



家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

《家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报》于 2008 年 2 月 15 日创办，家事法苑™ 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。

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 13 周年
(2008 年 2 月 15 日—2021 年 2 月 15 日)

资讯简报获取：

- ①家事法苑™ 家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”
- ②网址 http://www.famlaw.cn/Do_index_gci_58.html 直接在咨询简报页面下载

日常分享途径：微信公众订阅号



微信号：家事法苑 (famlaw)

涉外家事法苑 (foreignfamlaw)

继承法 (InheritanceLaw)

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

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™ 团队主办，顾问：郝惠珍，编委：杨晓林、段凤丽、陈贝贝、邓雯芬、付鹏博、刘海娜、任小曼、李凤影



目 录

一、审判动态..... 2

深圳一市民负债 400 多万申请个人破产清算，法院为何不受理？	2021-07-30	羊城晚报·羊城派	2
最高院：夫妻双方经营公司时一方因对赌而触发股权回购所形成的债务是否属于夫妻共同债务？	2021-08-02	法门囚徒	3
再婚后又起诉与前妻离婚？法院：罚十万！	2021-08-02	广州市中级人民法院 广州中院	5
丧偶老人私自把房产低价卖给孙子，女儿知道后诉至法院	2021-08-06	人民法院报	6
女企业家九千万离婚析产案再审背后：梧州法院系统三领导落马	原创：2021-08-04	澎湃新闻	7
丈夫强奸岳母被判刑，妻子多次起诉离婚被驳，法官为何不判离婚？	原创：2021-08-07	烟语法 烟语法明	12
第 161 期 婚内夫妻共同财产分割规则	原创：2021-08-09	中国上海司法智库 上海高院研究室	15
佳作荐读 问题与表现——司法实践中居住权的适用浅探	2021-08-10	徐州审判 许备 刘荣飞 吴振宁	18
关于离婚 500 问	2021-08-12	上海二中院	24
海淀法院发布婚恋交友诈骗六大典型案例	2021-08-13	北京海淀法院	31
来找法官闹离婚的这对夫妻，为什么最后却领了结婚证？	2021-08-15	人民法院报	38
【最高院·裁判文书】双方存在情人关系等特殊身份关系时不得适用《民间借贷司法解释》第 17 条规定分配举证证明责任	2021-08-16	民事审判 最高人民法院	39
婚内个人名义所负债务，能否推定为夫妻共同债务并强制另一方执行？ 法信法律库三大亮点，手把手教给你系列①	2021-08-19	法信	43
家暴零容忍，法院来护航！	2021-08-20	京法网事 谢衍明	47
婚前隐瞒重大疾病的可撤销婚姻类案裁判规则分析	原创：2021-08-24	最高人民法院司法案例研究院 案例君	50
唏嘘！妻子生产时不幸去世，丈夫打官司欲要回冷冻胚胎，法院判了！	2021-08-24	上海法治报	56
47 万网友看过的这篇法官寄语，火出朋友圈	2021-08-27	浙江天平 龙岗法院	58
家事案例评论 第六案：离婚时，两个孩子的抚养权归属裁判思——一人一个？两个孩子不分开抚养？	原创：2021-08-29	HOAM 陈贝贝	59

二、媒体典型案例..... 67

（一）抚养费纠纷案例..... 67

男子再婚再育请求降低抚养费，法院判了！	2021-08-06	人民法院报	67
---------------------------	------------	-------	----

（二）赡养纠纷案例..... 69

签下断绝父子关系协议，还要赡养老人吗？法院判了！	2021-08-13	人民法院报	69
--------------------------------	------------	-------	----



(三) 亲子关系案例.....	71
京法案例 丈夫找代孕生子, 妻子要求否认亲子关系获支持.....	2021-08-16 京法网事 71
上海一老伯“被当爹”50 载, 打官司要撇清“亲子关系”! 法院判了.....	原创: 2021-08-20 上海法治报 陈颖婷 72
(四) 解除婚姻关系案例.....	73
妻子患产后抑郁症, 丈夫起诉离婚被法院驳回 聚法案例.....	2021-08-25 聚法 搜索例 找 73
(五) 其它案例.....	75
男子意外身亡获 71 万赔偿, 4 岁“养女”无法享有?	2021-08-12 人民法院报 75
三、继承.....	76
法治日报: 承租人去世后共同居住人可继续租赁该房屋.....	2021-08-04 北京西城法院 76
股权继承新论 //《民法典》与共同继承人的股权行使.....	2021-08-10 法语峰言 李飞南开大学 77
[判决的魅力 (第 1 期)] 张 华: 高某某、孙某与邹某某、陈某法定继承纠纷二审民事判决书.....	2021-08-14 司法茶语 88
舅舅的遗产, 我是否有权继承?	2021-08-26 江苏高院 南小中 91
四、房产、股权.....	93
(一) 房产.....	93
北京: 原家庭住房套数超限购, 离婚 3 年内不得买房.....	2021-08-05 新京报 93
京法案例 老人为了让孙女落户赠房产份额给儿子? 想再要回来可就难了.....	2021-08-11 京法网事 孙莹 93
(二) 股权.....	95
《民法典》与共同继承人的股权行使 李飞 学者视点 法学学术前沿.....	原创: 2021-08-13 家事法苑 李飞 95
五、社会新闻.....	106
A 股天价离婚案! “沪市珠宝第一股”实控人被判交出逾 5000 万股, 分手费达 3.35 亿元, 公司控制权或转移.....	2021-07-31 中国证券报 齐金钊 106
婚姻冷静期实施半年后, 中国哪个省市离婚人数最多?	2021-08-05 CITY 君 CITY 来不 108
A 股又现天价离婚案!	2021-08-05 界面新闻 赵阳戈 109
广西一女子千里之外“被结婚”, 竟是因为这个.....	2021-08-05 广西高院 111
离异母亲杀子后自杀! 前夫与前岳家吵上法庭, 索赔百万! 法院判了.....	原创: 2021-08-14 上海法治报 陈颖婷 111
离婚骤减 5 成, 是政策“抬高门槛”还是上辈“垂帘听政”? 文化纵横.....	2021-08-14 文化纵横 吴小英; 张晶等 113
女子收 4.8 万元“送”走亲生婴儿, 一审获刑喊冤! 二审为何改判无罪?	原创: 2021-08-21 上海法治报 许天忆 125



六、媒体视点..... 127

- 婚姻冷静期实施半年后，中国哪个省市离婚人数最多？..... 2021-08-05 CITY 君 CITY 来不 127
- 没有律师不敢接的案子，即使是末代皇帝离婚案..... 2021-08-05 桂客留言 128
- 丈夫生前打赏主播 40 万元，妻子能要回来吗？..... 原创：2021-08-11 方圆 复林 132
- 离婚率是怎么降下来的？..... 原创：2021-08-16 梁云凤 秦朔朋友圈 135
- 被爱人抢走的孩子..... 原创：2021-08-27 冰点周刊 中国青年报 137

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题..... 139

（一）理论学术动态、学者视点..... 139

- 杜涛：国际私法国际前沿年度报告（2019—2020）|《国际法研究》2021 年第 4 期..... 原创：2021-08-02 国际法研究 杜涛 139
- 顾冷涓：破坏军婚罪实质出罪渠道构建之研究..... 原创：2021-08-05 上海市法学会 东方法学 顾冷涓 157
- 夫妻约定不动产“归一方所有”的性质、效力与物权变动——对《民法典》第 1065 条的解释论展开..... 2021-08-17 法语峰言 罗师 颜凌云 165
- 离婚调解：谁之正义？——女性主义视角下的检讨与启示..... 2021-08-17 郭欣言 173

（二）法官视点..... 185

- 人类结婚是因为爱情？可拉倒吧！|庭前独角兽..... 原创：2021-07-30 庭前独角兽 有自知之明的 185
- 聊一聊处理夫妻债务的失败案例..... 原创：2021-08-03 红发橙子 红发橙子 196
- 当她在法庭上读完了那本日记..... | 至正 · 法官札记 60..... 2021-08-16 上海二中院 197

（三）检察官视点..... 199

- 最高检发布典型案例 阐释破坏军婚的“同居”行为..... 2021-08-04 中国妇女报 王春霞 199

（四）律师视点..... 200

- 张雪梅|建立健全监护支持、监督机制 完善国家监护制度..... 2021-08-03 少年司法专业委员会 张雪梅 200
- （试行）律师办理遗嘱见证业务操作指引（2020）|继承新闻|东方律师网..... 2021-08-13 家事法苑 东方律师网 202
- （试行）律师代理家族信托法律业务操作指引（2020）|继承新闻|东方律师网... 2021-08-13 家事法苑 东方律师网 207
- 家族战争 | 离婚后相互逼宫 连锁危局双双出局..... 原创：2021-08-31 家族企业杂志 高皓 安静 218

（五）公证专题..... 222

- 民法典“居住权”新规实务理解及公证视角处理思路 | 审判研究..... 原创：2021-08-16 审判研究 高斌 杨铮熠 222

八、异域资讯..... 227

- 美法官签署离婚协议：比尔·盖茨夫妇 27 年婚姻正式结束..... 2021-08-03 环球网 227



比尔·盖茨夫妇正式离婚，超千亿美元财产咋分？..... 2021-08-03 新京报 227

“强制监护”禁锢小甜甜 13 年！这次，好莱坞顶尖律师出马了..... 原创：2021-08-09 法治周末报 法治周末报 230

九、书籍推荐..... 235

书籍·推荐 | 《青少年权益维护法律法规及政策汇编》（共青团中央维护青少年权益部，中国青少年研究中心，法律出版社，2021 年 06 月）..... 2021-08-07 家事法苑 法律出版社 235

书籍·推荐 | 《《民法典》适用与司法实务（第二版）》（茆荣华，法律出版社，2021 年 07 月）..... 2021-08-28 家事法苑 茆荣华 249

附件一..... 254

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则..... 254

附件二..... 258

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知..... 258



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委成员：陈贝贝、任小曼、邓雯芬、付鹏博、刘海娜、李凤影

①家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

②家事法苑™ 团队官方博客：<http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

③家事法苑™ 团队离婚协议自助网：<http://www.91lihun.com>

④简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

⑤简报电子版下载：家事法苑™ 家事律师网<http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”

⑥家事法苑™ 系列交流微信群：家事法实务交流群、继承法实务交流群、涉外家事法实务交流群、法律人电影·音乐休闲主题群

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务以及相关问题。

法律人电影·音乐休闲主题群，群内每天不定时分享电影及音乐最新资讯，群友围绕电影和音乐主题交流互动，丰富法律人的业余生活；不定期组织群友线下集体观影、电影资料分享、电影原声音乐视听鉴赏沙龙。

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请入群者先添加以下任一群管理员个人好友：

杨晓林律师（微信号：Y13522380366）

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

陈贝贝助理（微信号：18817836410）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，家事法实务交流群/继承法实务交流群/涉外实务交流群/电影音乐群”。

严正声明：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。

正文

一、审判动态

深圳一市民负债 400 多万申请个人破产清算，法院为何不受理？

2021-07-30 羊城晚报·羊城派

<https://ycpai.ycwb.com/amucsite/template3/#/newsDetail/-1/40172446.html?isShare=true>

此案为防范个人破产程序不当利益

提供了鲜活案例

文/羊城晚报全媒体记者 董柳

7月19日，我国境内首宗个人破产案裁定书被送达给当事人梁某某。

截至7月16日，深圳中院“深破茧”系统收到了615件申请，200多宗申请因不符合《深圳经济特区个人破产条例》相关规定被作退回处理。

深圳市民李某某申请个人破产清算案是被裁定不予受理的案件之一。他的申请为何不被法院受理？专家认为，该案为防范个人破产程序不当利益提供了鲜活案例。

负债400多万元后申请个人破产清算

李某某陈述：“2014年，我用妻子名下的景田北路翔名苑房产抵押做经营贷，向工商银行借款100多万元，后来偿还了。2016年又用该房做经营贷借款230万元，2017年增加到338万元。2016年10月，我用自己名下的银湖润唐山庄房产抵押做经营贷，向招商银行借款480万元，由于该房产原来有贷款，实际到手的款项400多万元。另外，招商银行借给我备用金30万元，平安银行借给我小额经营贷50万元。上述借款合计约800万元。该借款一方面用于支付银行利息，一方面因为投资经营亏损掉了。2017年，我成立的贵

州万某能源技术有限公司从立项到最后花费了110万元，两年利息支付了90万元，我借给三位朋友20.85万元，经过深圳市福田区人民法院判决确认，但都没有执行到。景田北路翔名苑房产用于出租，每月租金为7000元。”

“2018年，我与妻子离婚，约定债务全部由我承担。离婚后，我用银湖润唐山庄的房产抵押再次做了经营贷，贷款659万元，该款归还了原来的贷款490万元，余款有100多万元。2018年年底，我到非洲南苏丹、索马里、埃塞俄比亚、肯尼亚等国做金属贸易矿生意，向深圳贸易发展局申请了600万元的进出口证，最后损失了30万元，加上一年银行贷款的利息损失60万元。2019年年底，经营贷借款增加到970万元左右。2019年七八月，我无法偿还银行利息，于2019年10月变卖了银湖润唐山庄的房产，成交价730万元，支付了税款等费用并归还贷款后，剩余的几十万元偿还了外债。”李某某表示：“2019年我开始使用信用卡，用信用卡套现的方式归还每月7万元的银行利息。2020年1月，债务开始逾期。目前的债务合计424.3317万元。”

法院审查期间，李某某提交的离婚协议书记载，李某某与前妻于2018年10月18日登记离婚，离婚后各自存款归各自所有，婚前各自拥有一房归各自所有；夫妻关系存续期间，因李某某需用钱，于2017年11月14日以女方在深圳市景田北路翔名苑的房产抵押向招商银行借款338万元，

于 2016 年 10 月以李某某在银湖的房产抵押向招商银行借款 480 万元，女方作为该笔借款债务人签名，但所有借款都由李某某使用，全部由李某某偿还。

债权人招商银行确认，李某某申请破产后，其与前妻向招商银行所借款项 338 万元的剩余本息已由其前妻归还。

法院称无法认定是否存在破产原因法院审查认为，李某某与其前妻 2018 年 10 月 18 日离婚，双方均为离婚前债务的债务人，双方资产足以覆盖全部债务。2019 年，李某某以信用卡套现方式归还上述债务的每月 7 万元银行利息，其后，李某某归还了以银湖润唐山庄房产作抵押的经营贷借款，其前妻在李某某申请破产后归还了招商银行经营贷借款 338 万元的剩余本息。从李某某提交的材料与其陈述看，李某某所负债务与其所述的经营损失、实际支出情况之间，并不能互相对应，数额相差较大。同时，李某某与其前妻均为离婚前债务的债务人，而离婚后，李某某不仅归还了以银湖润唐山庄房产作抵押的经营贷借款 480 万元本息，还以信用卡套现方式归还了以景田北翔名苑房产作抵押的经营贷贷款 338 万元的部分本息，存在以个人名义过度举债归还夫妻共同债务，其后针对新债申请个人破产清算的情形。

法院认为，李某某对财产变动经过不能作出合理解释，且离婚时约定夫妻共同债务由一方承

担，并过度举债归还，导致法院无法认定其本人是否存在破产原因。

今年 5 月 14 日，深圳中院依《深圳经济特区个人破产条例》的规定，裁定不予受理李某某的个人破产清算申请。

专家：严格把握破产程序要求 有助于保障立法试点成效

中国人民大学法学院教授、博士生导师徐阳光撰文指出，在个人破产申请的审查中，作出不予受理的裁定往往更能考验法官的智慧，就好比拒绝请求往往需要更充分的理由和依据。“该裁定书作为深圳中院裁定不予受理个人破产申请的第一案，具有示范意义，可以引发我们对法院如何审查个人破产申请的思考，促使我们思考如何把握个人破产原因的认定，如何防范个人破产程序被个别债务人不当利用，如何在个人破产立法的大环境下来思考制度功能的有效性和局限性。”

徐阳光认为，深圳中院坚持严格审查破产原因，为防范个人破产程序不当利益提供了鲜活的案例；对该申请不予受理的裁定，严格把握了《条例》对启动破产程序的要求，有助于保障个人破产立法试点的成效。

(更多新闻资讯，请关注羊城派 pai.ycwb.com)

来源 | 羊城晚报·羊城派

责编 | 魏礼园

最高院：夫妻双方经营公司时一方因对赌而触发股权回购所形成的债务是否属于夫妻共同债务？

2021-08-02 法门囚徒

<https://mp.weixin.qq.com/s/0DNAElmCRjt2re1C-ThyKa>

裁判要旨

涉案公司股权属于夫妻共同财产亦系双方共同经营，无论商业经营行为的最终结果系盈利或

亏损，后果均应及于夫妻双方。夫妻一方基于公司对赌失败而负有回购股权的义务，应属于公司生产经营所负债务，该债务应当认定为夫妻共同债务。

案例索引

《郑少爱、广州霍利投资管理企业股权转让纠纷再审案》【(2021)最高法民申 4323 号】

争议焦点

夫妻双方经营公司时一方以该公司进行对赌而触发股权回购形成的债务是否属于夫妻共同债务？

裁判意见

最高法院认为：《夫妻债务纠纷案件解释》第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”根据该规定，夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务认定为夫妻共同债务，须有证据足以证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者具有夫妻共同意思表示。首先，在本案中，许明旗取得夜光达公司股权时处于与郑少爱的婚姻关系存续期间，该股权应认定为夫妻共同财产。原审认定案涉夜光达公司股份属于夫妻共同财产，并无不当。其次，郑少爱在婚姻关系存续期间亦曾任夜光达公司股东，后虽将股权转让至许明旗一人投资的夜光达科技（香港）投资有限公司，但陆续担任夜光达公司监事、监事会主席及财务副总等核心要职。许明旗则陆续为夜光达公司的唯一股东、控股股东，作为公司的法定代表人，任公司董事及经理。据此，夜光达公司系许明旗、郑少爱二人分工协力，共同经营的企业，因经营或任职夜光达公司所获得的收入亦应属于夫妻共同财产。再次，许明旗、夜光达公司与霍利企业签订的《股份转让协议》、许明旗与霍利企业签订的《福建夜光达科技股份有限公司股份转让协议之补充协议》中明确约定，许明旗将案涉股权转让给霍利企业，如夜光达公

司未能在 2017 年 12 月 31 日前完成中国 A 股 IPO 上市申报或未能在 2020 年 12 月 31 日前完成中国 A 股 IPO 上市，则霍利企业有权向许明旗转让其在本次转让取得的夜光达公司全部或部分股份，许明旗必须予以购入，回购或转让的价款的支付时间为收到霍利企业通知后 1 个月内。案涉协议约定许明旗负有回购股权的义务，这同时也是霍利企业购买股权投资夜光达公司的条件，可见案涉协议的签订系出于经营夜光达公司的商业目的，因此产生的回购股权债务应属于公司生产经营所负债务。

此外，2017 年 8 月 26 日，夜光达公司召开第一届监事会第四次会议，郑少爱作为监事会主席进行主持，会议对夜光达公司《2017 年半年度报告》进行审议并表决通过。郑少爱对夜光达公司 2017 年 4 月 17 日签订案涉协议及 2017 年 8 月 4 日收到霍利企业支付的股权转让款应系明知并且同意。据此，签订案涉协议应系许明旗、郑少爱因经营公司所作出的共同决策，案涉债务的负担具有夫妻共同意思表示。

综上，案涉债务用于许明旗、郑少爱二人共同生产经营，且有证据证明具有二人共同意思表示，应认定为夫妻共同债务。夜光达公司股权属于夫妻共同财产，夜光达公司亦系许明旗、郑少爱共同经营，无论商业经营行为的最终结果系盈利或亏损，后果均应及于郑少爱。原审认定郑少爱长期与许明旗共同经营夜光达公司，案涉债务应当认定为夫妻共同债务，并无不当。

许明旗对霍利企业负有股权回购义务，是案涉协议的直接债务人，并非是承担保证责任的保证人，故郑少爱认为案涉债务属于保证债务，没有事实依据，本院不予认可。至于郑少爱认为即便成立夫妻共同债务，也应以夫妻共同财产为限进行偿债的理由，不具有相应法律依据，本院对该理由亦不予认可。由于郑少爱于申请再审阶段并未提交任何新的证据，本院对其以具有新证据为由申请再审的理由，不予支持。

再婚后又起诉与前妻离婚？法院：罚十万！

2021-08-02 广州市中级人民法院 广州中院

https://mp.weixin.qq.com/s/AypemfsKyphZADAdT_7BMA

民事诉讼应当遵循诚实信用原则，但仍有人亵渎法律权威，刻意隐瞒案件关键事实向法院起诉，最终领回 10 万元“罚单”。

基本案情

1983 年，小王（男）与小花（女）在广州登记结婚，婚后两人育有一儿一女。1987 年，小王与小花移居英国。

2019 年 4 月，小王向广州市越秀区人民法院提起离婚诉讼，请求与小花离婚并分割夫妻共同财产。越秀法院依法向小花的户籍所在地地址邮寄诉讼材料后，小花的家人表示，其本人在国外，无法到庭应诉及答辩，并表示其会向小花转达本案的诉讼情况。越秀法院依法进行公告送达后，对案件进行缺席审理。

越秀法院对案件审理后，作出一审判决：准许小王与小花离婚，并对小花于 2009 年购买的房产及售房款等价值 2000 万的财产进行了分割。小花在得知法院已作出判决后，办理了相关委托手续，由律师领取了判决书。

随后，小花因不服一审判决提起上诉，并在二审过程中向广州市中级人民法院提交了相关证据。

根据新的证据显示，2001 年 10 月，英国高等法院家事法庭出具判决书解除了小王与小花的婚姻关系；2013 年，小花与小梁结婚；2016 年，小王与小张在英国结婚。上述事实，小王均未在一审诉讼期间向法庭如实告知。

广州市中级人民法院经审理认为，一审法院遗漏主要事实未予审查，故撤销一审判决，将案件发回重审。

越秀法院在重审期间认为，小王向法庭隐瞒案件重要事实，严重妨碍人民法院审理案件，且

涉案金额巨大，依法作出对小王罚款 10 万元的决定。以严肃法庭纪律，规范庭审秩序，保障民事诉讼正常进行。

小王不服，提出复议申请。广州市中级人民法院复议决定，驳回小王的复议申请，维持原决定。

法官说法

根据法律规定，在民事案件审理过程中，如果当事人故意隐瞒或虚构案件事实，妨碍人民法院审理案件的，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。

本案中，小王违背诚实信用原则，隐瞒其与小花于 2001 年在英国解除婚姻关系，并且双方已分别与案外人登记结婚的事实。在明知自己与小花婚姻关系已经解除的情况下，仍向法院起诉请求与小花离婚并分割夫妻财产，导致法院遗漏案件主要事实未予审查，严重妨碍法院审理案件，损害司法权威和司法公信力，故法院依据民事诉讼法有关规定，对小王予以罚款。

在此，希望广大民众在民事活动和诉讼活动中都要秉持诚实守信的原则，尊重客观事实，要小心机意图钻法律空子的最终结果，只能是“偷鸡不成蚀把米”。同时，作为被告方，在接到法院通知后，也应当积极应诉答辩，如实全面反映案情，维护自身合法权益。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第七条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第十三条 民事诉讼，应当遵循诚信原则。

第十三条第一款 民事诉讼应当遵循诚实信用原则。

第一百一十一条 诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，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：

（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

（二）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；

（三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

（四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

第一百一十五条第一款 对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第六十三条 当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。当事人的陈述与此前陈述不一致的，人民法院应当责令其说明理由，并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定。当事人故意作虚假陈述妨碍人民法院审理的，人民法院应当根据情节，依照民事诉讼法第一百一十一条的规定进行处罚。

来源 | 广州中院新媒体工作室

素材 | 越秀法院

通讯员 | 何芷君 梁艳华

责编 | 钟远东

编辑 | 戴晶娜

丧偶老人私自把房产低价卖给孙子，女儿知道后诉至法院

2021-08-06 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/yeISw87kAC874gbpwwCc9g>

因为母亲赵某私自将其与亡夫周某共同拥有的房屋低价卖给孙子小周，赵某的女儿周女士感到不满，诉至法院要求确认该房屋买卖合同无效。广东省韶关市武江区人民法院于近日审结该案并依法作出判决。

据悉，多年前，赵某和周某结婚，育有周大哥、周女士两名子女。二十世纪八十年代初，其夫妇二人经向相关部门申请后，获批 150 m²土地用以建房。

房子建好后，赵某办理了房产证，显示赵某为案涉房屋的所有权人，占有房屋的全部份额。2007 年，周某去世，且其生前未立下遗嘱。

2019 年，赵某和自己的孙子小周签订房屋买卖合同，约定将涉案房屋以 10 万元转让给小周，并办理过户登记。

周女士得知后，认为涉案房屋系父亲周某与母亲赵某婚姻关系存续期间的自建房，赵某在明知亡夫周某的遗产未分割继承前属夫妻共同共有的情况下，私自签订房屋买卖合同，将房屋转移登记在小周名下，严重损害其合法权益，故诉至武江法院要求确认赵某与小周签订的房屋买卖合同无效。

庭上，赵某抗辩称涉案房屋系登记在其个人名下，与周某没有关系。且涉案房屋是由其出钱

建造，其大儿子周大哥在 2011 年对涉案房屋进行了加建和装修。同时，周大哥认为：“按照农村习俗，老人的房子都是留给同住的儿子及孙子，赵某转让房屋的行为合情合理。”

此外，小周的父亲周大哥虽主张其已代小周向赵某支付 10 万元现金购房款，但未提交相关证据。

武江法院经审理认为，本案系确认合同无效纠纷。涉案房屋建成于被继承人周某与赵某的婚姻关系存续期间，系双方婚后用共同财产建造，为夫妻共有财产。周某生前未留有遗嘱，其法定继承人未表示放弃继承，根据《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第五条、第十条的规定，涉案房屋的一半为周某的遗产，应由周某的配偶赵某及周大哥、周女士继承。

现赵某与周大哥在明知存在其他继承人的情况下仍签订房屋买卖合同，以不合理价格转让涉案房屋并办理房屋的产权转移登记，侵害了其他继承人的继承权，符合《中华人民共和国合同法》第五十二条有关“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”的合同无效情形，周女士请求确认赵某与小周签订的房屋买卖合同无效有事实和法律依据，法院予以支持。

“在庭上，周大哥所提‘按照农村习俗，房子都是留给同住的儿子及孙子’的观点，是和我国继承法相关规定相背离的。”结合该案，承办法官表示，继承权男女平等，公民的遗产继承均应遵循法律规定进行，不论所生活地区有何规约或不成文的风俗习惯，都不能排除法律的适用。

来源：韶关中院（作者：黄健婷 黄嫔）

编辑：冼小堤

女企业家九千万离婚析产案再审背后：梧州法院系统三领导落马

原创：2021-08-04 澎湃新闻

https://www.toutiao.com/i6992343218406982151/?tt_from=weixin&utm_campaign=client_share&wxshare_count=12×tamp=1628037240&app=news_article&utm_source=weixin&utm_medium=toutiao_android&use_new_style=1&req_id=202108040834000101511902312226C751&group_id=6992343218406982151

澎湃新闻记者 谭君

时隔近十年之后，落马女企业家许淑清与前夫张松成的离婚析产案，8 月 17 日将开庭再审。

许淑清原为上市公司广西梧州中恒集团股份有限公司（以下简称中恒集团）董事长，因职务侵占、挪用资金、单位行贿，被判处 17 年有期徒刑，目前正在湖南省女子监狱服刑。

许淑清离婚案涉及中恒集团关联公司 90% 的股权权属等，涉案金额 9000 万元。此前，广西梧州两级法院认定该 90% 的股权全部归许淑清所有。张松成不服，一直申诉。随着 2015 年 8 月许淑清案发，该离婚析产案出现转机。2018 年 4 月，梧

州万秀法院认为，这起近十年前的离婚析产案判决“确有错误”，决定予以再审。



等待再审开庭中的张松成 除标注外，本文均为澎湃新闻记者 谭君 图

澎湃新闻（www.thepaper.cn）独家获得的多份裁判文书显示，时任梧州万秀法院副院长金明，

梧州中院民一庭庭长蒋学政、民三庭庭长周春兴，在许淑清离婚析产案中收受贿赂、“出谋划策”。案发后，三人均因受贿罪被判处缓刑至三年以内实刑。受贿案案发时，两位中院庭长已是基层法院院长或代理院长。

案值9000万的离婚官司

7月23日，一份由广西梧州万秀法院发出的离婚后财产纠纷案开庭传票，送到了张松成手中。传票显示，这起再审案件将于8月17日在湖南省女子监狱开庭。

723收

广西壮族自治区梧州市万秀区人民法院

传票

案号	(2021)桂0403民初342号
案由	离婚后财产纠纷
被传唤人	张松成
送达地址	本院
传唤事由	开庭
应到时间	2021年8月17日下午15时0分
应到场所	湖南省女子监狱

注意事项：1、被传唤人必须准时到达应到场所。
2、原告收到本传票后无正当理由拒不到庭，人民法院可以根据原告诉讼请求及双方已经提交法庭的证据材料缺席判决。
3、适用简易程序审理的民事案件可以当庭宣判，当庭宣判的，人民法院可以当庭送达裁判文书；当庭不能送达的，人民法院将当庭告知当事人领取裁判文书的时间和地点，逾期不来领取的，不影响上诉期间的计算。

审判员：李德峰
书记员：胡志
二〇二一年七月二一日

本联送被传唤人

张松成许淑清案的再审开庭传票

据中恒集团公告，该公司原董事长、公司控股子公司广西梧州制药（集团）股份有限公司（以下简称“梧州制药”）原董事长许淑清，于2015年8月28日被采取强制措施。2020年12月28日，湖南省湘西中院对许淑清犯职务侵占、挪用资金、单位行贿一案作出终审判决，判处许淑清有期徒刑十七年。

中恒集团2000年登陆A股，是梧州市第一家上市公司，主要从事对医药、能源、基础设施等的投资与管理，房地产开发与经营等业务。

多份裁判文书显示，许淑清生于1958年，曾为黑龙江省富裕县畜牧局干部。1993年，许淑清

与他人创立了服装贸易企业“广州市黄埔区联丰贸易有限公司”，注册资本50万元，许淑清占股60%。自2001年起，该公司多次更名增资，先后更名为广州保宇实业有限公司（以下简称广州保宇）、广州中恒集团有限公司（以下简称广州中恒），注册资本从50万元逐步增至2000万元、4000万元、8000万元，最后为1亿元，许淑清的出资也随之增加，占股从60%增至80%，最后为90%。

2006年，中恒集团实施股权分置改革。同年12月，许淑清通过广州保宇，以“蛇吞象”的方式，低成本收购了中恒集团的子公司梧州鸳鸯江大桥有限公司（后更名为广西中恒实业有限公司），成功入主中恒集团。

后来落马的、与许淑清关系密切的时任南宁市委书记余远辉曾表示，“广州保宇公司成功收购中恒集团国有股股份，是梧州市国有企业‘开门改制’和招商引资取得的又一丰硕成果。”

张松成是许淑清的第二任丈夫。两人结婚于2000年8月。结婚时，张松成是广东省珠海警备区的军官，后调任至广东茂名人武部、珠海市口岸局等地任职。两人均是二婚，婚前许淑清有一对双胞胎儿子和一个女儿，张松成有一女。

两人婚后均无子女，于2009年4月7日离婚。在近9年的婚姻存续期间，许淑清从一家广州小企业负责人，成为广西上市公司的掌门人。与此同时，许淑清还获得了全国人大代表、全国劳动模范、全国道德模范提名奖、全国“三八”红旗手标兵等身份和殊荣。

两人离婚时，并未对许淑清名下广州保宇公司90%的股权等财产进行分割。

协议离婚后不久，张松成向广东珠海中院起诉，要求分割许淑清持有的广州保宇实业股权。但该案件因许淑清提起管辖异议，被交由广西的法院审理。

随后，在广西，针对这笔离婚财产案，张松成作为原告发起的案件，被法院裁定中止；许淑清在其作为原告发起的案件中，一二审均胜诉，广

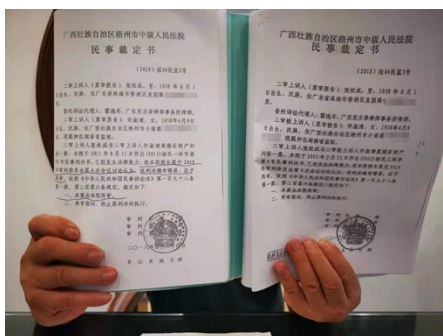
州保宇公司 90% 的股权等财产完全归她所有，涉案金额 9000 万元；她仅支付了几十元诉讼费。许淑清胜诉后，在张松成作为原告的案子中，他的诉求均被驳回，最终共支付 53 万余元诉讼费。

张松成对此不服，多年来一直申诉，均未果。直至 2015 年 5 月时任南宁市委书记余远辉被“双规”，同年 8 月许淑清被采取强制措施，介入许淑清离婚案的三位法官随之被查，该案迎来再审。

2018 年 4 月 24 日，梧州万秀法院下达了两份裁定，对张松成、许淑清分别为原告的两起案件均予以再审，理由是：“该判决确有错误。”

副院长关照之下的“确认之诉”

“确有错误”的两份判决，到底是怎么形成的？



许淑清诉张松成的“确认之诉”和张松成诉许淑清的“给付之诉”均被认为“确有错误”。

张松成、许淑清财产纠纷案中收受贿赂的三名法官的受贿案判决书，揭开了谜团一角。

据广西岑溪市法院审理查明，2009 年 7 月 29 日，张松成向珠海中院起诉要求分割与许淑清离婚后的夫妻共同财产。该财产为价值 9000 万的保宇公司 90% 股权及梧州市升龙秀湾 8 号楼某房。许淑清向珠海中院提出管辖权异议。

其间，许淑清的诉讼代理人黄位灿，私下找到时任梧州万秀区法院分管民事审判工作的副院长金明，请教许淑清与张松成离婚后财产纠纷案应当如何处理。金明告知可以在万秀区法院就上述财产提起确认之诉。

“所谓确认之诉，就是请求法院对原被告之间的某种约定或关系，予以认可。”张松成的律师胡定峰介绍，“张松成要求分割夫妻财产，属于给付之诉。两个案子实际是一个。许淑清拿出两人吵架时签订的、张松成未认可也没有发生过法律效力的离婚协议，通过确认之诉让法院认可。这样一来，只要法院偏袒许淑清，张松成的起诉就没有意义了，案件相当于被‘釜底抽薪’。”



张松成和他的律师胡定峰在沟通案情

岑溪法院判决书显示，2010 年 4 月 6 日，许淑清在万秀区法院就上述财产提起诉讼，黄位灿就该案向金明请求予以关照，金明就该案的诉讼费按确认之诉的 50 元/件收取、案件的处理等问题打招呼或过问。

庭审中，作为被告的张松成提出，他已提起诉讼，案由为分割广州保宇的股权，与该案诉讼请求确认的财产为同一标的，法庭应该依据“一事不二理”原则，驳回原告许淑清的诉请，对此，法庭没有采纳也没有解释。

法庭上，许淑清拿出了四份两人曾签署过的《离婚协议书》。其中三份的打印内容完全一致，但有不同手写添加内容，落款时间跨度长达 5 年，分别为 2004 年 11 月 24 日、2006 年 9 月 9 日、2009 年 4 月 19 日。手写内容有：保宇公司收益、升龙秀湾房归许淑清等。第四份《离婚协议书》的时间是 2007 年 3 月 6 日，核心内容是“各自财产归各自所有”。

张松成告诉澎湃新闻，那三份打印内容一致、时间签署不一致的离婚协议，实是同一份。婚姻期间，两人有次大吵，他为了哄对方，签过一份离

婚协议，因为没涉及财产分割，他没当回事，任由许淑清拿走。至于 2007 年这份，“当时没想过要离婚，签完字就没管了，而且事实也是，离婚是在几年之后”。

审判长肖军卫等人组成的合议庭认可了张松成的异议，以许淑清没有提供其他证据为由，没有采信三份打印内容一致的《离婚协议书》。但法院采信了 2007 年的《离婚协议书》，据此判决广州保宇 90% 股权归许淑清所有，驳回许淑清要求确认升龙秀湾房屋归其所有的诉求。

“许淑清的案子影响比较大，案件的每一步进展都会向分管副院长金明汇报。金明曾问过我，许淑清的诉讼请求是否都可以得到支持的问题。”在金明受贿案中，肖军卫在证词中说。

法院查明，2011 年七八月份和 2012 年上半年，金明先后应邀与黄位灿、许淑清儿子赵学伟等人在酒店吃饭，并收受赵学伟好处费 12 万元，以感谢其在许淑清离婚案中的帮助和关照。

让行贿者“满意”的判决

张松成对万秀法院判决不服，向梧州中院提起上诉。

张松成认为，他有权获得广州保宇许淑清名下股权的一半。“结婚后，我的工资卡都交给了许淑清。广州保宇的数次增资都是在我们结婚期间进行，后来收购中恒集团需要资金，也是我和她四处借钱，包括去澳门借高利贷。若不是我的身份背书，她能借到那么多钱？”

当时尚有效的《婚姻法》司法解释三第五条明确规定，“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”

胡定峰律师认为，抛开在“给付之诉”之前插入“确认之诉”的问题，万秀法院判决实体上的另一个硬伤是，“根据离婚协议的约定分割夫妻财产的前提是，必须婚离成了。无论是法理上还是人情上，几年前的离婚协议，在双方没追认的情况下，不能去约束几年后的离婚。”

实际上，《婚姻法》司法解释第十四条明确规定，“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”

然而，令张松成没想到的是，二审不但没有扳回局面，反而失去更多。

时任梧州中院民一庭庭长蒋学政的受贿案判决书显示，2011 年六七月份，梧州中恒集团时任董事长许淑清离婚财产分割案上诉到梧州中院后，许淑清不满意一审部分判决，黄位灿找到了蒋学政，希望他做出有利于许的判决。

梧州市苍梧县人民法院党组书记、副院长（代院长）蒋学政接受组织调查

来源：梧州市纪委 发布时间：2016年07月11日 15:44 分享 打印

据梧州市纪委消息：梧州市苍梧县人民法院党组书记、副院长（代院长）蒋学政因涉嫌严重违纪，目前正接受组织调查。

蒋学政简历：

蒋学政，男，1963年7月出生，广西全州人，大学学历，1985年12月加入中国共产党，1987年7月参加工作，1985年9月至1987年7月在西南政法学院法律专业学习；1987年7月至1997年6月在梧州地区中级人民法院工作，历任助理审判员、审判员等职务；1997年6月至2016年5月在梧州市中级人民法院工作，历任审判员、民事审判庭庭长、民事审判第二庭庭长等职务；2016年5月至今，任苍梧县人民法院党组书记、副院长、代院长。

蒋学政被查 图片来源：广西纪检监察网

判决书称，2011 年 7 月，蒋学政女儿蒋某某考驾驶证，许淑清的代理人黄位灿为其联系驾校并交纳学习费用 1600 元。2020 年 3 月，离婚财产纠纷案下判后，许淑清和其儿子赵学伟对判决很满意，蒋学政收受了黄位灿放在其办公桌上的 3 万元现金。

此外，在 2013 年 6~10 月间，蒋学政在办理多起涉及中恒集团的民间借贷纠纷案中，收受了黄位灿和梧州制药相关人员的现金，拉萨游玩的车票、门票，玉镯、玉石等，共计 187779 元。

在许淑清离婚财产纠纷上诉案中，蒋学政担任审判长。

法庭正面回应了张松成提起给付之诉后，许淑清是否有起诉资格的问题。“一个是确认之诉，一个是给付之诉，分属不同法律关系，尽管两案涉及的标的物部分一致，但不是重复起诉。”

法庭上，张松成诉称，三份打印内容一致的《离婚协议书》是由一份“变造”而来，他从未认

可、也没有留存，但法院以“按照常理《离婚协议书》一式二份，张松成手上应有留存”为由，认为是张松成拒不提供持有证据，从而直接认定三份《离婚协议书》有效。

最后，梧州中院不但维持了一审认定的广州保宇的股权全部归许淑清所有，还认定梧州市升龙秀湾的房子也归许淑清。

中院民庭庭长“出谋划策”

许淑清诉张松成的“确认之诉”案，通过一审二审胜诉后，轮到了张松成诉许淑清“给付之诉”案。原本张松成起诉在前，因管辖异议，以及梧州万秀区法院中止裁定，而等到了许淑清起诉案二审审结。

在“给付之诉”的庭审中，张松成称被梧州中院认定的三份离婚协议书涉嫌“变造”。

他称，首先，三份打印的离婚协议书，财产部分内容为手写添加，并无双方签字或指模确认。其次，协议本身多处有违常理，比如他不可能在长达五年的时间跨度里，在打印内容一致的离婚协议书上签字。再次，其中一份落款时间为2009年4月19日，此时他已经离开茂名市茂南区武装部超过2年之久，工作单位却还写的是茂南区武装部，“太假了”。

“该离婚协议诞生的真相，是2007年夫妻闹矛盾，我明知不会离婚，在一份一式三份的协议上签了字交给她（许淑清），她拿走了，我也没管了，因为后来也没有离婚。”张松成强调。

但万秀区法院认为，张松成所提内容是针对梧州中院判决的异议，“对此问题可向有关部门按申诉处理。”

万秀区法院最后认为，鉴于该案在上述“确认之诉”中已经确认所分割的财产属于许淑清，所以“原告要求分割财产的主张没有事实和法律依据”，并据此驳回原告张松成的诉讼请求。

判决书显示，该案的一审审判长也是此前“确认之诉”的审判长肖军卫。

张松成把翻案希望寄托在梧州中院的二审。

据梧州中院时任民三庭庭长周春兴的受贿案判决书，2012年，该案被分到民三庭周春兴手上。早在2007年至2009年，周春兴任民三庭副庭长时，就在办理中恒集团涉及的民事案件时，收受了许淑清之子中恒集团副总裁赵学伟送的10万元。

苍梧县法院刑事判决书显示，在许淑清离婚案中，周春兴又收受了赵学伟通过黄位灿送的10万元。法院最终认定周春兴受贿20万元。

周春兴坦言，赵学伟和黄位灿给他送钱，因为“（中恒集团）经常有案件在法院审理，觉得我有利用价值”。黄位灿在证词中说，“他在案件中帮许淑清出谋划策，同时向周春兴打招呼。”

对于“确认之诉”的操作，涉事法官早有经验。据赵学伟的证词，早在2009年的一起土地纠纷案中，中恒集团比较被动，黄位灿找周春兴想办法，周春兴看了相关案件材料，就出主意，让中恒集团在梧州就这个案件中的一个合同提出一个确认之诉，最终该确认之诉胜诉。

张松成诉许淑清“给付之诉”案上诉到梧州中院后，周春兴担任审判长的合议庭，仅用三页纸，就作出了“驳回上诉、维持原判”的裁定。

理由同样很简单，“经生效判决认定，该财产是被上诉人许淑清的个人财产，不是上诉人与被上诉人离婚时应当分割而未分割的财产。原审判决并无不当。”

至此，张松成根据涉案标的支付了共计52万余元诉讼费的离婚析产官司，以败诉告终。

法院决定再审三年后将开庭

值得一提的是，受贿案案发后，周春兴向办案机关交代，张松成与许淑清离婚析产案“属于重复起诉”。但他没有谈及该案的来龙去脉，以及原本是张松成提起离婚析产案的情况，而是以此为理由，表示自己在程序上驳回张松成起诉的合理

性。他还称，他是在许淑清胜诉后，收受 10 万元贿款。

2016 年 7 月 21 日，周春兴被刑拘时，他的身份已经是蒙山县法院院长。他于 2014 年被任命为该院执行局副局长兼执行第一庭庭长，2015 年 5 月、6 月任蒙山县法院党组书记，代院长。

梧州市蒙山县人民法院院长周春兴接受组织调查

来源：梧州市纪委 发布时间：2016年07月07日 15:51 分享 打印

梧州市蒙山县人民法院院长周春兴因涉嫌严重违纪，目前正接受组织调查。

周春兴简历：

周春兴，男，1966年6月出生，广西钟山人，大学学历，2002年1月加入中国共产党。1988年7月参加工作。1988年7月至1997年6月在梧州地区中级人民法院工作，先后任书记员、助理审判员等职务；1997年6月至2015年4月在梧州市中级人民法院工作，历任助理审判员、审判员、立案庭副庭长、民事审判第三庭庭长、民事审判第三庭庭长、执行庭庭长、执行第一庭庭长职务；2015年4月至2016年3月，任蒙山县人民法院副院长、代院长；2016年3月至今，任蒙山县人民法院院长。

周春兴被查 图片来源：广西纪检监察网

他的同事，时任梧州中院民一庭庭长的蒋学政，于 2016 年 7 月 8 日被刑拘。案发时也已为苍梧县法院党组书记、代理院长。蒋学政被认定受贿 18 万余元。

万秀区法院副院长金明是最早案发的。他于 2016 年 6 月 8 日被刑拘。案发时，他仍然是万秀区法院的党组成员、副院长。落马后，他表示，确权案件一半都是按件收费，他向立案人员打了招呼对许淑清案件按件收费。至于案件本身，“办案人员都认为证据是对许淑清有利的，所以他也没必要打什么招呼了。”他被认定受贿 13 万元。



金明被公诉 图片来源：岑溪检察院官网

三人均被认定触犯受贿罪，2017 年 8 月 23 日金明被判处有期徒刑一年三个月。2016 年 12 月 27 日蒋学政被判处有期徒刑一年十个月，缓刑二年；同日，周春兴也被判处有期徒刑三年。

2018 年 4 月 24 日，广西梧州中院决定对许淑清诉张松成的“确认之诉”和张松成诉许淑清的“给付之诉”，均予以再审。“经本院院长提交 2018 年审判委员会第 4 次会议讨论认为，该判决确有错误。”

2020 年 12 月 28 日，湖南省湘西中院对许淑清犯职务侵占、挪用资金、单位行贿一案作出终审判决，对许淑清合并执行有期徒刑十七年，对其职务侵占所购买的中恒集团第一期国有股权产生的收益 7.8 亿余元予以追缴，上缴国库，责令其退赔职务侵占的 1.1 亿余元给广西梧州制药集团。

2021 年 4 月，湖南吉首市法院发出执行结案通知，许淑清一案已全部执行完毕。

2021 年 7 月 23 日，张松成收到了再审开庭通知。这张来自梧州万秀法院的传票显示，该起离婚后财产纠纷案将于 8 月 17 日在湖南省女子监狱开庭。这距张松成首次起诉离婚析产，已过了 12 年。

责任编辑：崔烜

校对：丁晓

丈夫强奸岳母被判刑，妻子多次起诉离婚被驳，法官为何不判离婚？

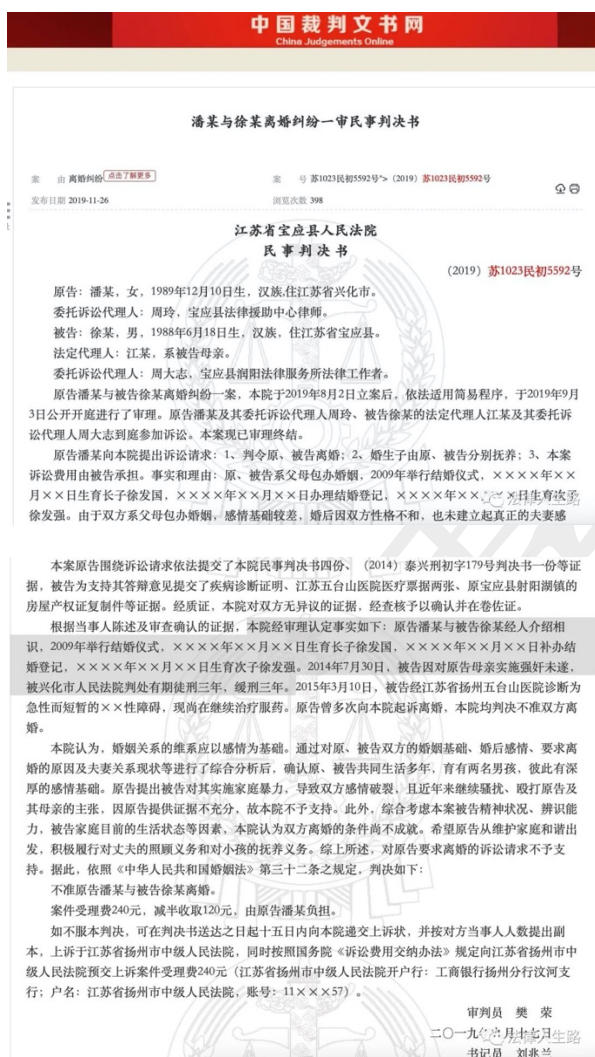
原创：2021-08-07 烟语法 烟语法明

<https://mp.weixin.qq.com/s/ylojgBDADNjjdXiHaJZ7A>

这两天，一篇 2019 年的 9 月 17 日江苏省宝应县法院作出《丈夫强奸岳母未遂，妻子 5 次起

诉离婚，法院：夫妻感情没破裂，不准离婚！》一审民事判决书火了。

惹火的原因是，“婚姻期间，丈夫强奸丈母娘，被江苏某某市人民法院以犯强奸罪（未遂）判处有期徒刑三年，缓刑三年。”、“妻子潘某多次以家暴、长期分居、殴打骚扰其母亲导致感情破裂等原因起诉离婚5次”，却被法院均以“夫妻感情没有破裂”为由判决不准离婚。如此的情节，还不构成夫妻感情破裂，什么情节才能构成感情破裂？如此的判决说理，让这份判决书，乃至判决的法官，这两天，引来骂声一片。



8月6日，江苏省宝应县法院相关工作人员回应澎湃新闻新闻，该案原告败诉后没有上诉，但后来又多次起诉，最后一次起诉是2020年7月20日，在另一名法官手上，该案最终调解结案，“调解后双方还是离掉了。”对于该案当时为何没有

判离，该工作人员说，“矛盾太大了，涉及到抚养、财产等纠纷。”

其实，很多网友只是注意到了夫妻双方激烈矛盾，却没有注意到，丈夫的特殊情况，更没有想到一旦判决离婚的家庭乃至社会风险。如判决书中有这样的事实认定，“2015年3月10日，被告经医院诊断为急性而短暂的××性障碍，现尚在继续治疗服药。（被告患有急性和短暂性精神障碍）”、“原告从2016年离家出走后双方分居已达3年有余。”、“诉讼请求为婚生子由原、被告分别抚养。（为了给被告治病并抚养两个小孩，被告父母已经花光了家中所有积蓄，并且欠下数十10万的债务）”。

概括一下就是：丈夫患有精神疾病，需要长期服药治疗，妻子已经离家出走三年多，两个孩子和丈夫全靠丈夫父母照顾，家里欠下了十几万债务。在此情况下，妻子要求离婚，无异于甩包袱，将丈夫和孩子的负担留给丈夫年迈的父母。推演一下，丈夫父母总有老去不能照看儿孙的时候，那时候，这一家老弱病残又该何人照顾？

都是，夫妻本是同林鸟，大难临头各自飞。家人遇难，是应该支持另一方一走了之留下一堆烂摊子，还是以不离婚为压力迫使其履行一定的家庭责任呢？都在骂法官、骂法院不准离婚，可如果判了离婚，这一家老少的生计，法院、法官是否需要考量？一旦出现极端事件，法院、法官，是否会再次被骂？

烟语君曾经接触过两个类似的离婚案件：丈夫婚后因为交通事故颅脑严重损伤，恢复后部分脑体缺失，生活部分不能自理，精神大变经常打人，家里还有一个孩子，父母都年过六十农村务农。这种情况下，妻子跑回娘家住了一年多后，第二次向法院起诉离婚，称孩子可以自行抚养，所有财产都可以不要，只要判决离婚就行。

调解阶段，法官对丈夫父母讲，既然人家不想跟你儿子过了，即使法院强行判决不准离婚，可强扭的瓜不甜，也不会有好日子过，人家执意离

婚，法院一次两次可以判决不准离婚，可起诉十次呢？还能判决不准离婚？

法官对妻子及他的父母讲，都说患难夫妻见真情，如果丈夫发生意外性情大变，就起诉离婚，这就是典型的甩包袱，不负责任。一旦离婚的话，你们是解脱了，可丈夫和他的父母怎么办？你们不对丈夫的今后生活做出一定的安排，只要案件在我手里，相信到了其他法官那里，无论起诉多少次，一样不会判决离婚。

最终，妻子与丈夫及其父母达成调解协议，以妻子放弃所有婚内财产、独立抚养孩子、支付丈夫今后生活费治疗费数十万元为代价，双方达成了离婚协议。

还有一个：婚后多年后，妻子突患精神疾病，曾经一天晚上，突然拿起斧头砍向了丈夫，导致丈夫受伤住院治疗。之后丈夫就离家出走，数次起诉离婚。妻子父母都已经去世，只有一个姐姐，丈夫离家后，姐姐将其搬到了家里居住照顾。在丈夫第三次后，妻子只有一个态度，不同意离婚，对于法院的传票置之不理，开庭也不到庭。不到庭，法官只得缺席判决离婚。

一审判决后，姐姐和姐夫把妻子扔到了法院的大门口，扬长而去。这可急坏了法院领导，将承办法官一顿批评，跑到妻子姐姐家里做工作，承认法官年轻不懂事，这个案件可以上诉寻求改判不准离婚。最后的结果是，上诉后，案件被以传票送达程序不合法为由发回重审，重审的结果是，判决不准离婚。

在中国的司法要求下，法官办案，被赋予了很多人法律之外的办案要求，最典型的就是，办案要达到法律效果、社会效果和政治效果的统一。在

离婚案件判定是否应当准予离婚的法律规定中，只有夫妻感情破裂的标准，可是，在现实司法中，因为提出离婚要求导致另一方遭到暴力伤害，判决离婚后一方生无可恋采取了极端报复他人的行为，乃至判决离婚后纠缠法官举报法官报复法官的，这些，都已经不是什么新闻。有经验的网友直言，这种情况下，判决不准离婚，是法官自身风险最小的判决结果选择。

法官在判案时，除了要考虑法律上的“夫妻感情是否破裂”，是否还要考虑这些法律外的，但却实实在在影响到社会稳定、法官切身利益的事项呢？这些事项，很多是写不到判决书上的，可以解释的，也只有，“矛盾太大了，涉及到抚养、财产等纠纷。”了吧。举个最简单的例子，如果法院判决以上这些案件离婚后，一方当事人作出了极端事件，各方媒体乃至官方，会不会将调查矛头直指法官呢？不知道，那些骂法官不判离婚的，是否想到了这些？

道理上讲，是婚姻自愿，离婚自由，可婚姻家庭，除了个人自由之外，是否还要考量家庭责任、社会责任呢？法官除了就案办案，是否还要考量案件结果的家庭影响、社会影响，乃至个人安危影响呢？说到底，表面上是离婚案件，实则是弱势群体的负担问题，发生这样的争议，本不是法官、司法所能解决的。精神病者、残疾人士的照顾负担，全部需要由家庭承担，这是一个社会现实，也是一个社会问题。此类案件，除非法官可以调解结案，否则，无论如何处理，都处于触发争议的几率之中。

第 161 期 | 婚内夫妻共同财产分割规则

原创：2021-08-09 中国上海司法智库 上海高院研究室

https://mp.weixin.qq.com/s/YU1mnpD_aD95z7ytkANRQ

编者按：本案准确把握我国婚内分割夫妻共同财产的立法精神，对夫妻一方身患重大疾病，但掌控夫妻共同财产的另一方却不积极主动承担医疗费用的，在充分考量权利救济的及时性、财产分割便利性的前提下，人民法院对患病方所提出的分割夫妻共同财产的请求，可按照举重以明轻的一般法理，依据《中华人民共和国民法典》第 1066 条予以支持。

婚内夫妻共同财产分割规则

——徐某某诉张某某婚姻家庭纠纷案

裁判要旨

夫妻分割共同财产，一般需以解除婚姻关系或达成分割共同财产的合意为前提，但婚姻存续期间，一方行为严重损害夫妻共同财产利益或者阻碍履行法定扶养义务的，另一方有权请求分割夫妻共同财产。在夫妻一方身患重大疾病、另一方阻碍其使用夫妻共同财产支付必要费用，且患病方难以通过主张扶养义务履行实现对未来可预见支出的及时救济的情况下，按照举重以明轻的一般法理，应当保护该方对夫妻财产的平等处理权。人民法院可以综合考虑诉请分割的夫妻共同财产的形成时间、构成情况及可分性等因素进行分割。

基本案情

原告张某某、被告徐某某于 1984 年 9 月 15 日登记结婚。婚后生育一子徐小某。2018 年 6 月底起，双方因故分居生活至今。当年 7 月，张某某起诉离婚，因徐某某不同意离婚，法院判决驳回张某某要求离婚的诉请。

张某某身患癌症，享有大病医保，在治疗中。上海市方浜中路某房屋（以下简称系争房屋）系张某某、徐某某婚姻关系存续期间于 1997 年取得，承租人为张某某，后变更为徐某某。徐某某在该处设立上海方市五金经营部，该房屋于 2017 年被征收。2017 年 9 月 3 日，徐某某与上海市黄浦区住房保障和房屋管理局及房屋征收实施单位上海市黄浦第一房屋征收服务事务所有限公司签订《上海市国有土地上房屋征收补偿协议》，约定徐某某可获得动迁补偿款 6,017,734.51 元。2018 年，徐某某两次领取房屋被征收补偿款共计 1,900,000 余元。2019 年春节前，徐某某给予张某某 10,000 元。

张某某认为，徐某某长期赌博、挥霍隐藏夫妻共同财产，严重侵害张某某财产利益，且张某某目前重病在身，徐某某领取上百万补偿款后，却挥霍一空，不对张某某进行积极治疗，而张某某未来尚需巨额的治疗费用。请求：依法分割系争房屋拆迁补偿款 6,017,734.51 元，判令原告取得其中的 4,000,000 元。

徐某某辩称，婚后张某某身患多种疾病，但徐某某始终不离不弃，尽力帮张某某积极治疗。系争房屋被征收后，张某某由于受到其家人和儿子徐小某指使离家出走，提出与徐某某离婚，法院判决不予离婚。徐小某起诉要求分割上海市系争房屋被征收补偿款，后撤诉。徐某某未参与过赌博，更谈不上归还赌债及挥霍一空的问题。关于张某某就诊之事，自张某某离家后徐某某一直无法与张某某取得联系，用短信规劝张某某回家由徐某某陪同看病，哪怕倾家荡产都愿意，但张某某始终不与徐某某见面。2019 年春节前，张某某与徐某某见面，张某某明确表示离婚不是其本意，

徐某某当即给其 10,000 元购买营养品。综上，徐某某认为，双方夫妻感情一直很好，张某某身患疾病，可以住回家，由徐某某陪同原告就诊。但不同意张某某的诉请。

裁判结果

上海市黄浦区人民法院于 2019 年 8 月 7 日作出 (2019) 沪 0101 民初 6154 号民事判决：徐某某名下的系争房屋被征收补偿款 6,017,734.51 元，其中 3,008,867.21 元归徐某某个人所有，3,008,867.30 元（包含徐某某已支付张某某 10,000 元）归张某某个人所有。上海市第二中级人民法院于 2019 年 10 月 29 日作出 (2019) 沪 02 民终 9765 号判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效判决认为，关于本案中张某某要求分割的系争房屋动迁款是否属于夫妻共同财产的问题，可结合系争房屋来源、取得时间、动迁发生时间等因素予以判断。本案中，系争房屋系张某某与徐某某夫妻关系存续期间取得，且徐某某所称的系争房屋非居因素所对应的营业执照也产生于夫妻关系存续期间，因此，系争房屋被征收所产生的征收补偿款全部属于夫妻共同财产。

（一）张某某对夫妻共同财产的平等处理权受到客观限制，而其本应享有使用自己财产医治自身疾病的正当性权利。

夫妻财产共同共有产生的根据，是由于夫妻共同生活，共同承受家庭负担，负责家庭的生产和消费；共同共有发生的前提条件是婚姻关系的确立。男女双方从确立夫妻关系这一时刻开始，共同生活，组织家庭的收入和开支，因此，在共同共有关系消灭之前，对共有的财产原则上不能进行分割。然而，上述考量却不能否认一个前提，即在婚姻家庭生活中，夫妻双方法律地位的平等当然包括对共同财产享有平等的权利。这种权利不

仅仅包括所有权归属，更应当包括对财产的使用、处分有着同等的决定权和参与权。然而，张某某身患癌症多年，过去以及未来都需要化疗治疗、营养支持，而这些医疗措施的开销长期而持续是她与徐某某家庭应当共同承担的。无论从法律上还是情理上，夫妻二人都应当共同协商一致而后采取积极有效的救治方案。但本案的实际情况在于，夫妻二人因家庭生活的其他事务存在分歧，而实际影响了张某某使用夫妻共同财产来对自身进行有效救治。已经查明的事实表明，徐某某在已经领取大额动拆迁款的情况下，经张某某多次讨要，仅交给张某某 1 万元，远不足以支撑张某某的日常生活特别是疾病治疗所需，严重影响到张某某对动迁款的处理权。而张某某欲对动迁款所做的使用用途具有当然的正当性，其享有使用自身财产对自身疾病予以及时、有效治疗的权利。

（二）征收补偿款方便分割却极易隐藏，对该类财产进行分割不妨碍任何一方居住等基本权益，且对患病方的救济相对于夫妻间扶养义务的约束，更具时效性。

本案所争议的财产系徐某某与张某某原共同居住、经营之房屋被征收所得到的货币补偿款，夫妻二人原来所长期持有的房屋已经灭失，在该房屋上所承载的居住、经营均断裂。夫妻二人本身即面临着重新规划家庭居住、经营的选择关口，该时期并不会因本案分割之诉请成立而有所改变。因此，本案夫妻共同财产的分割，几乎不影响夫妻家庭生活本来的走向，对夫妻二人的居住等基本权益不构成实质不利影响。反而，正是因为财产属于货币，若不能及时恢复张某某对财产本应享有的权利，嗣后可能面临财产难以取回的困境。本案中，徐某某对于其已经领取的 190 余万元动迁款项的去向，前后陈述不一，且存在诸多不合常理之处，其行为已涉嫌构成“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产”等严重损害夫妻共同财产利益的情形。

因此,即便有观点认为,张某某可以通过要求徐某某承担夫妻间扶养义务来获得救济。但实践中,基于夫妻间扶养义务而提出抚养费诉请,恐怕并不能满足张某某医疗救治的需求,而若要求徐某某基于扶养义务而承担医疗费用,该项主张的提出往往以实际发生医疗治疗开销为前提,对于未来极大可能产生而实际暂未产生之医疗费,张某某难以提前获得救济。而对这种暂未产生之医疗费具有自主决定权或选择权,不仅关系到张某某能否得到有效、及时的救治,更关系到张某某应当具有的独立自主的人格利益是否得到尊重。

（三）本案情形符合当前婚内分割夫妻共同财产制度的立法价值

本案中,张某某本人身患疾病,从法条文意解释的角度,可能并非严格属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国〉若干问题的解释(三)》规定的“一方负有法定扶养义务的人患有重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的情形”,但本案情形背后所反映的对张某某权利保护需求与维护夫妻共同财产秩序稳定的冲突,与上述法定情形具有同质性。在狭义理解的法定情形下,夫妻共同共有的财产状态限制了夫妻一方履行法定的其对他人的扶养义务,而需要夫妻一方扶养的被扶养人,及时得到医疗救治不仅具有正当性而且具有紧迫性。本案情形下,张某某被财产共同共有状态限制的虽然不是其对他人扶养义务的履行,但其进行自我救助的权利亦应得到法律至少是同等的肯定。恰恰,张某某与徐某某夫妻实际取得了一笔方便分割的巨额款项,在徐某某的行为已严重剥夺了张某某对动迁款平等处理权的情况下,本案理应赋予其要求分割该笔夫妻共同财产的权利。

徐某某辩称,若张某某回到其居处,双方共同生活,其完全可以负责照料张某某并支付治疗费。然而,双方夫妻感情出现危机,此前张某某曾起诉要求离婚,背后的原因可能不限于本案所涉及

的分歧、纠纷,但无论为何,既然徐某某已经明确表达了不愿意离婚的意思,也有继续共同生活的意愿,就更应尊重张某某对夫妻共同财产的处理意愿,特别是在张某某需要钱款支撑重大疾病治疗的情况下,还将动迁款完全把控以作为双方恢复夫妻感情的砝码,将对夫妻感情造成更深的伤害。婚内财产分割应当在维护婚姻关系的前提下进行,本案在裁判时仍然坚持促进婚姻家庭和谐稳定的原则,尽可能保护夫妻之间的感情,不使它进一步恶化,让他们尽可能以和平的方式解决夫妻之间关于共同财产的纠纷。

【相关法条】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第4条

(注:该司法解释条文已被吸收为《中华人民共和国民法典》第1066条,本案例审结在先,故引用时仍为司法解释条文)

【案例索引】

一审案号:上海市黄浦区人民法院(2019)沪0101民初6154号民事判决书

一审合议庭组成人员:上海市黄浦区人民法院 陈衍华、顾国钧、赵建华

二审案号:上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终9765号民事判决书

二审合议庭组成人员:上海市第二中级人民法院 翁俊、王江峰、熊燕

编写人:

熊燕 上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭法官

石俏伟 上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭法官助理

责任编辑:牛晨光

执行编辑:吴涛 范雨萱

佳作荐读 | 问题与表现——司法实践中居住权的适用浅探

2021-08-10 徐州审判 许备 刘荣飞 吴振宁

https://mp.weixin.qq.com/s/9gUU6-tsvM8s_fHSwm59za

内容摘要：党的十九大报告提出的“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，让全体人民住有所居”政策的贯彻落实，是立法层面对“房子是用来住的，不是用来炒的”理念的回应，也是国家对养老问题、住房问题等现实问题的关注。《民法典》已于 2021 年 1 月 1 日正式施行。其中物权编第 14 章居住权，为新增的一种权利类型，归类为用益物权。有关居住权的规定均浓缩在《民法典》第 366 条至第 371 条，笔者认为居住权的设立，充分体现了所有权人的自由意志，能够实现房屋权益最大化，但在司法实践中，如何做好贯彻立法本意与居住权规制的价值衡平，是值得摸索和积极探讨的，其最终目的是更好理解和适用居住权。

【关键词】居住权、立法目的、生活居住需要、司法实践、理解与适用

本文荣获江苏省法学会房地产法学研究会 2021 年年会优秀论文三等奖

作者简介



许 备

邳州法院督察室法官助理



刘荣飞

邳州法院办公室主任



吴振宁

邳州法院执行局副局长

全市法院调研积极分子

问题与表现

——司法实践中居住权的适用浅探

从渊源看，居住权产生于罗马婚姻家庭关系中，而且与财产继承制度紧密相关，最初是作为生活保障的制度而存在的。在罗马共和国扩张以前以及扩张后的相当一段历史中，罗马家庭在其社会生活中居于主要地位。家庭以家长权为基础，与家长权相适应，在财产继承方面实行概括继承制度。在当时的罗马社会，死者往往以遗嘱指定一家子为其财产的概括继承人，而其他非家长继

承人一般不能取得家产继承权。考虑到这样的情形，立法者才创制了与今日居住权相通的“古罗马居住权”。居住权在罗马社会中脱胎于婚姻家庭领域，并作为人役权的一部分，主要发挥着扶养、救助的功能。2019 年 4 月，《民法典》物权编草案（二审稿）增加规定了居住权原则上无偿设立，并增加了居住权合同的具体条款相关规定，进一步完善了居住权制度。立法机关重申，增加居住权专章规定是有针对性的，不仅考虑了我国的现实情况，同时还借鉴了有关国家的立法经验，立法目的主要是满足特定人群的居住需求。

[1]由此可见，《民法典》所设定的居住权充分体现了扶养、救助的功能，主要目的是为了满足不同生活居住的需要，在司法实践中，一些可预见的问题亟需明确。在具体裁判和适用中，必须紧密围绕立法目的，做出符合法理，符合社会主义核心价值观的分析与考量。《民法典》居住权制度为更多主体供给、更多渠道供应的住房体系建设提供了制度保障。人民法院审理涉居住权纠纷案件，应当发挥居住权制度为现代经济社会服务、维护公序良俗的立法目的，推动中国特色住房供应体系的进一步完善。[2]

一、居住权的主体问题

关于居住权的主体，《民法典》三百六十六条规定，居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。由此看来，居住权人的主体应当只能是自然人，因为只有自然人才有生活居住的需要，而法人和非法人组织是没有这种需求的。但学界存在两种不同的观点，有的观点认为，“《民法典》第 367 条规定居住权合同所包含的条款之一为“当事人的姓名或者名称和住所”，这一变化说明立法承认了法人和非法人组织既可以成为居住权的主体，也可以为他人设立居住权。”[3]而有的观点认为，“中国《民法典》居住权的财产价值表现为“满足生活居住的需要”。这样的规定

将居住权的价值限定为“雪中送炭”，而对于超出“生活居住需要”的其他需求，则不能通过居住权制度加以解决。同时，只有自然人有“生活需要”，而企业及其他组织没有“生活需要”，因此不能成为居住权的主体”。[4]笔者倾向于第二种观点，如何看待居住权主体的问题要紧紧围绕立法目的来考量，居住权设立的目的就是要充分满足人民群众生活居住的迫切需求，采取多种形式来保障“住房刚需”，而法人和非法人组织显然是没有这种需求的，该二类主体进行生产、经营或者其他活动主要是需要有一定的场所而非居住权意义上的住房。一旦将居住权的主体随意扩大化，很有可能又使设立居住权的房屋陷入可以随意“转让”，“炒房”的怪圈，明显与立法意图相悖。又根据法条的文义来看，虽然规定了居住权合同应当包括当事人的名称和住所，但这仅仅是对合同形式要件的规制，并不当然能够推导出居住权的主体能够包含法人和非法人组织。相反，笔者认为，根据立法目的，法人和非法人组织不能作为居住权的主体，但可以为他人设立居住权。例如公司、单位可以就自己所有的房屋为员工设立居住权，保障员工的居住生活需要。

综上，笔者认为，居住权的主体应当仅限于自然人，目的是为了满足不同生活居住需要，但法人和非法人组织虽然不能享有居住权，但可以为他人设立居住权，以保障他人的生活居住需要，这才是立法的本意。我国关于是否应当设立居住权的争论由来已久，反对者认为居住权适用面较窄，与居住权有关的纠纷可以通过现行有效的婚姻法、继承法、合同法等法律加以解决，故物权法没有规定居住权的必要，这一认识显然没有看到居住权的制度价值和应用场景。2001 年最高人民法院颁布的《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第 27 条第 3 款已经明确使用居住权的概念，规定可以使用房屋的居住权或者所有权对离婚后生活困难者进行帮助。社会生活中关于居住权的纠纷不在少数。在中国裁判文书网同时搜索关键词

“居住权”“民事案件”，截至 2021 年 7 月 4 日，共搜到案件 52293 件，占比最高的是合同及物权纠纷，其次是婚姻家庭、继承纠纷。大量的居住权纠纷客观上要求物权法明确规定居住权制度，将居住权制度上升到立法层面。我国的居住权可分为生活保障性居住权与投资消费性居住权，生活性居住权具有社会保障功能，投资性居住权具有金融投资功能。居住权法律关系的主体为居住权人与设定居住权的人。不论从立法目的还是司法实践乃至一般生活常识来看，针对生活居住需要的客体“住宅”，其权利主体居住权人只能是自然人，而设定居住权的人则包括自然人、法人和非法人组织。

笔者查询了中国裁判文书网，目前尚未发现因居住权主体产生的纠纷案件，但可以预见，随着《民法典》的进一步施行，在司法实践中将会发生居住权主体相关争议，审判实务中还是要紧扣立法目的，做好分析说理工作。也期盼下一步人民法院能够出台司法解释，就这一问题进一步明晰。

二、居住权设立的问题

《民法典》第三百六十七条规定设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。第三百六十八条规定居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。根据这些规定，居住权明确了需要登记而设立，并且必须要订立书面合同。但在实践中，很多地方的房产登记部门，未开始进行居住权登记，当事人因居住权引发的纠纷诉至法院，为严格遵从立法本意，充分保护当事人居住权益，人民法院充分发挥了司法能动性，对符合《民法典》规定的居住权予以了支持与保护。这就引出了相关问题，就是居住权由当事人设立登记之外，还可以依据人民法院的判决、裁定予以设立。

笔者通过搜索中国裁判文书网，用关键字“民法典 居住权”等搜索出直接涉及居住权的纠纷目前共有 33 篇文书，其中有的裁判不尽相同，但是法官基本遵循了《民法典》的立法本意和相关条款的规定，进行了裁判，司法效果和指引的效果较好。在居住权的设立方面人民法院已结案件反映出三类情况：

第一类情况，由双方书面协议设立并经人民法院确认登记。比如（2021）宁 0122 民初 1815 号民生判决书，原、被告双方因涉案房屋发生纠纷，经人民调解委员会调解，双方于 2013 年 2 月 25 日达成调解协议，约定原告在有生之年居住涉案房屋。被告以所有权予以抗辩，法院经过调查审理认为，原告诉请确认其享有涉案房屋的使用权，但从其陈述的案件事实及提交的证据分析，本案应为居住权纠纷。原告提交人民调解委员会调解协议书证实其对涉案房屋享有居住权，原、被告对该调解协议予以认可，人民调解委员会的调解协议书依法成立并生效。原告搬入涉案房屋居住多年，已形成事实上的居住权。虽然《中华人民共和国民法典》规定设立居住权应当向登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立，但县不动产登记事务中心至今尚未进行居住权登记，故该居住权未进行登记的过错并不在原、被告，也不应因此而确认居住权未设立。原告诉请要求确认其享有涉案房屋的居住权，符合法律规定和人民调解协议的约定，予以支持。

又如“《民法典》颁布实施以来，武汉首例居住权执行案件”，2014 年 1 月，许女士立下遗嘱，她和李先生共同居住的这套房屋所有权归弟弟许先生（化姓），并在遗嘱中表示，李先生再婚之前可一直住在房屋内。2016 年许女士病逝后，许先生和李先生曾因许女士的遗产纠纷对簿公堂。经法院审理查明，许女士的房屋为其婚前购买，属于许女士的个人婚前财产，因此按照许女士的遗嘱规定，房子所有权归许先生。因该房为许女士生前与李先生共同居住，许女士在遗嘱中也明确

表达了李先生再婚前可以一直在该房屋居住的愿望。2016 年 11 月，洪山区法院判决该房屋归许先生所有，李先生拥有该套房屋的居住使用权。判决后，李先生一直居住在房屋内，许先生也未曾打扰。今年初，李先生发现房子被许先生挂在某网络平台出售，他得知已正式实施的《民法典》新增了居住权相关规定，担心房子被卖了以后影响自己居住，连忙来到了武汉市洪山区法院执行局，申请居住权强制执行。2021 年 2 月 26 日，法院作出执行裁定，将该套房屋居住权登记在李先生名下。后该案执行员来到了洪山区政务服务中心，执行法官向工作人员递交协助执行通知书和执行裁定书，请不动产登记部门配合李先生办理居住权登记。工作人员收取材料后，对该套房屋做了相关的备注登记。[5]由此可见，居住权由当事人书面协议设立，在未能及时登记的情况下，在当前审判实践中，可由法院予以确认，并依执行裁定书予以登记。

第二类情况，所有权一方直接设立，由人民法院直接判决确认，如（2021）冀 0503 民初 1342 号民事判决书，在该案中，原告以自己名义办理了集体土地使用证和房屋所有权证，二原告通过分单的形式将此处宅院分给儿子，但同时上面设立了居住权。儿子虽然将此宅院进行了翻建，但不能据此剥夺二原告在此居住生活的权利。二原告主张对现在居住使用的几间房屋享有居住权，根据该房屋院落的实际情况，能够认定二原告的主张刚刚满足居住生活的基本需要，不超过必要的限度，合情合理，应予支持。赡养老人、善待老人、与父母和睦相处是中华民族的传统美德，被告按照分单分得了父母的房产宅院，翻建房屋后也应按照分单的约定允许父母居住到老，不但不应该阻止父母在此居住生活，更应处处为父母提供居住生活的便利。综上，法院确认：二原告对案涉房屋院落中的一楼西南角的房间、一楼西边的厕所、一楼东北方向中间的储物间、二楼西南角的房间享有居住使用的权利，对客厅门、院子门、

楼梯等公共设施以及客厅、院子等公共空间享有使用的权利。

在该案例中，人民法院直接判决确认了原告老人享有房屋部分空间的居住使用权利，是考虑了原告有明确的“分单”形式设立居住权，并遵循了“老有所养，老有所居”的立法目的，符合立法本意，也不违背法条的规定。

第三类情况，双方未有约定，由人民法院直接判决确定。根据民法典第 368 条的规定，设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。可以看出，民法典规定的居住权实行登记要件主义，未到登记机构申请居住权登记的，不能取得居住权。以合同方式设立居住权时，居住权合同的订立完全遵循合同自由原则[6]，一般包含当事人的姓名或者名称、居住权期限、住所和住宅的位置等内容，居住权合同系当事人的真实意思表示。家庭关系中，居住权旨在保障弱势方的居住权益，当事人就居住权的设立、居住权的期限、住宅的位置、居住的条件和要求等内容达成一致，办理居住权登记，弱势方的居住权始能得到保障。然而，实践中当事人在居住权登记前未能合意订立居住权合同，则弱势方的居住权益得不到保障。在（2019）苏 04 民终 2985 号“陆某与张某 1、杨某等继承纠纷案”中，八十岁高龄的陆某与其他家庭成员无法就居住权的设立达成一致，前置居住权合同缺失，陆某无法取得保障性居住权。倘使江苏省常州市中级人民法院不从尊重陆某长期居住的事实和保障集体经济组织成员基本生存权的角度出发，判决陆某对 23 号房享有居住权，则无法实现老有所居。又例如（2021）皖 0824 民初 533 号民事判决书，该案中，原、被告系儿子和母亲的关系，双方为确认遗嘱诉至法院，法院在确认房屋为儿子继承的情况下，鉴于母亲长期在案涉房屋内居住，为了保障其生活居住权，弘扬社会主义核心价值观，对母亲要求继续居住案涉房屋的要求，予以准许。并且直接判决“被告对位于潜山市房产享有居住

权”。在该案例中，所有权人生前立下遗嘱，房屋由儿子继承，但也未设立居住权。法院在审理该案时，依据被告即母亲的要求，直接判决房屋上设立居住权。

由此引申出司法实践中的问题，在婚姻或继承关系中，弱势一方在未有合同约定及遗嘱设立的情况下，是否还能通过诉讼，由人民法院判决方式设立居住权。如果由人民法院直接设立居住权，是否超出立法意图和法律规定，确实是值得商榷的。遵循《民法典》第 367 条和第 368 条的规定，居住权的设立以当事人之间的书面居住权合同为前提，以居住权登记为生效要件，则在赡养纠纷、离婚纠纷和分家析产纠纷等家庭纠纷中，双方当事人关系恶化，无法达成订立书面居住权合同的合意，居住权的登记设立亦无法实现。在此境遇下，弱势方只能通过诉讼的方式维护居住权，而居住权的设立具有非强制性，法官无法依据《民法典》第 367 条和第 368 条判决弱势方取得居住权，居住权制度的立法目的无法实现。因此，经由上述司法判决、相关法条和法理论述，以合同方式设立居住权时，居住权的设立不具有强制性，存在前置居住权合同阻碍弱势方取得保障性居住权的情形，有必要在立法上进行完善，以更好地保障弱势方的居住权。

综上，居住权未办理登记则居住权并非未设立，且并不影响居住权合同的效力，尤其在民法典刚刚出台不久，很多地方登记机构并未开展居住权登记的情况下，笔者认为，根据合同的相对性，未进行居住权登记的合同只是不能对抗善意第三人。在赡养场景中，通过法院判决或者协议约定，可以要求赡养义务人提供房屋供被赡养人居住使用。在离婚场景中，可以对生活困难一方提供有期限的房屋居住权。在分家析产场景中，老人可以把房屋所有权转让给子女，但仍有必要保留对房屋或某个部分居住使用的权利，以避免将来出现老无所居的困境。

三、居住权对象（范围）的问题

我国《民法典》第三百六十六条规定居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。该法条规定了居住权的对象是“住宅”，但居住权的范围，是住宅的全部，还是住宅的一部分，《民法典》没有明确规定。《德国民法典》将居住权的对象规定为建筑物或建筑物的一部分。《瑞士民法典》也采纳了这种选择，将居住权的对象规定为建筑物的全部或一部分。我国《民法典》将居住权对象笼统的规定为“住宅”，这就引发了居住权范围的问题，住宅指的是自然人生活居住的场所，将整个住宅作为居住权对象的模式便于进行居住权登记。但是，一是住宅上是否仅能存在一个居住权？二是住宅内的部分房间能否单独设立居住权？如果一个住宅上仅能存在一个居住权，减少了居住权设置的数量，不利于“居有定所”目标的实现。将建筑物或建筑物的一部分作为居住权对象的立法模式允许一处住宅存在多个居住权，可以最大限度地保障人民居住利益的实现。但是，会增加居住权登记工作的难度，尤其是在当前很多地方尚未开展居住权登记的情况下。

仍例举（2021）冀 0503 民初 1342 号民事判决书，该判决在确认原告老人享有居住权的情况下，进一步明确了居住权的范围“二原告对案涉房屋院落中的一楼西南角的房间、一楼西边的厕所、一楼东北方向中间的储物间、二楼西南角的房间享有居住使用的权利，对客厅门、院子门、楼梯等公共设施以及客厅、院子等公共空间享有使用的权利。

可以看出，在实践中，人民法院的判决将住宅的部分区域设立了居住权，还对公共区域设立了使用权，这是法官自由裁量的结果，笔者认为这也是符合当前司法实践和《民法典》对居住权设立的立法本意的。可以从以下三个角度来分析。第一，从事实利用角度来看，居住权人对于住宅的利用并不一定及于住宅的全部，在很多情况下可能仅限于住宅的某一个或几个房间。如果某一

住宅面积较大、房间较多，该住宅在事实上就存在设立多个居住权的空间。第二，从我国的国情来看，我国即将步入老龄化社会，整个社会的养老压力较大。当今社会，大多数城市家庭仅有一个子女，独生子女结婚后组建的新家庭就要同时承担两方老人的养老负担。当法律将居住权的对象限定为独立住宅时，独生子女结婚后组建的新家庭如果想要同时为双方父母设定居住权，就必须拥有两套以上的住宅。对于独生子女结婚后组建的新家庭来说，这样的负担未免过于沉重。如果负担超出了其承受能力，独生子女结婚后组建的新家庭就可能不会为双方父母设定居住权，这样必然不利于保障老年人的居住利益。因此，笔者认为，居住权设立和登记的范围可以进一步通过司法解释等予以明确。可以将“住宅”定义为住房的全部或者部分。面积较大、房间较多的住宅就可以设立多个居住权。这样的制度安排既可以从宏观上降解整个社会所面临的巨大养老压力，也可以从微观上更好地保障每个老年人的居住利益，从而最大限度地实现“居有定所”，更好地维护社会的和谐与稳定。第三，从物权的法理角度来看，同一住宅上并存多个居住权的现象并不违背物权法的基本法理。“一物一权原则，是指同一物之上不得成立两个所有权或成立两个在内容上相互矛盾和冲突的物权。[7]”不存在冲突关系的两个物权是可以并存于同一物上的。具体到居住权而言，以不同房间为对象的居住权自然可以并存于同一住宅之上，这并不违背一物一权原则。

四、结语

居住权虽以全新的面貌首次出现在《民法典》中，但关于它的争议早已延续多年。为了缓解房价高涨所带来的困境，满足房屋多元化利用的需求，指引司法裁判的公正以及推进以房养老的社会现实，《民法典》对居住权制度的专章规定确实已合时宜。《民法典》关于居住权的制度设计有很多亮点，其中主要包括对居住权合同条款的规定，说明了法人和非法人组织也可成为居住权的

设立主体；设立居住权的住宅在当事人有约定的情形下可以有偿设立是立法对居住权不能获取收益的一步退让，是强制态度的缓和；居住权设立或消灭要进行登记体现了程序的完整性。虽然居住权制度规定的妥当，但深入研究也可以发现，其给司法实践也带来了一些问题：如“住宅”作为权利客体的不明确性，权能应当予以扩充以保持和用益物权的一致性以及消灭事由的欠缺等。法律的生命力在于实施，入典是第一步。在司法实践中，居住权制度必将通过司法解释和实际适用进一步加以完善并趋于成熟。尽管居住权制度在《民法典》中被首次规定，为今后相关案件的审理提供了法律依据，也限缩了裁判者自由裁量的范围，有利于矛盾纠纷化解，但关于居住权的许多问题还需要进一步明确。比如：新设居住权的房子落户权益、入学权益的归属；居住权与抵押权、担保物权等权利的冲突；居住权是否能够分割分享、撤销等；这些问题均是居住权目前设立过程中的未尽事宜。而且，居住权的相关问题往往争议复杂，关涉人民群众的基本生活，在具体案件的审理中，必须慎之又慎，有必要通过法律解释和漏洞填补等方法，实现法律推理逻辑和个案公平正义的平衡。

【注释】

- [1] 黄薇：《〈民法典物权编草案〉（二审稿）对若干重点问题的回应》，载《中州学刊》2019年第7期
- [2] 孙茜：《〈民法典〉视野下居住权制度的理解与适用》，法律适用，2020年11月
- [3] 赵文静：居住权制度设计之再审视，新余学院学报，第25卷第5期
- [4] 费宏达：关于《中华人民共和国民法典》居住权法律制度的若干思考，衡阳师范学院学报（社会科学）第41卷第5期
- [5] 来源：楚天都市报极目新闻微信公众号
- [6] 许德风：《合同自由与分配正义》，载《中外法学》2020年第4期
- [7] 崔文星：民法物权论[M]，北京：中国法制出版社，2017。

关于离婚 500 问

2021-08-12 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/Xj9JsSBzUZAnKg66C_J4Eg

问 1：“与他人同居”是否构成法定离婚事由？

夫妻一方与他人同居，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。根据《民法典》第 1079 条规定，有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居。调解无效的，应当准予离婚。

问 2：哪些情形下“彩礼”需要返还？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 5 条规定，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；
（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活；
（三）婚前给付并导致给付人生活困难。

适用前款第 2 项、第 3 项的规定，应当以双方离婚为条件。

问 3：何为“事实婚姻”？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 7 条规定，未依据《民法典》第 1049 条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，提起诉讼要求离婚的，应当区别对待：

（一）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。

问 4：妻子未经丈夫同意中止妊娠，丈夫是否可以要求离婚？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 23 条规定，夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害

赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照《民法典》第 1079 条第 3 款第 5 项的规定处理。

注：《民法典》第 1079 条有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居；
（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；
（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；
（四）因感情不和分居满二年；
（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

问 5：婚姻关系存续期间，哪些财产属于夫妻共同所有的财产？

根据《民法典》第 1062 条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：

（一）工资、奖金、劳务报酬；
（二）生产、经营、投资的收益；
（三）知识产权的收益；
（四）继承或者受赠的财产，但是本法第 1063 条第 3 项规定的除外；
（五）其他应当归共同所有的财产。

根据《婚姻家庭编司法解释》第 25 条规定，婚姻关系存续期间，下列财产属于《民法典》第 1062 条规定的“其他应当归共同所有的财产”：

（一）一方以个人财产投资取得的收益；
（二）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；
（三）男女双方实际取得或者应当取得的基本养老金、破产安置补偿费。

根据《婚姻家庭编司法解释》第 27 条规定，由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。

问 6：一方未经另一方同意擅自出售共有房屋的，另一方能否主张赔偿？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 27 条规定，夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。

问 7：婚前，一方父母为双方购置房屋出资的款项，如何定性？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 29 条规定，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个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

问 8：婚后，一方父母为双方购置房屋出资的款项，如何定性？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 29 条规定，当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照《民法典》第 1062 条第 1 款第 4 项规定的原则处理。

问 9：不离婚，一方可以向法院请求分割共同财产吗？

根据《民法典》第 1066 条规定，婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：

（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；

（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。

问 10：子女已上大学，是否有权要求父母给付抚养费？

根据《民法典》第 1067 条规定，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。

根据《婚姻法司法解释》第 41 条规定，尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分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，可以认定为《民法典》第 1067 条规定的“不能独立生活的成年子女”。

因此，除该子女尚未成年外，对于已经上大学的子女，如果不属于不能独立生活的成年子女，其无权要求父母给付抚养费。

问 11：离婚时，不直接抚养子女的一方所承担的抚养费包括哪些费用？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 42 条规定，《民法典》第 1067 条所称“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。

问 12：如何确定抚养费的给付金额？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 49 条规定，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。

有固定收入的，抚养费一般可以按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可以适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。

无固定收入的，抚养费的数额可以依据当年总收入或者同行业平均收入，参照上述比例确定。有特殊情况的，可以适当提高或者降低上述比例。

问 13：哪些情况下，不宜由母亲抚养不满两周岁的子女？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 44 条规定，离婚案件涉及未成年子女抚养的，对不满两周岁

的子女，按照《民法典》第1084条第3款规定的原则处理。母亲有下列情形之一的，父亲请求直接抚养的，人民法院应予支持：

（一）患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，子女不宜与其共同生活；

（二）有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活；

（三）因其他原因，子女确不宜随母亲生活。

问14：对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有哪些情形的，可予优先考虑？

根据《婚姻家庭编司法解释》第46条规定，对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

（一）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力；

（二）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利；

（三）无其他子女，而另一方有其他子女；

（四）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活。

问15：当男女双方抚养子女条件基本相同时，优先考虑哪一方抚养？

根据《婚姻家庭编司法解释》第47条规定，父母抚养子女的条件基本相同，双方均要求直接抚养子女，但子女单独随祖父母或者外祖父母共同生活多年，且祖父母或者外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或者外孙子女的，可以作为父或者母直接抚养子女的优先条件予以考虑。

问16：父母双方协议轮流直接抚养子女，可以支持吗？

可以。根据《婚姻家庭编司法解释》第48条，在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流直接抚养子女的，人民法院应当准许。因此，对于子女抚养权的变更，可以考虑由男女双方协议轮流直接抚养子女，从而减轻直接变更抚养权归属的难度。

问17：哪些情形下，一方可以要求变更抚养权？

根据《婚姻家庭编司法解释》第56条规定，具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：

（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；

（二）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不不利影响；

（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；

（四）有其他正当理由需要变更。

问18：离婚后，直接抚养子女的一方能否变更子女的姓氏？

不可以。如需变更子女的姓氏，必须男女双方协商一致，且共同到公安部门办理。根据《婚姻家庭编司法解释》第59条规定，父或者母擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应当责令恢复原姓氏。但是父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。

问19：夫妻一方成为无民事行为能力人的，如何提起离婚诉讼？

根据《民法典》第36条、《婚姻家庭编司法解释》第62条规定，夫妻一方成为无民事行为能力人后，另一方有下列情形之一的，其他有监护资格的人可以要求撤销其监护资格，并依法指定

新的监护人。变更后的监护人可以代理无民事行为能力人一方提起离婚诉讼：

（一）实施严重损害被监护人身心健康的行为；

（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态；

（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为。

问 20：如果离婚协议书中未提及探望权，如何保障非直接抚养子女一方的探望权？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 65 条、第 68 条规定，若离婚协议书中未涉及探望权，且双方无法通过协议达成一致意见的，非直接抚养子女一方可以就探望权问题单独提起诉讼。对于拒不协助另一方行使探望权的有关个人或组织，一方可以向法院申请依法对其采取拘留、罚款等强制措施，但是不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

问 21：夫妻共同共有的房屋在离婚时该如何分割？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 76 条规定，双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：

（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、变卖房屋，就所得价款进行分割。

问 22：对离婚时夫妻双方尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋，该如何分割？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 77 条规定，离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。

当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。

问 23：婚内夫妻之间的借款合同是否有效？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 82 条规定，夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或者用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可以按照借款协议的约定处理。

问 24：存在具备哪些情形，应当准予离婚？

《民法典》第 1079 条第 2、第 3 款规定，人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居；

（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；

（四）因感情不和分居满二年；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形；

第 4 款规定，一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

第 5 款规定，经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

问 25：法律对起诉离婚有何限制？

根据《民法典》第 1082 条规定，女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后 6 个月内，男方不得提出离婚；但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。

根据《民事诉讼法》第 124 条规定，判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在 6 个月内又起诉的，不予受理。

问 26：离婚案件可以不公开审理吗？

根据《民事诉讼法》第 134 条规定，人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。所以离婚案件除非一方申请不公开审理，否则均应公开审理。

问 27：养老金账户中个人实际缴纳部分及利息可以作为夫妻共同财产进行分割吗？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 80 条规定，婚后以夫妻共同财产缴纳基本养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴纳部分及利息作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

问 28：生父与继母离婚，或者生母与继父离婚，未成年子女由谁抚养？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 54 条规定，生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。

问 29：对离婚案件一审判决不服的，可以上诉吗？

可以。一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解；调解不成的，发回重审。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。

问 30：离婚案件，如何确定管辖法院？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 12 条规定：

夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖。

夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时被告居住地人民法院管辖。

问 31：同居期间形成的财产应如何分割？

(1) 同居期间一方的工资、奖金和生产、经营的收益以及因继承、赠与等途径所得的合法收入，原则上归其本人所有。

(2) 双方在同居期间有共同购置的财产或者共同经营所得的收入，如果查明属于按份共有关系，则按照各自的出资份额分享权利；如果查明属于共同共有关系，则对共有财产共同享有权利。如果无法查明，视为按份共有，按照各自的出资份额予以分割。不能确定出资份额的，视为等额享有。

(3) 对于被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有或按份共有的除外。

问 32：婚外情所涉赠与应如何处理？

(1) 有配偶者赠与或约定赠与第三者财物，赠与后反悔主张返还或第三者要求履行赠与的，不予支持。

(2) 合法婚姻配偶一方以赠与行为侵犯其夫妻共同财产权为由起诉主张返还的，一般应予支持。

问 33：男方发现抚养多年的子女并非自己亲生，可向女方主张损失赔偿吗？

可以。女方故意隐瞒子女与男方无亲子关系的事实，使男方实际履行了抚养义务，构成欺诈

性抚养侵权行为，男方请求返还支出的抚养费并赔偿精神损害抚慰金的，一般应予支持。

问 34：离婚时，双方对子女抚养问题未达成一致意见的，法院如何处理？

根据《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》第 39 条的精神，当事人就子女抚养问题未达成一致，又坚持不要求人民法院处理子女抚养问题的，判决不准予离婚。

问 35：未成年子女的祖父母、外祖父母、兄、姐可以起诉要求夫妻一方或者双方返还代为支付的抚养费吗？

可以。未成年的或不能独立生活的子女的祖父母、外祖父母、兄、姐如果代替有抚养能力而未尽抚养义务的夫妻一方或双方履行抚养义务的，起诉要求夫妻一方或双方返还代为支付的抚养费的，应予支持。

问 36：哪些情形下，子女要求有负担能力的父或者母增加抚养费的，人民法院应予支持？

根据《婚姻家庭编司法解释》第 58 条规定，具有下列情形之一、子女要求有负担能力的父或者母增加抚养费的，人民法院应予支持：

（一）原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平；

（二）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额；

（三）有其他正当理由应当增加。

参照上述规定，离婚时承诺不要求另一方负担子女抚养费，离婚后以子女名义起诉要求另一方给付抚养费的，一般不予支持。但直接抚养子女一方经济状况发生严重变化不足以维持子女当地一般生活水平，或者子女生活、教育、医疗等费用确有增加等正当情形的，可以依法判决另一方给付抚养费。

问 37：祖父母、外祖父母可以行使隔代探望权吗？

《民法典》未规定隔代探望权。根据《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第 3 条规定祖父母、外祖父母对于父母已经死亡或父母无力抚养或父母未尽抚养义务的未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务，其定期探望孙子女、外孙子女的权利应当得到尊重，并有权通过诉讼方式获得司法保护。故按照权利义务相一致的原则，符合上述条件的祖父母、外祖父母可以主张定期探望孙子女、外孙子女。

问 38：父母与子女签订协议免除子女赡养义务，事后能否要求子女履行赡养义务？

赡养父母是子女的法定义务，父母子女不能通过协议解除法定的权利义务关系。

问 39：如果双方签订协议约定以子女放弃家庭共有财产、继承为条件免除其赡养义务的，应如何处理？

子女放弃家庭共有财产、继承是其对个人财产权利的处分，不存在无效情形的，法律认可其效力。以子女放弃家庭共有财产、继承为条件免除赡养义务，该约定违反法律强制性规定，应属无效，事后父母要求子女履行赡养义务的，应予支持。

问 40：父母未履行抚养义务，子女能否要求免除赡养义务？

一般不予支持。但父母对子女曾存在严重家庭暴力、虐待、遗弃、故意犯罪等行为，子女要求免除赡养义务的，应予支持。

问 41：约定一方发生婚外情、实施家庭暴力、赌博等行为，离婚时即放弃共同财产的协议，能否作为裁判的依据？

不能。但在分割夫妻共同财产时，应综合考虑当事人过错情况等因素，对无过错的夫妻一方酌情予以照顾，以平衡双方利益。

问 42：离婚协议中涉及对子女赠与的条款，离婚后赠与人能否以赠与财产权利尚未转移为由申请撤销？

离婚协议是夫妻双方权衡利益、考量利弊后，围绕婚姻关系解除而形成的一个有机整体，各项内容既相互独立，又相互依存，每一条款的成立特别是对子女赠与的条款，往往是婚姻关系得以解除的决定性因素。因此，离婚后赠与人以赠与财产权利尚未转移为由，申请撤销离婚协议中涉及对子女赠与条款的，不予支持。

问 43：夫妻一方婚前购买的股票婚后增值，夫妻另一方能否请求分割增值部分？

婚后对股票账户没有进行运作，股票因市场行情变化导致增值，此种增值为自然增值，该增值为夫妻一方的个人财产。

如果进行了运作，此种增值为主动增值，该增值为夫妻共同财产。

问 44：婚后共同还贷支付的款项及相对应财产增值部分，由产权登记一方对另一方进行补偿，该补偿数额应如何计算？

补偿数额公式计算：【婚后还贷本息总额÷（购买时房价+应还贷款利息总额）×离婚时房价÷2】。

问 45：父母为子女出资购买不动产，事后以借贷为由要求返还出资，子女主张出资为赠与，应如何处理？

父母不能就出资为借贷提供充分证据证明导致出资性质处于真伪不明状态时，应由父母承担举证不能的责任，认定该出资为对子女的赠与。

问 46：投保人和被保险人均为夫妻一方，离婚案件中对于人身保险合同的保单现金价值部分应如何处理？

首先应协商解决。协商不成的，投保人不愿意继续投保的，保险人退还的保险单现金价值部分应作为夫妻共同财产处理；投保人愿意继续投保的，投保人应当支付保险单现金价值的一半给另一方。

问 47：离婚后作为继承人的夫妻一方放弃继承，夫妻另一方能否主张放弃继承无效或赔偿损失？

作为继承人的夫妻一方对继承权的处分无需征得另一方的同意。夫妻另一方主张放弃继承无效或赔偿损失的，一般不予支持。如果夫妻另一方举证证明作为继承人的夫妻一方放弃继承权而不履行法定义务导致其权益受到损害的，其关于放弃继承无效或赔偿损失的主张，应予支持。

问 48：哪些情形可作为认定超出“家庭日常生活需要”所负债务的考量因素？

以下情形可供参考：

（1）债务金额明显超出债务人或当地普通居民家庭日常消费水平的；

（2）债务发生时处于夫妻感情不睦、分居、协议离婚或离婚诉讼过程中的；

（3）债权人明知或应知债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动仍大额举债的；

（4）债权人明知债务人已大额负债无法偿还，仍继续出借款项的。

问 49：哪些情形可以作为认定债务用于“夫妻共同生活、共同生产经营”的考量因素？

以下情形可供参考：

（1）举债期间家庭购置大宗财产或存在大额开支情形，夫妻双方无法说明资金来源的；

(2) 举债用于夫妻双方共同从事的投资、经营事项;

(3) 举债用于债务人单方从事的投资、经营事项, 但债务人配偶分享投资经营收益的。

问 50: 哪些情形可作为认定为债务人个人债务的考量因素?

以下情形可供参考:

(1) 举债期间家庭未购置大宗财产或存在大额开支情形;

(2) 债务发生时处于夫妻感情不睦、分居、协议离婚或离婚诉讼过程中, 债务人配偶有稳定收入且能维持家庭正常开支的;

(3) 债务用途指向债务人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动的;

(4) 债务用途指向债务人单方负担与家庭共同生活、共同生产经营无关的活动, 如无偿担保等;

(5) 债务人配偶对债务人的投资经营行为完全不知情, 且未享受投资经营收益的。

来源于最高人民法院司法案例研究院微信公众号

原文来自“法务之家” “洞观法律” 微信公众号 致敬

原文作者刘海

海淀法院发布婚恋交友诈骗六大典型案例

2021-08-13 北京海淀法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/gjwRTLz8jsSxbBur4A5Csw>

婚恋关系是构成社会细胞, 家庭单元的基础关系之一, 应当是纯粹的、坚实的。部分人却利用或假借婚恋交友机会, 骗取亲密关系人的财物, 严重损害了社会交往的诚信基础, 近年来婚恋交友诈骗案件频发。

在七夕来临之际, 海淀法院召开婚恋交友诈骗典型案例发布会, 发布了六大典型案例。以案释法, 让您不再为“爱情”蒙蔽双眼。

案例一

网络游戏结识 “网恋” 诈骗获刑

案情简介

2017 年 8 月至 2018 年 12 月间, 被告人吴某某在天津市宝坻区、本市海淀区等地, 通过网络游戏结识被害人赵先生, 后在网络聊天过程中使用虚假的身份信息, 隐瞒自己的真实婚姻状况与被害人赵先生建立“恋爱”关系。期间, 吴某某利用二人的“恋人关系”让赵先生主动支付钱款

或者虚构生病需要买药、送货开车时刮伤他人要赔偿等各种理由, 骗使赵先生向其汇款共计人民币 16 万余元, 后将上述钱款挥霍。2019 年 7 月 10 日, 被告人吴某某被公安机关抓获归案, 其到案后如实供述了上述作案过程, 涉案钱款未退赔。

被告人吴某某对指控罪名和指控事实不持异议。

海淀法院认为, 被告人吴某某以非法占有为目的, 虚构事实, 骗取他人财物, 数额巨大, 其行为已构成诈骗罪, 应予惩处。公诉机关指控被告人吴某某犯诈骗罪的事实清楚, 证据确实、充分, 指控罪名成立。鉴于被告人吴某某到案后能如实供述其所犯罪行, 故法院对其依法从轻处罚。

据此, 海淀法院以诈骗罪判处吴某某有期徒刑三年六个月, 罚金人民币一万元; 责令退赔被害人经济损失。

风险提示

当前，随着互联网的普及以及网络游戏热度的增加，许多年轻人通过玩网络游戏、网络聊天等方式结识、以至成为线下情侣的情形很常见，但这种背景下，也给不少犯罪分子以可乘之机，对此应注意以下几点：

第一，网络具有一定的虚拟性，结识时间长不代表“熟悉”。据被告人吴某某供述，其与被害人赵先生自 2015 年左右便在网络游戏上相识，期间二人还互相加了微信，吴某某自称是单身状态，双方还交换了照片。随后，双方又了解到对方的工作、姓名、籍贯等信息，在 2016 年年底建立了“恋爱”关系。但长达一年多的时间里，赵先生并不知道吴某某所提供的姓名是虚构的，照片也是在网上找来他人的，以及吴某某婚姻尚在存续期间的事实。赵先生在素未谋面的情况下，仅通过网络的信息，便陷入情网，为后续被骗取财物埋下了隐患。

第二，在网络交往过程中，涉及经济往来时，应提高警惕，多加防备。该案中，被告人吴某某骗取赵先生 16 万余元有一个过程。吴某某首先是试探性地称家中有事向赵先生借款几千元，没想到赵先生还真就通过微信进行转账。之后在一年多的时间里，吴某某便陆续编造需要上保险、还贷款、家人生病、哥哥打架需要赔钱等理由，逐步骗取了赵先生的上述钱款，待赵先生发现吴某某不回微信、拒接电话失去联系后，为时已晚。

以上情况说明，考虑到网络的虚拟性，在投入感情时，务必要增强防范意识，要通过线上与线下了解相结合的方式，在充分获取对方身份信息的基础上，再与对方开展进一步的交往，否则有可能陷入情感骗局；另一方面，面对网友提出的借款、转账要求时，更要提高警觉性，避免财产损失。

案例二

设置“温柔陷阱” 诈骗四百余万获刑

案情简介

被告人姜某某于 2016 年 7 月至 2018 年 9 月间，通过与康女士建立恋爱关系，以谈婚论嫁骗取作为康女士父母的被害人刘女士、康先生夫妻信任。期间，被告人姜某某利用被害人家庭对其的信任，在北京市海淀区假借帮被害人还房贷、自己公司资金周转需用钱等事由，骗取被害人刘女士、康先生房屋抵押款人民币 300 万元，并骗取被害人刘女士、康先生南京银行、包商银行、建设银行、光大银行信用卡资金等钱款人民币 102 万元。

被告人姜某某于 2018 年 8、9 月间，以收回其 200 余万元债权需要资金为由，骗取被害人赵女士人民币 55000 元。

被告人姜某某于 2018 年 11 月间虚构其可以帮助被害人祝先生投资获得高额利息，骗取被害人祝先生人民币 151000 元。

被告人姜某某辩解其无罪，辩护人作无罪辩护。

海淀法院经审理后认为，被告人姜某某以非法占有为目的，编造虚假事由，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人姜某某犯诈骗罪的事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立。

从在案的相关被害人银行账户交易明细及转账记录等客观证据可以看出，被害人有大量钱款直接转入姜某某账户，或直接转给姜某某，特别是被害人刘女士夫妻从银行办理的商业贷款及房屋抵押贷款所得钱款，均在收到钱款后不久，就有大部分钱款直接转入姜某某账户，且被告人给被害人签订的协议、合同、借条等书证中亦明确承认收到被害人的钱款，与被害人陈述及相关证人的证言内容相印证，足以认定姜某某收到被害人相关钱款的事实。姜某某给刘女士签的投资合同、保证书、借条中双方确认的钱款数额，能够与在案的其他证据相吻合；特别是证人周某、张某的证言均证实姜某某直接参与办理刘女士夫妇的抵押贷款，同时掌控刘女士夫妇的银行卡及密码，这与刘女士夫妇的陈述内容相印证，足以作为定案依据。

姜某某主要是以替被害人还款、投资理财、借款周转资金、收回资金等虚假事由骗取被害人钱款，虽然姜某某有为被害人刘女士夫妇还款表现，但在案证据显示，姜某某骗的钱款绝大部分被其作为个人钱款支配。从在案的银行交易明细亦可以看出，刘女士夫妇第一次抵押钱款中有99.5万元转入姜某某账户，该笔钱款有很大部分被其用于支付宝消费归还闫某借款等；第二次抵押贷款300万，有135万打入姜某某账户后，大部分用于归还其个人借款，其收到款次日即转账给其借款人王某190万元。从姜某某与被害人的聊天及对话内容可看出，姜某某曾以法院执行费行骗，将还不上被害人钱款的原因归结为自己公司被经侦调查涉及洗钱以及自己公司账户被封。而从公安机关核实的情况看，法院并无相关执行案件信息，姜某某名下公司账户也没有出现被查封等情况，相关投资更是缺乏有效证据支持，反而姜某某还有向多人借款的事实，且还有与其他女性交往期间以相似事由借款的表现，对外负债巨多，在被害人追讨下，虚构各种事由推拖，或断绝与被害人联系，失联躲避，至今仍有巨额钱款未退赔，足以认定其以虚假事由欺骗被害人，非法占有各被害人钱款的行为与故意。其诈骗行为给相关被害人经济及生活造成了巨大伤害，行为性质、危害及数额均已远远超过正常的民事经济纠纷范畴，应当以诈骗罪论处。至于其行骗时是否虚构身份，以及是否对被害人隐瞒婚姻状况，均不影响其获取钱款手段的欺骗性的认定。对于姜某某及其辩护人的无罪辩解、辩护及质证意见，法院均不予采纳。鉴于姜某某到案后能检举揭发相关违法犯罪嫌疑人线索，协助公安机关抓获其他犯罪嫌疑人，具有立功表现，法院对姜某某依法从轻处罚，以诈骗罪判处被告人姜某某有期徒刑十四年，剥夺政治权利三年，罚金人民币六十万元；责令退赔被害人经济损失。

风险提示

近年来，通过婚恋交友实施诈骗的犯罪屡见不鲜。很多人利用婚恋关系假意交往，设置“温

柔陷阱”，骗得被害人信任，进而编造各种理由达到骗取钱款的目的。

在此类案件中，由于双方是在婚恋关系中发生的诈骗行为，在交往中存在一般经济往来的情况，被告人也会给被害人一部分钱款，这些钱款的性质应该综合全案情况进行判定，如果被告人给予被害人的钱款与其诈骗所得钱款数额差距过大，例如本案中的姜某某给被害人一方的小部分还款，其实是掩盖犯罪行为的一种表现，小部分的还款行为不能否认整体诈骗事实的存在，在认定案件性质和犯罪数额时应该审慎判断。

还需特别提醒的是，在婚恋交友关系中，对于一方提出各种名义的钱款需求，应提高警惕。首先，应该核实对方提出的钱款需求是否真实存在、需求数额与实际数额是否相当等；其次，对于借款的具体条件应当加以明确，例如，借款的数额、归还期限、约定利息等内容；再次，对于交往短时间内即提出大额钱款需求的，应该更加谨慎，只有把每一步都核实清楚，才能防患于未然。

案例三

主播在线交友 骗取“打赏金”获利

案情简介

2019年间，被告人王某某、刘某某、熊某某共同出资，以熊某某担任法定代表人的河南熊猫快跑网络科技有限公司的名义经营，后与“蜂鸟直播”平台合作，由被告人曹某某担任“主管”、被告人徐某作为主播，另招聘多人进行辅助，通过互联网假借交友、谈恋爱的方式，诱使被害人进入直播平台观看主播在线，从而诈取被害人的“打赏”金。

第一步“主播”身份“包装”。“主播”要介绍自己22岁，大专学历文化程度，主要从事文职类工作。出身于小康家庭不缺钱。父亲做小生意，母亲是护士或者教师。她的感情经历为曾有一个男友，因对方酗酒、赌博、出轨自己的闺蜜而导致分手。又因为她分手后长期宅在家里不想出去。母亲担心，让她多交朋友，母亲与闺蜜两人推

荐她做直播。她自己对直播的认识是调理情伤和一种寄托。以上编造的信息将“主播”身份定位于家庭条件良好、因遭到感情背叛受挫、令人心生怜悯易激发保护欲的弱小女性，同时声明自己做直播是为了心灵寄托而非赚钱。

第二步获取“客户”（即被害人）。通过一些交友软件主动添加好友，也通过婚恋网站、婚恋APP、贴吧、车友会等方式猎取个人信息。

第三步对获取的“客户”进行筛选。“客户”年龄要在 22-28 岁之间，年龄太小没有经济基础，年龄太大没有开发希望。职业选择身边长期没有女伴的客户群体。

第四步通过四天与“客户”来加深感情和关系。第一天熟识。加好友后互相介绍，找共同话题聊天。第二天提升密度。相约见面，互相起爱称，发展暧昧关系。前两天尽量不提直播。第三天感情升温。互换私密经历，让对方主动接近自己。第四天将“客户”引入直播间。

第五步刺激消费。方法有：编造陪妈妈拜佛给“客户”求平安福，要求对方赠送 8 千元至 1 万元的礼物；透露自己今天过生日，要对方出钱送礼物等等。

自 2019 年 7 月 2 日至 8 月 8 日，被告人利用上述方式骗取各被害人钱款从几千元到几万元不等，诈骗数额共计人民币 31 万余元。

在本案审理时，五被告人对公诉机关指控的事实和罪名均未提出异议，辩护律师亦是从事有罪轻的角度发表了各自的辩护意见。

海淀法院认为，被告人王某某等五人结伙利用互联网，诈骗不特定多人的钱款，数额巨大，其行为均已构成诈骗罪。根据各被告人在本案中所起的作用、认罪态度等量刑情节，对五名被告人分别判处二年六个月至六年六个月不等的有期徒刑，并处相应罚金。

风险提示

本案中，罪犯选取刚满成年的徐某做“主播”当“门面”，再由其他辅助人员通过网络假扮“主播”用社交软件与被害人聊天、接触，借交

友、谈恋爱的方式进一步交往，诱使被害人进入直播间观看徐某的主播在线，从而诈取被害人的“打赏”金。被害人不明就里，在罪犯一步步的诱骗下付出感情，又为了巩固“恋爱关系”，博得徐某欢心，不断的出资“打赏”。最终被害人不仅遭受经济上的损失，个人情感方面也受到欺骗，影响了正常的生活。

互联网重构了人际关系的网络，人们在网上更容易找到自己欣赏的人。但这是一个虚拟的世界，会带来幻觉。本案中，“主播”身份是“包装”的。与被害人密切互动的多个键盘手，按照统一的步骤、同一的“话术”，诱使被害人跌入破财的陷阱。当被害人在直播间消费过小或不再消费之后，即被拉黑。本案还有一些被害人没有报案，可能他们对此诈骗伎俩还茫然不知。

当前，网络直播平台在监管方面存在着盲区，这样的利用互联网直播间的诈骗犯罪也可能还会发生，激流汹涌。作为法律工作者，我们希望网友在上网冲浪时，擦亮双眼，分辨内容低劣的直播并坚决抵制，对于打赏保持理性的态度，也不要基于虚荣心、攀比心理进行激情打赏，避免做出令自己懊悔的事情。如不幸遇到犯罪行为时，请及时向公安机关报案，通过法律途径维护自己的正当权益。

案例四

虚构军人身份 诈骗八人获刑

案情简介

2018 年 3 月 19 日至 2019 年 4 月 13 日间，被告人李某虚构自己有军人身份或背景，并虚构工作单位及职业、收入水平，取得多名被害人信任并与之交往，骗取各被害人向其转账人民币共计 524521 元。具体事实如下：

一、2018 年 3 月 19 日至 7 月 31 日间，被告人李某通过上述方式与被害人勾女士恋爱交往，期间以刷单、偿还欠款、垫付医药费等事由，骗取勾女士人民币 79000 元。案发前，被告人李某返还人民币 15400 元。

二、2018 年 3 月 29 日至 4 月 18 日间，被告人李某采取上述同样手段，以需要支付装修费用、欠款等事由，骗取被害人陈女士人民币 92000 元。

三、2018 年 5 月 23 日至 8 月 2 日间，被告人李某采取上述同样手段，以刷单、支付餐费等事由，骗取被害人付女士人民币 80500 元。

四、2018 年 8 月 31 日至 11 月 27 日间，被告人李某采取上述相同手段，以刷单、支付医药费等事由，骗取被害人李女士人民币 128837 元。案发前，被告人李某返还人民币 9030 元。

五、2019 年 3 月 12 日至 4 月 13 日间，被告人李某采取上述相同手段，以向客户支付钱款、餐费、医药费等事由，骗取被害人赵女士人民币 61400 元。案发前，被告人李某返还人民币 1500 元。

六、2018 年 12 月 1 日至 2019 年 3 月 27 日间，被告人李某采取上述相同手段，以支付物业费、餐费等事由，骗取被害人杨女士人民币 65464 元。案发前，被告人李某返还人民币 16500 元。

七、2019 年 1 月 9 日至 3 月 28 日间，被告人李某采取上述相同手段，以支付暖气维修费、维修车辆、餐费等事由，骗取被害人吴女士人民币 50100 元。案发前，被告人李某支付吴女士的汽车修理费共计人民币 3050 元。

八、2019 年 3 月 20 日至 3 月 21 日间，被告人李某以借款购买手机为由，骗取被害人甄先生人民币 12700 元。

被告人李某于 2019 年 4 月 14 日被公安机关抓获，后如实供述了上述犯罪事实。现涉案钱款未退赔。

被告人李某对起诉书指控其犯诈骗罪的罪名及事实均未提出异议。其辩护人认为被告人李某到案后如实供述犯罪事实，此次犯罪系初犯、偶犯，且认罪认罚，建议对其从轻处罚。

海淀法院经审理认为，被告人李某以非法占有为目的，虚构身份及事实，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，应予惩处。鉴于被告人李某到案后如实供述犯罪事实，认罪认罚，法院对其依法从轻处罚，以诈骗罪判处被告人李

某有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，罚金十万元；责令退赔被害人经济损失。

风险提示

本案中，被告人李某先后对多名被害人虚构自己的工作单位、职业、收入水平，在与被害人婚恋交往过程中，虚构各项事由，骗取被害人及被害人家人的钱款，最终案发，并被判处刑罚。根据法律规定，诈骗公私财物人民币 50 万元以上为数额特别巨大，对应的法定刑为十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。该案涉案金额为人民币 524 521 元，属于诈骗数额特别巨大，法院综合考虑犯罪数额、情节及被告人认罪悔罪态度，最终作出上述判决。

婚恋诈骗，对被害人带来的不仅是金钱上的损失，还有心理上的创伤。近年来，随着信息网络的发展，婚恋交往的途经逐渐多样化，婚恋诈骗犯罪的数量也逐年递增。一方面，我们需要运用法律武器惩治犯罪分子，另一方面，也需要了解此类犯罪的特点，防范于未然。

该案中，被告人与多名被害人均是在网络交友软件上结识，通过网络聊天增进了解，并最终确立恋爱关系，在此过程中，被告人虚构自己有军人身份，高薪稳定的职业，通过交往逐渐取得被害人及被害人家属的接纳和信任，后在交往过程中虚构各项事由和金钱花销，陆续骗取被害人巨额钱款。通过该案，告诫我们在信息网络中和陌生人交往，应该保持警惕心，尤其在涉及婚恋交往和金钱交往的过程中，更不能盲目信任，应保持警惕，保护好自己的人身财产安全。

案例五

使用女友微信号 网络交友诈骗获刑

案情简介

被告人张某于 2019 年 1 月至 2020 年 7 月，在本市海淀区等地，使用其女友马某的微信号，冒充马某与被害人吴先生联系，谎称可以与吴某相处男女朋友，虚构家人生病等事由骗取吴某共

计人民币 160 万余元。现涉案钱款尚未起获。被告人张某于 2020 年 8 月 5 日被公安机关抓获归案，后如实供述了上述犯罪事实。

被告人张某及其辩护人对指控的事实及罪名未提出异议，但认为被告人张某构成自首。

海淀法院经审理认为，被告人张某以非法占有为目的，诈骗他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人张某犯诈骗罪的事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立。

在案证据显示，证人马某在被传唤当日即 2020 年 8 月 5 日晚上就向侦查机关如实陈述了本案的基本情况，侦查机关在掌握上述情况后，在第二日凌晨讯问被告人张某，张某如实供述了犯罪事实。马某的证言亦证实张某曾让其向警察说谎，企图隐瞒事实。另外，在民警询问张某前，张某在派出所等待时间长达数小时，其并未在此时间内主动向民警坦白涉案事实，故其行为不构成自首。鉴于被告人张某到案后能够如实供述自己的犯罪事实，认罪态度好，法院对其依法从轻处罚。据此，海淀法院以诈骗罪判处张某有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，罚金人民币十万元，并责令退赔被害人经济损失。

风险提示

近年来，通过网络实施的犯罪行为层出不穷，手段不断翻新。其中，冒充女性身份，以恋爱名义骗取被害人财物的犯罪屡有发生。该案即为典型的冒充女性身份与男性被害人假借谈恋爱的名义先培养感情，后续利用双方的关系或感情，不断虚构家人生病、家里人出事等事由，从而达到骗取被害人钱款的目的。

该案中被告人张某使用其女友的微信号，冒充其女友的身份与被害人以谈恋爱名义相处，并不断虚构家人生病等事由，骗取被害人的钱款。被告人张某的主观目的为非法占有被害人的钱款，其客观实施的犯罪行为为虚构事由，骗取他人财物。根据我国刑法的规定，其诈骗数额高达一百

六十万余元，数额特别巨大，应判处十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

鉴于网络虚拟身份难以核实，尤其是在双方素未谋面，亦未经核实对方身份的情况下，应提高防诈骗意识，擦亮双眼，捂紧钱包，不可盲目听信对方言语，便向对方大额转账，在发现对方有推脱见面、搪塞理由、失去联系等情况时，应主动报警，及时挽回相关损失。

案例六

顺风车拼车相识 虚构身份诈骗获利

案情简介

被告人葛某与被害人林女士通过顺风车相识并发展为男女朋友关系。2017 年 1 月至 2018 年 6 月间，被告人葛某以做生意、给亲属看病等事由，多次通过微信、支付宝转账的方式骗取被害人林女士共计人民币 131.91 万元。

2018 年 10 月 8 日，被告人葛某被公安机关抓获归案。涉案钱款未退赔。

被告人葛某对起诉书的指控事实和指控罪名提出异议，辩称其并未骗取被害人钱款，被害人转给其的钱款为借款，本案应属民间借贷纠纷。被告人葛某的辩护人同意其辩解，同时认为，被告人葛某主观上没有非法占有的故意，客观上没有虚构事实和隐瞒真相的行为，且被告人葛某承认自己编造理由获取的钱款数额与起诉书指控的数额不符，故提请法庭宣告被告人葛某无罪。

海淀法院经审理认为，被告人葛某以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人葛某犯诈骗罪的事实清楚，证据确凿，指控罪名成立。关于辩方提出的辩解以及辩护意见，经查，在案证据显示，涉案钱款并非被告人葛某与被害人林女士之间基于恋爱关系而产生的日常花销，亦非被害人林女士在恋爱关系存续过程中对被告人葛某的赠与，其二人之间更无混同双方财产的事实或法律

关系发生，上述钱款系被告人葛某主动向被害人林女士提出的借款。

从被告人葛某在公安机关做过的多堂稳定供述看，其自称向被害人林女士借款前因赌博输掉巨额钱款并欠下高利贷，可见，其在借款前就没有偿还巨额借款的能力。从被告人葛某向被害人借款时虚构借款事由、隐瞒借款用途的情况看，其主观上应当明确知晓如若将实情相告可能不会得到被害人的钱款，甚至可能使其与被害人之间因恋爱关系而产生的信任终结，实际上被害人亦明确表示如果得知实情必然不会将钱款出借，而被告人葛某却为了获取被害人的钱款，使用虚假的借款事由在长达一年多的时间内数十次向被害人借款多达130余万元。

在取得钱款后，被告人葛某并未将钱款用于自称的营利项目而是用于赌博和归还高利贷，这不仅与被害人出借钱款的意图相违背，更直接导致涉案钱款无法归还的后果，其自称的收入不足以归还涉案的巨额钱款，可见，被告人葛某在借款后亦无还款能力。当被害人林女士索要钱款时，被告人葛某采用承诺领证结婚等方式逃避催要，还以承诺卖房还款、少量还款、书写欠条等方式拖延还款时间，其主观上并无归还被害人钱款的意愿。

综上，被告人葛某利用被害人林女士基于恋爱关系对其产生的信任以及关心心理，通过虚构借款事由借入巨额钱款供自己挥霍，具有非法占有被害人钱款的目的，这与民间借贷纠纷有着本质的区别，故对于辩方提出的辩解以及辩护意见，法院不予采纳。据此，海淀法院以诈骗罪判处葛某有期徒刑十二年，剥夺政治权利三年，罚金人民币十二万元，并责令退赔被害人经济损失。

风险提示

这个案件中被害人林女士学历高、收入高、经济条件好、心智成熟，属于人们眼中的高级白领，为何会被骗子骗走百万余元？

第一，轻信外在表现。林女士和葛某因为顺风车拼车而结缘，葛某注重外表，谈吐不凡，很快和林女士熟稔起来。当他得知林女士的工作情况后，很快估量出女方的经济状况。他当时正在为高利贷焦头烂额，经济条件较好的林女士很快成为他的目标，他表现的无微不至，加上他为自己虚构的成功商人身份，很快就俘获了林女士的芳心。林女士在缺乏对他个人背景和财务状况深入了解的状态下，轻信他优雅的表现，很快确立男女朋友关系。

第二，对于借款疏于警惕。葛某多次借款，理由五花八门，林女士却基于信任未予深究，直到金额过大，讨要无门才如梦初醒。

这个案子有如下几点启示：

第一，交友要慎重。无论是网络交友还是拼车结缘等方式，这些社交方式认识的朋友，因为没有真实个人信息的背书，所以极易伪造身份且不被发觉。像该案中，即使葛某是以真实身份与林女士交往，林某却依然无法查清楚其真实的财务状况。所以，交友除了观察外在，更要了解内在，这是自我保护的第一步。

第二，谈钱不伤感情。在恋爱中，如果对方向你借钱，热恋中的人往往会放松警惕，本着信任给予帮助，但是法官再次提醒，借款、赠与都可以，如一再索取就要警惕是否是诈骗。恋爱和婚姻需要双方的共同付出，而不是单方的给予，如果对方向一再索取，那么就要警惕了，好好谈一谈为什么借钱，什么时候还钱，是一种理智且负责的态度。否则沦为诈骗犯的摇钱树，才是真的伤心又伤财。

来找法官闹离婚的这对夫妻，为什么最后却领了结婚证？

2021-08-15 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/AHNey5snvy1gax8Uz9zFfw>

“我们都没领过证，离什么婚啊！”“我一辈子都没到过法庭，这个年纪了多丢人！开庭我不会来的！”刘大爷在电话里气愤地对法官说道。

考虑到双方当事人均年过六旬，且刘大爷对法庭有强烈的抵触情绪，如果简单地缺席审理，难以达到案结事了的效果，浙江省开化县人民法院华埠法庭庭长方小兵随即与村委会取得了联系，详细了解当事人的实际情况后，决定以上门巡回审判的方式审理此案。

为何 68 岁的刘大爷和 64 岁的程阿婆会因离婚而闹上法庭？

01 六旬夫妻闹离婚

1976 年，刘大爷和程阿婆经媒人介绍认识，不久就依父母之命，按照当地习俗摆了酒席以夫妻名义共同生活了。婚后虽然生活艰辛但感情和睦，现在两个儿子也都已经成家立业，家里也建起了新房，本应含饴弄孙，安享晚年。但近年来因为家庭琐事，双方时常发生口角，有一次刘大爷喝酒后还在亲戚朋友面前差点对程阿婆动手，程阿婆因此一气之下向法院起诉离婚。

02 法官上门释法理

调解的时候，方法官问起离婚理由时，程阿婆说委屈了一辈子，现在不想和他过了，而刘大爷则是任法官怎么问，就坐在一旁抽着烟沉默不语，什么也不肯说。



方法官耐心地向两位老人讲理解法，告诉他们虽然双方没有登记结婚，但属于法律上的事实婚姻，经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书；经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚。当听到这时，程阿婆突然放声大哭：“每次吵架，你都说我们不是真的夫妻，我要是敢走你就重新再找一个，这个多伤人啊！”说到伤心处时，程阿婆不住地抽噎，情绪也越来越激动。

03 细微举动显真情

这时，一直沉默坐在旁边的刘大爷马上站了起来，从随身携带的背包里拿出了降压药递给程阿婆，“别激动！快点把药吃了，等下血压又一下高起来了。”原来，程阿婆常年有高血压，需按时服药。方法官从双方的举动和话语中了解到，双方并没有实质性的矛盾，程阿婆也并不是真的想离婚，连忙趁热打铁做双方的调解工作，“少年夫妻老来伴，刘大爷随身都带着药，还是很关心你的，在一起都生活了大半辈子了，谁离了谁都不行，还要一起好好带孙子呢！”。这时，老人的儿子也一起来帮忙劝说，小孙子更是拉着程阿婆的手叫道：“奶奶，我们回家去吧！”“之前是我讲得太过分了，我这人就是脾气不好，不太会说

话，没想到老太婆一直放在心上，是我错了。”终于，一直沉默的刘大爷也开口了。

04 四十五年终领证

经过两个多小时的调解，双方终于解开了心结。程阿婆同意撤回起诉，刘大爷也向程阿婆保证，以后再也不说伤人的话，一起好好过日子。这时方法官又善意提醒两位老人：“法律虽然对事实婚姻在一定条件下予以保护，并不意味着其效力完全等同于登记婚姻，你们还是去民政局补办下婚姻登记手续为好。”

“方法官，我们今天去登记啦！真的太感谢你们了！”一个月后，刘大爷和程阿婆办完婚姻登记手续后特意来到华埠法庭，开心地向法官展示了这对老夫妻的崭新结婚证。



我能想到最浪漫的事，就是和你一起慢慢变老，直到我们老的哪儿也去不了，你还依然把我当成手心里的宝。一张迟到了四十五年的结婚证上，两位老人紧紧相依，这就是爱情最美好的样子。

法律依据

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第七条 未依据民法典第一千零四十九条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，提起诉讼要求离婚的，应当区别对待：（一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。（二）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其补办结婚登记。未补办结婚登记的，依据本解释第三条规定处理。

来源：浙江省开化法院

编辑：陶羽黛

【最高院·裁判文书】双方存在情人关系等特殊身份关系时不得适用《民间借贷司法解释》第17条规定分配举证证明责任

2021-08-16 民事审判 最高人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/9nel-kDzj9bwxburFDU2xA>

【裁判要旨】双方存在情人关系等特殊身份关系时，一方依据银行转账凭证主张借贷关系，而对方否认双方存在借款合意，并主张转款系基于双方特殊个人关系产生的其他法律关系的。该情形与《民间借贷司法解释》第17条规定的“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务”的情形不符，法院不能适用该条司法解释分配举

证证明责任。而应根据《民事诉讼法》第64条第1款关于“谁主张，谁举证”的规定，由主张借款关系的一方对其与对方之间存在借款合意以及其实际给付借款的事实承担举证证明责任。

中华人民共和国最高人民法院

民事裁定书

（2019）最高法民申2190号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：易会厅，男，汉族，1974 年 4 月 15 日出生，住浙江省平阳县。

委托诉讼代理人：王岩，男，汉族，1964 年 9 月 20 日出生，住甘肃省兰州市城关区。浙江省平阳县水头镇凤林社区居民委员会推荐。

再审申请人（一审被告、二审被上诉人）：涂丽，女，汉族，1972 年 6 月 28 日出生，住湖北省武汉市黄陂区。

委托诉讼代理人：王辉，甘肃勇盛律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：周利民，男，汉族，1972 年 7 月 30 日出生，住乌鲁木齐市米东区。

再审申请人易会厅与再审申请人涂丽、被申请人周利民间借贷纠纷一案，不服甘肃省高级人民法院（2018）甘民终 662 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

易会厅向本院申请再审称，一、二审判决在审理中未查明 2011 年 1 月 18 日在温州市平阳县农业银行，易会厅借给涂丽现金 12 万元整用于生意周转的事实，认定事实不清。二、一审中周利民提交的其所在单位乌鲁木齐市公安局米东区分局三道坝派出所出具《证明》未进行质证，二审判决采信该证据，违反了民事诉讼法认定事实的主要证据应当质证的规定，属于程序违法。三、二审判决认定周利民不应当对涂丽案涉借款承担连带责任，属于认定事实错误。2011 年 5 月 19 日和 2012 年 4 月 19 日，涂丽以修车和交违章罚款的名义向易会厅借款，前述车辆系涂丽和周利民的家庭用车。2011 年 8 月 6 日和 8 月 25 日，涂丽携带儿子乘飞机自武汉回乌鲁木齐，向易会厅借款购买机票。易会厅支付上述费用及借款合计为 6280 元整。前述借款发生在周利民与涂丽的婚姻关系存续期间，周利民均知情，其应当对涂丽借款承担连带责任。四、本案民间借贷纠纷的发生，完全是因为涂丽、

周利民不积极履行偿还借款的义务，故本案诉讼费用应当由涂丽、周利民承担。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一、二、四、五项申请再审。

针对易会厅的再审申请，涂丽提交意见称，易会厅与涂丽之间不存在借贷合意以及借贷事实。二审判决认定双方之间账户往来的差额即为借款，属于认定事实错误，适用法律也错误，导致判决结果错误。针对易会厅的再审申请，周利民提交意见称，易会厅主张的 2011 年 1 月 18 日至 2012 年 6 月 30 日期间发生的所谓民间借贷，是在涂丽与周利民夫妻关系存续期间，但此时周利民与涂丽分居多年，无任何往来。且涂丽与易会厅作为情人同居关系之间的债务借款等周利民完全不知情，也未签名认可，即使借款存在，也明显超出日常生活所需，没有用于家庭生活，不能认定为夫妻共同债务。周利民不应对涂丽的所谓借款承担连带责任。二审判决驳回易会厅对周利民的诉讼请求是公正合法的，易会厅的再审申请不符合法律规定，请求予以驳回。

涂丽向本院申请再审称，一、二审判决无视涂丽与易会厅之间存在情人关系这一特殊事实，仅凭双方银行账户之间互相转账的差额即主观臆断认定存在借款关系，属于事实认定错误。（一）涂丽与易会厅之间长期保持情人同居关系。易会厅虽然否认，但在本案一审中其向法庭提交的证据证明其为涂丽本人、母亲、孩子多次购买机票、家具、首饰，多次一同出外旅游，拍摄照片等一些不可能存在于普通朋友之间的事实，说明二人存在情人关系。（二）双方不存在借款的合意和借款的事实。易会厅向一审法院提交的 500 万元的借条中“涂丽”的签名经过司法鉴定不能确认系涂丽本人所签。其余两张借条系涂丽被逼迫所写。而易会厅在一、二审中对借贷事实如何发生、款项如何支付的陈述与转账凭证自相矛盾，仅依据转账凭证不能认定双方之间存在借款的合意以及借款的事实。事实上是双方在存在情人关系的情况

下发生各种账务往来，在双方关系破裂后，易会厅以涂丽隐私相要挟无果的情况下，凭借其他事务中支付款项的转账凭证以及伪造的 500 万元借条，要求涂丽归还并不真实存在的借款。（三）二审判决确定易会厅和涂丽之间相互转款的差额为 3875750 元没有证据支持。其一，易会厅提交的银行流水不完整、不客观。其二，根据易会厅提交的不完整的银行流水，经核实，自 2011 年 1 月 24 日到 2012 年 6 月 30 日双方的资金差额为 1589717 元，而非 500 万元。二审开庭中，易会厅明确表示 2012 年 7 月 1 日到 2013 年 10 月 25 日的转账凭证与本案易会厅主张的 500 万元借款无关，不作为证据提交，另行主张。但二审法院置易会厅明确的意思表示不顾，将 2012 年 7 月 1 日之后的转账计入总额。二、二审判决将本应由易会厅承担的举证责任错误分配给涂丽，属于适用法律错误。《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》第十七条适用的前提，只限于原告仅依据金融机构的转账凭证起诉，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或者其他债务而提起民间借贷诉讼的情形。首先，本案中，易会厅起诉时除依据转账凭证外，还依据 500 万元的借条。借条经司法鉴定后不能确认系涂丽本人书写，故易会厅并未完成其作为出借人的举证责任。其次，本案中，涂丽抗辩双方之间的转款系情人关系存续期间的账务往来，包含赠与、合伙做生意、购买房屋、车辆、同居期间的共同生活支出等多种事务，并非抗辩偿还之前借款或者其他债务，因此该条司法解释不应适用于本案。易会厅应对涂丽有向其借款 500 万元的借款合意及借款关系的存在承担举证责任。但本案无论是 500 万元的借条，还是易会厅提供的不完整的银行流水，加之易会厅自己都无法说清借款事实发生的经过，其显然没有完成举证责任。综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二、六项之规定申请再审。

针对涂丽的再审申请，易会厅提交意见称，涂丽主张易会厅与涂丽系情人关系不属于民事法律关系调整范围。鉴定意见仅仅是认为不能确定 500 万元借条中“涂丽”签名是否本人书写，并非认定该签名不是涂丽书写。二审判决依据易会厅给涂丽转账的银行交易明细进行审理，以双方账户往来差额认定双方存在借款款项，不存在认定事实不清和适用法律错误的情形。

本院经审查查明，易会厅一审起诉主张涂丽 2011 年 1 月至 2012 年 6 月期间多次向易会厅借款，并于 2012 年 6 月 30 日出具借条确认借款 500 万元。二审庭审笔录载明，易会厅在二审庭审中陈述，其提交 2012 年 7 月 1 日至 2013 年 10 月 25 日的银行转账证据与本案无关，另行主张。

本院认为，综合易会厅和涂丽申请再审的事由和理由，本案审查的主要问题是：1. 二审判决认定易会厅与涂丽之间形成民间借贷关系并认定借款金额为 3875750 元是否存在认定事实缺乏证据证明及适用法律错误的情形；2. 二审判决未支持易会厅要求周利民承担连带清偿责任的诉讼请求，是否存在认定事实的主要证据未经质证的情形；3. 二审判决是否存在应予调查收集证据而未调查的情形；4. 本案是否有新的证据足以推翻二审判决。对此，本院评析如下：

关于本案法律关系性质的认定。借款合同是借款人向出借人借款，承诺到期返还的合同，合同双方需达成出借和使用资金的合意，自然人之间的借款需出借人实际给付出借款项。本案中，易会厅主张其与涂丽之间构成借款关系，并提交三份金额分别为 12 万、82 万和 500 万的借条以及银行交易明细，以涂丽最终借款 500 万元为由要求涂丽归还借款及利息。首先，易会厅依据 500 万元借条主张权利，其提交的银行交易明细系用以证明已实际给付出借款项。涂丽否认双方存在借款合意，主张转款系基于双方特殊个人关系产生的其他法律关系。本案与《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

十七条规定的“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务”的情形不符，二审判决适用该条司法解释分配举证证明责任有误。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，易会厅应当对其与涂丽之间存在借款 500 万元的合意以及其实际给付 500 万元借款承担举证证明责任。其次，易会厅提交的 500 万元借条，经鉴定不能确认是否涂丽本人书写。从易会厅与涂丽的银行交易明细可以看出，双方账户资金往来频繁，从几千元到几十万元不等，且与易会厅主张的 500 万元（包括 82 万元在内）借款金额不能对应，在涂丽否认转款系借款的情况下，易会厅未能对此作出合理解释。因此，在借款凭证存疑且易会厅主张的借款金额与其提交的转款凭证不能对应的情况下，仅以易会厅与涂丽之间存在转款差额为由，尚不能认定易会厅与涂丽之间存在借款合意。

关于争议金额的认定。易会厅主张借款发生在 2011 年 1 月至 2012 年 6 月期间，其提交的 500 万元借条的落款时间为 2012 年 6 月 30 日，且明确表示 2012 年 7 月 1 日后的转款另行主张权利。因此，本案争议的金额发生日期为 2012 年 6 月 30 日前，该日期之后的转款不应计入本案争议金额。二审判决通过比对易会厅与涂丽银行交易往来明细认定易会厅向涂丽的转款差额为 3875750 元，但其中包括 2012 年 7 月 1 日之后的转款金额。因此，二审判决对本案争议金额的认定亦有误。

关于易会厅主张一审中周利民提交的分居证明未质证的问题。经审查，该证据确未在一、二审中质证，二审判决直接在分析意见中作为论据显然不妥。但二审判决最终认定周利民就案涉款项不承担连带责任的理由是易会厅不能举证证明案涉款项系用于涂丽和周利民的婚后家庭共同生活，而非依据该证据认定周利民和涂丽分居的事实。

因此，该证据未经质证，不构成《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第四项的情形。

关于再审新证据和调取证据的问题。经审查，易会厅申请再审时提交：1. 一份电话录音，用以证明周利民工作单位没有出具分居证明；2. 信用卡对账单、携程网情况说明、短信截屏图片，用以证明涂丽向其借钱购买机票、支付汽车修理费、交纳汽车违章罚款等。对此，本院认为，电话录音中人员身份无法确认，其真实性不能确认；购买机票、支付汽车修理费等费用的证据系在二审庭审结束前均已存在且不属于因客观原因不能取得的证据，且部分在一、二审期间已经提交，不属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百八十八条规定的再审新证据。另，易会厅在二审中未申请调取证据，二审法院不存在应予调取证据而未调取的情形。故本案不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一、五项的情形。

综上，本案符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二、六项规定的情形，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条、第二百零六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十五条第一款、《最高人民法院关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第二条第一款第三项之规定，裁定如下：

一、本案指令甘肃省高级人民法院再审。

二、再审期间，中止原判决的执行。

审判长 胡瑜

审判员 任雪峰

审判员 杨卓

二〇一九年八月十五日

法官助理 杨录海

书记员 何宇

婚内个人名义所负债务，能否推定为夫妻共同债务并强制另一方执行？ | 法信法律库三大亮点，手把手教你系列①

2021-08-19 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/tTV49bqi1Cm6ywEz7e91rA>

法律人可不可以不这么累！当然可以！法信致力于为法律人提效减负

从今天起，阿信决定结合典型案例，将法信平台各功能掰开来揉碎了一一说明

别返回，以下内容都是干货！今天，阿信就最高检发布的第二十八批指导性案例的其中一个做深度学习

案例研习

问题：

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的债务，在双方离婚后，该债务依然没有得到清偿，法院能否将该债务推定为夫妻共同债务，并将夫妻中的另一方作为强制执行人？

最高人民检察院发布的检例第 110 号指导性案件指出，对于此种债务，不经法院的改判不应直接推定所负债务为夫妻债务，追加另一方为被执行人，既影响判决的既判力，又剥夺另一方的诉讼权利。因此法院在办理可能涉及夫妻共同债务的案件时，既要注重保护债权人的合法权利，又要注重保护未共同举债的夫妻另一方的合法权利。（案例原文可文末查看）

【相关法律】

1. 《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》第一百一十七条

2. 《民法典》第一千零六十四条

想了解所涉法条内容是什么？

关联法条有哪些？对应的法条释义有什么？

这是多数法律人办案过程中的知识刚需

如何快速、高效一次性获取？来法信的法律库吧

~~给你法律检索的质效体验！

案例涉及法条深度学习

通过法信·法律库检索研习案例中涉及的

1. 《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》

第一百一十七条

2. 《民法典》第一千零六十四条

阿信发现了几处亮点

亮点一：法律条文的多角度注释

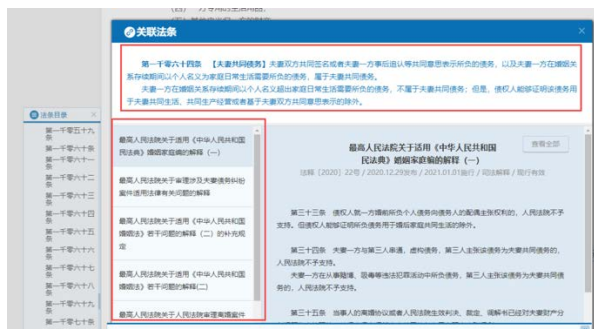
点击左侧法条目录查询，《民法典》第一千零六十四条，法条正文下方会提示该法条的关联内容



点击“关联法条”标签，可查看该条文所对应的关联法条内容，关联法条功能还有两处特色——

1. 点击关联法条页面右上方的“查看全部”，即可跳转到该文件的原始页面；

2. 将鼠标放在关联法条的条文内容上，点击即可直接跳转到该法条在原文中的位置，便于查看和理解上下文。

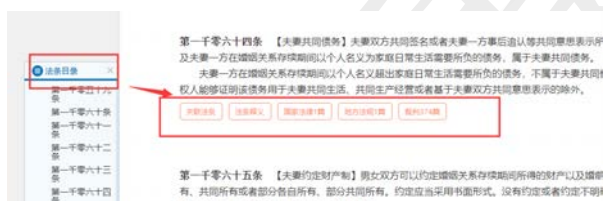


点击“法条释义”标签，可直接查看立法、司法机关对法条释义与理解适用



亮点二：“引用统计”内容突出显示

左侧点击法条目录查询，《民法典》第一千零六十四条，正文部分“引用统计”内容突出显示



点击可直接查看该法条在数据库中，被其他文献引用的统计分析，包括——被其他法律引用、被案例裁判引用、被期刊文献引用。



亮点三：法律文件效力的标注维度多且细

点击查看法律沿革，可以看到法律文件，自颁布以来历次的修订沿革和依据。比如查看《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》第一百一十七条，法律沿革如下图



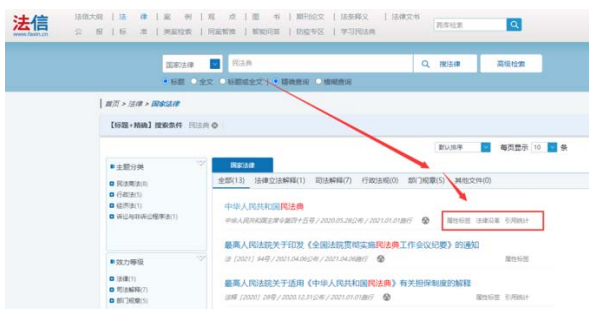
想查看每一个具体法条历次修订变化的具体内容，或重点法律版本修订的每个文字、标点、新旧对照等。点击沿革信息功能即可

例如：查看《民法典》1063条，有关【夫妻个人财产】的沿革信息



亮点四：查询页显示“属性、法律沿革、引用统计”

查询列表中目标法条右侧处，三项常用功能，“属性标签、法律沿革、引用统计”醒目显示



亮点五：手动控制不高亮

通过正文一查询目标法条，高亮显示后可以“手动控制不高亮”，喏~就是下图演示这样



没想到，通过法信·法律库深度学习典型案例，还有如此详实的知识延伸

想看案例原文的法律人，看这里

黑龙江何某申请执行监督案

(检例第 110 号)

【关键词】

夫妻共同债务认定 执行依据 违法追加被执行人 程序违法 跟进监督

【要旨】

执行程序应当按照生效判决等确定的执行依据进行，变更、追加被执行人应当遵循法定原则和程序，不得在法律和司法解释规定之外或者未经依法改判的情况下变更、追加被执行人。对于执行程序中违法变更、追加被执行人的，人民检察院应当依法监督。

【基本案情】

张某与何某系夫妻关系。2009 年至 2010 年，张某因销售燃煤急需资金，向魏某借款共计 35 万元，到期未偿还。魏某以张某为被告向黑龙江省铁力市人民法院提起诉讼。2012 年 2 月 27 日，铁力市人民法院作出（2011）铁民初字第 833 号民事判决，判令“被告张某于本判决发生法律效力后十五日内偿还原告魏某本金 35 万元”。张某不服一审判决，上诉至伊春市中级人民法院，二审驳回上诉、维持原判。2012 年 8 月 6 日，魏某向铁力市人民法院申请执行。2014 年 1 月 22 日，张某与何某协议离婚。

2015 年 7 月 30 日，铁力市人民法院作出（2012）铁执字第 167-2 号执行裁定，以借款系夫妻共同债务为由，裁定追加何某为被执行人，并冻结何某工资。

何某向铁力市人民法院提出书面异议。2015 年 12 月 28 日，铁力市人民法院作出（2015）铁执异字第 16 号执行裁定，认为婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义所负债务，除债权人与债务人明确约定为个人债务或夫妻约定婚姻关系存续期间财产归各自所有外，都应视为夫妻共同债务，裁定驳回何某的异议。何某不服该裁定，向黑龙江伊春市中级人民法院申请复议。2016 年 4 月 11 日，伊春市中级人民法院作出（2016）黑 07 执复 2 号执行裁定，驳回何某的复议申请。

【检察机关履职情况】

线索来源 2017 年 5 月 31 日，何某向黑龙江铁力市人民检察院申请执行监督，认为铁力市人民法院在执行程序中追加被执行人违法。铁力市人民检察院依法受理。

监督意见 2017 年 6 月 28 日，铁力市人民检察院向铁力市人民法院发出检察建议书，认为铁力市人民法院裁定追加何某为被执行人缺乏法律依据，建议纠正。7 月 26 日，铁力市人民法院复函，认为追加何某为被执行人适用法律准确，程序合法，且上级法院已作出执行异议复议裁定，故不予采纳检察建议。铁力市人民检察院提请伊春市人民检察院跟进监督。11 月 8 日，伊春市人民检察院向伊春市中级人民法院发出检察建议书，认为生效判决并未确认案涉款项为夫妻共同债务，执行环节不应直接改变执行依据，在未经法院改判的情况下不应直接将判决确认的个人债务推定为夫妻共同债务；追加何某为被执行人，既影响判决的既判力，又剥夺何某诉讼权利，使得何某未经审判程序即需承担义务，建议纠正。

监督结果 2018 年 3 月 22 日，伊春市中级人民法院作出（2018）黑 07 民监 1 号回复函，认为铁力市人民法院不应追加何某为被执行人，经该院审判委员会讨论决定，采纳伊春市人民检察院的检察建议。4 月 16 日，伊春市中级人民法院作出（2018）黑 07 执监 3 号执行裁定，撤销铁力市人民法院（2012）铁执字 167-2 号执行裁定。后铁力市人民法院解除对何某工资账户的冻结。

【指导意义】

（一）违法追加被执行人，人民检察院应当依法监督。 审判和执行程序分工不同，当事人实体权利义务应由审判程序予以确定，执行程序通常不应直接确定当事人实体权利义务，只能依照执行依据予以执行。变更、追加被执行人应当遵循法定原则，对于法律或司法解释规定情形之外的，不能变更、追加，否则实质上剥夺了当事人的诉讼权利，属于程序违法。“未经审判程序，不得

要求未举债的夫妻一方承担民事责任”的具体规定虽然是 2017 年 2 月最高人民法院在《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》中才明确表述的，但是，人民法院在执行程序中追加被执行人的基本原则、程序一直是确定的，这一规定只是对确定夫妻共同债务既有规则的重申。人民检察院发现执行程序中人民法院违法追加被执行人的，应当依法进行监督。

（二）办理可能涉及夫妻共同债务的案件，既要注重保护债权人的合法权利，又要注重保护未共同举债的夫妻另一方的合法权利。 涉夫妻共同债务案件事关交易安全、社会诚信和家庭稳定，办理此类案件过程中，既要注意到可能存在夫妻双方恶意串通损害债权人利益的情形，也要注意可能存在夫妻一方与债权人恶意串通损害配偶利益的情形，特别是要防止简单化地将夫妻关系存续期间发生的债务都认定为夫妻共同债务。如严格按照《民法典》第一千零六十四条的规定认定是否属于夫妻共同债务，同时要严守法定程序，保障当事人诉讼权利。如有证据证明可能存在夫妻双方恶意串通损害债权人利益的，应经由审判程序认定夫妻共同债务，而非在执行程序中直接追加夫妻另一方为被执行人。

（三）人民检察院认为人民法院对检察建议处理结果错误，可以提请上级院跟进监督。 检察建议是人民检察院履行法律监督职能的重要方式。发现人民法院对人民检察院提出的检察建议未在规定的期限内作出处理并书面回复，以及对检察建议的处理结果错误的，应当按照有关规定进行监督，或者提请上级院监督。

【相关规定】

《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》第一百一十七条

来源： 最高人民检察院官网

第一期的学习先到这，欢迎继续关注法信公号，典型案例学习系列，下期再会啦~~

内容&责任编辑：长今

家暴零容忍，法院来护航！

2021-08-20 京法网事 谢衍明

<https://mp.weixin.qq.com/s/VJBDrzRU-V04uSmgfH9kpA>

“《中华人民共和国反家庭暴力法》于 2016 年 3 月 1 日起正式实施”，“《民法典》第 1042 条 禁止家庭暴力”。“截至 2020 年 12 月底，全国法院共签发人身安全保护令 7918 份”。“我国有 24.7% 的家庭存在不同程度的家庭暴力，而家暴受害人平均遭受 35 次家暴后才会选择报警”……

家庭暴力如何认定？遭遇家暴应该怎么办？仅凭“人身安全保护令”是否能认定家暴？如何区分“家庭暴力”和“家庭纠纷”？你想了解的，都在这场通报会里！



2021 年 8 月 20 日，顺义法院通过官方微博线上召开涉家庭暴力离婚案件新闻通报会，对 2016 年 3 月《反家庭暴力法》实施以来该院审理的 233 件涉家庭暴力离婚纠纷案件进行梳理总结，并通报典型案例。

通报会由顺义法院政治部副主任、新闻发言人田刚主持，顺义法院牛栏山法庭庭长胡泊、法官谢衍明参加，部分市人大代表，多家媒体记者及广大网友同步关注。



顺义法院牛栏山法庭庭长胡泊通报

涉家庭暴力离婚案件审理难点及审判新路径

顺义法院牛栏山法庭庭长胡泊通报称，涉家庭暴力离婚案件调解难，判决适用率高。2016 年至今，顺义法院受理的涉家庭暴力离婚纠纷案件中，以调解方式结案的仅有 18 件，调解率仅有 7.73%；而以判决方式结案的案件数为 191 件，判决适用率高达 81.97%。造成此类案件调解难度大、判决适用率高的原因是长期隐忍与隐瞒所积蓄的重重矛盾难以调和。

另外，举证难是家庭暴力情节难以被法律认定的主要障碍。一方面，家庭暴力具有隐蔽性、私密性的特点，当事人缺乏保留证据的意识。另一方面，家庭暴力证据认定需要有效认定存在连续性的伤害行为，并将间接证据形成证据链才能被法院认可，审查标准比较严格。

胡泊表示，针对涉家庭暴力离婚案件存在的难点，顺义法院在该类案件的审理中，不仅追求“案结事了”，更把“人和”作为第一追求，探索涉家庭暴力离婚案件审判的新路径，对受害者予以保护。

通过设立家事审判法官，推行专业化审判，审判法官以不违背法律为原则，适度扩大法院依职

权主动调取证据的范围，弥补当事人在诉讼能力上的不足。严格保护受害人信息，如果受害人有证据证明对方存在家庭暴力，正常的开庭审理可能导致受害人重新受制于加害人的，经受害人申请，法院可单独听取受害人口头陈述意见，并要求提交书面意见。案件开庭时，其代理人可以代为出庭，而不必要求受害人必须出庭。

此外，顺义法院还与区妇联、司法局及司法所建立诉调对接的长效机制，同时引入邀请人民陪审员、人民调解员、社区居委会人员、家事调查员、心理辅导员、当事人亲属等社会力量参与案件审理。由此，形成人民调解、司法调解与行政调解三调联动的多元化解机制，避免恶性案件的发生。



顺义法院牛栏山法庭法官谢衍明

通报典型案例

案例一 遭遇家暴不忍受 报警就医留证据

基本案情

原告李某（女）与被告刘某（男）经人介绍相识，婚后育有一女。二人常因琐事争执，某日双方发生冲突后，李某报警，派出所民警出警后原告被送至医院救治，被诊断为“耳外伤、脑外伤后神经性反应、鼻外伤等多处伤”。经司法鉴定所鉴定，原告所受损伤构成轻微伤。李某以离婚纠纷为由将刘某诉至法院，主张刘某存在家庭暴力并要求与刘某离婚。刘某不认可存在家庭暴力，并称系双方互殴，是因为李某打了其一个耳光之后他才打的原告李某。

判决结果

经审理，法院判决双方离婚。根据庭审中原、被告双方陈述、原告的就诊证明以及伤情鉴定意见书，法院确认被告对原告实施了家庭暴力，故法院判决原告李某与被告刘某离婚。

典型意义

《民法典》第 1079 条规定，有实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员情形的，调解无效的，应当准予离婚。本案判决双方离婚的依据是法院确认了被告刘某实施了家庭暴力，家庭暴力举证难是审判实践面临的一个难题，但在本案中，原告李某在遭受到家庭暴力时，及时报警和就医，固定了有效证据，最终其主张得到了法院的支持。

案例二 保证协议成证据，综合考虑定家暴

基本案情

马某（女）与叶某（男）于 2012 年登记结婚，婚后未生育子女。马某主张叶某存在家庭暴力，起诉要求与叶某离婚，并赔偿自己精神损害赔偿金 1 万元。为证明叶某实施家庭暴力，原告马某提交了叶某 2017 年 7 月 17 日出具的保证书：

“2017 年 7 月 17 日，我到工地去，马某不在，我在工地等她。她回来后未说去哪，我态度也不好，动手打了她，我错了，不应该动手打人，今后也不会再动手。”马某还提交了疾病诊断书，记载“头皮挫裂伤；多处软组织挫伤”。

判决结果

法院经审理认为，叶某在写保证书保证不打马某的情况下，再次用鞋跟打马某的头部，从起因、殴打次数、伤害后果来看，已经构成家庭暴力，法院认定双方感情破裂，无和好可能，准予马某与叶某离婚并判决叶某支付马某精神损害赔偿金 5000 元。

典型意义

司法实践中，家庭暴力的认定需要有效证据证明存在伤害行为，并将间接证据形成证据链才能被法院所采信。本案中，叶某的保证书证明了伤害行为，法院综合考量叶某再次的伤害行为的起因、殴打次数、伤害后果，依法认定了叶某实施家庭暴力，在该起案件中，叶某的保证书对认定家庭暴力的存在发挥了极其重要的作用。

案例三 损伤不等于控制，纠纷不等于暴力

基本案情

原告王某(女)与被告李某(男)系初中同学，2015 年 9 月登记结婚，婚后感情尚可。某日，双方因琐事产生矛盾，原告以被告对其有家庭暴力为由，向法院提起离婚诉讼，要求与被告离婚并由被告支付离婚损害赔偿金 2137.8 元。

原告称 2018 年 7 月 7 日，因其手机里有被告出轨的证据，在被告与原告抢夺手机过程中，被告拽着原告的头发并踹原告的肚子，原告摔在地上时膝盖碰伤，开始没有瘀伤，两三天以后才发现，并于 7 月 9 日去医院就诊。为证明其主张，原告提交 2018 年 7 月 11 日拍摄的其膝盖和腿受伤的照片以及 2018 年 7 月 9 日被诊断为软组织损伤的诊断报告。被告坚称其没有打过原告，二人感情基础深厚，夫妻感情尚未破裂，不同意离婚。

判决结果

家庭暴力是家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。据原告所述，2018 年 7 月 7 日，被告为抢夺手机导致原告双上肢及

腿部有软组织损伤，但原告所提供照片和就诊证明难以形成完整的可以认定被告对其实施家庭暴力的证据链，且即使上述损伤系因被告在争夺过程中造成的，也与以“控制”为本质的家庭暴力不同。原告所述与所举证据不能证明被告存在家庭暴力，法院对原告的该项主张亦不予采信。最终法院判决驳回原告的诉讼请求。

典型意义

家庭暴力的本质是“控制”，这是因为在亲密关系中，施暴本身不是目的，而是施暴方为达到控制受害方的目的而采取的手段。而家庭纠纷则是发生在家庭成员之间的争执。

两者的主要区别为：从双方关系来看，家庭暴力中双方的关系是不平等，家庭纠纷中双方则是平等的。从行为目的上看，家庭暴力的目的是为了控制对方，家庭纠纷的目的则是为了说服对方。从使用的手段上看，家庭暴力采用殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式，家庭纠纷的使用手段则是争吵、协商。从行为后果上看，家庭暴力对身体造成了伤害，家庭纠纷对身体往往不造成伤害。

本案中，原告现有证据难以形成完整的可以认定被告对其实施家庭暴力的证据链，即使上述损伤系被告在争夺过程中给原告造成的，但从行为的目的、双方关系以及被告采取的手段来看，被告抢夺手机并非为了控制原告，该案是明显的家庭纠纷，而非家庭暴力。

供稿：顺义法院

文字：谢衍明

编辑：安杨 姚日辉

婚前隐瞒重大疾病的可撤销婚姻类案裁判规则分析

原创：2021-08-24 最高人民法院司法案例研究院 案例君

<https://mp.weixin.qq.com/s/E0KalzAD4eHY4S2Ytywt0A>

作者：许秋莉

编者按《民法典》自2021年1月1日施行，其中婚姻家庭编在原《婚姻法》的基础上作出重大修改。就疾病婚的效力而言，《民法典》婚姻家庭编修改了禁止结婚的条件，将疾病婚认定为可撤销婚姻。原《婚姻法》第7条规定，患有医学上认为不应当结婚之疾病的禁止结婚。但该规定在司法实践中争议较大。一方面，结婚自由是宪法赋予公民的权利。另一方面，在现代医学领域没有事关不应当结婚之疾病的明确界定。《民法典》顺应时代发展脉络，将疾病婚从无效改为可撤销，将是否结婚的决定权交还当事人，更能体现法律对缔结婚姻自由的保护。

需要注意的是，人民法院在审理请求撤销婚姻的案件中，除一方患有“医学上认为不应当结婚的疾病”的情况外，非患病一方以患病一方所患疾病构成重大疾病且未告知为由请求撤销婚姻的，人民法院应当审慎认定。本条立法目的在于通过保障婚姻双方的知情权而最终维护婚姻自由自愿原则。因此，婚姻一方当事人办理结婚登记前已患有的疾病是否构成《民法典》规定的“重大疾病”范畴，人民法院在审查被隐瞒一方提请的撤销婚姻请求是否应予支持时，应按照该“重大疾病”是否能够足以影响另一方当事人决定婚姻的自由意志或者是否对双方婚后生活造成重大影响的标准严格把握。审理相关案件时不仅要审查未如实告知该“重大疾病”是否会给未患病的婚姻当事人家庭生活造成损害以致影响到未患病一方当事人结婚的真实意思表示，还要审查双方当事人缔结婚姻关系后的家庭生活实际情况、是否生育小孩、婚后生活紧密度等。[1]本文通过对《民法典》生效后公开渠道能够查询到的裁判文书、新闻报道等进行研究，以期对该规则的司法适用提供借鉴参考。

笔者团队通过对2021年1月1日之后公开的裁判文书及相关新闻报道进行检索及整理，截止至2021年8月6日，总计获取相关案例47个，其中有6个关联性差，有11个是撤诉或者按照撤诉处理，有2个重复，故有效案例为28个。在检索到的28个可供参考案例中，支持撤销婚姻之诉的案例有18个，不支持的案例有10个。排除部分高度相似同类案例，以及部分新闻报道中无具体裁判观点的案例，现将其中具有代表性的18个案例的裁判要旨和基本案情整理如下：

一、支持撤销婚姻之诉的案例

从支持撤销婚姻的10个案例中，可看出法院支持的理由都是原告的诉请符合《民法典》第一千零五十三条的规定，即同时具备：

1. 被告患有重大疾病且在结婚登记前未如实告知原告方；

2. 原告自知道或者应当知道被告患有重大疾病之日起一年内提出撤销婚姻之诉。

其中被认定为属于撤销事由的“重大疾病”主要是以下两类，一是法律明文规定的不宜结婚的疾病，即《母婴保健法》《传染病防治法》规定的指定传染病，即艾滋病、淋病、梅毒、麻风病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。有关精神病是指精神分裂症、躁狂症以及其他重型精神疾病。

二是法律明文规定以外的不宜结婚的疾病法律明文规定的不宜结婚的疾病，如先天性生殖系统疾病（染色体问题无卵巢）、尿毒症、生理缺陷（不能生育）等。

（一）法律明文规定的不宜结婚的疾病

1. 夫妻一方隐瞒患有血友病A型的事实，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：血友病 A 型是严重的遗传性凝血障碍疾病，属于重大疾病。原告在知晓撤销事由后的一年内向法院提出撤销婚姻的诉讼，具有事实和法律依据，遂依法判决撤销婚姻。

案例索引：傅某诉黎某撤销婚姻纠纷案，人民法院报 2021 年 4 月 8 日第 3 版

审理法院：四川省简阳市人民法院

基本案情：原告傅某经人介绍与被告黎某相识恋爱一年多后，于 2020 年 5 月下旬登记结婚。2020 年 8 月，被告在当地一医院拔牙后出血十多天不止，后经该医院诊断为血友病 A 型。经相关检验机构检验，检验结果解释中载明“A 型血友病以 X 连锁隐性方式遗传，患者多为男性；女性携带者有 50% 的几率将致病变异传递给子代，其获得致病变异的子代中，儿子往往是患者，女儿为携带者。”被告在婚前已知晓自己患有此病，其在办理结婚登记时未如实告知原告，且该疾病未治愈。

2. 夫妻一方隐瞒婚前患有艾滋病的事实，即使该疾病不在传染期内，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：虽被告所患艾滋病已经不在传染期内，不属于原《婚姻法》规定的导致婚姻无效的疾病，但被告在结婚登记之前未如实告知原告其患有艾滋病的事实，原告在知情后一年内向法院起诉要求撤销婚姻，应予支持。

案例索引：上海法治报微信公众号 2021 年 1 月 4 日文章，文章标题为“隐瞒艾滋史结婚还有了孩子，上海法院首次适用《民法典》撤销婚姻关系”

基本案情：原告李某与被告江某经人介绍相识后，很快确定了恋爱关系，后双方开始同居。2020 年 6 月，李某怀孕，双方登记结婚。后江某向李某坦白身患艾滋病数年且长期服药。虽然最终证明李某并未被传染，但江某的病依然让李某无法接受。李某决定终止妊娠并向法院起诉要求撤销婚姻。

3. 夫妻一方隐瞒婚前患有淋病的事实，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：《母婴保健法》第九条规定，经婚前医学检查，患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，应当提出医学意见；准备结婚的男女双方应当暂缓结婚。第三十八条规定，该法中的指定传染病，是指《中华人民共和国传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒、麻疯病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。郭某某患有淋病，具有较强的传染性且难以治愈，郭某某在结婚登记前对王某某未如实告知，现王某某在法定期间内以郭某某婚前隐瞒重大疾病为由主张撤销婚姻，事实清楚，于法有据，且郭某某表示认可，应予支持。

案例索引：(2021)鲁 0102 民初 3323 号

基本案情：王某某与郭某某于 2020 年 12 月 16 日登记结婚。婚后王某某发现郭某某患有淋病，12 月 27 日，医院诊断证明显示郭某某患有“淋球菌性尿道炎(慢性)”。庭审中，郭某某自认患上上述疾病约七、八年，现在仍未治愈，婚前未向王某某如实告知。

4. 夫妻一方隐瞒婚前患有梅毒的事实，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：孙某早于办理结婚登记前患有梅毒，未向王某履行婚前告知义务，对于王某作出结婚的意思表示是否真实完整具有重大影响，判决撤销孙某与王某的婚姻关系。

案例索引：标题为“一方婚前隐瞒重大疾病另一方可申请撤销婚姻”文章，法制网 2021 年 7 月 26 日

基本案情：孙某与王某于 2020 年 10 月初通过某相亲网站相识，2021 年 1 月办理结婚登记手续。婚后，王某与孙某分房居住。后王某得知孙某患有梅毒的事实，诉至法院，请求撤销婚姻。

5. 夫妻一方隐瞒婚前患有精神分裂症的事实, 另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的, 应予支持。

裁判要旨: 被告自 2016 年起至今患有精神分裂症, 该疾病属于法律规定的医学上不宜结婚的重大疾病, 被告应当在结婚登记前如实告知原告。被告婚前没有将该病情如实告知原告, 故原告依法撤销婚姻的诉讼请求于法有据, 应予支持。

案例索引: (2021)川 1011 民初 218 号

基本案情: 原、被告双方于 2020 年 1 月 6 日在民政局办理结婚登记手续, 被告自 2016 年起至今均患有精神疾病, 曾于 2016 年 12 月被残疾人联合会评定为精神残疾二级, 但被告及其法定代理人在原、被告结婚登记前并没有如实告知原告该情形。故原告诉至法院请求撤销婚姻。

6. 夫妻一方隐瞒婚前患有躁狂症的事实, 另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的, 应予支持。

裁判要旨: 夫妻一方患有重大疾病的, 应当在结婚登记前如实告知另一方, 若未告知的, 为可撤销婚姻, 另一方可以向人民法院请求撤销, 而精神分裂症、躁狂抑郁型以及其他重型疾病等属于法定不宜结婚的重大疾病。被告张某自某某年起因精神疾病被诊断为躁狂症, 至与原告蔡某结婚登记前多次住院治疗, 并无痊愈的情形, 张某未尽如实告知义务, 影响了蔡某结婚的真实意思, 且其在婚后的疾病状态影响了正常的家庭生活, 故对原告蔡某要求撤销与张某的婚姻关系的诉讼请求, 予以支持。

案例索引: (2021)皖 1322 民初 1159 号

案情简介: 原告蔡某、被告张某于 2020 年春节经人介绍相识, 同年月办理结婚登记, 双方未生育子女。2020 年 8 月, 因张某行为异常, 随母亲韦某与蔡某到医院治疗, 经诊断为情感障碍、躁狂状态。经查, 张某曾于 2016 年之前在徐州某某康复医院治疗, 诊断疾病为“躁狂症”, 后多次因该疾病在该院住院治疗。

7. 夫妻一方隐瞒婚前患有双相情感障碍的事实, 另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的, 应予支持。

裁判要旨: 被告李某所患“双相情感障碍”, 足以影响原告王某决定结婚的自由以及双方婚后的正常生活, 可以认定为《民法典》规定的“重大疾病”的范畴。虽然被告李某在与原告王某登记结婚前告知过其曾“受过刺激”, 但并不代表被告已经将其患重大疾病的事实如实告知原告, 致原告在不知情的情况下与被告办理了结婚登记。现原告王某请求撤销婚姻关系, 被告无异议, 应予支持。

案例索引: 王某诉李某撤销婚姻纠纷案, 人民法院报 2021 年 7 月 3 日第 3 版

审理法院: 重庆市江津区人民法院

案情简介: 王某与李某于 2021 年 1 月经人介绍相识。两人准备结婚时, 李某母亲告知王某, 李某曾在上学期间“受过刺激”。2 月, 王某与李某登记结婚。3 月某日, 李某在家突发疾病, 李某母亲让王某将其送往江津区某精神病医院。经医院诊断, 李某患有“双相情感障碍”。据该院医学科相关负责人介绍, 该病有两种表现形式, 一种表现为抑郁, 一种表现为躁狂, 临床表现为躁狂发作或抑郁发作和躁狂发作交替发生, 为国家重点管理的六种严重精神障碍之一。

8. 夫妻一方隐瞒婚前患有严重抑郁的事实, 另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的, 应予支持。

裁判要旨: 被告婚前患有严重的抑郁症, 且未如实履行告知义务, 原告在法定期间内提起撤销婚姻之诉, 符合《民法典》第 1053 条规定, 应予支持。

案例索引: (2021)闽 0821 民初 242 号, 陈某诉郭某撤销婚姻纠纷案, 人民法院报 2021 年 6 月 24 日第三版

审理法院: 福建省长汀县人民法院

案情简介：2020 年，罗某通过他人介绍认识了李某，交往几个月后于当年 8 月登记结婚。婚后，丈夫罗某发现妻子李某患有严重的抑郁症，但李某未在婚前如实告知，罗某及其家人无法接受，遂诉至法院请求撤销两人婚姻。

（二）法律明文规定以外的被认定为不宜结婚的疾病

实践中，有三类疾病是《母婴保健法》未明文规定但一般被认定为不宜结婚的疾病如先天性生殖系统疾病（染色体问题无卵巢）、尿毒症、生理缺陷（不能生育）。

9. 夫妻一方隐瞒婚前患有先天性生殖系统疾病的事实，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：被告患有先天性生殖系统疾病，且被告未将其患病一事在结婚登记前告知原告。被告在婚前隐瞒其患有先天性疾病且不能生育的事实，足以对原告的婚姻家庭生活造成损害，并影响到原告结婚的真实意思表示。现被告同意撤销婚姻，本院亦认为本案符合《民法典》关于撤销婚姻的法定情形，且未超过一年的撤销期限，故原告要求撤销婚姻的诉请符合法律规定，应予支持。

案例索引：(2021)浙 0109 民初 452 号

案情简介：杜某和张某于 2019 年 6 月经人介绍认识，后登记结婚。2020 年 4 月 16 日，被告告知原告其有先天染色体问题，无卵巢，无法生育。4 月 21 日，被告的超声波检查报告单中的检查意见为“始基子宫可能”。此后原、被告因婚姻及彩礼事宜产生纠纷。原告提起诉讼。

10. 夫妻一方隐瞒婚前患有尿毒症的事实，另一方在法定期间内提起撤销婚姻之诉的，应予支持。

裁判要旨：被告宋某患有尿毒症，不适宜生育，属于重大疾病。被告在结婚前即诊断患有尿毒症，并经住院治疗，但在结婚登记前被告没有据实详

尽地告知原告曹某，侵害了原告的知情权。现原告以被告婚前隐瞒重大疾病为由主张撤销婚姻，于法有据，予以支持。

案例索引：(2021)鲁 1521 民初 954 号

案情简介：原告曹某与被告宋某于 2020 年 12 月初通过网络认识，后办理结婚登记手续。2021 年 2 月 11 日，曹某发现宋某患有尿毒症。同年 3 月 12 日，原告诉至法院请求撤销婚姻。

二、未支持撤销之诉的案例

从未支持撤销婚姻的 8 个案例中，可看出法院不予支持的理由主要是原告的诉请不完全符合《民法典》第一千零五十三条的规定，主要包括：

1. 被告所患疾病不属于重大疾病或者不能证明被告患有重大疾病或者被告患病的事实发生于婚姻关系存续期间；2. 被告虽患有重大疾病但是在结婚登记前已如实告知原告；3. 原告超过一年除斥期间提出撤销婚姻之诉。另外，还有法院是基于重大疾病撤销婚的规范不具有溯及力驳回了原告的诉请。

（一）夫妻一方所患疾病不属于重大疾病，例如抑郁症、甲状腺左叶乳头状癌等疾病。

11. 夫妻一方婚前患有抑郁症的，不属于《民法典》第 1053 条规定的“重大疾病”，另一方提起婚姻撤销之诉的，人民法院不予支持。

裁判要旨：对于重大疾病的认定，法律并无明确规定，但从该条款设立的目的进行解释，应当以疾病严重危害共同生活的人员或者其后代的健康，足以危及婚姻本质为前提。该条款的适用应当有相对严格的条件，一方面应当保护在婚姻中受到欺诈的一方，另一方面也不能将之扩大化适用。双方在缔结婚姻时应当慎重，在对婚姻状况不满意时，亦应当作理性处理。原告认为被告患有严重的抑郁症，一方面并无相关证据，另一方面抑郁症不属于可以撤销婚姻的重大疾病。原告庭审中所陈述的相关事实仅一定程度上反映双方在婚后共同

生活中存在沟通问题,并不构成撤销婚姻的法定条件。

案例索引: (2021)浙 0702 民初 1387 号

案情简介: 原、被告于 2020 年 5 月初通过原告亲戚介绍认识,后登记结婚。在双方婚后共同生活期间,偶尔因日常琐事发生争执。原告诉称其发现被告有重度抑郁症,经常晚上做出自辱、自残、自杀等过激行为。被告辩称自己不存在任何精神疾病,也没有任何相关就诊记录,并称其患有抑郁症仅是 2019 年某段时间,并且已经于婚前恢复,无任何异常症状。

12. 夫妻一方婚前患有甲状腺左叶乳头状癌,不属于《民法典》第 1053 条规定的“重大疾病”,另一方提起婚姻撤销之诉的,人民法院不予支持。

裁判要旨: 小张患有甲状腺左叶乳头状癌,该疾病不属于《母婴保健法》规定的三类不适宜结婚的疾病,且该疾病经过手术和药物治疗可以治愈,病情得到有效控制并不影响正常生活,故不属于重大疾病。

案例索引: 小张诉小林撤销婚姻纠纷案,人民法院报 2021 年 5 月 21 日第 3 版

审理法院: 江苏省南通市海门区人民法院

案情简介: 2019 年 5 月 1 日,小张经人介绍认识了小林。经过一年多的恋爱,两人于 2020 年 8 月底在民政局登记结婚。婚后,小张意外地发现丈夫小林背着她服用一种药物,经过小张多次询问,小林才向她坦白多年前其曾患有甲状腺癌,但现已治愈,只需长期服药。小张认为小林侵害了自己的知情权和婚姻自主选择权,于是向法院起诉,请求撤销婚姻。

(二) 证据不充分,不能证明夫妻一方患有《民法典》第 1053 条规定的重大疾病

13. 夫妻一方以对方患有“重大疾病”为由请求撤销婚姻关系,证据不足的,人民法院不予支持。

裁判要旨: 原告所提供的证据不足以证明被告现患有精神分裂症疾病,同时,原告未提供被告未履行如实告知义务的相关证据。因此,对于原告的诉讼请求,不予支持。

案例索引: (2021)川 1621 民初 589 号

案情简介: 2020 年 7 月 28 日,原、被告经人介绍相识,当天双方便到民政部门办理了结婚登记。2021 年 2 月 1 日,原告以被告在婚前患有精神分裂症未如实告知为由,起诉至人民法院要求撤销婚姻。原告向法院提供了某医院 2018 年 8 月 27 日出具的疾病诊断证明书(载明:精神分裂症)、残疾人申请表和残疾评定表(载明:精神残疾)。

(三) 被认定患有疾病一方已经履行婚前如实告知义务,或未不属于隐瞒

14. 患有疾病一方已经履行了婚前告知义务,虽告知不充分但不属于隐瞒,另一方以此为由提起撤销婚姻之诉的,人民法院不予支持。

裁判要旨: 本案被告患有的精神分裂症在医学上应认定为重大疾病。原、被告在恋爱期间,被告曾告知原告其“有过心理问题,有过被害妄想症的症状,但已经治好了,和正常人一样”,而事实上,被告婚后病情稳定,能正常学习、工作和生活。可见,原告在婚前是知道被告患有精神疾病的,结合双方微信聊天记录也可看出,被告婚前就其患有精神疾病已履行了告知义务;但原告未能谨慎对待,未深入了解被告的病情,盲目草率结婚,现以此为由请求撤销婚姻,不符合法律规定,不予支持。

案例索引: (2021)皖 1503 民初 2118 号

案情简介: 原、被告经人介绍相识,经过交往后办理了结婚登记手续。被告患有精神分裂症有 9 年时间,其主要表现为“疑人害己,行为紊乱”。原、被告恋爱期间,被告曾告知原告“自己有点抑郁,但是已经治疗好了”;庭审中,原告陈述被告曾告知其“有过心理问题,有过被害妄想症的症状,但已经治好了,和正常人一样”;婚后双方共同生活期间,原告发现被告行为有异于常人,

下巴抖动，靠服用药物才能控制，由于长期服药产生的副作用导致被告部分咀嚼功能丧失；现被告的精神疾病通过周期性注射药物治疗病情稳定，能正常学习、工作和生活，目前在某某学院从事行政管理工作。

15. 夫妻一方婚后偶发急性重大疾病，且无证据证明该疾病系婚前所患，另一方提起撤销婚姻之诉的，人民法院不予支持。

裁判要旨：被告所患急性精神分裂症应属于《民法典》第 1053 条规定的重大疾病；庭审中，经查阅病历及就诊记录，虽然被告发病时间距离办理结婚登记时间较近，但其所患精神类疾病系急性，且目前未发现被告婚前有精神分裂症的就诊记录，亦无家族遗传的相关记录，原告主张被告婚前隐瞒重大疾病的行為没有事实依据，不予采信。

案例索引：（2021）津 0106 民初 770

案情简介：原告董某与被告刘某系夫妻。婚后被告因失眠等原因至某医院就诊，后诊断为急性精神分裂症样。后又再次因精神分裂症由原告陪同至某医院就诊。某年某月某日刘某的病例记载：家属否认家族两系三代患有精神疾病即神经系统疾病史。后，原告以被告患有精神分裂症未履行如实告知义务为由，诉至法院，请求撤销婚姻。

（四）夫妻一方提起撤销婚姻之诉，超过撤销权行使的除斥期间

除斥期间是指法律规定某种民事实体权利存在的期间。权利人在此期间内不行使相应的民事权利，则该法定期间届满导致该民事权利的消灭。

《民法典》第 1053 条规定，一方隐瞒重大疾病，另一方向人民法院请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。超出一年除斥期间提起撤销婚姻之诉的，人民法院不予支持。

16. 婚姻关系存续期间，夫妻一方患病住院期间另一方陪护的，推定另一方在陪护期间应当知道对方患病的事实。

裁判要旨：原、被告自 2015 年 11 月 3 日结婚，婚后被告于 2016 年先后在卫辉市人民医院及新乡医学院第一附属医院住院治疗，原告在被告住院期间多次陪护过被告，但原告称不知道被告的病情，显然不符合常理。鉴于原、被告系夫妻关系，双方关系特殊，且原告在被告住院期间多次陪护，故本院推定原告在 2016 年应当知道被告的病情。原告未在法律规定的期限内请求撤销婚姻，应予驳回。

案例索引：（2021）豫 0781 民初 52 号

案情介绍：原、被告经人介绍相识，于 2015 年 11 月 3 日登记结婚，原告郭某于 2020 年 11 月起诉被告马某离婚，法院判决驳回原告郭某的诉讼请求，后原告以被告婚前隐瞒患有重大疾病的事实为由，请求撤销婚姻关系。经法院查明，被告于 2014 年 8 月 4 日住院，诊断为：慢性肾炎综合征，高血压 III 期极高危险组。原、被告于 2015 年 11 月 3 日登记结婚，婚后被告分别于 2016 年 2 月 9 日、3 月 2 日住院，两次住院，原告均在医院陪护被告。

17. 双方在办理结婚登记时，登记处工作人员指出一方持有残疾人证，需要征得其监护人同意才能登记结婚的，应当认定另一方自结婚时知道对方患病的事实。

裁判要旨：原、被告在办理结婚登记时，登记处的工作人员已经指出被告持有残疾人证，而被告生理上并无任何残疾。此外，工作人员在结婚登记现场询问了被告监护人的意见后才为原、被告办理结婚登记手续。再结合被告已明确告知原告其脑部患有疾病，以及被告每月均到医院领取药物以稳定病情的事实，原告在结婚登记之初应当知道被告患有精神疾病。原告于 2020 年 12 月 18 日提起诉讼请求撤销婚姻已超过一年的除斥期间。

案例索引：(2020)浙 1004 民初 5692 号

案情介绍：原告张某与被告李某经人介绍认识，后办理结婚登记。李某婚前患有精神分裂症，持有精神残疾人证，残疾等级为三级，每月需要到医院领取药物进行治疗。近些年，被告的精神状况较好。原、被告登记结婚前，被告已经告知原告其脑部患有疾病。双方在民政局登记结婚时，登记处工作人员曾指出被告持有残疾人证，需要征得监护人的同意才能登记结婚，并当场询问了被告监护人的意见。经征得监护人的同意后，工作人员当场为原、被告办理了结婚登记手续。婚后，被告仍需每月服用药物以稳定病情。2020 年 12 月 18 日，原告张某以被告李某婚前隐瞒重大疾病为由请求法院撤销双方之间的婚姻关系。

(五)《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，应适用当时的法律及司法解释规定进行裁决。

18. 民事法律事实发生在民法典实施前不支持撤销婚姻

裁判要旨：《民法典》于 2021 年 1 月 1 日开始实施，原告要求按照《民法典》第一千零五十三条撤销双方婚姻关系有违“法不溯及既往”原则，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定；现原告要求撤销婚姻关系，应适用原《婚姻法》第十一条的规定。

案例索引：(2021)浙 0604 民初 1851 号

案情简介：原告范某与被告赵某通过相亲认识，后登记结婚。2021 年 3 月 10 日范某向法院提起撤销婚姻纠纷诉讼，主张撤销其与赵某的婚姻，范某诉称婚后经过和赵某沟通得知其患有不孕不育的严重生理问题，赵某辩称其与范某的婚姻合法有效，不属于撤销范围。

[1]《民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，第 102 页。

唏嘘！妻子生产时不幸去世，丈夫打官司欲要回冷冻胚胎，法院判了！

2021-08-24 上海法治报

<https://mp.weixin.qq.com/s/fzkvM922i7LUVmz6SUFUmg>

妻子生产时因羊水栓塞不幸离世，胎儿也没保住，悲痛万分的丈夫欲从医院取回存放的胚胎，医院却担心违法代孕，不予返还，男子因此联合岳父岳母将医院诉至法院。

究竟冷冻胚胎能不能自行保管？记者了解到本案经广州越秀法院审理后有了判决结果



判决书截图

发生羊水栓塞母子俱亡男子状告医院要求返还冷冻胚胎

2019 年 8 月底，张伟与妻子林红（化名）在广东一家三甲医院行辅助生殖胚胎移植手术，术后剩余 1 枚囊胚在医院保存。移植入母体的胚胎最终发育为一个胎儿。不料，林红在怀孕 39 周+6 天生产时发生羊水栓塞，胎儿未能存活，林红也因羊水栓塞不幸离世。

妻子的离去，对张伟一家造成了巨大精神损害。张伟称，“保存在医院的冷冻胚囊含有我及妻子的 DNA 遗传物质，与我们具有生命伦理上的密切关联，承载了我们一家的精神和情感寄托。”

他和岳父岳母对冷冻胚胎应当享有监管权和处置权等民事权益，但经多次要求医院未果，只好向法院提起诉讼。

医院：存在代孕风险且不具备保存条件

法庭上，医院方不同意张伟及其岳父岳母的诉讼请求。

医院强调，涉案囊胚有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般物一样任意转让或继承，不能成为继承标的。同时，由于储运条件特殊，在转运过程中可能因保存条件不稳定导致囊胚出现损伤、污染、甚至凋亡。为此，张伟等人提出以自己的方式保管，在无法举证其能妥善保管的情况下，将囊胚进行处置和转移具有极大风险。

此外，医院还指出，不能排除张伟利用囊胚进行违反法律规定或违背公序良俗行为。在张伟妻子已过世情况下，张伟作为一名男子已经无法实现生育目的，医院有义务保证囊胚不被非法利用。

法院：医院返还权利人胚胎

但权利人不得用胚胎从事代孕

庭审中，张伟及其岳父岳母表示将采用正确的保管方式保存胚胎，但目前因未得到保管机构的答复，为此无进一步处置方案，“但保证在法律允许范围内处置涉案胚胎。”

法院审理后认为，本案争议焦点在于涉案胚胎应否返还给原告，如果返还给原告是否存在违背伦理道德，损害公共利益的风险。

《中华人民共和国民法典》第三条规定

民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

涉案胚胎含有张伟与林红的 DNA 遗传信息。尽管人体胚胎的法律性质尚无定论，但不能否认张伟及其岳父岳母在生命伦理上与涉案胚胎具有最密切的联系，是理所当然的权利人，享有保管、处置胚胎的民事权益。

考虑到张伟、林红与医院订立医疗服务合同是为了完成胚胎移植，实现生育目的。现林红已过世，合同目的已无法实现。所以，用于胚胎移植的涉案胚胎应当交由其权利人，即由张伟及其岳父岳母保管和处置。

为此，张伟等人主张解除双方订立的合同，诉请医院返还涉案胚胎，法院予以支持。至于医院提出的胚胎返还之后可能产生的法律和伦理风险。法院指出，

依据《中华人民共和国民法典》第一千零九条规定

从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关法律规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。

本案审理过程中，法院依据该法律规定，要求张伟等人在取得涉案胚胎后，不得使用胚胎从事代孕等违背伦理道德，损害公共利益的医学活动，其也明确表示知晓相关法律后果，并承诺遵循法庭的告诫。再者，基于可能存在的风险而否定张伟等人的正当权利主张，于法律或情理而言，均缺乏充分的理由。最终，法院判决确认张伟、林红与医院订立的医疗服务合同解除；医院应向张伟及其岳父岳母返还存放的一枚胚胎。

来源 | 广州日报

编辑 | 刘家杭

47 万网友看过的这篇法官寄语，火出朋友圈

2021-08-27 浙江天平 龙岗法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/NLadcyQRS6JI0ZiJu7yhxw>

“经营一份感情，本应如同栽种一盆兰花，起始于爱慕兰花之美，播种后便是日日辛勤的照料，半刻不得松懈。兰花会生病，感情也是一样……”



这段“心灵鸡汤”的作者是龙港法院法官谢春风。谢春风今年 57 岁，是一名资深的家事审判法官。凭借耐心的工作态度和丰富的调解经验，2020 年 1 月至今，谢春风共妥善化解了 582 个对簿公堂的家事纠纷案件。

这则法官寄语的背后

通过对案件的梳理，经办人发现要将案件实质性化解，必须找准两人诉求中的共同点和心理承受的临界点，于是针对有争议的财产和抚养问题，先让双方各自阐述自己的想法，并通过“背对背”的方式对双方动之以情、晓之以理进行调

这段温情的话语来自龙港市人民法院近日出具的一份离婚调解书。该案代理律师将这份法官寄语发到朋友圈后，被媒体转载至微博，引发网友点赞，截至目前，阅读量高达 47 余万。



究竟是怎样的故事？

这是一起离婚案件，夫妻双方分居六年，夫妻关系名存实亡，但因为财产和孩子抚养问题无法取得一致，只得提起诉讼。

解，希望两人换位思考，以互谅互让的态度化解纠纷。

通过对当事人双方的反复引导，原被告终于表示可以尝试诉中调解。最终，在综合各方诉求

后，针对双方的财产分割与抚养问题三易调解方案，双方当场达成离婚调解协议。

“如果不是调解达成协议，评估判决执行拍卖等程序，可能一两年才分割好，两败俱伤。”双方律师事后说。

“虽然你们离婚了，但依然可以做最好的父母，希望你们日后还能像今天这样互相体谅！”案件成功调解后，谢春风对当事人双方如是说。

据悉，龙港法院创新家事审判新模式，于去年年底首次引入了“法官寄语”，并根据案件的不同情形，有针对性地发出，附页于每一个家事纠纷的裁判文书后，表达了对家事案件尤其是婚姻案件当事人的美好祝福和殷切期望。

2021 年 1 月至今，该院已发出了 522 份法官寄语，实现家事纠纷“法官寄语”全覆盖，其理性且不失人情味的表达方式及内容得到当事人等各方的认可。

一起来看看

这篇法官温情寄语

在十数亿的人海中，你们自相遇相识至相知相恋，并愿立下携手白头的誓言，并非只是概率学上的浪漫，而是两颗年轻的心，因为对方而选

择了迁就和忍让。婚姻需要的并不只是缘来刚好，更需要彼此的坚守与责任。

有道是只羡鸳鸯不羡仙，婚姻是爱情的果实，但绝不是爱情的终点，你二人的爱情，本应和美如玉，而非为家庭琐事争吵不休。诚然，柴米油盐酱醋茶会成为前进的负累，但是为爱负重，哪怕累一点，也会成为独美的风景。

经营一份感情，本应如同栽种一盆兰花，起初始于爱慕兰花之美，播种后便是日日辛勤的照料，半刻不得松懈。兰花会生病，感情也是一样。虽然现在你们的感情病了，但是回想下你们最初的美好，初见时的笑颜如花，接触后的怦然心动，相恋后的如胶似漆，用你们的耐心，用你们的坚持，爱情之花终会再开，更胜从前般绚烂。

在今后的生活中，希望你们能够学会在万象大千中抓住重心，不要过于计较个体的得失，也不要徘徊在偏见的山坳里踟蹰不前，生活从来不是一个人的事情。在婚姻的世界里，你不仅要学会爱自己，还要学会爱对方、爱孩子，只有宽容的爱和互相体谅的爱情才能白首偕老。

最后，真诚地期待你们未来的路走得安稳，且行且珍惜。

来源：龙港市人民法院

家事案例评论 | 第六案：离婚时，两个孩子的抚养权归属裁判思——一人一个？两个孩子不分开抚养？

原创：2021-08-29 HOAM 陈贝贝

<https://mp.weixin.qq.com/s/W9GQGmJIBIx3EsobZZbYYg>

离婚时，两个孩子的抚养权归属裁判思路

——一人一个？两个孩子不分开抚养？

卷首语

感谢师傅杨晓林律师推荐《杨立新品百案》一书，这种案例分析方式着实有趣，不具备太多的

法条教条主义，但却将法律规定以一种自然法的韵味娓娓道来。于是，我也尝试着自己“品一品”案件，落笔才发现，不管是在案情的精炼程度上，还是在评论的遣词造句上，自己还差很远，希望通过不断的思考与锻炼，自己有朝一日也能信手拈来。

之前的案例评论总是围绕一两个案例展开，但是本次研究的主题更加适合做多个案例的研究总结，因此本话题中选取了 11 个案例进行总结，期待发现实践的规律。但不得不说，抚养权归属的规律性很难寻找，每个个案有较大的不同性，稳定居住环境、不满两周岁原则上随母等规律又是法律已经规定的明文条款。不得不说，在争取两个抚养权时每个代理律师都应当对自己的当事人负责，每个当事人更应当为自己负责，都给予充分的重视，尽最大的努力争取孩子，结果常是难以预料的，着实强求不来。

前言

随着三胎政策的到来，放开二胎、计划生育内怀孕不允许打胎等话题也逐渐受到人们的热议。独生子女的政策远去后，离婚抚养权争议的焦点也逐渐呈现出新特色，越来越多的夫妻不再是争一个孩子的抚养权，而是争两个甚至三个孩子的抚养权，而这一问题不光是家事律师需要关注的问题，更是一个涉及未成年人利益的社会问题。为此，笔者在威科先行数据库中，选取北京地区法院的审判案例，进行非全样本研究，最终选取 11 个两个孩子的抚养权均判给一方的案例作为本话题的研究对象，欲对案件代理有所帮助，更想揭示各方对此问题的观点，以抛砖引玉，期待大家进一步展开研究。

一、裁判规则

注：因裁判文书上网的限制，本文搜索到的文章多为 2014-2017 年间的案例。

1. (2014)三中民终字第 10049 号

裁判理由：一审：关于刘×1 和刘×2 的抚养问题，男方坚持要求均由其抚养，女方在第一次庭审中要求两个女儿均由男方抚养，在第二次庭审中则要求与男方每人自行抚养一个女儿，因双方不能达成协议，法院根据子女的权益和双方的

具体情况确定均由男方直接抚养，由女方给付抚养费。

二审：刘×1 与刘×2 自出生至今一直由男方母亲帮助照顾；双方分居一年多的时间里，刘×1 与刘×2 一直跟随男方生活；女方于原审法院曾明确表述“我现在无法直接抚养孩子，孩子给男方”；男方坚决要求抚养刘×1 与刘×2，且主张两个孩子系孪生姊妹，相互之间有较强的情感依赖。原审法院综合上述因素，判决刘×1 和刘×2 由男方直接抚养，本院认为并无不当，没有打破子女已形成的生活习惯，且有利于子女的健康成长和权益保护。

女方观点：女方也同意孩子一人抚养一个，但女方称现在没有人看孩子。后变更为要求两个孩子均由男方抚养，后又变更为一人抚养一个，自己抚养次女。

男方观点：长女归男方抚养，次女归女方抚养。后变更为要求两个孩子的抚养权。

1、两个女儿不能分开，而且女方的家庭环境不适合孩子成长，因此坚持要求两个女儿均归其抚养，同时要求女方每月给付抚养费 1000 元。

2、二人分居后，刘×1 和刘×2 随男方一起仍然在北京市顺义区南彩镇后俸伯村居住，由男方的母亲帮忙照顾生活。刘×1 和刘×2 自 2014 年 5 月 1 日始均在北京市顺义区南彩第二幼儿园上学。

裁判结果：双胞胎女孩均由男方抚养

审理法院：北京市第三中级人民法院

裁判时间：2014.08.19

案件类型：男方诉女方离婚纠纷

2. (2014)三中民终字第 12178 号

裁判理由：

一审：婚生女陈×1、陈×2 目前年龄尚幼，且均系女孩，结合女方、男方的年龄、工作、经济条件、家庭环境等因素，法院确定婚生女陈×1、

陈×2 均由女方负责抚育，男方每个孩子每月给 2500 元抚养费。

二审：在离婚中，抚养权归属取舍终须判断。抚养权归哪一方，应综合考量父母双方的抚养能力、抚养环境，以更有利于未成年子女的人身利益和身心健康作为出发点予以决定。在双方抚养能力相当的情况下，因双方婚生女陈×1 自幼均由女方本人及其母亲看护，至今仍与女方共同生活，且陈×1 为女孩，故应由女方抚养更为妥当。女方现有稳定工作及收入，亦有稳定住所，其具备抚养能力及抚养条件。男方上诉称女方有人格缺陷，其并未提供相应证据，本院实难采信。故维持原判。

女方观点：要求两个孩子由女方抚养，男方每月支付 8000 元抚养费。

- 1、男方有家庭暴力；
- 2、男方经常出差，对孩子缺乏责任心；
- 3、男方出轨。

男方观点：要求两个孩子由男方抚养，不需要女方支付抚养费。

- 1、工资收入比女方高，工作处于成长期。
- 2、男方的父母是高级知识分子，并且退休金较高，且也来京准备共同抚养和照顾两个孩子。

上诉后意见：
请求×1 由男方抚养。

- 1、女方人格具有明显缺陷，缺乏自控能力，其行为会影响子女成长过程中身心健康的需要。
- 2、女方的个人能力与教育环境明显优于被上诉人，有能力为孩子创造更加优越的成长环境。

裁判结果：两个女孩均由女方抚养。

审理法院：北京市第三中级人民法院

裁判时间：2014. 10. 20

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

3. (2014)西民初字第 17664 号

裁判理由：考虑到刘 x1、刘 x2 未满两周岁年龄尚小，且现随女方生活，不宜改变子女的生活

状态，本着有利于子女健康成长的原则，判令两个孩子由女方抚养，男方支付抚养费每月 1450 元。

女方观点：要求两个孩子的抚养权，男方每月支付 4000 元抚养费。

- 1、两个孩子现跟随女方在女方家生活。

男方观点：要求两个孩子的抚养权未提及抚养费。

- 1、男方有固定工作及住所，有能力扶养孩子。
- 2、男方母亲系高校教师、父亲也曾在高校任职，亦有能力协助被告抚养孩子。
- 3、女方没有工作、没有固定收入，且女方系离异家庭、靠低保生活，不适宜抚养孩子。

裁判结果：龙凤胎女孩、男孩均由女方抚养

审理法院：北京市西城区人民法院

裁判时间：2014. 11. 03

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

4. (2015)通民初字第 13406 号

裁判理由：经本院询问邓 x1 的意见，其表示愿随女方一起生活，并希望与邓 x2 由同一方抚养。

本院经征求邓 x1 的意见，并结合子女性别，目前居住生活状况，综合考量认为邓 x1 及邓 x2 由女方抚养为宜；

女方观点：婚生女邓 x1、邓 x2（患病）由女方抚养，男方每月给付抚养费 10 000 元，医疗费用另行以实际发生额计算原被告每人承担一半。主张两个女儿需共同抚养。

- 1、邓 x2 治疗的费用及生活开销均系女方支付，男方也不愿配合做肝移植，邓 x1 寄宿时男方也不去接送其回家，对孩子不再尽父亲的责任。

- 2、男方自 2014 年 10 月就住在外居住彻底不回家了，并且与某女子在一起，不再尽丈夫的责任。

男方观点：主张两个女儿的抚养权，不需要女方支付抚养费。主张两个女儿需共同抚养。

- 1、婚后男方挣钱养家，收入都是女方在掌控，从 2009 年到 2014 年女方没有工作。女方没有固定的工作、经济来源，没有能力抚养两个女儿。

2、女方性格暴躁、有严重的家庭暴力，曾对小女儿动手，还对男方进行过攻击，曾殴打男方母亲导致其受伤。

3、女方对女儿没有尽到监护的责任，曾导致小女儿手指受伤；小女儿出生后都是由男方母亲照顾的；大女儿现在住校，之前都是男方去接送；

裁判结果：两个女孩均由女方抚养。

审理法院：北京市通州区人民法院

裁判时间：2015. 09. 30

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

5. (2015) 朝民初字第 67530 号

裁判理由：关于抚养问题，应本着有利于子女身心健康，保障子女合法权益的原则进行处理。考虑到戴×2、戴×3 一直随女方共同居住生活，且两个孩子年纪尚幼，由双方分别抚养并不利于孩子的成长，故本院认为戴×2、戴×3 均由女方抚养为宜。

女方观点：女方不同意离婚。男方一直很爱家爱孩子，我们双方互动良好，其两次提出离婚，让女方非常惊讶。

庭审中，女方表示若离婚，则要求两个孩子由其抚养，男方可以不支付抚养费。

男方观点：婚生子戴×2 由男方自行抚养，婚生女戴×3 由女方自行抚养。

无具体理由。

庭审中，男方表示若两个孩子由女方抚养，其自愿每月支付抚养费二千元。

裁判结果：一子一女均由女方抚养。

审理法院：北京市朝阳区人民法院

裁判时间：2016. 03. 07

案件类型：男方诉女方离婚纠纷

6. (2015) 海民初字第 41705 号

裁判理由：关于婚生女李×1 及婚生子李×2 的抚养问题，鉴于李×2 不满两周岁，更加需要母亲的照顾，故李×2 由女方抚养为宜。关于李×1

的抚养问题，现女方与男方均要求李×1 的抚养权，本院考虑到李×1 从出生起就一直随母亲一起生活，从未离开过女方的照顾，且李×1 在回国后又一直随外祖父、外祖母及母亲一起居住生活，现已上幼儿园，随女方及其父母生活时间较长，如改变生活环境对其健康成长较为不利，无论从工作的稳定性还是居住的稳定性角度讲，女方现在的抚养能力都要优于男方，且从李×1 性别的角度看，由母亲对其照顾、教育更为方便、有利，故综合以上情况，本院认为李×1 由女方抚养更为适宜。

女方观点：两个孩子由女方抚养，男方不需要支付抚养费。

1、因男方工作频繁变动。双方婚后一直聚少离多，在女儿与儿子出生后，男方因工作原因很少参与对子女的抚养、教育，绝大部分时间是由女方及女方父母负责孩子生活方面的照顾和成长方面的教育。

男方观点：两个孩子由男方抚养，女方不需要支付抚养费。

1、男方工作频繁变动也在为女方寻找工作机会，并且专门辞职帮助女方待产，期间创业，宁愿选择孩子，也不会选择事业。双方并非聚少离多，共同在美国 3 年期间男方也抚养女儿。

2、女方父母抚养孩子的时间点是在温×将孩子滞留在国内之后。

3、女方父亲曾经提出将孩子改为女方的姓，男方一直没有同意。

4、女方没有足够的能力单独抚养两个孩子，她全职工作，经常早上六点出门，晚上十一点才回来，没有多余的时间照顾孩子的教育成长，照顾孩子的任务就落在了两个 70 多岁的老人身上。

5、不同意女儿回国，因为北京空气不好，女儿回国后对气候不适应，身体健康受到影响。女方父亲还有吸烟习惯，由女方抚养孩子我没法信任。对女儿的抚养需要耐心呵护，这是女方和她父亲所缺失的。

裁判结果：一子一女均由女方抚养。

审理法院：北京市海淀区人民法院

裁判时间：2016.03.28

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

7. (2016)京03民终2344号

裁判理由：抚养是父母从物质上对子女的养育和照料，为子女的健康成长提供生活费、教育费，承担必需的经济责任。离婚案件中对子女抚养问题，应当依照法律规定，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。本案中，双方婚生子刘×2、婚生女刘×3系双胞胎，年龄尚幼，且大部分时间由女方的父母进行照看，如若将两个孩子分开，改变现有的抚养环境，对两个孩子的健康成长不利。在此基础上，法院综合考虑双方意愿、孩子年龄尚幼以及当前抚养状况，判令抚养权归女方，比较符合孩子成长的客观需要，亦体现了照顾妇女权益的原则。

女方观点：要求两个孩子由女方抚养，男方按月支付抚养费。

1、强烈要求我们的双胞胎子女由女方自行抚养，这是离婚情形下有利于孩子身心健康成长的最佳安排。

2、双胞胎在情感上有天然的联系，一同成长和默契交流才能抵御父母离异带来的问题。

3、两个孩子年幼，从出生至今从未分离，一直由女方及女方的父母带养，继续维持孩子原有生活环境，对孩子成长更为有利。

4、女方曾多次流产，两个孩子是女方冒着生命危险得来的，是女方的生命。

5、女方有时间和精力独立抚养两个孩子，刘男方曾在得知女方怀上双胞胎时要求做掉一个孩子，男方情感淡漠，对孩子情感发育不利。

男方观点：要求婚生女由男方抚养，婚生子由女方抚养，双方自负抚养费。

裁判结果：龙凤胎女孩、男孩均由女方抚养

审理法院：北京市第三中级人民法院

裁判时间：2016.04.14

案件类型：男方诉女方离婚纠纷

8. (2016)京0108民初6141号

裁判理由：鉴于刘×2不满两周岁，更加需要母亲的照顾，且刘×对刘×2由女方抚养亦表示同意，故刘×2由女方抚养为宜。关于刘×1的抚养问题，现双方均要求刘×1的抚养权，本院考虑到刘×1现已满十周岁，征询了本人意见，刘×1表示希望随母亲一起生活，且刘×1从出生起就一直随母亲一起生活，从未离开过女方的照顾，近两年刘×1又一直随外祖父、外祖母及母亲一起居住生活，现已上小学四年级，随张×及其父母生活时间较长，如随意改变生活环境对其健康成长较为不利，故综合以上情况，本院认为刘×1由女方抚养更为适宜。

女方观点：两个儿子都归女方抚养，男方支付抚养费15000元。

男方观点：长子由男方抚养，次子由女方抚养。

1、不认可与次子之间的亲子关系，女方出轨，认为次子是女方出轨所怀，但是诉讼中明确表示不要求进行亲子鉴定。

裁判结果：两个孩子均由女方抚养

审理法院：北京市海淀区人民法院

裁判时间：2016.05.25

案件类型：男方诉女方离婚纠纷

9. (2016)京02民终6457号

裁判理由：

一审：考虑到双方之女尚年幼，由母亲抚养更有利于子女的成长，且在双方分居后跟随女方及其亲属共同生活，故认为双方之女均由女方抚养为宜。

二审：

原审法院考虑到双方的双胞胎女儿尚处年幼，由母亲抚养更有利于子女的成长，且在双方分居后跟随女方及其亲属共同生活等原因，判决双方之女均由女方抚养，男方应给付抚养费，无不当。

女方观点：两个双胞胎女孩均归女方抚养，男方每月支付抚养费 3000 元。

1、双方均认可女方年收入 11 万元左右，男方月收入 3000 元左右。

男方观点：两个双胞胎女孩均归男方抚养，不需要女方支付抚养费。

1、孩子从出生到现在三年了一直由男方及父母带着，生活起居都比较习惯了。

2、男方父母身体比较好，可以帮助抚养，女方父母身体患病，照顾孩子力不从心。

上诉后意见：

改判两个孩子均归男方抚养。

1、女方家庭环境无能力抚养。女方母亲半身不遂 20 年，患有高血压、高血脂等多种疾病，生活不能完全自理，需要有人照顾。女方父亲患有高血压、高血脂、精神抑郁症（曾经）等疾病。女方有固定工作，白班、夜班，其父母没有能力来照顾两个孩子的生活起居。女方说过让她姑来照顾孩子，两个姑分别都是离婚的。女方从小就体弱多病，做过两回大手术，经常闹肠胃疾病。

2、我有能力抚养孩子。女方从怀孕到孩子出生，其家人没有照顾过一天。孩子出生时，女方家没有任何一个人来看望。孩子满月，女方想回家住一段时间，但遭到了女方父亲的拒绝。

3、女方在上次判决时称 2016 年 5 月 20 日与我分居，长期与孩子及亲属共同居住，此条与事实不符。孩子三年来，从未离开过我家，一直由我父母精心照顾。

4、2012 年 1 月至 2014 年 4 月，2013 年 3 月至 2014 年 12 月期间，女方没有任何经济来源，所有家庭开支和孩子生活费用均由我家承担。2015 年 1 月起至 2016 年 5 月女方有了经济收入，但未给我家任何生活费用，一切日常开支仍均由

我家承担。所以我从家庭环境和家庭收入方面均能够给孩子的生活提供更好的照顾。

裁判结果：双胞胎女孩均由母亲抚养。

审理法院：北京市第二中级人民法院

裁判时间：2016. 07. 28

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

10. (2016)京 0115 民初第 18054 号

裁判理由：关于子女抚养问题，考虑到孩子自身的意愿及现在的生活居住情况，从尊重孩子意愿和不改变孩子生活环境的角度考虑，沈 x 和沈 x2 应由母亲抚养为宜。

女方观点：坚决不同意离婚，如果离婚两个孩子均由女方抚养。

1、两个孩子自出生之日就主要由女方和女方的母亲照顾。

2、男方离开家的这段时间未对孩子尽抚养义务，两个孩子所有的开销均由女方负担。

3、女方有稳定的居所，有稳定的收入，有能力抚养孩子。

4、女方的父母也能照顾孩子。

5、女方提交大孩子写的声明“我是沈 x，我妈妈叫 xx，我爸爸叫 xx，我上旧宫二小小学，上二年级，我弟弟 4 岁了，我和弟弟是姥姥、妈妈照顾，爸走了一年不回家，我希望爸爸回家，如果爸爸妈妈要分开的话，我希望跟姥姥和妈妈一起生活，我也不想跟弟弟分开，我会照顾好弟弟的。”

男方观点：两个孩子均由男方抚养，女方支付一次性抚养费 15.6 万元。

1、女儿沈 x 和儿子沈 x2 一直与男方生活，从小到大一直由男方抚养，而女方从未关心和照顾儿子的生活。

2、女方也没有自己的居所及稳定的收入。为有利于孩子的健康成长，应继续由沈某抚养为宜。

裁判结果：一子一女两个孩子均由女方抚养。

审理法院：北京市大兴区人民法院

裁判时间：2017. 05. 18

案件类型：男方诉女方离婚纠纷

11. (2019)京民申 2615 号

裁判理由：双方婚姻存续期间所生育两个女儿均年幼，且一直与女方共同生活。二审判决婚生两女均由母亲抚养，并参照双方诉前达成的离婚协议内容，酌定抚养费数额并无不当。

女方观点：二审判决认定婚生两女均由母亲抚养更有利于孩子成长是充分考虑了有利于两个孩子身心健康做出的判决。再审申请中男方提出的抚养能力等情况与事实严重不符。

男方观点：

1、二审判决对抚养权归属的认定缺乏事实依据。二审认定婚生两女均由母亲抚养更有利于孩子成长缺乏事实依据，且未考虑父母双方的抚养能力及条件。女方无论是经济能力和时间精力均没有直接抚养两个孩子的条件。

2、二审判决适用法律错误。基于对抚养能力事实认定有误，二审法院适用婚姻法时忽略《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》关于抚养权的优先条件，做出不利于子女成长的判决，未能从保障子女合法权益出发，适用法律错误。故请求法院依法再审。

裁判结果：两个孩子均由母亲抚养

审理法院：北京市高级人民法院

裁判时间：2019.06.27

案件类型：女方诉男方离婚纠纷

二、裁判总结

综上，笔者对于影响两个孩子抚养权裁判归属的影响因素总结如下，未来的司法实践中遇到其他影响因素可进一步补充，也欢迎广大律师界及各界朋友对相应的影响提出建议。

（一）两个子女跟随哪一方生活

子女的抚养状态可谓是离婚判决抚养权最重要的影响因素，1993 年最高人民法院《关于人民

法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》规定了“子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的”可予优先考虑，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》沿习了这一条的规定，子女跟随哪一方生活是离婚案件中法院一定会查明的重要事实，对于当事人而言，仔细梳理孩子自出生至审判时孩子跟随哪一方生活的抚养状态是非常必要的，也是争取抚养权的必要工作。

上述 11 个案件中无一不考虑了孩子的现实生活状态和已经形成的稳定环境，且均是将孩子抚养权判给了长期以来实际抚养孩子的一方。

（二）主张两个孩子抚养权的被告是否同意离婚

笔者第一次关注到这个影响因素是向外地律师同行请教两个孩子抚养权归属的代理经验时，山东徐文丽律师分享的案例，她称她代理的案件中有一个女方当事人在第二次被起诉离婚时强烈要求不离婚，给孩子完整的家，并坚决要求两个孩子的抚养权，后法院判决离婚，但是为了平衡双方的利益，将两个孩子的抚养权判归女方。

无独有偶，在笔者关注的 11 个案例中也有两个案件被告表示不同意离婚的，即(2015)朝民初字第 67530 号、(2016)京 0115 民初第 18054 号案例中也均是被告的女方不同意离婚，无法确认不同意离婚与获得两个孩子抚养权归属之间的因果关系强弱，但是在一人一个孩子的大背景下，对于想要获得孩子抚养权的一方只能是宁可信其有不可信其无了。

（三）法庭上对孩子抚养权的态度是否坚决

法院判决孩子抚养权考虑很多因素，其中有一个因素是不记载于任何法律和司法解释，但是却不得不重视的，那就是法院的上诉率，所以法院为了避免当事人上诉通常会进行调解或者搞利益平衡，当事人当庭的表态很有可能成为法院最后利益平衡的理由。

所以,坚决要求抚养权的情况下,在法院历次庭审中对抚养权坚决不松动是非常必要的,在(2014)三中民终字第 10049 号案例中,法官就以女方在历次庭审中的表述确定双方的抚养意愿。

(四) 已满 8 周岁的孩子愿意和弟弟妹妹共同生活的意见

(2016)京 0115 民初第 18054 号中大孩子已满 8 周岁,小孩子 4 岁,法院征求大孩子的意见时,大孩子明确表示要和弟弟一起生活,并且,客观上两个孩子一直都是跟随女方生活的。(2015)通民初字第 13406 号也是大孩子希望与小孩子由同一方抚养。两个孩子年龄差距较大的情况下,法官会尊重大孩子的意见,也因为小孩子较小,法官倾向于将小孩子的抚养权判给直接抚养孩子的一方,因此,在大孩子也愿意兄弟姐妹间一起生活的情况下,争取两个孩子的抚养权会更有可能性。本团队段凤丽律师亲自代理的案件中,也有一例呈现这样的结果,大孩子愿意跟随一方,并且愿意和小孩子一起生活,最终两个孩子都归一方抚养。

(五) 两个孩子为双胞胎,且均未满 2 周岁

《民法典》第 1084 条明确规定“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。”故双胞胎孩子在未满两周岁时,由母亲直接抚养的概率更大。

笔者认为,上述案例还能反映出一些争夺抚养权的否定性影响因素(即基本上不会影响抚养权归属的影响因素),但是,在一人一个孩子的大背景下,任何因素都不容轻视,哪怕有一丝影响的可能性都要给予百分之百的重视,因此本文未对否定性影响因素进行总结,以免对司法实践产生误导,在个案中应注意取长补短,将有利的因素发挥到极致。

家事法规则

《民法典》

第一千零八十四条父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或者母直接抚养,仍是父母双方的子女。

离婚后,父母对于子女仍有抚养、教育、保护的權利和义务。

离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》

第四十六条对已满两周岁的未成年子女,父母均要求直接抚养,一方有下列情形之一的,可予优先考虑:

(一) 已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力;

(二) 子女随其生活时间较长,改变生活环境对子女健康成长明显不利;

(三) 无其他子女,而另一方有其他子女;

(四) 子女随其生活,对子女成长有利,而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病,或者有其他不利于子女身心健康的情形,不宜与子女共同生活。



陈贝贝

北京天驰君泰律师事务所律师

18817836410

chenbeibei2019@163.com

北京朝阳区北辰东路汇宾大厦

二、媒体典型案例

（一）抚养费纠纷案例

男子再婚再育请求降低抚养费，法院判了！

2021-08-06 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/eLRi0FXLrzmociJ3yFysSQ>

离婚协议约定的抚养费在什么情况下可以降低？

碰到一方称收入水平下降和再婚再育的影响，要求降低抚养费，法院会怎么判？

近日，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）就审结了一起抚养费纠纷案件，二审最终驳回男方要求降低抚养费的诉请，依法改判男方应按照离婚协议约定足额支付抚养费。

7000 元的抚养费，我付不起了

2020 年 6 月初，离婚后独自带儿子的方晴收到了前夫袁亮发来的一条微信：

看了一下，最近资金很紧张。想用房屋相应价值抵押贷款和抚养费，接下来这两个月，你有什么具体想法？



袁亮的这条信息，并不在方晴的意料之外——从去年开始，他就提过要降低小浩的抚养费了，理由是受疫情影响，他创业的公司亏损严重，加上他又再婚再育，实在负担不起每个月 7000 元的抚养费。

往事一下涌上了方晴的心头。方晴供职于一家外企，袁亮硕士毕业后开了家公司。两人相识、恋爱后走进婚姻殿堂。

2015 年 1 月

方晴和袁亮的儿子小浩出生了。本该是其乐融融的三口之家，却在一次次夫妻分歧中走向了终点。协商一致离婚，是这段感情最后的体面。

2018 年 9 月

方晴和袁亮去民政局办理了离婚手续，并签订《自愿离婚协议书》，约定小浩归方晴抚养，袁亮每月支付孩子抚养费 7000 元，至孩子 18 周岁止。按方晴的说法，7000 元的抚养费，是根据当时袁亮的收入，以及方晴家人没法照看小孩、需要请住家保姆等一系列因素，两人共同商定的。二人在协议上也表示，鼓励对方尽快找到真爱和幸福。

一别两宽，各自安好。离婚后，虽然有时会迟，但方晴每个月还是收到了袁亮转来的抚养费，袁亮也会来探望小浩，直到袁亮 2019 年再婚。袁亮再婚后不久，又与妻子生了一个女儿，并就减少抚养费的问题，多次找方晴协商。

方晴和袁亮结婚时曾共有一套两居室的住房，考虑到小浩上学方便，离婚时双方约定房子由方晴和小浩居住，袁亮不会向方晴讨要费用，等小浩小学毕业后就把房子卖掉。但袁亮此时却提出要用一间房间的租金（2500 元）冲抵抚养费，这让方晴无法接受。

协商不成，袁亮开始少付抚养费了。

2020 年 9 月至 11 月

方晴总共只收到了袁亮转来的 3000 元钱。二人再次协商。袁亮同意房间的租金用来抵扣贷款，但仍称以现在的收入情况最多只能给 3000 元的抚养费。袁亮表示他已搬到了方晴和小浩居住的小区附近，就是为了方便多照看孩子，照看孩子的时间也可以用来抵扣抚养费。而方晴认为，照顾、探视孩子是父亲应尽的义务，而且袁亮搬来

也是因为他的公司离得近，并没有因此多照看了孩子。

最后，还是要对簿公堂。

法院怎么判？

方晴：向一审法院提出诉请，要求袁亮补付之前拖欠的抚养费1.8万元，并自2020年12月起每月按照离婚协议约定支付抚养费7000元。

袁亮：提出反诉，称2020年9月前已克服收入下降和再婚再育的压力，一直足额支付抚养费，但现在无力支付了，且孩子的实际需求并不要这么多，要求将孩子的抚养费自2020年9月起降低为每月3000元。

一审法院经审理判决：袁亮应补付抚养费1.8万元，并根据袁亮创业受疫情影响、再婚再育和小浩的每月开支情况，将小浩的抚养费调整至每月5000元。

方晴、袁亮均不服，向上海一中院提出上诉，二人坚持一审的诉请。

上海一中院经审理认为，本案的争议焦点是袁亮应支付的抚养费标准是多少，以及一审法院将离婚协议中约定的每月抚养费7000元调整为5000元依据是否充分。

上海一中院认为：

首先，袁亮与方晴离婚时，不仅签署了在民政部门备案的《自愿离婚协议书》，还签署了双方私下的《离婚协议书》，在两份协议中，对于抚养费均约定为每月7000元，可见，双方对于抚养费的金额系深思熟虑后的结果。

而且，从离婚后抚养费的实际支付情况看，虽有迟延支付之情形，但在一年多近两年的时间里，袁亮均能足额支付抚养费，可见当时约定的金额亦未超出袁亮的支付能力。

因此，如不存在支付方经济状况明显恶化、劳动能力明显降低等特定情况，双方理应恪守离婚当时的约定。

其次，就袁亮提出降低抚养费的几点理由而言。关于再婚再育和小浩的实际生活需要的理由，根据现有证据显示，袁亮在签署离婚协议时，并未以是否再婚再育或小浩实际需要多少学习生活成本作为考量来计算抚养费金额；

反而，在《离婚协议书》中，双方约定抚养费每月7000元的同时，还承诺鼓励对方尽快找到真爱和幸福，**明显再婚再育与否和当时承诺的抚养费金额之间没有关联。**故现袁亮以该理由要求降低曾经约定的抚养费金额，缺乏依据。

关于新冠疫情期间收入下降的问题，**本案中，**袁亮与方晴微信沟通过程中，确实提及新冠疫情对其收入造成一定影响，但纵观本案，**袁亮除口头所称，并未提供起码之证据证明其当前经济状况相较于离婚当时已发生明显下降。**故上述理由，亦无据可循，上海一中院难予采信。

上海一中院遂驳回袁亮上诉请求，判决袁亮补付抚养费1.8万元，并改判袁亮自2020年12月起支付小浩抚养费7000元，至小浩18周岁止。

（文中人名均为化名）

法官说法



潘静波

少年家事庭审判长

四级高级法官

中国政法大学 法学硕士

本案主审法官、上海一中院少年家事庭审判长潘静波指出，**离婚协议系双方为离婚而达成的一揽子约定**，其中既会包括与身份关系紧密相关的解除婚姻关系问题、孩子抚养问题，也会包含更具财产属性的财产分割问题，但不论内容为何，均是曾经的婚姻双方综合考量各方面因素后达成的综合性协议，对双方当事人均有约束力。

已经完成离婚登记手续的，双方应该遵照履行、严肃对待，不能轻易更改，否则对另一方而言，有失公允。如果确有证据证明存在不直接抚养一方整体经济状况明显恶化、劳动能力明显降低、再行支付将无法保障其基本生活等特定情形，才应考量降低抚养费诉请的合理性。

（二）赡养纠纷案例

签下断绝父子关系协议，还要赡养老人吗？法院判了！

2021-08-13 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/REIGbN2GjN0phU5dc1TSBw>

因矛盾与父亲签订了断绝父子关系协议，之后子女还需承担对父母的赡养义务吗？近日，浙江省开化县人民法院就审理了这样一起赡养纠纷案件，法院认定：**断绝父子协议无效，子女仍需履行赡养义务！**

案情回顾

签订不赡养协议，母亲反悔起诉

1993 年 4 月，原告徐某及其丈夫与次子余某因矛盾激化，在村干部的见证下，签订了断绝父子关系的协议。签订协议的当日，余某便收拾了自己的物品，带着新婚妻子离开了父母，此后再未尽人子的义务。

2020 年初，徐某丈夫身体状况出现问题，动了两次大手术，住院数次。期间，其余 4 个兄弟去请余某，希望他能去看望父亲，并以此缓和父子关系。但余某均以协议为由，拒绝探望父亲。

2020 年 12 月，徐某在料理完丈夫后事后，便一纸诉状将余某起诉至开化法院，要求其每年支付赡养费 3000 元及承担五分之一医药费。

争议焦点

协议都签了，也没分得财产，为什么还要赡养？

案件受理后，承办法官多次联系余某，希望能促成调解，缓和双方关系，但余某态度异常坚决，辩称自己已签订断绝父子关系的协议，约定不继承父母遗产、不负担父母在世一切费用、由其余 4 个兄弟照料，因此拒绝承担赡养义务。

法院判决

赡养父母是法定义务，不可协议免除

开化法院审理后认为，尊重和赡养老人是中华民族的传统美德，子女对父母有赡养扶助的法定义务，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女赡养的权利。赡养义务不得附加任何条件，不因父母经济能力较好或子女经济困难、其他子女进行了赡养而予以免除。

断绝父子关系、人为排除子女对父母赡养义务的协议有违公序良俗和法律的强制性规定，损害了老年人合法权益，属于无效的民事行为，不具有法律约束力，作为子女仍需承担赡养父母的义务，遂依法判决余某每年支付母亲赡养费 3000 元，并承担五分之一医药费。目前，判决已生效。

法官说法

自然血亲关系不能通过法律手段解除，更不能登报、协议等方式予以解除。养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以提起诉讼。但养子女是被养父母抚养成人的，即使解除了收养关系，养子女仍应尽赡养义务。

法条链接：《中华人民共和国民法典》第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。《中华人民共和国民法典》第二十六条第二款 成年子女对父母负有赡养、扶助和保护义务。《中华人民共和国民法典》第一百五十三

条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条 赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶

应当协助赡养人履行赡养义务。《中华人民共和国老年人权益保障法》第十五条第一款 赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医药费用。

来源：浙江省开化县人民法院

编辑：杨书培

（三）亲子关系案例

京法案例 | 丈夫找代孕生子，妻子要求否认亲子关系获支持

2021-08-16 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/H1hl8G3ii_bbLQalFtM3lg

亲子关系是家庭关系中重要组成部分，也是社会关系中的基础一环。对个体成长、家庭和谐、社会稳定，具有重要作用。然而，有一位“母亲”却诉至法院要求“否认亲子关系”。近日，顺义法院审理了这起案件。

基本案情

高某与郭某是夫妻关系，二人育有一女。“全面二胎”开放后，夫妻俩想再生个孩子，却因为身体、年龄等原因始终未果。2018 年，丈夫郭某在妻子不知情的情况下，与他人通过代孕私自生下儿子小郭，并在小郭出生证明上写母亲是高某。“被当妈”的高某称，其不知道代孕的事情，也没见过孩子，直到 2019 年才知道孩子小郭的存在。

为了明确双方的抚养、赡养、继承等问题，避免日后发生纠纷，妻子高某曾想过要起诉，但是当时没有合适的案由，直到《民法典》正式施行，新增了亲子关系之诉。高某将小郭起诉至法院，请求判令高某和小郭之间不存在亲子关系，取消其对小郭的监护权以及小郭对其财产的继承权。

判决结果

《民法典》第一千零七十三条第一款规定，对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用民法典的有关规定。

本案中，原告高某提交了 2018 年 3 月的医院诊断证明、住院许可证等证据，材料显示高某被诊断为孕 6 周胎停育，而小郭的出生时间为 2018 年 7 月，可证明高某与小郭不可能存在血缘上的亲子关系。高某与郭某皆认可小郭不是双方进行人工授精所生之子，故小郭无法被视为高某与郭某的婚生子女，高某与小郭的关系无法适用民法典关于父母子女间的权利义务关系。郭某表示同意高某的诉讼请求。

最终，顺义法院支持了高某的诉讼请求，确认其与小郭不存在亲子关系。

法官说法

父母与子女之间的亲子关系涉及到抚养、赡养、继承等问题。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。本案中，尽管出生医学证明及户口本上均显示高某系小郭之母，但根据高某提交的相关证明，可以直接认定高某与郭某不存在血缘上的亲子关系。

需要提醒大家的是，此类案件中，父或母可能均知晓子女与其不存在血缘关系，但如果不经法院确认或否认亲子关系，后续可能围绕抚养、赡养、继承等问题产生纠纷。

供稿：顺义法院

文字：张莉

编辑：安杨 姚日辉

上海一老伯“被当爹”50 载，打官司要撇清“亲子关系”！法院判了…

原创：2021-08-20 上海法治报 陈颖婷

<https://mp.weixin.qq.com/s/AGFT0HLD-TBnT0nBbFelw>

养了 50 年的儿子，原来并非自己的亲生子，“被当爹”的黄老伯在气愤之余，也考虑到了自己的身后事。为避免日后产生纠纷，年过八旬的黄老伯走进了法院，要求确认他与“儿子”王刚之间不存在亲子关系。这也是民法典中新增的内容，日前，上海市浦东新区人民法院确认黄老伯与王刚不存在亲子关系。

户口登记“一字之差”

黄老伯年轻时与张阿婆经人介绍认识，与那个年代的大多数人一样，不久两人就登记结婚。婚后第二年，张阿婆就生下了一个大胖小子。喜获麟儿的黄老伯非常高兴，对于儿子的前途也分外关心。当时，黄老伯的户籍为外省市，为了让儿子能接受更好的教育，他便想将儿子的户口申报在上海的外公外婆家。因为托人办理的户口申报，因委托人没听清，将黄老伯儿子的姓误写为“王”。此后，黄老伯一家只得将错就错。黄老伯说，因他工作在外地，王刚经常与外公外婆同住。

然而王刚顶着“王”姓在黄家生活了 50 年后，生活却发生了天翻地覆的变化。打破平静生活的是，黄老伯居住的房屋拆迁。原本是一件皆大欢喜的好事，却因为王刚和黄老伯的姓氏不同，而横生了枝节。由于双方姓氏不同，又无其他证据证明父子关系，所以拆迁办的工作人员提出通过亲子鉴定确认王刚是否享有拆迁利益。

本以为亲子鉴定很简单，但鉴定结果出来后，却在家中掀起了惊涛骇浪。原来，经过鉴定，黄老伯和王刚之间非亲生父子关系，王刚与张阿婆之间是亲生母子关系。为避免日后产生纠纷，于是黄老伯向法院起诉，要求否定与王刚的亲子关系。

民法典支持否定亲子关系之诉

庭审期间，王刚并未到庭，也没有提交任何答辩。

法院认为，根据具有充分证明力的司法鉴定意见书，黄老伯与王刚之间并无生物学意义上的父子关系，故黄老伯的主张具有事实依据，应予支持。王刚经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，放弃行使诉讼权利，应当自负相应的法律后果。

据了解，在以往的司法实践中，大多为起诉要求确认亲子关系的情况。但《民法典》第一千零七十三条第一款规定，对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。据悉，在亲子关系异议之诉中，若不经法院确认或否认亲子关系，此后就可能围绕抚养、赡养、继承等问题产生纠纷。

法官指出，本案虽然是由民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷，但此前的法律、司法解释无明确规定，而民法典中增加了相应内容，故应当适用民法典的规定。据此，法院依照《中华人民共和国民法典》第一千零七十三条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决确认黄老伯与王刚之间不存在亲生父子关系。（文中均系化名）

记者 | 陈颖婷

编辑 | 刘家杭

（四）解除婚姻关系案例

妻子患产后抑郁症，丈夫起诉离婚被法院驳回 | 聚法案例

2021-08-25 聚法 搜索例 找

<https://mp.weixin.qq.com/s/e3KETrRFckXT05QiPv3H8w>

近日，法院公开了一份一审判决书引发网络热议。河南一女子产后抑郁患精神疾病，丈夫以感情破裂为由起诉离婚。最终，法院依据《民法典》相关规定，判决不准离婚。（文中人物均系化名）

判决书全文

基本信息

审理法院：浉池县人民法院	审判人员：[REDACTED]
案号：（2021）豫1221民初544号	案件类型：民事 判决
审判日期：2021-04-15	案由：离婚纠纷

（聚法案例 www.jufaanli.com）

当事人信息

原告：张三，男，1990 年*月*日生，汉族，住义市。

被告：李小，女，1989 年*月*日生，汉族，住浉池县。

委托诉讼代理人：李某某，女，1987 年 10 月 7 日生，汉族，住浉池县，系被告李小之姐，代理权限为一般代理。

审理经过

原告张三与被告李小离婚纠纷一案，本院于 2021 年 2 月 22 日受理后，依法适用简易程序公开开庭进行了审理，原告张三、被告李小及其委托诉讼代理人李某某均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告诉称

原告向本院提出的诉讼请求：1、判令原、被告离婚；2、婚生女孩张某 2 由原告抚养，被告每

月向原告支付 1000 元抚养费；3、诉讼费由被告承担。事实和理由：我与被告于 2012 年经人介绍相识，2013 年举办结婚仪式，××××年××月××日双方到浉池县民政局办理结婚登记，次年 1 月 29 日生育女儿张某 2，同年 8 月被告外出打工，春节期间回家几日，平时近无音信。女儿一直随我生活。由于婚前双方缺乏了解，感情基础薄弱，婚后双方矛盾频发，最终导致夫妻感情破裂且无法修复，故提出离婚。

被告辩称

被告辩称，不同意离婚，被告生孩子以后患了产后抑郁症，原告应给被告看病。

本院查明

本院经审理查明：原告张三与被告李小于 2012 年经人介绍相识，并于××××年××月××日登记结婚。××××年××月××日生育一女聂某 2。被告生产后精神异常，被诊断为产后抑郁症，2018 年 4 月 9 日又被诊断为分裂情感性精神病。近年来，被告一直在娘家居住生活。

本院认为

本院认为，原、被告经人介绍后相识、结婚并生育一女，已建立起一定的夫妻感情。夫妻有相互扶养的义务，现被告身患××，原告起诉离婚，本院不予准许。经调解无效，依据《中华人民共和国民法典》第一千零五十九条、第一千零七十九条规定，判决如下：

裁判结果

不准原告张三与被告李小离婚。

本案受理费 300 元，减半收取 150 元，由原告张三负担。

若不服本判决，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，上诉于河南省三门峡市中级人民法院。

审判人员

审判员 马**

二〇二一年四月十五日

书记员 张**

相关法规

《民法典》第一千零五十九条 夫妻有相互扶养的义务。

需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有要求其给付扶养费的权利。

《民法典》第一千零七十九条 夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。

有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

- (一) 重婚或者与他人同居；
- (二) 实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改；
- (四) 因感情不和分居满二年；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

来源 | 聚法案例网

（五）其它案例

男子意外身亡获 71 万赔偿，4 岁“养女”无法享有？

2021-08-12 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/1j8K2irMD3TMex5_pHAtyg

男子意外身亡，留下 71 万元赔偿款和一名年仅 4 岁。但未登记的“养女”小星。小星能否获得赔偿款，之后又该如何生活？

日前，浙江省余姚市人民法院陆埠法庭在维护当事人合法权益的基础上，将情理融入法理，暖心调解了一起共有纠纷，为孤女小星争取到了 9.5 万元赔偿款。

男子意外身亡 死亡赔偿金起纷争

老家在贵州镇宁的孙某为了生计，离开家乡来余姚务工。2020 年 8 月的一天，孙某在某工地搭建钢结构框架时不慎跌落，后抢救无效死亡。经当地司法所调解，由雇佣公司一次性支付死亡赔偿金等各项费用 88 万元。在扣除办理丧葬事宜的费用后，尚余 71 万元。

之后，就这笔款项如何分割的问题，孙某的兄弟姐妹与孙某的女友王某产生争议。2021 年 4 月，孙某的兄弟姐妹 6 人将此事诉到了法院，要求平均分割剩余的死亡赔偿金，其中排除了王某及“养女”小星的权益。他们认为，王某仅为孙某的女友，双方并非法律上的夫妻关系，而小星根本不是孙某的女儿，故均无权分割这笔赔偿款。

未办理收养手续 “养女”无法分得赔偿款

案件在审理过程中，小星作为第三人参与了诉讼。据调查，死者孙某父母均已过世，也无配偶子女，但有 6 个兄弟姐妹。生前，孙某一直与王某同居生活。2017 年，孙某在贵州当地捡到一弃

婴小星并精心抚育，但却一直未办理收养登记手续。孙某死后，小星的名字以女儿的身份刻在其墓碑上。

从法理上来说，按照相关法律规定，女友王某和未办理合法收养手续的小星无权分割孙某留下的死亡赔偿金。但从情理而言，小星年仅 4 岁，既无生活来源，也没有自理能力，如果不能取得孙某的部分赔偿款，她的生活将面临朝不保夕的境地，而这显然也非死者孙某所愿。

法官暖心调解 案件圆满解决

面对法理和情理的失衡，承办法官叶科技在确保实体公正的前提下，多次组织双方当事人进行调解，一方面明确告知王某，其作为女友身份，在法律上是无法分得赔偿款的。另一方面，对孙某的兄弟姐妹耐心疏导沟通，表示孙某生前对小星精心抚育，已经将其视为自己的亲生女儿，双方有着深厚的感情，希望他们能够顾念孙某的意愿，不要让小星在失去“父亲”的同时，再陷入生活上的困境。

最终，在法官晓之以理，动之以情的调解下，多方当事人达成一致意见，小星和孙某的兄弟姐妹平均分得该笔赔偿款。王某则表示，小星目前一直跟随自己生活，之后也会尽己所能照顾好她。

来源：浙江省余姚市人民法院

编辑：杨书培

三、继承

法治日报：承租人去世后共同居住人可继续租赁该房屋

2021-08-04 北京西城法院

https://mp.weixin.qq.com/s/K8HI_HFkqqcbw6Zorx10IA

房屋是重要的生活资料和生产资料，既可以满足人们的居住需求，又可以为生产经营提供必要的场所，是现代社会的重要资产。在房屋租赁合同中，承租人死亡的，其共同居住人虽无法继承该租赁合同，但在人格权优先保护的观念下，共同居住人可以继续租赁该房屋，保护了承租人的共同居住人的合法权益。

典型案例

2019 年 8 月 28 日，王某通过法院拍卖取得北京市西城区某处房屋的所有权。该房屋原是金某从某公司承租的公房，一直由金某及其儿子李某一家三口居住。2008 年金某去世后，该房屋几经转让，最终于 2019 年由王某取得所有权，其间，房屋始终由李某一家居住。王某为居住使用该房屋将李某一家诉至法院，要求终止其与李某一家的房屋租赁合同、李某将房屋腾空交还，并要求李某按照市场价格向其支付房屋租金。李某一家则认为基于买卖不破租赁的原则以及公房租赁的特殊性，其有权长期居住使用该房屋，仅同意按照原公有住宅租赁合同的租金标准向王某支付租金。

法院经审理认为，金某占有使用涉案房屋系基于公有住宅租赁合同，而非与王某之间的房屋租赁关系。金某去世后，李某一家三口作为房屋共居人，可以继续使用涉案房屋。王某虽然已取得房屋产权，但此前在涉案房屋上设立的权利义务不因产权人的变更而消灭，对新的产权人仍然具有约束力。因涉案房屋是金某承租的公有住房，

李某一家三口作为共同居住人使用房屋，应按原公有住宅租赁合同记载的租金标准支付房屋租金。因此，王某的诉讼请求无法获得法院的支持。

法官说法

本案的裁判原则体现了对承租人共同居住人的继续承租权的保护。民法典第七百三十二条规定，承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

就承租人的共同居住人的继续承租权来讲，首先房屋应当是共同居住生活的必要场所，是保障其基本生活的必要条件。其次是共同居住人具有使用房屋的持续性，在承租房屋居住的行为应是稳定的，并持续至承租人死亡时。共同居住人继受合同的，是对于原租赁合同权利义务的概括继受，共同居住人处于承租人的法律地位，应当按照原租赁合同确定的条件，如租金、租期等约定继续履行租赁合同。

民法典第七百三十二条对房屋承租人的共同居住人和共同经营人可以继受租赁合同的权利作出规定，该规定与原合同法第二百三十四条对于共同居住人的继续承租权的保护一脉相承，并且新增了关于保护共同经营人经营权的规定，更利于保障经营的稳定性，有利于增进社会效益。

原载于法治日报

供稿：白指洋

编辑：潘歆宇



上海唱响红色普法“四部曲” 红色法治文化泽润浦江两岸

□ 潘歆宇 潘歆宇
【上海政法报·普法】“红色法治文化”是党的宝贵财富，也是推进全面依法治国的强大动力。上海作为党的诞生地、初心之地，红色法治文化资源丰富，具有独特的优势和地位。近年来，上海通过“四部曲”普法形式，唱响红色普法主旋律，让红色法治文化泽润浦江两岸。

一部曲：红色法治文化进课堂。上海通过“红色法治文化进课堂”活动，将红色法治文化融入课堂教学，让学生在课堂上就能感受到红色法治文化的魅力。二部曲：红色法治文化进社区。上海通过“红色法治文化进社区”活动，将红色法治文化送到社区，让社区居民在潜移默化中接受红色法治文化的熏陶。三部曲：红色法治文化进企业。上海通过“红色法治文化进企业”活动，将红色法治文化送到企业，让企业职工在潜移默化中接受红色法治文化的熏陶。四部曲：红色法治文化进农村。上海通过“红色法治文化进农村”活动，将红色法治文化送到农村，让农民在潜移默化中接受红色法治文化的熏陶。



图：上海政法报·普法

上海政法报·普法：上海政法报·普法，是上海政法报·普法的重要组成部分，也是上海政法报·普法的重要载体。通过上海政法报·普法，可以让广大读者了解最新的法治动态，掌握最新的法治知识，增强法治意识，提高法治素养。

“八五”普法规划明确六项普法重点内容 健全完善实时普法智慧普法机制

□ 潘歆宇 潘歆宇
【上海政法报·普法】“八五”普法规划明确六项普法重点内容，健全完善实时普法智慧普法机制。六项普法重点内容包括：一是加强法治宣传教育，二是加强法治文化建设，三是加强法治队伍建设，四是加强法治制度建设，五是加强法治实施和监督，六是加强法治保障。健全完善实时普法智慧普法机制，是指通过运用大数据、云计算、人工智能等技术，实现普法工作的智能化、精准化、个性化。

主播陈轶违反竞业限制协议违约违约金

□ 潘歆宇 潘歆宇
【上海政法报·普法】主播陈轶违反竞业限制协议，法院判决其支付违约金。陈轶在某公司担任主播期间，与公司签订了竞业限制协议。协议约定，陈轶在离职后的一定期限内，不得从事与公司有竞争关系的工作。陈轶在离职后，擅自加入竞争对手公司，从事与公司有竞争关系的工作，违反了竞业限制协议。法院根据协议约定，判决陈轶支付违约金。

线上线下融合普法 注重科学性趣味性 北京朝阳沉浸式普法让群众乐在其中

□ 潘歆宇 潘歆宇
【上海政法报·普法】北京朝阳沉浸式普法，让群众乐在其中。朝阳区通过线上线下融合普法，将普法工作做得有声有色。线上普法，通过运用新媒体、新技术，开展形式多样的普法活动。线下普法，通过运用情景剧、模拟法庭等形式，开展形式多样的普法活动。通过线上线下融合普法，提高了普法工作的科学性、趣味性，让群众在潜移默化中接受法治教育。

承租人去世后同居居住人可继续租赁类房屋

□ 潘歆宇 潘歆宇
【上海政法报·普法】承租人去世后，同居居住人可继续租赁类房屋。根据《民法典》规定，承租人去世后，其继承人或者同居居住人，可以继续租赁该房屋。这一规定旨在保护承租人的合法权益，维护租赁市场的稳定。在实践中，法院在审理此类案件时，通常会综合考虑承租人的居住情况、房屋的性质等因素，作出合理的判决。

股权继承新论 // 《民法典》与共同继承人的股权行使

2021-08-10 法语峰言 李飞南开大学

<https://mp.weixin.qq.com/s/mfuI2hXrqAJcIs0-hKiUtw>

摘要：法定继承决定了股权继承人之间是共同共有关系。《公司法》第75条规定的“股东资格”继承将股权继承成功地引入了继承法、物权法和公司法的交叉领域，具有多重规范意义，并构成理解和解释股权行使诸问题的基石。同时，新时代《民法典》中的继承法、物权法相关规则已有所增订，必将对共同继承人的股权行使产生重要影响。具体而言，共同继承人行使股权的代表人应由遗产管理人充任，其选任须取得共同继承人的一致同意。在股权行使的程序上，共同继承人行使股权前无需通过变更股东名册的记载表明

其股东身份，但就行使股权内容有关的事项而言，仍需由各共同继承人达成一致后才能交由遗产管理人实施。

关键词：股东资格继承、遗产管理人、股东名册、一致决、《民法典》

继承法和公司法具有截然相反的目标（继承法的目标是移转财产并在继承人之间进行财产分割；公司法的目标是聚拢财产由公司一体经营，是合并(consolidation)之法、统一(unification)之法），股东的死亡触发了二者的冲突。这直接导致股权继承方面产生众多纠纷，并一度引发广泛

关注。由于股权的属性特殊，继承法无力回答股权是否可继承的问题。为此，2005 年 10 月 27 日修正的《公司法》特地在“有限责任公司的股权转让”一章增加了第 76 条以示回应。该条文的规范目的显然是以公司法填补股东资格继承的法律空白，确认股权的可继承性：在人合性较浓的有限责任公司中，股东资格继承须注意谋求继承人与其他股东之间的利益平衡；而股份有限公司并无此类人合性的顾虑，其股东资格继承自属毫无悬念。该条文适用至今在内容上毫无变化（历经 2013 年、2018 年两次《公司法》修正后变为第 75 条），可见，确实在相当程度上满足了司法实践的基本需求。

然而，这并不意味着该条文解决了股权继承的所有问题。最突出的问题存在于法定继承的情形：继承开始后，股份在共同继承人之间分割完毕之前，作为股东，当然有实现股权内容的诉求，这些继承人在法律上应如何行使股权？特别是在占比甚高的家族企业，创始股东身故前若未能作好财产传承规划，由于持股比例高且遗产分割往往旷日持久，共同继承人在此期间不能依法行使股权势必不利于这期间公司的正常运转。而无论是《公司法》第 75 条及其他条文抑或《继承法》都欠缺对应规范，这导致司法实践无所适从，无法确保共同继承人合理行使股权。不仅如此，由于共同继承股权的特殊性，共同继承人行使股权的法律问题关涉新时代的《民法典》所涵盖的多个部门法，不仅属于公司法和继承法的交叉领域，也与物权法密不可分，可谓是产生股份共有的五种主要情形中法律关系最复杂的一种。仅依靠在公司法中设置统一适用于各种股权共有情形的一般规则，并不能达到适切地予以规范的立法目的。遗憾的是，在学术研究上，股权继承的研究自 2015 年完成《公司法》第三次修正后就近乎停滞，罕有专注于共同继承股东资格期间股权行使方面的理论成果。

《民法典》中与本文主题相关的继承编、物权编对之前的《继承法》、《物权法》有关内容均有所修订，这成为从公司法上研究共同继承人的股权行使问题无可回避的民法新知与参照对象。在《公司法》第六次修改已启动的背景下，厘清现行法之解释，使共同继承人得以适法行使股权，对于相关纠纷的预防与解决，以及企业的继承，乃至公司法的继续完善，本文均具有理论与现实意义。

一、股东资格继承的规范意义

《公司法》第 75 条所使用的立法表述是“股东资格”的继承。不少人对此提出批评，认为该条中的股东资格应修改为股份——继承的客体应是财产，而股东资格的性质与此有别，继承人继承的只能是股份。这种观点从继承法的视角理解股权继承问题，保持了逻辑一贯性，并非毫无道理。但是，客观地说，由于股东在公司的组织构造、权利结构中扮演着相当重要的角色，甚或影响有限责任公司的人合性，关乎公司的存续和运营状况。这导致股权不同于其他财产，尤其不能局限在继承法层面把握股权继承。

股东资格的规范意义终究要体现在司法实践中。那实务中是如何界定和理解股东资格的呢？北京市高级人民法院于 2004 年发布实施且至今仍有有效的《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）（一）》第 11 条对股东资格的内涵作出了为法院判决所接受的界定：“股东资格是投资人取得和行使股东权利并承担股东义务的基础。”（北京英敏科技有限公司与王丽艳股东知情权纠纷二审民事判决书，（2020）京 02 民终 5168 号）更有甚者，审判实务中还概括出了股东资格的外延：股东资格是身份权与财产权高度结合（张某某与福州市台江区行政管理局工商行政登记二审行政判决书，（2015）榕行终字第 348 号；廖天亮诉石河子建筑规划设计研究院股权确认案，（2010）兵八民二终字第 138 号。）。这就意味

着，股权继承是全面概括的继承，既包括股权中的财产性权利，也包括非财产性权利；既包括自益权，也包括共益权。就此而言，股权继承尽管未脱离继承法规范，但借助股东资格继承的规范表达已然跨入公司法领域。为了更全面地阐释股东资格继承的规范意义，本文将从五个方面展开说明：

其一，股东资格继承遵循了继承法规则。根据《民法典》第1123条的规定，继承开始后，若没有遗嘱、遗赠扶养协议，就按照法定继承办理。第1126条至第1132条规定了法定遗产的继承人范围、继承顺序、条件、份额、分配原则等。在遗产分配之前，由于每个继承人应分取的份额尚不确定，所以继承人对遗产的关系肯定不能是按份共有，只能是共同（准）共有（法院也以数个继承人未能在指定的期限内说明各自的继承份额而认定继承人之间是共同共有关系。参见宁夏佳泰房地产开发有限公司与赵淑梅、秋洪艳等请求变更公司登记纠纷一案民事判决书，（2015）兴民商初字第60号。）。同时，依第308条的例外规定，共有关系不明时，共有人具有家庭关系时视为共同共有。法定继承的继承人之间一般具有家庭关系，自然将继承人对遗产的共有关系视为共同共有。这也呼应了上述推论。那就可以明确地说，**继承人对股权共有的性质是共同共有。**

在共同共有期间，每个继承人对外无法单独表达其意思表示，只能借助决议机制形成统一意见，以继承人整体的名义行事。股东资格的继承在股份分割前维系了一个继承人利益群体，恰当地对应、衔接了这一运行规则，避免了在公司法中特意作出另行安排而使法律关系复杂化。

其二，股东资格的继承体现了公司法对继承法的改造。根据《民法典》第1161条第1款规定的限定继承，若非继承人自愿清偿，继承人只继承遗产实际价值。限定继承在股权继承场合却面临着难以适用的困境。例如，**当股东死亡前尚未缴清股款，继承人若非通过转让股权份额等方式**

获得对价则根本无法适用限定继承，难道要将死亡股东的投资额、可分配的盈余等减去其尚未缴清的认股款？可以想见，若强行适用限定继承，不仅将使法律关系复杂化，还对其他股东不公平，甚且会给公司正常运营带来不利影响。主张使用股权继承的表述很容易忽略这个问题，因为这仍然是继承法上限定继承的思维所致。而股东资格不仅涵盖了股权，同时也容纳了股东所负债务的范畴。《公司法》规定的股东资格继承表明，继承人若不放弃继承股东资格，则继承的客体所包括的股权和债务就要一体承受，公司法上规定股份共有制度有两个目的之一就是“确定共有股东连带缴纳股款的责任”。结果有可能因债务额度高于股权而需以固有财产承担清偿责任。这就意味着《民法典》中继承法部分确立的限定继承于此将不再适用，并开始呈现出股东资格继承在公司法上有区别于继承法的规范意义。

其三，股东资格继承有助于进一步廓清对股权性质的误解。公司既然属于社团法人，那么，每个股东基于团体成员的资格而享有成员权。所谓的成员权就是股权，即股东基于股东资格对公司享有的法律地位。从股权与股东资格的关系来说，股东资格是股东享有股权的前提和基础，股权是股东资格的实质内容。现行法立基于公司作为社团法人的属性，将继承的客体表述为股东资格，注意到了股东与公司的依存关系。从法律上说，股东出资之后丧失了出资财产的所有权，换得了公司的股份，即获得了对于公司而言的成员资格和地位，而非公司的资产（assets）。因此，股份被形象地认为是股东个人人格的延伸（Bligh v. Brent [1837] (2 Y & C Ex. 268).），股权浓缩了股东对公司享有的财产权和参与公司治理的权利。正如法院判决书中所言，股权绝不仅是财产权的重要载体，还包括涉及公司经营管理的具有股东身份才能行使的表决权、知情权、建议与质询权等权利，这就决定了不能单纯地以普通继承的方式来处理（李某1、李某2法定继承纠纷二审

民事判决书，（2019）辽02民终4301号。）。由此可知，关于股权性质的“社员权说”契合了股东资格继承中共益权保障的特殊需求，至少在共益权行使问题上，较之“所有权说”显然更胜一筹。不消说，《公司法》第3条通过将公司界定为“企业法人”间接承认了公司的社团性，“社员权说”可谓据此得以站稳脚跟。

相反，那些忽略股东资格而将股权认定为财产权的观点只留意到了股东对股份的持有关系，事实上其理论基础在于经济关系而非法律关系。也就是说，这些观点要么执着于股权对应的股份是公司资本之成分的观念而只见树木不见森林，要么仅从经济实质上抱持着股东是公司的所有人的直观理解而忽视其间的法律实质。因此，这些认识不恰当地简化了股权的丰富内涵，将股权理解为财产权并以继承法为规范依据当然不够稳妥。

其四，确保了公司股权结构的稳定及公司的正常运转。从股东死亡至股份分割期间，股东资格继承事实上维持了股权共同持有状态，确保了股权的集中行使，基本上不会改变公司的股权结构，从而不会对公司的管理和经营带来实质改变，公司得以按预期、有计划地稳步开展各项工作。其中的根源在于，股东资格的继承构成了继承人之间须得凝聚共识、共同决议的机制，各继承人不能依照个人的意愿任意分化股东资格而行使对应的股权。如此一来，统一行使股权从根本上巩固了既定的股权结构，维护了公司的经营秩序。否则，不承认对股东资格的继承，共同继承人就无法行使股权中的共益权，而必须要等到遗产分割后成为股东才能行使。这段持续时间一般较长的“权利真空期”对公司往往不利，遂有股东资格继承的立法表述。这样，共同继承人获得了行使股权的机会，权利真空被消除，公司运转受到的负面影响得以尽可能削减。

其五，遵循了公司的强制性法律规范。为了保证有限责任公司的人合性，现行法对其股东数量作出的最高限制属于强制性规定。而有限公司

的股东死亡后，继承人关注的主要是股权的获取，很可能出现继承人继承股权后公司股东数量超出五十人上限的情形，或者因股东人数过多造成公司效率降低而影响公司发展。股份分割前，继承股东资格为避免这种境况提供了缓冲的契机，继承人之间可以通过股份让与、代持等协议作出相应安排或者变更公司的组织形态。当事人之间的博弈无疑有利于在有限责任公司内部实现继承人与其他股东之间的利益平衡。

综上，现行法将股东资格作为继承的客体并非无稽之谈。股权的继承不能仅以继承法作为唯一的法律依据，基于股权的特殊性，更应将公司法作为主要的规范依据。股东资格继承符合继承法的逻辑，扬弃了物权法的理念，并准确把握了公司法视角下股权继承的规范意义。这为分析共同继承股权的行使问题奠定了基础，并成为构建共同继承股权行使的相应规则时无法割舍的法理源头。

二、共同继承股权的行使者及其选任

如前所述，股东死亡后至股份分割前，数个继承人就死亡股东的股份形成了共同共有关系。在此期间，不免会出现股权行使的需求。对此，有人提出，为了防止共有有一个股东资格在行使表决权时产生争议或麻烦，认为继承是对遗产的分割，不仅是对财产份额的分别取得，也包括各继承人股东资格的各自取得。该观点自然认识到了共同继承人行使股权的复杂性，试图通过使各继承人分别获得股东资格的形式把问题简单化处理，可谓从根本上否定了股权共同共有关系的性质，违背了《公司法》第75条关于“继承股东资格”的立法设定及其规范意义，实不足取。既然共同继承人共同拥有一个股东资格，那么，为保障股权有序行使，应考虑的首要问题就在于，具体由谁来行使共有股权？

（一）共同继承人的代表人由遗产管理人充任

共同继承人虽为多人，但继承股东资格的立法意味着共有的股权是单个权利，那就有必要区分各共有人的个人意思和共有人的共同意思。一般来说，为便利于共同继承人对外行使股权，同时也便利公司向共有股东履行分配和通知义务，需要建构共同继承人代表机制，规定共有股份的股东应确定一人行使股权。公司法规范股权继承的特别法，应优先适用。然而，公司法中并未规定数个继承人共有股权行使的主体。代表性的观点认为，由于数个继承人只能共享同一股东资格以及股份的特殊性，导致不能以物权法规则作为数个继承人行使股权的依据；为此，应学习域外典型的立法例，在公司法上确立共有股权行使代表人的地位。该观点及其理由不无道理，但是否就要因此在公司法上规定共同继承人股权行使代表人的地位则有待商榷。

首先，有必要在立法上确立共同继承人行使股权的代表人制度。与意定共有和法定共有下的夫妻共有相比，继承共有中的数个继承人因被继承人死亡这一事件而形成了利益关联，但数个继承人之间既缺乏意定共有中的合意，也没有夫妻共有中基于合意所缔结的婚姻关系。在这种情况下，很难期待共同继承人可以顺畅地约定管理协议，商业活动的效率要求及商法维护效率的原则自难实现；而所谓的共同管理本质上是各自单独管理、各行其是，与共同继承人共享一个股东资格的规定背道而驰。因此，《民法典》物权编规定的共有人管理共有物的两种模式不敷使用。正如一份涉及共同继承股权转让纠纷的判决书指出的那样：“股权共有并不能完全适用物权共有的规则，两个或者两个以上的民事主体共同持有公司股份的，其中一人行使股权的效力应及于全体共有人。”（张诚、岳季与陆贞芳、沈玉琴股权转让纠纷二审民事判决书，（2015）浙嘉商终字第 587 号。）而为了杜绝可能发生的争议，在立法上确立共同继承人的股权行使代表人有其必要性，并理应成为共有股权行使规则的核心。

再者，须厘清共同继承人的代表人与遗产管理人的关系。股权行使的规则——即便是共同继承人的股权行使——究其实质仍属于公司法的范畴，是股权行使规则的一种特殊情形，似应在公司法上作出更细致的规定。这种观点在《民法典》通过之前很有说服力。但笔者认为，《民法典》通过之后，该观点顿失吸引力。这源于《民法典》继承编第 4 章新规定的遗产管理人制度。遗产管理人是为了避免共同管理的不便且顾及家庭生活的实际情形而出现的。为了确保遗产得到更妥善的管理，在《民法典》第 1145 条规定了遗产管理人的选任方式后，第 1147 条规定的遗产管理人应当履行的诸项职责的第 6 项“实施与管理遗产有关的其他必要行为”可以作为共同继承股权行使的解释依据，也成为了继承法与公司法的一个重要衔接点。这就是说，遗产管理人应当成为共同继承人股权行使的代表人。既然遗产管理人已经在《民法典》继承编作出了明确规定，那就依法有权对包括股权在内的遗产进行相应的管理行为。否则，如果还要在公司法上规定共同继承人的代表人，必然会面临二者之间关系的协调处理，不但在立法技术上徒增烦恼，而且叠床架屋的后果更是增加了成本又无效率。再者，比照破产法上破产管理人的法律地位，关于遗产管理人的地位原则上采取固有权说中的任务说，遗产管理人代表共同继承人行使股权恰好属于其执行任务的应有内容。因此，在《民法典》继承编已经规定了遗产管理人制度的情况下，就无需另行在公司法中再专门设置共同继承人的代表人这样的职位了。

为明确起见，笔者建议在公司法中规定共同继承人的代表人由遗产管理人充任。在此基础上，考虑到共同继承人股权行使的有关规则主要还是公司法上的问题，强行放置在作为规范继承关系的一般法的《民法典》继承编当中固非扞格不入，在体系结构上却也有失偏颇，因此建议将共同继承人股权行使的具体规则规定在公司法上。这就是说，在公司法上规定共同继承人的代表人的法

律地位不能抛开遗产管理人，却又不能局限于遗产管理人规则。

（二）共同继承人的股权行使代表人的选任方式

公司法需要规定的共同继承人股权行使代表人的具体规则首先就是其选任方式。我国现行法上的共同继承人股权行使代表人其实是由遗产管理人充任的。根据《民法典》继承编第 1145 条，遗产管理人的选任方式顺次有三种：继承人推选；继承人共同担任；被继承人生前住所地的民政部门或村委会担任。后两种选任方式应无疑义，但就居于首要地位的继承人推选而言，法律并未规定其确切涵义。全国人大法工委民法室主任黄薇主编的法律释义书中指出，全体继承人按照何种规则推举（少数服从多数还是一致同意）由继承人之间协商确定。这个观点虽尊重当事人的意思自治，但实际上仍未消除疑惑：协商确定是否意味着共同继承人一致同意？有人提出采取多数决的方式（共同继承人中的半数以上）推选出遗产管理人。然而，该观点既无现行法的支持，又欠缺有关论证和说明。从比较法上来看，对此问题，也是众说纷纭。由于在继承编中新规定遗产管理人的《民法典》于 2021 年 1 月 1 日起开始生效，所以，相关实务见解目前也尚不可知。

笔者认为，**选任共同继承人的股权行使代表人须共同继承人一致同意。首先，共同共有关系是决定因素。**股权继承的共同共有关系的产生根据并非共同继承人的合意，各方也缺少达成共识的激励，导致这种关系是一种暂时的而非既定的状态，且“非为共同关系的存续而存在”。这就决定了共同继承人之间不构成如合伙企业、公司这类稳定且持续存续的组织体，每个继承人作为平等个体均应保持其独立、自主的判断。所以，在选任共同继承人的代表人这么重要的问题上，少数服从多数的决议机制断难在共同继承人之间实行。就类比而言，共同继承人的代表人类似于合伙企业中的执行合伙事务的合伙人。《合伙企业

法》规定，选任执行合伙事务的合伙人需经全体合伙人一致同意。共同继承人之间的共同共有关系远比合伙企业的合伙人之间的关系更缺乏合作性、协调性，没有理由不要求共同继承人选任代表人时达到一致同意的标准。同理，既然遗产管理人从共同继承人中推选都需要一致决，那么，从共同继承人之外选任或聘任遗产管理人更应要求一致决。《民法典》继承编第 1145 条并未排除非共同继承人担任遗产管理人的可能性。遗产管理人不一定是继承人的弹性立法符合现实状况，堪称合理。特别是共同继承人之间信任度不高的情况下，选择的遗产管理人更有可能是局外人——凭借其威望、德行抑或专业性、职业伦理等赢得每个继承人的尊重与认可。然而，从法律上来说，究其根本，还是继承人之间共同共有关系的性质决定了推选非继承人担任遗产管理人只能采取一致决。

其次，保护少数共同继承人的要求使然。《民法典》继承编并未设定选任遗产管理人的定足数，以多数决作为选任遗产管理人的定足数缺少法定依据，不符合每个继承人要求共同分享遗产利益的预期。况且，遗产管理人是共同继承人的代理人，代理人的权限来自共同继承人和遗产管理人之间的委任关系。申言之，尽管《民法典》继承编第 1147 条规定了遗产管理人的职责范围，但一方面遗产管理人的法定职责是对死者的遗产进行保存和管理，以服务、辅助于共同继承人的利益实现为宗旨，不涉及权利处分的事务性工作；另一方面，遗产管理人的职责范围仅具有一般适用性，对其担任共同继承人行使股权的代表人这一角色而言，仍嫌不够具体、明晰，因而只能依赖委任契约明确遗产管理人的权限。照此情境，多数决机制下，少数共同继承人不信赖甚至反对多数继承人推选出来的遗产管理人，委任关系何以为继？遗产管理人地位的合法性基础从何谈起？另外，共同继承关系以遗产分割为终局目的，各共同继承人依应继份可随时请求分割遗产，又决定了继

承人不具备经由长期博弈谋求利益平衡和救济途径的现实可能性。故此，多数决机制虽有效率，但并不公平。相反，共同继承人一致同意才能从根本上保障每个继承人的利益，尤其是避免少数共同继承人的股权无端地被多数继承人以全体继承人的名义所剥夺；按共同继承人的一致同意机制选任遗产管理人时，若少数继承人不同意致使无法推选出遗产管理人而影响共有股权行使，或可迫使共同继承人尽早进行遗产分割，结束股份共有状态。当然，因无法行使股权所造成的损失并非单由多数继承人承受，这或许也可促使少数继承人尽量不刻意扮演反对者角色。

最后，选任遗产管理人采取一致决并非以商业活动效率的考量为重心。相较于通过一致决选任遗产管理人，共同继承人的多数决更容易产生选任对象。从而，在一定程度上更有利于公司的效率化运营，且可防止少数共有人恣意杯葛公司决议之达成。那可否以多数决对公司运转更有效率为理由否定一致决呢？这种看法其实是从公司法角度立足公司正常运营作出的立法论层面的判断。在遗产分割前，面临着如何寻求公司的正常运转所需要的效率与共同继承人利益的公平对待之间的平衡问题，也体现为公司代表的集体利益和数个继承人代表的个人利益之间的取舍问题。在《公司法》并无这方面的任何规定的情况下，从规范体系的角度而言，占位公司法的上述观点并无解释论根据；相反，从法律适用的视角而言，未尝不可回归作为民法的继承法予以探讨。实际上，股权继承并不是纯粹的公司法律制度，带有继承法的浓重底色，其根本目的是保障共同继承人的利益在公司法上获得实现。因其并非公司法的焦点主题而缺少对应的具体规则，故此，不能完全任由公司法所强调的效率原则和公司利益最大化的价值观来支配。因此，为维护所有共同继承人的利益，理应采取一致决选任遗产管理人作为继承人行使股权的代表人。

三、共同继承股权的行使程序

按照《公司法》的规定，股权转让之后，新股东行使股权前应向公司主张变更股东名册的记载。股权继承与股权转让不同，共同继承人在行使股权前是否也应该变更股东名册的记载？此外，由于继承法缺乏一个适当的规则框架来安排继承人群体内的决策或责任，就须得在公司法层面思考共同继承人行使股权的具体方式问题。

（一）行使股权前无须变更股东名册的记载

北京市高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）（一）》第11条在界定股东资格基础上，又列明了股东资格确认应考虑的因素以及选择确认股东资格的标准：“依据公司法的相关规定，有限责任公司股东资格的确认，涉及实际出资数额、股权转让合同、公司章程、股东名册、出资证明书、工商登记等。确认股东资格应当综合考虑多种因素，在具体案件中对事实证据的审查认定，应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示，选择确认股东资格的标准。”在法院的判决中，前者被认为是形式要件；后者相当于实质要件（抚州市东乡区乾坤实业有限公司、祝强第三人撤销之诉二审民事判决书，（2019）津01民终4568号。）。从理论上说，形式要件“更多地考虑到股票的证券特性和股权的社员权的特性”，实质要件“更多地考虑了出资和股权的财产权属性”，二者欠缺其一都会导致股东资格无法取得。不过，实践中更重视的还是实质要件，结果就是股权移转的（准）物权思维流行，不尊重公司的主体地位，持股方式和信息披露等受到制约。鉴于实质要件标准在认定股东资格时存在严重缺陷，形式要件标准得到普遍认同。那么，共同继承人的股权行使是否也应该遵从形式要件标准呢？

确认股东资格的依据包括股东出资证明、股东名册、工商登记等。共同继承人行使股权的争

议主要发生在共同继承人和公司之间，股东名册就成了确认股东资格的标准。行使股权要有股东身份的证明。变更股东名册的记载是否应为共同继承人行使股权的前提条件？有人认为，共同继承人在行使股权之前，必须依程序要求先完成股东名册的记载，以之作为股权行使的凭证。相反观点认为，股东名册的目的是为了避免股权被重复行使，继承股份无此问题，不应与一般股份转让等同处理；在变更股东名册的记载之前，共同继承人的股权处于“无主”状态，不合逻辑。

股东名册表面上是为了证明股东身份而由公司依法置备的要式簿册，本质上是举证责任配置的产物：在股东名册上记载者被推定为股东是一种形式认定；异议者可举证推翻该推定。资本市场的股权交易发生频繁，为了降低公司审查股东资格成本，提高公司治理（比如召开股东（大）会）效率，新股东行使股权应以股东名册变更登记为前提的观点近乎共识。从而，股东名册的主要作用是防止股份让与后可能出现的股权重复行使。在交易行为引起的股权转让中，自然有必要借助股东名册确定股东是否行使了股权，新股东因未能及时变更股东名册导致原股东行使了股权，公司可轻松免责。然而，在股权继承产生的股权移转，原股东死亡后，共同继承人即开始以遗产所有人的身份处理继承事务，自然继承人会取得公司发放给死亡股东的盈余，可收到公司对死亡股东发出的召开股东（大）会的通知，不会出现类似于股权转让情况下股权重复行使的利益冲突，公司也无须面临这方面的压力。更何况法律并没有规定继承股东资格应以股东变更登记为前提，因此而拒绝继承人行使股权于法无据（袁静与承德彤源万利工贸有限公司股东知情权纠纷一审民事裁定书，（2019）冀 0803 民初 1194 号；洛阳特耐实验设备有限公司等与杨芳公司决议撤销纠纷上诉案，（2015）洛民终字第 2053 号。）。那又何必要求共同继承人变更股东名册后才能行使股权呢？

形式正义要求类似情况类似处理。《民法典》物权编第 209 条规定，不动产登记是物权变动的基本规则，不动产物权变动不以登记为必要属法定例外情形。同法第 230 条对因继承取得遗产物权时间的规定无疑属于这种法定例外情形。股东名册的记载与不动产登记在功能上有类似效果，“在权利继承取得时间问题上极为相似”，都是反映和确认权利变动状况的法律安排。不动产登记规则在继承取得不动产的情形有例外规定，是对继承权作为法定权利的承认，反映了物权法对继承法的尊重及分工协调。股东死亡引起的股权继承同样主要是一个继承法产生影响力的领域。类推适用《民法典》物权编第 230 条可知，共同继承人因股东死亡取得股权。那么，股东名册的记载规则在股权继承情形也应有例外安排。换言之，共同继承人取得股权同样是继承权作为法定权利的表现，何须再以股东名册的记载作为行使股权的前提条件？

司法实践采取的立场同样注重保护继承权，并在此基础上维护共同继承人的股东地位。在未变更股东名册等文件的情况下，共同继承人主张行使对公司经营的股东知情权获得法院判决的支持（合肥三易投资管理有限公司、吕永侠股东知情权纠纷二审民事判决书，（2019）皖 01 民终 1172 号；刘洋与潍坊华通食品有限公司股东资格确认纠纷、股东知情权纠纷一审民事判决书，（2019）鲁 0703 民初 1926 号。），自不待言。另有法院判决没有将变更股东名册等文件的记载作为共同继承人的义务，反而是作为共同继承人的权利，且认为公司有协助变更相关文件记载的义务（唐春妮、周唐田、周唐骏、周唐正诉青岛中运荣达货柜有限公司、杨新民股权继承纠纷一审民事判决书，（2014）黄商初字第 2644 号；张勇、张蕴瀚与枣庄市天旭广告有限公司股东资格确认纠纷一案民事判决书，（2014）市中商初字第 1216 号。）。这个思路遵循了在股权继承过程中注重保护继承权的立场：共同继承人继承了股东资格，当然有

权要求变更股东名册的记载。“不管是否已经履行了登记手续，继承人都享有其继承股份的股东权。”在司法实务中，有法院指出，公司召开股东会应通知死亡股东的合法继承人参加股东会（江苏雪豹十月影视文化发展有限公司与方永明公司决议撤销纠纷二审民事判决书，（2020）苏02民终1168号。），在司法实务中，有法院指出，公司召开股东会应通知死亡股东的合法继承人参加股东会（江苏雪豹十月影视文化发展有限公司与方永明公司决议撤销纠纷二审民事判决书，（2020）苏02民终1168号。），从而肯定了继承人的股权不因未在股东名册上进行变更记载而有差别。既然将变更相关文件的记载作为共同继承人的权利而非义务，那么，他们就可以根据需要来决定行使该权利抑或放弃该权利。比如，具有股权继承资格者若要负责公司的经营管理工作，便有必要先依法定程序成为公司股东，之后经选任才能担任相应职务。这和笔者主张的变更股东名册的记载并非共同继承人行使股权的前提要求的观点可谓是异曲同工，甚至有过之无不及。

值得注意的是，公司法已有将股权继承与股权转让区别对待的迹象。譬如，《公司法》第75条规定了股权继承中协调继承人和其他股东关系的条款之外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第16条还专门以股权继承不适用股权转让时的优先购买权规则为例阐明二者的区别。在市场经济环境下孕育出的公司法所确立的股权转让规则在性质和出发点上不同于股权继承引起的股权移转，若承认这个现实，就没必要刻意坚持由前者同化后者，如实地区别对待反倒更符合法律的精神。

（二）行使股权的方式

遗产管理人作为共同继承人的代表人，根据委任代理关系，应依共同继承人的指示行使股权。而共同继承人向遗产管理人作出指示前，需要对行使股权的相关事宜形成共同意见。该共同意见

是要求共同继承人一致同意抑或多数决？一致同意说在实务中受到欢迎。以股权转让为例，有法院判决认为，作为遗产的股权在未分割前，对该共有股权的处分须经全体共有人同意，任何继承人无权进行单独处分（黄青松与陈珍贞、李固芝等股权转让纠纷二审民事判决书，（2015）岳中民二终字第325号。）。然而，股权转让之外的各类股权行使行为是否均属于这里所谓的“处分”并不清楚，这在很大程度上也抑制了当事人自觉地提出行使股权的诉求。在学术界，学者对此问题持不同看法。持一致同意说的刘俊海教授提供的理由是防止股权行使者滥用权利。然而，该理由仅此一句话，并未展开说明，过于概括，无法回答有关质疑：是否不采取一致同意说都会造成权利滥用？以防止权利滥用支持一致同意说是否有其限度？持折中说的蔡英欣教授以股权中表决权的重要性为例，指出其绝非共有物的管理行为，须由全体继承人同意始可由共同继承人的代表人行使股权；而为避免全体继承人不能达成一致意见导致表决权行使弃权，各共同继承人可依其应继份分割行使表决权。该观点以表决权为例讨论股权行使是否稍嫌简化？更令人不解的是，该文旗帜鲜明地支持一致同意说的同时，又主张表决权分割行使，而允许表决权分割行使无疑意味着各共同继承人可单独行使股权，这与一致同意说岂不是自相矛盾？如果说以共同继承人一致同意为原则，在无法达成一致意见时采取分割行使表决权的方式作为例外，实际上是由各继承人分割行使股权的观点。现行法对此似乎并未提供法律依据。

从现行法的体系推论，笔者赞同共同继承人一致同意说。共同继承人既然要就共同共有的股份行使股权，《公司法》和《继承法》没有相应规定的情况下，自然就应类推适用《民法典》物权编第300条与第301条分别关于共有人管理与共有人处分或改良共有物的规定：对于共有物的保存行为、一般改良行为、简易修缮等，各共有人均有管理的权利和义务；对于共同共有的共有物的处分和重大修缮、变更性质或者用途，则要求得到

全体共有人的同意为原则，除非共有人另有约定。共同继承人行使股权可归入哪一种情况？

很显然，因为共同继承人共享一个股东资格，所以，各继承人当然不能各依其意愿分别对遗产管理人进行指示，从而防止了遗产管理人无所适从。哪怕是在股份有限公司中，即便《公司法》未直接规定共同继承人共享一个股东资格，也不是说共同继承人就可以分割行使股权。首先，共同继承人的应继份在价值上并非自始确定。蔡英欣教授指出，依各共同继承人的应继份行使表决权即可。问题在于，应继份是一个抽象的概念，在共同共有的遗产分割前，其数额一般并不确定。股权行使以股份持有为基础。分割行使股权的前提是每个共同继承人的应继份在数量或比例上是确定的，股权的行使才无争议。而通常认为，共同共有的共有人并不像按份共有的共有人那样对所有物有明确的份额。因此，各共同继承人分割行使股权的基础不存在。具体而言，《民法典》继承编第二章法定继承规定的遗产分配要考虑诸多情况才能确定下来，而这个过程往往耗费较长时间。一旦应继份确定下来了，各共同继承人就会请求遗产分割，共同共有关系随之消灭。股权继承场合，各共同继承人已经可以基于分配所得的股份独自行使股权了。我国的司法实务中，允许各继承人单独行使股权是对共同共有的股份分割之后，继承人已经取得了各自的股份份额而言的（林彪仪与许铭政、许萌芽等确认合同无效纠纷一审民事判决书，（2018）琼 9022 民初 412 号；刘彬与淄博海化化工有限公司公司决议撤销纠纷一审民事判决书，（2015）张商初字第 990 号。）。

其次，为他人持股者得分别行使表决权不能作为类推遗产管理人分割行使表决权的根据。蔡英欣教授为了论证共同继承人的代表人可以为共同继承人分割行使表决权，将为他人持股者可基于契约关系（如信托契约）为他人分别行使表决权为例，试图通过类推得出遗产管理人可分割行使表决权的结论。笔者虽非一概反对股权分割行使，但此一类推却委实难以成立。第一个原因在于，不具备现实可能性。应继份未最终实现量化

的情况下，继承人间的遗产争夺并不罕见，遗产管理人和共同继承人之间的委任合同中不可能存在依各继承人的指示分割行使表决权的内容。第二个原因在于，潜在的利益冲突带来的危害后果严重。不同于为他人持股者，遗产管理人通常是继承人之一，其代为行使的股权系共同共有，并非全然与其无关，难免在分割行使股权时因利益冲突而有损于部分继承人权益。具言之，分割行使表决权时各继承人自应分别进行监督，遗产管理人有可能利用监督不力或迟滞等情况，基于个人利益违背某些继承人的意愿行使表决权，但利益受损的继承人事后却难以撤销该决议或使之无效。第三个原因在于，该推适用的思维混淆了代理行使表决权与表决权的分割行使。为他人持股者得分割行使表决权的前提是在法律上取得股权，成为唯一的名义股东。然而，如前所述，遗产管理人与共同继承人之间是委任代理关系，遗产管理人仅为共同继承人行使股权的代表人，并未在法律上取得共同继承人所继承的全部股份，更不是名义股东。所以，即使各共同继承人的应继份确定清楚之后未分割遗产，遗产管理人按照各继承人的意思分别行使表决权，也不构成表决权的分割行使，仅是代理行使表决权而已。代理行使表决权与表决权的分割行使的法律关系形似而实不同，不宜模糊作类似处理，否则就如削足适履。第四个原因在于，不能分割行使表决权在逻辑上符合本文所选取的股权性质的社员权说。前文已述及，对于股权的性质，本文倾向于采用社员权说。依社员权说，社员权乃社员加入社团之后，基于社员身份所享有的单一权利，故而不可能将权利分割而分别对外为意思表示，只能不可分割地行使表决权。这一推论恰好呼应了遗产管理人不能分割行使表决权的观点，切合逻辑一贯原则。综上可知，各共同继承人分割行使股权不可行。那么，共同继承人一致同意作为遗产管理人行使股权的方式便是依现行法的体系作出的不二选择。

另外，共同继承人行使股权纵然要依靠遗产管理人，但作出指示前仍以共同继承人对股权行使事宜形成决议为前提，而绝非由遗产管理人独

自做主。既然遗产管理人的选任由共同继承人采取一致决，那共同继承人就股权行使也应采取一致决才符合逻辑。况且，选任遗产管理人仅是行使股权的便利手段，继承股份所表彰之股权行使产生的影响及其后果不可轻视。共同继承人的股权行使，有潜在改变公司经营权，进而影响股权消长的可能性，一味将之评价为共有物的管理行为而任由各继承人自行行使股权（以表决权为代表的共益权重要，自益权也攸关各共同继承人的利益），争执、混乱的局面不可避免，不利于各继承人整体利益的保护。

采取一致同意说可能带来的副作用在于，只要共同继承人未就股权行使达成一致意见，股份共有人即等同于弃权，结果使任何共同继承人的意思都无法实现。遗产的共同共有以处理共同继承关系为目的，该目的只能对各共同继承人意欲分别处分其应继份的行为予以拘束，却不应为了使股权行使达成合意而对共同继承人设定义务。盖因前者属于继承法的规范领域，符合共同共有的属性；后者属于公司法的范畴，各共同继承人的意思自治应予尊重。故此，共同继承人对股权行使的内容因不能统一意见导致弃权并非偶然，在效果上也没那么糟糕透顶：如果共同继承人是大股东，他们对行使股权不能达成一致意见以致弃权，则有关决议在股东（大）会的表决时不能实现多数决，不会形成少数股东主导公司的局面；如果共同继承人是小股东，即便他们对行使股权达成了一致意见并积极行使了股权，可能也难以改变公司决议的结果。而且，股权行使与否及其后果与共同继承人的利益可谓休戚相关，再加上继承人之间存在亲属关系，各共同继承人之间彼此协调股权行使关系通常并非绝不可能。哪怕各共同继承人之间关系僵硬，客观上也会推动遗产分割的进程，使各继承人脱离共同共有关系，早日成为单独的股东。所以，就共同继承人的股权行使采取一致同意说仍属可接受的范围。

四、结论

因法定继承形成的股权共有现象并不少见。在承认股权共同共有关系的前提下，“继承股东资格”的立法表述将股权继承引入《民法典》中的继承法、公司法、物权法的交叉地带，具有多方面的规范意义，构成了对共同继承人行使股权诸议题进行法理解析的基石。在正视股东资格继承的规范意义基础上，共同继承人要行使股权无须在《公司法》上专门规定股权行使代表人，《民法典》继承编中新增加的遗产管理人是首选的共同继承人行使股权的代表人，其选任应取得所有共同继承人的一致同意。解决了股权继承的权利行使主体问题之后，实际行使股权之前，在程序上仍需考虑共同继承人应否满足股东资格的形式要件标准。由于股权继承的特殊性，共同继承人的股权行使无需按照股权转让取得股东资格的形式要件标准变更股东名册的记载。在股权行使的方式上，遗产管理人作为共同继承人的受托人应依继承人的指示行使股权；既然共同继承人共享一个股东资格，执行该指示的前提是继承人就股权行使有关事宜实现一致决。

最后，基于本文的上述研究，笔者建议新一轮的《公司法》修订可在规定股东权利的第 4 条增加 1 款：共同继承人的股权由《民法典》第 1145 条规定的遗产管理人代为行使。其中，遗产管理人的选任方式中涉及继承人推选的，应取得共同继承人的一致同意。遗产管理人代为行使股权不以变更股东名册的记载为前提，但应当取得共同继承人对股权行使事宜的一致同意。

新时代颁行的《民法典》再次提醒我们，商法问题的研究不能在视野上自我设限，而应以问题为中心妥当处理民法和商法的适用关系，不断推进法学智识的理性与自主。本文对共同继承人的股权行使问题的研究不过就是这样一个注解。

作者：李飞，南开大学法学院副教授。

来源：《武汉大学学报》（哲社版）2021 年第 4 期。转自“法学学术前沿”

[判决的魅力（第 1 期）]张 华：高某某、孙某与邹某某、陈某法定继承纠纷二审民事判决书

2021-08-14 司法茶语

<https://mp.weixin.qq.com/s/18UPK2eoEP1G7ycDuy0j6w>

高某某、孙某与邹某某、陈某法定继承纠纷二审民事判决书

中华人民共和国上海市第二中级人民法院

民事判决书

(2017)沪 02 民终 10068 号

上诉人(原审被告): 高某某。

上诉人(原审被告): 孙某。

法定代理人: 高某某, 系孙某母亲。

两上诉人共同委托诉讼代理人: 沈文骏, 上海普盛律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 邹某某。

委托诉讼代理人: 刘正平, 上海正源律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 陈银萍, 上海正源律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 陈某。

委托诉讼代理人: 陈某某。

上诉人高某某、孙某因与被上诉人邹某某、陈某法定继承纠纷一案, 不服上海市静安区人民法

院 (2016)沪 0106 民初 18925 号民事判决, 向本院提出上诉。本院于 2017 年 11 月 1 日立案后, 依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

高某某、孙某上诉请求: 依法撤销一审判决, 发回重审或改判两上诉人各自享有上海市西藏北路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋(以下简称“系争房屋”)产权二分之一份额。事实和理由: 一审判决对案件事实认定不清。1. 本案没有证据证明邹某某是合法的继承人, 且证人孙某乙到庭作证程序违法, 其没有经过书面申请和传唤作证, 实际上孙某乙与被继承人孙某某无往来, 关系破裂, 无法认定其证言内容的效力, 不应作为诉讼证据。2. 一审判决对陈某是否与孙某某构成扶养关系的认定不清, 实际上陈某未成年时, 其母亲陈某某与孙某某离婚, 且孙某某明确表示不再抚养陈某, 之后陈某也随母亲陈某某共同生活, 并在国外居住, 与孙某某再无往来, 不能认定陈某为与被继承人孙某某有扶养关系的继子女, 不应再享有继子女的继承权利。3. 一审判决在遗产分配上也未考虑孙某系未成年人, 生活有特殊困难且缺乏劳动能力, 以及高某某长期照料被继承人孙某某, 未适当为其多分遗产也有不妥。

邹某某答辩称, 一审提供的证据充分证明自己是被继承人孙某某和邹某乙于 1974 年生育的女儿孙某, 后为方便上学, 才改名为邹某某, 因此不能否定其合法继承人的身份, 邹某某应该享有继承权, 不同意上诉人高某某、孙某关于否认邹某某系合法继承人的诉讼请求。

陈某答辩称, 一审判决认定事实清楚, 证据确实, 请求驳回上诉, 维持原判。

邹某某向一审法院起诉请求：要求继承被继承人孙某某的遗产即系争房屋产权，并由孙某某的法定继承人均等继承。

一审法院认定事实如下：

被继承人孙某某与邹某乙于 1974 年 3 月登记结婚育一女名孙某甲，后更名邹某某。孙某某与邹玲娟于 1981 年 9 月 28 日经新疆维吾尔自治区昌吉市人民法院调解离婚。孙某某与陈某某于 1984 年 12 月 8 日结婚，婚后陈某某与其前夫所生之子陈某某随陈某某、孙某某共同生活在上海市重庆北路 XXX 号，1991 年 10 月 17 日孙某 1 与陈某某协议离婚。后孙某某与刘某某结婚，婚后未生育子女，并于 2000 年 11 月 16 日协议离婚。2002 年 5 月 16 日孙某某与高某某登记结婚，婚后生育一女名孙某。孙某某于 2016 年 5 月 3 日死亡，孙某某父母均先于其死亡。

系争房屋于 2000 年办理产权登记，登记产权人为孙某某。孙某某死亡后，高某某、孙某于 2016 年 5 月 9 日向上海市闸北公证处申请办理孙某某的继承公证，后以 2016 年 8 月 22 日出具的(2016)沪闸证字第 2171 号公证书确定系争房屋由高某某、孙某共同继承。2016 年 8 月 23 日高某某、孙某申请变更系争房屋的产权登记，2016 年 9 月 5 日系争房屋经核准变更登记权利人为高某某、孙某各享有二分之一产权份额。

一审审理中，被继承人孙某某的哥哥孙某乙到庭陈述邹某某是孙某某与邹某某所生女儿，孙某某与陈某某再婚后，孙某某、陈某某及陈某某与前夫所生之子陈某某共同生活在上海市重庆北路 XXX 号，孙某某与陈某某离婚后，陈某某与陈某某均迁走，孙某某与刘某某再婚后，未生育子女，也没有子女与孙某某共同生活。

一审法院认为，遗产是公民死亡后遗留的个人合法财产，公民依法享有财产继承权。继承开始后，按照法定继承办理。系争房屋系原登记在被继承人孙某某人名下的产权房屋，被继承人孙某某生前并未立有遗嘱，其遗产即系争房屋应由

孙某某的法定继承人共同继承。邹某某作为孙某某与前妻邹某某所生女儿，陈某某作为与孙某某有抚养关系的继子女，高某某作为孙某某的配偶，孙某为孙某某的婚生女儿，均可作为孙某某的第一顺位法定继承人继承系争房屋的产权。综上所述，依照《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第五条的规定，作出如下判决：登记在高某某、孙某某名下属于被继承人孙某某遗产的上海市西藏北路 XXX 弄 XXX 号 XXX 室房屋产权由邹某某、高某某、孙某、陈某某按份共有，各享有四分之一产权份额；邹某某、高某某、孙某、陈某某应于判决生效之日起三十日内共同办理上述地址房屋产权变更手续，邹某某、高某某、孙某、陈某某有相互配合的义务，因办理上述地址房屋产权变更手续所产生的费用由邹某某、高某某、孙某、陈某某依法分别负担。

二审中，当事人没有提交新证据，本院对一审查明的事实予以确认。

二审期间，本院依职权向上海市公安局出入境管理局调取了陈某某自 1998 年出国后至 2018 年 8 月 24 日的出入境记录，记录如下：陈某某于 2003 年 1 月 26 日入境，同年 3 月 10 日出境；2007 年 2 月 7 日入境，同月 27 日出境；2009 年 5 月 20 日入境，同月 27 日出境。

本院另查明，被继承人孙某某与陈某某母亲陈某某于 1991 年 7 月 1 日在民政局登记备案的《自愿离婚协议书》约定：“一、子女抚养：女方同前夫所生男孩，陈某某，……仍由女方抚养直至工作，男方不承担其他费用……三、分居住宿安排：女方和子(陈某某)仍迁回原户口所在地居住，男方住户口所在地。离婚后，男方住重庆北路 XXX 号，户口落实重庆北路 XXX 号。女方住周家嘴路 XXX 弄 XXX 号，户口落实周家嘴路 XXX 弄 XXX 号。”

本院对陈某某是否符合继承法规定的与被继承人形成抚养关系的继子女的争议焦点评判如下：

根据继承法第十条规定，判断继父母子女之间是否享有继承权，以是否形成抚养关系为标准。

继承法上的扶养，是一定范围的亲属间相互供养和扶助的法定权利和义务，包括抚养、扶养、赡养，即长辈对晚辈的抚养、晚辈对长辈的赡养和平辈亲属间的扶养。继父母子女在事实上形成了扶养关系，由直系姻亲转化为拟制血亲，从而产生法律拟制的父母子女间的权利义务。确定是否形成扶养关系应以继承实际发生时为节点。本案中，陈某两岁时，因生母陈某某与被继承人孙某某婚，确实与孙某某共同生活，形成事实上的继父子关系，孙某某与陈某某共同抚养教育过陈某，后陈某某与孙某某协议离婚。根据 1993 年 11 月 3 日《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》第十三条规定：“生父与继母或生母与继父离婚后，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”对于上述规定，本院认为，继父母与继子女是基于姻亲而发生的一种事实上的抚养关系，这种关系是法律拟制的，离婚后，在继父母不愿意继续抚养的情况下，应视为继父母子女关系的解除，他们之间父母子女的权利义务不复存在。本案中，陈某曾经由孙某某抚养过，但是在其生母陈某某与孙某某离婚时，陈某九岁还尚未成年，且孙某某、陈某某在离婚协议中明确约定陈某由陈某某继续抚养，孙某某不再承担抚养费用，在此情形下，应当认定孙某某不再继续抚养是对原已形成的抚养事实的终止，孙某某与陈某之间的继父子关系视为解除，而且，陈某与孙某某的继父子关系解除之后至孙某某病故时，期间长达二十余年之久，双方再无来往。陈某于 1998 年出国至今仅回国三次，短时间停留，其成年后也不存在赡养孙某某的事实。故而，本院认为，陈某与被继承人孙某某之间虽存在过抚养事实，但因孙某某与陈某生母陈某某离婚后不再抚养陈某，以及陈某成年后未履行赡养义务，本案继承发生时，陈某与被继承人孙某某之间继父子关系已解除，双方的权利义务不复存在，陈某不符合继承法规定的有扶养关系的继子女。综上，

陈某对被继承人孙某某的遗产不享有继承权。一审判决认定陈某为法定继承人不当，本院依法予以纠正。

本院认为，遗产是公民死亡后遗留的个人合法财产，公民依法享有财产继承权。继承开始后，没有遗嘱的，按照法定继承办理。一审判决根据在案证据以及一审庭审中证人孙某某当庭作证的证人证言，认定邹某某为被继承人孙某某与前妻邹某某所生之女，将其列为法定继承人，并无不妥，本院予以确认。本案中，系争房屋系原登记在被继承人孙某某个人名下的产权房屋，被继承人孙某某生前未立遗嘱，其遗产应按法定继承处理。邹某某作为孙某某与前妻邹某某所生女儿，高某某作为孙某某的配偶，孙某作为孙某某与高某某的婚生女儿，依法均应作为孙某某的第一顺位法定继承人继承系争房屋产权。同时，鉴于高某某长期与孙某某共同生活，对被继承人尽了主要的扶养义务，故在分配遗产时，可以适当多分。

综上所述，上诉人高某某、孙某的部分上诉请求成立，依法予以支持。一审判决认定陈某为法定继承人不当，本院予以纠正。据此，依照《中华人民共和国继承法》第十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销上海市静安区人民法院(2016)沪0106民初18925号民事判决；

二、登记在高某某、孙某名下属于被继承人孙某某遗产的上海市西藏北路XXX弄XXX号XXX室房屋产权由邹某某、高某某、孙某按份共有，其中，邹某某享有30%产权份额，高某某享有40%产权份额，孙某享有30%产权份额；

邹某某、高某某、孙某应于本判决生效之日起三十日内共同办理上述地址房屋产权变更手续，邹某某、高某某、孙某互有配合义务，因办理上述地址房屋产权变更手续所产生的费用由邹某某、高某某、孙某按比例负担。

一审案件受理费人民币 45,200 元,由邹某某负担人民币 13,560 元,孙某负担人民币 13,560 元,高某某负担人民币 18,080 元;诉讼保全费人民币 5,000 元,由邹某某负担;公告费人民币 600 元,由邹某某、高某某、孙某各负担人民币 200 元。二审案件受理费人民币 11,300 元,由邹某某负担人民币 3,390 元,孙某负担人民币 3,390 元,高某某负担人民币 4,520 元。

本判决为终审判决。

审 判 长 张 华

审 判 员 金正华

审 判 员 陆晓波

二〇一八年十月三十一日

书 记 员 祝丽娟

附:相关法律条文

《中华人民共和国继承法》

第十条遗产按照下列顺序继承:

第一顺序:配偶、子女、父母。

第二顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后,由第一顺序继承人继承,第二顺序继承人不得继承。没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

《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:……(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;

……。

舅舅的遗产,我是否有权继承?

2021-08-26 江苏高院 南小中

<https://mp.weixin.qq.com/s/pjysSXpWIWDRTsicVg6Ulw>

基本案情

2021 年 5 月,被继承人李某华因病去世。李某华生前一直未婚,无配偶,无子女,李某华的父母、祖父母、外祖父母均先于李某华去世。李某华父母生前共育有李某华、李某琴、李某兵、李某玲、李某巧五个子女。李某玲 2007 年去世,生前育有一女赵某。

2021 年 7 月,赵某、李某巧作为李某华的继承人将李某琴、李某兵诉至法院,主张与被告李某琴、李某兵共同继承被继承人李某华名下位于南京市秦淮区某小区房产,原、被告对上述房产各享有 25% 的产权份额。

裁判要旨

继承开始后,没有遗嘱和遗赠扶养协议的,按照法定继承办理。继承开始后,没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的,由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。

本案被继承人李某华未留有遗嘱,应该按照法定继承办理。因李某华生前无配偶及子女,父母均先于其死亡,无第一顺序继承人,故应由李某华的兄弟姐妹继承。被继承人李某华的妹妹李某玲先于李某华死亡,应由其女儿赵某代位继承李某玲应当继承的遗产份额。因此,本案中,原、

被告均系被继承人李某华的法定继承人。法院对原告赵某主张代位继承其母亲李某玲有权继承的遗产份额，予以支持。

法官说法

南京市秦淮区人民法院法官 房春娥

一、什么是代位继承

说到本案，我们首先要给大家讲一讲很多人较为陌生的代位继承。作为法定继承的一种特殊情况，代位继承也被称为“间接继承”，是相对于本位继承而言，指具有法定继承权的人不能继承时，由其直系晚辈血亲按照该继承人的继承地位和顺序，继承被继承人遗产的制度。

一般而言，在代位继承中，具有法定继承权的人称为被代位继承人，按照被代位继承人的地位和顺序继承遗产的人称为代位继承人。根据我国《民法典》第一千一百二十八条的规定，代位继承需要具有以下特征：1. 代位继承的发生原因为被代位继承人先于被继承人死亡；2. 先死亡的被代位继承人只能是被继承人的子女或兄弟姐妹；3. 代位继承人必须是被继承人子女的直系晚辈血亲，或者被继承人兄弟姐妹的子女；4. 被代位人生前必须享有继承权，若因杀害被继承人等法定事由丧失继承权，则代位继承人也不享有继承权；5. 代位继承人的继承权以被代位继承人有权享有的份额为限；6. 代位继承只适用于法定继承，不适用于遗嘱继承和遗赠。

二、为何兄弟姐妹的子女享有代位继承权

我国《继承法》第十一条原先的规定为：被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产。《民法典》第一千一百二十八条在此基础上，增加了第二款：被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡

的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。这一规定，将代位继承人的范围在原先子女的直系晚辈血亲的基础上增加了兄弟姐妹的子女。

虽然原先《继承法》第十一条的规定保障了遗产向被继承人的直系晚辈血亲流转，但这一规定过度限制了代位继承人的范围，会导致遗产因无人继承而收归国家或者集体所有，因而扩大代位继承人范围变得有必要。但这一范围也不能无限制延伸，否则容易导致遗产分配给与被继承人情感联系不密切的人，使遗产过多地向较远的旁系扩散。

根据社会生活实践，兄弟姐妹是与被继承人关系最近的旁系血亲，从小共同生活多年，具有深厚的情感基础，在一定情况下还能尽扶养扶助义务，而兄弟姐妹的子女即被继承人的侄子女、甥子女，与被继承人在血缘和情感上有较为紧密的联系，现实生活中对于无子女的叔伯姑舅姨，往往由其侄子女、甥子女给予精神慰藉与生活帮助，让侄子女、甥子女继承遗产符合遗产向晚辈流传的原则也符合民间传统中继承遗产的习惯。

同时，需要提醒大家的是，因兄弟姐妹属于第二顺序继承人，所以当第一顺序继承人可以继承时，兄弟姐妹的子女也是无法继承被继承人财产的。

秦淮法院根据《民法典》关于代位继承的最新规定，认可原告赵某作为被继承人李某华妹妹李某玲的代位继承人身份，支持原告赵某主张代位继承其母亲李某玲有权继承的遗产份额的诉讼请求。

《民法典》的有关代位继承的最新规定，合理扩大了代位继承人的范围，回应了逐渐小家庭化、碎片化的社会现状，保障了当事人遗产的流转；更重要的，有助于构建相亲相爱、平等和谐、尊重互助的家庭氛围，以及引导全社会形成敬老、养老、助老的社会风尚。

来源：南京市中级人民法院

四、房产、股权

(一) 房产

北京：原家庭住房套数超限购，离婚 3 年内不得买房

2021-08-05 新京报

https://mp.weixin.qq.com/s/1AIw8s66Gbz_t0U-n3Z38w

据安居北京微信公众号消息，今年上半年，受需求释放、“学区房”、违规资金流入等因素叠加影响，本市二手房成交过热，价格上涨。为落实“房子是用来住的、不是用来炒的”定位，我市保持从严调控的政治定力，着力“打补丁”“堵漏洞”，进一步完善我市房地产市场调控长效机制，促进市场平稳健康发展。经市政府同意，市住建委于 8 月 5 日印发《关于进一步完善商品住房限购政策的公告》（以下简称《公告》）。

《公告》明确：自 8 月 5 日起，夫妻离异的，原家庭在离异前拥有住房套数不符合本市商品住房限购政策规定的，自离异之日起 3 年内，任何一方均不得在本市购买商品住房。

相关负责人表示，在《公告》发布前提交离婚申请，尚未正式办理离婚登记的，离婚后仍然按照原先的政策执行。

原文如下：

京建发〔2021〕243号

北京市住房和城乡建设委员会 关于进一步完善商品住房限购政策的公告

为落实“房子是用来住的、不是用来炒的”定位，完善房地产市场调控长效机制，促进房地产市场平稳健康发展，经市政府同意，现将有关事项公告如下：

夫妻离异的，原家庭在离异前拥有住房套数不符合本市商品住房限购政策规定的，自离异之日起3年内，任何一方均不得在本市购买商品住房。

本公告自2021年8月5日起施行。

北京市住房和城乡建设委员会

2021年8月4日

编辑 辛婧 来源：安居北京微信公众号

值班编辑 吾彦祖

京法案讯 | 老人为让孙女落户赠房产份额给儿子？想再要回来可就难了

2021-08-11 京法网事 孙莹

https://mp.weixin.qq.com/s/avX4N_iL76JTRXBnff-35w

为了让孙女落户办理入学手续，李大爷将自己名下房产的 1% 赠送给儿子，并办理了共有产权证书。后来，老爷子反悔了，以自己只是为帮助孙女上学，并非真想赠送房产份额为由，将儿子告

上法院，要求撤销赠与合同。西城法院认定李大爷的请求缺乏事实依据，驳回了他的诉讼请求。

案件详情

已经退休的李大爷在西城区有一套住房，去年 6 月，他与儿子李先生签订了一份《赠与合同》，双方约定李大爷自愿将房产中 1% 的份额无偿赠与儿子，并作为儿子个人所有。李先生表示接受赠与。赠与双方都不能反悔，如有违约，由违约方承担法律责任。

签订合同的当天，李大爷就向房地产登记部门申请过户登记，随后儿子拿到了自己享有房产 1% 份额的共有产权证书。

后来，李大爷反悔了，还将儿子告上法院。李大爷说，他与儿子签订赠与合同的目的是为了孙女上学，赠与房产份额并非他的真实意思，请求法院判令赠与合同无效。

儿子李先生说，双方签订赠与合同虽然是为了孩子上学，但赠与 1% 的房产份额确实是父亲的真实意愿。

审理结果

法院审理后认为，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。而构成虚假民事法律行为，行为人必须是两方以上，而且双方当事人所作出的意思表示都并非自己真意，并对此都心知肚明。

在李大爷一案中，双方当事人虽然是为了孩子上学、落户问题办理了房产赠与手续，但根据在案证据显示，李大爷在房产登记部门办理过户登记手续时，确认赠与儿子 1% 的房产份额是自己的真实意思表示，儿子李先生也认可赠与和接受赠与是双方当事人的真实意思表示。因此，法院认定李大爷请求确认涉案赠与合同无效并要求儿子返还 1% 的房产份额的请求，缺乏事实依据，驳回了他的诉讼请求。

李大爷不服提起上诉，二中院近日终审维持原判。

| 供稿：西城法院 |

| 图片来自网络 |

| 编辑：潘歆宇 汪希 |

（二）股权

《民法典》与共同继承人的股权行使 | 李飞 | 学者视点 | 法学学术前沿

原创：2021-08-13 家事法苑 李飞

<https://mp.weixin.qq.com/s/I-qVXQbI6TPCVmvj4J-lvg>

《民法典》与共同继承人的股权行使

时间：2021-08-10

来源：法学学术前沿

作者：李飞（南开大学法学院副教授）

原文链接：

<https://mp.weixin.qq.com/s/kQ6JhC1Ly0tjCdRSB2GhUQ>

注：《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2021 年第 4 期

摘要：法定继承决定了股权继承人之间是共同共有关系。《公司法》第 75 条规定的“股东资格”继承将股权继承成功地引入了继承法、物权法和公司法的交叉领域，具有多重规范意义，并构成理解和解释股权行使诸问题的基石。同时，新时代《民法典》中的继承法、物权法相关规则已有所增订，必将对共同继承人的股权行使产生重要影响。具体而言，共同继承人行使股权的代表人应由遗产管理人充任，其选任须取得共同继承人的一致同意。在股权行使的程序上，共同继承人行使股权前无需通过变更股东名册的记载表明其股东身份，但就行使股权内容有关的事项而言，仍需由各共同继承人达成一致后才能交由遗产管理人实施。

关键词：股东资格继承、遗产管理人、股东名册、一致决、《民法典》

继承法和公司法具有截然相反的目标（继承法的目标是移转财产并在继承人之间进行财产分割；公司法的目标是聚拢财产由公司一体经营，是合并（consolidation）之法、统一（unification）之法），股东的死亡触发了二者的冲突。这直接导致股权继承方面产生众多纠纷，并一度引发广泛

关注。由于股权的属性特殊，继承法无力回答股权是否可继承的问题。为此，2005 年 10 月 27 日修正的《公司法》特地在“有限责任公司的股权转让”一章增加了第 76 条以示回应。该条文的规范目的显然是以公司法填补股东资格继承的法律空白，确认股权的可继承性：在人合性较浓的有限责任公司中，股东资格继承须注意谋求继承人与其他股东之间的利益平衡；而股份有限公司并无此类人合性的顾虑，其股东资格继承自属毫无悬念。该条文适用至今在内容上毫无变化（历经 2013 年、2018 年两次《公司法》修正后变为第 75 条），可见，确实在相当程度上满足了司法实践的基本需求。

然而，这并不意味着该条文解决了股权继承的所有问题。最突出的问题存在于法定继承的情形：继承开始后，股份在共同继承人之间分割完毕之前，作为股东，当然有实现股权内容的诉求，这些继承人在法律上应如何行使股权？特别是在占比甚高的家族企业，创始股东身故前若未能作好财产传承规划，由于持股比例高且遗产分割往往旷日持久，共同继承人在此期间不能依法行使股权势必不利于这期间公司的正常运转。而无论是《公司法》第 75 条及其他条文抑或《继承法》都欠缺对应规范，这导致司法实践无所适从，无法确保共同继承人合理行使股权。不仅如此，由于共同继承股权的特殊性，共同继承人行使股权的法律问题关涉新时代的《民法典》所涵盖的多个部门法，不仅属于公司法和继承法的交叉领域，也与物权法密不可分，可谓是产生股份共有的五种主要情形中法律关系最复杂的一种。仅依靠在

公司法中设置统一适用于各种股权共有情形的一般规则，并不能达到适切地予以规范的立法目的。遗憾的是，在学术研究上，股权继承的研究自 2015 年完成《公司法》第三次修正后就近乎停滞，罕有专注于共同继承股东资格期间股权行使方面的理论成果。

《民法典》中与本文主题相关的继承编、物权编对之前的《继承法》、《物权法》有关内容均有所修订，这成为从公司法上研究共同继承人的股权行使问题无可回避的民法新知与参照对象。在《公司法》第六次修改已启动的背景下，厘清现行法之解释，使共同继承人得以适法行使股权，对于相关纠纷的预防与解决，以及企业的继承，乃至公司法的继续完善，本文均具有理论与现实意义。

一、股东资格继承的规范意义

《公司法》第 75 条所使用的立法表述是“股东资格”的继承。不少人对此提出批评，认为该条中的股东资格应修改为股份——继承的客体应是财产，而股东资格的性质与此有别，继承人继承的只能是股份。这种观点从继承法的视角理解股权继承问题，保持了逻辑一贯性，并非毫无道理。但是，客观地说，由于股东在公司的组织构造、权利结构中扮演着相当重要的角色，甚或影响有限责任公司的人合性，关乎公司的存续和运营状况。这导致股权不同于其他财产，尤其不能局限在继承法层面把握股权继承。

股东资格的规范意义终究要体现在司法实践中。那实务中是如何界定和理解股东资格的呢？北京市高级人民法院于 2004 年发布实施且至今仍有有效的《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）（一）》第 11 条对股东资格的内涵作出了为法院判决所接受的界定：“股东资格是投资人取得和行使股东权利并承担股东义务的基础。”（北京英敏科技有限公司与王丽艳股东知情权纠纷二审民事判决书，（2020）京 02 民终

5168 号）更有甚者，审判实务中还概括出了股东资格的外延：股东资格是身份权与财产权高度结合（张某某与福州市台江区行政管理局工商行政登记二审行政判决书，（2015）榕行终字第 348 号；廖天亮诉石河子建筑规划设计研究院股权确认案，（2010）兵八民二终字第 138 号。）。这就意味着，股权继承是全面概括的继承，既包括股权中的财产性权利，也包括非财产性权利；既包括自益权，也包括共益权。就此而言，股权继承尽管未脱离继承法规范，但借助股东资格继承的规范表达已然跨入公司法领域。为了更全面地阐释股东资格继承的规范意义，本文将从五个方面展开说明：

其一，股东资格继承遵循了继承法规则。根据《民法典》第 1123 条的规定，继承开始后，若没有遗嘱、遗赠扶养协议，就按照法定继承办理。第 1126 条至第 1132 条规定了法定遗产的继承人范围、继承顺序、条件、份额、分配原则等。在遗产分配之前，由于每个继承人应分取的份额尚不确定，所以继承人对遗产的关系肯定不能是按份共有，只能是共同（准）共有（法院也以数个继承人未能在指定的期限内说明各自的继承份额而认定继承人之间是共同共有关系。参见宁夏佳泰房地产开发有限公司与赵淑梅、秋洪艳等请求变更公司登记纠纷一案民事判决书，（2015）兴民商初字第 60 号。）。同时，依第 308 条的例外规定，共有关系不明时，共有人具有家庭关系时视为共同共有。法定继承的继承人之间一般具有家庭关系，自然将继承人对遗产的共有关系视为共同共有。这也呼应了上述推论。那就可以明确地说，继承人对股权共有的性质是共同共有。

在共同共有期间，每个继承人对外无法单独表达其意思表示，只能借助决议机制形成统一意见，以继承人整体的名义行事。股东资格的继承在股份分割前维系了一个继承人利益群体，恰当地对应、衔接了这一运行规则，避免了在公司法中特意作出另行安排而使法律关系复杂化。

其二，股东资格的继承体现了公司法对继承法的改造。根据《民法典》第 1161 条第 1 款规定的限定继承，若非继承人自愿清偿，继承人只继承遗产实际价值。限定继承在股权继承场合却面临着难以适用的困境。例如，当股东死亡前尚未缴清股款，继承人若非通过转让股权份额等方式获得对价则根本无法适用限定继承，难道要将死亡股东的投资额、可分配的盈余等减去其尚未缴清的认股款？可以想见，若强行适用限定继承，不仅将使法律关系复杂化，还对其他股东不公平，甚且会给公司正常运营带来不利影响。主张使用股权继承的表述很容易忽略这个问题，因为这仍然是继承法上限定继承的思维所致。而股东资格不仅涵盖了股权，同时也容纳了股东所负债务的范畴。《公司法》规定的股东资格继承表明，继承人若不放弃继承股东资格，则继承的客体所包括的股权和债务就要一体承受，公司法上规定股份共有制度有两个目的之一就是“确定共有股东连带缴纳股款的责任”。结果有可能因债务额度高于股权而需以固有财产承担清偿责任。这就意味着《民法典》中继承法部分确立的限定继承于此将不再适用，并开始呈现出股东资格继承在公司法上有区别于继承法的规范意义。

其三，股东资格继承有助于进一步廓清对股权性质的误解。公司既然属于社团法人，那么，每个股东基于团体成员的资格而享有成员权。所谓的成员权就是股权，即股东基于股东资格对公司享有的法律地位。从股权与股东资格的关系来说，股东资格是股东享有股权的前提和基础，股权是股东资格的实质内容。现行法立基于公司作为社团法人的属性，将继承的客体表述为股东资格，注意到了股东与公司的依存关系。从法律上说，股东出资之后丧失了出资财产的所有权，换得了公司的股份，即获得了对于公司而言的成员资格和地位，而非公司的资产（assets）。因此，股份被形象地认为是股东个人人格的延伸（Bligh v. Brent [1837] (2 Y & C Ex. 268).），股权浓缩

了股东对公司享有的财产权和参与公司治理的权利。正如法院判决书中所言，股权绝不仅是财产权的重要载体，还包括涉及公司经营管理的具有股东身份才能行使的表决权、知情权、建议与质询权等权利，这就决定了不能单纯地以普通继承的方式来处理（李某 1、李某 2 法定继承纠纷二审民事判决书，（2019）辽 02 民终 4301 号。）。由此可知，关于股权性质的“社员权说”契合了股东资格继承中共益权保障的特殊需求，至少在共益权行使问题上，较之“所有权说”显然更胜一筹。不消说，《公司法》第 3 条通过将公司界定为“企业法人”间接承认了公司的社团性，“社员权说”可谓据此得以站稳脚跟。

相反，那些忽略股东资格而将股权认定为财产权的观点只留意到了股东对股份的持有关系，事实上其理论基础在于经济关系而非法律关系。也就是说，这些观点要么执着于股权对应的股份是公司资本之成分的观念而只见树木不见森林，要么仅从经济实质上抱持着股东是公司的所有人的直观理解而忽视其间的法律实质。因此，这些认识不恰当地简化了股权的丰富内涵，将股权理解为财产权并以继承法为规范依据当然不够稳妥。

其四，确保了公司股权结构的稳定及公司的正常运转。从股东死亡至股份分割期间，股东资格继承事实上维持了股权共同持有状态，确保了股权的集中行使，基本上不会改变公司的股权结构，从而不会对公司的管理和经营带来实质改变，公司得以按预期、有计划地稳步开展各项工作。其中的根源在于，股东资格的继承构成了继承人之间须得凝聚共识、共同决议的机制，各继承人不能依照个人的意愿任意分化股东资格而行使对应的股权。如此一来，统一行使股权从根本上巩固了既定的股权结构，维护了公司的经营秩序。否则，不承认对股东资格的继承，共同继承人就无法行使股权中的共益权，而必须要等到遗产分割后成为股东才能行使。这段持续时间一般较长的“权利真空期”对公司往往不利，遂有股东资

格继承的立法表述。这样，共同继承人获得了行使股权的机会，权利真空被消除，公司运转受到的负面影响得以尽可能削减。

其五，遵循了公司的强制性法律规范。为了保证有限责任公司的人合性，现行法对其股东数量作出的最高限制属于强制性规定。而有限公司的股东死亡后，继承人关注的主要是股权的获取，很可能出现继承人继承股权后公司股东数量超出五十人上限的情形，或者因股东人数过多造成公司效率降低而影响公司发展。股份分割前，继承股东资格为避免这种境况提供了缓冲的契机，继承人之间可以通过股份让与、代持等协议作出相应安排或者变更公司的组织形态。当事人之间的博弈无疑有利于在有限责任公司内部实现继承人与其他股东之间的利益平衡。

综上，现行法将股东资格作为继承的客体并非无稽之谈。股权的继承不能仅以继承法作为唯一的法律依据，基于股权的特殊性，更应将公司法作为主要的规范依据。股东资格继承符合继承法的逻辑，扬弃了物权法的理念，并准确把握了公司法视角下股权继承的规范意义。这为分析共同继承股权的行使问题奠定了基础，并成为构建共同继承股权行使的相应规则时无法割舍的法理源头。

二、共同继承股权的行使者及其选任

如前所述，股东死亡后至股份分割前，数个继承人就死亡股东的股份形成了共同共有关系。在此期间，不免会出现股权行使的需求。对此，有人提出，为了防止共有一个股东资格在行使表决权时产生争议或麻烦，认为继承是对遗产的分割，不仅是对财产份额的分别取得，也包括各继承人股东资格的各自取得。该观点自然认识到了共同继承人行使股权的复杂性，试图通过使各继承人分别获得股东资格的形式把问题简单化处理，可谓从根本上否定了股权共同共有关系的性质，违背了《公司法》第75条关于“继承股东资格”的

立法设定及其规范意义，实不足取。既然共同继承人共同拥有一个股东资格，那么，为保障股权有序行使，应考虑的首要问题就在于，具体由谁来行使共有股权？

（一）共同继承人的代表人由遗产管理人充任

共同继承人虽为多人，但继承股东资格的立法意味着共有的股权是单个权利，那就有必要区分各共有人的个人意思和共有人的共同意思。一般来说，为便利于共同继承人对外行使股权，同时也便利公司向共有股东履行分配和通知义务，需要建构共同继承人代表机制，规定共有股份的股东应确定一人行使股权。公司法是规范股权继承的特别法，应优先适用。然而，公司法中并未规定数个继承人共有股权行使的主体。代表性的观点认为，由于数个继承人只能共享同一股东资格以及股份的特殊性，导致不能以物权法规则作为数个继承人行使股权的依据；为此，应学习域外典型的立法例，在公司法上确立共有股权行使代表人的地位。该观点及其理由不无道理，但是否就要因此在公司法上规定共同继承人股权行使代表人的地位则有待商榷。

首先，有必要在立法上确立共同继承人行使股权的代表人制度。与意定共有和法定共有下的夫妻共有相比，继承共有中的数个继承人因被继承人死亡这一事件而形成了利益关联，但数个继承人之间既缺乏意定共有中的合意，也没有夫妻共有中基于合意所缔结的婚姻关系。在这种情况下，很难期待共同继承人可以顺畅地约定管理协议，商业活动的效率要求及商法维护效率的原则自难实现；而所谓的共同管理本质上是各自单独管理、各行其是，与共同继承人共享一个股东资格的规定背道而驰。因此，《民法典》物权编规定的共有人管理共有物的两种模式不敷使用。正如一份涉及共同继承股权转让纠纷的判决书指出的那样：“股权共有并不能完全适用物权共有的规则，两个或者两个以上的民事主体共同持有公司

股份的，其中一人行使股权的效力应及于全体共有人。”（张诚、岳季与陆贞芳、沈玉琴股权转让纠纷二审民事判决书，（2015）浙嘉商终字第587号。）而为了杜绝可能发生的争议，在立法上确立共同继承人的股权行使代表人有其必要性，并理应成为共有股权行使规则的核心。

再者，须厘清共同继承人的代表人与遗产管理人的关系。股权行使的规则——即便是共同继承人的股权行使——究其实质仍属于公司法的范畴，是股权行使规则的一种特殊情形，似应在公司法上作出更细致的规定。这种观点在《民法典》通过之前很有说服力。但笔者认为，《民法典》通过之后，该观点顿失吸引力。这源于《民法典》继承编第4章新规定的遗产管理人制度。遗产管理人是为了避免共同管理的不便且顾及家庭生活的实际情形而出现的。为了确保遗产得到更妥善的管理，在《民法典》第1145条规定了遗产管理人的选任方式后，第1147条规定的遗产管理人应当履行的各项职责的第6项“实施与管理遗产有关的其他必要行为”可以作为共同继承股权行使的解释依据，也成为了继承法与公司法的一个重要衔接点。这就是说，遗产管理人应当成为共同继承人股权行使的代表人。既然遗产管理人已经在《民法典》继承编作出了明确规定，那就依法有权对包括股权在内的遗产进行相应的管理行为。否则，如果还要在公司法上规定共同继承人的代表人，必然会面临二者之间关系的协调处理，不但在立法技术上徒增烦恼，而且叠床架屋的后果更是增加了成本又无效率。再者，比照破产法上破产管理人的法律地位，关于遗产管理人的地位原则上采取固有权说中的任务说，遗产管理人代表共同继承人行使股权恰好属于其执行任务的应有内容。因此，在《民法典》继承编已经规定了遗产管理人制度的情况下，就无需另行在公司法中再专门设置共同继承人的代表人这样的职位了。

为明确起见，笔者建议在公司法中规定共同继承人的代表人由遗产管理人充任。在此基础上，

考虑到共同继承人股权行使的有关规则主要还是公司法上的问题，强行放置在作为规范继承关系的一般法的《民法典》继承编当中固非扞格不入，在体系结构上却也有失偏颇，因此建议将共同继承人股权行使的具体规则规定在公司法上。这就是说，在公司法上规定共同继承人的代表人的法律地位不能抛开遗产管理人，却又不能局限于遗产管理人规则。

（二）共同继承人的股权行使代表人的选任方式

公司法需要规定的共同继承人股权行使代表人的具体规则首先就是其选任方式。我国现行法上的共同继承人股权行使代表人其实是由遗产管理人充任的。根据《民法典》继承编第1145条，遗产管理人的选任方式顺次有三种：继承人推选；继承人共同担任；被继承人生前住所地的民政部门或村委会担任。后两种选任方式应无疑义，但就居于首要地位的继承人推选而言，法律并未规定其确切涵义。全国人大法工委民法室主任黄薇主编的法律释义书中指出，全体继承人按照何种规则推举（少数服从多数还是一致同意）由继承人之间协商确定。这个观点虽尊重当事人的意思自治，但实际上仍未消除疑惑：协商确定是否意味着共同继承人一致同意？有人提出采取多数决的方式（共同继承人中的半数以上）推选出遗产管理人。然而，该观点既无现行法的支持，又欠缺有关论证和说明。从比较法上来看，对此问题，也是众说纷纭。由于在继承编中新规定遗产管理人的《民法典》于2021年1月1日起开始生效，所以，相关实务见解目前也尚不可知。

笔者认为，选任共同继承人的股权行使代表人须共同继承人一致同意。首先，共同共有关系是决定因素。股权继承的共同共有关系的产生根据并非共同继承人的合意，各方也缺少达成共识的激励，导致这种关系是一种暂时的而非既定的状态，且“非为共同关系的存续而存在”。这就决定了共同继承人之间不构成如合伙企业、公司

这类稳定且持续存续的组织体，每个继承人作为平等个体均应保持其独立、自主的判断。所以，在选任共同继承人的代表人这么重要的问题上，少数服从多数的决议机制断难在共同继承人之间实行。就类比而言，共同继承人的代表人类似于合伙企业中的执行合伙事务的合伙人。《合伙企业法》规定，选任执行合伙事务的合伙人需经全体合伙人一致同意。共同继承人之间的共同共有关系远比合伙企业的合伙人之间的关系更缺乏合作性、协调性，没有理由不要求共同继承人选任代表人时达到一致同意的标准。同理，既然遗产管理人从共同继承人中推选都需要一致决，那么，从共同继承人之外选任或聘任遗产管理人更应要求一致决。《民法典》继承编第 1145 条并未排除非共同继承人担任遗产管理人的可能性。遗产管理人不一定是继承人的弹性立法符合现实状况，堪称合理。特别是共同继承人之间信任度不高的情况下，选择的遗产管理人更有可能是局外人——凭借其威望、德行抑或专业性、职业伦理等赢得每个继承人的尊重与认可。然而，从法律上来说，究其根本，还是继承人之间共同共有关系的性质决定了推选非继承人担任遗产管理人只能采取一致决。

其次，保护少数共同继承人的要求使然。《民法典》继承编并未设定选任遗产管理人的定足数，以多数决作为选任遗产管理人的定足数缺少法定依据，不符合每个继承人要求共同分享遗产利益的预期。况且，遗产管理人是共同继承人的代理人，代理人的权限来自共同继承人和遗产管理人之间的委任关系。申言之，尽管《民法典》继承编第 1147 条规定了遗产管理人的职责范围，但一方面遗产管理人的法定职责是对死者的遗产进行保存和管理，以服务、辅助于共同继承人的利益实现为宗旨，不涉及权利处分的事务性工作；另一方面，遗产管理人的职责范围仅具有一般适用性，对其担任共同继承人行使股权的代表人这一角色而言，仍嫌不够具体、明晰，因而只能依赖委任契

约明确遗产管理人的权限。照此情境，多数决机制下，少数共同继承人不信赖甚至反对多数继承人推选出来的遗产管理人，委任关系何以为继？遗产管理人地位的合法性基础从何谈起？另外，共同继承关系以遗产分割为终局目的，各共同继承人依应继份可随时请求分割遗产，又决定了继承人不具备经由长期博弈谋求利益平衡和救济途径的现实可能性。故此，多数决机制虽有效率，但并不公平。相反，共同继承人一致同意才能从根本上保障每个继承人的利益，尤其是避免少数共同继承人的股权无端地被多数继承人以全体继承人的名义所剥夺；按共同继承人的一致同意机制选任遗产管理人时，若少数继承人不同意致使无法推选出遗产管理人而影响共有股权行使，或可迫使共同继承人尽早进行遗产分割，结束股份共有状态。当然，因无法行使股权所造成的损失并非单由多数继承人承受，这或许也可促使少数继承人尽量不刻意扮演反对者角色。

最后，选任遗产管理人采取一致决并非以商业活动效率的考量为重心。相较于通过一致决选任遗产管理人，共同继承人的多数决更容易产生选任对象。从而，在一定程度上更有利于公司的效率化运营，且可防止少数共有人恣意杯葛公司决议之达成。那可否以多数决对公司运转更有效率为理由否定一致决呢？这种看法其实是从公司法角度立足公司正常运营作出的立法论层面的判断。在遗产分割前，面临着如何寻求公司的正常运转所需要的效率与共同继承人利益的公平对待之间的平衡问题，也体现为公司代表的集体利益和数个继承人代表的个人利益之间的取舍问题。在《公司法》并无这方面的任何规定的情况下，从规范体系的角度而言，占位公司法的上述观点并无解释论根据；相反，从法律适用的视角而言，未尝不可回归作为民法的继承法予以探讨。实际上，股权继承并不是纯粹的公司法律制度，带有继承法的浓重底色，其根本目的是保障共同继承人的利益在公司法上获得实现。因其并非公司法的焦

点主题而缺少对应的具体规则，故此，不能完全任由公司法所强调的效率原则和公司利益最大化的价值观来支配。因此，为维护所有共同继承人的利益，理应采取一致决选任遗产管理人作为继承人行使股权的代表人。

三、共同继承股权的行使程序

按照《公司法》的规定，股权转让之后，新股东行使股权前应向公司主张变更股东名册的记载。股权继承与股权转让不同，共同继承人在行使股权前是否也应该变更股东名册的记载？此外，由于继承法缺乏一个适当的规则框架来安排继承人群体内的决策或责任，就须得在公司法层面思考共同继承人行使股权的具体方式问题。

（一）行使股权前无须变更股东名册的记载

北京市高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）（一）》第11条在界定股东资格基础上，又列明了股东资格确认应考虑的因素以及选择确认股东资格的标准：“依据公司法的相关规定，有限责任公司股东资格的确认，涉及实际出资数额、股权转让合同、公司章程、股东名册、出资证明书、工商登记等。确认股东资格应当综合考虑多种因素，在具体案件中对事实证据的审查认定，应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示，选择确认股东资格的标准。”在法院的判决中，前者被认为是形式要件；后者相当于实质要件（抚州市东乡区乾坤实业有限公司、祝强第三人撤销之诉二审民事判决书，（2019）津01民终4568号。）。从理论上说，形式要件“更多地考虑到股票的证券特性和股权的社员权的特性”，实质要件“更多地考虑了出资和股权的财产权属性”，二者欠缺其一都会导致股东资格无法取得。不过，实践中更重视的还是实质要件，结果就是股权移转的（准）物权思维流行，不尊重公司的主体地位，持股方式和信息披露等受到制约。鉴于实质要件标准在

认定股东资格时存在严重缺陷，形式要件标准得到普遍认同。那么，共同继承人的股权行使是否也应该遵从形式要件标准呢？

确认股东资格的依据包括股东出资证明、股东名册、工商登记等。共同继承人行使股权的争议主要发生在共同继承人和公司之间，股东名册就成了确认股东资格的标准。行使股权要有股东身份的证明。变更股东名册的记载是否应为共同继承人行使股权的前提条件？有人认为，共同继承人在行使股权之前，必须依程序要求先完成股东名册的记载，以之作为股权行使的凭证。相反观点认为，股东名册的目的是为了避免股权被重复行使，继承股份无此问题，不应与一般股份转让等同处理；在变更股东名册的记载之前，共同继承人的股权处于“无主”状态，不合逻辑。

股东名册表面上是为了证明股东身份而由公司依法置备的要式簿册，本质上是举证责任配置的产物：在股东名册上记载者被推定为股东是一种形式认定；异议者可举证推翻该推定。资本市场的股权交易发生频繁，为了降低公司审查股东资格成本，提高公司治理（比如召开股东（大）会）效率，新股东行使股权应以股东名册变更记载为前提的观点近乎共识。从而，股东名册的主要作用是防止股份让与后可能出现的股权重复行使。在交易行为引起的股权转让中，自然有必要借助股东名册确定股东是否行使了股权，新股东因未能及时变更股东名册导致原股东行使了股权，公司可轻松免责。然而，在股权继承产生的股权移转，原股东死亡后，共同继承人即开始以遗产所有人的身份处理继承事务，自然继承人会取得公司发放给死亡股东的盈余，可收到公司对死亡股东发出的召开股东（大）会的通知，不会出现类似于股权转让情况下股权重复行使的利益冲突，公司也无须面临这方面的压力。更何况法律并没有规定继承股东资格应以股东变更登记为前提，因此而拒绝继承人行使股权于法无据（袁静与承德彤源万利工贸有限公司股东知情权纠纷一审民事

裁定书，（2019）冀 0803 民初 1194 号；洛阳特耐实验设备有限公司等与杨芳公司决议撤销纠纷上诉案，（2015）洛民终字第 2053 号。）。那又何必要求共同继承人变更股东名册后才能行使股权呢？

形式正义要求类似情况类似处理。《民法典》物权编第 209 条规定，不动产登记是物权变动的基本规则，不动产物权变动不以登记为必要属法定例外情形。同法第 230 条对因继承取得遗产物权时间的规定无疑属于这种法定例外情形。股东名册的记载与不动产登记在功能上有类似效果，“在权利继承取得时间问题上极为相似”，都是反映和确认权利变动状况的法律安排。不动产登记规则在继承取得不动产的情形有例外规定，是对继承权作为法定权利的承认，反映了物权法对继承法的尊重及分工协调。股东死亡引起的股权继承同样主要是一个继承法产生影响力的领域。类推适用《民法典》物权编第 230 条可知，共同继承人因股东死亡取得股权。那么，股东名册的记载规则在股权继承情形也应有例外安排。换言之，共同继承人取得股权同样是继承权作为法定权利的表现，何须再以股东名册的记载作为行使股权的前提条件？

司法实践采取的立场同样注重保护继承权，并在此基础上维护共同继承人的股东地位。在未变更股东名册等文件的情况下，共同继承人主张行使对公司经营的股东知情权获得法院判决的支持（合肥三易投资管理有限公司、吕永侠股东知情权纠纷二审民事判决书，（2019）皖 01 民终 1172 号；刘洋与潍坊华通食品有限公司股东资格确认纠纷、股东知情权纠纷一审民事判决书，（2019）鲁 0703 民初 1926 号。），自不待言。另有法院判决没有将变更股东名册等文件的记载作为共同继承人的义务，反而是作为共同继承人的权利，且认为公司有协助变更相关文件记载的义务（唐春妮、周唐田、周唐骏、周唐正诉青岛中运荣达货柜有限公司、杨新民股权继承纠纷一案民事判决

书，（2014）黄商初字第 2644 号；张勇、张蕴瀚与枣庄市天旭广告有限公司股东资格确认纠纷一案民事判决书，（2014）市中商初字第 1216 号。）。这个思路遵循了在股权继承过程中注重保护继承权的立场：共同继承人继承了股东资格，当然有权要求变更股东名册的记载。“不管是否已经履行了登记手续，继承人都享有其继承股份的股东权。”在司法实务中，有法院指出，公司召开股东会应通知死亡股东的合法继承人参加股东会（江苏雪豹十月影视文化发展有限公司与方永明公司决议撤销纠纷二审民事判决书，（2020）苏 02 民终 1168 号。），在司法实务中，有法院指出，公司召开股东会应通知死亡股东的合法继承人参加股东会（江苏雪豹十月影视文化发展有限公司与方永明公司决议撤销纠纷二审民事判决书，（2020）苏 02 民终 1168 号。），从而肯定了继承人的股权不因未在股东名册上进行变更记载而有差别。既然将变更相关文件的记载作为共同继承人的权利而非义务，那么，他们就可以根据需要来决定行使该权利抑或放弃该权利。比如，具有股权继承资格者若要负责公司的经营管理工作，便有必要先依法定程序成为公司股东，之后经选任才能担任相应职务。这和笔者主张的变更股东名册的记载并非共同继承人行使股权的前提要求的观点可谓是异曲同工，甚至有过之无不及。

值得注意的是，公司法已有将股权继承与股权转让区别对待的迹象。譬如，《公司法》第 75 条规定了股权继承中协调继承人和其他股东关系的条款之外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第 16 条还专门以股权继承不适用股权转让时的优先购买权规则为例阐明二者的区别。在市场经济环境下孕育出的公司法所确立的股权转让规则在性质和出发点上不同于股权继承引起的股权移转，若承认这个现实，就没必要刻意坚持由前者同化后者，如实地区别对待反倒更符合法律的精神。

（二）行使股权的方式

遗产管理人作为共同继承人的代表人，根据委任代理关系，应依共同继承人的指示行使股权。而共同继承人向遗产管理人作出指示前，需要对行使股权的相关事宜形成共同意见。该共同意见是要求共同继承人一致同意抑或多数决？一致同意说在实务中受到欢迎。以股权转让为例，有法院判决认为，作为遗产的股权在未分割前，对该共有股权的处分须经全体共有人同意，任何继承人无权进行单独处分（黄青松与陈珍贞、李固芝等股权转让纠纷二审民事判决书，（2015）岳中民二终字第 325 号。）。然而，股权转让之外的各类股权行使行为是否均属于这里所谓的“处分”并不清楚，这在很大程度上也抑制了当事人自觉地提出行使股权的诉求。在学术界，学者对此问题持不同看法。持一致同意说的刘俊海教授提供的理由是防止股权行使者滥用权利。然而，该理由仅此一句话，并未展开说明，过于概括，无法回答有关质疑：是否不采取一致同意说都会造成权利滥用？以防止权利滥用支持一致同意说是否有其限度？持折中说的蔡英欣教授以股权中表决权的重要性为例，指出其绝非共有物的管理行为，须由全体继承人同意始可由共同继承人的代表人行使股权；而为避免全体继承人不能达成一致意见导致表决权行使弃权，各共同继承人可依其应继份分割行使表决权。该观点以表决权为例讨论股权行使是否稍嫌简化？更令人不解的是，该文旗帜鲜明地支持一致同意说的同时，又主张表决权分割行使，而允许表决权分割行使无疑意味着各共同继承人可单独行使股权，这与一致同意说岂不是自相矛盾？如果说以共同继承人一致同意为原则，在无法达成一致意见时采取分割行使表决权的方式作为例外，实际上是由各继承人分割行使股权的观点。现行法对此似乎并未提供法律依据。

从现行法的体系推论，笔者赞同共同继承人一致同意说。共同继承人既然要就共同共有的股份行使股权，《公司法》和《继承法》没有相应规定的情况下，自然就应类推适用《民法典》物权编第 300 条与第 301 条分别关于共有人管理与共有人处分或改良共有物的规定：对于共有物的保存行为、一般改良行为、简易修缮等，各共有人均有管理的权利和义务；对于共同共有的共有物的处分和重大修缮、变更性质或者用途，则要求得到全体共有人的同意为原则，除非共有人另有约定。共同继承人行使股权可归入哪一种情况？

很显然，因为共同继承人共享一个股东资格，所以，各继承人当然不能各依其意愿分别对遗产管理人进行指示，从而防止了遗产管理人无所适从。哪怕是在股份有限公司中，即便《公司法》未直接规定共同继承人共享一个股东资格，也不是说共同继承人就可以分割行使股权。首先，共同继承人的应继份在价值上并非自始确定。蔡英欣教授指出，依各共同继承人的应继份行使表决权即可。问题在于，应继份是一个抽象的概念，在共同共有的遗产分割前，其数额一般并不确定。股权行使以股份持有为基础。分割行使股权的前提是每个共同继承人的应继份在数量或比例上是确定的，股权的行使才无争议。而通常认为，共同共有的共有人并不像按份共有的共有人那样对所有物有明确的份额。因此，各共同继承人分割行使股权的基础不存在。具体而言，《民法典》继承编第二章法定继承规定的遗产分配要考虑诸多情况才能确定下来，而这个过程往往耗费较长时间。一旦应继份确定下来了，各共同继承人就会请求遗产分割，共同共有关系随之消灭。股权继承场合，各共同继承人已经可以基于分配所得的股份独自行使股权了。我国的司法实务中，允许各继承人单独行使股权是对共同共有的股份分割之后，继承人已经取得了各自的股份份额而言的（林柳仪与许铭政、许萌芽等确认合同无效纠纷一审民事判决书，（2018）琼 9022 民初 412 号；刘彬与

淄博海化化工有限公司公司决议撤销纠纷一案民事判决书，（2015）张商初字第 990 号。）。

其次，为他人持股者得分别行使表决权不能作为类推遗产管理人分割行使表决权的根据。蔡英欣教授为了论证共同继承人的代表人可以为共同继承人分割行使表决权，将为他人持股者可基于契约关系（如信托契约）为他人分别行使表决权为例，试图通过类推得出遗产管理人可分割行使表决权的结论。笔者虽非一概反对股权分割行使，但此一类推却委实难以成立。第一个原因在于，不具备现实可能性。应继份未最终实现量化的情况下，继承人间的遗产争夺并不罕见，遗产管理人和共同继承人之间的委任合同中不可能存在依各继承人的指示分割行使表决权的内容。第二个原因在于，潜在的利益冲突带来的危害后果严重。不同于为他人持股者，遗产管理人通常是继承人之一，其代为行使的股权系共同共有，并非全然与其无关，难免在分割行使股权时因利益冲突而有损于部分继承人权益。具言之，分割行使表决权时各继承人自应分别进行监督，遗产管理人有可能利用监督不力或迟滞等情况，基于个人利益违背某些继承人的意愿行使表决权，但利益受损的继承人事后却难以撤销该决议或使之无效。第三个原因在于，该推适用的思维混淆了代理行使表决权与表决权的分割行使。为他人持股者得分割行使表决权的前提是在法律上取得股权，成为唯一的名义股东。然而，如前所述，遗产管理人与共同继承人之间是委任代理关系，遗产管理人仅为共同继承人行使股权的代表人，并未在法律上取得共同继承人所继承的全部股份，更不是名义股东。所以，即使各共同继承人的应继份确定清楚之后未分割遗产，遗产管理人按照各继承人的意思分别行使表决权，也不构成表决权的分割行使，仅是代理行使表决权而已。代理行使表决权与表决权的分割行使的法律关系形似而实不同，不宜模糊作类似处理，否则就如削足适履。第四个原因在于，不能分割行使表决权在逻辑上符

合本文所选取的股权性质的社员权说。前文已述及，对于股权的性质，本文倾向于采用社员权说。依社员权说，社员权乃社员加入社团之后，基于社员身份所享有的单一权利，故而不可能将权利分割而分别对外为意思表示，只能不可分割地行使表决权。这一推论恰好呼应了遗产管理人不能分割行使表决权的观点，切合逻辑一贯原则。综上可知，各共同继承人分割行使股权不可行。那么，共同继承人一致同意作为遗产管理人行使股权的方式便是依现行法的体系作出的不二选择。

另外，共同继承人行使股权纵然要依靠遗产管理人，但作出指示前仍以共同继承人对股权行使事宜形成决议为前提，而绝非由遗产管理人独自做主。既然遗产管理人的选任由共同继承人采取一致决，那共同继承人就股权行使也应采取一致决才符合逻辑。况且，选任遗产管理人仅是行使股权的便利手段，继承股份所表彰之股权行使产生的影响及其后果不可轻视。共同继承人的股权行使，有潜在改变公司经营权，进而影响股权消长的可能性，一味将之评价为共有物的管理行为而任由各继承人自行行使股权（以表决权为代表的共益权重要，自益权也攸关各共同继承人的利益），争执、混乱的局面不可避免，不利于各继承人整体利益的保护。

采取一致同意说可能带来的副作用在于，只要共同继承人未就股权行使达成一致意见，股份共有人即等同于弃权，结果使任何共同继承人的意思都无法实现。遗产的共同共有以处理共同继承关系为目的，该目的只能对各共同继承人意欲分别处分其应继份的行为予以拘束，却不应为了使股权行使达成合意而对共同继承人设定义务。盖因前者属于继承法的规范领域，符合共同共有的属性；后者属于公司法的范畴，各共同继承人的意思自治应予尊重。故此，共同继承人对股权行使的内容因不能统一意见导致弃权并非偶然，在效果上也没那么糟糕透顶：如果共同继承人是大股东，他们对行使股权不能达成一致意见以致

弃权，则有关决议在股东（大）会的表决时不能实现多数决，不会形成少数股东主导公司的局面；如果共同继承人是小股东，即便他们对行使股权达成了一致意见并积极行使了股权，可能也难以改变公司决议的结果。而且，股权行使与否及其后果与共同继承人的利益可谓休戚相关，再加上继承人之间存在亲属关系，各共同继承人之间彼此协调股权行使关系通常并非绝不可能。哪怕各共同继承人之间关系僵硬，客观上也会推动遗产分割的进程，使各继承人脱离共同共有关系，早日成为单独的股东。所以，就共同继承人的股权行使采取一致同意说仍属可接受的范围。

四、结论

因法定继承形成的股权共有现象并不少见。在承认股权共同共有关系的前提下，“继承股东资格”的立法表述将股权继承引入《民法典》中的继承法、公司法、物权法的交叉地带，具有多方面的规范意义，构成了对共同继承人行使股权诸议题进行法理解析的基石。在正视股东资格继承的规范意义基础上，共同继承人要行使股权无须在《公司法》上专门规定股权行使代表人，《民法典》继承编中新增加的遗产管理人是首选的共同继承人行使股权的代表人，其选任应取得所有共

同继承人的一致同意。解决了股权继承的权利行使主体问题之后，实际行使股权之前，在程序上仍需考虑共同继承人应否满足股东资格的形式要件标准。由于股权继承的特殊性，共同继承人的股权行使无需按照股权转让取得股东资格的形式要件标准变更股东名册的记载。在股权行使的方式上，遗产管理人作为共同继承人的受任人应依继承人的指示行使股权；既然共同继承人共享一个股东资格，执行该指示的前提是继承人就股权行使有关事宜实现一致决。

最后，基于本文的上述研究，笔者建议新一轮的《公司法》修订可在规定股东权利的第 4 条增加 1 款：共同继承人的股权由《民法典》第 1145 条规定的遗产管理人代为行使。其中，遗产管理人的选任方式中涉及继承人推选的，应取得共同继承人的一致同意。遗产管理人代为行使股权不以变更股东名册的记载为前提，但应当取得共同继承人对股权行使事宜的一致同意。

新时代颁行的《民法典》再次提醒我们，商法问题的研究不能在视野上自我设限，而应以问题为中心妥当处理民法和商法的适用关系，不断增进法学智识的理性与自主。本文对共同继承人的股权行使问题的研究不过就是这样一个注解。

五、社会新闻

A 股天价离婚案！“沪市珠宝第一股”实控人被判交出逾 5000 万股，分手费达 3.35 亿元，公司控制权或转移

2021-07-31 中国证券报 齐金钊

<https://mp.weixin.qq.com/s/iKL8S-0oUxtnDqEC2B1Qg>

“沪市珠宝第一股”莱绅通灵实控人离婚案宣判了！

7 月 30 日晚间，莱绅通灵对外披露公告显示，根据法院一审判决，公司实控人沈东军有可能因

为离婚而丧失控制权，其所持公司股份的一半或分给配偶马峭。

物，沈东军本人也以多金暖男的形象参演了剧中“孙总”一角。

价值 7.7 亿元股权面临分割

公告显示，今年 1 月 6 日，莱绅通灵披露了《关于实际控制人涉及诉讼的公告》，公司实际控制人沈东军涉及离婚诉讼。沈东军作为被告，于 2019 年 12 月 16 日收到南京市秦淮区人民法院《应诉通知书》，沈东军的配偶马峭于 2019 年 11 月 20 日向南京市秦淮区人民法院提起离婚诉讼，请求判令离婚并进行财产分割。

7 月 29 日，沈东军收到江苏省南京市秦淮区人民法院对上述案件的民事判决书，主要判决结果为准予原告马峭与被告沈东军离婚，而沈东军所持全部资产也将被马峭分走一半。

具体来看，沈东军持有的南京传世美璟投资管理有限公司 37.3% 的股权，由马峭、被告沈东军各分得 18.65%；沈东军持有上市公司莱绅通灵 31.16% 的公司股权，由原告马峭、被告沈东军各分得 15.58%，即 5304.29 万股。

中证君了解到，南京传世美璟投资管理有限公司持有莱绅通灵 742.84 万股，占公司总股本的 2.18%。以此测算，仅上市公司莱绅通灵股权一项，涉及分割的股份就接近 1.09 亿股。

证券代码：603900 证券简称：莱绅通灵 公告编号：2021-030

莱绅通灵珠宝股份有限公司 关于实际控制人涉及诉讼进展 暨公司控制权存在重大不确定性的公告

本公司董事会及全体董事保证本公告内容不存在任何虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，并对其内容的真实性、准确性和完整性承担个别及连带责任。

重要内容提示：

- 案件所处的诉讼阶段：一审判决但尚未生效
- 实际控制人所处的当事人地位：被告
- 该案件一审已判决但尚未生效，暂不涉及股份分割及权益变动相关事项；
- 沈东军先生表示将依法提起上诉，目前尚无判断案件上诉及后续的发展和结果；
- 沈东军先生提起上诉后，若法院二审判决维持原判，则公司的实际控制人将由沈东军先生变更为马峭先生（及其一致行动人蔺毅泽女士、马峭女士），若法院二审判决不对沈东军先生持有的公司股份进行分割，则公司的实际控制人将不会发生变更，仍为沈东军先生；
- 提醒广大投资者理性投资，注意投资风险。

来源：上市公司公告

公开资料显示，沈东军与大舅子马峻此前一同创业，如今共同为莱绅通灵的实控人。两年前，莱绅通灵的“家族内斗”开始浮出水面。2019 年 11 月，马峭提起离婚诉讼，请求法院判令离婚并进行财产分割。2020 年 12 月，沈东军曾以公司名义向警方举报马峻涉嫌职务侵占。

除了珠宝生意，沈东军近年来还热衷影视项目投资，并且跨界出演了《克拉恋人》《翡翠恋人》《归还世界给你》等多部影视剧。其中，最让人熟知的是 2014 年上映的唐嫣主演的《克拉恋人》。在这部剧中，不但有以“沈东军”命名的原型人

截至7月30日收盘，莱绅通灵股价报7.06元/股，总市值为24.04亿元。以此计算，此次上市公司股权分割涉及总额超过7亿元。按照一审判决，马峭将分走一半股权。

沈东军或丧失上市公司控制权

民事判决书要求，马峭、沈东军于本判决发生法律效力之日起三十日内相互配合办理股权变更登记手续。不过，沈东军表示，他将在判决书送达之日起十五日内，依法提起上诉。

莱绅通灵公告称，该案件一审已判决但判决尚未生效，暂不涉及股份分割及权益变动相关事项。如果法院二审判决维持原判，则公司实际控制人将由沈东军变更为马峻及其一致行动人蔺毅泽、马峭。

公开资料显示，如今马峭的哥哥马峻直接持有上市公司股份8557.5万股，马峻配偶蔺毅泽直接持有上市公司股份1890万股，马峻、蔺毅泽分别持有上市公司总股本的25.13%和5.55%。

记者注意到，2016年上市时，沈东军与其大舅子马峻曾为共同实际控制人。招股书显示，发行前，沈东军直接持有公司7462.5万元的股权，持股比例为40.91%；马峻直接持有公司6112.5万元的股权，持股比例为33.51%。此外，沈东军和马峻通过持有传世美璟的股权间接控制公司2.91%的股权。另外，马峻之配偶蔺毅泽直接持有公司7.4%的股份，马峻及沈东军合计控制公司的股权比例为84.73%。

不过，之后沈东军与马氏兄妹开始出现“家族内斗”。今年4月，莱绅通灵披露，公司收到《马峻、蔺毅泽关于和沈东军不再构成一致行动人关系的告知函》，马峻（蔺毅泽）与沈东军不再构成一致行动关系。

沈东军多次跨界娱乐圈

莱绅通灵于2016年11月登陆A股，主要从事钻石珠宝首饰的品牌运营管理、产品设计研发及零售。

公开资料显示，沈东军于1997年进军珠宝行业。他的岳父马崇仁是地质学专家、著名珠宝专家，被业界尊称“翡翠王”。在岳父和妻子支持下，沈东军和大舅子马峻合伙创业，为以后的莱绅通灵上市打下了基础。

到2002年，通灵珠宝（莱绅通灵曾用名）在20多个城市建立了连锁终端。到2016年上市前，通灵珠宝在全国拥有直营店76家、专厅185家以及加盟店237家，覆盖北京、上海、江苏、浙江、安徽等20个省（市）。

在生意场上春风得意的沈东军，对娱乐圈也情有独钟。2015年，唐嫣主演的电视剧《克拉恋人》上映，剧中不但有以“沈东军”命名的原型人物，沈东军本人也出演了剧中“孙总”一角，以帅气多金的暖男大叔形象亮相。该剧上演后，沈东军宣布，唐嫣正式成为通灵珠宝国际形象代言人。

此后，作为联合出品人，沈东军先后又投拍和参演了包括《翡翠恋人》《八月未央》《归还世界给你》等多部影视剧，并参与了《非你莫属》《老板变形计》《百万粉丝》等多档综艺节目的录制。

2016年4月，沈东军成立了钻石影业有限公司并出任董事长，深入布局娱乐产业。从商业版图来看，天眼查显示，除了莱绅通灵、钻石影业外，沈东军还投资了乐朗葡萄酒有限公司、乐朗法国贸易公司等。

编辑：李若愚 于红波

婚姻冷静期实施半年后，中国哪个省市离婚人数最多？

2021-08-05 CITY 君 CITY 来不

https://mp.weixin.qq.com/s/_STIvtb28uiJZzV0B0PUrQ

小小的“冷静”正在酝酿大趋势？中国民政部于 2021 年 8 月 3 日公布的数据显示，2021 年上半年，全国离婚登记人数为 96.6 万对。

《第一财经日报》的报道指出，2020 年全年离婚登记人数是 373.3 万对，按一半算为 186.5 万对，是 2021 年上半年数据的 1.93 倍。2019 年上半年离婚登记人数是 203.8 万对。

从这一系列数据来看，2021 年上半年离婚登记人数较 2019 年上半年和 2020 年上半年都有大幅下跌，跌幅都超过了 50%。

这背后的原因是什么？据《深圳特区报》报道，人口专家、广东省人口发展研究院院长董玉整教授认为，离婚人数的下降，有多方面原因，但其中一个关键因素是离婚冷静期制度的实施。

为贯彻 2021 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国民法典》离婚冷静期制度，民政部对婚姻登记程序进行调整，在离婚程序中增加“离婚冷静期”。自离婚冷静期届满后三十日内，双方未共同到婚姻登记机关申请发给离婚证的，视为撤回离婚登记申请。

关于离婚冷静期制度对离婚的影响，董玉整称，这需要看全年的数据，时间放长一些，才会更加全面准确。因为这个制度 2021 年刚实施，很多人可能还不太了解。现在全社会提倡建设新型婚育文化，离婚冷静期就是新型婚育文化的一个制度设计。

另有一些数据正在呈现“冷静”之后的结果。武汉市民政局发布数据称，2021 年 1 月，武汉市共受理离婚申请 3096 对。截至 3 月 5 日，经过“30 天冷静期和 30 天办理期”，首批办理了离婚登记的 1309 对放弃了离婚，占此前申请对数的 58%。

杭州市民政局公布的数据表明，杭州市在 2021 年 1 月共受理离婚申请 2186 对，在 30 天的冷静期内主动撤回离婚申请的 16 对。自离婚冷静期届满后 30 天内，也就是截止到 4 月 2 日，双方未共同到婚姻登记机关办理离婚手续的有 816 对。这意味着此前申请离婚的夫妻中有 38% 的夫妻放弃了离婚。

离婚背后有着人间百态。《21 世纪经济报道》称，过去，在部分大城市出现了不少旨在规避住房限购、汽车限牌而“假离婚”的现象。然而，如今这样的通道已逐渐被堵死，由此，离婚的人数也在减少。

整体数据之外，区域的离婚细分情况也备受关注。民政部 8 月 3 日公布的数据还表明，2021 年上半年，全国离婚人数位居前十名的省份为河南、四川、江苏、广东、山东、安徽、湖北、湖南、河北、浙江。

	结婚登记 万对	离婚登记 万对
全国合计	416.6	96.6
河南省	34	7
四川省	29.3	6.8
江苏省	25.1	6.3
广东省	29.4	6.3
山东省	24.6	5.9
安徽省	25.6	5.2
湖北省	17.7	4.7
湖南省	17.4	4.5
河北省	17.2	4.3
浙江省	13.1	3.4
贵州省	16.6	3.4
辽宁省	11.5	3.3
重庆市	11.4	3.2
广西壮族自治区	14.7	3.2
黑龙江省	9.5	2.9
陕西省	12.2	2.9
江西省	14.7	2.9
云南省	16.5	2.9
福建省	10.1	2.4
吉林省	6.8	2.3
北京市	5.4	2
新疆维吾尔自治区	7.4	1.9
山西省	11.1	1.8
内蒙古自治区	7.3	1.7
天津市	4.2	1.4
上海市	4.9	1.3
甘肃省	9.3	1.2
宁夏回族自治区	2.5	0.5
海南省	3	0.5
青海省	2.3	0.4
西藏自治区	1.7	0.2

数据来源：民政部

河南当期离婚登记人数达到 7 万对，四川省和江苏省的离婚登记人数分别是 6.8 万对和 6.3 万对。对比 2020 年上半年的统计数据，那个时间段离婚人数最多的三个省（市）依次为四川、河南和江苏。其中，四川和河南的离婚登记人数都突破了 10 万对。

有媒体称，人口流动是造成各省市离婚人数差异的重要因素。人口流动会带来夫妻分居两地等现象，从而导致离婚人数增多。而四川与河南均属户籍人口大省，外流出去的人口比较多。

整理编辑：CITY 君

图片来源：Bloomberg

制作：高雅智

A 股又现天价离婚案！

2021-08-05 界面新闻 赵阳戈

https://mp.weixin.qq.com/s/vj-LQWWvSnuWA9S8X_D4aA

记者 | 赵阳戈

吵吵嚷嚷大半年，莱绅通灵（603900.SH）如今仍处于“实控人”待定的状态，而其涉及市值超过 3.7 亿元的天价离婚，也赚足了市场的眼球。

家族关系破裂

缘起一场例行检查。

2020 年 7 月，南京市税务局第一稽查局在对莱绅通灵例行检查中，发现公司在 2005 年至 2015 年期间（公司上市前）有税务违法嫌疑，嫌疑人主要为董事马峻、董事蔺毅泽，并请求南京市公安局机关协助调查，南京市雨花台区公安局经侦大队负责协助税务机关调查。莱绅通灵称，对此事

公司高度重视，进行了全面的内部自查，并积极配合税务机关进行调查。通过自查，发现公司在上述期间内与供应商的交易中，进货金额与付款金额存在较大差异，因此怀疑董事马峻、董事蔺毅泽侵占公司财产，涉嫌职务侵占。为维护公司及全体股东的利益，公司于 2020 年 11 月 20 日向南京市公安局雨花台分局进行了报案。之后的 2021 年 1 月 8 日，控股股东、实控人、董事长、总裁身份的沈东军召开媒体发布会，对外亮出微信对话及银行流水等材料，公开控诉公司董事马峻、董事蔺毅泽涉嫌职务侵占。为何沈东军有此举动？原来早在 2019 年 12 月 16 日，沈东军就收到了南京市秦淮区人民法院《应诉通知书》，其配

偶马峭于 2019 年 11 月 20 日向南京市秦淮区人民法院提起离婚诉讼，请求判令离婚并进行财产分割。上述的马峻为马峭的兄长，蔺毅泽为马峻的配偶。亲戚关系上说，马峻当时即为沈东军的大舅哥。沈东军当时还与马峻夫妇为一致行动人，马峻夫妇分别持有公司 25.13% 和 5.55%，沈东军则直接持股 31.16%，由沈东军和马峻控制的南京传世美璟投资管理有限公司（下称传世美璟）还持有莱绅通灵 2.18% 的股份。该消息在 2021 年 1 月 6 日披露。2021 年 1 月 20 日，莱绅通灵收到南京市公安局雨花台分局《不予立案通知书》，公安局经审查认为无犯罪事实。

“实控人”充满变数

立案不成，但“实控人”却发生了变化。

2021 年 4 月 23 日莱绅通灵披露，公司陆续收到马峻、蔺毅泽来函，马峻及蔺毅泽认为，其与沈东军已不再构成一致行动关系。对此，沈东军也同意。上述的传世美璟也不再与沈东军或马峻任何一方为一致行动人。此时莱绅通灵的实控人变更为沈东军。

单位：股

姓名/名称	持股数量	持股比例
沈东军	106,085,800	31.16%
马峻（蔺毅泽）	马峻	25.13%
	蔺毅泽	5.55%
	小计	30.69%
传世美璟	7,428,400	2.18%

来源：公告

而 2021 年 7 月 31 日，这一格局又有变数。据离婚案一审判决，法院准予原告马峭与被告沈东军离婚；被告沈东军持有的传世美璟 37.3002% 的股权，由原告马峭、被告沈东军各分得 18.6501%；被告沈东军持有的莱绅通灵 31.16% 的股份，由原告马峭、被告沈东军各分得 15.58%，即 5304.29 万股。如此一来，莱绅通灵的控股情况势必出现巨大变化。对此，沈东军则表示将在判决书送达之日起十五日内，依法提起上诉。上市公司方面称，目前案件一审已判决但判决尚未生效，暂不涉及股份分割及权益变动相关事项；沈东军表示

将依法提起上诉，目前尚无法判断案件上诉及后续的进展和结果；沈东军提起上诉后，若法院二审判决维持原判，则公司的实际控制人将由沈东军变更为马峻（及其一致行动人蔺毅泽、马峭），若法院二审判决不对沈东军持有的公司股份进行分割，则公司的实际控制人将不发生变更，仍为沈东军。

那些年的天价离婚

5304.29 万股是个什么概念呢，截至 8 月 5 日收盘，以 6.98 元/股来计算，市值高达 3.7 亿元。

除了天价离婚，这沈东军的历史也被市场扒了出来。据公开报道显示，沈东军于 1997 年进军珠宝行业。他的岳父马崇仁是地质学专家、著名珠宝专家，被业界尊称“翡翠王”。在岳父和妻子支持下，沈东军和马峻合伙创业，为以后的莱绅通灵上市打下了基础。2016 年，莱绅通灵上市。生意之外，沈东军对娱乐圈也有涉猎。2015 年，唐嫣主演的电视剧《克拉恋人》上映，剧中不但有以“沈东军”命名的原型人物，沈东军本人也出演了剧中“孙总”一角，以帅气多金的暖男大叔形象亮相。该剧上演后，沈东军宣布，唐嫣正式成为通灵珠宝国际形象代言人。此后，作为联合出品人，沈东军先后又投拍和参演了包括《翡翠恋人》《八月未央》《归还世界给你》等多部影视剧，并参与了《非你莫属》《老板变形计》《百万粉丝》等多档综艺节目的录制。在 A 股历史上，天价离婚案例还有其他。2020 年 8 月，天地数码（300743.SZ）控股股东、实际控制人韩琼陷入离婚漩涡，将持有的 500 万股公司股份转让给李卓娅，当时看市值大约 8600 万元。2020 年 1 月，东尼电子（603595.SH）实控人沈晓宇签订离婚协议，将其持有的 1290.15 万股股份划转，市值也有 3.5 亿元左右。先惠技术（688155.SH）在刚上市一个月，实控人就卷入离婚官司，最终双方分手，潘延庆将直接持有的 968.71 万股划转，折合市值大约 12 亿元。最惨痛的要数康泰生物（300601.SZ），实控人杜伟民持有的 1.61 亿股被分割，以当时的股价来算，市值高达 235 亿元。

广西一女子千里之外“被结婚”，竟是因为这个.....

2021-08-05 广西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/V_nIAxGUPcCbzb16HrVA8g

近日，已婚的王某是从一张法院来的传票上得知自己的另一段“婚史”的。如果不是收到了一张法院传票，她都不知道有人竟要跟她“离婚”。传票显示，从没去过西安的她，两年前的陕西西安登记结婚了。法院要求她出庭，案由是“离婚纠纷”。她一头雾水，怎么会被一个陌生男子起诉离婚呢？

原来事情是这样的，何某和“王某”经人介绍认识，于2018年10月17日登记结婚，婚后无子女，结婚前何某向“王某”支付了70000元彩礼。登记结婚后“王某”仅在何某家住了一晚，第二天便不辞而别，何某四处寻找未果，杳无音讯，遂向辖区派出所报案，派出所立案至今已将近两年，但仍未找到“王某”。因明显无法共同生活，也无法再婚，何某无奈只能起诉至法院要求离婚。家住广西北海市铁山港区的王某这时才明白她在不知情的情况下，被另一个“王某”冒用其身份资料与陕西西安的何某在西安登记结婚。她身份证曾于2018年6月遗失，何某登记结婚的时间正好在其身份证遗失之后，是有人冒用其身份证与原告登记结婚。

法院经审查认为

何某、王某在本案开庭前从未见面，互不认识。何某与持王某身份证的人于2018年10月17

日在西安市长安区民政局办理结婚登记，王某并未亲自到场。根据《婚姻法》规定，双方结婚必须在双方自愿的情况下登记，由于登记时王某并不在场，而是由他人冒用被告的身份证与何某登记结婚，双方的婚姻登记违反法律，根据相关法律规定，此案件系因婚姻登记机关登记错误引起的，不属于民事案件的受案范围，故法院驳回原告何某的起诉。最后，法院出具证明，双方需要前往登记处解除婚姻关系。

如今，身份证件已经成为人们出行、就业等参与社会活动和经济交易的通行证，个人应妥善保管好身份证件。根据《中华人民共和国居民身份证法》规定，冒用他人居民身份证的，由公安机关处二百元以上一千元以下罚款，或者处十日以下拘留，有违法所得的，没收违法所得；而有上述行为从事犯罪活动的，依法追究刑事责任。身份证丢失，后果不堪设想，轻则影响征信、无法住店、购买车票，重则很有可能成为不法分子的替罪羔羊。身份证至关重要，一旦丢失或被盗，应及时向公安机关报案，防止被不法分子恶意利用。

来源：北海市铁山港区人民法院

编辑：徐凤霞

审核：卢光艳

离异母亲杀子后自杀！前夫与前岳家吵上法庭，索赔百万！法院判了

原创：2021-08-14 上海法治报 陈颖婷

<https://mp.weixin.qq.com/s/1mbvoyrBtgaLTqyul0kUow>

才过而立之年的李菲，为何要杀害年仅8岁的儿子耀耀，其中的缘由随着她的自杀永远成为秘密。但他们的死亡带给亲人们的不仅仅是伤痛，还有一场诉讼。前夫林立将前岳家告上了法庭，

要求他们在继承李菲的遗产范围内赔偿耀耀死亡的各项经济损失140余万元。近日，上海市浦东新区人民法院对此案作出了一审判决。

母亲杀子又自杀，留下一室悲痛

林立与李菲原本是一对璧人，他们于 2008 年走入了婚姻殿堂。3 年后，两人的爱的结晶——儿子耀耀呱呱坠地，可惜的是，儿子的出生并没有令这个小家庭变得更和谐，两人反而渐渐走向了陌路。据林立说，结婚之后，原来的花前月下都变成了现实生活中的柴米油盐，各种家庭琐事造成矛盾不断，最终两人的感情破裂。他们在 2015 年协议离婚，当时年仅 4 岁的耀耀随李菲共同生活。

可是，让林立意想不到的是，2019 年的暑假耀耀出了意外。林立回忆，事发当天，李菲带着儿子入住了苏州某五星级酒店。入住当晚，李菲就将耀耀勒死在浴缸里，随后自己上吊自杀。现相关刑事案件因犯罪嫌疑人李菲死亡而撤销。林立说，儿子耀耀的死亡给他带来了无法弥补的精神损害，李菲应对耀耀的死亡结果承担全部的责任。现在他作为耀耀的法定继承人，要求李菲的父母在继承李菲的遗产范围内赔偿死亡赔偿金 1360680 元、丧葬费 42792 元、精神损害抚慰金 50000 元、律师代理费 30000 元。

前岳家：女儿已逝，无直接证据证明是凶手

对于前女婿的诉讼请求，李菲的父母则认为，公安机关只认定李菲是犯罪嫌疑人，并没有直接证据证明是李菲杀害了耀耀，因此林立主张李菲是直接侵权人缺乏依据。即使认定是李菲杀害了耀耀，但本案属特殊的侵权行为，刑法和刑事诉讼法是专门规范这种侵权行为的基本法，故处理犯罪行为的赔偿问题应当优先适用刑法和刑事诉讼法的相关规定，而根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》规定，犯罪行为造成被害人死亡的，不需要赔偿死亡赔偿金、精神损害抚慰金、律师代理费，故本案中只需赔偿丧葬费。

李菲的父母还表示，若法院支持死亡赔偿金，则他们也应参与分配。因为他们也是受害人耀耀的近亲属，且耀耀自出生起就由两人一手带大，关系比较紧密，故即便按照继承法相关规定处理，因两人对耀耀生前有照顾，可以适当分配遗产。李菲父母还告诉法官，林立常年对他们和李菲骚

扰辱骂，甚至殴打。在他们看来，若不是林立出轨他人，也不会导致现在这种状况，故李菲和耀耀的死亡，林立也有不可推卸的责任。

法院：近亲属无法获得刑事诉讼慰藉的可经济赔偿

法院审理后认为，公民的生命权受法律保护，侵犯他人生命权的，应当承担民事责任。结合本案，从公安机关的撤销案件决定书可以证明，受害人耀耀的死亡与李菲之间存在因果关系，耀耀的死亡是犯罪嫌疑人李菲所致。而公安机关也对整个案件进行详细调查后，在犯罪嫌疑人自杀的情况下才作出撤销案件决定书的，并不是未查清本案事实。

关于李菲父母提出本案是刑事案件，应按照刑事诉讼法的相关规定确定赔偿范围的辩称意见，法院认为，李菲杀害被害人耀耀后自杀，该刑事案件因李菲的死亡而被撤销，已无法追究李菲的刑事责任，刑事诉讼程序终结，李菲在涉嫌犯罪后选择自杀，逃避了国家公权力的审判，对受害人的近亲属而言已经无法通过刑事诉讼实现公平正义和精神上的抚慰，故本案应当适用侵权责任法的相关规定确定赔偿范围，因此对李菲父母的上述辩称意见缺乏依据，法院不予采纳。关于李菲父母提出也有权分配死亡赔偿金的辩称意见，于法无据，法院不予采纳。关于两被告提出林立对耀耀的死亡负有一定责任的意见，亦缺乏依据，法院不予采纳。

综上，林立作为耀耀的近亲属主张死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金、律师代理费均符合法律规定，法院予以支持。因李菲已死亡，其赔偿责任依法应以其遗产实际价值为限，李菲父母作为李菲的法定继承人，应当在继承李菲的遗产范围内承担赔偿责任。最终，法院判决李菲父母在继承李菲遗产范围内赔偿林立 146 万余元。（文中均系化名）

记者 | 陈颖婷

编辑 | 谢钱钱

离婚骤减 5 成，是政策“抬高门槛”还是上辈“垂帘听政”？| 文化纵横

2021-08-14 文化纵横 吴小英；张晶等

https://mp.weixin.qq.com/s/aOLjynfjTG_VeyFVwpk8UA

吴小英(篇一作者) | 中国社会科学院

张晶 李冬梅(篇二作者) | 东南大学

【导读】据民政部 8 月 3 日发布的最新数据显示，2021 年上半年，全国离婚登记人数为 96.6 万对，同比 2020 年下降 39.4%，相比 2019 年上半年下降了 56.2%。结婚登记人数为 416.6 万对，同比增长 7.4%。据多地媒体报告，1 月 1 日“协议离婚登记条款”正式实施后，当地的离婚数量出现较大下降。离婚人数大跳水，究竟是“因为爱情”还是“困于制度”？通过践行所谓“离婚冷静期”制度，是为了“拯救爱情”还是“延长痛苦”？

毫无疑问，民法典在诉讼离婚和协议离婚方面都调整或增设了“时间门槛”，总体上加大了诉讼或协议离婚的时间成本，以使当事人做出更加审慎的选择。而这一时间门槛的日常化表达——“离婚冷静期”，也持续地在公共讨论中，激荡起并不“冷静”的争吵和撕裂。

中国社科院社会学研究所吴小英认为，在“离婚冷静期”设计立法和执行上“简单站队”，显然无法解释国内结婚率的走高或走低，更模糊了当前国内婚姻问题的焦点。透过梳理“离婚冷静期”的争论主题和核心观点，或将有益于立法者及争议各方更好地反思与相互理解。

东南大学的张晶和李冬梅从家庭权力关系的角度，基于 15 个“妈宝男”离婚案例的考察，更细致地探讨了代际干涉和夫妻关系的特点。作者指出，“妈宝男”作为联结夫妻轴和亲子轴的中心点，面临着夫妻、代际关系在资源、规范和行为层面的冲突，对以“妈宝男”为代表的离婚机制的研究或可深化对新家庭主义与中国城市家庭权

力关系的理解。本文分别节选自吴小英《“离婚冷静期”争议背后的几个学术焦点》和张晶、李冬梅《城市青年“妈宝男”家庭权力关系——基于 15 个离婚案例的考察》两篇文章。文章仅代表作者观点，供诸君思考。

“离婚冷静期”争议背后的几个学术焦点

吴小英（本文节选自《妇女研究论丛》2020 年第 4 期）

《民法典·婚姻家庭编》因涉及普通民众的私人生活，从征求意见稿面世到全国人大通过前后的一年多时间内持续引发了民众的超热度关注，其中讨论和争议最多的是与离婚相关的条款。与婚姻法相比，民法典在诉讼离婚和协议离婚方面都调整或增设了时间门槛，总体方向是加大了诉讼或协议离婚的时间成本，以使当事人做出更加审慎的选择。不过，公众显然对于更具日常化的后者——协议离婚登记条款的关注度更大，其中被媒体简化为“离婚冷静期”的设定，颇具听觉冲击力和网络传播力，因而在短时间内成为全社会聚焦的热词。坊间有关此项的解释和辩护、嘲讽和争吵不绝于耳，甚至成为一段时间内微信群和朋友圈“站队”“撕裂”的新选项。不过，笔者不想加入简单的“站队”游戏，也无意剖析法条的细节或者预测未来可能对婚姻市场的影响，本文只想从社会学角度对这些争议背后体现的家庭及其政策相关的学术焦点做一简单梳理，或许有益于立法者及争议各方更好地反思与相互理解。

焦点一：婚姻的稳定性与满意度

根据相关立法专家的介绍，“离婚冷静期”（以下简称“冷静期”）是在国内近 10 年离婚率

不断攀升的背景下出台的，主要针对两个特点：一是离婚者当中选择协议离婚的比例快速增长；二是离婚当事人的婚龄越来越短，其中结婚后 5 年内离婚的年轻人比重相当可观。因此，民法典将离婚“干预”的措施瞄准在登记离婚的流程，初衷是为了尽可能减少草率型、冲动型离婚，增加协议登记离婚的程序制约条件。尽管专家一再解释说这一条款只是给当事人增加了 30 天的自我审查和考虑期，并不违背或反对离婚自由原则，然而网络上的汹涌反馈显然有些出乎他们的意料。

来自反对者的第一个灵魂拷问是：就算闪婚闪离，有什么不好？这一提问显示的背后信息是：有着“宁拆十座庙、不破一桩婚”的古老传统、崇尚“劝和不劝离”的中国社会，如今在对婚姻的持久性与稳定性的追求上业已丧失了共识的土壤。换句话说，关于好的婚姻的标准已然发生了变化，从单纯的白头偕老转变为当事者在婚姻中的个体感受，婚姻满意度而非婚姻长久度已跃升为衡量婚姻质量的最重要指标。从这种意义上说，不论是西方教堂婚礼上那著名的无论贫穷富贵、疾病健康都忠贞不渝直至生命尽头的誓词，还是中国婚礼上百年好合、长相厮守的祝词，早已蜕变为一种犹如“心想事成”般浮夸的祝福，或者仅仅成为一种开启婚姻生活的纪念仪式。

对于婚姻持久性至上标准的退让，意味着对婚姻神圣性的驱魅，这一过程其实是伴随着现代性而自然产生的，其根基恰恰在于婚姻的情感主义和个体选择的兴起。美国社会学家安德鲁·切林(Andrew Cherlin)称之为婚姻的“去制度化”(deinstitutionalization)趋势，意味着婚姻中的个体越来越希冀摆脱家庭角色规范的羁绊，将从亲密关系中获得情感陪伴和个体所需的自主发展空间视为更重要的婚姻诉求。这种观念的变迁，伴随着离婚的道德审判以及污名化的式微，也在某种程度上为离婚的日常化以及单亲、同居等多元化婚姻和亲密关系形式的出现扫清了障碍。人口学家则从宏观意义上将之概括为第二次人口转

型在婚姻形态和关系上的重要体现，这意味着离婚率的上升从根本上已被认定为社会和人口变迁过程中的不可逆转之势，只是在不同社会、阶层、年龄、文化中可能有各自不同的呈现方式和节奏。

然而，承认并接纳在中国转型时期愈加突出的婚姻脆弱性，并不意味着人们放弃了对于理想型婚姻的追求。而完美婚姻的要件，除了个体的主观满意度之外，对于婚姻稳定性的预期从来都不是一个可有可无的目标。民间所谓“靠谱的人”(Mr.Right)或者“靠谱的婚姻”(perfect marriage)，包含的恰恰是幸福和长久两个方面。只不过在现实中二者得一己属不易，又有多少人能造化二者兼得？对于离婚的价值判断持不同态度的人，或许差异只在于对婚姻中这两个方面重要性的排序不同，即当婚姻的稳定性和满意度不可兼得时如何取舍的问题。这种取舍的差异常常被解释为家庭主义和个体主义的分野，其中以稳定性为先的更注重婚姻的秩序和家庭的完整性，以满意度为重的则更强调婚姻中个体的自主性和主观感受，前者体现了前现代社会通行的主流观念，后者则更符合当下流行的中产阶层意识形态。

因此，单纯追问离婚率上升是好事还是坏事可能意义不大。作为现代化的伴生物，有人认为它体现了社会进步和个体自由的增长而欢欣鼓舞，也有人认为它会给婚姻这种制度和形态带来致命威胁甚至引向解体而忧心忡忡。对于个体来说，无论秉持哪一种立场都无可指摘，因为那只是个人生活境遇下的一种权衡和选择。但对立法者而言，“冷静期”的设定即便对于降低离婚率、“挽回”那些看似并未真正破裂的婚姻究竟能起到多大作用还是未知数，但是他们更看重的或许是传达一种主流的婚姻价值观和家庭意识形态，即在婚姻秩序和婚姻质量之间，政府显然更关心前者，而个体通常更关心后者。这种取舍在世界范围内并不存在明显差异，因此在本次争论中，当许多法学界人士以文本为据指出中国式离婚相比世界

上其他国家而言在程序上更加轻松易得时，这一结论并不令人惊讶。

至此，问题的重点不在于“离婚究竟好不好、继而有没有必要进行干预”，而在于“当离婚成为婚姻不可避免的结局之一时，到底谁说了算”的问题。这就引出反对者的第二个灵魂拷问：离不离婚是自己的事，别人管得着吗？

焦点二：婚姻的私人性与公共性

与以往相比，21世纪以来的中国社会更加注重对隐私的保护和对个人生活方式的尊重，婚姻和家庭生活日益退回到私人生活领域。除了“明星”“老板”等特殊群体之外，普通人的结婚、离婚确实已归属个人和家庭的私事，旁人甚至邻居、领导、单位和社区都无权过问，尽管“逼婚”与“反逼婚”的存在说明婚姻的私人边界并没有想象得那么清晰，然而针对反对者提出的离婚属于私事、国家管得太宽的质疑，结论是肯定的——国家真的管得着，而且从未中断过。也就是说婚姻同时还有另一面，就是它的公共性。

事实上，无论在传统社会还是现代社会，婚姻都有其公共性的一面，因此，婚姻的缔结必须有见证人在场，传统社会中的婚礼就是这样一个“昭告天下”以获得婚姻合法性的场合和仪式，只不过现代社会中这种授予权被政府接管，当事人无论结婚还是离婚，只要有政府相关部门发放的“结婚证”“离婚证”就获得了合法性，从而受到相关制度法规的保护和约束。“扯证”的行为本身就意味着当事人将婚姻的一部分权利让渡给了公共管理部门，同时也享受到了制度带给他们的福利。因此，婚姻这个貌似越来越私人化的组织和模式，其实一直以来并未脱离国家的管制。除了亲密关系的承载方式以及再生产的工具之外，它的核心还是一种制度。以婚姻和血缘关系为基础的家庭及其相关政策，已成为国家治理中一个常用的手段。也正因如此，与婚姻家庭相关的每个政策法规的调整，都会对普通人的日常生活产

生深远的影响。因而，问题的重心也许不在于政府能否干预，而在于以何种方式干预。

社会学家谢宇在最近一次关于中国家庭变迁的报告中指出，经过十几年的家庭追踪调查和研究发现，尽管中国出现了与西方类似的第二次人口转型特点，包括单身和同居者增多、结婚推迟、离婚率上升、生育意愿下降等，家庭看起来更加强调个人自由和个体需求的满足，但与西方发达国家相比，中国总体上依然是个普婚普育且离婚率相对不高的社会。只不过如今“门当户对”越来越受到重视，婚姻也日益蜕变成为社会经济地位敏感的单位，也就是说并非所有人都能“结得起婚、离得起婚”。从这个意义上说，民法典中“冷静期”的出台，倒是看到了婚姻本身在这个时代的脆弱性与复杂性。但是，离婚问题归根到底是与结婚问题关联在一起的，单纯聚焦离婚率之高低并企图为之设置“栅栏”，并不能从根本上解决甚至缓解对于婚姻变动起到更重要作用的那些结构性难题。这些难题包括城乡、阶层、性别差异和分化带来的对于家庭内部权力关系的影响，人口流动导致的家庭离散和成员疏离的后遗症，以及个体与国家之间对于婚姻的功能定位和预期的南辕北辙……

因此，看起来更让人忧心的，不是离婚率的高低，而是结婚本身越来越丧失了正当理由。东亚一些学者针对日韩结婚率、生育率长期低迷的状态，提出“压缩的现代性”解释框架，指出家庭在这种急速变迁的背景下不再是一种可利用的社会资源，而是成为一种风险来源，因此不婚不育的“去家庭化”选择是现代社会中年轻一代个体为了规避风险而作出的一种理性逃离。其实中国目前都市社会中结婚年龄的一再推迟、同居比例的剧增，以及所谓“空巢青年”的大量出现，也显示了这样一种趋势，即使只是短暂的逃离。而从社会治理的层面上看，这种风险很大程度上来源于所谓“制度化的家庭主义”，即随着全球化时代市场的挺进与国家的后撤，家庭成为公共领

域中福利责任分担的重要伙伴，尤其是成为养老和育儿照料的主要承担者而面临着巨大的压力，这些都使得婚姻在某种程度上越来越成为一项奢侈而沉重的选择。从经济学的角度看，若婚姻这种契约关系的投资成本越来越高，而回报却难以把控，甚至随时有可能遭遇破产的风险，则无论对于个体还是社会来说都免不了对其望而却步。从这种意义上说，离婚干预制度有可能导致两种完全相反的结果：对那些更看重婚姻满意度的人来说，由于“冷静期”的想象增大了离婚的沉没成本而增加了结婚的机会成本，可能导致他们从审慎离婚走向审慎结婚；而对那些更看重婚姻稳定性的人来说，由于“冷静期”的蓝图降低了离婚的风险进而连带着降低了结婚的风险，可能导致他们从离婚保护的想象走向积极结婚的预期。

当然这只在推理意义上成立，现实的婚姻实践中一个 30 天的“冷静期”措施，并不能给整个社会的婚姻走向带来多大影响。之所以说中国目前不太可能走向西方所谓的“单身社会”，一个重要的原因就在于，**对于中国人而言，婚姻总体上还是一个红利或者被视为一个对多数人利好的特权制度，尤其是相对于那些还在为同居者权利而争取、为单身女性生育权而呼吁、为同性婚姻合法化而努力的人群来说，这是不争的事实。**尽管婚姻的脆弱性已经提示人们，家庭不一定是充满凝聚力和温情的安全港湾，然而对于普通民众来说，家庭又何尝不是那份最不可或缺而又唯一不设准入门槛的宝藏级资源？尤其在国家的社会保障支持力度尚不足以满足个体生命历程的需求、政府将越来越多的责任和负担下沉到家庭的制度背景下，婚姻成为助益个体获取福利支撑的重要渠道和工具，由此婚姻的私人性也在不断扩张中完成了其公共性的社会输出。因此也可以说，**个体与国家之间的博弈造就了纷繁复杂的婚姻和家庭实践形态，谁都不能置之度外。而关于离婚干预的制度调整，只不过是新时期开启的新一轮协商的试探。**

焦点三：“前浪”与“后浪”的话语权之争？

在关于“冷静期”的争论中，来自反对者的最尖锐意见，其实并非离婚干预是否限制了离婚自由，而在于协议离婚背后关于“冲动”和“冷静”的假设，被网民认为是以长辈为主体的立法者针对年轻人设置的充满父爱主义的、“爹味十足”的法条。这种词汇和叙述方式像极了中国家庭内部常常出现的场景：父母以过来人的身份、打着“为你好”的旗号逼迫子女以他们安排的方式去完成自己的事——立法者在此似乎充当了人们熟悉的家长形象，所谓“有一种冷叫妈妈觉得你冷”“我不要你觉得、我要我觉得”，这些网络上流行的“梗”充分反映了“后浪”对于“前浪”以爱之名义控制和压迫的反感，也体现了当下社会和文化中代际冲突的普遍性。因此也有人将这次“冷静期”的争议描述为“前浪”与“后浪”之间的话语权之争。

从世界范围内看，代沟和代际冲突早已成为 20 世纪以来最令人瞩目的主题之一，原因在于社会变迁的剧烈导致知识和价值观在不同代之间的迅速分化和多元化。断代的时间越来越短，从几十年、十年，到如今恨不得不足五年就算一代，以致用“××后”这样的出生年代划分都已经不够用了，这是因为全球化和互联网技术的数字鸿沟加速了代际分化，同时也形成了思想和文化上多元主义和部落主义的盛行。权威的消解不仅仅是当下社会价值观的常态，也是变迁中的家庭面临的一个困境。许多家庭研究学者发现，中国在市场转型之后出现的家庭变革似乎很难完全用单一的西方经典家庭理论得到诠释，因而在家庭的核心化、平等化、个体化之外，也出现了家庭的网络化、流动性、杂糅性等新的叙述方式。其中关于代际和亲子关系特征的描述最为吊诡，由传统的反馈或接力的二元模式，替换为向下倾斜的“协商式亲密关系”。这种被阎云翔称为“下行式家庭主义”或者“新家庭主义”的共同体模式，描

绘了中国家庭在应对社会转型压力时所呈现的代际关系的复杂性和矛盾性：一方面是风险共担下的亲权回归和代际亲密互动；另一方面又在协商中小心翼翼地护卫着个体的自主性免受伤害。这表明“前浪”与“后浪”在私人生活中的立场并非总是冲突的，他们也是“相爱相杀”的队友甚至共谋者。

因此，有关“冷静期”的争议，与其说是“前浪”与“后浪”的话语权之争，不如说是对婚姻中权力关系的不同理解和期待。面对婚姻中出现的问题，当事者双方并非一定具有同等的讨价还价能力，离婚与否给双方带来的预期也不尽相同。因此，作为协议离婚基础的协商，很多时候可能并非彼此真正达成了共识，只不过是弱势一方放弃了自己本应有的权利和利益换来的“止损”行为。这也正是一些法学界人士担心协议离婚流程太过简易有可能造成显失公平的结果，因而建议采纳“冷静期”作为缓冲设置的初衷之一。从这个意义上说，增设一个月的时间门槛不如理解为一种“试离婚”的预警，这一流程虽说并未打破由当事者自主约定的协商性质，但由于加上了政府给定的时间门槛这个第三方砝码，却有可能重建婚姻关系谈判中微妙的权力平衡，因为它等于给婚姻的解除增设了一个 30 天的“倒计时”。

如此看来，离婚干预的反对者可能是自由主义理念的崇尚者，他们相信婚姻的存续或解体可以通过当事人之间的个体协商达成心愿，也就是说相信“我的婚姻我做主”在实践中是可以实现的；而支持者显然没有那么理想主义，他们或许体察到了婚姻作为社会权力关系的延伸所具有的不可撼动的结构性力量，因而认定所有婚姻都是有缺陷的，需要通过实践中的调试、磨合、经营甚至治疗才能得以延续，而在这个过程中亲密关系之外第三方的介入可能起到关键性作用，无论是政府、法院、咨询师还是相关服务机构甚至家庭。因此，我们看到不同行业和学科对于“冷静期”的态度差异远比“前浪”与“后浪”之间的分歧

更加明显。与此同时，我们也看到市场化以来作为家庭政策一部分的婚姻制度和法规条例所呈现的变化趋势，戴慧思（Deborah Davis）称之为婚姻的“私人化”（privatization）倾向，即更强调婚姻中个体的自主性以及彼此的自愿合约关系，而婚姻制度中一向最看重的对于性忠贞的监督和对于共有财产的坚持原则都在一定程度上受到了削弱，这在 21 世纪以来最高人民法院出台的关于夫妻财产分割的三个司法解释中得到淋漓尽致的体现。黄宗智将围绕这些司法解释所引发的社会争议概括为个人主义的立法趋势与家庭主义的司法实践之间的张力，这种张力在本次“冷静期”的争议中也有所体现。

总之，有关“冷静期”的争议揭示了不同人群在婚姻观上的多样化立场和态度分歧，提示未来的婚姻家庭政策体系还有不断修订或完善的空间，因此争议本身不是件坏事。至少人们可以达成这样一种共识：婚姻作为一种生活方式，无论结婚还是离婚，都不是理所当然的唯一选择。因此，婚姻作为一种制度，也需要检讨其背后的理念和意识形态的适切性，以免使政策法规成为“不结果子的树”。

张晶 李冬梅（本文节选自《中国青年研究》2019 年第 9 期）

问题的提出

近年来我国城市青年离婚率呈快速上升趋势。其中，由于父母干预而导致的离婚一俗称“妈宝男”“妈宝女”类型的离婚案件受到公众关注；“妈宝男”婚姻困境更成为社会热议的现象。国内外学界关于“妈宝男”婚姻的讨论可归纳为两种取向。微观心理学取向从个人特质的形成、人格表现与特点来解释“妈宝男”婚姻危机的出现。“妈宝男”亦被称为“彼得潘”综合征患者，以奇幻思维、自我迷恋和大男子主义为主要特征，具有回避型人格障碍的特征；成年后依旧与母亲保持共生状态，个体难以驾驭自身的社会经济生

活，亦难以建立健康的亲密关系。社会人类学取向从社会结构来探究“妈宝男”离婚现象形成的制度背景。阎云翔等认为，长辈干预类型婚姻是一种特殊的个体化现象：本质上是为了自己孩子个人幸福而促成的个体化行为；“妈宝男”离婚现象背后的制度诱因是独生子女政策。

以上两种不同取向视角的研究为本文的研究路径提供了有益的启示。然而既有研究存在以下不足。其一，宏观的社会结构分析与微观心理学分析之间存在明显的解释鸿沟。单一的人格或心理学分析不足以解释“妈宝男”离婚现象在近年来增多的情形。其二，以往研究将“妈宝男”群体视为同一群体，而忽略了群体内部的差异。其三，既有论文仍然以代际关系为主要分析线索，而相对缺乏对夫妻双方行为的理解和解释。其四，研究资料的限制，已有的研究资料来源较为单一，多是引用媒介披露的极端案例，缺少代表性。另外，基于二手资料得出的结论也较为笼统。

为了解决以上问题，本文将区别于以往研究，从权力关系的视角来理解“妈宝男”婚姻破裂的机制。本研究具体要回答的问题是：在权力关系的视角下，城市青年“妈宝男”离婚案中，家庭代际权力关系和夫妻权力关系各具有怎样的特点？由此产生的夫妻双方的行动策略是怎样的？解决以上问题，有助于深刻地理解当代中国城市青年婚姻的困境，对解释相关问题提供有力的观照。

研究方法

“妈宝男”的含义在中文语境中较为模糊。在既有的讨论中，研究者更偏向对个体人格或心理学特质的刻画，其被定义为“母亲过度入侵、自身心理成熟度发育不足的男生”，是一种无意识的成熟延迟状态。这些讨论都指出了“妈宝男”定义的核心要素一个体成熟度不足导致的对母亲高度依赖。为了反映现实中“妈宝男”的多种形态，本文采取广义的界定，将其界定为“具有劳动能力，婚后无工作或已就业、有收入，婚后（生

育后）夫妻与男方亲代同住，男方在经济、精神或劳务等方面缺少主见，长时间、持续、高度依赖父母，尤其是母亲”的群体。笔者于2018年1—4月、2018年6—8月、2019年3月先后在N市和Y市基层人民法院收集了多个青年（指离婚时夫妻至少有一方年龄在35周岁以下）“妈宝男”离婚诉讼案件，并对当事人进行访谈。筛选过程如下：一是，阅读近10年该院的所有离婚卷宗，阅读卷宗内容、访谈记录对符合上述定义的男当事人的案件进行初步筛选；二是，与主审法官访谈并进行仔细的确认。在此基础上，笔者旁听了2个“妈宝男”的案件审理过程，并对主审法官、书记员进行了访谈。笔者的访谈内容重点围绕“‘妈宝男’夫妻权力关系”“代际权力关系”来展开，采用半结构访谈方式，一方面听取他们讲述自身的家庭生活故事，一方面请他们阐述自己对特定权力关系的看法。

经过两轮的筛选和观察，笔者共收集15个案例。在这15个案例中，“妈宝男”在社会经济特征方面体现出高度的一致性。第一，学历均在大专以上，绝大多数人受过高等教育。从事的职业分布则较为广泛，且多数收入在当地中等以上水平。第二，从年龄层次上来看，多集中在80后、85后，且多为独生子。这也印证了既往讨论中父母干预型离婚多产生在独生子女家庭的规律。第三，“妈宝男”的行为普遍较同龄人欠成熟、缺乏自信，且多数伴随着不同程度的回避行为。在离婚诉讼中，部分“妈宝男”只在案件审理初期露面，在案件后续办理过程中较少出现，对个体的诉求表达较为淡漠。第四，部分“妈宝男”行为有较为明显的“去男性化”气质，举止阴柔。与这部分男性的访谈表明，其性别认同并不存在障碍。第五，少数“妈宝男”对母亲的依赖产生在经济层面，大多数“妈宝男”对母亲的高度依赖发生在精神和劳务层面。

尽管“妈宝男”群体的社会经济特征及行为特征体现出一定程度的相似性，其对于自身高度

依赖亲代的认知却存在明显的分化，即可分为主动认可型和被动接受型。在主动认可型群体中，其对父母的依赖多产生在精神或劳务层面；而在被动接受型群体中，其对父母的依赖多产生在经济层面。

“妈宝男”离婚案例：夫妻与代际之间的权力关系特点

（一）夫妻权力关系：资源的相对平等与性别权力观念的错位

这15对夫妻中，6对夫妻双方均为独生子女，5对夫妻中有一人为独生子（女）。仅有一人为大专学历，其他学历均为大学本科及以上，双方教育程度接近。有5对夫妻丈夫低于妻子，占33%，而未见丈夫学历高于妻子的案例。双方职业地位十分接近，收入也较为接近：夫妻双方的显性资源相对平等。婚姻持续时间通常在3~5年，在孩子出生1~3年内离婚的情形最为多见。

在“妈宝男”离婚案件中，出现如此高的夫妻资源匹配度与夫妻双方多通过相亲结识不无关系。事实上，凭借着较好的家庭背景、职业和收入条件，“妈宝男”在婚姻市场上有一定的优势。L1法官指出：“无论是男生还是女生，择偶都有很强的目的性，这部分男生乍一看，往往家庭条件不错，职业也好，学历也好，都比较拿得出手，对女生还是有吸引力的。”（L1）

“相亲其实就是两个人条件的PK。说实话我在前夫之前也见过一些男的，他真是条件最好的，所以那时候差不多很快就确定恋爱关系了。”（F12）

在显性资源的优势背后，“妈宝男”群体表现出来的温顺、随和、克制特质在交往初期易满足女方“有修养、有耐心”的绅士想象。L2法官说：“有些男生很文静的感觉，看起来与世无争，很随和的性格，婚前无论做什么似乎都尊重女生。之前有个案子，男生家境很好，能力很一般，女生

婚前也能感受到这一点，但考虑到男生对自己很好，最终还是结婚了。而婚后女生才得知，其实男生选择（和这个女生）结婚更多是因为他妈妈的意愿，而他送给女朋友的礼物还是他妈妈准备的。”

“有微弱的感觉到前夫有点妈宝，但是当时也是懵懂无知，一方面呢因为自己年纪大了，迫于周边环境和亲友压力，特别是亲友在节假日的碎碎念；另一方面也是自己的虚荣心，他个人条件也不错，工作也很好。而且我说什么他就听什么，对我也很好。”

“因为也到了必须结婚的年龄，加上前夫这样子的性格让人觉得比较温顺，所以虽然心里有一点儿疙瘩也还是觉得很合适，所以就结婚了。”

F11也讲述了类似的相亲故事。“我前夫和我第一次见面的时候，他妈妈就在旁边坐着，即使后来她让我们私聊，他妈妈也是在外面守着，根本就没离开。第一次见面过了好几天，我前夫才来继续找我聊。后来才知道，是他妈妈觉得我很好，是高学历，让他主动些。谈恋爱的时候他对我很大方，如果我知道他的钱是爸妈的钱，我那时无论如何是不会继续谈下去的。”

在择偶阶段，即使女性已经感受到“妈宝男”缺少主见、依赖性强等轻微倾向，但由于男方基本条件不错，男女双方在教育、职业等显性资源的占有方面较为平等，男性具有温和、体贴、脾气好等“暖男”的外在行为特征，多数女性还是选择与之继续恋爱结婚。

与在资源占有方面“势均力敌”状况形成鲜明对比的是，夫妻双方在性别权力观念方面的较大差异。“妈宝男”在性别观念上仍然较为传统，更为认同丈夫在夫妻权力互动中的优势地位和主导作用。妻子们则在一定程度上主张夫妻平权或权力共享，强调基于各自的能力和资源进行家庭权力的分配。

M11说道：“男的在决断力、理性思维能力上是要好过女的，小事上男的可以让步，但是大事上男的还是要主导。”

M12也表达了类似的观点。“一个家庭不是东风压倒西风，就是西风压倒东风。家庭利益肯定比个人利益重要。现在媒体上都说平等，我觉得太过理想化了，实际上你真正过日子就知道了，一定要有个人拿主意，要不然会很多矛盾。女方的很多问题就是太过强势了，就和男的争，那家庭怎么和谐呢？”

“平权结婚在我理解就是有商有量，共同决策。以前总是强调男主外，女主内，现在共同主内，共同主外。”

资源的相对对等使得女性选择进入婚姻，并在婚姻初期保持表面的平衡与稳定。然而，随着婚姻进程的推进，特别是当生育环节到来，亲代压力以强势的姿态介入时，隐藏的观念差异则会显著影响夫妻婚姻质量，进而成为双方关系转折的关键。

（二）代际权力关系：“水往下流”逻辑背后的权力让渡与弥散型干预

在家庭结构上，“妈宝男”在婚（生育）后同父母居住，采取主干家庭的家庭模式。同期中国城市人口普查数据表明，我国城市家庭中主干家庭模式仅占15.28%。子代与亲代长期同住的状态有利于亲代与子代之间代际资源的传递，也便于亲代对子代展开生活干预或控制。

“水往下流”是中国当代城市家庭中常见的现象，指长辈将资源传递给子代，并给予子代情感支持、资源支持、劳务支持等现象。在“妈宝男”的离婚案件中，代际之间的“水往下流”现象极为普遍，通常表现为三种情形。一种是婚前资产的置办。男方长辈通过置办房屋，赠与、增加房产权人进行名义或实质上的财产控制。由于房屋价格较高，超出儿子经济能力，长辈往往主动进行扶持。支付全款房成为许多家庭的选择。

一方面全款房减轻了子代的婚后经济压力，另一方面，购买全款房亦避免了婚姻失败财产分割的问题，在夫妻双方财产相对独立的今天，被

越来越多家长认为是一种“不麻烦”、经济、显公平的方式而广为采用。二是照顾孙儿。在“妈宝男”的离婚案件中，多数家庭的育儿实践都离不开男方长辈的照顾。不少家庭认为，来自长辈的照顾质量通常优于雇佣“保姆”“月嫂”等市场化解决方案的质量；从经济角度看，长辈免费照顾也较市场化解决方案更为划算。三是对夫妻日常生活的照顾。由于夫妻双方较忙，公公婆婆则承担了不少家庭劳务，如洗衣做饭等等。当夫妻生育孩子后，对生活照顾的需求大增。

与某些研究中对“水往下流”现象解释的不同，笔者发现，在“妈宝男”离婚案件中，父辈对子代的资源传递和支持并非是基于亲情的无条件奉献与馈赠；“水往下流”现象的背后是子代对于家事管理权、育儿权力、财务自由支配权力的让渡。在这些案例中，亲代在承担资源传递和支持义务的同时，作为回应，也实施了对于子代夫妻双方日常生活的干预、管理和规训，笔者称之为“弥散性干预”。

弥散性干预具有如下特点。第一，与沈奕斐文章所展示的案例相异，在“妈宝男”离婚案中，子代而不是亲代让渡出权力，亲代掌握着对子代家庭生活的控制权。与传统父权制下的家庭权力关系不同的是，子代的权力让渡与亲代的监管控制并不是基于尊老崇孝的伦理价值，亦不是建立合理的代际秩序的目标，而是基于情感的依赖或经济理性的考量。第二，弥散性干预过程中，亲代和子代的权利义务界限十分模糊，亲代的干预充满不确定性。一方面，在绝大多数“妈宝男”离婚案件中，子代和亲代共同居住，同一个空间内的紧密联系使得亲代的干预变得无处不在。另一方面，亲代与子代的财务界限不清晰，部分案例中，子代需要从亲代那里获得日常生活费用。第三，亲代对子代家庭生活的干预偏重于对子代儿媳的规训，对儿子的要求则相对宽松很多。亲代的规训围绕“成为好媳妇好妻子”的基本价值展开，即完成社会所期待的“贤妻良母”理想。

一方面，贤妻意味着“克制、勤俭”；另一方面，良母意味着生育健康优秀的孩子，为了孩子的教育和成长，乐意奉献时间和精力，甚至做出必要的职业牺牲，即承担母职。在这些案例中，亲代对“良母”的需求远远甚于对“贤妻”的需求。也正是因为亲代对子代需求层次差异的存在，亲代和子代的矛盾在孩子诞生之后骤然增多。

具体而言，亲代对子代家庭生活的干预可分为如下几个方面。

第一，父辈对子代家庭生活的干预体现在生育自主权方面。M3是一名公务员，其进入公安系统依赖父亲的关系，前夫父母在家庭事务中插手最多的是生育问题。

“他们家是重男轻女，尤其是B超做出来是女孩后，他们家就经常找茬，各种挑我的刺。我生下来确实是女孩后，在我坐月子还没坐完，二十几天的时候吧，他们家人连续两个晚上开批斗大会，指着鼻子骂。就是每天晚上骂我5个小时这样子，对我伤害特别大。你可想而知，那个时候还是哺乳期，那个奶涨了5个小时，已经全部都流出来，衣服也都湿了，也造成我后面身心上面一些伤害。”

F15是教师，也面临同样的困惑。“当时学校有个机会可以去澳大利亚那边进修半年。我很想去。但是公公婆婆就觉得还是早点生孩子，毕竟年纪不小了。以后进修的机会很多。最后还是没去成。”

第二，父辈对子代家庭生活的干预亦体现在生活习惯的监控和管理。“我们都住在A城，我们共同的同学在B城要结婚，他为我们订了高铁票、订了酒店。可是他妈妈就是不允许我们节假日出门，就认为坐飞机飞机会掉下来，做火车会出轨，坐出租车会出事，坐大巴会在高架出车祸，就是一切的这种可能都会在他儿子身上发生，所以她不允许我们出门，而且她也不允许我们在不相干的人身上浪费份子钱。所以呢，我们提出我们要去B城，他妈妈就说如果你们敢去我就跳楼。”

第三，在婚姻之中，亲代对于子代家庭消费的控制亦十分普遍。“结婚以后，我要花一些钱，买一些化妆品、衣服、口红之类的东西，我前夫觉得是很大的开销。实际上他的收入有很大一部分都交给他妈妈在保管。本来我们两个人的收入还可以，结果钱都给他妈妈，还限制我的消费。”

可见，在“妈宝男”离婚案例中，亲代与子代资源与权力的让渡成为普遍的现象。子代让渡权力的行为导致亲代对子代家庭生活弥散、无确定边界、全面的、持续的监管。这样的监管通常强化了代际关系中亲代与子代的亲密联结和原生家庭中的权力格局，却让夫妻之间的权力关系平衡受到极大的影响和破坏。对此，丈夫和妻子产生了不同的应对策略。

子代的实践策略：主动认同、被动接受与柔性抗争

（一）分化的丈夫群体：主动认同抑或被动接受

根据儿子对于长辈干预子代家庭生活的分化态度，笔者将其态度区别为两种类型。第一种类型是主动认可型。儿子主动让渡权力，本身接纳甚至享受情感或经济依赖父母的过程，对此依赖呈无意识状态。这种依赖关系的背后既有情感依赖又有理性算计。

M6在其父亲的画室工作，自身也是留学海归。但是在家庭中乐于享受其父母所给予的一切资源，生活全由父母代理。M6在与前妻离婚后的赡养纠纷中，每次前妻行使探视权时，都是其父亲带孩子前往法院执行，M6男士从未出现过。在这样的亲代和子代之间的特殊互惠关系中，M6男士免去了处理家庭事务的义务，交付出了自己的生活、工作乃至家庭的自主权，而其父母则拥有了在家庭中的绝对权威。F6这样形容：“前夫懒得动脑筋，生活中让他怎么样就怎么样，他觉得把时间和精力投入到工作中，很省力，再加上他妈妈也

很能干。他说比请保姆一个月四五千的划得来得多。”

从小到大,M15 的父母极为重视他的学习成绩,对其他方面则大包大揽,要求较低,导致其生活自理能力很差,成年后也很依赖母亲,母亲常年跟随陪伴照顾。M15 很听从母亲的话,小到穿衣打扮的风格,大到大学选择专业、婚恋对象,都习惯于听从其母亲的建议和安排。

M10 男士洗澡需要母亲搓澡,前妻出差时会和母亲同睡,每天与母亲多次通话交代日常生活。在 M10 男士心中母亲所做的任何事情都是为了自己着想,母子间的亲密关系更达到了“暧昧”的程度。F10 女士表达过:“前夫需要在和他妈妈的日常交流中获得安全感和信任感。他说过,在这个世界上,只有母亲才会百分之百地疼他爱他。相比之下,我比较像他的小妾,他的母亲才是他的正妻。”

另一种类型是被动接受型。这一类案件中,儿子本身对于长辈的干预比较不悦,甚至表达过不满,也有反思的行为;但因为自身的收入水平或是能力等方面的因素,不得不依赖父母,甚至出现啃老的行为。

M11 就是一个典型例子。“老人家很多事情观念想法同我们都很不一样,有些观念明显落后或者不现实,他们的态度要尊重,但不需要什么事情都遵从他们的看法。”尽管言语中流露出对父母权威的一些质疑,生活中他依然默认父母在家务工作、家庭收入使用和分配方面的绝对主导权,究其原因 M11 在婚前婚后的两套房子均是由父母出资购买的。M11 坦言:“我爸妈比较强势,他们觉得给儿子买房子了,儿子什么事情听他们的,是理所当然的事情。有的时候我也没有办法。”

M4 男士身材肥胖,从小到大,吃穿用度、生活起居离不开父母的陪同和照料。毕业后他在父母的工厂里工作,工资收入皆来源于父母,平时吃穿用度也是父母提供。因而在离婚时,M4 男士

的各种事项全权交由父母出面处理,几乎从不露面。

M2 和 M3 男士则是经济或是职业不独立而不得不依赖父母的典型。M2 男士因其工作性质特殊,工资收入极高,但是其工资是直接打入其母亲的工资卡中的。究其原因,“不愿意管钱,也管不了钱。”M3 男士则是因为自身职位的晋升与其父亲的地位背景有所关联,在家庭中 M3 男士不得不附和其父母的话语和决策,当全家针对儿媳的生育问题展开“批判大会”时,他只叹气,默不作声,明显对父母的意见有异议,但采取回避的态度。

从子代的表述和行为上,可以看出,由于子代对亲代的过度依恋而导致的控制关系既可能是出于亲代与子代亲密情感的勾连和满足,也可能是基于经济理性的考量,但较少出于践行孝道、尊老爱老的伦理考量。相应地,作为子代的态度也十分模糊与暧昧,表现为认可顺应或无奈接受,亦极少对妻子做出回应或补偿。

(二) 局外人的抗争: 妻子建构新家庭空间的柔性策略

相对于联系紧密的亲代关系,作为局外人的妻子通常很快就展开了抗争。这种抗争很少直接挑战亲代的权威,而表现为对追求自我空间界限、将小家与大家关系剥离开来、建立新夫妻关系的尝试和努力,因而多是柔性的反控制策略。

(1) 购买照顾: “外包”家务与建立代际权责区隔

在离婚案件中,本文发现,具有独立经济来源、本身收入中上水平的女性常常使用“购买照顾”的策略来有意制造子代与亲代之间的代际权责区隔,明确亲代与子代在家务与养育孩子过程中的责任和义务,提升自我在家庭生活中的主动权,减少亲代干预子代生活的机会和可能性。

F15 是一名中学数学教师。孩子出生之后，婆婆与夫妻同住，帮忙照顾孩子、做饭、洗衣、接送小孩上幼儿园。丈夫对其母亲言听计从，从穿衣细节到如何教育孩子，“前夫完全听他妈的；他们家人（公公婆婆）什么事情都要批判你。”

“我尤其不能容忍的是关于小孩的教育。因为他们家三代单传，把儿子看得特别金贵，我们当时结婚的时候年龄也不小了，三十好几生孩子，他们家都把孙子看得特别重。那么小的小孩就要去送早教班，小孩懵懵懂懂的，上课都完全不知道自己在干什么。因为我自己是教师，我也很清楚知道这些班是骗人的，一点都不遵循教育规律。但是他们并不听。”

F15 对此的解决之道是努力挣钱外包家务。当她意识到自己的丈夫有过度依赖母亲的现象之后，便开始尝试请小时工和保姆外包所有家务劳动。她先是每月拿出 1000 元请小时工帮忙做饭洗衣，进而又花 4000 元雇佣了全职住家的保姆，负责陪伴小孩，带玩哄睡，自己则做小孩的早期智力开发和性格养成教育。F15 的策略是希望通过“购买照顾”的办法让公公婆婆与自己的小家庭生活保持安全距离，以减少亲代干预的机会。

很快，这一举动导致了丈夫和公公婆婆的不满。公公婆婆认为其花一半的工资雇佣外人是浪费钱、娇气的表现，特别是当自己的照顾明显比保姆更为细致周到时。丈夫则认为妻子的策略让自己和亲代的关系产生了疏离感，是不利于家庭团结的举动。

M15 不认同妻子的策略。“以前爸妈来带小孩，虽然也有争吵，但是总有的聊。我也可以从我妈那里知道小孩的一些情况。遇到我爸妈和她（指前妻）有争执的时候，我也有过调和。这个事情（育儿）我是有参与感的。后来她就自己请保姆，自己带小孩，也不让我爸妈帮忙，完全把我爸妈当外人了。我爸妈特别尴尬。我们家后来每天吃饭时多少有些冷，不知道聊什么。”最终，F15 的策略没有收到预想的效果。她与丈夫、公公婆婆

的矛盾在保姆一次因过失导致小孩受伤的事件发生之后，彻底激化。最终她选择结束婚姻。

本文发现，通过“外包”的市场化策略通常在开始具有一定的效果，但随后往往引起丈夫和亲代的反对。这种被人为制造出来的安全空间和距离，并没有从根本上建立起子代与亲代、小家庭与大家庭之间的合理界限，却打破了丈夫与其亲代之间长久以来赖以存在的情感依恋模式，无论是公公婆婆，还是丈夫都难以认可这种被人为构建的新秩序，因而不得不以失败告终。

（2）坚决分家：寻求个体独立居住空间

在本文的案例中，女性拥有婚前房产并不鲜见。当这部分群体的女性意识到家庭内部可能存在的过度依恋与干预问题时，寻求分家不与长辈同住，便成为一项常用的策略。

F12 在婚前自有一套 70 平米的贷款房，婚后搬入丈夫家，与公公婆婆同住在一间 150 平米的房子内。很快她无法忍受来自公公婆婆的干预，便说服丈夫与自己搬回了自己的小房子住。

但是很快，来自丈夫、公公婆婆的指责让她感到难堪。她最终选择了妥协，又搬回去住。“他们认为放着大房子不住，住小房子是神经病；背负 100 多万的房贷，损失每个月 4000 元的房租，是不划算的。”这次尝试建立独立居住空间的努力迅速失败。类似矛盾在孩子出生之后迅速激化。F12 希望能另找房子给公公婆婆住。但公公婆婆不愿意，宁愿五口人挤在大房子，寻找独立居住空间的努力失败了。

（3）驯夫之道：培养夫妻责任伦理

本文发现，不少案例中，妻子试图通过规训的策略来唤起丈夫责任心与担当的意识。F13 认为，改变家庭权力关系的基础是改变丈夫，因此应该把改造重点放在重构夫妻关系而不是代际关系。在婚前她发现丈夫责任心不足、爱逃避的问题，于是养了一条狗，要求丈夫定期给狗喂食、遛玩。

婚后发现丈夫问题依旧存在，因此，要求丈夫完成一定量的家务，并建立家庭共用资金库，要求夫妻双方上交固定的收入份额至家庭共用资金库。这样做在短时间内取得了一定成效，但很难维持长久。一方面，家庭共用资金抑制了夫妻双方的消费冲动，但夫妻对于资金的使用却依然不能摆脱来自亲代的影响。另一方面，在夫妻都很忙碌的情况下，丈夫做家务的积极性很难保持。F13 曾经拖着丈夫一起去参加婚姻咨询，但直到离婚也未能构建起其理想中的夫妻责任伦理关系。

从亲子轴到夫妻轴：“妈宝男”离婚机制与理论反思

区别于以往研究将“妈宝男”婚姻或父母干预型离婚等同于心理或人格发展问题，本文从权力关系的视角，重新审视了城市青年“妈宝男”婚姻破裂的机制。“妈宝男”作为联结夫妻轴和亲子轴的中心点，面临着夫妻关系与代际关系在资源、规范和行为三个层面的张力与冲突。**第一，资源在亲子轴和夫妻轴上分配失衡：**子代夫妻资源相对平等，对资源的占有相对独立；亲代则向下传递资源给子代，作为回应，子代“妈宝男”主动或被动地让渡家庭管理权力给亲代。**第二，在规范层面，**子代夫妻在性别观念和性别规范上的认知不相匹配或不相适应；“妈宝男”则对亲代与子代之间的控制与依赖关系持认同或反感态度。总体呈现出“妈宝男”与妻子、与亲代之间的认知不协调。**第三，在行为层面，夫妻之间、“妈宝男”内部均有不同程度的分化。**面对亲代对子代夫妻家庭生活的弥散性监管和干预，“妈宝男”丈夫多采取主动认可或被动接受的策略；而妻子则试图通过建构新家庭空间的柔性抗争方式来促进家庭权力关系模式的改变。无论是主动认可型还是被动接受型“妈宝男”，在亲子轴和夫妻轴的张力和冲突中，缺少适应和应对的意愿和（或）能力；最终，婚姻在维系代际团结与建立独立新家庭的矛盾意向中走向解体。

本文的研究发现回应了当代家庭关系转型的相关理论。学术界关于我国家庭关系发展趋势的争论仍在持续，“妈宝男”离婚案件印证了切尔林判断：当前家庭正在超越夫妇家庭模式，而重新走向复杂性模式。“妈宝男”离婚案件体现了新家庭主义核心议题的复杂性；以子代为中心，且同时受传统家庭主义与个体化多重倾向影响，亲代与子代在情感、经济与家务劳动等多个层面展开互动。一方面，区别于阎云翔对父母干预型离婚案件的讨论，本文发现，在“妈宝男”婚姻中，家庭主义的福利需求与资源分配模式普遍存在；亲代对子代的干预与监管常常以家庭整体利益为考量；维持稳定和完整的家庭仍然是被亲代和子代普遍认可的价值理想。这些均表明，家庭主义传统价值观对现代家庭关系的影响仍在持续。另一方面，子代个体化的倾向愈发突出：个体基于理性计算的工具主义行为逻辑贯穿婚姻的全过程；子代在面对强势的亲代时，体现出有限的主体性，拥有一定的异议或抗争空间，并展开不同程度的策略性抗争。在如此复杂的家庭权力关系结构中，作为家庭轴心的关键角色（如本文中子代丈夫）的重要性显著提升。因此，探究中国城市家庭的权力关系时，应该着重考察作为家庭轴心的关键角色，其意愿、能力、行为往往在较大程度上影响家庭内部权力互动、融合或冲突的边界和效果。与此同时，需重视这些关键角色在资源、规范、行为层面的系统差异并进行差异化类型学分析。唯有此，才能解释在特定情境下，新家庭主义在中国家庭中的具体表现趋势与实践后果。例如，重返复杂性模式的家庭权力关系，或可导致代际影响的重要性增大，通过代际传递的社会不平等加剧。

另外，“妈宝男”的离婚案件也充分体现了随着个人收入、教育水平的提高而显著提升的女性独立意识。女性在夫妻资源层面实现相对平等，在夫妻权力关系中获得一定的话语权，也使其得以通过“家务劳动市场化”“建立独立居住空

间”“进行夫妻伦理教育”等柔性策略来进行抗争，并最终决定婚姻的终结。这说明了相对资源理论在我国的适用性，夫妻的收入差异、教育差异对中层家庭夫妻权力关系格局影响较大。但是，女性的独立意识仍然受到诸多结构性因素的制约。首先，在“妈宝男”婚姻中，婚姻市场中的性别不平等始终存在。女性择偶时面临极大的年龄压力，导致不少大龄女性在婚配过程中欠缺对男方性格及家庭成长环境的细致了解，匆匆进入婚姻。也正因为婚姻市场对于离异女性的结构性歧视，当这些女性在婚后意识到“妈宝男”问题时，其所采取的首要抗争策略仍然是柔性的，以维护家

庭的完整性为前提。其次，在婚姻实践中，女性仍然面临夫妻性别规范认知上的不匹配与不对等，难以从根基上撼动夫妻权力格局，改变丈夫行为，从而造成抗争的无力。可以预见的是，伴随相对资源的提升，城市家庭中妻子的有限抗争行为将会愈来愈普遍；与此同时，夫妻相对资源的变化能否改变丈夫的性别观念，促进夫妻之间的平权实践则有待进一步探究。

本文摘编自吴小英《“离婚冷静期”争议背后的几个学术焦点》和张晶、李冬梅《城市青年“妈宝男”家庭权力关系——基于 15 个离婚案例的考察》两篇文章。篇幅有限，内容有所删减。欢迎个人分享，媒体转载请联系本公众号。

女子收 4.8 万元“送”走亲生婴儿，一审获刑喊冤！二审为何改判无罪？

原创：2021-08-21 上海法治报 许天忆

<https://mp.weixin.qq.com/s/VFurYCTNRiYjPI2loPKqgg>

男友被关押，自己经济拮据未婚生育的女子，将刚出生 5 天的孩子悄悄送了人还收下了一笔钱。这位年轻的母亲因“拐卖儿童罪”被判刑，而她却坚称自己实属无奈不是卖孩子来非法获利。究竟是“送养”还是“买卖”？女子的行为是否构成犯罪？二审又会如何判决？近日记者从中国裁判文书网上获知了这一案件。

男友被关押，女子产后无奈送走孩子

2014 年，潘小玉和岳扬从一对网友发展成为男女朋友。谁知同居三年后，一切却陡生变故。2017 年 2 月，潘小玉发现自己怀孕，然而 7 个月

后，岳扬却因涉嫌犯罪被关押。考虑到生下孩子之后即将独自抚养的景象，再联想自己的经济状况，潘小玉对自己作为母亲的能力产生了动摇。经过中间人熊飞的介绍，她结识了曾文英。

曾文英婚后多年无子，向熊飞表示过自己很想要领养一个孩子。在了解到潘小玉怀有身孕后，曾文英提出愿意以 6、7 万元领养她的孩子。2017 年 12 月 25 日，按照商议潘小玉以曾文英的身份信息入院，产下了一名女婴。第二天，曾文英还过来帮忙照顾潘小玉。

尽管身为父亲的岳扬一开始反对送养，但后来又表示自己在关押帮不上忙，孩子的去留交由

陕西省汉中市中级人民法院 刑事判决书 (2020)陕07刑终13号

原公诉机关陕西省西乡县人民检察院。
上诉人（原审被告）：[姓名]，因涉嫌拐卖儿童罪于2019年3月1日被抓获，次日被西乡县公安局刑事拘留，同年4月2日经西乡县人民法院批准依法逮捕，现羁押于汉台区看守所。
辩护人：[姓名]，[姓名]。
上诉人（原审被告）：[姓名]，因涉嫌拐卖儿童罪于2019年3月10日被西乡县公安局刑事拘留，同年4月14日被取保候审，同年9月16日被西乡县人民法院取保候审。
指定辩护人：[姓名]。
原审被告：[姓名]。
因涉嫌拐卖儿童罪，于2019年3月5日被西乡县公安局刑事拘留，同年4月14日被取保候审，同年9月16日被西乡县人民法院取保候审。

潘小玉自己决定。其实，不止岳扬在纠结，作为母亲的潘小玉也有所动摇，但是最终 12 月 31 日潘小玉还是重新答应了曾文英，将孩子送走。

2018 年 1 月 2 日，曾文英夫妇正式开始抚养孩子，直至案发。曾文英总共给了潘小玉 48000 元，给了中间人熊飞 2000 元。

出卖亲生子女 构成拐卖儿童？

2018 年 12 月 20 日，陕西省西乡县看守所一名叫李军的在押人员举报称，自己听说了岳扬的女朋友将刚生下不久的女儿以十万元的价格卖给了北京的一对夫妇，这件事引起了警方的重视。2019 年 2 月西乡县公安局将此事受理为刑事案件。3 月潘小玉、熊飞和曾文英 3 人分别被抓获。

面对陕西省西乡县人民检察院的起诉，潘小玉提出，因为男友被关押、自己孤身一人生产、不容乐观的经济情况，她觉得将孩子送给他人是更好的选择，自己也只是想让孩子过得好。

一审法院审理认为，潘小玉作为完全民事行为能力人，有着抚养生育的子女的法定义务，不能将出生的子女送交他人抚养并获取钱财。

一审时，西县人民法院认定潘小玉犯拐卖儿童罪，判处有期徒刑五年，并处罚金 10000 元。熊飞属于从犯，以拐卖儿童罪判处有期徒刑二年四个月，宣告缓刑三年，并处罚金 3000 元。曾文英犯收买被拐卖的儿童罪，判处有期徒刑八个月，宣告缓刑一年六个月。同时向潘小玉和熊飞追缴违法所得 48000 元、2000 元，上缴国库。

事实为证 没有非法获利！

一审过后，潘小玉和曾文英不服上诉。潘小玉表示送养孩子是因为真的没有能力抚养，她也没有讨价还价，获得的 48000 元只是感谢和补偿。她相信曾文英会悉心照顾孩子，这样的条件更有利于孩子成长。曾文英也提出，她是因为不能生育才决定收养孩子，双方都不是故意买卖孩子获利。同时，潘小玉指出，自己和曾文英是以真实姓名、住址在律师事务所签订协议，明确约定了潘小玉有探视权，可以证明双方是送养和收养关系。于是两人请求二审法院改判自己无罪。

结合上述事实和意见，案件的争议焦点就在于潘小玉是否以非法获利为目的出卖亲生子女。

二审法院认为，岳扬被羁押，潘小玉未婚先孕，在没有经济来源的情况下孩子只能寄人篱下。在确认岳扬家人和自己都没有这个经济能力抚养孩子后，又知道了曾文英一家经济条件好，收养孩子的愿望强烈，才愿意送养给他们。潘小玉不属于以生育、“送”孩子来非法获利。

同时，经法院审理，一直都是曾文英主动提出给钱，整个过程中潘小玉都没有讨价还价，刻意追求。潘小玉拿钱是为了生育和产后康复，没有非法获利的目的。

综上，二审时陕西省汉中市中级人民法院认为潘小玉只是实施了民间送养行为，熊飞不是以交易孩子赚钱，曾文英也不是故意买卖儿童。最终法院撤销一审时判决，改判潘小玉、曾文英、熊飞无罪。（文中人物均为化名）

作者 | 许天忆

编辑 | 谢钱钱

六、媒体视点

婚姻冷静期实施半年后，中国哪个省市离婚人数最多？

2021-08-05 CITY 君 CITY 来不

https://mp.weixin.qq.com/s/_STIvtb28uiJZzVOB0PUrQ

小小的“冷静”正在酝酿大趋势？中国民政部于 2021 年 8 月 3 日公布的数据显示，2021 年上半年，全国离婚登记人数为 96.6 万对。

《第一财经日报》的报道指出，2020 年全年离婚登记人数是 373.3 万对，按一半算为 186.5 万对，是 2021 年上半年数据的 1.93 倍。2019 年上半年离婚登记人数是 203.8 万对。

从这一系列数据来看，2021 年上半年离婚登记人数较 2019 年上半年和 2020 年上半年都有大幅下跌，跌幅都超过了 50%。

这背后的原因是什么？据《深圳特区报》报道，人口专家、广东省人口发展研究院院长董玉整教授认为，离婚人数的下降，有多方面原因，但其中一个关键因素是离婚冷静期制度的实施。

为贯彻 2021 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国民法典》离婚冷静期制度，民政部对婚姻登记程序进行调整，在离婚程序中增加“离婚冷静期”。自离婚冷静期届满后三十日内，双方未共同到婚姻登记机关申请发给离婚证的，视为撤回离婚登记申请。

关于离婚冷静期制度对离婚的影响，董玉整称，这需要看全年的数据，时间放长一些，才会更加全面准确。因为这个制度 2021 年刚实施，很多人可能还不太了解。现在全社会提倡建设新型婚育文化，离婚冷静期就是新型婚育文化的一个制度设计。

另有一些数据正在呈现“冷静”之后的结果。武汉市民政局发布数据称，2021 年 1 月，武汉市共受理离婚申请 3096 对。截至 3 月 5 日，经过

“30 天冷静期和 30 天办理期”，首批办理了离婚登记的 1309 对放弃了离婚，占此前申请对数的 58%。

杭州市民政局公布的数据表明，杭州市在 2021 年 1 月共受理离婚申请 2186 对，在 30 天的冷静期内主动撤回离婚申请的 16 对。自离婚冷静期届满后 30 天内，也就是截止到 4 月 2 日，双方未共同到婚姻登记机关办理离婚手续的有 816 对。这意味着此前申请离婚的夫妻中有 38% 的夫妻放弃了离婚。

离婚背后有着人间百态。《21 世纪经济报道》称，过去，在部分大城市出现了不少旨在规避住房限购、汽车限牌而“假离婚”的现象。然而，如今这样的通道已逐渐被堵死，由此，离婚的人数也在减少。

整体数据之外，区域的离婚细分情况也备受关注。民政部 8 月 3 日公布的数据还表明，2021 年上半年，全国离婚人数位居前十名的省份为河南、四川、江苏、广东、山东、安徽、湖北、湖南、河北、浙江。

	结婚登记 万对	离婚登记 万对
全国合计	416.6	96.6
河南省	34	7
四川省	29.3	6.8
江苏省	25.1	6.3
广东省	29.4	6.3
山东省	24.6	5.9
安徽省	25.6	5.2
湖北省	17.7	4.7
湖南省	17.4	4.5
河北省	17.2	4.3
浙江省	13.1	3.4
贵州省	16.6	3.4
辽宁省	11.5	3.3
重庆市	11.4	3.2
广西壮族自治区	14.7	3.2
黑龙江省	9.5	2.9
陕西省	12.2	2.9
江西省	14.7	2.9
云南省	16.5	2.9
福建省	10.1	2.4
吉林省	6.8	2.3
北京市	5.4	2
新疆维吾尔自治区	7.4	1.9
山西省	11.1	1.8
内蒙古自治区	7.3	1.7
天津市	4.2	1.4
上海市	4.9	1.3
甘肃省	9.3	1.2
宁夏回族自治区	2.5	0.5
海南省	3	0.5
青海省	2.3	0.4
西藏自治区	1.7	0.2

数据来源：民政部

河南当期离婚登记人数达到 7 万对，四川省和江苏省的离婚登记人数分别是 6.8 万对和 6.3 万对。对比 2020 年上半年的统计数据，那个时间段离婚人数最多的三个省（市）依次为四川、河南和江苏。其中，四川和河南的离婚登记人数都突破了 10 万对。

有媒体称，人口流动是造成各省市离婚人数差异的重要因素。人口流动会带来夫妻分居两地等现象，从而导致离婚人数增多。而四川与河南均属户籍人口大省，外流出去的人口比较多。

整理编辑：CITY 君

图片来源：Bloomberg

制作：高雅智

没有律师不敢接的案子，即使是末代皇帝离婚案

2021-08-05 桂客留言

https://mp.weixin.qq.com/s/nAuIYYf1FEHBdFh_Qy1Qww


中国律师博物馆藏品：民国三十七年（1948 年）江苏省一对新人的结婚证书，严荫武大律师作为证婚人的名字赫然纸上，律师还刻有证婚印章。律师在民国时期的社会地位很高，当时社会

风气比较开化，缔结婚姻比较自由，如果在婚礼上能够邀请大律师作为证婚人，为新郎和新娘送去祝福，是一件特别有面子的事情，也是一种身份和地位的象征。

不仅结婚时可以邀请律师作为证婚人，离婚时律师也可以作为见证人，并且具有法律效力。

1931 年，距离清朝灭亡已经过去了十九年，此时的清朝最后一个皇帝溥仪已经退位整整十六年。并且被冯玉祥赶出故宫也过去了七年的时间，在这期间溥仪一直居住在天津的张园。但是这一年对溥仪来说却是不平常的一年，甚至可以说惊天动地。这一年发生了一件他怎么都想不到的事，

并且让他觉得十分丢脸，那就是淑妃文绣向天津法院递交了起诉书希望与溥仪离婚！



天津当地报纸对废后向废帝提出离婚的报道

妃子要诉皇帝离婚

1931 年夏天，京津舆论界沸沸扬扬，报刊纷纷发表文章和消息，登出末代皇帝溥仪的妃子和“皇上”打官司要离婚、求自由的新闻。一时间，社会上称此事为数千年来破天荒第一遭的“妃革命”。

这位和“皇帝”打官司离婚的妃子是被封为淑妃的文绣，又名惠心，属于八旗的额尔德特氏。她的父亲端恭曾做过内务府主事，在文绣幼年时就因病去世了。



溥仪的淑妃额尔德特·文绣

1921 年初，早已退位的溥仪册封文绣为淑妃。当时文绣刚满十二岁。原本当时刚满十五岁的溥仪是在文绣的照片上画了圈要选为“皇后”的。但是，太妃，也就是“皇太后”以文绣家境贫寒，长得不好为由，劝溥仪另选一位。溥仪无奈，改选了婉容为皇后。太妃说：“既然皇上圈过文绣，她

是不能再下嫁给臣民了。”就这样，文绣成了末代皇妃一淑妃。

聘请律师代理离婚诉讼

文绣刚进宫时，溥仪对她还好。不久，围绕皇上与谁亲疏的问题，婉容与文绣经常相互猜疑、嫉恨。婉容本来就很厉害，总是有意在文绣身上寻事，还非要溥仪给评是非。溥仪却从来都袒护婉容。由于婉容的挑唆，溥仪与文绣的关系每况愈下，以至情断意绝。



溥仪与“皇后”婉容

文绣不甘于这样的生活，不甘于做有名无实的“皇妃”，认为自由、人权、平等比“皇妃”的身份更重要。她想过普通人的生活，有个和美的家庭，但这在“皇宫”里是根本不可能的。光是婉容的欺辱和溥仪的无情还不算，阉官、婢仆见文绣不得宠，对她也是另眼相看。在这种走投无路的情况下，她曾多次自杀，都被太监所救。为安定文绣的心，溥仪让文绣的胞妹一老庆王的孙媳文珊进园来陪伴、开导她。

文珊的到来，开阔了文绣的眼界，增强了她求自由的决心。姐妹俩经过酝酿，制订出了周密的出逃计划。

1931 年 8 月 25 日中午，文绣招呼开饭，太监有所怠慢，被文绣骂了一句。溥仪闻听后，以为是在骂他，恼羞成怒，传谕：“欺君之罪该死，朕将赐你死矣！”这也是溥仪这位空头皇上，在自己住处朝家人发发“皇威”而已。想不到文绣操起剪刀要刺喉咙，又被太监夺下来。文绣大哭大闹，溥仪没办法，只得打发人再把文珊找来相劝。

劝了一下午，文珊对溥仪说：“姐姐总是痛哭不止，劝说不灵，望允许我陪姐姐出去散散心就好了。”溥仪没别的办法，只好同意了。

文绣、文珊随带一名太监，乘坐溥仪专用汽车，出了溥仪所住静园大门，直驶国民饭店，走进37号房间。太监想跟进去，被文珊挡住说：“你先回去吧，淑妃就留在这儿了，还要上法院告皇上哪！”

太监听了，大惊失色，跪下磕头祈求皇妃回宫。

文绣拿出三封信函，交给太监说：“今日之事，与你无关，你可拿着这几封信回去转交皇上。”

这时，有三位先生走了进来，他们就是文绣聘请的三位律师：张绍曾、张士骏、李洪岳。太监见此事到了这般地步，自己也无能为力，只得拿着信走了。文绣也在律师们的安排下，离开国民饭店，秘密住在一位法国律师家中。

溥仪特聘律师交涉

溥仪万没有想到文绣会向他提出离婚。他简直无法想象，堂堂“皇上”与“皇妃”对簿公堂，会成什么样子，成何体统便急忙召开遗老们出谋划策的“御前会议”，商量对策。

溥仪先派人同文绣的律师见面，得到的答复是文绣决不会回去，只有承认她完全自由。否则，只有向法庭起诉。



溥仪闻知后，决定也委派律师出面，与文绣的律师对话，以求和解。8月26日晚，溥仪的两个常年雇佣的法律顾问——林廷琛、林荣律师与文绣的三位律师进行了第一次会谈。文绣的律师代表

文绣表示了决不“回宫”的意向。溥仪的律师说，溥仪可以不坚持“不许离异”的意见，但考虑到溥仪“皇上”的身份，要求对方不许起诉，也不能登报声明。文绣的律师提出：要求溥仪支付赡养金50万元，否则就要起诉。

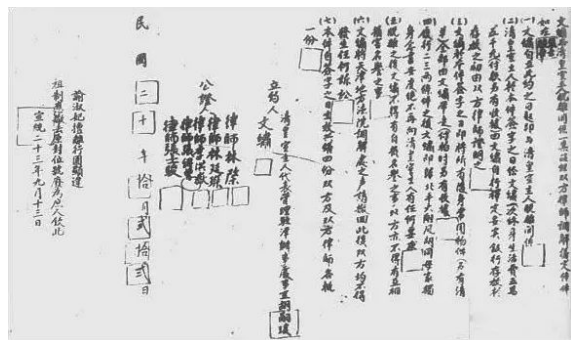
由于双方各持己见，僵持不下，此次会谈未能达成协议。

双方和解结案

文绣的出走，在社会上引起了极大的震动，许多报纸纷纷发表文章，对文绣的行动给予道义上的声援。而一些原清室的遗老遗少却如狼似虎般向文绣攻击辱骂。首先是文绣的族兄文绮，反对最为激烈。他先后两次寄信要文绣不要忘了“皇上”的洪恩大德，即使遭受虐待，也应“耐死忍受”，并劝她急速回头，以报清室之恩。

文绣不甘示弱，当即给文绮复信，针锋相对地回答：“查民国宪法第六条，民国国民无男女、种族、宗教、阶级之区别，在法律上一律平等。妹委托律师要求受人道待遇，终必受法律之保护……”并在信上劝文绮多读法律书，谨言慎行，以免触犯民国法律。

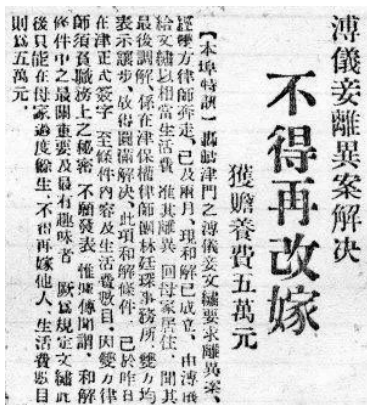
为了表示自己的决心，不久，文绣又向天津地方法院民事调解处提交了诉状，控诉自己在宫中所受不平等待遇。



和解书

文绣的强硬态度，迫使不愿上法庭的溥仪不得不作出妥协。10月22日，双方律师经过两个月的紧张磋商和谈判，终于签订了协议，协议内容为：

- 1, 自立约起, 双方完全脱离关系;
- 2, 溥仪付给文绣五万五千元终身生活费;
- 3, 允许文绣带走常用衣物和用品;
- 4, 文绣返回母亲家居住, 永不再嫁;
- 5, 双方互不损害名誉;
- 6, 文绣撤回要求法院调解的诉状, 今后不得再提出诉讼。



签完协议当天, 溥仪以“大清皇帝”身份发出一道“上谕”: 撤去淑妃原封位号, 废为庶人。

文绣离开溥仪后, 用所得生活费办了一所小学, 并担任教师工作, 直到五十年代初病逝, 年仅43岁。



离婚后的文绣

《我的前半生》中这样记述此事

对于这件事, 溥仪在其自传《我的前半生》中是这样记述的:

【一九三一年, 文绣突然提出了离婚要求, 在得到解决之后, 遗老们还没有忘记这一条: 要发个“上谕”, 贬淑妃为庶人。我自然也照办了。

说起文绣和我离婚这一段, 我想起了早已存在于我的家庭夫妇间的不正常的生活。这与其说是我对对方的感情上的问题, 倒不如说是由于张园生活上的空虚。这是对于一个年轻妇女无法忍受的空虚。

文绣从小受的是三从四德的教育, 不到十四岁, 开始了“宫妃”生活, 因此, “君权”和“夫权”的观念, 无疑是很深的。她在那种环境中敢于提出离婚, 不能说这不是需要双重勇敢的行为。

她破除万难, 实现了离婚的要求, 离婚之后, 受到的压力仍然不少。有人说, 她提出离婚是受家里人的教唆, 是为了贪图一笔可观的赡养费。

事实上, 她家里的人给她精神上的迫害不见得比外来的少, 她拿到的五万元赡养费, 经过律师、中间人以及家里人的克扣、占用“求助”, 也剩不了好多。

她精神上受的, 也许比这方面损失更大。甚至那些向她发出讥讽、辱骂声的人们中间, 也没有少了觊觎那笔赡养费的人。

比如她的一位哥哥, 就是其中的一位。这位道貌岸然的先生, 曾在天津《商报》上发表了一封公开信给他妹妹, 其中有这样的话:

我家受清帝恩达二百余年, 我祖我宗四代官至一品。且慢云逊帝对汝并无虐待之事, 即果然虐待, 在汝亦应耐死忍受……

汝随侍逊帝, 身披绫罗, 口饕鱼肉, 使用仆妇, 工资由账房开支, 购买物品由账房开支, 且每月有二百元之月费, 试问汝一闺阁妇女, 果有何不足?

纵中宫待汝稍严, 不肯假以辞色, 然抱衾与裯, 自是小星本分, 实命不犹, 抑又何怨……

这封信曾在“遗老”们之间传诵一时。文绣后来的情形我就知道了, 后来只听说她在天津当了小学教师, 歿于一九五〇年, 终身未嫁。】

丈夫生前打赏主播 40 万元，妻子能要回来吗？

原创：2021-08-11 方圆 复林

<https://mp.weixin.qq.com/s/ftwxhPN52x2jTTorv992pQ>

已故丈夫生前花费巨资打赏女主播，妻子发现后，将女主播和直播平台告上了法庭。打赏行为是赠与还是消费？这笔钱，妻子能不能要回来？看看法院怎么说。

1 老公去世前打赏女主播 40 万

家住浙江省金华市的倪虹，2009 年与赵勇登记结婚。次年两人生育了儿子，从此后倪虹在家做全职太太。赵勇则经营超市，生意比较平稳，家里有房有车，后来他们还自购了商铺。

2019 年 1 月，倪虹发现丈夫渐渐消瘦，并伴有便血症状。夫妻俩一起去医院，经医院确诊，赵勇已经是直肠癌晚期了。

明知救治无望，丈夫也不肯花冤枉钱，但倪虹仍抱着一线希望，鼓励他积极与病魔抗争，但赵勇却始终不肯拿钱出来。倪虹只好把自己平时积攒的零花钱全拿出来给丈夫看病。

2020 年 3 月 7 日，弥留之际的赵勇，泪流满面地向妻子忏悔，说自己在直播间打赏女主播，花掉了几十万元。超市现在只有七八万元周转金，他把手机银行的登录密码告诉了倪虹。说：“对不起，原谅我，好好经营超市，儿子以后就靠你了。”

不久，赵勇过世，料理完亡夫的后事，倪虹接手了超市，并查看了赵勇手机上的微信内容和银行流水以及直播间的打赏记录。2017 年 8 月 4 到 2019 年 12 月 18 日，赵勇居然有近百笔转账记录，全部是向某科技公司账户充值（以下简称科技公司）账户充值，赵勇还在该公司旗下的直播平台换取虚拟货币（以下称 XX 币），进行了 19933 次打赏，打赏总额是 400 万以上“XX 币”（每 1 元钱兑换 10 个 XX 币）。

在微信聊天记录上，赵勇与一个网名叫“芊芊”的主播经常互动，“芊芊”每次收到赵勇的

打赏礼物，都在微信上发出“微笑”“拥抱”等表情，还配以“亲”“爱死你了”等文字。

微信记录显示，赵勇还曾给“芊芊”打过几笔钱，微信上有 5200 元、8888 元、1314 元的转账记录，备注是“我爱你”。此外，赵勇在微信上还发过与“芊芊”的合影，还表白道：“芊芊，我爱你，你的直播，给了我很多愉悦。”

看到这些，倪虹心里非常难过，她断定，丈夫自从在直播平台上认识“芊芊”，就“背叛”了自己。

赵勇向科技公司账户充值以及发“红包”给女主播芊芊，共花费 41 万余元。想着要独自抚养刚满 10 周岁的儿子，还有年迈的公婆需要照顾，倪虹压力山大。她决定追讨被赵勇擅自处置的夫妻共同财产。

2 半数返还，主播不接受

2020 年 4 月 24 日，倪虹将陆思萱和科技公司告到了浙江省金华市婺城区法院。

原告倪虹起诉请求，被告陆思萱及科技公司共同返还 402391 元。倪虹认为，赵勇通过科技公司的直播平台对陆思萱的充值打赏行为，非法处置了夫妻共同财产。

倪虹还提出，二被告通过陆思萱与赵勇保持不正当男女关系，让赵勇不断充值打赏赠与，以获取远超正常消费金额的目的。充分说明二被告的行为并非善意。因此，赵勇未经原告同意处置大额夫妻共同财产的充值打赏系无效行为。二被告因此获得的打赏款项属不当得利，应当返还。

一审开庭时，被告陆思萱露面，没有提供书面答辩。科技公司也没有参加开庭，其书面辩称，赵勇自愿使用公司开设直播平台的 APP，并实名登记且同意平台的服务条款，双方形成合法有效的网络消费合同关系。赵勇具有完全民事行为能力，

其在直播间的消费是有效的民事行为，直播平台获得的充值金额不属于不当得利。

同时，赵勇对充值打赏的财产享有处分权，原告所谓“赵勇未经其同意处置夫妻共同财产而主张充值打赏行为无效”不能对抗被告。被告不应承担返还责任。

庭审期间，原告倪虹变更诉讼主张，要求二被告返还涉案夫妻共有财产的一半，即 201195.5 元。

一审法院认为，用户赠送礼物的行为与主播的表演行为或者是平台的运营行为均非对待给付义务，不能视其为消费行为，应认定为赠与行为。二被告直接通过赵勇的赠与行为而获取收益，因此，三方形成赠与合同关系。

赵勇打赏金额达数十万元，应属于重大财产的处分，对此，原告倪虹并不知情。而被告陆思萱私下接受赵勇诸如 5200、8888、1314 等金额款项，且备注“我爱你”，以及在微信上的亲密表白，可表明赵勇与陆思萱之间存在暧昧的关系。

且陆思萱明知赵勇有妻子，故不属于善意第三人。赵勇非法处置夫妻共同财产的行为无效，而二被告基于该无效行为获取的利益，理应返还。倪虹对涉案夫妻共有财产的一半进行主张，合理合法，予以支持。

2020 年 7 月 8 日，金华市婺城区法院作出缺席判决，被告陆思萱、科技公司共同返还 201195.5 元。

3 成年人的行为自己负责

接到一审判决书后，陆思萱、科技公司提出了上诉。二审期间，三方围绕赵勇的打赏行为是赠与还是消费展开了激烈辩论。

二审法庭上，陆思萱陈述，她是通过温州某文化传媒公司成为科技公司的签约主播，每月工资由文化传媒公司支付。

陆思萱与赵勇在直播平台不直接发生经济往来。任何用户包括赵勇都可以通过直播平台对其认可的主播打赏，但购买虚拟礼物的“XX 币”均由科技公司收取。主播的收入只是付出劳动所应获得的劳动报酬而已。

陆思萱还说，倪虹只提供了赵勇购买“XX 币”402391 元的事实。至于赵勇使用“XX 币”购买虚拟礼物，打赏给了哪位主播，一审法院并未查明。另外，根据直播平台的使用规则，用户可在平台进行抽奖，获得各类远超成本的“礼物”，亦可用于打赏。这部分收益与打赏，没有计算在内。

针对“暧昧”关系的说法，陆思萱辩解道，在线下，主播与粉丝之间通过互动维系友谊再正常不过，彼此发红包如 520 元、1314 元等，在微信上或互动现场粉丝表达“我爱你”等并不鲜见，并不代表就有暧昧关系。

同时，赵勇在直播平台的消费行为，未超出其承受能力。按照倪虹的说法，2019 年 2 月，赵勇被确诊晚期肠癌，就在当年 6 月，赵勇还换了宝马车。

科技公司上诉称，赵勇注册成为直播平台用户。2017 年至 2019 年间，赵勇每次充值多则万余元，少仅百余元。科技公司均足额向赵勇账户打入“XX 币”。

庭审辩论期间，科技公司称，首先，“XX 币”并非法定货币，仅具有在直播平台购买增值服务的功能，且无法直接兑换法定货币。赵勇完成交易后，将“XX 币”兑换虚拟礼物并进行打赏使用时即已经履行完毕。

其次，对于平台货币的分发、根据用户指示的相应增值服务等提供，科技公司不仅投入了巨大的基础技术设施成本和人力成本，也在用户协议中明示并获得了用户的同意。据此，赵勇与科技公司的法律关系并非赠与，而是合法成立服务合同且已完全履行。

第三，陆思萱向赵勇提供了表演、互动等服务，带来了精神愉悦，故其打赏行为并非不存在对价的赠与关系。

倪虹的代理律师在二审法庭述称，“打赏”行为存在严重效力瑕疵，原判依法认定无效并无不当。其一，赵勇的“打赏”行为非法处分了夫妻共同财产，陆思萱不属于善意第三人，该处分行为应属无效。倪虹与赵勇婚姻存续期间并不存

在夫妻财产约定，根据法律规定，赵勇所获得的财产均推定为夫妻共同财产。

赵勇打赏金额高达数十万元，应属于对家庭重大财产的处分，对此，作为妻子并不知情亦根本不可能同意。赵勇非法处置夫妻共同财产的行为属于无权处分且不存在合法抗辩事由，应依法认定无效。

二，陆思萱与赵勇的聊天信息及其微信记录和照片可证实双方存在“暧昧”关系，赵勇主观上是基于对该不正当男女关系的追求所作的赠与行为，违反了公序良俗应属无效。

其三，陆思萱及科技公司通过赵勇的无效“打赏”获益共计402391元，倪虹已尽到在能力范围内提交证据证明的义务，因赵勇已亡故，倪虹提交的也可能只是部分的“打赏”记录，总计为404513.3元。

陆思萱作为“打赏”对象，而科技公司作为“打赏”平台的运营方以及数据制作保存方，本身比倪虹更具有提供详细“打赏”记录的可能。但二者拒不参与原审诉讼并提交相应的证据，其目的是掩盖真实的“打赏”数额，应承担相应的不利后果。据此，赵勇的赠与行为无效，陆思萱、科技公司理应返还获取的不当利益。

赵勇在直播平台打赏的性质是赠与还是消费？二审法院经审理认为，案外人赵勇与直播平台签订用户协议，按照协议约定接受平台提供的各种服务，赵勇向主播打赏系将真实货币在直播平台充值兑换成虚拟货币，换取平台上的各种道具后，再向平台主播发送。

一方面，赵勇打赏的并非真实钱款，而是虚拟道具，该道具是产生并储存于科技公司网络数据库中的数据信息等衍生物，且不能直接兑换回金钱；

另一方面，赵勇在观看直播时，使用虚拟道具享受了增值服务，亦获得了精神上的满足。故赵勇通过充值取得虚拟道具对主播进行打赏并非无所得，不具备赠与合同所具有的单务性、无偿性，应为网络消费行为，而非赠与行为。

二审法院分析认为，倪虹主张赵勇与陆思萱具有不正当男女关系，以持续不断、次数及总额远超正常人收入的打赏非法处置夫妻共同财产，故陆思萱、科技公司对获得该打赏赠与的行为非善意。

但是，一方面，赵勇是具有完全民事行为能力的成年人，有权选择消费的方式和种类，既应理性安排管理自己的支出和消费，也应遵守其与直播平台签订的用户协议，而赵勇在直播平台的充值、打赏行为持续在两年多的时间内，充值数额以百元、千元为主，网络服务提供者在接受服务购买人支付的充值款时并无义务审查购买者的婚姻状况及是否已取得配偶同意，且网络服务提供者也无从推断赵勇是否侵害他人的财产处分权。

二审法院还认为，夫妻双方对家庭财产具有平等的管理和使用权。倪虹与赵勇系共同生活的夫妻，对家庭的共同积蓄情况应进行了解和管理，但倪虹在两年多时间内，对赵勇任意使用夫妻家庭财产的行为并未有所管理和阻止，事实上对赵勇在直播平台的充值和打赏行为予以一定程度的放任。

另一方面，倪虹提供的证据尚不能证明赵勇与陆思萱存在不正当男女关系，或陆思萱的直播内容有违公序良俗，亦无陆思萱明知赵勇已婚仍与其发生婚外不正当关系的确凿证据。

故此，倪虹主张基于赵勇赠与无效并按不当得利诉请陆思萱、科技公司返还财产，缺乏事实和法律依据。

2021年4月28日，金华市中级法院作出撤销原判决，驳回倪虹全部诉讼请求的终审判决。

（文中涉案人员均为化名，本文有删减，更多内容请关注《方圆》8月上杂志）

本文为《方圆》杂志原创稿件，转载时请在醒目位置标明作者，并注明来源：方圆（ID:fangyuanmagazine）。

编辑 | 肖玲燕 王丽

设计 | 刘岩

文 | 复林

离婚率是怎么降下来的？

原创：2021-08-16 梁云凤 秦朔朋友圈

<https://mp.weixin.qq.com/s/TmpXyUPzpLMeDMBFt2CqxQ>

近日，“全国上半年离婚人数减少五成”话题登上热搜。

根据民政部发布的“2021 年半年度各省社会服务统计数据”显示，今年上半年，全国结婚登记人数为 416.6 万对，离婚登记人数为 96.6 万对。对比过去两年，2020 年全年离婚登记是 373.3 万对，按一半算是 186.5 万对，是今年上半年数据的 1.93 倍；2019 年上半年离婚登记是 203.8 万对。无论从哪组数据看，今年上半年离婚登记人数的降幅都达到了五成左右。

数字不会说话，但数据背后的原因却值得深究。近年来一直为大众所担忧的离婚率上升势头怎么就止住了呢？

今年上半年离婚人数下降的原因，综合起来看，大致可以从三个方面来看：

首先是《民法典》生效后离婚冷静期制度的实施。自今年 1 月 1 日起，我国正式实行离婚冷静期制度。根据民法典规定，离婚冷静期制度，调整后的离婚登记程序变为“申请—受理—30 天冷静期—审查—登记（发证）”。

离婚冷静期的设立初衷是为了给想离婚的夫妻一个缓冲期，减少草率离婚、冲动离婚，完善离婚制度，稳定婚姻关系，但从一开始就有不同的声音，特别是希望通过离婚冷静期来降低离婚率的说法倍受诟病。

其次是因各城市对于房子限购、车牌限号等政策及时打补丁，导致想要通过“假离婚”而购买房产或车产的人数锐减。这两年，北京、深圳、上海、广州、杭州等一线城市都不断修订调控政策，明确规定夫妻离异的，原家庭在离异前拥有住房套数不符合本市商品住房限购政策规定的，自离异之日起 3 年甚至 5 年内，任何一方均不得

在本市购买商品住房，这就几乎堵死了假离婚获取房票的门。

再一个是近年来结婚率逐年下降，结婚的少了，离婚的基数也自然下降。根据民政部公布的数据可见，从 2014 年到 2020 年，全国结婚登记人数从每年的 1306.74 万对降到了 813.1 万对，降幅达到了 37.78%；同时间，离婚人数从 363.68 万对增加到 2019 年的 470.06 万对，增幅为 29.25%。尽管 2020 年下降为 373.3 万对，却有着由于疫情的原因造成数据的不稳定。

再拉长时间来看，1987~2020 年，我国离婚登记对数从 58 万对攀升至 373 万对。1987~2019 年，粗离婚率从 0.5‰ 攀升至 3.4‰。

在结婚人数下降的同时，离婚率依然居高不下，近年来，我国的离婚率处于上升趋势已是不争的事实。

从当前舆论来看，多将离婚率下降归功于民法典离婚冷静期的设置。人口专家、广东省人口发展研究院院长董玉整教授就认为，离婚人数下降，有多方面的原因，其中一个关键因素是离婚冷静期制度的实施。

由于从统计上归因行为无法量化，我们暂且承认这一点，但需要深究其中的细节问题。那就是离婚冷静期制度仅适用协议离婚，不应影响法院对诉讼离婚的判决。而当前个别地方法院在离婚冷静期制度施行后对离婚诉讼的判决过于“慎重”。

最近两个离婚的案例特别引人注目。

一个是江苏女子 5 年 5 次起诉离婚均未获准，而女子提出离婚的理由包括被家暴、双方婚后未建立真正的夫妻感情，丈夫强奸岳母未遂等。令人费解的是，法院多次判决当事人不准离婚，希

望女方能维护家庭和谐。2020 年 7 月 20 日最后一次起诉后，这个案子在另外一名法官手上，以调解离婚才结案。

无独有偶，湖南省衡阳县 80 后女子宁顺花，因丈夫陈定华长年沉迷赌博且家暴，从 2016 年到 2020 年期间，她 5 次向法院提起离婚诉讼。为了能够结束这场婚姻，宁顺花专门购买了一本“民法典”，甚至起诉状都是自己写的。终于在今年 8 月 3 日，宁顺花迎来了终审判决书，准予双方离婚，并判决宁顺花返还男方彩礼、红包 8.5 万元。宁顺花遭受了家暴，但是为了能够结束这段痛苦的婚姻，不仅付出了金钱，更是耗费了大量的时间和精力。

虽然这两个案例都发生在民法典颁布前，但当前司法案例中过分希望维护家庭稳定而牺牲受害者（主要是女性）权益的方式并不可取。

从全球范围看，离婚率增加都是趋势，这里面包含了丰富的社会经济发展原因，比如女性的经济独立、人格独立、平权运动等的发展。

“外面的人想进来，里面的人想出去”，婚姻就是这么一座围城。如今，“进来”只需 9 块钱，零门槛，而“出去”却越来越难，被套上了层层枷锁。

很多人认为，年轻人冲动结婚、冲动离婚是导致离婚率增加的重要原因，因此有必要加以限制，民法典中婚姻冷静期的设置也包含了这个预设。

2010 年两会上，人大代表黑新雯认为结婚和离婚程序被简化，是冲动离婚变得容易的原因之一。她提议修改《婚姻登记条例》，建立在办理离婚登记手续时，应当在出具证件和证明材料中增加：“双方当事人所在单位或居委会或村委会出具婚姻调解书。”

近年来，离婚率不断攀升，为了降低离婚率，很多城市陆续推出“限号离婚”政策，青岛、广州、大连、南京等地都已经实施了离婚限号，而去年深圳离婚排号登上热搜，一号难求，预约离婚至少要等一个月。

邓颖超曾经提出“中国长期停滞在封建社会，最受压迫的是妇女，婚姻问题上妇女所受的痛苦最深。早婚、老婚、买卖婚姻、包办婚姻是普遍现象，所以一方坚持离婚就让离，主要根据广大妇女的利益提出，不应附加任何条件。”

民法典实施前后，关于离婚冷静期的讨论一致没有停止。全国人大代表蒋胜男提议将离婚冷静期删除，她认为离婚冷静期是建立在“大部分的离婚都是因为冲动导致的”假设前提上的，然而根据《2016 年中国婚恋报告》等相关调查数据显示“闪婚闪离、草率结婚的人不足 5%”，这说明 95%的人都是经过深思熟虑离婚的。

从现实情况来看，冲动型结婚确实不少，但没有证据证明冲动离婚的人群与冲动结婚的人群有多大的重合范围，一个成熟的社会，绝不能用一个错去避免或者减少另一些错。

同样是在《2016 年中国婚恋报告》中的调查显示，被调查者中有近七成已婚者后悔结婚。因此，有些人认为，与其设置离婚冷静期，不如设置结婚冷静期。在澳大利亚，新人要想结婚，必须先经历结婚冷静期，最长为 18 个月，最短为 1 个月，在这期间，只要任何一方有改变的意向，那么之前签署的婚前意向书即作废。

统计数据显示，从 1995 年至 2015 年，澳大利亚的离婚率从 0.28% 降到了 0.2%。当然，从具体归因来看，我们仍不清楚澳大利亚离婚率下降的真实原因是什么，但至少结婚冷静期也提供了一个参考。

从社会发展的角度来看，离婚率的上升对女性来说并不是坏事，这说明女性在家庭、社会上的地位有了明显改善，她们有了说不的权利，社会对此的容忍度也在上升。

社会学家李银河认为，“离婚是两个人的决定，它所牵涉的只是两个人的生活，一个国家或者一个社会没有理由去干涉。俩人不想一块过了，非得强压着他们一块过，不可以有这样的动机。1970 年代的离婚特别难，有的离婚官司一打十几

年都批不下来，也不见得就好。离婚跟社会稳定并没有直接的关系，不是说离婚率高了，社会就乱了。”

从社会调查结果来看，经济越发达的地区，结婚率下滑越明显，离婚率上升越快。这里面既有女性在经济发达地区的社会独立有关，也与现代社会越来越高的生育、婚姻成本有关。

我们可能更需要从不同的层面看待离婚这个问题，比如，离婚了就只会单身吗？难道不是解决冲动结婚的后遗症，从而去寻找真爱吗？

我们看到，2018 年英国开始实施网络离婚服务，申请人只需要通过网络填写信息、上传材料、缴费就能办理离婚手续。网络办理离婚的开通不仅提高了离婚手续办理速度，而且高达 91% 的申请人对处理结果感到满意。离婚程序的简化带来了

办理人和申请人双方的便利，也为离婚的双方寻找真爱提供了便利。

一别两宽，各生欢喜，难道不也是一件美事？

当然，相较于离婚率，我们更应该关注的是结婚率的下降，《中国婚姻报告 2021》显示，2019 年，上海、浙江、山东、广东、福建、天津结婚率全国倒数；其中，上海、浙江、山东排名倒数前三，分别为 4.1%、5.0% 和 5.3%。此外，北京结婚率 6.0%，在全国排名倒数第八，低于全国平均 6.6% 的水平。

越有钱的地方结婚率反而越低，能不能先好好解决这个问题？毕竟，进入的活水多了，流出的水的比例才能更低啊。

陈靖雯对此文亦有贡献。

被爱人抢走的孩子

原创：2021-08-27 冰点周刊 中国青年报

<https://mp.weixin.qq.com/s/7YWbbD73tZ3GV5xysszkUA>

记者 玄增星 郑萍

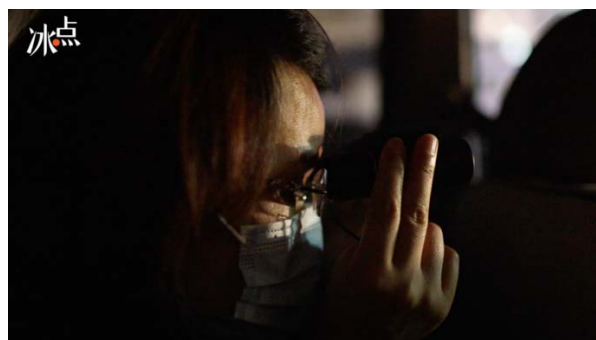
摄影 郑萍 汪龙华 玄增星

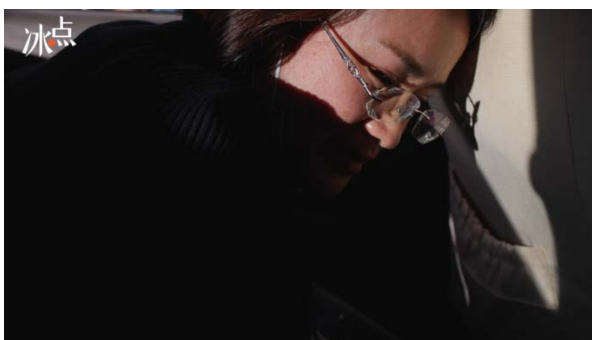
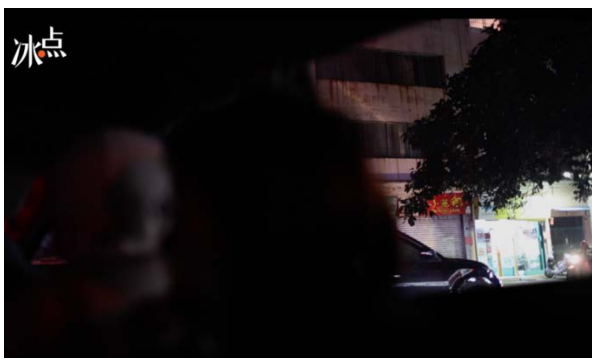
出发去四川之前，乔贵玲在网上买了望远镜、定位仪，她决定，如果找不到自己的孩子，这次就不回郑州了。这几年，乔贵玲为了找孩子，在前夫的老家找了份工作，租住在十几平米的毛坯房里。可是每次去前夫家，铁门总是紧闭。她多次请法院以拒不执行判决、裁定罪对其前夫采取强制执行措施，但因为一直无法确定对方的地址，无法执行。

在加入一个叫“紫丝带妈妈”的群体后，乔贵玲才知道，以这种方式失去孩子的母亲，不止她一个人。群里被抢夺或藏匿的孩子大多是男孩，乔贵玲家的也是儿子。

2020 年 10 月，冰点视频团队联系上乔贵玲时，她刚刚得知，前夫有可能带着孩子和父母

去了四川某县城——孩子的叔叔定居在那里。乔贵玲在当地找了个朋友，租了辆车，每天天不亮就到孩子叔叔家楼下“蹲点”，夜深了才回到宾馆。





乔贵玲终于远远地看到了已分离两年多的孩子，孩子长高了，她在车里激动地想跳起来。她犹豫着要不要自己把孩子抢过来，但最终放弃了。她听说，有的妈妈把孩子抢回来后，每次出门都要用绳子牵着孩子，甚至搬家、换手机号，尽可能地切断和外界的联系。乔贵玲回到了郑州，向司法系统寻求帮助，但事情进展得并不顺利。她等得心焦，隔几天就去一次执行法官的办公室，战战兢兢地询问进度。有时她没忍住，在法官的办公室里失声痛哭。在漫长的维权过程中，乔贵玲与“紫丝带妈妈”们保持着密切的沟通，随时在微信、电话里交流经验、相互鼓励。得知同在河南的周云的两个女儿被亲人抢走，她放下电话就赶过去帮忙，那是两个妈妈第一次见面。6月，在两地公安的配合下，乔贵玲前夫被拘留。乔贵玲赶到四川，和前夫一家“谈判”：如果不把孩子还给她，就让孩子爸爸坐牢。而曾经，孩子的爸爸在法官面前表示“就算坐牢也不会把孩子还给她”。前夫一家最终放弃了，孩子爸爸说，“就当没生过这个孩子”。我们和孩子爸爸见面的请

求被拒绝了，在深夜的县派出所门口，他的弟弟情绪激动地说，这件事已经“翻篇了”，他们不想再被打扰。沉默了一会儿，他的声音突然低下来：

“你们知道把小孩还给她，我们有多难受吗？昨天整整哭了一天。”孩子很乖，会主动叫“妈妈”。乔贵玲也总是禁不住会问他“爱不爱妈妈”，他有时说“爱”，有时不说话。在返回郑州的飞机上，孩子说“去你家”，乔贵玲反复纠正：“那也是你的家，我们是一家人，懂吗？”6月1日，新修订的未成年人保护法正式实施，其中第二十四条明确规定，未成年人的父母离婚时，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。但是，法律上与此相关的配套措施还不完善，“紫丝带妈妈”还在为推动立法继续努力着。

就在我们发稿前的8月24日，“紫丝带妈妈”徐芸的前夫带着十几名男性冲进了她的家，抱走了6岁的女儿。这距徐芸前夫在法官的劝导下把女儿还给她，也就短短一个月的时间。听着女儿的哭声，徐芸心碎了。她想，或许该放弃和前夫长达四年的拉锯战了（2018年2月徐芸取得抚养权），她不希望女儿再经历这样的伤害。



海报 张玉佳

编辑 郑萍萍

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

杜涛：国际私法国际前沿年度报告（2019—2020） | 《国际法研究》 2021 年第 4 期

原创：2021-08-02 国际法研究 杜涛

https://mp.weixin.qq.com/s/RV9-bJ9-rBJNXUL-Vt_FQ

编者按：《国际法研究》2021 年第 4 期刊发的杜涛教授的《国际私法国际前沿年度报告（2019—2020）》是受中国国际私法学会国际私法前沿问题专题研究委员会委托撰写的第九次国际私法国际前沿年度报告。为了提高读者的阅读体验和增加报告的学术性，从今年起，报告的体例将做适当调整，以问题为导向，对过去一年内全球范围内国际私法的前沿动态进行专题综述。该报告一如既往地密切跟踪欧美发达国家的学术前沿，同时对“一带一路”沿线国家和重要国际组织的新发展给予高度关注。与中国有关的国际私法事件是本报告的重中之重。



杜涛教授

（联系邮箱：18964606902@126.com）

国际私法国际前沿年度报告（2019—2020）

杜涛

华东政法大学国际法学院教授。

摘要：席卷全球的新冠肺炎疫情给国际私法带来了新课题，一些国家立法将防疫措施作为强

制性规定或不可抗力，成为国际商事合同履行的障碍。人工智能和大数据技术的发展带动了欧盟和瑞士等国家国际私法立法的变革。美国联邦最高法院在管辖权领域继续创造新判例。海牙管辖权项目取得新进展。中国法院判决继续得到澳大利亚、新西兰和 BVI 等国家和地区的承认与执行。海牙国际私法会议、国际统一私法协会、联合国国际贸易法委员会等国际组织在物权、债权、家事、知识产权等领域的国际私法立法日益向纵深迈进。跨国公司与人权的国际私法问题越来越引起全球关注。英国脱欧引发的国际私法纷争迄今未有定论。

关键词：国际私法；管辖权；欧盟；海牙国际私法会议；国际统一私法协会；联合国国际贸易法委员会

2020 年是人类历史上极不平凡的一年。百年不遇的新冠肺炎疫情给世界人民带来了巨大的生命和财产损失，也彻底改变了人类的生活和交往方式。前所未有的大疫情进一步加剧了人们对全球化进程的怀疑和抵制，贸易保护主义、民族主义在多个国家泛滥，都给国际私法带来了进一步挑战。

本报告是受中国国际私法学会国际私法前沿问题专题研究委员会委托撰写的第九次国际私法国际前沿年度报告。从今年起，本报告的体例将做适当调整，不再以国别和国际组织的顺序进行

编排，而是以问题为导向，对过去一年内全球范围内国际私法的前沿动态进行专题综述。本报告一如既往地密切跟踪欧美发达国家的学术前沿，同时对“一带一路”沿线国家和重要国际组织的新发展给予高度关注。与中国有关的国际私法事件是本报告的重中之重。

一 新冠肺炎疫情与国际私法

2019 年底爆发的新冠肺炎疫情给全球民商事交往造成了前所未有的影响。一方面，愈演愈烈的疫情本身导致跨国商业活动不得不中断或停止；另一方面，各国纷纷颁布各种严格的防疫措施试图阻断病毒传播，但这些措施客观上也阻碍了跨国商业活动，从而在全球范围内引发了违约浪潮。在国际私法层面可能带来的法律问题是：各国颁布的抗疫法规能否作为国际私法上直接适用的强制性规范，从而排除合同准据法？

意大利于 2020 年 3 月 2 日颁布了第 9 号法令《在新冠肺炎大流行紧急情况下支持家庭、劳工和商业的紧急措施》，其中第 28 条第 1 款规定，受疫情影响的运输合同的当事人可以根据《民法典》第 1463 条要求退款。该条第 8 款特别规定：“本条之规定构成 1995 年《国际私法法》第 17 条和欧盟 2008 年《罗马第一条例》第 9 条意义上的直接适用的强制性规范。”2020 年 3 月 17 日，意大利将该法第 28 条的规定扩展适用于租房合同。如此一来，即使在涉外运输和租房合同中，无论合同准据法是哪国法律，意大利的上述规定均应直接适用。意大利这种立法能否得到其他国家法院的接受还存在疑问。

在新冠肺炎疫情下，各国都出于国家利益和社会利益的需要纷纷颁布各种强制性防疫措施和法律法规，这些法律法规之间有可能存在利益冲突，由此导致一份国际合同要同时受到不同国家的强制性法规约束的尴尬局面。例如，甲国为了国内抗疫需要颁布法令禁止某种医疗物资的出口，一份从甲国出口该医疗物资到乙国的国际合同会

因为违反甲国的该项禁令而难以履行，但对于正在遭受疫情肆虐的乙国而言，取消该份合同强烈地违反了该国公共利益。

即使不存在强制性立法，新冠病毒也引发了对合同法上不可抗力理论的关注。新冠肺炎疫情能否作为对抗合同履行的不可抗力？由于各国法律对于不可抗力制度有着巨大差异，对该问题的回答也会有所不同。此时，合同准据法的选择就发挥着举足轻重的地位。

二 人工智能、大数据与国际私法

（一）赫尔比兹币（HelbizCoin）案

近年来，随着互联网和数字技术的迅猛发展，产生了区块链、加密货币、智能合约等新兴数字资产，它们给传统的法律包括国际私法带来了严重挑战。一些国家法院已经遇到复杂的案例。在关于赫尔比兹（Helbiz）公司的集团诉讼案中，原告指控赫尔比兹公司诱骗他们购买该公司发行的加密虚拟货币赫尔比兹币（HelbizCoin）并下令破坏该虚拟货币所依附的以太坊区块链智能合约，被告的服务器设在美国堪萨斯，世界上绝大多数以太网络节点都设在美国，因此这些虚拟货币的购买交易行为都是发生在数字节点网络上，而这些网络与美国具有最紧密的联系。美国纽约南区联邦地区法院认为，本案中的赫尔比兹币是一种证券，但赫尔比兹币并非在美国境内交易所发行和交易，原告是在其他国家通过网上平台购买了该虚拟货币，最终驳回了原告的诉讼。

（二）欧盟《人工智能民事责任条例》草案

人工智能技术的发展给法律界带来了机遇与挑战。2020 年 1 月 19 日，欧盟委员会发表《人工智能白皮书》，2020 年 10 月 20 日，欧洲议会发布了一份《关于人工智能民事责任制度》的决议，其中提出了一份立法草案，建议欧盟制定一项关于人工智能民事责任的条例。该决议建议，新的

条例应当在两种价值观之间保持平衡：一方面要保护公共利益，另一方面要鼓励人工智能领域的商业投资，保护创新。就国际私法而言，条例草案第2条所规定的地域适用范围条款对国际私法具有重要意义。该条规定：

1. 本条例适用于欧盟领域之内，只要在该领域内，由AI系统驱动的物理或虚拟活动、设备或过程对自然人的生命、健康、身体完整性以及对自然人或法人的财产造成了伤害或损失，或者造成了重大的非物质伤害并导致了可证实的经济损失；

2. 人工智能系统运营商与因人工智能系统而遭受伤害或损失的自然人或法人之间在伤害或损失发生之前或之后达成的任何协议，如果其目的是为了规避或限制本条例规定的权利和义务，则该协议无效；

3. 本条例不影响因合同关系、运营商与因人工智能系统而遭受损害的自然人或法人之间关于产品责任、消费者保护、反歧视、劳工和环境保护方面的规定，以及可能根据工会或国家法律而提起的针对运营商的任何额外责任索赔。

草案的上述规定在效力上将优先于《罗马第二条例》。但是，草案第2条明显属于单边冲突规范，采用了绝对属地原则，与《罗马第二条例》相比，较有利于人工智能运营商，而不利受害者。草案只规定了运营商的责任。由于人工智能活动涉及众多当事方，对于其他侵权人的责任，其准据法仍然只能类推适用《罗马第二条例》的规定。

（三）欧盟数字金融立法的新发展

近年来，随着区块链技术的发展，对传统证券交易中的支付手段产生了冲击。欧盟1998年发布的《支付与证券交收系统中的交收终局性指令》和2002年的《金融担保协议指令》针对的都是传统的金融资产，包括现金、股份、证券和基金等。在国际私法方面，该两项指令都在其第9条中采

用了“所在地原则”，即担保证券持有人的权利适用该证券的登记簿、账户后中央结算系统所在地国法律。由于新兴的数字货币如比特币等新型数字资产的出现，该两项指令所设置的冲突规范是否能够适用于此类数字资产，引发了广泛讨论。

欧盟一些成员国已经颁布了相关国内法。法国2017年修订的《货币与金融法》（Code monétaire et financier）第L211-3条允许通过区块链网络进行证券交易，并且规定在法国境内的交易适用法国法律。德国2020年12月的《关于引入电子证券的法律草案》（Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren）也允许通过区块链进行证券投资，准据法是受监管账户所在地国法律。欧盟委员会于2021年2月12日发起了一项网上问卷调查，并准备根据调查结果向欧洲议会和理事会提交一份对该两项指令的评估报告。

（四）瑞士关于虚拟财产的国际私法立法

2020年9月，瑞士通过了《关于修订联邦法律以适应分布式记账技术发展的法律》（简称《DLT法》），该法于2021年2月1日起生效。该法对瑞士现行《债法典》《证券法》《公司法》和《国际私法》都进行了修订以符合区块链技术的发展需要。新的法律定义了交换数字证券的合法性，也定义了从破产公司收回数字资产的法律程序。在国际私法方面，新修订的《联邦国际私法典》新增了第145a条“通过证券方式的转让”。该条规定：“（1）债权能否体现为证券或其对应形式并能否通过此种证券予以转让，依照其中所指定的法律确定。如果证券中并未指定法律，则适用发行人住所地法律；没有住所的，适用其经常居所地法律。（2）对于实体证券的物权，适用第七章的规定。”该条规定不仅适用于传统的证券，也适用于区块链技术下的虚拟证券。新法同时对《国际私法典》第105条、106条和第108a条的规定做了部分修改，使其能够适用于虚拟财产。

（五）国际统一私法协会“数字财产与私法”项目

2019 年 5 月，国际统一私法协会指导理事会第 98 届大会决定在 2020—2022 年启动一个有关人工智能、智能契约和分布式记账技术的工作计划，该计划在 2020 年 5 月的第 99 届大会上得到批准。2020 年 9 月，理事会同意成立“数字财产与私法”项目并授权组建一个工作组准备起草一份指南文件。2020 年 11 月 17 日至 19 日，数字财产与私法项目工作组举行了第一次会议（视频方式），讨论了未来的指南文件的主要内容。根据会议达成的一致意见，未来的指南主要处理数字财产的取得、处分和其他请求权，数字财产的法律性质，数字财产的托管服务，数字财产的担保以及权利救济和执行。对于数字财产的法律适用问题，代表们认为，现有的关于所有权转让的冲突法规则（比如 PRIMA 规则）已不适应工商业界在数字财产领域的期望。来自海牙国际私法会议的代表介绍了该组织在数字财产国际私法领域正在准备进行的工作，包括数字资产引发的管辖权、法律适用和判决承认与执行等。

工作组 2021 年 3 月 16 日至 18 日举行的第二次会议提出了指南初步草案，其中在国际私法方面，草案对于数字财产的取得和处分采用了当事人意思自治原则，但是对于数字财产所对应的实体财产，仍然按照传统的冲突规则（物之所在地法）处理。

（六）史莱姆斯（Shrems）诉谷歌案判决

2020 年 7 月 16 日，欧洲法院在旷日持久的史莱姆斯诉谷歌案中推翻了欧盟与美国 2016 年达成的欧美《隐私盾安排》（Privacy Shield Framework）。该案起源于 2013 年史莱姆斯对谷歌爱尔兰公司的起诉，反对谷歌将其欧盟境内的数据传输到美国。2015 年，欧洲法院曾作出裁决，认定当时欧美之间达成的《安全港协议》无法保

护欧盟公民的隐私，因此无效。此后，欧美之间经过协商于 2016 年达成了《隐私盾安排》，允许美国互联网公司通过标准格式条款继续向美国传输欧盟用户的数据。史莱姆斯继续挑战《隐私盾安排》，发起了第二轮诉讼。2018 年，欧盟通过了《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation），对欧盟境内用户的数据提供了较高标准的保护。欧洲法院 2020 年 7 月 16 日的裁决认为，欧盟成员国境内的运营商向第三国境内的运营商传输个人数据的行为也要适用《通用数据保护条例》，而《隐私盾安排》并未能满足该条例的要求。法院最后认为，标准格式条款是有效的，但《隐私盾安排》无效。

三 管辖权问题

（一）国际商事法院的新发展

欧盟国家近年来纷纷开始设立国际商事法院或法庭。阿姆斯特丹的荷兰商事法院已于 2019 年开业，截至目前已作出 9 项判决。2020 年 11 月初，德国第一个使用英语诉讼的商事法院正式成立，目的是强化德国作为解决国际商事争端的心脏地。当事人可以用英文进行诉讼，并以英文提交文件。然而，尽管德国立法机构曾试图将英语作为德国法院的一种官方语言，但德国联邦议院尚未采纳这一建议。根据德国《法院组织法》（Gerichtsverfassungsgesetz）第 184 条，法院的语言是德语，如果诉讼当事人不会德语，则必须请一名口译员，除非所涉人员都懂该当事人所说的外语。《德国民事诉讼法》第 142 条第 3 款规定法官可以接受以英文制作的文件。

（二）纽约州法院对阿里巴巴、拼多多的管辖权

2020 年 11 月 22 日，纽约州最高法院在原告北京盘古投资有限公司诉阿里巴巴案中作出最终裁决，以没有管辖权为由驳回原告的诉讼。该案原告是一家中国房地产企业，第一被告阿里巴巴

集团公司是一家注册在开曼群岛的中资企业，另一家被告是金隅集团（BBMG）。原告指控被告非法拍卖属于原告的房地产，被告提出管辖权抗辩。法院认为，美国法院没有一般属人管辖权和特别属人管辖权。本案中，被告阿里巴巴公司和金隅集团尽管在纽约有分支机构并在纽约交易所发行美国存托股票（ADS），但该公司并没有在纽约拥有“实质上的家”。对于特别管辖权，根据《纽约州民事诉讼法》（New York Civil Practice Law & Rules）第 302 节，只有当法院地与争议或交易具有最低限度的实质联系时，纽约州法院才有管辖权。本案中，原告所主张的损害发生地根据纽约法律应当是指原始的决定性事件实际发生地，而不是之后所导致的金融损失发生地。该损害发生地也在中国，因此纽约州法院没有管辖权。法院还认为，即使美国法院拥有属人管辖权，本案也属于典型的不方便法院情形，中国法院具有理论上的管辖权，准据法也应当是中国法律。

2018 年，拼多多赴美上市前夕，“爸爸的选择”公司在中国和美国同时起诉拼多多，指控其在平台上售卖假冒纸尿裤产品。2019 年 8 月 6 日，美国纽约南区联邦地区法院以缺乏管辖权为由驳回了原告对拼多多公司的诉讼。法院认为，拼多多公司与美国之间的联系非常有限，尽管拼多多的网页可以被美国用户在美国访问，但这并不足以构成管辖权基础。

（三）美国《外国主权豁免法》诉讼的新发展

1. 菲利普（Philipp）诉德国案

菲利普诉德国案是近年来引起广泛关注的外国政府主权豁免案例。美国联邦最高法院接受了德国政府的调卷提审请求，并于 2021 年 2 月 3 日作出了终审裁决，推翻了下级法院的裁定。该案的核心法律问题是：一个国家从其自己国民手中征收财产的行为是否属于《外国主权豁免法》规定的例外情形从而美国法院对其有管辖权？美国

联邦最高法院认为：《外国主权豁免法》中有关主权豁免的征收例外条款中提到的“违反国际法”并不包括对国际人权法的违反，而是指对国际征收法的违反，因此根据国内征收规则，德国政府对属于本国国民财产的征收并不适用于主权豁免的征收例外条款。法院强调：

美国法只在国内适用而不能管到全世界（United States law governs domestically but does not rule the world）。我们对《外国主权豁免法》的解释一如我们对其他影响国际关系的法律的解释：尽可能避免在我们与其他国家的关系中制造麻烦，导致有些国家会对等允许他们的法院将美国卷入昂贵和艰难的诉讼中。如果德国的法院在审理美国人提起的诉讼中裁决美国人因数年前美国政府对其人权的侵犯而有权取得数千万美元的赔偿，作为一个国家，我们会很震惊。如果美国法院对本案行使管辖权，没有理由期待德国政府的反应会有所不同。

最高法院对于另一起相关案件西蒙（Simon）诉匈牙利共和国案也作出了同样的裁决，要求下级法院根据菲利普诉德国案的结果重判。

2. 奥帕提（Opati）诉苏丹共和国案：《外国主权豁免法》的溯及效力

针对苏丹共和国的诉讼已经多次引起美国联邦最高法院关注。在 2019 年 3 月 26 日的一起判决中，最高法院认为，在针对苏丹政府提起的诉讼中，必须将诉讼文书邮寄给该国外交部。2020 年 5 月 18 日，最高法院再次在针对苏丹共和国的一起案件中推翻了下级法院的裁决，认为 2008 年《国防授权法》允许依据《联邦法典》第 28 编第 1605A(c) 节具有溯及既往的效力。

根据《外国主权豁免法》，外国政府不能在美国法庭上被起诉，除非《外国主权豁免法》中规定的具体例外适用。《外国主权豁免法》还规定，即使适用例外，原告一般不能向外国政府主张惩罚性赔偿。然而在 1996 年（在大使馆爆炸案发生前

两年），国会在《外国主权豁免法》中增加了一个例外，允许对某些支持恐怖主义的国家提起诉讼，但它没有授权施加惩罚性赔偿。在国会修改《外国主权豁免法》两年后，基地组织袭击了美国驻肯尼亚和坦桑尼亚的大使馆。作为回应，一群受害者和受影响的家庭成员在联邦地区法院起诉苏丹，援引新通过的恐怖主义例外条款指控苏丹为基地组织提供了住所和其他物质支持。然而，随着诉讼的进展，出现了一个问题：在《外国主权豁免法》新的修正案中，国会是否仅仅撤回了对国家支持的恐怖主义的豁免，允许原告利用他们可能拥有的任何先前存在的诉因？还是国会更进一步建立了一个新的联邦诉因来应对恐怖主义？

为了解决这一问题，2008 年美国国会将《联邦法典》第 28 编第 1605 条（a）款第（7）项改为独立的第 1605A 条，未规定适用通常的禁止惩罚性赔偿规则，并创建了一个针对恐怖行为的明确的联邦诉因，还授权原告对过去发生的行为提出新的联邦索赔，但这一溯及既往条款并没有明确允许原告主张惩罚性赔偿。

一项新法律的溯及既往适用可能会引发根本性的公平和正当程序问题。因此，美国法院认为，除非国会明确表示打算将新的法律溯及既往，否则新的法律只能适用于后发行为。上诉法院和最高法院需要解决的问题是：国会在颁布 2008 年修正案时是否以必要的明确性语言提到可以溯及既往地适用惩罚性赔偿条款。

最高法院的一致结论是：国会在授权原告对 2008 年之前发生的行为要求惩罚性赔偿方面已经规定得不可能再明确了。法院解释说，国会“明确授权在新的诉因下进行惩罚性赔偿”，并且随后“明确规定该项新的诉因可以用来为过去发生的某些恐怖主义行为提供救济”。法院认为，“任何一步都毫无疑义”，2008 年的立法“也不可能有其他相冲突的解释”。法院驳回了苏丹的论点，即明确声明规则要求国会在 2008 年修正案本身的溯及既往条款中使用“惩罚性赔偿”这一用语。

从这个案例中我们需要吸取两点经验教训：第一，美国国会可以根据形势的需要随时修改他们认为必要的法律以满足美国的政治需要；第二，美国不同法院对于相同的法律条文会有大相径庭的解读。正如美国学者所说，法律的真正含义往往存在于旁观者的眼中。在最高法院八位大法官眼里，惩罚性损害赔偿的溯及效力似乎是不言而喻的；但是在哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院几位同样大名鼎鼎的法官眼里，法律的溯及效力“在逻辑上实在是跳跃过大”。

（四）北约欧盟地区总部在商事争议中不享有主权豁免

欧洲法院 2020 年 9 月 3 日的一份引人关注的裁决认为，北约地区总部在一项商事争议中不享有豁免权。该案被告是北约在比利时的欧洲盟军最高总部（SHAPE），是一个根据《北大西洋公约》成立的位于比利时的国际组织；原告是北约阿富汗维和部队燃料供应商。原告指控被告违反了双方的供应协议，向荷兰法院提起了诉讼，被告主张管辖权豁免。荷兰最高法院向欧洲法院提请发表意见，其中最根本的问题是：本案是否属于《布鲁塞尔条例》所规定的“民商事案件”？欧洲法院认为，根据当前的习惯国际法，国家的主权豁免不是绝对的，要看它是否行使公权力。只有当其行使主权行为时，才能享有管辖权豁免。如果国际组织不是行使公权力，就不能自动排除《布鲁塞尔条例》的适用。

（五）海牙管辖权项目的新进展

管辖权项目是海牙国际私法会议在判决项目于 2019 年顺利完成之后另一项雄心勃勃的立法项目。早在 2012 年，总务与政策理事会就成立了一个专家组集中讨论制定管辖权公约的必要性和可行性。2019 年，随着判决公约的完成，总务与政策理事会授权总务局筹备启动专家组会议。2020 年 2 月、11 月和 2021 年 1 月，专家组先后

举行了第三、第四和第五次会议。2021 年，总务与政策理事会正式授权成立一个关于跨国民商事管辖权问题的工作组，由日本学者竹下启介教授担任组长，并授权常设局在 2022 年度大会前召集两次会议。理事会授权工作组完成以下工作：起草关于民商事管辖权的条文草案，以详尽的方式起草出一份关于平行诉讼的有约束力的规则，重点考虑到不方便法院理论等相关因素，研究如何发展出关于司法协调与合作的灵活机制以便于未来的平行诉讼公约的实施。

四 跨国取证和送达

（一）欧盟《取证条例》的重订

2020 年 11 月 25 日，欧盟理事会终于通过了一项新的《取证条例》，对 2001 年 5 月 28 日第 1206/2001 号条例进行了重订。新的《取证条例》的目的是促进欧盟内部市场的正常运作，进一步改善和加快不同成员国法院在取证方面的合作。新条例力求通过简化和精简跨界诉讼取证合作机制，提高司法程序的效力和速度，同时帮助减少个人和企业的延误和费用，提供更高的法律确定性和更简单、简化和数字化的程序，鼓励个人和企业从事跨境交易，从而促进欧盟内部的贸易。新条例还要求使用任何适当的现代通信技术。新条例为此采用了一项强制性电子分散化信息技术系统进行证据交换，该系统包括各国信息技术系统，这些系统是相互连接和技术上可互操作的，并且不影响基于电子代码的进一步技术进步。各成员国应根据本条例建立一个分散的信息技术系统，用于数据交换。这一信息技术系统的分散性质将使数据交换只在一个成员国和另一个成员国之间进行，而没有任何联盟机构参与这些交换。通过分散化的信息技术系统传送的文件不应仅以电子形式为由被剥夺法律效力或被视为不可受理的证据。

（二）欧盟《送达条例》的重订

2020 年 11 月 25 日，欧盟理事会同时通过了另一项关于民商事文书送达的新条例，对之前的第 1393/2007 号送达条例进行了重订。与新的《取证条例》一样，新《送达条例》最大的改变是促进现代通信技术的运用。作为一项强制性规则，成员国指定的机构和机关之间的所有通信和文书交换都应通过一个安全可靠的分散化信息技术系统进行，该系统由国家信息技术系统组成，例如相互连接和技术上可互操作，并且不影响基于电子代码的进一步技术进步。为了通过分散化的信息技术系统加强文书的电子跨境传输，各国不应否认这些文书的法律效力，但这一原则不应妨碍根据国内法评估这些文书的法律效力或作为证据的可采性，也不应妨碍有关文书转换的国内法。在特定司法程序中有利害关系的任何人，只要该成员国法律允许直接提供送达，就可以直接通过请求提供送达的成员国的司法官员、官员或其他主管人员提供文书送达。

新的《送达条例》和《取证条例》生效后，欧盟将与爱尔兰、挪威和瑞士谈判达成两项与之平行的公约以解决上述国家与欧盟成员国之间的送达和取证问题。

（三）当事人约定邮寄送达能否排除中国对《海牙送达公约》的保留

中国常州华文文字技术有限公司（以下称华文公司）与洛克菲勒技术投资（亚洲）公司（以下称洛克菲勒公司）在一份合同中约定服从美国加州联邦和州法院的管辖，还声明同意相互之间通过联邦快递等邮递渠道送达文书，双方发生的争议由洛杉矶的仲裁机构仲裁。争议发生后，洛克菲勒公司提起仲裁，仲裁员裁决华文公司承担赔偿责任。裁决书通过联邦快递和电子邮件送交给位于中国境内的华文公司。洛克菲勒公司向法院请求确认仲裁裁决结果，其请求书也通过联邦快递和电子邮件送交华文公司。法院确认裁决书效力后，洛克菲勒公司提请执行裁决，华文公司出

庭抗辩，认为洛克菲勒公司的送达未能遵守《海牙送达公约》的规定，请求法院确认裁决无效。华文公司的理由是在中国对《海牙送达公约》中的邮寄送达提出了保留，即中国不接受邮寄送达，因此洛克菲勒通过邮寄送达违反了《海牙送达公约》。一审法院驳回了华文公司的请求，但加州上诉法院推翻了一审裁决，支持了华文公司的请求。加州最高法院再审后认为，本案的关键是，中国政府对《海牙送达公约》第10条提出的保留是否排除了中国公民自愿接受邮寄送达。值得注意的是，加州最高法院并未否认《海牙送达公约》的强制性和排他性。但是，法院根据联邦最高法院过往判例指出了《海牙送达公约》适用的三个原则：第一，该公约只适用于“正式的文书递送”(formal delivery of documents)，且应当由法院地法决定哪些文书需要送达；第二，应当由发送国法律确定某一司法文书或司法外文书是否需要域外送达，如果根据该法不需要进行国际送达，则不适用《海牙送达公约》；第三，如果根据发送地国法律需要进行正式的国际文书送达，那么必须遵守公约。法院认为，就本案而言，根据上述三项原则，假如原告对通过联邦快递进行的寄送行为确实构成了公约项下的正式的国际文书送达，那么显然是违反中国对公约第10条的保留。然而，本案中当事人在合同中明确约定通过联邦快递来寄送相互之间的非正式通知(informal notification)，这就构成加州法项下对正式送达的放弃(a waiver of formal service of process)，因此不适用《海牙送达公约》。

华文公司于2020年8月向联邦最高法院提请调卷令，但被拒绝。值得关注的是，华文公司在调卷申请书中附上了中国司法部于2020年9月27日出具的一份致美国司法部的信函，其中指出，中国方面认为《海牙送达公约》具有强制性，美国司法部门应通过公约途径向中国境内的当事人进行送达；中国对公约第10条提出了保留声明，因此，其他缔约国的司法人员通过邮寄方式直接向

中国境内的当事人进行送达违反了中国的保留声明，此类送达将被视为程序瑕疵，所作出的判决将不会被中国法院承认。

五 判决承认与执行

(一) 澳大利亚新南威尔士州首次执行中国商事判决

自2017年以来，澳大利亚维多利亚省法院已连续承认和执行了两起中国法院商事判决。2020年5月19日，澳大利亚新南威尔士州最高法院承认并执行了中国青岛市中级人民法院作出的一项商事判决，开创了该州执行中国商事判决的先河。

该案为一起借贷纠纷，被告曲梅和田新为夫妻，原告包德勳向田新出借人民币255万元，被告逾期未还。青岛市崂山区人民法院于2014年作出了有利于原告的判决，要求被告田新、曲梅夫妇承担共同还款责任。青岛市中级人民法院于2015年作出终审判决，维持原判。因被告居住于澳大利亚新南威尔士州，原告于2019年9月13日向该州法院起诉要求执行中国法院判决。法院认为，根据1991年《外国判决法》，只有被列为1992年《外国判决条例》所规定的“实质性互惠地区”的法院判决才能依据该法被执行，中国并未被列入其中，因此中国法院判决不能根据该法被执行，而只能依据普通法。根据普通法，外国判决的执行需要满足四个条件：(1) 外国法院必须具有管辖权；(2) 外国判决具有终局性；(3) 外国判决中的当事人与申请执行阶段的当事人必须一致；(4) 外国判决必须列明了固定的、明确的金额。对于第(1)点，法院认为，只要被告被原审法院成功送达了诉讼文书，即可认为原审法院有管辖权。即使送达时被告不在原判国境内，但只要被告出庭应诉答辩，即可认定其接受了原审法院的管辖权。对于第(2)点，法院特别指出，只要原判决在判决地法院被认为具有既判力，即为终局判决。法院还认为，除了极个别例外(比如

欺诈)，被告通常不得挑战外国判决的实体问题。法院最后认为，原告的证据表明，中国法院的判决符合上述条件，因此应当予以执行。

值得注意的是，目前中国法院尚未有执行澳大利亚商事判决的先例。在福建省龙岩市中级人民法院 2020 年 11 月审结的刘秋姣、肖玉庆民间借贷纠纷案中，肖玉庆多次向刘秋姣借款用于国内投资及在澳洲与刘秋姣共同投资经营餐饮。发生纠纷后，刘秋姣在澳大利亚和中国境内分别提起诉讼。龙岩市新罗区人民法院作出（2019）闽 0802 民初 757 号民事判决书，并被龙岩市中级人民法院（2020）闽 08 民终 605 号民事判决书确认。此后，澳大利亚新南威尔士州最高法院也于 2020 年 2 月 19 日作出了判决。在中澳两地的诉讼中，刘秋姣诉请所涉 100 万元在龙岩市新罗区人民法院的判决中已经作为肖玉庆的还款在刘秋姣诉请的 710 万元借款中予以抵扣。而肖玉庆在澳大利亚诉讼中又抗辩主张该 100 万元为双方讼争澳币垫款部分的还款，并被澳大利亚新南威尔士州最高法院采信。原告认为，这构成了重复抵扣。龙岩市中级人民法院承认确实存在重复抵扣的可能，但法院认为，刘秋姣本应就新南威尔士州最高法院的裁判依法提起上诉从而获得救济，但刘秋姣自愿放弃上诉，则表明其服从该裁判结果，同意该 100 万元重复抵扣。现刘秋姣就已经处理终结的标的再次提起本案诉讼，实质上构成对前诉裁判结果的否定。故一审法院认定刘秋姣的起诉构成重复诉讼并驳回其起诉并无不当。

（二）新西兰再次执行中国判决

早在 2016 年，新西兰上诉法院就执行过中国福州市中级人民法院一审、福建省高级人民法院二审和最高人民法院再审的一起商事判决。2020 年底，新西兰奥克兰法院再次面临对中国法院商事判决的执行，并遇到当事人的一个离奇抗辩：中国法院是不是“法院”？

该案涉及的是河北省高级人民法院于 2019 年 8 月 12 日作出的（2019）冀民终 817 号民事判决书，该判决书允许原告河北华能实业发展有限责任公司执行被执行人秦皇岛市博恩贸易有限公司、唐山海港德泰新材料技术有限公司和石德明的财产。法院于 2019 年 12 月 25 日分别向上述被执行人送达了执行通知书、报告财产令，执行标的为 20816 8022 万元。经网络查控、传统查询、实地财产调查，未发现可供执行财产，中国法院终结了执行程序。后原告发现被告在新西兰境内拥有财产，于是向新西兰奥克兰高等法院申请执行，新西兰法院于 2020 年 11 月 12 日作出裁决。

中国与新西兰之间没有互惠执行法院判决的条约，原告要求依照普通法承认中国法院判决。被告提出抗辩认为，中国河北省高级人民法院并非新西兰普通法意义上的“法院”（court），他甚至认为，由于中国的法官并不独立，因此并没有真正的法院。法院分别审查了来自中国内地学者张文亮、中国香港学者丁春燕和加拿大律师安斯利（Ansley）等人的专家意见。张文亮和丁春燕解释了中国法院的功能和组织结构，并指出中国法院具有独立性，判决具有终局性，并且中国法院判决已多次在美国、澳大利亚等国家得到承认和执行。但安斯利的意见书则强烈质疑中国法院的独立性。法院认为，安斯利年事已高，他对中国的理解不准确，而丁春燕等学者对中国的了解更加现实。法官认为，河北省高级人民法院是中华人民共和国政府司法机关的一部分并独立于立法机关和行政机关，法院行使司法职能，其程序和裁决应被认为具有司法性，没有证据表明其程序和裁决受到外部干预而被歪曲。法官最终驳回了被告的管辖权抗辩，同意原告继续进行诉讼。

迄今为止，中国法院尚未承认执行过新西兰法院商事判决。2019 年，深圳市中级人民法院在美国芯片有限公司（Americhip, Inc.，以下简称 AMC）申请承认与执行新西兰高等法院民事判决一案中，因当事人已另行向深圳前海合作区人民法院

院提起了诉讼，深圳市中级人民法院最终裁定认为：

中国与新西兰之间并未缔结或参加关于承认和执行判决的国际条约，中国与新西兰判决的互认可以依据互惠原则，然而互惠原则不同于国际条约，后者提供了明确的不予承认和执行外国法院判决的审查标准，而互惠原则需要法院根据案件的具体情况以决定是否适用。本院注意到，在本案受理之前申请人已于 2016 年 11 月 3 日向前海法院针对同样的被告 Dean 和陈娟提起了诉讼，陈娟也向前海法院提起反诉，比较 AMC 向新西兰高等法院和前海法院分别提起的两个诉讼，均是针对 Dean 和陈娟利用工作便利获取 AMC 资金的行为，可以认定 AMC 公司诉请新西兰高等法院和前海法院解决的是同一争议。基于我国法院对于相同当事人之间的同一争议尚在审理过程中，为保证我国法院依法独立行使管辖权和审判权，避免承认与执行新西兰高等法院判决的审查结果与前海法院受理的诉讼案件的裁判结果存在冲突，本院不宜依据互惠原则对新西兰法院的判决进行审查，因此对于申请人的申请本院予以驳回。

（三）英属维尔京群岛法院首次承认执行中国判决

2020 年 1 月 28 日，英属维尔京群岛（以下简称 BVI）高等法院作出裁决，首次承认了中国法院的商事判决。被执行的三份国内生效判决均为中国最高人民法院的终审判决，即（2014）民二终字第 204 号、（2014）民二终字第 203 号和（2016）最高法民终 286 号民事判决书。

中国与 BVI 没有双边司法协助条约，也没有互惠关系。中国也不属于 1922 年《互惠执行判决法》（Reciprocal Enforcement of Judgments Act 1922）中所列举的国家。中国法院判决只能依据普通法进行承认与执行。根据普通法，BVI 法院不会审查外国是否给予 BVI 互惠关系，也不审查外国判决的实质内容，但须审查以下几个条件：（1）

作出判决的外国法院是否有管辖权；（2）判决债务人是否未到庭应诉；（3）外国法院对判决债务人是否经正当法律程序送达；（4）外国判决是否是终局的；（5）外国判决是否违反 BVI 的公共政策，例如 BVI 法院不执行外国税法或罚款等刑事裁决的外国判决，不执行基于赌博的判决，不执行违反 1961 年《受托人法》有关 BVI 信托的外国判决，不执行惩罚性赔偿，不执行因欺诈或违反自然公正原则而获得的外国判决。法院最终作出判决，以指定衡平接管人接管 BVI 公司股份的方式执行了中国法院的判决。

（四）外国判决在新加坡是否具有既判力

新加坡最高法院在广受关注的美国默沙东公司与德国默克公司之间的商标权诉讼大战中作出了一项具有历史意义的裁决，系统阐述了国际私法上一个有争议的问题：即争点既判力问题（issue estoppel）是否也适用于外国法院作出的判决？该案当事方美国默沙东公司与德国默克公司均起源于 17 世纪创立的德国 E. 默克（E. Merck）家族企业。随着岁月流逝，该家族企业逐渐分散在欧洲和北美不同国家并各自独立经营。20 世纪 70 年代，两家企业的先驱达成了一项共同使用 Merck 商标的协议。后来双方发生纠纷并围绕 Merck 商标的使用权在世界上多个国家发起了一系列诉讼。其中，英国法院分别于 2014 年、2016 年和 2017 年作出了三项裁决。2018 年，默沙东公司又向新加坡法院提起了对默克公司等四家公司的商标侵权诉讼。新加坡高等法院于 2019 年 9 月 30 日裁决认为本案应受英国法院在先判决的争点既判力约束，因此驳回了原告的请求。原告提起上诉。上诉法院任命著名国际私法专家、资深大律师杨永民（Yeo Tiong Min）教授作为专家证人提交了法庭之友意见书，阐述相关问题。法院的观点总结如下：外国判决在新加坡也发生争点既判力，如果存在多个相竞合的外国判决，最先作出的外国判决应被承认为具有既判力。如

果本地法院已经针对相同当事人之间的纠纷作出了在先或在后的不一致判决,则应当以本地判决优先。在判断外国法院判决是否具有争点既判力时,不仅需要外国判决作为一个整体具有终局性,而且外国判决中的特定争点根据判决作出国法律也必须具有终局性。上诉法院还对外国判决既判力的例外情形等问题进行了详细分析。新加坡最高法院的态度对于正在进行的海牙管辖权项目具有一定启发意义。

(五) 新加坡拒绝承认与执行印度尼西亚破产令

2020 年 6 月 17 日,新加坡上诉法院作出一项裁决,拒绝承认和执行印尼法院的一项个人破产令。该案中,上诉人被印尼雅加达商事法院宣布破产,被上诉人被任命为其财产管理人,因原告在新加坡境内居住并在新加坡有个人财产,被上诉人向新加坡高等法院申请承认和执行印尼破产令,高等法院同意了该申请。上诉人向新加坡上诉法院提起上诉,要求撤销执行令。

在新加坡,外国破产令的承认与执行通常依照《联合国跨境破产示范法》,该示范法已被并入新加坡 2006 年《公司法》。但是,本案涉及的是个人破产令的执行,而上述联合国示范法并不适用于个人破产,因此法院应当依据普通法来判断是否承认和执行外国的个人破产令。审查的条件包括:(1)外国破产令是由有管辖权的法院作出;

(2)外国法院是基于债务人的住所或居所行使管辖权,或者是基于债务人的同意;(3)破产令具有终局性;(4)不存在其他抗辩理由。一审法院认为上述条件均满足。在上诉过程中,上诉人重点强调了第四点抗辩理由,即印尼法院作出的破产令违反了自然正义,即未能及时通知上诉人参加相关程序,导致当事人未能获得出庭机会。上诉法院通过对大量事实的认定,最终裁决认为上诉人被剥夺了在印尼法院出庭的公平机会,支持了上诉人的请求,撤销了对印尼破产令的承认和执行。

(六) 《外国民商事判决承认与执行公约》解释报告出版

随着海牙国际私法会议《外国民商事判决承认与执行公约》于 2019 年 7 月 2 日正式通过,其解释报告的编写工作也于 2020 年 9 月 22 日正式完成并获得各成员方批准。该报告由西班牙籍学者弗朗西斯科·加西马丁(Francisco Garcimartín)教授和加拿大籍基尼维夫·索米埃尔教授(Geneviève Saumier)担任共同报告员。报告虽然不具有法律约束力,但作为海牙国际私法会议官方组织编写的权威文件,对于公约的解释、适用具有重要参考价值。报告的英文本已在海牙国际私法会议官方网站公布,可免费下载。

(七) 欧盟加入 2019 年《关于承认外国判决的公约》的可行性

2019 年 7 月 2 日,海牙国际私法会议通过了《关于承认外国判决的公约》。欧盟作为该公约的积极推动者,一直在为加入该公约做准备。2020 年 2 月 10 日,欧盟委员会启动了一项公开磋商程序,向欧盟成员国公民和利益相关方征求对欧盟加入该公约的意见。欧盟委员会认为,加入该公约有利于促进欧盟企业和个人在全球范围内获得司法公正,提高国际贸易和投资中的法律确定性,降低商业成本。欧盟委员会提供了如下选项:选项 0: 欧盟不加入公约,维持现行制度。考虑到欧盟积极参与了公约的谈判过程并且该公约反映了欧盟的政策利益,该选项只是作为评估其他选项的参考依据。选项 1a: 欧盟参加公约并不做任何保留声明。选项 1b: 欧盟加入公约,但排除某些特定事项,例如消费者保护、劳动者保护、保险以及一些涉及欧盟专属管辖范围的事项。选项 1c: 欧盟加入公约,但排除该公约对国家实体的适用。选项 1d: 综合 1b 和 1c 选项。总体上,欧盟委员会及大多数成员国对欧盟加入《关于承认外国判决的公约》均持积极态度。

（八）《新加坡调解公约》生效

2018 年 12 月 20 日联合国大会第 73/198 号决议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（《新加坡调解公约》）。2019 年 8 月 7 日，《新加坡调解公约》在新加坡举行签署仪式，包括中国、美国、韩国、印度、新加坡、斐济、卡塔尔、哈萨克斯坦、伊朗、马来西亚、以色列等在内的 46 个国家签署了公约。公约须经三个以上签署国国内核准通过方可生效。2020 年 2 月 25 日，新加坡、斐济核准通过《新加坡调解公约》。2020 年 3 月 12 日，卡塔尔核准通过该公约，至此，《新加坡调解公约》已经满足三个签署国核准的条件，这意味着经过 6 个月期限，即到 2020 年 9 月 12 日，《新加坡调解公约》生效，同时自该日起，该公约将对新加坡、斐济和卡塔尔生效。2020 年 5 月 5 日，沙特阿拉伯核准该公约，《公约》将于 2020 年 11 月 5 日对其生效。2020 年 7 月 15 日，白俄罗斯核准该公约，公约将于 2021 年 1 月 15 日对其生效。2020 年 9 月 9 日，厄瓜多尔核准该公约，公约于 2021 年 3 月 9 日对其生效。截至 2021 年 4 月 30 日，公约已有 6 个缔约方。

六 物权的国际私法问题

（一）欧盟关于物权国际私法立法的新进展

欧洲国际私法小组于 2020 年 10 月 31 日发布了一份关于有形财产物权的适用法律的立法建议。该建议采用了同一制原则，无论动产还是不动产均适用财产所在地法律；运输中的财产适用目的地国法律；运输工具适用登记地国法律。该草案对物权准据法的变动作出了详细规定，采用了既得权保护原则，在新法与旧法发生竞合的情况下以旧法优先。该草案拟对被盗财产和文物提出冲突法规则，但尚未成案，留待进一步讨论。

（二）联合国贸法会《关于船舶司法出售及其承认的公约》草案

2018 年联合国国际贸易法委员会（以下简称联合国贸法会）在第 51 届会议上决定把船舶司法出售问题列入工作方案并将其分配给第六工作组。在此之前，海事委员会已经在其 2014 年大会上核准了一项《关于承认船舶外国司法出售的公约》

（草案）（《北京草案》），该草案是由一个国际工作组与各国海事法协会和海事委员会咨询成员协商编写的。该草案文本历时数年，几易其稿，是在对各法域的法律和实践进行调查的基础上编写的，得到了海运界不同地区多个利益攸关方的广泛参与。第六工作组在 2019 年 5 月举行的第 35 届会议上决定在该草案基础上起草一项新的公约草案。工作组随后分别于 2019 年 11 月第 36 届会议和 2020 年 4 月第 37 届会议和 2021 年 4 月举行的第 38 届会议上提出了《北京草案》的第一次、第二次和第三次修订本。根据第三次修订本的规定，公约的目的是规范在某一缔约国完成的船舶司法出售在另一缔约国的效力。为了实现这一目的，公约规定了司法出售证书制度，由司法出售国指定的公共机构按照其规章和程序向购买人签发记载购买人取得该船舶清洁物权的证书。此种证书应得到其他缔约国的承认，除非违反该国的公共政策。

（三）国际统一私法协会《矿业、农业和建筑设备议定书》

国际统一私法协会在 2019 年比勒陀利亚外交大会上通过了《移动设备国际利益公约》（以下简称《开普敦公约》）的第四个议定书《矿业、农业和建筑设备议定书》（MAC Protocol）。该议定书的目的是使（尤其是发展中国家）采矿、农业和建筑领域的从业者能够通过跨境担保融资获得这三类设备以提高其生产效率，并为这三类设备的生产商开拓新的出口市场。中国目前已加入《开普敦公约》及其《航空设备议定书》。在国际私法方面，《矿业、农业和建筑设备议定书》与前几个议定书的规定有较大差异。议定书第六条规定，

在缔约国事先声明的前提下，允许当事人选择合同准据法。但鉴于矿业、农业和建筑设备往往与不动产相关联，因此议定书第七条设置了较为复杂的限制性规定。首先，如果相关设备与不动产相关联且该设备位于一个非缔约国，则公约不影响该国有关法律的适用。如果相关设备位于缔约国，则议定书第七条为缔约国在加入议定书时提供了三种选项。

七 合同债权的国际私法问题

（一）欧盟《关于债权转让对第三人效力的法律适用条例》立法进展

《关于债权转让对第三人效力的法律适用条例》的立法程序在 2020 年受到新冠疫情的影响而被拖延。2020 年 6 月 4 日，各国司法部长举行了一次视频会议，对几个原则性问题进行了讨论，比如：是否将可转让有价证券、货币市场证券等排除在条例适用范围之外；是否将并入合同或被登记入某一证书（如息票）的债权的转让排除在条例范围之外；债权转让对第三方效力的定义问题等。目前尚存在争议事项包括：是否将被转让债权的准据法作为主要的准据法规则；是否将让与人惯常居所地法作为未来债权转让的准据法；多方债权的转让（bulk assignments）受不同法律支配的问题以及保理问题（factoring）等。欧盟委员会认为，应当将让与人惯常居所地作为最适当的一般连结点，同时，设置一些例外规则对于金融市场也至关重要。工作组还讨论了不动产担保债权的转让问题。各国代表一致同意条例不适用于担保权的转让，但在有些国家，担保债权的转让必然导致担保权的转让，因此担保权转让的有效性取决于被担保债权转让对第三方的效力。一种解决方案是主张此类债权的转让适用不动产所在地法或登记地法；另一种方案是主张条例不适用于此类债权的转让。

（二）国际统一私法协会《关于农业土地投资合同法律指南》

近年来，很多国家政府为了吸引农业领域的外国投资，纷纷与外国投资者签订农业土地投资合同（ALIC）。此种合同需要将大块土地使用权长期转移或租赁给境外投资者，由于各国法律的差异，带来了很多法律问题并引发了国际争议。国际统一私法协会与联合国粮农组织以及农发基金于 2020 年 12 月联合发布了《关于农业土地投资合同的法律指南》。这是三家机构继《订单农业法律指南》成功合作之后的又一个合作项目。该指南规定了投资者的社会责任、当事人的权利义务、违约救济、权利义务的转让、争议解决等。在争端解决方面，该指南规定，当事人可以协商采用东道国法律允许的争端解决方式。在准据法方面，原则上应适用土地所在地法律（东道国法律）。对于合同的实体问题也可以由当事人选择所适用的法律。在当事人没有选择时，主要适用东道国法律和有关国际法。如果当事人没有选择法院地或没有仲裁条款，一方当事人可以诉诸东道国法院。指南鼓励当事人采用非司法争端解决方式，包括专家调解、和解、仲裁等。在用尽当地救济的情况下，投资者可以寻求国际法庭救济。

（三）国际统一私法协会银行债权有效执行项目

国际统一私法协会与美国法学会联合制定的《跨国民事诉讼原则》虽然取得了成功，但该原则主要适用于一审程序，并未涉及判决执行问题。国际统一私法协会理事会已将国际民事诉讼中的判决（裁决）承认机制问题列入 2017—2019 三年规划（低优先级别），并委托德国弗莱堡大学斯图尔纳（Rolf Stürner）教授进行了一项前期研究。值得注意的是，该项目与海牙判决项目不同，其目的不是为了规范对外国法院判决的承认与执行，而是致力于为各国国内法中的执行程序提供一个示范标准，从而降低债权跨国执行中的法律障碍。

（四）国际统一私法协会《再保险合同法通则》正式公布

2016 年 12 月 1 日，国际统一私法协会接受了理事会的建议，将“再保险合同法原则”项目列入 2017—2019 三年规划低优先级项目。该项目在瑞士、德国和奥地利政府基金的资助下顺利于 2019 年完成并正式发布了《再保险合同法通则》（以下简称 PRICL）。该通则是国际统一私法协会《国际商事合同通则》（以下简称 PICC）的特别法（PRICL 第 1.1.2 条），目的是为国际再保险市场提供统一的再保险合同法规则。与 PICC 一样，PRICL 也属于软法，其适用的前提是“再保险合同当事人在合同中约定适用本通则”（第 1.1.1 条）。选择可以是明示，也可以是默示。当事人可以选择将通则作为合同准据法，也可以将通则并入合同，也可以在将选择某国法律作为合同准据法的同时将通则并入合同。一旦当事人作出此种选择，本通则均优先适用。但当事人可以约定排除 PRICL 某些条款。PRICL 也不限制国内法和国际法上的强制性规范的优先适用。

在未来的三年，工作组还将进一步完善 PRICL 的内容，增加背靠背风险、非合同义务和时效期间等规则。

八 家事与继承的国际私法问题

（一）德国法院涉华继承案

德国法兰克福高等法院在 2020 年 9 月 14 日的一起案件中运用反致制度适用了中国国际私法，并最终适用了中国婚姻法和继承法。该案还涉及到中国婚姻法上的共同财产制与德国《民法典》中夫妻财产增加额均衡制之间的协调问题，非常值得研究。该案中，被继承人为德国人，于 2017 年在中国死亡。原告是被继承人与前女友的女儿，被告是中国人，是被继承人的现妻。被继承人从 2004 年起长期居住在中国，只在节假日短期返回德国。被继承人于 2007 年在德国购买一套房屋。

被继承人与被告于 2014 年在德国结婚，婚后一直共同居住在中国直到去世。原告认为被继承人的经常居所地位于德国，因此要求按照德国法律继承死者二分之一的动产遗产和四分之三的不动产遗产。被告则认为夫妻共同经常居所地位于中国，因此应适用中国继承法律，根据中国法律，原告和被告应平分遗产。一审法院支持了被告观点，根据中国继承法判决双方各自继承一半遗产。原告上诉认为，对于位于德国境内的不动产遗产，应适用德国法律，自己有权继承四分之三份额。

上诉法院认为，根据 2012 年欧盟《继承条例》第 21 条之规定，继承应适用死者死亡时经常居所地法律。对于死者死亡时经常居所地的判断，法院花了十几页篇幅进行了详细论证，最后认定为中国，因此应适用中国法律。同时，《继承条例》第 34 条规定：“由本条例指定的任何第三国法律的适用应指在该国生效的法律规则的适用，包括其国际私法规则。”此时，应首先适用中国《涉外民事关系法律适用法》。根据该法第 31 条：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”对于本案所涉动产之继承，应适用中国实体法；而对于本案所涉不动产遗产之继承，则应反致适用不动产所在地法律，即德国法律。根据德国《民法典》第 1922 条和第 1931 条，原告可以获得四分之三的不动产遗产。

此案还有一个先决问题，即被告与被继承人的婚姻财产制。婚姻财产制根据德国《民法典施行法》第 15 条应适用婚姻缔结时支配婚姻一般效力的法律。而根据该法第 14 条第 1 款第 3 项，支配婚姻一般效力的法律是与其联系最密切的法律，本案中应当是中国法律。再根据《民法典施行法》第 4 条之规定，“如果一个国家的法律被援用，则该国的国际私法也应被适用，除非这违背法律适用的意义。如果其他国家的法律反致德国法律，则适用德国的实体规范”，因此本案应适用中国《涉外民事关系法律适用法》第 24 条，该条规定：

“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”鉴于当事人没有协议选择，因此应当适用双方共同经常居所地法律。此时，应当如何判断双方当事人的共同经常居所？法院认为，应当按照中国法律解释共同居所。法官援引了张默教授 2011 年发表的一篇介绍中国国际私法立法的论文后认为，鉴于双方当事人于 2014 年结婚前已各自在中国居住多年，双方只是利用假期到德国结婚，婚后又马上返回中国居住，因此双方共同居所地应当在中国。本案夫妻婚姻财产制应当适用中国实体法。根据中国婚姻法，中国采取夫妻婚后财产共同所有制，夫妻婚前财产不属于夫妻共同财产。本案中位于德国境内的不动产属于婚前财产，被告不享有夫妻财产权。被告根据德国《民法典》第 1371 条主张的财产增加额均衡也被法官驳回。

（二）海牙国际私法会议父母身份/代孕项目的新进展

2020 年 10 月 12—16 日，父母身份/代孕项目专家组通过视频方式举行了第七次会议，集中讨论了将来制订一项关于法定父母身份的国际公约以及一项关于国际代孕国际私法议定书的可行性。专家组重点讨论了相关冲突规则草案，包括法定父母身份成立的方式和时间、出生地国作为主要客观连结点、替代性连结点等。专家组还讨论了设立单独一章规定法定父母身份的登记。

2021 年 2 月 15—17 日，专家组通过视频方式举行了第八次会议。专家组认为，由于专家组成员所处的时区问题，视频会议不利于对某些关键问题进行深入讨论，因此有必要举行一次线下会议。鉴于目前的疫情，专家组建议推迟一年（在 2023 年）向总务与政策理事会提交最终报告。

（三）《国际诱拐儿童民事方面的公约》四十周年

2020 年有两项海牙国际私法公约迎来了四十周年纪念日，其中一项是《国际诱拐儿童民事方面的公约》，另一项是《国际司法救助公约》。《国际诱拐儿童民事方面的公约》于 1980 年 10 月 25 日订于海牙，1983 年 12 月 1 日生效，目前已有 100 多个缔约国，分布于世界各大洲，是海牙国际私法会议最成功的公约之一。该公约的目的是确保迅速交还被非法转移至或滞留在任何缔约国境内的儿童，确保在某一缔约国依法享有的监护权或探望权在另一缔约国获得有效尊重。海牙国际私法会议于 2020 年出版了针对该公约第 13 条第(1)款(b)项的最佳实践指南。

九 侵权行为的国际私法问题

（一）跨国公司与人权侵权

1. 联合国人权理事会跨国公司与人权项目

2014 年 6 月 26 日，人权理事会在第 26 届会议上通过了第 26/9 号决议，决定“设立一个跨国公司和其他工商企业与人权的关系问题不限成员名额政府间工作组，其任务是拟订一项具有法律约束力的国际文书，以在国际人权法中对跨国公司和其他工商企业的活动进行监管”。自 2016 年以来，该工作组先后举行了六届会议。在 2018 年 10 月 15—19 日举行的第四届会议上，工作组发布了《在国际人权法中规范跨国公司和其他工商企业活动的具有法律约束力的文书》零号草案以及该文书所附的零号任择议定书草案。文书草案的主要目标载于第 2 条第(1)款(b)项，其重点是作为工商业相关行为受害者的人及其有效诉诸司法和获得补救的机会。草案力求确保消除各国司法方面的许多实际障碍以保护受害者的权利。草案的很多内容都涉及国际私法上的问题，诸如

管辖权、法律适用和司法合作。2020 年 10 月 26—30 日举行的第六届会议通过了第二次修订草案。

中国政府和业界高度重视跨国商业中的人权保障。自法律文书谈判启动以来，中国本着建设性态度参加了全部会议。对于公约草案，中方主张，法律文书应更加务实，有针对性并具有可操作性，符合国际公认的一般法律原则和国际法，争取更广泛的参与和支持。中方认为，修订案文仍然存在不少原则性和方向性问题，还难以成为逐条磋商的基础。法律文书在为受害人提供强有力的救济机制时，应以国际公认的一般法律原则为基础，只有这样才能得到广泛接受。当前案文在这方面的问题比较突出。例如禁止适用“不方便法院原则”与很多国家的国内法直接冲突；“举证责任倒置”不符合“谁主张、谁举证”的证明责任一般原则；要求企业为其商业伙伴的侵犯人权行为承担法律责任，违反了“公司法人责任独立”原则。当前案文对管辖权的规定过于宽泛，没有区分刑事诉讼和民事诉讼，几乎构成“普遍管辖”，使得受害人可以任意选择管辖法院，使跨国公司面临无法预见的被诉风险。关于适用法律的规定，客观上也使受害者可以任意选择适用的法律，这将导致跨国公司在遵守法律时无所适从。

2. 欧盟的新动向

近年来，针对跨国公司提起的跨国人权侵权诉讼层出不穷。随着美国联邦最高法院在一系列案件中不断限缩美国法院对外国跨国公司的管辖权，很多原告开始向欧洲国家法院寻求私法救济。2019 年，英国最高法院在韦丹塔（Vedanta）案中允许英国法院对英国公司海外子公司的侵权行为行使管辖权。2021 年初，英国最高法院在奥克帕比（Okpabi）诉皇家荷兰壳牌石油公司案中再次确立了母公司要对海外子公司的行为承担尽职责任。荷兰海牙法院也在尼日利亚居民起诉壳牌石油公司的案件中作出了同样的裁决。

欧盟 2019 年发布了一项专家报告对该问题进行了研究。欧盟理事会 2020 年 12 月 7 日通过了第 2020/1998 号《关于对严重侵犯和践踏人权行为采取限制性措施的条例》，该条例规定冻结对严重侵犯或践踏人权行为负有责任的自然人或法人、实体或机构以及与其相关的人或机构的资金和经济资源，并禁止向其提供资金和经济资源。该条例适用于以下三类人：第一，对第 2（1）条所述行为负责的自然人或法人、实体或机构；第二，为第 2（1）条所述行为提供资金、技术或物质支持或以其他方式参与的自然人或法人、实体或机构，包括通过规划、指挥、命令、协助、准备、便利或鼓励此类行为；第三，与（a）和（b）项所述自然人或法人、实体或机构有关联的自然人或法人、实体或机构。该条例的地域适用范围包括：（a）在联盟领土内，包括其领空；（b）在成员国管辖下的任何飞机或船只上；（c）在联盟领域内或领域外属于成员国国民的任何自然人；（d）根据成员国法律组建或组成的联盟境内或境外的任何法人、实体或机构；（e）任何法人、实体或机构全部或部分在联盟内实施的任何业务。

2021 年 3 月 22 日和 23 日，欧盟和英国基于谎言和虚假信息，对中国有关个人和实体实施单边制裁。中方对此表示坚决反对和强烈谴责，并决定对欧方和英方严重损害中方主权和利益、恶意传播谎言和虚假信息的有关人员和实体实施反制裁。欧盟和中国的制裁和反制裁措施均属于国际私法中的强制性规范，会对中欧（英）之间的跨国商事合同产生影响。

3. 美国《外国人侵权法》（Alien Tort Statutes）诉讼的新发展

在 2018 年的杰斯纳诉阿拉伯银行案中，美国联邦最高法院以 5 比 4 的结果认为外国公司不能基于《外国人侵权法》被诉。但在雀巢公司案中，美国联邦第九巡回上诉法院却认为被告雀巢公司对国外童工强迫劳动的“资助”行为发生在美国

境内，因此属于《外国人侵权法》的适用范围。2020 年 12 月 1 日，联邦最高法院对该案进行了第一次庭审。联邦最高法院需要解答的两个核心法律问题是：第一，总部在美国的企业对于其境外子公司的不当行为承担失察责任，是否克服了《外国人侵权法》不得域外适用的推定？第二，美国法院是否可以依据《外国人侵权法》对美国国内企业追究民事责任？美国政府应联邦最高法院要求于 2020 年 9 月 8 日提交了一份意见书，全面支持了地区法院的观点而否定了联邦第九巡回上诉法院的观点，认为：第一，被指控的行为发生在美国境外，而《外国人侵权法》不得适用于境外；第二，《外国人侵权法》不适用于对国内企业追究法律责任。2021 年 6 月 17 日，美国联邦最高法院判决撤销联邦第九巡回上诉法院的判决，认为《外国人侵权法》不能域外适用，原告所称的所谓强迫劳动均发生在象牙海岸，不能据此对未在美国境内实施被诉行为的美国企业提起诉讼。

（二）日本福岛核泄漏事故诉讼

在《国际私法国际前沿年度报告（2016—2017）》中，我们曾介绍了美国联邦第九巡回上诉法院 2017 年 6 月 22 日在库伯诉东京电力公司案（Cooper v. Tokyo Elec. Power Co.）中作出裁决驳回了东京电力公司的管辖权抗辩，认为美国法院对该项诉讼具有管辖权。但是在该案的裁决中，美国联邦第九巡回上诉法院也留下了一个“后门”，即允许加州南区联邦地区法院根据该案后续发展进程援引政治问题理论重新考虑是否驳回原告的诉讼请求。

基于这一“后门”，东京电力公司再次请求加州南区联邦地区法院根据国际礼让原则驳回诉讼。2019 年 3 月 4 日，加州南区联邦地区法院作出裁定，支持了东京电力公司的请求。2020 年 5 月 22 日，美国联邦第九巡回上诉法院也维持了该项判决。联邦最高法院也于 2021 年 3 月 29 日驳回了原告的调卷请求。

该案原告是美国在日本的军队服役人员，他们参与了福岛核泄漏事故的救援工作并遭受辐射损害。被告是福岛东京电力公司以及美国通用电气（以下简称 GE）公司，后者是福岛核电站反应堆制造商。

针对 GE 提出的主张驳回原告诉讼请求的申请，美国联邦第九巡回上诉法院重点对法律适用问题进行了分析并认为，本案涉及日本法和加州法之间的真实冲突，而本案中，日本具有更为强烈的利益要求，因此应当优先适用日本法律。有鉴于此，应当驳回原告根据加州法律针对 GE 提起的赔偿请求。

针对东京电力公司的管辖权抗辩，美国联邦第九巡回上诉法院同时进行了法律适用分析和国际礼让分析。美国联邦第九巡回上诉法院认为，针对东京电力公司的损害赔偿请求也存在日本法和加州法之间的真实冲突，而日本法同样具有更强烈的利益，因此根据日本法也应驳回对东京电力公司的请求。就国际礼让而言，美国联邦第九巡回上诉法院认为，日本对于该案在日本法院进行具有更为强烈的利益要求，因此根据国际礼让也应驳回针对东京电力公司的诉讼。

今村诉通用电气公司案（Imamura v. General Electric Company）也是因为福岛核事故产生的诉讼，原告是日本居民，因福岛核反应堆的熔毁而持续性遭受财产损害而在美国马塞诸塞州联邦地区法院起诉 GE，主张 GE 对核反应堆的制造和设计缺陷存在过失，应承担严格责任。地区法院认为日本是更充分和适合的法院，因而基于不方便法院原则驳回诉讼。美国联邦第一巡回上诉法院维持该裁决，也适用利益分析，其中最主要的利益因素是适用日本法的可能性更高。

十 知识产权与国际私法

（一）国际法协会《关于知识产权与国际私法的指南》

国际法协会 (ILA) 第 79 届大会于 2020 年 11 月 29 日至 12 月 13 日在日本京都召开, 会上通过了《关于知识产权与国际私法的指南》(以下简称《京都指南》)。该指南是由来自 20 个国家和地区的 35 位学者历经十年集体合作的产物, 是继美国法学会 2008 年《知识产权冲突法原则》和欧洲马普所 2011 年《知识产权冲突法原则》、日本透明度计划和日韩联合计划之后知识产权国际私法领域的又一项国际软法性质的文件。知识产权的国际私法问题近年来引发了全球广泛关注, 同时也引起了巨大争议。2005 年海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》和 2019 年《判决承认与执行公约》均将知识产权事项排除在外。与美国法学会和马普所的文本相比,《京都指南》的团队来源更广泛, 得到了世界知识产权组织和海牙国际私法会议的大力支持。《京都指南》共 35 条, 分为四章: 一般规定 (第 1—2 条)、管辖权 (第 3—18 条)、准据法 (第 19—31 条) 和判决的承认与执行 (第 32—35 条)。相对于之前的几部软法,《京都指南》更强调传统的属地原则, 在管辖权上对于法院的特别管辖权都施加了地域限制; 在法律适用上坚持请求保护地法原则等。

(二) 《当国际私法遇到知识产权——法官指南》中文版出版

国际私法中存在着知识产权相关问题。国际私法调整跨越国界的私人当事方之间的关系, 在面对知识产权日益增强的流动性和商业交易全球化带来的挑战时, 其变得更加重要。知识产权和国际私法之间的这种交集自然引起了学术界和实务界的密切关注, 因为它提出了一些重要问题, 包括哪个法院具有管辖权, 哪种法律将得以适用以及与外国知识产权相关的判决是否能够得到承认和执行。海牙国际私法会议和世界知识产权组织作为分别涉及国际私法和知识产权的国际组织, 共同认识到解决国际私法和知识产权交集问题的必要性, 特意邀请澳大利亚联邦法院前法官安娜

贝勒·本内特 (Annabelle Bennett) 博士和比利时安特卫普上诉法院和比荷卢法院法官萨姆·格拉纳塔 (Sam Granata) 先生共同撰写了《当国际私法遇到知识产权——法官指南》。研究国际私法或者知识产权法的专家将通过《指南》获得关于这两个领域如何相互交集的可靠概述。《指南》并未自诩详尽论述了所有领域的法律, 而是选取国际、区域性文书以及国内法具体加以阐明国际私法在知识产权事务中的运作情况。

十一 英国脱欧与国际私法

2020 年 12 月 31 日, 英国脱欧过渡期结束, 英国正式脱离欧盟。就在此之前一周, 双方终于达成了一项长达 2000 页的《贸易与合作协议》, 避免了英国的“硬脱欧”。该协议只在第三部分规定了英国脱欧后双方之间的刑事司法合作, 未规定民事司法合作。

原则上, 脱欧之后英国在欧盟法框架下成为“第三国”, 英国与欧盟成员国之间不再适用欧盟现行的国际私法法规, 双方之间的关系演变为国际法上的国家间关系, 取决于国际条约和各国国内法的规定。

就国际条约而言, 英国已于 2020 年 4 月 8 日提出了重新加入《卢加诺公约》的申请, 但是该申请需要得到公约全体缔约方 (包括欧盟) 的批准。瑞士、挪威和爱尔兰已经批准, 最终的结果取决于欧盟的态度。另外, 海牙国际私法会议通过的国际私法公约将在英国和欧盟成员国之间发挥重要作用。对于离婚诉讼, 英国和部分欧盟成员国可以适用《1970 年海牙关于承认离婚和司法别居的公约》。在取消公文认证方面, 英国脱欧后将不再适用欧盟 2016 年第 1191 号条例, 而重新适用海牙《取消认证公约》的规定。对于儿童抚养问题, 英国已准备加入 2007 年《海牙儿童抚养公约》。

欧盟委员会于 2020 年 8 月发布了一份关于英国脱欧后欧盟在民事司法和国际私法领域政策的利益相关方说明, 非常详细地介绍了英国脱欧后

欧盟成员国处理涉及英国的民商事法律问题的政策。

英国方面则于 2020 年颁布了《管辖权、判决和法律适用（修订）（脱欧）条例 2020》，对 2019 年颁布的一系列与脱欧有关的国际私法立法进行了进一步修订，包括《2019 年民事管辖权和判决（修订）（脱欧）条例》、《2019 年合同和非合同之债法律适用（修订）（脱欧）条例》等。英国还颁布了《2020 年国际私法（协议实施）法》，对 2018 年的《民事管辖权和判决（海牙 2005 年法院选择协议公约）（脱欧）条例》进行了修订。在司法协助方面，英国颁布了 2020 年《民事、刑事和家庭司法（修订）（脱欧）条例》，对脱欧后的域外司法文书送达和取证等问题进行了重新规定。值得注意的是，英国脱欧之后不再适用欧盟《执行令条例》《支付令条例》和《小额诉讼程序条例》，欧盟成员国发出的这类命令将不能在英国得到承认和执行，当事人必须向英国相关法院另行提起诉讼。在跨国破产领域，英国脱欧后将不再适用 2015 年《欧盟破产条例》。另外需要说明的是，英国脱欧对于欧盟《罗马第一条例》和《罗马第二条例》的影响不大，因为这两个条例具有普遍性质，不取决于合同准据法所属国是否欧盟成员国，因此，即使英国脱欧后，在涉及英国的案件中，欧盟成员国仍然继续依照该公约确定合同和非合同之债的准据法。英国也通过《2019

年合同和非合同之债法律适用（修订）（脱欧）条例》将这两个条例的内容转化成了英国国内法。

总结与展望

2020 年的新冠疫情给世界带来了前所未有的挑战，同时也让全世界更加认识到国际私法的重要性。正如海牙国际私法会议在其 2020 年度报告中所说，在一个越来越复杂、越来越互联的世界，国际私法越来越发挥着“指路明星”（guiding star）的作用。本年度，有三个国家新加入海牙国际私法会议，使该组织成员国达到 88 个。有 13 个国家（包括几个非成员国）加入了海牙国际私法会议通过的多项公约。国际统一私法协会、联合国贸法会等国际组织的立法工作并未受到疫情冲击，反而取得了丰硕成果。这充分表明各国对国际组织的热情并未降低。大多数国家都希望继续通过国际合作解决法律纠纷，而不是动辄诉诸于单边主义制裁。

人工智能、大数据、区块链、生物制药等新兴技术在全球大疫情背景下得到了飞速发展，带来了新的国际私法研究课题。气候变化、生物多样性丧失、荒漠化加剧、极端气候事件频发、各种病毒疫情频发，给人类生存和发展带来严峻挑战，也触发了人们对全球治理体系的深刻反思，国际私法在这些领域也在逐渐发挥不可替代的作用。中国国际私法理论界和实务部门也应当在全球治理体系变革中发挥大国司法应有的担当和角色。

顾冷涓：破坏军婚罪实质出罪渠道构建之研究

原创：2021-08-05 上海市法学会 东方法学 顾冷涓

<https://mp.weixin.qq.com/s/X0sPUPEbQ7Ffh3ceV0GiuQ>

顾冷涓 东南大学法学院硕士研究生。

内容摘要：为了解决因军人与配偶长期分居而易导致他人介入军婚的现实情况，考虑稳定军

心的政治需要，刑法通过破坏军婚罪对军婚进行特别保护。在严厉打击无赖之徒介入军婚的政策要求下，司法实践对行为人与军人配偶发展不正

当关系的行为极力“入罪化”，再加上破坏军婚罪难以适用刑法第13条但书这一出罪条款和法定出罪事由的客观情况，被告人的行为难以出罪。通过对2013年以来裁判文书网上的案例进行分析，破坏军婚罪出罪渠道的构建应当通过保障民事法律对于被告人的适用，以及坚守限缩解释立场两个方面进行。

关键词：破坏军婚罪 实质出罪 罪刑法定原则 限缩解释

一、问题提出：由公安局大队长破坏军婚案引入

（一）案件介绍

破坏军婚罪是针对现役军人保家卫国，与配偶大多两地分居的现实情况，为打击他人趁机介入军人婚姻，破坏军人婚姻而设立的特殊罪名。其中一典型案例即为“公安局大队长破坏军婚案”。此案情为：王某学系太湖县公安局原国保大队大队长，自2012年认识了张某某后，与其发展成为情人关系。尽管王某学明知张某某为现役军人妻子，仍与其维持不正当关系，并使张某某诞下一子，后于2019年投案自首。最终法院考虑王某学存在自首的法定减轻处罚情节，判处王某学有期徒刑一年二个月。

（二）破坏军婚罪的学理与实践分析

根据刑法第259条的规定，明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役。从文义解释的角度考虑，破坏军婚罪构成要件包括：（1）从主体要件上讲：被告人应当是现役军人，因此不包括非现役或者在军队机关或者部队中工作但无军籍的人员；（2）从行为构成要件要素上讲：被告人应当知道对方为现役军人配偶，并且与现役军人的配偶保持不正当关系的行为应当能够构成“同居或者结婚”；

（3）从主观构成要件要素上讲：被告人明知或者

应当知道对方为军人配偶，而仍与之发生不正当关系。

根据裁判文书网上的数据，从2013年起，法院判决被告人构成破坏军婚罪的一、二审刑事案件共52件，其中（1）认定被告人与现役军人配偶同居或者结婚的案件为39件（其中3件为简易程序审理，只写明构成同居，但无具体案情），其中多次短时间共同居住的案件有11件，行为人与军人配偶多次发生性关系的案件有1例；（2）因被告人与现役军人的配偶生子认定构成同居的为13件，其中有7件为军人配偶与犯罪人同居并生子；6件为军人配偶与犯罪人未同居，但长期保持不正当两性关系即长期通奸，二人生育了共同的小孩。根据罪刑法定原则的要求，法院判定被告人的行为是否构成破坏军婚罪，应当以“同居或者结婚”为限，通奸或者长期通奸的行为不应当纳入破坏军婚罪的构成要件范围。但通过对裁判文书网案例的分析，不难看出切实存在法院根据“被告人与犯罪嫌疑人长期通奸或者因此生育一子”的情形认定被告人构成破坏军婚罪的情形。

从判例出发，司法实践认为破坏军婚罪的同居是指犯罪人与军人配偶长期共同生活、在一段时间内共同生活或者多次短时间共同生活，居住地点或在一方家内、或出租房、或宾馆。换言之，只要行为人与军人配偶存在共同居住的情形，行为人的行为即在司法实践中被认定为同居，而不论二者共同居住的时间长短和目的。回归案例，王某学的行为是否构成破坏军婚罪，其关键就在于是否符合法律规定的“同居或者结婚”。王某学在明知张某某为现役军人妻子的情况下，仍保持不正当关系，与之同吃住，共同生育一子。根据司法实践中认定“同居”的要求，王某学的行为当然的构成同居而不是长期通奸，自然符合破坏军婚罪的行为要件。那么司法实践所适用的认定要件是否合理呢？本着刑法谦抑性的思想，当下司法实践显现出的入罪倾向并不可取，应当规制

破坏军婚罪行为要件的边界范围，为破坏军婚罪构建畅通的出罪渠道。

二、我国破坏军婚罪出、入罪事由的认定现状

（一）当前我国法定出罪事由难以适用

刑法第13条但书规定：情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。因此，适用刑法第13条出罪要求符合“情节显著轻微”以及“危害不大”这两个方面的要求。刑法第13条但书作为最为主要的出罪事由，其在实践中的接受度也越来越高。这一方面是由于“学术界对‘但书’出罪功能的确认从某种意义上消除了实务部门适用‘但书’进行出罪的理论障碍”，另一方面，则是“但书”可以使得法官在罪刑法定的范围之内得以充分行使自身的自由裁量权以平衡个案正义。在刑法第13条但书之外，我国法定的两大出罪事由即为“紧急避险”和“正当防卫”。尽管近些年“于欢案”“昆山反杀案”的发生，使得我国司法实践从结果无价值开始走向行为无价值，逐步放宽正当防卫、紧急避险的适用范围，但其本身的适用范围仍然有限。

破坏军婚罪案件当然无法通过适用“正当防卫”与“紧急避险”以出罪，而第13条但书的规定往往同样难以适用。在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，常常适用刑法第13条但书规定而判定为无罪的案件为故意伤害案件。故意伤害罪作为实害犯，危害结果大小往往能够直接观察到，通过伤情鉴定，被害人受的是轻微伤或是轻伤为判断案情是否“显著轻微”，是否“危害不大”提供较为清晰的标准。但同在一章的破坏军婚罪与之不同，作为伦理性极强的罪名，很难提供清晰标准认定其符合刑法第13条但书的规定。从案例来说，王某学与军人配偶长期保持不正当关系，并使其生下一子的行为，切实导致了军人配偶与军人离婚的结果（感情破裂的象征），从而认定其案情并不显著轻微，存在一定危害性。

只是王某学存在自首这一法定减轻处罚情节，从而在量刑上予以轻判。但是，难道行为人没有与军人配偶生下孩子，没有导致军人离婚，就属于刑法第13条但书规定的情形了吗？恐怕不是。

根据以上分析，对于破坏军婚罪而言，我国刑法目前规定的法定出罪事由基本上形同虚设，并不存在畅通适用的现实条件。这也使得除了证据不足所导致的败诉之外，被害人只要起诉行为人为人构成破坏军婚罪，往往“一告一个准”。事实上，在司法实践中，未判决被告人构成破坏军婚罪的情形，基本上是由于被害人自诉但证据不足，在法律上无法认清事实。

（二）行为构成要件要素司法认定突破罪刑法定原则

根据第一部分对裁判文书网上破坏军婚罪判决的分析，构成破坏军婚罪的行为类型主要包括三种，分别为：结婚型、同居型和长期通奸型。具体情形为：

1. 结婚型是指被告人以欺诈等手段与军人配偶领取结婚证件，或者与军人配偶以夫妻名义长期共同生活，居住于一方的家或者出租房中，包括生育子女的情形。由此可见，结婚型包括法定婚姻以及事实婚姻。当然在司法实践中，并没有法定婚姻的情况，都为事实婚姻。

2. 同居型是指被告人与军人配偶不以夫妻名义而共同居住一方家、出租房中，甚至包括宾馆之中，同样包含生育子女的情形。其中，同居型包括长时间的同居和多次短时间同居。根据裁判案例，被告人多次约军人配偶出门游玩，分别在游玩地宾馆共同居住数日至十数日不等，并在宾馆内发生不正当关系。法院同样认定此种情况为符合破坏军婚罪中“同居”的情形。此外，被告人多次与军人配偶至宾馆发生性关系并居住一两晚的情形也在某些司法裁判中构成“同居”。

3. 长期通奸型是指被告人与军人配偶长期保持不正当关系，但并未共同生活，主要包括被告

人与军人配偶长期进行性行为，保持不正当关系，证据确凿的情形，以及多次进行性行为，致使军人配偶怀孕的情形。

以上即为司法实践中认定行为人的行为构成破坏军婚罪的所有情形。从同居型和长期通奸型的破坏军婚罪的情形上看，不难看出其极力扩张了“同居”的法定内涵，将长期通奸也纳入其中。从实质意义上说，破坏军婚罪成为与重婚罪不同的，惩处通奸行为的犯罪。

我国刑法的机能包括社会保护机能和人权保障机能，“刑法的社会保护机能源于刑法惩罚性之本质，刑法的人权保障机能则源于罪刑法定原则”。而司法实践极力扩张破坏军婚罪行为要件的做法，目的在于“惩罚犯罪，保护人民”，其所体现的显然是实现刑法的社会保障机能倾向性。相对应的，刑法的人权保障机能在该罪名的适用中被忽视，罪刑法定原则也在实践中被突破。具体分析如下：根据罪刑法定原则的形式内涵要求，法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，应当对法律条文的含义进行字面意义上解读，禁止超过构成要件性质范围的类推解释。这一方面固然是入罪标准，另一方面也称为人民自由权利的保证书，根本目的在于限制国家刑罚权的滥用，保护弱小的个人。从文义解释的角度出发，新华字典对于两性关系的“同居”的解释是指：夫妻共同生活。那么何为共同生活？这不仅仅是同吃住，更要求长时间的、稳定的共同经营双方的关系，经济财产不分你我。因此，尽管长时间保持不正当的关系，但仅是间断性的、多次的通奸行为应当不属于这种“共同生活”的同居。那么，有人认为，应当对军婚进行倾斜性保护，这是符合我国具体国情，平衡双方权利义务后的产物，扩大破坏军婚罪的惩罚范围，可以有效威慑无赖之徒趁机介入军人婚姻，保障军人婚姻在长期两地分居的情况下仍能维持。但是如果仅仅为了达到威慑宵小的结果，就一味扩张破坏军婚罪的适用范围，无疑是让该罪名陷入了法律虚无主义的深

渊，法官的自由裁量权难以得到有效限制，法律条文的规定也失去了其本身的意义。用刑法进行对军人婚姻进行管理，不仅在此方面加强了刑法在整个法秩序中的作用，而且也突破了实质意义的罪刑法定原则的要求。

在形式的罪刑法定之外，实质的罪名法定更加要求：“刑法规范在内容上必须符合公平、正义之理念；必须考虑民主和社会原则，强调个人利益对社会利益的服从；在传统形式的人权保障基础之上，更加强调实质的人权保障”；在内容上，包括刑罚法规的适当原则与明确性原则。从本质上讲，实质的罪刑法定原则就是从可罚性角度考虑，需认定的行为其对法益的侵害是否应当受到刑法处罚。对于破坏军婚罪来说，其所保护的法益是现役军人的婚姻关系。根据前述分析，不难得出：从学理上讲，很难根据被害人的行为情形和结果简单判断出行为人的行为对现役军人的婚姻关系的危害性，行为人的介入婚姻的行为导致现役军人离婚也并不必然应当受到刑法的处罚。但是，司法实践中破坏军婚的行为导致现役军人与配偶离婚，只要证据充分能够证明被告人存在介入现役军人婚姻的行为，无一例外都对被告人以破坏军婚罪定罪，并根据案件情节轻罪和法定量刑情节，对被告人进行刑罚处罚，而对现役军人配偶则再根据婚姻家庭法的规定追究民事责任。司法实践的做法无疑使婚姻家庭法有关离婚的规定对行为人无法适用，跳过了民事责任而直接对行为人追究刑事责任，这无疑违反了部门法之间的法秩序。同样，这也使得一些不具备刑罚可罚性而应当由民法予以规制的行为人的行为纳入了刑法的规制范围，当然的违反了以行为侵害的法益是否具备刑罚可罚性为判断本质的实质意义的罪刑法定原则。

对于结婚型的破坏军婚罪的情形，司法实践是将结婚扩张为以欺诈的手段实现法定结婚以及事实婚姻，此做法是合法且合理的。在实践中，行为人通过欺诈手段与军人配偶结成法定夫妻的可

能性微乎其微,从 2013 年以来裁判文书网上的有关案例,尚未有一例属于此种情况,皆为以夫妻名义共同生活而形成的事实婚姻。那么,将事实婚姻纳入破坏军婚罪的结婚型是否违反了罪刑法定原则的要求呢?事实婚姻本身就是比“同居”情节上更为严重的一种情形,以夫妻名义共同长期生活,经济财产不分你我,生活互相照料,对军人婚姻的破坏是不言而喻的。入罪举轻以明重,在以欺诈手段实现法定婚姻的情况基本不存在的情况下,作为情节最为严重的事实婚姻,如果其都不具备刑罚的可罚性,那同居的情形更不应该纳入破坏军婚罪惩治的范围。因此,将事实婚姻纳入破坏军婚罪的做法并无错处。此外,从我国婚姻传统考虑,事实婚姻也没有超出“结婚”这个词通常使用的字面含义。因此,以事实婚姻作为破坏军婚罪的结婚型并没有违反罪刑法定原则的规定,是合法、合理的。

(三) 其他构成要件要素认定呈扩张趋势

现役军人特指正在中国人民解放军或中国人民武装警察部队服役并持有军籍的人员,从字面分析,包括“现役”和“军人”两方面要求。所谓“现役”,即军人的资格和身份的时间限定为自被批准入伍之日起至被批准退役、离休、退休、除名、开除军籍之日止。所谓军人,即指其享有军籍,从而排除以下人员:在军队机关或部队工作,但无军籍的人员,包括但不限于干部、专职人民武装干部、工勤人员、预备役军官、职工、士兵、正在被劳动教养或服刑的未开除军籍的现役军人。不属于现役的军人和不享有军籍的人员的婚姻不属于军人婚姻,自然不适用破坏军婚罪。那么对于下面这一情形应当如何认定呢?被害人在入伍期间,行为人与军人配偶相识并逐步发展成为情人关系。被害人退伍后,行为人与军人配偶分手,但后又秘密同居,被被害人发现而起诉。

司法实践中存在类似的真实案例,法院判决行为人构成破坏军婚罪,并判处了相应的刑罚。

因此,从中可以看出,如果行为人与军人配偶从被害人入伍期间延续到退伍之后持续保持不正当关系或者间断的发生不正当关系,仍然认定其构成破坏军婚罪,这实际上是将退伍后的军人视为现役军人。此外,根据裁判文书网案例的分析,被告人常常以被害人入伍期间,其并不知道对方为军人配偶,一直到军人退伍后方知晓为由进行抗辩。那么,在不正当关系延续的情况下,被害人退伍后能否视为“现役军人”,被告人的上述抗辩能否支持呢?应当分情况来进行分析:

1. 行为人与军人配偶从被害人入伍期间至退伍无间断的、一直保持不正当关系。在这种情况下,应当根据整体性评价的方法,对行为人的行为从被害人入伍期间的介入军人婚姻的行为开始评价,一直到被害人控告行为人破坏军婚时为止。此时被害人能够作为“现役军人”来进行认定,被害人的主张并不能够支持。

2. 行为人与军人配偶在被害人入伍期间开始发生不正当关系,后分手,在被害人退伍后又秘密同居。对于这种情况,两段关系应当作为两个行为分别评价。

(1) 在被害人入伍期间,被害人当然的具备“现役军人”这一身份要件。此时,如果有证据表明行为人并不知道对方为军人配偶,则不具备构成破坏军婚罪的主观构成要件,不应当以破坏军婚罪定罪处罚。但如果行为人明知或者应当知道对方为军人配偶,则具备相应的主观构成要件,以破坏军婚罪评价。

(2) 在被害人退伍后,行为人又与其配偶秘密同居。此时,作为另一单独的行为,被害人不应再视为“现役军人”。不存在必要的身份要件,自然不能再以破坏军婚罪来评价被害人退伍后,行为人与其配偶秘密同居的行为,而应当以重婚罪来进行评价。刑法第 258 条重婚罪规定:有配偶而重婚的,或者明知他人有配偶而与之结婚的,处 2 年以下有期徒刑或者拘役。根据刑法有关重婚罪的规定,行为人的行为需要达到可评价为

“结婚”的程度，排除了破坏军婚罪中“同居”的构成要件情形，行为危害性程度要求更高。并且在这种情况下，行为人的主观构成要件不再是明知对方为军人的配偶，而是明知对方有配偶。如果行为人明知对方为退役军人配偶，且以夫妻名义共同生活，则以重婚罪进行评价。如果仅为秘密同居，则无法构成重婚罪。此时，应当以民法典有关婚姻家庭的相关规定予以规制。需要认识到的是，与重婚罪相比，破坏军婚罪将“同居”纳入构成要件的范围，规定更高、更严格的法定刑，是出于军婚中存在长期两地分居等的容易导致婚姻不稳定的现实情况以及稳定军心等政治因素的考虑。在被害人退伍后，此类现实因素和政治因素已不存在，对于之后再发生的退伍军人配偶与他人发生不正当关系的情形，应当进行全新的衡量，否则是对破坏军婚罪的立法精神的阳奉阴违。同时，司法者应当认识到并且承认刑法的局限性，不能期待最大限度地用刑法对介入军婚的行为进行惩治，摆脱重刑主义思想，走向轻刑化、无罪化思想是建设我国法治必然的思维转型。

综上，当前司法实践中破坏军婚罪的入罪认定倾向严重，法院最大限度地扩张破坏军婚罪各构成要件要素的适用范围，但立法与司法又缺乏相应有效的出罪事由。这不仅使得破坏军婚罪排除了民事责任，成为被告人的唯一归宿，也使得司法实践与刑法谦抑性思想相悖，不利于刑法的公民权利保障机能的发挥。因此，改变当前入罪化倾向，重视并加强为破坏军婚罪构建有效、畅通的出罪机制的研究对规范此罪的适用发展极其重要。

三、破坏军婚罪实质出罪渠道之构建

“实质的犯罪论认为：对某种行为成立的判断不可避免地含有实质的内容，英国从处罚必要性和合理性的角度甄别值得处罚的权益侵害行为，相应的，对刑罚法规和构成要件的解释也应该从这种角度进行。”前述分析已经表明对于破坏军

婚罪，实践中无法通过刑法第 13 条但书的规定以及两大法定出罪事由，明确地将某些行为出罪化。那么，为了构建破坏军婚罪的出罪机制，应当在实质犯罪论的指导下，循着适用该罪名的定罪思路来逐环节进行探寻，通过对行为人行为的权益侵害程度进行刑罚可罚性判断，以及对破坏军婚罪构成要件进行实质解释，来构建破坏军婚罪的出罪渠道。

（一）定罪的前提：是否应当适用刑法

刑法作为最严厉的法律，“刑罚作为国家对犯罪行为的否定评价与对犯罪人的谴责的一种最严厉的形式，当然地对犯罪人具有身体的、精神的、财产的剥夺性、限制性痛苦。”因此，对待严苛的刑法，应当秉持刑法谦抑性的态度，即刑法不理睬琐细之事，只有在其他法律部门不足以制止某种危害社会的行为时才需要动用刑法，也即刑法需要保持谦虚抑制的姿态。在法秩序之中，刑法与其他部门法的关系并非完全的对立排斥或独立，而是可以形象地理解为位阶关系，其他部门法是低位阶，而刑法是高位阶，当低位阶的法律无法处理案件时，则层层往上，动用最高位阶的刑法。但破坏军婚罪的入罪化的倾向致使被告人都直接能够以破坏军婚罪定罪处罚，使得新出台的民法典关于婚姻家庭的规定毫无用武之地。这种排除民事法律在被告人身上适用的做法，在一定程度上导致了部门法之间法律秩序的混乱。对于高位阶的刑法，立法与实践应当限制其适用的范围，其所处罚的侵害权益行为的范围应当要窄于民法所追究的行为范围。具体应用到该罪中，可以借鉴民法中有关“同居”“结婚”的含义的解读来界定该罪行为要件的适用范围。首先类比民法典的有关规定划定宽于其实际内涵的外延，再实质的将不值得刑法处罚的行为排除到犯罪圈之外，即所谓实质出罪。

民法典第 1079 条规定，存在“重婚或者与他人同居”的情形，双方当事人诉讼离婚，调解无效的，应当准予离婚；并且第 1091 条还规定因为

“与他人同居”或者“重婚”而导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。尽管其删去了原本婚姻家庭法规定的“重婚或者有配偶者与他人同居”中“有配偶者”这个限制条件，但并没有因此改变此条原本的适用范围和相关立法精神，仅是为了用语的精炼。那么，延续民法理论通说和实践经验对于“重婚”和“同居”内涵的解读，“重婚”应当包括法定的重婚与事实上的重婚，即存在事实婚姻“；同居”则是双方当事人不以夫妻名义持续地、稳定地共同居住。其中，强调“同居”应当是“持续地、稳定地共同居住”，将通奸行为排除出去，实际上是有节制地适用法律的体现，并不“贪婪”的将所有违反道德、伦理的行为接纳入民法典的规制范围。那么作为更为严厉的刑法，其适用难道不应当比民法典所规定的更加“节制”，更加“保守”吗？因此，对“行为人与军人配偶仅存在多次通奸的行为，或者多在一方住所、出租房或者宾馆中短时间共同居住”的行为，应当将其排除在犯罪构成要件之外，进行出罪。此外，又如行为人不知对方为军人配偶并与其已经分手，在军人退伍后，又重新发生不正当关系，影响退伍军人婚姻，但尚不满足重婚罪构成要件的情形。对此情形，应当对其适用民法典的有关规定，追究民事责任，可以根据民法典第 1183 条有关精神损害赔偿的条款及其他规定，请求行为人进行精神损害赔偿、赔礼道歉等等。引入对被告人的民事规制，更加有节制地适用刑法，不仅使得行为人的行为与其实际承担的制裁严厉程度相适应，民法典的有关规定不再形同虚设，为某些行为人行行为开辟出罪的渠道，从而建立起多元化的责任机制，实现了人权保障的刑法目的，而且有效协调了民法与刑法之间的关系，使得部门法之间的法秩序归为统一。

（二）法律适用：限缩解释立场的坚守

第二部分已经提出，司法实践对于破坏军婚罪的各项构成要件的解释采取的是扩张解释的态度，例如：在某些情形下，将退役后军人也视为“现役军人”；将长期通奸的情形也解释为法律

意义上的“同居”。在司法实践中，这种对于破坏军婚罪的构成要件采取扩张解释，从而方便将行为人的行为入罪的倾向，以及我国刑法明确规定的法定出罪事由难以适用于破坏军婚罪的客观情况，共同导致了破坏军婚罪“入罪容易、出罪难”的司法实践特征。那么为了解决破坏军婚罪“出罪难”的问题，应当改变原本采取的对各项构成要件要素扩张解释的方法，转而采取限缩解释立场，通过实质解释，实现实质出罪。

实质解释是对犯罪构成要件的解释，强调严格控制解释的尺度，以具备达到值得刑罚处罚的法益侵害性作为构成客观违法构成要件的条件，同时只有具备值得刑罚处罚的非难可能性才能认定其符合主观有责构成要件。为了通过实质解释实现实质出罪，应当秉持限缩解释立场。限缩解释立场要求：首先其解释结果符合文义解释的要求，这也是形式的罪刑法定原则的要求，从而使得构成要件的范围不会超越刑法对于该罪名的明文规定；之后将某些侵害法益的程度不值得处以刑罚处罚的行为人的行为，主观不具备刑罚处罚的非难可能性的行为人进行出罪，实现实质的罪刑法定。唯有站在限缩解释的立场，才能使得破坏军婚罪的构成要件要素的内涵与范围符合形式的与实质的罪刑法定原则的要求，达成刑法的形式合理性与实质合理性的协调。但是需要认识到的是，在形式合理性与实质合理性的关系上，形式合理性作为法律的首要且基本的形式特征，是第一位的，只能在坚持形式合理性的前提下追求实质合理性。因此将这两个概念对应到刑法解释学的范畴，就是应当将文义解释方法放在解释构成要件要素所采用的方法的首要位置；在此前提之下，进行行为的实质出罪，从而实现该罪名的实质合理性，并且这又反过来保障罪刑法定原则所体现的形式合理性在犯罪圈内得以充分实现。

那么，采取这种刑法解释方式对破坏军婚罪的构成要件进行解释，实际上是分两次将不应当以破坏军婚罪的行为排除出犯罪圈：首先根据文义解释，将某些不符合法律条文字面含义的行为排除出去；之后将某些不具备严重的法益侵害性，

可罚性程度尚未达到应当以刑罚方法予以惩治的程度的行为以及不符合该罪名立法目的的行为再次排除出去。此时破坏军婚罪的各项构成要件的具体范围如下:

1. 主体要件:

“现役军人”的覆盖范围,正如前述所分析的,从文义解释角度考虑,是指正在部队或武装警察部队服役并持有军籍的人员,只有现役的、拥有军籍的部队人员才能认定为现役军人。此时,就将退役的或者不拥有军籍的部队人员排除到破坏军婚罪的保护范围之外。而对于军人退役后发现行为人与其配偶存在不正当关系而控告行为人构成破坏军婚罪的特殊情形,能否将此时退役的军人视为“现役军人”?具体认定情形在第二部分已经有过详细探讨。其中,对于“行为人与军人配偶已经分手后,又与军人配偶在军人退伍后重新发生不正当关系”的行为,应当将其看作与前行为相分离的新行为进行判断。那么仅就这部分事实分析,军人已经退伍,自然不应当再视为“现役军人”。进一步分析,此时更不存在“军婚”,行为人行为侵害的法益也不再是破坏军婚罪所保护的。因此,即使其行为危害性程度应当用刑法予以追究,也只应当在重婚罪定罪,而并非破坏军婚罪。

2. 行为人主观要件:

破坏军婚罪的构成要件要求行为人主观上明知对方为现役军人配偶,仍与之同居或者结婚。这里我们讨论的行为人的“明知”和“不知道”都作为已证实的事实来使用。那么,根据对裁判文书网上案例的分析,司法实践中行为人的主观要件影响能否以该罪名定罪的一个特殊情况为:行为人在被害人退伍之后方明知对方为军人配偶。在这一情形中,能否用破坏军婚罪来评价行为人的行为呢?这同样需要分情况进行探讨,具体的探讨同样在第二部分进行了详述,也就不再重复探讨。其中,根据文义解释,首先排除了在军人入伍期间,行为人不知道而与对方妻子存在不正当

关系的行为;对于行为人在军人退伍后方知晓对方为军人配偶,但从入伍期间到退伍后、受到控告前无间断的、一直与军人配偶同居或结婚的情形,其法益侵害性实质上与从一开始就知道对方为军人配偶一样,也就无法实质的出罪。

3. 行为人行要件:

司法实践中认定为符合破坏军婚罪行为要件的行为类型主要有:结婚型、同居型以及长期通奸型。同居型的行为包括“多次短时间同居”的情形。长期通奸型大多都为长期通奸导致军人配偶生子的情形,只有1例仅为存在长期通奸的情况,并且此案判决被告人缓刑。刑法第259条该罪行为条件的规定为“:同居或者结婚”。那么,该罪规定的同居与结婚的边界又何在呢?通过文义解释,首先可以将长期通奸型的行为进行出罪;之后根据对“同居”内涵的实质解释,即被告人与军人配偶稳定地、较长时间的共同居住,对于行为人为了进行性行为而与军人配偶多次、短期的在宾馆、一方住所同吃住的“同居”行为,应当出罪。

综上,对于无法适用刑法第13条但书规定以及两大法定出罪事由的破坏军婚罪,其理应采取的出罪机制为:在判断是否应当定罪时,应当本着刑法谦抑的态度,充分考虑民事法律的适用;在解释破坏军婚罪各个构成要件时,应当转而走向限缩解释的立场,保障行为的实质出罪。

两地分居带来的婚姻不稳定性以及稳定军心的政治需要,使得军婚从普通婚姻中凸显出来成为刑法特别保护的对象,也理应采取更为严格的刑法保护措施。但难道为了实现“打击破坏军婚、维护军人婚姻关系”的刑事立法目的,就能够在司法中跳过民事责任的判断,皆对行为人进行严厉的刑罚惩罚;就能够为了使刑事司法涵盖更多的破坏军婚的行为类型,倾向性的使用扩张解释进行法律适用吗?这种做法实际上是在站在功利主义、实用主义的立场,为了快速实现对破坏军婚行为的打击而采取的,忽视刑法本身人权保障目的与精神的,“大跃进”式的非理性行为。需

要认识到的是，相比于重婚罪的法律规定，破坏军婚罪已经加入了“同居”这一种更为广泛的行为，并且将法定最高刑从二年以下有期徒刑提高至三年以下有期徒刑。可以说，在立法上，为了保护更易受到侵害的军婚，已经采取了比保护普通婚姻更为严厉的刑事制裁措施。那么，作为应当站在坚守刑法谦抑性立场的法律人，又何必“得寸进尺”的在司法实践中更严厉的、更“激进”地适用破坏军婚罪这项罪名呢？

由此，司法应当转变“入罪化”思维，根据该罪的特点构建其出罪机制。那么，首先在判断是否应当适用刑法这个追究刑事责任的前提性问题来源：《上海法学研究》集刊 2020 年第 19 卷（东南大学文丛）。转引转载请注明出处。

时，应当充分“尊重”民事责任的适用范围，界定清楚刑法中该罪名与民法典中有关婚姻家庭规定之间的适用界限，不可越过低位阶的法律直接寻求高位阶法律的“帮助”，从而保障部门法之间法秩序的协调与统一。其次，在具体法律适用中，应当摒弃扩张解释的方法，转向限缩解释立场。在坚持形式的罪刑法定的前提下，对行为人为行为造成的法益侵害是否具备刑事可罚性进行实质判断，从而将不值得刑事处罚的行为出罪。通过这两个环节的把控，方能切实的构建起破坏军婚罪的出罪机制。

夫妻约定不动产“归一方所有”的性质、效力与物权变动 一对《民法典》第 1065 条的解释论展开

2021-08-17 法语峰言 罗师 颜凌云

<https://mp.weixin.qq.com/s/0oWJ5Lh7e03Gwma2ybE19w>

一、问题的提出

《中国法院 2020 年度案例（婚姻家庭与继承纠纷）》登载了“严某诉浦某离婚后财产案”，其案情梗概为：浦某与严某婚后签订《夫妻财产约定协议书》，约定浦某名下房屋归严某所有，因房屋有按揭贷款，故未办理过户登记。后双方离婚，严某向法院起诉主张对房屋的所有权。法院认为，《夫妻财产约定协议书》系对特定财产的无偿让与，属于赠与合同。根据《合同法》第 186 条之规定，赠与人在赠与财产实际交付前可行使任意撤销权。本案中的房屋并未办理过户，也就是没有被实际交付，故浦某要求撤销赠与收回房屋的主张于法有据，严某则无权主张房屋所有权。

无独有偶，《最高人民法院公报》（2014 年第 12 期）曾刊载“唐某甲诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”，其案情梗概为：唐某与李某某虽已

感情破裂，但考虑到双方之子唐某乙尚年幼，故决定暂不离婚。双方签订《分居协议》，约定唐某名下两处房产归李某某所有，但因尚有按揭贷款未还清故未办理过户登记。唐某去世后，其与前妻之女唐某甲以房屋未经过户登记、李某某未取得房屋所有权为由，要求以法定继承人的身份参与对系争房屋的继承。法院认为，《分居协议》是“夫妻双方对采取何种夫妻财产制所作的约定”，属于夫妻财产制契约，应优用夫妻财产法的规定；尽管房屋未办理过户登记，但不妨碍李某某以“事实物权人”身份取得房屋所有权。故系争房屋不是唐某的遗产，唐某甲不能要求继承。

上述两个案例的案情极为相似，其审判核心都是对夫妻约定不动产“归一方所有”的性质和效力的认定，但法院的处理结果却截然相反。这反映出司法实务中对此类案件存在“个案决疑”

倾向，也揭示出在相关问题上的冲突分歧和观点对立。婚姻家庭案件是矛盾和纠纷的高发区域，特别是在涉及不动产等重要财产时，处置不当极易引发恶性伤害事件。为消除潜在的不安定因素，有必要对有关分歧和争议加以廓清，以进一步统一裁判的尺度和标准，更为妥善地处理此类案件。

二、夫妻约定不动产“归一方所有”性质考察

一些法院认为，夫妻约定不动产“归一方所有”并不包含对价内容，属无偿的财产让与，故应将其认定为赠与，按照《合同法》关于赠与合同的规定处理。但这种处理方式在事实逻辑和法律逻辑上都存在着明显的问题，有混淆市场交易行为和夫妻间财产行为之嫌。

（一）夫妻约定不动产“归一方所有”并非赠与

1. 赠与目的存疑。任何法律行为都有其特定的目的。发掘和分析法律行为背后的目的，对法律行为性质、效力、规范和法律适用等问题的判断都具有重要意义[1]。因此，对夫妻约定不动产“归一方所有”性质的考察自然也离不开对夫妻双方目的的探知。

考察相关案例可以发现，赠与合同的当事人往往在协议中直接使用“赠与”“赠给”“赠送”等表述，而夫妻财产纠纷的当事人却几乎均使用“约定”“归……所有”等表述。作为最为典型的合同类型之一，只要当事人有意订立赠与合同，完全可以直接表述为“赠与”，而无需拐弯抹角地借以其他名义；况且夫妻本就亲密无间，更可以直接“把话讲明”。可见，夫妻订立财产协议时所使用的表述并不是无意识的言辞选择，而是具有特定目的和特定含义的。换言之，若夫妻双方没有以“赠与”名义订立财产协议，其实也就没有将该协议归于赠与合同的目的。就赠与合同而言，其最直接和最根本的目的是改变财产的归属和持有状态。若赠与人在作出赠与后却仍可以长期甚至永久地保有赠与财产，而使受赠人的期待一直

处于不确定之中，不仅与赠与制度的内在要求和精神实质不符，也与民法诚实信用原则相悖。相较之下，夫妻财产制契约的目的是改变财产的归属。财产的归属可以与财产的占有、使用和收益等相互分离，给予财产的一方完全可以长期甚至永久地保有财产。显然，夫妻财产制契约更符合夫妻约定不动产“归一方所有”的目的。此外，夫妻约定不动产“归一方所有”还有实现、维持或巩固婚姻家庭生活的目的，与包括赠与在内的财产行为有本质的区别。

2. 区分标准存疑。将夫妻约定不动产“归一方所有”归于赠与的观点建立在以是否包含对价来区分夫妻财产制契约和赠与合同的标准之上，但这个区分标准本身就存在明显的逻辑问题。照此观点，夫妻之间的财产协议分为有偿和无偿，前者为夫妻财产制契约，属夫妻约定财产制范畴，受婚姻家庭法调整；后者为夫妻间财产赠与，在性质上是一般的财产行为，应受财产法调整。那么，何为有偿？是否为“等价有偿”？如果答案是肯定的，且不论是否符合婚姻家庭的伦理本质要求，夫妻间的财产给予又该如何与市场交易行为相区别？如果答案是否定的，那么法律又该如何防范这一要求被轻易地规避？比如，夫妻双方订立协议，约定丈夫将其名下的房屋“赠与”妻子。为了防止丈夫反悔，妻子向丈夫支付1分钱的“对价”，甚至主张她已通过付出情感、承担家务劳动等形式支付了“对价”，就可顺利地将该协议变为夫妻财产制契约，进而阻止丈夫行使任意撤销权。而在现实生活中，大多数夫妻间的财产行为往往并不包含对价内容，若按上述区分，夫妻间的财产行为除了赠与就是交易（买卖），那么夫妻财产制就失去了存在的意义，《民法典》婚姻家庭编中关于夫妻财产关系的规定也完全是多余的了。由此可见，以是否包含对价作为判断夫妻约定不动产“归一方所有”性质的标准是难以成立的，而这个标准本身就存在逻辑上的混乱性，不仅会导致裁判标准过于僵化，还可能产生更多新的问题。

为了避免出现上述问题，有的法院采取了另一种区分标准，即把指向特定财产的无偿让与认定为赠与，把指向不特定财产的无偿让与认定为夫妻财产制契约。但这个区分标准同样存在问题，因为特定与非特定之间的界限本就非常模糊，而且从不同的角度去审视还可能得出完全相反的结论。比如，夫妻双方约定丈夫名下的“全部财产”归妻子所有，由于“全部财产”是抽象的表述，其范围是不特定的，故该协议应认定为夫妻财产制契约；但如果丈夫名下的“全部财产”就是某一套房屋，而且夫妻双方都完全知情，那么这个协议所指向的财产就是特定的，该协议则应认定为赠与合同，丈夫在实际交付前可以行使任意撤销权。一个标准可得出两个完全截然相反的结论，说明这个标准本身就是错误的。而且，根据相关立法释义，夫妻可以对财产进行概括的约定，也可以进行特指的约定。上述区分标准既不符合立法精神，也不符合客观事实。实际上，夫妻双方约定特定财产作归属的同时，也就对特定财产之外的其他财产作出了安排，那么，夫妻间财产协议到底是夫妻财产制契约还是赠与合同呢？

需要注意的是，很多人会将《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编司法解释》）第32条之规定作为将夫妻约定不动产“归一方所有”认定为赠与的依据其内容为：“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或者共有，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，人民法院可以按照民法典第六百五十八条的规定处理。”此规定系对原《婚姻法司法解释（三）》第6条的完整继承。。但这是不准确的。该规定实际上是强调作为特殊的赠与——夫妻之间不动产赠与——应当适用合同编关于赠与合同的规定，只是一个“就事论事”的权宜性规定，并不足以类推适用其他夫妻间财产约定的情形。

（二）夫妻约定不动产“归一方所有”实为夫妻财产制契约

根据《民法典》第1065条第1款规定，夫妻约定财产制的内容包括“归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有”。若欲准确判断夫妻约定不动产“归一方所有”的性质，应从对上述规定的正确理解入手。

第1065条第1款的规定源于2001年《婚姻法》修订，系对1980年《婚姻法》中过于原则的夫妻约定财产制规定的补充和细化。其中，关于“共同所有”的争议相对较少，但对何为“各自所有”却存在较大分歧。立法者之所以采“各自所有”的表述，最早是出于使夫妻财产法与物权法理论相衔接之目的，强调夫妻个人财产不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产，依然为“各人自己所有”最高院1993年出台的《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6条规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”此规定随着2001年《婚姻法》修订以及《婚姻法司法解释（一）》的出台被废止。。但这一表述就文义而言范围过于狭窄，忽视了婚姻家庭内部财产高度混同的现实，其局限性随着理论和实践的发展而日趋明显。而且，修订后的《婚姻法》明确了夫妻约定财产制可以包含夫妻双方的婚前财产，但婚前财产本就遵循“各人自己所有”原则，并不需要夫妻双方再行约定。可见，若仅以“各人自己所有”解释“各自所有”，关于婚前财产的内容将彻底沦为具文。而在相关立法释义和司法解释条文中，均以“分别所有”取代了“各自所有”。这背后是否有对“各自所有”表述的反思不得而知，但显然“分别所有”的表述更符合社会现实和司法实务的客观需要。因此，我国的夫妻约定财产制应为分别所有、共同所有和部分分别所有、部分共同所有三种形式。

至于民法典为何仍沿用“各自所有”，或许只是立法语言上的习惯罢了。

有观点认为，夫妻双方在约定财产制时只能从第 1065 条第 1 款所列举的三个选项中择一而定，若超出选项之外则不再属于夫妻约定财产制的范畴，只能依照财产法的规定处理。该观点进一步指出，由于夫妻双方将一方名下的财产约定归对方所有并不属于上述三种情形之一，因此不是夫妻财产制契约，而是赠与合同。但仔细分析第 1065 条第 1 款可知，虽然它貌似是一个有限的列举，实际上却涵盖了所有可以约定的情形：因为无论当事人作何种约定，无非是分别所有、共同所有以及部分分别所有、部分共同所有之一[3]。而且，在“分别所有”的解释下，“各自所有”的文义性局限被打破，夫妻双方对哪些财产作出约定完全取决于自身意愿，自然可以把本属于自己的财产约定归对方所有、把本属于对方的财产约定归自己所有。因此，夫妻约定不动产“归一方所有”当然属于第 1065 条第 1 款的范畴，其性质就是夫妻财产制契约。

于此再检视“严某诉浦某离婚后财产案”的处理，则可发现存在明显的问题。法院审理此案的思路，可从案例所附的“法官后语”中窥知：浦某名下的房屋系以其父母出资首付款、浦某偿付按揭贷款的方式购买的，严某对购买房屋没有贡献。浦某与严某订立的《夫妻财产约定协议书》不包含对价内容，应认定为赠与。由于房屋未办理产权过户，故赠与财产未实际交付，浦某可以行使任意撤销权[4]。但这一思路的问题在于：首先，严某对购买房屋没有贡献的观点难以令人信服。虽然浦某的父母承担了房屋的首付款，但这是中国社会比较常见的婚俗和做法，并不能作为浦某取回房屋的理由。结合浦某和严某的婚后财产情况及《夫妻财产约定协议书》的内容可知，双方当事人婚后所实行的是部分分别所有、部分共同所有的夫妻财产制，即房屋归严某所有，但房屋之外的其他财产是夫妻共同所有，故浦某用于偿还

房屋按揭贷款的工资收入属于夫妻共同财产，相当于双方当事人共同承担剩余的房屋价款。仅以首付款和工资来源认定房屋的产权归属，不仅不符合婚姻家庭生活的事实逻辑，亦违背了夫妻财产制的法理基础。我国的法定夫妻财产制的法理基础是“协力理论”或“贡献理论”，即在没有特别约定的情况下，法律推定夫妻双方对婚姻家庭的贡献是同等的，这也是离婚后夫妻财产分割的逻辑前提。其次，浦某与严某订立《夫妻财产约定协议书》是双方完全自愿协商的结果，并不存在胁迫、欺诈等不法情形。在该协议中，浦某明确表示“房屋及房屋内一切装潢都归严某所有”，是直接对所有权的约定，而不是所谓的赠与。双方之所以迟迟未办理产权过户手续，系因银行金融机构与房管部门的内部程序要求所致（根据《民法典》和相关司法解释的最新要求以及抵押担保制度的发展趋势，这类限制将逐步被放开）。即便按照赠与合同处理，因客观原因造成赠与财产交付不能的赠与合同是否仍应无条件地受制于赠与人的任意撤销权还有待商榷，这种情况下受赠人信赖利益的保护问题也还需要进一步的探讨。再次，离婚时房屋的按揭贷款人与房屋实际权利人不一致并不能构成否定后者权利的实质性理由。浦某和严某离婚后尚未还清的房屋贷款，由严某在向银行金融机构办理“转按揭”手续后继续承担即可，并不会造成浦某“为他人房屋还贷”的后果。鉴于已还清的部分房屋贷款系双方当事人在婚姻关系存续期间共同承担的，可由严某以价金或其他方式向浦某作出补偿。法院依据《婚姻法司法解释（三）》第 18 条（现《婚姻家庭编司法解释》第 78 条）判决房屋归浦某所有，但该司法解释并不能够排除夫妻财产制契约对财产归属的处置。换言之，在夫妻没有约定房屋权属的情况下，为了避免房屋产权的登记和归属出现较大的波动，原则上应判决房屋归产权登记方所有。法院的做法看似是实现了所谓的“公平”，但在事实认定和法律适用上存在明显的错误；而其以法律名义

为浦某的“背信弃义”背书，不仅与民法典“践行诚实信用原则”和“树立优良家风”的要求相违背，还会动摇社会大众对婚姻和婚姻制度的信心，其所产生的负面效应可想而知。

三、夫妻约定不动产“归一方所有”效力的分析 ——债权意思主义下的物权变动

根据《民法典》第 1065 条第 2 款之规定，夫妻财产制契约对夫妻双方具有法律约束力。早在《婚姻法》时代，学界和司法实务界就已对“法律约束力实为物权效力”达成了共识，即夫妻财产制契约可直接引发物权变动，而无需履行实际交付或登记程序。这也是关于夫妻财产制效力的通说。但随着《婚姻法》回归民法体系，婚姻家庭编与《民法典》各分编之间在制度衔接上的问题让很多人开始对这一通说产生了质疑。特别是近年来越来越多的夫妻财产进入市场交易领域，如何协调夫妻财产制与市场交易秩序之间的关系，成为困扰司法实务的难题。一些法院把《物权法》上的物权变动规则引入婚姻家庭领域，要求夫妻双方在对财产作出约定后必须及时登记或办理公证，否则不承认其法律效力。且不说这类要求没有任何法律明文规定作为依据，在实际操作层面，诸如向谁登记、如何登记、登记的性质和效力如何，是否能绝对地排除配偶及第三人的权利主张等问题都没有确切的答案，如此要求有失公允。

根据传统的物权变动理论，物权变动的效果并不因交易行为本身所直接产生，需要借助于一定的公示手段方得实现，唯有如此才能保证市场交易的安全和有序。换言之，不能为外界所知的物权变动在正常的市场交易规则下并不能被法律所承认。不难发现，在传统的物权变动模式下，夫妻财产制与交易安全之间存在着无法调和的矛盾。那么，传统的物权变动模式是否就一定“所向无敌”？传统模式所无法解决的问题，法律又应作怎样的取舍和变革？

（一）债权形式主义与债权意思主义之争

债权形式主义要求物权变动不仅要有当事人的意思表示，还应经过交付或登记程序才可发生效力。从历史发展的角度看，我国物权变动的债权形式主义发端于上世纪 90 年代的物权变动立法实践，散见于《民法通则》《合同法》《担保法》等法律规范及相关司法解释之中，并成为财产法领域的“不二法则”。但因债权形式主义区分意思和形式，并把形式作为影响物权变动的决定性因素，导致其蜕变为一种“必须持有标的物才具有处分权”的极为刻板和效率低下的制度，也逐渐偏离了意思自治和公平正义的民法基本原则[5]。为了弥补债权形式主义的“先天不足”，立法机关和最高人民法院结合司法实务的经验不断地对其理论进行修正，并引入了债权意思主义作为某些特殊情况下的物权变动规则。2007 年《物权法》的颁布实施，标志着我国的物权变动模式从债权形式主义的单一模式正式转变为以债权形式主义为原则、债权意思主义以及混合主义为补充的多元模式[6]。通说认为，一般情况下，物权变动须坚持债权形式主义的要求，但在遗产继承、机动车和船舶航空器等特殊动产的抵押及所有权移转、地役权及浮动抵押权的设定等特殊场合，则属于债权形式主义的例外，应采债权意思主义或二者结合的物权变动方式。那么，夫妻财产制契约下的物权变动是否亦构成债权形式主义的例外？

夫妻财产制契约具有其独特性。从性质上看，夫妻财产制契约从属于夫妻人身关系，故亦有不少学者直接将其归为身份契约。从主体上看，只有具有配偶身份的双方当事人才可订立夫妻财产制契约，具有特定性。从内容上看，夫妻财产制契约具有长期性、合作依赖性、非精确性和不可让与性等特点，这也决定了它在通常情况下不涉及市场秩序和交易安全问题[7]。从形式和程序上看，夫妻财产制契约有更为严格的要求。比较法

上,夫妻财产制契约除了应以书面的形式作出,还须载明法律的内容和条款、符合法律规定的范式,并在特定时点提交登记机关备案。在我国,虽然法律未对夫妻财产制契约要求过于严格的形式和程序,但也“应当以书面形式作出”,且内容须“明确”。显然,对夫妻财产制契约的法律规制并不能简单地套用财产法的规则,否则就相当于否定了上述独特性。根据《民法典》第209条和第224条之规定,物权变动分别以不动产的登记和动产的实际交付为原则,“但法律另有规定的除外”。由此可知,对债权形式主义之外的其他情形须有法律的明确规定。而根据《民法典》第1065条第1款之规定,夫妻财产制的内容取决于双方当事人的“约定”,而该条第2款规定此“约定”无须登记或实际交付即可产生“法律约束力”,这显然不符合债权形式主义的要求,反而更切合债权意思主义的内涵。反之,若强行以债权形式主义去要求夫妻财产制契约,意味着夫妻双方作出约定的同时必须履行登记或实际交付手续,否则约定就会成为一纸空文。这不仅徒增婚姻家庭生活的成本、妨碍夫妻意思自治的表达,也无益于夫妻间信赖的形成和婚姻家庭的良性发展[8]。长此以往,夫妻之间的财产行为将蜕化成一般的市场交易行为,夫妻财产法甚至整个婚姻法,都将沦为财产法的分支。可见,《民法典》第1065条第1款和第2款的规定实际上构成了对第209条和第224条的例外,也进一步证实了夫妻财产制契约实行的是债权意思主义的物权变动模式。

(二) 夫妻约定不动产“归一方所有”的效力分析

债权意思主义下的物权变动,应区分对内和对外两个维度:对内以当事人的意思表示为决定因素,不以财产的实际交付或办理登记为必要;对外则以公示对抗为原则,非经公示不得对抗正常的市场交易规则。需要注意的是,公示只是在财产权属有争议的情况下对社会经济秩序予以倾

向性保护的法律政策选择,其本身并不是决定物权变动的根本原因。

1. 对内之物权变动。根据《民法典》第1065条第2款之规定,夫妻财产制契约可直接产生物权变动的效果。这不仅可以最大限度地释放夫妻间的财产分配规则,还能激励夫妻对家庭作出贡献、促进夫妻之间的忠实和信赖,进而真正实现婚姻家庭内部的自治。由于债权意思主义下的物权变动取决于当事人的意思表示,因此夫妻财产制契约的生效时间就是物权变动的时间。而法律要求夫妻财产制契约必须以书面形式作出,故物权变动应以书面协议的订立时间或协议约定的生效时间为准。需要注意的是,我国《民法典》对夫妻财产制契约采自由主义的立法模式,对订立时间并未作任何限制。若夫妻财产制契约是在婚前订立,因其对夫妻人身关系的从属性,故只能于缔结婚姻关系后发生效力。

有人担心,现实生活中夫妻双方的议价博弈能力并不完全对等,仅凭约定就可决定财产的归属,一方面会使能力较弱的一方成为“结构性弱者”,另一方面也容易形成“不劳而获”的不良风气。在他们看来,只有最大限度地保持夫妻双方财产的对等或共有状态才有利于婚姻家庭的发展。但这显然是建立在理想化的平均主义观念之上的看法,缺乏实证层面的支撑,与现代社会的婚姻家庭财产形式和结构的多元化需求不符[9]。还有人从司法实务的角度指出,由于夫妻约定不动产“归一方所有”常常与夫妻忠诚协议相结合,承认其效力意味着无过错方在取得不动产的同时还能主张多分得夫妻共同财产和损害赔偿,将会使过错方的负担过于沉重。然而,“夫妻应当相互忠实”是《民法典》对婚姻家庭的基本要求和原则性规定,即便夫妻财产制契约中包含了对配偶的忠实义务的要求或期待,也只是夫妻双方对这一规定的具体化。只要不违背婚姻家庭编和婚姻制度的基本精神、不违背法律的强制性规定和公序良俗,就应当得到法律的认可[10]。但应注意的是,

在这类协议中关于人身部分的内容可以作为无过错一方要求损害赔偿的依据，但不具有强制执行的效力。

2. 对外之非经公示不得对抗善意第三人。债权意思主义下的物权变动具有高效、快捷和便利等特点，但也存在稳定性差、安全性低等不足。为了防止交易双方的意思自治侵蚀市场交易秩序，《物权法》借鉴了《美国统一商法典》和《日本民法》中的“公示对抗主义”规则并加以改进，最终形成了独具中国特色的“非经公示不得对抗善意第三人”规则[5]。这一规则如今被《民法典》完整地继承，并在涉及夫妻财产制契约和第三人的问题上得到了充分的体现。

如前所述，我国法律对夫妻财产制契约采自由主义立法模式，夫妻双方可以自由地对夫妻财产作出约定。如果仅就夫妻内部而言，只要不存在胁迫、欺诈等不法情形，约定一经作出就具有了法律效力，夫妻双方应受其约束。但随着市场经济的发展，越来越多的夫妻财产进入到交易领域，引发了大量的财产纠纷案件。如何妥善处理这类案件以及由此产生的夫妻双方与交易第三方之间的利益冲突问题，是亟需解决的现实问题。实际上，从前文分析可知，夫妻财产制契约的效力应从对内和对外两个维度进行分析，这是债权意思主义下物权变动规则的基本要求，也是平衡夫妻财产制和交易安全的关键所在。毕竟，夫妻财产制契约虽然可以直接引发物权变动，但其始终无法产生类似产权登记的公信力，因此也就缺乏排除外界干扰的正当性；若盲目地将夫妻财产制契约的内部效力扩及于外，对交易相对方而言并不公平，对正常的交易秩序而言也是一种极大的破坏。但仅以此因去否定已经发生的物权变动效果又是极不充分的，因为婚姻关系是一种既特殊又普遍的客观存在，任何理性的市场主体都应注意它可能会对市场交易产生的实质性影响最高人民法院废除原《婚姻法司法解释（二）》第24条，改为夫妻债务应遵循“共债共签”原则，实际

上也传达出这一理念。后者被《民法典》第1064条所吸收。。这也是为什么《民法典》要求相对人在交易时应足够谨慎且须尽到必要的注意义务参见《民法典》第1064条和第1065条第3款、《婚姻家庭编司法解释》第33条、第34条等规定。。由此可知，并不是任何范围的交易相对人都可以成为可依“物权变动未经公示”为由而主张财产权利的第三人。根据《民法典》第1065条第3款之规定，夫妻一方对外所负的债务，第三人知道夫妻双方已约定财产分别所有的，以负债的夫妻一方个人财产清偿。对其作反对解释可知，若第三人不知道夫妻双方约定的，则应作为夫妻共同债务由夫妻双方共同承担。另外，根据《婚姻家庭编司法解释》第28条之规定，当夫妻一方擅自出售夫妻共有房屋时，第三人只有在主观上是不知情且善意、在客观上已经“支付合理对价”并“办理不动产登记”的情况下才能取得房屋所有权。这说明《民法典》对取得夫妻财产的第三人不仅要求须为善意，且其标准亦高于一般情况下的善意标准。这一做法既强调了对婚姻家庭和配偶权益的保护，又兼顾了对善意第三人合理信赖的保护，有利于社会整体利益的提升。

需要注意的是，与很多比较法上的做法不同，我国《民法典》并不要求夫妻财产制契约的强制公示。但这并不是置第三人于不利，而是为了防止他们的财产权利因夫妻财产制契约受到损害[2]1065。虽然强制公示可以方便第三人知悉夫妻间财产的真实归属情况，但同时也使公示后的夫妻财产制契约具有了足以排除任何权利主张的“超能力”。而现阶段的中国，不动产的统一登记制度还在不断的推进和完善之中，民间也尚未形成普遍的查询权利登记簿的交易习惯，相关救济制度亦尚付阙如。这意味着一旦要求夫妻财产制契约的强制公示，将有大量的财产权利不能得到保障、大量的权利主张无法得到满足，无疑会产生更多的矛盾纠纷和社会问题。此外，《民法典》已经大幅提高了第三人的注意和审查义务，如果还进一

步要求他们必须查明夫妻之间的财产约定，未免过于苛刻，也将极大地影响交易效率 [11]。

回到本文开头的“严某诉浦某离婚后财产案”，显然，浦某与严某订立的《夫妻财产约定协议书》是夫妻财产制契约而非赠与合同，故对争议房屋所有权的认定应遵循债权意思主义的要求，而不是债权形式主义。债权意思主义下的物权变动以双方当事人意思表示一致为标准，因此《夫妻财产约定协议书》一经缔结生效，房屋所有权即从浦某转移至严某，而无需另行办理产权登记。

3. 非经公示不得对抗善意第三人的例外。一般情况下，夫妻约定不动产“归一方所有”非经登记不得对抗善意第三人。但若该不动产是家庭唯一住房，则应排除第三人的善意取得。这是因为，善意取得制度本质上是解决原权利人和财产取得人之间利益冲突的法律政策选择，体现了法律逻辑的非单调性和可证伪性 [12]。换言之，善意取得制度是法律利益权衡的产物，它会随着公平正义的客观需要而有所调整。法律规定夫妻财产制度在于维护家庭成员的基本生存和发展，而善意取得制度是为了维护交易安全，在利益权衡的问题上，前者明显应优于后者 [13]。若允许家庭唯一住房被他人善意取得，将会严重危及家庭生活，甚至导致婚姻家庭的破裂，这违背了法律利益权衡的根本目的。而且，善意取得制度在适用于动产和不动产时本就存在差异，主要体现为对取得人有较多限制，对善意的程度、取得财产的时点以及交易行为都要求较高，以尽量保护原权利人利益 [14]。可见，排除对家庭唯一住房的善意取得是由善意取得制度自身所决定的。比较法上亦有类似的做法。比如，在日本亲属法中，夫妻一方因负有“生活保持义务”而被限制处分重要家庭财产；在德国家庭法中，则绝对禁止夫妻一方处

分对婚姻家庭生活有重大影响的财产（包括家庭唯一住房、提供家庭共同消费的物品等，且不问是否属于夫妻个人财产） [15]。这种做法和经验符合我国民法典优先保护家庭安全的价值取向，可资借鉴。

四、余论

夫妻约定不动产“归一方所有”是夫妻双方对财产自由处分的结果，是意思自治在夫妻财产上的表达，其遵循的是从“自由意志”到“自己责任”的逻辑链条，只要不存在违反法律强制性规定和公序良俗的情形，法律就应当予以认可。在司法实务中，不少法院把夫妻约定不动产“归一方所有”按照赠与合同处理，其中或许有对个案公平正义权衡的因素，但更主要的原因是没有正确认识和把握夫妻财产制契约和一般的赠与合同之间的区别，从而混淆了夫妻约定不动产“归一方所有”和夫妻间不动产赠与。仔细分析“严某诉浦某离婚后财产案”的处理结果，可能确实有对浦某父母出资首付款、房屋按揭贷款等客观情况的考量，但法院在事实认定和法律适用上的错误却非常明显，而且如此处理是否就能达到法院所希望的“公平”状态也未可知。对比之下，“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”的处理显然更为妥当，其实际上也取得了较好的法律效果和社会效果。法院在处理此类案件时，不应只着眼于对“个别正义”的追求，而应以更系统、更全面的视角去抽丝剥茧、去还原法律问题的本来面目，只有这样，才能妥善地处理每一个案件，真正使矛盾和纠纷化于无形。

注：作者：罗师，清华大学法学院博士研究生，颜凌云，江西高院研究室副主任。本文转自“山东女子学院学报”2021 年第 5 期

离婚调解：谁之正义？——女性主义视角下的检讨与启示

2021-08-17 邬欣言

https://m.chaoxing.com/mqk/read_38502727e7500f2693d73d78e29b4df02d4d2f30f1c96f4c1921b0a3ea255101fc1cf1fbb4666ae612cae49c9ffff1e2edaa728064bebaca4263cde75ed502bf2265f7900cbcb0fa2439265579ec4a70?from=screen

摘要：女性主义对离婚调解的态度经历了从支持到激烈批判，直至建设性地检讨和重构的过程。其最关注的问题是：离婚调解是否能够保证在离婚争议解决过程中性别正义的实现。在调解过程中，女性是否能够拥有和男性平等的话语权力；在离婚调解中，调解员的中立性原则是否适当和可操作；涉及家庭暴力的离婚争议是否适宜调解，又如何调解。西方女性主义者从这三个方面对离婚调解中的性别正义问题进行了深入探讨，并对离婚调解的制度、实务模式和调解员的训练等产生了影响，逐渐形成了女性主义取向的离婚调解模式，同时也为我国的离婚调解制度与实务带来启示。

关键词：离婚调解；性别正义；女性主义；家庭暴力

一、现代离婚调解及其背景

20 世纪 70 年代，调解作为一种替代对抗性纠纷解决的方式在美国、加拿大等国家和地区被推行。调解最早被应用在离婚争议中，主要针对面临离婚或者分居的夫妇，通过中立第三方（调解员）的帮助来减少冲突、促进双方沟通以及亲职合作，这就是所谓的“离婚调解”（Divorce Mediation）[1]。在当时的美国和加拿大，专业的离婚调解是被当作家事法庭的附加服务而发展起来的[2]，调解员大多数是法律顾问、心理健康方面的专业人士和关注儿童福利的社会工作者。之后，“家庭调解”（Family Mediation）这一概念被使用得更多，相较于“离婚调解”，这看似是一个更大的概念，但实际上，其服务对象仍主

要是需要离婚或分居的夫妻，特别是有孩子的夫妻。

第二次世界大战之后，受到战争、商品经济以及理性主义的影响，西方国家的婚姻家庭受到重大冲击，传统家庭价值体系和秩序面临着严峻挑战。离婚的“质”的变化与“量”的激增相伴而至，人们不再仅仅因为婚姻中一方存在明显的过错才会选择离婚，婚姻自由化的取向使得“无过错的离婚”变得越来越常见。从 20 世纪 60 年代末开始，西方的许多国家经历了一次较大规模的离婚潮，离婚率逐年攀升。大量的离婚案件涌入法院，致使传统的司法制度在面临着“诉讼爆炸”的同时，也面临着“诉讼危机”。一方面，诉讼一直被视为是一种在经济和时间成本上比较昂贵的冲突解决方式，由于法庭的负担和压力很重，因此纠纷解决的效率也相对较低，亟需替代性方式替法院分流案件，减轻负担，提高纠纷解决的效率。另一方面，作为一种对抗性程序，诉讼的方式在处理离婚问题时也显得越来越苍白无力[3]。离婚问题的复杂性不是通过某一种专业，如法律、社会工作或心理学所能处理的，因为离婚的原因太复杂。而诉讼程序是一种非赢即输的解决方法，如果双方当事人之间不再有关系的继续，那么这种一清二楚的方法是适合的。但是对于婚姻家庭纠纷来说，夫妻双方既有很长的共同生活历史，又在分担抚养子女方面有着相似的责任和期望，对抗性的解决方式容易强化原本就存在的冲突，使带有怨恨和愤怒情绪的当事人双方的敌对立场固化和延续，这不但会伤害孩子，而且也是对司法资源长期的消耗。如美国一位杰出的法学家、大法官沃伦 E·伯格（Warren E. Burger）所言：

“对一些纠纷而言，审判将是唯一的途径，但对很多诉求而言……我们的体制对一个真正文明的民族来说是太昂贵了，太痛苦了，太有破坏性，太没有效率。”[4]

特别是对孩子而言，他们需要持续地与父母和其他亲人相处，需要通过父母的共同努力来获得关爱和支持。因此，必须要有一个更合理的选择，更好地适应婚姻家庭纠纷。在此背景下，离婚调解作为一种成本更低廉、合作性更强的方式被倡导和发展起来[2]，并被认为是具有诉讼不可替代的优势，比如：对当事人自主决策权的尊重与保护；对双方当事人友好协商、理性抉择、妥善安排子女监护抚养等善后事宜的促进；灵活性和成本低廉；等等。因此，在库格勒（O. J. Coogler）等先驱的实践与推动下，离婚调解在离婚实务中迅速兴起，不仅获得了很多国家的法律认可、司法借用，而且也向职业化、专业化的方向发展，其影响已扩散至全球大部分地区。至1980年代，美国的家庭调解志愿者协会建立起来，随后美国、加拿大开始设有家庭调解学会、家庭与法院调解协会，这些都促进了调解专业化的发展，并发展起了调解员的认证标准、伦理规范等[2]。在澳大利亚，从上个世纪90年代起，为了强调家事调解的重要性，将其由“替代性的纠纷解决方式”

（Alter-native Dispute Resolution, ADR），改为“主要的纠纷解决方式”（Primary Dispute Resolution, PDR），并且在《1995年家庭法改革法令》（Family Law Reform Act 1995）中，将此改变予以明文规定[5]。

二、女性主义对离婚调解的态度发展脉络

（一）早期：支持的声音

在离婚调解兴起之初，女性主义者对于离婚调解的态度也是颇为积极和支持的，认为相对于诉讼而言，调解更有益于女性。当时的女性主义研究认为，现有的家庭法法规的不公平会造成“女

性贫困化”[6-7]。法官和律师群体以男性居多，而男性的法官和律师往往倾向于采用“男性”化的方式解决离婚问题——强调冲突和竞争，通过争输赢的方式来获得解决办法。学者岳云（Howard H. Irving）曾引用过一位男性律师赫伯特·A·格利伯曼（Herbert A. Gliberman）的看法，他说：

“这些案子没有妥协，没有调解，也没有好坏感受的平衡。这是最暴露无疑的对抗，是针尖对麦芒的对抗。我就喜欢这样”[8]。

在这种对抗性的语境中，女性往往是不占优势的，也很难有自主表达感受和需求的机会；女性在自己的案件中被视为是被动和依赖于他人的[9]。相对而言，调解似乎为解决离婚争议提供了一个让女性发出“声音”的平台。珍妮特·里夫金（Janet Rifkin）认为，调解反映了她所理解的女性主义，强调合作、谈判、公平，尤其是参与权[10]。许多研究也认为，调解为女性提供了情绪适应和情绪宣泄的机会。女性主义者提倡离婚夫妇应该避免选择诉讼方式，特别是在与暴力相关的事件上，因为法律是“男性气质十分饱和”的，家长式的法律范式具有强制性、斗争性和对抗性，在这种情况下使用诉讼的方式容易造成敌意反弹，而调解可以用合作性谈判的方式来代替。因此，女性主义者认为通过调解会为女性创造更多的话语权力，同时也可以提供新的、更有效的办法来处理针对妇女的个人或制度上的暴力行为[9]。

调解何以能增强女性的话语权力呢？调解的拥护者们认为调解的中立和自决原则是实现夫妻平等和保护女性权益的基本保障。当事人的自愿、自决和调解员的中立性是调解程序最主要的几大原则。调解员中立性的重要性在于，一方面，调解员如果能保证中立，拒绝采取任何单方面的说法，那么便能保证调解程序的公平性；另一方面，调解员的中立性能保证其不会将意见强加给当事人，使当事人能够自己控制争端，并确保最终的决议反映的是当事人自身的价值观，而不是调解员的价值观。调解的拥护者们认为，至少在理论上，中

立性能确保由当事人双方来控制调解过程，最终达成的调解协议也是双方自愿达成共识的[11]。同样，调解也着重于通过夫妻自决的原则来实现夫妻双方的平等。调解的主张是，通过“当事人承担责任”来实现当事人的自决权，即通过确认“个人为自己说话的能力”，并通过承认“个人有权力和能力作出自己的决定”以在调解中形成自决。调解承认女性有权力和能力寻求符合自己条件的争端解决方式。自决与赋权有关，调解可以说是赋予了妇女权力。在此基础上，调解甚至可以说在社会中对女性权益的保障作出了巨大贡献[9]。

（二）20世纪80年代：批判的声浪

尽管早期的女性主义者支持调解，但是到了1980年代中期，女性主义对调解批判的声浪逐渐高涨。虽然“女性主义”的理论千头万绪，包含了许多的流派，女性主义的观点也非常多样，但是，对于调解，从1980年代开始，除了少数例外之外，几乎都一致性地持有批判的态度[12]。这些批判主要指向的问题是：在父权制文化环境中，调解的方式真的比诉讼更能确保女性的话语权吗？离婚调解在实务运作中（而非理论上）真的能够确保性别正义的实现吗？

1. 父权制文化环境下，女性不具备和男性平等协商的权力。批判调解的女性主义者认为，父权制文化长期影响着的社会结构、社会规范和价值观念，使得女性无论在何种场域中均处于比男性更弱势的地位，在调解的场域中亦是如此。从理论上讲，离婚调解的初衷是为夫妻双方提供一个平等对话和理性协商的平台，但是在实践过程中，平等对话并非易事。在大多数情况下，女性缺乏议价筹码，也缺乏与男性平等对话的能力。

第一，如果双方的社会经济地位不平等，比如女性通常处于弱势地位，不享有与男性相同的赚钱能力的话，便会妨碍她们的议价能力。同时，相对于男性，女性在调解中更多地关注孩子的需要，对于孩子的关注有时也会使她们不得不做出一些

其他方面利益的让渡，“女人在离婚调解中通常拥有较少的议价筹码，因为她们拥有较少的钱，她们可能不知道丈夫的真实资产，但她们特别想要取得监护权，甚至宁愿为此牺牲更多的财产”[13]。

第二，父权制文化中对男女两性有着不同的性别规范和塑造——从幼儿开始，女性更多地被教育要“依赖”与“合作”，男性则被教育要“自主”与“竞争”[14]，这使得女性通常不具有与男性相同的谈判经验，又长期被赋以“顺从”的价值态度，这些都将深深地影响女性在调解中有效的谈判能力。琳达·巴布科克（Linda Babcock）和萨拉·拉斯谢弗（Sara Laschever）在《妇女不提出要求》（Women Don't Ask）一书中指出，无论是在职场还是家庭，同男人相比，女人很少会选择通过谈判来争取自己想要的东西[15]。

第三，选择调解的动机和在调解过程中的行为方式与谈判方式都会存在性别差异。相关研究发现，女性选择调解的理由主要是避免冲突与敌意，男性则认为通过调解能取得更多的利益；同时，对于权力的期望也存在性别差异，女性更在意的是在调解中获得充分表达的权利，男性则更在意对于过程的掌控权，因此女性始终容易处于不利地位[13]。在离婚调解的过程中，男性往往更偏好竞争性的谈判，而女性则偏好合作性的谈判，“竞争性的谈判往往会压倒合作性的谈判”[16]，这样的结果是女性往往会牺牲掉一些原本属于她们的利益。同时，女性总会在调解中展示出不利于自己的两类行为，一类是当女性以一个自我牺牲的照顾者自居时，倾向于将别人的利益置于自己的利益之上；另一类是女性倾向于去寻找婚姻失败的原因，并往往将其归因为丈夫，因此容易产生愤怒和排斥的情绪，而这些情绪不利于她们清楚、理智地进行协商谈判[17]。

2. 涉及家庭暴力的离婚争议不适宜调解。反对者们的立场主要基于这样几个方面：

第一,对当事人安全性的考虑。对于有过家暴史的夫妻来说,分居期间往往是最危险的,家庭暴力犯罪最容易出现在这个阶段[18],曾经在婚姻关系中对伴侣实施过身体和精神暴力的当事人,往往会在调解和谈判期间攻击和虐待配偶[19]。

第二,在存在家庭暴力的关系中,当事人之间的权力差异和不对等就更加明显,更容易导致不平等协议的产生。因为调解员可能没有接受过相应的训练,对家庭暴力不具有敏感性,也就不会意识到这种严重的权力不对等,因此,“调解无法给弱势一方以保护,因为在鼓励双方当事人达成协议的过程中,可能会迫使弱势的一方去接受一个和法律裁定相比获利更少的方案。而受暴女性如果通过诉讼之外的途径去处理和施暴丈夫之间的关系,往往会成为继续受暴的牺牲品。尽管调解的目标是利他主义和家庭团结,但是实际的结果却常常是使得等级制度的统治与控制延续”[20],甚至是相当有经验的调解员也无法纠正这种权力的不对等[21]。

第三,从关系动力学的角度来看,施暴的男性往往会寻求新的方式去控制对方,当旧有的方式失败之后,当他们想要阻止妻子离开时,更倾向于将法律体系视为一个新的角斗场[22]。因此,“很难想象一个施暴者会在调解中与对方达成一个相互都同意的结果;也很难想象施暴者会遵守他认为对自己不公平的协议”[23]。而受害者们在调解中则会倾向于害怕、顺从,受害的妇女已经适应了将其配偶的需要置于自己的需要之上,即便是在调解过程中,她们也很难打破这种习惯,去维护自己和孩子的利益[21]。“如果假定长期以来一直反复受暴的妇女能够突然间和施暴者面对面地对质,清晰地表达自己的需要并捍卫自己的立场,这是相当不现实的。”[11]

这样,调解的最关键的两个要素——公正性和自愿性——在其中就是缺乏的。隐秘性和扭曲性往往包裹着这种关系,许多调解员并不是家庭暴力关系方面的专家,因此会假定自己看到的就

是真的,会被看似和平、两厢情愿的表象所蒙蔽。但实际上,受暴的妇女没有选择或者拒绝调解的自由,如果她们施暴的配偶想要调解,她们无法去主动地要求和确认调解是否能确保她们及孩子的自主性和安全;当她们觉得调解不起作用时,也不能自由地结束调解[21]。

3. 调解员的“中立性”原则值得批判和怀疑。一方面,女性主义者质疑如果调解员是中立的,那么便不存在对弱者的保护,调解的结果就会是强势的一方压倒弱势的一方;采用竞争性策略的一方压倒采用合作性策略的一方。因此,调解员的中立性是不利于保护女性权益的。

对于“中立性”原则的另一个批判是,实际上,简单纯粹的“中立”是并不存在的,“中立”倾向于反映周围社会的普遍规范和价值观念。在我们的社会中,一直是有权力的人去塑造社会制度以支持他们的信仰。因此,离婚调解的中立性将重现男性占主导地位的权力关系[11]。这一观点得到了实证研究(Empirical research)的证实,一项关于调解实践的人类学调查发现,调解员其实是“代表其社区的规范和价值观”的。父权制下调解员的“中立性”将导致男性优势的重现,因此“调解往往会加强和延续”某些不平等。如果中立是作为调解员的重要特征,那么它在实质上仍属于“客观主义”的法律范式,这样与诉讼相似,仍然是在强化男性主导的国家基本意识形态,并进一步制度化了男性权力[11]。

此外,也有研究显示,调解员实际上会在调解过程中有违“中立”原则,而有意识地去影响当事人的决定。英国的一项研究发现,被调查的调解员经常会通过施加一些压力去支持当事人的一些选择而反对另一些选择,他们的研究数据发现,“如果把调解员看作简单的促成者,将调解的结果简单看作是离婚夫妇双方协商的结果,那么,这便是一种误解。调解员总是通过各种各样直接的或者间接的方法对形成协议去施加一定的影响,至少在一些失败的案例中是如此”[24]。

此外，女性主义者对调解的批评还针对调解的保密原则，认为这阻碍了公众对于调解过程与结果的审查和监督，同时整个调解程序也缺乏对调解员的监督。

（三）20 世纪 90 年代开始：回应与重塑

女性主义者对于离婚调解的批判到了 20 世纪 90 年代初时已经走到极致，不仅仅是质疑、批评，更是响起了不少反对之声，即认为离婚调解应该被抛弃掉。一些调解的支持者开始回应这些批判和反对。这些回应分为以下三类：

第一，通过实证研究的数据去讨论对于离婚调解的众多质疑和批判是否存在事实上的根据，比如琼 B·凯利（Joan B. Kelly）和玛丽 A·杜里埃（Mary A. Duryee）在强制调解和自愿调解两种背景下，比较了男女两性对于调解员的功能与品质的看法、对调解过程的满意度等。结果显示，在对调解员功能的看法、调解过程和结果的满意度方面，并不存在显著的性别差异；而存在显著差异的则是，女性普遍比男性更加偏好调解；相较于男性，女性更认为在调解中获得了表达自己的机会，同时自己表达的看法和感受能够受到尊重、考虑和支持；并且女性也更肯定调解能够帮助她们将对丈夫的愤怒搁置在一边，而集中于关注孩子的需要。总的来说，这个实证研究的结果显示，女性并未在调解中感受到对自己的不利，反而比男性更加偏好调解，也更愿意向其他人推荐这种离婚争议解决方式 [25]。

第二，将离婚调解与其他纠纷解决方式（比如诉讼等）进行比较，其基本的假定是：即便离婚调解存在问题，但是如果其他的纠纷解决方式在维护女性权益方面并不会比它做得更好，那么这些问题不足以成为要放弃离婚调解的理由，只是应当讨论如何进一步改善与优化。南希 G·麦斯威尔（Nancy G. Maxwell）将女性主义者对于离婚调解批判的观点进行了梳理，并在两性不平等的议价权力，调解员或律师、法官的中立性，公众

监督这三个方面将调解与律师代理谈判、诉讼的方式进行比较，认为只有在后两者能够比调解更好地保护妇女的利益时，才能说调解的方式应该被抛弃掉。但是，与调解相比，诉讼和律师代理谈判的方式也并不能给女性带来更多的利益，并且在价值基础上，调解是唯一一种与女性主义相契合的。因此，虽然女性主义者对于离婚调解的批判是非常重要的，但是调解是唯一的一种与女性价值观密切联系的纠纷解决方式，它将发展关系和满足需要作为基本原则，而不像诉讼和仲裁那样是强制执行权力的。因此，南希 G·麦斯威尔倡导，女性主义者更应当将精力放在塑造和保护调解上，使其女性主义的价值基础能够得到保护和贯彻，而不是将精力浪费在试图将女性主义的价值观注入进那些内在价值本就与其不兼容的其他纠纷解决方式中去。因此，女性主义运动应当扮演着发展调解技术与模式的角色，以使调解能够更好地服务于所有的当事人的利益 [26]。在这样的倡导下，便出现了第三类回应。

第三，从女性主义的视角对现有的离婚调解制度、实务和调解员的训练进行检讨和重塑，试图发展出更有利于维护女性权益的调解模式。在最近的 20 多年，学者们从女性主义的视角建设性地对离婚调解进行检视，对几个关键性的问题——调解员的“中立性”问题、调解中权力平衡的问题、涉及家暴的离婚纠纷如何调解的问题等等——进行了深入探讨，并对离婚调解的制度、实务和调解员的训练等产生了影响，逐渐形成了女性主义取向的离婚调解，下面将会就这三个方面的问题进行具体的介绍与讨论。

三、女性主义对离婚调解检讨的几个重要问题

（一）中立性问题

只有调解员不将自己的态度和价值观带入调解过程时，他们才是绝对“中立”的，但是如果调解员察觉到配偶之间存在权力不平衡怎么办，是

进行干预还是依然保持价值无涉的“中立”？实际上，在每种情境下，调解员作出的反应均取决于他们关于“中立”的信念和价值选择。在调解中，“中立”是一个融入了个人价值观的概念。

莎拉·科布（Sara Cobb）和珍妮特·里夫金（Janet Rifkin）澄清了在调解文献中使用到的两种相互独立又有矛盾的关于中立的概念：价值无涉的中立（neutrality-as-impartiality）和权力平衡的中立（neutrality-as-equidistancing）。价值无涉的中立（neutrality-as-impartiality）是指调解员需要避免偏见，将他们自己的态度和价值观与调解过程分开，以避免这些个人态度影响谈判过程或调解协议的内容。权力平衡的中立（neutrality-as-equidistancing）则被视为夫妻双方和调解员之间的一种关系过程，而不是调解员自己内部设定的心理状态，“这种‘中立’的概念是，调解员可能在某个特定的时刻下，比较多地支持一方或者另外一方”，以达到调解结果的正义性[27]。

莎拉·科布和珍妮特·里夫金检验了在特定的情境中，调解员如何满足这些相互冲突的要求，发现这两种不同类型的“中立”是不可能同时达到的。如果调解员是要去平衡权力的，他们就不可能是价值无涉、不偏不倚的；如果他们是价值无涉、不偏不倚的，他们就不会去平衡权力——这样的结果是，无法为调解员制订出关于“中立”的伦理标准和实践指导方针，使得调解员们陷入一个自相矛盾的困境[27]。如果调解员秉承着“当事人自决”的价值理念，往往是让当事人自己作决定，甚至可以允许当事人达成不符合调解员的伦理观念的协议。而如果调解员更看重“正义”的价值理念，则会更多地干预调解过程，以形成符合调解员正义感的协议，比如试图去照顾和平衡较弱一方当事人的利益[28]。可见，调解员所秉持的价值观念会强烈地影响到他们在干预调解过程时的相关决定。

但是更重要的问题是，已有的研究表明，调解员无法真的将他们的态度和价值观从调解过程中分离出来，这些态度和价值观对调解过程和最终协议的产生有着深刻的影响[24, 28]。就像艾莉森·泰勒（Alison Taylor）所说的那样：“当在与人打交道时，是不存在所谓完全不偏不倚和中立的，尽管实务工作者们在努力地争取这些理想。”[29]因此，与其假装调解过程是一个价值中立的过程，毋宁大胆承认调解员的信念及其对人权观念的信仰都会影响调解的方向与品质[30]。许多研究者都建议，与其争论调解员是否能够中立，还不如让调解员清晰地表达出他们的价值观念，并将期望的结果列出来，使当事人能够意识到将在调解过程中被引导向何种特定的方向上去[24, 26, 31]。美国律师协会的《离婚与家庭调解实务标准》（The ABA Divorce and Family: Mediation Standards of Practice IIIb, 1986）在某种程度上也是在坚持这种建议，包括建议调解员们告知双方当事人自己对需要协商的问题所持的观点。这一策略能够让当事人夫妇对调解员所施加的影响保留一些掌控[32]，并且能够尊重当事人的意愿去选择一个和他们的价值观匹配的调解员[31]。另外一些学者认为调解专业人士应当不再宣称他们作为中立第三方的功能[33]，“中立性”的标签会呈现出一个掩盖了权力问题的调解员形象，也掩盖了调解员对可能达到的结果所产生的主动性的影响。

（二）权力平衡的问题

为了回应女性主义关于调解会将女性置于不利境地的考虑，一些调解员开始建议，他们在调解中，实际需要扮演为处于不利谈判境地的弱势一方赋能的角色[34]。赋能通常是指当事人双方在经济上、表达能力上、信息或者道德上存在权力不平衡时，给予较弱的一方以帮助[35]。

那些将平衡权力视为一种道德责任的调解员认为他们可以在谈判过程中通过严格地要求平等

来平衡权力[36]。这种权力的平衡涉及到几种技巧:

第一,调解员必须分析双方当事人的互动,分析这种权力不平衡的深层原因。为了定义和评估调解中双方当事人的权力关系,罗伯特·穆诺基(Robert H. Mnookin)讨论了五个权力的影响因素,分别是:法律禀赋(即关于婚姻财产分配、赡养费、儿童抚养费的法律规则是什么)、个人偏好(即双方如何评估替代结果)、可承担的风险程度(即各当事人舒适的风险水平是多少)、交易成本(即双方能够承受的花在离婚争议解决上的时间和经济成本是多少)、战略行为(即当事人如何虚张声势、欺骗或操纵对方,或利用某种权力以获得优势的策略)[37]。约翰·海恩斯(John M. Haynes)则开发了一个测量相对权力的量表,这个量表涉及了五种权力——奖赏权力、强迫权力、合理权力、参照权力、专家权力和信息权力①。量表最早由弗伦奇和瑞文(French & Raven, 1959)提出,奖赏权力(reward power)和强迫权力(coercive power)指个体给他人赐予各种奖赏和惩罚的能力;合理权力(legitimate power)指对方认为其有合乎情理的权力命令他们怎么做,并且他们有遵从的义务;参照权力(referent power),指因为一方对另一方的尊重和爱恋,而心甘情愿地按照另一方的要求行事;专家权力(expert power),指因为一方比另一方在知识和经验上的优势而获得的权力;信息权力(information power),指一方拥有影响另一方行为的特殊信息。——在六个方面(金钱、财产、工作、孩子、问题解决和谈判技能,以及对离婚的态度的体现)[38]。

第二,调解员必须使双方当事人都知道他们所拥有的权力,并且教给他们平等谈判的技巧[17]。调解员角色的一些方面能够使其成为可能,因为调解员指定了基本的原则,选择主题,决定谁可以发言以及发言多久,解释刚才说了些什么,并且撰写最后的协议[34]。调解员要确保

较弱一方的诉求和心声能被听到,并且为他们推荐专业人士以提供法律或者其他方面的建议和支持[36]。许多时候重要的权力运作是微妙的,因此调解员必须先确认这些微妙的权力不平衡,并争取纠正它们[34]。

尽管赞成赋权的调解员承认离婚夫妻之间不平等的权力,他们也宣称在离婚过程中权力会发生动态的变化,的确,离婚本身创造了一种变化的氛围;离婚会影响夫妻之间的互动,改变权力之间的平衡。在离婚危机期间,妇女们被鼓励去满足自己的需要,而不是根据丈夫的需要去作决策;通过使用赋权的技巧,调解员能够干预和帮助当事人双方达到一个公平合理的解决方案[34]。

(三) 涉及家庭暴力的问题

女性主义对于涉及家庭暴力的离婚调解的批判引发了许多的关注和讨论,但这些讨论大多是在这样的问题框架中展开的,即:涉及家庭暴力的离婚纠纷能不能调解?而一个更有用的问题框架应该是:应当发展出一个怎样的程序,才对处在家暴关系中的当事人最有帮助,使他们能够摆脱暴力、继续生活,而且不需要继续通过法院和法律的干预?这就需要针对涉及家庭暴力的调解服务进行特别的设计,充分地解决反对者关注到的那些问题。涉及家庭暴力的调解服务设计需要包括:

第一,构建一套有效的筛查程序。这能帮助当事人和调解员决定是否适合选择调解服务,将那些不适宜于调解的个案排除[39];这个筛查程序应当简单实用,并且要能够确保当事人的安全[40]。在启动调解程序之前和整个调解过程中都应该存在相应的筛查。调解前的筛查用来识别在这段关系中是否存在家暴历史,以及评估双方当时安全、有效地参与调解的能力。如果没有调解前的预先筛选,任何的法院都不应该要求当事人接受调解程序[39]。调解过程中的筛查则针对另外两种情况:过去没有家暴史的夫妇,有可

能在调解期间出现暴力事件；或者因为隐蔽性很强，调解前的筛查没能够发现既存的家暴关系。筛查程序将决定：（1）一个案子是否适合继续调解，又或者是否应当结束调解，被交付给其他程序；（2）调解的程序是否应当进行调整和修订。在一个比较理想的设计中，整个与案子相关的专业人士均应当参与到这个筛查机制中来，包括法官、律师、法庭书记员、维权专员、庇护所工作人员和调解员等[40]。筛查的方法包括调解前针对当事人的问卷调查、电话随访、面对面访谈或者会议，以及文件审查等方式[41]。

第二，构建特殊的涉家暴纠纷调解模式。通过前期的筛查工作，可以将涉及家暴的案例进行分类，决定其是可以按照一般的情况进行调解，还是不应该提供调解，又或者应当提供一种混合的、为其特殊性而定制的方案进行调解[41]。这种混合的、特殊定制的调解服务可能包括下面这些形式和元素中的一个或者多个的混搭：错开时间的单方会谈② 让双方在不同的时间，甚至是不同的日期来参加会谈，并将面谈的时间保密。、穿梭调解③ 双方当事人分别在不同的房间中，调解员在他们之间穿梭工作。、电话或视频调解、高频次面谈及加入第三方帮助者的调解。前三种调解形式均是为了避免使双方当事人直接碰面，以防止双方的身体和目光接触可能会带来的胁迫、操控和安全方面的问题。高频次的面谈则旨在提高调解员与当事人面谈的频繁度，使调解员能够打断施暴者想要胁迫、控制的尝试，也能够及时地检查、确认受害者的舒适度。而邀请支援性的第三方加入调解，比如当事人的支援者、咨询师、律师等，是为了平衡双方不对等的权力，第三方一般被限定为专家或者其他中立者，不建议家人或者双方的新伴侣加入。此外，还需要一些必要的配套措施。首先，需要确保调解（包括等候时）的物理环境的安全性和保密性；设定行程时，让施暴方先到达，让受害方先离开，预先防止在到达和离开时的相遇；需要有安保人员陪同当事人上

车，报警系统、监控等安保系统也有安装的必要。另外，需要确保双方已经分居，并且受害方有庇护所。最后，需要将调解和针对家暴的治疗项目和反家暴干预等配套；或者将接受心理治疗和反家暴干预当作进行调解的先决条件。

第三，使当事人获得充分的调解知情教育。这是非常重要但又常被忽视的一点。许多当事人对调解不了解或者存在误解，这样的结果就是不能有效地利用调解的程序。调解前的教育能够帮助当事人充分地了解调解程序，并且决定调解程序是否适合他们[42]。

第四，对调解员进行与反家庭暴力相关的训练。由于家庭暴力的隐秘性和涉及家庭暴力纠纷调解的特殊性，对调解员有着更高的要求，缺乏足够的敏感性以及相关的训练，调解员是很难处理好这一类案子，也很难保证调解的正义性的。以美国为例，许多州的调解协会组织都对家事调解员在反家庭暴力方面所接受的训练提出要求：佛罗里达州要求调解员必须每两年接受至少4个小时的关于反家庭暴力的培训，才能保留住调解员的资格。安大略家庭调解协会的成员则必须完成5个小时的反家庭暴力方面的培训，作为其基础训练要求的一部分[43]。冲突解决协会则在训练要求标准中要求家事调解的实务工作者至少接受2个小时的关于家庭暴力干预方面的训练。离婚和家庭调解实务标准宣称，在没有接受过充分训练的情况下，调解员不能参与涉及家庭暴力的纠纷调解[44]。调解的训练应当包括家庭暴力关系动力学的知识，针对涉及家庭暴力案例的特定调解工具和技巧，以及涉及家庭暴力纠纷调解的特定调解体系和调解协议的设计（包括保密性和警告的职责）等。

四、对我国现代离婚调解的启示

在我国大陆地区，现代离婚调解的形式主要有法院调解和人民调解。近年来，随着对家事纠纷情感性和伦理性等特点认识的深入和关注，全

国各地探索出了多组织部门协同调解的新模式，法院、妇联、民政、专业社工机构和各种民间社会组织、个人工作室等都被不同程度地联合起来，将法律工作者、社会工作者、心理咨询师等相关专业人士整合进离婚调解员的队伍中。但是，就像郭丽安、王唯馨曾经对我国台湾地区离婚调解的反思和批评那样——调解员的选任资格比较松散，训练缺乏专业性和系统性，调解实务形态非常多样，离婚调解的制度设计和品质都亟待优化[30]——这同样也是我国大陆地区当前离婚调解需面对和解决的问题。

调解是一种发生在文化环境中的活动，尤其是离婚调解，家庭生活的观念、为人父母的行为、宗教信仰、大家庭的角色及调解者的角色、对调解服务的要求等，在不同的文化中都很不相同[45]。因此，中西文化中的离婚调解一定存在着很大的差异。比如，关于离婚调解的定义就很不相同——西方的离婚调解被定义为解决离婚争议、达成协议分手的咨询历程。但是在华人文化中，离婚调解会有“调和”和“调离”两种目标，受到传统家庭观念重视家庭完整性的影响，离婚调解常常以“调和”的目标为主导，在大多数情况下是“劝和而不劝离”。同时，调解员会更多地采用劝说、批评教育等方式，也就是说，用调解员的价值观念去影响当事人和协议达成的情况比西方更为常见。

文化差异是客观存在的，但是优化调解制度，规范调解实务，使调解朝向更加专业化方向发展的目标应当是具有跨文化一致性的。西方女性主义视角下对于离婚调解的反思、批判、检讨和重构，应该是可以为我们带来很多启发的。社会性别和性别平等的问题是离婚调解中不可回避、十分关键的问题，但是在我国现有与调解相关的制度、规范和研究文献中，对这一问题的关注和思考还非常有限^①。《人民调解法》中唯一涉及到“性别”的是第二章第八条中要求“人民调解委员会应当有妇女成员”。《反家庭暴力法》中和“调

解”有联系的是第十条“人民调解组织应当依法调解家庭纠纷，预防和减少家庭暴力的发生”与第十一条“用人单位发现本单位人员有家庭暴力情况的，应当给予批评教育，并做好家庭矛盾的调解、化解工作”。如何保证离婚调解的性别正义？如何平衡当事人双方的权力？涉及家庭暴力的离婚争议究竟该如何调解？离婚调解员必须要受到哪些方面的训练？——这些对于中国的离婚调解而言同样重要的问题，却尚未得到充分的关注、讨论，更不用说在制度和实务规范上来进行回应。

当然，西方的离婚调解的专业化进程已有 30 余年，同样也经历过这样一个从相对松散到逐渐规范和完善的过程。可以将我国目前的情况与西方离婚调解发展的第一个阶段进行类比。但需要特别注意的是，在我国，调解有着很强的政治色彩，以行政主导为主，维护社会和谐、稳定的目标是调解得到重视和大力推行的最重要原因之一。因此，调解的好处和优势得到了普遍重视和大力宣传，但对其适用范围和界限的检讨不足；调解员们对调解的成功率、效率和技巧有着极大的渴望，因为这也是考核他们工作绩效的重要方面；相应地，调解员的培训除了相关法规之外，比较侧重的也是技巧层面的内容，而对于调解实践的正义性、性别权力的平衡等涉及颇少。由于专业协会和学会的缺乏，更加细致、全面和规范的行业标准尚未出台。在西方，现代调解成为“专业”的标志之一是专业调解协会或学会的成立，而各行业调解协会和学会又是推进调解更加专业化和优化的主要力量。因此，如果我国的离婚调解想要朝着更加专业化的方向发展，如果想让离婚调解成为一种有利于保护女性权益、实现性别正义的程序，亟待更多的学者和实务工作者对我国目前的离婚调解制度与实践展开更多的反思与检讨；也亟待专业调解协会和学会的出现，促进更加系统科学的离婚调解制度的设计和更加严谨合理的行业规范的出台。

[参考文献]

- [1] KELLY, JB. A decade of divorce mediation research: some answers and questions [J]. Family and conciliation courts re-view, 1996 (34): 373-385.
- [2] BARSKY, A. Understanding family mediation from a social work perspective [J]. Canadian social work review, 2001, 18 (1): 25-36.
- [3] IRVING, H H, BENJAMIN, M. Family mediation: contemporary issues[M]. London: Sage Publications, 1995: 58.
- [4] ALLEN, E L, MOHR, D D. Affordable justice: how to settle any dispute, including divorce, out of court [M]. Encinitas, Calif: West Coast Press, 1998.
- [5] 汤鸣. 澳大利亚家事调解制度: 问题与借鉴[J]. 法律适用, 2010 (10): 90-94.
- [6] PEARCE, D. Women, work and welfare: the feminization of poverty[M] // K W. FEINSTEIN. Working women and families. Newbury Park, Calif: Sage, 1979.
- [7] FINEMAN, M. Dominant discourse, professional language and legal change in child custody decision making [J]. Harvard law review, 1988, 101 (4): 727-774.
- [8] IRVING, H H. Divorce mediation: a rational alternative to the adversary system[M]. New York: Universe Books, 1980: 39.
- [9] FIELD, R. A feminist model of mediation that centralises the role of lawyers as advocates for participants who are victims of domestic violence [J]. Australian feminist law journal, 2004, 20(1): 65-91.
- [10] RIFKIN, J. Mediation from a feminist perspective: promise and problems [J]. Law and inequality, 1984, 2 (2): 21-31.
- [11] SHAFFER, M. Divorce mediation: a feminist perspective [J]. University of Toronto faculty of law review, 1988, 46 (1): 162.
- [12] BENJAMIN, M, IRVING, H H. Toward a feminist-informed model of therapeutic family mediation [J]. Conflict resolution quarterly, 1992, 10 (2): 129-153.
- [13] BEER, J, STIEF, E. Mediation and feminism [J]. Conflict resolution notes, 1985, 2 (2): 27-28.
- [14] GILLIGAN, C. In a different voice: psychological theory and women's development [M]. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.
- [15] 李英桃. 妇女不提要求? ——西方谈判学中的社会性别议题 [J]. 妇女研究论丛, 2016 (4): 4.
- [16] HILL, E. Alternative dispute resolution in a feminist voice [J]. Ohio state journal on dispute resolution, 1990, 5: 337-379.
- [17] RICCI, I. Mediator's notebook: reflections on promoting equal empowerment and entitlement for women [M] // EVERETT, C A. Divorce mediation: perspectives on the field. New York: Haworth Press, 1985: 49-61.
- [18] FISCHER, K, VIDMAR, N, ELLIS, R. Culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases [J]. University of Oxford, 1993, 11 (1): 24-9.
- [19] ELLIS, D, STUCKLESS, N. Mediating and negotiating marital conflicts [M]. Thousand Oaks, Calif: Sage, 1996.
- [20] OLSEN, F. The family and the market: a study of ideology and legal reform[J]. Harvard law review, 1983, 96 (May): 1497-1578.
- [21] HART, B J. Gentle jeopardy: the further endangerment of battered women and children in

custody mediation[J]. Conflict resolution quarterly, 1990, 7 (4): 317-330.

[22] MAHONEY, M. Victimization or oppression? women's lives, violence, and agency [M] // FINEMAN, M, MYKITIUK, R. The public nature of private violence. New York: Routledge, 1994.

[23] GAGNON, A G. Ending mandatory divorce mediation for battered women [J]. Harvard women's law journal, 1992, 15: 272-294.

[24] DINGWALL, R, GREATBATCH, D. Behind closed doors: a preliminary report on mediator / client interaction in England [J]. Family and conciliation courts review, 1991, 29: 291-303.

[25] KELLY, J B, DURYEE, M A. Women's and men's views of mediation in voluntary and mandatory mediation settings [J]. Family and conciliation courts review, 1992, 30: 34-49.

[26] MAXWELL, N G. The feminist dilemma in mediation [J]. International review of comparative public policy, 1992, 4: 67-84.

[27] COBB, S, RIFKIN, J. Practice and paradox: deconstructing neutrality in mediation [J]. Law and social inquiry, 1991, 16: 35-62.

[28] FOLGER, J P, BERNARD, SE. DIVORCE MEDIATION. When mediators challenge divorcing parties [J]. Mediation quarterly, 1985, 10: 5-23.

[29] TAYLOR, A. Concepts of neutrality in family mediation: contexts, ethics, influence, and transformative process [J]. Mediation quarterly, 1997, 14: 215-236.

[30] 郭丽安, 王唯馨. 台湾调解场域的观察与反省: 训练与性别 [J]. 应用心理研究 (台湾), 2010, 46: 233-250.

[31] MENKEL-MEADOW, C. Commentary: professional responsibility for third-party neutrals [J]. Alternatives, 1993, 11: 129-131.

[32] BERNARD, SE, FOLGER, J P, WEINGARTEN, H R, SUMETA, Z R. The neutral mediator: value dilemmas in divorce mediation [J]. Mediation quarterly, 1984, 4: 61-74.

[33] FORESTER, J, STITZEL, D. Beyond neutrality: the possibilities of activist mediation in public sector conflicts [J]. Negotiation journal, 1989, July: 251-264.

[34] NEWMANN, D. How mediation can effectively address the male and female power imbalance in divorce [J]. Mediation quarterly, 1992, 9 (3): 227-239.

[35] IRVING, H H, BENJAMIN, M. Family mediation: theory and practice of dispute resolution [M]. Toronto: Carswell Legal, 1987.

[36] ASTOR, H. Feminist issues in ADR [J]. Law institute journal, 1991, 65 (1): 69-71.

[37] MNOOKIN, R H. Divorce bargaining: the limits on private ordering [M] // EEKELAAR, J M, KATZ, S N. The resolution of family conflict: comparative legal perspectives. Toronto, Ontario, Canada: Butterworths, 1984: 364-383.

[38] HAYNES, J. Power balancing [M] // FOLBERG, J, MILNE, A. Divorce mediation: theory and practice. New York: Guilford, 1988: 277-296.

[39] CHANDLER, D B. Violence, fear, and communication: the variable impact of domestic violence on mediation [J]. Mediation quarterly, 1990, 7 (41): 331-346.

[40] GERENCSEK, A. Family mediation: screening for domestic abuse [J]. Florida State University law review, 1995, 23 (1): 43-69.

[41] GIRDNER, L. Mediation triage: screening for spouse abuse in divorce mediation [J]. Mediation quarterly, 1990, 7 (4): 365-376.

[42] SCHEPARD, A. Children, courts and custody: interdisciplinary models for divorcing families

[M]. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2003.

[43] LANDAU, B. The Toronto forum on women abuse: the process and the outcome [J]. Family and conciliation courts review, 1995, 33 (1): 63-78.

[44] MILINE, A L. Mediation and domestic abuse [M] // FOLBERG, J, MILINE, A L, SALEM, P. Divorce and family mediation. New York: The Guilford Press, 2004: 304-335.

[45] BENJAMIN, M. Culture diversity, educational equity and the transformation of higher education: group profiles as a guide to policy and programming [M]. Westport, CT: Praeger, 1996.

Divorce Mediation: Whose Justice? Enlightenment and Review from Feminist Perspective

WU Xin-yan

(Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: Western feminism's attitude toward divorce mediation had undergone a process from support to fierce criticism, until the constructive review and refactoring. In feminist view, the most important question was "whether the divorce

mediation can ensure the gender justice in the process of divorce dispute resolution"? Power, neutrality and mediation involving domestic abuse—these three issues were discussed in-depth, which influenced the system and practice of divorce mediation. It will also enlighten divorce mediation in Chi-na.

Key words: divorce mediation; gender justice; feminism; domestic violence

中图分类号: C913. 13

文献标识码: A

文章编号: 1008-6838 (2021) 04-0024-11

收稿日期: 2021-05-02

基金项目: 湖南省社会科学基金项目“社会转型期家事纠纷与中国家庭观念研究”(项目编号: 18YBA406); 湘潭大学博士科研启动项目“家事调解中性别正义问题研究”(项目编号: 2021BSQDF13)

作者简介: 郭欣言, 女, 湘潭大学碧泉书院·哲学与历史文化学院社会学系讲师, 博士, 硕士研究生导师, 主要从事社会性别与家事调解研究。

(责任编辑 鲁玉玲)

（二）法官视点

人类结婚是因为爱情？可拉倒吧！ | 庭前独角兽

原创：2021-07-30 庭前独角兽 有自知之明的

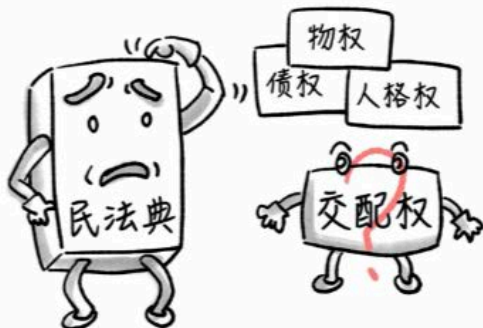
<https://mp.weixin.qq.com/s/xwmRA3PuuwS1Z1PEM1T0hQ>

文案 | 赵霏（黄浦法院）

漫画 | 周婧（浦东法院）

钱钟书说，
婚姻是座围城
李银河说，
婚姻制度终将消亡
2020 年全国离婚率再创新高：
39.33%
结婚人数却从 2019 的 927 万对
降为 813 万对
在“离婚冷静期”频上热搜的年代
我们不禁问自己
结婚是抽的哪门子疯？
这得从人类婚姻发展史谈起……

龙龙鹅狗……
我们的祖先光着腓在树林里奔跑
拥有最强打斗能力的人拥有高的地位
同时也拥有最强的交配权



嗯呢
因为那时还没有婚姻
人类只有交配繁衍的本能
后来这群人学会了钻木取火
从此男人打猎，
女人采果子





但是大自然的动物就那么几只
打着打着就打没了啊

哎，这个月又没荤菜了……



但是杲砸这种东西
春去秋来一直有啊
所以说采杲砸这个工作
稳定、体面、铁饭碗

“铁饭碗”



于是，
母系社会产生了
这个时期，
是「老娘」们说了算的
男人们要么忍，要么滚



母系社会的婚姻形态是：走婚
这是一种夜合晨离的关系
到了晚上
男子会用独特的暗号敲开女子的房门

骗吃骗喝骗师妹



到了白天

男子拍拍屁股走人

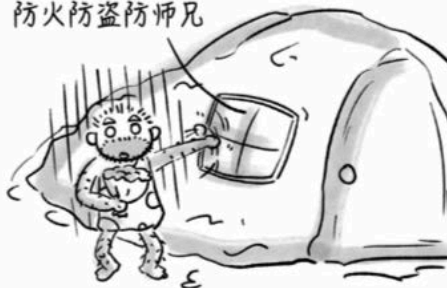
你别看男人说来就来说走就走

其实主动权掌握在女人手中

一旦女人不再为男人开门

走婚关系就宣告结束

防火防盗防师兄



当然，走婚并不是一种婚姻形态
而是一种周瑜打黄盖式的自由恋爱
不存在「父母之命媒妁之言」
也不存在「嫁鸡随鸡嫁狗随狗」
你不靠我养，我不靠你活
谁也不用对谁负责



after 龙龙鹤狗
人们靠吃好果子过上了幸福生活
人口也越来越多
但地盘却有限啊
为了活下去就得争夺地盘
说到打架嘛，男人最擅长了



于是权力回归到男人手上
由此进入到父系社会
那么怎样才能抢占地盘呢
多生孩子啊人多力量大嘛

人多力量大!



多生孩子你懂的~
不仅要马力足还要广撒网
无论男女老少尊卑长幼
不分场合不分对象不分年龄
对方是谁并不重要
重要的是「生生不息」

你懂的~

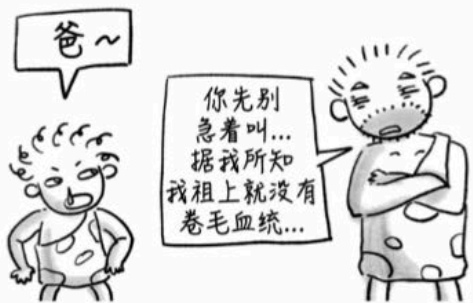


这段乱七八糟的日子经历了四个阶段
杂婚、血亲群婚、氏族婚、对偶婚
但无论哪种「婚」其实都不是「婚」
只是一种交配关系

又过了很久
男人们开始担忧
现在我身强力壮呼风唤雨
如果有一天我老了
那些不讲武德的年轻人要夺权篡位
我打不过了该怎么办

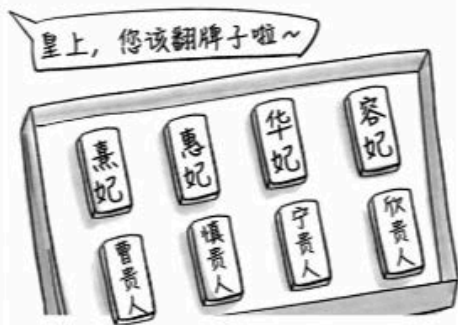


于是他需要通过血缘关系传宗接代
但是当新生儿出生时
又会产生一个灵魂拷问：
这娃是不是我亲生的？



这个问题对于为娘的来说不是问题
但对于爹来说是一个有点绿的问题
——怎么确定孩子是我的呢？

于是人类社会创造了一套制度
它规定了一个男性对一众女性的所有权
这就是最早的婚姻制度
——一夫多妻制、一夫一妻多妾制



所以婚姻制度的雏形其实是产权制度
女性只是附庸于男人的一项财产
等等，
婚姻难道不是两人间的契约么？
不错，但在早期
它不是男人和女人之间的契约
而是一个男人和其他男人之间的契约：
“这个女人是我的，你们不许碰”



难怪恩格斯说婚姻是私有制的产物

相信我，谨滴

婚姻其实是社会
发展到一定阶段的产物
和爱情并没有半毛钱的关系

从前，男人是社会的主要生产力
女人因为无法创造社会财富
只能靠男人养活



所以封建社会的婚姻模式是

「圈养制」

男人处于主导地位，
女人处于从属地位
这就好比主人和宠物



打个岔

这里要特别感谢一下**民法典**
认可了全职妈妈的家庭贡献
——她们不是不创造财富
只是创造的财富无法用金钱量化
民法典让她们从此享有
离婚补偿的权利



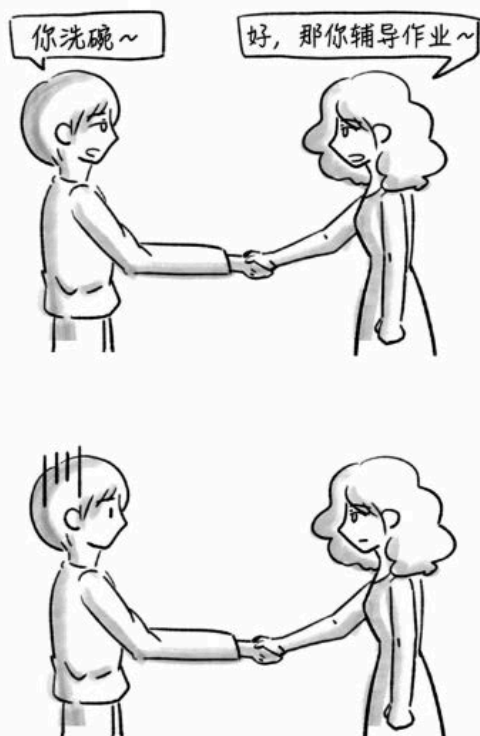
第二次工业革命之后
男女地位发生了巨变
许多工种摆脱了力量的限制
女性也可以出门参加工作了



经济独立带来了政治独立
1920年美国女性获得了投票权
政治独立又带来了人格独立
波伏娃等先驱女性掀起女权运动
从此女人不必再看男人脸色了



男女关系由从属变成了合作
同时夫妻共同财产制将双方财产绑定
所以现代婚姻的模式是
共同投资共同经营共享利益共担风险
看，像不像开公司



虽然「公司制」婚姻听起来挺酷
但其实远不如「圈养制」稳定
在古时候的「圈养制」中
女性在家庭中寄人篱下
一旦离婚就失去了生活来源

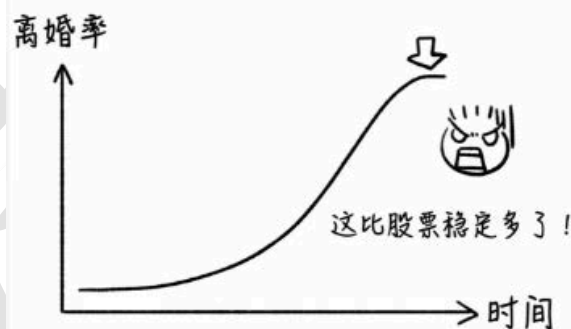


但在现今的「公司制」中
女性变成了一种雌雄同体的动物
上得了厅堂下得了厨房
杀得了木马翻得了围墙
「丈夫」这个角色对她们来说
宛若鸡肋



所以你看
为什么说得生产力者得天下
所以你看
为什么说女性地位越高婚姻越不稳定
所以你看
为什么说当今社会离婚率稳步攀升

所以你看
为什么说得生产力者得天下
所以你看
为什么说女性地位越高婚姻越不稳定
所以你看
为什么说当今社会离婚率稳步攀升



最后一个问题
为何生活水平越来越高
人们在婚姻中的幸福指数
却越来越低呢



因为人们仍然在用「圈养制」的思维
去期待「公司制」的关系
男人仍然希望妻子三从四德言听计从
但现实中老婆不河东狮吼你就不错了



而女人仍然希望
丈夫是家里的顶梁柱
结果发现老公成了
给你挖坑的猪队友



所以奉劝婚姻中的痴男怨女们

弄清自己的定位:

你要的是「圈养制」婚姻

还是「公司制」婚姻?

如果你的价值观

建立在「圈养制」模型上

那么你可以获得对方的保护

但你也可能会受制于人

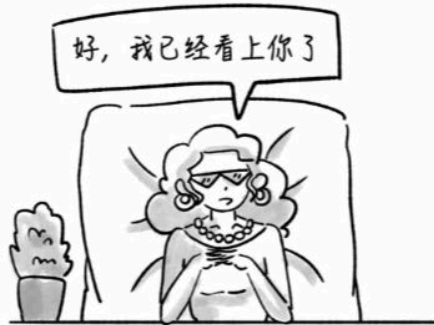


如果你的价值观

建立在「公司制」模型上

那么你就别幻想霸道总裁爱上你

但你可以让自己成为霸总



回到开头的话题

人类为什么要结婚

因为爱情？

不全是

至少人类婚姻的起源

并不是因为爱情

所以文末发表了几句拙拙的见
说的不对也没必要把我往死里打

1

自古得生产资料者得天下，
任何关系中没有绝对的平等

只有相对的让渡。

所以不要再纠结于男权还是女权，

权力越大责任越大的道理

同样适用于婚姻：

当你想让对方言听计从，
先想想自己对家庭尽了多少责任；
当你想当甩手掌柜时，
也就别计较人家总对你呼来喝去。

2

婚姻的本质是合作，
互惠互利是合作之本，
毕竟谁也不想找个猪队友。

无论男人女人，

慕强是人之本性，

所以择偶前先掂量一下

自己几斤几两：

你瞧瞧李世民的银子，
先想想自己有没有武则天的脑子；
你苛求对方既是美人又是诸侯，
人家又凭什么看得上阿斗一样的你？

3

爱情不是婚姻的充分条件

却是必要条件

爱情不是婚姻制度的历史缘由

却辩证的维系着婚姻制度

单身时选择婚否别太迁就，

因为一辈子很长；

结婚后能迁就就多迁就，

因为一辈子也没那么长。



聊一聊处理夫妻债务的失败案例

原创：2021-08-03 红发橙子 红发橙子

<https://mp.weixin.qq.com/s/fBBcGGHz5Ka06xpvaCsu2Q>

这几年审理离婚案件，有这样一种感觉，就是涉及到债务的离婚案件是越来越多了。之前处理离婚案件，双方主要的焦点在房子，近几年随着房地产市场的不景气，双方对于房子争夺的烈度有所缓和，但是债务的问题反而突出出来。债务问题处理不好，真的会给自己惹上大麻烦。

一、非法债务

一件离婚案件，原、被告年纪都不大，原本感情挺好的，结果婚后男方沉迷于赌博不能自拔，欠了大笔赌债，上门追讨的债主络绎不绝。一开始女方念在夫妻感情，在男方承诺戒赌的条件下，竭力帮助其偿还债务，夫妻财产不够偿还，就发动女方父母帮助偿还，但是男方非但不改，反而越陷越深，女方发现债务越还越多，最后到了自己借债帮助男方还赌债的地步，男方仍不改悔，女方无奈诉到法院离婚。

男方同意离婚，但是涉及到女方名义所借债务时，女方主张这些债务是为了还男方赌债所借，是男方个人债务，应该由男方偿还，男方坚决不承认有赌债，主张这些是夫妻共同债务，应该由双方共同偿还。

男方的举动让女方很气愤，庭审时她哭着说她为了帮男方还赌债，请求自己的父母帮助偿还，父母倾其所有帮着还了几十万。后来父母的钱花光了，她以自己的名义向银行和小贷公司借款，前后借了十几笔，有一笔债务，她上午刚做完人流手术，出了手术室男方就拉着她去小贷公司签合同借钱，然后又拿去填了男方赌债的无底洞。她觉得自己对男方仁至义尽了，没想到男方现在完全不承认这些借款是用来偿还赌债的，还要她共同承担。

我面对这个案子也很无奈，男方自己欠下的赌债，肯定不会被认定是夫妻共同债务，但是女方的借款发生在婚姻关系存续期间，她说钱借出来还男方的赌债了，却举不出任何证据。我无奈的对她说，你用了自己的合法的债务去清偿了对方的非法的债务，也没有保留对自己有利的证据，让我怎么支持你呢？

二、信用卡债务

这是一件离婚后财产纠纷的案件，双方之前是在民政局协议离婚，约定男方婚姻关系存续期间的信用卡债务由女方在某年某月前全部偿还。结果双方协议离婚后，女方拒不依照约定偿还男方信用卡债务，男方被银行追得紧，无奈起诉到法院，要求女方履行离婚协议。

庭审中，男方说他的十几张信用卡都是女方在使用，所欠债务也都是女方欠下的，所以双方离婚时才约定由女方偿还，没想到女方离婚后以没钱为理由拒不给钱，债务到期银行向他追讨，信用卡债务数量多，数额也不小，他一边自己偿还债务，一边向女方追要，两头应付，很是为难。而女方压根就没有出庭，她的律师表示女方没钱，反正信用卡债务在男方名下，女方不给钱男方也得先行偿还，要求男方同意承担一半信用卡债务。

庭下大家聊到这个案件时一致表示，像这种婚姻关系存续期间以自己的名下欠下的银行卡债务，就不应该约定由对方偿还。而是应该约定自行偿还，对方在某个时间点一次性支付对应的补偿款，这样一旦对方不偿还，再起诉就会有 lợi得多。

三、婚前债务

有一件离婚案件，双方结婚时间不算很长就分居了，庭审时我问分居的原因，女方说是男方不念及夫妻感情，强行将其送回娘家，男方说是结婚后才发现女方婚前欠了大量债务，男方对于女方隐瞒婚前债务的行为很气愤，于是将其送回娘家。

庭审时，女方坚持表示这些债务虽然是婚前借的，但是大部分都是婚后共同消费了，都是共同债务，还有婚后女方所借债务，是用于夫妻共

同生活，男方则对债务完全表示不知情，女方婚后所借债务是女方借新债还旧债，和自己没关系。双方围绕着债务的发生时间和是否用于共同生活进行了大量的举证，耗费了大量的精力。

这些年随着各类金融创新，普通人借钱是越来越容易了，而且随着人员流动性越来越大，很多夫妻结婚前并不是非常知根知底。因此，婚前最好看一下对方的征信报告，尽可能地了解对方的信用情况，为自己的婚姻生活提前“排雷”。

当她在法庭上读完了那本日记…… | 至正 · 法官札记 60

2021-08-16 上海二中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/sjlh3NXenvQFux2GXj232g>



本期主笔：唐墨华

民庭入额法官

山东大学全日制法学硕士

我是唐墨华，今年四月有幸从浦东法院遴选到上海二中院。在基层法院从事民事审判工作十年，办理各类民事案件二千余件。仔细回想，每一个案件在我的脑海里或多或少都留下了记忆。

但印象最深的不是那些标的特别大的或是被媒体广泛报道过的案件，而是那些透着温情，触动过我心灵的案件，今天要跟大家分享的就是其中一件。

1 缘起：姐妹因遗嘱对簿公堂

这是一起遗嘱继承案件，坐在原、被告席上的是一对亲姐妹。姐妹俩的母亲早年已经过世，是

父亲将她们拉扯长大。父亲因病过世，留下一张遗嘱，将自己名下的一套商品房留给了大女儿。姐姐拿着遗嘱找到妹妹，想让妹妹协助办理过户手续。妹妹一口咬定遗嘱是姐姐哄骗父亲写下的。协商未果，姐姐将妹妹告上法庭，要求法院判令房屋按照遗嘱由姐姐继承。

2 波澜：法庭上姐妹剑拔弩张

法庭上，姐妹俩各执一词。

姐姐说，父亲晚年都是由她照顾，所以父亲把房子留给了她。

妹妹说，姐姐把父亲接到自己家里，又把父亲的房子出租收租金，是姐姐处心积虑地骗了父亲的房子，遗嘱不是父亲的真实意思。

姐姐说，房子出租是为了给父亲付医药费，妹妹常年不照顾父亲，没有资格说这样的话。

妹妹说，姐姐怂恿父亲抛弃了她，她一辈子也不会原谅姐姐。

看着姐妹俩在法庭上互相指责，我的内心也不平静。从证据来看这个案子的事实是清楚的，但双方的矛盾那么尖锐，如果一判了之，姐妹俩

的误会和怨恨只会越来越深，能不能找到一个突破口把这个案子调解掉呢？



3 转机：父亲的日记消除姐妹的嫌隙

没想到转机出现了。

法庭辩论结束后，姐姐突然从包里拿出了一本厚厚的笔记本，说是父亲生前的日记，希望法官看一看，上面的内容可以证明她没有说谎。

我接过本子，快速翻看了一下，在妹妹确认是父亲的笔迹之后，我决定让姐姐当庭读一读这本日记。

空旷的法庭上，姐姐一页一页地读着日记，日记记录了大女儿悉心照顾父亲的点点滴滴，也记录了父亲对亡妻和小女儿的思念。

父亲在日记中写道：昨天是我的生日，大妹买了蛋糕，还准备了一桌菜，小妹没有来，小妹不知道在忙啥？很久没有来了，我很想她……

我静静地听着，细细地观察着小女儿的表情变化，渐渐地我看到她眼睛里的怨愤慢慢地消去，眼角闪现了泪花。

当大女儿读完那本日记时，原、被告席上的两姐妹都已泪流满面……

4 结局：当庭调解唤回久违的亲情

经过一个多小时的调解，姐妹俩终于达成了和解。

妹妹理解了父亲的决定，表示愿意配合姐姐尽快办理过户。

姐姐也说出了父亲临终前的嘱咐：“父亲说房子给我，但希望我多少补偿小妹一点，我自己条件也不宽裕，我愿意补偿她十万元。”

走出法庭的那一刻，我的内心是畅快的，我想，封闭和偏执会滋生误会和怨恨，只有打开心扉，积极沟通，才能化解矛盾。

作为法官，我希望自己在辨法析理之外，能够多听一些，多想一些，多做一些，用自己的善意和温情，为当事人架起一座桥梁，帮助他们解开心结，找回心中的平静和温暖。

责任编辑：郎振宇

人像摄影：施蕾

（三）检察官视点

最高检发布典型案例 阐释破坏军婚的“同居”行为

2021-08-04 中国妇女报 王春霞

http://weixing.cnwomen.com.cn/share/news/detail_index.html?contentType=5&contentId=202434&cId=0

中国妇女报全媒体记者王春霞

近日，最高人民检察院印发全国检察机关依法惩治侵犯军人军属合法权益、危害国防利益犯罪典型案例，营造拥军优属、尊崇军人的良好社会氛围。在其中的孙某破坏军婚案中，最高检对法条规定的“同居”行为作了详细阐述。

本次发布的典型案例共7起，涉及冒充军人招摇撞骗罪、阻碍军人执行职务罪、非法买卖武器装备制式服装罪、过失以危险方法危害公共安全罪、破坏军婚罪及司法救助相关案例。

最高检第一检察厅有关负责人介绍，为保护军人军属合法权益、维护国防利益，我国刑法规定对严重侵犯军人军属合法权益、危害国防利益的行为，依法追究刑事责任。比如，刑法第259条第一款规定，明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，构成破坏军婚罪等。

据介绍，2016年1月至2021年6月，全国检察机关办理破坏军婚案件148件150人，危害国防利益案件1663件2653人。

孙某破坏军婚案中，2016年11月，王某与现役军人郭某登记结婚并育有一女郭某某。2020年9月，被告人孙某与王某通过网络直播平台相识并逐渐发展为不正当男女关系。同年10月至12月案发，孙某在明知王某为现役军人配偶的情况下，仍与其在自己家中同居，并多次发生性关系。

同居期间，王某每天下班到幼儿园接其女儿郭某某至孙某经营的二手车行吃饭，并一起回到孙某家中居住和生活。同年11月8日，郭某休假回家后发现王某经常彻夜不归，不接听电话，遂产生怀疑，后发现王某带着女儿郭某某经常出入孙某经营的车行及其住所，晚上也于孙某家中居住。郭某打电话与孙某交涉，规劝孙某不要破坏其家庭，孙某未予理会。11月17日，郭某向公安

机关报案。12月18日，郭某与王某因感情破裂离婚。

孙某到案后拒不认罪，既不承认与王某发生性关系，也否认明知王某系现役军人配偶。检察机关经审查认为，依据被害人陈述、目击证人证言和相关视听资料、微信聊天记录等客观证据，能够形成完整证据链条，证实孙某明知王某系现役军人配偶仍与之共同生活的事实。同时，针对“同居”认定这一难点，检察机关经反复研究论证，认为王某每天到幼儿园接女儿郭某某放学后到孙某住处生活，孙某偶尔也接送郭某某，王某称孙某为“老公”，孙某称王某为“宝贝”，并持续较长时间，已达到认定“同居”所要求的“持续、稳定”的程度，依法构成破坏军婚罪。

2021年1月5日，吉林省某县人民检察院以孙某犯破坏军婚罪提起公诉。1月15日，该县人民法院采纳指控意见和量刑建议，以破坏军婚罪判处孙某有期徒刑一年六个月。孙某未提出上诉。

最高检指出，刑法及相关司法解释未就“同居”的概念作出明确定义，司法实践中如何准确认定同居关系是难点。一般情况下，同居关系具有稳定性、持续性、日常性等特征，但根据具体案件情况，往往表现出不同的情形。检察机关在办理破坏军婚案件时，应综合考虑全案证据，对被告人与现役军人配偶是否构成同居关系进行妥善认定。

本案中，被告人与现役军人配偶存在共同生活事实，双方交往密切，被告人甚至帮助接送女方孩子，女方也清楚表达了要与被告人共同生活的意愿，在丈夫回家后仍居住于被告人家中，夜不归宿，已经具备了稳定性、持续性、日常性等特征，应认定为同居关系。

编辑：毛子瑞

（四）律师视点

张雪梅 | 建立健全监护支持、监督机制 完善国家监护制度

2021-08-03 少年司法专业委员会 张雪梅

<https://mp.weixin.qq.com/s/ItQ1noRfBLbC11sEAygvww>

2021 年 4 月，国家成立国务院未成年人保护工作领导小组，作为国务院议事协调机构，统筹、协调、督促和指导有关部门在各自职责范围内做好未成年人保护工作。领导小组办公室设在民政部，承担领导小组日常工作。与此同时，全国 31 个省、（区、市）和新疆生产建设兵团全部建立未成年人保护工作领导小组（委员会）。办公室均设在民政厅（局），市县各级相应协调机制也相继建立。新修订的《未成年人保护法》也于 2021 年 6 月 1 日开始施行，法律条款更加完善、充实，尤其是在监护制度方面，发展完善了《民法典》规定的监护制度，做出了很多细化、补充、操作性强的规定，亮点颇多。

《未成年人保护法》本次修订不仅严格了父母或者其他监护人的各项监护责任，同时明确了国家对家庭监护进行指导、支持、帮助和监督的责任，完善了临时监护、长期监护制度，明确拓展了监护支持、监督、干预的规定，构建了“以家庭监护为主，以监护支持、监督和干预为手段，以国家监护为兜底保障”的未成年人监护制度体系。

监护制度设立的目的是为了保护未成年人的合法权益，使未成年人的人身和财产得到保护，是对其不具备完全民事行为能力的一种弥补。因此，监护制度是对未成年人实施保护的最基础、最重要的内容。很多关于未成年人保护的问题都是由于监护出了问题，例如未成年人遭受性侵、欺凌、事实无人抚养、监护侵害、未成年人违法犯罪等。这些问题的解决需要依赖于一个完善的监护制度。那么，如何有效落实《民法典》、《未成

年人保护法》，确保未成年人获得有效的监护，民政部门作为承担未成年人保护协调机制具体工作的部门，又代表国家承担着监护兜底的职责，我认为应当在以下几方面发挥好推动和保障作用，推动落实相关法律规定，也希望相关政策法规和地方未成年人保护立法制定修订过程中，能过够关注和完善以下问题。

一、健全监护支持、帮助体系，提升家庭监护能力

国家监护的内容不仅包括国家作为临时监护人和最终监护人，同时也包括国家提供监护支持、指导、帮助与监督的责任。修订后的《未成年人保护法》原则规定了国家对家庭监护指导、支持、帮助与监督方面的责任，但规定尚不具体。

对家庭监护的支持、帮助，很大程度上能够提升家庭监护功能，消除监护困境的引发性因素。因此，建议进一步明确监护支持与帮助措施。**第一**，完善儿童福利制度，规定普惠型儿童福利措施，同时对困境未成年人实施分类保障，进一步提高保障标准，采取措施满足其生活、教育、安全、医疗康复、住房等方面的基本需要。**第二**，对困境未成年人家庭给与必要的经济帮助，指导做好委托照护工作，探索困境未成年人实际监护人的养育津贴制度。**第三**，落实将家庭教育指导服务纳入城乡公共服务体系的规定，建立具有普遍性、可及性、专业性的家庭教育指导服务机制，开展家庭教育知识宣传，鼓励和支持有关人民团体、企事业单位、社会组织开展家庭教育指导服务。

第四，培育、支持、引导、规范有关社会组织、社会工作者参与未成年人保护工作，加大政府购买服务力度，开展家庭教育指导和家庭关系指导等服务，为未成年人的心理辅导、康复救助、监护及收养评估等提供专业服务。

二、建立监护监督机制，督促监护人依法、妥善、全面履行监护职责

《未成年人保护法》是第一部规定监护监督制度的法律，虽然规定了国家对家庭监护指导、支持、帮助与监督方面的责任，也规定了居民委员会、村民委员会应当指导、帮助和监督父母或者其他监护人依法履行监护职责，应当协助政府有关部门监督未成年人委托照护情况，对发现被委托人缺乏照护能力、怠于履行照护职责的要及时向政府有关部门报告，并告知父母或者其他监护人，帮助、督促被委托人履行照护职责。

但是上述条款还主要停留在原则性上，且是出现问题后的事后监督。除了规定居民委员会、村民委员会的职责外，法律也没有规定具体的监督措施。如何开展监护监督、谁来进行监督是新法实施后实践中面临的一个主要的问题。目前实践中，有法院通过调解方式探索财产监管人的做法，最高检察院也开始探索监护督促令的做法。建议民政部门尽快研究建立监护监督制度，实现对未成年人监护的事前监督、事中监督和事后监督。

监护监督至少应当包含三个方面的内容，一是普遍意义的监督，针对父母不依法履行监护职责、或滥用监护职责监护不当的情况，应当在社区、学校设置有效的监护监督系统，对监护人或被委托监护人履行监护职责的情况进行监督，发现监护人或被委托监护人侵害未成年人人身、财产权益的情况应当及时采取有效措施进行制止和干预。通过这种普遍意义的社会监督以及法律规定的强制报告制度对家庭中的未成年人权利状况进行有效监测，对未成年人权利可能受到侵害或

处于监护困境的高风险家庭进行筛查和帮助。二是设立监督人制度，主要是对父母以外的人担任监护人时设立。建议参考大陆法系各国的监护监督制度，探索对父母以外的人担任监护人时设置监护监督人。监护监督人与普遍意义的监护监督不同，普遍意义的监督属于社会监督，而监护监督人更有针对性，更容易实现事前、事中监督，更有利于对未成年人的保护。目前我国法院在家事审判改革中也进行了一些这方面的探索，例如在指定监护人时设置财产监督人等做法。三、司法机关的监护督促措施。对于公安机关、检察院、法院在办理未成年人权益受到侵害、未成年人严重不良行为或违法犯罪、其他涉及未成年人民事案件过程中，发现存在监护缺位、监护不当、监护侵害等情形的，通过强制家庭教育指导、监护督促令等方式进行督促和指导。

三、完善临时监护制度，明确临时监护的启动与终止程序

临时监护是对父母或其他监护人监护的临时补充，确保父母或其他监护人缺位时未成年人能够获得有效监护，避免未成年人的监护和照顾出现空白。对于实践中出现的监护人缺位、监护侵害紧急安置、监护缺失等问题，《未成年人保护法》规定了由民政部门进行临时监护或长期监护，填补了现实中存在的监护空白，确保未成年人及时获得有效的监护。

但是法律对临时监护的规定仅是临时监护的对象范围和临时监护期间的生活安置方式，没有规定临时监护程序的启动和终止。实践中出现需要临时监护的情形，由谁来发现，发现后该怎么办？临时监护由谁来启动？法院还是民政部门，还是村居委会？何时启动？临时监护与其他法律规定的紧急安置措施又如何衔接？这些都是实践中面临的问题。《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》和《反家庭暴力法》借鉴了国外经验，最早探索和规定紧急状态

临时安置制度。《民法典》也规定了法院受理撤销监护人资格案件的申请后，必要时可以安排临时监护措施。需要说明的是，紧急安置与临时监护是不同的，紧急安置是在紧急危险状态下将未成年人带离危险监护人的措施，带离的目的是紧急保护孩子的安全，当紧急状态消失时未成年人应当返回家庭，如果经过评估发现未成年人不宜返家的，那么应当立即启动临时监护程序。我国目前的法律规定，还没有将紧急安置措施和临时监护区分开来，程序上缺少二者之间的有效衔接。

建议民政部门一方面尽快研究制定临时监护与长期监护的工作细则，从情形发现、紧急安置、临时监护等三个方面规定临时监护程序的启动、临时监护人职责、与监护人的关系、临时监护期间的生活安置、与长期监护的衔接、临时监护的终止等方面内容；另一方面尽快完善未成年人救助保护机构、儿童福利机构等临时监护场所、长期监护场所的统筹规范化建设、管理和工作衔接。

四、完善长期监护的生活安置方案和程序

修订后的《未成年人保护法》规定了长期监护的对象范围，明确民政部门作为未成年人的最终监护人，实现临时监护与长期监护的无缝对接。对于国家长期监护的未成年人的最终生活安置，《未成年人保护法》进一步规定了民政部门进行收养评估后，可以依法将其长期监护的未成年人

交由符合条件的申请人收养。该规定是未成年人能够尽快实现回归家庭的生活安置方式，解决了实践中长期滞留在机构中抚养的问题。但是，该条在适用中，可能会存在和《民法典》第三十八条的冲突，《民法典》第三十八条规定了恢复监护人资格的条件和程序（除对被监护人实施故意犯罪的外，父母确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。），并未规定申请恢复的期限。这就导致如果未成年人被送养后第三十八条如何适用的问题。再有，《民法典》关于被收养人的范围没有明确监护人资格被撤销指定民政部门担任监护人的未成年人可以被送养。导致实践中，这类未成年人能否被送养、以及被送养后原监护人能否申请恢复监护人资格成为实践中备受关注的问題。因此，需要民政部门尽快研究制定长期监护的生活安置方案和程序，我认为，依据最有利于未成年人的原则以及《民法典》关于收养一章的立法精神，这类未成年人经民政部门评估后可以被收养，同时，收养关系依法成立后，受法律保护，原监护人不能再申请恢复监护人资格。

作者：张雪梅，北京青少年法律援助与研究中心研究员、全国律协未成年人保护专业委员会主任。

编辑：钱文鑫

（试行）律师办理遗嘱见证业务操作指引（2020）| 继承新闻 | 东方律师网

2021-08-13 家事法苑 东方律师网

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZN-4rcDW1wawD8uZm9JsdQ>

时间：2020 年 12 月 30 日

来源：东方律师网

原文链接：

<http://www.lawyers.org.cn/info/4df4fc7b44d6457b836a83c80803f7f8>

* 本指引于 2020 年 12 月 30 日上海市律师协会业务研究指导委员会通讯表决通过，试行一年。试行期间如有任何修改建议，请反馈

第一章 总则

1.1 【指引依据】为帮助和规范上海市律师办理有关遗嘱见证非诉讼法律业务，提高本市律师办理该类业务的服务质量和水平，防范执业风险，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国律师法》等有关规定，制定本操作指引，供律师办理相关法律业务时参考。

1.2 【遗嘱释义】本指引所称遗嘱是指遗嘱人生前在法律允许的范围内，按照法律规定的方式处分其个人合法财产或者处理其他事务，并在其死亡时发生效力的单方法律行为。

1.3 【遗嘱见证释义】本指引所称律师遗嘱见证是指律师事务所接受遗嘱人的委托，指派两名或两名以上见证律师，根据见证律师本人亲身所见，以见证律师的名义依法对遗嘱人所立遗嘱签署行为的真实性、合法性进行证明的一种活动。

1.4 【遗嘱见证的律师】从事遗嘱见证工作的律师必须具备律师资格，并持有中华人民共和国律师执业证。遗嘱见证应当由两名律师共同办理。

1.5 【遗嘱见证的范围】律师遗嘱见证的时间应当是遗嘱人以及相关人员在见证的行为发生时，律师遗嘱见证的空间应当是律师本人在见证时视野所能见到的范围。

1.6 【勤勉义务】律师应能真实地反映并客观地确认正在发生的法律行为，依照与见证遗嘱相关的法律法规及本指引的要求，尽到审慎、勤勉义务，防止出现因工作失误导致的足以引起遗嘱无效的法律瑕疵。

1.7 【利益冲突】律师应注意避免利益冲突，不得办理与本人、配偶或本人、配偶的近亲属有利害关系的遗嘱见证业务。

1.8 【职业道德与保密义务】律师应当严守职业道德，恪守执业纪律。律师对委托人申请办理

的遗嘱见证事务，以及在办理遗嘱见证过程中所知悉的委托人的商业秘密或个人隐私，应当严格保密。

第二章 建立法律服务关系

2.1 【委托前的审查】律师应当通过观察、询问，对遗嘱人的民事行为能力与遗嘱能力进行判断。律师可以要求遗嘱人提交司法鉴定机构或医院、医生开具的精神状态的证明。除遗嘱人存在以下情形外，见证律师可与遗嘱人进一步磋商，建立法律服务关系：

(1) 遗嘱人为无民事行为能力或限制民事行为能力的人；

(2) 遗嘱人逻辑混乱，经律师释明后仍然没有改善的；

(3) 遗嘱人存在违法动机或目的，或期望订立遗嘱内容或所涉遗产标的严重违反法律法规的禁止性或强制性规定的；

(4) 不适合提供律师见证服务的其他情形。

若遗嘱人存在以上情形，律师应告知遗嘱人，不适宜提供相应遗嘱见证业务服务。

2.2 【释明义务】律师在接待遗嘱人时，可向其介绍、解释包括遗嘱的含义、遗嘱的形式类别、遗嘱可处分财产的范围、遗嘱无效的情形、遗嘱继承与法定继承的区别、公证遗嘱与律师见证遗嘱的区别等在内的相关法律规定。

2.3 【遗嘱意向的初步询问】律师在接待遗嘱人时，应当询问遗嘱人设立遗嘱的原因、意愿，遗嘱人的继承人、受遗赠人、相关利害关系人情况，遗产范围等基本信息。

2.4 【法律服务内容告知】律师在接待遗嘱人时，应当向其介绍律师遗嘱见证的工作模式、收费标准、见证流程、工作范围及律师进行遗嘱见证的法律意义和责任限制。律师应当向遗嘱人特别说明，律师仅对遗嘱人身份、立遗嘱的过程、立遗嘱人在遗嘱落款上签字行为的真实性进行见证。

2.5【风险告知】律师事务所与遗嘱人建立委托关系，应当签订法律服务合同，并要求遗嘱人签署风险告知书。法律服务合同中建议约定，因律师或者律师事务所的过错导致遗嘱无效或律师见证书被撤销的，律师事务所应当退还已收取的律师见证费用。若因此给委托人及/或有利害关系的第三方造成损失的，应当予以赔偿，但赔偿的数额可考虑约定以律师见证已收取费用的 3 倍为限。

2.6【委托关系的建立】律师与遗嘱人建立委托关系时，应当制作谈话笔录，记录遗嘱人身份情况、健康状况、真实意愿、遗嘱主要内容、对遗嘱行为及其法律后果是否理解等基本信息。遗嘱人阅读谈话笔录确认无误后，应当亲笔签签署期。

遗嘱人本人与律师事务所签署法律服务合同，不能委托、授权他人代为签签署期。

2.7【见证费用的支付】遗嘱见证律师费用应当由遗嘱人支付，特殊情况下可以由与遗嘱继承无利害关系的第三人支付，律师事务所不得接受继承人或受遗赠人或利害关系人的支付。

2.8【见证法律服务的独立性】遗嘱人要求律师提供见证遗嘱关联的其他法律服务（例如委托提供咨询意见、委托尽职调查、遗嘱执行人、死后生效委托、遗嘱监护或监督服务等）的，双方应在《法律服务合同》中以特别条款或者另行签署补充合同的方式对其他法律服务事项作出约定，约定内容应包括服务事项、律师费、责任承担等。

第三章 文件材料的接收与审查

3.1【遗嘱见证所需材料】遗嘱人应向见证律师提供下列材料：

（1）遗嘱人的居民身份证或者其他身份证明材料；

（2）涉及的不动产、动产、知识产权或其他有产权凭证的财产的权利证明；

（3）律师和律师事务所认为应当提交的其他材料。

3.2【材料的接收】对于遗嘱人提供的文件、材料，见证律师应尽量仅收取复印件，原则上不收取原件。遗嘱见证时，遗嘱人应当提供原件，以便见证律师作形式审查。律师收取文件、材料时应制作材料清单，并由遗嘱人签名，注明提交时间和材料来源。

如必须收取原件的，在移交时应做好签收手续。律师归还所收取的原件时，应由遗嘱人或其指定的相关人员签收确认。

3.3【材料的审查】律师对于遗嘱人递交的材料仅做形式审查。遗嘱人递交材料时，应当在材料清单上签字确认，承诺所递交材料的真实性。

律师认为遗嘱人提供的文件、材料不完整或有疑义的，应告知其作必要说明或进行补充。

第四章 遗嘱的审查

4.1【见证遗嘱的类型】律师可以对自书遗嘱、代书遗嘱及打印遗嘱提供见证服务。对其他类型的遗嘱性文件提供见证服务时，应当慎重。

4.2【遗嘱订立内容的询问】律师应当在提供遗嘱见证服务前，确定遗嘱人订立遗嘱的真实意思并制作谈话笔录。谈话笔录的内容可以包括但不限于以下方面：

（1）遗嘱人的身份信息、身体状况、精神状态；

（2）遗嘱人的法定继承人及家庭成员的基本情况，包括其配偶、子女、父母及与其共同生活的相关人员；

（3）遗嘱所处分财产的情况，如是否属于遗嘱人个人财产，是否曾以遗嘱或者遗赠扶养协议、生前赠与等方式进行处分，是否已存在设立担保、查封、扣押等限制所有权的情况等；

（4）遗嘱人所提供的遗嘱或遗嘱草稿是否为本人的真实意愿，有无修改、补充，对遗产的处分是否附有条件；

（5）遗嘱人未提供遗嘱或遗嘱草稿，需由律师代拟的，应详细记录其处分遗产的意愿；

(6) 是否指定遗嘱执行人及遗嘱执行人的基本情况、联系方式, 遗嘱执行人执行遗嘱的具体方式;

(7) 确认遗嘱的主文内容并告知遗嘱的法律后果;

(8) 见证律师认为应当询问的其他内容。

谈话笔录应当由律师当场向遗嘱人宣读或由遗嘱人阅读。遗嘱人确认无异议后, 遗嘱人、见证律师应在笔录上签名署期。

4.3【代书遗嘱的内容】遗嘱人委托律师代书遗嘱的, 遗嘱一般应包含以下内容:

(1) 遗嘱人的姓名、性别、出生日期、个人身份证件名称及号码;

(2) 遗嘱继承人、遗嘱受益人的姓名、个人身份证件名称及号码;

(3) 遗嘱人与遗嘱受益人、遗嘱继承人的关系;

(4) 所处分的财产的名称、数量、地点等基本信息;

(5) 对财产的分配和有关事务的处理决定;

(6) 有遗嘱执行人的, 还应写明执行人的姓名、性别、身份信息、联系方式及遗嘱执行人执行遗嘱的具体内容;

(7) 遗嘱制作日期和遗嘱人本人签名栏。

4.4【遗嘱的审查】对于所要见证的遗嘱, 律师应当就以下内容再次进行审查:

(1) 遗嘱人的身份信息及遗嘱处分财产信息与相关证明文件是否保持一致;

(2) 遗嘱处分的内容是否与谈话笔录中记载内容相符;

(3) 是否存在法律规定的需要保留必要遗产的情形;

(4) 遗嘱内容是否违反法律法规禁止性或强制性规定或公序良俗, 遗嘱内容是否完备, 文字表述是否准确;

(5) 其他与遗嘱效力相关的情形。

4.5【遗嘱的修订与风险告知】遗嘱内容经律师审查, 若存在需要修改、补充的内容, 律师经整理、誊清后, 应当告知建议遗嘱人修改、补充的原因, 并交由遗嘱人核对并确认。

遗嘱人的意见与律师修改意见不一致的, 律师应充分告知遗嘱人法律风险。

律师在充分告知遗嘱人法律风险后, 若遗嘱人仍坚持己见, 且因此可能导致遗嘱无效或部分无效的重大风险时, 律师可以向律师事务所申报, 申请终止见证法律服务。以上过程, 应记入谈话笔录。

4.6【遗嘱审查】遗嘱审查的过程中, 律师应当注意以下事项:

(1) 遗嘱审查时, 必须由见证律师亲自审查;

(2) 应注意审查遗嘱人是否有能力审阅全文, 完整理解遗嘱内容并对确定的遗嘱内容无异议;

(3) 审查过程中, 律师可以安排录音录像;

(4) 遗嘱审查时不应当有其他无关人员在场;

(5) 审查结束后, 应提示遗嘱人在谈话笔录中。

第五章 见证程序

5.1【遗嘱见证的内容】律师应向遗嘱人说明, 除另有约定外, 律师仅对遗嘱人的身份、遗嘱人立遗嘱的过程、遗嘱人在遗嘱上落款签字行为的真实性进行见证。

对于遗嘱所涉及财产是否客观存在、该财产是否存在瑕疵、是否为遗嘱人所有等, 见证律师没有审核的义务。建议见证律师要求遗嘱人提供相关财产凭证, 进行形式审核, 且遗嘱人出具书面文件承诺遗嘱所处分财产是其个人合法财产。

5.2【遗嘱见证的过程】律师见证程序应当包括但不限于以下步骤:

(1) 见证律师向遗嘱人介绍中国继承法律的相关规定, 并询问遗嘱人的基本情况;

(2) 见证律师应当审核遗嘱人的人身关系基本情况;

(3) 由遗嘱人陈述遗嘱基本意愿, 确认遗嘱主文内容等;

(4) 介绍见证律师基本情况, 并出具律师证供遗嘱人审查。律师与遗嘱人共同签署与遗嘱人及遗嘱继承人、受益人无利害关系的声明或说明;

(5) 如果对遗嘱人在立遗嘱时的精神状态产生疑问的, 见证律师可要求遗嘱人或其亲属出具遗嘱人具有完全民事行为能力的医学证明;

(6) 当场由遗嘱人书写遗嘱, 或由代书人书写代书遗嘱, 或打印遗嘱;

(7) 遗嘱书写或打印完毕后, 律师或遗嘱人应当朗读遗嘱的全部内容。律师应询问遗嘱人是否理解遗嘱内容, 确认遗嘱是否系其真实意思表示;

(8) 由遗嘱人、代书人、见证人、见证律师签名并签署年月日;

(9) 律师制作见证书, 由当场见证的律师签名;

(10) 遗嘱见证过程可以安排录音录像。

以上步骤均应留有见证笔录作为工作底稿保存。见证笔录应当在见证当日由遗嘱人、见证律师签名并签署日期。

5.3【遗嘱见证书】律师事务所可以另行出具律师遗嘱见证书。见证书一般应包括以下四个部分:

- (1) 首部, 写明遗嘱人的基本情况;
- (2) 正文, 写明见证事项、见证材料、见证结论;
- (3) 尾部, 见证律师签名并加盖事务所印章;
- (4) 附项。

5.4【见证书的交付】遗嘱见证书可按遗嘱人的需要制作相应数量的副本。

遗嘱见证书按律师事务所规定审核后, 加盖律师事务所公章。律师应当将遗嘱见证书与遗嘱一并装订成册后, 按合同约定交付给遗嘱人或遗嘱执行人保管。遗嘱人或遗嘱执行人收取时, 应当予以签收。

5.5【附随告知义务】律师应履行附随告知义务, 对遗嘱见证遗嘱人需了解的相关事项进行告知, 防止遗嘱人对必要事项理解错误或偏差。

5.6【注意事项】律师见证过程中, 应当注意以下事项:

(1) 见证自书遗嘱的, 遗嘱人应在遗嘱每一页均签名并签署年月日; 见证代书遗嘱的, 遗嘱人、代书人、见证律师均应在遗嘱每一页签字并签署年月日;

(2) 遗嘱签署时, 遗嘱人或代书人的签名与遗嘱主文内容之间不应留出过多空间;

(3) 签署遗嘱时, 应当使用黑色签字笔, 并应尽量使用书写主文内容时使用的签字笔进行签署;

(4) 律师见证书由律师见证页和见证的遗嘱构成。律师见证页应由两名见证律师签名, 并由事务所加盖事务所公章。

(5) 律师见证书应当进行装订。装订后, 应当在骑缝处加盖律师事务所公章;

(6) 若律师见证书为多份的, 应确保各份文件的内容保持一致, 每份文件的页数完整;

(7) 委托后办理遗嘱见证前, 遗嘱人死亡或者丧失行为能力的, 应当终止办理遗嘱见证。

第六章 遗嘱见证的归档与保管

6.1【见证服务结束】除律师与客户另有约定外, 律师将遗嘱见证书交付给遗嘱人时, 视为遗嘱见证服务合同所约定的服务内容已全部完成。

6.2【归档材料】律师对于遗嘱见证法律服务进行归档时, 归档卷宗中应当包含以下材料:

- (1) 法律服务合同及发票;
- (2) 遗嘱及遗嘱见证书复印件;
- (3) 遗嘱内容相关材料复印件;
- (4) 接案笔录、遗嘱询问笔录、见证笔录、风险告知书、材料签收单等工作流程文件;
- (5) 记载见证过程的影音载体;
- (6) 律师事务所归档要求提供的其他文件。

6.3【案卷的调阅、调取】遗嘱见证案卷应当列为密卷保存。遗嘱人死亡后，遗嘱见证案卷可转为普通卷保存。

遗嘱生效前，遗嘱见证卷宗不得对外借阅，见证律师不得泄露遗嘱内容。

第七章 附则

7.1 本指引自 2021 年 1 月 1 日起生效。本市律师在开展遗嘱见证业务过程中涉及业务开展、利益冲突、风险控制、归档等事宜可参考本指引。

7.2 本指引由上海市律师协会十一届婚姻家庭业务研究委员会起草，并非强制性或规范性规定，仅作为律师从事遗嘱见证业务操作时的参考与建议。

7.3 本指引不适用于律师办理涉外遗嘱见证法律服务。

本指引起草小组：

小组组长：

吴卫义 上海海若律师事务所主任

副组长：

张寅 北京大成（上海）律师事务所律师

付忠文 北京市隆安律师事务所上海分所律师

小组成员：

吴琼 上海道朋律师事务所合伙人

桂芳芳 上海埃孚欧律师事务所合伙人

方洁 上海瀛东律师事务所合伙人

高明月 北京观韬中茂（上海）律师事务所律师

高兴 上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人

张焕娥 上海兰迪律师事务所合伙人

陆珊菁 上海海若律师事务所合伙人

陈燊昊 上海申同律师事务所合伙人

（试行）律师代理家族信托法律业务操作指引（2020） | 继承新闻 | 东方律师网

2021-08-13 家事法苑 东方律师网

https://mp.weixin.qq.com/s/sy_A7zuK9yLhI_IUuWrvMg

时间：2021 年 03 月 17 日

来源：东方律师网

原文链接：

<http://www.lawyers.org.cn/info/ec82f5d4d16e4db699379a9892ec6241>

* 本指引于 2021 年 3 月 15 日上海市律师协会业务研究指导委员会通讯表决通过，试行一年。试行期间如有任何修改建议

第一章 总则

第一条 目的及法律依据

为指导律师从事家族信托法律业务，规范律师在家族信托法律业务中的执业行为，根据《中

华人民共和国律师法》《中华人民共和国信托法》等相关法律、法规及自律性文件的规定，制定本指引。

第二条 适用范围

本指引所称家族信托法律业务，是指律师接受中华人民共和国境内信托公司的委托，为信托公司开展的境内家族信托业务提供的包括但不限于方案设计与审查、法律尽职调查、法律文件起草与审核、法律意见书出具等以非诉业务为主的法律服务，或者律师依照有关法律法规和有关部门的规定承办的其他家族信托相关法律业务。

第三条 工作原则

律师从事家族信托法律业务，应当恪守律师执业纪律及职业道德，维护委托人的合法权益，遵循下列原则：

（一）合法合规原则，律师办理家族信托法律业务，应当确保家族信托方案、法律文件等符合国家法律和行政法规的相关规定，且不得违反监管部门对于信托公司及家族信托业务的监管要求。

（二）勤勉尽责原则，律师办理家族信托法律业务，应当恪尽职守，勤勉敬业，按照信托公司的要求完成各项具体法律服务，应当建立工作档案制度，完整、真实、准确地记录和留存工作底稿。

（三）诚实守信原则，律师办理家族信托法律业务，应当维护信托公司及相关当事人的合法权益，在办理具体业务时应当防范利益冲突。未经信托公司同意，不得将信托公司委托的法律事务进行转委托，亦不得为信托公司家族信托的委托人客户提供法律服务。

（四）信息保密原则，律师办理家族信托法律业务，应当严格遵守保密约定，充分保护信托公司的信息以及办理业务过程中获悉的家族信托业务信息，包括但不限于家族信托委托人、受益人的个人或家庭信息、家族企业信息、信托财产信息等。

第四条 家族信托概念界定

本指引所称的家族信托、家族信托财产、家族信托当事人，具有下列含义：

（一）家族信托，是指信托公司接受单一个人或者家庭的委托，以家庭财富的保护、传承和管理为主要信托目的，以信托公司自身的名义按照信托文件的约定，提供财产规划、风险隔离、资产配置、子女教育、家族治理、公益（慈善）事业等事务管理和金融服务的信托业务。

单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的，具有专户理财性质和资产管理属性的信托业务不属于家族信托。

（二）家族信托财产，是指在家族信托业务中，信托公司因承诺信托而取得的委托人交付的财产，及对信托财产管理运用、处分或者其他情形而取得的财产。

委托人交付的财产应当为委托人合法所有的、确定的财产，且财产金额或价值应不低于人民币 1,000 万元，委托人交付的财产可以为现金形式财产及有价证券、不动产、动产等非现金形式财产。

（三）家族信托当事人，主要包括家族信托委托人、受托人和受益人。

1、家族信托委托人应当为具有完全民事行为能力的自然人。

2、家族信托受托人应当为经金融主管机关核准的经营信托业务的信托公司。

3、家族信托受益人应当为委托人、委托人家庭成员或符合法律法规规定的其他主体，但委托人不得为唯一受益人。

第五条 家族信托分类

本指引所称家族信托，实务中常见的分类方式如下：

（一）根据家族信托设立时，信托公司接受的委托人交付的信托财产形态的不同，家族信托可以分为现金类家族信托、非现金类家族信托和混合类家族信托。

1、现金类家族信托，是指委托人交付的信托财产仅为金钱的家族信托业务，但家族信托存续期间，因信托财产管理运用、处分或其他情形而取得的财产不限于金钱。

2、非现金类家族信托，是指委托人交付的信托财产为不动产、动产、有价证券、非上市公司股权、金融产品受益权等财产权利的家族信托业务。

3、混合型家族信托，是指委托人交付的信托财产既包含现金类资产，又包括非现金类资产的家族信托业务。

（二）根据信托文件中约定的信托财产投资运用决策主体的不同，家族信托通常可以分为委

托人决策型家族信托、受托人决策型家族信托和投资顾问决策型家族信托。

1、委托人决策型家族信托，是指委托人或其指定的家庭成员对信托财产的投资运用享有决策权，信托公司根据委托人或其指定的家庭成员指令对信托财产进行投资运用的家族信托。

2、受托人决策型家族信托，是指受托人对信托财产的投资运用享有决策权，信托公司按照信托文件约定的投资范围、投资策略、投资限制等，自主对信托财产进行投资运用的家族信托。

3、投资顾问决策型家族信托，是指委托人或者信托公司聘请的投资顾问对信托财产投资运用享有决策权或建议权，信托公司按照投资顾问的指令或经委托人确认的投资建议对信托财产进行管理运用和处分的家族信托。

信托存续期间，委托人或其指定家庭成员发生身故、丧失民事行为能力或其他无法履行投资决策权的特殊事件或投资顾问发生无法正常履职情形的，家族信托信托财产的投资决策主体、决策流程等可以进行变更，变更方式应当在信托文件中进行约定。

第二章 律师事务所及律师接受委托

第六条 利益冲突审查和项目立案

律师事务所从事家族信托业务，应当建立严格的利益冲突审查制度，律师在接受信托公司委托之前，应当进行利益冲突审查并作出是否接受委托的决定。

律师事务所及律师接受信托公司委托将导致存在利益冲突的，应当遵守律师执业利益冲突相关处理规则，并及时告知信托公司。

律师事务所接受委托的，应当与信托公司初步确定服务范围及内容，指定承办律师，并按照律师事务所规定进行立案。

第七条 签署法律服务合同

律师接受委托的，应当以律师事务所名义与信托公司订立法律服务合同，就服务范围、律师费、委托期限、承办律师等事项进行明确约定。

（一）服务范围，通常可以包括家族信托方案设计与审查、信托财产或委托人信息的法律尽职调查、法律文件起草与审核、法律意见书出具、日常法律咨询等。

（二）律师费相关事宜

1、收费方式

律师费可以采用计时收费或固定收费等方式，并根据律师提供法律服务所需工作时间、工作难度、专业技能和经验、人员及差旅费成本等因素确定。鉴于家族信托存续期间较长，若服务范围既包括信托设立的法律服务，又包括信托存续期间的法律服务的，律师可以根据上述收费方式就两阶段的法律服务分别报价。

2、付费主体

律师接受信托公司委托，为家族信托设立及管理事务提供法律服务的，律师费原则上由信托财产承担，且在信托合同中列明。信托公司要求以固有财产承担或由委托人另行承担的，应当在法律服务合同中进行明确约定。

3、信托未成立时费用支付

律师可以与信托公司就家族信托未成功设立时律师费的承担主体、收费标准等内容进行约定。

（三）委托期限由律师与信托公司根据服务范围协商确定，通常可以约定委托期限截至家族信托成立日、家族信托终止日或双方确定的其他日期。

（四）法律服务合同应当明确约定承办律师及其更换情形、更换程序等事宜。

第八条 约定保密事项

应信托公司要求，律师接受委托后可以律师事务所名义，与信托公司签署保密协议或在法律服务合同中设置保密条款，就保密信息范围、保密期限等进行明确约定。律师事务所及律师应当

严格遵守保密协议或保密条款的规定，不得将从事家族信托法律业务过程中获悉的保密信息向第三人泄露。

第九条 承办律师的更换

律师从事家族信托法律业务应尽量避免随意更换主要承办律师，以确保法律服务的连贯性和私密性。发生法律服务合同约定的需更换律师的情形，律师事务所和律师应当及时告知信托公司，并按照法律服务合同约定进行律师的更换。

更换律师后，承办律师之间要及时移交材料、交接工作，并通过律师事务所办理相关交接手续。更换律师过程中，律师事务所和相关律师应当注意信息保密，保护家族信托、家族信托当事人的隐私。

第三章 家族信托设立阶段的法律服务

第一节 材料接收

第十条 材料接收

律师接受信托公司委托后，应当对信托公司提供的相关材料进行妥善接收及保管。律师可以对接收材料进行编号并制作材料接收清单，要求信托公司业务人员在材料接收清单上签字确认。

信托公司前期提交的材料一般包括委托人及受益人基本信息（如身份证明、婚姻证明、亲属关系证明等）、拟交付信托的财产信息、家族信托初步方案等。

第十一条 材料初步审查

律师接收信托公司提供的材料后，可根据信托公司要求对相关材料进行初步审查，若信托交易结构存在违反法律或相关监管规定的，应当及时与信托公司进行沟通和提示。

第十二条 协助信托公司与意向客户沟通

律师可以根据信托公司要求与家族信托意向客户进行前期沟通，为意向客户就信托方案涉及相关法律问题提供咨询。

律师参与家族信托意向客户前期沟通过程中，应当遵守执业纪律和职业道德，并在信托公司业务人员在场或者知晓的情形下与意向客户接触。

第二节 尽职调查

第十三条 尽职调查范围

律师接受信托公司委托，为家族信托提供法律尽职调查服务的，应当首先与信托公司确定尽职调查目标、范围和方法。

家族信托业务一般涉及对家族信托委托人主体信息及拟交付信托的财产的尽职调查。律师进行尽职调查的，应当制作工作底稿。

第十四条 尽职调查清单

律师应当根据尽职调查范围，拟定尽职调查清单。尽职调查清单除列明所需资料名称外，还应应对专业文件或行业术语进行必要释明，同时应明确资料的提供方式，如是否要求出示原件、需留存的复印件份数、是否需要相关主体签字或加盖公章等。

第十五条 家族信托委托人尽职调查

律师对于家族信托委托人相关信息开展尽职调查，一般采用对委托人提供的书面材料进行必要审核的方式。律师可以通过书面审查、网络查询、委托人访谈等必要方式对家族信托委托人提供的下列信息进行核查：

（一）身份证明信息

委托人具有中华人民共和国国籍的，提供的大陆居民身份证、居民户口簿；

委托人具有港澳台籍的，提供的港澳居民来往内地通行证或台湾居民往来大陆通行证；

委托人具有外国国籍的,提供的护照以及其他根据其所属国家法律法规规定能够证明其身份的证件。

(二) 税收居民身份信息

委托人为中国税收居民以外的个人的,对于其提交的相应声明及证明材料,律师应当提示信托公司根据《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》等规定判断委托人的税收居民身份,识别非居民金融账户,收集并报送账户相关信息。

(三) 婚姻状况

委托人已婚的,提供的《中华人民共和国结婚证》等能够证明婚姻法律关系的证明文件,及按照本条第(一)款提供的配偶身份证明信息材料;委托人配偶死亡的,提供的公安部门或医疗机构出具的死亡证明书及其他根据法律法规规定能够证明配偶死亡(含宣告死亡)的证明文件。

委托人离婚的,提供的《中华人民共和国离婚证》等能够证明婚姻法律关系终止的证明文件(如有)。

(四) 子女情况

委托人提供的子女出生医院填发的《出生医学证明》、居民户口簿及其他可以证明委托人与子女关系的材料,以及委托人按照本条第(一)款提供的子女身份证明信息材料。

(五) 信用状况

委托人提供的委托人及配偶(如有)的个人信用报告或其他能够证明委托人信用状况的文件。

律师可以通过网络查询委托人是否存在纳税失信信息、失信被执行信息、限制消费信息及其他个人失信信息等。

(六) 涉诉及被执行信息

委托人就委托人及配偶(如有)是否存在涉诉(作为原告或被告)及被执行情况提供的书面说明,以及涉诉或被执行情况(如有)的相关裁判文书、被执行材料等。

(七) 民事行为能力调查

委托人年龄较高或患有严重疾病的,律师可以提示信托公司视情况要求委托人提供其具有完全民事行为能力的相关证明文件。

第十六条 信托财产尽职调查

律师对于信托财产进行尽职调查可以要求委托人提供财产权属、权利负担、转让限制、涉诉及行政处罚、其他法律风险等方面的如下证明文件,律师可以通过书面审查、实地调查、网络查询、政府部门查询、访谈等必要方式对上述信息进行核查。

(一) 信托财产权属合法性

委托人应当提供拟用于设立信托的财产是其合法、有效所有财产的证明文件。常见的信托财产类型涉及的证明文件如下:

信托财产为金钱的,委托人提供的委托人名下银行账户的开户银行出具的银行账户存款余额证明及存折等证明文件;

信托财产为不动产的,委托人提供的房屋买卖合同、房屋买卖价款付款凭证、完税凭证、所有权人的不动产权证书等证明文件;

信托财产为非上市公司股权、上市公司股票的,委托人提供的目标公司的公司章程、出资缴纳凭证、股东名册、证券账户信息、股票资产证明及其他股东证明文件;

信托财产为资产管理产品或私募基金的份额或受益权的,委托人提供的委托人签署的资产管理产品或私募基金的认购/投资合同及认购/投资价款划款凭证等证明文件。

(二) 信托财产权利负担及转让限制

委托人拟交付非现金形式财产的,提供的财产不存在抵押、质押、冻结、查封等权利负担及转让限制的证明文件。

(三) 信托财产涉诉及行政处罚

委托人就信托财产是否存在涉及诉讼、仲裁及行政处罚的情况提供的说明。律师可以通过公

开渠道核查信托财产的涉诉、仲裁及行政处罚信息。

（四）信托财产的特殊法律风险

律师应当提示信托公司核查委托人是否已就信托财产设立遗嘱或作出其他处置，信托财产是否为夫妻共同财产或存在其他共有人等情形，并要求委托人提供相应说明。

第十七条 家族信托受益人尽职调查

家族信托受益人应当是委托人、委托人的家庭成员或符合法律法规规定的其他主体，但委托人不得为唯一受益人。

律师可以提示信托公司核查家族信托委托人提供的受益人为委托人家庭成员或符合法律法规规定的其他主体的证明文件，包括但不限于受益人身份信息证明文件、与委托人具有亲属关系的证明文件等。

第十八条 家族信托保护人尽职调查

家族信托设置保护人的，律师可以接受信托公司的委托，对家族信托保护人进行尽职调查，调查内容包括：保护人的主体或身份信息、保护人是否合法存续或具有完全民事行为能力、保护人主营业务或从事的职业与信托财产管理运用是否存在利益冲突、同业竞争关系等。

第十九条 尽职调查注意事项

律师在家族信托尽职调查过程中，应当注意以下事项：

（一）律师应当提示信托公司尽量收集尽职调查所需文件资料的原件，收集原件确有困难的，可以在保证与原件或正本一致的前提下，收集复制件或副本等，但复制件或副本等应当由提供人签字、加盖公章或以其他方式加以确认；

（二）律师对于重要而又缺少足够资料支持的尽职调查事项，应当及时告知信托公司，并取

得家族信托当事人及相关主体对该事项的书面确认；

（三）因家族信托当事人为港澳台籍或外国籍等情形，导致对部分事项难以开展尽职调查的，律师应当及时告知信托公司并在尽职调查报告中予以说明；

（四）律师在尽职调查过程中，可以积极与其他参与尽职调查的中介机构保持沟通交流，确保信息的真实性和一致性；

（五）律师可以要求提供尽职调查资料的主体出具其所提供的所有资料完整、真实、准确、无重大遗漏的书面声明书或承诺函；

（六）律师应当制作和留存真实、完整、准确的尽职调查工作底稿。

第二十条 出具书面尽职调查报告

律师完成调查工作后，应当对收集到的材料及信息进行梳理、分析，撰写书面尽职调查报告，并将依据的尽职调查材料在尽职调查报告附件中列明。

律师应当在书面尽职调查报告中，完整、准确的向信托公司披露尽职调查过程中发现的问题，提示可能出现的法律风险，并可就具体的问题或风险提供解决方案或建议。

第三节 方案设计与审查

第二十一条 方案主要内容

家族信托方案通常应包含信托目的、信托当事人、其他家族信托参与人、信托财产类型、信托规模、信托财产投资运用决策权、受益人安排、信托利益分配方案、慈善安排等内容：

（一）家族信托目的，通常可以包括财富传承、子女教育、养老、家族治理等一项或多项信托目的，不得以追求信托财产保值增值为主要目的。

（二）家族信托当事人，包括家族信托委托人、受托人、受益人。本指引所称家族信托受托人

为信托公司，家族信托受益人通常为委托人的子女、父母、配偶等家庭成员。

(三)其他家族信托参与人，通常为家族信托的保护人、保管人、财务顾问、法律顾问等。

(四)家族信托财产，可以为现金财产，也可以为非现金财产，家族信托方案中应当明确非现金财产的规模、交付方式和管理方式等内容。

(五)家族信托方案应当明确信托财产投资运用的决策主体、决策流程、决策权变更等内容。

(六)家族信托方案应当明确受益人的具体安排，包括受益人范围、信托成立时的受益人、受益人变更原则（包括受益权的转让或继承安排）等。

(七)家族信托方案应当明确信托利益分配方案，包括分配方式、分配频率、分配条件、分配金额等。

(八)家族信托方案中可以包括公益慈善安排，律师应当对公益慈善的方案进行审查，确保公益慈善方案合法合规。

第二十二条 方案设计审查

律师在设计或审查家族信托方案时，应当重点关注家族信托方案的合法合规性审查，同时应当对家族信托方案可行性、操作性方面的问题向信托公司进行提示，并协助信托公司修改、完善家族信托方案。

第二十三条 方案合法合规性审查

律师应当根据《中华人民共和国信托法》以及婚姻、继承相关法律法规，对家族信托方案的合法合规性进行审查。

律师在对家族信托方案进行合法合规性审查时至少应注意审查以下要素：

(一)家族信托方案不得与现行的婚姻、继承相关法律法规内容相冲突。

(二)家族信托财产应当为委托人合法所有的、确定的财产，且财产金额或价值不得低于人民币 1,000 万元。

(三)家族信托不得单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的，不得具有专户理财性质和资产管理属性，不得以家族信托的名义变相从事投资理财业务，且不得存在违反法律、行政法规或者损害社会公共利益的情形。

(四)家族信托受益人应当为委托人、委托人家庭成员或符合法律法规规定的其他主体，且委托人不得为唯一受益人。

(五)家族信托文件应当根据具体投资范围和投资标的对信托财产投资风险予以充分、详细揭示。

(六)家族信托财产的投资运用，应当符合法律法规、监管规定及国家产业政策。

(七)法律法规对家族信托方案涉及内容另有规定的，应当根据国家法律、法规及规范性文件对家族信托的合法合规性进行审查。

第二十四条 方案沟通

律师审查家族信托方案后，应当与信托公司及时沟通，并就方案审查中发现的法律、合规风险向信托公司客观、充分披露，修改、完善、确定家族信托方案。

根据信托公司要求，律师可以就家族信托方案中涉及的法律问题向委托人、受益人等进行解释或说明。

第四节 法律文件起草、审查与签署

第二十五条 法律文件范围及起草和审查原则

家族信托法律文件可能包括信托文件、家族宪章、投资顾问协议、保护人委任协议、保管协议及其他法律文件等。

律师应当根据相关法律法规，按照合法合规性、真实有效性、完整明确性等原则，对法律文件进行起草和审查。

第二十六条 信托文件

信托文件一般包含信托风险申明书、信托合同及其附件，以及其他相关法律文件。

（一）信托风险申明书主要内容

信托风险申明书一般至少包含以下主要内容：

- 1、信托不承诺保本和最低收益，具有一定的投资风险，适合风险识别、评估、承受能力较强的委托人。
- 2、委托人系具备完全民事行为能力的自然人，符合信托法、其他相关法律法规规定及信托合同规定的委托人的资格。
- 3、委托人应当对交付的信托财产享有合法、完整的所有权和处分权，不得非法汇集他人资金或以代持财产设立信托。
- 4、委托人所交付的信托财产如存在其他共有人的，委托人已将该事项告知财产共有人并取得了财产共有人的同意。
- 5、委托人设立家族信托，不存在侵害债权人或其他第三方利益的情形，也不存在非法利益输送的情形。
- 6、委托人所提供文件真实、准确、完整、合法，向受托人和投资顾问（如有）提供的有关投资目的、投资偏好、投资限制和风险承受能力等基本情况真实、完整、准确、合法，不存在任何重大遗漏或误导。

7、家族信托涉及的各项风险揭示及风险应对措施。

（二）信托合同主要内容

信托合同应当载明以下事项：

- 1、信托名称及信托目的；
- 2、信托当事人的名称、证件类型和证件号码、联系方式等基本信息；

3、信托其他参与主体，如保护人、财务顾问、保管人、法律顾问的名称、联系方式等基本信息；

4、信托规模与期限；

5、信托成立与生效；

6、信托财产投资、运用方式，包括但不限于投资决策主体、投资流程、投资范围、投资策略等；

7、信托财产的估值方式；

8、信托利益分配方式；

9、信托财产应承担的税收和费用，及信托管理费、保管人费用、投资顾问费等费用的计算和支付方式；

10、信托受益权的转让、继承和放弃等；

11、信托终止、清算及信托财产归属；

12、信托当事人及其他参与主体的权利、义务；

13、新受托人的选任方式；

14、风险揭示与风险应对措施；

15、信息披露；

16、信托当事人的违约责任及纠纷解决方式；

17、法律法规要求或信托合同当事人约定的其他事项。

（三）信托财产的交付与追加交付

信托合同应当明确约定信托成立时的信托财产类型、金额或价值、交付方式等事项。家族信托允许委托人在信托存续期间追加交付信托财产的，信托合同应当明确约定信托财产追加交付的流程等事宜。信托财产类型比较复杂的，律师可以建议并协助信托公司起草信托财产清单作为信托合同的附件。

（四）信托财产管理运用

信托合同应当明确约定信托财产的管理运用方式，包括投资决策主体、投资流程、投资范围和投资策略等事项。

家族信托投资运用采用委托人决策型、投资顾问决策型的，信托合同还应当明确约定委托人或投资顾问的决策权限、投资指令发送和执行、投资后果和风险承担等事项。

（五）信托业保障基金

家族信托按照有关规定缴纳信托业保障基金，信托合同应当明确约定家族信托中信托业保障基金的缴纳主体、缴纳标准等事项。

（六）信托报酬

信托公司管理家族信托，可收取信托报酬，信托报酬一般由信托财产承担。信托合同应当明确约定信托报酬计算方式、支付方式等事项。

（七）其他信托费用及税收

信托合同对除信托报酬外的其他信托费用，包括但不限于保管费、投资顾问费、保护人报酬、律师费、审计费、清算费用以及信托财产管理、运用、处分过程中产生的各项费用等，应当明确约定计算方式、承担主体等事项。

（八）信托受益权及信托利益分配

信托合同应当明确约定信托受益人和其享有的信托受益权，以及信托受益权转让、继承的条件、程序、限制等事项。

信托合同应当明确约定信托利益的分配方式，通常应当约定以下内容：

1、信托合同应当约定信托存续期间的分配方式，通常包括定期分配、情景分配（即受益人发生结婚、生育、疾病等特定事件时的分配）、指令分配等方式。信托合同约定情景分配的，应当明确不同的分配情景下信托公司应当审核的证明材料及信托公司的审核义务。

2、信托终止时，可以采用现金分配和信托财产原状分配方式。采用信托财产原状分配方式的，应当明确约定非现金信托财产的接收主体、移交方式、过户登记手续办理等事项，向受益人充分揭示原状分配的风险。

（九）风险揭示与风险承担

信托合同应当对家族信托可能面临的风险充分地向委托人、受益人进行揭示，并明确约定风险的承担主体、风险的应对措施。

（十）信托终止

信托合同应当明确约定信托正常终止及提前终止的条件。

信托合同通常约定有下列情形之一的，信托终止或提前终止：

- 1、信托文件规定的终止事由发生；
- 2、信托的存续违反信托目的；
- 3、信托目的已经实现或者不能实现；
- 4、信托当事人协商一致的；
- 5、信托被撤销；
- 6、信托被解除；
- 7、信托财产已全部分配完毕；
- 8、其他导致家族信托终止的情形。

第二十七条 投资顾问协议

在家族信托中，可由委托人或信托公司聘请第三方机构作为投资顾问，为信托财产的投资运用提供专业化建议，律师可以协助信托公司及委托人起草、审查及修改投资顾问协议。

第二十八条 保护人委任协议

家族信托可以根据委托人需要设置保护人，对受托人及家族信托的运行进行监督，依法维护受益人的权益。家族信托保护人通常由委托人指定，律师可以协助信托公司及委托人起草、审查及修改保护人委任协议。

第二十九条 家族信托治理相关文件

（一）家族信托委员会议事规则

家族信托可以设置家族信托委员会作为家族信托的治理决策机构，并制定相应的议事规则。家族信托委员会通常由家族信托的委托人、受益人等成员组成，也可以包括家族成员以外的专业人士，具体由委托人指定。家族信托委员会根据家族信托委托人的意愿设立，并非家族信托的必备组织。律师可以协助信托公司及委托人起草、审查及修改家族信托委员会议事规则。

（二）家族宪章

家族宪章是家族治理的纲领性文件，是家族成员对家族行为准则、家族事务决策、家族信托运营管理等内容所达成的共识。家族宪章的目的通常为规范和调整家族成员的行为，实施家族治理，传承家族核心价值观和家族文化传统，提升家族成员的家族使命感，保障和促进家族和家族企业的长久健康发展。

家族宪章可以对家族信托的设立、运营和管理进行原则性的规定。家族宪章根据家族信托委托人的意愿制定，并非家族信托的必备文件。律师可以协助信托公司及委托人起草、审查及修改家族宪章。

第三十条 保管协议

家族信托受托人可以聘请保管人对信托财产进行保管。家族信托聘请保管人的，律师可以协助信托公司起草、审查及修改信托财产保管协议。保管协议主要包含保管人基本信息、保管费用、保管期限、保管人权利和义务、保管报告等内容。

第三十一条 其他法律文件

为指导律师从事家族信托法律业务，规范律师在家族信托法律业务中的执业行为，根据《中华人民共和国律师法》《中华人民共和国信托法》等相关法律、法规及自律性文件的规定，制定本指引。

第三十二条 法律意见书

律师可以接受信托公司的委托，就家族信托的方案、法律文件等内容的合法合规性出具法律意见书。

第三十三条 法律文件签署的律师见证

律师可以接受信托公司的委托，对家族信托法律文件的签署进行见证。律师从事见证业务，应当遵守律师见证业务相关规则。

第五节 信托登记

第三十四条 信托登记机构

信托登记是指法律法规规定的信托登记机构对信托公司的信托产品与其受益权信息、监管部门规定的其他信息及其变动情况予以记录的行为。根据《信托登记管理办法》（银监发〔2017〕47号），中国信托登记有限责任公司（以下简称“信托登记公司”）作为信托登记机构担任信托登记职责。

第三十五条 信托登记内容

律师可以提示信托公司在家族信托设立前、设立后及存续期间发生变更、终止时应依法向信托登记公司办理相应的登记，登记内容以法律法规及信托登记公司的规定为准。

第三十六条 信托登记事项的保密义务豁免

律师可以提示信托公司与家族信托委托人、受益人约定，信托公司就报送信托登记信息事项免除保密义务。

第六节 信托财产交付

第三十七条 信托财产交付法律文件

信托财产交付过程中，律师可以接受信托公司委托，起草、审查与信托财产交付相关的法律文件，包括信托财产明细清单、非现金信托财产的转让交付协议、信托财产交付确认书等。

第三十八条 信托财产登记、过户手续的办理

信托财产交付过程中，信托财产为非上市公司股权、有价证券、不动产等需要办理登记、过户的财产的，律师可以协助信托公司与相应的政府登记主管部门进行沟通，协助办理信托财产登记、过户手续。

第四章 家族信托存续期间的法律服务

第三十九条 家族信托存续期间主要法律服务事项

家族信托存续期间，律师接受信托公司委托，可以提供包括但不限于信托方案变更审查、法律文件修改、信托财产投资运用涉及的法律尽职调查及法律文件起草审核、信托所涉争议的解决、日常咨询等法律服务。

律师在家族信托存续期间为信托公司提供上述法律服务的，可以参考本指引第二章、第三章的规定。

第四十条 协助办理家族信托变更

家族信托存续期间，家族信托的信托财产管理运用方式、受益人及受益权安排、信托利益分配方案、其他家族信托参与主体等要素进行变更的，律师可以根据信托公司委托对变更后的信托方案进行审查、起草及修改相关法律文件、提供法律咨询等。

第四十一条 协助信托财产管理运用

家族信托存续期间信托财产投资运用时，律师接受信托公司委托，可以提供以下法律服务：

（一）委托人或投资顾问享有信托财产投资运用决策权的，协助信托公司对投资指令进行审核；

（二）信托财产投资运用所涉投资标的或交易对手的法律尽职调查；

（三）信托财产投资运用所涉法律文件的起草、审核及修改；

（四）信托公司委托的其他事项。

第四十二条 信托管理运用所涉争议的解决

家族信托管理运用过程中发生争议的，律师可以接受信托公司委托，代理家族信托相关的诉讼、仲裁案件，提供包括但不限于协助收集证据、起草诉讼文书、申请仲裁或提起诉讼等法律服务。

第四十三条 委托人法律服务

经家族信托委托人和信托公司同意，律师事务所和律师可以接受家族信托委托人、受益人或家族企业的委托，为其提供法律服务，但应当依法避免利益冲突，维护各方当事人的合法权益。

律师事务所和律师接受拟设立家族信托的自然人委托提供家族信托相关法律服务的，服务内容可以参考本指引。

第四十四条 律师担任家族信托保护人或家族委员会外部专家委员

律师可以担任家族信托保护人或家族信托委员会外部专家委员，监督家族信托管理运用，保护信托受益人合法权益，为家族信托治理提供专业服务。

第五章 家族信托终止阶段的法律服务

第四十五条 信托清算

家族信托清算过程中，需对信托财产进行变现的，律师接受信托公司委托，可以协助起草和审查信托财产转让所涉合同、决议等法律文件，协助办理转让中的登记、过户手续。

第四十六条 信托财产分配

家族信托终止时，信托财产经清算后应当依照信托合同的约定及法律规定向受益人进行分配。采用信托财产原状分配方式的，律师可以协助起草和审查信托财产原状分配涉及的合同、决议等法律文件，协助办理信托财产转让的通知、登记和过户手续。

第四十七条 材料归档和保存

家族信托终止后，律师应当对提供家族信托法律服务过程中的相关资料进行独立、完整归档，并妥善保存。

第六章 家族信托相关业务法律服务

第四十八条 家族信托税收法律服务

律师在为家族信托提供法律服务过程中，可以在家族信托方案设计与审查环节、信托设立环节、信托财产投资运用环节、信托终止清算环节等提示信托公司家族信托可能涉及的税收法律问题，并建议信托公司咨询专业机构意见，配合信托公司及专业机构优化和完善家族信托方案。

第四十九条 家族信托相关的其他信托业务

律师从事家族信托业务，在合法合规的前提下可以积极协助信托公司开展保险金信托、遗嘱信托、家族慈善信托等相关业务，充分发挥信托制度优势，探索并推动家族信托相关创新型业务的发展。

第五十条 家族办公室服务

律师事务所可以和信托公司及私人银行等金融机构、第三方财富管理机构、其他中介机构等合作开展家族办公室业务，发挥各专业机构优势和协同作用，为超高净值人群提供专业化、定制化、全方位的财富管理服务。

第七章 附则

第五十一条 本指引的约束力

本指引由上海市律师协会信托业务研究委员会起草，并非强制性或规范性规定，仅供律师在实际业务中参考。

第五十二条 其他机构开展家族信托业务可以参考本指引

律师为家族办公室、私人银行、私募基金管理人等其他机构的家族信托或其他财富管理业务提供法律服务的，可以参考本指引，同时应当遵守相应的法律法规。

第五十三条 本指引与法律不一致时的处理

法律法规发生变化与本指引不一致的，律师办理家族信托业务应当执行新的法律法规的相关规定。

第五十四条 本指引的解释、修订和补充

本指引由上海市律师协会信托业务研究委员会负责解释、修订和补充。

执笔人：

李宪明

上海市律师协会信托业务研究委员会主任 上海市锦天城律师事务所合伙人

周永胜

上海市律师协会信托业务研究委员会委员 上海市锦天城律师事务所合伙人

张瀚

十届上海市律师协会信托业务研究委员会委员 上海市锦天城律师事务所律师

家族战争 | 离婚后相互逼宫 连锁危局双双出局

原创：2021-08-31 家族企业杂志 高皓 安静

<https://mp.weixin.qq.com/s/094k6LYjcAzfFIfk-BHmhv>

来源：《家族企业》杂志

（微信公众号 ID：jiaziquyiezazhi）

作者：高皓 安静

不久前，上海睿昂基因科技股份有限公司（以下简称“睿昂基因”）正式上市，这是高特佳自

成立以来的第 25 个 IPO 项目，然而这与其创始人蔡达建已再无任何关联。

2021 年 4 月 6 日，博雅生物发布公告称，创始人蔡达建不再是高特佳集团的股东，与公司经营决策无任何关系。高特佳的主要股东将约 60% 的

高特佳股份转让给了德莱电器。至此，德莱电器成为了高特佳的第一大股东，而董事长则由德莱电器董事长卞庄出任。

蔡达建和金惠丽离婚冲突时间表

实名举报

- 2020.9 蔡达建被举报股权代持等、金惠丽发布《致每一位高特佳人的公开信》
- 2020.10 离婚纠纷案经法院调解达成协议
- 2020.12 金惠丽成为高特佳的大股东

互相罢免

- 2021.2.4 高特佳董事长、总经理和法定代表人由蔡达建变更为金惠丽
- 2021.3.3 金惠丽被免除董事长
- 2021.3.7 金惠丽声明以蔡达建财务侵占、挪用公款巨额资金被开除
- 2021.3.8 高特佳发布处分决定无效的通知

双双退出

- 2021.3.31 高特佳董事长由金惠丽变更为卞庄
- 2021.4.6 博雅生物发布公告称金惠丽等将其持有的博雅生物的 59.8609% 的股份转让给德莱电器
- 2021.4.8 高特佳所持的博雅生物公司股份已全部解除司法冻结
- 2021.7.6 博雅生物发布公告国资委已经批复华润医药收购博雅生物

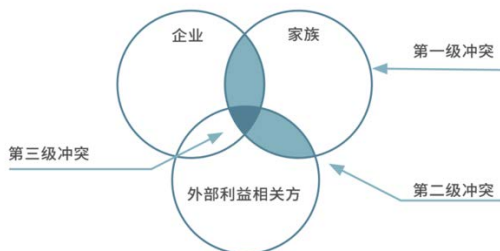
事实上，引发此次高特佳集团管理权变更的是一次“公开信事件”。2020 年 9 月，一封《致每一位高特佳人的公开信》成为这场夫妻战争的引爆点，前妻金惠丽在公开信中直指蔡达建的几大罪状，包括出轨助理、滥用公权、经营不善等。而博雅生物则因蔡达建被举报，并被发问询函。这正是家族企业三级冲突模型中强调的“关键转折点”，家族冲突在三大子系统中没有得到有效解决，继而外溢至企业子系统内，引发在企业、家族以及与其投资上市公司等外部利益相关者的第三级冲突。

此关键转折点在高特佳和上市公司博雅生物中同时引爆，极具杀伤力。在此之后，蔡达建通过设立不同持股架构和股权转让等方式所构建的高特佳复杂资本版图才浮出水面。

“关键转折点”后的冲突三阶段

第一阶段由“公开信”引发（2020 年 9—12 月）。“公开信”事件后，2020 年 9 月 11 日，博雅生物股价跌幅超 4%，发布澄清公告称高特佳与上市公司保持独立，蔡达建并未担任高管职务，不影响公司经营活动。高特佳也回复称，早在 2020 年初，原高特佳的投资等具体业务已由深圳市高特佳弘瑞投资有限公司承接，蔡达建本人的确并未参与任何管理工作。

家族企业三级冲突模型

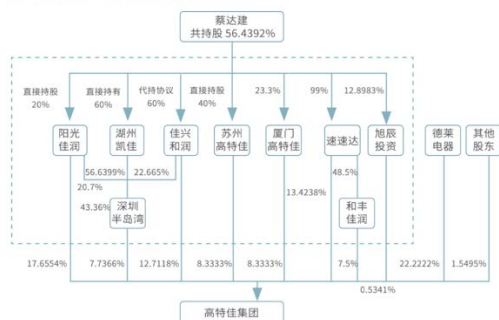


来源：Harvey 与 Evans (2010)

“家族企业三级冲突模型”在家族企业治理层面最典型的表现即为，家族和企业之间及企业和股权之间的冲突。家族和企业之间的冲突主要来自于家族成员与非家族经理人之间不同的观点即引发的冲突，在本案例中表现为家族决策权的强度。

2001 年 3 月 2 日，蔡达建作为创始人成立了高特佳集团。2003 年，该集团进入高速发展期，投资企业包括博雅生物、维亚生物等。官网显示，截止 2020 年底，其资产管理规模已超过 200 亿，先后投资 140 余家企业。蔡达建实际控制高特佳集团 56.4% 股权。

离婚前高特佳股权架构图



注：此股权架构图截止 2020 年 8 月 31 日，部分持股架构为简化版
来源：根据博雅生物独立董事关于深交所问询函、关注函的回复整理

金惠丽在“公开信”中表示，自己原是香港设计公司驻深圳的首席代表，2010 年为家庭放弃事业。2020 年 10 月 12 日，蔡达建与金惠丽的离婚纠纷案达成协议。2021 年 2 月 5 日，高特佳董事长、总经理和法定代表人由蔡达建变更为金惠丽。

第二阶段是三级冲突集中爆发连锁反应（2020年底至2021年2月）。金惠丽成为实控人和董事长后，隐匿在高特佳及上市公司层面的危机开始集中爆发。直接影响到的利益相关方的是华润医药收购博雅生物事宜。2020年9月，高特佳与华润医药签订股份转让协议，如交易完成，华润医药将成为博雅生物的控股股东。然而不久后，华润医药却发布公告称，因高特佳持有的博雅生物1.04亿股被司法冻结，未能达到收购条件。

离婚后高特佳股权架构图

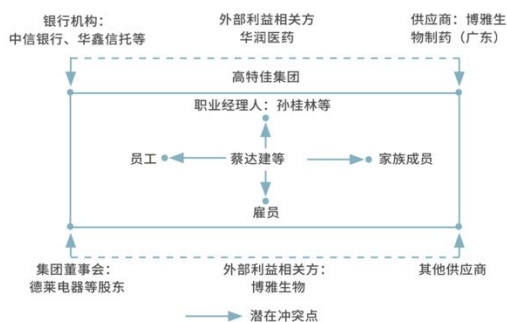


来源：根据博雅生物公告、天眼查、企查查等整理，截止时间2020年12月28日

此后，高特佳的债务危机陆续爆发。2021年3月，博雅生物的公告中披露高特佳有共计59.24亿元的债务，主要由于借款等原因导致。3月9日，高特佳对博雅生物持股的82%已被司法冻结。德莱电器董事长卞庄表示，作为股东愿代高特佳集团偿还7.94亿元。不久后，高特佳违反披露管理办法等问题再度曝光，博雅生物以采购款方式向博雅广东累计支付8.23亿元，却未收到供应原料血浆。博雅广东由高特佳管理的基金控制，构成关联方占用上市公司资金，违反了《上市公司信息披露管理办法》。为此，德莱电器及关联方再次代博雅广东返还款项7.23亿。

此时，事件已发展成为“家族企业冲突模型”的第三级冲突，只有同时处理好企业、家族和外部利益相关者的诉求，方能化解冲突。

高特佳案例内外部冲突接触点图



来源：家族企业内外部冲突接触点模型（Harvey与Evans, 2010）

进入第三阶段（2021年3—4月），三大子系统产生冲突，夫妻双双出局。蔡达建、金惠丽离婚之争所引发的冲突，已激发至涉及所有利益相关方的第三级冲突。根据“家族企业三级冲突模型”，将不得不修改一个或多个子系统的核心结构。

3月3日，德莱电器决议罢免金惠丽的董事长、总经理职务，由德莱电器董事长卞庄担任董事长。原因主要包括金惠丽应对与蔡达建婚内债务承担连带责任；金惠丽“无视能力边界，大搞派系，将高特佳的核心机密泄露给竞争对手……”。本案彻底改变了股权结构，蔡达建和金惠丽从其控制的控股公司中退出，由一场离婚风波引发了夫妻双双退场，代价惨重。

3月7日，金惠丽发布两份《处分决定》，表示蔡达建涉嫌职务侵占、挪用公司巨额资金等，给予其开除处分。然而紧随其后，集团就发布通报表示声明无效。通报中称，“高特佳不是一家人的高特佳，同时也是全体员工的高特佳，是众多基金所托付的高特佳。”并指出此次事件使博雅生物的股价下跌近50%。

重新构建三大子系统的治理机制

“家族企业子系统三环交叉冲突模型”建议，只有当抓住核心问题，将冲突放在三个交叉点进行通盘考虑，实施恰当的治理措施，才能提高企业的可持续性。在高特佳案例中，通过彻底改变

一个或多个子系统的核心结构，最终才能解决根本问题。

在第一阶段家族与企业之间的冲突层面，典型问题是家族成员到底谁能够涉入企业经营管理。作为创始人，离婚后蔡达建出让股权与控制权，从未参与过公司管理的金惠丽成为董事长，导致高特佳内部隐匿的众多危机爆发，最后演变为蔡达建被开除、金惠丽被罢免。因此，这一层面的冲突最终以治理架构的重构为结局，其他股东共同决策使得夫妻退出决策层，保证高特佳正常运作。

离婚事件与家族企业三大子系统冲突治理



在企业和股权间的冲突层面，则需要制定相应规则，包括股东协议、董事委派、股权重组等。董事会进行重组，蔡达建和金惠丽双双退场，卞庄成为董事长。蔡达建和金惠丽通过出售股权解决高特佳以往问题，实现了个人财产的变现和保全。

在家族和股权之间的冲突层面，两个主要冲突点是家族成员股权问题和家族内部事务议程。本案例中，离婚夫妻双方难以达成统一意见，所以最终以德莱电器为首的众多股东重新设定了高特佳的企业价值观。

最后，需特别强调的是，作为大型私募股权投资基金，高特佳与大多数夫妻共同持股的实业企业不同，其股权结构、企业治理和管理模式等有其特殊性。但此案例同样展示了离婚夫妻股权分割的典型冲突，以及夫妻战争所带来的毁灭性后果，值得更多退出实业，转型为投资公司的家族企业警醒。

（作者高皓是清华大学五道口金融学院全球家族企业研究中心主任、绿色金融发展研究中心副主任，兼任世界经济论坛全球未来理事会理事、全国工商联智库委员会委员、中国企业改革与发展研究会理事及研究员、国际信托与资产规划学会（STEP）中国理事兼公共政策分委员会主席、《家族企业治理》《家族财富传承》丛书主编。安静是清华大学五道口金融学院全球家族企业研究中心高级研究专员。本文详见于【《家族企业》杂志 2021 年 8 月刊】未经本刊授权，不得转载；经本刊授权转载的，请注明来源。）

（五）公证专题

民法典“居住权”新规实务理解及公证视角处理思路 | 审判研究

原创：2021-08-16 审判研究 高斌 杨铮熠

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZHau6p-my8amMhM10m8gng>

高斌 注册会计师 高级经济师

杨铮熠 江苏省无锡市江南公证处

《民法典》创设第十四章作为专门一章单独对居住权加以规定，这也是我国民法新增的一大亮点。虽然本章法律条文仅六条，内涵却极为丰富，新规出台后各界讨论激烈。除司法领域外，还引起不动产、公证乃至不良资产等行业的广泛关注与研究。也正因为这是目前仅有的法律规定，尚未有其他司法解释、实施办法等出台，各级法院、相关机构的实践经验亦尚待积累和统一，故居住权新规在法律适用中出现一定数量的实务冲突，值得研究与探讨。

一、法律条文的文义和理解

（一）“居住权”法律关系中主、客体的理解

《民法典》第 366 条规定：“居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。”。根据该法条原文描述，实务中易产生 2 项文义和理解上的冲突：

冲突 1：“他人”的主体范围是否仅包括自然人？

针对该问题，法律实务中目前有两种观点：

（1）狭义说。即“他人”仅指自然人，即只有自然人具备支配居住权的权利，而自然人以外的法人、非法人企业等均不能获得居住权。（2）广义说。本法条所述的“他人”除了自然人以外，还包

括其他主体，包括法人、非法人企业甚至民办非企业等。

虽然目前理论界不少观点都认为，应以狭义说为准适用法律，一些关于《民法典》理解与适用的论著和学术调研也采用该类观点，但笔者却认为，应当采用广义说，即自然人、法人及其他组织均能够成为居住权法律关系的主体。理由如下：

第一，根据《民法典》第 367 条规定：“居住权合同一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；……”，该法条明确描述为涵盖“姓名或者名称”。众所周知，法律上的姓名和名称分别对应自然人和非自然人，而法律条文表述言简意赅，不会有任何一个字甚至标点符号是多余的，既然法条规定了居住权合同要素中应包括主体“名称”，则该主体应视为可以是不限于自然人。

至于自然人以外是否仅包括法人还是另应包括其他组织。笔者认为，基于民事主体地位的平等性原则，以及《个人独资企业法》、《合伙企业法》等法律对于相关主体的定义与认定，应当认为包括法人、非法人企业、个体工商户以及“民非”在内的民事主体均能享有居住权。

第二，基于新法创设居住权的立法目的，即居住权经立法进程中不断演变、取舍后最终确定存在的必要性，其很重要的一方面就是充分发挥不动产的效能、符合“房住不炒”的顶层构想和全局思维。如果仅仅将居住权的主体范围限制在自然人的话，笔者认为，一则无法充分发挥立法效果；二则反而会逐渐形成“法律漏洞”。

冲突2：“住宅”的范围应采狭义理解还是广义理解？

针对该问题，法律实务中目前亦有两种观点：

（1）狭义说。该观点认为“居住权”规定中的“住宅”仅指不动产登记簿或权利证明上性质载明为“住宅”的不动产。（2）广义说。即“住宅”的理解应扩张解释为一切具备住宅功能的，但不限于不动产权证明中性质或用途载明为“住宅”的不动产。

笔者认为，应当采广义说，理由如下：

第一，有利于统一裁判尺度。就我国而言，“住宅”这个名词在法律领域、建筑及房地产开发领域、不动产登记领域等上的定义、范围、内涵外延均有较大区别。如若仅将“住宅”局限在很狭义的范围，会给法律适用和裁判带来诸多困扰。

就此而言，我国目前在不动产买卖及登记领域登记为“住宅”的不动产，按照大众的直观理解，一般需要满足“70年产权”“可落户”“可通燃气”“物业费和交易税费低”等条件。但是，**不满足这些条件的就一概不是《民法典》意义上的“住宅”吗？**答案并非如此。

这里，姑且抛开厂房暂不论，当前市面上除住宅以外，通常所称的“公寓”、“商铺”、“写字楼”在不动产登记时，其用途或性质均载明为“商业”，系与“住宅”所对应及区分的。再者，因每个历史时期国家对房地产开发的政策和导向不同，部分房地产企业出于灵活运用政策等目的，使得相当数量的不动产虽未登记为“住宅”，但却不仅满足应有的居住功能，甚至符合前文所述“住宅”应具备的一个或数个条件。

比如，就笔者居住的江苏省无锡市为例，有个名为“东岭锡上”的商业楼盘，属性为“商业”（非“住宅”）无疑，但因为政策原因，该楼盘可以实现落户、实现子女就学等目的；另一个名为“苏豪国际”的商业地产项目，因是许多年前的地产项目，故不动产登记虽也是“商业”，但除了土地使

用权40年以外，其他所有属性均与“住宅”无任何区别：可以落户、可以通燃气，户型结构也是普通住宅的样式。

该类不动产从全国范围来看，数量及所涉人群均十分惊人，如果仅简单地将不动产登记领域定义套用至《民法典》适用中，即将上述不动产排除在居住权权利范畴以外，笔者个人认为是**不科学也是不太合理的**。

第二，有利于缓减社会矛盾。无论是前述具备一定“住宅”特征的“商业”不动产，还是传统意义上的“非住宅”，一方面数量、所涉人群众多，另一方面绝大多数人群确实将其作为居住的用途，其在功能属性上与一般的“住宅”并无差别。

如若仅将“住宅”局限在十分狭义的“登记定义”范围内，不仅会给法律适用和裁判带来诸多困扰，同时因涉及协议效力等相关纠纷增多，一定程度上必然加剧社会矛盾。

（二）“居住权”法律规定中“转让、继承”的理解

《民法典》第369条规定：“居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”根据该法条的描述，实务中易产生的文义和理解上的冲突为：

“当事人另有约定的除外”是否涵盖“居住权不得转让、继承”？

针对该问题，实务中的**两种观点**分别为：（1）当事人可以约定“居住权”转让、继承，即以不得转让、继承为原则，当事人约定为例外。（2）本条所规定的“当事人另有约定的除外”不适用于“居住权不得转让、继承”的情形。

虽然从通常的法理理解，同一条款中但书规定适用于本条的所有文句，从文理解释的角度来看似乎理所当然，这一观点也被目前理论界不少同行采纳。但笔者仍坚定支持第（2）种观点，理由如下：

笔者的判断方式很简单，采用法律解释中的历史解释方式其实很容易理解。笔者深入研究了全国人大在《民法典》立法过程中的相关资料发现，其立法过程中对该条反复修改：一方面，2018年《民法典》（征求意见稿）对居住权的消灭事由作了但书规定，但该但书条款在生效的《民法典》中被删除了；另一方面，就是立法中**将本条首句和第二句中**的“，”改为了“。”，这样就将本法条首句与末句即“当事人另有约定的除外”之“但书”相间隔，也表明了立法者的立法意图即有意否认首句的任意性。

换言之，“居住权不得转让、继承”不因当事人的相反约定而应被排除适用。据此，得出的结论就是居住权不得转让、继承，不存在任何例外情形。

二、法律适用的规则和理解

由于《民法典》仅就“居住权”需要登记进行了原则性规定，但并未具体规定其登记机关、登记主体尤其是登记内容等，在法律适用及登记办理实务中产生了不少“困惑”。

且根据笔者的初步了解调查，目前北京、上海等地区尚未公布有关居住权登记的具体操作方法，笔者所在的江苏省无锡市，不动产登记主管部门虽有零星办理过少量居住权权证，但大多出于宣传需要或作为试验之用，过程中确实也发现不少法律问题或操作疑惑，故截至目前并未如其他需要登记的用益物权一样，正式开放大规模业务办理。

就此而言，《民法典》出台已逾半年，权利需求人的相关权利却无法具体落实，这本身就是一种直接矛盾；何况请求设立居住权的大多是与婚姻、继承等人身属性相关的“急事”，如若操作层面长时间得不到落实，群众切身利益势必无法保障，该问题亟待重视。

因本文旨在通过某一独特视角提出一些居住权实操中的解决思路，故笔者同样以该角度为主

阐述相关实务中遇到或可能遇到的法律适用冲突问题。

（一）居住权人违反约定向第三人出租住宅的法律适用

我们再看《民法典》第 369 条：“……设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”也即设立居住权的住宅以不得出租为原则，以可以出租为例外。该禁止性义务的约束力对所有权人和居住权人是双向的。一方面，所有权人未经双方合意不得将设定居住权的住宅出租给第三人，这一点因居住权人一般是实际居住在所涉住宅内的，比较容易把控。而另一方面，居住权人未经所有权人同意，同样不得向第三人出租全部或部分住宅。

但因所有权人通常情况下无法实时掌握住宅的实际情况，若该情况下居住权人滥用权利私自出租住宅，则所有权人与居住权人之间的“居住权合同”乃至设立的居住权用益物权法律上如何界定和适用？

该情况下，笔者认为双方的合同不当然无效或可撤销，首先应由守约方行使追认权。即使守约方不同意追认，因合同属于债权，居住权却属于物权，守约方也无法直接要求不动产登记部门注销登记，而需要再通过诉讼等方式认定违约。其次，因《民法典》第 367 条仅规定居住权“同必须包含“解决争议的方法”，并未要求必须包含“违约责任条款”，所以若发生相关争议，法律适用将是困扰双方及不动产登记部门的大问题。

（二）居住权消灭事由不完全列举涉及的法律适用

《民法典》第 370 条规定：“居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。……”那么，除《民法典》列举的这两个消灭事由以外，是否存在其他“居住权”消灭事由呢？

需要注意的是，除了期间届满和居住权人死亡以外，居住权还可能因其他事由而消灭。例如，虽未届满但双方合意解除并注销居住权、司法机关或仲裁机构认定解除、所有权人与居住权人混同、住宅在期限内被征收或灭失等。由此还可能产生相关法律适用问题，比如，居住权设立期间住宅被征收，居住权人对征收利益是否享有相应权益？又如，居住权设立期间住宅所有权转移（包括主动转移和被动转移），居住权人是否应当变更登记以及如何保证新的所有权人配合完成变更登记等，也都是实务中不可回避的适用难题。

（三）无法实现“居住权”登记目的时合同认定的法律适用

《民法典》第368条规定：“……设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。”居住权作为用益物权，对其设立采用登记发生主义（即登记生效主义），只有经过登记才能设立居住权。

如小产权房、宅基地等无法实现居住权登记甚至是所有权登记的住宅，双方订立的“居住权合同”是认定为有效还是效力待定？另外，国际和国内学术上通常将居住权分为两类：一是家庭成员之间设立的社会性居住权；二是用于经营目的的投资性居住权。在“房住不炒”及解决刚需的大背景下，“公租房”、“共有产权房”等保障性住房也逐渐有转向“居住权”制度的趋势。

但应注意，国家住房保障属于行政法律范畴，具有浓重的公法因素，而《民法典》中的居住权制度却具有典型的私权基础，两者之间的法律适用冲突值得进一步研究及立法明确。

三、公证视角下的处理思路与解决方案

居住权作为一项新设的用益物权，在充分发挥不动产的功能效用、价值以及配合政府实施“公租房”政策以保障弱势群体“住有所居”等权益方面无疑发挥了积极作用。根据相关司法实践经验

及调研总结，就上述居住权法律适用中出现的实务冲突，本文依托我国现有公证制度提供几项建议与处理思路，供相关行业从业人员共同探讨。

（一）结合不动产公证、登记实现“一站式”办理，缓解分流不动产登记部门超负荷的“居住权”登记审核责任

鉴于《民法典》规定“居住权”的设立采登记发生主义，不登记则无法设立“居住权”，故而，最终所有的“居住权”登记审核，都将集中归口于不动产登记部门，不仅造成庞大工作量，且技术难度和操作风险加大。

比如《民法典》规定“居住权”不得转让、继承，那么一旦所有权人与居住权人签订“居住权合同”约定居住权可以转让、继承的，不动产登记部门如何判定该合同效力？在熟人社会下，宅基地及宅基地上的住宅极有可能并未办理不动产登记，但依然认可其所有权，该情况下当事人凭合同前往登记“居住权”，不动产登记部门又该如何处置？当前无论是购房需要还是其他原因，多数不动产都设有抵押，对于已经有担保物权的不动产之上欲设定“居住权”这样的用益物权，在法律无明确规定的前提下，不动产登记部门又该如何抉择？

上述一系列问题都是居住权登记中经常会遇到的，且仅是一部分，实践中需要不动产登记部门作出具体法律适用判断的还有很多。这就给不动产登记部门加大了工作难度，其不仅需要审核大量情形各异的“居住权”合同或遗嘱，更需要对这些登记依据的效力、瑕疵等作出判定，无异于让不动产部门增加了“法官”的职能，甚至是“立法者”的职能，这显然是不科学也不合理的，同时也很可能因其判断未能实现登记双方当事人的登记目的，导致行政诉讼大量增加。

鉴于上述情况，根据我国当前的法律行业架构，法院自然是不太可能提前介入登记具体工作，但公证机构却可以配合不动产登记部门共同完成

对“居住权”登记依据的核定，分流分担相当一部分不动产登记部门的工作。

这里，一方面，公证机构本身对合同尤其是遗嘱效力的把握具备相当的审查经验和专门业务能力；另一方面，公证机构具有长时间与不动产登记部门业务协作的实操经验，更容易采用不动产公证、登记实现“一站式”办理等科学方式，提高登记效率的同时，还能起到分散运行风险的作用。

（二）通过优化政府购买公证服务的方式，引导公证机构提前介入“居住权”登记流程

自《不动产登记暂行条例实施细则》出台后，对不动产相关登记不再要求强制公证，《民法典》同样对“公证遗嘱”的优先性做了类似规定。相关规定确实很大程度上减轻了登记群众的经济负担，但同时也应看到，不动产登记缺少了公证机构实质审查的机制设置，在协议效力辨识、继承权认定、遗嘱认证、合法与否等方面需要独立承担登记风险，而公证机构的提前“过滤”很大程度上可以发挥“安全阀”的作用，大大降低了登记错误。

一方面，公证机构在向相关个人或单位核实材料时，《公证法》赋予其法定核实权，有关个人及单位较易协助与配合。另一方面，目前不少地方都在积极探索政府购买公证服务的模式，通过政府采购，与公证机构订立委托事项，并由公证机构进行前置审查，出具相关法律意见，公证费则由财政经费负担。公证机构在指派公证员驻点服务时，也可同步配合不动产登记部门实现咨询、审核等工作。故对于“居住权”这类相对新生、法律适用存在较多争议的实务工作，进一步优化机制，以合适的方式引入公证服务，将对登记工作产生较为实际的意义。

结语

简言之，居住权是在国家“房住不炒”大政下推出的法律制度规范，既保障了弱势群体“住有所居”的基本居住权利，同时起到保障不动产交易安全和交易秩序的作用。实践中，正确应对“居住权”登记过程中法律适用的相关问题及提出相应解决方案，将极大程度上符合国家和群众的双重利益！

八、异域资讯

美法官签署离婚协议：比尔·盖茨夫妇 27 年婚姻正式结束

2021-08-03 环球网

https://m.sohu.com/a/481088418_162522/?pvid=000115_3w_a&spm=smpc.home.top-news3.6.1627957838376fT374rE&_f=index_news_11

【环球网报道】“比尔·盖茨与梅琳达·盖茨正式结束 27 年的婚姻”——包括美国消费者新闻与商业频道 (CNBC) 在内的多家美媒以此为题消息称，法官当地时间 2 日签署了比尔·盖茨夫妇的离婚协议，两人的婚姻关系正式解除。



TECH

Bill Gates and Melinda French Gates are officially divorced following 27-year marriage

Jordan Novet
@JORDANNOVET

SHARE f t in e

美国“商业内幕”网站称，法庭文件显示，华盛顿州金县高等法院一名法官 2 日签署了比尔·盖茨和梅琳达·盖茨的离婚协议，两人正式离婚。CNBC 补充说，当天的文件还显示，双方都没有要求更名。

CNBC 提到，虽然两人同意继续在慈善事业上合作，但这种合作可能也会随着婚姻的结束而结束。上个月，比尔及梅琳达·盖茨基金会表示，如果两年后两人中的任何一人认为他们无法合作，梅琳达·盖茨将（从该基金会）辞职。

今年 5 月 3 日，美国微软公司创始人比尔·盖茨与妻子梅琳达·盖茨发表联合声明，宣布两人离婚。声明表示，离婚后，两人将继续共同从事比尔及梅琳达·盖茨基金会的工作。声明说，经过深思熟虑，两人决定终止婚姻。声明写道，两人结婚 27 年，育有三个孩子，并建立了一个致力于所有人过上“健康、富裕生活”的基金会。离婚后，两人将继续共同从事基金会的工作。

现年 65 岁的比尔与 56 岁的梅琳达在微软公司相识，1994 年结婚。1995 年至 2007 年，比尔·盖茨连续 13 年保持全球首富头衔。2000 年，比尔将名下的一个健康基金会和一个图书馆基金会合并为“比尔及梅琳达·盖茨基金会”。该基金会是世界最大的慈善基金会之一，主要致力于医疗卫生和文化教育领域的慈善事业。

比尔·盖茨夫妇正式离婚，超千亿美元财产咋分？

2021-08-03 新京报

<https://mp.weixin.qq.com/s/UP5qn86hm9UXeyDbIgBCmw>

外媒称，两人离婚后各自身价可能约为 760 亿美元（约合 4911 亿元人民币）。

新京报贝壳财经记者 孙文轩 编辑 陈莉 校对 李铭

据 CNBC 报道，比尔·盖茨与梅琳达·盖茨于周一早上获得华盛顿高等法院的批准，法官正式签署了他们的离婚协议，两人的婚姻关系解除，

结束了他们 27 年的婚姻。但离婚文件显示，配偶双方都没有要求更名。



北京时间 5 月 4 日凌晨，一则消息开始在社交网络刷屏：现年 65 岁的比尔·盖茨和现年 56 岁的梅琳达·盖茨宣布离婚，结束两人 27 年的婚姻关系，同时表示，两人将继续一起在盖茨基金会的工作。

两人在 twitter 上发表了同一段声明内容，内容写道：“经过慎重的考虑和维护关系的努力，我们做出了结束婚姻的决定。在过去 27 年里，我们养育了三个出色的孩子，并且建立了一个在世界各地开展工作的基金会，致力于帮助所有人过上健康而富有成效的生活。我们将秉承这一信念，继续我们在基金会的工作。但我们不再认为在人生的下一阶段，我们能够作为夫妻携手成长。在开启这段新生活时，我们希望我们的家庭能够获得空间和隐私。”

据环球网报道，他们的女儿珍妮弗·盖茨（Jennifer Gates）在 Instagram 上写道，全家人已历经一段充满挑战的时光。“目前我仍在学习如何以最好的方式，来支持个人的过程和情感，还有自己的家人，我很感激能有空间这么做。”

离婚的消息震惊了外界。李开复在微博上写道：盖茨夫妻是我见过的名企业家中夫妻感情最好的，从当年盖茨支持 Melinda 的失败产品 Bob，到被议论老板和下属恋爱结婚，到之后的恩爱家庭，和共同研究人间苦难，退休投身慈善。很难相信今天的新闻……

缘起微软

老板和下属的婚姻：追求平等伙伴关系

盖茨夫妇的缘分从微软开始。

1975 年，从哈佛辍学的比尔·盖茨和与好友保罗·艾伦一起创立了微软并于 11 年后上市。上市第二年，梅琳达加入了微软成为产品经理，此前，她在杜克大学取得计算机科学学士学位、经济学学士学位，以及工商管理硕士（MBA）学位。比起从哈佛辍学的比尔盖茨，妻子的学历甚至要“更高一些”。

据了解，两人在一场公司活动中相识，而这场相遇充满巧合。据梅琳达曾经的公开表达，那次公司活动她到得比较晚，当时现场只剩下两个并排的座位，而比尔盖茨比他还要晚到几分钟，于是当晚他们坐到了一起，由此有了更多聊天的机会，并逐步熟悉且产生情愫。

梅琳达在她的自传性作品中曾这样写道：参加活动的那天晚上，我们边吃边聊，我感觉到他兴致很高。随后有一阵子，没有了关于他的消息，直到一个周六的下午，我们在公司停车场碰到了对方，他向我发出了约会的邀请。

不过即使后来两人的关系愈加亲密，对于婚姻，比尔·盖茨这位世界级富豪，以及作为一个顶尖程序员，也不乏理性。梅琳达在接受媒体采访时曾表示，盖茨曾就是否做出结婚的决定感到困难，这种困难主要源于他不太确定自己“能不能平衡好工作与家庭生活”。他甚至曾在白板上依次列举婚姻的好处和弊端。

当然，最终两人还是走入了婚姻的殿堂。1994 年 1 月 1 日，比尔·盖茨与梅琳达在夏威夷拉奈岛的一个高尔夫球场举行了婚礼。2 年之后，梅琳达正式离开公司，当起了全职太太。目前，两人共同养育着三个孩子，分别是 25 岁的珍妮弗（Jennifer），21 岁的罗里（Rory）和 18 岁的菲比（Phoebe）。

比尔·盖茨在 2019 年 Netflix 的纪录片《Inside Bill's Brain》中曾表示，“梅琳达

是一个真正平等的合作伙伴。”“她很像我，她很乐观，对科学也很感兴趣。同时她比我更善于与人相处。”

梅琳达也曾在自传作品中着重论述了他和盖茨两人对于双方作为平等伙伴关系的追求。这也是她在回归家庭一段时间之后想要重新定位自己角色所作出的努力。盖茨基金会的工作在这份努力中起到了突出作用，梅琳达在其中扮演了愈加重要的角色。

巴菲特也表达过类似的意见，他曾说梅琳达帮助盖茨成为一个更好的决策者。“盖茨的确聪明绝顶，但在更全面地把握事情方面，梅琳达要更胜一筹。”他甚至表示，如果没有梅琳达，他无法确定会不会把财产托付给盖茨基金会，“盖茨需要梅琳达”，巴菲特说。

除了在基金会的工作外，梅琳达还创办了 Pivotal Ventures，该公司主要致力于女性的经济赋权投资。去年，这家机构曾携手麦肯齐·贝索斯宣布发起“平等不能等”（Equality Can't Wait）挑战赛，旨在帮助提升美国女性的权力和影响力。

富豪的感情生活不乏浪漫。据梅琳达回忆，当她和比尔订婚时，有人问比尔：“梅琳达让你感觉如何？”比尔回答：“令人惊讶的是，她让我想结婚了。”实际上，在多年婚姻生活中，两人也多次公开相互表达爱意。

2019 年 8 月 15 日，梅琳达生日当天，盖茨分享两人亲密相拥的照片，称呼对方为最喜欢的人。2020 年 1 月 2 日（当地时间 1 月 1 日）是两人结婚的 26 年纪念日，当天梅琳达晒出两人一起跳舞的照片表示庆祝。而在一个多月后的情人节当天，盖茨在社交平台上分享了一张搂着梅琳达逛水果市场的背影照，并称：“在人生旅程中我无法找到更好的伴侣了。”

但浪漫之中也有“纠葛”。梅琳达曾表示，她在婚姻中“感到非常孤单，因为比尔总是太忙了。”并说比尔经常一天工作 16 小时，很难抽出时间来

陪伴家人。“我依然记得那些婚姻中令人无比煎熬的日子，所以你会想，我还能坚持下去吗？”她曾在 2019 年接受采访时表示。

另外，她也曾因为自己所担负的家务事以及养育孩子等倍感疲惫。她曾在职业女性和全职妈妈两个角色中遭遇内心的矛盾，抱怨每天要往返两次接送女儿上学，抱怨自己总是“晚饭后在厨房打扫一切、待到最晚的一个”，因此后来也逐渐和盖茨平衡新的家庭分工。

而在经历了 27 年的婚姻生活之后，两人表示“我们不再相信可以在生活的下一个阶段作为一对夫妇共同成长”。

爱的延续

盖茨基金会：轰轰烈烈的慈善事业 20 年捐赠
538 亿美元

最近 20 年，盖茨基金会的慈善工作在夫妻两人生活中扮演重要角色。这个基金会成立于 2000 年，是当年盖茨卸任微软公司首席执行官后与妻子梅琳达成立的，关注全球健康与发展、教育，以及气候变化等方面。基金会成立之后，两人共同致力于慈善生活。2014 年，盖茨辞去董事会主席。2020 年，64 岁的盖茨宣布离开董事会，表示将花更多时间在慈善事业上。根据一份纳税申报，现在该基金会拥有超过 510 亿美元的资产，是世界上最富有的基金会之一。

2020 年比尔盖茨和梅琳达曾发表一封关于《盖茨基金会成立二十年来的思考》的 2020 年度公开信，盖茨夫妇在信中表示，“盖茨基金会的核心理念是每个人都应该有机会过上健康而富有成效的生活。二十年过后，尽管很多事情都发生了变化，这仍是驱动我们工作的首要原则。”

信中称，在过去的二十年中，盖茨基金会总共捐赠了 538 亿美元。

盖茨基金会也积极参与此次全球抗击新冠肺炎疫情工作，据悉，截至去年 12 月 10 日，盖茨

基金会为应对疫情所提供的资金总额达到 17.5 亿美元。而在本次两人的离婚声明之后，盖茨基金会表示，两人将继续作为该组织的联合主席和受托人，一起在现有角色上工作。

据纽约时报报道，斯坦福大学政治学教授罗布·赖克(Rob Reich)说，“盖茨基金会是当今世界上最重要、最有影响力的慈善组织，离婚可能对基金会及其在全球的工作产生巨大影响。”

此外值得一提的是，2010 年，比尔和梅琳达·盖茨曾与沃伦·巴菲特共同提出“捐赠誓言”倡议，致力于鼓励全球富豪将半数以上财富捐赠给慈善事业和慈善组织。据悉，截至去年底，共有来自 24 个国家的 216 人加入到“捐赠誓言”。

但在轰轰烈烈的慈善事业中，这对夫妻的婚姻却也突然画上了句号。

据外媒表示，在提交给法院的离婚申请中，这对夫妇表示：“婚姻已不可挽回地破裂”，且两人已签署了离婚协议。

昔日的世界首富离婚，最受关注的事情之一就是财产分割问题。此前，全球首富贝佐斯由于和结婚 25 年的妻子麦肯齐离婚，造就了“史上最贵离婚案”，根据离婚协议，麦肯齐最终分得 356 亿美元。外媒称，两人离婚后各自身价可能约为 760 亿美元（约合 4911 亿元人民币）。据悉，盖茨夫妇的财产达 1300 多亿美元，而具体的财产分割方式尚未明确。

这次离婚，双方各自可以分得多少财产呢？

值班编辑 花木南

“强制监护”禁锢小甜甜 13 年！这次，好莱坞顶尖律师出马了

原创：2021-08-09 法治周末报 法治周末报

https://mp.weixin.qq.com/s/VYMu72qQZGww6_qWJGDsJw



布兰妮（右）与其父亲杰米（左）。图 / 网络

美国议员梅斯在声明中说：“布兰妮的监护权是一场噩梦。如果这种事会发生在她身上，那在任何人身上都有可能发生。政府监护无疑保护了无数脆弱的美国人免受虐待，但布兰妮的案件揭示了这个旨在保护人民的制度的阴暗面”

今年年初，美国《纽约时报》发布纪录片《陷害布兰妮》，讲述了一段离奇的美国故事。布兰妮

在美国流行乐坛素有“小甜甜”昵称。故事中，她一纸诉状，指控亲生父亲滥用监护权，包括多年来给女儿下药、强迫她装上子宫避孕器、强制其工作云云。

那些年无数粉丝追过的布兰妮怎么了？昔日耀眼的美国偶像，是如何一步步被妖魔化为“疯女人”，沦为美国成年监护制度的受害人？自主换上新律师，她真能浴火重生、争得自由吗？

名满天下，谤亦随之

来自美国南方路易斯安纳的小镇女孩布兰妮，长相甜美，性格好强。她自幼爱好唱歌跳舞，被母亲带着到处试镜献歌，接拍商业广告，争取出头机会。

天遂人愿，16 岁的她以首张专辑《爱的初告白》一举登上美国公告牌专辑榜冠军，全球发售

超过 1000 万张。天生属于舞台的布兰妮，活力四射，吸引众多粉丝。

和歌手贾斯丁分手后，男方很快推出描述女人不忠的歌《泪流成河》，MV 里女演员酷似布兰妮。参加电台节目，主持人问贾斯丁，是否曾经和布兰妮发生过性关系。贾斯丁笑着说，“当然”。

一时间，舆论哗然。众多美国家长讨厌她，有人说：“如果我能一枪射死布兰妮，我真的会这么干。”布兰妮反问：“这话太可怕了，也太可悲了，怎么能这么说呢？”主持人说：“因为对她来说，当家长真是太难了。”她忍不住哭起来：

“可是，我来这里（当明星），不是帮人们教育小孩的啊。”

次年，布兰妮和一位舞蹈演员结婚，生下爱子。娱乐记者拍下一张照片：她单手抱着宝宝开车，旁边坐着老公。各方指责，她竟然拿宝宝的生命开玩笑。

布兰妮解释，当时娱乐记者们围过来拍打车窗，她抱着孩子太害怕了，只想马上离开现场。讽刺的是，没人指责父亲不抱孩子，只在旁边干坐着，好像带孩子理所当然是妈妈的活儿。

八卦报纸拿着放大镜，24 小时挑布兰妮的错。小报造谣，说她根本不爱孩子。2007 年，她生下小儿子不久，夫妻离婚，陷入儿子抚养权官司。布兰妮多次对着娱乐记者发火，更多负面新闻也由此而来。

2007 年，布兰妮最亲近的姨妈过世，加之诸事不顺，她决定要迎接新的自己，剃光一头秀发。照片一出，对民众冲击极大。从她举起剃刀那一刻起，昔日玉女不再，布兰妮变成了阁楼上的“疯女人”。“布兰妮疯了”“布兰妮心理崩溃”等流言四起。



2007 年，布兰妮剃光一头秀发，引发热议。图 / 网络

听说布兰妮要去看孩子，娱乐记者一路跟过去。前夫不让她看望子女，娱乐记者不停骚扰，闪光灯和提问声让她真的崩溃了：“求求你，求求你，让我一个人静一静。”看到没人走开，她拿起雨伞跳下车，用伞猛地砸娱乐记者的车。

“这对她来说肯定是糟糕的一天，对我来说也是。但对报社来说，这是很好的一天，因为有大新闻啦！”娱乐记者表示。

如此一来，舆论坚信布兰妮精神失常。法官裁决：父亲获得两个孩子监护权。2008 年，由于布兰妮拒绝放弃孩子的监护权，结果连探视权都被剥夺。

屋漏偏逢连夜雨。很快布兰妮因吸毒，被强制接受精神病治疗。前经纪人、前男友、前律师，都觊觎她的财富。基于女儿的心理健康问题，2008 年，父亲杰米向法院申请监护女儿。法院判决照准。

全美约有 130 万成年人由他人监护，大多数为生活不能自理的临终老人。他们无法吃饭穿衣、意识紊乱、需要有人监护，与布兰妮的情况似乎是天壤之别。

一个全球知名的流行女星，从此失去自主生活的掌控权，无法管理自己的一分钱，没有人身自由，连外出兜风都要被限制。生活中的一切，全

归与其感情疏离的父亲来管。她生活在一个去星巴克买咖啡、去超市买东西都需要被记录在法律文件上的环境里，成了法律意义上的“巨婴”。

解救布兰妮运动

布兰妮找到律师亚当，出庭争取由母亲负责监护。她称，父母在自己高中时就离婚，感情深厚的母亲却始终不在法院的监护人备选名单上。

亚当把她的想法告诉法官，法官振振有词：“以布兰妮的精神状况，是不能自己选择律师的。”法官指派了另一个律师塞缪尔。

塞缪尔在医院见了布兰妮 15 分钟，就向法官表示，当事人缺乏自主聘请律师的能力。他还向杰米汇报布兰妮的一举一动。更离谱的是，身为布兰妮的律师，他当年轻松赚得 52 万美元律师费，比布兰妮 2019 年的全部生活开支还要高。

“我当时就觉得，这个决定是错误的。”亚当在纪录片中说，“我认为布兰妮完全有能力、有理性来指派我，法官应该让她自主。可我不知道她的精神报告上写着什么，我到现在都不知道。所以我只好尊重法官的决定。”

根据监护协议，监护人有权控制她的资产。

《洛杉矶时报》报道：“父亲有权安排她各种商业合作机会、出售她的资产并且限制她的访客名单。他可以对那些他认为威胁到女儿精神状态稳定的人申请禁制令，她的每一笔消费都必须被列在年度法庭报告中。”

被剥夺个人自由一个月后，布兰妮客串出演《老爸老妈浪漫史》。观众惊讶地发现，她的精神状态非常正常，远没达到需要监护人的地步。可是她依然被监护着，法院判决这是“永久”的监护。

在父亲准许下，她录制专辑，开全球巡回演唱会，当音乐节目评委。身价 6000 万美元的她，看上去是自由的，实际上是一个无法自由选择的“囚徒”，每周只有 2000 美元生活费。

公众场合，她从不谈监护权的事。父亲处处插手，把女儿团队成员全部换过一轮，能接触到她的人少之又少。记者无法采访她，采访申请总是到不了她手上。人们唯一能了解她近况的渠道，只有她的 ins 账号。

2019 年年初，布兰妮在 ins 上宣布父亲身体欠佳，自己停止表演活动。一连几个月，她没有公开露面，没人知道她在哪里。粉丝深感不安，怀疑布兰妮是被监禁了。匿名人士爆出她的音频，“我只想找回我原本的生活。我希望能够开自己的车，能住在自己的房子里，我希望指定由谁来担任我的监护人。”

一场轰轰烈烈的“解救布兰妮”运动随之打响。粉丝聚集在西好莱坞市政厅外，抗议对她的永久监护。雪儿、帕丽斯·希尔顿、卡戴珊、麦当娜等名人大力支持，美国公民自由联盟撑腰。母亲站出来说话，指控前夫控制女儿。哥哥也承认，妹妹一直想要自由。一份要求赋予她更多自主权的在线请愿书获得了超过 20 万人签名。



粉丝手举“解救布兰妮”的标牌。图 / 纽约时报

压力排山倒海而来。2019 年 9 月，布兰妮父亲表示因个人健康因素暂时中止监护。次年，布兰妮通过律师向法院表态，希望能解除父亲的监护。粉丝信心大增，认为她确实需要帮助。

解除监护权的官司没有想象中的容易。父亲以她精神状态不适宜为由，没有让她出庭。有心理疾病的人无法自证清白，如果监护人不提供好转的证据，谁都确认不了布兰妮是否真的痊愈。

母亲想问女儿的近况，遭到杰米怒吼：“我才是布兰妮！”一次，外孙和外公起了冲突。杰米打烂了房门，还用力把孩子揪出了房间。最终，法官判决杰米 3 年内不准接近两个外孙。

关于布兰妮案件的诸多细节因涉及个人隐私，对外界保密。她被监护的原因是由于不能公开的心理疾病以及滥用毒品。支持者认为，鉴于过去十年发行多张专辑、巡回演出的经历，证明她是一个正常的成年人，有能力为自己作出决定。但父亲坚持认为，女儿事业成功再次显示了监护制度有效。

更换顶级律师

今年 6 月，在美国洛杉矶法庭上，布兰妮通过远程听证会呼吁：“我迫切希望终止过去 13 年来一直主宰自己生活的监护制度。”她称在受监护期间，遭人下药，连护发素和咖啡都会被没收，还被强迫工作。

“我一直拒绝面对，处于惊恐状态，遭遇心灵创伤。”她坚持这场听证会公开进行。“我只是想拿回我的人生。如果我能工作，就不应该接受监护。这项法律需要作出改变。我深信这种监护是虐待性的，我感觉我无法过上一种完满的生活。”

“我有很长一段时间没有回到法庭上来，那是因为上一次在法庭，我感觉我的话没有得到任何的聆听。”她说不知道原来可以申请终止监护。

“这些经历令我深感羞辱和挫败，这也是我一直没有公开的主要原因。我觉得不会有人相信我。”

“我现在有一个宫内节育器，所以我不会怀孕。我想取出宫内节育器，这样就可以开始尝试另一个孩子了。现在监护人告诉我，不能结婚或生孩子。”她说：“我在电话里哭了一个小时……父亲喜欢控制、伤害他的女儿。我只想回到我的生活。已经过去了 13 年，这就足够了。这是我的愿望和梦想。”

“他的记录上没有任何污点，唯一的动机就是对女儿无条件的爱，以及强烈的保护她不受那

些想要利用她的人的伤害。”律师代表父亲读了一份声明：“看到女儿所受的折磨和诸多痛苦，他很难过。父亲爱他的女儿，并且非常想念她。作为监护人，他努力且专业地履行了自己的职责，他对女儿的爱和想要保护她的努力是显而易见的”。

布兰妮的律师说，当事人“强烈反对”由杰米担任监护人，而且她害怕父亲，只要是他在掌管，她不会恢复演出。布兰妮希望本案能更为透明，“坚决反对父亲以家事不外扬为由，将她的法律抗争隐藏起来”。

洛杉矶市中心法院外，从拉斯维加斯、底特律和堪萨斯城赶来的粉丝举着写有“解放布兰妮”的标语，高呼口号。随着更多媒体的到场，人群也越来越多。

7 月，消息传来，法官裁定：布兰妮赢得自行选择律师的权利。她泪流满面，再次恳求法院立即解除父亲监护权。“你让他毁了我的生活。我必须摆脱他，还要指控他滥用监护权。”

“允许她选择自己的律师是巨大的胜利，”洛杉矶律师本尼强调，“布兰妮在法庭上的证词表明，她有能力聘请律师。”

布兰妮一直在与好莱坞顶尖娱乐律师、前联邦检察官罗森加特洽谈。后者已同意代表布兰妮，替她争取自由。罗森加特的客户包括知名导演斯皮尔伯格和影星西恩潘。

罗森加特出招凌厉：他声称，从一开始对布兰妮提出监护权可能就不合适。“如果父亲爱他的女儿，现在是时候让位了，这样布兰妮就能过上健康、有意义的生活。监护应该是最后的手段，目的是让她受益，而不是作为一种机制，被设计成成为第三方敛财的工具。”他再次指控父亲挥霍女儿数百万财产。

7 月 20 日，美国国会两党议员推出《解放布兰妮法案》。法案规定受合法监护的个人，有权要求法院指定私人监护人取代公共监护人，且后者与受监护人不得存在经济利益冲突。

“滥用监护权可能是一场无休止的噩梦。可悲的是，我们不知道有多少人在这个崩坏的监督制度下，被迫违背意愿受到监护。然而，我们知道，我们需要联邦保障措施来保护被监护者免受虐待和剥削。”议员梅斯在声明中说：“布兰妮的监护权是一场噩梦。如果这种事会发生在她身上，那在任何人身上都有可能发生。政府监护无疑保护了无数脆弱的美国人免受虐待，但布兰妮的案件揭示了那个旨在保护人民的制度的阴暗面。”

8 月，布兰妮第一次拥有属于自己的 iPad，忍不住马上拍了新视频，向粉丝倾吐心中的喜悦。

她的两个儿子早就都有各自的 iPad，唯独她没有用过。

“如果我没有受到现在这一切约束，我会觉得很自由……我从来都不想成为笼中鸟，我一直渴望能获得自由。”布兰妮的自白，让人心碎。而在美国，还有多少有着相似遭遇的受害人默默无闻、求助无门？

文 | 俞飞

责任编辑 | 尹丽

视觉编辑 | 王硕 朱雨晨

九、书籍推荐

书籍·推荐 | 《青少年权益维护法律法规及政策汇编》 (共青团中央维护青少年权益部, 中国青少年研究中心, 法律出版社, 2021 年 06 月)

2021-08-07 家事法苑 法律出版社

https://mp.weixin.qq.com/s/4YVul_sQuhEs6Bs-cfFD8Q

书籍·推荐

《青少年权益维护法律法规及政策汇编》



书籍简介

作者: 共青团中央维护青少年权益部, 中国青少年研究中心

出版社: 法律出版社

出版时间: 2021 年 06 月

开本: 16 开

纸张: 胶版纸

包装: 平装

是否套装: 否

国际标准书号 ISBN: 9787519706982

所属分类: 图书>法律>法律法规>各行业法规

内容简介

中国特色社会主义进入新时代。在全面推进依法治国进程中, 对运用法治思维和法治方式促进青少年发展提出了新的更高要求。为了系统梳理党的十八大以来我国有关青少年权益维护的法律法规和政策体系, 共青团中央维护青少年权益部和中国青少年研究中心整理编辑了《青少年权益维护法律法规及政策汇编》(时间截至 2021 年 4 月底), 目的是让全社会知晓和了解我国青少年权益维护方面的新规范, 为广大青少年工作者提供全面、准确、便捷的工具书, 也可作为增强青少年工作法治化的学习和培训用书。

目录

第一编 宪法及相关法律

中华人民共和国宪法(节录)(1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982 年 12 月 4 日中华人民共和国全国人民代表大会公告公布施行 根据 1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第一次修正 根据 1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第二次修正 根据 1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第三次修正 根据 2004 年 3 月 14 日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第四次修正 根据 2018 年 3 月 11

日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第五次修正)

中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法(节录)(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 根据1982年12月10日第五届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的若干规定的决议》第一次修正 根据1986年12月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的决定》第二次修正 根据1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的决定》第三次修正 根据2004年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的决定》第四次修正 根据2010年3月14日第十一届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉的决定》第五次修正 根据2015年8月29日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉、〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉、〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉的决定》第六次修正)

中华人民共和国民族区域自治法(节录)(1984年5月31日第六届全国人民代表大会第二次会议通过 根据2001年2月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议《关于修改〈中华人民共和国民族区域自治法〉的决定》修正)

中华人民共和国香港特别行政区基本法(节录)(1990年4月4日第七届全国人民代表

大会第三次会议通过 1990年4月4日中华人民共和国主席令第26号公布 自1997年7月1日起施行)

中华人民共和国澳门特别行政区基本法(节录)(1993年3月31日第八届全国人民代表大会第一次会议通过 1993年3月31日中华人民共和国主席令第3号公布 自1999年12月20日起实施)

中华人民共和国国籍法(节录)(1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 1980年9月10日全国人民代表大会常务委员会委员长令第8号公布 自公布之日起施行)

中华人民共和国国旗法(节录)(1990年6月28日第七届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过 根据2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 根据2020年10月17日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议《关于修改〈中华人民共和国国旗法〉的决定》第二次修正)

中华人民共和国国徽法(节录)(1991年3月2日第七届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过 根据2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 根据2020年10月17日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议《关于修改〈中华人民共和国国徽法〉的决定》第二次修正)

中华人民共和国国歌法(节录)(2017年9月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 2017年9月1日中华人民共和国主席令第75号公布 自2017年10月1日起施行)

中华人民共和国城市居民委员会组织法(节录)(1989年12月26日第七届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过 根据2018年12月29日第十三届全国人民代表大会常务委员

会第七次会议《关于修改〈中华人民共和国村民委员会组织法〉〈中华人民共和国城市居民委员会组织法〉的决定》修正)

中华人民共和国村民委员会组织法(节录)

(1998 年 11 月 4 日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过 2010 年 10 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议修订 根据 2018 年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议《关于修改〈中华人民共和国村民委员会组织法〉〈中华人民共和国城市居民委员会组织法〉的决定》修正)

中华人民共和国兵役法(节录)(1984 年 5 月 31 日第六届全国人民代表大会第二次会议通过 1984 年 5 月 31 日中华人民共和国主席令第十四号公布 根据 1998 年 12 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国兵役法〉的决定》第一次修正 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第二次修正 根据 2011 年 10 月 29 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议《关于修改〈中华人民共和国兵役法〉的决定》第三次修正)

第二编 社会法及相关法律法规与政策

第一部分 总类

中华人民共和国未成年人保护法(1991 年 9 月 4 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过 2006 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第一次修订 根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国未成年人保护法〉的决定》修正 2020 年 10 月 17 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议第二次修订 自 2021 年 6 月 1 日起施行)

中华人民共和国预防未成年人犯罪法(1999 年 6 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过 根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国预防未成年人犯罪法〉的决定》修正 2020 年 12 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议修订 自 2021 年 6 月 1 日起施行)

中华人民共和国妇女权益保障法(1992 年 4 月 3 日第七届全国人民代表大会第五次会议通过 根据 2005 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国妇女权益保障法〉的决定》第一次修正 根据 2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国反家庭暴力法(2015 年 12 月 27 日第十二届全国人民代表大会、常务委员会第十八次会议通过 2015 年 12 月 27 日中华人民共和国主席令第三十七号公布 自 2016 年 3 月 1 日起施行)

志愿服务条例(2017 年 6 月 7 日国务院第 175 次常务会议通过 2017 年 8 月 22 日国务院令第六八五号公布 自 2017 年 12 月 1 日起施行)

中长期青年发展规划(2016—2025 年)中共中央关于全面加强新时代少先队工作的意见(2021 年 1 月 31 日)

第二部分 学习教育

中华人民共和国义务教育法(1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过 2006 年 6 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议修订 根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《关于修改〈中华人民共和国义务教育法〉等五部法律的决定》第一次修正 根据 2018

年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会议第七次会议《关于修改〈中华人民共和国产品质量法〉等五部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国教育法(1995 年 3 月 18 日第八届全国人民代表大会第三次会议通过 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会议第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 根据 2015 年 12 月 27 日第十二届全国人民代表大会常务委员会议第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国教育法〉的决定》第二次修正 根据 2021 年 4 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会议第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国教育法〉的决定》第三次修正)

中华人民共和国高等教育法(1998 年 8 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会议第四次通过 根据 2015 年 12 月 27 日第十二届全国人民代表大会常务委员会议第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国高等教育法〉的决定》第一次修正 根据 2018 年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会议第七次会议《关于修改〈中华人民共和国电力法〉等四部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国国防教育法(2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会议第二十一次会议通过 根据 2018 年 4 月 27 日第十三届全国人民代表大会常务委员会议第二次会议《关于修改〈中华人民共和国国境卫生检疫法〉等六部法律的决定》修正)

学校艺术教育工作规程(2002 年 7 月 25 日教育部令第 13 号发布 自 2002 年 9 月 1 日起施行)

中共中央国务院关于进一步加强和改进未成年人思想道德建设的若干意见(2004 年 2 月 26 日中发〔2004〕8 号)

中小学公共安全教育指导纲要(2007 年 2 月 7 日 国办发〔2007〕9 号)

中小学健康教育指导纲要(2008 年 12 月 1 日教体艺〔2008〕12 号)

中小学心理健康教育指导纲要(2012 年修订)(2012 年 12 月 7 日 教基一〔2012〕15 号)

国务院办公厅关于规范农村义务教育学校布局调整的意见(2012 年 9 月 7 日 国办发〔2012〕48 号)

国务院办公厅关于深化高等学校创新创业教育改革的实施意见(2015 年 5 月 13 日 国办发〔2015〕36 号)

幼儿园工作规程(2015 年 12 月 14 日第 48 次部长办公会议审议通过 2016 年 1 月 5 日教育部令第 39 号公布 自 2016 年 3 月 1 日起施行)

青少年法治教育大纲(2016 年 6 月 28 日 教政法〔2016〕13 号)

中小学教育惩戒规则(试行)(2020 年 12 月 23 日教育部令第 49 号公布 自 2021 年 3 月 1 日起施行)

第三部分 劳动就业

中华人民共和国劳动法(节录)(1994 年 7 月 5 日第八届全国人民代表大会常务委员会议第八次会议通过 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会议第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 根据 2018 年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会议第七次会议《关于修改〈中华人民共和国劳动法〉等七部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国职业教育法(1996 年 5 月 15 日第八届全国人民代表大会常务委员会议第十九次会议通过 1996 年 5 月 15 日中华人民共和国主席令第 69 号公布 自 1996 年 9 月 1 日起施行)

中华人民共和国就业促进法(节录)(2007 年 8 月 30 日第十届全国人民代表大会常务委员会议第二十九次会议通过 根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员会议第十四次会议

《关于修改〈中华人民共和国电力法〉等六部法律的决定》修正)

中华人民共和国中小企业促进法(节录)
(2002 年 6 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过 2017 年 9 月 1 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议修订)

使用有毒物品作业场所劳动保护条例(节录)
(2002 年 4 月 30 日国务院第 57 次常务会议通过 2002 年 5 月 12 日国务院令 第 352 号公布 自公布之日起施行)

禁止使用童工规定(2002 年 9 月 18 日国务院第 63 次常务会议通过 2002 年 10 月 1 日国务院令 第 364 号公布 自 2002 年 12 月 1 日起施行)

未成年工特殊保护规定(1994 年 12 月 9 日劳部发〔1994〕498 号)

国务院关于大力发展职业教育的决定(2005 年 10 月 28 日 国发〔2005〕35 号)

就业服务与就业管理规定(节录)(2007 年 11 月 5 日劳动和社会保障部令第 28 号公布 根据 2014 年 12 月 23 日《人力资源社会保障部关于修改〈就业服务与就业管理规定〉的决定》第一次修订 根据 2015 年 4 月 30 日《人力资源社会保障部关于修改部分规章的决定》第二次修订 根据 2018 年 12 月 14 日《人力资源社会保障部关于修改部分规章的决定》第三次修订)

第四部分 安全卫生

中华人民共和国母婴保健法(1994 年 10 月 27 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 2017 年 11 月 4 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国会计法〉等十一部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国母婴保健法实施办法(2001 年 6 月 20 日国务院令 第 308 号公布 根据 2017 年 11 月 17 日国务院令 第 690 号《国务院关于修改部分行政法规的决定》修正)

中华人民共和国食品安全法(节录)(2009 年 2 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议修订 根据 2018 年 12 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议《关于修改〈中华人民共和国产品质量法〉等五部法律的决定》第一次修正 根据 2021 年 4 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉等八部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国食品安全法实施条例(节录)
(2009 年 7 月 20 日国务院令 第 557 号公布 根据 2016 年 2 月 6 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》修订 2019 年 3 月 26 日国务院第 42 次常务会议修订通过 2019 年 10 月 11 日国务院令 第 721 号公布 自 2019 年 12 月 1 日起施行)

中华人民共和国传染病防治法(节录)(1989 年 2 月 21 日第七届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过 2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议修订 根据 2013 年 6 月 29 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国文物保护法〉等十二部法律的决定》修正)

艾滋病防治条例(节录)(2006 年 1 月 29 日国务院令 第 457 号公布 根据 2019 年 3 月 2 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》修订)

中华人民共和国精神卫生法(节录)(2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 根据 2018 年 4 月 27 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二次会议《关于修改〈中华人民共和国国境卫生检疫法〉等六部法律的决定》修正)

国家卫生计生委、中宣部、中央综治办、民政部等二十二个部门关于加强心理健康服务的指导意见（2016 年 12 月 30 日 国卫疾控发〔2016〕77 号）

中华人民共和国献血法（节录）（1997 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 1997 年 12 月 29 日中华人民共和国主席令第 93 号公布 自 1998 年 10 月 1 日起施行）

人体器官移植条例（节录）（2007 年 3 月 21 日国务院第 171 次常务会议通过 2007 年 3 月 31 日国务院令 491 号公布 自 2007 年 5 月 1 日起施行）

中华人民共和国突发事件应对法（节录）（2007 年 8 月 30 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 2007 年 8 月 30 日中华人民共和国主席令第 69 号公布 自 2007 年 11 月 1 日起施行）

中华人民共和国道路交通安全法（节录）（2003 年 10 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过 根据 2007 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》第一次修正 根据 2011 年 4 月 22 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》第二次修正 根据 2021 年 4 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉等八部法律的决定》第三次修正）

校车安全管理条例（2012 年 3 月 28 日国务院第 197 次常务会议通过 2012 年 4 月 5 日国务院令 第 617 号公布 自公布之日起施行）

学生伤害事故处理办法（2002 年 6 月 25 日教育部令第 12 号发布 自 2002 年 9 月 1 日起实施 2010 年 12 月 13 日根据《教育部关于修改和废止部分规章的决定》修改）

学校食堂与学生集体用餐卫生管理规定（2002 年 9 月 20 日教育部、卫生部令第 14 号公布 自 2002 年 11 月 1 日起实施）

中小学幼儿园安全管理办法（2006 年 6 月 30 日教育部令第 23 号公布 自 2006 年 9 月 1 日起施行）

国务院办公厅关于加强中小学幼儿园安全风险防控体系建设的意见（2017 年 4 月 28 日 国办发〔2017〕35 号）

中华人民共和国网络安全法（节录）（2016 年 11 月 7 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过 2016 年 11 月 7 日中华人民共和国主席令第 53 号公布 自 2017 年 6 月 1 日起施行）

儿童个人信息网络保护规定（2019 年 8 月 22 日国家互联网信息办公室令第 4 号公布 自 2019 年 10 月 1 日起施行）

网络信息内容生态治理规定（节录）（2019 年 12 月 15 日国家互联网信息办公室令第 5 号发布 自 2020 年 3 月 1 日起实施）

第五部分 文化体育

中华人民共和国体育法（节录）（1995 年 8 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的规定》第一次修正 根据 2016 年 11 月 7 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国对外贸易法〉等十二部法律的决定》第二次修正）

中华人民共和国旅游法（节录）（2013 年 4 月 25 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过 根据 2016 年 11 月 7 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国对外贸易法〉等十二部法律的决定》第一次修正 根据 2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员会

第六次会议《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国公共文化服务保障法(节录)
(2016 年 12 月 25 日第十二届全国人民代表大会常务委员第二十五次会议通过 2016 年 12 月 25 日中华人民共和国主席令第 60 号公布 自 2017 年 3 月 1 日起施行)

中华人民共和国电影产业促进法(节录)
(2016 年 11 月 7 日第十二届全国人民代表大会常务委员第二十四次会议通过 2016 年 11 月 7 日中华人民共和国主席令第 54 号公布 自 2017 年 3 月 1 日起施行)

中华人民共和国公共图书馆法(节录)(2017 年 11 月 4 日第十二届全国人民代表大会常务委员第三十次会议通过 根据 2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》修正)

中华人民共和国广告法(节录)(1994 年 10 月 27 日第八届全国人民代表大会常务委员第十次会议通过 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员第十四次会议修订 根据 2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员第六次会议《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》第一次修正 根据 2021 年 4 月 29 日第十三届全国人民代表大会常务委员第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉等八部法律的决定》第二次修正)

中华人民共和国烟草专卖法(节录)(1991 年 6 月 29 日第七届全国人民代表大会常务委员第二十次会议通过 根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正 根据 2013 年 12 月 28 日第十二届全国人民代表大会常务委员第六次会议《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》第二次修正

根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员第十四次会议《关于修改〈中华人民共和国计量法〉等五部法律的决定》第三次修正)

学校体育工作条例(1990 年 2 月 20 日国务院批准 1990 年 3 月 12 日国家教育委员会令第 8 号、国家体育运动委员会令第 11 号发布 根据 2017 年 3 月 1 日《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》修订)

出版管理条例(节录)(2001 年 12 月 25 日国务院令第 343 号公布 根据 2011 年 3 月 19 日《国务院关于修改〈出版管理条例〉的决定》第一次修订 根据 2013 年 7 月 18 日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》第二次修订 根据 2014 年 7 月 29 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》第三次修订 根据 2016 年 2 月 6 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》第四次修订 根据 2020 年 11 月 29 日《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》第五次修订)

互联网上网服务营业场所管理条例(节录)
(2002 年 9 月 29 日国务院令第 363 号公布 根据 2011 年 1 月 8 日《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》第一次修订 根据 2016 年 2 月 6 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》第二次修订 根据 2019 年 3 月 24 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》第三次修订)

娱乐场所管理条例(节录)(2006 年 1 月 18 日国务院第 122 次常务会议通过 国务院令第 458 号公布 自 2006 年 3 月 1 日起施行 根据 2016 年 2 月 6 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》修订)

博物馆条例(节录)(2015 年 1 月 14 日国务院第 78 次常务会议通过 2015 年 2 月 9 日国务院令第 659 号公布 自 2015 年 3 月 20 日起施行)

关于正确引导未成年人健康上网游戏的意见
(2005 年 7 月 20 日)

互联网视听节目服务管理规定（节录）（2007年12月20日国家广播电影电视总局、信息产业部令第56号发布 自2008年1月31日起施行）

未成年人节目管理规定（2019年3月29日国家广播电视总局令第3号公布 自2019年4月30日起施行）

关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知（2019年10月25日）

中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于全面加强和改进新时代学校体育工作的意见》和《关于全面加强和改进新时代学校美育工作的意见》（2020年10月15日）

第六部分 困难救助

中华人民共和国残疾人保障法（节录）（1990年12月28日第七届全国人民代表大会常务委员第十七次会议通过 2008年4月24日第十一届全国人民代表大会常务委员第二次会议修订根据2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》修正）

残疾人教育条例（节录）（1994年8月23日国务院令第161号发布 根据2011年1月8日国务院令第588号《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修订 2017年1月11日国务院第161次常务会议修订通过 2017年2月1日国务院令第674号公布 自2017年5月1日起施行）

残疾预防和残疾人康复条例（节录）（2017年2月7日国务院令第675号公布 根据2018年9月18日国务院令第703号《国务院关于修改部分行政法规的决定》修正）

国务院关于建立残疾儿童康复救助制度的意见（2018年7月10日国发〔2018〕20号）

社会救助暂行办法（节录）（2014年2月21日国务院令第649号公布 自2014年5月1日起施行 根据2019年3月2日《国务院关于修改部分行政法规的决定》修订）

国务院办公厅关于加强孤儿保障工作的意见（2010年11月16日 国办发〔2010〕54号）

国务院办公厅关于加强和改进流浪未成年人救助保护工作的意见（2011年8月15日 国办发〔2011〕39号）

国务院关于加强农村留守儿童关爱保护工作的意见（2016年2月14日 国发〔2016〕13号）

国务院关于加强困境儿童保障工作的意见（2016年6月13日 国发〔2016〕36号）

因新冠肺炎疫情影响造成监护缺失儿童救助保护工作方案（2020年3月14日 国发明电〔2020〕11号）

未成年人法律援助服务指引（试行）（2020年9月16日 司公通〔2020〕12号）

民政部、国家发展改革委等十部门联合印发《关于做好因突发事件影响造成监护缺失未成年人救助保护工作的意见》（2021年1月13日 民发〔2021〕5号）

第三编 民法及相关法律法规

中华人民共和国民法典（节录）（2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过 2020年5月28日中华人民共和国主席令第四十五号公布 自2021年1月1日起施行）

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）（2020年12月25日最高人民法院审判委员会第1825次会议通过 2020年12月29日法释〔2020〕22号公布 自2021年1月1日起施行）

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》继承编的解释（一）（2020年12月25日最高人民法院审判委员会第1825次会议通过 2020年12月29日法释〔2020〕23号公布 自2021年1月1日起施行）

最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（节录）（2003年12月4日由最高人民法院审判委员会第1299次会议通

过 根据 2020 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1823 次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释〉等二十七件民事类司法解释的决定》修正)

中华人民共和国著作权法(节录)(1990 年 9 月 7 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过 根据 2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第一次修正 根据 2010 年 2 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第二次修正 根据 2020 年 11 月 11 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第三次修正)

中华人民共和国保险法(节录)(1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过 根据 2002 年 10 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》第一次修正 2009 年 2 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议修订 根据 2014 年 8 月 31 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉等五部法律的决定》第二次修正 根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《关于修改〈中华人民共和国计量法〉等五部法律的决定》第三次修正)

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)(节录)(2015 年 9 月 21 日最高人民法院审判委员会第 1661 次会议通过 根据 2020 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1823 次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于破产企业国有划拨土

地使用权应否列入破产财产等问题的批复〉等二十九件商事类司法解释的决定》修正)

中国公民收养子女登记办法(1999 年 5 月 12 日国务院批准 1999 年 5 月 25 日民政部令第 14 号发布 根据 2019 年 3 月 2 日《国务院关于修改部分行政法规的决定》修订)

外国人在中华人民共和国收养子女登记办法(1999 年 5 月 20 日经国务院批准 1999 年 5 月 25 日民政部第 15 号令发布施行)

家庭寄养管理办法(2014 年 9 月 14 日民政部部务会议通过 2014 年 9 月 24 日民政部令第 54 号公布 自 2014 年 12 月 1 日起施行)

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(2014 年 12 月 18 日 法发(2014)24 号公布 自 2015 年 1 月 1 日起实施)

共青团中央、民政部、国家卫生计生委关于印发《关于进一步做好青年婚恋工作的指导意见》的通知(2017 年 9 月 4 日)

最高人民法院、全国妇联关于进一步加强合作建立健全妇女儿童权益保护工作机制的通知(2019 年 8 月 16 日 法发(2019)21 号)

第四编 刑法、行政法及相关法律法规

中华人民共和国刑法(节录)(1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 1997 年 3 月 14 日第八届全国人民代表大会第五次会议修订 根据 1999 年 12 月 25 日《中华人民共和国刑法修正案》、2001 年 8 月 31 日《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001 年 12 月 29 日《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002 年 12 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005 年 2 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006 年 6 月 29 日《中华人民共和国刑法修正案(六)》、2009 年 2 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案(七)》、2011 年 2 月 25 日

《中华人民共和国刑法修正案（八）》、2015 年 8 月 29 日《中华人民共和国刑法修正案（九）》、2017 年 11 月 4 日《中华人民共和国刑法修正案（十）》修正、2020 年 12 月 26 日《中华人民共和国刑法修正案（十一）》）

中华人民共和国行政处罚法（节录）（1996 年 3 月 17 日第八届全国人民代表大会第四次会议通过 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正 根据 2017 年 9 月 1 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国法官法〉等八部法律的决定》第二次修正 根据 2021 年 1 月 22 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议修订 自 2021 年 7 月 15 日起施行）

中华人民共和国治安管理处罚法（节录）（2005 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过 根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国治安管理处罚法〉的决定》修正）

中华人民共和国禁毒法（节录）（2007 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过 2007 年 12 月 29 日中华人民共和国主席令第 79 号公布 自 2008 年 6 月 1 日起施行）

中华人民共和国社区矫正法（节录）（2019 年 12 月 28 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过 2019 年 12 月 28 日中华人民共和国主席令第 40 号公布 自 2020 年 7 月 1 日起施行）

戒毒条例（2011 年 6 月 26 日国务院令第 597 号公布 根据 2018 年 9 月 18 日国务院令第 703 号《国务院关于修改部分行政法规的决定》修正）

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（2005 年 12 月 12 日最高人民法院审判委员会第 1373 次会议通过

2006 年 1 月 11 日法释（2006）1 号公布 自 2006 年 1 月 23 日起施行）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）（2011 年 4 月 28 日 法发〔2011〕9 号）

最高人民法院关于审理拐卖妇女儿童犯罪案件具体应用法律若干问题的解释（2016 年 11 月 14 日最高人民法院审判委员会第 1699 次会议通过 2016 年 12 月 21 日法释（2016）28 号公布 自 2017 年 1 月 1 日起施行）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见（2010 年 3 月 15 日 法发〔2010〕7 号）

教育部等九部门关于防治中小学生欺凌和暴力的指导意见（2016 年 11 月 1 日 教基一〔2016〕6 号）

教育部等十一部门关于印发《加强中小学生欺凌综合治理方案》的通知（2017 年 11 月 22 日 教督〔2017〕10 号）

教育部、公安部、共青团中央、全国妇联关于做好预防少年儿童遭受性侵工作的意见（2013 年 9 月 3 日 教基一〔2013〕8 号）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见（2013 年 10 月 23 日 法发〔2013〕12 号）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见（2015 年 3 月 2 日 法发〔2015〕4 号）

最高人民检察院、国家监察委员会等九部门联合印发《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》（2020 年 5 月 7 日 高检发〔2020〕9 号）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于依法严惩利用未成年人实施黑恶

势力犯罪的意见》的通知（2020 年 3 月 23 日 高检发〔2020〕4 号）

公安机关执行《中华人民共和国治安管理处罚法》有关问题的解释（节录）（2006 年 1 月 23 日公安部发布 公通字〔2006〕12 号 自 2006 年 1 月 23 日起施行）

公安机关执行《中华人民共和国治安管理处罚法》有关问题的解释（二）（节录）（2007 年 1 月 26 日公安部发布 公通字〔2007〕1 号）

第五编 诉讼法及相关法律法规

中华人民共和国民事诉讼法（节录）（1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过 根据 2007 年 10 月 28 日第十届全国人民代表大会常委会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第一次修正 根据 2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常委会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正 2017 年 6 月 27 日第十二届全国人民代表大会常委会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第三次修正）

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（节录）（2014 年 12 月 18 日由最高人民法院审判委员会第 1636 次会议通过 2015 年 1 月 30 日法释〔2015〕5 号公布 自 2015 年 2 月 4 日起施行）

中华人民共和国行政诉讼法（节录）（1989 年 4 月 4 日第七届全国人民代表大会第二次会议通过 自 1990 年 10 月 1 日起施行 根据 2014 年 11 月 1 日第十二届全国人民代表大会常委会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第一次修正 根据 2017 年 6 月 27 日第十二届全国人民代表大会常委会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉

和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第二次修正）

中华人民共和国刑事诉讼法（节录）（1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 根据 1996 年 3 月 17 日第八届全国人民代表大会第四次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第一次修正 根据 2012 年 3 月 14 日第十一届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正 根据 2018 年 10 月 26 日第十三届全国人民代表大会常委会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第三次修正）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百七十一条第二款的解释（2014 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常委会第八次会议通过）

最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释（节录）（2020 年 12 月 7 日最高人民法院审判委员会第 1820 次会议通过 2021 年 1 月 26 日法释〔2021〕1 号公布 自 2021 年 3 月 1 日起施行）

中华人民共和国监狱法（节录）（1994 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常委会第十一次会议通过 根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常委会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国监狱法〉的决定》修正）

人民检察院办理未成年人刑事案件的规定（2002 年 3 月 25 日最高人民检察院第九届检察委员会第一百零五次会议通过 2006 年 12 月 28 日最高人民检察院第十届检察委员会第六十八次会议第一次修订 2013 年 12 月 19 日最高人民检察院第十二届检察委员会第十四次会议第二次修订）

公安机关办理刑事案件程序规定（节录）（2012 年 12 月 13 日公安部令第 127 号修订发布

根据 2020 年 7 月 20 日公安部令第 159 号《公安部关于修改〈公安机关办理刑事案件程序规定〉的决定》修正)

最高人民法院关于加强新时代未成年人审判工作的意见(2020 年 12 月 24 日 法发〔2020〕45 号)

未成年犯管教所管理规定(1999 年 5 月 6 日司法部部务会议通过 1999 年 12 月 18 日司法部令第 56 号发布施行)

第六编 国际法规范

经济、社会及文化权利国际公约[联合国大会 1966 年 12 月 16 日第 2200A(X XI) 号决议通过, 并开放给各国签字、批准和加入, 于 1976 年 1 月 3 日生效。中华人民共和国政府于 1997 年 10 月 27 日签署本公约, 并于 2001 年 3 月 27 日递交批准书, 同时声明如下: 一、中华人民共和国政府对《经济、社会及文化权利国际公约》第八条第一款(甲)项, 将依据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国工会法》和《中华人民共和国劳动法》等法律的有关规定办理。二、根据 1997 年 6 月 20 日和 1999 年 12 月 2 日中华人民共和国常驻联合国代表先后致联合国秘书长的照会, 《经济、社会及文化权利国际公约》适用于中华人民共和国香港特别行政区和中华人民共和国澳门特别行政区, 依照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》的规定, 通过各该特别行政区的法律予以实施。三、台湾当局于 1967 年 10 月 5 日盗用中国名义对《经济、社会及文化权利国际公约》所作的签署是非法的和无效的。本公约于 2001 年 6 月 27 日对我国生效, 并适用于香港特别行政区、澳门特别行政区。中央政府为澳门所作的声明如下:

(1) 公约在澳门特别行政区适用。特别是公约第 1 条, 不影响《联合声明》和《基本法》关于澳门地位的规定。(2) 公约适用于澳门特别行政区的有关规定通过澳门特别行政区的法律予以实施。

澳门居民享有的权利和自由除依法规定外不得限制, 此种限制不得与公约适用于澳门特别行政区的有关规定抵触。]

儿童权利公约(1989 年 11 月 20 日第 44 届联合国大会通过 1990 年 9 月 2 日生效 1991 年 12 月 29 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过决定批准 同时声明: 中华人民共和国将在符合其宪法第二十五条关于计划生育的规定的的前提下, 并根据《中华人民共和国未成年人保护法》第二条的规定履行《公约》第六条所规定的义务)

《儿童权利公约》关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书(2000 年 5 月 25 日签订于纽约, 2002 年 2 月 12 日生效。2001 年 3 月 15 日中国签署该议定书, 2007 年 12 月 29 日第十届全国人大常委会第三十一次会议决定批准, 同时声明: 一、中华人民共和国公民自愿加入本国武装部队的最低年龄为 17 岁。二、为实施上述规定, 中华人民共和国政府采取以下保障措施: (一)《中华人民共和国兵役法》规定: 每年 12 月 31 日以前年满 18 岁的男性公民, 应当被征集服现役。根据军队需要和自愿的原则, 可以征集当年 12 月 31 日以前未满 18 岁的男女公民服现役。经过兵役登记的应征公民, 未被征集服现役的, 服士兵预备役, 士兵预备役的最低年龄为 18 岁。中华人民共和国国务院、中央军事委员会依据《中华人民共和国兵役法》制定的《征兵工作条例》规定: 根据军队需要和本人自愿的原则, 可以征集当年 12 月 31 日以前年满 17 岁未满 18 岁的男女公民服现役。(二)

《中华人民共和国刑法》规定: 在征兵工作中徇私舞弊, 接送不合格兵员, 情节严重的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 造成特别严重后果的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。(三) 中华人民共和国国务院、中央军事委员会批准的《廉洁征兵若干规定》规定: 在征兵工作中不准放宽征兵条件、降低征集标准; 实行到应征青年家庭和单位走访调查制度; 对应征青年年龄情况进行审查)

《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（2002 年 8 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议决定：批准于 2000 年 5 月 25 日经联合国大会通过，同年 9 月 6 日我国政府签署的该议定书，本议定书于 2002 年 1 月 18 日生效。我国于 2002 年 12 月 3 日交存批准书并声明如下：依照香港特别行政区基本法有关规定，根据香港特别行政区政府意见，本议定书在中华人民共和国香港特别行政区的适用需经香港特别行政区先行立法；在中华人民共和国政府另行通知前，本议定书暂不适用于中华人民共和国香港特别行政区）

消除对妇女一切形式歧视公约（节录）（1979 年 12 月 18 日签订于哥本哈根，1980 年 7 月 17 日中华人民共和国政府代表签署本公约，同年 11 月 4 日交存批准书，同时声明：中华人民共和国不接受公约第二十九条第一款的约束。公约于 1981 年 9 月 3 日对我国生效）

跨国收养方面保护儿童及合作公约（本公约于 1995 年 5 月 1 日生效。我国于 2000 年 5 月 1 日签署本公约。第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议决定：批准于 1993 年 5 月 29 日经海牙国际私法会议第 17 次外交大会通过的、2000 年 11 月 30 日由我国政府代表签署的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》；同时声明：一、中华人民共和国民政部为中华人民共和国履行《公约》赋予职责的中央机关。二、《公约》第十五条至第二十一条规定的中央机关职能由中华人民共和国政府委托的收养组织——中国收养中心履行；只有在收养国政府或政府委托的组织履行有关中央机关职能的情况下，该国公民才能收养惯常居住在中华人民共和国的中国儿童。三、中华人民共和国涉外收养证明的出具机关为被收养人常住户口所在地的省、自治区、直辖市人民政府民政部门，其出具的收养登记证为收养证明。四、中华人民共和国没有义务承认根据《公约》第三十九条第二款所达成的协议而进行的收养）

准予就业最低年龄公约（本公约于 1973 年 6 月 26 日签订，1976 年 6 月 19 日生效。我国于 1998 年 12 月 29 日批准加入，1999 年 4 月 28 日交存批准书，同时声明如下：在中华人民共和国领土内及中华人民共和国注册的运输工具上就业或者工作的最低年龄为 16 周岁；本公约于 2000 年 4 月 28 日对我国生效，适用于香港和澳门。中央政府为香港特别行政区所作的声明如下：一、就香港特别行政区而言，公约第二条所指的最低年龄为 15 岁；二、就香港特别行政区而言，公约第三条修改为：（一）如获劳工处处长的书面批准，年满 15 岁但不满 16 岁的人士，可受雇于《工厂及工业经营条例》所界定的危险行业和使用木工机械工作；（二）如获得酒牌局的书面批准，年满 15 岁但不满 16 岁的人士，在上午 6 时至晚上 10 时，可在持牌供应酒类以供饮用的处所或其附近受雇）

禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约（1999 年 6 月 17 日经第八十七届国际劳工大会通过 2000 年 11 月 19 日生效 2002 年 6 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议决定批准）

确定准许儿童在海上工作的最低年龄公约（本公约于 1920 年 6 月 15 日第三届劳工大会通过 1921 年 9 月 27 日生效 1982 年 6 月 11 日吴学谦外长致函国际劳工局局长 承认当时中国政府对本公约和另外十三个劳工公约的批准）

在海上工作的儿童及未成年人的强制体格检查公约（1921 年 10 月 25 日第三届国际劳工大会通过 1922 年 11 月 20 日生效 1984 年 6 月 11 日吴学谦外长致函国际劳工局局长 承认当时中国政府对本公约和另外十三个劳工公约的批准）

确定准许使用未成年人为扒炭工或司炉工的最低年龄公约（本公约于 1921 年 10 月 25 日第三届国际劳工大会通过 1922 年 11 月 20 日生效 1984 年 6 月 11 日吴学谦外长致函国际劳工局局长

长 承认当时中国政府对本公约和另外十三个劳工公约的批准)

确定准许使用儿童于工业工作的最低年龄公约(本公约于 1937 年 6 月 3 日第二十三届国际劳工大会通过 1921 年 9 月 27 日生效 1984 年 6 月 11 日吴学谦外长致函国际劳工局局长 承认当时中国政府对本公约和另外十三个劳工公约的批准)

联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)(本规则于联合国大会 1985 年 11 月 29 日第 40/33 号决议通过)

联合国保护被剥夺自由少年规则(本规则于 1990 年 12 月 14 日联合国大会第 45/113 号决议通过)

联合国预防少年犯罪准则(利雅得准则)(1990 年 12 月 14 日联合国大会第 45/112 号决议通过)

儿童生存、保护 and 发展的世界宣言(1990 年 9 月 30 日于纽约签订)

在线试读

汇编说明

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视青少年健康成长,党和国家出台了一系列促进青少年发展的法律法规和政策措施。2017 年 4 月,党中央、国务院制定颁布《中长期青年发展规划(2016-2025 年)》,把“青少年权益维护的法律法规和政策体系更加完善,得到全面贯彻实施”作为发展目标之一。

中国特色社会主义进入新时代。在全面推进依法治国进程中,对运用法治思维和法治方式促进青少年发展提出了新的更高要求。为了系统梳理党的十八大以来我国有关青少年权益维护的法律法规和政策体系,共青团中央维护青少年权益部和中国青少年研究中心整理编辑了《青少年权益维护法律法规及政策汇编》(时间截至 2021 年 4 月底),目的是让全社会知晓和了解我国青少年权益维护方面的新规范,为广大青少年工作者提供全面、准确、便捷的工具书,也可作为增强青少年工作法治化的学习和培训用书。

目前我国有关青少年的法律规范多分散于不同法律规定中。为了方便查找,汇编时采取分类排列方法。首先,按照部门法分编为六编:宪法及相关法律,社会法及相关法律法规与政策,民法及相关法律法规,刑法、行政法及相关法律法规,诉讼法及相关法律法规,国际法规范。其次,对内容较多的“社会法及相关法律法规与政策”,按照青少年工作的专题内容再分为六类:总类、学习教育、劳动就业、安全卫生、文化体育、困难救助。每编按照法律法规的效力位阶和生效时间排列,为了便于读者查阅,部分地方也将关联度较高的法律法规编排在一起。

法律法规汇编是一项专业性很强的工作。编纂历时较长,书稿虽几经修改,仍难免出现疏漏之处。本书出版过程中,得到众多青少年领域法学研究者和实务工作者的指导,得到法律出版社的支持和帮助,在此一并表示感谢!

编者

2021 年 5 月

书籍·推荐 | 《《民法典》适用与司法实务（第二版）》（茆荣华，法律出版社，2021 年 07 月）

2021-08-28 家事法苑 茆荣华

<https://mp.weixin.qq.com/s/X0RbPC547btNn5vQXpgnA>

书籍·推荐

《《民法典》适用与司法实务（第二版）》



书籍简介

作者：茆荣华

出版社：法律出版社

出版时间：2021 年 07 月

开本：16 开

纸张：胶版纸

包装：平装-胶订

是否套装：否

国际标准书号 ISBN：9787519757793

所属分类：图书>法律>司法制度

编辑推荐

根据民法典相关司法解释修订

刘晓云大法官、王利明教授作序推荐

一线资深法官、调研骨干倾力奉献，立足司法实践，坚持问题导向，力图为《民法典》施行后的法律适用提供可操作性的指引，为办理民商事案

件提供有益参考，努力为《民法典》的适用贡献智慧和力量。

内容简介

突出问题导向 本书按照发现问题、分析问题、解决问题的思路，梳理出《民法典》施行后的重点法律适用问题，并结合立法本意提出解决方案。

植根基础理论 本书遵循民法学研究的基本学术规范，展示了法官对法学理论的准确把握和熟练运用，契合了当前民商事审判实践。

注重实践引领 本书将司法实践与法学理论深度融合，问题预判有理有据、论证分析精准深入、解决方案切实可行，极具实践参考价值。

目录

总则

1. 法益位阶对民事法律行为效力评价体系的影响及司法实证
2. 影响合同效力的强制性规定的司法认定
3. 请求权竞合的实体规制与程序塑造

物权

4. 特殊动产登记对抗主义在民事执行中的适用
5. 无权处分制度的司法适用
6. 公司股权善意取得问题之司法认定
7. 业主大会决议中“视为同意”条款的司法认定与适用规则
8. 集体土地制度立法调整的司法适用

9. “三权分置”视野下土地经营权的理论困境与司法应对

10. 居住权与其他物权的冲突和协调
11. 居住权制度的本土化适用
12. *高额抵押权相关问题的司法适用
13. 司法实务中流动质押问题研究
14. 让与担保的司法适用

合同

15. 房地产买卖合同的法律适用
16. 格式条款相关规则的司法适用
17. 不真正连带债务的司法适用
18. 第三人利益合同中第三人与当事人之权利冲突与协调

19. 情势变更规则之适用
20. 代位权制度的发展与适用
21. 商事合同法定解除的审判实务
22. 合作经营类继续性合同解除后损害赔偿

的性质及范围认定

23. 待履行合同破产解除权的法律适用
24. 自然人合同之债的破产免责
25. 司法治理“合同僵局”的路径选择与法

理分析

26. 受领迟延制度的理解与司法适用
27. 民间借贷主体与利息相关疑难问题的司

法认定

28. 保证制度的若干变化及司法适用
29. 一般保证人先诉抗辩权的除外责任
30. 承租人擅自转租行为的司法认定
31. 租赁物与融资租赁法律关系的司法认

定

32. 保理合同相关问题的司法认知与规制
33. 建设工程价款优先受偿权的相关问题

人格权

34. 违约精神损害赔偿立法解读与法律适用

35. “死者名誉”的民事司法保护

36. 隐私权的民法保护

37. 个人信息保护的民法基础与司法裁判

38. 个人信息司法保护的难题与应对

婚姻家庭

39. 法定夫妻共同财产制规范的司法适用

40. 夫妻共有房屋中显名权利人擅自出售但尚未过户的继续履行问题

41. 离婚协议约定给予子女财产的性质与法律适用

42. 虚假离婚的法律分析与司法应对

继承

43. 非法定形式遗嘱的效力认定

44. 被继承人债务清偿纠纷司法实务难点与应对

侵权责任

45. 刑民交叉案件中人身损害的赔偿范围

46. 知识产权惩罚性赔偿条款的司法适用

47. 网络侵权责任中“通知—删除”规则的适用

48. 专利等同侵权判定中功能与效果的评价体系

49. 确认不侵害专利权之诉若干疑难问题

50. 患者知情同意规则的司法现状与未来展望

附录

后记

在线试读

序一

编纂《民法典》是以习近平同志为核心的党中央作出的重大决策，是一个国家、一个民族走向繁荣强盛的象征和标志，也是保障社会公平正

义和人民权利的重要立法项目。从 2015 年 3 月全国人大常委会法工委组织开展《民法典》编纂工作，到 2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议表决通过，历时五年，编纂民法典的重大立法任务得以顺利完成。作为中国的《民法典》，整个法典体例科学，内容全面，时代性强，是一展现民族精神、时代精神和中国特色的《民法典》，对于全面推进依法治国，建设社会主义法治国家，推动国家治理体系和治理能力现代化具有重大意义。

民法是市场经济的基本法，涉及社会生活的方方面面，也是人民法院适用广泛的法律之一。近年来，人民法院审理的案件中 60% 以上都是民事案件。《民法典》的颁布实施，将对人民法院民事审判工作产生重大影响。一是将进一步促进民事审判理念的转变。此次《民法典》的编纂，既坚持了民事法律制度的连续性、稳定性，又秉持了制度的前瞻性和开放性。比如，法典融入了社会主义核心价值观，设了人格权编，在侵权责任编中增加了生态环境损害的惩罚性赔偿制度，在合同编中强化对债权实现的保护力度等。这些内容充分体现了法典以人民为中心的发展理念，切实回应了人民的法治需求，将影响并促进民事审判理念的改变。在民事审判工作中，广大法官要秉持以人为本的理念，以保护民事权利为出发点和落脚点，在具体裁判中体现对个体权利的尊重，对个体尊严的维护以及对个体发展的保障；要始终重视培育和践行社会主义核心价值观，强化司法审判对社会道德观念和价值追求的引领作用，等等。二是将进一步促进民事审判思维的调整。此次《民法典》的编纂，不是对现有民事法律规范的简单相加，而更注重内在关联性、结构逻辑性和内容体系化。在司法实践中，广大法官要运用体系化、系统化的思维来理解和把握法典的具体法律规定，通过对《民法典》内在关联性的梳理，掌握各个条文的内涵与功能，明确诸多概念、规则之间的逻辑关系，以实现对相关法

律规定的一致性理解，在具体案件中作出契合公正要求、符合《民法典》精神实质的司法裁判，推动民事审判工作再上一个台阶。三是将进一步丰富民事审判的工作内容。民法作为权利法，基本的功能是确认和保护民事主体的民事权利。此次《民法典》编纂重要的意义之一，是进一步丰富民事权利的类型，强化对民事权利的保护。比如，法典确立了“自甘风险”规则，规定了“自助行为”制度，完善了电子合同的订立履行规则，增加了居住权制度、离婚冷静期的规定、打印录像等的遗嘱形式，强化了小区业主的权利保障以及设一般人格权与具体人格权类型，等等。这些制度、规则、的权利类型，在使得《民法典》内容更加系统完整的同时，也将催生的民事案件类型，相关民事案件数量也会有所增加。这就需要广大法官加强对《民法典》内容的学习理解，积极开展前瞻性研究思考，以更好地适应的审判实践的需要。

一直以来，上海法院高度关注和积极参与《民法典》的编纂工作。《民法总则》颁布之后，2017 年上海高院副院长茆荣华同志就组织成立了《民法总则》研究小组，带领一批年轻同志围绕《民法总则》的司法适用进行深入研究，形成了一批高质量的研究成果，受到民法理论界与实务界的关注。《民法典各分编（草案）》公布之后，荣华同志又在上海三级法院内成立了由 70 多名民事审判业务骨干组成的《民法典分编》研究小组。一年多来，这个研究小组围绕《民法典分编》的编纂与理解适用，聚焦 57 项重点问题，开展了深入并富有成效的研讨活动；主办或协办了《民法典》合同编立法建议座谈会、人格权编和侵权责任编重点问题研讨会、合同编解释适用疑难问题研讨会等多场大型研讨会，与全国人大常委会法工委民法典编纂专班成员，与兄弟省市法院、民法学者以及其他实务工作者等进行深入交流，积极向立法机关传递上海法院声音，反映审判实务问题，

为《民法典分编》编纂建言献策，受到了立法机关的高度重视与积极回应。

《民法典》颁布后，准确理解、正确适用这部法典将是广大法律、法学工作者尤其是人民法院的一项重要任务。为了认真贯彻落实好《民法典》的立法精神，准确理解适用《民法典》，研究小组在前期深入研讨的基础上，精心选择 50 项专题，汇集成书，在法律出版社出版。这 50 项专题，都立足于民商事审判中的重点难点问题，聚焦《民法典》的重要法律制度，对法典较之以往的变化、实施后可能产生的情况进行了前瞻性思考，提出相应的司法应对方案。这充分彰显了上海法院立足审判实际、敢于创、勇于探索的传统，体现了上海法院狠抓执法办案的同时善于审判调研的特色，是上海法院集体智慧的结晶。在此，为研究小组取得的成绩表示祝贺！也祝愿这套书的出版，能够为《民法典》的理解适用和民商事审判工作提供有益帮助，为民法理论研究与民事司法实践的融合发展提供积极借鉴！

是为序。

刘晓云

中华人民共和国二级大法官

上海市高级人民法院党组书记、院长

2020 年 6 月

序二

民法被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，也是保护公民权利的宣言书。作为我国民事法律的集大成者，《民法典》是中华人民共和国成立以来以“法典”命名的法律。进入时代，要建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，实现中华民族伟大复兴的中国梦，迫切需要一部与国家繁荣、民族复兴相适应的民法典。在此背景下，党的十八届四中全会提出“编纂民法典”，2020 年 5 月 28 日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过了《中

华人民共和国民法典》，我国正式进入了民法典时代。

《民法典》既尊重我国民事立法的历史延续性，又适应当前经济社会发展的客观要求，集中展现了中华民族法治文明发展的成果，达到了高度。《民法典》体例先进，结构严谨，形成了具有中国特色社会主义民法典体例。《民法典》立足实践，增加制度供给，切实回应经济社会发展需求。

《民法典》与时俱进、时代性强，具有较强的开放性和前瞻性。《民法典》以民为本，通篇闪耀着大写的“人”的光芒。它尊重人民的意愿，反映人民的需求，谋求人民的福祉，为实现人民美好生活提供了重要的法律保障。因此，可以说《民法典》堪称一良法。但“徒法不足以自行”，《民法典》的颁行使我们更进一步形成了法律制度的优势。此种制度优势如何转化为治理效能，还需要正确理解《民法典》，严格适用《民法典》，从而在民事法律领域迈向善治、实现善治，真正实现人民群众对良法善治的期盼。

《民法典》的颁布实施，既是对我国民事立法、法学研究的全面总结，更是民事司法的起点。上海法院历来是全国法院民商事审判工作的重镇，更在民法实务研究方面领全国之先。2017 年《民法总则》出台之际，上海市高级人民法院茆荣华副院长就带领一批高院法官围绕《民法总则》的理解与适用展开了深入研究，形成了一批研究成果，并由法律出版社出版了《〈民法总则〉司法适用与审判实务》一书，取得了较好的社会反响。2019 年年初，又组织涵盖上海三级法院、由 70 多名法官组成的《民法典分编》研究小组，用整整一年的时间，先后召开 25 次研讨会，围绕“民事法律行为效力体系”“强制性规定的司法认定”“居住权的司法规制”“情势变更规则的适用”等 50 多项议题进行了持续探讨，形成了一批优秀的实务研究成果，并汇总成《〈民法典〉适用与司法实务》一书。荣华同志邀请我为该书作序，

我欣然接受。仔细阅了一下内容，我欣喜地看到这研究成果具有以下特点：

一是坚持突出重点，科学编排体例结构。作为一有关《民法典》理解和适用的作品，这书并没有面面俱到，而是聚焦民法典总则以及物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承和侵权等分编中的一些重要制度、重要理念，并将这些问题梳理成 50 个专题来深入研究，本身就体现出研讨的深入性、务实性。

二是秉持问题导向，注重成果的实践价值。在 50 个专题中，每个专题的研究并非泛泛而谈，而是坚持问题导向，以当前相关问题的司法现状为切入，注重对司法现状的类型化分析，并结合《民法典》的制度安排，深入分析问题背后的法理，进而对《民法典》相关制度的理解与适用提出相应的意见建议，具有较强的实践价值。

三是关注理论前沿，彰显作品的学术价值。作为一司法实务研究作品，这书并未简单停留在对司法实践的分析、梳理、论证上，而是很多内容都涉及对相关制度的国内外立法的梳理，对相关学术观点的分析评论以及对国内外司法判例的关注，体现了较高的学术水准。

四是发挥整体优势，凸显集体智慧水平。这作品分为 50 个专题，由 50 多位法官单独撰写而成，但每个专题的内容都经过研究小组的集体讨论、认真锤炼和反复推敲，一定程度上每个专题的观点、意见都凝聚了研究小组的集体智慧，在司法实践中具有相当的代表性，更凸显了这套书的价值所在。

德沃金指出，“法律是一种不断完善的实践”，法学也是一门实践之学，民法学的发展需要不断注入实践的“活水”。作为一名从事民法理论研究的学者，我很高兴看到上海法院的法官们对《民法典》的编纂与理解适用所倾注的思考和努力，也祝愿这作品的出版，为时代我国民法理论研究与民商事审判工作发挥出重要作用。

是为序。

王利明

中国人民大学常务副校长

中国法学会副会长，中国法学会民法学研究会会长

2020 年 6 月

附件一

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月修订版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影、音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、陈贝贝；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家庭案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与家事主题相关及交叉领域的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，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文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主

杨晓林律师（微信号：Y13522380366）

或以下任一群管理员个人好友：

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

陈贝贝助理（微信号：18817836410）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影. 音乐群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***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。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 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***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、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。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示

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。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围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等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，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，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

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”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络（个人网站、博客、公号等自媒体）、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，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三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

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，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日

附件二

“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、李琳、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家庭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。

本群主题为婚姻家庭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，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”婚姻家庭法律资讯简报（下载：

http://www.famlaw.cn/Do_index_gci_58.html）！

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）、经常性转贴到其他微信群、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