、其他。比如户口迁出问题，或兜底约定其他财产各自名下的归各自所有，无其他争议。

男方签名　　女方签名

年 月 日　　年 月 日

那么问题来了

这么简单的离婚协议

事后为什么会产生那么多矛盾呢

让我们来一起看看

这些出问题的离婚协议

1、假离婚变成真，协议不愿履行

法律上没有“假离婚”的概念，一经签字离婚，即发生夫妻身份关系解除的法律效力。所谓的复婚，也是重新缔结新的婚姻关系。很多人为购房、孩子上学等各种现实需求，在民政局办理“假离婚”时，草率签订离婚协议，一旦假戏真做，势必产生矛盾。当事人仅以协议不是真实意思为由要求撤销协议或者抗辩不履行协议，往往得不到法院支持。

案例：甲女诉称，为申购经济适用房与丈夫假离婚，约定夫妻共有房产归男方一人所有，后经济适用房没有申购成功，要求法院重新分割房产。被告矢口否认原告申购经济适用房说法，坚称离婚是真实意思表示。该案原告要证明离婚协议并非双方真实意思表示，存在较大的举证困难，诉请难以得到法院。

提醒：离婚协议无真假，都得当作真的签，才能防范法律风险。

2、不懂探望权，看孩子成麻烦

离婚之后，不直接抚养子女的一方，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。探望权是基于身份关系的一种法定权利，能够弥合亲情，有助子女的成长。但有些夫妻离婚时，只知道约定“孩子跟谁”，不懂“另一方定期探望孩子”的权利而没有约定，或约定方式难以实现正常探视，导致离婚后矛盾不断。

案例：甲女与乙男离婚时，约定孩子跟女方，男方付抚养费。离婚后，男方想看望孩子，被女方及其家人赶出门，称孩子跟男方没有关系，男方没有权利接触孩子。这是典型的不懂探望权概念的离婚夫妻。还有一对夫妻离婚时，因双方经济条件悬殊，约定年幼的儿子跟男方生活，但女方对孩子感情很深，于是约定每周探视两次，男方可以陪同。但因为探望的具体时间没有约定，加上需要男方陪同的条件，探望成了双方的负担，几乎每周都要协商或吵闹才能实现探视。

提醒：明确约定探望权，具体探望的时间、接送地点，遇到特殊情况的处理方式，比如寒暑假期间区别对待，轮流过年等，尽量多考虑细节，保障亲子权利和探视便利。

3、为了尽快离，违心答应抚养费

一般情况下，子女抚养费条款不会遗漏。但抚养费的数额如何约定和协议效力却大有文章。在司法实践中，法院一般按照不直接抚养人的月收入的百分之二十至百分之三十的标准判决抚养费，按月支付至孩子年满 18 周岁。但实践中离婚协议的约定却千差万别。有按月约定数额的，有按实际花费（包括教育费、医疗费、生活费等各种名目）具体分摊的，有一次性支付到位的。因此发生的抚养费纠纷也是复杂多样。

案例：男方出轨，为尽快实现与妻子协议离婚，约定离婚时给妻子高额补偿金，每月支付孩子抚养费 5000 元。离婚后，男方得知法律上有规定的抚养费标准，认为 5000 元过高起诉要求降低抚养费。最终法院认为协议效力优先，在男方不能证实没有实际支付能力的情况下，为保护未成年人利益，驳回原告诉请。

提醒：法律规定的比例是指导法院裁判抚养费的参照标准，并不表示当事人约定的高于或低于该标准的抚养费约定没有法律效力。抚养费是不直接抚养一方履行抚养义务的方式，希望当事人多从孩子角度慎重考虑，理性对待。一旦约定，想要随意撤销十分困难。

4、约定财产给孩子，事后又反悔

夫妻共同财产分割条款中，需要具体罗列夫妻共同财产项目，并明确具体分割方式，包括产权归谁，如何过户或交付。但实践中的问题，有约定财产并非夫妻共同财产还涉及第三人利益的，导致分割协议不能履行；有约定过户，但因存在抵押不能顺利过户的；有在财产分割上设定条件，而条件不能实现或违反法律规定的等等不一而足。

案例：男方提出离婚，女方表示不同意。男方主动提出孩子跟女方，男方名下的房产赠与孩子。女方因此同意

离婚，签订协议。事后，男方发现是女方背叛家庭在先，不应在财产上照顾女方，要求撤销对孩子的赠与。最终法院认为，离婚协议是兼具身份和财产关系的约定，不可分割。赠与孩子的协议在不符合法定事由的情况下不能撤销。

提醒：离婚协议在财产条款上的约定，一年内如符合法定事由，当事人有权诉请撤销，但赠与孩子的条款一般情况下是不能任意撤销的。现实中，将财产赠与孩子一般是夫妻解决财产分割尖锐矛盾的突破口，但不可将此作为权宜之计，事后随意反悔。

5、文辞表述不清，离婚后持续诉讼

一般房产分割都是使用“所有权”或“使用权”这种表述方式。但审判实践中发现有人使用“所用权”（注意：“用”和“有”一字之差），这一文辞约定在房产分割条款中，导致双方争执不下。一方认定是“所有权”，要求对方配合过户；另一方认定是“使用权”，对方无权要求过户，理由是没有约定产权。法律上没有**“所用权”**这个概念，上述约定给当事人和法院裁判带来很大困难。

就这样，夫妻双方离婚后为这一文辞争议诉至法院，一、二审结案后，当事人又申请再审，损失了大量的金钱和时间利益，还可能干扰离婚后正常的生活。双方都悔不当初，为什么签订离婚协议时就没有仔细看清楚呢。

离婚协议与一般合同相比，兼具人身和财产关系双重属性，且关涉离婚双方的切身利益，务必要遵循真实意思，审慎而为。为了这一签就解除夫妻关系的协议，再多看几眼都不为过。为了这一签就可能发生“剪不断、理还乱”矛盾的协议，再多想几遍都不算多。即使万一发生意料之外的矛盾，看在夫妻一场或共育子女的情分上，法官建议尽力协商解决，避免对簿公堂。且行且珍惜，且签且念缘。

最高院民一庭：如何认定受遗赠人“知道受遗赠后两个月内”的起算点

2016-11-09 家事法务 最高院民一庭

【问】继承法第二十五条规定：“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。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”

如何理解后一款“知道受遗赠后两个月内”的起算点？比如 2002 年 6 月作了遗赠公证，2009 年 4 月死亡，有观点认为，受遗赠人应当举证证明 2002 年 8 月前明确表示接受遗赠，否则就视为放弃受遗赠。这样理解对吗？

【答】遗赠是指自然人以遗嘱的方式，将其个人的财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的人，并于其死后发生法律效力的民事行为。我国继承法第二十五条第二款规定：“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”这里规定的两个月为接受遗赠的除斥期间，应当从受遗赠人知道遗赠之日起两个月内开始计算。

遗赠应属遗赠人死后生效的法律行为，将财产赠与他人的意思表示，虽然是在生前作出的，但只有于遗赠人死亡后该遗赠才发生法律效力，即遗赠人死亡前，不发生财产所有权的转移。

因此，关于如何认定受遗赠人“知道受遗赠后两个月内”的起算点问题，我们认为应把继承法第二十五条第一款和第二款联系起来理解，继承从被继承人死亡时开始，被继承人活着时，即便做了遗赠公证，受遗赠人也不适宜在其生存时就表示接受遗赠，只能等被继承人死亡后再表达自己愿意接受遗赠的意愿，故两个月的最早起算点应是从被继承人死亡之日起算。如果受遗赠人在被继承人死亡后才得知遗赠之事，应当在知道受遗赠后两个月内作出接受或者放弃受遗赠的表示。

执笔人：本书研究组

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第 46 辑

办理涉少家事案件的探索与出路

2016-11-07 中国法院网 江苏省太仓市人民法院 屈芳

【摘要】：涉少家事纠纷在司法过程中存在较大的特殊性。家事审判和少年审判趋同的理念和程序运作让二者融合成为可能，构建适合我国国情的少年家事法庭，规范化、专业化审理涉少家事案件，贯彻落实未成年人利益最大化原则，以使家事诉讼案件中未成年人的合法权利得到最充分、最合理的保障。

【关键词】：家事案件；涉少民事审判；未成年人利益最大化

家事案件因其高度人身属性而不同于普通民事争议，审理复杂而特殊。未成年人的生理、心理尚处于发展阶段，心智也尚不成熟，在家事诉讼过程中，作为特殊的诉讼主体，未成年当事人理应受到更多的关注和保护。家事审判和少年审判趋同的理念和程序运作让二者融合成为可能，构建适合我国国情的少年家事法庭，规范化、专业化审理

涉少家事案件，贯彻落实未成年人利益最大化原则，以使家事诉讼案件中未成年人的合法权利得到最充分、最合理的保障。

一、家事案件审判的理论概述

家事案件即我国人民法院所称的婚姻案件、家庭案件、继承案件及其他亲属关系纠纷，主要包括亲属身份争议和以亲属身份为依据所生的财产争议两大类。

首先，家事案件具有高度人身属性，其权利义务争议不同于一般财产法上的利益争议。一方面，家事案件具有强烈的伦理性。婚姻家庭是传统伦理道德的主要载体之一。特定的亲属身份是主体相互之间享有权利、承担义务的依据。另一方面，家事案件当事人的心理较复杂，既希望解决纷争，又不愿意亲属关系因此交恶；既要求分清是非，又存在辈份、亲情等顾虑；既要求彻底查清事实真相公平处理纠纷，又不愿意过度公开个人、家庭、家族隐私，也不可能从此老死不相往来。为此，家庭案件的解决和司法审理，在时间、场合、方式、程序等方面有很高要求，又需要较大灵活性。

其次，家事诉讼程序与普通民事程序有所不同,具有自身特点。家事案件的裁判，不单纯以追求当事人孰是孰非为目的，而是重在调整人际关系，使当事人回复到生活常态。家事审判以不公开审理为原则，保护当事人隐私；当事人的自由处分权受到严格限制；强调本人亲自出庭参加诉讼；采取灵活庭审程序，弱化庭审对抗性，避免矛盾激化；诉讼中采取职权探知主义模式（法官询问为主），辩论主义受限制（避免当事人间谩骂、指责，激化矛盾）；举证方面不严格采取“谁主张，谁举证”，加强法院依职权调查；家事审判注重调解、和解等劝导性纠纷解决方式的运用。

再次，设立少年家事法庭解决家事纠纷，保障未成年人利益具有独特优势。第一，这一方案能够极大缓解我国少年法庭因案源不足而导致的生存危机，并且由于在受案范围上将其严格地控制在家事事件范围，从而能够有效避免我国现阶段未成年人综合庭收案尤其是未成年人民事案件过于泛化从而引发的“案多人少，未成年人审判特色难以保持”的问题 。第二，在我国现有司法资源紧张的情况下，将二者合并由一个法庭进行审理能够优化司法资源组合，最大限度降低司法资源的浪费。所以，成立少年家事法庭一并处理未成年人事件和家事事件在我国现有国情下具有相当的必要性和可行性。第三，由于将家事问题与未成年人问题一并解决，能够从根源上缓解少年犯罪问题，因为家庭关系不畅，会相应地导致未成年人生活环境的恶化。因此，将少年事件与家事事件合并在同一个法庭进行审理，能够通过家事问题的妥当解决以保障未成年人生活环境的有序和健康，从而有效避免少年犯罪之诱因。

二、域外独立家事诉讼程序比较研究

在法制健全的国家和地区,家事审判制度已相当成熟，家事法院或法庭，配备有兴趣并有特殊素质的法官，辅之以社会工作者和其他适合于此的专业人士，适用家事诉讼专门程序，全面系统地处理所有婚姻家庭法律事务，取得了较理想的社会法律效果。

（一）德国。家事诉讼属于特殊类型的诉讼，由家事法院专属管辖，适用“家事事件程序”。家事法庭内设家事调解委员会，家事案件实行不公开审理，双方当事人应亲自参加听审，辩论主义受到了强烈抑制，双方当事人的处分权限受到限制。

（二）日本。家事法院系统最为发达，家事诉讼适用《人事诉讼程序法》和《家事审判法》。日本强调家事案件审理适用调解程序，对具有讼争性的家事事件，调解是审判的前置程序。人事诉讼和一般家事案件，须先向家事法院申请调解；调解不成，才能起诉。调解是化解家事争议的重要手段。

（三）英国。制定专门的家事诉讼法，还赋权法院制定不同于民事程序的“家事诉讼程序规则”和提供“家事诉讼指导”。

（四）中国台湾地区。处理家事案件与一般民事案件有较大差异。家事事件请求法院裁判前，应经法院调解。地方法院设立有家事商谈室，依当事人申请或依职权，在申请或起诉前以商谈方式协助其解决家事问题。设置家事调解委员会，聘请专门的调解委员。

三、我国少年家事法庭的构建

（一）机构设置与人员配置

机构设置上，我国大多数的婚姻家庭案件由民一庭审理，民一庭的法官在婚姻家庭案件的审理上经验更为丰富，所以民一庭应该成为构建少年家事法庭的模板。可以将现有的民一庭和少年法庭的力量进行整合，成立少年家事法庭，专门审理婚姻家事纠纷和涉及未成年人的案件，民一庭的法官具有审理家事案件丰富经验，少年庭法官具有办

理涉少案件的优势，强强联合能够很快适应涉少家事纠纷案件的审理。同时这种合并还可以在我国所有法院普遍推广，让少年家事法庭所体现的先进理念和制度成为所有未成年人都能共享、普及化的制度构建。

在法官的选择上家事法官不仅应精通法律，还要掌握一定的社会学、心理学、家庭伦理学方面的知识。由于条件所限，可以不配备专门的调查法官，通过聘任专业技术人员来担任国外调查官的角色。其主要职责是依职权调查、收集与案件有关的证据，并根据自己的专业知识和人生阅历对调查结果进行分析，提出案件处理意见。此外在我国现有的人民陪审员制度基础上可以借鉴日本的家事法院的家事参审法官制度，让社会中品行良好、关心社会公益的非法律专业人员参与进来，以更好的解决家事纠纷。

（二）合理界定受理案件范围

合理的受案范围是少年家事法庭得以有效运作的关键，一方面需要充足的案源来保障少年家事法庭足以与其他普通法庭“分庭抗礼”；另一方面又必须对其进行合理界分，防止少年法庭的特色因为受案范围的无限扩张而被冲淡。少年刑事案件的管辖上原有的标准应该保留，少年家事法庭在刑事案件的管辖中仍只受理少年刑事犯罪和侵害未成年人的刑事犯罪。少年家事法庭在民事案件的受案范围当然包括所有的家事事件，但涉少民事案件的受案范围不能过于宽泛，“司法关注的着力点应该是未成年人最为急迫的、其他机构或个人难以提供保障的部分。因此，我国的少年家事法庭受理的未成年人民事案件应该限于涉及未成年人监护事项的家事事件，包括涉及未成年人的婚姻家庭、继承纠纷事件和涉及未成年人监护确定、变更的适用特殊程序的案件。

四、涉少家事审判中未成年人权益最大化原则

（一）我国涉少家事诉讼案件中未成年人民事权益的保护现状

1、缺乏对未成年人特殊性的考虑。

以婚姻案件为例，在离婚案件中，围绕未成年子女的监护权、抚养费等问题，离婚夫妻往往会相互指责，相互攻击、谩骂。 直面这种场面对未成年人的身心健康影响较大。普通的民事诉讼程序，在举证、法庭辩论等环节必然有很多激烈的对抗。为保护未成年人的心理健康，涉及未成年人的民事审判，应尽量以非对抗的形式进行，在非对抗的程序中，查明案件事实，找出证据，适用法律。

2、未成年人直接参与诉讼较少，其利益诉求难以听到。

普通民事审判程序中，多数涉及未成年人的民事案件，均有其法定代理人参加诉讼，未成年人作为案件当事人的具体情况，法官仅能通过法定代理人了解，对于案件情况的厘清和准确做出裁判都十分不利，其合法利益是否得到全方位的保护更多地是取决于法定代理人或近亲属的责任态度，而不取决于未成年人本身的意志和要求，这在一定程度上限制了未成年人诉讼权利的行使。

3、不能有效的监督法定代理人对未成年人合法权利的侵犯。

在多数情况下，未成年人的法定代理人能够很好的履行法定代理人的职责，为未成年人争取最大的诉讼权利。但也存在着很多监护人和未成年人利益不一致，甚至监护人侵害未成年人合法权利的情况。法定代理人全权代理未成年人的诉讼行为，未成年诉讼参与人的合法权利有受到诉讼参与人侵害的危险。

（二）未成年人利益最大化原则的内容

在家事诉讼中，未成年人利益最大化原则，指在人民法院审理家事案件时，针对有关未成年人问题以未成年人权益为本位，从其根本利益和长远利益出发分析问题、解决问题，给予未成年人利益最大的保护。为了使未成年人利益最大化原则在我国得到贯彻落实，需要做到从程序上和实体上对这一原则的内容进行探讨和规范：

从程序上来讲，未成年人利益最大化原则应侧重于以下两个方面：

一方面，法院在审理未成年人民事案件过程中应当贯彻未成年人利益最大化原则，这要求做到：第一，对于监护人因种种原因不提起诉讼，如未成年人与监护人发生利益冲突，监护人之间互相推诿代理，未成年人提起的诉讼，法院不得拒绝受理，法院应当为未成年人指定监护人作为法定代理人代为实施诉讼。第二，法院应当充分听取未成年人的意见。法院在就未成年人利益作出裁判或对未成年人的有关事项作出安排时，应当充分听取有表达能力的未成年人的意见。第三，法院应当依职权采取财产保全和先予执行。在具备财产保全和先予执行条件时，法院可以依职权裁定财产保全和先予执行，以确保未成年人利益得以实现。第四，对当事人及法定代理人的处分行为，法院应当进行监督。

另一方面，法院对未成年人案件判决应当贯彻未成年人利益最大化原则。法院对涉及未成年人利益的案件进行裁判，在法律规定的范围内平衡各种利益时，应将未成年人利益最大化作为判决的基本要求。

参考文献：

1．邹碧华主编：《少年法庭的创设与探索》，法律出版社 2009 年版。

3．曹诗权著：《未成年人监护制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版。

4．杨飞雪：《民事审判中未成年人权益保护的问题及对策——以家事案件为视角》，载《天府新论》2009 年第 4 期。

5．戴国建主编：《未成年人特殊保护的实践与探索》，上海人民出版社 2004 年版。

6．王雪梅著：《儿童权利论：一个初步的比较研究》，社会科学文献出版社 2005 年版。

7．李双原主编：《儿童权利的国际法律保护》，人民法院出版社 2004 年版。

8．.张晓茹：《家事裁判制度研究》，载《中国政法大学博士论文》。

9．蔡理亮：《建构我国家事审判程序之设想》，载《郑州大学硕士论文》。

基于夫妻财产约定的不动产物权在未经登记下的司法保护

——北京大兴法院判决王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案

2016-11-10 人民法院报 北京市大兴区人民法院 张纪云

裁判要旨

夫妻之间关于不动产物权的约定，无须另行经过法定登记手续，一旦约定生效，即在二人之间发生物权变动的效力。基于夫妻财产约定享有不动产物权的权利人，即使未经法定登记手续，在权利受到侵害时，亦具有寻求司法保护的权利。

案情

王某英与赵某阳原系夫妻关系，位于北京市海淀区上河村某一处房屋原系二人按份共有，其中王某英的份额为 99%，赵某阳的份额为 1%。2010 年 12 月 3 日，王某英与赵某阳登记离婚，并签署离婚协议书，协议书第三条显示：男方将上述房屋的 1%产权无偿赠予女方，女方拥有该房屋全部所有权。2013 年 12 月 26 日，山西省太原市中级人民法院对王某英、赵某东等与赵某阳等之间的财产权纠纷一案，作出（2011）并民初字第 273 号民事判决书，判令上述房屋的所有权归王某英所有，该判决现已生效。后，王某琪依据北京市中信公证处出具的（2013）京中信执字第 00343 号执行证书及（2013）京中信内民证字 08282 号公证债权文书，向北京大兴法院申请查封赵某阳名下的财产。2013 年 12 月 26 日，该院依法查封了上述房屋。针对上述房屋被查封一事，王某英曾向该院提出书面异议，但被该院依法驳回。现王某英以查封错误为由向该院提出执行异议之诉，要求判令解除对上述房屋的查封措施，并确认其享有上述房屋的全部所有权。

裁判

北京市大兴区人民法院经审理认为：该案的争议焦点为离婚协议中关于涉案房屋归属的约定，在未经物权变动登记的情形下，是否具有对抗债权的效力。根据法律规定，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、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有；约定应当采用书面形式；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。

我国物权法规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。本案中，王某英与赵某阳之间关于涉案房屋归属的约定，虽然无须另行经过不动产物权变动登记手续，即在二人之间发生了物权变动的效力，但在未办理登记手续的情形下，其显然无法对抗善意第三人主张的物权。然，王某琪申请执行涉案房屋的依据是其对赵某阳享有的债权，且王某英对涉案房屋实际占有，不存在善意第三人情形，因物权优于债权，故对原告要求解除对涉案房屋的查封措施的诉讼请求，本院予以支持。关于原告要求判令涉案房屋归其所有的诉讼请求，因山西省太原市中级人民法院作出的已经生效的（2011）并民初字第 273 号民事判决书已经对涉案房屋的所有权作出认定，本院依法不予处理。2016 年 9 月 29 日，北京市大兴区人民法院作出判决：一、解除对北京市海淀区上河村三区 1 号楼 1 层 2 单元 102 号房屋的查封措施；二、驳回原告王某英的其他诉讼请求。双方当事人均未上诉，一审判决已生效。

评析

1.离婚协议中关于夫妻共同财产的约定，在未经物权变动手续的情况下，是否具有物权变动的效力

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，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。显然，关于房屋物权的变动，原则上应当经过法定登记手续，否则，不发生物权变动的效力，但本条中的除外条款显然保留了其他物权变动渠道的可能性，譬如物权法第二十八条至第三十条规定的

情形。我国婚姻法第十九条规定，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、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有；约定应当采用书面形式；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。本案中，王某英与赵某阳之间关于涉案房屋归属的约定，对双方均具有约束力，亦即在二人之间，自约定生效之日起，涉案房屋已经由按份共有变为王某英个人所有。因此，夫妻之间关于物权变动的约定，即使未经物权变动手续，也在夫妻之间发生了物权变动的效力。

2.基于夫妻财产约定享有不动产物权，在未经法定登记手续情形下的司法保护

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第二条规定，当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。本案中，王某英与赵某阳在离婚之后，并未办理涉案房屋的变更登记手续，导致涉案房屋的真实权利状态与不动产登记簿不符。但因未办理不动产变动登记手续，王某英虽系涉案房屋的真实权利人，其也无法对抗善意第三人主张的物权。现王某琪申请执行涉案房屋的依据是其对赵某阳享有的债权，且王某英对涉案房屋实际占有，不存在善意第三人情形，根据物权优于债权的法律原则，故对原告要求解除对涉案房屋的查封措施的诉讼请求，应予支持。另，生效的法律文书已经确认王某英享有涉案房屋的全部所有权，故对涉案房屋的所有权归属问题，不宜再做处理。综上，基于夫妻财产约定享有不动产物权的权利人，即使未经法定登记手续，在权利受到侵害时，亦具有寻求司法保护的权利。

本案案号：（2016）京 0115 民初 11974 号

案例编写人：北京市大兴区人民法院 张纪云

离婚协议分割房产但未过户案件的处理·以执行异议之诉为视角的分析 2016-11-10 审判研究 浙江省嘉兴市中级法院 钱慧智

案例与问题

王某（男）与陆某（女）于 1992 年登记结婚。

2003 年，二人购买了涉案房屋，登记所有权人为王某，登记日期为当年 3 月 14 日。

2011 年 3 月 16 日，陆某与王某协议离婚，协议书中约定涉案房屋所有权及相应的土地使用权均归陆某所有，办理离婚手续后该房尚欠的银行按揭贷款由陆某归还。

2011 年 9 月 15 日，王某向姚某借款 10 万元，后王某未能归还借款，姚某诉至法院并获支持。判决后王某仍未履行，姚某遂申请强制执行。

执行过程中，法院查封了涉案房屋（登记在王某名下）。陆某认为，该房屋系其个人财产，向法院提出执行异议，要求中止对涉案房屋的执行。法院裁定支持了陆某的异议请求。姚某提起申请执行人执行异议之诉，要求确认涉案房屋系王某与陆某的共有财产，法院继续执行。

对于姚某所提诉请，有两种处理意见：一种意见认为，王某向姚某借款是在陆某与王某离婚之后，属王某个人债务，与陆某无关。涉案房屋系陆某与王某婚姻关系存续期间所购买，属夫妻共同财产。但双方在离婚时已确定该房屋归陆某所有，虽未办理产权变更手续，但不影响产权已归陆某个人。故姚某的诉讼请求不应支持。一种意见认为，离婚协议虽然约定房屋归陆某所有，但陆某与王某并未办理变更登记手续，未发生将房屋转移给陆某所有的物权变动效力，该房屋仍归王某所有，故法院查封措施并无不当，应当支持姚某的诉讼请求。

上述两种意见的主要分歧是：陆某对房屋享有何种性质的权利以及陆某能否阻却执行。本文围绕上述两个问题展开论述，以期能为此类执行异议之诉案件的处理梳理出一个更为清晰的脉络。

相关案件类型解述

离婚协议分割房产但未办理过户登记手续，房屋被法院采取执行措施后，案外人提出异议，认为根据离婚协议其系房屋所有权人（下文简称约定所有权人），要求排除执行。此类执行异议之诉案件在司法实践中有不同样态。

一、离婚协议分割房产的类型

从案外人也就是约定所有权人方面来看，实践中离婚协议分割房产主要存在三种情形，一是约定房屋归夫或妻一方所有，二是将房屋赠与给子女个人所有，三是约定房屋归夫或妻一方及子女共有。其中涉及的法律问题主要是共有人之间的房屋分割及家庭成员之间赠与房屋的效力。

二、申请执行人权益的类型

从申请执行人这个方面来看，一方面，在权利的性质上，部分申请执行人就房屋享有抵押权等优先受偿权，部分申请执行人仅对债务人享有金钱债权（即权利并不直接指向房屋）。另一方面，在权利指向的义务人上，有些债务为夫妻共同债务，有些债务为个人债务（包括婚姻关系存续期间发生的个人债务以及离婚后所发生的个人债务）。其中，涉及的法律问题主要是申请执行人的权益是否有优先保护之必要。

立法沿革

根据民事诉讼法司法解释第 312 条 、 第 313 条之规定，执行异议之诉的审理重点为案外人就执行标的是否享有足以排除强制执行的民事权益，即案外人对于执行标的是否享有实体权益，该项实体权益能否排除强制执行。关于离婚协议分割房产中涉及的实体权益，主要有《民通意见》《合同法》《婚姻法》《物权法》及相应司法解释等规定予以调整。

一、民通意见时期

根据《民通意见》（1988 年）第 128 条、第 129 条之规定，公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。

二、合同法时期

根据《合同法》（1999 年）第 187 条之规定，赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。但在法条中并未明确未办理登记等手续的法律后果。

三、婚姻法时期

根据 《婚姻法》（2001 年）第 19 条、第 39 条的规定，夫妻既可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的归属，也可以约定离婚时财产的归属。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所得的财产清偿。2004 年发布的 《婚姻法》解释二第 8 条第 1 款作出规定 ：“ 离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力 。” 根据该解释中第 9 条的规定 ，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院经审理，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。最高法院民一庭明确，《合同法》关于合同效力的相关规定系制定上述两条司法解释的法律依据。[1] 这也就意味着，上述解释系从合同效力的角度对离婚协议所作的规定，未涉及不动产登记的效力问题。

四、物权法时期

《物权法》（2007 年）根据物权变动的原因行为，将物权变动分为两大类，一类是因法律行为引起的物权变动，另一类则是因法律规定、法院判决、公用征收、继承以及事实行为等法律行为以外的原因引起的物权变动。

对于因法律行为引起的物权变动，《物权法》第 9 条规定以登记生效主义为原则，即除法律另有规定以外，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力。法律规定的例外情形，例如该法第 158 条：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”

对于非因法律行为引起的物权变动 ，《物权法》 第 28 条、29 条规定无需登记即可生效。例如，第 28 条规定 ：“ 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”

《物权法》 解释（一） 第 7 条进一步明确 ：“人民法院、仲裁委员会在分割不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁定书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。”

在《物权法》出台之后制定的《婚姻法》解释（三）第 6 条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。” 最高法院民一庭明确，《物权法》关于不动产物权变动登记生效原

则的规定系上述解释的法律依据。“夫妻之间赠与房产亦属于不动产权属变动，应依照登记生效原则，确认房产转让的效力。不能以婚姻财产为由将赠与房产转让的效力至于物权法的调整之外。”[2]

司法观点比较分析

对于约定所有权人的异议请求能否成立的问题，司法实践中一般从两个方面进行审查：一是离婚协议是否存在恶意串通逃避债务的情形；二是约定所有权人的权利较之申请执行人的权利是否具有优先保护之必要。对于离婚协议存在恶意串通逃避债务情形的，审判人员普遍认为根据公序良俗原则，此时约定所有权人不能阻却执行。[3] 而对于离婚协议不存在恶意串通逃避债务的情形时约定所有权人的权利是否有优先保护之必要的问题，实践中主要存在债权说、请求权说、物权说和物权期待权说等不同观点。

一、主要司法观点简介

1．债权说

债权说认为，未办理过户登记手续之前，约定所有权人对义务人享有相应的债权，可以要求义务人依约履行变更登记义务，如由于义务人的其他债权人查封执行房屋等原因导致离婚协议关于房屋分割的约定无法履行，约定所有权人可以另行向义务人主张权利。但根据《物权法》第 9 条之规定，约定所有权人并非所有权人，房屋所有权人仍然为登记所有权人。故法院采取相应执行措施并无不当。江苏高院和吉林高院持此说。[4]

广东高院在不同案件中有不同观点：在不涉及向未成年人赠与房屋的情形中，该院认为房屋未完成过户登记，则离婚协议约定无法对抗登记内容具有的公示公信效力；在离婚协议将房屋赠与未成年子女的案件中，该院持相反意见，本文将在物权说部分进行阐述。[5]

2．请求权说

请求说认为，房屋在办理过户登记之前，约定所有权人享有的是将房屋的所有权变更登记至其名下的请求权，该项请求权在性质上虽然属于债权，但在一定条件下具有排除执行的效力。一是时间方面，约定所有权人请求权的成立时间早于申请执行人权利的成立时间。二是内容方面，约定所有权人的权利指向房屋，而申请执行人的债权仅为金钱债权，并未指向特定财产。三是性质方面，申请执行人的金钱债权系个人债务，而非夫妻共同债务。四是伦理方面，房屋具有为约定所有权人提供生活保障的功能，与申请执行人的金钱债权相比，约定所有权人的请求权在伦理上具有一定的优先性。

最高法院持此观点，相关案件被收入最高法院公报 2016 年第 6 期。[6]

3．物权说

物权说认为，离婚协议分割房产虽未办理变更登记手续，但不影响约定所有权人对房屋的所有权。例如，内蒙古高院认为，虽然房屋的所有权证名字为康某，因郝某与康某离婚时，将争议房屋分割给郝某所有和使用。康某在离婚之后为他人债务提供担保，不因此担保责任影响郝某的房屋所有权。[7] 物权说又分为有限物权说、赠与说及房随地走说等观点。

（1）有限物权说

有限物权说认为，离婚协议关于不动产归属的约定，对双方有约束力；虽未经登记，但无善意第三人时，应认定发生物权变更效力。该说的主要理由是：首先，根据 《婚姻法》 第 19 条，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。故夫妻间财产约定无须另行经过物权变动手续，在婚姻关系内部应已发生法律效力。其次，根据 《物权法》第 15 条，当事人之间设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。故离婚协议关于不动产归属约定虽未办理变更登记，但不影响其效力。最后，根据物权大于债权的法律原则，物权发生变动而未履行登记和公示程序的，所不能对抗的是善意第三人主张的物权，而非债权。因此，不存在善意第三人时，应认定离婚协议真实有效，发生物权变更效力，约定所有权人为实际产权人，可以阻却执行。

广州中院持此观点，相关案例已被录入《人民法院案例选》2016 年第 2 期。[8]

（2）赠与说

赠与说认为，根据《民通意见》第 128 条，离婚协议将房屋赠与子女，子女一直居住在该房屋中，故离婚协议设立的赠与关系合法有效。同时，根据《民通意见》 第 129 条 ，赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产，未成年子女可以据此要求阻却执行。

广东高院持此观点。[9]

（3）房随地走说

房随地走说认为，根据“房随地走”原则和《物权法》第 17 条，约定所有权人已办理房屋所有权及土地使用权变更登记手续并经房地产管理局和国土资源局依法登记确认。虽然申请执行人提起执行异议之诉时，房屋仍未完成过户登记，但房屋的宅基地使用权已经变更至约定所有权人名下，故可以认定该房屋为约定所有权人所有。

浙江高院持此观点。[10]

4．物权期待权说

物权期待权说认为，离婚协议约定房产归属对夫妻双方有法律约束力，虽然未过户登记到约定所有权人名下，即约定所有权人尚未取得诉争房屋完整的所有权，但夫妻达成了以变动房屋所有权为目的的条款，因此，约定所有权人享有取得房屋完整所有权的期待权，该权利具有现实可能性，故约定所有权人对房屋享有物权期待权。符合下列条件的物权期待权能够排除执行：一是法院查封涉案房屋前，夫妻双方已协议分割房产；二是法院查封涉案房屋前，约定所有权人已经合法占有并实际居住在该房屋内，表明房屋的物权期待权已经以一定的方式对外公示；三是申请执行人对被执行人享有的债权并非基于交易涉案房屋而产生，即申请执行人并非基于物权登记的公示公信力购买涉案房屋而对被执行人享有债权，约定所有权人的权益离涉案房屋更近。

江苏江阴法院持此观点。[11]

5．其他学说

山东高院、浙江高院和无锡中院认为，在审查案外人执行异议是否成立时，还应审查约定所有权人对未办理过户登记手续是否存在过错。若约定所有权人对此存在过错，则不应予以保护。[12]

上海高院认为，对于被执行人在执行期间或之前已离婚的，离婚时的离婚协议或生效法律文书在执行中如何适用的问题，应区分个人债务还是共同债务予以不同对待：对于被执行人个人债务案件，其离婚时的协议或生效法律文书可对抗申请执行人。申请执行人认为其中财产分割内容不公平的，执行机构应当告知申请执行人另行提起撤销权诉讼，重新分割共同财产后再行处理。对于被执行人夫妻共同债务案件，离婚时的离婚协议、生效法律文书中涉及财产分割或共同债务承担的内容不能对抗申请执行人。[13]

（二）主要分歧及其原因分析

上述观点的分歧主要在于两个方面：一是约定所有权人的权利性质，债权说和请求权说均认为，在完成过户登记之前，约定所有权人仅享有债权，而尚未成为所有权人；物权说则认为，约定所有权人即使未办理过户登记手续，也可以作为实际所有权人行使权益；物权期待权说则介于债权说和物权说之间，即约定所有权人享有将来成为完整的所有权人的期待性利益，该项利益在性质上属于债权，但又与普通金钱债权不同。二是约定所有权人的权利是否应当予以优先保护，债权说和物权说根据物权优先、债权平等的法理，认为只有所有权人才能阻却执行；请求权说和物权期待权说均认为，约定所有权人虽然尚未成为所有权人，但其对房屋的实体权益仍然能够排除执行。分歧的产生，有主客观两个方面的原因。

从客观方面看，法律规定存在着一些不协调之处。我国法律对于物权变动合同（债权行为）和物权变动本身（物权行为，动产交付 / 不动产登记）经历了从不区分到区分的变化。因而，产生于不同时期的 《民通意见》 《合同法》 《婚姻法》 《物权法》及相应司法解释确实存在理念方面的差异。例如，根据《物权法》规定的物权变动规则，因法律行为引起的物权变动，经依法登记，发生效力，但法律另有规定的除外。那么 《民通意见》及《婚姻法》 的相关规定可否作为例外情形予以适用，即离婚协议将房屋赠给未成年子女个人的或对房屋进行其它分割处理的，是否无需遵循登记生效主义规则，只要离婚协议生效，房屋所有权即转移至约定所有权人处？这一问题可能有不同的解释。

从主观方面看，审判人员对法律规定的理解可能存在偏差，尤其在 《物权法》 确立了物权与债权区分原则之后，部分法官仍沿用过去的审理思路，并未分别审查债权行为的效力以及物权行为的效力，将二者混为一谈。

例如，前述有限物权说的三项理由：

第一项为 《婚姻法》 第 19 条规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。故夫妻间财产约定无须另行经过物权变动手续，在婚姻关系内部应已发生法律效力。但从《婚姻法》 的文本来看 ，该规定针对的是夫妻之间财产约定（债权行为）的效力，并未涉及不动产登记行为的效力；

第二项理由为 《物权法》 第 15 条规定，当事人之间设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另

有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。故离婚协议关于不动产归属约定虽未办理变更登记，但不影响其效力 。但 《物权法》 的该条规定旨在区分债权行为与物权行为，明确物权行为是否完成不影响债权行为的效力，不能因此得出结论：债权行为一旦完成，所有权自然发生转移。

第三项理由为物权发生变动而未履行登记和公示程序的，所不能对抗的是善意第三人主张的物权，而非债权。但物权要产生对抗效力，其前提是权利人已经是物权人。例如，根据 《物权法》 第 23 条及第 24 条之规定，机动车所有权的变动，自交付时发生效力。登记仅为对抗善意第三人的要件。而不动产物权变动未经登记，尚未发生效力，并不存在以物权对抗债权的问题。

审理思路建议

审查约定所有权人的执行异议能否成立，应当坚持物权和债权区分原则 。同时应改变 “唯物权论” 的做法，权利性质并非唯一的决定性因素，在特殊情况下，债权也可以排除执行。

一、坚持物权与债权区分原则

在权利体系中，以物权与债权最为基本，最属重要。[14] 二者在权利性质、设立方式及法律效力等方面各不相同。因此，在审理中，应当注意区分债权行为与物权行为，分别审查合同是否合法有效以及所有权是否发生变动，不可将二者混同。

例如，根据北京高院 《关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》 第二十条之规定，房屋买卖合同签订后，出卖人未依约为买受人办理房屋所有权转移登记，买受人提起房屋确权之诉，要求确认房屋归其所有的，法院应当行使释明权，告知其应当变更诉讼请求要求出卖人办理所有权转移登记，买受人坚持不变更的，对其诉讼请求，不予支持 。[15] 显然，在办理过户登记手续之前，即使已签订有效的房屋买卖合同，买受人仍然不是所有权人，其仅享有要求出卖人配合办理过户登记手续的请求权。同理，离婚协议是债权行为，约定所有权人依据离婚协议对义务人享有合同项下的权利，即过户请求权，而约定所有权人是否享有房屋所有权的问题，则应当根据相应的物权变动规则进行判断。由于离婚协议分割房产系因法律行为引起的物权变动，故应当遵循登记生效规则。

对于 《民通意见》以及《婚姻法》 及其司法解释可否作为例外规定予以适用的问题，本文认为，严格而言，上述规定实际并非例外情形。

首先，关于 《民通意见》 的适用问题 。最高法院民一庭曾就 《民通意见》与《婚姻法解释三》 的适用问题明确，“ 该司法解释对保护受赠人的利益，维护诚实信用原则发挥了积极作用。但由于它先于合同法出台，当两者内容有不同规定时，法律的效力高于司法解释的效力，应当按照合同法第一百八十六条的规定办理。”[16] 同理，《物权法》中，关于不动产物权变动登记生效原则的规定在效力上也高于 《民通意见》 的规定 。判断不动产物权是否发生变动，仍应以相关的物权变动规则为根据。

其次，关于《婚姻法》及其司法解释的适用问题。《婚姻法》 及 《婚姻法》解释二均系从合同效力的角度明确离婚协议中的财产分割条款对男女双方具有约束力，亦即在婚姻家庭案件且不涉及第三人利益时，应当优先适用《婚姻法》 的相关规定 ，尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行。如果夫妻财产涉及向家庭以外的第三人处分物权的，就应当适用《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定。[17]

同时 ， 《婚姻法》 解释三也已根据物权变动规则作了相应规定。最高法院民一庭也明确，“ 对夫妻之间赠与城市房产而言，其应按照城市房地产管理法第六十一条第三款的规定，向有关房产管理部门办理房产变更登记。在赠与房产转让过程中，存在着未办理过户登记即已交付的情况，对此，不能认定房产所有权已经转移，赠与人仍可以撤销赠与。办理房产过户登记后，房产所有权才合法转移给受赠人。”[18] 据此，夫妻离婚协议分割房产但未办理过户登记手续的，房屋所有权人仍然为登记所有权人，而非约定所有权人。

二、改变 “唯所有权论”

在处理离婚协议分割房产但未过户的案件中，部分法院仅侧重于认定约定所有权人的权利性质，即能够认定约定所有权人是实际所有权人的，则支持其异议请求；而认定约定所有权人尚未成为所有权人的，则驳回其异议请求。本文认为，此种“唯所有权论”的做法与现行法律的相关精神不符。

首先，执行异议之诉的审理重点为案外人就执行标的是否享有足以排除强制执行的民事权益 。“ 应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判

断，从而确定异议人的权利是否能够排除 。”[19] 也就是说，案外人是否享有物权，并非决定该权益能否排除执行的唯一要素。只要案外人对执行标的物享有权利具有不受到强制执行的法律依据，无论是否物权，均可提起异议之诉。[20]

例如，根据最高法院 《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》 第 28 条，金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，只要在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同且已合法占有该不动产，已支付全部价款或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行，非因买受人自身原因未办理过户登记，且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持。本条是关于无过错不动产买受人物权期待权的规定。据此，债权在一定条件下也可以排除执行，江苏江阴法院的物权期待权说即由此产生。

故而，法院在审理此类案件之时，应当改变 “ 唯所有权论 ”的做法，关键应审查强制执行行为是否妨害案外人对执行标的享有的实体权益。所谓妨害，系指案外人就执行标的具有一定之权利，因强制执行而受侵害，而该案外人在法律上并无忍受侵害之理由。[21] 就此而言，最高法院的请求权说和江苏江阴法院的物权期待权说更具合理性，即认定约定所有权人尚未成为所有权人，其仅享有要求对方配合办理过户登记手续的请求权，但该项请求权并非绝对不能排除执行。

其次，谁的利益离房屋更近，则谁对房屋的实体权益更有保护之必要。从案外人及申请执行人各自的权利边界来看，本文认为同时符合下列情形的，约定所有权人所提异议应予支持：

1 ． 离婚协议不存在恶意串通逃避债务的情形

若离婚协议恶意串通逃避债务，损害申请执行人利益，根据公序良俗原则，约定所有权人的权益已无保护之必要，应当驳回其异议请求。

2 ． 请执行人的债权为金钱债权且系登记所有权人的个人债务

一方面，申请执行人的债权为金钱债权，即不指向特定物 ——房屋，而约定所有权人的权利则直接指向房屋，即其请求权系基于房屋而产生，显然约定所有权人的权利离房屋更近。另一方面，申请执行人的债权仅系登记所有权人（即离婚协议中的义务人）的个人债务，则根据债权的相对性原理，申请执行人只能向债务人请求给付，而不能向债务人以外的人请求给付。

3 ． 约定所有权人已在法院采取执行措施前占有、使用该房屋

“ 买受人物权期待权之所以要保护 ，就是因为买受人已经为取得物权履行了一定义务并以一定的方式对外进行了公示 。”[22] 同理，约定所有权人已占有使用房屋，则离婚协议已开始履行并以一定的方式对外宣示权利，也减少了恶意串通逃避债务的可能性。

4 ． 约定所有权人对于未办理过户登记手续不存在过错

若约定所有权人为了逃税等而故意拖延不办理过户登记手续，则根据公序良俗原则，其权利同样无保护之必要。约定权利人对此不存在过错，系指其未办理过户登记手续是由于义务人不予协助、办理登记存在客观障碍、登记机关原因等约定所有权人意志以外的原因造成的。约定所有权人为规避法律、行政法规规定或逃避债务，故意将财产登记在义务人名下的，应当认定其具有过错。[23]

---

[1]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 122-123 页，第 127-128 页。

[2]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 104 页。

[3]参见广东省高级人民法院（2015）粤高法民二终字第 1046 号民事判决书；山东省莱芜市中级人民法院（2016）鲁 12 民终 46 号民事判决书。

[4]参见江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第 237 号民事判决书；吉林省高级人民法院（2015）吉民申字第 1160 号民事裁定书。

[5]参见广东省高级人民法院（2015）粤高法民二终字第 1046 号民事判决书、（2014）粤高法民一申字第 772 号民事裁定书。

[6]参见最高人民法院（2015）民一终字第150号民事判决书。

[7]参见内蒙古自治区高级人民法院（2015）内民一终字第158号民事判决书。

[8]参见“臧旭霞执行异议审查案——离婚协议是否具有物权变更效力”，载《人民法院案例选》2016年第2期。

[9]参见广东省高级人民法院（2014）粤高法民一申字第772号民事裁定书。

[10]参见浙江省高级人民法院（2013）浙民申字第762号民事裁定书。

[11]参见江苏省江阴市人民法院（2015）澄民初字第1195号民事判决书。

[12]参见山东省高级人民法院（2015）鲁民一终字第150号民事判决书；浙江省高级人民法院（2013）浙民申字第762号民事裁定书；江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏02民终642号民事判决书。

[13]《上海市高级人民法院关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》，沪高法执[2005]9号文，问题10。

[14]王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第98页。

[15]京高法发[2010]458号文，安徽高院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》第17条第1款也有类似规定。

[16]前引[2]，最高人民法院民事审判第一庭编著，第113页。

[17]参见北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第9467号民事判决书。

[18]前引[2]，最高人民法院民事审判第一庭编著，第111-112页。

[19]最高人民法院（2015）民一终字第150号民事判决书。

[20]参见浙江省高级人民法院审判监督庭《审理执行异议之诉案件疑难问题解答》，（2011）浙高法审监字第2号文，第十条之规定。

[21]张登科：《强制执行法》，三民书局2005年修订版，第177页。

[22]江必新、刘贵祥主编、最高人民法院执行局编著：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第424页。

[23]参见北京高院《关于审理执行异议之诉案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》，京高法发[2011]254号文，第十六条第（三）项之规定。

执行夫妻名下财产的司法困境及路径选择

2016-11-04 中国执行 最高法院 詹晖

一、执行中存在的困境和实践中的探索

执行依据认定债务人(夫妻一方)对债权人负有金钱给付义务，但未明确该债务是单方债务还是夫妻共同债务，此时如何执行债务人的夫妻共同财产？在主债权为金钱债权的执行案件中，夫妻一方作为被执行人的情况下，是否应当执行夫妻另一方（即执行依据上未列明为当事人的一方）的财产？以及选择采取何种路径执行？这个问题成为执行案件中困扰司法界多年的、较具普遍性和代表性的难题。

审判实践中，对于起诉夫妻一方承担债务的（大多情况下借款合同或其他合同上仅以夫妻一方作为债务人），不追加其配偶为被告，也不在判决书中判断是否为夫妻共同债务的情况大量的存在。究其原因，从债权人的角度出发，因可能导致诉讼中的主张、举证难度较大，影响诉讼效率，债权人对起诉时将夫妻二人同时列为被告缺乏动因。裁判者也趋向于引导当事人在债权债务纠纷中不牵涉该债务是否为夫妻共同债务的认定问题。故此情况下，将夫妻二人同时列为被告判令承担责任的案例非常少见。而或因既判力理论产生的争议，或因民事案由规定中缺少对类似情况下债权人如何在生效判决后进一步向配偶一方主张权利的渠道指引，在债权债务生效判决做出后，再判令夫妻另一方应对执行依据中确定的债务承担共同责任的案例，同样屈指可数。基于上述审判现状，如果执行中简单的、机械的不参与认定夫妻共同财产、夫妻共同债务，不执行配偶一方的名下财产，那么极可能导致被执行人有财产却无法执行、债权人利益受损，在下一步的诉讼救济并不完善的情况下，甚至可能直接影响债权人实现其已经裁判确认的债权，并使得执行工作陷入较为被动的局面。

针对上述问题，实践中各地法院均有不同程度的探索，笔者通过对各法院在实践中的做法及相关司法判例进行梳理和总结，归纳最具代表性的观点及做法如下：1. 以执行裁判程序认定为夫妻共同债务的前提下可以裁定追加被执行人，产生争议时，通过执行异议复议程序处理。申请执行人主张按被执行人夫妻共同债务处理，并申请追加

被执行人配偶为被执行人的，“执行机构应当进行听证审查，并根据下列情形分别作出处理：应当认定为被执行人个人债务的，作出不予追加决定；除应当认定为个人债务和执行中不直接判断债务性质的情形外，可以认定为夫妻共同债务，裁定追加被执行人配偶为被执行人。”[1]直接追加的做法优点在于能有效提高案件执行的效率，更好的保护申请执行人的利益，同时使得夫妻之间通过转移财产规避执行的手段失效，但因现行法律、司法解释中并没有明确在执行裁判程序中如何认定是否属于共同债务的程序，如做出追加被执行人的决定，如何保证被追加执行人下一步的救济权，尤其是是否应当通过民事诉讼程序保证其诉权，是在此模式下不能回避的问题。

[1] 参见《上海市高级人民法院关于执行夫妻个人债务及共同债务案件法律适用若干问题的解答》(沪高法执[[2005]9号)第2点。2. 不追加被执行人，也不执行夫妻另一方名下财产，申请执行人主张的，通过其他程序另行主张。因现行法律、司法解释并未明确规定，不追加配偶另一方为被执行人，也不将另一方名下财产纳入执行财产范畴，是比较简单的处理办法。因债权依据相同，申请执行人能否向夫妻另一方再次直接提起诉讼，该诉讼为要求夫妻另一方针对债务承担共同责任的给付之诉，还是确认已经裁判的债务为共同债务的确认之诉，颇值得研究。该问题不在本文的论述范围内，但是如上所述，司法实践中暂缺乏明确的诉讼救济保障。[1]

[1]如浙江高院认为：“若判断为夫妻一方个人债务，申请执行人对此有异议的，可以提起诉讼，案由为夫妻共同债务确认纠纷。”这是较为少见的针对此类情况下适用何种诉讼案由的表态。3. 不追加被执行人，但执行实施中初步审查后能判断被执行人配偶名下财产为夫妻共同财产的，可以直接执行该财产，产生争议时，通过案外人异议之诉程序处理。执行依据确定的债务人为夫妻一方的，不追加被执行人的配偶为被执行人，申请执行人主张执行依据确定的债务为夫妻共同债务，告知其通过其他程序主张。但亦不排除直接执行登记在被执行人配偶名下的财产的情况，申请执行人提出申请的，执行法官做出基本判断认为该财产为夫妻共同财产的，也可查封、扣押、冻结该财产。[1]配偶一方对执行行为不服的，可以提出案外人异议，此时案外人异议不审查债务是否共同债务，仅审查财产的权属性质。

[1] 《北京市法院执行工作规范((2013年修订)》第539条第1款。4. 不追加配偶为被执行人，但执行实施中如能判断属于共同债务，可以直接执行夫妻另一方的共同财产甚至个人财产，对债务性质产生争议时，通过案外人异议之诉处理。执行机构根据相关证据经审查判断债务属于夫妻共同债务的，可以执行夫妻共同财产，夫妻共同财产经执行仍不足清偿的，可以执行夫妻另一方的个人财产，而无需裁定追加夫妻另一方为被执行人。[1]夫妻一方以正在执行的债务非共同债务、法院执行夫妻共同财产不当为由而提出异议，系对执行机构采取执行措施的财产概括性的主张实体权利，该异议可视作案外人异议，按照《民事诉讼法》第二百二十七条的规定处理。这种做法实质是在同一案外人异议中同时审理共同债务和共同财产问题。

[1] 参见《浙江省高级人民法院关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关法律问题解答》（2014）。“执行疑难问题问答（二）”中[1]则建议直接推定共同债务，“执行依据未明确债务为夫妻一方个人债务的，如果债务发生在夫妻关系存续期间，配偶不能证明非夫妻共同债务的，可以推定为夫妻共同债务，并可以直接执行夫妻共同财产、配偶（包括已离婚的原配偶）的个人财产。”在另一个案件中，最高人民法院对此的态度是：对于属于共同债务的事实比较清楚，配偶另一方争议不大的，有在执行程序中直接推定为夫妻共同债务，并执行夫妻共同财产、配偶的个人财产的做法。但对于事实比较复杂，配偶另一方争议较大，难以对债务性质作出简单推定的，应通过审判程序审查确定。这类案件中鉴于仅通过执行异议、复议程序进行审查，对异议人的程序权利保障不够充分，故以不通过复议程序对是否属于夫妻共同债务作出最终判断为宜，而应当从根据案外人异议的程序，由配偶另一方提起诉讼进行救济。[2]上述观点各有千秋，然而在执行中如何妥善的、有理有据的解决执行被执行人配偶一方财产的困境，以期在保证各方当事人救济权的基础上提高执行的效率，减少当事人的诉累。我们应先从实体法的法理基础上找到矛盾产生的根源，剥丝抽茧的发现答案。

[1] 参见高执研:“执行疑难问题问答(二)”,载《执行工作指导》2013年第2辑。[2] 参见最高人民法院(2014)执监字第106号裁定书。

二、理论探究——夫妻共同财产的权属状态及其与夫妻共同债务的关系

本文论及的司法困境实则根源于实体法中的两个问题，即夫妻名下财产的权属状态不明晰，及夫妻在承担共同债务中各自的责任。夫妻共同财产产生的矛盾根源是夫妻名下财产的权属不清，尤其是当共同财产为不动产时，矛盾更为突出。其现象体现在：房屋等不动产大多数登记在夫妻一方名下，但是不动产的真实权属状态与其表现出的公示表征往往不尽一致，即虽然登记在一方名下，实则为共同财产，也有可能是一方的婚前个人财产，这种现象造

成了不动产物权的混乱状态。德式民法以不动产登记和动产占有作为物权的公示表征。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，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”该条文确立了不动产登记要件主义的物权变动原则，登记作为不动产所有权转移的特别生效要件。但如何调和该条文与《婚姻法》第十七条“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有”的规定之间的矛盾？《婚姻法》第十七条是否是《物权法》第九条规定的“法律另有规定的情况”呢？理论和实务界给出了较为明确的答案，即不同于传统德式民法强调夫妻间仍应以登记作为不动产物权的取得标准[1]，认为只要是婚姻关系存续期间取得（包括购置、受赠等）的不动产，无论是否登记在双方名下，也无论登记在哪一方名下，均认定为共同财产。如《婚姻法解释二》第十九条规定：“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，应认定为夫妻共同财产”。即从侧面印证了上述观点。

[1] 如台湾地区“民法典”认为夫妻财产制中，登记于一方名下不动产即为个人财产。

二、理论探究——夫妻共同财产的权属状态及其与夫妻共同债务的关系

正因为这种允许“隐名所有”的不动产物权状态，导致执行中发现的登记在被执行人一方名下的不动产，无法仅仅通过物权表征——公示来判定权属状态，而对被执行人配偶名下的不动产，也同样无法通过登记来判定是否与被执行人无关。在执行中，当被执行人的配偶提出被执行人名下房产为其夫妻共有，要求阻却执行相关份额，或申请执行人提出被执行人配偶名下的房产为夫妻共有、应成为执行标的物的时候，简单的依据房屋的登记状态确定权属状态并驳回上述申请的做法，都是有违基本法理的。应该根据签订受让合同的时间、权属登记的时间是否在夫妻关系存续期间，夫妻双方的出资状况，取得物权的意思表示等因素综合判断不动产物权的权属状态。除不动产物权状态权属不清外，夫妻双方在共同财产中所占份额比例不清也是一个极大的难题。夫妻共有是夫妻基于特殊的身份关系对全部共有财产不分份额地享有平等的所有权。在共同共有期间，权利平等，共有人地位平等。但是当共同共有关系解除时，共有物分割常常要考虑夫妻对于财产的贡献，离婚纠纷时对于共同财产尤其是不动产的分割，采用平均分割的方式是非常少见的，法院大多数会考虑对于财产的贡献。如对于共有的房屋，法院会根据首付款情况、贷款偿还等出资情况综合判定。[1]故如在执行中认定被执行财产为夫妻共有，如何从其中合理的析出被执行人的财产份额，也是较难应对的问题。而关于夫妻共同债务在执行中产成的困扰，夫妻共同财产和共同债务的关系问题是症结之一。夫妻共同债务是指夫妻共同生活所负的债务，包括夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务以及为共同从事生产、经营活动所负债务等一切应由夫妻双方负担的债务。一般来讲，认定夫妻共同债务，可以从以下两个标准进行判断：[2]（1）夫或妻的意思表示。如果夫妻双方有共同举债的意思表示，该债务即为共同债务，即使该债务所带来的利益并非由夫妻共享。（2）所负债务的用途。所负债务带来的利益由夫妻双方共同分享，该债务为共同债务，即使夫妻事先或事后没有共同举债的合意。如借时以一方个人名义所借，但所借款项用于共同生活，只要双方承认或债权人能够证明，即应认定为共同债务。立法将夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所欠的债务推定为夫妻共同债务，既能够减轻财产交易的成本，便于及时合理地解决纠纷，又符合日常家事代理的基本法理。[3]执行依据中的债务被认定为共同债务，是否可以以个人财产偿还该共同债务，偿还该共同债务是否必须先以夫妻共同财产偿还，再以夫妻一方的个人财产偿还？《婚姻法》第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”《婚姻法解释二》第二十五条第二款规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持”。从以上规定可以得出结论，依据司法解释的规定，夫妻共同财产不足以清偿共同债务时，夫妻双方则要以各自的个人财产清偿共同债务，而不是对共同财产不足清偿的部分予以免责。在责任承担方式上，夫妻对共同债务应当负连带责任。由于夫妻共同债务的连带性，夫妻双方理所当然地应对共同债务承担连带责任。夫妻任何一方都负有清偿全部共同债务的义务，即不论夫妻双方是否已经离婚，均得对共同债务以夫妻共同财产、个人财产清偿。债权人有权向夫妻一方或双方要求清偿债务的部份或全部，不分份额，也不分先后顺序，夫妻任何一方应根据债权人的要求全部或部份承担债务。虽然对于夫妻共同债务的偿还，较合理的清偿顺序为：先以夫妻共同财产清偿，夫妻共同财产不足时，以各自法定个人所有或约定个人所有的财产予以清偿。但是，这种清偿顺序的标准并不应当是审判与执行中的硬性要求。尤其当夫妻尚未对财产进行析产，夫妻名下的财产权属状况不清、尚不能确定属于共同所有或个人所有的情况下，如能够确定执行依据中的债务为夫妻共同债务时，被执行人及其配偶均不得以应当先执行共同财产为由阻却执行。从对

外关系来分析，夫妻财产作为一个类似于合伙组织的经济体存在，夫妻双方以其所有的共同财产及分别各自所有的个人财产作为担保对共同债务承担连带偿还责任。同理，对于夫妻一方个人债务的执行，也无需先执行个人名下财产部分，再执行共同财产的个人所有部分，当然，在执行中为工作之便利和效率，采取措施会优先考虑对产权明晰的个人财产先行处理。

[1] 参见《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 311 页。[2] 孙国鸣主编：《离婚纠纷法律精解——判例分析与诉讼指引》，中国法制出版社 2012 年版，第 215 页。[3] 日常家事代理制度是指夫妻因日常事务而与第三人交往时所为法律行为应当视为夫妻共同的意思表示，并由配偶他方承担连带责任的制度。

三、路径的选择——直接执行共同财产和追加配偶为被执行人的双轨制并存

综合上述论述，可得出以下结论：首先，夫妻共同财产中广泛的存在登记在一方名下的夫妻共同财产，登记在一方名下的财产往往难以分辨其真实的权属状态；其次，判断某债务是否为夫妻共同债务本身也是较为复杂、争议较大的问题；再次，如果认定为共同债务，无论先以夫妻共同财产还是以一方个人财产偿还，均是符合法律规定的。因此，寻找执行中的解决方案时，应当首先保证当需要确认被执行财产的权属状态时、或确认执行依据中确定的债务属性时，务必应通过诉辩、举证程序较为严格完善的民事诉讼程序来处理，而不宜通过异议、复议程序直接做出结论。当然，如何将共同财产和债务的认定问题以合理的程序引入民事诉讼，需要在现行民事诉讼模式下做出较为精巧的设计，同时也应适时的推动新的立法寻找更好的制度替代。笔者认为，解决执行案件中是否执行夫妻另一方财产的困局，首先应当明确将被处置财产是否属于夫妻共同财产和执行依据确定的债务是否为共同债务两个问题“分而治之”，通过分别启动民事诉讼的方式，赋予当事人不同的救济渠道。

（一）针对财产是否为共同财产的争议，通过案外人异议之诉的程序解决。执行中针对被执行人名下的财产采取执行措施的，其配偶认为该财产为夫妻共同财产的，可以对标的提出案外人异议，若不服法院之裁定，可以根据《民事诉讼法》第二百二十七条的规定提起异议之诉。当然法院的审查不能机械的依据登记情况直接确认权属，而应当通过对产权登记时间、登记状态、出资状况等综合审查，确定是否为登记在一方名下的共同财产。如针对在夫妻双方名下的财产采取执行措施，将会面临的问题是无法确定夫妻双方在财产中的份额，但此时对于法院执行份额不服的当事人，同样有权利提出案外人异议，该异议之诉的审查范围就是夫妻双方在财产中所占的所有权份额。但也有观点认为可以直接执行该财产 50%的份额，[1]这种处理方法显得简单，但是更具效率，况且夫妻之间的财产关系可以通过“失之东隅，收之桑榆”的方式处理，即在某财产分割上偏向一方利益的，可以在另一财产上进行利益弥补，这也是离婚财产分割时常用的方式。当然在此案外人异议之诉中如何平衡夫妻二人的财产关系，仍然值得更深入的研究。如执行中发现被执行人之配偶名下财产为夫妻共有，则可以直接对该特定财产采取执行措施，无需追加被执行人，此时被执行人配偶提出异议的，同样可以依据案外人异议的程序处理；但如果申请执行人认为被执行人之配偶名下财产应为夫妻共有财产，应当成为执行标的的，但执行法院经过初步审查认为不是共同财产不采取执行措施的，申请执行人可以通过执行监督程序处理。

[1] “执行疑难问题问答”（二）”中认为，“夫妻一方对于夫妻共有财产并不按照份额享有权利，所以严格依照法律逻辑，对于夫妻共同财产的执行，应当先按照物权法第九十九条的规定对共同财产分割，然后再执行分割后债务人的个人财产。但是由于实践中涉夫妻共同财产执行案件数量众多，全部以此程序处理，会导致债权人诉累与司法成本的大量增加。借鉴地方法院的经验，我们认为执行程序中可以先执行夫妻共同财产中的一半，配偶对此有异议的，赋予其通过案外人异议和案外人异议之诉救济的权利，以平衡执行效率与权利救济。”参见高执研：“执行疑难问题问答（二）”，载《执行工作指导》2013 年第 2 辑。（二）针对债务是否为共同债务的认定，通过“执行追加被执行人——异议之诉”的渠道解决。对执行依据中确定的债务是否为共同债务的认定，可以在执行案件中初步判断，如认为债务为夫妻共同债务，可以裁定追加被执行人之配偶为被执行人。如追加被执行人不服，可以提起异议之诉。但是，在现行诉讼模式下，通过异议之诉审查追加被执行人的裁定的路径似乎尚不通畅，《民事诉讼法》第二百二十七条明确其范畴为“案外人对执行标的提出书面异议的”，是否能够适用于审查追加被执行人的执行裁定尚存疑问。而权宜下根据《民事诉讼法》第二百二十五条的规定以“执行异议——复议”之模式审理债务是否为共同债务，也不失为一种暂时的选择。对此，理论及实务界常有建立单独针对追加、变更被执行人的诉讼模式的呼声。“对于其他较为复杂的变更、追加，则应通过诉讼程序予以救济，以实现债权人和第三人之间诉讼权利的对等和利益平衡。”[1]借鉴台湾地区的诉讼模式，应属于债务人异议之诉制度， “执行名义成立后，有消灭或妨碍债

权人请求之事由发生，债务人得于强制执行程序终结前，向执行法院对债权人提起异议之诉”，“执行名义无确定判决同一之效力者，于执行名义成立前，如有债权不成立或消灭或妨碍债权人请求之事由发生，债务人亦得于强制执行程序终结前提起异议之诉”[2]。债务人异议之诉的事由包括：债权消灭、债权妨碍暂不履行、债权不成立及“非执行名义所及事由”，而所谓“非执行名义所及事由”，为债权人对于执行名义所载之债务人或继受人，或其他因执行名义之扩张所及之人参与执行时，涉及实体问题，并非执行中能够认定，通过债务人异议之诉的模式解决。

[1] 刘贵祥：“执行程序变更、追加被执行人若干问题之检讨”，载于《人民法院报》2014 年 7 月 2 日第 8 版。[2] 杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 190 页。（三）因追加被执行人发生的异议之诉与确认权属的案外人异议之诉，可以同时进行，并行不悖。针对同一执行案件中当事人就共同财产和共同债务同时存在争议的情况下，应当允许两个救济渠道同时启动，分别审查。建构两次诉讼、分别审查的机制意义何在？相对于直接执行夫妻名下财产、允许其通过案外人异议的程序救济、在案外人异议中同时审查债务和财产的制度，这种“双轨制”审查的优越性何在？笔者认为，首先，通过案外人异议审查执行依据确定的债务是否为共同债务是不适宜的，案外人异议是法院对某特定财产采取执行措施后启动的程序，它仅针对特定的财产，不针对特定的当事人，类似于“对物之诉”，其核心和制度设计的初衷是审查被采取措施的财产的权属状态。虽然在案外人异议中不排除可以审查债务是否属于共同债务，但是这种审查的结果仅仅对该特定财产有效，不具普遍适用意义，反而可能造成更大的诉累。如执行依据确认乙为被执行人对甲负有还款义务，法院对乙的房产 A 采取强制措施，乙配偶丙提出案外人异议，如在异议中确定债务为共同债务，但是其结果仅仅是法院可以对房产 A 采取执行措施，但如果法院要执行财产 B，就可能启动新的程序，丙可以提出新的异议，相较于通过追加丙为被执行人一次性的解决争议，反而是不效率的。其次，将共同财产和共同债务的认定置于同一程序中，会显得诉争焦点不清、杂糅，使得债务人难以把握自己的地位。共同财产的认定是对特定物的权属判断，共同债务的认定是对债权债务合同的一方当事人的判定，这原本就是两个截然不同的问题，在普通的民事诉讼中也是应当分开审理的。而裁定追加被执行人配偶为被执行人，有明确告知其成为债务人之一、确定债务为共同债务的宣示意义，当事人能够以更加明确的角色进入诉讼，观点清晰，以救济其权利。再次，通过认定共同债务追加被执行人和通过案外人异议确定被执行财产权属的双轨制，如果能够利用好其先后顺序，可以大大提高执行效率。通过正确的引导，先完成债务是否共同债务的判断，如果在“追加被执行人——异议之诉”的模式下先行确定执行依据确定的债务为共同债务，并追加配偶一方为被执行人，那么无论被执行财产在夫妻任何一方名下，无论财产是双方共有抑或一方所有，均可成为案件执行标的，那么配偶一方作为被执行人再提起案外人异议就毫无意义，执行法官也无需判定夫妻名下财产的实际权属状态，可将其视为整体一并采取措施。

综上所述，在执行夫妻名下财产的案件中，一方面，应允许执行法官参与夫妻共同财产和共同债务的初步审查和认定，以保证执行的效率；另一方面，亦应当保证诸方当事人有完善的救济渠道，尤其是通过民事诉讼救济的渠道。在现行民事诉讼模式下，各地法院都作出了积极的探索，但是也会产生各地司法标准的不一致的副作用。因此笔者认为，通过立法建构债务人异议的诉讼模式已是刻不容缓。

冰冷的法条，温情的判决——从个案看婚解二 24 条的适用

2016-11-13 庐州判官 合肥市蜀山区人民法院 蒋鸿铭

小编按：关于婚解二第 24 条，我以前曾在《法律不是嘲笑的对象 ‖ 评婚姻法解释二第 24 条的适用》一文中提出，“作为司法工作者，当你根据自己对 24 条的理解，得出明显不公正的裁判结论时，与其嘲笑、攻击法律条文的不合理性，不如反思自己的解释能力和解释方法，不如反思自己掌控案件的能力，不如反思自己是否机械僵化的适用了法律”。具体到本案中，应综合各种案件事实谨慎认定夫妻共同债务的成立，由于借款明显不合常理，如果此时仍僵化的赋予配偶方过重的证明标准，并以其不能证明借款未用于共同生活为由判决其承担共同还款责任，这显然是非正义的。本案承办法官紧扣各种反常的案件事实，最终通过条分缕析的说理，驳回了原告对债务人配偶的诉请，双方当事人均服判息诉，从而维护了个案正义。这也启示裁判者，善良的心是最好的法律，法条可能是冰冷的，但判决完全可以是温情的。

作者按：上周与判官神聊中，谈及婚姻法解释二 24 条的争议，我和判官一致认为 24 条只可修不可废。个人以为，24 条目前最大的问题可能是在对夫妻共同债务的判定中，为法官预留的解释空间太小，也未明文列举一些债务特征赋予法官审查权（这方面可以对比下民间借贷司法解释的 16 条、19 条），以致一旦法官在适用时不重视或不敢自由心证，就可能引发个案中的不公。无独有偶，前不久我办理了一起涉及 24 条的民间借贷案件。整个合议庭乃

至书记员，都非常确信债务系男方个人债务，但女方确实无法完成 24 条规定的举证责任。在此情况下，我从案件事实出发，进行了充分的推理（充分到我自己都感到非常奔放……），最终以一种近乎碾压的气势，驳回了原告对女方的诉请。后，各方均服判未上诉。判官对我的判决书非常感兴趣，审阅后表示建议放到公号上与各路同仁共赏（pi）析（pan）。我就恭敬不如从命，忝着熊脸借宝地发出来抛砖引玉吧。

安徽省合肥市蜀山区人民法院
民事判决书
（2016）皖 0104 民初 1896 号

原告：马某某，男，1989 年 7 月 16 日出生，汉族，住 XX。
委托诉讼代理人：彭某，北京某某（合肥）律师事务所律师。
被告：张某某，男，1987 年 8 月 13 日出生，汉族，住 XX。
被告：肖某某，女，1985 年 4 月 26 日出生，汉族，住 XX。
委托诉讼代理人：吴某某（系肖某某母亲），住址同上。

原告马某某与被告张某某、肖某某民间借贷纠纷一案，本院于 2016 年 3 月 11 日立案后，依法适用普通程序，于 2016 年 8 月 30 日公开开庭进行了审理。原告马某某及其委托诉讼代理人彭骏，被告张某某、被告肖某某及其委托诉讼代理人吴某某均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告马某某向本院提出诉讼请求：

1. 被告张某某立即向原告偿还借款 165000 元；2. 被告肖某某对上述债务承担连带清偿责任；3. 本案诉讼费保全费由两被告承担。

事实和理由：2015 年 11 月 21 日至 2015 年 11 月 23 日，张某某向原告借款 165000 元，其中，157000 元是原告分别多次转账给张某某和肖某某，8000 元以现金方式借给张某某，2015 年 11 月 23 日张某某就上述借款向原告出具了借条两张，并承诺于当天下午 4 点半之前还清。

同时，张某某与肖某某是夫妻。故该借款应该为夫妻共同债务。肖某某应对原告连带承担上述债务。自上述借款被借用以来，被告完全不守信用，至今未向原告偿还债务，在这期间原告虽多次以打电话、当面催要等方式要求被告偿还债务，但张某某一直不予理睬或身影无踪，未予偿付。现原告为维护自身合法权益，特诉至贵院，请求法院判如所请。

被告张某某辩称：

1. 我和原告都是做刷卡套现业务的，借款用途是为了归还信用卡和赌博所欠债务。2. 我出具借条的当晚，因为我前妻肖某某生了孩子，他们要我请客，我喝多了，被他们拉着去了附近的茶楼一起赌博。赌博也有原告参与，借款中也有输给原告的一部分，也有输给别人原告借钱给我的一部分。

被告肖某某辩称：

1. 张某某借钱时，我正在分娩住院期间，借款的事实我完全不知晓，借款也没有用于夫妻共同生活。而且我方有生活来源，不需用这笔钱。2. 原告转入部分借款的我名下银行卡一直由张某某控制使用。据我所知，这笔钱被张某某赌博挥霍了，其中也有原告参与。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对原告提交的各项证据和被告提交的证据 2、4、5 的证据效力，本院均予以认定并在卷佐证。

被告提交的证据 1、3 与本案没有关联性，本院对其证据效力不予认定。

就本案事实，根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定如下：

2015 年 11 月 23 日，被告张某某向原告马某某出具借条一张，内容为：“今借到马某某人民币陆万伍仟元正￥65000，保证今天下午 4 点半前还清。”同日，张某某还向马某某出具借条一张，内容为：“今借到马某某人民币壹拾万元正￥100000，4 点半前还清。”

2015 年 11 月 21 日，马某某向张某某转账情况如下：

11 时 43 分转账 30000 元，12 时 19 分转账 40000 元，14 时 48 分转账 32000 元。

2015 年 11 月 22 日 9 时 46 分，马某某向肖某某名下银行账户转账 10000 元；13 时 45 分，马某某向张某某转

账 15000 元。

2015 年 11 月 23 日 12 时 24 分，马某某向张某某转账 30000 元。

马某某进行上述转账均使用其民生银行尾号 1387 账户。

庭审中，马某某对借款用途解释为：2014 年我和张某某就认识了，2015 年张某某说家庭有点困难，要做生意急需资金，向我借钱，我就借给他了。

张某某则对借款用途解释为：当时我在肥西路朝阳大厦 16 楼所租房内赌博，借款全部用于支付赌资，马某某于当日晚上也参与了赌博；银行卡取现有限制，每天最多现金取 2 万元，11 月 21 日马某某打给我的钱，我没有取完，次日最多也只能取两万元，我就让他把钱打到了肖某某的银行卡上，但这张卡一直是我在控制使用。

另查：肖某某系聋哑人，自 2006 年起在合肥天蚨电器成套设备制造有限公司工作，现月收入 1300 元。

2012 年 10 月 10 日，肖某某与张某某结婚。2015 年 11 月 13 日，肖某某在安徽省妇幼保健院生育女儿，2015 年 11 月 20 日出院。

2015 年 12 月 22 日，张某某与肖某某在合肥市蜀山区民政局协议离婚。

肖某某的委托诉讼代理人吴某某陈述：我和爱人均有退休收入，退休后也仍在务工，长期以来均补贴肖某某和张某某的生活。

本院认为：本案的争议之处在于张某某借款的金额、性质和肖某某是否应承担共同还款责任。

首先，两张借条载明的借款金额共计 165000 元，而马某某分五次转给张某某、肖某某名下账户累计 157000 元，差额 8000 元。而五次转账中，金额最小的一笔仅 10000 元。在张某某否认的情况下，马某某主张的现金交付 8000 元借款似欠缺必要性，存在可疑之处。

第二，讼争借款转账交付在 2015 年 11 月 21 日和 22 日期间，两张借条均出具于 2015 年 11 月 23 日，且均注明“下午 4 点半前归还”，而同时马某某称借款系用于张某某生意需要。从日常生活经验来看，上述陈述可谓反常。如确系生意需要，为何在两天内分五笔转账交付？又为何均为同一账户转出却最短的转账间隔尚不足半小时（11 月 21 日 11 时 43 分 30000 元，12 时 19 分 40000 元）？

加之，如马某某主张的现金交付 8000 元借款属实，则“为生意需要”的十几万元讼争借款在两天内累计交付达六次之多，却又在 11 月 23 日就约定了极短的还款时间，这愈加有违常理。而张某某称讼争借款所借为偿还赌债，则明显更符合讼争借款多次交付、还款紧迫的特征。

第三，肖某某于 2015 年 11 月 8 日生产，11 月 20 日方才携新生儿出院，显需卧床休息，马某某却于 11 月 22 日就向肖某某名下账户转账 10000 元，再由张某某于次日出具借条确认，此种借款形式近乎怪异。即便马某某对肖某某生育的情况全不知情，那其如何知晓肖某某名下银行账号？不难推知，2015 年 11 月 22 日 9 时 46 分马某某向肖某某名下银行账户转账 10000 元时，明知该银行卡在张某某控制之下。

以上种种异状，明显有违日常生活经验法则。尽管尚不足以作出讼争借款系用于赌博的认定，但亦不能令本院相信讼争借款确有 165000 元并用于张某某、肖某某夫妻家庭生活。本院根据马某某转账总额，认定借款本金为 157000 元。根据马某某的自述，其在 2014 年就认识张某某，却在讼争借款存在上述种种异常的情况下连续多笔交付借款，显然未尽到一般理性人的正常注意义务。现马某某主张肖某某承担共同还款责任，本院不予支持。

综上，本院认定马某某向张某某出借 157000 元，上述借款系张某某个人债务。依照《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条、第二百一十一条，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十六条、第二十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零五条之规定，判决如下：

一、被告张某某于本判决生效之日起十日内返还原告马某某借款本金 157000 元；

二、驳回原告马某某的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 3600 元，保全费 1345 元，公告费 400 元，合计 5345 元，由原告马某某负担 260 元，由被告张某某负担 5085 元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或代表人的人数提交副

本，上诉于安徽省合肥市中级人民法院。

审　判　长　　蒋　鸿　铭
人民陪审员　　宁　笑　云
人民陪审员　　刘　腊　梅
二〇一六年九月二十一日
书　记　员　　刘　　艺

附 1：本案证据目录

一、原告马某某提交证据如下：

1.借条两份，证明：张某某向原告借款 165000 元的事实。

2.中国民生银行个人账户对账单和交易明细，证明：张某某向原告借款 165000 元的事实

二、被告肖某某提交证据如下：

1.工商银行交易凭证；2.离婚协议书；3.个人外汇买卖凭证；

证据 1-3 证明：张某某与肖某某婚姻关系存续期间产生的大量个人债务，并在离婚时给予隐匿未向我方告知，导致我方为其承担了大量债务。

4.残疾人证，证明：肖某某系二级残疾人。5.出生医学证明、出院小结各一份，证明：2015 年 11 月 9 日前后，肖某某在省妇幼保健院生产，对本案借款不知情。

被告张某某未提交证据。

附 2：本案适用的法律条文

《中华人民共和国合同法》

第八条　依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。

第六十条　当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

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

第二百一十一条　自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

第十六条　原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩已经偿还借款，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明，人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。

第二十七条　借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》

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

《中华人民共和国民事诉讼法》

第六十四条第一款　当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第一百零五条　人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。

张学军：离婚时“联合购买住房”的分割研究

“家事法苑”团队奉献

2016-11-13 民事审判参考

来源：爱思想　原文链接：http://www.aisixiang.com/data/99741.html

一、问题的提出

依据《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第三十九条第一款，如果夫妻双方在离婚时无法就共同财产的处理达成协议，则由人民法院判决分割。人民法院予以分割可以分为以下三个阶段：第一，确认哪些财产属于可由人民法院判决的“共同财产”。第二，对共同财产进行估价。在很多情况下，人民法院可以将部分共同财产判给夫妻一方(例如汽车)，而将另一部分共同财产判给对方(例如生活用品)，即实行综合性的实物分割[1]。另一方面，最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(法发[1993]32 号)(以下简称 1993 年《财产分割意见》)第十条、第十一条、第十三条明确规定，入伙的财产、生活资料、住房应该实行作价补偿。因此，对共同财产进行估价在所难免。第三，分配共同财产。人民法院依法确定分割的比例和分割方法。

1998 年以来，国务院《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》(国发[1998]23 号)、中国人民银行《个人住房贷款管理办法》(银发[1998]第 190 号)(以下简称《贷款办法》)等规范性文件相继实施。于是，产生了新型的夫妻财产。该财产的特征是：其一，男方或女方以买方的身份在结婚之前签订了不动产买卖合同；其二，买方已经向卖方支付了全部“价款”(包括“首期付款”和“住房贷款”)；其三，买方为了取得“住房贷款”而将所购房屋抵押给“贷款银行”；其四，房屋所有权在结婚之前或结婚之后已经依法登记在买方个人名下(该方可被称为“所有权方配偶”或“支付首付方配偶”，对方可被称为“非所有权方配偶”)；其五，在男女双方结婚之后，支付首付方配偶用夫妻共同共有的资金偿还住房贷款；其六，在夫妻双方离婚时“住房贷款”可能尚未被全部清偿(在法学上尚未清偿的贷款本息可被称为“住房贷款余额”)。该房屋可被称为“联合购买住房”。“联合购买住房”给“人民法院予以分割”带来空前的挑战。主要表现在：

(1)在属性上它难以被划分为共同财产或个人财产。夫妻财产可以分为共同财产和个人财产。一方面，由于它是在结婚之前签订买卖合同、支付全部价款甚或在结婚之前就登记在支付首付方配偶名下，所以依据现行《婚姻法》第十八条第一项之规定它当属“夫妻一方的财产”；另一方面，由于偿还银行借款之用的资金是“在婚姻关系存续期间所得”，资金的属性决定其代位物的属性(例如以共有资金所购的汽车仍属夫妻共有)，所以依现行《婚姻法》第十七条第一款，至少部分所有权份额属于夫妻共同财产。

(2)在估价上它难以被准确估价。如果它全部或部分被认定为夫妻共同财产，就应进行估价。估价面临以下困难：“住房贷款余额”是否计算在总投资之内；如果计算在内，则是全部计算在支付首付方配偶的投资之内，还是全部计算在夫妻双方的投资之内，或者部分计算在支付首付方配偶的投资之内而剩余部分计算在夫妻双方的投资之内；由于支付时间有先有后，在价值上首期付款、支付首付方配偶的婚前付款、夫妻双方的婚后付款是否相等。

(3)在分割方法上面临困难。如果它部分被认定为共同财产，那么在同一财产上存在着共同财产部分和个人财产部分。分割方法面临以下困难：在采用实物分割或作价补偿时，无法将个人财产部分和共同财产部分均分配给非支付首付方配偶；在采用变价分割时，无法将个人财产部分一并转让给第三人。

对于人民法院予以分割“联合购买住房”，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)〉》(法释[2011]18 号)(以下简称《婚姻法解释三》)第十条第二款作出明确规定。然而，由于司法解释面临的障碍未被充分地认识、克服，所以它具有某些不足。本文拟予以指出并提出修改建议。

二、“联合购买住房”的定性：应推定为“混合财产”

(一)“联合购买住房”的定性是“混合财产”

对于“联合购买住房”的属性(即属于共同财产还是个人财产)，《婚姻法解释(三)》第十条第二款并未明确规定。不过，负责《婚姻法解释(三)》起草工作的最高人民法院民事审判第一庭(以下简称“民一庭”)明确指出，“这类房屋的购置资金由以下两个或者三个部分构成：第一部分，购房者于婚前购房时交纳的首付款以及其个人于结婚前偿还的贷款，所对应的部分属于购房者个人的婚前财产；第二部分，购房者结婚后，于婚姻关系存续期间，夫妻双方共同偿还贷款部分，所对应的部分应属于夫妻共同财产；第三部分，如果离婚时贷款尚未还清，则离婚后需要由取得房屋所有权的一方继续向银行偿还，所对应的部分亦不属于夫妻共同财产”[2]。显然，“联合购买住房”所有权的部分份额归支付首付方配偶，其他份额归夫妻双方。简言之，它被认定为“混合财产”。

从理论上说，这一定性具有以下特征：一是夫妻双方取得的权利是部分所有权。于是，在同一住房上，既有个人财产部分或成分，又有共同财产部分或成分。换言之，夫妻双方取得的权利绝非对支付首付方配偶的债权。二

是夫妻双方和支付首付方配偶之所有权的份额按各自支付的款项计算。

(二)“联合购买住房”的定性是“混合财产”之理由及其评价

“民一庭”之所以将“联合购买住房”所有权认定为“混合财产”，很显然是因为夫妻双方使用共同共有的资金偿还了住房贷款。“民一庭”的立场及其理由基本上是妥当的。其理由：一是非支付首付方配偶主观上通常明知支付首付方配偶在婚后需要清偿住房贷款。二是非支付首付方配偶在婚姻关系存续期间对于对方以共同共有资金偿还住房贷款通常没有异议。三是夫妻双方通常拥有的“合意”应为共同投资。四是它有利于维护非支付首付方配偶的合法权益。

然而，“民一庭”没有针对特殊情况设置一些例外并不妥当。其理由是：

(1)支付首付方配偶可能盗用夫妻共同共有资金。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法若干问题的解释(一)〉》(法释[2001]30 号)第十七条规定，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见；他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。支付首付方配偶可能违反上述规定盗用夫妻共同共有资金。毋庸置疑，它构成一般侵权行为。而且，美国亚利桑那州最高法院法官拉普拉德(La Prade)指出，“如果丈夫将自己管理的共同财产盗用于自己的个人财产之上，则构成欺诈行为。在此情况下，妻子可以请求赔偿”[4]。

(2)支付首付方配偶可能借用夫妻共同共有资金。夫妻人格独立、平等。夫妻双方可以将夫妻共同共有资金出借给所有权方配偶，供其偿还银行贷款。

(3)支付首付方配偶可能受赠夫妻共同共有资金。夫妻人格独立、平等。夫妻双方可以与一方签订赠与合同，将夫妻共同共有的资金赠与支付首付方配偶，供其偿还住房贷款。在“双方婚后共同还贷支付的款项”极小(例如最后一两个月的分期付款)时，尤其存在这种可能。

(4)美国一些州设置了某些例外。1952 年，加州上诉法院认为，“更公平的规则是……在没有相反的协议时，夫妻双方按照共同共有资金支付价款的比例享有所有权”[5]。1984 年，马里兰州上诉法院指出，在没有赠与推定(in the absence of a presumption of gift)时，可以将此类财产认定为婚姻财产[6]。1990 年，美国弗吉尼亚州律师协会立法分委员会指出，“与‘资金来源’原理一致的是，如果贡献可以通过‘优势证据’‘追溯(retraceable)’且非赠与，那么被贡献的财产会继续保持原来的划分属性，即该项财产基于已被其他州判例法牢固确立的‘资金来源’规则，会被法院划分为‘部分归属个人财产(part separate)’‘部分归属婚姻财产(part marital)’”[7]。以上所列举均可作为佐证。

(三)“联合购买住房”的定性之立法建议

在“联合购买住房”的定性上，《婚姻法解释(三)》第十条第二款应该明确规定：在没有相反的协议或没有夫妻一方盗用夫妻双方的共同共有资金偿还住房贷款时，推定夫妻双方基于婚后共同还贷支付的款项取得部分所有权。

三、“联合购买住房”的估价：应按投资比例分享利润

(一)“联合购买住房”的估价方法是按资金比例分配市价

“联合购买住房”包括共同财产部分和个人财产部分。对于共同财产部分的估价，《婚姻法解释(三)》第十条第二款并未明确规定。不过，“民一庭”指出，计算双方婚后共同还贷支付的款项及其对应财产增值部分分为两个步骤：第一，对房屋的现实价值进行评估；第二，根据夫妻共同还贷部分在整个房价款中的比例确定[8]。而且，它还举例予以说明。“假设婚前贷款购房者所购房屋的单价是每平方米 15000 元，面积 80 平方米。首付款是 36 万元，按揭贷款 84 万元，贷款期限 20 年(240 个月)，则利息总计为 603452.87 元。还款总额 1443452.87 元。如果采用等额(本息)还款的方式，月均还款 6014.39 元。双方当事人婚后共同还贷 3 年(36 个月)后诉讼离婚，离婚时房屋经评估，价值 400 万元。计算可知，购房者为购买该房屋总共支付 1803452.87 元(1200000 元+603452.87 元)。其中，首付款在房价(房价款+利息)中所占比例为(360000 元÷1803452.87 元×100%)19.96%，夫妻共同还贷 216518.04 元(6014.39 元×36)，占房价款的 12%(216518.04 元÷1803452.87 元×100%)。如果不考虑其他因素，则可以判决房屋归婚前购房者所有，由其对另一方补偿 24 万元(400 万元×12%×1/2)。剩余贷款 1226934.83 元(1443452.87 元-216518.04 元)，仍由原购房者继续偿还”[9]。若用数学公式表示，就是：双方婚后共同还贷支付的款项及其对应财产增值部分=夫妻双方清偿的借款本息/(所有权方配偶清偿的首期付款+银行贷款本息)×离婚时的市价。从理论上说，这一估价方法具有以下特征：一是被乘数是夫妻共同清偿的借款占总支付款项的比例，而且，

借款的利息未被排除；二是乘数是离婚时住房的市价。

此外，《婚姻法解释(三)》第十条第二款明确规定，“尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务”。

(二)“联合购买住房”的估价方法是按资金比例分配市价之理由及其评价

“民一庭”指出，采取这一估价方法的理由有二，即：简便、实用[10]。笔者认为，“民一庭”的立场并不妥当。理由是：

(1)首期付款没有得到公正的评价。《贷款办法》第五条第四项包括以下内容：“不享受购房补贴的以不低于所购住房全部价款的 30%作为购房的首期付款。”从经济学意义上说，支付首付方配偶基于首期付款所获的份额不应低于 30%。然而，若以之除以首期付款与住房贷款本息之和，所占比例则会较低。例如，“民一庭”举例指出，假设首付款是 36 万元，按揭贷款 84 万元，银行贷款的利息是 603452.87 元。那么，“首付款在房价(房价款+利息)中所占比例为 360000 元÷1803452.87 元×100%=19.96%”[11]。然而，它应该占 30%。

(2)资金的时间价值没有得到评价。当代经济学泰斗、1970 年诺贝尔经济学奖得主萨缪尔指出，“未来的支付没有现在的支付值钱，所以相对现在来说它们应当被折现，就像远处的目标看起来比近处的目标要小一样……首先，对未来收入流量的每一部分根据支付日期进行必要的贴现，计算出其现值，然后将各个现值加在一起，总额就是该项资产的现值”[12]。显然，相对于夫妻一方支付首期付款的时间而言，夫妻共同偿还住房贷款本息的时间在后或处于未来。因此，应将夫妻共同偿还的住房贷款本息折合成为“现值”。折合现值的比例应为物价指数。

(3)住房贷款余额没有被折现。公司法规定，公司解散，在清算之后投资人只能分配剩余的财产。依此类推，在拥有“住房贷款余额”时，夫妻一方婚前投资和夫妻双方共同投资所得的利润，应为“离婚时房屋经评估”确定的价值扣除房屋的负债之差。

此外，相对于夫妻双方离婚的时间而言，夫妻一方离婚之后支付住房贷款余额的时间系在后或处于未来。因此，也应将夫妻一方离婚之后偿还的“住房贷款余额”折合成为离婚时的“现值”。

(三)“联合购买住房”的估价之立法建议

在住房升值的情况下，支付首付方配偶的个人部分之计算方法是：支付首付方配偶的个人财产部分=首期付款/(首期付款+夫妻共同清偿的住房贷款本息被折合成为首期付款时的现值)×(离婚时的市价-住房贷款余额被折合成为离婚时的现值)。还应指出，如果支付首付方配偶在结婚之前支付住房贷款本息，也应将它折合成为首期付款时的现值。另一方面，夫妻双方的共同部分之计算方法是：夫妻双方的共同财产部分=夫妻共同清偿的住房贷款本息被折合成为首期付款时的现值/(首期付款+夫妻共同清偿的住房贷款本息被折合成为首期付款时的现值)×(离婚时评估的市价-住房贷款余额被折合成为离婚时的现值)。折合现值的比例可以选择“行业平均利润率”[13]。

此立法建议反映的思想是：按照支付首付方配偶和夫妻双方的实缴出资所占的比例分配利润(参见《中华人民共和国合伙企业法》第三十三条第一款以及《中华人民共和国公司法》第四条)。立法建议具有以下特征：

(1)对于支付首付方配偶的婚前出资、夫妻双方的婚后出资，均按照首期付款的时间进行了折现。因为，“支付首期付款的夫妻一方是以自己的财产做出直接贡献，并未给所购财产带来借款负担。然而，该方拥有的份额直接受到房屋贷款利息的影响。清偿的利息部分取决于贷款的利率。利率越高、支付的利息越多，支付首期付款的夫妻一方拥有的份额下降越多”[14]。

(2)支付首付方配偶婚前清偿和夫妻双方婚后清偿的本息，均被计算在内。因为，“如果住房在购买不久之后即被分割，支付首期付款的夫妻一方则获得过度的补偿。这是因为，在此期间，按月付款(monthly payment)中只有一小部分属于本金，其余的均为利息。由于通过最初的几次按月付款支付的款项主要属于利息，而通过首期付款支付的款项则完全是本金，所以婚姻关系终止时前者得到的回报要少”[15]。情况确实如此。如果当事人采用“等额本息还款法”(即“借款人按月以相等的金额偿还贷款本息，还款期内每月还款的本息都相同”)按月偿还住房贷款，则开始偿还的利息要远大于所偿还的本金。即清偿越早，利息所占的比例越高。另一方面，如果采用等额本金还款法(即借款人每月等额偿还本金，贷款利息随应还本金的逐月减少而逐月递减)，那么随着时间的推移，清偿的利息越来越少。因此，只计算本金并不公平。

(3)所分配的利润是离婚时的住房市价扣除住房贷款余额之差。而且，对于贷款余额，按照离婚的时间，进行了折现。

(4)忽视了投资比例和利率的变动。美国乔治亚州立大学法学院助理教授米洛特(Milot)指出，“住房价值的变化也不是线性的。对于大多数住房而言，在某一时期……升值较快；在其他时期……升值较慢”[16]。因此，“若

真正实现按照比例分配的目标，婚姻财产和非婚姻财产所占的比例每变化一次，就按照当时的婚姻财产和非婚姻财产的投资分配升值”。例如，2005 年 2 月住房的升值是 1765 美元，非婚姻财产和婚姻财产分别是 86765 美元、206 美元。那么，婚姻财产所占比例是 0.24%，分得的升值是 5 美元。2005 年 3 月住房的升值是 1765 美元，非婚姻财产和婚姻财产分别是 88525(86765 美元+1760 美元)美元、417(206 美元+5 美元+206 美元)美元。那么，婚姻财产所占比例是 0.47%，分得的升值是 10 美元[17]。从理论上看，该学说值得赞同。然而，它过于繁琐，会严重影响司法效率。而且，精确计算也不现实。特纳律师指出，“在当事人对财产的市价(real value of the property)做出贡献的情况下，婚姻财产和个人财产一直处于波动之中。若想合理地分配增值，就必须在财产增值的确切时间点上计算婚姻财产和个人财产。从最好的结果来看，这样计算会提出一个给划分过程带来巨大负担的数学难题。从最坏的结果来看，这样计算是不可能的，这是因为很少能够确定财产增值的确切时间点……为了方便起见，采用资金的来源理论的州没有一个运用纯合理的分配方法。取而代之的是，法院假定，增值发生在全部直接贡献作出之后”[18]。

(5)放弃了首先计算各自的利润然后追加各自的本金的两部计算法。一部计算法和两部计算法计算出来的结果是相同的。

四、“联合购买住房”的分割：三种方法均可

(一)“联合购买住房”的分割方法是“作价补偿”

《婚姻法解释(三)》第十条第二款对于分割方法作出明确规定：其一，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方；其二，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。

此外，“民一庭”还列举了“两种例外”情况：一是如果双方当事人婚姻关系存续时间较长，夫妻共同还贷的款项在房款中所占比例远远高出婚前购房者支付的首付款比例，而非购房者一方有能力支付尚未偿还的贷款，则受诉法院可以根据案件的实际情况判决房屋归婚前购房者的配偶所有，令其向对方支付相应补偿并承担继续还款的义务。二是如果婚前购房的一方当事人因某种原因经济状况发生变化，离婚时不具备继续偿还银行贷款的能力，另一方当事人有此能力，则为了避免案涉房屋被银行行使抵押权，另一方要求取得所有权并按照本条司法解释的规定承担相应义务的，人民法院应当予以支持[19]。

从理论上说，该分割方法具有以下特征：一是禁止实物分割和变价分割。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第一百条第一款规定，人民法院分割共有物的方法有三：实物分割、作价补偿、变价分割，而《婚姻法解释(三)》第十条第二款只允许作价补偿。二是共有部分原则上必须分配给支付首付方配偶。

(二)“联合购买住房”的分割方法是作价补偿之理由及其评价

对于实物分割和变价分割因何受到排斥，“民一庭”并未指明理由。对于“联合购买住房”因何原则上应判给支付首付方配偶，“民一庭”则明确指出了理由。此即：

(1)购房一方不限于男方。现实生活中，于婚前购房者并不限于男方，较为常见的情况是经济条件相对好一些的男方或女方家长资助自己的子女购房，方式一般是为子女支付购房的首付款。因此，认为人民法院将这类房屋的所有权判归婚前购房者所有就是保护男方利益的观点不能成立。

(2)支付首付方配偶支付了房价。既然婚前购房者于购房时已经通过按揭贷款的方式向开发商支付了全部房款，也就是说购房者已经履行了商品房买卖合同中的全部义务，所应享有的是收房并取得房屋产权证的合同权利。因此，离婚分割这类房屋时，将其判归婚前购房者是合理的、有据的。

(3)判给支付首付方配偶可以避免债务转让。如前所述，银行发放按揭贷款的前提是审查贷款者的资信状况并确认其具有还款能力，如果人民法院在离婚判决中将这类房屋判归婚前购房者的配偶所有，则尚未归还的贷款亦应当由取得房屋所有权者负责归还，实际上等于变更了向银行还贷的义务主体。根据合同相对性原则，银行认可的还贷义务主体是其进行过资信审核的原购房者。因此，虽然有所购房屋作为抵押物，但银行仍有权作出不同意债务转移的意思表示。

(4)善良的非支付首付方配偶能够接受。人民法院将这类房屋判归婚前贷款购房者，并不等于支持其无偿占有夫妻共同还贷部分所对应的房屋价值，也就是说一般情况下需要作为夫妻共同财产分割的是真正与夫妻双方于婚后共同还贷部分对应的房屋价值。只要不是存心觊觎对方的婚前财产，应当能够接受这一处理原则[20]。

笔者认为，首先，实物分割和变价分割受到排斥并不妥当。理由是：

(1)实物分割具有无可比拟的优势。主要表现在：其一，它可以确保夫妻双方有房居住。如上所述，《物权法》将实物分割置于优先地位；1993 年《财产分割意见》第十三条规定："对不宜分割使用的夫妻共有的房屋，应根据双方住房情况和照顾抚养子女方或无过错方分给一方所有……"很显然，实物分割被置于优先地位。其二，它有利于维护子女的利益。"如果子女继续居住在靠近朋友和学校的婚姻住所，而非搬迁到陌生的环境，则'子女的最大利益'通常可以得到满足"[21]。其三，支付首付方配偶未必拥有作价补偿的经济实力。其四，可以避免变价分割的急迫。一般而言，当事人越急迫，房屋的变价就越低。

(2)变价分割也具有一定的优势。主要表现在：其一，夫妻双方均无力实行作价补偿。其二，夫妻双方没有需要照顾的未成年子女。其三，夫妻双方可以取得较大的款项。这为双方各自独立解决住房问题提供了经济基础。其四，它符合自愿原则。《婚姻法解释(三)》第十条第二款所含"不能达成协议的"无非有以下两种情况：一种是双方都不希望取得夫妻双方的共同共有份额；一种是双方都希望取得夫妻双方的共同共有份额。在后一情况下，人民法院将它判给支付首付方配偶明显违反了当事人的意愿。而且，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法若干问题的解释(二)〉》(法释[2003]19 号)第二十条规定，"双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理……(三)双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割"。

其次，人民法院原则上应将"联合购买住房"判给支付首付方配偶的理由并不成立。其理由是：

(1)原则上判给支付首付方配偶基本上等于判给男方。尽管"现实生活中，于婚前购房者并不限于男方"，但大多数是"男方"当无疑问。因此，原则上判给支付首付方配偶就是大多数判给了男方。而且，1993 年《财产分割意见》第十三条明确规定，"……在双方条件等同的情况下，应照顾女方"。

(2)原则上判给支付首付方配偶于法无据。"民一庭"明确指出，购房者结婚后，于婚姻关系存续期间，夫妻双方共同偿还贷款部分，所对应的部分应属于夫妻共同财产。因此，尽管支付首付方配偶支付了全部价款，但是基于夫妻双方共同清偿借款，所有权的部分份额已经转归夫妻双方。夫妻双方和夫妻一方享有的权利均为所有权，并无高下之分。

(3)"住房贷款余额"系支付首付方配偶的个人债务且债务转移并不困难。1993 年《财产分割意见》第十七条第一款规定，"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"。然而，清偿银行贷款的债务发生于结婚之前，因此它不属于共同债务。既然如此，离婚后就应由支付首付方配偶继续清偿，人民法院无权判决由对方配偶清偿债务(《婚姻法》第四十一条)。

(4)善良的非支付首付方配偶未必能够接受。其一，支付首付方配偶未必有能力立即补偿对方。其二，有的学者指出，女方"在房价飞涨的今天"担心"离婚后无法承担高昂的房价"，所以"维持'有名无实'的婚姻成为女性无奈的选择"[22]。其三，1993 年《财产分割意见》第十三条规定"应照顾女方"，"女方的收入很可能低于男方"。

再次，原则上判给支付首付方配偶的"第一个例外"也不成立。其理由是：

(1)支付首付方配偶拥有的所有权份额不可能被"远远高出"。《贷款办法》第五条第四项规定："借款人须同时具备以下条件：……四、不享受购房补贴的以不低于所购住房全部价款的 30%作为购房的首期付款；享受购房补贴的以个人承担部分的 30%作为购房的首期付款……"而且，夫妻双方拥有的所有权份额"原则上均等分割"(1993 年《财产分割意见》第八条)。而且，若有"住房贷款余额"，支付首付方配偶的份额还会更多。

(2)"联合购买住房"的夫妻共同部分和个人部分并非主从关系。《物权法》第一百一十五条规定，"主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外"。该例外的理论基础似乎在此。然而，即使夫妻共同共有的所有权份额(例如 2/3)大于支付首付方配偶的份额，前者也不能被认定为主物，后者也不能认定为从物。

(3)即使非支付首付方配偶拥有清偿住房贷款余额的能力，支付首付方配偶也可能拥有此类能力。

(4)人民法院的权限有限。依据现行《婚姻法》第三十九条第一款的规定，人民法院只能对"夫妻的共同财产"进行判决。因此，它无权将支付首付方配偶对"联合购买住房"拥有的所有权份额，判给夫妻双方或者非支付首付方配偶。而且，依据现行《婚姻法》第四十一条第一款的规定，人民法院只能对"原为夫妻共同生活所负的债务"(被称为"夫妻共同债务")进行判决。然而，《婚姻法解释(三)》第十条第二款明确规定，"尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务"。因此，人民法院无权将它判给支付首付方配偶承担。

(5)它违反了债务转移的规定。《中华人民共和国合同法》第八十四条明确规定，"债务人将合同的义务全部或部分转移给第三人的，应当经债权人同意"。

最后，原则上判给支付首付方配偶的“第二个例外”也不成立。其理由除了上述理由之外还有：

(1)它侵犯了债权人的抵押权。《贷款办法》第二条规定：“……借款人到期不能偿还贷款本息的，贷款人有权依法处理其抵押物……”

(2)从离婚后帮助的角度而言，法院可以判决有能力的非支付首付方配偶履行债务。此即为《婚姻法解释(一)》第二十七条第三款的当然解释。

(三)“联合购买住房”的分割之立法建议

在分割方法上，《婚姻法解释(三)》第十条第二款应该规定：

(1)如果能够对夫妻双方的共同财产部分进行实物分割，则应首先进行实物分割。

(2)如果不能实物分割，则应考虑分给抚养子女方、无过错方、女方所有且分得方对全部住房享有使用权，分得的一方配偶对另一方进行价值补偿。

(3)如果不能实施作价补偿(即任何一方均无补偿能力)且无须考虑子女继续居住的权益，则进行拍卖、变卖。

如果夫妻双方的经济情况允许进行综合性的实物分割，人民法院则应被赋予将“联合购买住房”上支付首付方配偶的个人财产部分分给对方配偶之权；如果拍卖、变卖需要涵盖“联合购买住房”上支付首付方配偶的个人财产部分，人民法院则应被赋予此权。当然，支付首付方配偶应该获得补偿。毕竟，这有利于便捷地分割“联合购买住房”。而且，1997 年，美国缅因州最高法院指出，“房屋产权登记在对联合购买财产拥有个人利益的配偶一方名下，并不妨碍法院将该产权判给对方配偶。房屋产权登记和个人利益在其中所占的比例，均是法院处理混合财产(即含有婚姻财产部分和个人财产部分)的因素”[23]。

五、《婚姻法解释(三)》第十条第二款的类推适用

在以下情况下，应该类推适用《婚姻法解释(三)》第十条第二款：(1)婚姻因配偶一方死亡而终止。(2)在婚姻关系存续期间，夫妻双方决定以一方或双方的个人资金和夫妻双方的共同共有资金购买房屋。(3)在婚姻关系存续期间，夫妻一方可以请求分割夫妻共同财产。(4)在婚姻关系存续期间，夫妻双方的其他共同财产不足以清偿夫妻共同债务。

破解夫妻债务困境的当今之策与未来之法

2016-11-16 北大法学在线 王礼仁

【中文摘要】婚姻法解释二第 24 条将虚假债务与违法债务源源不断地推定为夫妻共同债务，已经严重困扰了人民生活。破解夫妻债务困境的当今之策就是“判例抵制”，即在处理夫妻债务时抛弃 24 条推定规则。但要治本，必须废除 24 条，在未来的立法中，重构夫妻债务科学规则。

【中文关键字】婚姻法解释二 24 条；判例抵制；规则重构

【学科类别】婚姻、家庭法

【写作时间】2016 年

近日，《成都商报》报道了广西民族大学教授李长天，因前妻王凤英赌球负债 600 余万跑路后，成为了讨债对象。讨债者建立起了专门的微信群，在广西民族大学内安插上眼线，一旦李长天的身影出现在校园，身边就会聚集起一帮追债人。部分银行也聘请讨债公司向李长天展开骚扰，“生活完全如噩梦一般。”无奈之下，李长天辞去了包括副院长在内的相关行政职务，并搬家躲藏。此外，上述报道还列举了结婚两个月即负债近 500 万元等众多“24 条”受者及其他们自发组成的“反 24 条联盟”的不同遭遇和反 24 条的艰难经历（见《成都商报》2016 年 11 月 14 日至 16 日《前妻婚内借钱赌球 大学教授“被负债”600 万》连续报道）

事实上，类似上述案例，包括《法制日版》在内的众多媒体一直源源不断地报道和披露。可以说，24 条已经成为一个严重的社会问题。如何破解夫妻债务困扰人民生活这一难题，是一个事关民生的重大议题。从目前反映出来的大量案例看，虚假债务与违法债务之所以被推定为夫妻共同债务，主要是 24 条存在“三大错误”，[1]司法实践中直接适用 24 条判决的结果。

因而，破解夫妻债务当今之策是“判例抵制”，即在处理夫妻债务时抛弃 24 条推定规则。在判决具体案件时，完全可以抛弃或绕开 24 条推定规则，直接适用婚姻法 41 条及相关法律和法理进行判决。在这方面法官要有担当精神，大胆抛弃 24 条推定规则，不必担心或害怕。因为有《婚姻法》撑腰，有法学理论撑腰，有正义撑腰！应当理直气壮地甩开 24 条判决出一个个公正漂亮的案件！

但要从根本上解决问题，还是要废除 24 条，在未来的立法（司法解释）中重构科学的夫妻债务规则。

一、“判例抵制”需要解决的问题。“判例抵制”乃当务之急，可以迅速改变司法现状。但目前不能抵制或绕开24条，直接适用24条的判例还很多。其原因虽然可能有法官存在不同价值取向问题，但最主要原因是对24条“三大错误”不能识别，对夫妻债务的特点不甚了解。要改变这一现状，一是要不断揭露24条错误，让更多法官了解；二是要建立家事审判专业队伍。

我从事家事审判长达十多年，单从时间上看，我可能是“家事法官第一人”。2011年我担任婚姻家庭合议庭审判长十年之际，我回忆了我对家事审判历程的感悟是：“三年入门，五年出师，八年断案而不惑，十年方可得心应手，但不可言无案而不通。”

我对24条以及登记婚姻效力行政诉讼等诸多法律错误的独到认识，都是在长期的家事审判中不断研究具体案件而逐渐发现的。“不在家事审判中浸泡，不知家事案件深奥。”在家事立法滞后的背景下，建立专业家事法官队伍，提高法官弥补法律漏洞或缺陷能力，对正确处理包括夫妻债务在内的整个家事案件，具有重要意义。

二、废除24条与重构规则应有之思维。“判例抵制”乃是治标之举。只要有24条存在，就可能会存在不同的价值取向或利益冲突，法官在适用法律时难免存在“选边站”。因而，要从根本上避免或减少虚假债务与违法债务合法化，还是要废除24条，重构规则，以统一司法标准。

重构夫妻共同债务规则，一定把保护债权人限定在善意范围。法律只能保护善意债权人，不能保护恶意债权人。夫妻相互承担连带责任的法律基础是家事代理，一方举债中的家事代理就是为家庭生活需要举债。“用于家庭共同生活的债务”，是家事代理的典型形态；“债权人善意之债”，则是债权人基于夫妻具有家事代理权而产生的合理信赖，是家事代理的延伸形态。

因而，债权人主张一方负债属于夫妻共同债务时，必须符合家事代理特征，坚持以是否“用于家庭共同生活”为判断标准，而且债权人应当承担相应的举证责任。

1.对于一方日常家事借贷（小额借贷），债权人需要证明用于家庭共同生活，不能直接证明用于家庭生活时，则要对自己有理由相信“用于家庭共同生活”的善意举证证明或合理解释。否则，另一方不承担责任。

2.对于一方大额借贷，债权人需要证明用于家庭生活（包括家庭经营），不能直接证明用家庭生活时，则要对自己有理由相信属于夫妻合意的善意举证证明或合理解释。否则，另一方不承担责任。

【作者简介】王礼仁，宜昌市中级人民法院三级高级法官，长期从事家事审判。

【注释】

[1]详见王礼仁《婚姻法解释二第24条属于“国家一级法律错误”》，分别刊载：北京大学法律信息网、中国社会科学网、婚姻法学会年会论文集等，http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0102wb64.html；《“社论”说法“三不知”引来啧声一片》，http://article.chinalawinfo.com/Space/SpaceArticleDetail.aspx?AuthorId=105878&&AID=104159&&Type=1；

王礼仁《法律被嘲笑被抛弃的悲哀——以婚姻法解释二第24条为例》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0102wzz0.html；王礼仁《婚姻法解释二第24条的“死穴”在这儿！—— 质疑杨立新教授对24条的看法》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_629353af0102x2cd.html。

子女抚养费问题研究

2016-11-17 重庆法院网 潼南法院 张娥

民政局发布的数据显示，自2004年以来，我国离婚率连续10年递增。重庆市婚姻登记收养管理中心提供的数据显示，近年来当地离结比一直保持在1:3，相当于每3对夫妻中就有1对离婚。然而在高离婚率背后隐藏的子女权益保护问题不容忽视，由其是涉及到子女直接利益的抚养费问题。

我国关于离婚后子女抚养费方面并没有专门制订法律，而是分散于诸多的法律、法规和各项司法解释中。首先，针对主体问题，我国的现行法律规定了婚生子女和非婚生子女、养子女、继子女、人工生育的子女是抚养费的权利主体，相对应的亲生父母、养父母、继父母、人工生育技术委托人是义务主体。其次，关于离婚后子女抚养费的金额确定。我国《婚姻法》在 37 条做出了规定:“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。”《离婚案件子女抚养意见》第 7 条:“子女抚养费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可适当提高,但一般不得超过其月总收入的百分之五十。无固定收入的，抚养费的数额可依据当年总收入或同行业平

均收入，参照上述比例确定。有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。”第三，关于离婚后子女抚养费的给付方式，《离婚案件子女抚养意见》第 8 条和第 9 条规定以定期给付为原则，“有条件”可以一次性给付；义务方无经济收入或者下落不明的，可以用其财物折抵子女抚育费。

通过分析上述我国立法现状，结合我国司法实践，目前我国关于离婚后子女抚养费方面的立法方面存在以下问题：

一、未确立“未成年子女最佳利益原则”。我国法律在有关抚养费方面的规定并没有将未成年子女的利益放在最为重要的的地位，在抚养费的问题上，是父母的意愿占了主导地位，抚养费的给付是否符合子女最佳利益并不作为审查内容。

二、抚养费的确定及变更模式不够合理。法院在确定抚养费数额的规则是义务人收入百分比规则和法院自由裁量相结合。这种抚养费数额确定方式不利于维护子女的合法权益，一是没有确定抚养费数额最低标准；二是在计算抚养费时，直接抚养子女的一方往往无法提供证据证明对方收入，造成法院只能考虑抚养费支付方的负担能力，这样确定出的抚养费往往低于支付方能够承担的数额；三是未将未成年子女在父母离婚前的生活水平考虑在内，使得法院的判决数额计算出来的抚养费偏低，造成子女的生活水平因父母离婚而直接下降。

三、抚养费给付方式的规定存在缺陷。一般为按月支付子女抚养费，有条件的可以一次性支付。按月支付容易发生不及时支付的情形，特别是义务人故意逃避义务，易造成子女生活困难，而一次性给付又没有确立必要的监管制度，容易造成直接抚养子女的一方擅自挪用，从而损害子女的利益。

结合上述分析，笔者建议应从以下几个方面完善离婚后子女抚养费问题：

一、确立“儿童最佳利益优先原则”，即“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。赋予法官在处理维护未成年子女权益案件时更大的自由裁量权。

二、确立“维持未成年人同质生活标准原则”。其内涵是指应该以未成年子女的生活保持为尺度，在确定抚养费内容及标准时，综合考量未成年子女在父母离婚前的生活水平，保证他们的生活与原先持平，从而为未成年子女创造良好的生活环境，把父母离婚可能对孩子造成的伤害降至最低。

三、在子女抚养费的给付期限上，在充分尊重父母双方意见的基础上，在有充分证据证明给付义务一方有良好的收入的情况下，赋予法官更大的自由裁量权，准予法官做出按季度给付、按半年或按年给付等多种给付方式。在给付义务方同意一次性给付的情况下，建立有效可行的抚养费监管制度，通过父母子女三方自行监管、社会机构第三方代管等方式确实做好抚养费使用的监管，维护子女的权益。

民间借贷中认定夫妻共同债务需要考虑的因素

2016-11-16 湖南法院网 新邵县人民法院 刘园芝

【案情】肖某与陈某于 2006 年 6 月 30 日登记结婚。2015 年 8 月 31 日，陈某以做生意资金短缺为由，向周某 10 万元，朱某为该笔借款做担保。借款当日，周某向陈某银行账户转入 10 万元。借款后，陈某共向周某偿还利息 3 万元。之后，陈某未再支付款项。周某遂起诉至法院，要求陈某、肖某夫妻共同偿还借款本息，并由朱某承担连带清偿责任。陈某未到庭，肖某辩称：作为国安局在编干警，肖某月收入将近 8 千，且肖某并不认识周某，同时近年来肖某与陈某夫妇在医疗、教育、日用品购买等方面并无较大家庭支出，因此不需要向周某借款。肖某还向法院举证证明，由于陈某有赌博恶习，因赌博借款被他人在其他基层法院起诉。

【分歧】该笔 10 万元借款是否为肖某与陈某夫妻共同债务？

第一种意见认为，该笔借款发生在肖某与陈某夫妻关系存续期间，且肖某并没有证据证明该笔借款是陈某用于赌博，因此应当认定为夫妻共同债务。

第二种意见认为，虽然该笔借款发生在肖某与陈某夫妻关系存续期间，但肖某收入较高，且近年来肖某与陈某夫妇在医疗、教育、日用品购买等方面并无较大家庭支出。陈某向包括本案周某在内的诸多债权人大额举债，明显超出与肖某的正常家庭开支需要。周某述称陈某借款系用于经营，但未提供证据加以证明。肖某与周某此前并不相识，对于陈某向周某借款，肖某并不知情，亦未有举债合意。陈某又有赌博恶习，其举债多为偿还赌博所欠债务。故陈某向周某所借款项，并非用于夫妻共同生活，是陈某个人债务。

【评析】民间借款纠纷中，很多是夫妻一方向债权人借款，但认定为夫妻共同债务还是夫妻一方个人债务？笔者认为，认定夫妻共同债务，首先应当认定该借款用于家庭生活。本案中，肖某与陈某夫妇近年来无家庭重大开支，

且肖某的个人收入足以使其家庭在其居住地维持良好生活。根据《最高人民法院民一庭关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》的规定，在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。本案中，陈某经法院传票传唤无正当理由拒不到庭，且没有提供证据证明以其个人名义所借债务用于夫妻共同生活。其次应当确定夫妻双方是否有举债合意。本案中，肖某并不认识周某，且陈某向周某借钱时，肖某并不知情，故肖某与陈某没有向周某借款的合意。另因陈某有赌博恶习，且经其他基层法院判决，陈某借款是偿还赌债。综上所述，笔者同意第二种意见。

法官说法 一审观护辨抚养能力高低 二审权衡准三方“意思自治”

2016-11-18 法润花季 上海二中院少年庭 陆晓波

“未成年人的司法保护不仅仅是一个法律问题，同时也是一个社会范畴的问题”[1]，盖未成年人保护问题本身就带有一定的“公益性”。如果再从**“关系到社会和谐稳定与文明进步”**[2]的高度来看待家事纠纷的解决，那么涉少家事纠纷的“公益性”会越发明显。在本轮家事审判方式改革中，**“加大家事诉讼中法官的职权干预力度”**[3]便是回应这一“公益性”的改革方向之一。而在少年审判领域施行多年的民事社会观护制度，加大了法官依职权调查取证力度，为家事审判方式改革提供了一定借鉴。然而，**在某些案件中，为贯彻“儿童利益最大化”原则，是否可将法官的职权干预从诉讼程序延伸到实体关系，乃至对当事人的意思自治作一定的限制**，成为了我庭法官在处理一起变更抚养关系纠纷后思考的问题。

黄某与林某原系夫妻，2000 年 12 月生育一女小黄。2015 年 6 月，由于黄某出轨，双方感情破裂，经法院调解离婚，约定小黄随父亲黄某共同生活，林某无需支付小黄的抚养费。离婚后，黄某再婚，林某居住在黄某提供的一处住房内。不久，因与黄某发生争执，林某将女儿从黄某处带走，借住在朋友家中，并向法院提起诉讼，要求变更抚养关系。

一审期间，法院委托社会观护员对小黄的性格、健康、生活、学习等各方面情况及林某和黄某的抚养条件进行调查。经走访调查，观护员认为，小黄作为正处在生长发育期的未成年女性，虽然需要与母亲多交流沟通，也适合与母亲同住，但综合考虑父母双方的收入状况、居住条件、亲人照顾等诸多方面，由父亲抚养小黄更有利于其成长。针对观护员的意见，黄某当庭表示愿意承担抚养义务，并允许林某定期照顾、看望女儿，摒弃前嫌与前妻和平相处，使女儿有个安心的学习生活环境。

由于小黄系十周岁以上未成年人，一审法院根据法律规定征求了她本人的意见，小黄却表示愿意随母亲林某共同生活。一审法院认为，尽管对小黄的意愿应当予以考虑，但林某自己借住在朋友家中，且其无固定工作，能为孩子提供的居住条件十分有限，短期内难以对居住条件作出改善。林某与黄某在调解离婚时对女儿抚养问题的安排，是双方充分考虑到各自的情况及孩子的实际生活状况所作的决定。在两人抚养条件未发生根本性改变的情况下，林某在离婚后半年内便提起变更抚养之诉，缺乏法律依据和事实支撑，故判决驳回了林某的诉请。林某不服，提起上诉，坚持要求女儿由其抚养。

二审中，该案一度因黄某涉嫌犯故意伤害罪被提起公诉而中止审理。在那起刑事案件中，黄某因于 2015 年 4 月在和林某争吵、互殴时，致林某轻伤，构成故意伤害罪，被判处有期徒刑六个月。

承办法官认为，一审考虑了被抚养人小黄的意愿，也对林某与黄某的抚养条件作了较为全面的考察。从经济状况、居住环境等客观条件来看，黄某能为小黄的生活和成长提供较为可靠的保障，一审由此作出的判决并无不当，二审予以维持对小黄而言确实也更为有利。虽然黄某因致林某轻伤而承担刑事责任，但从事件的起因来看，林某也有不可推卸的责任，也难以证明黄某具有一般意义上的暴力倾向，对小黄人身的危险性无从体现。所以，承办法官还是决定尝试说服林某撤回上诉，并在案件中止审理期间与林某进行了多次谈话。

2016 年 7 月，黄某刑满释放，其与林某的变更抚养关系纠纷上诉案随即恢复审理。为慎重起见，承办法官再次征求了父女俩的意见，小黄仍希望随母亲生活，而黄某则出人意料地表示愿意放弃对女儿的抚养权。原来，在那起黄某涉嫌故意伤害林某的刑事案件中，女儿曾作为证人出庭指证了父亲对母亲施暴的事实——对此，与黄某共同生活并曾共同照顾小黄的黄某父母和现任妻子表示在情感上难以接受。迫于家人的反对，黄某才无奈地选择了放弃。

之后，承办法官试图通过与黄某家人沟通，努力修复他们与小黄之间的亲情关系，但黄某及其家人不为所动。因林某要求以判决形式确定抚养权，故二审改判小黄与林某共同生活，黄某向小黄支付一定的抚养费。

本案中，虽然一审时的社会观护员已对林某与黄某的抚养条件作了相对客观、全面的评估和比较，并得出女儿

适合随父亲共同生活的结论，但二审还是在“三方合意”的基础上作出了改判。从判决结果来看，尽管林某在抚养条件上逊于黄某，但尚未达到丧失抚养能力的程度，且在黄某的帮助下，小黄应该可以健康地成长。如果法院违背父母和子女意愿，强行改变抚养关系，结果可能适得其反。由此可以看出，**法官的职权干预还是有一定边界和限度的**。当然，如果林某根本无法为孩子提供基本的学习和生活保障，甚至可能对其造成伤害，那么，即便存在“三方合意”，法院也应根据“儿童利益最大化”原则对抚养权作出适当调整。

注释：

[1] 钱晓峰、乐宇歆：《未成年人民事审判社会观护制度探索》，载《青少年犯罪问题》2015 年第 2 期，第 102 页。

[2] 袁定波：《家事审判改革大幕开启》，载《中国审判》2016 年第 11 期，第 22 页。

[3] 袁定波：《积极探索家事审判方式和工作机制改革创新——访最高人民法院常务副院长沈德咏》，载《中国审判》2016 年第 11 期，第 26 页。

域外反家庭暴力立法聚焦

2016-11-18 人民法院报 江西省鄱阳县法院 郭扬辉 罗小明

在国外，关于家庭暴力的研究及立法经历了多年的理论与实践研究，如英国学者认为：家庭暴力是指男性伴侣为了支配和控制女性，在他们关系存续期间或终止之后，对女性所施行的暴力和虐待行为。从此观点可看出：“家庭”不仅指有婚姻关系、身份关系的生活共同体，而且还包括同居关系及婚姻关系终止后出现的暴力行为。可见，家庭暴力是许多不同行为所体现的一种共同性，这些行为的共同目的都是施暴者为了实现对受害人的控制。

美国：反家庭暴力渠道畅通

设立“法律诊所”助贫困受虐妇女一臂之力。在美国的一些大学的法学院，一般都设有“法律诊所”。这些诊所都自主管理，无须到政府注册，不受政府干涉，免费代理贫困妇女及儿童受暴力侵害的案件，以让受害者获得公正和安全。美国有众多的反家庭暴力组织，受虐妇女可寻找这些组织申请帮助。

制定“保护令”。美国妇女面对家庭暴力时有一把尚方宝剑，即“民事保护令”。这种“保护令”的申请很简单，当妇女难以忍受丈夫的家庭暴力时，可以到法院申请保护，法院会获准该妇女受有限的保护。

英国：打老婆者“载入史册”

据英国媒体报道，英国政府管理家庭暴力有奇招，他们设立了“家庭暴力注册簿，将虐待妻子的人统统记录在案，以便警方和他们日后的新伴侣核实其过去的劣迹。这是英国政府推出的旨在帮助警方掌握家庭暴力犯罪情况，帮助新结识的伴侣认清对方的一项新举措。

挪威：法律、政府、公众齐参与

法律改革。从 20 世纪 80 年代开始到 2010 年底，挪威刑事诉讼法和刑法等各方面关于反家庭暴力的法律改革陆续开展，这些改革更有利于妇女、儿童的保护。

确立了“无条件司法干预”原则。1988 年的刑事诉讼法修正案规定，对配偶、儿童或其他亲密关系者的暴力侵害案件实行“无条件司法干预”的公诉原则。即便受暴妇女撤销了先前的指控，警察和公诉机关在没有被害人同意的情况下，也可以向施暴者提起诉讼。

最大化地保护受害者。1944 年的刑事诉讼法的修正案规定：允许被害人接触案件相关资料，知晓案件更多信息：被害人会被告知起诉书是否已被公诉机关提交给法院，以及起诉书的具体内容；被害人在法庭举证时，法庭有权命令被告人暂时离开；在证人不满 14 周岁的性犯罪中，无论罪轻还是重罪，如果法官认为有利于保护儿童利益或者基于其他原因，可以根据刑事诉讼法，在开庭期间分别提取证人证言。

司法警察部和儿童与家庭事务部共同向挪威研究委员会拨款，用于反家庭暴力项目的运用。在政府行动计划中，有一项措施是对残疾的受暴者提供服务，现在，全国已有 7 个省建立了残疾人易于接近的庇护所。

加拿大：戒备森严的避难所为妇女提供救助

加拿大的许多省份都颁布了反家庭暴力法和紧急状况下保护令，如果妇女受到暴力威胁，随时可以打电话向警察求救，在没有当事人允许的情况下，警察可以破门而入将施暴者带走，限定一段时间内不许回家，以免其继续虐待妻子，直到警方认为解除暴力威胁为止。

许多省份甚至作出硬性规定，必须对家庭暴力案件作出反应。并要求警官无论是否得到受害者的同意，都要对家庭暴力案件进行调查，提交报告，必要时还要作出指控。

加拿大防止家庭暴力强调预防为主的精神，法律规定，医生、教师、社会工作者、精神病专家等都有对家庭虐待现象进行报告的义务。这一问题被成功地纳入社区保健系统，并形成一个行之有效的监测网络。

在一个社区内，医生、护士、精神病专家、社会工作者和教师等专业人员都必须接受提高反家庭暴力意识的训练,他们在行使正常职责的过程中，如果发现家庭暴力情形，都有义务向警方报告。他们可以经常监督甚至可以辨别潜在的问题，以便及早采取对策，阻止家庭暴力的升级和进一步恶化的可能。

为了防止在家庭暴力环境中长大的少年儿童对暴力行为的模仿，各社区的学校安排有关课程，使孩子们意识到这种行为是错误的。

为了对受害妇女提供精神和生活方面的支持，加拿大政府通过在社区设立避难所的方式，给急于摆脱暴力环境的妇女提供紧急援助，直到她们找到安全住所为止。这些机构一般由国家出资，提供短期或中期的膳食和住宿，同时提供法律和心理方面的咨询。在可能情况下也给有暴力倾向的男人提供心理咨询服务。它戒备森严，始终置于警方的保护之下，施暴者无法接近，保障了受害者的人身安全。

加拿大关于反对家庭暴力的宣传材料随处可见。如埃德蒙顿一个组织在《家庭暴力》的小册子中，对什么是家庭暴力的定义和性质作了说明，并公布紧急求助电话以及社区服务热线和避难所电话。这种全方位的宣传给妇女提供许多有用的信息，一旦面临暴力威胁，她们知道如何应对，并能以最为快捷的方式获得帮助。

新西兰：将“心理伤害” 纳入家庭暴力范围

1995 年 12 月，新西兰国会通过了全面处理家庭暴力的立法，即《家庭暴力法案》，该法案施行于 1996 年 7 月，同时废止了《1982 年家庭保护法案》。

新西兰《家庭暴力法案》第 3 条对家庭暴力的含义作出了一个包括身体、性和心理伤害的宽泛解释。有新西兰学者认为，由于“伤害”与“暴力”有争议性的不同内涵，该词语的采用，可能会产生一些解释上的困难，而且，更难解释的是“心理伤害”。因此，法律规定恐吓、骚扰、损害财产、威胁以及让儿童目睹伤害，都是潜在的心理伤害。还有如勾引、不断地打电话、羞辱受害人，也是伤害的方式。旧法仅适用于缔结婚姻的夫妻，新法拓宽了其适用范围。1995 年的《家庭暴力法案》第 4 条对“家庭关系”的新解释涵盖了伴侣、家庭成员、日常共居一室的人及关系密切的人。

婚姻法解释二第 24 条或许没有那么不正义

2016-11-16 庐州判官 淮南市中级人民法院 刘凤玉

作者按：判官军哥多次撰文谈及婚姻法解释二第 24 条的理解和适用问题，以正实践中对该条解释的广泛质疑。近日在公号又转发了庐州蒋君的温情判决，读来确实受益匪浅，同时又勾起了我的讨论“欲望”。个人也认为婚姻法解释二第 24 条是没有问题的，实践中之所以屡屡受到质疑，在于个别法官的释法能力不足，以至于判决没有收到很好的社会效果。故撰此文，以抒拙见。

问题导出：《婚姻法解释（二）》第 24 条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

最高法院民一庭对江苏省高院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务如何认定问题的请示》的答复（2014）民一他字第 10 号）指出，在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第 24 条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

有的地方高院还专门出台了指导意见，作出与上述答复精神一致的规定。实践中有一种意见坚持认为，上述答复并非司法解释，不具有普遍适用的效力，而《婚姻法解释（二）》第 24 条是对夫妻共同债务的构成要件作出的明确规定，如果举债人的配偶不能举证证明该条但书的两种情形，即使举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，也应当认定为夫妻共同债务，从而共同承担偿还责任。实践中很多判例，都坚持上述意见，同案不同判的现象非常严重，导致当事人，甚至各级妇联等社会组织对法院很有意见。笔者认为，前述意见是对《婚姻法解释（二）》第 24 条的误读，而正确理解该条解释需从以下几个方面着手。

一、夫妻共同债务概念的厘清

（一）从民法体系看夫妻共同债务的定义应属于婚姻法的基本范畴。夫妻共同债务属于夫妻财产制的内容，自然应属于民法典中的亲属编的规定的内容，而其他债务的处理应当由债法、物法、侵权法等规定。我国虽未制定民法典，但对民事制度已基本具备完善的法律体系。具体而言，夫妻共同债务应当由婚姻法规定，对于其他债务也应根据其属性分别适用《合同法》、《物权法》等。

如果涉及夫妻共同合意举债，构成表见代理等，就要适用《民法通则》、《合同法》中关于借款合同的规定。如果是因为夫妻共同财产产生债务，则适用《民法通则》、《物权法》中关于共有的规定。如《物权法》第一百零二条规定，因共有的不动产或者动产产生的债务的处理规则。对于夫妻一方经营性负债的清偿，则应适用《民法通则》、《民通意见》、《个人独资企业法》的规定。因此，夫妻共同债务的定义必须以婚姻法为依据，对于其他债务虽然涉及夫妻关系，但不是真正意义上的夫妻共同债务。

（二）从婚姻法的沿革来看夫妻共同债务仅指“因夫妻共同生活所负债务”。1950 年《婚姻法》实行法定财产制，第 24 条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负担的债务，以共同生活时所得财产偿还；如无共同生活时所得财产或共同生活时所得财产不足清偿时，由男方清偿。男女一方单独所负的债务，由本人偿还。1980 年《婚姻法》修订时将上述条文修改为，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还。

2001 年《婚姻法》修订后，第四十一条规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。从婚姻法的立法沿革来看，对于债务的表述仅有两种，一种为“一方单独所负债务”，一种为“因夫妻共同生活所负债务”，后者就是夫妻共同债务的定义。

（三）从家事代理权的含义来看夫妻共同债务需以用于夫妻共同生活为限。一般来讲，民事行为，尤其是合同行为，除非构成表见代理等，只对民事行为主体具有拘束力，效力不及于第三方。夫妻平等是各先进立法例的通行基本原则，现在各国均摈弃了“夫妻一体主义”，强调夫妻平等，“夫权”已经基本消灭。婚姻法不区分一方负债还是双方负债，规定夫妻共同生活所负债务即为共同债务，并需共同偿还，其理论依据并非夫妻之间人格或者身份方面的混同，而是家事代理权。

所谓家事代理权，也称夫妻日常家事代理权，是指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时有相互代理的权利，重大事务夫妻需共同决定，但对于日常家庭事务夫妻任何一方都有单独的处理权，无论对方知晓与否、追认与否，双方均应对该行为的法律后果承担连带责任。域外很多国家和地区，都明确规定了家事代理权，如《法国民法典》第 220 条规定:“夫妻各方均有权单独签订旨在维持共同生活或子女教育的契约;凡由一方签约的债务，他方负连带责任。”我国台湾地区民法第 1003 条规定:“夫妻对于日常家务，互为代理人。”

我国婚姻法虽未明定家事代理权，但第十三条规定，夫妻在家庭中地位平等，第十八条第二款规定，夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权，都含有家事代理权的意思。家事代理权的范围限于“日常家事”的处理，超出“日常家事”范围的重大财产事务必须夫妻双方协商一致，否则只能是个人行为，效力不能及于另一方。如某君私自借款 1000 万元，月息 5 分，借据虽言明生意周转，但无个体工商户、独自企业等实际经营实体。该债务即明显超出了“日常家事”的范围，完全不具有“用于家庭生活”的外观，实不宜直接认定为夫妻共同债务。

（四）夫妻共同债务需以法律明定“共同清偿”为识别标准。“以共同财产清偿”与“共同清偿”是两个不同的概念，《民通意见》第 43 条规定，在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。《个人独资企业法》亦有类似规定。一般认为收入为财产的积极增加，负债为财产的消极增加。

在夫妻法定财产制下，既然一方从事个体经营或者承包经营的收入为共有财产，基于对等原则，负债也要用共有财产偿还，而不是优先用经营方的个人财产偿还，更不能当然及于另一方的个人财产，只要婚姻关系不终结，未来产生的共同财产均属于清偿债务的责任财产范围。而“共同清偿”则不区分责任主体和责任财产的范围，两人都是债务人，夫个人财产、共有财产、妻个人财产都属于责任财产的范围，也不论婚姻关系是否终止。

另外，在个人债务的强制执行过程中，个人财产不足以偿还时，可能会执行夫妻共同财产，即使该共同财产在另一方名下。只是如果非举债方提出异议，法院一般在处置过程中为非举债方保留必要份额，这实际上也是一种强制分割。从以上区分可知，婚姻法意义上的夫妻共同债务需法律明确规定“共同清偿”为识别标准，“以共同财产清偿”的债务，不一定是夫妻共同债务。《婚姻法》第四十一条修订时已明显注意到这个区别，规定夫妻共同债务

共同偿还。

《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（征求意见稿）关于夫妻共同债务认定问题部分亦指出，夫妻共同债务责任财产范围，应当区分责任基础予以认定。夫妻一方经营性负债认定为夫妻共同债务的，应当以夫妻共同财产以及举债一方个人财产为责任财产，不应要求非举债一方以其个人财产承担责任。

就此问题，最高院网站曾刊有《最高法院长信箱关于“撤销婚姻法司法解释（二）第 24 条的建议”的答复》一文，讲解的十分透彻。原文部分摘录如下：我国婚姻法规定的夫妻财产制是以婚后所得共同制为普遍原则。现实中多数中国家庭实行的也是婚后所得共同制。实行约定财产制的夫妻较少。既然结婚后夫妻的收入是共同的，那么为共同生活所负债务也就应当共同偿还。偿还的办法是首先用夫妻共同财产偿还，共同财产不足清偿的，或财产归各自所有，离婚时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。这是我国婚姻法第四十一条的基本内容。如果在婚姻关系存续期间，有债权人持夫妻中一方以个人名义所借债务的凭证，要求这对夫妻还债，除非债务人认可是个人债务并有能力用其个人财产偿还，否则，就要用夫妻共同财产偿还。债务人的配偶抗辩该债务不属于夫妻共同债务成功的意义在于，如果其有婚前个人财产，则不以个人财产还债，如果其离婚，则不必继续还债。如果该债务被认定为夫妻共同债务，则夫妻对债务的清偿要负连带责任，且不仅仅以夫妻共同财产为限，离婚、债务人死亡，均不能成为免除其原配偶连带清偿责任的法定事由。

二、正确理解婚解二第 24 条与婚姻法第四十一条的关系

《婚姻法》第四十一条设置了对外和对内两个层次，即内外效力有别。前半段规定，离婚时原为夫妻共同生活所负的债务，对外应当共同偿还，这是原则，即不区分是一方负债还是双方负债。后半段规定，对内应当优先以夫妻共同财产进行清偿，在共同财产不足清偿或财产归各自所有的（财产归各自所有，就没有共同财产了），由双方协议清偿，协议不成时，由人民法院判决。

值得注意的是，此次修改还隐去了“男女一方单独所负债务，由本人偿还”的规定。如此修订的意思有两层。一层意思是该条既然已经确立了夫妻共同债务共同偿还，定能得出个人债务由个人偿还的反对解释，不做明文规定也不会引起歧义。另一层意思是，第四十一条规定已经注意到财产归各自所有时，共同债务的处理规则，那么个人债务的处理规则更也应当明确设立。但基于体例和技术的需要，个人债务的处理规则转移至婚姻法第十九条第三款。这也正是《婚姻法解释（二）》第 24 条两个的但书之一的具体所指。

婚姻法仅规定了约定财产制，没有像其他国家一样实行财产登记制，如此以来，第三人无法探明夫妻双方的真实约定，简单规定个人债务个人偿还，对债权人而言明显不公平，完全不利于维护交易安全和社会稳定。

故婚姻法第十九条第三款的规定，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，仅对双方具有约束力，对债权人是否具有拘束力需以“第三人知道该约定”为前提。即在第三人与夫妻一方发生债权债务关系时，如果第三人知道其夫妻财产已经约定归各自所有的，就以其一方的财产清偿；第三人不知道该约定的，该约定对第三人不生效力，夫妻一方对第三人所负的债务，按照在夫妻共同财产制下的清偿原则进行偿还，即准用法定财产制进行清偿。属于法定财产之下夫妻共同财产范围的财产，即婚姻法第十七条第一款所列情形，应当视为“共同财产”，并可用以清偿个人债务。

举例说明。某对夫妻，老公年薪千万，妻子为全职太太，双方约定婚姻关系存续期间各自收入归各自所有。妻子举个人债务 10 万元，对于不知情的第三人而言，它肯定相信丈夫的千万年薪属于共同财产，妻子具有偿债能力。因此，如果妻子没有个人财产用于清偿债务，该“千万年薪”在执行过程中可以视为共同财产，并可能用于清偿债务。根据法律与司法解释的关系，司法解释是法律适用过程中对法律的解释，不可能设立新的民事基本制度。《婚姻法解释（二）》第 24 条只能是对婚姻法的解释，并非对于夫妻财产制或债务制度的新设，该条解释中夫妻共同债务的概念，亦应为“因夫妻共同生活产生的债务”。

三、如何正确理解《婚姻法解释（二）》第 24 条

（一）《婚姻法解释（二）》第 24 条是法律推定条款，并非夫妻共同债务构成要件的规定。何为法律推定？当法律规定的要件事实有待证明时，立法者为避免举证困难或者举证不能的现象发生，乃明文规定只须就较易证明的其他事实进行证明，如无相反证明，则推定要件事实成立的一种规则。如《物权法》第十六条规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据。这是典型的法律推定条款，不动产登记簿在物权归属和内容的认定上具有推定作用，其他人主张真是权利状态不符的要承担证明责任。对此，物权法解释已有明文，不在赘述。

就《婚姻法解释（二）》第 24 条而言，非负债方能够证明债务并非用于夫妻共同生活的，就不再适用推定。对

于该条司法解释立法技术考量的深意，《最高法院长信箱关于“撤销婚姻法司法解释（二）第 24 条的建议”的答复》一文，亦有讲解。原文再次部分摘录如下：关于举证责任分配，一方面对于夫妻来说，如果一方在外举债不告知其配偶，而所借款项又未用于家庭共同生活，此种情况下要求债务人的配偶举证证明其不知道该债务的存在是不合理的，因为这等于是要求其证明一种主观状态。如果将债务人向其配偶告知举债情况视为一种行为，则没有告知就是没有行为，要求对于不存在的行为证“无”，在逻辑上是讲不通的。

因此，债务人的配偶只能设法证明债务人所借款项没有用于其家庭共同生活。提供这种证据对于债务人的配偶来说也是有一定难度的，但并非不可能，实践中不乏成功的例子。相对于举证责任分配给债务人的配偶来说，分配给债权人则更不合理。

（二）《婚姻法解释（二）》第 24 条的但书，只是对可以排除推定的情形的强调，并非唯一。法律中的但书实质上就是对与主文法律规定相对而存在另外一类现象的所作出的法律规范。法律条文中“但”或“但是”以下的内容，仅是指出前述条文的例外或限制，不能当然理解成但书之外再无其他例外或限制。如法律规定，“本街道夜间禁止车辆通行，但摩托车除外。”从当然解释的角度，自行车也应当除外。

因此，《婚姻法解释（二）》第 24 条而言，除但书所列情形外，非举债方通过其他方式能够证明该笔债务并非用于夫妻共同生活的，亦不能适用推定。因此最高法院民一庭对江苏省高院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务如何认定问题的请示》的答复意见，即“如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任”，无疑是正确的。

（三）《婚姻法解释（二）》第 24 条中的但书存在递进层次。第二个但书的含义为，非举债方只要举证证明，双方对婚姻关系存续期间所得的财产有归各自所有的约定，并且债权人知道该约定，即不能适用前段的推定。但不适用推定，并不代表就一定不是夫妻共同债务，如果债权人能够证实，该笔债务实际用于夫妻共同生活，还应当认定为夫妻共同债务，由双方共同偿还。

根据婚姻法第十九条第三款的规定，即使举债方和债权人明确约定为个人债务，在实行约定财产制的情况下，如果第三人不知道该约定，可能准用法定财产制规则清偿个人债务。因此，两个但书存在递进关系，即使第一个但书成立，在实行约定财产制的情况下，非举债方不但要举证证明举债方和债权人明确约定为个人债务，还要证明债权人对夫妻间有关财产归各自所有的约定是明知的，方可排除准用法定财产制清偿债务。

四、结语

从以上分析可知，对于合意举债等，并非婚姻法意义上的共同债务，应当适用合同法及其他法律。婚姻法上的夫妻共同债务就是夫妻共同生活所负债务，其范围应当受到家事代理权范围的限制，即需因夫妻共同生活所负。《婚姻法解释（二）》第 24 条是法律推定条款，是对举证责任分配的规定，如果非举债方能够证明举债并非用于夫妻共同生活的，则不能适用推定。值得说明的是，对于实践中的某些大额“高利贷”借款，外观既已明显超出了夫妻家事代理权的范围，也不可能用于夫妻共同生活的，非举债方则无需再证明了。

只有当你成了债权人，见识了死皮赖脸的债务人，才知道二十四条也没那么差

2016-11-16 微伟道来 微伟

二十四条，就是婚姻法解释（二）的二十四条"债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外”，说实话，我也特别烦这条，民间借贷案中，且有一部分案都是和这个有关。被坑了的债权人，被骗了的配偶，不知踪的债务人，当然，最重要的还有怎么判都被骂的法官。

二十四条，现在是饱受群众诟病，尤其是对于一些相对弱势的离婚女性来说，已经被很多绝望的主妇纳入到了恶法的范畴，她们要求废止这一条的呼声很高。这些人普遍认为，这一条是造成他们不得不承担配偶或者前配偶个人债务的罪魁祸手。

根据这一条的理解，首先对于在夫妻关系存续期间，以一方名义所负的债务，在债权人主张的情况下，原则上是先认定为夫妻共同债务。除外的情形就只有两种，一是债权人与债务人明确约定为个人债务，二是满足婚姻法第十九条第三款“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。”也就是实行夫妻财产约定制而且第三人知道的。

而事实上，这两条基本对于未出现在借条上配偶一方来说基本是不可能证实，或者在现实中基本没有。因为，

在我国实施夫妻财产约定制的本身就很少，而且还要债权人知道更是不可能。而从债权人角度来说，如果事先就约定为个人债务，这种借款债权人应该就不会出借。因为，债权人也害怕债务人分分钟就把个人名下的财产转移完了。

所以问题就来了，在这两种例外情形基本不能证实或者不存在的情况下，意味着所有在夫妻关系存续期间发生的债务均为夫妻共同债务，于是很多善良的老百姓就不同意了，甚至于在一个医疗类的公号上，我看过一篇文章，题目就叫《她躲过了癌症，却躲不过夫妻共同债务》。大意是说一个女人患有癌症，历尽千辛万苦将癌症控制住了，但是却因为老公的外债而将自己拖入还债的泥潭。然后在这个公号的留言处，一大帮人义愤填膺的高喊要求废除二十四条。

我是个民事法官，也是个妇女同志，我也深刻地认为，和一个渣渣男离婚本来就够惨的，如果离婚后再被扯上一屁股债务，那简真就是惨中之惨。可是，这种惨比起收不回钱来的债权人来说，谁比谁惨还真难说。

不是所有的债权人都是“大耳窿”，不是所有的不知情都是真话，不是所有的债务都是非法，

比起债权人与债务人串通起来伪造或者虚构债务坑配偶，睡在一张床上或者曾经睡在一张床上的两个人是不是更容易串通起来坑债权人呢？仔细想想，之所以有这样的规定，绝不是毫无道理。

没有无缘无故的爱，也没有无缘无故的恨，同样，也没有无缘无故的出借与借钱。当人们因为某种利益而出借，或者因为某种目的而借钱的时候，双方的审查义务究竟到什么程度，法律的原则性规定根本无法应对这么复杂的现实社会。

确实有被坑的配偶，钱没见着，债一大堆，但更多地是，债务发生后，离婚的夫妻之间一个死命说钱是我借的，更外一个死命说我什么都不知道。再看离婚协议书上，啥债务没有，财产都照顾了妇女儿童。这个时候，很难说一分钱都收不回来的债权人就不是弱势群体。

今天有个债权人，真金白银的借给了债务人十万元用于开厂，登记在夫妻二人名下的房产证都押给债权人了，离婚时这个房子也给了女方，女方在法庭上让债权人赌咒发誓承认没有告诉过自己，男女也都指天指地的说女方不知情，看着他们俩个恩爱地揽责任上身，又比翼双飞地走出法庭，甩给债权人一幅没钱你能把我怎样的表情，二十四条该怎么废止，得好好想想。

法律有机械的地方，但也绝不是没来由的僵化。

杀人不一定偿命，这段时间的法律人，说得最多。

欠债不一定还钱，就连法律圈外的人，也说得很多。

但法律不是针对某一个个案制定的，它是一种精神导向，一种价值判断，刑事是，民事也一样。

PS：

其实，对于 24 条，我们在处理这种案件时，也绝对不是说只要是夫妻关系存续期间的债务都一律认定为夫妻共同债务，还是有很多例外情形的。有人认为说，难道是赌债也认定为夫妻共同债务吗？实际上，如果你有证据证实是赌债，法院是不可能认定为是夫妻共同债务的。司法解释的最初设立的目的是更倾向于保护债权人，因为比起债权人，夫妻之间串通侵害债权人更容易（比如，在夫妻间假意离婚，或者均称债务为不合法债务而另一方不知情或者均认可没有用于家庭生活），所以法律倾向于优先保护债权人。但，这并不是说没有举债的一方当然就一定要负担偿债的义务，仍然需要在证据上证实自己不知情，债务没有用于家庭生活（比如，双方分居的证据；双方均有正当工作，但夫妻一方短期内大额持续借贷借，且款期前后家庭确实没有相关的大额开销；夫妻一方有赌博之类的恶习等等）。如果能证实这些，法院也不并不当然的全部都认定是共同债务。也许真得在事实上存在前几种情形，但未在借条上签字的一方无法举证，或者举证困难，从优先保护债权人的角度，也是一种举证责任分配的结果。

同居关系期间购买房产的权属认定、分割问题

——董攀诉丁晶所有权确认纠纷案

广州市番禺区人民法院 张慧欣

要点提示：同居关系期间所购买房屋的权属及分割应按约定优先原则，在考虑出资额等投入状况后辅以折价补偿。

案例索引：

一审：广州市番禺区人民法院（2013）穗番法民三初字第 425 号。

二审：广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第 4429 号。

一、案情

上诉人（原审第三人）：中国农业银行股份有限公司广州东城支行（以下简称农行东城支行）。

被上诉人（原审原告）：董攀。

被上诉人（原审被告）：丁晶。

原告董攀诉称：原、被告原为校友，在大学上学期间相识，毕业后开始恋爱，后来欲结婚成为夫妻。期间被告要求原告为表示结婚诚意出资购买房屋用于结婚，并要求将该房产登记为原、被告共同共有。原告遂依被告的要求于 2012 年 1 月 12 日从原告母亲处借来购房首付款 30 万元，并于 2012 年 1 月 14 日支付给广州合利房地产开发有限公司购得番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房。购房时按被告要求将产权人登记为原、被告共同共有。然而当原告按被告要求办妥上述购房事宜后，被告借故经常与原告闹矛盾并告知不可能与原告登记结婚，同时要求原告支付大笔费用才同意将上述房屋过户至原告一人名下。原告认为，被告以结婚登记为手段欺骗原告购买房屋并登记为原、被告共同共有，而购得房产后却借故不与原告结婚并要求分割房产的行为实属欺诈。针对所购房产而言，原告为实际出资人包括后续还贷款项也一直是由原告在支付，被告没有实际出资却占有着其中的份额，缺乏合法依据。据此原告应为番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房的实际产权人，原告有权要求被告配合将登记其名下的产权过户至实际产权人原告一人名下。因此，原告请求：1.确认原告为番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房的实际产权人；2.被告协助原告办理番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房过户至原告一人名下；3.本案诉讼费由被告承担。诉讼中，原告变更上述第 1 项诉讼请求为分割原、被告共同共有的上述房屋，但主张上述房屋的首期款和供房款均由其支付，因此，按照出资比例分割，原告应占有上述房屋的全部份额，即为该房屋实际权属人。

被告丁晶辩称：不同意原告的诉讼请求，理由如下：第一，从房屋的交易、预售合同的签订、房产的登记等手续过程，都是原、被告双方一起商量确认并办理的，房屋的产权证亦明确登记为原、被告双方共同共有，因此，原告主张上述房屋的产权为其一人所有不是事实，被告不予确认；第二，对于原告当庭变更的第一项诉讼请求，被告也同意对上述房屋进行分割，但分割的标准应按照共同共有原则进行分割，即原、被告各占一半；第三，上述房屋存在附加的价值，包括装修和家私，在分割时应共同处理。

第三人农行东城支行述称：该行与原、被告签订的房屋贷款合同合法有效，原、被告为共同贷款人，该行已经依约发放贷款，且办理了涉讼房屋的抵押登记，该行为涉讼房屋的抵押权人，在未结清涉讼房屋贷款的情况下，该行不同意涉讼房屋的权属人进行变更。

经审理查明：原、被告原为恋人关系。2011 年 12 月 26 日，原、被告共同作为认购方，案外人广州利合房地产开发有限公司（以下简称“利合公司”）作为出售方，签订了一份《[亚运城]认购书》，约定原、被告共同向利合公司认购坐落于广州市番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 号房屋（以下简称“涉讼房屋”），认购价为 762055 元，认购方在签订本认购书时向出售方支付 20000 元作为签订《商品房买卖合同》（含补充协议和附件）的担保，认购方选择的付款方式为商业按揭，即 2012 年 1 月 5 日前支付首期款 282055 元，并于同日签署《商品房买卖合同》，余款 460000 元于签署《商品房买卖合同》时办理银行按揭手续。

2012 年 1 月 9 日，原、被告作为借款人、抵押人，第三人农行东城支行作为贷款人、抵押权人，双方共同签订了一份《个人购房担保借款合同》，约定原、被告向农行东城支行借款 460000 元用于购买涉讼房屋，借款期限为 360 个月，还款方式为等额本息还款法，还款账户为 6228480084670311319，还款日为每月 30 日，该贷款由第三人直接划入利合公司在该行设立的账户内，原、被告同时以涉讼房屋作为本次贷款的抵押，并配合第三人办理抵押登记。

2012 年 1 月 30 日，第三人向利合公司支付前述贷款 460000 元，并出具了相应的《个人借款凭证》。利合公司则于 2012 年 2 月 18 日出具《发票》（号码：03102913），载明：付款人为董攀、丁晶，销售的不动产楼牌号为涉讼房屋，金额为 460000 元，款项性质为售房款。

2012 年 5 月 16 日，广州市地方税务局出具了一份《契税完税证》[号码：（2011-1）粤地 9800651638 号]，显示：纳税人为董攀、丁晶，房地产位置为涉讼房屋，契税纳税金额为 7620.55 元。

2012 年 8 月 6 日，广州市国土资源和房屋管理局核发了涉讼房屋的《房地产权证书》（证号：粤房地权证穗字第 0220077224 号），载明：涉讼房屋的权属人为董攀、丁晶，共有情况为共同共有。同日，第三人在广州市国土资源和房屋管理局办理了涉讼房屋的抵押权设立登记。

2013 年 4 月 7 日，原告以涉讼房屋的首期款和供房款均由其支付为由，提起本案诉讼，要求按实际出资额分割涉讼房屋。

诉讼中，原、被告双方自愿同意在扣除尚余贷款本金 451284.86 元后，通过当庭公开公平竞价的方式确定涉讼

房屋的剩余价值。通过当庭公开竞价，最终双方均同意涉讼房屋的剩余价值为505000元，由原告获得涉讼房屋，同时按照505000元的标准分割涉讼房屋，并确认自2013年11月1日起涉讼房屋的剩余贷款本息由原告继续偿还。

对于涉讼房屋剩余价值50.5万元的分割，原告主张，应按双方实际出资比例进行分割，因房屋登记为原、被告共同共有，故双方各占涉讼房屋剩余价值的一半即252500元，涉讼房屋首期款及截至2013年10月30日的贷款本息合共357350元，该费用也应该由原、被告各付一半，现原告已单方支付了前述357350元，故被告应向原告偿还已付款的一半即178675元，据此，原告尚需向被告支付涉讼房屋分割款73825元（252500元－178675元＝73825元）。被告不同意原告的分割意见，其认为在2013年3月以前，两人系同居生活关系，两人的财产混同，双方均有向涉讼房屋还贷账户内存款的行为，该账户也同时用于购买房屋的生活用品，故双方所存的款项无法明确区分用于还贷还是用于购物，故相应购房款的支付也应视为两人共同支付，且被告已举证证实其单独出资41100元的事实。2013年3月以后，被告从涉讼房屋搬离，未再支付涉讼房屋的供楼款等相关款项，但由于涉讼房屋现归原告所有，原告获得了房屋利益，因此，被告在2013年3月至10月期间的供款义务应予以免除，现涉讼房屋登记为原、被告共同共有，按照共同共有的法定分割方式，被告应占有涉讼房屋剩余价值50%的份额，即原告应向被告支付涉讼房屋分割款252500元。

二、裁判

一审法院经审理认为：涉案房屋权属证书登记涉案房屋属原告董攀、被告丁晶共同共有，且双方均确认涉讼房屋在两人恋爱期间为准备结婚而购置的，故涉案房屋应认定为属原告董攀、被告丁晶共同共有。现原、被告已经分手，双方丧失对涉案房屋共同共有的基础，且双方同意对涉案房屋进行分割，予以准许。《中华人民共和国物权法》第一百条第一款规定：“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。”现董攀、丁晶在诉讼中达成如下协议：除开尚欠的银行贷款451284.86元外，以505000元分割涉讼房屋，房屋归原告董攀所有，被告丁晶协助办理涉讼房屋更名至原告董攀一人名下的手续，由原告董攀对被告丁晶进行折价补偿，自2013年11月1日起涉案房屋尚欠第三人的贷款本息由原告董攀承担。上述协议，符合法律规定，予以确认。至于第三人农行东城支行主张在涉讼房屋的抵押贷款未全部清偿之前不同意变更对涉讼房屋进行变更登记的抗辩，由于涉讼房屋是原、被告向第三人借款购房的抵押物，办理了抵押登记，因此抵押合同有效，第三人作为抵押权人，在原、被告的借款不能如期偿还时，第三人仍能行使其抵押权，而不受抵押物权属变更的影响。因此，原、被告对涉讼房屋进行分割并不会影响第三人的抵押权。故对第三人的上述抗辩不予采纳。

关于原告董攀对被告丁晶折价补偿的金额问题。《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90条规定：“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。”因此，被告丁晶应获得涉讼房屋的折价补偿款为房屋现值的50%，即252500元（505000元÷2）。因原告董攀提供中国建设银行《转账凭条》及《银行卡客户交易查询/打印》足以证明涉讼房屋的首期款302055元系原告董攀从其母亲罗小英处借贷而来，被告丁晶也确认其未支付首期款，显然该302055元并未发生原、被告出资混同的情形，且被告丁晶也没有提交证据证明该款项为罗小英对原、被告双方的赠与，故该302055元应属于原告董攀个人的出资，被告丁晶应承担上述款项中一半金额即151027.5元的付款义务。至于2012年2月29日至2013年2月28日期间涉讼房屋贷款本息39525.7元（资产混同，被告举证已付清应承担的付款义务）的承担问题。根据原、被告双方各自提供的银行账户明细、票据等证据，双方在恋爱期间，两人曾在涉讼房屋内共同居住生活，并且均有向涉讼房屋还贷账户存款的行为，原、被告双方亦确认该还贷账户内资金也用以购买日常家居用品，而原、被告双方均未能提供有效证据证实各自所付金额具体是用以偿还涉讼房屋贷款本息还是支付家私家居的购买款，故本院认为被告称在该期间内，其与原告的财产发生混同，涉讼房屋的贷款本息属于原、被告共同出资偿还的主张，更符合常理，予以采信。至于2013年3月1日至2013年10月30日期间涉讼房屋贷款本息23569.49元的承担问题，现被告已自认其自2013年3月起搬离涉讼房屋，且未再支付涉讼房屋贷款本息的事实，原告对此亦无异议，予以认可，故被告丁晶应承担该贷款本息中一半金额即11784.75元的付款义务。至于所购家具费用的承担问题。原、被告双方曾在涉讼房屋内共同居住生活，双方亦确认涉讼房屋还贷账户内资金也用以购买日常家居用品，现原、被告双方均有向该账户内存款，但无法举证证实所存款项具体是用于还贷还是购买家具家私，故原告称涉讼房屋购置家具家私的款项属于原、被告共同出资的主张，更符合常理，予以采信。综上所述，原告董攀应向被告丁晶支付折价

补偿款 89687.75 元（252500 元-151027.5 元-11784.75 元）。

综上，判决：（一）位于广州市番禺区石基镇兴亚三路 1 号 34 座 1804 房屋的全部产权归原告董攀所有，自 2013 年 11 月 1 日起该房屋所欠中国农业银行股份有限公司广州东城支行的贷款本息由原告董攀承担；（二）原告董攀于判决发生法律效力之日起十日内向被告丁晶支付折价补偿款 89687.75 元；（三）被告丁晶于判决发生法律效力之日起三十日内协助原告攀办理上述第一项判决所指房屋过户登记至原告董攀名下的手续；（四）驳回原告董攀的其余诉讼请求。

宣判后，农业东城支行不服，向广州市中级人民法院提出上诉。

广州市中级人民法院二审经主持调解，各方当事人于 2015 年 1 月 9 日自愿签名确认如下调解协议：一、位于广州市番禺区石基镇兴亚三路 1 号 34 座 1804 房屋的全部产权归董攀所有，自 2013 年 11 月 1 日起该房屋所欠中国农业银行股份有限公司广州东城支行的贷款本息由董攀承担；二、董攀在 2015 年 1 月 31 日之前向中国农业银行股份有限公司广州东城支行偿还截止至 2015 年 1 月 8 日止的上址房屋贷款余额本金 444580.44 元，同时支付相应利息及违约金；中国农业银行股份有限公司广州东城支行同意在董攀提供的其本人名下的中国农业银行账户中直接划扣上述款项；三、中国农业银行股份有限公司广州东城支行和丁晶在董攀履行完毕本调解协议第二项确定的付款义务后 21 日内，协助董攀办理上址房屋的涂消抵押登记手续；四、丁晶在上址房屋的涂消抵押登记手续办理完毕后 14 日内协助董攀办理将该房屋过户登记至董攀一人名下的手续；五、董攀在 2015 年 2 月 17 日前一次性向丁晶支付折价补偿款 89687.75 元；六、本案一审案件受理费 5930 元，由董攀承担 2965 元，丁晶承担 2965 元；上述受理费已由董攀预付，董攀同意广州市番禺区人民法院不退还，由丁晶在 2015 年 2 月 17 日之前直接向董攀支付 2965 元；七、本案二审受理费 5930 元，减半收取为 2965 元，由中国农业银行股份有限公司广州东城支行负担；八、各方当事人均同意上述调解协议自各方于 2015 年 1 月 9 日当庭签字之日起生效。上述协议，符合有关法律规定，法院予以确认法律效力。

三、评析

因同居关系的双方当事人不存在婚姻关系这一事实基础，对同居期间的财产能否认定为共有及如何分割，只能依照一般共有财产的形成及处理原则予以分割，而无法使用法律有关夫妻共同共有财产的规定而做出处理。

同居期间房产纠纷的表现形式分为：1.一方出资购买的房产。一方出资的房产，根据其登记的权属状态，主要可以分为三种权属登记情况：登记在对方名下、登记在双方名下、登记在出资方名下。同时，还可能表现为登记在对方亲属名下等形式。其纠纷主要表现为出资方要求确认全部所有权、非出资方要求确认一定的所有权份额等。2.双方出资购买的房产。双方出资购买的房产依据其登记的权属状态，主要可以分为以下两种权属登记形式：登记在一方名下、登记在双方名下。同时，也存在登记在一方亲属名下，或部分份额登记在一方亲属名下的情形。其纠纷表现形式多为分割纠纷及份额确认纠纷。3.一方父母等近亲属出资购买的房产。其权属登记状态，通常表现为登记在双方名下，同时存在登记在另一方名下的情形。其纠纷表现形式多为出资方或其子女要求确认房产的全部所有权。

对于同居期间的房产权属的认定，笔者认为，首先应当坚持约定优先的原则，如当事人对房产的权属有约定，在该约定未违反法律强制性规定的情况下，就应当现行适用该约定；在双方无法达成一致意见的情况下，应当按照谁出资、谁享有的原则进行权属认定和分配。同时，对于没有出资、但实际上对同居期间的生活、家务等方面投入过多的一方，可以考虑公平的原则予以适当照顾。

具体的产权分割方式，可以遵循以下几个原则：

（一）约定优先原则

如果双方对登记在各自名下的不动产或以各自名义购买的不动产的归属有约定，且该约定不具备违反强行法规定的情形，应视为有效并依据该约定处理当事人之间的房产归属。而同居之前各自的房产相关权益仍归各自所有，但如果是以按揭方式购买的房产，在同居期间以双方共有财产或对方财产偿还了部分贷款，则对方可以要求在进行财产分割时予以价值补偿或返还不当得利。其依据为：同居前各自购买的房产系以个人财产购买，其所有权关系或准所有权关系（尚未完成所有权登记的情形）已经确定，同居期间如使用共有财产或对方财产偿还了部分贷款，在同居关系解除时，使用对方财产份额或对方财产偿还的借款构成给付原因嗣后消失的不当得利，对方可以据此要求在分割共有财产予以价值补偿或受益方返还不当得利，价值补偿或返还不当得利应考虑房产价值的增值。

（二）同居期间纯由一方出资房产权属的认定

1.纯粹由一方出资的财产，登记在出资方名下或以出资方名义签订买卖合同。对于此种情形，可径行依据出资

认定为登记的权利人所有或认定为出资人享有权益的房产，如另一方认为对同居期间生活照顾较多，可以要求权利人给予一定的补偿。

2.一方仅出具了首期款房产权益归属的认定。如有证据证明该房产仅系一方出资并登记在该方名下或由该方签订买卖合同，但使用了双方的共有财产或对方财产归还按揭贷款，在此情形下，应区分房屋买卖合同关系和借款关系。以银行按揭支付购房款要看借款人，一般情况下只有借款人才可以在法律上被视为支付了购房款。而归还房贷通常仅能作为对同居期间共有生活作出的有益支出。（1）如果借款人与首期购房款的出资人为同一人，可以认定所有购房款系由同一人出资。其后的以对方财产或双方共有财产偿还借款的行为可以视为对该房产做的有益支出，在解除同居关系时予以价值补偿或财产返还。（2）如果借款人是双方或对方，则应根据实际借款情况和首期款的支付情况，主要依据双方的出资比例确定双方的房产所有权份额。对于以自己财产或者共有财产偿还借款超过自己份额的部分，可以作为对共有房产的有益支出在分割财产时进行价值补偿或财产返还。

（三）双方出资或出资无法认定、但登记在一方或双方名下或以一方或双方名义签署买卖合同的房产权属的认定

在双方共同出资，且房产已登记在双方名下的情况下，首先应判断不动产登记簿所记载的登记状态是否为双方的真实意思。通常情况下，考虑到双方在同居关系期间男女两性关系的特殊性，即使双方出资有较大差异，出资较多方（通常是男方）往往难以提出按出资确定所有权份额，故即使是不动产登记簿记载的登记状态为各占50%的按份共有或共同共有，也不能单纯据此确认双方达成了所有权份额或共有关系的约定，应考虑出资的因素。如双方出资相差不大，仅有些许差别，可以依据登记的份额状态或共同共有状态确认所有权份额关系。但如果悬殊过大，则应考虑出资的因素，超过出资比例的份额可以视为附条件的赠与。该种处理方式，已为很多部分判决确认。

在出资关系无法认定的情况下，则应考虑双方的收入水平、双方的父母等近亲属有无资助等情况，并将这些因素作为确认所有权份额的重要依据，而不能仅凭所有权份额登记状态做简单认定。对于这一点，在实务中已有生效判决予以明确。

我遇到的奇葩当事人……

2016-11-27 基层法官 兰台公子

在法院混了二十多年，也过几番景象，遇到过一些有趣的当事人，现在挑几个不影响大局形象的说一说。

有一个女当事人，叫徐什么，是离婚案子，男的应该给她钱。我们到男方村里去了几次，得的消息是一致的，这男的长年在天津打工。我们把结果告诉女方，让她注意一下，什么时候男的回来了再找我们。真是非常人必行非常之事，也不知道她有什么神通，竟然就拿到了局长的手机号，于是天天晚上十二点给局长打电话说她发现了对方。我们按照她说的去找，结果根本就没有。而每次最终结果出来后这位徐某人都在一旁沉默不语，于是我们不再晚上出去陪她。这位徐某人一见我们不去，就告状（你懂得）说办案的人是男方的亲戚，故意给男方通风报信。我们那位被告状的很生气，说：“受了这么大累，一点感谢都没得到，这个死娘们咋就没让人给某死（你懂得）!”不过领导还是换人办这个案子，反正原来那位也不愿意办，正好。又发生几次劳而无功的跑腿，每次这位徐某人都在一边沉默不语，于是我们明确告诉她不再陪她出去，不论白天还是晚上。于是这位又告状，不过换了方式，这次是在网上告。如果大家有兴趣可以百度一下“执行局长办公室打人”，就是这个徐某人发的。后来我们通过其他方式得到了男方的下落，男方把钱一分不少地全都拿上。最奇葩的一幕出现了——这位徐姑奶奶拒绝来领钱!没有任何原因!就是不!! 来!!!

我总结着这位徐某人的思维特点是这样的：当她面临一个无法得到满足的欲望的时候，她就会在脑子里产生一个幻想，然后她再不顾一切地玩命一般地证明这个幻想的真实性。如果他人不赞成她的证明过程，她就会玩命地闹。

我要说的第二位奇葩也是个女当事人，年龄比徐某人大一些，也是离婚案子，叫许什么的。2014 年 11 月 19 日，这位老太太来到我的办公室门前，嘴里叼着一根烟。由于我也是酒场上摸爬滚打过来的人，所以一下子就感到特别亲切——从酒味可知，这老太太最少也是喝了一斤！老太太问：“赵刚呢？”我说赵刚在隔壁。她过去看看又回来：“隔壁没人，锁着门。”我说那你等一会，他们出去办案去了，一会就回来。结果老太太来了石破天惊的一句：“办案子？哼，回去搂着娘们睡觉去了!”同屋的女同事看不顺眼说了这老太太几句，于是我和女同事有了不正当的关系，同事还得一个外号“小破鞋”。鲁迅先生曾说过，中国人有一个超级强大的本领，那就是不论什么样的事，都能一步一步地想到男女关系上去。这位许老太太更先进，她根本无需一步一步地联想，每次都是一步到位地想到男女关系。另外一位同事向我们介绍这位老太太的一些趣事，这人有一个拿手绝活是烤肉串，手艺真的很好。很多

烤串店都争着找她当烧烤厨师，但每次都做不了太长的时间。这位老太太工作的时候旁边要放一瓶酒，不挑好坏，但必须要有一瓶。一边烤一边喝，一晚上烤下来这瓶也就空了。用不了多长时间她就会给店主人造成一些麻烦，比如失火，所以每家都做不长。今年夏天有一次七八个同事一起吃烤串，厨师正是这位徐老太太，我们一致感觉她的手艺真的很好。希望她能在这一家做得时间长一些。

第三个要说的是个七十多岁的老大爷，他和被告都是邻县的，当地办不了到我们这里，结果我们还是办不了。老大爷来说明情况，他说被告还是像多年前一样找不到，据说是在德州市区，但不知道具体位置，不过现在被告已退休，有退休工资。我到银行查了一圈，还真的就有八千多块钱，应该就是工资。我本来是想等上几个月把标的额凑够再说，可又一想，万一被告把钱提走咋办？于是赶紧到邻县把钱划回来。我通知老大爷来领钱，老大爷很不高兴："咋就八千多？一万多块呢，给八千哪行？"我说："我也没说不给你办啊，你先把这八千拿走不行吗？"老大爷这才同意来拿钱。来了以后负责过付的同事告诉他要有农行的卡，老大爷说没有，同事让他去办一个。正好我也有个私事要去农行，就开车带着他一块去。在车上老大爷很诚恳地对我说："剩下的钱也不多，你再费费心给我办办，等都要回来我拿出两千块钱来给你。"我一听心里那个气啊，侮辱，这是严重侮辱我啊。一万多块钱，我给你要了八千来，还不够多吗？你要是真的想感谢我，从这八千里面拿出一千来感谢我不行吗？放着眼前的事不办，非要许个没影的愿，你这不是成心忽悠人吗？就算是不拿一千块钱，你进门的时候跟我握个手说个好听的话行不行？虚伪，太虚伪！我不喜欢和虚伪的人打交道。

和奇葩当事人接触多了，我感觉自己也变得奇葩起来。有一次星期六上午我们加班，一个女当事人骑着自行车进了大门。有同事显然是很熟悉她，就用很熟悉的语气跟她说话："咋星期六来了？今天不上班啊。"那女当事人说："不行了，我不行了，我觉得我快死了，我要赶紧找杨坤。"我听了以后脑子一抽，嘴里冒出一句："感觉快死了应该找自己单位的红白理事会总裁啊，找法院院长有嘛用？"旁边的同事一脸的惊恐："你不要命了，惹恼了她，她会缠着你没完的。"幸好我声音不大，那当事人没听见。

在法院工作，真的很有乐趣！

民间借贷纠纷案件的几个新问题及原因|附十大建议及典型案例

2016-11-26 法信 北京市二中院

导读：随着民间资本的活跃，民间借贷活动如火如荼，民间借贷行为频发。由于监管的缺失和机制的尚不完善，导致各种经济和社会问题不断浮出水面。民间借贷双方的矛盾日益增多，大量民间借贷纠纷涌入法院。本期法信摘编最新出版的《商事法律文件解读（2016 年第 10 辑 总第 142 辑）》一书中，北京市二中院对民间借贷纠纷案件新问题及原因的归纳、分析，以及针对出借人、借款人的相关建议，并附北京市二中院民间借贷典型案例。

民间借贷案件分析

>>>> 民间借贷案件特点

1. 民间借贷中往往掺杂着友情、亲情和爱情，也有职业放贷人出现。民间借贷行为一般发生在彼此熟识的当事人之间，因民间借贷而产生纠纷的当事人通常是朋友关系、亲属关系或恋人关系。近四年来，每年约有 50%的民间借贷案件发生在朋友间，约有 10%发生在亲属之间，另有约 5%发生在曾经的恋人之间。近年，我院在案件审理中还发现 5 起出借人属于职业放贷人的案件，此类案件中，当事人间没有特殊关系，出借人诉讼经验丰富，证据完备，既有借条又有收条，但借款人大都抗辩称放贷人常采取恐吓、拘禁等非法手段逼迫书写借条、催要借款等。

2. 民间借贷多为现金给付，且大额民间借贷增多。近三年来，民间借贷案件中借款人主张以现金形式交付借款的比例高达 54%；100 万元以上大额借款案件数量逐年增多，比重逐年增大，2015 年增至 64 件，比重为 20.32%。由此看来，民间融资需求总量呈上升之势。

3. 民间借贷案件证据少，查清客观事实难。近三年案件中，半数以上民间借贷案件的出借人仅能提供内容简单的借条、欠条等单一证据主张债权，借款人往往缺乏证据。关于借款的原因、款项交付的过程、是否还款等客观事实，只有双方当事人的陈述，而双方当事人又各执一词，这为法院查明客观事实带来较大困难。

4. 民间借贷案件中虚假诉讼现象突出。有些当事人意图通过获得胜诉判决和执行查封，阻止第三人对自己财产的强制执行，损害第三人合法利益。为此，恶意串通，虚构借贷事实提起诉讼。此外，虚假借贷诉讼也易成再审、第三人撤销之诉和案外人执行异议之诉的重要理由之一。近三年，我院先后受理 20 余起以双方当事人虚构借贷事实为由提起的第三人撤销之诉和案外人执行异议之诉案件。

5. 民间借贷与婚姻家庭法律问题出现交叉。亲属之间的民间借贷纠纷通常发生在父母与子女及子女配偶之间，

且多发生在子女与其配偶离婚或感情出现问题之后。我们审理涉及亲属间民间借贷纠纷案件中近 80%需要认定相关借款是否构成夫妻共同债务。

6. 民间借贷纠纷与非法集资等刑事犯罪刑民交叉问题突出。随着市场经济的发展，法律调整的社会关系日趋多元和复杂。在民间借贷纠纷当中，借贷往往与非法集资、非法吸收公众存款、集资诈骗、非法经营等行为交织在一起，出现了由同一法律事实引发、在一定程度上交织的刑民交叉案件。近年，我院受理涉嫌非法集资、诈骗等犯罪的 30 余起民间借贷纠纷案件，均以“先刑后民”为由被裁定驳回起诉。

>>>>民间借贷纠纷发生的原因

1. 与金融机构贷款相比，民间借贷手续简单，提取资金方便。目前，借款人如果没有足够的财产或实力强大的担保人，很难达到金融机构的贷款条件，并且贷款手续繁杂，借款人急需资金时很难从金融机构获得贷款。而民间借贷手续简单，提取资金比较方便，弥补了银行贷款手续繁琐、贷款困难的短板，使得借款人纷纷转向民间融资，进而使民间借贷纠纷逐渐增多。

2. 出借人无法通过个人能力收回借款。实践中，有些当事人明知自己没有偿还能力，但为了一时所需仍向他人借款；有的许诺高息利诱，骗取出借人的钱款；有的在还款期限届满后外出躲债，甚至否认借款事实存在，在这些情况下，出借人无法通过个人能力收回借款，只好向法院提起诉讼。

3. 追逐高利，法律风险意识淡薄。许多出借人过于看重高额回报，只考虑以远远高于银行存款利息的方式来收取高额利润，而轻视风险防控，对借款人的还款能力、借款用途等方面不加考量，最终导致本金和利息均得不到偿还。由于法律意识淡薄，很多出借人不能认识到借贷手续的重要性，对借款主体、用途、利息、还款时间等内容约定不明确或无约定，有的案件甚至连借据都没有；许多担保人不清楚担保的含义，随意签字担保的现象普遍存在；不少借款人随意在空白借据上签名，或在还款后未及时销毁借据，这些都为纠纷产生埋下了隐患。

>>>> 给当事人的建议

为更好维护民间借贷当事人的合法权益，避免纠纷产生，我们建议：

1. 针对出借人的建议

▌一是不要为求高利，将款项借给他人用于违法犯罪活动。高利息意味着高风险，我院审理的年利率超过 24%的民间借贷案件中，有一半以上的借款人不到庭或者到庭后明确表示无偿还能力，且此类案件中，出借人的债权会存在巨大的执行风险。为此，建议出借款项时不要因为利率高就轻易出借，而应着重考察借款人的信用和偿还能力，并可要求借款人提供担保。如果明知他人借款用于违法犯罪活动而出借的，该还款要求将不会得到法院支持。比如，在赌场向他人出借款项。

▌二是出借款项务必保留证据。借据是主张债权的重要凭证，出借款项应当让借款人出具借据。但在实践中，有些出借人基于双方是好朋友、恋人或亲属关系，碍于情面，未让借款人书写借条，可一旦发生纠纷，因没有借据，还款请求往往得不到法院支持。此外，因打款凭证仅能证明款项交付，不能证明款项的性质，因此，仅持有打款凭证主张债权很难得到法院支持。在大额借款中，在出借人不能提供证据佐证大额款项已经交付，或者做出合理解释的情形下，还款请求可能不被法院支持，故建议大额借款尽量以转账方式给付。

▌三是向已婚子女出借款项，最好让夫妻二人共同出具借据。法律上虽然规定夫妻关系存续期间，一方所负的债务推定为夫妻共同债务，但是配偶如果能证明该债务未用于夫妻共同生活，不会被认定为夫妻共同债务。我院审理的 5 起此类案件未被确认为夫妻共同债务。实践中，还存在不少老年人在子女与其配偶感情不和或离婚后即持子女单方出具的借条，以出借款项给子女买房等为由，要求子女与其配偶共同还款的案件。此类案件中，因各方身份关系特殊，且子女与配偶婚姻关系不正常，法院在认定夫妻共同债务时将从严审查借贷的真实性。

▌四是借据约定应当详细、明确、合法。不少案件中的借据非常简单，仅写借款金额和借款人，还有一些借据对借贷双方的名字、借款金额、还款时间、利率、违约责任的约定不明确或不合法，比如：借贷双方的名字用绰号，借款金额潦草无法辨别，还款时间为“拆迁后”“中秋节前后”，利率或利息为 10%等。约定不明发生纠纷，法院可能依法作出不利于出借人的判决。另外，超过年利率 24%的利息不会被法院保护，超过年利率 36%的利息不合法。

▌五是要如实陈述借款情况。出借人应当向法院如实陈述借款情况，不要“聪明反被聪明误”。实践中，不少借条并非基于借贷关系形成，而是基于其他法律关系结算后形成，或者多次借款累计形成，有些出借人基于诉讼简便考虑，不向法院如实陈述借款情况，导致前后陈述不一，出现重大矛盾，或在发现不能自圆其说后才如实陈述，在此情形下，出借人将面临极大的败诉风险。我们审理的多起案件均基于出借人前后陈述不一出现重大矛盾而驳回

其诉讼请求。

2. 针对借款人的建议：

▌一是不要轻易书写借条。借条是民间借贷事实成立的重要证据，没有借贷事实而向他人书写借条，将使自己面临无借须还的风险中。实践中，有些当事人认为只要没有收到借款，借条也没什么用，基于各种考虑向他人书写借条，比如，恋爱分手后经不起对方的纠缠，以借条的方式确认给付精神损失费；为了帮助朋友欺骗他的父母或配偶而向朋友出具借条等。此类纠纷中，借款人因无法证明其出具借条的真实原因而败诉。如果因为胁迫或欺诈出具借条，要及时报警，并诉至法院确认借条无效。

▌二是还款要同时收回借条。实践中，有些借款人还款后，并未收回借条或者让出借人出具收条，这便使个别见利忘义的出借人有可乘之机，再次手持借条诉至法院要求借款人还款。此方面，尤其体现在现金还款，或者虽是转账还款，但双方之间在同一期间存在多笔借款的情形下，因借款人不能提供充分证据证明已经偿还该笔借款，导致最终败诉。

▌三是不要碰触高利贷。一些借款人由于急于用钱，不考虑自身的偿还能力，即向便捷快速、无需担保的职业放贷人或者公司高利借款。职业放贷人和高利贷公司参与的民间借贷案件，不仅操作手法隐蔽，往往有黑恶势力参与其中。据我们承办案件中的借款人陈述，放贷人常采取恐吓、拘禁等非法手段催要借款，借款人在恐惧心理驱使下，不敢报警，频繁出具借条、授权书等法律文件，使自己完全陷入被动，最后倾家荡产。

▌四是不要向不特定的人大额高利借款。借款人向不特定的多人大额高利借款，扰乱国家金融秩序，违背民间借贷的初衷，涉嫌非法集资、集资诈骗等刑事犯罪，可能面临刑事处罚。

最后，特别提醒大家不要虚构借贷事实恶意诉讼损害他人合法利益，当前，审判机关对虚假诉讼的识别和打击力度不断加强，一经发现，轻则罚款、拘留，重则追究刑事责任。

（以上内容摘编自《北京市第二中级人民法院民间借贷纠纷案件的几个新问题及原因并附十大建议》，载于《商事法律文件解读（2016 年第 10 辑 总第 142 辑），杜万华主编，人民法院出版社 2016 年 11 月出版。）

北京市二中院民间借贷典型案例

1.仅有打款凭证主张借款难获支持

基本案情：贾某起诉称，2010 年 3 月 12 日，自己通过银行以转账的方式将 10 万元借给杨某。后经多次催要，杨某一直拒绝还款。故诉至法院，请求判决杨某偿还 10 万元借款及利息。为支持诉讼请求，贾某向法院提交了银行转账凭证。杨某辩称，贾某所称借款不是事实，而是贾某偿还自己的借款。自己从来没向贾某借过款。

裁判结果：法院经审理认为，案件中，贾某不能提供借条、借款合同、借款借据、欠条等书面材料，贾某提交的证据仅能证明双方存在资金往来，不足以证明涉案款项的性质，故贾某提交的证据不足以证明其与杨某之间存在借款合同关系。故终审驳回了贾某起诉。

2.利率约定超过法定利率未获支持

基本案情：2013 年 5 月 20 日，宋某通过银行转账方式向刘某转账 10 万元，刘某于同日向宋某出具了借条，借条载明：今向宋某借款 10 万元，月息 3 分，借期 1 年。因刘某未按期还款，宋某诉至法院要求刘某偿还借款本金 10 万元及利息(以 10 万元本金为基数，自 2014 年 5 月 1 日起自实际支付之日止，按照月息 3 分的标准计算)。刘某辩称，同意偿还本金，但现在没钱还，利率过高，应当予以调整。

裁判结果：法院经审理认为，《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，民间借贷的利率最高不得超过银行同类贷款利率的四倍，现宋某主张以月息 3 分的利率计算利息，违反上述法律规定，法院不予支持，依法予以调整。据此，终审判决刘某向宋某支付按照法律规定的最高利率计算的利息（注：现行法律规定，出借人请求借款人支付超过年利率 24%部分的利息的，人民法院不予支持）。

3.母亲持儿子出具的借条向儿子和前儿媳主张共同还款未获支持

基本案情：王某与李某于 2012 年 3 月结婚，1 年后离婚。后王某的母亲张某以王某出具的，载有“鉴于王某和李某没有足够能力将首付款及相应中介费共计 100 余万元交齐，故由王某之母张某借给二人 100 余万元。如在今后婚姻中王某和李某出现任何问题导致离婚或分财产等事宜，二人须在办理相关手续前将 100 余万元全款归还张某。王某 2012.4.25”等内容的《承诺书》，将王某和李某诉至法院，要求王某和李某共同偿还 100 余万元借款。王某同意偿还，并称其得到李某同意后代李某在承诺书上签名；李某以不知情为由不同意偿还。

裁判结果：法院经审理认为，张某与王某、李某三人身份关系特殊，张某与王某系直系亲属关系，王某与李某

亦涉及离婚事实，王某与李某在调解离婚时亦明确表示无对外债务。因此，对于张某向法院提交的由王某单方向张某出具的《承诺书》，因该《承诺书》的形成时间难以鉴定，同时缺少李某本人的签名，故法院认为该《承诺书》证明张某与王某、李某之间成立民间借贷关系的证明力较为薄弱。据此，终审驳回了张某诉讼请求。

4.朋友借款替其出具借条抗辩无效

基本案情：2012 年 8 月 2 日，裴某与顾某约定，顾某向裴某借款 35 万元，期限 1 年；借款年利息为借款总额的 15%，半年一付。路某为顾某提供了担保。2013 年 2 月，顾某向裴某支付了 2.6 万余元半年利息。后裴某起诉至法院要求顾某、路某支付 35 万元借款。顾某辩称，实际借款人为路某，自己只是帮忙出具借条。

裁判结果：法院经审理认为，案件中，裴某所持的收据、个人结算业务申请凭证显示借款人为顾某；款项亦汇至顾某名下的账户内，且顾某亦按照收据载明的时间向裴某支付 2.6 万余元利息，故认定裴某向顾某提供 35 万元借款，借款到期后，顾某应依约履行还款义务。顾某以款项系为路某偿还借款为由抗辩借款人为路某，依据不足，法院对其答辩意见不予采纳。据此，终审支持了裴某诉讼请求。

5.还款无凭证被判败诉

基本案情：王某诉称，自 2011 年 4 月起同村老乡李某分三次向自己借款 3.3 万元，并出具欠据。后自己多次向李某追偿，李某总是推诿不还。故诉至法院，请求判令李某偿还借款。李某辩称，王某所提的借款，已于 2011 年 11 月底以现金方式还清了，当时没有要回借条，也没有让王某出具收条，王某说会自行撕毁借条。

裁判结果：法院经审理认为，李某抗辩称借款已还清，但王某予以否认，因王某持有借条原件，且李某未提供收条等证据佐证已偿还借款，故法院对李某的主张不予采信。据此，终审支持了王某的诉讼请求。

（以上案例摘编自《北京市第二中级人民法院民间借贷典型案例》，载于《商事法律文件解读（2016 年第 10 辑 总第 142 辑），杜万华主编，人民法院出版社 2016 年 11 月出版。）

同居时男方发现子女非亲生所致纠纷的六个法律问题丨法官札记 138

2016-11-22 江苏省泗洪县人民法院 姜波

案情

2006 年 5 月，蓝某（男）与吕某（女） 打工而相识并同居生活，并举行了结婚仪式，但一直未办理结婚登记。2007 年生育一子。后因琐事发生争吵，吕某于 2008 年离家出走未归 。2014 年 ，为了孩子上户口和入学，蓝某几经辗转联系到吕某一起做了亲子鉴定。鉴定结论出来后，蓝某才知道 “儿子”并非其亲生。现诉请法院判决吕某返还其八年抚养费，数额根据历年农村常住居民人均消费支出计算，以及赔偿精神损害抚慰金一万元。

被告吕某辩称，原告蓝某主张的抚养费过高，蓝某虽非孩子生父，但是双方已按农村风俗举行婚礼，孩子户口也登记在蓝某家，蓝某是孩子法律意义上的父亲，也有抚养义务。被告目前处于单身无业无收入状态，且还有一个孩子需要抚养，抚养费应按照女方收入的 20%至 30%给付 。蓝某主张精神损害赔偿缺乏法律依据。

审理

案件庭审过程中，原、被告主动要求调解，最终双方达成调解协议：被告吕某同意儿子由原告蓝某抚养。吕某一次性支付儿子从出生至 18 周岁前的抚养费四万元，当庭支付一万元，另外三万分三次每半年分别支付。

评析

本案虽然最终以调解方式结案，但其中涉及到的一些法律问题值得思考，试作梳理如下：

1 .同居期间，如果男方发现女方所生子女非自己亲生，可否要求女方返还抚养费？

2 .若是女方需返还男方所支出的抚养费，如何计算抚养费数额？

3 .同居期间，如果男方发现女方所生子女非自己亲生，可否向女方主张精神损害赔偿？

4 .女方是否可以单方将子女送给男方抚养？

5.若是孩子的亲生父亲出现，是否可以要求男方交回孩子随其生活？

6.调解协议达成后，孩子能否再向其亲生母亲索要抚养费 ？

笔者尝试对上述问题作粗浅分析，以期为司法实务中解决该类问题提供参考。

一、同居期间，男方发现女方所生子女非男方亲生可要求女方返还抚养费

最高法院 1992 年在《关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚养费的复函》中规定：

夫妻关系存续期间，一方与他人通奸生育子女，隐瞒真情，另一方受骗而抚养了非亲生子女，其中离婚后给付

的抚养费，受欺骗方要求返还的，可酌情返还，至于在夫妻关系存续期间受骗方支出的抚养费用应否返还，尚需进一步研究。但离婚后，夫妻共同财产全部由男方分得，夫妻关系存续期间受骗方支出的抚养费不予返还。

该复函对于夫妻一方在婚内与他人通奸生育子女隐瞒真情离婚后男方追索离婚后给付的抚养费给出了明确的态度，即男方可以要求女方返还抚养费。

那么对于婚内男方支出的抚养费，男方究竟可不可以要求女方返还呢？

从法理上来说，当无不可。返还财产往往要么基于物权法上的返还原物请求权，要么基于债法上的不当得利请求权。因男方与非亲生子女间并非继父母继子女关系或养父母养子女关系，男方对非亲生子女并不负有法定的抚养义务。此时男方为抚养亲生子女所支出的抚养费系出于错误认识而支出，女方因男方对孩子的抚养减少了自己的抚养支出，从中获得了利益。而对于男方来说，则因为抚养非亲生子女造成了自己收入的减少，二者之间存有因果关系，符合民法通则第九十二条 “ 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人 ” 之规定，女方的获益构成不当得利，男方有权要求女方返还男方因抚养非亲生子女所支出的费用。

同理，同居期间，男方往往因为不知道女方所生子女非自己亲生而陷入错误认识，当然地认为同居期间所生子女为自己亲生子女，男方作为 “父亲”往往都会尽到抚养义务，此时女方同样从男方的抚养行为中获得了不当利益，男方当然有权要求女方返还其所支付的抚养费用。因父母皆有抚养子女的法定义务，在孩子亲生父亲查找不到或不明的情况下，男方有权要求女方返还其所支出的抚养费用。

二、男方支付的抚养费应以男方的收入为主要考量因素进行计算

离婚诉讼中，法院判决父母给付抚养费往往根据最高法院 《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》 第七条的规定进行判决，该条规定：

子女抚育费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚育费一般可按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚育费的，比例可适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。无固定收入的，抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。

司法实务中，在抚养人没有固定收入的情况下，倘若只有一个子女，法院往往会参照相关部门公布的上一年度城镇居民人均纯收入或农村居民人均纯收入按照 20%-30%的比例进行酌定。但从该司法解释第七条的文义来看，其解决的主要是尚未发生的抚养费计算依据问题，并未涉及追索应付未付抚养费的计算依据。那么在追索应付未付抚养费时，是否仍应以上一年度城镇居民人均纯收入或农村居民人均纯收入为计算依据，还是应以城镇常住居民人均生活消费支出或农村常住居民人均生活消费支出为计算依据？

追索应付未付抚养费的情形，笔者认为仍应根据子女当时实际需要、抚养人的负担能力和当地的实际生活水平来确定。这其中尤为重要的一个考量因素就是抚养人的负担能力。因为城镇常住居民人均生活消费支出或农村常住居民人均生活消费支出并不能体现个体收入的差别，亦不能体现未成年人和成年人生活消费支出的差别，而城镇居民人均纯收入或农村居民人均纯收入相对更能反映抚养人的收入情况，再结合抚养人个体实际情况进行考量，则能更为合理地确定抚养人可能在子女抚养上支出的费用情况。

故在男方向女方追索抚养费的情况下，仍应根据历年当地城镇常住居民人均可支配收入或农村常住居民人均可支配收入情况，逐年计算各年的抚养费数额，最后进行汇总，该汇总数额可作为计算男方为抚养非亲生子女所支付抚养费的参照。

三、同居期间，男方发现女方所生子女非男方亲生主张精神损害赔偿的不应予以支持

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，受害人可以要求侵权人赔偿相应的精神损害抚慰金。最高法院 《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》 第一条规定：

自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

从上述法条规定可以看出，主张精神损害赔偿可得到法院支持的前提必须以人格利益受到非法侵害且造成严重后果为前提。

再看婚姻法第四十六条的规定：有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）

有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。

从上述法条可以看出，法律对离婚时夫妻一方可向另一方主张损害赔偿的情形进行了严格限定，仅限于四种情形。婚姻法若干问题解释一第二十八条则进一步明确了婚姻法第四十六条规定的损害赔偿不仅包括物质损害赔偿，也包括精神损害赔偿。从婚姻法第四十六条第（一）、（二）两项内容看，该两项所涉行为皆是侵害夫妻一方配偶权的行为。

一般来说，配偶权是指夫妻之间互为配偶的基本身份权。配偶权的性质是绝对权，其他任何人均负有不得侵害该配偶权的义务。在现实生活，配偶一方侵害另一方的配偶权，主要表现为对忠实义务的违反。笔者认为，婚姻法第四十六条之所以将重婚和有配偶者与他人同居两种行为列入可提起损害赔偿之情形，不仅是因为该两种行为皆属较为严重的侵害配偶权行为，且有违公序良俗，更重要的则是因为该两种行为皆属对一夫一妻婚姻制度造成严重破坏的行为。

那么，对于 “ 婚前与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相 ” 行为，立法者并没有列为可主张损害赔偿的情形之一是为什么呢？笔者以为，一方面是考量到女方婚前与他人同居或发生性关系时，男女双方从法律上来说并非夫妻关系，女方仅对男方负有道德上的忠实义务并不负有法律上的忠实义务，其违反道德上的忠实义务，无从以法律予以制裁，且有些情形下女方并不清楚所生子女非男方亲生，不存在欺骗隐瞒行为。另一方面，更为重要的，则是考量到女方的上述行为并不会造成对一夫一妻婚姻制度的严重破坏。

立法之所以未将 “ 婚内女方与他人非同居生子 ” 行为列为可主张损害赔偿的情形之一，一方面是考量到女方婚内与他人非同居生子，除了通奸、一夜情外，原因可能还有很多，比如被他人强奸，被欺骗而与他人发生性关系等等，而在被他人强奸，被欺骗而与他人发生性关系等情形，女方并无过错或说过错较小，若此时再让女方向男方承担损害赔偿责任，显然有失妥当。另一方面，更为重要的，则同样是考量到女方的上述行为并不会造成对一夫一妻婚姻制度的严重破坏。

虽然婚姻法第四十六条文字表述并无歧义，但实务中对婚姻法第四十六条的理解适用仍存有分歧。有的法院支持 “ 婚前与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相和婚内女方与他人非同居生子 ” 这两种情形可主张损害赔偿。

比如丽江中院审理的婚前女方与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相案，该院认为：

夫妻间应相互忠实，本案中女方对男方隐瞒非亲子关系事实，使男方误以为女方所生子女系自己亲生而进行抚养，给男方造成了精神损害，女方应对男方的精神损害予以赔偿。[1]

又比如南昌西湖区法院审理的一起婚内女方与他人非同居生子案，该院认为：

对于男方要求的损害赔偿，我国婚姻法第四十六条明确规定，“ 有重婚的或者有配偶者与他人同居的或者实施家庭暴力的或者虐待、遗弃家庭成员的 ” 情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。本案中女方对家庭不忠，出轨致怀孕生育孩子，而非与他人持续、稳定地共同居住因而导致夫妻离婚，故不具备婚姻法第四十六条规定之情节。但考虑到女方的行为确实给男方带来较大的精神伤害，应酌情给予一定的精神抚慰金。

而有的法院则不支持 “ 婚前与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相和婚内女方与他人非同居生子 ” 这两种情形可主张损害赔偿。

比如浙江宁海法院审理的婚后发现女儿非亲生案，该院认为：

男方的精神损害赔偿诉请缺乏法律依据，判决不予支持。

又比如南京江宁法院审理的婚前女方与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相案，该院认为：

根据法律规定，离婚时只有存在婚姻法第四十六条规定的四种情形时，才能要求对方承担赔偿责任，男方基于女方未告知非亲子关系要求女方赔偿其精神损害于法无据。[2]

男方和女方同居时，女方向男方隐瞒其所生子女非男方亲生，导致男方陷入错误认识，而对非亲生子女进行抚养。当男方知道真实情况后，势必会损害到男方的人格尊严，给男方造成一定的精神伤害，同时也可能会导致社会公众对男方的不当评价，造成对男方名誉权的损害，从而进一步造成男方精神上的损害，尤其在同居男女已经举行过婚礼的情况下，给男方造成的精神损害可能会更大。

但从司法实务对婚姻法第四十六条的理解与适用来看，在男女双方已经登记结婚的情况下，若女方婚内与他人非同居生子或婚前与他人发生性关系婚后生子隐瞒真相，男方主张损害赔偿能否得到支持目前尚存有争议。举重以明轻，在同居情形，同居男女并未登记结婚，男方对女方并不具有配偶权，且此时女方对男方仅负有道德上的忠实义务并不负有法律上的忠实义务，即使女方的行为造成了男方精神损害，男方作为一个心智健全的成年人也应自行

承担相应的道德风险。男方发现女方所生子女非自己亲生而向女方主张精神损害赔偿，并无法律依据，故不应得到支持。

四、女方在符合一定条件的情况下，可以单方将子女交给男方抚养

收养法第四条对被送养的未成年人必须符合的条件作出了规定，该条规定 ：“ 下列不满十四周岁的未成年人可以被收养：（一）丧失父母的孤儿；（二）查找不到生父母的弃婴和儿童；（三）生父母有特殊困难无力抚养的子女 。” 女方若将子女送给男方收养，被送养的子女必须符合上述法条第（二）、（三）项的规定，即女方有特殊困难无力抚养子女，并且子女的生父查找不到。

另外根据该法第十一条的规定，被收养人年满十周岁以上的，还应当征得被收养人的同意。该法第五条、第十条对送养人必须符合的条件作了规定，该条规定下列公民、组织可以作送养人：（一）孤儿的监护人；（二）社会福利机构；（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。第十条规定 ：“ 生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养 。” 可见女方若单方将子女送养，其必须是因为有特殊困难无力抚养子女且子女生父查找不到或不明。

该法第六条对收养人的条件作出了规定：（一）无子女；（二）有抚养教育被收养人的能力；（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（四）年满三十周岁。从上述收养法的相关规定可以看出，若女方非属有特殊困难无力抚养子女且子女生父查找不到或不明，是不能将子女送养的。

那么，女方是不是可以将孩子委托给同居的男方抚养呢？收养法第十七条规定 ：“ 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养。抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系 。” 从该条规定来看，无力抚养子女的生父母可委托自己的亲属和朋友对子女进行抚养。对比收养法第五条和第十七条可以看出，对于送养法律要求女方 “ 有特殊困难无力抚养子女 ” 才可送养，而对于委托抚养法律则只要求女方 “无力抚养子女”即可将子女委托他人抚养，并不要求女方有特殊困难。

本文所涉案例中，孩子的亲生父亲查找不到，女方还有一个五岁女儿需抚养，且女方处于单身无业无收入状态，若九岁儿子再随女方生活，女方显然无力抚养两个孩子，但此时女方并不属于 “有特殊困难无力抚养子女” 情形，故女方不能将孩子送养给男方，但女方完全可以将儿子委托给男方抚养。

五、委托抚养情形，若孩子的亲生父亲出现，其可以要求男方交回孩子随其生活

若男方与女方及被收养子女办理了收养登记，根据收养法第十五条规定：“ 收养关系自登记之日起成立。” 另外根据收养法第二十三条的规定：“自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。” 此时 ，养子女与生父母之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，若被收养孩子的亲生父亲出现要求要回孩子的抚养权，在收养登记未经撤销前，无法得到支持。

若女方仅是委托男方抚养子女，因此时男方与被抚养孩子间并非养父母养子女关系，一旦孩子亲生父亲出现，其有权要求男方交回孩子随其生活，但笔者认为，此时应该充分尊重孩子的意见。

六、男方放弃抚养费的行为效力仅及于男方自己，并不影响被抚养孩子的抚养费请求权

在男方与被抚养子女未构成养父母养子女关系，或继父母继子女关系的情况下，男方与被抚养孩子的母亲即女方间仅是一种委托抚养关系，而委托关系，可以是免费的也可以是有偿的，男方主动放弃抚养费用并无不可，但此时男方放弃的仅仅是自己代为抚养的报酬，其放弃行为并不影响或剥夺被抚养孩子向其亲生母亲即女方索要抚养费的权利，且男方亦无权代被抚养孩子放弃被抚养孩子所独立享有的抚养费给付请求权。若被抚养孩子觉得男方的抚养不足以维持其正常生活，完全可以另行向其亲生母亲主张抚养费，而不受男方放弃抚养费或减少抚养费意思表示的限制。

[1] 参见（2014）丽中民一终字第 264 号民事判决书。

[2] 参见（2015）江宁禄民初字第 306 号民事判决书。

“情妇”与原配的遗嘱之争

2016-11-25 法律读库 蒋保鹏

作者蒋保鹏，最高人民法院民一庭。原标题：“情妇”与原配的遗嘱之争——中德“情妇案”比较分析：道德立场冲突与法律技术运用。

一、中国情妇案判决结果和理由

2001 年四川省泸州市张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷一案，曾经引发公众和学界广泛讨论，至今仍有值得重视的意义。黄永彬与蒋伦芳于 1963 年结婚，1994 年与张学英同居，并于 1996 年以夫妻名义共同生活并育有一女。2001 年 4 月 22 日，黄永彬去世，张学英以黄于 2001 年 4 月 17 日立下并经公证的遗嘱向蒋伦芳要求获得黄的遗产，该遗嘱中黄永彬将住房补贴、公积金、抚恤金和一处住房的售房款遗赠给张学英。蒋伦芳拒绝后，张学英诉至法院。一审法院以遗嘱违反公共秩序、社会公德为由，驳回了张学英的诉求。二审法院维持了这一判决。

类似案件还有很多，例如“大陆二奶告台湾原配”案，[1]原告（二奶[2]）杨长清起诉称，1979 年出生的杨长清与相差 28 岁的台商林清辉基于“情投意合”，在九十年代共同生活，并于 2001 年和 2002 年产下一对子女，杨长清称自己才是林清辉真正合法的继承人。她强调，1990 年逾林清辉相识时，林称自己已经离婚，也从未提及前妻的情况和姓名。再如，广西北流市甘甲任和罗章惠诉卢小燕返还赠与财产案。甘甲任与罗章惠结婚多年，甘甲任于 1999 年与卢小燕同居并初字 5 万元购住房一套，登记在卢小燕名下。后卢小燕与甘甲任情变分手，甘甲任与其妻罗章惠提起诉讼要求确认该房屋属于夫妻共同财产，要求卢小燕归还房屋或者返还 5 万人民币。二审法院判决被告返还原告购房款 5 万元。

目前社会上呈现出一种矛盾的局面：一方面，离婚、婚前性行为等行为渐以司空见惯，人们的性观念越来越开放，婚姻与性的关联越来越松散；另一方面，有关婚姻的道德观念仍然支配着大众的心理：婚内性行为仍然被相当一部分人认为是唯一正当的，而婚外性行为被绝大多数人所指责。[3]在泸州案中，一审法院将法庭安排在蒋伦芳的工作单位——泸天化公司的职工俱乐部，并公开审理，有 1500 多名市民从不同地方赶来，旁听这次非同寻常的庭审。旁听者对一审判决“雷鸣般的掌声”，足以说明民众——至少是当地民众——的普遍道德观。[4]而修改后的《婚姻法》第三条第二款规定“禁止有配偶者与他人同居”，更是体现了立法者——即主流民意代表——的道德观念。[5]

从泸州案的判决来看，法官大胆地引用了《民法通则》第七条关于公序良俗原则的规定作为裁判依据，这是很少见的。原告张学英依据《继承法》主张其可以得到遗产，被告蒋伦芳则拿着《民法通则》要求宣告遗嘱无效。从合理性角度讲，本案涉及两种价值冲突：一是遗嘱自由，一是婚姻道德；从合规范性角度讲，法官如何运用法律技术——包括法律程序——对其结论进行证成，是判决是否具有“合法性（legitimacy）”的基础。

二审法官认为：“《中华人民共和国》第 7 条规定……’公序良俗’原则……在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力。”法官的逻辑是，假如遗嘱行为违反了该原则，由于原则的效力高于法律具体规则，《继承法》的条文就不必考虑了，可直接认定遗嘱行为的无效；假如遗嘱行为不违反原则，那么再依据《继承法》等部门法的条文对其效力进行认定。那么，“公序良俗”原则的内容是怎样的？遗嘱是否违反了公序良俗呢？判决书是从法律具文中找到依据的：《婚姻法》第 4 条“夫妻应当互相忠实，互相尊重”；第 3 条“禁止有配偶者与他人同居”。法官认为，这就是“公序良俗”原则的内容，违反了上述法律规范，即违反公序良俗原则，故为无效。

合规范性角度来看，这个逻辑过程并无错误；但是从合理性角度来看，法官忽略——不管有意还是无意地——了一个前提，就是如何理解“公序良俗”这样法律化的道德的真正意义？梅迪库斯说：“（德国民法典）第 138 条所称的‘善良风俗’只是从道德秩序中裁剪下来的，很大程度上被烙上法律印记的那部分。”[6]但是什么是善良风俗或者社会公德，法律本身没有指明，法官应该依职权在个案中赋予其具体内容，法律给了法院作出道德判断的合法权力，而价值判断是法院工作的最根本性质，这也是有人将法学成为“评价法学”的根据之一。如拉伦茨说：“‘评价法学’强调，无论是立法者的全部行为，还是法律适用者特别是法官的全部行为，最终都具有评价性质。”“事实上，近代的立法者，即如《德国民法典》制定者，除了运用固定的概念外，往往还使用一些不确定的，内容尚需进一步填补的准则，如‘诚实信用’、‘重大事由’、‘不相当’，‘不能指望’等。这些准则的适用，就要求法官根据具体案情作出评价。”[7]显然，价值评价的过程是很复杂的，尤其是在道德分裂的时代。泸州当地的民意不能代表道德的全部，官方的婚姻价值观也并不是唯一正确的，更重要的是，本个案中原配一方并不一定站在道德的高地上。泸州案的真实情况似乎并不像二审判决认定的那样简单，比如：黄永彬的姨妈说蒋伦芳“逼走黄永彬”；黄永彬与张学英长达 5 年的同居期间基本上断绝了与蒋伦芳的关系；在黄永彬即将离世的时间内，蒋伦芳对黄永彬恶行恶语，而张学英不但承担了近万元的质量费，而且“面对旁人的嘲笑，面对蒋伦芳的讽刺和挖苦，俨然以一个妻子的身份守候在他的病床前”；1998 年张学英还与黄永彬生育了一个女儿。[8]再考虑到黄永彬并非富豪，他与张学英的同居生活是金钱

——肉体关系呢，还是感情上的相互慰藉呢？考虑到这些事实，蒋伦芳真的在道德上是无懈可击的么？一、二审法官并未进行详尽的价值评判，而仅仅是依据现有法律规范来认定“公序良俗”的涵义，不能不说是不恰当的，是简单化处理了的。[9]

事实上，法院另有自己的考虑。每一个判决都有两方面的意义，一是解决纠纷，一是确认乃至创设规则。泸州中院的赵兴军法官认为法院办案应该考虑“审判的社会效果”，注意“社会导向”，对重婚、“包二奶”的行为应该严惩，乱世用重典。[10]时任一审法院纳溪区人民法院副院长的刘波在接受记者采访中坦言：“如果我们按照《继承法》的规定，支持了原告张学英的诉讼主张，那么也就滋长了‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气，而违背了法律所要体现的公平、正义的精神。”在这个意义上，个案的公正（也许）在某种程度上被牺牲了。

本案判决结果的争议之大是少有的。何海波教授总结了五种批评意见。[11]有学者指出，“就各方面对本案判决的反应来说，市民以欢迎者居多，媒体与学者以质疑者居多”。[12]这反映了两种生活方式的差异、两种法律解释话语——大众话语和精英话语——的冲撞。[13]何海波教授搜索跟本案有关的评论文章后得出的结论是，十几位评论法院判决的作者中，仅有一位是持支持态度的，即范愉教授——女性；其他的均是批评者，几乎都是法律职业者或者未来的法律职业者——男性。一般而言，男性法律职业群体可称作是——或者可期待成为——社会精英，对这一群体而言，个人的自由显然是更为重要的价值，不管其如何完成论证过程，结论总是一致的。[14]但是对于广大没有机会在媒体上发表文章的妻子、母亲、女儿们来说，她们是对婚姻对自己生活的经济和精神的保障更为看重呢，还是对个人自由的要求更迫切呢？[15]在她们生活的世界里，婚姻就是夫妻双方的一种长期投资，一种互相的保障。[16]财产是夫妻双方共同劳动得来的，是生活的依靠，不是“按份所有”，而是“共同所有”。在她们心中，丈夫去世，遗产只留给妻子和孩子，是天经地义的。这是深深植根于我们传统中的观念，无法回避。

事实上，人们或明或暗是立场先行，[17]无论是法官还是学者，面对一个案件，总是先在直觉的基础上于内心形成结论，[18]然后通过一定的法律技术来证明结论的合理性与合规范性。何海波教授也分析说“批评法院的那些学者何尝不是在做价值衡量和选择？……也许在听闻这一起案件的一刹那，已经在心中形成了价值判断，他的直觉告诉他泸州中院的判决是不能接受的。剩下的只是运用自己所学过、所想到和所找到的法律理论和法律条文来论证其正当性。”[19]

二、德国情妇案判决结果与理由

德国“情妇遗嘱案”案情与泸州案几乎一样。1965 年，一 59 岁已婚无子女男子死亡。他从 1942 年开始到死亡时一直与 M 女士像夫妻一样生活，但未与妻子离婚。该男子在 1948 年 2 月 8 日立下遗嘱，将 M 女士列为唯一遗产继承人，排除了妻子和两个姐妹的继承权。该男子死亡后，M 女士与其妻子、姐妹就遗产继承发生争执。德国法院认为，遗嘱排除了其妻子的继承份额的部分是无效的，但是排除了其姐妹的继承权的部分是有效的，并不违反《德国民法典》第 138 条第 1 款的规定。[20]最终的判决结果为：妻子继承 3/4 的遗产，M 女士继承 1/4。

判决理由是：

1.柏林州法院认为，该遗嘱将被继承人的遗孀排除在继承顺序之外，依《德国民法典》第 138 条是无效的，因为这个遗嘱是建立在申请人与被申请人之间的通奸关系上的。本案中，不能认定存在着被继承人使其配偶继承后置合理化的动机，所以遗嘱的这部分内容是无效的。

2.被继承人的遗嘱只是排除了他的姐妹作为继承人，并不违反善良风俗。

第一，州法院认为，通过遗嘱赠与[通奸对方]财产以作为对保持通奸关系的酬谢[的行为]，只有在被继承人的配偶及其他享有特留份权利[21]的直系卑亲属因此受到损害的情况下，才属于道德上应予谴责的行为。被继承人的姐妹并无特留份的权利，可由被继承人出于任何理由排除在继承顺序之外。最高法院认为，除了特留份权之领域意外，通常情况下，婚姻和亲属关系相对于被继承人的遗嘱自由而言，应当居于次要的位置。

第二，最高法院认为，需要评价的是一项法律行为是否违反善良风俗，而不是某项行为是否违反道德。如何评价法律行为是否违反善良风俗呢？判断是否违反善良风俗，仅仅取决于该由法律行为的内容、动机和宗旨中表明的法律行为的整体性质，这一整体性质才是道德秩序衡量的对象。也就是说，要综合考虑该遗嘱行为动机、目的以及遗嘱的内容是否违背道德要求。不容忽视的是，被继承人与 M 女士之间的关系不能被排除在考察范围之外，但是应予考察的并非这种关系是否符合善良风俗，而是被继承人的终意处分，即被继承人想要达到的分配遗产的方式和方法，是否违背道德。

比如，本案中至少要考虑以下几个方面的事实来认定该法律行为是否违反善良风俗：被继承人是为了维持其与

M女士的性关系或者对性关系进行酬谢而作出遗嘱，还是存在其他使得遗赠行为显得并非不体面的原因；[22]哪些人因为遗嘱行为而遭到“后置”，被继承人与被后置人之间是什么关系（关系越密切，后置的原因要求越高）；被后置者是否存在依据“所有公平和正直的思想者”的观点不应当被后置的情形（例如曾经长期照料被继承人）；被后置者的经济状况如何，等等。[23]

有学者指出，如果查看动机，就使行为与法律行为具有因果联系，因为法律行为的动机常源自行为。可见，行为与法律行为的两分并非问题的关键，动机才是。[24]

3.就举证责任而言，与一般规则相同，每一方当事人均应阐释并证明在判断遗嘱是否违反善良风俗这一问题时有利于自己的情况。尤其是，只要并未证明被继承人向情妇作出遗赠仅仅是为了促使情妇继续保持性付出或者向其表示酬谢，那么，即使不能认定[25]存在特殊的、值得引起重视的遗赠动机，被继承人的法律行为也不视为违反善良风俗而无效。

需要注意的是，与中国案全是或全非的判决方法不同，德国案判决对遗嘱的效力及遗产进行了分割，损害被继承人遗孀利益的部分无效，而将被继承人的姐妹后置的部分是有效的。有学者认为，中国案这样存在道德上明显争议的案件，在全是或全非之外，其实是有第三条路可走的，即所谓骑墙判决。[26]原因就是，第一，道德上来讲，张学英和蒋伦芳孰是孰非，很难判断，无法得出绝对的结论；第二，遗嘱的动机是复合的，其中有不正当的动机，也有符合人伦道德的部分，比如黄永彬与张学英生育了一女，另外据报道为了给黄永彬治病，张学英花了将近一万元，当时当地并不是个小数目；第三，争议标的是可分的财产。从德国案的结果上看，就是采取了区分态度，将遗嘱的一部分认定为无效而一部分有效。

三、结语

中国情妇案的判决存在巨大争议，这种争议的根源是社会道德观的变化：社会阶层的分化、传统道德观和性解放思想的冲突、权利意识的兴盛，都会对不同评判者的道德立场产生影响。在这种道德观难以统一的情况下，很难做出让无争议的判决；无论是法院的批评者还是支持者，如果让他们做法官，其判决恐怕也会引发争议。法律是秩序的维护者，泸州的法官显然是希望通过判决维系固有的、主流的道德观：第三者、包二奶是不道德的，是要被法律否决的。在这个过程中，法官为了宣示规则——不能滋长“第三者”、“包二奶”等社会不良风气——而（可能）没有考虑有利于张学英的事实，因而牺牲了个案纠纷的公正解决；其判决结果也全部倾向于了原配蒋伦芳，而没有（如学者认为的和德国案的结果那样）对遗嘱的效力进行区分。法律技术层面上，泸州法院的判决并未细致分析“公序良俗”这一术语的具体含义，而只是简单地在法律规范体系的内部寻找论据。法官骨子里还是把法律看成一套由法律条文所表达的封闭自足、客观存在的规则体系，因而法律与道德从根本上仍然可以分离。[27]而案件审理程序的失当，更是评论者对判决质疑的重要原因之一。

从结果来看，假设德国情妇案中被继承人没有姐妹而只有妻子，其判决就会跟中国情妇案相一致，即认为整个遗嘱无效。两国法官的道德立场——“第三者”不能破坏婚姻，婚外性关系是不可接受的——并无太大差异。但是德国法官自有其更为精妙的法律技术，尤其是对终意处分（法律行为）的“内容、动机和宗旨中表明的法律行为的整体性质”进行的分析。但是无论多么精细的分析，最终要对一个问题进行回答，即遗嘱自由与公序良俗如何取舍。[28]总的来讲，对婚外性关系的道德评价，决定着基于婚外性关系的遗嘱是否违背善良风俗，德国最高法院立场的改变，收到社会意识在婚外性关系上的道德评价的影响，尽管二者并非同步，而且前者常落后于后者。[29]所以，道德立场才是决定性的，法律技术是为此而使用的：后果论者，总是根据结果来判定行为的正当性，如同功利主义；而道义论者，总是根据某些准则去判定行为的正当性，而不考虑后果，如同康德的伦理观。[30]从这个角度看，德国情妇案的判决更倾向于道义论，而中国情妇案的法官似乎更赞同功利主义，尽管其追求的后果的正当性似乎难以证成。[31]

[1]“二奶状告原配争财产继承权，网友：都是钱惹的祸”，载网易新闻，news.163.com/12/0423/11/7VP6LRL000014AEF.html，2014年4月28日访问。

[2]需要声明的是，使用该词语是为了叙述方便，并无道德谴责意义。

[3]2014年4月份期间爆出的演员文章出轨丑闻，各媒体（包括自媒体）一边倒地声讨文章，很能说明问题。

[4]参见：“多事的遗嘱”，载中央电视台社会经纬栏目，http://www.cctv.com/lm/240/22/38812.html，2014年4月28日访问。事实上这种安排是有悖法院中立的原则的，这也是该案判决被批评的一个地方，但是这至少可以反映出当地的民意。

[5]1980 年《婚姻法》第三条是没有这一规定的，2001 年修改的《婚姻法》第三条加上了“禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力”的条款，这可以理解为，旧婚姻法颁布之时这两种情况并不多见或者并未引起立法者的重视，但并不代表当时的立法者认可这两种行为。事实上《婚姻法》所表达的道德倾向是持续的，并不是在某一时刻突然改变的。所以中国情妇案虽然发生在新婚姻法颁布之前，但是以在后的新婚姻法来揣测在前的立法者的意图，并无不妥。

[6]（德）梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，页 510-511。

[7]（德）拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晔晓等译，法律出版社 2003 年版，页 99。

[8]见前注 4。二审判决认定的事实与之有些出入。

[9]何海波教授认为，这正是“包容性法律实证主义（inclusive positivism）”的一个现成例子。见何海波：“何以合法？对’二奶继承案’的追问”，《中外法学》2009 年第 3 期。值得一提的是，本论文几乎可以算是对该问题的一个综述，具有颇高的价值。但是这个问题上，笔者有不同的看法，除了下文中讨论的“社会效果”之外，造成简单化的原因还有：司法实践的习惯——判决书论理的缺失是一个普遍存在的问题，并不仅限于本案；“以法律为准绳”要求法官必须寻找法律条文作为判决基础；2001 年时法官（尤其是基层法官）的素质也许导致他只能运用这样简单粗糙的法律技术来支持自己的结论。

[10]赵兴军：“谁在为‘第三者’呐喊？”，载《法制日报》2002 年 4 月 22 日。

[11]分别是：《婚姻法》与本案无关；法律不问动机；《继承法》是特别法，应当优先适用；法律原则只有在法律规定不清楚的地方适用；法院判决违反宪法。见前注 9。

[12]于飞：《公序良俗原则研究——一基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社 2006 年版，页 204。

[13]刘星：“法律解释中的大众话语与精英话语”，《比较法研究》，1998 年第 1 期。

[14]何海波，见前注 9。何海波教授不无自嘲地说：“在这一点上，我丝毫没有批评的意思，我也没有资格批评，因为我本人就是这个群体的一分子。”

[15]历史上来看，婚姻的产生，很重要的一点就是要保护家庭财产不外流。古希腊人为了保证家庭财产的安全，甚至认可近亲结婚的合法性。见何柏生：“希腊人的性爱、审美与民主”，《读书》2013 年第 5 期。另，恩格斯指出，一夫一妻制的起源，是由于“大量财富集中于一人之手，并且是男子之手，而且这种财富必须传给男子的子女，而不是传给其他任何人的子女。为此，就需要妻子方面的一夫一妻制，而不是丈夫方面的一夫一妻制。”见《马克思恩格斯全集》第 21 卷，人民出版社 1995 年版，页 88。随着时代的发展和男女平等观念的普及，一夫一妻才成为两性的义务。但是在我国很多地区（不管经济是否发达），女性对丈夫的依附地位仍然没有改观，对很多女性来说，婚姻仅剩的意义，除了孩子就是自己可得的财产了。

[16]苏力：“’酷’一点”，《读书》1999 年第 1 期。

[17]郑永流：“道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较与评析”，《中国法学》2008 年第 4 期。

[18]不论是在社会科学中，还是在自然科学中，直觉的意义都是基础性的。社会学家罗尔斯认为，“它们（构成直觉主义理论的一批最初原则）不包括任何可以衡量那些原则的明确方法和更优先的规则，我们只是靠直觉，靠那种在我们看来是最接近正确的东西来决定衡量。”见（美）约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，页 31。十八世纪的数学家、科学家笛卡尔则认为，“我所说的直觉……它是来自于缜密的头脑中的概念。它是如此清晰和明白，对于它所理解的东西，根本不含任何可疑之处，或者说——两种说法其实是一样的——审慎而缜密的头脑中自明的概念，是仅由理性获得的概念。”见（美）M·克莱因：《数学：确定性的丧失》，李宏魁译，湖南科学技术出版社 2002 年版，页 231。

[19]何海波，见前注 9。价值衡量具有不确定性，所以在文章中，何海波教授只是指出法官和批评者的说理“一样的不可靠”。但是他自己也没有得出确切的结论，“本文没有能够为本案判决提供一种合法性依据，也没有能够提出什么解决这一难题的新理论”。

[20]《德国民法典》第 138 条第 1 款：违反善良风俗的法律行为无效。

[21]见《德国民法典》第 2303 条至第 2338 条。特留份制度设立的目的就是为了限制遗嘱自由的滥用，保护家庭亲属之间的伦理关系。见张华贵：“关于‘特留份’制度的立法构想”，《现代法学》2004 年第 4 期；舒广：“杭州百万遗赠案法律评析——兼论我国建立特留份制度的必要性”，《法学》2001 年第 2 期。

[22]存在很多可能的情形，比如：考虑到受赠人为被继承人所做的牺牲；被继承人旨在弥补其对受赠人犯下的

错误；还有被继承人旨在考虑对由其（受赠人）所生的子女承担责任等。

[23]要注意的是，整体评价被继承人作出的有利于情妇的终意处分时，需考虑的情形绝非仅限于上述方面。

[24]郑永流，见前注 17。

[25]《德国民法总则编典型判例 17 则评析》一书第 231 页注[1]，编著者注认为，此处是德文原文的印刷错误，应为“即使能够认定”，但笔者认为，原文并无错误，应为“即使不能认定”。

[26]郑永流，见前注 17。郑教授认为，首先，抚恤金、一半的住房补助和公积金黄永彬无权自行处分；其次，就遗赠人应得一半的住房补助、公积金和卖房款而言，遗赠人没有充分的理由剥夺妻子的继承权，可以考虑将这部分财产的一半判给张学英，一半判给妻子蒋伦芳，是为骑墙判决。

[27]何海波，见前注 9。

[28]公序良俗原则本身就是要起到一定的消极作用，，即对当事人私法自治的限制。对公序良俗功能和价值的肯定并非要求法律积极地强制某种道德行为的实施，只是意味着法律不承认那些在法治社会中严重违反现行法律制度下的法院行为，不使这些行为得到实施。参见（德）卡尔·拉仑茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社 2003 年版，页 603，转引自金锦萍：“当赠与（遗赠）遭遇婚外同居的时候：公序良俗与制度协调”，《北大法律评论》2004 年第 6 卷第 1 辑。

[29]郑永流，见前注 17。

[30]徐纬光：“桑德尔的「诡计」”，《读书》2014 年第 5 期。

[31]何海波教授分析说，如果法院考虑审判的社会效果，注意社会导向，为了保护婚姻关系而限制当事人的处分权，很有可能适得其反：第一，多数情况下有第三者的一方往往会将婚姻财产部分转移到第三者一方，配偶不得不委曲求全，而第三者不会被追究；第二，判决可能造成逆向选择，有第三者的一方考虑的不是断绝与情人的来往，而是如何更快、更隐蔽地转移财产，尤其不要等到临死才立遗嘱处理。何海波，见前注 9。另见范愉：“泸州遗赠案评析：一个法社会学的分析。”，《判解研究》（第 2 辑），人民法院出版社 2002 年版。

杜万华：关于儿媳、女婿是否对父母为子女一方购买的房屋享有权利的问题

2016-11-23　法信

导读：面对当前全国不断攀升的房价，为维护父母为子女购房的初衷和意愿、不侵害出资父母的利益，《婚姻法司法解释（三）》中规定“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在子女名下的，视为只对自己子女一方的赠与”。针对这一内容，却有社会各界误读“父母为子女买房，儿媳或女婿没份”。针对这一问题，本期法信结合最高人民法院审判委员会副部级专职委员大法官的相关观点、法院相关案例、法律法规供读者参考。

大法官观点

关于儿媳、女婿是否对父母为子女一方购买的房屋享有权利的问题

婚姻法司法解释(三)公布以后，各大门户网站纷纷转载发布，其标题大多是“父母为子女买房，儿媳或女婿没份”。这个标题所针对的是婚姻法司法解释(三)第 7 条的规定，体现了社会各界对该条规定存在严重的误读。

第一，从产权归属上看，父母为其子女买房，这种情况下儿媳或女婿可能没有所有权，但是儿媳或女婿依法享有对该房屋的居住权。任何房屋所有人的配偶或家庭成员对于其房屋都享有受法律保护的居住权。因为，家庭成员之间存在家庭关系这种共同关系，所有的家庭成员基于这种共同关系对于某一家庭成员所有的房屋均享有居住权。因此，儿媳或女婿对于父母为其子女购买的房屋也享有居住权，有权居住和使用该房屋。在司法实践中，有人认为丈夫的父母为丈夫一方买房之后，丈夫相当于是房东，妻子相当于是房客，夫妻二人的关系可以被视为一种房东与房客之间的契约关系。这种观点是不对的，夫妻及家庭成员之间的关系显然不同于契约关系，例如妻子居住在其公公婆婆为其丈夫所购买的房屋中是不用支付租金的，妻子损坏房屋也不用赔偿。

第二，关于公公婆婆为其子买房，其子的配偶是否会在离婚时被“扫地出门”的问题，也在社会上引发了广泛争论，目前许多人对于这一问题存在误读，甚至因此而批评婚姻法司法解释(三)制定得不公平、不公正。我们认为这种妇女在离婚时被“扫地出门”、无房可住情况是不会出现的。第一，根据《婚姻法》第 42 条的规定，离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。第二，根据婚姻法司法解释(一)第 27 条的规定，《婚姻法》第 42 条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住处的，属于生活困难。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。对于上述两条规定，我们要

综合起来加以理解和适用。在司法实践中，为了保护住房困难一方的居住权，既可以让住房困难的一方在原居住的房屋内居住，也可以对有住房一方的房屋进行实物分割，分一部分房屋出来给住房困难者居住。婚姻法司法解释(二)的相关规定实际上已经解决了这一问题。如果有住房一方既不愿意让住房困难一方继续居住，又不愿意分割房屋给住房困难一方居住，那么就应当出资另行租房给住房困难一方居住。据此，适用婚姻法司法解释(三)的相关规定，绝不可能造成住房困难一方无房可住的情况。相关人士对婚姻法司法解释(三)作出“扫地出门”这种解读是不负责任的，我们应当将婚姻法司法解释(三)与《婚姻法》及其他相关司法解释联系起来全面理解和适用。

（摘自《杜万华大法官民事商事审判实务演讲录》，杜万华著，人民法院出版社 2016 年 10 月出版）

法信 • 相关案例

1.父母为子女出资购买房屋并未表明是赠与夫妻二人，婚后登记在子女个人名下，且父母尚为该房屋偿还房贷，该房屋应认定为一方个人财产，另一方无权主张所有权——王靖晶诉吴松离婚纠纷案

本案要旨：婚前一方父母以该方名义签订房屋买卖合同、交付定金及首付款，并未表明是赠与其夫妻二人，婚后办理房屋产权登记，登记在该方个人名下，且该方父母尚为该房屋偿还房贷，该房屋仍应认定为父母对个人的赠与，涉案房屋为个人财产，夫妻另一方无权主张。

案号：(2011)龙民初字第 472 号

审理法院：黑龙江省大庆市龙凤区人民法院

来源：《人民法院案例选》2012 年第 2 辑（总第 80 辑）

2.婚姻关系存续期间，夫妻一方父母对子女个人赠与的房屋，属于一方个人财产，另一方无权主张所有权——赵女士诉董亮、董志离婚后财产纠纷案

本案要旨：涉案房屋在性质上属于债务人对夫妻一方及其父所承揽建筑工程的抵价款，其父将房屋部分产权赠与给子女，属于对夫妻一方个人的赠与行为，虽房屋是在夫妻关系存续期间所得，但该房屋部分所有权属于夫妻一方个人财产，夫妻一方有权处分所占房屋份额，另一方无权主张。

来源：河南法院网 2013 年 02 月 19 日

3.离婚时一方生活困难，另一方可以个人财产中的房屋所有权对生活困难者提供帮助——仲某诉熊某某 1 离婚后财产分割纠纷案

本案要旨：夫妻关系存续期间，一方父母将自己的拆迁安置房屋登记在自己子女一方名下的，该房屋应视为父母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。离婚时，另一方生活困难，没有住处和稳定的经济来源，在一方已经另有住房且不支付共有房屋折价款的情况下，人民法院根据实际情况，可以将一方个人财产中的房屋以经济帮助的形式判决归另一方所有。

案号：（2011）宿中民终字第 1190 号

审理法院：江苏省宿迁市中级人民法院

来源：法信精选

4.离婚时一方生活困难，另一方可以房屋居住权或其他住房保障对生活困难者提供帮助——罗某某诉孟某某离婚纠纷案

本案要旨：夫妻因感情破裂导致离婚，离婚时一方没有正式工作，另一方以个人财产中的房屋居住权对生活困难者进行帮助的，人民法院应予支持；人民法院考虑到生活困难者的日后生活，可以判决有能力提供经济帮助的一方，在生活困难一方无房屋住时，提供住房及负担一定时期的租赁费用等支出。

来源：《婚姻家庭司法解释实例释解》，人民法院出版社 2006 年 1 月出版

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法》（2001 修正）

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

（一）一方的婚前财产；

（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；

（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；

（四）一方专用的生活用品；

（五）其他应当归一方的财产。

第四十二条 离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

2.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(一)》

第二十七条 婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的，属于生活困难。

离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

3.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(三)》

第七条 婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

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

不动产物权确认的实体和程序问题

2016-11-21 北京三中院 李丹

编者按：北京市第三中级法院民一庭庭长助理李丹法官结合审判实践，对不动产权属确认的相关的理论和实践问题进行了调研，对物权表征、物权变动、占有保护、事实物权等理论问题进行了系统阐释，对一房二卖、借名买房、夫妻房产权属确认等实践问题予以全面梳理分析并提出相应的处理意见，现予以转发，供交流参考。

不动产物权确认需要处理好两个方面的问题：一是实体问题，即权属确认所依据的实体法规则是什么；二是程序问题，即应依照何种程序处理当事人之间的权属争议。

一、物权的表征与证明

（一）物权的表征：

物权本质上是主体对客体排他性支配的权利，具有对抗性，物权的行使对第三人有重大影响，对于第三人而言，只有知悉其权利，才能给予其尊重，因此物权的存在必须通过特定方式予以表征。

1、物权表征必须符合法律规定的形式要求。

物权的表征必须符合法律规定的形式，符合法律规定形式的物权表征具有公示公信力。所谓公示公信力是指任何信赖物权表征的主体所从事的交易行为受到法律的保护，纵使表征与实质的权利内容不符，也不对善意第三人产生任何影响，其法律基础在于保护交易安全和实现交易便捷。

2、物权表征是物权变动的必要但非充分条件，可以通过举证推翻。

物权变动仅物权表征不足以完成，除物权表征外，物权变动还应具备实质要件，即物权变动的原因。不能正确反映物权变动原因的物权表征不发生物权变动的效力，因此，物权表征仅具有权利推定效力，可以通过举证推翻。对此，《物权法司法解释一》第二条规定，当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。

(二)不动产物权的表征：从占有到登记的变迁

占有的物权表征效力在不动产登记出现前适用于一切有体财产，随着登记的出现，占有对于不动产物权的表征作用逐渐丧失。按照《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）的规定，对于动产而言占有即为公示，而在不动产，仅占有行为不具有公示的效力，还须通过存放于国家公权力机关的不动产登记簿的记载才能发生公示效力。

1、不动产登记结合物权变动原因决定不动产物权归属

我国《物权法》对不动产采取强制登记制度，除法律另有规定外，不动产物权必须通过登记表征才能产生，但《物权法》未采取登记绝对主义效力，而是使登记的效力系于物权变动的原因行为的效力，一旦当事人可以举证证明导致物权变动的原因行为与物权登记不符，就应当变更或撤销不动产物权登记。

2、不动产登记不能完全取代不动产的占有表征

大多数情况下，对不动产的利用以实际占有为前提，不动产占有本身即具有占有保护效力，特殊情况下，占有还具有表征不动产物权的效力。

1）不动产登记制度不健全的情况下，占有仍是不动产物权的表征。

在农村地区，农村房屋权属登记在实践中依旧非常薄弱。在这种情况下，只要当事人之间没有争议，占有房屋

的法律依据（如合同）和占有房屋的事实相结合即可认定占有人为所有权人。

2）不动产的占有表征赋予未取得登记的买受人的合同债权一定的优先效力

已经取得占有的买受人在具备一定条件时可以对抗出卖人的债权人的执行申请，见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十七条；

一物二卖且均未取得登记的情况下，已取得占有的买受人可优先先于其他买受人取得标的物所有权，见最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 10 条第 1 款；《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷》第十三条；

出卖人出售未取得房屋产权证书的房屋不属于无权处分，此种情况类似于期房的买卖、未来物的买卖，由于期房的买卖不要求出卖人在签订房屋预售合同时享有所有权,未来物的买卖都不被定性为出卖他人之物；

买受人迟延办证请求权不受诉讼时效期间的限制，否则不但对真正的权利人不利，而且还会纵容出卖人拖延办证或根本不予协助办证等不法行为，从而使标的物得不到正常的利用，与诉讼时效制度的立法本旨相背离。

3、对事实物权的认定不能突破《物权法》关于不动产物权变动的规定

在不动产强制登记制度下，以登记表征不动产物权为一般情形，非以登记表征不动产物权仅为例外情形。对事实物权的认定应符合《物权法》关于物权变动的法律规定，不能泛化和扩大化，既不能认为登记具有绝对的确认物权的效力，也不能虚化物权表征的法定要求。

二、不动产物权变动的实体法律规则

（一）不动产物权登记的法律效力

1、不动产登记的形成效力与对抗效力：

《物权法》意义上的登记具有两种效力，形成效力与对抗效力。所谓形成效力指未经登记不发生物权变动，所谓对抗效力指登记并非物权变动之要件，但未经登记的物权不具有对抗善意第三人的效力，此处之善意第三人是指善意受让取得不动产物权的物权权利人非债权权利人。根据《物权法》第九条之规定，不动产登记以形成效力为原则，以对抗效力为例外，且例外情形必须有法律的明确规定。

2、《物权法》第九条之法律另有规定的范围

（1）采取债权意思主义物权变动模式的不动产物权变动。

《物权法》采取以债权形式主义为原则，债权意思主义为例外的不动产物权变动模式，但后者仅适用于农村土地承包经营权和地役权。在债权意思主义模式下，只需形成债权合意即可发生不动产物权变动，但未经登记的物权不得对抗善意第三人。

（2）依据《物权法》第 2 章第 3 节规定发生的不动产物权变动。

依据《物权法》第 2 章第 3 节规定发生的物权变动属于非基于法律行为的不动产物权变动。需要注意的是，能够导致物权变动的人民法院生效判决书及仲裁机构裁决书是指形成之诉的判决书和裁决书，因确认之诉仅具有确认物权效力、给付之诉的判决只有执行完毕才发生物权变动。此外，遗嘱和遗赠属于法律行为中的单方法律行为，按照事实行为对待。另外，基于《物权法》第 2 章第 3 节规定享有不动产物权的权利人处分该物权时需要办理登记的，未经登记，不发生物权变动效力。

（3）夫妻共有产权未经登记仍可产生共有效力，属于物权法第九条规定的除外情形。

因为缺少了登记的形式要件，夫妻共有产权能否取得应当结合物权取得原因行为判断，仅夫妻关系本身不是产生共有权的充分条件。

（二）基于法律行为的不动产物权变动

1、基于法律行为的不动产物权变动的法律要件

基于法律行为的物权变动是当事人基于合意或者其他法律行为，并在完成一定的公示方法后发生的物权变动。

基于法律行为的不动产物权变动以当事人的债权意思表示为基础，此时的不动产物权登记本质上是对交易主体内部意思的外在表征。当事人之间仅存在关于物权变动的合法有效的债权合同但是没有通过不动产物权登记完成公示的不发生物权变动，认为已占有房屋的买受人在取得登记之前已取得事实物权的观点无法律依据。

参见《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第二十条。

2、债权合同无效、被撤销或解除，物权变动不生效

当事人就物权变动达成的合意是物权转移的基础，在学理上被称为基于法律行为的不动产物权变动的基础关系。

基础关系有效存在是基于法律行为不动产物权变动的必要条件。即使完成了物权表征，但基础关系无效、被撤销或解除的也不发生物权变动效力，登记人不能取得物权。

在世界范围内，关于不动产登记的效力与不动产物权变动之基础法律行为的关系，有物权行为无因性与有因性两种理论。所谓物权行为无因性是指，物权行为的效力独立于债权行为，无论债权行为是否存在或者债权行为是否有效，均不影响物权行为的效力，从而原因行为不存在或失去效力时，物权的处分失去法律上的原因，适用不当得利返还规则，但是不影响已经发生的物权变动的效力。我国《物权法》没有采纳物权行为的无因性理论，没有进一步区分为物权合同和债权和合同，在基础关系（如买卖合同）被认定不成立、无效或者被撤销时，即使当事人已经办理了登记，也不能发生物权变动的法律效果，这在理论上被称为“要因原则”，即一个合法有效的物权变动，必须要有一个合法有效的原因行为。根据要因原则，法院在确认权属时，对于基于法律行为发生的物权变动，不仅要审查当事人是否已经办理登记，还应审查原因行为的效力。

（三）有关不动产物权变动的疑难问题

1、夫妻不动产共有权的认定

夫妻财产共同制本身不属于《物权法》第九条规定的法律另有规定导致物权变动的情形，但基于夫妻隐名共有长期存在的现实，为保证夫妻财产共同制的效力，在夫妻财产关系中，不动产共有可以不以登记作为权利变动的要件，但是在不涉及夫妻财产关系的其他不动产共有关系中仍应坚持物权法定原则，以登记作为物权变动的要件。

夫妻共有权的认定不能仅以夫妻关系的存在为判断，而是应当依据物权变动的原理，结合取得物权的基础行为进行判断。当基础行为是法律行为时，依据该法律行为应当对夫妻双方还是一方发生效力来判断物权的归属，当基础行为是继承行为时，依据继承法和婚姻法的相关规定确定物权归属，当基础行为是法院生效判决时，则应当结合判决内容确定。

目前，夫妻房产权属争议可以总结为以下四种类型：（1）夫妻一方于婚前订立购房合同，且以其个人财产支付了全部购房款，但房屋所有权登记在婚后；（2）夫妻一方于婚后订立购房合同，且以其个人财产支付了全部购房款；（3）夫妻一方于婚前订立购房合同，且以其个人财产支付了部分购房款，并办理贷款，婚后夫妻双方用共同财产偿还了部分贷款；（4）夫妻一方或双方于婚后订立购房合同，其中一方用其个人财产支付了部分购房款，并办理贷款，夫妻双方用共同财产偿还了部分贷款。上述四种情形下的权属确认规则是：登记于夫妻双方名下的房产通常应认定为夫妻共同财产，登记在夫妻一方名下的房产不应仅以房屋所有权登记时间作为判断夫妻不动产共有权的依据，即使婚内登记，但按照导致物权变动的债权行为之内容，应属夫妻一方个人财产的，不应以夫妻关系存续期间取得不动产物权为由认定为夫妻共同财产。

2、借名关系与不动产物权变动

关于借名买房情形下应当由登记人还是实际购买人取得不动产物权历来存在争议。在司法实践中，两种观点都存在。理论上，基于法律行为的物权变动应当尊重当事人的真实意思表示，一旦意思表示与物权表征不一致，按照不承认物权行为独立性的债权形式主义的物权变动模式，物权变动不应当发生法律效力。换言之，因为当事人不具有取得物权的意思，尽管其已登记为物权权利人，法律上也不应当使其取得不动产物权。但是另一方面，尽管隐名的或者借名人具有取得物权的真实意思表示，但因其没有完成物权变动的表征，其也不应当取得不动产物权。由此可见，名义上的不动产物权变动陷入两难，如果是借名人取得物权，不符合不动产物权变动的形式要求，而是登记的物权权利人取得物权又不符合不动产物权变动的债权行为加物权表征之共同要件的要求。

《北京高院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第 16 条规定，借名人以出名人为被告提起诉讼，要求确认房屋归其所有的，法院应当向其释明，告知其可以提起合同之诉，要求出名人为其办理房屋过户登记手续，但这并不意味着高院认可登记的权利人就是物权权利人。这只是解决了在借名登记情况下，实际权利人如何取得不动产登记的问题，对于借名关系下的物权归属问题实践中并未达成统一认识。

三、不动产物权确认的程序问题

《物权法》第 33 条专门规定了物权确认请求权，将物权确认请求权确定为实体法上的独立请求权，物权确认之诉由此成为民事诉讼中的单独案由，故实践中普遍认为物权确认之诉应当单独成诉，在物权保护之诉中发生权属争议时，法院也通常以确认之诉尚未提起为由驳回起诉或判决驳回其诉讼请求。但是确认之诉与物权保护之诉分别审理将可能导致矛盾结果，从避免矛盾诉讼和重复诉讼的角度，确认之诉应当与物权保护之诉一并审理，需要注意的是涉及共有物的情形。共有物分割之诉属形成之诉，以法院判决生效时间为物权变动时间，在共有物分割之前不

存在确认物权和行使物权保护请求权的前提，共有物未分割时，应当驳回共有人之一单独要求单独确认物权或请求保护物权的诉讼请求。

一般来说，确认之诉不但可以对当事人之间的法律关系进行确认，也可以对当事人与第三人之间或第三人之间的法律关系进行确认。为避免案外人撤销之诉之发生，如果确认之诉涉及案外人利益，应通知该案外人，由其决定是否作为第三人参加本案诉讼。该案外人可作为有独立请求权第三人向本案原、被告争议之标的提出独立的诉讼请求，也可以作为辅助被告参加诉讼的无独立请求权第三人。无独立请求权第三人对原、被告争议标的不享有诉权，但由于第三人系辅助被告参加诉讼，其所提出的原告并非所有权人的意见等同于被告之抗辩，由此在原、被告之间就形成有效的起诉与抗辩的关系，如该抗辩成立，对原告之诉求应当驳回，且该判决结果具有拘束原告与第三人之效力。

诉讼中发现需要先行确权的，应告知当事人提出确认之诉的诉讼请求或反诉请求，并告知当事人反诉之权利以及失权的后果，充分维护双方当事人的合法权益。

婚姻登记的法定程序在服务行政视角下可适当从宽

2016-11-21 中国案例报告 重庆市大渡口区法院 徐良

疑难问题

婚姻登记员亲自上门为病重患者提供婚姻登记服务是否违反《中华人民共和国婚姻法》第八条规定的法定程序？

小 贴 士

> **第八条** 要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

难点解析

《中华人民共和国婚姻法》第八条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记”，但如果要求结婚的男女双方确实无法亲自到婚姻登记机关进行登记，婚姻登记员可否亲自上门提供婚姻登记服务？

审理思路及考量因素

（一）审理思路

对法定程序在服务行政的视角下应当从宽理解，原则上要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，但在特殊情况下，婚姻登记员可以上门为要求结婚的男女双方办理婚姻登记，既符合“服务型政府”的要求，也符合行政便民的原则。

【案例】

【重庆】重庆市第五中级人民法院在审理上诉人陶素华与被上诉人重庆市大渡口区民政局、被上诉人赖红君婚姻行政登记上诉案【2012 渝五中法行终字第 00349 号】中认为，《中华人民共和国婚姻法》第八条规定“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记”，但在特殊情况下，婚姻登记员可以上门为要求结婚的男女双方办理婚姻登记。在当事人确实存在困难不能亲自到婚姻登记机关办理的情况下，由他人提交结婚申请资料、婚姻登记员上门办理，符合“服务型政府”的要求，也符合行政便民的原则。本案因男方唐孝宏病重行动不便，婚姻登记机关收到其申请结婚登记的相关资料后，由婚姻登记员到病房提供上门服务，符合行政便民原则的要求，不构成行政程序违法。

【考量因素】

确定上述审理思路的考量因素主要包括以下几点：

首先，对法定程序在服务行政的视角下应当从宽理解，对婚姻法及配套规定中规定的“双方亲自到婚姻登记机关办理”的理解不能过于刻板。在要求登记的双方确实难以亲自到婚姻机关进行登记的情形下，从人性化角度考虑，只要办理结婚登记时双方都亲自在场，应视为对他人提交结婚申请资料的追认，可认定为“亲自”提交申请；对婚姻登记员上门办理结婚登记，应理解为婚姻登记机构服务的延伸，属于“到婚姻登记机构办理”的范围。

其次，建设“服务型政府”是时代和法治发展的要求，司法应当对服务型政府的实践予以保护。随着社会、经

济和时代的发展，管理型政府已经不能满足不断增长的现实需求，服务型政府的建设是时代发展的必要，也是保护人民群众利益、便利人民群众生产生活的重要举措，司法作为社会公平正义的防线，也应当对服务型政府的实践进行必要的司法保护。

再次，司法对于实践中的人性化便民举措应当予以尊重。在婚姻登记实践中也存在由婚姻登记机关上门进行登记服务的做法，如北京市民政局发布了**《关于全市婚姻登记机关为行动不便的特殊困难人群提供上门服务的通知》，**对婚姻登记上门服务的条件、程序、要求等作出明确规定。对于实践中存在的，不损害婚姻登记双方合法权益的人性化便民举措，司法审查中也应当予以尊重，倡导和支持行政机关在不损害当事人合法权益的前提下为人民群众提供高效、便利的行政服务。

最后，司法也应当维护秩序正义。对已死亡的婚姻关系当事人近亲属提起的请求撤销婚姻登记行政案件，人民法院应当着重审查婚姻关系当事人是否具有自愿结婚的真实意思表示。对于婚姻当事人一方或者双方已经死亡的，只要其婚姻登记是真实意思表示，应当予以支持，维护稳定的行政秩序。

【其他参考】

《中华人民共和国婚姻法》第八条

国务院《婚姻登记条例》第四条第一款

民政部《婚姻登记工作暂行规范》第二十二条

北京市民政局《关于全市婚姻登记机关为行动不便的特殊困难人群提供上门服务的通知》

一个专审离婚案子法官的杂感：婚姻就是合同，各取所需

2016-11-21 天涯论坛 糖糖 T 妞

我是某个基层人民法院民一庭的小审判员，专审离婚案。那个，不知道从何说起，反正经常审完某个案子，感慨万千，又不知道跟谁说好，所以还是选择来天涯吧。不知道是不是坑，反正是想到哪说到哪，尽量把我自己模糊化，我也不想被人认出来。

我自己是个婚姻和感情至上的人，保持婚姻幸福是我最大的目标，所以经常审完案子之后会总结反思，为什么他们会离婚？然后马上运用到自己的婚姻中来。总的感觉现在我的婚姻还没出现什么问题，当然结婚时间短也是一个方面。

但是也经常看到跟我们同时结婚或者比我们结婚还晚的，来法庭简直快要恨死对方了，所以抱着一种“步步为营”的心态经营自己的婚姻。

MS 扯远了，反正就是一些杂感。关于案件，关于自己，关于身边的朋友、同事。

1、不要把自己的家当成厕所和垃圾场。

很多当事人，坐在法庭跟法官说话的时候，可以看得出最基本的礼貌都是有的，有些人甚至是很有素质很有礼貌，说话侃侃而谈，甚至在外面可能是某某领导，侃侃而谈。可是对方提出的离婚理由是：他一进了家就不是他了，稍微不满意就满嘴脏话，或者无端的脏话连篇，不讲道理，什么 MD、MLGBD、CNMD 张嘴就来。或者是：她对别人都特好，但是一对着我就像泼妇，根本不讲道理，鬼吼鬼叫，还骂我妈、骂我的朋友，摔东西……最后导致对方不敢回家，害怕见到他/她。

好了，问他们：你为什么要这样？

答曰：我工作不顺心有压力 OR 我心情不好不知道怎么发泄 OR 我某某亲人去世了我心里难过。。。。

这些人的特点就是，对着外人，都能克制自己，都知道讲礼貌，认为应当保持自己的形象，但是对着最亲密的人，那么就可以无限制的发泄，想说什么就说什么，想怎么说就怎么说，因为这是我家，你是我老婆/老公，你就应该受着。

请问：你们把家当什么？每个人情绪都有美好的和垃圾的一面，为什么你们选择把美好的都给了跟你们无关紧要的人，而把最丑恶的最肮脏的情绪都回家宣泄？你们把这个家当做什么了？厕所吗？垃圾站啊？好吧，既然你们都把家当成垃圾场，那么请问谁能够心甘情愿在你制造的垃圾场里生活并甘之如饴？就算是你自己，你愿意吗？

《甄嬛传》里甄嬛母亲进宫看甄嬛时，跟她讲了一句话：“即使是寻常夫妻，也要谨慎以保存恩爱。”我当时看了就深以为然。这个世界上没有任何关系或者任何人或者任何地点是可以让你随心所欲而不用付出任何代价的。夫妻关系尤其如此。要是我，如果非要暴露我的丑恶嘴脸，宣泄我的肮脏情绪的话，我宁可对着外人，宁可站在大街上没有目标的谩骂，无非丢脸而已，但是我不会选择无端的对着我的丈夫发泄，他没有这个义务承受这一点。

所以我现在的做法是，如果我心情不好或者压力很大，或者感到烦躁时，我会控制自己，用缓和的语气直接告诉我的丈夫：“老公，我今天心情不好/压力很大/超级烦躁。你能不能哄哄我/抱抱我/给我买点好吃的。我不想做饭了/不想收拾家了/不想陪你去应酬了。”这时候我老公也会很默契的过来抱我，感觉会好很多。

但是离婚案件的很多当事人的做法是：进了家板个脸，看着不顺眼看那不顺眼，找茬发脾气，开始讲一些伤害夫妻感情的话。（其实我老公心情不好的时候也会选择这么做，但是都被我及时发现苗头，以“你今天是不是很累/是不是心情不好”为开端直接掐灭）

当你做了上述类似的事情的时候，请你问问你自己：想让你的家变成垃圾场吗？

案例：

原告女 A，30+，某传媒单位部门领导，长发，漂亮，知性。

被告男 A，40-，某政府部门领导，风度翩翩。

女 A 起诉要求离婚，男 A 不同意，法庭上陈述二人如何自由恋爱，婚后自己如何付出，二人如何般配，朋友们如何羡慕，自己如何包揽一切家务云云。

女 A 说，被告他对我好，不让我干活，他把洗衣服做饭扫地收拾家一切家务都包揽，这些我都承认，可是法官，我真的受不了他的那张嘴。你别看他在外面是个领导，来了法院也特别会说，外人都觉得他特好特有风度，羡慕我们，可是一进了家他就骂骂咧咧的，看电视也骂，睡觉也骂，骂的特别难听，我都不知道什么时候就会被骂。我就给你举个最简单的例子，每天早晨他都要扫地，如果扫地的时候发现地上有一根长头发，他就开始骂：“MLGBD 真 JB 烦，天天掉头发，MD 天天扫天天掉，哪天掉成光头就 TMD 好了。。。。。”法官，我宁愿他坐着什么活都别干，全都我干，我扫地、我拖地、我做饭、我洗衣服，只要他别骂，可是他不听呀！他就是非要干活，但是也必须得骂，边干边骂，我都快要被折磨疯了！

问男 A，为什么这样，男 A 解释因为自己心里有压力。。。具体不说了，总之就是心里有事，需要发泄。

最后给双方开导，男 A 保证以后改正，两个人同意和好，回去继续过日子。但是将来会怎么样？如果男 A 不改，可能他们已经去民政局离了吧，谁知道。

2、组建家庭是为了安全、宁静、温暖，请为你的爱人提供以上内容

如果提供不了，那么家庭会维持不下去，即便维持下去，也是岌岌可危，稍有外地碰撞，一击即碎。这三点是家庭最基本的，甚至超越了物质。

很多当事人跟我说：我们过去穷的时候，日子过得挺好，后来 XXXXXX 了，有了钱，他/她就变了。

所谓“变了”，无非就是不再能提供以上三点，物质有了又怎么样？

变得爱喝酒，酒后撒疯，那么宁静不再有；酒后暴力，安全也没有了。

变得有了外遇，温暖、宁静一起没了。

变得赌博、吸毒，三样都没了。

任何在婚姻中的男女，我觉得应当扪心自问：我能为对方提供以上最基本的三点吗？第一，请不要用暴力，保持最基本的安全；第二，请不要作，不要没事找事，保持生活宁静；第三，请学会欣赏对方、安慰对方、鼓励对方，能够让对方感觉到温暖。我们所需要的不也就是这些？

3、放弃你的优越感吧。

很多人结婚时遭到家长反对，但是却不顾一切的与对方结婚。其实家长反对绝大多数是因为觉得对方配不上自己家的孩子。但是，或者是家长一直不肯同意，两人在反对声中坚持结了婚，或者是家长虽然觉得配不上，但是自己孩子就是喜欢，有什么办法，也就同意了。

结婚以后问题来了。稍有不顺心，父母反对的那一方就开始说：你怎么能这样对我？！你是如何的穷、如何的学历低、如何的工作不好、如何的买不起房等等等的，我的条件确实多么的优越，我是如何的没有嫌弃你，我家里人是如何的瞧不起你，如何的反对我跟你结婚，但我是如何义无反顾的跟你在一起，你怎么能这样!!!

刚开始被反对的那方还会心存感激或感动，但是随着你越来越频繁的念叨，那些感激和感动只会越变越少，直至荡然无存。继续念叨下去，对方会越来越不耐烦，直到忍受不了，张嘴反驳，你当然受不了了:我为你付出那么多，我比你优越那么多，现在你竟敢对我不耐烦！于是双方拼命的争吵，你之前所谓的优越感，现在全部变成了对方的枷锁和包袱。他不再会因此感念一点你的好，你的倒贴，你的与家人抗争，他只会觉得烦！烦！烦!!!而你还在拿你那一点优越感，那一点“有恩于他”作为筹码来跟他讨价还价，可是那个筹码在他眼中已经成为负数了。举个例

子，你有事求你一个关系很好的朋友，朋友费尽心力帮你把事办成了，你当然很感激，并下决心一定好好回报你朋友。可是自打这件事情之后，你朋友隔三岔五的就要在你面前提这件事，向你表功一番："你的事情多么难办呀！我帮你这个忙真是不容易呀！你看我为了你这个事情，跟单位请了好几回假，还贴上钱请人吃饭，我老婆不让我帮你，我为了帮你这个忙还差点跟我老婆闹离婚，而且我帮你这个忙还欠了好多人情。其实别人都说你这个人不值得我帮，但是我看在多年的情分我还是帮你了。你看我为了帮你我牺牲简直是太大啦！所以你可千万记得以后要好好回报我哦~"

以上这番话第一次对你说，你什么感觉？第二次呢？第三次呢？第 N 次呢？我恐怕绝大多数人都会后悔："TMD 我当初眼瞎了！怎么就找他帮这个忙了！要是早知道我宁愿不找他帮忙，我干脆不办这个事了！"

对了！这就是你天天在婚姻当中拿你的优越感对待你的爱人时，你爱人的真实感受：宁愿当初没跟你结婚。

其实婚姻这个东西，就是个合同，就像做买卖一样，双方各取所需。如果不是他身上的某一点吸引了你，能够给你带来好处，带来一种让你离不开的好处，那么你也不会选择放低身段，付出比常人要多的东西来换得他。（男女以后通用他啊~筒子们谅解）既然如此，有什么可感觉到优越的？所谓孔雀女非要嫁凤凰男，或许是凤凰男要比孔雀男们体贴，上进，听话，总有可取之处吧？所以在你情我愿的情况下，这是一笔公平的交易。最起码在合同订立的时候，大家都认为很公平。

至于交易以后发现货不对板，那是下一步的问题，投资有风险入市须谨慎哦亲~

所以收回你们莫名其妙的优越感吧。你为他付出的那些，可以在浓情蜜意时稍微一提，以撒娇的语气，点到即止。千万不要把那根本不存在的东西当成筹码。

还有转告你们的父母，叫他们也不要提，除非他们想让你离婚。

案例：

原告男 B，50+，个体，黑瘦一普通中年男人。

被告女 B，50+，退休工人，黑胖一较俗中年妇女。

男 B 要求离婚，说不出什么具体理由，只说性格不合，经常吵架，已分居好几年。

女 B 不同意，很激动，指责男 B 有外遇，已经搬出去跟外遇同居。

我劝女 B，你们已经分居满两年了，男 B 又有了外遇，你不同意离婚又有什么意义呢？还是离了算了。

女 B 开始哭骂：我们已经结婚 20 多年了，孩子都成家了。刚认识那会儿他是农村来的，我是工人，所以我们家死活不同意我嫁给他，我都没管那些硬是跟他结婚了！我家里人都瞧不起他！我当时都没嫌弃他！结果这个没良心的，竟然搞起了外遇！你的良心叫狗吃啦！养条狗还知道摇尾巴呢！我这么对待你，结果你看看你！我家里人说的真没错！你这个#￥%……%￥……

男 B 根本不看女 B，用手挡着自己冲着女 B 那边的眼睛，一脸厌烦的跟我说：法官，你看看，你说说谁能受得了她这样，自打我们结婚她就是这样，家里必须啥事都听她的，我干啥都要看她的脸色，要不然她就开始了，次次就是这一套。这么多年了，我真是受够了。我有外遇，我不否认，我愿意把房子都给她，我啥都不要，我只要离婚。

最后我劝女 B，你们已经分居满两年了，就算你不同意离婚，法院也要判决离婚的，不如好合好散吧。女 B 意识到必须离婚后好像斗鸡突然败下阵来似的，一下子崩溃了，就是哭着说：其实我对他挺有感情的……他为什么现

在这么讨厌我……

最后调解离婚，男 B 净身出户。

男 B 出轨，当然不对，但是可以理解。每个人都希望被尊重、被肯定，男人则尤其希望被崇拜。可是在自己老婆面前永远找不到这种感觉，反而天天被贴上："你不如我，我可怜你才嫁给你，你今天拥有的一切都是我赐给你的，你应该对我感恩戴德"的标签，这时候外面突然有一个女人，只需要扑上来说一句："你好强，我好崇拜你"，是个正常男人都会心动的。

男 B 来领调解书那一天，书记员悄悄跟我说："简直跟换了个人似的！"我说："如释重负，容光焕发，是吧？"书记员说："对对对！年轻了十岁似的！"

可怜的男 B 和女 B，唉。

4、新生家庭优于原生家庭。

新生家庭就是两人结婚后组成的家庭，原生家庭就是各自父母的家庭。

很大一部分人离婚是因为摆不正这两个家庭的关系。典型的有：没断奶的丈夫，听丈母娘指挥的妻子，挣了钱交给自己父母的筒子们，能力不足还要帮助自己家亲戚的筒子们，为了让自己父母高兴而牺牲自己爱人的筒子们，等等等等。

这种人我就没弄明白，你说你为啥要结婚呢？结婚意味着组建一个新的社会单位，在这个单位里，你和你的爱人就是这个家的合伙人，你们要合伙经营这个单位，你们人生最重要的收益，包括安全感、归属感、幸福感还有你们的孩子，都要来自于这个单位，所以你们的投资当然应当主要倾向于这个单位，你们的精力也应当大部分放在经营这个单位上。只有这个单位经营好了，你才能获得以上所说的收益，而这些收益是不可能让你持续的从其他单位获得的——比如你父母的单位。

即便你父母的那个单位经营的再好，你也不可能永远指望那个单位给你提供一辈子以上的收益。就是天涯一位贴主曾经说的："如果你穷的吃糠咽菜，那么陪你吃糠咽菜的，永远只会是你的爱人和小孩，而你的父母，最多只是有时接济你，他们是不可能住进你家每天陪你吃糠咽菜的。"这段话实在是太经典了，已经成为我调解工作中最常用的语录之一了（不会说我侵权吧--!）。

在新生家庭和原生家庭发生矛盾冲突的时候（我说的是实质上的、涉及利益冲突的矛盾，不是那种鸡毛蒜皮怄气式的矛盾），我觉得处理原则应当是，新生家庭放在首位，在不损害新生家庭利益的前提下，尽量满足原生家庭的要求。

比如说钱的问题，挣钱了，该投资在哪？自己的单位？还是父母的单位？当然应当拿回自己家，当然一些小奖金之类的偶尔可以攒一点拿给父母，但是大头首先是自己的单位。如果你常年累月的把你的资金大量投入在别人的单位，那么对不起，你还是离婚然后去你投资的那个单位找收益去吧。

比如说精力的问题，你的父母或兄弟姐妹需要你帮忙，于是你辞了工作，天天去帮忙，或者你干脆不着家，家里一切都不管不顾，一有时间就去帮忙……当然有突发情况，一个阶段内需要你必须这么做，可以。但是当所谓的帮忙已经时间太长，甚至影响家庭正常运转时，你要想想是不是该继续下去了？你要解散自己的单位，让自己的公司停业整顿，然后去帮助别人的公司继续赚钱

案例：

原告女 C，30-，无固定职业，偶尔打零工的家庭妇女。

被告男 C，30+，长途货车司机。

女 C 要求离婚，也是说不出具体原因，只说性格不合，感情不和，经常吵架（这三点是所有离婚起诉状通用的三点）。

男 C 表示同意离婚，多的不想说。

女 C 慌了，她并不是真的很想离，只是想吓唬吓唬男 C，让男 C 对她百依百顺。

男 C 爆发了：你想让我咋呢？法官，我挣得钱全拿回家给她了，结果她呢？把钱都存在她妈那儿了，说是她妈怕我们乱花，帮我们存着呢，你说可笑不可笑？我们结婚快 10 年啦，娃娃都上小学了，她还是这样。刚开始结婚，

我琢磨着她岁数小呢，估计大点儿就好了，结果现在越来越过分啦，我们干个啥她都得问她妈，她妈要说行，死也得干，她妈要说不行，那就咋也不行。前几年我眼看房价要涨，我说把钱取出来咱们买个门脸房吧，自己做点儿小生意也行，或者放出去吃房租也行，她说跟她妈商量，她妈不同意，说我那是想从她妈手里往出套钱呢，死活不给拿钱。结果眼见房价蹭蹭往上涨，别人倒房子都挣了，咱们只能干瞪眼！现在我回家不能说话，稍微拌上两句嘴，她就回去告她妈，她妈就教上她，让她别回家，别给我做饭洗衣服。这回起诉也是她妈教的她，不信你问问她。法官，你说说这日子还能过成不了？

问女 C，女 C 振振有词：我妈教的咋啦？！我妈还能害了我吗？！我听我妈的话哪不对了？

我问女 C:“你父母过日子是听谁的？是你父母商量着来，还是听你姥姥或者奶奶指挥？你父亲挣回来的钱都哪去了？是你父母自己存着呢，还是都交给你姥姥？”女 C 不吭声了，最后撤诉结案。

5、你为什么不回家？

下了班之后不爱回家的人很常见。男人居多。我见过我的男同事们下班之后在办公室联机打 CS，老婆打来电话就撒谎说是在加班。我的父亲也是不喜欢呆在家里的人，下班之后一有人叫他，他就出去吃饭，周末则是选择去朋友家打麻将。有些男人下班之后到处找饭辙，吃晚饭继续去唱歌，唱完歌去洗澡，洗完澡还要出去吃烧烤——当然喝酒是贯穿始终，折腾到半夜两三点才醉醺醺的回家。

不回家的原因有很多，有一种是比较特殊的，就是从小就没有养成回家的习惯，所以大了以后还是不习惯回家，比我父亲——他很小父母就去世了，一个人生活，回不回家也无所谓，所以更喜欢在外面和同学、朋友凑在一起，养成了不爱回家的习惯。

另外一种就是我要说的，不回家，是因为家里给不了他想要的。至于他想要什么？因人而异。这时候需要在家的筒子们想办法搞清楚这一点，搞清楚之后，请满足他，那么他会慢慢爱上回家的。

一个人喜欢什么，讨厌什么，需要什么，在他的言语和行动还有日常不经意的流露之间，总会现出端倪的。很多人却不注意自己爱人所表露出来的这些重要信息，或者对方已经明明白白作出表示，自己也不当做一回事，依然我行我素。然后质问对方：你为什么不回家!!!

不止一个女性朋友跟我说过：如果我的公公婆婆来和我们一起住，那我中午就不回家吃饭了，晚上我也尽量晚回去，这样就可以少和他们打交道。

这种表示已经很明显了，不想回家的原因就是——公公婆婆 OR 丈母娘老丈人在我家，我回家之后感觉到不自在，所以我不想回家。

他想要的东西就是自在，在办公室打游戏，或者一个人出去逛街，或者去酒吧喝酒，当然让人感觉到自在，所以宁可选择不回家。

我的一个男性朋友，非常享受和他的同学们吃饭、喝酒，因为他在他的同龄人当中算是混得最好的，每当酒桌上同学们频频夸赞他有能力、事业好、有个好老婆、有房有车等等，他就很高兴。他自己和他老婆说：咱俩从小就认识，我什么样你都一清二楚，所以在你面前没什么可炫耀的，我和他们吃饭，就是想听听他们夸夸我。

这个表示也已经很明显了，我的虚荣心需要得到满足，我需要别人对我的赞赏，可是在家里我得不到这个，我只能跑到外面去找。

共同债务离婚后单独提出的诉讼时效抗辩不能成立

2016-11-29 重庆法院网 涪陵法院 叶路辉

夫妻离婚时已通过离婚协议或人民法院判决、调解对夫妻共同债务进行了分割，但离婚后又均未向债权人偿还债务，也未告知债权人双方离婚事实，之后债权人仅向一方进行了催收，另一方能否以未向其催收而提出诉讼时效抗辩。近日，涪陵区法院针对此类案件做出了相应判决。

陈先生与余女士原系夫妻关系，2003 年因家庭经营需要以陈先生名义向某银行申请了贷款，但因经营失败未能偿还。2007 年双方也因感情破裂而协商离婚，离婚时仅约定以女方名字进行的贷款由男方负责偿还，以男方名义进行的贷款仍由男方负责偿还。双方均未向贷款银行告知离婚事实，该银行也仅向陈先生进行催收，但一直仍未归还借款本息，该银行遂向涪陵区法院提起了诉讼，请求由陈先生与余女士共同承担还款责任。诉讼中，余女士则称，该银行并没有通知自己还款，并且这个贷款已经明确了由陈先生偿还。

涪陵区法院经审理认为，婚姻关系存续期间因家庭共同生活所负债务系夫妻共同债务，余女士对该笔贷款系夫妻共同没有异议，但认为已经在离婚时做出了处理，由陈先生归还，并且该银行也没有找过自己，早已经过了诉讼

时效，不应再承担还款责任。对此，根据最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十五条第一款“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题做出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。”第二款：“一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方追偿的，人民法院应当支持。”故该贷款仍属于夫妻共同债务，双方达成的离婚协议只对双方有效，不能对抗债权人，当然如果在双方离婚时对债务的分割明确的取得了债权人的同意情况下自然符合合同法规定，应为有效。由此在离婚后，陈先生与余女士的债务分割既没有取得债权人即银行的同意，也没有告知离婚事实，该银行仍基于夫妻共同债务的基础向陈先生进行催收，明确表示了并没有放弃债权，仍然就全部债权产生诉讼时效中断的效果，此时余女士仅以未向其直接催收而单独主张诉讼时效抗辩不符合诉讼时效制度的目的，该理由不能成立。因此，最终仍判决由陈先生与余女士共同向银行承担还本付息责任。

该类案件在现代社会较为普遍，对债权人的权利保护往往会被离婚双方忽略，自认为双方的分割自然对债权人发生法律效力，并自认为两年过后债权人不通知自己就超过诉讼时效，这是法律意识淡薄的表现，也是对债权人的不尊重。须知，我国具有优秀的诚实信用传统，“欠债还钱，天经地义”，虽然现代社会风险较高，但仍应当充分保护债权人利益，不能过度苛责债权人，国家设立诉讼时效制度也是现代社会效率性要求，是防止“躺在权利上睡觉”，当债权人已明确在行使债权时应当认定为诉讼时效中断。并且，根据《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》第十一条“权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。”可见，即便是离婚后告知了债权人离婚的事实并取得了债权人同意的情况下，债权人仅向夫妻一方进行追收欠款，同样产生整个债权的诉讼时效中断。

夫妻一方借债 债务谁承担？

2016-11-2 北京法院网 达媛

夫妻关系存续期间，若一方以个人名义对外负有债务，该债务应由夫妻一方承担还是由夫妻双方共同承担，一直以来在司法实践中存在较大的争议。关于判定是否由一方承担还有由双方共同承担，在具体案例中，除依据相关法律及司法解释之外，还需要结合案件事实和理由来进行合理地裁判，如：夫妻有无共同举债的合意；夫妻双方是否享受了举债所带来的利益等。由于夫妻之间对外承担债务的问题，一方面涉及到夫妻内部的债务分配问题，另一方面还关系到债权人的交易安全以及社会的正常交易秩序，所以对此问题在审判过程中需谨慎对待。

【案情概述】

陈某（女）与葛某（男）于 1994 年结婚，并育有两子，两人于 2011 年离婚。陈某离婚不久后与李某（男）登记结婚。随后在 2015 年 4 月 22 日与李某离婚后又与葛某复婚。2016 年，债权人蔡某在将陈某、李某、葛某一并诉至法院。

蔡某诉称，2013 年 8 月 16 日，陈某以开一家农家院为由向蔡某借款人民币 30 万元，同时约定 2015 年 8 月 15 日之前还清所有债务，债务到期后，陈某并未按期偿还蔡某借款。蔡某诉称由于借款发生在陈某与李某婚姻存续期间，属于夫妻共同债务，同时，现陈某又和葛某为夫妻关系，且虽陈某与葛某办理离婚登记后，但是一直居住在一起，故蔡某将陈某、李某、葛某诉至法院，请求判令三被告偿还借款本金及利息。

陈某认为，30 万元借款属于她个人的借款，并用于农家院建设，当时借款合同中也明确约定了由她个人偿还，不应由李某和葛某承担，理由有：一、与李某结婚后并没有实际和他一起共同生活；二、该笔借款发生在与葛某离婚后复婚前，不属于夫妻共同债务。

李某辩称，本人不应该承担还款义务。原因有：一、他与陈某仅办理了结婚登记，并未一起生活。二、他对涉案借款并不知情，之前也并不认识蔡某，此笔借款应属于陈某个人债务。三、陈某与葛某离婚后，并未离家，仍共同生活在一起，且蔡某与葛某是三代以内旁系血亲关系，其明知本案中的农家院是陈某和葛某一起开设、经营的。因此，该债务应由陈某个人承担。

葛某辩称，虽然其一直和陈某居住在一起，但是该笔借款发生时他已经与陈某离婚，且该笔借款仅仅用于农家院装修，他本人并未使用过该笔借款，因此，不同意偿还此笔债务。

根据原被告提供的证据材料，法院最终经过审理查明，陈某“离婚不离家”，其始终与葛某居住在一起，并对外一直以夫妻名义生活。陈某向蔡某借款目的确为经营一家农家院，且该农家院是在葛某的住房上改建而成，陈某与葛某也一直居住在该农家院内。上述证据足以证明陈某与葛某共同使用了该笔借款用于农家院建设，并共享收益用于家庭共同生活。因此，葛某应该承担涉案借款的连带还款义务。

【法官说法】

合法的民间借贷关系应受法律的保护，个人之间的借款合同经双方合意，出借人履行出借义务后，合同生效，借款人应依约履行还款义务。

经法院查明，陈某于 2013 年 8 月 16 日向蔡某借款 30 万元，并实际收到借款，因而负有偿还 30 万元借款的义务，至于本案的争议焦点有以下两个：

一是李某对 30 万元债务是否有偿还的义务。根据李某提供的证据及法院经审查认定的事实，该涉案借款发生时，虽陈某与李某处于婚姻存续期间，但是两人并未在一起共同生活，且陈某借款的目的也并非用于维持夫妻共同的家庭生活或者共同经营，而是独自与葛某共同开办、经营农家院。所以根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十三条、第二十四条的规定，以及民间借贷纠纷的特点，由于李某对此借款并不知情，缺乏借款合意，也并未使用过该笔借款，所以涉案借款并非陈某与李某婚姻存续期间内产生的夫妻共同债务，而应该认定为陈某个人债务，由陈某以个人财产进行清偿。

二是葛某对该案借款是否有还款的义务。关于葛某是否要承担涉案借款的还款义务要视情况讨论，陈某在 2013 年 8 月 16 日借款时，葛某与陈某并无婚姻关系，该借款属于陈某与葛某再婚前的个人债务。对于一方婚前所负个人债务应该如何承担，最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）第二十三条规定：“债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。”根据该司法解释的规定，第一种情况下，如果陈某并未将该笔借款用于与葛某再婚后的家庭共同生活，则该笔借款则属于陈某的婚前个人债务，债权人蔡某则不能向葛某主张还款义务；第二种情况下，如果陈某将该比借款用于了与葛某再婚后的家庭共同生活，则该笔借虽为陈某婚前以个人名义所借，但婚后由陈某与葛某共同使用，葛某实际享受了该笔借款的利益。根据责权利相统一的原则，葛某应该负有连带还款义务。

据此，法院作出如上判决。

夫妻同“户”，离婚后一方要求返还户口簿的不予支持

2016-11-09　北京法院网　宿鹏涛

基本案情：

原告王某与被告李某于 2000 年结婚，次年，被告李某的户口从河北省迁入到原告王某的农业家庭户下。2013 年原告王某与被告李某协议解除婚姻关系，后原告与案外人张某结婚。原被告离婚之后，被告李某拿走二人的户口簿，也未将自己的户口迁出。

原告王某认为被告李某不归还户口簿的行为导致自己无法向求职单位提供户口簿，致使自己错过多次工作的机会，同时其配偶张某也无法将自己的户口迁入原告家庭户下。因此原告起诉至法院要求被告李某归还户口簿。

该案后经法院审理，未获支持。

法官说法：

户口簿具有证明住户身份状况及家庭成员相互之间关系的法律效力。户口的登记以户为单位。一般情况下，一个家庭登记在一个户口簿上。在同一个户口簿上的住户都有权利持有户口簿。

在本案中，权利人行使返还原物请求权的前提是其享有权利的物被他人无权占有。原告王某与被告李某的户籍在同一个户口簿上，原告与被告均可以持有该户口簿，被告李某持有该户口簿的行为并无不妥，并不构成无权占有，因此也就不存在返还原物请求权。因此，原告王某的诉讼请求无法获得支持。

（三）检察官视点

（四）律师视点

【观韬家事沙龙第 2 期】不动产新规讲座文字实录

2016-11-02　婚姻家庭与资本市场　高明月

自从《不动产登记暂行条例实施细则》在今年年初出台以后，国务院陆续颁布了《物权法》司法解释一、《不动产登记暂行操作规范（试行）》等一系列不动产新政，受到了人们的广泛关注。人们对于这些法律规定有困惑，有疑虑，也有深思。今天我们请到了资深私人财富管理律师高明月律师以家事领域为视角，从法律层面上分析新近出台的不动产新政给家事领域诉讼实践可能带来的影响。本次家事沙龙更是邀请到了资深房地产从业人员上海市浦东新区房地产交易中心朱迎春老师与大家分享和交流房屋登记相关实务经验，详细解读不动产新规对实务方面的影响。此外还有上海勤锐律师事务所合伙人薛为华律师以及观韬中茂律师事务所多位律师到场，就房屋登记相关理论

和实务热点难点问题发表了各自观点，并展开充分的讨论和交流。

“主持人发言”

在正式开始前，请大家以热烈的掌声欢迎朱老师，朱老师是浦东新区房地产交易中心的资深受理人员，绝对是房地产这方面的专家，另外还有我们律所资深的房地产方面的律师曹老师、勤瑞律师事务所合伙人薛为华律师参会，薛律师对于劳动法、日本业务以及美国投资移民等方面都是非常专业的，非常感谢薛律师今天能过来与大家交流。

今天讲的主题是物权法以及不动产暂行条例对家事业务的影响，为什么定这个为主题呢，大家都知道，最近房地产新政频出，引起了网友热议。我们团队对这些新规定进行了一些梳理，看看这些不动产新政对我们家事业务有什么样的影响。我会在法律层面上进行梳理，之后朱老师将会从房地产登记的一线操作层面上与大家交流分享。最后还会有一个简单互动环节，大家可以相对轻松一点进行一个简单的交流。

“高明月律师演讲”

主讲内容

1 **不动产登记新规简介** 2

对家事法业务的影响

1、《物权法》引出的若干法律问题

2、《物权法》司法解释一引出的法律问题

3、《暂行条例》引出的若干法律问题

一、不动产登记新规简介

我今天主要讲一些相关规定，这些规定按照时间顺序排列。自从 2007 年《物权法》实施以来，有 5 个我认为相对重要的规范性法律文件出台，2015 年 3 月 1 日 《不动产登记暂行条例》、2016 年 1 月 1 日 《不动产登记暂行条例实施细则》、2016 年 3 月 1 日 《物权法》司法解释一、以及 2016 年 5 月 30 日 《不动产登记暂行操作规范（试行）》都是一个线索下来的，同时我也注意到我们现在有很多专家，非法律专业的专家都会说我国现在在不动产登记这个层面已经形成一个完整的体系了，架构已经建立，那么建立以后要干什么？

很多人认为这是在为日后房产税的放开、以及遗产税的开征创造条件，从财富管理和传承的角度来看，很多人不得不去思考一个问题，随着整个登记系统越来越完善，个人所有的房产可能对于国家来讲越来越透明，个人该如何确保自己的房产实现利益最大化？今天我们就来从法律层面和实务角度对房地产新政给家事业务带来的影响进行探讨。我将主要从三个新规来解读这个问题。

二、对家事法业务的影响

1 **《物权法》引出的若干法律问题**“放弃继承”的法律冲突 TOPIC 1

《继承法》 第二十五条

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。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。《物权法》第二十九条：因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。

这个话题是关于放弃继承的，这也是在家事业务领域经常会遇到的一个问题。主要涉及继承法和物权法交叉的一块领域。继承什么时候开始呢，是从被继承人死亡那一刻开始，按照《物权法》的规定，被继承人死亡的时候继承人即取得物权了，结合《继承法》第 25 条可以发现一个问题，这个时候继承人是否还有放弃继承的权利呢？物权一般是可以放弃的，如果在婚姻关系存续期间，这种物权可以放弃么？

如果发生在婚姻关系存续期间，配偶一方放弃继承不仅是放弃物权，还会有损另一半的财产利益。在物权法实施以前，配偶一方这样做是可以的，因为他只是放弃了一种身份权利，但是物权法之后就不同了，按照《婚姻法》和《物权法》的结合来看，配偶一方不能放弃，从《婚姻法》和《继承法》条文的规定来看，一方是有权放弃的。

这种情形经常发生在离婚案，婚内发生了继承，对方为了不让对方靠离婚拿走财产权利要放弃继承，但是被告经常会以《物权法》这条规定来抗辩。这样法条文义上的冲突究竟怎么理解？经过相关检索和研究，我们认为，《物权法》第 29 条着重点在“取得”二字，如果没有放弃继承，之后取得物权的，会追溯到继承开始之时，认为从那时开始物权发生效力。但是如果放弃了继承，未能取得物权则这一条不再适用，这也是家事法官在司法实务中的理解。

《婚姻法》司法解释三 第十五条

婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

这一条款就印证了刚才的逻辑分析，离婚的时候可能财产还没有分割，法官会考虑到配偶另一方可能不想继承遗产，法官要尊重配偶一方的这种放弃继承的权利，离婚时就分割该财产，就等于剥夺了他放弃继承的权利。因此在这条规定中，会规定在离婚时不予分割，待配偶一方确定拿到了继承份额之后作为离婚后财产纠纷处理。所以遗产归遗产，离婚归离婚。

上述几条内容实际上已建立起了一个体系，无论是婚内还是离婚后，配偶一方放弃遗产的权利应该得到法律保护的，对于另外一方配偶，如果作为他的律师，我们最好建议当事人待遗产分割以后再起诉，过早的启动诉讼程序可能会让对方警觉，放弃继承遗产，到头来还是一场空。

“恋爱时期购房”的法律认定 TOPIC 2

《婚姻法》司法解释三 第十五条

婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

《物权法》 第一百零三条

共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

《物权法》 第一百零四条

按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定，不能确定出资额的，视为等额享有。

《上海市高级人民法院关于审理分家析产案件若干问题的意见》

五、恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，析产分割的处理从不动产登记 角度分析，房屋已经确定为恋爱双方共有，双方终止恋爱关系后分割共有财产，符合重大理由需要分割的情形。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，一般以 10%到 30%的份额为宜。

恋爱期间购房，后来分手了，房子怎么分？在物权法之前，法院各执己见，物权法后呢，对于这个问题就统一了。

很多案例中就会出现这种情况：情侣共同出资买方，有的出的多，有的出的少，登记了两个人的名字，这种情况下，二人没有结婚，后来分手了，房产怎么分？但是按照《物权法》的规定，应该按照出资份额分。女方一分钱没出，男方全资，还得区分登记在一人名下还是两人名下。如果女方没出资，登记在两人名下，严格按照《物权法》规定，女方没出资，就拿不到房产份额，即使登记在女方名下，也拿不到财产，从保护女性的角度来讲也是不合理的。

上海高院有一个文件，现在法院也认的，说要考虑具体情形给女方适当分 10%—30%份额。徐汇区有一个案例，男女恋爱期间共同生活了一段时间，买了个房，登记在两人名下，法院从共有物分割的角度给女方分了 10%，因为份额比较小，她也肯定拿不到房子，所以最后是拿房的那方拿 10%的折价款。对女性最不利的一种状态就是，恋爱期间购房，女方没出资，也没登记在她名下，这种情况下法官基本上是不会分给女方份额的。

“婚姻协议房产分割”约定的法律效力 TOPIC 3

《物权法》 第十五条

当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。

《婚姻法》司法解释三 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。

夫妻双方签订的婚前或者婚后签订的协议，涉及到了房产的问题，是否有效？按照《物权法》第 15 条的规定，如果不办理物权登记的，不影响合同效力，在婚姻家事领域该如何理解这一条文？如果夫妻双方婚内签订协议约定：尽管房产证上是男方的姓名，但是房子是属于两个人的，两人各占一半，凭借这个协议，女方是否可以在离婚时要

求男方分一半房产份额给他？按照《物权法》的上述规定，逻辑是可以的。

《婚姻法司法解释三》的第六条规定则好像做出了相反规定。该如何理解呢？最新的实务中，很多法官已经达成一致了，婚内协议，讲到房产，法官直接认为是赠与，可以赠也可以不赠，为了避免日后会因此产生纠纷，作为律师会提醒他去公证一下，否则对方完全可以按照《婚姻法》司法解释三第六条的这条规定来否认对方的这种权利。

《婚姻法》司法解释三 第十四条

当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

在这一条预设的情形下，法院会重新分割财产，如果双方最终登记离婚了，那么这时候此种离婚财产分割协议是有效的，并且效力是远高于婚前和婚后协议的，除非是出现了可撤销、或者无效的情形。如果某人在离婚时签订协议，表明自己要净身出户，把自己名下的房产给对方，离婚一旦登记了，就真的净身出户了，即使不配合对方办理房产登记也是无计于事的，离婚协议在法官那里效力是很高的。

最高院在这个条文中的逻辑是，离婚不仅仅涉及分割财产，更是一个解除身份关系的事情，还牵扯到孩子，是与解除婚姻关系和抚养子女相挂钩的，法官在看待离婚协议的时候，是把他看成是一个复杂的综合体。离婚协议不能是可撤销的，这个综合体也不是随随便便就能解除，随便推翻的。

这也就是为什么离婚协议是不能被随随便便撤销的，离婚协议中达成的财产分割是不能被轻易更改的。但是作为律师，要更加注意这一条。起草完离婚协议，后来双方没能够登记离婚，辛辛苦苦起草的离婚协议也是无效的。

我们有过成功的经验，当时起草离婚协议时加了一条，尽管有婚姻法司法解释三第 14 条的规定，但是现在签署的这份合同签署即生效，这一点很重要。曾经有一个真实的案例，男方急着要离婚，马上就要签协议，但是难免事后男方反悔了，不进行离婚登记，到最后离婚协议便被架空了，经过加入上述的内容，加上双方的谈话笔录，男方到最后只能按照离婚协议中的内容来履行。

“不动产善意取得”对离婚案件的影响 TOPIC 4

《物权法》 第一百零六条

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。

《物权法》司法解释一 第十八条

物权法第一百零六条第一款第一项所称的“受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。当事人以物权法第二十五条规定的方式交付动产的，转让动产法律行为生效时为动产交付之时当事人以物权法第二十六条规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转 让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。法律对不动产、动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意。

很多人认为这一条严重损害了共有人的利益，但是在做这种规定时，立法层面上还是鼓励交易的，而且这种做法能够在一定程度上解决登记部门的审核的难度，我们很多离婚案件中会出现一种情况，案子还没有开始审理或者正在审理中，房子被卖掉了。传统的思路是，只能按照婚姻法第 47 条，就像王宝强和马蓉的案子，证明对方恶意转移财产，少分或者不分财产。

很多人忽略了一点，不动产善意取得不是只签订了合同交了合同款就可以了，按照《物权法》司法解释一第 18 条的规定，不动产善意取得还需要完成不动产物权转移登记。以离婚案件为例，夫妻一方将房产卖给另一方，也按照合理的价格实际交付了，但是没有办理不动产转移登记，按照物权法的说法，模糊的看起来好像对方已经善意取得了，但是，按照这一条司法解释，则只有在双方办理不动产物权转移登记之后对方才能善意取得，那么对于配偶另一方来说，她还是有机会在不动产转移登记之前把房子给追回的。

2**《物权法》司法解释一引出的法律问题**“按份共有人转让房产”的登记难题 TOPIC 1

《物权法》 第一百零一条

按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

《物权法》 司法解释一

第十条

物权法第一百零一条所称的“同等条件”,应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定。

第十一条

优先购买权的行使期间,按份共有人之间有约定的,按照约定处理;没有约定或者约定不明的,按照下列情形确定:

(一)转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的,以该期间为准;

(二)通知中未载明行使期间,或者载明的期间短于通知送达之日起十五日的,为十五日;

(三)转让人未通知的,为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起十五日;

(四)转让人未通知,且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的,为共有份额权属转移之日起六个月。

《不动产登记暂行条例实施细则》 第十条

处分共有不动产申请登记的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人共同申请,但共有人另有约定的除外。

按份共有人转让其享有的不动产份额,应当与受让人共同申请转移登记。

建筑区划内依法属于全体业主共有的不动产申请登记,依照本实施细则第三十六条的规定办理。

按照《物权法》第 101 条的规定，按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。从实务方面讲，什么叫优先购买权，如何行使，不动产转移需要转移登记，这么复杂的规定，在不动产登记部门，他们怎么审核？几个亲戚共同拥有一份房产，按份共有，其中有一个人只占 1%，99%的人想转让，但是那个人不同意，99%的人非要按照《实施细则》第十条的规定去申请过户登记，1%的人不同意，在房地产交易中心是不可能过户的。因为他们规定必须所有的产权人到场才能办理，需要他们明示说自己不主张优先购买权，房地场交易中心才会帮他人办理不动产转移登记。法律有规定但是实践操作中会很难实现。

3**《暂行条例》引出的若干法律问题**“未成年人房产登记”相关问题 TOPIC 1

《不动产登记暂行条例实施细则》 第十一条

无民事行为能力人、限制民事行为能力人申请不动产登记的,应当由其监护人代为申请 。

监护人代为申请登记的，应当提供监护人与被监护人的身份证或者户口簿、有关监护关系等材料；因处分不动产而申请登记的，还应当提供为被监护人利益的书面保证。

父母之外的监护人处分未成年人不动产的，有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。

很多案件中都会出现这个问题，父母和未成年人共有一套房产，父母离婚，按照《婚姻法》和《未成年人保护法》的规定，离婚不能损害未成年人的财产利益，房产登记三人名字，离婚后或者是女方女方和孩子占三分之二份额，或者是男方跟女方共占三分之二，如此，回到前边的话题，按照物权法规定只要占有三分之二份额的人到场即可办理过户登记，现在的情况时，必须全部到场，那么此时如果女方和孩子要转让房产，作为孩子的监护人的父亲必须到场，实务中父亲经常会不配合，到最后房子也只能等到孩子成年之后再出售，在孩子成年之前谁也动不得，这个问题怎么解决，或者以后交易中心会不会有新的规定？

嘉宾朱迎春老师点评：

处置产权的规定不会放宽的，只会更严，现在的操作是没有离婚之前，婚内取得的，把房子变更好了，要卖掉，必须双方父母到场同意。离婚后一方买的房，登记在夫妻一方和孩子名下，只要该一方在场就可以办理过户登记，无需另一方同意。动迁房无论是婚内还是离婚后取得的，处分小孩子的产权时父母都必须到场。无论父母是否离婚，父母对孩子的监护权是会持续到孩子 18 岁的。

“房屋继承过户”的相关问题 TOPIC 2

《不动产登记暂行条例实施细则》 第十四条

因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书。

《不动产登记操作规范（试行）》 第 1.8.6 条

因继承、受遗赠取得不动产申请登记的，申请人提交经公证的材料或者生效的法律文书的，按《条例》《实施细则》的相关规定办理登记。申请人不提交经公证的材料或者生效的法律文书，可以按照下列程序办理.....

这是一个新的热点，各大公证处都在热议，过去房产继承登记，要不就是继承公证，要不就是法院判决。现在公证继承变成了可选项，并不是必需的，减少了公证处很大的一块业务量。按照《不动产登记操作规范（试行）》第1.8.6条的规定，原来属于公证处做得事情现在全部由当事人自己做了，但这也就直接增加了房产交易中心的审核工作量和审核难度、风险。问题是，房产交易中心是否能够承受这样的风险？根据我目前所了解到的情况，这个规定在上海目前仍未落地实施，交易中心压根没有这样的人力、物力来做这样的事情。但是规定毕竟已经实施，需要一个过渡的过程，但趋势是不容改变的。至于媒体很多评论说这对律师，尤其是家事律师来说是一个机遇，我认为有一定道理，但是问题的关键在于交易中心认不认？加入我们律师做这样的业务，出具了继承的法律意见书，交易中心认不认？这些都有待观望。

“异议登记”的效力问题 TOPIC 3

《物权法》 第十九条

权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的,申请人在异议登记之日起十五日内不起诉,异议登记失效。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。

《不动产登记暂行条例实施细则》

第八十三条

不动产登记机构受理异议登记申请的，应当将异议事项记载于不动产登记簿，并向申请人出具异议登记证明。

异议登记申请人应当在异议登记之日起15日内，提交人民法院受理通知书、仲裁委员会受理通知书等提起诉讼、申请仲裁的材料；逾期不提交的，异议登记失效。

异议登记失效后，申请人就同一事项以同一理由再次申请异议登记的，不动产登记机构不予受理。

第八十四条

异议登记期间，不动产登记簿上记载的权利人以及第三人因处分权利申请登记的，不动产登记机构应当书面告知申请人该权利已经存在异议登记的有关事项。申请人申请继续办理的，应当予以办理，但申请人应当提供知悉异议登记存在并自担风险的书面承诺。

很多人对这个有误解，交易中心将它作为一个登记事项，它存在的意义是什么呢？保障了权利人、利害关系人有一个缓冲的时间，有人就想，干脆不要财产保全了，异议登记就好了，异议登记之后将起诉的材料交给交易中心，异议登记就一直有效，比财产保全要方便很多。

《不动产登记暂行条例实施细则》第84条出台之后就有问题了，有可能案子正在审理过程中，对方只做了一个自担风险的书面承诺就可以把房子卖掉了，案子还没判下来，争议标的已经被转移了，胜诉了也没有意义了。所以这个条款大家一定要注意，不要以为异议登记了就可以万事大吉了，保险起见，还是要去申请财产保全。

实务当中，这种情况下，交易中心会如何处理？交易中心如果在某人提供了担保之后就帮助转移登记，但结果原告胜诉了无法执行。此时，原告是否有权起诉房地产交易中心，要求交易中心承担赔偿责任？这些目前还没检索到案例，稍后有请朱老师为我们解答一下。

“不动产资料查询”的相关问题 TOPIC 4

《不动产登记暂行条例》 第二十七条

权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料,不动产登记机构应当提供。有关国家机关可以依照法律、行政法规的规定查询、复制与调查处理事项有关的不动产登记资料。

《不动产登记暂行条例实施细则》 第九十八条

权利人、利害关系人申请查询、复制不动产登记资料应当提交下列材料: (一)查询申请书;(二)查询目的的说明; (三)申请人的身份材料;(四)利害关系人查询的,提交证实存在利害关系的材料。

这个网上大家争议最激烈，按照规定说权利人、利害关系人和司法机关可以查，如果房子登记在一方名下，配偶和子女算不算利害关系人、权利人？实务中很多当事人想要起诉离婚，想看一下对方有没有先转移财产，这种情

况下交易中心会如何处理？他怎么证明他是权利人或者利害关系人？子女可能更难，他们该怎么保障自己的权利？另外就是买卖合同、居间合同的相对方如何查询？可是一般是想先查好在确定是不是要签合同呢，现在合同优先了。

房产异议登记人不可能是这里所说的利害关系人，他根本查不到信息，他怎么去提出异议登记？有没有途径？关于法院，想查房产信息，必须要起诉，一般是立案以后才能申请调查令，或者诉前也有调查令，但是效力会打折扣，可是很多情况下当事人是没有必要起诉的，结果到最后是必须要走过诉前调解，正式立案之后才能查到房产信息，这很显然是浪费诉讼资源的，而且也是很没有必要的。这个问题，稍后有请朱老师为我们介绍交易中心最新的操作实务。

自从《不动产登记暂行条例实施细则》在今年年初出台以后，国务院陆续颁布了《物权法》司法解释一、《不动产登记暂行操作规范（试行）》等一系列不动产新政，受到了人们的广泛关注。人们对于这些法律规定有困惑，有疑虑，也有深思。今天我们请到了资深私人财富管理律师高明月律师以家事领域为视角，从法律层面上分析新近出台的不动产新政给家事领域诉讼实践可能带来的影响。本次家事沙龙更是邀请到了资深房地产从业人员上海市浦东新区房地产交易中心朱老师与大家分享和交流房屋登记相关实务经验，详细解读不动产新规对实务方面的影响。此外还有上海勤锐律师事务所合伙人薛为华律师以及观韬中茂律师事务所多位律师到场，就房屋登记相关理论和实务热点难点问题发表了各自观点，并展开充分的讨论和交流。

“主持人发言”

在正式开始前，请大家以热烈的掌声欢迎朱老师，朱老师是浦东新区房地产交易中心的资深受理人员，绝对是房地产这方面的专家，另外还有我们律所资深的房地产方面的律师曹老师、勤瑞律师事务所合伙人薛为华律师参会，薛律师对于劳动法、日本业务以及美国投资移民等方面都是非常专业的，非常感谢薛律师今天能过来与大家交流。

今天讲的主题是物权法以及不动产暂行条例对家事业务的影响，为什么定这个为主题呢，大家都知道，最近房地产新政频出，引起了网友热议。我们团队对这些新规定进行了一些梳理，看看这些不动产新政对我们家事业务有什么样的影响。我会在法律层面上进行梳理，之后朱老师将会从房地产登记的一线操作层面上与大家交流分享。最后还会有一个简单互动环节，大家可以相对轻松一点进行一个简单的交流。

“朱老师演讲”

主讲内容

1 **查询原始材料** 2

限购新政

3 **外籍人士购房要求**

1、查询原始材料

交易中心关于原始材料的查询比较紧，只有法院、有判决书的（只判决离婚，无关财产，夫妻关系证明）、委托公证书（产权人委托卖）、法院受理单，产权人，配偶是不能查原始材料的，只能查房子是否还在另一半名下。对于父母所有的房产，孩子也不能查。利害关系人凭借居间合同，定金合同，正式买卖合同也是可以查到房屋原始材料的。实践中，房产中介是可以拿着居间合同，以及所有产权人的身份证复印件查房产信息的。

夫妻一方可以凭借结婚证，户口本查询在其配偶另一方名下的财产。两个证件必须都带齐，因为有时候可能双方都已经离婚了，户口本没能及时更新导致户口本上显示不出来已离婚的信息，因此，保险起见会要求带齐双证。

配偶一方要把房产变更到另一方名下，拿着结婚证和身份证，双方到场，即可从一方名下变更到另一方名下，不是属于证明，赠与、转移，无需签协议，也不用交税。

离婚证和离婚协议书，身份证，协议书上必须要注明房屋的地址，变更给谁，如果要变更给孩子，则在变更的时候得收税。如果在离婚协议中，写明把部分产权给孩子，先明确那部分是多少，夫妻之间变更就好了，对孩子那部分的产权需要写买卖合同或者赠与合同。

夫妻调解离婚的，不涉及财产分割的，房屋过户双方可以按照签订合同处理。如果调解失败，诉讼离了婚，法院做出判决书，房产交易中心都是按照法院的判决书来操作的。如果当事人超过十五天没有申报的，需要同时携带法院的生效证明，如果对方不配合的话，就需要法院那里出一个执行通知了。有些法官判决书中会写的很清楚，房产中心会完全按照判决书的内容来做的。如果房子涉及抵押，需要先去银行做变更，银行换证之后再去交易中心进行变更。

2、限购新政

一个上海家庭可以购买两套房产，在这里家庭的概念是这样的：夫妻和未成年子女算一个家庭。子女满 18 周岁，单身，可以购买一套房产。外地和上海的算是一个上海家庭。如果父母都是外地的，但是子女是上海的，子女上产证，才也算是一个上海家庭。父母一方单身带子女算是单身，在上海可以购买一套房产。

外地人在上海买房需要结婚，并且社保交了 5 年或者税单交满 63 个月中 60 个月，和今年“3.25 新政相比”，放宽三个月。 两个人如果都是外地的，只能买一套房。

限购政策是从 2011 年 1 月 31 日开始的，房产税是从 2011 年 1 月 28 日开始的，上海家庭在限购之前跟父母的，无论买房的时候已经结婚或未婚，都算父母的。如果女方家庭有两套，男方家庭有两套，男女结婚了之后还可以再买两套方。

2016 年 10 月 8 号之后，不管交易不交易都是要分份额的，不分份额没法交易，这也是为之后交遗产税，房产税做铺垫的。如果产证是夫妻二人的，一方过来登记，另一方写个委托书，无需公证也是可以过来登记的。但是这种情况下只能持一本证（一个房上有好几本产证），做共同共有，并且不能设密码。10 月 8 日之后都是要在房产上分清份额的，夫妻和小孩共有一分房产，除非三人都到场，否则都要分份额。

离婚后一方买进的房产，登记在小孩名下，或者是登记在小孩和父母一方名下，买房的那方到场就好；对于离婚前买进的房产并且登记在小孩名下的，如果要过户登记，需要双方到场。具体操作时是会看买卖合同签订的时间的。

3、外籍人士购房要求

区分港澳台和纯境外的外籍人士。

港澳台胞在上海购房只要求在上海工作，香港人需要携香港身份证（永久）或者回乡证办理业务，台湾同胞则需要台湾通行证办理业务。

纯境外包括中国护照加绿卡，可以买一套房，境外人士必须在中国学习、工作满一年。绿卡要求是要上交中文版的，需要做一个声明公证，以证明原来护照号码是持证人本人的，因为护照号通常会有变化。即使护照号码前后没有变化，办理业务的人还是需要做一份声明公证，用以证明绿卡中的中文名字确实是指他本人。境外人士必须要交房产税，他们经常会用身份证来逃税。

按份共有的情形下，如果部分共有人想要转移房产，则需要全部人到场签字确认。

对于无民事行为能力，需要法院判决某个人是无民事行为能力人，如果法院判决书中只宣告了某人为无民事行为能力人，没有指定监护人，那么这时需要去街道办事处那边指定法定监护人。并且还要承诺，把房子卖了，她该住在哪里，要写个承诺书。监护人可以是两个人，两人都需到场，除非在该指定书中写清楚一个人也可以行使监护。

从 10 月 8 日开始，房产证实行一证一个编号，没有重号，也是为征收房产税做铺垫。新的房产证已经出来了，写得很清楚，共有情况，持证，多人持证还是一人持证等内容。

上海内部的房产信息是不联网的，每个区各自行使各自的职能，浦东目前只跟南汇那边实现了联网。受理点，最主要在德平路，南泉北路，还有野生动物园那边，南泉北路针对开发商办大产证，土地抵押，在建工程转让，为单位的查阅设了两个窗口，一般的查询都是在德平路。

“讨论环节（节选）”

问题 1：每个区都不联网，怎么确定一个人有几套房？

朱老师解答：主要还是靠申报，申报完了以后会转到查询窗口查询，查询产权人名下的房子有多少，查询结果会直接给到税务机关，不给个人，税务部门根据查询结果确定税率，不管是否超过限购数额，只管让产权人交税，这样就很容易产生争端（比如税交了才能发现自己被限购了），但是目前也是无法避免。境内人士要查限购，境外人士在中国只能买一套房，因此会需要查限购。

问题 2：法院的受理通知和调查令是不是必须要注明要查某套房，否则随便一个调查令就可以查很多套房产信息了？

朱老师解答：如果查的房子是公司所有的，拿公司营业执照复印件和法院受理通知单就可以查询房产信息。一般也都会有案号，当事人等信息的，交易中心在受理的时候是会区分情况来作处理的。

夫妻一方出卖双方名下房产的法律判断

2016-11-03 审判研究 江苏法舟律师事务所 林佳业

房地产市场的火热，催生多种社会现象，引发了一些纠纷和法律问题。在商品房价格一涨再涨的情势下，涉及

夫妻名下的房屋买卖产生了诸多争议。

现实生活中，有些房屋登记在夫妻双方的名下，房屋为夫妻共同共有。然而在出售房屋并签订买卖合同时，仅仅有夫妻一方签名，而后卖方反悔，以共有人未签名为由主张合同无效。此种情形下合同效力如何？买方可否要求继续履行合同，将房屋过户至己方名下？如不能要求继续履行，则卖方应否承担赔偿责任，赔偿标准是什么？

合同效力问题

一、是否构成签名方对未签名方的代理 ？

虽然仅夫妻一方（签名方）签署了合同，但鉴于其知晓房屋为夫妻共有，且于签约时其内心希望该合同之后能够得到完全履行，即希望该合同对未签名方亦生效力（对意思表示进行解释应以意思表示做出的意思为准，所以对签名方的意思表示进行解释时不应考虑其之后反悔不再希望合同得到履行的想法）。

因此，对签名方的签名应当作出如下解释：该签名实际包含了以下两层意思：其一，签名方以自己的身份签名；其二，签名方以未签名方代理人的身份签名。也因此，签名方的一方签名中其实包含了对未签名方的代理行为。

二、有否代理权及合同效力

肯定代理行为后，紧接着需要考虑的是签名方代理行为的效力。结合现实情况，下文分别以五种情形展开分析。

情形一、未签名一方事先同意出卖房屋，比如其事先出具了同意卖房的声明。

情形二、未签名一方在签订买卖合同的现场，对签名方签订合同未表示反对。

对于上述两种情形，签名方的行为均为有权代理。民法通则第 63 条第 2 款明确规定 ，被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任；婚姻法解释一则在第 17 条第 2 项规定 ，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。由此，签名方为未签名方做出的法律行为的效果及于未签名方，那么这里可以得出如下结论：房屋卖方的意思表示系夫妻双方共同做出，继而合同生效且对夫妻双方和买方均产生约束力。

情形三：未签名一方作出过同意出卖房屋的意思表示，而在签约之前又不同意卖房，但并未将不同意的意思表示告知买方。

此时，基于买方对签名方有代理权的信赖，签名方的代理行为应当构成表见代理。根据合同法第 49 条的规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。再结合前述婚姻法解释一第 17 条第 2 项规定 ，签名方的代理行为对未签名方有效，因此应认定合同生效，且对夫妻双方和买方均产生约束力。

情形四：未签名一方在签订合同之前和签订合同之时，并无任何明确的意思表示，但事后参与了合同的部分履行，如收受房款、交付房屋钥匙以及清空房屋等。

对于上述情形，签名方虽为无权代理，但未签名方以其行为对签名方的代理行为进行了追认。判断此种情形下的合同效力，主要有如下依据：民法通则第 66 条第 1 款 ，没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任；合同法第 48 条第 1 款 ，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任；合同法解释二第 11 条：根据合同法第四十七、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。依据上述规定，可见签名方代理行为的效力及于未签名方，合同生效且对夫妻双方和买方均产生约束力。

情形五：未签名方对签名方的代理行为既未授予代理权且事后亦未追认。

这种情形并无争议，显然不成立夫妻双方与买方之间的合同。

三、情形五中买卖合同的效力及义务主体

上文虽已得出情形五中夫妻双方与买方之间合同不成立的结论，但是仍需考查两个问题：一、签名方与买方之间的合同是否生效？二、如前述问题的答案为肯定的，未签名方是否应就签名方的债务承担连带清偿责任？

针对问题一

合同法在第 51 条作出规定：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。再来看一看物权法第 97 条的规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。婚姻法司法解释一第 17 条第 2 项前句亦明确 ：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。那么，处分共同共有财产须经全体共同共有人同意。因此，针对情形五似乎

可以得出初步结论：签名方签订合同，出卖夫妻共有的房屋因没有取得未签名对处分权的授权，所以合同是无效的。

然而，需要注意的是，虽然我国实务界不承认物权行为，但我国民法沿承大陆法系债物二分体系，区分负担行为和处分行为，这在法律制度设计上已有清晰体现，如物权法第 15 条。同时，最高法院明确承认此原则，在最高法院编写组所编的 《买卖合同司法解释适用解答》 一书中，亦表达了这样的理解。[1]

传统民法理论认为：行为人是否有处分权不影响负担行为的效力，无处分权时只发生处分行为无效之效果。[2] 对于合同法第 51 条违背传统民法理论的做法，最高法院在合同法解释二第 15 条以及买卖合同司法解释中均作了修正。合同法解释二第 15 条作出规定：出卖人多重买卖而买受人无法取得标的物的，买受人可以要求出卖人承担违约责任。需要注意的是，承担违约责任的前提为买卖合同有效，因此即使卖方在签订第二份买卖合同时对房屋已无处分权，买卖合同仍然有效。对此问题，买卖合同司法解释第 3 条规定的更为明确 ：当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

有的观点认为：应当将合同法第 51 条作如下限缩解释：合同法第 51 条规定中 “处分”和 “合同”，仅指处分行为即标的物之物权的转移变更，而不包括负担行为即处分合同在内。”[3] 司法实务之中，法院亦已采纳无处分权人签订的房屋买卖合同应为有效的观点。

在（2015）常民终字第 867 号判决中，法院认为：

讼争房屋为可售性商品房，该房屋的买卖合同并不违反相关法律的效力性规定，虽然钱才庚为无处分权人，其与卢阿庚签订的涉案房屋买卖协议仍属合法有效。

综上可知，问题一的答案是：签名方（无权处分人）与买方订立的房屋买卖合同应为有效。

针对问题二

虽然问题一的答案是肯定的，但由于未签名方未就买卖合同达成合意，其亦并非合同的当事人，因此买方不得依据合同法第 135 条 ，要求未签名方履行合同，又由于签名方对房屋无完全的处分权，因此房屋所有权转移登记无法完成。

接下来需要考查的问题是：虽然未签约方不是房屋买卖合同此一意定之债的债务人，但此种情形下根据我国现有法律规范是否发生法定之债，继而未签名方因法律规定亦需承担合同中义务呢？

婚姻法司法解释二第 24 条作出规定：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。那么，对于上述条文中的“债务”应作如何解释呢？民通意见第 43 条则是规定 ：“ 在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿 。”最高法院法官亦在著作中认为：一方为夫妻共同生活或共同生产经营所负债务，或仅一方从事生产、经营活动中建立的债务，但收益归家庭共享的，债务均应被认定为夫妻共同债务。[4] 因此对该 “债务” 应作符合传统民法理论之解释：上述规定中未对债务的种类、内容作出限定，不仅夫妻一方借款（单务合同）中的还款义务是债务，而且任何通过合同（也包括生活生产中签订的双务合同）约定所形成的债务（如给付义务、附随义务）均构成民法中的债务。

本文讨论的案情之中，签名方与买房人签订房屋买卖合同，其实就是夫妻一方以个人名义建立债务。依上述相关规定，未签名方虽然未就房屋买卖达成合意，但结合最高法院民一庭 《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》 之中关于推定夫妻共同债务的举证责任的内容，[5] 如无法举证签名方负债不是为了夫妻共同生活或共同生产经营，则未签名方仍需承担此合同项下卖方的义务，其中就包括将房屋所有权转移登记至买方名下的义务。

法律后果

根据上文结论，不管发生意定之债（情形一至情形四）抑或法定之债（情形五中对未签名方），夫妻双方都应承担买卖合同中卖方项下的义务。因具体案情不同，买方所能主张的请求权内容及请求权基础不同，下文分开讨论。

一、卖方给付义务尚能实际履行

针对情形一至情形四

1、买方得请求继续履行

如卖方反悔不履行房屋过户等义务，依据合同法第 107 条的规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任 ” ，买方可请求夫妻双方继续履行并协助办理过户手续。合同中约定卖方需配合买方办理贷款事宜的，夫妻双方均有义务配合。

2、买方得另行请求赔偿损失（与给付并存的损害赔偿）

由于卖方迟延履行义务，比如迟延交付房屋，或者迟延配合办理贷款事宜致买方有损失的，依据合同法第 112 条的规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失”，买方还可请求卖方赔偿损失（履行利益），该项损失也包括买方不能及时入住而需另外租房居住所产生租金损失，或买方已与第三人就该套房屋又签订买卖合同，现因买方无法向第三人履行义务，致合同解除时两份买卖合同中出现了房屋价款的差价，或与第三人合同中就迟延履行约定的违约金。

3、买方得解除合同并请求返还购房款、赔偿损失

合同法第 94 条第 2 项规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务 …… 如卖方在过户义务到期前，就向买方明确表示或者以自己的行为表明不履行过户义务，买方可以解除买卖合同。商品房买卖合同司法解释第 15 条规定：根据《合同法》第九十四条的规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。卖方在过户义务已届清偿期后，经买方催告在三个月内仍不履行的，买方可依据合同法第 94 条第 3 项解除合同。

合同解除后，买方则可依据合同法第 97 条，[6] 要求返还已支付的价款，并主张赔偿损失。

关于损失的计算问题，根据合同法第 113 条 ，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。具言之，如房屋价值在买卖合同签订后发生上涨，或买方又签订买卖合同情形下存在转售利益的，则房屋差价或转售利益应为买方的损失。这点亦体现在部分高院的规范性文件之中：

北京高院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》 第 24 条规定：

房屋买卖合同签订后，因一方当事人根本违约致使另一方订立合同的目的不能实现，守约方要求解除合同，并要求违约方赔偿房屋差价损失、转售利益损失等可得利益损失的，应酌情予以支持，但当事人另有约定的除外。

上海高院《关于审理 “二手房” 买卖案件若干问题的解答》中规定：

合同签订后，一方不愿意再履行买卖合同，而另一方坚决要求继续履行的，如何处理？答：按照约定全面履行合同义务是合同履行的一项基本原则。因此，除合同另有约定或出现可单方解除合同的法定情形外，无论是合同签订后的预期违约还是合同履行期届满后的实际违约，如另一方坚决要求继续履行的，除符合《合同法》第一百一十条规定外，应责令双方继续履行。在履行义务的同时，另一方还有其他损失的，应当赔偿损失。

根据合同法第 114 条第 2 款的规定：约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；以及合同法解释二第 28 条中的规定：当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。即使合同中对卖方违约的情况约定了违约金，如果违约金数额不足以覆盖买方的上述损失，买方也可以不超过实际损失额为限，要求增加违约金。

针对情形五

此情形下，买方向签约方请求继续履行的请求权基础同情一至情形五的情形。买方向未签约方请求继续履行的请求权基础依据为两条：婚姻法解释二第 24 条结合合同法第 107 条。其他请求权内容及请求权基础同情形一至情形四的情形。

卖方给付义务已发生给付不能之情形

倘若卖方又与第三人签订了房屋买卖合同，即通常所说的一房二卖，且已将房屋过户至第三人，那么卖方就实际无法向买方履行过户义务。根据合同法第 110 条第 1 项规定 ，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行 …… 此时，卖方的给付义务也就是所有权转移登记的义务已经消灭，即买方不得再向卖方主张房屋过户。

根据商品房买卖合同司法解释第 8 条第 2 项，具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人 …… 那么 ，在给付不能的情形下，买方只有主张解除买卖合同，并得根据商品房买卖合同司法解释第 8 条请求返还已付房屋价款 、赔偿损失（替代给付的损害赔偿）。

针对损害赔偿额的计算，商品房买卖合同司法解释第 8 条规定 ：买房人得主张已付房款的利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任，也即惩罚性赔偿。针对这一条文之中“赔偿损失”中的

“损失”，应可参照上文中损失计算标准。

法律评析

从上文分析可以看出，夫妻一方出卖登记在双方名下房产后应守约履行合同。卖方毁约不仅不能带来任何利益，反而还应承担额外损失。法律鼓励诚信，惩罚不诚信行为，望订约者三思而后行！

[1] 最高人民法院编写组编：《买卖合同司法解释适用解答》，人民法院出版社 2012 年版，第 22 页。

[2] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 159 页。

[3] 前引 [1]。

[4] 王林清、杨心忠、赵蕾：《婚姻家庭纠纷裁判精要与规则适用》，北京大学出版社 2014 年版，第 316 页。

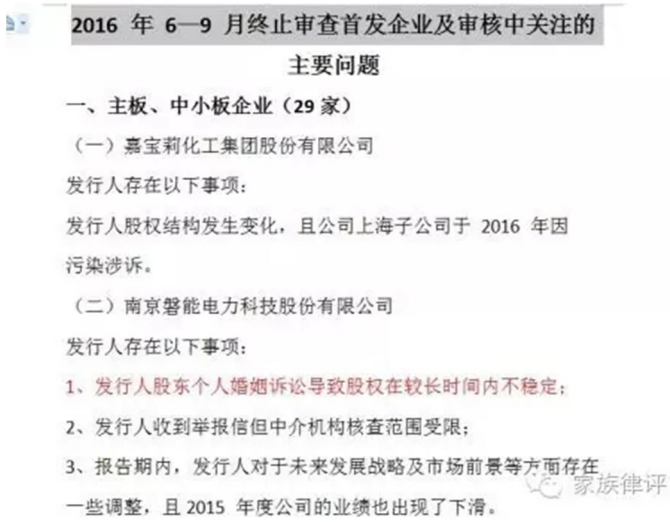
[5] 在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。

[6] 合同法第 97 条：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。

证监会“揭密”终止首发原因，发起人“婚变”自此难恐过关！

2016-11-05 家族律评 贾明军律师

2016 年 11 月 4 日，中国证监会集中公布 56 家企业中止首发企业情况，在《2016 年 6—9 月终止审查首发企业及审核中关注的主要问题》[中国证监会网站：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201611/t20161104_305454.html]中，对申报主板、中小板企业首发上市的南京 P 电力科技股份有限公司的被否原因中列明了以下 3 项，而首当其冲的就是“*发行人股东个人婚姻诉讼导致股权在较长时间内不稳定* ”。而 P 公司，成为本年度证监会发布终止首发企业的第一例！2011 年，土豆网发起人股东因婚变对 IPO 产生了影响上市地在美国，而 5 年之后，因婚变影响公司 IPO 被证监会明确“否决”的案例在 A 股“上演”了。



2016 年 6—9 月终止审查首发企业及审核中关注的主要问题

一、主板、中小板企业（29 家）

（一）嘉宝莉化工集团股份有限公司

发行人存在以下事项：

发行人股权结构发生变化，且公司上海子公司于 2016 年因污染涉诉。

（二）南京磐能电力科技股份有限公司

发行人存在以下事项：

1、发行人股东个人婚姻诉讼导致股权在较长时间内不稳定；

2、发行人收到举报信但中介机构核查范围受限；

3、报告期内，发行人对于未来发展战略及市场前景等方面存在一些调整，且 2015 年度公司的业绩也出现了下滑。

家族律评

一发起人“婚变”对 IPO 影响的核心原因

经 2015 年 11 月 6 日中国证券监督管理委员会第 118 次主席办公会议审议通过，自 2016 年 1 月 1 日起施行《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称“《首发办法》”）第十三条规定：“发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷”。由此，*《首发办法》中要求发行人股权结构清晰、不存在重大权属纠纷是上市挂牌的核心基础。*

《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：工资、奖金；生产、经营的收益。。。”

由此，我国实行“夫妻财产共有制”，夫或妻婚后取得的财产，一般均被视为共同财产。婚后取得股权，除非指定赠与，一般也会被认为是夫妻共同财产。

即使是结婚之前就拥有公司股权，但基于婚后个人股权的收益部分（即我们通常所说的“分红”）也为夫妻共

同财产。

对此，除了《婚姻法》，最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）（以下简称《婚姻法司法解释（三）》）第五条也明确规定了“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”。

在 A 股主板、中小板或创业板公司，都是公众性的股份公司，其“资合”性决定了股票流通性是其区别于有限责任公司的重要特点，同时，*由于夫妻婚变导致股权分割，也相对容易和简单，不受有限公司其他股东“优先购买权”的限制，甚至可以直接按股票数额予以分割，从而导致发行人股权结构发生重大变化，影响企业运营的稳定性。*

事实上，不仅离婚可能导致公司股权结构重大变化，而且结婚亦可。上海游久游戏股份公司（SH-600652）第二大股东刘先生与第三大股东代女士在公司上市后结婚，导致其持股比例高于第一大股东，也是构成了公司股权结构的重大变化。由于结婚持股信息未披露，为此，上海证券交易所还专门下发了批评文件即《关于对上海游久游戏股份有限公司股东刘 X、代 X 予以通报批评的决定》[上交所网站：http://www.sse.com.cn/disclosure/credibility/measures/criticism/c/c_20160520_4116783.shtml]，可见，婚姻关系的变化，导致股权结构变化是一件很重要的事！

二发行人“婚变”可能的严重后果

从南京 P 科技股份有限公司的预披露材料可见其股权结构比例。

三、持有发行人 5%以上股份的股东持股意向及减持意向

持有公司 5%以上股份的股东为姜红辉、上海电气输配电集团有限公司、聂炜、寇建立、于成功，上述股东就持股意向作出如下承诺：

1、姜红辉、聂炜、寇建立、于成功承诺：

（1）本人作为发行人的股东，按照法律法规及监管要求，持有发行人股份，并严格履行发行人首次公开发行股票招股说明书披露的股票锁定承诺。

（2）减持方式：在本人所持发行人股份的锁定期届满后，本人减持所持有发行人股份应符合相关法律法规及证券交易所规则要求，减持方式包括但不限于二级市场集中竞价交易方式、大宗交易方式、协议转让方式等

家族律评

上市公司实际控制人或一致行动人在公司起着重要的决策作用，这种控制权的稳定性在 IPO 审核时会被予以重点关注。如果发起人、特别是持股比例较高的实际控制人或一致行动人的股权因婚变导致分割，可能会对公司产生重大影响。包括但不限于：

1、影响现有“一致行动”关系的持股比例。

2、影响实际控制人、大股东的持股比例。

3、影响公司重大决策，使公司经营复杂化。

4、影响发起人、管理、经营层工作投入的积极性。

以上分析情况，只是基于婚变这一“结果”的分析，而事实上，离婚是通常需要一个过程，特别是涉及巨额财产分割时，诉讼期间漫长，甚至可以拖延数年时间，真可谓“*一将离婚，拖累三军*”。南京 P 公司被否的原因就属此种，证监会披露的原因是“发行人股东个人婚姻诉讼导致股权在较长时间内不稳定”，从此可以看出，其离婚诉讼已经“较长”，且还没定论。

结婚难，离婚更难，拟上市公司股东离婚更是难上加难！

对于可期待的诱人利益，能够心平气和地谈判调解解决纷争需要艺术和素养，需要平等及谈判交流，即使如此，大多数的案例也在上演着激烈的“离婚争产大战”，漫长的诉讼，可谓是“鱼死网破”的两伤之路。

三企业防范“婚变”影响 IPO 进程的准备与防范

以往企业 IPO，不论是从券商、还是从证券律师的角度，都将关注焦点集中于企业本身，而往往忽视股东私人原因（特别是婚姻、继承因素）可能造成的影响。2011 年土豆网因离婚因素赴美 IPO 受阻后[在土豆网 2011 年 6 月向美国 SEC 第二次提交招股说明书时[http://finance.qq.com/a/20110621/000407.htm]，就有多处关于 CEO 离婚信息的细节说明，并显示土豆网 CEO 已与前妻在 6 月 10 日达成离婚后财产纠纷诉讼和解的信息披露。]，“土

豆条款”的设计开始受到私募投资界关注。

对于股东婚变因素对企业 IPO 的影响，可以在企业发展的不同时期分别考虑防范方案：

1 初创“种子期”的公司

配偶一方在婚姻关系存续期间创业设立公司，即使没有签订过婚内财产协议，也完全可以单独就投资 A 公司之初，以单项财产约定的形式，完成“土豆条款”的设置。并且，越是初创期的公司，非持股另一方的认可度与配合度就越高、就越能达成共识。

2 成长期的公司

已经进行了 A 轮或 B 轮融资的公司，如果公司健康成长、有进一步融资的可能性，则在下一轮融资之前，应对公司主要股东或高管的婚姻继承因素进行评估，并建议出具《融资家事因素风险报告》。此时“土豆条款”的核心，是配偶一方名下目标公司股权的性质约定。

3“成熟期”的创业公司

此时，公司往往完成了股改，由有限公司变更为股份公司；或“红筹”境外上市的公司股权架构搭建业已完毕，甚至企业已经在 IPO 排队进入“窗口”期，此时，再补签“土豆条款”的安排将非常敏感，非持股配偶一方的心理期望与谈判筹码已随着过会、上市的可能而随着市盈率的翻倍而提升。可以说，夫妻感情此时若进入“危险区”，非持股配偶一方的一纸诉状、或者一张查封申请、甚至一封律师函均可将 IPO 拖向泥潭。

当然，不仅限于拟 IPO 的公司，上市公司收购的目标公司、以及定向赠发的目标公司的股东的婚姻、继承问题，亦同样需要引起高度关注。

IPO 企业因婚姻、继承原因导致上市受挫已成为资本市场关注的重点，相信南京 P 公司因发起人婚变诉讼被否决不是最后一例。除了 A 股，新三板万余家已挂牌公司或排队挂牌公司也不乏类似者。笔者估计*约有 5%的拟上市公司或拟挂牌新三板企业发起股东存在严重的婚变影响*，笔者专著《上市公司股权分割与传承》（法律出版社 2016 年版） 已有详尽的描述。

证监会此次披露企业 IPO 被否和股东“婚变”的因果关系，会让越来越多的券商、拟上市企业股东、证券律师、投行关注婚姻、继承因素对企业资本运作的影响，*IPO 的辅导期，目前部分在北京、上海的 IPO 企业，已根据股东具体情况已安排优秀的家事律师介入，提供专项服务*，这确属明智之举。不难预见，发起人大股东“婚变”一票否决制或将成为常态。各排队 IPO 企业必须自查解决隐患，避免前车之鉴！

两岸家事案件执行问题比较研究

——父母对未成年子女扶养之刑事责任

2016-11-07 台湾成鼎律师事务所律师 梁维珊

前言：所谓刑法不入家门，但在保护未成年子女之最佳利益前提下，刑法是否也应在适当时机切入？有鉴于两岸交流频繁，除婚生子女之保护外，对于非婚生子女之保护，不因其为非婚生子女而牺牲对其之生存保护。为此，作者整理台湾地区最高法院实务见解，并提供大陆地区刑法暨家事法领域知名实务学者之看法，就父母对未成年子女扶养之刑事责任，提供几个法律风险整理，以维护两岸人民之婚生或非婚生子女之生存权益。

首先，笔者先就台湾地区与大陆地区间几个家事事件名词做基本介绍。夫妻各为大陆地区人民与台湾地区人民，于婚姻关系存续中所生之子女，均为婚生子女，嗣因故离婚，取得子女权利义务之行使与负担者，在台湾通称「监护权」，在大陆称之为「抚养权」。在台湾未任监护之一方，依台湾民法之规定享有会面交往之权利，通称为「探视权」，在大陆则称之为「探望权」，以下笔者之用语以台湾地区民法为主。

不论在台湾或大陆，通常未取得监护权之一方，对未成年子女除享有探视权外，仍不免其对未成年子女之扶养义务，然而不幸的是，很多时候即使约定了仅有探视权之一方需给付他方（任监护权且为主要照顾者）对未成年子女之扶养费，该仅有探视权之一方亦出于与前配偶间仍有敌意而拒不给付扶养费，导致影响未成年子女之生存维护，这部分在台湾地区或大陆地区的刑法可能如何论罪？此即本文讨论之重点。

依据台湾地区刑法第 294 条第 1 项规定：「对于无自救力之人，依法令或契约应扶助、养育或保护而遗弃之，或不为其生存所必要之扶助、养育或保护者，处六月以上，五年以下有期徒刑。」台湾地区最高法院 23 年上字第 2259 号判例认为，所谓以对于无自救力之人不尽扶养、保护义务，而致其有不能生存之虞者，「如仅对于无自救力之人违反扶养、保护之义务，而事实上尚有他人为其扶养、保护，不致有不能生存之虞，则仅民事责任问题，并不成立刑法该条之罪。」可见台湾地区最高法院认为，父母之一方，对于未成年子女之扶助、养育与保护，假设另一方对

子女有扶养、保护，则未尽扶养义务之他方，不会构成刑法遗弃罪。

不过台湾地区最高法院在近几年特别又细致化这类问题，认为「实际上照顾无自救力者之人，苟非负有扶助、养育或保护义务之义务人，其照顾既非出于义务，自可随时停止，致无自救力者顿失必要之依持，其生存即难谓无危险。」，此有台湾地区最高法院 99 年度台上字第 3048 号判决要旨可资参照。简单来说就是照顾未成年子女之人，如果不是民法上规定之扶养义务人，则该未成年子女之父母，仍旧可能该当刑法之遗弃罪。可见台湾地区最高法院就认定父母对子女固有扶养义务，然而父或母之一方如果对子女不尽扶养义务，则为民事问题，不会因此而认定不负责任之一方有刑法遗弃罪。但笔者必须在此特别强调，把扶养未成年子女之责任丢给父或母之任一方，在台湾虽可免受遗弃罪之刑事追诉，然因台湾地区民法第 1118 条之 1 之规定，未来子女成年后，得据此向法院起诉请求减轻甚至免除其对无正当理由未尽扶养义务父或母之扶养义务，这类案件，依据笔者实务经验，目前台湾法院均能接受，且笔者目前经手过之子女免除对父母之扶养义务，均取得胜诉结果。

接着我们来看大陆地区刑法之规定，大陆地区刑法第 261 条规定：「对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣者，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。」就此，笔者引用大陆地区刑法暨家事法领域知名实务学者之见解，认为「在《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》生效后，应大力提倡刑罚在家事案件执行领域的适用。另外，家事案件的被执行人，在不能追究拒不执行判决、裁定罪之时，能否适用遗弃罪、虐待罪等罪名，尚未有定论，实践中也没有相关判例。但笔者认为，对拒不履行『三费』的被执行人，依照刑法第 261 条的规定，认定遗弃罪不存在任何问题。」[1]也就是说，目前在大陆固然没有明确的判例认定父或母之一方对未成年子女未尽扶养义务者为刑法之遗弃罪，然因为父或母之恶意遗弃未给付扶养费者，将造成任主要照顾者相当大之经济压力，同时将影响未成年子女之生存保护，故学者提出意见，认为在不论主要照顾者对未成年子女是否为现实之扶助养育，就恶意未尽扶养义务之他方，均有可能构成刑事遗弃罪。不过，目前大陆地区并未如台湾地区有民法第 1118 条之 1 减轻或免除对无正当理由未尽扶养义务父或母之扶养义务之相关规定，此部分亦为两岸对父母子女扶养认定在民事法律上之差异点。

上揭大陆地区学者就刑事遗弃罪之见解，固与目前台湾地区最高法院之实务见解不同，然倘若未来大陆地区法院就此有更精致入罪之认定后，即可能将出现刑法入家门之情形，且笔者认为就大陆地区学者有关站在未成年子女保护而为遗弃罪之认定，当然能扩张至对未成年非婚生子女之生存保护，说的更明白点，台湾地区人民与大陆地区人民所生之子女，基于其分别身为孩子的父与母之身份，对孩子自然有保护教养之义务与责任，不因其为非婚生子女而有不同。

笔者深信，父母本于天性爱护子女，然天下仍难免有不是的父母，所以，了解身为父母在法律上之责任，这也是笔者撰写本文之目的，笔者更希望，两岸间的婚生或非婚生子女，都能有平安健康长大的环境，毕竟孩子是无辜的，这也是身为家事律师的笔者一直殷切努力的方向。

[1] 季凤建:家事案件执行问题研究。家事法实务,2015 年卷/夏吟兰、龙翼飞主编,北京:法律出版社,2016.04,页 358。

认定夫妻共同财产应当把握的 25 条物权法规则（附办案依据）

2016-11-15 文法书院 徐忠兴

阅读提示：2016 年，中国离婚率已连续 14 年攀升。现实是：经济繁荣，精神荒芜，人情冷漠；爱情成了神话，婚姻化为理想。与此相对应，在婚姻家庭纠纷案件中，当事人最关心的莫过于夫妻共同财产的认定与分割。本公号将用两期推送认定与分割夫妻共同财产需要把握的相关裁判规则。与其他同类文章不同的是，我们将从物权法的角度切入这一冷冰冰的问题。本期推送的是“认定夫妻共同财产应当把握的 25 条物权法规则”。为有助于您的理解，我们将相关的办案依据一并梳理附后。

作者：徐忠兴〔私信：xzx_lawyers〕

来源：文法书院〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

【参考案例】

1.夫妻双方共同出资设立公司，未就出资财产进行分割的，夫或妻名下的公司股份属于夫妻双方共同共有。

——彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案（最高人民法院〔2007〕

民二终字第 219 号民事判决）

裁判要旨：夫妻双方共同出资设立公司的，应当以各自所有的财产作为注册资本，并各自承担相应的责任。因此，夫妻双方登记注册公司时应当提交财产分割证明。未进行财产分割的，应当认定为夫妻双方以共同共有财产出资设立公司，在夫妻关系存续期间，夫或妻名下的公司股份属于夫妻双方共同共有的财产，作为共同共有人，夫妻双方对该项财产享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。

案例索引：载《最高人民法院公报》2009 年第 5 期（总第 151 期）。

2. 夫妻双方根据离婚协议履行了财产权利变更手续，但在双方离婚之前，该财产仍属于夫妻共同财产。

——莫君飞诉李考兴离婚纠纷案（广东省怀集县人民法院 2010 年 12 月 2 日民事判决）

裁判要旨：婚姻双方当事人之间为离婚达成的协议是一种要式协议，即双方当事人达成离婚合意，并在协议上签名才能使离婚协议生效。双方当事人对财产的处理是以达成离婚为前提，虽然已经履行了财产权利的变更手续，但因离婚的前提条件不成立而没有生效，已经变更权利人的财产仍属于夫妻婚姻存续期间的共同财产。

案例索引：载《最高人民法院公报》2011 年第 12 期（总第 182 期）。

3. 婚姻关系存续期间，夫妻一方以生产、经营之外的其他方式使用自己的婚前个人财产，不因财产形式的变化而致其所有权及其自然增值归属的变化。

——陈芝芝与赵连理离婚纠纷案

裁判要旨：根据《婚姻法》第十七条第一款第（二）项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十一条第（一）项的规定，婚姻关系存续期间，夫妻所得的生产、经营收益或者一方以个人财产投资取得的收益，应当归夫妻共同所有。另据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益属于夫妻共同财产，但孳息和自然增值除外。因此，在婚姻关系存续期间，夫妻一方以生产、经营之外的其他方式使用自己的婚前个人财产，即使该财产的形式因此发生了变化，但并不导致上述财产所有权及其自然增值归属的变化。

案例索引：见韩玫：《婚前个人财产在婚后发生形态变化不导致所有权发生变化》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 1 辑（总第 53 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 142—145 页。

4. 夫妻一方用婚前个人财产购买房屋，并登记在自己名下的，应认定为个人财产，其自然增值也属于个人财产。

——王某某与李某离婚纠纷案

裁判要旨：夫妻一方在婚后用自己婚前财产购买的房屋，不能机械地认为该房屋系婚后购买就属于夫妻共同财产，还要审查购买房屋的资金来源。根据民法的基本原理，货币形式和其他财产形态之间的转化并不改变所有权的性质。因此，夫妻一方用婚前个人财产购买房屋，并登记在自己名下的，应认定为夫妻一方的个人财产。《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）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”其中，夫妻一方个人财产在婚后的自然增值，是指该增值的发生因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻一方或双方的协作劳动、努力或管理等并无关联。该部分增值应当认定为夫妻一方的个人财产。

案例索引：见程律、吴晓芳：《个人所有房屋的婚后收益认定及其处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 4 辑（总第 56 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 118—123 页。

5. 夫妻一方个人所有的房屋婚后用于出租，其租金收入属于经营性收益，应认定为夫妻共同财产。

——王某某与李某离婚纠纷案

裁判要旨：《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）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”适用该条规定，应当注意正确理解收益与孳息的确切含义。一般来说，“收益”是“孳息”的上位概念，包括孳息但又超出孳息的范围。该条规定中的“孳息”一词应作限缩解释，专指非投资性、非经营性的收益，对此应认定为夫妻一方的个人财产。如果夫妻一方个人财产在婚后产生的孳息系由夫妻双方共同劳动、管理产生的，则应归入生产、经营性收益，根据《婚姻法》第十七条第一款第（二）项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十一条第（一）项的规定，应当归夫妻共同所有。夫妻一方用婚前个人所有的房屋出租并获取租金收益，属于经营性收益，依据上述规定，该租金收益应认定为夫妻共同财产。

案例索引：见程律、吴晓芳：《个人所有房屋的婚后收益认定及其处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：

《民事审判指导与参考》2013 年第 4 辑（总第 56 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 118—123 页。

6. 一方婚前用个人财产购买股票、基金等，如果婚姻关系存续期间进行了交易，其收益应当认定为夫妻共同财产；如果没有进行买进与卖出的操作，离婚时的账面收益应当认定为一方的个人财产。

——郭某诉冯某某离婚纠纷案

裁判要旨：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十一条规定：婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于夫妻共同财产。《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）》又进一步规定：一方个人财产婚后取得的孳息和自然增值归一方所有。问题的关键是如何区分投资收益和自然增值。投资，是指企业或个人以获得未来收益为目的，投放一定量的货币或实物，以经营某项事业的行为。自然增值，是指不需要人为操作而自然增加的价值量，此过程排除人为因素对财产价值产生的影响，即财产所有人并未将原有财产投入到价值再生产的过程中，财产增值的原因纯属外在的市场因素造成，非主观意愿所能控制。据此，一方婚前用个人财产购买股票、基金等，如果婚姻关系存续期间进行了交易，付出了一定的人力劳动，离婚时的增值收益属于主动增值，应当认定为夫妻共同财产；如果没有进行买进与卖出的操作，离婚时的账面收益是不以人的意志为转移的市场行为作用的结果，应认定为一方的个人财产。

案例索引：见吴晓芳：《一方个人财产婚后收益问题的认定与处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 1 辑（总第 57 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 144—148 页。

7. 一方名下的股票账户内既有一方婚前投入也有婚后夫妻共同财产投入的，判断该账户内的资金是一方的个人财产还是夫妻共同财产，应当以双方结婚之日作为基准。

——郭某诉冯某某离婚纠纷案

裁判要旨：股票账户虽然在夫妻一方名下，但其中既有一方婚前投入也有婚后夫妻共同财产的投入，在婚姻关系存续期间还有取款的情况，考虑到股票在婚前的增值也是个人财产的情况，判断该账户内的资金是一方的个人财产还是夫妻共同财产，应当以双方结婚之日作为基准，以当天一方名下的股票市值作为一方的个人财产，离婚时的股票市值减去该部分后再作为夫妻共同财产进行分割。

案例索引：见吴晓芳：《一方个人财产婚后收益问题的认定与处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 1 辑（总第 57 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 144—148 页。

8. 一方婚后用个人财产购买彩票所得的收益，如果双方当事人没有事先约定，该收益应当认定为夫妻共同财产。

——郭某诉冯某某离婚纠纷案

裁判要旨：当事人在购买彩票时，并不知道必然中奖，能否中奖具有赌博色彩。彩票购买者可能会获奖，也可能会空手而归。因此，彩票法律关系属于射幸合同法律关系，彩票是射幸合同法律关系的证明，彩票购买人支付购买彩票的价款是履行射幸合同约定的给付义务，故彩票和奖金不构成原物和孳息的关系。购买彩票是一种投资行为，中奖是投资取得的收益，即便使用夫妻一方的个人财产购买彩票，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十一条的规定，中奖的收益也属于夫妻共同财产。

案例索引：见吴晓芳：《一方个人财产婚后收益问题的认定与处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 1 辑（总第 57 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 144—148 页。

9. 一方财产用于借贷而于婚后取得的利息属于法定孳息，离婚时应当认定为一方的个人财产。

——郭某诉冯某某离婚纠纷案

裁判要旨：《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）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”婚姻关系存续期间，一方用个人财产与他人订立借贷协议并依约取得利息，由于借款本金系夫妻一方的个人财产，借贷利息是依照法律规定必然取得的收益，与投资收益具有风险性及不确定性的性质不同，属于借款本金必然产生的法定孳息，应当认定为一方的个人财产。如此认定，符合《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）》第五条规定的精神。

案例索引：见吴晓芳：《一方个人财产婚后收益问题的认定与处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 1 辑（总第 57 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 144—148 页。

10. 共同生活的家庭成员以其中一人名义购买房屋，不能确定实际出资人的，应认定该房屋为家庭成员共同共有。

——邓本金、刘志华诉宫明艳、刘焜财产权属纠纷案（浙江省芜湖市中级人民法院〔2008〕芜中民一终字第264号民事判决）

裁判要旨：共同生活的父母、子媳等家庭成员以其中一人的名义购买的房屋，不宜简单地根据产权登记确定房屋归属，而应根据出资情况以及对房屋的管理和维护等情况综合考量。如果数位家庭成员在共同生活期间以其中一人名义购买房屋，且不能确定实际出资人的，应当认定该房屋为家庭成员共同共有。

案例索引：见国廷斌：《家庭成员共同出资以其中一人名义购买的房屋为共同共有——邓本金、刘志华诉宫明艳、刘焜财产权属纠纷案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编著：《人民法院案例选·月版》2009年第5辑（总第5辑），中国法制出版社2009年版，第41—47页。

【实务要点】

1.共有是数人对于同一物享有同一所有权而非数人对同一物分别享有所有权。

适用解析：在共有关系中，虽然主体多数，但是客体仍然是特定的。共有物在共有关系存续期间，不能由各个共有人分别享有所有权，而只能是各共有人对共有物共同享有所有权，每个共有人的权利及于整个共有物。这是由一物一权原则决定的。换言之，数人不得对同一物各自享有完整的所有权。共有只是所有权的一种形态，仍然要适用所有权的一般规则，如一物一权等规则。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第291—292页。

2.共同共有可以基于约定而产生，但能够约定财产为共同共有的，应当是具有特定共同关系的人才能进行。

适用解析：根据《物权法》第一百零三条的规定，共有人对共有的不动产或者动产可以约定为按份共有或者共同共有。据此，共同共有可以基于约定而产生。但该“约定”主要是指《婚姻法》第十九条规定的“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。”因此，能够约定财产为共同共有关系的，也是具有夫妻关系这种共同关系的人才能进行的。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第296—297页。

3.子女结婚前由双方父母出资为其购买的房屋，登记在双方子女名下的，应当认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有。

适用解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第一款规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。”细究该条文，其明确的仅是婚前双方父母出资的归属，并未涉及所购置房屋的所有权归属问题。但既然该出资应认定为对子女的个人赠与，那么双方子女用该赠与资金购买房屋行为自然等同于个人出资行为。相应地，不管事后双方子女有无婚姻关系抑或该房屋所有权登记者是谁，都应视为子女双方按各自出资份额共有该房屋的所有权。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011年第3辑（总第47辑），人民法院出版社2011年版，第66页。

4.父母双方出资为子女购买的房屋，登记在一方子女名下的，不论该出资发生在婚前抑或婚后，该房屋都可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有。

适用解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第一款的规定，父母在子女结婚前出资购买房屋的，双方父母的出资一般应分别认定为对自己子女的个人赠与。在此前提下，双方子女将受赠的出资用于购买房屋，根据一物一权原则，双方子女将因各自出资行为共同享有该房屋的所有权。也即该房屋不可能为子女一方购买，单独享有完整所有权。因此，在司法实践中，不宜直接认定该房屋为子女一方的个人财产，双方形成的是对该房屋的按份共有关系。如果双方父母出资购买房屋是发生在双方子女结婚后，那么当房屋产权登记在一方子女名下时，则根据上述司法解释的基本价值取向，至少可以推定产权登记一方的父母的出资应视为对自己子女一方的赠与。此时，为了平衡双方父母的利益，根据上述司法解释第二十二条第二款的规定，对另一方父母的出资，同样应当认定为系对其自己子女的赠与，从而达到子女双方对该房屋按份共有的效果。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011年第3辑（总第47辑），人民法院出版社2011年版，第66—67页。

5.夫妻一方通过招标、拍卖、公开协商等其他方式取得土地承包经营权，夫妻共同参与生产经营的，该土地承包经营权及其投入和收益应当属于夫妻共同共有。

适用解析：在夫妻双方婚姻关系存续期间，以招标、拍卖、公开协商等其他方式承包的土地承包经营权，虽以夫或妻一方名义签订合同，但是夫妻共同参与生产经营的，则该土地承包经营权应确认为夫妻共同共有，其投入部分或预期利益应确认为夫妻共同财产。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 127 页。

6.一方当事人婚前按揭购置并登记于其个人名下的房屋是否属于夫妻共同财产，应当从其购置的资金来源及其在全部房价款中所占比例进行分析。

适用解析：根据《婚姻法》的规定，如果夫妻双方没有约定对婚姻关系存续期间所得财产以及婚前财产归各自所有或者共同所有，则婚姻关系存续期间所得财产为夫妻共同财产。但一方当事人婚前按揭购置并登记于其个人名下的房屋，与双方婚后共同购买的房屋存在着性质上的差别。这类房屋的购置资金由以下两个或者三个部分构成：第一部分，购房者于婚前购房时交纳的首付款（占房屋总价款的 20%至 50%）以及其个人于结婚前偿还的贷款。所对应的部分属于购房者个人的婚前财产。第二部分，购房者结婚后，于婚姻关系存续期间，夫妻双方共同偿还贷款部分所对应的部分应属于夫妻共同财产。第三部分，如果离婚时贷款尚未还清，则离婚后需要由取得房屋所有权的一方继续向银行偿还。所对应的部分亦不属于夫妻共同财产。由此可知，此类房屋的权属性质不宜简单地认定为婚前购房者的个人财产，也不宜将其全部认定为夫妻共同财产，而是应当根据其购置资金的来源及其在全部房价款中所占比例来考量其权利归属。

要点索引：见韩玫：《人民法院审理离婚案件时，应当如何分割一方当事人婚前按揭购置并登记于其个人名下的不动产》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 38 页。

7.子女婚后由父母出资为其购买房屋的最终归属，应当主要以产权登记作为标准认定。

适用解析：根据《物权法》的规定，不动产物权的取得必须以登记为前提，不动产登记具有权利推定效力，体现为不动产登记簿是物权归属和内容的根据（《物权法》第十六条），除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准（《物权法》第十七条）。既然不动产登记簿的登记对权利宣示是如此重要，那么父母为子女出资买房后，决定由谁作为登记者则很明显反映了父母对所出资购买房屋归属的真实意愿。因此，子女婚后由父母出资购买的房屋登记在子女一方名下时，对该行为所反映的父母真实意愿最合理的解释为父母是想将房屋赠与自己子女一方。该房屋应认定为夫妻一方的个人财产，而不是夫妻共同财产。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 60—62 页。

8.子女结婚前父母出资为其购买的房屋，子女离婚时房屋产权尚未登记的，应当认定为一方的个人财产，不属于夫妻共同财产。

适用解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第一款的规定，父母在子女结婚前出资购买房屋的，父母的出资应当认定为对其子女一方的赠与。进一步而言，不管该出资是否足以支付全部房款，都不影响其子女履行完房屋销售合同义务后，有权请求房屋出卖方履行交房并协助办理相关登记手续义务。此时，受赠一方子女在婚前就取得了房产的全部债权，该债权在离婚分割财产时认定为一方的个人财产相对比较公平。也即，受赠一方子女可以获得该债权转化物——房屋的所有权。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 68 页。

9.子女结婚后父母出资为其购买的房屋，子女离婚时房屋产权尚未登记的，除非有证据证明父母明确表示赠与一方子女，应当认定该房屋为夫妻共同财产。

适用解析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款的规定，父母在子女结婚后出资购买房屋的，父母的出资应当认定为对夫妻双方的赠与，除非有证据证明父母明确表示赠与一方子女。相应地，子女双方以该共同受赠的出资购买的房屋，属于双方共同所有。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指

导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 68 页。

10. 父母以子女之名购房并登记在子女名下，并无赠与子女的意思表示的，该房屋不属于子女的夫妻共同财产。

适用解析：《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）》第七条规定："婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。"适用该条的前提条件是：其一，一方父母全额出资且产权登记在出资人子女名下；其二，购买不动产的目的是"为子女"而非为父母本身。如果父母挂子女之名购房，用子女的名义登记产权，并无赠与子女的真实意思，则该房屋应当是父母本身的财产。审判实践中应区分"赠与"与"挂名"的实际情况，否则离婚时因挂名登记导致父母与子女之间争夺产权，极有可能损害父母的切身利益。

要点索引：见本书研究组：《婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑（总第 54 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 240 页。

11. 婚后由一方父母出资为子女购买的房屋，产权登记在另一方名下的，该房屋一般应当认定为夫妻共同财产。

适用解析：婚后由一方父母出资为子女购买房屋，如果房屋产权并未登记在出资人子女名下而是登记在另一方名下，按照日常经验法则，除非当事人能够提供父母出资当时的书面约定或声明，证明出资父母明确表示向自己子女的配偶赠与，一般应认定为向夫妻双方的赠与。当然，如果婚后一方父母为子女出资购房，产权登记在夫妻双方名下的，该房屋应当认定为夫妻共同财产。

案例索引：见本书研究组：《婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑（总第 54 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 241 页。

12. 子女结婚后由双方父母出资为其购买的房屋，登记在双方子女名下的，除非父母明确表示赠与一方，应当认定为夫妻双方共同共有。

适用解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款规定："当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。"根据该法条立法精神可推知，双方父母均为子女购置不动产出资的，一般应认定为对夫妻双方的赠与，除非父母明确表示赠与给一方。特别是当出现不动产所有权登记在双方子女名下这一事实时，除非当事人能够提供其他证据证明该出资仅为父母对其子女一方的赠与。否则，依据这一事实对双方父母出资的真实意思表示更合理的解释为双方父母对双方子女的赠与而不是父母赠与给一方子女。根据《婚姻法》第十七条第（四）项规定可知，当事人在结婚后接受赠与所取得的财产，除赠与人明确表示赠与一方的外，都应属于夫妻共同共有财产。因此，子女婚后由双方父母出资为其购买的房屋，除非父母明确表示赠与一方的，应当认定为夫妻双方共同共有。

要点索引：见肖峰：《论父母出资为子女购买房屋的归属》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 66 页。

13. 婚后一方父母部分出资为子女购买房屋，夫妻双方支付其余购房款，产权登记在出资人子女名下的，应当认定为夫妻共同财产，但父母明确表示赠与一方的除外。

适用解析：《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）》第七条规定适用于婚后一方父母全额出资且产权登记在出资人子女名下。因此，婚后一方父母部分出资为子女购买房屋，夫妻双方支付其余购房款，产权登记在出资人子女名下的，不符合该条规定的情形。由于父母只是支付了房屋价款的一部分，其余款项由夫妻双方共同支付，故出资父母并不能取得房屋的所有权，也就无法决定将房屋赠与自己子女并将房屋登记在自己子女名下。父母部分出资时一般只能决定其出资份额赠与何方，在欠缺出资时而非离婚诉讼时"确定"赠与一方的有关证据的情况下，按照婚姻法婚后所得赠与归夫妻双方共有的原则，将父母出资部分认定为向夫妻双方的赠与更加合理合法。从债务承担方式的角度考虑，当事人婚后购房办理按揭贷款时，银行通常会要求夫妻双方到场签字，由夫妻双方连带承担银行的债务。既然债务由夫妻双方承担连带责任，根据权利义务相一致的原则，该不动产的产权也应由夫妻双方共同享有。对父母出资部分，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条第二款的规定处理，当事人另有约定的除外；在离婚具体分割该房屋时，可对出资父母的子女一方予以适当多分。

要点索引：见本书研究组：《婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑（总第 54 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 241 页。

14.一方婚前贷款购房婚后取得房产证的，婚后双方共同还贷款项及相应的财产增值部分应当作为共同财产分割。

适用解析：《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)》第十条规定："夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。"在适用该条规定时，一定要把婚姻法及其司法解释作为一个有机整体，全面准确把握其规定精神。对于一方婚前贷款购房婚后取得房产证的，要特别注意，婚后双方共同还贷款项及相应的财产增值部分仍须作为共同财产分割。同时，还要按照婚姻法及其司法解释的规定，对生活困难一方给予帮助。

要点索引：见《把握总基调，找准结合点，最大限度发挥民事审判在促进经济稳中求进和社会和谐稳定中的积极作用——在全国高级法院民一庭庭长座谈会上的讲话（节选）(2012 年 2 月 17 日)》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 1 辑（总第 49 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 8 页。

15.夫妻一方婚前购买股票婚后取得的增值，属于自然增值的，应当认定为一方的个人财产；属于主动增值的，应当认定为夫妻共同财产。

适用解析：根据《婚姻法》第十七条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条的规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。增值，就是物或权利在价格上的提升。增值根据发生的原因，可分为自然增值和主动增值两种。自然增值是指该增值的发生是因通货膨胀或市场行情的变化而致，与夫妻一方或双方是否为该财产投入物质、劳动、努力、管理等无关。主动增值是指该增值的发生原因与通货膨胀或市场行情的变化无关，而是因夫妻一方或双方对该财产所付出的劳务、投资、管理等相关。具体到股票的增值问题，应当分析股票增值产生的原因。如果在婚前就持有股票，一直就没有操作过，则股票的增值完全是市场行情变化导致的，应当将这种增值理解为自然增值，将其认定为婚前个人财产较为妥当。如果股票在婚后进行过多次的买入与卖出，则将股票的增值理解为投资行为较为妥当。此种情况下股票的增值为投资行为的收益，应当属于夫妻共同财产，另一方可以请求分割。

要点索引：见本书研究组：《一方婚前购买的股票婚后增值，另一方可否请求分割增值部分》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 3 辑（总第 59 辑），人民法院出版社 2015 年版，第 232—233 页。

附：办案依据

1.中华人民共和国民法通则

第七十八条第一、二款　财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

2.中华人民共和国物权法

第九十三条　不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

第九十五条　共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

3.中华人民共和国婚姻法

第十七条第一款　夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金

（二）生产、经营的收益

（三）知识产权的收益

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外

（五）其他应当归共同所有的财产。

第十八条　有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

（一）一方的婚前财产

（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用

（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产

（四）一方专用的生活用品

（五）其他应当归一方的财产。

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

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

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

4.中华人民共和国继承法

第二十六条　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的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

5.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

41.在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。

6.最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）

第十八条　婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”，夫妻一方对此负有举证责任。

第十九条　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。

7.最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）

第十一条　婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的“其他应当归共同所有的财产”：

（一）一方以个人财产投资取得的收益；

（二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；

（三）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。

第十二条　婚姻法第十七条第三项规定的"知识产权的收益"，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。

第十三条　军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。

第十四条　人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。

第十九条　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。

第二十二条　当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

8.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）

第五条　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。

第七条　婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

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

第十二条　婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。

第十三条　离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

分割夫妻共同财产应当把握的34条物权法规则（附办案依据）

2016-11-17 文法书院 徐忠兴

阅读提示：根据现行法律规定，分割夫妻共同财产虽然只有协议分割和判决分割两种，但该问题却涉及了婚姻法、合同法、物权法、公司法、合伙企业法、个人独资企业法、农村土地承包法、妇女权益保障法以及相关司法解释等诸多法律法规。分割夫妻共同财产在坚持约定优先、平均分割、照顾子女和女方利益、有利生产方便生活、权利不得滥用、照顾无过错方等基本原则的同时，尚有众多实务问题待解。本文在坚持以上分割原则的基础上，对夫妻共同财产分割中的一些疑难问题，结合物权法的规定，整理、提炼了最高人民法院的相关裁判规则，供您在办案时参考。

作者：徐忠兴〔私信：xzx_lawyers〕

来源：文法书院〔ID：xzx-lawyer〕首发

声明：转载须经授权并于文首注明作者及来源

正文如下

【参考案例】

1.夫妻之间达成的婚内财产分割协议不涉及第三人利益的，在认定该财产权属时，应当优先适用《婚姻法》的相关规定。

——唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案（北京市第三中级人民法院2014年8月25日民事判决）

裁判要旨：夫妻之间达成的婚内财产分割协议是双方通过订立契约对采取何种夫妻财产制所作的约定，是双方协商一致对家庭财产进行内部分配的结果，在不涉及婚姻家庭以外第三人利益的情况下，应当优先和主要适用《婚姻法》的相关规定，《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定应作为补充。

案例索引：载《最高人民法院公报》2014年第12期（总第218期）。

2.夫妻离婚时签订财产分割协议，人民法院不宜以该协议显失公平为由支持一方当事人撤销或者变更协议的主张。

——李某某诉包某某重新分割夫妻共同财产纠纷案

裁判要旨：夫妻离婚时的财产分割协议与一般的民事合同不同，涉及双方当事人之间的感情因素、心理平衡或者出于弥补自己行为过失的心理等。基于这些因素，对夫妻离婚时的财产分割协议，局外人不宜用是否公平来加以衡量。当事人双方登记离婚时自愿签订的财产分割协议，对双方均具有约束力。一方反悔以协议显失公平为由请求法院变更或撤销该财产分割协议，人民法院经审查未发现订立该协议时存在欺诈、胁迫等情形的，一般应当依法驳回当事人的诉讼请求。

案例索引：见吴晓芳：《不宜以显失公平为由支持一方请求撤销登记离婚时的财产分割协议的主张》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2008年第2集（总第34集），法律出版社2008年版，第62—64页。

3.夫妻双方婚内签订的涉及财产问题的协议有效的，离婚时一方主张按照该协议履行的，人民法院应予支持；在不解除婚姻关系同时也没有实行分别财产制的情形下，对该主张不予支持。

——王某某诉尹某离婚纠纷案

裁判要旨：夫妻在婚姻关系存续期间签订的涉及财产问题的协议，人民法院经审查不存在欺诈、胁迫的情形，系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，应当认定为有效。离婚时一方主张按照该协议履行的，人民法院应予支持。此时，如果协议约定的义务人分得的夫妻共同财产数额不足以支付按照协议应当支付的相关费用，因离婚时一方主张按照协议支付相关费用，是在分割夫妻共同财产后另行支付的，故义务人还需用自己的个人财产进行支付。在不解除婚姻关系的情况下，夫妻一方向法院提起诉讼，要求对方履行该协议，人民法院支持其主张的前提应当是夫妻双方约定实行分别财产制，如果不具备该前提，对该主张不应支持。

案例索引：见吴晓芳：《如何处理夫妻双方在婚姻关系存续期间签订的涉及财产问题的协议》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2008年第2集（总第34集），法律出版社2008年版，第65—68页。

4.共有人之间约定不得分割共有财产，但共有人被医疗机构确诊身患重病，急需用钱做手术治病的，可以请求分割共有财产。

——王小飞与张伟、李祥合伙协议纠纷案

裁判要旨：根据《物权法》第九十九条“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿”的规定，即便共有人之间有不得分割共有财产的约定，共有人如有重大理由，仍可请求分割共有财产如果共有人被医疗机构确诊身患重病，急需用钱做手术治病，从日常生活经验可知，共有人的上述情形足以构成请求分割共有财产的重大理由。

案例索引：见肖峰：《普通合伙企业中合伙人退伙的处理》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 160—164 页。

5.夫妻关系存续期间，一方挥霍夫妻共同财产，另一方要求对夫妻共同财产进行分割的，人民法院应予支持。

——薛某诉陈某分割夫妻共同财产纠纷案（江苏省无锡市崇安区人民法院〔2011〕崇民初字第 926 号民事判决）

裁判要旨：夫妻关系存续期间，一方对属于夫妻共同财产的巨额款项进行控制，并一次性大量取现使用，又不能说明合理用途的，该行为属于严重侵犯配偶享有的共同财产权益，构成隐藏、转移、挥霍夫妻共同财产，符合《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）》的规定；如夫妻双方感情不合处于分居状态，不可能继续共同生活，一方要求对夫妻共同财产进行分割的，人民法院应予支持。具体分割时既要考虑一方的过错，也要考虑双方各自的生活需求。

案例索引：见陶玉：《婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的考量》，载最高人民法院《人民司法·案例》2012 年第 4 期。

6.一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，离婚分割夫妻共同财产时，应当少分或不分其财产。

——雷某某诉宋某某离婚纠纷案（北京市第三中级人民法院〔2015〕三中民终字第 08205 号民事判决）

裁判要旨：《婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”据此，一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

案例索引：见最高人民法院指导案例 66 号，载《最高人民法院关于发布第 14 批指导性案例的通知》，最高人民法院审判委员会讨论通过，2016 年 9 月 19 日法〔2016〕311 号发布。

7.附登记离婚条件的夫妻共同财产分割协议，夫妻双方未能在婚姻登记机关协议离婚的，不能作为人民法院分割夫妻共同财产的依据。

——戴某与秦某离婚纠纷案

裁判要旨：附登记离婚条件的夫妻共同财产分割协议，是指男女双方在婚姻关系存续期间，以协议离婚为基本目的，并就财产分割问题达成的协议。《民法通则》第六十二条规定：“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。”附登记离婚条件的夫妻共同财产分割协议，从本质上看，是以夫妻双方协议离婚为前提的，属于附条件的合同。该协议并不在双方当事人签字时生效，而是以双方在婚姻登记机关进行离婚登记为生效条件。在双方未能在婚姻登记机关协议离婚的情况下，该协议并没有生效，对夫妻双方均不产生法律约束力，故不能作为人民法院处理离婚案件时分割夫妻共同财产的直接依据。

案例索引：见吴晓芳：《附登记离婚条件的财产分割协议的效力认定》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 155—159 页。

8.夫妻双方签订离婚协议将共有房产赠与子女，一方离婚后反悔请求撤销赠与，人民法院经审查没有欺诈、胁迫情形的，应当判决驳回其诉讼请求。

——李某与王某离婚后财产纠纷案

裁判要旨：夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠与子女，一般有两种情况：一是在民政部门登记离婚，签订协议将夫妻共有的房产赠与子女；二是在法院协议离婚、领取民事调解书，自愿将房产赠与子女。第一，男女双方基于离婚事由将夫妻共同财产处分给子女的行为，可视为一种附离婚条件的赠与行为，该赠与条款与整个离婚协议是一个整体，与解除婚姻关系密不可分，与单纯的赠与行为性质不同。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条的规定："离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。"在双方婚姻关系已经解除的前提下，当事人反悔请求撤销该赠与条款的，如果不能举证签订协议时有欺诈、胁迫的情形， 人民法院应当依法驳回其诉讼请求。第二，如果当事人达成的赠与协议经过人民法院审查确认后制作成民事调解书，该调解书一旦生效，即赋予了和判决书同等的强制效力，其效力应该等同于或高于经过公证的赠与合同，双方当事人均必须履行，原则上不能予以撤销。

案例索引：见吴晓芳：《离婚协议中房产赠与条款的撤销问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 101—104 页。

9. 夫妻双方签订离婚协议将共有房产赠与子女，该子女起诉请求履行赠与条款或者申请法院强制执行的，人民法院不应受理。

——李某与王某离婚后财产纠纷案

裁判要旨：夫妻离婚时协议将共同所有的房屋赠与子女，由于作为受赠人的子女既不是离婚协议中的权利人，也不是民事义务的承受人，其只是民事权利所指向的对象，即离婚协议中赠与条款的受益人，其作为原告起诉不适格；对于离婚当事人在法院主持下达成协议领取调解书的情形，根据《民事诉讼法》第二百三十六条的规定"调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行"，作为受赠人的子女显然不是"对方当事人"，其没有权利到法院申请执行。

案例索引：见吴晓芳：《离婚协议中房产赠与条款的撤销问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 101—104 页。

10. 恋爱同居期间购置的房产应根据双方的实际出资比例分割，但已明确登记为共同共有的，应以均等分割为原则，并充分考虑双方的出资情况。

——卢某诉庞某共有房屋分割纠纷案（广东省湛江市中级人民法院〔2011〕湛中法民一终字第 199 号民事判决）

裁判要旨：房产登记公示是认定房产权属甚至是区分按份共有还是共同共有的重要依据，但对基于家庭关系或其他特殊关系而产生的共有，有时真正权属与房产证登记可能不尽一致，分割时应尽量体现公平原则。双方当事人在恋爱同居期间共同出资购置的房产，在分割时通常不能按照夫妻共同财产进行平均分割，而应根据双方的实际出资比例分割，但已明确登记为共同共有的房产，应以共同共有均等分割为基本原则，并应充分考虑双方对房产出资的多少。另外，房屋共有人通过协议约定，一方将房屋的所有权全部无偿转让给另一方，但该协议签订后，双方并未按照约定将房产过户，此时房屋所有权并未发生转移，无偿赠与的一方可以将该赠与撤销，因此该协议不能作为双方分割共有财产的依据。

案例索引：见陈志韧：《共同共有的房产在分割时应考虑共有人的实际出资》，载最高人民法院《人民司法·案例》2011 年第 22 期。

11. 共有人请求分割按份共有的不动产的，人民法院不宜在保持按份共有的前提下，判决对不动产各部位的使用权进行分割。

——田青穗诉田青禾、田瑛共有物分割纠纷案

裁判要旨：在按份共有中，各共有人的权利不是局限在共有财产的某一部分上，或就某一具体部分单独享有所有权，而是各共有人的权利均及于共有财产的全部。尽管按份共有人的份额可以产生和单个所有权一样的效力，如共有人有权要求转让其份额，但是各个份额并不是一个完整的所有权，如果各共有人分别单独享有所有权，则共有也就不复存在了。因此，按份共有人请求分割按份共有的不动产，人民法院应当依照《物权法》第一百条确定的原则予以处理。即应当考虑不动产是否具有构造上、使用上和登记上的独立性，如果该不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；如果根据一物一权的原则，该不动产不符合产权分割标准，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割，而不能在保持按份共有的前提下，对不动产各部位的使用权进行分割。

案例索引：见韩玫：《共有人请求分割共有财产时，人民法院不宜判决分割使用权》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011 年第 3 辑（总第 47 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 117—121 页。

【实务要点】

1.分割共有物，共有人之间协商确定的分割方式，必须经全体共有人一致同意，且分割协议不以书面为必要。

适用解析：分割共有物，共有人之间能够协商的，按照协商确定的分割方式进行。所谓协商，必须经共有人全体一致同意。这与处分共有财产和对共有财产作重大修缮不同。后者实行少数服从多数的原则。由于协议分割必须经全体共有人同意，所以如果有共有人没有参与协商或者某一共有人不同意，分割共有物的协议均不发生法律效力。只是该协议不以书面为必要，明示或者默示同意的意思表示，对分割方式事前同意或者事后予以追认的，都应该认为分割达成协议。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 311 页。

2.不论是按份共有还是共同共有，即使当事人之间约定不得分割共有物，但共有人有“重大理由”需要分割的，则可以请求分割；对“重大理由”应理解为基于生活必需而不得不分割共有物。

适用解析：对“重大理由”的把握，一定要注意“重大”二字。如某按份共有人甲的家人患重病住院，没钱治疗，甲起诉请求分割按份共有财产，以为家人治病。但乙抗辩认为，甲、乙之间已经约定 5 年之内不得请求分割共有财产，所以应该按照合同的约定，不得分割共有财产。要求驳回甲的诉讼请求。我们认为，甲请求分割共有财产的理由是为患重病的家人治病，是迫不得已的，是为了家人的生命健康权，故应该属于“有重大理由”，应该支持甲的请求。相反，如果甲提出买奔驰车还缺钱，请求分割共有财产，这一理由就不属于“重大”。任何一个人都应该量力而行。既然合同约定 5 年之内不得分割共有财产，那么除非是不得已的事由，非常紧迫的事由，不得不支出的费用，否则这一理由就不“重大”。因为买车是消费行为，买好车更是高消费行为，车不是生活必需品。显然，从社会一般观念来看，甲不是非买奔驰车不可，开夏利车就不行，不是现在就必须买奔驰车。据此，甲的请求不应该得到支持。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 309 页。

3.人民法院裁判分割共有物的，只有在实物分割条件不具备的情况下，才能考虑变价分割或者折价分割。

适用解析：根据《物权法》第一百条的规定，人民法院裁判分割共有物的具体方法有三种：实物分割、变价分割和折价分割。审判实践中首先要考虑可否实物分割，只有在实物分割条件不具备的情况下，才能考虑变价分割或者折价分割。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 312 页。

4.人民法院审理共有物分割案件，应当主持当事人进行调解；只有在当事人就分割方式达不成协议的情况下，才可以对共有物进行实物分割或变价分割、折价分割。

适用解析：根据《物权法》第一百条的规定，共有人可以协商确定共有物的分割方式；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。也就是说，即使在诉讼中，也应该鼓励共有人之间通过协议达成调解的方法确定共有物的分割方式；如果调解不成的，才可以进行实物分割或变价分割、折价分割。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 312—313 页。

5.共有人之间就共有物的分割方式达不成协议，如果共有物可以分割并且不会因分割减损价值的，人民法院应当对实物予以分割。

适用解析：根据《物权法》第一百条的规定，共有人可以协商确定共有物的分割方式；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。据此，在具备下述两个条件的情况下，应当进行实物分割。第一，从物理属性来看，共有财产可以进行实物分割。第二，从经济价值来看，不会因分割减损共有财产的价值。换言之，共有财产虽然从物理属性来看可以分割，但不经济的话，也不得进行实物分割。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 312 页。

6.共有人之间就共有物的分割方式达不成协议，如果共有物难以分割或者因分割会减损价值的，人民法院应当

对共有物折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

适用解析：根据《物权法》第一百条的规定，共有人可以协商确定共有物的分割方式；达不成协议，共有的不动产或者动产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。据此，在共有人之间达不成协议的情况下，采取折价或变价分割的方式应该具备以下条件：第一，从物理属性来看，共有财产难以分割，或者虽然可以进行物理上的分割，但从经济价值来看，分割共有物会减损共有财产的价值。第二，通过折价或拍卖、变卖将共有财产变价为货币。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 312 页。

7. 共有人之一向人民法院起诉请求其他共有人履行共有物分割协议的，应当适用诉讼时效。

适用解析：共有物分割协议的性质为债权合同。分割协议达成后，共有人并没有取得分得部分的单独所有权，仅取得要求履行分割协议的请求权，所以如果有的共有人不按分割协议履行义务，其他共有人可以向人民法院起诉，请求该共有人履行。这时的诉讼为给付之诉，而不是请求分割共有物之诉。既然是给付之诉，就应该适用诉讼时效。超过诉讼时效，请求履行分割协议的，其请求不应得到支持。如果不能达成新的分割协议，只能视为当事人之间没有分割共有物的协议，那么当事人只能起诉请求人民法院裁判分割。人民法院裁判的依据是《物权法》第九十九条。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 311—312 页。

8. 夫妻一方不请求离婚只请求分割夫妻共同财产的，人民法院应当严格掌握相关司法解释的适用条件，不得擅自扩大适用范围。

适用解析：根据《物权法》第九十九条的规定，夫妻双方未实行约定财产制且对于分割夫妻共同财产没有约定的，一方在婚姻关系存续期间请求分割夫妻共同财产应当是“共同共有的基丧失或者有重大理由”。对于夫妻来说，共同共有的基础丧失应当是发生了离婚的法律事实，而在不离婚的条件下需要分割夫妻共同财产的重大理由已经由《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）》第四条明确规定为：“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的”和“一方负有法定抚养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的” 两种情况。从“立法”技术层面看，该司法解释在列举了上述两项“重大理由”后，没有兜底性条款或者不采用“等”字，以给适用者根据案件具体情况灵活掌握的余地。之所以这样规定，主要是考虑夫妻共同财产是维系婚姻当事人家庭生活的主要经济基础，轻易动摇这个基础，会对婚姻当事人的家庭生活以及夫妻感情产生负面影响。因此，在不离婚的情况下，通过诉讼分割夫妻共同财产是一种极为特殊的情况，人民法院在司法实践中应当严格掌握适用条件，不得擅自扩大适用范围。

要点索引：见本书研究组：《在夫妻一方因犯罪需要于附带民事诉讼中支付巨额赔偿的情况下，其配偶以保留更多财产为目的诉请分割夫妻共同财产能否得到支持》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 3 辑（总第 51 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 233—234 页。

9. 对于共同共有财产，在共有的基础丧失需要分割时，共有人可以请求分割；“共有的基础丧失”是指共同共有解体，共同共有关系消灭。

适用解析：对于共同共有财产，在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时，可以请求分割。那么，什么是“共有的基础丧失”？我们认为，“共有的基础丧失”就是指共同共有解体，共同共有关系消灭，如夫妻离婚，家庭成员独立分户，遗产分割。既然共同共有关系都没有了，原来的共同共有人当然可以请求分割原来的共有物。如夫妻一方起诉要求离婚，同时要求分割夫妻共同财产。如果法院支持离婚的请求，必然要涉及对原夫妻共同财产的分割。即使判决先解除婚姻关系，然后也必须再分割财产。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 309—310 页。

10. 在家庭土地承包方式中，因结婚后加入到农户中的一方在离婚时有权请求分割该户的土地承包经营权。

适用解析：根据《土地承包法》第十五条的规定，家庭土地承包是以农户家庭为单位、不是农民个人为单位进行承包。如果夫妻一方婚前已经取得土地承包经营权，另一方因结婚加入到该土地承包户中，该土地承包经营权亦不应视为一方的婚前个人财产，后加入到该户中的一方亦应享有按现有人口均等的份额。所以，因结婚后加入到该户中的一方有权在离婚时分割该户的土地承包经营权。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 127 页。

11. 在离婚案件中分割夫妻共同财产，人民法院一般不宜判决当事人离婚后对夫妻共同所有的房屋产权按份共有。

适用解析：一物一权是物权法的基本原则。在不具备分别登记产权的条件下，在一个物上判决两个所有权存在，明显违反法律规定。既然房屋的性质为夫妻共同财产，那么，如果在离婚诉讼中不作分割，实际上双方仍然处于共同共有状态。夫妻共有是共同共有的一种典型状态，一般情况下，分割夫妻共同财产是一人一半，因此，如果判决一人一半，实际上只是判决确定从夫妻共同共有到按份共有，并不能解决夫妻离婚后实际面临的居住问题，因为，对于按份共有人来说，仍然存在由谁实际控制、使用该房屋的问题，如果当事人自己能够协商解决这一问题，就没有必要由人民法院作出判决；如果不能协商解决问题，在当事人明显失去共有基础的条件下，人民法院强行判决按份共有，有可能造成新的矛盾。所以，判决当事人离婚后对夫妻共同所有的房屋产权按份共有不是离婚案件中分割夫妻共同财产的好办法，一般不宜采用。

要点索引：见本书研究组：《离婚诉讼的当事人只有一套性质为夫妻共同财产的房屋居住，又均无能力补偿对方，法院能否判令双方离婚后对该房屋各占二分之一产权》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 4 辑（总第 52 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 248 页。

12. 共有财产分割请求权为物权请求权，行使时不受诉讼时效的限制。

适用解析：对于共有财产分割请求权是否适用诉讼时效制度，我国《物权法》没有规定。从共有财产的性质来说，共有财产分割请求权不应受诉讼时效的限制。否则，过了诉讼时效，按份共有人将永久不得请求分割共有财产，即使有重大理由也不行。共同共有人也是如此，即使共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时，也不得请求分割。这就与《物权法》第九十九条的规定矛盾，与共有的性质不符，所以，共有财产分割请求权不受诉讼时效限制更符合立法原意。

要点索引：见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 309 页。

13. 夫妻离婚后一方请求再次分割土地承包经营权的，不宜适用两年诉讼时效期间的规定。

适用解析：在审理离婚案件时，如果夫妻在分割共同财产时，没有分割土地承包经营权，离婚判决或离婚协议生效后，当事人可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。因土地承包经营权属物权性质，这种权利不应受到诉讼时效的限制，对此不宜适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第三十一条关于“当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算”的规定。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 128 页。

14. 对于离婚时未分割的夫妻共同财产，任何一方都有权起诉请求分割，而不受两年诉讼时效的限制。

适用解析：夫妻共有财产制是典型的共同共有。根据《物权法》第九十九条的规定，共有人分割请求权虽然名为请求权，但并非是请求他人同意分割的权利，而实质是使他人负有与其协议分割的具体方法的义务。分割共有物是法律赋予共有人的权利，其得以一人之意志行使该项权利。因此，分割共有物之请求权，实质是形成权，不应受诉讼时效的限制。同时，根据物权法定原则，所有权不会单纯因为时间的经过而发生改变。也就是说，夫妻共同财产如果在离婚时没有进行分割，不会因时间的经过而改变性质，双方身份关系的解除，也不能使原本属于两人共有的财产变更为一人所有。因此，此类纠纷没有适用诉讼时效制度的必要。

要点索引：见本书研究组：《民法通则规定的诉讼时效是两年，离婚两年以后发现有离婚时尚未分割的夫妻共同财产，为什么仍然可以诉诸分割》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 2 辑（总第 50 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 235—236 页。

15. 人民法院审理离婚案件，不宜判决当事人离婚后对夫妻共同所有的房屋产权按份共有。

适用解析：既然房屋的性质为夫妻共同财产，那么，如果在离婚诉讼中不作分割，实际上双方仍然处于共同共

有状态。夫妻共有是共同共有的一种典型状态，一般情况下，分割夫妻共同财产是一人一半，因此，如果判决一人一半，实际上只是判决确定从夫妻共同共有到按份共有，并不能解决夫妻离婚后实际面临的居住问题，因为，对于按份共有人来说，仍然存在由谁实际控制、使用该房屋的问题，如果当事人自己能够协商解决这一问题，就没有必要由人民法院作出判决；如果不能协商解决问题，在当事人明显失去共有基础的条件下，人民法院强行判决按份共有，有可能造成新的矛盾。所以，人民法院判决当事人离婚后对夫妻共同所有的房屋产权按份共有不是离婚案件中分割夫妻共同财产的好办法，一般不宜采用。

要点索引：见本书研究组：《离婚诉讼的当事人只有一套性质为夫妻共同财产的房屋居住，又均无能力补偿对方，法院能否判令双方离婚后对该房屋各占二分之一产权》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2012 年第 4 辑（总第 52 辑），人民法院出版社 2013 年版，第 248 页。

16. 分割夫妻共有的土地承包经营权，应当遵守夫妻双方份额均等、不损害其他家庭成员权利、方便女方耕种的原则。

适用解析：在离婚案件分割土地承包经营权时，应当特别遵守保障家庭成员享有均等的土地承包经营权的原则，因为，土地承包经营权是农民维持基本生活的保障。在离婚案件中分割土地承包经营权时，还应注意不损害其他家庭成员的权利。法院应在分清夫妻共有份额与其他家庭成员共有份额的基础上，进行处理。在审理离婚案件时，对可以确认为夫妻共同财产的土地承包经营权，应按照夫妻双方享有平等权利的原则进行分割。但在涉及距离远近等耕种方便程度不同的情况时，应依据方便女方耕种的原则分割。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 128 页。

17. 分割夫妻共有的土地承包经营权，可以采取夫妻双方分别承包经营或者轮流耕种的方法，且无需征得发包方的同意。

适用解析：在离婚案件分割土地承包经营权时，人民法院可以将夫妻共同承包经营的土地按份划出，由各自经营，至承包经营期满为止。具体划分时，可以向村民委员会了解土地的具体情况，以便做出合理的划分。如果承包土地不便于分割的，可以采取夫妻双方按年分别轮流耕种的方法进行处理。有人主张，人民法院以前述方法进行判决的应征得发包方村民委员会的同意，我们认为，依据司法独立的原则，人民法院在判决之前就如何作出判决，无需征得村民委员会的同意。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 128—129 页。

18. 人民法院审理离婚案件分割夫妻共同财产时，对于土地承包经营权的分割，不得以所分割的土地承包经营权折抵债务或子女抚养费。

适用解析：在家庭土地承包经营权的分割中，因土地承包经营权有着社会保障功能，分割中，如将其折抵债务或子女抚养费，无疑剥夺了其生活保障底线。《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第十五条规定，家庭土地承包方以其土地承包经营权进行抵押或者抵偿债务的，应当认定无效。根据该条规定，当事人之间达成的以家庭土地承包经营权抵债协议尚且无效，那么法院在审理离婚案件时，更不能作出以土地承包经营权抵债的判决，也不能允许双方当事人达成类似内容的调解协议。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 129 页。

19. 人民法院审理离婚案件分割夫妻共同财产时，对于家庭土地承包经营权的分割，不得以一方存在过错为由对其少分或者不分。

适用解析：在审理离婚案件时，对于一般夫妻共同财产，可以按照法律规定，一方在婚姻关系中存在过错，可以少分或不分夫妻共同财产，但家庭土地承包经营权是农民的生活保障，在离婚案件中，分割夫妻土地承包经营权时，不能因为当事人在婚姻关系中的过错而少分或不分给其土地承包经营权。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 129 页。

20. 人民法院审理离婚案件分割家庭土地承包经营权时，不宜作出土地由一方承包，给予另一方适当经济补偿的判决。

适用解析：从长远的观点来看，土地具有增值保值的功能，而且夫妻离婚时往往剩余的承包期限仍然较长，期间土地究竟能增值到什么程度，难以准确预料，而且有的土地一旦被征收，所获得的土地征收补偿费数额往往超出判决时的正常预期，这种经济补偿的数额有可能远低于承包经营土地一方所获得的利益。所以人民法院作出土地由一方承包，给予另一方适当经济补偿的判决，有可能造成离婚双方当事人的利益严重失衡。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 129—130 页。

21. 人民法院判决分割夫妻土地承包经营权时，判决主文不应表述为“土地归某某所有”。

适用解析：作为夫妻特殊共同财产的土地承包经营权，由于是一种用益物权，对这种财产权的行使要受到土地所有权人的监督和制约。鉴于农村土地承包经营权的这种特性，人民法院在判决分割夫妻土地承包经营权时，不应在判决主文中表述为“××亩土地归某某所有”，而应表述为“××亩土地的承包经营权归某某行使”。

要点索引：见姜梅：《浅谈离婚案件中涉及的土地承包经营权分割问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2009 年第 3 集（总第 39 集），法律出版社 2010 年版，第 130 页。

22. 双方协议离婚后，一方不愿按照离婚协议的约定将自己名下的房屋赠与子女或他人，另一方请求法院判令其按协议约定办理房屋过户手续的，人民法院应予支持。

适用解析：离婚协议中关于房屋赠与的约定并不构成一般意义上的赠与合同。赠与人在离婚协议中的赠与表示，是赠与人为换取另一方同意协议离婚而承诺履行的义务。该义务的特殊之处在于，赠与人的给付房屋义务不是向离婚协议相对方履行，而是按约定向协议之外的第三人履行。这类离婚协议中双方主要义务表现为，受赠人配合赠与人办理协议离婚，受赠人向第三人交付房屋。在相对方已经按约定与赠与人协议解除婚姻关系的情形下，赠与人也应按约定履行给付房屋的义务。如果赠与人不履行该义务，则构成违约，离婚协议相对方有权请求法院判令其履行房屋交付义务。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条有关“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力”的规定可以理解为上述精神的体现。

要点索引：见本书研究组：《双方协议离婚后，一方不愿按离婚协议约定，将自己名下房屋赠与子女或他人时，另一方请求法院判令一方按协议约定办理房屋过户手续，是否支持》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2013 年第 3 辑（总第 55 辑），人民法院出版社 2014 年版，第 236—237 页。

23. 夫妻一方婚前贷款购房，有证据证明还贷是在婚姻关系存续期间且双方无特别约定的，应当认定为夫妻共同还贷，否认系共同还贷的一方应当承担举证责任。

适用解析：根据《婚姻法》第三十九条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十条的规定，夫妻一方婚前贷款购房，婚后用夫妻共同财产还贷，房屋登记于首付款支付方名下的，离婚时该房屋由双方协议处理；不能达成协议的，双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分按照夫妻共同财产的分割原则处理。对于婚后共同还贷的证明问题，一般需要提供银行还贷的记录单以证明还贷的时间，还要提供结婚证，以证明婚姻关系存续的期间。需要从两个方面掌握：一是从偿还银行贷款的时间看，还贷的时间只要处于婚姻关系存续期间，一般即可认定是双方用夫妻共同财产还贷，而不必刻意区分还贷的资金来源于夫妻中哪一方的收入。根据《婚姻法》的规定，夫妻关系存续期间的财产为夫妻共同财产。因此，如果没有反证推翻，一方无须提供特别的证据来证明是用夫妻共同财产偿还的贷款。二是看夫妻之间是否约定实行分别财产制或者对涉案房屋的还贷问题有特别的约定。如果双方当事人认可或者一方当事人能够举证证明夫妻已经约定实行分别财产制或者对涉案房屋的还贷问题有特别约定，则不适用上述规定。

要点索引：见本书研究组：《一方婚前贷款购房，离婚诉讼中需要提供什么样的证据，才能证明婚后共同还贷》，载杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2014 年第 4 辑（总第 60 辑），人民法院出版社 2015 年版，第 257—258 页。

附：办案依据

1. 中华人民共和国物权法

第九十九条　共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

第一百条　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。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

2.中华人民共和国婚姻法

第三十九条　离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

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

第四十一条　离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

第四十二条　离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议。

第四十七条　离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。

3.中华人民共和国妇女权益保障法

第四十八条　夫妻共有的房屋，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。

夫妻共同租用的房屋，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。

4.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

87.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。

88.共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。

5.最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）

第二十七条　婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的，属于生活困难。

离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

第三十一条　当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年，从当事人发现之次日起计算。

6.最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）

第八条　离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。

当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

第九条　男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。

人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

第十五条　夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

第十六条　人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不

是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

第十七条　人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：

（一）其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；

（二）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；

（三）其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；

（四）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。

第十八条　夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：

（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；

（二）双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；

（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。

第二十条　双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：

（一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；

（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；

（三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割。

第二十一条　离婚时双方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。

当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。

7. 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者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；

（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。

第十条　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。

第十四条　当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行

分割。

第十五条　婚姻关系存续期间，夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产，在继承人之间尚未实际分割，起诉离婚时另一方请求分割的，人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

第十八条　离婚后，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未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。

8.最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）

第四条　债务人对按份享有所有权的共有财产的相关份额，或者共同享有所有权的共有财产的相应财产权利，以及依法分割共有财产所得部分，人民法院均应认定为债务人财产。

人民法院宣告债务人破产清算，属于共有财产分割的法定事由。人民法院裁定债务人重整或者和解的，共有财产的分割应当依据物权法第九十九条的规定进行；基于重整或者和解的需要必须分割共有财产，管理人请求分割的，人民法院应予准许。

因分割共有财产导致其他共有人损害产生的债务，其他共有人请求作为共益债务清偿的，人民法院应予支持。

离婚房产分割中，关于法院管辖问题几则故事

2016-11-22 远闻（上海）律师事务所 赫少华

北京高院的规定一则：

婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、分家析产纠纷等纠纷属于婚姻家庭纠纷，不适用不动产专属管辖，按照被告住所地确定管辖法院。《民事诉讼法解释》第十七条规定的情形除外。

下面具体说几个案例。

夫妻甲夫、乙妻，已诉讼离婚，但投资 S 市一套房屋权益尚未分割，该房屋商品房预售合同系甲、乙共同签署，现该房屋各种手续齐全，只待和开发商去办理过户。

巢已筑，燕分飞，具状投向哪家法院？至于诉请如何确定，分割房屋还是履行合同，是另外一个专业问题。

处理结果：经交涉，房屋所在地 S 市某区法院受理该案，且甲已缴纳诉讼费。

突生变故：S 法院出裁定，将该案移送到乙户籍所在地法院（相对偏远的某县法院…）

有同行提议，离婚协议约定管辖法院。民诉解释第 34 条，当事人因同居或者解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可以适用民诉法第 34 条规定管辖。

在做财富规划或财产分割时，可以考量，约定管辖的操作方式。

再举一则案件，依然是夫甲、妻乙，离婚诉讼后，甲得知乙在婚姻存续期间曾将 200 万用于帮丙（乙的亲戚）在上海闵行区购房，但该房屋登记在丙妻名下。

那么，甲若需要针对该 200 万元提起诉讼，起诉对象如何设置，在哪家法院？起诉案由定为离婚后财产分割，还是赠予纠纷？补充一个细节，乙非上海户籍，且甲方不知乙在上海具体的居住地址。

既然说到居住地址，再举一个立案庭的故事，依然夫甲、妻乙，二位长期居住在上海并在 X 区办理了居住证，后因婚姻出状况，房产分割无法谈妥，遂选择诉讼。此时，问题出现了，二人的居住证刚续办三个月，且目前乙搬离了原住址，在居住地取证方面，律师也是下足功夫，根本无法开出“经常居住地”的证明。

法官答复，可以在 X 区立案，理由是，夫妻双方均离开住所地超过一年，一方起诉离婚，由被告经常居住地管辖，无经常居住地，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

但民事诉讼法解释，似乎并不是如此规定的，修订后的解释第十二条：没有经常居住地的，由原告起诉时被告居住地人民法院管辖。

该案件涉及到法律修订的问题，但所幸，该案中乙虽搬离住址，但依然在 X 区。

上述第二个案例中，提出案由确定问题影响管辖，由此再补充一个，夫甲、妻乙离婚后，要分割 A 房屋（上海）、B 房屋（苏州）、C 房屋（杭州）三处房屋，选择甲方户籍所在地上海 S 区法院，但法院认为，鉴于三套房屋上均由第三方丙的名字，故不能以离婚后财产分割为由，应以共有物分割为案由，选择不动产所在地，即前往三地法院各自诉讼。

助理律师突然开口，该案若采用上述提及的约定管辖，不是可以解决吗？……

题外话：

诉讼案件，有立有破，在个人资料库中若没有类似案件的承办经验或法律知识储备，法律检索有时会进入误区.

举上述些例子，想说明一个现象，互联网方便了检索，裁判文书的公开有助于展开梳理，但即便把最高法院的裁判文书整理得井井有序，但仿佛依然无法解决一个小案件的基本处理。而且，梳理本身在括展视野的同时，也会禁锢思维，形成“定式”.

游走于案头，更要行走在庭前。

（五）文件选读

离婚案件分割财产时对“工龄买断款”如何处理

2016-11-04　法信

导读：对于夫妻一方在婚姻关系存续期间获得的工龄买断款是否可以作为夫妻共同财产进行分割，司法实践中经历了一个认识发展的过程，对买断工龄款的性质认定存在不同的观点，目前我国《婚姻法》及《婚姻法司法解释》对买断工龄款的问题还没有明确的回答。本期法信围绕离婚案件中工龄买断款的问题，根据最高人民法院民一庭意见，对工龄买断款的分割方法进行说明，仅供参考。

最高人民法院审判业务意见（民一庭倾向性意见）

最高人民法院民一庭倾向性意见认为：在离婚案件中处理有关买断工龄款问题时，可以参考最高人民法院《婚姻法解释（二）》中有关军人复员费、自主择业费的规定处理。

法信 • 法律依据

1.《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》

第十四条 人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。

2.《重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》

21.一方婚后所得的下岗补助金和买断工龄是否属于夫妻共同财产。

下岗补助金是人民政府支付给下岗职工的生活费用，具有未来生活保障金的性质，不宜将下岗补助金作为夫妻共同财产予以分割。买断工龄款，即用人单位对职工进行一次性经济补偿，职工获得补偿离开工作单位，单位从此不再对职工负担经济责任所支付的款项。离婚诉讼中处理买断工龄款的问题，可以参照最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》中有关军人复员费、自主择业费的规定处理，将一方领取的买断工龄款总额按具体年限均分出年平均值（其具体年限为人均寿命 70 岁与一方参加工作时实际年龄之差），以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

3.《江西省高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷案件适用法律若干问题的解答》

12.买断工龄补偿款是否属于夫妻共同财产？

买断工龄补偿款属于职工与单位解除劳动合同的经济补偿金，是单位发给职工的一次性费用，与发放到军人名下的复员费、自主择业费等费用有相似之处，可参照对军人复员费、自主择业费的规定区别处理。

婚前的工龄所得的买断工龄款为夫妻一方个人财产，夫妻关系存续期间的工龄所得的买断工龄款为夫妻共同财产，计算方法可参照《婚姻法解释二》第十四条关于军人复员费、自主择业费的规定。

如买断工龄一方当事人因离婚将导致生活困难的，在分割买断工龄款时可适当照顾买断工龄一方的权益，多分或全部分配给买断工龄一方。

法信 • 相关案例

1.离婚案件中，工龄买断款可以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值的方法进行分割——付某与叶某离婚纠纷案

本案要旨：工龄买断款，是员工将连续工龄一次性卖给企业，企业以年工龄计价，一次性支付连续工龄的费用，可参考《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第 14 条规定的人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

案号：（2014）锦民一终字第 00663 号

审理法院：辽宁省锦州市中级人民法院

来源：中国裁判文书网

2.离婚纠纷中，工龄买断款可参照军人复员费、自主择业费的标准予以分割——叶某某诉颜某某离婚纠纷案

本案要旨：工龄买断款兼有夫妻共同财产和个人财产的属性，在计算夫妻各方应得的份额方面，不应采取简单的平分的做法。用人单位支付工龄买断款是出于对劳动者在过去工作中作出的贡献和为其将来的生活提供保障的目的，具有追溯性和延续性。在具体分割上，可参照军人名下的复员费、自主择业费的分割标准进行处理。

案号：（2011）台温民初字第 1614 号

审理法院：浙江省台州市温岭市人民法院

来源：《人民司法·案例》 2013 年第 10 期

法信 · 专家观点

1.买断工龄款的归属可参照对军人复员费、自主择业费的规定处理

所谓的“买断工龄”，实际上就是企业与下岗职工解除劳动合同，应按《劳动法》及相关规定支付给下岗职工经济补偿金的行为。社会上流行的“买断工龄”一说，是不准确、不科学的，极易产生误导。解除劳动关系要给予一定的经济补偿，但并不是“买断工龄”，工龄不能买断，也无法买断。工龄就是职工在用人单位工作的年限，计算工龄的实际意义有两个：一个是职工的许多待遇和他的工作年限有关；另一个就是自从职工的退休实行社会保险之后，没有缴纳养老保险金的这段工龄，视为已经缴纳了。也就是说，职工的劳动合同虽然解除了，但职工的工龄照常有效，继续工作后缴纳的养老保险金可以实现连续计算。从工龄的这两个具体作用而言，工龄是无法买断的。从国家统计局 1999 年 10 月 10 日《1999 年年报劳动统计新增指标解释及问题解答》来看，该解答明确“一次性买断工龄所支付给职工的费用从性质上说属于保障性质而非劳动报酬性质，因此，不应统计为工资”。因此，将买断工龄款完全视为夫妻共同财产或者完全视为一方的个人财产都失之偏颇。如果将买断工龄款一概作为夫妻共同财产处理，考虑到审判实践中存在夫妻婚姻存续期间较短的情况以及买断工龄款的具体构成包含非工资补偿或者再就业保障等因素，若简单将买断工龄款笼统视为夫妻共同财产，反而有失公平，容易激化矛盾。既然国家统计局没有将买断工龄款统计为工资，认为这种费用属于保障性质而非劳动报酬性质，那么一概地将买断工龄款视为夫妻共同财产也是不合适的。虽然“买断工龄”的提法没有法律依据，但对于起诉到法院要求分割买断工龄款的纠纷总要有一个解决办法。如果将买断工龄款一概作为夫妻一方的个人财产处理，完全不顾及另一方对家庭所做出的贡献，也不尽合理。买断工龄款是发放给职工的一次性补偿费用，与发放到军人名下的复员费、自主择业费等有相似之处，均包含劳动或者军队工作补偿、失业或再就业保障金。所以买断工龄款的归属可参照对军人复员费、自主择业费的规定处理。最高人民法院《婚姻法解释（二）》第 14 条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。前款所称平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命 70 岁与军人入伍时实际年龄的差额。”当时制定该条司法解释的思路是：将发给军人的复员费、自主择业费等一次性费用，按年份平均分成若干等份，属于婚姻关系存续期间所对应的款项为夫妻共同财产，属于军人结婚前和离婚后所得部分为军人的个人财产，婚姻关系存续期间的长短将直接体现在认定夫妻共同财产的数额上。这条规定兼顾了婚姻双方的利益，总的感觉是比较公平的。那么同样道理，在处理买断工龄款的问题时，将一方企业发放的买断工龄款总额按具体年限均分得出平均值，其具体年限为人均寿命 70 岁与一方参加工作时实际年龄的差额，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额即为夫妻共同财产。

（摘自：吴晓芳：《夫妻一方所在企业发放的买断工龄款是否属于夫妻共同财产》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《中国民事审判前沿》2005 年第 2 集，法律出版社 2005 年版，第 239~245 页；转载自《最高人民法院司法观点集成（民事卷）》，刘德权主编，人民法院出版社 2014 年版）

2.工龄买断款的分割不应“一刀切”，应区分工龄买断款中不同的内容进行分割

笔者认为，对于工龄买断款的分割不应采取“一刀切”的方式进行。而应区分工龄买断款中不同的内容进行分割。对于再就业补偿金由于其性质类似于破产补偿金，应当按照法律上对于破产补偿金的分割规定进行处理。对于人身性补偿金由于具有强烈的人身依附性，因此根据《婚姻法》第 18 条的规定，应认定为夫妻一方个人财产。

至于工龄买断款中的经济补偿金部分，在某种意义上类似于军人的“自主择业费”，实践中可以参照对“自主择业费”的有关立法精神来理解和处理。《婚姻法司法解释（二）》第 14 条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分

割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。”由此，实践中对“工龄买断款”中经济补偿金部分的分割也可以按此方法来计算。即夫妻共同财产部分=夫妻关系存续年限×[工龄买断款总额÷(70-参加工作时的实际年龄)]，该部分可以作为夫妻共同财产予以分割。除此之外，应属买断工龄方的个人财产。

对于“工龄买断款”是否可以作为夫妻共同财产进行分割，司法实践中也经历了一个认识发展的过程。《最高人民法院关于印发〈全国民事案件审判质量工作座谈会纪要〉的通知》中认为，可采取类推解释的方法，根据其与养老保险金或医疗保险金等所共同具有的专属于特定人身的性质，确定其在财产分割中的法律适用原则，即不作为夫妻共同财产。其后，最高人民法院审判业务意见又认为，在离婚案件中处理有关“工龄买断款”问题时，可以参照《婚姻法司法解释（二）》中有关军人复员费、自主择业费的规定处理。后一观点成为目前司法实践中的主流观点。

当然，由于工龄买断一方所获得的工龄买断款，是以未来通过劳动获取报酬的机会所换得的，是对其未来生活的一种保障，并且在司法实践中，离婚诉讼分割夫妻共同财产时需要考虑该财产的来源。因此，在分割时，应充分考虑被买断工龄一方的离婚后生活，合理分割夫妻共同财产。

（摘自：《婚姻家庭案件司法观点集成》，吴卫义、张寅编编著，法律出版社 2015 年出版）

陕甘宁边区高等法院民事判决书

2016-11-05 民事审判参考

侯丁、侯张氏离婚案

陕甘宁边区高等法院民事判决书

上诉人：侯丁，男，现年二十七岁，庆阳曹家嘴，农。

代理上诉人：侯贤儒，男，现年六十二岁，同。

被上诉人：侯张氏，女，现年廿五岁，同。

张　　明，男，现年三十岁，庆阳西川暂家寨子，农。

上列上诉人因婚姻涉讼一案，不服庆阳地方法院于民国三十一年七月廿九日所为第一审判判决提起上诉，本院判决如下：

主　　文

上诉驳回。

事　　实

缘张明之妹侯张氏于民国廿二年，经媒说与侯贤儒之次子侯丁结婚，婚后侯张氏始知侯丁为神智不清之傻子，且有羊羔病。初冀请医诊疗，病可痊愈，时经九年，医诊无效，侯张氏以侯丁有不治之神经错乱病，不堪同居，要求离异，诉于庆阳地方法院，经判决侯张氏与侯丁离婚。侯丁不服，由其父侯贤儒代理上诉，主张侯丁年青力壮，并无不治症果，今后无子，亦可以侯丁之侄为嗣。并诉张明从中唆使侯张氏诉请离婚，图另嫁贪财，要求废弃原判，经本院传讯两造，侯丁确为不识五以上之数（在庭上数六个凳子为八件），不晓自己之年龄（二十七岁说十岁），不识农时（说正月可以种谷粟子），更不知男女之乐（同床各睡，不省房事），神经错乱，傻而且有羊羔疯不治之恶疾。侯张氏以其空有夫妇之名，不能享天伦之乐，坚主离婚，自属人情之常；侯贤儒谓为由于张明唆使，另嫁图财一节，殊属无据。案经讯明，记录在卷。

理　　由

查侯丁神经错乱，不识五以上之数，不知自己年龄，更不知男女之乐及夫妇之情，且患有羊羔疯病，既已当据讯明，上诉人谓侯丁年青力壮，并无不治之病，显属遁词；而欲以侯丁之侄与侯张氏为嗣子，亦何能弥补侯张氏终身幸福之缺陷，侯张氏结婚以来苦恼九年，侯丁病愈无望，自念青春瞬逝，前途悲观，要求离婚，实出诸不得已异之衷心，更何得指为张明之唆使图财，原判依边区婚姻条例第十一条第二款、第八款之规定，判决侯张氏与侯丁离婚，于法于情均无不合。本件上诉为无理，故判决如主文。

中华民国三十一年九月廿八日

民事法庭庭长　　任扶中

推事　　王怀安

书记员　　李仲民

遗嘱中的房屋在被拆迁后所得补偿房屋或补偿款，遗嘱中确定的原房屋继承人能否主张继承

2016-11-05　家事法务

【问】

立遗嘱人在遗嘱中约定给继承人的房屋在继承人死亡前已被拆除，但立遗嘱人并未因此修改遗嘱。立遗嘱人死亡后，遗嘱中确定的原房屋继承人能否以原房屋被拆迁后所得补偿房屋或补偿款为原房屋的变更物主张继承？

【答】

遗嘱是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。遗嘱人在遗嘱中对财产的处分，本质上是遗嘱人基于其对该财产的所有权，在法律允许范围内自由处分其财产的一种表现形式。遗嘱中对财产的处分方式体现了遗嘱人立遗嘱这一时点的内心真意，但并不能对遗嘱人随后改变其财产处分方式产生约束。因此，遗嘱人在立遗嘱后，还可通过各种法律允许的方式撤销其在原遗嘱中的财产处分行为。

根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十五条“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定，就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项，订立补偿协议。”之规定，标的物被拆迁后的对价是由房屋征收部门与被征收人在补偿协议中约定的补偿金或产权调换房屋。也即，标的物被拆迁一般是因标的物所有权人同意拆迁并与房屋征收部门达成补偿协议引起。因此，标的物所有权人同意标的物被拆迁的行为是导致标的物灭失的重要因素。标的物所有权人在遗嘱中将标的物处分给他人后，又以补偿协议形式同意将标的物拆迁。这应被视为其在立遗嘱后又以行为做出了与立遗嘱时相反的意思表示并导致了标的物的灭失。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３９条“遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。”之规定，该遗嘱涉及标的物被拆迁的部分应被视为撤销。

遗嘱人遗嘱中所涉标的物被拆迁后所获得的补偿金或产权调换房屋与原标的物为不同的物。对遗嘱人而言，该补偿金或产权调换房屋属于立遗嘱后新获得的财产。由于遗嘱人并未明确表示标的物被拆迁后的对价—补偿金或产权调换房屋的处分方式作为遗嘱的组成部分，故不能将补偿金或产权调换房屋作为遗嘱中标的物的变更。

执笔人：本书研究组

注：本文已刊登在《民事审判指导与参考》第 49 辑

二轮土地承包后，农村新出生人口和户口迁入人员要求解决承包地，如何处理？

2016-11-14 海坛特哥 最高人民法院

最高人民法院民一庭 《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑（总第 65 辑）

问题：二轮土地承包后，农村新出生人口和户口迁入人员要求解决承包地，如何处理？

答复意见：

农村土地承包法第二十七条规定：“承包期内，发包方不得调整承包地。承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡(镇)人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。”第二十八条规定：“下列土地应当用于调整承包土地或者承包给新增人口：(一)集体经济组织依法预留的机动地；(二)通过依法开垦等方式增加的；(三)承包方依法、自愿交回的。”

《国务院批转农业部关于稳定和完善土地承包关系意见的通知》中也明确，提倡在承包期内实行“增人不增地，减人不减地”。

《国务院办公厅关于妥善解决当前农村土地承包纠纷的紧急通知》规定：“对外出农户中少数没有参加二轮延包、现在返乡要求承包土地的，要区别不同情况，通过民主协商，妥善处理。如果该农户的户口仍在农村，原则上应同意继续参加土地承包，有条件的应在机动地中调剂解决，没有机动地的可通过土地流转等办法解决。”

根据上述规定，以家庭承包方式经营的，在承包期内，实行“增人不增地，减人不减地”政策，新出生人口和户口迁入人员的生活原则上由所在户的原有承包地负责保障。但是，在二轮承包期内，发包方可以将机动地、新开垦土地和依法收回的土地等优先用于解决新增成员的承包地问题；发包方如果无机动地和无新增土地的，可通过土

地流转等办法解决新增人口的耕地问题。

关于依法妥善审理房屋买卖合同纠纷案件的通知

2016-11-17 天津高院

天津市高级人民法院

关于依法妥善审理房屋买卖合同纠纷案件的通知

津高法（2016）158 号

今年以来，房屋买卖合同纠纷案件数量大幅增长，尤其是在“二手房”买卖纠纷中出现了界定继续履行条件、确定违约损失赔偿幅度等新问题。为了依法妥善审理好此类案件，统一裁判标准和执法尺度，高院民一庭组织一、二中院及部分基层法院召开了专题座谈会，就该类案件审理中的热点难点问题进行了深入研讨，并就一些具体问题形成了共识。现就审判实践中应当注意的相关问题通知如下：

处理原则

审理上述案件时，要严格依照法律、行政法规和司法解释的规定。既要遵循诚实信用原则，依法保护守约方的合法权益，又要兼顾合同的客观履行情况和条件，买卖双方的合同目的和居住条件，秉承“调解优先，调判结合”的理念，依法合理平衡各方当事人的合法权益。

适用范围

本《通知》中的“房屋买卖”，是指城镇区域内国有土地上的“二手房”买卖，不包括公产房、企业产房屋买卖。商品房买卖合同纠纷可以参照本《通知》处理。法律、行政法规和司法解释另有规定的，适用其规定。

关于合同效力的认定问题

当事人尚未签订房地产行政主管部门要求的《天津市房产买卖协议》，但自行签订或者通过房产中介机构签订的协议书具备了房屋买卖合同主要内容的，应认定房屋买卖合同成立。经审查不存在法定无效情形的，应当认定合同有效。当事人明确约定以签订《天津市房产买卖协议》为买卖合同成立、生效要件的，从其约定。

出卖人转让仅登记在自己名下的共有房屋，未征得其他权利人同意，基于不动产的公示公信原则，如买受人有理由相信出卖人系房屋的完全权利人，其与出卖人之间签订的买卖合同应认定为有效。但有证据证明买受人存在过错，或者出卖人恶意串通，损害其他共有人利益的除外。

关于合同继续履行的问题

当事人按照房地产行政主管部门的要求签订《天津市房产买卖协议》以后，一方已依约履行主要义务并主张继续履行合同，另一方拒绝履行产权过户、交接房款、交付房屋等后续合同义务，除属于《合同法》第一百一十条规定情形以外，人民法院应予支持。

当事人已经签订房产买卖协议或者已经与房产中介机构签订包含居间内容的房产买卖协议，但尚未签订《天津市房产买卖协议》的，一方主张继续履行合同，另一方拒绝履行合同义务的，除属于《合同法》第一百一十条规定情形以外，人民法院应综合考量房地产行政主管部门意见、合同履行进度、房款交付情况、房屋实际状态等因素，确定涉案房屋买卖合同是否具备继续履行的条件。如果具备继续履行合同条件的，人民法院可以支持当事人继续履行合同的诉讼请求。如果不具备继续履行合同条件的，人民法院可以向当事人释明无法执行的风险，并告知其可以变更诉讼请求。

当事人对合同的履行与解除有特别约定的，从其约定。

当事人要求继续履行合同，应当在诉讼请求中明确具体履行内容，如支付购房款、交付房屋、办理产权过户登记等。

对于出卖人不履行产权过户义务的，买受人可以按合同约定要求出卖人履行产权过户义务，但不能直接请求人民法院确认房屋产权归其所有。

关于违约金的问题

合同约定给付违约金的，当事人可以向违约方主张支付违约金，当事人主张违约金高于或低于实际损失的，人民法院应当依法处理。当事人请求增加违约金的，应当依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十八条的规定处理。认定违约金过分高于造成的损失，应当依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定处理。

关于损失赔偿的问题

1、当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定给对方造成损失的，应当赔偿损失。按照《合同法》第一百一十三条规定，损失赔偿额包括合同履行后可以获得的利益。一方违约且发生房屋价格涨跌情形的，涨跌差价属于合同履行后可以获得的利益，实际损失金额的确定应结合所处区域实际情况、守约方的履约情况、违约方订立合同时对房屋涨跌情形的预见能力、当事人的过错程度等因素综合判定，但最低额度不应低于房屋价格涨跌差价的 50%。

2、房屋价格涨跌差价可以参照以下方式确定：

（1）双方能够协商确定的，从其约定；

（2）双方不能协商确定的：①原则上可比照最相类似房屋的市场成交价与买卖合同成交价之差确定房屋涨跌差价；②无最相类似房屋比照的，可通过专业机构评估确定房屋涨跌差价。认定涨跌差价的时间点应以守约方的请求为基础，结合合同约定的履行期限届满之日、违约方的违约行为确定之日、双方是否及时采取措施防止损失扩大、涉诉房屋的具体涨跌情况等合理确定。

关于受房地产调控政策影响案件的处理问题

因受限贷、限购、禁购等房地产调控政策的直接影响，合同确实无法继续履行的，一般应认定合同不能履行属于不可归责于双方当事人的情形，当事人据此请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当结合案件的实际情况准予变更或者解除合同。

因前述原因，当事人解除合同以后，出卖人应当将已经收到的购房款或定金返还给买受人，买受人应将接收的房屋返还给出卖人。因解除合同造成的损失一般情况下应按照公平原则由双方合理分担。如因一方当事人过错导致当事人利益严重失衡，损失方要求加大对方承担比例的，可酌情予以支持。

正在审理中的一、二审案件参照本《通知》试行，已经做出生效裁判的案件不再适用。如在试行中遇有问题，及时向高院民一庭反馈。

2016 年 11 月 16 日

（六）媒体视点

北京三中院：“家暴认定低，受害者仍需提高维权意识”

2016-11-02　　民主与法制时报 赵春艳　刘晓蕾

本报讯（记者赵春艳 通讯员刘晓蕾）为了更好地贯彻实施《反家庭暴力法》，解决司法实践中的法律适用和具体操作问题，结合家庭暴力多出现于婚姻家庭类案件的现状，北京市第三中级人民法院就涉家庭暴力婚姻家庭类案件审理开展了专题调研，分析归纳出该类案件的基本特点及审理情况，并结合法律规定，就家庭暴力的认定规则及法律责任等问题进行了深入研究。11 月 1 日，该院召开新闻通报会，对涉家庭暴力婚姻家庭类案件的基本特点、审理难点通报，并对家庭暴力受害人如何维权提出建议。

据北京三中院审判委员会专职委员次仁卓嘎介绍，2014 年 1 月至 2016 年 7 月三中院审结的婚姻家庭类二审中主张存在家庭暴力的案件共有 213 件，主要集中于离婚案件。而且案件中主要体现为男性对女性实施家庭暴力，占比高达 89%；家暴中殴打为最主要的表现形式，比例高达 71%，谩骂、恐吓、威胁等语言暴力位居其次。

然而，次仁卓嘎指出，在实际审理中，较少案件被法院认定构成家庭暴力。213 件案件中，经法院审理认定构成家庭暴力的仅为 22 件，认定率为 10.3%；另外就损害赔偿而言，相关诉请获得法院支持率较低。213 件案件中，当事人以家庭暴力为由主张损害赔偿的有 73 件，仅有 17 件得到了法院判决支持，支持率仅为 23%，且赔偿数额多在 5 万元以下。

当事人就家庭暴力的事实举证不充分、家庭暴力的法定构成要件难以确定、家庭暴力的法律后果不明确是涉家暴案件审理中的难点。

次仁卓嘎认为，法院认定家庭暴力，应当结合侵害方式、持续时间、反复频次、伤害后果等方面予以综合审查判断，但不宜将造成轻伤、轻微伤或精神抑郁等“伤害后果”作为必备要件。对在一般人看来也属于轻微的家庭纠纷或推搡，或双方偶然的激烈争吵，法院不应认定为家庭暴力。在案件审理中，一旦法院认定构成家庭暴力，即会涉及相关法律责任的问题，主要包括离婚案件中对婚姻关系、财产分割、损害赔偿、子女抚养等问题的处理；抚养纠纷案件中对抚养关系的判定；探望权纠纷案件中对是否准予探视的考量等。

从家庭暴力案件认定比例中可以看出，当前反家庭暴力的维权意识尚未深入人心，维权知识尚未普及到位。北京第三中级人民法院法官向家庭暴力受害人提出了维权建议。如提高自我保护和维权意识、及时收集和固定证据、

寻求社会机构与公权力机关的干预与救助、申请人身安全保护令等。

另外，法院还呼吁公安机关与其他社会机构等共同发力，承担起预防、干预、处置家庭暴力的法定职责。

悲情龙凤胎

2016-11-03　经济与法

有一位妈妈叫甘小燕，家住四川泸州市纳溪区。她有一儿一女，是对龙凤胎，非常可爱。甘小燕经常陶醉在孩子的欢笑和家庭的温情中。亲戚朋友街坊四邻，也都对甘小燕夫妇羡慕不已，多幸福的一对啊！可是甘小燕怎么也没想到，一天晚上，她突然收到一张照片，居然是丈夫和另一个女人不堪入目的合影。

照片上的女人，甘小燕并不认识。收到这张照片，甘小燕坐在那里，半天没动地方。而发照片的不是别人，就是她的丈夫——黄春。

旁人眼中的幸福家庭模范夫妻，看来问题不小。出了这种事，甘小燕和丈夫的婚姻，怕是快走到头了。风华正茂的年纪，儿女双全的命运，多好啊，怎么不好好珍惜呢？甘小燕和丈夫之间到底发生了什么呢？发生什么，现在来不及说了，为什么？因为甘小燕的龙凤胎出事了。女儿小凤，正在医院里抢救呢！

甘小燕在上班的时候，突然接到电话，说她的女儿出车祸了，听到这个消息，甘小燕浑身发软，二话没说，立即驱车赶到了医院。甘小燕说自己在去医院的路上给丈夫打电话，跟他说孩子出事了，叫他赶紧来医院。丈夫却对她说：出车祸了，我来起什么作用？

真是按下葫芦起来瓢。丈夫出轨的事已经让甘小燕焦头烂额，现在女儿又遭遇不测。接二连三的打击，让她神情恍惚。甘小燕很奇怪，女儿出事那天，也就是 2015 年的 12 月 7 日，外婆带着小龙和小凤出去玩，俩孩子一直都在外婆的看管之下，儿子好好的，女儿是怎么出的事呢？甘小燕不知道，那天外婆带俩孩子出去的时候，不小心把其中一个孩子弄丢了。

平时，小龙小凤都是由外婆照看。2015 年 12 月 7 日，小区里有个熟人，送给了外婆一辆自行车。自行车前后有两个座位，可以同时放上两个孩子，外婆十分高兴。她就用这辆车推着小龙小凤出去逛街。当经过一个路口的时候，外婆推着车子穿过马路。坐在自行车后面的小凤掉了下来，摔在路边。遗憾的是外婆没有察觉，她继续推着车过马路。而这时绿灯亮起，一辆公交车开始起步，撞上了掉在地上的小凤。

从监控视频可以看到，这时公交车司机已经感到出了问题，马上停车下去查看。车上好多乘客也都纷纷下了车，场面比较混乱。

甘小燕的女儿黄小凤，被送进医院抢救。手术室外，甘小燕坐卧不安，此时的每一分每一秒，都那么难熬。小凤能逢凶化吉脱离危险吗？说起这对龙凤胎，可谓历尽艰难来之不易。甘小燕和丈夫结婚多年，一直怀不上孩子，夫妻俩非常着急，四处求医问药但仍无济于事。后来，甘小燕提出了一个想法。他们来到成都的一家医院，甘小燕和丈夫一起做了试管婴儿。但胚胎移植过程中的痛苦，却是甘小燕始料未及的。不过也有一个好消息，胚胎移植成功了。等到三个月的时候，甘小燕自己找了个诊所检查，居然是一对龙凤胎！这对全家来说，可谓喜从天降。

2013 年 1 月 26 日，一对龙凤胎顺利降生。姐弟俩一天天长大，给这个家庭带来了从未有过的欢乐。亲戚朋友街坊四邻的称赞与羡慕，更让甘小燕体味到自豪与幸福。

然而天有不测风云，甘小燕怎么也没料到，会发生这种事。手术室外，甘小燕在默默祈祷，她祈祷着能像怀孕时那样，幸运之神再次眷顾，让奇迹出现。但是，现实有时也会残酷无情。虽经医生全力抢救，但是女儿小凤终因伤势过重，离开了人世。她来到这个世界上，只有不到三年的时间。

甘小燕黄春夫妇，把泸州市公交公司告上法庭。要求他们赔偿丧葬费、死亡赔偿金、精神抚慰金等共计 64 万元。但公交公司在调查了车祸的经过之后，却有一个意外发现，那就是当时小凤摔倒的地方，是个死角。司机从反光镜里，是看不到这个死角的。因此应该大大减轻公交公司的赔偿责任。泸州市公安局交警支队，也在第一时间向肇事司机杨晓军做了调查。

杨晓军是公交公司的一名老司机。他向交警陈述，事发当时，他确实看不到有小孩在车轮附近。公交公司也请很多经验丰富的司机观看视频，讨论事故原因。司机们大都认为，那的确是个死角，无法看到路面情况，驾驶员不应该承担责任。

那么，小凤出事的位置，果真是看不见的死角吗？因事关重大，交警对这起事故的处理也格外谨慎。他们专门做了模拟实验，来作出正确判断。最后，泸州市公安局交警支队认定，司机杨晓军承担此次事故的全部责任，黄小凤无责任。但公交公司认为，让公交公司来承担全部责任并不公平。导致这起事故发生的主要责任人，应该是小凤

的外婆。

甘小燕也承认，母亲年纪大了注意力不够，没有及时发现孩子从车上掉下来，的确有一定过错。最终法院判决，黄小凤交通事故死亡造成的损失共计 553068 元，由被告中国人民财产保险公司泸州市分公司在保险责任限额内赔偿 110000 元，被告泸州市公交公司赔偿 443068 元。驳回甘小燕的其他诉讼请求。

关于公交公司的责任，还可以这样理解。假设孩子不是从车上掉下来的，而是原来就站在那里，那公交公司要不要负责呢？当然要负！因此外婆的疏忽和公交车的责任，是两码事。至此，女儿的事总算结束了，该说说甘小燕和丈夫的事了。节目一开始咱说过，黄春给甘小燕发来了和另一个女人的不雅照片。那么，甘小燕和丈夫之间，到底有什么恩怨情仇呢？

2003 年，甘小燕和黄春喜结良缘。2005 年，有了长女黄琳。之后他们一直希望再生一个孩子，但始终不能如愿。后来通过试管婴儿技术，于 2013 年生下龙凤胎。也正是在这时，俩人的矛盾多了起来。随着矛盾越积越深。后来黄春就渐渐不回家了。

2014 年 10 月，甘小燕和黄春到民政局协议离婚，约定三个孩子由甘小燕抚养，黄春每月支付抚养费 5000 元；房子赠与儿子黄小龙；原先的夫妻债务全部由甘小燕承担。到了 2015 年 7 月，黄春从家里搬走了，夫妻俩从此分道扬镳。

黄春从家里搬走，甘小燕长出了一口气。女儿没了，丈夫也走了。从现在起，她该重新调整心情，过好今后的日子。但她没料到，又一场官司不期而遇。丈夫黄春把她给告了！为什么呢？因为黄春对死亡赔偿金的分配不满意。

因为交通事故，甘小燕和黄春获得了五十五万多的一个赔偿，扣除相关费用以后，还剩下四十多万。对这笔赔偿金，甘小燕不同意分给黄春。判决生效后，公交公司把钱打到了法院的帐户。因为甘小燕和黄春没有协商好如何分配，所以法院没有实际支付。经法院调解，双方达成协议，在扣除相关费用后，甘小燕分得 273068 元，黄春分得 182000 元。

赔偿金也分完了，这回甘小燕和黄春之间，应该没事了吧？不，还有事！黄春起诉要求分割死亡赔偿金，令甘小燕非常生气。她认为，黄春出轨过错在先，对家庭孩子没有尽到责任，家庭债务他也不管，还要什么钱呢？于是，就在等待法院放款期间，甘小燕又把黄春告了，要求黄春支付孩子的抚养费，并对财产重新分割。不是冤家不聚头，这俩人算是较上劲了！

2014 年，甘小燕和黄春到民政局协议离婚，那时他们约定，黄春每月支付子女抚养费 5000 元。但甘小燕说，这笔钱黄春从来没有支付过。原来甘小燕要求黄春每月支付 5000 元。但黄春没有固定工作，收入一般，显然难以兑现。法官结合当地生活水平和黄春的实际能力，进行了耐心调解，最终确定抚养费为黄春每月支付 450 元。

除了抚养费外，双方争议最大的财产是房屋。位于泸州市纳溪区紫阳路的房屋，是夫妻共同财产，由甘小燕实际居住使用。黄春搬走之后，要求甘小燕把房子卖掉，分割房款。

甘小燕认为，当初离婚的时候，已经约定好这套房子赠与儿子黄小龙，因此不同意卖房子，更不愿向黄春支付钱款。

案件起诉的时候，正逢全国家事审判改革开始。本着化解纠纷修复情感的原则，法官多次把双方叫到一起耐心调解反复劝说，终于达成了一致意见。房子归甘小燕所有，甘小燕补偿黄春十三万。房子剩下的按揭贷款一共十六点七万，两人一人承担一半。

甘小燕和黄春的纠纷，属于家事纠纷。这类案件矛盾大、头绪多、说不清、理还乱。法官采取背靠背的方式，耐心倾听，设身处地为当事人着想，晓之以理动之以情，最终让双方达成和解。2016 年 3 月，最高人民法院已在全国 100 多个基层法院开展家事审判改革试点，从审判组织、调解方式、制止家暴、诉讼程序等多个方面进行探索。随着这项改革的铺开，今后更多的群众将会亲身感受到法律的真情和温暖。

外地户籍夫妻为买房决定离婚 妻子嫁给中介

2016-11-04 晨报记者 张佳琪

《房屋转让书》的真伪成为该案的焦点

为买房，外地户籍夫妻俩决定离婚，然后妻子与中介工作人员结婚，在办理完所有购房手续后，再办离婚手续及产证更名，夫妻俩再复婚。意外的是，拿到产证后，却无法入住，反被住在该屋内的住户告上了法庭，理由是原房东之前已将房子“卖”给了他。外地夫妻一审胜诉，但一审判决被二审法院否定并发回重审，这套位于闵行区虹井路 119 平方米的房屋到底应该属于谁?

日前，该案二审开庭。

为买房女子先离再嫁

唐女士与丈夫段某从外地来上海打拼已有十余年，先后有了两个小孩，虽然有了一定积蓄，但却因为户口问题一直无法买房。

2013 年，看着房价不断上涨，夫妻俩坐不住了，正巧在做房产中介工作的朋友程某为他们推荐了虹井路 368 弄一套潘某挂牌出售的住房。房证齐全，地段也不错，夫妻俩决定买下这套房屋。

因当时正好新的房产国五条出台，夫妻俩决定，通过离婚让唐女士与上海籍程某再结婚的方式购房。

2013 年 3 月，唐女士和程某与潘某签订了房屋转让合同。同年 6 月拿到房产证后，唐女士就与程某办理了离婚手续，房产证上也只有唐女士一人名字。8 月，唐女士与段某复婚。

想入住却被告“恶意串通”

完成所有购房手续后，唐女士一家准备搬进新屋，但该屋内还住着原房东潘某的朋友侯某。面对上门的唐女士一家，侯某道出了另外一番情况。

侯某称，早在 2005 年，潘某已经将这套房子转让于他，并非租借，侯某不但拿出了该房屋原来的房产证，还表示潘某在 2008 年签有《房屋转让书》。

难道是一房二卖？对此，潘某坚称自己与侯某只是当初有生意上的往来，所以把房子借与其居住，房产证也是为了方便其需要证明时使用，事后曾向对方索要房产证，但遭到拒绝，2011 年，他以挂失的方式重新补办了新证。潘某还表示，侯某所说的《房屋转让书》是假的，上面的签名并非其本人所签。

唐女士起诉侯某，要求其搬出该房屋，随后侯某提出反诉，认为潘某与唐女士及中介通过假结婚的方式“恶意串通”，诉请潘某与唐女士的交易作废。

两次笔迹鉴定结果不一致

2015 年，该案在闵行法院审理。法庭指定华东政法大学司法鉴定中心对《房屋转让书》进行笔迹鉴定，出具的《司法鉴定意见书》的鉴定意见为不是潘某本人书写。侯某对鉴定意见提出质疑，要求《上海市司法鉴定专家委员会》再次进行意见咨询，结论是：倾向潘某所写。

法院判决认为，虽然唐女士是通过先离婚后结婚的方式进行买房，但没证据显示其与中介及潘某存在“恶意串通”，而且所有的交易手续均合法有效，驳回了侯某的所有诉求。

侯某不服提起上诉，一中院受理后认为该案事实错误。将案件发回闵行法院重审。

2016 年 6 月，闵行法院重审该案。法院审理后，采用了《上海市司法鉴定专家委员会》的咨询意见，从而改判，认定唐女士与潘某等存在恶意串通行为，支持了侯某的所有诉求。唐、潘等人不服再提上诉。

“转让书”真伪成焦点

10 月 31 日，该案重审二审在一中院 15 法庭公开开庭审理。法庭对各方提供的相关证据再次进行了质证，并进行了辩论。其中《房屋转让书》的真假及是否构成“恶意串通”成为了争论焦点。

侯某认定此为潘某所写，还提供了两名证人证词，但潘某当庭否认。随后潘某的代理律师提出了多项质疑，认为《上海市司法鉴定专家委员会》有无鉴定资格问题，根据 2014 年 4 月 2 日《上海市司法局公告：国家司法机关审核登记的鉴定机构名册（上海市）》，未经司法行政机关审核登记的鉴定机构和个人，不得从事面向社会服务的司法鉴定活动，而该公告审核登记的名册中并没有《上海市司法鉴定专家委员会》，因此其不得进行司法鉴定活动。认为上海市司法鉴定专家委员所出示的咨询意见书不具有合法性，不应被采信。

因为两份司法鉴定结果不同，潘某的代理律师提出了申请第三次笔迹鉴定。

唐女士的代理律师则认为，离婚结婚不存在“假”一说，而且唐女士的所有交易行为均合法合规，更不存在恶意串通，抛开潘某与侯某两人是否存在纠纷，房屋转让书真假不说，唐女士是善意第三人，应当受到法律保护。

法院将择日对该案进行宣判。

家暴举证难在哪里

2016-11-04 人民法院报 盛会

家暴举证难，难在了哪里？靠个人一己之力无法解决的家暴举证问题，亟需引起社会重视。

今年 3 月 1 日，反家庭暴力法正式施行，这是我国关于家庭暴力的首次专门立法。11 月 1 日，北京市第三中级人民法院召开新闻发布会，介绍了近年来家庭暴力的认定和处理情况。自 2014 年 1 月至 2016 年 7 月，北京各级法

院审结的婚姻家庭类二审案件中，当事人主张存在家庭暴力的案件中，只有10%的案件被法院认定存在家庭暴力。认定率低的原因是当事人举证不充分。

家庭暴力，一直是横亘于家庭关系和社会关系中的一堵墙。据调查显示，在二亿七千万个中国家庭中，有24.7%的家庭存在家暴，遭受家庭暴力的大多数为女性，受害人平均遭受35次家暴才报警。这些忍辱负重、忍无可忍的受害者如果拿起法律武器维权，往往因难以举证而“落败”。看来，如何消除家庭暴力这个久远而隐秘的社会之痛，依然任重道远，依然需要全社会认真思考，探求解决之道。

家暴举证难，难在了哪里？我们不妨从法律和司法解释对举证责任的规定来看。反家暴是一个世界性难题，由于家庭暴力往往发生在一个相对私密的空间，具有隐蔽性、施暴长期性和后果严重性等特点，受害者取证困难，证据成为受家庭暴力侵害的公民维权路上的一只“拦路虎”。同时，虽然民诉法规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查”，但依职权调查取证不是司法机关的主要职责，司法机关仅在特定的情况下，才会依职权调查取证。

靠个人一己之力无法解决的家暴举证问题，亟需引起社会重视。在这方面，广东走在了前列。据报道，广东省法院系统就形成了审理家事案件的特有审判模式。对于涉及家庭暴力的离婚案件、婚姻关系是否无效的案件、夫妻共同财产难以查清的案件、收养关系是否成立、亲子关系案件等，法院积极介入，加强依职权进行调查取证，力求查清案件事实，体现客观真实。司法机关依职权调查收集证据的基础来自司法权力的合法性、合理性，在自由、正义、秩序的法律价值位阶中，其正义价值更符合司法的人民性。

破解家暴举证难亟需法治救援，当前，各级司法机关都在开展司法为民、巡回办案活动，为查清事实，很多司法机关都依职权主动调查取证，这种做法既得到了相关部门的认可，也赢得了公众的好评。

宿迁“父亲教唆三岁孩子拦车乞讨案”有下文

居委会申请取代监护人资格，法院准了

2016-11-08 人民法院报 朱来宽 刘敏

本报讯　不久前，网上和媒体热炒的一段视频——“宿迁洋河小街路站台，一位父亲带着三岁孩子乞讨，无任何疾病，有路过车就让孩子去拦下要钱，父亲嗜烟酒成性，孩子抽烟也是平常……”这一信息引起很多人的关注。11月4日，江苏省宿迁市宿城区人民法院依法按照特别程序，公开审理了此案。该案也是宿迁首例居民委员会申请撤销监护人资格案。

作为申请人，宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居委会提出申请，请求法院撤销靳乐乐（化名）的父亲靳某的监护人资格，将监护权移交给东关社区居委会。被申请人靳某由于被鉴定为患有酒毒性人格改变，具有限制民事行为能力，宿迁市洋河新区社会事业局作为法定代理人出庭应诉。

法庭上，东关社区居民委员会对撤销靳某监护人资格列举了一系列证据，证明靳乐乐于2012年10月28日出生，系宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居委会一组村民。靳乐乐母亲的姓名及身份信息不详，系靳某于2012年从外地带至本地生活的妇女，其在生下靳乐乐八个月时离家出走，至今下落不明，除了靳某外没有其他监护人；同时出具了宿迁市公安局洋河派出所委托司法鉴定机构对靳乐乐与靳某鉴定是父子关系和靳某患有酒毒性人格改变，具有限制行为能力，具有行政处罚能力的鉴定意见。

东关社区还出具了洋河派出所多次接到群众报警，内容是靳某在街上以及徐淮路上教唆靳乐乐拦汽车要钱要物，经记录在案一共有24起；靳乐乐讨来的钱财则全部用于供其抽烟、酗酒等挥霍。靳某酗酒成性，酒毒性人格改变，有人格障碍，对靳乐乐生命安全造成隐患，不适宜行使监护人监护资格。

靳乐乐现被村镇相关部门送至宿迁市儿童福利院看护。

法院经审理后认为，被申请人靳某因患有精神障碍类疾病导致民事行为能力受限，其作为靳乐乐的监护人不仅不能更好的履行法定监护职责，还存在利用靳乐乐乞讨、教唆其施行违法行为等监护侵害行为，严重危害了被监护人靳乐乐的人身及其他合法权益。依据《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》等相关规定，应撤销被申请人靳某对靳乐乐的监护权。因靳乐乐的母亲身份信息不详，且至今下落不明，其自靳乐乐出生后不久便离家出走，未尽任何监护义务，故其不宜作为靳乐乐的监护人。除了父母之外，靳乐乐只有一近亲属即其叔叔靳某某。但靳某某与被申请人靳某素有矛盾，且靳某某长期在外务工，也不愿意承担监护责任，故其亦不宜作为靳乐乐的监护人。

综上，法院认为，申请人东关社区自愿承担对靳乐乐的监护职责，符合法律规定，据此法院撤销靳某为靳乐乐

的监护人的资格，并指定宿迁市洋河新区洋河镇东关社区居民委员会为靳乐乐的监护人。

海外亲戚房产中国频遇继承难？涉外继承需求剧增，跨国家事法律服务"问计"公证！

2016-11-15　律新社　王琼

国外的阿姨去世了，有一套豪宅留给国内的你！随着越来越多华人在海外置业，这样的遗产继承正在越来越多起来。今年刚去世的张先生是一位加拿大籍华人，他早年移民加拿大，但在上海保留了两处房产，去世前留下遗嘱，明确在其去世后，由受托人将房屋出售，并按比例将出售款分别用于慈善事业和他的两个子女。　立遗嘱将财产委托给信托机构处理，在很多欧美国家是一种通行做法，但因为张先生遗嘱中涉及的房产在中国，根据目前的中国不动产交易和登记规定，这种信托条款将不能得到执行。　张先生遗嘱执行所面临的问题，虽然只是涉外继承“难题”的一种，但这种情况并不鲜见。随着中国居民海外移民和境外投资的增长，涉外财富传承法律服务需求也日渐剧增。**跨国遗产继承准据法如何确定？怎样获取遗产继承人资格和权利认定的法律效力？外国公证人办理的遗嘱是否等同于中国法上的公证遗嘱？**

来自中、法两国公证人员交流研讨“涉外家事法律服务”　2016 年 11 月 14 日，由上海市公证协会主办的涉外家事法律研讨会在上海举行，国际公证联盟名誉主席、法国公证人高等理事会名誉主席约翰保罗·德克尔，巴黎公证人公会会长帕斯卡·夏杉 ，上海中法公证法律交流培训中心董事长安东尼·邓德利等嘉宾，与来自中法两国的专家学者，就涉外家事领域，尤其是涉外遗嘱继承领域的诸多法律问题展开了交流探讨。

海外移民和投资催生涉外继承服务需求剧增

上海市公证协会会长黄群主持研讨会上海市司法局公证工作管理处处长王琼致辞国际公证联盟名誉主席、法国公证人高等理事会名誉主席约翰保罗·德克尔巴黎公证人公会会长帕斯卡·夏杉　上世纪八十年代以来，随着中国改革开放及社会经济的发展，中国社会私人财富逐年累积。一方面，中国是一个海外侨民非常多的国家，近些年中国移民海外的人士和家庭数量增长迅速，而且这些能够出国移民的大都是拥有较多财富的人士和家庭；另一方面，为了规避法律风险，也有越来越多的中国居民开始把资产转移到境外。因此，近些年来，在中国的涉外继承问题非常突出。　与此同时，随着全球化进程和跨境交流的推进，越来越多的国外人士选择到中国境内工作、居住，乃至置办产业，世界的一体化又使遗产继承问题日益国际化，这些都使得“涉外继承”服务需求与日俱增。　所谓涉外继承主要有三种情况，一是主体涉外，即被继承人或继承人是外国人、无国籍人。二是客体涉外，是指遗产（包含动产和不动产）处于外国。三是与继承有关的法律事实涉外，比如被继承人死亡、遗嘱在国外发生的等。

法国巴黎公证人公会荣誉会长克里斯提安•比萨尼分享法国（欧洲）跨国继承经验　跨国遗产继承成法律服务新课题

现实生活中，涉外继承往往是有多项涉外因素的复杂的继承关系。这就面临较为复杂的法律情况，比如关于跨国遗产继承准据法如何确定？跨国继承中，如何获取遗产继承人资格和权利的证据，怎样认定证据的效力？

法国巴黎公证人公会荣誉会长克里斯提安·比萨尼分享了欧洲在跨国继承中的一些做法经验。他说，欧盟于 2015 年 8 月统一了其处理跨国遗产继承适用法律，以及遗产继承方面的司法决定和公证文书的执行等规则，并创设了一种欧盟遗产继承证书，在欧盟的 25 个国家（英国、爱尔兰和丹麦除外）均有证据力。也就是说，25 个欧盟成员国之间从此在遗产继承的法律适用方面，采用相同的冲突规则，即不动产适用该不动产所在地法律，动产适用于死者居住地法律的规则。

上海华东政法大学国际法学院教授、外国法查明中心副主任杜涛在会上发言

上海华东政法大学国际法学院教授、外国法查明中心副主任杜涛在发言中介绍，中国在执行遗产继承时，是按照“区别制”原则执行的：“动产法定继承，适用被继承人死亡时经常居住地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”这有别于其他国家实行的“同一制”，即不管遗产是动产还是不动产，都按照同一冲突规范所指引的准据法进行继承。实践中，如果遗产不在被继承人本国法或住所地法所属国境内，或者不动产遗产分布于不同国家境内，则继承就要受不同国家法律支配，继承关系往往变得复杂。

法国巴黎公证人亨利·勒图尔在会上发言

法国巴黎公证人亨利·勒图尔进一步介绍了法国在遗产管理与分配上的做法。他说，遗产的管理与分配反映出法国属人遗产继承制度的模棱两可性，既要保护继承人，又要保护财产所有权。法国遗产继承的规则并非围绕遗产清算运作的。遵照“遗产继承是家事，应当在家里解决”的格言，法国制度偏重于对继承人的保护，对他们无任何严格要求，且继承费用也不多。公证人作为公共事务官员和法律人士，在其中起着多重作用：作为顾问和家庭财产

法的专家，给继承人提供指导；作为公共事务官员，承担着继承人的甄别，不动产及房地产公示手续的查验，相关税款的征收等事务；作为调解人，促使当事人就遗产分配事宜达成一致意见。

公证在财富传承中具有优势 随着家庭和私人财富的不断增长，以及中国人口老龄化趋势加速，不断催生财富传承中的法律服务需求，这种需求既包括有纠纷的诉讼裁决，又包括无纠纷的非诉解决方案。移民以及跨境婚姻带来的不同法域的制度冲突使得这种法律需求更加复杂。公证遗嘱也愈发受到社会大众的关注，成为实现个人财产身后妥善安排的重要法律保障手段。

上海市普陀区公证处主任助理李辰阳结合实际的案例，从遗嘱继承和遗产管理角度，分析了公证在财富传承中的职能。

上海市普陀区公证处主任助理李辰阳在会上发言

他告诉律新社，公证机构在财富传承中具有独特的优势。

首先，因为公证具有公权力性质。中国的公证制度由国家创设，公证责任由公证机构承担，以公证机构的名义出具公证文书，公证机构的公信力来自于国家，由于机构沿革原因，公证机构还行驶了很多本应是法院的司法裁量权，这在遗产继承领域尤为突出。 以“继承法”的实施为例，有一种观点认为，该法自 1985 年颁布以来近 30 年未曾修改的原因之一，是中国的公证机构在继承领域担任了大量非诉法官的职能，几乎是适用该法最多的一个机构，甚至在遗嘱继承中，已形成以公证和法院民事诉讼双线并行检认遗嘱的操作模式。也正因为公证在遗产继承中实际行使了部分司法裁量权，以至于从法院审判角度认为，没有修订“继承法”的必要，而与此形成对比的则是，“婚姻法”已历经多次修订。

其次，公证可以为私权服务。除了为遗嘱人办理公证遗嘱，公证机构还是法律明确允许开展遗嘱保管活动的唯一法律机构，由公证机构保管遗嘱，可以为日后遗嘱执行时高效的遗嘱检识环节提供专业法律保障。在遗嘱执行上，公证机构也经常被立遗嘱人选定作为执行人，尤其对独居老人、孤老、家庭内部矛盾突出情况下，更是一种当事人的最佳方案。也就是说，公证机构在行驶公权力，确认遗嘱受益人继承资格的同时，还可以为私权服务，作为遗嘱的执行人，开展开启并宣示遗嘱、制作遗产清单、通知利害关系人、办理遗嘱继承公证、进行遗产分配、记名财产转移登记等执行工作。**也正是因为公证具有公益性质，所以，比起其他的法律服务方式，它的收费较为实惠。**

中、法两国公证人员交流研讨“涉外家事法律服务” 本文开头张先生的遗嘱按目前国内有关规定，此类信托条款不能得到执行，但经过公证的死后生效委托书能够解决此类问题。因此，遗嘱人可以通过公证方式实现遗嘱信托：由公证机构以公证文书方式做出委托书和遗嘱；委托书中需列明出售房屋所得款项支付至公证机构，遗嘱将公证机构指定为遗产的管理人和执行人，并将委托书和遗嘱原件保管在公证机构即可。

专家称 24 条与婚姻法冲突 部分基层法院探索解决办法

2016-11-15 成都商报 记者张柄尧

连日来，成都商报对《最高人民法院关于适用（中华人民共和国婚姻法）若干问题的解释（二）》第二十四条（下称“24 条”）的系列报道，引发社会广泛关注。与此同时，从普通读者到法律界人士、妇联工作人员也纷纷致电本报表达感谢。多位读者专门来电称感谢成都商报在维护妇女权益上所做的努力，“报道很专业，期望能够持续追踪！

今日，本报记者采访到了原长沙天心区法院院长马贤兴（去年 12 月 4 日，国家宪法日，全国妇联在京召开了“依法维护妇女儿童权益十大案例”发布会。由长沙天心区法院承办的余某夫妻共同债务纠纷案得以入选），以及多名在“24 条”上有独特看法的法官以及婚姻专家，他们分别对“24 条”提出了“共同债务应以用于夫妻共同生活为条件”、“大额借款应让债务人配偶知情并签字”等建议，湖北省宜昌市中级人民法院高级法官王礼仁还表示：“我是用洪荒之力去唤醒人们对‘24 条’错误的关注和认识！”

一个基层法院的坚持

“共同债务应以用于夫妻共同生活为条件”

去年 12 月 4 日，国家宪法日，全国妇联在京召开了“依法维护妇女儿童权益十大案例”发布会。由长沙天心区法院承办的余某夫妻共同债务纠纷案得以入选。对于这一案例的典型意义，与会专家们认为，天心区法院提出的“离婚时作为夫妻共同偿还的债务，应当以用于夫妻共同生活为条件”这一观点，破解了夫妻共同债务认定的难题，符合法理与情理，有利于保护弱势方特别是女方权益，在利益多元和诚信缺失的现实生活中，该法律观点具有很强的现实意义。

这一典型案件案情并不复杂。余某与妻子吴某于 1981 年登记结婚，2007 年协议离婚，离婚时双方对财产及债务进行了分割。2009 年 1 月，袁某某向法院诉称，吴某等人欠其款项 120 万元。经审理，法院判决余某承担连带赔偿责任，并即将执行余某的唯一一套住房。此后，余某不断申诉上访。2013 年初，余某找到新任院长马贤兴，哭诉了自己莫名“被负债”的冤屈。天心区人民法院对该案迅速启动复查程序，并以院长发现名义进入再审。

天心区人民法院经再审后认为，袁某某提供的 120 万元的“白纸借条”没有任何交付证据，不合常理，更没有提供任何证据证明吴某借款用于了家庭共同生活。该院根据《合同法》第二百一十条和《婚姻法》第四十一条的规定，驳回了原告袁某某的诉讼请求。

该典型案件背后，正是天心区法院此前在夫妻债务问题的坚持：个人立据就是个人债务，除非有证据证明用于夫妻共同生活。即放弃“24 条”中对夫妻共同债务的推定，而是从《婚姻法》四十一条出发，坚持合同相对性原则，以“谁立据谁偿还”的个人债务认定为基本规则，辅之以小额日常家事代理的“共同债务推定”，该制度也被称之为正向追偿机制。

成都商报记者掌握的资料中，已有多位因此前配偶不当举债而陷入债务危机的当事人，经天心区法院重新审理认定债务未用于夫妻共同生活或存在虚假，终被判决为个人债务或驳回债权人诉讼请求，终使“被负债”的配偶摆脱了困境。以至于有长沙受访者感慨，现在恨不得自己户口就在天心区，“一旦由天心区法院管辖，情况可能就会有所改观。”

推动“正向追偿”

大额借款应让债务人配偶知情并签字

原天心区法院院长马贤兴，正是“正向追偿”制度主要的倡导者和推动者。对于“24 条”保护债权的问题，马贤兴有自己独到的看法。“债权人有主动权，大额借款他可以也应该让债务人配偶知情并签字。债权人未尽注意义务带来的风险不能随意转嫁。”

马贤兴进一步谈到，“24 条”只讲债权保护，不讲债权规范，形成不好的导向。立法和司法裁判应当引领市场行为的规范。将夫妻个人名义举债强制推定为共同债务，不仅损害了配偶一方的权益，还为感情破裂的一方在外串通恶意举债、虚假举债进行虚假诉讼提供了方便。

接受成都商报记者采访时，马贤兴直言不讳：“‘24 条’存在根本性错误，有些学者发表言论维护‘24 条’，他们没有办过一件案件，没有接触社会实践。最高法应直面问题，广泛听取婚姻法专家和基层意见。现在‘24 条’摆在那里，一些法官习惯于机械司法，肯定就会直接套用。一些学者认为 24 条没有问题，而是法官的问题。他们认为，法官可以依据日常生活经验、可以依职权调查和其他法律规定综合判断。这个观点是错误的。如果都有这个水平，那什么法条都没有问题了。”

全国不少“被负债”的离异配偶注意到，马贤兴自 2013 年担任天心区法院院长以来，就多次撰文对“24 条”发表不同看法。有人称“这在基层法院院长中还是第一人，迄今也没有第二人，确实难能可贵。”

让马贤兴颇为欣慰的是，除了司法界对“24 条”关注外，包括妇联等机构也积极行动起来。“比如长沙市中级人民法院民二庭庭长胡冬华，即把很多基层法院认定为共同债务的案子改判为个人债务。该院民二庭法官们普遍形成共识，夫妻共同债务应该以‘用于夫妻共同生活’为标准。此外，湖南省妇联也在关注此问题，她们向各级法院交涉，联合中南大学法学院召开专门研讨会，省妇联主席亲自出席。此前还到湖南经视录制讨论‘24 条’的节目，呼吁最高法院修改或废止‘24 条’。”

一名家事法官的呼吁

从“委婉说不”到“大声喊废”

湖北省宜昌市中级人民法院高级法官王礼仁担任婚姻家庭合议庭审判长十多年。“24 条”刚刚出台时，他就意识到该解释存在问题，在判决案子中不机械照搬“24 条”，而是回归《婚姻法》41 条。2006 年，他以《婚姻法》41 条作为适用“24 条”的前提条件判决的一起案件，引起了败诉方非议。王礼仁干脆以《判出一条路来——逾越婚姻法解释（二）第 24 条的障碍》一文，将判决理由和判决发布在互联网上，让大家评说。

王礼仁称，他对“24 条”有一个“委婉说不”到“大声喊废”的过程。“我开始批评 24 条都很温柔和婉转，我的判例也是采取‘曲线救法’的方式适用 24 条。我有一个判例（即（2010）宜中民一终字第 00244 号判决），婚姻法学会夏吟兰会长认为是对 24 条最好的解读。但再系统的论述，再好的判例，都抵不上 24 条的直接影响力，各地适用 24 条产生的‘三多现象’（即申诉上访的多、检察院抗诉的多、再审改判的多）日益突出，夫妻债务中的问题

成为社会性灾难，于是我被迫大声喊废。”

王礼仁撰写大量文章指出“24 条”存在“三大错误”：以“婚姻关系”作为债务推定的基础错误；无条件保护债权人的立法目的和范围错误；‘24 条’的逻辑结构和举证责任分配错误等诸多问题。呼吁废止，重建规则，不仅直言不讳，部分言辞甚至可以用犀利形容。比如：“‘24 条’属国家一级法律错误”、“24 条‘三大错误’是癌症性错误”、“一定要把‘24 条’送上断头台!”王礼仁称“24 条”为“国家一级法律错误”，是经过严肃认真思考的，“我是用洪荒之力去唤醒人们对‘24 条’错误的关注和认识!”

让王礼仁稍稍感到欣慰的是，如果说十多年前他像是一位孤独的大战风车的勇士，近年来，随着理论界和实务界对“24 条”不断的反思和审视，他发现自己的观点也开始被越来越多的人接受并直接影响到部分一线审判法官和理论界。

对于成都商报记者提出的，持续不断的呼吁过程中是否感受到压力。王礼仁表示：“我的观点，有些人还不能接受，觉得偏激，也有一些非议。我想这是对 24 条‘三大错误’缺乏了解的结果。只要了解 24 条 ‘三大错误’以及由此产生的‘三多现象’和‘三大伤害’（即伤害当事人；伤害法院的公信力，伤害法律的权威），就不会坚持 24 条正确性立场，也会体察到我的用心良苦。为了让更多人了解 24 条错误，为了实现立法正义和司法正义，我会不断呼吁!”

婚姻法专家：“24 条”有利于保护债权人但与《婚姻法》第 41 条存在冲突

江苏省高院民一庭法官杨晓蓉、吴艳曾在去年《法律适用》第五期上撰文，对当前法院认定夫妻共同债务时的审理思维进行了归纳。其审理思维主要包括了用途论、推定论和折衷论三种。其中依《婚姻法》第 41 条离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还属用途论。由于用途论一般会将“是否用于夫妻共同生活”的举证责任加诸于债权人，导致债权人的债权往往落空，甚至出现夫妻双方恶意串通逃避债务，损害债权人利益的行为。

“24 条”将夫妻关系存续期间债务推定为夫妻共同债务有利于保护债权人，但实践中又会出现夫妻举债一方与债权人恶意串通损害配偶利益这样的情形。由于债权人利益保护与夫妻内部善意非举债方利益保护问题上往往顾此失彼，难以两全，后来又出现了折衷论。其中，包括浙江、江苏、上海等地法院均出台规定，在用途论和推定论间寻找中间值。

对此，中国社科院法学研究所研究员、性别与法律研究中心主任薛宁兰表示，上述问题产生的核心原因在于，目前我国没有对夫妻之间日常家事代理范围予以明确，“因此，一些超越家事代理权限的行为，就有可能损害配偶另一方的利益。”

在薛宁兰看来，“24 条”和《婚姻法》四十一条是存在冲突的，标准是不一致的，“《婚姻法》四十一条说的是要用于共同生活才是共同债务。而‘24 条’则将复杂的问题简单化，只要是发生于婚姻关系存续期间就先推定为共同债务。司法解释和立法确定的标准不一致，差异是非常明显的。”

同时薛宁兰还表示，债权人利益肯定需要保护，但非举债一方配偶的利益也需要兼顾，不能只考虑一方，二者需要一个平衡，“从立法上来看，债务认定的标准必须确立。从效力来看，法律肯定高于司法解释，司法解释是解释立法不清楚的地方，如果立法都已经清楚的地方，就没有必要再用司法解释来进行扩大化解释。司法解释对法律进行扩大化解释实质是又重新确立了一个标准。超越了司法解释的权限。”

呼吁

增加日常家事代理权 日常家事范围外举债不宜被认定为共同债务

而对于这一问题的解决，薛宁兰表示，目前正在制定民法典，“在婚姻家庭这一编中，关于夫妻共同债务认定的标准立法上肯定要明确。同时还应在夫妻的权利义务中增设日常家事代理权。由于配偶间有婚姻的外观，在日常家事范围内双方互享法定代理权，一方在日常家事范围内对外所负之债，宜认定为夫妻共同债务。但现行婚姻法没有日常家事代理权这一概念，民法典中应对日常家事代理权的范围同时进行明确。如此一来，一旦属于超越家事代理权行为产生的债务，就应该是个人债务，配偶也就不用承担连带责任。在市场经济发达的国家，对于这一点立法上是很明确的。如果没有相应法律上的保障，就会冲击到正常的婚姻关系。”

中华女子学院党委书记、中国婚姻家庭法学研究会副会长李明舜认为，要解决这一问题，需要对当前的规定进行修改和完善，“首先，债务是区分为日常家庭生活当中所负的债务，还是非日常生活所负的债务。如果日常生活所负的债务，原则上应推定为共同债务是合理的。但是，比较重大的或非日常生活当中所负的债务应该由夫妻共同决定、共同认可才能成为夫妻共同债务。这个跟我们的财产处理原则是一样的。另外一方面，在举证责任上，那么

应该是谁干了这个事情，他（她）应该来举证证明所借债务是夫妻共同债务而不是个人债务，而不应该让那些没有参与这些事情的人来举证。”

最终，对现行的“24 条”，李明舜总结出了五点批判：“一是过于重视交易安全而忽略了婚姻安全，增加了婚姻的不安全性；二是过于强调形式公平而忽视了结果公正，造成了助强掠弱的后果；三是错误设置了有利于夫妻中举债一方和债权人的法律推定，而导致了举证责任错置，不合理地加重了夫妻中被负债一方的举证责任；四是过于强调了夫妻财产关系的一体性而忽视了家事代理的有限性，造成了夫妻个体权益的受损。五是相关规定之间缺乏统一明确的理念，造成了不同规定之间价值取向的混乱，使保护妇女儿童老年人合法权益的婚姻法原则得不到有效落实。”

婚姻险爱情险各有门道 夫妻离婚后不应草率退保

2016-11-21 证券日报 本报记者 尹力行

有保险专家建议，夫妻在婚姻关系破裂时，对于婚后购买的保险如果能通过友好协商，继续以分摊保费的形式延续现有保障是最理想的选择

近日，接连有娱乐明星和体育明星出轨消息传出，在网络上的热度排行甚至超过美国大选。在众多网友大呼“再也不相信爱情了”的同时，有保险代理人借机打出“仙丹、灵丹、超级丹、都不如保单——保险，人生路上最忠诚的伴侣”等保险宣传语。

那么，是否有保险可以保障婚姻？当面对婚姻问题时，又应该如何处理手中的保险资产呢？

爱情保险是种承诺

热恋中的情侣通常会用海誓山盟来表达自己对于爱情的忠贞，而一份保障爱情的保险，也成为很多情侣选购的“爱情纪念品”之一。

其实，“爱情保险”并非新鲜事物，很多国家都推出过相应的保险产品。最近几年，随着保险逐渐引入互联网元素，不少国内的保险公司都推出了保障爱情的保险产品。在 2 月 14 日情人节、七夕情人节，甚至 11 月 11 日“光棍节”期间保险公司借势推出相关保险产品。据《证券日报》记者了解，中国人寿、平安保险、阳光保险、太平财险、长安责任、东吴保险、安心保险等公司均推出过不同形态的爱情保险。

具体来说，国外的“爱情保险”通常以婚姻的存续为保险标的，侧重通过保险的手段保全婚姻。如果在保险期间内，夫妻一方不幸身故，另一方可以领到保险公司的抚恤金；如果婚姻存续达到保单规定的条件，如 25 年银婚，还可以领到保险公司一次性给付的高额保险金。相反，如果夫妻双方在保障期限内离婚，保险公司会选择给予被遗弃者一定的保障，或者保险责任终止。

与国外的“婚姻保险”不同的是，国内的爱情保险产品则更注重 “承诺”。记者查阅市场上较为火爆的爱情保险发现，产品形态较为多样化，有主险为人身意外伤害保险，附加婚姻津贴保险或其他保险服务的产品组合，也有两全保险和万能险的组合产品，也有公司引入了 9999 朵玫瑰、克拉级的钻石等互联化的元素。

但是，从产品形态来说，“爱情保险”通常只是一份常规的意外险附加一项保险服务的保险产品，而其中的意外保额相对较低。在附加险部分，以婚姻津贴为例，需要在投保时指定一名被保险人的结婚对象，并交纳一定保险费，当第三年（部分产品为第五年）时，凭被保险人与指定结婚对象的结婚证即可以获得相应的保障。但是，被保险人与结婚对象分手或提前结婚，均无法领取到相应的保障。

离婚后不应草率退保

事实上，夫妻之间的保险也并非只有“爱情保险”一种。随着保险的保障功能和理财功能日益被认可，保险已经在很多家庭的资产配置中占据一席之地。但相爱容易相守难，当不得不面对婚姻问题时，保险资产又应该如何分配？

对此，资深律师告诉《证券日报》记者，夫妻双方的保险产品因购买方式和组合不同，分配的方式也不尽相同。比如，有的保险产品为一方婚前购买，独自完成交费，婚后已享受保险收益，那么此产品就不需要进行婚后分配；若保险产品在婚后购买，夫妻共同交费，保单的现金价值与分红属于双方共有财产，离婚时投保人有权要求与被保险人分享保单的现金价值。

但是，在具体操作方面，由于婚后购买的保险，夫妻双方往往互为投保人、被保险人以及受益人。虽然保险利益并不会因为离婚而失效，但是大多数人不愿保留原保单中投保人、被保险人特别是受益人关系，通常选择退保。然而，由于提前退保只能返还保单的现金价值，从而导致一定的损失。

此外，值得注意的是，保监会发布《关于促进团体保险健康发展有关问题的通知》降低了团险门槛，将最低投

保人数由 5 人调整为 3 人，且特定团体成员的配偶、子女、父母可作为被保险人后，“全家保”的保险产品应运而生。这种针对家庭设计的“全家保”产品，有着高保障、低保费的特点，市场上不少保险公司都推出了相应的产品。

一般来说，“全家保”保险，仅需一张家庭保单，全家可以共享保额，或者产品分为第一投保人（一般为丈夫）的主险和其他家庭成员（妻子和子女）的附加险两部分。意外险、健康险、养老险等多种产品均可以选择“全家保”计划。在这样的保障计划中，如果夫妻双方因离婚中断保险，保单可以根据双方的意愿进行拆分，或者退保后再各自投保。不过，要想再次获得相同的保障额度，保费可能要高出 10%-30%。

因此，有保险专家建议，如果能通过友好协商，继续以分摊保费的形式延续现有保障是最理想的选择。此外，消费者也可利用保险公司的保单变更服务，根据家庭和保险的具体情况，通过进行投保人、被保险人以及受益人的变更来延续保障。

“反家暴法”17 省区市已出配套政策

2016-11-27 新京报 记者沙璐

包括公安告诫、人身安全保护令等制度；专家呼吁男性家暴受害者也应予以关注

新京报讯 近日，全国妇联在京召开了贯彻实施反家庭暴力法交流座谈会。全国妇联副主席宋秀岩在会上介绍，反家庭暴力法颁布实施后，许多地方和部门出台了贯彻落实反家庭暴力法的具体办法，目前全国已有 17 个省区市出台了 110 份贯彻落实反家庭暴力法的配套政策文件。

南京市通过发告诫书反家庭暴力

去年 12 月，第十二届全国人大常委会第十八次会议审议通过了我国第一部预防和制止家庭暴力的专门法律——《中华人民共和国反家庭暴力法》，并于今年 3 月 1 日起正式施行。在这部法律中，明确当家庭成员遭遇家庭暴力时，可拨打 110 报警求助。

据全国妇联副主席宋秀岩介绍，反家庭暴力法颁布实施后，许多地方和部门迅速行动，制定出台了贯彻落实反家庭暴力法的具体办法。具体办法包括，健全并落实强制报告、公安告诫、家暴庇护、人身安全保护令等一系列制度。“据不完全统计，已有 17 个省区市出台了贯彻实施反家庭暴力法的配套制度和政策文件，共计 110 份。”

据湖南省妇联党组书记姜欣介绍，反家庭暴力法实施后，湖南省出台了《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》，这是全国首个政府规范性文件。今年 3 月份南京市也结合反家庭暴力法具体要求，再次对告诫书进行了针对性调整。南京市公安局副局长蒋平表示，只要有家暴的受害方报警的话，警方根据报警的情况，给加害人发一个告诫书，告诫他不要第二次施暴。两年时间里，南京共发出 900 多份家暴告诫书，被告诫的施暴者基本上都能认识到自己的错误，没有二次施暴。

湖南省 9 个月发出 70 份保护令

人身安全保护令是法院实施反家庭暴力法的工作重点之一，北京市第三中级人民法院党组成员、副院长刘双玉表示，在反家庭暴力法实施之初，北京市第三中级人民法院就前往所辖顺义区法院对一起离婚案件中某知名女歌手提出的人身安全保护令申请的审查、处置工作进行指导，并明确了证据调取与审查、家暴行为认定、审查程序、裁定文书内容及执行等具体问题的对策。

“顺义区法院发出保护令之后，男方完全遵照保护令的要求履行了相关义务，没有再实施侮辱、殴打等家暴行为。”刘双玉说，这些保护令的发出，极大威慑了施暴人，未出现被申请人因违反保护令而被追究后续责任的情况。截至 2016 年 9 月 1 日，北京市三中院辖区基层法院共发出 9 份人身安全保护令。

此外，据湖南省妇联党组书记姜欣介绍，今年 3 月，湖南省妇联根据反家庭暴力法的规定出台意见，指导全省各级妇联组织通过代为申请、提供法律援助、协助申请等三种方式积极参与人身安全保护令申请工作。至今，湖南全省共发出 70 份保护令。

■ 相关链接

四川去年 1845 起家暴投诉 男性受害者占 2%

据新华社电 今年 3 月 1 日，《中华人民共和国反家庭暴力法》正式实施，为预防和制止家庭暴力提供了强有力的法律依据。尽管法律对所有家庭成员都一视同仁，但在现实中，男性遭到家暴的现象更容易被忽视。来自四川省妇联的数据显示，2015 年，四川全省妇联系统接到的家庭暴力信访量为 1845 件，其中约有 2%的家暴受害者为男性。

上海绍刚律师事务所主任杨绍刚律师告诉记者，提起家暴，人们首先想到的受害人群往往是妇女和儿童，事实上，男性同样也会成为家庭暴力的受害方，遭遇女方态度冷漠、言语侮辱等“冷暴力”的不在少数。

而“冷暴力”造成的后果有时比肢体暴力更严重。中国人民解放军第一八七中心医院心理学博士吴宁告诉记者，通常男性遭遇家暴后，除了身体伤害外，对精神影响更大。易产生愤怒、恐惧、焦虑、抑郁等消极的情绪反应。

专家认为，反家暴法出台后，社会公众包括受害人都意识到家暴是遭到法律禁止的，也逐步了解遭遇家暴后应该采取哪些措施进行自救。但不能把反家暴法单纯的看做是保护妇女的法律，全社会也都应该鼓励男性家暴受害者勇敢地站出来，寻求帮助。

■ 焦点

1 反家暴法施行之后出现哪些变化？

“人身保护令”震慑作用明显

今年 3 月 1 日至 11 月 15 日，南京市公安局共接报家庭暴力警情 5746 起，处警定性为家庭暴力的 2211 起；辽宁省沈阳市沈河区山东庙街道辖区内共登记家暴高危家庭档案 105 册，对 141 名施暴人进行了处置或教育。

“告诫制度的实施，对于防止家暴的进一步升级、保护公民的人身安全、改善家庭成员的关系具有十分积极的作用。”南京市公安局副局长蒋平认为。

北京市第三中级人民法院党组成员、副院长刘双玉说，反家庭暴力法扩大了家庭暴力的范围，将精神暴力包括在家暴之中，且不再强调伤害后果。

“在一起两名演艺人士之间的离婚案件中，对男方在机场当众打了女方一记耳光的行为，法院考虑该行为虽未打伤女方，但结合双方特殊职业身份、施暴场所等具体情况，认为该行为极大影响了女方的心理，属于家庭暴力。”刘双玉举例说。

北京市第三中级人民法院民二庭副庭长黄海涛认为，法律颁布施行后，对于受害人的保护更加有利，人身保护令发出后其震慑作用也比较明显。

2 反家暴法施行之后发现哪些问题？

家暴认定等细节仍存争议

不过，随着法律的实施，各部门也发现了一些问题。北京市第三中级人民法院副院长刘双玉表示，反家庭暴力法实施以来，虽然解决了一些问题，但仍然存在许多争议与困惑。

“比如家暴的认定是否考虑次数、持续时间、严重程度，是否考虑双方感情现状；精神暴力如何举证、认证；家暴的赔偿标准如何掌握的问题如何解决等。”刘双玉列举了具体的情况，并建议全国人大、最高法院等权力机关能够尽快出台具体的实施意见。

除了法院，南京市公安局副局长蒋平也表示，虽然反家庭暴力法确立了家庭暴力告诫制度，但是告诫制度的适用范围不够明确。比如，反家庭暴力法第十六条关于“情节较轻”与“依法不给予治安管理处罚的”这两个概念不明晰，很有可能出现以告诫代替行政或刑事处罚的情形。

蒋平还指出，告诫书发放后再次发生的轻微家暴行为处理也较为困难，建议公安部及时出台指导性意见，明确告诫制度的适用范围和适格主体，并就违反告诫书的处置措施作出规定，为基层公安机关执法提供指导和依据。

3 反家暴法如何能更具操作性？

专家建议国家层面出台细则

此前，民政部、全国妇联则联合下发了《关于做好家庭暴力受害人庇护救助工作的指导意见》，明确了救助管理机构开展相关工作的原则、任务和要求。不过，目前国家层面尚未出台反家庭暴力法的具体实施意见。

中国法学会婚姻法学研究会副会长李明舜表示，在反家庭暴力法颁布实施后，各地配套措施比较多的是公安机关对告诫制度的使用，效果也比较好。“如果国家层面出台一些实施细则，会让法律更加细化、更具有可操作性，因为有些问题地方是协调不了的。”李明舜建议。

目前来看，主要的难点在于实践执行，人身安全保护令的执行和违反人身安全保护令以及告诫的法律后果还不是很明确，法律虽然对此有明确规定，但实践中可能会遇到各部门协调、违反告诫制度是否给予治安处罚、违反人身安全保护令执行不到位等问题。

云南家暴人身安全保护令制度实施办法出台

2016-11-25 法制日报—法制网 刘百军

在“国际消除对妇女暴力日”来临之际，《云南省家庭暴力人身安全保护令制度实施办法》于 11 月 22 日正式落地实施。今天上午，云南省高级人民法院、云南省妇女联合会联合举行新闻发布会通报了该办法的有关情况。

实施办法中的规定，系依据《反家庭暴力法》的家庭暴力人身安全保护令制度而制定，无论制定原则还是条文本意，既充分考虑法律的立法原则，又兼顾云南的实际情况，为解决本地突出问题而设定，该办法从细化法律中的相关制度规定出发，对人身安全保护令的原则、适用范围、种类、内容、期限等进行界定，对申请主体、举证责任等申请事项及人民法院管辖、审理、送达、执行等工作程序加以确定，使申请人的申请行为及人民法院的执行行为具体而明确，使法律规定更具可操作性，为充分发挥人身安全保护令制度的效用，及时保护申请人的合法权益，提供了切实可行的依据。

云南省妇女联合会副主席农布央宗介绍，根据省妇联系统近三年的信访统计显示，家暴信访件占全部信访件的22.2%，而近三年来，云南省各级法院审理各类家庭暴力案件 700 余件，呈现出案件数量总体上升、案件类型较为集中、家暴形式多为人身伤害、受害主体多为妇女、案件发生地多在农村等特点。当前，云南法院受理涉家庭暴力案件数量呈现出总体稳定、稳中有升态势。家庭暴力主要出现在婚姻、赡养、抚养、人身伤害类案件中，多发生在夫妻之间，父母和未成年子女之间，成年子女和年迈父母之间，也有相当部分案件发生于家庭成员以外共同生活的人之间，主要是未婚同居人群。家庭暴力的主要形式是人身伤害，占比九成以上，其次是性侵害。涉及以经常性谩骂、恐吓等方式实施精神伤害的家庭暴力案件主要集中在离婚案件中。受暴力侵害的主体主要是妇女，且文化程度明显偏低，其次是未成年人，老人和残疾人相对较少。施暴主体主要是男性，其中又以青壮年男性为主，文化程度也明显偏低。女性所占比例较小，女性施暴者主要是针对未成年人或老人施暴。从分布上看，涉家暴案件主要发生在农村，特别是边远山区。

针对云南实际，近年来，云南法院高度重视反家庭暴力工作，目前云南省内不少法院专门安排内设机构审理家暴案件，如昆明中院探索将涉家事案件安排在未成年人审判庭中审理，努力实现对涉家暴案件审理的专业化。红河州中级人民法院及其基层法院参照未成年人犯罪模式成立了妇女维权合议庭，安排具有婚姻家庭经验和人生阅历较为丰富的法官，负责审理因家庭暴力引起的婚姻家庭案件，侵犯妇女人身权、财产权案件等。

以道德教育为主，通过调解制止家庭暴力，充分发挥人民陪审员的作用，审理家庭暴力案件选择当事人本民族、在当地威望高的人作为人民陪审员，把陪审员的“情”展现出来，让法官从法理的角度参考，更好地搭建法官与当事人沟通的渠道，有利于增强司法亲和力。山区、少数民族地区的当事人更容易接受这种方式，调解成功率也更高。有时还会请妇联、基层组织人员等到庭参与调解，尽量促使双方通过调解和好，力争化解双方积怨。

以巡回审判、与当地政府联合对妇女群众进行讲座等方式，积极宣传家庭暴力的救济措施及证据保留的方法，使群众了解如何向法院申请人身保护，如何对家庭暴力进行正当防卫，如何通过法律保护自身权益等。同时，对如何加强夫妻沟通、改善婚姻家庭关系、科学教育子女等问题提出意见和建议。对涉及家庭暴力引发的离婚诉讼案件进行公开审理，邀请当地妇联、妇女群众参加旁听，庭审后针对相关法律问题进行解答，向在场群众发放法律法规知识宣传材料，宣传普及家庭暴力危害、解决措施及途径等知识，取得了良好的社会效果。

云南省高级人民法院副院长李雪松表示，预防和制止家庭暴力，是保护人身权利的迫切需要，更是推进基层治理法治化的必然要求，他强调，《云南省家庭暴力人身安全保护令制度实施办法》的公布施行，将会促进云南省反家庭暴力工作迈上新的台阶。

反家暴法贯彻实施顺利 多地多部门展开积极探索

2016-11-25 人民日报海外版

11 月 25 日是“国际消除对妇女的暴力日”，也是中国反家庭暴力法正式施行后第一个“国际消除对妇女的暴力日”。

据不完全统计，目前已有 17 个省区市出台了贯彻实施反家庭暴力法的配套制度和政策文件，共 110 份。这是记者从 11 月 24 日在北京召开的贯彻实施反家庭暴力法交流座谈会上获悉的。

取得积极进展

2016 年 3 月 1 日，中国首部《反家庭暴力法》正式实施。全国妇联副主席、书记处第一书记宋秀岩指出，不到一年的时间，反家庭暴力法的贯彻实施取得了积极进展，许多地方和部门制定出台了贯彻落实的具体办法，健全并落实强制报告、公安告诫、家暴庇护、人身安全保护令等一系列制度。

从相关部门依法履职来看，最高人民法院及时出台了司法解释，确定将人身安全保护令作为独立诉由。一些地方法院在法律实施的第一天，就应家庭暴力受害人申请发出了人身安全保护令。据中国裁判文书网的数据显示，到目前为止，今年该网已收录涉及“人身安全保护令”的法律文书 347 份。

不少地方公安机关在及时受理家庭暴力案件报警求助的同时，不断规范告诫流程，相继出台了家庭暴力告诫制度实施办法，使之更有操作性。不少地方人民检察院严格执行法律，对涉嫌犯罪的家暴行为依法提起公诉。各地民政部门指导村居委会、救助管理机构等在发现无民事行为能力或限制民事行为能力的家暴受害人时，及时报案并提供庇护救助等服务。

地方积极探索

在反家庭暴力法的具体实施中，多地多部门展开了积极探索。

北京市第三中级人民法院党组成员、副院长刘双玉介绍说，在一起两名演艺人士之间的离婚案件中，对男方在机场当众打了女方一记耳光的行为，法院考虑该行为极大影响了女方的心理，认定属于家庭暴力。

“关于家暴的认定问题，审判中长期沿用的规定以伤害后果作为认定的前提，实践中更有以至少造成轻微伤为标准的情况。但反家庭暴力法扩大了家庭暴力的范围，将精神暴力包括在家暴之中，且不再强调伤害后果。”刘双玉说，“反家庭暴力法实施之后，我们应及时转变传统观念与做法，不再以伤害后果作为家庭暴力的认定要件。”

“为依法解决受害人证明难的问题，我们强调了法院调取证据的职责。在我们指导顺义区法院审理的一件人身安全保护令案件中，法院调取的 110 报警记录就是认定家暴的关键证据。”刘双玉说。

完善相关规定

宋秀岩指出，要使反家庭暴力法得到更好实施，需要进一步完善相应的工作制度，以具体落实法律的相关规定，增强法律实施的规范性和可操作性。

南京市公安局副局长蒋平认为，告诫制度的适用范围不够明确，以及告诫书发放后再次发生的轻微家暴行为处理困难，是他们在具体实施中遇到的困惑。

“如再次发放告诫书，意义不大且不具有法律的严肃性；但如处以行政处罚，又无相关法律法规的支撑。”因此，蒋平建议，及时出台指导性意见，明确告诫制度的适用范围等，并就违反告诫书的处置措施作出规定。

刘双玉指出，在反家庭暴力法的实施中还面临一些争议与困惑，如：家暴的认定是否考虑次数、持续时间、严重程度，是否考虑双方感情现状；精神暴力如何举证、认证；殴打等具体暴力行为举证难的问题如何解决，如何运用推定；等等。

为遗产 99 岁老伯被起诉 法官悉心调解化纠纷

2016-11-30 浦江天平 上海二中院

核 心 提 示

99 岁的孙老伯被自己的外孙女告进了法院，为的是一笔老伴离世后留下的存款。这笔存款究竟是老伴的遗产还是老伯自己的个人财产？老伴留下的遗嘱究竟有没有作用？上海二中院基于法理亲情，对诉讼双方展开了悉心调解。

外孙女状告外公要分遗产

孙老伯和老伴王老太为再婚夫妻，孙老伯育有一子，王老太膝下有一名养女李女士，小李是李女士的女儿。两位老人共有 60 万元的共同存款，其中 20 万元在小李处，40 万元则由孙老伯保管。

2014 年，王老太离世。小李为了老人留下的这笔遗产将孙老伯告上了法院。小李说，王老太在 2013 年 12 月立下了一份代书遗嘱，写明将全部遗产由小李一人继承，其他继承人不再享有继承权。由于 60 万元是老夫妻的共同财产，王老太离世后，其中 30 万归孙老伯所有，另外 30 万应当作为王老太的遗产。小李认为，根据遗嘱自己应当继承 30 万元的遗产份额，孙老伯应当支付其 10 万元。

孙老伯则认为，老伴在立遗嘱时患有脑梗，无民事行为能力，且立遗嘱的过程不符合法定形式，对遗嘱不认可。孙老伯还指出该 40 万元是自己的个人财产，是儿子给自己养老用的，不同意小李的诉讼请求。两人的官司一路打到了上海市二中院。

法官调解促家人平息纠纷

案件到了二中院，承办法官发现案件的关键在于王老太身前留下的这份代书遗嘱到底效力如何。二审审理中，法官反复仔细地观看了王老太立遗嘱的全过程视频，发现王老太立遗嘱过程中基本没有表情，录像也没有拍到其签名或者捺印的镜头。

由于上诉人孙老伯年事已高，承办法官首先耐心聆听老人的讲述，又仔细翻阅了卷宗材料。法官认为，就本案来说，孙老伯年事已高，如果仅仅是作出判决并不难，但一纸判决很难修复亲情隔阂，并非最佳的解决方案。要想妥善解决这起纠纷，关键在缓和当事双方的关系，修补亲情的罅隙。

为此，法官耐心地展开了调解工作，摆事实，讲情理，耐心细致的调解工作最终使得小李点头认可了法官的观点。据此双方达成了调解协议：孙老伯处的40万元仍归孙老伯所有，小李手中原有的20万元由小李继承。案件得以圆满解决，一起亲情纠纷也就此平息。来源丨上海高院　上海二中院　新民晚报

（七）公证专题

公证视阈下建立家事法律服务室的探索与实践

2016-11-16 公证文选 包头市天泽公证处 李琨

从2002年公证体制改革到2005年《中华人民共和国公证法》出台，公证行业获得了前所未有的发展态势，时至今日，公证行业取得了举世瞩目的成绩，尤以在民商事领域、知识产权领域凭借独特的证据效力、强制执行效力赢得了社会的广泛认可和赞誉，但是由于多种体制并存，各体制内公证人对于职业的向往和憧憬不尽相同，造成个别地区“公证拒办”、“公证难办”、“公证就是拿证来证”、“公证就是盖章收费”的负面声音屡见报端和媒体。加之经济下滑，房地产去库存，停止新建住房审批和公安部、民政部相继出台不予出具相关证明的规定，以及司法部关于废止《司法部、建设部关于房产登记管理中加强公证的联合通知》，这些来自媒体的声音和部门的规章给一线公证人员内心以很大的重创，抱怨、消极的声音不绝于耳，但是这不是解决问题的办法。公证体制不是公证人能改变的，法定公证也不是公证人能自行解决的，公证行业要立足、要发展，只能靠我们全体公证人，相信公证人有能力凭借对公证事业的一腔热爱，创新服务模式，改变思维格局，用法律赋予公证人的职能，用俯下身段的贴心服务去为公证事业的发展谋划广阔的愿景。

一、家事法律服务室是适应社会需求的新型服务模式

从国家的法治理念上看，党的十八届四中全会提出了“全面推进依法治国，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”的宏伟目标，实现这一宏伟目标的稳固基石就是“全民守法”，而“全民守法”的前提是全民知法、全民学法、全民懂法。公证机构作为法律职业共同体的一员，理应充分发挥公证“预防纠纷、减少诉讼”、“维护交易安全”的职能，从每一个家庭入手，让每一个家庭都能充分认识到法律既是必须遵守的行为规范，又是权利保障的有利武器，因此，公证走入社区、走入家庭，实现服务转型是依法治国背景下时代发展的需要。

从行业发展趋势上看，公证服务应紧跟时代的发展步伐，一方面要大力发展互联网＋公证的模式，做好网站、微信等新媒体的宣传，借助网上平台，如支付宝的城市服务等推广公证业务，逐步实现网上申请、网上办证，逐步扩大从涉外公证到国内各类民事公证事项的网上办理。另一方面要大力推进公证的线下体验店，即家事法律服务室，以服务群众、服务社会为抓手，从城市地域的具体状况出发，本着“以量布局，以质占优，效益取胜”的原则，让民众特别是对网络相对陌生的中老年人能够足不出社区就享受到公证人员贴心的法律服务。

公证机构若要走入家庭，必须以社区为依托，因为家庭是最小的社会单元，社区是家庭汇集的组织形式，社区的数量与城市的规模成正比。由于公证队伍存在着人员少、职能级别低、机制不灵活的现状，要想实现让社区居民知晓公证在民商事领域保权益、化纠纷的重要作用，建立相应的长效服务机制、设立专门的法律服务室就成为公证机构服务家庭的大胆尝试。只有做好线上办证、线下体验的有机结合，才能真正为民众解决实际困难，真正让法律服务落地生根。

二、家事法律服务室运行模式探索

1、以公证人为核心，整合司法资源，开展多元化服务

公证机构从社会地位、人员实力上讲，相对薄弱，仅靠公证这一支队伍无法把家事法律服务室的职能充分发挥出来，家事法律服务室的设立必须与司法行政部门、社区居委会（村委会）形成合力，借助各方力量，整合司法资源、社会资源，拓宽家事法律服务室的服务空间。最终要把家事法律服务室做成以公证为依托，融合公、检、法、司各方力量的综合性法律服务机构。

现阶段家事法律服务室的职能应界定为普法宣传员、法律辅导员、法律调度员。

（1）普法宣传员就是组织居民集中学习与他们生活密切相关的法律法规，帮助他们运用法律手段维护合法权益；登门入户送法，面对面向居民宣传法律知识；剖析案例释法，对社区居民提出的法律事件进行记录梳理，以案例阐释的方式将法律渗透其中；定期在社区开展普法宣传、普法讲座、观看《爱情公证》等普法栏目剧。

（2）法律辅导员就是对社区居民遇到的各类法律问题和事务纠纷，通过耐心倾听，仔细分析，帮助居民寻找最恰当、最经济、最实惠的解决途径。

（3）法律调度员就是针对具体事件，通过调查了解，借助司法资源，提供相应、可行的法律帮助。如对于家

庭、邻里纠纷，可以主动调解，也可以联系司法所工作人员进行调解；对于可通过公证方式解决的事项，要做好事件分析、后果预测、效果反馈；对于需要法律援助的事项，可以与法律援助中心取得联系，协助居民申请法律援助；对于需要诉讼解决的事项，公证人可以代写诉状，提供律师信息，同时引进法院的家事法庭入驻家事法律服务室，让家事纠纷在家事法律服务室得以解决。

2、借势而为，做好家事法律服务室的设置规划

笔者所在城区是包头市昆都仑区，共有 13 个办事处 2 个镇，共计 72 个社区、24 个村。从本处的现状看，确保每一个社区设立一个家事法律服务室是不现实的，必须统筹兼顾、合理规划，充分考虑公证处的人力成本、服务成本和社区对法律的潜在需求。以笔者所执业的公证机构为例，我处先后在昆区设立了九家家事法律服务室，分别位于所在区域的正北、正南、正东、正西、东北、东南、西南、西北，它们以公证机构本座为中心，呈环状分布。同时，公证处又对九家家事法律服务室的周边区域进行规划，确定各自的辐射区域，这样就可以让家事法律服务室的服务范围延伸到相邻的社区、商圈、企业,实现以点成线、以线成面的发展思路。

3、量身定制，服务精准，确保家事服务效能

各家事法律服务室工作人员不仅要走访周边社区居委会、中介机构，通过开设法律讲堂，开展“面对面交流 零距离沟通”现场咨询会及主题宣传等普法活动，以及建立家事法律服务群，把社区民众吸收到微信群，提高解决问题的时效和功效，还要深入了解各家事法律服务室所在社区及所辐射的区域特点、人员构成、周边状况，为社区量身定做相应的服务产品。比如对于老年人居多的社区，着重进行遗嘱、继承、遗赠扶养协议、赡养协议等公证宣讲，让老年人真正学会运用法律来合理支配自己的财产；对于年轻人居多的社区，着重提供夫妻财产协议、婚前财产约定、子女抚养协议等公证知识，让年轻人懂得合理规划，合理保护自身权益；对于学区房、出租房较多的社区，着重倡导房屋租赁协议公证、保全证据公证、提存公证、赋予强制执行效力公证等内容，以此实现出租方与承租方之间平等的租赁关系，让他们知晓权利受限时的救济途径；针对周边中介机构，就其业务所需提供相应的服务咨询和信息联合，提供公证机构掌握的各金融机构的贷款政策，让当事人择优选择，推广公证代办预告、预抵押、抵押以及绿色继承、资金监管等特色服务；对于周边企业、公司，着重宣传相关法律，倡导合同公证，推广保全证据、提存等公证事项在保障交易安全，维护企业权益方面的作用。

家事法律服务室是新形势下公证走向社会、服务社区的大胆尝试和有益探索。公证机构只有贴近群众、服务群众，才能让群众真正感知公证的价值、公证的公信力，才能对公证机构形成心理依赖、信任依赖。家事法律服务室不是经济效益的追求点，它是社会效益、社会信誉的支撑点，将公证服务延伸到基层，下沉到社区，为民众提供高效率、低成本的法律服务，是公证人社会价值、服务价值的展现，也为未来公证人、公证行业发展的提供了一种可行之路。

公证视点：如何把握继承中的特例

2016-11-25 公证人 山东省临沭县公证处阚怀学

【内容提要】继承法及相关司法解释均明确规定了继承的方式和遗产的范围，但随着社会飞跃式的发展和遗产或类似遗产范围的不断扩大，新的法律、法规和部门规章的不断颁布实施，凸显继承法的滞后，办理遗产继承公证遇到了新的课题。如何把握新情况、新课题，应当作出积极的尝试。

【关 键 词】 继承 特例 解决方式

30 年的继承法,30 年的贯彻执行继承法的若干问题的意见,30 年的财富聚集是真正意义上的翻天覆地的改变，千变万化的财产及权益类型层出不穷，这就是我们基层公证员在办理继承公证中面对的现实：不办公证解决不了问题，打官司无争议法院不受理，绕来绕去还得我们去解决。下面仅就遇到的问题进行分析，以便探讨。

一、车辆继承中的注册、变更和转移

《机动车登记规定》第 7、11、19 条规定了注册登记、变更登记、转移登记均提交机动车所有人的身份证明，第 64 条 4 款 3 项解释了“居民的身份证明，是《居民身份证》或者《临时居民身份证》”,《居民身份证法》规定年满 16 周岁的应当申请领取居民身份证，未满 16 周岁的，自愿申请领取居民身份证的，由监护人代为申请办理，但有效期为 5 年。在车辆继承公证中经常遇到的问题是没有注册的或者已经注册的未成年人的继承，其一不能放弃，其二没有居民身份证，其三继承的份额以及以后的买卖等。虽然监护人可以为未成年人办理居民身份证，继承并办理变更登记，但在车辆买卖合同公证过程中又遇到了新的问题，处置未成年人的财产应当是为了未成年人的利益，自己不会使用又不能买卖，放置几年又失去了价值，而且还得年审、购买保险。这种情况下可以由其他继承人按照

评估价拿出未成年人相应的继承份额交由监护人保管，然后进行交易。有的当事人反映，车辆为二人以上共有的，主管机关不给登记，这种做法是错误的。因为《机动车登记规定》第 7 条规定了初始登记只要提供购买机动车发票等来历证明和机动车所有人的身份证明就可，没有人数的限制；第 10 条第 2 款规定，“机动车所有人为二人以上的，需要将登记的所有人姓名变更为其他所有人姓名的，可以向登记地车辆管理所申请变更登记”，这就充分体现了登记为二人以上的依据支持。

二、银行卡中的新情况

由于涉及到金钱的情况都直接汇入到卡中，这里既有夫妻共同财产，又有直系亲属的共同财产；既有部分遗产，又有非遗产，还有不当得利，且数额偏低，少则几百元，多则几万，不办继承公证无法挂失和支取，而继承人之间一般无争执。这种卡一般登记在一个人名下，在农村比较普遍，一般分为粮补卡、低保卡、社保卡。粮补卡属于有责任田的家庭成员的共有财产或者承包人的财产权益，因土地承包 30 年不动，后来许多农村居民没有责任田，也就不存在粮补问题；低保卡是农村最低生活保障对象的家庭人均纯收入低于当地最低生活保障标准的农村居民，显然是家庭人员的共有权益，除共有人共有外，被继承人的份额应当由其法定继承人共同继承；社保卡涉及的权益就丰富多了，主要包括工资、抚恤金、丧葬费、一次性救济金、因死亡后未告知而多付的工资等，其中属于遗产的只有工资，而抚恤金是对直系亲属的安抚，丧葬费用于安葬，救济金是对家庭成员无劳动能力和未成年人的补助，多发的工资属于不当得利。这种情况属于社保部门的工作失误造成，但又普遍存在，金融部门见到公证书后就给办理，而公证员又如何办理？如果分开，涉及到共有人、共同生活人、法定继承人、无劳动能力和未成年人、社保部门等，这些人员和部门一起办理不但超出继承范围，而且涉及到如何分配导致不现实。这种情况下是否征求涉及到各种利益关系人的意见，能否互不追究而全部认可为遗产，然后办理继承权公证？或者先析产、再继承、再分割？否则，应当建议其通过诉讼解决。

三、股东资格、股票等情况

公司法第 75 条规定，“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”这里确立了有限公司的股东资格继承权，突破了继承法规定的只能继承财产权益的界限，对两法之间的冲突如何理解，有待立法时进一步明确，这里不再赘述。有限公司、股份有限公司的股份都有相应的股权凭证，就像存款一样，对记载的数额可以直接确定，而上市公司的股票金额是不确定的。上市公司证券发行管理办法、收购管理办法等明确规定，分离交易的可转换公司债券、认股权等应当申请在上市公司股票上市的证券交易所交易，其他证券必须在证券交易所交易，而交易时间为每天的 9 时至 11 时 30 分，1 时至 3 时，法定节假日除外。这里就涉及到证券数额的不确定性，如果没有开户账户和资金账户，查询的情况只能截止到时分而确定数额，我们的做法是建议过了交易时间再查询，这样可以相应确定数额的稳定性。

四、作为第一顺序法定继承人的情形

继承法第 12 条规定了“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。”这里注意的不但是代位继承、转继承，关键是不能遗漏“作为”的第一顺序继承人，这在现实中往往被忽视，民俗中无这个说法，所以就要求审查时应当严格把握。同时还应当提醒胎儿的问题。

五、可以分给适当遗产、遗产清偿和遗产归属的特别情形

继承法第 14 条规定了可以分给适当遗产的条件，“对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，可以分给他们适当的遗产”，这里就需要通过询问、核实等方式仔细审查，这在办理公证时是最容易忽略的问题。继承法第 33 条规定了清偿义务，“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限”，有法定继承人的自然由继承人承担，但没有法定继承人的的债务如何承担？笔者就遇到这种情形，死者没有任何继承人，死亡后由其本家的侄子送葬，花费 1 万余元，并得到了所在组织和安葬人员的认可，在侄子整理遗物时发现一张存单，存款 7 千元，不办公证支不出来，这样就可以办理遗产清偿债务公证。继承法第 32 条规定，“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”，这是遗产归属，平常接触的仍然是存单，办理的不是遗产继承公证，而是遗产归属公证。、

六、特殊情况下监护人的确定

经常遇到的问题是未成年人、精神病人如何确定其监护人。未成年人的监护人是其父母，但其母死亡，父服刑，可以视为其父具有重大事项的监护权，比如买房、购房等，或者为了未成年人的利益可以委托他人，在继承中就可

以委托他人代为挂失、补办证件、支取款项等。但在平常照顾、看管、支付等监护能力方面，可以视为无监护能力，可由其祖父母、外祖父母担任监护人，这里不但需要由其祖父母、外祖父母协议指定以外，关键需要得到其父的认可，这一切需要办放弃、父赠与（一半）、监护权协议、继承等，办下来的实际费用特别是交通费（需到监狱）就得上千，而继承的金额不足一千，可见价值取向是一个难题，在符合法律援助的情况下，应当予以法律援助。另一种情况是精神病人，没有父母、配偶、兄弟姐妹，只有近亲属，那么应当由所在组织指定，而不能按照习惯认为谁是。因此，上述人员一是不能放弃，二是不能处置，其权利应当由指定的监护人作为法定代理人行使，确定监护人是前置。

七、无户籍的特殊情况

因超生、抱养、捡拾而无法落户的案例在农村占有一定的比例，且多为未成年人，其身份如何确定？超生的可以凭亲子鉴定确定为父母子女关系，符合《民政部、公安部、司法部、卫生部、人口计生委关于解决国内公民私自收养子女有关问题的通知》精神的，可以办理事实收养公证，确立养父母与养子女关系，否则不能认可收养成立，可以按照继承法“对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，可以分给他们适当的遗产”之规定，在征得其他继承人同意的前提下，确定分得的数额，解决继承中的难题。但车辆、房屋、土地等继承中，变更登记的前提必须有身份证明，否则过不了户，这种情况下建议其先解决户籍问题，然后再办公证。而对银行卡而言，可以采取灵和机动和方便当事人的原则，为其办理继承权公证，因为其权利由法定代理人行使。

八、小额存款继承的新尝试

我省对小额存款继承办理公证进行了最早的尝试，并以协会的名义下发了指导意见，现在许多省市都采取了这种方便为民的措施。根据《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》(2014 年 5 月 16 日发布，自 2014 年 6 月 6 日起施行）第 4 条第 4 项的规定，“违反公证程序、办证规则以及国务院司法行政部门制定的行业规范出具公证书的”，人民法院应当认定公证机构有过错，这里直接排除了协会指导意见的强制性。在实际操作中，有的金融机构不认可，认为不符合继承法的规定，存在遗漏继承人的可能，承担被追究个人责任的风险，建议到法院解决，给当事人一种相互扯皮的感觉，引起不必要的投诉；同时有的公证员也不愿冒风险，往往方便了当事人却给自己埋下了风险。因此，还是规范的好，或者通过司法部等以批复的方式更为恰当。

综上，现实中的新情况的继承，首先应当取得各权利人对被继承人名下的财产或权益，自愿认同为法律上的遗产，或者确定各权利人的数额，保证无争议，才可办理遗产继承或分割公证，否则应建议通过诉讼解决。其次，应针对个案的实际情况，通过请示的方式，用司法解释或部门规章的规定予以解决，这样可能涉及到期限比较长，最好征得当事人的同意。第三，应发起讨论，让专家学者进行论证，形成共识，最后上升为法律。目的都是本着对当事人认真负责的态度，化解难题，以便最大化的实现继承人的合法权益。

接受遗赠之我见

2016-11-22 重庆市公证处 何伟 刘文娅

我国继承法自 1985 年 10 月 1 日起施行至今已 30 余年了。它的施行对于保护公民私有财产的继承权，妥善处理财产继承关系和争议，维护社会的和谐和稳定，发挥了重要的、不可或缺的作用。但随着社会的发展和法治进步，人们思想的开化和观念的更新，当前的整个社会环境与三十年前相比较，已发生了翻天覆地的变化，对于我国继承法来说，也已有相当部分的法条不再适用或适合于处理当前继承存在的具体情况和问题。今天，笔者就“接受遗赠”谈一谈我们粗浅的看法，望大家指正。

我国继承法第十六条第三款规定：公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。这就是我们通常所说的遗赠，遗赠是遗嘱继承的一种特殊形式，其法律含义是：遗赠人采用遗嘱的方式，把自己的财产一部或全部(保留必要的遗产份额，即特留份除外)无偿地赠给国家、集体或者法定继承人以外的人，并于遗赠人死亡后发生法律效力的单方法律行为。

我国继承法第二十五条第二款规定：受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。根据该规定及我国继承法的其它相关规定，受遗赠人接受遗赠，必须在法定的期限内，即遗赠人死亡后且受遗赠人“知道受遗赠后”的“两个月内”做出明确的意思表示，该“两个月内”相关法条没有规定中断、中止或者延长的情形；到期没做任何表示的，推定受遗赠人放弃受遗赠，受遗赠权消灭，即使此后受遗赠人再提出接受遗赠的要求，也归于无效。为什么会做出上述放弃遗赠的时间规定呢？查询继承法立法当

时的《关于<中华人民共和国继承法（草案）>的说明》、《全国人民代表大会法律委员会对<中华人民共和国继承法（草案）>审议结果的报告》和《全国人大法律委员会关于“继承法（草案）”几个问题的说明》等三个相关立法文件，均未对此进行说明。其立法动机是什么，通过查询相关资料，也没有答案。而这也是我们作为公证从业人员，在工作实践中经常遇到的困惑所在。

一

接受遗赠的表示应在“两个月内”作出的规定

不够严谨，且期限较短，显得仓促。

我国民法通则第九章附则第一百五十四条「期间的计算」第二款规定：规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。第一百五十五条「与期间计算有关的术语」规定：民法所称的“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，包括本数；所称的“不满”、“以外”，不包括本数。虽然最高人民法院《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）》198 第一款规定：当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的，一个月为三十日，一年为三百六十五日。但那是基于当事人的约定，继承法的期限是否可以适用此类推，一个月为三十日，笔者认为理由并不充分。实际生活中，月份分大月和小月，还有二月的平月和闰月问题；因此，“两个月内”，从 59 天到 62 天均有可能，若径直按自然月计算，利害关系人也会就此提出异议，实践中不好把握，计算期间时应以“日”为单位直接规定 60 天数为宜。而且此“两个月内”的规定显得期限较短，可以说太短，给受遗赠人应对的时间较为仓促。

二

受遗赠人“知道”的问题

表示接受遗赠的期限是从受遗赠人知道受遗赠时起（比如接到相关通知之日）开始计算。如果受遗赠人不知道自己有受遗赠的权利，则这“两个月内”的期限就不能开始计算。即使相关继承人、遗嘱执行人等没有告知受遗赠人有受遗赠的权利，而且已将遗产分割完毕的，受遗赠人在得到自己有受遗赠的权利后“两个月内”作出接受的意思表示的，受遗赠人仍可以向相关继承人等主张，要求取得自己应当接受的遗赠份额。因此“知道受遗赠”的法律含义在我国的遗赠制度中起着相当重要的作用，直接关系到接受遗赠“两个月内”表示期限的起算，进而影响着受遗赠人权利的行使。

法条中的“知道”是仅指受遗赠人“知道”还是受遗赠人“知道或应当知道”？因为遗赠在公民订立遗嘱后、死亡前，一般是保密的；甚至在遗产继承开始前都是保密的，或故意被法定继承人所隐瞒，受遗赠人是否知晓遗嘱内容不好确认；因此笔者认为，法条中的“知道”是指受遗赠人“知道（如被通知）或应当知道（如相关继承人就遗嘱进行了公告，并超出了公告期的）”。实践中以“知道”的时间来确认“两个月内”的表示期限也不好把握，如果仅以立遗嘱人死亡之日即视为受遗赠人知道遗嘱内容之日，以此作为计算受遗赠人“两个月内”的表示期限，并在立遗嘱人死亡后两个月即排除受遗赠人接受遗产的权利，前面已谈到，显得时间仓促，执行较为严格，也不一定合法和合理；在此应将法条理解为受遗赠人应当在其知道或应当知道“两个月内”做出接受或放弃受遗赠的表示，若在其超过期限后未表示是否接受的，可以排除受遗赠人接受立遗嘱人遗产的权利。还有一个问题，就是受遗赠人虽然知道遗赠的存在，但并不一定知道“两个月内”表示期限的法律规定，如公民在订立遗嘱时，涉及遗赠的，公证员一般会告知在其死亡后，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。但这也只能确认立遗嘱人知晓，不能当然推定受遗赠人知晓。如果受遗赠人在“两个月内”未表示是否接受的又如何处理？笔者认为就此即排除受遗赠人接受立遗嘱人遗产的权利较为草率和笼统，也是不负责任的。在此应将法条理解为受遗赠人既“知道或应当知道”遗嘱存在，又“知道或应当知道”“两个月内”的表示期限后，若在其超过期限后未表示是否接受的，可以排除受遗赠人接受立遗嘱人遗产的权利。

三

作出是否接受的表示，对象是谁？什么方式？

接受的表示对象和方式大概有以下几类：（1）向人民法院表示，看似可行，但并没有相关程序规定如何办理，是按确认之诉申请吗？为表示接受遗赠，提出确认之诉有无必要？人民法院是否受理？（2）向所有继承人表示，应该不可行，因为本来遗赠就排除了法定继承人的继承权，继承人是否接受或认可遗赠都不确定，更不能指望继承人作证证明受遗赠人表示接受的事实。（3）向部分继承人表示，有可行性，但是会因为各种原因，是否能够得到至少其他法定继承人的认可呢？（4）向任意第三人表示，又存在是否有公信力的问题？（5）向自己的配偶和亲属表

示呢？可信度更低。（6）向公证处表示，发表是否接受的声明书，应当是可行的。对于“表示”应当是书面的？或者口头表示即可？笔者认为形式不重要，能被确认“表示接受”就可行。

公证实践中，涉及继承类公证事项的，一般继承人会被告知，被继承人死亡两个月后方能申办，这是不成文的规定，如此就是为了避免遗漏接受遗赠。但笔者看来，通过上述阐述，此项“规定”似无必要。且实践中，继承或接受遗赠，当事人有争议的，一般会被指引通过人民法院诉讼解决。

同样是我国继承法第二十五条，第一款规定：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。此处的“继承”就包括法定继承和遗嘱继承。大家可看出，继承和接受遗赠在关于“放弃”这个节点上，规定是颠覆性的。

笔者对当今世界上部分大陆法系国家和地区关于遗赠放弃的立法进行了查询，以下对几个国家和地区关于遗赠放弃的立法进行简要介绍：

法国民法典对于遗赠的放弃，法律没有明文规定放弃方式，仅在法国民法典第三卷「取得财产的各种方式」第二编「生前赠与及遗嘱」第五章「遗嘱处分」第八节「遗嘱的撤销与时效」第 1043 条规定：如指定的继承人或遗赠受领人拒绝受领遗赠或者无受领遗赠的能力，遗赠处分失去效力。不过法国民法典收录的法国最高法院诉状审理庭在 1900 年 12 月 3 日的判决中称“这种放弃可以由受遗赠人的行为意味着其「有不主张此种遗赠之意图」”而产生；又法国最高法院第一民事庭在 1984 年 10 月 17 日的判决中称“部分概括遗赠受领人长时间不请求提交受遗赠物，并不足以说明其默示放弃受领遗赠”。……

德国民法典第五编「继承法」第三章「遗嘱」第四节「遗赠」第 2180 条「接受和拒绝」第（2）规定：“遗赠的接受以及拒绝，以对被加重负担者（即遗赠义务人，作者注）的表示为之。该表示只能在继承开始后做出；该表示系附条件或期限而做出的，不生效力”。

日本民法典第五编「继承」第七章「遗嘱」第三节「遗嘱的效力」第九百八十七条「受遗赠人对遗赠的接受、放弃的催告」规定：“遗赠义务人（称为负有履行遗赠义务的人）及其他利害关系人，可以约定一定的期间，催告受遗赠人在期间内作出接受或放弃遗赠的表示。如果受遗赠人在该期间没有对遗赠义务人做出意思表示的，视为接受遗赠”。

我国台湾地区民法第五编「继承」第三章「遗嘱」第三节「效力」第一千二百零七条「承认遗赠之催告及拟制」规定：“继承人或其他利害关系人，得定相当期限，请求受遗赠人于期限内，为承认遗赠与否之表示。期限届满，尚无表示者，视为承认遗赠”。

而在英美法系国家，如在美国，放弃遗赠的受益人也必须在向相关机构提出书面的放弃声明上签字，放弃声明的副本须送达给遗嘱执行人后，放弃遗赠才得以成立，且不可撤回。

纵观当今世界各国和地区立法，对接受遗赠都鲜有像我国继承法那样规定表示接受期限的，即使规定了表示接受期限的，也是以年为计算单位，类似的如《俄罗斯联邦民法典》就规定：在可以行使受遗赠权的 3 年期限内，如果受遗赠人没有行使请求权，则丧失受遗赠的权利。联系到我国的具体国情和传统的继承习惯，继承法这样规定的目的可能是为了尽量维持财产的法定继承，维持财产的家族传承，即财产“不出姓””，也就是俗话说的 “肥水不流外人田”，因而严格控制接受遗赠的发生，才出现了我国继承法第二十五条第二款关于“两个月内表示接受”的相关规定。

但随着社会的进步、人们思想观念的转变，现在看来，继承法关于接受遗赠的相关规定应该确实已经过时了。近年来我国学者进行的“中国民众继承习惯调查”的问卷涉及了解我国民众对遗赠的接受与放弃的态度，其第 18 题第二项问：“老李因心脏病发作死亡，其生前立有遗嘱，将遗产的三分之一遗赠给一个与她无亲属关系的孤儿，其余部分由两个女儿平分。如果孤儿要接受李某遗赠的财产，你认为：A.必须在知道此事后尽快作出明确表示，否则视为放弃。B.不需要作出明确表示，只要没有表示放弃就行了”。从选择答案 B 占全体被调查者的比例看：北京市占 44.6%，重庆市占 43.2%，武汉市占 47.0%，山东地区占 40.8%。这说明有四成以上的民众认为遗赠的接受不需要作出明确表示，只要没有表示放弃就行了。因此，我们《继承法》的规定是否恰当，值得进一步深入研究。我们认为，从保护受遗赠人的利益角度出发，应对未明示表示放弃遗赠的，即应该推定为接受遗赠。随着我国立法理念的更新，可以预测，不久的将来，继承法中接受遗赠的相关规定必将进行相应的修改。

现在有一种观点认为，我国物权法已经对接受遗赠作出了与继承法相冲突的规定，按后法优于先法的推定，继承法关于接受遗赠的相关规定可以不再遵守和执行。物权法第二十九条规定:因继承或者受遗赠取得物权的,自继承

或者受遗赠开始时发生效力。而“受遗赠开始时”就是遗嘱（赠）人死亡时。物权法已变更了接受遗赠的成立要件。现在受遗赠人应该不需要在知道受遗赠后二个月内明确表示接受遗赠，遗赠就已被承认，遗赠就已经成立。我们认为，此法条仅仅规定通过继承或者受遗赠取得物权的，其效力追溯到继承或者受遗赠开始时，与如何通过继承或者受遗赠取得物权无关。

实际上，讨论接受遗赠问题，首先需要强调的是如何看待被继承人的意思自治问题。被继承人的意思自治原则，体现了私法自治这一民法基本原则的要求。它意味着在继承法律关系中，被继承人有权依法自主决定自己遗产处理的相关事项：一是被继承人有权以遗嘱方式处分属于其个人的财产及处理与继承财产相关的事项；二是被继承人可自主决定遗嘱的方式；三是被继承人清楚，遗嘱继承优先于无遗嘱继承（如法定继承）是法律的规定。同时，对被继承人意思自治的认可或认同，也体现了对被继承人意愿的尊重。这种尊重不但应该体现在人对法律和人对人的尊重之上，而且更多的还应该体现在法律对人的尊重之上。

欣闻近几年，全国人大正在为继承法的修改做大量的调研工作，希望他们已经注意到了我国现行继承法存在的诸多问题，包括“接受遗赠”存在的问题，出台一部更加合理、完备的继承法。

参考资料

《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》（2011 年 3 月第 1 版），主编：陈苇，国家哲学社会科学成果文库，北京大学出版社出版。

《<中华人民共和国继承法>释义及实用指南》（2015 年 1 月第 1 版），主编：吴高盛，副主编：刘淑强、周劲松，中华人民共和国法律释义及实用指南丛书，中国民主法制出版社出版。

《法国民法典》（2005 年 3 月第 1 版），罗结珍译，法律出版社出版。

《德国民法典》（第 4 版），（2015 年 1 月第 1 版），陈卫佐译注，法典译丛，法律出版社出版。

《日本民法典》（2014 年 11 月第 1 版），沈阳师范大学法律文化协同创新中心组织编写，王爱群译，法律出版社出版。

十、新书资讯

《困境未成年人国家监护制度的健全》

2016-11-04 三明中院 张天助

10 月，三明中院列人民网头条号排行榜法院系统中级法院第 3

假如你不够爱我，虐待宝宝、让宝宝留守、让宝宝流浪、宝宝心里苦、缺爱、缺钙、蓝瘦、香菇，怎么办？

假如生活欺骗了宝宝，不要悲伤，不要心急！忧郁的日子里需要镇静。近日，《困境未成年人国家监护制度的健全》在法律出版社付梓出版啦，纳尼？法律出版社付梓出版？对，你没有听错，就是在这么“高大上”的法律出版社（法律人的“梦中情人”）出版，很快就会出现在全国的各大书店哦，想要拜读的小伙伴们，赶紧行动起来吧！不用剁手，不用勒紧裤腰带，因为本书定价只要 30 元哦。

宝宝再也淡定不住了，相信吧，快乐的日子将会来临。如何对家庭监护失当行为进行监督和规制，给予困境未成年人周密的保护，三明中院开出“药方”，共同帮助困境未成年人走出“雾霾”。心儿永远向往着未来；现在却常是忧郁。一切都是瞬息，一切都将会过去。

“神医”们到底神在哪儿呢？针对困境未成年人监护失当行为，“神医”们根据不同症状配出了不同“药方”，在书中创新性的提出建立类型化的未成年人国家监护体系：对监护不力的监督监护、监护困难的救济监护、监护缺失的代行监护、监护侵害的撤销监护。“神医”们提出了监护人不够爱宝宝时国家监护应该怎么健全的新举措，从而构建完整的未成年人国家监护的立法、行政和司法制度体系。“神医”们为了让宝宝补爱、补钙，在爱中健康成长也是够拼的，拟定了《困境未成年人国家监护法》（学术建议稿）。

《困境未成年人国家监护制度的健全》一书在未成年人国家监护这一全新的领域，探索建立行之有效的法律制度和实施体系，在“儿童最大利益”基础上进行探讨和研究。该书是三明中院承接的最高人民法院 2014 年度司法调研重大课题成果的转化，是福建省法院承接的首个最高人民法院未成年人保护方面的司法重大调研课题。该书的正式出版标志着三明法院司法调研水平登上新的台阶，对未成年人保护司法理论和实践具有重要的指导意义，书中提出的《困境未成年人国家监护法》（学术建议稿）为日后困境未成年人国家监护立法提供参考，让法律助力成长，护航青春。宝宝再也不用担心没人爱啦！

《世纪争产案遗嘱真伪之辨》

“家事法苑”团队奉献

群众出版社，中国人民公安大学出版社 2011 年 1 月 1 日第 1 版 詹楚材 张泽民著

基本信息

出版社：群众出版社，中国人民公安大学出版社；第 1 版（2011 年 1 月 1 日）

平装：279 页

语种： 简体中文

开本：16

ISBN：7501447497，9787501447497

条形码：9787501447497

商品尺寸：23.8 x 16.4 x 1.4 cm

商品重量：481 g

品牌：群众出版社

ASIN：B004NQVNNA

《世纪争产案遗嘱真伪之辨》以国际著名律师法庭争锋和中西文检专家笔迹鉴辨大对决为主线，展示了香港富翁龚如心作为被告与其公公王廷歆争夺王德辉遗产庭审的全过程。该案初审、二审被告均败诉，直至终审才柳暗花明，解开了巨额遗产归属之谜。

《世纪争产案遗嘱真伪之辨》第一作者詹楚材是内地著名的文检专家，他亲身参与并见证了这起案件的鉴辨过程，向读者讲述了一个旷日持久、曲折离奇的争产大案。

编辑推荐

《世纪争产案遗嘱真伪之辨》是物证鉴定科学实案应用教学参考书。

作者简介

詹楚材，公安部物证鉴定中心研究员，专业技术一级警监，国家质量监督检验检疫总局防伪技术专家，长期从事文件物证鉴定、科研、教学工作；先后与他人合作编写出版了 7 部专业技术教材，发表论文 20 余篇，享受国务院政府特殊津贴。

张泽民，人民公安报高级记者、专题编辑主任。

目录

代序：我的心情糟透了
第一章 笔迹鉴定委托来自香港
第二章 破解四大疑问
第三章 接受英国教师模拟训练(上)
第四章 接受英国教师模拟训练(下)
第五章 三份遗嘱与两次绑架
第六章 法庭与律师
第七章 银行保险箱揭秘
第八章 机场偶遇起波澜
第九章 “踢爆”指控揭“疮疤”
第十章 围绕一张借据的庭辩。
第十一章 王廷歆庭上一再道歉
第十二章 争产诉讼初入“戏肉”
第十三章 有争议签名之“王德辉”
第十四章 有争议签名之“谢炳炎”
第十五章 李大状 VS 美专家
第十六章 独立的专家证人
第十七章 笔迹鉴证报告三对一
第十八章 法庭激辩墨水定年
第十九章 不喜欢奥斯本的理论

第二十章 贾玉文出庭前后
第二十一章 李大状法庭提问“王德辉”
第二十二章 李大状法庭提问“谢炳炎”
第二十三章 以子之矛攻子之盾
第二十四章 陈大状法庭提问“王德辉”
第二十五章 陈大状法庭提问“谢炳炎”
第二十六章 李大状复问有争议签名
第二十七章 几位证人的证言
第二十八章 原讼法庭的判决书
第二十九章 刑事调查步步紧逼
第三十章 五比零上诉得值
第三十一章 终审法院的判决书
第三十二章 争产案尘埃落定
第三十三章 积蓄财宝由谁收取
参考书目
附图
图 1 王德辉遗嘱检材 A、B、C、D
图 2 “王德辉”签名样本总表
图 3 “谢炳炎”签名样本总表
后记

文摘

为调试仪器法庭临时休息了二十来分钟。再开庭时，显微镜已经对准正本遗嘱 A 的王德辉签名。这个涉及几百亿遗产归属的签名被显微镜放大 85 倍后投影到幕布上，笔画的所有细节都被十分清晰地呈现出来，法庭上的所有人都能看得清清楚楚。一名女职员戴着手套专门负责照料显微镜下的遗嘱。

贾玉文将手中的红外线笔首先指向王字的第一横画，他说，我主要是看笔画的变化和字迹颜色。现在看王字的横画，由起始点开始，我们可以看到墨水流得很平均，可以看到墨水甚至由边缘流出，这是因为纸是由纤维组成的，会形成墨水的洇散，是正常的现象。

李大状说，当你谈及墨水的洇散时可否指出来？贾玉文说，洇散出现在笔画的边缘。当写到笔画的中间部分，就很明显，就像我们看到的，这笔画有些抖动。前面我说过有关书写工具的结构，可能是用的那种笔尖比较宽的书法钢笔，所以开笔时，笔尖窄处就会接触到纸张，当到达笔画的中间处时笔画变粗，这是由于笔尖宽处开始使用，由于受波动影响，所以就有两处地方可看见抖震。现在去看第二直笔，这是一向下移动然后一圆形顺时针动作，这亦与下面部分有联系，之后就以一横画完结，所以这在笔的动作中是比较自然的。在笔画中间方面，可看见有些没有墨水的空白处，这是由于写字时墨水没有流出来，这亦是正常现象。

为什么你说那些笔画是自然的？可否解释一下？贾玉文说，当我说那笔画是自然的，是指开始写那笔时和圆形的连接笔和最后的收笔点，可见墨水的分布，流得很平均，看不见任何停顿和重写，笔画的粗细变化是很有节奏和规律的。

你是否看见任何明显提笔处？贾玉文说，没有。

不包括第一横画，你有没有看见任何抖震或任何踌躇之处？贾玉文说，没有。

有没有任何看似形快实慢的地方？贾玉文说，没有。

你说过这四个问题签名的人使用了一点隶书风格的元素，尤其在王字的两横画处，那是蚕头燕尾，你是否记得？贾玉文说，记得。

但这一横画看似比较细，然后向下走，最后收笔比较粗？贾玉文说，对。当写到中间时，有些抖震发生，轻微的抖震，所以我们可以看见结尾与蚕头燕尾的标准是不太协调的。

版权页：

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 TM 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 TM 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、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信公众订阅号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

编辑：“家事法苑”律师团队
顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：邓雯芬、侯晓婷
家事法苑 TM 家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑 TM 新浪微博：http://weibo.com/jiashifayuan
家事法苑 TM 婚姻律师团队官方博客 http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com