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™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）

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》电子版下载启事

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

目　录

一、婚姻家庭审判动态

家事审判：那些不说也许你就不知道的温情故事 ----------2017-07-01 人民法院报

法官易断家务事——山西洪洞县法院家事审判改革纪实----------2017-07-07 人民法院报 记者陈伟

完善调解前置 落实司法为民——江苏兴化法院关于离婚案件的调研报告----------2017-07-13 人民法院报

潍坊市中级人民法院公布十大家事审判典型案例----------2017-07-14 大众网

建湖 “54321”组合拳挽救问题家庭----------2017-07-17 人民法院报 季金龙 胡海匣

最高法发力家事审判 发出1284份人身安全保护令----------2017-07-19 中国网 记者胡永平

周强：深化家事审判方式和工作机制改革 促进家庭文明建设----------2017-07-19 人民法院新 罗书臻

最高法等15个部门和单位联合印发《意见》 确定家事审判改革联席会议制度（附《意见》全文）

----------2017-07-20 最高人民法院 罗书臻

杜万华：突破改革瓶颈 最大限度调动社会各界力量参与家事审判改革----------2017-07-21 人民法院报 罗书臻

家事审判助力“家和万事兴”----------2017-07-24 人民法院报 刘武俊

西城法院召开遗嘱继承纠纷典型案例新闻通报会----------2017-07-24 北京西城法院

陕西法院探索设立冷静期、心理测评干预等机制----------恼人家务事 法官这样断灵宝 家事“法苑”让群众感知司法柔情----------2017-07-29 人民法院报 刘赞芳 席静

二、一般审判动态

河南虞城一被执行人转卖查封财产被判刑----------2017-07-14 人民法院报 记者冀天福 通讯员 陈金华
独占遗产拒不执行判决被拘 幡然醒悟履行法院判决----------2017-07-06 湖南法院网
微博直播“小三”裸照，她成了败诉被告----------2017 年 07 月 17 人民法院报 郑毅
结婚不成介绍人被判退还“介绍费”----------2017-07-22 人民法院报 唐金法 赵玲玲

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

优秀裁判文书|李 X 甲与曹 X 离婚纠纷一审民事判决书----------2017-07-30 法律家

（二）子女抚养亲子关系案例

男子家暴致子受伤被拘留 前妻怒诉变更抚养关系——新泰法院调解一起因家暴导致的变更抚养关系案件
----------2017-07-07 新泰市人民法院
对具有法定监护资格的人可否根据对被监护人有利原则确定监护人——张 X 诉张 X 杰申请确定监护人案
----------2017-07-09 法律家
本市首例！弃女三年不闻不问 狠心妈妈被撤销监护权----------2017-07-12 上海法治报 胡蝶飞
法院审理抚养费纠纷裁判规则 8 条----------2017-07-14 法信
经典判决：别拿爷爷奶奶不当亲属，隔代探望权之争下判！（附判决书全文）----------2017-07-20 法官那些事
无相反证据又拒绝做亲子鉴定时推定亲子关系存在——苏 X 琪诉李 X 明同居关系子女抚养纠纷案
----------2017-07-27 法律家

（三）财产分割案例

一方婚内取得的单位的股票期权属于夫妻共同财产（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）
----------2017-06-21 指导性案例审判规则
男子婚后自掏腰包买套房 离婚后女方要求分割一半----------2017-07-14 重庆晚报 唐中明
离婚时妻子要分征地款丈夫却说花光了 法院这么判----------2017-07-05 南海网

（四）扶养赡养案例

为空巢老人垫付医疗费却“有借无还”，镇政府起诉要求老人子女偿还获支持
----------2017-07-08 人民法院报 孙山中 查红武
老翁诉请儿子精神赡养 法院调解每月探望一次----------2017-07-13 人民法院报 李鸿光
圆桌法庭 七年之痒终分飞 轮流抚养止纷争----------2017-07-25 法润花季 曹艳梅

（五）离婚后财产纠纷及相关纠纷

离婚后夫妻一方应依照约定占有、使用共有房屋（部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）
----------2017-07-05 指导性案例审判规则
离婚 7 年父亲不愿将房产过户，被女儿告上法庭 法院判决：三十日内完成过户
----------2017-06-21 信息时报 通讯员 冷静 刘伟乐
协议离婚后发现对方隐藏夫妻共同财产应如何救济----------2017-07-26 法信

（六）恋爱同居纠纷案例

天津法院公布两个因“女方出轨生子”引发的纠纷案件----------2017-07-21 新说法 张家民 戴伟东
两对恋人分手闹上法庭，一个凭欠条拿回 50 万，另一个一分钱也没拿到 ----------2017-07-26 厦门中院

（七）其他相关案例

福鼎龙安一男子暴力殴打妻子获刑----------2017-07-11 公信福鼎
强奸算不算出轨？强奸犯罪还不准许离婚，你同意吗----------2017-07-24 法治搬运工

（八）赠与案例

夫妻单方将巨额款项赠与第三者的行为全部无效——江苏南京玄武法院判决李某、王某诉李某某不当得利纠纷案
----------2017-07-13 人民法院报
教授赠后妻房产离婚难讨回 法院:经公证难撤销----------2017-07-04 北京晨报记者 何欣
夫妻一方将个人房产赠与另一方，变更登记前能否撤销赠与？----------2017-07-22 法信

婚内为未成年子女投保的返还型保险不属于夫妻共同财产（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）----------2017-07-25 指导性案例审判规则

借款人应对其婚前向配偶的借款承担偿还责任——林X烟诉林X加民间借贷纠纷案----------2017-07-26 法律家

（九）夫妻债务案例

将与未成年人共有房屋抵押未成年人应否对未清偿部分担责—中国农业银行股份有限公司靖江市支行诉陈X、刘X满、陈X卓金融借款合同纠纷案----------2017-07-08 法律家

丈夫鬼迷心窍赊巨款买彩票 妻子无奈“背锅”被判承担夫妻共同债务----------2017-07-12 人民法院报 余同云

妄图以离婚方式恶意转移财产躲债 法院判妻子要承担债务_金羊网新闻----------2017-06-20 金羊网

巨额债务从天降 前妻举证巧脱身----------2017-07-18 人民法院报 顾建兵 芦霞

前夫赌球欠的高利贷要共同承担？法院这样判----------2017-07-23 上海法治报 陈颖婷 万小兰

配偶一方对另一方就共同财产长期支配、处分采取默认态度的事实可以推定其对此类处分知情或应当知情----------2017-07-26 法门囚徒

四、继承

（一）继承审判动态

父亲刚过世 陌生债主找上门----------2017-07-03 人民法院报 雷娜

丈夫杀死残疾女儿后自缢身亡 儿媳与公婆因房产闹上法庭----------2017-07-22 人民法院报 钱笑 孙洪旺

（二）继承典型案例

非亲生子女是否无权继承遗产？----------2017-07-05 法信

老人立遗嘱房产赠长子 其他子女是否有继承权？----------2017-07-05 千龙网

在被继承人债务清偿纠纷中继承人不能以放弃继承为由而免除清偿义务----------2017-07-28 法门囚徒

未形成事实收养关系的“两房隔一女”约定不形成收养关系——严X英诉毛X茹法定继承纠纷案----------2017-07-30 法律家

五、房产、股权、信托

（一）房产

当事人有证据证明其对诉争房产享有实体权利的可阻却强制执行措施——钟X玉与王X、林X达案外人执行异议纠纷案----------2017-07-16 法律家

上海一老人立遗嘱把房产给妹妹后反悔卖房 法院判决老人子女补偿30万元--------2017-07-17 中青在线 王烨捷

（二）股权

陈红与前夫股权纠纷再开庭 法院一审支持李军诉求----------2017-07-13 新京报

未经配偶同意的股权转让协议是否有效?-----2017-07-31 法客帝国 北京市安理律师事务所 唐青林 李舒 张德荣

六、社会新闻

武汉曝光"土豪"离婚协议书:涉及分割房产共63套----------2017-07-04 荆楚网-楚天都市报 周丹 满达 王怡然

网上热传有63套房的离婚协议，富人隐私咱也得尊重----------2017-07-05 新京报评论 沈彬

妙龄女承诺用嫁妆还借款，三十岁还不结婚？法院判还！----------2017-07-05 李东华 贺天牧

警察帮朋友"捉奸"私自调酒店监控 致情夫被逼自杀----------2017-07-17 春城晚报

法院与民政诉讼离婚信息共享，今后伪造单身证明骗婚、重婚难了----------2017-07-18 南京市中级人民法院

肇庆女婿帮岳母查岳父婚外情竟触犯刑法----------2017-07-18 广州日报 方晴 陈云飞 黄洁娴

七、异域资讯

西班牙法院判决达利遗体开棺鉴定----------2017-7-13 中华网

八、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

我国家事审判改革的发展趋势----------2017-06-29 中国应用法学研究所 任容庆

比较法视野下的“父母责任”----------《北方法学》2016年第1期 夏吟兰

同性之爱是个人选择还是政治权利：中国同性恋者的法律地位----------2017-07-03 爱思想 李银河

家事审判改革理论与实务研讨会召开 ----------2017-07-04 中国法学创新网

“死了都不爱”，生存配偶还有继承权吗？----------2017-07-04 中国民商法律网 朴程健
姓名登记规范研究----------2017-07-05 法学学术前沿 法商研究 刘练军
房屋产权置换中夫妻共同财产的认定----------2017-07-05 中国不动产官微 阮神裕
《婚姻法解释（二）》第 24 条废除论——基于相关统计数据的实证分析----------2017-07-05 华政法学 叶名怡
完善我国未成年人法律体系研究----------2017-07-05 学报编辑部 宋英辉 苑宁宁
论被宣告死亡者死亡日期的确定----------2017-07-07 法学中国 中国法学网 薛军
跨国收养的法律适用模式----------2017-07-07 人民法院报 王子畅
看宋代官府如何断“土豪遗产案”？----------2017-07-09 民事审判参考
跨国收养的法律适用模式----------2017-07-07 人民法院报 王子畅
80 后 90 后婚恋模式出现新趋势:女大男小婚姻增多-2017-07-10 北京日报 中国社会科学院社会学研究所 李春玲
国家监护视角和困境儿童服务----------2017-07-10 民政部政务微信 童小军
聚焦民法总则 推动民商事审判工作再上新台阶——中国审判理论研究会民商事专业委员会 2017 年年会暨“民法总则与民商事审判高端论坛”综述----------2017-07-12 何建 武翠丹
立法态度应开放 法律规范要闭合----------2017-7-12 中国妇女报
寻找离婚财产分割的规范性原则----------2017-07-13 妇女研究论丛 王新宇 译
浅析未成年人不动产的处分----------2017-07-17 常州市不动产登记交易中心 刘翎艳
当代中国法律对亲属的调整：文本与实践的背反及统合----------2017-07-19 法制与社会发展 吉林大学 李拥军
澳门地区受虐待儿童保护中的预防干预措施----------2017-07-19 家事法研究中心 澳门地区儿童虐待概述
“武汉大学外国法查明研究中心”成立----------2017-07-20 武汉大学国际法研究所
人大复印报刊资料《民商法学》2017 年第 7 期资料索引 （婚姻家庭法、继承法部分）
----------2017-07-28 家事法苑 人大复印资料

（二）法官视点

一方出资另一方签订合同的婚前房产归谁？如何分割？----------2017-07-01 最高人民法院 杨森彪 杜鸿等
“虚拟探望”并非虚幻——民法总则“未成年人利益最大化”原则的灵动诠释-----2017-06-23 广东法院网 黎嘉
以大数据技术为支撑实证研究离婚纠纷中当事人不能协商一致的情况下有限责任公司股权分割问题
----------2017-06-01 北京市第三中级人民法院网 江锦莲 舒怡
打通撤销监护人资格制度的“四难”症结----------2017-07-05 人民法院报 王冬青
离婚一方转移财产怎么办？可不分共同财产不等于净身出户！
----------2017-07-07 最高人民法院司法案例研究院 张力 杨建恒
案外人异议之诉丨对被执行人配偶名下财产能否执行----------2017-07-09 赫法通言 王赫
夫妻一方为成年子女贷款 是否应认定为夫妻共同债务？----------2017-07-10 江苏高院 钱晋
夫妻离婚后不与孩子共同生活的一方如何行使探望权----------2017-07-09 李东华 胡天和
论合意型家事纠纷解决机制的劣性摒除与合理构建----------2017-07-10 盐城中院
一方婚前支付首付购置的不动产，婚后共同还贷，离婚时如何分割--------2017-07-11 家事法务 肖峰、田源主编
社会变迁与家事纠纷解决|家事法新书推荐----------2017-07-13 审判前沿 王静姝
离婚时约定债务由男方承担 女方还要承担还款责任吗？----------2017-07-14 江苏高院 吴皆与 唐海山
父母并未离婚，孩子能否主张抚养费？----------2017-07-14 江苏高院 如皋市人民法院 李茜
恋爱期间共同出资所购房屋的权属认定----------2017-07-14 北京市东城区人民法院 金滨法官
规范重婚案件审理 维护社会和谐稳定——重庆二中院关于重婚案件的调研报告----------2017-07-13 人民法院报
调解前置,将挽救婚姻做得更专业----------2017-07-16 人民法院报 丁国锋 虞宙 沈馨雯
家事纠纷多元化解中的平衡技----------2017-07-17 人民法院报 河南省新乡市中法 袁荷刚
个人婚前财产在婚后形态发生转化的认定----------2017-07-18 中国法院网 重庆市荣昌区法院 颜剑箫
从遗嘱开始，法官教你妥善处理“身后事”----------2017-07-24 人民法院报 吴凡
发现子女“非亲生”能否向对方主张精神损害赔偿----------2017-07-25 家事法务 肖峰、田源主编

婚后房产证上加配偶名字 离婚时房产该如何分割？----------2017-07-27 江苏高院 成云 孙菁
从《郑伯克段于鄢》看家事审判----------2017-07-28 人民法院报 江苏省东台市人民法院 周陈华 熊磊
网拍成交后的房产过户时能否加上买受人配偶名字-----2017-07-31 逸景法治 江西省乐安县法院 李亚鹏 杨鑫瑶
子女意见、抚养能力并非判定抚养权的决定因素----------2017-07-31 审判前沿 北京市海淀区人民法院 张莹
离婚夫妻婚姻关系存续期间的共同财产可否执行？-------2017-07-31 审判前沿 北京市海淀区人民法院执行 杨哲

（三）律师视点

重婚登记纠纷之诉讼路径选择——以刘某诉某民政局一案为例--2017-07-03 湖南仁本律师事务所 舒蓉月 雷婷婷
律师办理涉港家事案件的新思路----------2017-07-05 泰和泰律师 杨竹一
从内地与香港婚姻家事安排展望家事案件处理的新方向----------2017-07-06 中伦视界 贾明军 蓝艳
辣评北京高院审理婚姻案件疑难问题参考意见 10 大亮点----------2017-07-08 家族律评 蓝艳律师
当商事遇到家事 ——夫妻公司若干问题浅析----------2017-07-12 家族律评 邓杰律师
起诉两次才判离婚，这是一个陋习----------2017-07-14 法律读库 坚强的老王
法院如何认定婚前财产协议的效力——对多类案件的大数据分析----------2017-07-16 小军家事 尚俊妙
因为这些原因律师见证被判无效----------2017-07-17 家族律评 郝丹阳
离婚房产分割问题实务分析----------2017-07-17 高杉 LEGAL 北京德恒（济南）律所 王景
儿子为何要起诉继母婚姻无效？----------2017-07-19 桂客留言 张志然
香港離婚訴訟法律財產分配程序簡介 律师视点----------2017-07-27
《家事法实务》（2015 年卷）香港何叶律师行律师 何志权

（四）文件选读

最高人民法院司法部关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知----------2017-07-04 公证文选
无父母陪同未成年人出入美国国境注意事项----------2017-07-22 领事直通车 驻美国使馆
最高院民事审判信箱丨配偶本人患重大疾病是否属于婚姻法司法解释（三）第四条【1】规定的情形丨《民事审判指导与参考》2016 年第 4 辑----------2017-07-24 最高院民一庭
最高人民法院关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有产生纠纷应如何处理的批复
----------2017-07-28 海西房联

（五）媒体视点

高管天价离婚 是否另有玄机？----------2017-07-02 北京青年报 刘慎良
为买房“假结婚”后离不掉 男子赔了 20 万离婚费才“好聚好散”--------2017-07-10 上海法治报 季张颖 张超
改名建房引来一场“马拉松官司”----------2017-07-12 民主与法制周刊 阿军
让隐私成为隐私----------2017-07-15 人民法院报 黄义涛
律师将当事人离婚判决发到网上 被判侵犯名誉隐私赔偿 5000 元！----------2017-07-06 金羊网 记者 董柳
女子离婚后在论坛发帖泄愤 法院判她向前夫道歉----------2017-07-12 现代快报
葵花药业 63 岁董事长与 58 岁之妻 离婚女方不分丈夫价值 33 亿的股份 还倒贴 6300 万
----------2017-07-16 梧桐树下 V 梧桐小编
昆明假律师出庭代理离婚官司被识破 获刑 6 个月----------2017-07-18 春城晚报 柏立诚 苏月凤
从财产分配转向婚姻家庭关系修复 北京法院家事审判改革试点调查---------2017-7-19 中国妇女报 记者田珊榴
他指定她为受益人 保险公司却说没有结婚证不能领取保险金----------2017-07-21 CCTV 今日说法
四川泸州纳溪区妇联依法维权有突破 父母疏于监护 妇联公益诉讼--2017-7-26 中国妇女报·中国女网记者 任然
北京一老人在两限房交房前去世 房子如何处理？ ----------2017-07-28 央广网 肖源

（六）公证专题

婚姻关系查证风险解析----------2017-07-12 公证文选 山西省太原市城北公证处 郑锋钢
最高人民法院 司法部关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知
----------2017-07-27 司法部政府网 北京市长安公证处
法国改革离婚制度 分流法院非诉案件----------2017-07-28 人民法院报 四川省成都市律政公证处 蔡勇
刍议公证接待中的审查 ——兼从四个案例谈“望、闻、问、切”----------2017-07-28 北京市长安公证处

特别声明
简报编辑：家事法苑™团队
简报顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：侯晓婷、邓雯芬
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™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
简报电子版获取：家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn 首页“资料下载”!
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事法苑™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 http://www.famlaw.cn 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

家事法苑™家事法实务交流微信群
家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。
本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。
入群方式：为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于家事法苑™微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群， 请入群者先添加群管理员邓雯芬律师（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。
欢迎您加入家事法苑™家事法实务交流 QQ 群（群号：171337785）-----即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、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

正 文

一、婚姻家庭审判动态

家事审判：那些不说也许你就不知道的温情故事

2017-07-01　人民法院报

来自广东省中山市第一人民法院的《家事审判：那些不说也许你就不知道的温情故事》。中山市第一人民法院被最高人民法院列为全国法院家事审判方式和工作机制改革试点。本作品以图文结合的形式，结合生动的案例，介

绍了中山市第一人民法院在家事审判单元的多项创新举措。

孩子
是一个家庭的希望和未来
是父母双方生命的延续
依稀记得那声呱呱坠地的哭泣声响起时的惊喜
那尚在襁褓上跌入怀抱时的小心呵护
那第一声“爸爸、妈妈”稚嫩的呼喊
近年来
离婚纠纷案件在家事案件中的比例越来越大
离婚诉讼中
子女归哪方抚养关乎孩子的未来
如何在离婚案件中保障儿童的合法权益
也是案件的焦点之一
今天
就让我们为您讲述
家事审判中
那些不说
也许你就不知道的温情故事

你知道吗？

自 2015 年 3 月以来，广东省中山市第一人民法院组建专业化审判团队，大力推进专业化审判工作，家事审判单元多项创新举措走在前列，被最高人民法院列为全国法院家事审判方式和工作机制改革试点法院之一。从去年开始，该院在家事审判中引入心理疏导干预，对离婚双方争议通过亲子关系评估，以确定子女抚养、探望方式，为家事审判中注入“温情”。

心理疏导解决了父母离婚“抢小孩”问题

原告陈娜（化名）与被告林邦（化名）均在中山市任职教师，双方于 2011 年登记结婚，2012 年生育一子。

婚后四年期间，林邦多次对陈娜实施家庭暴力，陈娜多次报警，最终因为家人等劝和而不了了之。林邦在 2013 年间曾书面向陈娜承诺，若今后再有家庭暴力及与其他女子有非正当交往行为，儿子由陈娜抚养。但林邦的暴力行为并没有停止，最严重的一次家庭暴力行为发生于 2014 年 10 月 13 日，陈娜被打致腰椎横突骨骨折，经中山市公安局委托鉴定，陈娜的损伤程度为轻伤。

2015 年 4 月，陈娜起诉离婚，林邦家人在陈娜不知情的情况下，擅自将小孩带回林邦的老家浙江省兰溪市，陈娜以双方自行协商处理为由向法院撤诉。2015 年 8 月，陈娜到林邦老家将小孩带回中山市藏起来，并再次起诉离婚。

图为儿童观察室。

主审法官董诗婷在多次主持双方调解后，决定大胆尝试，在本案中引入心理疏导机制。

2016 年 4 月，董诗婷法官邀请中山著名心理专家甘露春与具有专业心理咨询资质的心理咨询师周晓晶对本案当事人进行心理疏导，分析双方存在的问题，探索解决方法。第一次心理疏导结束后，承办法官继续组织双方进行调解。双方的心结在于小孩，考虑到林邦已经长期未与小孩见面，承办法官趁机组织双方与小孩共同见面，为消除陈娜的疑虑，法院要求林邦出具保证书，并且，如果林邦委托代理人，需有人陪同、监督。林邦主动向法院提交了保证书："本人保证在看望小孩的时候，不会未经女方同意而将小孩带走。"在此情况下，陈娜终于放下戒备之心，同意双方会面。当晚，林邦终于如愿见到将近一年未能谋面的儿子。

后双方继续接受心理咨询师的疏导。林邦表示，经过近几天的心理咨询辅导，进一步明确了两人有些心理及情绪方面的问题需要进一步疏导和治疗，请求法院对抚养权的归属问题暂缓处理。陈娜也决定不再追究林邦因实施家庭暴力致其轻伤的法律责任。双方再无情绪过激的情况出现。

心理疏导机制的引入，为双方妥善解决离婚事宜奠定了良好的基础，使日后庭审的顺利进行有了良好的开端。此后，双方再无出现抢夺小孩的情形，且在之后的另案诉讼（离婚后财产纠纷）中，经董诗婷法官调解，双方最终达成调解协议，和平处理夫妻共同财产。

通过亲子关系评估确定孩子的抚养探望方式

2016 年，中山市第一人民法院家事审判单元共在 6 起家事案件中引入心理疏导干预，初步建立心理疏导介入的模式。由具有专业心理咨询资质的心理咨询师等专业辅助人员为家事案件的当事人提供心理疏导、心理矫治等服务，充分倾听当事人的想法，帮助当事人分析双方存在的问题，正视双方自身问题，缓和双方当事人的矛盾，寻找解决问题的方法，从而缓解因家庭矛盾而集聚的不良情绪。疏导结束后，向法院提交心理疏导反馈表，疏导次数根据案情、当事人情绪等确定。必要时，在案件审结后，再对当事人进行跟踪回访。

董诗婷法官跟孩子聊天，解读孩童内心想法。

除了心理疏导，市第一法院还在离婚案件中对子女亲子关系进行评估。据董诗婷法官介绍，诉讼中，双方对子女的抚养权、探望方式争议较大时，通过亲子关系评估，确定子女抚养、探望方式。该制度主要包括三种方式：一、询问未成年儿童意见。十岁以上的未成年儿童，由法官直接询问，直观了解未成年儿童的意愿等；十岁以下的未成年儿童，由心理咨询师对父母、子女单独或共同询问，调查亲子关系的真实情况；二、沙盘游戏。心理咨询师通过与未成年儿童玩沙盘游戏来调查、解读儿童的心理情况、内心想法；三、单面镜观测。由双方家长共同或分别陪同子女玩耍，心理咨询师、法官在单面镜另一侧观看，了解父母与子女的亲子关系的真实情况。根据案件情况，选择一种或两种以上方式。

离婚后子女归谁抚养？法院有章可循

中山市第一法院建立三项制度

保障离婚案件中儿童权益

父母离婚，子女由谁抚养更合适？

中山市第一法院在确定子女抚养、探望方式中，引入心理疏导干预，创建起一系列评估制度，有助于法官在判案时真正化解纠纷，做到案结事了。

图为法院家事调解室。

抚养权　　建立亲子关系评估制度

“在诉讼中，如果父母双方对子女的抚养权、探望方式争议较大，中山市第一法院会通过亲子关系评估制度，来确定子女的抚养方式”，该院家事审判合议庭法官董诗婷介绍，这项制度从去年开始实行。

亲子关系评估制度主要有三种方式。一是询问未成年儿童意见：针对十岁以上的未成年儿童，由法官直接询问，十岁以下的未成年儿童，由心理咨询师对父母、子女单独或共同询问。二是沙盘游戏：心理咨询师通过与未成年儿童玩沙盘游戏来调查、解读儿童内心想法。三是单面镜观测：由双方家长共同或分别陪同子女玩耍，心理咨询师、法官在单面镜另一侧观看，了解亲子关系的真实情况。董诗婷介绍，根据案件情况，法官会选择一种或两种以上方式，心理咨询师在调查结束后向法院提交亲子关系评估报告。

心理咨询师通过与未成年儿童玩沙盘游戏来调查、解读儿童内心想法。

“这种方法非常有效”，董诗婷举例说，黎女士与林先生准备离婚，双方最后的争议在于子女探望问题。他们的小孩才五岁多，黎女士说林先生曾对小孩使用过家庭暴力，将小孩扔下栏杆，孩子对爸爸有惧怕心理。但是林先生对这样的说法坚决否认。如果仅仅在法庭上听双方陈述，法官也很难作出判断。

为了判断亲子关系，承办法官董诗婷决定用单面镜观测的方法进行调查。孩子到法庭后，几人来到儿童观察室，随后法官和母亲悄悄离开，留下林先生与小孩在里面玩耍。法官与黎女士等人在隔壁通过单面镜观测两人相处的情况。透过单面镜可以看到，小孩对林先生并没有抗拒，而且非常喜欢与爸爸相处。这样直观的场景减轻了黎女士的担忧，也让法官心中有数。最后，董诗婷重新组织调解，双方协议成功。

抚养方　　违背承诺或被剥夺抚养权

父母一方在获得孩子抚养权以后，如何保障他们遵守抚养承诺，让孩子持续获得好的成长环境？董诗婷说，今年初的一宗案件触动她思考，建立起子女抚养规划制度。

去年底伍女士起诉刘先生离婚，双方在中山市购置了一套房产，孩子还在上幼儿园。两人都同意离婚，但均要

求抚养小孩，房产归自己所有。法院判决小孩由伍女士抚养，房产归伍女士所有。

但是该判决生效后，伍女士在一个月内将小孩带回老家，交由父母照顾，自己仍在中山市工作，同时将涉案房产转让。刘先生为此起诉，要求小孩变更为由其抚养。董诗婷正是该案的承办法官，她说鉴于伍女士未遵守承诺，法院认定她的行为不利于小孩的健康成长，判决变更小孩由刘先生抚养。

正是在这宗案件后，董诗婷思考制定了子女抚养规划表，2017 年 1 月份第一法院正式确立了这项制度：在诉讼中双方均要求抚养小孩的，需根据自身情况向法院出具子女抚养规划，由法院根据双方的自身情况，从保护儿童利益的角度出发确定子女抚养权。“如果以后出现不遵守抚养承诺的行为，法官进行处罚就有了事实和法律依据”，董诗婷表示。

图为家事法庭。

探望权　　达成一致后再提起诉讼

没有获得抚养权的一方，如何确保他们的探望权？以前的探望判决往往存在判项不够明确，导致当事人难以执行，法院也难以执行的情形。比如“被告可随时探望小孩”、“被告每月有权探望一次小孩”，由于双方对具体的探望时间、接送方式不确定，而涉及人身的案件又不能强制执行，导致案结事不了。为此，中山市第一人民法院开始确立探望方案明晰化制度的尝试。

董诗婷介绍，该院在审判实务中，对于双方因长期分居，已经对探望子女的具体时间、接送方式、接送地点达成一致或基本方案的，法院一并处理；对于双方尚未能确定具体探望方案的，建议双方先自行处理。双方离婚后安置好各自的生活，就子女探望未能达成一致的，再提起诉讼。

“这种模式看似增加当事人负担，但实际上，是更考虑当事人的实际情况”，董诗婷表示，经过一段时间的磨合，父母各自要如何探望小孩有了一定的事实基础，才有利于确立更为适合的探望方案。而且 2016 年以来，直接抚养方拒绝对方探望子女的执行案件，可以将直接抚养方纳入失信名单，这是对直接抚养方的强大制约，如果还像以前那样不清晰地确定探望，对直接抚养方不利。“对双方来说，子女健康成长才是首要之道，而不是惩罚对方”。

市第一法院引入心理疏导干预帮助审判家事案

从玩沙盘游戏获知幼童对父母依赖度

父母离婚诉讼中，子女归哪方抚养关乎孩子的未来。记者了解到，市第一法院从去年开始在家事案件中引入心理疏导干预，对离婚双方争议通过亲子关系评估，以确定子女抚养、探望方式。近日，该院就通过心理咨询师引 导幼童玩沙盘的方式，妥善处理了一宗抚养权归属纠纷。

4 月 18 日，3 岁的莹莹（化名）在家长陪同下来到市第一法院。虽然莹莹的父母婚姻走到了尽头，但双方都放不下年幼的孩子，都想抚养她。

2014 年 2 月，李辉与罗莹（均为化名）生育二女儿莹莹。也就在当年，双方因感情破裂协议离婚。离婚后，莹莹一直随母亲生活，后双方因抚养权发生纠纷。由于双方的住房条件、经济收入、文化程度差异不大，承办法官李劲松决定邀请中山市阳光心理咨询服务中心，对莹莹的亲子关系评估与儿童心理测评。和平日的法庭争辩不同，抚养权归属的评测是在法院专门设立的儿童观察室里进行。

心理咨询师通过跟孩子交流、观察孩子举动的方式，对孩子进行心理测评。

当日，莹莹在心理咨询师的引导下独自进行沙盘游戏。根据孩子自主选择各式玩具及将玩具在沙盘中的随意堆放、玩耍等，心理咨询师了解到了孩子的内心世界，她的心理健康状况，还可以了解她对父母的情感依赖程度。最终，心理咨询师出具了儿童心理评估报告，对儿童成长发展提出建议，为法院处理抚养权归属提供有益参考。法院根据父母双方的抚养能力、抚养条件、父母双方对小孩未来的成长规划，结合儿童心理评估报告，近日判决莹莹由罗莹抚养，双方都表示服判。一宗争执不休的抚养权归属终于得到圆满处理。

法官易断家务事——山西洪洞县法院家事审判改革纪实

2017-07-07 人民法院报 记者陈伟

“苏三离了洪洞县，将身来在大街前……”一场京剧《苏三起解》使山西省洪洞县这个地方名扬天下，这起三堂会审的大家务事也道出了一个传统观念：清官难断家务事！而 2016 年以来，随着家事审判改革试点的确定，洪洞县人民法院经过几多探索，总结出一套行之有效的方法，做到了“法官易断家务事”。

“改”字当头 以“和”为主

“洪洞是山西第一人口大县，家事案件多，2016 年收案 1100 多件，占民商案件的三分之一，在此试行家事审判改革，意义重大。”据洪洞法院副院长王洪义介绍，2016 年 4 月，临汾市中级人民法院被最高人民法院确定为家事审判试点法院后，在临汾中院的部署下，洪洞与临汾市其余 16 个基层法院一起开展了家事审判的探索实践，洪

洞法院党组立即行动，领导组、指导组相继成立，除在民一庭设立一个专门合议庭外，包括 5 个基层派出法庭在内的 8 个民庭都设有家事承办法官，辟出两个家事法庭、一片“家事法苑”调解区。

改什么？怎么改？洪洞法院民一庭庭长胡伟介绍，关键是改革审判方式和审判理念。

2016 年 6 月，洪洞县洗煤厂一名 60 余岁的职工一拐一趔来法院告他的三个子女不管他，请求法院判决三人出赡养费。经过详细了解得知，老汉十几年前和前妻离婚后再婚，当时三个孩子都已成人，因离婚原因子女对他积怨大，离婚后全跟女方一起过，再无来往。2015 年冬，老汉忽然得了脑梗，经过治疗后经济出现拮据，便来到了法院起诉。法院先通知子女，但电话不接，去人不见。

“我们秉持‘和’的理念，这次必须多跑腿。”合议庭成员前往赵城找村干部、邻居了解，请他们去家里做工作。这样来回十几次，最后子女向法官要求见父亲。

当法官把三个子女带到老汉家的时候，看着眼前病态缠身的父亲的样子，双方忍不住泪流满面。法官见此趁热打铁，当场就签了赡养协议。这样一件案件，前后不到两个月，未上法庭，实现了案结事了家和。

理念先行 制度保障

2016 年 8 月 1 日，原告卫某将被告王某诉至法院，要求与被告离婚。庭审中，被告同意与原告离婚，但对于子女的抚养、探望权及财产的分割问题，双方争执不下，发生了强烈的冲突。

为了更好地从思想上开导当事人，了解情感根源，主审法官、院长杨益明邀请了具有心理咨询资格的两名人民陪审员程商鹏、陈亚琴，到 30 余里外的原告家中进行了家访，从当事人的原生家庭寻找问题的根源，并逐步开展心理辅导和心理干预、疏导。经过 2 个多小时的工作，双方虽然坚持离婚，但通过心理辅导和劝解，双方没有了心理积怨和阴影，对以后各自的生活奠定了良好的基础。

据该院研究室负责人刘振宇介绍，经过一年的总结，目前在家事审判方面已实现了五个转变：从法院 “一元”矛盾化解转变为全社会广泛参与；从大民事格局转变为设立家事审判专门机构、场所；从全员审理转变为专业化法官集中审理的方式；从主要审理财产关系转变为以审理情感利益入手，全面地保护当事人各项权益；从以往靠法、理、情的说服教育转变为注重发挥家事审判的诊断、修复、治疗作用的审理模式。同时建立起反家暴联络、家事案件受理、家事案件调解、家事案件测评、家事案件审理、心理干预、家事案件司法救助、家事案件回访帮扶、家事案件调解团队管理、家事案件第三方评估调查 10 项机制。

这些新的机制当前都已形成新的制度。在王洪义的办公室，记者看到该院今年制定出台的家事审判制度有 9 项 137 条，内容囊括以上 10 项机制。

大胆动作 效果明显

有制度做保障，各项工作进展顺利。

在洪洞法院二楼审判区的两间家事审判法庭，记者看到以往为几方诉讼参与人的多边案头已换成了一张半圆形的大桌，诉讼参与人就坐在同一平台上，没有高下之分。墙壁上悬挂着“家和万事兴”等内容的条幅。在一个叫“家事法苑”的区域，记者看到外表全用玻璃装饰的心语工作室、爱心妈妈工作室、会见室、春秋室（唤起美好回忆的场所）、法官工作室五间办公室。王洪义告诉记者，这个区域叫诉前调解中心，五室功能各异。特别是与山西省心理学会共建家事心理实践基地，开发了专门的测试软件，为法官针对性地开展工作和心理干预提供参考依据。

在立案庭，庭长杨青峰拿着厚厚的一叠档案让记者看，“这些全是最近调解好准备司法确认的。”该院家事审判改革在他这里是动作最大的，不仅设立了以上 5 个工作室，而且每天有 16 名有经验的陪审员、10 余名爱心妈妈（妇联推荐的社会妇女）、2 名家事法官、2 名妇联干部固定坐班开展诉前调解，除此之外，还于今年 4 月建立了速裁团队，对双方都能到庭、对案件事实分歧不大的，一个月内裁结。通过这两种方式解决的案件，即占到来起诉数量的三分之一，而由于立案庭还开展了对无争议事实的记载，到法庭的案子也只剩争议焦点了，大大节约了审判资源。

事实上，通过一年的努力，该院家事审判的效果已非常明显，以今年 1 至 5 月的数据和 2016 年同期比，首先是进入庭审的明显减少，2016 年家事案件共登记 520 件，全进程序，今年为 635 件，除以上二种方式处理后进入审判程序的 436 件，减少 21%；审判周期明显缩短，2016 年为 84.9 天，今年为 60.3 天，缩短 24.6 天；上诉率在案件上升 22%的情况下，下降 0.4%；进入执行程序的明显下降，2016 年为 43 件，今年为 14 件，下降 67%，除减轻执行压力外，从侧面反映出服判息诉率明显提高，由家事纠纷延伸、转化的过激矛盾和刑事案件明显减少，社会稳定、和谐因素明显增长，家事审判改革的目的基本达到。

完善调解前置 落实司法为民

——江苏兴化法院关于离婚案件的调研报告

2017-07-13 人民法院报

江苏省兴化市人民法院在司法实践中针对家事案件中的离婚案件，探索新的审判方式，设立调解前置程序，将法院内部调解与外部调解相结合。并于日前成立课题组，将近年来离婚案件进行梳理分析，对调解前置工作进行调研走访，并提出相应建议。

一、关于离婚案件的基本情况

2015 年度兴化法院民事案件收案 9191 件，离婚案件 1585 件；2016 年度民事案件收案 10959 件，离婚案件 1628 件；2017 年上半年新收民事案件 4890 件，离婚案件 840 件。2016 年度审结离婚案件 1583 件，以判决方式结案 737 件，解除婚姻 192 件，维持婚姻 545 件；以调解方式结案 529 件，解除婚姻 422 件，维持婚姻 107 件。从数据分析及调研情况看，目前离婚案件呈现如下特点：

1.案件数量增多，审理难度加大。一是送达难题。由于城乡二元化，多数农村人员外出打工，留守儿童和妇女在老家生活，长期分居致使感情出现危机，而在外地打工无固定住所和地址，因此诉讼离婚时，常常因为送达问题耗费大量的时间和精力。二是随着经济水平的提升，大家的法律意识逐渐增强，在生活中遇到一些小事便立即去法院主张权利，使得法院成为化解社会矛盾的第一线，而不是最底线，司法资源不能合理分配和运用。

2.法院成为当事人的三大平台。一是作为寻人的平台。当事人一方离家出走，通过法院平台，利用法院的公权力，寻找到对方。二是作为警告、教育的平台。当事人一方有贪玩、赌博、不顾家庭的恶习，希望通过法院离婚诉讼对其进行教育。三是作为和好的平台。离婚案件中的当事人对基层调解组织失去信心，希望通过法院这样的平台给予双方和好的机会。

3.调解解决纠纷具有可行性。我们 2015 年度离婚案件调撤率 58%，2016 年度离婚案件调撤率 53.5%。调解前置程序的设置，最大可能地将矛盾解决在诉讼之前。承办法官在依照事实和法律裁判的同时，还需要考虑社会效果。离婚案件运用调解方式解决更具有可行性。

二、调解前置程序试行过程中存在的问题

自今年 1 月我们重点开展案件繁简分流改革工作，初步取得了程序简化、文书瘦身、效率提升、公正提速的改革效果。针对离婚案件试行调解前置程序，在实施过程中，取得了一定的效果，同时存在一些问题：

1.调解前置的场所单一。在试行离婚案件调解前置过程中，我们以诉讼服务中心为调解场所，单设“朱连调解工作室”进行调解，调解场所单一，调解案件增多，使得调解效率降低。部分当事人在诉讼过程中反映，在婚姻登记中心因为财产及子女分割问题达不到统一，所以到法院进行诉讼，来回折返不方便。

2.调解前置的人员缺乏。目前，在诉讼服务中心调解工作室中担任调解工作的为每天一名流动员额法官和一名专业调解人员，由于离婚案件数量增多，调解前置在一定程度上缓解了诉讼矛盾，但是并没有减少法院工作压力。

3.调解前置程序没有完整的工作流程。在试行初期，简单地以村委会调解证明，上一次法院判决不准离婚或准予撤诉裁定为依据，给予立案，证明经过调解组织进行过调解。但是没有统一的台账管理，因此调解前置程序试行过程中比较混乱。

4.当事人不理解、不配合、不接受。一是认为违背立案登记制的初衷，人为设置障碍，增加立案门槛。二是认为违反婚姻法关于诉讼离婚的规定。三是认为增加当事人诉讼成本。

三、完善调解前置程序的建议

1.设置固定的办公点和安排合理的人员配置。联合妇联、司法局、律师协会，选派固定人员进行调解，聘请心理咨询师、婚姻咨询师等专业人员进行指导，人民法院派选一名员额法官负责统一管理和审核，选派一至两名法官助理配合员额法官工作，工作时间宜固定三个月轮岗一次。

2.完善具体的工作流程。建立调解前置台账，针对每一起案件进行登记。合理规定调解期限，建议以 7 个工作日为准。调解过程应当进行实质性调解，本着化解矛盾的主旨进行，如若调解不成，应当制定调解笔录，将调解过程中确定的基本事实确认，将双方争议的问题焦点表现出来，方便诉讼时查明案件事实，作出公正裁判。因此，不论调解结果如何，都应当制作调解笔录，给出调解意见，调解和好的回家过日子，调解离婚的制作离婚协议，调解未果的建议诉讼，充分保证当事人的诉讼权利，不能限制当事人的诉权，强制进行调解。

3.调解前置程序的救济。针对可能出现久调未决，影响当事人诉权的情况，利用规范的工作流程，实施合理的监督。

4.加强宣传，积极引导。诉讼是一项费时费力的司法过程，离婚案件因其自身特殊性，通过非诉方式解决更为便利。应运用新媒体如微信、微博、H5等进行宣传，将调解前置程序的合理性、合法性、优越性进行分析宣传，让更多当事人能够了解、理解，从而达到接受的目的。

总之，家庭是社会的细胞，家庭的幸福关乎社会的和谐与稳定。刚性的判决未必从根源上解决婚姻矛盾，柔性的调解往往更具有亲和力。兴化法院课题组针对性的回访了相关案件当事人，深切感受到家庭的和睦是社会和谐的重要因素，子女的健康成长离不开父母的共同关心与抚养。在解除婚姻关系的案件中，调解方式比判决方式更具有可接受度。

（课题组成员：朱万全　唐爱霖　刘　禹）

潍坊市中级人民法院公布十大家事审判典型案例

2017-07-14　大众网

家事案件 打离婚超八成

潍坊新闻网7月14日讯 7月13日，潍坊市中级人民法院召开新闻发布会，相关负责人介绍了潍坊法院家事审判工作情况，并公布了十件涉及家庭暴力、未成年子女抚养、妇女权益保护等方面典型案件。随着社会经济的发展，家事案件数量持续攀升，已占到全部民事案件的三分之一左右。

离婚率连年上升

集中在30-45岁间

近年来，随着社会经济的发展，家事案件数量持续攀升，已占到全部民事案件的三分之一左右。以离婚案件为例，据统计，自2003年以来我国的离婚率连续14年递增，2016年审结离婚案件139.7万件，加上民政部门登记离婚的数量，全国每年离婚当事人的数量多达1000万人。以潍坊为例，2014年，全市民政部门登记结婚数为56663件，登记离婚数为12252件，通过法院判决、调解离婚的3615件，离婚率为28%。2015年，全市民政部门登记结婚数为51526件，登记离婚数为12867件，通过法院判决、调解等方式离婚的4516件，离婚率为33.74%。2016年，全市民政部门登记结婚数为47757件，登记离婚数为13457件，通过法院判决、调解等方式离婚的4502件，离婚率为37.65%。离婚人群的年龄主要集中在30-45岁之间。

记者了解到，2017年5月15日，省法院确定我市奎文法院、坊子法院、高密法院、昌邑法院、临朐法院为全省家事审判改革试点法院，目前其他法院也相继启动了家事审判改革工作，全市家事审判改革工作取得了初步成效。自2016年4月至2017年6月，全市共审理家事案件11276件，调解、撤诉4240件，家事案件调撤率为37.6%。其中，审理离婚案件9583件，占家事案件的84.9%，调解、撤诉4143件；其中，调解和好1305件，调解和好率为31.5%。

现全市法院设有基层调解组织603个，家事调解员942名，一年来通过调解组织成功调解家事案件1378件；其中，离婚案件1240件，调解和好968件，调解和好率为78.1%。全市两级法院共设立家事审判团队42个，每个家事审判团队至少有1名具有婚姻经历的女性法官。同时，配备家事调解员、家事调查员、心理辅导员等司法辅助人员参与家事审判。

典型案例一

争夺抚养权，心理咨询师参与

【基本案情】王某(女方)因与李某(男方)感情不和，向法院提起诉讼要求离婚。双方在离婚及财产问题上争议不大，主要是对于婚生男孩的抚养问题，王某与李某均强烈表示抚养孩子。

【裁判情况】法院多次做原、被告工作，但双方在孩子抚养权问题上都不肯让步。考虑到孩子已满11周岁，能清楚表达自身认识。经过与孩子所在学校联系，邀请了心理咨询师一同征询孩子意见。在孩子班主任的陪伴下，心理咨询师首先对孩子通过沙盘推演方式，进行心理测试，并对孩子进行了长达一个多小时的心理疏导，最终孩子表示其愿意跟随母亲生活。事后法院又约谈了王某与李某，希望两人能尊重孩子的意见，为孩子创造一个良好的环境，最终，王某、李某表达了理解与感谢。

典型案例二

违反忠实义务，判赔精神损失费

【基本案情】原告田某(男方)与被告高某(女方)于 2002 年 12 月 17 日经人介绍结婚，婚后育有一女，经亲子鉴定，原告田某与女儿不存在亲子关系。因被告的行为给原告造成了难以挽回的精神痛苦和经济损失。原告起诉至法院要求离婚，并赔偿精神损失。

【裁判情况】法院认为，婚后被告与他人生女，违背了夫妻间的忠实义务，严重伤害了夫妻感情，应准予离婚。被告与他人生女，原告抚养该女十年后才知道事情真相，给原告的身心造成严重伤害，酌情赔偿精神损失费 10000 元。

典型案例三

子女施暴，父母申请人身保护令

【基本案情】于某、佐某某系夫妻，育有一子于某国。于某国婚后与父母分家独立生活，感情上也逐渐疏远。儿子和儿媳以老两口不帮助其劳动为由，持凶器到父母住处打砸、骚扰，打伤父母并毁坏家中财物。终日处在恐惧之中的老两口忍无可忍，无奈之下来到法院，申请人身安全保护令。

【裁判情况】法院经审理认为，本案符合《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十七条作出人身安全保护令的条件，作出了人身安全保护令裁定。

典型案例四

女方重病拒离婚，法院全力调解

【基本案情】原告(男方)与被告(女方)系高中同学，2009 年登记结婚，婚后未生育子女。2009 年 11 月 29 日，被告患尿毒症。2010 年 5 月，原告起诉要求离婚。由于被告所患疾病不宜生育，原告父母得知被告病情后急于要求离婚。被告认为在查出疾病后，原告及其家人急于要求离婚，所以坚决不同意。

【裁判情况】法院已两次判决不准离婚，而原告离婚决心坚定，但被告声明如判离则停止透析并到法庭喝农药自杀。为了尽量使案件得以解决，法院主要采取了以下措施：一是到被告处了解情况，安抚慰问。从心理上降低其对案件的抵触心理，在心理上对其予以开导。二是切实解决被告的实际困难。经与被告透析的医院联系，在政策允许的范围内，为被告解决了透析的费用问题。三是邀请各相关单位人员参加调解。

通过以上措施，降低了信访强度及双方当事人的心理对立情绪，为判决打下了基础。考虑到被告身患尿毒症，无人照料，法院判决原告给付被告 40 万元补偿款，现被告居住的所有权为原告的房屋由被告继续居住。

典型案例五

遭遇家暴，判离婚补偿 25 万元

【基本案情】原告张某(女方)与被告宋某(男方)系夫妻，双方经常因家庭琐事发生矛盾。2015 年 4 月 14 日晚，被告再次对原告进行拳打脚踢，致原告两根肋骨骨折，一腰椎横突骨折，经鉴定构成轻伤。原告认为被告的家暴行为严重伤害了夫妻感情，向法院提起离婚诉讼，要求法院判决离婚、依法分割财产，并要求被告赔偿精神抚慰金 5 万元。被告宋某因其家暴行为涉嫌故意伤害罪于 2015 年 6 月 1 日被公安机关采取强制措施。

【裁判情况】法院审理认为，被告对妻子实施家庭暴力并造成轻伤，触犯了国家法律，严重破坏了夫妻感情，应准予离婚。在审理的过程中，承办法官从保护女方权益角度出发，多次组织双方当事人进行调解，最终以调解结案，双方自愿离婚，被告一次性补偿原告 25 万元。同时，原告向法院出具了谅解书，使被告的刑事案件得以从轻处罚。

典型案例六

老人赡养纠纷，多方调解

【基本案情】范某与丈夫张某(已于 2011 年 10 月 20 日去世)育有三子女，分别为张某甲(女)、张某乙(女)、张某丙(男)。自张某去世后至 2012 年底，范某一直由三子女轮流赡养。2013 年初，范某中风住院，住院期间由两女轮流照顾，出院后一直与长女张某甲共同生活，张某乙不时探望，但张某丙却一直不管不顾。范某年事已高，体弱多病且没有收入来源，向法院提起诉讼。

【裁判情况】法院受理案件后，出于为老年人诉讼提供便利的考虑，经协调，法官亲自到范某家中了解了事情的原委，并到其所在的村委会，通过村干部的帮助和协调，逐一联系到原告子女，弄清不赡养老人的原因。从人情、法律角度做思想工作，在多方努力下，最终该案达成了调解协议。

典型案例七

遗产继承，子女依法享有平等权利

【基本案情】高某与李某系夫妻关系，婚后育有一子、一女。高某于 2010 年 10 月去世，遗产未分割。李某于 2015 年 3 月去世，留有房屋一套及存款 20000 元。该房屋现由儿子实际居住，且存款在儿子手中。女儿向法院起诉要求依法分割该房屋及存款。

【裁判情况】案件审理过程中，儿子表示，父母生前一直跟随他生活，由他照顾，遗产应该归他所有。女儿表示父母生前其尽了赡养义务，请求法院依法分割房屋及存款。针对这种情况，法官一方面从法律规定入手，告诉儿子男女有平等的继承权。同时告诉女儿，其哥哥确实尽了更多的赡养义务，按法律规定可适当多分一部分遗产；另一方面，从维系兄妹感情角度出发，希望两人珍惜兄妹情谊。经过多次沟通，双方最终达成调解协议。

典型案例八

母亲无抚养条件，变更孩子监护权

【基本案情】2012 年 9 月，张某在建筑工地工作时意外身亡。2013 年 8 月，张某之妻张某玲将儿子放至爷爷奶奶张佃某、宋春某家中便不再过问。爷爷奶奶报警称张某玲不抚养孩子，涉嫌遗弃。接警的派出所进行了调查，认定张某玲情节特别轻微，对其作出了不予行政处罚的决定。张佃某、宋春某诉至法院要求变更监护权。

【裁判情况】法院适用特别程序，通过开庭审理，并经过认真细致的走访调查取证，认为申请人张佃某、宋春某身体健康，有监护的意愿，有一定的收入，有一定的监护能力。张某玲因客观原因无法有效履行监护责任的情况下，应变更监护人为申请人张佃某、宋春某更有利于被监护人的生活、成长、教育，遂判决：一、撤销被申请人张某玲对孩子的监护权。二、变更孩子的监护人为申请人张佃某、宋春某。

典型案例九

涉军离婚，坚持调解优先的原则

【基本案情】原告李某(男方)是中国人民解放军某部队政治指导员，作为现役军人，婚前与被告了解较少，婚后聚少离多，缺乏夫妻感情的培养，致双方夫妻感情出现裂痕。原告起诉要求离婚，被告亦同意，但就子女抚养和财产分割争执不下。

【裁判情况】办案过程中，主审法官及时走访双方家庭，了解双方父母的意见，做好双方父母的思想工作，适时组织双方当事人进行调解，通过明之以法，晓之以理，动之以情，最终用真诚感化教育了双方，促使当事人达成了调解协议。

典型案例十

丈夫殴打恐吓，妻申请人身保护令

【基本案情】2006 年，司某(女方)与谭某(男方)经人介绍相识，同年 10 月 9 日登记结婚，双方均系再婚。2007 年 9 月 24 日，生育一男孩，现随司某生活。司某曾起诉离婚，考虑到谭某不同意，孩子尚需家庭照顾，法院判决不准离婚。之后，谭某多次到司某单位无理吵闹，殴打恐吓司某，严重影响司某的正常生活。司某诉至法院，请求签发人身保护令。

【裁判情况】法院经审查认为，当事人因遭受家庭暴力或面临家庭暴力的现实危险的，有权申请人身安全保护令。公安机关已两次出警并拍摄现场照片，司某提供短信证明其主张，故司某的申请符合人身安全保护令的法定条件。法院立即传唤谭某，对其进行批评教育，讲法析理，并已发作出人身安全保护令裁定，司某和其家人的人身安全得到保护。

建湖 “54321”组合拳挽救问题家庭

2017-07-17 人民法院报 季金龙 胡海匣

2017 年 4 月 19 日下午，江苏省建湖县人民法院立案一庭发出首份“离婚诉前冷静期”通知书，要求前来起诉离婚的李某在一个月冷静期内，没有新情况、新理由，不得向法院再次起诉离婚。至此，该院探索了 1 年之久的家事审判改革“54321”组合拳全面施行。

“所谓‘54321’组合拳，是该院在家事审判改革中探索构建的一整套工作模式，即推行调解前置等五项制度，拓展家暴亮剑等四项功能，开展公证对接等三项合作，配强家事审判等两支队伍，打造一个具有地方特色的家事诉讼中心。”该院少年家事审判庭庭长王守荣介绍道。

调解前置 对冲动离婚说不

4 月 25 日，建湖法院家事纠纷诉前指导室来了三位女性，全部是起诉要求离婚的，理由分别是男方“出轨”、“家暴”以及“有恶习”。面对这样严重的三种“指控”，立案一庭庭长程爱民居然要集体调解，岂不让三位女当事人的“苦水”汇成“苦海”，怎能有调解成功的可能？

“是，房子是你家里掏钱买的，但是你不能在家庭生活中经常刻意强调这一点。男人的自卑和自尊有时是并存的，自卑过了他就会在别的地方寻求自尊，有时候行为过激，很可能是维护自尊的情急之举。不要总是盯着对方的短处不放，多想想对方的优点，多想想自身的不足，多想想孩子的将来，离婚绝不是处理家庭问题的最佳选择。”

三位女当事人在发泄完最初的情绪后，听了程爱民入情入理的开导和建湖法院特邀家事调解员、县妇联林部长循循善诱的劝解，她们由衷地开始反思起自身在家庭生活中的不足和问题，甚至开始彼此劝慰起来。

“你今年才 28 岁，就已经有了个‘好’字，因为男人一次出轨就离了，两个孩子怎么办？”

“你也别说了，你家老公工资全部上交，也没什么不良嗜好，你别苛求太多。”

此时，程爱民又迅速与三位男当事人进行了电话沟通，告知其已被起诉离婚的同时，对其进行了严厉的批评教育，告诫他们要正确认识和纠正自身存在的问题，处理好家庭关系。

最终，三人都在“离婚冷静期通知书”上签了字。

据了解，该院对不同类型的离婚纠纷均将调解列为前置程序，并设置了相应的感情冷静期。除对“冲动型”离婚纠纷立案前设置一个月的感情冷静期外，还在危机婚姻诉讼期内设置三个月的感情冷静期，对双方同意维持现状的婚姻设置六个月的感情冷静期。

该院推行的家事案件调解前置、审限灵活管理、离婚案件财产申报、法官职权干预以及离婚证明书等制度，是针对家事案件情感性、复杂性、私密性等特点，在优化家事案件审判程序方面进行的积极探索和有益尝试。

家暴亮剑 对家庭侵害说不

日前，建湖法院高作法庭对李某和王某离婚纠纷一案经过细致的调查取证，依照《中华人民共和国反家庭暴力法》等有关规定，发出该院今年首份人身安全保护令，对受家庭成员侵害的王某进行司法保护。

李某和王某 2012 年经人介绍相识后于次年结婚，婚后生育一子。初始两人感情尚好，李某经营一个小公司，家庭幸福美满。然而随着李某生意失败，开始酗酒，并经常性地酒后对王某进行殴打，致其身体、精神上受到严重伤害。而王某为了家庭和孩子，一直选择忍耐，身心俱疲。但王某的忍让并未让李某有所收敛，特别是今年以来，双方矛盾激化，李某继续多次辱骂、殴打王某，甚至在亲友面前也毫无顾忌。

今年 3 月，因不堪忍受李某的家暴行为，王某向建湖法院高作法庭提出人身安全保护令申请。

受案后，办案法官调取了报警记录、询问笔录，走访了当事人所在的村委会。审查后办案法官认为，王某的申请符合人身安全保护令的法定条件，遂作出裁定，即日起禁止李某向王某实施家庭暴力。如果李某违反禁令，法院将依法视情节轻重，对李某处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。同时，法庭还向李某所在地派出所、村委会、妇联等相关单位送达了协助执行通知书，联合筑起保护王某的盾牌。

在对家庭暴力亮剑的同时，该院还积极组织“家事暖阳”活动，对家事纠纷进行案后回访，重点回访未成年人抚养义务、人身安全保护令以及老年人赡养责任尤其是精神赡养责任等落实情况。

积极开展家事年报工作，是该院拓展家事审判四项功能的又一重点。每年年初，该院家事审判庭和三个人民法庭一起将上年度家事案件的基本情况、特点、成因以及化解问题建议等以“家事年报”形式呈报地方党委、政府，并建立“家事之声”平台，以微电影、电视专栏、典型案例发布等形式，开展法制宣传，不断延伸家事审判的社会辐射功能。

公证对接 对费时耗力说不

今年 2 月 15 日，建湖法院与县公证处签订了《家事纠纷诉讼与公证对接合作协议书》，成立了“对接工作室”，实现了家事纠纷的分流化解。

“这一举措对于当事人来说，省时省力省钱。”该院党组成员、副院长唐春兰这样评价。

赋予工作室调解功能，对立案阶段适合由公证机关处理的家事纠纷，在征得当事人同意后，可由县公证处指派具有丰富经验的公证调解员办理。公证调解员将现场提供相关事宜的咨询服务，帮助当事人分析诉讼、公证解决方案的利弊、风险，鼓励当事人友好协商解决纠纷。经调解后达成协议的，公证处根据协议书出具公证书并书面通知

法院；即使未达成协议，公证处出具公证法律意见书，并将相关材料转交人民法院，大大节省了审理时间。

与公证机关对接，在家事纠纷的诉前、送达、审理、查询四个环节进行合作，促使进入审理阶段的家事纠纷实现了 “一揽子”解决的效果。

“法院与公证对接，真是极大地方便了我们老百姓。不仅少花了许多冤枉钱，而且拿着工作室调解出具的公证文书便可以直接办理房产过户等手续，真是省时省力又省心。”前几天刚调解结案的遗产纠纷当事人张某，对建湖法院的这一创举赞不绝口。

此外，该院还与盐城师范学院教育科学院合作，共建家事案件心理疏导合作机制；与县妇联合作设立亲情驿站，解决了未成年子女探视难问题。

“家事纠纷因其特殊性，对我们法官提出了越来越高的要求。作为全国家事审判方式和工作机制改革试点法院，承担着探路破冰的历史使命。该院将始终坚持情感修复为工作核心，致力挽救问题家庭，努力实现家事纠纷案结事了人和，保障家庭和谐、社会稳定。”该院党组书记、院长杨越华坚定地表示。

最高法发力家事审判 发出1284份人身安全保护令

2017-07-19　中国网 记者胡永平

中国网7月19日电 今天上午，记者从最高法举行的家事审判方式和工作机制改革联席会议第一次全体会议上获悉，2016年，全国各级法院审结家事案件175.2万件，其中离婚案件139.7万件。民政登记离婚和法院判决离婚所涉当事人近千万人。

最高人民法院院长周强表示，随着离婚率不断增长，未成年人的教育与抚养、妇女权益保护、老年人赡养等社会问题频发，影响社会和谐稳定。更为严重的是，如果家庭纠纷处理不当，极易引发极端刑事案件，对社会治安带来严峻挑战。因此，加强家事审判工作，深化家事审判方式和工作机制改革，对于加强和创新社会治理，维护社会和谐稳定，推进平安中国建设，具有十分重要的意义。

据了解，为积极应对家事审判特殊性及其内在规律的要求，不断强化司法为民，早在2016年5月11日，最高人民法院就决定在全国范围内选择118个中级人民法院和基层人民法院，开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。

周强告诉记者，自2016年5月11日最高人民法院召开家事审判方式和工作机制改革试点工作视频会议以来，各地法院认真抓好试点任务落实，试点工作取得新的进展。各试点法院积极探索建立家事纠纷多元化解决机制，与民政、妇联、社区服务等部门创建了形式多样的合作方式，超过80%的试点法院与相关部门建立联席会议机制，为家事审判改革创造了良好条件。建立健全家事案件心理辅导干预、家事调查、婚姻冷静期、诉前调解、案后回访等制度，取得良好成效。各试点法院切实加大人财物投入力度，80%的试点法院布置了符合家事审判特点的审判庭，配置家事调解室、沙盘分析室、单面镜观察室、心理辅导室等，不断完善符合家事审判特点的硬件设施，为家事审判改革提供了有力的物质保障。

“2016年3月1日反家庭暴力法正式施行后，各地法院迅速行动，截至今年6月底，共发出1284份人身安全保护令。”周强表示，人身安全保护令的实施，让许多长期遭受家庭暴力的受害人特别是妇女、未成年人和老年人的人身权益得到有效保护。

同时，周强也指出，与经济社会发展要求和人民群众的司法需求相比，人民法院家事审判在审判理念、体制机制、司法能力、专业化程度等方面还不能完全适应，在一定程度上影响了民事审判职能作用的充分发挥。为积极应对家事案件数量逐年上升、案件类型更加复杂多样、纠纷化解难度加大等问题带来的新挑战，人民法院必须持续深入开展家事审判方式和工作机制改革。

周强强调，各级法院要坚持以人为本，将案件审判由侧重财产权益保护转变为全面关注当事人身份利益、人格利益、情感利益和财产权益，推动家事审判更加专业化、人性化。要充分发挥家事审判的诊断、修复和治疗作用，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合，实现对尚未破裂的婚姻和问题家庭的救治，促进家庭和睦，培育良好家风。周强提出，法院要加快推进家事审判方式和工作机制改革，探索符合家事纠纷特点的矛盾化解方式，积极推进家事审判队伍正规化、专业化、职业化建设，进一步提升化解矛盾的能力和水平，为家事审判提供更加有力的制度和组织保障。

目前，采用多元化纠纷解决机制着力化解的矛盾纠纷很多发生在家事领域。周强认为，多元化纠纷解决机制改

革成功与否，与家事审判方式和工作机制改革密切相关。要探索引入专业人员、依托专业机构协助办理家事案件。家事案件审理涉及心理学、社会学等多个领域，需要家事调查员、儿童心理专家和陪护社工等专业人员的协助，及时为当事人提供心理疏导、专业咨询等服务。

最后，周强要求各试点法院要按照联席会议确定的任务分工和工作要点，积极与相关部门建立长效协作机制，共同帮助当事人解决实际困难，修复或重建婚姻家庭关系，促进家事纠纷有效化解。

周强：深化家事审判方式和工作机制改革 促进家庭文明建设

2017-07-19 人民法院新 罗书臻

7 月 19 日上午，家事审判方式和工作机制改革联席会议第一次全体会议在最高人民法院召开，最高人民法院党组书记、院长周强出席会议并讲话强调，要深入学习贯彻习近平总书记系列重要讲话精神和治国理政新理念新思想新战略，认真贯彻落实习近平总书记关于家庭文明建设的重要指示精神，进一步深化家事审判方式和工作机制改革，充分发挥司法职能，大力弘扬社会主义核心价值观，妥善化解婚姻家庭纠纷，积极服务和保障家庭文明建设，维护家庭和谐和社会稳定。

周强指出，家庭是社会的细胞，家庭和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党和国家历来重视家庭建设，党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对家庭文明建设作出重要部署。习近平总书记就加强家庭文明建设作出重要指示，充分体现了党中央对家庭文明建设的高度重视、对亿万家庭的亲切关怀，为推进家庭文明建设提供了根本遵循，也为人民法院推进家事审判方式和工作机制改革指明了方向。各级法院要认真学习贯彻习近平总书记对家庭文明建设的重要指示精神，积极回应社会关切，妥善化解婚姻家庭纠纷，切实维护家庭和谐和社会稳定。

周强指出，加强家事审判工作，深化家事审判方式和工作机制改革，对于加强和创新社会治理，维护社会和谐稳定，推进平安中国建设，具有十分重要的意义。各地法院在党委领导、人大监督、政府政协及各方面支持下，根据最高人民法院部署，扎实推进家事审判方式和工作机制改革试点，家事审判工作机制不断创新，家事审判工作规则逐步完善，机构和队伍专业化建设进展迅速，物质保障更加有力，反家庭暴力工作成效明显，为深化家事审判方式和工作机制改革打下了坚实基础。

周强强调，要深刻认识进一步推进家事审判方式和工作机制改革的重要性和紧迫性。当前，随着经济社会发展和各种文化相互激荡，我国的婚姻家庭关系发生了深刻变化，离婚、抚养、继承等家事案件持续增长，对人民法院工作提出新要求新挑战。人民法院家事审判在审判理念、体制机制、司法能力、专业化程度等方面，与经济社会发展要求和人民群众的司法需要相比还存在不适应的地方，必须坚持问题导向，进一步增强责任感和紧迫感，深入推进家事审判方式和工作机制改革，不断提升家事审判工作水平，积极服务和保障家庭文明建设。

周强强调，要认真学习贯彻习近平总书记对家庭文明建设的重要指示精神，进一步深化家事审判改革，切实加强婚姻家庭纠纷审判工作。要依法保障未成年人、妇女、老年人合法权益，培育和践行社会主义核心价值观，促进社会和谐发展。要坚持以人为本，将案件审判由侧重财产权益保护转变为全面关注当事人身份利益、人格利益、情感利益和财产权益，推动家事审判更加专业化、人性化。要充分发挥家事审判的诊断、修复和治疗作用，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合，实现对尚未破裂的婚姻和问题家庭的救治，促进家庭和睦，培育良好家风。要落实依法治国和以德治国相结合的要求，倡导文明进步的婚姻家庭伦理观念，积极培育和践行社会主义核心价值观，弘扬中华民族传统家庭美德，维护公序良俗。要加快推进家事审判方式和工作机制改革，探索符合家事纠纷特点的矛盾化解方式，积极推进家事审判队伍正规化、专业化、职业化建设，进一步提升化解矛盾的能力和水平，为家事审判提供更加有力的制度和组织保障。

周强强调，要充分发挥家事审判方式和工作机制联席会议职能作用，努力形成预防化解婚姻家庭纠纷的整体合力。为进一步做好家事审判方式和工作机制改革各项工作，妥善化解家事纠纷，更好地维护社会和谐稳定，最高人民法院牵头建立了家事审判方式和工作机制联席会议，希望联席会议各单位及有关方面密切配合、通力协作，统筹调配各方力量，加强信息共享，综合运用各方资源，发挥整体合力，共同推动改革向纵深发展。要加强沟通协作，强化工作落实，督促指导基层单位、机构和组织完成好相关工作，在家庭纠纷化解、家庭情况调查、心理测评干预、家暴受害人保护等重要环节和工作任务中积极承担责任、发挥作用。要加强力量与资源统筹，实现优势互补，形成分工协作、各司其职、整体推进的良好工作格局。要深入推进多元化纠纷解决机制改革，探索引入专业人员、依托

专业机构协助办理家事案件，及时为当事人提供心理疏导、专业咨询等服务。要拓展延伸家事审判的社会辐射功能，积极与相关部门建立长效协作机制，推动建立反家庭暴力整体防治网络，共同帮助当事人解决实际困难，修复或重建婚姻家庭关系，促进家事纠纷有效化解。要及时总结推广各地先进做法和典型经验，指导推动各级法院不断提升家事矛盾化解水平。

司法部副部长、政治部主任王双全出席会议并讲话。他指出，婚姻家庭纠纷是人民调解的传统工作领域和主要纠纷类型，建立家事审判方式和工作机制改革联席会议制度，对于加强部门协作和统筹协调，健全完善预防化解婚姻家庭纠纷工作机制，推进婚姻家庭纠纷多元化解具有重要意义。司法行政部门将切实按照自身职责任务，大力加强婚姻家庭纠纷人民调解工作，进一步加强婚姻家庭纠纷人民调解组织和队伍建设，不断提高婚姻家庭纠纷人民调解工作质量和水平。要积极履行普法协调、督导职责，加强法治宣传和法律服务工作，在全社会营造关心爱护妇女儿童老年人的浓厚氛围，努力为建设和谐婚姻家庭关系营造良好法治氛围。要加强公共法律服务平台建设，积极引导法律服务人员为权益受到侵害的妇女儿童老年人提供法律援助和法律服务，切实维护他们的合法权益。要进一步加强与联席会议成员单位的协调配合，主动通报情况，沟通信息，推动家事审判方式和工作机制改革和婚姻家庭纠纷化解工作有效开展。

最高人民法院审委会专职委员杜万华主持会议并介绍了家事审判方式和工作机制改革联席会议有关情况。最高人民检察院副检察长张雪樵，民政部党组成员、全国老龄办党组书记、常务副主任王建军，国家卫计委副主任王贺胜、共青团中央书记处书记尹冬梅、北京师范大学心理学部部长刘嘉作了发言。教育部党组成员、部长助理郑富芝，全国总工会书记处书记田辉，全国妇联副主席、书记处书记邓丽，北京师范大学心理学部党委书记乔志宏出席会议，家事审判方式和工作机制改革联席会议成员单位有关部门负责人、最高人民法院有关部门负责人参加会议。

来源：人民法院新闻传媒总社（记者 罗书臻）

最高法等 15 个部门和单位联合印发《意见》 确定家事审判改革联席会议制度（附《意见》全文）

2017-07-20 最高人民法院 罗书臻

最高人民法院、中央综治办等 15 个部门和单位 19 日联合召开家事审判方式和工作机制改革联席会议第一次全体会议，共同签署了《关于建立家事审判方式和工作机制改革联席会议制度的意见》（以下简称《意见》），明确了 15 个部门的各自职责和分工。

《意见》指出，为加强对家事审判方式和工作机制改革的组织领导和统筹协调，强化部门间协作配合，及时研究解决工作中面临的重大问题，决定建立家事审判方式和工作机制改革联席会议（以下简称联席会议）制度。

联席会议的主要职能包括，在中央政法委领导下，统筹协调推进家事审判方式和工作机制改革工作。研究制定家事案件纠纷化解政策措施和年度工作计划，探索家事审判程序改革，向全国人大提出家事特别程序立法建议；推动部门沟通与协作，明确职责任务分工，加强政策衔接和工作对接，推进多元化纠纷解决机制完善；推进家事审判工作专业化和群众路线相结合；督促、检查婚姻家庭纠纷化解工作落实，及时通报工作进展情况；完成中央交办的其他事项。

《意见》确定最高人民法院常务副院长为联席会议召集人，各成员单位有关负责同志为联席会议成员。联席会议成员因工作变动需要调整的，由所在单位提出，联席会议确定。根据工作需要，联席会议可以邀请其他相关部门参加。

据了解，2016 年 5 月 11 日，最高人民法院决定在全国范围内选择 118 个中级人民法院和基层人民法院，开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。2016 年 3 月 1 日反家庭暴力法正式施行后，各地法院迅速行动，截至今年 6 月底，共发出 1284 份人身安全保护令，许多长期遭受家庭暴力的受害人特别是妇女、未成年人和老年人的人身权益得到有效保护，有效促进了家事审判方式和工作机制改革的深入开展。（记者 罗书臻）

法（2017）18 号

最高人民法院 中央综治办 最高人民检察院

教育部 公安部 民政部 司法部 国家卫生计生委

新闻出版广电总局 国务院妇儿工委办公室 全国总工会

共青团中央 全国妇联 中国关工委 全国老龄办

关于建立家事审判方式和工作机制改革

联席会议制度的意见

为加强对家事审判方式和工作机制改革的组织领导和统筹协调，强化部门间协作配合，及时研究解决工作中面临的重大问题，决定建立家事审判方式和工作机制改革联席会议（以下简称联席会议）制度。

一、主要职能

在中央政法委领导下，统筹协调推进家事审判方式和工作机制改革工作。研究制定家事案件纠纷化解政策措施和年度工作计划，探索家事审判程序改革，向全国人大提出家事特别程序立法建议；推动部门沟通与协作，明确职责任务分工，加强政策衔接和工作对接，推进多元化纠纷解决机制完善；推进家事审判工作专业化和群众路线相结合；督促、检查婚姻家庭纠纷化解工作落实，及时通报工作进展情况；完成中央交办的其他事项。

二、成员单位

联席会议由最高人民法院、中央综治办、最高人民检察院、教育部、公安部、民政部、司法部、国家卫生计生委、新闻出版广电总局、国务院妇儿工委办公室、全国总工会、共青团中央、全国妇联、中国关工委、全国老龄办等 15 个部门和单位组成，最高人民法院为牵头单位。

最高人民法院常务副院长为联席会议召集人，各成员单位有关负责同志为联席会议成员。联席会议成员因工作变动需要调整的，由所在单位提出，联席会议确定。根据工作需要，联席会议可以邀请其他相关部门参加。

联席会议办公室设在最高人民法院，承担联席会议的日常工作，办公室主任由最高人民法院一名院领导兼任。联席会议设联络员，由各成员单位有关司局负责同志担任；设信息员，由各成员单位处级负责同志担任。

三、工作规则

联席会议原则上每年召开一次全体会议，由召集人或召集人委托的同志主持。根据工作需要，可以召开临时会议。在全体会议召开之前，召开联络员会议，研究讨论联席会议议题和需提交联席会议议定的事项。联席会议以会议纪要形式明确会议议定事项。会议纪要经与会单位同意后印发有关方面，同时抄报国务院和中央政法委。重大问题经联席会议讨论后，由联席会议牵头单位报中央政法委决定。

四、工作要求

各成员单位要按照职责分工，主动研究家事审判方式和工作机制改革工作及婚姻家庭纠纷化解工作的有关问题，及时向牵头单位提出需联席会议讨论的议题；积极参加联席会议，认真落实联席会议确定的工作任务和议定事项，及时处理需要跨部门协调解决的问题。各成员单位要互通信息，相互配合，相互支持，形成合力，充分发挥联席会议的作用，共同做好家事审判方式和工作机制改革有关工作。

附件：家事审判方式和工作机制改革联席会议成员单位职责任务分工

最高人民法院 中央综治办

最高人民检察院 教育部

公安部 民政部

司法部 国家卫生计生委

新闻出版广电总局 国务院妇儿工委办公室

全国总工会 共青团中央

全国妇联中国关工委 全国老龄办

2017 年 7 月 19 日

附件

家事审判方式和工作机制改革联席会议

成员单位职责任务分工

为加强婚姻家庭纠纷化解工作的组织领导和统筹协调，推动家事审判方式和工作机制改革工作深化发展，依法维护婚姻家庭和谐稳定，保障未成年人、妇女、老年人合法权益，培育和践行社会主义核心价值观，促进社会建设，确定各成员单位职责任务分工如下：

一、中央综治办

充分发挥各级综治中心作用，促进矛盾纠纷多元化解机制完善，推动婚姻家庭纠纷排查调处责任落实。严格落实综治领导责任制，将婚姻家庭纠纷化解工作作为综治工作（平安建设）考评的内容，按照中央有关规定，开展督

促检查、表彰奖励、责任督导和追究。协调中央综治委各有关成员单位积极参与并认真做好维护妇女儿童老年人权益工作，对发生造成恶劣影响的重大刑事案件的地方、单位及部门，实行综治领导责任督导和追究。

二、最高人民法院

指导地方各级人民法院及时受理并依法审理婚姻家庭案件。依托多元化纠纷解决机制改革，建立社会广泛参与的家事纠纷多元调解机制；依托以审判为中心的诉讼制度改革，探索家事审判程序改革；依托司法人员分类管理制度改革，探索家事审判机构和队伍专业化改革。案件审判由侧重财产分割、财产权益保护转变为全面关注当事人身份权益、财产利益、人格利益、安全利益和情感利益。注意区分婚姻危机和婚姻死亡，积极化解婚姻危机，正确处理保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系。推行离婚证明书制度，探索与民政部门建立信息共享机制。

及时总结经验，从审判组织、队伍建设、证明标准、制止家庭暴力、家庭财产申报、诉讼程序等多方面进行家事审判专业化探索。加强家事法官和司法辅助人员调解技能、心理学、社会学知识培训。指导各地法院加强硬件设施配置，提升业务装备配备水平。积极争取党委的领导和社会各界的大力支持，推动形成“党委领导、政府尽责、法院牵头、社会参与”的良好工作局面。

三、最高人民检察院

指导全国检察机关充分履行检察职能，强化对公安、法院以及其他相关部门开展妇女儿童老年人权益保护工作的法律监督。依法惩处各类侵害家庭成员的犯罪，依法追究侵害人的法律责任。对监护人因监护侵害行为被提起公诉的案件，应当书面告知被监护人及其近亲属或者书面建议民政部门依法申请撤销监护人资格。

四、教育部

指导地方教育部门依法保障适龄儿童少年平等接受义务教育，加强对家庭特殊困难学生的教育关爱，帮助单亲家庭儿童、留守儿童、困境儿童与父母的情感联系和亲情交流。组织开展控辍保学工作，落实免费义务教育和教育资助政策，确保适龄儿童少年不因家庭困境而失学。督促指导中小学校、幼儿园及其工作人员树立强制报告意识，在中小学校、幼儿园发现未成年人受到家庭监护侵害的情况应强制报告。

推动各地教育部门积极开展家庭教育工作，明确家长在家庭教育中的主体责任，强化学校家庭教育工作指导。配合妇联、关工委等相关组织，共同办好家长学校；依托青少年宫、乡村少年宫、儿童活动中心等公共服务阵地，为城乡不同年龄段未成年人及其家庭提供家庭教育指导服务；统筹协调各类社会资源单位，指导各地教育部门积极引导多元社会主体参与家庭教育指导服务。

五、公安部

指导各地公安机关依法打击侵犯妇女儿童老年人权益犯罪，贯彻实施反家庭暴力法，接收人民法院送达的人身安全保护令并协助人民法院做好人身安全保护令的执行工作。指导各地公安机关在接到家庭暴力报案或者违反人身安全保护令再次实施家庭暴力报案后，及时出警，并根据反家庭暴力法、治安管理处罚法等法律法规予以处置。指导各地公安机关依法追究失职父母或者侵害人的法律责任。

六、民政部

拟定婚姻管理政策并指导各地民政部门实施，推动婚姻家庭辅导工作。加大婚姻登记信息化建设，推动婚姻登记信息数据库建设。指导具备条件的婚姻登记机构设立婚姻家庭辅导室，为有需求的当事人提供法律咨询、情感辅导、心理疏导、纠纷处理、婚前教育等服务。

牵头推进农村留守儿童关爱保护工作；牵头拟定未成年人保护发展规划和工作方针政策，推动建立未成年人社会保护制度，牵头拟定困境儿童权益保护政策和保障措施；指导各地救助管理机构、福利机构、未成年人保护机构发挥兜底作用，依法做好困境未成年人救助保护工作，通过政府购买服务等方式为未成年人提供关爱服务；在有条件的地方建立反家庭暴力庇护所，切实维护家庭暴力受害人权益。

七、司法部

指导广大人民调解组织充分发挥职能优势，及时有效化解婚姻家庭纠纷。加强婚姻家庭纠纷人民调解组织队伍建设，推动在县（市、区）因地制宜建立婚姻家庭纠纷人民调解委员会，选聘专业人士担任人民调解员，设立专职调解员公益岗位，加强对婚姻家庭纠纷人民调解员的专业培训和表彰奖励。督促落实婚姻家庭纠纷人民调解经费，将婚姻家庭纠纷人民调解工作纳入政府购买服务指导性目录，提高保障标准和水平。

指导各级司法行政机关通过以案释法、社区普法、针对重点对象开展法治宣传教育等多种形式，深入宣传婚姻

家庭和未成年人保护法律法规和政策措施。积极引导法律服务人员为权益受到侵害的妇女儿童老年人提供法律援助和法律服务等专业服务。

八、国家卫生计生委

指导医疗机构及时接受、救治遭受家庭暴力的受害人，做好诊疗记录，并协助做好受害人伤情鉴定、身心健康状况评估等工作。指导医疗机构及其工作人员树立为无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的强制报告意识，开展强制报告工作。

九、新闻出版广电总局

指导各地新闻出版广电部门加强家庭美德、反家庭暴力以及妇女儿童老年人权益保障政策和法律法规宣传工作，引导家庭成员自觉履行家庭责任。组织广播电视媒体广泛宣传报道文明家庭、妇女儿童老年人权益保护先进典型，营造全社会尊老爱幼、男女平等、家庭和谐的良好氛围。

十、国务院妇儿工委办公室

在推动实施《中国妇女发展纲要（2011－2020 年）》和《中国儿童发展纲要（2011－2020 年）》中，协调有关部门强化职能，制定措施，做好妇女儿童权益保护、婚姻家庭纠纷化解和文明家风宣传工作。发挥议事协调作用，推动有关部门解决婚姻家庭领域涉及妇女儿童合法权益的突出问题，对工作成效显著的地区和部门的经验予以宣传和推广。将联席会议确定的相关部门目标任务、责任分工，作为纲要在今后五年实施中重点关注内容，并在制定新一周期妇女儿童发展纲要时予以考虑和吸收。

十一、全国总工会

维护职工群众的合法利益，引导教育职工提高思想道德水平，注重家庭美德培养，协助有关调解组织共同做好职工家庭纠纷调解工作，推动家庭文明建设。通过开展送温暖、金秋助学、农民工平安返乡和女职工关爱行动等品牌活动，加强对职工特别是农民工的困难帮扶和人文关怀，帮助他们解决生活困难，加强亲情关爱，组织带领职工开展平安家庭创建活动。做好维护女职工的合法权益和特殊利益的相关工作，推动解决侵害女职工权益的突出问题。

十二、共青团中央

落实《中长期青年发展规划（2016—2025 年）》中“青年婚恋”领域的目标要求，会同相关职能部门和群团组织、社会组织，加强青年婚恋观、家庭观教育，弘扬健康向上的婚恋新风；广泛开展青年交友联谊活动，开发提升青年婚恋服务的公益项目，提供青年婚恋心理咨询和行为指导，开展青年性健康教育和优生优育宣传教育；重点做好大龄未婚青年等群体的婚姻服务工作。

切实履行各级综治委预防青少年违法犯罪专项组组长单位和未成年人保护委员会办公室职责，深化“青少年维权岗”创建，开展“青少年零犯罪零受害社区（村）”试点，推动解决侵害青少年权益的突出问题，面向青少年开展思想道德教育和普法宣传，推动完善相关法律法规和政策制度。建设“青年之声”、“青少年维权在线”和 12355 青少年服务台，联系法律、心理等方面专业力量和青少年事务社工服务机构，为青少年提供困难帮扶、法律咨询、心理健康、自护教育等专业服务。

十三、全国妇联

指导各级妇联组织积极开展法治宣传教育，推动预防和制止家庭暴力工作，维护妇女儿童及其他家庭成员的合法权益。将家事纠纷调解和司法参与同普法宣传、良好家风教育、家庭美德建设等工作有机结合，引导家庭成员树立正确的婚姻家庭观，传承良好家教家风，弘扬传统家庭美德。组织开展寻找“最美家庭”、“建设法治中国•巾帼在行动”、“中国妇女法律援助行动”等活动，建好各级妇联信访接待室，畅通 12338 妇女维权服务热线，拓展网络等投诉受理渠道，协助调处婚姻家庭纠纷及其他涉及妇女儿童合法权益的案件。做好矛盾排查、心理疏导、纠纷调解、信访代理、法律帮助、困难帮扶等工作。

积极参与婚姻家庭纠纷预防和化解工作。指导各级妇联夯实基层婚姻家庭纠纷调解工作基础，会同司法行政等部门联合建立婚姻家庭纠纷专业性人民调解委员会，加强婚姻家庭纠纷调解专业人才培养，积极参与法院家事案件诉前调解、诉中矛盾化解以及判后回访帮扶等工作。向法院推荐优秀妇联干部担任人民陪审员，促进家事审判过程的公正和民主。

十四、中国关工委

组织动员广大老干部、老战士、老专家、老教师、老模范等离退休老同志，发挥他们的政治优势、经验优势和

威望，开展多种形式的婚姻家庭纠纷调处和关爱未成年人服务等活动，协同做好家庭纠纷化解和未成年人保护工作。

十五、全国老龄办

研究提出完善老年人权益保障政策法规的建议对策，提出立法建议；组织、协调、督促老龄委成员单位和地方老龄工作机构的工作落实，指导并推动相关部门做好老年人法律维权工作；加快推动家庭养老支持政策的出台，加强对农村留守老年人权益维护工作，开展老年监护相关工作的研究，指导签订农村老年人赡养或者扶养协议书。

来源：人民法院新闻传媒总社

杜万华：突破改革瓶颈 最大限度调动社会各界力量参与家事审判改革

2017-07-21　人民法院报 罗书臻

7 月 19 日，最高人民法院等 15 家部门和单位联合召开家事审判方式和工作机制改革联席会议第一次会议，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华强调，要突破改革瓶颈，最大限度调动社会各界力量参与家事审判改革，攻坚克难，将中国的家事审判改革推向一个新的高峰。

杜万华指出，家事审判方式和工作机制改革联席会议，是最高人民法院牵头，中央综治办、最高人民检察院、公安部、司法部、民政部、全国妇联等 15 家部门和单位参与、共同协调协商的组织。这次联席会议第一次全体会议，共有十家成员单位派部级领导作为代表出席会议，最高人民法院院长周强作了重要讲话，其他与会代表发言。会议还印发了 15 家成员单位共同签发的《关于建立家事审判方式和工作机制改革联席会议制度的意见》、《家事审判方式和工作机制改革联席会议成员单位职责任务分工》和《家事审判方式和工作机制改革联席会议 2017 年工作要点》等系列文件。

杜万华强调，15 家成员单位共同表示，家事审判方式和工作机制改革对于稳定婚姻家庭，保护未成年人、妇女、老年人合法权益，弘扬社会主义核心价值观，促进和谐社会建设十分重要，一定要根据各自职责分工，共同努力，促进中国和谐家庭建设，为“五位一体”建设打下可靠的基础。

“扬帆沧海长风满，克难攻坚箭在弦。将令已发千军动，楼兰不破誓不还。”杜万华指出，这次联席会议制度的建立，为全国家事审判方式和工作机制改革打下了良好组织基础，对突破改革瓶颈，最大限度调动社会各界力量参与改革，将发挥巨大作用。坚冰已经打开，航帆已经风满，希望全国法院，无论是改革试点单位还是非试点单位，都要充分利用这一有利时机，积极努力、攻艰克难，将中国的家事审判改革推向一个新的高峰。

来源：人民法院新闻传媒总社（记者 罗书臻）

家事审判助力“家和万事兴”

2017-07-24 人民法院报 刘武俊

婚姻家庭制度既需要实体法维护，也有赖于程序法的保障。不仅要制定完备的实体法，还要有完整规范的程序法，这样才能将婚姻家庭制度完整纳入法治的轨道，有效发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展。

近日，家事审判方式和工作机制改革联席会议第一次全体会议在最高人民法院召开，最高人民法院党组书记、院长周强出席会议并讲话强调，要深入学习贯彻习近平总书记系列重要讲话精神和治国理政新理念新思想新战略，认真贯彻落实习近平总书记关于家庭文明建设的重要指示精神，进一步深化家事审判方式和工作机制改革，充分发挥司法职能，大力弘扬社会主义核心价值观，妥善化解婚姻家庭纠纷，积极服务和保障家庭文明建设，维护家庭和谐和社会稳定。

加强家事审判工作，深化家事审判方式和工作机制改革，对于加强和创新社会治理，维护社会和谐稳定，推进平安中国建设，具有十分重要的意义。各地法院在党委领导、人大监督、政府、政协及各方面支持下，根据最高人民法院部署，扎实推进家事审判方式和工作机制改革试点，家事审判工作机制不断创新，家事审判工作规则逐步完善，机构和队伍专业化建设进展迅速，物质保障更加有力，反家庭暴力工作成效明显，为深化家事审判方式和工作机制改革打下了坚实基础。据媒体报道，自去年 5 月最高人民法院部署在全国 118 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以来，近 90%的法院成立了专门家事审判机构，66.4%的法院出台了规范性文件，55.2%的法院成立了家事调解委员会，22%的家事案件开展了诉前调解工作，试点工作取得显著成效。

家和万事兴，和谐社会的根基乃是和谐家庭。古语云：清官难断家务事。家事往往具有自身的独特性。众所皆知，家庭破裂和家庭危机容易导致大量社会问题产生。民政部的统计数据显示，我国离婚率自 2003 年以来连续 14 年递增，2016 年有 346 万对夫妻离婚。最高人民法院的统计数据显示，婚姻家庭抚养继承纠纷等家事案件持续上升，

成为民事审判第一大类，2016 年全国法院审结家事案件 175.2 万件，其中离婚案件 139.7 万件。

家事案件通常涵盖一般意义上的婚姻案件、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。家事诉讼的范围，一般包括婚姻事件、收养关系、亲子关系等。家事案件大多具有高度人身属性和浓厚的伦理性。与一般民商事纠纷相比，家事纠纷往往具有明显的复合性，不仅涉及家庭成员之间的身份关系纷争，还涉及身份人之间的财产关系争议；不仅涉及成年人之间的争执，还涉及未成年子女的利益保护；不仅涉及法律上的争议，还可能涉及当事人情感上、伦理上的纠葛。

近年来，进入法院的家事案件占据了民事案件的三分之一，而且还呈现逐年增长的趋势。在婚姻家庭司法实务领域，诉讼程序问题日渐突出，家事纠纷不断上升，而诸多婚姻家庭案件未能纳入法治轨道，当事人合法权益难以得到有效维护。现行民事诉讼法尚未确立单独的家事诉讼制度，有必要从构建和谐社会的高度，切实重视完善家事诉讼制度程序立法，尽快建立家事诉讼制度。据了解，家事审判改革试点一年来，试点法院积极探索家事诉讼特别程序，不断完善家事审判多元化纠纷解决机制，探索建立家事案件婚姻冷静期、心理测评干预、情况调查、案后跟踪回访等制度，推动建立反家庭暴力整体防治网络，成效良好。

从司法实践来看，涉及的家事纠纷日趋增多，仅最高人民法院颁布的民事案由中婚姻家庭(继承)方面的案由类型就有 20 多个，但是并不全面，亲子关系诉讼(亲子认领、亲子否认等)案件，婚姻成立或不成立、离婚无效、重婚或与婚外异性同居中合法配偶提出的解除配偶一方与他人同居关系案件等，都没有在民事案由中列举。实际上婚姻家庭(继承)案件，可独立确定案由已经达到 30 多种。

我国一直高度重视婚姻家庭法治建设，先后制定过三部婚姻法、两部收养法。最高人民法院还颁发了三部关于婚姻法若干问题的司法解释，使婚姻法更具操作性。婚姻家庭制度既需要实体法维护，也有赖于程序法的保障。不仅要制定完备的实体法，还要有完整规范的程序法，这样才能将婚姻家庭制度完整纳入法治的轨道，有效发挥维护婚姻家庭的稳定和健康发展。

家事案件通常具有独立的特性，通常意义上的诉讼程序对其不能完全适用。婚姻等家事案件的基本属性属于身份关系诉讼，具有高度人身性、社会性、公益性的特点。而通常诉讼程序，主要是关于财产诉讼的程序，用以解决当事人因利益分配所引起的争议纠纷，对于家事案件并不适用或不能完全适用。婚姻家庭中涉及身份关系的纠纷，大多具有一定的隐蔽性，如与他人非法同居的事实、夫妻分居的事实等，当事人很难像财产关系纠纷那样比较容易保留或获取相关的证据，很难笼统地适用“谁主张，谁举证”的一般证据规则。针对家事案件种类多、数量多的新特点，建立起与之相适应的家事诉讼程序势在必行。

目前，家事诉讼程序的建立已经具备相当的现实基础。就立法层面而言， 现行法律和司法解释对家事诉讼已经有不少的特别规定，为建立系统的家事诉讼制度创造了有利条件。婚姻家庭实体法的完善尤其是其中大量程序性规范，为在诉讼制度框架内系统构建家事诉讼程序奠定了坚实的法律基础。

在西方发达国家，家事审判制度已相当成熟。鉴于家事诉讼的公益性、社会性和连带责任，德国、日本、英国、韩国等不少国家都制定了“家事事件程序法”。不少国家和地区都有专门的家事诉讼立法。日本和我国台湾地区称为“人事诉讼法”，韩国称为“家事诉讼法”，德国在其民事诉讼法中称为“家事事件程序”，英国、澳大利亚等国称为“婚姻或家事诉讼法”。不论是称为“家事诉讼”还是“人事诉讼”，都是关于亲属法上的身份关系或婚姻家庭纠纷的诉讼，只是其具体范围有所不同。国外日本、韩国、德国、法国的亲属法及家事诉讼立法，也是可资借鉴的域外经验。

“家和万事兴”是中国传统社会对和谐家庭的美好愿景，而这种美好愿景有赖于来自家事诉讼程序的程序正义的保障。在构建和谐社会的时代背景下，充分重视家事案件的特殊性，推进家事诉讼程序独立化，建立专门的家事诉讼制度和家事审判制度，设置专门的家事法庭乃至家事法院，公正高效地解决家事争议，确保家事审判的法律效果和社会效果，无疑是民事诉讼法修改应当考虑的重大立法问题，同时也是民事司法改革应当考虑的重要现实问题。

西城法院召开遗嘱继承纠纷典型案例新闻通报会

2017-07-24　北京西城法院

遗嘱继承纠纷典型案例新闻通报会时间：2017 年 7 月 24 日

会议介绍

团队奉献

西城法院召开“遗嘱继承纠纷典型案例”新闻通报会。 会议由我院副院长、新闻发言人李艳红主持，民六庭负责人李岳鹏、副庭长张爽和法官助理曹巧峤共同参加了会议。人民法院报、法制晚报、北京电视台、北京广播电台、北京晚报、北京青年报、 西城报等中央、市、区级共 30 名媒体记者到场采访报道。中国法院网、北京法院网及我院新浪官方微博全程同步图文直播。

具体内容

主持人李艳红首先对媒体记者的到来表示欢迎，并对此次新闻通报会背景情况进行介绍。她介绍道，乐生恶死是人之常情，但生老病死也是自然规律，谁也改变不了。若生前绝口不提身后之事，往往会给家人带来矛盾和痛苦，安排好自己的身后事是现代人应该关注的问题。西城法院对近几年受理的遗嘱继承纠纷案件做了大量的**调研**和**筛选**工作，希望通过此次通报会，普及相关法律知识，**不断提升全社会依法订立遗嘱的法治意识**，共同构筑和谐的家庭关系、社会关系。

接着，民六庭负责人李岳鹏发表了题为《从遗嘱开始，善理“身后事”----北京西城法院遗嘱继承纠纷典型案例新闻通报会》的主题发言。李法官介绍说，**西城法院民六庭作为审理婚姻、继承等家事类案件的专业庭室**，在长期审判实践中发现，继承纠纷案件多是没有遗嘱或遗嘱形式不合规范而引起的。为此，民六庭总结了遗嘱继承纠纷案件中的典型案例、订立遗嘱过程中容易忽视的典型问题并发出法官提示。随着遗产的财产价值越来越大，当事人对遗嘱效力的争议也随之增加。如何订立合法有效的遗嘱，让在世亲人**减少纷争**？李法官认为不同类型的遗嘱纠纷，也适用一些共同的**风险防范措施**。他建议在订立和履行遗嘱时应注意以下几个方面：

1 准确把握和陈述遗产。对遗产房屋的具体坐落应以公认和客观的语言予以表述，家庭共同财产应当先析产确权。

2 重视行为能力。无论立何种形式的遗嘱均要确保遗嘱人行为能力不存在瑕疵。

3 妥善选择并严格遵守遗嘱形式要件。

随后，媒体记者们就自书遗嘱的效力、代书遗嘱见证人选任、涉拆迁利益的遗嘱、旅居海外的华人华侨遗嘱等问题进行了**踊跃提问**，参加通报会的三位法官一一进行了**详细回答。▼**

北京电视台、北京广播电台等媒体记者分别就此次通报主题进行了现场采访。至此，**本次通报会圆满落幕**。

陕西法院探索设立冷静期、心理测评干预等机制
恼人家务事 法官这样断

2017-07-28 本报记者 张丹华

从去年 5 月起，最高人民法院在全国 118 个中级、基层法院试点家事审判方式改革，探索建立家事案件冷静期、心理测评干预、案后跟踪回访制度，创新预防化解家庭矛盾机制。在最高法确定咸阳、铜川、西安、志丹四地法院试点的基础上，陕西确定咸阳市中级人民法院和 2 个基层法院作为省试点法院。有何创新性做法？试点效果如何？记者展开了调查。

家事审判活动具有特殊性，要用柔性司法手段化解矛盾纠纷

“长期以来，大多数法院审理婚姻家庭案件基本是三部曲：先问当事人是否同意离婚；如果同意就问财产如何分割；最后问子女由谁抚养。这种简单化、程序化的处理方式，审结后的社会效果往往不佳。”陕西省高级人民法院党组副书记、副院长杨树业说。

走进铜川市耀州区人民法院家事法庭，墙壁被装饰成了家风文化墙，“急事慢慢地说，大事清楚地说”“夫妻间要长相知莫相疑”……图文并茂地传递着和谐和睦的理念。二楼的心理干预室以家庭会客厅的形式布置，沙发、茶几、电视等一应俱全，墙壁上还悬挂着字画。而隔壁的母婴室，房间墙壁进行了软包，有儿童娱乐区，也有哺乳区。

“硬件设施的改变是很重要的，可以提供温馨舒适的环境，减少当事人之间的对抗心理。”耀州区法院审判员石晓燕说，“我理解的这次家事审判改革，是让我们从根本上转变司法理念。”

据介绍，一些未成年犯罪、老年人无人赡养的案例，都与夫妻离异、家庭解体有一定关系。此外，家庭纠纷处理不当，当事人会对法院判决产生误解甚至纠缠闹事，造成不良的社会影响。

家事审判职能作用，不仅在于维护家庭和谐，更有利于维护社会稳定。“所以我们在家事审判中要发挥婚姻家庭救治、家庭成员情感修复、未成年人妥善安置等职能，用柔性司法手段化解矛盾纠纷。”杨树业说。

慎重对待初次涉诉离婚，冷静期设置、反家暴保护令发挥重要作用

张莉和孙晨（均为化名）是耀州区一对 85 后小夫妻。去年的一天，妻子张莉突然将孙晨告上法庭请求解除婚姻关系。“家事纠纷具有隐私性，在向他们送达文书时，我们注意将警车停到了村口。”石晓燕说。

经过充分的调查，法官了解到二人一直生活比较美满，决定让二人先冷静一段时间。在冷静期内，经过几次谈话，办案法官了解到二人离婚的根源仅仅在于女方有一次在公众场合没有给男方留面子，继而闹僵。到了开庭的日子，张莉到庭后一直眼含泪水，迟迟不愿进入法庭。

办案法官将计就计：“既然你们二人都同意离婚，我现在就可以制作调解书，之后你们就没有什么关系了”。听到法官这些话，张莉的眼泪流了下来：“法官，我考虑清楚了，不离。”见此情景，孙某赶紧上前讨好，二人最终牵手回家。

石晓燕说：“对于初次涉诉离婚的案件，根据案情我们尝试设置不超过 6 个月的冷静期，很有效果，可以大大减少冲动型离婚。”

“家事案件区别于合同、物权等普通民事财产型案件，没有专业化的机构和团队，家事审判就难以推进。”陕西省高院民事审判第一庭庭长赵学玲说。

据了解，陕西省大部分试点法院都建立了专门的家事审判组织机构。耀州区法院成立了家事法庭，蒲城县人民法院依托少年审判法庭开展家事审判，其余试点法院均设立了家事审判合议庭。配备的家事审判庭（合议庭）成员都有过婚姻经历，并善于做群众工作，而且合议庭中至少要有一名女性法官或人民陪审员。

另外，在陕西省全面推行的反家暴“人身安全保护令”制度也发挥了重要作用。“在实践中，我们发现人身保护令的实施，除了当事人自觉履行外，主要还要靠当地的村委会、村民小组，甚至居委会进行协调督促，才能收到良好的效果。”西安市雁塔区人民法院党组书记、院长蔡青说。

提升家事法官职业荣誉感，多元化解机制有待多方主动参与

各试点法院家事审判改革探索均取得显著成效，耀州区法院家事法庭调解和好的比率达 80%，咸阳市渭城区人民法院调撤率达 78%，意味着在这两个法院，多数来诉讼离婚的小两口都和好如初，多数家庭纠纷都得到了解决。

“随着改革试点工作的不断推进，也逐步暴露出一些问题与不足。”杨树业介绍，目前各试点法院进一步加强了与公安、司法、妇联、老龄委、基层社区等单位的沟通协调，努力形成有效化解家事矛盾纠纷的社会合力。但是，家事纠纷多元化解机制运作仍然不畅。虽然部分试点法院筹建了家事调解委员会，选聘了家事调解员，但政府部门和社会力量参与度并不高。

从法官角度看，投身家事审判的动力仍显不足。耀州区法院院长李斌说：“法院内部长期以来认为家事案件技术含量低，导致部分法官不愿长期从事家事审判工作。同时，由于冷静期、判后回访等制度会带来额外工作量，一些法官对推进家事审判改革的主动性和积极性不高。”

“家事审判机构的队伍建设和硬件建设也有待提高。”赵学玲告诉记者，“有些试点法院还没有建立专门的家事审判庭。另外，只有耀州法院和渭城法院进行了亲情化、温馨化家事审判场所建设，其他几家尚未开始，硬件设施建设还需加强。”

灵宝 家事“法苑”让群众感知司法柔情

2017-07-29 人民法院报 刘赞芳 席静

家和万事兴，家固天下稳。今年以来，河南省灵宝市人民法院立足实际，积极探索创新家事审判专业化、社会化和联动性解决方式，编织立体“亲情网”，现已形成“法院推动、多方支持、综治协调、社会参与”的家事纠纷多元化解工作格局。

截至 2017 年 7 月上旬，该院已审结家事案件 630 件，结案率达 97.53%，为构建和谐家庭、维护社会稳定奠定

了良好基础。

“家”中摆平家务事

花卉、茶几、沙发，“家居式客厅”搬进威严的法院。法官和双方当事人家属、朋友围坐一起，融合情、理、法，娓娓拉家常，了断家务事。在灵宝法院法官的主持下，原被告双方达成一致，表示对过去事情互不追究，并签署了离婚调解协议。这是灵宝法院“家事审判庭”模式的一个缩影。

家事无大事，家事非小事，家事难了事。因家事案件情、理、法相互交织，往往剪不断理还乱，其纠纷涉及当事人利益、家庭人伦和谐、未成年人保护等，这些案件对法官来说，需倾注大量精力和心血，不仅要打通“法结”，还要解开“心结”。

今年以来，灵宝法院锐意创新，抽调审判经验丰富的法官和辅助人员组建专门的家事审判合议庭，提高家事审判的专业化水平，保障家事审判的法律效果和社会效果。

“家庭是社会的细胞。家事纠纷关系到家庭幸福，更关系到社会稳定。”该院副院长宋新卫说，该院根据家事纠纷特点，通过“家居式客厅”的形式，已初步形成了“疏导情绪、规劝亲情、隐私保护、感情修复、案后回访”的温情审判模式，最大限度地弥合亲情裂痕。

与此同时，灵宝法院发挥审判职能作用，主动加强与综治、妇联、公安、民政等部门的联络沟通，适时排查家事纠纷，建立统一台账，定期召开联席会议，研讨化解途径，制定预防措施，引导良好家庭关系，营造社会文明风气。

今年上半年，该院共召开联席会议 6 次，排查家事纠纷 70 余起，制定预防措施 20 余项，使得部分家事纠纷得以有效化解，有效减少了家事诉讼案件的发生。

多方发力促和谐

“我真的受不了了，他用短信、微信、电话一直骚扰威胁我和家人，我快要疯了，你们帮帮我吧……”在灵宝法院家事调解室里，申请人王某哭诉道。

王某丈夫脾气暴躁，经常因琐事对其百般虐待和实施暴力，王某因不堪忍受，向灵宝法院起诉离婚。在诉讼期间，其丈夫多次对王某及亲属进行口头及电话骚扰、威胁，王某遂向法院提出申请，请求保护其与亲属的人身安全。

该院民一庭庭长聂全国经审查了解，王某的丈夫实施家庭暴力，并威胁王某及其亲属，公安机关已多次出警处理，事实清楚，王某的申请符合人身安全保护令的法定条件。该院依照反家庭暴力法相关规定，作出裁定：禁止其丈夫实施家庭暴力；禁止其丈夫骚扰、威胁申请人王某及其近亲属。

近年来，灵宝院为建立健全家事审判制度，相继出台了《人身安全保护令操作制度》、《开展家事审判方式和工作机制改革实施方案》、《离婚冷静期制度》、《婚前财产申报制度》等配套制度，联合公安、司法、民政三部门制定了《关于深入推进家事纠纷多元化解工作的意见》，各项制度相辅相成，同时发力。

在灵宝法院诉讼服务中心，搭建了诉调对接工作平台，设立“三室一窗口”，即“家事调解室、家事速裁法庭、家事诉调对接工作室、家事案件受案窗口”。

宋新卫介绍，该院还联袂妇联、综治、司法等部门组成家事案件调解委员会，负责联络、协调辖区调解组织开展工作。“我们从退休法官、检察官、警官、教师、心理辅导师和全市各村调解素养高的民调主任以及各行业善做群众工作的人员中择优选聘特邀调解员，为实现多元化调解奠定了良好的基础。”

亦审亦宣倡新风

“养老妈不成问题!”六十五岁的大儿子李某理向法官表态。

“对！对！钱上没一点问题!”大女儿李某玲应声附和着。

“由我们三家出钱雇保姆养老妈，不比你们差!”女儿李某华立即反对。

这不是剧情对白，这是灵宝法院在调解一起婚姻自主权纠纷案件时的真实场景。

樊某生于 1929 年，河南省鄢陵县人。1960 年，因丈夫去世，樊某带着长子李某理、长女李某玲改嫁于同村小其六岁的李某山，婚后又生育女儿李某华等二女一子。1972 年，长子李某理被过继到灵宝市一个乡村生活。

岁月流逝，儿女们相继离开家乡到外地工作、安家。2012 年，年过八旬的樊某患了老年痴呆症，连自己的丈夫与儿女们都不认识了。已经退休的长子李某理就把母亲接到了自己身边照顾。

后李某山以侵犯婚姻自主权为由，把继子李某理告上法庭，请求法院判决李某理停止侵害其与樊某之间共同生

活的权利和婚姻自由，让自己和妻子樊某团聚。

灵宝法院民二庭副庭长冯欢欢接案后，深入樊老太老家了解情况。考虑到此案涉及老年人合法权益保护和婚姻家庭的和睦，本着“调解为主、判决为辅、调判结合”的原则，冯欢欢先后两次主持调解。

最终，在冯欢欢的主持下，双方达成一致：李某山同意樊某随李某理在灵宝生活，由李某理负责其日常生活起居。李某理同意李某山随时来其家中看望樊某，并可在其家中居住一星期。

经拍摄，该案还以《爱与理解》为题在灵宝电视台平安灵宝栏目播出。

近年来，灵宝法院注重家事审判案例宣传，已将诸多案例搬上荧屏——中央电视台《经济与法》、《今日说法》、《夕阳红》，中国教育电视台《法治天下》，河南电视台《走进法庭》等栏目先后以《谁来赡养我》、《家归何处》、《“捡”回来的老人》、《半路夫妻离婚记》为题播出该院审理的赡养、离婚、继承等多起案件，达到了普法宣传的良好效果。

此外，灵宝法院还积极开展家事审判进社区、进乡村等活动，深入群众宣传婚姻家庭方面的法律知识，发放家事法律宣传资料，解答群众生活中遇到的婚姻、继承、抚养、赡养、家庭暴力等家事问题。

并通过电视、报纸、广播、网站、微信平台等媒介，多维度向群众普及有关家事审判的法律法规，讲解案例中的法治意义，以此倡导文明家庭风向，促进社会稳定和谐。

二、一般审判动态

河南虞城一被执行人转卖查封财产被判刑

2017-07-14 人民法院报 记者冀天福 通讯员陈金华

本报商丘 7 月 13 日电（记者冀天福　通讯员 陈金华）今天，河南省虞城县人民法院公开开庭审理被告人李某拒不执行判决、裁定案，一审以拒不执行判决、裁定罪判处被告人李某有期徒刑六个月，缓刑一年。

法院经审理查明，2013 年 11 月 10 日，虞城县法院作出民事判决，判决李某返还刘某彩礼款 43800 元。判决生效后，李某未履行。后刘某向法院申请强制执行，在执行过程中，虞城县法院查封了李某微型货卡一辆，李某在法院向其下达交车通知后拒不交付该车辆，后又将该车转卖给王某。虞城县法院以李某涉嫌犯拒不执行判决、裁定罪，将该案移送公安局机关立案侦查，李某到案后，如实供述了犯罪事实，并清偿了全部债务，取得了申请人执行人的谅解。

法院审理认为，被告人李某对已经生效的判决、裁定有能力执行而拒不执行，拒不交付法律文书指定交付的车辆，并将车辆转卖给他人，其行为已构成拒不执行判决、裁定罪。鉴于李某与申请人达成了执行和解协议并全部履行了义务，酌情从轻处罚。

独占遗产拒不执行判决被拘 幡然醒悟履行法院判决

2017-07-06　湖南法院网

湖南法院网讯 湖南嘉禾一男子罗某因利益熏心而费尽心思独占兄长遗留下来的交通事故赔偿款，并拒不执行向妹妹支付兄长遗产份额的法院判决。为此，嘉禾县人民法院将罗某拒不执行判决一案移送给公安机关立案侦查。日前，犯罪嫌疑人罗某因涉嫌“拒执罪”被嘉禾县公安局刑事拘留。

2014 年 4 月 4 日，罗某的兄长老罗因遭遇车祸经抢救无效后死亡，因罗某的兄长是孤寡一人，加之父母已经双亡，遂协商要求肇事方将罗某兄长的交通事故赔偿款 36.68 万元汇入罗某与其妹妹小罗共同掌管的账户中。随后，罗某费尽心思分多次从该账户中把钱全部取出，并转至自己账户名下。小罗发现罗某擅自取款后，要求其全部返还。但与罗某交涉多次均未果，无奈之下，小罗遂向法院依法起诉，请求法院支持自己继承兄长遗产 36.68 万元中的 15 万元的诉求。最终法院支持了小罗的诉求。

法院判决书生效后，罗某无视法院判决，仍拒向妹妹小罗支付其应得的遗产份额。无奈之下，小罗向法院申请强制执行。而罗某在明显有财产的情况下拒不执行法院判决。最终法院决定将罗某以涉嫌拒执罪移送公安机关立案侦查。于是就出现了文章开头的那一幕。直到被刑拘以后，“老赖”罗某才幡然醒悟，主动到法院履行了全部法律义务，并恳请法院从轻处罚。接下来，等待他的将是法律的严惩。

微博直播“小三”裸照，她成了败诉被告

2017-07-17 人民法院报 郑毅

苏南某市演艺集团的一名当红女演员，当发现任国企高管的丈夫有妙龄“小三”后，怒不可遏，她将从丈夫手机里获得的多张“小三”裸照，上传至自己的新浪认证微博，由于其微博粉丝众多，顿时引发空前关注和辣评。2016

年 9 月 26 日，“小三”以名誉权受侵害为由，将女演员告上江苏省南京市鼓楼区人民法院，索赔精神损失等各项费用 10 万余元。同年 12 月 23 日，法院一审宣判，原告胜诉，获赔 9500 元。而紧随其后，女演员又告赢了与“小三”之间的赠与合同纠纷官司，“小三”须返还 17.9 万元。

这两起案件的三个当事人之间，到底有哪些不为人知的隐情呢？

1“小三”自曝隐私惹事端

1986 年出生的陈芸，不仅是苏南某市演艺集团的一名当红演员，而且也是微博大 V，其新浪认证微博的粉丝量众多。平日里陈芸喜欢在自己的微博上发些演出自拍、各地风情，以及与丈夫秀恩爱的图片和文字。丈夫张凯大陈芸 6 岁，是当地一家国企的部门经理，两人婚后有了孩子，夫妻关系和睦，小家庭既不缺钱、更不缺爱。在陈芸看来，她与张凯的结合，可谓郎才女貌，强强结合，夫妻关系牢固稳定。

然而天有不测风云，感情在遇到诱惑时，有的人是把持不住的，而张凯就是这样一个角色。2013 年春节期间，张凯在一个社交场合上，结识了学影视表演专业的王蕾，王蕾也是本市人，当时只有 18 岁，长相可人。两人相识后互加了微信，经过短时间微信接触，张凯迷上了王蕾的美色，开始对她疯狂追求。不差钱的张凯在王蕾身上大把砸钱，满足她的虚荣心，如此，时间不长张凯就得到了王蕾的身体，两人随后发展成情人关系，经常约会并开房偷欢。

这之后，王蕾考进南京一所大学，继续学艺。在这个过程中，王蕾双休日经常回无锡见张凯，张凯也经常来南京见王蕾，张凯还花不菲的费用为王蕾在南京租房，以方便两人见面。陈芸因经常赴外地演出，对丈夫的出轨没有丝毫察觉，而且她也想不到丈夫会背叛她。更何况张凯也会表演和伪装，他有了王蕾后，对陈芸表现得更好，经常给她买名贵首饰或时装，这使得陈芸感到格外幸福。作为一位年轻演员，陈芸在网上也很高调，除经常发自己的自拍照外，还喜欢把丈夫赠与她的贵重物品拍成照片发到网上，秀夫妻恩爱。

王蕾也关注了陈芸的微博，陈芸发到微博上的东西她一清二楚。尽管张凯百般宠她，大把在她身上花钱，但也许是她年龄太小不大懂事，加上过于任性等原因，她对张凯对妻子好很是吃醋，心理上不能接受。她为这事与张凯吵过、闹过，张凯苦口婆心向她释明这是他稳住陈芸的一种技巧，目的是为他们两人好，但王蕾就是听不进。张凯没有办法，只好尽力满足小情人，但王蕾却得寸进尺，这直接影响到两人的感情，张凯也意识到了王蕾的不可靠。

2015 年 5 月初，王蕾和张凯发生了矛盾，随后演变成激烈冲突。当时王蕾非常任性，扬言要把两人的关系捅出去，让张凯身败名裂，弄得张凯十分紧张。由于张凯满足不了王蕾提出的条件，王蕾真的找到张凯的单位吵闹，弄得张凯十分被动。

一天晚上，人在宾馆的王蕾发微信告诉张凯，称自己服下大量安眠药，等着张凯去收尸。张凯紧张得要命，只好向自己的父母道出实情，随后张凯和父母一道赶往宾馆去抢救王蕾，结果却发现王蕾一切正常，并未服安眠药。

由于这次矛盾闹的比较大，极为任性的王蕾除不停地威胁张凯外，还几乎天天通过微信聊天辱骂张凯的父母及陈芸，张凯只好采取不理睬的态度来对付王蕾。岂知如此一来，王蕾找到了张凯的家里，直接把两人的隐情暴露给了陈芸，陈芸获悉此事后差点被气疯。

2015 年 5 月 13 日，张凯瞒着妻子与王蕾签订了《分手协议》，载明：双方自协议签署之日起分手，此后互不干涉对方工作、学习和生活；本协议签署之日，张凯一次性支付王蕾 15 万元分手费，作为张凯对王蕾的所有补偿；本协议签署之日，张凯已将分手费一次性付清，王蕾已全额收悉；王蕾自协议签署之日起，不得以任何形式损害或侵害张凯的名誉或家庭、工作、生活，否则张凯有权收回所有分手费，并保留索赔权利。协议签订的当日，张凯通过中国建设银行向王蕾转账 15 万元。

张凯用钱换来了平安，与王蕾分手了，他向妻子保证绝不与王蕾继续来往。尽管陈芸承受不了这一打击和耻辱，但看在孩子的份上，她最终还是原谅了丈夫，但前提是张凯必须干净、彻底地与王蕾断绝关系。

2 网上直播“小三”裸照

婚外情这种事，建立起来容易，断起来并不那么简单。张凯在付出 15 万元的代价与王蕾断绝关系后，这年的 9 月底，两人因念及旧情，又暗地里恢复了关系，并火热了一阵子。张凯企图改变王蕾的任性和过于情绪化的个性，希望两人从此一直好下去。但张凯的如意算盘又打错了，王蕾根本不吃他那一套，性格上不仅照样我行我素，而且大事小事还都要张凯听她的。

陈芸是个很要面子的人，张凯因为对她内心有愧疚感，所以表现得比以往更好。在与王蕾恢复关系后，为不让

陈芸怀疑，张凯特意花重金为陈芸买了一只卡地亚手镯。陈芸拿到这只心爱的手镯后，一如既往地将手镯拍成照片发上微博，秀夫妻恩爱，她这样做一是帮丈夫树立信心，二是给熟悉她的身边人看，以示她与丈夫的感情依然牢固。但陈芸并不知道，王蕾也是她的微博粉丝。

王蕾发现张凯给妻子买了名贵手镯后，也盯住张凯给她买一只，张凯表示经济上吃紧，暂时满足不了。于是王蕾就通过微信聊天逼张凯买，张凯不从她就往死里骂，并同样辱骂陈芸。至此，张凯又后悔不该与王蕾和好，但已经走到这一步，他想再甩却又没那么简单。

2016 年 1 月，张凯发现王蕾与另一男人交往密切，而且还去开房，一时怒不可遏，由此两人又开始争吵、冷战，双方的关系再次跌入冰点，王蕾重新扬言要让张凯知道她的厉害。王蕾果然说到做到，4 月 15 日，她又回到老家要挟张凯，并到张凯的公司纠缠、威胁，万般无奈之下张凯只好报警求助。

打这之后，张凯不再联系王蕾，但王蕾却天天在微信里辱骂张凯，要张凯联系她，满足她的分手条件。

张凯担心事情再闹大毁了与陈芸的婚姻，又担心在公司内声名狼藉，于是只好继续大把砸钱换平安，但即便如此王蕾仍不放过张凯，继续要钱，张凯后来实在拿不出钱，她也不甘罢休。2016 年 5 月中旬，张凯的母亲住院手术，那些天王蕾一不如意就冲到医院找张凯讨说法，直把张凯的母亲气得病情加重。一天因张凯没接王蕾的电话，王蕾一怒之下，于 5 月 15 日直接发信息给陈芸，说她早又和张凯好上了，并将保存的与张凯的微信聊天记录发给了陈芸。陈芸怎能受得了如此打击，当晚她在与张凯大吵大闹一场后，从张凯的手机里发现了王蕾的多张裸体照片，并将这些不堪入目的照片转发到自己的手机。

5 月 15 日晚 8 时许，被气疯的陈芸实在无法控制自己的情绪，于是她将取得的王蕾的那些裸照，以微博直播的形式，在一小时内陆续上传至自己的新浪认证微博，并配上文字对王蕾和丈夫进行严厉谴责。由于陈芸微博上的粉丝众多，被她定性成“小三”的王蕾那些裸照被公开后，顿时引发如潮般评论，人们纷纷谴责王蕾的不道德行为。

王蕾也第一时间看到了陈芸发布的她的那些裸照，16 日上午她跑去南京市钟山公证处对陈芸发布的微博内容进行了公证。办完公证后，王蕾报警求助。警方接报后，随即与陈芸联系，陈芸接到民警的电话后，即时删除了涉及王蕾的微博内容。当日晚间 7 时许，王蕾在南京市鸡鸣寺大门对面意欲自杀，幸被市民及时发现并报警。民警在了解情况后，将其送往医院包扎伤口。

5 月 31 日，陈芸与张凯离婚，双方对子女抚养和财产分割进行了处置，作为典型过错方的张凯，自愿赔偿了陈芸的相关损失。好好的一个家庭，由此彻底解体。

3 原配“小三”互告引发两起诉讼

2016 年 9 月 18 日，陈芸一纸诉状将王蕾告上南京市鼓楼区法院，并将前夫张凯列为案件第三人。原告起诉称，被告与张凯具有不正当男女关系，被告与张凯在保持不正当关系期间，以分手费等为由多次向张凯索要钱财，数额巨大，已知的金额就达 35 万余元。张凯向被告赠与的金钱系与原告的夫妻共同财产，张凯擅自处分夫妻共同财产未经原告同意，侵犯了原告的合法权益，违

反公序良俗且违反法律规定，应认定赠与行为无效，故被告应将上述款项返还原告。

法院受理陈芸的起诉后，9 月 26 日，王蕾以陈芸的行为侵害其名誉权为由，向南京市鼓楼区法院提起诉讼，请求法院判决被告赔偿原告精神损害抚慰金 8 万元；被告向原告书面道歉并在其微博上连续 15 天持续道歉；被告将其掌握的原告不雅照片全部删除；被告承担公证费 1500 元、律师费 2 万元及诉讼费 907 元。

在陈芸诉王蕾一案审理中，王蕾向法院提出请求，要求将案件公开庭审并通知媒体记者前来采访报道，意欲将涉案隐私彻底公开化。

11 月 11 日及 12 月 28 日，法院先后两次开庭审理此案。案件审理中，原告陈芸坚持诉讼请求，不愿作任何让步。而被告王蕾则辩称，被告并未从张凯处拿到 35.8 万元，仅拿到 15 万元，且该款已经在双方恋爱期间共同消费支出，请求法院驳回原告的诉讼请求。

案件证据交换及质证过程中，被告王蕾对原告提交的张凯向王蕾转账 20.8 万元的支付宝转账记录截屏、张凯与王蕾的微信聊天记录截屏真实性不予认可，并坚决否认曾收到张凯通过支付宝向其支付的钱款。庭审中，法庭向王蕾释明了如实陈述案件事实的相关要求，并告之若故意隐瞒案件事实可能造成的后果。但王蕾仍一口咬定没收到张凯通过支付宝转给其的 20.8 万元。后法庭依法向支付宝（中国）网络技术有限公司调查，证实王蕾确实收到了张凯通过支付宝转给其的 20.8 万元。由于王蕾故意隐瞒案件事实，最终被法庭罚款 2 万元。

在王蕾诉陈芸侵害其名誉权一案中，原告王蕾同样坚持诉讼请求不作让步。被告陈芸辩称：确实在其微博上发布了原告的裸照，后于次日中午删除，其所实施的行为达不到对原告造成精神损害的程度，即使对原告构成精神损害，损害数额也没有原告主张的那么高。陈芸同意书面及在微博上向原告道歉，其所掌握的原告不雅照片已经全部删除。原告要求被告承担律师费没有法律依据，公证费和诉讼费的负担由法庭判决。

12 月 23 日，王蕾告陈芸一案宣判，原告王蕾胜诉，被告陈芸被判自本判决生效之日起三日内向原告王蕾书面道歉（具体内容由法院审核）；陈芸在其涉案微博账号发布向原告王蕾的道歉函（具体内容由法院审核并保留七天）；陈芸如未按本判决履行第一、第二项义务，法院将在江苏省省级媒体上发布本案判决书，所需费用由陈芸负担；陈芸于本判决生效之日起十日内给付原告王蕾精神损害抚慰金 8000 元、公证费 1500 元，合计 9500 元；驳回原告王蕾的其他诉讼请求。

12 月 30 日，陈芸告王蕾赠与合同纠纷一案宣判，法院认为，第三人张凯在与陈芸夫妻关系存续期间，擅自将夫妻共同财产 35.8 万元赠与被告王蕾，该行为不仅侵害了陈芸的财产利益，也违反了中华民族的善良风俗，因此属无权处分，故法院认定张凯与王蕾之间的赠与合同无效。合同无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还，故王蕾应返还陈芸诉争财产 35.8 万元的一半即 17.9 万元（注：夫妻共同财产按一人一半计算）。

案件判决生效后，陈芸于 2017 年春节前夕向法院申请强制执行，要求被申请执行人王蕾立即给付 17.9 万元，目前此案仍在执行过程中。

（文中当事人均为化名）

案后余思

呵护婚姻不能用违法手段

我国法律规定，公民享有名誉权和隐私权，公民的名誉权和隐私权不得侵犯。“小三”破坏他人家庭，败坏社会风气，但这些都属于道德谴责的范畴，不可用违法的手段来报复“小三”，否则本属于受害的一方，反会承担法律上的不利后果。以王蕾状告陈芸一案为例，当陈芸获悉丈夫出轨，“小三”破坏家庭后，其愤怒之情完全可以理解，而解决这一问题的合法有效途径依然是法律而不是感情用事。陈芸出于泄愤，擅自在其微博账号上直播“小三”王蕾的裸照，引发受众围观及跟贴评论，陈芸主观上具有过错，客观上也险酿王蕾自杀而有可能造成的严重后果。故法院认定其侵犯了“小三”的名誉权，并判决其赔礼道歉并赔偿对方相应的损失，实属有法可依。

本起感情事件，其有别于类似事件的意义在于正室与“小三”互告，双方都最终知道依法维权。“小三”虽说赢了自己的起诉，但不争的事实是却输了道义，那就是破坏他人家庭的行为是不光彩的。而正室虽说输了一场官司，却也告赢了“小三”，既维护了自身的合法权益，也伸张了道义，同样值得肯定！

花钱托人介绍越南女子相亲

结婚不成介绍人被判退还“介绍费”

2017-07-22 人民法院报 唐金法 赵玲玲

本报讯 为了早日“脱单”， 大龄青年石某到越南相亲没成功，便起诉要求介绍人退还费用。近日，安徽省池州市贵池区人民法院审理了该起案件，一审判决介绍人章某返还 55800 元。

石某因为年龄较大，在农村很难娶到媳妇，得知章某娶了一名温柔美丽的越南媳妇，就托章某给自己也介绍越南女子。石某将 6 万元人民币交给章某保管，并和同村的其他男青年一起远赴越南相亲。章某先后给石某介绍了两名越南女子，其中一名女子还和石某拍摄了婚纱照。但因为各种原因，最终未能成婚。石某要求章某某退还 6 万元钱。章某却认为，在越南介绍两名女子都需要费用，包括月老费、中国大使馆上网费、拍婚纱照费，每样都得数万元，不仅石某的 6 万元全部花完了，自己还倒贴 3500 元，不同意退钱。双方争执不下，石某诉至法院。

法院审理后认为，章某作为中间人，为石某牵线搭桥，介绍越南女子，违反了国务院关于涉外婚姻介绍的禁止性规定，其行为应认定无效，为此收到并占有的款项应当返还给石某。章某辩称其在越南代石某交纳的月老费、大使馆上网费等费用，因没有票据佐证，法院没有采信。扣除石某在越南期间必要的食宿费用外，判决章某返还石某 55800 元。

三、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

优秀裁判文书|李 X 甲与曹 X 离婚纠纷一审民事判决书

2017-07-30　法律家

李 X 甲与曹 X 离婚纠纷一审民事判决书

江苏省东台市人民法院

民事裁判文书

(2014)东开民初字第 0807 号

原告：李 X 甲（曾用名李小竞），居民。现因涉嫌刑事犯罪羁押于东台市看守所。

委托代理人：张银喜，居民。

委托代理人：陈爱平，江苏陈爱平律师事务所律师。

被告：曹 X，居民。

原告李 X 甲与被告曹 X 离婚纠纷一案，于 2013 年 9 月 24 日向本院起诉。本院受理后，由审判员王跃华担任审判长，审判员梅小薪、人民陪审员袁琴组成合议庭进行了公开审理，并于 2014 年 5 月 13 日作出（2013）东民初字第 1162 号民事判决。宣判后，被告曹 X 不服，上诉至盐城市中级人民法院。2014 年 10 月 21 日，盐城市中级人民法院以原审判决认定的基本事实不清，适用法律不当，作出(2014)盐民终字第 01584 号民事裁定，撤销本院(2013)东民初字第 1162 号民事判决，发回重审。本院于 2014 年 11 月 7 日立案后，依法另行组成合议庭，于 2014 年 12 月 24 日公开开庭进行了审理，原告李 X 甲及其委托代理人陈爱平、张银喜，被告曹 X 到庭参加诉讼。后变更合议庭组成人员，于 2015 年 5 月 14 日、6 月 26 日公开开庭进行了审理。原告李 X 甲的委托代理人张银喜、陈爱平及被告曹 X 到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告李 X 甲诉称：1、双方感情不和已分居 6 年多，夫妻关系名存实亡，毫无夫妻感情，坚决要求离婚。2、婚生女由原告抚养，并由原告父母代为照顾其生活、学习。3、东台市东台镇中亚城市花园 2 号楼丙单元 102 室住房一套是家庭共有财产，属于原告的部份，赠与给原告父母。4、夫妻无共同债务，各人债务由各人偿还。

原告李 X 甲为证明其诉讼主张，提供了以下证据：

1、结婚证复印件，拟证明原、被告系合法婚姻关系。

2、常住人口登记表，拟证明婚生女李 X 乙出生于 2000 年 11 月 6 日。

3、落款时间为 1997 年 4 月 10 日的民事诉状，拟证明被告曹 X 与前夫离婚，及因迷恋打麻将而离婚的事实。

4、李 X 乙的信函一份，拟证明李 X 乙要求随爷爷奶奶一起生活的事实。

5、原告父亲李金荣、母亲张银喜的书面材料一份，拟证明李 X 甲父母有能力，愿意代为照顾李 X 乙的事实。

6、商品房买卖合同及发票复印件，拟证明东台市东台镇中亚城市花园 2 号楼丙单元 102 室房屋，系家庭共有财产及购买房屋的时间和金额。

7、车辆保险赔款通知书，拟证明原告李 X 甲父母交纳的房屋首付款 10 万元，部分来源于其儿子李俊的死亡赔偿款。

8、物业费收据 10 份，拟证明自 2007 年 10 月起，东台市东台镇中亚城市花园 2 号楼丙单元 102 室房屋的物业费，封阳台的费用均由原告李 X 甲父母交纳。

9、曹 X 的姐姐曹阿琴写给曹 X 的信，拟证明被告曹 X 在与前夫离婚时，是借钱离婚的。

10、被告曹 X 的上诉状一份，证明被告曹 X 欠陈翠兰的钱系用于赌博的个人债务，不是夫妻共同债务。

11、江南农村商业银行的银行回单 9 份，拟证明被告曹 X 与曹阿琴存在经济往来。

12、苏云快捷酒店的押金单 2 份，拟证明被告曹 X 正常不在家，长期在外。

13、银行汇款凭证票据 23 份，拟证明被告曹 X 所借钱的出借人，实际上并不欠人家的钱。

14、借条一份，拟证明原告李 X 甲向他人借款，李 X 甲父母代为偿还的事实。

被告曹 X 未提交书面答辩意见，在庭审中辩称：1、不同意离婚。2、如果法院判决离婚，要求婚生女抚养权归被告，但是可以随原告父母生活。3、东台市东台镇中亚城市花园 2 号楼丙单元 102 室的住房属于夫妻共同财产，要求依法分割，原告父母可以居住照顾女儿生活。4、因生病和缴纳养老保险发生的借款及以房抵押的贷款属于夫妻共同债务，要求共同偿还。

被告曹 X 为证明其辩称，提供了如下证据：

1、个人住房贷款申请表、贷款抵押合同、参与还款承诺书各一份，拟证明东台市东台镇中亚城市花园 2 号楼

丙单元102室房屋抵押贷款10万元的事实。

2、南通大学附属医院的住院病案材料一份，拟证明被告曹X生病住院并支出医疗费的事实。

3、2014年7月18日曹阿琴的证明一份，拟证明被告曹X向其借款10万元，用于看病治疗的事实。

4、2014年7月20日周鹤立的证明一份，拟证明被告曹X向其借款2万元，用于缴纳养老保险金的事实。

经本院庭审质证，被告曹X对原告李X甲提供的证据1结婚证复印件、证据2常住人口登记表、证据3离婚诉状、证据10被告曹X的上诉状、证据11江南农村商业银行的银行回单9份，原告李X甲对被告曹X提供的证据1个人住房贷款申请表、贷款抵押合同、参与还款承诺书及证据2南通大学附属医院住院病案材料的真实性、合法性、与待证事实的关联性均无异议，本院予以确认，应作为认定本案相关事实的证据。

被告曹X对原告李X甲提供的以下证据存有争议，其质证意见：1、证据4李X乙的信函，被告曹X对是其女儿书写的真实性无异议，但认为书写的内容不全是事实。2、证据5原告父亲李金荣、母亲张银喜的书面申请，被告曹X表示是原告父母亲写的东西，随他们怎么写。3、证据6、7、8、9，被告曹X认为，证据6购房合同的真实性、合法性予以认可，但该购房合同由原告李X甲本人签订，并非原告父亲代签，不能证明该房产有原告父母出资的份额。证据7车辆保险赔款通知书，可以证明原告的弟弟李俊死亡后存在赔偿款，但该赔偿款与购房没有关联，不能证明该赔偿款用于购房。证据8物业费收据，被告曹X认为正常是其交纳的，从2012年起才没有交纳。证据9曹X的姐姐曹阿琴写给曹X的信，认为信件的来源是其姐姐曹阿琴所写，但不能证明其欠债无钱的事实。4、证据12苏云快捷酒店的押金单，被告曹X认为是代别人开的，其是租住的房子，当时已经不住宾馆。5、证据13银行汇款凭证票据，被告曹X认为这些票据与房子没有关系。6、证据14原告李X甲的借条，被告曹X认为借条上没有被告签名，且该债务系赌债，故不予认可。

本院认证意见：原告李X甲提供证据4李X乙的信函，经审查，李X乙的信函中要求跟随父亲，因父亲被羁押，愿意随原告父母生活，是其真实意思表示；证据5原告父母提交的书面申请，且当庭表示愿意代原告抚养、照顾李X乙，是原告父母的真实意思表示，以上两份证据均应当予以认定，作为定案的依据。证据6商品房买卖合同及发票复印件，原告李X甲在2014年12月24日庭审中陈述“合同是我签的，第一次是我与我父亲一起到银行交的钱，第二次是我父亲去交的钱。”5月14日的庭审中原告代理人陈述“合同是原告父亲代签的‘李小竞’”。两次陈述相互矛盾，与其待证事实的真实性明显不符，不能作为定案依据。证据7，原告未提供其他证据佐证该赔偿款用于购房时交纳首付款所用。证据8，原告父母居住在该房与原、被告女儿生活在一起，其交纳物业费为正常的生活支出。证据9，是被告姐妹之间的信件往来，具有一定的真实性。但以上证据7、8、9，均与待证原告父母出资10万元、房屋产权属于家庭共同共有的事实无关联性，不能形成证据锁链作为认定房屋与原告父母共有的定案依据。证据12苏云快捷酒店的押金单2张，不能单独证明被告曹X长期在外住宾馆。证据13银行汇款凭证票据23份，能够证明被告曹X与多人存在经济往来，其中曹X认可的票据可作为相关事实的定案依据。证据14李X甲借款4万元的借条，该借款形成于2007年5月30日，借期2个月即至2007年7月30日还款。原告母亲亦为原告代理人未提供证据证明所借款项的真实性、合法性，借款是否用于家庭共同生活，故不能作为定案的依据。且原告自述在服刑前原、被告已分居两年，即原告于2009年6月12日因贩毒在监狱服刑，而借款形成于2007年5月30日，同时原告在离婚诉讼中表示各人债务归各人归还，此借条上被告并未签字为共同借款人，因此，原告母亲认为代原告归还的4万元借款属于原、被告夫妻共同债务的主张，不予支持。

原告李X甲对被告曹X提供的以下证据存有争议，其质证意见：1、证据3曹阿琴书写的被告曹X向其借款10万元的证明，原告李X甲不予认可，认为借钱不是事实，曹阿琴与被告是姐妹关系，不能证明被告××的事实。2、证据4周鹤立书写的被告曹X向其借款2万元的证明，被告李X甲不予认可，认为周鹤立与其有利害关系，且被告有退休工资，不能证明向其借钱缴纳养老保险金的事实。

本院认证意见：被告曹X提供的证据3、4，均未提交借款凭证。曹阿琴系被告的姐姐，在（2013）东民初字第1162号案件中其是被告曹X的代理人，与原告存在重大利害关系，虽然存在××的可能性，但曹阿琴陈述的借款金额10万元与被告提供的住院病案资料中的住院费用金额16917.19元出入较大，不具有合理性。同时，被告提供的证据11，证明被告曹X于2013年9月3日至9月24日间，已向曹阿琴汇款9笔共12000元，被告曹X亦认可此事实。周鹤立与被告存在其他经济往来，在原告提供的证据13银行汇款凭证票据中，有周鹤立存款凭证两份，原告认为周鹤立经常开车送被告外出，并帮被告拿衣物，两人有利害关系；被告认为是其用的周鹤立的银行卡汇款，故

被告提供的证据3、4的真实性存疑，证明力较弱，不能作为被告主张10万元借款全部用于治疗、2万元借款用于缴纳其个人养老保险金的待证事实的定案依据。

本院经审理查明：××××年××月××日，原告与离异的被告登记结婚。婚生女李X乙，2000年11月6日出生，现已初中毕业。2005年3月8日，原告李X甲与常州市中亚房地产开发有限责任公司东台分公司签订商品房买卖合同，购买位于东台市东台镇中亚城市花园2号楼丙单元102室的房产。常州市中亚房地产开发有限责任公司东台分公司于2005年3月31日向原告李X甲出具金额为221072元的购房发票。该房产登记在原告李X甲名下。2005年6月28日，原、被告作为共同借款人，以该房产做抵押向中国银行股份有限公司东台支行申请办理了10万元贷款，贷款期限120个月，月均还款1085.66元。截止2015年7月9日仍有7085.79元未归还。住房内夫妻共同财产有三门冰箱一台、洗衣机一台、床一张、空调三台、皮沙发一套。2010年12月13日至2010年12月26日，曹X因宫颈癌就医南通大学附属医院，住院费用总计16917.19元。

审理中，原、被告的婚生女李X乙向本院提交书面意见，表示自幼小由爷爷奶奶带大，现父母离婚，愿意跟随父亲，但因父亲被限制人身自由，愿意与爷爷奶奶共同生活。原告父母亦提交书面申请，表示有能力且愿意照顾李X乙的生活、学习。

另查明:原告因贩毒于2009年6月12日至2013年8月11日在监狱服刑,被告因赌博曾受到公安机关的处罚。原告服刑前，原、被告经常发生矛盾且已分居两年。刑满释放后，双方未能和好。原告李X甲现因涉嫌毒品犯罪羁押于东台市看守所。

被告曹X与原告李X甲结婚前与前任丈夫生有一婚生女，现已成年独立生活。原告父母共生有两子，大儿子李X甲，婚生一女李X乙；小儿子李俊因车祸已故，无子女。原告父母均领取退休金。被告曹X于2013年8月1日因病提前退休，目前养老待遇每月1418元。

上述事实，有原、被告双方提交并经法庭质证的证据及其陈述意见、谈话笔录、法院调取的证明材料等在案佐证。

根据原告的诉讼主张、被告的答辩意见以及庭审调查情况，本案的争议焦点：一、婚生女李X乙的抚养权问题。二、中亚城市花园2号楼丙单元102室住房一套是否为夫妻共同财产。三、双方是否存在夫妻共同债务。

本院认为：

合法的婚姻关系受法律保护。夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。本案原、被告自由恋爱，经历了不少磨难才结为夫妻。婚后双方理应更加珍惜，互敬互爱，共同经营好家庭，抚育好女儿，但夫妻双方却未能维护好和睦的家庭关系，原告李X甲于2009年6月份因贩毒服刑前，原、被告已分居两年。原告李X甲刑满释放后，夫妻感情亦未能改善。本案原审时，被告曹X表示夫妻感情确已破裂，同意离婚。案件重审中，原告李X甲坚持要求离婚，虽然被告曹X表示因原告李X甲刑事犯罪被羁押，暂不同意离婚，但被告曹X因赌博曾受到公安机关的处罚，且原、被告双方均经常不在家，分居时间已超过两年，互相之间未尽到夫妻应有的义务。在本院多次组织的调解中，双方均各执己见，未能达成和好协议。根据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第二款规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”第三款规定：“有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（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”。故认定原、被告夫妻感情确已破裂，原告李X甲要求与被告曹X离婚的诉讼请求应予支持。

一、关于婚生女李X乙的抚养权问题。

原告李X甲要求李X乙随其生活，但因被限制人身自由，由其父母代为履行监护权、扶养权；被告表示李X乙的抚养权应归自己，但是李X乙可以随原告父母一起生活。

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第3条规定：“对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：……（2）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女××成长明显不利的；（3）无其他子女，而另一方有其他子女的；（4）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有××，或者有其他不利于子女身心××的情形，不宜与子女共同生活的。”第4条规定：“父方与母方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的

优先条件予以考虑。”第5条规定：“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。”本案中：1、原、被告婚生女李X乙自婴幼儿时起一直随原告的父母生活至今，单独随祖父母共同生活多年。2、原告的父母向法院书面申请要求并表示有能力（有退休工资）帮助原告李X甲照顾李X乙。3、李X乙现已满14周岁，向法院书面申请表示愿意同原告一起生活，因原告现被羁押，要求随原告父母一起生活。4、被告曹X表示即使李X乙由其抚养，李X乙也随原告父母共同生活。5、被告曹X长期在外，对未成年女儿的成长难以尽到应有的义务。6、被告曹X与前夫生有一女儿，现已成年独立生活。因此，根据有利于未成年人××成长的立法精神，结合原、被告家庭生活的实际状况，李X乙由原告李X甲抚养，并由原告父母帮助照顾其生活、学习，是原告及其父母、女儿的真实意思表示，具有事实依据，符合法律规定，原告李X甲的请求应予准许。

《中华人民共和国婚姻法》第三十六条规定：“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。”第三十七条第一款规定：“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。”本案原审中原告不要求被告给付抚养费，重审中原告认为按曹X的意愿给付抚养费，被告认为如原告父母愿意接受抚养费就给付每月500元。扶养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。结合本案原、被告的经济状况，城镇居民最低生活保障标准，以及被抚养人将进入高职学校学习的具体情况，酌定由被告支付抚养费每月500元，至李X乙独立生活时止，该费用于每年的6月底和12月底各半给付。

《中华人民共和国婚姻法》第三十八条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”原、被告离婚后，被告曹X探望女儿李X乙，原告李X甲及其父母应给予方便和协助。

二、关于夫妻共同财产问题。

原告李X甲主张位于东台市东台镇中亚城市花园2号楼丙单元102室住房一套属于家庭共有财产，被告认为应当属于夫妻共同财产。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第2条规定：“夫妻双方在婚姻关系存续期间所得财产，为夫妻共同财产：（1）一方或双方劳动所得的收入和购置的财产。”我国法定夫妻财产制是婚后所得共同制，在夫妻双方无约定或者约定不明确、约定无效的情况下，婚姻关系存续期间的夫妻所得除个人特有财产外，均为夫妻共同财产。原告李X甲主张婚后购买的房产系与父母共有，应承担举证证明责任。经查，该房产购置于原、被告夫妻关系存续期间，原、被告及原告父母均承认房产登记的产权人为原告李X甲，无共同所有权人记载。原告李X甲主张该房产首付款10万元是其父母出资，资金来源为其弟李俊的死亡赔偿款及其他积蓄，无充分证据证明所提供的证据与所待证的事实具有关联性，且其父母既未能提供充分证据加以佐证出资数额，亦未就房屋产权提起独立诉求，故原告李X甲主张房屋与父母共有的证据不足，不予支持。因此，被告曹X主张该房产为原、被告夫妻共同财产的抗辩意见，应予支持。因房屋无法分割，原、被告双方均要求按份享有房屋所有权，因此，该住房一套由原、被告共同按份各半享有房屋所有权。鉴于原告父母自房屋装潢后，就一直居住在该房并照顾李X乙学习、生活，被告曹X从家庭和睦相处及考虑女儿由原告父母照顾，同意由原告父母和女儿居住使用，是其真实意思表示。原告李X甲要求将其应有份额赠与其父母，是其个人权利，本院不予干涉。住房内的夫妻共同财产三门冰箱一台、洗衣机一台、空调两台归原告李X甲所有；床一张、空调一台、皮沙发一套归被告曹X所有。各人衣物归各人所有。

三、关于夫妻共同债务问题。

原告李X甲认为夫妻无共同债务，各人债务归各人归还。被告曹X认为其因生病和缴纳养老保险发生的借款及以房抵押的贷款属于夫妻共同债务，要求共同偿还。

1、原、被告以房抵押的共同借款，仍未归还的部分，应认定为夫妻共同债务。原告于2005年3月8日签订商品房买卖合同，双方均承认购房款为现金交付。而以该房产做抵押向中国银行股份有限公司东台支行申请办理的10万元贷款，是在2005年6月28日，原、被告为共同借款人，贷款期限120个月，月均还款1085.66元。因此，原、被告办理的银行贷款实质上为抵押借款而非按揭贷款。原告父母、被告曹X均陈述，还款到期日为2015年6月10日。经核查，截止2015年7月9日，尚有7085.79元贷款未偿还。《中华人民共和国婚姻法》第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负债务的，应共同偿还。”原、被告向中国银行股份有限公司东台支行的贷款发生于夫妻关系存续期间，该借款为夫妻共同债务，被告曹X的主张应予支持，此债务应由原、被告双方各半负担。

2、被告曹X主张的用于治疗癌症借款10万元、缴纳养老保险借款2万元，不属于夫妻共同债务。首先，被告认为10万元借款用于治疗癌症、2万元借款用于缴纳其个人养老保险金的主张，证据不足。其次，被告提供的于2010年12月13日至12月26日在南通大学附属医院住院病案材料中的住院费用金额为16917.19元，被告于2013年9月3日至9月24日间，已向曹阿琴汇款9笔共12000元，且经本院释明后未提供证明用于治疗的其他证据，亦未提供证明借款用于家庭共同生活的证据。再次，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第十一条规定："婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七规定的其他应当归共同所有的财产：（三）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。"被告曹X自2013年8月提前病退，已领取了养老保险金。结合被告自述在外欠陈翠兰赌债，平时原、被告都不怎么回家的事实，被告认为治疗癌症的借款10万元、缴纳养老保险的借款2万元属于夫妻共同债务的主张，不予支持。

综上，经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第三十二条、第三十六条、第三十七条、第四十一条，《最高人民法院<关于民事诉讼证据的若干规定>》第二条之规定，判决如下：

一、准予原告李X甲与被告曹X离婚。

二、婚生女李X乙由原告李X甲抚养至其独立生活时止，并由李X甲父母帮助照顾其生活；被告曹X自本判决生效之日起至李X乙独立生活时止，每月支付抚养费500元，此款于每年6月底和12月底各半给付。

三、夫妻共同财产位于东台市东台镇中亚城市花园2号楼丙单元102室的住房一套，原、被告各半享有房屋所有权。

夫妻共同财产三门冰箱一台、洗衣机一台、空调两台归原告李X甲所有；床一张、空调一台、皮沙发一套归被告曹X所有。各人衣物归各人所有。

四、夫妻共同债务7085.79元及其利息，由原告李X甲、被告曹X各半偿还。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于江苏省盐城市中级人民法院。同时根据国务院《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向江苏省盐城市中级人民法院预交上诉案件受理费（盐城市中级人民法院开户行：中国农业银行盐城中汇支行，户名：盐城市财政局非税收入汇缴专户，账号：40×××21）。上诉期满后七日内仍未交纳上诉案件受理费的，按自动撤回上诉处理。

审　判　长　　王立新
代理审判员　　于志丽
代理审判员　　汤晓青
二〇一五年七月十五日
书　记　员　　徐　莉

（二）子女抚养亲子关系案例

男子家暴致子受伤被拘留 前妻怒诉变更抚养关系——新泰法院调解一起因家暴导致的变更抚养关系案件

2017-07-07 新泰市人民法院

新泰法院在家事审判中，始终贯彻"和为贵、调为先、重修复、扶弱势"的审判理念，坚持未成年人利益最大化原则，妥善处理各类涉及未成年人离婚及抚养纠纷。近日，该院成功审结一起因家暴引起的抚养权纠纷案件。

张某与董某原系夫妻，双方于2016年11月16日离婚，婚生子董某某跟随父亲董某生活。2017年5月23日，董某因殴打董某某被行政拘留15天，张某于2017年6月1日向新泰法院递交申请，请求发出人身保护令保护其儿子免受家庭暴力，并起诉董某要求变更抚养权。

法院接收案件后，承办法官首先与原告张某和其子董某某取得联系，后前往拘留所与董某进行交流，继而与双方的家人、朋友、邻居等座谈，深入了解案件情况，得知董某脾气暴躁且离婚后因对前妻仇恨等原因，经常殴打其子董某某，对董某某身心造成了严重伤害，为保障董某某健康成长，法院发出了人身保护令。为更好地保护董某某的合法权益，承办法官多次与被告本人及其朋友、家人沟通交流，并邀请他们到法院一起做调解工作，着重对被告进行心理疏导教育，告知其暴力管教不仅会对孩子造成伤害，还是一种严重的违法行为，应予纠正。最后被告董某意识到了自己在教育孩子方面的不当之处，同意由原告抚养婚生子董某某，纠纷得以圆满解决。

对具有法定监护资格的人可否根据对被监护人有利原则确定监护人

——张X诉张X杰申请确定监护人案

2017-07-09　　法律家

【中　法　码】婚姻家庭法学·监护关系·监护人确定　(108022)

【关　键　词】民事　申请确定监护人　监护人　监护能力　身体健康状况　经济条件　法定监护资格　择优确定　财产　合法权益

【学科课程】婚姻家庭法学

【知　识　点】监护关系　监护资格　诉讼担当

【教学目标】明确监护人的概念，掌握监护资格的确定标准。

【裁判机关】重庆市渝中区人民法院

【程序类型】监护权

【案例效力】★☆☆☆☆ 被法律出版社《中国指导案例、参考案例判旨总提炼：合同纠纷（一）》收录

【案例信息】

【案　　由】申请确定监护人

【案　　号】　(2010)中区民特字第 14 号

【判决日期】2010 年 08 月 19 日

【审理法官】　朱惠晓

【申　请人】　张 X

【被申请人】　张 X 杰

【被申请人代理人】　曾理（重庆必成律师事务所）

【争议焦点】

被监护人子女请求确定被监护人的监护人，对于同一顺序具有法定监护资格的人，可否根据对被监护人有利的原则确定监护人。

【裁判结果】

一审法院判决：维持金紫街居委会作出的张 X 杰为陈述芳指定的监护人。

宣判后，双方当事人均未提起诉讼，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

被监护人子女请求确定被监护人的监护人时，应综合考虑监护人的监护能力，具体包括监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素，对于同一顺序有法定监护资格的人，应根据对被监护人有利的原则，择优确定。确定监护人资格后，监护人应当依法保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产及其他合法权益，在被监护人合法权益受到侵害时，应代理被监护人进行诉讼。

【法理评析】

根据最高人民法院《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）》的规定，认定监护人的监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定，对于同一顺序有法定监护资格的人，可以根据对被监护人有利的原则，从中择优确定。本案中，通过综合对比张 X、张 X 杰对监护职责的认识、态度及双方的具体条件，从有利于陈述芳晚年生活，减少家庭矛盾的角度考虑，陈述芳由张 X 杰监护更为适宜。张 X 杰要依法保护被监护人陈述芳的身体健康，照顾被监护人陈述芳的生活，管理和保护被监护人陈述芳的财产及其他合法权益，除为被监护人陈述芳的利益外，不得处理被监护人陈述芳的财产，代理被监护人陈述芳进行民事活动，在被监护人陈述芳合法权益受到侵害或者与人发生争议时，应当代理其进行诉讼。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第十七条　无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

1. 配偶；

2. 父母；

3. 成年子女；

4. 其他近亲属；

5.关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

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）》第十条　监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

第十一条　认定监护人监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

第十六条　对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定，由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

【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】

1.什么是监护关系，什么是监护人。

2.监护人负有哪些法定义务，享有哪些法定权利。

3.简述如何认定监护人是否具有监护资格。

【裁判文书原文】　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

申请人：张X（系陈述芳之女）。

委托代理人：聂小云。

被申请人：张X杰（系陈述芳之子）。

委托代理人：曾理，重庆必成律师事务所律师。

申请人张X申请确定监护人一案，本院依法进行了审理，现已审理终结。

申请人张X称，张X与张X杰系兄妹关系，同为张世钧（已去世）及陈述芳的子女。陈述芳于2009年3月因交通事故受伤，2010年经重庆市南岸区人民法院判决宣告其为无民事行为能力人。2009年10月起，张X与张X杰因陈述芳的监护问题发生纠纷，经重庆市南岸区南坪街道金紫街居委会调解未果，2010年5月5日，金紫街居委会出具证明，指定张X杰担任陈述芳的监护人。张X认为其在陈述芳住院期间积极给陈述芳筹钱治病，解决资金问题，同时积极咨询有关法律，为处理交通事故赔偿事宜四处奔波，从2009年11月1日起全面管理陈述芳的所有问题，对陈述芳进行了精心照顾。而张X杰在车祸后强行掌控了陈述芳的经济权，在资金安排上不做全面考虑，照顾陈述芳的责任心欠佳，对陈述芳的交通事故赔偿事情很少过问。同时基于工作和家庭情况，张X杰在照顾陈述芳方面显然力不从心，而张X则更具有相应的优势。故请求法院指定张X为陈述芳的监护人。

被申请人张X杰辩称，被申请人长期与母亲陈述芳共同居住、生活，一直尽力照顾老人，居委会是根据事实情况来指定监护人的。

本院经审理查明：张X、张X杰系陈述芳的子女，陈述芳出生于1930年9月16日，　2009年3月因交通事故受伤，2010年4月26日，重庆市南岸区人民法院（2010）南民特字第1526号民事判决书宣告陈述芳为无民事行为能力人。2009年10月，张X与张X杰因陈述芳的赡养及财产问题发生纠纷，经重庆市南岸区南坪街道金紫街社区居委会调解未果，2010年5月5日，重庆市南岸区金紫街社区居委会指定张X杰担任陈述芳的监护人。

本院认为：认定监护人的监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。对于同一顺序有法定监护资格的人，可以根据对被监护人有利的原则，从中择优确定。本院通过综合对比张X、张X杰对监护职责的认识、态度及双方的具体条件，从有利于陈述芳晚年生活，减少家庭矛盾的角度考虑，认为陈述芳由张X杰监护为宜。张X杰在履行监护职责时，应做到保护被监护人陈述芳的人身、财产

及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。同时张 X 杰要依法履行保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼等监护职责。综上，依照《中华人民共和国民法通则》第十七条及最高人民法院《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 10 条、第 11 条、第 16 条的规定，判决如下：

维持重庆市南岸区南坪街道金紫街社区居民委员会作出的张 X 杰为陈述芳监护人的指定。

本判决为终审判决。

本市首例！弃女三年不闻不问 狠心妈妈被撤销监护权

2017-07-12 上海法治报 胡蝶飞

还记得那个被亲生母亲遗弃三年之久，完全不闻不问的小女孩朵朵吗？此前，上海法治报曾就朵朵生母高文（化名）遗弃罪一案进行报道。

母亲被判刑，生父至今下落不明，3 岁的朵朵未来该怎么办牵动着众人的心。

“我们认为，高文无论从客观条件或主观意愿来看，都不适合担任朵朵的监护人。”今天下午，上海市儿童临时看护中心申请撤销高文监护人资格一案，在静安区人民法院公开开庭审理。

法院当庭宣判：撤销被申请人高文对朵朵的监护人资格，变更第三人上海市儿童福利院为朵朵的监护人。

这也是**本市首例**由未成年人救助保护机构申请撤销监护人资格案件。

宣判后，记者看到，被告席上，37 岁的高文掩面而泣。

“我犯的最大的错，就是在没有考虑清楚的情况下，就把孩子生下来。”法庭上，高文说。

曾百般推脱　庭上却称“不愿放弃”

“我不愿意（放弃监护权）。”法庭上，今年 37 岁的高文说。而此前，她态度一直坚决：不愿抚养。

今年 5 月 31 日，她因遗弃罪被静安区法院判处有期徒刑 1 年。

经查明，2014 年 2 月 19 日，高文在上海市安亭医院产下女儿朵朵。朵朵出生后因患病转院至上海市儿童医院救治。当朵朵病好可以出院时，高文却不见踪影。

此后，公安机关与市儿童临时看护中心先后六次与她沟通，她却态度坚决：不愿抚养，理由是“没有钱”“没人看管”。

在今天的庭审现场，记者从法官对高文的询问中了解到，朵朵出生后，其生父曾分数次先后给了高文 1.8 万余元。高文在法庭上坦言，这些钱，都用于租房、生活和自己的开销。

“你有给朵朵买过一样东西吗？你甚至没有为她花过一分钱。”面对申请人的质问，高文无言以对。

上海市儿童临时看护中心认为，朵朵的父母目前客观上都无法对其承担抚养义务。母亲高文主观上明确表达了不愿意承担抚养义务，父亲一走了之下落不明也反映其主观上没有履行抚养义务的意思表示。但朵朵目前年仅 3 岁，尚无民事行为能力，需要有监护人履行监护职责。

因此，申请撤销高文监护人资格，由第三人上海市儿童福利院为朵朵的监护人。

法院判定：撤销其监护权

这一诉请最终获得了法院的支持。

法院审理认为，父母是未成年子女的法定监护人，有保护未成年人身体健康、照看未成年生活等义务。父母对子女的扶养，不仅仅是血缘亲情，更是应当承担的法定义务。

本案中，高文在朵朵住院的情况下将其遗弃，并且经有关部门发现后劝告、警告仍不知悔改，实际上已经放弃对朵朵的抚养权。其行为理应受到法律的严厉制裁。

法院认为，从高文的种种表现看，其要求扶养女儿的意愿真实性存疑。如果由其继续监护朵朵，显然不利于朵朵的成长。

鉴于高文不具有监护子女的能力，依法准许申请人请求撤销被申请人高文的监护人资格，明确第三人作为监护人，能更好的保护朵朵的生命健康权、受教育权等民事权力，有利于朵朵远离伤害、健康成长。

据悉，本案遵循儿童利益最大化原则，适用特别程序，该判决为终审判决。

“我觉得我非常对不起她。”“我犯的最大的错，就是在没有考虑清楚的情况下，就把孩子生下来。”法庭上，

高文说。

“我们了解到，朵朵的情况并非个案。希望通过本案的审理，对这些不负责任的‘高文’们起到警示作用。他们的遗弃行为将不仅受到刑事制裁，还将面临被撤销监护人资格的民事制裁。”本案主审法官李群告诉记者。

朵朵目前状况良好　9月将入托

记者了解到，上海市儿童临时看护中心还委托上海市阳光社区青少年事务中心静安工作站就朵朵的成长、生活经历及监护状况进行社会调查。

“社会调查机构也试图寻找朵朵的其他亲人，寻求是否有担任监护人的可能。但是并未找到合适人选。朵朵的外婆甚至将调查人员拒之门外，并且表达与朵朵‘没有关系’。”上海市儿童临时看护中心诉讼代理人告诉记者，就在开庭前不久，她还去看过朵朵，朵朵长得非常可爱。

“我们希望能尽快处理好朵朵监护权的法律问题，将其送入儿童福利院，可能的话，尽快进入收养程序，帮助她找到更加适合的养父母和家庭。”上述代理人表示。

上述调查还显示，在看护中心1年多的时间里，朵朵已经适应了看护中心的生活，与看护人员相处也很好，目前生理和心理状态都很健康。

目前已联系附近的幼儿园，今年9月，朵朵将正常入托。

链接

2015年，最高法、最高检、公安部、民政部出台《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》，规定父母不尽责，可被撤销监护权。

《意见》第二十七条规定，民政部门及其设立的未成年人救助保护机构有权向人民法院申请撤销监护人资格。

法院审理抚养费纠纷裁判规则8条

2017-07-14　法信

导读

世界许多国家和地区的婚姻家庭立法都遵循“儿童利益优先原则”和“儿童最大利益原则”，我国《婚姻法》中关于抚养费的规定也体现了保护未成年人合法权益的原则，尽可能预防和减少因夫妻关系变更给未成年人带来的影响。本期法信搜集近几年抚养费纠纷的案例裁判规则8条，为读者提供参考。

1.以增加抚养费为由提起诉讼的，原告须举证证明有需要增加抚养费的“必要”——李某诉李红军抚养费纠纷案

案例要旨

婚姻法第三十七条第二款规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。故子女要求增加抚养费的，应重点审查何为法律规定的“必要时”的前提条件，并依据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第18条所列3种情形加以判断。对于夫妻双方经人民法院调解协议离婚，并就子女抚养等问题已经在协议中加以明确，子女短期内起诉要求增加抚养费，除非有充分证据证明子女生活发生重大变化，不增加抚养费将导致子女难以维持正常生活的，均应尊重先前裁判的既判力，不应轻易变更。

案号：（2014）沈中少民终字第00144号

审理法院：辽宁省沈阳市中级人民法院

来源：《人民司法·案例》2015年第22期

2.离婚协议中一次性支付抚养费的约定，不妨碍子女在必要时主张增加抚养费——周某诉周治明抚养费纠纷案

案例要旨

基于儿童利益最大化和依法保护未成年人合法权益原则，离婚协议虽约定子女随一方生活，另一方一次性支付抚养费后不再承担任何抚养费用，但子女仍可在必要时要求未直接抚养方每月另行支付抚养费。

案号：（2016）渝01民终8169号

审理法院：重庆市第一中级人民法院

来源：《人民法院报》2017年4月27日第6版

3.夫妻一方离家出走不履行抚养义务，法院可判其在婚内支付子女抚养费——吴女士诉杨先生抚养费纠纷案

案例要旨

婚姻存续期间，未成年子女患病，夫妻一方离家出走不履行抚养义务，为保护未成年人的合法权益，经人民法院调解无效，可依法判决其在婚姻存续期间向子女支付抚养费。

审理法院：上海市青浦区（县）人民法院

来源：《人民法院报》2016 年 12 月 29 日第 3 版

4. 父母对已经年满十八周岁，身体、智力状况正常，且完全具备劳动能力的子女，不承担法定抚养义务——小刘诉刘先生抚养费纠纷案

案例要旨

不能独立生活的子女，是指尚在校接受高中及以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。已满 18 周岁的在校大专生，身体、智力状况正常，完全具备劳动能力，不符合“不能独立生活的子女”的标准，父母不再承担法定抚养义务，其向父母主张继续支付抚养费的诉讼请求，人民法院不予支持。

审理法院：上海市第二中级人民法院

来源：《人民法院报》2016 年 6 月 8 日第 3 版

5. 非婚生子女的生父应当负担子女的抚养费——谢女士诉吴老汉抚养费纠纷案

案例要旨

非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，有义务负担起子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

审理法院：北京市通州区人民法院

来源：北京法院网 2015 年 10 月 22 日

6. 支付抚养费一方无固定经济收入的，可以适当减少抚养费数额——张某诉两儿子抚养费纠纷案

案例要旨

子女抚养费的数额，可以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。支付子女抚养费的一方无固定经济收入，对其降低抚养费数额的请求，人民法院予以支持。

审理法院：北京市密云县人民法院

来源：北京法院网 2015 年 6 月 2 日

7. 原定抚养费数额已不足以满足基本生活所需时，应当适当增加抚养费——杨某诉王某抚养费纠纷案

案例要旨

夫妻关系发生变更，双方依然对其子女有抚养义务，不直接抚养子女一方应当向子女支付抚养费。当物价上涨，原定抚养费数额已不足以满足基本生活所需时，应根据实际需要，结合双方收入状况和负担能力及当地的实际生活水平，适当增加抚养费数额。

审理法院：湖北省襄阳市中级人民法院

来源：湖北法院网　2015 年 11 月 27 日

8. 家庭负担重不能成为妨碍子女要求变更抚养、教育费原定数额的合理请求——王某甲诉王某乙抚养费纠纷案

案例要旨

父母与子女的关系不因父母离婚而消除，离婚后父母对子女仍有抚养和教育的义务，父母之间关于子女生活费和教育费的协议和判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。不直接抚养一方以家庭负担重为理由拒绝增加子女抚养费用的，人民法院不予支持。

审理法院：重庆市第二中级人民法院

来源：重庆法院网　2016 年 2 月 24 日

经典判决：别拿爷爷奶奶不当亲属，隔代探望权之争下判！（附判决书全文）

2017-07-20　法官那些事

江苏省无锡市中级人民法院

民事判决书

（2015）锡民终字第1904号

上诉人（原审被告）倪某，女。

委托代理人奚春晖，江苏湖滨律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）徐某某，男。

被上诉人（原审原告）李某某，女。

委托代理人薛峰（受徐某某、李某某共同委托），江苏正太和律师事务所律师。

委托代理人张静雨（受徐某某、李某某共同委托），江苏正太和律师事务所律师。

上诉人倪某因与被上诉人徐某某、李某某探望权纠纷一案，不服无锡市北塘区人民法院（2014）北民初字第1586号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年8月19日立案受理后，依法组成合议庭于同年9月10日公开开庭审理了本案，上诉人倪某及其委托代理人奚春晖、被上诉人徐某某、李某某及其共同委托代理人张静雨到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院查明：

徐某某、李某某夫妇的独生子徐某于2012年初与倪某相识恋爱，同年6月登记结婚，同年9月30日举行婚礼后共同生活。2013年3月4日，徐某身亡。后徐某某、李某某夫妇与倪某为徐某的身亡起因发生争执，双方为此产生矛盾。徐某死亡时，倪某已怀孕一个多月，倪某自徐某身故后即回娘家居住。徐某某、李某某、倪某均分了徐某的人身保险理赔款各7万余元。就倪某是否继续妊娠事宜，倪某及其家人与徐某某、李某某达成一致意见。后，徐某某、李某某以怀孕营养费为由向倪某汇款4万元。

2013年10月29日，倪某产下一子倪宝。孩子出生当天及11月底，徐某某、李某某先后两次探望孙子。同年12月31日，徐某某、李某某第三次探望孙子时，双方产生口角，事后经当地妇联协调，双方矛盾有所缓解。此后，徐某某、李某某夫妇每月一次至倪某住所探望孙子。在探望过程中，徐某某、李某某也携带一些孩子的食品及生活用品。2014年8月下旬，徐某某、李某某以近日将外出为由，要求提前探望孙子，被倪某以当月已探望为由而拒绝。8月31日，徐某某、李某某夫妇与两个亲戚至倪某住所要求探望孩子，双方为此又产生口角并有肢体冲突。

事后，经当地派出所、妇联协调未果。徐某某、李某某遂诉至法院，要求判令：1、其夫妇有权对孙子每月探望三次。2、倪某对其夫妇行使探望孙子的权利时应履行协助义务。对此，倪某辩称：因徐某某、李某某将徐某的死因归咎于其而致双方产生纠纷，但其仍忍辱负重地继续怀孕，除了对孩子的母爱情结，也包含了对逝去丈夫的告慰之情，可徐某某、李某某并未消除对其怨恨。随着孩子的出生，徐某某、李某某的保留血脉愿望实现后，对其原有的怨恨又再次显现并愈加强烈。其及家人虽为徐某某、李某某对孩子的探望提供了方便，但徐某某、李某某夫妇仍以各种理由借故滋事，为此还产生严重争执并报警处理。徐某某、李某某的行为已严重扰乱了其母子及家人的正常生活秩序，要求驳回徐某某、李某某的诉讼请求。

原审中，徐某某、李某某表示：1、其夫妇对儿子的突然离世痛不欲生，而孙子的降临，给其夫妇以莫大的精神慰藉。2、其夫妇对倪某独自抚养孩子的艰辛表示理解，也愿意在经济上予以帮助。3、随着孩子的日渐成长，在原本每月一次的探望期间，感觉到孩子与其夫妇已产生了陌生感，故要求增加探望次数，以增进祖孙间的亲近感。倪某表示：1、丈夫的突然离世，对其造成难以抹去的伤痛，而公婆将责任无端地归咎于其，使其受到了再次伤害。2、在是否继续妊娠问题上，其与家人充分考虑到徐某某、李某某夫妇对小生命的企盼情感，为延续徐家血脉作了巨大付出。3、徐某某、李某某在孩子出生前后对其的态度判若两人，此前的怨恨言行在孩子出生后又常有重现。4、徐某某、李某某在每次通知需要探望孩子时，总以自身便利为原则，充满着盛气凌人的霸道，从未考虑其与家人的合理安排与否，而对其与家人提出的建议总被否决，并由此而产生冲突。徐某某、李某某在冲突中的言行，给其及家人造成了严重不安。

原审法院曾多次组织双方调解，但因各执己见未果。

上述事实，有结婚证、死亡证明、接处警资料及双方当事人的陈述等证据在卷证实。

原审法院认为：

解决本案纷争需要对两个方面予以评判：一、导致本案诉讼的原因。二、徐某某、李某某夫妇是否享有探望孙子的权利。徐某某、李某某夫妇系失去独生子女的老人，要求探望自己的孙子，且对被探望者也是天伦共享的行为，系符天理、合人伦之举，却为何与倪某出现本案争执，除了双方所陈述的因素外，各自内心及背后所存在的处事理

念差异，实系导致矛盾升级的症结所在。关于徐某某、李某某要求探望孙子及倪某应予以协助的本案诉请，根据已查明的事实，结合当事人之间的关系及相关规定，对徐某某、李某某的诉请予以支持，但探望次数以每月一次为宜。“己所不欲、勿施于人”，双方应各自反省自身以往的不足，“得理不让人”远不如“有理让三分”。各自在追忆逝者的同时，也应感恩让孩子平安降生的上苍眷顾。而孩子成长的阳光与否，与双方今后的处事理念及方式密不可分。在以后的生活中，希望双方能尽快地从过往的悲愤中予以解脱，消弥以往的隔阂与怨恨，以真诚及善意换取对方的理解与信服，而各自谦让所产生的空间将更有利于孩子的健康成长。

为此，依照《中华人民共和国民法通则》第五条、第七条、《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条第一款之规定，原审判决：一、自判决发生法律效力之日的次月起至倪宝十周岁时止，徐某某、李某某可每月探望倪宝一次，倪某负有协助配合义务。具体探望方式为：每次的探望时间以六小时为限；探望地点除徐某某、李某某与倪某商定的地点外，以倪某经常居住地或由倪某指定的地点（本市市区范围内）为宜。二、驳回徐某某、李某某的其他诉讼请求。案件受理费 80 元，由徐某某、李某某负担 40 元，由倪某负担 40 元。

倪某不服原审判决，向本院提起上诉称：1、原审判决认定事实错误。其生育倪宝主要是考虑到被上诉人失去儿子后的家庭情况，其作出了重大牺牲，并非是与被上诉人达成一致意见。从其怀孕到孩子 1 岁多期间，被上诉人多次带人持械上门辱骂打砸，甚至抢走孩子，对其恶意诽谤污蔑，被上诉人的行为对其及其家人和孩子的身心都造成了严重的伤害。因此被上诉人的探望对孩子的健康成长有害无利。原审判决没有实事求是地反映其拒绝被上诉人探望的深层次原因。被上诉人曾汇款的 4 万元并非对其善意的关爱，而是试图买断其与孩子的所有关系。2、原审法院程序违法。原审没有对其提交的相关证据材料进行质证，也没有对其调查申请予以答复并进行调查，庭审中其要求发问也被制止，并未多次组织双方调解。3、原审判决适用法律错误。《婚姻法》规定探望权的主体为子女的父母，并没有赋予其他人，因此被上诉人的诉讼请求没有法律依据，江苏省高级人民法院也对此作出了明确规定，《妇女儿童权益保障法》规定父母对其未成年子女的监护任何人不得干涉，因此原审适用《民法通则》、《老年人权益保障法》的有关条款不当。故请求二审法院驳回被上诉人的诉讼请求。

徐某某、李某某辩称：1、原审判决认定事实正确。对于倪某生育倪宝是双方的一致意见，其给予倪某妊娠医疗费 4 万元，并从产检到生产予以全程精心安排是有诚意的关心，至于双方关于孩子的协议事出有因，徐某死亡后，其为了保住胎儿，多次恳求倪某不要打胎，倪某提出孩子的出生、抚养以及教育等费用全部由其承担等 6 条要求，其写下了协议初稿，但倪某歪曲成其买断孩子。孩子出生后至 2014 年 8 月 31 日，其共探望了 12 次，仅有两次探望发生了争吵，并不存在“持械打砸”的事实。孩子是徐家和倪家共同的血脉传承，祖孙之间是有血缘亲情的，其要探望孩子并无不妥。2、原审法院的审理程序合法，原审法官对双方当事人晓之以理、动之以情，尽到了司法为民的职责。3、原审判决适用法律正确。婚姻法司法解释（征求意见稿）规定，祖父母对父母已经死亡的孙子女，或者祖父母对父母无力抚养的孙子女尽了抚养义务的，可以向人民法院请求行使探望权。基于血缘关系，其要求探望孙子是人之常情，也符合中国的传统风俗习惯，体现了法律的人文关怀，也符合公序良俗的法律原则，因此原审判决适用《民法通则》、《老年人权益保障法》的相关规定是有理有据的。故请求驳回上诉人的上诉请求，维持原判。

一审查明的事实，二审予以确认。

二审中，倪某提交如下证据：1、山北派出所于 2013 年 12 月 31 日、2014 年 8 月 31 日的接处警登记表，2014 年 9 月 26 日主持调解的录音文字材料，2014 年 8 月 31 日被砸坏的门和损坏的花盆照片，证明：被上诉人两次到其家中打人、砸物、吵闹，双方发生冲突；2、2013 年 6 月 8 日的抚养协议，证明被上诉人有将倪宝带走的要求；3、2013 年 2 月 18 日至 3 月 4 日徐某的手机短信记录，证明：徐某的死亡与其没有任何关系。据此，认为徐某某、李某某在之前的探望中的辱骂打砸行为、以及将徐某的死亡归罪于其，已经对孩子及其家庭生活造成了严重影响，为保障孩子的健康成长及其家庭生活的安定，明确要求徐某某、李某某必须对之前的过错行为进行道歉，在取得其及其家人的谅解后再协商以后的探望事宜。

经质证，徐某某、李某某认为：第一次报警只是双方发生争执，没有到派出所调解，是上诉人事后自己报的警；第二次报警是因上诉人不让其探望才产生的冲突，损坏财物非其故意，愿意赔偿；抚养协议双方没有签字，该协议形成过程在答辩意见中已作出说明；手机短信记录与本案没有关联；之前冲突双方都有一定过错，由于徐某的突然死亡给其造成了精神打击，对方拒绝其探望致使其未能理智处理矛盾，为了给予孩子更多的亲情和关心，表示会对倪宝从精神和物质上亦尽到相应的抚养义务，并表示会主动避免矛盾发生。

本案二审争议焦点为：可否准许徐某某、李某某隔代探望倪宝；如准许，应当采用何种方式？

本院认为：

我国《婚姻法》虽将探望主体规定为离婚后不直接抚养子女的父或母，但在探望主体死亡或者丧失行为能力的情况下祖父母、外祖父母可否代替子女对孙子女或外孙子女进行探望未有明确规定。对此，应从法律规定之精神和中华民族文化传统进行综合衡量并作出妥当安排：

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

（二）探望孙辈是失独老人获得精神慰藉的重要途径之一，应视为老年人应有之权益，且可与孙辈享有代位继承权利之法律原理相对应。《老年人权益保护法》规定老年人养老以居家为基础，享有家庭成员尊重、关心和照料的权利。既然《继承法》赋予孙子女、外孙子女等在父或母先于祖父母、外祖父母死亡情形下有代位继承祖父母、外祖父母遗产的权利，同理失独老年人代替死亡子女行使探望权于法于理并不相悖，亦是对失独老年人的特殊保护和关心。

（三）近亲属担任未成年人的监护人应当遵循法定的顺序位阶，在未成年人有法定监护人的情形下，其他近亲属探望须遵守监护权行使的代际位阶，不得妨碍序位在先的监护人履行监护职责，否则监护人可依法要求中止不当探视。当然，监护人在行使监护权之时亦应为其他近亲属合理探视提供必要之便利。

（四）允许失独老人隔代探望、和谐共处履行监护职责与公序良俗、社会公德相符，亦是对中华民族传统美德的继承与发扬。在有利于未成年人健康成长、有利于亲属间感情融合的基础上，在不影响监护人履行法定监护职责的前提下，应当支持祖父母、外祖父母对孙辈的合理探望。

本案中，倪某作为孩子的母亲是法定的第一顺位监护人，对倪宝的监护权毋庸置疑，作为倪宝的祖父母徐某某、李某某应当充分尊重倪某法定第一顺位的监护权利。之前因探视发生争执和过激的行为不管起因如何，但在客观上的确对倪某及其父母的生活造成了相当影响，也不利于倪宝的身心健康。如果矛盾继续存在，不仅不利于探望，而且亦不符合立法之精神与家庭和谐之理念。鉴于徐某某、李某某已承诺不再纠缠过去矛盾，主动缓和双方关系，故可支持其采用适当方式探望倪宝。倪某作为直接抚养人也应理解和尊重徐某某、李某某，并感念他们在精神及物质上给予倪宝的帮助，其家人在俩位失独老人进行探望时应当给予恰当的、必要的便利，共同营造有利于孩子健康成长的良好环境。如果今后双方再因探望发生矛盾且对倪宝的正常生活和成长造成不良影响，作为第一顺位的监护人倪某可以通过法定途径依法维护其监护权的行使。

鉴于徐某某、李某某已对避免矛盾明确作出承诺，故原审所作判决可予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 80 元，由倪某承担。

本判决为终审判决。

审　判 长　费益君

审　判　员　朱光烁

代理审判员　王俊梅

二〇一五年十一月二十日

书 记 员　尹 慧

无相反证据又拒绝做亲子鉴定时推定亲子关系存在
——苏 X 琪诉李 X 明同居关系子女抚养纠纷案

2017-07-27　法律家

【中　法　码】婚姻家庭法学·同居关系·子女抚养·亲子关系（10103014）

【关 键 词】民事　同居关系子女抚养　出生证明　身份证　结婚　亲子关系　关系亲密　证据　合理解释　亲子鉴定

【学科课程】婚姻家庭法学
【知 识 点】非婚同居 亲子关系
【教学目标】明确非婚同居的构成要件，掌握亲子关系的概念，明确亲子关系的认定标准。
【裁判机关】江苏省南通市中级人民法院
【程序类型】民事二审
【案例效力】★★★☆☆ 被《人民法院报》2012 年 9 月 27 日刊载
【案例信息】
【案由】同居关系子女抚养纠纷
【案号】 (2011)通中少民终字第 0005 号
【上 诉 人】 苏 X 琪（原审原告）
【被上诉人】 李 X 明（原审被告）
【争议焦点】

女方非婚生子女的出生证明上写有男方的姓名及身份证号，男方拒绝做亲子鉴定且无法对出生证明作出合理解释时，能否推定女方所生子女与男方存在亲子关系。

【裁判结果】

一审法院认定：被告李 X 明、原告苏 X 琪并未结婚，原告苏 X 琪未提供充分证据证明其与被告李 X 明同居后产子，即其无法证明被告李 X 明与苏 xx 之间存在亲子关系，故不能认定被告李 X 明即为苏 xx 的生父。

一审法院判决：驳回原告苏 X 琪的全部诉讼请求。

原告苏 X 琪不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决：撤销一审判决，确认被上诉人李 X 明与上诉人苏 X 琪之子苏 xx 存在亲子关系；苏 xx 由上诉人苏 X 琪抚养；被上诉人李 X 明每月支付苏 xx 抚养费五百元直至其独立生活时止。

【裁判要旨】

女方怀孕生子时出生证明上写有男方的名字及身份证号码，但双方并未结婚。此后，女方提出诉讼，请求确认男方与其子存在亲子关系时，提供了其与男方关系亲密、其子的出生证明等证据；男方虽否认存在亲子关系，但未对出具身份证原件办理出生证明作出合理解释，亦未提供证据推翻女方的主张，同时拒绝做亲子鉴定。此时，根据婚姻法司法解释三的规定，应推定女方所生子女与男方存在亲子关系。

【法理评析】

在亲子关系认定纠纷中，亲子鉴定结论能够直接证明子女与父母之间是否存在亲子关系。但在司法实践中，启动亲子鉴定程序往往存在很多困难，最主要的是亲子鉴定需要父母一方协助或配合，而父母不予配合的情况较多。针对此情况，最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条明确规定，当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。据此，在女方提起诉讼，主张其所生子女系男方的亲生子女，并提供相应证据予以证明，同时申请亲子鉴定的情况下，男方明确表明拒绝做亲子鉴定，同时不能提供相应证据推翻女方主张的，应推定女方所生子女系男方的亲生子女，即该子女与男方之间存在亲子关系。

女方提起诉讼并申请亲子鉴定时，已经提供了其与男方关系亲密，载有男方姓名及身份证号码的子女《出生医学证明》等证据，用以证明其所生子女系男方的亲生子女。而男方否认与女方具有同居或性关系，但对出具身份证原件办理出生证明等事实不能做出合理说明，亦不能提供其他证据反驳女方的主张，同时拒绝做亲子鉴定，并不能合理解释不予配合进行亲子鉴定的原因。此时，根据上述司法解释的规定，应推定男方与女方所生的子女存在父子关系。

【适用法律】

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款 当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

【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】

1.什么是亲子关系。

2.一方拒做亲子鉴定时，亲子关系如何认定。

【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）：苏X琪。

被上诉人（原审被告）：李X明。

上诉人苏X琪因与被上诉人李X明同居关系子女抚养纠纷一案，不服(2010)崇少民初字第0032号判决书民事判决，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。

1995年起，苏X琪、李X明在江苏南通相识并成为朋友。2000年、2001年，苏X琪在南通仍与李X明有交往，后苏X琪离开南通。苏X琪与李X明未有过婚姻关系。2001年，苏X琪在南京产子，李X明未在场。2001年7月19日,南京市妇幼保健院出具《出生医学证明》给苏X琪，载明：新生儿姓名苏xx，出生日期2001年7月3日，出生地江苏省南京市建邺区,母亲姓名苏X琪,身份证号5111xxxxxxx3542,父亲李X明,身份证号3206xxxxxxx7403。李X明在得知苏X琪生子后,曾托人带1000元现金给苏X琪。从孩子苏xx出生至今，李X明未支付过抚养费用。

2011年7月,苏X琪以李X明对苏xx不履行生父责任为由诉至法院，请求判令：1.确认孩子苏xx系苏X琪与李X明的亲生子；2.确认苏X琪抚养苏xx；3.李X明每月支付抚养费500元。诉讼中，苏X琪提出亲子鉴定申请，李X明拒绝，鉴定未能进行。

南通市崇川区人民法院审理认为，李X明、苏X琪未有过合法的婚姻关系，苏X琪主张与李X明同居后产子并要求李X明承担相应的法律责任，苏X琪对此负有举证责任。苏X琪提供的《出生医学证明》系单方办理，亦未举证得到李X明的认同。苏X琪虽在诉讼中提出亲子鉴定申请，但李X明不予配合，由于苏X琪未能提供必要的证据证明李X明与苏xx之间存在亲子关系，故不能凭此做出李X明即为苏xx生父的推断。

崇川法院判决：驳回苏X琪的全部诉讼请求。

苏X琪不服，提起上诉。

南通市中级人民法院审理认为，苏X琪举证了其与李X明关系亲密、其子的《出生医学证明》等证据。李X明否认与苏X琪具有同居或性关系，但对出具身份证原件办理出生证明等事实不能做出合理说明，不能提供任何证据反驳苏X琪的主张,也不能合理解释不予配合进行亲子鉴定的原因及理由。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款，应推定苏X琪的主张成立。

南通中院终审判决：撤销原判，确认李X明与苏X琪之子苏xx具有亲子关系；苏xx由苏X琪抚养；李X明自本判决生效之日起每月支付苏xx抚养费500元直至其独立生活时止。

（三）财产分割案例

一方婚内取得的单位的股票期权属于夫妻共同财产

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-06-21 指导性案例审判规则

【审判规则】

在婚姻关系存续期间，公司员工获取了单位向其授予的股票期权。因股票期权是一个公司授予其员工在一定的期限内，按照固定的期权价格购买一定份额的公司股票的权利，具有工资薪金的性质，属于法律规定的夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同财产。故双方终止婚姻关系时，公司员工获得的股票期权应作为夫妻共同财产进行分割。

【关　键　词】

民事　离婚　配偶　股票期权　公司股票　婚姻关系　存续期间　工资薪金　夫妻共同财产　分割

【基本案情】

高X芬与骆X斌于2004年12月缔结婚姻关系，婚后无子女。骆X斌于婚后以其名义购买了价值190万元的房屋一处，并向银行申请贷款，现尚有三十四万元的贷款余额未还。骆X斌于2007年起在远洋公司（远洋地产控股有限公司）工作，该公司分年度向骆X斌授予股票期权，现被授股票期权可行权数量为二万股，行权股价为5.66

港元。骆X斌在宏源公司（宏源证券股份有限公司）的资产账户资金中的股票、资金总资产额为183 193.66元。骆X斌于2010年4月21日及27日分别从其所有的账户中转出资金五万元和二十三万元，该款项系用以归还其之前向其母亲所借的款项。至此，骆X斌名下账户中的资金余额为20 717.45元。经查明，2008年，高X芬的父亲因病重送去的五万元治疗费。

高X芬以其与骆X斌结婚后共同购买房产，骆X斌的母亲与其关系较差，其父亲患重疾去世，骆X斌仅赠与五万元医药费，且未参加葬礼，其与骆X斌的夫妻感情已经彻底破裂为由，提起诉讼，请求判令解除与骆X斌的婚姻关系，并依法分割夫妻共同财产。

骆X斌辩称：本人同意与高X芬离婚，同意依法分割夫妻财产；本人与高X芬于2008年向其父亲出借五万元，该款项属于本人与高X芬的共同债债权；同时，本人的姐姐供本人读书的费用为二十万元，加之本人欠母亲与姐姐的其他债务合计七万五千元，均属于本人与高X芬的共同债务，对此本人已经偿还了280 000元，高X芬婚后亦有收入，本人估计高X芬的净资产应为二十二万元。据此，请求法院依法分割全部财产。

【争议焦点】

婚姻关系存续期间，夫妻一方取得的单位授予的股票期权是否属于共同财产。

【审判结果】

一审法院判决：准予原告高X芬与被告骆X斌离婚；原告高X芬与被告骆X斌婚后共同购买的房屋归原告高X芬所有，该房屋对应的贷款三十四万元由原告高X芬偿还，原告高X芬给付被告骆X斌该房屋折价款人民币七十八万元；被告骆X斌持有的远洋地产控股有限公司的股票期权归被告骆X斌所有，被告骆X斌给付原告高X芬港币24 880元；被告骆X斌在宏源证券股份有限公司开立账号对应的总资产归被告骆X斌所有，被告骆X斌给付原告高X芬人民币91 596.83元；被告骆X斌其他账户中的存款账户中的存款归被告骆X斌所有，被告骆X斌给付原告高X芬人民币10 358.73元；被告骆X斌给付原告高X芬人民币十四万元。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

股票期权是指一个公司授予其员工在一定的期限内，按照固定的期权价格购买一定份额的公司股票的权利。行使期权时，享有期权的员工只需支付期权价格，即可得到期权项下的股票，而无论当日股票的交易价是多少。从股票期权的性质上来看，股票期权是公司为了激励员工而对员工进行的激励、奖励制度，员工行权后，可以获得一定的收益，因此，股票期权具有一种工资、奖金的性质。根据《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；知识产权的收益；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；其他应当归共同所有的财产。”同时，我国相关法律亦明确规定，个人股票期权所得一般视为工资薪金所得。综上，夫妻关系存续期间一方在单位取得的股票期权应当属于夫妻共有财产，可依法予以分割。

夫妻关系存续期间，公司员工在其工作单位被授予股票期权，因股票期权是公司为了激励员工而对员工进行的激励、奖励制度，当员工行权后，可获得一定的收益，具有一种工资、奖金的性质，故其属于法律规定的夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同财产。因此，公司员工的配偶因双方感情破裂提起离婚诉讼时，人民法院有权对公司员工获得的股票期权作为夫妻共同财产进行分割。因股票期权具有一定的身份性，故应归公司员工所有，公司员工取得股票期权的同时，应向其配偶支付一定钱款。

【适用法律】

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

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

（一）一方的婚前财产；
（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
（四）一方专用的生活用品；
（五）其他应当归一方的财产。

第三十一条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。

【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

高 X 芬诉骆 X 斌离婚纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】物权法·共有·共有类型·共同共有·夫妻共有 (T070102011)
【案 号】 (2010)朝民初字第 17508 号
【案 由】 离婚纠纷
【权威公布】 被国家法官学院《中国审判案例要览》(2012 年民事审判案例卷)收录
【检 索 码】 C0502+11++BJ++CY0310C
【审理法院】 北京市朝阳区人民法院
【审级程序】 第一审程序
【审理法官】 赵一平
【原 告】 高 X 芬
【被 告】 骆 X 斌
【原告代理人】 张荆（北京市凯亚律师事务所）
【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

原告：高 X 芬。

委托代理人：张荆，北京市凯亚律师事务所律师。

被告：骆 X 斌。

原告自贡市自流井区国有资产经营投资有限责任公司（以下简称国投公司）因与被告四川廉正工程咨询有限公司（以下简称廉正公司）发生离婚纠纷，向北京市朝阳区人民法院提起诉讼。北京市朝阳区人民法院立案受理后，依法由审判员赵一平独任审判，公开开庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告高 X 芬诉称：本人与被告骆 X 斌相识在 2002 年，2004 年 12 月结婚，2006 年我们购买了房产。2006 年年底，被告到沈阳工作，2009 年 5 月回到北京。其后，被告将其母亲和侄子接到北京。被告的母亲和本人关系很差，本人和被告也因为他母亲的问题吵过几次。本人想要孩子，被告也以本人与他母亲关系差为由，拒绝要孩子。2008 年 6 月，本人的父亲查出肺癌，至 2010 年 3 月去世，被告只给了 5 万元医药费，本人父亲的葬礼被告也未前去。综上，本人与被告的夫妻感情已经彻底破裂，故诉请法院判令：解除本人与被告的婚姻关系；依法分割夫妻共同财产。

被告骆 X 斌辩称：本人同意离婚，夫妻财产同意依法分割。另外，本人与原告高 X 芬于 2008 年借给原告的父亲 5 万元，属于共同债权。本人还欠本人姐姐供本人读书的费用 20 万元，该费用自高中到研究生一共十年，每年 2 万元，还欠本人母亲和本人姐姐其他债务合计 75 000 元。本人在 2010 年 4 月 21 日和 2010 年 4 月 27 日归还了本人母亲借款 28 万元。另外，原告在婚后也有收入，估计原告有资产净值 22 万元，本人要求一并分割。

经本院审理查明：原告与被告于 2004 年 12 月 28 日结婚，婚后未生育子女。被告在 2006 年 11 月以其名义购买了位于北京市朝阳区京棉新城 A3 区 T1T2 楼及配套公建 21 层 T12101 室房屋（以下简称涉案房屋），并就该房屋

向中国工商银行股份有限公司北京方庄支行申请了贷款。庭审中，原、被告均认可涉案房屋现值为190万元，贷款余额为34万元。自2007年起，被告所在单位远洋地产控股有限公司分年度向被告授予股票期权，一审法庭辩论终结之时，被授股票期权可行权数量为2万股，行权股价为5.66元（港元）。被告提供其在2010年5月28日打印的宏源证券股份有限公司的资产账户资金合并对账单（人民币），其上显示被告的股票、资金总资产额为183 193.66元，原告当庭表示认可。2010年4月21日及2010年4月27日，被告分别从其所有的账户中转出资金5万元和23万元，本院当庭询问被告上述款项的去向，被告称还给其母亲了，是之前向其母亲借的。截至一审法庭辩论时，被告名下账户中的资金余额为20 717.45元。原、被告均认可在原告父亲于2008年病重时送去治疗费5万元，原告称该款项为赠与，被告称系原告父亲向他们的借款，但均未就其所述提供相关证据。

上述事实有下列证据证明：

（1）结婚证。

（2）《商品房预售合同》。

（3）员工收入明细单。

（4）资金合并对账单。

（5）招商银行账户交易明细。

（6）当事人当庭陈述。

本院认为：公民有结婚、离婚的自由权利。现原告提出离婚，被告当庭予以同意，本院予以支持。原、被告的共同财产有涉案房屋、被告持有的股票期权中可行权的部分、被告在宏源证券股份有限公司开立账号对应的总资产以及其他账户中的存款，对于以上财产，本院依法予以分割。对于被告于2010年4月21日和4月27日转出的资金共计28万元，因上述款项系于原告提起离婚诉讼后转出，且被告并未就其所称的借款关系向本院提供证据，故本院对此笔款项，亦按双方的共同财产予以分割。关于被告所称尚欠其姐姐读书费用20万元，欠其母亲及姐姐7.5万元，亦因未向本院提供相应证据，本院对此不予采信。关于原、被告于2008年给付原告父亲的治疗费5万元，在原、被告均未就此款性质提出证据的情况下，本院不能认定为赠与，但因该债权涉及案外人，故本院认为应另行处理为宜。对于原、被告所欠共同债务34万元，本院亦依法予以分割。

依照《中华人民共和国婚姻法》第十八条、第三十一条之规定，判决如下：

一、准予原告高X芬与被告骆X斌离婚；

二、位于北京市朝阳区京棉新城A3区T1、T2楼及配套公建21层T12101室的房屋归原告高X芬所有，该房屋对应的贷款34万元由原告高X芬偿还，原告高X芬于本判决生效之日起十日内给付被告骆X斌该房屋折价款人民币78万元；

三、被告骆X斌持有的远洋地产控股有限公司的股票期权归被告骆X斌所有，被告骆X斌于本判决生效之日起十日内给付原告高X芬港币24 880元；

四、被告骆X斌在宏源证券股份有限公司开立账号对应的总资产归被告骆X斌所有，被告骆X斌于本判决生效之日起十日内给付原告高X芬人民币91 596.83元；

五、被告骆X斌其他账户中的存款账户中的存款归被告骆X斌所有，被告骆X斌于本判决生效之日起10日内给付原告高X芬人民币10 358.73元；

六、被告骆X斌于本判决生效之日起十日内给付原告高X芬人民币14万元。

案件受理费5 967元，由原告高X芬负担2 983.50元（已交纳），由被告骆X斌负担2 983.50元（于本判决生效后七日内交纳）。

男子婚后自掏腰包买套房 离婚后女方要求分割一半

2017-07-14 重庆晚报 唐中明

（原标题：婚后买房离异为啥不分割？）

按照常理，双方结婚后买的房子属于夫妻共同财产。如果有证据证明是单方掏钱买的房，则另当别论了。

陆先生在结婚后自掏腰包买了一套房，并登记在自己的名下，后来夫妻离婚，女方要求分割一半。近日，荣昌区法院判决，男方是用婚前的财产在婚后购房，属于个人财产。

陈女士和陆先生2009年8月结婚。一个月后，陆先生在荣昌城区花16万元，一次性付清全款买了一套房。两

年后，陆先生为这套房办理了产权证，将房屋登记在了自己的名下。

由于双方感情不和，2015 年 8 月，双方经法院判决离婚。

今年年初，陈女士将陆先生告到了法院，要求分割陆先生名下的这套房屋。陈女士称，由于这套房一直是由陆先生实际居住。这套房现在的价值至少在 30 万元以上，要求分一半，由陆先生支付 15 万元给她。

法院开庭时，陆先生认可这套房现有的实际价值为 30 万元，但表示这套房是自己花钱买的，理应属于个人所有。

为了证明自己的说法，陆先生向法官出示了当年的银行流水，对购房款的来源及流向作了说明，证明这套房确实是用婚前的个人财产购买，应该属于个人财产。

陈女士则认为，陆先生这套房是在双方结婚后买的，理应属于夫妻共同财产。

法院审理后认为，陆先生举示的账户明细、取款凭条、存款/转账凭条、定期存单等证据已经组成较为完整的证据链条，法院对陆先生所称该住房系用婚前个人财产购买的事实予以确认。

法院认为，一方的婚前财产系夫妻一方的财产。该案所争议的住房为被告用婚前个人财产购买，且登记在自己名下，应系个人财产。加之，陈女士没有举证证明荣昌住房购房款的来源及流向，所以陈女士要求分割这套住房，被告支付原告房屋价值 15 万元的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

近日，荣昌法院判决陈女士败诉。

承办法官称，在离婚后财产纠纷诉讼中，财产分割只在夫妻之间进行，对于讼争房屋的事实及权利状态，夫妻双方都是清楚的。鉴于房屋产权登记只是不动产对外公示和取得政府担保该所有权归属的方法，不动产物权的登记时间不应影响不动产物权业已确定的归属。只要夫妻一方用婚前个人财产购买房屋，且房产权属登记在该方名下的，应认定房产系该方的婚前个人财产。

离婚时妻子要分征地款丈夫却说花光了 法院这么判

2017-07-05 南海网

摘要： 海口一对夫妻相识几天就“闪婚”。结婚不到 1 年，丈夫以户主的名义先后领取了 72 万的征地补偿款。钱没能给这对“闪婚”夫妇带来幸福，两人因争吵长期分居。当妻子以感情不和为由提起离婚，并要求分割其中 60 万元的补偿款时，丈夫却说给父亲治病、家里盖房、投资生意等已经花光了。□南国都市报记者何慧蓉 通讯员胡坤坤

“闪婚”夫妇分得 72 万元征地补偿款

妻子提出离婚要分 30 万丈夫却说“花光了”

“法庭见”结果你猜怎么样？

赔了夫人还赔钱

法院终审判离婚，丈夫返还妻子 30 万

海口一对夫妻相识几天就“闪婚”。结婚不到 1 年，丈夫以户主的名义先后领取了 72 万的征地补偿款。钱没能给这对“闪婚”夫妇带来幸福，两人因争吵长期分居。当妻子以感情不和为由提起离婚，并要求分割其中 60 万元的补偿款时，丈夫却说给父亲治病、家里盖房、投资生意等已经花光了。□南国都市报记者何慧蓉 通讯员胡坤坤

争

妻子起诉离婚要分 30 万

他称补偿款全部已花光

刘倩与林翔经他人介绍相识，几天便登记结婚。当时是 2014 年 2 月 8 日。两人婚后未共同生育子女。婚后初期，夫妻俩共同在海口市区租房居住，但之后因感情不和经常发生争吵，没多久两人就开始分居生活。

在刘倩起诉离婚时，夫妻俩获得的征地补偿款分配问题成为这段婚姻终止的最大争议点。

在两人登记结婚不到 1 年的时间里，林翔获得了 72 万元的征地补偿款。这些钱，都在林翔的银行账户，由林翔直接管理和使用。刘倩向法院提起诉讼，请求判决与林翔离婚，夫妻共同财产——土地分配款二人各享有 50%的权利。当时，刘倩只要求对其中的 60 万元进行分割，自愿放弃对剩余部分财产权利的主张，对于林翔出资建造的房屋亦放弃主张。

但是，庭审中，林翔却说刘倩所要求分配的60万元征地补偿款已全部用于家庭开支，其中资助父亲治病10万元、老家盖房花销25万元、与他人合伙做生意出资25万元且全部亏损。按林翔的说法，钱已经花完了。

判

重大决定应征求妻子意见 终审判决丈夫返还30万元

钱花光了就可以不分给妻子了吗？一审法院认可林翔出资资助父亲治病、与同胞兄弟共同建房是对夫妻共同财产的合理处分，刘倩自愿放弃主张对该房产进行分割，应予以照准，但对于林翔在缺乏商业经验的情况下未经刘倩同意擅自将夫妻共同财产25万元投资生意并导致亏损，认为侵犯了刘倩的平等处分权，林翔应返还属于刘倩的部分财产。法院一审判决林翔返还刘倩15万元。

宣判后，刘倩不服，向海口中院提起上诉。海口中院审理认为，根据婚姻法解释的规定，林翔在领取涉案的60万元征地补偿款后非因日常生活需要对该款项做重大处理决定时应征求刘倩的意见。林翔所称10万元用于资助其父亲治疗疾病，但其父亲治病发生在2006年8月和2014年7月，当时征地补偿款并没有发放，与事实不符。对于25万元出资与同胞兄弟共同建造房屋，虽然建造房屋的行为是改善家庭生活居住条件，但未经刘倩同意，故刘倩要求不对建造房产分割而要求分割25万元有理，应予以支持。对于25万元投资生意已亏损，因林翔未经刘倩同意擅自将25万元投资生意并导致亏损，侵犯了刘倩的夫妻共同财产平等处分权，由此产生的债务应由林翔自行承担。

对此，海口中院终审判决维持一审准予刘倩与林翔离婚的判决；撤销一审判决林翔向刘倩返还150000元判决，变更为林翔向刘倩返还共同财产30万元。（涉案人物为化名）

（四）扶养赡养案例

为空巢老人垫付医疗费却“有借无还”
镇政府起诉要求老人子女偿还获支持

2017-07-08 人民法院报 孙山中 查红武

本报讯 近日，安徽省泾县人民法院审理了一起镇政府为独居“空巢”老人垫付医疗费而向其子女追偿不当得利的案件，法院判决老人子女给付镇政府垫付的医疗费共计2.5万余元。

李老汉系茂林镇人，年近七旬，育有一儿一女，子女均在外地务工，李老汉一人独居在老家，又体弱多病，是典型的“空巢”老人。

2016年7月初，李老汉出现精神疾病需送医院治疗，其子女出具委托书，委托村委会办理李老汉到宣城市第四医院治疗事宜，住院产生的费用等均由李老汉子女承担。

7月7日，村委会与茂林镇政府将李老汉送至宣城市第四医院治疗，李老汉被诊断为患有脑器质性精神性病、脑梗塞、心律失常。8月24日，李老汉在住院期间不慎摔倒，致颅脑损伤，当日转院宣城市中心医院治疗，被诊断为重型颅脑损伤、脑器质性精神障碍，又住院半个月后才出院。

2017年2月，李老汉再次出现精神疾病病症，镇政府随即短信通知其子女，并会同村委会再次将李老汉送至宣城市第四医院治疗。5月15日，李老汉子女将其接出院。

李老汉两次住院，其子女只在第一次住院付5000元，余款2.5万余元由村委会垫付，后茂林镇政府支付了村委会垫付的款项。因李老汉拒不支付该款项，茂林镇政府于2017年3月18日向法院提起诉讼，要求李老汉子女给付垫付的2.5万余元。

庭审中，李老汉子女辩称，第一次住院已与镇政府商定各出5000元，李老汉住院期间摔倒受伤，应由医院承担责任，第二次住院他们并不知情，所以不同意支付相关费用。

法院经审理认为，李老汉年老体弱、丧失劳动能力时，其子女负有赡养扶助义务；茂林镇政府会同村委会在李老汉子女外出务工期间，主动将生病的李老汉送医院治疗并垫付了医疗费，已经履行了基层政府善良管理人的职责，但镇政府对该费用并无法律上的给付义务，该费用应由李老汉子女承担。李老汉子女认为不能承担住院摔倒受伤的医疗费用，可依法另行主张，但不得以此对抗镇政府要求支付医疗费的诉请。法院遂作出如上判决。

（孙山中 查红武）

老翁诉请儿子精神赡养 法院调解每月探望一次

2017-07-13 人民法院报 李鸿光

本报讯 我国相关涉老法律规定，与老年人分开居住的家庭成员，有义务经常看望或问候老年人，被媒体解读

为“常回家看看写入法律。”如今，年过六旬的老人大多经历过计划生育严管时期，除生育双胞胎外大多只有一个子女，老年人的孤独特别希望子女多多上门探望。年逾七十有二的荣老（化名），一纸诉状将 40 开外的儿子晓荣（化名）告上法院，除了要求儿子给付赡养费外，更提出要求儿子精神赡养经常探视。近日，经上海市静安区人民法院调解，晓荣每月除了给付荣老赡养费 300 元外，还要前往荣老家探望一次。

荣老诉称，8 年前因夫妻关系不睦，遂协议离婚。他将原有住房留给了妻子、儿子，他本人在郊区租借房屋生活。荣老诉称其子至少有 10 年之久冷落他，当他提出要求儿子帮助时，得到回答竟然是“不搭界”。已到耄耋之年的荣老说，父子之间的血缘亲情关系是不能割舍掉的，希望古稀之年做儿子的能善待老人，但其子非但没有尽到赡养义务，更没有主动探望过自己，儿子的冷漠使得他心理上遭受极大的创伤。荣老认为赡养父母天经地义，不赡养父亲的行为，违反了法律规定和伦理道德的底线，请求法院判决予以支持。

法庭上，晓荣则称其父起诉曲解事实，所描述的内容与实际情况不符。涉及房屋是其本人通过商业贷款所购置，目前仍在还贷。父母夫妻关系不合原因是其父有婚外情等所导致，其父要求将其再婚生育一子户口报入他处遭拒绝。其父品行不端所生之子，是与其母离婚前 9 年出生的，直至 2009 年才被察觉。其父的多种叛离亲人叛离家庭的恶劣行为，给他及母亲造成了巨大伤害。其父每月退休金在 4000 元以上，且还是一家私营电气自动化有限公司的老板，一直在计划购买房屋，经济上不存在困难。而晓荣还陈述自己现在处于失业状态，且女儿现就读高三，经济压力很大。

荣老代理律师也称，荣老已组成了新的家庭，也育有一子现年 16 岁，每月需要开支 2000 元的生活费，这些都构成对荣老的经济压力。所谓办公司是与他人花费 2000 元合作开办的，但始终没有经营过就不了了之。晓荣则辩称，其父月退休金 4000 多元支撑一人生活经济上绝对足够了，但要支撑一个家庭肯定困难。但要他帮助去养活另一个家庭也不现实，也不符合相关法律规定。晓荣的表态与开始的固执态度有了一定缓和。

最终经法院调解，荣老与儿子晓荣达成了和解，由晓荣每月支付荣老赡养费 300 元，晓荣每月自愿前往荣老住处看望一次。

圆桌法庭 七年之痒终分飞 轮流抚养止纷争

2017-07-25 法润花季 曹艳梅

近日，我庭受理了一起离婚纠纷，双方当事人都同意离婚，对财产分割也无争议，但双方对 6 岁婚生女的争养已经发展到“抢”孩子、“藏”孩子的地步。此案若处理不慎，双方长期积累的矛盾有可能进一步激化。

秦某和曾某于 2008 年登记结婚，2011 年生育一女曾某某，后因家庭琐事致使夫妻关系失和。2015 年 12 月分居至今。2017 年秦某起诉要求离婚。原审判决准予双方离婚，曾某某随父亲曾某共同生活。原审对抚养费、探望权和双方财产分割也进行了处理。原审判决后，秦某不服，上诉至本院，要求将孩子的抚养权判归秦某。

合议庭敏锐地关注到此案的特殊性。审判长第一次审理时就动之以情晓之以理地综合分析了双方的抚养条件、抚养能力、双方分居期间孩子由双方轮流抚养的现状等情况，建议双方以半年或一年为周期轮流抚养较为妥当。但庭审中秦某情绪激动，曾某怨气也不小，双方一时难以接受法官提出的轮流抚养方案。

庭审后，审判长和法官助理再次对案件进行了梳理。本着有利于未成年子女健康成长的审判原则，避免双方矛盾升级，法官决定有必要再组织双方当事人进行调解。此后，法官助理多次与双方当事人联系，耐心释法，悉心劝解，耐心听取当事人的意见，从心理上引导双方放下怨恨，不要人为割断孩子与父母之间的血缘亲情，为了孩子的健康成长一切往前看。更从情理和法理上突出轮流抚养的好处，既能化解双方的矛盾，又能维系与女儿的感情联系，有利于孩子的生活和健康成长，公平地维护双方的合法权利。

最终，在审判长和法官助理的多次努力下，秦某和曾某均表示愿意放下心中多年的包袱，理智冷静地站在孩子角度考虑法官给予的意见和建议，接受了法官提出的轮流抚养的方式，并至法院签署了按半年周期轮流抚养孩子的调解协议，并表示今后与孩子有关的重大事项均尽量友好协商解决。

在目前的司法实践中，以调解的方式变未成年子女“随一方生活”为离婚夫妻双方轮流抚养，对最大限度切实缓解离婚夫妻双方矛盾，最大限度实现未成年子女的健康成长，均有益处。如何将轮流抚养方式常态化、具体化，法院能否以判决的方式确定离婚夫妻轮流抚养未成年子女等问题值得继续研究。

附：

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》（法发[1993]30 号）第 6 条，

在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可予准许。

（五）离婚后财产纠纷及相关纠纷

离婚后夫妻一方应依照约定占有、使用共有房屋

（部门机构编辑出版的参考性案例中确定的审判规则）

2017-07-05 指导性案例审判规则

【审判规则】

1．夫妻双方在婚姻关系存续期间投资建造的房屋属于夫妻共同财产，即使该共有房屋已公证登记到双方婚生子女名下，但夫妻双方在离婚时，以离婚协议的方式明确约定双方对该共有房屋均享有居住权。离婚后，夫妻一方依照离婚协议的约定主张其对该共有房屋享有占有、使用权利的，有事实和法律依据，应予以支持。

2．除去夫妻一方的其他家庭成员针对共有房屋签订赠与协议，将各自享有的份额赠与家庭成员中的未成年子女的，未处置夫妻一方的应有份额，对夫妻一方的权利义务并未产生实质影响。根据合同主体的相对性，非赠与协议当事人的夫妻一方无权依据赠与协议向其他家庭成员提出请求，故其无权提起诉讼请求确认赠与协议无效。

【关键词】

民事　物权确认　婚姻关系　投资建房　夫妻共同财产　共有房屋　离婚协议　居住权　占有权　使用权　家庭成员　赠予协议　份额　主体相对性

【基本案情】

王X逢与洪X真原为夫妻关系，王X系二人婚生子，王X吉与周慧敏系夫妻关系，为王X逢的父母。2006年，王X逢与洪X真婚姻关系存续期间与王X逢兄嫂王建设、王月华共同出资建造涉案房屋（位于厦门市集美区后溪镇崎沟村碗头崎社2号，共三层），并将该房屋登记在王X吉名下。涉案房屋建成后，洪X真和王X逢与王建设夫妻就各自的使用范围做出了具体明确的划分。2010年6月，在王X逢与洪X真夫妻关系存续期间，王X吉、周慧敏、王X逢和王X经协商签订了《赠与协议》，约定：王X吉、周慧敏、王X逢自愿将涉案房屋中由其实际使用的份额赠与王X；但因王X系未成年人，故赠与房屋由王X逢、洪X真代为管理直至王X成年。同日，厦门市杏南法律服务所针对该《赠与协议》出具《见证书》。八日后，洪X真与王X逢自愿办理离婚手续，并在《离婚协议书》中约定：涉案房屋系夫妻双方婚姻关系存续期间所建，现虽已公证到婚生子王X名下，但双方仍享有居住权，且现有家具共用。

洪X真以涉案房屋系其与王X逢在夫妻关系存续期间投资建造为由，提起诉讼，请求确认其对涉案房屋拥有占有、使用的权利，并确认《赠与协议》有效。

【争议焦点】

夫妻在离婚协议中约定夫妻二人对登记在子女名下的共有房屋均享有居住权，离婚后，夫妻一方可否依据离婚协议的约定主张对共有房屋的占有及使用权利。

【审判结果】

一审法院判决：确认原告洪X真拥有对涉案房屋中赠与协议载明由原告洪X真与被告王X逢投资建造部分（面积为268.566平方米）行使占有、使用的权利。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

1．意思自治原则是民法的一项重要基本原则，在物权法上主要表现为财产自由原则，即财产权利人在法律规定范围内拥有依自由意志对物行使占有、使用、收益和处分的权利。《中华人民共和国物权法》第三十九条规定，所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。第九十六条规定，共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人均有管理的权利和义务。而在我国婚姻关系中，夫妻财产制以共同共有为原则，即在婚姻关系存续期间，夫妻双方的财产属于共同共有。在离婚时，夫妻双方对共有财产可以进行分割，未分割的仍为双方共同所有；夫妻双方以离婚协议的方式对共同所有的房屋进行约定的，应依照约定占有、使用房屋。

在婚姻关系存续期间，夫妻双方共同参与投资建造的房屋属于夫妻共同财产，夫妻双方均为房屋的共有人，该共有房屋虽已经公证登记至双方未成年婚生子女的名下；但夫妻双方在离婚时，已经以签署离婚协议的方式，在离

婚协议中明确约定双方对该共有房屋依然享有居住权的，该约定既符合意思自治原则，亦符合法律规定，合法有效。离婚后，夫妻一方依据该离婚协议的约定，主张其对该共有房屋享有占有、使用权的，具有事实和法律依据，应予支持。

2．合同相对性是指合同项下的权利义务只能赋予给当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请强制执行合同；具体包括主体相对性、内容相对性和责任相对性。其中，合同主体的相对性是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼；非合同当事人并不产生合同上的权利义务关系，因此不具备合同主体资格，不能向合同当事人提出请求或提起诉讼。经共有人协商一致共有财产可以转让，但根据合同相对性原则，非转让合同的部分共有人不能依据转让合同向其他共有人提出请求或提出诉讼。

夫妻一方虽为房屋共有人，但其他家庭成员签订的赠与协议仅约定将各自对共有房屋的实际使用份额赠与夫妻双方的未成年婚生子的，并未处分夫妻一方的应有份额，未对夫妻一方的权利义务产生实质影响。因此，根据合同主体的相对性，夫妻一方并非赠与协议的当事人，其无权向赠与协议中的其他家庭成员提出请求，亦无权以其他家庭成员为诉讼主体，提起诉讼请求确认其他家庭成员签订的赠与协议无效。

【适用法律】

《中华人民共和国物权法》第三十九条　所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

第九十六条　共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

【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

洪X真诉王X逢、王X吉、周X敏物权确认纠纷案

【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　(L040403022)

【案　　号】　(2011)集民初字第296号

【案　　由】　物权确认纠纷

【权威公布】　被中国法制出版社《中国法院2013年度案例：物权纠纷》收录

【检索　码】　C0303+32++FJXMJM0311D

【审理法院】　福建省厦门市集美区人民法院

【审级程序】　第一审程序

【原　　告】　洪X真

【被　　告】　王X逢　王X吉　周X敏

【第　三人】　王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：洪X真。

被告：王X逢。

被告：王X吉。

被告：周X敏。

第三人：王X。

原告洪X真因与被告王X逢、王X吉、周X敏发生物权确认纠纷，向本院提起诉讼。本院依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

经本院审理查明如下事实：王X吉与周慧敏系夫妻关系，是王X逢的父母，王X逢与洪X真原为夫妻关系，王

X 系其婚生之子。2010 年 6 月 20 日，经王 X 吉、周慧敏、王 X 逢和王 X 协商一致，签订一份《赠与协议》，《赠与协议》载明，位于厦门市集美区后溪镇崎沟村碗头崎社三层房屋一栋登记在被告王 X 吉名下，但该房屋实际是洪 X 真与王 X 逢夫妻关系存续期间与王 X 逢兄嫂王建设、王月华于 2006 年间共同出资建造，房屋建成后，洪 X 真和王 X 逢与王建设夫妻已经就上述房屋各自的使用范围做出了具体明确的划分。《赠与协议》同时约定，王 X 吉、周慧敏、王 X 逢自愿将上述房屋中由其实际使用的份额全部赠送给王 X；鉴于王 X 在接受赠与时尚未成年，上述赠与房屋王 X 逢、洪 X 真同意代为管理至乙方成年为止。该《赠与协议》经当事人各方共同向厦门市杏南法律服务所申请见证，该法律服务所于 2010 年 6 月 20 日出具《见证书》。

2010 年 6 月 28 日，洪 X 真与王 X 逢自愿到厦门市集美区民政局办理离婚手续，双方在《离婚协议书》第二条明确约定：“夫妻双方婚姻关系存续期间所建的房子，位于厦门市集美区后澳镇崎沟村碗头崎社 2 号，房屋共三层 250 平方米现已公证到婚生子王 X 名下，但双方照样享有居住权，现有家具共用。”原告认为，讼争房屋系自己与王 X 逢在夫妻关系存续期间投资建造，且房屋内的家用电器也是自己在离婚前出资购置的，故对讼争房屋拥有无可争议的占有、使用权利。

经本院审理认为：讼争房屋系原告洪 X 真与被告王 X 逢婚姻期间所建，登记在被告王 X 吉名下，被告王 X 吉、周 X 敏与王 X 逢夫妻二人居住在一起，故讼争房屋依法由原、被告等家庭成员共有。《中华人民共和国物权法》第三十九条规定，所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。第九十六条规定，共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。王 X 逢、洪 X 真双方在《离婚协议书》也明确约定“双方照样享有居住权”。因此，原告洪 X 真对讼争房屋依法享有占有、使用和管理的权利。故原告关于确认原告拥有对讼争房屋行使占有、使用权利的主张，本院予以支持。至于赠与协议的签订双方为被告王 X 吉、周 X 敏与第三人王 X，原告洪 X 真不是赠与协议的当事人一方，其主张赠与协议的有关权利，要求确认赠与协议合法有效，属于主体不适格，予以驳回，另行裁定。

综上，依照《中华人民共和国物权法》第三十九条、第九十六条的规定，判决如下：确认原告洪 X 真拥有对位于厦门市集美区后溪镇崎沟村碗头崎社三层房屋中赠与协议载明由原告与被告王 X 逢投资建造部分（面积为 268.566 平方米）行使占有、使用的权利。

离婚 7 年父亲不愿将房产过户，被女儿告上法庭 法院判决：三十日内完成过户

2017-06-21 信息时报　通讯员 冷静 刘伟乐

离婚时，小施父母签订《离婚协议书》，约定父亲将南城区一套房产过户至自己名下，但 7 年过去，因父亲不愿过户，小施一纸状书将其告上了东城法庭。

阿冬（化名）与小琳（化名）1997 年登记结婚，并育有一女，2010 年签订离婚协议书并办理离婚手续，约定将夫妻共有的位于东莞市南城区的房产及位于莞城的另一套房屋赠与女儿小施。

7 年后，阿冬重新组建了家庭，女儿小施也逐渐长大。小施要求父亲将房产过户至其名下，但是父亲自始至终没有行动。因此，小施向法院提起了诉讼。

庭审现场，被告阿冬辩称，《离婚协议书》不是其真实意思，其原意是南城的房产归他所有，位于莞城的房屋归小琳所有。

东莞市第一人民法院经审理认为，依据离婚协议书的约定，无偿的取得该房产，应视为赠与。但该赠与和一般的民事赠与不同，其包含了父母解除婚姻关系及子女抚养等涉及身份关系的内容，因此，在法律适用上应适用有关身份关系的婚姻法规定。阿冬以财产协议及撤销赠与声明书撤销案涉的赠与行为，不符合任意撤销赠与的条件。法院判决阿冬在判决生效之日起三十日内协助女儿将涉案房产过户。信息时报记者 曾德顺

协议离婚后发现对方隐藏夫妻共同财产应如何救济

2017-07-26　法信

导读:根据《婚姻法》相关规定，对隐藏、转移、变卖夫妻共同财产一方，分割夫妻共同财产时可以少分或不分。本期法信通过权威案例解读，结合法律、案例和专家观点，简要梳理了协议离婚后发现对方隐藏夫妻共同财产的权利救济问题，供读者参考。

法信码 | A2.I23828

一方转移、隐藏、变卖、毁损夫妻共同财产

或企图侵占另一方财产的

法信·权威案例

袁丽诉熊海涛离婚后财产纠纷案

【案例要旨】

双方协议离婚后，一方发现对方存在隐藏夫妻共同财产行为，该离婚协议中涉及双方离婚、放弃抚养等表征合意且排除重大误解的内容依然有效。对于被隐藏的夫妻共同财产，其可以向法院提起诉讼要求予以再次分割。

【案号】

一审：（2015）梁法民初字第 01060 号

二审：（2015）渝二中法民终字第 01824 号

【案情】

原告：袁丽

被告：熊海涛

第三人：曾炽秀

1999 年 1 月 1 日，袁丽（女）与熊海涛（男）登记结婚，次年生育一女熊某。期间，袁丽、熊海涛与熊的母亲曾炽秀、父亲熊正国共同生活，共同经营茶馆。2015 年 2 月 17 日，熊海涛在唐武强所经营的彩票店中购买了双色球福利彩票一张，并于当晚知悉中得巨额大奖。2015 年 2 月 25 日(兑奖前一天)，袁丽与熊海涛协议离婚并办理离婚登记。

2015 年 2 月 26 日，熊海涛在熊建伟、崔辉的陪同下到重庆市福利彩票中心完成兑奖，兑得税后奖金 460 万元并存入熊海涛在中国建设银行的个人账户。兑奖当日，熊海涛即分别向熊建伟、崔辉账户各转入 50 万元，次日向彩票店经营者唐武强银行账户转入 14 万元。随后，熊海涛以本人名义缴纳 220 万元购买幸福人寿保险公司重庆分公司某万能型保险，另有 46 万余元转存于熊海涛在重庆农村商业银行的个人账户。离婚后几天，袁丽从朋友处得知熊海涛中得巨额大奖，袁丽认为中得奖金为夫妻共同财产，其应分得一半，但熊海涛强烈拒绝。2015 年 3 月 10 日，袁丽向法院提起诉讼，要求分得彩票奖金 230 万。熊海涛的母亲曾炽秀以中奖彩票系其购买为由，作为第三人参加诉讼。

原告诉称：被告熊海涛购买双色球中得巨额奖金 460 万元并故意隐瞒中奖事实，于兑奖前一天欺骗原告与其办理离婚登记。虽然熊海涛兑付彩票奖金行为在离婚后第二天完成，但该彩票系在离婚前购买并于当日获知中了巨额奖金，因此该彩票奖金属于夫妻共同财产。原告作为夫妻一方，有权要求对夫妻共同财产予以分割并获得该彩票奖金的一半即 230 万元。

被告辩称：双色球中奖彩票并非被告购买，而是由第三人曾炽秀购买，且原被告协议离婚不存在胁迫或者欺诈，系双方真实意思表示，请求法院依法驳回原告诉求。

第三人述称：双色球中奖彩票系第三人购买，因春节期间不能兑奖，便委托原告熊海涛与儿子熊建伟、女婿崔辉一起去兑奖，请求法院判决确认中奖彩票归第三人所有。

【审判】

重庆市梁平区人民法院经审理认为：家庭共有财产是指家庭成员在家庭共同生活期间共同创造、共同所得的财产。袁丽与熊海涛在婚姻关系存续期间，均未有固定工作，与熊的母亲曾炽秀、父亲熊正国共同生活，共同经营茶馆，茶馆收益及第三人曾炽秀的养老金共同用于家庭开支。本案讼争的彩票虽系第三人曾炽秀购买，但应视为以家庭开支购买，彩票奖金应作为曾炽秀、熊正国、熊海涛、袁丽的家庭共同财产为宜。彩票奖金依法应当按照家庭成员曾炽秀、熊正国、熊海涛、袁丽 4 人进行分割。袁丽主张彩票奖金应按夫妻共同财产进行分割，未提供足够证据证实该彩票系熊海涛购买，对该请求不予支持，遂判决第三人曾炽秀购买双色球福利彩票中奖所得奖金 460 万元属袁丽、熊海涛、第三人曾炽秀、案外人熊正国的家庭共同财产，由熊海涛支付袁丽应分得彩票奖金 115 万元，驳回袁丽、第三人曾炽秀的其他诉讼请求。

宣判后，袁丽不服一审判决，提起上诉，认为双色球中奖彩票并非曾炽秀购买而系熊海涛购买；袁丽和熊海涛虽与曾炽秀、熊正国共同居住，但并不属于法律意义上的共同生活、共同经营，购买彩票的资金应属于个人支出而非家庭支出。熊海涛、第三人曾炽秀不服一审判决，亦提起上诉，认为虽然对一审法院认定的事实没有异议但袁丽

在离婚前即已离家，除身份关系外，袁丽在经济上与熊海涛、曾炽秀已无任何关系，用于购买彩票的资金亦与袁丽无关，故袁丽应分得的彩票奖金数额不应超过 50 万。

重庆市第二中级人民法院经审理认为：一审法院认定双色球中奖彩票系第三人曾炽秀购买错误，应认定为熊海涛购买；认定熊海涛所购买彩票的奖金属于袁丽和熊海涛与其母曾炽秀、其父熊正国的家庭共有财产错误，应认定为袁丽和熊海涛的夫妻共同财产；熊海涛故意隐藏夫妻共同财产本应少分或不分，但袁丽一、二审均主张分配彩票奖金 230 万元，应视为袁丽对其权利的正当处分。故此，袁丽请求分得彩票奖金 230 万元的上诉请求成立，予以支持；一审法院认定事实错误，适用法律错误，予以纠正。遂判决撤销一审民事判决，熊海涛购买双色球福利彩票中得奖金 460 万元属熊海涛和袁丽在婚姻关系存续期间共同所有的财产，熊海涛应在规定期限内支付袁丽彩票奖金 230 万元；驳回袁丽其他诉求；驳回第三人曾炽秀的诉求。

（摘自《协议离婚后发现对方隐藏夫妻共同财产的权利救济》，作者：王剑波、詹亮、吴美来、石同全，作者单位：重庆市第二中级人民法院、重庆市梁平区人法院，载《人民司法·案例》2017 年第 11 期）

法信·相关案例

1. 协议离婚后一方当事人发现对方有隐藏夫妻共同财产行为的，可以诉请再次分割夫妻共同财产——李某诉孙某离婚后财产纠纷案

本案要旨：婚姻关系存续期间用夫妻共同财产购买的房产属于夫妻共同财产，协议离婚后，一方当事人发现对方有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

审理法院：北京市第一中级人民法院

来源：最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例（北京） 2015-12-4

2. 一方离婚前转移、隐匿夫妻共同财产，离婚时可以少分或不分——雷某某诉宋某某离婚纠纷案

本案要旨：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，依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。

案号：（2015）三中民终字第 08205 号

审理法院：北京市第三中级人民法院

来源：最高人民法院第 14 批指导性案例第 66 号

3. 协议离婚后发现对方存在夫妻共同债权未做分割的，当事人有权请求人民法院再次分割夫妻共同债权——刘某诉王某离婚财产纠纷案

本案要旨：夫妻双方办理协议离婚后，一方发现另一方仍有婚姻关系存续期间的共同债权未做分割，对另一方故意隐藏夫妻共同财产的行为，一方有权向人民法院提起诉讼，要求再次分割对方隐藏的夫妻共同债权。

来源：江苏法院网 2013-3-28

法信·相关观点

1. 协议离婚后发现对方隐藏夫妻共同财产的，适用《婚姻法》第 47 条的规定

《婚姻法》第四十七条第一款同样适用于协议离婚的情形，从法律条文的表述来看，并没有区分判决离婚和协议离婚。实际生活中，在离婚当时查清所有的夫妻共同财产并不容易。协议离婚中当事人双方对共同财产分割达成的协议未对全部财产作出处理，是由于一方的隐藏、转移等行为或其他原因导致的，并非是另一方对不知情部分财产行使了处分权，故上述规定适用于所有离婚之情形。

（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 3 月出版）

2. 离婚过程中发现对方隐藏夫妻共同财产的救济方法

在离婚过程中，如果夫妻共同财产数额较大，或者为了预防当事人隐匿或转移共同财产，提起离婚之诉的一方可以申请财产保全。此时，如果对方有隐藏、转移被保全财产的行为，则可以直接适用《民事诉讼法》第一百零二条的规定，对妨害民事诉讼的行为予以制裁。人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

从诉讼角度来看，请求再次分割夫妻共同财产的原告必须能够证明对方有隐藏、转移、变卖夫妻共同财产或伪造债务的行为，否则将会承担败诉的风险，这就提醒当事人在发现对方有前述行为时要注意固定或留存相关的证据。

（摘自《离婚纠纷法律精解、判例分析与诉讼指引》，孙国鸣主编，中国法制出版社 2012 年 7 月出版）

法信·法律依据

1.《中华人民共和国婚姻法》

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。

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。

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。

（六）恋爱同居纠纷案例

天津法院公布两个因“女方出轨生子”引发的纠纷案件

2017-07-21 新说法 张家民 戴伟东

7 月 21 日上午，天津市第二中级人民法院召开新闻发布会，公布了十个家事审判典型案例。其中有两起案件是因为“女方出轨生子”引发的纠纷。两起案件中，女方都被判决给付男方“非亲生子女的抚养费和生活支出”。法院同时判令婚姻存续期间出轨生子的女方给付男方精神抚慰金。但在一起案件中，由于男女双方没有领结婚，所以法院没有支持男方主张的“由女方给付精神抚慰金的诉讼请求”。

领证结婚 给付精神抚慰金

张某与崔某于 2000 年经人介绍相识，2001 年 11 月登记结婚， 2002 年 5 月双方生育长子。 2012 年始，双方因家庭琐事产生矛盾，2015 年 11 月崔某生育次子。2016 年 10 月 12 日，原告张某通过鉴定知道次子与其不存在亲子血缘关系。夫妻双方开始分居，后张某提起诉讼。庭审中，双方均同意离婚；同意长子随原告张某共同生活，次子张随被告崔某共同生活，双方就财产如何分割存在争议。

法院判决：准予原、被告离婚；婚生长子随原告共同生活，被告每月给付长子抚养费 500 元至其独立生活时止；非婚生次子随被告共同生活。被告给付原告对于非婚生子的生活支出 1 万元。并赔偿原告精神抚慰金 2 万元。

典型意义

二中院民一庭庭长刘海东表示，本案的典型意义在于离婚案件中当事人能否以另一方婚内与他人生育子女存在过错为由主张其不分或者少分共同财产。《婚姻法》第三十九条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。“ 哪些情况下可以不分或者少分财产，《婚姻法》第四十七条规定：“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”。**显然该条款中并不包括婚姻关系存续期间一方与他人生育子女就可以少分或不分共同财产的情形，所以本案原告诉请夫妻共同财产全部归其所有，没有法律依据。**本案当事人主张另一方在婚内与他人生育子女给其精神造成损害为由要求对方给付精神损害赔偿金，符合《民法通则》和《最高人民法院<关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释>》的规定。

未婚同居 主张精神抚慰金被驳

原告唐某与被告方某（二人均系化名）于 2013 年 5 月 11 日按民俗举行了结婚仪式并开始同居生活，但未办理结婚登记。被告于 2013 年 10 月 27 日生育一女。2014 年初，双方自愿解除同居关系，孩子由原告抚养至 2016 年 11 月。期间，孩子曾两次住院治疗，共产生医疗费 1 万余元。11 月 10 日，原告唐某得知与孩子没有血缘上的亲子关系，遂向一审法院起诉，要求被告给付其用于抚养孩子的抚养费 3.9 万元及治疗费 4 万元；支付精神损失费 2 万元。

法院判决：方某给付唐某子女抚养费、医疗费共计 4.6 万余元，驳回其他上诉请求。

典型意义

审理本案的卢伟法官表示，本案的典型意义在于，男女双方在未办理结婚登记而同居期间，女方与他人生育了子女，男方在不知情的情况下对该子女进行了抚养，其是否有权向女方追索相应的抚养费、医疗费等费用。依据法律规定，在上述情形下，女方与他人所生子女和男方没有血缘上的亲子关系，男方与该子女之间没有法定的抚养义务，如果男方在不知情的情况下实际进行了抚养，其可以要求女方返还相应的抚养费、医疗费等合理费用。但由于本案双方当事人没有办理结婚登记，故原告要求被告给付精神损害赔偿金的诉讼请求，没有得到支持。

新报记者　张家民　通讯员　戴伟东

两对恋人分手闹上法庭，一个凭欠条拿回 50 万，另一个一分钱也没拿到

2017-07-26 厦门中院

近日，厦门中院受理了两起恋人分手之后闹上法庭的官司。这两起案件，有共同之处，就是都是原告状告昔日爱人，都要追讨恋爱期间的“借款”，也有不同之处，就是一个有“欠条”，另一个则没有欠条。

最终，这两起案件的结局也截然相反

有欠条的原告讨债成功，拿回了 50 万元本金，还获得了利息；

而没有欠条的原告则被判败诉，虽然他曾转账给前女友 10 多万元，但最终却一分钱也未能讨回。

带着好奇和疑惑

一起来看看这两个案件

第 1 对恋人：她手持欠条，讨回 50 万元

热恋时，她借给男友 50 万元；分手时，前男友翻脸不认账。无奈之下，她只好将前男友告上法庭。

近日，厦门中院开庭审理了这场恋人之间的借款官司。法庭之上，这对昔日情侣各执一词。

女方

一共借了 50 万元。

男方

并没有借这么多钱，《欠条》是在前女友的纠缠之下写的，不能仅凭《借条》认定债务金额。

林先生与家住湖里区的张女士自 2014 年 2 月起建立恋爱关系。恋爱期间，双方存在大量的转账往来，包括通过银行、支付宝及微信方式。其中，男方转给女方的钱更多一些。

2015 年 7 月 18 日，林先生向张女士出具了一份《欠条》，确认欠张女士 50 万元，月息 2 分。《欠条》约定这笔借款应于 2015 年 3 月 18 日还清，《欠条》签订之时已欠四个月未给，林先生承诺于 2015 年 8 月还清。

拿到《欠条》数月后，张女士和林先生分手。随后，她将林先生告上了法庭，要求林先生依据《欠条》向她偿还借款。张女士认为，依据银行转账凭证，《欠条》所涉金额实应为 599980 元，同时林先生需按照年利率 24%支付逾期付款的利息。

一审法院认为

林先生所出具的《欠条》是林先生真实的意思表示，内容和形式不违反法律法规的强制规定，合法有效。但是，张女士仅据银行转账凭证，就主张林先生向其借款的金额为 599980 元，依据不足。因此，一审判决认定，林先生应依《欠条》的约定，返还张女士借款本金 50 万元并支付利息。

一审宣判后，林先生不服判决结果

向厦门市中级人民法院提出上诉

最终，厦门中院判决驳回上诉

维持一审原判

法官说法

《欠条》合法有效，应当依约还款付息

二审法院审理认为，张女士与林先生原系恋爱关系，张女士通过向林先生及第三人转账、使用信用卡为林先生代付等方式，与林先生产生了大量经济往来，林先生出具《欠条》正是其为确定上述复杂债权债务关系而出具的法律凭证及所作出的结算。

因此，依照《中华人民共和国合同法》及《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》的相关规定，林先生出具《欠条》系其真实意思表示，内容及形式不违反法律法规的强制性规定，应认定为合法有效。

《欠条》所表述的欠款数额准确，并没有“具体欠款数额最终仍以转款记录为准”的意思表示。因此，终审判决要求应依照约定履行还款付息的义务。

第 2 对恋人：有转账没欠条，一分钱没讨到

“我出钱帮她买房，因为当时是恋人关系，所以没让她写借条。”原告李先生说，他和前女友赵小姐两人原本是一对非常甜蜜的恋人，甚至打算在 2016 年下半年结婚。

李先生今年 31 岁，赵小姐年龄比他小一岁。两人自 2015 年 3 月起建立恋爱关系。恋爱期间，双方有过多次经济往来。

2015 年 12 月，赵小姐将自己原有房产以 140 万元的价格出售，另于当月的 31 日另外以 390 万元的价格申请银行贷款购置了一处房产，首付 80 万元。

赵小姐购房期间，李先生曾经向赵小姐转账帮助其支付房款及契税。但是，二人的所有经济往来都没有开具书面的借条。去年 3 月，二人正式分手。

分手后，李先生向湖里法院提出起诉，以其在恋爱过程中的转账往来主张民间借贷关系，请求判决赵小姐立即偿还李先生借款 152810 元，并支付利息。

一审法院认为

李先生原与赵小姐存在恋爱关系，两人在交往过程中不可避免的产生各种类型及各种方式的经济往来。李先生没有相关债权凭证，不能证明双方在转账的当时有“借贷合意”。因此，法院对于李先生认为双方存在民间借贷关系的主张不予采信，驳回李先生的诉讼请求。

一审宣判后，李先生不服判决，向厦门市中级人民法院提起上诉。李先生上诉说，双方原本系恋爱关系，后和平分手。在恋爱期间，李先生向赵小姐出借款项，未要求赵小姐出具借条，这是基于双方信任。因此，不能以双方没有借条和借据，就否认双方存在借款关系。

近日，厦门中院作出终审判决，维持一审原判，驳回李先生的诉求。

法官说法

恋人间款项往来，未必是债权债务

厦门中院终审认为，根据相关法律规定，出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。

而本案中，李先生原与赵小姐存在恋爱关系，属于不同于一般人的亲密关系，两人在交往过程中产生的款项往来，不必然是债权债务关系。李先生以其在恋爱过程中的转账往来主张民间借贷关系，在无相关债权凭证以证明转账的当时即有借贷合意的情况下，法院不予采信。此外，李先生主张赵小姐为购房以及支付房产契税向其借款，依据不足。

因此，李先生的上诉请求不能成立，应予驳回。

（七）其他相关案例

福鼎龙安一男子暴力殴打妻子获刑

2017-07-11 公信福鼎

大家还记得童年神剧《不要和陌生人说话》吗？冯远征老师扮演的安嘉和成了无数人的童年阴影，也成为男性家暴者万世不易的“形象代言人”。

安嘉和生性多疑，常常怀疑自己的妻子，只要看到妻子和别的男人说上几句话，他便觉得妻子对他不忠，不由自主地妒嫉，在无法控制自己情绪的时候，便对妻子大打出手。在福鼎市龙安开发区居然也发生了这样一件事。

2017 年 2 月 7 日晚，被告人刘某看见妻子陶某与同事打招呼，怀疑妻子与他人有不正当的男女关系，就上前殴打妻子，导致陶某面部多处挫伤，上唇挫裂伤，右桡骨粉碎性骨折，右尺骨骨折。经鉴定，属轻伤二级。

当天，陶某便向公安机关报警。在公安侦查阶段，被告人刘某支付医疗费 22 000 元。在法院审理期间，二人协议离婚。被告人刘某再赔偿陶某医疗费、残疾赔偿金、误工费等共计 42 000 元（不包括已支付的 22 000 元）。

法院认为，被告人刘某无视他人身体健康，故意伤害他人身体，致一人轻伤，其行为已构成故意伤害罪。结合被告人刘某的犯罪事实、性质、悔罪表现等，判处被告人刘某犯故意伤害罪，处拘役六个月，缓刑八个月。

强奸算不算出轨？强奸犯罪还不准许离婚，你同意吗！

2017-07-24　法治搬运工

河北省邯郸市复兴区人民法院民事判决书

（2014）复民初字第 397 号

原告张某。

被告陈某甲。

原告张某诉被告陈某甲离婚纠纷一案，本院于 2014 年 5 月 28 日立案受理。依法由审判员段红祥适用简易程序公开开庭进行了审理。原告张某，被告陈某甲均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称，原、被告经人介绍于××××年××月结婚（未登记），婚后育有两女，长女陈某乙 21 岁已自立，次女陈某丙 1998 年 8 月出生，现随原告生活。由于婚前缺乏了解草率结婚，婚后被告长期在外搞第三者，严重损害了夫妻感情，又因强奸罪被判刑六年，被告的违法犯罪行为，给原告造成了严重的精神损害，其行为导致夫妻感情完全破裂。

2013 年 1 月 13 日原告向复兴区法院起诉，要求与被告离婚，因被告不配合法院工作，原告只好于同年 11 月 18 日申请撤诉，并得到法院准许。现原、被告再无和好的可能，故原告再次起诉，诉讼请求：1、依法判决原、被告离婚。2、依法判令被告对原告给予精神损害赔偿，依法判决常州市武进区横山桥镇双庙村委龙潭村 xx 号房屋归原告所有，其他财产依法分割。3、因婚生女儿陈某丙自愿随原告生活，请求法院判决婚生女儿陈秋玉由原告抚养，被告承担抚养费。4、一切诉讼费用由被告承担。

原告举证如下：1、原、被告身份证复印件各一份。2、原、被告及陈某乙户口页复印件各一份。3、常州市武进区 xx 镇双庙村民委员会证明一份。4、复兴区铁路大院居委会证明一份。5、本院（2013）复民初字第 39 号民事裁定书一份。6、河北省邯郸监狱证明一份。

被告辩称，我不同意离婚，理由如下：1、我与原告夫妻二人一起生活二十年有余，风风雨雨酸甜苦辣的日子一起都经历过来，我也非常感激原告含辛茹苦地将我们两个女儿抚养成人。为了女儿能够在一个健全的家庭里健康成长，我不同意离婚。2、因我一时糊涂失足进了监狱，我深深认识到了我的错误造成的严重后果，为了弥补我的错误，在服刑期间我积极参加改造，努力劳动，争取到了减刑机会，再有几个月我就要出狱了，我一定痛改前非，好好对待原告和女儿，让他们生活得更好。

被告未举证。

经审理查明，原、被告经人介绍于××××年××月举行结婚典礼，但未进行结婚登记。双方婚后感情尚可，于××××年××月××日生育一女孩陈某乙。2010 年被告因犯强奸罪被邯郸市丛台区人民法院判处有期徒刑六年。原告曾于 2013 年 1 月 24 日诉至本院要求与被告离婚，后原告于同年 11 月 18 日撤回起诉。2014 年 5 月 28 日，原告再次诉至本院，要求与被告离婚。

本院认为，原、被告双方结婚至今已二十三年有余，并生育一女孩，双方有一定的感情基础。虽然被告现因刑事犯罪在监狱服刑，但其已认识到自己的错误造成的严重后果，坚持不同意离婚，要求和好，并表示出狱后一定痛改前非，好好对待原告及女儿，原、被告应珍惜夫妻之间的感情，双方以不离婚为宜。故原告的离婚请求，理由不足，本院不予支持。依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条之规定，判决如下：

不准原告张某与被告陈某甲离婚。

案件受理费 150 元，由原告张某负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于邯郸市中级人民法院。

浙江省杭州市中级人民法院民事判决书

（2014）浙杭民终字第 1802 号

上诉人（原审原告）高某。

被上诉人（原审被告）郭某甲。

上诉人高某因与被上诉人郭某甲离婚纠纷一案，不服杭州市萧山区人民法院（2014）杭萧民初字第 1457 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2014 年 6 月 25 日受理后，依法组成合议庭审理了本案。现已审理终结。

原审判决认定：高某、郭某甲于 2010 年相识并恋爱，于 2011 年 4 月 6 日登记结婚，2011 年 11 月 5 日生育女

儿取名郭某乙。婚后初期双方感情尚可，后因生活琐事产生矛盾。2012 年 3 月 9 日郭某甲因涉嫌强奸被刑事拘留，并于 2013 年 3 月 22 日以强奸罪被原审法院判处有期徒刑二年六个月。高某于 2013 年 6 月 17 日曾起诉离婚，被原审法院以双方感情尚未破裂为由，驳回离婚诉讼请求。2014 年 3 月 13 日，高某再次起诉至原审法院，请求判令：1、准予离婚；2、女儿郭某乙与高某共同生活，郭某甲每月支付抚养费 1500 元至女儿独立生活时止。

原审法院认为：高某、郭某甲的婚姻基础及婚后初期感情尚可，现虽因郭某甲判刑造成夫妻感情下降，但双方并无法定离婚情节，只要能够互相谅解，多加沟通，夫妻感情尚有得到改善的可能。视目前情形高某、郭某甲的夫妻感情尚未彻底破裂，故对高某要求与郭某甲离婚的诉讼请求原审法院不予支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第二款之规定，判决：驳回高某的全部诉讼请求。案件受理费 300 元，减半收取 150 元，由高某负担。

宣判后，高某不服，向本院提起上诉称：由于双方婚前没有经过充分了解，便草率结婚，导致婚后未能建立起深厚的夫妻感情，双方经常为生活琐事争吵，郭某甲甚至多次对高某实施家庭暴力。之后，郭某甲因涉嫌强奸被刑事拘留，并于 2013 年以强奸罪被原审法院判处有期徒刑二年六个月。双方夫妻关系名存实亡，郭某甲又犯如此恶劣的罪行，双方感情已完全破裂。高某于 2013 年 6 月 17 日向原审法院起诉要求离婚，被驳回诉讼请求。之后，高某再次起诉要求离婚，原审法院仍驳回高某的诉讼请求。原审法院认定事实不清，双方夫妻感情确已破裂，无和好可能。原审法院适用法律不当，郭某甲的犯罪行为情况符合《婚姻法》第三十二条的情形。综上，请求二审法院依法撤销原判，改判支持高某的一审诉讼请求。

上诉人高某在二审中未提交新的证据。

被上诉人郭某甲在二审中未作答辩，也未提交新的证据。

本院依据有效证据，经审理查明的事实与原审判决认定的事实一致，均予以确认。

本院认为：高某、郭某甲婚姻基础尚可，婚后双方应当珍惜已经建立的夫妻感情，尤其双方作为非杭州本地人，来杭州工作生活，更应当互谅互让，为共创幸福未来而努力。虽然郭某甲因刑事犯罪被判刑，造成夫妻感情的恶化，但双方并无法定离婚情节，只要双方以婚姻家庭为重，互相谅解、加强沟通，夫妻感情是有得到改善的可能，且双方的女儿尚年幼，其健康成长也需要一个稳定的家庭作为保障。因此，原审法院认定高某、郭某甲夫妻感情尚未彻底破裂，并无不当。高某要求与郭某甲离婚的上诉请求，本院不予支持。综上，原审判决认定事实清楚，实体处理和适用法律正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 300 元，由高某负担。

本判决为终审判决。

（八）赠与案例

夫妻单方将巨额款项赠与第三者的行为全部无效

——江苏南京玄武法院判决李某、王某诉李某某不当得利纠纷案

2017-07-13 人民法院报

裁判要旨

夫妻共同财产制属于共同所有，在夫妻关系存续期间，财产没有份额的区分，夫妻对全部共同财产不分份额地享有所有权。夫妻一方未经另一方同意，将巨额款项赠与第三者，属于无权处分，该赠与行为应属全部无效，第三者应当予以返还。

案情

2011 年 7 月 18 日，李某、王某登记结婚。2014 年初，王某与李某某相识，后发展为不正当男女关系。自 2014 年 4 月 6 日至 2015 年 1 月 26 日期间，王某多次通过其个人银行账户向李某某汇款合计 12070100 元；期间，李某某返还王某 278000 元。后李某、王某与李某某沟通无果，遂起诉要求李某某返还财产 12070100 元。案件审理中，李某某辩称汇款中含有王某的婚前个人财产，部分汇款为王某个人举债所得，李某、王某无权就该部分款项要求返还；且夫妻双方对共同财产享有平等的处理权，王某有权处分属于自己的财产份额即诉争款项的一半，该部分款项李某、王某亦无权要求返还。对此，王某称其向李某某的汇款即便为婚前个人财产，亦在婚后赠与了李某；李某、王某均认可举债所得的汇款为夫妻共同债务、由夫妻共同偿还，并确认所汇款项为两人的夫妻共同财产。

裁判

江苏省南京市玄武区人民法院经审理认为，王某的汇款行为发生在两原告夫妻关系存续期间，王某在案件审理中亦确认所汇款项为两原告的夫妻共同财产，李某某并未举证证明王某的汇款系与李某无关的个人财产，故王某支付给被告的款项应视为两原告的夫妻共同财产。王某单方将巨额夫妻共同财产赠与被告，超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分，是一种无权处分行为，王某对被告的赠与行为应属无效。在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，故王某单方将共同财产赠与他人的行为应属全部无效。扣除李某某返还给王某的 278000 元后，遂判决余款 11792100 元由被告李某某返还原告。一审判决作出后，被告李某某不服，上诉至江苏省南京市中级人民法院。

南京中院经审理认为，李某、王某对诉争 12070100 元为夫妻共同财产的主张并不违反婚姻法的相关规定，应予确认。夫妻共同财产制属于共同所有，在夫妻关系存续期间，财产没有份额的区分，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权。王某向李某某的汇款属于非因日常生活需要对夫妻共同财产所做的重要处理，事前既未征得李某的同意，事后亦未得到其追认，故王某对该部分夫妻共同财产的赠与处分行为无效。李某某的上诉请求不能成立，依法应予驳回。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决结果予以维持。

评析

1.诉争款项是否为两原告的夫妻共同财产

被告辩称王某的汇款部分系婚前个人财产或个人举债所得，故诉争款项不应认定为两原告的夫妻共同财产，而应为王某个人的债权债务。对此，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，一般归夫妻共同所有；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。在被告并未提供相反证据证明的情况下，因王某向被告的汇款行为发生在夫妻关系存续期间，即便王某的部分汇款系婚前个人财产，王某将该部分财产婚后赠与李某亦属合法有效；李某与王某均明确表示举债所得的汇款为夫妻共同债务、由夫妻共同偿还，并一致确认所汇款项为两人的夫妻共同财产。两原告对诉争款项为夫妻共同财产的主张并不违反婚姻法的相关规定。因此，诉争款项应当认定为两原告的夫妻共同财产，被告的抗辩意见不应予以采信。

2.诉争款项应部分返还抑或全部返还

夫妻共同财产制属于共同共有，夫妻对共同财产享有平等的处理权，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，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。但是，夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半的处分权。夫妻共同财产是基于法律的规定，因夫妻关系的存在而产生的。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，在没有重大理由时也无权于共有期间请求分割共同财产。本案中，王某在 9 个月左右的时间内向李某某转账汇款 12070100 元，属于非因日常生活需要对夫妻共同财产所做的重要处理，事前既未征得李某的同意，事后亦未经过其追认，故王某单方将夫妻共同财产赠与他人的行为应属全部无效。被告取得诉争款项没有合法根据，应当将款项全部返还两原告。

本案案号：（2016）苏 0102 民初 1486 号，（2017）苏 01 民终 2667 号

案例编写人：江苏省南京市玄武区人民法院　安洪强

教授赠后妻房产离婚难讨回 法院:经公证难撤销

2017-07-04　北京晨报记者 何欣

老教授赠后妻房产 离婚难讨回

法院：赠与合同经公证不能任意撤销

90 岁高龄的退休教授赵先生再婚后，将婚内购买的一套房产无偿赠与再婚妻子马女士，并办理了婚内个人财产公证。之后二人感情生变，赵先生向法院起诉离婚时，要求撤销对妻子就涉案房产的赠与。一审法院驳回其诉请，赵先生不服，提出上诉。近日，市一中院二审维持了原判。

再婚后赠房给妻子

赵先生是某大学退休教授，现已 90 岁高龄。2003 年 5 月，赵先生经人介绍，与比自己小 20 多岁的马女士相识并于次年结婚。二人婚后共同购买了涉诉房屋，并于次年取得房产证，夫妇二人各享有 50%产权。对于该房产，赵

先生曾于 2004 年书写承诺书，载明其将上述房屋无偿赠与妻子马女士。此后二人还签订了一份财产约定，约定马女士个人出资还清该房屋剩余贷款，而赵先生则放弃自己那部分 50%的产权，今后该房屋全部产权归马女士所有，夫妇二人还对这一财产约定进行了公证。

2014 年，夫妇二人先后前往美国，投奔赵先生在波士顿的女儿，谁知二人到美国没多久就发生矛盾，并先后回国。2014 年 10 月，赵先生向马女士提起离婚诉讼，2017 年 1 月 16 日，法院判决双方离婚。

离婚后欲撤销赠与

为分割财产，赵先生离婚后又提起诉讼，要求撤销对马女士就涉案房产的赠与。庭审中，赵先生称诉争房屋是其出资购买并还贷，马女士在购房后多次要求他将房屋赠与其个人所有，但在取得赠与后性情大变。尤其是他帮助马女士前往美国后，对方更是将他遗弃，对他不管不顾，他才提出离婚，并要求撤销之前的赠与。

对于赵先生的指责，马女士则表示，赵先生将其房屋的份额赠与自己是出于其真实意思表示，并做过公证。另外，二人去往美国后，赵先生即回国，她更是被赵先生的女儿赶出家门，因此是赵先生遗弃她。

赠与经公证无法撤销

一审法院认为，赵先生与马女士之间形成赠与合同关系，且双方间赠与没有约定义务。赵先生不能行使任意撤销权，撤销经过公证的赠与，也未提交证据证明马女士未尽抚养义务，故判决驳回了赵先生的诉讼请求。

赵先生不服，上诉至北京市一中院。该院经审理认为，诉争房屋是赵先生与马女士婚后共同财产，赵先生在婚姻关系存续期间，将房屋中属于自己的份额赠与马女士，并书写承诺书、签订财产约定、办理公证，双方之间形成赠与合同关系。赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与，但经过公证的赠与合同不适用该规定，故赵先生主张对经公证的赠与合同行使任意撤销权，不符合法律规定。

尽管赵先生主张前妻对其不管不顾，未尽扶养义务、遗弃自己，但并未能提交充分证据证明，故赵先生以此为由要求撤销赠与，依据不足。据此，北京市一中院判决驳回上诉，维持原判。

夫妻一方将个人房产赠与另一方，变更登记前能否撤销赠与？

2017-07-22　法信

导读：离婚纠纷案件中，夫妻一方在婚前或婚姻关系存续期间约定将个人房产同另一方共同共有，但未办理房屋产权变更登记。离婚时，赠与房产的一方主张撤销房屋赠与，另一方要求继续履行赠与合同，在此问题的处理上，各地法院存在不同的认识和做法。本期法信根据权威观点，结合相关案例，为读者提供处理该问题的权威意见。

法信·实务问答

夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产与另一方共有，但没有办理房产加名登记，赠与一方请求法院撤销应如何处理？

目前审判实践中有两种意见，一种认为应当按照《＜婚姻法＞司法解释（三）》第六条的规定处理；另一种认为应当按照《婚姻法》第十九条的规定处理，夫妻之间的约定对双方有拘束力，不必非要去办理房产加名登记，否则会架空《婚姻法》第十九条的规定。对于夫妻一方将个人房产全部赠与另一方的问题，《＜婚姻法＞司法解释（三）》第六条已经给出答案，但将个人房产约定为共同共有或按份共有的情形，赠与人在产权变更登记之前能否撤销的问题，目前仍然存在争议。

由于现行《婚姻法》第十九条规定：“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。”有的观点认为，既然夫妻之间的约定对双方有法律上的约束力，夫妻之间关于赠与房产的约定，不涉及第三人，只要意思表示真实，没有欺诈、胁迫的情形，就应该认定为有效，履行房屋变更登记手续不是必要条件，赠与一方请求撤销赠与的，人民法院不应予以支持。

在审判实践中，对夫妻将一方所有的房产约定为共同共有或按份共有时，按照《婚姻法》第十九条的规定，有的法院就认为这种约定对夫妻双方有约束力，判令继续履行有关赠与协议；如果夫妻约定将一方所有的房产全部赠与另一方，因未办理房屋变更登记手续，依照《物权法》的规定，房屋所有权尚未转移，而依照《合同法》关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

其实这个问题的关键点在于：对夫妻之间的房产赠与行为，究竟是按《合同法》处理还是按照《婚姻法》第十九条处理？无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少，都属于夫妻之间的有效约定，实质上都是一种赠与行为。问题是这种有效的赠与约定是否可以撤销？现行婚姻法中缺乏相应的规定。

夫妻之间赠与的标的包括动产和不动产，《合同法》对赠与问题进行了比较详尽的规定，如："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与"；"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"；"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，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付"。

婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥《合同法》的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，《合同法》对赠与问题的规定也没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有，在没有办理变更登记之前，依照《合同法》第一百八十六条的规定，是完全可以撤销的，这与《婚姻法》的规定并不矛盾。

因此，夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。

（摘自《民事审判指导与参考》2016 年第 1 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 年出版）

法信·相关案例

1.婚前财产协议本质上是财产赠与协议的，赠与人可行使撤销权——张文义诉侯娟离婚案

案例要旨：夫妻双方在婚前财产协议中明确约定一方将自己财产赠与另一方，该婚前财产协议本质上是财产赠与协议。根据《合同法》的相关规定，当事人双方签订的财产赠与合同未经过公证，也不存在不得撤销赠与的其他法定情形的，在赠与财产权利转移之前，赠与人可行使任意撤销权。

案号：（2011)沪一中民一（民）终字第 155 号

审理法院：上海市第一中级人民法院

来源：《中国审判案例要览（2012 年民事审判案例卷)》，国家法官学院、中国人民大学法学院编，中国人民大学出版社 2014 年出版

2.基于解除婚姻关系的赠与协议具有道德义务性质，不适用任意撤销权的法律规定——朱某诉代某离婚纠纷案

案例要旨：根据《合同法》相关规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与，但具有道德义务性质的赠与不可撤销。在离婚纠纷案件中，一方以解除婚姻关系为目的，将共同所有的房屋赠与另一方的行为明显具有道德义务性质，一旦双方登记离婚，赠与人无权再行使赠与行为的任意撤销权。

审理法院：重庆市永川区人民法院

来源：重庆法院网　2016-01-11

法信·司法观点

夫妻之间的赠与关系是一种特殊的财产关系，应当适用《合同法》第一百八十六条的相关规定

本条解释涉及夫妻赠与房产约定的效力、房产权利的转让和任意撤销权的行使。其相关法律依据包括：

一是《婚姻法》第十九条第二款的规定："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，对双方具有约束力。"该规定为夫妻在此期间对包括赠与房产在内的财产进行约定提供了法律依据，明确夫妻约定的财产关系受法律保护，夫妻双方应当按照诚实信用原则认真履行。

二是《物权法》第九条第一款的规定："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。"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置于《物权法》的调整范围之外。

三是《合同法》第一百八十六条的规定："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。"本规定为夫妻在赠与房产过户前对未经公证的赠与合同的任意撤销权提供了依据。

在制定本条解释过程中，对认定夫妻一方撤销向对方赠与房产的行为效力时是否适用《合同法》第一百八十六条存在争议。

一种意见认为，《<婚姻法>司法解释》调整的是婚姻关系，《合同法》第二条第二款规定："婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。"夫妻互赠的财产属于婚姻财产，故不能适用《合同法》第一百八十六条。

另一种意见认为，单独的婚姻关系的协议适用《婚姻法》，而本条解释调整的是夫妻之间赠与房产关系，这是

一种特殊的财产关系，应当适用《合同法》第一百八十六条。

最高人民法院采纳了后一种意见。婚姻关系中的赠与房产，涉及不同的法律关系，调整这些关系，应当适用《婚姻法》、《物权法》、《合同法》的相关规定。故明确将《合同法》第一百八十六条作为调整夫妻赠与房产任意撤销的依据。

（摘自《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著，人民法院出版社 2015 年 11 月出版）

法信·法律依据

一、**《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。

二、**《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》**

第六条 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。

三、**《中华人民共和国合同法》**

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。

婚内为未成年子女投保的返还型保险不属于夫妻共同财产

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-07-25 指导性案例审判规则

【审判规则】

夫妻一方在与其配偶婚姻关系存续期间为双方生育的未成年子女投保返还型保险，保险合同中约定被保险人和受益人均系未成年子女。虽然上述保险的保险费是出自夫妻共同财产，但因该返还型保险具有人身依附性，故在合同尚未到期时，应当认定该保险的保险收益为未成年子女的个人财产。因此，在双方离婚后，均无权请求分割该份保险的保险利益。

【关 键 词】

民事 离婚后财产 未成年子女 返还型保险 被保险人 受益人 保险费 夫妻共同财产 人身依附性 个人财产 保险利益

【基本案情】

秦 X 刚与陈 X 系妻关系，二人育有一子秦 X。陈 X 于婚姻关系存续期间与保险公司（中国人寿保险股份有限公司日照市岚山区支公司）签订了保险合同一份，该保险合同载明：被保险人为秦 X，保额 20 000 元，保险时间为 18 年，每年应缴保费 894 元；若退保，保险单价值现金 8 122 元；保险合同到期后，秦 X 可领取成长金、创业金、婚嫁金各为 6 000 元、6 000 元、8 000 元，上述金额领取完毕后，保险责任终止。陈 X 共缴纳了 11 年的保险费合计 9 834 元。此后，秦 X 刚与陈 X 因感情破裂，经另案法院调解离婚，由秦 X 刚抚养秦 X。

秦 X 刚以陈 X 为秦 X 投保的保险属于夫妻共同财产，应予分割为由，提起诉讼，请求判令分割保险费 9 834 元，并变更投保人为秦 X 刚。

陈 X 辩称：本人同意分割本人为秦 X 投保的保险利益，但不同意变更投保人。

【争议焦点】

夫妻于婚姻存续期间为子女投保的返还型保险，在双方离婚时能否作为夫妻共同财产进行分割。

【审判结果】

一审法院认定：被告陈 X 于婚内为秦 X 投保保险的保险金系出自原告秦 X 刚与被告陈 X 的夫妻共同财产，离婚后双方有权要求分割。涉案保险合同的投保人系被告陈 X，原告秦 X 刚作为第三人，无权请求变更合同主体。

一审法院判决：被告陈X给付原告秦X刚保险折价款4 917元；驳回原告秦X刚的其他诉讼请求。

原告秦X刚不服一审判决，提起上诉。

二审法院判决:驳回上诉人秦X刚要求将已交保费9 834元作为共同财产予以分割以及变更投保人的诉讼请求。

【审判规则评析】

根据我国相关司法解释规定，夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产为夫妻共同财产，包括一方或双方劳动所得的收入和购置的财产。返还型保险是指被保险人生存至保险约定的时间后，承保人返还保费及合同列明的保险金额，此类保险具有较强的人身属性。因此，在离婚纠纷中，即使夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间购买了返还型保险，所获取的投保收益仍不得直接认定为夫妻共同财产，而应依据被保险人及受益人来认定。具体而言，当被保险人为夫妻双方时则双方均有权获取保险收益，则保险收益应属于夫妻共同财产；当被保险人为夫妻一方或夫妻以外第三人时则因保险具有人身依附性，不能作为夫妻共同财产，应属于被保险人的个人财产。

夫妻一方在婚姻关系存续期间，为婚生子女投保返还型保险，之后二人因感情破裂离婚。虽然夫妻一方投保该保险的保费是来源于夫妻共同财产，但是该保险具有人身依附性，且夫妻一方与承保人约定被保险人和受益人均为其子女。夫妻双方离婚时，保险合同尚未到期，该保险单则属于二人婚生子女的个人财产。因此，夫妻双方在离婚后无权要求将保险利益作为共同财产进行分割。

【适用法律】

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

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

【法律文书】

民事起诉状　民事答辩状　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】

秦X刚诉陈X离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中　法　码】物权法·共有·共有物分割·财产分割　(T0703017)

【案　　号】　(2010)日民一终字第904号

【案　　由】　离婚后财产纠纷

【判决日期】　2011年05月23日

【权威公布】　被《人民法院报》2011年6月23日刊载

【检　索　码】　C0502+12++SDRZ++0411C

【审理法院】　山东省日照市中级人民法院

【审级程序】　第二审程序

【上　诉　人】　秦X刚（原审原告）

【被上诉人】　陈X（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）：秦X刚。

被上诉人（原审被告）：陈X。

上诉人秦X刚因与被上诉人陈X离婚后财产纠纷一案，不服山东省日照市岚山区人民法院作出的(2010)岚民一初字第301号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭开庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经审理查明：秦 X 刚与陈 X 原系夫妻关系。2010 年 1 月，双方因感情不和，经法院调解离婚，婚生子秦 X 由秦 X 刚抚养。婚姻关系存续期间，陈 X 与中国人寿保险股份有限公司日照市岚山区支公司签订“国寿英才”少儿保险合同一份，约定被保险人其子秦 X，保额 2 万元，年缴费 894 元，共 18 年；如退保，保险单现金价值 8122 元；保险合同到期后，秦 X 可于 2017 年 12 月 23 日领取成长金 6000 元，于 2021 年 12 月 23 日领取创业金 6000 元，于 2024 年 12 月 23 日领取婚嫁金 8000 元后保单责任终止。陈 X 已交纳 11 年的保险费共 9834 元。

离婚后，秦 X 刚以该份保险系夫妻共同财产为由诉至法院，要求分割保险费 9834 元，并变更投保人为秦 X 刚。陈 X 同意将保险利益予以分割，但不同意变更投保人。

一审法院经审理认为，陈 X 在婚姻关系存续期间为其子秦 X 购买的人身保险，其资金，作为夫妻共同财产，离婚后应予依法分割。保险合同的双方是陈 X 与中国人寿保险股份有限公司日照市岚山区支公司，秦 X 刚要求变更投保人为自己，根据合同的相对性原则，其作为合同以外的第三人，无权要求变更合同。一审法院遂判决：1.陈 X 给付秦 X 刚保险折价款 4917 元；2.驳回秦 X 刚的其他诉讼请求。

秦 X 刚不服一审判决，向本院提起上诉。

本院经审理认为，陈 X 在婚姻关系存续期间为其子秦 X 购买了人寿保险，并以自己名义与保险人签订保险合同，系处分夫妻共同财产的行为。该保险合同具有人身属性，系储蓄性的生存保险。陈 X 向保险公司交纳的保费已经转化为财产利益，不再是夫妻共同财产。合同明确约定，财产利益由被保险人秦 X 享有，在合同尚未到期的情况下，保险单现金价值应当认定为其子秦 X 的个人财产，不应作为夫妻共同财产进行分割。离婚后，其子秦 X 由秦 X 刚抚养，秦 X 刚要求变更投保人，应另行向保险人主张权利。

2011 年 5 月 23 日，本院终审判决：驳回秦 X 刚要求将已交保费 9834 元作为共同财产予以分割以及变更投保人的诉讼请求。

借款人应对其婚前向配偶的借款承担偿还责任——林 X 烟诉林 X 加民间借贷纠纷案

2017-07-26　法律家

【中　法　码】合同法学·借款合同·借款人权利义务·按期返还本息（t04020512）

【关 键 词】民事　民间借贷　借款　婚前个人财产　婚姻延续　夫妻个人财产　夫妻共同财产　借贷关系　意思表示　偿还责任

【学科课程】合同法学

【知 识 点】债务清偿 婚前财产 民间借贷

【教学目标】掌握债务清偿的概念，明确民间借贷中借款人的义务。

【裁判机关】福建省仙游县人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★☆☆☆☆ 被中国法制出版社《中国法院 2012 年度案例：民间借贷纠纷》收录

【案例信息】

【案　　由】民间借贷纠纷

【案　　号】　(2011)仙民初第 1188 号

【原　　告】　林 X 烟

【被　　告】　林 X 加

【争议焦点】

夫妻一方在婚前向另一方借款并出具借条，该借款属于出借一方的婚前个人财产。在上述行为不违反法律的强制性规定、意思表示真实的情况下，借款一方应否履行偿还借款的义务。

【裁判结果】

一审法院判决：被告林 X 加偿还原告林 X 烟的借款人民币四万元。

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】

夫妻一方在婚前向另一方借款并出具借条，该借款属于出借一方的婚前个人财产。因婚前个人财产的性质不因婚姻关系的缔结和延续而转化为夫妻共同财产，故只要双方约定不违反法律强制性规定、意思表示真实，即应当认

定双方之间形成合法有效的借贷关系，借款一方应当依约定承担偿还借款的义务。

【法理评析】

根据相关法律规定，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。根据上述法条，夫妻一方的婚前财产应属夫妻一方的财产。同时，我国法律规定，婚姻法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。即双方虽成为合法夫妻，但婚姻缔结前的个人财产不发生改变，仍属个人所有。夫妻一方在婚前借款给另一方的，应认定为二人之间产生借贷关系，该借贷法律关系不违反法律强制性规定，且主体意思表示真实的，应受法律保护。

夫妻一方在婚前曾向另一方借款，并出具借条，借贷的发生是出于双方真实的意思表示，且不违反法律的强制性规定，故应认定双方之间形成的借贷关系合法有效。债权债务双方虽在事后缔结婚姻关系，但因婚前一方的财产属个人财产，且不因婚姻关系的缔结而转化为夫妻共同财产，故在上述借款主体适格、意思表示真实、不违反法律强制性规定的情况下，借款一方应按约向出借一方履行还款义务。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第九十条 合法的借贷关系受法律保护。

第一百零八条 债务应当清偿。暂时无力偿还的，经债权人同意或者人民法院裁决，可以由债务人分期偿还。有能力偿还拒不偿还的，由人民法院判决强制偿还。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

【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. 如何认定夫妻之间婚前借贷所形成的法律关系。

2. 简述债务清偿的原则。

3. 试述婚前财产的概念及范围。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

原告：林 X 烟。

被告：林 X 加。

被告于 2010 年 10 月 24 日以买车为由向原告借款人民币 40000 元，由被告立下借据给原告为凭，当时没有约定借款利息和期限，借条内容为：林 X 加向林 X 烟借肆万元正，以后买车用。借款人：林 X 加，2010 年 10 月 24 日。嗣后，被告与原告于 2010 年 10 月 29 日办理结婚登记手续，双方结为夫妻。由于双方婚后感情产生纠纷，原告多次向被告讨款，被告均无偿还。

夫妻关系存续期间是否存在债权债务关系。福建省仙游县人民法院经审理认为：原、被告现在虽是夫妻关系，但被告在与原告结婚前向原告借款，该借款系原告婚前个人财产，双方形成了债权、债务关系，当事人主体适格、意思表示真实，没有违反法律、行政法规之强制性规定，合法有效；被告向原告借款人民币 4 万元，有被告的借条为据，事实清楚，证据充分，可以认定；原告的诉讼请求与法有据，本院予以支持。

福建省仙游县人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第九十条、第一百零八条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，判决如下：

被告林 X 加应在本判决生效之日起十日内偿还给原告林 X 烟的借款人民币四万元。

（九）夫妻债务案例

将与未成年人共有房屋抵押未成年人应否对未清偿部分担责——中国农业银行股份有限公司靖江市支行诉陈 X、刘 X 满、陈 X 卓金融借款合同纠纷案

2017-07-08 法律家

【中　法　码】担保法学・抵押・抵押的效力・抵押权人的权利・优先受偿权・行使　(g03020403022)

【关　键　词】民事　金融借款合同　抵押　担保　登记　偿还　优先受偿权　未成年　共有人　清偿
【学科课程】担保法学
【知　识　点】优先受偿权　抵押权
【教学目标】明确优先受偿权的概念，掌握抵押权人行使优先受偿权的条件。
【裁判机关】江苏省靖江市人民法院
【程序类型】民事一审
【案例效力】★★☆☆☆ 被江苏法院网《案例评析》收录
【案例信息】
【案　　由】金融借款合同纠纷
【案　　号】　(2013)泰靖商初字第 0132 号
【判决日期】2013 年 06 月 19 日
【审理法官】　陈海波
【原　　告】　中国农业银行股份有限公司靖江市支行
【被　　告】　陈 X　刘 X 满　陈 X 卓
【争议焦点】
贷款人为向金融机构申请购置房屋的资金，将所购房屋作抵押担保，贷款人的未成年子女为房屋共有人，在抵押房屋折价或拍卖、变卖后，不足部分由贷款人清偿，其未成年子女是否亦负清偿责任。
【裁判结果】
一审法院判决：陈 X、刘 X 满共同归还靖江市支行借款本金 2 760 033.82 元及利息；靖江市支行对陈 X、刘 X 满、陈 X 卓名下位于靖江市泰和明郡 38-01 号的房屋的折价、变卖或拍卖所得价款在 328 万元债权范围内享有优先受偿。
宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。
【裁判要旨】
贷款人为向金融机构申请购置房屋的资金，将所购房屋作抵押担保，金融机构依法办理抵押登记，双方约定如贷款人未按约定偿还借款，金融机构则对抵押房屋享有优先受偿权。如果贷款人的未成年子女为房屋共有人的，在抵押房屋折价或拍卖、变卖后，不足部分仅由贷款人清偿，其未成年子女不负有清偿责任。
【法理评析】
债务人未履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值。债务人无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。本案中，陈 X 夫妇为购买房屋向靖江市支行申请贷款 328 万元，其将所购房产用作抵押担保，以此通过审核，得到所需的购房资金。购房后，房屋登记在陈 X、刘 X 满、陈 X 卓的名下，因陈 X 夫妇系未成年人陈 X 卓的监护人，陈 X 卓同时作为房屋共有人获益。陈 X 夫妇与靖江市支行一同办理抵押登记手续及房屋他项权证的行为，首先并未对陈 X 卓造成利益损害，其次由于陈 X 未按约还款，靖江市支行对该抵押财产享有优先受偿权。共有不动产的贷款在抵押财产折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归靖江市支行所有，不足部分由陈 X、刘 X 满清偿，因为陈 X 卓系未成年人，故其不负有对不足部分清偿之责。
【适用法律】
《中华人民共和国合同法》第二百零五条　借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。
第二百零六条　借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。
第二百零七条　借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。
《中华人民共和国物权法》第一百七十九条　为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该

财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

第一百八十条　债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

第一百八十七条　以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

第一百九十二条　抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《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》第一百四十四条　被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第二百五十三条　被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

【法律文书】

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】

1.什么是优先受偿权，抵押权人行使优先受偿权的条件是什么。

2.简述抵押人无偿转让抵押物的法律后果。

【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：中国农业银行股份有限公司靖江市支行，组织机构代码********-*，住所地 x 市 x 路。

负责人：刘 X 满，行长。

委托代理人：吴 xx，原告员工。

被告：陈 X，女，1969 年 9 月 12 日出生，居民身份证号码*****，住 x 市 x 村 x 组。

被告：刘 X 满，男，1970 年 9 月 26 日出生，居民身份证号码*****，住 x 市 x 幢。

被告：陈 X 卓，男，1998 年 11 月 25 日出生，居民身份证号码*****，住 x 市 x 村 x 组。

法定代理人：陈 X（即本案被告陈 X），系陈 X 卓母亲。

原告中国农业银行股份有限公司靖江市支行（以下简称靖江市支行）与被告陈 X、刘 X 满为金融借款合同纠纷一案，本院 2013 年 3 月 21 日受理后，根据原告的申请追加陈 X 卓为本案被告，依法由代理审判员陈海波独任审判，于同年 3 月 27 日、6 月 6 日公开开庭进行了审理。原告靖江市支行委托代理人吴 xx、被告刘 X 满到庭参加诉讼。被告陈 X、陈 X 卓经本院合法传唤未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告靖江市支行诉称：被告陈 X、刘 X 满系夫妻，因购买靖江市泰和房地产开发有限公司（以下简称泰和房产公司）开发的泰和明郡 38-01 房产向我行申请住房按揭贷款，并承诺共同偿还贷款本息。2010 年 1 月 8 日，我行与被告陈 X、刘 X 满签订个人购房担保借款合同 1 份，约定陈 X、刘 X 满以购买的上述房屋提供抵押担保，在抵押登记手续办妥前由泰和房产公司提供阶段性保证担保。同日，我行向陈 X 发放住房按揭贷款 328 万元，贷款到期日为 2025 年 1 月 7 日，采用月等额本息还款法还款。2012 年 9 月 25 日，我行办理了抵押登记手续。自 2012 年 10 月起，陈 X 中断还款六期，经我行催要，陈 X 于 2013 年 3 月 21 日归还了拖欠的六期贷款本息。自 2013 年 4 月 9 日起，陈 X 未再向我行足额偿还贷款本息。至 2013 年 6 月 4 日，陈 X 尚欠我行借款本金 2 760 033.82 元、利息 16 474.23 元(含罚息、复利)。因陈 X、刘 X 满未足额偿还借款本息超过 90 天，根据合同约定，我行有权提前收回已发放的贷款。请求判令被告陈 X、刘 X 满立即归还我行借款本金 2 760 033.82 及利息（至 2012 年 6 月 4 日欠息 16474.23

元，2012 年 6 月 5 日至实际还款之日的利息以我行系统账单为准），确认我行对三被告所有的靖江市泰和明郡 38-01 号的房屋享有优先受偿权，本案的诉讼费由被告陈 X、刘 X 满承担。

原告提供陈 X、刘 X 满的结婚证复印件，陈 X、刘 X 满 2009 年 12 月 23 日签名的借款申请书，陈 X、刘 X 满、陈 X 卓 2009 年 12 月 26 日签名的商品房买卖合同，陈 X、刘 X 满 2010 年 1 月 5 日签名的个人购房贷款申请表，2010 年 1 月 8 日的个人购房担保借款合同及陈 X 签名的个人借款凭证，陈 X、刘 X 满签名的房地产抵押清单、靖房他证城字第 59367 号、59368 号、59369 号房屋他项权证，陈 X 自 2010 年 2 月 8 日至 2013 年 4 月 8 日的还款明细表、陈 X 至 2013 年 6 月 4 日应还未还明细表以支持其诉讼请求。

被告刘 X 满辩称：对原告所述的事实、诉讼请求无异议。我与陈 X 考虑到陈 X 卓长大后需成家、别墅也越来越少，决定购买泰和明郡别墅。与原告沟通确定以整体房屋设定抵押能贷款 328 万元后，我们才支付了购房首付款 829 026 元，并向原告申请住房贷款 328 万元。目前陈 X 卓随陈 X 生活，我无能力一次性偿还因购房产生的债务，只能考虑转卖抵押的房产或由法院拍卖后偿还贷款。

对原告提供的证据，被告刘 X 满的质证意见：签订商品房买卖合同及办理他项权证时，“陈 X 卓”的签名由我或陈 X 代签，对原告提供的证据无异议。

被告陈 X 未到庭，书面答辩称：对原告所述的事实、诉讼请求无异议。与原告协商确定以整体房屋设定担保能贷款后，我们才决定支付首付并申请贷款 328 万元。考虑到陈 X 卓系我儿子，所以办理房屋产权证时将其登记为共有人。目前，我无能力一次性偿还因购房产生的债务，只能考虑转卖抵押的房产或由法院拍卖后偿还贷款，但陈 X 卓不应清偿该房屋折价或拍卖、变卖后不足部分的债务。

本院对原告提供的证据审查后认为，原告提供的证据相互印证，能够形成证据链，被告刘 X 满亦无异议，被告陈 X、陈 X 卓收到本院送达的应诉材料及原告提供的证据复印件亦未提出异议，原告提供的证据能够证明原告所述事实。

经审理查明：被告陈 X、刘 X 满席夫妻关系。被告陈 X 卓于 1998 年 11 月 25 日出生，系被告陈 X、刘 X 满之子。2009 年 12 月 23 日，被告陈 X、刘 X 满以购买泰和房产公司开发的泰和明郡 38-01 房屋为由向原告申请个人住房按揭贷款 328 万元，承诺以所购房产为借款提供抵押担保。28 日，陈 X、刘 X 满、陈 X 卓（买受人）与泰和房产公司（出卖方）签订商品房买卖合同 1 份，约定由陈 X、刘 X 满、陈 X 卓于签订合同当日支付首期购房款人民币 829 026 元，余款 328 万元整向银行申请按揭贷款。合同上“陈 X 卓”的签名都由其父母代签。

2010 年 1 月 8 日，原告与陈 X、刘 X 满签订编号为 32105201000009269 的个人购房担保借款合同，约定陈 X（借款人）向原告（贷款人）借款 328 万元用于购买泰和明郡 38-01 建筑面积 499.02 平方米的房屋。借款利率采用浮动利率，在中国人民银行同期同档次人民币贷款基准利率 5.94%的基础上下浮 30%，执行年利率 4.158%，遇中国人民银行人民币贷款基准利率调整，自调整后的次年 1 月 1 日起，按调整后相应期限档次的基准利率和本合同约定的借款利率浮动幅度确定新的借款执行年利率。陈 X 授权原告将所有借款划入售房人泰和房产公司的账户。借款期限自 2010 年 1 月 8 日起至 2025 年 1 月 7 日，以一个月为一个还款周期，共 180 期，每月的借款对应日为还款日，每期归还等额贷款本息。逾期还款的，对逾期借款从逾期之日起在合同约定的借款执行利率基础上上浮 50%计收罚息；对应付未付利息，按逾期借款利率计算复利。如未足额偿还借款本息超过 90 天、借款人或抵押人发生其他影响原告债权实现等情景，原告有权提前收回已发放借款，有权提前行使担保权。陈 X、刘 X 满以购买的上述房屋设定抵押，自合同签订之日至正式抵押登记手续办妥前，泰和房产公司承担连带保证责任。抵押担保的范围包括借款本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金以及诉讼费、律师费、处置费、过户费等原告实现债权和抵押权的一切费用。同日，原告按约将 328 万元借款发放至合同约定的账户内，被告陈 X 向原告出具个人借款凭证 1 份，载明借款金额 328 万元，到期日期为 2025 年 1 月 7 日，月利率 4.158%，每月 8 日归还等额本息。

后被告陈 X、刘 X 满、陈 X 卓作为泰和明郡 38-01 房屋的共有人领取了房屋所有权证。2012 年 9 月 25 日，原告与被告陈 X、刘 X 满至房屋产权产籍管理处办理了抵押登记手续，陈 X 代理陈 X 卓在相关手续上签名，原告领取了编号为靖房他证城字第 59367 号、59368 号、59369 号的房屋他项权证各一份，债权数额分别为 109.4 万元、109.3 万元、109.3 万元。2012 年 9 月 8 日前，陈 X 按约归还贷款本息。自 2012 年 10 月至 2013 年 3 月，陈 X 未按约还款。原告遂以陈 X、刘 X 满未足额偿还借款本息超过 90 日为由提起诉讼，要求提前收回全部贷款。诉讼过程中，陈 X 于 2013 年 3 月 21 日、4 月 9 日归还部分借款本息，后未再还款。至 2013 年 6 月 4 日，陈 X 尚欠原告借款本金 2 760

033.82 元、利息 16 474.23 元(含罚息、复利)。

本院认为：原、被告签订的合同，不违反法律规定，双方当事人均应按合同约定履行各自的义务。原告按合同约定，将贷款发放至泰和房产公司的账户内，已完成了发放贷款的义务，被告陈 X 应按约归还原告借款本息。合同约定陈 X 未足额偿还借款本息超过 90 天，原告有权提前收回已发放借款、提前行使担保权，现被告陈 X 自 2012 年 10 月起未按约足额还款，且陈 X、刘 X 满明确表示无能力偿还其余贷款，请求法院依法拍卖房产偿还原告的贷款，陈 X 已构成违约，原告要求陈 X 立即归还全部借款本息并承担违约责任（即给付罚息和复利），符合合同约定，本院依法应予支持。陈 X 与刘 X 满系夫妻，本案所涉债务发生在两被告夫妻关系存续期间，属夫妻共同债务，原告要求陈 X 与刘 X 满共同承担还款责任，符合法律规定，本院予以支持。

关于原告对抵押的房屋如何享有优先受偿权的问题。首先，陈 X、刘 X 满为提高家庭生活质量欲购买别墅，因购房资金不足，以所购房产抵押给原告申请住房按揭贷款 328 万元。原告为了防止购房担保借款中可能产生的金融风险，发放住房一手按揭贷款的必要条件是以所购房屋整体提供抵押担保。陈 X、刘 X 满系夫妻又兼陈 X 卓监护人，在向原告明确承诺以所购房屋作为担保后，才能通过银行审核，并以按揭贷款方式从银行融通到所需的购房资金。在获得购房所需的贷款后，陈 X 卓方可能作为房屋共有人而获益，故陈 X 卓获益受到房屋整体被设定抵押的限制。基于此原因，在领取房屋产权证后，陈 X、刘 X 满作为监护人，以所购房屋设定了债权总额为 328 万元的抵押，办理了相应的他项权证，并没有损害未成年人陈 X 卓的利益。其次，法律规定，抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值。债务人无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。本案中，陈 X 借款的用途是购买本案抵押的房屋，陈 X、刘 X 满将未成年人陈 X 卓作为抵押房屋的共有人之一，如陈 X 卓的份额不设定抵押，则减少了抵押财产价值，对原告造成了损害，在原告依法采取相应措施后，陈 X 卓的利益必然受损，故监护人将登记在陈 X 卓名下的房屋份额设定抵押担保也是为了陈 X 卓的利益。综上，被告陈 X 向原告借款 328 万元用于购买泰和明郡 38-01 的房屋，该房屋登记在陈 X、刘 X 满、陈 X 卓的名下，现陈 X、刘 X 满、陈 X 卓以登记在其名下的泰和明郡 38-01 的房屋为陈 X 向原告借款提供抵押担保，原告依法办理了抵押登记，在陈 X 未按约还款时，原告对抵押财产享有优先受偿权。本案贷款虽系因共有的不动产而产生，然在抵押财产折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿，陈 X 卓对不足部分不负有清偿之责。被告陈 X、陈 X 卓未到庭应诉，放弃了抗辩原告主张的诉讼权利，由此引起的法律后果，应由其自行承担。据此，依照《中华人民共和国合同法》第二百零五条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百七十九条、第一百八十条第一款第一项、第一百八十七条、第一百九十二条，《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》第一百四十四条的规定，判决如下：

一、被告陈 X、刘 X 满共同归还原告中国农业银行股份有限公司靖江市支行借款本金 2 760 033.82 元及利息（计算至 2012 年 6 月 4 日欠息 16 474.23 元，从 2012 年 6 月 5 日起至还款之日以原告系统生成账单为准），于判决生效后 10 日内还清。

二、原告对被告陈 X、刘 X 满、陈 X 卓名下位于靖江市泰和明郡 38-01 号的房屋的折价、变卖或拍卖所得价款在 328 万元债权范围内享有优先受偿。

如果未按本判决指定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。

本案受理费 30 120 元减半收取计 15 060 元，由被告陈 X、刘 X 满负担（原告已垫付，二被告在还款时一并给付原告）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状及副本四份，上诉于江苏省泰州市中级人民法院。同时根据《诉讼费用交纳办法》的有关规定，向该院预交上诉案件受理费 30 120 元（户名：泰州市财政局，开户行：泰州市农业银行海陵支行，帐号：201101040058888）。

丈夫鬼迷心窍赊巨款买彩票
妻子无奈“背锅”被判承担夫妻共同债务

2017-07-12 人民法院报 余同云

本报讯 购买彩票本应秉持理性平和心态，量力而行，根据自己的经济状况适量购买。然而，河南省焦作市一

市民发财心切，采取赊购方式一次性投入近 19 万元巨款去购买彩票，结果不仅未中大奖，反倒欠下高额债务。近日，河南省焦作市中级人民法院二审审结了这起因赊销彩票引发的民事纠纷案件。

今年 3 月 2 日，焦作市的王某来到李某开办的体育彩票销售站，经过一番潜心研究分析，王某认为自己精心挑选的几组号码囊括了全部中奖机率，肯定能中得 500 万元巨奖，遂决定把选定号码全部买下。但其身上携带钱款不足，经过协商，李某同意其当场支付 31000 元，余款 158100 元作为欠款，随后支付。但造化弄人，彩票一开奖，王某顿时傻了眼：他所购彩票未能如愿中得巨奖。他的发财梦破裂，亦无能力支付剩余彩票钱。几次讨债无果，李某遂以王某及其妻赵某为被告诉至法院要求归还欠款。

赵某莫名其妙成了被告，非常恼火，又听了丈夫赊欠巨款购买彩票的“离奇故事”，更是怒不可遏，坚决不同意和丈夫一起“背黑锅”。法庭中，当事双方围绕着赊销彩票行为是否有效、欠款是否为夫妻共同债务发生了激烈的辩论。赵某辩称，《彩票管理条例》明文规定，“彩票发行机构、彩票销售机构、彩票代销者不得有下列行为：（四）以赊销或者信用方式销售彩票”。李某违反行政法规的强制性法律规定向王某出售彩票，系违法无效民事法律行为。同时，丈夫动用巨额资金购买彩票系赌博，属个人行为，配偶不应承担其个人债务。

该案经一、二审，法院认为，王、李双方买卖体育彩票是经国家有关部门依法核准的合法行为，不能认定为非法赌博行为。李某赊销彩票给王某，违反的行政法规有关规定属于管理性法律规定，而不属于效力性强制性法律规定，因此双方依法成立有效合同。另外，王某是在与赵某夫妻关系存续期间实施的购买彩票行为，该射幸行为一旦中奖则奖金必将成为夫妻共同财产，那么其为购买彩票所负的债务对应地也应当视为夫妻共同债务。因此，王某、赵某应共同承担该债务。最终，法院判决王某、赵某共同偿付李某欠款 158100 元及利息。

妄图以离婚方式恶意转移财产躲债 法院判妻子要承担债务_金羊网新闻

2017-06-20 金羊网

金羊网记者 董柳 徐冰琪 李仁泰

案情回顾 ：货款纠纷上诉期间债务人离婚转移财产

湖南人孙某与五华人刘某素有生意往来。2012 年 12 月以来孙某一直为刘某供应纸牌、合金膜等材料，而刘某陆续支付部分货款，后双方于 2016 年 7 月 20 日结算，刘某尚欠孙某货款 147800 元，但刘某一直未偿还。

2016 年 9 月 1 日，孙某向五华法院起诉刘某偿还货款 147800 元，法院依法作出判决确认刘某应偿还孙某货款 147800 元。后刘某不服判决，提起上诉，在上诉期间，即 2016 年 10 月 17 日与妻子曾某办理了离婚手续，并于二审期间将刘某名下的位于五华县水寨镇某小区的一套夫妻共同房产转移至曾某名下。后孙某向梅州市中院申请财产保全，但发现该房产已于 2016 年 12 月 14 日变更给曾某。该案经梅州市中院二审维持原判。孙某在申请执行时，法院执行部门认为不宜直接追加曾某为被执行人，于是孙某先于 2017 年 1 月向五华法院提出诉前财产保全申请，法院依法查封了曾某名下的争议房产。2017 年 2 月 13 日，孙某到法院起诉曾某，要求确认刘某在婚姻关系存续期间所欠孙某的货款 147800 元为夫妻共同债务，判决曾某承担连带清偿责任。庭审过程中，法院追加刘某为第三人参加诉讼。据悉，孙某与刘某未明确约定债务 147800 元属于个人债务。

庭审过程 ：一方称转移财产躲避债务

孙某称，曾某与刘某虚假离婚恶意转移财产属于恶意躲避债务，依法属于无效行为，应予以撤销。

曾某称，刘某的欠债是个人债务，我完全没有享受到债务所带来的利益，且两人分居多年，没有共同生活的支出，我一直是靠自己打工和子女的赡养生活。

刘某称，此笔债务是我的个人债务，与前妻曾某无关。

审理结果 有明显的转移财产的嫌疑

法院审理后认为，判断涉案债务是否为夫妻共同债务，应根据《中华人民共和国婚姻法司法解释（二）》第二十四条的规定，即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，但存在下列情形之一的除外：1、夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务的；2、夫妻一方能够证明债权人知道或者应当知道夫妻对婚姻关系存续期间所得财产约定归各自所有的。本案中，曾某无证据证明存在上述除外情形。

一方面，就本案案情而言，曾某、刘某在孙某起诉刘某偿还货款时仍存在夫妻关系，在该案一审判决后双方才到民政局办理离婚手续，在二审期间才将涉案的夫妻共同财产转移至曾某名下，有明显的转移财产的嫌疑。另一方

面，虽然该笔债务是刘某一方独自经营产生的债务，但利益是否归家庭共享，对此曾某并没有提供充分的证据来证实刘某经营所赚利益未归家庭共享及未用于夫妻共同生活。

综上，法院依法判决确认刘某在婚姻关系存续期间所欠孙某的货款 147800 元为夫妻共同债务，曾某对该笔债务承担连带清偿责任。

巨额债务从天降 前妻举证巧脱身

2017-07-18 人民法院报 顾建兵 芦霞

离婚后，前妻被一起告到了法院，要求共同偿还 35 万元借款。其实，这笔钱是前夫欠下的赌债，那么前妻该如何搜集证据，来摆脱这笔债务呢？

2011 年 1 月，张丽与周伟结婚。然而，没过多久，张丽便发现周伟经常去打牌。3 月的一天晚上，醉醺醺的周伟回到家，吵醒了熟睡的张丽。张丽忍不住说了他几句，周伟那天输了不少钱，心情不好，借着酒劲打了妻子两巴掌。于是很快两人便分居了。

同年 6 月的一天，张丽接到派出所的电话。民警通知张丽，周伟因赌博被拘留、罚款，让她到派出所办理相关手续。此后，不断有人上门讨要赌债。张丽无法忍受，决定替周伟还债，但要求以离婚为条件。2014 年初，两人到民政局部门办理了离婚手续，并在离婚协议中写明，双方无共同财产，债务由各自承担。

2016 年初，张丽在居住小区的公告栏上，看到法院张贴的传票，周伟的一位叫郑志的朋友将周伟告到法院索要 35 万元借款，法院要求张丽出庭应诉。张丽认为，她和周伟早已离婚，而且离婚协议写明了周伟的债务与她无关，就没有出庭。可是不久后，张丽却收到了要求她与周伟共同还钱的法院一审判决。

张丽急忙到法院了解情况。原来周伟在分居期间向郑志借了 35 万元，因为借条写的是“因生产经营需要”而借款，并且借款发生在婚姻期间，所以法院认定这笔钱属于夫妻共同债务。

周伟一直做的是小本生意，怎么会突然借 35 万元呢？张丽认为，这些钱很有可能是赌债。婚都离了，难道还要共同偿还这笔赌债吗？

于是，心有不甘的张丽上诉到江苏省南通市中级人民法院。

为了证明自己对债务不知情，张丽先是请小区居委会出示了分居证明，以及自己银行卡流水，表明借款时她没有与周伟共同生活。

可是法庭上，周伟却在坚称借款是夫妻共同债务，他告诉法官，那段时间他与张丽有矛盾，他希望自己的事业能有起色，有足够经济实力来挽回婚姻，所以才向郑志借款，用于扩大经营。

分居前后，周伟都在忙着赌博，何来扩大经营之说？为了揭穿前夫谎言，张丽请了刘琴等朋友作证，还拿出周伟多次往返澳门、柬埔寨的登机牌，以及出入两地赌场消费的票据。

张丽仔细看了借条的落款时间，发现就在写下借条的第二天，周伟便因赌博被派出所行政拘留了。派出所的行政处罚决定书写明了周伟参与赌博，赌资巨大。张丽告诉法官，已经被行政拘留的周伟根本没有能力扩大经营。张丽还调出周伟公司账户银行卡的流水记录，证明 35 万元从未存入周伟的公司账户里。

为了证明郑志知道周伟嗜赌，张丽还拿出自己的婚宴录像。张丽说，郑志和周伟是多年的朋友，应该了解对方品行，当初结婚时郑志还提醒过她，这足以证明郑志对周伟赌博是知情的，郑志借钱给他时更应该谨慎。

南通中院审理后认为，周伟在短时间内借款几十万元，明显超出日常生活及生产经营所需。张丽提供的证据，足以证明郑志对周伟从事的生意及其个人品行是了解的，所以郑志向周伟出借大额款项时有注意的义务，也就是说他对这笔借款的实际用途应提前了解。

法院经过调查还发现，向郑志借款前后的那段时间，周伟还向其他人多次举债。周伟有赌博的恶习，郑志在不清楚 35 万元是否用于张丽与周伟的共同生活时，草率出借，应承担不利的后果。

近日，南通中院对此案作出终审判决，这笔借款与张丽无关，由周伟独自归还 35 万元。

“发现夫妻一方赌博时，除了及时劝阻，平时应注意保留证据。”该案二审承办法官顾华提醒说，日常生活中，一方借赌债写欠条，多数都会写明这笔借款用于家庭共同生活。审理这类案件时，借条并不是法官做出判断的唯一凭证，如果另一方积极举证，是有可能扭转官司局面的。

前夫赌球欠的高利贷要共同承担？法院这样判

2017-07-23 上海法治报 陈颖婷 万小兰

丈夫沉迷网络赌球无法自拔，瞒着妻子四处筹措赌资，拆东墙补西墙。东窗事发后，妻子毅然决然与之离婚。不想，却因赌资是双方婚姻关系存续期间所借，已离婚的前妻无奈成了共同被告。近日松江法院审结了这样一起民间借贷纠纷案件。

前夫借钱赌球，女子躺枪成共同被告

2 年前，张某进入一家互联网公司做行政工作，认识了同在该公司做程序开发的李某，相识相知，两人慢慢走到了一起。交往中，李某袒露在此之前其有过一段短暂的婚姻，且还有个孩子跟随一起生活，张某对此并不介怀，情投意合的两人携手走入了婚姻殿堂。

婚后，为了照顾李某前妻的小孩，张某自原来的老东家离职出来自主创业，经营了一家美甲店，婚姻生活简单幸福。

然而此时，平静的生活下实则暗波汹涌。嗜赌的李某不改网络赌球的恶习，瞒着张某在外各处举债。借款像雪球一样，越滚越大，焦头烂额的李某甚至打上了张某的主意。

直到去年年底，张某偶然发现自己的支付宝余额几近为零，且信用卡欠有多笔借款。

经反复询问，李某终于承认自己嗜赌借款的事实。随后，怀有悔意的李某写下了其在外借款的金额汇总，债主涉及朋友同事及多家小额贷款公司。

张某通过向李某前妻及其母亲了解情况才得知，原来两年前李某的第一段婚姻就是因为前妻发现其赌博行为而终结。

对此一无所知的张某才恍然大悟，果断与李某协议离婚，并签有自愿离婚协议书处理双方的债权债务。

然而事情并没那么简单，小贷公司的借款到期后，放贷人不仅将二人共同购买的婚房侵占，并多次上张某的美甲店骚扰要求其还款。直到，张某收到法院传票，成为共同被告走上法庭。

法院认定系个人债务，前夫独自担责

本案所涉借款发生在两被告夫妻关系存续期间，但对于借款是否为夫妻共同借款，原、被告存在争议。庭审中，张某辩称，债务虽发生于双方婚姻关系存续期间，但系李某个人所借用于赌博，并未用于夫妻共同生活，其对涉案借款毫不知情，没有共同借款合意，应属李某个人债务。

李某同意张某意见，自认系其隐瞒张某所借，且用于赌博，系其个人债务，其愿意承担还款义务。

《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）》第二十四条规定：

债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。夫妻一方与第三人串通、虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违反犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

松江法院经审理认为涉案借款不应认定为张某与李某的共同借款，张某对于本案借款不承担清偿责任。理由是：

其一，张某称其对于原告与李某之间的借款并不知情，李某对此予以确认，从二人自愿协议离婚书有关债权债务的约定也可以印证张某对于包括本案在内的借款并不知情的事实。另外，本案中也无证据证明原告就借款一事告知过张某。

其二，从财产分割协议中提及的借贷附录结合对应的相关借款合同、借款协议可以反映，涉及的出借人均为小额贷款公司、信用卡借款及包括本案在内的私人借款，数额有几十笔之多；借款时间集中发生在 2016 年年间；各出借人的借款金额大部分每笔在 10 万元以内，并在间隔非常短的时间内连续借款，事实大致相同。

众所周知，小额贷款公司及信用卡借款的出借利息比较高，逾期后更会承担更高的利息，本案所涉借款本身也约定高额的利息，被告将上述连续借款用于家庭日常开支有违常理，因此李某同期连续借款的诸多情况，其涉赌有着极大的可能性；

鉴于以上事实，法院难以认定该笔借款用于两被告的共同生活。据此，驳回原告对李某的诉讼请求。

配偶一方对另一方就共同财产长期支配、处分采取默认态度的事实可以推定其对此类处分知情或应当知情

2017-07-26 法门囚徒

裁判要旨

涉案房产虽属于夫妻共同财产，但夫妻一方对涉案房屋登记在另一方名下并由其予以控制、支配和使用长期采取了默认态度的事实可以推定其在本案中对登记人就涉案房屋进行抵押之事知道或应该知道。

案例索引

《韩金龙、兰州市公航旅小额贷款股份有限公司企业借贷纠纷案》【(2017)最高法民申 1078 号】

案情简介

涉案房产属于韩金龙与吕彩红夫妻共同财产，但一直登记于韩金龙人名下。该房产一直处于出租等经营状态，吕彩红对韩金龙个人对外进行出租获利并未提出异议；另外，该房屋自 2007 年至 2009 年曾多次进行抵押，吕彩红作为共有人也一直未提出异议。

韩金龙申请再审认为：涉案房屋为夫妻共同财产，涉案抵押未经共有人吕彩红同意，抵押合同无效。

争议焦点

韩金龙与债权人所订《最高额抵押合同》的效力问题。

裁判意见

最高院认为： 关于韩金龙与公航旅公司所订《最高额抵押合同》的效力问题。该问题的主要争议是，共有财产的共有人未经其他共有人同意进行抵押，抵押合同是否有效的问题。本案韩金龙提出其进行抵押未经其妻子吕彩红同意，故主张抵押无效。根据韩金龙提供的夫妻关系证明及家庭财产未予分割的情况，本案抵押房屋可以视为夫妻共同财产。作为夫妻共同财产，根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第五十四条规定，夫妻一方对外设定抵押，一般应经另一方同意，否则抵押无效；但另一方知道或应该知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

本院认为，根据原审及审查期间查明的事实，应视为吕彩红知道或应该知道。

第一，涉案房产虽属于夫妻共同财产，但一直登记于韩金龙人名下，且房产一直处于出租等经营状态，吕彩红对韩金龙个人对外进行出租获利（包含涉案房屋，一年租金达 360 万元）并未提出异议；同时，从涉案房屋的他项权证登记情况看，该房屋自 2007 年至 2009 年曾多次进行抵押，吕彩红作为共有人也一直未提出异议。本次再审申请中，对上述出租、抵押等权利行使或权利处分行为，韩金龙亦未提供证据证明经过吕彩红同意，换言之，吕彩红对涉案房屋在韩金龙名下并由韩金龙予以控制、支配和使用采取了默认态度，否则即应办理共有权利登记，但其一直未予办理之事实，依法应该推定其对韩金龙对涉案房屋抵押知道或应该知道。

第二，《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定，无处分权人将不动产转让给受让人，所有权人有权追回；但受让人受让该不动产时符合善意、以合理价格受让以及应该登记的不动产依法已经登记等情形的，由受让人取得不动产的所有权。《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第十一条规定，一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回房屋的，人民法院不予支持。举重以明轻，韩金龙作为夫妻一方以共有房产予以抵押，认定有效，符合物权法、婚姻法的立法精神和保证市场交易秩序稳定和交易安全之原则。据此，韩金龙以涉案房屋抵押时未经吕彩红同意主张抵押担保合同无效，事实和法律依据不足，本院不予支持。

四、继承

（一）继承审判动态

父亲刚过世 陌生债主找上门

2017-07-03 人民法院报 雷娜

时间：2017 年 6 月 20 日

地点：广西壮族自治区桂林市秀峰区人民法院

案由：民间借贷纠纷

案情：2016 年 11 月 27 日，家住桂林市榕荫路的林民过世。一个年轻人拿着两张共计 12 万元的借条找上门，说是老人生前欠下的债。老人的妻、子对这纸债务并不认可，双方为此对簿公堂。

案情回放

2016 年 11 月 27 日，家住桂林市榕荫路的林民过世。许辉拿着两张共计 12 万元的借条找上门，说是林民生前欠下的债。老人的妻子秦红、儿子林建对这一债务并不认可。

林民生前曾在兴安县某景区工作，与许辉的父亲是同事，双方因此结识，但并不太熟。2011 年，林民说要做一

个项目，口头承诺用自己在龙船坪小区的一套房子作抵押，先后向许辉借了 12 万元，并承诺于 2013 年 1 月之前归还。据许辉称，这 12 万元，也是林民卖那套房子给他的变相定金。2013 年，因为原先借条上约定的还款日期快到了，两人重新签下了两张借条，金额分别为 8 万元和 4 万元。直至 2016 年底，许辉从朋友处得知林民已经过世。

但秦红和林建则表示，二人均不认识许辉，林民也从未提起过这笔债务。由于借条上日期的矛盾及为何会出具两张借条，二者对借条的真实性表示了怀疑。同时，二人对于本案是否已过诉讼时效也有许多疑问。

对于抵押的房产，林民在 2013 年确实继承了一套房产，但在 2015 年已经转手卖与他人。过世时，其名下并没有房产。秦红在与林民夫妻关系存续期间，曾向其单位购买了一套房改房。2016 年，秦红将该房改房以 88 元的价格转让给儿子林建。对于这笔债务是否属于夫妻共同债务，林民是否留有遗产等问题，双方均有不同的意见。

2017 年 1 月，许辉以民间借贷纠纷向秀峰区法院提起诉讼。

庭审现场

原告：二被告应在各自继承的份额内偿还借款本金及利息

对于借条上还款日期是“2013 年元月前”，落款日期却“2013 年 11 月”，原告认为，该日期矛盾是笔误，双方的原意是 2014 年 1 月前还款。至于为何写成两张借条，许辉解释称，林民说过一段时间就有钱了，到时先还 4 万元，所以写了两张。原告律师表示，在第一次庭审中，被告否认借条真实性就应当提出笔迹鉴定，但至今未提出，根据证据规则，应当直接采信该证据。

原告律师称，许辉在 2016 年还在不断向林民催款，所以本案并没有超过诉讼时效。许辉表示，其给林民打电话，但一直不接，所以都是短信催他。并且向法庭展示了他的手机短信纪录，记录显示，从 2016 年 1 月 1 日至 7 月 30 日，许辉一共发了 14 条短信追问“钱的事”。

随后，许辉拿出了一段 2016 年 2 月向林民催要欠款或房子的手机录像视频。在这段视频中，林民面对镜头，表示“过了年十五再与许辉联系”。许辉进一步问：“再见面搞什么？”林民答：“见面谈还款的事情。”

庭审中，许辉认为两被告有所隐瞒，“林民生前曾经提出要拿房产抵债。”经法院到房产部门核实，林民在 2013 年确实继承了一套房产，但在 2015 年已经转手卖与他人。过世时，其名下并没有房产。但随后，事情再次出现转折。许辉称，被告林建名下的房产，应当是林民及其妻子的共同财产，林民“有生前转移转产，躲避债务的嫌疑”。

原告律师表示，被告秦红在与林民夫妻关系存续期间，曾向其单位购买了一套房改房，该房产属于夫妻共同财产。林民明知其负债的情况下，以明显低于市场的价格（88 元）转让给儿子林建是不合法的。

被告：不承认借条及短信、视频的真实性

二被告认为，根据现有证据无法证明该借贷关系的合法、真实存在。第一，原告提交的两张借据无法证明系林民本人签署且为林民真实意思表示；第二，该证据内容并未载明借款用途、交付方式，故无法证明该借款真实、合法存在；第三，借款的时间本身就是矛盾的，不符合逻辑，侧面印证该借据是虚假制作。对于未申请笔迹鉴定，被告律师表示，“笔迹鉴定是需要对比本人笔迹，因为林民已经去世，故没有申请笔迹鉴定。”

被告律师认为，即便债权真实存在，诉讼时效应从 2014 年 1 月 1 日起算，也已经超过了诉讼时效。

对于许辉提供的短信及视频，被告律师对这些证据的真实性、合法性和关联性均不予认可，“视频拍摄未经当事人同意，未经过任何形式的公证，不能作为定案依据。”

同时，被告律师认为林民可能是在被胁迫的情况下录制了该视频。结合前述证据的诸多疑点，被告代理律师推断，本案债务很可能是非法债务，不受法律保护。因林民去世，故举证责任应当在原告。

对于林民究竟有没有遗产这一焦点问题，被告律师认为，即使债权真实存在，也不能认定为夫妻共同债务。此外，林民并无遗产可供继承，所以原告要求两被告在遗产继承范围内的诉请不应得到支持。

对于那套过户给林建的房改房，被告代理律师表示，这套房产是经合法程序过户到林建名下，不是遗产且与本案债务无关。

法庭：两被告都有偿还责任

法庭审理认为：原告所提供的短信、视频和借条互相印证，证实了原告许辉与林民之间的借贷关系真实存在并已实际发生。被告虽提出诸多质疑，但均未能提供证据证明，也未在法院指定的期限内申请司法鉴定。综合双方举证情况，对原告所提供的相关证据予以确认，作为本案定案的依据。

本案借贷系真实发生，但借条上关于时间的矛盾与常理不符，应为笔误。根据双方的举证，并不能明确借贷双

方约定的具体还款时间。故本案的还款时间应当从出借人向债务人催促还款之日起算，本案诉讼时效应当从借款人未能如期偿还借款的次日（2016 年 1 月 21 日）起算，本案原告许辉于 2017 年 1 月 5 日提起本案诉讼，故没有超过 2 年的诉讼时效期间。

被告秦红与林民系夫妻关系，上述债务发生在其夫妻关系存续期间。虽然秦红对此笔债务提出异议，但未能提供证据证明其为林民个人债务或非法债务。因此，按照婚姻法的相关规定，该笔债务应属于夫妻共同债务，秦红应承担共同偿还责任。

此外，被告秦红、林建作为借款人林民的第一顺位继承人，在庭审时明确表示如上述房屋属于遗产，则不放弃相关权利，此表态应视为二被告不放弃对林民财产的继承。故二被告应在继承遗产实际价值的范围内偿还林民的本案债务。至于那处房产是否属于借款人林民财产或遗产，因房屋已经过户，属于另一法律关系，原告可另案主张其合法权利。

丈夫杀死残疾女儿后自缢身亡 儿媳与公婆因房产闹上法庭

法院调解定分止争

2017-07-22 人民法院报 钱笑 孙洪旺

本报讯　近日，北京市通州区人民法院审结一起儿媳起诉公婆，要求分割丈夫去世后遗留房屋的案件。原告系二被告的儿媳，原告丈夫于数月前携年仅八个月幼女自杀，双方婚姻关系存续期间购买通州区住房一套，故儿媳起诉公婆，要求该房屋由儿媳继承所有。在法院主持下，双方最终达成调解协议。

原告与丈夫是小学同班同学，老家均系内蒙古赤峰市。后二人均在北京工作，并于 2013 年 1 月份登记结婚。婚后夫妻恩爱，并共同出资购买北京市通州区房屋一套。2016 年 6 月，女儿出生，不幸的是，双方所生育女儿患有唇腭裂，并随着孩子的生长，逐渐表现出智力障碍的症状。2017 年 2 月，因经受不住孩子唇腭裂和疑似智力障碍的双重打击，原告丈夫于某酒店房间内，将女儿捂死后自缢身亡。后经北京市公安局通州分局尸检，女儿死因为机械性窒息死亡，原告丈夫死因为缢死。原告丈夫及女儿去世后，原、被告伤心之余，签订一份《遗产继承协议书》，约定由原告给付被告 20 万元，被告放弃其子在通州区房屋的遗产份额，该房屋归原告继承，被告配合原告办理该房屋的变更产权登记手续。协议签订后，原告给付被告 14 万元，剩余 6 万元尚未给付。因双方就办理涉案房屋变更产权登记手续和给付剩余款项的问题产生分歧，故诉至法院。

原告认为，《遗产继承协议书》明确约定，剩余 6 万元待楼房过户手续办理完一次性给付被告，故剩余 6 万元应当在原告拿到涉案房屋的新房本之后给付被告。

被告认为，因二被告居住于内蒙古，且被告二人均患有心脏病等疾病，往来通州非常不方便，故原告应当先将剩余 6 万元给付被告，再由被告配合原告办理涉案房屋变更产权登记手续。

法院认为，根据继承法的规定，被继承人的配偶、子女、父母是第一顺序继承人，继承开始后，由第一顺序继承人继承。继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。

本案承办法官阅卷后，认为原告丈夫及女儿的死亡已经给原、被告双方带来了巨大的悲伤，且双方已经就遗产继承问题签订了协议，故本案可先行调解，一方面可减少原、被告之间的对立情绪，达到互谅互让、和睦团结的目的，另一方面可以满足当事人快速结案的需要。庭审过程中，原、被告均认可《遗产继承协议书》的内容，但原告坚持拿到新房本后给付剩余款项，被告则坚持先收到剩余款项后再配合原告办理相应手续。双方的分歧主要在于《遗产继承协议书》中约定的“剩余 6 万元待楼房过户手续办理完一次性给付”的“楼房过户手续办理完”的认定。因该房屋系原告及丈夫以公积金贷款的方式购买，尚有 57 万余元贷款未清偿完毕，故办理房屋的变更产权登记手续需要先去公积金贷款中心变更借款人为原告，再去产权中心变更产权登记。调解过程中，承办法官向双方当事人解释涉案房屋变更产权登记的程序，并告知当事人，调解书一经当事人双方签字即发生法律效力，生效法律文书具有强制执行效力，一方当事人不履行生效法律文书确定的义务，对方当事人可以申请人民法院强制执行。承办法官的耐心解释，消除了双方当事人的顾虑，双方最终达成调解协议：一、涉案房屋归原告继承所有，被告配合原告办理该房屋的变更产权登记手续；二、原告在涉案房屋产权变更登记至原告名下当日，将剩余 6 万元款项给付被告。

（二）继承立法动态

（三）继承典型案例

非亲生子女是否无权继承遗产？

2017-07-05　法信

导读：继承纠纷案件中，继承人与被继承人之间是否以自然血亲关系为必备条件，法律并无相关规定。在遗嘱继承过程中，如果遗嘱是合法有效的，应当尊重被继承人的真实意愿。法信小编结合相关权威案例和专家观点，对继承权纠纷是否应以亲子关系鉴定为裁判依据进行说明。

法信 • 权威案例

藏某某诉姚某某继承纠纷案

【案例要旨】

否认亲子关系属于身份权范畴，专属于父母子女。自然血亲关系与是否享有继承权无必然联系，裁判继承权纠纷不以亲子关系鉴定为依据，而应当尊重被继承人的真实意愿。

【案情】

原告：藏某某。

被告：姚某某。

刘某某于 2010 年 8 月 15 日死亡，遗留房屋、汽车等遗产共计 1900 万元，未留遗嘱。刘某某于 1989 年 8 月与藏某红结婚，生育一女藏某某。1995 年 2 月，刘某某与藏某红协议离婚，约定：藏某某由藏某红抚养，刘某某每月负担抚养费 1000 元，藏某某为双方当事人今后各自拥有财产的合法继承人之一。1997 年 12 月刘某某又与姚某某结婚，生育子女刘甲、刘乙。刘某某死后，藏某某主张继承遗产。姚某某私自采集藏某某的头发与刘某某生前使用牙刷中的遗留物，隐名送鉴定机构进行 DNA 检测，结论排除二人有亲子关系，遂拒绝分配遗产给藏某某。藏某某起诉请求继承刘某某的遗产，被告姚某某等人提出对藏某某与刘某某之间是否存在亲子关系进行鉴定。若存在亲子关系，则藏某某享有继承权；若无亲子关系，则藏某某不享有继承权。藏某某不同意进行鉴定，被告姚某某等人认为应适用最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第 2 条第 2 款之规定，认定藏某某不是刘某某的亲生女儿，没有继承权。

【审判】

重庆市九龙坡区人民法院经审理认为，在原告拒绝鉴定时，推定原告不享有继承权无法律依据，也不符合我国婚姻、家庭、道德观念的原则。因此，不同意被告的鉴定申请，原告在该案件中享有继承权。据此，依照继承法第二条、第三条、第十条、第二十六条之规定，判决被告姚某某向藏某某支付遗产 276 余万元。

姚某某等人不服一审判决，提起上诉。

重庆市第五中级人民法院二审判决对姚某某等人的亲子关系鉴定请求不予支持，除改判确定遗产中房屋所有权的归属外，其余维持一审判决。

姚某某等人仍不服，申请再审。重庆市第五中级人民法院裁定进行再审。再审中，姚某某等人请求采取家族基因检测法进行鉴定，以确定藏某某是否为刘某某的亲生女。

重庆市第五中级人民法院再审认为亲子鉴定具有很强的伦理性，涉及父母、子女的隐私权，因此，主张亲子鉴定应当严格限定于父母与成年子女本人。被继承人刘某某生前并未提起否认亲子关系的诉讼，而是依离婚协议履行对藏某某的抚养义务。

另外，子女与父母有自然血亲关系，不是享有继承权的必备条件，形成抚养关系的继子女、养子女，没有自然血亲关系也可享有继承权。因此，一、二审不支持姚某某等人亲子鉴定的主张，是依法对藏某某及其母亲名誉权、隐私权的保护，也是对逝者刘某某名誉的尊重，是正确的。遗产分配优先尊重死者生前的意思表示，刘某某在与藏某红的离婚协议中明确表示：藏某某为双方当事人今后各自拥有财产的合法继承人之一。刘某某一直未予以改变，藏某某依此约定享有继承权。重庆市第五中级人民法院于 2016 年 7 月 6 日作出再审判决，确认藏某某享有继承权，在补正二审判决中的瑕疵后，判决维持二审判决。

（摘自：《人民司法 • 案例》2017 年第 14 期，审理法院：重庆市第五中级人民法院）

法信 • 专家观点

一、遗嘱的有效要件

遗嘱作为一种民事行为，应当具备民事行为的一般有效要件。另外，遗嘱作为《继承法》上规定的单方民事行

为，还应当符合《继承法》上的有关规定。依照我国《继承法》及相关法律的规定，遗嘱有效应当满足以下条件：

（一）立遗嘱时，遗嘱人应当具备遗嘱能力

遗嘱能力是自然人依法享有的设立遗嘱，依法对自己死后遗产的有关事项作出安排的资格。我国《继承法》第22条中规定:“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。”该规定表明，只有具有完全民事行为能力的人，才有遗嘱能力。遗嘱人是否具有遗嘱能力，应以遗嘱设立时为准，而不是以遗嘱开始时为准。《继承法意见》第41条规定，遗嘱人立遗嘱时必须有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

（二）遗嘱人的意思表示真实

遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示，遗嘱的内容必须与遗嘱人内心的真实意思相一致。遗嘱作为遗嘱人生前按自己的意愿处分自己遗产的一种单方民事行为，必须是遗嘱人完全自愿作出的。我国《继承法》第22条中规定，遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效；伪造的遗嘱无效；遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

（三）遗嘱的内容不违反法律和公序良俗

遗嘱的内容是遗嘱人在遗嘱中表示出来的对自己财产处分的意思。遗嘱作为一种民事行为，其内容当然应当合法，不得违反法律和公序良俗。所谓不得违反法律，首先是指不得违反我国现行法律、法规中的强制性规范，其次是指不得违反国家政策的禁止性规定和命令性规范。此外，规避法律强制性规范和禁止性规范的脱法行为也属于违反法律。所谓不违反公序良俗，是指遗嘱不得损害社会的政治、经济秩序和道德风尚，不得损害国家的主权和民族尊严。

（四）遗嘱的形式应当符合法律规定的要求

为保证遗嘱能够反映遗嘱人的真实意愿，法律为遗嘱规定了严格的形式，遗嘱必须具备法律规定的形式要求。

（摘自:《婚姻家庭与继承法》（第四版），房绍坤、范李瑛、张洪波编著，中国人民大学出版社2015年7月出版）

二、遗嘱继承权的取得

遗嘱继承权的取得根据是合法有效的遗嘱的指定。按我国《继承法》第16条的规定，我国遗嘱继承人的范围与法定继承人的范围相同，即遗嘱人只能在法定继承人的范围内，指定遗嘱继承人。也就是说，在我国，取得遗嘱继承权的人，只能是法定人继承人范围以内的人。遗嘱人指定继承人的根据是什么呢？从现实生活中的大多数遗嘱看，遗嘱人往往都指定与自己最亲近的人（如配偶、父母、子女等近亲属）、或最需要扶养的人（如遗嘱人的病残子女、年老多病的父母等）、或曾经扶养过自己的人作为遗嘱继承人。这表明，遗嘱人指定继承人的主要根据仍然是婚姻关系、血缘关系和扶养关系。当然，这只是一般情况。在特殊情况下，某些遗嘱人也会根据自己的个人好恶、某继承人的才德等来指定遗产承受人。例如，遗嘱人指定某个自己最喜欢的非亲属自然人作为受遗赠人并使其取得更多的遗产份额、或指定会生产经营的继承人继承生产资料等。在此情况下，只要该遗嘱合法有效，则其指定的受遗赠人或继承人取得受遗赠权或遗嘱继承权。

（摘自《婚姻家庭继承法学》（第二版），陈苇主编，中国政法大学出版社2014年出版）

法信 • 法律依据

1.《中华人民共和国继承法》

第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

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。

第二十二条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

2.《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》

第四十一条 遗嘱人立遗嘱时必须有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

老人立遗嘱房产赠长子 其他子女是否有继承权？

2017-07-05 千龙网

来源标题：老人立遗嘱房产赠长子 其他子女是否有继承权？

顺德一位吴姓老人生前立下遗嘱，提出自己百年之后名下的房产“谁居住就归谁所有”。老人过世后，一直居住在其中一套房产内的长子吴某 1 向法院提起了诉讼，请求将遗嘱中涉及的该套房屋判归自己继承并所有。记者日前从顺德区法院公布的判决结果中看到，法院认定老人的遗嘱“依法成立”，但仍判决吴某 1 需折价补偿部分钱款给自己其中一位妹妹。那么，为何房产分配不能完全按照遗嘱执行呢？

遗嘱：“房屋谁居住一切归谁所有”

原告吴某 1 向法庭介绍，位于佛山（楼盘）市顺德区某处的房屋登记在其父亲吴某名下。吴某于 2011 年 10 月 16 日立下遗嘱，指定涉案房屋由原告继承。

据了解，吴某于 2011 年 12 月 5 日去世，其与黄某某(已先于吴某去世)共生育 4 名子女，分别为长子吴某 1、次子吴某 2 及女儿吴某 3、吴某 4。(均为化名)

在吴某生前所立遗嘱中说明，吴某名下有两份房产，其中旧屋为次子吴某 2 居住，涉案的新屋为长子吴某 1 参建并居住，经吴某、长子吴某 1、次子吴某 2 三父子协商，三方面各自同意没有意见。为了以后房产归谁所有问题，吴某在遗嘱中先特定安排，“房屋谁居住一切就归谁所有，谁也不能争夺他人财产，不能提出两份房产大小补偿，包括以后拆迁各自不能有意见及经济冲突。”

对女儿吴某 3、吴某 4，遗嘱中提到：“以甲方吴某名补偿吴某 3 壹万元、吴某 4 壹万元”。这份遗嘱显示，吴某 3、吴某 4 已收到该补偿款，并在遗嘱下方的收款人处签名确认。另外，遗嘱还特别说明是在吴某“意志清醒下”所立。

在这起案件庭审中，被告吴某 3 未到庭，被告吴某 2 和吴某 4 均表示，对遗嘱的真实性、合法性、关联性无异议，并同意涉案房产由原告吴某 1 继承并归吴某 1 所有。

法院遗嘱客观真实予以采信

在庭审中，顺德法院表示，经审查作为证据的遗嘱内容客观真实，来源合法，与本案有关联性，法院予以采信。

同时，法院还认定了如下事实：吴某与黄某某婚后共同生育了四名子女，分别是吴某 1、吴某 2、吴某 3、吴某 4。黄某某于 1997 年 10 月 20 日死亡，吴某于 2011 年 12 月 5 日死亡，黄某某、吴某的父母均先于其死亡，黄某某生前没有立下遗嘱或遗赠协议。在吴某所立《遗嘱》中，吴某、原告吴某 1 及被告吴某 2、吴某 3、吴某 4 等人均在《遗嘱》中签名确认。

法院还查明，位于佛山市顺德区某处的房屋登记在吴某名下，套内建筑面积 101.45 平方米。“上述房产建成后一直由原告吴某 1 居住使用，吴某死后未进行实际分割。”并且被告吴某 2、吴某 4 当庭明确表示对位于该处房屋中应继承遗产的份额继承后赠予原告吴某 1。

另外，根据原告委托佛山市博顺房地产土地评估有限公司对涉案房产进行评估，该公司于 2016 年 10 月 20 日作出评估报告书，涉案房产的评估市场价值为 60000 元。

记者注意到，在这起遗产继承案件中，虽然涉案房产登记在吴某名下，但他所能分配的房产并非房产的全部份额。顺德法院表示，本案讼争的房产为吴某与黄某某的夫妻共同财产，黄某某先于吴某去世，其生前未立有遗嘱或遗赠扶养协议，故涉案房屋中黄某某所享有的 1/2 份额应作为黄某某的遗产予以法定继承。

在黄某某去世时，黄某某的父母均先于其过世，黄某某与吴某生前生育四名子女，分别是吴某 1、吴某 2、吴某 3、吴某 4。因此，在黄某某死亡时，其第一顺序法定继承人的范围分别为吴某、吴某 1、吴某 2、吴某 3、吴某 4。

原告按讼争房产 1/10 折价补偿吴某 3

顺德区法院依据《中华人民共和国继承法》第十六条第二款规定，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或数人继承。本案中，吴某生前立下自书遗嘱，指定由原告一人继承涉案房屋。吴某的自书遗嘱所立程

序及表现形式均符合法律规定，故该自书遗嘱依法成立，应受法律保护。吴某现已离世，原告吴某 1 作为吴某的法定继承人，依据吴某生前所立遗嘱主张继承涉案房产中吴某所占份额的诉讼请求，理由充分，法院予以支持。

同时，被告吴某 2、吴某 4 自愿将其应继承的涉案房屋房产份额赠予原告吴某 1，上述陈述为被告吴某 2、吴某 4 的真实意思表示，属于其自行处分权利，没有违反法律规定，法院也予以准许。综上，上述涉案房产中，原告吴某 1 占 9/10，被告吴某 3 占 1/10。

因为原告吴某 1 主张涉案房屋份额归其所有，由其折价补偿给被告吴某 3，且被告吴某 2、吴某 4 份额同意归原告所有。综合本案案情法院认为，原告在涉案房产中所占份额较多，从有利于当事人生活便利、生活习惯等情况考虑，涉案房产归原告吴某 1 所有较为适宜，但应按被告吴某 3 应继承份额予以折价补偿，即原告应当按照涉案房产价值 60000 元的 1/10 折价补偿被告吴某 3 金额 6000 元。（来自 长城网）

在被继承人债务清偿纠纷中继承人不能以放弃继承为由而免除清偿义务

2017-07-28 法门囚徒

案例一

《熊英与被上诉人邓立忠被继承人债务清偿纠纷案》【（2014）常民一终字第 361】

裁判意见

常德中院认为：邓立忠虽然在诉讼中已向法院表示放弃继承权利，但依照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 50 条规定“遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认”，故在遗产处理前，继承人对放弃继承可以翻悔。故本案中邓立忠表示放弃继承，是在遗产处理前放弃继承的行为，该行为还处于一种不稳定状态，不能产生约束力。邓立忠作为邓利民唯一的继承人，虽在遗产处理前表示放弃继承，但仍应作为邓利民的遗产管理人，并应承担以其所管理的遗产的实际价值为限偿还被继承人债务的责任，一审法院对邓立忠放弃继承后不承担清偿邓利民债务的处理不当，本院予以纠正。

案例二

《朱某甲、朱某乙、朱某丙与李某、郑某被继承人债务清偿纠纷案》【（2016）浙 11 民终字第 531 号】

裁判意见

丽水中院认为：关于上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙能否放弃继承的问题。朱水生死后，上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙以书面形式明确表示放弃继承朱水生的遗产，但该放弃继承的行为，损害了债权人的利益，故上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙放弃继承的行为没有法律效力，上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙仍应在继承遗产范围内就朱水生的借款本金及利息承担清偿责任。上诉人朱某甲、朱某乙、朱某丙在接受朱水生遗产的范围内承担清偿责任，并不损害上诉人的权利，也没实体上损害上诉人的权利。

案例三

《周某与唐某被继承人债务清偿纠纷案》【（2014）北黄民初字第 0477 号】

裁判意见

无锡市北塘区法院认为：唐某关于放弃继承唐耀俊遗产的声明，本院认为，《中华人民共和国继承法》第二十五条第二款规定：“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。”《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》第四十六条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”第四十九条规定：“继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产分割后表示放弃的不再是继承权，而是所有权。”本案中，唐耀俊死亡后，唐某作为其现存唯一第一顺序法定继承人，无需分割遗产，已拥有唐耀俊一处房产的钥匙和居住于唐耀俊的另一处房产中，唐耀俊的遗产已处于其控制下，视为接受继承；唐某放弃继承权的声明还违反了“继承人用所得遗产清偿对外债务”的法定义务，该声明无效，对于唐某的抗辩理由，本院不予采信。

未形成事实收养关系的“两房隔一女”约定不形成收养关系

——严 X 英诉毛 X 茹法定继承纠纷案

2017-07-30 法律家

【中 法 码】婚姻家庭法学·收养关系·收养成立（107013）

【关 键 词】民事　法定继承　两房隔一女　收养关系　封建性　过继　共同居住
　赡养义务　事实收养关系　继承权
【学科课程】婚姻家庭法学
【知 识 点】收养关系 继承权 赡养义务
【教学目标】明确收养关系的认定标准，掌握取得继承权的条件。
【裁判机关】江苏省无锡市滨湖区人民法院
【程序类型】民事一审
【案例效力】★☆☆☆☆ 被中国法制出版社《中国法院 2013 年度案例：婚姻家庭与继承纠纷》收录
【案例信息】
【案　　由】法定继承纠纷
【案　　号】　(2011)锡滨民初字第 0535 号
【原　　告】　严 X 英
【被　　告】　毛 X 茹
【争议焦点】
收养人与被收养人以“两房隔一女”的风俗确立了收养约定的，能否形成合法收养关系。
【裁判结果】
一审法院判决：确认原告严 X 英为毛金锁的唯一继承人；房屋产权份额的 1/2 由原告严 X 英继承；毛金锁名下的储蓄存款 55 万元的 1/2 即 27.5 万元由原告严 X 英继承。
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】
被收养人的生父母与收养人约定以民间风俗“两房隔一女”的方式收养女儿，类似于封建性的过继行为，该行为不受法律保护。被收养人实际并未与收养人共同居住，收养人亦未负担孩子的日常开销，且被收养人成年后亦未对收养人尽到赡养义务，双方未建立事实上的父母子女关系，未形成合法收养关系，被收养人不享有收养人遗产的继承权。
【法理评析】
在我国民间，存在过继形式的“两房隔一子”或“两房隔另一女”的风俗，即为两个存在亲属关系的家庭仅有一名子女，两个家庭即共同约定该子女同为两个家庭的子女，并由该子女同时承担赡养两个家庭长辈的责任。根据我国相关司法解释规定，“过继”子女与“过继”父母形成抚养关系的，既为养子女，互有继承权；如系封建性的“过继”、“立嗣”，未形成抚养关系的，不能享有继承权。据此，法律并不保护“两房隔一子”或“两房隔另一女”的民间约定。此种情形的收养在未经收养登记的情形下，只有构成事实收养关系才能得到法律保护。事实收养是指收养人与被收养人符合法律规定的收养条件，在未办理收养公证或登记手续的情况下，公开以养父母养子女的关系长期共同生活的行为。构成事实收养应当具备下述条件：一、收养人与被收养人均符合法律规定的收养条件；二、被收养人与生父母之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除；三、收养人与被收养人长期共同生活，并对外公开父母子女的身份，且双方相互先存在抚养事实；四、收养人与被收养人为办理公证或登记手续。据此，“两房隔一子”或“两房隔另一女”情形下的收养，如果符合上述四点条件，亦可发生继承事实。
子女的生父母与另一家庭中的夫妻二人约定以民间风俗“两房隔一女”的方式收养该子女，即该子女同时与生父母与另一家庭中的夫妻同时存在父母子女关系，类似于封建性的“过继”，该行为违反法律规定，不受法律保护。该子女实际上并未与收养人共同生活，且收养人亦未负担该子女的主要生活开销，在该子女参加工作后亦未向收养人交付工作收入，未尽赡养义务。由此看来，该子女与收养人并未形成收养关系，该子女不能取得收养人的法定继承人的身份，对收养人的遗产不享有继承权。
【适用法律】
《中华人民共和国民法通则》第五十五条 民事法律行为应当具备下列条件：
（一）行为人具有相应的民事行为能力；
（二）意思表示真实；

（三）不违反法律或者社会公共利益。

《中华人民共和国继承法》第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第二十六条第一款 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。

最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第三十八条 “过继”子女与“过继”父母形成抚养关系的，既为养子女，互有继承权；如系封建性的“过继”、“立嗣”，没有形成抚养关系的，不能享有继承权。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【思考题和试题】

1. 简述收养关系如何认定。

2. 依风俗形成的收养能否作为继承权的取得依据。

【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：严 X 英。

被告：毛 X 茹。

无锡市滨湖区人民法院经审理查明：严 X 英与毛金锁系夫妻关系，双方于 1975 年 1 月 16 日登记结婚；毛星桥、刘小妹是毛金锁的父母；毛锦生是毛金锁的弟弟，毛 X 茹系毛锦生、张玉妹所生，出生日期 1981 年 11 月 10 日。2010 年 10 月 26 日，毛金锁因病死亡，毛星桥、刘小妹早于毛金锁去世。以上人员的户口登记情况，毛金锁、严 X 英的户口登记于无锡市产山新村 10 号 104 室，毛锦生、张玉妹的户口登记于无锡市产山新村 9 号 101 室。相关户籍登记资料还显示，毛 X 茹出生后，1982 年 1 月 18 日在产山新村 10 号 104 室以“领养”报出生，与户主毛金锁的关系为父女；1993 年 5 月 14 日，毛 X 茹户口迁至产山新村 9 号 101 室，与户主毛锦生的关系也为父女；其后毛 X 茹的户口又多次更迁，2010 年 11 月 3 日，毛 X 茹迁回产山新村 10 号 104 室，单列一户，毛 X 茹为户主。

庭审中毛 X 茹、毛锦生均表示，毛锦生夫妇与毛金锁夫妇约定了收养方式为民间风俗的“两房隔一女”，并解释即为两户人家仅有一个小孩，不单纯是哪一户的女儿，而属两家共同的，要给两家老人共同养老、送终。毛 X 茹自小与爷爷、奶奶共同生活，由老人抚养长大。关于称谓、居住状况、生活费用负担等，毛 X 茹称，其称呼毛锦生为“爸爸”，称呼毛金锁为“伯伯”；在毛金锁搬至上蒋巷 173 号居住之前，两户人家是吃住在一起的；在毛金锁搬至上蒋巷 173 号之后，其也经常去毛金锁家走动，毛金锁大概在其小学入学时搬至上蒋巷 173 号居住；上学的学费，由其爷爷、奶奶和生父母一起负担，上中专时入学的费用，其中有一部分是毛金锁负担的；参加工作后，其没有向毛金锁夫妇交付过工资收入。

无锡市滨湖区人民法院经审理认为：本案的争议焦点是，毛 X 茹与毛金锁、严 X 英夫妇是否形成合法的收养关系。收养是指公民依法领养他人子女为自己子女，从而使收养人和被收养人之间建立拟制亲子关系的民事法律行为。自收养关系成立之日起，养父母与养子女之间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定，养子女与生父母间的权利义务关系，因收养关系成立而解除。根据毛 X 茹、毛锦生的以及证人证言的述称，毛 X 茹与毛金锁夫妇收养的方式为“两房隔一女”或者“过继”，毛 X 茹同时与毛金锁夫妇及毛锦生夫妇存在父母子女关系，该方式有违收养制度的基本法律原理，与我国长期以来的收养相关的民事法律和政策也不相符，类似于封建性的“过继”、“立嗣”，不应受法律保护。本案所涉收养行为发生于我国《收养法》施行前，根据最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第（38）条规定：“‘过继’子女与‘过继’父母形成抚养关系的，即为养子女，互有继承权；如系封建性的‘过继’、‘立嗣’，没有形成抚养关系的，不能享有继承权。”毛 X 茹对毛金锁夫妇以伯父、伯母相称，对亲生父母仍称呼为父母；在毛 X 茹幼年时，毛金锁夫妇即搬离产山新村，至上蒋巷居住，毛 X 茹与毛金锁夫妇不再共同居住生活，即使毛金锁夫妇住在产山新村时，毛 X 茹也是和其爷爷奶奶共同居住；在生活费用的负担上，毛 X 茹的日常生活开销、学费均不是由毛金锁夫妇直接负担；在毛 X 茹工作后，也未对毛金锁夫妇尽赡养义务。综合以上情况，毛金锁夫妇与毛 X 茹并未形成抚养关系、建立事实上的父母子女关系。另外，虽然毛 X 茹出生时以领养方式报出生，与毛金锁登记为父女关系，但该名义上的“领养”是基于双方“两房隔一女”的约定，不具

有收养的效力，况且，其后毛 X 茹的户口已变更登记至其亲生父母名下，与毛锦生的关系也登记为父女。综合以上事实及理由，应当认定毛 X 茹与毛金锁、严 X 英夫妇未形成合法的收养关系。毛 X 茹要求确认其为毛金锁法定继承人的抗辩意见没有法律依据，该法院不予采纳，毛 X 茹也未提交其可继承遗产的其他依据，故其要求继承毛金锁一半遗产的抗辩意见该法院亦不予采纳。严 X 英要求确认其为毛金锁唯一继承人以及相应遗产由其一人继承的诉讼请求，有事实及法律依据，该法院予以确认。

无锡市滨湖区人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第五十五条、《中华人民共和国继承法》第五条、第二十六条第一款之规定，判决如下：

1.确认严 X 英为毛金锁的唯一继承人。

2.无锡市上蒋巷 173 号房屋产权份额的 1/2 由严 X 英继承；毛金锁名下的储蓄存款 55 万元的 1/2 即 27.5 万元由严 X 英继承。

五、房产、股权、信托

（一）房产

当事人有证据证明其对诉争房产享有实体权利的可阻却强制执行措施

——钟 X 玉与王 X、林 X 达案外人执行异议纠纷案

2017-07-16　法律家

【中法　码】执行法学·执行救济·执行异议·异议事由·对执行措施不服·不动产查封(p06010202021)

【关键　词】执行　执行法学　案外人执行异议之诉　强制执行　夫妻共同财产

【学科课程】执行法学

【知识　点】案外人执行异议之诉　夫妻共同财产　强制执行

【教学目标】掌握案外人执行异议之诉的含义，明确案外人执行异议之诉的性质和特点。

【裁判机关】最高人民法院

【程序类型】民事二审

【案例效力】★★★★☆　《最高人民法院公报》2016 年第 6 期(总第 236 期)

【案例信息】

【案　　由】案外人执行异议之诉

【案　　号】　(2015)民一终字第 150 号

【判决日期】2016 年 01 月 10 日

【审理法官】　姚爱华　王毓莹　姜强

【上诉　人】　王 X（原审被告）

【被上诉人】　钟 X 玉（原审原告）

【第三　人】　林 X 达（原审被告）

【上诉人代理人】　史正　林辉（福建方圆统一律师事务所）

【被上诉人代理人】　庄宗伟　董锦辉[北京大成（厦门）律师事务所]

【争议焦点】

申请执行人申请法院强制执行被执行人名下的房产，强制执行后，案外人提出执行异议之诉，案外人与被执行人原系夫妻关系，此后协议离婚，离婚协议中约定被执行人名下的房产归案外人所有，但并未办理产权变更手续。案外人提供证据证明，在离婚后，该房产归其所有，其对该房屋享有所有权，其享有的所有权足以阻却强制执行措施。此种情况下，案外人请求撤销原执行裁定并对该房产解除强制措施的请求，人民法院应否予以支持。

【裁判结果】

一审法院认定：原告钟 X 玉提起案外人执行异议之诉，应当提供证据证明其对讼争房产享有实体权利，该实体权利足以阻却强制执行措施。原告钟 X 玉提供的《离婚登记申请书》《离婚协议书》《审查处理结果》均复印自上杭县档案馆，真实性应予认定，原告钟 X 玉与第三人林 X 达签署的《离婚协议书》系双方自愿达成，内容未违法，离婚协议合法有效。原告钟 X 玉提供的讼争房产的权属证书及用水分户明细卡、用水账户卡等证据证明了诉争房产系在第三人林 X 达与原告钟 X 玉婚姻关系存续期间购买土地并合法建造的，属于夫妻共同财产。第三人林 X 达与原告

钟 X 玉于 1996 年经协商达成《离婚协议书》，协议中约定诉争房产归原告钟 X 玉及其子女所有，钟 X 玉作为讼争房产的共有权人，依法享有该处房产之物权，其请求停止对讼争房产强制执行措施，一审法院予以支持。

一审法院判决：停止对位于福建省上杭县和平路 121 号房产的执行；驳回原告钟 X 玉的其他诉讼请求。

被告王 X 不服一审判决，提起上诉称：讼争房产的物权归第三人林 X 达所有，一审法院作出被上诉人钟 X 玉享有该处房产之物权，判决停止对讼争房产执行的认定无法律依据。被上诉人钟 X 玉的诉讼请求不成立。被上诉人钟 X 玉仅对讼争房产中的部分房产享有请求权，而非全部房产，不能因此停止对讼争房产的执行。根据《离婚协议书》内容的规定，被上诉人钟 X 玉只享有居住、使用的权利，并不享有所有权，并不能阻止对讼争房产的执行。因此，请求撤销一审法院民事判决第一项，改判驳回被上诉人钟 X 玉的全部诉讼请求。本案诉讼费用由被上诉人钟 X 玉承担。

被上诉人钟 X 玉辩称：其请求停止讼争房屋的强制执行措施，于法有据，一审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

第三人林 X 达提交答辩意见称：同意被上诉人钟 X 玉的答辩意见。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【裁判要旨】

诉争房产系在夫妻关系存续期间购买土地并合法建成，诉争房产在夫妻另一方名下，属于夫妻共同财产。协议离婚时约定，诉争房产所有权归夫妻一方所有的，离婚后夫妻一方虽未办理过户登记手续，但夫妻一方对该房产仍享有实际的所有权。第三人因债权要求强制执行该诉争房产时，对该诉争房屋享有实体权利的夫妻一方的执行异议可阻却强制执行措施。

【法理评析】

案外人执行异议之诉系案外人就执行标的物享有足以有效阻止强制执行的权利人，在执行程序终结前，向执行法院对申请执行人和被执行人提起的旨在阻止对执行标的物的强制执行的诉讼。当案外人的合法权益受到侵害时，可以采取案外人执行异议之诉来保障自身的合法利益。夫妻共同财产是指在夫妻关系存续期间夫妻所共同拥有的财产。夫妻关系存续期间是指夫妻结婚后至一方死亡或者离婚之前此段时间，此期间夫妻所得的财产，除约定的外，均属于夫妻共同财产。根据《中华人民共和国婚姻法》的规定，夫妻共同财产包括以下几类：第一，工资、奖金；第二，生产、经营的收益；第三，知识产权的收益；第四，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；第五，其他应当归共同所有的财产。案外人与被执行人原系夫妻关系，此后经协议离婚。被执行人在夫妻关系存续期间合法建造房屋并将房屋登记在自己名下，该房屋属于夫妻共同财产。夫妻双方协议离婚时约定，该房产归案外人所有，虽未办理房屋过户登记手续，但案外人对该房屋享有所有权系毋庸置疑的。申请执行人以被执行人名下的归案外人所有的房产为执行标的物申请执行的，案外人对该执行标的物享有的所有权足以阻止强制执行措施，对于案外人提出的执行异议之诉，理由正当，证据充足，人民法院应当予以支持。

被执行人因股权转让合同案件败诉，应向申请执行人支付转让款，申请执行人向法院申请强制执行，法院遂查封了被执行人名下的房产。案外人与被执行人原系夫妻关系，此后经协议离婚，离婚协议中约定被执行人名下房产归案外人所有，但不得转让，只能居住。该房屋虽未办理房屋变更登记，但该房屋的所有权实际归案外人所有。案外人就被查封房产提起案外人执行异议之诉，要求撤销执行裁定并解除查封措施。该诉争房产系被执行人购买土地并合法建造的，购买土地与建造的时间均在夫妻关系存续期间，因此，该房屋属于夫妻共同财产；在协议离婚时，双方约定该诉争房产归案外人所有，只能居住，不得转让，且未办理产权变更手续。但根据案外人提供的相关证据证明，该诉争房屋自离婚后由案外人实际占有并享有所有权。而执行人申请执行被执行人名下的该诉争房产时，案外人作为讼争房产的共有权人，依法享有诉争房产的物权，案外人有权请求停止对讼争房产的强制执行措施，同时，该系争房屋的所有权虽在被执行人名下，但在离婚协议中已经对该财产进行分割，并且离婚分割财产的时间早于股权转让合同纠纷，即系争房屋的所有权虽在被执行人名下，但被执行人并无该房产的所有权。因此，对案外人的诉求，人民法院应当予以支持。

【适用法律】

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

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条　第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

第二百二十七条　执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国民事诉讼法＞执行程序若干问题的解释》第二十四条　申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，执行法院应当依照诉讼程序审理。经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据申请执行人的诉讼请求作出相应的裁判。

【法律文书】

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

【思考题和试题】

1.简述案外人执行异议之诉的含义与特点。

2.论述案外人执行异议之诉的性质与案外人申请再审的区别。

3.浅析夫妻共同财产的范围。

【裁判文书原文】　(如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人（原审被告）：王X，男，汉族，住福建省福州市。

委托代理人：史正，福建方圆统一律师事务所律师。

委托代理人：林辉，福建方圆统一律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：钟X玉，女，畲族，住福建省上杭县。

委托代理人：庄宗伟，北京大成（厦门）律师事务所律师。

委托代理人：董锦辉，北京大成（厦门）律师事务所律师。

原审被告：林X达，男，汉族，住福建省上杭县。

上诉人王X为与被上诉人钟X玉、原审被告林X达案外人执行异议纠纷一案，不服福建省高级人民法院2015年3月2日(2014)闽民初字第7号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，于2015年7月2日开庭审理了本案。王X委托代理人史正及钟X玉委托代理人庄宗伟、董锦辉到庭参加了诉讼，林X达经合法传唤未到庭。本案现已审理终结。

一审法院经审理查明：王X与林X达股权转让合同纠纷一案中，王X向一审法院提出财产保全申请，请求对林X达的财产进行诉讼保全。2011年7月15日，一审法院作出(2011)闽民初字第22 -2号民事裁定，冻结林X达银

行存款 5723 万元或查封、扣押等值的财产，并于 2011 年 7 月 21 日向上杭县房地产交易管理所发出(2011)闽民初字第 22 -2 号《协助执行通知书》，查封了林 X 达所有的坐落于上杭县和平路 121 号的房产一幢（房屋所有权证：杭房权字第 06072 号，以下简称诉争房产），查封期限自 2011 年 7 月 21 日至 2013 年 7 月 20 日。

2011 年 12 月 15 日，一审法院作出(2011)闽民初字第 22 号民事判决，判令林 X 达应返还王 X 已支付的转让款 750.681 万美元（合人民币 5 000 万元）。(2011)闽民初字第 22 号民事判决生效后，王 X 于 2012 年 12 月 23 日向一审法院申请强制执行，申请执行标的 750.681 万美元。（合人民币 5 000 万元）及利息，一审法院于 2013 年 12 月 24 日立案执行，并于 2013 年 6 月 19 日作出(2013)闽执行字第 1-4 号执行裁定：继续查封林 X 达所有的座落于上杭县和平路 121 号的房产，查封期限自 2013 年 7 月 21 日至 2014 年 7 月 20 日止。

2013 年 12 月 5 日，钟 X 玉以诉争房产系其所有为由，向一审法院提起执行异议，请求一审法院中止对该房产的执行并解除对该房产的查封措施。一审法院认为，讼争房产至今仍登记在林 X 达名下，尚未变更登记为案外人钟 X 玉，故上述房产的物权未发生变动，应仍为林 X 达所有。案外人钟 X 玉认为讼争房产系其合法财产之理由无事实和法律依据，查封并无不当，作出(2013)闽执外异字第 3 号执行裁定，驳回钟 X 玉异议。钟 X 玉不服，遂提起本案诉讼。

钟 X 玉向一审法院提起诉讼称，一审法院于 2013 年 12 月 18 日作出的(2013)闽执外异字第 3 号执行裁定书，在认定事实及适用法律上存在错误，应当对讼争房产依法停止执行。理由如下：1996 年 7 月 22 日，钟 X 玉与林 X 达签订《离婚协议书》，双方约定讼争房屋归女方及女方所生子女所有，但只准居住，不准转卖。《离婚协议书》签订后，双方于同年 8 月 7 日办理了离婚登记手续，但林 X 达未及时将讼争房产变更登记至钟 X 玉名下，经钟 X 玉多次要求均未果，过错在于林 X 达。根据《中华人民共和国物权法》第十五条规定，钟 X 玉与林 X 达签订的《离婚协议书》依法成立，合法有效，且讼争房产一直由钟 X 玉占有、支配、使用，属钟 X 玉合法财产。根据相关法律法规的规定，本案讼争房产不应列为执行财产。请求判令：1．确认诉争房产归属于钟 X 玉所有；2．停止对讼争房产的执行，并解除查封措施；3．本案诉讼费由王 X、林 X 达承担。

王 X 答辩称，一、讼争房产的所有权人为林 X 达，法院对讼争房产采取执行措施，是正确、合法的。理由如下：1．讼争房产的《房屋所有权证》及《国有土地使用证》上的权利人均登记为林 X 达，因此，讼争房产的物权归林 X 达所有。2．钟 X 玉主张其与林 X 达于 1996 年达成离婚协议，该协议约定“上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米的房屋归女方及其所生子女所有，但只准居住，不准转卖”，从 1996 年至今已近二十年，讼争房产登记的所有权人仍是林 X 达，仍为林 X 达所有。3．钟 X 玉对林 X 达享有的债权请求权不能对抗法院的查封、执行措施，不能对抗申请执行人。钟 X 玉要求林 X 达办理变更登记，事实和法律上已不可能实现。钟 X 玉要求确认讼争房产归属于钟 X 玉所有的诉讼请求没有事实和法律依据，依法应予以驳回。二、《离婚协议书》不能作为钟 X 玉主张权利的依据。1.《离婚协议书》约定的是：“上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有。但只准居住，不准转卖”。而根据讼争房产《房屋所有权证》载明讼争房产共四层，面积为 748.7 平方米，故钟 X 玉只对讼争房产 748.7 平方米中的 173 平方米享有请求权，绝非对讼争房产全部 748.7 平方米享有请求权。2.《离婚协议书》上特别载明对 173 平方米“只准居住，不准转卖”，说明钟 X 玉只有居住、使用的权利，并不享有所有权。3．钟 X 玉提交的《离婚登记申请书》上结婚证号为空白，故钟 X 玉与林 X 达未必存在结婚的事实，《离婚协议书》是无效的。对该事实钟 X 玉负有举证责任，否则应承担举证不能的法律后果。三、钟 X 玉与林 X 达、《离婚协议书》早在 1996 年就已签订，至今已近二十年，钟 X 玉长期未办理变更登记，也不主张权利，直到法院采取强制执行措施才提出主张，其目的在于帮助林 X 达逃避执行。四、钟 X 玉已另案起诉林 X 达要求确认讼争房产产权，其隐瞒讼争房产已被法院依法查封的事实，另行提起确权诉讼的行为不符合法律规定。根据《最高人民法院印发＜关于执行权合理配置和科学运行的若干意见＞的通知》（法发[2011]15 号）第 26 条之规定，受诉法院不应对钟 X 玉与林 X 达进行的确权诉讼进行审理，如有确权判决书或调解书也应当撤销，不能成为本案定案的依据。综上，讼争房产的物权并未发生变动，仍为林 X 达所有，执行法院对属于林 X 达所有的讼争房产采取执行措施是正确、合法的，钟 X 玉与林 X 达提起本案诉讼的目的在于逃避执行，请求法院依法驳回钟 X 玉的全部诉讼请求，以维护王 X 的合法权益。

一审法院经审理查明，钟 X 玉与林 X 达于 1972 年 6 月 28 日登记结婚。1996 年 7 月 22 日，钟 X 玉与林 X 达签订《离婚协议书》，载明：现双方同意办理离婚手续。建在迳美村新联路 11 号的房屋一幢及建在上杭县城关和平路

的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有。但只准居住，不准转卖。

1996 年 8 月 7 日，钟 X 玉与林 X 达办理离婚手续，《离婚登记申请书》及《审查处理结果》的内容体现钟 X 玉与林 X 达经婚姻登记机关审查同意准予离婚。

根据《上杭县私有房屋所有权登记申请书》、杭房权字第 06072 号《房屋所有权证》及杭国用(1997)字第 4468 号《国有土地使用证》，其中申请书载讼争房产，用地面积为 172.8 平方米，建成年份 1996 年，同时讼争房产的《国有土地使用证》与《房屋所有权证》所附平面图内容与《上杭县私有房屋所有权登记申请书》所附平面图内容一致。

钟 X 玉与林 X 达之子女林必盛、林晓燕、林晓均、林丽娟四人出具的《声明》，内容为同意讼争房产归钟 X 玉所有，并将《国有土地使用证》及《房屋所有权证》直接变更至钟 X 玉名下，由此产生任何纠纷、诉讼同意由钟 X 玉全权处理。

一审法院另查明，林 X 达于 2014 年 2 月 17 日、3 月 24 日上杭县人民法院法庭审理中陈述，讼争房产土地使用权 1994 年向上杭县国土资源局购买，1995 年建造竣工并乔迁入住，1996 年向土地管理部门申请办理土地使用权证，1997 年才办理好土地使用权证和房屋所有权证。离婚时，双方已经协议夫妻共同财产即讼争房产归钟 X 玉及所生子女所有。由于购买土地时是用林 X 达的名义购买的，所以办证机关要求用其名字办理，原本可以将房屋所有权过户到钟 X 玉名下，但一直未去办理。离婚后，该房产都由钟 X 玉占有、使用和收益。讼争房产现在的门牌号是和平路 121 号，离婚时已协商归钟 X 玉及其所生子女所有。

案外人李建杭述称，讼争房产一楼店面从 2010 年 2 月起由其向钟 X 玉承租，租金每月 1 200 元，每半年以现金方式向钟 X 玉支付一次。根据钟 X 玉提供的《上杭县自来水公司用水分户明细卡》、《自来水公司用水账户卡》等证据，林 X 达名下的讼争房屋于 1996 年 2 月份已经建成并入住。

一审法院经审理认为，钟 X 玉依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定提起案外人执行异议之诉，应当提供证据证明其对讼争房产享有的实体权利足以阻却强制执行措施。钟 X 玉提供的《离婚登记申请书》、《离婚协议书》、《审查处理结果》均复印自上杭县档案馆，真实性应予认定，该三份证据内容体现钟 X 玉与林 X 达经协商一致达成离婚协议，并经行政机关审批同意予以办理离婚登记，虽然钟 X 玉于一审庭审后提供的《结婚登记申请表》所载的申请人为“钟永月姑”，且未提供其他证据证明其曾用名为“钟永月姑”，但是钟 X 玉与林 X 达是否存在合法的婚姻关系，属行政机关在办理两人离婚登记时应当审查的事项，行政机关作出“符合条件，予以办理（离婚登记）”的审查结果，其中当包含确认两人此前存在婚姻关系之意，故王 X 以《离婚协议书》未填写结婚证号、钟 X 玉未提供证据证明其与林 X 达存在合法婚姻关系等为由，主张钟 X 玉不能证明其与林 X 达曾存在婚姻关系，并因此认为《离婚协议书》无效，理由不能成立，一审法院不予支持。钟 X 玉与林 X 达签署的《离婚协议书》系双方自愿达成，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，两人亦已依该协议并经行政机关批准解除婚姻关系，故应当认定该离婚协议合法有效。

虽然钟 X 玉提供的《上杭县私有房屋所有权登记申请表》、讼争房产的权属证书等证据体现林 X 达系于 1997 年申请办理并取得讼争房产的权属证书，但是《上杭县私有房屋所有权登记申请表》载讼争房产系于 1996 年建成，钟 X 玉于一审庭审后提供的用水分户明细卡、用水账户卡等证据亦体现讼争房产于 1996 年 2 月安装自来水并有每月用水记录，上述事实与林 X 达有关讼争房产于 1994 年购买土地，1995 年底建成，1996 年初入住，1997 年补办土地出让手续并办理权属证书的陈述可以互相印证，证明讼争房产系在林 X 达与钟 X 玉婚姻关系存续期间购买土地并合法建造而成，根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条的规定，当属两人夫妻共同财产。

1996 年，两人经协商达成有关该处房产归钟 X 玉及其子女所有的《离婚协议书》，不仅是双方对夫妻共同财产作出的分割协议，而且因具有解除人身关系的性质，而不同于一般处分房产所有权的协议。钟 X 玉作为讼争房产的共有权人，依法享有该处房产之物权，其请求停止对讼争房产强制执行措施，一审法院予以支持。根据钟 X 玉与林 X 达《离婚协议书》的约定，讼争房产权属应当由钟 X 玉及其四个子女享有，一审诉讼中，钟 X 玉虽然提供了林必盛等四人的《声明》，主张该四人为钟 X 玉的婚生子女，但由于该四人并非本案当事人，仅凭《声明》并不能证明林必盛等人的身份，因此，该《声明》书不足以认定《离婚协议书》中涉及的林必盛等四名子女已经同意将讼争房产权利归属于钟 X 玉，在此情况下，钟 X 玉在本案中请求将讼争房产判归其所有，依据不足，一审不予支持。

综上，依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第三十九条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国民事诉讼法＞执行程序若干问题的解释》第二十四条的规定，

一审法院判决如下：一、停止对位于福建省上杭县和平路121号房产的执行；二、驳回钟X玉的其他诉讼请求。案件受理费100元，由王X负担。

王X不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1．撤销福建省高级人民法院(2014)闽民初字第7号民事判决第一项，改判驳回钟X玉的全部诉讼请求。2．本案诉讼费用由钟X玉承担。主要理由是：一、讼争房产的物权归林X达所有，一审法院不依据不动产权属证书而是以1996年两人经协商达成的《离婚协议书》为由，作出钟X玉享有该处房产之物权，判决停止对讼争房产执行的认定没有法律依据。二、即便按照一审法院的观点，以《离婚协议书》来确定讼争房产的权属，钟X玉的诉讼请求仍然不能成立。1.《离婚协议书》所涉及的与钟X玉及其子女有关的讼争房产的面积只有173平方米，而根据讼争房产的《房屋所有权证》所载，讼争房产面积为748.7平方米，钟X玉只对讼争房产748.7平方米中的173平方米享有请求权（173平方米大约是一层的面积），而非对748.7平方米享有请求权（这种权利仅指173平方米的使用权），并不能因此停止对讼争房产（特别是173平方米以外的部分）的执行。2.《离婚协议书》的内容是“只准居住，不准转卖”，即钟X玉并不享有处分权，钟X玉只有居住、使用的权利，并不享有所有权。所以钟X玉对讼争房产实际上只有四分之一居住、使用的权利，并不能阻止对讼争房产的拍卖执行。三、钟X玉自述1996年达成《离婚协议书》，但至2011年法院查封讼争房产，长达15年，钟X玉从未主张办理变更登记。这一事实证明，依据《离婚协议书》，钟X玉并不获得讼争房产的所有权，之所以在17年后对讼争房产提出执行异议（钟X玉在2013年才提起执行异议），纯属协助林X达逃避执行。

钟X玉答辩称，其请求法院停止讼争房屋的强制执行措施，于法有据，一审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。一、钟X玉与林X达签订的《离婚协议书》，对房屋所有权分配的约定十分明确，且《离婚协议书》签订后，钟X玉与林X达又于1996年8月7日签署了《离婚登记申请书》，再次明确“财产处理”方式为“房屋归女方”，《离婚登记申请书》是双方无恶意的合意行为，在行政机关备案的法律文件，合法有效，即案涉房屋全部归女方所有，钟X玉是讼争房产的所有权人（至少是共有权人）。《离婚协议书》中约定的“只准居住，不准转卖”，其真实原因是林X达考虑其离婚后可能改嫁，担心日后如果房屋被出让，其四个子女的基本生活没有保障，该约定并非从法律角度限制房屋的物权，而是林X达从保护子女利益角度考虑所提出的一项“离婚条件”。即便退一万步讲，钟X玉与林X达之间的财产分割属于债权关系，该债权基于《离婚协议书》所产生，债的标的是唯一且确定的——即讼争房产，属于特定之债。王X与林X达之间因股权所产生的债务纠纷发生在离婚14年之后，属于种类之债，且形成在后。因此，特定之债优先于种类之债。二、《离婚协议书》所载“和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋”即和平路121号房屋，《离婚协议书》中所载面积一百七十三平方米系房屋的占地面积。1.《离婚协议书》签订时讼争房产尚无门牌号，房屋总建筑面积未实际测量，仅知讼争房产的用地面积为172.8平方米（四舍五入即173平方米），故协议书所载“建在上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米的房屋”中的“一百七十三平方米”仅是代替门牌号的一种识别符号，且讼争房产共四层总建筑面积为748.7平方米，每层的面积也应是187.18平方米，与《离婚协议书》所载的173平方米相去甚远。如果林X达与钟X玉的真实意思是指讼争房产的一层或173平方米归女方及其子女所有，也应当在《离婚登记申请书》中明确备注是第几层或多少面积归女方及其子女所有，现实情况是《离婚协议书》、《离婚登记申请书》都无此备注，因此“一百七十三平方米”是指房屋用地面积，而不是王X所称的一层房屋的面积。2．从讼争房产的实际使用情况看，其与林X达离婚后，其在讼争房屋里一个人含辛茹苦把三个子女抚养成人，该讼争房产一直由其及其和子女居住、使用，后对外出租也是由钟X玉收取租金，林X达离婚后从未在讼争房产内居住。而且，根据生活常理和中国农村的惯例，离婚之后男女双方是不会继续在同一栋房子里居住的，更不可能一方“寄住”在另一方的房产之中。三、1997年讼争房屋的房产证及土地证办到林X达名下，原因在于之前办理土地受让相关手续时登记人是林X达，所以权属证书就顺理成章的办到林的名下，而且当时物权法尚未颁布实施，普通老百姓对于不动产物权登记的法律意义都无多少概念，文化水平低下的农村家庭妇女，更不会去关心房产“两证”如何办理，钟X玉对房产至今未办理过户手续没有过错。

林X达提交答辩意见称，同意钟X玉的答辩意见。

本院二审查明的事实与一审法院查明的事实相同。

本院认为，本案系案外人钟X玉在王X与林X达股权转让纠纷一案生效判决的执行中，对执行标的（讼争房产）提起的执行异议之诉，请求排除执行的理由为股权转让关系发生之前该讼争房产已在离婚协议中作为其与林X达夫妻共同财产进行处分归其和四名子女所有，因此，钟X玉对本案讼争房产是否享有足以阻止执行的实体权利是本案

争议的焦点。本院认为，钟 X 玉对诉争房产享有足以阻却执行的权利。主要理由是：

一、现有证据不能证明钟 X 玉与林 X 达之间存在恶意串通逃避债务的主观故意，钟 X 玉与林 X 达解除婚姻关系及有关财产约定的意思表示真实。根据原审查明的案件事实，王 X 与林 X 达之间转让股权的时间为 2009 年 9 月，王 X 因该股权转让纠纷根据生效判决申请原审法院对讼争房产进行查封的时间为 2013 年 6 月，此时讼争房产登记在债务人林 X 达个人名下。钟 X 玉一审中提供的复印自上杭县档案馆的《离婚登记申请书》、《离婚协议书》、《审查处理结果》等三份证据，能够证明钟 X 玉与林 X 达两人于 1996 年 7 月 22 日达成的《离婚协议书》已明确将夫妻双方共有的讼争房产归钟 X 玉及其子女所有。上述《离婚协议书》系钟 X 玉与林 X 达两人双方自愿达成，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，且两人亦已依该协议并经行政机关批准解除婚姻关系，故一审法院认定该离婚协议合法有效，并无不当。由于该《离婚协议书》签订时间(1996 年 7 月)在先，法院对讼争房产的执行查封(2013 年 6 月)在后，时间上前后相隔长达十几年之久，林 X 达与钟 X 玉不存在借离婚协议处分财产逃避债务的主观恶意。据此，钟 X 玉与林 X 达在离婚协议中对于夫妻共同财产的处分行为亦属有效。王 X 上诉认为钟 X 玉与林 X 达之间的离婚协议属恶意逃避债务的理由不能成立。

二、关于钟 X 玉对讼争房产的请求权的内容问题。根据《上杭县私有房屋所有权登记申请书》、杭房权字第 06072 号《房屋所有权证》及杭国用(1997)字第 4468 号《国有土地使用证》等证据可知，讼争房产的用地面积为 172.8 平方米。由于钟 X 玉与林 X 达签订《离婚协议书》时，讼争房产尚未办理门牌号码也未测量其实际面积，因此，钟 X 玉与林 X 达在《离婚协议书》中约定，“……建在上杭县城关和平路的面积一百七十三平方米（尚未办理门牌号码）的房屋归女方及女方所生子女所有”，该约定的内容即应解释为诉争房屋的全部而非其中的 173 平方米归钟 X 玉及其所生子女所有。尤其是，在《离婚协议书》签订之后，钟 X 玉及其所生子女也一直实际占有、使用了诉争房屋。因此，王 X 上诉以钟 X 玉仅对诉争房屋的 173 平方米部分享有请求权、人民法院不应停止对该房屋其他部分执行的主张不能成立。

三、由于《离婚协议书》并不存在恶意串通逃避债务的问题，且钟 X 玉对案涉全部房产享有请求权，因此，需要进一步讨论的问题是，钟 X 玉依据《离婚协议书》对讼争房产享有的权利是否足以排除执行。

在法律适用上，应当看到，最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》是针对执行程序中当事人提出执行异议时如何处理的规定。由于执行程序需要贯彻已生效判决的执行力，因此，在对执行异议是否成立的判断标准上，应坚持较高的、外观化的判断标准。这一判断标准，要高于执行异议之诉中原告能否排除执行的判断标准。

由此，最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条至第二十八条的规定就应当在如下意义上理解，即符合这些规定所列条件的，执行异议能够成立；不满足这些规定所列条件的，异议人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

在本案中，钟 X 玉与林 X 达于 1996 年 7 月 22 日签订《离婚协议书》，约定讼争房产归钟 X 玉及其所生子女所有，该约定是就婚姻关系解除时财产分配的约定，在诉争房产办理过户登记之前，钟 X 玉及其所生子女享有的是将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权。该请求权与王 X 的请求权在若干方面存在不同，并因此具有排除执行的效力。

首先，从成立时间上看，该请求权要远远早于王 X 因与林 X 达股权转让纠纷所形成的金钱债权。债权的成立时间尽管并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续履行以及继续履行的顺序产生影响。例如，最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题明确规定，在均未受领交付且未办理所有权转移登记手续的情况下，依法成立在先合同的买受人的继续履行请求权就优先于其他买受人。以此类推，在本案情形，至少不能得出王 X 成立在后的债权具有优先于钟 X 玉成立在前的债权的结论。

第二，从内容上看，钟 X 玉的请求权系针对诉争房屋的请求权，而王 X 的债权为金钱债权，并未指向特定的财产，诉争房屋只是作为林 X 达的责任财产成为王 X 的债权的一般担保。在钟 X 玉占有诉争房屋的前提下，参考最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条规定的精神可知，其要求将讼争房产的所有权变更登记至其名下的请求权，也应当优于王 X 的金钱债权。

第三，从性质上看，王 X 与林 X 达之间的金钱债权，系林 X 达与钟 X 玉的婚姻关系解除后发生的，属于林 X 达的个人债务。在该债权债务发生之时，诉争房屋实质上已经因钟 X 玉与林 X 达之间的约定而不再成为林 X 达的责任财产。因此，在王 X 与林 X 达交易时以及最终形成金钱债权的过程中，诉争房产都未影响到林 X 达的责任财产。在此意义上，钟 X 玉的请求权即使排除王 X 债权的执行，也并未对王 X 债权的实现形成不利影响。

第四，从发生的根源上看，讼争房产系钟 X 玉与林 X 达婚姻关系存续期间因合法建造而产生的夫妻共同财产，在钟 X 玉与林 X 达婚姻关系解除之时约定讼争房产归钟 X 玉及其所生子女所有。从功能上看，该房产具有为钟 X 玉及其所生子女提供生活保障的功能。与王 X 的金钱债权相比，钟 X 玉及其子女享有的请求权在伦理上具有一定的优先性。

综上所述，本院认为，基于钟 X 玉与王 X 各自债权产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看，钟 X 玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产的执行，钟 X 玉提起执行异议请求阻却对本案讼争房产执行的理由成立，一审法院判决停止对讼争的位于福建省上杭县和平路 121 号房产的执行正确，应予维持。王 X 上诉请求撤销该项判决的理由，不能成立，本院不予支持。

综上，一审判决认定事实清楚，判决结果正确。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 100 元，由王 X 负担。

本判决为终审判决。

上海一老人立遗嘱把房产给妹妹后反悔卖房

法院判决老人子女补偿 30 万元

2017-07-17 中青在线 王烨捷

中青在线上海 7 月 17 日电（田思倩 中国青年报•中青在线记者 王烨捷）80 多岁的李老伯因老伴去世，儿女长期定居国外，一人独居在上海市浦东新区一间 70 多平米的房屋内。李老伯之妹专程从合肥赶来照顾其生活起居长达三年。为感谢妹妹，老伯特立遗嘱表示自己过世后现住房屋由妹妹继承。但 8 个月之后，李老伯却又委托儿子以 212 万元的价格出售该房屋，李老伯之妹被迫迁出房屋，买家入住。

日前，李老伯之妹不服，诉至上海市浦东新区人民法院，法院驳回了李老伯之妹的诉请，同时判决李老伯子女补偿其妹 30 万元。

李老伯与老伴育有一双儿女：阿君和阿娟。儿女长大后双双加入外籍，长期定居国外。李老伯老伴于 2012 年 4 月去世，儿女自愿放弃了母亲在房屋中的一半遗产，故 80 多岁的李老伯独自继承并居住在房屋内。

正当需要之时，李老伯的同胞妹妹专程从老家合肥赶来照顾李老伯的生活起居，两人感情日益深厚，于 2012 年 10 月 29 日登记结婚。

2014 年 7 月 18 日，李老伯写下一份《自书遗嘱》：兹有退休职工李×，家有一套 74.4 平米的住房，二室一厅一厨一卫，地址位于浦东新区×路×弄×号×室。我的两个子女长期移居在美国和加拿大工作，我因生于 1933 年，现年 83 岁，身患疾病，生活不能自理，故而从 2011 年由我亲妹李×，从合肥千里迢迢来沪照顾我的生活起居。为了感恩我妹妹，等我死后，我全部房产由我妹妹继承，为了安定团结，立此遗嘱为凭证。

立下《自书遗嘱》8 个月后的 2015 年 3 月，李老伯在上海市浦东公证处办理公证，委托阿君办理该房屋的更名和出售手续。4 月，阿君代表李老伯和买家黄先生签订合同，将李老伯的房屋以 212 万元的价格出售给黄先生。李老伯之妹被迫迁出，黄先生装修并入住该房屋。6 月 14 日，李老伯离世。

李老伯之妹不服，将李老伯儿女诉至浦东法院。法院依法追加买家黄先生为第三人参加诉讼。

李老伯的房屋应该按照法定继承还是遗嘱继承进行处理？成为本案争议焦点。

根据相关法律规定，继承开始后，首先执行遗赠扶养协议；遗产有剩余的，执行遗嘱继承或者遗赠；还有剩余的，按照法定继承处理。遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而被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撤销。

本案中，阿君对 2014 年 7 月 18 日李老伯所立遗嘱的真实性存有异议。经司法鉴定，遗嘱确为李老伯本人所写，且有两名无利害关系的见证人签名，因此法院认为，该遗嘱是李老伯意思的真实表示，阿君、阿娟认为该遗嘱无效

的意见法院不予采纳。

2015 年 3 月 10 日，李老伯委托阿君办理房屋的更名和出售手续，且已签订合同并实际交房，可见李老伯处理该房屋的行为与其遗嘱的意思表示相反，视为李老伯撤销了原先遗嘱。故李老伯之妹要求继承该房屋的诉请，法院也不予支持。

本案承办法官钱燕解释说，李老伯与其妹属近亲结婚，在另案中被判婚姻无效，其妹并不是李老伯的第一顺序继承人，但她对李老伯尽了一定的扶养义务，故阿君、阿娟应在继承遗产的范围内对李老伯之妹适当补偿。

最终，法院判决驳回李老伯之妹要求根据遗嘱继承房屋的诉请。同时，阿君、阿娟补偿李老伯之妹 30 万元。

（二）股权

陈红与前夫股权纠纷再开庭 法院一审支持李军诉求

2017-07-13　新京报

综合**摘要：**　陈红与前夫——亚之杰公司创始人李军之间的股权纠纷案件在一中院开庭审理。此前，法院一审判决支持了李军的诉求，陈红上诉。

今天（7 月 12 日）上午，陈红与前夫——亚之杰公司创始人李军之间的股权纠纷案件在一中院开庭审理。此前，李军起诉要求，解除双方有关亚之杰相关公司的委托合同关系，法院一审判决支持了李军的诉求，陈红不服一审判决提出上诉。案件今日在北京市一中院二审开庭，该案未当庭宣判。

2015 年 6 月 29 日，“亚之杰投资集团董事长”李军发微博《我用二十年的血与泪“成就”了军旅女歌手首富陈红》，文中提及其在法院起诉了前妻陈红。

李军起诉称，他与陈红原是夫妻关系，后基于离婚的原因，双方于 2014 年 3 月 3 日订立《股权转让协议书》，李军将其名下北京亚之杰九家相关公司股权的 50%转让给陈红。

该《协议书》第 8 条第 5 款同时约定：“甲方李军（原告）同意上述公司的其享有的股东权及经营、管理权全部授权给乙方陈红（被告），且不得单方撤销……”。

李军在诉状中指出，双方订立合同时，他忽视了陈红现役军人的身份。按照《中国人民解放军内务条令》规定，“军人不得经商，不得从事本职以外的其他职业和有偿中介活动。”而目前担任海军电视剧制作中心副主任的陈红是大校军衔。

李军表示，鉴于上述禁止性规定，他不同意由陈红经营、管理公司，但陈红强行取得公司经营权，并在经营过程中，冒充他签字，将其在公司 2970 万元的股份转让至陈红母亲名下。李军起诉请求法院解除双方的委托合同关系，即解除《股权转让协议书》第 8 条第 5 款。

陈红答辩称，李军的起诉没有事实和法律依据。诉状中所涉及的第 8 条 5 款是一个授权条款，即李军将相关权利授予陈红，而《中国人民解放军内务条令》相当于部门规章，部门规章不能作为合同无效的法律依据；此外陈红获得授权后，并没有亲自经商的行为，李军方面的证据与本案没有关联等。

海淀法院一审认为，李军将其在亚之杰相关公司的股东权、管理权委托陈红行使，结合陈红受让的股份，陈红取得了对亚之杰相关公司的控制权，李军的股权利益也置于陈红的控制之下。

就此而言，即使在李军委托陈红后，没有证据证明陈红损害其利益，也可以解除对陈红的委托授权。况且在本案中，李军有证据证明陈红在接受委托后，存在损害李军利益的行为，其对陈红的信任基础已经丧失，如继续维持委托合同将对李军明显不利。

2017 年 3 月 20 日，法院一审判决，确认李军解除合同行为有效，李军与陈红之间的委托合同关系，即《股权转让协议书》第 8 条第 5 款于 2016 年 4 月 8 日解除。

宣判后，陈红提出上诉，案件今天在一中院二审开庭。

陈红上诉称，该案是其与李军之间因《股权转让协议书》和《离婚协议书》中的夫妻财产分割协议条款的效力及履行纠纷，并非原审判决认定的委托合同法律关系纠纷，因此一审判决适用法律判决结果均错误，二审法院应予撤销并依法改判。

李军方面答辩表示，李军与陈红之间是委托合同的法律关系，陈红管理亚之杰公司期间，伪造股东会决议将李军名下的股权悉数转在其母李善荣的名下，侵犯了李军的财产权。同时侵犯了李军对公司管理的知情权等，陈红的

行为违背了李军当时与之形成委托合同的宗旨，使该合同目的落空。李军认为，一审判决认定事实清楚，程序合法、适用法律正确，请法院维持一审判决。

该案在 12 日未当庭宣判。（记者王巍）

未经配偶同意的股权转让协议是否有效?|法客帝国

2017-07-31 法客帝国 北京市安理律师事务所 唐青林 李舒 张德荣

【高级人民法院】

股东转让股权是否需经配偶同意?未经配偶同意的股权转让协议是否有效?

阅读提示：我们推出的百案评析系列即将集结在中国法制出版社出版，敬请关注。我们将陆续推出的 100 篇针对最高人民法院作出的典型案例的分析解读，从败诉方角度深度剖析败诉原因，从他人的败诉中吸取教训、总结经验。“前事不忘后事之师”，作者希望通过系列败诉案例的解读，帮助企业家、公司股东、高管和公司法律顾问，从他人的血泪教训中不断总结与提高，避免掉进相同的“坑”里面。

辽宁省高级人民法院

股权的各项权能应由股东本人独立行使,未经配偶同意的股权转让协议不影响协议效力

裁判要旨

在夫妻间没有特别约定的情况下，婚姻关系存续期间的股权投资款应属夫妻共同财产，但在出资行为转化为股权形态时，现行法律没有规定股权为夫妻共同财产。因此，股东将股权转让时无须取得配偶的同意。

案情简介

一、1989 年 1 月 16 日，赵晓娟与谷德元登记结婚。2007 年 7 月，谷德元与天缘集团共同出资注册成立宏缘公司，谷德元认缴出资 1200 万元，实缴 240 万元。

二、2010 年 11 月 26 日，甲方谷德元与乙方谷实签订股权转让协议书一份，约定：甲方将其持有的宏缘公司认缴的 1150 万元，实缴 190 万元的股权转让给乙方。2010 年 11 月 22 日，宏缘公司股东会作出决议同意双方的股权转让。后双方办理了股权变更登记手续。

三、赵晓娟向沈阳市中院起诉，认为谷实与谷德元签订的股权转让协议未经其同意，请求确认协议无效。一审和原法院重审均支持了原告的诉讼请求。

四、谷实不服，向辽宁省高院上诉辽宁省高院认为用夫妻共同财产出资取得的股权不属于夫妻双方的共同财产，且现行法没有规定股东转让股权需经股东配偶的同意，因此，谷实与谷德元签订的股权转让协议有效。判决撤销原判，驳回赵晓娟的诉讼请求。

败诉原因

本案的一个争议焦点是：谷德元持有的宏缘公司股权是否属于夫妻共同财产，未经赵晓娟同意，谷德元向谷实转让股权是否有效。辽宁省高级人民法院认为，谷德元为组建宏缘公司出资的 240 万元，发生在谷德元与赵晓娟婚姻关系存续期间，**在夫妻间没有特别约定的情况下，该出资款项应属夫妻共同财产，但在出资行为转化为股权形态时，现行法律没有规定股权为夫妻共同财产，其也不具有“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”这样的属性。现行法规定，股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意，但没有规定股东转让股权需经股东配偶的同意。因此，谷德元转让其持有的宏缘公司股权，即使未经其配偶赵晓娟同意，也不影响股权转让协议的效力。**

败诉教训、经验总结

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1、股东用夫妻共同财产出资取得的股权，其各项权能应由股东本人独立行使，**在进行股权转让时，应当符合公司法第七十一条的规定。我国现行法并未规定股东转让股权需经其配偶的同意，因此，未经配偶同意的股权转让协议仍然有效。**

2、在交易股权转让过程中，**建议受让股权的自然人在签署股权转让协议前，要求转让方提供配偶同意股权转让的书面文件或者授权委托书，**从而避免在协议签订后出让方配偶主张合同效力瑕疵。

相关法律规定

《公司法》

第七十一条　有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

《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　　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。

《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。

以下为该案在辽宁省高级人民法院审理阶段的“本院认为”关于此部分的论述：

《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：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”。本案中，赵晓娟与谷德元系 1989 年 1 月 16 日结婚，谷德元组建宏缘公司系 2007 年 7 月，谷德元当时实缴注册资本 240 万元，故**谷德元出资 240 万元，系谷德元与赵晓娟婚姻关系存续期间发生，在夫妻间没有特别约定的情况下，该出资款项应属夫妻共同财产，但在出资行为转化为股权形态时，现行法律没有规定股权为夫妻共同财产，其也不具有“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”这样的属性。**《中华人民共和国公司法》第七十一条规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让”。**本案宏缘公司股东谷德元、天缘集团均同意向谷实及陶卫平转让其持有的股权并已经股东会决议确定。而现行法没有规定股东转让股权需经股东配偶的同意，所以，谷德元转让其持有的宏缘公司股权，即使未经其配偶赵晓娟同意，也没有法律依据确认其转让无效。**故对谷实关于“一审法院认为谷德元生前签订股权转让协议有效需符合夫妻协商一致的观点不正确”的上诉理由，本院予以支持。

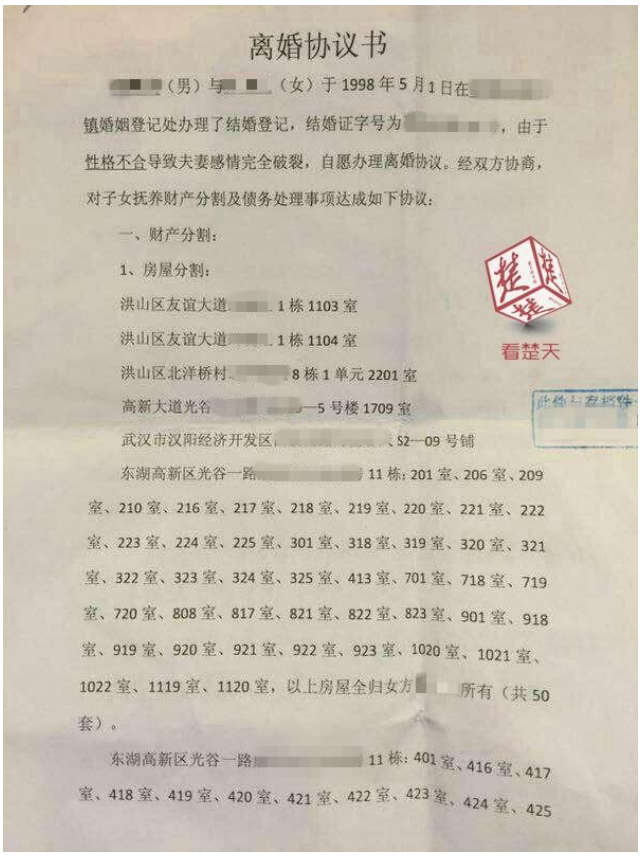
案件来源

辽宁省高级人民法院，《谷实与赵晓娟股权转让纠纷二审民事判决书》[（2015）辽民二终字第 00341 号]。

六、社会新闻

武汉曝光"土豪"离婚协议书:涉及分割房产共 63 套

2017-07-04 荆楚网-楚天都市报 周丹 满达 王怡然



离婚协议书

（男）与（女）于1998年5月1日在镇婚姻登记处办理了结婚登记，结婚证字号为，由于性格不合导致夫妻感情完全破裂，自愿办理离婚协议。经双方协商，对子女抚养财产分割及债务处理事项达成如下协议：

一、财产分割：

1、房屋分割：

洪山区友谊大道 1栋1103室

洪山区友谊大道 1栋1104室

洪山区北洋桥村 8栋1单元2201室

高新大道光谷 —5号楼1709室

武汉市汉阳经济开发区 S2—09号铺

东湖高新区光谷一路 11栋：201室、206室、209室、210室、216室、217室、218室、219室、220室、221室、222室、223室、224室、225室、301室、318室、319室、320室、321室、322室、323室、324室、325室、413室、701室、718室、719室、720室、808室、817室、821室、822室、823室、901室、918室、919室、920室、921室、922室、923室、1020室、1021室、1022室、1119室、1120室，以上房屋全归女方所有（共50套）。

东湖高新区光谷一路 11栋：401室、416室、417室、418室、419室、420室、421室、422室、423室、424室、425

网上疯传的离婚协议书

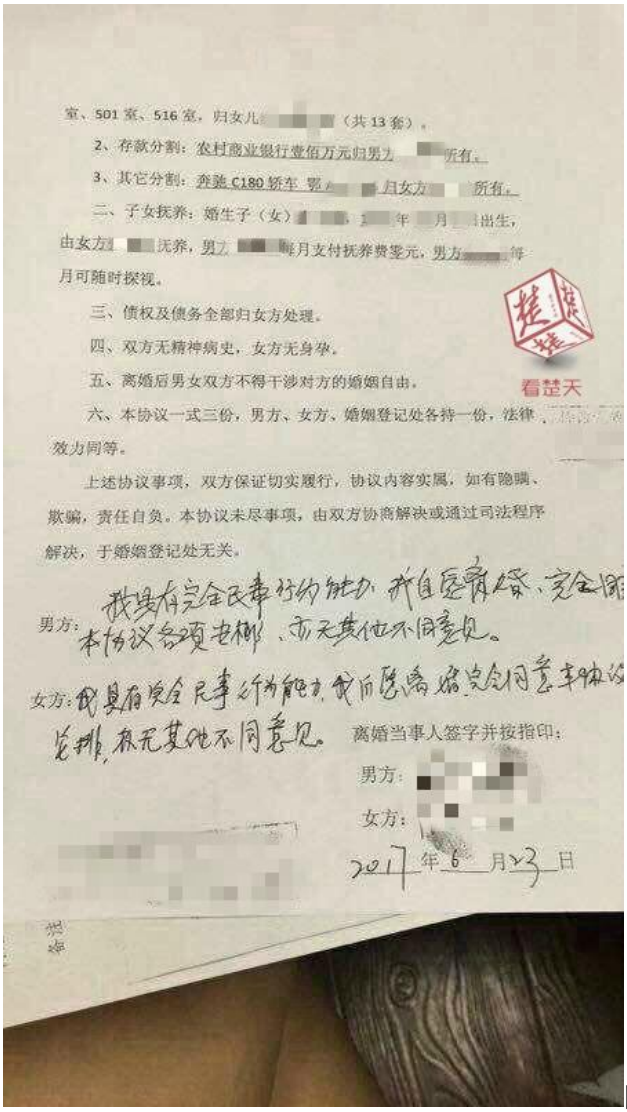
楚天都市报7月4日讯 今天，一则离婚协议书在网上疯传，房屋分割所涉房产多达63套，令人乍舌。

楚天都市报记者看到，这份离婚协议书中写道：XXX与XXX于1998年5月1日在XX婚姻登记处办理了结婚登记……由于性格不合导致夫妻感情完全破裂，自愿办理离婚协议，经双方协商，对子女抚养财产分割及债务处理事项达成如下协议……

其中，财产分割关于房屋分割一栏，涉及房产共63套，其中50套归女方所有，13套归其20岁的女儿所有。存款分割中，100万元归男方所有。另外，一辆奔驰C180轿车归女方所有。债权及债务全部由女方处理。

由于所涉财产众多，今天，微信朋友圈、各小区业主群，被这则离婚协议书刷爆。网友们众说纷纭，大家纷纷猜测房产是拆迁所得，觉得“土豪离婚协议书都长些”。对于这则协议如何流传出来，网友们也十分好奇。

今天上午，记者来到相关辖区民政局婚姻登记处。相关负责人介绍，他们也留意到此事。不过，网上所传的协议照片中，盖有民政局的公章。离婚协议书一式三份，当事双方各一份，民政局存档一份。民政局存档件是不会盖此公章的，只有当事双方的协议书上会盖此章，因此，此离婚协议并非从民政局流传出去。


室、501 室、516 室，归女儿 （共 13 套）。
2、存款分割：农村商业银行壹佰万元归男方 所有。
3、其它分割：奔驰 C180 轿车 鄂 月女方 所有。
二、子女抚养：婚生子（女） 年 月 出生，由女方 抚养，男方 每月支付抚养费壹元，男方 每月可随时探视。
三、债权及债务全部归女方处理。
四、双方无精神病史，女方无身孕。
五、离婚后男女双方不得干涉对方的婚姻自由。
六、本协议一式三份，男方、女方、婚姻登记处各持一份，法律效力同等。
上述协议事项，双方保证切实履行，协议内容实属，如有隐瞒、欺骗，责任自负。本协议未尽事项，由双方协商解决或通过司法程序解决，于婚姻登记处无关。
男方：我没有完全民事行为能力，我自愿离婚，完全同意本协议各项内容，无其他不同意见。
女方：我具有完全民事行为能力，我自愿离婚，完全同意本协议各项内容，无其他不同意见。
离婚当事人签字并按指印：
男方：
女方：
2017 年 6 月 23 日
看楚天

网上疯传的离婚协议书

该负责人随后调取了原始档案，经查，网上流传的离婚协议书属实，当事双方于今年 6 月 23 日办理的离婚手续。

记者调查发现，此前男方在武汉注册成立过多家公司，夫妻二人还于今年 2 月注册成立了一家科技公司，注册资本 50 万元。其中女方为法人，男方为监事。

还建房的探访

记者随后电话联系上女方张女士，据其介绍，看到网上流传的离婚协议书，她很愤怒，正在查找是从哪个环节

流传出去，待查实后将起诉泄密者。

张女士表示，这份离婚协议书绝非从她和前夫处流传出去，早上有朋友发给她看，她当时就气得不行。据其猜测，因最近准备买房，离婚证和离婚协议书给售楼部和贷款银行各复印了一份，她怀疑是由此流传开来。还建的房子多是三四十平方米的小房子，希望网友们不要信谣传谣。

还建房的探访

记者来到协议书中所提的还建房小区，所提房屋尚未开始装修。

还建房的探访

作者：周丹 满达 王怡然

原标题：63 套房离婚协议网上疯传，当事人对隐私曝光很愤怒

网上热传有 63 套房的离婚协议，富人隐私咱也得尊重

2017-07-05 新京报评论 沈彬

离婚协议书曝光并不是一个公众的知情权和隐私权的平衡问题，而是严重侵犯了他们的隐私权。

一份密密麻麻写着 63 套待分房产的“离婚协议书”，在网上热传，震惊了网友。很多人感叹：自己衣服都没有 63 套，这一对“前夫妻”居然有 63 套房子。

当地记者已经从武汉相关辖区民政局确认了离婚协议书的真实性。当事人张女士也表示，看到网上流传的离婚协议书，她正在查找是从哪个环节流传出去的，打算起诉维权。她还表示：据她猜测，因最近准备买房，离婚证和离婚协议书给售楼部和贷款银行各复印了一份，她怀疑是由此流传开来。另外，协议书涉及的房子，是“还建的房子，多是三四十平方米的小房子”。

的确，63 套房子拨弄到了社会公平的敏感神经，但首先需要明确的是，这对“前夫妻”的隐私权应该得到保护。

前几年，发生过不少涉及官员的“房叔”“房婶”事件，曝光了官员及其亲属的巨量房产，之后各地房地部门

纷纷限制“以人查房”，在后来推进的不动产登记改革中，将对房产的查询主体资格限定在了房产的利益相关方。

就这件事来说，这对前夫妇是私营业主，并不是公职人员，也就不存在腐败问题；虽然有待分割的房产多达 63 套，但主要还是属于“还建房”，与征地、拆迁相关，并不涉及这对夫妻的非法所得。对于这样的私事，公众的好奇心应该止于法律的边界上：一对普通夫妻离婚、分割财产，属隐私权保护的范围内。他们享有的私人生活安宁与私人信息的秘密依法受到保护，有不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的权利。

之前，最高法改变了司法文书裁判上网的规则，离婚判决书是不上网公示的，更何况这次被曝光的是当事人的离婚协议书。这并不是一个公众的知情权和隐私权的平衡问题，而是严重侵犯了他们的隐私权。

目前，证据指向协议书的泄露可能发生在房产公司这边。如此严重侵犯消费者利益和公民隐私权的行为，不能说“查不到谁泄露出来的”就不了了之。最高法《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》，明确网络用户利用网络公开自然人家庭住址等个人隐私，属于侵权行为。

银行、房产等机构的工作人员，看到所谓“好玩的”当事人的隐私信息，就随手拍下来，发布到网上，这是违背职业道德的，也是违法的。希望武汉公安机关介入调查，确定责任人之后，再由被害人提起民事诉讼，为类似侵犯隐私权案件的解决树立一个标杆。

妙龄女承诺用嫁妆还借款，三十岁还不结婚？法院判还！

2017-07-05 李东华 贺天牧

编辑：黄慧青

24 岁的玲玲因欠数万信用卡，遂向吴阿姨借款，吴阿姨得知玲玲未来结婚父母会给一笔不小的嫁妆钱，便同意借款。若干年后，玲玲年过 30 岁，仍没结婚，吴阿姨见嫁妆无法落实，便将玲玲告上法庭要求返还借款，获法院支持。

2011 年，24 芳龄的玲玲为还信用卡债务，经阿明介绍认识了吴阿姨。吴阿姨得知玲玲父母会在她结婚时给她一笔嫁妆钱可用作还款，又见她长相老实，且愿意支付高利息，便同意了借款。

吴阿姨便在当年 9 月到次年年底，共四次借 9.2 万元给玲玲，第一笔 6 万元吴阿姨是转账支付，其余均现金交付，每次玲玲都出具了借条并约定了借期和利率。然而，玲玲至今仅以现金方式向吴阿姨支付过第一笔借款 6 万元的两个月利息 4000 元。

2012 年年末，玲玲出具借款承诺书一份，承诺 2013 年底前还清借款，之后逾期没有兑现，且玲玲也一直未婚，眼看嫁妆也没法落实，吴阿姨无奈诉讼至普陀法院，请求判令玲玲归还借款人民币 9.2 万元

>>>玲玲在法庭上表示，当时为还信用卡只想借 3 万元，但吴阿姨要求玲玲翻倍出具 6 万元借条，日期是吴阿姨要求玲玲写的 2011 年 9 月 4 日，借条出具后由吴阿姨保管，因为玲玲当时急需资金还卡账，又不想让家人知道自己欠账，而且吴阿姨表示只要按时还款付息，是不会向玲玲催要 6 万元的，所以玲玲才同意翻倍出具借条。那天，吴阿姨和一个男人先到自己住处确认了玲玲的住处，再到附近的银行，要求玲玲配合其转账 6 万元，然后，再要求玲玲当场取现返还了 3 万元。借条约定的利率是银行 4 倍，但实际却要支付每月 7000 元，玲玲没能力全额支付，自 2011 年 10 月起玲玲通过转账每月付息 1000 元，支付了半年。之后 2 万元、1 万元和 2000 元借条均无实际借款交付给自己，都是吴阿姨要求玲玲将拖欠的利息以借条形式出具。

玲玲调取的银行转账清单以证明自己通过两家银行总共转款 2.13 万元给了吴阿姨，加上吴阿姨自认的 4000 元现金，玲玲表示已还款 2.55 万元。

另外吴阿姨还用玲玲信用卡至吴阿姨熟悉的一家美容院刷卡套现了 2 万元。所以，玲玲认为自己实际还款额已大于实际到手的借款，不同意诉请。

>>>普陀法院经审理认为，吴阿姨要求玲玲归还借款 9.2 万元提供了玲玲出具的三张借条和一份承诺书原件、吴阿姨转账凭证、取款凭证和其账户明细佐证。

玲玲对此真实性无异议，但坚持借款到手仅 3 万元并已还款 2.53 万元，2 万、1 万借条根本无交付之实，玲玲因此提供了其账户明细，吴阿姨对玲玲账户明细无异议，认可系玲玲支付的利息。

根据吴阿姨提供的玲玲的借条和吴阿姨银行凭证、账户明细，两者在时间、金额方面可互相印证，所以对双方间 9 万元借贷关系法院予以认定。

玲玲转账支付的 2.13 万元和吴阿姨自认的 4000 元，吴阿姨主张系玲玲支付的利息，符合法律规定，法院予以

支持。

根据双方约定的利率标准，截止至 2012 年年底玲玲应付息 2.32 万元，抵扣玲玲已付的 2.53 万元，差额 2100 元抵扣之后的逾期利息。

>>>玲玲应承担 9 万元返还之责，至于利息，借条有约定，利率标准也在法律规定的上限内，扣除截止于 2012 年年底玲玲已付利息，普陀法院将对 2012 年年底后的逾期利息作出处理，同时扣除差额 2100 元。最终，法院判决玲玲归还吴阿姨 9 万元且按中国人民银行同期贷款利率 4 倍支付吴阿姨上述借款逾期利息，同时扣除人民币 2100 元。（文中人名均为化名）

警察帮朋友"捉奸"私自调酒店监控 致情夫被逼自杀

2017-07-17 春城晚报

春城晚报客户端 7 月 17 日消息，昆明呈贡区男子郑某，怀疑妻子和其他男人到酒店开房，他自己调不着监控，私下请警察朋友李某甲去调取，结果证实了妻子和李某丙开房的事实。

郑某拿到证据，还问出了妻子与李某丙多次发生关系，而且还在自家的车上发生过，为此，郑某要求李某丙出 20 万元作为了断。孰知，李某丙被逼无奈，喝农药自杀身亡。私下帮郑某调监控的李某甲也被牵出来，被控滥用职权。

滥权：警察私自到酒店调监控

2016 年 8 月 15 日，家住呈贡的郑某，怀疑妻子普某有外遇，妻子和一个男人（李某丙）到石林县一酒店开过房，他便到前台问服务员，是否能调监控录像，酒店服务员说只有派出所的警察才可以调取监控录像。

8 月 19 日，回到呈贡的郑某，便打电话给在呈贡做警察的朋友李某甲，他说媳妇失踪了几天，其老岳父要找麻烦，想请他帮忙去石林找一下。

当晚 9 点左右，郑某和李某甲见面后说，他妻子跟一个男人有染，估计到石林开过房，希望李某甲去石林一趟，帮他调取监控录像。李某甲同意了。

当晚 10 点过，他们到了石林县城。来到酒店停好车后，他们到了前台，说："我们要调取酒店的监控。"

李某甲在出示了自己的警察证后，服务员就带着他们进入到前台调监控。从酒店监控里，看见了普某进入酒店大厅及入住房间的画面信息，郑某就开始用他的手机摄录监控视频内容，录了一会，视频中出现一个男子进入到他媳妇所入住的房间内，李某甲也帮录过一段就走了。当晚，他们开车返回了呈贡。

郑某回家里，把翻拍的视频拿给妻子普某和岳父看。

蒙了，妻子竟在自家车上偷情

看到证据后，普某承认她和李某丙发生过关系。

2016 年 8 月 8 日，普某和李某丙来到石林，在酒店开了一间房，普某先进房间，李某丙随后进房间。当晚，他们发生了一次性关系，而且还是自愿的。

在郑某的逼问下，普某还承认了她和李某丙多次发生性关系，而且还在郑某的车上发生过性关系。

郑某一听，完全蒙了，没想到自己的老婆和情夫在自己的车上发生过关系。

普某用母亲的手机打电话给李某丙，告诉他："我老公知道了这个事情，以后不要联系了。"

随后，郑某打电话给李某丙："这件事咋个解决？"

"我的车都被你们玷污了，你拿 20 万元做个了断，我要换车。"郑某说，如果不拿 20 万元了断，就要把这个事情告诉他（李某丙）媳妇。

2016 年 9 月 25 日晚上 7 点半左右，郑某、普某、李某丙 3 人约好见面，郑某质问李某丙："为什么要在我家车上发生关系？"

李某丙也说不出来，郑某让李某丙回去跟她媳妇说清楚也算是个了断，但李某丙怕媳妇知道这个事情。最后，郑某让李某丙拿 20 万元换车，2016 年 10 月 1 日前，不解决的话，超过一天增加 5 万元。

悲剧：情夫被逼喝农药自杀

2016 年 10 月 1 日下午 3 点左右，李某丙实在拿不出 20 万元给郑某，他来到呈贡七步场村的地里，看见一个简易棚，他走进去喝下了农药，并割腕自杀身亡。

原来，普某和李某丙曾经好过一段时间，因种种原因，没有成婚。普某和李某丙后来各自成家。去年 5 月份，

普某和李某丙又暗地联系。

弄出了人命，帮忙调视频的李某甲也脱不了干系，郑某（另案处理）也将受到相应的处罚。

出事后，**李某甲和李某丙的家属达成协议，李某甲一次性补偿李某丙的家属 10 万元，并取得了家属的谅解。**

判决：构成犯罪免于刑事处罚

呈贡区检察院认为：李某甲身为国家机关工作人员，在非执行公务期间，滥用职权，违规帮助他人调取视频监控，并最终造成一人死亡结果的发生，其行为应以滥用职权罪追究刑事责任。

呈贡区法院审理认为，李某甲行为构成滥用职权罪，其作为工作多年的人民警察，应当知道人民警察的工作职责、工作纪律、工作流程，他在非执行公务期间违规帮助他人调取视频监控，主观上是故意的。**被害人李某丙自杀死亡与李某甲违规帮助他人调取监控的行为有一定因果关系，属多因一果的关系。李某甲如实供述犯罪事实，系坦白，可以从轻处罚。**李某甲补偿被害人亲属的损失，并得到被害人亲属的谅解，酌情从轻处罚。李某甲犯罪情节轻微，可以免除处罚。

于是，呈贡区法院作出一审判决：李某甲犯滥用职权罪，免予刑事处罚。

法院与民政诉讼离婚信息共享，今后伪造单身证明骗婚、重婚难了

2017-07-18　南京市中级人民法院

南京法院与民政系统建立诉讼离婚信息共享数据库近日全面启动，今后，再伪造单身证明骗婚、重婚等难了。

众所周知，民政部门统一负责公民婚姻登记管理工作，但就离婚方式而言，男女双方可通过**向民政局申请**或**向法院提起离婚诉讼**的方式解除婚姻关系。两种离婚方式并行不悖，法院裁判解除婚姻关系的，裁判文书生效日期即双方当事人离婚之日。

过去，法院与民政部门信息不共享，法院不向民政部门提交诉讼离婚案件的信息，民政部门亦不根据裁判文书发给离婚证，造成相关当事人在法院的诉讼离婚信息与民政部门的婚姻登记信息互补却不互通。

由于信息不共享，不仅给当事人工作生活带来不便，还使一些当事人利用不共享这一缺陷为实现重婚、骗婚、规避购房政策等目的，通过中介等渠道伪造单身证明。

2014 年 5 月，江宁区民政局发现 8 起当事人持伪造的单身证明申请办理业务的情况。还有的婚姻当事人为满足特定利益，向民政局隐瞒经法院调解离婚的事实，申请补办结婚证，事后又提起撤销婚姻登记行政诉讼。

离婚信息共享会给群众带来很多好处

一、便民

根据南京市民政局提供的数据，2016 年全市在民政局登记离婚的共 47199 对配偶，法院裁判离婚的亦达 3894 对之多，且近年诉讼离婚的数量逐年递增。

依托市法院信息化平台建设成果，将法院诉讼离婚信息与民政共享，有利于节约人力成本，实现信息共享工作成效最大化，最重要的是有利于申请人办理信息查询、婚姻登记等业务时直接在民政局一站式解决，无需“两头跑”，充分实现深化司法便民与优化政务服务的有机衔接，推进行政治理能力的现代化。

二、预防

当事人隐瞒已诉讼离婚的情况骗补结婚证，为购房、重婚、骗婚等利益需求而伪造单身证明的行为，侵害了婚姻另一方当事人的合法权益，损害了司法权威，扰乱行政管理秩序。

将法院诉讼离婚信息与民政共享，则民政局可以即时查询婚姻登记管理系统，核对相关信息，查明是否有诉讼离婚的情况，严肃处理违法行为。

三、保护

司法裁判以事实为根据，为充分释法说理，裁判文书详细记载当事人的诉辩情况、婚姻经历、婚姻过错等信息，将法院诉讼离婚信息与民政共享，为当事人提供法院出具的《离婚证明书》，当事人无需携带内容详细的裁判文书即可以办理婚姻登记等业务，从而充分保护当事人隐私。

目前，市法院正在紧锣密鼓地从更新管理系统；逐步完善老数据，动态更新新数据；在全市基层法院少家庭推行离婚证明书制度；建立会商制度；建立信息核查联络员制度等各方面进一步完善诉讼离婚信息共享配套措施。

肇庆女婿帮岳母查岳父婚外情竟触犯刑法

2017-07-18 广州日报 方晴 陈云飞 黄洁娴

广州日报讯（全媒体记者 方晴 通讯员 陈云飞 黄洁娴）岳母因怀疑岳父可能有婚外情，委托女婿进行调查，女婿梁某飞通过互联网上向他人购买公民个人信息助岳母离婚。记者17日获悉，7月5日，肇庆市端州区检察院以梁某飞涉嫌侵犯公民个人信息罪向法院提起公诉。

2014年肇庆市居民林某因怀疑其丈夫杨某有婚外情，于是委托女婿梁某飞进行调查。2014年12月至2016年4月期间，梁某飞受其岳母委托，通过互联网上向他人提供公民信息的“永恒”、“天网”、“弥勒佛”、“7中”等人，先后花费人民币八万元购买了涉及120个人的行踪轨迹信息、通信内容、通信记录、住宿信息、交易信息、户籍资料、车辆资料等各类公民信息合共17588条，并把上述相关信息转交给岳母，导致岳母与岳父离婚并由岳父补偿岳母一百万元人民币，岳父在端州区内的两套商品房也过户到梁某飞妻子名下。

2016年6月12日，肇庆市公安局端州分局发现梁某飞购买他人信息的行为，对其涉嫌侵犯公民个人信息罪立案侦查，并对其采取刑事拘留措施。2017年6月12日，肇庆市端州区人民检察院受理审查起诉该案，经审查，认为梁某飞通过互联网非法购买各类公民个人信息共17588条的行为，触犯了《中华人民共和国刑法》第二百五十三条之一的规定，对梁某飞以侵犯公民个人信息罪提起公诉。

检察官提示，《中华人民共和国刑法》于2009年增设侵犯公民个人信息罪，将“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的”、“窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的”等行为列入打击范围。其中，“公民个人信息”，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。梁某飞为了帮岳母查出岳父的婚外情对象，通过网络手段非法购买公民个人信息，是侵犯他人个人隐私的行为，应当以侵犯公民个人信息罪处以刑罚。

来源：广州日报

七、异域资讯

西班牙法院判决达利遗体开棺鉴定

2017-7-13 中华网

据悉，西班牙法院近日做出判决，在一名女性原告皮拉尔·阿贝尔（PilarAbel）的起诉案件中，允许对西班牙画家萨尔瓦多·达利（SalvadorDalí）的遗体开棺，提取DNA进行亲子鉴定，从而确认她是否为达利的亲生女儿。

2015年3月，西班牙女子皮拉尔·阿贝尔向法院提起上诉，声称自己是达利的女儿，要求挖出达利的遗体与其进行亲子鉴定。如果确认两人存在血缘关系，阿贝尔有权使用达利的姓，并继承他四分之一的遗产。

据阿贝尔本人声明，她的母亲曾在加泰罗尼亚省卡达克斯（Cadaqués）镇一户家庭做女仆，达利的度假屋就在这户家庭的附近，1955年母亲与达利偷情怀上她后离开这座小镇，随后与另一名男子结婚。阿贝尔回忆母亲曾多次告诉她“达利是你的父亲”，她自己也觉得与达利长得很像，“我唯一缺少的就是一撮胡子”。

2007年阿贝尔第一次获得法院许可进行亲子鉴定，医生从达利的死亡面具——一种为保留死者容貌而制成的面具——附着的毛发上提取了他的DNA，但鉴定结果无法确定其亲子关系。

同年，达利的友人、传记作者罗伯特·德沙尔姆（RobertDescharnes）再次为亲子鉴定提供样本，据德沙尔姆的儿子透露，鉴定医生曾告知他“这个女人与达利没有任何血缘关系”，但阿贝尔声称自己从未收到过第二次亲子鉴定结果。

萨尔瓦多·达利（SalvadorDalí，1904-1989）是西班牙超现实主义画家，生前只有过一段婚姻。1929年，25岁的他结识了妻子加拉（Gala），两人于1934年结婚，婚后并未育有子嗣。

1989年达利因心脏病去世，遗体被安葬在他亲自设计的“达利戏剧博物馆”墓室中，他的遗产全部捐赠给西班牙政府，目前由加拉-达利基金会负责管理。阿贝尔的律师称开棺日期最早定于7月。但是，加拉-达利基金会对法院判决表示强烈抗议，宣布将尽快提出上诉。

八、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

我国家事审判改革的发展趋势

2017-06-29 中国应用法学研究所 任容庆

2016年4月,最高人民法院选取118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。目前,

试点工作已进行一年有余，各地试点法院在落实物质保障、建立审判团队、制定工作规程、转变审判理念、创新审判机制、探索家事纠纷的综合调处机制等方面均取得了显著成效。未来，我国家事审判改革呈现出以下五方面的发展趋势。

业务专门化

业务专门化是多项审判工作的一般趋势，而这一趋势在家事审判中体现最为明显。家事审判的专门化包括机构的专门化、人员的专门化和程序的专门化。

专门的家事审判机构主要包括：家事审判合议庭、家事审判庭、家事法院。从目前的试点情况来看，无论前期是否建立家事审判合议庭，各地试点法院均探索建立了家事审判庭，试点中主要有两种模式：一是在少年审判庭的基础上，成立少年家事审判庭，合并审理涉少年家事案件；二是对于没有成立少年审判庭的法院，单独成立家事审判庭。从未来的发展方向来看，应以成立家事法院为目标，这样才能更好地实现处理家事纠纷时审判职能与社会职能的融合。

人员的专门化是指明确家事法官、家事调解员、家事调查员、心理咨询师等专业人员的职能定位及角色分工。目前，各地试点法院已组建了家事法官、家事调解员和家事调查员等专业团队，但对于各自的职责界定尚不明确，相互之间存在角色混同与职责重合，并且各类人员素质参差不齐。因此，需要制定职业标准对家事调查员和家事调解员等专业人员进行职业评估，同时编制培训教材开展定期培训，以提高家事诉讼团队的专业化程度，更好地服务于家事审判工作。

程序的专门化是指建立不同于民事诉讼的家事特别程序，包括确立调解优先、适度职权干预、不公开审理、亲自到庭等原则，逐步探索家事案件的特别审限制度，婚前财产申报制度等保障未成年人利益最大化的程序。

功能治疗化

婚姻家庭是以两性关系与血缘关系为其自然条件而形成的社会关系，是人类社会最基本的社会关系，同时是社会稳定的基石。家事纠纷的社会性体现在其不仅涉及双方当事人之间的私益，还涉及第三人利益，甚至社会公共利益。比如，在离婚案件中，除涉及夫妻双方的权利义务外，还涉及父母、子女的照顾、抚养利益；因离婚而逃避债务的，也会涉及其他利害关系人的利益等。

家事纠纷的社会性质折射出家事司法应具有的社会功能，即修复和治疗家庭关系。通过治疗双方当事人因家庭矛盾而受伤的心灵，修复破裂的婚姻家庭关系，调整当事人之间、当事人与其家庭之间失衡的人际状态，以实现维护社会秩序和综合治理的功能。

今后，家事改革必须注重发挥家事诉讼的治疗功能，体现在：一是程序设置方面，调解程序是家事诉讼治疗功能得以体现的最好阶段，通过在家事特别程序中设置强制调解程序，以更好地发挥程序的治疗功能；二是团队建设方面，通过设置心理咨询师、家事调解员、家事调查员，使家事专业人员发挥其在化解家事纠纷过程中的治疗功能；三是机制建设方面，通过心理疏导机制、婚姻冷静期以及家事回访制度的设计，最大限度地发挥机制作用以实现家事诉讼的治疗功能。

程序精细化

第一，确定我国家事审判程序的基本价值取向，即保护家庭关系中处于弱势地位的未成年子女、老人的利益，维护家庭关系的稳定，实现实质正义。

第二，明确我国家事审判程序的基本原则，包括调解优先原则、职权主义原则、本人诉讼原则、非公开审理原则、未成年人利益最大化原则等。这些基本原则集中体现了家事诉讼的本质和精神实质，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。

第三，完善我国家事诉讼的程序设计，注意区分调解程序与审判程序，在调解程序中再区分诉前调解程序与庭前调解程序。《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条规定对于婚姻家庭纠纷和继承纠纷，人民法院在开庭审理时应当先行调解，这是家事案件庭前调解的法律依据。但对于诉前调解，目前尚无法律明确规定，仅在双方当事人自愿的情形下才能适用诉前调解，这就使得诉前调解的使用效果大打折扣。因此，未来家事诉讼立法中规定诉前调解程序是非常有必要的。

第四，设计我国家事审判程序的具体制度，包括家事诉讼程序与家事非讼程序。其中，家事诉讼程序包括案件受案范围、当事人适格条件、管辖规则、起诉规则、庭审规则、证据规则、调解规则、既判力规则等。

资源整合化

家庭问题并不是一个单纯的法律问题,更是一个社会问题;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,因此,需要最大限度地发动全社会的力量一起化解家事纠纷。司法外资源调动的广度与深度直接影响着家事审判改革的成效。家事纠纷中的司法外资源包括心理咨询师、家事调查员、社会工作者、其他部门及高等院校等。

第一,家事纠纷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,对于挽救婚姻关系产生很好的效果。

第二,家事纠纷事实的全面发现存在很多困难,原因在于:一是家事纷争大多源自生活琐事,很多事实难以通过证据进行固定;二是受制于亲亲相隐等传统家庭伦理规则,仅依靠“谁主张,谁举证”的举证责任分配原则,难以查明事实和原因;三是在家事纠纷中很多涉及生活隐私或者情感纠葛,当事人情绪比较敏感,剑拔弩张的法庭氛围会加剧双方的情绪对立,增加审查难度。因此,需要引入家事调查员以协助法官查清家事案件中的各类事实。

第三,社会工作者,包括律师、法律工作者、基层司法所长、村、社区的妇代会主任和公证人员等,人民法院应积极调动上述社会工作者及专业法律人士从事家事调查员、家事调解员和家事回访员的工作,以协助法院化解家事纠纷。

第四,着重发挥妇联、公安、检察院等部门在反家庭暴力中的作用,建立联动机制,明确各单位在反家暴实施过程中的职责范围,构建反家暴的防护网络。

第五,家事审判改革尚处于初步探索阶段,缺乏司法传统与司法经验,故需要调动高等院校研究家事法学理论,为科学推进家事审判改革提供科学论证和解决方案。通过发动更多的学界力量,积极推动家事审判理论与实践的结合,为家事审判方式改革提供强有力的理论支撑。

解纷多元化

家事纠纷的亲缘性决定了运用多元化手段处理家事纠纷的可操作性。家事纠纷成立的前提即当事人之间具有血缘上或法律上的亲缘关系,亲缘因素的介入使当事人之间的关系变得敏感且微妙,存在纠纷和解与矛盾激化彼此转化的可能性:一方面,亲缘关系导致难以预测纠纷的解决结果,看似激烈的矛盾也存在和解的可能性;另一方面,原本事实清楚的纠纷也可能因亲缘关系应遵循的特殊原则而进一步激化家庭矛盾。

《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第 27 条规定了探索建立调解前置程序,鼓励有条件的法院可以对家事纠纷等特殊案件,在征求当事人意愿的基础上,引导当事人在登记立案前由特邀调解组织或者特邀调解员先行调解。可见,多元解纷队伍的建设是家事纠纷化解的关键一环,对于人民法院来说,在制定内部人员对案件分流激励机制的同时,还要发挥外部力量化解纠纷:首先,要继续依靠人民调解组织的力量,支持工会、妇联、共青团等社会组织参与;再次,要开拓创新其他调解方式,可尝试引入仲裁调解、公证调解、律师调解;最后,扩大除人民调解协议之外的其他调解组织形成的调解协议的司法确认。

今后,各地试点法院需总结改革试点过程中出现的新情况,反映的新问题,逐步完善已建立起来的相关制度,统筹设计下一阶段家事审判改革的具体方案,形成一套专业化的工作流程机制,为家事审判改革向全国推广打下坚实的基础。

稿件来源: 法制日报法学院

比较法视野下的“父母责任”

《北方法学》2016 年第 1 期 夏吟兰

父母是子女最大利益的守护者,对未成年子女的生存与发展承担首要责任。当代国际社会,在《儿童权利公约》标准的指引下,以父母履行责任与义务,保障子女最大利益为特征的子女本位立法已成为各国亲子关系立法的主流。我国婚姻法中涉及亲子关系的内容自 1980 年婚姻法以来从未修改,仍残存着父母本位立法的痕迹。有关父母对子女权利义务的规定过于概括、简略,父母抚养教育子女的内涵、边界及法律责任不明确、不具体,对子女权利的保护不周延。我国应在婚姻家庭法中单独设立亲子关系章,将“父母责任”作为上位法律术语,涵括父母对于子女在人身关系和财产关系方面所有的权利义务,全面、系统、具体地规范父母责任。对不履行或不当履行父母责任者,应当明确规定父母责任丧失、转移和恢复的条件和程序,由国家公权力介入,对未成年子女实行国家监护。

亲子关系是家庭关系中的重要组成部分,亲子关系法是婚姻家庭法的重要内容。所谓亲子关系,在法律上是指

父母和子女之间的权利义务关系。其中，父母对于子女特别是未成年子女权利义务的行使和负担是基于亲子关系的身份所产生的涉及人身关系和财产关系的义务和责任。正如恩格斯所指出的：“父亲、子女、兄弟姐妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼，这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。”

抚养和教育未成年子女是我国《宪法》《婚姻法》《未成年人保护法》的明确规定，是父母的法定义务。《婚姻法》在第 3 章家庭关系第 23 条中明确规定：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”但这一规定过于原则，父母抚养教育子女的内涵、边界及如何承担法律责任不明确、不具体，没有充分体现子女本位及子女利益优先的立法理念，在司法实践中问题重重。笔者拟从保护儿童人权的视角，对确立父母法律责任的原则、宗旨、体系框架、法律术语及其内涵等方面进行实证法及比较法的深入探讨，以期在制定“民法典婚姻家庭编”时，充分体现子女本位的立法理念，进一步修改及完善我国的亲子关系法。

一、子女本位与父母责任

近代以降，亲子关系立法的宗旨从家族利益优先的“家本位亲子法”、到父母利益优先的“亲本位亲子法”，再发展至子女利益优先的“子本位亲子法”。当今社会，以父母履行责任与义务，保障子女最大利益为特征的子女本位立法已成为各国亲子关系立法发展的大趋势。

（一）子女本位立法理念之人权法渊源

在漫长的人类历史长河中，儿童在传统上一直不曾被看作是权利的主体，而是法律保护的客体。儿童的权利不能得到充分的关注和切实的保障。所以，儿童人权的实现必须从重新定义儿童在家庭和社会中的地位开始。

子女本位的现代亲子法的立法原则可以追溯至 1924 年《日内瓦儿童权利宣言》。在此后的 1959 年《儿童权利宣言》、1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》、1986 年《关于儿童保护和儿童福利、特别是国内和国际寄养和收养办法的社会和法律原则宣言》等若干国际人权文件中均重申和进一步发展了儿童最大利益原则，并明确将儿童人权视为普遍性人权的组成部分。儿童最大利益原则和子女本位的立法理念构成了 1989 年《儿童权利公约》的价值基础。“儿童也是平等的人；作为人类成员，儿童拥有与成人一样与生俱来的价值”。儿童作为独立的权利主体，享有权利并得到保护。《儿童权利公约》第 3 条明确规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。缔约国承担确保儿童享有幸福所必需的保护和照料，考虑到其父母、法定监护人、或任何对其负有法律责任的个人的权利和义务，并为此采取一切适当的立法和行政措施。”

（二）父母对子女的生存与发展承担首要责任

《儿童权利公约》在明确规定保护儿童人权是缔约国的国家责任的同时，也强调了家庭和父母对于儿童的保护、养育和发展具有重要责任。“深信家庭作为社会的基本单元，作为家庭所有成员、特别是儿童的成长和幸福的自然环境，应获得必要的保护和协助，以充分负起它在社会上的责任”。父母或其他负责照顾儿童的人负有在其能力和经济条件许可范围内确保儿童发展所需生活条件的首要责任。人权事务委员会认为：保证儿童受到必要的保护的责任落在家庭、社会和国家身上。虽然公约没有说明这种责任应如何分配，但家庭，特别是父母对创造条件，促进儿童个性的和谐发展，使他们享受公约确认的各项权利负有主要责任。

家庭是最有利于儿童健康成长的环境。父母与子女之间存在着天然的血缘联系，具有人伦关系，体现了人类个体的生命成长和延续的规律。父母既是子女的自然抚养人，也是法定抚养人，具有保障子女健康成长的使命和责任，对子女的生存和发展当然应承担首要责任。正如费孝通先生在他的《乡土中国生育制度》中提到的：“所以能使男女长期结合成夫妇是出于人类抚育作用的两个特性：一是孩子需要全盘的生活教育；二是这教育过程相当的长。孩子所依赖于父母的，并不是生活的一部分，而是全部。”《儿童权利公约》要求缔约国应尽其最大努力，确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认。“父母，或视具体情况而定的法定监护人对儿童的养育和发展负有首要责任。儿童的最大利益将是他们主要关心的事。为保证和促进公约所列举的权利，缔约国应在父母和法定监护人履行其抚养儿童的责任方面给予适当协助，并应确保发展育儿机构、设施和服务。”父母对子女不仅有权利，而且有义务照管和监督子女，而其他有关公权力机关及社会团体仅作为有益补充。只有在亲子关系不彰的情形之下，后者才能强力介入，以弥补前者欠缺。

1989 年《儿童权利公约》推动了各国亲子法由“父母本位”向“子女本位”发展。许多国家先后对其国内的亲子法、儿童法等相关立法进行修订，将子女最大利益原则作为立法的基本原则，以子女本位作为确立和规范父母责任的基本宗旨，并为此修改了原有的法律术语和法律体例。例如，德国亲属法将亲权改称为父母照顾、英国儿童法将父母监护改称为父母责任，强调父母身份是责任而非权利。俄罗斯家庭法将“未成年子女的权利”单独成章，专门作出明确的保障性规定。上述这些立法在法律术语、名称、体例上的变化均体现出父母子女法律地位平等，儿童具有独立的主体地位，儿童最大利益原则的立法理念。这种以父母履行责任与义务，保障子女最大利益为特征的亲子关系立法，就是具有现代亲子法精神的子女本位立法。

我国 2006 年修订的《未成年人保护法》明确规定了“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。”并在家庭保护一章中规定：“父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。”强调父母抚养未成年子女是其法定的职责和义务，国家对未成年子女的权利给予优先和特殊的保护。但我国在 2001 年修订婚姻法时，对亲子关系未作修订，未能将儿童最大利益原则纳入修法的内容。未来在制定“民法典婚姻家庭编”时，应当充分体现子女本位的立法理念，以子女最大利益为核心，构建我国亲子关系立法的框架结构、法律术语、具体内容，强化父母责任与义务，保护未成年子女利益。

同性之爱是个人选择还是政治权利：中国同性恋者的法律地位

2017-07-03　爱思想 李银河

目前我国对于同性恋没有明确的法律条文加以禁止，发生在两个成年人之间的自愿的同性恋行为，只要不涉及未成年人，无人告诉，很少会导致法律制裁。但如果涉及未成年人则有可能按鸡奸罪论处；如有同性恋的配偶或其他人起诉，也有可能按照流氓罪论处；此外，警方会在同性恋活动场所施行出于治安目的的临时拘捕，但一般会很快放掉，不作记录在案的处罚，但有时也会作 15 天拘留的处分。

在调查过程中，我们了解到的同性恋者受法律制裁的事例，大多与其他犯罪行为有牵连。 例如有一个与杀人罪有关的案例：″那年年底有一段时间，上海抓人抓得很紧，有人被抓起来了，有人跑出国了。起因是香港有一个 26 岁的同性恋到上海，他戴着金项链，很有钱。有几个同性恋抢了他，还把他杀了。为这个上海抓了一次。″另有一个案例是， 某同性恋者在同性恋的一个聚集场所因故与人斗殴，把对方打出了血，所以被捕后判了 15 天拘役。通过与公检法人员的交谈，我们了解到的情况与同性恋者的说法大致相符：同性恋者被判刑的往往都不是因为纯粹的同性恋行为，而是伴有其他罪行，如偷窃、抢劫、斗殴等。

在整个调查过程中，我们听到的纯粹因同性恋而受到惩罚最重的一个事例是一个涉及未成年人的案例：有一位成年同性恋者，一个 16 岁（一说 12 岁）的男孩发生肛交行为时，被男孩的家长发现，告到法庭。尽管那男孩上庭承认自己是自愿的，那个成人仍以鸡奸罪被判处 7 年徒刑。 据说这就是同性恋者可能受到的是严重的惩罚。 较轻者有判处半年至 3 年劳教以及 15 天拘留。同性恋群体当中还流传着下列一些说法：″听说教小孩的判 3 年。″此外，据说在服刑期间发现一次同性恋行为，会受到加刑 3 个月的处分。

另一个由一位调查对象所叙述他的朋友的案例是这样的： ″我有一个朋友，他原来是某公司的团委书记，因为同性恋行为败露而受到了开除党籍、劳改的重罚。在他被释放以后，由于他身份的公开化，家人和工厂都对他采取了不谅解的态度。他被开除了厂籍， 回到 X 市在一家街办小厂当搬运工。他在家人的撮合下，娶了一位容貌、人品都和他不相匹配的姑娘为妻子。现在他已有了一个 10 岁的儿子。可他忘不了他以前那位最好的朋友， 给孩子起名叫 X X，和他那位朋友同名。他的妻子对他以前的行为有了解，他也由于身分的公开化而再也不瞒他的妻子。正是因为他妻子知道他的事情太多，我们也由疏远他到完全断绝和他的联系，我们不愿把自己暴露给不相干的人?

在同性恋的遭遇中值得一提的还有一个特殊时期，那就是文化大革命时期。这个时期应当被视为一个特例，就像纳粹统治时期在德国历史上应当被看作一个特例一样。在文革中，没有任何问题的的人还要″欲加之罪，何患无辞″，遑论同性恋这种不为一般人所理解同情的性取向。在那个时期，凡是被揭露出来的同性恋者，所受待遇都很严酷，轻者批判审查，重者殴打致死。北京某中学有一位美术教师，因为与男学生的同性恋行为被揭露，便被殴打致死；因为同性恋行为败露或怕被揭露而自杀的案例也有发生；最严重者有被判处死刑的。一个被判死刑的案例是这样的：

北京某中学一位男教师，因为与男学生的同性恋行为被揭露，家长告到学校，后该教师被判死刑。

一位调查对象还提到这们一个案例："70 年代有朋友去 X 市出差，遇到一什轰动古城的稀奇大事。说是有一对老夫妇，本是表兄妹成亲，那时大概已五六十岁了。一天邻居有客，打发小女找老妇借宿（老夫上夜班）。次日小女说出老妇是个男人。于是老妇被当特务拘留审查。经验证，确是标准男子汉。'老妇'在被捕拘留期间，觉得再无颜见人，便合目绝食，自杀身亡……如果他不是特务，其中有多少不为人所理解的人间感情，又是多么可怜的人间悲剧！"

下面这们案例对我国同性恋者所处的法律地位提供了一些线索，这位调查对象将他一生的坎坷经历详细地写给了我们："我在部队因同同性睡觉，受过党内警告处分，当时把我当作鸡奸错误。1968 年至 1978 年间，也把我当作鸡奸错误处理，直到判刑……我要求到医院检查，由于单位的态度，不准我去检查。后来我还是偷偷地至 XX 医学院检查，才知道是同性恋。然后又经北京三所医院检查，确诊为同性恋。1980 年省高等法院纠正错判后，才恢复工作，但至今卡住党籍和错处期工资未补发。"在他寄来的关于撤销他党内处分的决定中有这样的字句："XXX 于 1966 年因犯有"'鸡奸'行为的错误，受党内警告处分。现根据本人的申诉，鉴于 XXX 经湖南医学院第二附属医院确诊，患有'同性恋'病。据此，决定撤销原给予 XXX 党内警告处分的决定。"另据双丰县人民法院刑事判决书："被告 XXX 因流氓犯罪一案，判处有期徒刑二年监外执行，后改判免予刑事处分。现经再次复查：原判认定事实不构成犯罪。因 XXX 患有'同性恋'病。为此撤销原判和复查改判的判决，予以纠正。"

通过这位同性恋者的经历至少可以出以下几点：（1）有同性恋者曾因鸡奸行为按流氓犯罪判刑；（2）一旦被医院确诊为同性恋，可以使鸡奸罪变为错判并加以纠正；（3）发现同性恋行为会受到党纪处分和行政处分（扣发工资）；（4）同性恋性得为中只取接受角色一方比取主动施予角色一方受较轻的处罚--该同性恋者没有主动肛交行为，只有被动肛交行为。用他自己的话说，"在我与男性的同性行为中，我完全呈现女性一样（扮演女性角色即被动角色--作者注）。"上述案例虽不一定十分典型，有地方执法水平因素有影响，但不失为了解同性恋在我国所受待遇的一个线索。

文革期间同性恋者这些法外的遭遇或过重的量刑与时代有关，那是一个法制荡然无存、全社会陷入癫狂的时代。虽然这个时代已经过去，就像一场噩梦，但是那个时期留在社会意识和人们心中的烙印极深，对于社会?同性恋恐惧症"（homophobia）会有意想不到的深远影响，时至今日，也还不能说这一病症已经完全治愈。

不少调查对象有过在同性恋聚会场所被警察抓获或受到盘查的经历。一位调查对象讲了他下警察打交道的经历："我遇上过一回警察。那是个夏天晚上 10 点多钟，我出去玩，路过那儿（同性恋聚会场所）玩玩看看。我和一个人正坐在石凳上聊天，警察来了。两个穿警服，两个穿便衣。让我们站起来，跟他们走一趟。我们说，我们没干什么。去了联防办公室，分别问我们地方叫什么，在哪儿工作，都说得不差。警察说，你们干嘛来了我们也知道，看你们不是疯疯癫癫的人，你们以后别给我们找事，都是人嘛……以后收敛点，尽可能少来。最后当着我们的面撕了那两张审问记录纸。我觉得遇到什么事不跑不躲，不跟那些人扎堆，就没事。"

不有一位说："XX 的照片登在外国报刊上，公安局都不管他了，他爱怎么样就怎么样，最多抓起十几天。原来老抓他，后来警察来了，重的打他两下，轻的就骂他两句让他滚蛋。"

一位天津的同性恋者说："那个地方现在没什么人去了，原先有人去的时候，三天两头有警察来，抓不少人，我就遇上了不下四五回，可我从来也没有让警察带走，只有两次警察要看一看我的身份证。我的原则是警察来了，泰然处之，纹丝不动，你如果一紧张，警察就会注意你了。"

"这两天我去 XX 公园，我觉得那里的人层次太低。还碰见抓人，警察抓了两个人。""我碰上一次联防的，他们看了身份证就放我走了。听说抓的是在公共场合做爱和和小偷小摸的人，不做这种事的一般不会抓。"

"严打那段时间，那些地点天天抓人。每天都是夜里 10 点以后开始抓人。一个冬天的晚上，我去 XX 厕所，刚进去，时来一个老头往里看了几眼。我刚出厕所，老头就喊：站住，还问我是干什么的。我说我回家，你看我干什么了？这时围上一大群人。幸亏我事先打过腹稿，说下班路过上厕所什么的，对答如流。最后老头说，以后别来了，放我走了?

"那些地点到周未一大早就有人，中午也有，至晚上 9-10 点之间，能有几十人。经常有联防队的去。我认识一个五十多岁的，夜里去那里散步，被警察盘问。有一个小警察为他开脱了几句，他回去以后就想入非非，以为那小警察也是我们这种人。

"在 XX 厕所，联防队的两头堵，把里面的人都抓住了。那段时间 XX 也是每天抓人，但是每天还是有人冒着危

险去。人们形成了默契，只要见到里面有人玩，就有人主动去门口放哨，见人来了就咳嗽一声?

"我遇上过便衣以及警察抓这方面的人， 好几次。只有一次警察问我要身分证一看一看，其他时候便衣或警察把我周围的人抓住了，就没有抓我。这也就成了我在这些人面前最值得夸口的地方了。我不喜欢一大堆人在一起围着大呼小叫的，好像是就怕别人不知道他们是同性恋似的。我最讨厌这种人。我就一个人在那里，见了他们当中比较高雅点的也就相互点头，其他人我不理，怕找麻烦。如果和他们说话，正巧警察来，一定会被抓走。我自己独往独来最安全。警察来了他们都要开溜，可我不动，还站在那里泰然处之，神采奕奕。警察也是大傻瓜，从我面前走过，也不瞧我一眼。"

一位东北 X 市的同性恋者心有余悸地回忆了他受警察羞辱的一段往事："我的性倾向对家庭成员是绝对守口如瓶的，可有时我们也会遇到麻烦（指被执法人员发现或者被一些不相干的人发现），为了能摆脱麻烦所带来的后果，我们会千方百计地乞求他们高抬贵手，那时的心理状态是地惧怕家庭成员的知晓。在乞求中，有时难免受到凌辱。比如，有一次在公园，我被公安局的同志发现了，当他问明我的身份以后，让我第二天上午去公安分局刑警队一次，并警告我，如不去就通知单位及家属，而且要给予我拘捕处分。当时吓得我大汗淋漓。第二天我硬着头皮去接受教育，在那里，他们像看本洋景一们。十几个人轮流审我，问的详细劲让我都羞于回答提问。在小屋子里有的警察让我表演同性性行为的动作……当时我的泪水伴着汗水往下流，我乞求他们高抬贵手，放我一条生路。当我从那里出来时，就像大病一场一 样。愧疚，自责，后悔，一齐涌上心头。在我提心吊胆地等待一段时间以后，没有发生我认为最可怕的事， 在心里认为这场凌辱还是值得的。"这个事例揭示了同性恋法律地位的暧昧不清的最坏后果：它导致了同性恋者不知道自己的行为将带来什么后果、受到何种处罚；导致了某些人可以随心所欲地盘查、恐吓当事人；导致了某些人窥探别人隐私的变态心理的发作；摧毁了同性恋者作为人的正当权利意识。最令人心酸的是，当事人竟然觉得，由于警察最终为自己保了密，自己所受的凌辱是值得的！由此，中国同性恋者地位的可怜和可悲可以一览无余。 调查中有少数人流露出较强的对立情绪和法律权利意识； "那次我去 XX 碰上联防队抓人。我的朋友进了厕所，我在外面等他。联防的拿手电照我，问我在那里干什么。我说等朋友，朋友上厕所。我说：凭什么不可以在这里，在这里犯法吗？后来他们把我们带去办公室审问，还查了我朋友的笔记本。他们态度很粗暴，也不出示任何手续，他们凭什么问我?一个被警取缔的异装表演队成员说；"他们抓我们时，我们说：梅兰芳可以反串表现古代女性，我们表演现代妇女为什么就不行。公安局的说：你们别跟我说这个……"

对于按流氓罪判处劳教和拘留，许多同性恋者十会害怕，但也有些人不太害怕，尤其是那些已经有过被拘留审查经历的人。他们认为，只要行为不被抓到就无法判刑， 而同性性行为因为大多是在私下进行的，被抓住"行为"的机会很少："这事是民不举官不究。 有的人不论什么场合都干，让警察抓住现行就不好办。"有些人在同性恋活动地点被治安拘留，关几天之后由单位领导或亲属领回。我们调查过程中，了解到有学校教师被校长领回、儿子被家长领回、父亲被儿子领回的事例。

调查对象对警方治安拘留后"通知单位"的作法反应十分强烈，一位调查对象说："我认识一个人搞同性恋被捉后通知了单位， 他们单位不大，人数不多，结果弄得大家都知道了，造成他破罐子破摔，越发上街胡闹去了。我认为即使出于矫正的目的也不应这样通知单位。"另一位讲了这样一什事；"X 市不一个同性恋，二十多岁，人很漂亮，因为被抓后警察问他名字，他不说，警察威胁说要通知单位，他就自杀了。 "那些社会地位较低的同性恋者，有些似乎不大在乎，例如一位因盗窃罪判过刑的调查对象说； "通知单位，单位也会为你保密，这事怎么说呀，不是偷也不是摸。 说有同性恋行为又没抓住把柄，单位也没法说什么。"可那些社会地位较高的人则相当害怕这种作法。一位调查对象告诉我们，他的一个恋人不慎被抓，材料要送单位。他是军人、医生，又是党员，非常害怕通知单位，于是这位调查对象想办法托人将材料销毁了。

由于同性恋者当中普遍存在对警方的恐惧感，就产生了一些冒充便衣警察的讹诈事件。 一位调查对象讲过一件事："有个 30 多内岁的人专爱冒充警察吓唬人，结果让大伙打了一顿，几个月起不来床。记得有一回我打电话，他在旁边非要看我电话号码不可。 "据说有个同性恋者曾干过联防队，后来他常常悄悄跟踪同性恋者，看见人家回家进了门，就到居委会以联防队名义打听出人家的姓名，然后去找人交朋友。还有一位调查对象提到："有次我碰到一个人装成联防的，追我，我跑掉了。"一位中年人说："我有次碰上一个比我小几岁的，说自己是便衣警察，我说我也是，结果他不是。即使去了公安局，如果你跟我做了这些事，也就说不清了。所以我不大怕警察。"

调查对象们认为识别便衣警察并不困难， 有一位说："便衣的眼光特别横，带着蔑视、 严厉的眼神，表情特

别严肃?但也有人因辨认不出便衣警察而落网的。有时便衣警察会假装成同性恋者引他们上钩，然后加以逮捕。一位同性恋者讲过他朋友的一次遭遇：″我告诉我那个朋友别出去，他不听我的话，还是去了，结果他搞上的第一个人说是个便衣警察。那人说带他上家里去，一带说直接带进公安局去了。″

同性恋者当中有种说法， 认为公安局的一般不打人，联防队的打人：″上个月抓得最紧。 在 X 公园厕所里，联防的让他们靠墙站成一排，把鞋脱了，拿电棍打。一般联防队的打完就放，吓唬吓唬你。有的联防队员晚上值班没事，就弄个人打着玩儿。 ″有人传笑话说，联防队员是这样鉴别同性恋者的：先让他们看自己指甲，要是指头往前伸着手心向下看的就是正常人，像女人一样手心向上蜷起手指看的就是同性恋；然后再让看自己的鞋底，从前面抬脚看的是正常人，像女人一样从后边翘起扭头看的是同性恋。如果所传不误，这种同性恋鉴别法倒可以作为一般公众对同性恋无知状态的写照。 同性恋社群中传播着不少有关抓人打人的消息， 有些极为恐怖，如″XX 地方抓人把肋骨都打断了″等等。一位调查对象说：″我碰到一个人，他给我讲了他被抓后的经历。警察管他叫兔子，问发生了关系没有，他说没发生。如果承认发生过关系，就算你流氓罪，不承认就拿电棍打他?″一个朋友告诉我，那天夜里十二点半，他和朋友在公园里走。被警察抓住，他被拘禁了 15 天，在时而警察用电棍打他，还拿走了他的 100 多元钱。″

对于进公安局后把别人供出来，同性恋群体行为规范是不允许的，这们做的人会引起反感。 一位调查对象说：″圈里也有打架动手，争风吃醋的，可就是抓进去供别人，会有报应的。有个人带着警察抓人，结果被车撞了。那次我们在那儿吹口哨、跳舞，让他去买冰棍，一辆皇冠车把他撞了。″

一位同性恋者讲了他被人供出来而被逮捕的经历： ″那次有一个我在 XX 公园认识的人被警察抓了，他把我给供了出来，警察就到我家里把我抓走了。在派出所，他们让我交待我的全部行为，逼问我’说不说？说不说？’但是他们没打过我。后来家里通过熟人说情疏通关系，把我弄了出来，一共关了我 10 天。据我观察似乎没给我记入档案，因为单位里的人不像是知道了什么的样子，我后来出国也没受影响。″

在成年人之间发生的自愿的同性恋行为目前在我们社会中面临的最大威胁还不是法律制裁和警方的治安拘捕，而是行政处分和党纪处分。这一点是中国社会特有的控制方法。在西方国家例如美国，在那些规定同性恋为非法的州，同性恋活动会受到法律制裁，但实际起诉的案例极为罕见；在规定同性恋为合法的州，这种活动不会受到法律的约束，当然更不会受到行政、雇主的公开制裁，而只会受到不予雇用的威胁，这就导致美国同性恋者要求平等权利的一项主要内容：平等的就业机会及与此有关的反对道德歧视的要求等等。在中国，行政处罚却成为同性恋者面临的主要威胁。 目前，对同性恋行为的行政处罚办法处于无法可依的状况，因此各个单位处理的宽严幅度很大：有的单位不作任何处理；有的单位采取取消一级浮支工资或停发数月工资的处分；有单位给记过或留厂察看处分；有的单位采取内部调动工作或限期调离单位另谋出路的处分；还有开除党籍，军籍、开除公职的处分等等。 调查中了解到的一个个案的处理方法是这样的：有一位作饭店侍者的同性恋者，由于在同性恋聚会场所不慎被抓，公安局通知了他所在的饭店，饭店想起曾有顾客抱怨过，这位侍者听说话声音是女人，抬头一看是男人，令人不快，结果把他调到小卖部去了事。

一位同性恋者曾任某单位干部，后因搞同性恋活动被下放到某工厂当工人。由于他工作能力强，渐次被升为车间主任，副厂长，终于又回到了原单位任职，后来，他的同性恋活动第二次被人发现，加上整个党时被人揭发有同性恋行为，材料报到上级单位，他终于受到开除党籍、厂籍的处分。一位党员调查对象为我们提供了这个事例，看来这种处理方法是目前一些单位对同性恋行为的典型处理方法。 另一个受行政处分的案例是这们的： ″我认识一个 40 多岁的人，他工作勤奋，脑子也好使，给领导印象一直很好。一天晚上他值班，和他一起值班的还有一个小青年， 他硬把那小青年拉到他背窝里，让人家 X 他肛门，人家不干，把他告了。他受到降两级的处分。″

《爱知简报》 上曾刊登过一位记者以信件方式提供的事例：″我曾相识一个青年朋友，他美俊而且开朗、活泼。他教高中的语文和历史。只要他讲课，教科书上刻板的文字就复活成一种激情，一种生动，课堂上就充盈着一种生气，一种魅力。所以，他不只成为最受学生欢迎的一个老师，也成为教师中公认的青年才俊。可是，他和一位旧日同窗的同性恋活动不幸败露，被那同窗的太太闹个天摇地动。一夜之间，他就被人当成了另一种人。他被发配到一远郊的一所普通中小学复式校去做行政工作，负责安排师生的吃喝拉撒睡，包括上下课的打铃和烧锅炉--一种没有明确说法的’劳动改造’而已。我借一次到该地采访之机，抽个空闲去看他。在昏暗闷热的锅炉房，他坐在矮凳上，守着一只高凳凳上是一杯烈酒和吃了半个的咸鸭蛋。那个才华横溢的青年不见了，那个潇洒英俊的青年不见了，头

发凌乱，胡子拉茬，全揣上下灰扑扑、 皱巴巴。当我用最有诚意又最没有诚意的套话劝他'跌倒了再爬起来'， '要振作'，不要自甘沉沦时，他对我笑了，那笑容给我一种恐惧感，因为我看不出是他自己苦涩的无奈，还是对我傲岸的嘲弄，他就这么笑着说；您就不必费心了。 我嘛，以往所做的一切的一切，只有一个目的，就是为了掩盖我的'流氓本性'。 "（《爱知简报》第 9 期）这个人所遭受的惩罚虽然无不及监禁、劳教严酷，只不过是调动了工作，但对当事人以及对社会正义的伤害并不稍轻。这是因为它是罚不当罪的，因而是不公正的处罚--他的行为并没有受害者，而且也够不上像卖淫、吸毒那类没有受害者的犯罪；而即使最轻微的处罚，如果是他不应得的，必定会造成极大的伤害和痛苦。因此，同对一桩罪行量刑过重相比，对成年人之间双方同意的同性恋行为的最轻微的行政处罚是更大的不公正，是更大的错误，因而会对一个健康的社会造成更大的损害。

一位年近八旬的老年同性恋者的经历最能说明中国同性恋者所感受到的来自行政机构方面的禁锢和压力， 他说："我真正的生活是从 60 岁才开始的。以前在职的时候不敢做这些事，直到退休后才有了一些自由。我此生最大的乐趣是我在 60 岁以后才体会到的性快感。 "他在这样的高龄，精神仍十分矍烁，，开朗安详，甚至给人一种神采奕奕的感觉。他讲到自己的养生之道，一是经常锻炼，包括游泳；再就是保持一定数量的性生活， "取得性的和谐"，据他说，到目前为止，他"每 10 至 15 天不 X（指射精）一次，就睡不好吃不香"。他的经历发人深省，令人感到其中的辛酸和执著，以及生命的隐忍与渴求可以达到什么样的程度；同时也使人意识到同性恋者对于行政处罚的恐惧可以达到什么样的程度，而这种压制是多么摧残人性，多么没有道理。

一位调查对象对自己行为一但败露可能面临的处罚的估计是： "只要是党员一定是先开除党籍，不是党员才进监狱。开除党籍就算是惩罚了。在我头脑中，一旦出事就是最多不当党员。 "他对处罚办法的这一估计，显然参照了我国对许多其他问题（如贪污受贿等）的处置办法，因此较为可信。用西方的标准看，这种作法虽不涉及法律，但涉及了同性恋的平等权利，其中包括就业权利、擢升机会等问题。

近年来发生的一个事件可以反映出同性恋在我国的法律地位，那就是安徽无为县一对女同性恋者（潘玉珍和林永霞）的恋爱。她们被林的父亲告到公安机关，要求严肃处理。公安机关调查此案后，感到棘手，于是逐级上报，最终得到的省公安厅的批复如下： "巢湖地区行署公安处：关于你们报的无为县同性恋案件，我们已报公安部，并给予答复如下：什么是同性恋以及同性恋的责任问题在目前我国法律没有明文规定的情况下，你们所反映的问题原则上可不予受理，也不宜以流氓行为给予治安处罚。 本案具体如何处理，可与检察院、法院等有关部门研究解决。"公安部的批复为这两位同性恋者免除了按流氓罪治安拘留 15 日的处罚（县公安局报批的处罚）。

由于在我国对同性恋行为没有法律条文明文规定，法律机构和各行政单位、企事业单位对同性恋的处置方法又是那么五花八门，以致同性恋群体中的人们对自己行为可能造成的后果也多是模糊不清的。从问卷答案看，大多数调查对象安全感程度不高，认为自己的行为是"有危险的"；其次是不知道自己行为是否有危险的人；少数人认为"没有什么危险"。在回答"您认为自己的行为一旦暴露会有哪些后果"这一问题时， 大多数人答"不知道"。在少数作了具体估计的人们当中，答"可能判劳教"和"可能受到行政处分"的人数，略高于答"可能判刑"和"可能受到拘留"的人数。

由此可见，无论是法律本身还是同性恋者对自己行为法律地位的认识全都处于一种若明若暗的状况之中。

对于目前同性恋在我国法律地位的模糊不清，同性恋者当中大体上有两种看法，一种是肯定现状的保守观点；另一种是否定现状的激进观点。 持肯定现状的人们认为： "中国不会有专门针对同性恋的打击行动，一般抓捕活动都是和治安问题连在一起的。我认为中国同性恋面临的主要困难是传统婚姻的压力和传媒咨询的缺乏。没立法的好处是，这位首长说应当宽一点，就松一点；另一位说要严一点， 就紧一点。"还有将中国同性恋者的法律地位与西方作比较，认为中国法律比外国的宽松： "中国比外国松得多。外国同性朋友住一块儿不行，异性住一块儿行。我们的法律也比外国松，谁管你这各。咱们这儿除了抓到现行，一般不管？"我觉得中国人对同性恋比较宽松，只要不买不卖，不偷不抢，应该没有什么问题。"

在这个问题上持保守态度的人们中，一位同性恋者的观点有一定代表性，他就是那位提出"三不主义"的"老年同性恋者"，他的"不婚，不怨、不露"的第二"不"提出： "不埋怨自己的处境。比起欧洲中世纪或德国法西斯对同性恋者的残酷迫害，目前中国同性恋者的处境虽不尽如意，但已有天壤之别。随着性学的普及、文化的提高，同性恋者一定会如同少数民族或有色人种那样，受到公正的对待。同性恋者不必再埋怨先天的遗传和后天环境，完全可以自主地顺时度势，善自为之，保持良好的心境，过上幸福的生活，安度一生。""只要看到当今欧洲仍有新纳粹分

子迫害犹太人和其他少数民族， 美国仍有三 K 党残余分子迫害黑人，仍有人对同性恋者咬牙切齿，到处都有容不得异类的小人，同性恋者就不应幻想短期内会有充分宽松的容忍同性恋的社会氛围。同性恋者们本无意于招惹什么反对什么显露什么，只企盼社会容许他们能按自己的性定向顺顺当当地生活下去。"

持这种态度的人一般在同性恋权利问题上表现得相当低调， 例如这一位："一旦男同胞们染有同性恋的行为，改正和治疗都是不可能的，也许会因为环境的改变，在短时间内有所收敛，但决不是改正。在我所接触的朋友中，随着年岁的增长，对自己的行为有些时候就能好多了，但彻底的杜绝是不可能的。由于我已过不惑之年，对于年岁大些的朋友及年轻的朋友都能谈得来，各层次的朋友们也都敬重我的为人，对他们的思想动态我是十分清楚的。我想为我们的行为辩解是非曲直，我们知道，就我们祖先留下来的传统道德观，对同性恋是不会给予认同的，而且我们自己也不想象西方国家那样给同性恋者以社会上的认同及地位的合法性，只求能在社会文化中人们能宽容一些（稍宽容一些）就已经是很感谢了?

一位年轻的同性恋者说： "我不希望曝光。我听说过有人搞同性恋聚会，不是让人们理解同性恋，倒像是在推广同性恋。这么做就过头了，超出政府能容忍的范围。我候同性恋权利是个循序渐进的过程，要想达到合法化，至少还要半个世纪。"

不少中国同性恋者认为，自己所面临的最大困境不是没有合法的地位的问题，而是社会观念中对同性恋的不理解、不接受、不宽容，因此激进的态度无法奏效："在我看来，同性恋在中国的境遇是，没人说你犯法，但不少人心里会鄙视你为不洁，为怪物，为不道德者，或是社会丑恶现象。社会歧视比法律的作用要大行多。同性恋既不是犯罪，也不是缺德；既不是生理病态，也不是心理异常，是一部分人的生活方式。在不危害社会治安，不妨害他人生活的前提下，希望社会能给他们一定的宽容度，允许他们按自己的生活方式生活。"

因此，持保守态度的人大多只限于呼吁社会的理解和宽容，不主张进一步的行动。 一位同性恋者呼吁社会应对同性恋者持下列态度："正视他们，理解他们，帮助他们。引导他们正确处理好同志间的关系，建立理智的友谊；不要责怪他们，不要用异样的神态看他们。"

有位教育程度较高的同性恋者说出一句令人震惊的话， 他说："现在不是社会怎样帮助我们的问题，而是我们怎样帮助社会的问题。"他对这句话所做的解释是：同性恋者应当帮助人们来了解自己他还说： "社会为什么会误解我们？他们根本不了解我们，就盲目地批评我们。同性恋都也应提高心理素质，克服自卑感。这就好比大多数人喜欢吃香的甜的，可有人喜欢吃苦的臭的。不应当强求后一种人改变。他们并没有什么错误，他们想吃苦的臭的就应当让他们去吃。"

一位文化水平较高但自承并不热衷于同性恋权利的调查对象是这们解释自己的想法的： "具体到争取权利的问题上，我想所谓权利就是要求跟别人一样；而这个一样绝对不是一样的倒霉，而是一样的幸运和幸福，可所谓的幸福却完全是个人的事。我相信好些同志在没有所谓的同性恋权利保障时也顺利或顽强地过上了幸福生活，而 straight 恋人们却不缺打闹离婚，并不全都幸福。真的，个人的幸福与否实在只关乎自己个人。"

对我国同性恋处境持否定和较激进态度的人则是这样看的： "中国的同性恋在法律上地位不明确，并没有具体条款视同性恋为非法。这使我想到了中国的新闻检查制度：虽然没有正式的新闻检查，可大家心里有本账，知道什么可登什么不可登。可以想见在未来很长一段时间，有关同性恋的法律条文还会是空白，可大家心里知道会怎么处理，公检法的心里知道，他们跟着感觉走。苦的是老百姓，他说你犯了流氓罪就是犯了，我又凭什么说我没犯呢?

持这种观点的人大都比较年轻，文化程度较高，权利意识较强。他们希望中国能够立法保护同性恋者的权利，并希望中国也能形成同性恋社团组织，来保护同性恋者的权利，同时约束同性恋者的行为。

一位调查对象提出： "我希望当权者方面制定关于同性恋的正式法律。一般老百姓也许较难接受，但不会强烈反对，因为不碍他们什么事。"

"同性恋这种行为完全可以由法律法规加以保护和约束， 好比以前婚姻是群婚制，一夫多妻制发展到一夫一妻制。同性恋这种行为目前不少处于一种混乱状态，许多 gay 有好几个伙伴， 乱伦。那么，可由法律规定，只能是一个 gay 对一个 gay。实际上同性恋是一种对社会无害的行为，只要社会规范加以约束，调整，完全可以和异性恋一样。

"组织一个社团确实不失为一种抵御 AIDS（艾滋病--作者注） 的办法，它鼓励人们建立一种有责任感的关系，社团活动也有益于缓解一些性紧张。对比于西方。A mono gamous relationship（一对一关系--作者注）更适合当

前中国人的价值观，从而避免性乱。顺便说一句，我虽然没有兴趣于性乱，但我觉得别人有权做他们想做而且对大家包括他们自己无害的事。"

"我希望人们能进一步理解我们。 我相信，随着文明、进步的推进，同性恋总有一天在世界上、也会在中国被人们接受并成为合法，只是时间问题。我们仅仅是生活方式不同，其他任何方面与常人无异。有时，或某种意义上，则更为优秀。至少，毫不逊色。"

"我是一名 gay。首先，我毫不认为我的倾向有任何不正当的地方。我是坚信这是人类天性的一部分的。我从未想到过要纠正我的这一倾向。其次，我不快乐，我感到了巨大的压力，感到了别人强加给我的羞耻感。我为此曾感到了精神崩溃般的感觉。 我为社会对我们的不公而感到愤怒异常。 再次。 我对外国告别是美国的 gayliberation（同性恋解放运动--作者注） 特别感兴趣，我很留心这方面的报导和论述。 我坚信，要想改变社会对我们的不公待遇，只有组织起来，形成 gay 们的社团组织，使个人的力量成为集体的力量，积极参与政治生活，才能达到这一目标。

一位表示愿为同性恋权利贡献力量的人说： "这是一个渐进的过程，一个觉醒的过程。坦诚、民主和透明比永远躲在角落里好。像在 80 年代中刚接触同性恋这个词时，一般人都觉得很不理解，很神秘，很不正常；现在人们就不觉得神秘、怪异了，慢慢理解、习惯了。我觉得这总比别人把你看成怪物要强些。希望能继续进步。 一位留学生同性恋者从国外写信来说： "来此后， 接触到一个新词， 叫 homophobia（同性恋恐惧症或厌恶症--作者注）其实是 25 年前 Stonewall（石墙暴动--作者注） 事件引发的世界性的 gayliberation 开始后就经常讨论的问题，只不过以前我没注意到，现在才发现报刊书籍宣传材料电视广播等随处可见。我不知道中文对 homophobia 的翻译是什么。但现今中国社会的 100%的 homophobia 性是毫不含糊的，应是开始改造改造的时候了。"

凯特（Kite）设计了一套度量同性恋恐惧症的指标：

1、我不介意朋友是同性恋者。2、如果我发现我的室友是同性恋者，我会另找住处。3、如果我的孩子的一位老师是同性恋者我不会意。4、我认为同性恋解放运动应当肯定。强烈同意 1 分，强烈不同意 5 分；1、3、4 正着算，2 反着算；总分越高同性恋恐惧症程度越高。 （Hatfieldetal，118）在中国，同性恋恐惧症的状况是同性恋研究中一个尚未有人涉足的领域。

总之，同性恋在中国的处境也像许多其他问题在中国的情况一样，面临的不是严酷的迫害和极端的仇视--西方的同性恋者一度面临这样的迫害和仇视--而主要是主流社会的忽视和蔑视。这本是一种稍好的处境。然而，也因此使中国的同性恋者滋长了一种苟且偷安的心境，希望永远躲在阴影中生活，与世无争，不愿也不敢发起激烈的改造。这种"中庸"的处世哲学深种于中国人的传统文化和心态之中。因此，这种情况看来还会持续很长一段时间，直到西方同性恋权利运动取得更多进展，例如在更多的边家和地区争得合法地位、同性婚姻权利、平等就业权利，在世界上更多的人们对同性恋的看法有了更大的改变之后，中国的同性恋者才有可能在更大的程度上为中国社会所接容纳，得到较好的待遇。

家事审判改革理论与实务研讨会召开

2017-07-04 中国法学创新网

2017 年 6 月 30 日，由中国法学会婚姻法学研究会、泰安市中级人民法院主办，中国政法大学民商经济法学院、东平县人民法院承办的家事审判改革理论与实务研讨会在东平县人民法院召开。来自中国法学会婚姻法学研究会、中国政法大学、北京大学、中国人民大学、中国社会科学院、中华女子学院、辽宁师范大学、扬州大学等专家学者及最高人民法院、山东省高院、泰安市中院、东平县法院及相关法院的法官等约 60 余人参加了本次会议并参观考察了东平县法院家事案件审理中心。

研讨会开幕式由泰安市中级人民法院审判委员会专职委员李风华主持。中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授在致辞中表示，此次研讨会恰逢《民法典》婚姻家庭编编纂进入快车道，家事审判改革实务探索必将对立法产生积极意义。泰安市委政法委调研员、市法学会副会长张昭印在致辞中鼓励泰安各级法院将家事审判改革作为参与社会治理的切入点，探索司法与行政、社会力量的联动协调。泰安市中级人民法院党组书记、院长朱旭光真诚欢迎各法院以及专家学者们及时传经送宝，加强与泰安法院交流互动。东平县人民法院党组书记、院长张海鹏向大家介绍了东平县人民法院家事审判改革相关做法。

在座谈交流阶段，中国法学会婚姻法学研究会副会长，中国社会科学院薛兰宁研究员、最高人民法院吴晓芳法

官主持并发言。中国法学会婚姻法学研究会常务副会长，中国人民法学法学院教授龙翼飞教授，中国法学会婚姻法学研究会常务理事，辽宁师范大学法学院院长丁慧教授，扬州大学法学院李秀华教授，夏吟兰教授等与吴晓芳法官、朱旭光院长、李风华专委、张海鹏院长等主要围绕法院如何联动社会力量化解家事纠纷，反家暴庇护中心和未成年人探视中心运行效果，在家事审判中如何解决人民法院审判职能与社会社会保障的关系等焦点问题，从理论与实务两个角度展开热烈讨论探究，法官、学者们畅所欲言、各抒己见，观点前卫、切合实际，不断提出问题、解决问题，积极为家事审判改革工作顺利推进建言献策。

在主题研讨交流阶段，选取当前家事审判改革密切相关的四个主题展开讨论。

主题一：夫妻婚内、离婚诉讼中的知情权保护，由中国法学会婚姻法学研究会副会长、北京大学法学院马忆南教授主持，来自中国社会科学院的邓丽副研究员就配偶知情权的基础、限度和实现发表独特见解，泰山区法院马翔法官则通过审判案例引入方式分析夫妻间知情权范围及保护，龙翼飞教授做了精彩点评，并表示夫妻知情权已经列入了中国法学会《婚姻家庭编》专家建议稿。

主题二：未成年子女利益最大化在离婚案件中的实现：程序与实体。本单元由夏吟兰教授主持，中国法学会婚姻法学研究会副秘书长，中华女子学院但淑华老师深入剖析离婚子女抚养司法实务的现状与问题，泰安市中级人民法院张晓丹法官着重论述了未成年子女最大利益原则如何在我国婚姻制度予以确立，陈汉副教授、薛宁兰老师、李秀华老师分别就子女独立利益、子女最佳利益等问题发表了自己的观点，吴晓芳法官做了单元点评，并就当事人在抚养协议中约定违约金等前沿问题进行了评述。

主题三：农村女性离婚案件中的特别保护。龙翼飞教授主题了本单元的讨论。陈汉副教授在调研基础上总结出当下土地承包以“户”为单位，忽视家庭中外来者，“户主”代替全体成员等前沿问题并提出意见建议与大家分享。泰市人民法院陈静法官对离婚案件中对农村女性予以特别保护的路径提出个人观点，马忆南教授对本单元的发言做了精彩点评。

主题四：家事诉讼庭前程序研究。丁慧教授本持了本单元的研讨。中华女子学院刘春玲副教授结合诉讼法理论，对家事审判程序提出制度设计。东平县人民法院副院长李炎法官以本院实践历程提出构建家事纠纷多元化解机制调研报告。薛宁兰教授点评了本单元的发言。

论坛闭幕式上，山东省高级人民法院张开兴副院长指出家事不是小事，家事是琐事，家事更是难事，家事审判要有人文情怀，要有修复理念，坚持柔性司法，积极扶助弱势。龙翼飞教授从本次研讨会的交流背景、交流内容、交流所在试点法院、交流理念、交流主体和交流成果的可转化性等六个方面致闭幕词，并呼吁今后有更多理论与实践的碰撞与交流。

此次研讨会在热烈和愉快的氛围中圆满闭幕。研讨会过程中，学者与法官进行了直接交流对话，互相探讨、互相启发，不仅提升了理论研究能力，也实现了理论对实务的指导。这次研讨会将有利于提升家事审判改革更上一层楼，也为民法典婚姻家庭编的编纂贡献司法审判实践经验。

“死了都不爱”，生存配偶还有继承权吗？

2017-07-04 中国民商法律网 朴程健

法的价值目标从来不是单一的，而在多元的法的价值目标中，自由价值应当成为继承法的核心价值，继承法自由价值的实现需要以确立被继承人价值主体地位为前提，以尊重被继承人意志为制度设计的准则与根据。在民法典编纂的背景下，如何在“继承法编”的集体规定中切实维护被继承人的自由意志尤为重要。对此，吉林大学法学院马新彦教授、卢冠男博士在《民法典编纂中继承法编几个问题的探讨》一文中，以尊重被继承人意志作为理论探讨与制度创新论证的逻辑起点，对相关问题进行了讨论。由于篇幅所限，本文仅介绍其中一个问题。

当双方感情破裂正在进行离婚的诉讼，或者妻或夫起诉离婚，法院以诉讼法规定的理由驳回起诉，一方处于再行起诉的条件成就的等待中，或者，尽管尚未经历起诉，但双方感情不和处于分居状态。此时，夫或妻死亡，另一方能否继承死者的遗产。从现行法的规定上看，即便是在法院进行离婚诉讼，也有判决不离的可能，只要没有判决离婚，或者没有办理离婚登记，双方的夫妻关系就是有效的，一方死亡，对方便能够继承死者的遗产。

夫妻因感情不合已经达到离婚或分居的程度，意味着配偶相互之间的继承已经丧失了感情基础，法律仍然认定生存配偶可以继承死者的遗产，那么，对于被继承人而言是一种莫大的悲哀，没有人情愿将一生辛劳所得留给没有感情，甚至给自己造成巨大内心伤害的人。

经查，解决这一问题的方案有三：其一，排除配偶的继承权。其二，保留配偶继承权，但废除配偶特留份权利人的资格；其三，保留配偶继承权，但排除配偶其法定用益物权。三种方案孰优孰劣，经分析后方能判定。

一、排除配偶继承权

在德国民法上，婚姻关系自法院裁判发生既判力时解除，解除婚姻关系的原因包括离婚和婚姻关系废止，离婚需以婚姻破裂为要件，德国民法以配偶双方的同居关系已不复存在，且双方不能期待恢复同居关系界定婚姻破裂；被欺诈或胁迫而结婚等等。按照《德国民法典》1933 条的规定，尽管法院尚未做出解除婚姻关系的裁判，但是，于被继承人死亡时已经具备了法律规定的离婚的要件，被继承人已经申请离婚或同意离婚，或者具备废止婚姻关系的要件，被申请人已经提出申请的，生存配偶的继承权均被排除。

二

保留配偶继承权，但废除配偶特留份权利人的资格

中国法学会民法典编纂项目民法分则继承编专项课题组编写完成的《民法典继承编专家建议稿草案》规定配偶是特留份权利人，被继承人以遗嘱将遗产留给其他继承人的，配偶可以主张遗嘱部分无效，并有权主张其应继份二分之一财产的继承权。同时规定“因生存配偶的过错，被继承人已经提起离婚诉讼或双方已就离婚达成协议的”，生存配偶不可主张特留份权利。废除生存配偶特留份权利适用的效果在一定意义上与配偶继承权的排除没有区别，即配偶不得继承被继承人的遗产，但废除生存配偶特留份权利需要被继承人以遗嘱的方式“剥夺”其继承权为前提。

三

保留配偶的继承权，但排除配偶法定用益物权

王利明教授主持编写的《中国民法典学者建议稿及立法理由人格权编·婚姻家庭编·继承编》第 580 条规定：“生存配偶没有自己的住所，且没有继承被继承人遗产中的房屋的，对其他继承人因继承而取得所有权的房屋可以支付租金为对价享有法定用益物权。”在第 581 条又附加除外条款：“被继承人死亡时，因为尚生存的配偶一方的过错致使被继承人生前已经提出离婚请求的，则被继承人的配偶不享有上述权利。”

法定继承与遗嘱继承就表达被继承人意志而言是一般与个别的关系，法定继承是站在一般人的立场上，对被继承人意志的法律推定，而遗嘱继承则是个别被继承人对自己意志的特殊表达。第二种方案，将否定配偶继承权的责任转嫁给被继承人的遗嘱，被继承人无遗嘱的，生存配偶将堂而皇之以合法继承人的身份继承遗产；而第三种方案，法律独自承担了排除生存配偶权利的职责，但排除的权利那么微弱，以至于形同没有排除任何权利。相较第二种、第三种方案，第一种方案似乎具有可取之处。一般而言，婚姻关系达到提起离婚诉讼，或分居的程度，感情已经走到了尽头，站在一般人的立场上，不愿意将自己的遗产留给自己不爱的人或者已经不爱自己的人是人之常理。依法定方式排除生存配偶的继承权，表达了一般人站在被继承人立场上的普遍意志。当然，不排除个别继承人，尽管不爱了，但内心仍保存对以往情感的尊重，他们愿意将遗产留给曾经爱过的人，但较之一般而言，这是个案，这样的继承人可以通过遗嘱或者协议表达自己的特殊意志，改变法律的一般性规定。

当然，第一种方案也有不尽完美之处，值得认真推敲。德国民法限定的条件是被继承人生前提起离婚诉讼，或者申请废止婚姻关系的，生存配偶继承权被排除，这确实表达了被继承人的意志，反之，若生存配偶起诉离婚，或与被继承人分居，即便被继承人对生存配偶仍有爱意，有多少人能有这样的心胸和度量——宁愿将自己的遗产留给一个不爱自己，甚至对自己伤害至深的人?因此，在这个意义上，借鉴德国民法的规定，应当有所选择，不可以直接照搬。

因此，条文可设计为：

在被继承人生前，因感情破裂而分居，或配偶一方提起离婚诉讼的，生存配偶不得继承被继承人的遗产，但被继承人遗嘱确定生存配偶有继承权的除外。

有证据证明在被继承人生前，配偶有不忠实于被继承人的行为，或对被继承人实施经常性家庭暴力的，准用前款规定。

参考文献：马新彦、卢冠男：《民法典编纂中继承法编几个问题的探讨》，载《当代法学》2017 年第 3 期。

打通撤销监护人资格制度的“四难”症结

2017-07-05 人民法院报 王冬青

【案情】

李小某（2004 年 11 月出生）是被申请人宋某与前夫李某的婚生子。宋某与李某于 2006 年 5 月离婚，李小某随父亲李某共同生活。次年，李某与案外人赵某再婚。2014 年，李某因病去世。继母赵某便以无力继续抚养李小某为由诉至法院，请求判令李小某的抚养权变更归生母宋某。法院于 2016 年 6 月作出生效判决，判令李小某由宋某抚养。此后，宋某一直拒不履行抚养义务。江苏省南京市玄武区民政局便诉至南京市秦淮区人民法院，以宋某拒不履行抚养义务长达六个月以上为由，请求撤销宋某对李小某的监护人资格，并指定玄武区民政局担任监护人。

在申请撤销监护人资格纠纷一案中，秦淮区法院经审查后认为，被申请人宋某作为李小某的亲生母亲，拒不履行监护职责，甚至拒绝探视，时间长达十个月以上，导致李小某生活无着，严重侵害了未成年人的合法权益。法院从未成年人最大利益原则出发，综合考量李小某的个人意见、其他近亲属的监护意愿和能力，申请人玄武区民政局长期以来对孩子采取的临时监护措施等，判决：1.撤销被申请人宋某为李小某的监护人的资格；2.指定申请人南京市玄武区民政局为李小某的监护人。

【评析】

撤销监护人资格制度曾被称为“沉睡的制度”。2015 年 1 月 1 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》施行，将这一制度逐步唤醒。2016 年 5 月 31 日，最高法院公布 12 起侵害未成年人权益被撤销监护人资格的典型案例。但时至 2017 年，撤销监护人资格案件在很多省市仍极为罕见。这意味着，多地未成年人受到家庭监护侵害后，仍未能获得国家监护制度的有效保护。笔者认为，这一现状与该制度适用中的“四难”症结有关，即发现难、起诉难、审理难、安置难。

本案在处理监护人侵害未成年人权益行为过程中，由法院牵头，动员、挖掘行政机关、社会组织等各方面力量，妥善解决了对该类案件中的实际困难，具有一定的示范意义。

1.由法院发现，依法启动保护机制。该起撤销监护人资格的诉讼，源自此前的变更抚养关系纠纷一案。在前案审理过程中，继母、生母均表示拒不抚养孩子，但法院并未简单判令抚养权归属，而是将关注点集中在无人监管的孩子身上，有意识地“发现”监护侵害行为。于是，法官选择严格适用法律，先将抚养权判归生母，再另案启动诉讼，撤销生母的监护人资格，在现有的法律框架内，保护未成年人利益，惩处监护侵害行为。

2.由法院牵头，会商提起诉讼程序。在抚养权案件判决生效后，另案诉讼撤销监护人资格提上议事日程，但很快发现“申请人由谁担任”成为难题。法院首先联系的是孩子所在的社区居委会，但其工作人员认为其没有监护条件，启动诉讼后，后续工作很被动，不肯起诉。然后又联系到民政局，民政局第一时间开展的工作不是诉讼，而是劝社区居委会诉讼。与此同时，法院联系秦淮区检察院介入，会商诉讼程序。最终，秦淮区法院、检察院、民政局、居委会集体会商、评估利弊，达成协作共识，决定由检察院建议并支持起诉、玄武区民政局作为申请人启动诉讼。

3.由法院主导，审慎审理无争议案件。撤销监护人资格案件依法比照特别程序审理。该类案件本质上系非讼纠纷，一方申请撤销，对方并无异议，那么法院是否有必要开庭审理，以及如何展开庭审成为审理难点。本案法官对庭审程序作出如下安排：（1）邀请人大代表听庭，强化对此类新型案件的宣传指导效果；（2）接受秦淮区检察院出庭支持起诉的建议，强化司法机关的震慑效果；（3）审理环节调整如下：不归纳争议焦点，以法庭依职权调查为线，审查孩子的基本情况、被申请人的抚养条件和意愿、其他近亲属的抚养意愿、申请人的临时监护措施等，以准确判断监护人资格归属；法庭调查阶段，增设宣读《家事调查报告》环节，全面展示与诉讼请求相关的法律事实；庭审小结环节，强调相关法律释明，包括对孩子的隐私保护、申请人如担任监护人的权利义务、被申请人如被撤销监护人后的权利义务、检察院的监督职能以及法院的判后指导工作等。最终，庭审取得了良好的预期效果。

4.由法院协调，落实孩子的临时安置措施。司法实践中，追究侵权监护人的责任“易”，安排谁来照顾孩子“难”。本案中，从法院发现孩子监护缺失，到法院判决民政局担任监护人，历时两年多。为孩子找到一个安稳的家是首要任务。为此，法院先根据学者建议和公益记者的探寻，找到了南京同心未成年人保护与服务中心。该组织具备专业的心理评估机制，有充足的心理咨询师、大学生志愿者和社工等，负责孩子的心理疏导和学习辅导。法院出面与孩子的近亲属做工作，落实孩子的居所，并委托秦淮区妇联、关工委等工作人员，与学校班主任老师联系，讨论孩子学校教育的细节问题。通过民政局购买社会服务，为孩子找到一个寄养家庭，负责孩子的日常生活，并与教育部门联系，给孩子提供就近入学的机会。各部门通力合作，帮助孩子的生活步入正轨。

保护儿童免受侵害，是全社会的共同责任。司法机关、行政机关、社会组织等必须积极作为，加强协作配合，坚持并依法落实处理监护人侵害未成年人权益行为的法律规定，努力推进我国未成年人国家监护制度的探索向更高

层次迈进。

（作者单位：江苏省南京市秦淮区人民法院）

姓名登记规范研究

2017-07-05 法学学术前沿 法商研究 刘练军

载《法商研究》2017 年第 3 期 杭州师范大学法学院教授 刘练军

摘要：姓与名如何择取，属于个人受宪法保障的基本权利。姓名权的行使方式是姓名登记。对公安机关而言姓名登记应该是无自由裁量权的羁束行政行为。导致它沦为行政许可行为的主要原因，在于《中华人民共和国户口登记条例》对称姓与取名等事项未作具体规定。统一规范姓名登记、保障姓名权，已是时代发展之必需。对姓名用字、第三姓、抚养方变更未成年子女姓名、基于主观价值判断的姓名变更、姓名变更次数等议题，未来立法都应持宽松和开放态度，以充分保障个人尤其是少数人的姓名权。姓名权对姓名登记具有防御权功能，对姓名登记过程中的侵害姓名权现象，法院可对登记行为实施司法审查。

关键词：姓名权　　姓名登记　　姓名变更　　司法审查

一、问题的提出

2015 年 4 月 22 日，“‘北雁云依’诉济南市公安局历下区分局燕山派出所拒不办理姓名登记案”（以下简称“北雁云依案”），法院判决公布，原告败诉。本案双方当事人争议的焦点是《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第 99 条第 1 款和《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第 22 条的解释与适用。参照全国人大常委会对这两个条款的立法解释，本案的关键在于，自创姓氏“北雁”是否具备该立法解释所规定的“有不违反公序良俗的其他正当理由”。原告父母选取“北雁云依”作为其姓名的理由是：“我女儿姓名‘北雁云依’四字，取自四首著名的中国古典诗词，寓意父母对儿女的美好祝愿”。但法院审理认为“如果任由公民仅凭个人意愿喜好，随意选取姓氏甚至自创姓氏，则会造成对文化传统和伦理观念的冲击，既违背社会善良风俗和一般道德要求，也不利于维护社会秩序和实现社会的良性管控”。以“北雁云依”申请姓名登记，先是被当地派出所以不符合《山东省公安厅关于规范常住户口管理若干问题的意见（试行）》为由拒绝，继而又被法院认定违反《民法通则》和《婚姻法》的相关立法解释驳回诉讼请求。

姓名登记乃是公民实现姓名权最基本的方式。正如“北雁云依案”所示，姓名登记看似简单，实则涉及诸多法律规范的解释和适用。在姓名登记过程中，公民姓名权与公安机关户政管理权之间可谓博弈汹涌、冲突频仍。一旦姓名登记被拒，申请人为维护其受宪法保障的姓名权而将公安机关告上法庭，相关法律漏洞及其合法性、合宪性问题就暴露无遗，至于如何理解及适用最高人民法院和公安部发布的相关解释性文件，更是立场各异、争议不止。从法律性质上看，姓名登记是一种行政登记行为，申请人的姓名权与登记机关的行政权之间如何平衡是内中的关键，而如何规范登记机关的行政权以切实保障公民的姓名权，则是姓名登记必须直面的紧迫难题。在宪法学上，姓名登记是公民个人人格自由发展的基本内涵，也是获取和保障姓名权的起点。没有成功的姓名登记即意味着姓氏与名字之择取不受保障，也就无所谓姓名被他人盗用等私法姓名权受侵犯问题。是故，完善现行的姓名登记规范体系，才是姓名权保障无法回避的首要论题。尽管从私法角度研究姓名权的文献俯拾皆是，但作为公民私法姓名权基础的姓名登记及其背后的公法姓名权问题，民法学者则研究不多，公法学者亦甚少关注。此等贫乏的研究现状无异于法律人的失职，它有碍于公民姓名权的享有及其司法救济，不利于公民个人的人格自由发展。准此以观，笔者试作此文以抛砖引玉。

二、姓名登记之实然状况：登记制被异化为许可制

相对人申请姓名登记，为的是使其设定或变更的姓名获得国家的认可与证明，从而在社会上产生一种公示力和证明力，为其获得、行使并救济其私法上的姓名权奠定基础，亦即私法上的姓名权以行政法上的姓名登记为前提。是故，姓名登记对个人私法上的姓名权意义重大，它直接决定着公民能否以其选择的姓名作为本人法律上的指代符号，进而决定了公民在私法上是否享有对该姓名的姓名权。从发生的时间上看，姓名登记可分为两类，即最初的出生姓名登记和之后的姓名变更登记；从内容上考察，它主要涉及两种情形，即称姓登记和取名登记。以下结合司法案例透视姓名登记的实然状况。

（一）

出生姓名登记

出生登记可分解为出生称姓登记和出生取名登记。关于出生登记，全国人大常委会 1958 年制定的《中华人民共和国户口登记条例》（以下简称《户口登记条例》）和公安部三局同年发布的《关于执行户口登记条例的初步意见》（以下简称《公安部初步意见》）均未作具体规定。《户口登记条例》第 7 条仅规定了申报出生登记的时间及主体，对其他事项未涉及；而《公安部初步意见》第 5 条第 3 款仅规定，被遗弃婴儿的姓名“根据收养人或者育婴机关的意见确定”，此外未就称姓取名等具体事项发布任何意见。因此，实践中姓名登记最主要的规范依据，乃是各省市区公安部门自行发布的户口登记管理规定及其实施意见等规范性文件。

1 出生称姓登记

关于婴儿出生称姓登记，各地公安部门一般都要求，所登记的婴儿称姓应当是父姓或母姓。不过，也有准许以第三姓申报出生登记的，如湖北省潜江市公安局《公安机关户籍业务办理工作规程》规定，“经父母同意，既不愿随父姓、又不愿随母姓的，在出生登记时可姓第三姓”。

在出生登记实践中，对申请父姓母姓之外的第三姓或自创姓氏的第三姓登记申请者，各地户口登记机关一般不予办理。当然，以第三姓申请出生称姓登记的成功案例也不是没有。例如，2004 年福建就有以祖父姓氏——异于父母姓氏的第三姓作为本人姓氏的出生称姓登记案例，且当事人最终登记成功。对这种随祖父姓的第三姓出生称姓登记，亦有当地公安机关不予办理，但在申请人诉至法院、公安机关被判败诉后，不再上诉而直接准予办理的案例。例如，河南省荥阳市市民夏万里在为其新生儿子以耿姓（儿子祖父姓耿，儿子生母姓赵）申请出生称姓登记时，被当地派出所以“婴儿姓氏须与父母一方姓氏保持一致”为由给予拒绝，申请人不服诉至法院后，得到了法院的支持。这两则案例说明，在出生称姓登记问题上，选取上辈人姓氏这种特定第三姓作为出生称姓登记，尽管程序复杂、过程曲折（如要经过层层报批甚至诉至法院），但最终还是有望登记成功。

值得指出的是，2014 年全国人大常委会立法解释已经完全认可这种特定第三姓。然而，以自创之姓氏来申请出生称姓登记，并获得登记机关或法院支持的案例则尚未查到。而全国人大常委会的立法解释对自创姓氏到底持何种立场，亦需要对其解释文本进行再解释。

2 出生取名登记

对出生登记中的名字选取，《户口登记条例》和《公安部初步意见》同样未作任何规定。仅有的规定见于 1995 年公安部在《关于启用新的常住人口登记表和居民户口簿有关事项的通知》（公通字［1995］91 号，以下简称《公安部 1995 年通知》）中的要求，“常住人口登记表和居民户口簿应使用国务院公布的汉字简化字填写”。此等要求实际上意味着，在出生取名时只能从汉字简化字中选取，诸如繁体字、异体字、汉语拼音字母等，均不得作为出生取名登记中的用字。但实践中，因出生取名登记争议而对簿公堂的行政诉讼案件甚少。不过，赵 C 案值得在此一提。江西鹰潭人赵 C1986 年出生时，父亲就为其取名为“C”，并进行了出生姓名登记。2005 年赵 C 还以此姓名办理了第一代身份证。然而，2006 年赵 C 申请换发第二代居民身份证时却被当地派出所拒绝，由此引发行政诉讼，本案最终以和解结案，赵 C 同意使用规范汉字重新取名。此案及《公安部 1995 年通知》较为有力地说明，关于出生取名登记，公安机关的管制权力呈扩大化趋势，受其影响，公民在出生取名时的自由选择空间随之缩小。

（二）

姓名变更登记

同样地，姓名变更登记也可分为称姓变更登记和名字变更登记。姓与名同时变更的，首先遇到的是姓的变更问题，故可以归入称姓变更登记一并讨论。与出生姓名登记不同的是，姓名变更登记还涉及变更次数问题。

关于姓名变更，《户口登记条例》第 18 条仅对申请变更的主体作了规定，而未对变更的内容进行任何限制。但《公安部初步意见》第 9 条第 2 款规定，“年满 18 周岁的人，要变更现用姓名时，应适当加以控制，没有充分理由，不应轻易给予更改。有充分理由的，也应经派出所长或乡长批准，才可以给予更改。不好决定的，应报上一级户口管理机关批准……18 周岁以下的人，申请由乳名改大名的，根据本人或者父母的申报即可给予变更。但被收养或被认领的人，年龄较大的须征得本人同意，才可给予变更”。此等规定表明，公民申请姓名变更面临着公安机关“加以控制、不应轻易给予更改”的登记管制，大量因姓名变更登记引起的行政诉讼案件，正是此等严格管制之结果。

1 称姓变更登记

称姓变更登记大致可分为两种情形，即由父母离婚再婚等原因导致的未成年人称姓变更和由其他原因引起的称

姓变更，后者包括在父姓与母姓之间的变更以及变更为第三姓。与第二种情形相比，第一种情形可谓称姓变更登记中的主流。对变更为第三姓，现有法律规范未明文禁止，但在实践中常常被公安机关否决。对第一种情形，最高人民法院和公安部在相关批复中均要求获得父母双方的一致同意，各地公安部门在办理变更登记时，又常常对一致同意作限制解释，结果是变更称姓的登记申请常常被拒绝，最终迫使申请人诉至法院以寻求救济。

例如，2014 年山东省潍坊市张某向当地派出所申请更改称姓，跟随其继父姓傅以免一家三口三种姓氏（张某生母姓史），尽管张某由其继父抚养，其生父未尽抚养义务，但潍坊市公安机关以《公安部关于父母离婚后子女姓名变更有关问题的批复》[公治（2002）74 号，以下简称《公安部 2002 年批复》]规定“对于离婚双方未经协商或协商未达成一致意见而其中一方要求变更子女姓名的，公安机关可以拒绝受理”为由，不予办理变更登记，张某诉至法院后亦未能如愿（以下简称“潍坊改姓案”）。

颇为吊诡的是，对此类案件，一旦将称姓变更的诉求对象从主管的公安机关变为反对称姓变更的生父或生母，亦即将称姓变更登记的行政诉讼转化为父母一方妨碍或侵犯姓名权的民事诉讼，却可能达到“曲线”更改姓氏之目的。发生在河南省许昌县的一则姓名权纠纷案就印证了这一点。本案中原告在父母离婚后跟生母尤某一起生活，原告生父杨某一直未支付抚养费，于是提出了“为了原告 xx 今后生活及成长需要，现要求法院判决原告 xx 改随母亲尤 xx 姓尤，改名为尤 xx”的诉讼请求，当地法院以《婚姻法》第 22 条的规定为依据支持了原告的诉求。原本得不到支持的称姓变更诉求，通过诉求对象和诉讼类型的双重转换，即获柳暗花明又一村之结果。公法上的姓名权通过行政诉讼救济无门，却能借助民事诉讼以实现救济，何以如此，委实值得我们深思。

其他原因的称姓变更登记与未成年人称姓变更一样面临着严格的限制。例如，上海市民沈钱敏因父亲姓钱、母亲姓沈，而希望根据中国人的传统改随父姓，将姓名改为钱敏。当地公安机关以更名理由不符合《上海市常住人口管理规定》（以下简称《上海人口管理规定》）为由拒绝，申请人诉至法院亦未得到支持。变更为第三姓则更难，如天津人倪宝龙申请将其姓名改为金刚，当地公安机关以法律没有规定可以在父姓、母姓（倪宝龙父亲姓倪、母亲姓孙）之外进行姓名变更登记为由不予批准，诉至法院亦未获支持（以下简称“倪宝龙案”）。又如，沈阳人律诗申请将其姓氏由律改为耶律（父姓、母姓之外的第三姓），当地公安机关未予受理，诉至法院亦以败诉告终（以下简称“律诗案”）。

不过，变更第三姓也并非没有成功的个案。例如，北京市民王文隆向所在的石景山区公安分局申请将其姓名改为“奥古辜耶”，公安机关最初以《公安部初步意见》第 9 条规定的原则为由不予批准，于是王文隆向当地法院提起行政诉讼。就在本案审理过程中，被告却承认其先前不予更改的具体行政行为缺乏法律依据，同意原告更改姓名的变更登记，于是本案以原告撤诉结案（以下简称“王文隆案”）。本案说明，变更第三姓不但不受相关法律的明文排斥，而且实务中得到了一些地方登记机关的认可，禁止它的只是另外一些地方公安机关发布的规定、意见等“土政策”而已。

2 名字变更登记

《户口登记条例》第 18 条和《公安部初步意见》第 9 条同样是名字变更登记主要法源。然而，这两个条款对名字变更内容未作任何具体限定，留下的空白皆由各地公安机关通过规范性文件予以填补，而后者倾向于严格控制名字变更，从而迫使申请名字变更登记的相对人与之对簿公堂。

例如，海南三亚人左天霞申请改名为左乙池，当地公安局以不符合该省公安厅发布的《关于更改姓名、年龄和民族问题的通知》为由不予变更登记，该通知规定“对十六周岁以上的成年人的申请，原则上不予受理，但个别理由正当或情况特殊的，也要按规定，先由有关部门作出意见，最后由市（县）公安局审批”。尽管上诉人左天霞在二审中提供了证明其自 1997 年起一直在使用左乙池这个名字的证据，但法院最后依然驳回其上诉请求（以下简称“左天霞案”）。

又如，上海人开欣申请改名为开则程，原因是使用该姓名经常遭人嘲笑（开欣与开心同音），影响正常生活。当地公安局以不符合《上海人口管理规定》为由拒绝，诉至法院也被驳回（以下简称“开欣案”）。上海类似这种因名字谐音给生活带来不便等原因而申请改名的案例甚多，如秦彦因其名字谐音使工作生活受到影响，而申请改名秦艺洋（以下简称“秦彦案”）；又如，高小妹以“小妹”不能作为正式名字，不管年龄大小的人都叫她“小妹”伤害其感情，申请改名高丽华（以下简称“高小妹案”）。这些案件最终都以原告败诉而告终。由此可知，实践中申请名字变更登记常遭到拒绝，各地公安机关普遍坚持不予变更为原则，准予变更为例外。

3 姓名变更次数

关于姓名变更的次数，《户口登记条例》和《公安部初步意见》均未作明文规定。实务上主要遵照各地公安机关发布的规范性文件进行操作。但事实上，各地公安机关发布的规范性文件中很少有关于姓名变更次数的规定，即便有也是限定变更一次，如《延安市公安机关办理户籍业务实施细则》规定姓名变更、更正“原则不能超过一次变更，特殊情况除外”。当然，在其他地区亦有两次成功变更姓名者，如河南焦作人闫蕾先是在 1989 年更名为闫磊，尔后又于 1998 年更名为闫才源，但第三次申请改名为闫宇奥能，却被当地公安机关以频繁更名为由不予办理（以下简称“闫才源案”）。总体而言，关于姓名变更次数，各地登记机关的规定并不一致甚至彼此扞格；至于各地变更登记次数之实务状况，那更是裁量自由、宽严有别。

（三）

姓名登记的性质：登记制被异化为许可制

作为一种行政登记，姓名登记本身不会产生复杂的权利义务关系，那为何还会出现大量因之而起的行政诉讼案件呢？这还得从姓名登记的应然属性说起。

行政登记的类型多种多样，其法律规范依据亦千差万别，因而关于行政登记的性质行政法学界一直存在争议，尚未形成一种有力之通说。然而，行政登记中的户籍登记性质基本无争议。户籍登记就是户籍管理机关对申请人的户籍信息，依照法律规范的要求如实进行书面记载以备查考。姓名登记属于户籍登记项目之一，其性质是既非赋权亦非确权的行政事实行为。作为一种事实行为的行政登记，姓名登记是公安机关对相对人就其姓氏与名字的设定、变更等情况记载于册以便备查，并作为将来社会管理活动的参考依据。姓名登记本身并不能赋予申请人（相对人）某种权利或资格，因而不属于行政许可。同时，姓名登记并不能直接设定行政法上的权利义务，故亦不属于行政确认范畴。

各地公安机关发布的户口管理规定，尤其是不胜枚举的申请姓名登记却横遭拒绝之案例事实，足以证明实践中的姓名登记远非准法律行为的行政事实行为，而是异化为作为法律行为的行政行为。实践中的姓名登记不只是登记主体即公安机关对申请人称姓取名这一客观事实的认知与判断，更内含公安机关自身决定性的意思表示，登记行为因此而变为可以自由裁量的行政许可行为。然而，《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）第 2 条规定，行政许可是“行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为”，它以法律规范对许可事项的一般禁止为前提。任何人都不可能单凭成功进行姓名登记而从事特定活动。对姓名登记更不存在事前的禁止性法律规范，故姓名登记的性质明显不属于行政许可范畴，而应是一种羁束行政行为，是否给予登记，公安机关只能依法为之，不得自由裁量。

然而，在姓名登记过程中，公安机关事实上对相对人的登记申请享有极大的裁量空间，其根源即在于从计划经济时代遗留下来的以行政管理为本位的登记制度。长期以来公安机关的社会管理职能一直处于强势地位，一些姓名登记申请人甚至将公安机关的姓名登记视为行政许可行为，如青岛江子文起诉当地派出所，要求它履行更改姓名登记的法定职责，理由是被告所依据的《青岛市公安局人口管理工作规范》和《山东省公安厅关于规范常住户口管理若干问题的意见（试行）》“不符合《行政许可法》第 17 条的规定”，被告据此拒绝为其办理姓名变更登记的具体行政行为违法。当然，亦有申请人如高小妹明确否定姓名登记的行政许可性质，在诉讼中严正指出“公安机关只是姓名的登记机关而非许可机关”。

三、公法上的姓名权对姓名登记的防御权功能

姓名登记之所以是一种排斥自由裁量的羁束行政行为——对符合法定条件的姓名登记申请，公安机关必须依法受理并予以登记——是因为所有公民都平等享有受宪法保障的作为人格权重要组成部分的姓名权。尽管与私法（民法）上的姓名权相比，公法（宪法）上的姓名权所受到的关注度并不高，但“如欲洞悉人格权之真谛，必先从宪法开始”，同理，要深刻认识民法上的姓名权，就必须领悟公法上的姓名权。宪法上的姓名权属于公法权利，民法上的姓名权乃是私法权利，“没有公法权利就没有私法权利”。在立法解释中，全国人大常委会认为“公民行使姓名权属于民事活动”。而民法学者普遍相信“干涉他人姓名权的行为在现实生活中比较少见，在姓名权侵害中并不占有重要位置”，因为“姓名的自主决定是指一个尚未成为姓名的符号的决定，它虽然也由姓名权调整，但与姓名权的核心内容（维持身份一致性）在性质上有异”。此等论断乃是只知有私法上的姓名权，而不知有公法上的姓名权之故。作为公法姓名权核心内容的姓名登记，一直未受到学界应有的重视，其原因莫过于此。

姓名权不但受民法保护，更需要宪法保障，因为姓名是个人社会化的符号，是将人个别化从而用以表征和区分个人的文字标志。姓名作为个人社会化和个性化的一项重要标志，它自然成为个人人格的有机组成部分。致力于保障个人人格自由发展的现代宪法都无一例外地认可或赋予每个人享有选取、使用及变更其姓名的权利，姓名权属于宪法上的一项基本权利。在个人与国家之间的关系问题上，基本权利是个人防御国家公权力侵犯其主观权利的请求权。正如德国宪法学家黑塞所言：“基本权作为人权和公民权，是一种抵抗国家权力的防御权。它使个人有可能通过法律途径来对抗国家权力对个人宪法地位的非法侵害。任何自由的宪法秩序都须臾离不开这样一种防御权，因为无论多么完美的民主制度，也都是由一部分人来统治另外一部分人的，滥用权力的情形因此难免会发生，况且即便在法治国家中，国家权力也可能会作出不法之举。”作为一项基本权的姓名权同样具备防御权功能。

像《德国基本法》一样，《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）亦以保障个人的人格自由发展为鹄。《宪法》第 38 条规定，“公民的人格尊严不受侵犯”，在宪法解释学上，此等规范条款即包括公民的姓名权不受侵犯。换言之，《宪法》第 38 条即为公民防御国家侵犯其选取或变更姓名权利之请求权基础。通过对此等宪法条款的解释与适用，姓名权即可针对有关国家机关发挥其防御权功能。在上海“秦彦案”中，原告秦彦把《宪法》第 33 条作为其姓名权的请求权基础，姓名权固然属于《宪法》第 33 条“国家尊重和保障人权”所规定的人权范畴，但《宪法》第 38 条无疑是更为直接的姓名权的请求权基础。无论如何，把《宪法》第 38 条和第 33 条作为姓名权的请求权基础应无争议。作为一项受宪法保障的基本权，姓名权对姓名登记的防御权功能发挥主要依赖两个制度装置，即法律保留和行政法定。

（一）

姓名登记的法律保留

所谓法律保留，用德国行政法学之父奥托·迈耶的话来说就是：“在特定范围内对行政自行作用的排除”。法律保留旨在防止行政机关对宪法和法律规定的公民权利进行恣意限制及侵犯，其实质为权利保留。法律保留要求行政机关对行政相对人的自由与权利进行限制时，必须有明确的法律依据。而在我国，这种法律只能由全国人大及其常委会制定，所以法律保留就意味着人大保留。

《户口登记条例》由全国人大常委会制订，它是有关姓名登记的最重要的法律。该条例第 2、3 条分别规定，“中华人民共和国公民，都应当依照本条例的规定履行户口登记”，“户口登记工作，由各级公安机关主管”。前一条表明，公民申请户口登记项目之一的姓名登记具有法律依据，对其姓名登记的限制亦只能依本条例之规定；后一条则意味着各地公安机关如无视本条例之既有规定，而擅自拒绝予以姓名登记即为违法。各地公安机关受理姓名登记的具体行政行为，须严格遵循法律即《户口登记条例》之规定，此乃姓名权对姓名登记防御权功能的基本要求，而姓名登记排除公安机关自行作用的法律保留的真谛亦在于此。

不过，《户口登记条例》关于姓名登记的规定过于简略，欠缺必要的可操作性，诸如第三姓、姓名变更次数等事项尽付阙如，其留下的空白，只能通过人大立法保留之外的行政法规、规章及其他规范性文件予以填补和规范。因而，姓名登记在遵守法律保留原则之外，还须进一步坚持行政法定原则，以避免对公民宪法上的姓名权构成不当侵犯。

（二）

姓名登记的行政法定

行政法定原则是基于民主代议机关立法不完备、立法滞后等现实原因，而提出的行政与法之间的一项关系原则。它意在强调，一些行政行为即便无须以法律或授权性行政法规为依据，但仍须以职权性行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例或行政规章为依据。作为公民姓名权享有之前提的姓名登记，当然属于受行政法定原则支配的行政行为范畴。

除《户口登记条例》外，有关姓名登记的法律规范，就只剩下行政规章性质的《公安部初步意见》了。各地公安机关在受理姓名登记申请时，不但要遵守《户口登记条例》，对《公安部初步意见》亦不得有任何违反，否则即构成违法行政。对于姓名变更，《公安部初步意见》只设置了诸如“有充分理由”、“有所在单位人事部门准予变更的证明”等变更申请要件，并未关闭姓名变更的大门。然而，大多数地方公安机关所发布的内部户籍管理规定却以准予姓名变更为例外，不允许变更申请为原则，俨然把无自由裁量权的姓名登记视为姓名许可登记，明显违反姓名登记的行政法定原则，姓名权对姓名登记的防御权功能因此沦丧。不宁唯是，各地公安机关的规范性文件还涉嫌

违反《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）。《立法法》第 82 条规定：“没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”各地公安机关制定的关于姓名登记的规范性文件位阶低于地方政府规章，它们对姓名登记予以种种限权性规定，无疑违背《立法法》的权利保障精神。

“在我国，各级行政机关利用行政规范性文件调整公民权利的现象极为普遍，对公民权利的不当限制主要来自于这些行政规范性文件。”各地公安机关通过其自行发布的规范性文件严格限制姓名登记，堪称此等行政限权现象之典型。此等现象的大量存在，实乃姓名登记罔顾行政法定原则之结果，它对公民原本受宪法保护的姓名权构成某种程度的侵犯。

四、姓名登记的限制及其司法审查

当然，宪法上的姓名权不是一项绝对的主观权利，称姓与名字的选取既要受公共秩序的制约，又不得逾越社会公德之篱笆，具有一定的相对性。《宪法》第 53 条就规定公民必须遵守公共秩序、尊重社会公德。公民在申请姓名登记时，公安机关以拟申请的姓氏或名字违反公序良俗而不予登记，这不但不违法，而且合理正当。问题是，公序良俗对姓名权限制的界限在哪里？显然，公共秩序和社会公德不应成为各地公安机关恣意限制姓名登记之借口。

（一）

公序良俗对姓名登记的限制

1 公序良俗是否排斥第三姓

在姓氏择取问题上，随父姓或母姓无疑义，有争议的是能否在父母姓氏之外选择第三姓，尤其像“北雁云依案”那样自创“北雁”之姓氏是否违背公序良俗。

首先，“普遍采用姓氏只是近代的历史现象”。任何姓氏都是自创的，没有所谓“天赋姓氏”，古人可以自创姓氏，现代人同样可以自创姓氏（但不意味着现代人都坚持自创姓氏，绝大多数人还是愿意随父姓或母姓的），在自创姓氏上，今人与古人应当平等。“不论是从历史上看还是从比较法上看，‘第三姓’都是客观存在的。从姓名的区别功能、重名现象的减少、婚姻、家庭共同体凝聚力的增强、和谐社会的建立等方面看，‘第三姓’都应当存在。”已有的研究证明，反对第三姓的先验立场既经不起历史事实的检验，亦明显无视重名成灾之当下难题。“要解决汉字姓名同名问题，根本办法应该是增加汉字姓氏的数量。”对于自主选择第三姓的登记申请不予办理，无疑会使日益严重的重名问题雪上加霜。

其次，反对者主要着眼于姓氏在血统身份等方面的文化传承功能，认为开放第三姓“则可能带来姓氏混乱，影响社会、家族之传承，此举无异于废姓”，“自我决定姓氏，特别是决定第三姓的自由利益，实难动摇姓氏于家庭、社会上的传统积淀功能与作用”。对此等论断可商榷如下：（1）法律上承认第三姓与事实上选择第三姓是两回事，从前者直接推导得出后者属于逻辑混乱。变更称姓是个系统工程，法律上开放第三姓，并不必然促使原本无意选择第三姓的人申请改称第三姓。舍去父姓母姓而另立姓氏门户姓的，终究只是不走寻常路的极少数。所谓“带来姓氏混乱”云云实乃杞人忧天。（2）社会在进步、家庭在变迁，姓氏于家庭、社会的传统积淀功能已然并将继续衰退。对家庭和社会来说，姓氏的功能与作用不是固态的，而是动态的。“不孝有三，无后为大”，男性的血脉香火传承，才是我国传统公序良俗对家庭及社会提出的根本要求。然而，国家计划生育政策早已改变了“无后为大”的千年传统。国家既然已经废除了“无后为大”的旧的公序良俗，何不允许公民在姓氏问题上抛弃旧式的文化负累，而允许自由择取第三姓？（3）从权利视角看，姓氏内涵的权利重心经历了一个由家族血缘到个体人格自由发展的变迁过程。在现代社会，姓名权的主体不再是家庭，更不是家族，而是个人。“个人才是姓氏之主体，而父母是因为亲权之行使，为子女决定姓氏。从权利范畴而言，由姓氏与血缘之关系、姓氏之起源及发展历史过程、参考国际观点等角度观之，应可趋向将姓氏认定是单纯个人称呼说。而国家不需要过度限制称姓及更改姓氏之范畴。”简言之，姓氏如何选取乃个人的私权事务，即便选择第三姓，国家亦无须干涉。

最后，这是最主要的，公序良俗只能消极地防止权利滥用，而不能积极地干预权利行使。诚如德国法学家拉伦茨所言，法律上的善良风俗规定，“绝不意味着法律要去积极地强制某种道德行为的实施，不管那种道德行为是‘占统治地位的道德’，或者是严格伦理学的要求，这是做不到的；它只意味着，法律不承认那些在法制社会中严重违反被大家公认的社会公德的法律行为，或者那些严重违反现行法律制度下特别在宪法层面上法律伦理学内在的原则的法律行为，不使这些法律行为得到实施”。将“北雁”作为自己的姓氏，就跟把本人的姓名改为“奥古辜耶”一

样，无论如何都不会对公共秩序或社会公德造成某种不利或损害，更不可能严重违反法律伦理学的内在原则。姓名登记机关和法院一致反对“北雁”之姓氏，且后者是以公序良俗的名义，误会公序良俗可谓深矣。

历史以观，姓氏择取经历了“严格父姓→父姓或母姓→父姓、母姓或第三姓”的变迁过程，公序良俗原则本身并不排斥第三姓，以公序良俗为由拒绝第三姓的登记申请，不但与第三姓大量存在的事实相背离，而且违反立法机关对《婚姻法》第 22 条的解释意旨，毕竟该立法解释只强调“公民原则上应当随父姓或者母姓”，“应当”不是必须，“原则上应当”就更不是必须。质言之，全国人大常委会的立法解释并未排斥第三姓。“随着时代的变迁，特别是人口的频繁流动，姓名的血缘表征功能日渐式微，立法上没有必要对此作出强制性规定。公民取名究竟是依父姓、母姓还是选择双姓甚至无姓，主要还是社会习俗是否为人们普遍遵从的问题，公权力不宜强行干预。”少数人选择第三姓，无论如何不会对随父姓或母姓的姓氏传统构成冲击，即便它最终会改变现有的姓氏传统而形成新的姓氏模式，国家公权力也不应过度干预，因为这是多数人的民主选择。总之，对选择第三姓，国家公权力不宜明令禁止，而应以包容为念。

2 公序良俗对取名的限制

与称姓的选择一样，公序良俗对个人取名的限制亦相当有限。这方面一个著名的案例发生于日本。在东京曾有一父亲为其新生儿取名为“恶魔”，后来东京法务局认定“恶魔”之名并不妥当而要求补正新名，最后申请人上诉法院，演变成著名的“恶魔”事件。法院最终判定，给子女命名“恶魔”不利于子女的成长，系滥用姓名权。名字尽管由个人所取，但作为用以标签自己、区别他人之正式符号的姓名，若带有粗俗鄙陋甚至让人心生恐惧之字眼，终究与公序良俗相背离，因而“恶魔”之名应该算是违反公序良俗之显例。公序良俗对取名的限制主要体现在，名字在文字字义上应该具有一定的适当性，过于浮夸或使常人感到恶俗、丑陋之字词不应为人取名时所用。

不过，公序良俗是否禁止取外国式名字值得探讨。2004 年，上海曾发生过市民王徐英申请改为日本名字——柴冈英子的真实案例。对王徐英的变更姓名申请，当地公安机关不予批准，王徐英诉至法院，经过两审皆以败诉收场。尽管在诉讼中，公安机关和法院都未将公序良俗作为反对王徐英变更日本名字的理由，但中国人能否取包括日本名字在内的外国式名字，诚可从公序良俗视角讨论。西洋人的名字与我们中国人的名字存在诸多不同之处，如构造顺序不一样，名字在前姓氏在后，名字与姓氏之间有分隔符号，有的名字长达三五节，有的名字还带有冠词、缀词，等等。由于名字在社会管理中频繁使用，中国人选取西洋式名字，必定会给社会公共秩序带来一定的困扰。有鉴于此，公序良俗可以阻止中国人过于标新立异地选取西洋姓名。然而，日本的姓名拼写习惯和我们中国人并无差别，都是姓在前名在后，基于两者在姓名构造上具有共性，不会对公共秩序造成较大的障碍，准此，像王徐英这种具有日本儿媳妇身份的人，申请登记日本名字就无理由禁止。而且，公安部早在 2001 年《关于对北京市公安局人口管理处〈关于张晶申请更改姓名的请示〉的批复》[公治（2001）112 号，以下简称《公安部 2001 年批复》]中就指出，对与外国人结婚的女性提出更改姓氏的要求，可以为其办理姓氏变更手续。根据此批复精神，当地公安机关亦不应拒绝王徐英的登记申请。

综上所述，公序良俗并不禁止在父姓母姓之外选择第三姓，亦不反对申请登记日本式姓名，但对选择拼写习惯与中国存在显著差异的外国式姓名应持谨慎态度。对于姓名权，公序良俗主要关注姓名所用文字字义的适当性问题，不赞成挑战常人的心理承受能力，择取那些使人油然产生厌恶感的负面文字，作为姓氏或名字之用字。

（二）

对姓名登记限制的司法审查

无论登记机关以公序良俗的名义，还是以其他理由拒绝申请人的出生姓名登记或姓名变更登记，申请人都可以向法院提起行政诉讼，借助法院对姓名登记之具体行政行为的司法审查来保障其姓名权不受非法限制。司法审查是制约姓名登记，使之具有合法性的最后一道防线。在有关姓名登记的行政诉讼中，法院对登记机关拒绝登记所依据的规范性文件，是否实行合法性及合宪性审查，乃姓名权公法限制能否获得救济之关键，亦为衡量姓名登记法治化程度的标尺。

1 司法审查之现状

从 2001 年的“左天霞案”到 2015 年的“北雁云依案”，本文所援引的姓名登记行政诉讼案件除“王文隆案”和“赵 C 案”以撤诉结案外，其余都以原告即姓名登记申请人败诉而告终。造成申请人普遍败诉的原因，可从两方面分析：一是现行有关姓名登记的制度规范本身留有空白，极不完善；二是法院自身对姓名变更的认识存在偏差。

例如，《上海人口管理规定》仅允许符合下列情形的申请变更姓名：（1）父母离婚、再婚的；（2）依法被收养或者收养关系变更的；（3）在同一学校或者工作单位内姓名完全相同的；（4）名字的谐音易造成本人受歧视或伤及本人感情的；（5）名字中含有冷僻字的；（6）有其他特殊原因的。结果，包燕美因经常遇到其名字被颠倒的情况，给正常生活带来不便而申请改名为包贝，因不符合上述规定的六种情形而遭拒绝。而王唤白因为祖父姓万，父亲随祖母姓王，申请把现在的名字王唤白改为万唤白，亦因理由不属上述六种情形之一而被拒。《上海人口管理规定》是上海市公安局发布的规章以下的规范性文件。根据《中华人民共和国行政诉讼法》，法院审理行政案件时只能以法律、行政法规和地方性法规为依据，对规章亦只能参照。上海各级人民法院在姓名登记行政诉讼中，一律严格依照《上海人口管理规定》来裁判案件，对《上海人口管理规定》的附带性司法审查常选择回避。对各地公安机关发布的明显欠缺合法性的“土政策”，法院为何在诉讼中不予司法审查？笔者以为，其原因固然是多方面的，但与法院自身对姓名变更的认知息息相关。

众所周知，最高人民法院发布的各类司法解释尽管不是法律，但是各级人民法院裁判案件的重要依据，地位之高几乎不亚于法律。在姓名登记领域，最高人民法院同样制订了不少司法解释，这些司法解释在很大程度上左右了姓名登记案件的裁判结果。姓名登记案件中有相当一部分，是父母离婚后未成年子女的姓名变更，最高人民法院的司法解释也主要集中在这一块。

1951 年 2 月，最高人民法院作出了《关于子女姓氏问题的批复》（以下简称《最高人民法院 1951 年批复》），认为子女“出生时所用的姓氏不宜改变（将来户籍法有规定后从其规定）……父母离婚，除因协议变更子女姓氏或子女年已长成得以自己意志决定其从父姓或母姓外，并无使其子女改变原用姓氏的必要”。1981 年 8 月，最高人民法院发布了《关于变更子女姓氏问题的复函》（以下简称《最高人民法院 1981 年复函》），主张离婚后夫妻一方单方面变更子女姓名的，应说服恢复子女原来的姓名。1993 年 11 月，最高人民法院公布《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》（以下简称《最高人民法院 1993 年意见》），其第 19 条规定“父或母一方擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应责令恢复原姓氏”。

以上三则司法解释足以说明，我国法院在未成年子女姓名变更上的立场是一贯的，即坚持原始姓名、反对姓名变更，变更之后一旦发生纠纷，即以恢复原始姓名为原则。既然其在未成年子女姓名变更上的立场如此，在其他类型的姓名变更上的立场也可想而知。“潍坊改姓案”等案件之所以统统以败诉告终，与最高人民法院在姓名变更问题上的此等保守立场关系甚巨。

2 比较法的镜鉴

对限制姓名登记之诉讼如何实施司法救济，我国台湾地区和欧美国家有不少典型案例可供参照。例如，在我国台湾地区嘉义县曾发生的“黄茂林诉水上乡户政事务所案”中，黄茂林长子（原名黄志成）入小学后因重名而申请改名黄志家，后又因黄志家这个名字经常被同学取笑为“黄指甲”，遂以命名文字不雅为由再次申请改名，但遭驳回，诉至法院亦败诉。最后，黄茂林向我国台湾地区“司法院”申请解释“宪法”。“司法院”指出“姓名权为人格权之一种，人之姓名为其人格之表现，故如何命名为人民之自由”，继而将命名文字是否粗俗文雅的判断权赋予申请人：“命名之雅与不雅，系于姓名权人主观之价值观念，主管机关于认定时宜予以尊重。姓名文字与读音会意有不可分之关系，读音会意不雅，自属上开法条所称得申请改名之特殊原因之一”。

国际法上亦将姓名登记视为一项不容侵犯的基本人权，在诉讼中对相关立法予以严格司法审查的案例所在多有，如美洲人权法院在“俊与波斯柯之女诉多米尼加共和国案”中认为，当事人因为其海地后裔身份而无法在多米尼加办理出生登记，违反《美洲人权公约》第 18 条保障姓名权的规定。法院强调姓名是个人身份之基本及必要成分，国家不仅有义务保护公民享有姓名的权利，同时还应该尊重申请人对姓名的选择，不应对之作不当限制。而早在 1994 年，联合国人权事务委员会就在“科里与欧俪克诉荷兰案”中明确裁断，姓氏是个人身份信息的重要组成部分，保障个人隐私权应包括保障个人选择及改变姓名之权利免予恣意侵犯。

比较法上有关姓名登记诉讼的判例表明，法院更多的是以宪法或人权公约中的人格自由发展条款为判断标准，来审查国家具体规范姓名登记的立法是否侵犯当事人公法上的姓名权。正是借助司法审查，申请人最终得以救济其被户政管理部门限制甚至剥夺的姓名权。

3 笔者的见解

对姓名登记的限制，法院在审理时固然要判断被诉机关是否严格执行了当地公安机关发布的规范性文件，但更

要审查那些规范性文件自身的合法性与合宪性，否则就不足以救济对姓名登记的非法限制。对那些以第三姓申请登记的姓名登记纠纷如“北雁云依案”、“倪宝龙案”，法院在裁判时每每以公序良俗为由，支持公安机关不予登记之决定。殊不知，在学理上，公序良俗恰恰在诉讼中具有转化功能和正当化功能，前者指公序良俗在个案的认定中必须斟酌社会价值观念之变迁，后者指法院面对新的问题，须依据既存的社会价值观念，将公序良俗予以具体化，确保法院造法活动的正当性。法院造法在我国现行的法律制度下并不适当，但法院与时俱进地解释公序良俗，并以此为标准审查各地公安机关制订的规范性文件的合法性与合理性，完全正当合法。然而，就是这种合法性与正当性均不存疑问的司法审查，亦未见各地法院在姓名登记诉讼案件中尝试为之。

比较法上姓名登记的判例显示，如果没有对姓名登记实施宪法或国际人权法的审查，由姓名登记限制引起的公法上的姓名权侵害就难以获得最终救济。而对姓名登记开展宪法或国际人权法审查，乃是现代立宪理念保障人格自由发展之必然要求。但由于法院本身的制度能力和体制因素的限制，我国的司法审查与此等要求尚有较大距离。当下较为现实稳妥的做法是，对各地公安机关自行发布的显著限缩姓名权的管理规定予以合法性及合理性审查。

五、姓名登记规范体系的立法完善

对限制姓名登记行为予以司法审查只是事后救济。建构规范化、体系化的姓名登记法律制度，才是化解姓名权频遭登记机关之恣意干涉、公民人格自由发展深受姓名登记限制问题的根本之道。

（一）

现行规范体系及其不足

归纳起来，规范姓名登记的法律法规及其他规范性文件主要有以下五类：（1）具有法律地位的《户口登记条例》。（2）属于行政规章性质的《公安部初步意见》。（3）最高人民法院就未成年子女姓名变更问题所作的三则司法解释，即《最高人民法院 1951 年批复》、《最高人民法院 1981 年复函》和《最高人民法院 1993 年意见》。（4）公安部发布的系列答疑性批复文件：1995 年《关于抚养人申请变更子女姓名问题的批复》；《公安部 1995 年通知》；《公安部 2001 年批复》；《公安部 2002 年批复》；2006 年《关于父母一方亡故另一方再婚后未成年子女姓名变更有关问题处理意见的通知》；2008 年《关于居民身份证姓名登记项目能否适用规范汉字以及外文字和符号填写问题的批复》。（5）各省市区公安机关发布的规范本地区姓名登记的户籍管理规定。

以上研究表明，既有的姓名登记法律规范制度存在规范陈旧、留有漏洞或空白及规范冲突等诸多不足之处。首先，《户口登记条例》和《公安部初步意见》均制定于 1958 年，历经半个多世纪未被修订过，已难以适应我国当代社会的需要。我国已从 1958 年的农业社会发展为高度城镇化、工业化的现代性社会。为适应社会政治、经济的发展变化，1958 年以来我国先后制订过 1975 年《宪法》、1978 年《宪法》和 1982 年《宪法》。1982 年《宪法》作为现行宪法亦经历了四次修订（修正案共计 31 条）。同时，无论是《户口登记条例》发布时尚有效的 1954 年《宪法》，还是之后的 1975 年《宪法》、1978 年《宪法》，均无人格尊严不受侵犯之规定，保障个人人格自由发展的此等规定始于 1982 年《宪法》。在内含姓名权的人格权已然上升至宪法基本权利地位的当代，制订于革命战争胜利初期旨在“维持社会秩序”和巩固政治身份制度的《户口登记条例》（第 21 条规定“户口登记机关在户口登记工作中，如果发现有反革命分子和其他犯罪分子，应当提请司法机关依法追究刑事责任”）及公安部执行该条例的意见，无法适应当代社会姓名登记的多元化要求。

其次，不论《户口登记条例》还是《公安部初步意见》，均仅对登记机关的职权作详细规定，对公民申请姓名登记中的核心问题，如能否在父姓母姓之外选择第三姓、姓名文字之选用、变更姓名要件及次数等，均付之阙如。诸如此类的立法空白与法律漏洞，给姓名登记及其行政诉讼造成了无法可依之困扰。

再次，最高人民法院和公安部就未成年子女变更姓名问题所发布的系列解释性文件，既是公安机关作出姓名登记行政行为的重要标准，又是法院裁判姓名登记纠纷的重要依据。然而，最高人民法院和公安部对未成年子女变更姓名须取得父母双方一致同意的规定，几乎是不分情况的“一刀切”，对部分未成年子女的姓名权构成不当干预，妨碍其健康成长。例如，父母离婚后由母亲陈女士单独抚养的冷一泠，向当地公安机关申请更名为陈雅典，理由有五：（1）当初登记“冷一泠”这个名字系父亲单方擅自变更登记的，未与母亲协商，应属无效；（2）“冷一泠”这个名字并未实际使用过；（3）子女本人也不愿意用；（4）名字存在谐音与形似混淆；（5）“雅典”名字一直实际使用，姓“陈”母女都同意。然而，这五条理由也抵不上其父亲不同意更名这一条理由。当地公安机关以《最高人民法院 1981 年复函》和《公安部 2002 年批复》为依据，拒绝了变更申请，起诉后法院也基于相同理由驳回了原告的

诉求。本案充分暴露了未成年子女变更姓名须父母双方一致同意规定的不当之处，如过于强调父母双方的亲权，而忽视了未成年子女的权益；未成年子女姓名变更应以有利于子女身心健康成长为原则，一致同意之规定显然背离了此项原则；对父母一方未尽抚养义务之情形未作区别对待，有违权利义务对等原则。是故，最高人民法院和公安部的有关解释性文件理应择机废止。

最后但又最重要的是，尽管各省市区公安机关发布的有关姓名登记的管理规定属于规章以下的其他规范性文件，但却直接指导和规范姓名登记的实际运行，并作为各地法院审理姓名登记诉讼案件的最主要裁判依据。然而，如前所述，各省市区制订的此等管理规定存在诸多缺陷，如规定宽严不一，导致姓名权保护存在因地而异的不平等现象；又如，对姓名变更限制过多，基于个人认知观念、价值偏好等原因的变更申请成功率很低；再如，普遍排斥父姓母姓之外的第三姓，等等。鉴此，应以更高位阶的法律规范来消除目前地方层面各自为政的姓名登记乱象，实现姓名登记的法治化。

（二）

具体的完善之道

关于姓名登记的公法规范渊源杂乱无章之状况，很早就有人注意到，并提出了制订《中国公民姓名法》的设想。2003 年“两会”期间，当时的全国人大代表厉兵和张书岩提出了制订《中华人民共和国姓名法》的提案，以规范公民取名活动。公安部身为姓名登记主管部门亦参与其中，于 2007 年 6 月草拟完成了《姓名登记条例（初稿）》（以下简称《公安部条例初稿》）。凡此种种，说明制订一部新的法律统一规范姓名登记，以保障公民公法上的姓名权不受登记机关的恣意限制，已是社会各界的心声。

关于姓名登记，我国台湾地区由立法机关制定的“姓名条例”予以规范，东邻日本同样以国会发布的《户籍法》为依据。借鉴此等立法例，更鉴于姓名登记不但攸关个人人格自由发展之立宪宏旨，而且是公民享有私法上姓名权的前提，由实际主管姓名登记的公安部发布部门规章性质的“姓名登记条例”，显得法律效力位阶偏低，甚至由国务院颁布行政法规亦难以彰显公法上姓名权应有的法律地位。准此，规范姓名登记的法律理应由全国人大或其常委会统一制订。

与此同时，有关姓名登记的法律必然涉及姓名登记之外的其他姓名权问题，与别的人身法如国籍法、居民身份证法等，存在一定的勾连、交叉关系，因而，该法与其命名为“姓名登记条例”，毋宁称之为“姓名条例”。简言之，未来应由全国人大或其常委会制订一部“姓名条例”，以统一规范全国的姓名登记。公安部只能根据此姓名条例制定公安机关办理姓名登记的实施细则。在此基础上，地方公安机关仅有权根据该姓名条例和公安部的实施细则，发布具体办理姓名登记的程序性规定。无论是公安部的实施细则还是各地的程序性规定，都不得对姓名权构成实体性的限制或侵犯。

综合近年来有关姓名登记诉讼案件之争议焦点，未来制订姓名条例时在以下几个方面应持开放宽容态度，以充分保障公民公法上的姓名权。（1）不禁止个人以父姓母姓之外的第三姓申请登记。《公安部条例初稿》第 8 条规定“允许采用父母双方姓氏”，这实际上是开放第三姓。如“北雁云依案”中，当事人父亲姓吕母亲姓张，如果她把“吕张（或张吕）”作为其姓氏，与将“北雁”作为其姓氏没有任何本质上的区别。不管是“吕张（或张吕）”还是“北雁”都是名副其实的第三姓。既如此，不妨对第三姓持不予干涉的开放态度。（2）允许基于个人价值观念、情感偏好等私人原因变更姓名。如果仅仅允许因重名、名字中含有冷僻字等客观原因改名，而不允许基于价值认知等主观原因申请变更名字，不符合个人人格自由发展的权利要求。（3）对父母离婚后未成年子女的改名问题，应坚持未成年子女利益至上原则，抚养子女一方有权申请变更子女姓氏或名字，而不必经未承担抚养义务的另一方同意，更改姓氏包括改为抚养一方的姓氏、继父母的姓氏。（4）对姓名用字范围不宜严格限定为常用简化字。我国台湾地区“姓名条例”第 2 条规定“户籍登记之姓名，应使用‘教育部’编订之国语辞典或辞源、辞海、康熙等通用字典中所列有之文字”。借鉴此立法例，姓名用字范围至少应扩大到《现代汉语词典》（中国社会科学院语言研究所词典编辑室编，商务印书馆出版）收录的所有汉字。在众多汉语词典中，这个版本的权威性世所公认，它所收录的汉字即便是冷僻字、繁体字，也应该承认其具有作为姓名用字之法定地位。（5）关于变更姓名次数，现行法规多以一次为限。《公安部条例初稿》第 20 条规定成年人“以一次为限”。但一次为限有规制过度之嫌。比如，某人因重名而申请改名之后就不得再以任何理由改名，无异于剥夺了此人变更姓名的权利。因为重名属于客观原因，真正的变更姓名的权利是基于个人主观因素的变更。2015 年 5 月，我国台湾地区修订“姓名条例”，将以前的改名“以二次

为限”修订为“以三次为限”。以此立法例为借鉴，关于变更姓名的次数或者以三次为限，或者不予以明文规定为佳。（6）关于变更姓名之禁止。滥用公法上的姓名权，企图通过改名换姓来达到逃脱债务、规避司法或欺诈民众骗取钱财等不良目的者，所在多有，故设定姓名变更禁止之规定必不可少，《户口登记条例》和各地户口管理文件均不乏这方面的规定。《公安部条例初稿》第 19 条列举了 8 种不予办理变更的情形。其中，第 1 和第 8 种情形分别为“因故意犯罪或违法行为曾经被处以有期徒刑以上刑事处罚或者劳动教养的”和“户口登记机关认定不宜变更的其他情形”。但此两种情形值得商榷。对第 1 种情形，我国台湾地区“姓名条例”规定了禁止期限，即“自裁判确定之日起至执行完毕满三年止”。不规定禁止期限，一日犯罪终身不得变更姓名，亦不符合权利限制的比例原则要求。是故，设定一个不得变更姓名之合理期限，实乃保障公法上的姓名权的基本要求。第 8 种情形是兜底条款。而兜底条款历来存在解释和适用时自由裁量空间过大之局限。将这种过于宽泛的裁量权赋予户口登记机关，委实不利于公民姓名权的正常行使。一般而言，对不宜变更的其他情形的认定，至少应由县级以上公安机关作出才较为合理。

房屋产权置换中夫妻共同财产的认定

2017-07-05 中国不动产官微 阮神裕

在政府征收、危房改建等活动，或者民事主体之间的买卖等交易中，常出现所谓的“产权置换”，即以新的房屋替换房屋产权或使用人的原有房屋。此时，经常出现的一个问题就是，婚前个人所有或使用的房屋在婚姻存续期间发生产权置换后，该新房屋是否属于夫妻共同财产？下面从实践中发生的一起真实案例入手，对此问题加以分析。

1999 年 8 月，甲向“中房所”承租 A 房（公房使用权）。2008 年 6 月，甲与乙办理结婚登记。2010 年 5 月，甲与土地整治储备中心签订《解危解困安置协议书》，约定：A 房建筑面积 59.44 平方米，属于解危解困红线范围内，不宜居住，故通过产权置换的方式将甲安置于 B 房。B 房建筑面积 79.99 平方米，其中 59.44 平方米产权归“中房所”，甲继续保持租赁关系；另外的 20.55 平方米由甲交清房款（一万余元）后，产权归甲所有。2010 年 11 月，B 房登记在甲个人名下。2013 年 5 月，甲与丙（甲之女）签订《房屋买卖合同》，以 10 万元的价款将 B 房出售给丙。2013 年 5 月，丙取得 B 房的房地产权证。随后，乙起诉甲、丙，称 B 房属于其与甲的夫妻共同财产，故两被告签订的《房屋买卖合同》构成无权处分，应认定无效。一审法院认为：首先，甲与丙之间签订的《房屋买卖合同》是双方当事人真实意思表示，合法有效，现丙根据该合同取得 B 房的所有权，应予保护。其次，乙主张 B 房是夫妻共同财产属于另一法律关系，一审法院不做处理。因此，一审法院驳回乙的诉讼请求。乙不服一审判决提起上诉，二审法院认为 B 房是甲的个人财产，因此甲将个人所有的房屋转让给丙，符合法律规定，驳回乙的上诉请求。

在分析此问题之前，有必要先明确 B 房的不动产权属状况。笔者认为，根据《解危解困安置协议》的约定，B 房中的 59.44 平方米归“中房所”所有，其余的 20.55 平方米由甲交清房款后，归甲所有。此时，B 房由“中房所”与甲按份共有。根据《物权法》确立的“不动产登记簿的推定力”，2010 年甲取得 B 房的所有权登记，故应认定其为该房的所有权人。但是，本案没有查明“中房所”是否将 B 房整体转让给甲，也不清楚 B 房登记在甲个人名下的原因，所以案外人“中房所”可以根据协议书的约定，推翻登记簿的推定力，主张 B 房属于“中房所”和甲按份共有。不过，由于案外人没有参与到本案中，而本案当事人也无人主张登记簿登记错误，所以尽管实体法上应认为 B 房属于“中房所”和甲按份共有，但是依据登记簿的推定力，法院应认定 B 房归属于甲。

二审法院认为，B 房应认定为甲的个人财产，理由如下：一方面，甲是在与乙结婚前取得的原 A 房的租赁权，A 房置换成 B 房时，甲仅支付了一万余元，并不是以市场价格购买 B 房的，所以“其取得诉争房屋产权的依据还是甲享有的公房使用权”；另一方面，“甲婚前的个人财产在婚后虽然形态上发生变化，但是其所有权并不会发生变化，仍然属于甲的个人财产” 。

笔者赞同二审法院的判决结果，但对判决理由有不同看法。首先，甲取得诉争房屋产权的依据是其享有的公房使用权的说法，缺乏法律依据。根据《物权法》的原理，不动产物权变动可以分为基于法律行为的不动产物权变动与非基于法律行为的不动产物权变动。在本案中，甲取得 B 房所有权的原因是甲与土地整治储备中心签订的《解危解困安置协议书》的约定，且 B 房所有权在甲获得登记时发生了变动。公房使用权与一万余元的房款，属于协议书的合同内容，即甲为获得 B 房而支付的对价。至于该对价是否符合市场价格，或者对价的数额高低，均不影响协议书的合同效力，也不影响甲取得 B 房的所有权。故甲与土地整治储备中心均正常履行该项协议书，甲经登记后可以依据该协议书取得 B 房的房屋所有权。

其次，甲取得 B 房只是“形态上发生变化，但是所有权并不会发生变化”的说法，缺乏法律依据。一方面，根

据一物一权主义，A 房与 B 房属于两个分别独立的不动产，其上分别成立两个所有权，故置换前后，不仅房屋形式上发生了变化，而且“中房所”（及甲）的所有权的内容和归属也发生了变化。另一方面，甲对 A 房享有的权利是租赁权，但对 B 房享有的权利是按份共有（在登记簿上是单独所有）的权利，性质不同。

在笔者看来，甲取得的 B 房所有权之所以属于其个人财产，理由在于：其一，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法 〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释二》）第 19 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。从该条的表述上看，房屋之所以是夫妻共同财产，最重要的原因就是这里的房屋是婚后用共同财产购买的。因此，按照反对解释，如果是一方婚前承租、婚后用个人财产购买，又登记在一方名下的，应当认定为个人财产。其二，本案中甲之所以可以以一万余元的低价就获得 B 房的按份共有权，是因为甲享有公房使用权。实际上，B 房是以甲个人享有的公房使用权为对价而获得的，因此属于甲的个人财产。其三，或许有人会认为，《婚姻法》第 17 条规定夫妻共同财产的要件仅是“在婚姻存续期间取得”，而没有规定是通过一方个人财产取得，还是通过共同财产取得，因此从第 17 条来看，B 房是在甲与乙婚姻存续期间取得的，应当认定为夫妻共同财产。但是，《婚姻法》第 17 条所规定的“获得”不应当理解为《物权法》上的物权变动。因为该条列举的情形包括：工资、奖金；生产、经营的收益；知识产权的收益等，它们的共同特征是均属收益，即财产的增加。因此，用甲享有的公房使用权为对价获得的房产，不宜归入《婚姻法》第 17 条所列举的收益，而是以个人财产交易所得，仍应当认定为个人财产。同理，如果甲在 1999 年取得的是 A 房的所有权，置换后的 B 房也应当认定为甲的个人财产。

综上所述，笔者认为 B 房是甲的个人财产，理由在于界分夫妻共同财产和个人财产时不能单纯地适用《物权法》上的规则，必须考虑到夫妻共同财产制度的特殊之处。例如，依据《婚姻法解释二》第 19 条，用共同财产购买还是用个人财产购买，将影响房屋是夫妻共同财产还是个人财产。所以，通过“产权置换”的方式获得的房屋，如果置换前该房屋属于一方个人财产的，不管置换是否发生在婚姻存续期间，均应认为置换后的房产属于一方个人财产。除非置换时，夫妻需要支付相当的价款，以至于所有的置换实际上是购买时，就不应当将该房屋认定为个人财产。

《中国不动产》2017 年第 6 期　作者单位：清华大学法学院

《婚姻法解释（二）》第 24 条废除论——基于相关统计数据的实证分析

2017-07-05 华政法学 叶名怡

【内容摘要】 家事代理权的行使范围仅限于日常生活交易，其无法成为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 24 条关于“夫妻共同债务推定”之泛化规定的正当性基础。该第 24 条就夫妻共同债务的认定以“婚内标准”取代《婚姻法》第 41 条所规定的“共同生活标准”，有违夫妻共同债务的本质规律性。审判实践证明，该第 24 条规定的“夫妻共同债务推定”几乎无法被推翻，对非举债方的夫妻一方极其不公。“证明责任内外有别论”或会导致矛盾判决，且往往沦为仅有外部规则被适用的理论依据。以“夫妻共同债务推定”的规定遏制“假离婚、真逃债”现象，手段极端且错误，致使恶意债务、非法债务及虚假夫妻债务急剧增加。因此，应立即废除该第 24 条，建立健全日常家事代理、超范围债务“共债共签”以及夫妻单方紧急举债权等制度。

【关键词】 《婚姻法解释（二）》 第 24 条 共同债务推定 证明责任内外有别论 日常家事代理

作者单位：上海财经大学法学院。本文原载于《法学》2017 年第 6 期。以下正文内容不含注释，阅读全文请订阅《法学》。

一、据以研究的样本与数据

从未能有哪一个法条像《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 24 条 那样，同时引发专业人士和普罗大众的强烈关注和质疑。该第 24 条规定，婚内单方负债推定为夫妻共同债务（以下简称“共债推定”）。该第 24 条就夫妻共同债务的认定以“婚内标准”取代《婚姻法》第 41 条确立的“共同生活标准”，导致实践中离异妇女“被巨额负债”的大量离奇事件， 从而招致明显的民意反弹， 也引发了实务界 与学界 的诸多批判。尽管如此，最高人民法院（以下简称“最高院”）2016 年 3 月在其官网发布的《关于“撤销婚姻法司法解释（二）第 24 条的建议”的答复》（以下简称《建议的答复》）仍坚持

认为第 24 条正确。不过，2017 年 2 月 28 日，最高院公布了对该第 24 条增补的第 2 款与第 3 款规定，即第三人就虚构债务、非法债务向非举债方主张权利的，法院不予支持。同日，最高院还下发了《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》（以下简称《妥善审理的通知》），就相关审判工作若干操作细节提出进一步的指导意见。

然而，汹汹争议并未就此平息，《婚姻法解释（二）》第 24 条应否修废已然是当前家事法领域最重要且最紧迫的问题。本文拟立足于相关统计数据并结合个案分析回应此问题。本文所依据的样本数据来源于“中国裁判文书网”，以关键词“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”+“《婚姻法》第四十一条”进行“全文检索”，以“2004 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日”为检索期间，共获得 4 979 份民事判决书，其中认定为共同债务的判决共 4 418 份，认定为个人债务的判决共 499 份，认定部分为共同债务、部分为个人债务的判决共 62 份（见下表 1）。

表 1　年度判决书数量变化表

年度	共同债务（份）	百分比	个人债务（份）	百分比	共同债务/个人债务（份）	百分比	总数（份）
2004～2011	68	87.18%	9	11.54%	1	1.28%	78
2012	83	90.22%	5	5.43%	4	4.35%	92
2013	344	87.31%	48	12.18%	2	0.51%	394
2014	1 310	91.10%	113	7.86%	15	1.04%	1 438
2015	1 215	88.56%	135	9.84%	22	1.60%	1 372
2016	1 398	87.10%	189	11.78%	18	1.12%	1 605
共计	4 418	88.73%	499	10.02%	62	1.25%	4 979

由上表 1 可知，自 2013 年始，适用《婚姻法解释（二）》第 24 条的案件数量暴涨。或是因为近几年来民间借贷案件激增，离婚率也在上升，夫妻共同债务纠纷随之增多；同时，这也与近几年来判决书上网制度的重大推进有关。另外，在分年度数据中，每年认定为个人债务的判决数量占该年度相关判决总数的比例基本保持在稳定的低位。适用该第 24 条后如此低的个人债务判决率自然会引发非举债方的不满。这种不满可从相关案件的上诉率与再审率中得到印证（见下表 2）。

表 2　判决书的来源法院与结案审级

法院层级	数量（份）	审判程序	数量（份）
基层法院	3 715	一审	3 762
中级法院	1 240	二审	1 158
高级法院	24	再审	59
中院、高院判决百分比	25.39%	二审、再审结案率	24.44%

在全部 4979 份判决书中，由中院、高院判决的比例为 25.39%，二审与再审结案率为 24.44%。值得注意的是，在全部样本中，有 1 461 份是缺席判决，予以扣除后剩余 3 518 份判决，据此计算出的二审和再审结案率为 34.59%。这个数据与一位论者进行相关统计得出的结果（35.6%） 极其接近。高涨的上诉率与再审率表明，适用《婚姻法解释（二）》第 24 条的社会效果非常不容乐观，其立法目的与规则设计值得反思。下文拟针对最高院作出该第 24 条规定的各项理由，结合相关统计数据予以一一辩驳，由此得出结论并提出相关完善建议。

二、家事代理理论无法支撑“共债推定论”

最高院认为《婚姻法解释（二）》第 24 条的理论基础首先是日常家事代理理论。其认为，将夫妻一方在婚内以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务，“既能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”。 日常家事代理是指夫妻一方因日常事务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，并由另一方承担连带责任的制度。学界一般认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法解释（一）》）第 17 条是对家事代理权的首次明确认可，该条既规定了狭义的日常家事代理，又规定了表见的日常家事代理。

对于夫妻一方所为之交易，法律为何要推定另一方同意？盖因其系为夫妻日常共同生活所必需，故推定另一方同意并不会损及其利益，更有便捷交易、节省交易成本之功能。日常家事代理制度的关键点在于，夫妻一方所从事的交易是否属于满足夫妻日常共同生活需要的合理范围。

在绝大多数情况下，实践中夫妻共同债务案件的标的额均超出了日常家事代理范围。夫妻为日常共同生活所需的交易数额大者不过几万，但相关样本数据显示，大部分债务的数额均远超此数。

表 3　夫妻共同债务判决（4 418 份）的理由说明

判决理由	数量（份）	占判决总数百分比
A 债务发生于婚内	4 384	99.23%
B 非举债方未能证明属于《婚姻法解释（二）》第 24 条适用例外情形	1 519	34.38%
C 非举债方缺席或与举债方共同缺席	1 461	33.07%
D 非举债方未能证明举债未用于夫妻共同生活	1 361	30.81%
E 离婚裁判或离婚协议分割不能对抗债权人	368	8.33%
F 借款用于经营或清偿旧债也使夫妻共同受益	245	5.55%
G 债权人有理由相信债务用于夫妻共同生活或属于家事代理	125	2.83%

如上表 3 所示，在认定为夫妻共同债务的 4418 份判决中，只有 125 份判决属于因交易数额足够小，债权人有理由相信债务用于夫妻共同生活或属于家事代理的情形，其仅占共同债务判决总数的 2.83%，而相对于样本总数 4979 份而言，仅占 2.51%。这项数据也印证了如下判断，“家事代理所涉事项价值微末、不会引起纠纷，假若夫妻共同债务仅限于或主要限于日常家事的范畴，实践中就不会有或很少有夫妻共同债务的纠纷。” 上述数据还表明，在判定为夫妻共同债务的案件中，作为“共债推定”理论基础的日常家事代理理论几乎没有得到应用，倘若果真只运用该理论，则没有几起案件应该判为夫妻共同债务纠纷。

在夫妻共同债务的认定标准上，《婚姻法》第 41 条所规定的“共同生活标准”较家事代理制度中的“日常生活标准”宽松得多。因此，在相关样本数据中，单纯以债务数额超出日常家事代理范围为由认定系争债务为个人债务的判决数量较少。

表 4　个人债务判决（499 份）的理由说明

判决理由	数量（份）	占判决总数百分比
a 债务发生于婚前或离婚后	83	16.63%
b 无合意、未受益或未用于共同生活	305	61.12%
c 感情破裂或分居期间举债	167	33.47%
d 数额巨大显超日常共同生活所需或家事代理范围	105	21.04%
e 举证责任转移后债权人未能反证	88	17.64%
f 财务稳健无举债必要	63	12.63%
g 举债方有吸毒或赌博等恶习	62	12.42%
h 借贷双方有特约或债权人明知债务用于个人	32	6.41%
i 担保之债	19	3.81%
j 侵权之债	2	0.40%

如上表 4 所示，在总计 499 份个人债务判决中，“数额巨大显超日常共同生活所需或家事代理范围”的判决为 105 份，占个人债务判决总数的 21.04%，占样本总数 4979 份的比例仅为 2.11%。可见，“日常生活标准”尺度严格，大多数涉讼夫妻债务数额均远超家事代理范围。

既然现实债务纠纷情形如此，那么将《婚姻法解释（二）》第 24 条规定的无数额限制的“共债推定”建立在适

用范围极其有限的日常家事代理理论上，显然是说不通的。日常家事代理本质上是基于交易的性质和数额对非举债方意思表示的合理推定，而“共债推定”则将“婚内单方举债”与“日常家事代理”简单等同起来，这不啻是对非举债方意志的强行歪曲。因此，理论界大多主张将“共债推定”限于夫妻日常共同生活所需的合理范围内。“在夫妻日常家事代理权限范围内的单方负债，应以交易安全为重，倾向于保护债权人利益。对于巨额单方负债，应优先保护婚姻关系中的无辜方。” “对于属于‘日常生活需要’之内的债务，适用第 24 条的规定。” “除债权人能够证明债务人的负债行为没有超出日常家事代理范围或者确属夫妻共同债务外，应按夫妻个人债务处理。” 还有学者直言，该第 24 条“不考虑夫妻一方所欠债务是否用于夫妻共同生活，是否属于日常家事代理的范畴。其结果是：夫妻一方与第三人恶意串通，以虚假债务损害另一方配偶利益的情况，在离婚分割夫妻共同财产时屡见不鲜。”

事实上，将“共债推定”限定在日常家事代理或为夫妻日常共同生活所需的范围内，也是比较法上的共识。例如，《德国民法典》第 1357 条规定，配偶中的任何一方均有权缔结旨在“适当满足家庭生活需要”的交易，该交易对另一方配偶亦有拘束力。该条规定并非出于保护债权人的规范目的，而是夫妻行使基于平等原则之相互家事代理权的当然结果。这一规定不适用于所有职业性债务或纯属一方配偶财产权领域的交易，可适用于关于实物或服务的借贷，但金钱借贷除外，因为它不属于直接满足家计需要的交易（如日用品采购）。又如，《法国民法典》第 220 条也将日常家事代理的适用范围限定于“以维持家庭日常生活与教育子女为目的”的合同，且不适用于明显过分的开支。特别应予注意的是，作为强制性规定的《法国民法典》第 1415 条将单方向他人借贷与为他人提供担保相提并论，这两种交易所生之债不仅不构成连带债务（dette solidaire），而且也不构成夫妻共同债务（dette conjointe），举债方仅能以其个人财产清偿。因为立法者认为这两类交易特别危险，而且债务人的配偶未必总能在交易缔结时就意识到严重性。 判例还对该条中的“借贷”作广义解释，包括一切类似的危险交易方式，如信用卡透支等；另外，该第 1415 条可被夫妻任何一方（包括举债方）援用。 根据《法国民法典》第 1402 条，若借贷交易之债权人打算扣押举债方财产，需要证明被扣押财产属于举债方个人财产。除德国和法国的上述规定外，《瑞士民法典》第 166 条、《日本民法典》第 761 条以及我国台湾地区“民法”第 1003 条 亦有类似规定。

综上，从适用范围极其有限的日常家事代理制度根本推导不出《婚姻法解释（二）》第 24 条这种没有边际的“共债推定”，最高院关于该第 24 条的第一项立法理由不能成立。

三、“共同生活标准”被“婚内标准”篡位

“共债推定论”不仅在主观上构成对非举债方意志的强制扭曲，而且在客观上也使得《婚姻法》第 41 条所确立的“共同生活标准”被“婚内标准”架空并取代。

最高院《建议的答复》为《婚姻法解释（二）》第 24 条所作的辩解首段称，关于《婚姻法》第 19 条第 3 款的含义，“……胡康生主编的《中华人民共和国婚姻法释义》一书中的相关解释是，‘……如何判断第三人是否知道该约定，夫妻一方或双方负有举证责任，夫妻应当证明发生债权债务关系时，第三人确已知道该约定……’由此可知，婚姻法司法解释二第二十四条是符合婚姻法立法精神的。”

笔者认为，此辩解犯了一个极其低级的错误。《婚姻法》第 19 条第 3 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。”可见，该条规定的是在夫妻约定财产制下，一方婚内个人举债应如何认定和处理，其适用范围是非常明确的，即仅适用于约定财产制的场合。而《婚姻法解释（二）》第 24 条规定的是，“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。”它显然完全抛开了《婚姻法》第 19 条第 3 款的适用范围限定，成为一条同样适用于法定共同财产制下婚内单方举债的一般性规则。因此，最高院宣称“第 24 条符合婚姻法立法精神”是完全站不住脚的。

最高院《建议的答复》第二段辩称，“目前，现行司法解释有关夫妻共同债务的认定和判决遵循的原则没有问题。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。”

为共同生活所负债务当然应共同偿还，这也正是《婚姻法》第 41 条的规范目的，但《婚姻法解释（二）》第 24 条对“共同生活”只字未提；不能因为中国大多数家庭实行婚后所得共同制就想当然地认为，婚内单方举债均系为夫妻共同生活。“共同生活标准”与“婚内标准”迥异，前者探究的是系争债务是否惠及夫妻双方，后者追问的是

债务是否发生于婚姻持续期间，从《婚姻法》第 41 条无论如何也推导不出《婚姻法解释（二）》第 24 条。

更严重的是，自《婚姻法解释（二）》第 24 条施行后，《婚姻法》第 41 条中的“共同生活标准”实际上几乎已被审判实务废弃。表现形式之一是奉行“适用依据内外有别论”，即夫妻之间的债务诉讼适用《婚姻法》第 41 条，而第三人（债权人）起诉债务人配偶的诉讼适用《婚姻法解释（二）》第 24 条。表现形式之二是债权人作为原告的诉讼虽名义上仍适用《婚姻法》第 41 条，但实质上只适用《婚姻法解释（二）》第 24 条。

从若干高级人民法院发布的审判指导意见可以窥知这种法条的“篡位”。例如《上海市高级人民法院关于审理民间借贷合同纠纷案件若干意见》（沪高法民一〔2007〕第 18 号）第 3 条规定：“此类案件处理中，首先应当将最高人民法院关于婚姻法司法解释（二）第 24 条的规定作为一个基本处理原则。”《江苏省高级人民法院审判委员会关于审理民间借贷纠纷案件的会议纪要》（江苏省高级人民法院办公室〔2013〕1 号）指出：“婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义向他人借款所形成的债务，原则上应当认定为夫妻共同债务。”更极端的是 2007 年《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》第 28 条的规定：“夫妻关系存续期间一方对外债务是否属于共同债务的认定和处理。一般作为夫妻共同债务……夫妻一方只要不能证明该债务属于（第 24 条）两种情形，即使举证该债务未用于夫妻共同生活或法定抚养义务，也不能免除另一方的偿还责任，但能证明该债务属于赌债等非法债务的除外。”

审判实务深受上述解释和指导意见的影响。如前表 3 所示，在 4418 份认定为共同债务的判决中，有 4384 份径自以债务发生在婚内作为判决理由，占比高达 99.23%。从下表 5 可看出《婚姻法解释（二）》第 24 条架空《婚姻法》第 41 条的概况。

表 5　判决书（4 917 份）主文所援引的判决依据

判决结果	只援引《婚姻法解释（二）》第 24 条	只援引《婚姻法》第 41 条	同时引用《婚姻法解释（二）》第 24 条和《婚姻法》第 41 条	排除适用《婚姻法》第 41 条
个人债务	40	88	409	6
共同债务	517	25	3 838	17
总计及占比	557；11.33%	113；2.30%	4 247；86.37%	23；0.47%

如上表 5 所示，在 4979 份判决中，扣除裁判结论为“部分共同债务、部分个人债务”的 62 份判决后可得 4917 份判决。其中有 23 份判决明确排除《婚姻法》第 41 条的适用，即奉行“适用依据内外有别论”。例如徐州市中级人民法院在一起案件中认为，“《婚姻法》第 41 条系夫妻双方内部在离婚时针对对外债务负担应遵循的规范。在夫妻作为一方与其他债权人的外部关系上，如债权人针对夫妻双方主张权利的，仍应按照《婚姻法解释（二）》第 24 条来认定是否构成夫妻共同债务。”

另有 557 份判决书在判决主文之前以及说理部分仅对《婚姻法解释（二）》第 24 条或/和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》（〔2014〕民一他字第 10 号，以下简称《第 10 号答复》）进行阐述，而无视《婚姻法》第 41 条。例如山东省高级人民法院在一则判决中认为，根据《婚姻法解释（二）》第 24 条，债权人就一方婚内以个人名义所负债务主张权利的，应按夫妻共同债务处理，根据《第 10 号答复》的意见，赵某应举证证明所借款项没有用于夫妻共同生活，否则应承担共同还款责任。 在此，判决书完全没有援引《婚姻法》第 41 条进行分析。

最多见的情形是，判决书虽在判决主文之前一并援引《婚姻法解释（二）》第 24 条和《婚姻法》第 41 条（共 4247 份），但在说理部分同样未援引《婚姻法》第 41 条。例如甘肃省高级人民法院在一份判决书主文之前虽同时援引这两个条文，但在说理部分却只援用《婚姻法解释（二）》第 24 条，认为作为夫妻一方的非举债方，应当对是否存在该第 24 条规定的两种适用例外情形承担举证责任。 此际，《婚姻法》第 41 条实质上仍被排除适用。

由上可见，《婚姻法解释（二）》第 24 条实实在在地取代了《婚姻法》第 41 条，最高院关于该第 24 条的“法官造法”已经直接违反了作为其上位法的《婚姻法》。有法官就此认为以《婚姻法解释（二）》第 24 条架空《婚姻法》第 41 条是“法律适用上的硬伤”。不仅如此，《婚姻法解释（二）》第 24 条也与最高院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）所遵循的个人主义基本观念完全相悖。

家庭在传统上被视为情感和伦理的结合，具有一元性，个体尤其是女性湮没在家庭庞大的身影之下。然而，自启蒙运动以来，个人主义开始勃兴；及至 20 世纪，女性主义革命兴起，男女平等思想逐渐被各国接受，家庭对外的一元性逐渐演变为夫妻意志的二元性。同时，家庭形式的多元化实现了对婚姻神圣性的去魅，个人主义和自由主义的兴盛导致传统婚姻价值观逐渐式微。家庭“与其说是作为一个本身具有价值的制度，毋宁说是一个为每个人个性的充分发展提供机会的制度”。另外，日益深化的社会分工带来了个人社会关系的变化与个体本身的变化，由于国家职能和社会机能的发达与完善，家庭作为生产单位的意义以及家庭的社会功能显著减弱。这些因素共同作用，导致奉行夫妻一体主义的传统婚姻家庭观念逐渐让位于强调个体和个性、平权和自由的现代家庭观念，各国立法也多改采“罗马式之分立主义，以保证夫妻身份及财产各别之独立”。

在这种大背景之下，我国婚姻法也呈现出一些顺应时代潮流的变化，尤其是《婚姻法解释（三）》更是个人主义盛行的典范。赵晓力教授甚至将其痛斥为“个人主义和资本主义对中国家庭的侵入”：“它把‘解释二’开始引入婚姻法的‘谁投资，谁收益’的资本主义原则，从家庭之外的企业注入了家庭之内的房产……更大的愚蠢，是像‘解释三’这样，通过将家庭大宗财产（尤其是房产）界定为出资者所有的方式，彻底抛弃‘夫妻共同财产’这个家产制仅存的法律概念。”

且不论这种批评是否正确，但可得出《婚姻法解释（三）》的确是个人主义主宰下的产物之判断。其第 7 条很突兀地改变了《婚姻法解释（二）》第 22 条第 2 款所规定的“一方父母赠与给该方的财产推定为赠与给夫妻双方”之既有规则，并作出完全相反的推定。

于是，《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定论”与《婚姻法解释（三）》第 7 条“房产各别投资论”之间的深刻裂痕便清晰可见。前者对婚内个人意志直接无视，采“夫妻捆绑主义”，无论债务的数额大小，一律推定为共同债务；后者则将夫妻视为各自独立的个体，为婚内一方父母或双方父母的出资购房设计了清晰的份额计算规则，采取投资者所有的按份共有理念，体现出鲜明的个人主义。若说房产是中国家庭的大宗财产，甚至是很多中国人一辈子的财富，因而不得不计算清楚，那么，很多巨额债务远超一套房产的价值数额，此时，《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定论”的正当性何在？

共同债务的本质在于债务的发生系为了夫妻共同利益，比较法上对于夫妻共同债务的这种本质有广泛共识。对于夫妻一方担任管财人的情形，《德国民法典》第 1438 条规定，非管财方未经管财方同意单方举债时，只有为共同财产之利益所负债务才是共同财产之债务。而对于重大交易，管财方未经另一方同意即缔结者，法律行为无效，债务未发生。对于夫妻双方共同管财的情形，《德国民法典》第 1460 条规定，夫妻一方未经另一方同意单方举债时，只有为夫妻共同财产之利益所负债务才是共同财产之债务。同样地，《法国民法典》第 1416 条规定，所有只为夫妻一方个人利益而发生的债务若被认定为共同债务（并非连带债务），则在共同财产先行清偿债务后，另一方配偶有追偿权。

综上所述，《婚姻法解释（二）》第 24 条以“婚内标准”取代《婚姻法》第 41 条规定的“共同生活标准”，实质上是以司法解释僭越法律；同时，其粗糙的“夫妻捆绑主义”不仅违背夫妻共同债务的本质，而且也与《婚姻法解释（三）》奉行的个人主义背道而驰。

四、实际上几乎无法推翻的“共债推定”缺乏正当性

《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定”规定了两种适用例外情形，即“债权人与债务人明确约定为个人债务”和“债权人知道债务人与其配偶采约定财产制”。《第 10 号答复》事实上又增加了第三种适用例外情形，即非举债方“证明所借债务并非用于夫妻共同生活”。 相关统计数据表明，非举债方几乎无法通过证明属于这些适用例外情形而推翻推定。

表 6 非举债方因举证不能、无法推翻“共债推定”而败诉的判决统计

判决理由	判决数量（份）	相对于共同债务判决数（2 957 份）的占比	相对于判决总数（3 456 份）的占比
B 非举债方未能证明属于《婚姻法解释（二）》第 24 条适用例外情形	1 519	51.37%	43.95%

D 非举债方未能证明举债 未用于夫妻共同生活	1 361	46.03%	39.38%
总数（份）	2 880	97.40%	83.33%

如上表 6 所示，在 2957 份经口头辩论最终认定为共同债务的判决（不计缺席判决）中，有 1519 份的判决理由是“非举债方未能证明属于《婚姻法解释（二）》第 24 条适用例外情形”，占比 51.37%；有 1 361 份的判决理由是“非举债方未能证明举债未用于夫妻共同生活”，占比 46.03%；两者相加，判决总数达 2 880 份，占比高达 97.40%。这表明非举债方被判承担连带责任几乎全因无法推翻“共债推定”。同时，这两类情形占经口头辩论而作出的判决总数（3456 份）的 83.33%。这意味着非举债方因举证不能、无法推翻“共债推定”而败诉的判决比例高达八九成。

由此可见，《婚姻法解释（二）》第 24 条的“共债推定”虽名义上属于“可推翻的推定”，但在实际效果上已接近于“不可推翻的推定”或“法律拟制”。另外，还可从非举债方成功推翻推定的统计数据进一步审视该第 24 条中推定的实际运行情况（见下表 7）。

表 7　非举债方完成证明责任、推翻“共债推定”的判决统计

判决理由	数量（份）	占个人债务判决数（416 份）百分比	占判决总数（4 979 份）百分比
b 无合意、未受益或未用于共同生活	305	73.32%	6.13%
c 感情破裂或分居期间举债	167	40.14%	3.35%
d 数额巨大显超日常共同生活所需或家事代理范围	105	25.24%	2.11%
f 财务稳健无举债必要	63	15.14%	1.27%
g 举债方有吸毒或赌博等恶习	62	14.90%	1.25%
h 借贷双方有特约或债权人明知债务用于个人	32	7.69%	0.64%
i 担保之债	19	4.57%	0.38%
j 侵权之债	2	0.48%	0.04%

如上表 7 所示，在总共 499 份认定为个人债务的判决中，去掉“债务发生于婚前或离婚后”的 83 份判决，共有 416 份判决。其中，作为判决理由的“借贷双方有特约或债权人明知债务用于个人”属于《婚姻法解释（二）》第 24 条规定的两种适用例外情形之一，此类判决达 32 份，占样本总数的比例为 0.64%；属于该第 24 条规定的另外一种适用例外情形的判决数是 0，可见，该第 24 条规定的这一适用例外情形对于非举债方几无实际意义。而“担保之债”不适用该第 24 条，此类判决占比也极低，就此已有最高院民一庭对福建省高级人民法院的明确复函。 另有 2 份判决将“侵权之债”判定为个人债务，不过，无论从理论层面 还是从实务角度 考察，侵权之债都不是被定性为个人债务的充分条件。

综合来看，非举债方推翻“共债推定”基本上属于极少数典型而极端的情形，即能够证明举债方吸毒、赌博或者债务发生于夫妻感情破裂期间，以及数额巨大且对于家庭生活非属必要。 显而易见，《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定”之证明责任对非举债方而言是不可承受之重。诚如夏吟兰教授所言，“这种举证责任对不知情的配偶一方而言过于严苛，几乎是不可能完成的任务。”

诉讼当事人因不能完成客观证明责任的证明而遭受败诉，构成所谓的“客观证明责任判决”，即事实问题不清但仍要对争议作出的裁决。 客观证明责任原本是帮助法官克服真伪不明而设计的制度，客观证明责任判决是法官为了“履行不得逃避审判之义务”而被迫作出的“最后选择”。 但在《婚姻法解释（二）》第 24 条的司法实践中，客观证明责任判决却令人惊讶地被法官作为判案首选甚至是唯一的招数，其所占比例（83.33%）之高令人瞠目，可谓一种畸形和病态。

笔者认为，造成这种困局至少有两个原因。第一个原因是“共债推定论”的证明责任分配不合理。最高院在《建议的答复》中为《婚姻法解释（二）》第 24 条辩称，“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。”这种辩解似是而非。首先，债权人在交易时理应以债务人的财力和信誉作为交易决策基础，而不应着

眼于该人是否有配偶，以及其配偶是否有足够财产。债权人即便无法证明大额系争债务用于债务人的夫妻共同生活，因而其被认定为个人债务，这也是债权人应承受的合理结果，不该将这种证明上的困难悉数转嫁给非举债方。

其次，相对于债权人和举债方而言，非举债方才是借贷合同之外的第三人。如果说债权人很难知道举债方借债后用于何处，那么，非举债方更难知道其配偶是否举债，何时何地因何举债及其数额。这些风险根本不是非举债方所能防控的。

最后，消极性事实的证明原本就更难完成。德国民事诉讼法理论认为，证明某些消极要件是困难的，立法者也尽量避免规定难以证明的消极要件事实，而且这样做似乎已经是潮流。 举例来说，妻子如何证明丈夫个人借入的十万元没有用于夫妻共同生活？唯一无漏洞的做法是“穷尽枚举排除法”，即将丈夫所有的财务支出记录一一呈现。显然，在现实中几乎不可能提供如此完整的直接证据。最高院在《建议的答复》中称，“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。”而相关统计数据表明，最高院在刻意淡化这种证明难度。

第二个原因是我国审判实务部门对于证明责任理论存在认识误区。首先，很多法官将主观证明责任和客观证明责任混为一谈。前者是指一方当事人为了避免败诉而对有争议的事实加以证明的责任，后者则是指事实真伪不明时谁承担不利诉讼后果。客观证明责任是一种法定的、抽象的风险分配形式，在诉讼过程中不存在转移的可能；而在个案中，双方当事人都有具体的主观证明责任，它取决于法官的证明评价，并可在双方当事人之间反复转移。 在相关样本数据中，明确提及“举证责任转移后债权人未能反证”而最终判决系争债务为个人债务的仅有 88 份，占个人债务判决总数（499 份）的 17.64%，占样本总数（4979 份）的 1.77%。结合比例高达八九成的客观证明责任判决可知，审判实务部门很可能未能区分客观证明责任和主观证明责任，对它们各自的功能认识不清。

其次，法院在查明事实和形成心证方面消极懈怠，当为不为。从技术角度视之，若法官已经对事实形成一定的心证，则当事人即使完全不作为，法官也不会依据客观证明责任作出裁决。法官应从各种证明手段、证明标志和情势证明的综合联系中求得心证，竭力克服真伪不明。这既是法官的职权，也是其职责。客观证明责任判决出现的概率大小直接取决于法官形成心证的难易程度，证明程度要求越低，客观证明责任判决的数量就越少，反之亦然。在审判实务中，法官对于非举债方证明程度的要求普遍较高。例如在一起案件中，非举债方已证明举债方多次往返澳门赌博，并提供“户名为被告甘海耀（举债方）的《个人账户交易明细清单》，证明其在拿到贷款后即通过 POS 机在澳门套现”，举债方对此也予以自认，但法院仍认定非举债方举证不能。

显然，很多法官不愿或不敢形成自己的自由心证，而是宁愿作出难度更低的客观证明责任判决。个中原因既可能是审判任务繁重，无暇他顾，也可能是害怕承担风险和责任。对此，有学者批评道：“证明责任分配实际上已部分地成为法官卸责的一个借口，只要当事人不能举证，法官便依证明责任的分配判其败诉，而不愿意花时间精力去发现真实，甚至不顾及案件的具体情况。” “用举证责任作判决是法官不得已而为之，是在穷尽一切发现真实的方法后才采取的措施，如果高频率地使用、过度地使用，就难免会背离通过诉讼发现真实的目的。”

其实，法官在通往克服真伪不明的道路上可采用很多种方法，如不负担证明责任一方的释明义务、证明程度的降低等。 欲改变《婚姻法解释（二）》第 24 条的适用现状，除了从根本上废除“共债推定”外，还可采取以下三点措施：其一，区分主观证明责任与客观证明责任，明确债权人亦有主观证明责任；其二，允许和鼓励法官运用经验法则形成自由心证， 适当降低非举债方的证明标准；其三，尽可能应非举债方的申请或根据法官职权进行调查取证。最高院 2017 年 2 月 28 日下发的《妥善审理的通知》对于前述第二点和第三点改进措施已经有所提及。 但上述要求并非司法解释的一部分，其并未改变该第 24 条“共债推定”的原则性规定；同时，这些要求弹性极大，法官的自由裁量权极其宽泛，作为当事人的非举债方实际上并无可靠的法律手段确保法官严格遵守上述要求。

五、自我割裂的“证明责任内外有别论”

最高院《第 10 号答复》称：“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。”最高院《建议的答复》对这一内容予以重申，此即“证明责任内外有别论”。

事实上，从《婚姻法解释（二）》第 24 条并不能得出“证明责任内外有别论”的解释。故有个别学者主张，若

允许夫妻一方通过举证证明“债务实际未用于夫妻共同生活”来推翻夫妻共同债务推定，则会置善意债权人于不测之风险中，故不宜将此作为除外情形。 这种对非举债方最严苛的立场当然不值一驳。但其至少表明，“证明责任内外有别论”实质上是最高院通过上述两个“答复”对该第 24 条进行了法律续造，其理论上有利于非举债方，值得肯定。但这种针对同一事实、仅因诉讼当事人不同就人为地作相反的证明责任分配之立场本身即存在自我割裂的严重缺陷。

第一，违背形式逻辑上的同一律。婚内一方以个人名义举债，必然都涉及债权人，故“证明责任内外有别论”针对同一生活事实实际上却给出了两种可能的法律真实（诉讼结果）。

第二，导致不可调和的裁判冲突。假设先有“内部诉讼”，举债方无法证明系争债务用于夫妻共同生活，则非举债方依据该理论“不承担偿还责任”。之后，若债权人起诉债务人配偶双方，非举债方无法证明系争债务并非用于夫妻共同生活，则后者依据该理论又必须承担连带清偿责任。于是，对于同一笔债务，在先后发生的内外两个诉讼中，若举债方和非举债方均无法完成证明责任（完全有此可能），则将出现相互冲突的矛盾判决。

第三，诱使举债方怂恿债权人起诉，使得该理论前半段对非举债方有利的证明责任分配形同具文。基于趋利避害的本能，举债方在离婚债务分割诉讼之前或同时，为避免败诉，必然会撺掇债权人另行起诉。即便是非法债务、恶意债务，举债方也会采用此法尽可能减轻自己的负担。债权人为最大程度地实现自身债权，也有动力及时起诉债务人夫妻双方。因此，“证明责任内外有别论”对非举债方看似有利有弊，但其实非举债方易受其害，难享其利。

第四，绝大部分的夫妻共同债务纠纷均系债权人起诉债务人夫妻，夫妻内部就债务性质成讼的数量较少。截至 2017 年 2 月 20 日，在“中国裁判文书网”以关键词“《中华人民共和国婚姻法》第四十一条”+“离婚”进行“全文检索”，仅得 15 597 份裁判文书，而以关键词“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”进行“全文检索”，则有裁判文书 344 294 份；内外债务纠纷数量百分比分别为 4.53%和 95.47%。可见，在因婚内单方举债所致诉讼中，绝大多数均涉及外部债权人。这也可从相关统计数据的角度证实上一点理论推演，即“证明责任内外有别论”仅后半段有意义，前半段止于修辞。

第五，审判实践中还存在一种并不罕见的做法，即在夫妻离婚诉讼中，对涉及夫妻共同债务的争议直接不予审理，告知当事人另行诉讼解决， 此举实际上剥夺了非举债方基于“证明责任内外有别论”所享有的举证利益。

第六，证明责任分配的逻辑存在问题。“证明责任内外有别论”针对同一个生活事件，仅仅根据非举债方配偶是作为原告还是作为被告，是被其配偶起诉还是被债权人起诉，就作出迥然不同的证明责任分配，这种思维过于简陋，欠缺理性和逻辑。

表 8　客观证明责任分配总表（有效样本 4 758 份）

证明方	非举债方	举债方	配偶双方	债权人
数量（份）	3 975	143	556	84
百分比	83.54%	3.01%	11.69%	1.77%

如上表 8 所示，在总共 4979 份判决中，有 159 份因举债方及其配偶有举债合意，法院直接认定其为共同债务，故不涉及证明责任分配问题，另有 62 份判决的裁判结论为“部分共同债务、部分个人债务”，予以扣除后剩余有效样本 4758 份。其中，有 3975 份判决遵循“证明责任内外有别论”，将证明责任分配给非举债方的占 83.54%，将其分配给举债方、债权人或债务人配偶双方的共占 16.47%。

表 9　客观证明责任分配细表（有效样本 4 758 份）

债务类型	共同债务判决（4 259 份）				个人债务判决（499 份）			
证明方	非举债方	举债方	配偶双方	债权人	非举债方	举债方	配偶双方	债权人
数量（份）	3 625	37	545	52	350〔52〕	106	11	32
百分比	85.11%	0.87%	12.80%	1.22%	70.14%	21.24%	2.20%	6.41%

如前表 9 所示，在共同债务判决中，令非举债方承担证明责任者数量最多，占比 85.11%，令举债方承担证明责任者数量最少，占比 0.87%；在个人债务判决中，仍然是令非举债方承担证明责任者数量最多，占比 70.14%，但令举债方承担证明责任者数量高居次席，占比 21.24%。

由上可知，法院迫于《婚姻法解释（二）》第 24 条的拘束力，不得不在大部分案件中适用“证明责任内外有别

论”，但出于对证明责任合理分配的坚持，也在少量案件中作出不同的证明责任分配。

关于民事证明责任的分配，我国通说采罗森贝克的规范说，即原告只须对所谓的权利产生的事实加以证明，而被告则只须对权利妨碍和权利消灭的事实加以证明。此项法则也体现于最高院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》 第 90 条第 1 款和第 91 条。据此，依据《婚姻法》 第 41 条，当举债方要求非举债方承担连带清偿责任时，应由举债方就系争债务“原为夫妻共同生活所负”的事实承担证明责任；当债权人欲令非举债方对举债方所负债务承担连带清偿责任时，也应就此事实承担证明责任。持相同见解者认为，债权人作为原告，以夫妻双方作为共同被告主张权利时，如果举债方不能证明其举债用于夫妻共同生活时，债权人也不能举证证明其借款属于夫妻共同债务，非举债方不承担连带偿还责任。 “婚内一方对外借款的性质判定，不能机械适用第 24 条，对借款用途的事实应根据举证责任分配原则确定，一般应由举债方承担举证责任，由债权人承担替补举证责任。”

事实上，从风险防控和事实远近角度而言，由举债方和债权人就系争债务为前者夫妻共同生活所负而举证证明，此乃最佳设定方案。“《德国民法典》通常要求能对特殊的个人情况提供最好答复之人承担证明责任。这尤其表现在重视当事人的特殊利益时，或在当事人的财产关系起决定性作用时。” 举债方和债权人决定了相关债务的发生，若举债方或/和债权人对于超出夫妻日常生活所需的债务要求非举债方承担连带清偿责任，对于这种特殊的情况，前者可以提供“最好的答复”，由其承担证明责任显然更合理。另外，从待证事实积极性、消极性等角度考虑，也可得出相同结论。在德国法上，主张夫妻单方举债属于家事代理范围并要求另一方配偶承担连带责任的人，应证明债务的发生系为了“适当”满足家庭生活所需。 对于非管财方未经另一方同意单独缔结之债，主张此债务为夫妻共同债务的债权人应承担证明责任。 在夫妻共同管财时，对于一方擅自缔结之债，同样应由主张夫妻负连带责任的债权人承担证明责任。

六、不应承担的“假离婚、真逃债”防范使命

最高院审判委员会专委杜万华大法官 2016 年 3 月在阐述《婚姻法解释（二）》第 24 条的制定理由时称，“2003 年在制定婚姻法解释（二）时，出现一个情况，夫妻双方联合对付债权人，以作假的方式通过离婚将财产转移到一方，借以逃避债务。根据这个情况当时反复讨论，婚姻法解释（二）第 24 条在把握度的程度上争论了很长时间。确定第 24 条的表述之后，夫妻双方恶意对付债权人的现象得到遏制。”最高院在《建议的答复》中为该第 24 条辩解时亦称，“实践中不仅存在夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间举债给其配偶造成损害的情况，也存在夫妻合谋以离婚为手段，将共同财产分配给一方，将债务分给另一方，借以达到逃避债务、损害债权人利益目的的情形。”

可见，在最高院看来，《婚姻法解释（二）》第 24 条的一个重要的正当性依据是打击“假离婚、真逃债”行为。笔者认为，利用该第 24 条解决“假离婚、真逃债”问题，是用极端错误的手段取得少许正面效果，与此同时却带来其他更严重的负面效果。“假离婚、真逃债”的通常做法是，举债方通过离婚协议书或法院作出的生效裁判文书将夫妻共同财产甚至其个人财产悉数转移给另一方配偶。假如系争债务被判为举债方个人债务，则债权人将因举债方名下无任何财产而无法实现其债权；倘若将系争债务定性为夫妻共同债务，则债权人债权的实现可获得最充分的保障。表面上看，“共债推定”确有防范“假离婚、真逃债”之功效，但这种逻辑存在诸多硬伤，分述如下。

首先，为何要无条件地保障债权人债权的实现？此项前提条件其实并不成立。任何交易都有正常的市场风险，每个交易者都应承受此类风险。也正因为市场交易有风险，旨在降低交易风险的担保制度才有意义。但“共债推定”却完全抛弃这一市场经济基本法则，将债务人的配偶无条件地作为债务人的连带保证人，而不论债务数额的大小。这种逻辑显然大有问题。对于无视风险而有过错的债权人，以及非法之债或恶意之债的债权人，不值得或不值得以牺牲债务人无辜配偶利益的方式进行保护。

其次，若债务并非为夫妻共同生活而发生且被认定为举债方个人债务，而举债方通过离婚财产分割协议或相关裁判文书将其财产恶意转移给非举债方以逃避债务，则此时可以依据《合同法》第 74 条（至少是类推）适用债权保全制度中的撤销权。试想举债方不是通过离婚财产分割协议将财产转移给非举债方，而是（通过或不通过离婚财产分割协议）无偿将自己的财产转移给其子女，债权人还须行使撤销权保护自身的债权。两种场合的差别仅在于，通过“假离婚”转移财产无非是有离婚财产分割的外在形式。但在应然层面，无法定事由时，夫妻财产分割应大体相当，当夫妻共同财产分割严重不成比例甚至举债方“净身出户”时，适用撤销权制度保护债权人的利益具有充分的正当性，而不应通过创立数额不受限的“共债推定”打击“假离婚、真逃债”。

再次，即便司法解释欲通过“共债推定”打击“利用离婚转移财产”的行为，也不能规定夫妻双方对被认定的

“共同债务”承担无限连带责任。“即便夫妻双方约定将共同财产全部分给非债务人一方，后者也仅应以其所（多）接收的夫妻共同财产为限承担连带责任，而不应承担无限的连带责任。” 有学者认为，至少对于经营性负债，即便是夫妻共同债务，非举债方的责任也仅以夫妻共同财产为限，而不应承担无限连带责任。法国法明确区分夫妻连带债务和共同债务的做法也体现了非举债方之个人责任应受到严格限制的理念：只有为维持日常家庭生活需要而发生的债才是连带债务，对于共同债务仅以共同财产清偿，非举债方不以个人财产承担责任。

最后，《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定”带来的最大恶果是近年来恶意债务、非法债务以及虚假债务井喷式剧增，严重损害非举债方的利益。恶意债务指的是举债人通过举债获得财产并将其转移，而将债务留给非举债的一方配偶。非法债务指的是赌债或为毒资、嫖资而举债。虚假债务则是指虚构的根本未发生的债。

杜万华大法官针对“一些妇女反映没有证据证明丈夫所借债务是恶意债务、非法债务或虚假债务”的问题回应道：“债务关系存在和合法性的证明责任在债权人，若配偶一方与债权人恶意串通，非举债方配偶完全可以根据民间借贷司法解释第 19 条关于判定虚假诉讼的十项规定，要求对方证明债权存在并具有合法性。” 但事实上，此方案几乎不具有实用性。具体而言，第一，债权人极易证明债权债务关系的存在及其合法性。恶意串通的双方只要提交借条或合同，再加上一次与系争债务无关的其他交易上的银行流水记录即可。第二，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷司法解释》）第 19 条只适用于民间借贷场合，对于以买卖或者租赁等名义发生的其他合意债务无法适用。第三，它针对的是法院和法官，要求法官在遇到《民间借贷司法解释》第 19 条所列举情形（如出借人明显不具备借贷能力、借贷事实和理由明显不符合常理等）时，应主动查明相关细节，至于法官是否执行以及做到何种程度，非举债方无可置喙，亦即该第 19 条并未为虚假债务的受害人提供任何有效救济手段。 第四，相关统计数据表明，自《民间借贷司法解释》于 2015 年 9 月 1 日施行以来，适用其第 19 条的夫妻共同债务纠纷案件极其罕见，非举债方能成功证明举债方与第三人虚构夫妻共同债务的案件更是屈指可数。

表 10　夫妻共同债务案件援用《民间借贷司法解释》第 19 条的判决情况

虚假债务/ 虚假诉讼（83 份）	指控成功：19 份（22.89%）	个人债务（举债方自认）〔67〕	7 份	8.43%
		债务不存在	12 份	14.46%
	指控失败：64 份（77.11%）	共同债务	52 份	62.65%
		个人债务	12 份	14.46%

如上表 10 所示，在“中国裁判文书网”以“《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》第十九条”为检索关键词，以“2015 年 9 月 1 日至 2017 年 2 月 20 日”为检索期间，共得判决 821 份，检索词再加上“夫妻共同债务”，共得判决 94 份，除去重复判决书 11 份，实际的有效样本为 83 份。其中，非举债方指控虚假债务成功的仅有 19 份，这与 2015 年之后每年动辄数万件的夫妻共同债务纠纷总数相比，可以忽略不计。虚假债务、虚假诉讼被戳穿的困难程度由此可见一斑，也难怪《刑法修正案（九）》为此专门增设新罪名。

从这一角度而言，《婚姻法解释（二）》第 24 条新增第 2 款和第 3 款几乎没有任何实际意义。因为无论是虚假债务还是非法债务，依据原先的规定，原本就不可能得到法律保护。问题的关键不在于要不要保护虚假债务和非法债务，而在于非举债方难以证明对方配偶与第三人之间的债务是虚假债务或非法债务。该第 24 条新增的两款规定对于此问题的解决并无任何助益。

七、结论及制度改革方向

夫妻一方婚内以个人名义举债本为人类生活典型样态，各国民法对此均有相关规范，在维持债权人和非举债方利益平衡方面，虽手段各异，但旨趣相同。简单、粗暴且偏颇如我国《婚姻法解释（二）》第 24 条者却是世所未见。综合前文论述，笔者认为该第 24 条理当废除，理由体现在以下五个方面。首先，日常家事代理规则仅适用于满足夫妻日常生活所需的举债，根本无法支撑没有任何数额限制和目的限制的该第 24 条“共债推定”。其次，该第 24 条使债务性质完全取决于其是否发生于婚姻持续期间，此“婚内标准”架空并取代了《婚姻法》第 41 条规定的“共同生活标准”，有违夫妻共同债务的本质，婚内举债与夫妻共同利益之间无任何必然联系。第三，该第 24 条“共债推定”在实践中几乎无法推翻，导致高达八九成的相关案件被认定为夫妻共同债务纠纷。根本原因在于此“共债推定”所设定的证明责任分配欠缺正当性与合理性，同时也因审判机关对于证明责任理论存在误解以及怠于查明事

实所致。第四，由该第 24 条所衍生的“证明责任内外有别论”对同一生活事实或给出两种不同的法律真实，不仅违背同一律，也会导致裁判冲突。此立场还会对举债方产生负面激励，促使其撺掇债权人起诉，从而令非举债方易受其害，难享其利。最后，打击“假离婚、真逃债”不能成为该第 24 条的正当理由，其无条件保障债权人债权实现的前提不成立，且此等手段过于极端，负面效果惊人，导致大量恶意债务、非法债务以及虚假债务滋生，严重损害非举债方的利益。同时，《民间借贷司法解释》第 19 条也无法成为非举债方应对虚假夫妻共同债务的有效武器。

夫妻共同债务的认定是婚姻法与合同法乃至物权法交叉领域的重点问题，对此不能单独在婚姻法内强行造法，径自以“一刀切”的简单思维予以解决，相反，应回归相关民法基本原理。具体规则可以繁复、细致，但核心内容不外乎以下几个方面。

其一，应将“共债推定”限于日常家庭生活所需范围之内，除非债权人存在合理信赖。这是出于在便利家庭生活、尊重个人意思自治以及保护交易安全三者之间保持平衡的需要。日常家事代理既是法定代理，本质上也是一种默示代理，所代理的行为应符合推定得出的本人意志，且在客观上或法律上应有利于本人，无条件符合这两项要求的只能是“满足日常夫妻共同生活所需的交易”。将“共债推定”限定于日常家事代理（含表见家事代理）的范围，是国内学界和实务界的主流见解，同时也是比较法上的共识。

其二，超出前述范围的婚内举债，原则上应取得夫妻双方的一致同意，所谓“共债共签”也不过是“重大交易应取得其他共有人同意”之民法基本原则的必然要求。我国《物权法》第 97 条与第 76 条均规定，关于共有的重大事务之决定应经绝对多数的共有人同意才具有合法效力。另外，《公司法》第 43 条、第 103 条、第 121 条均对不同类型公司重大事务的决定规定了同样的要件。这些规定虽适用领域不同，但基本原理完全相同，即在（广义）共有场合下，关涉共同体利益的一切重大事项均应经绝大多数共有人（按份共有）或全体共有人（共同共有）同意方可实施。这是私法上共有制度的一般原理，其源于所有权绝对和权利人意思自治。《婚姻法解释（一）》第 17 条将《婚姻法》第 17 条第 2 款中“平等的处理权”之规定进一步解释为夫或妻非因日常共同生活需要对夫妻共同财产作重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。虽然该条在文义上仅限于“对夫妻共同财产作重要处理决定”，但从交易同等重要性上考量，它当然也包括对夫妻共同财产有重大影响的其他重要事项，如大额借贷、大额担保等。

其三，当存在重大事由（如情况紧急等）时，一方配偶可不经另一方同意而为夫妻共同利益举债，此债务亦为夫妻共同债务，但应由举债方和债权人承担证明责任。这可称为配偶一方的紧急举债权。紧急举债权是对“日常家事代理范围之外的债务须经夫妻双方一致同意方可成立”这项原则的例外和必要补充。因为在某些场合下，一方配偶需要及时举债（如为自己或子女治病），但又无法及时取得另一方配偶的同意（如其丧失行为能力或出国等），或者另一方明确表示不同意，此时赋予前者在一定范围内的紧急举债权，有助于缓解弱势一方配偶的举债困难，实现配偶双方的利益平衡。紧急举债权本质上源于夫妻任何一方对夫妻财产享有的共同所有权，以及夫妻双方的相互扶助义务。我国《婚姻法解释（三）》第 4 条 实际上也是基于共同共有的一般原理，规定在存在重大事由时夫妻一方不经他方同意即可实施相关财产行为。《德国民法典》第 1430 条（代替管理人给予同意）对紧急举债权作出明文规定，管财方无充足理由拒绝对某项法律行为给予同意，而另一方为其个人事务的通常处理须实施该项法律行为，监护法院可以根据后者的申请代为同意。 该条的立法目的是给予非管财方一种可能性，即能逆管财方的意志而实施某种法律行为，只要该行为对于前者的利益保护而言是必需的；其中的“个人事务”不仅包括财产方面的事务，而且也包括人身方面的事务，即一切能够影响其人身权地位或其个人生活方式的事务。 从另外一个角度而言，夫妻一方的身体健康亦属夫妻共同利益，一方为此原因单独举债，也不违反另一方可推得的意思，或者在法律上亦符合另一方利益，因此，夫妻一方的紧急举债权亦可归入家事代理的调整范围。法国法即是作如此处理：配偶一方的医疗费、子女的教育费和医疗费等直接被认为属于日常家事代理范畴，相关债务一律为连带债务（而不仅仅是共同债务），这些债务的发生均无需另一方配偶的同意。

另外，对于经营性债务、侵权之债等特殊债务，可根据举债意志和共同利益这两项基本标准设计更具体的甄别细则。当然，在系争债务为个人债务的场合，针对“假离婚、真逃债”行为，债权人可以行使债权保全之撤销权予以应对，立法也可对此进一步予以明确。

综上所述，婚姻和家庭是一种生活秩序，法律须提供相应的制度保障， 不能反其道而行之，使其成为一种令人恐惧的风险发生器。《婚姻法解释（二）》第 24 条的规定具有鲜明的短期政策性和工具性色彩，致使人人自危，对当前婚姻家庭秩序已然造成巨大的冲击和破坏。因《婚姻法解释（二）》第 24 条“共债推定”存在根本性谬误，

欠缺实益的“小修小补”无济于事，故回归《婚姻法》第 41 条的基本立场并对其予以细化和完善已经刻不容缓。最高院在《建议的答复》中称，“待条件成熟时，我们将就夫妻共同债务问题制定新的司法解释，为更好地保护婚姻案件中各方当事人的合法权益提供依据。”但是依照目前的发案率，《婚姻法解释（二）》第 24 条多存在一日，深受其害的债务人配偶的数量不知要新增几何。所谓去就有序，变化有时，倘若说该第 24 条曾担负过什么历史使命的话，现今也早已世易时移，最高院应因时制宜，立即废除该第 24 条。

完善我国未成年人法律体系研究

2017-07-05　学报编辑部　宋英辉　苑宁宁

摘要：域外的发展历程表明，构建未成年人法律体系是历史的必然，国家亲权和儿童人权是理论基础，儿童最大利益是核心原则，保护制度、福利制度和司法制度是三项基础性制度，专门立法是主要形式。我国应当合理借鉴域外经验，吸收其中规律性、普遍性的做法，立足未成年人保护和犯罪预防的现实情况，进一步完善以《宪法》为根本依据,以《未成年人保护法》为统领，以未成年人单行立法为核心支柱，以部门法中未成年人的特殊章节或条款为重要来源，以行政法规、部门规章、司法解释、地方法规等规范性法律文件为细化配套规定的未成年人法律体系。

关键词：儿童最大利益　　专门立法　　未成年人法律体系　　少年司法　　临界预防

宋英辉，北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师；苑宁宁，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

*在我国，儿童和未成年人均指未满十八周岁的自然人，所以本文儿童和未成年人两个术语不做区分，根据用语习惯，交替使用。

一、域外未成年人法律制度的发展情况与主要特征

19 世纪开始，美国的进步主义者一直在主张，儿童在情感与智力上不同于成人，对儿童犯罪需要不同的司法标准和司法程序。在此推动下，1899 年美国伊利诺伊州出台了《少年法庭法》，在芝加哥成立了世界上第一个少年法庭。这一事件具有里程碑意义，不仅开创了近现代少年司法的先河，而且其所坚持的分离原则也逐渐为世人所接受，即儿童是一个有着鲜明差异、特殊需求而需要区别对待的独立群体。[1] 自此，美国各州和英联邦各国等其他国家相继效仿立法，建立少年法庭，包括未成年人保护以及福利制度在内的专门立法逐渐形成一股世界潮流。[2]

时至今日，国际社会就儿童权利达成普遍共识，缔结了《儿童权利公约》等多个有影响力的国际协定，许多国家在其影响下针对未成年人形成了一套相对独立与完备的法律制度。归纳起来，呈现以下共同特征：

（一）国家亲权和儿童人权是未成年人法律制度的理论基础

国家亲权主义起源于中世纪的英国，由其衍生的一项重要制度是通过司法干预和补充自然亲权，具体表现为衡平法院代表国家来保护和照管“身心发生障碍孤苦无依之儿童”[3]，或者充当代理父母履行监护职责，或者指定或监督监护人履行职责。后来传至美国，适用范围不断扩大，延伸至保护儿童不受虐待、疏忽或不遭受苛刻的成人刑事司法体系，特别是以此为基础建立了独立的少年司法制度，影响深远。[4] 可见，就儿童群体来说，国家亲权意味着国家是未成年人最高和最后的监护人，得以父母般角色依儿童最大利益原则便宜行事。一方面，未成年人得不到父母适当的保护和顾管时，国家可以超越父母的亲权，采取适当的措施进行强制干预和保护，必要时由国家代为监护；另一方面，国家为儿童的利益积极行事，促进儿童福利事业，保障他们的教育、医疗、就业等权益，避免特殊儿童陷入困境。[5] 为此，正如联合国《儿童权利公约》中多处提及，缔约国应采取立法在内的一切措施，确保儿童享有其幸福所必需的保护和照料。

在很长一段时期内，儿童被看作父亲的私产，依附于家庭，没有独立的人格，不是拥有权利的主体。[6] 伴随着西方启蒙运动的发展，儿童开始逐渐被看作应该受到尊重的生命个体，但在法律上并未将其视为独立群体而作区别对待。[7] 工业革命之后，社会出现各种棘手问题，包括滥用童工、贫困儿童状况堪忧、破碎家庭导致大量儿童无家可归、儿童犯罪攀升，等等。 [8] 19 世纪开始，儿童天生善良的声音越来越强烈，美国首先发起了拯救儿童运动，后发展波及欧洲，人们逐渐认识并接受儿童是需要保护的脆弱群体，这促生了近代儿童福利制度，涉及孤儿院以及分离机构的建设、义务教育和学校的发展、母亲津贴、儿童健康等内容。[9] 可以说，“西洋在 16 世纪发现了人，18 世纪发现了妇女，19 世纪发现了儿童。”[10] 20 世纪初，随着科学、医学、教育、社会工作等方面的进步，人们逐渐认识到儿童不仅仅是被保护的对象，而且是与成年人一样的权利主体，他们是社会的未来，国家应当提升保障能力。

第一次世界大战后，救助儿童国际联盟于 1924 年首次提出了“儿童权利”这个国际性概念，并倡导草拟了日内瓦《儿童权利宣言》。二战后，越来越多关于人权的国际文件也关照到了儿童，特别是“国际人权宪章”[11] 进一步确立了儿童在法律上的地位和权利。在 1959 年《儿童权利宣言》的基础上，1989 年联合国出台了被誉为“儿童权利大宪章”的《儿童权利公约》，儿童权利得以全面发展。[12] 如公约所提及，儿童因身心尚未成熟，在其出生以前和以后均需要特殊的保护和照料，包括法律上的适当保护，缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利。

由上可见，未成年人立法的发展是国家亲权主义和儿童人权理论不断完善并且付诸实践的过程，二者共同构成了未成年人法律制度存在的理论基础。

（二）儿童最大利益[13] 是未成年人法律制度的核心原则

据考证，儿童最大利益的提法最早出现于 18 世纪末，起源于英美法系收养制度，后来发展成为美国家事法律制度以及少年司法制度中的一项基本原则。[14] 随着儿童权利的发展，这一原则的影响不断扩大，逐渐被有关国际文件所认可。[15] 1989 年，联合国大会通过了对加入国具有法律约束力的国际性约定《儿童权利公约》，确立的四项基本原则即包括儿童最大利益原则。[16]

目前，许多国家在自己的国内法中也都确立或体现了这一原则，比如：英国 1989 年的《儿童法》第 1 条就规定了儿童利益的相关事项，并就如何保障最大利益规定了具体的判断标准。美国 1973 年制定的《美国统一结婚离婚法》第 402 条对儿童最大利益原则在法院的具体适用作出了规定，要求法官在判决时必须考虑相关因素。法国《民法典》第 375（1）条规定，法官裁判涉及处于危境状态的儿童时，必须严格依据儿童利益行事。[17] 德国法律制度将实现儿童最大利益作为一项指导原则，父母履行监护责任和国家保护未成年人都应当遵守。[18] 挪威 1986 年的《收养法》第 2 条明确规定，只有在能够推动收养是有利于儿童的最大利益的情况下才可以发布收容命令，等等。

可见，儿童最大利益原则已经成为处理儿童相关事务所遵守的准则。作为一项原则，规定起来可能相对容易，但如何理解其深意则是一个更为复杂的问题。从实践来看，如何判定“儿童最大利益”并没有明确的标准，主要交由法官进行解释。[19] 因此，在不同地区和不同文化背景下，“最大利益”的具体内容必然有所差异。[20]

（三）保护制度、福利制度与司法制度是未成年人法律制度的三项基础性制度

《儿童权利公约》为缔约国儿童的生存、保护与发展制定了一套全面的国际法准则。自批准加入后，有关国家在各自国内法框架下积极履行公约义务，通过修法或制定新法，来保障儿童的公民权利与自由、家庭环境与替代养育、健康服务与福利供给、教育与娱乐文化活动及特殊处遇（涉法儿童、未成年难民、外籍儿童等）等。[21] 纵览多数缔约国关于未成年人的立法，有一些规定是普遍存在或非常类似的，其大致可以归为三类：保护制度、福利制度和司法制度。

保护制度，旨在保护未成年人免受不良因素或环境的身心摧残、伤害或凌辱，虐待或剥削等。诸多国家禁止未成年人吸烟与饮酒，明确从事特定行业的年龄和雇佣童工的条件，出台影视和游戏分级制度，推行儿童上网绿色软件，防控性侵儿童措施，等等。

福利制度，是指促进儿童生理、心理及社会潜能最佳发展的各种措施和服务，其中当然包括对孤儿、残疾儿童、流浪儿、被遗弃的儿童、被虐待或被忽视的儿童、家庭破碎的儿童等弱势儿童的照顾与救助。多数国家制定了儿童福利法、母婴保健法、津贴法、家庭教育法、学校教育法，等等。

司法制度，是指对未成年人罪错行为进行干预与矫治，解决其心理行为偏常，帮助问题未成年人回归社会的制度。目前，大多数国家都发展了独立的未成年人司法体系，有的还制定了少年法院法、少年刑法等，对未成年人的犯罪行为采取特殊的处遇措施。

（四）种类繁多的专门立法是构成未成年人法律体系的主要形式

作为世界上未成年人立法较早的大陆法系国家之一，德国的未成年人法律制度体系十分健全完整，除《民法典》、《基本法》、《社会法典》等法律中涉及未成年人的规定外，还包括诸多专门立法，比如《改革儿童权利法》、《抚养费预支法》、《非婚生子女平等继承法》、《收养介绍法》、《儿童宗教教育法》、《少年劳动保护法》、《儿童与少年救助法》、《少年保护法》、《少年媒体保护国家合同》、《少年法院法》、《少年刑罚执行规定法》等。[22]

虽然是判例法国家，但英国关于儿童的成文法也相当完备，包括《1989 年儿童法》、《1991 年刑事司法法》、《1998 年刑事犯罪与扰乱治安法》、《1999 年儿童保护法》、《1996 年教育法》、《1996 年家庭法》、《1997 年没收（少年）酒

类法》、《1998 年学校标准与架构法》、《2000 年（少年）酒类专卖法》、《2001 年特殊教育需求和残障法》、《2003 年反社会行为法》、《2003 年性犯罪法》、《2004 年儿童法》等。[23]

日本是亚洲国家中较早针对儿童立法的国家，从《宪法》的规定到专门立法，内容相当完备，涵盖了未成年人从出生到成年期间的各个阶段。日本的《宪法》对未成年人的人格以及家庭中的地位、受教育的权利、儿童福利以及涉罪未成年人的特殊处遇作出了总领性规定。以此为基础，日本在《民法》、《户籍法》等法律中作出保护未成年人规定的同时，还颁布了一系列未成年人专门立法，包括《儿童福利法》、《母子保健法》、《儿童津贴法》、《儿童抚养津贴法》、《少子化社会对策基本法》、《培育下一代支援对策促进法》、《预防儿童虐待等的法律》、《学校教育法》、《促进儿童的读书活动法》、《未成年人吸烟禁止法》、《未成年人饮酒禁止法》、《年幼者劳动基准规则》、《关于规制使用网络介绍异性业务诱引儿童等行为的法律》、《有关处罚儿童性交易、儿童色情等行为及保护儿童等的法律》、《少年法》、《少年院法》、《少年警察活动规则》等等。[24]

由上可见，针对未成年人专门性的立法已经成为未成年人法律制度的主要载体。当然，由于未成年人成长涉及政府管理和社会生活的各个方面，所以，在其他基本法律制度中涉及未成年人的规定同样不容忽视。不过，随着未成年人保护领域的不断扩大，在具备必要性和可能性的情况下，与成年人法律制度适当分离，进行单独立法，既可以保障法律具有可操作性，又能最大程度保障儿童最大利益原则一以贯之。

域外的发展历程与经验说明，构建未成年人法律体系是人类社会进步和文明发展的必然。至于为什么以及如何构建科学合理的未成年人法律体系，不仅形成了普遍的国际共识，而且不同国家的具体制度发展也越来越趋同。这为我国进一步完善未成年人法律体系提供了有益的参考。

二、我国未成年人法律体系的现状及问题

改革开放以来，我国加强社会主义法治建设，未成年人保护的法律基础不断夯实，为维护未成年人合法权益、促进未成年人健康成长提供了坚实的法律保障。我国已经初步形成了以《宪法》为基础，以《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》为核心，以相关法律、行政法规、司法解释、部门规章、地方性法规为配套和补充的未成年人法律框架。

我国《宪法》规定，国家尊重和保障人权，儿童受国家的保护，禁止虐待儿童，国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。这些规定是我国开展未成年人工作的根本依据，主要包括两层意思：一是作为公民，未成年人享有宪法和法律规定的权利，即儿童人权；二是作为特殊群体，未成年人应当受到特殊保护，国家应当发展加强儿童福利，即国家亲权。为此，我国制定了《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》、《义务教育法》和《收养法》四部关于未成年人的专门立法。同时，《民法总则》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《母婴保健法》、《婚姻法》等 30 余部法律在相关篇章或条目中对未成年人事宜作出了规定。国务院依法制定出台了相关的行政法规，或者在行政法规相关条款中就未成年人保护特定内容进行了规定。最高检、最高法以及国务院相关部门结合实际需要依法出台了大量司法解释或部门规章等规范性法律文件。在地方立法层面，全国大多数省以及部分具有立法权限的地市依照上位法制定了地方性法规，结合地方实际情况就未成年人保护作出了更加细致、具体的规定。

实践证明，未成年人保护相关法律法规的制定和实施在增强全社会未成年人保护意识、保护未成年人合法权益、促进未成年人健康成长等方面发挥了积极而又重要的作用。与此同时，在全面推进依法治国的新进程中，这一法律体系也日益暴露了一些与经济社会发展不相适应、无法完全满足现实需要的问题，工作中出现了一些无法可依、于法无据、难以执行的现象。总结起来，主要表现为：

第一，部分法律之间不尽协调统一。许多涉及未成年人的重要法律规定分散在部门法中，主要依附于成年人本位的条款，没有考虑到或完全体现未成年人的身心特点。另外，这些错落无序的规定大都是自为一体，缺乏统领、衔接和配合，内在理念与逻辑也不尽统一，有的不符合或者在理解适用时没有遵循未成年人保护法所确立的理念与原则，出现了一些不相协调甚至彼此冲突的现象。比如，我国《刑法修正案（八）》规定了免除前科报告义务，《刑事诉讼法》第 275　条确立了未成年人犯罪记录封存制度。但由于许多法律规定的就业资格有限制、刑事案件一律公开宣判等，导致这一制度难以发挥预期作用，犯罪记录依然是涉罪未成年人回归社会的一大障碍。

第二，一些重要原则、制度和规定不健全甚至缺失。限于上世纪 90 年代的社会经济发展水平和当时的立法理念与技术，《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》存在一定疏漏。加之经过二十多年的发展，未成年人保护领域出现了许多新情况、新问题，一些重要法律原则、制度和规定不健全甚至缺失的问题日益突出。归纳起来主

要有：（1）没有确立儿童最大利益原则，导致执法过程中理念滞后，理解出现偏差，许多措施落实不到位，效果甚至适得其反。（2）对于存在监护侵害、监护缺失与监护无力的困境儿童，国家监护制度缺失，家庭监护缺乏有效的监督干预措施。（3）对于未达刑事责任年龄未成年人实施的严重危害行为，没有有效的处置干预措施，客观上造成法外盲区。（4）未成年人福利制度不健全，使未成年人的基本权利很难得到有效的法律保障。

第三，许多规定可操作性不强。《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》的许多规定过于原则，缺乏刚性，多为宣示性、倡导性规范，难以作为判案的依据或者执法的援引条文。另外，由于实体法和程序法没有完全匹配，缺乏明确的罚则和健全的配套措施，导致许多规定被虚置，没有得到执行与落实。比如，《未成年人保护法》规定了共同责任、领导与协调责任、各部门责任、协助责任，[25] 但对政府如何承担职责缺乏明确、细化的规定，导致相关部门职责不清、边界模糊、责任稀释。又比如，父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责，没有指定委托监护人的，父母应当承担怎样的责任等，《未成年人保护法》的相关条款并没有指明，造成缺乏实质性的约束力。

三、完善我国未成年人法律体系的基本思路与路径选择

法律是治国之重器，良法是善治之前提。要进一步完善我国未成年人法律体系，必须抓住提高立法质量这个关键，坚持立改废释并举，处理好未成年人法律与成年人法律的关系、未成年人专门立法与其他部门法的关系、我国国情与国际条约的关系，增强我国未成年人法律法规的及时性、系统性、针对性、有效性。具体思路如下：

第一，坚持实用性。法律的生命力在于实施。要保障法律能有用、有效，必须立足解决问题和回应现实需要。完善我国的未成年人法律体系，一方面要从解决未成年人保护与犯罪预防面临的突出问题出发，细化有关规定、增强可操作性，保障权利义务责任相一致、实体与程序相匹配。另一方面要及时总结实践经验，将一些地方探索的可复制可推广的做法及时上升为立法。

第二，增强全面性。未成年人保护工作具有很强的综合性，涉及家庭、社区、学校、政府、司法机关以及社会等多个方面，涵盖教育、医疗卫生、食药安全、社会治安、劳动就业等多个领域。如果其中一个环节存在短板，彼此衔接不畅，或者存在漏洞，未成年人保护的整体水平肯定就会大受限制，出现“木桶效应”。完善未成年人法律体系，需要针对性查漏补缺，消除法律盲区，填补制度空白，保障未成年人保护法律制度的完整性。

第三，保持相对独立与适当集中。未成年人处于成长发育过程中，具有许多不同于成年人的身心特点，法律应当充分尊重、体现这些规律，进行适当区别对待。这是深入推进科学立法的必然要求。为此，应当从顶层设计进行规划，进一步合理与健全未成年人专门立法的体系建设和内容布局，调整其他部门法中完全或者过于依附于成年人法律规定的现状，在时机成熟且可行的情况下适当集中有关法律规定，逐步构建一套相对独立的符合未成年人身心特点的法律制度。

第四，保障协调一致。域外的立法实践表明，仅制定一两部或几部未成年专门立法，不足以解决所有问题。针对未成年人的专门立法，不能穷尽所有事项，有些规定需要其他部门法予以补充和完善。对此，应当明确专门立法和其他部门法的定位及其关系，调整、修订部门法中的有关规定，对相关部门法中涉及未成年人条文的解释与适用，应当坚持遵循《未成年人保护法》确立的法律原则，逐步完善以专门立法为主、以部门法相关规定为辅、彼此相互配合与协调一致的法律体系。

第五，统筹兼顾。法律是一种不断完善的实践。应当立足我国的国情，充分考虑经济社会发展阶段，特别是有些问题是其他国家从来没有面临过的。同时，域外在未成年人法律制度方面积攒了大量的经验，要善于总结其中规律性、普遍性的制度与做法，以资借鉴与参考。另外，上世纪 90 年代，我国成为《儿童权利公约》的签约国和批准国，履行和落实公约的内容是我国义不容辞的国际义务。因此，修改完善我国的未成年人法律，应统筹兼顾公约规定、域外经验和现实国情，合理与创造性地吸收有关内容，缩小差距、补足短板。

构建与完善未成年人法律体系是一个日益推进的过程，不可能一蹴而就、一劳永逸，一次性解决所有问题，也不能脱离实际、推倒重来。因此，应当采取总体设计、分步实施的路径，即在总体设计的引领下，结合经济社会发展的需要，稳步推进与过渡。

在总体设计上，应从内容的完整性与结构的科学性来引领建构我国未成年人法律体系。

从内容上看，包括三大部分：一是适度普惠性未成年人福利制度，为未成年人的生活、教育、医疗提供必要的物质基础和良好的社会环境。二是重点干预的未成年人保护制度，致力于解决普惠性法律政策推行之后存在的某些

缺漏或出现的某些问题，比如监护缺失、贫困救济，等等。三是着眼个案的司法保障制度，主要涉及进入司法领域的未成年人保护措施。

从结构上看，形成以《宪法》为根本依据、以《未成年人保护法》为统领、多部未成年人专门立法为核心支柱、部门法中未成年人的特殊章节或条款为重要来源、行政法规、部门规章、司法解释、地方性法规等规范性法律文件为细化配套规定的法律体系格局。

法律具有稳定性、延续性，修法需要保持一定的连贯性，制定通过新法的周期通常比较长。但是，未成年人保护工作面临的一些棘手问题，又亟待法律予以回应。这种情况下，既要务实，又要长远规划，分为两大步：

第一步以解决突出问题为出发点， 立足现有法律框架，修改细化有关内容，增加缺失的制度和规定，删除不合时宜或不合理的法律条文，出台新的法律法规。对此，应当将《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》的修改纳入下一个立法规划，采取“未成年人立法一揽子完善方案”的方式，着手修改相关法律，同时制定和颁布《未成年人福利条例》、《未成年人网络保护条例》等行政法规，为立法积累经验。

第二步随着经济社会的发展，根据未成年人保护的需要，继续整合相关法律法规，理顺相关法律法规之间的关系，适时制定针对性单行法，比如《家庭教育法》、《未成年人福利法》、《未成年人司法法》等，形成以《未成年人保护法》统领多部未成年人专门立法的格局。

为保障上述工作的推进，保持立法的连贯性、稳定性，应当明确立法机关中负责未成年人立法工作的主要机构，负责该项立法工作，并负责协调相关部门，及时反馈未成年人工作的立法需求，按照全国人大立法计划对相关立法工作进行规划、协调。

四、完善相关法律法规的具体方案

（一）完善《未成年人保护法》

完善未成年人保护的基本原则。明确儿童最大利益和国家亲权原则。明确在相关部门法中应当体现未成年人优先保护、特殊保护原则，并予以具体化、制度化。

规定未成年人的基本权利、基本义务以及保障实现方式，明确未成年人保护的主责机构及相关协调机制。

夯实家庭保护。细化监护的职责，完善监护人确定、监护委托等制度，特别是科学设置父母违反监护职责的法律后果，设立对家庭监护进行监督和支持的制度。

强化学校保护。设立学生欺凌与性侵防控机制，将安全教育、心理健康教育、道德及法治教育纳入学校教育基本课程。明确中小学课程设置应当兼顾基础教育与兴趣教育，保证未成年人的睡眠、娱乐和体育锻炼时间。对学生家长提供家庭教育指导纳入学校义务。明确学校的法律责任、范围及其追究方式。

突出政府保护。单设一章，专门规定政府保护，主要内容包括：明确政府及其职能部门的职责及衔接配合的机制；构建国家监护制度，建立无监护人及家庭监护功能缺失未成年人的中长期安置制度，建立未成年人保护问题的发现、报告、干预和处置机制；规定政府保障和促进未成年人福利的各项措施与制度，建立儿童福利服务体系；明确政府孵化、管理、监督专业社会组织的职责，通过制定政策引导社会力量参与未成年人保护与犯罪预防工作；相关部门应当强化网络及相关场所监管，落实责任追究。

细化社会保护。细化群团组织在未成年人保护方面的定位、职责及参与方式。保障基层社区力量的投入和建设，向未成年人提供便利的帮助与服务。规范专业化社会组织和志愿者等力量的资质、提供服务的方式、范围以及监督机制。加强行业自律规范建设，落实有关企事业单位（如儿童产品的制造商、网络运营商、游戏厅、烟酒贩卖商等）的责任。建立健全衔接机制，疏通社会力量参与未成年人保护的渠道。

完善司法保护。增加治安案件中对未成年人的保护、民事案件中对未成年人的保护及对未成年被害人的保护等内容；明确与刑法、刑事诉讼法以及预防未成年人犯罪法的协调与衔接。

在家庭保护、学校保护、政府保护、社会保护等部分明确相关主体对未成年人进行网络保护的职责，保障未成年人网络权益。

明确罚则。规定相关主体违反本法所承担的具体法律后果及实现方式。

（二）完善《预防未成年人犯罪法》

明确预防未成年人犯罪的基本原则。包括早期干预原则、专业预防原则、教育矫治原则、综合治理原则，等等。具体内容包括一般预防、临界预防和再犯预防三部分：

第一，一般预防。与《未成年人保护法》、《义务教育法》等保持协调，避免重复，主要是规定家庭、学校、社区、政府、媒体等在未成年人犯罪一般预防中所承担的职责。

第二，临界预防。主要是构建对未成年人不良行为、危害行为的分级干预体系。具体内容包括：

（1）需要干预的行为。依据行为性质和危险程度将未成年人的罪错行为分为三类：不良行为；治安违法行为；触犯刑法行为。治安违法行为和触犯刑法行为具有社会危害性，可以统称为“危害行为”。

不良行为，是指不利于未成年人身心健康发展，与其年龄不符，容易引发违法犯罪的行为。包括：旷课、逃学、网络沉迷、夜不归宿；抽烟、酗酒、观看或收听淫秽的读物或音像制品；与社会上具有不良习性的人交往，参加不良团伙；进入法律、法规禁止未成年人出入的场所；其他不利于未成年身心健康、与未成年人年龄身份不符的行为。

危害行为，是指未成年人实施侵犯他人合法权益或者危害社会的行为，包括治安违法行为和触犯刑法行为。

（2）干预对象。进行分级干预的对象包括三类未成年人：具有不良行为的；具有治安违法行为的；具有触犯刑法行为但未达刑事责任年龄的。

（3）干预措施。以十二周岁为界限[26]，对未成年人不良行为、危害行为的分级干预措施包括：

在中小学设立不良行为校方告诫制度[27]、后续跟进帮教机制，完善学生欺凌和暴力防治措施。

已满十二周岁未成年人触犯《治安管理处罚法》的，适用警察训诫制度[28]，必要时成立帮教小组，制定改正计划，跟踪帮教。拒不改正的，可以依法转入专门学校。

已满十二周岁未成年人触犯《刑法》且不负刑事责任的，可以适用警察训诫，必要时成立帮教小组，制定改正计划，跟踪帮教。根据案件情况，可以提交未成年人法庭，适用法官诫令[29]。适用警察训诫或者法官诫令后拒不改正的，或者情节较重且家庭监护欠缺或不足的，可以依法转入专门学校。心理行为偏常严重、暴力行为造成严重后果的，可以依法收容教养[30]。

对于未满十二周岁未成年人触犯《治安管理处罚法》、《刑法》的，原则上责令由父母或监护人加强管教，有关机关或部门予以支持监督，必要时适用机构教养[31]。

处置未成年人不良行为、危害行为时，学校可以劝诫、公安司法机关可以责令父母接受亲职教育，对家庭监护进行监督、支持，存在法定情形的，予以替代。必要时，公安司法机关可依法对拒不履行监护义务的监护人予以处罚。

第三，再犯预防。主要是完善对未成年犯的教育矫治和跟踪帮教措施，包括完善和细化未成年人社区矫正制度、未成年犯管教所的定位及其教育矫治措施、以及其它替代性措施，构建促进未成年人回归社会的跟踪帮教机制和体系。

（三）出台或完善相关法律法规

1.根据上述未成年人不良行为、危害行为的分级干预体系，在《治安管理处罚法》和《行政处罚法》中设立符合未成年人身心特点、具有教育矫治功能的特殊处遇措施，即针对十二周岁以上的适用警察训诫、转入专门学校，针对十二周岁以下的适用责令加强管教、机构教养。

2.《刑法》中增设“未成年人犯罪处遇”专章。以刑法修正案的方式，增设“未成年人犯罪处遇”专章，全面、集中规定对未成年人犯罪的特殊处遇制度，下设四节。

第一节规定处理未成年人犯罪的基本原则。具体来说，对未成年人犯罪坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则，采取“教育、感化、挽救”的方针，区别对待、特殊保护、双向保护，在充分考虑有利于未成年人最大利益的基础上，适用特殊处遇制度。

第二节规定未成年人犯罪与刑事责任。具体来说，主要包括：（1）刑事责任年龄制度。坚持十四周岁、十六周岁、十八周岁的三分法。（2）未成年人犯罪认定的特殊性。对未成年人具体行为的犯罪认定上作出不同于成年人的规定，比如规定对未成年人实施的情节轻微的强奸、抢劫、盗窃等行为，可不认定是犯罪[32]。（3）未成年人非刑罚处理措施。未成年人犯罪的，如果能够使用非刑罚处理措施进行改造的，优先适用非刑罚处理措施。非刑罚处理措施包括司法警告[33]、担保释放令[34]、管教协助令[35]、向被害人致歉和赔偿令[36]、行为规范令[37]、教育矫治令[38]、社会服务令[39]、保护观察令[40]、家庭教育令[41]、转入专门学校、收容教养等。（4）适用与执行刑罚的特殊制度。包括从宽处罚、不适用死刑和无期徒刑以及剥夺政治权利、不成立一般累犯、从宽适用缓刑、减刑与假释的特殊条件等。

第三节规定未成年人刑罚及犯罪记录的消灭，主要包括未成年人犯罪的追诉时效、特赦以及犯罪记录封存、前科消灭等制度。

第四节规定适用于不满刑事责任年龄未成年人的特殊干预措施。不满刑事责任年龄未成年人实施的危害社会的行为，不是犯罪，不承担刑事责任，以十二周岁为界区别适用上文所述干预措施。

3.进一步完善《刑事诉讼法》中的未成年人刑事案件诉讼程序，完善逮捕程序和羁押替代措施，规定未成年人刑事案件不公开宣判的规定，扩大附条件不起诉的适用范围和对象，建立暂缓判决制度，规定收容教养程序。

4.在正在制定中的《社区矫正法》中设立“未成年犯社区矫正”专章。主要内容包括：规定未成年犯社区矫正工作在理念、矫治方案、监督管理等方面的特殊性。未成年犯的社区矫正应当与成年人分开进行，实施动态评估、分级管理。依据未成年人的自身情况制定教育矫正方案，适用符合未成年人身心特点的教育矫正措施。采取政府购买服务的方式提升社区矫正专业化水平，加强社区矫正专职社工和志愿者队伍建设。明确监护人或法定代理人的责任与后果，对不配合或者妨碍社区矫正的监护人或者法定代理人予以警告，情节严重的可以追究相关责任。

5.完善《监狱法》“对未成年犯的教育改造”专章，对未管所的监管模式、警察配备、管理体制、运作机制、教育方式、考核奖惩、所需经费等方面作出明确规定，建立以教育改造为核心的考核机制，将义务教育和职技教育纳入教育规划，未管所同时挂牌设立管教学校。

6.制定《专门教育法》，就专门学校的分类设置、收生程序、师资保障、管理制度以及评价标准作出规定。其中，明确规定设立两类特殊的专门学校，一类是专门用于执行收容教养的教养学校，一类是在未管所挂牌设立的管教学校。

7.《预防未成年人犯罪法》、《治安管理处罚法》的相关规定、《刑法》的专章、《刑事诉讼法》的专章、《社区矫正法》的专章、《监狱法》的专章以及《专门教育法》，共同构成我国未成年人罪错行为教育矫治体系。

8.在有关的民事法律中，进一步完善监护制度、收养制度和家庭寄养制度，增设涉及未成年人民事案件中的司法保护和司法救助。

9.根据《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》的规定，对《义务教育法》、《母婴保健法》、《婚姻法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等涉及未成年人相关内容进行修改完善，颁布《儿童福利条例》、《家庭教育条例》等行政法规，并适时上升为法律。

注释：

〔1〕参见 Hastings H. Hart, Juvenile Court Laws in the United States Summarized, Russell Sage Foundation, 1910; J W.Mack,“The Juvenile Court,”Harvard Law Review, no.2(1909): 104-122.

〔2〕在欧洲，英国于 1908 年制定了儿童法并建立了少年法庭。1908 年，德国柏林建立了第一个少年法院，1923 年制定了青少年刑法。1912 年，法国建立了青少年法院并颁布了青少年保护观察法,比利时制定了儿童保护法（主要是少年犯罪及其审判的规定）。1934 年，意大利制定了少年法。丹麦、荷兰、瑞典、西班牙、瑞士也于 20 世纪初针对儿童颁布了专门法律。在亚洲，日本于 1923 年正式施行了少年法，并设置了少年审判所。印度 1915 年在加尔各答设立了少年法庭，1920 年制定了第一部儿童法，1960 年制定了中央少年法。巴基斯坦 1924 年制定了孟买少年法，斯里兰卡 1939 年制定了儿童及少年法，马来西亚 1947 年制定了少年法院法，新加坡 1950 年 8 月制定了儿童及少年法。

〔3〕参见朱胜群：《少年事件处理法新论》，三民书局 1976 年版，第 33 页。

〔4〕国家亲权的思想最早可追溯至古罗马时期，即罗马法及教会法依“责任年龄”而对未成年人及成年人做了区分。中世纪时期，英国在古罗马学说的基础上创设了国家亲权理论，即国王作为国家之父有义务保护和照顾不能自我保护的弱势群体。14 世纪，国王授权衡平法院代为履行国家亲权职责，大法官开始以“最高监护人”的角色在民事案件中承担保护少年儿童的职责。当未成年人父母早亡却留下遗产时， 国家便充当该少年“代理父母”，介入托管这些财产直到未成年人长大成人。19 世纪时，美国儿童权利拥护者呼吁将国家亲权延伸至保护儿童不受虐待、疏忽或不遭受苛刻的成人刑事司法体系。关于“国家亲权”主义的起源和历史发展，更为详细的资料可见 Lawrence B.Custer,“The Origins of the Doctrine of Parens Patriae,”Emory Law Journal, no.2(1978):195-208; Jack Ratliff,“Parens Patriae: an Overview,”Tulane Law Review, no.5&6(2000):1847-1858; George Rossman,“Parens Patriae,”Oregon Law Review, no.4(1924):233-256;John Seymour,“Parens Patriae and Wardship Power:Their

Nature and Origins," Oxford Journal of Legal Studies, vol14(1994):159-188;Douglas R. Rendleman, "Parens Patriae: from Chancery to the Juvenille Court," South Carolina Law Review, no.2(1971):205-260.

〔5〕参见 Natalie Loder Clark, "Parens Patrae and a Modest Proposal for the Twenty-First Century: Legal Philosophy and a New Look at Children's Welfare,"Mishigan Journal of Gender&Law, no.2(2000):381-448; Kay P. Kindred, "God Bless the Child: Poor Children, Parens Patriae, and a State Obligation to Provide Assistance," Ohio State Law Journal, no.2 (1996):519-542.

〔6〕比如，在人类社会早期，强调儿童与动物的相似性。霍布斯曾经直率地指出，"对于那些天生的傻子、儿童或疯子来说，与野蛮的动物一样是没有法律的。"参见 Anthony Ian Pye, "A Philosophy of Children's Rights," (Ph.D diss., Columbia University, 1980), 21.有关论述还可参见 George H. Pagne, The Child in Human Progress (Massachusetts: Hardpress Publishing, 2012),84-86; Michael Freeman, "The Moral Status of Children: Essays on the Rights of the Child," International Labour Review, no.1(1997):109-111.

〔7〕在十六七世纪后，童年的概念被普遍承认是"存在的"，只是事物自然法则的一个特点而已。比如，英国17世纪哲学家洛克不赞成儿童是拥有权利的主体，虽然儿童自然地享有人的权利，但其权利的自主行使却要等到成年之后。在此之前，儿童权利由父母代为行使。虽然儿童是父母的临时财产，但儿童仍旧是自由的。18世纪的法国哲学家卢梭、德国哲学家康德等都不主张儿童是拥有权利的主体，但是他们应当被视为有尊严的对象。参见 John Wall,"Human Rights in Light of Childhood,"International Journal of Children's Rights, no.4(2008):528-530; S.N. Hart, "Form Property to Persons Status: Historical Perspectives on Children's Right," American Psychologist, no.1(1991):53-59.

〔8〕工业革命时期，许多农村人口涌向城市，农村许多贫困家庭的孩子在很小的年纪就来到城市做工，恶劣的生活环境和工作环境对他们的身心产生了很大的危害，儿童的健康状况堪忧，死亡率不断上升。同时，许多孤儿、弃儿等无依无靠的贫困儿童流浪在城市的大街小巷，他们为了生存学会了偷盗和抢劫，犯罪不断增加。此外，工业革命时期也曾爆发过多次学徒骚乱，严重危害了社会的稳定秩序。参见 David Mclean, Public Health and Politics in the Age of Reform: Cholera, the State and the Royal Navy in Civtorian Britain, (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006); Jeannie Duckworth, Fagin's Children in Victorian England, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Jane Humphries, Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution, (Cambridge, Cambridge University Press,2010).

〔9〕美国的改革者们首先提出拯救儿童运动，主张改革儿童的环境，给他们提供各方面的有利条件，促进儿童的福利发展，建立促进少年儿童身心正常发展的各种专门机构，对有违法犯罪行为的儿童进行更生照管，将他们从犯罪的深渊中拯救出来。参见 John E.B Mysters, "A Short History of Child Protection in America," Family Law Quarterly, no.3(2008):449-454; Steven Mintz, "Placing Children's Rights in Historical Perspective," Criminal Law Bulletin, no.3(2008):1-15.

〔10〕周作人：《救救孩子》，载《苦茶随笔》(周作人自编文集)，河北教育出版社2002年版，第68页。

〔11〕1948年《世界人权宣言》、1966年《经济、社会和文化权利国际公约》与1966年《公民权利和政治权利国际公约》一起被合称为"国际人权宪章"。

〔12〕参见 B.J.Preens & D.A.Louw, "Children's Rights: A Review," Medicine and Law, vol.19(2000):33-35; Geraldine Van Breren, The International Law on the Right of the Child, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers,1995), Chapter 1.

〔13〕"the best interests of the child"译为"儿童最佳利益"或"儿童最大利益"。《儿童权利公约》的中译本使用的是"儿童最大利益"。本文将采取《儿童权利公约》中译本的提法，即"儿童最大利益"，特此说明。

〔14〕参见 Claire Breen, The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law,(New York: Springer, 2002),39; Lynn D.Wardle & Laurence C. Nolan, Fundamental Principles of Family Law,(New York: William S.Hein & Company, 2002),858; Lynne M.Kohm, "Tracing the Foundation of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence," Journal of Law &Family Studies,no.2(2008):345-350.

〔15〕1924 年，国际联盟首次提出“以儿童的最大利益为前提作适当的考量”。1959 年，联合国大会颁布的《儿童权利宣言》中首次正式确立儿童最大利益原则，该宣言原则二规定：儿童应受到特别保护，并应通过法律和其它方法获得各种机会与便利，使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下，得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制订法律时，应以儿童的最大利益为首要考虑。之后制定的若干国际公约和区域性条约又多次重申了这一原则，比如，1979 年联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》第 5 条，1986 年《关于儿童保护和儿童福利、国内和国际寄养和收养办法的社会和法律原则宣言》第 5 条，1987 年《非洲儿童权利和福利宪章》第 4 条等，可见该原则在儿童权利保护中举足轻重的地位。

〔16〕该原则主要体现在《公约》中第 3 条、第 9 条、第 18 条、第 20 条、第 21 条等条文中。其中，第 3 条第 1 款最为典型地反映了这一原则，该条款规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。

〔17〕参见 France, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention, Third and Fourth Periodic Reports of States Parties due in 2007,32.

〔18〕参见 Germany, Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Third and fourth periodic reports of States parties due in 2009,p.23.

〔19〕参见 Martin Guggenheim,What’s Wrong with Children’s Right?(Massachusetts: Harvard University Press,2005),40&173.

〔20〕参见 Claire Breen, The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law,(New York: Springer,2002),44-45.

〔21〕多个缔约国根据公约要求所提交的进展情况报告基本上都是从这几个方面进行描述。

〔22〕参见孙云晓、张美英：《当代未成年人法律译丛 德国卷》，祁胜辉等译，中国检察出版社 2005 年版，第 1-5 页。

〔23〕参见孙云晓、张美英：《当代未成年人法律译丛 英国卷》，王立新等译，中国检察出版社 2006 年版，第 1-12 页。

〔24〕参见孙云晓、张美英：《当代未成年人法律译丛 日本卷》，尹琳译，中国检察出版社 2006 年版，第 1-19 页。

〔25〕共同责任，是指保护未成年人是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任。领导与协调责任，是指国务院和地方各级人民政府领导和协调有关部门做好未成年人保护工作。各自责任，是指中央和地方各级国家机关应当在各自的职责范围内做好未成年人保护工作。协助责任是指，共产主义青年团、妇女联合会、少年先锋队等有关社会团体协助做好未成年人保护工作，维护未成年人的合法权益。

〔26〕不满十二周岁的未成年人具有很强的家庭依赖性，一般情况下尚未进入青春期，对其教育管束最佳的环境是家庭，最适宜由父母进行，由专业人员跟踪帮教，予以支持、监督。过多外力的干预或者限制人身自由的措施，容易给未成年人身心造成难以消除的影响。而已满十二周岁的未成年人，已经处于养成和完善自我控制能力和辨别是非能力的关键期，而且即将进入容易叛逆的青春期，对此需要设置一些带有强制性的针对行为的管束矫治措施。但这些措施不同于行政处罚或刑罚处罚，不是对行为本身的制裁，而是通过干预解决行为人的心理行为偏常问题。因此，可以参照适用旨在发挥教育矫治功能的非刑罚处理措施。正因如此，我国澳门地区、台湾地区、德国等都设置了十二周岁这一年龄界限。另外，宋英辉教授带领的团队选取了 11 所专门学校的 475 名学生进行问卷调查，470 个有效数据显示，87.36%的学生是在 12 周岁至 15 周岁之间进入的专门学校，说明未成年人容易在这个年龄段出现不良行为、危害行为。另外，通过与未管所干警、公检法办案人员以及专门学校和普通学校的老师访谈发现，出现问题的未成年人有的在 10-12 周岁开始有劣迹， 13、14 周岁时开始走向社会进行违法犯罪，14-16 周岁进入犯罪的第一个高峰期。此外，也有研究表明，未成年人开始出现逃学、夜不归宿、打架斗殴、强行索要财物、偷东西、吸烟、赌博等行为的平均年龄为 12 周岁左右。

〔27〕发现有不良行为的，校方应批评教育、警示谈话、将表现记入学生综合素质评价，给予必要的纪律处分，告知监护人加强管教。对打架斗殴、欺凌他人、强行索要财物、偷窃或实施其它治安违法行为的，情节较轻的，可

以由校方告诫。

〔28〕训诫时，应当责令监护人严加管教或改进管教方式，告知学校予以配合，要求行为人向受害人赔礼道歉、赔偿损失，取得受害人谅解。根据需要，可以责令行为人在一定时期内不得实施特定行为、与特定人员交往或出入特定场所，接受特定内容的教育、心理辅导、戒瘾治疗、监督考察等，并可以责令监护人接受亲职教育。

〔29〕法官诫令是依法由法官作出的令状，包括向被害人致歉和赔偿令、行为规范令、教育矫治令、公共服务令、保护观察令，等等。

〔30〕目前，收容教养制度缺乏适用程序，没有执行场所，几乎很少适用。但是，实践中又有这方面的迫切需求，用于集中管束、教育矫治部分实施严重危害行为的未成年人。因此，应当明确收容教养的适用规范。对于构成犯罪的未成年人，法院可以决定收容教养，由设立的教养学校执行。收容教养的期限为 6 个月至 2 年。延长或缩短期限，应当经评估，由法院决定。

〔31〕机构教养，是指未满 12 周岁实施危害社会的行为，原生家庭不具备能力或不适宜的，未成年人法庭可以决定机构教养，可以安置在儿童福利院等机构，由专业社工帮教。

〔32〕参见《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定。

〔33〕由法院对未成年人予以警告，加以批评和教育，责令具结悔过，并可以要求其用书面方式作出悔改保证。

〔34〕由法院责令其父母或监护人提供一定数额的金钱做担保，免除其刑罚处罚，由其父母或监护人严加管教。适用对象应该是犯罪情节轻微，且犯罪行为的实施是因父母或监护人的管教不力所致。

〔35〕如果未成年人家庭无力管教或管教不当，法院可以委派专业人员对未成年人进行帮教。

〔36〕由法院责令实施危害行为的未成年人及其父母等向被害人赔礼道歉，要求实施危害行为的未成年人的父母等向被害人支付一定数额的赔偿金。

〔37〕由法院规定行为人在一定时期内必须遵守的行为规范，包括禁止实施特定行为、与特定人员交往或出入特定场所等。

〔38〕由法院责令接受特定内容（情绪控制和人际关系管理、法治教育、职业培训等）的教育或特定类型（寄宿学校）的教育，接受心理辅导、戒瘾治疗等。

〔39〕由法院责令未成年人在指定场所完成一定期限的无偿劳动和服务。

〔40〕由法院委托法律规定或授权的机构、组织或专业人员，对其跟踪帮教、监督考察。

〔41〕由法院责令家长或监护人改善教育方式，一定时间的陪伴与交流，接受亲职教育等。

论被宣告死亡者死亡日期的确定

2017-07-07 法学中国 中国法学网 薛军

一、问题的提出

中国民法典的编纂正在如火如荼地进行。这一工作不仅涉及民法的宏观理念和制度架构，更涉及大量微观而且具体的规范设置。从某种意义上来说，后者更具有重要性，因为我国立法者正在编纂的民法典不仅用于展示，还要在民众的日常生活中得到实际的适用，并作为法官裁判案件的依据。没有良善的、切合生活实际的具体规范，民法典的宏观结构再合理独特，也没有什么实际意义。基于这一考虑，笔者于本文中拟考察一个具体的制度设计层面上的问题，并且通过对这一问题的研究，对当下中国民法典编纂中表现出来的一些值得注意的倾向，提出建设性的批评意见。

笔者于本文中试图讨论的是一个似乎早有定论，在先前的理论研究中没有引发过多关注，但具有重要的实务意义，因此需要借助于本次民法典编纂，予以彻底解决的问题：某人根据法定的程序被宣告死亡的时候，其死亡日期究竟应该如何确定？关于这一问题，自我国《民法通则》实施以来，我国法大体上一以贯之地维持着同一个规范模式，也就是将宣告死亡的判决做出之日视为被宣告死亡之人的死亡日期。[1]《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称：《民通意见》）第 36 条就是这么表述的。《中华人民共和国民法总则（草案）征求意见稿》第 43 条仍然维持了相同的规范模式，规定“被宣告死亡的人，宣告死亡的判决做出之日视为其死亡的日期”。

自我国《民法通则》实施以来，一直被维持的这一规范模式，是合理的吗？笔者认为，答案显然是否定的。事实上，这一规范模式已经导致了司法实务上非常不合理的结果，并且这种规范模式的不合理性已经被最高人民法

院明确认识到，以致于最高人民法院已经通过司法解释的明文规定，试图曲折地规避我国《民法通则》上的这一规定导致的负面影响。但非常可惜的是，中国民法典编纂者对这些工作视而不见，仍然试图在未来的中国民法典中延用不合理的规则。这种情况不能不让人怀疑中国民法典编纂的理论准备和研究工作究竟是否具有足够的严谨性和科学性，中国的民法典编纂工作是否抓住了真正的重点。

二、《保险法司法解释（三）》第 24 条的艰难突围

在阐述自实施我国《民法通则》以来一直得到维持的，将宣告死亡的判决作出之日视为被宣告死亡者的死亡之日的规范模式的不合理性之前，首先来看一则具有高度典型意义的案例。2006 年 7 月 31 日，陈某向保险公司投保一年期“个人人身意外伤害保险”，其中约定意外身故保额 10 万元。2006 年 9 月 1 日陈某在外出之后失踪，下落不明。2011 年 10 月，陈某被法院宣告死亡。同年 12 月，陈某女儿向保险公司提出索赔申请。保险公司提出，因为法院宣告陈某死亡之日即为被保险人死亡的日期，在宣告死亡之时，保险合同早就过了有效期，因此不予赔付。[2] 对于这一案件，如果按照《民法通则》的规定来处理，保险公司提出的抗辩理由是完全成立的。但问题是，这种规范模式将使得在宣告死亡的情况下，几乎所有那些保险期限较短的意外伤害保险受益人的理赔诉求落空。原因很简单：根据我国《民法通则》施行以来的我国法上关于宣告死亡的规定，从某个自然人下落不明之时，最短要经过 2 年 3 个月的时间（在一般的下落不明的情况下这个期限则是 5 年 3 个月），而通常的意外伤害保险期限往往只有一年或两年。如果以宣告死亡的判决宣告之日作为死亡日期，在很多情况下，由于保险合同的保险责任期限已经届满，受益人根本不可能获得保险公司的理赔。出现这种结果，显然是不能被接受的。

正因为实务中这种情况大量出现，逼迫司法者对此作出了规范层面上的回应，其表现就是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（三）》（以下简称：《保险法司法解释（三）》）第 24 条第 2 款的规定：“被保险人被宣告死亡之日在保险责任期间之外，但有证据证明下落不明之日在保险责任期间之内，当事人要求保险人按照保险合同约定，给付保险金的，人民法院应予支持。”

《保险法司法解释（三）》的这一规定非常耐人寻味。它在“死亡之日”之外，又赋予了“下落不明之日”重要的法律效果，非常具有创造性。按照最高人民法院方面的解释，之所以有这一规定，就是为了解决《民法通则》实施以来，机械地将宣告死亡的日期与死亡宣告判决做出的日期二者等同起来所导致的弊端。按照《保险法司法解释（三）》的这条规定，期限较短的意外伤害保险合同中，受益人合法权益的保护问题就得到了某种程度的解决。因为受益人可以通过证明被保险人出现下落不明的状况之日，处于保险责任期间之内，从而可以主张保险金。如果必须要在现行法的框架之下来解决问题，人们就不得不承认，《保险法司法解释（三）》的这种解决问题的方法，可谓“曲线救国”的思路，其出发点和用意值得肯定。但仔细考虑起来，这种思路仍然存在若干问题。

首先，这一规定明显违反保险合同的约定。因为保险合同明确约定的是被保险人的“死亡”，才是触发保险人一方的保险金支付义务的前提条件。因此被保险人“死亡之日”是一个有严格的法律内涵的条件，不能随意被置换为“下落不明之日”。“下落不明之日”，只是表明某个自然人处于无法与其他人取得联系的状况，而“死亡之日”是一个会引发系列的法律后果的重要时间节点。一旦该自然人被宣告死亡，从这一天开始，死者的权利能力和行为能力消灭，继承发生，婚姻关系消灭（虽然是附条件的），各种以权利人继续存活为条件的公法上的给付义务，例如政府养老保险计划下的给付养老金的义务，社会救助框架下的补助金的给付义务等，都归于消灭。私法层面上的以死亡为生效条件或解除条件的各种法律关系一并发生新的变化。甚至法律层面上对死者名誉的保护，对死者人格利益中具有财产要素内容的保护等特殊规定，也开始发生效力，相关的保护期限都从这一天开始起算。

其次，因死亡而发生的这些法律效果密切结合在一起，彼此相互影响，立法者不宜将其中的任何一种法律效果单独摘出，将其转移到另外一个时间节点上去发生，否则就会导致各种法律效果之间的体系性的不协调。《保险法司法解释（三）》第 24 条试图将保险人的保险金支付义务的发生转移到被宣告死亡者下落不明之日。这样做的出发点固然是好的，但如果保险合同约定被保险人有保险费支付义务，而在被保险人下落不明之后到被宣告死亡期间并未根据合同的约定，支付相应的保险费，那么是否可以根据司法解释的规定，认为保险费支付义务已经从其下落不明之日开始停止了呢？还有，如果保险人一方的保险金支付义务表现为按照年份履行，每年支付一笔定额的保险金，那么保险人的保险金支付义务是应该从被保险人下落不明之日开始起算还是从被宣告死亡之日开始起算？如果

在被保险人处于下落不明状态之日到其被宣告死亡的期间，受益人死亡，那么是发生转继承的关系（也就是相关的保险权益由保险金受益人的继承人予以继承）,还是由被保险人的法定继承人来直接获取呢？在目前的法律框架之下，这些问题似乎都不太容易获得一个妥当的解决方案。

最后，这一规定其实重构了保险合同的利益结构。需要考虑到，从概率的角度看，某人下落不明之日与可能的死亡之日未必契合。《保险法司法解释（三）》第 24 条的这个规则，在有些时候对保险人存在明显的不公平。例如在上面提到的案件中，如果假设陈某处于下落不明的状态之后，其实是在两年后在一个其家人不知道的地方实际死亡了，在这种情况下，根据有效期为一年的意外伤害保险合同的约定，保险公司的保险责任已经免除了，但由于司法解释将其责任发生的时间节点提前到陈某处于下落不明的状态之日，保险公司的保险责任无法被免除，从而过于加重了保险公司一方的责任。如果把这一条的适用予以绝对化，就相当于在根本上重构了保险合同的利益结构。这样做究竟是否妥当，显然值得反思。

笔者作出以上论述的主要目的，并不是反对《保险法司法解释（三）》第 24 条，而是提醒人们注意，最高人民法院之所以要在该司法解释中创设这么一条似乎有些“怪异”的规定，其根源在于现行法上的宣告死亡中死亡日期认定的规范模式存在重大缺陷。正是这一缺陷，导致保险法司法解释的制定者不得不“艰难突围”,寻找变通方法，来解决现实中面临的具体问题。这种努力当然值得肯定，但由此导致的体系不协调以及显著改变合同利益结构的问题，的确也不容忽视。

既然如此，那么为什么立法者不能反思和改良我国法一直坚持采用的传统规范模式呢？难道这一模式真的就如同人们通常所认为的那样，是“天经地义”的吗？根本不是。通过比较法上的考察，人们将不难发现，中国现行法对这一问题的处理方法，其实与大多数国家和地区的通常做法是相背离的。换言之，我国法上存在的问题，其根源在于没有能够遵循大多数国家法律在这一问题上通常的（也更具合理性的）做法。

三、被宣告者死亡日期的确定：比较法经验的镜鉴

比较法上的有关考察，不妨先从最受中国民法学界关注的德国法的经验谈起。德国法严格区分通过法院判决宣告某人死亡的判决本身及该判决中如何确定死亡时间。这二者被认为是不同的两个问题。根据德国《失踪法》第 9 条第 2 款的规定，死亡宣告通过初级法院决议作出，在决议中需要确定死亡时间，原则上该时间为“根据调查结果被认为最有可能死亡的时间”。[3]事实上，在德国法上还存在一个独立的“确定死亡时间”的程序。如果某人确定死亡，但不知道其具体的死亡时间，由于死亡时间的确定对于相关的当事人而言，具有非常重要的法律意义，但缺少相关当事人处于失踪状态这一要素，所以不能采用宣告死亡的程序。在这种情况下，就必须要适用确定死亡时间的程序。确定死亡时间的程序与宣告死亡的程序有些类似，也是由初级法院通过判决来确定那个最有可能作为死亡时间的一个时间节点，并且做出推定，死亡就是在这一时间发生的（德国《失踪法》44 条）。

总的来说，在德国法上，宣告死亡与确定死亡时间被认为是两个性质不同的问题。前者主要解决某个自然人处于下落不明的失踪状态达到一定的期限之后，法律上可以通过宣告死亡的方法，推定其死亡，从而终结其在法律世界中的主体资格的问题。从其规范性质上看，有关法条其实是授权性质的规范。而确定死亡时间则主要是一个事实的查明和推定的问题。因此也就可以理解，为什么德国法要求法院根据调查结果去确认一个最有可能的死亡时间，并将其确定为死亡时间。理解了这一点也就可以明白，为什么德国法上并不将宣告死亡的判决作出之日与确定死亡的日期等同起来，这是因为，这二者不可能等同。

再来看我国台湾地区“民法”第 9 条的相关规定：“受死亡宣告者，以判决内所确定死亡之时，推定其为死亡。前项死亡之时，应为前条各项所定期间最后日终止之时，但有反证者，不在此限。”人们由此可以清楚地看到，我国台湾地区的“民法”清晰地区分了宣告死亡的判决作出之日与确定死亡之日。这二者不是一回事。因为根据该条的规定，在宣告死亡的判决中，必须确定死亡之时。我国台湾地区“民法”第 9 条第 2 句还规定了确定死亡日期的推定规则，以及通过反证推翻相关推定的可能性。可以说，我国台湾地区“民法”的规定与德国法模式是相通的。二者的区别在于，前者给出了一些判断标准，以帮助法官做出判断；后者则赋予了法官在死亡日期的认定上的更大的自由裁量权。

王泽鉴教授的论述，进一步证明了我国台湾地区“民法”上将宣告死亡的判决做出与死亡日期的确定明确分开的做法。王泽鉴教授指出，在我国台湾地区，如果某人依据宣告死亡的方法请求给付保险金，保险人只需要证明失踪人没有死亡就可以拒绝给付，不需要撤销死亡宣告。保险人之所以可以拒绝给付，是因为他推翻了“法院”的关

于死亡日期的推定，而非推翻了宣告死亡的判决本身。

综观域外的其他有关规定，关于宣告死亡的情况下，认定具体的死亡日期有各种不同的标准。瑞士民法以最后音信或灾难发生之日为死亡日期。法国民法以可得推定死亡的情形发生之日为死亡日期，没有此日期的，以失踪之日为死亡日期。日本民法与我国台湾地区“民法”类似，以法定期间届满之日为死亡日期。《魁北克民法典》以法定期间届满之日为死亡日期，可得推定死亡之情形发生于法定期间届满之日前的，以该情形发生之日为死亡日期。

虽然有诸多差别，但这些域外法上的规定都将宣告死亡的判决作出之日与死亡时间的确定日期，看做是两个不同的问题。我国《民法通则》直接将宣告死亡的判决作出之日视为死亡的日期，这种做法实在是比较法上的特例。这种模式的缺点是非常明显的：以判决宣告之日为死亡日期，死亡日期实际上取决于申请人方面的意愿以及一个国家的法院做出裁判的速度和办事效率。本来这主要是一个事实的查明和推定的问题，但如果按照中国法上的规则，申请人可以根据自己的意志，选择其认为最有利的提出宣告死亡的时机，从而间接地决定另外人的死亡时间，这岂非咄咄怪事！

这还不是问题的主要方面。中国法上的这一规范模式的最大问题是，过于僵化，因此必然造成实质上的不公平的结果，甚至会严重背离民众朴素的正义情感。兹举一例加以说明。甲乙是一对夫妻，结婚刚刚 1 年，二人都投有数额颇大的，相互以对方为受益人的人身意外保险。二人在假期一起到江边游览，妻子乙不慎滑落江中，甲向路人呼救未果后跳入江水中施救，二人均被湍急的江水先后卷走。一天后，经过大规模的搜寻，乙的遗体在下游被发现，但甲的遗体始终没有找到，因此只能认为处于失踪状态。后来经过若干年，甲方父母通过宣告死亡的程序宣告甲死亡。根据现行法的规定，甲的死亡日期为相关判决作出之日。由此导致的一系列法律后果是：甲因为死亡在后，所以先获得乙的死亡保险金，并且能够继承乙的价值不菲的遗产的二分之一（乙生前系高级白领，婚前就自己买了高档商品房）。然后甲被宣告死亡，其死亡保险金因为受益人已经死亡，所以由其父母一方获得，而其自己的财产以及通过继承获得的乙的财产，全部由其父母继承。这样下来，这个案件的最终结果居然是：死者乙的母亲如果要保留其女儿的房屋，大概要补贴 200 万元给男方的父母。这显然是不合理的。但根据我国《民法通则》施行以来我国法上的有关规则，把宣告死亡的判决作出之日，看做是死亡之日，其结果就必然如此。法院虽然也感觉有些不妥当，但是无可奈何。前述的保险法案例，虽然结果不具有如此的不公平性，但其实也是类似的。面对这种情况，最高人民法院不得不加以干预，试图破解现行法上的不合理的规则所导致的明显不合理的结果。但令人遗憾的是，中国民法典编纂者却似乎要下定决心，将这一明显不合理的规则写入拟议之中的民法典。

四、死亡日期的确定：合理的规范模式之探讨

在关于宣告死亡判决中，如何合理地确定死亡的时间，答案其实并不复杂：首先就是不再维持现行法上的规范模式，而是明确认识到，宣告死亡的判决作出之日与确定死亡之日是完全不同的两回事，不能将二者捆绑在一起。因此这必然意味着，在宣告死亡的判决中，法官不能满足于简单地做出某人已经死亡的宣告，还必须要单独地，基于另外的标准，确定具体的死亡日期。[7]

关于死亡日期的确定方法，有不同的规范思路。总的来说，存在两种模式。一种模式是法官根据相关事实，基于自由裁量来确定。这种模式以德国、法国等国家的法律为代表，其优点是赋予法官较大程度的自由裁量权，能够使得死亡时间的认定，符合相关当事人之间的利益的均衡。但也有学者对这种模式提出批评：“若无确定死亡日期之标准，纯由法官自由心证，难称妥当。”[8]另外一种模式是把死亡时间与法定期限的届满联系起来，通常是将处于失踪状态满一定的年限之时推定为死亡时间。这一模式的优点是具有一定程度的确定性，但是其缺点也非常明显。虽然这种做法的确在某种程度上优于现行法上将宣告死亡的判决作出之日视为死亡之日的做法，但还是过于机械。

相比之下，笔者认为，较为合理的做法应该是借鉴我国台湾地区“民法”以及《魁北克民法典》的做法。为了保持一定的可预期性，应将死亡时间的认定与特定期限的届满联系起来，但如果在该期限届满之前存在可以推定死亡的情形，则允许利害关系人通过举证来说服法院确定另外的一个更加合理的死亡日期。这样的规范模式，一方面照顾到法律规范适用上的稳定性，避免给予法院在这一问题上过于宽泛的自由裁量权，另一方面也为相关的利害关系人实事求是地基于具体情形，请求法院确定另外的日期作为被宣告死亡者的死亡日期提供了可能性。这种做法可谓稳定性与灵活性的妥当结合。

进而言之，宣告死亡的判决中关于死亡日期的确定问题，其实不是一个纯粹的程序性的问题。在这一类型案

件中，法院需要听取相关当事人在这一问题上的观点，当事人可以收集相关证据来证明自己的诉求，而且法院在做出认定的时候，事实上也必须体现出一定程度的价值判断和利益衡量。就上文提到的夫妻双方先后落水失踪一案，虽然女方遗体被找到，男方遗体没有被找到，但法院不应因为这种偶然性，而机械地认定男方在 3 年之后才死亡。因为无论从逻辑还是从常理来看，这种可能性都微乎其微。合理的做法应该是确定男女双方同时死亡，这样男女双方彼此之间不发生任何继承关系，各自的保险金应该由各自的父母取得。这样便能够体现法律的公平和公正。

基于以上论述，笔者拟定了一个具体的条文，建议以之取代我国《民法通则》上的条文：“被宣告死亡的人，自判决书中所确定的死亡时间开始，视为死亡。做出死亡宣告所规定的法定失踪期限届满之日，为确定死亡日期的依据，但利害关系人能够证明可以推定死亡的情形发生在此日期之前的除外。”

五、一点引申

行文至此，关于本文主题的论述以及具体立法建议的提出已经基本结束。但笔者于此还要做一点引申。虽然这是一个具体的问题，但通过笔者于本文中的分析，人们可以看到，这仍然是一个实务上相当重要的问题。但非常可惜的是，中国民法典的编纂者似乎对类似的问题没有给予足够的重视，而是简单地沿用我国《民法通则》及《民通意见》上已经被实践证明为不合理的有关规定。如果中国民法典编纂中频频出现这样的不当之处，笔者对其能否获得真正意义上的成功，将难以抱有乐观的预期。

笔者在撰写本文的过程中并未运用一些“高精尖”的，一般人难以理解的学术文献来支持自己的论点。如果中国民法典的编纂者能够认真地读一读梁慧星教授所写的、已经流行多年、许多法学本科生都作为教材来使用的《民法总论》，能够关注一下没有任何语言障碍的我国台湾地区“民法”的相关规定，以及王泽鉴教授同样具有广泛影响力的相关论述，就会注意到，我国《民法通则》实施以来我国法上的相关做法，是比较特殊的。仅此一点就应引发人们的深入思考。这当然不是说，我国的规范与其他国家的立法例必须完全相同，但人们至少要思考：我国现在的做法为什么与别人不一样，这种不一样究竟是否具有合理性？也许经过这种思考之后，人们坚持认为我国的做法具有合理性，那么，这也是经过思考之后的结果，具有理论上的可信性。法典编纂活动中如果连这种最基本的研究态度和科学精神都难以做到，我们怎能相信有关法典的质量。

再退一步说，即使立法者对学术文献以及学者的立法建议稿（事实上，梁慧星教授主持的中国民法典建议稿关注了这个问题）感到不便参考，那么，对最高人民法院发布的司法解释总应该给予关注吧。上文提到的《保险法司法解释（三）》第 24 条显然就应该引起中国民法典编纂者对我国相关制度可能存在问题的关注。笔者曾指出，此次民法典编纂的主要任务就是整理、分析和评估既有的司法解释，将其中的合理内容吸收进民法典，使其成为正式的法律条文，[11]完成中国民法典法源体系的再合理化。笔者甚至还运用罗马法上的法典编纂的经验，将其视为市民法与裁判官法的大融合。问题是，如果连重新梳理一下先前的司法解释这样的工作都做不到，那么中国的民法典编纂究竟要追求哪些目的呢？笔者注意到，在《民法总则》草案的征求意见稿中，对先前的司法解释中的一些规定，并未试图进行有效的整合。例如在宣告死亡制度中，关于有权提起宣告死亡之申请的人的顺位问题，学界对《民通意见》第 25 条的规定的妥当性一直存在争议。当前的《民法总则》编纂中，并没有明确将这一规定纳入。撇开这一做法的妥当性与否的问题不论，如果人们不能对其给出一个明确的定位，那么将来在法解释论的层面上就会造成困惑。《民法总则》的文本中对之不予提及，究竟是意味着认可先前的司法解释的规范，还是意味着废除了先前的司法解释的规范呢？中国民法典的编纂者如果不能有效整合先前大量的不同时代颁布的法律、司法解释之间的错位、叠加、效力关系不清晰的状态，那么这项编纂工作的价值将大打折扣。

无论如何，中国民法典的编纂是一项具有高度学术性和实践性的工作，需要人们认真严谨地对待这一伟大的立法事业，笔者谨于此与国人共勉。

跨国收养的法律适用模式

2017-07-07 人民法院报 王子畅

跨国收养，是指含跨国因素的收养关系。具体地说，即收养人与被收养人以及有关收养的法律事实等诸因素中至少有一个因素与外国相联系。在这个问题上，各国出于保护本国公民利益的考虑，多有努力扩大本国法律适用范围的趋向，致使法律冲突问题较为尖锐。

（一）

在跨国收养的法律适用问题上，各国采用的模式大致可分为管辖权模式和冲突规范模式两种。

管辖权模式的代表国有英国、美国、澳大利亚等。在此模式中，法条对在何种情况下本国法院将取得案件的管辖权作出规定。只要法院拥有管辖权，就在原则上统一适用法院地法。举例来说，英国法规定，凡收养人的住所在英格兰或苏格兰以及收养人和被收养的未成年人居住在英国的，英国法院即可享有发布收养命令的管辖权，而且只适用英国法来判定是否具备收养的实质要件。

从本质上说，“管辖权取得”问题属于国际民事诉讼法范畴，和法律适用问题之间没有必然的因果关系。但在此模式下，一国为使本国法得到适用，而在管辖权问题和适用法院地法这两者间建立了平行关系，就使两个本无因果关系的问题产生了必然的因果关系。

（二）

更多的国家和我国一样，选择采用冲突规范模式来解决法律适用冲突，大致上可分为统一制和分割制两种子模式。

统一制，即将跨国收养关系当作一个整体，统一适用一种准据法，在当今各国的法律实践中多表现为统一适用收养人属人法，代表国有德国、日本、波兰、列支敦士登等。然而，这种统一是存在例外的统一，如德国新国际私法第 23 条规定：“收养依收养人本国法决定。如果为夫妻双方共同收养，则依支配该婚姻效力的法律决定，只有涉及到被收养儿童的同意收养的意思表示或其亲属行使收养的同意权的法律适用时，可以作为适用收养人本国法原则的例外，适用被收养儿童的本国法。”

类似的例外情况普遍存在于各国法律之中，这是多种因素综合作用下的产物，主要原因有二：第一，实现根本目标的需要。各国的收养法和法律适用法的规定各有不同，但根本目标大都是减少法律冲突，努力促成健全、稳定的收养关系；第二，对以儿童为主体的被收养人利益的着重保护。“儿童利益原则”体现在《海牙收养公约》等国际公约中，且被包括但不限于公约缔约国的多国国内法所广泛承认的收养法原则。许多国家在签署《海牙收养公约》后，对国内法进行了修改，以进一步保护儿童利益来适应公约的要求。最为明显的表现就是增添有关被收养人或送养人享有“同意权”的规定。

分割制的观点是：一方面收养国和送养国在收养关系中的利益侧重不完全相同；另一方面收养成立、收养效力部分处理的核心问题也不一致。所以，应将收养关系区分为不同的部分，每部分适用不同的准据法。我国涉外民事关系法律适用法第 28 条规定：“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”可见，我国采用的是分割模式，将跨国收养关系分为收养成立、收养效力、收养解除三个部分。此外，有的国家仅对收养成立和效力作区分，如土耳其；有的国家则仅区分收养成立和终止，如日本。具体到各部分来说，各国的法律适用法也各不相同。

收养成立部分，葡萄牙等国选择适用收养人属人法；拉丁美洲的一些国家选择适用被收养人属人法；土耳其、希腊、突尼斯等国选择分别适用双方当事人属人法；我国、匈牙利和秘鲁等国选择重叠适用双方当事人属人法。此外仍有许多不同的方式，我们不作穷尽。

在这个阶段，收养国和被收养国都对当事人的资质有极大的关注，所以无论单纯适用收养国或送养国的法律都难以解决现实问题，容易产生“跛足收养”的情况。分别适用收养人和被收养人的属人法，减少了因本国的法律适用而与相对国产生法律冲突的可能性，不足之处在于放弃了本国法对收养关系相对方资质的限制。

从本质上说，各国关注当事人资质的目的是保护本国公民的利益，而大多数国家将保护本国公民利益与适用本国法挂钩，如果以最大限度扩大本国法适用且着力促成收养关系为出发点，我认为应是：当本国公民作为收养人时，以适用收养国法为原则，适用被收养国法为例外；当本国公民作为被收养人时，以适用被收养国法为原则，适用收养国法为例外。这种规定实质上等于一国法院依据属人法取得案件“管辖权”的情况下以适用本国法为原则，适用外国法为例外。

收养的效力，是指收养关系成立后，被收养人与生父母、养父母的关系以及被收养人能否自动取得收养人国籍等问题。在这个部分，我国，法国、罗马尼亚、奥地利等国选择适用收养人属人法；阿根廷等国选择适用被收养人属人法；泰国、土耳其等国选择分别适用双方当事人属人法。

总体来说，各国在收养效力部分多采用原则上“适用收养人属人法”的模式。鉴于在收养关系存续期间，收养人和被收养人已经建立了拟制的父母子女关系，故而在效力问题上适用收养人属人法也是较为合适的。

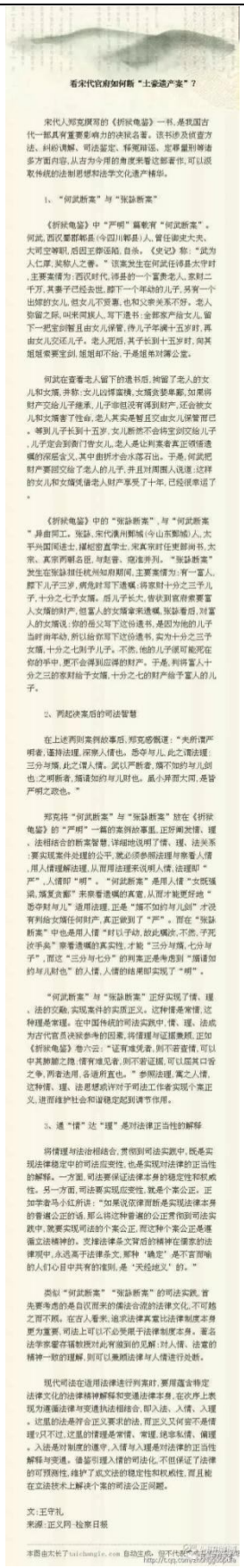
在收养解除部分，有的国家适用和收养成立部分相同的准据法，如日本，意大利等；有的国家适用和收养效力部分相同的准据法，如匈牙利，瑞士等；还有些国家适用与前二者不同的准据法，如我国，罗马尼亚等。

综合收养效力和收养解除部分来看，对于一国，尤其是送养大国来说，在收养关系建立后，仍有必要保留一定的适用本国法的空间。可以尝试合并收养效力和解除部分的法律适用规则，然后确立“以适用收养人属人法为原则，以适用被收养人属人法为例外”的模式。

（作者单位：首都经济贸易大学法学院）

看宋代官府如何断“土豪遗产案”？

2017-07-09　民事审判参考



看宋代官府如何断“土豪遗产案”？

宋代人郑克撰写的《折狱龟鉴》一书，是我国古代一部具有重要影响力的决狱名著。该书涉及侦查方法、纠纷调解、司法鉴定、释冤辩诬、定罪量刑等诸多方面内容，从古为今用的角度来看这部著作，可以汲取传统的法制思想和法学文化遗产精华。

1、“何武断案”与“张詠断案”

《折狱龟鉴》中“严明”篇载有“何武断案”。何武，西汉蜀郡郫县（今四川郫县）人，曾任御史大夫、大司空等职，后因王莽诬陷，自杀。《史记》称：“武为人仁厚，美称人之善。”该案发生在何武任师县太守时，主要案情为：西汉时代，师县的一个富贵老人，家财二千万，其妻子已经去世，膝下一个年幼的儿子，另有一个出嫁的女儿，但女儿不受重，也和父亲关系不好。老人弥留之际，叫来同族人，写下遗书：全部家产给女儿，留下一把宝剑暂且由女儿保管，待儿子年满十五岁时，再由女儿交还儿子。老人死后，其子长到十五岁时，向其姐姐索要宝剑，姐姐却不给，于是诬告对簿公堂。

何武在查看老人留下的遗书后，扣留了老人的女儿和女婿，并称：女儿凶悍蛮横，女婿贪婪卑鄙，如果将财产交给儿子继承，儿子非但没有得到财产，还会被女儿和女婿害了性命，老人其实是暂且交由女儿保管而已。等到儿子长到十五岁，女儿断然不会将宝剑交给儿子，儿子定会到衙门告女儿，老人是让判案者真正领悟遗嘱的深层含义，其中曲折才会水落石出。于是，何武把财产重回交给了老人的儿子，并且对周围人说道：这样的女儿和女婿凭借老人财产享受了十年，已经很幸运了。

《折狱龟鉴》中的“张詠断案”，与“何武断案”异曲同工。张詠，宋代濮州鄄城（今山东鄄城）人，太平兴国间进士，擢起居直学士，宋真宗时任吏部尚书，太宗、真宗两朝名臣，与赵普、寇准并列。“张詠断案”发生在张詠担任杭州知府期间，主要案情为：有一富人，膝下儿子三岁，病危时写下遗嘱：将家财十分之三予儿子，十分之七予女婿。后儿子长大，告状到官府索要富人女婿的财产，但富人的女婿拿来遗嘱，张詠看后，对富人的女婿说：你的岳父写下这份遗书，是因为他的儿子当时尚年幼，所以给你写下这份遗书，实为十分之三予女婿，十分之七则予儿子。不然，他的儿子很可能死在你的手中，更不会得到应得的财产。于是，判将富人十分之三的家财给予女婿，十分之七的财产给予富人的儿子。

2、两起决案后的司法智慧

在上述两则案例故事后，郑克感慨道：“夫所谓严明者，谨持法理，深察人情也。恶夺与儿，此之谓法理；三分与婿，此之谓人情。武以严断者，婿不知约与儿剑也；之明断者，婿请知约与儿财也。虽小异而大同，是皆严明之政也。”

郑克将“何武断案”与“张詠断案”放在《折狱龟鉴》的“严明”一篇的案例故事里，正所阐发情、理、法相结合的断案智慧，详细地说明了情、理、法关系：要实现案件处理的公平，就必须参照法理与察查人情，用人情理解法理，从而用法理来说明人情；法理即“严”，人情即“明”。“何武断案”是用人情“女既强梁，婿复贪鄙”来察查遗嘱的真意，从而才能更好地“恶夺财与儿”适用法理，正是“婿不知约与儿剑”才没有判给女婿任何财产，真正做到了“严”。而在“张詠断案”中也是用人情“财以予幼，故此嘱欤，不然，予死彼手矣”察看遗嘱的真实性，才能“三分与婿，七分与子”，而这“三分与七分”的判案正是考虑到“婿请知约与儿财也”的人情，人情的结果即实现了“明”。

“何武断案”与“张詠断案”正好实现了情、理、法的交融，实现案件的实质正义。这种情是常情，这种理是常理。在中国传统的司法实践中，情、理、法成为古代官员决狱参考的因素，将情理与证据兼顾，正如《折狱龟鉴》卷六云：“证有难凭者，则不若查情，可以中其肺腑之隐；情有难见者，则不若证据，可以屈其口舌之争，两者迭用，各适所宜也。”参照法理，寓之人情，这种情、理、法思想或许对于司法工作者实现个案正义，进而维护社会和谐稳定起到调节作用。

3、通“情”达“理”是对法律正当性的解释

将情理与法治相结合，贯彻到司法实践中，既是实现法律稳定中的司法应变性，也是实现对法律的正当性的解释。一方面，司法要保证法律本身的稳定性和权威性。另一方面，司法要实现应变性，就是个案公正。正如学者马小红所讲：“如果说依律而断是实现法律本身的普遍公正的话，那么将这种普遍的公正贯彻到司法实践中，就要实现司法的个案公正，而这种个案公正是遵循立法精神的。支撑法律条文背后的精神在缀章的法律观中，永远高于法律条文，那种‘确定’是不言而喻的人们心目中共有的准则，是‘天经地义’的。”

类似“何武断案”“张詠断案”的司法实践，首先要考虑的是自汉唐来的儒法合流的法律文化，不可独之而不顾。在古人看来，追求法律真意比法律制度本身更为重要，司法上可以不必受限于法律制度本身，著名法学家翟存福教授对此有很到的见解：对人情、法意的精神一般的理解，则可以兼顾法律与人情进行处断。

现代司法在适用法律进行判案时，要用蕴含特定法律文化的法律精神解释和变通法律本身，在次序上表现为遵循法律与变通执法相结合，即入法、入情、入理。这里的法是符合正义要求的法，而正义又何尝不是情理？只不过，这里的情理是常情、常理，绝非私情、偏理。入法是对制度的遵守，入情与入理是对法律的正当性解释与变通。借鉴引入情的司法化，不但保证了法律的可预测性，维护了成文法的稳定性和权威性，而且能在立法技术上解决个案的司法公正问题。

文：王守礼
来源：正义网-检察日报

本图由灰长了taichangle.com 自动生成，非不代表

跨国收养的法律适用模式

2017-07-07 人民法院报 王子畅

跨国收养，是指含跨国因素的收养关系。具体地说，即收养人与被收养人以及有关收养的法律事实等诸因素中至少有一个因素与外国相联系。在这个问题上，各国出于保护本国公民利益的考虑，多有努力扩大本国法律适用范围的趋向，致使法律冲突问题较为尖锐。

（一）

在跨国收养的法律适用问题上，各国采用的模式大致可分为管辖权模式和冲突规范模式两种。

管辖权模式的代表国有英国、美国、澳大利亚等。在此模式中，法条对在何种情况下本国法院将取得案件的管辖权作出规定。只要法院拥有管辖权，就在原则上统一适用法院地法。举例来说，英国法规定，凡收养人的住所在英格兰或苏格兰以及收养人和被收养的未成年人居住在英国的，英国法院即可享有发布收养命令的管辖权，而且只适用英国法来判定是否具备收养的实质要件。

从本质上说，“管辖权取得”问题属于国际民事诉讼法范畴，和法律适用问题之间没有必然的因果关系。但在此模式下，一国为使本国法得到适用，而在管辖权问题和适用法院地法这两者间建立了平行关系，就使两个本无因果关系的问题产生了必然的因果关系。

（二）

更多的国家和我国一样，选择采用冲突规范模式来解决法律适用冲突，大致上可分为统一制和分割制两种子模式。

统一制，即将跨国收养关系当作一个整体，统一适用一种准据法，在当今各国的法律实践中多表现为统一适用收养人属人法，代表国有德国、日本、波兰、列支敦士登等。然而，这种统一是存在例外的统一，如德国新国际私法第 23 条规定：“收养依收养人本国法决定。如果为夫妻双方共同收养，则依支配该婚姻效力的法律决定，只有涉及到被收养儿童的同意收养的意思表示或其亲属行使收养的同意权的法律适用时，可以作为适用收养人本国法原则的例外，适用被收养儿童的本国法。”

类似的例外情况普遍存在于各国法律之中，这是多种因素综合作用下的产物，主要原因有二：第一，实现根本目标的需要。各国的收养法和法律适用法的规定各有不同，但根本目标大都是减少法律冲突，努力促成健全、稳定的收养关系；第二，对以儿童为主体的被收养人利益的着重保护。“儿童利益原则”体现在《海牙收养公约》等国际公约中，且被包括但不限于公约缔约国的多国国内法所广泛承认的收养法原则。许多国家在签署《海牙收养公约》后，对国内法进行了修改，以进一步保护儿童利益来适应公约的要求。最为明显的表现就是增添有关被收养人或送养人享有“同意权”的规定。

分割制的观点是：一方面收养国和送养国在收养关系中的利益侧重不完全相同；另一方面收养成立、收养效力部分处理的核心问题也不一致。所以，应将收养关系区分为不同的部分，每部分适用不同的准据法。我国涉外民事关系法律适用法第 28 条规定：“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”可见，我国采用的是分割模式，将跨国收养关系分为收养成立、收养效力、收养解除三个部分。此外，有的国家仅对收养成立和效力作区分，如土耳其；有的国家则仅区分收养成立和终止，如日本。具体到各部分来说，各国的法律适用法也各不相同。

收养成立部分，葡萄牙等国选择适用收养人属人法；拉丁美洲的一些国家选择适用被收养人属人法；土耳其、希腊、突尼斯等国选择分别适用双方当事人属人法；我国、匈牙利和秘鲁等国选择重叠适用双方当事人属人法。此外仍有许多不同的方式，我们不作穷尽。

在这个阶段，收养国和被收养国都对当事人的资质有极大的关注，所以无论单纯适用收养国或送养国的法律都难以解决现实问题，容易产生“跛足收养”的情况。分别适用收养人和被收养人的属人法，减少了因本国的法律适用而与相对国产生法律冲突的可能性，不足之处在于放弃了本国法对收养关系相对方资质的限制。

从本质上说，各国关注当事人资质的目的是保护本国公民的利益，而大多数国家将保护本国公民利益与适用本国法挂钩，如果以最大限度扩大本国法适用且着力促成收养关系为出发点，我认为应是：当本国公民作为收养人时，以适用收养国法为原则，适用被收养国法为例外；当本国公民作为被收养人时，以适用被收养国法为原则，适用收养国法为例外。这种规定实质上等于一国法院依据属人法取得案件“管辖权”的情况下以适用本国法为原则，适用外国法为例外。

收养的效力，是指收养关系成立后，被收养人与生父母、养父母的关系以及被收养人能否自动取得收养人国籍等问题。在这个部分，我国，法国、罗马尼亚、奥地利等国选择适用收养人属人法；阿根廷等国选择适用被收养人属人法；泰国、土耳其等国选择分别适用双方当事人属人法。

总体来说，各国在收养效力部分多采用原则上“适用收养人属人法”的模式。鉴于在收养关系存续期间，收养人和被收养人已经建立了拟制的父母子女关系，故而在效力问题上适用收养人属人法也是较为合适的。

在收养解除部分，有的国家适用和收养成立部分相同的准据法，如日本，意大利等；有的国家适用和收养效力部分相同的准据法，如匈牙利，瑞士等；还有些国家适用与前二者不同的准据法，如我国，罗马尼亚等。

综合收养效力和收养解除部分来看，对于一国，尤其是送养大国来说，在收养关系建立后，仍有必要保留一定的适用本国法的空间。可以尝试合并收养效力和解除部分的法律适用规则，然后确立“以适用收养人属人法为原则，以适用被收养人属人法为例外”的模式。

（作者单位：首都经济贸易大学法学院）

80 后 90 后婚恋模式出现新趋势:女大男小婚姻增多

2017-07-10　北京日报　中国社会科学院社会学研究所　李春玲

高速的经济增长和急剧的社会变迁，使人们的生活水平极大提高，社会生活环境发生重大变化，人们的态度与观念也随之改变。这导致代际现象日益突出。以“80 后”和“90 后”为代表的青年群体成为社会新事物和新潮流的代言者，也自然成为社会学家观察社会变迁和未来社会发展趋势的重要研究对象。

当代中国青年的两个主要社会性特征：突出的代际差异和较强的阶层分化

近 10 年来的青年研究反映出了当代中国青年的两个主要社会性特征：突出的代际差异和较强的阶层分化。一方面，大量研究显现出了青年一代与中年、老年群体代际间的明显差异。事实上，即便在青年群体当中，“80 后”与“90 后”也有差异，甚至“80 后”内部也有“85 前”和“85 后”的差异。另一方面，青年群体本身的社会分化较为突出。青年农民工和大学生及大学毕业生是青年群体中两个最大的子群体，其教育经历、就业及生活状况和未来发展机遇大为不同。“80 后”是打上代际与阶层双重烙印的一代，代际共性未能打破社会不平等的再生产模式，跨阶层的代际文化无法突破社会生活领域中的阶层分割。

城乡不平等和家庭背景的阶层差异影响了青年一代的受教育机会，教育分层现象十分突出。教育的分化最终导致青年人的就业和社会经济地位的差异。在现代社会的市场竞争中，学历发挥着关键性作用，是决定个人未来社会经济地位的重要因素。然而，教育机会的不平等却使来自农村家庭和弱势群体的孩子在教育机会竞争中处于劣势地位，从而强化了阶层地位再生产。大量有关青年职业和社会流动的实证研究证明，社会经济地位的再生产导致了青年群体的社会分化。

互联网使青年社会化不确定性大大增加

近 20 年来，互联网以惊人的速度发展并深入到青年人生活的各个方面，使得互联网对青年的影响成为青年研究的又一重点。当代青年被称为“互联网的一代”，他们是网络参与最活跃的人群，青年研究学者从多方面研究了网络社会的兴起对青年人的生活、观念、行为和文化产生的深远影响。

一些研究指出，互联网上形成了青年的网络社区，这些虚拟社区具有媒体化、娱乐化和社交化的功能，其特征主要表现为成员的低龄化、文化的多元化和功能的实用化。青年通过网络社区的互动交流情感和思想，形成独特的文化。

另一些研究注意到，网络时代的青年认同出现了困境：青年的虚拟认同与现实认同之间存在张力；青年的社会认同存在不确定性；青年的社会认同面临的阻力增大；青年的社会认同面临场域的转换。也有研究发现，互联网已全面渗透到青少年的日常生活中，网络消费、网络交往、网络闲暇娱乐、网络政治参与成为青年生活方式的新时尚和新主流。新型的生活方式给青年带来全新的生活体验，同时也对青年社会化产生了极大影响。互联网的出现及迅猛发展、社会信息获取和处理手段的变革使青年社会化过程和结果的不确定性大大增加。

当代青年婚恋模式出现新趋势，传统的“男大女小”的婚配模式有所改变，“试婚”、财产公证等现象增多

5 月 28 日，东北大学 2017 校友集体婚礼在东北大学校园隆重举行。来自海内外的 45 对校友新人回到母校，在母校师生的见证下完成了人生最重要的仪式。　中新社记者　于海洋　摄

社会经济急速变迁导致的代际之间的观念与行为差异在婚恋方面表现得尤其明显，这也成为青年研究的热点问

题，尤其是一些新的婚恋现象，更是引起了研究者的兴趣。

一些学者注意到，“父母逼婚”和“剩女现象”导致了青年人的“婚恋焦虑”。这是一种“中国式的婚姻焦虑”，是社会发展到一定阶段由于各种原因导致的代际之间关于婚姻问题的一种冲突。

与“婚恋焦虑”相伴的是单身青年在适婚青年中的比例日益上升，大龄青年的“不婚”情况引起了广泛的社会关注。这种现象在北京、上海等大城市更为突出，“剩女”和“剩男”数量都很庞大。“婚恋焦虑”现象出现的背后，存在着人口结构、经济条件、社会观念、交际方式、家庭压力等多重因素的影响。

许多研究都发现，当代青年人的婚恋模式出现了与传统观念不同的新趋势。基于 1990 年、2000 年、2010 年三期中国妇女地位调查数据的分析发现，中国夫妇婚龄差模式发生了较大变化，传统的“男大女小”的婚配模式有所改变，“男大女小”的婚姻明显减少；而“女大男小”的婚姻明显增多，其原因可能与我国出生性别比持续偏高和婚姻观念的转变等因素有关。青年人“闪婚、闪离”现象增多，“试婚”成为单身青年追求理想婚姻的一股“潜流”。经济条件在青年择偶因素中的重要性上升，财产公证成为青年防范婚恋风险的无奈选择。

（李春玲 作者为中国社会科学院社会学研究所研究员）

国家监护视角和困境儿童服务

2017-07-10　民政部政务微信 童小军

留守儿童和困境儿童的工作已经开展了一年多，基层工作人员往往将它们和未成年人保护试点工作并列看成是三项独立的工作；但在开展具体工作时，因为群体相近，工作对象常有重合，工作内容常有交叉，让人感到疑惑。

产生上述疑惑的最根本原因，是缺乏国家监护的视角。

一、国家监护视角

国家监护是与家庭监护相对应的，是指国家以儿童权利为指导思想，以保障儿童安全、健康成长的基本需求为目标，为权利受到了侵害的儿童和基本需求无法得到满足的儿童提供生活照料和成长服务的国家儿童福利制度安排。国家监护的原则是家庭监护优先，国家监护托底。

二、国家监护视角下的留守儿童困境界定

从国家监护的视角，困境儿童的困境可以划分为风险困境和实际困境两大类型。所谓风险困境是指儿童处于可能受到伤害（儿童伤害是指儿童虐待、儿童忽视、儿童剥削和儿童暴力等四大人为伤害）的境遇中；所谓实际困境是指儿童已经受到了伤害的情形。留守儿童是指父母双方外出务工六个月以上而自己被留在农村居住地与家庭其他成员一起生活的儿童；或者父母一方外出务工六个月以上而自己留在农村居住地与另一方无监护能力的父母一起生活的儿童。不论是哪一种情形，留守儿童都有能够照顾他们的父母，但父母对未成年子女的生活照料安排不当，使他们进入了一种可能受到伤害的风险境况中，并且其中一部分儿童面临的受伤害风险极高。

三、国家监护视角下的留守儿童服务

从国家监护的托底功能角度，面对留守儿童这样的群体，国家需要为其提供伤害风险预防服务，即伤害风险监测和风险干预的服务。风险监测是将所有的留守儿童纳入监测范围，定期走访和评估其实际监护状况，对监护不足和不当的状况进行干预，确保其生活安全和成长健康。与此同时，一旦发现儿童伤害案件，必须立即报告给儿童保护机构；儿童保护机构则需要为报告案件涉及的儿童提供伤害评估，并为其提供相应的紧急庇护和/或替代生活照料、经济支持以及医疗、心理康复、行为矫正等治疗服务，还包括惩治施害人的法律援助服务。也就是说，留守儿童的服务是以风险监测为发端的，其社区服务主要是对风险的干预，从而能够将风险降到最低直至消除；同时，也能够及时发现受到了伤害的留守儿童，及时协调专门的儿童保护机构为其提供有效服务。

四、国家监护视角下社区儿童服务体系建构的必要性

在现实社会中，处于和留守儿童相似境遇中的儿童群体还有很多，如流动儿童、服刑人员子女、生活在亲戚家中的孤儿等等；他们都长期生活在可能被忽视或者虐待的高风险状态中。并且，儿童的困境状态是时时变化的，今天的困境儿童，在得到适当帮助时，就会摆脱困境，成为正常儿童；今天的非困境儿童，也可能因为罹患疾病或者家庭出现变故而陷入困境，成为困境儿童。因此，在社区层面的儿童服务应以全体儿童为对象，其服务流程和对方与上述留守儿童的服务流程和规范相同。

也就是说，要真正发挥国家监护的作用，对家庭监护进行儿童伤害风险监测和风险干预，为儿童提供伤害预防的服务，国家必须在儿童和家庭所在的社区环境中建立一个困境儿童服务体系，包括明确服务对象（全体儿童）、

服务主体（政府儿童保护工作人员）和服务机制（风险监测、风险干预和伤害报告）。

作者：童小军（中国青年政治学院少年儿童研究所

聚焦民法总则 推动民商事审判工作再上新台阶

——中国审判理论研究会民商事专业委员会 2017 年年会暨“民法总则与民商事审判高端论坛”综述

2017-07-12 何建 武翠丹

5 月 26 日，中国审判理论研究会民商事专业委员会 2017 年年会暨“民法总则与民商事审判高端论坛”在西南政法大学召开。本次会议是民法总则通过后，为了适应新形势新要求，全国法院就民法总则基本理论与司法实践问题召开的一次高端论坛。会议由中国法学会民法学研究会联合主办，西南政法大学承办，重庆市高级人民法院协办。

来自最高人民法院、全国各省、自治区、直辖市高级人民法院分管民商事的院领导、庭长、专家型法官，中国法学会、西南政法大学、厦门大学、重庆大学的专家学者，围绕“民法总则与民商事审判”这一主题展开研讨，亮点纷呈。现将会议主要内容归纳如下：

一、民法总则的通过与民商事审判研究

与会代表普遍认为，十二届全国人大第五次会议通过的民法总则，是党中央带领全国人民制定的一部伟大法律，开启了中国的民法典时代。作为民法典的开篇之作，民法总则在我国民法典中起统领性的作用，深入探讨民法总则理论和实务问题，研究民商事审判工作当中的新情况新问题，探索民商事审判的司法规律，对推动民法典编纂和民商事审判的长远发展都具有十分重要意义，必将在中国法治建设的进程当中留下浓墨重彩的一笔。人民法院应继续大力开展民法典编纂研究工作，为民法典编纂提供实践资料、司法经验、智力支持和人力支持。中国审判理论研究会民商事专业委员会是各级法院开展民商事审判理论研究的一个重要平台，也是指导民商事审判工作的重要阵地。希望广纳民商事实务界和理论界精英人才，充分发挥司法实践和理论研究之间有效沟通的桥梁作用，积极开展民商事审判理论研究，建立健全研究成果转化的规范和办法，完善研究成果评价机制，不断扩大研究成果在实务中的影响力，促进民商事审判实践和理论发展。

二、民法总则新规定与民商事审判的新机遇

与会代表一致表示，民法总则是在继承民法通则和民商事单行法的基础上，总结了改革开放以来的立法司法经验，以及理论研究硕果，针对实践中的新情况、新问题，在法律概念、基本原则、民事主体、民事权利、民事法律行为等诸多方面都作了针对性的修改、完善和创新。要充分认识民法总则的裁判规范属性和对民商事审判发展的助推作用。民法总则的颁布为人民法院工作开创新局面提供了新平台和新机遇，同时也带来了新思考和新挑战。

民法总则给法院带来了新理念新规则。例如，民法总则第九条关于绿色发展理念的确立，标志着我们国家在整个民商事审判领域，确定了一种新理念；第十条关于法律渊源的规定；第十一条关于民法总则与其他特别法的关系；第三十一条规定当事人可以直接向人民法院申请指定监护人；第三十六条明确规定人民法院应当安排必要的临时监护措施的情形；第七十条规定法人的清算，董事属于清算义务人；第四章新增加的“非法人组织”类型主体；民法总则第一百八十七条将侵权责任法第四条关于民事责任优先的相关规定，扩大适用到所有的民事责任。又如，依据民法总则第一百五十三条规定，即不轻易的把一个管理组织的合同认定为无效之标准，不仅可以缓解司法裁判标准不一的问题，还可以解决诸如类著作权集体管理组织性质等争议已久的难题。

民法总则给审判工作带来了新挑战，给自由裁量带来新空间。有学者提出第十二条“但书”规则的缺位，为司法解释预留了空间，并以第三十六条是剥夺监护权还是剥夺监护能力的解读为分析样本，认为剥夺监护能力不同于剥夺监护权，建议制定司法解释，加上“以未受立法司法剥夺者为限”的但书。民法总则第八条、第十条、第一百四十三条、第一百五十三条提出了一个全新的概念，即公序良俗，与之相关第十条规定的内容，为法官依法自由裁量提供了新依据。民法总则第五十三条关于撤销死亡宣告后的财产返还、第一百八十二条关于紧急避险的一个责任程度以及第一百八十三条的见义勇为，都谈及适当补偿，而判断的标准涉及法官自由裁量权。

民法总则对裁判文书的表达精准化提出了新要求。第六十一条、第六十五条出现了一个新的概念，叫善意相对人，改变了民法通则的第三人或者善意第三人的表达。第七章关于代理的一般规定，对被代理人现在的表达是发生效力，而不再是民法通则里由被代理人承担民事责任。第二章的标题，从原来的“公民（自然人）”改为了“自然人”的表述。包括从出生表达为胎儿娩出时为死体的这样一些精准化的表达，事实上也给未来人民法院和仲裁机构的裁判文书提出了新标准和新要求。

民法总则的颁布对商事活动也有着重要影响。与会代表提出，民法总则的新规定实际上也适用于商事审判，比如第六十一条关于法定章程或者权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人；第八十五条关于营利法人决议撤销不影响营利法人根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系等，涉及公司对外投资、对外担保效力的问题。民法总则的出台，基本解决了这一难题。专家学者认为，民法总则所言习惯，既包括传统的民事习惯，也包括商事习惯。在商事审判中，如何引入商事习惯并且所作的判决结果能够为当事人所接受，从而服务于经济社会的发展，这也是未来在商事审判中应当着力解决的问题。

民法典编纂的“两步走”战略给民商事审判工作带来了诸多新机遇新挑战。与会代表提出，民法典的编纂不仅仅是关系到人民法院的民商事审判，也是涉及人民法院工作的方方面面。民法总则对民法通则既有继承，也有突破，只是突破较为原则，蕴藏着新的价值理念，亟待细化为具体的裁判规则。民法总则具有较强的社会属性，主要表现为对传统文化的挖掘与传承，如习惯、公序良俗等法律渊源的适用，这就需要司法人员具备良好的职业能力。但在传统的教学中偏重于法律技术的培养，在发现习惯、查证习惯、判断习惯的合理性、合法性、正当性等方面还有着不容忽视的短板。

三、民法总则实施对民商事法律适用的影响

与会代表提出，民法总则第一条实现了社会主义核心价值观由一种软性的要求向硬性规范的转变，是民法总则的一大特色和亮点。要依法履行审判职能，通过审判活动真正使社会主义核心价值观落地生效。民法总则提供了一个开放性的民事裁判规则，要正确理解和适用民法总则。民法总则第十条由政策到习惯的调整，意义非同小可。政策是从上到下，习惯是从下到上。但是如何发现习惯、识别习惯、判断习惯和运用习惯对案件进行裁判，对法官来说是一个亟须突破的挑战。再如公序良俗概念的适用，如何判断我们国家的公共秩序和善良风俗同样需要法官来研究、梳理。要处理好民法总则与其他法律之间的关系，包括与民法通则、各民商事单行法、行政法和刑法中的特别民事规范以及与司法解释之间等四个层面的关系。正如与会代表所言，民法总则第一百七十二条的规定可以运用到家事审判中。在婚姻法司法解释里，现有的解释将第十七条和第二十四条结合起来考虑，可能会是更妥当的处理方式。

与会代表认为，法律是从社会现象和社会行为抽象出来的一般规则。在民法总则的具体适用过程中，要运用司法智慧，通过科学的裁判方法和法律解释，解决司法实践中的难题。我们学习、研究、贯彻民法总则的过程，实际也是在为立法机关编纂民法典各分则编贡献智慧，为最高人民法院下一步适时制定司法解释提供素材。希望与民法总则配套的民法分则、民法施行法顺利出台，从而为全国法院民商事审判提供更加科学更加明确的裁判依据。

（作者单位：中国应用法学研究所 西南政法大学）

立法态度应开放 法律规范要闭合

2017-7-12 中国妇女报

编者按

日前，中国婚姻家庭研究会五届四次常务理事会暨“第三届婚姻家庭 30 人论坛”召开，多位婚姻家庭领域的专家学者对民法典婚姻家庭编的制定及专家建议稿发表了意见和建议，内容涉及婚姻家庭编制定的原则和路径、亲子关系、夫妻财产制度、结婚制度、监护制度等，以期推动婚姻家庭立法更科学更完善。

婚姻家庭立法是“顶天立地”的问题

■ 李明舜

第一，婚姻家庭立法问题也就是婚姻家庭法律制度的完善问题，确实是一个“顶天立地”的问题。“顶天”，是因为婚姻家庭问题关涉国家大事，贯穿在国家“五位一体”总体布局之中，国家的经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设，都缺不了家庭建设的内容。因而国家有关家庭问题的顶层设计，应该在“五位一体”总体布局中思考家庭建设的问题。婚姻家庭立法只是家庭建设当中的一个重要组成部分。“立地”，则在于婚姻家庭是每个人生活的基本单位，和老百姓的日常生活、权利利益密切相关，婚姻家庭立法的内容，直接关系每个人利益的得与失、生活状态的悲与喜。

第二，婚姻家庭制度的完善或婚姻家庭立法的过程中充斥着不同价值取向的博弈。从人类的发展史看，婚姻家庭特别是家庭问题一直交织着去家庭化还是再家庭化的缠斗。这两种不同的价值取向将深刻地影响婚姻家庭立法的内容，特别是有关婚姻家庭职能发挥的问题、婚姻家庭成员权利义务的设定问题。如果在这个问题上不明确、不正

确，我们对婚姻家庭职能的确定和权利义务的设定就会出现偏差。为此，我们必须要树立中国特色社会主义的家庭价值观，把民法总则要求的“适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观”落实在具体的婚姻家庭法律规范之中。

第三，婚姻家庭制度的完善或婚姻家庭立法是一个极其复杂的问题。它的复杂性应该是我们立法当中特别关注的问题。婚姻家庭立法既涉及婚姻家庭内部关系的调整，又涉及国家和社会对家庭的支持政策、支持系统的建设；既涉及婚姻家庭成员权利义务的合理确定，又涉及公权力适度的介入问题；既涉及婚姻家庭的伦理道德倡导，又必须坚持法律规范的权威强制。情理法的问题在婚姻家庭立法中表现得尤为突出，一方面伦理道德在婚姻家庭法当中要提倡、要有导向，一个比较理想的状态是把我们所倡导的价值观、情与理寓于法律规范中，形成操作性比较强、可执行、可裁判的规则。另一方面，婚姻家庭立法一定要立足裁判，把情、理寓于裁判的规则当中。

此外，婚姻家庭立法既涉及立足中国国情，又涉及借鉴国外立法经验和婚姻家庭发展趋势的问题。在这两者之间，还是要坚守婚姻家庭法的固有属性，更多考虑我们中华民族、我们国家的特点。特别是民法总则已经把习惯和公序良俗列为法源之一，在婚姻家庭编中，必须考虑有关婚姻家庭的习惯、公序良俗法定化的问题。

第四，婚姻家庭立法过程中应当正确处理开放与闭合的关系。在立法过程中，立法态度应该是开放的，所有的问题都可以讨论，所有的观点都可以发表，同时立法体系也应该是开放的，应当立足于实用，不能因文害意，更不能为了体系的“科学”而舍弃实用的规范。但与此同时必须注意，有关婚姻家庭的法律规范应当是闭合的，婚姻家庭编要形成一个闭合系统，每个行为规范要明确标准，明确落实标准的措施以及违反措施的法律后果。

（作者系中华女子学院副院长、教授）

应明确夫妻共同债务的范围

■ 龙翼飞

婚姻家庭编的夫妻财产制度应坚持平等、互爱、文明的原则。中国法学会提交给全国人大常委会法制工作委员会的专家建议稿在夫妻财产关系方面提出了四部分立法建议：

第一，夫妻财产归属问题坚持现行婚姻法的三种夫妻财产制：法定的夫妻共有财产制、夫妻个人财产制、夫妻约定财产制。我们认为以上的夫妻财产制依然符合目前中国婚姻家庭的需求，和世界上多数国家的立法可以衔接。

第二，如何解决动态的夫妻财产权的行使问题。在家事代理的时候，如果夫妻一方对夫妻共同财产进行处分或者收益，立法要强调一方在什么情况下必须征求另一方的同意。建议在下列情况下，夫妻一方对共同财产行使时必须要征得另一方同意，这是对另一方保护的特别制度安排：向第三人赠与的；出卖不动产或者价值较大的动产、出让或者转让股权的；为第三人设定抵押权、质权或者提供保证性担保的；处分对家庭生活有较大影响的生活用品的。

第三，要规定特别措施，适应特别法和婚姻法的规定，允许夫妻在特别时候在婚内可以分割共有财产。建议按照现行婚姻法、物权法、婚姻法司法解释三的规定，在婚姻关系存续期间夫妻一方不得请求分割共同财产，但有下列情形之一的除外：一方有隐瞒、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者设定夫妻共同债务，严重损害了夫妻另一方利益的；一方负有法定的扶养义务人，患有重大疾病需要治疗，另一方不同意支付相关治疗费用的；一方要求用夫妻共同财产从事金融性投资，另一方不同意的；一方实施家庭暴力受害方要求分割的。建议分割时首先采取协议的方式，协议不成时应请求人民法院裁判。

第四，解除夫妻财产负担的问题，即夫妻债务的清偿问题。要区别夫妻的共同债务与个人债务。建议要和婚姻法、物权法和侵权责任法的规定相匹配，认定下列债务为夫妻个人债务：夫妻一方婚前所负的债务；夫妻一方在婚姻关系存续期间以自己的名义负担的合同之债；夫妻一方在婚姻关系存续期间以一方的侵权所负的债务。专家建议稿建议下列债务是夫妻共同债务：夫妻共同约定为夫妻共同债务的；夫妻用于共同生活的债务；基于共同财产的维护所负的债务，比如修房子；夫妻因共同侵权所负的债务；夫妻因监护人侵权所负的债务。

一方面，我们要承认劳动是夫妻财产的源泉，包括社会劳动和家庭劳动；另一方面，我们要考虑维系婚姻家庭关系的需求，这是处理夫妻共同财产的基本原则。不能只考虑市场经济的法则，而不考虑婚姻家庭关系的需求。市场经济中坚持效率优先、兼顾公平的原则，婚姻家庭关系中兼顾公平特别重要，特别是在家庭劳务中应该考虑到从事家务劳动者的劳动价值。 （作者系中国人民大学法学院教授）

非婚生子女法律地位应作为亲子关系立法的突破口

■ 薛宁兰

现行婚姻法侧重于对婚姻关系的调整，第三章婚姻关系首先讲的是夫妻间的财产关系，用 10 条不到的篇幅讲亲子关系以及其他家庭成员的关系。建议把亲子关系以及其他家庭成员的关系单列一章，突出其重要性。

父母子女关系简称亲子关系。在亲子关系里，法律随着社会的变化而变化，起初以家族关系为中心，后来演变为以父母为中心，21 世纪以来以子女为中心。我国亲子关系立法怎样跟上时代的步伐？怎样引领以子女为本位的立法价值取向？非婚生子女的法律地位是一个突破口。

非婚生子女是指没有婚姻关系的男女双方所生的子女，具体包括男女不结婚同居共同生活期间所生的子女，已婚男女和第三人所生的子女。

非婚生子女的基本权利保护是制定婚姻家庭编不能回避、必须面对的问题。我国 1950 年婚姻法、1980 年婚姻法，现行 2010 年修订的婚姻法，对于非婚生子女的保护立场鲜明且一以贯之，就是非婚生子女和婚生子女享有同等权利，不得歧视和虐待非婚生子女。现行婚姻法第 25 条更是分两款对此做出规定。

但我国对非婚生子女的保护还有待完善的地方，主要体现在两个方面：一个是在立法体例上比较保守。立法对自然血亲形成的亲子关系以父母是否有婚姻关系为标准分为婚生和非婚生，人为造成名分上的不平等。这也是亲等思想在立法上体现出的一个问题。第二个方面是亲子关系法结构上不完整。从整体上讲，法律对于父母子女关系的调整首先就是要确立父母子女身份上的一些基本规则，即孩子和谁是母子关系，和谁是父子关系，父母子女的关系身份确定要有推定规则。我国立法没有这个基础性制度，只规定了父母子女的权利义务，在亲子关系的确认上存在法律空白。

对于民法典婚姻家庭编，笔者有三点建议：

第一，取消非婚生子女的称谓，不再以父母是否有婚姻关系为标准把子女分为婚生和非婚生，统一称为亲生子女。美国、德国已经取消了这样的称谓，我国澳门地区也有相应的规定。

第二，要建立统一的亲子关系确认制度。我国婚姻法从 1950 年到现在一直没有这个制度，传统民法把子女区分为婚生和非婚生，对婚生子女和父母的身份确认采取的是婚生子女的推定与否认制度，对于非婚生子女，法律上采取的是非婚生子女的准正和认领制度。

现在对子女不做婚生和非婚生区分，必须要改造传统制度。不管是婚内所生子女还是婚外所生子女，对儿童来说，他们的出生和父母是否有婚姻关系没有任何关系，不能以父母婚姻关系的道德不道德做评判，要建立统一的亲子关系的推定、否认以及子女的认领制度。

第三，中国法学会提交的民法典婚姻家庭编专家建议稿中关于父母子女权利义务的规定比较零散。婚姻法第 21 条到 28、29 条关于父母子女的权利义务都是教育、扶养、保护这样一些零散的规定，应进行概念化体系化。（作者系中国社会科学院法学研究所研究员）

婚姻家庭编立法应坚持的三大原则和两条路径

■ 彭高建

民法典婚姻家庭编立法应坚持三大原则：

第一，处理好情与法的关系。国家治理、社会关系调整，除法律外，还有道德、宗教等多种手段。婚姻家庭领域，不能只讲法，还要有情。我国现有的婚姻家庭法律倡导性条款多，希望民法典婚姻家庭编能处理好情与法的关系，确立的法律制度不要太模糊，能够像德国民法典、法国民法典那样成为经典。

第二，辩证地看待中国传统。我国传统文化有很多精华，但在婚姻家庭领域也有一些糟粕，比如姓名权，女性婚后在自己姓氏前面加夫姓，就不应恢复。

第三，关注立法前沿问题。婚姻家庭关系是人类基本社会关系，具有很多共性。外国婚姻家庭立法中曾经遇到的问题，比如安乐死、器官移植、同性恋等，同样值得我们关注，认真研究论证。

民法典婚姻家庭编起草需坚持两条路径：

第一，梳理我国现有法律制度。将需要长期固化的法律规定提炼出来，放入婚姻家庭编中。要处理好婚姻家庭编与相关法律、法规、规章的关系，做到详略得当。

第二，挖掘中国现实问题。我国是世界人口大国，婚姻家庭领域有大量的司法案例，从对这些案例的分析研判中可以理出线索，提炼出法律制度。同时，针对行政执法活动中带有普遍性的问题，民法典婚姻家庭编应有所回应，比如，对未成年人、老年人、妇女、残疾人的特殊保护，以及对农民工、留守妇女和儿童的法律权益维护等。（作

者系中国婚姻家庭研究会常务理事）

婚姻家庭编应进一步完善监护制度

■ 但淑华

民法通则过分倚重家庭监护，对国家的监护责任规定不够，民法总则的监护制度比民法通则有了很大的改进。理想状态是在婚姻家庭编中对监护专设一章，如若不然，至少也应进一步完善民法总则中监护的内容。

用一个比较形象的说法，监护关系是以被监护人为圆心的同心圆，内圈是家庭监护，比较多地强调家庭自治，强调尊重当事人意思。国家要在外围进行必要的协助或者监督，提供主动干预的一些路径，当家庭监护不足时，国家监护能够积极加以补充。

民法总则对国家监护做出了更多的规定，比如临时监护、撤销监护人资格等，这都是很大的改进。笔者认为，国家主动介入、主动干预的路径还不是特别通畅。撤销监护人资格是一个事后措施，缺乏可以事前监督、事中监督的措施。民法总则规定的申请撤销监护人的主体，比如居委会、村委会、学校、医疗机构等，可能缺少主动发现问题的能力。民法总则第 36 条是从权利的角度来讲，谁有申请撤销监护人资格的权利，谁去撤销，但是没有从监护监督义务的角度入手。监护监督需要明确哪些主体有监护监督的义务。

民法总则对于被监护人的尊重更多一些。在家庭监护方面，我们强调对于被监护人的尊重，也规定有监护资格的人之间可以协议来确定监护人。这些都比以前更科学。但是，笔者认为还应关注对监护人意思的尊重问题。当有监护资格的人不想担任监护人或者没有能力担任监护人时，是否有拒绝和辞任的权利。之前未成年人监护的调研发现，一些法院严格按照法律规定的监护人顺序，有前一顺序绝不指定后一顺序，哪怕前一顺序的人不愿意担任监护人且后一顺序愿意担任监护人，法官也完全不考虑。这一做法并不一定能够很好地保障被监护人的利益。此外，现在的规定对监护人的约束相对多一些，对监护人的权利规定比较少，比如是否有报酬请求权，是否有相应的执行监护事务的费用返还请求权。

此外，监护制度的设计要考虑借鉴国外经验，考虑现实社会的需求。比如意定监护，允许被监护人在有完全民事行为能力的时候，自己指定监护人。但是，意定监护只有这一条，相对比较简单，目前还是以法定监护为主、意定监护为辅的状态。从国外立法经验看，意定监护的地位和作用越来越重要，我们在意定监护方面还有进一步补充和完善的需求。（作者系中华女子学院法学院讲师、法学博士）

结婚制度应回应现实婚姻家庭生活的需要

■ 马忆南

结婚制度应回应现实婚姻家庭生活的需要、老百姓的呼声。专家建议稿中，结婚制度包括婚约、同居关系、结婚条件、结婚程序、欠缺婚姻要件的婚姻无效和撤销等方面的内容。结婚条件、结婚程序、婚姻无效和撤销等只是部分修改，比较有争议的是婚约问题是否入法，同居关系是否入法。

学术界达成的共识是婚约应入法，重点是婚约解除引起的财产纠纷的处理，主要就是彩礼或嫁妆是否返还的问题。男女双方可以自愿订立婚约，但婚约不具有法律效力。解除婚约的，给付彩礼或嫁妆的一方有权请求返还。

同居关系现在已广泛存在于中国老百姓亲密关系的模式当中。亲密关系的模式包括婚姻关系和同居伴侣关系。同居伴侣关系中有年轻人作为试婚状态的同居，也有老年人作为替代婚姻关系的同居，最理想的就是将来能够制定《同居伴侣法》或《同居关系法》。

民法典婚姻家庭编应该对同居关系做出回应，但是彻底解决还需通过制定单行法的方式。婚姻家庭编规制的主要是同居的财产关系。建议考虑规定一条：双方未经结婚登记自愿共同生活的，其财产关系有约定的，依照约定；没有约定的，适用按份共有的规定。同居关系财产纠纷中是否保护无过错一方，保护弱者一方，还需要进一步讨论。

现行婚姻法规定的结婚条件、结婚程序和婚姻无效、撤销制度有几个争议点。结婚条件中，是否降低法定婚龄？全国两会连续几年都有代表、委员提出要降低法定婚龄，婚姻家庭编应做出回应。现在规定的男 22 岁、女 20 岁的结婚年龄有点儿高。我们论证后认为应该降低，倾向于男、女都是 20 周岁，既坚持了男女平等，也回应了降低婚龄的社会需求。

关于禁止结婚的亲属关系问题也存在争议。现行法律规定，直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚。专家建议稿增加了拟制直系血亲或者直系姻亲关系终止后亦不得结婚的规定。

关于婚姻无效和婚姻撤销制度，现行法律对于违反婚姻要件的行为一概采用有追溯力的彻底否定是不合适的。

要区分违反婚姻要件是违反公益性婚姻要件还是私益性婚姻要件，所以考虑用婚姻无效否定违反公益性婚姻要件的婚姻，婚姻撤销否定违反私益要件的结婚行为。无效婚姻，自始无效；可撤销婚姻，自撤销之日起无效。

此外，专家建议稿反对把撤销婚姻交由婚姻登记机关处理，关于宣告婚姻无效和撤销婚姻，统一通过司法程序，将婚姻无效和撤销婚姻的权力收到法院，由法院行使审判权，对当事人的婚姻状况进行认定，并对相关的法律后果进行判决。通过法院比婚姻登记机关处理更能保护当事人各方面的利益。

（作者系北京大学法学院教授）

（文字由中国妇女报·中国女网记者王春霞整理）

寻找离婚财产分割的规范性原则

2017-07-13 妇女研究论丛 王新宇 译

摘要：20 世纪的离婚法改革是女性主义的一个奋斗成果，这一改革把美国婚姻法的过错离婚推向了无过错离婚，如何分割婚内财产成为性别平等的争议焦点。平等分割财产作为一种规则平等，并没有带给离婚后的女性实质意义上的平等，反而把女性推向贫穷化的结果。玛萨·法曼认为改革是以牺牲女性利益为代价而让男性受益，呼吁以需求为目的财产分割才能让女性获得真正的平等。文章正是针对这一规范性标准所做的评论，认为以需求为标准的财产分割，从法律实践上来看却难以操作。

女性主义者全力以赴于追求平等时日已久。19 世纪，女性主义追求的“平等对待”是平等接受教育和平等就业，但是常以失败而告终①。20 世纪早期，女性主义的平等诉求得到了美国最高法院的保护，对劳工立法予以支持，尽管这一做法很明显地违背了宪法的平等原则②。“特别对待”对战“平等对待”的讨论持续到今天，如何维护职场中孕妇的权益成为女性主义运动中的一个难点问题③。

20 世纪后期，性别平等的斗争主要发生在州立法机构、国会、州法院和联邦法院。联邦高院直到 1971 年才承认性别平等是一个宪法原则④；这一年也是宪法诉讼的一个转折点。受这一成功的鼓舞，女性主义者开始在联邦法院发起更多的诉讼，以挑战法律中存在的男女区别对待⑤。当这些案件如愿被最高法院所受理时，性别平等的新法学业已形成。早期的时候，我们知道孕期歧视并不在宪法性别平等保护之内⑥。一个极具希望的标志性案件⑦，让我们清楚了性别平等不会适用宪法保护的种族平等⑧。我们也清楚，男人和女人的情形与军事法草案⑨、强奸法令规定的情形⑩或者非婚生子女的情形都不相似 11。

平等讨论初期，女性主义者围绕着宪法第十四修正案，集中讨论该法案的平等对待对性别歧视案件而言是否就是最好的平等模式。对于男女差异下的性别内部分层，有些女性主义者认为特别对待才是最好的模式，特别是在处理与孕期相关的事项中 12。其他女性主义者则致力于重新界定平等，以迎合同一社会下男女不同的社会状况、法律状况和经济地位的需求 [1]。而后，因为平等分析模式使得问题进一步深入，女性主义内部开始产生理论分歧，女性主义诉讼律师则要超越有关平等争议，为更具意义的社会变革而奋斗 13。女性主义的讨论最早集中在公共领域 14，包括就业市场以及政府领域 15、教育 16 和社会机构 17。不过平等保护发动的挑战并不能普及到深受宪法保护的私人空间和个体自由，因为宪法要求政府不能侵犯这些私人领域 18。但这并不意味着挑战平等保护绝不会涉及家庭法范畴；平等保护条款已经特别应用于赡养费 19、配偶对共有财产的管理权 20、推定父亲对其子女的相关权利 21。我只是认为：女性主义的讨论大量地集中在像就业、教育这种有关公共领域的话题，关注家庭法领域的并不多。论辩涉及对女性的积极行动、特别对待与平等对待、分离但平等对待的可能性、对作为非中立平等的批评 22。一些争辩是剑拔弩张的，在公共领域通过厘清收益和损害以平等语辞获取女性权利，这一过程也丰富了女性主义对平等的认识。将收益和损害的方法应用于家庭法领域，这对确认和保护女性权利、承认角色平等而言，无疑也会同样加深私人领域对平等的认识。

玛萨·法曼（Martha Fineman）就是一个致力于在家庭法语境下推进性别平等的女性主义专家。过去十几年，她出版了大量的学术著作，提醒大家现有平等的讨论对存在于婚姻存续期间以及离婚时的不平等的修正是不恰当的 23。她的《虚幻的平等》一书 [1]，就为这一问题提供了可获取的专业资源 [2]（supra note 24）。无论是否同意法曼的结论，女性主义理论家和家庭法专家也都会从此著作中有所收益。

该书分为两个部分，第一部分集中于离婚时财产分割问题，第二部分集中在儿童监护相关事宜 24 [2]（supra note 25，PP173-190）。我特别感兴趣的是财产分割，我的书评也是有关这一部分的 25。选择财产分割的原因在于我认为我们需要一种规范理论来指引在离婚时如何分割财产，平等理论为此提供了一种可能性。

平等作为一种规范原则所带来的问题就是平等具有不同的含义 26。平等理论让学者们深陷其中，全力以赴于这些差异并试图解释哪种含义才是适合这一任务的最佳答案。例如，一些女性主义者支持这样的婚姻理念：虽然夫妻对家庭的贡献不同，但是丈夫和妻子都被假定作出了同等价值的贡献，他们是平等的合伙关系 27[7](P191，P198)。这一平等意义之下，假定婚姻存续期间的贡献平等，就要支持离婚时的财产平等分割。这种平等原则在规范性争议中就意味着平等贡献就应该获得平等回报 [2](notes 65, 66)。在法律上，这一原则反映了平等对待的理念：离婚时，平等贡献应该被平等“对待”。

不过，假定的平等并不是真实的平等。如果对婚姻的贡献只是一个相关因素，那么真正的平等规则就会要求一种实际贡献的精准计量办法来代替对平等贡献的推测。困难之处在于，缺少了这一推测，可能法律对传统型丈夫的贡献测定要比对传统型妻子的个人化的、非货币化的贡献测定更为轻而易举。这样，根据贡献来测算分配的平等原则就存在风险。

法曼教授承认平等存在各种含义以及平等与贡献之间存在的令人烦恼的相互影响。她反对的是平等对待模式，这种模式只关注了贡献，它也应该关注因离婚变得贫困的女性有什么经济需求。她称自己的模式为结果平等模式，支持一种旨在矫正因离婚而导致的经济差异的分配规则 [2](note 69)。抛开以此平等模式为基础的改革所具有的可能性，法曼最终总结出的平等语辞很轻易地会被反女性主义者所利用，这就是法曼所说的“废弃平等的时候”[2](supra note 25, P190)。

尽管法曼对废弃平等做了一个很好的说明，但我还是很好奇我们可以用什么样的规范原则来加以替代。法曼批评支持离婚财产分割的规则是牺牲女性而让男性受益。她呼吁废弃的平等，部分原因是在呼吁用一种新的规则来确定离婚财产分配，她相信新的规则在确认女性需求时会对女性更为公平。然而，她却未能提供一个清晰的、以需求为基础的分配性规范原则。

尽管法曼的批评有其正确性，在家庭关系和离婚这一语境之下女性主义可以进行更为深入的讨论之前，我个人仍不愿意废弃现有平等。并且，如果平等作为一种财产分割的规范指引是失败的，那么我相信女性主义应该发展出一种替代性规则，能够回应离婚时伴侣之间的差异需求，特别是这些需求差异是在伴随着婚姻和离婚时的性别角色差异而导致加剧的。

我的书评关注的是需要甄选出一种离婚财产分割的规范理论，不管这种理论是否是以平等的语辞来加以表达。第一部分，我是以法曼的威斯康星经验中所采取的平等对待作为一种财产分割的规则作为开端。我讨论的也是该书的开端部分，因为我认为这是法曼平等理论目标的一个起始点。第二部分，我回到问题本身：平等理论错误何在？第三部分，除了指导在离婚分割财产时如何平等地作出决定，我要寻找的是一种规范。最后，我的结论是，对目前财产分配规则并不能满足现实需求的相关争议中，法曼的观点是正确的。我建议，一种规范性原则要与能够证明以需求为基础的分配规则具有正当性的平等相较量，这一原则自身必须足够强硬。

一、作为威斯康星经验的离婚平等

平等原则与离婚相关联是在分割婚姻存续期间的财产时。法曼教授著作的第三章，回顾了威斯康星州有关平等分割婚内财产的规则发展，她认为自由女性主义改革的努力有些南辕北辙。这一章剖析了法律改革的进程是与当时全国范围内的妇女运动的一种对立。法律改革发生在 20 世纪 70 年代中期，恰恰是在女性主义对法律中的平等理论进行充分讨论之前。假如威斯康星的法律改革发生在这一历史语境下，法曼对改革者的描述可能会有更多的赞誉。尽管如此，她的主题也揭示了女性主义活动存在的严重不足：改革并没有站在所有女性的立场上。

20 世纪六七十年代的女性运动被批评为法律改革只关注中产阶层的白人女性。同工同酬就是这样的改革；改革只能让那些受过良好训练、有能力和有高薪水的男性做同样工作的部分女性收益（例如医生、律师等职业的女性）。高收入的女性能够向他人支付儿童看护费用。但是低收入阶层的劳动女性，即便是与做同样工作的男性同工同酬，也还是不能支付这笔费用。反对六七十年代女性运动最为特别的批评是，这些改革的活跃分子如果更多地靠近那些较低经济和社会地位的女性阶层，听取她们的声音，那么这场改革可能会具有更高的水准。

法曼教授对威斯康星州这场女性主义离婚法改革有类似的批判。她也指责他们只听取了中产白人女性的故事，关注她们在法律上的需求。改革者最早采用的故事就是法曼所说的无家可归的家庭主妇的“恐怖故事”28[2](P63)。为了理解所谓的“恐怖故事”，他们发起了无过错改革的法律斗争。无过错离婚意味着，在缺少过错证据的前提下，配偶任何一方都有平等的权利提起离婚，并且能够离婚。表面上看，无过错离婚是与平等原则相一致的，因为它为

双方都提供了平等的离婚机会。从概念上来讲，尽管平等提起离婚的原则是真实的，而在实践中则是，缺少了过错，男性配偶获得离婚的权力要多于女性配偶，原因很简单，一般而言男性配偶的权力本来就多于女性配偶 29。问题是，离婚时的权力不仅仅意味着获得离婚的可能，权力也决定了相关财产权利和监护问题。一个人的权力越大，获得大份额财产、监护权的机会就越多，如果监护权是值得获得的话。离婚时男方的权力部分抵消了在旧法实施时女方拒绝同意离婚的权力；而无过错离婚剥夺了女方这一权力。

幸运的是，那些支持无过错离婚的威斯康星的女性主义改革者，后来意识到了这一改革对女性潜在的经济损失，是与无过错离婚法实施相伴随的。这一意识随着其他州“恐怖故事”开展实施无过错离婚而得到进一步的提升 30 [2]（supra note 25，PP62-64）。典型的“恐怖故事”讲述的是一个忠诚的妻子在漫长的婚姻生活中全身心投入在家庭事务中，自己名下却没有任何财产。离婚时，实际上是净身出户陷入窘境，没有财产或者能养活自己的生活手段。为免于出现这种状况，无过错离婚就要为这些女性制定经济保护作为配套实施的法律方案。在威斯康星，改革者所支持的并最终被州立法者所采纳的经济保护，就是离婚时平等分割财产。法曼批评的也正是这一解决方案。

二、平等错在何处

这个国家的平等概念是根植于自由政治理论的。自由女性主义在进行辩论时采用的就是这一平等概念，女性应该得到与男性一样的同等对待。法曼所引用的平等概念是一种“规则平等”31。平等概念的另一种可能就是众所周知的结果平等 32。女性主义在现有体制下呼吁实质性变革使用的这一平等概念，将会产生男女之间的结果平等。例如，雇主提供产假和儿童看护将会在就业市场发生实质性改变，能让女性获得和男性一样的全日制工作。规则平等的争辩并不能在就业市场产生这一变革，因为规则平等只能是在女性工作情境与男性相似时才能发挥作用 33。

法曼注意到，在进行公共领域的法律改革时，相比包括家庭法在内的私人领域，结果平等更受女性主义欢迎[2](supra note 25，PP23-24)。她引用了同值同酬和积极行动作为公共领域的两大改革成果来说明结果平等的理念[1]（P23）。女性主义者热衷于就业市场的实质性改革，一种可能是因为就业市场是由男人建构的，女性被历史性地排斥在公共领域之外。“相比之下，女性的家庭经验就不是一种被排斥或者机会被抑制的经验，而是过度参与、承担广泛责任的经验。”[1]（P25）这样，法曼观察后发现，如果积极行动原则能够应用于公共领域，那么也能以同样的方式应用于家庭这种私人领域，也同样适用于男性，“特别是争夺监护权的父亲”[2]（P25）。

在家庭语境下，女性所追求的平等是在家庭琐事和儿童看护上支持责任平等。如果夫妻在这些负担上乏于平等责任，那么妻子就不能像丈夫一样平等进入就业市场 34。不过，值得注意的是，这些有关平等的讨论应该更多地应用于婚姻存续期间而不是应用于离婚时。法曼认为，依照自由女性主义者最为真实的目的，他们更愿意采用的家庭内部平等是：平等进入就业市场。因为一个成员的家庭参与必然会影响到其参与市场和政治领域的应有能力，讨论应该保持参与每一领域的一致性。如果性别平等规则应用于公共领域，相类似的规则也应该应用于私人领域[2][1]（supra note 25，P24）。尽管法曼提出了有关平等争辩的象征性权力的一致性方法[1]（P25，P26），她也明确地拒绝这种象征性意义：规则平等对现实生活中真实女性产生的作用具有足够的恰当性 35[2]（P28）。

然而，在婚姻存续期间的儿童看护和家庭琐事上，在长期忍受全部家庭责任的不平等方面，规则平等也许会让妻子们有所受益，而离婚时规则平等的延伸就会导致妻子们陷入无可保障的伤害。离婚时，规则平等支持财产分割和儿童监护权的同等对待。表面上看，平等分割财产和平等获得儿童监护权似乎能够产生公正的结果。但毕竟，如果婚姻双方是平等的合伙关系，那么从理论上来讲关系解体时就应该平等分割资产。不过，法曼的观点是，知识分子热衷追求的平等实际上经不起仔细推敲。她认为难点如下：

（1）假定贡献平等不利于过度奉献于家庭的妻子。离婚时财产平等分割的目的是补偿婚内合伙人，以合伙人平等作出贡献作为前提。自由女性主义者支持这一改革，因为这种改革让家庭内的无报酬劳动在离婚时予以补偿会使女性从中受益。假定妻子的家务贡献是与丈夫家庭外所得的财物贡献平等，自由女性主义认为适用规则平等可以提升大多数离婚女性的经济状况。法曼则认为这一认知的麻烦在于忽略了大多数女性既在家庭外工作也在家庭内承担家务的状况。在这种情况下，妻子对婚姻组织的贡献极大可能超过丈夫，如此一来，平等分割财产对妻子而言实际上是不公平的[2]（P29，P47）。

评论：这种批评并不是对同等贡献同等分配的平等规范进行批评。平等规范，如果适用得当，贡献越多分配份额也就会越多，适用这种模式，妻子就会因贡献多而分配份额也多。法曼识别出此处的困难所在并不是平等理念内部的困难，而是，改革运动所导致的结果所带来的困难，改革采纳的是推定性平等而不是平等原则的运用本身。法

曼批评的核心在于平等语辞有一种掩饰重大不平等的倾向。

（2）平等对待合伙人在财产分割过程中会不利于女性。平等监护权的创意在规则平等下能被证明是正当的，因为在社会分配权的语境下父母被假定是平等的 [2]（P84）；规则平等是把共同监护作为一种理想的监护方式。在理想世界里，在真实参与抚育子女和父母希望参与来看，父母的监护权是平等的。但在现实生活中，大多数的家庭，父母并不能发挥同样的作用，承担同样的责任。妈妈实际上在抚育子女方面付出更多 36 [2]（P222，note 40），而且她们自己也更渴望这么做 37 [2]（P68）。在一个不理想的世界里采用共同监护，会导致从母亲监护转向父亲监护这一不公正状态的出现。首先，这一规则忽略了父母在儿童抚育过程中可能的不平等贡献。其次，权力转换会在离婚时引发更不对等的商谈。因为母亲比父亲更渴望获得监护权，她们更愿意通过放弃财产权来让父亲放弃对孩子的抚养权 [2]（supra note 25，PP222-23,n.43.）。一般而言女性经济权力少于男性，财产份额缩减对母亲而言将会进一步引发“女性贫困”38 [8] (PP220-231)。

评论：这一批评并没有针对平等本身。因为改革者假定双方对监护权的渴望是等同的，而现实恰恰相反，所以困境就出现了。再者，平等语辞给极其严重的不平等现状戴上了一个面具。总而言之，家庭法语境下的平等问题是平等语辞所导致的对非同等处境下的个体予以同等对待。尽管同等对待的语辞提升了一些女性离婚时的经济状况，但是对婚姻关系中所付出的无法估价的贡献并未作出经济倾斜，例如家务和儿童看护，平等语辞依然让女性处在不利处境之下，掩盖了她们在现实中的过度付出，忽视了她们总体而言的不平等的商谈权力。把不平等当作平等是不公正的，也会产生进一步的不平等。

三、如果废弃平等，离婚财产分割时公正的方法是什么

如果平等分割财产不是一种正确的做法，那么离婚时怎么决定谁应该获得多少财产？我们应该考虑哪些因素？指导我们的应该是以什么为基础的规范性原则？如果我们同意法曼的观点应该拒绝平等分割，是不是还存在其他问题？

从历史来看，平等分割规则存在于实行夫妻共有财产制的州，在这些州，婚姻是一种合作关系，配偶是平等的合作伙伴 39 [9]。也就是说，没有偏差或根据推定，平等分割规则对任何一方都是绝对的；允许偏差的平等分割就会出现不平等 40。婚姻以平等的合伙契约理论为基础，根据共有财产制就能确认合伙期间配偶对获得的财产的平等权利 41 [9]（supra note 54，P689）。尽管对夫妻作为平等合伙人的描绘不精确，但规则平等还是在共有财产概念和以此推测的离婚平等分割财产下发挥了作用。

作为一种选择，把婚姻关系比作合伙关系意味着一种不同的规范原则：应该对个体的劳力加以公平补偿。原则上应该与约翰·洛克著作中提出的“劳动应得理论”财产权相一致 42 [10] (PP303-320) [11]。假如丈夫和妻子对婚姻作出了平等贡献，假如待分配的财产能够查明属于配偶劳动所得，那么离婚时的财产平等分配在应得原则中就能够被证明是正当的。劳动应得理论是与共有财产制相一致的，因为婚姻伴侣在合作关系中是被看作仅以劳力（非财产性的）付出的。婚前财产以及婚内所得和礼品，也具有分别财产的特征，这就不应列为离婚分割财产 43。

相比而言，实行共有财产制的州、实施普通法的州，在改革之前，不把婚姻关系视为平等的合作关系。从历史来看，普通法州把所有权人作为离婚财产分割的一个最重要的决定性因素。因为财产的所有权人一般是对婚姻作出货币贡献的人，实施普通法的州更倾向于对有薪配偶进行财产倾斜，丈夫是典型性代表 44。

随着公平分配法的通过和实施，在离婚财产分割决定财产归属时所有权人的重要性已经变得很不重要。一些实施普通法、以采用夫妻共有财产制领先的州，公平分配立法含纳了离婚平等贡献推定 45。婚姻是平等合伙关系的观念远落后于这场普通法改革。

如此一来，在实行普通法和实行夫妻财产共有制的州，现有规范离婚财产分割的规则所反映的确认了应得原则，财产分配应该与劳动贡献相一致。平等分配规则也能够用平等理论加以解释。有关配偶对婚姻的个人贡献应该加以公正补偿的争论，正如文章最初我所建议的，是以平等对待的平等模式作为基础的。平等对待要求识别个体应被平等对待的因素。这里所说的相关因素就是“贡献”。被称为“应得平等”的模式可能更为精确。对女性主义所关心的婚姻中处于不利处境、离婚时要看“贡献”大小来决定财产分割的妻子来说，问题在于应得平等能否被证明是一个令人满意的原则。法曼著作中大部分的篇幅都是在关心平等的度量问题，如果“贡献”被充分估算进女性对婚姻贡献的多种形式之中，这一问题可能就得以解决。在这一语境之下，她可能感觉不到要被迫放弃财产分割所适用的平等原则。

也许贡献这一语辞要比平等语辞（虽然可能是在财产分割时的平等）更具伤害性。如果妻子的贡献在分配过程中估值很少，那么应得原则下的多劳多得自然将会使妻子处于不利位置。假如社会对家务和儿童看护总体上是被低估的，这种类型的贡献在离婚时被低估也就不会令人奇怪 46。

对估值问题，有一个解决方案，即：假定贡献平等，如此就会按照应得平等（desert ⌄ equality）允许平等分割。不过，这种解决方案无论如何不会成功，因为在大多数州，推定贡献平等是可以被驳回的。法曼教授为推定贡献平等列出了九个最常见的因素，可以总结分为两大主要分类：贡献和需求 47 [2]（supra note 25，PP41-42)。贡献类的因素包括：（1）婚姻存续的时长；（2）存续期间所得财产；（3）对婚姻的劳力贡献，包括儿童看护和家务活动；（4）一方配偶对另一方教育提升或者赚钱能力的贡献；（5）为一方配偶外出工作提供的必要时间和精力。

即使一个妻子能够满足所列负担，需求应该能超过推定的平等贡献，她丈夫也能争辩有其他因素的存在或缺失而力图反向主张，声称出现偏差是适当的。因为这些因素不能量化或排名，在财产分割过程中一种因素或一组因素可能就会抗衡另一种或另一组因素。除非一方配偶能够断定她占有全部或大部分类别（这是一种不可能的情景，因为这些因素具有内在不兼容性），作为结果，她的配偶可能就会利用其他剩余因素把财产分配推向适用规则平等规范 [2] (P50)。

将以上批评应用于大多数现实情境中，似乎从逻辑上和直觉上都是正确的。而且，作为一种经验判断，其他家庭法学者已经证明需求性因素被法院所忽视这一事实的存在，而贡献因素是最备受关注的 48 [12]。不过，在一些现实情境中，我能想象一个妻子可能会既要主张贡献因素（例如，婚姻存续时间很长，长时间照顾孩子，支持丈夫工作，等等），也要主张需求因素（例如年龄、健康、没有外出工作能力等），主张应该分得多于一半的婚内财产。不管她能否获得成功，是否具有主张贡献平等和需求平等的能力，但是她丈夫是有这种能力主张他贡献得更多的，认为他的贡献是大于妻子需求的。

法曼谴责规则平等过于关注贡献而降低了对需求的注意度。当她观察到“贡献是一种平等化的概念，而需求则要求一种对差异的认知和评价”，她识别出了平等和贡献之间存在的连接点 [2]（supra note 25，P46)。我在解释应得平等原则（即同等贡献等同分配）时也已经注意到了这一连接点。法曼推断出了这一原则所具有的道德说服力，但她也推断了在处理需求问题时应得平等原则并不能给我们提供指导 49 [2]（supra note 25，P52)。即使离婚时妻子和孩子们的需求能够被确定 50 [13][14]，法曼对平等的批判也会迫使我们重新考虑：应得平等在离婚财产分割时是否就是一个令人满意的原则。

我们可以再次思考法曼对内在不兼容因素的批评：妻子能辩称她外出谋生能力低，所以她有分得更多财产的需求。丈夫就能反击他对婚姻资产的贡献更多，如果婚姻存续时间短的话，妻子对他的谋生能力并没有贡献多少 [1]（supra note 25，P50)。这些论辩不会反驳她的需求事实。他们会支持婚内财产是丈夫个人努力的结果，也理应归属于他。法院更倾向于采纳他的意见而不是她的意见，只要把婚姻设想为一种平等的合作关系，在这种关系中，要根据个人贡献加总，关系解体时则要根据各自的贡献来支付。

强调平等诱使法院过多地估计了贡献因素一点也不应该惊讶。在庄严的美国法律历史中，平等是一个引人瞩目的原则。如果以需求为基础的相关因素也能被法院平等关注，我们必须识别出一种极好的平等原则，证明以需求为基础的分配规则具有正当性 51。

尽管在此书中法曼未能提供一个规范性原则来支持以需求为基础的分配，她早期的学术成果却提供了这样一种可能 [15] (P265, PP269-271)。她对财产分配规则的争论描述是：源自“两方竞争，可能还是互不相容和不切实际的政治愿景的现代婚姻” [15]（P265, PP269-271)。与平等的合作模式相对照的是依赖模式，以“家庭是一种适当的，也是独立的机构，来解决家庭环境中出现的依赖或需求问题” [15]（P265, PP269-271)。法曼并没有在这一观点的基础上深入研究，无论是早期作品还是在本著作中。她也从未解释为什么家庭是一个恰当的解决需求问题的机构 52。

虽然这一问题没有明确的答案，但却是值得探讨的。富有争议的是有关事实性的一些问题，社会是由家庭组成的，家庭内的成员对相互的需求负责具有正当性，包括离婚后的需求。也许这种正当性在于：一般而言家庭对社会是有益处的；家庭为社会组织提供了富有成效的方法，特别是当一方配偶承担了儿童看护责任，又置身于就业市场之外时。不过，在进入这样一场争论之前，理性行为者会要求为选择置身就业市场之外的一方提供一些保障，以免在将来产生过度的不利。政府强加给离婚后的家庭成员的责任给了理性行为者必要的保障，来鼓励人们参加家庭组

织，即使参与之后会带来潜在的、不利的依赖性风险。

尽管我概述的争论准确地描述了过去家庭以及家庭责任的观点，我个人并不倾向于把这种论点作为一种规范原则，来分配现代的离婚以后的家庭责任 53。然而，还是需要一些这样的规范性原则来论证以需求为基础的分配具有正当性。

当然，也还存在另外的可能。一个女性离婚后的需求程度是受传统的性别角色影响的，法律可以为此设计出一种责任，让其从传统角色中受益。例如，妻子已经是多年的家庭主妇，承担了多年的性别角色并推定其丈夫从中受益，为了补偿妻子的低薪能力，这种情况下把财产从丈夫名下转移到妻子名下就具有了正当性。另一方面，这一原则并不支持把财产从丈夫转移给妻子，如果妻子的低薪能力是由于社会上对男性影响较小的性别歧视所造成的 54［16］。

那么，问题的关键在于：在离婚财产分割时，平等为贡献高于需求的估算提供了一个强原则。然而，我们又不能忽视现实中存在的需求，需求变成离婚的一个表象，因为因离婚而导致女性的灾难性损失是不成比例的 55［13］(Pxii)。离婚后丈夫也要转让财产给妻子的需求永远都公正吗？在我们能够证明王牌的规则平等和需求平等应被放弃之前，这个问题必须要回答。法曼对这个问题给出的答案是“YES”。也许她是正确的，但我还是愿意看到她对这一回答更进一步的论证。

四、结论

玛萨·法曼的《虚幻的平等》对离婚改革来说，是一部具有重要贡献的女性主义作品。她的论辩，带有价值性和实践性的洞察力，她认为平等并没有让离婚后的女性受益。她总结道：平等的语辞是如此腐朽浮夸，必须寻找一种崭新的方式来讨论由此引发的议题和麻烦。尽管她呼吁废弃这种作为规范标准的平等概念，我还是建议：在我们完全可以放弃平等概念之前，我们应该发现一种可替代的规范理论。法曼和我都同意：我们需要根据离婚造成的不成比例的经济损失，来更准确地描述离婚后的女性和孩子的具体需求。因为平等的语辞并不能很恰当地解决这一问题，我们需要发现替代理论来回答如下问题：离婚时是什么造成一方受损？谁应该为这种损失负责？谁又从因为贡献而受损的事实中受益？有些理论家已经开始对这问题进行探讨 56。基于玛萨·法曼对平等的精准批判，应该会鼓励其他学者继续这一研究进程。

注释：略

［参考文献］略

作者简介：1.［美］帕特里夏·A.该隐，女，爱荷华大学法学教授。研究方向：性别与法律、联邦税法。2.王新宇(1972-)，女，中国政法大学法学院教授，法学博士。研究方向：女性主义法学、近代婚姻法、法理学。

本文选自《妇女研究论丛》2017 年第 3 期第 83-94 页

浅析未成年人不动产的处分

2017-07-17 常州市不动产登记交易中心 刘翎艳

未成年人在法律上属于无民事行为能力人（10 周岁以下），或者限制民事行为能力人（10 周岁以上）。限制民事行为能力人能够从事与其年龄、智力相符的民事活动，或纯获益性的民事活动。无民事行为能力人只能从事纯获益的民事活动。法律对未成年人的人身、财产进行了立法上的特殊保护。《民法通则》第十八条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”《未成年人保护法》第五条规定：“国家保障未成年人的人身、财产和其他合法权益不受侵犯。”法律明确规定了保护未成年人的财产权利，未成年人的不动产是否可以处分，如何处分，是不动产登记机构面临的现实问题。

一、未成年人的不动产是否可以处分

按《民法通则》第十八条的规定，立法目的是为了保护未成年人的利益。从不动产登记的角度理解，如果监护人代为申请未成年人名下不动产的转移登记、抵押登记，除非是为了未成年人的利益，否则不动产登记机构是不予登记的。《不动产登记暂行条例实施细则》第十一条规定，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。按照该项规定，监护人处分未成年人不动产的，通过提供书面保证的方式，承诺保证未成年人的利益。通过书面保证，确保维护不动产登记过程中未成年人的利益。实务中，对于书面保证内容的审核有不同的观点，一种观点认为监护人是否为了未成年人的利益而处分未成年人不动产，是民事法律关系问题，登记机构无须、也无法判断。所以，办

理监护人处分未成年人不动产时，只要监护人提供书面保证，声明“保证维护未成年人利益”即可，监护人实际上是否维护未成年人利益，登记机构不进行实质审查。另一种观点认为，书面保证的内容不仅应当声明保证未成年人利益，还应当提供相应的财产保证，比如为未成年人另购一套房屋，或在未成年人名下存一笔钱。持此种观点的人操作上也有不同，有的要求监护人在书面保证中写明情况即可，有的还要求监护人提供相应的权属证书或是存折。事实上，书面保证的内容决定了对未成年人利益的保障程度。如果只是写“保证未成年人利益”这几个字约束力较小，有可能成为空头支票。虽然按照法律规定，监护人给未成年人造成财产损失的，应当赔偿损失，但这也是事后的救济措施，不能防患于未然，未成年人的利益得不到有效保障。如果书面保证的内容包括了财产保证或是违约金的保证，就能够在很大程度上保障未成年人的利益。笔者认为，按照《民法通则》的规定，不动产登记机构对书面保证的内容还是应当审慎对待，同时也应当考虑可操作性，标准应当合情合理，不能过于严苛。

值得注意的是，不动产登记部门在收件时，还应注意收件材料的一致性。比如监护人代为申请不动产抵押登记时，抵押合同、借款合同往往会写明贷款用途。如果贷款用途写的是为了未成年人“出国留学”“看病就医”，没有问题，如果写的是“用于生产经营”就不符合规定了。未成年人不具有完全民事行为能力，不可能从事生产经营，贷款用途肯定是为了他人的生产经营，这显然与书面保证的内容是不一致的。这样的不动产抵押登记申请，不动产登记机构是不应当予以登记的。有反对意见认为，出具书面保证后，可以办理未成年人不动产的转移登记，为什么不可以办理抵押登记？抵押未成年人的不动产，不动产尚且登记在未成年人名下，转移登记办结后，不动产已经不在未成年人名下了。《不动产登记暂行条例》第十八条第二项和第三项规定，不动产登记机构应当查验有关证明材料、文件与申请登记的内容是否一致，登记申请是否违背法律、行政法规规定。这是《不动产登记暂行条例》规定的不动产登记机构的审核职责。一旦发生纠纷，不动产登记机构必定要承担相应的法律责任。因此，不动产抵押登记若出现矛盾的申请材料，特别是申请材料违背相关法律规定的，不动产登记机构应当不予登记。

二、未成年人的房地产如何进行处分

父母是未成年人的监护人，由其代理未成年人进行不动产登记。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，按照《民法通则》第十六条确定未成年人的监护人。父母之外的监护人处分未成年人不动产的，按照《不动产登记暂行条例实施细则》的规定，需提供人民法院指定监护的法律文书或经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。

父母在购买不动产时写未成年子女名字，或祖父母为未成年人购买不动产，实质是一种赠与，这种纯粹获益性的民事行为，未成年人是有民事主体资格的。父母可以作为法定代理人代为申请不动产登记。实务中，不动产登记机构常常纠结于是否要求父母共同提出登记申请。从登记风险角度分析，将不动产登记至未成年人名下没有太多登记风险，由父母一方代为申请是可以的。但在处分未成年人的不动产时，发生争议的可能性较大，应当由父母共同提出登记申请。实务中遇到父母离异的，可否由父母一方代为申请？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）》第二十一条规定，“夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权。但是未与该子女共同生活的一方，对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的，人民法院认为可以取消的除外”。可见，夫妻离婚并不必然导致其中一方对子女抚养权的丧失。处分未成年子女的不动产属于监护权的一部分，所以应当由父母双方共同提出登记申请。

三、父母作为监护人可否与未成年子女进行不动产买卖

实务中经常遇到这样的情况，父母在购房时写了未成年子女的名字，后来因为无法办理经营性贷款或是其他方面原因，想要把未成年子女名下的房产转移到自己名下。他们认为，购房款本来就是自己出的，只是写了孩子的名字，现在要换成自己的名字，写孩子的名字和写自己的名字差不多，都是家庭财产。这种认识是不正确的，虽然都是家庭成员，但在法律上，父母和子女是独立的民事主体。不动产登记在未成年子女名下后，就是未成年子女的财产，父母只能作为监护人代为管理。

父母如果把未成年子女的不动产通过买卖的方式转移到自己名下，则父母作为法定代理人签订买卖合同，卖方是未成年子女，代理人是父母，买方是父母，这类似于《民法》中的自己代理。由于自己代理不符合代理权的基本原则，所以很多国家的法律予以禁止。我国法律没有明确禁止，一般认为自己代理的合同效力待定。因为未成年人属于特殊群体，不具备完全民事行为能力，所以这种合同的效力不能被认可。所以，从法理上说，父母不能把未成年子女名下的不动产转移到自己名下。那么，父母能否把自己名下的不动产转移到未成年子女名下呢？有人认为可

以，因为未成年子女在民事活动中是获益者，买卖很有可能只是形式，实质是赠与，纯获益性的民事行为应当是符合规定的。笔者认为，如果是不动产赠与，就应当提供赠与合同，而不是买卖合同，父母可以通过赠与的方式将自己名下的不动产转移至未成年子女名下。

未成年人是特殊群体，法律对其有特别的规定。对不动产登记机构而言，一方面，在为未成年人办理不动产登记时，应特别注意保护未成年人利益，尽到合理审慎的审查责任；另一方面，登记机构也应加大宣传，让办事群众了解相关的法律规定，以便其购置不动产及办理不动产登记时作出更加适合家庭发展、符合未成年人利益的决定。

当代中国法律对亲属的调整：文本与实践的背反及统合

2017-07-19 法制与社会发展 吉林大学 李拥军

来源：《法制与社会发展》2017 年第 4 期 李拥军：吉林大学法学院教授

【内容摘要】

中国的法制现代化是在过度地解构“家”的意义上进行的，淡化甚至排斥亲属的立法风格与社会现实构成了强烈的反动，由此导致了法律文本与现实世界之间呈现出巨大的张力，而恰恰是这种张力为活跃的司法留下了很大空间。出于解决纠纷的需要，司法必须以更贴近民众生活的方式来运作。因此，当代的中国亲属司法表现出更多的灵活性、创造性，呈现出与法律文本很大的差异性。围绕着纠纷的解决，在司法的运作过程中形成了一套相对独立的实践性规则，这套规则具有鲜明的“行动中的法律”的特征。这种文本表达与实践运作之间的复杂性矛盾所引发的是关于亲属领域立法和司法的规范化问题的思考，特别是在当下民法典制定的背景下，做这样的思考更具特殊的意义。

引　言

“亲属”既是一个主体性的概念，表征着一个人群，同时又是一个关系性的概念，表征着人与人之间的某种关系，但无论是指称人群还是指称关系，“亲属”的意义都在于与“非亲属”相区别，并在整个的社会关系中指示出其特有的内容。无论是从传统还是从现实来讲，中国都是亲属群体和关系最为发达的社会，而在近代中国的社会转型中，家庭与亲属关系却始终是社会革命所改造的关键内容之一。这是因为，传统中国是一个宗法宗族社会，身份关系居于统治地位，而欲迈向现代社会，必须要摧毁这样的社会结构。正如有的学者所指出的那样，20 世纪以来的中国的“家”先后经历了三次大冲击：20 世纪初指向家庭制度的批判、1949-1976 年间指向家庭情感的政治运动以及近 30 年来指向家庭责任的经济侵蚀。而前两次冲击恰恰就是社会革命对家庭所进行的改造。传统的宗法宗族社会孕育了发达的亲属关系，与此相应，调整亲属关系的法律也相当系统和完善。又由于在传统中国的社会结构中，“家国”一体、“忠孝”合一的宗法制度既是社会维系的纽带，又是社会治理的基本形式，因此，亲属法律不仅具有私法的功能，而且具有政治法的特性，在整个国家的政治结构中占有突出的地位。同时，从家庭中成长起来的伦理是国家法律的基础，是带有宪法性质的元规范，是立法的指导原则，正所谓“礼之所去，刑之所取”。由此看来，现代中国对家庭与亲属的改造不单单是私法的任务，而是整个国家的政治任务。由此说来，1950 年颁布的《婚姻法》不仅具有私法上的意义，而且具有更重要的政治意义。因此，在现代中国语境下探讨法律对亲属调整的问题就不应仅仅局限于私法领域，而是应该着眼于整个国家的政治结构与法律体系。由此，笔者认为，一些学者单纯从私法领域阐释当代中国法律对亲属关系的调整并不能全面揭示亲属关系对于现代中国法治的意义。同样，另一些学者仅从刑事法的角度探讨现代法律与亲属的关系问题也无法实现此目的。我们只有站在普遍主义的立场上，把亲属关系当成法律世界中的一个通常现象来考察，才能真正揭示两者之间的关系。我们的目的还不仅于此，我们真实的目的更在于从亲属法律文本与实践关系的背后揭示国家对待私人生活的态度，并为其指明应有的立场。

中国的法制现代化是在过度地解构“家”的意义上进行的，由于“亲属”作为人群或关系的特殊性与国家理性的普遍性之间存在着矛盾和冲突，所以亲属关系受到了法律的排斥。这表现为立法者不再以亲属关系为中心来构建家庭制度，其也不被视为特殊的关系来看待，亲属伦理被国家伦理所排挤。这种淡化甚至排斥亲属的立法风格与亲属群体庞大、亲属关系发达、亲伦传统深厚的社会现实构成了强烈的反动，由此导致了法律文本与现实世界之间呈现出巨大的张力，从而导致了亲属司法的发达。对于这样一种张力和现实，学界在关于完善亲属立法的研究当中，显然没有给予应有的关注。笔者认为，不关注于此，便无法发现当下中国亲属法的真正问题所在，进而不足以制定出符合民情的法律文本，于是，由此所引发的亲属法应独立还是应归于民法的争论也就变得没有实际意义。

这种张力为活跃的亲属司法留下了很大空间。出于解决纠纷的需要，司法必须要考虑民众的伦理性需求和惯常

性行为方式，必须以更贴近民众生活的方式来运作。因此，当代的中国亲属司法表现出了更多的灵活性和创造性，呈现出与法律文本很大的差异性。围绕着纠纷的解决，在实用主义策略的指导下，在司法的运作过程中形成了一套相对独立的实践性规则，这套规则具有鲜明的“行动中的法律”的特征。关于司法在亲属领域的活跃和扩张，其显然已经受到某些学者的关注，而相关的研究也为我们展示出了中国亲属司法运作的独特路径，但是笔者仍然认为，他们的研究还不足以揭示亲属法领域文本与实践之间的复杂性。这种复杂性既表现为立法与实践层面的背反，也表现为司法层面的官方解释(政策)与实践运作的矛盾。具体来说，在实践中，立法文本、司法文本、实践运作之间的统一与背反的情形交替出现，文本背离现实、实践缺乏合法性的状态在每个层面都普遍存在。

尽管如此，笔者仍然不同意某些学者对能动的亲属司法所持有的批判主义立场，而是认为这种司法能动是为解决现实纠纷所必需的，是基于规范文本与社会现实之间的张力而表现出来的正常反应。正基于此，本文要关注这种张力，并试图展示由此而衍生出的司法实践创生规则的内在逻辑和有效回应社会需求的具体路径。到此并未止步，因为这种文本表达与实践运作之间的复杂性矛盾以及活跃的司法实践足以引发我们对当下中国需要一种什么样的亲属法律的思考，特别是在当下民法典制定的背景下，做出这样的思考更加具有特殊的意义。

一、现代化进程中的中国亲属法律制度的转型

从某种程度上说，中国近现代以来的民主革命是在否定传统的意义上进行的。由于“家国”体制中的宗法制度对于政治具有特殊功能，所以传统的家庭制度与理念自然受到了革命主义的激烈批判。在革命主义的思维下，家庭制度不是简单的私人生活领域的制度，而是具有意识形态高度的根本性的制度，家庭领域的变革是社会变革的基础，只有彻底抛弃旧的家族主义传统，人才能获得真正的解放。在法律上，这种批判早在清末法制改革之时就已开始。修律时，法理派就将矛头指向了中国的家庭制度，其认为，中国欲想步入法制现代化，就必先革除传统的家族主义。而其中所引发的“礼法之争”的焦点也都存在于家庭领域。以后的革新运动将这种对家族主义的批判逐渐深化，民事、刑事领域的法律也不断地解构旧的宗法制度。

新民主主义革命是更强意义上的革新运动，它更是在这种对家族主义和家庭制度全面批判的意义上进行的。在革命者看来，民主革命的根本目的就是将广大人民群众从反动、腐朽的旧制度中解放出来，而旧制度赖以维系的四种权力———政权、族权、神权、夫权———无一不是以家庭制度为基础的。因此，要想改造社会，就必须先改造家庭。正因如此，婚姻家庭领域的革命一直被视为中国民主革命最为重要的一部分，而这场革命又是从否定和批判亲属关系入手的。

众所周知，新民主主义革命以阶级立场下的斗争哲学为指导。而这一哲学强调以阶级来划分人群，强调以革命目标来维系群体的存在，于是，阶级式的政治伦理便取代了传统意义上的以血缘为中心的家庭伦理。这样，传统中国以家庭或血缘来划分人群的标准便被颠覆，而亲属关系由于与这种阶级立场和革命伦理不符，所以必然要受到革命主义的排斥，或者说，亲属关系是革命者认为不值得发展的关系。正因如此，革命主义下的立法者不允许再以“亲属”为中心来设计具体的家庭制度，他们必须要以新的标准和理念重新安排家庭制度。具体说，鉴于“作为社会经济单位和社会文化教育单位的家庭制度，在一定程度上严重地影响到了社会生产力的发展”的现实，出于“必须把男男女女尤其是妇女从旧的婚姻制度这条链锁下解放出来”的现实需要，新中国必须通过“以教育和强制相结合的武器———法律，来加速封建主义婚姻制度的没落和死亡，同时保护新的新民主主义婚姻制度的生长和发展。”正是基于此，新中国的家庭立法不可能再延用传统中“亲属法”的名称，而以“婚姻法”代之。

新的政权急需通过对家庭的改造来实现全社会的革新，因此，新中国在建立之初就率先颁布了婚姻法。而此时的婚姻法是在完全抛弃“旧法统”的意义上缔造的，其与之前的“亲属法”相比，不仅具有名称上的变化，更是在立法理念和结构上的深层变革。在革命主义指导下的婚姻法已经不是传统意义上的私法，而是具有极强政治意义的“家庭改革法”。以 1950 年的婚姻法为例，其体系是以夫妻关系为中心来建构的，子女的权利依附于离婚而设定，其他的亲属关系，诸如兄弟、姐妹、外祖孙、姻亲等关系，都被排除在法律调整之外。一位学者这样解释其中的缘由：“这样的制度设计无疑是肯定和鼓励个人切断与亲属的联系，因为革命队伍需要和赞赏的是简单的婚姻关系，父母子女关系因其附属性而被规定于离婚法条中，亲属则是革命不需要发展的社会关系，它被排除在法律调整的范围之外，如此一来，婚姻家庭关系变得简单起来，而宗法宗族的纽带在法律上被彻底割断。”

在这样的理念下，婚姻法具有了“婚姻宪法”的性质。它不是对人们既有行为方式的肯认，而是要对其进行改造，它把新社会的世界观、价值观融入其中，影响人们的行为，改变人们的行为方式，稳固新型社会的基础，塑

造社会新人。虽然此后为了适应社会变化的需要，婚姻法历经 1980 年和 2001 年两次大的修改，但是该种立法基调没有改变，以夫妻关系为中心的设计格局并没有变化。虽然 1980 年以后婚姻法增加了兄弟姐妹、祖孙、外祖孙的权利义务的规定，但是，总体上说，对于作为亲属关系基本内容的亲属的范围、种类、亲系、亲等以及计算方法等，婚姻法都没有涉及。虽然不断有学者建议增加亲属的通则性规定，但都因官方无意改变既有的模式而夭折。因此，当下的婚姻法依然具有很强的政治性。

由于只有解构了亲属关系才能保证人们抛弃“小家”而融入“政治的大家”，所以，不仅新社会的缔造需要从意识形态上对亲属关系进行解构，同时，新社会还需要对亲属关系的破坏性时刻保持警醒，以防止亲情的特殊性瓦解国家主义下的一般性和普遍性。欲完成这样的任务，必须要借助国家强制力，而受公法自身性质的决定，在新的社会条件下，刑法必然要贯彻这样的理念。因此，在这样的理念的指导下，无论是建国初期的刑事政策，还是 1979 年以后的刑法典，它们都是以一般意义上的公民来展开和型构的，其间，亲属没有被视为特殊的社会关系来看待，亲属间的犯罪没有被当作特殊的犯罪来处理，亲亲相隐的传统被抛弃，与国家利益相冲突的维护亲属关系的行为被视为犯罪，包庇、窝藏、伪证等犯罪没有近亲属排除的规定，乱伦、通奸等破坏家庭伦理的行为不受刑法规制，亲属之间的互相举证行为受到鼓励，对尊亲属没有任何专项的保护性规定，等等。

二、文本与现实的背反：法律对亲属调整的规范表达与生活实践的冲突

从本源上讲，亲属关系既是一种最原始的人际关系，也是一种最基础的社会关系。由此说来，它具有“原创性”，即它发端于人类社会之初，起始于国家创立之前。亲属关系的意义在于在亲属之间奉行一套有别于非亲属的规则。由于它的“原创性”，这套规则便具有了自发性的特征。也就是说，它的存在很大程度上不是人为设计的结果，而是在漫长的人类社会中自生自发而形成的。它更经常地表现为一种习惯或习俗，或者说，在国家立法机关尚未把亲属制度白纸黑字地写进法律文本的时候，它就已经作为一种非常古老的习俗和社会经验根深蒂固地存在于人们的观念之中了。而在国家产生之后，虽然在理论上，统治者可以依自己的意志任意书写法律，但实际上，欲使法律更有生命力和公信力，统治者就必须要克制这种任性，具体说，就是要兼顾或尊重既有的习俗。因此，人类社会常规性的亲属法律无一不是建立在承认该社会既有亲属规范基础上的。亲属关系自发性的特点决定了亲属法律规范具有明显的“地方性”、“民族性”，即法律对亲属的调整不可避免地要受到该民族或该地方的习惯和伦理的深刻影响。

亲属对于中国社会来说具有特殊意义。费孝通先生用“差序格局”的概念来表述中国的人际关系，在他看来，人伦就是“从自己推出去的和自己发生社会关系的那一群人里所发生的一轮轮波纹的差序”。在这样的格局中，亲属在人际结构中处于基础性的地位。对于普通的中国人来说，“亲属”中蕴含着最为朴素的感情，编织着最为基础的人际关系，形塑着最为真实的生活场景，因此，“亲伦”既是一种中华民族特有的文化心理，也构成了中国人基本的生活方式。然而，如前所述，新中国的家庭法是在家庭革命的意义上完成的，是在淡化甚至解构亲属关系的基础上进行的。革命主义的思维是建立在反传统的基础上的，“既然要建立新的婚姻制度，当然同时要扫除旧的婚姻制度的各种补充品和副产品。”因此，许多生长于民间、来源于传统的有关婚姻、家庭、亲属方面的习惯、风俗以及伦理都被当成封建主义的糟粕而废弃。这种家庭立法上的建构主义的进路必然要与亲属规范成长的进化主义路径发生矛盾，其结果必然是，依靠自生自发秩序而存在的有关亲属方面的民间规范在总体上遭到漠视或否定。

（一）法律与伦理的背离

建构主义的家庭立法观与传统的冲突，首先体现在对亲属伦理的漠视和否定上。由于革命主义需要发展的是一套由政治理想联系在一起的同志关系，国家主义需要发展的是一套由“原子式”个人组成的公民关系，这些关系的发展都以打破血缘联系和亲属伦理为前提。所以，如前所述，在立法者眼里，亲属关系比之于其他社会关系不应该有其特殊性。在这种理念的支配之下，从建国之初一直到当下，我国法律中并没有关于亲属的概念、范围、类别等系统而完备的规定。婚姻法对血缘亲属的调整主要体现在结婚层面上，具体说，就是体现在对具有较近血缘的亲属之间通婚的禁止性规定上，而姻亲由于不涉及血缘因素，故而在立法上没有被提及。

这样的立法与其说是出于维护家庭伦理方面的需要，不如说是基于优生优育方面的考量。1950 年婚姻法规定“其他五代以内的旁系血亲禁止通婚问题从习惯”，并在法律解释中明确允许“中表亲”可以通婚。之所以做这样的规定，虽然有尊重习惯和伦理的一面，但主要还是因为当时的立法者受条件的限制而没能认识到该类婚姻在优生学上的缺陷。也正是由于后来的立法者认识到了上述婚姻的缺陷，所以在 1980 年和 2001 年的婚姻法中均作出了“三代以内的旁系血亲禁止结婚”的规定。正是因为这种限制性的规定主要不是出于维护亲属伦理的目的而做出的，所

以它只考虑了血缘方面的因素。而家庭伦理对通婚的限制不仅体现在血缘上，还体现在代际身份、亲属类别等方面。从中国传统伦理上讲，对于宗亲属来说，无论是代际间还是同代间，即使血缘关系比较远，通常也是不允许通婚的；对于较近的代际间的姻亲，即使没有血缘关系，同样也不允许通婚。

当下的婚姻法在作关于通婚的禁止性规定时显然没有考虑到这些因素。根据“法不禁止皆可为”的原则推理，代际间的或同代的宗亲属，只要不属于直系血亲或三代以内旁系血亲皆可以结婚，任何形式的姻亲之间的结合均不受法律限制。但是在现实生活中，这样的情况无论是在伦理上还是在情感上，普通民众都难以接受。这种立法不但颠覆了民国以来的将亲属中血亲、姻亲、直系、旁系、同代和代际诸情况一并调整的亲属法模式，同时也与同在东亚文化圈中的韩国、日本的亲属调整模式迥然相异，甚至和当代欧洲国家的亲属法也有很大的不同。

诚然，现代法治社会是以平等为基础的契约型社会，但是，这并不意味着在现代社会就没有身份。事实上，身份是一个社会保持必要的尊重感和敬畏心的重要条件，而必要的尊重和敬畏又是一个社会基本秩序的保障。现代社会的身份性主要表现在亲属领域，而在代际之间的亲属关系上，这种身份性则表现得更为明显。在现代社会中，婚姻关系是一种平等关系，性关系更是一种亲密关系，如果允许不同辈份的具有亲缘关系的人任意结合，那么，平等性和亲密性必然要打破原有的身份格局，原有的尊重和敬畏也必然受到冲击，进而会严重地伤害到该领域的社会秩序。诚如费孝通先生所言，没有了身份，社会已不成其为社会了，而沦为“一堆构造相似，行为相近的个人集合体”。

亲属伦理从某种意义上说，就是由一系列亲属间的禁忌构成的，而这些禁忌往往是维护群体秩序所必须的。在传统中国，家庭是父权制的。即使在当今我国，大部分地区依然奉行居所的“夫方本位制”。宗亲属居所上的同一性、族谱上的同源性要求他们在通婚上比之于其他亲属要有更多的禁忌，而在亲属成为人际关系基础的熟人社会里，代际间的亲属通婚对群体的维系会产生巨大威胁，自然被伦理所不容。即使在血缘关系比较远或者根本就没有血缘关系的姻亲之间，通婚往往在伦理上也找不到正当性。正因如此，我们往往将这些行为称为“乱伦”。而这种在伦理上犯大忌的行为，却无论是在我国婚姻法上还是在刑法上都处于规制缺位的状态。由于法律与伦理的这种悖离而带给人们的尴尬在现实生活中并不少见。针对这样的行为，是依法律将之定义为追求自身幸福、行使自己权利的合法举动，还是依伦理将之定义为大逆不道、有悖伦常的害理行为，着实让人们困惑。

在国家主义思维下，因为亲属关系往往被视为要排斥的人际关系，所以家庭伦理往往没有被放在优先保护的位置，相反，为了保护国家利益，还要强调对该伦理的抛弃。秉承这样的思维，“大义灭亲”的话语一直左右着法律对亲属刑事调整的官方表达，传统的“亲亲相隐”的话语开始断裂，包庇、窝藏、伪证等犯罪没有亲属除外的规定，亲属拒证权不被法律所承认，为了国家利益伤害家庭伦理的行为受到鼓励。据范忠信先生考察，在近现代，几乎所有的大陆法系、英美法系、社会主义法系国家法律对“亲亲相隐”和“亲属拒证”方面都有明确的保护性规定。同时，法律缺失对尊亲属的任何专门性的保护规定。这不仅彻底颠覆了中国几千年来的亲伦传统，而且也与当下世界大多数国家的立法保持着差异。据黄源盛先生的考察，法国、比利时、葡萄牙、摩洛哥、韩国、阿根廷、芬兰、意大利、罗马尼亚、西班牙、德国、日本等国家都有对卑亲属杀尊亲属专门的成罪或加重处罚的规定。我国台湾地区的“刑法典”对亲伦传统的维护至今还相当完备，其针对尊亲属身份犯罪的独立罪名就有七条之多。在亲属关系最为发达、亲伦传统最为厚重的国家里，漠视伦理的官方表达策略使法律文本与社会现实之间形成了巨大的背离和反动。

（二）法律对习惯的排斥

家庭法上的建构主义思维还表现在对既有习俗的否定和排斥上。如前所述，新社会的婚姻法的功能在于贯彻新的价值观，实现对家庭的改造，而要实现这样的目标就需要否定和摒弃旧的习俗，并强化国家对婚姻的管理。正是出于这样的目的，新中国的婚姻法摒弃了传统上仪式婚的习惯，而采用登记婚制度，即必须履行结婚登记手续，婚姻关系才能成立。这一制度从前苏联借鉴而来，承袭了根据地时期的传统，从 1950 年至今，一直被婚姻法贯彻始终。

然而，传统的力量是强大的。中国传统的婚姻形式是仪式婚，即只要举行了公开的仪式，婚姻就能得到民间的认可，在千百年的生活实践中，这已经形成了习惯。而中国民间却没有登记结婚的传统，在相当长的一段时间里，这种来自外部人为输入的制度对人们而言是陌生的，而登记的不便利性又导致了其很难成为人们的习惯。在熟人社会里，婚礼是“一种多人参与的、公共的、开放的、民众集体行动”，是“建构社会网络的重要场合”，在“维持、再生产以及改造人际关系方面”“扮演了重要角色”，它往往能以更公开的方式取得更强效力的公信力，所以，当

官方层面的登记婚和社会层面的仪式婚并行存在时，前者并没有显示出任何优势。中国的老百姓常常是既要履行登记手续，同时也不能省略民间的婚礼仪式。问题还不止于此。由于民间仪式婚习惯的强大，许多人更可能忽视登记婚，而不去履行官方的登记手续，进而导致了大量事实婚姻的出现。而当这种事实婚姻的现象非常普遍时，原有的法律不可能不折不扣地被执行下去，立法者对此也不能视而不见。正是鉴于传统力量的强大，虽然官方法律规定了登记是婚姻成立的唯一形式，但执行者从一开始就没办法通过“一刀切”的方式来执行，而不得不有条件地在司法层面承认事实婚的效力。

我们可以把这种做法看作是国家对传统的一种暂时的迁就，官方的逻辑似乎是：任何新的制度的推行都需要时间，当新的制度融入人们生活中的时候，旧的东西自然会被淘汰；事实婚毕竟是一种落后的或不值得提倡的婚姻形式，两种婚姻形式并存只是权宜之计，当时机成熟时，还应该将婚姻统一在登记婚的形式上。我们从 1984 年以后司法机关对事实婚姻效力认定的逐渐严格化以至于到 1994 年民政部的《婚姻登记条例》对事实婚姻效力的绝对不承认就可以推测出这一点，而国家在 1994 年以后严格推行登记婚的做法似乎表明，国家认为时机已经成熟了。然而，事实证明，立法者的这种认识恰恰是不成熟的。严格执行登记婚的举措又一次陷入了困境。这是因为，不办理登记手续而公开生活在一起的现象并没有随着制度的严格化而减少，反而越发普遍，在许多边远地区，事实婚姻甚至反而成为了民间的一种常态化的婚姻形式。这样，法律和现实之间的背离并没有随着登记婚的严格推行而消弭，而是越发突出了。

婚姻并不只是表明男女双方可以公开地生活在一起，它的背后还包含着许多非婚姻主体所没有的权利和义务。因此，事实婚姻所牵扯到的法律问题，并不是简单地通过不承认其效力或认定其为“非法同居关系”就能解决的。如果强制推行这种简单化的方式，那必然会在很多情况下使妇女、未成年子女等弱者的利益受损。面对现实的反动，法律最终不得不又回到对事实婚的相对承认主义的立场上来。2001 年婚姻法及《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）》所作的“补证有效”的规定就证明了这一点。然而，问题似乎还没有被解决，因为补证有效本身就隐含着一个巨大的悖论，如果一对男女要诉诸公堂，十之八九是一方想要解除目前的关系，既然如此，他或她又怎么可能配合另一方去补证呢?

婚约和彩礼是流行于传统中国和民间社会的重要婚嫁习俗，但由于立法者持有一种对传统习俗的不支持甚至否定的态度，所以，这两项在人们生活中极为普遍和倍受重视的婚嫁环节在法律的正式文本中始终处于缺位的状态。因为新型的婚姻观强调的是以爱情为纽带的结合，尤其反对的是以功利为目的的结合，而婚约通常被视为父母包办的产物，彩礼被看作买卖婚姻的形式，两者常常连在一起，所以，国家对彩礼和婚约从整体上说是反对的。这一点从新中国建立之初中央政府所作的一系列的官方表达中就能够看出。并且，1950 年的《中央法制委员会就有关婚姻法实施的若干问题的解答》还明确指出：“禁止借婚姻关系问题索取财物”，并强调对这样的行为要严惩。但彩礼毕竟是中国社会几千年来的习俗，彩礼问题的复杂性和普遍性，决定了立法者不能通过“一刀切”的方式予以彻底否认，而必须要区别各种情况来处理，最起码要把将“出于自愿赠与礼物”的情况与违法的“借婚姻关系问题索取财物”的行为区别开来。

这种最为细致的区分当属 1984 年最高人民法院发布的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中的规定。依据该规定，对于借婚约之名而实行买卖婚姻所收取的财物，原则上应判令收归国库；对于以恋爱订婚之名，行诈骗钱财之实的，无论哪一方提出解约，原则上应将诈骗所得财物全部返还给受害人；对于借恋爱之名，以赠送财物手段玩弄女性的，其所交付给对方的财物应按赠与物对待，不予退还；对于以结婚为目的的赠与，价值较高的应酌情返还；对于婚约期间的一般赠与物，受赠人无返还义务。在这种细致的区分技术背后，其实折射出了官方的矛盾心理：既要在原则上反对，又不能一律否定。

这样的一种矛盾仍然左右着 2003 年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）中对彩礼返还的规定。该解释作出了与先前的司法解释不同的规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。”这种不区分过错的只要满足法定情况就一律返还的规定显然对于彩礼给付人更为有利。比之 1984 年的司法解释，这可以被看成是一种对彩礼效力更强意义上的否定。其实，这种否定策略坚持了一种基于“附条件赠与”和人道主义策略的返还，即结婚的条件未成就或出现了生活上的危机就发生返还效力。从表面上看，这是一种基于公平而作出的规定，然而

实际上，这样的规定却折射出国家对支付方的同情，但这种同情常常是有悖于公平原则的。

社会学家的研究表明，近 30 年来，中国的家庭结构呈现出“父权衰落”、“个人权力”张扬的特征。家庭权力格局的改变促使了彩礼的性质发生了根本性的变化。在当下中国的广大地区，彩礼在很大程度上已经不具有女方父母“借婚姻索取财物”的性质，而且，男方在婚前所给付给女方的财物往往都会被以嫁妆的方式返还给新婚夫妇。对此，一位社会学学者通过实证调查认为，当下的彩礼在现实中正发挥着资助新婚小家庭的功能。关于“彩礼”这一称谓，由于其在旧社会是与买卖婚姻关联在一起的，所以自新中国成立以来，其一直受到意识形态层面的批判。在看待这一概念时，人们也因此常常不由自主地带有感情色彩。如果从法律角度看，脱离了买卖婚姻性质的彩礼完全可以看成是婚姻契约缔结中的订金或保证金。在中国人的传统中，婚姻是人生的头等大事，对女方来说更是如此。一旦婚姻选择失败，对女方造成的伤害往往比对男方的要大，哪怕只是在婚约阶段，也是如此。为了保证或增加婚约的严肃性，从常理的角度来讲，在婚约的缔结中，让男方支付一些订金或带有保证性质的财物都是合情合理的。另外，由男方向女方支付礼金也意味着对女方的一种尊重，是对女方父母养育自己未来妻子的一种感谢。哪一个女人不喜欢重视自己以及自己家庭的男人呢?由此看来，婚前由男方支付彩礼、聘金等现象之所以能够顽强地生长于民间社会，是有其自身合理性的。而且，在当下男女性别比例严重失调的广大农村地区，彩礼现象更有其存在的合理性。只要这种形式是在自主自愿的基础上完成的，不产生过于严重的后果，国家就没有干涉的必要，而且应该承认其具有法律效力。而如果承认其具有法律效力，那么当婚前发生纠纷时，就不一定都产生一律返还的效果，而应该是一种在区分双方过错基础上的有比例的返还。

一般说来，悔婚对于想成就婚姻的一方是有伤害的，最起码它耽误了这一方继续择偶的时间和机会。而从合同法的角度说，其侵害了一方的预期利益。这其中，女方往往会受到比男方更大的伤害，因为在一般情况下，女方年龄越大，择偶越难，而且在乡土社会中，舆论往往对女方更不利，其待嫁的难度也可能因此而增加。所以，目前《婚姻法解释（二）》中不问过错返还彩礼的规定显然没有照顾到这种情况。从某种意义上说，其合理性还不如 1984 年的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中的规定。之所以如此，究其根源，还是源于规则制定者对“彩礼”的偏见，不愿意真正地把它纳入到合法的范畴内来研究。最高法院的这种解释使国家不自觉地站在了男方一边。这既有悖于善良风俗和常理，又有男权主义的嫌疑。

传统是斩不断的，它是“活着的过去”，是“群众集体的记忆”。当一种观念在其长期的发展过程中已经演变为一种大众的思维方式和行为方式的时候，它便会以一种“习惯”的形态顽强地生长在人们的生活中，并能潜移默化地发挥作用。正是在这个意义上，萨维尼批判那些在立法上“意欲籍由切断一切历史联系，开始一个全新生活”的想法是一种“错觉”。国家虽然可以依靠强力推行一套制度，但是由于任何制度都不可能在现实生活做到事无巨细的调整，所以它必然会留下一些无法顾及的真空地带或鞭长莫及的边缘区域，这样，在“传统”的思维方式和行为方式的作用下，惯常性的民间规范就会在这些地带继续发挥作用。而且，法律作为一种规范必须依靠人来推行和遵守，而人的主观态度则决定着规范的运行效果。与民众思维方式和行为方式相异的法律规范的执行效果必然大打折扣；而由于有着深厚的民情基础，那些生长于民间的社会规范的运行效果则有可能超出国家的法律。希尔斯曾这样论及传统：恰恰是某些东西“已经存在并且‘行之有效’，人类常常有意识地尊重他们从过去所继承来的事物，并因而用以指导自己的行为”。也正因如此，当某一民间规范被大多数人所认可和践行时，与之相冲突的国家法必然要遭受“被架空”或对其无可奈何甚至出现不得不主动取悦这些民间规范的尴尬局面。

三、“行动中的法律”：当下中国法律对亲属调整的司法表达与实践运作

家庭革命意义上的婚姻立法从一开始就采取了一种“宜粗不宜细”的模式，更多的是纲领性的规定，虽然后来经过两次修改，但其简陋粗疏的缺陷并没有发生根本性的变化。虽然后来陆续出台了继承法和扶养法，但仍然承袭了婚姻法粗放型的模式，最为关键的是，由于没有关于亲属问题的通则性规定，所以我们无法将这些法律有效统合，甚至无法消弭整个法律体系中有关亲属规定的冲突。

亲属法律文本上的缺陷引发的是司法的活跃与扩张。在民事领域，法律规范的粗糙导致了现实中的许多亲属性质的关系和行为缺乏法律的调整。而在实际生活中，亲属关系又是最为普遍的社会关系，由此而形成的纠纷数量多、形式杂。当这些纠纷涌入司法领域，而法律又没有明确规定，法院只能发挥其自身能动性，在国家法的基本精神下，通过自己的理解处理纠纷。在刑事领域，由于法律没有把亲属关系当成特殊的关系对待，而在现实中这些关系恰恰又是特殊性的关系，所以法律与现实之间的冲突无法避免。又如前所述，革命性的婚姻家庭制度更多地是在反传统

的意义上设计的，而渗透到人们生活中的伦理和习俗不是人为的制度能够轻易改变的。因此，这种特殊性与一般性、传统习俗和现实法律、家庭伦理与立法精神发生矛盾时，往往需要法院来协调。具体说，当悖离民情的法律不被民众接受，就往往需要法官来通过一种司法技术化解这样的隔阂。于是，在长期的司法实践中，围绕着纠纷的处理形成了一套相对独立的处理亲属问题的规则体系。这套规则体系可能是文字形式的，也可能是在司法工作中约定俗成的，既可能是对成文法律的诠释，又可能是脱离原有法律的创造，总之，它具有很高程度的灵活性和适应性。因此可以这样说，在我国成文法的总体格局中，于亲属法律的实践层面上，展现出了一种更强意义上的不成文法特征。

美国的现实主义法学家将法律划分为“书本上的法律”“行动中的法律”，并认为后者才是更具现实意义的法的形式。在他们看来，法律就是司法的过程，是一种“为了维护法律秩序依照权威性的指示以决定各种案件和争端的过程”，是一种“行动中的理性”。法律主要不是立法者主观设计的结果，而是法官在实践中践行的结果。实践中为解决纠纷而形成的一个个鲜活的判例构成了一部部“活的法律”。这本是对英美判例法传统下法律生成逻辑的描述，但是，用它来描述当下中国亲属法律的生成实践也无不妥，因为“书本上的法律”的缺陷成就了“行动中的法律”的发达。由此，一种由司法创生规则的逻辑在亲属法律实践中得以生成。

（一）司法解释形成规则

这种“行动中的法律”的发达首先体现在亲属领域的司法解释比法律文本更具有功能上的意义。成文法模式下的司法自身逻辑以及中国法院行政化的特点决定了中国司法的运作特别需要有一种行业内的规则来管理和统合，这种内部性的规则就是司法解释。又由于亲属关系的私人性，所以，由此而引起的纠纷更多地要通过司法的途径而不是通过执法的途径解决，而要由司法解决就必然涉及一个法律适用中的解释问题，由此，比之于其他领域，司法解释在亲属领域更具有重要意义。具体说，亲属领域的司法解释比法律文本往往更具有功能上的意义。建国以来的有关婚姻家庭方面的司法解释多达 400 余件，事实上，是它们在真正意义上发挥着指导司法实践的功能。其中，自 2001 年婚姻法修改后，十多年来，最高司法机关陆续出台了三部成体系化的司法解释。解释远胜于文本，具有更强的操作性，无论是在司法职业者群体，还是在民众间，都有很高的关注率，以致于人们不再计较它们仅仅是最高法院制作的，进而直接将它们视为法律文本。这从《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）的高度民主化的形成过程和颁布后所引发的民众的热议就可见一斑。

在实践中，司法解释发挥着补充或校正法律文本的不足的作用。一般说来，法律文本是由立法机关制定的，宏观把握有余，微观关注却相对不足；而司法解释是由最高司法机关制定的，司法机关直接面对具体的纠纷，最为了解民众的需求，特别是，面对由家庭革命观影响而作出的过于理想化的规定，也只有通过司法解释才能让其具有可操作性。例如，对于“夫妻感情确已破裂”这样的离婚标准，不通过具体的司法解释，法官是无法把握的。同时，成文法规则表述简练化的自身特点也决定了有些条文不经过具体的解释无法保证其在实践中得到准确的应用。比如对“有配偶者与他人同居”的表述，如果不作专门性的解释，法官无法有效地将“同居”与重婚、一般的婚外性行为相区别。

再有，司法是以解决问题为指向的，而若要给百姓解决问题，就不能离开他们自己的规则，不能背离民间既有的规范，因此，家庭领域立法的不足便给伦理、习惯等民间规范进入司法创造了条件。如前所述，在当下中国，习惯和伦理作为一种大多数人的行为方式还在顽强地生长，而以“改造社会”为宗旨的婚姻法又不可能把它们包含在其中。法律与现实的矛盾直接阻碍着国家法的推行。事实上，面对法律与现实的冲突，司法机关总是在扮演着“协调人”的角色。比如像先前所提及的那样，国家通过正式法律推行登记婚制度，但是当面对现实的阻力而推行乏力的时候，每每都是通过司法解释来协调那些由此产生的矛盾。比如同代的宗亲属、代际间的姻亲之间的婚姻问题，这种因法律与伦理之间的背离而引发的矛盾早在 1950 年代就已经彰显。司法机关既没有一味地“从习惯”，也不是严格地按婚姻自由原则来处理，而是试图通过折中的方式消弭其中的矛盾，相关的司法解释充分地体现了这种协调主义立场。

如前所述，当下的家庭法律制度是以夫妻为主线构建的，出于贯彻男女平等精神和摆脱父权制的需要，自建国之初，我国就在婚姻法上建立了一种以“夫妻共同财产”为基础的家庭财产制度。由于这一制度侧重保护的是男女双方特别是女方的利益，因此对双方直系亲属的利益保护不足，在现实生活中引发了很多冲突。正是为了缓解这样的矛盾，2003 年《婚姻法解释（二）》的第 22 条和 2011 年《婚姻法解释（三）》的第 7 条对父母给子女购买的不动产的产权归属问题分别作出了“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”和“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”的解释。这样的解释不是一味地坚持婚姻法中夫妻共同财产制的原则，而是兼顾到了中国人固有的习惯和既有的民间伦理。按照中国人的习惯，购置房产是他们传给子女家产的行为，更是完成文化传统赋予他们的帮助子女成家立业的家庭义务。一般而言，当父母倾其所有为其子女购房后，他们晚年面临的经济压力都非常大，往往需要子女的赡养。如果将该房屋作为夫妻共同财产，一旦婚姻关系无法存续，子女配偶就有权分割房屋产权。从购房父母的角度看，这就意味着他们积攒下来的家产被‘外人’分割了，而这个外人却不一定有赡养他们的义务。可见，该司法解释体现了我国传统的“家产观”并尊重了中国人的民间习俗。

对伦理习俗的兼顾还体现在刑法调整亲属关系的司法运作上。虽然革命主义指导下的刑法缺失了把亲属间的犯罪视为特殊行为的文本表达，但是在现实生活中，亲属之间的朴素情感以及平息社会矛盾的社会需求又促使着司法不能将其完全按照一般人的犯罪来对待。纵然司法不能为其创设特殊的罪名，但是却可以在既有的罪名下在量刑上发挥自己的自由裁量。于是，基于现实的需要，在关乎亲属间的犯罪问题上，当下的司法实践表现出了一种与文本不同的处理理念和方式。司法主管机关下发的“发生在亲属之间的诸如盗窃、敲诈勒索、诈骗等案件如能获得亲属的谅解可以不按犯罪来处理，认定为犯罪的，应当酌情从宽处理”的解释就是明证。

（二）司法实践创生规则

法律文本是用文字表达的，源于人为的主观建构，然而人的理性是不及的，语言的表现力也是有限的，这些局限性因此而决定了普遍性、抽象性的规则无法涵盖丰富多彩、变动不居的现实生活。其实，司法解释也属于成文规范和文本表达，它同样存在上述局限。法律文本的局限可以通过司法解释来克服，但司法解释的局限却注定无法再通过无限解释下去的方式来解决。由于私法的自治性质，加之亲属领域蕴含了丰富的情感因素，所以，在该领域的法律调整更多地需要通过当事人自主协商的方式来实现，也正因如此，在我国，调解是家事案件处理的必经程序。由此可见，婚姻家庭法的文本和亲属纠纷的性质留给了司法更多的自由裁量的空间，也就是说，如果能够促成双方的合意，法官被允许使用更灵活或更具有创造性的方式来处理案件。这些因素为司法在规范文本表达之下通过实践创造规则提供了条件和空间。

这种由司法实践创生规则的形式主要有三种表现。首先，其表现在案例制度之中。虽然我国原则上不承认判例的法源地位，但是来源于司法实践的指导性案例、公报案例、典型性案例经过最高司法机关发布以后，事实上对案件的审理发挥着示范作用和拘束力。在实践中，参照指导性案例审理案件已经被列入正式的程序规则，参照其他案例业已成为约定俗成的内部规则。因此，指导性案例、公报案例中的“裁判理由”和典型案例中的“典型意义”实际上发挥着裁判规则的作用。

其次，它还表现为司法实践以更贴近生活的方式矫正法律文本和司法解释的不足。法律与司法的区分是文本与实践的区分，而在司法之中，官方解释与实践运作的区分又是一种更微观的文本与实践的区分。法律运作的逻辑在于由众多经验归纳出一般性的规则，再利用这样的规则去处理多元的个案。中国家庭法文本的缺陷以及亲属领域的特殊性决定了规则和现实之间存在巨大的张力。基层司法的指向是实用主义的，即所有工作要围绕着更好地解决纠纷而展开。因此，针对规则与现实的矛盾，基层法官“不得不将这些就制定法的规则上看非常齐整但实际处理起来极其复杂的问题尽可能地以某种并不一定符合法律规则和法官的角色但能够‘化解纠纷’的方式解决”。家事纠纷因为其中夹杂着复杂的情感问题，对它的处理通常还要考虑未来的指向性，因此，它的司法实用主义倾向更为明显。比如，针对《婚姻法解释（二）》中关于彩礼的规定与现实的冲突的问题，出于缓和矛盾的考虑，实践中很少有法官机械地适用一律返还的规则，而是在解决纠纷的目标下，在兼顾当地风俗的基础上，通过有比例返还的方式来处理。

伦理对人的影响是潜移默化的，法官也生活在一个情理的世界中，他不但不能逃避来自它们的约束，而且常常对它们还有着切实的感受，所以，除了有利于解决纠纷的外在动因外，对伦理的发自内心的认可也支持着法官在法律的真空地带适用这些民间规范。他们通常以善良风俗的原则、目的性解释的方法以及生活经验法则应用的形式将伦理、人情融进司法，进而弥补文本的不足。如前所述，因为我国婚姻法是以夫妻为主线设定具体制度的，所以仅规定了离婚后父或母有探望子女的权利。虽然没有规定祖父母和外祖父母享有探视权，但在中国人的生活中，“隔

辈人”更亲，所以，祖父母或外祖父母探望孙子女或外孙子女是人之常情，特别是在当下中国因计划生育而形成的“4+2+1”的家庭格局下，更凸显了该权利的价值。在实践中，正是通过这种情理法融合的技术，以扩大解释的方法，将其纳入到了探视权的适用范围。按照这样的技术路线，代孕母亲对代孕子女的探视权也在实践中获得了承认和保护。而在最近的一起关于“冷冻胚胎”的继承纠纷中，法院依然以保护当事人权利为目的，通过扩大解释的方法，辅之以伦理性的说服技术，进而突破了继承客体必须是财产的限制，从而实现了对失独家庭的权利保护。在另一起杀害亲属的刑事案件中，正是基于法官认为当事人的行径是对伦常的严重践踏，才没有沿袭通常性的司法解释中的亲属间犯罪从轻、减轻的基调来裁判。

进入 21 世纪之后，现实主义的司法理念得到了进一步的确认。无论是“调判结合，案结事了”的方针，还是“法律效果与社会效果相统一”的宗旨，无疑对亲属领域的司法都是最适合的。为了弥补文本表达的不足，进而更好地处理纠纷，伴随着传统文化的复归，法院对于习惯等民间社会规范的态度发生了明显的转变，开始以更加积极的姿态寻求与民间社会规范的协调。这些民间的社会规范大多是与婚姻家庭有关的。各级地方法院开启了灵活多样且极具务实性的尝试。这体现在，或努力营造一种乡土化的调解环境，尽可能用道德、风俗和舆论等老百姓乐于接受并深信不疑的本土观念来解决问题；或倚重土生土长的法官，积极寻求通过地方性知识和当地的风俗习惯解决矛盾；或对民间习俗进行系统收集，形成文字材料，便于司法适用；或在裁判文书中附加“法官后语”，将法官对本案的道德或情理方面的判断、意见、感想抒发出来，以教育当事人或弥补判决的缺憾。同时，这些来自地方法院的经验也获得了最高司法机关的首肯和认可。

其三，它表现为司法实践以更灵活的方式不断地回应新的社会需求。美国法律现实主义法学家们认为：“法律的目的在于回应更多的社会需求”；“司法判决应该是一种由社会决定的产品”；“法律的终极原因是社会福利。未达到其目标的规则不可能永久地证明其存在是合理的”。在他们看来，“好的法律应该提供的不只是形式正义”，它还“应该有助于界定公共利益并致力于实现实体正义”。这样的法也正是诺内特和塞尔兹尼克意义上的“回应型法”，而法的这种对社会需求的回应则需要法官抛弃机械的法条主义，“探究规则和政策的内含的价值”，从而构建出一种“行动中的法律”。这种“回应型法”已生动地体现在当下中国的亲属与婚姻家庭司法实践中。

成文法追求稳定性和权威性的要求导致了它在回应社会现实问题上存在着很大的滞后性，而解决纠纷的本质又决定了法院在遇到新生事物时不能以无规可循为由拒绝受理。这种情况下，为了完成解决纠纷的任务，法官只能本着公平的原则，依据常识、常理、常情来处理。这种对社会现实的回应，一方面表现为一些生发于婚姻家庭领域的新兴诉求在司法领域得到确认和保护，比如，因性器官的损害而产生的夫妻的“性福权”、因“儿女不常回家看看”而引发的“精神赡养权”、因亲人的亡故而没有获得告知而产生的“悼念权”或“祭奠权”、因一方不忠致使另一方抚养了别人的孩子而受到侵害的“配偶权”或“男性生育权”，等等；另一方面表现为一些新的行为和现象受到司法的认可和支持，比如，为约束夫妻双方性行为而订立的“忠诚协议”、为确保同居义务的履行而形成的“空床费”、为保证一方正常生活的需要而在夫妻关系存续状态下对“共同财产支配权”进行的分割、夫妻一方“工龄买断款”的权属确认，等等。这些新的诉求和行为方式都是或首先是以司法裁判的方式来得以确认的。当这些具有典型意义的裁判凭借其特有的示范效应而被同行认可和参考时，其实它已经衍生为一种实践性的规则。当这种实践性的规则具有更大的普遍性时，它通常会以法律文本或司法文本的形式确定下来。

四、实现亲属法律调整文本与实践统一的路径

在当下中国，亲属法律缺乏统一的规范形式，而散居于婚姻法、继承法、收养法、老年人权益保障法、妇女权益保障法以及刑法和刑事诉讼等法律中，这使得我国现阶段法律对亲属关系的调整呈现出“碎片化”的状态。而恰恰正是这种“碎片化”的状态，既导致了某些领域的“无法可依”的局面，又造成了某些领域相互冲突的情况。国家主义下的婚姻法对伦理的疏漏、与民情的背离，引发了法律与现实之间的紧张关系，最终造就了司法实用主义运动的兴起。虽然司法在补充、校正法律文本的不足与回应社会各种新兴诉求中，塑造了“行动中的法律”，但是这种来自实践的回应毕竟是有限的。由于同样是官方表达，所以司法文本自然要和高级别的立法文本保持一致，因此，立法者思维上的局限也常常会被带到司法解释中来。《婚姻法解释（二）》在彩礼问题上表现出的国家主义思维就说明了这一点。况且，这种来自于多元主体的实践表达之间不可避免地要产生各种冲突。同时，在我国这样一个不承认判例法源地位的国家里，这种“行动中的法律”只能在幕后发挥作用，最大限度仅仅是一种非正式的制度，因此具有很大的不稳定性和不确定性。特别是当法官突破规范文本而作出裁判时，这种不稳定和不确定就更为突出。

欲改变法律与现实的紧张状态，制定统一的亲属法典势在必行。而从当下的形式看，最务实的策略便是将其纳入正在起草的民法典之中。如前所述，目前的婚姻法不是在亲属的意义上设计制度的，因此，就它目前的体例和调整模式来讲，无法适应中国当下对亲属关系细腻化调整的需要。对婚姻家庭领域的立法而言，不应是简单地将“婚姻法”更名为“亲属法”的问题，也不是把原有的婚姻法、继承法、扶养法等条文简单地归入民法典的问题，而应该真正地立足于亲属关系，在理念与制度设计方面做根本性的调整和修订。具体而言，应该在亲属的种类、亲等、亲系、亲属身份权、亲属法律行为等诸方面做出详尽的规定，并从根本上改变其原有的公法色彩，进而恢复其私法的属性。亲属法典（篇）的完备化不仅是民事司法的需要，同时，统一的亲属制度和概念也为刑法、刑事司法以及其他部门法及其相关司法提供标准。只有这样的能够发挥统领全局作用的亲属法典（编）才是真正意义上的“家庭宪法”。

中国的现代化是在林毓生先生所言及的“整体性反传统主义”的意义上进行的。然而，衍生成大众生活与思维方式的传统并非人力就能革除的，因此，在社会变迁中，常常发生着一种“钟摆”效应，即“以革除‘陋俗’为借口，凭借自我反思性的锐意而在社会中发动一场革命，革命的结果就是在意识形态上以新的风尚来取缔旧的陋俗，而当这种新的风尚因为其激进而流露出弊端的时候，所谓旧的习俗又会逐渐恢复起来，最终使旧的风俗和习惯重现获得合法性地位，新的风尚边缘化而成为守旧力量。”随着上个世纪 70 年代末改革开放政策的推行，原有的政治型社会正在解构，家庭的观念又开始受到重视，许多传统家庭伦理又开始复兴，许多民间的习俗和习惯又开始受到尊重。比如，近些年来，随着传统文化的回归，孝道的理念又重新受到国人的重视，并且开始应用到社会治理中。传统伦理和习俗的回归为我国现代亲属法制的改革既带来了机遇又带来了挑战。这促使立法者必须要正视立法中的传统和现代、国家与民间的关系问题。萨维尼说得好：“婚姻只有一半属于法律问题，另一半属于行为方式”。而亲属问题更是如此，当多数人共同恪守某些行为方式的时候，立法者就不能对这样的行为方式无动于衷。行为方式的问题并非简单地通过宣布其为陋俗就能够解决。仍以前面提及的仪式婚为例，建国以后，国家通过各种方式倡导“移风易俗”，反对婚礼“大操大办”，但婚礼作为一种习俗因其特有的社会功能依然顽强地生存于民间社会。

社会现象的存在与否不取决于立法者的主观态度，而最终要取决于它所赖以生存的土壤和文化。诚如哈耶克所说，真正的法律是“人之行动而非人之设计的结果”，它的正当性来源于对“自生自发秩序”的遵守，绝非是脱离一个社会的“内部规则”的任意主观的建构。任何社会的延续都必须依靠婚姻和生育，亲属间的特殊情感以及维系亲属关系存在的伦理很大程度上源于人的本能，不是通过人为干预就能改变的。传统的惯性、安土重迁的生活习惯、重视家庭和亲情的文化都注定了现代中国亲属关系仍然很发达，而革命激情的消退和世俗性的回归，又助长了这些关系的成长。因此，在以法治为主题的现代社会，国家不应该对如此广泛的社会关系置之不理。

诚然，当下中国日益发展壮大的现实要求我们要建立自己的文化自信和制度自信，即中国的法律和制度需要有自己的主体性。目前，学界对这种西方话语的中国式表达的立法也多有批评，但无论是学界还是实务界，在关于如何建构这种法律主体性的问题上，都没有给出任何令人满意的答案。依笔者看来，这种主体性的要素应首推亲伦传统。中国是世界上亲属关系最为发达的国家，重家的观念是中国传统文化的特有内容。中国人重人伦、重亲情、强调孝悌、尊重长幼有序、追求亲属间的和睦互助，这些至今仍是中国人特有的民族性格和心理习惯，由此衍生出来的众多的伦理性规范在当下中国仍然具有强大的认同感和拘束力。善良的礼序家规和家风家训仍然在公民的人格塑造以及社会治理等方面发挥着其他规范所不能替代的作用。笔者认为，将亲伦传统有机地融入当下中国的立法之中是建构这种主体性的必由之路。

对于当下民法典制定中的急功近利的情况，秋风先生批评说，即使到了制定民法典的合适时机，也应该如晚清或民国时期那样，先做一个基础性的工作：展开大规模的民事行为习惯调查。“至少法学家、立法者应当了解，各地国民是如何生活的，这对于法律制定具有重要参考价值。更一般地说，民事习惯调查可以让法律起草者们对国民的生活有直观把握，掌握民情、民风、民气。这些或许用语言难以清晰表达的东西，但弥漫于法律构思之全过程，而对法条有导范作用。”应该说，在当下中国，民间的习惯性规则绝大部分都存留在婚姻家庭领域。无论是出于建构中国法律主体性的考虑，还是出于让所制定的法律规范更加具有可操作性的考虑，在民法典的亲属法部分的制定中，都不能无视那些民间规则的存在。只有实现现代法和亲伦传统、国家法与民间规则的有机融合，才是消弭法律与现实、文本与实践之间的紧张关系的根本途径，这也是中国亲属立法成功的关键所在。

当我们每每对当下孝道的缺失、亲情的淡漠大为感慨的时候，很少有人从法律的角度思考其中的原因。其实，

当下中国的法律几乎没有给它们留下空间。由此看来，中国法律主体性的建构不但需要民事意义上的亲属法，还需要亲伦传统在现代刑事制度、诉讼制度中的创造性转化，需要从整个法律体系中改变既有的“大义灭亲”的立场和模式。因此从这个意义上说，中国古代的容隐制度在现代立法中应该被有选择的继受。具体说，为庇护亲属而藏匿人犯及湮灭证据不罚、放纵或便利亲属脱逃减轻处罚、为亲属利益而伪证及诬告免刑、为亲属顶替自首或顶替受刑不罚、为亲属销赃匿脏得免罚、有权拒绝证明亲属有罪或有责等等制度应该被确立。另外，亲属间的犯罪不仅在司法上需要特殊性的处理，在立法上也需要做特殊性的规定。例如，发生在亲属之间的强奸，特别是尊亲属利用其优势地位对卑亲属的强奸行为，应该被列为法定的从重处罚情节。严重的伤害家庭伦理的行为应当被纳入到刑法的调整之中。这些内容之所以应该被当代中国所继受，不单单因为它们是符合传统的，更因为它们是符合人性的。

诚然，司法机关的实践理性在当下中国对亲属关系的法律调整中发挥着很大的作用，但是我们必须看到的是，立法主导思想和文本上的局限严重地削弱了这种能动司法的合法性。为此，这种现象受到一些学者的诟病，认为司法的扩张侵害到了现有的法制体系。不突破现有的法律文本，就不足以满足解决纠纷的需要，而欲完成解决纠纷的任务，就要承担“越权”甚至破坏法制体系的风险。当下中国的亲属司法似乎走进了一个二律背反的怪圈之中。其实，在当下的世界，不但在英美法系国家司法表现出极强的能动性，即使在大陆法系国家，“解法典化”的趋势也正在兴起，即大量的单行法和旨在实现个案正义的司法判例正在冲击和解构着传统的民法典，以至于很多国家的民法典被“缩减为一个令人厌倦而且毫无用处的橱窗。”

当下中国亲属司法的扩张，虽然部分源于亲属法律规范的粗疏，但笔者认为，即使在亲属法的法典化工程完工后，这样的局面也只是能有所缓解，却不可能消失，甚至在相当长的一段时间后，还可能会表现出“解法典化”的现象，而且，法典规定得越细化，这种现象便会越突出。这是成文法的自身局限性造成的。正因如此，笔者认为，欲解决亲属领域中法律与现实的冲突，并非要一味地依靠细化亲属法规定的方式来解决，而是要更多地在转换亲属法的理念，以及促进立法与传统、民情的有机融合上下功夫。亲属法典（篇）的制定和完善不是要把司法塑造成“自动售货机”，而是要为司法提供标准和指导。因此，亲属法的系统化运动的最终目的不是要扼杀司法的灵活性和社会生活的回应性，而是要实现法律与实践的良性互动。

完善亲属立法的同时，亲属司法也需要系统化。对此，更为关键的是应该做好三项工作：其一，及时总结实践经验，把共识性的东西以司法解释的方式确定下来，为亲属法典（篇）的更新提供规范素材；其二，在目前条件下，一定程度地发挥判例法的功能，从务实的角度讲，在当下中国，应该大力推进案例指导制度，扩大公报案例、典型性案例的示范功能；其三，加强法官队伍的法律方法和裁判说理方面的训练，尤其要加强目的性解释、扩大性解释、类比推理、法律论证等方面的技能，使司法在技术上有规可循；其四，推进家事法院建设，加快制定统一的家事诉讼规则，提高亲属司法的专业化、规范化程度。

澳门地区受虐待儿童保护中的预防干预措施

2017-07-19　家事法研究中心 澳门地区儿童虐待概述

近年来，我国内地关于儿童受虐待、被遗弃的负面新闻时有发生，实践中施虐者与受虐儿童、遗弃人与被遗弃儿童间的特殊关系使得从法律上对其加以调整并最大程度的保障儿童合法权益的问题引发热议。大陆法系国家在儿童保护中更加强调父母身份之作用，因此很多国家的法律都规定了父母对未成年子女的权利与义务，如德国的父母照顾权以及法国的亲权；而普通法系国家则早早形成了国家亲权制度，强调在负有监护或照顾未成年人义务的主体不能适当履行其责任时由国家介入暂时取代不称职义务人以未成年人监护人的身份行使亲权。我国澳门地区有着体恤儿童的东方传统人文观念，又兼备西方国家亲权以及儿童最佳利益等全面保护性的立法理念，其法律理念上的差异于我国大陆地区对遭受虐待儿童保护之干预极赋启示意义。

澳门地区儿童虐待内涵界定

根据澳门保护受害未成年人的重要法规《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》第六十七条第一款的概括性规定，虐待儿童的行为主要是指一切负有照顾儿童义务的人群所作出的足以使儿童安全、健康、品德培养或教育受到危害的行为。该条还对常见的威胁儿童正常生活的行为类型进行了列举，包括（1）虐待儿童足以使其安全、健康、品德培养或教育受到危害；（2）儿童表现出极不适应父母或监护人家中的纪录、所从事之职业活动的纪律或照顾未成年人之人的纪律；（3）根据其状况、行为或发展倾向，儿童表示出极难适应社会生活；（4）让儿童行乞、游荡、卖淫、放纵自己、滥用酒精饮料。[1]不难看出，澳门地区虐待儿童的主体并不局限于监护人而

是涉及到所有负有照顾义务的社会群体，在行为内容上囊括了对儿童所造成的身体和心理发展不良影响的各种情形。

国家亲权及儿童最佳利益原则

“国家亲权”源于拉丁文“parens patriae”之意译，具有国家之父（father of his country）、终极父母或监护人(ultimate parent/guardian)、国家父母(state as parents)等多重内涵，最初用以保护未成年人和无行为能力人的财产权利。依据“国家亲权”，政府有责任保护身处弱势地位者尤其未成年人，因此其应肩负维护未成年人最佳利益之法定职责直至成年。由此延伸而来的“儿童最佳利益”理念已经成为有关国际公约和各国少年司法与儿童福利的重要立法原则。如联合国大会于 1989 年通过的《儿童权利公约》第 3 条的规定就阐述了儿童最佳利益原则的基本内涵，“关于儿童的一切行为，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最佳利益为一种首要考虑”。其第 9 条第 2 款进一步说明对前述的儿童虐待事件，可在适当时刻进行司法干预。[1]澳门地区作为《儿童权利公约》缔约成员，该公约也是澳门地区保护未成年人的法律渊源之一。同时澳门政府也依据该公约的内容制定相关立法成立了各主管机构，以适应不断攀升的离婚率以及儿童虐待与照顾不良等社会问题。

澳门地区儿童虐待法律渊源及适用层次

澳门地区并没有成文的未成年人保护法律，其涉及儿童保护之相关法律法规散布于各部门法律之中。依据澳门特别行政区政府妇女及儿童事务委员会之认定，其涉及儿童保护的法律法规主要包括：[3]

国际公约	《儿童权利公约》
	《关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》
	《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》
	《跨国收养方面保护儿童及合作公约》
	《公民权利和政治权利国际公约》第二十四条
	海牙《国际性诱拐儿童民事方面公约》
	《经济社会文化权利国际公约》
澳门法律	未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度
	违法青少年教育监管制度
	对年龄介乎五岁至十五岁之间只儿童及少年实行义务教育
	《基本法》第38条第3款：未成年人、老年人和残疾人受澳门特别行政区的照顾和保护。
	《民法典》第111-117条关于未成年人之法律地位及第1729－1783条关于亲权的规定
	《刑法典》第146条虐待未成年人、第166-170条对儿童之性侵犯、第241－242条诱拐未成年人及违反扶养义务的规定
	《劳动关系法》第26-32条关于未成年人的劳动合同的规定
	第343/2008行政长官批示“限制未成年人提供的工作清单”，第344/2008行政长官批示“禁止未成年人提供的工作清单”

其中针对遭受虐待儿童保护之措施，集中规定于《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》及《澳门刑法典》之中，并根据危害程度分层次处理。较为轻微的儿童虐待可依据职业条例和岗位纪律予以处分；第二层次的轻伤以下的儿童虐待适用刑法以外的法律规范加以制裁；第三层次严重的儿童虐待行为纳入刑法规制体系。[4]

澳门地区儿童虐待的司法干预机制

澳门地区针对处于受虐待、被遗弃等危机状态下的儿童保护是通过全社会协力下的干预机制来实现的，我们通过对《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》的分析，认为其干预措施体现如下：

发现报告机制

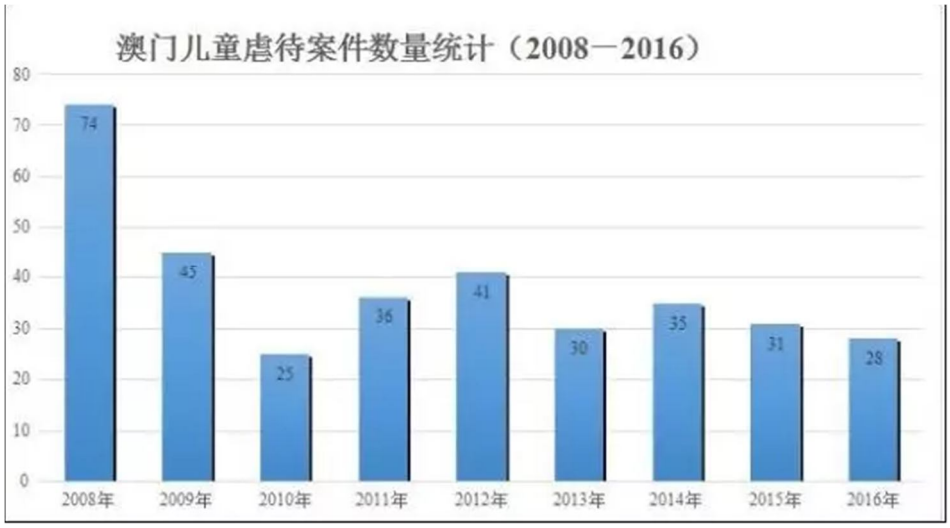
在澳门，任何市民、社会机构认定或怀疑儿童受虐都可以以口头或者书面的形式告知司法部门。这种将举报威胁儿童正常生活状态行为的义务负担于所有机关、社会团体乃至个人的方式很大程度上解决了因作为弱势群体的受害儿童无法揭发虐待行为而长期遭受不法侵害的窘迫境况。

专项灵活处理机制

澳门的儿童虐待案件设有专审法庭。其第一审法院设有初级法院和行政法院，初级法院中的家庭及未成年人法庭依据上述《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》对未成年人受害案件进行审理，在犯罪人触犯《澳门刑法典》第一百三十七至一百四十二条的伤害身体完整类犯罪以及第一百六十七至第一百七十一条的性侵害类犯罪，且受害人为未成年人加害人是有抚养照顾义务的主体时交该法庭处理。

家庭及未成年人法庭依据《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》审理的儿童社会保护案件数量呈现出上升的趋势，而与此相反的澳门法院公布的儿童虐待案件则整体呈现下降之势且维持在较低的发案数。依据澳门特别行政区法院发布的官方数据，其未成年人社会保护措施司法管辖案件及儿童虐待案件数量呈如下表：[5]

类别	年度	上年度审理中案件	本年度受理案件	案件总数	已审结案件	转入下年度审理案件	结案率 I	结案率 II
一般社会保护措施案	2015	11	26	37	25	12	96.15	67.57
	2016	12	37	49	35	14	94.59	71.43
规范行使亲权案	2015	65	113	178	119	59	105.31	66.85
	2016	59	135	194	133	61	98.52	68.56
保全措施	2015	0	1	1	1	0	100	100
	2016	0	2	2	2	0	100	100
其他	2015	83	98	181	92	89	93.88	50.83
	2016	89	135	224	140	84	103.7	62.5



另外，在法庭审理的任何阶段中，若法官发现儿童可能正处于或将再次处于受虐待或被疏忽照顾的紧急情况下，应在采取简易的初步调查后，决定对受虐儿童临时采取相应的保护措施，直到上述情况消失或终局裁判生效。保护措施的内容与下述救助机制的干预措施相同，区别在于属于临时情况采取的紧急措施，这些措施可单独或一并使用，但仅能使用一次且不得超过三个月期限。[1]在审理过程中，法官还可要求官方社会工作机构针对受害儿童编制个人社会保护计划，从而有针对性的对儿童的家庭成员等监护人和照顾义务人所需履行的义务加以要求。[1]

协助救助机制

协助救助机制包括协助机制和救助机制两个部分。协助机制是指进入司法程序后，相关政府部门应当协助司法机关，具体包括协助公安部门、人民法院调查处理案件事实以及在儿童之损害是监护人所致时代为提起撤销监护人资格的诉讼。救助机制是澳门儿童保护体系中极富特色的组成部分，其依赖完整而强有力的社会力量，对遭受暴力侵害或其他生活状态遭受威胁的儿童进行救助，为其提供全面的安置与保护。一般的，法官经审理认定存在儿童生活处于不良状态事实清楚，便可基于对儿童利益最佳保护原则对其采取《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》第六十八条中最为适当的保护措施并进行跟进监督。下面将依据保护措施行为主体的不同分别阐述。

1、通过个人对儿童加以照顾，要求受托主体履行义务。受托个人依据《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》第六十九条、第七十一条的规定主要指该儿童的父母、继父母和养父母等监护人或虽非家庭成员但已与儿童建立感情关系而负有照顾义务的其他人。具体情形包括法官可以命令父母、监护人或其他负有照顾儿童义务之人对其提供特别照顾、接受教育或职业培训以及获得身体和心理上的医疗。[1]将儿童交予以上主体加以照顾，事实上是希望通过短期的过渡帮助其重新建立与父母或其他监护人的紧密联系，故在维护儿童健康正常的生活

状态的同时，也设计了由法官要求社会工作机构对儿童及家庭成员提供社会及心理教育帮助的制度，通过参加培训计划更好地履行亲属间职责（亦即我们所说的亲职教育），最终实现恢复被破坏的感情纽带的效果。

2.、通过其它家庭、公共或私人机构提供照顾。其中其它家庭是指被社会工作官方机构认定为有能力照顾未成年人的家庭，包括婚姻关系或事实婚姻方式组建的家庭或者同食同住的血亲；而公共或私人机构则要求其能够具备适当照顾儿童的条件设施从而使儿童得到身心整体之发展。[1]典型的如澳门社会工作局便能为因家庭问题无法得到适当照顾的儿童提供院护服务，只要向社会工作局下属的儿童暨青年服务处提交申请并由其评估入院条件。[6]该种干预措施事实上是希望帮助儿童重新融入家庭生活，因此儿童在交与机构照顾的过程中仍然能够保持与父母、监护人或其他负有照顾义务的人的定期接触，也享有隐私权，通信自由等。

3、针对年满十五岁的未成年人可直接提供经济帮助，实现其自立。[1]法官能够要求官方社会工作机构介入编制前述个人社会保护计划，对该儿童进行辅导、指导和监督,以帮助其逐步走上自理自立的生活。

执行反馈机制

在执行阶段，法院可以直接跟进系列措施的执行情况，也可要求官方社会机构介入，如指定社会工作局等部门向儿童及其家庭成员提供社会及心理教育方面的辅助，编制个人社会保护计划，指导并监督儿童或其家庭成员履行指定义务，通过开展家庭成员培训计划帮助其更好地履行亲属间的职责，督促社会机构完善责任。必要时指定专门实体给予其一定的经济上的支持。官方社会机构介入时，由其定期反馈执行情况及儿童正常健康生活之状态，对于无官方社会机构介入的，需由受托人或组织定期报告未成年人的发展情况。

对我国大陆地区受虐儿童保护干预措施之启示

1、扩大明定的侵害主体和司法程序发起主体的范围。以虐待儿童行为为例，与内地相比澳门地区法定的侵害儿童生存状态的主体比较宽泛，涵盖家长、教师、雇主等一切对儿童有看管、 照顾、保护、教育义务的主体，而内地仅限于受虐儿童的家庭成员，对儿童可能接触到的教师、雇主等群体没有明确规定。这事实上增加了司法部门发现儿童受虐案件的难度，一定程度上也制约了对虐儿主体的惩处力度。而在司法程序的发起主体上，任何一个发现儿童受虐的澳门居民、社会机构、法院都可以开启保护儿童的司法程序，并且既可以口头也可以书面告知。这种将举报义务普遍负担于更为广泛的社会主体的方式显然更易扭转“受害不敢言”的局面，及时维护儿童权益。

2、关注受害儿童心理修复与社会融入。澳门地区法律除对威胁儿童正常生活者加以处罚外,更注重对受害儿童的保护与安置更生。对于给儿童造成严重身心创伤的加害者会根据澳门地区《刑法典》予以刑事处罚；对于轻微的虐待行为，法院则参照《教育制度及社会保护制度》考虑保护受虐儿童的最大需要，判决将受虐儿童交托于个人、家庭或社会机构进行帮护,同时要求实际照顾儿童之个人参加指定培训计划,帮助其更好的履行规定义务，保证儿童的健康成长与发展。内地对于儿童受虐案件并没有给予特殊的规定，内地《刑法》和《未成年人保护法》对于在处理儿童虐待案件时，通常只涉及对于施虐者的惩处方式，却少见如何帮助受到伤害的未成年人重新建立一个无害的生活环境及受害未成年人如何获得心理修复的规定。

注释及参考文献

文中注释：

[1] 澳门特别行政区政府 .未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度[G].第 65/00/M 号法令第 67－88 条.

[2] 澳门特别行政区政府妇女及儿童事务委员会：http://www.camc.gov.mo/cam/zh_cn/standard/law.html.

[3] 澳门特别行政区法院：http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2017-5.

[4] 张鸿巍：少年司法语境下的“国家亲权”法则浅析，青少年犯罪问题 2014 年第 2 期，第 81-82 页.

[5] 文立彬：澳门地区儿童虐待之法律规制，载《第七届中国大陆及港澳台地区刑事法论坛文集》，第 136-150 页.

[6] 任宗理，梁展欣，莫君早：港澳地区少年司法制度考察报考，人民司法 2008 年第 3 期，第 74-77 页.

参考文献：

[1] 薛波：元照英美法词典，北京：法律出版社，2003 年版.

[2] 徐国栋：普通法中的国家亲权制度及其罗马法根源，甘肃社会科学 2011 年第 1 期，第 186-190 页.

“武汉大学外国法查明研究中心”成立

2017-07-20　武汉大学国际法研究所

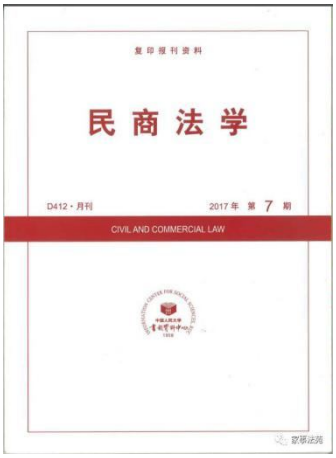
经过长时间的酝酿筹备，湖北省高级人民法院与武汉大学共建的“武汉大学外国法查明研究中心”（“中心”）签约揭牌仪式于 2017 年 6 月 2 日上午在法学院 323 会议室举行。在武汉大学国际法研究所所长、“中心”主任肖永平教授主持下，湖北省高级人民法院副院长李群星、武汉大学常务副校长谈广鸣教授分别发表了重要讲话，对“中心”的成立表示热烈祝贺，对其意义给予高度肯定，希望“中心”成立后积极开展工作，并在未来能够取得实绩。武汉大学法学院院长冯果教授、省高院民四庭刘建新庭长、苏江副庭长、欧海燕法官、胡正伟法官等及武大国际法研究所的部分老师及同学、外国留学生参加签约揭牌仪式。

“中心”的成立是武汉大学和湖北省高级人民法院深入贯彻习近平总书记讲话精神，正确处理法学知识教学和实践教学关系，推动法学教育研究工作者与实践工作者之间交流的重要举措；是助推湖北省“以开放促改革”，大力提升涉外审判能力，切实提升司法公信力，为湖北中部崛起和长江经济带建设提供司法保障的战略行动；是充分利用武汉大学国际法研究所深厚学术蕴藉和丰富智力资源，服务我省国际法实践，协力涉外司法审判实践中实现公平正义的又一行动。

近年来，随着湖北省涉外民商事案件数量持续攀升，涉及的国家和地区日益增多，人民法院在处理这些涉外民商事案件必须适用外国法时，面临的查明相关外国法律的任务也更加繁重。由于审判力量的限制，外国法查明甚至开始成为涉外审判实践的瓶颈和难题，“中心”的成立为突破瓶颈、解决难题提供了化解途径。同时，随着经济社会快速发展，加强外国法查明并确保其准确适用，既是运用法律手段维护国家利益、经济安全的客观要求，也是依法平等保护中外当事人合法权益的重要保障。根据双方的协议，在“中心”成立后，湖北省高级人民法院以及相关法院，将就司法审判实践中的外国法查明问题，通过双方约定的程序向“中心”提出查明要求，“中心”经过研究后提出查明结果，供法院参考使用。“中心”还将利用丰富研究资源，收集相关国家地区立法、司法信息，并举办相关学术研讨会，解决外国法查明中的重大理论和实践问题。

人大复印报刊资料《民商法学》2017 年第 7 期资料索引 （婚姻家庭法、继承法部分）

2017-07-28　家事法苑 人大复印资料



人大复印报刊资料《民商法学》2017 年第 7 期资料索引

（婚姻家庭法、继承法部分）

来源：中国人民大学复印报刊资料 2017 年《民商法学》期刊第 7 期。

本文系中国人民大学复印报刊资料 2017 年《民商法学》期刊第 7 期婚姻家庭法、继承法资料部分索引摘录，如欲查找引用，请务必核对原刊。

婚姻家庭法

亲属法规则财产法化趋向论/李洪祥//求是学刊(哈尔滨)，2016.4.83~90

人身安全保护令独立性的制度价值及其实现/李瀚琰//安徽大学学报：哲学社会科学版(合肥)，2017.2.124~131

关系契约视角下家庭制度的重构:以非婚同居为例/向东，赵娜萍//河北法学(石家庄)，2017.2.103~112

浅谈伊斯兰教法的彩礼/马丽艳//天津职业院校联合学报，2017.1.102~105

宽容与承认：同性婚姻再思考/邱凯乾//闽西职业技术学院学报（龙岩），2017.1.52 ~ 57

当事人提供信息不实导致婚姻登记错误应予撤销/薛梅，梁桂平//人民司法（京）,2017.11.105~107

孕妇虐待胎儿的民事责任探析/刘晓惠//江西警察学院学报(南昌）,2017.2.124~128

身份关系前提下知识产权作为夫妻共同财产之判定/陈飏//西南民族大学学报：人文社会科学版（成都），2017.3.127~133

构建我国夫妻法定分别财产制度研究/何炜炜//福建警察学院学报（福州），2016.6.85~93

夫妻债务制度研究/王蕾//哈尔滨师范大学社会科学学报，2016.6.42~45

司法实践中夫妻共同债务认定的几个问题/张洁//中共乐山市委党校学报，2017.2.84~86

非法代孕与未成年人最大利益原则的实现:全国首例非法代孕监护权纠纷案评释/朱晓峰//清华法学（京）,2017.1.120 ~ 133

《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》相关问题的应对思考/郑先红,张鹏飞//预防青少年犯罪研究(京）,2017.1.67 ~ 72

我国未成年人监护制度法律问题/马东//预防青少年犯罪研究（京）,2017.1.59~66

论监护关系中不当财产管理行为的救济:兼论“利益相反”之概念的必要性/解亘//比较法研究（京），2017.1.136~156

我国父母监护权撤销制度的困境及对策/张亲琳//盐城师范学院学报:人文社会科学版，2017.2.10~12

继承法

继承法处分行为初探/王强//中国政法大学学报（京）， 2017.2.29~49

（二）法官视点

一方出资另一方签订合同的婚前房产归谁？如何分割？

2017-07-01　最高人民法院　杨森彪　杜鸿等

析疑断案·第三谈

周末来临，又到了析疑断案与大家见面的时间了，粉丝们，你们有没有想念神武机智的小析析？不要迟疑地向小析析表白吧！今天，小析析给大家带来的还是一起继承案件，但重点却不在继承，而是“隐名”出资者是否享有房屋产权上。废话不说，案情走起！

案情

王某与李某于 2010 年 5 月 8 日举行结婚典礼，于 2012 年 10 月 10 日登记结婚。李某曾于 2010 年 4 月 21 日与张某签订房屋买卖合同购买 A 房屋（系单位集资房屋，未办理产权登记）一套，约定房屋价款为 20 万元。2010 年 4 月 20 日王某向李某银行卡内汇入 20 万元，李某于当日将上述 20 万元汇入张某账户。该房屋购买后一直由王某与李某居住，后李某因病于 2014 年 1 月 10 日去世，该房屋由王某居住。该房屋经鉴定现价为 38 万元。李某去世之后，李某母亲李大某、李某与前妻婚生女李小某向王某要求分割房产，王某拒绝，二人遂起诉至法院，要求继承该房屋 2/3 的份额。

争议焦点

A 房屋是否属于李某的遗产，是否属于李某婚前的个人财产，李小某、李大某、王某继承 A 房屋的份额是多少。

审判

河南省滑县人民法院经审理后认为，王某虽向李某银行卡内汇入 20 万元用于购置 A 房屋，但该房屋买卖合同书系李某生前与张某签订，**该房屋应认定为李某的婚前个人财产，该 20 万元为李某对王某所负的债务**。因李某死亡，故其双方作为李某的近亲属均享有继承权，但其**双方继承遗产应先在遗产范围内偿还被继承人即李某的债务**，故原被告双方对涉案房屋所继承的份额为 18 万元。因双方均系同一顺序继承人，三人应对该继承房屋份额均分。

结合案件实际情况，该房屋一直由王某占有并使用，本院酌定该房屋归王某所有为宜，由王某给付李大某、李小某房款 12 万元。王某虽辩称 A 房屋系其个人财产，但未举出相应的证据予以证明，故对该意见不予采信。综上

所述，依照继承法第九条、第十条、第三十三条，民事诉讼法第六十四条之规定，判决 A 房屋归王某所有，由王某在判决生效后给付李大某、李小某房款 12 万元。

判决后，双方均对该判决不服，提起上诉。经河南省安阳市中级人民法院审理，判决驳回上诉，维持原判。

评析

这是一起典型的继承案件。婚姻法第二十四条规定：“夫妻有相互继承遗产的权利。父母和子女有相互继承遗产的权利。”毋庸置疑，被继承人李某的母亲李大某、女儿李小某、妻子王某作为同一顺序的继承人，均享有继承李某遗产的权利。而遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，它应是被继承人死亡时遗留的归被继承人所有的具有经济价值和使用价值的财产和财产权利，且可能随着时间和市场等因素而导致其实际价值发生变化，出现增值或贬值的情况。因此，**对遗产进行分割时，应按照实际分割时的遗产价值而非被继承人死亡时或购买时的遗产价值进行分割**。故本案中的关键性问题就在于涉案的 A 房屋是否属于李某的遗产，是否属于李某婚前的个人财产，李小某、李大某、王某继承 A 房屋的份额是多少。

夫妻一方出资、另一方签订合同的房产归属

物权法第十五条规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有规定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。该条确立基于法律行为不动产物权变动的区分原则，即**未经登记不发生不动产物权变动的效果，但不因此影响合同的效力**。本案中，虽然是王某向李某银行卡内汇入 20 万元用于购置 A 房屋，但该**房屋买卖合同书系李某生前与张某签订，该合同系双方真实意思表示，**虽涉案房屋属于单位集资房屋，但李某与张某均系同一单位内部职工，故该合同并未违反法律强制性规定，系合法有效合同，因此，该房屋应认定为李某的婚前个人财产。

本案中李某与张某签订书面的房屋买卖合同，该房屋未能办理房屋登记，那么能否作为李某的遗产处理？物权法第九条第一款规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。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。**根据上述规定，不动产所有权的取得依据是登记。依据物权法规定，涉案房屋因未办理登记，死者李某没有取得房屋所有权而不能将其作为遗产处理，但遗产包括被继承人死亡时遗留的个人合法财产和财产权利，**被继承人李某虽未取得房屋的所有权，但享有处分权以外的其他所有权权能，即涉案房屋的占有、使用、收益的财产权利，可作为遗产继承**。本案系家庭财产继承纠纷，并不涉及对涉案房屋的出卖、互易、出资等处分行为，被继承人的父母、配偶、子女可依法继承涉案房屋处分权之外的其他权能。且该房屋系单位集资房屋，在房屋具备办理登记条件时单位负有为员工办理房屋登记的义务。最高人民法院《关于贯彻执行继承法若干问题的意见》第三条的规定：“公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等，该债权为财产性权利，可予继承。”

王某给付房款的性质认定

最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释三》）第 10 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。**

遗产是指公民死亡时遗留的个人合法财产，涉案房屋系李某生前个人财产，属于李某的遗产，继承开始后，没有遗嘱或者遗赠扶养协议的，遗产按照法定继承办理，即由第一顺序继承人继承。第一顺序继承人包括配偶、子女、父母，本案原、被告均系第一顺序继承人，有权继承被继承人的遗产。处理涉案房屋的继承时，需考虑王某向李某汇款 20 万元的性质问题。参照《婚姻法解释（三）》第 10 条，该 20 万元可视为王某对李某的借款，即王某对李某享有这 20 万元的债权。根据继承法之规定，继承遗产系概括继承，既包含财产也包含债务，继承人继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，清偿税款和债务后，对剩余财产进行分割。

非基于法律行为的物权变动

根据继承法的规定，配偶、父母、子女同为第一顺序继承人，继承遗产的份额，一般应当均等。本案中原、被告均系第一顺序继承人，李某之母虽年事已高，但有子女，且有退休金，不属于生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人；李小某与王某分别系李某之女和妻，均与李某生前共同居住，且李小某已成年。考虑双方具体情况，对其

三人均分遗产为宜。该涉案房屋总价值为 38 万，则三人可分得的遗产数额人均为 6 万元。鉴于该房屋一直由王某居住，且王某可共得房款总额为 26 万元，该房屋可判令由王某所有，王某分别给付李小某、李大某人民币 6 万元。

物权法第二十八条规定，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。最高人民法院《关于物权法适用若干问题的解释（一）》第 7 条规定，人民法院、仲裁委员会在分割共有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、裁决书、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。根据继承法第十条、第十三条的规定，同一顺序法定继承人继承遗产的份额，一般应当均等。即**本案中继承开始后、遗产分割前，原告作为被继承人的母亲和女儿，被告作为被继承人的配偶，对涉案房屋 A 享有的财产权利处于共同共有状态，法院依法对该不动产作出分割的判决生效后，王某即取得涉案房屋 A 的物权。**

小析析

大家发现了吗？这周选取的案件没有非常大的争议性，二审也维持了原判。小析析选取这个案件是想提请大家注意房屋登记的绝对效力，重温下继承的一点小知识，也顺便体会下法官裁判时的温情（详见遗产分割部分）。

作者：杨森彪、杜鸿、吴俊鸣

来源：人民法院新闻传媒总社

“虚拟探望”并非虚幻——民法总则“未成年人利益最大化”原则的灵动诠释

2017-06-23　广东法院网　黎嘉

原文链接：http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/37611-?lmdm=1041

网络正在改变人类的生存方式。——Bill Gates（比尔·盖茨）

前　言

有人说，21 世纪的世界有三大武器：核武器、口才、互联网，笔者深感认同。纵观全球，老子曾言的“领国相望，鸡犬之声相闻，民至老死，不相往来”那种小国寡民的时代远去了，弹指一挥间，世界皆互联。互联网正在从不同的角度、不同的方面渗透和改变人类的生活。对象各行各业，范围有大有小。大至国家的战略产业，小至家庭每个成员的衣食住行，其中，内化至家事纠纷中对子女的探望。在现实生活中，离婚后探望子女的问题一直是执行的难题，如何更有效化解这一难题，一直是法学界孜孜以求不断探寻的方向。

一、现状之呈现：我省离婚和探望类家事案件的审理情况

2012 年-2016 年，我省离婚案件数量呈高位态势，离婚的家庭不断增多，“80 后”乃至“90 后”人群开始成为主力军（见表 1）。

离婚后，因探望子女而引发的纠纷也呈现不断上升趋势（见表 2）。

二、困境之思索：引发探望权纠纷的主要原因

（一）为尽快离婚而草签离婚协议

有些父母因种种原因为了达到尽快离婚的目的，通常会进行妥协、退让，甚至会放弃自己本可合法取得的权益，而这些行为往往没有经过周全的深思熟虑。特别是去民政局办理协议离婚，会将离婚协议写得比较简单，不少离婚协议甚至没有涉及子女的探望问题。然而，当婚姻关系真的解除后，非直接抚养子女的一方在难以甚至无法与孩子见面接触时，才意识到问题的严重性。于是，因探望而引起的纠纷由此而生。

（二）离婚后将对方视为敌对仇恨者

婚姻家事纠纷与普通财产类纠纷不同，往往包含难以割裂的强烈情感因素。离婚后，有些人将未成年子女作为自己情感经营失败的牺牲品，将对配偶的怨恨发泄在孩子身上，通过控制孩子、不让对方探望和接触孩子，作为报复对方的手段。此外，有些人觉得孩子是自己的私人财产，离婚后没有了婚姻伴侣，只剩下孩子陪伴自己，所以将孩子看得异常珍贵，生怕对方利用探望的机会教坏孩子甚至将孩子带走藏匿，于是千方百计阻止对方接触孩子。

（三）我国法律法规存在不足

1.婚姻法对探望权规定较空泛。我国《婚姻法》第三十八条规定“离婚后不直接抚养子女的父或母，有探望子女的的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。”可见，我国婚姻法对探望的内容是持开放的态度，一方面既强调由当事人协商灵活处理自己的家事，另一方面亦考虑到因探望权行使方式具有多样性，故在立法上没有限制具体的探望方式。由此一来，法院和当事人通常会感到缺乏指引，裁判文书的判决主文一般是判令不直接携带抚养子女的一方享有探望权，另一方有协助探望的义务。然而，这种权利宣誓性的判决，对实际的探望实施并无多大操作意义。

2.探望权强制执行规定较局限。强制执行，是指执行法院依据生效法律文书，强制被执行人为或不为一定行为，以实现申请执行人的行为请求权发生所追求实行的效果。[1]，对于执行标的，国内学者有不同的意见，有些学者认为“结合当前民事诉讼法、有关司法解释及理论界主流观点，执行标的是‘民事强制执行机关的执行行为指向的，能够用于满足申请执行人权利请求的对象，包括财产和行为两方面，而人身不是民事强制执行的标的’”。[2] 然而，随着执行难问题的突出显现，有些学者认为执行标的除了财产和行为之外，仍应包括执行人身。即在法律认可的情况下，为了达到执行目的而对被执行人采取某种限制人身自由的间接强制执行措施。对于探望权的强制执行，通常是强制交付未成年子女，体现着非常明显的人身性质。然而这种迫不得已的常见的探望权强制执行，往往带来诸多弊端：一是将未成年子女作为强制执行的标的，这与婚姻家事案件“将未成年人利益最大化”原则相悖离，不但与执行的本质目的相冲突，还侵犯基本人权。二是有可能使渐渐长大的未成年人对申请执行人愈加反感，因为这种在众目睽睽之下“被警察叔叔强行带走”的感觉十分难受，由此萌生对被探望的抵触感，亦加大了日后再次进行强制执行的难度。[3]

三、基于全球互联互通：探望方式的灵动改进

（一）域外借鉴：虚拟探望方式的源起

鉴于现实中探望子女的纷争多、探望难、执行难，基于互联网技术的进步和在全球的日益普及，我们可考虑借镜并采用一种与时俱进的探望方式——虚拟探望——作为传统见面方式的补充。虚拟探望（Virtual visitation/ Internet visitation）是指“借助 Email、即时通信工具、网络摄像头以及其他网络工具，为离婚后非共同居住的

父、母与其子女之间提供定期交流的一种探望权行使方式。其中视频聊天是虚拟探望最主要的交互形式”[4]

1.虚拟探望产生的背景

美国是在世界范围内制定虚拟探望法律制度较早的国家，由于现代移动社会具有高度流动性，2003 年美国约有25%的父母生活在不同的城市，有 1800 万名孩子的父母离婚或分居，在分居或离婚后的几年内，75%的单亲母亲至少进行一次迁移，结果导致有 1000 名孩子与其父/母亲没有进行面对面的实质交流。于是，虚拟探望在这样的历史背景下产生了。这种方式是对探望受到限制的传统方式的一种补充。

2.美国部分州对虚拟探望的立法和判例

美国第一个通过立法授权法官在离婚判决中允许虚拟探望的州是犹他州（2004 年），该州法律规定，父母离婚后若在技术合理可得的情况下，可允许和鼓励用邮件和网络进行交流。[5]其后，德克萨斯州、佛罗里达州、北卡罗莱纳州、伊利诺伊州、加利福尼亚州、密歇根州、新泽西州等州纷纷对虚拟探望进行立法。部分州的立法还特别指出以下几点内容：（1）互联网的交流不是现实亲职时间的替代。（2）由于虚拟探望涉及到设备的技术安装和金钱的投入，并非对每个人均合适，若虚拟探望技术超过了当事人的财力或者能力所及范围，法院不会要求当事人都用这一技术。（3）对于电子通信技术设备的安装和维护费用，法院会根据双方的经济情况进行合理分配。

在具体判例中，2000 年德克萨斯州 Chen v Heller 案，母亲带着两个女儿从德克萨斯州搬到新泽西州，法院要求父、母双方在各自的家里要安装网络视频，若孩子有特别的大事情，监护方要提前 30-45 天通知非监护方，若非监护方有事不能前来，监护方应将事件过程录下来并将磁带邮寄给对方。2001 年新泽西州 McCoy v. McCoy 案，父母离婚后母亲想带女儿迁往加利福尼亚州居住，但是遭到父亲的反对。该州终审判决母亲可以带女儿迁徙，因为父亲可以每天通过网络视频的方式和女儿交流，甚至辅导她做作业，法官认为通过互联网方式进行亲子交流是具有创新性的。[6]

（二）虚拟探望方式的优势价值

1.优势价值之增强人权保障。

契合民法总则“未成年人利益最大化”原则。1959 年《儿童权利宣言》第 2 条规定“儿童应受到特别保护，并应通过法律和其他方面获得各种机会和便利，使其能在健康而正常的状态、自由与尊严的条件下，得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制定法律时，应以儿童最大利益为首要考虑。”此后，这一原则被若干国际公约和区域性条约所援引。1989 年联合国人权委员会颁布的《儿童权利公约》确立了儿童权益最大化原则，这标志着该原则的真正确立。随着《儿童权利公约》在世界范围内广泛传播，该原则也为国际社会所普遍接受，各缔约国（地区）通过直接援引或转化为境内法，将之作为解决有关儿童问题时解释相关法律条文的依据。

2017 年 3 月 15 日，全国人民代表大会通过了《民法总则》审议。较之以前的《民法通则》，《民法总则》增加了保护胎儿利益规定；下调了限制民事行为能力未成年人的年龄标准；完善了监护制度，明确父母子女间的抚养赡养等义务，扩大了被监护人的范围等等，这些修改对未成年人的保护更充分，也更符合我国人文国情，体现了未成年人利益最大化的立法理念。而在民法总则的分则中，婚姻家庭编是非常重要且不可或缺的一个组成部分，其中离婚以及因离婚而产生的子女探望问题，更是婚姻家庭法律需重点关注的问题。鉴于法律规定的缺漏以及传统探望方式的缺陷，虚拟探望方式灵活、易操作且富有人情味，与民法总则的理念相吻合，也与我国讲仁爱、重民本、尚和合、求大同等中华优秀传统文化的思想精华相通。

2.优势价值之彰显人文关怀。

（1）有利于持续维系子女与非直接抚养方的亲子关系。

未成年子女与父母有着天然的血亲依赖关系，父母离婚后若处理不妥，对孩子的身心造成难以估量的深远影响，许多孩子因此失去安全感、失去爱的力量、亦失去被爱的勇气，性格变得孤僻、固执、暴戾……，甚至因跟随社会上所谓的义气“大哥”、“大姐”而走上犯罪道路，所以，持续的亲情关爱对孩子正常成长起着必不可少的作用。然而，子女与父母之间亲密关系的建立，并非一时半刻，也不能单凭断断续续的交往而实现，它需要点点滴滴、长年累月的积累，通过经常性的心灵沟通和交流才能实现。夫妻离婚后若非直接抚养方长期与孩子不见面，突然某天提出要与孩子相见并亲近，孩子出于本能会产生焦虑、害怕甚至排斥。如今，通过网络视频等实时、可视、可听、可感的生动的视像信号传输，会使孩子潜移默化与非直接抚养方产生并增进感情，有利于亲子关系的维系。

（2）有利于降低直接抚养方的抵触情绪。

夫妻离婚后，有时会出现“仇人见面分外眼红”剑拔弩张的情形，有些人甚至存在“老死不相往来”极端的念想。可见，打算平和将孩子进行交接让对方进行探望，是难以想象的。然而，适用虚拟探视方式，可以避免人与人之间近距离的直接接触，降低人焦虑、烦躁和排斥情绪。从心理学角度看，直接抚养方认为孩子与对方进行视频聊天，不会被“抢走”，故对这种方式不会产生太大的反感和抵触。

（3）有利于实现（外）祖父母隔代探望的心愿。

在司法实践中，不乏出现（外）祖父母隔代“抢夺”（外）孙子女的抚养权以及激烈要求行使探望权的情形。这与他们长期付出精力和财富供养（外）孙子女，与（外）孙子女形成无比亲密的深厚感情有直接关联。但目前我国法律只规定探望权的主体是父母而非（外）祖父母。这对年迈的（外）祖父母的情感释放，对伦理社会老年人人性关怀的考虑是有所欠缺的。其实，对于老年人而言，再多的金钱和财富也比不过儿孙绕膝、满屋温情的天伦之乐。虚拟探望的适用，一定程度上可填补老年人这方面的情感需求，有利于实现他们隔代探望的心愿，体现老有所享，老有所乐。

3. 优势价值之提升司法权威。

离婚后抚养费支付纠纷案件一直是家事纠纷案件中的常见案件类型，这与非直接抚养方探望权行使受阻有密切关联。近五年我省受理的抚育费纠纷案件数量，几乎呈现逐年递增状态（见表 3）。

（表 3）

虚拟探望的适用，在一定程度上可以实现探望并与孩子交流的意愿，对促进非直接抚养方支付抚养费有积极的促进作用。这样能减少纠纷发生，提高法院判决的自觉履行率，提升司法权威。

（2）有利于降低执行成本和提升执行效果。

由于探望权标的特殊性，现行法律规定的对财产和金钱使用的执行手段（如查封、冻结、代为履行等）无法适用于探望纠纷案件，而拘留、扣押等措施容易激化各方（被申请执行人与申请执行人、子女与申请执行人、被申请执行人与法院之间）矛盾，不利于纠纷解决，导致案件执行难。而且，探望权纠纷具有反复性、长期性，往往一次强制执行结束后，因被申请执行人的阻挠，在下一个时段又要执行，案件长期处于不稳定的状态，执行效果差。此外，本是一个案件，但由于可以多次执行，导致衍生多个案件，长期挤占和浪费紧缺的司法资源，执行成本极高。而虚拟探视能使非直接抚养方与孩子相见沟通，缓解其思念之情，减少其向法院申请强制执行的冲动，有效降低执行成本。而且，经过非直接抚养方与孩子多次互动交流，不仅增进双方感情，在一定程度还可消弭直接抚养方的对抗情绪。日后若要再次执行，也可有效提高执行效率和提升执行效果。

4. 实践价值之具有现实可操作性。

我国互联网的发展，给予了虚拟探望有力的技术支持，使其具有现实可操作性。主要表现如下：一是虚拟探视所需设备成本小、技术可达。在科技发展的今天，建立虚拟探望所需要的主要设备——电脑/手机和网络——已经是越来越容易满足。一台 2000-3000 元的平价电脑，甚至一台几百元的便宜手机，就可通过微信、QQ 等即时视频通信工具进行上网聊天，十分简单方便。若资产较少、经济困难的父母，可利用街道社区服务中心的电脑或者街区的网吧实现虚拟探望。二是操作探视工具的方法简单，在我国城市生活的绝大多数父母都能掌握通过电脑或者手机操作视频聊天的工具（即使起初不会也易学易懂），在孩子 8 岁以后（甚至更小年纪）基本能自行使用网络与父母保持联络。

四、完善我国离婚后探望制度立法的启示

（一）法理基础：明确探望权的法律性质

探望权，又称见面交往权，是指离婚后不直接抚养子女的一方父/母享有的对未成年子女进行探望、交往、联系的权利。探望权是基于亲权的一种派生权利，是一种身份权，是基于父母的身份而取得的一种权利，这种权利在父母离婚后而产生体现，属于亲属法范畴。探望权具有双向性，体现如下：1. 保护非直接抚养方合法探望的需求权益。我国《婚姻法》第三十六条规定，“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除，离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。”虽然父母离了婚，但父母自身与子女之间存在天然的血亲关系，不会因父母离婚而消失。非直接抚养方不能放弃探望权，另一方也无权限制和剥夺。2. 保护未成年子女应当被保护和关爱的权益。自然人在生物学发展过程中的基本需要包括安全和爱，作为幼小个体的孩子更有被呵护和被关爱的渴望。

（二）立法启示：引入虚拟探望的探望方式

1. 我国已有司法实践先例。

根据《珠海特区报》的报道，2009 年广东省珠海市香洲区人民法院在审理一起探望权纠纷案件中，创设性地引入虚拟探望方式。在该案中，父母于 2003 年离婚，母亲携带抚养儿子离开中国迁往澳大利亚，2009 年父亲向香洲区法院起诉，要求行使探视权。法院认为不直接抚养子女的父亲有探望子女的权利，母亲有协助探望的义务。法院判决支持父亲要求探望的请求，即父亲每 3 至 4 年可出国探望孩子一次，每半个月可与孩子通电话一次 10 分钟以及网络视频一次 20 分钟，所需费用由父亲自行负担。法院根据案件实际情况，作出的该探望权判决，既具体又不失灵活可操作性。虽然目前来讲我国法院涉及虚拟探望的判决还极少，但是香洲区法院的该判决，无疑是开创了先河；同时，能够给予法律工作者以启发、思考、借鉴。

2. 新增法律内容的构想。

（1）在民法分则婚姻家庭编引入虚拟探望的内容。“家事”是一个变动中的复杂家庭事务，司法判决作为一种家庭外的参与和评判行为，在不同的时间和时期所需考虑的偏重点应有所不同。在家事诉讼的审判和执行效果中，一个重要的评判指标就是——“妥当”。“妥当”的效果有时需要适时地灵活地处理。鉴于现行法律规定的不完善，建议在民法分则婚姻家事编或者司法解释中，对探望权行使内容作出补充规定：婚姻法第三十八条规定的探望权行使方式，是指子女与父母亲及其他关系密切的近亲属之间的维持交往和情感联系的方式，包括见面、短期共同生活、电子邮件、电话、视频以及其他可进行交流的交往方式。这样，在立法技术上通过开放式的内涵描述以及半开放式的具体方式描述，能使法官在制作裁判文书时具有更明确的指引，民众行使探望权利和履行协助探望义务时有更清晰的理解和行为遵守。

（2）司法适用时应注意的事项。其一、以“未成年人最大利益”为选择探望方式的出发点和落脚点。其二、由于虚拟探望毕竟只是在不得已的情形下所作出的一种灵活变通的联系沟通方式，不能代替亲子之间面对面的交流和接触，所以该方式仅用作父母现实探望的补充，一般适用于离婚后两地分开生活的父母双方，而不宜适用在同城生活的双方。其二、由于虚拟探望需要一定的硬件设备和网络技术配套跟进，法院在处理时要结合当地、当时，以及父母的经济能力水平等综合决定。其三、设备和网络通讯费用宜在父母双方之间合理分配。

结 语

家是最小国，国是千万家。婚姻家事纠纷无小事，家事纠纷的解决，除了需要法律法规的完善，审判机关公平、公正的审理，还需要教育、民政、妇联、社工、志愿者等多机构共同发力，通过多元化纠纷解决机制来共同配合处理。笔者期盼，虚拟探望判决的适用尽可能少，尽可能多地让父母与子女之间能真实接触，在虚拟的世界之外探寻回归真实的情感和触感。

（作者单位：省法院民一庭）

以大数据技术为支撑实证研究离婚纠纷中当事人不能协商一致的情况下有限责任公司股权分割问题

2017-06-01 北京市第三中级人民法院网 江锦莲 舒怡

作者简介：江锦莲，北京市第三中级人民法院法官； 舒怡，国双科技（大数据）事业部高级咨询师。

原文链接：http://bj3zy.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2885962.shtml

引言

“每个法律人都懂得，司法的权威、法官的尊严不是依靠宣传或者政策树立的，而是如同百川归海一般，由每一个法官通过对每一个案件的公正审理，一点一滴累计汇聚而来。”笔者认为，将先进的大数据引入司法领域，探察、分析法官在案件审理过程中的海量实例，特别是分析法官在法律规范不明确或者法律原则存在一定冲突的情况下，行使自由裁量权时裁判尺度、适用法律的方法，以及实际审判对当事人权利义务的影响，是司法实证研究特别有意义的内容。通过法学研究发现“同案不同判”的情形，研究“同案不同判”的原因，在尊重和理解实务的基础上才有可能通过法理和制度的明确、修正或创新来减少和消除“同案不同判”的情形。笔者以本文对数据利用的尝试，期望抛砖引玉，启发法律共同体利用先进的数据技术研究法学问题，促进司法公正的新思路。

一、 发现问题

笔者对2013年3月-2015年11月期间裁判文书网上公开的一审离婚纠纷判决文书进行分析后发现,双方当事人在夫妻共同财产中提到有限责任公司股权的文书占全部判决文书的6.6%;其中法院在判决中对股权进行了分析、处理的约占上述案件的45%。在实际对有限责任公司的股权进行了分析和处理的这些文书中，笔者借助大数据技术对于文书语义的分析和理解发现，各地法官认识和处理有限责任公司股权的方式和尺度存在不一致的现象。在上述对有限责任公司的股权进行了分析和处理的文书中,有40%的文书明确写明因双方当事人对股权的处理达成一致意见，法院在判决时对股权不予处理或按照当事人协商的方式予以处理。根据婚姻法解释二第16条，如果股东方同意非股东方获得股权，法院应当通知有限责任公司的其他股东，在其明示放弃购买或在合理期限内不主张有优先购买权的情况下，法院可以让不具有股东身份的离婚当事人取得股权。但对实际文书进行解析时，笔者发现符合上述情况的案件中半数以上文书中没有提到其他股东是否放弃优先购买权就进行了股权的分割。而男女双方对股权分割方式或者分割对价没有达成一致时，则法院处理方式出现了多种：1、强制分割有限责任公司的股东股权，且在分割时不考虑第三人股东的优先购买权；2、以处理结果涉及第三人财产利益为由，对有限责任公司的股权不予处理；3、法院明确有限责任公司的股东股权不能转让，非股东方只能取得对价补偿，对价的确定方式存在按照出资额分割、按照审计结果股东权益分割和按照公司内部的股权溢价分割；4、法院确认双方当事人能够对股权的财产利益进行分割，但法院分割份额后，不具有股东资格的一方不能当然的成为公司股东，还应走公司法层面的程序确认自己的股东身份。上面四种做法中，以第一种做法的文书数量最多，与其他的方式使用比例约为5：2：1：1。而最后这种方式的案例都来自于东南沿海地区的基层法院，有可能在该地区存在有关的业务指导。

二、分析问题

笔者选择三个典型案例进行分析研究。

案例一、（2013）厦民终字第3609号朱某诉陈某某离婚纠纷一案

基本案情：夫妻双方于婚后注册成立XX有限责任公司，各占50%的股权。庭审中朱某认为，双方离婚后该公司以维持现状、不予分割为宜。陈某某认为，XX有限责任公司成立后，均由朱某掌控经营，陈某某对该公司的具体运作情况不清,双方离婚后,陈某某同意由朱某取得该公司的全部股权,由朱某按公司现资产价值的一半补偿陈某某。

原审法院认定：XX有限责任公司为夫妻共同财产，判决XX有限责任公司的股权归朱某所有，朱某按公司现资产价值的一半支付陈某某补偿款。

朱某上诉认为，朱某与陈某某分别持有公司50%的股权。陈某某如果不愿意继续持有XX有限责任公司股权，完全可以通过转让、退股等方式实现股权变现,《公司法》也充分保障了股东能够实现其处分权，在这种情况下根本没有分割XX有限责任公司的必要。原审法院判决强制朱某收购陈某某所持有的公司股权，这是对朱某自由意志的严重侵犯，应予以撤销。陈某某对朱某的上诉理由辩称,有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。因此陈某某作为公司股东，有权将所持有的XX有限责任公司股权转让给朱某，于法有据。XX有限责任公司在成立之后，长期以来均一直由朱某自行经营管理，其控制了公司的资产运作、资金流向等，而陈某某自始至终都未曾参与过公司经营管理，对于公司的运转根本不知情；若继续维持公司现状，在日后管理过程中势必会产生问题。因此XX有限责任公司判归朱某所有符合实际情况，也有利于公司的持续发展。将XX有限责任公司股权及资产判归朱某所有，朱某就该财产给予陈某某补偿，于法有据。

二审法院确认：关于XX有限责任公司的股权分割问题，双方当事人同意离婚，夫妻感情破裂，不宜再共同经营公司。因XX有限责任公司的成立、经营管理由朱某一手操办，原审法院判决XX有限责任公司由朱某所有，并给予陈某某相应的补偿，符合《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第十条

之规定：属于夫妻共同财产的生产资料，可分给有经营条件和能力的一方。分得该生产资料的一方对另一方应给予相当于该财产一半价值的补偿。”二审法院对原审判决予以维持。

这个案件值得探讨的问题是：在不涉及第三人股东的情况下，在处理离婚纠纷过程中，法院是否有权利在双方当事人未达成和议的情况下，直接对公司的股权结构进行变更。这样的变更是对当事人财产权利的有力保护还是对公司法公司自治原则的违反。

案例二、（2014）珠香法民一初字第 1844 号舒某甲诉申某离婚纠纷一案

基本案情：原告在夫妻关系存续期间出资注册成立了某工程有限责任公司，在该公司占有 50%股权。原、被告双方对股权分割达不成一致意见。被告明确表示不同意评估确定股权价值，只要求分割得到应有份额的股权。原告提交了该公司商事登记簿和纳税证明，用以证明投资方并没有实际出资，该公司也没有实际经营，至今各项纳税额为零，公司是一个空壳,没有财产利益,不同意对股权进行分割。案件审理过程中，法庭征求某工程有限责任公司另一股东蔡某的意见，蔡某占有该公司 50%的股权。蔡某提出，自己与舒某甲各出资一半，但只是一个认缴数额，目前双方都没有出资，该公司只是一个空壳公司。蔡某表示，既不同意舒某甲的配偶成为公司股东，也不愿意购买该出资，决定与舒某甲注销该公司。

法院认为对于被告提出的要求分割原告在某工程有限责任公司 50%股权的请求，由于原、被告双方无法就转让份额与价款达成一致意见，而且占有该公司 50%股权的另一股东已经表示既不同意原告的配偶成为公司股东，也不愿意购买该出资，依法视为同意被告成为该公司股东。据此，被告应分割得到该公司 25%的股权。

这个案件值得探讨的问题是：双方无法就转让份额与价款达成一致意见时，法院如何考虑公司的人合性问题？婚姻法解释第十六条的规定的“法院通知第三人股东，如果第三人股东放弃优先购买权的情况下，非股东一方可享有股权份额”中的通知第三方股东行使优先购买权的程序是否应当或能够在这种情况下适用？即作为夫妻中作为东的一方不同意分割手中的股权，其他股东均不同意夫妻中非股东的另一人成为股东时，是否应强制分割股权？

案例三、（2013）嘉海民初字第 4252 号姚某诉张某离婚纠纷一案

基本案情：被告在婚姻存续期间对某机械有限公司投资 250 万元。增资后被告占该公司 50%的股权。原告要求按市价分割股权，被告不同意。法院认为根据《中华人民共和国公司法》的有关规定，股东在公司登记后，不得抽回出资，公司依法取得由股东投资形成的全部法人财产权，故应明确原告主张分割的财产是指出资份额相对应的依法可分割的其他权益，而非出资本身。原、被告关于被告持有的某机械有限公司股权的分割方案协商不成，被告及案外人某机械有限公司拒不配合审计，按市价分配确有困难，故对原告要求按市价分割股权的分割意见，本院无法采纳，但考虑到该出资产生的夫妻共同财产客观存在，为减少当事人诉累，本院按原、被告各享有 50%的比例分割该出资对应股权的份额。本案系离婚纠纷，本院对出资对应股权份额的分割，仅系对该部分夫妻共同财产进行分割的比例的确认，不直接产生股权转让的法律效力，亦不影响案外人某机械有限公司及该公司其他股东的合法权益，原告并未因此获得某机械有限公司的股权及股东资格，其享有的股权份额对应的股权权益，应由原告依照《中华人民共和国公司法》的有关规定另行主张。

这个案件中法院实际上在离婚当事人之间设定了一种基于身份关系解除后而产生的隐名股东权利关系，但案例没有明确这种隐名股东的实际权利义务，比如不显名的当事人一方是否只享有财产的利益，还是也同时承担财产上的义务与风险。

上面这三个案例看起来事实很不一致，但背后都是同样一个本质问题：有限责任公司的股权到底是一种什么样的夫妻共同财产。在夫妻双方不能协商一致的情况下，法院是否有权改变股权结构？在双方对股权分割没有协商一致的情况下，其他股东也不同意新股东加入时，法院能否适用婚姻法解释二第十六条的规则？如果股权份额的分割又不能取得公司股权及股东资格，那么这种分割的到底是一种什么性质的东西？

如果我们认为：以家庭财产出资，使得一人取得股东资格，实际上是该人作为代表为夫妻持有股权，登记为股东的一方实际上是另一方享有股权的代持人，法院当然有权直接分割股权，勿需考虑登记为股东一方的意思表示，甚或其他股东的意思表示。

如果我们认为，股东资格的取得是家庭财产和个人的身份关系的双重作用的结果，同时公司股权结构一旦形成，需要尊重公司的独立性和自治性的话，那么公司的股东结构确实不宜因为股东婚姻的破裂而产生变动。

三、解决问题

处理这个问题的实务不一致，理念认识混乱，实际上是由于离婚这个民事审判问题和公司法中股东权利和义务这个商事审判问题混合造成的。在我国司法实务中，民事审判和商事审判在理念上存在明显的差异，主要表现在以下两个方面：一是价值取向方面。民事审判强调民法上的公平，注重保护民事主体的个人权利和自由利益。民法具有伦理性，更侧重于公平优先。审判实践中则表现为更关注当事人的意思主义，法官更多地运用职权主义进行释明，更倾向于运用利益平衡原则保护弱势群体的权益。商事审判则强调商法上的效率和交易安全，倾向于通过保护商事主体的经营权利和收益，进而维护商事交易秩序和规则。商法关注商事主体以营利为目的、以营业为形式从事商事交易的特殊性，强调公平与效率并重，有时更侧重于效率优先。二是利益保护重心方面。民事审判强调的是民事主体个别利益的一般保护。民法的核心理念是私法自治，民法规范的设计将利益天平偏向权利主体，以保护原权利人为核心，偏重于民事权利义务关系的静态保护和原始权利的保护，通过裁判修复当事人之间受到损害的民事关系，进而恢复到以前的和谐状态。商事审判则强调商人营利利益的保护，侧重于动态保护，关注交易安全和交易秩序的维护。（8）商法的核心理念在于第二人利益的保护，不注重主体内心真意，采用客观化的、可识别的外部标示来确保商事交易的进行。

针对本文中当事人协商不一致的情况下在离婚中分割有限责任公司股权的问题，如果从民法保护个人权利的角度来看，重视的是股东权利取得与家庭财产的出资相关联，因此股东身份取得的财产权利在离婚分割时，更应当保证不具有股东身份的一方或者不对公司实际经营的一方，在信息不对等的情况下，取得公平的财产利益。而如果从商法尊重公司自治的角度来看，尊重公司自治特别重要的一方面在于不得干涉公司内部事务。“在企业自治原则下，基于公司企业为企业所有人之企业的观念，将公司企业委托公司企业所有人之股东自行监督，仅在特殊情况下，始发动公权力，由行政机关或司法机关加以必要之干涉。”公司内部事务由股东和公司依其自身意思加以调整自行决定，自我监督、自我管理、他人一般无权干涉。有限责任公司股权结构的变更就是公司自治的范畴，不应当由法院在处理离婚案件中涉及或处理。否则将有可能影响公司的自治、经营甚至损害其他股东或债权人利益。

对于上述问题，最高院法官肖锋曾在其撰文《离婚纠纷中涉及有限公司股权的司法处理》中提到“我们倾向于认为股权是独立的权利，但有财产权和身份权的双重属性。分割只能分割它的财产属性。这是因为我国存在有限责任公司，所以还要考虑其身份性。当公司股东只有夫妻或公司为一人公司，不涉及其他人时，直接分割股权就行了。如果你的诉请是分割作为夫妻共同财产的股权，法院一般只进行确权，而不对股权价值委托鉴定甚至委托拍卖分割。但如果股东涉及第三人时，则应遵守公司法和章程的规定。”该文中还提到“在涉及第三人股东的情况下，如双方当事人对股权的分割有不同意见，双方对股权转让未协商一致，可以通过以下方式解决争议，第一，双方同意竞价的情况下，以竞价确定股权价值；第二，双方不同意竞价的情况下，对股权价值进行评估鉴定；第三，通过竞价或评估鉴定计算出股权价值后，如股东配偶主张获取股权则参照公司法第 71 条进行处理。”

最高院的法官为当事人协商不成时离婚分割有限责任公司股权操作不明的问题提出了实务指导，可以说解决了法官在实际案例中莫衷一是的难题。但笔者认为该实务指导仍然没有解决有限责任公司的股权到底是一种什么样的夫妻共同财产的问题，也没有能梳理清晰在夫妻财产分割中保护个人财产与公司法尊重公司自治的统一价值逻辑。

笔者认为，处理当事人协商不成时离婚分割有限责任公司股权的问题应当优先尊重公司自治的原则。股东资格的取得是家庭财产和个人的身份关系的双重作用的结果，同时公司股权结构一旦形成，需要尊重公司的独立性和自治性的话，那么公司的股东结构确实不宜因为股东婚姻的破裂而产生变动。在可以不变动有限责任公司股权机构的情况下应当以不变动股权结构为优先法则，在此原则之下保证非股权一方因以夫妻财产出资而应享受到的股权附随的财产利益，非股权一方亦不承担公司为股东带来的财产损害。根据上述原则，笔者对上文中三个案例的处理意见为，第一个案例应当维持双方当事人的股权比例，女方是具有股东身份的人，股东财产利益的取得可以以解散公司或者转让股权来获得；第二个案例不宜立即分割股权，如女方能够接受直接的财产补偿，应对公司股权进行评估，按照股权的评估价值进行补偿；如女方认为股权评估未能考虑到未来股权的溢价，可以对该部分夫妻共同财产不予处理，在男方获得了该部分股权带来的财产利益时，如分红、如转让等后，对财产利益予以分割。第三个案例，笔者认为，处理方法虽然没有法律法规作为支持，但不失为实务中有益的尝试，但应当在权利义务关系以及权利的实现层面更加具体。

打通撤销监护人资格制度的“四难”症结

2017-07-05 人民法院报 王冬青

【案情】

李小某（2004 年 11 月出生）是被申请人宋某与前夫李某的婚生子。宋某与李某于 2006 年 5 月离婚，李小某随父亲李某共同生活。次年，李某与案外人赵某再婚。2014 年，李某因病去世。继母赵某便以无力继续抚养李小某为由诉至法院，请求判令李小某的抚养权变更归生母宋某。法院于 2016 年 6 月作出生效判决，判令李小某由宋某抚养。此后，宋某一直拒不履行抚养义务。江苏省南京市玄武区民政局便诉至南京市秦淮区人民法院，以宋某拒不履行抚养义务长达六个月以上为由，请求撤销宋某对李小某的监护人资格，并指定玄武区民政局担任监护人。

在申请撤销监护人资格纠纷一案中，秦淮区法院经审查后认为，被申请人宋某作为李小某的亲生母亲，拒不履行监护职责，甚至拒绝探视，时间长达十个月以上，导致李小某生活无着，严重侵害了未成年人的合法权益。法院从未成年人最大利益原则出发，综合考量李小某的个人意见、其他近亲属的监护意愿和能力，申请人玄武区民政局长期以来对孩子采取的临时监护措施等，判决：1.撤销被申请人宋某为李小某的监护人的资格；2.指定申请人南京市玄武区民政局为李小某的监护人。

【评析】

撤销监护人资格制度曾被称为“沉睡的制度”。2015 年 1 月 1 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》施行，将这一制度逐步唤醒。2016 年 5 月 31 日，最高法院公布 12 起侵害未成年人权益被撤销监护人资格的典型案例。但时至 2017 年，撤销监护人资格案件在很多省市仍极为罕见。这意味着，多地未成年人受到家庭监护侵害后，仍未能获得国家监护制度的有效保护。笔者认为，这一现状与该制度适用中的“四难”症结有关，即发现难、起诉难、审理难、安置难。

本案在处理监护人侵害未成年人权益行为过程中，由法院牵头，动员、挖掘行政机关、社会组织等各方面力量，妥善解决了对该类案件中的实际困难，具有一定的示范意义。

1.由法院发现，依法启动保护机制。该起撤销监护人资格的诉讼，源自此前的变更抚养关系纠纷一案。在前案审理过程中，继母、生母均表示拒不抚养孩子，但法院并未简单判令抚养权归属，而是将关注点集中在无人监管的孩子身上，有意识地“发现”监护侵害行为。于是，法官选择严格适用法律，先将抚养权判归生母，再另案启动诉讼，撤销生母的监护人资格，在现有的法律框架内，保护未成年人利益，惩处监护侵害行为。

2.由法院牵头，会商提起诉讼程序。在抚养权案件判决生效后，另案诉讼撤销监护人资格提上议事日程，但很快发现“申请人由谁担任”成为难题。法院首先联系的是孩子所在的社区居委会，但其工作人员认为其没有监护条件，启动诉讼后，后续工作很被动，不肯起诉。然后又联系到民政局，民政局第一时间开展的工作不是诉讼，而是劝社区居委会诉讼。与此同时，法院联系秦淮区检察院介入，会商诉讼程序。最终，秦淮区法院、检察院、民政局、居委会集体会商、评估利弊，达成协作共识，决定由检察院建议并支持起诉、玄武区民政局作为申请人启动诉讼。

3.由法院主导，审慎审理无争议案件。撤销监护人资格案件依法比照特别程序审理。该类案件本质上系非讼纠纷，一方申请撤销，对方并无异议，那么法院是否有必要开庭审理，以及如何展开庭审成为审理难点。本案法官对庭审程序作出如下安排：（1）邀请人大代表听庭，强化对此类新型案件的宣传指导效果；（2）接受秦淮区检察院出庭支持起诉的建议，强化司法机关的震慑效果；（3）审理环节调整如下：不归纳争议焦点，以法庭依职权调查为线，审查孩子的基本情况、被申请人的抚养条件和意愿、其他近亲属的抚养意愿、申请人的临时监护措施等，以准确判断监护人资格归属；法庭调查阶段，增设宣读《家事调查报告》环节，全面展示与诉讼请求相关的法律事实；庭审小结环节，强调相关法律释明，包括对孩子的隐私保护、申请人如担任监护人的权利义务、被申请人如被撤销监护人后的权利义务、检察院的监督职能以及法院的判后指导工作等。最终，庭审取得了良好的预期效果。

4.由法院协调，落实孩子的临时安置措施。司法实践中，追究侵权监护人的责任“易”，安排谁来照顾孩子“难”。本案中，从法院发现孩子监护缺失，到法院判决民政局担任监护人，历时两年多。为孩子找到一个安稳的家是首要任务。为此，法院先根据学者建议和公益记者的探寻，找到了南京同心未成年人保护与服务中心。该组织具备专业的心理评估机制，有充足的心理咨询师、大学生志愿者和社工等，负责孩子的心理疏导和学习辅导。法院出面与孩子的近亲属做工作，落实孩子的居所，并委托秦淮区妇联、关工委等工作人员，与学校班主任老师联系，讨论孩子学校教育的细节问题。通过民政局购买社会服务，为孩子找到一个寄养家庭，负责孩子的日常生活，并与教育部门联系，给孩子提供就近入学的机会。各部门通力合作，帮助孩子的生活步入正轨。

保护儿童免受侵害，是全社会的共同责任。司法机关、行政机关、社会组织等必须积极作为，加强协作配合，

坚持并依法落实处理监护人侵害未成年人权益行为的法律规定，努力推进我国未成年人国家监护制度的探索向更高层次迈进。

（作者单位：江苏省南京市秦淮区人民法院）

离婚一方转移财产怎么办？可不分共同财产不等于净身出户！

2017-07-07 最高人民法院司法案例研究院 张力 杨建恒

2016 年 9 月 30 日，最高人民法院公布了第 14 批指导案例，在第 66 号 “雷某某诉宋某某离婚纠纷案”中，明确了夫妻一方因离婚转移财产，分割共同财产时，可以少分或不分的规则。对于此案例，媒体多以“离婚转移财产可判净身出户”为题进行报道，仔细分析这一案例，净身出户的表述存在一定误读。

感情破裂要离婚，转移财产不合法

随着社会不断发展，从一而终的婚姻观念已经悄然发生改变，夫妻感情破裂引发的离婚诉讼也越来越多，而离婚中一个重要的问题就是财产的分割。在离婚诉讼中，一方为获得更多的利益，隐瞒和转移财产的情形时有发生。对于转移夫妻共同财产这一不诚信的行为，我国法律是明确禁止的。《婚姻法》第 47 条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。”

最高法院公布的第 66 号指导案例，明确了《婚姻法》第 47 条的具体适用。在指导案例中，法院查明女方雷某某和男方宋某某在 2013 年上半年就产生了矛盾，并于 2014 年 2 月分居。雷某某后起诉离婚。在本案二审中，法院调取雷某某银行账户交易记录，发现雷某某在 2013 年 4 月 30 日将其账户内的 19.5 万元转至他人名下。法院认定雷某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。判决宋某某婚后养老保险金 1.4 万余元归宋某某所有，对于雷某某转移的 19.5 万元存款，由雷某某补偿宋某某 12 万元。

最高法院通过这一指导案例明确了“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，依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。”的裁判要点。该指导性案例从婚姻法的立法目的和立法原意出发，对婚姻法第 47 条规定的“离婚时”做出了合理解释，即包括离婚诉讼期间或离婚诉讼前，有利于惩戒侵害夫妻共同财产的非法行为，保护家庭成员的合法财产权益。

转移财产可不分，净身出户系误读

一些媒体在报道该指导案例时以“离婚转移财产可判净身出户”为题，其实存在一定误读。在本案中，法院在分割财产时，对雷某某转移 19.5 万元夫妻共同财产的行为，判决其少分 2.25 万元（即补偿宋某某 12 万元），二审判决指出“对雷某某名下中国工商银行账户内的存款，雷某某应予少分。”关于宋某某账户中 1.4 万余元婚后养老保险金归宋某某所有的判决，一审“根据双方的实际情况，判决双方各自名下的存款归各自所有。”二审法院对此予以认可。可见，判决养老金归宋某某，并不是因雷某某转移财产行为而对其少分财产，而是根据实际情况，便利双方财产处置的需要。

由此我们可以得出结论，《婚姻法》第 47 条规定的对隐藏、转移共同财产的一方，可以少分或不分的“财产”，是指对其隐藏、转移的共同财产可以少分或不分，对于其他夫妻共同财产，仍应当按照一般财产分配规则进行分配。立法机关的释义也可以佐证这一观点，全国人大法工委在《婚姻法释义》中指出“关于离婚时夫妻共同财产的分割，由于共同财产属于共同共有的性质，依照民法理论，原则上应均等分割。该款中所指可以少分或者不分的夫妻共同财产主要是指被隐藏、转移、变卖、毁损的或者伪造的债务侵占的那一部分财产，而不是夫妻共同财产的全部。”

在离婚时，隐藏、转移财产的一方一般很难把所有的夫妻共同财产都进行隐藏和转移，因此对于隐藏、转移财产的一方，即便完全不分给其隐藏、转移的共同财产，对于没有隐藏、转移的共同财产，一般还是可以分得其应有的份额。媒体报道所称的“净身出户”（即婚姻双方离婚时，一方得不到任何共同财产）的情况很难发生。

夫妻关系出问题，财产转移早防范

法律和指导案例虽然明确了离婚诉讼期间或离婚诉讼前转移财产一方可以少分或不分共同财产，但由于诉讼毕竟属于事后救济，时间、金钱成本较高，即便得到了法院判决，执行也要一定成本。因此夫妻关系一旦出现问题，在事前防范财产转移就显得尤为重要。这里有一些建议供大家参考：

1、首先要明确夫妻对财产处理法律权限。根据法律规定，若无特别约定，个人财产未经协商只能由个人处理，

而共同财产的处理须经双方同意。明白了这一点，夫妻任何一方都可理直气壮地按规定处理财产，而不必考虑怕影响情感等因素。

一旦发生夫妻关系将要破裂的情况，为防止一方单方面处置财产，夫妻双方最好不要像人们平时所做的那样把财权交给一个人。如果一方擅自处理贵重的夫妻共同财产，另一方要及时制止，特别是对一方以孝敬父母、捐赠等名义将财产转移的情况，决不可掉以轻心。

2、进行婚前财产公证或者婚前协议。这是比较可行的办法。夫妻双方可以通过订立书面协议的方式，约定婚前个人财产和婚后共同财产的归属。为了使协议书具有更大的法律稳定性，可以进行公证或者是律师见证。婚前财产公证可有效保护当事人的合法权益，即使发生纠纷诉讼到法院，法院也能及时审理，不会出现举证不足或无法查实的后果。

3、进行诉讼保全和诉前保全。在离婚诉讼时也同时向法院申请财产诉讼保全，或者在离婚诉讼前，先向法院申请财产诉讼保全。

4、“先下手为强”。这也是一种办法，即把相关的证件甚至实物先拿到手。我们不鼓励隐瞒、转移夫妻共同财产的行为，但是先占有共同财产可增加在离婚谈判的筹码，也便于在诉讼结束之后执行时有效维护自身利益。**（作者单位：中国政法大学法学院）**

案外人异议之诉丨对被执行人配偶名下财产能否执行

2017-07-09　赫法通言　王赫

裁判要旨

一、在执行程序中，同时满足下列条件的，可以对配偶名下的共同财产乃至个人财产予以执行：

（1）执行依据未确定执行债务为夫妻一方个人债务；

（2）执行债务发生在夫妻关系存续期间；

（3）配偶不能证明该债务为个人债务。

二、并非夫妻一方对外担保之债一概不能认定为夫妻共同债务，重点还应考虑该担保之债与夫妻共同生活是否密切相关。

引言

在强制执行程序中，能否追加配偶为被执行人曾经极具争议（此前案例可见→可以追加被执行人的配偶为被执行人　——最高法院最新判例一则；最高法院执行裁判丨不能追加配偶或原配偶为被执行人）。不过随着去年变更追加执行当事人司法解释的出台，该问题最终尘埃落定。根据该解释第一条确立的变更追加法定原则，**执行程序中不应变更追加配偶为被执行人已成定论。**

但随之而来的问题是，在执行依据未确定执行债务为共同债务也未明确为一方个人债务时，能否对被执行人配偶名下的财产予以执行？

对此，**高执研**在2013年第2期《执行工作指导》上曾有解答，即“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**。配偶有异议的，可以根据《民事诉讼法》第二百二十七条的规定进行救济。”

根据上述意见，在执行程序中，同时满足下列条件的，则可以对配偶名下的共同财产乃至个人财产予以执行：

（1）执行依据未确定执行债务为夫妻一方个人债务；

（2）执行债务发生在夫妻关系存续期间；

（3）配偶不能证明该债务非共同债务。

2017年3月21日公布在中国裁判文书网的(2016)最高法民申2908号民事裁定书则是对这一规则的具体应用。

执行依据

2013年4月11日，**安英杰（债权人）**因民间借贷纠纷将**方欣公司（主债务人）、寇淮（保证人）**诉至郑州法院。经审理，郑州中院作出判决，该判决内容为：一、方欣公司偿还安英杰借款若干；二、寇淮对上述债务承担连带清偿责任（连带保证）。

背景介绍：

1.保证人寇淮是本案案外人异议之诉原告李大红的丈夫。

2.保证人寇淮系主债务人方欣公司的股东及法定代表人，也是方欣公司另一股东的股东及法定代表人。所以本案系典型的股东为公司债务提供担保的情形。

执行程序及执行异议情况

该判决生效后，方欣公司和寇淮未按判决履行，安英杰向郑州中院申请执行，执行程序启动。

2013 年 9 月 25 日，郑州中院作出执行裁定，裁定内容为：**依法查封被执行人寇淮的配偶李大红名下房产。**2014 年 6 月 3 日，郑州中院作出执行裁定，裁定内容为：依法评估、拍卖、变卖被执行人寇淮的配偶李大红名下房屋。

2015 年 4 月 22 日，李大红向郑州中院提出执行异议申请，请求中止评估拍卖。

2015 年 7 月 1 日，郑州中院裁定驳回案外人李大红的异议。

案外人异议之诉一二审情况

2015 年 7 月 17 日，李大红向郑州中院提出执行异议之诉。

郑州中院基于两点理由驳回了李大红的诉讼请求。**（1）执行债务系共同债务**，该债务发生在李大红与寇淮婚姻关系存续期间，李大红未能证明该债务属于婚姻法第十九条第三款规定情形，因此该笔债务系夫妻共同债务；**（2）执行标的系共同财产，**涉案房屋系夫妻婚姻存续期间取得，虽然房产按揭由李大红偿还，但婚姻存续期间，李大红的个人收入依法属于双方共同财产，且李大红未证明该房屋首付款系其父母出资，因此，涉案房屋系夫妻共同财产。

李大红不服向河南高院上诉，主要理由是：**（1）不是共同债务。**寇淮的担保的是公司借款，并非家庭所用，《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》明确担保之债不是夫妻共同债务；**（2）不是共同财产。**房产系父母帮助购买，自己偿还贷款；**（3）不得对案外人的财产予以执行**。

安英杰抗辩理由：（1）公司收入应当已用于家庭生活，否则以李大红的收入不足以在还贷的同时支撑起其在北京与孩子的共同生活。（2）最高院的批复仅针对个案，并非法律、司法解释；（3）李大红名下房产系婚姻存续期间取得，其主张系其父母首付，但未提供任何证据证明，虽然贷款系李大红的银行账户偿还，但根据婚姻法解释二第 11 条，夫妻关系存续期间一方个人公司也是夫妻共同收入。

河南高院认为：（1）共同债务问题，方欣公司的经营状况直接影响寇淮个人获利，也与寇淮与李大红婚姻存续期间共同财产的多少直接相关，寇淮为方欣公司担保也是为了公司的经营，也是为其个人利益，认定为夫妻共同债务是合理的。（2）共同财产问题，夫妻关系存续期间所得财产，归夫妻共有；李大红主张房屋首付款为父母支付，但未提供充分证据；虽然房屋贷款由李大红银行账户偿还，但夫妻关系存续期间一方工资也是共同财产，因此房屋为共同财产。（3）基于共同债务执行共同财产，符合法律规定。

2016 年 6 月 4 日，河南高院作出二审判决，驳回上诉。

再审及最高法院观点

李大红不服向最高法院申诉。其主要理由是：（一）法律适用错误，债权人应当对举债用于共同生活承担举证责任。《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》认定夫妻一方对外担保之债不是夫妻共同债务。（二）本案担保的是方欣公司贷款，与寇淮及其家庭无关。（三）案涉房产系李大红父母出资购买，由李大红偿还贷款，并登记在李大红名下，并非夫妻共同财产。

最高法院认为：

第一，关于夫妻共同债务问题。**李大红所举的最高院复函仅是针对个案相关情况作出的处理意见，不具有普遍约束力。**对于夫妻共同债务仍应按照婚姻法解释二第 24 条的规定处理。**并非夫妻一方对外担保之债一概不能认定为夫妻共同债务，重点还应考量该担保之债与夫妻共同生活是否密切相关。**

本案中，担保人寇淮系债务人方欣公司的法定代表人和股东，寇淮又是方欣公司另一股东北京华易腾投资管理有限公司的法定代表人、股东，**方欣公司的经营情况将直接影响到寇淮的个人收益，与寇淮和李大红婚姻存续期间的夫妻共同财产的多少也有直接关系。**对于该债务未用于夫妻共同生活，李大红需要承担证明责任。

第二，能否对案涉房产执行的问题。该房产购买与寇淮与李大红婚姻存续期间，且李大红主张该房产系其父母出资购买，但未提供充分证据，因此基于共同债务执行共同财产于法有据。

2017 年 2 月 14 日，最高法院作出（2016）最高法民申 2908 号民事裁定书，驳回李大红的申诉请求。

简要分析

本案非常典型，其实际上遵循了如下规则：

第一，如果执行依据并未明确执行债务为被执行人一方个人债务，则对被执行人配偶名下的财产并非绝对不可执行，只要该债务发生在夫妻存续期间，且配偶不能证明系非共同债务；

第二，由于是否为夫妻共同债务，系较为复杂的事实问题，应当充分保障配偶一方的程序权利，因此要给予配偶根据民事诉讼法第 227 条提起异议之诉的权利，换言之，最终结论应由审判程序确定；

第三，与一般的异议之诉不同，在该异议之诉中，法院不仅需要判断案外人是否对执行标的享有足以排除执行的实体权利（执行债务本身确定与案外人无关），还需要判断执行债务是否为被执行人与配偶的共同债务。

第四，在判断是否为夫妻共同债务时，要遵循包括婚姻法解释二第 24 条在内的实体法规定；

第五，并非夫妻一方对外提供担保均为个人债务，还需要考虑该担保的债务与夫妻共同生活的密切关系。本案为股东替公司提供担保，公司的经营结果会影响股东及其配偶的财产状况，因此应认定为共同债务。

小结

夫妻共同债务问题，在过去一段时间讨论得非常热烈。《今日说法》栏目最近还连用两期讲述了相关案例。

相信未来在民法典编纂过程中，相比立法较近的合同法、物权法和侵权法，婚姻法和继承法应该会有更大变化。若坚持夫妻共同财产制，那么如何平衡保护配偶和债权人的利益，也将是立法者在确定夫妻共同债务规则时必须考虑的问题。

夫妻一方为成年子女贷款 是否应认定为夫妻共同债务？

2017-07-10　江苏高院　钱晋

2010 年 6 月，19 岁的王磊与宜兴某开发公司签订商品房买卖合同一份，约定王磊向开发公司购买一套总价款为 2359768 元的房屋，王磊支付 959768 元作为首付款，余款 140 万元由王磊与开发公司指定的银行签订按揭合同并办理贷款手续。

同年 7 月 2 日，宜兴某银行与王磊、王磊的母亲王美蓉、开发公司签订个人购房担保借款合同一份，约定王磊、王美蓉因购买前述房屋向某银行借款 140 万元，并且王磊、王美蓉授权银行将全部借款直接划入开发公司账户。同时，开发公司为该债务提供阶段性连带责任保证担保。

银行按约向王磊、王美蓉发放贷款后，因王磊、王美蓉未按约还款，银行主张提前收贷，遂将王磊等诉至法院，要求王磊、王美蓉立即还款，要求开发公司承担连带保证责任，并主张因借款发生在王美蓉与王士德夫妻关系存续期间内，要求王士德对此债务承担共同还款责任。

“这笔借款我始终未参与、未到场，更未在任何借款手续上签字；王美蓉、王磊母子是在我不知情的情况下签订的借款合同；我与王美蓉自 2005 年初开始分居至今，期间王美蓉曾几次起诉要求离婚，虽均被法院判决不准离婚，但实际上我们早已不是夫妻关系。”王士德对银行要求他基于夫妻共同债务承担共同还款责任非常不解。对此，王士德还提供了上海市某法院的裁判文书，根据裁判文书记载，王士德与王美蓉于 1989 年登记结婚，次年生育儿子王磊，婚后双方因家庭琐事产生矛盾，为此王美蓉曾于 2006 年 4 月、2007 年 2 月诉至法院要求离婚，均被法院判决不准离婚；2009 年，王美蓉再次向法院提起离婚诉讼后又申请撤诉，被法院裁定予以准许。

审理中，王美蓉也认可了王士德所说的二人已分居十余年的事实。

经审理，宜兴法院认为：本案中，王磊与开发公司签订商品房买卖合同购买房屋，王磊根据合同约定享有取得房屋的权利，同时负有支付房屋价款的义务。**虽然王磊系王美蓉、王士德的子女，但因此时王磊已成年，王美蓉、王士德对支付房款并无法定或约定的义务。**后王磊、王美蓉与银行签订借款合同，约定王磊、王美蓉向银行贷款 140 万元用于支付前述王磊所购房屋的房款且直接划入开发公司账户内。**此借款并未用于王美蓉与王士德的夫妻共同生活，不属于夫妻共同债务，故依法驳回银行对王士德的诉讼请求。**

法官说法

《中华人民共和国婚姻法》第二十四条规定“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”在法理和生活习惯上，夫妻共同债务包括为履行抚养、赡养义务所负债务，为购置家庭生活用品、修缮房屋以及支付家庭生活开支所负的债务，夫妻一方或双方为治疗疾病所负的债务等。

本案中，王美蓉向银行贷款的款项是用于支付其已成年儿子王磊的购房款，并非用于夫妻共同生活。另外，根据王士德提供的生效裁判文书，王美蓉在 2006 年至 2009 年期间曾三次向法院起诉要求与王士德离婚，且二人在审

理中均认可已长期分居，因此可以推定王美蓉签订借款合同时与王士德的夫妻关系已处于一种非正常状态。

综上，王美蓉向银行贷款用于子女购房向银行所借款项虽发生在王美蓉、王士德夫妻关系存续期间内，但因借款不是为夫妻共同生活所负，故不属于夫妻共同债务。（本文中当事人均系化名）

来源：宜兴市人民法院

夫妻离婚后不与孩子共同生活的一方如何行使探望权

2017-07-09 李东华 胡天和

离婚好些年

孩子不在身边

以为想见就能见

孰料前妻不待见

求助欣法官

离婚后该如何行使探望权？

市民：几年前我和前妻离婚时，约定孩子随前妻生活，但对我探望孩子的时间和方式没有约定。作为孩子的父亲，我可以随时去看望孩子吗？

上海一中院周欣法官：你好，虽然你们离婚时对如何探望孩子没有过约定，但后续也可以就探望的时间、方式进行协商；如果协商不成，可以向法院起诉，由法院作出判决。

我建议你和前妻好好商量，在探望前联系好时间、地点，因为随时随地的探望不但会干扰孩子正常的学习、生活，也容易让你和前妻就此发生矛盾。

市民：是啊，我和前妻之间的矛盾由来已久，之前因为看孩子的事和前妻发生过多次冲突，110 还多次出警。最近前妻向法院提起诉讼，请求中止我的探望权。

欣法官：中止探望的法定事由，《婚姻法》概括地规定为“不利于子女身心健康”。

根据司法实践，其情形主要有：

1．患有严重精神疾病处于发作期或传染病可能传染的；

2．对未成年子女有虐待、殴打、遗弃等违法或犯罪行为的；

3．教唆未成年子女进行违法犯罪活动的；

4．多次违反探望方式、探望时间等约定或规定，经教育仍不改正，情节严重的；

5．具有其他不利于未成年子女身心健康的情形。

从现在你们的情况来看，似乎还没有到中止探望的程度。

市民：那就好，我还有个问题，孩子可能就要回老家上中学了，如果这样我该怎么看孩子呢？总不见得每个月我都回老家去吧。

欣法官：是这样的，探望权人探望未成年子女不但可以在平时当面探望，对于孩子和探望权人不在一个城市居住的情形，探望权人还可以通过电话、视频等方式与孩子联系。

在寒暑假期间，还可以设置时间较长的集中探望时间。

市民：如果前妻一直不让我看小孩，我该怎么办呢？

欣法官：作为孩子的父亲，你有权维护正当的探望权。

司法实践中，探望权协助义务人多次阻碍探望权人正当行使探望权，经法院多次强制执行后，仍拒不履行有关探望权的生效裁判文书，探望权人据此**起诉请求变更抚养关系**的，法院在充分考虑未成年人的生活、学习、身体状况以及双方当事人的抚养条件等因素后，可将此作为变更抚养关系的裁判理由之一。

市民：我明白了，谢谢欣法官。

我尽量跟前妻好好沟通，争取能定期见到孩子，有跟孩子相处的时间。

如果她执意不肯，我要考虑通过法律手段维护自己的合法权益。

论合意型家事纠纷解决机制的劣性摒除与合理构建

2017-07-10 盐城中院

编者按：

日前，《盐城审判》“大纵湖杯”征文研讨暨学术论文研讨会议顺利落下帷幕，多篇立意新颖、论据充分、论证严谨，具有较强针对性、应用性和指导性的司法调研成果获得了表彰。我们将陆续精选部分优秀论文与大家一同分享品鉴。今天为您推送的是获“大纵湖杯”征文研讨暨学术论文研讨一等奖的《论合意型家事纠纷解决机制的劣性摒除与合理构建》。

周宏　　寇建东*

基于我国家事纠纷不断增加及化解需求日益增长的考量，家事审判工作机制改革已势在必行。而家事纠纷相对于其他民事纠纷所具有的情感性、公益性等特征，相应产生了对家事审判工作的特殊要求。以英美法系或是大陆法系区别于一般民事案件的家事审判工作机制来看，合意型家事纠纷解决机制的运用显然更能获得家事审判需求的效益性结果。由此，本文既在借鉴国外经验的基础上，尝试将合意型家事纠纷解决机制与我国家事审判进行有益结合，并希冀以此为方法，促使家事审判摆脱当前备受诟病的窘境与实现更顺应司法规律的发展。

一、引题：家事审判工作的司法现状与困境

（一）基于两则案例的诉讼样态分析

案例一：朱某与杨某于 2010 年 2 月登记结婚，后经常发生矛盾，朱某诉至法院要求离婚。法院在审理时，因杨某未应诉、答辩，遂判决不准许朱某与杨某离婚。后朱某历时 3 年 3 次起诉，法院最终认为朱某与杨某感情破裂，判决准许二人离婚。

案例二：吴某年过七十，因儿子陈某不履行赡养义务，一纸诉状将陈某告上法庭。法院因调解不能，判决陈某每月支付吴某生活费 600 元。判决生效后，陈某虽履行了给付义务，但因怨恨吴某将其诉至法院，经常对吴某进行言语攻击，致双方矛盾愈加尖锐。

分析：在社会法学研究中，曾将是否以审判程序为中心、利用法院解决纠纷作为判定人们“法意识” 和“权利意识”高低的标准。通过司法裁判化解矛盾纠纷似乎成为了迎合当事人期许的最佳途径。然而，随着社会的不断发展，社会关系的纷繁复杂，单一司法作为已经难以满足彻底化解矛盾纠纷的现实需求，质言之，就家事纠纷而言，简单的司法裁判并未成就家事矛盾的彻底消弭。因此，由上述两则最普通、常见家事案例的具体处理来看，虽然司法裁判最终满足了当事人诉求，但片面性的纠纷解决方法与家事矛盾的化解需求明显存在着差距。

（二）针对司法现状调研的概括性总结

为了实现对当前家事审判工作机制效果的针对性了解，笔者特选取了所在 D 法院 2013-2015 年案由为婚姻家庭纠纷的案件进行了调研。基本情况如下图：

图 1：D 法院 2013 年审结婚姻家庭案件中相同主体再涉婚姻家庭纠纷诉讼情况统计

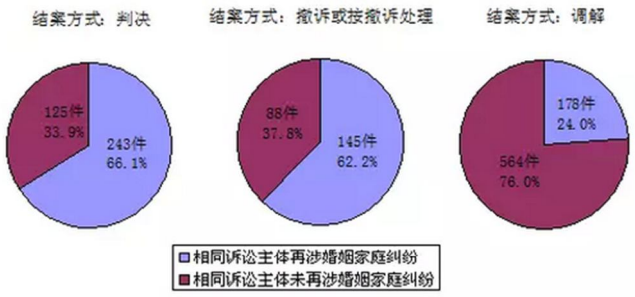
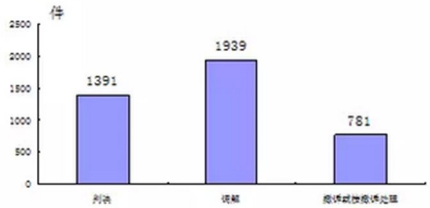


图 2：D 法院 2013-2015 年婚姻家庭案件不同结案方式分类统计[1]



日本学者棚懒孝雄曾言，判决的家事诉讼“常常导致当事者之间发生不必要的感情对立，不仅不能助长合理解决问题的态度，还会引起当事者之间的长期不和。”由图 1 数据，2013 年以判决、撤诉或按撤诉处理方式审结的婚姻家庭案件中，相同主体再涉婚姻家庭诉讼的占比分别为 66.1%、62.2%，而以调解结案的仅为 24.0%。可见，就婚

姻家庭案件审理效果而言，以判决、撤诉或按撤诉处理方式审结的案件，相同主体再涉婚姻家庭诉讼的概率远高于调解，运用调解方式化解家事纠纷更有助于案结事了。同时，结合图 2 数据，2013-2015 年 D 法院共审结婚姻家庭案件 4538 件，其中，以调解方式结案占比 42.7%，以判决方式结案占比 30.7%，以撤诉或按撤诉处理结案占比 17.2%。因此，就家事审判工作的司法现状而言，判决、撤诉或按撤诉处理仍是家事纠纷解决的主要组成，这虽然体现了家事法官运用法律的“定分”水平，但也同时说明了家事审判的“定纷”效果仍有不足。

依据马克思哲学原理，对客观事物的深入认知能够推动事物发展的及时变革。当现行家事审判工作难以满足社会需求与彰显司法功效时，即意味着需有一场有意义的改革，而改革的司法理念支撑必是争议解决方式由单一到多元的转变。由此，单一对抗式的争议解决方式让位给多元合意型的争议解决方式已是大势所趋。在家事纠纷快速增长且家事审判面临困境时，与其等待完全创新型的家事审判工作机制改革，不如转变方向，聚焦于合意型家事纠纷解决机制（以下简称“合意型机制”）的合理构建，以实现通过非对抗方式彻底化解家事纠纷的目的。

二、正本清源：合意型家事纠纷解决机制的本体认知

（一）差异性——合意型机制的基本内涵

“当法院意识到自己在做什么时，收获将更多，而且还能促使他们有意识地尽其所能将事情做得最好。”合意型机制是相对于以法律为导向和以裁判为焦点的对抗式纠纷解决模式而言。在对抗制的传统构思下，法官仅应作为沉默的居中裁判者，对于家事争议，需要由当事人负责主张和举证，并通过对决性辩论等方式形成争议处理的最终性结论。而合意型机制，恰恰与对抗制的理念相反，其更注重法院与家事法官的能动作用，以指导、帮助的方式促使家事纠纷当事人就争议问题形成不违反法律规定、符合情理的合意。通俗地讲，合意型机制，犹如美国 ADR、澳大利亚 FDR 等纠纷解决机制一般，相似性在于，通过第三方力量介入，促使家事问题的一揽子解决及家庭成员之间关系的维护与改善；区别性在于，需在家事审判过程中发掘出较为缓和的家事纠纷处理方法。

（二）行为性——合意型机制的司法运作基础

受古代“礼法合一”观念的影响，“晓之以理，动之以情”已成为我国家事矛盾化解的有效做法，同时，随着社会法治建设进程的不断推进，能够涵盖情理并遵循法治思维的纠纷化解机制都应是顺应社会发展潮流的家事纠纷解决方式。而合意型机制所体现的三种特性，正契合了这一观点。首先，通过发挥法律“ 刚性”与情理“ 柔性”结合的扩展性功能，实现法与理并重。合意型机制在法律约束下通过利用情理手段调和与依从民风民俗斡旋，可促使司法能动功效延伸至审前判后的整个过程。其次，通过调动各方力量，实现纠纷化解合力。合意型机制更加注重多元解决方法的探寻，可摆脱以往法官独立面对家事纠纷的一元思维模式，以相关部门、机构、人员的合理融入，实现对家事纠纷的多元解决。最后，通过对相关问题一揽子解决，实现家事纠纷的整体化解。针对家事纠纷引发的关系修复、财产分配等问题不会随着审判程序终结而完结的特点，合意型机制从根本上对诉求以外的家事矛盾进行了囊括性化解，最终实现了纠纷的彻底消除。

（三）功能性——合意型机制的纠纷化解功效

解决问题是改革的唯一目的。而依从国外经验，合意型机制对家事纠纷的化解效能已十分明显，具体体现为：一是保障性功效。家事纠纷利益牵涉的更为广泛，导致犹如妇女、儿童、老人等弱势群体的权益保障就成为了重要难题。而合意型机制通过促使当事人形成合意，避免判后执行难及再次诉讼等问题，能够有效实现对当事人合法权益的及时保护。二是接受性功效。由于合意型机制避免了当事人之间的直接对抗，一定程度上为当事人预留了冷静思考的时间与空间，在不激化矛盾的情况下，促使矛盾对症化解，最终可产生当事人均较满意的结果。三是治愈性功效。由于案多人少矛盾的存在，家事法官往往难以对案件做到精准、细致的审理，在判决准许或不准许离婚等文字掩饰下，家事纠纷所带来的心灵伤痛及关联的社会稳定问题并没有得到妥善的考虑和解决。而合意型机制，不仅能调动各方力量支援家事纠纷解决，缓解法官审判压力，更能通过引导当事人梳理情绪、克服心理障碍等方式，实现对情感等问题的有效治愈。

三、前提铺就：合意型家事纠纷解决机制的劣性摒除

前期合意型机制不被重视的部分原因来自于对司法独立裁判的过分苛求，而更重要的因素则是合意型机制本身就存在着易受诟病的内容，因此，在对合意型机制进行构建完善时，必须将这些劣性予以摒除。

（一）摆脱依从普通民事诉讼程序审判的思维

一直以来，理论界虽然一直倡导将家事纠纷特殊化，提出了家事纠纷不应简单依从普通民事诉讼程序进行审理

的观点，但在司法实践中，更多的法院或是法官难以摆脱普通民事诉讼惯性思维的束缚，形成了家事纠纷化解的现实悖论，即法官总是期望于通过司法裁判快速化解家事纠纷，而由于家事纠纷的情感、利益等关联，继而会引发财产分配、子女抚养等更多家事问题，便形成了引发系列家事纠纷的连锁效应。同时，基于当前家事审判改革仅局限于法院内部的改造，缺乏法与法院外部主体的相互协作，导致了家事审判改革成效的缺位。因此，为了避免重蹈传统家事审判的覆辙，在构建合意型机制时，应当摆脱依从普通普通民事诉讼程序审判的思维，真正遵循家事纠纷的特有规律，并主动引入多元化解纠纷理念，实现多种非对抗形式家事纠纷化解手段的融合。

（二）去除“程序法理二元分离适用论”的限制

在诉讼程序中适用诉讼法理，在非讼程序中适用非讼法理，这是大陆法系传统民事诉讼法学中的“程序法理二元分离适用论”。而实践表明，家事案件的审理，仅适用诉讼法理往往可能无法达到纠纷全面化解的目的。因为，在大多数家事纠纷中，对涉诉部分的处理，会涉及到与诉讼事由相关但未起诉的矛盾。对此类矛盾的解决，就需要诉讼手段和非诉手段的相互结合，也就意味着，同一家事案件的审理将需要非诉法理和诉讼法理的交错适用。从而对合意型机制的构建，就不能一味的偏重于诉讼程序理念或是非诉程序理念的区别适用，而应彻底摆脱传统非讼程序与诉讼程序完全分离适用的做法，实现两者的有机结合，以便家事纠纷的整体解决。

（三）改变对抗制“公平竞争理论”的回溯期望

对抗制的理论基础是公平竞争理论，即当事人之间的民事争议应当由当事人通过直接的对抗或竞争而解决。而家事纠纷对抗式解决模式下的公平竞争理论，即是以法官高坐庙堂之上，给予当事人互相争辩、论证自己观点的自由，并希冀通过双方争论理清事实，达到重归于好的回溯期望。但由于家事纠纷源于长期生活，导致数不清的细微矛盾相互交结，便很难在具体标准下实现对当事人权利、义务和责任关系的明晰确定。这也佐证了以当事人对抗为基础的家事纠纷解决方式并不能真正查明家事纠纷症结的论断。同时，对薄公堂的家事纠纷如果仅仅寻求回复到过去，显然可能导致当事人权益的再次受损，因此，合意型机制的构建，须脱离证据抗争及关系恢复的限制，而应通过非对抗、平缓对话的方式进实现家事纠纷的前进性解决。

四、路径探寻：合意型家事纠纷解决机制的基本塑造

根据对国外经验的总结，调解、服务及纠纷化解为家事纠纷解决机制的主要内容，由此，对于合意型机制的构建，遵循以调解为贯穿、以服务为理念、以纠纷化解为导向的思路合理可行。

（一）合意型家事纠纷解决机制的要素涵盖

1.以调解为贯穿的审判工作机制改革

将调解融入家事审判的整个过程，既能避免单纯对抗式诉讼造成矛盾的进一步激化，又能提升合意状态下纠纷化解的成功率。而依从我国调解制度的司法运行，可在“规范性调解”的基础上，实现灵活性运用。

（1）设立强制诉前调解程序

合意型机制的强制诉前调解程序的设立，是在借鉴日本“调停前置主义”、台湾“调解前置主义”的基础上，通过第三方介入，实现当事人诉前协商，以消弱彼此误解，进而达到解除或是缓和矛盾的目的。强制诉前调解程序要求家事纠纷在起诉前都应强制调解，且只在调解不能时才可真正进入诉讼程序。

（2）强调庭中调解运用

据笔者调研，当前家事案件庭审，除极少数法院外，大部分法院仍沿用普通民事案件的审判庭设置。但为了更好地强调庭中调解的运用，拉近法官与当事人之间的距离，笔者认为，家事审判应一律采用圆桌审判模式。另外，鉴于庭中调解的关键在于休庭权的使用，因此，应改变仅在庭审结束时的单次调解做法，注重庭中的适时休庭调解，以实现对家事矛盾的针对性突破。

（3）成立庭后调解委员会

从当前诉中调解运作模式来看，家事案件承办人往往集调解与审判于一身，这种调审一体的做法，很难让当事人相信具备“双重身份”的法官能够做到不偏不倚，最终减弱了调解效果。因此，笔者认为，可参照美国和日本的良好做法，由法院牵头相关部门建立调解委员会，在庭审结束后，独立、专门地针对家事纠纷进行调解，以审判职能与调解职能的短暂分离，更好地促成当事人达成调解或和解合意。

2.以服务为理念的审判工作机制改革

针对家事案件进行诉讼服务是国外家事纠纷解决机制的特色内容，其涵盖了为当事人提供咨询和帮助、向法庭

提供调查建议等内容，体现出了家事纠纷解决的经济性原理。

（1）设立家事调查官和建立司法服务机制

借鉴台湾法院先进经验，合意型机制中的家事调查官，应由社区工作者、教育、心理学等专业背景的人员担任，其需根据法院的委托和指派，对家事案件所需明确事项进行调查，以为调解与裁判提供可靠依据。司法服务机制来源于澳大利亚诉讼家庭服务制度的思考，当然，其与家庭服务制度的区别在于，司法服务机制仅限于通过法院司法辅助人员在司法层面提供咨询和帮助，以减少对家事案件当事人诉讼能力的过多苛责。

（2）建立心理干预疏导、弱势群体权益维护机制

家事纠纷蕴含的情感伤害及弱势群体权益维护等是家事案件审理必须面对和解决的问题。因此，心理干预疏导、弱势群体权益维护机制应贯穿于家事审判的整个过程。其一方面可由法官、心理辅导等专业人士组成心理疏导小组，在诉前、庭前、庭后调解过程中及案件审结后，对当事人进行心理靶向治疗；另一方面可将适合成年人制度、妇女、儿童、老年人权益保障制度融合，及为弱势当事人提供权益维护帮助。

（3）完善多元纠纷解决机制

合意型机制的多元化构成，可以美国 ADR 及澳大利亚 FDR 机制为启示，一方面可借助律所等法律服务机构、心理咨询机构、民间调解组织等的参与，实现家事纠纷化解的专业化引导，另一方面还可与政府部门、社区居委会、村委会、当事人近亲属等相互合作，以多方力量汇聚促使纠纷能够有效化解；最终实现对完全对抗式纠纷化解模式的抛弃，代之以注重各方协同合作的非对抗式的纠纷化解新机制。

3.以纠纷解决为导向的审判工作机制改革

无论家事审判改革的步伐前进到何种地步，其所希望的必定是更多家事矛盾的有效解决。合意型机制即是以此为导向，希冀通过司法职权的运用，在非对抗环境中促使家事纠纷的彻底化解。

（1）完善庭前法院依职权的证据探知

当前家事审判仍遵循的“谁主张、谁举证”原则，对举证不能或是处于弱势当事人的权益保障显然不利，从而遵从“法院职权探知主义”，完善法院庭前依职权的证据调查，将更有助于对家事纠纷客观事实的了解与确定。因此，庭前法院依职权的证据探知，要求法院依据案件的具体情况，准确把握可通过职权调取证据的范围和程度；同时，也应从立法上明确持有证据当事人及相关人员协助提供证据及线索的义务与责任。

（2）探索庭后离婚冷静期制度

由司法实践，多数离婚纠纷仅是存在婚姻危机而未达到情感确实破裂，从而为实现对离婚纠纷的合理救治，笔者认为，应当建立离婚冷静期制度，对庭审后经过调解的离婚案件，如一方当事人愿意给予对方改过自新的机会，即可给予一定期限的离婚冷静期。而为了避免权利行使的过于拖延及实现离婚冷静期的既定力，可依从《婚姻法》惯用的 6 个月时限限定，在裁判文书中以“6 个月离婚冷静期内不准要求离婚”的形式表述。

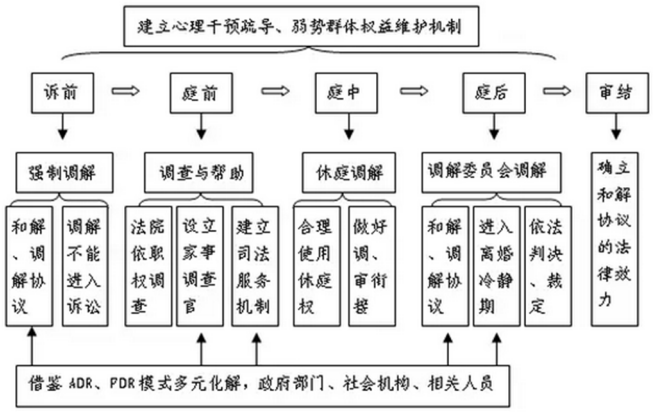
（3）确认和解协议的法律效力

由于我国法律并未对和解协议作出效力认定，导致当事人极易作出反悔承诺的行为，造成纠纷化解的反复性与不确定性，制约了和解在家事纠纷化解方面的功效。因此，对于和解协议法律效力的赋予，笔者认为，可参照确认人民调解协议法律效力的方法，经法院确认后的和解协议，便可拥有法律约束力，一方不履行协议时，另一方即可申请强制执行。当然，因人身关系不具有强制执行性，也只有涉及财产关系的家事纠纷和解协议才可申请司法确认。

（二）合意型家事纠纷解决机制的司法融入

为了保证合意型机制能够实现有效运作，依据上述要素的具体设定，笔者尝试将家事审判程序与合意型机制进行了融合性探索，基本情况如下图：

图 3：合意型家事纠纷解决机制的框架构成



合意型机制依从家事案件审判的基本程序设立，并建立在完善心理干预疏导、弱势群体权益维护机制等基础之上。其中，诉前须进行强制调解，帮助当事人形成调解或和解合意；庭前通过扩大法院依职权调取证据能力、设立家事调查官、建立司法服务机制等方式，实现对家事纠纷化解帮助；庭中则要求法官合理运用休庭权，适时调解家事纠纷，并做好调审有效衔接；庭后通过建立调解委员会，促成调解或和解协议达成，并针对离婚案件，设立离婚冷静期；审后，通过完善和解协议法律效力确认途径，以保证纠纷化解效果。同时，合意型机制还借鉴了 ADR、FDR 机制多元化解纠纷经验，在家事案件审理中通过凝聚法院、政府、社会组织等多种力量，以达到家事纠纷化解的高效优质。

＊ 周宏，东台市人民法院党组书记、院长；寇建东，东台市人民法院办公室法官助理。

1. 如英美法系中的美国家庭法院(法庭)由法官、社会工作者以及其它合适的专业人士组成，注重各种特殊专业方法在解决家事纠纷中的运用，所采用的程序规则更为灵活可变通，较少具有对抗性；大陆法系中的德国早在 1977 年《德国民事诉讼法》单设一编规定家事案件诉讼程序，从事务管辖角度成立专门家事法院（法庭），采取和解前置、限制辩论等方式，以区别于普通民事审理。参见孟慧：《家事纠纷解决机制研究》中国政法大学出版社 2008 年版，第 16-20 页。

2. [日]高见泽磨著：《现代中国的纠纷与法》，何勤华、李秀清、曲阳译，法律出版社 2003 年版，第 6 页。

3. 在司法实践中，婚姻家庭案件结案方式除判决、调解、撤诉或按撤诉处理外，还有驳回起诉、终结审理、移送等，但因数量较少且与本文研究内容关联性较低，故不作统计。

4. 棚懒孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 62 页。

5. 齐树洁：《民事司法改革》， 厦门大学出版社 2006 年版，第 57－58 页。

6. [美]卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 60 页。

7. 参见常怡：《外国民事诉讼法新发展》，法律出版社 2009 年版，第 273 页。

8. 杨冰：“从理念转变到多元协作——略论美国家事纠纷解决机制新发展”，载《河北法学》2011 年 12 月第 29 卷第 12 期，第 181 页。

9. 张晓茹:“家事事件程序的法理分析”，载《河北法学》2006 年 6 月第 24 卷第 6 期，第 70 页。

10. 同引 8。

11. 大陆法系国家较为看中家事纠纷的社会公益性和隐私性，因此调解在大陆法系国家有着更多的规范性，比如日本的家事诉讼程序就将调解作为前置程序。相对的如英美法系国家从缓解司法资源的有限性与大幅增长的家事纠纷的矛盾出发，设置任意调解，当事人可以选择诉讼，也可以选择调解解决家事纠纷。参见参见孟慧：《家事纠纷解决机制研究》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 25 页。

12. 陈苇、曹贤信：“澳大利亚家事纠纷解决机制的新发展及其启示”，载《河北法学》2011 年 8 月第 29 卷第 8 期，第 41 页。

13. 陈宗荣、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局 1 9 9 6 年版，第 9 3 6 页。

一方婚前支付首付购置的不动产，婚后共同还贷，离婚时如何分割

2017-07-11 家事法务 肖峰、田源主编

【典型案例】

当事人：原告：于某甲；被告：祝某。

原告于某甲与被告祝某于2012年5月10日登记结婚。原告于婚前即2012年1月20日购买位于大连市甘井子区、面积64.64平方米房屋一处，房屋价格为368，448元，贷款160，000元，原告婚前偿还部分贷款，在与被告婚姻存续期间偿还贷款63，857.23元。该房屋产权登记所有权人为原告。原告于2015年3月18日将该处房屋出售给案外人马某，已办理产权登记变更手续，原告自认虽然房屋买卖合同记载房款为510，000元，但实际出售价款为690，000元。此房屋在房产部门登记交易时间为2015年3月28日。2015年3月21日，马某在其贷款银行将贷款490，000元发放至原告在中国建设银行大连五一广场支行个人账户。该账号从此日后无存款，后原告于2016年3月15日向房屋结算资金托管专户转款两笔，分别为310，000元和88，000元。

原告诉称：原告于某甲称夫妻关系已彻底破裂，原告起诉要求解除原、被告的婚姻关系，确认原告婚前购买房屋婚后还贷部分系以原告个人财产偿还，属原告个人财产。

被告辩称：被告同意离婚，房产属夫妻共同财产，应依法分割。

【审理要览】

法院认为，对于原告婚前购买的位于大连市甘井子区、面积64.64平方米房屋，根据《婚姻法解释三》第10条的规定：“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39条第1款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”

原告婚前购买的该处房屋系原告婚前财产，应归原告所有，但原、被告登记结婚后，偿还该房屋贷款63，857.23元，原告提供的民生银行借记卡客户对账单不能证明该还款系以其出售婚前房屋款项偿还，应认定为以夫妻共同财产偿还，故原告应按照婚后偿还贷款50%即31，928.62元给予被告补偿。对于该房屋婚后增值部分，因该房屋原告购买时价款为368，448元，出售时实际房款为690，000元，那么该房屋婚后增值应为321，552元（690，000元-368，448元），此增值部分原告应按照50%即160，776元给予被告补偿。判决：（1）准予原告于某甲与被告祝某离婚；（2）原告于某甲于本判决生效后10日内向被告祝某支付位于大连市甘井子区、面积64.64平方米房屋婚后偿还贷款补偿款31，928.62元、房屋增值补偿款160，776元，合计192，704.62元。

【裁判思路】

1.同类案件处理要点

（1）《婚姻法解释三》第10条规定的是夫妻一方婚前以个人财产支付首付的情况，如果以夫妻共同财产支付首付，则不属于该条规定的情形。

（2）我国施行不动产登记制，如果不动产所有权证登记所有人为夫妻双方，那么则应按照夫妻共同财产进行分割，不适用《婚姻法解释三》第10条的规定。

（3）离婚时对于共同还贷部分及其增值可以按照如下方式计算：夫妻共同还贷部分占房屋本金和已还贷款利息的比例，乘以离婚时房屋的市场价值。夫妻婚后共同还贷部分（含婚后偿还的本金和利息）÷实际购房款（房屋购买价+离婚时已还全部利息）某离婚时房屋市场价。

（4）离婚时应由产权登记一方对另一方进行补偿，实际分割时考虑到需要照顾子女和女方的权益，不能完全对半进行分割。

2.相关法律风险提示

（1）离婚分割房产时，首先应看房产登记信息，原则上不动产物权以登记为准，如果房产登记为夫妻共同所有，那么则排除对《婚姻法解释三》第10条的适用。

（2）适用《婚姻法解释三》第10条规定的条件有以下四点，应同时具备：①夫妻一方婚前签订不动产买卖合同；②以个人财产支付首付款并在银行贷款；③婚后用夫妻共同财产还贷；④不动产登记于首付款支付方名下。

（3）《婚姻法解释三》第10条规定的是“人民法院可以判决该不动产归产权登记一方”，并非“必须”，实践中法官可以根据案件实际情况进行判决，譬如支付首付款一方有多套房产，但另一方没有住房等，则可考虑将该不动产判给另一方。

【裁判规则】

1.法律法规

《婚姻法》（2001 年 4 月 28 日修正）

第十七条夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金；

（二）生产、经营的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

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。

第十九条第一款夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

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。

《物权法》（2007 年 3 月 16 日第十届全国人民代表大会第五次会议通过）

第九条第一款不动产物权的设立、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。

2.司法解释

《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。

《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）

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。

3.地方司法文件

《上海市高级人民法院〈关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题〉的解答一》（沪高法民一\[2004\]25 号）

六、夫妻一方婚前以个人财产按揭购买房屋，婚后夫妻共同清偿贷款，在离婚诉讼中如何处理？

答：夫妻一方婚前以个人财产购买房屋并按揭贷款，产证登记在自己名下的，该房屋仍为其个人财产。同样，按揭贷款为其个人债务。婚后配偶一方参与清偿贷款，并不改变该房屋为个人财产的性质。因此，在离婚分割财产

时，该房屋为个人财产，剩余未归还的债务，为个人债务。对已归还的贷款中属于配偶一方清偿的部分，应当予以返还。对于产证登记在一方名下，但配偶方有证据证明婚前购房时其也共同出资的，在离婚分割财产时，该房屋仍为产证登记人的个人财产，剩余未归还的债务，为其个人债务，但于首付款和已归还的贷款中属于配偶一方出资和清偿的部分，应当予以返还。

若配偶方同时有证据证明，其婚前是基于双方均认可所购房屋为共同所有的前提下进行出资的，则虽然该房产登记在一方名下，仍宜认定为夫妻共同财产，分割时应按共同财产的分割原则进行处理，同样，其按揭贷款债务为共同债务。但在分割共同所有的房产时，对于存在当事人出资数额比例悬殊，且婚后确未共同生活或婚姻关系存续期间较短等情形的，也应一并考虑，可参考当时的出资比例对房产进行分割，而不宜拘泥于各半分割。

《湖北省高级人民法院民事审判工作座谈会会议纪要（2013）》

20.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，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，由产权登记一方对另一方进行补偿。

双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分计算方式为，夫妻共同还贷部分占房屋本金和已还贷款利息的比例，乘以离婚时房屋的市场价值。（夫妻共同还贷部分）÷（房屋本金+已还贷款利息）×（离婚时房屋的市场价值）

《江苏高院民一庭婚姻家庭案件疑难问题法律适用研讨会综述（2005）》

（三）关于一方婚前以个人名义支付首期付款、办理房贷，婚后以夫妻共同财产支付房贷的房屋性质的认定及处理

与会代表认为，应当区分不同的情况分别进行认定。一方婚前以个人名义支付首期房款并办理房贷，如果婚后取得房屋所有权，无论登记于一方还是双方名下，均应当认定为夫妻共同财产，离婚时作为夫妻共同财产进行分割；对于一方婚前支付的首期付款，可由另一方返还一半；尚欠的贷款，作为夫妻共同债务，由双方返还。如果所有权系婚前取得，则应当结合产权登记情况进行认定。如果登记于双方名下，则认定为夫妻共同财产，处理原则同上；如果登记于一方名下，则认定为一方个人财产，对于婚后以夫妻共同财产偿还的贷款部分，由享有所有权的一方予以返还；不享有所有权一方要求分割房屋增值部分相应收益的，人民法院应予支持。

《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》（2008 年 8 月 14 日江西省高级人民法院审判委员会第 22 次会议通过）

（1）夫妻一方婚前贷款购置的房屋、车辆等财产，如婚前已全部还清贷款的，该财产为婚前财产。夫妻一方婚前贷款购置的房屋、车辆等财产，婚后用夫妻共同财产归还了部分贷款的，应按比例划分个人财产和共同财产。婚前归还部分贷款的相应财产及其增值部分或损耗部分为婚前个人财产，婚后共同归还部分贷款的相应财产及其增值或损耗部分为夫妻共同财产。由于婚前购买方系买卖合同和借款合同的相对人，在分割时可以根据实际情况适当照顾购买人的利益，将该财产分配给购买方，由购买方向对方支付相应的对价；如购买一方能证明婚后其仍以个人财产单独偿还贷款的，可认定为个人财产。

（2）对于一方名义贷款购置房屋等财产，离婚时尚未还清贷款的，法院不宜强制变更借款合同当事人，原则上可将该财产判归一方，由贷款方支付对价，如认为应判归非贷款方的，应当征得合同相对方贷款银行同意，并由非贷款方支付相应的对价。

（3）离婚时已还清贷款的，可根据双方的生活需求、经济能力、财产的有效合理使用等情况，将财产判归一方所有，分得该财产的一方支付相应的对价给另一方。

《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》（2014 年 5 月 21 日修订）

二十六、夫妻一方婚前出资购买房产，登记在夫妻双方名下，如双方未对该房产作出特别约定，应认定该房产为夫妻共同所有，但在离婚分割该房产时，出资一方可适当多分。

二十九、《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 10 条第 2 款规定中的“双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分”一般可以按照如下公式计算：夫妻婚后共同还贷部分（含婚后偿还的本金和利息）÷实际购房款（房屋购买价+离婚时已还全部利息）×离婚时房屋市场价。

【专家视点】

1.离婚诉讼中，一方婚前按揭购买房屋，婚后夫妻共同还贷，产权登记在一方名下，离婚时按揭房屋的归属问题成为焦点。通常情况下，买受人与房地产开发商签订房屋买卖合同后，商品房的买卖关系已经成立。贷款购买房屋的，买受人先付清首付款，剩余款项在银行办理按揭贷款手续，银行审查买受人的收入状况及资信后，将所贷款项直接划入开发商的账户。至此，买受人的付款义务已经全部完成，与银行之间形成债权债务关系。婚后取得房屋所有权证，并不意味着该房屋就属于夫妻共同财产。房屋所有权证虽然系婚后取得，但财产权益在婚前签订房产买卖合同后就已经取得。也就是说，婚后房屋物权的取得并非凭空取得，而是依据婚前的债权转化而来，因此离婚时判归产权登记一方比较公平。

至于婚姻关系存续期间用夫妻共同财产还贷部分以及增值部分，离婚时要根据《婚姻法》第39条的规定，在照顾子女和女方权益的原则下进行判决。具体到如何分割的问题，有人提出一个计算公式即双方应共同分割部分＝夫妻婚后共同还贷部分÷实际总房款（总房款本金＋已还利息）×离婚时房屋的市场价值，这种计算方法相对比较公平。实际分割时考虑到需要照顾子女和女方的权益，不能完全对半进行分割。比如，双方应共同分割部分的数额为30万元，如果是男方婚前贷款买房，根据案件的实际情况，可以判决给女方超过15万元的补偿。

——杜万华、程新文、吴晓芳：《〈关于适用婚姻法若干问题的解释（三）〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2011年第17期。

2.对于一方婚前签订购房合同支付首付款并在银行按揭贷款、婚后夫妻共同还贷的房屋，完全认定为夫妻共同财产或者一方个人婚前财产都是不对的。此类房产实际是婚前个人财产和婚后共同财产的混合体。人民法院在离婚案件中判决分割此类房产的原则是，既要保护个人婚前财产权益，也要依照《婚姻法》关于照顾子女和女方利益的原则公平地分割婚后双方共同还贷形成的夫妻共有的财产权益，同时还不能损害作为债权人的银行的合法权益。

——奚晓明主编：《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。

社会变迁与家事纠纷解决|家事法新书推荐

2017-07-13　审判前沿 王静姝

“读一本好书，就是和一位品德高尚的人谈话”，在阅读的过程中，我们不仅聆听智慧之音，更能沉淀思维的光芒。“审判前沿”开通【前沿·读书】栏目，主推新奇有趣的法政好书。首期以家事法为主题推荐三本新书。通过比较研究和域外解读，一起来看变迁中的家庭生活、家事法律冲突及纠纷解决。

编者按

荐者语：

家事纠纷往往涉及到习俗、价值观、个人隐私与公共政策、法律规制之间的激烈冲突，相比其他民商事案件，裹挟着更多基于个案的不确定因素，我们还要面对随着社会变迁而变得更加复杂的家庭结构，这些都给法院的纠纷解决工作带来挑战。

这本《家庭法与私生活》（法律出版社，2015年5月出版）由牛津大学家庭法教授约翰·伊克拉写作，关注变迁中的家庭生活本身，寻找其中体现的价值观，并且探讨立法和司法应该了解哪些价值观，以及在法律实践中应当如何处理它们。本书围绕权力、友情、真实、尊重、责任、权利、社群几个主题对英国家庭法律政策进行了深入的探讨，并且在引注中提供了大量真实案件、相关主题的研究成果，便于感兴趣的读者就某个问题进一步阅读。本书的特点在于，既提供具有历史纵深的政策梳理，又勇于探讨尚未解决的新问题。例如，在对亲子关系确认之诉的历史考察中，伊克拉展现了法律政策在价值上的摇摆，对亲属关系真实性的法律规制，过去都是为了保护成年人而非儿童的利益而设置，身份关系、男女性别不平等与财产权的绑定一度让制度设计充满了矛盾。通过比较法研究，本书展现了许多不同的尝试路径。

《永远的父母：家庭法中亲子关系的持续性》（法律出版社，2015年9月出版）由悉尼大学的家庭法专家帕特里克·帕金森写作，本书的主题更加集中在亲子关系而不是婚姻关系，因为即使父母离异，亲子关系以及相伴随的法律问题将伴随终身。更准确地说，本书讨论父母分居或离婚后的子女养育问题，包括离婚制度和子女监护模式的演变、离婚或分居后亲子关系的运行模式，受到家庭暴力、父母迁居影响的离婚后亲子关系以及离婚后抚养费的分配模式。作者具有鲜明的社会性别视角，在研究中明确指出，在家庭法规制中要重视保护儿童和女性这一观念。帕金森在澳大利亚家庭法构建过程中发挥了重大的作用，本书反映了2006年澳大利亚家庭法律体系改革中许多重要概念和机制，例如“家庭关系中心”概念，儿童支持计划以及全国性的家庭中心网络建设等，同时也提供了丰富的

真实案例和比较法研究成果。本书作者还有一部与家庭法相关的新作《澳大利亚家庭法解析》（2015 年第 6 版），更加全面地展现了澳大利亚家事法的体系和实践。

前面介绍的两部作品主要关注的是家事实体法的内容，而下面介绍的《家事纠纷法院调解机制研究》（法律出版社，2016 年 10 月出版）是一本关于家事调解制度的比较法研究，从多元纠纷解决机制的角度讨论对家事纠纷的处理。本书既有对日本、法国、中国台湾、澳大利亚、英国和中国香港的家事调解制度的梳理，又对我国家事纠纷调解进行了历史和实证的研究，通过统计和访谈对离婚、继承、抚养等不同类型家事案件进行了针对性的分析，提出了我国现行家事调解存在的问题。本书还根据我国的法律实践情况，用相当篇幅论述了如何构建专门化的家事调解制度，同时也对调解方式处理家事纠纷的范围和局限进行了反思。本书对于我国探索家事审判改革和开展诉前多元调解，特别是对于基层法院如何针对不同的家事案件引导当事人选择不同的纠纷解决方式，有很强的针对性。

具体书目

1.[英]约翰·伊克拉（John Eekelaar）著：《家庭法和私生活》(Family Law and Personal Life)，石雷译，法律出版社 2015 年 5 月。

2.[澳]帕特里克·帕金森（Patrick Parkinson）著：《永远的父母：家庭法中亲子关系的持续性》(Family Law and the Indissolubility of Parenthood)，冉启玉主译，法律出版社 2015 年 9 月。

3. 汤鸣著：《比较与借鉴：家事纠纷法院调解机制研究》，法律出版社 2016 年 10 月。

离婚时约定债务由男方承担 女方还要承担还款责任吗？

2017-07-14 江苏高院 吴皆与 唐海山

夫妻二人办理离婚手续，协议中约定婚姻存续期间的债务由男方承担，女方还要承担还款责任吗？近日，常熟法院审结一起定作合同纠纷，判决被告朱女士对其前夫徐某结欠原告某货架厂的货架价款及违约金承担还款责任。

离婚前，朱女士和丈夫徐某共同经营一家小超市。2010 年 12 月起，因经营需要，徐某向某货架厂购买了一些超市货架及设施，但未能按约付清全部款项。2013 年 12 月，朱女士和徐某登记离婚。2014 年 4 月，某货架厂提起诉讼，常熟法院判决徐某支付价款 35750 元及相关违约金。但之后徐某仍分文未付。后原告某货架厂向法院申请执行，但因未查明徐某有可供执行的财产线索，执行程序被裁定终结。

眼看迟迟拿不到货款，某货架厂认为，徐某与其发生业务往来时，与朱女士仍是夫妻关系，相应债务应属于徐某与朱女士夫妻共同债务。因此某货架厂将朱女士诉至法院，要求其对徐某结欠的价款 35750 元及相应违约金承担共同还款责任。

经调查，朱女士与徐某登记离婚时，在离婚协议中曾约定，夫妻关系存续期间共同债权、债务全部由徐某享有或负责偿还。那么朱女士还应不应该对上述债务承担还款责任呢？

法院审理后认为，徐某于 2010 年 12 月至 2011 年 1 月与原告货架厂发生的业务往来结欠的价款及由此产生的违约金均发生于徐某、朱女士夫妻关系存续期间，属于夫妻共同债务，应当由夫妻二人共同承担。法院判决徐某承担支付货架价款及违约金责任后，徐某未能履行生效判决书确定的义务，且经法院强制执行亦未能使徐某相应的义务灭失。虽然朱女士与徐某于 2013 年 12 月登记离婚，但其仍应对徐某结欠原告货架厂的价款及违约金承担还款责任。被告朱女士与徐某在离婚时达成的处理债权债务的协议属于其二人内部约定，对外不当然具有约束力。最终支持了原告货架厂的诉请。

法官说法

根据我国婚姻法相关司法解释，“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。”

本案中，徐某与朱女士婚姻关系存续期间，徐某以个人名义所负债务，系属于因家庭经营活动产生的债务，应当按夫妻共同债务处理。原告作为债权人，可以要求徐某、朱女士共同承担还款责任。朱女士与徐某在离婚协议中关于债权债务处理的约定，属于其二人内部约定，对外不当然具有约束力。朱女士在承担清偿责任后有权基于离婚协议向徐某主张追偿。但如果朱女士能够积极举证证明原告与徐某已将上述债务明确约定为个人债务的，朱女士对相应债务不承担还款责任。但本案中朱女士并未出庭应诉，放弃了自己的诉讼权利，因此法院依法作出如上判决。

来源：常熟市人民法院

父母并未离婚，孩子能否主张抚养费？

2017-07-14 江苏高院 如皋市人民法院 李茜

欢欢，一个穿着红色肚兜躲在襁褓里睡得香甜的小婴儿，在这刚满百天的日子里，本应在影楼拍摄百日照，亦或在酒店举办百日宴，然而他却出乎意料地坐在了法庭的原告席。坐在对面被告席的不是别人，正是他的亲生父亲。

原来，去年年底，欢欢的爸妈发生了一些不愉快，欢欢的爸爸一气之下就离开了正怀着孕的欢欢妈妈以及九岁的女儿。这一走就是一年。“一年的时间就给了我们一千块，我既要照顾大女儿，还要日夜照顾儿子，奶粉、尿不湿哪样不要钱？”欢欢妈妈哭诉着，巨大的开销让尚在哺乳期还未能工作赚钱的她愁眉不展。无奈之下，她只能替两个孩子将自己的爸爸告上了法庭，要求孩子的爸爸支付抚养费。收到法院传票的欢欢爸爸惊讶不已，理所当然地认为自己没有离婚，也给了生活费，根本不存在抚养费纠纷。

同在哺乳期的年轻女法官深知，孩子的抚养需要花费很大的精力，孩子的成长更需要一个和睦的家庭。这个案件不仅仅要解决孩子抚养费的问题，还要修补孩子父母之间的间隙，给两个孩子营造一个良好的成长氛围。庭后，她组织双方进行调解，从法律上讲解夫妻存续期间父母对孩子的抚养义务，从情理上化解孩子父母之间存在的矛盾。

一个多小时的调解后，也许是法官的劝解点醒了他，也许是为人父亲的良知触动了他，欢欢爸爸的脸上流露出一丝自责和愧疚。他表示今后会每月支付两个孩子生活费 2000 元，并且承诺第二天就把之前没能履行到位的抚养费给欢欢妈妈送过去。夫妻两人也表示，以后不管遇到什么矛盾，都会好好沟通，给孩子做出好榜样。

法官点评：

父母对子女负有法定抚养义务，即使是婚姻关系存续期间，只要父母双方或者一方拒不履行抚养义务，未成年或者不能独立生活的子女都可以通过法律途径，请求支付抚养费。

恋爱期间共同出资所购房屋的权属认定

2017-07-14 北京市东城区人民法院 金滨法官

当下，男女在恋爱期间，尤其是到了谈婚论嫁的时候，双方共同出资购房已是普遍现象。从传统角度以及现实情况看，恋爱关系中的双方虽然有着一定程度上的人身依附性，但显然并未达到受家事法律规范调整的程度，又因为这种人身依附性，与一般普通民事主体之间的商业合作亦存在显著区别，在购房时极少有签署书面协议的情况。

那么，恋人共同出资所购房屋的权属该如何认定？影响权属认定的关键要素是什么？当确权遇到限购政策该如何处理？

案例

原告：王某

被告：张某

王某与张某原系恋人关系。2012 年 6 月 6 日，张某与鲍某以及某房地产经纪公司签订《北京市房屋买卖居间合同》，约定鲍某将位于北京市东城区一处房产出售给张某，房屋总价款人民币 380 万元。签约当日，王某向某房地产经纪公司职员支付居间服务费人民币 4.3 万元，并向原房主鲍某支付购房定金人民币 20 万元。

2012 年 6 月 27 日，王某之父王某某向张某转账人民币 150 万元，该转账附言处备注为“房款”。

2012 年 6 月 28 日，张某向原房主鲍某转账支付购房款人民币 2 297 500 元。2012 年 6 月 30 日，王某向通过银行转账向原房主鲍某支付购房款人民币 197 310 元。

2012 年 7 月 2 日，张某和某银行签订《个人购房按揭贷款借款及抵押合同》，贷款 100 万元，期间为 360 个月。同日，张某取得涉诉房屋产权证书。2012 年 8 月 19 日开始，张某每月向贷款人还本付息。后王某、张某二人分手，王某要求张某支付房屋折价款，但张某不同意。故王某诉至法院。

王某主张，要求确认其为涉诉房屋共有权人。

张某辩称，涉诉房屋属于自己单独所有，且房屋贷款由自己独自偿还，税费和装修款亦由自己支付。该房屋一直由自己居住使用，王某从未在该房屋居住过。王某向中介公司及原房主支付的款项系代张某支付的行为，王某父亲向张某转账系为稳定恋爱关系，以结婚为目的的赠与行为，双方未形成共同出资购房关系。另，王某至今未取得北京市购房资格，没有与张某共有房屋的法律基础。故不同意王某的主张。

庭审中，王某、张某均认可购房时为恋爱关系。王某称二人于 2014 年解除恋爱关系，张某称二人于 2013 年 10 月解除恋爱关系。

经查，原告未取得北京市购房资格。

法院认为：

根据已查明的事实，王某向原房主支付购房定金人民币 20 万元，支付购房款人民币 197 310 元，并向居间方支付居间费 4.3 万元。张某称上述三笔款项系王某代为张某所支付，对此，王某不予认可，张某亦未提供证据予以证实，故对于张某该项主张本院不予采信。王某之父向张某转账人民币 150 万元，在转账时备注为“房款”，转账时间为 2012 年 6 月 28 日，与张某向原房主支付房款时间相契合，故王某所提该笔款项系购房款的主张，本院予以采信。现张某称该笔款项系王某某对其的赠与，但未能提供充分证据予以证明，故对于张某该项主张，本院不予认可。

购买涉诉房屋时，王某、张某尚处恋爱期间，并有结婚意向，二人共同出资购买涉诉房屋，虽涉诉房屋产权登记在张某一人名下，仍应认定涉诉房屋由王某、张某共同所有。但由于王某未取得北京市购房资格，无法成为涉诉房屋所有权人，故对于王某要求确认其为涉诉房屋共有权人的诉讼请求，本院不予支持。王某可就出资款及其他权益，另行主张。

法院遂判决驳回了王某的诉讼请求。

判决后，原、被告均未上诉。

非产权人一方出资款性质的认定

出资款的性质是权属认定的关键要素。一般情况下，非产权人一方的出资款性质一般分为三种情况：1、借款，即将款项出借给恋人，帮助恋人购房；2、赠与，即将款项无偿赠与给恋人；3、共同出资购房，即二人均有购房意向，所支出的款项均系以购房为目的。

第一，如何认定系借款关系？

产权一方如提出系借钱购房，因特殊身份关系双方未留下字据。该主张本身符合常理，且产权人自认借款，系主动认可债务的行为，出资方可在民间借贷纠纷中寻求资金保护。故该主张会减轻产权人的举证责任，易被采信。

但如果考虑到地区房屋价值大幅增值的客观现实，产权人自认债务的行为，不失为舍小利逐大利之举。故法院在审查出资款是否为借款时，应审查此后是否有实际还款的行为。如在购房后一段时间内，产权人曾有过还款记录（能明确排除用于其他生活需要的资金往来），则应认定为借贷关系。如自收到出资款至对方提起确权之诉，产权人从未有过还款行为，则不宜认定为借款。

第二，赠与的认定与举证责任。

“赠与”是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人、受赠人表示接受的一种行为。双方应有明确的“无偿给予”和“接受赠与”的意思表示，即达成赠与合同，方能形成赠与的基础。根据《合同法》相关规定，赠与合同为无偿合同、单务合同、诺成性合同。

因赠与合同的无偿性以及单务性，产权人提出出资款为赠与合同时，法院会审查出资人是否真实存在赠与的意思表示，在出资人不认可的情况下，则会加重产权人的举证责任。若无书面证据，产权人提供录音视频资料、手机文字讯息资料以及证人证言均可。若产权人无法举证对方曾明确表达过赠与，法院一般不采信其赠与的主张。

共同出资购应当如何认定

认定共同出资购房前，首先要明确非产权人一方出资时是否有购房意图。如有文字或影音资料明确表示过购房意向，再如本文前述案例中，王某之父转账时明确备注“购房”。其次应审查其出资款在所付款项（不含贷款金额）中的比重，比重过低（如首付 200 万元的情况下出资 10 万元）不宜认定为共同出资购房。最重要的是，要排除产权人提出其他的资金用途的可能。

在非产权人一方的出资款被认定为以共同出资购房为目的的购房款时，若无其他特殊情况，宜确认恋爱期间共同出资所购房屋为双方共有。

确认权属时遇上限购政策怎么办？

现如今很多城市均有限制非本地户籍人口购房的政策。而法院裁判文书又是取得房屋权属的有力依据。如果在认定共同出资购房的基础上，直接判决房产归二人共有，则极有可能开辟出规避限购的先河。

正如本文案例中的王某，其未取得北京购房资格，无法自行购买北京房产，若判决确认涉诉房产归二人共有，便可绕开限购政策。这种情况下，笔者认为，保护共同出资人的利益和防止规避政策、恶意滥诉应该兼而顾之。故提出两点建议：第一，在确定共同出资购房的基础上，确认非产权一方对房产享有财产性权益；第二，因限购原因

无法成为共有权人时，释明其可就财产性权益另行主张。

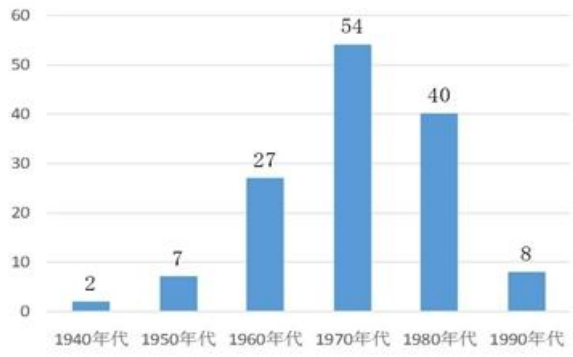
核对：焦文　璐蔓

规范重婚案件审理 维护社会和谐稳定

——重庆二中院关于重婚案件的调研报告

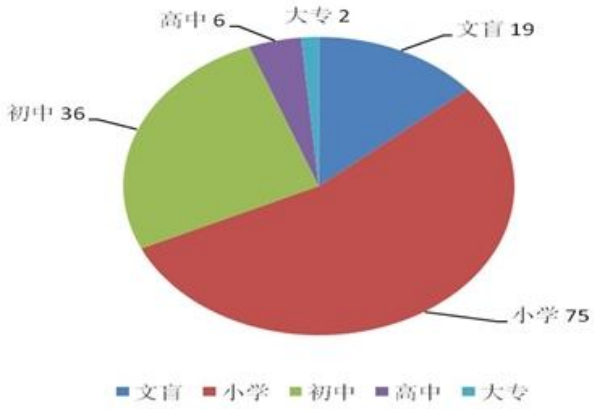
2017-07-13 人民法院报

图一：2015-2016 年度重婚罪被告年龄分布情况图



图一：2015 年至 2016 年度重婚罪被告年龄分布情况图

图二：2015-2016 年度重婚罪被告学历分布情况图



图二：2015 年至 2016 年度重婚罪被告学历分布情况图

核心提示：最高人民法院于 2016 年 4 月 21 日发布了《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》。为从刑事审判领域配合家事审判改革，重庆市第二中级人民法院就该院辖区 9 个基层法院近两年来重婚案件审理情况进行了调研。

一、审结的重婚案件基本情况及其特点

从 2015 年 1 月至 2016 年 12 月间，重庆市第二中级人民法院辖区 9 个基层法院共审结重婚案件 79 件，共涉及 138 名犯罪人。从整体上来看，重婚案件呈现出以下几个显著特点。

1.犯罪者年龄段跨越度广而又相对集中。从年龄结构来看，犯罪者跨越 1940 年代至 1990 年代各个年龄段。在具体犯罪人数上，其中“40 后”2 人，“50 后”7 人，“60 后”27 人，“70 后”54 人，“80 后”40 人，“90 后”8 人。“60 后”“70 后”“80 后”在犯罪总人数上共 121 人，占比 87.68%（见图一）。

2.犯罪者文化程度显著偏低。在文化程度上，犯罪者呈现出文化程度普遍偏低的特点。具体而言，在学历分布

上，这 138 名犯罪人中未见有本科以上高学历犯罪者，其中勉强算得上较高学历的有大专文化者 2 人，高中文化者 6 人。对于另外 130 名占比 94.2%的初中及其以下文化程度者，分别为文盲 19 人，小学文化者 75 人，初中文化者（含肄业）36 人（见图二）。

3.以女性为主导居多。在这 138 名重婚案件犯罪人中，女性犯罪人 76 人，男性犯罪人 62 人。从整个重婚案件链条来看，体现出女性主导的特点。在这 79 件重婚犯罪案件中，有 70 件系女性有配偶而与他人以夫妻名义同居生活或结婚，男性有配偶而与他人以夫妻名义同居生活或结婚的仅 9 件。

4.犯罪方式较为隐蔽。从具体犯罪方式来看，在一定程度上体现出相对隐蔽和规避现行法律的趋势。一方面，其中有配偶而明目张胆地与他人在婚姻登记机关登记结婚的只有 2 件，占比仅 2.53%。另外 77 件案件都系有配偶而与他人以夫妻名义同居生活或明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活之“事实婚”。另一方面，在犯罪地点的选取上，未曾发现有在被害人眼皮底下同居者，相反明显呈现出躲避合法婚姻一方之特点。

5.犯罪原因较为单一。从犯罪原因来看，绝大多数都系夫妻因感情不和或迫于生活压力外出务工分居，致使一方情感得不到满足，内心空虚所致。在重婚后，有大约 80%的犯罪人生育了子女，且双方在感情上亦较为和睦，在社会上重新形成较为稳固的家庭关系。

二、审理重婚案件存在的难点及其问题

1.“以夫妻名义同居生活”的认定存在分歧。对于何谓以夫妻名义同居生活，极个别法院关心实质要件，强调配偶身份的内部认同。其认为只要是内部具备婚姻实质要件的同居关系，而不管对外是否以夫妻名义，都可径直认定为夫妻名义。然就绝大部分法院而言，都特别重视夫妻名义这一形式要件，其往往关注外界认知，强调的是是否对外以夫妻名义。此种以夫妻名义形式要件为主的做法，一方面为实践中重婚关系者规避法律制造了条件，致使大量实质上的重婚者逍遥法外，进而造成实质不公；另一方面，在诉讼过程中，也致使司法人员必须花费大量时间调查询问证人，以核实是否对外以夫妻名义，从而给诉讼带来诸多不便。

2.是否公开审理存在认识误区。在开庭审理方式上，虽然绝大部分案件都做到了公开审理，但也存在部分案件不公开审理的情形。究其缘由，就在于对重婚案件存在理解误区。有的法院认为重婚案件本身涉及个人隐私，重婚罪类案属不公开审理范围。有的法院虽不认为重婚罪类案属个人隐私范畴，但若重婚案件中涉及个人隐私事项，则不论所谓隐私是否对于案件认定具有重要影响，大都简单地以案件涉及隐私为由，对个案不公开审理。此种认识上的误区，其实是与我国以公开审理为原则，不公开审理为例外的程序设计相悖的，在一定程度上有损程序正义。

3.宽严相济刑事政策有待落实。从重婚跨越时间来看，不少案件自构成重婚罪至被查获之日，时间跨度在十几年，甚至是二十几年以上，其中有不少被告人年逾花甲甚至是古稀老人。即使是对于重婚时间相对较短的年轻被告人而言，重婚后其大都亦生儿育女，重新形成较为稳固的家庭关系。然有法官在审理过程中，对这些事实视而不见，机械适用法律对被告人宣告缓刑，甚至判处实刑。其结局就在于，过度给行为人贴上罪犯标签，不仅给其本人造成诸多不便，也使得犯罪人家属在一定程度上受牵连；过度监禁化，则致使趋于平衡的社会关系再次被打破。

4.具体刑罚有违罪刑相适应。从具体刑罚来看，在绝大部分将重婚双方都列为被告人的案件中，在最终处罚上，若无其他法定情节，一般而言双方都被处以相同刑罚。其实，重婚系共同犯罪，由此在原则上就存在主从犯之分。更为根本的是不少未婚的犯罪人在法律上享有配偶权，其所谓的重婚不过是对他人婚姻关系的破坏而已，其并未明显表现出对一夫一妻制婚姻制度的敌视态度。这与已婚的一方不仅破坏原配的婚姻关系，且明显藐视国家婚姻制度存在一定差异。对重婚男女双方“各打五十大板”的做法，显然是对我国刑法关于共同犯罪以及其他相关量刑规则的背反，有违刑法所规定的罪刑相适应这一基本原则。

三、规范重婚案件审理的思路

1.转变形式主义司法观念。在“以夫妻名义同居生活”的认定上，传统司法大都过于重视重婚行为的外在形式，致使重婚罪在实践中很难操作。事实上，配偶身份由外部认同与内部认同两部分构成，外部认同表现为对外以夫妻名义，内部认同表现为同居等婚姻实质性要件。在有配偶而与他人同居生活的场合，对于合法婚姻的另一方而言，事实上无论是否对外以夫妻名义，都是对其享有的配偶权的侵犯。对于社会而言，当是基于熟人关系时，有配偶的一方公然与异性同居生活，即使其对外不以夫妻名义，但熟人对此肯定是心知肚明的，其社会影响与对外以夫妻名义并无太大区别。当基于陌生人关系时，公众对其根本不熟悉，压根不知其有配偶，当事人无论是否对外以夫妻名义，公众都只会形成“男女关系”的含糊印象。由此可见，是否对外以夫妻名义事实上对重婚罪的保护法益并无二

致。因此，为避免实质不公以及确保诉讼顺利进行，在“以夫妻名义同居生活”的认定上宜采用实质标准，即只要有配偶者或明知他人有配偶者与他人同居具备一定公然性，且同时具备婚姻实质性要件，就可认定重婚。

2.规范重婚案件审理方式。根据我国刑事诉讼法第一百八十三条之规定，有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理；涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开的，可以不公开审理。就重婚案件而言，很显然其既不涉及国家秘密也不涉及商业秘密。也许有人认为其属于个人隐私案件，但隐私的核心在于在不损害第三人以及社会利益的情况下，对个人私人生活安宁和内心世界安宁的保护。重婚，其不仅侵犯了他人配偶权，也是对社会公序良俗的破坏，再者不少重婚者亦公然对外以夫妻名义。故重婚罪类案本身并不属个人隐私案件范畴，其应当坚持以公开审理为原则，以不公开审理为例外。因此，在审理重婚案件过程中即使有重婚原因、重婚所生子女等可能涉及个人隐私的因素，但只要其不是整个案件无法公开的关键证据，就可对其作出相关技术处理后全案公开审理。

3.落实宽严相济刑事政策精神。宽严相济刑事政策，是党中央在构建社会主义和谐社会新形势下提出的一项基本刑事政策。它要求根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，以最大限度地减少社会对立面，促进社会和谐稳定。对于重婚罪而言，其系最高刑为两年以下有期徒刑的轻罪，且事实上亦涉及婚姻家庭纠纷。因而，完全可在宽严相济刑事政策精神指导下，从维护社会和谐稳定视角出发，根据案件具体情形对特殊案件适当从宽。对于重婚持续时间在十几年，甚至在二十几年以上的案件，对于重婚后重新形成稳固社会关系、且合法婚姻另一方也表示谅解的案件，以及合法婚姻另一方对于被告一方重婚存在重大过错的案件等，人民法院一般就不应对被告人判处实体刑，也未必就一定将其贴上罪犯标签判处缓刑，相反可根据具体案情对其定罪的同时大胆免除处罚。

4.严守罪刑相适应原则。我国刑法第五条规定，刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。在处罚双方的场合，重婚系对合型共同犯罪，根据共犯原理，其原则上就可区分主从犯。对于重婚犯意的提起者，以及积极促成重婚犯罪的，可认为在共同犯罪中起主要作用的，进而认定为主犯；对于并非犯意提起者，也并未积极促成重婚，而是“半推半就”的，可认定为从犯，进而对其从轻处罚。不过除此之外贯彻罪刑相适应原则还必须注意两个方面。其一，有配偶者重婚与无配偶者“重婚”其社会危害性是存在差异的。一般来说，相比没配偶者重婚仅是对他人配偶权的破坏而言，有配偶的一方与他人以夫妻名义同居生活或结婚，其不仅破坏了他人配偶权，且明显表现出对我国法律所明确规定的基本婚姻制度之敌视态度，故在其他量刑情节基本趋同的情况下，在原则上对其处罚应略重于无配偶者。其二，有配偶者又与他人明目张胆的再次领证结婚，相比于仅仅是与他人以夫妻名义同居生活其社会危害性也是不同的。因为以夫妻名义同居生活而言，其仅仅只是事实上的关系，在持续一定时间之后当事人完全有可能“浪子回头”自行解除同居关系，甚至在一定程度上自行修复被破坏的社会关系，而再次领证结婚则是对婚姻彻底的破坏，基本就不存在修复之可能。因此对于有配偶者又再次领证结婚的被告人在处罚上亦应重于有配偶者与他人以夫妻名义同居生活的被告人。

（课题组成员：孙启福　吴美来　姚明平　胡　胜）

调解前置,将挽救婚姻做得更专业

2017-07-16 人民法院报 丁国锋 虞宙 沈馨雯

本报记者 丁国锋 本报通讯员 虞宙 沈馨雯

“以前遇到婚姻纠纷不知道怎么解决,更不好意思向别人开口求助。现在去婚姻纠纷调解室有人开导,不仅方便,还私密。”刚刚走出调解室的江苏省溧阳市溧城镇居民汪女士告诉《法制日报》记者。

“婚姻是家庭的纽带,家庭则是社会的细胞和组成单位。家庭作为社会最小单元,夫妻和谐不仅事关家庭幸福,更事关社会的稳定。”溧阳市司法局局长戴一平介绍,2012 年 10 月,溧阳市以“家”为突破口,扎实推进“和谐家庭创建”,成立婚姻纠纷调解室,由溧阳市司法局委派专业调解员,工作地点设在民政局,通过对婚姻家庭矛盾提供及时、有效、专业的前置调解,用交朋友、拉家常等方式,以情感化人、以道理服人,得到社会普遍认可和百姓的青睐。

据统计,婚姻纠纷调解室自运行以来,已成功调解劝和夫妻 991 对,借助“登记”这个工作前台,免费向婚姻当事人提供法律帮助、心理疏导、婚姻危机干预等方面咨询指导 11805 人次,使许多夫妻冰释前嫌和好如初。

润物细雨　协议离婚数持续下降

溧阳戴埠镇村民汤丽晴和黄平原本夫妻关系和睦。岂料,今年“五一”刚过,汤丽晴就因贪小便宜轻信电信诈骗,被骗 18 万元。

汤丽晴不敢把此事告诉丈夫黄平，但细心的黄平还是发现了妻子的不对劲，就追问妻子钱的去向。汤丽晴起初支支吾吾不敢说，在黄平一日赛过一日的追问中，渐渐也来了脾气，双方就此事吵得不可开交，最后竟然发展到要到民政局离婚的地步。

两人婚没离成，却先一步走进了溧阳市婚姻纠纷调解室。

“一夜夫妻百日恩，离婚千万别轻率，世上没有一票否决的爱情。”调解员周伟群的这句话让夫妻俩醍醐灌顶。随后，周伟群又引导两人回忆谈恋爱时的美好时光，婚后的感情历程，又和他们谈起孩子的未来，激发了二人对未来幸福家庭生活的憧憬。

待双方情绪平静后，周伟群经了解发现问题的焦点在于这莫名消失的 18 万元。通过反复做汤丽晴的思想工作，这才让她说出了事情的缘由。

得知事情原委后，周伟群告诫汤丽晴，以后要加强法治意识，不能贪图小便宜，夫妻之间要有商有量，坦诚相待。至于丈夫黄平，周伟群也语重心长地告诫他要以家庭为重，不能为钱就弄得家庭破碎。

经过周伟群这一番劝解，黄平拉起妻子的手深情地说：“老婆，我是爱你的，这婚咱别离了。”

婚姻和谐是社会和谐的基础，针对离婚率逐年攀升的态势，溧阳市婚姻纠纷调解室在实际工作中将调解环节前置，省略调解申请程序，在倾听和沟通中有选择性地开展调解。

结合离婚登记工作的流程，调解室充分考虑申请离婚夫妇的心理状态，制定了标准化婚姻纠纷调解工作流程、台账和文书格式，做到既符合人民调解工作的要求，又便于实际操作，同时也保证了每对前来申请离婚的夫妇都有机会获得调解，引导当事人认识自我、认识婚姻，帮助当事人了解、重视离婚后未成年人的抚养教育问题。

根据数据显示，婚姻纠纷调解室成立近 5 年，全市离婚率增幅均小于 5.5%，较 2012 年之前 10.8%下降了 5.3 个百分点，有效遏制了离婚率逐年猛增的势头。

温情调解　“草率分手”明显减少

去年年底，天目湖镇倪某因听信村上有人说他妻子唐某有外遇的风言风语，经常与妻子争吵不休，闹到后来两人双双决定到民政局离婚。得知此事后，婚姻纠纷调解室人民调解员杨福金立即着手查清原委。

原来，倪某今年 57 岁，妻子唐某比他小 11 岁，老实本分的倪某总是怀疑妻子与别的男人有不正当关系，加上倪某常在外打工，一听到有村民议论，更加坐实自己的怀疑，还不时跑回家“突击检查”。唐某见丈夫经常回家，原本以为是不放心她一个人在家，后来知道竟然是怀疑她出轨，这下可捅了马蜂窝。此后，两人一直为此事争吵，致使夫妻关系越来越紧张。

“夫妻这么多年，不要因为别人几句话就散了一个好不容易建起的家。”杨福金根据这一情况，细心劝导，以情感人，反复向倪某说明，不要轻信别人的谣言、家和才能万事兴的道理。调解室中的年轻调解员宋瑛也向夫妻双方阐述了离婚所面临的一系列法律问题。夫妻两人经冷静换位思考，终于冰释前嫌，和好如初。

事后，倪某夫妇还特意来到婚姻调解室表示感谢。两人十分感激地说：“如果没有调解室两位调解员的劝解，给我们来一个冷处理，换位思考，不然我们早已经离了。”

针对婚姻家庭纠纷调解个性化和专业化的特点，溧阳市司法局做到调解员构成“老少搭档”，选派一名责任心强、有群众工作、调解工作经验的老同志和一名法律专业的年轻人作为婚姻纠纷调解室的专职调解员，在调解过程中既打感情牌又打专业牌，实现优势互补。

此外，调解室还聘请了一名心理咨询师，适时参与调解工作，帮助化解婚姻家庭危机，确保婚姻家庭纠纷调解的规范化和专业化，立足抓早抓小抓苗头。由于婚姻调解员的情法相融、耐心开导，溧阳“草率”型离婚已降至历史最低点。

多元调解　凝聚众智促家庭和谐

“谢谢你们的耐心，前前后后为我们调解了 8 次，我们不会再想离婚了。”一对老夫妻握着调解员周伟群的手连连道谢。

市民刘阿姨今年 60 多岁，已丧偶多年，辛苦将一双儿女培养成人。后经人介绍，她认识了 70 岁的张大伯。两人一见如故，志趣相投，便谈起了黄昏恋，还于 6 年前登记结婚，婚后的日子过得美满幸福。

好景不长，刘阿姨和张大伯因照顾双方孙子女问题产生了分歧，加上一直有些风言风语传到双方子女耳中，让二老的矛盾越来越凸显。去年 9 月，原本幸福美满的两位老人家竟准备去民政局离婚。

调解员周伟群了解这一情况后，立即前往劝解。她跟刘阿姨和张大伯说道：“你们结婚本就是为了老来有个伴，能在这样的年纪相伴相知也是一种缘分，你们志趣相投，感情也很好，不能因为一些风言风语以及误解，就放弃了自己的幸福。”两位老人家听了这一席话，觉得自己当初再结婚就是这样，两人相视一笑，不离了。

结果一个月后，刘阿姨又拉着张大伯来到调解室，说家里子女意见很大，坚决不同意他们在一起。自那以后，刘阿姨几乎每个月都要来一次民政局，调解员换着法子、变着角度给他俩做工作。

当第 7 次劝回二老后，周伟群想这样下去也不是办法，必须要解开二老的心结。她多次深入社区了解情况，联系了与刘阿姨较为熟悉的妇女主任、社区律师和双方子女等人员，组织开展了一场联合调解。

现场，双方你一言，我一语，法理情的碰撞，双方子女理解了父母的行为，同意分歧解决方案，并当场表了态。最后，在周伟群的主持下，夫妻俩签订了维护婚姻的协议：以后张大伯每月给刘阿姨一定生活补贴，张大伯每月去南京住几天，同样的刘阿姨也回溧阳住几天，等以后孙子稍微大点了，老两口再一起住回溧阳。

“推动多元参与是做好婚姻家庭纠纷调解工作的基础，市综治、司法局、妇联、社区等在婚姻调解工作中都发挥着重要作用，我们立足基层，多措并举，积极探索婚姻家庭纠纷调处工作的新思路、新方法，将婚姻维权工作与全市社会矛盾纠纷多元融合调处机制建设有机结合，共同推进婚姻家庭纠纷人民调解组织建设、业务对接，实现了婚姻家庭类矛盾纠纷及时调处、就地化解、源头解决。”溧阳市委政法委副书记、综治办主任杨文艳说。

不仅如此，调解室还充分吸纳社会各方力量，不定期邀请妇联、政法干部，律师、基层社区负责人等参与调解，充分发挥他们了解法律、熟悉政策、善于做群众工作和妇女工作的优势，及时有效地化解了大量婚姻家庭纠纷。

德法并举　推进和谐家庭建设

“构建和谐家庭，应该坚决贯彻婚姻法要求，坚持德法并举，既充分发扬社会主义道德作用，又要坚决贯彻法律法规在家庭中的作用。”溧阳市司法局副局长吴旭辉认为，珍惜家庭，呵护家庭，离不开法治和社会伦理道德。

近年来，溧阳市坚持德法同行，坚持以特色活动推进“和谐家庭创建”，主动延伸婚姻纠纷调解室调解职能，加强与街道社区、司法所、人民调解委员会等基层单位组织的沟通合作，积极推进“夫妻恩爱、亲子和谐、孝敬长辈、邻里和睦、管理民主”的和谐家庭建设。

针对妇女维权工作，溧阳市司法局经常组织开展“法润溧阳·万家联动”和“法润溧阳·德法同行”等主题法治宣讲活动。围绕妇女儿童维权工作，以反家庭暴力法实施为契机，定期组织开展反家庭暴力等系列普法活动，直接服务基层妇女儿童，使其真正成为维护妇女儿童合法权益的有力武器。

同时，他们还建立和完善诉前化解机制、法治宣传机制和法律志愿服务机制，组织医学、法律、心理、家政培训等方面专家，深入基层 11 个街道、乡镇送法律、送健康，开展“法治宣传进乡村、进企业”巡回活动，采取就地上门调解方法，就地将矛盾化解在百姓家门口。

在民政局婚姻登记处设立婚姻纠纷调解室，可以让群众不跑腿，不花本钱，不伤感情。在调解室内设咨询接待处、调解室和心理咨询室，张贴人民调解标识、“调解千家事，温暖万人心”等标语以及相关调解制度，让前来办理离婚登记的当事人对婚姻纠纷调解室的职能有直观的了解。自 2012 年以来，溧阳未出现由调解不当引发的“民转刑”案件，有效地维护了社会稳定。

家事纠纷多元化解中的平衡技

2017-07-17 人民法院报 河南省新乡市中法 袁荷刚

在家事纠纷多元化解中要注意把握好以下几个平衡：婚姻家庭价值理念的平衡、对家事案件当事人认知定位的平衡、多元利益的平衡、诉调程序的平衡、举证责任的平衡、纠纷裁判和情感修复的平衡、个人责任和社会责任的平衡。

家和万事兴。习近平总书记在会见第一届全国文明家庭代表时指出：家庭是社会的细胞，家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。2016 年以来，最高人民法院在百余家法院进行了家事审判方式和工作机制改革试点，中央政法委开展了家事纠纷多元化纠纷解决机制创新项目。各地大胆探索，务实创新，已经取得了许多有益的经验。结合河南省新乡市两级法院的试点经验，笔者认为，在家事纠纷多元化解中要注意把握好以下几个平衡。

婚姻家庭价值理念的平衡。关于婚姻家庭，司法实践中，有两种价值理念比较突出，一个是强调共同体利益的家庭本位理念，另一个是强调婚姻自由的婚姻契约理念。前者认为家庭的完整性是个人幸福、子女健康成长，乃至

人生成功的基本配置，审判工作中，重视保护家庭关系稳定，却因此存在着限制婚姻家庭纠纷当事人自主权利的可能。后者认为婚姻是两性自主结合，家庭成员享有平等的权利能力，强调婚姻自由，审判中，尊重当事人意志，维护自由平等，却因此存在着对家庭价值的不够重视，容易造成草率离婚、未成年人利益保护欠缺等问题。实现婚姻家庭价值理念的平衡，就是既要保护家庭共同体的稳定性，也要保护个人自由权利。具体而言，就是不应预设“和”或“离”的立场，而是根据个案情况谨慎判断，能挽救的要多元互动合力挽救，该结束的要敢于担当绝不和稀泥。

对家事案件当事人认知定位的平衡。在审判中，对家事案件当事人，有两种认知定位较显著，一个是“理性人假设”，一个是“感性人假设”。前者认为当事人作为成年人，对自己的行为、家庭生活和情感状况等有着清醒的认识。“每个人都是自己利益的最好判断者”，裁判者应尊重当事人意愿，不进行法律程序之外的干预，因此，对离婚冷静期等持负面评价。“感性人假设”者关注家事案件存在的更复杂的人身和感情关系，认为家事案件客观上存在伦理性、情绪性、冲动性因素。同时家事纠纷往往不像财产纠纷一样具有清晰的是非因果和权责界限，处理结果也更不确定，既可能“一笑泯恩仇”，也可能“民转刑”，乃至结为世仇。因此，家事纠纷当事人需要的是引导帮助，而不是简单的是非裁判。为了保护家庭社会功能的正常实现和未成年人等特殊成员利益，应当客观正视当事人的不理性因素。离婚冷静期制度在实践中的有效性即是证明。笔者认为，简单强调“理性人”一判了之，是对司法职责的推卸；过分强调“感性人”当离不离，也是司法权力的僭越。应以“理性人假设”为原则，以“感性人假设”为重要补充，谨慎地加以平衡，确保法律效果和社会效果的统一。

多元利益的平衡。家庭是多元化利益的复合体。首先是利益主体多元，包括夫妻、父母、子女等不同成员。不同主体利益诉求往往未尽一致。其次是利益类型多元，包括情感利益、经济利益、亲属互助和风险分担等保障利益等。在家事案件处理过程中，要综合考虑多元主体的多重利益平衡。以未成年人利益保护为例，未成年人利益最大化是现代婚姻法的重要原则。而我国协议离婚程序过于简单。登记机关往往无法对子女抚养安排等作出有效审查，造成离婚后未成年子女保障不足。笔者看来，家事，既是私事，也是涉及第三人和社会的“公事”。家事纠纷中，要保护的不仅是某一主体的特定利益，更是多元利益主体的复合利益。

诉调程序的平衡。家事纠纷具有鲜明的伦理性、情感性、私密性等特征。传统上基于财产案件建构起来的诉讼规则，对家事纠纷的独特性考虑不足。其不足之处，恰恰是家事调解程序的优点所在。非对抗、私密性、低成本、充分考虑情感因素，这些特点给当事人钝化矛盾，缓和关系，乃至修复情感提供了机会。在调解程序中，当事人可以将情绪、事理等诉讼程序不关心，却对家庭关系产生重大影响的事实充分倾诉和说明。倾诉和说明的过程，本身就是情绪的宣泄，矛盾化解的契机。通过调解组织、乡贤、亲友，调解、疏导，让话说痛快了，心里想开了，肚里气顺了，纠纷也就化解了。强调家事调解的优越性，是为了诉调程序的分工配合，有序衔接，当事人诉权不应受到不当的限制。调解和诉讼是家事纠纷解决的车之两轮、鸟之两翼。随着家事程序立法的逐步推进，家事调解和诉讼会出现进一步的融合互通，更好地实现诉调程序的平衡。

举证责任的平衡。传统家事案件审理过程中，主要是“谁主张谁举证”。然而强调当事人举证责任，一方面存在家庭暴力等案件，部分受害妇女搜集固定证据能力不足，举证能力薄弱，对证明规则了解不够的现象；另一方面也存在双方在举证质证中相互攻击，激化矛盾，造成二次伤害的现象。因此，在家事案件审理中，法官应结合当事人举证能力，适当分配举证责任，对于举证能力较弱的一方，可以适当降低证明标准；同时加大依职权调查力度，对当事人身心状况、夫妻关系、子女抚养、老人赡养等情况，可以委派家事调查员进行调查。法官也应加强走访、了解，避免对家事纠纷简单化处理。而对于当事人双方诉讼和举证能力不存在明显差距，举证事项不存在障碍的，仍应坚持基本举证规则，以提高庭审效率，保障当事人诉讼权利。

纠纷裁判和情感修复的平衡。家事纠纷的处理是定分止争的过程，却不必然是矛盾纠纷有效化解，当事人情感修复的过程。部分案件审理过程中，当事人矛盾更加激化，毋论实现“案结事了人和”了。存在这种现象的根源在于诉讼程序将当事人的心理、情感因素作为自然事实，或者不加以关注，或者单纯地作为证据。裁判后家庭问题是否解决，当事人是否走出困境，未充分纳入司法视野予以关注。因此，应从司法担当的角度，注重纠纷裁判和情感修复的平衡。要以法院为枢纽，主动引入相关社会力量，利用其专业能力对诉讼程序照顾不到的领域加以补充。法院处理法律问题，专业化机构处理法律之外的情感修复、心理疏导、关系重建等问题。多元互动，分工配合，通过家事纠纷处理，帮助问题家庭解困，推动好家庭好家风的形成。

个人责任和社会责任的平衡。人们大多认为家庭事务是私人领域，强调家庭发展的个人责任，常常将家庭问题

交由家庭成员自行互动磨合，对家庭发展的社会责任重视不够。然而家庭对社会有极大的外部性，并非纯粹的私人事务。同时局限于个人经历、知识水平、经济条件、社会地位等，问题家庭的成员往往缺乏自主走出困境的能力。更重要的是，随着社会转型和城镇化快速推进，以往对家庭提供经济、情感、社交支持的家族、社区纽带涣散，家庭的孤岛化问题突出，脆弱性凸显。因此社会和国家应对家庭发展承担起更多的责任。各级党委政府应以家事纠纷的多元化解决机制为契机，充分整合社会各界力量，完善心理疏导、婚姻咨询指导、社工调查陪护、反家暴联动、当事人跟踪回访、特困人员救助等机制，帮助问题家庭解困。

（作者系全国审判业务专家、河南省新乡市中级人民法院院长）

个人婚前财产在婚后形态发生转化的认定

2017-07-18　中国法院网 重庆市荣昌区法院 颜剑箫

郝某诉邓某离婚后财产纠纷案　案情

原告郝某与被告邓某曾系夫妻关系，于 2009 年 8 月 18 日登记结婚，2015 年 8 月 19 日经荣昌区人民法院判决离婚。2009 年 3 月 2 日，邓某与威海新铭玉房地产开发有限公司签订《商品房买卖合同》，购买了山东省威海荣成市十里河花园小区住房（以下简称山东住房）。该住房现已在荣成市房产管理局备案登记（权利人：邓某）。原、被告均认可该住房虽系被告邓某的个人财产，但在双方婚姻关系存续期间产生按揭贷款共计 100800 元。2009 年 9 月 30 日，邓某与重庆市钿涌物业发展有限公司签订《重庆市商品房买卖合同》，购买了重庆市荣昌区昌元街道广场路住房（以下简称荣昌住房）。该住房总成交金额为 217858 元，为一次性付款，并于 2011 年 9 月 25 日办理了房地产权证（房地证号：211 房地证 2011 字第 X 号，权利人：邓某）。该房屋现由邓某占有使用。原、被告均认可该住房现价值 30 万元。2016 年 7 月 8 日，郝某诉至法院要求：1、被告邓某支付原告山东住房按揭款 50400 元；2、依法分割荣昌住房，被告邓某支付原告房屋价值（购房款及房屋增值部分）15 万元。

庭审中，被告邓某举示其名下在中国银行帐号 7632 的账户明细、取款凭条、存款/转账凭条、定期存单、会计分录单、进账单第一联（代贷方传票）及其母亲罗某名下在中国工商银行账号 5065 的账户明细等证据，以此拟证明其是用个人婚前财产购买的荣昌住房，该住房系个人财产，故不应在本案中予以分割。原告对此发表质证意见，其认为该房屋买卖合同的签订及产权登记手续的办理均发生在双方婚姻关系存续期间，因此属于夫妻共同财产。

裁判

荣昌区法院经审理后认为：（一）关于山东住房的财产处理问题。原、被告均对山东住房系被告个人婚前财产及在婚姻关系存续期间产生按揭贷款共计 100800 元的事实无异议，故根据《最高人民法院关于<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》第十条的规定，原告有权要求被告补偿婚后共同还贷支付的款项。因此，原告诉请被告支付山东住房按揭贷款 50400 元，符合法律规定，本院予以支持。（二）关于荣昌住房的财产处理问题。根据《中华人民共和国婚姻法》第十八条第（一）项的规定，一方的婚前财产为夫妻一方的财产。被告邓某举示的证据足以证明荣昌住房的购房款 242644 元全部来自其个人婚前财产，因此该房屋应系其个人财产。加之，原告郝某没有举证证明荣昌住房购房款的来源及流向，故原告要求对荣昌住房予以分割，被告支付原告房屋价值 15 万元的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

据此，荣昌区法院判决：一、被告邓某于本判决生效后十五日内支付原告郝某位于山东省威海荣成市十里河花园小区住房的还贷补偿款 50400 元；二、驳回原告郝某的其他诉讼请求。该判决现已发生法律效力。

评析

本案的争议焦点是夫妻一方个人婚前财产在婚后形态发生转化，其财产性质是个人财产还是夫妻共同财产的认定。

◆　婚后所得的某项财产全部是由夫妻一方个人婚前财产转化而成的认定。

无论个人婚前财产在婚后形态如何转化，例如由婚前货币财产转化为婚后固定财产（所有权需登记在出资人个人名下），或者由婚前固定财产转化为婚后货币财产，其财产性质是不变的，仍应被认定为个人财产。本案中，被告邓某用婚前个人财产购买荣昌住房，并且产权登记在其名下，即使该住房屋买卖合同的签订及办理产权登记手续发生在婚后，离婚时该房屋仍应被认定为个人财产。

◆　婚后所得的某项财产有一部分是由夫妻一方婚前个人财产转化而成的认定。

双方婚后共同出资购买的财物通常情况下应被认定为夫妻共同财产，但是在离婚分割时还需充分考虑一方婚前

个人财产价值在婚后新购买财产的价值中所占的比例，公平合理地予以分割。例如在夫妻关系存续期间，夫妻一方将个人婚前房产婚后变卖，双方又添加若干夫妻共同财产购买新的房产，离婚时应考虑婚前房产变卖价款在新购房价款中所占的比例，予以公平合理地分割。

从遗嘱开始，法官教你妥善处理“身后事”

2017-07-24　人民法院报　吴凡

经济社会发展、医疗福利进步的同时，我国人口老龄化趋势也日趋明显，近些年如“临终关怀”、“订立遗嘱”等社会公共议题逐渐进入公众的视野。安排好自己的身后事，让在世亲人减少纷争，往往离不开合法有效的遗嘱。而订立的遗嘱往往由于不规范引起争议，导致遗嘱继承纠纷增多。

北京市西城区人民法院举行通报会

7 月 24 日，北京市西城区人民法院举行遗嘱继承纠纷典型案例新闻通报会。据西城法院新闻发言人李艳红介绍，我国公民临终计划的意识刚刚萌发，及时订立遗嘱的理念尚未普及，加之财产状况的复杂性及多元化，近几年遗嘱继承纠纷呈逐年递增之势。西城法院 2014 年收遗嘱继承纠纷案件 56 件，2015 年收案 109 件，2016 年收案 121 件，今年仅上半年就已经收案 90 件，预计全年收案量将达到历史峰值。

西城法院民六庭负责人李岳鹏介绍了一件遗嘱继承纠纷的典型案例。王女士与李先生育有三子，李先生去世后，王女士由三个儿子轮流赡养。李先生在世时，与王女士共同购买了位于北京市西城区百万庄大街的房产，产权登记至王女士名下。王女士和大儿媳、小儿媳常有矛盾，觉得二儿子生活负担重，多次口头表示要将百万庄的房屋留给二儿子继承。王女士去世后，二儿子起诉至法院，要求判令涉案房屋由自己继承。但在本案中，二儿子虽然主张王女士生前留有口头遗嘱，但并非是在遗嘱人突然病危或突遇险境下所立，除了自己和配偶外也没有其他人在场见证，法院无法对口头遗嘱真实性予以认可，故判令本案涉案房屋按照法定继承予以均等分割。

如何妥善处理“身后事”？西城法院通过对近年来审结的遗嘱继承纠纷案件进行梳理和调研，总结出十大类常见遗嘱问题，并就如何正确谨慎地选择遗嘱类别、履行法定形式要件发出提示。

一、　口头遗嘱是非多，遗愿未必尽如愿

口头遗嘱必须符合遗嘱人处于危急状态的前提，且应当有两个以上见证人在场见证。

二、　视频遗嘱隐患多，科学录制妥保存

视频遗嘱比录音遗嘱多了录像动态画面，其真实性和有效性参照录音遗嘱的相关规定确定。根据《民事证据规则》，视频属于视听资料证据形式，当存有异议时不得单独作为认定事实的依据。

三、　代书遗嘱应避嫌，律师见证较可靠

代书遗嘱在遗嘱人因病卧床或者年老体衰、不识字等情形下经常使用。代书遗嘱最重要的形式要求就是合法见证人，见证人的选任上要格外谨慎，继承人和与继承人有利害关系的人都不能担当见证人，应尽量避免选择继承人的朋友、亲属、同事，选择遗嘱人的朋友、同事、邻居等与继承人关系较远的人。有条件的，最好是请专职律师进行见证并留档保存。

四、　自书遗嘱慎用语，言辞准确方稳妥

实践中的自书遗嘱有的用语不符合法律措辞，甚至与一般语法句法相左。虽然法院审判中以尊重遗嘱人真实意思表示为原则，但如果遗嘱人表达过于隐晦，也可能引发纠纷。所以在书写自书遗嘱时应当尽量言简意赅、言辞准确，表述清楚遗嘱人身份、遗嘱时间地点、遗产房屋坐落权属、分配方案等关键要素。

五、　生前笔迹多留存，第三方保管化争端

司法实践中，一方提交自书遗嘱，另外一方予以否定，法院往往释明否定方申请笔迹司法鉴定。鉴定机构一般需要与立遗嘱时间相差不大的时间跨度内的遗嘱人笔迹作为对比检验材料。如果对比检材本身存在物理瑕疵或数量不足，则可能导致鉴定无法进行。

六、　共同遗嘱不推荐，各自份额各自书

夫妻共同遗嘱虽不属于法定遗嘱形式，但也没有明文禁止，在生活中也确实有使用的空间。但共同遗嘱必须符合自书遗嘱的基本形式要求，能够认定是夫妻共同真实意思表示。

七、　打印遗嘱两不像，勿因省事生冲突

在立打印遗嘱时仍需要积极取证，能够证明确系遗嘱人自己使用电脑等设备记录和打印、并由遗嘱人自己签字

确认的，可认定为自书遗嘱。如果是他人电脑记录或者使用他人设备打印的，应当符合代书遗嘱的要件，由记录人或者帮助打印人在打印件上签字确认系遗嘱人本人真实意思表示，同时还需要有另外一位见证人在场见证，才能使打印遗嘱有效。

八、 公证遗嘱效虽高，行为能力也重要

虽然公证遗嘱效力最高，但实践中很多轻微老年痴呆和轻度精神智力障碍的遗嘱人，在尚未完全丧失行为能力时，可能和正常人差异并不大，可能不足以引起公证员的怀疑。但就医学视角为言，老年痴呆和精神智力障碍无法治愈，一旦立遗嘱前患有相应疾病，即使所立公证遗嘱符合法定形式，遗嘱人仍会有被鉴定为限制或者无行为能力的风险。患有这些疾病的遗嘱人最好在立遗嘱前对行为能力进行司法鉴定，在确认具有完全民事行为能力后再行前往公证处。

九、 遗产分配需合理，工龄折算要考量

使用已故配偶工龄折算购买的房屋能否认定为夫妻共同财产，对这个问题并没有直接的法律规定。但现有法律规定框架内，工龄折算方既没有实际出资，也没有参与买卖合同的订立、履行以及共有权利的权属登记，西城法院认为使用已故配偶工龄购买的房屋不能认定为夫妻共同财产。

十、 受遗赠人要注意，两月时效不能误

为了提醒受遗赠人，遗嘱人可以在遗嘱中写明须在 2 个月内明确表示接受，受遗赠人可以采取多种途径证明自己已经作出明确接受表示，最妥善的途径就是以公证的形式作出明确接受的表示，直接向房管部门申请过户登记或者起诉。

肖峰、田源：发现子女“非亲生”能否向对方主张精神损害赔偿

2017-07-25 家事法务 肖峰、田源主编

【典型案例】

当事人：原告：田某某；被告：郭某某。

田某某（男）与郭某某（女）于 2012 年 10 月相识并同居生活，郭某某于 2013 年 4 月 19 日生育一女田某，2014 年 8 月田某某与郭某某登记结婚，婚后未生育其他子女。田某某与郭某某因感情不和于 2015 年 6 月 4 日经法院调解离婚，约定田某由郭某某抚养，田某某每月给付抚养费 300 元。后田某某怀疑田某并非其亲生女儿，经询问郭某某，郭某某承认田某并非田某某的亲生女儿。2015 年 6 月，田某某与田某一起到北京市紫禁城司法鉴定中心做了亲子鉴定，鉴定结论为：排除田某某为田某的生物学父亲。于是田某某以田某（18 岁）为被告起诉到法院，要求确认田某某与田某无亲子关系。法院于 2015 年 7 月 6 日判决认定田某某与田某无亲子关系。该判决生效后，田某以原鉴定结论有误为由申请再审，经法院委托北京市法庭科学技术鉴定研究所再次进行亲子鉴定，鉴定结论为：田某某与田某之间无亲子关

系。据此，法院于 2015 年 11 月 30 日驳回了田某的再审申请。

田某某与郭某某于 2015 年 6 月 4 日离婚后，田某的抚养并未按照调解协议履行，田某实际由田某某抚养，郭某某根据与田某某另行达成的协议，曾一次性支付田某 2015 年 6 月 4 日至 12 月 14 日的抚养费 5000 元。在法院判决田某某与田某无亲子关系后，田某于 2015 年 9 月开始与郭某某共同生活。

2015 年 9 月 6 日，田某某以郭某某为被告起诉到法院，要求郭某某返还抚养费 8 万元，给付精神抚慰金 2 万元。

郭某某辩称：精神抚慰金过高，请求法院予以调整。

【审理要览】

法院审理后认为，田某某对田某没有抚养义务，田某某要求郭某某给付因抚养田某所发生的费用，请求合理，应予支持。田某某实际抚养田某近二十年，在确认田某并非其亲生女儿后，不可避免地会给其精神上造成一定的伤害，其主张的要求郭某某给付精神抚慰金的请求，应予支持。最后法院于 2015 年 12 月 3 日作出判决：（1）郭某某给付田某某因抚养田某所发生的费用八万元；（2）郭某某给付田某某精神抚慰金二万元。一审判决后，郭某某不服，提起上诉。二审期间，郭某某于 2016 年 2 月 28 日主动申请撤回上诉。

【裁判思路】

所谓欺诈性抚养，是指妻子（欺诈方）对丈夫（受欺诈方）隐瞒所生子女是非婚生子女的事实，使丈夫在被蒙

骗中将妻子与他人所生子女当做自己的亲生子女抚养。丈夫一旦知道欺诈性抚养的真相，通常会引发有关返还抚养费、赔偿精神损失等纠纷，统称为欺诈性抚养纠纷。

现在多数人观点认为，在欺诈性抚养关系中，如受欺诈人要求返还抚养费，欺诈人应当返还。但关于抚养费返还的依据，理论上有不同主张：第一，行为无效说。丈夫因受欺诈，违背真实意思而为抚养行为，根据无效返还的法律规定，已支出的抚养费应予返还。第二，无因管理说。没有法定义务而为抚养，构成无因管理，应返还已支出的抚养费。第三，不当得利说。对于非婚生子女的生父和生母来说，无抚养义务人为其支付抚养费，属不当得利，其所得利益应予返还。第四，侵权行为说。其侵权行为主体，是非婚生子女的生父和生母，并非生母一人。其违法行为，是逃避法定的抚养子女义务，采取欺骗手段，让非婚生子女生母之配偶相信该子女为其婚生子女，并为之提供抚育费用。该行为的后果，是使受欺诈的原抚养义务人支付财产，为该子女的生父母“履行”抚养义务，因而侵害的是财产权，是使受害人的财产造成了直接损失。违法行为与损害后果有因果关系，侵权行为主体主观上为共同故意。

杨立新:《欺诈性抚养关系及其处理原则》，载《中国民法案例与学理研究》，法律出版社 2003 年版，第 537 页。

本案中，田某某实际抚养田某近二十年，在确认田某并非其亲生女儿后，不可避免地会给其精神上造成一定的伤害。精神损害赔偿金本身兼具经济补偿、精神慰抚和违法惩戒的多重功能，精神损害赔偿金除尽可能填补损失外，更主要的是抚慰和缓解被侵权人因精神损害所生之痛苦、失望、不满和怨愤，使其获得心理上的慰藉，以及制裁侵权人的违法行为，以维护整个社会抚养制度的稳定，促进精神文明建设。最终，法院判决郭某某给付田某某因抚养田某所发生的费用 8 万元；精神抚慰金两万元。这是对田某某将来不能获得田某的扶助或赡养的一种平衡。

【裁判规则】

1. 法律法规

《婚姻法》（２０００１年４月２８日修正）

第四十六条有下列情形之一，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。

《侵权责任法》（2009 年 12 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过）

第二十二条侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

2. 司法解释

《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）

第二十八条婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”包括物质赔偿和精神赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

第三十条第一项符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释［2001］7 号）

第一条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。

第八条因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。

【专家视点】

1.一般来说，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。

最高人民法院于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：在夫妻关系存续期间，一方与他人通奸生育子女，隐瞒真情，另一方受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。所以由此可知，发现孩子非亲生，在离婚的时候可以要求赔偿。

——王利明主编：《中国民法案例与学理研究》（侵权行为篇、亲属继承篇），法律出版社2003年版。

2.根据我国婚姻法中的相关规定，所谓离婚案件中的精神损害赔偿是指只有符合法定的四种情形之一的，才可以在离婚诉讼中才能提出赔偿：必须是合法婚姻关系中的无过错方；必须是由于对方的过错导致离婚的；必须是在提出离婚时提出，即：离婚才能提起赔偿，赔偿必须在离婚的前提下提出，只提赔偿不提离婚的，人民法院不予受理；必须是针对合法婚姻关系中的过错方，不能向第三方提出损害赔偿。

——吴春岐主编：《新编婚姻家庭纠纷处理法律依据与案例评析》，法律出版社2010年版。

注：本文摘自最高法院肖峰法官、菏泽中院田源法官主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》一书（共743页）

婚后房产证上加配偶名字 离婚时房产该如何分割？

2017-07-27 江苏高院 成云 孙菁

案情

2016年1月初，戴某签订购房协议，购买射阳某小区二手房一套，谈定的价格为40万余元，并由其父亲当场支付首付款25万元，剩下的15万余元由戴某以二手房贷款支付，当时房产证上登记的所有权人是戴某。2016年1月19日，戴某与李某登记结婚，2016年2月戴某在房产证上加了李某名字 ，2016年6月，李某诉至法院，以夫妻感情破裂为由，向法院提起离婚诉讼，法院判决不准予离婚，六个月后，李某再次提起诉讼，要求与戴某离婚，并平均分割房产。

评析

案件的争议焦点是，婚前签订的购房协议，婚后在房产证上加上夫妻一方的名字，离婚时房产应如何分割？

一种意见认为，婚前由父母出资买房，是对子女一方的赠与，不应该与另一方分割房产；另一种意见认为婚后在房产证上加上一方的名字视为夫妻共同财产，应该与另一方进行分割。

笔者同意第二种意见。虽然《中华人民共和国婚姻法解释（二）》第二十二条的规定“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”，但**房产证上加名行为属于不动产权利变动行为，具有公示公告的物权效力，**房产证上加名后，意味着房产的权属发生变化，因此**房产加名行为一旦完成，则产生财产转移的法律效力。**本案例是婚后在房产证上加名，属于一方对另一方的赠与。《婚姻法司法解释三》第六条规定“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”，即“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，但是房产变更登记已经完成，故该权利不可撤销，该案例中的李某享有房屋产权。

但房产证加名后，虽然确定加名字的一方有产权份额，但分割时并不一定就是二分之一。关于**分割方式，有协议的从协议，没有协议的，法院会综合考虑各方对房产的贡献、结婚的年限等因素。**该案例中，李某并未出资购房，与戴某结婚也不足一年，但考虑婚后两人共同还贷的情况，法院判决房屋及房内物品归戴某所有，剩余房贷由戴某偿还，戴某一次性补贴李某8万元。

来源：射阳县人民法院

从《郑伯克段于鄢》看家事审判

2017-07-28 人民法院报 江苏省东台市人民法院 周陈华 熊磊

《郑伯克段于鄢》是《春秋左氏传》中的名篇。讲的是，郑武公与武姜共育有两子（即郑庄公及共叔段），由于生庄公时难产，母亲武姜从小就对其非常厌恶，而对弟弟共叔段则极其偏爱。就这样，庄公躲过了武姜妄图废掉其太子位的阴谋，继位后，又忍受了其母为共叔段索要封地的无理要求，最后将合谋叛乱的母亲和弟弟打败。就此，他将武姜安置在城颍，并发誓：“不及黄泉，无相见也！”可不久后，庄公后悔了。得知情况后，官员颍考叔趁庄公赏赐吃饭的机会，故意把肉放在一边不吃，并解释说，自己母亲从未尝过君王的食物，请求带回给母亲品尝。这不由地让庄公感慨：“尔有母遗，繄我独无！”

当庄公的悔意得到印证，颍考叔顺势提出破解 “黄泉相见”的技术性难题。他建议挖地深及泉水，在隧道中相见。于是，在隧道中，庄公母子重逢，一个感慨，“大隧之中，其乐也融融”，一个赋诗，“大隧之外，其乐也洩洩”。最终，“母子如初”。

这则故事给人的第一印象便是一场兄弟夺位、骨肉相残的政治大戏，但倘若从法律的视角看，这何尝不是一场修复亲情、母子和好的家事纠纷呢？在调处这起“案件”时，颍考叔的策略和方法体现了高度的原则性、务实的灵活性和精密的技术性。

家事审判改革是司法改革总体布局中的重要一环。在破旧立新中，伴随着新机制的生成和构建，改革正处于深度探索期、运行磨合期和效能换挡期。正如习近平总书记所讲，“改革推进到今天，比认识更重要的是决心，比方法更关键的是担当。”越是这个时期，越是要把问题看得更透一点、把规律把得更准一点、把视野放得更宽一点，进而凝聚起攻克家事难题的决心，夯实赢得改革胜利的担当。笔者认为，这则典故对于推进家事审判改革、高效化解家事纠纷有三点启示：

观念上忌“一边倒”，讲求辩证思维。所谓“清官难断家务事”，这个“难”往往体现在事实难查，是非难断。譬如赡养纠纷，单纯就案件而言，负有赡养义务的子女不履行义务，当然具有一定责任。但若从成因的角度，对于双方的过错就不能绝对化、片面化。这一典故中，庄公未履行赡养义务，起码在精神赡养方面是不够的。但追根溯源，武姜对庄公长期的歧视、对幼子无度的溺爱，对矛盾的发展负有不可推卸的责任。因此，在一些复杂疑难的家事纠纷中，不能简单片面地将责任归咎于某一件事、某一个人，应全面综合、辩证客观地看待案件，将症结把准、心结看透、纠结捋顺。

路径上忌“一锅煮”，讲求精准思维。家家有本难念的经，在处理家事纠纷时，要有原则，但又不能机械照搬法条，要有路数，但又不能简单套用。法官应在法律允许的范围内充分发挥主观能动性，做到“一把钥匙开一把锁”。颍考叔正是通过欲携带肉食孝敬母亲的举动，戳到庄公的痛点，引发对方共鸣，进而为亲情坚冰的融化作了有力铺垫。

机制上忌“一指禅”，讲求创新思维。“黄泉相见”貌似不可能，但颍考叔却将之变为现实，在挽回庄公面子的同时，也顺利打开了亲情枷锁。这深刻表明，家事纠纷往往涉及到情感上、财产上、心理上等诸多问题，要击中要害，就必须坚持创新思维，多想“法子”，善出“点子”。这一典故中，得益于庄公自身的悔意，颍考叔靠一己之力就实现定纷止争。但在实践中，面对“疑难杂症”，往往需要依赖多元力量，要聚合经验优势、专业优势、人脉优势等等，才能有效化解。这就要具备“小智治事，大智治制”的战略眼光，通过制度创新，让化解纠纷的“十个指头”动起来、顺起来、活起来，带动整个家事审判改革“更上一层楼”。

网拍成交后的房产过户时能否加上买受人配偶名字

2017-07-31 逸景法治 江西省乐安县法院 李亚鹏 杨鑫瑶

【案情】

2017 年 5 月，袁某在淘宝网司法拍卖平台竞得房产一套，随后法院向买受人袁某送达了执行裁定书，裁定书载明“买受人可持本裁定书到登记机构办理相关产权过户登记手续”。之后，买受人袁某的配偶李某提出要求，称丈夫袁某竞买得到的房产属于夫妻共同财产，过户需加自己名字，此时，买受人袁某也表示同意。那么，以买受人袁某身份成交的拍卖财产过户时能否直接加上配偶名字？

【分歧】

针对本案，存在两种不同意见：

第一种意见认为,袁某竞买得到的房屋属于夫妻共同财产，李某可以要求相关机构在办理产权过户时加上自己名字。

第二种意见认为，拍卖成交的买受人是袁某，办理产权过户时，相关机构只能按照法院出具的裁定书将房屋过户至袁某名下。

【管析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

一、《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第二十二条规定，网络司法拍卖成交的，由网络司法拍卖平台以买受人的真实身份自动生成确认书并公示。拍卖财产所有权自拍卖成交裁定送达买受人时转移。本案中，买受人是袁某，生成的成交确认书身份信息也是袁某，法院也送达了成交裁定书至袁某。因此，此时拍卖房产的所有权已转移，房产所有权人为袁某。

二、《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第十四条第（二）项规定，委托他人代为竞买的，应当在竞价程序开始前经人民法院确认，并通知网络服务提供者。换句话说，司法拍卖可以委托他人代为竞拍。若委托他人代为竞买的需要办理相关委托手续，并经人民法院确认委托真实。本案中，袁某的竞买行为并不是受李某之托。

三、袁某、李某是夫妻关系，尽管袁某同意过户时加上配偶李某名字，但是这种过户属于增加房屋共有权人。而本案中，房屋所有权已转移至买受人袁某，相关产权办理机构只能依据法院裁定办理过户手续，只能过户给袁某个人，如需加名只有李某事后携带夫妻证明办理。

综上，本案中拍卖房产只能过户至买受人袁某名下。

【前沿·案例】子女意见、抚养能力并非判定抚养权的决定因素

2017-07-31 审判前沿 张莹

编者按：最高法院就审理离婚案件处理子女抚养问题出台意见中规定，十周岁以上未成年子女愿意跟随一方生活而该方又有抚养能力的，应予支持变更抚养关系。但子女意见、抚养能力并非判定抚养权变更的唯一依据，法院应当根据《婚姻法》对儿童利益保护的基本原则，根据子女权益和双方具体情况综合判定。并且，抚养能力并不局限于经济实力，还要从对孩子的抚养精力、时间等方面全面考察。**夏某诉林某变更抚养权案**

1 基本案情

夏某与林某结婚后于 1998 年 11 月 3 日生育一子小林。2013 年 10 月 22 日双方经海淀法院调解离婚，诉讼期间双方均曾主张小林的抚养权，后协议约定小林由夏某抚养，抚养费由夏某自行负担；各自名下存款、住房补贴、股票归各自所有。现夏某起诉要求变更抚养关系。法庭审理期间，法庭当面征询了小林的意见，小林明确表示其跟妈妈夏某的感情更好，但从实际情况考虑想跟父亲林某一起生活。林某对小林证言的真实性提出异议，认为小林选择与其共同生活系夏某授意的结果，并非小林真实意思表示，但未向法庭提供证据证明。

法庭查明，夏某自 2006 年作为随军家属来京后无业至今。夏某现与儿子小林租住在某三居室中的一间卧室，与其他四名租户共用厨房、卫生间。林某为部队团级干部，自述月工资收入 6000 元左右。林某现住在单位提供的单身宿舍。

法庭另查明，小林为北京市某中学初三年级学生，将于 2014 年 6 月参加中考。林某系现役军人，因其工作关系，夏某与林某婚后长期聚少离多，婚生之子小林自幼由夏某抚养长大。夏某目前单身，林某与女朋友李某已向部队提出了结婚申请，且李某与夏某关系不睦，双方曾因琐事激烈争吵并发展为肢体冲突，后由民警出面调解解决。

2 案件焦点

子女意见及抚养能力是否是判定抚养权的决定因素

3 裁判要旨

北京市海淀区人民法院经审理认为：离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后的子女抚养问题，应当从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益角度出发，并结合双方具体情况确认。本案中，夏某与林某离婚诉讼期间，夏某在对自身抚养能力有明确认知的情况下主动争取小林的抚养权，系其真实意思表示，后双方约定小林由夏某抚养，应是综合双方各自情况作出的慎重决定。夏某此次起诉变更抚养权距离达成调解协议之日仅四月余，其抚养能力未发生重大变化。且小林在林某与夏某离婚后一直由夏某抚养，与夏某一起生活，已养成了自己的学习及生活习惯，由夏某抚养孩子能确保教育关系的一致性、规律性和稳定性。鉴于小林将于 2014 年 6 月参加中考，处于学习教育关键期，此时不宜改变孩子的学习、成长环境，小林由其母夏某继续抚养为宜。故对夏某要

求变更子女抚养关系的诉讼请求，本院不予支持。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第三十六条之规定，作出如下判决：

驳回夏某的全部诉讼请求。

4 法官后语

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》（一下简称《意见》）规定，人民法院审理离婚案件，对子女抚养问题，应当从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。其中，《意见》第 16 条规定：**“一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持……**（3）十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的”。

本案中，小林已满 15 周岁，经法庭当面征询意见，小林明确表示其跟妈妈夏某的感情更好，但从实际情况考虑想跟父亲林某一起生活，符合《意见》第 16 条规定的“十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活”的情况。被告林某为部队团级干部，自述月工资收入 6000 元左右，属《意见》第 16 条规定的“有抚养能力的”一方。针对本案情况，能否支持原告夏某变更小林抚养关系的请求，有两种不同意见。

一种意见认为，《意见》第 16 条明确规定，一方要求变更子女抚养关系，应予支持的情形包括十周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的情况。本案中小林明确表示愿与被告林某共同生活，且林某工作及收入稳定，经济条件优于无业的原告夏某，有抚养能力，有能力为小林提供更好的生活条件，符合应予支持变更抚养关系的情形，应支持原告夏某的诉讼请求。

另一种意见认为，虽然法律规定变更抚养关系要征求十周岁以上未成年子女的意见，但孩子的意见并不是判案的唯一依据。《婚姻法》第三十六条规定，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。这是处理抚养关系案件的基本原则。

笔者赞同第二种意见。审理未成年人抚养权纠纷案件，法官应从国家亲权角度出发，坚持儿童最大利益原则，充分考虑未成年人父母双方抚养能力、未成年人个人意志、共同居住人态度等综合因素作为判定抚养权归属的重要参考依据。对于双方均不愿抚养孩子的案件，**对于抚养能力的判断不仅要审查工资收入等经济状况，而且还要从对抚养孩子的时间、精力等方面进行考察**，以全面了解客观事实。因为，从当前物质条件和社会保障体系情况来看，简单地吃饱穿暖以及完成九年制义务教育已经不是履行抚养义务的主要内容，是否有利于孩子健康成长，**更重要的还要从精神抚养层面**，即孩子是否快乐、是否有归属感、和直接抚养人及共同居住人相处是否融洽等方面综合来加以判断。

本案中，林某因与夏某矛盾较为激化，平时既不探望小林，也未承担其抚养费，对小林的生活不够关心，现在又坚决拒绝接纳小林。此外，林某已计划重新组建家庭，其女友与夏某素来不睦，如果变更抚养关系，极有可能引起家庭矛盾，对小林的身心造成隐形伤害。

夏某与林某离婚诉讼期间主动争取小林抚养权，其在对自身经济能力有明确认知的情况下，同意自行负担小林的抚养费，说明夏某具有一定抚养能力，即使其经济确实困难，也可以通过要求增加抚养费等途径解决。因林某系军人，小林长期随母亲共同生活，与母亲的感情较深，显然由母亲继续抚养对小林的身心健康更为有利。

虽然小林表示愿意跟随其父生活，但其亦表示与母亲的感情更好，其过于自信的认为只要法院判决其由林某抚养，林某就能自然接纳其。对于变更抚养关系的后果，小林并没有充分考虑到。鉴于小林将于 2014 年 6 月参加中考，处于学习教育关键期，此时不宜改变孩子的学习、成长环境，小林由其母夏某继续抚养为宜。因此，不能仅仅根据孩子的意见判定监护权的归属。

此外，因为变更抚养关系案件涉及的标的是未成年人人身，在处理案件过程中还必须充分考虑到判决结果是否具有可执行性。在小林自幼由夏某抚养长大，林某拒绝承担抚养职责的情况下，确认小林继续由夏某抚养，还可以减少执行阶段可能因执行不能而导致的涉诉信访等相关问题，最大限度地实现法律效果和社会效果的有机统一。

综合考虑以上因素，为了小林能够健康成长，其仍由夏某继续抚养为宜。所以，夏某要求变更抚养关系的诉讼请求未得到法院的支持。

离婚夫妻婚姻关系存续期间的共同财产可否执行？

2017-07-31 审判前沿 北京市海淀区人民法院执行 杨哲

“编者按：执行实践中，被执行人往往在诉讼中或判决生效后，通过协议离婚或诉讼离婚，将名下财产转移至

配偶名下，致使执行阶段中被执行人无财产可供执行。法院能否执行共同共有财产？如何确认被执行人在共有财产中的份额？如何在执行中保障案外人的合法权益？执行法官通过具体案例一一解答。”

刘某与实达公司等特许经营合同纠纷强制执行案 1 基本案情

原告刘某与被告实达公司特许经营合同纠纷一案，本院于 2014 年 3 月 31 日作出判决书，判决：一、刘某与实达公司签订的合同无效，二、刘某将收取的设备退还给实达公司，三、实达公司退还刘某二十四万元，四、实达公司赔偿刘某损失二万元。实达公司不服本院作出的一审判决提出上述，北京市第一中级人民法院审理后作出终审判决：驳回上述，维持原判。

刘某于 2014 年 9 月向本院申请强制执行，但因实达公司无财产可供执行，一直未能执行到位。2015 年 9 月刘某向本院执行裁决庭提交申请，以被执行人实达公司注册资金不实、股东抽逃注册资金为由要求追加实达公司法定代表人王某为本案被执行人，对本案债务承担连带责任。本院裁决庭经审理，作出裁定书，裁定追加被执行人实达公司法定代表人王某为本案被执行人，并在抽逃注册资金八十五万元范围内对刘某承担清偿责任。

本院执行实施部门对追加的被执行人王某开展财产调查，发现王某在外地与其妻子共同共有一套房屋，未发现其他可供执行的财产，且王某一直处于下落不明的状态。本院执行实施部门于 2016 年 1 月查封了王某与其妻子雷某共同共有的房屋一套。并拟对该房屋进行评估拍卖。

2016 年 4 月，雷某向本院提交书面执行异议申请，称自己与王某已于 2016 年 3 月，雷某与王某已经协议离婚，约定被法院查封的房产为雷某所有，所有债务由王某承担。现在雷某以该房屋归其所有为由向法院提出执行异议，请求法院解除该房屋的查封，中止评估拍卖。

2 案件焦点

法院能否处置被执行人与他人共同共有的财产？如何确认被执行人在共有财产中所占的份额？对于法院已查封的被执行人与他人共有的房产，被执行人能否与他人协议分割，协议分割的效力如何？执行法院又能否继续处置婚姻关系存续期间的夫妻共同财产，执行过程中又如何保障案外人雷某的合法利益。

3 执行要旨

法院可以查封被执行人的财产，**若该财产是与与他人共有的财产且不可分割，法院有权查封被执行人与他人共有的财产，但应通知共有人**。法院可以继续处置王某与雷某共同共有的房屋，因执行法院查封在前，而双方协议离婚在后，协议离婚的效力不能对抗已经被执行法院查封的事实。对于案外人雷某的合法利益，**雷某可以通过析产诉讼的方式来确认与王某共同共有房屋其应占份额**，届时房屋拍卖成交后，按照双方应占份额分配案款，属于案外人雷某的部分，应当返还。

4 法官后语

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条，“对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。”

根据《中华人民共和国物权法》第一百零二条，“因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。”

本案中，人民法院已经对被执行人王某名下的房屋采取查封措施，王某与妻子雷某仍以离婚分割财产的方式，约定该房屋归雷某所有，主观上具有逃避债务的目的。另外，共有人协议分割共有财产，应当经过债权人的认可，人民法院才可以认定有效。而王某雷某夫妇分割共有财产，**并未征得债权人的认可，所以他们所做的财产分割是无效的**。在此情形下，雷某如有异议可通过提起析产诉讼对共有财产进行分割，但雷某却未提起析产诉讼，故法院不存在中止拍卖的情形。因此，法院可以继续对王某雷某共同共有的房屋进行评估拍卖。

需要指出的是，在执行过程中，法院依据《民事诉讼法》及《民事执行规定》的相关条款，对被执行人配偶名下或实际占有的财产采取强制执行措施后，如果被执行人配偶认为法院采取的执行措施错误或侵犯其合法权益，被

执行人配偶可以作为案外人提出执行异议，并享有申请审判监督程序或提起执行异议之诉的权利。在执行实践中，被执行人往往在判决生效后甚至在诉讼中，就通过“协议离婚”甚至是诉讼的方式将名下财产转移至其配偶名下，造成执行阶段被执行人无财产可供执行，为此最高人民法院在 2011 年 5 月颁发的《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》第三项依法防止恶意诉讼，保障民事审判和执行活动有序进行中就明确规定，严格执行案外人异议之诉的管辖范围，案外人对人民法院已经查封、扣押、冻结的财产提起异议之诉的，应当由执行法院受理；对于当事人恶意诉讼取得的生效裁判应当依法再审，案外人违法上述管辖规定，取得生效裁判文书将已被执行法院查封、扣押、冻结的财产确权或者分割给案外人的，执行法院认为该生效裁判文书系恶意串通规避执行损害债权人利益的，可以向作出该裁判文书的人民法院或者其上级法院提出书面建议，有关法院应当再审。

（三）律师视点

重婚登记纠纷之诉讼路径选择

——以刘某诉某民政局一案为例

2017-07-03 湖南仁本律师事务所 舒蓉月 雷婷婷

【摘要】重婚登记纠纷中涉及重婚双方当事人、有效婚姻当事人及婚姻登记机关三方，包含民事、行政两种法律关系，民事诉讼与行政诉讼两种路径并行不悖，处于不同法律关系中的当事人有权根据自身需要选择诉讼路径。民事诉讼的路径虽然已由想过法律法规明确，但仍有待完善。行政诉讼的路径应当被司法实务届正视，在实践中逐步完善。

【关键词】重婚；婚姻登记；宣告婚姻无效；行政行为无效

根据我国《婚姻法》第十条及《<婚姻法>司法解释（一）》的规定，重婚为婚姻无效的法定情形之一，婚姻当事人及利害关系人有权向人民法院申请宣告婚姻无效,通过民事诉讼的路径解决重婚纠纷已是共识，但相关法律法规仍有待完善。除此之外，因重婚而无效的婚姻关系是通过婚姻登记机关的结婚登记行为建立的，婚姻登记行为是国家行政机关履行法定职责的具体行政行为，相对人及其他有利害关系的公民有权就重婚登记行为提起行政诉讼。通过行政诉讼的路径解决重婚登记纠纷并未形成普遍认知，存在诸多误解，有必要加以明晰。本文通过案例的形式分析重婚登记纠纷的两条诉讼路径，以期消除误解，助益司法事务的发展。

一、案情简介

刘某与张某于****年**月**日在某民政局登记结婚，后张某以两人感情不合为由向人民法院起诉离婚，一审人民法院判决准予离婚，刘某提起上诉，经二审人民法院调解，两人和好，婚姻关系继续维持。****年**月**日张某拿着一审人民法院下发的没有生效的一审离婚判决书，与赵某在某民政局办理结婚登记，某民政局在未审查张某提供的证明其婚姻状况的离婚判决书是否生效的情况下，就认定张某与赵某符合结婚条件，准予登记并颁发结婚证。****年**月**日刘某向人民法院自诉张某犯重婚罪，****年**月**日人民法院判决张某犯重婚罪，处拘役五个月。****年**月**日刘某以某民政局为被告，向法院提起行政诉讼，人民法院判决确认某民政局对张某与赵某作出的婚姻登记行为无效。

二、重婚登记纠纷之民事诉讼路径

婚姻关系是平等民事主体之间的人身、财产关系，有效婚姻关系中当事人之间、重婚关系中当事人之间因重婚引发的纠纷，属于民事诉讼的受案范围，通过向人民法院申请宣告婚姻无效的民事诉讼路径解决重婚纠纷，在法律上有明确的规定，在司法实务界也以形成共识。

（一）申请宣告婚姻无效制度

根据《<婚姻法>司法解释（一）》第七条第一款的规定，婚姻当事人及当事人的近亲属及基层组织有权以重婚为由向人民法院申请宣告婚姻无效，明确了以重婚为由宣告婚姻无效的申请主体。

对于该条文中的“婚姻当事人”，有不同的理解，有的认为是无效婚姻关系的当事人，有的认为是有效婚姻关系的当事人。如果仅限定为无效婚姻关系的当事人，有效婚姻关系中无过错的一方作为无效婚姻关系中一方的配偶，则可以当事人近亲属的身份申请人民法院宣告婚姻无效，并无障碍。在上述案例中，刘某、张某及赵某三人都可以通过民事诉讼的路径，向人民法院申请宣告婚姻关系无效。如果仅限定为有效婚姻关系的当事人，则处于无效婚姻关系中的一方，尤其是被动进入无效婚姻中的当事人，不能主动申请人民法院宣告自己的婚姻关系无效，则不能充分保障当事人的诉权。因此，笔者认为，将此处的“婚姻当事人”做扩大解释，包含有效婚姻关系的当事人和无效

婚姻关系的当事人，更有利于保障当事人的诉权，消除无效婚姻。

（二）重婚导致的无效婚姻情形消失后的处理

婚姻无效是绝对的无效，自始无效。从法律地位上看，无效婚姻的当事人不必承担因婚姻关系而产生的财产和身份关系，双方当事人不具有配偶之间的权利义务关系。但根据《<婚姻法>司法解释（一）》第八条的规定，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。可见无效婚姻的无效原因是相对的，这种情况最典型的就是未达到法定婚龄的婚姻，无效婚姻关系因当事人达到法定婚龄的婚姻。

“不予支持”是紧紧意味着宣告婚姻关系无效的诉讼不必进行，还是指无效婚姻因无效情形的消失而转化为有效地婚姻关系。如果是在早婚和疾病婚的情况下还能理解。在疾病治愈及达到法定婚龄的情况下，无效婚姻转化为有效婚姻，疾病婚可以追溯到办理结婚登记时建立婚姻关系，早婚可以在双方都达到法定婚龄时由无效婚姻转化为有效婚姻。但在因重婚导致婚姻关系无效的情况下，如果无效婚姻关系被宣告无效前，有效婚姻关系中的当事人离婚，或者无过错一方死亡，无效婚姻关系是否也能转化为有效婚姻关系？

重婚的情形不同于疾病婚和早婚，它破坏了我国一夫一妻的婚姻制度，社会影响恶劣，不宜使重婚转化为有效婚姻。另外，如果在前的有效婚姻关系因离婚或丧偶结束，重婚就转化为有效婚姻，会为离婚财产分割和遗产继承埋下隐患，产生更多的社会纠纷。因此，笔者认为，重婚的无效婚姻不能转化为有效婚姻。但在实践操作中也存在障碍，如果法院此时不予支持宣告重婚的婚姻关系无效，则当事人无法另行办理结婚，登记缔结有效地婚姻关系。因此，法院应当接受当事人的申请，宣告宣告婚姻关系无效，以便当事人建立有效地婚姻关系。

（三）细化宣告婚姻无效的诉讼程序，统一法律文书的制作

根据《<婚姻法>司法解释（一）》第九条第一款的规定，人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决；有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。“申请宣告”而非“起诉”及一审终审的规定，容易让人产生宣告婚姻无效程序属于民事诉讼中特别程序的错觉。但根据《民事诉讼法》第一百七十七条的规定，只有选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制行为能力案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保权案件才属于特别程序，因此宣告婚姻无效案件适用普通或简易程序审理。

在司法实践中，当事人申请宣告婚姻无效，在制作立案所需的法律文书时及人民法院制作判决书时，由于相关法律法规没有细化，产生了文书形式和称谓混乱的现状。《婚姻法》及其司法解释中关于宣告婚姻无效都是使用“申请”，那么在当事人立案时提交的是否必须为《宣告婚姻无效申请书》？能否使用通常的《民事起诉状》？根据《<婚姻法>司法解释（二）》第六条的规定，法律文书中的称谓应为“申请人”和“被申请人”。可查看中国裁判文书网中此类型的判决书，有使用“原告”、“被告”的，也有使用“申请人”、“被申请人”的，并没有统一。为方便当事人进行诉讼，统一法律文书的制作，维护司法的权威，笔者认为有必要明确细化宣告婚姻无效制度的规定，明确文书形式。

（四）申请宣告婚姻无效诉讼中的损害赔偿问题

有效婚姻关系中的无过错方，根据《婚姻法》第四十六条的规定，在离婚诉讼中有权因对方的重婚行为请求损害赔偿。但如果有效婚姻关系中的无过错方只提起申请宣告其配偶与第三人婚姻关系无效的诉讼，那么在宣告婚姻无效的诉讼中，有效婚姻关系的无过错方能否获得损害赔偿？无效婚姻关系中被对方欺骗的善意一方（被动重婚者），其作为申请人主动申请人民法院宣告婚姻无效，能否向欺骗其进入无效婚姻的被申请人（主动重婚者）请求损害赔偿？如果主动重婚方申请宣告婚姻无效，被动重婚方能否在诉讼中要求损害赔偿？如果有效婚姻关系中的无过错方申请宣告婚姻无效，被动重婚者能否在一个诉讼中解决损害赔偿问题，还是需要另行提起诉讼？这些问题在现有法律法规中都没有明确。

无论是对有效婚姻关系中的无过错方还是被动重婚者，重婚给他们造成的精神损害是显而易见的，这也是《婚姻法》第四十六条规定离婚过错损害赔偿的原因，因此笔者认为两者都有权向主动重婚者主张损害赔偿。对于有效婚姻关系中的无过错方，如果在宣告婚姻无效的诉讼中获得损害赔偿，在以后的离婚诉讼中就不能再以重婚为由请求损害赔偿。被动重婚者可以要求主动重婚者赔偿其精神损失，为减轻当事人的诉累，可以在一个诉讼案件中一并解决。

（五）离婚诉讼与宣告婚姻关系无效诉讼的关系

在受理离婚案件后，经审查该婚姻关系属无效婚姻的，根据《<婚姻法>司法解释（二）》第三条的规定，人民法院应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻关系无效的判决。第七条规定，人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻关系无效的案件，对于离婚案件的审理，应当待审理宣告婚姻无效案件作出判决后进行。但在受理有效婚姻关系离婚的案件中，当事人有证据证明一方存在重婚或者人民法院查明一方存在重婚，法院能否依申请或者依职权宣告离婚案件的一方与案外第三人的婚姻关系无效？

笔者认为，法院对于婚姻关系效力的审查是可以依职权作出的，在其他诉讼过程中发现重婚的情形，应当宣告婚姻关系无效，以维护一夫一妻的婚姻制度。在离婚诉讼过程，发现本案的当事人存在重婚的情形，可以在一个诉讼中做出宣告婚姻关系无效的判决。无论最终离婚诉讼是判决离婚还是不予离婚，都有助减少当事人的诉累。

三、重婚登记纠纷之行政诉讼路径

在上述案例的办理过程中，被告答辩称其并非本案的适格被告，重婚属于婚姻无效的情形之一，对于无效婚姻相关当事人可以申请法院宣告婚姻无效。婚姻法调整的是民事关系，基于婚姻法产生的宣告婚姻无效的诉讼属于民事诉讼。可见，通过行政诉讼的路径解决重婚登记纠纷在司法实务界并未形成共识，有必要澄清误解，指导实务。

（一）重婚登记纠纷属于行政诉讼的受案范围

我国实行婚姻登记制度，根据《婚姻法》第八条的规定，要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记。符合规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立婚姻关系。由此可见，必须通过行政机关登记结婚、颁发结婚证的行政行为，才能在民事主体间产生民法上的婚姻关系。无效婚姻也是通过婚姻登记机关的婚姻登记行为建立的，婚姻登记机关以自身的行政行为参与到重婚登记纠纷中。

根据《行政诉讼法》第二条的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵害其合法权益的，有权向人民法院提起诉讼。民政部门是《婚姻登记条例》授权进行婚姻登记的行政组织，婚姻登记行为是其履职法定职责的具体行政行为，是重婚登记纠纷行政诉讼中适格的被告，也属于行政诉讼的受案范围。根据《行政诉讼法》第二十五条的规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。无效婚姻关系的当事人是婚姻登记行为的相对人，通过提供虚假材料活的婚姻登记的当事人当然无权就此提起行政诉讼，但被动重婚者可作为婚姻登记行为的相对人提起行政诉讼；有效婚姻关系中的无过错方与该婚姻登记行为有利害关系，也可提起行政诉讼。在重婚登记纠纷中提起行政诉讼在诉讼主体上没有障碍，有效婚姻关系中的无过错方和被动重婚者的权益受婚姻登记行为的直接影响，因此有权就婚姻登记机关的婚姻登记行为提起行政诉讼。

（二）婚姻登记机关在履职中的审查职责

在上述案件的诉讼过程中，被告答辩称在婚姻登记中，婚姻登记机关只作形式审查，被告对申请结婚登记的当事人提交的申请材料进行了形式上的审查，认为双方符合结婚的条件，提交的材料齐全，应予以登记。本案中，张某与赵某在申请结婚登记时提交了身份证、户口簿、声明书，其户口簿上登记的结婚状况为离婚，故被告的行政行为并无不当及违法之处。此处涉及到婚姻登记机关在婚姻登记工作中的审查职责。

根据 2003 年 10 月 1 日开始实施的《婚姻登记条例》第五条的规定，内地居民办理结婚登记应当出具本人的户口簿、身份证及本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。同时在第七条规定婚姻登记机关应当对婚姻登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。此时，对于婚姻登记机关结婚登记时的审查职责并未细化。

在 2004 年 3 月 29 日公布的民政部关于贯彻执行《婚姻登记条例》若干问题的意见中，关于身份证、户口簿查验问题规定，当事人声明的婚姻状况与户口簿“婚姻状况”内容不一致的，婚姻登记机关对当事人婚姻状况的审查主要依据其本人书面声明。可见，在当时，婚姻登记机关对婚姻状况审查的主要依据是当事人的户口簿和签字声明，最终是以签字声明为准。这样的管理规范不科学，审查标准不严格，不能有效避免当事人钻篓子在已有配偶的情况下再次办理结婚登记。在上述案例中，张某已经骗取了公安机关变更了户口簿上的婚姻状况，这种情况下，即使不提供法院的离婚判决书，仅凭户口簿和当事人的签字声明就可以办理结婚登记，婚姻登记机关由于管理漏洞造成工作失职。

2015 年底民政部印发的《婚姻登记工作规范》第二十九条规定，“户口簿上的婚姻状况应当与当事人声明一致的，当事人应当向登记机关提供能够证明其声明真实性的法院生效司法文书、配偶居民死亡医学证明（推断）书等

材料”；“当事人声明的婚姻状况与婚姻登记档案记载不一致的，当事人应当向登记机关提供能够证明其声明真实性的法院生效司法文书、配偶居民死亡医学证明（推断）书等材料。”对婚姻登记机关的工作职责进一步细化，审查当事人婚姻状况不仅依靠户口簿、签字声明，而是要提供法院生效司法文书、死亡医学证明（推断）书等材料。

在上述案例中，张某在与赵某本例结婚登记时，张某与刘某的婚姻关系尚未解除，在该民政局的婚姻登记档案中也登记是已婚。张某为隐瞒自己已婚的事实，向婚姻登记机关提供了法院的离婚判决书，以证明自己已与刘某解除婚姻关系。该份离婚判决书的确是刘某与张某在离婚诉讼中法院下发的，但只是一审判决书，刘某上诉后二审法院调解两人和好，该份判决书并不发生法律效力。婚姻登记部门的工作人员在审查这份离婚判决书时，存在重大失职，并未要求张某提供这份一审离婚判决书已经生效的证明，在张某已经存在一段婚姻关系的情况下，为张某与赵某办理了结婚登记，致使张某的权益受到侵害，一夫一妻制度被破坏，造成了不良的社会影响。

（三）重婚登记行为效力的认定

通过案例检索笔者发现，因重婚登记引发的行政诉讼中，法院判决书所适用的法律条文和判决结果并不一致，有的判决婚姻登记行为违法并予以撤销，有的判决确认婚姻登记行为无效，存在效力认定和法律适用混乱的现象。在上述案例中人民法院适用《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第五十七条的规定，确认某民政局对张某与赵某的婚姻登记行为无效。

根据《行政诉讼法》第七十五条的规定，行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。婚姻登记机关审查失职，为已经存在婚姻关系的当事人办理结婚登记，破坏了《婚姻法》第二条确定的一夫一妻的婚姻制度，属于重大且明显的违法情形，该结婚登记行为无效。

根据《行政诉讼法》第七十条的规定，行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：（一）主要证据不足；（二）适用法律、法规错误的；（三）违反法定程序的；（四）超越职权的；（五）滥用职权的；（六）明显不当的。在上述案例中，婚姻登记机关的工作人员在履职时的确存在违反法定程序，但没有适用本条确认婚姻登记行为违法并撤销，是因为无效与违法的主要差异是程度上的差异，因程序违法导致重大且明显违法的情形，应当认定婚姻登记行为无效。

（四）重婚登记纠纷行政诉讼中的补救、赔偿问题

根据《行政诉讼法》第七十六条的规定，人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施。在重婚登记纠纷中经常面临无效婚姻关系的结婚证能否由婚姻登记机关直接收回作废的问题。有人认为收回结婚证意味着撤销婚姻，而根据《婚姻法》第十一条的规定，可撤销婚姻的唯一情形是受胁迫，因此婚姻登记机关无权收回并作废无效婚姻登记行为颁发的结婚证。还有些人认为在重婚登记纠纷中只是确认婚姻登记行为无效，并没有撤销婚姻登记行为，因此婚姻登记机关无权收回作废无效婚姻的结婚证。

笔者认为，既然婚姻登记行为已由人民法院判决确认无效，该行为自使不产生效力，由此行政行为产生的证件当然应收回作废，否则该无效行政行为的影响并未完全消除。收回并作废结婚证的行为并不是宣告该结婚证象征的婚姻关系无效，宣告婚姻关系无效需要经过人民法院判决，是在民事诉讼中确认婚姻关系这种民事法律关系无效。收回并作废结婚证的行为也不能等同于撤销婚姻，因为婚姻登记机关虽然有权撤销婚姻，但根据《婚姻法》第十一条的规定可撤销婚姻的唯一法定情形是受胁迫。法院判令婚姻登记机关采取补救措施，收回并作废无效婚姻的结婚证，是消除无效婚姻登记行为产生的后果，是值得提倡的。

根据《行政诉讼法》第七十六条的规定，人民法院判决确认违法或者无效的，给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任。在重婚登记纠纷中，有效婚姻关系中的无过错方和被动重婚者由于婚姻登记机关无效的婚姻登记行为，在诉讼的过程中产生了律师服务费、交通费、误工费等，有经济损失，依法应当赔偿。在上述案件的办理过程中了解到，如果请求赔偿，需要单独立案，使用国家赔偿的案号。但查找《国家赔偿法》中对行政赔偿范围的规定，婚姻登记行为并不属于限制或者剥夺人身自由、造成公民身体伤害或者死亡的行为，在侵犯财产权的行为中，规定了行政处罚行为、行政强制行为征收、征用，都属于直接侵犯财产权的行为。由于婚姻登记行为与直接侵害财产权的行为在性质和程度上不具有对等性，不宜进行扩大解释。在《行政诉讼法》中有赔偿依据，但落实到《国家赔偿法》却没有牢固的请求权基础，在法律体系中法律法规之间的协调统一有待加强。

四、结论

从乱婚、群婚、一夫多妻等多种婚姻结构形式，到一夫一妻的婚姻制度，是社会文明进步的表现，婚姻与家庭的稳定是社会和谐的基础，重婚不仅会产生民事后果，重婚者还要承担刑事责任。在重婚登记纠纷中，处于不同法律关系中的当事人可以根据自身的需要行使诉权，选择民事诉讼或行政诉讼维护自身的合法权益，相关法律法规的完善将推动司法实践的发展。

参考文献：

[1]蒙晓毅.中国无效婚姻制度立法探索.广西民族学院学报.2003(04)

[2]于东辉.无效婚姻制度探析.法学论坛.2007(04)

[3]贺丹青.无效婚姻法律规范的冲突与协调——新《婚姻法》、《婚姻登记条例》以及最高法院相关解释的理解与适用.河北法学.2008(07)

[4]刘兴树，张云.论我国的无效婚姻制度.武汉大学学报.2002(05)

[5]张迎秀.婚姻登记制度之重构.法学杂志.2010(03)

[6]王礼仁.婚姻登记瑕疵纠纷诉讼路径之选择——以诉讼时效法律规范的性质为主线.政治与法律.2011(04)

律师办理涉港家事案件的新思路

2017-07-05 泰和泰律师 杨竹一

——以《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》为视角

2017 年 6 月 20 日，最高人民法院与香港律政司共同签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《安排》）。此文件一出，对律师办理涉港婚姻家庭案件以及对法官审理涉港婚姻家庭案件都产生了不同寻常的影响。有积极的实质性影响也有象征性的宣示条文。我们将从《安排》的适用范围和管辖这两个主要方面来进行比较，分析本《安排》的可操作性。

一、申请香港法院和中国内地法院认可和执行的范围

1、申请香港法院认可和执行的范围扩大到对内地民政部门签发的离婚证和人民法院的调解书的承认，中国内地法院也可以接受在香港签署的解除婚姻协议书及备忘录的认可和执行申请。

《安排》没有出台之前，香港居民或内地居民就在港财产的分割及执行问题，以中国内地民政局签发的离婚证，向香港法院要求认可离婚事实以及离婚时的夫妻财产分割，几乎是不可能的事情。在**《安排》出台后，有第 1 条第 2 款规定：“当事人向香港特别行政区法院申请认可内地民政部门所发的离婚证，或者向内地人民法院申请认可依据《婚姻制度改革条例》（香港法例第 178 章）第 V 部、第 VA 部规定解除婚姻的协议书、备忘录的，按照适用本安排。”**这意味着，现在一个香港永久居民与中国内地居民结婚，而后又在中国内地协议离婚并**领取离婚证后，任何一方都是可以向香港有关法院申请认可离婚效力的。但是，**该条规定也仅就申请认可离婚证做出明确规定，**就民政局备案的离婚协议中所涉及的夫妻财产分割效力，是否可以一并申请认可，《安排》中没有做出规定。能够明确的是：**对婚姻解除效力是可以以离婚证为依据的。同理，如果一个香港永久居民与中国内地居民在香港签署解除婚姻的协议书或备忘录的，任何一方可以向中国内地法院申请认可和执行。**律师可以在办理案件中尽最大努力从中调解，促成双方达成离婚协议。**

2、申请认可和执行的案件包括了涉及人身执行的监护权纠纷、探望权纠纷、申请人身安全保护令案件。

《安排》第 3 条第（一）款第 12、13、14 项规定：“本安排所称婚姻家庭民事案件（一）在内地是指：12、监护权纠纷案件（限于未成年子女监护权纠纷）；13、探望权纠纷案件；14、申请人身安全保护令案件。”这类涉及人身执行的案件，目前要申请执行无论是在香港法院还是中国内地法院都会有实践操作的障碍。

首先，**中国内地法院对监护权、探望权、人身安全保护令的执行都存在着无法贯彻执行的尴尬境地。**在香港，申请人身安全保护令时，申请人只要举证自己有伤就已尽到举证责任，法庭即颁发人身安全禁令，至于伤情是否由于家暴所致，则由施暴人举证。而中国内地的法院，对于申请人的举证责任要求是，要有医院的伤情鉴定和公安机关的报警记录才有可能申请到人身保护令。举证责任分配制度不同，导致两地的人身保护令申请难易程度不同。两地的执行标准也存在差异，**就目前看来，这项规定还有待时间去实践。**

二、申请认可和执行的管辖及文书要求

1、明确了接受申请的法院的**级别管辖。《安排》第 4 条规定：“申请认可和执行本安排规定的判决：（一）在内地向申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地的中级人民法院提出；（二）在香**

港特别行政区向区域法院提出。”

2、**法院出具生效证明书要符合《安排》的要求**。《安排》第 5 条规定:“申请认可和执行本安排第一条第一款规定的判决的，应当提交下列材料：第（三）作出生效判决的法院出具的证明书，证明该判决属于本安排规定的婚姻家庭民事案件生效判决;”这意味着，**今后，在办理涉港案件中，律师或当事人要求法院出具生效证明时，需要特别注明属于婚姻家庭民事案件的案由，法院也应该在生效证明书中写明案由。**这是与之前的生效证明模板最大的不同。

3、实质管辖。

首先，是在保护未成年子女最大利益上的实质审查，将会对中国内地法院在判决未成年子女抚养权上产生方向性的影响。**《安排》第 9 条第 1 款：“申请认可和执行的判决，被申请人提供证据证明有下列情形之一的，法院审查核实后，不予认可和执行。”意味着，香港和内地法院都可以对申请进行实质审查，对于不符合本法域内的法律基本原则或社会公共利益的判决不予认可和执行。《安排》第 9 条第 3 款:“申请认可和执行的判决涉及未成年子女的，在根据前款规定审查决定是否认可和执行时，应当充分考虑未成年子女的最佳利益”**未成年子女最佳利益作为实质审查的一部分单独写明，**是《安排》中最具价值和影响力的规定。**中国内地法院在相当长的一段时间内，不从未成年人利益最大化的角度考虑，而简单、粗糙地将未成年人的抚养权当成离婚夫妻的分配制度处理。也间接导致夫妻离婚时争抢孩子、藏匿孩子，探望权无法执行等隔离亲情的情况大量发生，甚至形成一种教唆当事人藏匿孩子的风气，严重损害未成年人利益。**《安排》第 9 条第 3 款的规定，正式明确未成年人在夫妻离婚纠纷中的独立权益地位不容忽视。期待这一规定的践行，扭转风气，使内地法院在审理抚养权及离婚纠纷中正视未成年人的独立人格及其权益。**律师也最好不要向当事人提供不利于未成年人利益最大化的法律意见，那样，有可能使判决得不到香港法院的认可和执行。

其次，在财产的管辖权上，**内地法院享有对当事人在香港的财产分配的管辖权。《安排》第 12 条规定：“在本安排下，内地人民法院作出的有关财产归一方所有的判项，在香港特别行政区将被视为命令一方向另一方转让该财产。**这也**是《安排》中最具可操作性和最便民的规定。**按照《中国民事诉讼法》第 33 条第（一）项的规定：“因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。”以往，中国内地法院是不在离婚纠纷中处理当事人在香港的不动产分配的。《安排》出台后，意味着**内地法院在审理离婚纠纷案件中，涉及到当事人在香港的财产分配时，有权做出判决。并能得到香港法院的认可和执行**（除违法香港基本法律原则和社会公共利益）。这就避免了在办理香港居民与内地居民的离婚案件时，双方还需就香港的财产分配在香港法院再次起诉。**律师也需要了解香港的夫妻财产分配制度（香港实行夫妻财产别产制）以维护当事人在港财产分配的利益。**

综上所述，《安排》的出台，有利于促进婚姻家事的现代化审理，律师也需改变以往的认识和传统的经验，拓宽视野，重新整理符合《安排》宗旨的办案思路。

从内地与香港婚姻家事安排展望家事案件处理的新方向

2017-07-06 中伦视界 贾明军 蓝艳

2017 年 6 月 20 日下午，最高人民法院常务副院长沈德咏和香港特区政府律政司司长袁国强分别代表两地在香港特区签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（本文均简称为**“《婚姻家事安排》”**）。该消息一经爆出，一时之间引爆了整个司法界，尤其是我们所在的婚姻家事业务领域，几乎都在热烈讨论着《婚姻家事安排》的内容。

近年来，随着内地与香港经济、文化等相互交融，两地跨境婚姻的数量也呈几何式地增长，每年都要新增 2 万余宗，而由此所引发的婚姻家事纠纷也呈现了快速增长的趋势。在《婚姻家事安排》尚未出台之前，内地或香港的法院仅就婚姻家庭案件中涉及到的夫妻关系解除的判决内容予以认可，但是涉及夫妻财产分割、子女抚养等判决内容却无法在对方的法院得到认可，更不可能申请法院执行。以往遇到这样的情况，当事人只能通过向内地或香港的法院重新起诉的方式继续解决问题。由于两地司法制度的存在较大差异，不仅让当事人在异地维权的成本大幅提高，同时也不利于保护当事人的合法权益。而《婚姻家事安排》生效后，绝大部分跨境婚姻家庭案件判决将在两地得到相互认可和执行，对于促进两地婚姻家事纠纷的解决起到了非常积极的推动作用。**根据《婚姻家事安排》已经公布的 22 条规定并结合我们多年从事内地与香港跨境婚姻的经验，我们特别总结了在《婚姻家事安排》出台后，未来大陆与香港两地家事案件的处理过程中可能出现的新方向。**

一、《婚姻家事安排》将缩短两地离婚案件的时间成本

根据《婚姻家事安排》第一条的约定，当事人向香港法院申请认可内地民政局所发的离婚证，或者向内地法院申请认可依据香港《婚姻制度改革条例》所规定的解除婚姻的协议书、备忘录的，可参照使用本安排。

根据我们以往的经验，两地法院虽然对于婚姻家庭案件中涉及到的夫妻关系解除的判决内容予以认可，但即使是对于一些无财产、子女抚养争议的当事人来说，获得一份确认双方夫妻关系解除的判决也是较为耗时的事情。以内地法院为例，即使双方当事人就夫妻关系解除事宜达成一致并向法院申请解除婚姻关系的调解书，从立案、安排调解到最终获得调解书至少也需要花费几周的时间，之后还需要向另一方法院申请认可和执行，确实会损耗较多的时间成本。

但根据《婚姻家事安排》的约定，香港法院将接受认可内地民政局所发的离婚证的申请，而在内地向民政局申请颁发离婚证一般仅需要双方到场，且当天即可以拿到离婚证，这样一来将大大缩短单纯解除离婚关系的时间成本，对于那些希望快速解除婚姻关系的当事人来说无疑是一大福音。另外，我们翻阅了香港《婚姻制度改革条例》中关于解除婚姻的协议书及备忘录的规定[1]，当事人可以通过在香港签署解除婚姻协议书或备忘录，并将该解除婚姻协议书或备忘录的详情向指明公职人员登记的方式解除婚姻关系。而根据《婚姻家事安排》的约定，这样的文件未来也可以向内地法院申请认可。

二、《婚姻家事安排》或将扩大内地法院婚姻家庭案件的审理范围

《婚姻家事安排》第三条约定了对于两地法院认可的婚姻家庭民事案件范围，就内地部分来看几乎涵盖了内地民事案件案由规定[2]中绝大部分重要的婚姻家事纠纷内容。根据我们以往的诉讼经验，由于内地与香港之间缺乏就两地互涉婚姻家庭案件中关于夫妻财产、子女抚养等问题认可的机制，各级法院在处理此类婚姻家庭案件时通常对于实际存在于香港的夫妻财产基本采取不处理的原则，主要原因在于即使内地法院处理了此类财产，最终的判决内容也无法在香港得到认可与执行，因此通常情况下会建议当事人去香港法院另行起诉。

而本次所颁布的《婚姻家事安排》涵盖了包括婚内夫妻财产分割、离婚纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷在内的几类涉及夫妻财产分割内容的婚姻家庭民事案件类型，使得内地法院通过判决书或调解书的方式处理夫妻双方位于香港的财产变成了可能，扩大了内地法院对于此类两地互涉婚姻家庭案件的审理范围，或将实现当事人可在内地离婚诉讼中一并解决香港的财产分割问题，可节省当事人两地诉讼的成本。

三、《婚姻家事安排》或将促进两地法院对于涉案财产的查明与保全

在《婚姻家事安排》正式生效实施以后，当事人根据第四条至第六条的规定向两地指定法院提交所规定的材料之后，两地法院均会尽快审查认可和执行的请求，并作出裁定或命令。且根据第十三条的规定，若两地均有可供执行财产的，申请人可以分别向两地法院申请执行。另外，根据第十八条，两地法院在受理认可和执行判决申请的前后都可以依据该地法律规定采取保全或者强制措施。而两地法院在执行判决时均有各自查明与保全财产的方式，从而可以促进两地法院对于涉案可执行财产的查明与保全工作。

如内地法院在判决进入执行阶段时可通过公安、车辆管理、国土资源管理、房地产管理、银行等金融部门、工商行政管理、保险证券等部门查询、确认被执行人身份、机动车、土地权属、房屋、抵押登记、公司注册、保险、债券、股票等有关情况；并采用相应的冻结、划拨、限制等措施。而香港法院可以利用资产披露令、资产冻结令[3]（Mareva injunction）、容许查察令（Anton Piller orders）、押记令[4]等财产查明与保全的方法。

四、《婚姻家事安排》或将促进两地婚姻家庭判决的有效执行

在《婚姻家事安排》正式生效实施以后，当事人获得了两地法院认可或执行判决的裁定或命令后，则可以利用两地法院各自的强制执行工具，实现对于同一判决结果的有效执行，提高司法判决内容的执行效率。如《婚姻家事安排》第十二条规定，内地法院作出有关财产归一方所有的判决，在香港法院视为命令一方向另一方转让该财产。而该条款内容即与香港法例第 192 章《婚姻法律程序与财产条例》第 II 部、第 IIA 部作出的财产转让令衔接起来，有效化解了两地不同法律规定中关于财产执行问题的连接问题。

另外，内地法院可以通过划拨被执行人在银行（含其分理处、营业所和储蓄所）、非银行金融机构、其他有储蓄业务的单位（以下简称“金融机构”）的存款，对查封、扣押的被执行人财产进行拍卖、变卖等方式[5]强制执行已被认可的香港判决，而香港法院也可以通过禁止债务人离开香港[6]、出售财产以执行判决[7]等方式实现内地判决的强制执行。

五、《婚姻家事安排》将提升家事律师在两地家事案件处理过程中的作用

基于《婚姻家事安排》扩大了两地法院对于婚姻家庭民事案件的审理范围，使得两地法院均能通过各自的判决处理婚姻家庭民事案件中涉及到对方地区的财产问题、子女抚养问题，并借由《婚姻家事安排》向对方法院申请认可与执行。但是内地和香港法院所属的法系、适用的法律、法院的制度以及处理纠纷的方式等均有天壤之别。

根据我们处理此类案件的经验，在两地互涉婚姻家庭的案件中最容易产生矛盾的就是关于两地法律的适用问题。如前一段时间热议的香港夫妻在内地分割房产的案例[8]，其中关于夫妻婚后购买、仅登记在女方名下的房产是否属于夫妻共有房产的问题，内地的中级法院根据《香港法例》第 182 章《已婚者地位条例》的相关规定，确认该内地房产的性质应适用夫妻分别财产制，认为该内地房产应归女方所有。如果该案发生于《婚姻家事安排》正式实施后，则香港法院也可以依据香港的法律处理该内地房产并通过向内地法院申请判决的认可与执行实现香港的判决结果。而根据我们曾经代理过的一起类似案件，涉案夫妻也是香港居民，关于夫妻双方婚后购买、仅登记在一方名下的房产性质，根据香港律师的意见，香港终审法院在 LKW v. DD(FACV16/2008)一案中指出，婚姻中的一方或双方在婚姻期间内所取得的财产均属于婚姻财产适用于平等分享原则。而香港法院在处理婚姻财产时一般都会依照该案例的指引作为判决婚姻财产性质的依据。因此，如果该房产分割案件在香港起诉，则最终获得的结果可能会与内地法院的判决截然不同，若进而向内地法院申请对于香港法院判决的认可与执行，则案件更可能会导向不一样的结果。

另外，香港法院对于子女抚养、子女抚养费、赡养费制度方面的判决也与内地法院有极大的差别。如内地法院在处理两名以上子女的抚养权问题，通常会按照公平原则，分别判由父母各自抚养一名子女，但香港法院则通常倾向于将子女判归一方抚养；由于内地与香港经济水平、生活水平等方面的差距，子女抚养费的标准也有较大差距；内地并无赡养费制度，而香港法院依据香港法例第 192 章《婚姻法律程序与财产条例》可作出在讼案待决期间提供赡养费令、香港法例第 13 章《未成年人监护条例》、第 16 章《分居令及赡养令条例》、第 192 章《婚姻法律程序与财产条例》第 II 部、第 IIA 部均可作出赡养令。

早在《婚姻家事安排》尚未正式出台之前，两地法院在处理两地跨境婚姻案件时经常会发生“同案不同判”事件，最著名的就深圳与香港法院分别处理的杨某与马某离婚案[9]。2010 年 12 月 15 日，也就是该案在香港终审法院裁决公布的第二天，香港立法会就公布了《婚姻法律程序与财产（修订）条例》，其中增补了第ⅡA 部，即“在香港以外获准离婚等之后在香港要求经济济助”的规定，赋权香港法院可以根据婚姻一方的经济济助命令申请，在离婚判令、婚姻无效判令或裁判分居判令已就该段婚姻在香港批予的情况下，作出经济济助命令。而本次《婚姻家事安排》可能会使得两地司法制度所导致的两地跨境婚姻判决差异问题再次浮出水面。但根据《婚姻家事安排》第九条的规定，违反内地法律的基本原则或社会公共利益或违反香港法律的基本原则或者工作政策的，不予认可和执行。且第十条还规定，被请求方法院不能对判决的全部判项予以认可和执行时，可以认可和执行其中的部份判项。因此，《婚姻家事安排》赋予了两地法院按照自己的司法规则审查并决定是否完全或部分认可和执行判决的权利，而并非意味着只要接受申请就必须认可和执行。同时，即使香港法院全部认可了内地的判决，其仍然也可以根据婚姻一方的经济济助命令申请，作出适当的经济济助命令来平衡两地司法判决的差异。

随着《婚姻家事安排》的正式生效实施，作为一名家事律师，如果能在处理两地跨境婚姻判决的互认与执行过程中，正确运用两地法律的差异，选取最好的争议解决途径，化解法律难题，更好的保障当事人合法权益，将会赢得更多当事人的青睐与信任。

正如最高人民法院常务副院长沈德咏所说[10]，签署《婚姻家事安排》是近年来两地司法协助领域最聚焦民意、最贴近民生、最合乎民心的一项创举，为促进解决两地跨境婚姻所凸显的矛盾与问题带来法律上的支持与保障。作为专业的婚姻家事律师，期待着《婚姻家事安排》能近一步细化与完善，从而全面优化两地法院在婚姻家事案件中的司法协助制度和配套措施。

注

[1] 《第 178 章：婚姻制度改革条例》第 16 条 拟解除婚姻的通知书 版本日期 30/06/1997，第 17 条 双方可晤见指明公职人员 版本日期 30/06/1997，第 19 条 解除婚姻备忘录 版本日期 30/06/1997，第 20 条 登记解除婚姻备忘录 版本日期 30/06/1997。

http://www.chinalawedu.com/news/1200/23155/23157/23190/23196/2006/4/xi033272171024600211 62-0.htm ，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

[2] 民事案件案由规定（2007 年 10 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1438 次会议通过根据 2011 年 2 月 18 日《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》（法〔2011〕41 号)第一次修正），http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-3456.html ，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

[3] 《中港财产保全制度》，温嘉明，http://www.yearbooklawyer.com/sites/lawyer/detail_20131016113146159 9_c_18.html ，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

[4] 香港法例第四章《高等法院条例》20 条原讼法庭施加押记令的权力。

[5] 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》五、金钱给付的执行

[6] 香港法例第四章《高等法院条例》21B 条禁止债务人离开香港

[7] 香港法例第四章《高等法院条例》21D 条出售财产以执行判决

[8] 新浪新闻：香港夫妻“分家”，内地房产归谁？http://news.sina.com.cn/c/2017-02-23/doc-ifyavwcv8652392.shtml ，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

[9] 中国新闻网：《上市公司前高层打赢离婚上诉官司 8 亿身家免平分》，http://www.chinanews.com/ga/ga-gaynd/news/2009/06-18/1739023.shtml，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

[10] 北青网：《内地与香港特区签署相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决安排》，https://baijiahao.baidu.com/po/feed/share?wfr=spider&for=pc&context=%7B%22sourceFrom%22%3A%22bjh%22%2C%22nid%22%3A%22news_3311053701634214477%22%7D ，最后访问时间：2017 年 6 月 25 日

辣评北京高院审理婚姻案件疑难问题参考意见 10 大亮点

2017-07-08 家族律评 蓝艳律师

近年来，婚姻纠纷随着夫妻财产形式的日益多样化、复杂化以及楼市暴涨、企业扎堆上市等经济因素，不断涌现出一些新情况、新问题，尤其是一波又一波上市企业股东的天价离婚案好像总在不断刷新着公众的眼球。而在孕育出神奇的“朝阳群众”的“帝都”，北京高院民一庭在经过深入调研并广泛征求意见后，特别针对日渐纷繁复杂的婚姻纠纷出台了《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》（以下简称“参考意见”）并于 2016 年 8 月在北京审判微信公号进行了发布[1]。作为一名资深家事律师，笔者在初次看完整份参考意见后就觉得有很多值得借鉴与学习的地方，尤其是关于夫妻财产制度、股权分割、房产分割、债权债务等问题的总结与意见指导是非常具有司法实践意义的，在此笔者呕心推荐其中的 10 大亮点与各位读者分享！

1

夫妻财产约定不再“口说无凭”

谈到夫妻财产约定，熟悉婚姻法的读者一定能立刻背诵出第 19 条关于夫妻财产约定的内容，而且该法条明确规定“约定应当采用书面形式”。但现实生活中很多好面子、怕伤感情的夫妻都因为夫妻财产约定必须以书面形式的缘故，而放弃签署约定，最终导致在离婚时面对人财两失的尴尬结局。但根据该参考意见第 16 条的规定，夫妻间无书面财产约定，但双方均认可或有证据足以表明存在财产约定合意的，应认定财产约定成立。也就是说，即使夫妻两人只是通过口头表示双方存在这夫妻财产约定的合意，则只要双方均认可或者一方有证据，如双方的录音，沟通的微信、短信或电子邮件等，表明双方确实存在财产约定合意，则在北京高院的审判观点看来，双方之间的夫妻财产约定即成立。笔者觉得这或将是对婚姻法第 19 条的重要突破，因为在笔者以往处理过的、涉及夫妻财产约定的案件中，一般法院都需要当事人达成书面的夫妻财产约定，才能适用婚姻法第 19 条的规定，从而突破中国婚姻法关于婚后夫妻财产共有制的一般规定。

2

“婚约”之诉或使财产分割“一步到位”

根据该参考意见第 17 条的规定，当事人在不起诉离婚的情况下，可以单独提起夫妻财产约定的履行、变更、撤销、确认无效等诉讼。看到这条的时候，笔者一眼就相中了“夫妻财产约定的履行之诉”，通过对该规定的字面理解，也就是说，如果笔者与配偶因为某种原因暂时无法解除婚姻关系，但假设我们已经对夫妻共同财产的归属进

行了提前约定，则我就能通过起诉法院的方式要求另一方实际履行该份夫妻共同财产约定，这样就可以提前实现财产分割的“一步到位”，即使配偶不配合，也可以申请强制执行将财产转移到自己名下。不过，根据笔者以往在北京法院处理夫妻财产约定相关诉讼的经验，一旦另一方同时向法院提起离婚诉讼，法院一般会以夫妻财产约定的内容应当在离婚案件中一并处理为由终止夫妻财产约定之诉的审理并裁定驳回起诉。

3

股权分割是否另案还是法院说了算

莎士比亚曾经说过“1000 个人眼中有 1000 个哈姆雷特”，而笔者每服务 1000 个客户，其中就会有 1 个客户有一家属于自己的企业，而其余的 999 个客户都有 N 个自己的企业，有些还是境、内外上市的大企业。因此，公司股权分割在笔者处理过的离婚案件中就像神一般的存在，几乎没有一个案件能够逃过。而在这些涉及公司股权分割的离婚案件中，最闹心的要算是有限责任公司股权的处理了。由于除一人有限责任公司以外，一般的有限责任公司都有两名以上的股东，而在大多数的离婚纠纷中，通常是配偶一方持有该有限责任公司股权，而其他的股东则是和离婚纠纷无关的第三人。根据以往笔者实操的经验，部分法院会以有限责任公司有其他股东，股权分割涉及第三人利益为由，从而要求当事人另案处理公司股权事宜。但是在当事人熬过了漫长的离婚诉讼，准备要另案处理公司股权时，可能另一方早已抽干了公司的资产，使得原本价值连城的公司股权变得一文不值。

而本次参考意见的第 19 条也与时俱进的谈到了离婚案件中的股权分割处理问题。北京高院的意见认为，离婚案件中涉及分割公司股权的，一般应当在离婚案件中予以处理，也就是说一并处理是一种常规的做法，而要求另案处理则是一种特殊的选项。这一点与部分地方法院一刀切的认为只要公司股权涉及第三人利益就应当另案处理的态度还是形成了较为强烈的对比，也体现了北京高院在处理此类案件的一种鲜明的态度。而所谓的“确因股权与案外人存在争议难以确定的，可另案予以处理”在该参考意见中并没有予以明确，也没有相关的指导案例辅助，因此在实践中还是难以把握。但至少给笔者一个启示，如果未来在北京法院处理涉及公司股权的案件，如果对方主张因股权与案外人存在争议而需要另案予以处理时，笔者会尽可能地想方设法消除这些争议，因为只要证明与案外人的争议并非无法解决，就可以要求北京法院在离婚案件中一并处理公司股权分割。

另外，该条还规定如果主张另一方为隐名股东并要求分割相应财产权益的也可适用该条处理。其实“隐名股东”并不是一个严格的法律规定，根据公司法司法解释三第 25 条规定，所谓的“隐名股东”应该定义为有限责任公司的实际出资人，主要是通过与名义出资人订立合同，实际履行出资义务并享有投资权益。因此，在实际出资人未被认定为公司股东的情况下，所享有的财产权益实际上是通过与名义出资人的投资协议来约束和实现的，而此类投资本身因其隐蔽性、不确定性等因素往往更容易与案外人存在难以确定的争议，即使是专门处理商事案件的法官可能也会觉得棘手。但是北京高院民一庭此次将其与股权分割的处理规定放在了一起无疑是一种全新的尝试与突破。

4

股权价值的确定不再是道无解题

如果说股权分割能否在离婚案件中一并处理是一道小学数学题，那股权价值的确定绝对是一道大学高数题。在笔者以往处理的涉及股权分割的案件中，股权价值是最难、却也是最关键的问题，因为当事人都到了对博公堂的份上，断不会和和气气的采取协商一致的态度解决股权价值的问题。通常不掌握公司股权的一方，会因为无法查明公司股权的真实价值而向法院申请对公司股权进行司法审计与价值评估。但基于有限责任公司的特殊性，部分企业一遇到审计评估程序，公司的财务管理就会“莫名”混乱，有时会记帐册也会“不翼而飞”，但这些财务资料确是审计评估中最重要的资料，甚至有些审计评估机构就会以无符合标准的财务资料，而终止对股权的审计与评估工作，此时股权价值的确定无疑成为了一道无解的难题。

而本次参考意见第 20 条对于股权价值的确定中明确规定，因企业财务管理混乱、会计账册不全以及企业经营者拒不提供财务信息等原因导致无法通过评估方式确定股权价值的，人民法院可以依据该企业在行政主管机关备案的财务资料对财产价值进行认定；或可以参照当地同行业中经营规模和收入水平相近的企业的营业收入或者利润及其他方式来核定其价值。也就是说，即使掌握公司股权的一方想方设法不提交公司的财务资料，审计评估机构也可以依据该企业向行政机关备案的财务资料，如企业向税务部门提交的财务资料，对该公司的股权价值进行确认。当然，这招也是一把“双刃剑”，实践中有些企业为了达到规避税收的目的，而向行政机关备案一些与实际经营状况不符的财务资料，此时按照这些财务资料所确定的股权价值可能会与该股权的实际价值有较大的出入。另外，如果

该企业所在的行业中有一些同等经营规模和收入水平的知名企业，也可以考虑参照这些企业的营业收入或者利润来核定股权价值，因为知名企业相对来说财务制度较为规范且这些企业向行政机关备案的财务资料真实性相对较高，比较具有参考意义。

另外，参考意见的第 26 条还对上市公司股票价值的确定进行了规定，在当事人无法达成一致的情况下以“法庭辩论终结日的股票价值为准”，当然该规定并未注明股票价值所采用的参考标准，毕竟股票的价格即使在同一天，开盘价和收盘价都可能发生天翻地覆的变化。

5

各类“夫妻公司”的花样分割法

该参考意见第 22 条至 24 条涵盖了“夫妻公司”的三大主要形态并详细规定了公司股权的分割方法。

第一类是最简单的“夫唱妇随”型公司，即夫妻两人均为有限责任公司的股东，而这类公司股权相对来说是最容易处理的，由于夫妻都是股东，并不涉及其他股东优先购买权及表决同意的问题，因此，笔者将该类型公司股权的分割方法精简成了一句口诀：“都要股按比例，都要钱自己卖，单方想要付补偿”。当然，该条意见也再次强调，在此类公司没有分割之前，即使夫妻分别持有公司股权，其持股的份额也不构成夫妻间财产约定，也就是说夫妻持有的股权均属于共同财产。另外，该意见还进一步明确如果公司还有其他股东，也可以参照处理。笔者认为，这一项规定与第 3 条意见进行了呼应，或许也反应了北京高院民一庭的态度，即公司股权分割原则上还是要在离婚案件中一并处理。

第二类“独角戏”型公司，即夫妻中一人成立独资公司。由于此类公司也不涉及到其他股东的权利，因此分割的法则与第一类公司基本一致。但是基于一人有限公司独特的性质，如果夫妻双方均主张股权且愿意与对方共同经营时，按照本条意见的规定，夫妻可以按照比例分割股权，这样一来公司的性质将会从独资公司变更为有限责任公司，需要特别注意公司变更登记手续的要求，同时也要注意独资公司与有限责任公司在适用法律、债务承担等方面的问题。

第三类“独当一面”型公司，即夫妻中一人与他人成立有限责任公司。此类公司在司法实践中最为常见，同时也是发生争议最多的公司类型。由于涉及到和公司法的衔接，如果非股东配偶需要获得该公司股权，则需要征询公司其他股东过半数同意且明确表示放弃优先购买权，所以在笔者以往处理的案件中，部分法院就会借此要求当事人另案处理公司股权。而结合本次参考意见的第 3 条，如果征询其他股东意见并非无法解决的争议，则此类公司股权分割问题并不需要另案进行处理，当事人可以通过如通知其他股东到庭接受询问或由其他股东提交书面意见的方式解决。

6

婚后父母怎样出资购房才能独享

参考意见的第五部分是房产分割，在这个全民皆买房的时代，每一个离婚案件几乎无法避免涉及房产分割问题。而随着婚姻法司法解释三第 7 条首次明确婚后父母出资且登记在子女名下的不动产属于其个人财产后，相关的争议便如雨后春笋般不断涌现出来，其中争议最大的就是婚后父母部分出资为子女购买的房产，如果登记在子女名下，究竟是否属于子女的个人财产。本次参考意见的第 27 条对于这个问题进行了明确规定，即婚后父母仅支付首付款，由夫妻共同偿还余款的，即使登记在子女一方名下，也属于双方的夫妻共有财产，只是在离婚时综合考虑出资来源予以分割，这种观点其实与最高人民法院吴晓芳法官的观点[2]是一致的，即婚姻法司法解释三第 7 条仅适用于父母出全资购房而并非部分出资。但笔者同时也注意到，该条参考意见以及吴晓芳法官所分析的案例中，婚后还贷的钱款均来源于夫妻共同财产，但如果有证据证明该还贷钱款均来源于一方父母的财产，则是否可以被认定为“父母出全资为子女购房”的情况呢？该问题还有待遇司法案例或立法部门给出进一步明确的回复。

另外，如果夫妻双方仅有一套共有住房，且双方无法就房产分割达成一致，根据参考意见第 30 条，双方均主张房屋所有权且无能力补偿对方时，法院可以判决双方按份共有，并再次基础上就房屋使用问题作出处理，也就是说即使离婚了，但由于经济能力有限，前妻前夫可能需要和你继续“同居”。

7

婚前购房表的“忠心”如何才能追回

当今社会，未婚青年在准备缔结婚姻前，总是希望能考验一下另一半对自己的“忠心”，其中房产证可能是表

达“忠心”的终极武器。本次参考意见的第 29 条也聚焦到了为“准配偶”买房的热点问题。根据该条的意见，婚前双方或一方出资，为另一方购买的房产，原则上属于产权登记一方的财产，但如果由证据证明双方是以结婚、长期共同生活使用为目的购房，仅在离婚时考虑出资、婚姻存续期间、有无子女等情况，给出资方予以合理补偿，也就是说如果想用为另一方买房来证明自己的爱，一旦爱消失了，房子就是别人的，而你能得到的只是合理的补偿，而合理补偿的标准却并未在该意见中予以明确，法院拥有较大的自由裁量权。而根据上海市高级人民法院关于恋爱期间购房的处理意见[3]，恋爱期间以结婚目的的购房，宜认定为共同财产，并根据双方的贡献大小对房产进行分割，这与本条参考意见还是有较大的出入，值得读者注意。

8

认定夫妻共同债务的正确“姿势”

由于婚姻法司法解释二第 24 条将夫妻一方在夫妻关系存续期间对外所负债务推定为夫妻共同债务，于是夫妻一方对外举债导致非举债一方需要一同“背债”的争议也成为离婚纠纷中的又一个“暴风圈”。本次参考意见的第六部分特别就债权债务分割的部分热点问题进行了归类与总结，笔者认为该部分内容对于夫妻共同债务的认定还是非常有借鉴意义的。

首先，参考意见的第 38 条就提出了根据具体案情可认定构成个人债务的两种情形，其中第一条规定特别需要关注，即夫妻双方主观上不具有举债合意且客观上不分享该债务所带来的利益则可认定为个人债务。笔者曾在浙江某法院处理过一起民间借贷案件，其中丈夫为举债一方，向我方当事人借款并用于炒卖股票，期间丈夫与配偶离婚，并且有证据表明，自借款进入股票帐户至双方离婚期间，无任何资金从该股票帐户流出，因此，法院认为系丈夫单方举债且配偶方未实际分享该债务所带来的利益，最终认定该债务为举债方的个人债务。

其次，参考意见的第 40 条关于大额债务凭据认定的规定也非常值得关注，根据该条的规定，在离婚诉讼中，若一方出具其单方对外举债的大额债务凭据，则北京法院可以根据案情结合举债双方的关系、借款记录，借款时家庭财务情况等债务真实性及性质进行判断，也就是说即使该大额债务涉及到第三人的利益，则法院也可以先在离婚诉讼中判断该债务的性质，一旦法院认定该债务属于一方的个人债务，即使债权人另案再提起诉讼，非举债一方也可以以离婚诉讼中的判决意见作为抗辩。

最后，第 41 条是关于生效判决书所确定的债务认定，根据该条规定，只有当生效判决书主文中明确认定该债务属于夫妻共同债务时，才能在离婚诉讼中直接认定为夫妻共同债务，否则离婚案件的法官还是需要在离婚诉讼中对于该债务的性质进行确认，最终判断是否需要非举债配偶共同承担债务。

9

伤了我的财岂能“一笑而过”

随着社会关系的日益复杂化，“婚外情”已经成为了婚姻关系的最大杀手。虽然法律无法帮你挽回另一半的爱情，但却可以捍卫夫妻共同财产的合法权益。参考意见第 47 条主要针对一方在离婚时隐藏、转移、变卖、毁坏夫妻共同财产的，可以依法少分或不分财产，同时还能就其造成的损失主张赔偿。而参考意见第 48 条则规定，如果一方在婚内擅自赠与第三人大额共同财物的，另一方既可以主张赠与无效，也可以在离婚诉讼中主张损害赔偿。

另外，如果配偶一方在婚姻存续期间确实有上述两种行为，且已经掌握了足够充分的证据，则另一方也可以依据婚姻法司法解释三第四条的规定要求“婚内分财”，以避免对方借助冗长的离婚诉讼程序继续侵害夫妻共同财产的合法权益。

10

老外的那些“事儿”到底怎么管

2017 年 6 月 20 日内地与香港婚姻家事安排正式签署，这预示着内地与香港法院之间在婚姻家事案件的处理上连接的更加紧密了，同时基于中国经济的不断崛起以及各国文化的不断交融，涉外婚姻家事案件也已经成为离婚诉讼中重要的案件类型之一，而此类案件由于涉及的当事人、夫妻财产、法律适用都要比一般离婚诉讼复杂，因此在诉讼程序及法律适用等方面也容易发生争议。本次参考意见的第 49 条、第 50 条也对涉外婚姻中常见的管辖及法律适用问题进行了规定，其中第 49 条规定，如果诉讼双方都是外国人（且未明确要求是否系在中国登记结婚），只要一方或双方在我国有经常居住地，在中国法院起诉离婚的，则应当予以管辖。而根据笔者的经验，上海高院内部对于双方当事人均为外国人的离婚案件管辖问题有非常明确的指导意见，除非双方共同选择接受中国法院管辖且有充

分理由需要我国法院处理，否则只有取得中国永久居留权的外国人或双方在中国登记结婚且被告离开住所地至起诉时在我国境内连续居住一年以上的，法院才予以受理[4]。

参考意见的第 50 条则明确要求，对于涉外婚姻案件准据法的查明，应在判决论理中予以明确论述。但由于外国准据法的查明存在着诸多困难，且不同法系之间所采用的准据法标准各不相同，法院往往会要求当事人或律师负责提供，但该参考意见明确要求法院在判决中对于准据法查明进行论述，因此如何配合法院正确查明外国法，或将对判决结果产生极大的影响，值得关注。

注：

[1] 作者：北京高院民一庭 来源：北京审判微信公号原文链接：http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3MTc3NjI2MQ==&mid=2651801834&idx=1&sn=391a71037a3da5199f0013691f1d6ed4&scene=1&srcid=0804DjIw3CuQgTaJs2I2YiVn#rd

[2] 《民事法律文件解读》第 100 辑，婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题，最高人民法院吴晓芳

[3] 《上海市高级人民法院关于恋爱期间购房处理等婚姻家庭案件若干争议问题指导意见》（民一庭调研与参考[2016]3 号）

[4] 2013 年 10 月 10 日上海高级人民法院关于涉外民事审判适法统一座谈会会议内容综述

当商事遇到家事 ——夫妻公司若干问题浅析

2017-07-12 家族律评 邓杰律师

案情简介：蔡某与麦某于 1992 年结婚，双方未曾对夫妻共同财产进行过分割。甲公司由蔡某与麦某两位股东持股，其中麦某占 90%的股份，蔡某占 10%的股份。2006 年 7 月 7 日，蔡某因涉嫌职务侵占罪被逮捕。同年 8 月 8 日，麦某与李某签订《甲公司股东转让出资协议》，麦某将其持有的甲公司 90%的股份及蔡某持有的 10%的股份全部转让给李某。2007 年 3 月 26 日，蔡某在某日报上刊登《声明》，表明对麦某未通知、也未经其同意就将股权转让的行为不予同意。2007 年 4 月 24 日，蔡某提起本案诉讼，以侵害股权和股东优先购买权为由，请求确认麦某与李某签订的 8 月 8 日《协议书》无效。李某于同年 6 月 25 日提起反诉，一是请求确认其与麦某签订的 8 月 8 日《协议书》有效；二是确认蔡某丧失对麦某持有 90%股权的优先购买权；三是判令蔡某、麦某夫妻共同履行将甲公司 100%股权全部变更登记至李某名下的义务。

一审法院经审理后认定：一、《协议书》将甲公司的全部股份转让于李某，处分了蔡某 10%的股权，而没有证据表明处分蔡某股权事先取得了蔡某的同意，蔡某也明确表示对麦某的行为不予追认。因此，麦某处分蔡某股权的行为系无权处分行为，且无效力补正事由，应认定为无效。二、《公司法》第七十二条第二款作出了关于股东转让股份须征得其他股东同意、其他股东在同等条件下有优先购买权的规定。本案没有证据表明麦某将股权转让的事实向蔡某履行了书面告知义务，蔡某于 2007 年 4 月 24 日起诉要求确认股权转让无效，李某随后反诉要求确认股权转让协议有效并要求蔡某与麦某共同履行股权转让合同。一审法院判决如下：一、确认 8 月 8 日《协议书》无效；二、确认 8 月 6 日《协议书》中麦某转让蔡某股权部分的协议内容无效；三、限原告于本判决发生法律效力之日起两个月内对麦某拟转让的甲公司 90%股权行使优先购买权。

李某不服一审判决，二审法院认为，一、麦某与蔡某在甲公司的股权，系两人婚姻关系存续期间取得的财产。两人在本案一、二审中均未提出对夫妻共同财产作出分割。根据《婚姻法》第十七条的规定，麦某和蔡某在甲公司各自的股权，都属夫妻共同财产。麦某与蔡某各自作股权分别登记，并没有改变两人的股权都为夫妻共同财产的属性。二、甲公司是由麦某与蔡某夫妻设立，麦某是占股权 90%的大股东，蔡某只占 10%的股份，李某有理由相信麦某与蔡某夫妻在蔡某因涉嫌挪用公款被刑事拘留之后通过转让甲公司全部股权获取现金以弥补挪用公款的空缺，减轻对蔡某的刑事处罚。基于麦某与蔡某的夫妻关系，李某有理由相信这是夫妻双方共同的意思表示。三、在蔡某被刑事拘留之后，先由麦某托人主动向李某借款，尔后麦某再与李某签订协议转让甲公司的全部股权，并不存在李某趁人之危的事实，可以认定李某为善意第三人。

二审法院判决如下：一、撤销一审判决；二、驳回蔡某的诉讼请求；三、麦某与蔡某应于收到本判决书之日起三十日内，将其名下甲公司的股权全部过户给李某。

后蔡某向最高人民法院提起再审，经最高人民法院审查后驳回了蔡某的再审申请。（以上判决摘录自微信公众号《两高法律资讯》，内容有删减）

本案的案情虽不复杂，但一审裁判适用《公司法》之规定支持未参与公司股权交易之一方提出的侵犯股东优先购买权之主张，而二审裁判则援引《婚姻法》及司法解释中规定的家事代理理论，驳回身为股东的夫妻一方所主张的股东优先购买权之诉求。由此可见，在夫妻公司股权交易的场合，夫妻任意如未参与股权的交易过程，适用《公司法》抑或是《婚姻法》进行裁判的结果完全相反，其中蕴含的法理及对家族财富的管理及股权交易安全性所产生的影响不容忽视。

一、夫妻公司的人格问题及法律风险。

1.夫妻公司的人格。

此处所述的夫妻公司，系指全部股东仅有夫妻二人的有限责任公司。1998 年国家工商行政管理局发布的《公司登记管理若干问题的规定》第 23 条规定：“家庭成员共同出资设立有限责任公司，必须以各自拥有的财产作为注册资本，并各自承担相应的责任，登记时需提交财产分割的书面证明或者协议。”由此可见，如果以夫妻出资设立有限责任公司，按照工商行政部门的要求，应当提交财产分别制的相关证据，如果无响应的凭证，一旦涉及争议，有可能会影响公司的人格。但夫妻公司在设立伊始，设立各方并不能预知将来可能会发生争议，且设立之初出资人一般并不会重视工商行政机关的要求，工商行政机关也难以在出资人未披露的情况下查清出资人的身份关系。但 2005 年我国的公司法修订后，已允许成立一人有限公司。在新法环境下，夫妻双方不论是分别财产制还是共有财产制，均不影响公司的设立，也不会影响公司的人格。

2.夫妻公司的债务法律风险。

如前所述，由于公司法已经不限制一人有限责任公司的存在，那么即便夫妻间属于共同财产制，在公司设立之初夫妻之间并不存在财产归属之相关约定，亦不影响公司的人格。但股权分别登记在各自名下，仅是为了满足有限责任公司的设立要求，不构成对夫妻共同财产的分割约定，登记在各自名下的股权从法律性质而言，仍然属于夫妻二人共同共有，也就是说，夫妻公司基于出资人的财产混同，极易被认定为公司法意义上的一人有限责任公司，而根据《公司法》第六十三条之规定：一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。在夫妻公司被认定为一人有限责任公司的情况下，股东需要“自证清白”，证明家庭财产与公司财产分别独立，否则股东需要对公司的负债承担连带清偿责任。退一步讲，即便不认定夫妻公司的一人有限责任公司之法律地位，法院仍然极有可能适用《公司法》第二十条：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

由此可见：夫妻公司因为出资人地位的特殊性，极易被法院否认人格独立存在，无法在出资人与公司之间设立一个“防火墙”，公司一旦涉讼，出资人的个人财产亦难免被牵涉在内。

二、夫妻公司股权的交易风险。

1.法律适用风险。

笔者还关注过另外两个案例，在最高人民法院（2014）民二终字第 48 号案中，股权系登记在夫妻一方之名下，另一方与公司从公司法的角度来看并无任何关联，但登记股东转让股权后，另一方将转让股权之配偶及受让股权方诉至法院，主张股东转让股权未征得配偶之同意而归于无效。最高人民法院之观点为：当事人提起本案诉讼，所依据的是两份股权转让协议，并提出确认协议无效、返还股权的诉讼请求。因此，在双方当事人之间形成的是股权转让合同法律关系，本案案由亦确定为股权转让纠纷。故对本案的处理应当适用我国《合同法》、《公司法》的相关调整股权转让交易的法律规范，而不应适用调整婚姻及其财产关系的法律规定。而在本文援引的案例以及另一最高人民法院公报案例（2007）民二终字第 219 号案中，同样属夫妻一方主张配偶未经本人同意转让股权之案例，却均适用了《婚姻法》及相关司法解释之规定，虽三个案例判决结果一致，但适用的法律依据却完全不同。

（2014）民二终字第 48 号系基于股权转让的规则判定受让方具有合法的受让权，而（2007）民二终字第 219 号案及本文引用的案例则是基于家事代理中的表见代理制度确认受让方具有合法的受让权。换言之：假如（2014）民二终字第 48 号适用家事法理论而而（2007）民二终字第 219 号案及本文引用的案例适用公司法理论，则完全会出现不同的裁判结果。

2.事实认定风险。

在适用家事代理制度审理案件中被法院频频采用的表见代理理论，实际上关乎到一个重要的问题：即受让股权的第三人是否是善意的。如何判断善意第三人，在实践中有赖于审判者的主观认定。在本文初提到的案例中，法院

主张“李某有理由相信麦某与蔡某夫妻在蔡某因涉嫌挪用公款被刑事拘留之后通过转让甲公司全部股权获取现金以弥补挪用公款的空缺，减轻对蔡某的刑事处罚”从而认定第三人是善意的，但这同时也暴露出一个问题：该案中的第三人在签订股权转让协议的时候，明知签订股权转让合同的麦某仅持有公司90%之股权，且蔡某在麦某签订合同之时身陷囹圄，麦某根本不可能征得蔡某的同意去交易股权。从这个角度而言，该案中的第三人李某是难能被认定为善意的。裁判者的主观认识将严重影响交易的安全性，故在实践中应当给予充分的认识。

结语

从家庭财富管理的角度而言，不建议出资人设立夫妻公司抑或是一人有限责任公司，完全可以通过更加复杂的股权架构，在家庭财富与公司资产之间架设一道“防火墙”，以保障家庭财富的安全性；从交易安全的角度而言，如果需要与夫妻公司进行股权交易，受让方必须要做好充分的尽职调查，同时需要将夫妻双方均列为交易的转让方，抑或是通过其他方式让夫妻双方明知交易的过程，以防范未参与交易过程的夫妻一方事后反悔，增加不必要的法律风险。

作者简介

邓杰律师

广东莞信律师事务所合伙人，第五届东莞市律师协会民事法律专业委员会秘书长，婚姻与家庭法律专业委员会秘书长，第六届东莞市律师协会婚姻与家庭法律专业委员会主任。莞信家族财富管理中心主任，东莞广播电视台特邀嘉宾。专注于私人财富管理业务，熟悉家事法律业务流程，同时对协议、遗嘱、股权、保险、信托等工具在财富风险防范领域有独到心得，致力于为高净值客户提供全面的法律服务及防范财富风险。

起诉两次才判离婚，这是一个陋习

2017-07-14　法律读库 坚强的老王

作者：坚强的老王。原题：那么多浮华的创新，不如多研究点基本问题。原文较长，法律读库在推送时做了较大篇幅删节。

河北有个律师立案被打了，当然事实真相还没最终确定。

在一个拟建设共同体的时候，频繁发生打架实在是有些匪夷所思。至少我是一直不相信，法律如果连共同体内部的矛盾都无法解决，怎么期望解决社会矛盾。

这些年，我从自己的体会出发，觉得司法已经很好了。但我一个辞职做律师的朋友，则天天在我们的群里抱怨，说在体制内以为挺好的，出来才知道，落后的地方太多了。开庭没有等的地方，在门口墙根底下，一站就是几个钟头。立案虽然是登记了，但跑几趟立不上案也是常有的事。有时候是一次次补材料，有时候是案子太多，法院劝你去别的地方。

也有一个律师朋友抱怨，说去法院经常被法官骂，有几个法官看见了就发怯。遇到脾气不好的法官，都心惊胆战的，生怕哪句话没说好，哪个问题没解释好，就被训一顿。她无奈地说，我知道你们忙，不指望你们态度多好，可你们能不能不骂人，不动不动就训人啊。

我想这是我们的陋习。并没有随着创新被改掉的陋习，而且带着这些丑陋走上了创新之路。

创新是这时候最时髦的话题，遍及各个领域。

前段时间婚姻家庭也开始创新了，要给离婚双方一个冷静期。这当然有一定的道理，实践中确有不冷静离婚的人。但是适用的范围显然不能扩大，仅针对那些冲动离婚的人，绝对不能扩大到大部分离婚案件中去。你要是让每个人都冷静，那就适得其反了。毕竟很多人离婚都是深思熟虑，甚至多次离婚的了，还非给什么冷静期限。

在婚姻纠纷创新的时候，其实应该想想婚姻家庭审判中的很多陋习与“潜规则”没改，不应当着急创新。其中最大的陋习就是，一代代沿袭的规则，起诉两次才准许离婚。第一次起诉调解，调解不成判驳。

这个做法就是最原始的，判断感情是否破裂的方法。主观以为起诉两次的才能证明感情真的破裂了，第一次起诉都可能是冲动。其实这个潜规则，没有法律规定，也在事实与逻辑上站不住脚。可偏偏没人改，慢慢就成了成规。基层大家一看第一次离婚的案子，都抢着要，因为简单。调解，调解不成判驳，下次再说吧。

这种最基本的陋习，早就应该废除了。但是大家熟视无睹，反而跑到前头去创新了，这是我实在不懂的。

我对这种创新的狂热一直很怀有警惕之心，其实脚踏实地、老老实实干活挺好的，世界上哪那么多创新啊。所以每次开会，看到超前创新杯被大家质疑的时候 ，我都想起鲁迅说过那些话：不要被搽在表面的自欺欺人的脂粉

所诓骗，实际的情况，要自己去底层看看。

法院如何认定婚前财产协议的效力——对多类案件的大数据分析

2017-07-16 小军家事 尚俊妙

编者说：

现代社会，生活节奏的加快，使得婚姻也变得更加自由、随性。婚前财产协议从一种舶来品到现在被越来越多的人接受也体现了人们对于婚姻更为理性的状态。然而在我国，对于婚前财产协议的相关立法却并没有达到与该协议普及情况相当的程度。在本文中，笔者将通过生效判决来研究婚前财产协议在离婚纠纷案件、借贷纠纷案件以及其他确认财产权案件中效力认定情况和理由依据，以了解在法律实务中，法院是如何运用和解释相关法律法规的。

作者 | 尚俊妙

出品 | 小军家事团队

婚前财产协议效力实证研究

目录

一、婚前财产协议涉诉情况

（一）基本理论概述

（二）涉诉情况

二、离婚纠纷案件中的婚前财产协议

（一）协议内容

（二）法院效力认定情况及法律依据

（三）小结

三、借贷纠纷案件中的婚前财产协议

（一）案件类型

（二）原被告为夫妻或已离婚的夫妻案件中法院的判决

（三）涉及第三人的案件中法院的判决

（四）小结

四、其他确认财产权案件中涉及的婚前财产协议

五、总结

越来越快的生活节奏，越来越自由的个人思想，现代社会中，连婚姻似乎都变得“速食”起来。但是婚姻易结不易解，若是双方都互相理解谦让也就罢了，若是一旦发生纠纷，财产的分割便成了一大难题，所以近些年来，婚前财产协议便开始变得普及起来。

事实上，早在宋朝时，父母在嫁女儿之前，便会替女儿立好“婚前财产公证”，以便一旦离婚，女方的嫁妆及嫁妆换钱后置办的房子等财产仍归女方所有。到了清代，大多数妇女拥有对自己嫁妆的独立占有权和支配权，这也使得她们在家庭事务中的影响逐步加大，确立起在新家庭或新家族中的地位。

到了现在，只要夫妻双方达成一致，不仅仅是婚前的财产，婚后的财产也都可以通过婚前财产协议来进行约定。但是婚前财产协议的普及也带了不同的麻烦，其中当矛盾上升为诉讼阶段时，协议的效力问题就是最突出的一个。下文中，将会通过对生效判决来研究实务中，法院在不同类型的纠纷中，是如何来判定婚前财产协议的效力的。

一、婚前财产协议涉诉情况

（一）基本理论概述

婚前财产协议，是指男女双方在结婚登记之前，就双方各自婚前、婚后所得财产归属和债务的范围及权利归属问题达成的，于婚后生效，对双方具有法定约束力的书面协议。

婚前财产协议的主体是不具有夫妻关系的男女双方，约定的财产范围也具有不确定性，且必须具有要式性。

由具有完全民事行为能力的男女双方，根据各自真实、自愿的意思表示签订，内容合法、合理的婚前财产协议，将在双方当事人结婚登记时生效。

（二）涉诉情况

笔者在中国裁判文书网站①中直接查询关键词“婚前财产协议”时，发现按照审理程序分类，一审案件有184件，二审案件为83件，再审案件8件，再审审查与审判监督6件以及其他1件。

从地域统计上看，浙江省以28件位列第一，接下来是22件的河南，18件的北京和广东并列第三。然后是江苏、湖南均为16件，上海15件，安徽和福建14件，河北13件，重庆12件，广西11件。其余案件分散于其他16个省、直辖市、自治区。由地域的分布可以看出，婚前财产协议涉诉率与地区的经济发展程度并不是绝对成正比的。

从类型上看，上述案件中涉及婚前财产协议的民事诉讼主要有三种：

1、离婚纠纷案件中涉及的婚前财产协议。这一类型的案件中，主要是关于婚前财产协议内容有效性认定的争议。还有部分是在起诉离婚案件中，将婚前财产协议作为证据来证明夫妻双方感情不深，互相并不信任。

2、借贷纠纷案件中涉及的婚前财产协议。这一类案件中，婚前财产协议往往是欠款方为夫妻中的一方时，另一方提出不承担连带清偿责任的抗辩理由。

3、其他确认财产权案件中涉及的婚前财产协议。这类案件包括要求返还原物排除妨害纠纷的案件、遗产继承纠纷案件还有第三人执行异议之诉、同居析产案件、分家析产案件等。

下文将就这三种类型案例中，婚前财产协议效力在司法实务中的认定情况进行简要研究。

二、离婚纠纷案件中的婚前财产协议

（一）协议内容

在将婚前财产协议直接作为一个证据，用以证明夫妻双方感情不深的请求离婚的案件中，大部分的案例中并没有详细调查婚前财产协议的内容并对其效力予以认定。所以在这一部分中，主要讨论离婚财产纠纷案件中对于婚前财产协议效力的认定情况。

在婚姻中，当事人签订婚前财产协议的目的并非是逃避法律规定的义务。婚前财产协议多出现于夫妻双方的财产或物质条件过于悬殊，一方或双方再婚，一方有家族企业而其家庭成员为限制盖房配偶离婚或死亡时分割家庭产业等情况中②。本文收集的案件中，有30.4%的案件双方或一方当事人属于再婚。

婚前财产协议约定的内容广泛。表1是根据46个离婚纠纷案件，从涉案婚前财产协议中整理出来的内容。从表1中可以看出，有35个案件中的婚前财产协议对婚前个人财产的归属及管理进行了约定，占比76%，26个协议中则对婚后共同财产及债务分割进行了约定，占比57%。其他中，包括3个有关子女抚养权约定的案件，2个约定附条件赠与的案件，3个约定继承方式的案件，1个约定精神赔偿的案件。

表1　婚前财产协议主要内容

	婚前财产归属	婚后共同财产及债务分割	提出离婚的赔偿责任	过错赔偿责任	其他
案件数	35	26	6	2	9
比例	76.09%	56.52%	13.04%	4.35%	19.57%

（二）法院效力认定情况及法律依据

1、婚前财产归属

从表1可知，有婚前财产归属约定的婚前财产协议占到总数的76%，说明婚前财产属权无疑是婚前财产协议的重心之一。

而从表2可知，涉及婚前财产归属争议的35个案件中，法院对此类约定的表示支持的有30件，支持率高达86%。甚至，在广东省佛山市三水区人民法院判决的赵某与伍某甲离婚纠纷一审案件中，法院以“双方约定‘个人财产各自为证’，该处的‘个人财产’双方并无作具体明确的约定，结合协议名称，应为双方的婚前财产”为由，判决当事人双方在婚前财产协议中约定的“双方财产归各自所有”只是约定了婚前财产各自所有，而婚姻存续期间的财产还是属于夫妻双方共有。

事实上，法院所说的“结合协议名称”完全是不合理的，因为婚前财产协议并非只可以约定婚前财产的归属，婚前、婚后所得财产归属和债务的范围及权利归属等等内容都可以在婚前财产协议中做出相关约定。而且，我国婚姻法第十八条规定，一方的婚前财产属于夫妻一方的财产。所以，在婚前财产协议中约定婚前财产归属，主要目的是为了明确双方各自的婚前财产，以减少日后的争议，或者是用以明确的约定赠与。而如果按照该法院的说法，单纯约定“个人财产各自为证”还是需要再次证明某些财产为各自的婚前财产，则该协议完全起不到应有的作用。在2015年的法院判决中出现这样的说理，说明不仅仅是一部分不了解法律的普通群众，连法官中也还是存在对婚前财

产协议“顾名思义”的情况。

由于婚姻法明确规定了婚前财产属于一方财产，法院对于约定婚前财产归属条款的超高支持率还是很容易理解的。在法院判决无效的案例中，一例为夫妻双方签署的离婚协议变更了之前婚前财产约定的内容，但系双方真实意思表示，应按照离婚协议的约定履行，所以法院根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）（以下简称婚姻法解释二）第八条的规定，执行离婚协议，认定婚前财产协议无效。

另有两例案件，在婚前财产协议中约定了婚后将一方的个人财产变更为双方共同财产或赠与另一方，即均是名为婚前财产协议，实际上为赠与合同。法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称婚姻法解释三）第六条、第十条规定，认定协议无效。现代社会，很多家庭都将房子看作是婚姻的一大重要前提，所以很多实为赠与合同的婚前财产协议中均是将原本属于一方的房产约定在婚后赠与另一方，或者与另一方共有，然而却并没有在婚后办理相关的手续。对此问题，最高院民一庭高级法官吴晓芳也提出“一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有，在没有办理变更登记之前，依照《合同法》第一百八十六条的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾”③。

2、婚后共同财产及债务分割

在婚前财产协议中，婚后共同财产及债务分割是继婚前财产归属后第二大主要内容。在本文收集的 35 个案件中，法院的支持率为 69%。

这一类约定被判无效的案件中，除去将在下面另外论述的非内容导致的无效情况外，其他案件与婚前财产归属为相同案件，就不再赘述。

3、提出离婚的赔偿责任

本文收集的案件中，有 6 份婚前财产协议里，当事人双方会约定提出离婚的一方负有经济赔偿或者放弃子女抚养权的责任。这一类条款在本文收集的案例中只有 1 例被法院认定有效。这个案件是一对夫妻婚内基于婚前财产协议提起的确认合同效力之诉。法院根据《中华人民共和国合同法》第八条、第十条第一款之规定，判决合同有效。除此一例，其他离婚纠纷案件中婚前财产协议约定的提出离婚的赔偿责任都被判无效。

其中一个案子，当事人双方在婚前财产协议中约定“双方除非因婚姻法规定的原则性问题才允许提出离婚，否则，提出离婚的一方将放弃在共同财产中的财产份额并给予子女”，法院认为由于该协议未明确约定“婚姻法规定的原则性问题”的具体情形，故仅以提出离婚为由要求将一方的财产份额归婚生子所有，不能成立。侧面上，法院的这一判决应该算是认定了协议有效，只是认为达不到履行条件，但是基于无明确约定该协议就根本无法履行，所以在本文中将其归入认定协议无效案例。

另外还有三个认定提出离婚赔偿条款无效的案例，法院均是以“违反婚姻自由原则”为由，判决条款无效。

4、其他

有些婚前财产协议中，当事人双方会约定若一方做出某些行为，如家庭暴力、对家庭不忠诚、私下与前任妻子或丈夫见面等，则认定为犯有一定过错，离婚时要求给予另一方经济或其他方面的赔偿。在本文收集的案件中，有两个案件中的婚前财产协议有这类约定，而法院均认定这一约定表面上未限制当事人的离婚自主权，但实际上束缚了双方提出离婚的自由，违背了婚姻自由原则，不应受到人民法院的保护。

还有两份婚前财产协议中，约定了附条件的赠与。法院对于这一类约定，除了婚姻法外，还通过《中华人民共和国合同法》第一百八十五条、第一百八十六条、第一百九十条，来判决婚前财产协议是否有效。所以一个案子中的协议被判有效，另一个则是因为“无法达成赠与的条件”被认定无效。

此外，还有 3 份婚前协议中约定了当事人各自财产的继承权人，以及 3 份约定子女抚养权，均被认定有效。只有 1 个案件中，双方约定离婚时，男方对女方具有精神赔偿的责任，法院认为不符合法律关于支付精神赔偿金的有关约定，认定无效。

5、非内容导致的无效情形

婚前财产协议在本质上也是一种合同，所以自然也要符合合同法的生效要件才可以生效。

本文收集的案件中，有 1 个案件因为双方只提供了部分协议，证据缺乏完整性，尚不知未提供的协议的其他内容，故法院对其效力不予认定。还有 1 个案件中，当事人双方两人所持协议内容不同，即双方真实意思表示不明确，故法院将此视为对婚姻存续期间所得的财产归属约定不明确。

除了不符合合同法规定外，另有 1 个案件中当事人双方在婚姻关系存续期间补签了婚前财产协议。但人民法院认为该协议在婚姻关系存续期间签订，且以维系婚姻关系为目的，并不是以离婚为目的的财产分割协议，不适用婚姻法解释二第八条、第九条之规定。认定该补签的婚前财产协议无效。

表 2　法院对婚前财产协议认定情况

	婚前财产归属	婚后共同财产及债务分割	提出离婚的赔偿责任	过错赔偿责任	其他
案件数	35	26	6	2	11
支持数	30	18	1	0	7
支持率	5.71%	69.23%	16.67%	0.00%	63.64%

（三）小结

在离婚纠纷案件中涉及的婚前财产协议除去用以证明双方感情不深等目的要求离婚的案件外，都是婚姻走向终结的夫妻双方用以争取经济利益或者其他利益而拿出的证据。虽然他们的婚姻已经结束，但是法官在判决协议是否有效时，还是应该在一定程度上结合实际，酌情考虑，毕竟曾经是夫妻，也不是一定要变成冤家。

在现代社会，经济方面的利益确实是人人必争的，所以离婚夫妻之间关于财产的纠纷也是最大的，且如今，离婚率一直高居不下。因此一份明确有效的婚前财产协议确实在很大程度上减轻了法官的工作。我们不可以只把这样的一份协议看作是人与人之间冷漠的利益之争，而是要认识到其对于社会稳定等方面起到的重要作用。

三、借贷纠纷案件中的婚前财产协议

（一）案件类型

涉及到将婚前财产协议作为证据的借贷纠纷案件主要有两种类型，一种是夫妻间借贷纠纷，即原被告双方为夫妻或已离婚的夫妻；另一种则是债权人将夫妻或者已离婚的夫妻双方共同作为被告要求共同偿债务，即涉及到除夫妻外第三人的案件。后一种情况在案件中占较大的比例。

（二）原被告为夫妻或已离婚的夫妻案件中法院的判决

在本文收集的 18 个涉及婚前财产协议的借贷纠纷案件中，只有 2 个原被告为夫妻或已离婚的夫妻。

在这 2 个案件中，夫妻二人在婚前财产协议中约定了一方向另一方的借款及还款要求，对此法院的判决是协议有效，夫妻间借贷不矛盾。这一点其实不难理解，因为夫妻双方虽然因为缔结婚姻而存在了一种特殊的关系，但这并不影响他们各自的自然人身份，两个具有完全民事行为能力的自然人根据其真实意思表达进行的借贷自然也是受到法律保护的。虽然这一借贷行为没有单独的借贷合同，但婚前财产协议中约定的相关条款还是完全可以起到相同的作用。

（三）涉及第三人的案件中法院的判决

在被告为夫妻或者已离婚的夫妻的借贷案件中，争议焦点往往集中在签订了婚前财产协议并且约定婚后债务各自负责的夫妻一方是否应该连带承担婚姻关系存续期间另一方以个人名义所负债务。

1、认定为夫妻共同债务

从表 3 可知，虽然只有 1 例婚前财产协议被认定无效，但 94%的案件最后还是被认定为夫妻共同债务。这是因为虽然婚前财产协议中约定了夫妻双方婚后各自债务由各自承担，但婚前财产协议的效力只是对内有效，即只对夫妻二人有约束力，而对于善意第三人却是不可对抗，即婚前财产协议对外无效。婚姻法解释二的第二十四条更是明确规定“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。”所以只要并未负债的一方无法证明债权人知道该婚前财产协议关于债务的约定，法院就会支持债权人的合法权益，判决夫妻双方承担连带清偿责任。

在此类型的 16 个案件中，有 1 个案件的婚前财产协议被判决无效而要求夫妻双方共同偿还债务。在这一案件中，该夫妻双方多次反复的离婚、复婚、再离婚，在此期间双方先后多次签订了《离婚财产协议书》、《婚前财产协议书》及见证、《夫妻财产协议书》及公证、《离婚财产协议书》等，从这协议书关于夫妻关系存续期间共同财产的分配和对债务的约定，可以认定负债一方是在明知自己对外存在巨额债务却放弃应属于自己所有的共同财产的份额，是明显的通过反复离婚、复婚及再离婚来转移财产、规避债务的行为，也可以认定另一方是知道或应当知道负债一方对外存在债务的行为，否则就不应在离婚时将本属于夫妻共有的财产全部归自己所有。那么，该夫妻双方签订的

上述协议书中关于夫妻共有财产的处分，是符合《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的无效情形，即案件中涉及的婚前财产协议无效。最终，结合该案实际，法院认定为该夫妻双方恶意串通、转移财产、规避债务，已达到损害本案债权人合法利益的行为，故，判决该案的夫妻双方承担连带清偿责任。

这样被认定为共同债务的情况下，往往还会引起另一种纠纷，就是当法院执行时，将非借贷方的婚前个人财产也用来强制执行时，非借贷方对此提出异议。对于婚前个人财产是否能被强制执行，一种观点认为：婚前个人财产不能被强制执行。新《婚姻法》规定婚前财产如果要作为“共同财产”，双方必须约定。这就实际上肯定、明确了婚前个人财产不作为共同财产的处理原则。因此，婚前个人财产不因为婚姻的存续转化为共同财产，法院也不能强制执行夫妻一方的财产用以偿还夫妻另一方所欠的债务。

另一种观点则认为，婚前个人财产可以被强制执行用以偿还夫妻另一方在婚姻存续期间发生的债务。《婚姻法解释（二）》规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。这样的情况下，转化为双方的共同债务，任何一方都要承担清偿责任，自然可以将婚前个人财产也用以强制执行。

笔者的想法与法院实务中的处理方法相同，都支持第二种观点。当被认定为夫妻共同财产时，相当于由一方的债务转化为双方的债务，需要用各自的财产进行偿还，此时可以强制执行的财产自然就不仅仅限制于婚内所得财产，还包括各自的婚前个人财产了。

2、认定为个人债务

除去上诉案件，还有 1 个案件中，婚前财产协议被认定有效，且最终该夫妻一方以个人名义所负债务被认定为个人债务。法院判决的理由是难以证明借款被用于夫妻同生活、共同经营之中，且也不足以认定另一方从借款方的借款行为中取得了相关利益。另外，也无法证明夫妻双方有存在通过离婚进行逃债的事实。根据民事诉讼的高度盖然性证明标准，综合债权人交易安全及债务人配偶方的权利保护之利益平衡，认定为一方的个人债务。事实上，在婚姻法解释二的第十八条有明确规定的情况下此类案件大多数都会被认定为夫妻共同债务。该案中，负债的为丈夫一方。债权人认可妻子未参与借款、逾期后也未向其进行催讨，法院认为这说明债务人上述借款并无夫妻双方共同举债意思，债权人亦明知所出借款项并非用于两被告的夫妻共同生活开支。且妻子一方本身条件十分优渥，所以法院最终根据利益平衡的原则认定该笔债务为个人债务。

且不论在这个案件中，这样的裁判是否完全合理合法，现实中确实存在一些案件，夫妻中的负债方实际上确实没有将借款用于夫妻共同生活，而另一方却因为难以取证证明，不得不承担连带责任。这样的情况发生时，尤其在基层法院，法官实际上对事实也是有所了解的时候，往往会使法官在法律与内心朴素的正义感中纠结，这样的裁判也算是一种新思路。但是方法的好坏最终还是要看使用者是如何来使用的，这样的口子一开，必定有好有坏。法官的任务就是如此，总是要在内心的正义与法律中作出尽量好的判决。

表 3　涉及第三人的借贷纠纷案件判决结果

	婚前财产协议无效	婚前财产协议有效	认定为共同债务	认定为个人债务
案件数	1	15	15	1
比例	6.25%	93.75%	93.57%	6.25%

（四）小结

借贷是大多数人一生中不可避免的事情，很多人说现在结婚风险太大，其中一大原因就是婚内共同债务的连带清偿责任带来的潜在负债危机。根据婚姻法解释二第二十四条的规定，债权人的权利确实得到了比较好的保护，但是对婚姻关系中无辜一方的保护却被大大削弱，扩大了夫妻共同债务的范围，加重了夫妻关系中非借贷一方的举证责任，违背了权利义务相一致原则。这样对于非借贷一方明显是十分不利的，且这样的风险甚至不能直接通过婚前财产协议或相关婚前、婚内的协议进行规避。这样的风险使得结婚成了一件更加需要慎之又慎的事情，这对于社会显然是不利的。

目前这一问题暂时还是无法通过婚前财产协议来达到一个比较有效的解决，只能通过改进法律上的规定，允许非借贷一方举证时申请法院的帮助。

四、其他确认财产权案件中涉及的婚前财产协议

除了借贷纠纷中会涉及到婚前财产协议，其他还有好几种确认财产权的案件中也会涉及到婚前财产协议，最常

见的有要求返还原物排除妨害纠纷的案件、遗产继承纠纷案件还有第三人执行异议之诉、析产案件、不当得利纠纷案件等等。

这几类案件中，涉及到第三人的返还原物、不当得利、执行人异议等案件中，法院判决所依据的法律规定与借贷纠纷案件中基本相同。即使认定婚前财产协议有效，也只支持它在夫妻之间的对内效力，并不认可其对于善意第三人的效力。若协议中对于第三人财产做出无效处分的，当然认定为无效。涉诉双方为夫妻或已离婚夫妻的，就按照离婚案件中的处理方法，先认定协议有效性，有效就按协议履行。

继承纠纷中涉及的婚前财产协议有效性的认定方法与离婚纠纷中的基本相同，双方在协议中对各自财产做出的处分有效，比如约定继承权的有无、居住权等。会在婚前财产协议中约定继承的基本都是再婚夫妻，还有一大部分是年龄较大的再婚夫妻。协议有效时，法院自然会判决按照协议执行。但是当一方还有后立的遗嘱且与婚前财产协议内容不同，如果在遗嘱生效时，其中做出处分的财物均为被继承人个人财产时，由于被继承人有权处理自己的个人财产，遗嘱有效，按照遗嘱执行。在上海的一个案件中，被继承人的再婚妻子提出虽然在婚前财产协议中约定被继承人的财产只由其亲生子女继承，再婚妻子只对现居房子享有居住使用权，但继承开始后她并没有表示放弃继承，应该还是要按照法定继承。对于这样的抗辩理由，法院认为婚前财产协议有效，因为法律规定的继承人放弃继承的意思表示应当在继承开始后遗产分割前作出，其前提是作出放弃继承的人需享有继承权。婚前财产协议生效后，被继承人的再婚妻子就不再享有继承权了。

在析产案件中，按照与判决离婚纠纷相同的方法来认定婚前财产协议的有效性。如果当事人双方即为签订协议的双方，自然按照协议有效性来判决；如果当事人双方为婚前财产协议签订人和其他人，则除了认定协议的对内效力外，还要同时考虑对外效力。

在借贷纠纷案件以及其他确认财产权案件中，婚前财产协议有效性只是法院判决的第一步，在确认其本身效力后，对外效力、与其他协议的冲突都是法院必须考虑的问题。在综合这些考虑之后，法院才能做出既符合法律法规，又符合公平正义的判决。

五、总结

婚前财产协议制度是时代发展的产物，随着大家物质生活条件的改善，人们对生活的态度也越来越理性化，这一变化同样表现在婚姻关系中。然而我国对于婚前财产协议的相关立法却远远达不到相匹配的程度。

本文通过研究生效裁判中对于婚前财产协议在不同类型案件中的效力认定以及适用的情况，来研究在法律规定不够完善的目前，我国法院对于婚前财产协议效力的认定态度和理由，同时来发掘实务中存在的问题。以求将来在进行相关立法时，可以直击问题核心，使得婚前财产协议能够真正的达到它订立的目的。

注释

① 以下数据来自中国裁判文书网截至该天的统计，访问时间为 2017 年 3 月 25 日；

② Amberlynn Curry. Private Ordering: Comment: The Uniform Premarital Agreement Act and It’s Variations throughout the States. Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 2010(23): 355；

③ 吴晓芳.《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析.法律适用，2014（1）:72。

参考文献

[1] 毛立平.清代妇女嫁妆支配权的考察[J].史学月刊，2006（6）：103-108.

[2] 刘兴亮.宋朝就有“婚前财产公证”[EB/OL]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_56c35a550100ne5u.html，2017-04-24

[3]刘慧庆.贾玉梅. 婚前个人财产可被强制执行偿还另一方婚内债务[EB/OL]. http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/06/id/1320951.shtml，2017-04-23

[4] Amberlynn Curry. Private Ordering: Comment: The Uniform Premarital Agreement Act and It’s Variations throughout the States. Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 2010(23).

[5] 吴晓芳.《婚姻法》司法解释（三）适用中的疑难问题探析[J].法律适用，2014（1）：70-76.

[6]. 杨仁寿.法学方法论[M].北京：中国政法大学出版社，1999.

[7].杨晋玲.夫妻财产制比较研究[M].北京：民族出版社，2004.

[8] 马小花.史敏超.对完善婚前财产协议的立法思考[J].陕西理工学院学报，2008,26（4）：53-56.

[9] 周元.基于生效裁判的婚前协议效力研究[D].湖南：湖南大学，2016.
[10] 姜晓彤.关于婚前约定财产协议研究[J].法治与社会，2012（7）：276-277.
[11] 蒋灵芝.对我国夫妻共同债务相关立法之评析[D].兰州：兰州大学，2008.
[12] 蔡伟强.论夫妻共同债务承担连带责任的民法学原理[J].现代商贸工业，2014（4）：170-171.
[13] 陈苇.中国婚姻家庭法立法研究[M].第二版.北京：群众出版社，2010.
[14] 韩佑.刘坤.婚前协议中过错惩罚条款的法经济学思考[J]. 法学之窗，2011（7）：28-29.
[15] 陈虹冰.论婚前协议的法律效力[J].法制与社会，2016（12）：258-259.
[16] 陈进达.浅析婚前协议若干重要法律问题[J].法制与社会，2015（7）：58-59.
[17] 马春生.伏雪梅.论婚前财产协议的法律规制[J].商，2015（1）：220-221.

因为这些原因律师见证被判无效

2017-07-17 家族律评 郝丹阳

近年来，随着经济的高速发展，“有产”阶层的人数规模大幅度增长；另一方面，随着文化的宣传，公众法律意识不断提升，为了避免自己百年以后家人、亲人因为遗产的纷争反目成仇、对簿公堂，越来越多的人选择在生前通过立遗嘱的方式将自己名下的财产进行详细分配。而律师因为可以为客户提供人性化、专业化的咨询、代书、见证等全方位、一条龙式的遗嘱见证服务，越来越受到社会公众的关注和选择。

法律服务的水平，往往体现在细微之处。而律师见证遗嘱效力，有时候却因为不细致、不规范而导致无效。截至当前，在全国范围内已出现了数十起因为律师遗嘱见证出现问题导致律师事务所被告上法庭并判决承担赔偿责任的案例。网络上很容易搜索到相关的新闻标题，如“遗嘱未完成老人遗愿，律师事务所被判赔偿 40 余万元”、“律所代书遗嘱经确认无效，判赔遗嘱继承人 19 万”、“律师失职导致遗嘱无效，律所被判赔偿 25 万”、“律师见证遗嘱被认定无效，老人告律所索赔 30 余万”、“律师工作犯错，律所要赔 13 万元”等，充分说明了这一点。

上述这些真实案例摆在面前，是对我们律师执业的巨大警醒。遗嘱无效意味着立遗嘱人生前的愿望无法实现，意味着遗嘱继承人的权益会遭受巨大损失，也意味着提供见证服务的律师将因此承担民事赔偿的责任。律师在进行遗嘱见证时需要把工作做得更加精细、认真，特别是要杜绝因为自己工作的纰漏、失误导致遗嘱被法院认定无效的情况发生。

根据《继承法》、《律师见证业务工作细则》等相关法律文件，结合《遗嘱公证细则》和北京、上海、深圳等各地公证处对于遗嘱公证的要求及上述几个典型案例，我们总结出律师在进行遗嘱见证时可能导致无效的 8 个原因。

1、遗嘱见证时，缺少两名无利害关系的律师在场

《继承法》规定遗嘱见证需要有两名见证人在场且与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能为遗嘱见证人。《律师见证业务工作细则》规定律师不得办理与本人、配偶或本人、配偶的近亲属有利害关系的见证业务。因此律师在为客户提供遗嘱见证服务时，应当遵守相关规定，与继承人、受遗赠人有利害关系的律师要主动回避，防止将来因为有利益冲突而被法院认定遗嘱无效。

上海某律所正是因为在为遗嘱人提供遗嘱见证服务时仅指派一名律师到场见证，导致遗嘱人去世后所订立的遗嘱因为不符合遗嘱继承的法定形式要件而被法院认定为无效，法院后判令该律所赔偿遗嘱继承人四十余万元的损失。北京某律所也曾因为相同原因被法院判令赔偿遗嘱继承人十余万元。

2、没有确认遗嘱人身份及
是否具有完全民事行为能力

《继承法》规定无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。《遗嘱公证细节》规定公证处应当确认遗嘱人身份属实，具有完全民事行为能力。根据《继承法》的条文并且参照《遗嘱公证细节》的规定，律师在提供遗嘱见证服务时，应当首先确认立遗嘱人的身份以及确认遗嘱人具有完全民事行为能力，并且应当在律师见证书中注明。如果律师对于遗嘱人的民事行为能力存在疑惑，为了降低自己的风险，可以要求遗嘱人提供相应机构开具的证明，并在相关的文件中注明“遗嘱人承认自己在订立本遗嘱时为完全民事行为能力人”并让遗嘱人签字确认。

广东某律所指派的律师在做遗嘱见证时，因为包括没有事先确认遗嘱人身份等多个程序上存在问题，导致遗嘱被法院判决无效而赔偿了遗嘱继承人十余万元经济损失。

3、没有制作谈话笔录

《律师见证业务工作细则》规定律师与申请见证的当事人谈话，应当制作笔录。笔者认为制作谈话笔录可以在很大程度上减少潜在风险，主要记录内容可以为：（i）遗嘱人的身体状况、精神状况；（ii）遗嘱人家庭成员情况；（iii）遗嘱所处分财产的情况；（iv）遗嘱人之前是否订立过遗嘱；（v）遗嘱人未提供遗嘱或者遗嘱草稿的，应当详细记录其处分遗产的意思表示；（vi）是否指定遗嘱执行人并提供遗嘱执行人的基本情况等。制作好的谈话笔录要让遗嘱人阅读，遗嘱人无异议后，遗嘱人及两名见证律师均应当在笔录上签名。

4、 遗嘱人意思表示不真实、遗嘱内容不合法

《律师见证业务工作细则》规定律师应审查客户的意思表示是否真实及所要求见证的事项是否合法。在此主要说明律师要注意遗嘱的内容是否合法。因为律师与遗嘱人签订的是有偿委托代理合同，故律师理当充分运用自己的专业知识和技能帮客户判断遗嘱的内容是否合法，如果出现遗嘱违反法律强制性规定而被法院判定无效的情形，律师及其所在律所很难不承担赔偿责任。

5、证明材料存在缺陷甚至瑕疵

《律师见证业务工作细则》规定律师应审查客户提供的证明材料和其他文件是否具有真实性、合法性、完整性和有效性。譬如遗嘱中所涉及的房产，律师应要求遗嘱人提供相应的房产证、购买合同等材料，所涉及的车辆，应当要求遗嘱人提供相应的汽车行驶证、购买合同等材料。为了防范风险，律师还可以要求客户提供所涉财产的有无质押、抵押的证明或者在谈话笔录中记录相关事宜。

北京某律所就曾经因为遗嘱人所立遗嘱中的一套房产涉及几个共有人，导致法院判定遗嘱涉及他人财产部分的条款无效，于是遗嘱继承人起诉至法院要求律所赔偿其损失三十余万元。

6、见证书中的时间、地点有误

《律师见证业务工作细则》规定律师应当在见证书中标明时间。笔者提醒各位律师在见证书中所列的时间和地点一定要准确无误，否则可能会导致遗嘱存在不真实的情况而被法院判处无效。

北京某律所的律师在为遗嘱人提供见证服务时，将订立医院的名称“北京市 XX 区 XX 中医肿瘤医院”写成了“北京市 XX 肿瘤医院”，加上其他几个程序上的问题，被法院判定遗嘱无效。该律所为此向客户赔偿了二十余万元的经济损失。

7、律师见证书的签名出了问题

《继承法》规定代书遗嘱应由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。《律师见证业务工作细则》规定见证律师应在见证书上签字，并由律师事务所盖章。现在有很多律师有刻有自己名字的文书专用章，虽然专用章使用起来省时省事，但是文书专用章并不具有法律意义上本人亲笔签字的效力，不一定符合法律或规范的要求，故在律师见证书上，律师应当亲笔签字。

广东某律所在为遗嘱人提供见证服务时，其中一名见证律师仅在见证书上加盖了文书专用章而没有在上面签名，从而被法院判定该遗嘱无效。该律所为此付出了十余万元的代价。

8、见证过程全程录音、录像

虽然法律没有对此明文规定，但《遗嘱公证细则》对遗嘱公证的某几种情形规定了公证员要进行录音或录像。笔者认为现在科技手段已经十分发达，通过录音、录像的方式将整个见证过程通过视听资料的方式保存下来，将来发生任何争议，录音、录像均可以在一定程度还原事实，降低律师执业风险，因此建议各位律师在进行遗嘱见证时全程录音、录像。

随着财富传承的深入，律师遗嘱见证业务需求依然旺盛。律师服务是以专业示人，律师见证书如果被法院认定无效，不仅会给律师及所在单位造成经济损失和名誉损失，而且会影响整个行业的信誉。依法守规、精心兢业，才是律师执业的发展之道！

离婚房产分割问题实务分析

2017-07-17 高杉 LEGAL 北京德恒（济南）律所 王景

离婚时如何分割房产是实践中一个很重要的问题，几乎每一个离婚案子都会涉及。解决房产分割问题之前，要先解决房产权属问题。

现行婚姻法司法解释对夫妻房产权属及房产分割问题给出了一些规定，但是由于实践中的情况多种多样，现有的条文并不能完全涵盖所有的情形。对于条文没有明确规定的情形，我们应该根据现有条文的立法精神，来寻找适

用的裁判规则。

本文先将涉及到夫妻房产权属及房产分割问题的司法解释罗列如下：

《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 19 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 22 条 当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

《最高人民法院关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释三》（以下简称《婚姻法解释三》）第 6 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。

第 7 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 10 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。

对上面条文的关键词及逻辑关系进行分析，可以得到如下结论：

判断房产权利归属，重要的变量有三个，第一个是房产购买于婚前还是婚后，第二个是房产登记在一方名下还是双方名下，第三个是父母是否出资。上述三个变量不同情况的组合，就会产生不同的权属认定。

下文论述的结构，先区分婚前和婚后这个变量，然后在每个变量下面，区分产权登记在一方名下还是双方名下，以及父母是否出资，分别对权属如何认定进行分析。最后再分析一下，权属登记由一人变更为两人时，是否构成不可撤销的赠与，导致权属变动为共同共有。

一、婚前，双方出资购房，产权登记在双方名下，离婚时如何分割？若产权登记在一方名下时，有何影响？包含双方父母出资时，有何影响？

解决房产如何分割的问题，首先要解决产权归属问题。对于此种情形下的产权归属问题，《最高人民法院婚姻法司法解释三理解与适用》（以下简称《婚姻法解释三理解与适用》）一书有如下论述：

“《婚姻法解释二》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，其明确的仅仅是婚前双方父母的出资归属，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的行为自然等同于个人出资行为。相应的，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的出资份额共有该房屋的所有权。”（参见该书第 124 页）

根据上述观点阐述的精神，婚前购买房屋的，双方应按各自的出资份额，按份共有该房屋。如果有父母出资的，子女的份额上加上各自父母的出资。至于产权登记在双方名下，还是登记在一方名下，不影响对产权的定性。按份共有，离婚分割时，一般应按各自拥有的份额分割。

对于这个问题，实践中基于上述理论判决的案例，可举例如下。北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第 05777 号李某与孙某离婚纠纷二审民事判决书认为：

“2011 年 12 月 18 日（婚前），孙某以自己名义与北京金融街奕兴置业有限公司签订了《北京市商品房预售合同》，约定孙某以 1682715 元的价格购买×××号房屋。2013 年 5 月 6 日，北京市大兴区住房和城乡建设委员会核发 X 京房权证字第×××号房屋所有权证，其上载明×××号房屋为孙某单独所有。原审庭审中，孙某主张×××号房屋系其婚前个人财产，李某对此不认可，主张李某父母对×××号房屋出资 470000 元，李某本人亦支付购房

款 30000 元（李某上述主张，经法院查明确认）。法院认为：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条之规定："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。"李某已经提交证据证明其父母曾于双方婚前给付李某 470000 元用于购房，故该给付之款项应认定为系对李某个人的赠与，且孙某亦认可购买×××号房屋时李某本人出资 30000 元，故对×××号房屋应认定为双方按各自出资额按份共有。故法院确认李某婚前为购买×××号房屋出资数额为 500000 元；对×××号房屋应按双方各自出资额按份共有处理。"

这个案例中，是婚前购房，双方均出资，其中还有一方父母出资，产权登记在一人名下。法院的处理结果是双方按各自的出资份额——其中一方加上了父母出资，按份共有房屋，与上文所述理论完全吻合。

当然，实践中也有不是全然按上述理论来操作的案例，例如上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民一(民)终字第 3873 号高某与张甲离婚纠纷二审民事判决书认为：

"关于购买上海市宝山区联谊路×××弄某号×××室房屋时，张甲父母通过银行转给张甲首付款 320500 元。高某认为是张甲的出资，购房时产权登记为高某、张甲，属共同共有，高某同意给付张甲房屋折价款 52 万元。张甲认为，婚前购房时张甲父母汇给张甲 320500 元用于购房，属张甲父母赠与给张甲钱款，现同意房屋归高某所有，由高某给付张甲房屋折价款 80 万元。本院认为，系争房屋虽登记在高某、张甲名下，但在分割该财产时应该考虑贡献大小，原审法院根据法律规定将张甲婚前财产 320500 元从现有房价扣除，剩余款再减去尚欠银行贷款，由高某、张甲各分得二分之一并无不当。"

法院的上述裁判思路，是将一方父母的购房款出资视为对一方的金钱赠与，从房屋总价中扣除后，将剩余部分按共同共有来平均分割。在房屋有巨大升值的情况，按法院的上述裁判思路，由于从房屋总价中仅仅扣除了一方父母出资的原始数额，使得一方父母的出资享受不到房屋升值的收益；而按份共有的分割思路，可以使一方父母的出资享受到升值收益。这是两种分割思路在实践中的不同。

由于上述第二个案例作出时间在《婚姻法解释三》之前，参考效力较弱。而且从法理上讲，婚前购房，由于尚未存在婚姻关系，还不存在夫妻共同财产制的问题，按份共有应是大原则。从情理上讲，双方离婚已经是不讲感情只讲利益了，房屋价值分割还是要考虑投入与产出的公平。因此，笔者较为同意上述第一个案例中按份共有的分割思路。

对于这个问题，可以再与一些地方性司法解释对比一下。**《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》第 13 条**规定，夫妻一方婚前出资购置房屋，权利登记在双方名下的，为夫妻双方共有财产。如未约定按份共有，可认定共同共有，但在离婚分割该房产时，出资一方可适当多分。**《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引（2014 修订）》第 26 条**规定，夫妻一方婚前出资购买房产，登记在夫妻双方名下，如双方未对该房产作出特别约定，应认定该房产为夫妻共同所有，但在离婚分割该房产时，出资一方可适当多分。

上面这两个规定，与本文上面赞成的婚前购房双方按份共有的观点，似乎是有些矛盾的。比如一方出资占比 30%，依上文观点，双方就是按份共有了；但若一分钱不出，按上述两个规定，就是共同共有，出资的一方只是适当多分。要调和这个矛盾，一个比较合理的解释是：若婚前购房，只有一方出资，还愿意登记两个人的姓名，就含有赠与的意思，这种婚姻形态，是一方依附型婚姻，对依附型婚姻，为了适当保护依附方，认定为共同共有。而如果婚前购房，两人均出资，则不论出资比例为多少，都可以视为平等型婚姻，就如同舒婷在《致橡树》中所言的"我必须是你近旁的一株木棉，作为树的形象和你站在一起"，法律此时认定为按份共有，从精神层面上是对双方的尊重。

二、婚前，一方出资购房，产权登记在自己名下，婚后另一方参与还贷款的情形，分割方法《婚姻法解释三》第 10 条规定的非常明确，实践中不存在争议。但是对于补偿数额如何计算，实践中争议很大，本文限于篇幅不详述。

对于这个问题的详细论述，大家可参考两篇文章，**一篇**是最高院民一庭吴晓芳法官的《不动产婚内共同还贷及增值计算》，载《民事审判指导与参考》2016 年第 1 辑，另一篇是郭璇玲律师的《离婚时共同还贷房产如何分割》，「高杉 LEGAL」2016 年 7 月 13 日推文。应当说明的是，婚前一方出资购房，出资中可以包含父母对其的赠与，这一点应当没有争议。

三、婚后，双方出资购房，产权登记在双方名下，离婚时如何分割？若产权登记在一方名下时，有何影响？父母全额出资或部分出资，有何影响？

相比于婚前购房，婚后购房的问题复杂得多，本文依由简到繁的顺序依次分析。

第一，婚后，用双方共同财产购房，产权登记在双方名下，房屋属于双方共同共有，即便产权登记在一方名下时，房屋也属于双方共同共有。这个结论可以从《婚姻法解释二》第 19 条推导出来，第 19 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，应当认定为夫妻共同财产，虽然条文中有一方婚前承租的表述，但从法理的角度探究，去掉承租这一限制条件，也不影响将房屋定性为共同共有。

“用双方共同财产购买”如何界定，其与双方出资是否有区别？举个例子来说，甲乙夫妻二人，婚后，甲以婚后所得 50 万元，乙以婚后所得 30 万元，共 80 万元购买房屋，则房屋应当认定为共同共有。但若甲以婚前财产 50 万元和婚后所得 50 万元，乙以婚前财产 100 万元和婚后所得 30 万元，共 230 万元购买房屋，则房屋产权的定性是否有不同呢？本文认为，上述两种情况无需分别对待，均应认定为共同共有。虽然第二种情况，双方购房款中夹杂了部分婚前财产，但是双方共同购房，并且婚前财产与婚后财产混用的行为，就表明双方愿意将取得的房屋作为共同共有，这符合夫妻共同财产制的一般原理，也与普通人的情感认识相吻合。如果双方有按份共有的意思，需要进行特别的约定或进行按份共有登记。

对于这个问题，可参考**《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》第 12 条**的规定：夫妻双方婚后共同出资购买的产权房，无论登记为夫妻双方或一方，均为夫妻共同财产。在产权登记中未约定按份共有的，应认定共同共有。

对此还可以参考《江苏省高级人民法院婚姻家庭案件审理指南》的解释：对登记在一方名下的房屋性质认定：由于我国法定夫妻财产制是婚后所得共同制，因此婚姻关系存续期间购买的房屋，原则上首先应认定为夫妻共有。但如登记方主张房屋归其所有，必须承担举证责任，证明该房屋系其个人出资所购，或符合《婚姻法解释三》第七条规定的其父母出资为其购买等情况。

第二，婚后，双方父母出资为子女购房，产权登记在双方名下的，视为对双方的赠与。产权登记在一方名下的，视为按份共有。这个结论可以参考《婚姻法解释三理解与适用》一书的论述：

“《婚姻法解释二》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。根据该法条的立法精神可推知，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。……当购买的不动产登记在一方子女名下时，则不论该出资发生在婚前抑或婚后，该不动产都可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有。”（参见该书第 125 页）

此时如果既有双方父母出资，又有双方自己的出资，混在一起时，如果产权登记在一方名下时，如何认定产权归属？对于这个问题，将上述 1、2 两部分的论述结合起来，符合逻辑的结果就是，父母出资部分，双方按份共有，个人出资部分，双方共同共有。最终计算份额时，一般按双方自己出资的总额一人一半，再加上各自父母出资的数额，来最终确定双方应得的分割比例。

第三，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，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，这种情况属于《婚姻法解释三》第 7 条第 1 款明确规定的情形。但是在适用这个法条时，需要辨析的一个问题是，一方父母出资为子女购买不动产，支付全款购买房产自然是应有之义，但若一方父母出资仅为部分房款，比如首付款，则此时房屋产权如何认定，如何分割呢？

观点一：对于这个问题，《婚姻法解释三理解与适用》一书是这样论述的：

“在父母只支付不动产部分价款且不动产登记在出资人子女名下的情形下，则根据本条的立法原意，该部分出资亦应视为对自己子女一方的赠与。既然父母的该部分出资属于其子女一方的个人财产，那么其子女以该个人财产出资购买房屋时，根据本司法解释第十条关于离婚时一方婚前贷款所购不动产的处理的规定，亦应认定该不动产为夫妻一方的个人财产。只不过在以夫妻共同财产还贷的情形下，离婚时应给予另一方补偿。”

按照这个思路，一方父母出资的首付款，视为对自己子女的赠与，房屋分割问题就转到按《婚姻法解释三》第 10 条规定的方法来分割。也就是说，婚后一方父母出资支付首付款购房，产权登记在自己子女名下，双方共同还贷的问题，和婚前一方支付首付款购房，产权登记在自己名下，双方婚后共同还贷的问题，处理结果是相同的。

观点二：就这个问题，最高院民一庭编《民事审判指导与参考》2013 年第 2 辑民事审判信箱栏目给过一个解答：

“婚后一方父母部分出资给子女购房的认定问题？……如果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，则父母出资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，在欠缺出资时间而非离婚诉讼时“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。……总之，婚后一方父母部分出资为子女购买不动产，夫妻双方支付其余款项，产权登记在出资人子女名下的，其不符合《婚姻法司法解释（三）》第 7 条规定的情形。对父母出资部分应按照《婚姻法司法解释（二）》第 22 条的规定处理，当事人另有约定的除外；在具体分割诉争不动产时，可对出资父母的子女一方予以适当多分。”（该书第 240 页）

同样的，**《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第 27 条**规定：婚后由一方父母支付首付款为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下，由夫妻共同偿还余款的，不属于《婚姻法司法解释三》第七条第一款规定的情形，该不动产应作为夫妻共有财产，在离婚时综合考虑出资来源、装修情况等因素予以公平分割。

北京高院对此问题，还作出了一个参阅案例，即《北京法院参阅案例第 19 号：陈某某诉薛某某离婚纠纷案》：

基本案情：2004 年 10 月，陈某某与北京××房地产开发有限责任公司签订《商品房买卖合同》，购买位于北京市丰台区××园××号楼 204 号房屋（以下简称 204 号房屋），该房屋于 2010 年 4 月 27 日取得《房屋所有权证》。204 号房屋的首付款 18 万元由陈某某父母出资，剩余房款以陈某某的名义按揭贷款，陈某某、薛某某共同偿还贷款 24 万余元，尚欠贷款 374239.18 元未还。此外，204 号房屋的装修款 10 万元由薛某某之母出资。庭审中，陈某某称因首付款为其父母出资，并登记在其个人名下，故 204 号房屋应为其个人财产，不同意作为共同财产予以分割。薛某某则主张，因后续贷款为双方共同偿还，且借款合同中写明其为共有人，故要求将 204 号房屋作为共同财产依法进行分割，并向法院提交房屋评估申请。诉讼中，法院委托北京市金利安房地产咨询评估有限责任公司对 204 号房屋市场价格进行评估，确定该房屋现公开市场总价为 3262700 元。**法院裁判：**坐落于北京市丰台区××园××号楼 204 号房屋归原告陈某某所有，该房屋的剩余贷款由陈某某自行偿还。原告陈某某于本判决生效后十日内给付被告薛某某房屋折价款一百四十八万元。

上述案例中，购房时一方父母出资 18 万，而另一方父母花费装修费 10 万元，从公平角度讲，确实将房屋认定为共同共有，平均分割较为公平，法院也提到了公平原则。但是如果案例的情形中，去掉装修费 10 万元这一情节，或者如果一方父母支付首付款并非 18 万，而是 100 万，离婚时房屋价格还是 330 万，平均分割的结果就未必公平了。但是按照上述参阅案例确定的裁判思路，不管情况如何，只要一方父母支付的并非全款，则产权都要确定为共同共有，原则上平均分割。

再进一步，一方父母支付首付款比例未必都是 30%，也可能会达到 50%、60%、甚至 70%，此时按上述思路处理问题，结果未必公平，恐怕也不符合一方父母的本意。要求一方父母必须付全款购房，才能视为对子女一方的赠与，在现实生活中，确实有点强人所难。父母无力付清全款，只能支持首付款的情况下，最有可能的本意也是要对自己的子女进行赠与。而按上述观点二，要达到赠与子女一方的目的，就要做出特别约定，这恰恰又不符合中国的现实情况。本来《婚姻法解释三》第 7 条的立法精神，就是要从产权登记上，客观推断父母的赠与本意，因为父母这种赠与本意，在子女婚姻关系尚圆满的情况下，是不太好意思作出特别约定的，第 7 条正是要解决这个问题。而上述观点二，恰恰违背了上述立法精神。

因此，笔者认为，不论是从法理、情理还是逻辑一贯性上，上文的观点一都要优于观点二，但是在目前的实践中，观点二恐怕还是要占上风。

四、在一方没有出资的情况下，产权登记从登记在一人名下，变更为登记在二人名下，是否能够视为房屋变为共同共有。

对于这个问题，可以举一例子，例如《婚姻法解释三》第 10 条规定的情况，裁判规则是对参与共同还款的一方给予补偿。但是如果在该条规定的情形之外，增加一个双方共同还贷一段时间后，产权登记由一方变更为双方，

是否可以认为此时房屋变为共同共有了呢？对于这个问题，答案应该是肯定的，一般认定为是原登记人对加名人的赠与，赠与后，房屋变成了共同共有，实务中争议不大。

例如，北京市怀柔区人民法院（2016）京 0116 民初 3344 号何某与郭某 1 离婚后财产纠纷一审民事判决书认为：

“依据我国物权法的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。夫妻双方婚后对房屋产权登记的加名行为，视为是一方对另一方的赠与行为，房屋转为双方共同共有。本案中，在何某与郭某 1 结婚前，诉争房屋产权登记为何某个人所有，双方结婚后向房屋登记部门申请加名，现诉争房屋产权变更登记为何某、郭某 1 共同共有，已发生了房屋产权变动的法律效力。在何×无充分有效证据证明该赠与行为存在可撤销的情形下，何某要求确认诉争房屋归其所有的诉讼请求，并无事实和法律依据，本院不予支持。”

又例如，北京市西城区人民法院（2013）西民初字第 10827 号靳某与杨某赠与合同纠纷一审民事判决书认为：

“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。赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。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。本案中，北京市西城区西站南路 xx 号院 xx 号楼 xx 层 xx 号房屋系靳某婚前购买，依据相关规定房屋所有权亦将登记在靳某名下，靳某依法享有对房屋处分的权利。靳某与杨某登记结婚后，在办理房屋所有权证书前重新约定各自对于房屋的共有份额，并共同领取了房屋所有权证书，靳某对于诉争房屋份额的自愿处分行为可视为夫妻间的赠与行为，依据赠与合同和不动产法定登记制度的相关规定，诉争房屋在双方达成赠与合意并办理了房屋登记手续后，赠与行为已全部履行完毕。靳某现以杨某在领取房屋所有权证书后 4 个月即提出离婚违背其善意赠与的初衷为由主张撤销赠与，需要说明的是，靳某的自愿无偿赠与行为发生在夫妻之间，其维护家庭稳定的初衷是好的，但该赠与行为并未明确约定附随义务，且靳某与杨某离婚的判断标准是以双方的感情是否破裂作为基础。综上，靳某主张撤销赠与杨某西城区（原宣武区）北京西站南路 xx 号院 xx 号楼 xx 层 xx 号房屋 50%的行为，本院不予支持。”（作者注：北京市第二中级人民法院作出了（2013）二中民终字第 16450 号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。该二审文书尚未能从裁判文书网上查到。）

五、反思

从上面对离婚房产分割的司法实务观点的梳理中，我们看到，这个问题是比较复杂的。不同情形下的产权认定规则，排列组合在一起形成体系时，我们会发现逻辑的不一贯，尤其是在处理婚后一方父母为子女购房部分出资的情况时。实践中的情况更是千变万化，比本文所归纳的上述几种典型情况要复杂的多，但本文讨论的这几种典型情况，是纲要性质的。处理变化的情况时，要在上面的几个大原则上，根据公平的标准，进行适当变化。

我们同时会发现，在离婚房产分割问题上，实务中不同法院可能就同一情形作出不同的判断，希望最高院能就此类问题发布更多的指导案例，以统一裁判尺度。

至此，就结束了本文的全部内容，由于作者水平有限，思虑不足在所难免，真诚希望读者提出批评意见。

儿子为何要起诉继母婚姻无效？

2017-07-19　桂客留言　张志然

2016 年 11 月 17 日，安徽省六安市金安区法院民三庭开庭审理了一起看似简单的婚姻效力案。本案原告冉某请求法庭确认父亲冉某峰与继母解某的婚姻无效。冉某提起诉讼的主要理由，是冉某峰与解某系三代以内旁系血亲的表兄妹。

在开庭过程中，继母解某在念了一纸控诉状后血压飙升，不得不送到医院抢救。而原告冉某也因为情绪激动而要求休庭。

冉某峰已于 2016 年 5 月 20 日去世。儿子冉某为何在父亲去世后要求确认父亲与继母的婚姻无效？继母的控诉又为何让双方都难以平静？一起婚姻效力案是否还隐藏着其他的纠葛？

是不是表兄妹结婚

据了解，1982 年，冉某峰与前妻协议离婚，二人婚内育有一子一女，男孩儿冉某归冉某峰抚养，女孩儿吴某归冉某峰前妻抚养。

1986 年，解某在前夫病故后，带着不到 5 岁的女儿小解与冉某峰再婚，双方于 1986 年 1 月 13 日结婚领取结婚

证。婚后，解某携小解与冉某峰共同生活，双方在婚姻内未再生育，感情和睦，至2016年已有30年时间。冉某峰与解某婚后一起创业，共同借款购买了安徽金商都商贸有限责任公司（下称“公司”）48.1%股权，登记在冉某峰名下。后来又以股权分红款购买了30%股权，合计持有78.1%股权。

2013年3月16日，冉某峰因为违纪问题被中央纪委带走。2013年，冉某峰做了两次结肠癌手术，到去世前总共住院19次，均由解某和女儿小解全天陪护身边。解某在控诉中，声泪俱下地说道，当初照顾老冉的时候，怎么不说我不是他的妻子？如果我不是他的妻子，这三十年我算什么人？我死后葬在何处？解某说，为了照顾冉某峰，自己的身体情况大幅度下滑，不光血压问题很大，还患有胃溃疡等多种疾病。

在开庭中，冉某叫来了冉某峰亲姊妹冉某颖出庭作证。她说自己可以证明冉某峰与解某是表兄妹关系，理由是解某的母亲是自己的二姨，意即解某是冉某颖的表姐，是冉某峰的表妹。

冉某还向法庭提交了自己和继母解某的身份证复印件、冉某峰死亡证和火化证、冉某峰遗嘱、解某与冉某峰的结婚证、冉某峰母亲李秀某的人事档案等证据，试图证明冉某峰与解某的表兄妹关系，从而证明两人婚姻关系无效。

那么，这些证据能够起到这样的作用吗？

中国人民大学教授龙翼飞、中国政法大学教授夏吟兰、北京大学教授马忆南、中国人民大学教授姚辉等北京的法学专家，就本案的相关法律适用问题，进行了认真的讨论和分析研究，并形成了法学专家论证意见书。

在旁系血亲的问题上，专家们认为，婚姻法规定的“三代以内旁系血亲”中的血亲指的是自然血亲，不是拟制血亲。对于自然血亲的认定，只有DNA鉴定才是科学的证据。司法实践中，对抚养权的认定，都以亲子之间的DNA鉴定为准，国务院《关于解决无户口登记户口问题的意见》中也明确规定，依法为无户口人员身份认定和落户也要以具有资质的鉴定机构出具的DNA亲子鉴定为依据。

专家们的意见是，冉某如要证明解某与冉某峰系三代以内旁系血亲关系，需要证明：（1）解某与其生母系血亲母女关系；（2）冉某峰与其生母系血亲母子关系；（3）解某生母与冉某峰生母系血亲姐妹关系。

证明以上血亲关系应经过DNA鉴定，才能构成完整的证据链。目前，冉某峰的父亲已经过世，母亲李秀某尚在世，但冉某峰已去世，已不可能与其生母进行DNA鉴定，也不可能与解某进行DNA鉴定。

在法庭上，当被告解某的代理律师询问冉某颖是否了解解某家庭时，她说很了解。可是，当解某代理律师问及她母亲李秀某生日、冉某峰去世日期、冉某峰与解某何时结婚等时间方面的细节问题时，她却都不清楚。她只是一再地说，解某、冉某峰确实是姨表兄妹，“我从小就知道”。

专家们认为，解某与冉某峰持有结婚证且共同生活三十年，如无相反的证据，应认为婚姻有效。而冉某举证不足，应当承担相应法律后果。

在法庭上，解某的辩护律师就指出了这点，并且就冉某峰的母亲李秀某的人事档案提出了质证意见，认为人事档案中间缺页而且字迹前后不一，可能是拼凑的，难以取信作为李秀某和李月某（解某母亲）是血亲关系的证据。

更重要的是，这份档案年代久远，很多事项无法确定真实性，也难以确定所提及的李秀某就是本案中牵涉的冉某峰的母亲李秀某。解某的辩护律师因此认为，解某和解某民可能并不都是李月某的血亲，而李秀某与李月某也可能不是血亲。

冉某辩护律师称：“那个年代很多身份证登记的信息都是有偏差的，仅凭一个生日显然不能说解某和解某民可能不是一家人，解某并非亲生。”但未能提出更多相反的证据。

在法庭质证阶段，解某的辩护律师指出，在解某与冉某峰以夫妻名义三十年共同生活的时间里，没有任何人提出异议，但去世后冉某却提起了诉讼，说明背后另有企图。

那么，企图会是什么呢？

分财产跟婚姻有关吗？

2016年6月17日，冉某拿出了一份声称是冉某峰所立的遗嘱。本案中，它也作为证据提交给了法庭。

遗嘱主要内容为：“一、为保证股份完整性，现将我名下股份百分之七十八点一股份交由冉某控股，以保证公司经营权由冉某维持经营。二、考虑到与解某生活多年，要求冉某在今后年终分红上按我持有的公司股份百分之七十八点一的一半分红给解某，另一半归冉某分配。我名下住宅房产，除月亮岛两套房子为冉某结婚用房归冉某所有，其余房产归解某所有。”遗嘱代笔人为陆玉某，见证人为王某、潘胜某，落款时间为2016年3月10日。

如果这份遗嘱是有效的，显然解某将不能分得一丁点儿股份。

那么，遗嘱有效吗？

专家们就这份遗嘱也作出了论证。专家认为，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 36 条规定，继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。

本案中，冉某为公司董事长；见证人王某为公司员工，与冉某有上下级关系，应当为利害关系人；见证人潘胜某向公司和冉某峰多次借款，目前尚欠余款 200 万元，是公司的债务人，而冉某是公司董事长，公司和主要资产都由冉某控制，所以潘胜某作为债务人也属于利害关系人。根据《中华人民共和国继承法》第 18 条规定，与继承人冉某有利益关系的人，不能作为遗嘱见证人。

因此，专家们认为，涉案遗嘱因缺乏法定的形式要件，属于无效遗嘱，不产生法律效力。

另外，根据《中华人民共和国婚姻法》第 17 条规定，倘若解某与冉某峰之间的婚姻关系有效，则本案争议的财产属于夫妻关系存续期间取得的合法财产，应当归解某与冉某峰共同共有。

而根据《中华人民共和国继承法》第 26 条第 1 款规定，共同共有人冉某峰死亡后，应当根据分割共同共有财产的规则进行处理。解某作为共同共有人应当首先取得共同共有财产的一半。本案中争议的财产的一半归属于解某，冉某峰无权对该部分进行处分，冉某峰的继承人也无权就该部分财产主张继承。

而且，专家们认为，即便解某与冉某峰之间的婚姻关系无效，解某依然依法享有分得冉某峰财产的权利。

《中华人民共和国继承法》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，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。”本案中，解某与冉某峰共同生活三十余年，解某对冉某峰扶养较多，应当依法分得适当的财产。

另外，专家们认为，即便解某与冉某峰之间的婚姻关系无效，解某的女儿小解依然依法享有继承冉某峰财产的继承权。根据《中华人民共和国婚姻法》的规定以及一般法律原理，父母的婚姻关系状况与父母子女的关系存在密切的联系，但两者并非一一对应。父母的婚姻关系无效并不一定影响父母子女之间的关系。

即便解某与冉某峰之间的婚姻关系无效，也不能否认小解与冉某峰之间形成的事实上的扶养与被扶养关系。冉某峰和小解共同生活并以父女名义相称三十年，存在事实上的扶养与被扶养关系。小解与冉某峰之间基于事实上的扶养与被扶养关系形成了继父母与继子女之间的权利义务关系，且该权利义务关系不受到解某与冉某峰之间婚姻关系是否有效影响。

《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 28 条规定：“亲友、群众公认或有关组织证明确以养父母养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。”本案中，倘若不认可小解与冉某峰之间存在继父母与继子女的关系，比照该意见的规定，应当认定小解与冉某峰之间形成了收养关系。小解有权根据养父母与养子女权利义务的规定，享有继承权。

专家们认为，倘若涉案遗嘱系冉某伪造，该遗嘱不仅无效，人民法院还可以酌情减少冉某应继承的遗产。

2016 年 8 月 4 日，解某以冉某峰遗嘱无效处分夫妻共同财产等理由向六安市金安区法院提起分家析产之诉，被告为冉某。诉请法院：一、依法对登记在冉某峰名下的公司 78.1%股权析产，确认解某作为配偶享有公司 39.05%的股权；二、依法对登记在冉某峰名下的四套房产进行析产，确认解某作为配偶享有上述房产中的 50%所有权。

2016 年 9 月 23 日，解某向金安区人民法院起诉被告冉某遗产继承案件，解某、李秀某、吴某列为第三人。请求法院判定解某继承析产后所属冉某峰遗产的 20%份额。

其实在专家眼中，无论血亲关系如何，并不能影响到这家人真正关心的财产问题。

来源：《民主与法制》杂志。

香港離婚訴訟法律財產分配程序簡介丨何志权丨律师视点

2017-07-27 《家事法实务》（2015 年卷）香港何叶律师行律师 何志权

作者：何志权，香港何叶律师行律师、香港律师公会家事法主席

夏吟兰、龙翼飞主编：《家事法实务》（2015 年卷），法律出版社，2016 年 5 月第 1 版。

婚姻其中一方申請離婚，香港法庭會處理三項事項。首先是解除婚姻主體訴訟，其次是子女安排(如有子女)，最後是處理附屬濟助(即金錢及財產分配)。 本文將以離婚程序處理有關財產分配的法律為主題。附屬濟助中有关財產分配的基本法律原则。在談論實體法前，本文將先会概述附屬濟助有关的一般程序法。

(一) 附屬濟助(Ancillary Relief) - 程序法

香港處理離婚主題程序是有兩個階段。法庭先頒發暫時離婚令，當子女問題解決後法庭可以頒布絕對判令。附屬濟助是指附屬在離婚主體訴訟的濟助，任何附屬濟助的命令都只有在法庭在作出離婚絕對判令之後才生效。【1】

附屬濟助包括為任何一方及子女(如有)的贍養費事宜，以及分配家庭資產事宜(如有)。

在法庭就某一方及子女的贍養(生活)費事宜作出最終命令之前，任何一方可以為自己或/及子女，申請臨時贍養費命令。 法庭於處理暫准離婚令後，會根據司法機構的實務指示－15. 11 的「解決財務糾紛試驗計劃」程序是法官以調解方式協助雙方解決有關財務的問題。如再解決財務糾紛程序內未能解決問題，或被認為不適合處理相關事宜，法庭就會以正式審訊方式處理贍養費及家庭資產分配事宜。到時，另一位法官在正式審訊後會作出有關另一方和子女的贍養費及家庭資產分配作出最終命令。 有關暫時生活費方便，法庭會在「解決財務糾紛」過程中作出臨時命令。

解決財務糾紛 (Financial Dispute Resolution)

在收到附屬濟助申請後，「解決財務糾紛」程序根據實務指示 15.11 就會展開、法庭會定出「首次約見」日期。在「首次約見」的 28 日之前，各方須存檔經濟狀況陳述書(表格 E)，各方須完全及如實披露自己的財務狀況。 在「首次約見」14 日前，各方可以照指示，存檔關於另一方之表格 E 之問卷，以及扼要說明雙方爭議的陳述書和時序表，以及其他文件。 如對子女安排有爭議，「首次約見」一般會定為與「關於子女的約見」同一日進行。 在「首次約見」中，「解決財務糾紛」的法官會就存檔誓詞/誓章作出指示，以及作出其他合適的命令。包括就某一方及子女(如有)的贍養費，作出臨時命令。

在「解決財務糾紛」聆訊之前，可以有數次「首次約見」聆訊。 解決財務糾紛的目的是協助各方就附屬濟助事宜達成和解。解決財務糾紛的法官扮演促進者的角色，協助各方。如各方未能達成協議，則法官會指示就附屬濟助事宜展開正式審訊。解決財務糾紛聆訊的法官，不可以處理附屬濟助審訊。

初步爭論點审訊（preliminary issues hearing）

在「解決財務糾紛」前，法庭需要知道家庭资产的总值以找出可供分割的資產。这也是所有附属濟助案件中最主要的其中一個环节。 家庭资产可以分為婚前和婚后的家庭资产. 任何一方如果对某资产是否属于家庭资产存有疑问,法庭会先进行「初步爭論點审訊」来决定家庭资产总值。 這些爭論點可以包括有關誰是物業真正的受益人，例如：某個物業是否屬於當事人的父母或其他親屬這些爭論點，必定需要在初步爭論點審訊時作出裁決以便決定某些物業是否婚姻資產之一。

需要注意的，在以上程序展開之前或進行期間的任何時間，雙方可以隨時進行調解，解決任何爭議。

(二) 附屬濟助 - 財產分配的基本法律原則

法庭可根据《婚姻法律程序與財產條例》(“婚姻財產條例”)【2】以下的法条颁布附屬濟助的有关命令：

1. 第 4 条 - 對婚姻一方的經濟給養
2. 第 5 条 - 對家庭子女的經濟給養
3. 第 6 条 - 有關財產轉讓、授產安排和更改授產安排的命令
4. 第 6A 条 - 關於出售財產的命令

（一）經濟給養可在以下形式： -

1. 定期付；
2. 保證定期付款；及
3. 一整筆款項

（二）房產調整命令可以在形式： -

1. 財產轉讓；
2. 授產安排；
3. 更改授產安排；及
4. 出售物業

婚姻財產條例第 7 條規定法庭作出關於附屬濟助的命令時須要顧及下列事宜: -

(a). 婚姻雙方各別擁有的或在可預見的將來相當可能擁有的收入、謀生能力、財產及其他經濟來源；

(b). 婚姻雙方各自面對的或在可預見的將來相當可能面對的經濟需要、負擔及責任;
(c). 該家庭在婚姻破裂前所享有的生活水平;
(d). 婚姻雙方各別的年齡和婚姻的持續期;
(e). 婚姻的任何一方在身體上或精神上的無能力;
(f). 婚姻雙方各別為家庭的福利而作出的貢獻，包括由於照料家庭或照顧家人而作出的貢獻;
(g). 如屬離婚或婚姻無效的法律程序，則顧及婚姻的任何一方因婚姻解除或廢止而將會喪失機會獲得的任何利益（例如退休金）的價值。

上文提及的法庭根據第 4、6 和 6A 條行使的權力是法庭在作出離婚判令或其他有關婚姻的判令時或之後作出關於經濟給養（以定期付款方式或以整筆款額方式）和財產調整的命令的權力。

終審法院在 LKW v DD - FACV 16 of 2008，对婚姻財產條例第 7 條作出了指引及解释应如何運用。 在 LKW v DD 一案中， 終審法院要解答的一个重要法律问题是:”香港法庭在處理《婚姻財產條例》的第 7 條申請時是否需要採用 C v C [1990] 2 HKLR 183 一案所定的‘合理需要’原則。若不需要的話，法庭是否應採用英國自 White v White [2001] 1 AC 1996 開始的一系列案例所定的‘公平分配’原則”.【3】

終審法院常任法官李義同意上訴法庭的判決。其他四位終審法院常任法官也同意大法官李義的判決。 上訴法庭一致裁定處理第 7 條的酌情權時應該採用英國上議院在 White v White 案【4】及 Miller v Miller 案 和 McFarland v McFarlane 案 所定的‘公平分配’原則。也就是說，在雙方離婚後處理分配資產的問題時，除非有充分理由，一般原則是平均分割資產。

終審法院常任法官李義在判詞裡對分配資產的問題给了以下两点指引:

第一點: 第 7 條賦予法官廣泛的酌情權以處理經濟給養，指示法官再他們行使他們的權力時便要考慮案中所有情況，特別是指明的各事項。這樣可以使法庭能夠靈活處理各式各樣的不同情況。但是，這樣方法的代價無可避免是帶來法律上的不明確。他繼續指出:“每宗經濟給養申請都有高度的案情獨特性。處理這些申請的法官最終都必定是由第 7 條和在雙方之間達至經濟上公平的結果這個隱含目的所指導。”【5】

第二點:大多數離婚案件裡是不需要討論這些指引。一般離婚案件的經濟狀況可供處理的資產都是不夠照顧雙方在婚姻終止後的需要。在這情況的案件法庭只需要考慮到雙方的需要並不須要超越這個考慮。因此，只是一些牽涉龐大的家庭資產而在照顧度雙方的需要後還有剩餘資產可供分配的情況下，才可能須要考慮這些指引。所以，對於簡單的案件，法庭是不需要試圖運用這些指引而把案件的審理無意義地變得複雜。【6】

終審法院常任法官李義指出當需要處理‘公平分配’的案件法庭可以考慮四个基礎原則 ：-

1. 以公平為目的

法庭考慮第 7 條所述各事項的隱含目的是要達至在雙方之間公平的資產分配。【7】

2. 排除歧視

排斥一切性別或角色的歧視。歧視是和公平對立的。評估雙方對家庭作出的貢獻時，法庭不應偏袒賺錢養家的一方而對理家和照顧子女的一方有偏見。這原則對一般離婚案件都通行的。【8】

3. 平均分割準則

為了避免歧視和確保公平，法官就如何分配資產有初步構想時，應該以“平均分割準則”檢查這些構想，必定要有充分和清楚表達的理由才應該不依從這準則。【9】

4. 排除細緻入微的審查往事

法庭不應該放太多時間調查往事。這樣的審查往往徒勞無功，並且會太消耗雙方的資源及法庭的時間。並且會增加雙方的敵意和阻礙和解。所以法庭是應該小心處理是但一方爭拗有多少資產；或者對家庭的福利貢獻多少；或者有關雙方的行為；或者是應否得到補償，等等。【10】 如果某一方聲稱曾作出 “特殊貢獻”，因此要求法庭不要平均分割。在這個情況，除非貢獻是非常特出，以致不予理會便會有違公平，否則雙方不應提出 “特殊貢獻”的案情。另一方便，案中情況如果屬於完全特殊的性質，如果不理會有關貢獻便會很明顯違反達至公平的目的，法庭應該考慮這方便的要求。 香港的法庭會跟隨英國對這方面的情況採取 “明顯和嚴重” 標準相等的標準。

終審法院常任法官李義指出法庭應該謹記上述 4 個原則當要處理第 7 條的事項。在這個 LKW v DD 一案，他繼續討論考慮第 7 條所述各項事時應該考慮過程的步驟。

步驟 1：確定資產

“考慮過程的第一步是確定，截至聆訊日期計算，婚姻的每一方的經濟資源。根據第 7(1)(a)條，法庭必須顧及“雙方各別擁有的或在可預見的將來相當可能擁有的收入、謀生能力、財產及其他經濟來源”。目的當然是考慮到所有具關鍵性的負債後，計算出淨經濟資源。在這階段，法庭無須試圖區分婚姻財產和非婚姻財產，該步驟最佳是在考慮如何分配資產時才進行（如有必要）。”【11】

步驟 2：評估雙方的經濟需要

“第二步是法庭評估雙方的經濟需要。法庭考慮第 7 條所述各事項時，通常到這一步便停止，因為總資產可能不夠使法庭進展到下一步，或者甚至不夠滿足雙方的需要。如果是這樣，便沒有條件運用任何分享原則。舉例來說，要照顧妻子和子女的需要可能已經立即佔去多過一半總資產。在此情況下，“需要”，就因沒有任何其他選擇，便成為決定性因素。如果只有少量資產，或許不可以有“清楚了斷”，而可能需要法庭作出定期付款命令。”【12】

步驟 3：決定運用分享原則

“如果照顧到雙方的需要之後會有剩餘資產，一般來說，下一步應該是法庭把分享原則運用於雙方的總資產，而把先前考慮過的“需要”問題按照這個原則處理（如英格蘭家事分組庭庭長 Mark Potter 爵士在上文引述過的 Charman v Charman（No.4）案裡所說）。換言之，法庭不應即刻作出分配，而應該回到“需要”，把“需要”和下文談論的第四步和第五步裡的所有其他重要因素一併處理。”【13】

“法庭考慮第 7 條所述各事項進展到這第三階段時，須決定運用分享原則，及採用這個觀點，即是除非有可以表達清楚的充分理由不作出平均分割，否則總資產應該在雙方之間平均分割。不過，須要強調一點，如李啟新勳爵指出，法庭常常最終不會決定平均分割。”【14】

步驟 4：考慮有沒有充分理由不作出平均分割

“第四步是考慮有沒有充分理由不依從平均分割原則。任何程度的不依從都表示婚姻其中一方的份額會增加或減少，而相應地另一方的份額會減少或增加。法庭須解決的問題是在案件的情況裡，應否把天平從平均這一點移至別的一點。這問題必然是複雜的，牽涉一連串各有不同的爭論點。

那麼，有甚麼理由可以是法庭不作出平均分割的充分理由？參考第 7 條的條文和體會隱含的目的，即分配資產要公平，就會找到答案。包含在第 7（1）條（a）段至（g）段的各事項中任何一事項都可以提供適合的理由；第 7（1）條裡提及的“雙方的行為”和“所有情況”也可以。“所有情況”這個無所不包的類別表示在婚姻關係的背景裡，對終局的經濟安排是否公平有影響的任何事情都是有關聯的。

有一點是重要的需要強調，就是這些因素，無論是個別一個還是合起來，都有可能導致法庭不作出平均分割，但即使法庭裁定這些因素之中有一個或多過一個適用於某案件，這並不必然表示會不作出平均分割。對這些因素給予甚麼分量是由法庭酌情決定的，而法庭如何酌情決定是第五步的事情，在下文講述。必須注意的是每宗案件的考慮過程都是緊扣該案的案情，並且是酌情處理的，千萬不可機械式地運用分享原則。”【15】

就正因爲法庭需要酌情處理，大法官李義再講述六個重要因素，并説明這些因素對分享原則的運作可能有重要影響。考慮這些因素是考慮第 7 條所述各事項的過程中第四步的一部分。

因素一：資產的來源

“某項資產的來源可能是不把這項資產包括在分享原則裡的理由，原因是它不是婚姻財產。當然，很多案件裡不會出現婚姻財產和非婚姻財產之間的任何分別。但當有些資產是有可能作出這種分別的時侯，第 7(1)(a)條不明言地規定法庭須要考慮第 7(1)(a)條所述的資產有沒有任何部分為公平起見應該不包括在分享原則裡。如果某項資產的來源顯示它是婚姻其中一方單獨作出的貢獻，而且另一方沒有作出與之相配的貢獻，那麼第 7(1)(f)條也可以視為規定法庭須作出上述區分。

現時的案例說明有兩類資產可能以來源為理由而不把它們包括在分享原則裡。第一類是其中一方在婚姻期間得到的財產，而這些財產的來源是和婚姻完全無關的，例如從饋贈得來，或繼承得來。第二類是從某些業務或投資得來的資產，而這些業務或投資是由其中一方單獨處理的（有時稱為“單方資產”）。”【16】

（1）和婚姻无关的資產來源

這類資產有兩個常见例子：（1）在婚姻期間，其中一個配偶從饋贈或繼承得來，或以信託的受益人身分得來的財產，及（2）結婚之前得到的財產。【17】

不過，這完全是法官考慮過案件的所有情況後運用酌情權去決定的事。 然而，有另一個重要因素對上述因素有影響，這就是婚姻的持續期，即第 7(1)(d)條提到的因素。英國的 Hale 勳爵在 White v White 指出【18】:“資產來源的重要性會隨着時間的過去而淡化”。Hale 勳爵解釋說:

“當家庭裡各成員之間人際上和經濟上的互相倚賴越來越多，要分清楚甚麼東西從甚麼地方來便越來越難。”【19】

因此，如果是一段短暫的婚姻，法庭會有可能對一方婚前所得資產或者在婚姻期間同婚姻無關的來源得到資產作為非婚姻財產。 不過，如果婚姻經歷了長時間的話這些資產可以考慮是否應該作為婚姻資產一部份。

有關資產在分居之後所取得回來的法庭會運用酌情權不把這些資產作為婚姻資產的分配。但是如果在需要考慮雙方的經濟需要而須要採用這類的資產，法庭會考慮把它作為婚姻資產。【20】

（2） 單方資產

在婚姻裏有可能其中一方單獨經營的業務或單獨進行的投資產生的資產，即單方資產，這些資產是否視為可能不用作平均分割的財產。在英國的 White v White 案件，李啟新勳爵在這一點的意見是:

“… 法庭應以極度遲疑的態度考慮是否引入，或再度引入‘家庭’資產和‘業務或投資’資產之間的分別。所有情況下，當法庭要決定如何做法才可達至公平，雙方的財產的性質和來源都是要考慮的事情。”【21】

香港法庭的大法官李義接受這個處理方式並說因為運作較簡單，也避免把歧視成分再度引入考慮過程裏 。【22】

因素二：行為作為考慮因素

雙方在婚姻期間的行為，有時法庭是需要考慮的。第 7(1)條規定法庭在行使酌情權時要考慮到雙方的行為。所以，一方的行為可以導致法庭不作出平均分割。

在 Campbell v Campbell 一案【23】，英格蘭家事分組庭庭長 George Baker 爵士說“…法庭應盡一切辦法避免進行虛耗金錢、無禮不雅和浪費時間的審查” —— 審查是指附屬濟助訴訟裡對雙方行為的審查 —— 否則法庭會面對“…耗時、費錢，而且極可能是毫無益處的審查；這種審查裡，前度配偶或配偶會用去多日時間互相指責和反指責。” 【24】這種情況法庭應該作出恰當的處理。

香港法庭在處理 “行為”這個因素是採取英國的 Wachtel v Wachtel 案裡所說的“明顯和嚴重”的原則。換句話說，如果法庭不處理這些 “行為＂並會視為有違公平，法庭便應該作出適當的考慮。

因素三：經濟需要

在上述步驟 2 中已经談論過評估雙方的經濟的需要。法庭也留意到婚姻財產條第 7(1)條的(b)至(e)段所述的事情對雙方的經濟需要有影響。這些事情之中的一項或多過一項也可能是和決定應否不作出平均分割有關聯的事情。如第 7(1)(b)條設想的情況，婚姻的一方承受的負擔或責任可能比另一方承受的遠為沉重（例如家庭主婦要照顧子女)。在這情況下，其中一方再重新出外找工作或者找到工作的能力減少，在這樣的情況法庭可以不作出平均分割。【25】

因素四：婚姻持續期

另一個因素是考慮婚姻的長短。據第 7(1)(d)條規定法庭行使酌情權時必須考慮婚姻的持續期。當然，如果婚姻是短暫的，一方如果是可以得到另一方的資產平均分配這樣是不公平的結果。相反而言，如果婚姻是長久，但離開的一方不能夠分享家庭資產的一半也是不公平的。法庭是否作出平均分割是很重要的。【26】

因素五：為家庭福利作出的貢獻

婚姻某一方是有可能對家庭福利作出比較大的貢獻。在第 7(1)(f)條規定法庭有責任顧及雙方各自為家庭的福利作出的貢獻，包括由照料家庭或照顧家人而作出的貢獻。如果其中一方向法庭提出他/她對家庭福利作出“特殊”或“特出”貢獻，而要求法庭不依從平均分割準則，這樣法庭便要根據以下的原則作出決定。【27】

在英國的 Lambert v Lambert 案裡，英格蘭上訴法庭法官 Thorpe 表明對特殊貢獻這個爭論點要謹慎處理:

“…就目前而言，由於每宗案件的案情和情況可以有各式各樣，無窮無盡的不同之處，本席認為從謹慎角度來看，要承認特殊貢獻仍然是法律認可的可能出現的因素，但只有在特殊情況裡才會出現。”【28】

終審法院常任法官李義觉得本港的法庭應該以下述的基礎處理 “特殊” 或 “特出” 貢獻：如果 能用 “特殊” 或 “特出” 貢獻為理由適當地提出爭論點去支持法庭不依從平均準則的情況，即使有，也是稀有和特殊的情況。【29】

因素六：補償

補償這個因素是在第 7(1)(g)條，這規定法庭須顧及“婚姻的任何一方因婚姻解除或廢止而將會喪失機會獲得的任何利益的價值”。任何案件裡是否有這樣的損失，基本上是事實問題。這種補償不是關於婚姻解除引致的損失，而是關於雙方在婚姻期間因他們生活上的安排而使某方身處的不利處境。英國的李啟新勳爵在 Miller /Mcfarlane 一案說明這種補償：

“…的目的是彌補因雙方的婚姻生活方式而可以預期會造成的任何該重視的經濟方面的差異。例如，雙方生活上的安排可能使丈夫的謀生能力大大提高，妻子自己的謀生能力卻被嚴重削弱。這樣妻子就蒙受雙重損失：本身的謀生能力降低了，又不能分享丈夫增加了的收入。這是常常發生的情況”

Hale 勳爵在同一個案件把這種補償稱為“因關係引致的不利處境而給予的補償”，並解釋如下：

“…關係引致的經濟上的不利處境可能不止於‘需要’這個範疇，無論怎樣廣義地解釋需要。最佳例子是如 McFarlane 太太那樣的妻子，她放棄了很可能是賺錢和成功的事業。婚姻的另一方得益於婚姻期間雙方作出的選擇，如果該另一方是高收入人士，而滿足了雙方的需要之後仍然有大量盈餘，那麼在需要所要求的事物之外判給額外的事物，這樣便可以反映關係引致的不利處境。”

香港的大法官李義認為，““清楚了斷”案件裡，不僅因為這種補償有可能和經濟需要重疊，且因為這種因“關係引致的不利處境”而給予的補償，和“貢獻”一樣，已經被視為運用分享原則時不可缺少的一部分，而存有重複計算的危險。分享原則確認，如果配偶放棄有可能是賺錢的職業而去承擔家庭裡傳統的角色，則這樣的配偶應該和賺錢養家的配偶享有平等地位，應該從資產中得到同等的份額，除非有充分理由不這樣做才作別論。這情況下，分享原則在原則上已經給予這種補償”。【30】

他繼續解釋要處理“補償”的方法可以同處理“貢獻”的方法差不多。香港法庭應該在處理這個問題，就是“因關係引致的不利處境而給予的補償”一般情況下在運用分享原則時已經被考慮在內。但在可不依從至甚麼程度，法庭是應該根據不利處境的性質、確定性、持久性和其他特點而定，考慮這些特點時不應囿於細節。每一個案件都受到其獨特案情所支配。除非在非常特別情況下而並\根據案件的特別情況，法庭才應該考慮在內的金額之外給予多一些額外補償。換句話說，法庭不應該當這樣的論點作為一般損害賠償申索般審理。

步驟 5：決定結果

最後是法庭應該考慮是否給予各因素作出恰當的考慮。某個因素可以給予多一些份量使法庭不作出平均分割。法庭在作出判決後應該說明根據什麼作此決定，因為說明理由是有助於瞭解法庭的決定並查看結果是否公平。【31】

結論

以上是對香港處理家庭資產分配的法律作出一個簡介。自從 2010 年，香港法庭根據終審法院的 KLW v DD 一案已經作出很多判決。由於香港是以普通法為基本，所以在 2010 後的判決書可以作為離婚資產分配的恰當參考。

注释：

【1】婚姻法律程序與財產條,第 192 章第 25 条

【2】婚姻法律程序與財產條,例第 192 章。

【3】FACV 16 of 2008, 第 6 段

【4】 White v White[2001] 1 AC 596。

【5】 FACV 16 of 2008, 第 48-53 段

【6】 FACV 16 of 2008, 第 54-55 段

【7】FACV 16 of 2008, 第 56 段

【8】FACV 16 of 2008, 第 57 段

【9】 FACV 16 of 2008, 第 58-59 段

【10】FACV 16 of 2008, 第 56-70 段

【11】FACV 16 of 2008,第 71 段

【12】 FACV 16 of 2008,第 74 段

【13】FACV 16 of 2008, 第 80 段.

【14】FACV 16 of 2008, 第 82 段

【15】FACV 16 of 2008, 第 83-85 段

【16】FACV 16 of 2008, 第 87 及 89 段
【17】FACV 16 of 2008, 第 90 段
【18】 Miller/McFarlane 案第 148 頁。
【19】同上。
【20】FACV 16 of 2008, 第 92-94 段
【21】 FACV 16 of 2008, 第 95-96 段
【22】 FACV 16 of 2008, 第 98 段
【23】 [1976] Fam 347，第 353 頁。
【24】第 350 頁。
【25】FACV 16 of 2008, 第 106-107 段
【26】FACV 16 of 2008, 第 108-109 段
【27】 FACV 16 of 2008, 第 110-112 段。
【28】FACV 16 of 2008, 第 117 段
【29】 FACV 16 of 2008, 第 118 段
【30】FACV 16 of 2008, 第 126 段
【31】 FACV 16 of 2008, 第 131 段.

（四）文件选读

最高人民法院司法部关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知

2017-07-04 公证文选

中华人民共和国最高人民法院
中华人民共和国司法部

司发通〔2017〕68号

关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知

北京、内蒙古、黑龙江、上海、江苏、浙江、安徽、福建、广东、四川、云南、陕西省(区、市)高级人民法院、司法厅(局)：

为深入贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中、六中全会精神，贯彻落实中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，充分发挥公证制度在推进多元化纠纷解决机制改革中的职能作用，现就开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作通知如下。

一、充分认识开展公证参与司法辅助事务试点工作的重要意义

公证制度是我国社会主义法律制度的重要组成部分，是预防性司法证明制度。公证活动可以为人民法院审判和执行工作提供裁判依据，促进审判活动依法高效进行；经公证的债权文书具有强制执行效力，可以不经诉讼直接成为人民法院的执行依据，减少司法成本，提高司法效率；公证制度具有服务、沟通、证明、监督等功能，是社会纠纷多元化解决的基础性司法资源，可以成为人民法院司法辅助事务的重要承接力量。近年来，一些地方人民法院积极引入公证机构参与司法辅助事务，取得了良好效果。公证参与司法辅助事务，是公证服务推进以审判为中心的诉讼制度改革的有益探索，是公证助力人民法院司法体制改革的重要举措，有利于协助法官集中精力做好审判执行工作，缓解人民法院"案多人少"的矛盾，有利于进一步深化多元化纠纷解决机制改革，推动社会纠纷资源的合理配置和高效利用，有利于促进公证机构改革创新发展。各级人民法院、司法行政机关要从全面依法治国和推进社会主义法治建设的高度，充分认识公证参与司法辅助事务的重要意义，积极为公证机构参与司法辅助事务创造条件，扎实推动此项试点工作的深入开展。

二、开展公证参与司法辅助事务试点工作的主要内容

自 2017 年 7 月起，选择在北京、内蒙古、黑龙江、上海、江苏、浙江、安徽、福建、广东、四川、云南、陕西 12 省(区、市)开展公证参与司法辅助事务试点，试点期限为一年。试点地方高级人民法院、司法厅(局)要选择法院“案多人少”矛盾突出，公证机构服务能力强的地方，积极稳妥开展公证机构参与人民法院司法辅助事务试点工作，支持公证机构在人民法院调解、取证、送达、保全、执行等环节提供公证法律服务，充分发挥公证制度职能作用。公证机构参与司法辅助事务的主要内容有：

(一)参与调解。人民法院通过吸纳公证机构进入人民法院特邀调解组织名册，进入名册的公证机构可以接受人民法院委派或委托在家事、商事等领域开展调解，发挥诉前引导程序性作用、开展调解前置程序改革。经委派调解达成协议的，公证机构可以应当事人申请，对具有给付内容、债权债务关系明确的和解、调解协议办理公证并赋予强制执行效力；经委托调解达成调解协议的，公证机构应当将调解协议及相关材料移交人民法院，由人民法院按照法律规定出具民事调解书或作相应处理。未达成调解协议的，公证机构可以在征得各方当事人同意后，用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实，并由当事人签字确认。在诉讼程序中，除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外，当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。

(二)参与取证。公证机构可以接受人民法院委托，就当事人婚姻状况、亲属关系、财产状况、未成年子女抚养情况、书面文书等进行核实和调查取证。核查结束后，公证机构应就核查内容、核查过程、核查结果向法院出具取证报告。

(三)参与送达。公证机构可以接受人民法院委托，参与案件各个阶段的司法送达事务。鼓励公证机构采用信息化手段，推行集约化送达模式，避免分散作业和资源的重复投入。送达工作完成后，公证机构应当就送达过程、送达结果等情况形成送达全流程登记表，交由人民法院留存备查。

(四)参与保全。公证机构可以协助人民法院核实被保全财产信息和被保全财产线索，核实被保全动产的权属和占有、使用等情况。财产保全需要提供担保的，公证机构可以协助人民法院审查申请保全人或第三人提交的财产保全担保书、保证书，对其中的担保内容及证据材料进行核实。

(五)参与执行。人民法院支持公证机构在执行工作环节参与司法辅助事务。公证机构可以参与人民法院执行中的和解、调查、送达工作，协助人民法院搜集核实执行线索、查控执行标的，协助清点和管理查封、扣押财物。经执行机关申请，可以办理保全证据公证。

三、加强对公证参与司法辅助事务试点工作的组织领导

(一)加强组织领导。各试点省(区、市)高级人民法院和司法厅(局)要高度重视公证参与司法辅助事务试点工作，研究制定试点实施方案，确保试点工作按时启动、顺利推进、如期完成。要建立工作沟通协调机制，为公证机构和公证人员参与司法辅助事务创造条件。

(二)加强培训指导。要明确公证机构参与司法辅助事务的条件、内容、程序和工作措施，及时研究解决试点工作中遇到的问题。加强公证人员业务培训和纪律教育，加强相关领域尤其是专业技术领域公证业务的培训，严格规范公证行为，确保公证证据的真实性，避免公证证据瑕疵，提高司法辅助事务工作质量和信息化、规范化水平。

(三)加强政策保障。试点地方各级人民法院、司法行政机关要结合工作实际，争取党委政法委、财政等部门的支持配合，采取政府购买服务等方式引入公证机构参与司法辅助事务，为试点工作提供必要的经费、场地、设施等，保障试点工作的深入开展。

(四)推动制度完善。各级人民法院、司法行政机关要加强对试点情况的跟踪和指导，加强工作协调和督促检查，认真总结推广试点工作的经验做法。2018 年 6 月，最高人民法院会同司法部总结经验，全面评估试点工作的实际效果，积极推动有关规章制度修订完善。

无父母陪同未成年人出入美国国境注意事项

2017-07-22　领事直通车 驻美国使馆

近日，美国国土安全部海关和边境保护局（以下简称 CBP）对无父母陪同的未成年人出入美国国境做出更新提醒，明确规定：未满 18 周岁的未成年人在出入美国国境时，应有父母双亲陪伴，如只有父母一方陪伴，则需持另一方的书面授权书；如与祖父母、叔叔、姑姑、兄弟姐妹等其他亲属、朋友一起旅行或参团旅行时，需持父母双亲的书面授权书。据美方称，CBP 官员并非总会要求查验该授权书，但如果其提出要求，则必须出示。

CBP 网站并未提供授权书的写作模板，但提示需包含以下内容：出行人员、目的、时间、地点、原因、缺席父母的联系方式等，并建议用英文书写并做公证。对于经常出入美国国境的未成年旅客，其所持授权书的有效期最好不要超过一年。

具体信息请见 CBP 网站：

1.https://help.cbp.gov/app/answers/detail/a_id/67/kw/minor%20child%20travel/session/L3RpbWUvMTQ5ODQ4NDc3Ni9zaWQveFA2Ymg1bW4%3D

2.https://help.cbp.gov/app/answers/detail/a_id/1254/~/parental-consent%2Fpermission-letter

最高院民事审判信箱丨配偶本人患重大疾病是否属于婚姻法司法解释（三）第四条【1】规定的情形丨《民事审判指导与参考》2016 年第 4 辑

2017-07-24　最高院民一庭

问：王某与李某系夫妻关系，王某身患癌症手术后需要化疗，而化疗所需用药很多属于自费，李某不同意支付相关化疗费用。因平时双方的收入都掌握在李某手中，王某遂起诉至法院，请求分割夫妻共同财产。法院审理中对配偶本人患重大疾病是否属于婚姻法司法解释(三)第四条规定的情形有不同观点，请问审判实践中对此应如何掌握？

答：婚姻法司法解释（三）第四条规定了婚姻关系存续期间可以请求分割夫妻共同财产的两种重大理由，即一方有隐藏、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；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。可以看出，本条规定所列举的重大理由属于封闭性条款，对在不解除婚姻关系的前提下分割夫妻共同财产的做法进行严格限制，从而保证夫妻财产制的稳定性和婚姻的严肃性。

本条第二项“一方负有法定扶养义务的人”是指夫妻一方在法律上负有抚养、扶养、赡养义务的人，比如一方的父母或者前婚所生子女患重大疾病需要医治，配偶一方不同意支付相关医疗费用的，一方可以请求在不解除婚姻关系的前提下分割夫妻共同财产。

配偶本人患重大疾病需要医治而另一方不同意支付相关医疗费用的情形，不适用婚姻法司法解释（三）第四条的规定。因为夫妻之间具有法定的扶养义务，即便夫妻双方实行分别财产制，当一方患病需要医治时，另一方也有扶养扶助的义务。也就是说，当配偶一方患重大疾病需要医治而另一方不同意支付相关医疗费用时，涉及的不是分割夫妻共同财产问题，一方患病所需支付的医疗费用属于“日常生活需要”，而“日常生活需要”当然是用夫妻共同财产进行支出。当夫妻共同财产不足以支付医疗费用，另一方还应当支付自己的个人财产来履行夫妻扶养义务。如果另一方拒不履行法定的夫妻扶养义务，情节严重时可能构成遗弃罪。（本书研究组）

注释：

【1】即《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》，本文简称婚姻法司法解释

（三）。

最高人民法院关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有产生纠纷应如何处理的批复

2017-07-28 海西房联

最高人民法院关于父母的房屋遗产由兄弟姐妹中一人领取了房屋产权证并视为已有产生纠纷应如何处理的批复

（[1987]民他字第 16 号）

【发布日期】 1987.06.15 【实施日期】 1987.06.15

广东省高级人民法院：

你院粤法民字<1987>31 号关于惠阳地区中级人民法院请示的上诉人钟秋香、钟玉妹诉钟寿祥房屋纠纷一案的报告及卷宗收悉。

据你院报告称：钟和记（1941 年故）与妻子苏衬（1926 年故）、继妻王细（1984 年故）先后生有 4 个女儿，即：钟妙（1976 年故）、钟秋香、钟玉妹、钟秋胜（1981 年故）。1940 年钟和记与王细夫妇收养了钟寿祥（当时 12 岁）。1939 年、1940 年钟和记和王细购置房屋 6 间，钟和记死后，由王细、钟玉妹、钟秋香、钟寿祥等长期居住。1973 年钟秋香将自己居住的那部分房屋进行了改建。钟寿祥曾以自己的名字，于 1947 年、1953 年、1960 年先后领取了 6 间房屋所有权证。王细于 1984 年死后，钟寿祥便在 1985 年将部分房屋拆除改建，并将其中部分房屋宅基地给其子使用，为此，双方发生纠纷。

经研究，同意你院审判委员会的意见。即根据该房产的来源及使用等情况，以认定该屋为钟和记、王细的遗产，属钟秋香、钟玉妹、钟寿祥、钟妙、钟秋胜五人共有为宜。钟寿祥以个人名义领取的产权证，可视为代表共有人登记取得的产权证明。钟妙、钟秋胜已故，其应得部分由其合法继承人继承。

以上意见供你院批复时参考。

（五）媒体视点

高管天价离婚 是否另有玄机？

2017-07-02 北京青年报 刘慎良

自从证监会于 5 月底颁布减持新规，各种花样减持便成为市场热点；最热的则是 6 月份两起上市高管离婚案，前后相距不过一周，市场认为这有可能成为规避减持新规的最新套路。回望今年上半年，A 股上市公司已经出现了 5 则因高管离婚而进行股权切割的公告。

最近一起上市公司高管离婚案，是华测检测董事长万峰付 3.7 亿“分手费”，前妻于翠萍成了第三大股东。

高管前妻减持不需公告

市场最为关注的是，华测检测董事长前妻所分割的 7800 万股，第一是持股不足 5%以上。第二是其中 1800 万股不属于高管减持股，可以随时减持。第三即便是限售股，锁定期一到，需要减持时也不需要公告。

6 月 28 日下午，华测检测发布持股 5%以上股东权益发生变动的提示性公告。原本持有公司 11.87%股本的董事长万峰因离婚财产分割，向前妻于翠萍分割 7800 万股，占公司股本 4.66%。分割后万峰持有公司 7.22%股本，仍为公司第二大股东。华测检测当天收报 4.7 元/股，按照该收盘价，董事长万峰支付的“分手费”约为 3.67 亿元。这则公告还提到，权益变动不会导致实控人生变，实控人万里鹏与万峰合计持有的股份占公司总股本的 21.02%，二人仍为控股股东、实控人。

由于万峰持有的华测检测股票部分为限售股，限售期内，于翠萍取得的股份将继续履行万峰原先所做出的锁定承诺。公告还提到，在锁定期内，于翠萍承诺通过离婚所获得的股票，在万峰任职公司董监高期间每年减持比例不超过所持股份余额的 25%，且上述股票对应的表决权由万峰代为行使。如万峰离职，在离职后 6 个月内不得转让，离职 18 个月内转让金额不超过持有的股份总数的 50%。

因为于翠萍之前并不在上市公司担任任何职务，当被问到“于翠萍女士是否就股票限售期后手中股票的处理意向与上市公司进行沟通”时，华测检测证券部工作人员表示“自己并不清楚”。

离婚卖股就为减持？

华测检测的高管离婚案，被市场认为是有可能花样减持的最新案例；与华测检测的高管离婚案比较，赢时胜的

高管离婚案则吸引了更多的眼球。

6 月 22 日，赢时胜晚间公告，董事鄢建兵（持有公司 8.10%的股份）与黄熠因离婚财产分割，于 6 月 22 日完成证券非交易过户事宜，鄢建兵将 27836150 股（占总股本的 3.75%）公司股份过户给黄熠。权益变动后，鄢建兵持有公司股份 32336150 股，占总股本的 4.35%，不再是公司持股 5%以上股东。按最新收盘价计算，上述过户股份价值约 3.38 亿。鄢建兵表示，本次权益变动完成后，在未来十二个月内尚无增持赢时胜股份的计划，六个月内不减持持有的赢时胜股份，六个月后不排除有减持持有的赢时胜股份的可能性。

市场立刻联想到赢时胜今年初的巨额减持计划，此后一直围绕着减持“大做文章”。

今年一月份，赢时胜推出被市场认为“性感”的高送转计划，每 10 股送 30 股！同时推出一个“美丽”的业绩预增公告：2016 年度归属于上市公司股东的净利润为 1.17 亿到 1.3 亿，比上年同期增长 100%到 123%。同时伴随着持股 5%以上股东及董监高在利润分配预案披露后 6 个月内的巨额减持，公司实控人唐球、鄢建红及董事鄢建兵等 6 名高管，将减持股票从 153 万股到 575 万股不等。投资者以脚投票，连续两个交易日，赢时胜的股价非但没有暴涨，反而下挫近 20%。之后监管层对高送转现象从严监管，公司包括高送转提议人及多名拟减持董监高终止了此前的减持计划，同时承诺未来六个月（即至今年 10 月 10 日)不减持。在监管层痛批 “忽悠式高送转”后，4 月份，赢时胜高送转调整至“10 转 15 派 3 元”，同时提议人及董监高承诺未来六个月(即至今年 10 月 10 日)不减持。原本鄢建兵持有赢时胜 8.1%股份，本应遵守 5 月底出台的减持新规对持股 5%以上股东减持的相关约束，如今分割股份之后，双方持股均低于 5%，无须再受到相关约束，尤其是集中竞价减持不再需要提前披露。

两则上市公司高管离婚的公告一出现，立刻引发市场热议，由于股权转让之后，双方持股均在 5%以下，而且正好在减持新规实施后进行，“瓜田李下”之嫌更引起投资者警惕。

离婚已成减持最新套路

市场主流观点认为，为了规避政府限购政策，部分城市房产市场一度出现离婚潮。如今，为了规避减持新规，上市公司董事也玩起了离婚的套路。

赢时胜股东董事鄢建兵的做法，频频受到投资者指责。市场认为，离婚财产分割后，鄢建兵所持有的 4.35%的股份，全部为高管锁定股。也就是说，鄢建兵在财产分割中，将其持有的所有流通股让给了前妻黄熠。由于鄢建兵仍然是赢时胜董事，同时与公司实际控制人唐球、鄢建红夫妇为亲属关系，构成一致行动人。因此，鄢建兵自身减持行为仍受到减持新规限制。对于其前妻黄熠就另当别论了，转让完成后，黄熠既不是董事，也不构成一致行动人，并且鄢建兵将流通股全部转让给前妻，因而市场猜测黄熠减持或许不受新规影响。

根据赢时胜后来的公告显示，黄熠通过离婚析产取得的股份，为公司首次公开发行的股份，故黄熠为特定股东。市场认为，事实上，如果黄熠被认定为特定股东，也只需部分遵守减持新规。减持新规中表示，大股东、董监高应当通过向交易所报告并公告的方式，事前披露减持计划，事中披露减持进展，事后披露减持完成情况。另外，大股东股权质押情况也需要及时公告。上述条文并未规定特定股东需要遵守，黄熠并非大股东，也不属于董监高，因而不需要遵守上述相关规定。

有投资者为此在深交所互动易中建议，“鉴于投资者对‘假离婚真套现’的普遍担忧，建议尽管离婚后双方持股不足 5%，但仍应视同持股 5%以上的大股东对双方进行约束，其中包括锁定期不减持、减持前出公告等，这对投资者和公司都是有利的。”

投资者担心假离婚真套现

据初步统计，今年上半年，A 股上市公司已经出现 5 则因高管离婚而进行股权切割的公告了，此前一心堂、梦洁股份涉及的股份价值均在 10 亿以上。

一心堂 2017 年 1 月 3 日公告，公司控股股东阮鸿献、刘琼二人已办理离婚手续，解除婚姻关系。公告称，两人将按照婚姻关系解除前各自持股比例进行股权分割，二人各持有一心堂 17568 万股、9564.8 万股股票，分别持股 33.75%、18.37%。按照当时价格估算，该部分股权市值约 57 亿元，阮鸿献、刘琼分获 37 亿元和 20 亿元股份。

梦洁股份 2017 年 1 月 25 日公告，公司实控人、董事长姜天武与伍静女士签署离婚协议，姜天武应将 1.27 亿股公司股票分割至伍静名下，当时上述股份市值约 10.24 亿元。金科股份 2017 年 3 月 31 日发布公告，公司实际控制人黄红云先生和陶虹遐女士已经友好协商，已办理离婚手续、解除婚姻关系。并同时签署了《一致行动协议》，陶虹遐女士同意成为黄红云的一致行动人。

投资者最怕假离婚真套现。分析人士认为，就A股公司老总或者股东的离婚案而言，因其持股市值相对巨大，当事人一般在财产以及股份分割上有相关协议，除非上市公司有巨大的财务黑洞或经营隐患，一般另一方也不会疯狂抛售股份，因为股价暴跌其实损失的也是自己。从历史经验看，除吸引大众眼球外，爆出“昂贵离婚”的上市公司一般在股价上波动并不大。

业内人士分析，“婚变”无论对上市公司还是对高管来说，都很难称得上是好事。其中，最容易引起投资者强烈反弹的是上市公司“假离婚真套现”嫌疑，即通过离婚的方式划分出部分股权。

证监会于5月底颁布减持新规，各种花样减持便源源不断，上市公司高管离婚，已频频被指为花样减持的最新套路了。

为买房“假结婚”后离不掉 男子赔了20万离婚费才“好聚好散”

2017-07-10　上海法治报 季张颖 张超

“我是想好好经营这段感情的。我认为当时签的协议是一种婚姻赠与，是对我的保证。作为一个初婚者，我并不知道对方是再婚，我很受伤害，因此我不同意离婚。”法庭之上，被告周琳琳向法官陈述。

近日，徐汇区法院开庭审理了这样一起离婚案件，河北男子通过中介找到上海女士“假结婚”获得资格成功购房，可房子买好了，婚却离不掉了。无奈，男子带着签好的“结婚协议”将女子起诉至法院。最终，经法院调解，双方达成和解，男子支付女子20万“离婚费”，双方才“好聚好散”。

可怜天下父母心

找人“假结婚”买学区房

80后男子葛涛来自河北保定，在上海做外贸生意多年。由于是个体经营，几年来他并没有缴纳社保，时至今日居住证积分距离落户和购房要求还相距甚远。葛涛的老婆与他情况类似，也买不了房。眼看女儿到了上学年龄，两人都琢磨着买套学区房，让女儿读个好一点的学校。

多番实地看房，葛涛夫妇相中了闵行莘庄地铁站附近的一套两居室学区房，并向房产经纪人表明了购房意愿。可到交定金时，经纪人才知道夫妻两人都没有购房资格。眼看女儿入学在即，心急如焚的葛涛将希望寄托在了经纪人身上，想从经纪人处找破解之道。

经纪人姓郑，在上海做房产中介多年，虽然身边有同事帮人解决过类似问题，可对自己来说，还是头一次。没多想，郑先生便向葛涛表示，方法是有，可以找一个有本地户口的人“假结婚”，等买房手续办好之后再行离婚，但需要支付给其一定好处费。

考虑再三后，葛涛同意了中介的提议。郑先生几经周折，通过自己的朋友联系到了具有买房资格的周琳琳。这边葛涛也做好了老婆的工作，二人先“假离婚”，买好房子之后再结婚。

上海女生来“帮忙”

6万元好处费到手不愿离婚

葛涛假结婚的对象周琳琳也是一名80后，地地道道的上海人，目前在一家物业公司上班，名下无房且未婚，几乎满足葛涛的所有要求。经过郑先生联系，周琳琳同意了与葛涛“假结婚”的方式帮葛涛买房，事成之后收取6万元“好处费”。

为此，葛涛、周琳琳及房产经纪人在去年7月签署了《附加协议》。**协议约定葛涛、周琳琳办理结婚手续后去买房，其中葛涛享有房屋99%产权份额，周琳琳享有1%的产权份额，房子买好后双方办理离婚手续，周琳琳配合葛涛从产权证上除名，葛涛分两笔付给周琳琳6万元的“好处费”。**

去年8月，双方办理了结婚登记，之后也完成了房屋购买手续，可当葛涛要求周琳琳按照协议办理房产证除名并办理离婚时，周琳琳却提出要更多“好处费”，否则不同意离婚。

葛涛觉得双方完全是基于买房而结婚，并无感情基础，婚后也没有实际共同生活，因此坚决要求离婚，并将周琳琳起诉至法院，要求与周琳琳解除婚姻关系，并依照《附加协议》的约定履行双方义务。

声称愿意经营婚姻

非要离婚主张100万损失费

法庭之上，周琳琳承认双方是通过房产中介的介绍而相识，结婚的初衷是为了使葛涛获得购房资格，且双方在婚前确实签署过《附加协议》和《夫妻财产约定协议》，并约定葛涛享有房屋99%的产权，周琳琳享有1%的产权。

但周琳琳称，当初中介介绍葛涛是一位自主创业的单身青年，考虑到葛涛的条件和自己的年龄情况及自己又是初婚，她对双方的婚姻抱有良好的经营愿景。葛涛本无购房资格，是占用了她首套房 3 成首付 9 折贷款利率的优惠才得以买到。现在葛涛购买的房子地理位置优越，几年之后价格很可能会翻倍。他女儿因房子所在学区可以就读闵行师资优良的学校，若没有房子，他需要支付一大笔择校费。

因此周琳琳不同意离婚，非要离婚的话，葛涛应当进行相应赔偿。关于赔偿数额，周琳琳称婚后房屋登记在双方二人名下，应为夫妻共有财产，因此约定的 1%的份额是对其个人的赠与，葛涛 99%的份额属于夫妻共同财产，离婚需要均分，自己应取得房子 50.5 的产权份额。综合房屋价值及自己的各项损失，周琳琳提出 100 万的赔偿要求。

法院调解结案

男方赔付 20 万“离婚费”

面对周琳琳的“狮子大开口”，葛涛自然是坚决反对。他辩称双方虽然登记结婚，但没有任何感情基础，周琳琳收取“好处费”配合买房属于商业关系，双方签有明确协议。买房的所有费用及后续贷款全是他一人出资，因此葛涛可以按约定支付周琳琳 6 万酬劳。

“虽然做经纪人很多年，可帮人‘假结婚’我也是第一次做。周琳琳是我朋友推荐的，他们双方约定办完手续后，葛涛给周琳琳 6 万元酬劳，签合同的全程我都在参与。”庭审过程中，房产经纪人郑先生作为证人出庭向法庭作证。

周琳琳辩称与葛涛有感情基础，婚前协议的签订是出于两方面考虑，一来确实想帮助葛涛买房，二来签订协议也是对自己婚姻的保障。婚后葛涛还请她吃了两次饭，属于夫妻之间的正常交往。

原被告双方情绪稍见缓和，法官认为有调和的可能，于是分开对两人展开调解，并最终促使二人达成和解协议。协议约定双方自愿离婚，葛涛在 2019 年春节前分三笔付给周琳琳 20 万元财产分割款，周琳琳协助葛涛办理房产变更手续，双方各自财产归各自所有，债务自行承担，再无其他财产争议。自此，一起以买房为目的而“假结婚”的婚姻纠纷案告一段落。

法官说法：假结婚背后风险大隐患多

限购政策出台以后，购房资格成了外地人在上海买房的一道门槛。为此，有极小部分人为了买房不惜铤而走险，通过中介或其他途径找人“假结婚”以获得购房资格，待房产手续办好后再行离婚。然而，从法律角度看，结婚动机不影响结婚效力，“假结婚”存在真风险。

所谓“假结婚”，其实是真的办理婚姻登记手续。一些没有购房资格的购房者，通过中介或其他途径物色“结婚对象”并办理结婚登记，以达到具备购房资格买房的目的。但在这个过程中，需要支付给中介及“结婚对象”一定的报酬。房屋交易流程结束后，双方再办理离婚手续。

“假结婚”之前一般会签署协议，表面看来是一套完美的程序，但背后的风险很大。以帮助介绍“结婚对象”开展的业务超出了房产公司的业务范围，也亵渎了婚姻的神圣，本身就不合法。所谓的婚前协议的法律效力在法律上也存在很大争议。重要的是，如果双方办理的是真的结婚手续，则购房行为发生在婚后，很有可能演变为夫妻共同财产，若离婚时对方提出分割财产的要求，则对实际购房人及其家人均有可能造成不可挽回的巨大损失。

我们国家《婚姻法》明确规定婚姻自由，如果结婚购房后，对方拒绝离婚，则实际购房人可能还要通过司法诉讼等方式才能达到目的，不仅浪费时间金钱，同时也会给当事人的生活造成极大的负面影响。此外，如果双方办理的是假的结婚证，则很可能涉嫌触犯刑事犯罪，一旦被查处，相关人员将被依法追究刑事责任，那将更加得不偿失，追悔莫及。

改名建房引来一场“马拉松官司”

2017-07-12 民主与法制周刊 阿军

导读

娘家的表舅帮忙，把外甥女及其所谈的对象的户口，从农村迁到了城区，使两人顺利结婚。按说，外甥女、外甥女婿本应感谢不尽，有什么事也不至于闹到法庭上去。可是，外甥女、外甥女婿与表舅为一桩房产官司，前后硬是打了六年，湖北枣阳市、襄阳市两级法院先后作了九次裁判，案件执行僵持十年，直到中央巡视组出面督办，这起长达 16 年的房产纠纷才于 2017 年 4 月 23 日画上休止符。人们不禁要问：这到底是怎样一起房产纠纷？拉锯战背后，又隐藏哪些不为人知的故事？

改名引来一场房产官司

“谢谢法院，谢谢法官，今天我们终于可以搬进自己的楼房了!”2017 年 4 月 23 日上午，申请执行人胡贵生、王明琴夫妇在与执行法官办理完房屋验收手续后，脸上露出了一丝久违的微笑。

胡贵生的妻子叫王明琴，今年 54 岁，是湖北省枣阳市琚湾镇人。30 年前，即 1986 年春天，王明琴认识了十堰市郧阳区（原为“郧县”）青曲镇的小伙子段白生。段白生与她同年，当时正在枣阳市南阳路开一个批发部。经过四年的风风雨雨，二人的感情已经相当深厚，遂准备结婚。然而，当时枣阳市民政部门、公安机关对外地人员的身份审查相当严格，段白生和王明琴有关户籍和身份证明也不齐全。如果不能登记结婚，将来孩子出生后不仅上户口、入学难，就是建房申请宅基地也都成问题。

咋办呢？正当王明琴为结婚的事一筹莫展时，突然想到一个人，此人能说会道，交际广泛，他就是王明琴娘家的表舅——胡富勇。

胡富勇出生于 1947 年 2 月，是原枣阳市卷烟厂职工，在当地很有活动能力，社会关系较多。当王明琴说明来意后，表舅一口答应将此事办妥。于是，在胡富勇的精心“参谋”下，将段白生改名为“胡贵生”，并对外称“胡贵生”是他本人的侄儿。经胡富勇一手“操办”，1986 年夏天，他以“胡贵生和王明琴是夫妻关系”的名义，将段白生和王明琴的户口落户到位于枣阳市南城办事处的张湾村。同时，还以胡贵生的弟弟、大妹、二妹、三妹的名义，虚拟了胡锐、胡贵清、胡贵云、胡琼四个人的名字，一并转到胡贵生的户头上。从此，段白生改名叫“胡贵生”，并于 1987 年 9 月与王明琴结婚。

1987 年 12 月，在胡富勇的热心帮助下，胡贵生、王明琴等六人的户口又从枣阳市南城张湾村，迁移到枣阳市西城开发区西园村，“户主”依然是胡贵生。当时，胡富勇还在当地公安机关为户口簿上的六人办理了居民身份证和常住人口登记。之后，胡贵生在西园村以合法选民的身份多次参加选举。同时，还在西园村以村民身份，申请划拨了一块宅基地，拿到了以“胡贵生”名字登记的“土地使用证”，并通过了当地土管部门每年的土地使用证年检。

1988 年年初，围绕建设美丽家园、改善城市形象的目标，枣阳市西城开发区开始旧城区改造，并拟在新华路打造商业一条街。胡贵生所在的 811 号宅基地也属于改造之列。根据枣阳市人民政府的有关决议精神，西城开发区西园居委会（原为“西园村委会”）对新区建房工作实施统一规划、统一缴纳建房款、统一队伍施工、统一验收决算，相关建房手续也由西园居委会房地产开发管理办公室统一办理。虽然有个别村民自己组织队伍施工，但必须经居委会房管办批准。

为了获得“门面房”、降低建房成本，胡贵生将筹集到的建房资金交给表舅胡富勇，委托他帮忙“走关系”、找队伍、购建材、管理建房等事项。1989 年年底，这栋临街、坐西向东、两间三层砖混结构的房屋顺利完工。

随着新华路商业一条街的出现，个体商贩开始争相入驻开店。1990 年，胡富勇未经胡贵生同意，在新楼房的一楼堆放鼠药（注：胡富勇当时私人开工厂生产鼠药），二楼让其亲戚居住。此举让在外地收购废品回来的胡贵生、王明琴始料不及。尽管胡贵生夫妇心中不满，但碍于表舅的面子和其复杂的关系网，只好暂时作罢。

1993 年春，胡贵生、王明琴才从西园居委会领回换发的新土地证，因不愿将二楼继续供胡富勇的亲戚居住，于是围绕房产确权，双方私下明争暗斗长达 6 年。之后，引发一场马拉松官司。

六年裁判产权终确定

2001 年 7 月，胡富勇以原告的身份，向枣阳市北城法庭提起民事诉讼：一方面，要求法庭将位于新华路 811 号、坐西向东两间三层楼房一栋予以查封；另一方面，要求法庭依法将该房屋所有权确认给他本人所有，并责令胡贵生、王明琴退还土地使用证。

接到法庭送来的起诉状，从未打过官司的胡贵生、王明琴夫妇肺都气炸了，胡贵生在法庭辩解称：我的名字由“段白生”改名为“胡贵生”是经公安机关依法核准的，公安机关颁发的居民身份证和户口管理卡，是对我的姓名权的认定；我自从改名后，也一直使用“胡贵生”这个名字。在西园居委会申请宅基地，是我作为西园居委会村民应享有的权利；土地部门给我颁发土地使用证是对我的合法权利的认定。建房资金，由我和我妻子付给胡富勇，是委托他替我们采购建材、支付建房费用等；委托他管理所有建房事项，是因为我们信任他能降低建房成本、提高建房质量，并不能代表是他的房产。

2001 年 11 月 20 日，枣阳市北城法庭对此案作出一审判决：将该房屋所有权判定给胡富勇所有，胡富勇偿付胡贵生、王明琴 1996 年后为办理该房屋证件支付的费用

面对这份判决书，胡贵生、王明琴有些蒙了：自己投资建的房屋咋就变成了他人的？2001 年 12 月 16 日，胡贵生、王明琴上诉到襄阳市中级人民法院。

2002 年 3 月 6 日，襄阳市中级人民法院审理后作出民事裁定：撤销枣阳市人民法院（2002）枣法北民初字第 111 号民事判决，发回重审。

2003 年 7 月 16 日，枣阳市北城法庭另行组成合议庭，再次对本案进行了开庭审理后，依法作出裁定：驳回原告胡富勇的起诉。

裁定生效后，胡富勇并没有停诉熄火，而是继续收集相关证据，又以北城法庭的裁决错误为由，向枣阳市人民法院提出再审申请。

2004 年 5 月 17 日，枣阳市人民法院审判监督庭经审理后，作出枣民再字第 15 号民事判决：撤销北城法庭作出的民事裁定；双方争议的由胡富勇以胡贵生名义在西园居委会新华路申请划拨的宅基地土地使用权归胡富勇享有。胡富勇在该宅基地上建造的两间三层楼房一栋，其房屋所有权归胡富勇所有；胡贵生、王明琴于判决生效后三日内，将上述宅基地的土地使用证返回给胡富勇。

再审判决一宣判，胡贵生、王明琴夫妇当时就明确表示不服，为了追回自己的房产，他们聘请律师向襄阳市中级人民法院提起上诉。2004 年 9 月 20 日，襄阳中级法院作出判决：撤销北城人民法庭作出的民事裁定和枣民再字第 15 号民事判决；驳回胡富勇要求胡贵生、王明琴返回土地使用证及要求确认位于枣阳市新华路 811 号房屋为其所有的诉讼请求。

2005 年 5 月 17 日，胡贵生拿着法院的判决书，在枣阳市房产局办理了房屋所有权登记手续。

胡贵生原以为房产纠纷会因此告一段落，但是让他想不到的是，胡富勇已经暗暗和他较上了劲，并以自己是 811 号房屋的主人为由，迟迟不搬出房屋。无奈之下，2005 年 8 月 21 日，胡贵生又向枣阳市北城法庭提起诉讼。

2006 年 1 月，枣阳市北城法庭作出民事裁定：驳回胡贵生的起诉。胡贵生认为法庭的裁决有问题，又提起了上诉。三个月后，襄阳市中级人民法院依法裁定“撤销北城法庭作出的裁定，并指令枣阳市人民法院对本案进行重审”。

案卷退回枣阳后，枣阳市人民法院民事审判第一庭奉命审理此案。庭审中，胡贵生的诉请非常简单，要求法院判令被告胡富勇返还房屋并赔偿经济损失 5 万元。

针对原告的起诉，被告胡富勇则辩解道：双方争议的新华路 811 号房屋，是 1998 年由其出资兴建，并一直由其本人占有使用、收益，其依法使用自己的房屋不存在对原告侵权。原告对新华路 811 号房屋虽有一份产权证书，但其房屋产权的取得没有合法根据，要求法院查明后予以注销。

由于当事人双方各持己见，致使调解不能达成协议。

枣阳市人民法院审理认为，原告胡贵生与被告胡富勇所争议的土地权属证书载明的土地使用权人为胡贵生，胡贵生、王明琴提供了身份证、户口簿、户口登记证明以及西园村出具的证明，证明了胡贵生、王明琴夫妻二人系西园村村民，该土地系西园村为其划批的宅基地，因此应当确认本案所争议的土地使用权以及该土地上所建房屋权属归胡贵生、王明琴所有。原告胡贵生诉求被告胡富勇返还枣阳市新华路 811 号房屋有理，应予支持，但其诉求被告胡富勇赔偿经济损失 5 万元，因其未提出证据证实，不予支持。

2006 年 9 月，枣阳市人民法院敲响法槌，对此案作出一审判决：一、被告胡富勇于本判决生效后的 30 日内迁出胡贵生所有的位于枣阳市新华路 811 号房屋。二、驳回原告胡贵生的其他诉讼请求。

枣阳法院判决后，胡富勇虽不服并提起了上诉，但却迟迟没有按规定交纳上诉费。据知情人透露，胡富勇拿着这份判决书曾向多位律师咨询，律师结合整个案情和证据，大多回答没有胜算的可能。故在襄阳中级法院向其下发通知后，胡富勇仍拒不交费。为此，襄阳中级法院依法裁定，本案按撤诉处理。至此，该房产争议案的判决即发生法律效力。

中央巡视组督办执结骨头案

官司虽然打赢了，可胡贵生夫妇却高兴不起来。一是六年的房产争夺中，双方矛盾不断升级，表亲已演变成了仇人，平时不再来往，形同陌路。二是判决生效后，胡富勇依然像房主一样，居住在屋内不搬迁，还在一楼两间门面房大张旗鼓开起了超市。

同时，对这起扑朔迷离的房产纷争，周围老百姓也众说不一。不知情的人则骂小胡（胡贵生）没良心，没有人情味。知晓内幕的则说老胡（胡富勇）不该欺负晚辈，霸占房屋。一时间，街坊邻居说啥的都有。

转眼三个月过去了，胡贵生夫妇见表舅胡富勇仍然没有主动搬家腾房，于是，一咬牙遂向枣阳市人民法院申请强制执行。

该案进入执行程序后，执行法官在向被执行人胡富勇送达相关法律文书的同时并释法析理，劝其放弃不合理主张。但胡富勇油盐不进，数次无视法律的威严，拒不搬出涉案房屋。数年中，执行法官尽管换了一茬儿又一茬儿，但一直没有放弃对该案的执行。法官虽多次努力做思想工作，这一棘手的房屋搬迁案，仍未有结果。

时间在一天一天过去，当事人的年龄随之增长，而该争议的房产也由过去不到十万元增值到目前的上百万元。于是，这场没有硝烟的“战争”更是愈演愈烈。同时，生效判决迟迟得不到执行，望房兴叹的胡贵生也开始质疑司法的公平正义，多年来，他数次进京上访，上级法院为此多次督办。2017 年 2 月，此案被中央第二巡视组作为督办案件交办，由省法院领导包案。

为了攻克这一“骨头案”，枣阳市人民法院高度重视，并针对被执行人胡富勇年龄较大且身体患病，其家人抵触和对抗心理较强等情况，结合时下正在开展的“霹雳行动”，研究制定了详细的行动预案。

2017 年 4 月 23 日上午 8 时，枣阳市人民法院组织 40 余名执行法官、20 多名法警，出动 13 辆警车，赶赴执行地点开展强制执行行动，对涉案房屋进行强制搬迁。此外，还联系了公安局特警、交警等诸警种联动协助执行。邀请人大代表、政协委员现场监督执行。120 急救中心也为可能出现的紧急情况做好医疗保障。

在沟通无果之后，枣阳市人民法院当即决定启动强制腾房程序。经确认房间基本情况后，司法警察对执行现场拉起警戒线，执行法官和公证人员对房屋内的物品进行清点登记，并对整个过程进行全程摄像取证。

面对大兵压境的执行威势，胡富勇及家人仍执迷不悟，企图阻挠，执行干警及时应对，强制将其带离现场。经过三个多小时的奋战，强制搬迁工作圆满结束。随后，执行干警将腾空的涉案房屋，当场交付给申请执行人胡贵生夫妇查验签收。

“无论什么人，也无论什么机构，对于法院的生效判决必须执行，法律的权威不容挑战!”枣阳市人民法院分管执行副院长陈文利介绍说，今天的强制搬迁行动，表明了法院敢于向“老赖”亮剑的信心、决心和力度。下一步，将继续对群众反映强烈的有财产而未能执行的案件、多年未执结的陈年老案等 5 类案件进行重点攻坚，切实保护申请人的合法权益，维护司法权威，维护社会的和谐与稳定。 （文中当事人均为化名）

让隐私成为隐私

2017-07-15 人民法院报 黄义涛

离婚证明书的出现，让个人隐私真正回归本义，涉及个人隐私的一些细节不会再暴露于不相关的人面前，也就不再成为他人茶余饭后的谈资了。

日前，据报道，广东省梅州市梅江区人民法院向离婚案件当事人发出的首份《离婚证明书》，内容只记载必要信息，不再涉及案件具体事实和个人隐私。“不良嗜好、私密聊天、吵架细节……”这些以往出现在法院离婚裁判文书上的文字，让某些当事人在日后的生活、工作中难免遇到的尴尬将得到解决。该文书的出现，让个人隐私真正回归本义，涉及个人隐私的细节也不再给得悉他人隐私的知情人当作茶余饭后的谈资了，此举彰显了司法温度。

一段婚姻走到尽头已是不幸，以对簿公堂的方式结束更是一种悲剧，对于当事人来说，只有输家没有赢家。当离婚判决书下来，当事人肯定只会想着尽快走出阴影，开始新的人生。但由于离婚判决书在办理再婚手续、出国签证、贷款、房屋过户、签署文书等事务时必须得用到，如此一来隐私极易泄露不说，也相当于当事人在生活中不得不时而揭开自己以前的伤疤，咀嚼其中的痛苦。

目前，由法院作出的离婚裁判文书上存在“原告诉称”“被告辩称”“法院查明”三大部分，其中对双方当事人离婚的原因、财产状况以及分割方式、子女抚养等涉及个人隐私的方面描述非常详细。不夸张地说，只要具有法律意义，双方当事人的任何一言一行，哪怕是因为第三者插足、家暴或犯罪行为等非常不堪的行为和语言，都会记录在案。这给不少自尊心强的人带来不小的尴尬和不便。而离婚当事人在办理户口迁移、银行贷款、出国签证、再婚登记等手续时，不得不向相关机关一次次提供判决书，让他人一次次看到自己的个人隐私。“感情怎么破裂的，财产怎么分的，都是我个人私事，总是拿给别人看也蛮尴尬的，我只要对方能确认我的离异身份就可以了。”这也许就是不少离婚当事人的心声。

如今，随着权利意识日益增强，人们对个人隐私的保护意识也越来越强烈。为此，法院充分考虑当事人的感受，在力促司法公正和保障人权方面，主动作为、大胆创新，实行离婚证明书制度就是相关举措之一。法院出具的《离

婚证明书》只记载双方当事人的姓名、身份证号码、该起离婚纠纷案件的法律文书案号及生效时间等必要事项，其他涉及个人隐私的信息不再载明。而且，《离婚证明书》的功能相当于协议离婚中民政部门颁发的离婚证，二者法律效力是等同的。当事人日后办理相关业务需要证明婚姻状况的，不需向相关单位提供判决书，只需提供《离婚证明书》即可。《离婚证明书》的出具流程也不复杂，经调解离婚的案件，当事人当场申请的，由承办案件的庭室出具；经判决离婚的案件在判决生效后，当事人凭本人身份证及生效裁判文书向法院立案庭提出申请，由受理申请的庭室核实后出具。与离婚证相近的《离婚证明书》，不仅可以证明婚姻状况，还无须担心隐私外泄，更加全面地保护当事人的身份利益、人格利益和情感利益，体现了家事审判的改革精神，彰显了法律的人性化。

律师将当事人离婚判决发到网上 被判侵犯名誉隐私赔偿5000元！

2017-07-06 金羊网 记者 董柳

夫妻闹离婚在法院打官司，男方竟在网上看到了自己离婚案的一审判决书图片，图片虽经处理过，但仍有几处暴露了他和儿子的名字、房产地址、公司名称等隐私信息。该男于是将前妻及其代理人告上法庭，代理人称是实习生疏忽导致，愿意赔偿。记者获悉，近期该案已终审，涉案代理人被判令赔礼道歉并赔偿5000元精神损失费。

未生效的离婚判决竟被传到网上

王军与朱娟（均为化名）曾是夫妻。2014年8月，王军向广州市天河区法院提起离婚诉讼，律师刘某担任朱娟在该案中的委托诉讼代理人。

经天河区法院审理，2015年3月该院作出一审判决书，后王军不服判决提起上诉，经广州中院二审判决，王军与朱娟正式解除婚姻关系。

然而，在二审结果出来前，王军发现一审判决书竟然被人放到了网上。2015年3月30日傍晚，王军向警方报案，称前妻的代理人刘某利用互联网（某婚姻律师网）对其侵权，事后向天河区法院起诉，主张前妻朱娟及其律师刘某利用互联网在案件上诉期间，传播未生效的离婚判决书，侵害了其和未成年子女的人格权。王军请求法院判令刘某立即在其律所、律师协会等相关媒体公开赔礼道歉，消除对其影响，恢复其名誉，并要求朱娟、刘某弥补其名誉及精神损失费6万元。

对此，王军的前妻朱娟则表示，她没有上传过判决书，该事情自始至终与其无关，她是直到在离婚案件二审阶段才知道。其律师刘某则表示：“上传网上时我们律所的实习生可能对匿名有疏忽，该事情与当事人本人无关，如果确实带来影响，也可以另行起诉，我方也愿意承担后果”。

法院认定侵犯了隐私和名誉

广州市天河区法院一审认为，根据各当事人陈述，已足以认定刘某作为朱娟的委托代理人，在一审离婚民事判决书尚未生效的情况下存在上传或指示、授意、默许他人上传尚未完全进行隐名等技术处理的行为。

根据证据显示，网传文章中虽使用化名，但其所附的民事判决书全文并未完全进行隐名等技术处理，暴露了王军及其儿子的真实姓名、公司名称、房产地址等属于个人隐私的信息。

一审法院认为，正因真实姓名的暴露，导致该民事判决书中所提及的婚姻、财产、债权债务等其他情况以及网文中所指称的男方具有家暴行为及因男方在婚姻当中有过错导致婚姻破裂等情况均具备了指向性，而王军是否存在家暴及在婚姻中是否存在过错等问题最终亦未有生效判决予以认定。

一审法院据此认为，王军确因刘某的不当行为导致其个人隐私在网络的一定范围内曝光，而存在家暴行为以及过错，导致感情破裂等描述亦确会使得王军的名誉在一定程度上受损，故认定刘某存在侵犯王军隐私权、名誉权的行为。

法院还指出，刘某作为专业的法律工作者，本应对该问题比一般公众具有更高的注意义务，而正因为其过错导致王军的权益受损，其应当承担相应的赔偿责任。鉴于侵权文章及所附的判决书当时仅在涉案网站上发布，故受众者仅限于该网站的浏览者，而根据王军当庭的陈述，涉嫌侵权的网站已删除，现已无法访问，法院判令刘某刊登向王军赔礼道歉的声明以消除影响、恢复名誉。

天河区法院一审认为，刘某侵犯王军名誉权、隐私权的行为，也确实在一定程度上对王军的正常生活造成了一定影响，综合考虑刘某的过错程度、王军的社会名声及侵权网站的实际影响力，酌情判决支付王军5000元。因王军前妻朱娟与本案事件无关，无需承担责任。

刘某、王军均不服并上诉，广州中院近期二审驳回了上诉，维持原判。

女子离婚后在论坛发帖泄愤 法院判她向前夫道歉

2017-07-12 现代快报

俗话说“好聚好散”，杨先生以为，离婚后，各过各的生活，与张女士不再会有交集，但没想到的是，昆山论坛聚焦昆山专栏上的一篇《昆山一渣男骗婚，婚后第一晚发现男方 X 功能障碍，决心离婚了》的帖子，又重新把他与张女士联系到了一起。近日，杨先生来到昆山法院，以侵害名誉权为由，将张女士及其闺蜜刘某告上法庭，要求两人停止侵权，赔礼道歉，恢复名誉并赔偿精神损害抚慰金。

原来，张女士在与杨先生经人介绍，相处 8 个月后便结婚。谁知结婚后不到一年，因种种原因，张女士便与杨先生解除婚姻。但离婚后，张女士认为自己被杨某某骗婚，莫名其妙地“被二婚”了。为了提醒其他的女孩子不要上当受骗，羞愤之下她将自己的不满与愤恨告诉了闺蜜刘某，并写了篇帖子发给了闺蜜刘某，后刘某把帖子发到了网上。

去年 10 月，刘某在论坛发帖，并以婚姻关系中女方第一人称口吻陈述：杨某某与自己经人介绍认识，恋爱 8 个月后结婚。恋爱期间两人从未有过身体接触，一开始以为是杨某老实，结果婚后两人依旧没有夫妻性生活，但杨某自己经常自慰……同时，帖子中使用了杨先生的真实姓名和其照片。

该帖发表后，超过 9 万余人浏览。杨先生认为张女士以通讯聊天方式，编写侮辱、诽谤和涉及其个人隐私的内容发给其好友刘某，并教唆被告刘某以帖子的形式发布在昆山论坛上，造成了恶劣影响，使其精神遭受严重打击，情绪低落，工作没有热情，甚至影响了他的相亲，使其身心造成了伤害，遂其将张女士、刘某告到法院。

法官审理认为，公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。本案中，审理认定被告张女士、被告刘某的侵权行为成立。最终，法院判决被告张女士、被告刘某于判决生效后十日内向杨先生赔礼道歉并赔偿精神抚慰金 5000 元。

葵花药业 63 岁董事长与 58 岁之妻 离婚女方不分丈夫价值 33 亿的股份 还倒贴 6300 万

2017-07-16 梧桐树下 V 文/梧桐小编

近几年来，上市公司老板的离婚分手费动辄数亿、甚至数十亿。2016 年 9 月，昆仑万维实际控制人、董事长周亚辉与妻子李琼协议离婚，李琼从周亚辉手中拿走 2.78 亿股昆仑万维的股份，以昆仑万维公告时 26 元左右的价格计算，这部分股权价值超 70 亿元，创下上市公司老板离婚分手费最高记录！

然而，上市公司葵花药业（002737）63 岁董事长关彦斌的离婚财产分割完全超乎意料，其妻、58 岁的张晓兰无意分割前夫价值 33 亿元的葵花药业股份，还把自己直接和间接持有的价值逾 6300 万元的葵花药业的股份给了前夫。张晓兰因此被有的媒体封为“中国好前妻”！

让我们看一这两主角：

关彦斌先生，董事长，中国国籍，无境外永久居留权，1954 年生，大学专科学历，经济师。第十一届、第十二届全国人民代表大会代表、全国工商联医药业商会常务副会长、 中国光彩事业促进会理事、黑龙江中医药大学药学院客座教授、黑龙江省医药行业协会副会长、黑龙江省工商联商会副会长； 荣获 “全国劳动模范” 、全国 “五一劳动奖章获得者” 、 全国“优秀中国特色社会主义事业建设者” 、 “第三届中国优秀民营企业家” 、全国“关爱员工优秀民营企业家” 、首届 “黑龙江优秀企业家” 、 “黑龙江省特等劳动模范”等荣誉。曾任黑龙江省五常葵花药业有限公司董事长兼总经理，现任本公司董事长兼总经理，葵花集团董事长。

张晓兰女士，中国国籍，无境外永久居留权，1959 年生，高中学历，曾任黑龙江省葵花药业股份有限公司供应部经理、副总经理、董事，葵花集团董事。

此前的 19 年，两人齐心协力将葵花药业打造成为一家全国知名的药企，并于 2014 年 12 月 30 日成功将葵花药业送上深交所中小板，成就了个人财富的急速膨胀。没想到达到自身财富巅峰后，花甲之年两人却要分道扬镳，真让外人看不懂。

7 月 13 日，葵花药业发布公告称，公司实际控制人夫妇关彦斌、张晓兰夫妇已经于近日办理离婚手续，解除了婚姻关系。公司实际控制人由关彦斌、张晓兰夫妇变更为关彦斌。

截至目前，关彦斌直接持有葵花药业股权 4367.17 万股，持股比例为 14.96%。同时，关彦斌通过葵花集团、金葵股份，间接持有葵花药业股权比例为 21.9914%。以葵花药业 12 日收盘价 30.74 元估算，关彦斌直接和间接持股市值达 33 亿元。

根据我国《婚姻法》的规定，以关彦斌“33 亿”身家估算，张晓兰似乎可以拿走约 16 亿元，一跃成为女富豪。

根据公告， 张晓兰不仅没有对半分割关彦斌所持股份，连自己持有的葵花药业股权，也一并给了关彦斌。

据悉，张晓兰同意将其直接持有的葵花药业 64.97 万股股份、葵花集团 76.01 万股股份、金葵股份 120.8 万股股份归关彦斌所有。以葵花药业目前的股价计算，张晓兰持有的上述股份价值约 6300 万元。

根据权益变动书所述，此次权益变动不存在支付资金的情形，不涉及资金来源。也就是说，关彦斌不需要向张晓兰付钱便拿到了市值数千万元的股权。

通过上述股权(股份)分割，张晓兰女士不再持有上述三家公司股权(股份)。

关彦斌先生、张晓兰女士持有上述公司股权（股份）比例如下：

序号	姓名	持有本公司		持有葵花集团		持有金葵股份	
		持股数量（股）	股份占比	持有股权（元）	股权占比	持股数量（股）	股份占比
1	关彦斌	44,321,476	15.18%	51,850,111	51.85%	6,533,690	21.78%
2	张晓兰	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%

关彦斌先生、张晓兰女士对上述分割结果一致同意，并经公证处公证，不存在异议和任何纠纷。

与权益变动报告书一起公告的，还有张晓兰女士的辞职公告，称张晓兰因个人原因申请辞去公司董事、副总经理职务，辞职后不再担任公司其他职务。但其在权益变动书中表示，不排除在未来 12 个月内增持上市公司股份的可能。这句话让人实在有些不解。既然连自己原本持有的股权也全部放弃，其为何还存在增持的意愿？其又将以何种形成“卷土重来”，令人好奇。

资料显示，葵花药业的前身是国有的黑龙江省五常制药有限公司，1998 年由关彦斌等 46 个自然人股东支付对价 1494.68 万元，公司改制为民营企业“黑龙江五常葵花药业有限公司”，企业成立时，关彦斌持股比例为 59.85%，而张晓兰当时已经出现在股东名单中，持股比例为 0.76%。

在葵花药业 19 年的发展中，张晓兰先后担任过供应部经理、副总经理、董事等职务，如今分手获得一些补偿似乎是理所应当。

更重要的是，就算不替自己着想，难道一点都不为自己的儿子考虑么？

根据葵花药业的招股说明书，关彦斌、张晓兰“各有子女”。其中，关彦斌有两个女儿，分别为关一、关玉秀，她们通过金葵投资间接持有葵花药业股份；同时，张晓兰有一个儿子，也通过金葵投资持股，此人并不姓关而是姓宋，名为萌萌。

需要指出的是，目前来看，我们仍无法判断张晓兰此番是否属于“净身出户”。

根据葵花药业公告，关彦斌、张晓兰向上市公司递交的只是关于上市公司股权的分割协议。除了葵花药业股权外，关彦斌、张晓兰两人还持有其他诸多产业。不知道，这些产业是否也如这般分配？

资料显示，关彦斌手中还持有其他一些非上市公司股权。譬如，其直接本溪嘉财恒润房地产开发有限公司 59%股权，直接持有辽阳嘉财恒润房地产开发有限公司 40%股权，直接持有辽宁冠京商贸有限公司 40%股权，直接持有黑龙江圣灵藏葵园有限公司 70%股权等等。这些资产涉及房地产开发、百货零售、犬类养殖等多个产业。

此外，关彦斌还通过葵花集团间接持有五常葵花阳光米业、黑龙江葵花房地产、哈尔滨葵花商贸城等公司股权。

花甲之年离婚，已让人诧异；女方不分割巨额股份财产还倒贴价值 6300 万元的股份，更让人意外，难道有什么隐情?

近年来，上市公司高管因天价分手费而频频“上头条”，而天价分手费一次次被不断刷新！

2011 年 5 月，蓝色光标发布公告称，董事孙陶然与前妻根据离婚协议的约定分割股份。其中，孙陶然获得 604.5

万股，占公司股份总额 5.03%；胡凌华获得 551 万股，占股份总额 4.59%。

按照当日蓝色光标收盘价 30.29 元计算，胡凌华获得的 1.67 亿元财产刷新了当时最贵离婚的记录。

2012 年，三一重工高级副总裁袁金华的前妻王海燕，便是凭借离婚后获得的三一重工股份，以 22 亿元的身价，一度成为“新财富 500 富人榜”中的上榜女富豪。

2015 年 5 月，豪迈科技股东冯民堂与前妻刘霞离婚，冯民堂将其所持 5379.75 万股分割给刘霞。以交割时期豪迈科技股价计算，刘霞获得的 5379.75 万股市值达到 14.13 亿元。

2016 年 1 月，电科院公告控股股东、实际控制人之一的胡醇，与妻子王萍离婚，胡醇付出了 3.68 亿元的分手费。

2016 年 9 月，昆仑万维发布公告称，公司实际控制人、董事长周亚辉与妻子李琼协议离婚。

周亚辉将其直接持有的昆仑万维 2.07 亿股股份分割过户至李琼名下，周亚辉将其持有的盈瑞世纪的实缴资本 94.64 万元分割过户至李琼名下，盈瑞世纪间接持有昆仑万维 2 亿股股份，李琼通过分割盈瑞世纪的实缴资本间接获得昆仑万维的 7054 万股股份，自过户之日起上述股份归李琼所有。

合并计算，此次离婚，李琼从周亚辉手中拿走 2.78 亿股昆仑万维的股份，以昆仑万维目前 26 元左右的价格计算，这部分股权价值超 70 亿元。

70 亿元的分手费，创下 A 股之最，这才是中国好前夫！

部分上市公司实际控制人（或股东）分手费一览

公司	人物	分手费
昆仑万维	实际控制人、董事长周亚辉	70亿
五洋科技	股东胡云高	8000万
三维丝	股东兼董事刘明辉	9400万
电科院	控股股东、实际控制人之一胡醇	3.68亿
豪迈科技	股东冯民堂	14亿
神州泰岳	董事长王宁	14亿
三一重工	高级副总裁袁金华	22亿
蓝色光标	董事孙陶然	2亿

昆明假律师出庭代理离婚官司被识破 获刑 6 个月

2017-07-18　春城晚报 柏立诚 苏月凤

拿着一本假律师证坐在法庭代理离婚官司，给法庭出示的律师事务所委托书、代理证都是假的，更意外的是，旁听席上正好坐着被冒充的律师事务所主任，结果当场被识破……

假律师出庭代理离婚案被识破

今年 40 多岁的薛某某，通过街头假证广告，伪造了“律师证”和律师事务所的委托证明。

2016 年 11 月 17 日，薛某某拿着这些证件，在西山区人民法院开庭审理一起离婚案件，原告“律师”薛某某，坐在法庭上显得还算专业，他自称是云南君晟律师事务所的律师，可让薛某某没想到的是，法官在审查他的律师证时，就发现了一些端倪。

薛某某向法庭提交了盖有云南君晟律师事务所公章的《民事授权委托书》、《代理证》，出示了《律师执业证》原件。巧合的是，旁听席上就坐着云南君晟律师事务所的主任律师，他正在等待下一个开庭，因此旁听了该案件审理。等案件审理完后，该律所的主任律师向法官说：“我们所里没有这个薛律师，怕是冒充的。”

审理本案的法官要求薛某某把律师证拿出来再次进行核实，发现他的律师证是假的。法官立即将薛某某的《律师执业证》暂时扣下，并通知法警队，对薛某某司法拘留 15 天。

假律师被判刑 6 月

云南君晟律师事务所工作人员向西山警方报案，警方立案后，对薛某某伪造假律师证展开调查，并委托鉴定机

构对薛某某律师证上的印章进行鉴定。经查，薛某某无律师职业资格。

西山区法院审理认为，薛某某非法伪造国家机关证件，其行为构成伪造国家机关证件罪。薛某某如实供述自己的罪行，庭审中自愿认罪，具有坦白情形，可以从轻处罚。

于是，西山区法院作出一审判决：薛某某犯伪造国家机关证件罪，判处有期徒刑 6 个月。

法官提示

打官司请律师要防“假律师”

西山区法院新闻发言人李文华说，当事人请人打官司，要注意防止假律师，在聘请前，要注意几点：

1、查看律师执业证，其上应印有“执业证号”，执业证号为 17 位数字编码，这是合法律师执业的唯一编码，可到司法局官方网站查验真伪。

2、观察律师的办公场所是否为其所在律所登记的营业场所，如果不一致，就要引起注意；同时，办公场所显眼位置一般放置执业许可证、执业律师公示栏等。

3、是否签订正式委托代理合同和开具正规发票。

4、遇到假律师的诉讼当事人，可以向司法局举报。

从财产分配转向婚姻家庭关系修复

北京法院家事审判改革试点调查

2017-7-19 中国妇女报 记者田珊榴

核心提示

家庭是社会的细胞，是社会安定与和谐的根基。家事案件一直是北京法院民事审判中数量最多的案件类型，一直以来均保持稳定增长态势，其中离婚、继承案件占比高。2016 年 5 月以来，北京法院积极稳妥地开展家事审判工作改革试点工作，东城区、西城区、房山区人民法院成为首批试点单位。从重审判转变为重服务，从重审限内结案转变为重化解纠纷、案结事了，从重财产分配转变为重婚姻家庭关系修复、情感弥合。

“铁肩担道义，公心铸法魂。”

日前，年近七旬的老人刘某为房山区法院家事审判庭法官冯永良赠送的锦旗上写有这样几个大字。

刘某在房山有一处宅基地，宅基地里同时也包含其儿子儿媳的房产。2015 年宅基地拆迁后获得近 99 万元的拆迁款。 2016 年，刘某儿子与儿媳离婚，刘某儿子自愿放弃他的那份拆迁款，刘某儿媳保管全部拆迁补偿款，仅给付刘某拆迁补偿款 10 万元，余款据为己有。2016 年 11 月，为了追回应有的那份拆迁款，将其作为养老金，刘某选择了起诉。法官经庭审查证，根据实际情况计算，判定刘某前儿媳应当返回给刘某二十余万元，刘某应合计得到三十余万元拆迁款。

“感谢法院的公正判决，替我主持公道，让我的晚年有了资金保障，真正让我们老百姓感到司法越来越公正！”刘某紧紧握着冯永良法官的手，激动得泪流不止。

家庭是社会的细胞，是社会安定与和谐的根基。家事案件一直是北京法院民事审判中数量最多的案件类型，一直以来均保持稳定增长态势，其中离婚、继承案件占比高。2016 年 5 月以来，北京法院积极稳妥地开展家事审判工作改革试点工作，东城区、西城区、房山区人民法院成为首批试点单位。从重审判转变为重服务，从重审限内结案转变为重化解纠纷、案结事了，从重财产分配转变为重婚姻家庭关系修复、情感弥合。

设立“冷静期”与情感修复机制

王女士 2002 年与李先生结婚后育有两子，现均未成年。在婚后生活中，李先生屡次对王女士及两子进行殴打。王女士不堪殴打，已搬离与李先生的共同居所，并请法院判令双方离婚，由王女士抚养子女，由李先生支付抚养费。在诉前“冷静期”内，法院引入情感专家对当事人进行心理疏导与心理评估，分析夫妻产生矛盾的原因，提出避免家庭暴力以及夫妻之间相处的专业建议。在调解过程中，情感专家播放了一段记录他们一家四口美好时光的影像资料，引导夫妻二人回忆婚姻生活中的美好，当相亲相爱的感人画面出现时，双方的眼睛湿润了。最终，李先生写下保证书，保证不再对王女士动手，王女士也表示愿意听从专家的建议撤回离婚起诉，回去用心修复感情，努力挽救家庭。

近年来，北京多家法院设立“冷静期”，注重当事人的心理状况，帮助当事人有效沟通化解家庭纠纷，尽力修复已经出现危机的婚姻家庭关系和当事人的心理创伤。

中国妇女报·中国女网记者了解到，西城区法院在“冷静期”内通过调解、法律宣传、心理疏导等多种方式帮助当事人恢复冷静、选择理性方式在立案前调解或诉讼中解决纠纷，修复关系、保留亲情。对于不能在“冷静期”达成调解协议的，及时依法立案。同时，实行家事案件情感修复工作机制，设置专门的具有家居氛围的家事调解室，引入情感心理专家开展心理疏导、情感修复工作，帮助当事人打开心结，妥善化解家事纠纷。实行后仅不到 8 个月时间就有 36 名当事人在诉中接受了专家提供的心理辅导与情感疏导，调解和撤诉率达到了 63.6%。

西城区法院家事审判庭副庭长张爽告诉记者，家事类纠纷往往起源于日常生活中当事人之间相互的情感伤害和不良情绪的堆积，许多矛盾是由情感引发，在矛盾纠纷的形成过程中，有一部分当事人会因心理承受能力差等原因产生心理问题，严重者会影响庭审程序的顺利进行，甚至影响诉讼程序的推进。同时，有些离婚案件中的双方当事人感情并未完全破裂，只是缺乏技巧去修复和挽回感情。因此，引入心理专业辅助手段及情感修复机制尤为重要，有利于解决专业难题。

同样的，房山区法院等也设立“冷静期”及心理疏导机制。2016 年 6 月至今，家事审判庭共受理离婚纠纷案件 292 件，审结 221 件，对其中 120 件案件给予双方 1 至 2 个月的“冷静期”。其中，当事人撤诉 52 件，判决不解除婚姻关系 58 件，调解和好 2 件，调解离婚 49 件，极大地缓解了双方当事人的矛盾。

反家暴工作机制与妇女权益保护

“我长期遭受家暴，我要申请人身安全保护令。”2016 年 2 月 29 日，年过六旬的谷老太向法院申请了人身安全保护令。

谷老太自结婚以来因为丈夫赵大爷“重男轻女”等观念，遭受家暴 30 多年。2015 年 8 月两人因为琐事吵架，赵大爷用枕头捂住谷老太的口鼻，造成谷老太鼻子流血，头部及面部肿胀，经医院诊断为“鼻外伤；鼻出血”。再也不能忍受家暴的谷老太将赵大爷诉至法院，要求离婚，后依据反家庭暴力法向法院递交人身安全保护令申请。

法官经庭审查证，根据申请人提供的证据，法官认为申请人谷老太的申请符合法律规定，于是根据反家庭暴力法相关规定作出了该法实施以来京城“首例”人身安全保护令裁定。后在法院多次回访及教育中，赵大爷真心悔过，谷老太谅解并撤回离婚请求。

在众多影响婚姻家庭和谐稳定的因素中，家庭暴力危害性大，社会影响恶劣，建立反家暴工作机制无疑已成为家事审判中的重要一环。

记者了解到，房山区法院探索制度维权，建立健全反家庭暴力案件快速反应工作机制。开通反家庭暴力绿色通道，从立案阶段起，为当事人打开“快速立案、快速审结、快速执行”通道，并在整个诉讼过程中为当事人提供相应诉讼指导；利用 12368 语音服务平台，开通反家暴咨询服务热线，指导当事人参与诉讼；与公安局、司法局、民政局等部门常态化协作，形成确保人身安全保护令有效执行的合力，实现民事诉讼强制措施和治安管理处罚措施的无障碍衔接。

西城区法院则在家暴案件中积极协助受害方调取证据。适当拓宽了证据形式，家庭暴力加害人的书面保证、悔过书、具有认知能力的未成年子女的证言、有旁证支持的视听资料、网络聊天、微博等电子信息也被采纳作为认定家庭暴力的证据。

同时，在家事审判案中，北京各法院充分重视妇女及未成年人合法权益的保护，并根据家事纠纷社会外溢性特点，各法院根据自身合作优势，引入社会力量解决社会问题。

房山区法院成立了家事法官联席会议，并在女法官委员会下设妇女权益保护联合会，定期对婚姻家庭案件审判中的疑难问题进行交流研讨。同时，与房山区妇联合作建立基层妇联干部参与调解的长效工作机制，聘请了 10 名乡镇妇联主席为家事纠纷特邀调解员，每周安排 2 名基层妇联干部到家事接待室值班，对当事人开展咨询、劝慰、调解等工作。通过采取“人民法官讲法律，妇联干部讲情理”的工作模式，最大限度化解家庭矛盾纠纷，联动做好妇女儿童维权工作。

同样的，怀柔区法院与怀柔区妇联共同出台了《妇女维权工作机制的意见》，及时对妇联受理的妇女维权问题进行解答，建立化解家事纠纷共同体；朝阳区法院通过与区妇联合作，建立“特邀陪审员”机制和“特邀调解员”机制，通过与街乡基层组织的协作，建立了“辖区法官”机制；西城区法院积极与区司法局、妇联等部门合作，探索建立相对固定的有经费保证的调解委员会，选取具有专业知识背景的人士组建专、兼职家事调解员队伍，依靠社会多方力量化解家事纠纷，形成社会合力……

重在多元化调节

调解优先原则在家事案件中发挥突出作用。据统计，整体案件调解撤诉率稳定在总案件数量的三分之二，这反映出北京法院整体上对家事案件调解工作的重视。多元化的调节方式则成为解决家事纠纷的“绝招”。

朝阳区法院引入陪审员调解机制，充分发挥陪审员的调解作用，着力推行家事审判诉前调解。根据案件的具体情况，注重与当地乡、村司法调解人员配合，建立以诉讼调解和人民调解为主线的多元化纠纷解决机制。

房山区法院推出了“诉调对接机制”，由人民调解员、人民陪审员、退休法官组成的“三员多专”调解团队进行诉前调解，并为家事审判庭建立了专门的调解室，在实现调解工作全程化基础上，明确了以诉前调解为主、诉后调解为补充的工作原则。2017 年 3 月至今，家事审判庭收案数较去年同期下降了 42.5%，实现了简案快审、繁案精审。

东城区法院则邀约当事人亲友参加现场联合调解。由于家事纠纷涉及当事人的生活圈、工作圈，选择到当事人所在的街道社区办公室、会议室开展调解工作，便于邀约街道社区等机构、人员参与调解。这些人能够从多种角度对家事案件进行分析与评判，将这种分析结果表达给当事人，也有助于扩展法官的认识。

引入家事调查员制度

家事纠纷案件地顺利审理，应当建立在充分的调查之上。

西城区、房山区、东城区等法院探索建立家事调查员制度。在家事审判庭设置调查员，针对个案需要对当事人身心状况、家庭关系、经济状况、居住环境等特定事项进行调查，帮助法官“诊断”案情、探明矛盾根源，减轻了法官工作负担。

其中，东城区法院授权家事调查员开展有针对性的调查工作。由家事调查员前往当事人所在街道社区、工作单位，深入当事人亲朋好友之间，了解案件所涉及的家事纠纷给当事人的生活圈、工作圈带来的影响，以及这些圈子里其他人对当事人及家事纠纷的评价。与此同时，就案件所需查明的案件事实依法进行调查和举证责任分配。

据统计，目前房山区法院针对当事人之间对抗情绪较为激烈的案件共启用家事调查员 30 余次，提高了审判效率。

此外，北京法院积极建立家事案件财产申报、回访制度等，针对家事审判中长期存在的财产情况难以查清问题，规范当事人诉讼行为，惩罚隐瞒财产的行为。有针对性地对案件当事人进行回访，追踪审判效果，并联合妇联、社区、居委会等多方力量，切实帮助当事人解决实际困难，实现法律效果和社会效果的有机统一。

“公平正义的阳光就是要让老百姓看得见、摸得着，就是要让老百姓在每一个司法案件中感受到公平正义。”接过锦旗的那一刻，冯永良法官感叹道。

他指定她为受益人 保险公司却说没有结婚证不能领取保险金

2017-07-21 CCTV 今日说法

“我只能躺到床上，然后他一天三顿吃啊洗啊全他包，我就想他对我还是真心的”

幸福家庭，却遭变故

家住江苏金湖县的钟女士，20 岁的时候经人介绍认识了邻村的徐先生。两年后两个人正式登记结婚。1991 年可爱的女儿出生了，日子过得挺温馨的。在女儿五岁的时候，徐先生去无锡一个单位当了保安。几个月后丈夫从无锡回来了，却被诊断为精神分裂症，主要的劳动力没了，未来的生活怎么办呢？

一份保单，各自安心

面对残酷的现实，2008 年，钟女士一个人带着女儿来到城里打工。经人介绍，认识了同是金湖本地人的石先生。石先生对钟女士很好，在打工的五年里，每隔一段时间，石先生就骑好几个小时的摩托车去看钟女士。2014 年，钟女士的头部长了一颗肿瘤，在南京住院做手术的那大半个月里，石先生都细心周到地陪护，出院之后更是全力照顾她。钟女士头部手术以后，便不再去外地打工了，留在了金湖县，搬到了石先生的住处共同生活。2016 年 6 月，石先生给钟女士买保险不成，便给自己买了一份人寿保险，而受益人一栏，赫然写着钟女士的名字。石先生的作法让钟女士很是感动。她一个人带着孩子无依无靠，现在遇到一个这么真心待她的人，她觉得上天实在是太眷顾她了。

意外车祸，阴阳两隔

可就在她对未来充满美好憧憬的时候，生活却跟她开了一个大玩笑。刚刚买完保险几个月的时间，石先生就出事了。2016 年的 9 月 22 日，很少跑长途拉货的石先生，接到了一单活。凌晨在武汉市的绕城公路上，石先生开的货车撞上了前面行驶的重型半挂牵引车。石先生不幸当场身亡。石先生和钟女士，相爱的两个人就这样突然之间阴阳两隔，钟女士对未来的各种憧憬，瞬间土崩瓦解。

提起诉讼，却遭质疑

2016 年 11 月 23 日，钟女士向江苏省金湖县人民法院提起了诉讼，请求法院判令中国平安人寿保险公司淮安中心支公司按合同约定支付石先生的身故保险金 18 万元。保险公司坚持要钟女士提供结婚证等相关证明来证明她和石先生的关系，否则则与领取赔偿金没有关系。

原来，经过保险公司核实，钟女士和石先生不仅没有领结婚证，而且钟女士压根就不是单身，她和徐先生因为没有监护人的原因并没有办理离婚手续。

在得知钟女士因为父亲的人寿保险起诉到法院后。石先生的儿子石磊，认为钟女士欺骗了自己和父亲，要求以第三人的身份参加诉讼。请求法院判令，父亲的那份人寿保险赔偿金，归自己所有。

保单有效，达成和解

2017 年 3 月 31 日，江苏省金湖县人民法院公开开庭审理了此案。依据我国《民法总则》规定，民事活动应当遵循自愿原则，充分尊重当事人自己的选择。法院最后认定石先生指定钟女士为受益人是有效的。目前钟女士和第三人石磊之间，已经达成了和解，他们将共同分配石先生的这笔保险赔偿金。钟女士分得赔偿金的三分之二，石磊分得赔偿金的三分之一。但关于保险公司的赔偿数额，钟女士和石磊还在等待法院的最终判决。

普法时间

Q：方教授，这起案件法院最后认定，保险合同的受益人是有效的就是钟女士。您怎么看这个判决？

A：在这个案件当中，主要是对保险合同所讲的受益人的一个认定。根据我们《保险法》39 条的规定：保险当中的受益人指的是，在投保的时候由被保险人去指定谁能够拿到这笔钱。然而，对于谁是受益人，并没有法律上的身份上的限制。任何一个人只要你愿意，他都可以被指定为被保险人的受益人。所以在法律层面当中，我指定任何一个受益人都可以。那么在这个案件当中，石先生在受益人指定的时候，他既写了名字，又写了一个配偶，因此就存在一个认定的问题。如果说这个人不是配偶那怎么办？根据我们的《保险法》的司法解释（三）的第九条，里面就讲到如果说你指定的受益人，你既写了他的名字，又写了他的身份，如果后来身份发生了变化，这个时候就视为没有指定受益人。没有指定受益人的结果，就是这笔钱作为死者的遗产来进行分配。而咱们这个案件当中，钟女士在一开始，她就不是石先生的配偶，到后来出险发生了保险事故的这个时候钟女士仍然不是石先生的配偶，也就是说她并没有发生身份关系的变化。因为钟女士的身份关系没有变化，所以石先生的指定受益人是有效的。所以法院的这个判决，无论从法律上来讲，还是从事实情况，以及从石先生他自己的本意来讲，都是没有问题的。

美满家庭突遭变故

偶遇“幸福”又转瞬即逝

一段感情带来道德争议

一份保险引发钱财纠纷

人情世故难捋清

法则法规自有数

本文来自腾讯新闻客户端自媒体，不代表腾讯新闻的观点和立场

四川泸州纳溪区妇联依法维权有突破

父母疏于监护 妇联公益诉讼

2017-7-26 中国妇女报·中国女网记者 任然

前不久，四川省泸州市纳溪区妇联以原告的身份，代一个名为小雨（化名）的未成年人，将其父母诉至法院，讨要生活费、医疗费、教育费等，并得到法院的支持。目前，判决已经生效，小雨的父母已开始履行监护职责。

据悉，这是国内公开报道中首例妇联作为原告起诉未成年人父母履行监护抚养责任的公益诉讼。

找父母的小孩

7 月 22 日，中国妇女报·中国女网记者联系小雨的奶奶时，她告诉记者，小雨早在上个月便随在外打工的父亲去外地了。

小雨的奶奶叙述，2003 年小雨出生时，母亲只有 17 岁，未到法定婚龄，未与小雨的父亲领取结婚证。两人分手后，母亲便离开了小雨，那时小雨刚满月没多久。不久后，父亲也外出打工，此后的 14 年，一直由爷爷奶奶照顾小雨。

14 年间，母亲总共看望小雨 3 次，父亲隔一年春节回家，每次在家 20 余天左右。

小雨很想念母亲，自己上网查询母亲的家乡地址，并多次前往寻找母亲。但由于母亲也在外务工，并不是每次都能找到妈妈，小雨开始变得性格内向，且不爱说话。去年开始，常常在家中和路边晕倒，西南医科大学附属医院诊断小雨患上了抑郁症、分离转换性障碍，并多次住院治疗。“就是在这次案子开庭的时候，娃娃都还在住院。”小雨的奶奶说。

此外，爷爷奶奶已年老多病，且收入微薄，无法再继续照顾小雨，便多次请求村社、政府予以帮助解决困境。

妇联以原告身份为未成年人争取权益

王晓兰是纳溪区妇联副主席，也是此案的委托代理人之一。她告诉记者，在今年 3 月份时，小雨所在的村妇联主席向区妇联反映了小雨的情况。据介绍，村妇联反复与小雨父母沟通都没有效果，“有时候小雨父母都不接电话。”王晓兰说，“以往类似事件，一般只是关爱和帮助，帮助是以调解为主，但有时候像这样连人都联系不上，常常有心无力。”

王晓兰介绍，2016 年初反家暴法出台后，纳西区妇联以区委办的名义下发了《纳溪区反家庭暴力联动机制》，将妇联与公检法司等部门联动起来。“此次小雨事件妇联作为原告走司法途径，便是依托这些部门给提供的建议。”

6 月 16 日，此案开庭，王晓兰在庭审现场才第一次见到了小雨的父母。在庭上，小雨父母基本上都承认了小雨的抚养、照顾、教育确实全由其爷爷奶奶负责。

小雨的父亲辩称，小雨的生活费用一直是其在承担，但确实在照顾方面做得不够。

小雨的母亲辩称，与小雨父亲没有结婚，当时想把孩子带走，可是其爷爷奶奶不同意，她便自己离开了。后来，也曾回来照顾过孩子，但因和小雨奶奶相处不好，自己又再一次选择了离开。

令王晓兰没想到的是，在庭审中，小雨父母双方都表示了一定程度的后悔，并开始争夺小雨的监护权。

王晓兰告诉记者，目前，小雨母亲已经再婚，且工作场所在工地上。小雨父亲仍是单身，长期以来相对照顾小雨多一些，法院最终从有利于孩子成长角度出发，征询了孩子意愿后，判决小雨和父亲一起居住生活。母亲需按月支付小雨抚养费 500 元，直至小雨能够独立生活时为止。而小雨的教育费、医疗费等，则由小雨父母各承担一半。

基层法院的一次大胆实践

纳溪区法院江宁法庭庭长彭仲芳告诉记者，对于妇联的请求，法院全部给予了支持，判决目前已经生效，“双方对判决落实的也比较好”。

“此案中，妇联成为公益诉讼的主体，这应该在全国尚属首例。”彭仲芳指出，“虽然妇联为保护未成年人的权益代为提起了诉讼，但法律中其实并没有这样的明确规定。”

记者在纳溪区人民法院出具的关于小雨案的民事判决书中看到了法院认可妇联直接作为原告的相关阐释。

该院认为，本案的适格原告本应是小雨本人，但由于小雨系未成年人，应当由其父母作为其法定代理人代为提起诉讼维护其合法权益。但本案中小雨的父母均未全面履行对小雨的抚养义务，正是本案的被告，不能作为小雨的法定代理人参加诉讼。

按照现行法律的规定，要由其父母以外的人作为法定代理人提起诉讼，必须先提起诉讼撤销小雨父母的监护权，再指定监护人进行诉讼。显然这样处理要耗费较长的时间，而且小雨的抚养问题更加无法解决，更加不利于维护未成年人的合法权益。

因此，原告泸州市纳溪区妇女联合会作为社会公益组织，参照最高法、最高检、民政部、公安部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（后简称“意见”）的规定，直接提起诉讼，要求小雨父母履行抚养义务，虽然没有明确的法律依据，但是并不违反法律的强制性规定和公序良俗原则，有利于切实维护未成年人的合法权益，且不损害国家、集体及第三人的合法权益，应当予以支持。

长期从事妇女儿童权益保护的律师万淼焱向记者介绍，此前妇联在未成年人权益保护民事诉讼领域主要是采用支持起诉方式，比如聘请律师、收集证据、旁听庭审，审理判决前提交审理建议等。但支持起诉人不能参加诉讼程序，其法律地位和参与方式等均显不足。

2015 年正式实施的“意见”，是最高法、最高检等联合发布的司法解释，其中就明确民政部门、未成年人保护救助机构、共青团、妇联等可以作为原告，提起撤销监护资格诉讼。

“保护未成年人利益，不仅仅是要保护其刑事司法中的利益，更重要的是保护其更为广泛的民事利益。”万淼焱认为，未成年人保护法第 8 条明确共青团、妇联等社会团体协助各级人民政府做好未成年人保护工作，维护未成年人的合法权益。《四川省未成年人保护条例》第 64 条将留守未成年人作为特殊对象，要求予以特殊保护。中华全国妇女联合会章程也明确，协助有关部门或单位查处侵害妇女儿童权益是妇联的主要职责。“作为保护未成年人权益的法定组织，妇联有权提起诉讼。”

“我们参照的‘意见’只规定了在申请监护权撤销的情况下，有四类主体具有原告资格。但类似此案情况，父母对未成年人不支付抚养费、没有给予稳定的成长学习环境等消极不作为，并没有规定。” 彭仲芳表示，“但实际上这种情况才更为普遍。所以，我们在该案的审理过程中，大胆地进行了一次实践。今后在类似案件的办理上，我们还会比照小雨案的做法。希望我们的实践能促进法律法规的完善。”

鼓励司法实践中的有益探索

“司法实践当中，根据民诉法规定，未成年人监护人就是法定代理人，但当监护人侵犯孩子权益时怎么办？”北京青少年法律援助与研究中心主任佟丽华也注意到了彭仲芳所说的法律法规不完善的一面，“根据最新的立法和政策，在撤销监护人资格的问题上，规定了哪些组织和个人可以提请诉讼。但在涉及无需撤销监护人资格的其他类型的诉讼时，还没有明确的规定。”

“由监护人作为法定代理人代为孩子诉讼的制度，本来是要保障未成年人诉讼权利，但在实践中，有时却限制了其诉讼权利，这便客观上导致了儿童权益无法实现。”佟丽华提出，“从立法的角度，我认为可考虑，监护人并不必然是法定代理人，在监护人侵害孩子权利，监护人与未成年人有利益冲突时，当授权法院来指定代理人。”

而对于小雨案件，佟丽华说：“从司法实践角度，鼓励各种探索。此案，妇联组织作为原告，对小雨父母提请诉讼，是一个大胆的尝试，但符合儿童最大利益原则，切实保障了儿童的权益，这样的诉讼应该支持。”

上海政法学院教授、上海市法学会未成年人法研究会会长姚建龙介绍，以前类似案件的司法实践中，出现原告又是被告的现象时，通常都是由具有监护资格的实际抚养人作为法定代理人，“按照民法通则以及新版本的民法总则的规定，这起案件中的爷爷奶奶属于适格监护人，通常处理办法是法院指定爷爷奶奶作为法定代理人起诉。”

“但是以往这种处理办法也呈现出了一些问题。”姚建龙说，“老人作为法定代理人，在情感上可能会有一些纠葛，在诉讼及维护未成年人权益的专业能力方面也存在不足。而妇联作为维护妇女儿童权益的专业性组织，有专业能力也有相关资源整合能力，由其直接作为原告提请诉讼是一个非常有益的探索，是一个突破和创新，实际上也令其具有了公益诉讼的特点。”

“按照现行民诉法的规定，包括相关试点方案的规定，公益诉讼的范围主要在环境污染、消费者权益保障及国有资产保护等方面，未成年人保护没有纳入法定的公益诉讼范围之内。”姚建龙说，“但这显然是立法和公益诉讼试点的一个疏漏。公益诉讼应当拓展到未成年人领域，这是很多国家的通常性做法，未成年人保护组织包括检察机关来作为公益诉讼的主体。”

“像老年人、儿童、妇女、残疾人等需要加以特殊保护界别的利益，本身就是公共利益的特殊存在方式，学界普遍认为对未成年人利益保护应逐步归入公益诉讼。”对此，万淼焱也表示了赞同，她进一步阐释，“民事诉讼法

第 55 条规定，对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。我认为该法律条文中的‘等’字即具有兜底性质，是暗示性规定了在必要时公益诉讼的范围可以扩大到其他损害社会公共利益的行为。”

“应当尽快完善我国相关的法律规定，确立未成年人保护的公益诉讼制度，这是当务之急。基于此，小雨案便有先例价值。”姚建龙说。

北京一老人在两限房交房前去世 房子如何处理？

2017-07-28 央广网 肖源

据中国之声《新闻纵横》报道，今年 4 月初，中国之声报道了北京市民孟女士遇到的一个难题：孟女士的父亲在 2014 年申请了一套两限房，在交房之前老人不幸离世。在将近一年的时间里，这套两限房收不了也退不掉，每个月还得还近万元的月供。

最近，孟女士向中国之声反馈，报道播出后昌平区住建委和开发商积极协调处理此事。不久前开发商将孟女士此前支付的首付款和利息全额退还，并结清在银行的贷款。而孟女士父亲生前申请的两限房也收归政府。

所谓两限房是指那些限定价格、限定居住面积的保障性住房，虽然目前已经退出北京市的舞台，但在此前一段时间曾在市政府保证低收入人群有安居场所起过重要作用。

2014 年孟女士的父亲申购了位于昌平区沙河镇的两限房——保利罗兰香谷小区，并在 2015 年 6 月与开发商保利地产签订了正式的购房合同。孟女士介绍，“我父亲当时已经是 65 岁，他本人没有贷款的能力，我作为他的子女帮他一起做了这个接力贷，他贷款我帮来还款，我们贷了 37 万，5 年还清，每月应该还将近一万块钱，我从 15 年 6 月开始还款。”

不料，签订购房合同 4 个月之后，孟女士的父亲突发心脏病去世。孟女士说，当时她考虑到房子是保障性住房，老人去世可能会对收房有影响，因而特意打电话咨询昌平区住建委。据孟女士讲，当时得到的答复是不影响，继续还贷，孟女士继续替父亲还房贷。2016 年 6 月孟女士接到了开发商发来的收房通知，孟女士说，“让现场领钥匙，但通知上面写着需要申请人本人到现场，当时我跟我先生有点犹豫，拿这些东西先去，到拿钥匙的地方直接跟开发商的人说老人已经去世了，所有材料都在是不是可以继续拿钥匙？开发商说不符合政策，不能给房子。”

既然收不了房就退还房款，根据《北京市住房和城乡建设委员会关于加强廉租住房、经济适用住房和限价商品住房审核配租配售管理等问题的通知》购房人签订购房合同后，办理房屋产权登记前死亡的，购房家庭中没有其他共同申请成员的，房屋销售单位应终止购房合同，并按照有关法律规定和合同约定结清相关款项。

孟女士的麻烦就从这里开始，2016 年 9 月经过多次与开发商和昌平区住建委沟通，孟女士向保利地产方面提供了房子和贷款的相关手续，但事情一直没有实质性进展。

昌平区住建委负责处理此事的工作人员此前曾表示，事情迟迟得不到解决，就是卡在了银行的利息该由谁承担上：“我们也跟保利沟通，保利现在愿意把房款退给您，卡在利息这儿了，我们在想办法，看看这种情况有没有其它方法，保利也不愿意承担利息，我们这边在跟市里协调。”

今年 4 月初，中国之声关于此事的报道播出后，昌平区住建委和开发商方面，积极协调处理此事。孟女士介绍，“6 月底房子国家收回，所有我们已经付过的钱、房子产生的利息都是开发商来负担，结清了尾款，把该退给我的钱退给我。”

此前孟女士所担心的另一个问题是：3 月 17 日北京楼市调控新政，认房又认贷，当年替父亲办的接力贷会不会造成孟女士名下有房贷记录？

孟女士查询自己的资信证明，贷款记录里零，名下没有贷款记录，所以对她没有影响。

孟女士认为，事情是解决了，但其中的一些问题，需要引起政策制定者的反思，“设立一些政策和规定肯定要想一些特殊情况，我们所有的特殊情况基本都占了：买房子有贷款，贷款是接力的，产生了利息。而规则和法律有些冲突，律师说从法律意义上房子已经属于我，已经签了合同也开始还贷款，但政策说没有拿到房产证房子就没有办法给你，但我在拿房产证跟付首付款和贷款之间相隔一年多，一年之中会发生一些特殊情况。(保利罗兰)有三家是这样，说明不是极端个案，应该在设定政策时想到这一点。”

（六）公证专题

婚姻关系查证风险解析

2017-07-12 公证文选 山西省太原市城北公证处 郑锋钢

认定婚姻关系是公证工作中一项重要的程序，在办理诸如委托、继承、遗嘱、赋强和涉及财产权、人身权的其他类公证中都需要公证员查证当事人的婚姻关系，但近期各地公证机构均不同程度出现了当事人隐瞒婚姻真实状况（例如：1、提供虚假结婚证的；2、提供虚假离婚证的；3、提供虚假离婚协议的；4、有数次既往婚史而自称始终单身或是原配夫妻的。）骗取公证书的事件，给其他财产权利人、公证机构和主管部门都造成了严重的后果和影响。加之民政部（2015）266号文件明确规定2015年8月27日之后民政部门不再针对当事人个人开具婚姻状况证明，这令公证员查证当事人的婚姻关系更加困难，在这种情况下笔者将本处的一些查证方式进行简单解析。

一、通过与当事人的交流进行查证

首先确定办理公证的主体与婚姻关系证明、证件上的是否统一，具体可以通过单独向当事人了解其对配偶情况的准确度以及照片与当事人的相似程度作为判定的标准。然后了解其是否属于婚姻法规定的四种无效的婚姻情形：1.重婚的； 2.有禁止结婚的亲属关系的； 3.婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的； 4.未到法定婚龄的。 如果具备上述条件，解除婚姻关系一般通过一次诉讼便能解除。也会给公证员出具的证书带来撤证的风险。

二、通过当事人提供的婚姻证件进行查证

1、时间查证。现行版结婚证于2004年1月1日全国启用，涉外婚姻、补领婚姻证等，全部使用统一版本。旧式婚姻登记证可继续使用至2004年6月30日，2004年7月1日起停止使用旧证，过去丢失婚姻证后补领的“夫妻关系证明书”、“解除夫妻关系证明书”将不再使用。1993年1月1日至2004年1月1日使用的结婚证封面为红色，内页采用联页、竖排版方式。1993年1月1日前使用的结婚证封面为红色正反面印刷的单页式结婚证。

2、外观查证。2004年1月1日开始使用现行版的结婚证，纸规格为188mm×128mm，封面颜色都为枣红色。“中华人民共和国”字正楷宋体初号字，标长62mm，高度8mm，“结婚证”和“离婚证”字采用正楷宋体特号字，标长45mm，高度11.5mm；结婚证上是烫金的国徽和“结婚证”字样，离婚证则为烫银，两证都不再有拼音标注，国徽采用国家标准缩小规格，高度40mm，宽度37mm。封二“中华人民共和国民政部监制”采用中黑6.1字体，内页一“结（离）婚申请，符合《中华人民共和国婚姻法》规定，予以登记，发给此证。”采用仿宋体4.6字体，其它文字均采用仿宋体4.3字体。2004年1月1日前至1993年1月1日 使用的结婚证大小与2004年1月1日以后使用的结婚证相仿，高度一致，宽度稍窄，不同处：封面上“中华人民共和国”下面有“ZHONGHUA RENMIN GONGHEGUO”拼音标注、”结婚证“下面有”JIEHUNZHENG” 拼音标注字样，内页一红双喜下为持证人，内页三为“申请结婚，经审查符合《中华人民共和国婚姻法》关于结婚的规定，准予登记，发给此证。” 1993年1月1日至2004年1月1日使用的结婚证在1997年7月稍微进行了改版，登记项目增加了国籍并且各个时期不同。

3、暗记查证。2004年1月1日开始使用的结婚证内页是用定向定位安全防伪水印印钞纸印刷的，封皮双夹层内藏有“中华人民共和国婚姻证书”和“M P R CHINA”及圆形“双喜”字样水印暗纹，须验钞机和紫外灯照射方可荧光显示。全页手绘防伪版画、浮雕底纹，封二手绘牡丹图案，内页三“JIEHUNZHENG”微缩防伪文字，封二三维渐变及机雕防伪图纹，底纹等采用专色油墨。封三有十位证件号码，每证一号，便于微机检索与统计，从号码上即可体现区域性、时间性，同时采用红色荧光油墨，紫外灯照射下显现红色光。1993年1月1日至1997年7月使用的结婚证水印暗记为大小不等的五角星，1997年7月后的结婚证内页水印暗记由五角星改为双喜。1993年以前的结婚证则没明显暗记。

4、印章、签名识别。2003年使用的结婚证有婚姻登记员手工签名，以前的结婚证则没有。

5、登记机关识别。早期结婚登记在各乡镇民政部门办理，后期则集中到每个县区的民政局办理，各个地方集中到民政局办理的具体时间可能不同，可到民政机关咨询。

6、从结婚证由手工书写改微机打印的时间识别。各个地方手工书写改微机打印的时间可能不同，具体时间可咨询当地民政局。

7、其他识别。2003年以前离婚后又复婚的，结婚证上注有"复婚"字样，之后的则没有；如果2000年以前签发的结婚出现18位身份证号则为假证。

三、通过公证机构与婚姻登记部门查证

我处的婚姻记录查证的方式即首先根据当事人申请并且提供的身份信息材料，确定当事人是否进行过户口迁移，

然后依据当事人年龄是否在1994年符合法定婚龄，如在1994年以前登记结婚的则核实机构为婚姻登记处及各区政府档案馆，如是在1994年以后登记结婚的则只需要向婚姻登记处核实即可。笔者所在的地区民政机关与公证机构的配合较好，但是还没有进行网络互联，需要人工查证。

近期在工作中发现目前提供虚假证明的情况日益增多，建议：

一、所有涉及财产处分类公证业务类别都增加婚姻状态核实环节。

二、单列离婚协议内容的核实。

三、增加当事人对自己婚姻状态陈述的承诺书环节。

最高人民法院 司法部关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知

2017-07-27 司法部政府网 北京市长安公证处

北京、内蒙古、黑龙江、上海、江苏、浙江、安徽、福建、广东、四川、云南、陕西省（区、市）高级人民法院、司法厅（局）：

为深入贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中、六中全会精神，贯彻落实中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，充分发挥公证制度在推进多元化纠纷解决机制改革中的职能作用，现就开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作通知如下。

一、充分认识开展公证参与司法辅助事务试点工作的重要意义

公证制度是我国社会主义法律制度的重要组成部分，是预防性司法证明制度。公证活动可以为人民法院审判和执行工作提供裁判依据，促进审判活动依法高效进行；经公证的债权文书具有强制执行效力，可以不经诉讼直接成为人民法院的执行依据，减少司法成本，提高司法效率；公证制度具有服务、沟通、证明、监督等功能，是社会纠纷多元化解决的基础性司法资源，可以成为人民法院司法辅助事务的重要承接力量。近年来，一些地方人民法院积极引入公证机构参与司法辅助事务，取得了良好效果。公证参与司法辅助事务，是公证服务推进以审判为中心的诉讼制度改革的有益探索，是公证助力人民法院司法体制改革的重要举措，有利于协助法官集中精力做好审判执行工作，缓解人民法院“案多人少”的矛盾，有利于进一步深化多元化纠纷解决机制改革，推动社会纠纷资源的合理配置和高效利用，有利于促进公证机构改革创新发展。各级人民法院、司法行政机关要从全面依法治国和推进社会主义法治建设的高度，充分认识公证参与司法辅助事务的重要意义，积极为公证机构参与司法辅助事务创造条件，扎实推动此项试点工作的深入开展。

二、开展公证参与司法辅助事务试点工作的主要内容

自2017年7月起，选择在北京、内蒙古、黑龙江、上海、江苏、浙江、安徽、福建、广东、四川、云南、陕西12省（区、市）开展公证参与司法辅助事务试点，试点期限为一年。试点地方高级人民法院、司法厅（局）要选择法院“案多人少”矛盾突出，公证机构服务能力强的地方，积极稳妥开展公证机构参与人民法院司法辅助事务试点工作，支持公证机构在人民法院调解、取证、送达、保全、执行等环节提供公证法律服务，充分发挥公证制度职能作用。公证机构参与司法辅助事务的主要内容有：

（一）参与调解。人民法院通过吸纳公证机构进入人民法院特邀调解组织名册，进入名册的公证机构可以接受人民法院委派或委托在家事、商事等领域开展调解，发挥诉前引导程序性作用、开展调解前置程序改革。经委派调解达成协议的，公证机构可以应当事人申请，对具有给付内容、债权债务关系明确的和解、调解协议办理公证并赋予强制执行效力；经委托调解达成调解协议的，公证机构应当将调解协议及相关材料移交人民法院，由人民法院按照法律规定出具民事调解书或作相应处理。未达成调解协议的，公证机构可以在征得各方当事人同意后，用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实，并由当事人签字确认。在诉讼程序中，除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外，当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。

（二）参与取证。公证机构可以接受人民法院委托，就当事人婚姻状况、亲属关系、财产状况、未成年子女抚养情况、书面文书等进行核实和调查取证。核查结束后，公证机构应就核查内容、核查过程、核查结果向法院出具取证报告。

（三）参与送达。公证机构可以接受人民法院委托，参与案件各个阶段的司法送达事务。鼓励公证机构采用信息化手段，推行集约化送达模式，避免分散作业和资源的重复投入。送达工作完成后，公证机构应当就送达过程、送达结果等情况形成送达全流程登记表，交由人民法院留存备查。

（四）参与保全。公证机构可以协助人民法院核实被保全财产信息和被保全财产线索，核实被保全动产的权属和占有、使用等情况。财产保全需要提供担保的，公证机构可以协助人民法院审查申请保全人或第三人提交的财产保全担保书、保证书，对其中的担保内容及证据材料进行核实。

（五）参与执行。人民法院支持公证机构在执行工作环节参与司法辅助事务。公证机构可以参与人民法院执行中的和解、调查、送达工作，协助人民法院搜集核实执行线索、查控执行标的，协助清点和管理查封、扣押财物。经执行机关申请，可以办理保全证据公证。

三、加强对公证参与司法辅助事务试点工作的组织领导

（一）加强组织领导。各试点省（区、市）高级人民法院和司法厅（局）要高度重视公证参与司法辅助事务试点工作，研究制定试点实施方案，确保试点工作按时启动、顺利推进、如期完成。要建立工作沟通协调机制，为公证机构和公证人员参与司法辅助事务创造条件。

（二）加强培训指导。要明确公证机构参与司法辅助事务的条件、内容、程序和工作措施，及时研究解决试点工作中遇到的问题。加强公证人员业务培训和纪律教育，加强相关领域尤其是专业技术领域公证业务的培训，严格规范公证行为，确保公证证据的真实性，避免公证证据瑕疵，提高司法辅助事务工作质量和信息化、规范化水平。

（三）加强政策保障。试点地方各级人民法院、司法行政机关要结合工作实际，争取党委政法委、财政等部门的支持配合，采取政府购买服务等方式引入公证机构参与司法辅助事务，为试点工作提供必要的经费、场地、设施等，保障试点工作的深入开展。

（四）推动制度完善。各级人民法院、司法行政机关要加强对试点情况的跟踪和指导，加强工作协调和督促检查，认真总结推广试点工作的经验做法。2018 年 6 月，最高人民法院会同司法部总结经验，全面评估试点工作的实际效果，积极推动有关规章制度修订完善。

最高人民法院　　司法部

2017 年 6 月 29 日

法国改革离婚制度 分流法院非诉案件

2017-07-28 人民法院报 四川省成都市律政公证处 蔡勇

法国于 2016 年 11 月 18 日颁布了一部名为《21 世纪的司法现代化法》的新法律，这是奥朗德政府任期内最后一次司法改革的重要成果。此次改革的核心内容之一是为法院减负，分流非诉案件，让法官专注于司法裁判工作。

法国新颁布的《21 世纪的司法现代化法》，侧重对家事领域的司法程序进行改革，其中最令人瞩目的是对《民法典》第 229 条进行修改，规定从 2017 年 1 月 1 日起，选择协议离婚的案件不再由法官审理，离婚双方达成的私署协议经各自律师联署签名后，递交公证人审查存档，即可完成离婚手续。

法国人离婚诉讼时间漫长

在此次改革之前，法国人离婚都必须得走法院程序。《民法典》规定的离婚方式有四种：1.协议离婚；2.双方同意离婚，但是对离婚后果（如子女抚养、财产分配等）无法达成一致；3.婚姻生活确定已破裂（分居两年以上）；4.过错离婚。第一种离婚方式为非诉程序，后三种离婚方式属于诉讼程序。不管采用哪种形式，离婚案件都必须经过家事法官审理，以确保离婚夫妻和未成年子女的合法权益均能得到保护。

据法国司法部的统计数据，2015 年，法院处理的 123668 宗离婚案件中，有 67875 件属于协议离婚，占案件总数的 54.88%。虽然协议离婚属于非诉案件，但走完程序也需要很漫长的时间。离婚夫妇必须各自或共同委托一名律师协助双方就离婚的各种细节问题进行协商。从协商到达成协议一般需要数周的时间，在涉及到有不动产分割时，不动产的清算和转移还必须办理公证，过程会更长。

离婚协议达成后，需递交法院并等待家事法官开庭，由于各个法院案件数量积压的程度不同，等待法官开庭的时间也会有长有短。

据法国法院的统计数据，离婚协议递交后，等待法官开庭的周期一般为 3 个月到 1 年。开庭时，法官只需对离婚协议进行形式审查并对当事人分别进行询问。如无异常，法官会当场宣告离婚并批准离婚协议，据统计，法官对 99%以上的离婚协议均予以直接批准。如果法官认为协议内容不公平或者损害了未成年人利益，则有权将协议驳回。而另外三种离婚形式因涉及诉争，诉讼周期、成本和结果因难以预测而更加使人身心疲惫。

法国社会的离婚率很高，严格的离婚程序和冗长的过程引发了民众对司法效率的诸多抱怨。法国人不结婚的比

例非常高，其重要原因就是严格的婚姻法和高昂的离婚成本造成了法国人对婚姻的畏惧，宁愿长期同居也不结婚。

而离婚案件数量之多也让家事法官不堪重负，据统计，家事案件已经占到了法国法院工作量的 80%。如何改革离婚制度，为法院减负，在近十年来一直是让立法者颇为头疼的议题。

公证途径是平衡公民法律安全和司法效率的最佳选择

事实上早在 2007 年，时任总统萨科齐就曾设想由公证人代替法院处理协议离婚案件。萨科齐政府希望协议离婚由公证人全程处理，而无需法官和律师的介入。因为公证人既是具有国家公信力的司法助理人员，同时又是具备高超法律素养的家事法律专家。

由公证人办理协议离婚案件，既减轻了法院的办案压力，同时又为当事人节约了时间和费用成本。但是，这一计划遭到律师行业的强烈反对，律师们甚至走上街头进行了罢工示威。律师的反抗理由是公证人不能代替法官和律师的作用，其实很大原因是不想放弃协议离婚业务这块巨大的蛋糕。据统计，法国律师代理协议离婚案件的费用通常在 1000 至 4000 欧元之间。

2012 年，奥朗德政府上台后，女司法部长克里斯蒂娜·托比拉曾计划将协议离婚的案件交由法院书记员处理，以减轻家事法官繁重的工作量并加快离婚案件的速度。但是，这一设想从一开始就受到强烈质疑，反对者还是担心法官的缺席会导致离婚协议的效力被弱化。

在这种背景下，由素有“家事法律专家”盛誉的公证人来替代法官处理协议离婚案件，便无可避免地再次进入了立法机构的议事日程。因为法国公证人具有国家公权力受托人和法律职业人的双重身份，完全能够保障离婚当事人在合法权益得到应有保护的前提下，更快捷地完成离婚手续。

2015 年 7 月 31 日，时任女司法部长克里斯蒂娜·托比拉向政府部长会议呈递了《21 世纪的司法现代化法》的法案，经参议院和国民议会两轮审议和修改后，该法案最终于 2016 年 10 月 12 日被国民议会审定通过。法国宪法委员会于 2016 年 11 月 17 日批准该法并于 11 月 18 日颁布。新法律于 2017 年 1 月 1 日起生效。

新法第 50 条创设了一种新的协议离婚方式，在《民法典》第 229 条的开篇增添了以下内容：“夫妻经协定，可以通过由双方律师联合署名、并由公证人按公证文书原件存档的私署协议来完成离婚。”选择协议离婚的案件不再由家事法官处理。离婚双方应各自聘请律师磋商离婚事宜，在双方就离婚协议的全部内容达成一致后，两名律师把草拟的协议以挂号信方式寄送给各自的当事人。

离婚双方在收到协议文本后均享有 15 日的反悔期，反悔期届满前离婚双方不得在协议上签名。15 日期满，离婚当事人在两位律师的见证下签署离婚协议，并由律师联署签名后在 7 日内送交公证人存档备案。修改后的《民法典》第 229-1 条第 3 款规定，公证人存档后离婚协议即生效，同时赋予了离婚协议确定的日期和执行效力。

公证人在收到律师递交的离婚协议后，需于 15 日内完成存档手续，并向离婚当事人出具存档证明书。存档证明书是一份公证文书，等同于离婚证明。当事人凭存档证明书办理户政登记的变更手续，或者向第三方出示以证明自己已离婚。

法国离婚制度改革的宗旨是“鼓励以多元化途径解决争端，减少法院非诉案件”，但是《民法典》第 229-2 条规定以下两种情形的协议离婚仍然必须通过法院程序：1.具有辨识能力的未成年子女坚持要求面见法官，就抚养权等问题陈述自己的意见；2.离婚夫妻中有一方丧失了行为能力，属于法律规定的保护对象（如司法保护、财产托管、监护等）。

与以往的法院协议离婚相比，律师在新的协议离婚制度中担当了更为重要的角色并需要承担更大的法律责任。考虑到离婚协议的私署文书性质以及法律技术要求，离婚双方必须各自聘请律师来完成协议的起草并由律师联合署名，以保证协议内容的合法性和可操作性，无双方律师联署签名的离婚协议无效。

两名律师为各自的当事人服务，他们必须保证协议内容的平衡并符合当事人的意愿。协议达成后，两名律师必须在离婚协议上联署签名，其实质是把离婚协议制作成具有证据效力的律师见证文书，律师须对协议内容和当事人的签名承担责任。

公证人的职责

在新设的离婚程序中，离婚协议由公证人按照公证文书原件的方式进行存档，这就首先意味着公证人有保管离婚协议的义务。但是，公证人的职责绝不仅限于保管离婚协议，公证人应当对协议的形式和内容进行合法性审查。

《民法典》第 229-3 条规定离婚协议必须包含以下几个方面的内容：1.夫妻及其子女的户籍、身份、职业、结

婚日期和地点等信息；2.双方律师的身份和职业信息；3.夫妻双方同意离婚以及知晓协议条款之法律后果的叙述；4.阐述《民法典》中关于离婚后果特别是离婚补偿的条款；5.夫妻财产清算的条款（涉及不动产的清算必须先办理公证），无清算财产时需在协议中作出声明；6.明确记载未成年子女已由父母告知享有面见法官陈述的权利并且放弃使用该权利的情况。

《民法典》第 229-1 条第 2 款要求公证人应审查离婚协议的内容是否满足第 229-3 条的规定，并且还应审查该协议是否遵守了 15 日的反悔期。公证人应拒绝接收不合规定的离婚协议。

特别关键一点，离婚协议经公证人存档即相当于宣告离婚。《民法典》第 260 条规定，婚姻自律师联署签名的离婚协议获得执行效力之日起解除，而按照《民法典》第 229-1 条第 3 款的规定，离婚协议经公证人存档即获得执行效力。由此可见，协议由公证人存档是此种离婚方式必经的法定程序，否则离婚无法成立。

公证人的收费由政府统一定价为 50.4 欧元，体现了公证人的公共服务特征和非营利性。

未来尚有进一步改革的空间

法国的离婚制度改革对于政府提出的加强公民法律服务、简便司法程序目标的实现有着很重要的意义。大多数法官对此持欢迎态度，他们希望在其他领域也推进类似的改革，为法院减负。法国多数媒体认为，此次改革强调了尊重离婚当事人的自由意志，缩短了离婚周期，提高了司法效率，让法官把精力腾出来处理更为复杂的诉讼案件。

但是，也有人指出，此次改革尚未达到完美的程度。比如，离婚当事人不得不聘请两名律师，增加了离婚成本。在整个离婚过程中，除非涉及不动产的清算和分割，原则上当事人与公证人不用见面，这就弱化了离婚程序的严肃性和仪式感。

即便如此，法国的此次离婚制度改革毕竟为疏减法院压力、缩短离婚时间迈出了关键的一步，并且为今后的继续改革创造了很好的空间。由公证人替代法官处理协议离婚，这是一个具有重要意义的方向转变，因为法国公证人被定性为和平法官，理应在非诉案件中承担此项职能。

事实上，法国公证人不仅是司法助理人员，而且身兼家事法律顾问、民事纠纷调解人、合同起草者等多种身份，相信有识之士会继续呼吁把协议离婚案件交由公证人全程处理，而不用律师介入。他们的主要理由有三个：一是由公证人制作的离婚协议是公证文书，具有证据效力和执行效力，比律师见证文书具有更高的公信力；二是作为司法助理人员的公证人与当事人直接见面，完成离婚手续，不仅减少了法律风险，而且强化了国家公权力在离婚过程中的存在感，维护了法律的严肃性；三是当事人无需再聘请律师，将会降低离婚的经济成本。如何克服来自律师行业的阻力，则是能否实现更彻底改革的关键所在。

刍议公证接待中的审查——兼从四个案例谈“望、闻、问、切”

2017-07-28　北京市长安公证处

公证审查贯穿在整个办证过程中，无论是与当事人面对面的接待环节，受理后的调查核实环节，还是起草证词后的领导审批环节，每一环节都重点涉及对公证事项的审查。然而，在这些审查环节当中，公证接待中的审查尤为重要，因为在整个办证过程中，这是唯一可以与当事人面对面接触，向其了解和询问办证诉求，直接进行倾听、观察并感知待证对象，从而判断能否办理公证以及预测办证风险的机会。

一、公证审查的对象和内容

笔者认为，公证审查的对象和内容包括两个层面：事实审查和法律审查。事实审查的侧重点在“真实性”上，主要是对当事人所申办的公证事项是否真实，即是否确实存在过或发生过进行审查，其内容包括对其所提交材料和陈述的真伪进行甄别，对其有效性、确定性、一致性等进行辨认。在事实审查的过程中，既包括对人的审查，也包括对物的审查。而法律审查的侧重点则在“合法性”上，主要是对当事人所申办的公证事项是否合法，即是否为法律所允许和认可，甚至是否符合社会公认的道德准则、行为惯例和公序良俗等进行审查。

从公证立法上，对事实审查和法律审查的要求也同样得到反映。根据《公证法》和《公证程序规则》的相关规定，“公证机构办理公证，应当根据不同公证事项的办证规则，分别审查下列事项：（一）当事人的身份、申请办理该项公证的资格以及相应的权利；（二）提供的文书内容是否完备，含义是否清晰，签名、印鉴是否齐全；（三）提供的证明材料是否真实、合法、充分；（四）申请公证的事项是否真实、合法。”从上述规定来看，前三项是有关事实审查的要求，既包括对人的审查，也包括对物的审查；第四项则是有关法律审查的要求。既然明晰了公证审查的对象和内容，那么在接待工作中如何审查？如何拿捏尺度才能既照顾当事人的感受，体现对其的尊重，又能恰到好

处地向其了解我们需要掌握的信息于细微处发现问题？笔者将在下面与大家一起分享亲身经历的几个案例，谈一下自己的体会，望大家多提建议。

二、公证审查的技巧——“望闻问切”

公证接待中我们与大多数当事人都是初次见面，对其申办何种公证事项、能够提供哪些证明材料、证明材料的来源出处以及申办公证的真正用意和目的等一无所知，而值班时的接待工作还有时间要求，不能让当事人等候太长时间，公证员需要在短暂时间内迅速进行审查，在这短暂时间内要完成看材料、问问题、解质疑、做决断等一系列工作，甚至还要提供公证法律咨询、澄清法律误解、适时提出建议等……在一系列紧张的工作当中，稍有疏忽就容易出现纰漏，因此接待工作中的风险不容小觑，而要化解和规避办证风险，就要对审查工作予以足够重视，还要掌握一定的方法和技巧。

（一）望：仔细观察、甄别真伪

通过仔细观察，一是要审查当事人的身份和民事能力，即当事人提供的证件是否真实、是否与其本人相符，是否具有办理该项公证所应具备的民事权利能力和民事行为能力以及当事人的行为举止谈吐是否异常等；二是要审查当事人提供的证明材料是否真实、相互之间有无矛盾之处、证明材料的出具机关是否有权出具等。

笔者在接待中曾遇到一对来办理委托公证的当事人夫妻，两人都五十岁左右，要委托他人出售房产，二人所提供的办证材料真实齐全，委托人身份与证件相符，并无任何异议。笔者通过与其二人交谈询问，也没有发现任何问题，随即为其办理。然而在办理过程中笔者发现一个小细节，即当笔者将公证申请表、委托书、谈话笔录等文件交给二人签字时，都是丈夫一方主动接过文件并仔细阅读，然后确认无误自己签字后再交给妻子签字，并用手指在文件的签字位置示意妻子签字，妻子才一笔一划地歪歪扭扭写上自己的名字。妻子在办证和签字过程中并没有阅读上述文件，也没有提出任何问题。笔者心生疑虑，虽然当事人的材料没有问题，委托人也具有签字的能力，但是无论如何妻子一方也不能这么不关心自己签署的委托书吧，仿佛置身事外的样子！笔者决定试探性地问一下妻子，“我看您签字签得挺认真的，这些文件您就不看一下吗？是不是打印的字体太小您看不清楚啊？”妻子随即说：“我不认识字，就会写自己的名。”笔者汗！随即补充说：“要不我给您念一下吧，您是委托人，这些签字的文件您应该知道是什么内容。另外我们笔录要稍微修改一下，要把我给您念文件的内容反映进去。”委托人欣然同意，笔者又一番工作进行完善……

通过这件事，让笔者明白了接待工作中仔细观察的重要性，心中有疑惑就要随时提出来并得到合情合理的解释。在接待工作中保障和落实当事人的公证权利、履行告知义务，并不仅仅体现于当事人签字的一纸文件，我们的公证职责也并不止于当事人签字画押即可。如果当事人看也不看就签文件，甚至根本就不认字而只会签自己的名字，那么公证书在使用中真正发生问题或出现风险的时候，仅有当事人签字的一纸文件并不能当然成为我们免责的护身符。因此，公证接待当中容不得半点马虎和侥幸，只有仔细观察，才能洞悉异常，甄别真伪。

（二）闻：用心聆听、捕捉微妙

通过认真聆听，一是要审查当事人申办公证事项的真实意图，是否有规避法律之嫌，是否有以合法形式来掩盖非法目的；二是要通过其言语表达是否流畅、是否停顿磕绊、是否相互矛盾等来判断其所述情况是否真实；此外，也可通过语言表述中透露的气息态度，例如积极、坚定、犹豫、勉为其难或闪烁其词等来进行辅助判断。

笔者在接待中曾经遇到这样一个案例，有位女士到长安公证处办理继承权公证，要继承其父母留在银行的存款，该女士是上世纪七十年代生人，其父母均为上世纪二十年代生人，年龄相差近五十岁，该女士还向公证处提供了其本人的独生子女证，证明其父母只有她一个子女。此外，更重要的是，该女士已在外地某家公证处办理了继承其父母在该地所遗房产的继承权公证，在该继承权公证书中，已对该女士的唯一法定继承人身份进行了确认。笔者心中虽有几分疑虑，但是既不能无视上述继承权公证书的存在，也不能从当事人提供的材料中找到漏洞，很是为难。于是在接待过程中，笔者花了很长时间与当事人交谈，以期通过深入交谈向当事人详细了解情况，当事人有较高的文化水平，在此过程中也很配合理解，并向公证员详细介绍了家庭情况以及其父母晚婚的原因，并讲述在特定历史年代下其父母的遭遇。笔者感觉这位女士还是很坦诚的，所有的表述也合情合理，与她提供的材料也能相互印证。整个谈话过程基本上都是该女士在说话，笔者感觉她的好多话似乎都像是倾诉，虽然有些与笔者问的问题或办理该项公证毫无关系，但是笔者也并未打断，该女士就一直说了很多，直到一句话引起了笔者的注意，之前是笔者问她：“您父母亲就您一个孩子啊？那个年代挺少的。”这个问题在谈话中笔者曾经换着说法问过几次，但是前几次问时

她都回答说只有她一个孩子，然而在谈话最后笔者找个机会又一次问她时，她却说：“如果他们有自己的孩子，就不会有我了。”语气和神情很是落寞。笔者感觉似乎她并非父母亲生的孩子，于是在谈话快结束的时候，笔者也直接问她：“您是您父母亲生的吗？”她说：“不是，我是被抱养的，这也是不久前父母去世后才确认的，以前我也只是怀疑。”然后尴尬地笑了一下，眼中含泪。当事人说完这话后，笔者并未向对其他恶意隐瞒情况的当事人一样对她心生憎恶，因为从将近两个小时的谈话中，笔者除了感受到这位当事人的坦诚之外，还感受到了她在确定身世不久连自己都不知如何面对时，又要面对我这样一个陌生人询问时的那种欲言又止和无从说起的困窘，她并不是刻意隐瞒，而是在等待诉说的机会和积攒诉说的勇气，亦或是在谈话中向我暗示和传递这种信息，只是她在感情上还无法直接说出口，难怪她会在谈话中说许多与公证事项无关的事情，并不时回忆她的父母怎样怎样、她的儿时怎样怎样。

我想，我应该感谢这位当事人的坦诚和勇气，并不是每个当事人都能做到。通过和这位当事人谈话，也让我懂得，在公证审查中要做个倾听者，给当事人足够的时间去酝酿情绪，不要急着催促他们赶紧谈完签字。有些情况当事人之所以没有说，并不都是恶意隐瞒，有时只是无法启齿，尤其是涉及个人隐私方面的；有时是法律意识欠缺，认为这些情况说和不说都一样，没有区别……所以，在面对我们同样陌生的当事人的时候，我们要学会耐心倾听。倾听，同样是公证审查的一项技能。

（三）问：有的放矢、层层深入

通过询问，一是要了解当事人申办公证的原因和背景情况，了解其办证意图；二是要了解当事人或公证书的使用部门对于公证书的形式有无具体或特殊要求，此点尤以涉外公证书典型；三是要了解涉及待证事项的基本情况，判断能否公证。此外，通过询问，还可以直接反映当事人对事务的认知、判断和识别能力，从而对民事行为能力进行审查。

在接待工作中笔者曾经遇到一位有脑梗后遗症的当事人，该当事人在其助理陪同下来到长安公证处办理委托他人在外地代为购房的委托书公证。在开始接待过程中，笔者并不知晓当事人是脑梗后遗症患者，最初所有的情况都是当事人的助理向公证员讲述，当事人本人则在一旁认真倾听并不时点头附和一下，偶尔还会加几句话。在当事人所讲为数不多的话中，笔者听出当事人语音含糊，需要仔细听才能听出来说什么，而且当事人的手会时不时抖一下。笔者对其民事行为能力产生疑虑，随即询问当事人是否身体不舒服，当事人告诉笔者其本人是脑梗后遗症，但是恢复得很好，除了话说得不是很清楚，手会偶尔抖之外，思维意识都是很清楚的。为了更客观的判断其民事行为能力，笔者请其助理暂时回避，向当事人单独进行了谈话和询问，并由公证员助理对谈话和询问过程进行了现场录像。在谈话过程中，笔者询问了当事人的身份、办证原因、受托人情况、委托事项等相关内容，并向其解释了相关法律意义和后果，当事人在此过程中能够有条不紊地回答笔者的问题，还逐字逐句大声念了委托书的内容，虽然其语速较慢、语音较含糊，但是完全能反映其思维意识的清晰状况。此外，在办理过程中，当事人明白笔者是对其思维意识有顾虑，还特意告诉笔者其本人是一名广告导演，即将参与一部大型宣传片的制作，无暇顾及买房事宜，故而委托他人代办，虽然其有脑梗后遗症，但是目前工作能力都没任何问题，思维意识很正常，有关其参与宣传片制作的情况在网上也可以查到相关资料，所以请我们放心为其办理。

通过层层询问，笔者可以确信当事人在办理公证时具有完全行为能力，也打消了笔者心中原有的脑梗后遗症患者都无法办理公证的误区，更让笔者懂得了平等对待每一位当事人的含义。询问过程，是我们办证接待中最普通不过的工作，但是也最容易赋予个人感情色彩和主观意识。通过上述案例，笔者以为，询问过程应该是客观的、公正的，避免因当事人的个体差异而将自己感情色彩和主观偏见带到询问过程甚至公证审查过程当中，这样才能使询问工作起到真正作用，在严格审查的同时，让当事人享有平等的办证机会。

（四）切：果感决断、切中要害

在接待工作当中，除了仔细观察、认真聆听以及有的放矢的询问之外，还要针对该项公证找准关键问题，果断决策是否符合受理条件。

笔者在一起遗产继承公证当中曾经遇到一位继承人是聋哑人，无法和笔者进行直接言语交流，但其有一定文化程度，可以书写，笔者遂手写笔录，将需要询问的问题写下来，当事人也将回答的内容写下来，通过这种一问一答的方式完成询问过程。在询问过程中，笔者发现当事人很聪慧，有时笔者的问题还没有写完，甚至写到半句话的时候，当事人就频频点头知道要问的问题是什么，然后流畅地书写自己的答案。虽然当事人的女儿能够充当聋哑手语

翻译，但因笔者不懂聋哑手语，为避免在询问中旁人对其回答问题进行提示或干扰，就先让其女儿予以回避，待询问过程完成后才让其女儿又通过聋哑手语方式向当事人进行了解释。虽然当事人在书写笔录答案时，有个别字是错别字，例如同音异义字或笔划不正确等，但笔者认为这些书写上的瑕疵并不代表当事人的行为能力有瑕疵，相反能够客观地反映当事人的受教育和文化程度。而且更有意思的是，当事人在书写笔录答案时，有好几处使用了能反映其语气和感情色彩的标点符号，例如在表达强烈肯定时使用了感叹号等等，这些能反映语气和感情色彩的标点符号在我们日常打印笔录中都是不常用的，而此时通过当事人的手写呈现出来，反倒生动形象地反映了当事人在接受询问时的感受，更具真实性、可信性。对于一名聋哑人而言，具备这样的文化程度已是不易，我们在办理此项公证时不能过多纠结于当事人书写错别字这样的瑕疵，关键是通过其言行举止，哪怕是书写错别字这样的行为，也可以从另一反面反映其真实的行为能力状况，无需过多纠结于无关重要的细节问题。

三、公证审查中的证据规则与内心确信

公证审查中无论是事实审查还是法律审查，都是通过对当事人提交的证据材料来完成的，在审查材料的过程中，既要遵循一定的证据规则，又要运用一定的经验法则、逻辑规则。

首先，当事人所提交的证据材料首先要符合证据的真实性、关联性和合法性要求。真实性是要求当事人提交的证据材料来源真实、内容属实，无任何伪造、篡改、冒用等情况，真实性是对证据加以采信的初步条件。关联性是要求当事人提交的证据材料与其要求证明的对象之间有内在关联，即能够直接或间接佐证待证对象，与待证对象无关的证明材料应予剔除。合法性是要求当事人提交的证据材料来源合法、正当使用，即是通过合法手段和途径取得，无任何非法占有、窃取、盗用等情况。

其次，对当事人所提交证据材料的证明力大小、强弱，证据链是否完整，证据之间是否一致、有无关联等进行审查时，要遵循一定的证据规则，可适用直接证据优于间接证据、书证优于物证、公文书优于私文书、书面证据优于言词证据等证据规则进行判断，此外还可参考《最高人民法院关于民事诉讼证据规则的若干规定》中对证据适用的相关规定。在当事人提交的若干证据材料当中，要筛选出对证明对象最直接、最权威、最有效的证据材料。

最后，在审查材料过程中，除了依据一定的证据规则之外，还要针对具体的公证事项根据经验法则、逻辑规则和自己的理性良心对证据材料的取舍和证明力进行判断，并最终形成内心确信，从而为公证证明内容的确立提供可靠依据。

特别声明
简报编辑：家事法苑™团队
简报顾问：郝惠珍　主编：杨晓林　执行主编：段凤丽　编委会成员：侯晓婷、邓雯芬
家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn
家事法苑™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
简报电子版获取：家事法苑™家事律师网 http://www.famlaw.cn 首页“资料下载”!
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事法苑™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 http://www.famlaw.cn 的网站专用名称（京 ICP 备 10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

家事法苑™家事法实务交流微信群
家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。
本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼

程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

入群方式：为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于家事法苑™微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群， 请入群者先添加群管理员邓雯芬律师（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

欢迎您加入家事法苑™家事法实务交流 QQ 群（群号：171337785）-----即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、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

“家事法苑”家事法实务交流微信群群规则

（2015 年 11 月版）

“家事法苑”家事法实务交流微信群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、侯晓婷、邓雯芬、王志锋、徐文丽、杨竹一、何显刚、陈建宏、李炜、辜其坤、李丹、谷友军、季凤建、严健、麻长春、王钦、李琳。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

本群无意走向综合群，其他如刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决。

2、入群方式

为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。

为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，未经群主同意，严禁擅自拉人进群，擅入者立即清退；

请入群者先添加群管理员邓雯芬助理（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上修改群昵称，不接受实名规则免入，经一次提醒不配合的劝退。

律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：山东淄博徐文丽律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字，头像不得使用带有律所 LOGO 或商业营销色彩文字的图片。点击群界面右上角两小人头标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改。

公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海李**公证员；

学者、学生署名方式：学校简称+姓名，如“南师大赵莉”，广西师大李**。

法官（检察官）署名方式：省份（城市）法院+姓名的方式，如果确有难处不愿意实名，可采取省份（城市）+法院+真实姓氏+法官（身份）的方式，如北京法院李法官、如宜昌法院王礼仁，检察官署名方式相同。

民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群；

5、基本设置

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可；

如群中有太多不熟悉的面孔：可在群系统设置界面打开“显示群成员昵称”；

6、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上！特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言交流，要注意顾及他人感受，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除大年三十至初二三天及八月十五中秋节外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

7、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

8、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

9、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络(个人网站、博客、公号)、经常性转帖到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流微信群。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理员的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主及管理员团队提出申诉，集体商量给出最后处理结果。

11、关于入群开通微信实名认证、绑定银行卡问题的说明

承蒙大家支持、参与，我群学术实务专业交流氛围越来越好。不少群友也积极推荐相关朋友入群，但 请群友推荐介绍新人入群前务必提前说清楚：

腾讯公司目前对微信群管理政策，500 人为上限，前 40 位无论群主其他群友可直接拉人入群(无需经过其同意)，

第41—100位，需发邀请经受邀人同意方能入群，而第100位以上入群者需要先进行"实名认证"，即开通微信支付功能，绑定一张银行卡。这是其通过此手段绑定用户的功利做法、也涉嫌利用垄断地位强迫"消费"行为、涉嫌违法，已有外地律师代理此类公益诉讼，希望能尽早纠正霸王条款。

因微信本身是免费使用，也不必跟它计较，可按照提示要求关联绑定一个银行卡(如过分担心，可绑定一个不常用、没钱的储蓄卡)即可， 微信支付功能是大势所驱、非常时尚、非常方便，也很安全，如消费仍需再次输入密码，开通无妨，并不是加群收费，不轻易消费即可。

绑定银行卡、开通微信支付的方式也很简单：

①用户点击微信界面下方的【我】，即可找到并进入【钱包】。

②然后依次点击页面右上角的【…】，在弹出的选项中选择【添加银行卡】。

③按提示填写银行卡号（收发红包仅支持绑定借记卡）、该卡银行预留手机号等信息，银行将发送验证码至该手机号。

④填写银行卡信息，并设置6位数的支付密码，二次确认支付密码并支付即可。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护!

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2015年10月31日

“家事法苑”家事法主题QQ群入群须知

（2016年3月版）

“家事法苑”家事法主题群，由“家事法苑”团队于2011年6月建立，历经100人群、200人群、500人群、1000人群、2000人群，2014年1月设新2000人群（淘汰旧群）、2015年1月群满员删500名“僵尸粉”、2015年9月再次群满员又删500名“僵尸粉”，现又再次2000人满员。现决定启动“家事法苑”家事法主题QQ群分群（群号：171337785）。

主群及分群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、王志锋、徐文丽、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

本群无意走向综合群，其他如司法改革、法律理念等宏观话题以及刑事、商事、劳动、交通事故等其他法律专业领域话题可另行解决。群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友响应，应自觉马上转为私聊。

2、实名申请：

为保障本“家事法苑”家事法主题群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群口碑相传方式，对外不作宣传，设置“只能通过群号（群号：171337785）找到这个群”，普通网友在QQ查找群时无法通过搜索关键词找到本群。

本群倡导实名交流，本群由群主负责新人审批，申请人必须先了解、承诺严格遵守本群群规，再以“城市+单位名称+姓名”实名方式提交申请，不实名或提交信息资料不全，管理员不予通过。

新群友提出申请前，应阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、群内实名标注群名片，署名方式：

群友署名基本方式：地域（省、直辖市）+城市+单位简称+姓名+职业。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经群主或管理员一次提醒，仍不配合的，劝退！

律师及相关职业群友头像，不得显示律所（团队）字号、具体部门职务、业务方向、及其它带有商业营销色彩

文字。

群名片署名示例：

1）律师，地域（省或直辖市、市）+律所字号+姓名，如:北京天驰君泰所段凤丽律师、天津君申所王志锋律师、山东（淄博）建仑所所徐文丽律师、江苏（南京）众贤所严健律师。

群名片中不得显示电话、律所部门、职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2）高校学者、同学：如:“重庆西政***”或“西政-***”，如果是在读学生，应注明学生字样，以区分于学者，如北大学生***!

3）法官、检察官，入群申请必须提供城市单位及真实姓名，但在群内如果确有顾虑可使用地域+真实姓氏+身份职业方式，以示区分身份，如“湖北王法官”、“贵州法院杨法官”、“广东李检察官”!

4）公证员，城市+单位简称（或职业）+姓名，如 “北京**公证处王**”,“杭州公证员李**”。

5）其他司法所、房管、民政、妇联、媒体等界别朋友，城市+单位名称或简称或职业身份+姓名，如：北京**司法所**，武夷山房管李炜，山东潍坊奎文婚登刘彩霞，上海妇联***，北京法制日报赵**，山东公司法务***等。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群。

5、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体各界别较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上，珍惜缘分，特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言表述要注意顾及他人感受，特别是不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除农历大年三十、初一、正月十五、八月十五中秋节这几天外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

6、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的!

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

7、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律!

8、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚

姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）!

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络(个人网站、博客、公号)、经常性转帖到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流 QQ 群。

9、群内交流字号设置

群内交流字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12 号字为宜，黑色。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主、管理员及任一群友的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主、管理员及任一群友均有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，群友务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主提出申诉，由群主给出最后处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护!

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台!

“家事法苑”家事法主题 QQ 群管理团队

2016 年 3 月 6 日