家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报 16 周年
(2008 年 2 月 15 日—2024 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）　　**视频号：**家事法苑

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。

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《家事法苑 TM 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、刘海娜、邓雯芬、苗东红、陈香凝、马玉栀、赵阳

目　录

一、审判动态 2

第 270 期丨隔代抚养行为的性质认定与裁判规则 ……原创：2024-01-29　中国上海司法智库　上海高院研究室 2

注重老人精神赡养 北京三中院发出《督促履行义务告知书》…… 2024-01-30　京法网事　张清波 李宝霞 6

[特稿]最高法院于蒙：关于继父母继子女法律关系若干问题的探析…… 2024-01-30　司法茶语　最高院民一庭于蒙 8

“宁法半月谈”沙龙丨司法社工助力家事审判工作的现实路径和展望…… 原创：2024-01-24　南京市中级人民法院　南小中 14

湖北省首份线上《离婚证明书》发放！…… 2024-01-30　湖北高院 16

率先适用公约！加速简化域外证据认证…… 2024-01-31　江苏高院 18

守望相助，司法有情！十大案件之孤寡残疾老人遗产指定管理案…… 2024-01-31　最高人民法院 20

父母出资为子女婚内购房，离婚引发连锁纠纷…… 原创：2024-02-01　上海一中法院　蒋庆琨 沈俊翔 21

最高法涉彩礼纠纷司法解释今日起施行，湖南法院首例判决来了！…… 2024-02-01　湖南高院 23

第 33 期|父母赠与子女的房屋是家庭共有还是子女个人所有应当综合判断… 原创：2024-02-08　江西民事审判　陈慧 24

北京一中院适用最高院彩礼新规作出判决…… 2024-02-19　京法网事　梁睿 28

最高人民法院发布涉养老服务民事纠纷典型案例…… 2024-02-20　最高人民法院 29

丈夫代签租房合同 妻子以此为由拒付租金？法院：适用夫妻日常家事代理制度 …2023-11-27　上海市高级人民法院 34

“闪婚”后“闪离”，七旬老人要求返还巨额彩礼…… 2024-02-26　广州市中级人民法院 36

武昌区法院首份线上《离婚证明书》发放…… 2024-02-27　昌法 38

人民法院案例库入库参考案例选编…… 2024-02-27　最高人民法院 38

失能老人的合法权益如何保护？…… 2024-02-28　北京市第三中级人民法院 58

二、立法动态 61

家事律师 2023 年新法规学习索引 ｜ 家事法苑团队整理 2024 年 2 月 13 日… 原创：2024-02-13　家事法苑　家事法苑团队 61

三、媒体典型案例 63

（一）程序问题案例 63

这份调解协议，法官没有确认…… 原创：2024-02-02　上海高院　李芸、郁玥 63

（二）抚养费案例 67

因“能力不足”要求减少子女抚养费，法院不予支持…… 2024-01-25　民主与法制时报　石文渊 张贵贤 67

父亲入狱，母亲起诉离婚且负债，孩子谁来抚养？ 湖北通山县法院判决孩子由祖父母代为抚养 ……2024-02-07　人民法院报 68

（三）损害赔偿案例 69
离婚后，阜阳女子发抖音控诉前夫！法院判了！ ..... 2024-01-16 阜阳新闻网 69
儿媳封了婆婆的寿穴..... 法院：承担侵权责任 恢复原状 赔偿精神损害抚慰金 ..... 2023-12-22 上海市高级人民法院 70
（四）夫妻债务案例 72
夫妻关系存续期间所欠借款，是否需要共同偿还？ ..... 2024-02-15 山东高法 72
借了 300 万，与妻子离婚净身出户就可不还？上海一男子最后不仅还钱还被判刑 ..... 2024-02-16 上海法治声音 73
（五）离婚财产分割案例 75
走进民法典丨夫妻离婚要求分割孩子 26 万压岁钱，法院判了！ ..... 2024-02-21 重庆市高级人民法院 75
（六）确认亲子关系案例 77
抱抱心里的小孩 ..... 2024-02-22 佛山市顺德区人民法院 77
（七）婚约财产纠纷案例 79
最高法涉彩礼纠纷新规施行后湖南省首例判决生效 ..... 2024-02-23 民主与法制时报 马付才 79
协议离婚时自愿“净身出户”可以反悔吗？法院：离婚协议合法有效 非因合法理由不得随意撤销 ..... 2023-12-19 上海市高级人民法院 81
（八）共有物分割案例 83
女儿以留学为由要求分割房屋 法院：不存在分割共同共有不动产的约定或法定情形 ..... 2024-01-08 上海市高级人民法院 83
（九）恋爱分手纠纷案例 85
分手后，我买的房子怎么成了她的？｜青法说案 ..... 原创：2024-02-26 上海青浦法院 上海青浦法院 85
（十）赠予合同案例 87
丈夫婚内为第三者一掷千金，财产如何“完璧归赵”？ ..... 2024-02-27 北京市第三中级人民法院 87
四、继承 89
不动产继承登记，迎来重要突破！ ..... 2024-02-02 光明网 89
调查研究丨《人民司法》刊登市中院《遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则》案例 ..... 2023-03-23 张家口法院 89
手握遗嘱，切莫错过遗赠的“关键六十日” ..... 2023-02-23 法治日报 92
陈徐安黎 ｜ 赠与人任意撤销权的继承问题研究 ..... 原创：2023-02-28 人民司法杂志社 陈徐安黎 93
五、家事审判程序专题 99
2023 年家事诉讼程序研究（部分）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献 ..... 原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队 99

六、未保专题 108

护童成长 为爱发令 ——三家法院探索实践家庭教育指导工作侧记 ..... 2024-01-29 中国妇女报 108

七、房产 111

四部门印发《关于进一步提升不动产登记便利度促进营商环境优化的通知》 ..... 2024-02-01 自然资源部 111

不动产执行 | 赵大伟：夫妻共有不动产的执行程序分割——兼评《民事强制执行法（草案）》第 173 条第 3 款 ..... 2024-01-10 不动产法理论与实务 114

房产登记在子女名下，母亲有无份额？ 扬州中院：共同生活、共同创造财产者享有共有权利 ..... 2024-02-26 人民法院报 陆开存 张瑾瑶 文/图 119

六旬老人与比自己小 11 岁的女性“闪婚闪离”，闹出房产纠纷 ..... 2024-02-28 风云法眼 122

八、社会新闻 125

男子被骗 800 余万元后去世，出事前曾写下遗书委托骗子“请继续指导我的女儿” ..... 原创：2024-02-02 方圆 黄莎 等 125

2023 年 A 股分手费超 274 亿！“豪门夫妇”真离婚还是真减持？ ..... 原创：2024-02-15 野马财经 野马财经 128

九、媒体视点 134

“离婚冷静期”不能一“冷”了之 ..... 2024-01-31 人民法院报 丁家发 134

离婚或分手了，“彩礼退不退”有新依据 ..... 原创：2024-02-18 南方周末 韩谦 134

孤寡失能老人：余生可以托付给谁？ ..... 2024-02-22 法治日报 138

压岁钱大概是许多人心中关于春节的共同记忆。作为中国传统文化的重要组成部分，压岁钱不仅是长辈对晚辈的关爱和祝福，更体现了一种家族情感的延续。那么，压岁钱到底应该归谁所有呢？日前，重庆市江北区人民法院审结了一起离婚纠纷案，驳回了原告要求分割未成年子女压岁钱的诉求—— 孩子的压岁钱，不是说动就能动 ..... 2024-02-27 人民法院报 本报记者 刘 洋 本报通讯员 王凯旋 王 康 李函殊 143

十、学者、法官、检察官、律师、公证专题 146

（一）理论学术动态、学者视点 146

李永军：论居住权在民法典中的体系定位 ..... 原创：2024-01-26 比较法研究 李永军 146

肖建国、李皓然：民事诉讼中儿童利益最大化原则研究 ..... 原创：2024-01-19 法律适用 肖建国、李皓然 157

夏静宜：原因欠缺导致赠与财产返还的原理和规则 ..... 原创：2024-01-30 交大法学 夏静宜 171

陈霖：遗赠物上代位推定的教义构造与适用甄别 ..... 原创：2024-01-26 交大法学 陈霖 183

刘耀东：公序良俗在情人遗赠纠纷中的适用 ..... 原创：2024-01-23 交大法学 刘耀东 194

孙维飞：遗赠、婚外同居与公序良俗 ..... 原创：2024-01-19 交大法学 孙维飞 203

马忆南、谢嘉琦 | 论夫妻对子女婚内抚养费的承担 ——《民法典》第一千零五十八条的理解与适用…… 2023-12-22 山东女子学院学报 马忆南、谢嘉琦 209
“家事法苑”家事法研究文献索引 2024 年第 1 期（总第 1 期）| 家事法苑团队编辑 | 家事法苑微信公众号 2024 年 1 月 31 日 ……2024-01-31 家事法苑 家事法苑团队 218
曹思婕|探望权立法的完善思考…… 2023-10-20 理论探索杂志 224
2023 年家事法研究（综合）文献索引 | 2023 年家事法研究文献资料汇编 | 家事法苑团队奉献…… 原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队 232
2023 年家事法研究（家庭财产制度及相关）文献索引 | 2023 年家事法研究文献资料汇编 | 家事法苑团队奉献 ……原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队 248
2023 年家事法研究（继承法）文献索引 | 2023 年家事法研究文献资料汇编 | 家事法苑团队奉献 ……原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队 260
2023 年家事法研究（未成年人权益保护）文献索引 | 2023 年家事法研究文献资料汇编 | 家事法苑团队奉献…… 原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队 272
不动产实务 | 庄诗岳：论离婚协议中房屋给与约定的排除执行效力…… 2024-02-07 不动产法理论与实务 庄诗岳 279
王雷 | 基于身份关系协议的物权变动对民法典物权编的参照适用…… 原创：2024-02-16 甘肃社会科学 王雷 284
华政学报 | 刘征峰 被误解和误用的家事代理——《民法典》家事代理规范体系基点再阐释…… 原创：2024-02-22 华东政法大学学报 刘征峰 293
程皓楠：论婚姻登记瑕疵的职权纠正——评梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案 ……原创：2024-02-23 法治社会期刊 广东省法学会 305
赵蕾 | 【专题聚焦】遗产管理人制度的程序建构：如何指定与为何指定？ ——基于实体与程序交互实质性促进理论框架…… 2024-02-23 经贸法律评论 314
刘敏：家事司法中未成年子女意见表达权之保障…… 原创：2024-02-15 HumanRights 杂志 刘敏 326
《人权》 | 如何保障家事司法中未成年子女意见表达权？…… 原创：2024-02-14 HumanRights 杂志 刘敏 334
《政法论坛》网络首发 || 赵玉：股权继承的公司组织法建构…… 原创：2024-02-27 政法论坛 赵玉 335
（二）律师视点 346
律界 | 刘海娜：愿意陪当事人成长的专家型婚姻家事律师…… 原创：2024-02-01 法律与生活杂志 李云虹 346
（三）法官视点 350
父母为儿子垫付医疗费，能否要求儿媳返还？ ……
2024-01-25 民主与法制时报 本社记者 陈镇国 □刘清华 □通 讯 员 林旻煜 350
离婚诉讼财产分割判项执行力的判断规则…… 2024-01-30 最高人民法院司法案例研究院 350
经济适用房的产权权属如何认定？ …… 原创：2024-02-08 上海高院 黄勇、万小兰 354
无权代理及表见代理的认定 | 全国法院优案评析…… 原创：2024-02-08 中国应用法学 案例研究 358

周冰一：把一件事做到极致…… 2024-02-21 安徽高院 366
村民股份置换的房屋，属于夫妻共同财产吗？…… 2024-02-22 深圳市中级人民法院 367
未办理结婚登记分手，能要求对方父母返还彩礼吗？ 法院：接收彩礼的婚约方父母可作为共同被告…… 2024-02-22 人民法院报 369

（四）检察视点 371
丈夫婚内出轨给情人转账几十万元，妻子能否要回？…… 2024-01-25 检察日报正义网 371
最高检发布第二批检察机关贯彻实施民法典典型案例…… 2024-01-30 最高人民检察院 372
最高检第六检察厅负责人就《贯彻实施民法典典型案例（第二批）》答记者问…… 2024-01-30 最高人民检察院 393
维护弱势群体合法权益！最高检印发典型案例…… 2024-02-03 最高人民检察院 397
高质效开展同级监督 合力护航民生民利…… 2024-02-21 检察日报客户端 397
骗取大额彩礼，是民事纠纷还是刑事犯罪？ 安徽灵璧：制发民事再审检察建议纠正多起错误民事调解…… 2024-02-21 检察日报客户端 吴贻伙 398

（五）公证专题 402
公证非讼职能在家事调解领域的应用研究…… 2023-10-10 四川公证 马麟 402
以“不得再婚”为条件立遗嘱，可以吗？…… 2024-02-20 南京公证处 407

十一、异域资讯 409
采安仲裁 | 英国最高法院案例：200 亿夫妻财产分割引发的跨境诉讼 …原创：2024-02-08 采安律师事务所 采安仲裁团队 409
日本《监护登记法》（中译本）…… 2024-02-21 意定之爱 411

十二、书籍推荐 416
新书推荐丨《日本成年监护制度研究》日本应对深度老龄化的法律方案…… 2024-02-21 意定之爱 416

附件 418
“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 418

【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：刘海娜、邓雯芬、苗东红、陈香凝、马玉栀、赵阳

❶家事法苑™ 家事律师网：http://www.famlaw.cn
❷家事法苑™ 团队官方博客：http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
❸家事法苑™ 团队离婚协议自助网：http://www.91lihun.com
❹简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com
❺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”
❻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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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）

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

第 270 期丨隔代抚养行为的性质认定与裁判规则

原创：2024-01-29　中国上海司法智库　上海高院研究室
https://mp.weixin.qq.com/s/2pxtV-E7VsIh1Q5Mk2aYnA

编者按

本案系祖父母因隔代抚养要求成年子女及配偶支付孙辈抚养费用的婚姻家庭纠纷案件。本文以审判实践中隔代抚养类纠纷的裁判分歧入手，从制度价值、法律行为理论、裁判效果三个层面对隔代抚养行为的性质进行分析论证。隔代抚养类纠纷的裁判，以自愿帮助为原则、公平补偿为例外。通常情况下，隔代抚养应认定为家庭成员间的互助行为，当事人并无承受法律约束的意图；如出现法定抚养义务人有能力抚养但拒绝抚养、怠于抚养等情形，则可基于公平原则，支持原告要求偿付合理抚育费用的诉请。明确该类纠纷中隔代抚养行为的性质及审查认定规则，有利于正确指引代际互助中的情分与法律分界，有利于妥善处理隔代抚养领域家庭成员间的关系，有利于树立良好家风、家庭美德，形成友爱融洽的家庭氛围，实现司法对社会的有效治理，从而促进家庭和谐与社会稳定发展。

隔代抚养行为的性质认定与裁判规则

——田某甲、滕某甲诉滕某乙、冯某乙其他婚姻家庭纠纷案

裁判要旨

隔代抚养纠纷的裁判，以自愿帮助为原则、公平补偿为例外。如各方均尽到抚养义务，隔代抚养行为一般无设定法律上权利义务的意思表示，其性质不因成年子女婚变而改变，应认定为家庭成员间的互助行为；如法定抚养义务人有能力抚养但长期拒绝抚养，此种情况已突破了一般家庭伦理调整的范畴，不宜再将隔代抚养行为界定为自发性的纯道义行为，基于公平原则，可赋予（外）祖父母要求成年子女及子女配偶偿付为抚育未成年孙子女支出的合理费用或补偿相应损失的权利。

基本案情

原告田某甲、滕某甲诉称：被告滕某乙系原告田某甲、滕某甲之子，被告滕某乙、被告冯某乙系夫妻。2008 年滕某乙与前妻生育一女滕某丙，2013 年二人离婚后滕某丙随滕某乙共同生活。2014 滕某乙与冯某乙结婚，婚后二人购置房屋并装修，未安排滕某丙与二人共同生活。滕某丙一直与田某甲、滕某甲共同生活，生活开支及部分学习辅导费用由田某甲、滕某甲支付。2016 年滕某乙、冯某乙生育滕某丁，2018 年滕某丁查出患发育迟缓，因滕某乙、冯某乙工作繁忙，2018 年至 2021 年间田某甲、滕某甲每周一至周四带滕某丁至相关机构进行康复训练。多年来，田某甲、滕某甲代滕某乙、冯某乙为滕某丙、滕某丁付出就医、生活、辅导、住宿等各项费用，而上述行为严重侵害田某甲、滕某甲的权益，故要求请求法院判令：1. 两被告支付两原告滕某丙 2014 年 1 月至 2022 年 2 月的住宿、生活费共计 883,700 元；2. 两被告支

付两原告关于滕某丁 2018 年 1 月至 2021 年 3 月生活开销共计 86,352.30 元。

被告滕某乙辩称：2012 年滕某乙与前妻协议离婚，女儿滕某丙由滕某乙抚养。2014 年初，其与冯某乙结婚并购置房屋，滕某丙便随两原告共同居住。滕某丁自 2016 年出生一直与两被告共同居住，2018 年为康复发育迟缓问题每周一至周四吃住在两原告处，周五至周日回到两被告住处。滕某丁在两原告处居住期间，滕某乙未定期给过生活费。滕某丁的康复费大多由滕某乙支付。平时滕某丙、滕某丁的吃、住、玩由滕某乙陪同并支付费用，但两原告为了两个孙女日常付出较多，亦有很多支出，故同意两原告诉请。

被告冯某乙辩称：自 2013 年其与滕某乙相识起，滕某丙就与被告滕某乙、两原告共同居住在原告住处，冯某乙从未与滕某丙共同生活过，未形成继父母子女关系。滕某丁自 2016 年出生一直和两被告共同居住，所有日常支出及大部分的康复费用均由两被告支出，有相关支付凭证为证，两原告提供的相关票据是从两被告处拿走的，无法显示支付人，实际也并非两原告支付。每周一至周四上午，两原告带滕某丁参加康复训练，中午便将滕某丁送回两被告住所由被告冯某乙父母照料。极个别情况下，比如冯某乙的父母生病，滕某丁会短住在两原告处，其余时间均和两被告及冯某乙父母共同居住、生活。被告冯某乙曾于 2021 年起诉离婚，虽未获支持，但即将再次起诉离婚，两原告在这个节点提出诉讼是为滕某乙争取更多财产。

法院经审理查明：田某甲、滕某甲系夫妻关系，田某甲、滕某甲系滕某乙父母。2008 年，滕某乙与前妻生育一女滕某丙。2014 年 1 月至 2022 年 2 月期间，滕某丙与田某甲、滕某甲共同生活。2014 年 5 月 8 日，滕某乙、冯某乙登记结婚，2018 年生育一女滕某丁，滕某丁自出生至今与冯某乙共同生活。另查明， 2021 年 6 月 7 日，滕某乙诉至法院要求与冯某乙离婚，后撤诉。2021 年 6 月 15 日，冯某乙诉至法院要求与滕某乙离婚，2021 年 8 月 26 日法院判决不予准许离婚请求。

裁判结果

上海市静安区人民法院于 2022 年 10 月 27 日作出（2022）沪 0106 民初 9582 号民事判决：驳回田某甲、滕某甲的诉讼请求。

一审判决后，当事人均未提出上诉，一审判决已生效。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点为滕某乙、冯某乙是否需向田某甲、滕某甲给付关于滕某丙、滕某丁的住宿、抚育、教育支出等各项费用。根据庭审陈述，在滕某丙与滕某乙、冯某乙共同生活期间，滕某乙亦参与到滕某丙的照顾和抚育当中，而滕某丁更是出生后就随其父母共同生活，滕某乙、冯某乙已履行了抚育子女的义务。田某甲、滕某甲作为滕某丙、滕某丁的祖父母，系二人的直系血亲，其对两孙女的抚育、日常生活照顾和支出系家庭成员间基于血缘亲情、传统习俗、家庭生活安排等多种因素考量而自愿予以的照顾和帮助，符合中华民族的传统和社会公序良俗。即使田某甲、滕某甲用其收入负担了两孙女的部分抚育、教育及医疗等费用，但田某甲、滕某甲既未提供证据证明双方对相关费用有过事先约定，也未提供证据证明在两孙女多年的成长过程中曾向滕某乙、冯某乙主张过上述费用，故田某甲、滕某甲负担该费用也系基于亲情、习俗等而自愿予以的帮助行为，不足以产生民事法律后果。因此，法院判决驳回田某甲、滕某甲的诉讼请求。

案例注解

所谓隔代抚养，主要指的是在当前的新生代家庭中，年轻父母迫于现实压力忙于工作缺乏对儿童完全的抚育能力和精力，转而由祖辈高度承担抚育职责的一种现象。在新时代多孩政策下，

这种较为常见的家庭育儿模式可间接补充社会托育供给不足，提高家庭生育率，缓解职场父母的育儿压力。但近年来，（外）祖父母将自己子女及子女配偶诉至法院索要“带孙费”的纠纷屡见不鲜，关于隔代抚养行为的性质如何认定，哪些费用可获支持，是审理该类纠纷的难点，司法实践尚未形成统一的认定规则，有必要对此进一步厘清裁判思路。

一、隔代抚养行为性质认定之分歧

通过使用“隔代抚养”“隔代养育”“隔代带养”“祖辈抚养”“照顾孙辈”等关键词检索发现，各法院对隔代抚养纠纷的裁判规则并不统一，主要有三种结果：驳回原告起诉、支持原告部分诉请、判决按一定标准补偿原告抚育开支及（或）劳务费用。

判决支持的观点认为，隔代抚养行为应由《民法典》第 979 条规定的无因管理调整，即没有法定或约定的义务为避免他人利益受损失而管理他人事务，因管理事务受到损失的，可请求给予适当补偿。据此，管理人即（外）祖父母可以向受益人即子女、子女配偶提出主张，要求偿付为未成年孙子女支出的生活开销等必要费用，该观点为支持原告诉请的主流观点。

判决驳回的观点则认为，（外）祖父母抚育孙辈系以维护整个家庭幸福为目的，在双方没有明确约定的情况下，隔代抚养应属于家庭成员间基于血缘、亲情而发生的互助帮扶行为，并非以金钱量化的有偿行为，不属无因管理之债，不发生债权债务关系，亦不因子女离婚发生性质改变。

二、隔代抚养与无因管理之混淆

笔者认为，涉隔代抚养类纠纷中的费用主张能否支持不可一概而论，但将该行为认定为无因管理却并非妥当。

一方面，从制度价值层面分析，无因管理旨在调和实现受益人与管理人两个面向中的价值平衡，对具有利他意思的干涉他人事务的行为采取有限度的容忍立场。隔代抚养语境中，（外）祖父母是除父母子女第一顺位亲权外与孙辈血缘关系最近的人，其对未成年孙子女的抚养或照管，并非绝对“无因”，将基于血缘亲属的抚养行为纳入无因管理中 “干涉他人事务”有失偏颇。再者，无因管理中，管理人需有为他人利益进行管理的意思表示。隔代抚养行为并非仅具利他性，亦使（外）祖父母乐享天伦，未成年孙子女获得精心照料，家庭的完整与和睦得以实现，这也是（外）祖父母作为家庭成员所追求的目的。

另一方面，从法律行为的构成要件分析，意思表示需要同时具备目的意思、效果意思、表示行为三要素，缺一不可。中国历来有家庭成员间亲密共生、代际互惠的文化传统，基于自然亲情而产生的代际间互相支持符合通常的社会伦理，在世界范围内均得到认可。因此，（外）祖父母为平衡成年子女的家庭与工作，选择继续资助或帮助子女的隔代抚养行为，在一般情况下，欠缺受法律约束的意思，即不具备效果意思，因而也不构成法律行为，不应受民事法律规范的调整与约束。

三、隔代抚养行为之认定：以自愿帮助为原则、公平补偿为例外

家庭是社会的最小单元，维护家庭稳定和社会和谐也是司法应当追求的重要目标之一。中国家庭的维系根基，依然是存在于家庭成员之间根深蒂固的血缘关系，以及由此产生的血浓于水的亲情和彼此无条件相互照顾扶持的责任与义务。事实上，隔代抚养作为家庭应对抚幼压力的一种折中策略，是社会结构性压力在家庭中的呈现和子代不得已将家庭面临的社会压力向父母转移的结果。未成年人稳定的成长环境往往与隔代抚养的客观事实不可分割，因此隔代抚养的社会价值不容否认。但如将（外）祖父母参与抚养、照料孙辈的行为认定无因管理，进而支持金钱给付诉请，该司法导向既不利于维护家庭秩序的稳定，也会造成家庭伦理价值的紊乱，导致家庭成员间矛盾频发，最终不利于未成年人的健康成长。因此，笔者认为，通常情况下，隔代抚养宜认定为家庭成

员间的互助行为。即使在成年子女婚姻不宁、濒临破裂甚至已经离异的情况下，祖孙间的血脉与亲情并不因成年子女感情生变而割裂，在各方均尽到抚养义务的情况下，（外）祖父母仅因成年子女婚变而提出给付抚养费用的，也不宜获得支持。

具体到本案中，无论是对滕某丙还是滕某丁，滕某乙作为父亲均参与了两个孩子的日常抚养过程，滕某丁更是出生至今即随滕某乙、冯某乙共同生活。根据在案证据，田某甲、滕某甲在两孙女多年成长中未向随滕某乙、冯某乙主张过相关费用，双方亦无事先约定，田某甲、滕某甲的隔代抚养行为应认定成老人为小夫妻婚姻关系稳定及两孙女健康成长自愿做出的帮扶行为，系家庭成员间对家庭分工所做出的共同安排，属于一般家庭伦理调整的范畴，不足以产生民事法律后果，且滕某乙、冯某乙感情生变后提起离婚诉讼并不改变前述行为的性质。

但是，在法定抚养义务人有能力但长期拒绝抚养的情况下：如夫妻双方在外打工，既不参与养育也拒绝支付抚养费用，再如夫妻离婚后一方“弃养”“失联”、拒不支付相应抚养费用，此时（外）祖父母对未成年孙子女进行的抚养和照管行为，脱离了对家庭事务共同安排的框架，即使在家庭成员间也造成了利益失衡。由于该情形已经突破了一般家庭伦理调整的范畴，故不宜再将隔代抚养行为界定为自发性的纯道义行为，应产生一定的法律后果，需要在法律层面对权利义务做出调整。因现行法律并无明确可适用的规范，考虑到隔代抚养人并无法定抚养义务以及行为本身的无偿性等特征，笔者认为对于上述情形的案件，可基于公平原则，赋予（外）祖父母要求子女及配偶偿付合理抚育费用或补偿相应损失的权利。

四、隔代抚养纠纷之裁判规则

（一）案由确定

对隔代抚养纠纷的案例进行检索，并将检索范围限定为民事案件，可以发现案由并不统一：有无因管理、抚养费、不当得利、劳务合同、其他婚姻家庭纠纷等。

隔代抚养纠纷虽表现为金钱给付之诉，但纠纷均发生在家庭成员间，当事人具有特定的身份关系，涉及人身属性及家庭伦理性质，该类纠纷类型应归属于婚姻家庭纠纷更为适宜。

（二）事实查明

祖辈带孙辈的隔代抚养，带与不带，祖辈有自我选择的权利，并不存在任何法定义务，故审理该类案件必须判断行为人有无受法律拘束的意思，抚养行为是否自愿、自发。此时应采取“一般理性人”标准，即以社会通常的认知、常识、习惯、逻辑来判定隔代抚养行为是否已超出一般家庭伦理范畴，不再属道德层面的“情分”而需要由法律介入调整。

为尽可能探知行为人的内心真意，以下几点可作为外在辩识标准，据以判断隔代抚养的行为人有否受法律约束的意思表示：一是隔代抚养的原因，是双职工家庭、经济压力、孙子女就学等还是父母拒绝、怠于行使抚养职责；二是隔代抚养、照顾的参与程度，（外）祖父母是完全独立照料还是协助抚养，家庭成员是否共同居住，父母抚养是否“缺位”；三是（外）祖父母与其子女各自的经济状况，隔代抚养行为是否使（外）祖父母自己陷入生活困境；四是双方就抚养开支事先有无口头或书面约定，由于家庭生活具有封闭性，举证不易，可适当放宽举证责任的标准，注重审查关联事实，如关于隔代抚养的定期给付行为可作为印证约定的证据；五是既往就抚养开支是否提出过主张，比如（外）祖父母通过电话、微信等方式曾与子女沟通，因抚养矛盾曾向居委、妇联等组织寻求解决；六是起诉的时间节点及子女的婚姻状态。隔代抚养纠纷大多与子女婚姻不宁有关，不管是向一方还是向双方追讨，子女的婚姻感情状况应予查明。如子女已协议离婚或诉讼离婚，还应查明离婚协议中对未成年人抚养的约定。

（三）裁判结果

隔代抚养纠纷的裁判结果可根据上述考量因素进行以下区分：1.综合查明事实并结合在案证据，将个案中的隔代抚养认定为家庭成员间的帮助行为，不产生法律后果，驳回原告的诉请。2.（外）祖父母与子女有事先约定时，应当尊重当事人意思自治，约定优先。但（外）祖父母提供仅有自己子女签字的协议，特别是诉讼发生在子女婚姻不安宁期间，则应审慎审查协议签订的时间和家庭情况，不轻易将协议效力及于未签字方的配偶。3.在对于子女双方或一方有能力抚养，但“弃养”“失联”、拒绝支付抚养费的情形下，（外）祖父母为隔代抚养支出的合理费用可获支持。

在判决支持的场合下，抚育费用应限定于“必要”与“合理”：未成年人的日常生活开销可参照当地生活水平依法酌定；基本教育开支应符合当地普通家庭的通常教育支出标准，额外教育开支则以发票、支出凭据为准，且一般不应超过父母如自己抚养可预见、有能力承受的范围；住宿费的主张原则上不应得到支持，未成年人与（外）祖父母同住，并不显著地增加负担或造成额外开支；劳务费用在无明确约定下，也不应支持，照料孙辈所付出的精力、心血并非无经济价值，但将该亲情付出经济化的后果将冲击与挑战家庭秩序与人伦亲情，也有违善良风俗。

（四）文书说理

对隔代抚养类纠纷应加强裁判文书说理，融入社会主义核心价值观。无论隔代抚养行为是否产生以及产生何种法律后果，不可否认（外）祖父母在参与抚养孙辈的过程中付出了大量的时间、精力，减轻了子女的生活、经济负担，为未成年孙子女提供了稳定的成长环境，对于长辈的付出子女要心存感恩，双方应从未成年人利益最大化的角度出发，妥善处理矛盾和纠纷，让（外）祖父母在含饴弄孙中也能感受到颐养天年的幸福。

相关法条

《中华人民共和国民法典》第九百七十九条、第一千零四十三条

《中华人民共和国民事诉讼法》 第九十条

案件索引

一审案号：上海市静安区人民法院（2022）沪0106 民初 9582 号民事判决书

一审独任法官：上海市静安区人民法院　黄念

案例编写人：上海市静安区人民法院 黄念、郭珺洁

责任编辑：顾正仰

执行编辑：鲍灵妍

注重老人精神赡养 北京三中院发出《督促履行义务告知书》

2024-01-30　京法网事　张清波 李宝霞

https://mp.weixin.qq.com/s/OXNBig2ws1TnvZ-v_gVC4w

父母在，人生尚有来处，父母去，人生只剩归途。中华民族历来重视孝道，敬老、养老、助老是我国传统文化的组成部分。对老人的赡养除了经济帮助外，应考虑老人内心对子女探望与陪伴的渴望，现有赡养费纠纷亦呈现出老人名义上索要赡养费，实为要求精神赡养的特点。作为子女，赡养老人应尽心而为，重视老人的精神需求，多关心问候，多沟通交流，让老人在晚年生活中感受到家人的陪伴，度过温馨的晚年生活。

案例

郭某与刘某是夫妻关系，刘某于 2022 年去世。二人育有子女四人，现郭某年已九十，由小女儿照顾，郭某起诉要求另外三子支付赡养费，其中郭某每月有退休金五千余元，大儿子居住在外地，二儿子肢体残疾，三儿子表示郭某现有收入并不需要子女支付赡养费。一审法院认为郭某尚不存在生活困难的情形，故对于郭某的请求未予支持。二审审理中，三个儿子前往郭某住处探望老人，老人表达希望子女多来陪伴的想法，二审法院虽未支持老人要求抚养费的主张，但指出如老人产生保姆费，可再行向子女主张相应费用，同时基于老人渴望子女陪伴的意愿，二审法院向郭某的儿子发出了《督促履行义务告知书》，要求其常回家看看，多与老人沟通交流，让老人感受到家人的温暖，安享晚年。经与郭某的儿子沟通，其均表示会按照告知书的要求常探望老人。

北京市第三中级人民法院

督促履行义务告知书

[redacted]：

关于你们的父亲[redacted]与你们之间的赡养费纠纷一案，本院已作出了（2023）京 03 民终 19559 号终审判决，虽然目前未支持你们父亲要求你们支付赡养费的诉讼请求，但根据《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条及《中华人民共和国老年人权益保障法》第十三条、第十四条、第十五条、第十八条等规定，你们应当积极履行赡养义务。

本院在此向你们告知：

一、孝老敬亲是中华民族的优秀传统美德，也是个人道德修养的体现。羊有跪乳之恩，鸦有反哺之义。[redacted]作为你们的父亲，抚育你们长大成人，帮助你们成家立业、组建家庭，现你们的母亲已经去世，你们的父亲已经年过九十，其独自生活的难处可想而知。疫情无情人有情，你们的父亲能够战胜病毒，仍健在安好实属子女的福气，应该感到欣慰。你们作为子女应当怀感恩之心，切实履行好对父亲的赡养义务。庭审中，你们提交的近期父亲的视频，虽短短只有几分钟，难道不能感受到父亲的渴望和无奈吗？难道不能感受到一个老耄老人对子女的想念和期许吗？

二、经济上的帮助并非赡养义务的全部，更不是唯一，有一定经济收入的老年人更需要子女在生活上的照料和精神上的抚慰。虽然你们在经济上或身体上也有各自不同的难处，但本案诉讼的深层次原因实际上是你们在生活中长期缺乏对父亲的关心照顾，缺乏对父亲的探望问候所致，起诉你们支付赡养费只是老人的无奈之举，并非老人最想达到的诉讼目的，希望你们能够换位思考，理解老人的处境和难处，在今后能够常回家看看，与老人多沟通，多交流，让老人能感受到你们的温暖，能感受到晚年的幸福。

三、父母在，人生尚有来处，父母去，人生只剩归途；父母在，你们永远是孩子，父母去，你们将要承受全部，虽然你们的父亲不再强健有力，不能再为你们挡风遮雨，不能再为你们撑起蓝天，但父亲对你们无私的爱是毋庸置疑的。切莫计较父亲分配给你们的财产是否公平，切莫把父子之间的亲情让计算器去解答；赡养老人，尽心尽力，量力而行，不去比较别人，只需扪心自问，是否对得起父母曾对你的付出。人，终有慢慢老去的一天，你们今天对父亲的真心付出，就是在为明天的子女树立榜样，就是在传递家族的温暖，希望你们兄弟姐妹能够相互理解，坦诚相待，和睦相处，加强沟通，齐心协力为老人的幸福着想，为家庭的和睦着想，给郭同和老人营造一个有温度，有亲情的家庭生活环境，让郭同和老人能安享晚年，尽天伦之乐！

[redacted]

二〇二三年十二月二十五日

法官提示

01 对老人进行经济帮助应考虑实际情况

《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。赡养费的目的是满足老人的居住、生活、医疗等需求，但实践中存在老人的经济能力明显好于子女的情况，因此在考虑赡养费一项时，应综合考虑老人的需求、生活水平、物价情况、子女负担能力等因素综合予以酌定，同时应考虑老人因年事越来越高而会产生的医疗、看护等费用负担问题，避免老人出现老无可依的情况。

02 对老人进行精神赡养应注重情感需求

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。子女对于老人的赡养不应仅仅“给钱了事”，更多应关注老人的内心需求，尤其是部分老人配偶去世后，

仅剩一位老人，其内心的孤独感更加明显，如无子女的关心问候，则更显老人的内心落寞，因此子女不应仅仅提供必要的赡养费，更应感念老人曾经对自己的付出，自觉并发自内心地关心老人，传递家庭的温暖，同时为自己的子女树立榜样，传承我国优秀传统孝文化。

03 对老人精神赡养应重在自觉履行

对于仅涉及金钱债务的赡养费内容，在子女不自觉履行的情况下，法院可予以强制执行，保障老人的赡养费权益。但对于精神赡养内容，则难以强制执行，如子女仅草草探望老人，“敷衍了事”，不仅达不到关心慰问老人的效果，更易给老人带来困扰。通过向子女发送《督促履行义务告知书》并对子女做思想工作，有利于转变子女观念，让子女能够换位思考，理解老人的处境与难处，尽心关爱老人，让老人感受温暖与幸福。

供稿：北京三中院

编辑：马源　汪希

审核：张忠涛

[特稿]最高法院于蒙：关于继父母继子女法律关系若干问题的探析

2024-01-30　司法茶语　最高院民一庭于蒙

https://mp.weixin.qq.com/s/apOhg3zfs_ibEe13_ryxZg

[编者按]近期，在最高人民法院编辑出版的刊物《民事审判指导与参考》2023 年第 1 辑（总第 93 辑）“理论前沿”栏目上，读到最高人民法院民事审判第一庭法官于蒙老师的《关于继父母继子女法律关系若干问题的探析》一文，顿觉眼前一亮，好文！经本文作者同意，特在《司法茶语》公号转发。

关于继父母继子女法律关系若干问题的探析

于　蒙

根据我国民法典婚姻家庭编的规定，父母包括生父母、养父母和继父母三种，相应地，子女也包括生子女、养子女和继子女三种。这其中，继父母和继子女之间的关系是三种父母子女关系中比较特殊也比较复杂的一种，在实践中非常容易产生争议。本文试图在梳理我国立法及相关司法解释的基础上，结合实践中的案例，对继父母继子女相关规定在适用时遇到的难点问题进行初步探析，以期对相关规定的完善可以有所裨益。

一、我国有关继父母和继子女关系规定的立法沿革

所谓继父母，是指父母离婚或者一方死亡后，另一方再婚，子女对父母再婚后的配偶的称谓；所谓继子女，是指夫妻一方对自己配偶与前夫或

者前妻所生子女的称谓。故继父母和继子女的关系是由于子女的生父或者生母再婚形成的，本质上属于姻亲关系。从我国的立法来看，我国法律对于继父母和继子女关系的认定有一个沿革过程。

自 1949 年以来，我国先后颁布了两部婚姻法，即 1950 年婚姻法和 1980 年婚姻法。1950 年婚姻法是中华人民共和国成立以来的第一部法律，确立了婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女和子女合法权益四项基本原则，被誉为是具有“彻底的反封建精神”的一部法律。其颁布对于解除封建的包办、买卖婚姻，构建男女自愿结合的和谐的婚姻和家庭，发挥了很大的历史作用，这标志着我国进入了婚姻家庭法制建设的初创时期。[1]为了保护子女的合法权益，1950 年婚姻法明确规定了父母子女间的权利义务，其中第十三条规定：“父母对于子女有抚养教育的义务；子女对于父母有赡养扶助的义务；双方均不得虐待或遗弃。养父母与养子女相互间的关系，适用前项规定。溺婴或其他类似的犯罪行为，严加禁止。”第十六规定：“夫对于其妻所抚养与前夫所生的子女或妻对于其夫所抚养与前妻所生的子女，不得虐待或歧视。”两条结合来看，1950 年婚姻法虽然没有使用“继父母”“继子女”的表述，但是明确规定了“不得虐待或歧视”，在立法中第一次确定了继子女的法律地位，[2]鲜明体现了废除漠视子女利益的封建主义婚姻制度，实行保护子女合法权益的新民主主义婚姻制度的立法宗旨。

1978 年党的十一届三中全会后，我国的婚姻家庭法制建设进入恢复和发展时期。在改革开放的新形势下，我国政治、经济和社会生活发生了很大的变化，婚姻家庭领域也出现了新情况新需要，在这种情况下，我国制定了第二部婚姻法即 1980 年婚姻法。1980 年婚姻法开始使用“继父母”“继子女”的概念，并且明确规定了继父母继子女间的权利和义务。该法第二十一条规定：“继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”该条规定不仅重申了 1950 年婚姻法有关“不得虐待或歧视”的规定，更重要的是增加了在满足“抚养教育”的条件下，继父母和继子女之间适用婚姻法关于父母子女关系的有关规定，即特定条件下，继父母和继子女之间不再限于姻亲关系，而是形成了拟制血亲关系。拟制血亲关系成立后，适用父母子女关系，即“父母对子女有抚养教育的义务”“子女对父母有赡养扶助的义务”“父母和子女有相互继承遗产的权利”等。自此，继父母和继子女之间的关系可分为三种类型：一种是纯粹的姻亲关系。即继子女未受继父母抚养教育的，如父母再婚时子女已经成年，或者虽未成年但是继父母未进行抚养教育的。该种情况下，继父母和继子女之间虽然不享有父母子女间的权利义务，但是不得虐待或歧视。二是因抚养教育形成拟制血亲关系。即指前述第二十一条第二款规定的情形。三是因收养形成拟制血亲关系。若继父母对继子女办理了收养手续，双方之间成立收养关系，则双方之间适用养父母和养子女的有关规定，而不再适用继父母继子女的规定。

1980 年婚姻法关于继父母继子女通过“抚养教育”成立拟制血亲关系的规定，是具有中国特色的。从其他国家法律来看，多数只是规定双方之间为姻亲关系，只有通过收养才能成立拟制血亲关系。我国当时法律作出这个规定，也是为了加大对继子女的保护力度，同时重视对继父母的权利保护，保障他们老有所养。多年实践证明，前述第二十一条行之有效，所以在 2001 年婚姻法修改时以及后来编纂民法典时，都延续了这一规定，未作实质性改动。

二、继父母和继子女之间成立拟制血亲关系的要件分析

如前所述，继父母和继子女之间在一般情形下是姻亲关系，但是可因收养或抚养教育成立拟制血亲关系。

关于收养，根据民法典第一千一百零三条的规定，继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并且不受“生父母有特殊困难无力抚养”、收养人应当具备的条件和收养子女数量的限制。之所以规定要经生父母同意，是因为根据现行法律规定，收养关系成立后，养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。之所以规定不受某些条件的限制，主要是为了鼓励继父母与继子女之间通过办理收养手续明确权利义务，确立继父母对继子女抚养教育的义务，尽量减少父母离婚对未成年子女的不利影响，促进家庭和谐稳定。

关于抚养教育，延续婚姻法的相关规定，民法典第一千零七十二条第二款规定继父母和继子女之间可因抚养教育的事实成立拟制血亲关系。与收养不同，在此种情形下，继子女和其生父母之间的权利义务关系仍然存在，故继子女与生父母和继父母在法律上形成了双重父母子女关系，对于继子女而言，其所受到的抚养教育是双重的，相应地，其成年后，对生父母和继父母也都负有赡养义务。

对于何种情形下可认定为“受其抚养教育”，民法典第一千零七十二条第二款规定比较原则和概括，在司法实践中，围绕该条款的理解和适用，主要存在以下争议：**第一**，如何认定“抚养教育”的事实？是经济上供养即可，还是必须共同生活？生父母使用其和继父母的夫妻共同财产为子女支付抚养费用的，能否算作继父母对继子女进行了抚养？**第二**，“抚养教育”的事实存续应否有年限要求？有三年说、五年说、十年说不等。**第三**，成年继子女对继父母进行了扶养的，能否成立拟制血亲关系？如在生父母再婚时，子女已经成年，没有接受继父母的“抚养教育”，但是在继父母年老后，继子女对其进行了照顾看护的，能否认定继子女和继父母之间成立拟制血亲关系？**第四**，成立拟制血亲关系，需不需要考虑当事人的意思？是继父母进行了抚养教育，就直接成立拟制血亲关系，还是也要同时考虑继父母和继子女的意愿？

对于上述问题，笔者认为，**首先**，成立拟制血亲关系后，继父母和继子女之间即适用父母子女关系的规定，这对于双方当事人来说，是身份上的重大变化，故在认定成立要件时要从严把握。故认定抚养教育的事实时，不仅应进行经济上的供养，还需要共同生活，进行生活上的照顾。所以，生父母再婚后，使用夫妻共同财产向子女支付抚养费，是在履行自己的抚养义务，其配偶作为继父母仅以此主张自己对继子女进行了抚养教育的，不能成立。**其次**，抚养教育的事实存续应有一定的年限要求，且不应太短，避免权利义务关系的失衡。比如，继父或继母只抚养教育继子女很短时间，继子女随后成年，如果认定为双方形成抚养教育关系，将来继子女应尽的赡养义务负担会比较重；另一方面，考虑现实生活中离婚率较高的现象，为防止因父母多次再婚，子女出现多个继父或继母的现象，也应规定一个较长的年限。**再次**，关于抚养教育是单向的还是双向的，虽然在民法典编纂过程中，有建议认为应规定为双向的，但是从民法典最终采纳的表述看，是“受其抚养教育”，应是单向的，即只包括继子女受继父母抚养教育的情形，并未规定继父母受继子女扶养照护的情形。**最后**，是否成立拟制血亲关系对双方当事人的身份影响重大，故除了抚养教育的事实外，还应适当考虑当事人的意愿。比如，继父母虽然对继子女进行了抚养教育，但是明确表达了不成立拟制血亲关系的，或者 8 周岁以上的继子女对不成立拟制血亲有明确意愿的，应尊重当事人的意愿。

三、继父母和继子女成立拟制血亲后的权利义务关系

首先，根据民法典第一千零七十二条第一款规定，继父母与继子女间，不得虐待或者歧视。该款规定适用于所有的继父母继子女关系，即继父

母和继子女之间无论是否成立拟制血亲关系，均不得虐待或者歧视。之所以对继父母继子女特别作出规定，主要是由于我国之前长期处于封建社会，继子女的社会地位一直很低下，中华人民共和国成立后，受不良残余思想的影响，仍存在继子女受到虐待和歧视的情况，比如，继父母不给生活保障，打骂、体罚继子女，剥夺继子女受教育的权利等。反过来，也存在继子女虐待继父母的现象。故立法上再次重申该规定，加大对继子女的保护力度，重视对继父母的权利保护，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

其次，民法典第一千零七十二条第二款规定："继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定。"根据民法典总则编和婚姻家庭编的规定，父母子女关系主要内容包括父母对未成年子女抚养、教育和保护的义务；成年子女对父母赡养、扶助和保护的义务；子女应当尊重父母的婚姻权利；父母和子女有相互继承遗产的权利等。即只要继父母和继子女之间的拟制血亲成立，则双方之间的权利义务适用上述规定，在这方面和亲生父母子女之间应该没有区别。

实践中，比较容易产生纠纷的是继承领域。继父母或者继子女死亡，哪些继子女或者继父母具有继承权？在此类案件中，往往需要先确定继父母和继子女之间是否成立拟制血亲关系。如前所述，根据民法典第一千零七十二条第二款规定和"父母和子女有相互继承遗产的权利"的规定，只要认定了继子女受继父母"抚养教育"，则双方之间应互相具有继承权。但是需要说明的是，从立法的用语表述来看，民法典继承编界定的属于法定继承人的继子女和继父母的范围，要比民法典第一千零七十二条第二款的规定宽泛。民法典第一千一百二十七条规定法定继承的第一顺序为"配偶、子女、父母"，规定"本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女""本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母"。如何理解"有扶养关系"？对此，立法机关的阐释为："继承编的规定为'有扶养关系的继子女'，这既包括继子女受继父母抚养的情形，也包括继子女赡养继父母的情形。根据婚姻家庭编的规定，只有在继子女受到继父母抚养时，才可以适用父母子女之间的权利义务关系。如果一个继子女在未成年时期并未受其继父母的抚养，但是其对继父母进行了赡养，虽然按照婚姻家庭编该继子女与继父母之间不适用父母子女之间的权利义务的规定，但是按照继承编的规定，该继子女可以被认定为其继父母的子女，具有第一顺序继承人的地位，这也符合权利义务相一致的原则。"[3]同理，"'有扶养关系的继父母'，既包括继父母抚养继子女的情形，也包括继父母被继子女赡养的情形。前一种情形根据婚姻家庭编可以适用父母子女关系的规定，后一种情形中如果继子女在未成年时期并未受到继父母的抚养，但其仍赡养继父母的，按照婚姻家庭编该继父母与继子女之间不适用父母子女之间．的权利义务关系的规定，但是按照继承编的规定，该继父母可以被认定为该继子女的父母，具有第一顺序继承人的地位。这主要是考虑到与被继承人形成扶养关系的继父母，彼此间有较多的感情和金钱投入，在被继承人死亡后，扶养将无法进行，留有一定的遗产继续对其继父母进行扶养也符合被继承人的意愿"。[4]故在继承领域，"有扶养关系"的含义是双向的，除了继子女受继父母"教育"成立制血亲的情形，还包括虽没成立拟制血亲但继父母受继子女赡养的情形，认定时将更为复杂。

再次，与养父母养子女关系不同，继子女和继父母之间即使成立了拟制血亲关系，其和生父母之间仍然存在父母子女之间的权利义务。[5]即继子女和生父母、继父母之间，是双重的权利义务关系。故即使继父母对继子女进行了抚养教育，也不能免除继子女对生父母的扶养义务。相应地，继子女对生父母、对成立拟制血亲关系的继父母

也都具有赡养义务。在继承方面，继子女和其生父母之间互相有继承权，同时和成立拟制血亲关系的继父母之间也互相有继承权。[6]

最后，根据民法典第一千零七十二条规定，成立拟制血亲后，只是继子女和继父母之间适用民法典关于父母子女关系的规定，和继父母的近亲属间并不成立这种拟制血亲。这一点亦和收养不同。关于收养，根据民法典第一千一百一十一条规定，自收养关系成立之日起，养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用民法典关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。所以，收养关系成立后，养子女与养父母的生子女，在法律地位上并无区别。比如，养子女与养父母的生子女之间、养子女与其他养子女之间，都成立兄弟姐妹关系，可以互为第二顺序继承人。被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，不能互为第二顺序继承人。[7]相比较而言，继子女与继父母的近亲属之间则不必然成立近亲属关系，与其生父母的近亲属之间的权利义务关系也不受影响。例如，根据民法典第一千一百二十七条规定，作为第二顺序继承人的兄弟姐妹包括亲兄弟姐妹、养兄弟姐妹以及有扶养关系的继兄弟姐妹，即继兄弟姐妹之间的继承权，仅因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生。没有扶养关系的，不能互为第二顺序继承人。继兄弟姐妹之间互相继承了遗产的，不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。[8]

四、继父母和继子女之间拟制血亲关系的解除

继父母和继子女之间成立拟制血亲关系后，这种血亲关系可否解除？民法典对此未作规定。但实践中，诉请解除的案件并不缺乏，这也是案件办理中的一大难点问题。[9]从法理上来讲，既然是拟制血亲关系，不是自然血亲关系，应当可以解除。比如，同为拟制血亲的收养关系，民法典专节规定了解除，根据该节规定，收养关系可以协议解除，亦可诉讼解除。那么对于继父母和继子女之间的拟制血亲关系，是否可以解除？如果可以，应通过哪种方式解除？对此，以下几个问题争议比较大。

第一，生父母和继父母的婚姻关系终止，是否导致继父母和继子女之间的关系自然解除？有观点认为，继父母和继子女之间本质上是姻亲，是因生父母和继父母的婚姻关系产生，故生父母和继父母的婚姻关系终止后，则这种姻亲关系自然终止。笔者认为，**要区分情形判断。继父母和继子女之间如果没有成立拟制血亲关系，是单纯的姻亲关系，那么生父母和继父母的婚姻关系因一方死亡或者双方离婚而终止的，则这种姻亲关系随之解除。但是如果继父母和继子女之间已经因抚养教育的事实形成了拟制血亲关系，从最高人民法院所发布的司法解释、司法指导性文件来看，这种血亲关系并不因婚姻关系的终止而当然解除。**比如，1986 年 3 月 21 日发布的《最高人民法院关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》明确：尽管继母王某梅与生父李某心离婚，婚姻关系消失，但王某梅与李某景姐弟等人之间已经形成的抚养关系不能消失。因此，有负担能力的李某景姐弟等人，对曾经长期抚养教育过他们的年老体弱、生活困难的王某梅应尽赡养扶助的义务。又如，1988 年 1 月 22 日《最高人民法院关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》中明确“继父母与继子女已形成的权利义务关系不能自然终止，一方起诉要求解除这种权利义务关系的，人民法院应视具体情况作出是否准许解除的调解或判决”。[10]之所以如此规定，是因为无论生父母和继父母的婚姻关系是否存续，但抚养教育的事实已经客观存在，如果仅因婚姻关系的终止直接认定拟制血亲关系解除，不符合权利义务对等的原则。

第二，继父母与生父母或者成年后的继子女之间可否协议解除拟制血亲关系？如果在继子女

成年前，继父母和生父母明确约定继父母对继子女不再继续抚养，或者在继子女成年后，继父母和继子女达成合意双方之间不再维持父母子女关系，诉至人民法院请求解除的，应否准许？笔者认为，既然为民事法律关系，应当尊重当事人的意愿。如果双方当事人均表示愿意解除拟制血亲关系，应当准许。**从司法实践看，也有这方面的案例。比如，邹某蕾诉高某红、孙某、陈某法定继承纠纷案，生效裁判认为之前陈某与孙某孝虽然已经形成事实上的继父子关系，但是后来孙某孝、陈某萍在离婚协议中明确约定陈某由陈某萍继续抚养，孙某孝不再承担抚养费用。在此情形下，继父母子女关系应视为协议解除。**[11]

第三，继父母或继子女可否单方请求解除拟制血亲关系？若双方不能就解除达成合意的，一方单方请求解除的，应否准许？根据以往司法实践的做法，人民法院应当区分具体情况作出认定。比如，《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）》第五十四条规定："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。"根据该条规定，首先，继父母和生父母离婚的，继父母和继子女之间的抚养教育关系并非自然终止，而是尊重继父母的意愿。这是由于继父母和继子女在抚养教育过程中，可能因共同生活已经产生感情，是否继续抚养、继续共同生活，还是要尊重当事人的意思。其次，继父母如果不同意继续抚养的，可以不再抚养，其和继子女之间的拟制血亲关系解除，这其实是赋予了继父母此种情形下的单方解除权。这是因为继父母和继子女之间毕竟是以继父母的婚姻关系为基础而产生的拟制血亲关系，和自然血亲关系有所不同，如果婚姻关系不再存续，却强制性要求继父母继续履行抚养义务，有悖情理。最后，如果继父母愿意继续抚养，则继父母和继子女之间的拟制血亲关系继续存在。在继子女成年后，继父母或者继子女可否单方请求解除拟制血亲关系？从已有判例看，在继子女成年后，如果继父母和继子女关系恶化、无法共同生活，继续维持父母子女关系没有实质性意义的，继父母提出的，一般予以准许。但如果是继子女单方提出的，则要谨慎认定。因为若继父母已经抚养继子女成年，双方的抚养事实已经存在，此时确认继父母与继子女之间存在拟制血亲关系是对继父母已履行义务的确认，目的在于使继子女承担对继父母相应的赡养义务，重点在于考虑对继父母合法利益的保护。所以对于已成年继子女，不能由其自由解除拟制血亲关系。

第四，解除后的法律后果。继父母和继子女之间的拟制血亲关系解除后，双方之间不再具有父母子女的权利义务关系。但是因为在解除之前，继父母对继子女已经进行了一定年限的抚养教育，付出了时间成本和经济成本，且继父母年老后也面临需要照顾的问题。故在解除之后，笔者认为，**可以参照关于收养的规定，区分解除的具体原因，有条件地判决补偿继父母在抚养期间支出的抚养费，或者向缺乏劳动能力又缺乏生活来源的继父母支付生活费等。**

总之，继父母和继子女之间的关系法律规定较为原则和概括，但是司法实践中遇到的情形却纷杂多样。在具体案件处理中，不仅要准确理解现有法律和司法解释规定，还要结合具体案情考虑当事人权利义务的平衡，将法理情相结合，兼顾未成年人合法利益保护和老年人合法权利保护，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

——文章刊登在最高人民法院民一庭《民事审判指导与参考》（中国审判指导丛书）2023.1（总第 93 辑），第 105-115 页，作者于蒙，最高人民法院民一庭法官。

[1]参见陈苇、冉启玉：《构建和谐的婚姻家庭关系－－中国婚姻家庭法 60 年》，载陈苇主编：《家事法研究》2009 年卷，群众出版社 2010 年版。

[2]参见胡康生主编：《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社 2001 年版，第 112 页。

[3]黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 2160 页。

[4]同上，第 2161 页。

[5]民法典第一千一百一十一条第二款规定："养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。"对于继父母继子女则无此类规定。

[6] 《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国民法典＞继承权的解释（一）》第十一条规定："继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产。继父母继承了继子女遗产的，不影响其继承生子女的遗产。"

[7]详见《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国民法典＞继承权的解释（一）》第十二条规定。

[8]同上解释，详见第十三条规定。

[9]比如，赵某某诉丁某 2 赡养纠纷案：1980 年，赵某某与丁某 1 登记结婚，丁某 14 岁的儿子丁某 2 与他们共同居住生活。丁某 2 长大结婚后，对赵某某不尽赡养义务，并劝说母亲与赵某某离婚，总是找机会和继父发生口角，甚至有时候大打出手。赵某某找邻居和居委会劝说丁某 2 无果后，起诉到法院，要求解除与丁某 2 的继父子女关系，并要求丁某 2 给付抚养费、教育费 2 万元。法院经审理后，判决解除原告与被告的继父子女关系，并由被告给付原告抚养费、教育费 16000 元。

[10]该批复虽然已被废止，但其中明确的观点并未被新的规定替代。

[11]详见上海市第二中级人民法院于（2017）沪 02 民终 10068 号民事判决，为最高人民法院公报案例。

“宁法半月谈”沙龙丨司法社工助力家事审判工作的现实路径和展望

原创：2024-01-24　南京市中级人民法院　南小中

https://mp.weixin.qq.com/s/Px6UYSBNMkMWtsDu9cr9Zg

近日，市法院举办第 20 期“宁法半月谈”沙龙活动。本次活动由雨花台区法院承办，沙龙的主题为司法社工助力家事审判工作的现实路径和展望。雨花台区人大监司委副主任委员过大江作为特邀嘉宾参加活动。全市两级法院 50 余名干警参加。活动由雨花台法院铁心桥法庭副庭长张怡主持。

沙龙上，**雨花台区法院铁心桥法庭三级法官助理袁晓珺**介绍了司法社工助力家事调查官制度本土化落地的研究成果。她从家事案件特点和家事证据调查难点角度，分析总结了司法社工作为社会工作运用于司法领域的重要成果，着重介绍了该院近年来实施的“聘用司法社工、以专职家事调查官的身份参与家事审判”这一制度的创新探索路径。从适用范围、角色定位、规范程序设计三方面重塑司法社工助力家事调查官制度的规范构造，有效促进家事审判和社会工作的融合性发展，在推动家事调查官制度本土化落地的基础上构筑专业化、实质化、多元化的家事审判解纷模式。

雨花台区法院铁心桥法庭家事调查官谢怡然从自身实践经验出发，讲述了家事调查官制度在司法应用中的思考和完善。她以家事调查制度实施初期对职能定位和工作流程的探索作为切入点，分享了在庭前调查和案后回访工作中形成的一系列家事调查制度工具及其在实际司法实践中的运用成效。家事调查为案件当事人提供“情感出口”，为法官描绘“家庭速写”，为困境儿童串起“多元帮扶链”，将家事审判的关注点从对当事人身份利益、财产利益的保护延伸到人格利益、安全利益和情感利益的多维关注，切实发挥涉少年及家事审判的社会治理功能。

沙龙上，南京市妇联权益部部长、一级调研员丁颖，市法院未成年人及家事案件审判庭庭长张雁，南京师范大学法学院教授陈爱武和南京师范大学社会发展学院副教授童文莹作为点评嘉宾，围绕如何构建多元化家事解纷模式展开了深入交流探讨。

丁颖从市域社会治理角度出发，阐述了如何推动构建婚姻家庭纠纷多元化解新格局。她指出，面对社会转型期中家庭结构、家庭关系、家庭功能发生的变化，以及家庭代际冲突、家庭教育问题突出等现实难点与困境，要坚持从全市社会治理体系的总体要求中去把握布局，在创新实践中探索建立法规政策性别平等评估多方参与、预防和制止家庭暴力多机构合作、婚姻家庭纠纷多元预防化解等工作机制，从推动顶层设计、完善协

作机制、搭建合作平台等方面，协同推进婚姻家庭矛盾纠纷多元预防调处化解工作。

张雁从社工嵌入司法系统的现状、社会支持体系建设及“四员联动”三个方面，对雨花台区法院创新家事调查官制度进行了延伸拓展。她指出，司法社工助力家事审判，应更注重与相关社会支持体系力量形成合力，使司法社工嵌入家事调查制度这项工作更具主流性、可推广性，同时避免司法社工职能边缘化、异化，将司法社工与“四员联动”密切关联，实现法律效果、政治效果、社会效果的统一。

陈爱武从国内家事审判和少年审判融合历程出发，结合美国、日本等域外少年及家事司法现状，阐述了少年司法和家事司法的关系。二者的融合发展既是新时代未成年人保护的现实要求，也是少年司法改革和家事司法改革的必由之路。通过在少年及家事案件中引入家庭教育指导、与妇联、心理机构的联动等机制实现家事案件的案结事了和对未成年人的保护。

童文莹从域外关于司法社工顶层设计和相关立法分析了社工在司法系统下的工作职能、薪资结构的设置，还从妇女儿童的安全保障、福利系统完善后的权益保护、个案质效优化等方面详述了社会工作者融入法院系统的“三原则”，对未来涉少刑事案件引入家事调查制度进行了展望和设想。

△雨花台法院铁心桥法庭副庭长张怡主持活动。

供稿：法官培训处、雨花台法院

排版：兰茜

编辑：隋文婷

审核：程文军、徐高纯

湖北省首份线上《离婚证明书》发放！

2024-01-30 湖北高院

https://mp.weixin.qq.com/s/HnfrHfqQscZ-YHOwc5blnw

“也太快了吧！

申请《离婚证明书》

再也不用跑去法院了！”

叮~1 月 30 日中午 1:30，家住仙桃市杨林尾镇的王某某收到一条短信：**【鄂州市梁子湖区人民法院】您好，您申请的离婚证明已发放……**

“上午申请，中午就办好了！”她不禁连连称赞梁子湖区人民法院这一高效便民新举措！

近日，梁子湖区人民法院率先启用《离婚证明书》线上办理平台，当事人王某某成为全省第一位受益人。

编号:2024[redacted]

[redacted]与[redacted]离婚纠纷一案，本院作出（2023）鄂0702民初[redacted]号民事调解书，调解双方离婚。

姓名：王[redacted] 性别：女

公民身份号码：[redacted]

该法律文书已于2024年1月19日发生法律效力。

[redacted]与[redacted]的婚姻关系于该法律文书发生法律效力之日起解除。

特此证明。

姓名：张[redacted] 性别：男

公民身份号码：[redacted]

二〇二四年一月二十日

《中华人民共和国民法典》

（节录）

第一千零八十条　完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。

第一千零八十四条第一款、第二款　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、保护的权利和义务。

第一千零八十六条第一款　离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

离婚证明书

湖北省高级人民法院监制

《离婚证明书》是指人民法院开具的旨在证明离婚案件当事人夫妻关系解除及其解除时间的证明，内容只记载双方当事人的基本信息，包括姓名、身份证号码、生效法律文书案号、离婚生效的时间等必要信息，并加盖法院公章，与民政部门颁发的离婚证有等同的法律效力。它既保护了案件当事人的个人隐私，也体现了人民法院司法为民、司法便民的宗旨意识和司法审判的人文关怀。

《离婚证明书》线上申请办理诉讼服务项目的开通，是湖北法院深入贯彻习近平法治思想，践行司法为民宗旨，充分运用信息化手段，积极回应人民群众司法需求，以小切口、微举措做好司法为民大文章的新举措。湖北法院《离婚证明书》线上办理已于 2024 年 1 月 23 日正式启动，全省法院“一网通办”平台同步开通申领功能，2010 年以来通过离婚诉讼解除婚姻关系的当事人均可办理。

下一步，湖北法院将加大宣传推广力度，积极引导当事人通过线上平台办理《离婚证明书》，推动司法改革成果惠及更多人民群众。同时，始终坚持能动司法，持续深化改革创新，主动延伸司法服务，积极回应社会关切，推出更多便民利民举措，以实实在在的行动提升人民群众司法满意度。

作者：鄂州市梁子湖区人民法院杨阳

编辑：胡振琪

责编：蔡　蕾

审核：邓昭玲

率先适用公约！加速简化域外证据认证

2024-01-31　江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/NDJa_YWvt-O_zR3XlqAyOQ

近日，昆山市人民法院在一起跨国离婚诉讼案件中，率先适用 2023 年 11 月 7 日起在我国生效的**《取消外国公文书认证要求的公约》**，简化认证手续，认可域外证据具备法律效力，并据此促成当事人顺利达成调解。

2009 年，原告与被告在国内登记结婚，并在国内生育一子，后双方一同前往美国，在美国生育一女。原告因不适应国外生活，返回国内，夫妻聚少离多，感情逐渐疏远，遂向昆山法院提起离婚诉讼，并请求确定子女的抚养权归属。

法院于 2023 年 11 月受理该案，为便利当事人诉讼，向身处国外的被告在线送达了诉讼材料，并组织开展线上调解。在调解过程中，法官仔细听取了双方意见，发现二人对于婚姻、子女教育等问题都有比较理性的考虑、长远的规划，在解除婚姻关系及子女后续抚养等方面已基本达成一致。接下来，法院便要根据双方一致意见确定子女的抚养权，这一步需要子女的出生证明。

由于双方的女儿出生在美国，她的出生证明也是在美国开具的，这份证明便成为了一份域外证据。**按照传统程序，**这份出生证明需要通过“所在国公证+使领馆认证”的“双认证”流程来进行确认，办理周期一般为三个月以上，且费用较高。

承办法官根据《取消外国公文书认证要求的公约》，对当事人提供的出生证明启用**“附加证明书”的认证流程**，即在美国办理一份附加证明书，便可完成认证流程。

《取消外国公文书认证要求的公约》提供了一种更加方便快捷的公文书跨境流转方式：

缔约国之间可以使用**“附加证明书”**来认证公文书证，不再经过传统的“双认证”程序。

This Apostille is not valid for use anywhere within the United States of America, its territories or possessions.

This Apostille only certifies the authenticity of the signature and the capacity of the person who has signed the public document, and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the public document bears.

This Apostille does not certify the content of the document for which it was issued.

Apostille

(Convention de La Haye du 5 octobre 1961)

1. District of Columbia, United States of America
2. This public document has been signed by JAMES [redacted]
3. acting in the capacity of NOTARY PUBLIC IN AND [redacted] NOTARY PUBLIC IN AND FOR THE
4. bears the seal/stamp of DISTRICT OF COLUMBIA

CERTIFIED

5. at Washington, D.C.
6. the 30 day of NOVEMBER 2023
7. by Secretary of the District of Columbia
8. No. [redacted]
9.
10. Signature:

Kimberly A. Bassett
Secretary of the District of Columbia

在法官的指导下，当事人在一周内顺利完成了出生证明的认证流程，于 12 月 12 日向法院提交附加证明书。承办法官当日审核确认，帮助当事人以线上的方式签订调解协议并依法出具了民事调解书。

本案中法官所适用的《取消外国公文书认证要求的公约》是什么呢？

该公约是海牙国际私法会议框架下适用范围最广、缔约国数量最多的国际条约，旨在简化跨国公文书流转程序。

核心内容

缔约国之间相互取消使领馆领事认证环节，用附加证明书(即 Apostille)代替传统领事认证，对文书上印鉴、签名的真实性进行验证。附加证明书是文书出具国指定的“主管机关”为公文书签发的一个验证证书，具有《公约》要求的固定格式，与领事认证书具备同等效力。

我国于 2023 年 3 月 8 日正式加入该公约，11 月 7 日起该公约正式生效，便利了我国与其他缔约国之间的公文书跨境流转，时间和经济成本大幅下降。

据悉，办妥一份缔约国用文单位所需的公文书，时间可从先前的一至三个月减少到几个工作日，缔约国间办理文书流转手续时间平均减少约 90%，同时可节省领事认证费和相关中介服务费，为我国与其他缔约国之间的经贸往来、人员流动提供便利。

近年来，该公约新成员快速增加，目前已达 120 多个，包括欧盟各国、美国、日本、韩国、澳大利亚、俄罗斯等我国主要贸易伙伴及大多数“一带一路”倡议参与国，约占世界国家和地区总数的五分之三。

来源：昆山法院

作者：蔡　磊　李潇絮

守望相助，司法有情！十大案件之孤寡残疾老人遗产指定管理案

2024-01-31　最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/rZLgboUMGrhM2OOLmfbiyw

编者按：

2023 年，全国法院坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，围绕“公正与效率”工作主题，做深做实能动司法，保国家安宁、护经济发展、守万家灯火。2024 年 1 月 24 日，经过为期二十天的网络投票和专家委员会评选，由最高人民法院与中央广播电视总台共同主办的“新时代推动法治进程 2023 年度十大案件”结果揭晓。让我们一同打开这份沉甸甸的司法答卷，邀请主审法官讲述案件蕴含的法理、事理、情理，见证法治的力量与温度。

新时代推动法治进程 2023 年度十大案件之孤寡残疾老人遗产指定管理案

法安天下，德润人心。社会主义核心价值观是当代中国精神的集中体现，凝结着全体人民共同的价值追求。人民法院始终坚持为民司法理念，践行社会主义核心价值观，用心用情办好关系民心向背的“小案”，久久为功解决好人民群众的“难事”，让人民群众切实感受到司法温度，厚植党的执政根基。

主审法官说

江苏省太仓市人民法院王坤法官：随着我国人口老龄化程度的加深以及遗产继承案件的复杂化，遗产无人管理、继承人难以妥善管理甚至无法管理的情况时有发生。我国民法典虽增设了遗产管理制度，赋予利害关系人申请法院指定遗产管理人的权利，但对利害关系人的范围未作明确。本案裁判认定“虽无法定扶养义务但对被继承人生前扶养较多的人”可以作为“利害关系人”，丰富了民法典第 1146 条“利害关系人”的内涵。本案裁判有助于推动完善遗产管理人制度，有效激发遗产管理人制度的活力，同时也对大力弘扬中华民族守望相助、扶残济困的淳风美俗具有积极意义。

来源：中央广播电视总台新闻中心、最高人民法院新闻局

编辑：时雨萌

父母出资为子女婚内购房，离婚引发连锁纠纷

原创：2024-02-01 上海一中法院 蒋庆琨 沈俊翔

https://mp.weixin.qq.com/s/YOIaLDw83SQH_KFN68I5jQ

为全面贯彻上海一中院党组关于诉源治理的工作部署，进一步推进巡回审判点常态化运作，切实落实“春雨护苗”党建品牌我为群众办实事的特色工作，上海一中院未成年人与家事案件综合审判庭（以下简称少年家事庭）在立案庭的协调、配合下，于近日赴松江区广富林街道上海一中院松江巡回审判点公开开庭审理了一起赠与合同纠纷案。

01 案起

该案涉及父母出资为子女婚内购房这一社会关注度极高的热点问题。陈某与杨某婚姻关系存续期间，陈某的父母出资 200 万元为两人购房。后陈某与杨某发生离婚诉讼，该案中，法院认定陈某父母的出资系对两人的赠与。现陈某父母主张该赠与系以共同生活为条件，因两人离婚，故要求撤销赠与、由陈某与杨某共同返还所赠款项。

一审判决驳回陈某父母的诉讼请求。二人不服，向上海一中院提出上诉。

02 化解

分歧悬殊，心结难解。庭前准备阶段，二审合议庭征询了双方的调解意向。陈某父母愿意调解，但主张所赠款项系两人用于养老、治病的积蓄，

坚持要求返还不低于 100 万元的款项。杨某则称其在离婚诉讼中已作出让步，本案中已无妥协空间。双方各持己见，调解陷入停滞。

能动司法、追根溯源。合议庭研判后认为，本案诉源在于陈某与杨某间的离婚纠纷，只有源头治理，才能消弭鸿沟、破解心结。经细致分析，合议庭发现陈某与杨某在离婚诉讼中未解决孩子探望权的行使问题，但两人又都表露出希望通过法院予以解决的意愿。同时，因陈某未按离婚判决向杨某支付涉案房屋折价款，杨某已向法院申请强制执行，但尚有折价款及利息 40 余万元未执行到位。合议庭讨论后决定，以解决探望权纠纷、执行纠纷为切入点，确立一揽子化解三起纠纷的审理思路。

巡回审判、就地解决。考虑到当事人均居住在松江区，为方便群众诉讼，合议庭决定到上海一中院在松江区所设巡回审判点公开开庭审理本案。庭审过程中，当事人均愿意调解，合议庭遂休庭，以保障老年人合法权益、促进未成年人健康成长为抓手，分别向三方当事人分析利弊、释法说理、耐心引导，**在合议庭成员相互配合、共同努力下，当事人达成一揽子解决方案：**

1. 陈某与杨某就子女探望权签署调解协议并向松江区人民法院申请确认协议效力；

2. 杨某撤回执行申请，放弃要求陈某支付剩余折价款及利息 40 余万元；

3. 基于上述两问题的解决，陈某父母当庭撤回本案上诉。

至此，因陈某与杨某离婚后引发的三起纠纷，于本案中一并得到实质性化解，当事人握手言和，一案化三争，达到了案结、事了、人和的目的，取得了良好的法律效果和社会效果。

03 释法

广富林街道妇联及基层妇女干部代表、基层司法条线干部代表、“三所联动”驻派出所调解室调解员代表等 20 余人参加庭审旁听。庭审后，本案审判长、少年家事庭庭长方方携合议庭成员与旁听人员现场开展以案释法交流会，详细讲解了父母为子女购房出资的性质认定、赠与合同撤销的法定情形、探望权的行使等法律热点问题，并就与会人员提出的其他法律问题进行了专业解答，以期实现审理一案、教育一片、提高一众、治理一方的效果。

司法靠前一步，审判更有温度。依托**“春雨护苗”**特色党建品牌，少年家事庭坚持以党建带队建，以队建促审判，落实司法为民理念，锚定实质性化解纠纷，巡回审判、前端调解、上下联动，坚持多措并举，发展新时代“枫桥经验”，加强矛盾纠纷源头预防、关口把控，参与执源治理，做深做实诉源治理，助推提升社会治理现代化水平。

文：蒋庆琨 沈俊翔

摄影：李皓祥

值班编辑：姚卫华

最高法涉彩礼纠纷司法解释今日起施行，湖南法院首例判决来了！

2024-02-01 湖南高院

https://mp.weixin.qq.com/s/ZdrPQI-vQVwTzqwjfNbuBw

近年来，多地彩礼数额持续走高，形成攀比之风，加重了彩礼给付方家庭经济负担，给婚姻稳定埋下隐患，由此引发的涉彩礼纠纷案件数量也不断上升。为统一涉彩礼纠纷案件法律适用标准，弘扬社会主义核心价值观，最高人民法院制定了《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），并于 2024 年 2 月 1 日起施行。

2 月 1 日，郴州市中级人民法院适用该《规定》作出了涉彩礼纠纷案件首判，这也是全省首例判决。

女子赵某和男子钱某经人介绍于 2022 年 7 月相识、相恋，2022 年 10 月，双方举行订婚仪式，钱某给付赵某礼金 19.99 万元及“五金”、红包转账、生活及人情开销等共计 29 万余元。

2022 年 11 月双方办理婚姻登记，因钱某在广东务工，赵某在老家生活，**双方主要分居两地。**

婚后不到一年，因感情不和，赵某于 2023 年 8 月诉至法院请求判决双方离婚，钱某同意离婚但要求赵某返还彩礼 29 万余元等。

一审法院判决后，钱某不服提起上诉，请求其给付的 29 万余元均认定为彩礼范围，并请求判令赵某全部返还。

郴州市中级人民法院经审理认为，依据《规定》第三条，**钱某给付的礼金 19.99 万元及“五金”合计 23 万余元，综合给付目的、当地习俗、财物价值等事实，可认定为彩礼范围**。但钱某主张的红包转账、生活开支及人情开销等费用，金额较小，主要是为了增进感情和日常消费，不应认定为彩礼。

同时，**钱某转给赵某的款项中有大部分是向亲人所借，该彩礼金额亦已远超当地居民人均可支配收入的数倍，可以认定案涉彩礼数额过高。**

考虑到两人婚姻关系存续时长，法院**判决准许双方离婚，同时依据《规定》第五条酌情判令赵某返还彩礼金额 16 万元。**

作为我国婚嫁领域的传统习俗，彩礼是男女双方及家庭之间表达感情的一种方式，也蕴含着对婚姻的期盼与祝福。然而，超出负担能力给付的高额彩礼却背离了爱情的初衷和婚姻的本质，不仅对彩礼给付方造成经济压力，影响婚姻家庭的和谐稳定，也不利于弘扬社会文明新风尚。

基于彩礼给付的特定目的，一般情况下，双方已办理结婚登记手续并共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院不予支

持。但是，也要看到，给付彩礼的目的除了办理结婚登记这一法定形式要件外，更重要的是双方长期共同生活。因此，**共同生活时间长短、彩礼数额、双方过错等应当作为确定彩礼是否返还以及返还比例的重要考量因素。**

本案中，双方实际共同生活时间才一个多月，尚未形成稳定共同生活状态，钱某给付彩礼的目的尚未全部实现，且对于离婚不存在明显过错，相对于其家庭收入来讲，彩礼数额过高，给付彩礼已造成较重的家庭负担。判决酌情返还部分彩礼，能够较好地平衡双方当事人间的利益，引导树立正确的婚恋观，倡导形成文明节俭的婚礼习俗，**让婚姻始于爱，让彩礼归于“礼”。**

法律条款

《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》

第三条　人民法院在审理涉彩礼纠纷案件中，可以根据一方给付财物的目的，综合考虑双方当地习俗、给付的时间和方式、财物价值、给付人及接收人等事实，认定彩礼范围。

下列情形给付的财物，不属于彩礼：

（一） 一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金；

（二）一方为表达或者增进感情的日常消费性支出；

（三） 其他价值不大的财物。

第五条　双方已办理结婚登记且共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院一般不予支持。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，人民法院可以根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

人民法院认定彩礼数额是否过高，应当综合考虑彩礼给付方所在地居民人均可支配收入、给付方家庭经济情况以及当地习俗等因素。

第七条　本规定自 2024 年 2 月 1 日起施行。

本规定施行后，人民法院尚未审结的一审、二审案件适用本规定。本规定施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本规定。

来源：郴州中院

编辑：李元

第 33 期|父母赠与子女的房屋是家庭共有还是子女个人所有应当综合判断

原创：2024-02-08　江西民事审判　陈慧

https://mp.weixin.qq.com/s/BU6VkEA1ZjK4OcV0RoEK6Q

编者按

为了发挥省高院裁判的参考价值，本公号编辑委员会组织对 2016 年-2020 年度省高院本级审结的民商事裁判文书进行了分类整理，挑选了部分在民法典体系下仍具有一定参考意义的案例对裁判要旨进行提炼，并深度解析。解析观点为编写人个人结合法律对裁判要旨的解读，对一些疑难法律问题，解析观点也可能存在争议，供全省民事法官和律师等法律业内人士研读、参考、交流，敬请辨析。

父母赠与子女的房屋是家庭共有还是子女个人所有应当综合判断

——王某烨与徐某英、王某桥、万某和案外人执行异议之诉纠纷再审案

裁判要旨

父母赠与子女的房屋是家庭共有还是子女个人所有应结合房屋购买时间、购房款来源、家庭住房情况、债务发生情况等因素综合判断。

案例索引

一审：江西省峡江县人民法院（2019）赣 0823 民初 437 号

二审：江西省吉安市中级人民法院（2019）赣 08 民终 2365 号

再审：江西省高级人民法院（2020）赣民再 162 号

基本案情

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：王某烨。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：徐某英。

一审第三人：王某桥。

一审第三人：万某和。

王某烨向江西省峡江县人民法院提起诉讼，请求：立即停止对王某烨具有所有权，坐落于抚州市赣东大道*号（君临福泰）*幢*室房产的执行措施，并解除对房屋的查封措施。

2011 年 2 月 12 日，王某烨与江西省君临福泰房地产开发有限公司签订了一份《商品房买卖合同》，合同约定王某烨向该公司购买坐落于抚州市赣东大道*号（君临福泰）*幢*室的房屋一套，并支付购房款 704,159 元，该购房款主要由王某桥筹集。该房屋于 2013 年 7 月 26 日办理了房屋所有权登记，登记房屋所有权人为王某烨，房屋所有权证号为抚房权证荆字第 0007834 号。王某烨系王某桥之子，出生于 1993 年 11 月 19 日，购买上述房屋时尚在高中就读。2012 年 9 月至 2015 年 6 月，王某烨一直在南昌理工学院建筑工程技术专科学习，于 2015 年 7 月离校。徐某英与王某桥、万某和民间借贷纠纷一案，法院于 2018 年 3 月 30 日作出（2018）赣 0823 民初 157 号民事判决书，判决王某桥、万某和于判决生效之日起五日内偿还徐某英借款本金 800,000 元及其利息。判决生效后，王某桥、万某和未履行还款义务，徐某英遂向法院申请执行。法院在执行过程中，于 2018 年 9 月 12 日作出（2018）赣 0823 执 158 号之一执行裁定书，裁定查封登记在王某桥之子王某烨名下的坐落于抚州市赣东大道*号（君临福泰）*幢*室的房产一套，期限为三年；于 2018 年 10 月 18 日作出（2018）赣 0823 执 158 号之二执行裁定书，裁定拍卖上述房产。法院将上述裁定通过法院专递寄给了王某桥，也电话告知了王某烨，王某烨表示人刚到广东，不知道具体地址，需将上述裁定书寄给其父亲王某桥。王某烨因不服法院查封、拍卖登记在其名下的坐落于抚州市赣东大道*号（君临福泰）*幢*室的房产所作出的（2018）赣 0823 执 158 号之一和（2018）赣 0823 执 158 号之二执行裁定提出书面异议，法院于 2019 年 4 月 2 日作出（2019）赣 0823 执异 2 号执行裁定书，裁定驳回王某烨的异议请求。

再审另查明：徐某英与王某桥、万某和民间借贷纠纷一案，江西省峡江县人民法院于 2018 年 3 月 30 日作出（2018）赣 0823 民初 157 号民事判决，其中查明 2015 年 7 月 30 日、9 月 19 日徐某英分别向万某和转款，2015 年 9 月 25 日，王某桥、万某和向徐某英出具借条，载明今借到徐某英 80 万元。法院经审理，判决王某桥、万某和偿还徐某英借款本金 80 万元及利息。

裁判结果

一审判决：驳回王某烨的诉讼请求。

王某烨不服提出上诉，二审判决：驳回上诉，维持原判。

王某烨申请再审，再审判决：一、撤销一审、二审判决；二、不得执行登记在王某烨名下坐落于抚州市赣东大道*号（君临福泰）*幢*号房产。

裁判理由

再审认为，案涉房产是王某烨个人所有还是王某桥、王某烨家庭共有，王某烨对于案涉的执行房产是否可以排除强制执行，应结合房屋购买时间、购房款来源、家庭住房情况、债务发生情况等因素综合判断。本案王某烨享有足以排除强制执行的权利，理由如下：1、根据《物权法》的规定，不动产物权的设立应当依照法律规定登记，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。案涉房产办理了所有权登记，房屋产权证书上登记的所有权人为王某烨。房屋产权登记具有公示、公信的效力，依据不动产权属证书的记载，王某烨为案涉房屋的所有权人。2、不论是购房款还是房产，王某桥和王某烨在原审和再审中均提出为赠与。案涉房屋买卖合同签订时王某烨虽为未成年人，购房款也是其父王某桥筹集的，但法律并未排除未成年人纯获利益的行为，且该赠与行为未违反法律、行政法规强制性规定，亦不违背公序良俗，应为合法有效。王某桥将该房产登记在王某烨名下，此时赠与的事实应认定已成立。二审认为赠与合同是双方行为，须当事人双方意思表示一致才能成立，本案中并未有相应证据予以证实。本案赠与合同的双方即为王某桥和王某烨，在赠与标的物案涉房产已登记在王某烨名下，且双方对于赠与事实均认可的情况下，二审仍要其就赠与事实进一步举证，存在错误。3、王某桥在老家有自建住房，且在办理案涉房屋所有权登记时王某烨已成年，具有管理和处分财产的权利能力和行为能力。房屋权属证书上登记的所有权人仅为王某烨一人，二审推定案涉房屋为父母子女的家庭共同共有财产，缺乏事实和法律依据。4、案涉房屋购买于 2011 年，2013 年登记在王某烨名下，而王某桥与徐某英的借贷发生于 2015 年，从时间节点上来看，案涉房屋的购买、登记时间均早于借贷债务形成时间，不足以认定王某桥将案涉房屋登记在王某烨名下是为了逃避其与徐某英债务的履行。5、徐某英与王某桥借贷关系发生时，案涉房产已登记在王某烨名下，根据物权公示原则，应推定徐某英对该房产登记事实知晓，其在借贷时并未对王某桥个人的偿债能力提出质疑，可见案涉房产不作为债之担保，并未超出徐某英借款时的可信赖利益的保护，执行法院在借贷案件执行程序中直接执行案涉房产，缺乏法律依据。

要旨解析

本案涉及两个问题，一是对父母出资购买并登记在其未成年子女名下房产的所有权归属如何认定。二是父母欠债，案涉房屋是否能被强制执行。

关于第一个问题，现实中父母将自己出资购买的房产登记在其未成年子女名下属于普遍现象，如何进行权属认定，涉及案涉房屋是否系父母赠与子女，赠与是否成立并生效的问题。根据《合同法》第一百八十五条规定，“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同”。因此，赠与合同系双方法律行为、诺成合同，即当事人双方意思表示一致时合同即成立，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。案涉赠与合同一方系十周岁以上的未成年人，其意思表示如何认定，根据《民法通则》第十二条规定，“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意”。由于赠与合同为纯获利益的合同，因此，限制民事行为能力人可以是受赠人。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 1 2 9 的规定，“赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产”。根据《物权法》第十四条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”。需要注意的是，《民法典》第十九条规定，“八周岁以上的未成年人为限制民事行

为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为”；第二十条规定，“不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为”。即《民法典》将限制民事行为能力人和无民事行为能力的年龄标准从“十周岁”降至“八周岁”，同时确立“可以独立实施纯获利益的民事法律行为”的规则。本案中，案涉房屋系父亲王某桥出资购买并登记在儿子王某烨一人名下，且已办理不动产登记手续，说明双方之间的赠与合同已经成立生效，并已履行完毕，且可以认定案涉房屋系王某桥赠与给王某烨的个人财产，并非家庭共有财产。二审认为本案中没有相应证据证实案涉赠与行为获得王某桥和王某烨双方意思表示一致，推定案涉房屋为父母子女的家庭共同共有财产，系认定错误。

关于第二个问题，父母欠债，案涉房屋是否能被强制执行，涉及子女基于被赠与享有的权利是否能对抗申请执行人的问题，应结合房屋购买时间、购房款来源、家庭住房情况、债务发生情况等因素综合判断。根据《民事诉讼法司法解释》第三百零五条的规定，案外人提起执行异议之诉，必须有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求。而案外人诉讼请求的依据是其对执行标的享有实体权益，且法院的强制执行措施会妨害其所享有的实体权益。首先，从房屋购买时间时间来看，案涉房屋购买于 2011 年，2013 年登记在王某烨名下，王某桥与徐某英的借贷发生于 2015 年，案涉房屋的购买、登记时间均早于借贷债务形成时间。其次，从购房款来源看，系父亲王某桥出资，在原审和再审中王某桥和王某烨均提出为赠与，如上所述，限制民事行为能力人拥有一定的民事权利能力，可以接受纯获利益的赠与。再次，从家庭住房情况来看，王某桥在老家有自建住房，房屋权属证书上登记的所有权人为王某烨，登记时王某烨已成年，具有完全民事行为能力，拥有管理和处分财产的权利和能力。最后，从债务发生情况来看，徐某英与王某桥借贷关系发生时，案涉房产已登记在王某烨名下。根据《物权法》第六条规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记”。即物权的变动应当遵循物权公示原则，指物权在设立和变动时，必须将物权设立和变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害并保护交易安全。根据《办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条第一款第（一）项的规定，案外人对已登记的不动产提起异议，人民法院应当按照不动产登记簿判断。不动产登记的此种推定力是对证明责任的分配。本案中，王某烨提供证据证明其在徐某英与王某桥借贷关系发生之前，已经通过王某桥的赠与行为获得了案涉房屋的所有权，且系作为未成年子女接受父母的合法赠与，根据物权公示原则，徐某英对此事实知道或者应当知道，该事实并未超出徐某英借款时对王某桥责任财产的认知，也未妨碍徐某英对王某桥可信赖利益的保护，不足以认定王某桥将案涉房屋登记在王某烨名下是为了逃避其与徐某英债务的履行。徐某英未提供证据证明案涉赠与行为未成立、可撤销或者具有无效情形，也未提供充分证据证明其权利足以对抗王某烨的权利，其应承担举证不能的法律后果。

（再审合议庭成员：熊　伟、胡爱菊、刘　瑾）

编　　写|陈　慧
责任编辑|马　悦
审　核|龚雪林

北京一中院适用最高院彩礼新规作出判决

2024-02-19 京法网事 梁睿
https://mp.weixin.qq.com/s/btw2A_bNRML8sPUOo4ikKg

近年来，随着经济社会发展，高额彩礼问题凸显，社会公众对彩礼纠纷亦比较关注。最高人民法院在总结审判实践经验的基础上，回应新时代人民群众的司法需求，制定出台了《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），该《规定》于 2024 年 2 月 1 日起实施。近日，北京一中院首次适用该新规定条款审结了一起彩礼返还纠纷案件。

案情简介

近日，当事人贾某向北京一中院提出上诉，要求被上诉人李某返还其给付的所有财物。贾某为了证明自己的主张，还向法院提交了双方的微信聊天记录截图、购物小票、银行转账记录等凭证。经查，贾某与李某于 2021 年初通过商业婚恋网站相识并建立恋爱关系。恋爱期间，贾某为李某购买了手机、首饰（首饰购买于 5 月 20 日），多次转账合计 4 万元。

后双方开始不定期共同居住，双方谈论了结婚的事宜并沟通了彩礼的数额。贾某同意给 50 万元彩礼，之后，贾某向李某转账 15 万元，剩余彩礼未付。半年后，双方因性格以及生活习惯问题分手。审理过程中，贾某称其给李某买的手机、首饰以及转账均为彩礼，要求李某返还全部银行转账及手机、首饰折价款。（文中当事人均为化名）

法官说法

恋爱期间给付的财物，需要据实判断是否为应当返还的彩礼

根据《规定》第三条，人民法院在审理涉彩礼纠纷案件中，可以根据一方给付财物的目的，综合考虑双方当地习俗、给付的时间和方式、财物价值、给付人及接收人等事实，认定彩礼范围。下列情形给付的财物，不属于彩礼：（一）一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金；（二）一方为表达或者增进感情的日常消费性支出；（三）其他价值不大的财物。即认定彩礼需同时具备以下两个要件：1. 没有其他给付义务，系一方因期待与对方缔结婚姻而实施的给付行为；2. 需双方对于结婚的目的均明知。

据此，贾某为李某购买的手机以及转账的 4 万元系恋爱关系中贾某为增进感情进行的日常消费性支出，不属于彩礼；贾某为李某购买的首饰在特殊时点购买，属于表达或增进感情的消费性支出，亦不属于彩礼；贾某向李某转账的 15 万元，时间发生在双方沟通彩礼数额之后，性质也曾由双方明确认可为彩礼，因此，可以认定 15 万元为贾某为达到与李某结婚的目的而给付的部分彩礼。

根据《规定》第六条，关于双方未办理结婚登记但已共同生活，一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院应当根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑共同生活等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

据此，法院判决李某向贾某返还彩礼 15 万元，驳回了贾某其他诉讼请求。

法官说理

理性看待彩礼问题，倡导健康婚姻关系

彩礼在我国有着广泛的社会文化基础。通常，彩礼给付发生在婚姻缔结前，在婚姻不成的情况下，彩礼应当予以返还；反之，已经结婚的，彩礼一般不再予以返还。但随着经济社会发展，彩礼

背后的社会基础发生了重大变化：一方面，婚姻关系成立以领取结婚证为准，但在部分地区，人民群众仍然以举行婚礼、共同生活为标准，导致出现大量未办理结婚登记但已共同生活后，要求返还彩礼的情形；另一方面，部分地区出现彩礼数额持续走高、攀比成风，婚姻存续期间偏短、甚至以彩礼之名行诈骗之实的情形。这些新情况的出现，不仅异化了婚姻关系、导致了利益严重失衡，也极大地损害了公序良俗，给社会治理带来许多隐患。

因此，在审理涉彩礼纠纷时，既要依法裁判、衡平双方利益，更要通过“小案”讲好“大道理”，引导人民群众更加理性地看待彩礼问题，推进移风易俗，倡导健康的婚姻关系。彩礼是以婚姻为目的的赠与，该目的包含结婚登记、共同生活、孕育子女等多项因素。已办理结婚登记且共同生活的，在双方离婚时一般不予返还彩礼。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，应当根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例；未办理结婚登记的，原则上应当返还彩礼，但双方已共同生活的，应当综合考虑共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

法条链接

一、《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）》

第五条　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。

适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。

二、《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》法释〔2024〕1 号（点击查看原文）

供稿：北京一中院

编辑：何宛珊　汪希

审核：张忠涛

最高人民法院发布涉养老服务民事纠纷典型案例

2024-02-20　最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/QfdWrFAOsCAYcdWDnv5CjQ

最高人民法院发布
涉养老服务民事纠纷典型案例
保护老年人合法权益
规范和引导养老产业健康发展

夕阳无限好，人间重晚晴。尊老、敬老、养老、助老是中华民族的传统美德，也是社会文明进步的标志。截至 2022 年年底，我国 60 周岁及以上老年人口有 2.8 亿人。习近平总书记深刻指出：“满足数量庞大的老年群众多方面需求、妥善解决人口老龄化带来的社会问题，事关国家发展全局，事关百姓福祉，需要我们下大气力来应对。”党的二十大报告提出，实施积极应对人口老龄化国家战略，发展养老事业和养老产业，优化孤寡老人服务，推动实现全体老年人享有基本养老服务。最高人民法院一直高度重视老年人权益保障工作，2022 年发布《关于为实施积极应对人口老

龄化国家战略提供司法服务和保障的意见》，把积极老龄观、健康老龄化理念融入司法工作全过程。

最高人民法院此次发布涉养老服务民事纠纷典型案例，意在通过司法裁判，规范养老服务的内容，引导养老机构健康运营，依法保障老年人的合法权益，助力老年人放心养老、安心养老。此次发布的案例，精选自全国各地法院报送的典型案件，具有以下几方面特征。

一是注重安全保障义务。养老机构作为经营场所，对入住的老年人负有安全保障义务，未尽到该义务使老年人受到损害的，应当承担侵权责任。本次发布的案例一王某诉某养老院生命权、身体权、健康权纠纷案中，养老机构一楼开设的浴室在作业过程中产生一氧化碳，渗透至老年人所住的房间，致使老年人身亡。人民法院认为养老机构未尽到安全保障义务，和浴室的经营者构成共同侵权，两者应当承担连带责任。

二是强调适老化改造。养老机构作为专门为老年人提供服务的经营场所，应当对其场所和设施进行适老化改造，为老年人提供无障碍服务。案例二马某某诉某养老中心经营场所、公共场所的经营者、管理者责任纠纷案，养老机构日常通行道路上有一高于地面的井盖，入住的老年人被井盖绊倒受伤。人民法院认为养老机构未对其场所进行适老化改造，对损害后果的发生存在过错，酌定其承担 60%的责任。

三是聚焦养老服务。养老服务是养老服务合同的核心内容。养老机构提供的养老服务，应当符合合同约定以及质量和安全标准。如果养老机构已经全面履行服务合同的，不承担责任，反之应依法承担责任。案例五向某某诉某公司服务合同纠纷案，养老服务合同中约定养老基地在重庆，但是老年人非因本人意愿，先后被安排至云南、四川等地接受养老服务。人民法院认为养老机构频繁变更服务地点，违反合同约定，认定服务合同解除，并判令向老年人退还剩余养老服务费。案例四王某甲诉某老年公寓生命权、身体权、健康权纠纷案，入住老年人突发疾病摔倒，送医后去世。人民法院认为，从老年人入住、摔倒、突发疾病、送医救治的过程看，养老机构已经尽到了和其护理模式相当的合同义务，故不需要承担责任。

四是厘清各方责任。如果合同履行过程中存在第三人侵权，要准确认定各方责任。案例三李某某诉某老年公寓侵权责任纠纷案，入住老年人被同住养老机构的第三人伤害，人民法院认为第三人应承担侵权责任，同时认定养老机构存在未尽到安全保障义务的情形，应承担 30%的补充责任。

五是推进诉源治理。人民法院在案件办理过程中，要牢固树立能动司法理念，实现案结事了政通人和目标。案例六赵某诉某养老服务中心服务合同纠纷案，在案件办理过程中，法官多次进行调查取证，查明案件事实；多次做双方调解工作，释法明理，缓和了双方的对立情绪。判决作出后，双方均未上诉，当事人自觉履行判决。案件审结后，人民法院还就案件审理中发现的问题向当地民政局发送司法建议，助力完善对养老产业的管理，将能动司法、司法为民落到实处，实现办理一案、治理一片的社会效果。

习近平总书记指出，让老年人老有所养、老有所依、老有所乐、老有所安，关系社会和谐稳定。在新征程上，人民法院将以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，全面落实党的二十大精神，进一步完善保护老年人权益工作机制，加大审判执行力度，为构建居家社区机构相协调的养老服务体系、发展银发经济、增进老年人福祉提供高质量的司法服务和保障，让老年人共享发展成果、安享幸福晚年，守护最美夕阳红！

目录

涉养老服务民事纠纷典型案例

案例一

养老机构与第三人构成共同侵权，应承担连带责任

——王某诉某养老院生命权、身体权、健康权纠纷案

案例二

养老机构未进行适老化改造造成老年人损害，应承担相应的责任

——马某某诉某养老中心经营场所、公共场所的经营者、管理者责任纠纷案

案例三

因第三人行为造成老年人损害，养老机构未尽到安全保障义务的，应当承担相应的补充责任

——李某某诉某老年公寓侵权责任纠纷案

案例四

老年人突发疾病，养老机构尽到救助义务的，不承担责任

——王某甲诉某老年公寓生命权、身体权、健康权纠纷案

案例五

养老机构频繁变更服务地点，老年人有权解除合同

——向某某诉某公司服务合同纠纷案

案例六

实质化解养老服务合同纠纷 助力养老产业健康发展

——赵某诉某养老服务中心服务合同纠纷案

案例一

养老机构与第三人构成共同侵权，应承担连带责任——王某诉某养老院生命权、身体权、健康权纠纷一案

基本案情

潘某某入住某养老院，享受一级护理。潘某某居住的房间位于三楼，房间窗户右侧墙壁上安装有烟囱，系位于一楼的某浴室的燃气热水锅炉排气管，烟囱管道与窗户的距离较近。某养老院与某浴室之间存在房屋租赁关系。

某日凌晨，护理员至潘某某的房间巡视时发现异常，遂将老人送至医院急诊，并通知家属。潘某某经诊断为一氧化碳中毒住院治疗，后去世。经查，燃气热水锅炉在作业的过程中产生一氧化碳，通过排气管渗透至潘某某所住房间。

潘某某的继承人王某起诉，请求某养老院和某浴室共同赔偿丧葬费、死亡赔偿金、精神损害抚慰金等。

裁判理由

审理法院认为，某养老院作为一家养老机构，应对潘某某尽到充分的安全保护义务，对建筑物及配套设施、设备的安全性应尽更高的注意义务。浴室排气管距离潘某某房间的窗户较近，某养老院理应预见到存在一定的危险性，但其未要求浴室对排气管道进行必要整改，亦未采取相应防范措施。某浴室对排气管道的安装铺设负有责任，其明知楼上房间有老人居住，却未对排气管的位置进行整改或延伸，且在使用燃气锅炉时未采取有效的防护措施，造成一氧化碳泄漏，并渗透至潘某某所住房间。综上，某养老院、某浴室共同实施侵权行为导致潘某某一氧化碳中毒，应承担连带赔偿责任。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条第一款规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”。本案中，某养老院作为专业的养老机构，对于入住的老人具有安全保护义务。对于某浴室安装的排气管、烟囱等存在安全隐患的设施设备，应积极采取措施进行防范、提示，并要求进行整改，不能采取漠视、放任的态度，否则应承担相应的责任。某浴室作为燃气锅炉的使用者、受益者，明知楼上居住的均是老人，更应当提高安全意识，对存在安全隐患的配套设备、设施进行整改，避免发生有毒气体泄漏等安全事故。本案值得养老机构及其他经

营者警醒，提高安全防护意识，加强对安全隐患的整改，这既是经营者对自身的保护，更是社会责任的体现。

案例二

养老机构未进行适老化改造造成老年人损害，应承担相应的责任——马某某诉某养老中心经营场所、公共场所的经营者、管理者责任纠纷案

基本案情

马某某入住某养老中心时，某养老中心对其进行了身体状况评估，“行走于平地”一项得分为 10 分/15 分。《莫尔斯跌倒评估量表》载明马某某近三个月内无跌倒记录，评估为“低度危险标准防止跌倒措施”。

某日，马某某在某养老中心内通往卫生间的路上跌倒致骨折，经住院治疗后愈合。视频资料显示，该养老中心院内有一井盖，位置正对大门进出口，井盖及其下沿明显高于周边地面数公分，且处于日常通行道路上。马某某主张其系被井盖绊倒致受伤，起诉要求某养老中心承担赔偿责任。

裁判理由

审理法院认为，某养老中心未对其经营场所进行适老化改造，其场所内通道上高于地面的井盖对老年人行动构成安全威胁，并导致马某某摔倒受伤，某养老中心存在过错。根据其过错程度及对损害后果的参与度，酌定由某养老中心承担60%的赔偿责任。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百九十八条第一款规定“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任”。《中华人民共和国无障碍环境建设法》第四条规定“无障碍环境建设应当与适老化改造相结合，遵循安全便利、实用易行、广泛受益的原则”。养老机构作为提供养老服务的经营场所的经营者，负有法定的安全保障义务，而且相较于一般经营场所而言，养老机构还应结合养老服务的特殊性、老年人的身体状况，对经营场所进行适老化改造，排查和消除可能对老年人造成危险和妨碍的安全隐患。怠于履行上述义务的，应承担与其过错相适应的侵权责任。本案充分考虑了双方当事人的过错程度，合理划分责任比例，提醒养老机构应充分尽到安全保障义务，重视对经营场所的适老化改造，充分保护老年人人身安全。

案例三

因第三人行为造成老年人损害，养老机构未尽到安全保障义务的，应当承担相应的补充责任——李某某诉某老年公寓侵权责任纠纷案

基本案情

尹某某、唐某某均系某老年公寓养老人员。两人因琐事发生过抓扯。某日，唐某某趁护工离开之际，从自己房间内拿了一根铁棍，在尹某某熟睡时击打其头部致其死亡。后唐某某被司法鉴定为：1.器质性智能损害(痴呆)；2.唐某某案发时具有限定刑事责任能力。在刑事案件审理期间，唐某某因病死亡，刑事案件终止审理。后尹某某的继承人李某某起诉某老年公寓及唐某某的继承人，要求赔偿。

裁判理由

审理法院认为，唐某某采取暴力手段非法剥夺尹某某生命，应当承担刑事以及民事赔偿责任。因唐某某已经死亡，对受害人的民事赔偿应当在其遗产范围内进行。某老年公寓对入住的人员负有安全保障义务，其未尽到安全保障义务造成他人损害的，应当承担民事责任。本案中，某老年公寓未及时清理装修后遗落的铁棍等危险物品，致唐某某持有铁棍，且未对入住的存在智力障碍的老人采取专人护理措施，未尽到防范、维护的基本安全保障义务，故对于尹某某的死亡应当承担30%的补充责任。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百九十八条第二款规定“因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿”。养老机构与养老人员建立养老服务合同关系后，对养老人员存在法定和约定的安全保障义务。因第三人行为造成养老人员损害的，首先应由第三人承担侵权责任，但是如果养老机构疏于履行安全保障义务的，养老机构应承担相应的补充责任。本案中，尹某某的死亡是因唐某某所致，应由唐某某承担侵权责任，但是某老年公寓未及时清理装修后的物品等，未完全尽到安全保障义务，故审理法院根据其过错程度，酌定其承担 30%的责任。本案适用权责匹配原则划分责任，对类案具有指导意义。

案例四

老年人突发疾病，养老机构尽到救助义务的，不承担责任——王某甲诉某老年公寓生命权、身体权、健康权纠纷案

基本案情

在王某入住某老年公寓之前，某老年公寓对其开展了健康状况评估，并作为甲方与王某（乙方）、王某甲（丙方，系王某某的子女）签订《托养服务协议书》，约定如乙方突发疾病，甲方应及时通知丙方，由丙方决定在哪个医院接受抢救和治疗，或由丙方同意及时拨打 120 急救。该老年公寓同时对老人存在的潜在意外风险等进行了告知，王某甲签署了《送养人知情承诺书》。

某日夜间，工作人员巡查时发现王某在房间内摔倒，遂扶起王某并电话通知家属。送医后，王某被诊断为“大面积脑梗死伴出血转化”等，后去世。王某甲认为某老年公寓存在管理不当，导致王某没有得到合理的救治，起诉请求赔偿。

裁判理由

审理法院认为，某老年公寓对王某开展了入院健康评估，《托养服务协议书》对可能出现的“自己跌倒、突发疾病”等情形的处理和责任承担进行了明确约定。从王某入住、摔倒、突发疾病、送医救治的过程看，某老年公寓的行为并无明显不当。遂判决驳回王某甲的诉讼请求。

典型意义

《养老机构管理办法》第十七条规定“养老机构按照服务协议为老年人提供生活照料、康复护理、精神慰藉、文化娱乐等服务”。从全国第七次人口普查结果看，我国人口老龄化趋势明显，如何保障老年人的合法权益，同时促进养老产业的健康发展，成为整个社会必须关心和思考的问题。本案中，养老机构对入住老年人开展了入院评估，王某甲也认可并选择了半护理的养老模式，签署了相关承诺。从王某入住、摔倒、突发疾病、送医救治的过程看，某老年公寓的行为符合《托养服务协议书》约定，尽到了及时救助的义务，审理法院据此驳回了王某甲的诉讼请求。本案裁判坚决防止“和稀泥”，对树立正确的价值导向、引导当事人依法维权等具有重要意义。

案例五

养老机构频繁变更服务地点，老年人有权解除合同——向某某诉某公司服务合同纠纷案

基本案情

向某某与某公司签署《养老机构服务合同》，约定某公司为向某某提供养老服务，向某某已预缴养老费 3 万余元。合同签订后，向某某至合同约定的位于重庆的养老基地居住生活。第二年，该基地暂停经营，向某某被安排至云南、四川等地居住。之后，向某某返回重庆，没有再接受养老服务。向某某起诉请求退还未消费的养老服务费用。

裁判理由

审理法院认为，向某某与某公司形成的服务合同合法有效，双方当事人应依约履行。某公司

频繁变更提供养老服务的地点，给向某某带来不便，亦违反合同约定，向某某有权解除合同并要求退还剩余的养老服务费用，遂判决某公司退还养老服务费 1 万余元。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第五百零九条第一款规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”。第五百六十三条第一款规定“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”。本案中，养老机构因自身经营不善，在合同约定的养老基地暂停经营后，将老年人安排至云南、四川等地，使得老年人频繁奔波，违背老年人接受养老服务的初衷。养老机构未基于老年人身心特点和实际需求适当履行合同，老年人有权解除合同并要求退还未消费的预付款。审理法院以本案为示范，通过释法说理，诉前成功化解了同类涉众型养老服务合同纠纷百余件，实现了良好的诉源治理效果。

案例六

实质化解养老服务合同纠纷 助力养老产业健康发展——赵某诉某养老服务中心服务合同纠纷案

基本案情

张某入住某养老服务中心。某日午间，张某多次尝试自行下床未果后，自床上摔落。经同住老人告知，看护人员将张某抬至床上，当时未发现异常。晚间张某身体不适，看护人员遂联系家属并拨打急救电话。后张某于当晚死亡。经查，张某房间内呼叫器安装位置距离床位较远。张某的继承人赵某以某养老服务中心未尽合同约定义务为由，起诉请求某养老服务中心赔偿。

裁判理由

审理法院认为，张某已逾 96 周岁，自身患有糖尿病、心脏病等慢性疾病，其坠床与死亡相隔数小时，监控视频可见其跌倒后身体并无明显异常，虽《死亡医学证明（推断）书》载明死亡原因为糖尿病、猝死，但现有证据不足以证实张某坠床行为与其死亡之间存在直接的因果关系。但某养老服务中心作为专为老人提供托养、护理、康复等服务的社会养老服务机构，呼叫器安装位置较远，致使张某无法及时获得帮助，某养老服务中心在履行合同中未尽到谨慎勤勉义务，应当承担瑕疵履行的违约责任。遂判决某养老服务中心承担 10%赔偿责任。

典型意义

“新时代能动司法”是习近平法治思想在司法领域的生动实践，是以审判工作现代化服务保障中国式现代化的重要内容。本案办理过程中，承办法官多次前往养老院、医院、行业主管部门调查，逐帧查看监控，查明案件事实。同时多次给双方当事人做调解工作，释法明理，平缓当事人的对立情绪。判决作出后，双方均未上诉，某养老服务中心自觉履行判决。此外，审理法院还就案件中发现的问题，向当地民政局发送司法建议并收到回函，助力养老行业完善管理。本案意在实质化解养老服务合同纠纷，将能动司法、司法为民落到实处，实现办理一案、治理一片的社会效果。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：于淏淳

丈夫代签租房合同 妻子以此为由拒付租金？法院：适用夫妻日常家事代理制度

2023-11-27 上海市高级人民法院

https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDMzNDE0MSZ4aD0xJmxtZG09bG01MTkPdcssz&zd=xwzx

夫妻租赁房屋经营服装店，因效益不佳关门停业。妻子以租赁合同是丈夫代签为由，拒绝支付房租。丈夫代签的租赁合同对妻子是否具有法律效力？如何理解夫妻日常家事代理权？

【案情回放】

李娟（化名）作为登记经营者，开了一家服装店，并租赁了几间房屋用于服装店经营。签订租房合同时，丈夫张锋（化名）代李娟签署了李娟的名字。

不料，服装店效益不佳，经营了一年多后，在未与出租人协商一致的情况下，店铺即关门停业、人去屋空，李娟亦未将房屋及时归还出租人。出租人催要租金无果，遂起诉至上海市崇明区人民法院（以下简称“崇明区人民法院”），要求服装店支付欠付租金及滞纳金。

李娟辩称，房屋租赁合同中“李娟”非其本人所签，自己也从未授权张锋对外签署合同，因此，其不承认该份合同。张锋签署合同的行为对李娟和服装店均不具有法律效力，故不同意原告的诉讼请求。

【以案说法】

崇明区人民法院经审理认为，夫妻在日常家庭事务范围内，与第三人发生民事交往时，依法享有相互代理的权利，不必明示其代理权，可直接以自己名义、双方名义或者对方名义为之。夫妻一方因日常家庭生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生法律效力，除非夫妻一方与相对人另有约定。

本案中，夫妻出于共同经营服装店的需要租赁房屋，属于日常家庭事务的范畴。服装店虽登记在妻子名下，但出于家庭经营需要，丈夫有以妻子名义与第三人签订合同的权利，合同的权利义务及于夫妻双方。丈夫张锋与出租人签署租赁合同，并代签了李娟的名字，属于夫妻日常家庭生活范畴，对夫妻双方发生法律效力。

综上，人民法院判决服装店支付欠付租金 11.5 万元及相应的租金滞纳金。

夫妻日常家事代理是《中华人民共和国民法典》新增的制度之一，也是《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的一大亮点。运用好夫妻日常家事代理制度不仅是人民法院审理好此类案件的重要前提，更是引导夫妻双方参与社会活动的风向标、维护社会交易安全的稳定剂。

一、夫妻之间享有日常家事代理权

夫妻一方在婚姻关系存续期间，因家庭日常生活需要，与第三人发生民事交往时，对夫妻双方发生效力，该民事法律行为所产生的法律效果归属于夫妻双方。但如果夫妻一方在行使夫妻日常家事代理权的同时，与相对人另有约定的，则法律效力依照该约定。

日常家事代理权设立的优势在于，通过扩张夫妻双方的意思自治，使夫妻双方在日常家庭事务的处理中不必事必躬亲，从而让家事活动更加快速高效，方便夫妻日常生活，节约夫妻生活成本。同时也可以充分鼓励交易、提高交易活力、维护交易安全，保护交易相对方的合法权益，促进经济社会快速发展。

二、日常家事代理权的行使范围限于“家庭日常生活需要”

判断家庭日常生活需要的标准，一是以满足家庭日常生活需要为目的，包括满足日常生活的基本运转、满足家庭成员较高层次的生活需求，例如衣食住行、医疗健身等；二是以家庭共同生活为目的，而非仅仅满足个人生活所需。因此，不动产交易以及与自身经济水平不符的大额交易行为、具有一定风险的金融投资行为、分居期间所实施的民事法律行为等一般应排除在家庭日常生活需要的范畴之外。

本案中，被代理的妻子一方试图以合同并非本人所签为“挡箭牌”逃避承担合同义务，不符合

夫妻日常家事代理权的制度设计，缺乏法律依据，无法获得支持。

三、履行合同应秉持诚实信用、合同严守原则

诚实守信是最基本的社会道德，也是社会主义核心价值观的重要组成部分。在各类民事活动和人际交往，尤其是合同签订、履行过程中，都要重信誉、守信用，共同维护良好的市场交易秩序。

任何商业活动都有经营风险，效益有好有坏、有盈有亏，经营者应当正确理性看待。承租人租赁他人房屋后经营商业实体，如效益欠佳导致无力维持，应积极主动与出租人协商减租或退租，以合理的方式及时止损，万不可草率地关门停业、人去屋空，逃避履行租金支付义务。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》

第五百零九条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

第一千零六十条 夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。

（案例编写：崇明区人民法院 曲翔 何瑞鹏）

“闪婚”后“闪离”，七旬老人要求返还巨额彩礼……

2024-02-26 广州市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/169LKqlGPuUNAqVHFIkoYw

彩礼作为一种婚俗文化，法律未禁止，也不提倡，但高额彩礼并不能保证婚姻稳定，反而可能成为矛盾纠纷的导火索。从司法实践看，近年来涉彩礼纠纷案件数量呈现上升趋势，超出家庭正常开支的彩礼成为很多家庭的沉重负担。今年 2 月 1 日，最高人民法院发布的《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》正式施行。新规针对借婚姻索取财物、结婚后“闪离”等情形彩礼纠纷如何处理加以明确。近日，广州法院在一起离婚案件中认定原被告共同生活时间较短且彩礼数额过高，判决要求“闪离”的女方返还大部分彩礼。

基本案情

2023 年 5 月，年过七旬的陈大爷与小他 20 多岁的张女士经人介绍认识，两人认识一周之后开始同居。

半个月后，两人签订一份婚前协议，约定：两人相恋相依一段时间，现决定结婚。陈女士承诺婚后绝不闹离婚，绝不离家出走，真心诚意照顾好丈夫的衣食出行，静心操持好家务。陈大爷承诺一心一意和张女士过日子，在经济上支持照顾好张女士及其家庭。陈大爷把其名下的某处房产加上张女士名字，并支付 20 万元礼金。

随后，两人登记结婚，陈大爷向张女士转账 20 万元，送出价值 3 万元的金首饰，并将其名下房产的 50%产权登记到张女士名下。

结婚不到一个月，两人发生矛盾，张女士离家出走。不久后，张女士起诉要求离婚。陈大爷同意离婚，但要求张女士退回 20 万元、金首饰，并将房产份额变更回自己名下。

两人都确认婚姻期间，没有举办结婚仪式，没有宴请宾客，生活开销由陈大爷支付。双方无法达成和解。

裁判结果

广州市花都区人民法院一审判决：一、准予张女士与陈大爷离婚；二、张女士向陈大爷返还礼金 17 万元；三、张女士向陈大爷返还金首饰，如无法返还，应折价补偿陈大爷 3 万元；四、张女士限期协助变更登记案涉房产 50%的产权至陈大爷名下。

张女士不服一审判决，提起上诉。

广州市中级人民法院二审判决：驳回上诉，维持原判。

法官说法

广州市花都区人民法院　曾维亮

本案的争议焦点是，张女士应否将案涉财产返还给陈大爷？陈大爷与张女士经人介绍，认识不久便结婚，双方感情基础较为薄弱。陈大爷向张女士赠与 50%房屋产权、20 万元、金首饰，是按结婚风俗给付的彩礼，目的在于与对方缔结婚姻关系并长期稳定共同生活。双方婚后共同生活不足一个月，婚姻关系即告破裂，双方长期共同生活的目的无法实现。基于双方共同生活的时间十分短暂，彩礼金额较高，应适当予以返还。

双方此次婚姻均属于再婚，共同生活期间的生活费用由陈大爷支付，且彩礼没有用于举办结婚典礼、宴请宾客等；双方在婚姻关系中均存在一定程度的过错；张女士自称有较稳定的固定收入，陈大爷年事已高而退休金较低。综合以上因素，酌定张女士向陈大爷返还 17 万元、金首饰，并将赠与的房屋产权变更登记到陈大爷名下。

本案综合考虑双方婚姻存续时间、当地习俗、彩礼数额与使用情况、双方过错与经济实力等因素，判决女方适当返还彩礼，有效平衡双方权益。裁判结果符合社会主义核心价值观和公序良俗，有助于遏制“因婚致贫”现象发生，有效引导群众更加理性地看待彩礼问题，让彩礼回归“礼”的本质。法官提醒，婚姻关系和谐长久的关键是双方性格相投、感情相依，广大群众要秉持正确婚恋观，让婚姻回归到“爱”的本质，让彩礼定位于“礼”而非“财”，以实际行动共同营造健康、文明的婚嫁新风。

法条链接

《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）》

第五条　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。

适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。

《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》

第五条　双方已办理结婚登记且共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院一般不予支持。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，人民法院可以根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

人民法院认定彩礼数额是否过高，应当综合考虑彩礼给付方所在地居民人均可支配收入、给付方家庭经济情况以及当地习俗等因素。

来　源 | 广州市法院新媒体工作室
素　材 | 花都法院
通讯员 | 曾维亮 庄武衡
责　编 | 谢君源
编　辑 | 汤楚茵

武昌区法院首份线上《离婚证明书》发放

2024-02-27　昌法

https://mp.weixin.qq.com/s/JGbpKeIxOY9k-Qv7ORRRQA

张某某于 2023 年 12 月向法院提起离婚诉讼，要求解除与杨某的婚姻关系，经法院调解，双方就解除婚姻关系、子女抚养、财产分割等达成了调解意见。后杨某向法院申请开具离婚证明，经工作人员耐心指导，杨某通过湖北法院诉讼服务网线上申请开具《离婚证明书》。根据当事人的申请，法院审核并制作了统一制式的《离婚证明书》，并通过线上电子送达方式向杨某进行了送达。

编号：20242259000001A

杨雯与张智辉离婚纠纷一案，本院作出(2023)鄂 0106 民初 [redacted] 号民事调解书，准许双方离婚。

姓名：杨雯　性别：女

公民身份号码：[redacted]

该法律文书已于 [redacted] 年 [redacted] 月 [redacted] 日发生法律效力。

杨雯与张智辉的婚姻关系于该法律文书发生法律效力之日起解除。

特此证明。

姓名：张智辉　性别：男

公民身份号码：[redacted]

（院印）

二〇二四年二月二十一日

武昌法院践行司法为民宗旨，充分运用信息化手段，积极回应人民群众司法需求，以小切口、微举措做好司法为民大文章。下一步，武昌法院将加大宣传推广力度，积极引导当事人通过线上平台办理《离婚证明书》，推动司法改革成果惠及更多人民群众，通过便民利民措施提升人民群众司法满意度。

《中华人民共和国民法典》

（节录）

第一千零八十条　完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。

第一千零八十四条第一款、第二款　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、保护的权利和义务。

第一千零八十六条第一款　离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

离婚证明书

湖北省高级人民法院监制

来源：中华路人民法庭

作者：王丽鹏　　张一帆

编辑：陈永铧

审核：袁晶

人民法院案例库入库参考案例选编

2024-02-27　最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/zSVKEbOcHqSKA1ltMUzXWw

人民法院案例库收录经最高人民法院审核认为对类案具有参考示范价值的案例，旨在最大限度发挥权威案例促进法律正确统一适用、促进深化诉源治理等效能，更好服务司法审判、公众学法、学者科研、律师办案。人民法院案例库入库案例将持续更新，目前已达到 3711 件，覆盖刑事、民事、行政、国家赔偿、执行 5 大案件类型，涉及 18 个审判业务条线。现选取 10 件参考案例。

案例目录

1. 唐某华、杨某祥正当防卫案

——正当防卫时间条件、限度条件的把握

2. 邢某某虚开增值税专用发票案

——二审程序中适用企业合规整改的考量

3. 广东某检测技术股份有限公司提供虚假证明文件案

——环境监测中介机构弄虚作假行为的定性

4. 李某强制猥亵案

——胁迫未成年人网络裸聊构成强制猥亵罪

5. 牟某某虐待案

——“虐待家庭成员”的具体认定

6. 沙某诉袁某探望权纠纷案

——丧子老人可对孙子女“隔代探望”

7. 沙某诉安徽某食品科技有限公司买卖合同纠纷案

——在合理生活消费需要范围内支持购买者惩罚性赔偿请求

8. 李某艳诉北京某科技公司劳动争议案

——劳动者利用社交媒体“隐形加班”的认定

9. 南京某股权投资合伙企业诉房某某、梁某某等上市公司股份回购合同纠纷案

——投资人和上市公司股东、实际控制人签订的与股票市值挂钩的回购条款应认定无效

10. 四川某化工股份有限公司诉山东某化工股份有限公司等侵害技术秘密纠纷案

——技术秘密侵权案中共同故意侵权的认定及责任承担

案例一 唐某华、杨某祥正当防卫案

——正当防卫时间条件、限度条件的把握

关键词 刑事 故意伤害罪 正当防卫 时间条件 限度条件

基本案情

2017 年 12 月 13 日 0 时许，被告人唐某华的妻妹周某会、姐姐刘某书，在贵州省贵阳市东客站附近，为唐某华经营的旅店招揽客人。丁某平及其堂弟丁某万醉酒路经该地，调戏周某会遭到斥责，二人不顾刘某书的阻拦，连续殴打周某会。丁某平捡起木架猛击周某会头背部，又去殴打刘某书，周某会趁机跑开打电话报警。丁某平持木架、丁某万持石块追打刘某书，将刘某书踢打倒地。被告人杨某祥驾车路过，见状上前劝阻，丁某万捡起石块砸向杨某祥，丁某平挥拳击打杨某祥，刘某书、杨某祥先后跑开，丁某平、丁某万持石块追寻二人至附近小区内。唐某华接到周某会求助电话，下楼斥责丁某平醉酒滋事，丁某平持石块与唐某华对峙，杨某祥上前帮助唐某华，三人抓扯扭打进入电梯厅。丁某平倒地，唐某华、杨某祥对丁某平拳打脚踢约 40 秒后离开，随后丁某平起身走出电梯厅，连同丁某万被唐某华及群众控制。

派出所民警将丁某平、丁某万作为违法嫌疑人带到派出所调查。丁某平坐在值班室座椅上多次后仰头部撞击墙壁（木质空心），民警立即阻止并将丁某平送到医院，医生认为丁某平系醉酒，未作深入检查，民警将其带回休息。当日 9 时许，民警发现丁某平未醒，送医抢救无效死亡。经鉴定，丁某平因重型颅脑损伤死亡；周某会头部损伤为轻微伤。

贵州省贵阳市中级人民法院于 2020 年 12 月 16 日作出（2020）黔 01 刑初 17 号刑事判决：被告人唐某华犯故意伤害罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利一年；被告人杨某祥犯故意伤害罪，判处有期徒刑三年。宣判后，二被告人提出上诉。贵州省高级人民法院于 2024 年 1 月 31 日作出（2021）黔刑终 3 号刑事判决：撤销贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔 01 刑初 17 号刑事判决；唐某华、杨某祥无罪。

裁判理由

法院生效裁判认为：丁某平与其堂弟丁某万醉酒后在公共场所调戏并持械随意殴打女性，在被告人杨某祥（驾车路过群众）上前阻止时对其拳打脚踢、持械追赶。丁某平被闻讯赶来的被告

人唐某华斥责时仍持石块与其抓扯扭打，不法侵害行为并未停止，一直持续。唐某华、杨某祥采取抓扯踢打方式对施暴者予以回击。丁某平倒地，唐某华、杨某祥对丁某平拳打脚踢约 40 秒后离开后，丁某平自己起身走出电梯厅，随后被众人控制。唐某华、杨某祥虽然二对一，但不法侵害人丁某平手中持有石块，唐某华、杨某祥均赤手空拳，对丁某平踢打持续时间较短，行为已有节制。丁某平死亡的结果系多因一果，有丁某平严重醉酒、自行头部撞墙等多重因素的作用。结合现场情况和全案事实，唐某华、杨某祥的防卫行为没有明显超过必要限度，属于正当防卫。

关于检察机关提出唐某华赶到现场时丁某平、丁某万已停止对周某会、刘某书的伤害行为，被告人唐某华、杨某祥并未面临人身危险的现实性和紧迫性，不构成正当防卫的意见。经查，丁某平持石块，与唐某华对峙，杨某祥上前帮助唐某华，三人扭打进入电梯厅，此时丁某平依然有继续实施侵害的现实可能性，依据一般人认知，应当认为不法侵害仍在进行。唐某华、杨某祥在民警赶来前采取制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，对上述意见不予采纳。

综上，唐某华、杨某祥的行为属于正当防卫，依法不负刑事责任。故二审法院依法作出如上裁判。

裁判要旨

1. 防卫人面临不法侵害，时间紧迫、情势紧张，不能苛求防卫人进行精准防卫，对不法侵害的结束时间、是否继续，作出准确的、分毫不差的判断，而应当立足防卫人在防卫时所处情境，按照社会公众的一般认知，依法作出合乎情理的判断，认为不法侵害有继续实施的现实可能性的，应当认定为不法侵害仍在进行。

2. 根据刑法第二十条第二款的规定，认定防卫过当应当同时具备“明显超过必要限度”和“造成重大损害”两个条件。关于防卫行为是否“明显超过必要限度”，应当站在防卫人当时的情境，从社会公众一般认知的角度，综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，依法作出合乎情理的判断。要防止“唯结果论”，避免只要造成不法侵害人重伤、死亡的，就一律认定为明显超过必要限度。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第 20 条

一审：贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔 01 刑初 17 号刑事判决（2020 年 12 月 16 日）

二审：贵州省高级人民法院（2021）黔刑终 3 号刑事判决（2024 年 1 月 31 日）

案例二邢某某虚开增值税专用发票案

——二审程序中适用企业合规整改的考量

关键词 刑事 虚开增值税专用发票罪 二审程序 企业合规 主导机关 刑罚裁量

基本案情

被告人邢某某为安徽省芜湖市某工程有限公司的实际控制人。2018 年 5 月至 2019 年 11 月，邢某某为获得足够增值税专用发票至税务机关认证抵扣税款，在与他人无真实交易的情况下，利用实际控制的芜湖某工程有限公司，采取支付票面金额 6%至 7%开票费的方式，伙同他人为自己实际控制的上述公司虚开增值税专用发票 13 份，全部申报抵扣增值税进项税额，涉及金额 123 万余元，税额 17 万余元，价税合计 140 万余元。被告人邢某某经公安机关电话通知到案，如实供述犯罪事实，并补缴全部税款。安徽省芜湖市湾沚区人民法院于 2022 年 9 月 29 日作出(2022)皖 0210 刑初 106 号刑事判决：被告人邢某某犯虚开增值税专用发票罪，判处拘役一个月，并处罚金人民币二万元。宣判后，被告人邢某某提出上诉。

在二审程序中，被告人邢某某提出企业合规整改的申请。安徽省芜湖市中级人民法院经听取检察机关意见建议，认为邢某某作为涉案小型民营企业实际控制人，为解决企业进项票不足问题而虚开增值税专用发票，案发后已补缴全部税款，涉案企业符合合规整改条件，同意对邢某某实际控制的芜湖某工程有限公司开展企业刑事合规整改。在安徽省芜湖市中级人民法院主导下，启动对涉案企业合规监管考察。考察期内，涉案企业积极整改落实，明确合规职责，加强管理防范，经第三方监管组织评估，认为已完成合规整改，验收考察通过。

安徽省芜湖市中级人民法院于 2023 年 4 月 27 日作出（2022）皖 02 刑终 186 号刑事判决：被告人邢某某犯虚开增值税专用发票罪，免予刑事处罚。

裁判理由

法院生效裁判认为：邢某某伙同他人为自己虚开增值税专用发票，构成虚开增值税专用发票罪。一审宣判后，邢某某作为芜湖某工程有限公司的实际控制人，在二审阶段申请并完成企业合规整改工作。涉案企业完成合规整改，并通过第三方监管组织评估和验收。综合考虑邢某某自首、自愿认罪认罚、已补缴全部税款等情节，可以免予刑事处罚。故二审法院依法作出如上判决。

裁判要旨

1. 对于公司、企业实际控制人、经营管理人员等实施的、与生产经营密切相关犯罪的刑事案件，可以适用企业合规整改。对于完成有效合规整改的，可以依法从宽处理。

2. 对于在审判阶段申请开展合规整改的，可以由人民法院视情直接组织开展。对符合相关条件的涉案企业，在第一审程序中未进行合规整改的，可以在第二审程序中开展。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第 205 条

一审：安徽省芜湖市湾沚区人民法院（2022）皖 0210 刑初 106 号刑事判决（2022 年 9 月 29 日）

二审：安徽省芜湖市中级人民法院（2022）皖 02 刑终 186 号刑事判决（2023 年 4 月 27 日）

案例三 广东某检测技术股份有限公司提供虚假证明文件案

——环境监测中介机构弄虚作假行为的定性

关键词 刑事 提供虚假证明文件罪 环境监测 中介机构 弄虚作假

基本案情

被告单位广东某检测技术股份有限公司（以下简称某检测公司）于 2019 年 12 月取得《检验检测机构资质认定证书》，开始面向社会受理各类环境检测（监测）业务并出具具有证明作用的数据和结果。被告人罗某甲系该公司总经理、实际经营者，负责公司全面管理工作；被告人吴某系该公司法定代表人及行政副总，负责公司行政、财务以及市场部销售业务；被告人罗某乙系该公司实验室主管，负责实验室原始数据检测分析；被告人郑某系该公司采样部主管，负责现场采样及数据提取；被告人练某系该公司质量部主管，负责编写出具检测报告。2020 年至 2021 年 8 月，为获取更多客户和利润，某检测公司在开展环境检测业务过程中弄虚作假，采取未开展采样分析直接出具监测数据、不真实记录或选择性记录原始数据、纸质原始记录与电子储存记录不一致等多种伪造或篡改监测数据的手段，为部分客户出具虚假的环境检测报告。其间，罗某甲、吴某默许、放任各业务部门弄虚作假，罗某乙、郑某、练某互相配合共同为客户出具虚假的环境检测报告。经核验，某检测公司出具的 80 份环境检测报告存在

弄虚作假，涉及 45 家排污单位。罗某甲、吴某、郑某、练某接到公安机关电话通知后主动接受调查。

广东省中山市第一人民法院于 2022 年 6 月 24 日作出（2022）粤 2071 刑初 796 号刑事判决：一、被告单位某检测公司犯提供虚假证明文件罪，判处罚金人民币二十万元。二、被告人罗某甲犯提供虚假证明文件罪，判处有期徒刑一年九个月，并处罚金人民币十万元。三、被告人吴某犯提供虚假证明文件罪，判处有期徒刑一年七个月，并处罚金人民币八万元。四、被告人罗某乙犯提供虚假证明文件罪，判处有期徒刑一年三个月，缓刑二年，并处罚金人民币三万元。五、被告人郑某犯提供虚假证明文件罪，判处有期徒刑一年二个月，缓刑二年，并处罚金人民币三万元。六、被告人练某犯提供虚假证明文件罪，判处有期徒刑一年二个月，缓刑二年，并处罚金人民币三万元。宣判后，没有上诉、抗诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为，被告单位某检测公司作为承担环境监测职责的中介组织，故意提供虚假证明文件，情节严重，构成提供虚假证明文件罪。被告人罗某甲等二人作为某检测公司直接负责的主管人员，被告人罗某乙等三人作为某检测公司出具环境检测报告的直接责任人员，亦构成提供虚假证明文件罪。罗某甲等四人构成自首，罗某乙如实供述自己罪行，依法可以从轻处罚。吴某等四人自愿认罪认罚，依法可以从宽处理。被告人罗某乙、郑某、练某符合缓刑适用条件，依法可以宣告缓刑。故法院依法作出如上裁判。

裁判要旨

1. 对于出具内容严重失实的环境监测报告的，应当综合考虑违反执业规范的情况、证明文件的失实程度等，结合在案其他证据准确认定主观罪过形式。对于未开展采样分析直接出具监测数据、不真实记录或选择性记录原始数据的，应当认定为刑法第二百二十九条规定的“故意提供虚假证明文件”。

2. 单位犯提供虚假证明文件罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照刑法第二百二十九条的规定定罪处罚。对于追究刑事责任的直接责任人员的范围，应当根据所涉人员在单位犯罪中所起作用、主观恶性程度等，妥当加以把握。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第 229 条、第 231 条

一审：广东省中山市第一人民法院（2022）粤 2071 刑初 796 号刑事判决（2022 年 6 月 24 日）

案例四 李某强制猥亵案

——胁迫未成年人网络裸聊构成强制猥亵罪

关键词 刑事 强制猥亵罪 未成年人 裸体聊天 网络侵害

基本案情

2020 年 6 月 17 日，被告人李某（男，1998 年出生）用其 QQ 账号添加同在 QQ 群的柳某某（系化名，女，2004 年 8 月出生）的 QQ 号，后双方互相添加微信。同年 6 月 19 日晚，柳某某在朋友聂某某（系化名）家中住宿，李某通过其手机登录微信给柳某某发消息称要视频裸体聊天，柳某某未同意，后李某答应支付柳某某 3000 元费用，柳某某征求了聂某某意见后同意了李某裸体视频聊天的要求。视频过程中李某以黑屏的方式，用文字提示柳某某和聂某某用手揉胸并用嘴亲对方的胸部，整个聊天过程持续了 30 多分钟，视频结束后，李某未支付 3000 元。

2020 年 7 月 6 日，李某用手机 QQ 号联系柳某某，以散布之前掌握的柳某某裸体照片威胁再次裸体视频聊天，后柳某某于同月 12 日被迫与李

某裸体视频聊天，过程持续了 10 多分钟。2020 年 7 月 15 日，李某用手机 QQ 号给柳某某发消息要求视频裸体聊天，柳某某未同意，后李某告诉柳某某如果和他裸体视频聊天三十次或者去上海跟他发生一次性关系，就将保存在手机内的裸体聊天视频删除，柳某某便同意了李某视频聊天三十次的要求。当晚李某要求柳某某和他进行了视频裸体聊天，整个过程持续 10 多分钟。

四川省攀枝花市某法院于 2020 年 11 月 30 日作出刑事判决，认定被告人李某犯强制猥亵罪，判处有期徒刑三年。宣判后，被告人李某提出上诉。四川省攀枝花市中级人民法院于 2021 年 1 月 18 日作出刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：被告人李某为满足性刺激，通过网络聊天方式获取被害人裸体照片及视频后，以此胁迫被害人在视频聊天中实施淫秽行为供其观看，构成强制猥亵罪。李某强制猥亵未成年人，依法从重处罚。综合考量李某的犯罪事实、情节、性质以及社会危害程度，依法作出如上判决。

裁判要旨

1. 在网络视频聊天中，行为人强制被害人暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为，虽然未实际接触被害人的身体隐私部位，与传统猥亵在表现形式上有所不同，但行为实质及社会危害并无差异，应当认定为刑法第二百三十七条规定的“猥亵”。

2. 行为人在网络视频聊天中拍摄裸体照片和视频后，以公开相关照片、视频相威胁，胁迫被害人视频裸体聊天，符合刑法第二百三十七条规定的，以强制猥亵罪定罪处罚。行为对象为未成年人的，依法从重处罚。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第 237 条第 1 款

（因系涉未成年人案件，略去一、二审文书信息）

案例五 牟某某虐待案

——“虐待家庭成员”的具体认定

关键词 刑事 虐待罪 家庭成员 同居 因果关系

基本案情

2018 年 8 月，被告人牟某某与被害人刘某某（系化名，女，殁年 24 岁）确立恋爱关系。2018 年 9 月至 2019 年 10 月，二人在北京市海淀区某大学的学生公寓以及牟某某位于北京的家中、刘某某的家中共同居住；2019 年 1 月至 2 月，牟某某、刘某某先后到广东省东莞市、山东省青岛市与双方家长见面。

2019 年 1 月起，被告人牟某某因纠结刘某某以往性经历，心生不满，多次追问刘某某性经历细节，与刘某某发生争吵，高频次、长时间、持续性辱骂刘某某，并表达过让刘某某通过“打胎”等方式以换取其心理平衡等过激言词。同年 6 月 13 日，刘某某与牟某某争吵后割腕自残。8 月 30 日，刘某某与牟某某争吵后吞食药物，经医院采取洗胃等救治措施后下发了病危病重通知书。

2019 年 10 月 9 日中午，刘某某与被告人牟某某在牟某某位于北京市朝阳区的家中再次发生争吵，并遭到牟某某的辱骂。当日 15 时 17 分许，刘某某独自外出，后入住北京市海淀区某宾馆，并于 17 时 40 分许网购盐酸地芬尼多片 2 盒，服用该药物自杀，被发现后，刘某某被送至医院救治。2020 年 4 月 11 日，刘某某因呼吸循环衰竭，经救治无效死亡。

北京市海淀区人民法院于 2023 年 6 月 15 日以（2021）京 0108 刑初 382 号刑事附带民事判决，认定被告人牟某某犯虐待罪，判处有期徒刑三年二个月；被告人牟某某赔偿附带民事诉讼原告人

马某某（系化名，被害人母亲）经济损失人民币七十三万二千六百九十九元五角二分。宣判后，被告人牟某某提出上诉。北京市第一中级人民法院于 2023 年 7 月 25 日以（2023）京 01 刑终 274 号刑事附带民事裁定，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为，本案争议的焦点在于虐待罪的规制范围、因果关系认定等问题。

一、被告人牟某某与被害人刘某某之间构成实质性家庭成员关系。刑法未对虐待罪“家庭成员”的范围作出明确界定。为有效保障被害人人身权利，应当根据经济社会快速发展与转型的现实情况，及时准确界定虐待罪中的“家庭成员”范围。除了典型的家庭成员之外，具有共同生活事实，形成较为稳定的同居关系的人，也应纳入虐待罪的规制范围。

本案中，被告人牟某某、被害人刘某某恋爱交往的目的在于共同组建家庭，主观上具有共同生活的目的，而且从双方在重要节假日见家长的时点、双方家长对待二人的态度和言行、二人共同居住的地点、频次、时长以及双方经济往来支出等情况，可以反映出客观上二人已具备了较为稳定的共同生活事实，且精神上相互依赖，经济上相互帮助。因此，结合社会公众的一般观念，应当认定牟某某与刘某某之间形成了事实上家庭成员关系，可以适用虐待罪的规定。

二、被告人牟某某持续辱骂等精神虐待行为与被害人刘某某自杀身亡结果之间存在刑法上的因果关系。本案中，牟某某与被害人刘某某确立恋爱关系后，在交往及共同生活过程中，刘某某对牟某某精神依赖程度不断加深，但牟某某不能正确对待刘某某过往性经历，长期对刘某某侮辱、谩骂，进行精神折磨与打压，贬损其人格。特别是，牟某某在刘某某因不堪承受指责、谩骂、侮辱而出现过割腕自残、吞服药物等轻生极端行为的情况下，明知其已处于精神极度脆弱状态，遭遇不良刺激后随时可能发生再度轻生的风险，仍然反复指责、辱骂，不断加深其不良情绪，最终造成服药自杀身亡。综而观之，牟某某反复实施的高频次、长时间、持续性辱骂等精神虐待行为系制造刘某某自杀风险并不断强化的决定性因素，最终导致刘某某自杀身亡的危害后果，应当认定二者之间具有刑法上的因果关系。

综上，被告人牟某某对被害人刘某某实施虐待，情节恶劣，致使被害人自杀身亡，构成虐待罪。综合考虑牟某某犯罪的事实、性质、情节等，一、二审法院依法作出如上裁判。

裁判要旨

1. 与行为人具有共同生活事实，处于较为稳定的同居状态，形成事实上的家庭关系的人，可以认定为刑法第二百六十条规定的“家庭成员”。

2. 持续实施精神虐待行为，造成或者增加被害人自残、自杀倾向的高风险状态，导致被害人自残、自杀的，可以综合案件具体情况，认定虐待行为与危害结果之间存在因果关系。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第 260 条

一审：北京市海淀区人民法院（2021）京 0108 刑初 382 号刑事附带民事判决（2023 年 6 月 15 日）

二审：北京市第一中级人民法院（2023）京 01 刑终 274 号刑事附带民事裁定（2023 年 7 月 25 日）

案例六 沙某诉袁某探望权纠纷案

——丧子老人可对孙子女“隔代探望”

关键词 民事 探望权 丧子老人 隔代探望

基本案情

沙某出生于 1963 年 11 月 24 日，其独子丁甲与袁某 2016 年 3 月 28 日结婚，丁甲与袁某于

2018 年 1 月 3 日生育双胞胎男孩丁乙、丁丙。2018 年 7 月 28 日丁甲因病去世。丁乙、丁丙一直与袁某共同生活。沙某多次联系袁某想见孩子，袁某拒绝。沙某起诉要求每月 1 日、20 日探望孩子 2 次、每次 2 小时。

陕西省西安市新城区人民法院于 2021 年 6 月 18 日作出(2021)陕 0102 民初 7831 号民事判决：原告沙某每月第一个星期探望丁乙、丁丙一次，每次不超过两小时，袁某应予配合。宣判后，袁某提出上诉。陕西省西安市中级人民法院于 2021 年 9 月 28 日作出（2021）陕 01 民终 14519 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：沙某系丁乙、丁丙祖母，对两个孩子的探望属于隔代探望。虽然我国法律并未对祖父母或外祖父母是否享有隔代探望权做出明确规定，但是探望权系与人身关系密切相关的权利，通常基于血缘关系产生。探望权的履行除满足成年亲属对未成年人的情感需求外，也是使未成年人可以获得更多来自成年亲属的关爱的一种途径。特别是在本案沙某的独生子丁甲已经去世的情况下，丁乙、丁丙作为丁甲的孩子，亦系沙某的孙子，不仅是丁甲和袁某的子女，亦系沙某老年丧子后的精神慰藉。二审中沙某还表态愿意对孩子的抚养尽力，用失独家庭补贴补偿孩子的抚养费，亦可以看作是代替丁甲履行抚养义务的延续，有利于为孩子创造更好的生活条件。一审法院酌情确定沙某每月可探望孩子一次符合本案实际情况，也符合中国传统家庭伦理观念和社会主义核心价值观及公序良俗，应予维持。

裁判要旨

未成年人的父或母一方死亡，（外）祖父母向人民法院申请隔代探望（外）孙子女的，人民法院应当坚持最有利于未成年人、有利于家庭和谐的原则，在不影响未成年人正常生活和身心健康的情况下，可以予以支持。

关联索引

《中华人民共和国民法典》第 10 条、第 1043 条

一审：陕西省西安市新城区人民法院（2021）陕 0102 民初 7831 号民事判决（2021 年 6 月 18 日）

二审：陕西省西安市中级人民法院（2021）陕 01 民终 14529 号民事判决（2021 年 9 月 28 日）

案例七 沙某诉安徽某食品科技有限公司买卖合同纠纷案

——在合理生活消费需要范围内支持购买者惩罚性赔偿请求

关键词 民事 买卖合同 食品安全标准 追加购买 合理生活消费需要 惩罚性赔偿

基本案情

原告沙某于 2020 年 12 月 15 日在被告安徽某食品科技有限公司开设的网店购买了 30 盒“黄芪薏米饼干”，付款 516 元。2020 年 12 月 18 日签收后，发现不符合食品安全标准，又分别于 2020 年 12 月 30 日、2021 年 1 月 12 日、2021 年 3 月 3 日，先后购买 40 盒、60 盒、100 盒“黄芪薏米饼干”，分别付款 636 元、1134 元、1890 元。四次总计付款 4176 元。沙某以产品中添加有黄芪粉，违反了有关规定为由起诉请求经营者退还价款 4176 元，支付相当于价款十倍的赔偿金 41760 元。

上海铁路运输法院于 2021 年 6 月 18 日作出（2021）沪 7101 民初 345 号民事判决：一、安徽某食品科技有限公司应于判决生效之日起十日内退还沙某货款 4176 元。同时，沙某将所购饼干退还安徽某食品科技有限公司，届时如无法退还，则以 18.16 元/盒的价格折抵应退货款；二、安徽某食品科技有限公司应于判决生效之日起十日内

支付沙某赔偿金 5160 元。宣判后，沙某提起上诉。上海市第三中级人民法院于 2021 年 8 月 18 日作出（2021）沪 03 民终 86 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：国家有关部门就在食品中添加黄芪等 9 种药材开展试点工作，明确了试点审批要求。安徽某食品科技有限公司未按国家规定取得有关部门审批同意就私自在案涉饼干中添加黄芪并进行生产销售，违反我国关于食品安全的相关规定，属于生产经营不符合食品安全标准食品的行为，应当依法承担法律责任。沙某首单购买并收到 30 盒“黄芪薏米饼干”后又在两个多月时间内多次向同一商家大量加购同款饼干，加购数量共计 200 盒，总重量高达 18.4 公斤。对于此种有违一般生活、消费所需大宗购买行为的合理性，沙某的解释是“朋友聚餐”，此种理由显然难以让人信服且无证据证明。食品安全法规定有权请求经营者支付价款十倍赔偿金的请求权人是为了生活、消费需要购买、使用商品或者接受服务的消费者，故判决支持沙某就首单购买饼干提出的惩罚性赔偿请求。

裁判要旨

人民法院在适用《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条时，应当与消费者权益保护法第二条和食品安全法第一百四十八条相结合，在“生活消费需要”范围内支持“购买者”关于支付价款十倍惩罚性赔偿金的诉讼请求。

关联索引

《中华人民共和国食品安全法》第 34 条、第 38 条、第 148 条

《中华人民共和国消费者权益保护法》第 2 条

《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 3 条

一审：上海铁路运输法院（2021）沪 7101 民初 345 号民事判决（2021 年 6 月 18 日）

二审：上海市第三中级人民法院（2021）沪 03 民终 86 号民事判决（2021 年 8 月 18 日）

案例八 李某艳诉北京某科技公司劳动争议案

——劳动者利用社交媒体“隐形加班”的认定

关键词 民事 劳动争议 隐形加班 社交媒体 提供实质工作

基本案情

李某艳于 2019 年 4 月 1 日入职北京某科技公司担任产品运营，双方签订了期限至 2022 年 3 月 31 日的劳动合同。李某艳主张北京某科技公司应向其支付 2019 年 12 月 21 日至 2020 年 12 月 11 日加班费、2020 年 2 月 1 日至 12 月 11 日工资差额、未休年休假工资、违法解除劳动关系经济赔偿金。关于加班情况，劳动合同中约定执行不定时工作制，北京某科技公司认可未进行不定时工作制审批。李某艳主张其下班后存在延时加班共计 140.6 小时，未调休的休息日加班 397.9 小时，法定节假日加班 57.3 小时，公司未向其支付加班费。李某艳就此提交了微信聊天记录、《假期社群官方账号值班表》等证据。

经查，李某艳主张的加班系在微信或者钉钉等软件中与客户或者同事的沟通交流，李某艳表示自己系运营岗位，岗位职责是搭建运营组织构架、程序整体运营、管理内容团队、投放计划制定和实施、研究产品优劣并做跟踪、商务拓展等。北京某科技公司则表示，李某艳是运营部门负责人，在下班之后，如果公司有事，其他员工给李某艳打电话咨询不应属于加班。对于李某艳主张的周末及法定节假日值班的情况，北京某科技公司表示，微信群里有客户也有公司其他员工，客户会

在群里发问，只是需要员工回复客户信息，北京某科技公司认为这不属于加班的范畴。

北京市朝阳区人民法院于 2022 年 3 月 17 日作出（2021）京 0105 民初 67920 号民事判决：驳回李某艳的全部诉讼请求。宣判后，李某艳提起上诉。北京市第三中级人民法院于 2022 年 10 月 17 日作出(2022)京 03 民终 9602 号民事判决，改判：一、撤销北京市朝阳区人民法院（2021）京 0105 民初 67920 号民事判决；二、北京某科技公司支付李某艳 2020 年 1 月 21 日至 2020 年 12 月 11 日期间加班费 30 000 元；三、驳回李某艳的其他诉讼请求。

裁判理由

法院生效裁判认为：虽然双方在合同中约定实行“不定时工作制”，但北京某科技公司未进行“不定时工作制”审批。李某艳的工作岗位为“产品运营”，李某艳主张的加班为利用微信、钉钉等社交媒体与客户及员工的沟通，从在案证据来看，李某艳往往以微信等作为工作媒介进行沟通，从李某艳提供的微信记录等证据特别是李某艳提交的《假期社群官方账号值班表》分析，北京某科技公司在部分工作日下班时间及休息日安排李某艳工作。

随着经济发展及互联网技术的进步，劳动者工作模式越来越灵活，可以通过电脑、手机随时随地提供劳动，不再拘束于用人单位提供的工作地点、办公工位，特别是劳动者在非工作时间、工作场所以外利用微信等社交媒体开展工作等情况并不少见，对于此类劳动者“隐形加班”问题，不能仅因劳动者未在用人单位工作场所进行工作来否定加班，而应虚化工作场所概念，综合考虑劳动者是否提供了实质工作内容认定加班情况。对于利用微信等社交媒体开展工作的情形，如果劳动者在非工作时间使用社交媒体开展工作已经超出一般简单沟通的范畴，劳动者付出了实质性劳动内容或者使用社交媒体工作具有周期性和固定性特点，明显占用了劳动者休息时间的，应当认定为加班。本案中，虽然北京某科技公司称值班内容就是负责休息日客户群中客户偶尔提出问题的回复，并非加班，但根据聊天记录内容及李某艳的工作职责可知，李某艳在部分工作日下班时间、休息日等利用社交媒体工作已经超出了简单沟通的范畴，且《假期社群官方账号值班表》能够证明北京某科技公司在休息日安排李某艳利用社交媒体工作的事实。该工作内容具有周期性和固定性的特点，有别于临时性、偶发性的一般沟通，体现了用人单位管理用工的特点，应当认定为加班，北京某科技公司应支付加班费。

对于加班费数额，法院综合考虑李某艳加班的频率、时长、内容及其薪资标准，酌定北京某科技公司支付李某艳加班费 3 万元。

裁判要旨

1. 关于“隐形加班”的认定标准。对于用人单位安排劳动者在非工作时间、工作场所以外利用微信等社交媒体开展工作，劳动者能够证明自己付出了实质性劳动且明显占用休息时间，并请求用人单位支付加班费的，应当予以支持。

2. 关于加班费数额。利用社交媒体加班的工作时长、工作状态等难以客观量化，用人单位亦无法客观掌握，若以全部时长作为加班时长，对用人单位而言有失公平。因此，在无法准确衡量劳动者“隐形加班”时长与集中度的情况下，对于加班费数额，应当根据证据体现的加班频率、工作内容、在线工作时间等予以酌定，以平衡好劳动者与用人单位之间的利益。

关联索引

《中华人民共和国劳动法》第 39 条、第 44 条

一审：北京市朝阳区人民法院（2021）京 0105 民初 67920 号民事判决（2022 年 3 月 17 日）

二审：北京市第三中级人民法院（2022）京 03 民终 9602 号民事判决（2022 年 10 月 17 日）

案例九 南京某股权投资合伙企业诉房某某、梁某某等上市公司股份回购合同纠纷案

——投资人和上市公司股东、实际控制人签订的与股票市值挂钩的回购条款应认定无效

关键词 民事 股份回购合同 对赌协议效力 与市值挂钩的回购 公序良俗 金融安全

基本案情

2016 年 12 月，房某某、梁某某与南京某股权投资合伙企业（以下简称南京某合伙企业）、南京某投资有限公司签订协议约定，南京某合伙企业认购绍兴某生物医药股权投资合伙企业（以下简称绍兴某合伙企业）新增出资 1 亿元，而绍兴某合伙企业作为江苏某公司的股东之一，对江苏某公司进行股权投资。此后，各方签订《修订合伙人协议》，其中 4.2 条上市后回售权约定：在江苏某公司完成合格首次公开发行之日起 6 个月届满之日，投资方有权要求任一回售义务人（房某某、梁某某或绍兴某合伙企业）按照规定的价格购买其全部或部分合伙份额对应的收益权；上市后回售价款以按发出回售通知之日前 30 个交易日标的公司股份在二级市场收盘价算术平均值作为计算依据。

2019 年 12 月，江苏某公司在上海证券交易所科创板上市。根据《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答（二）》（上证发〔2019〕36 号，以下简称《审核问答（二）》）第十条规定，前述 4.2 条约定属于发行人在申报科创板股票发行上市前应予以清理的对赌协议。但江苏某公司在申报发行过程中，未按监管要求对回购条款予以披露和清理。2020 年 7 月 13 日，南京某合伙企业、南京某投资有限公司向房某某、梁某某、绍兴某合伙企业发出《回售通知书》，要求绍兴某合伙企业履行上市后回购义务。当日，江苏某公司盘中的股票交易价格达到历史最高价 476.76 元。此前 30 个交易日，江苏某公司的股票价格涨幅达 155%。次日起江苏某公司股价一直处于跌势，直至 2020 年 9 月 11 日交易收盘价为 183.80 元。因房某某、梁某某、绍兴某合伙企业未于南京某合伙企业发出回售通知后 3 个月内支付相应回购价款。南京某合伙企业遂提起本案诉讼，请求：1. 判令房某某、梁某某、绍兴某合伙企业共同向南京某合伙企业支付合伙份额的回售价款 499023228.60 元；2. 判令房某某、梁某某、绍兴某合伙企业共同向南京某合伙企业赔偿因逾期支付回售价款导致的利息损失；3. 判令绍兴某合伙企业协助南京某合伙企业办理绍兴某合伙企业所持江苏某公司 2040995 股股份的质押登记手续，在前述股份质押登记手续办结后或逾期未在法院判决限定期限内办理股份质押手续的，南京某合伙企业可以通过协议折价或者以拍卖、变卖后的价款在房某某、梁某某、绍兴某合伙企业应向南京某合伙企业支付的回售价款及利息损失范围内享有优先受偿权。

上海市第二中级人民法院于 2021 年 8 月 27 日作出（2020）沪 02 民初 234 号民事判决，驳回南京某合伙企业全部诉讼请求。宣判后，南京某合伙企业提起上诉。上海市高级人民法院于 2022 年 9 月 30 日作出（2021）沪民终 745 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为，系争回购条款所约定的、直接与二级市场短期内股票交易市值挂钩的价格计算方式，涉及破坏证券市场秩序，损害社会公共利益，违反公序良俗的情形，应属无效条款。

第一，目前司法实践中，较为多见的估值调整协议，主要是针对目标企业未能上市或未能达到约定业绩情形下，对融资方股东进行必要补偿的

约定。此类估值调整协议的效力及履行，对上市公司股权稳定以及金融交易安全的影响较小。而本案系争回购条款是针对目标公司上市后的回购约定，对该条款效力的认定，不仅涉及到公司内部关系的调整，还涉及到证券监管要求以及证券市场交易秩序和公共利益、公序良俗的考量。

第二，证据交易所制定的证券市场主体准入规则，对参与证券发行上市的各方投资主体，均具有约束力。

根据证券法第十二条第二款规定，上市公司发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，具体管理办法由国务院证券监督管理机构规定。证券法第十二条第二款系授权性条款，即授权国务院证券监督管理机构对上市公司发行新股制定具体办法。中国证券监督管理委员会制定的《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》（以下简称《科创板首发办法》）第四条规定，首次公开发行股票并在科创板上市应当符合发行条件、上市条件以及相关信息披露要求，依法经上海证券交易所发行上市审核并报经中国证券监督管理委员会履行发行注册程序。根据《科创板首发办法》，目标公司在科创板上市必须符合上海证券交易所发行上市审核的具体要求。因此，《上海证券交易所科创板股票发行上市审核规则》以及《审核问答（二）》均是针对目标公司在科创板首次发行审核的细化规则，是针对证券市场主体准入资格的要件规则，对参与证券发行上市的各方投资主体，均具有约束力。

第三，与股票市值挂钩的对赌条款，严重影响股票市场交易秩序和金融安全，损害社会公共利益，应属无效。上海证券交易所作出的通报批评决定已明确，系争回购条款属于江苏某公司股票发行上市前应当披露，且应在申报前予以清理的对赌协议。更为重要的是，本案系争回购条款第4.2 条（e）款所约定回售价格的计算方式，直接与江苏某公司二级市场短期内的股票交易市值挂钩，涉及金融市场交易秩序和国家金融安全。上海证券交易所将此类对赌条款纳入上市前必须清理的规制范围，旨在防止投资人为追求自身投资利益而故意在行权期内操纵二级市场的股票交易价格，致使二级市场的股票交易价格背离目标公司的正常市场交易估值，造成股票交易市场的其他公众投资者因参与该股票的买卖交易而不当致损，进而对股票市场的交易秩序、公众投资者的财产性权益等公共利益造成损害。因此，系争回购条款所约定的价格计算方式，破坏证券市场秩序，损害社会公共利益，违反公序良俗，属于 1999 年合同法第五十二条第四项所规定的合同无效的情形，应属无效条款。鉴于价格条款是系争回购条款的核心要件，南京某合伙企业据此诉请房某某、梁某某承担回购义务，不予支持。

第四，当事人依据应在上市前被清理的回购条款主张权利的，不予支持。南京某合伙企业作为一家专业投资机构，其增资投资目的在于间接持有江苏某公司的股份权益，各方投资人对江苏某公司未来上市的预期是合作投资的重要内容，故南京某合伙企业应当知道江苏某公司上市的审核要求。结合各方在《修订合伙人协议》《修订认购协议》封面上所注“严格保密”、在《补充协议》中约定保密条款、在用于登记和公开的其他协议中均未披露回购事项，以及南京某合伙企业在江苏某公司招股说明期间明知系争回购条款未予公示披露但未提出任何异议的行为，足以证明隐瞒系争回购条款、获取江苏某公司上市发行资格，是各方投资人协商一致的共同安排。在系争回购条款被隐瞒、未披露，江苏某公司已获取上市发行资格的情况下，南京某合伙企业依据应当被清理的系争回购条款来主张权利，不予支持。虽然上海证券交易所《审核问答（二）》出台在 2019 年，但其规制的应予清理的行为发生在江苏某公司上市前，该规则所规制的并非是 2016 年的签约行为，而是系争回购条款应在 2019 年江苏某公司上市前予以清理的行为，故南京某合伙企业关于

《审核问答（二）》不应溯及 2016 年《修订合伙人协议》效力的上诉理由，不能成立。

裁判要旨

1. 回购条款违反“同股同权”原则，在公司股票发行上市前即应依法予以清理，且本案回购条款与二级市场股票市值直接挂钩，扰乱证券市场正常交易秩序，依法应当认定无效。

2. 对故意规避监管的资本市场违法违规行为，司法裁判应与金融监管同频共振，给予否定评价，避免违法者因违法而不当获益，依法维护“三公两同”的资本市场秩序，提升资本市场的治理实效。

关联索引

《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 1 条第 2 款

《中华人民共和国民法典》第 8 条（本案适用 2017 年 10 月 1 日实施的《中华人民共和国民法总则》第 8 条）

《中华人民共和国民法典》第 146 条、第 153 条、第 154 条、第 505 条、第 508 条（本案适用的是 1999 年 10 月 1 日施行的《中华人民共和国合同法》第 52 条第 4、5 项）

一审：上海市第二中级人民法院（2020）沪 02 民初 234 号民事判决（2021 年 8 月 27 日）

二审：上海市高级人民法院作出（2021）沪民终 745 号民事判决（2022 年 9 月 30 日）

案例十 四川某化工股份有限公司诉山东某化工股份有限公司等侵害技术秘密纠纷案

——技术秘密侵权案件中共同故意侵权的认定及责任承担

关键词 民事 侵害技术秘密 共同侵权 连带责任 停止侵害 制造者停止销售 销毁技术秘密载体 司法鉴定

基本案情

四川某化工股份有限公司（以下简称四川某化工公司）诉称：其将加压气相淬冷法年产 5 万吨三聚氰胺（以下称为蜜胺）生产反应系统（以下简称涉案技术秘密）作为技术秘密保护，山东某化工股份有限公司（以下简称山东某化工公司）、宁波某管理咨询有限公司（以下简称宁波某咨询公司）、宁波某化工工程设计有限公司（以下简称宁波某化工设计公司）、尹某某侵害了涉案技术秘密，构成共同侵权且侵权获利巨大。故请求判令：上述四被诉侵权人停止侵权（包括停止披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密，销毁承载有涉案技术秘密的资料，山东某化工公司销毁承载有涉案技术秘密的生产系统、停止销售使用涉案技术秘密生产的蜜胺产品）、连带赔偿四川某化工公司经济损失及合理费用 9800 万元。

山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某均辩称：不构成侵权，亦不构成共同侵权，不应承担侵权责任。

法院经审理查明：四川某化工公司系涉案技术秘密的权利人，尹某某为涉案技术秘密的研发人员之一且负有保密义务。2011 年 9 月 7 日，山东某化工公司发布公告称，其拟以尿素为原料，采用加压法气相淬冷工艺技术，分两期建设 10 万吨/年蜜胺装置；同年 10 月 16 日，其与宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司签订《大型蜜胺项目技术转让、服务建设工程设计合同》（以下简称工程设计合同），约定委托方为山东某化工公司，承接方为宁波某化工设计公司，技术授权方为宁波某咨询公司，合同约定设计费 966 万元、专有技术费 1600 万元。2012 年 2 月至 7 月期间，宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司分别联系尹某某，要求尹某某提供四川某化工公司的蜜胺生产技术用于给山东某化工公司设计年产 5 万吨蜜胺制备装置并许以相应高额报酬，并用 U 盘从尹某某的笔记本电脑上拷贝了四川某化工公司的相

关技术资料；又于 2013 年将宁波某化工设计公司设计完成的山东某化工公司蜜胺项目的设计图纸拷贝给尹某某，让尹某某帮助检查，并在 2013 年、2014 年安排尹某某多次前往山东某化工公司进行现场检查指导、操作培训、故障排除等。尹某某因此获利 95 万元。2014 年 4 月 30 日，山东某化工公司发布公告称，其蜜胺一期项目试车成功且已打通全线流程，生产出合格产品，进入试生产阶段。2017 年 3 月 28 日，山东某化工公司公告中披露，近三年，其与上述工程设计合同有关的蜜胺产品年均营业收入占比 2%左右。基于山东某化工公司在年报中披露的其有机胺毛利率，以及同规模企业的蜜胺毛利率，计算得出山东某化工公司在被诉侵权赔偿期间即 2014 年 4 月 30 日至 2018 年 12 月 30 日销售蜜胺的获利分别约为 2.8 亿元和 3.03 亿元。

四川省成都市中级人民法院于 2021 年 12 月 27 日作出（2017）川 01 民初 2948 号民事判决，判决山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某立即停止披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密并销毁各自持有的涉案技术秘密的载体资料，山东某化工公司赔偿 5000 万元，宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司对其中的 500 万元承担连带赔偿责任，尹某某就其中的 120 万元承担连带赔偿责任，未支持四川某化工公司要求山东某化工公司停止销售使用涉案技术秘密获得的蜜胺产品及销毁侵权生产系统的诉讼请求。宣判后，四川某化工公司、山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某均提起上诉。最高人民法院于 2022 年 12 月 26 日作出（2022）最高法知民终 541 号民事判决，撤销四川省成都市中级人民法院于 2021 年 12 月 27 日作出（2017）川 01 民初 2948 号民事判决，改判山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某自判决生效之日起立即停止披露、使用、允许他人使用四川某化工公司的涉案技术秘密，停止侵害的时间持续至涉案技术秘密信息已为公众知悉之日止，其中山东某化工公司的停止使用包括立即停止销售使用涉案技术秘密所生产的蜜胺产品；宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某自判决生效之日起 10 日内销毁各自所持有的记载有涉案技术秘密的技术资料，山东某化工公司自判决生效之日起 90 日内销毁其 10 万吨/年蜜胺项目（一期）中涉及涉案技术秘密的设备（销毁的方式包括但不限于拆除有关设备中包含四川某化工公司涉案技术秘密的部分）以及记载有涉案技术秘密的技术资料；山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某自判决生效之日起 10 日内连带赔偿四川某化工公司经济损失及维权合理开支 9800 万元。

裁判理由

法院生效裁判认为，本案争议焦点包括：（1）山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某是否实施了侵害涉案技术秘密的行为以及四者是否构成共同侵权；（2）山东某化工公司等被诉侵权人应否承担连带责任；（3）销毁涉案技术秘密载体以及停止销售使用涉案技术秘密生产的蜜胺产品的责任应如何承担；（4）山东某化工公司在本案中提出的鉴定申请是否应予准许。

（一）关于山东某化工公司等被诉侵权人是否侵害涉案技术秘密及四者是否构成共同侵权的问题

根据侵权责任法第八条规定，构成共同侵权需要满足以下要件：一是共同侵权行为的主体必须是两个以上。二是共同实施侵权行为。从主观过错角度看，这里的共同实施行为主要包括三种情形：其一，共同故意实施的行为，这属于典型的共同侵权行为。其二，共同过失实施的行为，即基于共同的疏忽大意或者过于自信的过失而造成他人的损害，也可以构成共同侵权行为。其三，故意行为与过失行为结合实施的行为，即数个行为人

虽主观过错程度不一，但各自行为相结合而实施的行为，造成他人损害的，也可以构成共同侵权行为。以上三种情形，具备其一，即可认定构成共同实施侵权行为。三是造成受害人损害，且损害具有不可分割性。四是各行为人的侵权行为均与损害后果之间具有因果关系。在共同侵权行为中，有时各个行为人的侵权行为对造成损害后果的原因力可以有所不同，但必须存在法律上的因果关系。

1. 关于山东某化工公司等被诉侵权人共同实施侵权行为的主观过错

尹某某系涉案技术秘密的主要研发人员之一，能够直接接触到涉案技术秘密。尹某某在未办理离职手续，亦未告知其留存有蜜胺生产图纸、资料的情况下，就停止在四川某化工公司工作，其在与宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司接触时亦尚在约定的保密期内，亦明知该两公司与山东某化工公司的合作情况，仍然将涉案技术秘密披露给山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司使用，收取相应报酬，并使用涉案技术秘密提供后续技术指导。尹某某是涉案技术秘密的提供者，亦是山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司实际使用涉案技术秘密过程中的技术指导者。以上事实足以证明尹某某实施了违反保密义务披露涉案技术秘密给山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司并允许该三者使用涉案技术秘密的行为，其还违反保密义务自己使用涉案技术秘密为他人使用涉案技术秘密提供技术指导，其行为已构成反不正当竞争法第九条第一款第三项规定的侵犯商业秘密。尹某某主观上明知其披露、允许使用和自己使用的行为是在促成山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司后续实施相关侵权行为，系本案共同实施侵权行为中的关键人物。

宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司与山东某化工公司签订工程设计合同后，在明知尹某某曾是涉案技术秘密主要研发人员之一的情况下，仍以高额利诱的非法手段从尹某某处获取涉案技术秘密，然后由宁波某咨询公司作为名义上的技术提供者向山东某化工公司转让涉案技术并由宁波某化工设计公司进行所谓的工程化设计，用于山东某化工公司蜜胺一期项目并从中获取经济利益，该二者构成非法收买并转卖涉案技术秘密，实施了以不正当手段获取涉案技术秘密并披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密的行为，已构成反不正当竞争法第九条第一款第一项、第二项规定的侵犯商业秘密行为，属于本案共同实施被诉侵权行为的始作俑者和中间渠道及名义上的技术提供者。

山东某化工公司系涉案蜜胺一期项目的最终使用者、最大获益者，其涉案蜜胺一期项目的技术图纸、资料来源于宁波某咨询公司和宁波某化工设计公司。一审法院据此认定，山东某化工公司获取并使用了涉案技术秘密，具有事实和法律依据。同时，在案证据亦足以证明山东某化工公司对其使用的技术实际来源于四川某化工公司是明知的。因此，山东某化工公司实施了反不正当竞争法第九条第二款规定的视为侵犯商业秘密行为，其虽处于本案共同实施侵权行为的末端环节，但其也是涉案技术秘密的最终使用者和最大获益者。

因此，山东某化工公司、宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某之间具有侵害涉案技术秘密的共同意思联络，主观上彼此明知，彼此先后实施相应的侵权行为形成了完整的侵害涉案技术秘密的侵权行为链，客观上已形成分工协作，属于共同故意实施被诉侵权行为。需特别指出的是，构成共同故意实施被诉侵权行为并不以各参与者事前共谋、事后协同行动为限，各参与者彼此之间心知肚明、心照不宣，先后参与、相互协作，亦可构成共同故意实施被诉侵权行为。本案中，山东某化工公司等被诉侵权人实施共同侵权行为的过程即属于后者情形，其各自实施的行为均属

于实施共同侵权行为的关键环节且为不可或缺的组成部分。

2.关于损害后果

无损害，则无救济。损害后果系判断侵权责任的重要因素之一，如没有共同的损害结果，则就缺少共同承担侵权责任的基础。本案中，山东某化工公司等被诉侵权人共同故意实施侵害四川某化工公司的涉案技术秘密的行为显然已造成了损害后果，即四川某化工公司原本因涉案技术秘密而享有的竞争优势被削弱，其潜在或预期可得的市场份额丧失。根据反不正当竞争法第十七条第三款的规定，侵权获利可以作为计算损害赔偿的依据，因而山东某化工公司等被诉侵权人的侵权获利本身即已构成侵权损害的后果，当然侵权损害后果并不仅限于侵权获利。就山东某化工公司等被诉侵权人而言，该四者共同实施侵权行为的获利主要体现为山东某化工公司销售蜜胺产品所获得的利益。在判断山东某化工公司等被诉侵权人因共同实施被诉侵权行为的获利时，应当从该四者共同实施行为的整体出发予以考量，而不能孤立地从各被诉侵权人在各环节各自实施的侵权行为单独考量进而割裂地判断获利情况，其中宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某在各自实施涉案侵权行为中分别所获得利益可以被山东某化工公司销售蜜胺产品所获得的利益所涵盖。山东某化工公司销售蜜胺产品的获利增长系该四者共同实施被诉侵权行为时所共同期望达到的结果且在实施之初就已完全预见得到。

具体而言，首先，该四者共同故意实施侵权行为的初衷及目的在于使山东某化工公司生产蜜胺的产量大幅增长进而使其销售获利也因此增长，该四者共同实施侵权行为后实际上也达到了上述目的。因此，虽然该四者在各自实施侵权行为的环节中有着不同的行为方式、不同的获利形式及不同的实际获利份额，但从共同实施侵权行为的整体来看，该四者共同实施被诉侵权行为的获利最终主要是体现在销售蜜胺产品的获利上，而且实现此获利亦是该四者共同追求的结果。相应地，四川某化工公司潜在或预期可得的市场份额就会丧失，其相关获利必然受到影响，故其经济损失系因山东某化工公司等被诉侵权人使用涉案技术秘密制造涉案蜜胺一期项目的生产系统、使用该生产系统及涉案技术秘密中的工艺方法生产、销售蜜胺产品而产生。其次，山东某化工公司等被诉侵权人在实施共同侵权行为之初均已完全预见到因共同故意实施被诉侵权行为的损害后果，以及山东某化工公司销售获利大幅增长的结果。就宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、尹某某而言，该三者均明知涉案蜜胺一期项目的生产规模即单一生产线年产 5 万吨蜜胺。尹某某在披露涉案技术秘密之初就明知将被用于山东某化工公司涉案蜜胺一期项目，宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司亦是为了建设该被诉侵权项目而从尹某某处获取涉案技术秘密，该三者均明知该项目的建设目的是提高山东某化工公司的蜜胺年产量且该项目的建成势必会有效提高蜜胺产品的年产量，该三者均明知山东某化工公司将通过销售涉案蜜胺产品营利，更明知山东某化工公司与四川某化工公司具有竞争关系，涉案技术秘密的披露、使用或者允许他人使用必然会损害四川某化工公司原本在该行业内享有的竞争优势。尹某某作为涉案技术秘密的主要研发人员之一，明知涉案技术秘密系四川某化工公司的重要技术秘密，理应充分了解涉案技术秘密给四川某化工公司所带来的竞争优势。宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司亦明确知晓涉案技术秘密在行业内的价值。因此，该三者在实施侵权行为之初已完全预见到侵权行为可能造成的损害后果以及山东某化工公司销售涉案蜜胺产品的获利。就山东某化工公司而言，其为提升自身蜜胺的年产量，其在明知来源非法的情况下，仍然非法获取、使用涉案技术秘密并用于其蜜胺一期项目，涉案技术秘密的使用所带来的蜜胺产量的大幅提升、销售蜜胺

获利的大幅增长不仅是山东某化工公司已完全预见的结果，更是其积极追求的目标。

综上可见，本案侵权损害后果主要体现在山东某化工公司销售涉案蜜胺产品的获利，且该损害后果具有不可分割性。

3.关于侵权行为与损害后果之间的因果关系

如前所论，本案中，尹某某违反保密约定，披露涉案技术秘密并允许他人使用涉案技术秘密，系共同侵权行为得以实施的基础环节，同时其使用涉案技术秘密为其他被诉侵权人提供技术指导，亦是共同实施侵权行为中的关键人物；宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司以高额利诱的非法手段获取并披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密，系共同实施侵权行为的始作俑者和中间渠道及名义上的技术提供者；山东某化工公司非法获取、使用涉案技术秘密，并通过使用涉案技术秘密生产蜜胺产品后进行销售，其为共同实施侵权行为的最终环节和最大获益者。该四者实施的侵权行为环环相扣、缺一不可，与损害后果之间均具有直接的因果关系。

综上，尹某某违反与四川某化工公司有关保守涉案技术秘密的约定，在宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司的高额利诱下，将涉案技术秘密非法披露给宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司、山东某化工公司并允许该三公司使用，并自己使用涉案技术秘密为山东某化工公司涉案蜜胺一期项目的建设、使用提供技术指导；宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司在明知相应的技术信息系四川某化工公司的技术秘密且明知尹某某为四川某化工公司前员工的情况下以不正当手段从尹某某处非法获取涉案技术秘密并用于山东某化工公司涉案蜜胺一期项目的设计、建造、使用，山东某化工公司在明知技术来源非法的情况下获取并使用涉案技术秘密。该四者主观上存在意思联络，客观形成分工协作，共同实施了侵害涉案技术秘密的行为，造成了不可分割的损害后果，且损害后果与该四者实施的侵权行为之间均具有直接的因果关系，构成共同侵权。

（二）关于山东某化工公司等被诉侵权人应否承担连带责任的问题

山东某化工公司等被诉侵权人构成共同侵权，根据侵权责任法第八条规定，山东某化工公司等被诉侵权人应当承担连带责任。山东某化工公司等被诉侵权人各自实施的侵权行为均是共同侵权中不可或缺的一环，该四者的行为缺一不可且均造成了同一损害后果，该损害后果与该四者的行为之间均具有直接的因果关系，故各被诉侵权人理应就共同侵权行为所造成的损失全额承担连带赔偿责任。无论是尹某某从宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司处实际已获取的 95 万元非法获利，还是宁波某咨询公司、宁波某化工设计公司因工程设计合同所获价款均不足以反映该三者与山东某化工公司共同实施的侵权行为所造成的最终损害后果，故该三者实际所得获利或所获合同对价并不能作为该三者应承担的连带赔偿限额的依据。一审法院在考虑山东某化工公司等被诉侵权人各自的实际获利及各自行为对损害后果影响的基础上，进而确定连带责任比例的认定有所不妥，应予以纠正。

（三）关于销毁涉案技术秘密载体以及停止销售使用涉案技术秘密生产的蜜胺产品的责任应如何承担的问题

1.关于销毁涉案技术秘密载体的责任。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第 18 条规定：“权利人请求判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体，清除其控制的商业秘密信息的，人民法院一般应予支持。”本案中，被诉侵权生产系统即山东某化工公司涉案蜜胺一期项目的建成、实际使用均依赖于涉案技术秘密，特别是其中的设备选择、设备尺寸、工艺参数等，故对山东某化工公司而言，其持有的记载或包含有涉案技术秘密的载体主要为被诉侵权生产系统以及其向相关行政管理部门备案的图

纸或技术资料即本案中的设计专篇，同时，为确保生产设备的正常运行、维护、维修，此类大型生产设备的实际使用者理应持有相应技术资料，故可以推定山东某化工公司持有的记载或包含有涉案技术秘密的载体还包括被诉侵权生产系统的相应技术资料。山东某化工公司实施的使用涉案技术秘密的行为主要体现为使用涉案技术秘密建设被诉侵权生产系统并在被诉侵权生产系统建成后继续使用承载有涉案技术秘密的该侵权生产系统和使用涉案技术秘密中的生产工艺生产蜜胺产品并进行销售。可以说，被诉侵权生产系统既是承载涉案技术秘密的重要载体，也是山东某化工公司可能继续实施侵权行为的重要工具。销毁承载有涉案技术秘密的被诉侵权生产系统既是停止侵害的应有之义，亦可有效预防山东某化工公司继续使用其上所承载的技术秘密以及在该生产系统上使用涉案技术秘密中的生产工艺。因此，对四川某化工公司提出的要求山东某化工公司销毁承载涉案技术秘密的相应设备及设备图纸、技术资料的诉讼请求予以支持。同时，应当注意到，被诉侵权生产系统中还涉及其他未承载涉案技术秘密的设备，涉及山东某化工公司的合法财产权利，因此，销毁有关设备的方式包括但不限于以拆除的方式实现。此外，考虑到被诉侵权生产系统涉及大型化工项目，山东某化工公司在履行上述销毁该生产系统的责任时需一定的合理履行期间，且如前所述，该生产系统还涉及相关危险化学品处理，如其进行改建等仍需经相关行政管理部门进行安全条件审查。同时结合山东某化工公司在最高人民法院审理的（2020）最高法知民终 1559 号案件中自述花费一个月时间对其生产系统进行了改造可知，对于山东某化工公司而言在 90 天期间内对该生产系统进行拆除等并不存在履行障碍。因此，最高人民法院给予山东某化工公司 90 天的履行宽限期以实现上述停止侵害的目标。山东某化工公司所持有的设计专篇等其他记载或包含有涉案技术秘密的相应技术资料也应与被诉侵权生产系统同时销毁。一审法院基于避免社会资源浪费以及生产安全的角度考量，希望通过判令停止使用但不销毁生产设备的方式，鼓励山东某化工公司与四川某化工公司达成技术许可。此种处理方式的出发点虽好，在于试图促成技术许可和避免资源浪费，但结合本案山东某化工公司等被诉侵权人十分明显的主观过错以及较为严重的侵权情节，该处理方式一方面不当限制了权利人对其知识产权的行使，另一方面，在双方不能达成合意时将形成裁判执行的僵局并可能引发新的争议与诉讼，并不能有效保护四川某化工公司的知识产权，一定程度上也会增加四川某化工公司和山东某化工公司的纠纷解决成本。因此，人民法院应当依法全面有效保护知识产权，对本案中四川某化工公司的该诉讼请求应予支持。唯有如此，方可既有效制止侵权和保护知识产权，又有利于促使当事人在明了彼此权利和行为边界的基础上开展诚信磋商，就未来有关事宜作出妥善处理。

2. 关于停止销售使用涉案技术秘密生产的蜜胺产品的责任。作为制造者的侵权人在技术秘密侵权案件中的侵权行为通常表现为使用技术秘密制造产品，反不正当竞争法已明确禁止该种行为。当制造者使用的技术秘密为制造该产品所不可或缺的重要条件且该产品为使用该技术秘密所直接获得的产品时，因其销售该产品的行为显属同一侵权主体实施制造行为的自然延伸和必然结果，故此时该禁止使用的范围应当包括禁止该制造者使用该技术秘密制造产品后进行销售。在此情况下，如将不得使用技术秘密狭隘地理解为仅禁止制造者使用技术秘密的制造行为，而不包括禁止其在制造完成后进行销售，不仅于理不通、自相矛盾，而且有销售即有获利，如不禁止制造者继续销售将必然造成侵权损害后果的继续发生或扩大。当然，制造者使用技术秘密制造的产品被其售出后，使用技术秘密的侵权结果即同时发生，且非属制造者的他人的独立的销售行为并不属于反不正当竞争法所列明的侵害技术秘密的行为，

因此，在一般情况下，制造者之外的其他人后续销售使用技术秘密制造的产品并不为法律所禁止。但是，如果该后续销售者系因明显过错而依法与产品制造者构成共同侵权或帮助侵权的，则亦应为法律所不许。本案中，山东某化工公司使用涉案技术秘密的行为主要表现为使用涉案技术秘密建设被诉侵权生产系统并在被诉侵权生产系统建成后继续使用承载有涉案技术秘密的该侵权生产系统和使用涉案技术秘密中的生产工艺制造蜜胺产品并进行销售。从涉案技术秘密的内容来看，其所包含的设备选择以及相关设备的结构、尺寸、形状、生产工艺参数等技术信息均是山东某化工公司建造和使用被诉侵权生产系统所必需的技术信息，涉案技术秘密中包含的相关技术参数对使用被诉侵权生产系统制造蜜胺产品亦不可或缺，而且蜜胺是使用涉案技术秘密所直接获得的产品，如不使用涉案技术秘密，则山东某化工公司无法建造完成被诉侵权生产系统，更无从使用被诉侵权生产系统得以每年生产 5 万吨的蜜胺产品。因此，涉案技术秘密既是山东某化工公司制造被诉侵权生产系统不可或缺的重要条件，也是其制造涉案蜜胺产品不可或缺的重要条件，而且其涉案蜜胺产品为使用涉案技术秘密所直接获得的产品。四川某化工公司所提出的责令山东某化工公司停止销售使用涉案技术秘密生产的蜜胺产品的请求实质上已被涵盖在要求其停止使用涉案技术秘密的范畴内，亦是作为制造者的山东某化工公司停止使用涉案技术秘密的应有之义，故在一审判决山东某化工公司停止使用涉案技术秘密的基础上，进一步明确山东某化工公司应当立即停止销售使用涉案技术秘密生产出的蜜胺产品。

（四）关于山东某化工公司在本案中提出的鉴定申请是否应予准许的问题

根据民事诉讼法第六十七条第一款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。而鉴定意见属于民事诉讼证据的一种，需经各方当事人质证后，再由人民法院决定是否予以采纳。当事人申请鉴定并不必然启动鉴定程序，人民法院仍需根据对相关事实的认定需要作出是否启动鉴定程序的决定。鉴定程序启动与否的关键在于法官在审理案件过程中对相关专门性问题缺乏判断认定能力，而需要委托相关鉴定机构通过科学的方法和手段来查明该专门性问题的相关事实。对于当事人提出的鉴定申请，既要避免当事人滥用申请鉴定的权利，也要避免不当剥夺其相关的诉讼权利，一般应着重从以下四方面予以审查：一是关联性，申请鉴定的事项与案件有待查明的事实是否具有关联；二是必要性，即是否必须通过特殊技术手段或者专门方法才能确定相应的专门性问题，是否已经通过其他的举证、质证手段仍然对专门性问题无法查明；三是可行性，对于待鉴定的专门性问题，是否有较为权威的鉴定方法和相应有资质的鉴定机构，是否有明确充分的鉴定材料；四是正当性，鉴定申请的提出是否遵循了相应的民事诉讼规则，在启动鉴定之前是否已充分听取各方当事人的意见，以确保程序上的正当性。

本案于 2017 年 8 月 28 日由一审法院立案，四川某化工公司提交了其主张作为技术秘密保护的技术信息证据，至一审判决作出时止，在四年的审理过程中，一审法院分别组织了七次庭前会议，组织各方当事人在签署保密协议的前提下进行举证、质证，并于 2021 年 10 月 20 日、21 日开庭审理本案，在此期间一审法院亦多次询问山东某化工公司是否查阅本案保密证据，但山东某化工公司均明确拒绝查阅四川某化工公司提交的保密证据并无故中途退出七次庭前会议及两次庭审。直至 2021 年 9 月 28 日，山东某化工公司向一审法院提出书面《司法鉴定申请书》，载明：“鉴定事项：1. 原告主张作为商业秘密保护的技术信息是否不为公众所知悉；2. 原告主张作为商业秘密保护的技术信息是否具有经济性、实用性”，其

提出该鉴定申请已明显超过举证期限。二审期间，在一审法院已经对涉案技术信息的秘密性、价值性作出认定的情况下，山东某化工公司虽然坚持提出鉴定申请，但是仍拒绝查阅四川某化工公司提交的载有其技术信息的保密证据或发表质证意见，也未就一审判决的有关认定提出有针对性的反驳意见。换言之，山东某化工公司因其自身原因，实质上已放弃了对四川某化工公司提交的载有四川某化工公司主张的技术信息的保密证据进行质证的诉讼权利，其在一审所提鉴定申请既无准许之必要，也因过于迟延提出而缺少鉴定申请提出的程序正当性。同理，其在二审提出的鉴定申请亦不应予准许。

裁判要旨

1. 技术秘密侵权案件中共同故意侵权的认定及责任承担。构成共同故意侵权不以各参与者事前共谋、事后协同行动为限，各参与者彼此之间心知肚明、心照不宣，先后参与、相互协作，亦可构成共同故意侵权。各侵权人具有侵害技术秘密的意思联络，主观上彼此明知，各自先后实施相应的侵权行为形成完整的技术秘密侵权行为链，客观上分工协作的，属于共同故意侵权，应当判令各侵权人对全部侵权损害承担连带责任。

2. 共同实施侵权行为主观过错的三种情形。从主观过错角度看，共同实施侵权行为主要包括三种情形：其一，共同故意实施的行为；其二，共同过失实施的行为；其三，故意行为与过失行为结合实施的行为，即数个行为人虽主观过错程度不一，但各自行为相结合而实施的行为，造成他人损害的，也可以构成共同侵权行为。以上三种情形，均可认定构成共同实施侵权行为。

3. 技术秘密侵权案件中制造者的停止销售责任。当制造者使用的技术秘密为制造特定产品所不可或缺的重要条件且该产品为使用该技术秘密所直接获得的产品时，因其销售该产品的行为显属同一侵权主体实施制造行为的自然延伸和必然结果，权利人主张该制造者停止销售使用该技术秘密所直接获得的产品的，人民法院可予支持。

4. 技术秘密侵权人销毁技术秘密载体的责任及其承担方式。在权利人证明相应技术秘密载体存在的情况下，对权利人提出的要求侵权人销毁持有的技术秘密载体的诉讼请求，人民法院一般应予支持。人民法院可以综合考虑载体的性质、技术秘密的内容等情况对侵权人销毁其持有的技术秘密载体的具体方式以及履行期予以指明。被诉侵权生产系统既是承载技术秘密的重要载体，也是侵权人可能继续实施侵权行为的重要工具，销毁承载有该技术秘密的被诉侵权生产系统既是停止侵害的应有之义，亦可有效预防侵权人继续使用其上所承载的技术秘密以及在该生产系统上使用该技术秘密中的生产工艺。销毁有关设备的方式包括但不限于拆除。

5. 诉讼过程中对专门性问题是否需要进行鉴定的标准。诉讼过程中当事人申请司法鉴定并不必然启动鉴定程序，人民法院仍应当根据对相关事实的认定需要作出是否启动鉴定程序的决定。对此一般应当着重从以下四方面予以审查：一是关联性，即申请鉴定的事项与案件有待查明的事实是否具有关联；二是必要性，即是否必须通过特殊技术手段或者专门方法才能查明相应的专门性问题，是否已经通过其他的举证、质证手段仍然对专门性问题无法查明；三是可行性，即对于待鉴定的专门性问题，是否有较为权威的鉴定方法和相应有资质的鉴定人，是否有明确充分的鉴定材料；四是正当性，即鉴定申请的提出是否遵循了相应的民事诉讼规则，在启动鉴定之前是否已充分听取各方当事人的意见，以确保程序上的正当性。

关联索引

《中华人民共和国反不正当竞争法》第 9 条、第 17 条第 3 款（本案适用的是 2018 年 1 月 1 日

施行的《中华人民共和国反不正当竞争法》第 9 条、第 17 条第 3 款）

《中华人民共和国民法典》第 1168 条（本案适用的是 2010 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国侵权责任法》第 8 条）

《中华人民共和国民事诉讼法》第 67 条第 1 款（本案适用的是 2022 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国民事诉讼法》第 67 条第 1 款）

一审：四川省成都市中级人民法院（2017）川 01 民初 2948 号民事判决（2021 年 12 月 27 日）

二审：最高人民法院（2022）最高法知民终 541 号民事判决（2022 年 12 月 26 日）

来源：最高人民法院新闻局

编辑：时雨萌

失能老人的合法权益如何保护？

2024-02-28 北京市第三中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/F4f7OdwJDgOiRNL14WZ7YQ

随着我国人口老龄化程度的不断加深，失去生活自理能力的失能老人在日常照护、就医住院、财产管理等方面面临诸多难题。因目前主要依靠家庭养老的模式，家庭应对失能老人给予更多关爱，不仅要在物质上重视对老人的赡养，更要注重精神慰藉，尊重老人确定监护人的真实意愿，弘扬孝亲敬老的传统美德，让失能老人享受幸福、有尊严的晚年。

老有所养

保护失能老人的赡养权益

案情简介

蔺某是梁奶奶的儿子，梁奶奶年过九十，患有多项老年疾病，两人约定如果蔺某好好赡养梁奶奶，梁奶奶会将房屋赠与蔺某。但蔺某不仅没有给母亲支付过赡养费，更是多年不和母亲来往，从未照顾过老人。法庭上，蔺某主张梁奶奶有退休收入，认为自己不需要支付赡养费。

法院生效判决认为：子女对父母有赡养扶助的义务，尤其是已经丧失劳动能力的老人有权向不履行赡养义务的子女主张赡养费，判决蔺某定期支付赡养费。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条第二款：

成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

赡养父母是中华民族的传统美德，按照民法典的规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。在父母年老，尤其是丧失生活自理能力时，子女应妥善予以照顾。根据老人的身体情况、日常生活水平等提供经济上的帮助，

如给付医疗费、护理费、生活费等，且子女不应因主张存在其他家庭矛盾等而拒绝履行赡养义务，应遵循传统孝道，守护老人的幸福晚年。

常回家看看

注重对失能老人的情感陪伴

案情简介

何奶奶与崔某是母女关系，何奶奶年过八十且患有疾病，已经丧失劳动能力。因崔某拒绝照顾何奶奶，何奶奶诉至法院，要求崔某向自己给付赡养费，并每周探望自己。

法院生效判决认为：赡养义务并非单纯的金钱给付义务，赡养人还应当履行对老年人精神上慰藉的义务，子女不得以已支付赡养费为由拒绝关心照顾老人。对于不直接与老人居住生活的子女，应更多去老人住处看望老人以尽孝道，最终判决崔某支付赡养费并探望老人。

法条链接

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条第一款与第二款：家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。

与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。

老年人权益保障法规定“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人，与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人”。赡养不仅包括经济上的供养，还有生活上的照料和精神上的慰藉，并非“给钱了事”。失能老人失去了生活自理能力，行动受限，更易产生孤独、受挫等情绪，对于失能老人的赡养应注重情感陪伴，关注老人内心的情感需求，让失能老人的晚年生活更有尊严。

老有所依

尊重失能老人的意定监护意愿

案情简介

黄爷爷年逾九十，家有两个儿子。在黄爷爷头脑清醒时曾和村委会沟通，表示愿意由大儿子作为其唯一监护人，村委会为此出具证明，内容为黄爷爷一直由大儿子照顾，生活不能自理，但精神清醒，能进行有效沟通，提出要求由大儿子作为其监护人。两年后，黄爷爷被送到敬老院照顾，小儿子自行将黄爷爷从敬老院接走，并作为黄爷爷的代理人提起诉讼，要求大哥返还老人的存款。

法院生效判决认为：审理中经与黄爷爷沟通，老人已经无法正常应答交流，难以认定提起诉讼及委托诉讼代理人是老人的真实意思，且结合黄爷爷此前将大儿子作为其监护人的意思表示，驳回了小儿子的诉讼请求。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第三十三条：具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

意定监护是对成年人完全基于自己意愿选择监护人的尊重，自己意愿是起决定性作用的，且应遵循最大程度尊重被监护人的真实意愿及最有利于被监护人的原则。老人在具备完全民事行为能力时可以根据自己的意愿委托自己信赖的人来成为自己的监护人，其往往考虑相处状态、照顾意愿、监护人的情况等做出决定，对此应尊重老人的意愿，让老人安享晚年，更有“安全感”，真正实现老有所依。

老有所居

保护失能老人的居住权益

案情简介

老王与陈阿姨育有四名子女，老王去世后，陈阿姨与老张再婚，两人在陈阿姨名下房子中共同生活十余年，陈阿姨去世时老张已年近九十，他表示陈阿姨曾留有遗嘱，写明两人所住房屋在陈阿姨去世后，自己仍然可以一直居住。但陈阿姨的四名子女坚决不同意，老张无处可去，只好诉至法院。

法院生效判决认为民法典确定了以遗嘱方式设立居住权的形式，从遗嘱内容可以看出陈阿姨有明确设立居住权的意思，故判决老张享有完全居住权，四名子女应配合办理居住权登记。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第三百六十六条：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。《中华人民共和国民法典》第三百七十一条：以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。

失能老人因丧失了生活自理能力，行动不便，保护失能老人的居住权益有利于避免劳累奔波，保障老人的生活安定，且特定房屋往往凝结了特殊的精神寄托，居住权不仅能让失能老人“人安定”，也能让其“心安定”，有助于其安然度过晚年。

与生活能够自理的老人不同，失能老人更易产生焦躁、抑郁、孤独等情绪，其晚年生活水平更加依赖于家人的细心照顾，让失能老人“身有所托”且“心有所安”是我们的责任，也是对孝老敬老传统文化的弘扬。

供稿：民二庭 李宝霞

编辑：组宣处

二、立法动态

家事律师 2023 年新法规学习索引 | 家事法苑团队整理 2024 年 2 月 13 日

原创：2024-02-13 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/4DXBu54j-yGDt07bd2GgSw

整理：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
编辑：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、刘海娜
执行编辑：张慧，中国政法大学法律硕士研究生
注：资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。
联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

一、综合部分

1、中华人民共和国公司法（2023 年修订）2023.12.29 发布 2024.07.01 实施

2、中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）2023.09.01 发布 2024.01.01 实施

3、中华人民共和国行政复议法（2023 修订）2024.01.01 实施

4、未成年人网络保护条例 2024.1.1 实施

5、北京市未成年人保护条例（2023 修订）

6、人体器官捐献和移植条例，2023.12.04 发布，2024.05.01 实施

二、最高院司法解释、最高检规范性文件：

1、直接关联部分

1、最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定 法释〔2024〕1 号

2、最高人民法院 全国妇联印发《关于开展家庭教育指导工作的意见》的通知 法发〔2023〕7 号

3、最高人民法院 全国妇联教育部 公安部 民政部 司法部 卫生健康委关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见 法发〔2022〕10 号

4、最高人民检察院《关于贯彻实施新修订<中华人民共和国妇女权益保障法>切实保障妇女权益的通知》 2023 年 3 月 3 日

5、最高人民检察院第八检察厅下发《关于进一步深化拓展妇女权益保障公益诉讼检察工作的提示》

6、最高人民检察院 公安部关于印发《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》的通知 2022 年 12 月 22 日 发布时间 2023 年 3 月 2 日

2、综合部分

1、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》合同编通则若干问题的解释 法释〔2023〕13 号

2、最高人民法院关于修改《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》的决定 法释〔2022〕14 号

3、最高人民法院关于审理司法赔偿案件适用请求时效制度若干问题的解释 法释〔2023〕2 号

4、最高人民法院《关于 2023 年作出的国家赔偿决定涉及侵犯公民人身自由赔偿金计算标准的通知》（法〔2023〕77 号）

5、最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》法发〔2023〕18 号

6、最高人民法院《关于加强和规范案件提级管辖和再审提审工作的指导意见》（法发〔2023〕13 号）

7、最高人民法院《关于法律适用问题请示答复的规定》（法〔2023〕88 号）

8、最高人民法院《关于办理申请执行监督案件若干问题的意见》（法发〔2023〕4 号）

9、最高人民法院《关于司法赔偿案件案由的规定》（法〔2023〕68 号）

10、最高人民法院 关于诉前调解中委托鉴定工作规程（试行）法办〔2023〕275 号

3、涉外（含港澳台）部分：

1、最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（二）法释〔2023〕12 号

2、最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定 法释〔2022〕18 号

3、最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释 法释〔2023〕15 号

4、最高人民法院《关于人民法院做好取消外国公文书认证要求的公约对我国生效后相关工作的通知》（法〔2023〕185 号）

5、最高人民法院关于修改《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》的决定 法释〔2023〕14 号

6、最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排 法释〔2024〕2 号

7、最高人民法院关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排 法释〔2022〕7 号

三、部委文件及相关：

1、中国公民收养子女登记办法 民政部令第 14 号

2、民政部办公厅关于扩大内地居民婚姻登记“跨省通办”试点的通知 民办发〔2023〕6 号

3、民政部办公厅关于做好《老年人能力评估规范》国家标准宣贯工作的通知 民办函〔2023〕40 号

4、民政部 财政部关于组织开展中央财政支持经济困难失能老年人集中照护服务工作的通知 民发〔2023〕53 号

5、民政部办公厅关于印发《养老机构重大事故隐患判定标准》的通知 民办发〔2023〕13 号

6、民政部 国家发展改革委 教育部 财政部 人力资源社会保障部 住房城乡建设部 农业农村部 商务部 国家卫生健康委 市场监管总局 税务总局 全国老龄办关于加强养老服务人才队伍建设的意见 民发〔2023〕71 号

7、《上海证券交易所上市公司股东及董事、监事、高级管理人员减持股份实施细则》上海证券交易所 2023 年 8 月 25 日

2024 年 1 月

自然资源部 国务院国有资产监督管理委员会 国家税务总局 国家金融监督管理总局关于进一步提升不动产登记便利度促进营商环境优化的通知（自然资发〔2024〕9 号）（六、优化继承登记办理流程）

三、媒体典型案例

（一）程序问题案例

这份调解协议，法官没有确认

原创：2024-02-02 上海高院 李芸、郁玥

https://mp.weixin.qq.com/s/OBnWlVPioRD3KRam3jGGtA

“王法官，有个继承案子的调解要做下司法确认，原被告是父子，已经都协商完毕了。”

“好的，我看一下。”

熟悉的办公室里，正进行着熟悉的对话。人民调解员老师像平时一样，在组织调解完毕后，将当事人申请进行司法确认的案件，交给我审核。

可能经常会有人觉得“司法确认”是一项非常简单的工作，甚至经常有当事人还会急吼吼地对我们说：“法官，我们双方都已经自行协商好了，您赶紧确认一下就行了。”

其实，**为调解协议进行审核可是典型的“细微之处见真章”**，仔细核查、小心求证、谨慎处置是我们的工作原则。就好比这起继承纠纷案件，原告提供的三份证明材料几乎囊括了被继承人的一生。但在核对材料时，一张死亡证明却让我生起了一丝警惕。

在处理司法确认案件时，当法官发现了疑点，又该如何抽丝剥茧，还原案件背后隐藏的故事呢？

材料中的两个陌生名字

和大部分继承纠纷一样，案件的概括不过寥寥几句，并不复杂：被继承人张阿姨于 2023 年 5 月因病过世，她的名下拥有一套和丈夫老李共有的位于本市虹口区的房屋。因为房屋的继承人不止一位，老李选择向我所在的上海市虹口区人民法院提起继承之诉，而被告则是另一位继承人——两人的儿子小李。

为了尽快完成继承事宜，亲生父子作为原、被告而提起继承之诉，这在法院并不稀奇。在诉前调解时，老李和小李就已谈妥，并在人民调解员的见证下达成调解协议，为了便于后期执行，随后双方便向法院申请司法确认。

在拿到卷宗材料后，我和往常一样开始逐一核对材料。**然而这一核对，却发现出一些与其他案件不同的地方**：根据档案部门出具的亲属关系证明显示，张阿姨的亲属关系简单明了，只有配偶老李，以及两个儿子即小李和朱二，而这个在案件中并没有出现的朱二已经在 2010 年因病去世。

两个儿子，为什么分别姓李和朱？甚至朱二的姓氏与张阿姨和老李都不相同。不同的姓氏背后，会不会有什么隐瞒的情况？带着疑问，我拨通了组织调解的人民调解员老师的电话，想对相关情况进行进一步地了解。

“听老李说，朱二是收养的小孩。他既没有结婚，也没有生育过子女。”电话这头，人民调解员回忆着当时调解的经过。

既然是收养关系，那么当初的收养材料呢？如果真的是收养，又为何选择李和张之外的第三姓——朱呢？这明显不符合收养的习俗。

再仔细研究卷宗材料，我发现张阿姨比老李年长 5 岁，两人结婚时她已经 30 多岁，张阿姨会不会之前有过婚姻关系？如果这样，那在上一段

婚姻中，会不会还有其他继承人？一个大胆的假设出现在我的脑海里。

带着这样的猜测，我又仔细查看了卷宗里的两份死亡证明，想从中寻找一些蛛丝马迹。果不其然，在朱二的《居民死亡医学证明》中，我在家属栏中又看到了一个名字——“朱三”！

被“消失”的一段婚姻

“朱三”，看到这个和“朱二”如此相似的名字，我感觉应该是找到突破口了：这两人很可能是兄弟关系，所以才会被父母安排了如此具有相似性的名字。

于是，我立即拨打了朱三留在证明材料中的电话，想快点证实我的猜测。

“你说你是法院的？我没有案子在法院。”电话那头，听到我的“自报家门”，朱三明显愣住了。

我告诉他，老李就张阿姨的遗产向法院提起了继承方面的诉讼，现在案子已经在法院处理阶段。

“法院？为什么会在法院？我们继承的事情正在公证处进行公证啊！”听到对面的回复，这回愣住的人，换成了我。

从朱三的陈述中，一段被“消失”的婚姻缓缓揭开“面纱”：原来，张阿姨和老李结婚前的确曾有过一段婚姻，并和前夫老朱生育了三个子女，分别是朱大、朱二和朱三。张阿姨和老朱离婚后，当时十几岁的朱二跟着张阿姨生活。在和老李结婚后，朱二也随他们夫妻共同生活。当年朱二过世时，因为他未婚未育，所以朱三作为家属在死亡证明上签字确认。至于朱大，她在 2021 年时因故去世，但是她尚有一子小林。张阿姨去世后，因为继承问题，老李、小李、朱三和小林曾共同前往公证处办理公证。

为了确认朱三说的情况是否属实，我随即又联系了公证处的工作人员。工作人员听说后也十分地惊讶，表示张阿姨的继承事宜目前正在公证处办理，当时是四人及老李的律师共同前往，但是因为提交材料准备并不齐全，故公证处要求申请人继续补齐。可是之后，申请人并未再前往办理，因此公证书一直没有出具。

几番电话来回，情况已经非常明朗：张阿姨除了老李父子外，根据法律规定，还有两位继承人——朱三和小林！

此时，我对于案件背后的探究变成了久久的沉思：老李的行为究竟是不懂法律，还是故意为之？

从“自以为是”到“自食其果”

对于事实的敏锐认知有时候需要一点丰富的人生经验，但揣测他人的主观意图，则是一件需要慎之又慎的事情，尤其是当事人诉至法院，更是牵扯了“虚假诉讼”的可能性。

对于老李的主观意图如何判断，我意识到要分清以下几点：为何在公证过程中起诉至法院？是否知晓朱三和小林作为继承人的法律意义？又为何不将两人列为共同被告？

为了进一步查明事实，我约了老李来法院谈话。

眼前这个穿着格子 T 恤的瘦小老头，开口就是竹筒倒豆子般的诉苦：先是诉说他多年照顾卧病在床的张阿姨的不易，接着又控诉小李作为儿子非但不帮忙，还一直索要钱款、最后甚至把主意打到了房子上。张阿姨去世后，小李擅自做主将房屋出售，并且已经收了买家的定金，但因为涉及到继承问题，没有办法完成出售以及过户等事宜。因此在律师的建议下，希望在公证处办理完继承事宜。

“办理公证的时候，是不是四个人都在场？”

“是的，根据公证处的要求，要所有的继承人都到场。”

“那你知道朱三和小林是继承人么？”

“我知道。”

话虽如此，老李却并不觉得自己做得有什么问题。根据他的说法，公证处明明已经让四位继承人到齐，还一直要求补充材料，他认为这些要求与他公证继承事宜无关，是在将简单的事情复杂化，所以他“换主意”了，不要通过公证办理了，转而到法院起诉。

但我注意到，老李当时聘请了律师。老李不清楚法律规定，作为专业律师也不知道遗漏当事人的法律后果么？究竟是老李“自作主张”还是律师的“专业意见”？

“你的律师在帮你起草诉状的时候，为什么没有将朱三和小林列为被告？”

“之前帮我办公证的律师办事太拖沓了”，老李显得更加理直气壮：“所以这次起诉，我换了一个律师。”

“那有没有和现在的律师说过公证和还有两个子女的事情？”

“我都是根据亲属关系证明提供的材料，之前的婚姻和子女关系没有必要和他们说。”

在整场谈话中，随着问题的深入，老李越发顾左右而言他，每当我问及为何不将朱三和小林列为被告时，老李都没有正面明确回答，反而一直重复地强调张阿姨的亲属关系证明中并没有朱三和小林，因此自己并非故意隐瞒。

听到这里，我心里已经有了明确判断：老李始终知晓张阿姨的前一段婚姻情况以及生育情况，也明知朱三和小林应该作为继承人依法继承，却在公证过程中转为向法院起诉并更换代理律师，不仅未告知律师相关情况，还故意向法院隐瞒客观事实。

“你认识到你行为的错误么？”

“我又没有故意隐瞒。”

我默默叹了口气，老李最后还是没有珍惜法认错悔过的机会，作为当事人来说，他可能有很多的理由，但理由千万条，都不能成为他违反法律规定、侵犯他人合法权益的理由。

根据老李的陈述和行为，经过法定程序，认定他的行为属于虚假诉讼，应予以民事处罚。最终，法院依法对他作出罚款一万元的处罚决定。

此后，本案也从诉前调解程序转为立案审理。最终，案件审理过程中，经过法官的主持调解，张阿姨名下的房产份额由老李、小李、朱三及小林等人共同继承，老李向其余几人支付房屋折价款后，其余几人配合其完成房屋产权变更登记手续，终于案结事了。

人民调解，如何公平公正地“调到心坎里”？

我们常说“诉源治理”。如何在纠纷源头化解矛盾，做好人民调解工作，是每一个法官值得深思的课题。

对我自己而言，要“调到心坎里”，除了要明确当事双方的真正需求，设身处地为当事人着想以外，对司法确认做好认真的质检更重要，我们需要确保每一份调解协议能够“质量合格”。

这个案子虽然结束了，但是如何通过这个案子来提高其他司法“产品”的质量呢？我想，法律知识、案例资源和方法工具应该是这些人民调解员们需要的。

这个案件结束后，**我对近年来涉及虚假诉讼的继承案件进行了梳理，随后从如何确定法定继承人、需要哪些必备材料、怎样对证据要件进行审查等方面为驻院的人民调解员们进行了详细地指导。**

特别是针对如何通过发现材料中的“猫腻”来还原事实，结合自己的经验，我介绍了些“小窍门”：比如可以从子女的姓氏、子女之间的年龄差或者子女与母亲之间的年龄差入手来判断是否有收养等其他情况；又比如对“全新”的户口簿提高警惕以防出现已经迁移人口信息不全等情形。

人民调解员老师们听得特别认真，还纷纷做起了笔记。

每一份司法确认的“合格出厂”，都需要人民调解员的“进攻”和法官的“防守”来共同推动。某种意义上说，人民调解协议的确认是调解工作中法院赋予当事人的一颗“定心丸”，既能够确认调解协议效力，也赋予协议强制执行力，在调解协议相对人未履行调解协议时，能够向法院申请执行。与此对应，法官对司法确认的审查同样重任在肩，既要考量调解协议本身的自愿性、合法性，同样要兼顾可执行性。

如果调解协议存在违反法律强制性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益，或者违反公序良俗以及违反自愿原则和内容不明确等情形，必须擦亮自己的双眼，在“细枝末节”上“精雕细琢”，把那些故意隐瞒事实，企图通过诉讼、调解等方式来达到自己目的、试图通过合法形式来侵害他人合法权益的“老李们”拒之门外，让“朱三”们顺利维护自己的合法权益，这才是我们人民法官对每一次司法确认应有的责任感。

主审法官

王国春，上海市虹口区人民法院立案庭四级高级法官

来源丨上海市虹口区人民法院

文字：李芸、郁玥

责任编辑：蒋梦娴

声明丨转载请注明来自“上海高院”公众号

（二）抚养费案例

因“能力不足”要求减少子女抚养费，法院不予支持

2024-01-25 民主与法制时报 石文渊 张贵贤
http://e.mzyfz.com/paper/2170/paper_58165_11970.html

法律规定，父母离婚时所确定的子女抚养费数额不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过原定数额的合理要求。那么，不直接抚养子女的一方能否主张减少抚养费数额呢？近日，陕西省汉中市城固县人民法院就审理了这样一起抚养费纠纷案件。

2016 年 3 月，张某与梁某协议离婚时约定女儿张甲（化名）由母亲梁某抚养，张某每月向梁某支付抚养费 1200 元至张甲年满 18 周岁。双方还约定婚内购买的小轿车归张某所有，剩余车贷约 8 万元由张某偿还。双方无其他财产、债务，无夫妻共同债权。张某、梁某离婚后，张某每月向梁某给付张甲抚养费 1200 元至 2019 年 7 月，此后张某再未给付抚养费，梁某因此以张甲的名义诉至法院。

在本案审理过程中，梁某要求张某按照离婚协议约定向其支付 2019 年 8 月至起诉时拖欠的抚养费 57000 元，并要求张某继续按协议约定向其支付张甲的抚养费至张甲 18 周岁。张某则称，双方协议离婚时自己就抚养费的给付没有考虑清楚，约定的抚养费数额较高，后又因自己的工作调整，导致无力依约支付抚养费，故请求法院降低抚养费数额。

庭审中，梁某称离婚协议中因双方约定了 1200 元的抚养费，所以梁某才放弃了共同财产小轿车的分割，且不认可张某工作调整的辩解意见，张某亦未向法院提交证据证明其工作调整、工资显著降低的事实。

法院认为，张某与梁某的离婚协议系双方真实的意思表示，且双方据此协议已登记离婚，该协议合法有效，双方应按约履行自己的义务，故法院对梁某的诉讼请求予以支持。张某“因工作调整现无力支付抚养费”的辩解意见，因未向法院提交证据证明，不予支持。

法官提醒，抚养费的数额一般以父母协商为主、法院判决为辅，法院判决则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。随着社会经济的发展、子女需求的提高等因素，法律赋予子女可根据实际情况向父母任何一方提出超过原定数额的合理要求。在具体的司法实践中，不直接抚养子女的父母一方也可能因经济收入长期性、明显性降低，如失业、长期患病、丧失劳动能力等情况导致无力支付抚养费，前述情形如有充分证据证明，则法院可酌情减少抚养费数额。

具体到本案，张某和梁某的离婚协议是双方真实的意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，合法有效，并于张某和梁某办理完离婚登记之时已经发生法律效力，故张某和梁某均应受离婚协议之约束。张某作为完全民事行为能力人，在签署离婚协议时对其将以每月 1200 元的标准支付张甲抚养费的经济负担是可以预见的，且该约定换取了梁某就共同财产分割的让步；现张某未能提供证据证明其经济收入长期性、明显性降低之重大变化发生，其“没有考虑清楚”的说辞与降低抚养费数额的主张显然不能得到支持。

父亲入狱，母亲起诉离婚且负债，孩子谁来抚养？湖北通山县法院判决孩子由祖父母代为抚养

2024-02-07 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-02/07/content_236548.htm?div=-1

本报讯 （记者 梅瑰 通讯员 王亚姿 成丽娟 晏珊）抚养权是指父母对其子女的一项人身权利。父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。那么父母无法照顾孩子的情况下，祖父母有资格拥有孙子的抚养权吗？近日，湖北省通山县人民法院审理了一起离婚纠纷，并考虑到男女双方的经济状况与抚养能力，以及从孩子的健康成长方面考量，判决由祖父母代为抚养。

张某与程某于 2012 年登记结婚，婚后育有一子一女。双方因性格不合，经常发生争吵。后男方因犯罪入狱，女方离家外出务工，两个孩子一直由男方父母照顾。

女方起诉离婚，经通山法院释明，认为符合判决离婚的条件，但需要就孩子抚养问题进行处理。女方要求抚养两个孩子，等男方出狱后可再就孩子抚养问题与男方私下协商。但男方父母认为，女方趁男方服刑期间起诉离婚，是乘人之危，故主张对两个孩子享有临时抚养权。经法院调查查明，男方父母已年过六十，在家务农。女方则在外务工，收入一般，且有负债。男方情况则是尚未出狱。

在经多次调解协商无果后，为了孩子能够健康成长，考虑到男女双方的经济状况与抚养能力，在孩子祖父母作出愿意代为照顾的承诺后，法院判决婚生子由男方抚养，在男方出狱前由男方父母代为抚养，婚生女由女方抚养，互不再支付抚养费。男女双方对婚生子女均享有探望权。

■法官说法

《中华人民共和国民法典》第一千零七十四条规定，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。从法律上来说，祖父母原则上不可以直接争取孩子抚养权，因为未成年孩子的法定抚养权属于孩子的父母，除非有父母已经死亡或者父母无力抚养或者有其他法定事由，且祖父母有抚养能力的，可以直接争取抚养权。

（三）损害赔偿案例

离婚后，阜阳女子发抖音控诉前夫！法院判了！

2024-01-16 阜阳新闻网

https://mp.weixin.qq.com/s/bdw5Jpmcym4s8DHx8nAD8A

“ 拍抖音就要胆子大，
不要怕别人说闲话.....”
抖音神曲不可信
阜阳已有人为大胆行为“买单”
太和一女子离婚后
因心中不快
在抖音上发视频控诉前夫
结果，被前夫告到法院
近日，法院对此案进行了宣判

案件回顾

十年前，蒋某某和朱某某结婚，但婚后两人经常发生争吵。2021 年，两人因离婚闹到法院。在等待法院审理期间，妻子蒋某某和家人多次对丈夫朱某某进行辱骂，甚至发生肢体冲突，导致朱某某受伤。因婚内债务关系复杂，2021 年 12 月，法院判决两人离婚，一笔 10 万元的欠款由两人共同偿还。

为发泄愤怒，**蒋某某在抖音平台上发布视频，称朱某某是“ 恶毒之人”，自己“ 十多年的青春喂了狗，换来一身债务”**。蒋某某发布的视频被亲朋好友看到之后，纷纷留言，**蒋某某用偏激的言词和大家进行互动。**

朱某某得知蒋某某的行为之后，联系她希望能将这些视频删除。但蒋某某没有就此停止，反而继续发布视频，**公布了朱某某的婚姻及家庭情况等信息。**

于是，**朱某某一纸诉状将前妻诉至法院**。朱某某要求法院责令蒋某某停止对他实施侮辱诽谤、谩骂等侵权行为，并消除已发布的侵害他权利的内容，书面赔礼道歉、消除影响、恢复名誉。同时，向蒋某某索要 2 万元精神损害赔偿金。

法院判决

随即，太和法院开庭一审审理了此案。

庭审时，**蒋某某辩称，自己在个人抖音号发布的视频，**都是有事实依据的，**仅仅是代表个人观点和言论，没有侮辱任何人，只是发泄内心的不满。**

法院经过审理认为，原被告在法院进行离婚诉讼，诉讼涉及子女抚养、夫妻共同债务等，涉及双方的个人隐私。蒋某某通过抖音平台发布上述信息，虽是行使自己的权利，但也侵犯了朱某某的个人隐私。此外，抖音平台传播范围广，有一定的用户黏性与推送针对性，**蒋某某的行为侵害了朱某某的权利，应承担侵权责任。**

法院审理认为，**公民的人格权受到侵害，有权要求停止侵 害、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。**遂一审判决蒋某某删除其在抖音等平台发布的与朱某某有关的视频，并且在其抖音账户发布向原告朱某某道歉的信，如逾期，将指定在省级报刊上刊登，费用由蒋某某承担 ；关于朱某某起诉要求的 2 万元精神损害抚慰金，法院酌定蒋某某赔偿朱某某 5000 元。

一审判决后，蒋某某不服，提出上诉。

近日，**阜阳市中级人民法院二审开庭审理后，驳回上诉，维持原判**。判决生效后，蒋某某依法履行了法院判决的义务。

法官提醒

如果权利受损，可以通过以下方式维权：

向社交平台投诉，提交相关截图，若投诉成功，对方将被社交平台封号 ；

及时向公安机关报案，由警方进行调查并作出相应处理；

情况严重的，可以以对方侵权为由向人民法院提起民事诉讼，要求对方赔礼道歉、赔偿损失。

网络空间不是法外之地，在网络上张扬个性、宣泄情绪时，一定要遵守法律底线。

全媒体记者 楚楠楠 通讯员 尹鹏

儿媳封了婆婆的寿穴..... 法院：承担侵权责任 恢复原状 赔偿精神损害抚慰金

2023-12-22 上海市高级人民法院

https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDM0MzY2MCZ4aD0xJmxtZG09bG01MTkPdcssz&zd=xwzx

日前，上海市浦东新区人民法院（以下简称“浦东新区人民法院”）审结一起破坏墓地、墓碑侵权案件。法院判决儿媳恢复原状，并支付老人精神损害抚慰金 5000 元。

【案情回放】

王老太的丈夫、大儿子早年去世。为了能让王老太百年后与他们合葬，小儿子一家购置了一块三穴墓地，其中一空穴留给王老太日后落葬，并在墓碑上龛好寿名。

王老太扫墓时却发现，空置的寿穴竟被水泥封掉，墓碑上的寿名也被抹去。经与墓地管理处核实，发现居然是小儿媳胡某做了这不孝之举。

原来，两人早年曾因动迁利益分割问题心生嫌隙，心有埋怨的小儿媳竟选择以这样的方式“出气”。得知此事后，王老太心思郁积、茶饭不思，精神上受到严重伤害，向法院提起诉讼。

【以案说法】

浦东新区人民法院经审理认为，购墓、立碑等行为系民间习俗，符合公序良俗，应予法律保护。因该墓为三穴墓地，原墓碑文字已清楚表明系王老太及丈夫、大儿子的合葬墓地，使用人、用途均是特定的，具有排他性，尽管王老太尚健在，但在一般情况下，不能随意变动这种特定性。胡某的行为已经构成对王老太享有的墓地使用权的侵害，应当依法承担民事责任，将系争墓地恢复原状。

同时，墓地的使用权具有特定人格象征意义，胡某的行为明显侵犯了王老太的精神利益，故法院酌定其赔偿王老太精神损害抚慰金 5000 元。

一、关于购墓、立碑行为的认定

子女在父母亡故后应当妥善安葬、安置父母的遗体或骨灰，这既是中华民族的传统美德，也是法定赡养义务的延伸。

子女在父母亡故后，为父母购置墓地（包括为健在的父母一方留作合葬的寿穴），其目的是通过公墓内的墓地等妥当场所，长久稳妥地安置父母的骨灰，以利今后祭祀、悼念。因此，购墓、立碑等行为作为一种民间习俗，符合我国传统伦理的一般观念，符合社会主义道德，纳入《中华人民共和国民法典》规定的民事活动应当遵守的公序良俗的范畴。

二、认定墓地使用权时应考虑的因素

因该墓为三穴墓地，原墓碑文字已清楚表明系争墓地系王老太及老公、大儿子的合葬墓地，足以证明系争墓地的使用人是王老太及老公、大儿子。上述使用人、用途均是特定的，一般情况下即具有排他性，小儿媳无权擅自处置。

三、关于精神损害赔偿责任的考量

墓地、墓碑系一种特定物，其使用权有其特殊性，具有特定的人格象征意义。在相关使用权利益中，既有用于安置死者骨灰等具体的使用价值，具有一定的财产性利益，也有生者祭祀、悼念已故亲人等精神慰藉方面的用途，含有强烈的善良情感因素。同时，例如本案当中的合葬墓地，更蕴含了在世的人希望百年后能与配偶、子女合葬在一起的美好愿望。显然，本案中胡某的行为，侵害了王老太对配偶、子女的情感利益，造成了较为严重的精神损害，故应当承担精神损害赔偿责任。

【相关法条】

一、《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。

第一千一百六十五条 行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

……

第一千一百六十七条 侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

二、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》

第四条 具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

（案例编写：浦东新区人民法院 顾丹丹 王英鸽）

（四）夫妻债务案例

夫妻关系存续期间所欠借款，是否需要共同偿还？

2024-02-15 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/qVN6_PRwz3uiy7gcgiL4cg

鲁法案例【2024】094

在生活中，夫妻通常被视为同甘共苦的命运共同体。当夫妻一方借款，借条中有两人名字时，是否属于夫妻共同债务？我们一起看看吧。

案情简介

2012 年 10 月 25 日，被告李某因急需用钱为由向原告郝某借款 100000 元，并向原告出具借条，内容为："借条 今欠现金拾万元整，100000 元 李某 徐某 2012 年 10 月 25 日"。偿还 10000 元后，2022 年 11 月 29 日，经结算，双方达成一致意见，由被告李某向原告出具借条，内容为："借条 今借现金拾万元整，利息壹万元整，共计：拾壹万元整（110000 元） 李某 2022 年 11 月 29 日"。经原告多次催要无果，故将被告李某、徐某（徐某原系李某妻子）诉至法院，要求被告李某、徐某共同承担还款责任。原告郝某认为，二被告在借款时系夫妻关系，徐某无论是否在借条中签字，均应承担还款责任。被告徐某认为，案涉借款系李某单方借款，自己对此并不知情，不应承担还款责任，借条中"徐某"的签字，是李某书写，并非本人书写，李某在书写时更未告知被告，也未得到自己的认可，且两人已离婚多年，双方之间没有共同债务，应依法驳回原告对徐某的诉讼请求。

法院审理

本案中，被告李某于 2012 年 10 月 25 日向原告郝某借款 100000 元，后偿还 10000 元，事实清楚，证据充分，借贷关系真实有效，法院予以确认。后经结算，2022 年 11 月 29 日被告李某又向原告郝某出具借条一张，并载明借现金 100000 元、利息 10000 元，共计 110000 元。被告李某认可该借条为换条，自愿给原告加的利息。结合双方当事人陈述、借条和本案案情，可以认定被告李某在 2022 年 11 月 29 日前偿还原告的 10000 元为利息，被告李某主张偿还的 10000 元为本金，理由不成立。原告要求被告李某归还借款 100000 元及利息 10000 元的诉讼请求并无不当，法院予以支持。关于被告徐某应否承担还款责任的问题：案涉借条中虽有"徐某"字样，但被告徐某不认可是本人所签，被告李某承认"徐某"二字是其签的，原告不申请对"徐某"二字是否为被告徐某所书写进行鉴定，仅以案涉借款发生在二被告婚姻存续期间为由，要求被告徐某和被告李某承担共同还款责任，原告未提供充分证据证明案涉债务属于二被告共同债务，故原告要求被告徐某承担还款责任的诉讼请求，无事实依据，法院不予支持。

法院判决，由被告李某支付原告郝某借款本金 100000 元、利息 10000 元。

法官说法

夫妻共同债务是指因夫妻家庭共同生活所需，以及对共有财产的管理、使用、收益和处分而发生的债务。在夫妻关系存续期间因家庭共同生活需要所负的债务，哪怕是离婚后，也需要由两人共同偿还。夫妻一方在婚姻存续期间以个人名义超出家庭日常生活所需而欠债，不属于夫妻共同债务。但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共

同生产、生活，或者系夫妻双方共同意思表示的除外。

具体到本案中，郝某主张债务发生在二被告婚姻关系存续期间，无论徐某是否签字，均应承担还款责任，显然是对法律的错误理解。夫妻共同债务一旦认定对当事人影响深远，为避免发生纠纷，债权人在出借之时一定要签订好完备的手续，避免产生不必要的纠纷。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第六百七十五条规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”

《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条第二款规定：“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，不属于夫妻共同债务；但是，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。”

文字：陈静奎
来源：巨野法院
编辑：马聪聪

借了 300 万，与妻子离婚净身出户就可不还？上海一男子最后不仅还钱还被判刑

2024-02-16 上海法治声音

https://mp.weixin.qq.com/s/IAPFufTNk2VWD7E_TEMY5g

被法院判决需偿还 300 万元借款后，李某紧急与妻子离婚，并把名下的房产、公司等财产全都给了女方，试图以此逃避执行。他能得逞吗？近日，解放日报·上观新闻记者从上海市青浦区人民检察院获知了这起案例，经检察机关提起公诉，李某不仅要还钱，还因拒不执行判决、裁定罪被法院判处有期徒刑 1 年半，缓刑两年。

2023 年 3 月 13 日，青浦检察院收到青浦法院移送至公安机关审查处理的李某涉嫌拒不执行判决、裁定案。承办检察官金志军、王瑞第一时间了解案情，得知李某在 2016 年以公司经理的名义向上海某科技公司借款 300 万，其全程负责借款事宜，并在借条上签上了自己的名字。2017 年，科技公司向李某催讨借款时，他却拒绝偿还。

2018 年，科技公司将李某告上法庭，当年 5 月 10 日，法院审查认为李某有义务承担还款事宜，遂判处李某赔付借款 300 万元。然而李某并未偿还一分钱，而是选择在被执行期间与自己的妻子办理离婚登记。二人在离婚协议上约定，双方共有的全部 3 套住宅及所有财产、子女均归妻子。顺利领到离婚证后，李某名下只剩一辆代步轿车，实际上为“净身出户”。

科技公司迟迟未收到欠款，遂向法院申请强制执行。法院在查证李某名下确实无可供执行财产后，将上述情况告知科技公司，公司予以确认并表示无法提供可执行财产线索，不得不同意法院按照流程作出终结执行决定。

李某认为，这意味着执行程序结束，科技公司无法再向他追讨欠款，但事实并非如此。“法律明确规定，只要李某没有还款，就一直是上述判决、裁定的被执行人，被执行人的执行义务直到执行完毕或原判、决裁定作废为止，不受法院是否裁定终结执行的影响。”承办检察官指出，李

某想借这种方式“脱罪”其实是在自欺欺人，李某恶意转移财产的做法已然触犯刑法。

综合证据情况，承办检察官认定李某应当赔偿科技公司本金及利息，但李某通过协议离婚方式恶意转移财产的行为也已触犯刑法，属于“有能力执行而拒不执行，情节严重”的情况，构成拒不执行判决、裁定罪，遂依法对李某提起公诉。开庭前夕，李某通过辩护人再次联系承办检察官，表示认罪认罚，且愿意赔偿所有欠款及利息，同时同意检察官协调提出的分期付款方式。李某的家人同样表示愿意支持配合，并在和解赔偿协议上签上了名字。

检察官对李某认罪认罚的态度予以肯定，并在开庭当日于庭上对李某进行教育训诫。李某当庭认罪并提交执行和解协议、保证协议书、悔过书等证据，科技公司也与其达成和解协议，同时李某当即履行部分内容，取得科技公司谅解。检察官根据上述情况调整相关量刑建议，最终法院当庭采纳全部工作意见，以拒不执行判决、裁定罪判处李某有期徒刑 1 年半，缓刑两年。

目前，李某已还清所有欠款。科技公司近日向青浦检察院赠送锦旗“为企业保驾护航克己奉公树良好营商环境执法为民”，表示感谢。

来源：上观新闻

（五）离婚财产分割案例

走进民法典丨夫妻离婚要求分割孩子 26 万压岁钱，法院判了！

2024-02-21 重庆市高级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/-KVioJfQ3gVkBCiNw-WGOg

谈起压岁钱，大概是许多人心中关于春节的共同记忆。作为中国传统文化的重要组成部分，压岁钱不仅是长辈对晚辈的关爱和祝福，更是一种家族情感的延续。部分父母会将孩子收到的压岁钱开户存进银行，那么，压岁钱到底应该归谁所有？如果父母离婚这笔款项将会何去何从？一起来看江北法院审理的这起案件——

基本案情

2006 年，蔡某和王某在朋友的婚礼上相识，随后坠入爱河。次年，两人正式登记结婚，并于 2012 年、2014 年分别生育长子蔡某甲、次子蔡某乙。

刚开始，夫妻俩的感情十分融洽，生活过得幸福美满。但是随着时间的推移，双方在孩子教育等家庭问题上的分歧愈发明显，夫妻间的感情也逐渐出现了裂痕。2020 年初，两人因教育方式和观念的不同再次发生激烈的争执，争执过后，王某带蔡某甲、蔡某乙离开与蔡某的共同居住处，此后王某及两子一直与王某父母共同生活，同年 4 月、7 月，王某、蔡某曾分别起诉过离婚，均被法院驳回。分居四百多天后，蔡某再次起诉离婚，并要求分割夫妻共同财产及蔡某甲、蔡某乙名下相应银行存款，其中蔡某甲、蔡某乙名下的存款系二人成长过程中接受他人赠与所得，共计 26 万余元。

裁判结果

法院认为，当事双方夫妻感情确已破裂。对蔡某要求离婚的诉讼请求予以支持。蔡某与王某的夫妻共同财产由二人平均分割，但对蔡某要求分割蔡某甲、蔡某乙名下存款的请求不予支持，上述存款是长辈基于亲属关系对晚辈进行的财产性赠与，该存款应归未成年人本人所有，蔡某、王某作为未成年人的监护人，无权随意处分被监护人的财产。离婚案件分割的财产应当是夫妻共同财产，压岁钱并不是夫妻共同财产，因此，蔡某在离婚案件中要求分割未成年子女蔡某甲、蔡某乙名下存款的请求，没有法律依据，故驳回该项诉讼请求。宣判后，双方均未提起上诉。

典型意义

未成年人的各项基本权利都应当受到法律全面且周延的保护。本案中蔡某甲、蔡某乙名下的存款系二人在日常生活中接受的来自长辈的赠与，这一赠与应当属于长辈对晚辈的财产性赠与。尽管二人在接受赠与时不具备完全民事行为能力，但从保障未成年人财产权的角度出发，即使是在未成年人未满八周岁的无民事行为能力阶段，接受赠与的意思由监护人作出，也不能改变该财产属于未成年人本人的结果。

因此，在离婚案件中，夫妻双方均不能以监护人的身份要求分割属于未成年人的合法财产，只能由法定监护人代为管理，财产本身的所有权依然归属未成年人。受传统观念影响，实践中，一些父母往往对于未成年子女的财产权利缺乏重视。父母应当具有相应的意识，以身作则保障未成年人包括财产权在内的各项权利。（本文中人物均为化名）

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第十九条 八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

第二十条 不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

第三十五条 监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。

成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

第六百五十七条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

来源：江北法院

编辑：吴辉、罗姗姗

审核：苏国华

（六）确认亲子关系案例

抱抱心里的小孩

2024-02-22　佛山市顺德区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/pH1AQBmCO_sS2kuD4j5FkA

“林思彤法官，我可以抱抱你吗？”

这是一起确认亲子关系案件，庭审结束后，当事人陈女士对我说。

01 隔岸相望的一家人

40 多年前，陈女士的父母在她 1 岁多时，到澳门谋生活。自此，陈女士的爷爷奶奶照顾陈女士，陪伴她成长，陈父陈母也在澳门生育了弟弟妹妹，有了自己的生活。原本的一家三口，变成了隔岸相望的亲人。

直到 2022 年，陈父陈母坚定了希望陈女士获得澳门永久居民身份并长期定居澳门的想法，以此弥补未能陪伴陈女士成长的遗憾。因年代久远，陈父陈母当年的户籍信息已经注销。他们找到了公证处、居委会，但由于他们的名字在去了澳门以后发生过变更，所以都未能成功办理有效的亲子关系认定法律文件。几番周折，最后他们选择诉讼的方式，希望获得亲子关系的司法确认。

开庭当天，我首先询问了陈女士与父母的联系状况。“我一直跟着爷爷奶奶一起长大，爸爸妈妈虽然也有打电话来关心，但是回来的少。”“爷爷在 2000 年左右去世了，我在顺德独自一人照顾老年痴呆的奶奶，直到 2014 年奶奶离世。”在陈女士的诉说中，我看到了她对父母未尽孝心的嗔怪，累积已久的不满和无助。

陈父陈母也表达了希望陈女士获得澳门永久居民身份的想法，“我们年纪也大了，希望把女儿带过去与我们共同生活。”

02 解开“法结”之外的“心结”

为了查明亲子关系事实，我启动了顺德法院与顺德妇联之间的家事调查工作机制，由家事调查员到陈父陈母原户籍地所属村居进行调查，在配合亲子鉴定报告等证据的情况下，由于双方没有实质的争议，庭审进行得非常顺利。

但在庭审过程中，我注意到这个案件最大的“争议”，并不是亲子关系争议本身，而是女儿与父母之间情感认同的“隔阂”。

我注意到了陈女士在庭审结束时双肩微微起伏，眼角也变得红肿湿润。当时的我是有疑虑的，案件顺利办结，对于我来说已经完成工作了，但一想到陈女士与父母多年没有共同生活，可能对父母心存怨言，在澳门开展新生活对她来说充满未知，于是我在开完庭后，留下了陈女士。

“到澳门生活，你能适应吗？与其说是带你去澳门为他们养老，不如说跟你聚天伦之乐才是他们的真实想法。”

“我其实也想亲近父母，但一想到他们对我的爷爷奶奶们没有尽到孝心，我还是没办法放下心结。”

“他们对爷爷奶奶是否孝顺，是你始终无法真正接纳他们的一个心理阻碍。其实，可以换个角度想，爷爷奶奶心里有杆秤，或许爷爷奶奶早已谅解了你的父母的无可奈何，但你的执念是否让你始终无法发自内心把他们当做父母看待呢？”

陈女士听到这里，突然动容地抱住我放声大哭。“林法官，我可以抱抱你吗？这 40 年来，第一次有人跟我说这番话。是啊，我也该放下心结了！”

03 点亮内心的美好

2024 年 2 月 1 日，是我们约好在法院判后回访的日子。

她现在怎么样？回到澳门开始新的生活了，在澳门生活得还习惯吗？新年到了，她还会回到顺德过年吗？判决作出后，我还是会时时想起这个案子。

陈女士如约来到法院，当时我刚开完庭。“最近还好吗？”几番寒暄过后，陈女士再次留下了眼泪，但我感觉这是饱含释怀与喜悦的泪水。她向我讲述那天之后，会经常想起我说的话，内心也经过了一段时间的挣扎。

我发现，她终于释放了压抑已久的愤怒与无助，也开始正视自己内心隐藏的对父母的爱的渴望。因为我知道，上一次的哭泣叫“不甘心”，这一次的哭泣叫“随它去”。

大年三十这天，陈女士给我发来信息，她说今年的团圆饭他们一家在澳门团聚，弟弟早早地订了包房，父亲早早去定好了菜单，三代同堂，其乐融融。这是我自从爷爷奶奶离开以后，吃的最开心的年夜饭。陈女士最后对我说的一句话是“感谢你，为我点亮了世界。”

04 让司法有温度

严格意义上来说，陈女士曾经是一个留守儿童，直到成年之后才收获父母的目光与关心。我也是一位母亲，我知道我那天拥抱的不仅仅是现在的她，也是她心里的那个“小孩”。

面对看似已经结束的案件，如何在庭后实现最佳办案效果？其实我们可以做得更多。以“如我在诉”之心，将人情冷暖融入到司法审判，让司法有温度，能够真正化解矛盾、修复亲情，正是我们家事审判法官追求的意义。

也许，我们多些善意的举动、真情的劝解，真的可以照亮别人勇敢前行的路。

（文中当事人已化名）

供稿：速裁庭
编辑：曾韵儿
审核：李嘉怡、张凤珺、秦扬

（七）婚约财产纠纷案例

最高法涉彩礼纠纷新规施行后湖南省首例判决生效

2024-02-23 民主与法制时报 马付才

http://e.mzyfz.com/paper/2182/paper_58499_12030.html

结婚不足 1 年离婚，被判返还彩礼 16 万元

多年来，本是传统习俗的彩礼，因在现代社会中引起的种种问题，成为争议话题。特别是近年来彩礼数额持续走高，形成攀比之风，逐渐成为了婚姻的“绊脚石”，给很多家庭背上巨额债务的同时，也给婚姻稳定埋下了隐患。

多地彩礼数额持续走高的背后，涉彩礼纠纷案件数量也呈上升趋势。今年 2 月 1 日，最高法《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）施行。《规定》正式施行的当天，湖南省郴州市中级人民法院适用该《规定》作出了涉彩礼纠纷的首例判决。

订婚过程一波三折

2021 年 12 月，周花花（化名）与李大壮（化名）经李大壮的姐姐介绍相识并相恋。经过两个月的接触后，两人有了一定了解，在此期间，李大壮的姐姐也多次向周花花推荐弟弟优秀的一面。而周花花对李大壮的感觉却一般，但在李大壮的追求和李大壮姐姐的游说下，2022 年 2 月，周花花答应和李大壮订婚，但是，周花花提出一个要求，要给她 19.99 万元的彩礼钱。李大壮很快就凑齐了 19.99 万元，并在订婚当天将这笔彩礼钱交给了周花花。

订婚之后，李大壮和周花花在彼此的朋友圈也公开了恋爱关系，两人的交往更加频繁，但周花花发现自己和李大壮交往时总是找不到心动的感觉，并且李大壮的一些行为和做法以及两人年龄的差距，她也不能释怀和接受，于是有了和李大壮分手的想法。2022 年 5 月，周花花正式向李大壮提出了退婚，并退还了李大壮给她的 19.99 万元彩礼钱，以及双方恋爱期间李大壮支付的“五金”、红包转账、生活及人情开销等共计 27.2 万元。

虽然退婚了，但李大壮仍然通过微信给周花花发来问候，周花花面对这种问候，也常常礼貌地回复，甚至李大壮打工回来请周花花吃饭，周花花也并不完全拒绝。双方的藕断丝连让李大壮的姐姐又看到了希望，于是又来做周花花的工作。于是，周花花在 2022 年 8 月再次与李大壮订婚，李大壮也将第一次退婚退还的钱还给了周花花。

离婚后彩礼成争议焦点

再次订婚后，李大壮对周花花更是百般呵护，怕周花花再次离开自己。此时，周边的亲朋好友也纷纷给李大壮出主意，说订婚没有法律效力，要想把两人的关系稳固下来，还是尽快结婚为好。

李大壮的姐姐也做周花花的工作，劝说两人尽快完婚。在周边亲朋的劝说下，李大壮和周花花在订婚 1 个月后，到民政部门办理了结婚登记手续，并宴请了双方的亲朋好友。

但是，结婚后，李大壮和周花花生活并不融洽，争吵和埋怨越来越多，结婚不到 1 年时间，周花花向安仁县人民法院提起诉讼，请求离婚。

法院审理认为，婚姻关系的存续应以感情为基础，周花花、李大壮对夫妻感情确已破裂的事实均表示确认，双方都同意离婚，对于周花花的离婚诉求予以支持。但双方结婚不到 1 年就离婚，

彩礼返还问题和婚后李大壮支付给周花花的钱款返还问题成了该案的争议焦点。

李大壮称，支付彩礼导致自身生活困难，主张周花花全额返还彩礼钱。对此，安仁县人民法院认为，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）》第五条规定："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。适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。"虽然李大壮支付给周花花的彩礼钱存在举债行为，但李大壮仍有经济来源偿还债务，根据现有证据，李大壮无法证明自身生活困难，鉴于周花花、李大壮结婚后共同生活时间较短，且婚前李大壮支付给周花花的彩礼数额较大，应酌情返还。法院经审理确认，李大壮支付给周花花的礼金为 19.99 万元，李大壮给周花花购买的"五金"等也应当属于彩礼范围，扣除恋爱期间李大壮给周花花的红包转账、生活及人情开销并对"五金"首饰等折价计算，最终认定李大壮支付给周花花的彩礼数额为 23 万余元。最终，法院判决周花花与李大壮离婚；在判决生效后十日内周花花返还李大壮彩礼款 10 万元。

酌情返还彩礼，引导树立正确的婚恋观

一审判决后，李大壮向郴州市中级人民法院提起上诉。

郴州市中级人民法院对一审查明的事实以及李大壮支付给周花花 23 万余元的彩礼数额予以确认，并认为该案二审的争议焦点是：给付的彩礼范围如何确定；返还彩礼的数额如何确定；婚内的转账如何认定和处理。

郴州市中级人民法院经审理认为，依据《规定》第三条，综合李大壮给付彩礼的目的、当地习俗、财物价值等事实，可认定彩礼范围。李大壮主张的红包转账、生活开支及人情开销等费用金额较小，主要是为了增进感情和日常消费，不应认定为彩礼。同时，李大壮转给周花花的款项中有大部分是向亲人所借，该彩礼金额亦已远超当地居民人均可支配收入，可以认定案涉彩礼数额过高。考虑到两人婚姻关系存续时长，法院判决准许双方离婚，同时依据《规定》第五条酌情判令周花花返还彩礼金额 16 万元。另外，婚后李大壮共转给周花花 3.99 万元，系双方婚内转账，不属于彩礼，不存在返还问题，但李大壮应分得夫妻共同存款 2 万元。

最终，郴州市中级人民法院认为李大壮上诉请求部分成立，判决维持一审法院民事判决第一项；变更一审法院民事判决第二项为：周花花在本判决生效后十日内返还李大壮彩礼款 16 万元，支付李大壮夫妻共同财产分割款 2 万元，并驳回了李大壮的其他上诉请求。

对此，该案的审判长、郴州市中级人民法院法官李程表示，李大壮和周花花结婚后，因李大壮在外打工，双方实际共同生活时间才 1 个多月，尚未形成稳定共同生活状态，李大壮给付彩礼的目的尚未全部实现，且对于离婚不存在明显过错，相对于其家庭收入来讲，彩礼数额过高，给付彩礼已造成较重的家庭负担。判决酌情返还部分彩礼，能够较好地平衡双方当事人间的利益，引导树立正确的婚恋观，倡导形成文明节俭的婚礼习俗，让婚姻始于爱，让彩礼归于"礼"。

《规定》第五条规定："双方已办理结婚登记且共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院一般不予支持。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，人民法院可以根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。人民法院认定彩礼数额是否过高，应当综合考虑彩礼给付方所在地居民人均可支配收入、给付方家庭经济情况以及当地习俗等因素。"湘潭大学

法学院教授李云霖表示，本案中，案涉彩礼数额过高，并且李大壮对离婚也没有过错，法院酌情确定周花花返还李大壮 16 万元并无不当。婚后李大壮给周花花转账 3.99 万元，李大壮要求返还，实际是分割夫妻共同财产，对此确定李大壮分得夫妻共同存款 2 万元，也是按照《中华人民共和国民法典》第一千零八十七条第一款“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决”的规定处理。

李程表示，基于彩礼给付的特定目的，一般情况下，双方已办理结婚登记手续并共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院不予支持。但是，也要看到，给付彩礼的目的除了办理结婚登记这一法定形式要件外，更重要的是双方长期共同生活。因此，共同生活时间长短、彩礼数额、双方过错等应当作为确定彩礼是否返还以及返还比例的重要考量因素。

协议离婚时自愿“净身出户”可以反悔吗？法院：离婚协议合法有效 非因合法理由不得随意撤销

2023-12-19 上海市高级人民法院

https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDMzNzMyMyZ4aDOxJmxtZGO9bGO1MTkPdcssz&zd=xwzx

男子“出轨”后与妻子协议离婚，选择“净身出户”并将夫妻共有房产份额赠与妻儿，15 年后却又反悔要求追回。离婚协议可以“反悔”吗？哪些情况下可以撤销离婚协议相关约定？

【案情回放】

2007 年，赵先生因自己婚内出轨与妻子张女士协议离婚，他们的儿子小赵虽已成年，但体弱多病，需要母亲长期照料。双方在离婚协议中约定，赵先生自愿放弃属于自己的 50%房产份额，房产归张女士和儿子所有。之后数年，各方未办理房屋产权过户登记手续。

2013 年，小赵因病去世，生前写下遗嘱，将前述房产中属于自己的份额及其他财产全部留给母亲张女士。

2022 年，晚年生活并不幸福的赵先生找到张女士，希望张女士将原属于他的房屋产权还给他，以便自己安度晚年。张女士愤而拒绝，诉至上海市虹口区人民法院（以下简称“虹口区人民法院”），要求确认享有房屋全部产权，赵先生配合办理产权变更登记手续。

赵先生认为，离婚协议系合同关系，且已过两年诉讼时效，儿子去世房产并未办理过户，因此赠与并未完成，自己有权要求撤销赠与。

【以案说法】

虹口区人民法院经审理认为，第一，本案属于确认物权归属纠纷，协助办证请求具有物权属性，不适用诉讼时效期间的限制；第二，离婚协议书兼具身份、财产属性，以双方达成离婚为目的，具有整体性，并非单纯的单方赠与，不能任意撤销；第三，小赵所立遗嘱合法有效。考虑到遗嘱与房屋的关联性，法院将所有权确认与遗嘱继承一并处理，判决上述房产归张女士一人所有，赵先生配合办理房屋产权变更登记手续。

近年来，夫妻签署离婚协议和平离婚的现象越来越多，有时一方为了达到快速离婚的目的，选择让渡自己的财产权利，自愿签下“净身出户”的离婚协议。本案即是典型的对“净身出户”反悔

引发的纠纷，案件争议焦点在于张女士的诉请是否已过诉讼时效以及赵先生能否撤销离婚协议中的赠与。

一、分割共有房屋的诉讼时效问题

根据《中华人民共和国民法典》规定，民事诉讼一般情况下时效期为三年，法律另有规定的依照其规定。诉讼时效的规定并非为了鼓励债务人拖延义务履行，也非鼓励债务人不劳而获，不履行债务，而在于通过适当的限制，督促当事人积极行使权利，进而稳定相关民事权利义务关系，以达到维护社会关系和秩序稳定的作用。

而在本案中，双方自愿离婚协议中已对夫妻共有房屋进行了处分，张女士离婚后要求分割离婚之时并未分割的共同财产，是在行使物权请求权，不应适用诉讼时效。

二、离婚协议合法有效，非因合法理由不得随意撤销

考量“净身出户”离婚协议的效力，应从夫妻双方在签订协议时的行为能力、是否为真实意愿、有无其他违法、违背公序良俗等因素进行考虑，若双方均具有签署离婚协议的主体条件，自愿签字认可协议内容，协议内容不违反限制性规定，则应认定合法有效，对双方具有法律约束力。

离婚协议，系男女双方在综合考虑各种因素的基础上，对婚姻关系的解除、子女抚养、共同财产分割、共同债权债务处理等对人身和财产问题作出的概括性解决方案，是双方为换取同意离婚而承诺履行的义务，其条款相互影响，构成统一的整体。其中离婚协议约定给予另一方或共同子女财产，通常与解除婚约关系、子女抚养、共同财产分割等互为前提与条件，一旦登记离婚条件达成，“净身出户”的承诺就生效。该约定不符合赠与合同无偿性的特征，不能适用普通赠与合同的任意撤销权。

三、离婚协议的签订应当慎重，避免一时“上头”后的反悔行为

婚姻不易，离婚也并非儿戏。夫妻双方一旦决定协议离婚，在子女抚养、财产分割等问题上一定要在慎重考虑后，谨慎签订离婚协议，尽量避免签订离婚协议后再反悔的情况。一时的“上头”签下协议，事后再反悔，不仅有违诚实信用原则，法律对这种反悔行为也是坚决说不。与此同时，一旦离婚协议签订成功，对于相关财产的分割应尽快处理，以免今后再发生新的纠纷和矛盾。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》

第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

第一百九十六条 下列请求权不适用诉讼时效的规定：

（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；

（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；

（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；

（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。

第二百三十四条 因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

第一千一百二十三条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

第一千一百三十四条 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

（案例编写：虹口区人民法院 曹艳梅 朱永好 郁玥）

（八）共有物分割案例

女儿以留学为由要求分割房屋 法院：不存在分割共同共有不动产的约定或法定情形

2024-01-08 上海市高级人民法院

https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDM0MzI3MyZ4aD0xJmxtZG09bG01MTkPdcssz&zd=xwzx

女儿因留学、择业等问题，与父母产生矛盾。后，因留学资金等问题，女儿要求分割与父母共有的房屋，以获得折价款。

近期，上海市宝山区人民法院（以下简称“宝山区人民法院”）审结了这样一起共有纠纷案件。

共同共有的房屋是否可以分割析产？人民法院是否会支持？

【案情回放】

小田是田先生夫妇的独女。她的爷爷、奶奶老宅动迁后获得位于宝山区的一套房屋。在小田 16 岁时，房屋变更登记为田先生夫妇和小田三人共同共有。爷爷去世后，房屋由奶奶一个人居住至今。

2021 年，小田因留学、择业等问题和父母发生矛盾，开始离家在外租房生活。小田想要分割共有的房屋，但父母拒绝出售或者将小田在房屋中的份额买下，同年 7 月，田先生夫妇和小田签署了一份《协议》，《协议》约定待小田奶奶“百年”后，父母和小田会将上述房屋出售，小田会分得相应房款。

小田表示，出国留学是自己多年梦想，父母却不肯提供资金帮助。她曾提出将上述房屋共有部分出售或由父母出资购买小田份额部分，但父母坚决不同意。于是，小田诉至宝山区人民法院，以急需资金留学、生活等为由，请求分割上述房屋，判决该房屋归田先生夫妇所有，由田先生夫妇共同向小田支付房屋价值三分之一的折价款。

庭审中，被告田先生夫妇辩称，涉案房屋属于三人共同共有，自三人取得房屋产权起至今，家庭关系没有变化，没有丧失共有基础，也没有需要分割的重大理由。而且，近年来，他们一直在帮助小田偿还各种借款、支付各种费用共计 50 余万元。他们还为小田积极联系留学学校，但小田因不满意学校排名等问题拒绝，目前夫妻二人也无力支付取得房屋后的折价款，因此不同意小田的诉请。

【以案说法】

宝山区人民法院审理后认为，根据《中华人民共和国民法典》第三百零三条规定，本案房屋目前不存在分割的约定或者法定情形。

首先，原被告取得本案房屋后权利登记情况为共同共有，三人的家庭身份关系并未发生变化，本案不符合共有基础丧失的情形。其次，小田以留学、生活等为由要求分割房屋并无充分证据证明，且即使理由客观存在，也不属于共有物分割的重大理由。最后，房屋原产权人奶奶仍实际居住在内，原被告双方曾约定等到奶奶“百年”后才涉及房屋出售问题。目前双方当事人都表示无力支付对方折价款，因此本案房屋目前亦不宜进行分割。

综上，宝山区人民法院判决驳回了原告小田的全部诉讼请求。

一、发生矛盾是分割共同共有房屋的合理理由吗？

与按份共有关系不同，共同共有的不动产或动产以特殊人身关系为基础，并非简单基于出资购买行为和出资份额形成。对于共同共有的财产，以不允许分割为原则、允许分割为例外。

此外，根据民法意思自治原则，对于共同共有财产的分割有约定从约定。共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定。若在没有约定或约定不明确情况下时，共同共有人只有在“共有的基础丧失”或者存在“重大理由”需要分割时才可以要求进行分割。

本案中，首先，原被告曾达成协议，房屋的实际居住人奶奶去世后才考虑处分房屋，目前约定的分割条件并未成就；其次，原被告家庭关系并未发生变化，共同共有房屋的基础并未丧失；最后，小田所提分割理由并非“重大理由”。

二、“共有的基础丧失”指哪些情形？

共有的基础丧失，是指形成共同共有的基础关系消灭，如离婚、家庭共同体的解体、遗产继承分割等情形，而父母子女关系不因双方之间有矛盾隔阂、未共同居住生活等而丧失。

本案中，原被告取得房屋后权利登记情况为共同共有，三人的家庭身份关系并未发生变化，共同共有的特点即在于共同共有时不区分彼此份额，避免共有人之间发生利益冲突，以保护共有所依赖的特定关系及共有人之间的感情联系。

三、“重大理由”是指哪些理由？

除了共有的基础的丧失这一情形，存在重大理由亦为“无约定或约定不明”情况下共同共有财产分割的理由之一。重大理由，通常是指如果不分割共有物可能对共有人的利益产生重大影响，或者可能对共有财产产生重大损害的情形，分割具有“紧迫性”和“必要性”。例如，患有重大疾病需要分割析产取得医治费用，需要分割取得基本生活维持费用以及其他共有人存在损毁、变卖、转移、挥霍共有财产等行为，不分割会损害共有人财产利益等理由。

此外，即使存在约定不得分割共有财产的情况，但确实有重大理由成立的，亦可对共同共有财产进行分割。本案中，小田提出的留学支出、负债多、在外租房房租等情况并非重大理由范畴。

四、“共有”的不仅是房屋，还有亲情

事亲则慈孝。“仁爱孝悌”是中华民族的传统美德。子女一方，应当尊重和善待父母，履行赡养扶助父母的义务，感恩父母长久地付出，体谅父母的不易，成年后更应自立自强、对自己负责，实现自我价值。父母威严而有慈。父母一方，在子女的成长过程中也需要注意教育和沟通的方式方法，尊重子女的自主性和独立性。

家和万事兴。家庭成员之间应弘扬“为人子，止于孝；为人父，止于慈”的中华民族传统美德，合力共塑良好和谐的家庭关系及文明友善的核心价值观。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》

第三百零三条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。

（案例编写：宝山区人民法院 周羚敏 郑杰 ）

（九）恋爱分手纠纷案例

分手后，我买的房子怎么成了她的？｜青法说案

原创：2024-02-26 上海青浦法院 上海青浦法院
https://mp.weixin.qq.com/s/Bm6vvHajnyQpvswBKR-GlA

讲述法治故事，传播法治声音。上海青浦法院官方微信推出**“青法说案”**栏目，聚焦社会民生，选择身边案例，以通俗生动语言，讲述发生在百姓身边的法治故事，向社会释法说理。

仪表堂堂的李某
是 60 后外籍人士
与 80 后的张某一见倾心
不久后，两人确立了恋爱关系
为了稳固爱情
李某在 2014 年购买了一套商住房
并将房屋登记在张某名下
不料，若干年后两人分道扬镳
因房子的归属闹上法庭
人民法院最终把房子“分”给了谁？
（文中所涉人物名称均为化名）

案情回放

2014 年，李某出资 91 万元全款购买一套商住房，但当时因其外籍身份不具备购房资格，因此李某将该房屋登记在张某名下。若干年后，两人分道扬镳。分手后，李某坚持认为自己是房屋实际权利人，多次要求张某返还该房屋，但遭到拒绝。

李某诉称

该房屋的购房款、税费均由自己支付，张某对此事是认可的。张某曾在电话中多次要求不要将房屋挂在其名下，房屋虽登记在张某名下，但本质是代持行为，双方之间系“借名买房”，房屋实际权利人仍是自己。因此，张某应向自己返还购房款、购房税及房屋增值部分共计 124 万余元。

张某辩称

不同意李某的全部诉请。1. 房屋不动产登记簿上登记的权利人是自己，房地产权证也是由自己保管；2. 该房屋所涉及的租赁事宜、水电煤等生活费用都是由自己负责；3. 双方之间系赠与法律关系；4. 房屋性质属于小户型商住房，不存在增值的情形。

法院认为

本案的争议焦点是在“借名买房”与“赠与关系”二者之间进行区分判断。

➤ 首先，本案中，双方并未签订书面代持协议，李某提供的证据**不足以证明张某是代其持有涉案房屋**。基于此，“借名买房”关系尚未达到高度盖然性，故人民法院不予支持李某主张房屋为张某代为持有的意见。

➤ 其次，本案中，**李某明确否认涉案房屋是对张某的赠与**，张某亦未举证证明李某曾向其作出过赠与的意思表示，双方也确未签订过书面赠与合同，张某主张双方系赠与关系难以成立。

原、被告双方态度强硬，互不相让，案子的审理曾一度陷入僵局。经主审法官耐心劝导、反复沟通及释法明理，最终李某与张某达成调解，房屋仍归张某所有，由其另行补偿李某 60 万元。

法官说法

“借名买房”又称房屋代持，是指借名人（实际购房人）出于规避限购政策、减免购房款等原因不直接持有房屋，与出名人（登记权利人）协商一致，以出名人的名义持有该房屋，但该**房屋的实际权益仍归借名人所有**的行为。代持协议是判断“借名”买卖合同关系是否存在的核心所在，在没有书面代持协议的情况下，“借名买房”需要合理的借名原因，购房手续办理完毕后的**相关单据、证件应由借名人保管**。此外，相关买卖合同、契税发票、维修基金收据、还贷手续、原始房屋产权证等均应在借名人手中保管。

根据**《中华人民共和国民法典》第六百五十七条**规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与合同是单务合同，也是诺成合同，**赠与人作出明确的赠与意思表示是赠与合同成立的必要要件**。

当事人从事民事法律行为，须以真实意思表示为内核，尤其围绕价值高昂的房屋所开展的法律行为时更应审慎。真正能够证明、保障己方的真实意思，往往应落笔于“白纸黑字”上。

撰稿 | 周磊杰
主审法官 | 庞建琴
编辑 | 崔缤予

（十）赠予合同案例

丈夫婚内为第三者一掷千金，财产如何“完璧归赵”？

2024-02-27 北京市第三中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/dhFLkmKY6WbnOhKCFXKvRQ

夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，原则上为夫妻的共同财产，归夫妻共同共有。婚姻生活中，有时存在夫妻一方未经另一方同意，或在另一方不知情的情况下，擅自处分夫妻共同财产的事例，甚至可能发生将夫妻共同财产赠与婚外异性的“不忠行为”。遭遇此类情况的配偶应当如何运用法律武器维护自身合法权益？让我们通过以下这个案例，了解法院对相关行为是如何认定的。

基本案情

李女士与丈夫胡先生结婚十年，夫妻感情很好。随着胡先生的事业稳步发展，出差频率也随之提高，李女士对此并未放在心上，只是发现丈夫不知何时开始热衷于抱着手机刷短视频。

直到有一日，李女士发现胡先生名下银行账户有一笔数百万元款项的转出记录，而收款人竟是胡先生常用短视频平台的一名年轻主播。

在李女士的责问之下，胡先生方才承认，其在不久前已与该名主播金女士发展为男女朋友关系，并时常以出差为由前往金女士的居住地，为了向金女士示好，胡先生已向金女士及金女士的母亲共转账近四百万元用于金女士购房和装修，用上述资金购买的房屋已经登记在了金女士的名下。

李女士震惊于丈夫瞒着自己擅自处分了巨额夫妻共同财产的事实，无奈之下将金女士和其母亲诉至法院，要求返还全部款项。

法庭上，金女士抗辩称，自己是抱着发展结婚对象的目的与胡先生交往，并不知晓胡先生已婚，不存在插足他人婚姻的故意，而且她作为主播收入颇丰，与母亲收受赠款也是为了考验胡先生对她的感情而并非图财，因此不应当返还款项。胡先生作为第三人参加了诉讼，除了承认自身的过错外，其还表示金女士一开始就知道他的婚姻状况，对此并未提出异议。

法院判决

法院经审理认为，胡先生名下的财产应属于夫妻共同财产，夫妻对共同财产有平等的处分权，胡先生未经配偶李女士同意，擅自将巨额夫妻共同财产赠与婚外异性，构成无权处分，且其违背夫妻忠实义务赠与钱款的行为违背公序良俗，赠与行为无效。金女士虽主张对胡先生的婚姻状况不知情，但结合二人之间的显著年龄差距、实际交往时间仅几个月、金女士在交往前即收受百万元赠款并用于消费等事实，难以认定金女士尽到了审慎的注意义务，不符合男女正常交往的情形，因此法院对金女士的抗辩意见不予采信，并最终判令金女士和母亲全额返还收受的赠款。

法官提示

民法典第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。根据民法典第一千零六十二条之规定，夫妻共同财产，归夫妻共同所有。因此，夫妻在处分共同所有的夫妻共同财产时，应平等协商、合理支配。

所谓的夫妻共同财产共同所有，指的应是夫妻双方不分份额地对夫妻共同财产的整体享有概括性的权利，在未对夫妻共同财产进行分割的情

况下，不能机械地将这一规定理解为夫妻对共同财产的一半份额享有独立支配权。因此，夫妻一方擅自处分夫妻共同财产的行为，构成无权处分，未经另一方事后追认的，处分行为无效，尤其当此种无权处分行为还存在违背社会公序良俗的情况时，同样会导致行为被认定为无效。在处分行为无效的情况下，取得财产的第三方应当将财产全部返还。

需要注意的是，擅自处分夫妻共同财产的概念与家事代理制度并不冲突。民法典第一千零六十条第一款规定，夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。所以在婚姻生活中，夫妻出于日常家庭生活需要而产生的支出与花销，任一方均可以正常处分和支配。这也体现了我国法律对维持家庭经济秩序和社会生产生活秩序之间利益平衡的作用。

法官心得

民二庭法官 张慧

家庭是构成社会生活的基本单位，婚姻家庭的稳定和幸福影响着社会的平稳运行和繁荣发展。因此，破坏婚姻关系并由此侵害夫妻共同财产权的行为，背离了公众普遍认可的基本道德和善良风俗，法律对此明确予以否定性评价。在物质与精神生活迅捷发展的背景下，社会交往的复杂程度也随之提升，相关判决有利于指导人们如何规范个人与他人的人际关系，将公序良俗的基本原则融入日常生活的尺度中，更好地经营夫妻感情和家庭生活。

特别提示，对于无过错的配偶而言，如果在婚姻关系中发现另一方存在不正当交往并侵害夫妻共同财产的行为，除了依法要求第三者返还相关财产之外，还可以援引以下法律规定进行救济：婚姻关系存续期间，如果一方存在挥霍夫妻共同财产的行为，另一方可以向法院请求分割财产；在离婚分割夫妻共同财产时，对存在上述行为的一方可以少分或者不分财产。

供稿：民二庭　张慧 张韵可

编辑：组宣处

四、继承

不动产继承登记，迎来重要突破！

2024-02-02 光明网

https://mp.weixin.qq.com/s/NODvShQkOyfpQrkkKyv1Bw

法律关系复杂、证明材料难审查、登记错误赔偿风险大等造成继承登记“办证难”，这一不动产登记的堵点、痛点将被有效突破。

自然资源部自然资源确权登记局副局长赵燕 2 月 1 日在新闻通气会上说，非公证继承涉及的不动产登记一直是堵点和痛点，影响了不动产登记便民利民和产权保护功能发挥。近日，自然资源部会同国务院国资委、税务总局、金融监管总局印发《关于进一步提升不动产登记便利度促进营商环境优化的通知》，推出 8 条改革举措，促进营商环境优化，支撑经济高质量发展。解决继承登记“办证难”问题，是一项重要突破。

据介绍，非公证继承不动产登记专业性强、法律关系复杂，存在亲属及继承关系证明材料获取难、继承材料真伪审查难、询问工作开展难、登记错误导致赔偿风险大等难题。此次，自然资源部等四部门多方面发力，优化继承登记办理流程。

例如，在办理相关不动产登记业务中，对法定继承的，由全部法定继承人共同查验继承材料；对遗嘱继承的，由全部法定继承人共同查验遗嘱的有效性及是否为最后一份遗嘱；对受遗赠的，由全部法定继承人和受遗赠人共同查验继承材料；全部法定继承人查验继承材料，有第一顺序继承人的，第二顺序继承人无需到场；提供放弃继承权公证书的，该继承人无需到场。

值得注意的是，遗产管理人制度被正式引入。民法典实施后，上海、重庆等地率先引入遗产管理人制度，使不动产继承登记在有效率的同时，也有“温度”。新修订的民事诉讼法也与民法典有效衔接，对此作出特别规定。引入这一制度，精简了办理流程，压缩了办理时间。

四部门有关负责人还就全面推进“全程网办”、创新项目建设全生命周期登记服务、提高涉企登记服务水平、强化登记和税务、金融高效协同、拓展预告登记覆盖面、健全化解历史遗留问题长效机制、深化队伍作风常态化建设等做了深入解读。

责编：岳沛　编辑：李佳琦

来源：新华社

调查研究丨《人民司法》刊登市中院《遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则》案例

2023-03-23 张家口法院

https://mp.weixin.qq.com/s/zBGJczBwfZ4y8Q17_zF7BA

《人民司法》2023 年 2 月（总第 988 期）刊登市中院《遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则》案例。

原文如下：

遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则

赵 洲 师云霄

【裁判要旨】

立遗嘱人在遗嘱中处分房屋给继承人后，又同意拆迁房屋并获得补偿款，应被视为其在立遗嘱后又以行为作出了与立遗嘱时相反的意思表示，并导致了房屋的灭失。遗嘱人遗嘱中所涉标的物被拆迁后所获得的补偿金与原标的物为不同的物，该补偿金属于遗嘱人立遗嘱后新获得的财产。遗嘱人未明确表示房屋拆迁的对价及补偿金的处分意愿，不能将补偿金作为遗嘱标的物的变更而进行遗嘱继承。

【案号】 一审：（2021）冀 0702 民初 2337 号 二审：（2022）冀 07 民终 1153 号

【案情】

原告：张某甲、张某乙、张某丙。

被告：张某丁。

张某与刘某系夫妻关系，共生育子女四人，分别为长子张某丁，长女张某甲，次女张某乙，三女张某丙。刘某于 1997 年 3 月 10 日因病去世，张某于 2020 年 9 月 18 日因病去世。刘某生前居住在位于河北省张家口市桥东区建设东街 35 号某室。张某在该房屋居住至房屋拆迁，后租住在桥东区某小区。2016 年 10 月 11 日，张某与桥东区住房和城乡建设局签订了房屋征收补偿安置协议书，约定桥东区人民政府征收张某上述房屋，张某同意采取货币安置的方式进行安置，各项补偿费用 80 万元。桥东区住房和城建局及张某均在协议落款处盖章、签字。经查，张某名下河北银行卡显示，2017 年 12 月 20 日，其名下收到拆迁补偿款 80 万元，该笔款项于 2018 年 2 月 6 日全部支取。张某名下邮政储蓄银行卡 2017 年 12 月 18 日收到拆迁款 25 万元，该款项于 2018 年 2 月 9 日支取出 22 万元。

张某丁提供了张某签名的嘱托备忘录一份，内容为：本人现在年事已高，名下财产只有本市建设东街 35 号某室不足 70 平米楼房一套。为避免儿女之间相互猜忌产生矛盾，故特立此嘱托，提前明确一下本人决定。老伴生前曾向家人多次明确表示，将此房留给孙子作为结婚之用……我愿遵从老伴遗愿，将名下属于我俩的共有房产全部留给孙子，立此为证。此内容为打印体，张某在本页右下方签名并签署日期，同时在打印体下方手写“希望我的儿女们生活幸福美满”。张某甲、张某乙、张某丙要求按照法定继承分割房屋拆迁款，张某丁认为房屋拆迁款已由被继承人遗嘱处分，不同意分割。于是，张某甲等三人诉至人民法院。

【审判】

河北省张家口市桥东区人民法院经审理，判决驳回原告的诉讼请求。一审宣判后，张某甲等三人提起上诉。张家口市中级人民法院经审理，撤销了一审判决；判决张某丁在本判决生效后 10 日内给付张某甲、张某乙、张某丙房屋拆迁继承款各 26 万余元；驳回张某甲等三人的其他诉讼请求。

【评析】

房屋继承与物权变动密切相关。房屋拆迁后获得的补偿金性质的司法认定、自书遗嘱与打印遗嘱形式混搭情况下的司法认定，足以影响各方当事人的实质利益。本案从弘扬社会主义核心价值观出发，强调在房屋被拆迁导致物权消灭由此转化为拆迁款的情况下，视为被继承人对遗嘱的撤回并要求订立新的遗嘱，树立了以处分财产部分的遗嘱形式来认定遗嘱性质的裁判规则。在遗嘱处分房屋、房屋拆迁补偿款的裁判规则上，严格遵循物权变更、转让及消灭的法理，为处理类似纠纷提供了一定的借鉴与参考价值。同时，在司法层面上保护老年人财产权利，既要考虑遗产饱含着情感因素以及继承人对被继承人由遗产而延伸的情感追思和家风家教传承，又要考虑遗产代表财产权益，要充分尊重老年人生前真实意愿，依法保障老年人遗产利益。

一、房屋被拆迁后获得补偿款性质的司法认定

依据物权标的物特定原则，即一物一权原则，遗嘱人在遗嘱中将标的物处分给他人后，又以补偿协议形式同意将标的物拆迁，应视为其在立遗嘱后又以行为作出了与立遗嘱时相反的意思表示，视为对遗嘱相关内容的撤回，需要订立新的遗嘱。若遗嘱人在明知原有财产灭失或者财产形态发生明显变化的情况下，没有订立新的遗嘱，应当视为遗嘱人不愿意按照原遗嘱的内容来处分变化后的财产，应当认定为以自己的行为撤回了原有的遗嘱，故不能按照原遗嘱内容处分遗嘱财产的替代物。本案中，张某留有的嘱托备忘录落款时间 2013 年 2 月，与桥东区政府达成房屋征收与补偿安置协议的时间是 2016 年 10 月 11 日。2017 年 12 月，拆迁款到账。依照民法典第一千一百四十二条规定，“立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回”，房屋拆迁款应当作为遗产予以分割。

二、房屋继承理念与物权变动原则的融合与统一

有观点认为，在遗嘱人未作出新遗嘱的情况下，房屋拆迁款应当作为房屋的替代物进行遗嘱继承。这种观点缺乏物权变动理论支撑。房屋被拆迁的行为实质上导致房屋物权的消灭，如果将拆迁款作为替代物，就会违背物权变更、转让及消灭的法理。房屋标的物与房屋拆迁款本身是不同的物，遗嘱人未立新遗嘱，房屋拆迁款按照遗嘱继承缺乏遗嘱人的意思表示。所以，在房屋被拆迁导致物权消灭由此转化为拆迁款的情况下，视为被继承人对遗嘱的撤回并要求订立新的遗嘱。本案裁判观点兼顾合法性与合理性，较好地实现了法律效果与社会效果有机统一，为处理类似纠纷提供了一定的借鉴与参考价值。

三、打印遗嘱与自书遗嘱混搭情况下的司法认定

遗嘱既有打印部分又有自书部分的，应以实际处分财产的部分来认定是打印遗嘱还是自书遗嘱，从而认定遗嘱人的真实意愿和遗嘱效力。本案中，被继承人张某嘱托备忘录既有打印内容，又有手写内容，但是对财产的处分内容为打印部分。对此类遗嘱要根据打印遗嘱形式要件进行审查。根据民法典第一千一百三十六条之规定：打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。此份备忘录缺乏两个以上见证人在场见证并签名，所以，人民法院未认定此份嘱托备忘录的证据效力。

（文中当事人均为化名）

来源丨研究室

编辑丨龚泽钰

手握遗嘱，切莫错过遗赠的“关键六十日”

2023-02-23 法治日报
https://mp.weixin.qq.com/s/n_LR5Jjn5QHxUkn1U2Qang

“遗嘱经过鉴定，明确表示房屋由我个人继承。”

“你是在知道这事后过了八十天，才说愿意接受遗赠，这已经过了法律规定的六十日的最长期限。”

握有遗嘱，却险“丢”一套房，就因矛盾双方对遗赠的“关键六十日”从何时计算产生了争议。对此，北京市石景山区人民法院对此案审理后认为，法律规定被遗赠人在知道受遗赠后六十日内，应作出接受受遗赠的表示，该“六十日”的起算点在本案中应为“遗赠人死亡之日”。

据了解，李老太与王大爷原系夫妻关系，育有大儿子王强和二儿子王晓二人。2010 年 7 月 1 日，王大爷去世。2022 年 7 月 3 日，李老太去世。

老人去世后不久，王强的女儿王婧将王强、王晓诉至法院，要求继承李老太单独所有的房屋。王婧称，李老太于 2022 年 5 月 7 日订立自书遗嘱，将该房屋指定由她继承。同时，她在 2022 年 7 月 5 日李老太的葬礼上出示了遗嘱，并于 2022 年 7 月 24 日通过王强向王晓出具了书面接受遗赠声明。

对此，王强同意把房屋过户给王婧，但王晓坚决反对。王晓称，一方面他不认可遗嘱的真实性，另一方面他认为王婧就在李老太订立遗嘱的现场，知晓遗嘱的内容，但王婧过了八十天才作出接受遗赠的表示，应视为放弃接受遗赠。

为证实该遗嘱真实性，王婧申请对该遗嘱是否为李老太所写进行鉴定，并提供李老太立遗嘱时视频佐证。后鉴定机构出具鉴定意见书，载明：案涉遗嘱内容与李老太样本字迹是同一人所写。

石景山法院经审理认为，案涉遗嘱经鉴定认定系李老太自己书写，符合自书遗嘱相应要求，应认定合法有效。在此基础上，本案的争议焦点为王婧作出接受遗赠的表示，是否在法定期限内。根据法律规定，继承从被继承人死亡时开始；自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人；被遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

法院认为，遗赠是遗赠人死后生效的法律行为，将财产赠与他人的意思表示虽然是遗嘱人在生前作出的，但只有在遗赠人死亡后该遗赠才发生法律效力。故如果被遗赠人在遗嘱人生存时即已知道受遗赠的事实，其也无法作出接受遗赠的表示，此种情况下，其接受遗赠的起算点应当是被继承人死亡之日。据此，王婧于 2022 年 7 月 24 日表示接受遗赠，并未超出法定期限。即便以李老太作出遗嘱之日为计算点，王婧也于 2022 年 7 月 5 日李老太葬礼当天向王晓出示过案涉遗嘱，可视为以行为表示接受遗赠，亦未超出法定期限。

据此，法院判决李老太名下的相关房屋由王婧继承所有。

法官提示

错过“六十日”即视为放弃接受遗赠

在大众认知中，只要遗嘱合法有效，被遗赠人就能按照遗嘱的内容取得对应的遗产。但实际上，如果立遗嘱人设立遗嘱将财产赠与给法定继承人以外的人，还需要被遗赠人在知道受遗赠后六十日内，作出接受受遗赠的表示。被遗赠人到期没有表示的，视为放弃接受遗赠。此时，被遗赠人就

不能取得被遗赠的财产，被遗赠的财产将按照法定继承的规则进行分配。

实践生活中，手握遗嘱的被遗赠人由于错过“关键的六十日”而丧失被遗赠权的情况并不少见。既然把财产遗赠给被遗赠人是立遗嘱人的真实意思，为何法律还要对被遗赠人设立“六十日”的期限限制？对此，法官解释称，一般而言遗赠对被遗赠人有益，但即使有益，也不能违背被遗赠人的意思而强制使其受益。遗赠人作出赠与的意思表示，被遗赠人需要接受方可，法律不宜强迫当事人达成合意，故不宜推定被遗赠人不作出接受遗赠表示即视为接受。

“关键的六十日”从何时起算？法官表示，应以被遗赠人在遗赠人死亡之前或之后知晓遗赠之事作区分，“六十日”起算点可以分为以下两种情况：一是被遗赠人在遗赠人死亡后才得知遗赠之事，则起算点当然为“被遗赠人知道受遗赠之日”；二是被遗赠人在遗赠人死亡前已得知遗赠之事，此时起算点存在“遗赠人死亡之日”和“被遗赠人知道受遗赠之日”两种可能，此时应以遗赠人死亡为生效条件，即遗赠人在生前以遗嘱形式作出的遗赠意思表示在遗赠人死亡后才发生法律效力，对于该种情形，“六十日”的起算点应为“遗赠人死亡之日”。

作者丨法治日报全媒体记者　徐伟伦　通讯员 李佳桐
来源丨法治日报
编辑丨宋胜男 张博　罗琪

陈徐安黎 ｜ 赠与人任意撤销权的继承问题研究

原创：2023-02-28　人民司法杂志社　陈徐安黎
https://mp.weixin.qq.com/s/zoXrwdQ6cfFwl8JKt0PCzQ

本文刊登于《人民司法》2024 年第 2 期
作者：陈徐安黎
作者单位：上海交通大学

内容提要

被继承人在生前订立赠与合同但未实际履行的，赠与人能否行使民法典第六百八十五条规定的任意撤销权，涉及合同法与继承法的双重考虑，核心在于赠与合同的任意撤销权是否具有人身专属性。继承原则上不增加继承人的义务，因赠与人死亡而赋予受赠人额外的优越地位不具有正当性，否定继承人任意撤销权的观点也难以解释受赠人合同履行请求权的来源。原则上应肯定继承人对于赠与合同的任意撤销权，防止赠与合同长期处于待履行状态。回归任意撤销权的立法基础，继承人行使任意撤销权不能突破被继承人的意思表示。在被继承人生前已明确表示愿意继续履行合同的情况下，应禁止继承人行使任意撤销权，例外地赋予受赠人合同履行请求权。

目次

引言
一、关于赠与人任意撤销权继承问题的两种学说
二、赠与合同撤销权的人身专属性检视
三、赠与人意愿和受赠人利益保护
结语

引言

民法典第六百五十八条第一款赋予赠与人任意撤销权，除第二款规定的少数情形外，赠与人均可在赠与财产的权利转移之前撤销赠与。但对于赠与人的继承人能否继承任意撤销权，并撤销被继承人的生前赠与，民法典未作出规定。

实践中对此争议较大，部分地方法院的司法文件中允许继承人行使任意撤销权，但在当地的司法实践中并未得到完全执行。比如，北京市高级人民法院《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》第 27 条规定：“被继承人生前签订赠与合同约定将财产赠与受赠人，死亡时尚未履行的，受赠人有权请求继承人履行赠与合同；继承人有权按照《中华人民共和国合同法》第一百八十六条撤销该赠与合同。”但北京市第二中级人民法院的多份裁判文书中都未依据此精神进行裁判，而是认为“赠与财产转移之前对赠与合同的任意撤销权应由赠与人本人行使，或者在继承人证明是赠与人真实意思表示的情况下，可由继承人行使任意撤销权”。

目前，对于赠与人的继承人能否行使任意撤销权，存在着两种截然对立的观点，严重影响了司法实践中的裁判统一。笔者拟从实践争议入手，梳理赠与人任意撤销权的性质和立法目的，对任意撤销权是否可以继承进行分析，在检视既有观点的基础上，为司法实践中妥善处理任意撤销权的继承问题提供可行进路。

一、关于赠与人任意撤销权继承问题的两种学说

（一）继承人任意撤销权肯定说

肯定继承人具有任意撤销权的理由主要有 6 点：

一是赠与人的任意撤销权不具有人身专属性，可以随本权转让或由继承人继承。

二是在概括继承的情况下，继承人继受的是被继承人的整体财产，包括因赠与合同而产生的债务以及附在合同上的任意撤销权。

三是赠与合同是一种单务合同，对赠与人财产而言是一种负担，赋予赠与人任意撤销权，表明立法允许财产权利人根据自己的意思去除这种负担，而当被继承人死亡时，继承人自动成为财产所有人，此时财产的归属与其密切相关。

四是比较法上生前赠与给付劣后于被继承人的一般债务。

五是赠与合同在赠与人死亡后自动终止，继承人无需代替赠与人履行。

六是赠与合同是实践合同。这一观点主要是基于最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》（以下简称民通意见）第 128 条关于赠与关系成立以赠与物交付为准的规定。

其中第二点和第三点理由实际上是对第一点中非专属性的补充说明，即无论是从合同权利义务的概括转移还是从财产的概括继承而言，赠与合同的任意撤销权均不具有专属性。

在肯定继承人任意撤销权的前提下，也有学者主张该撤销权相较于赠与人本人而言应受限制，比如在赠与人明确表示放弃任意撤销权、赠与附义务以及赠与人系为履行自然债务而为赠与这 3 种情况下，继承人不得行使任意撤销权。同时，死因赠与准用遗赠的规则，亦不得主张任意撤销权。

（二）继承人任意撤销权否定说

部分法院在裁判中不支持继承人享有对被继承人已缔结赠与合同的任意撤销权，主要有 3 点理由：

一是任意撤销权具有专属性，仅限于赠与人本人行使。

二是从文义解释和体系解释的角度上看，民法典第六百五十八条中规定可以行使任意撤销权的主体为赠与人，而民法典第六百六十四条将特定情况下的法定撤销权赋予了赠与人的继承人和法定代理人，因此二者应当作区别性解释，任意撤销权的主体仅为赠与人本人，继承人仅能主张民法典第六百六十四条中的撤销权。

三是允许继承人享有任意撤销权将使受赠人的利益无法得到任何保障，也违背赠与人的本来意愿。而第二点和第三点理由本质上是对第一点理由的具体解读和增强论证。否定说中也存在例

外情形，即若撤销赠与是赠与人生前的真实意思时，允许继承人行使任意撤销权。

（三）肯定说与否定说的核心争议

从肯定说和否定说的结论可以发现，二者均不排斥在赠与人作出明确意思表示时按照赠与人的意愿处理，争议的主要方面在于赠与人无明确意思表示时应如何处理。基于此，二者在任意撤销权的人身专属性、赠与合同的性质、赠与合同的终止以及比较法上的经验等方面存在差异。

关于赠与合同的性质，尽管民通意见和司法实践存在将赠与合同视为实践合同的做法，但从合同法颁布以来，现行立法均将其定性为诺成合同，此点应无异议。

认为赠与合同在赠与人死亡后终止的观点同样无法律依据。狭义的终止仅适用于继续性合同，不适用于一时性的赠与合同，而广义的终止也包括合同的解除，可以适用于赠与合同，但两者均要求存在约定或法定的事由，债务人死亡未在其中。同时，按照民法典第一千一百六十一条的规定，继承人应当在继承的财产范围内清偿被继承人的债务，被继承人死亡不会导致其作为债务人的合同解除或终止。

而有学者提出，因德国法规定生前赠与给付劣后于被继承人的一般债务，在我国采取任意撤销权立法例的情况下，也应当允许继承人行使任意撤销权。该观点的逻辑不周延。抛开我国与德国在立法上的差异和立法目的上的区别不谈，即使我国采用了与德国法完全相同的立法规则，赠与人生前的无偿给付债务劣后于其他债务仅是在不同债务间设定清偿顺序，只要上述债务的数额未超出被继承人的财产总额，无法推导出可以免除继承人清偿义务的结论。可见，无论比较法是否对我国任意撤销权的司法适用存在参考价值，其本身就无法支持上述结论。

因此，关于任意撤销权的继承问题，**目前最为核心的争议点是赠与人的任意撤销权是否具有人身专属性。**

二、赠与合同撤销权的人身专属性检视

（一）现有否定人身专属性的观点系循环论证

否定任意撤销权人身专属性的理由主要有两点：一是继承人在概括继承赠与合同之债时应继承附于其上的任意撤销权。二是立法赋予赠与人任意撤销权是允许财产权利人根据自己的意思去除这种负担，而被继承人死亡时，继承人自动成为财产所有人，有权基于自己的意思行使上述权利。

然而，上述第一点理由实际上已自动将任意撤销权不具有人身专属性作为理论前提，在结论与前提之间互为证明，无法为任意撤销权的非专属性提供额外的支持依据。第一点潜在的支持理由是，不得继承的财产性权利及其从权利应当有法律的明确规定，但这一观点在逻辑上仍然值得推敲。从现行规范上看，具有法律明确的禁止性规定只是不得继承的情形之一。民法典第一千一百二十二条第二款中规定，“依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承”，将不得继承的遗产区分为法定和由性质决定两种不同的情形。在未分析赠与合同中任意撤销权是否为根据性质不得继承的权利时，单纯基于无法律规定而否定任意撤销权具有人身专属性存在逻辑漏洞。

上述第二点理由亦是如此，其认为任意撤销权是财产所有权人享有的去除财产负担的权利，本质上已经将任意撤销权的行使主体从赠与人扩展为财产所有权人，并将这一权利视为附载于财产上的权利，从而否定其人身专属性，但对于任意撤销权为何是单纯的财产上权利没有给出论证理由。因此，否定说的现有论证实际上是在预设了任意撤销权具有非人身专属性和纯粹财产性的

基础上进行的推论，属于循环论证，没有为任意撤销权的非专属性提供理论支持。

（二）通过文义解释和体系解释证伪人身专属性

支持任意撤销权具有人身专属性的重要理由之一在于，民法典第六百五十八条和第六百六十四条区分规定了两种不同的撤销权和行使主体，前者中规定的任意撤销权明确仅能由赠与人行使，因此不能继承。然而，上述理由的合理性值得推敲。

合同权利的继承是继承概括性的要求，无需法律特殊规定。民法典第一千一百二十二条第一款和第一千一百六十一条共同创设了自被继承人死亡时被继承人的债权债务概括移转至继承人的相关规范，民法典第六百五十八条没有进行特殊规定的必要。事实上，不光赠与合同如此，其他任何合同中对于当事人权利义务的规定都不会直接指明继承人的权利。以买卖合同为例，民法典中仅规定出卖人和买受人的权利义务，而不会将主体规定为“出卖人及其继承人”，但这不意味着买卖合同中出卖人的权利具有人身专属性，原因在于出卖人的继承人不是合同权利义务的原始当事人，而是继受被继承人在买卖合同中的权利义务后始处于出卖人地位。

民法典第六百六十四条的规定亦不能从体系解释上给予第六百五十八条具有人身专属性的支持，因为二者的权利主体本身存在区别。民法典第六百六十四条规定了在“因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的”情况下，赠与人的继承人或者法定代理人具有撤销赠与的权利。由于该规定考虑到赠与人此时已无法行使或转让相应的法定撤销权，这一权利的原始主体即为赠与人的继承人或法定代理人，而不是赠与人。因此，继承人基于民法典第六百五十八条继承的任意撤销权，与民法典第六百六十四条中继承人本身享有的法定撤销权，在权利来源上存在着根本差异，前者来源于债权债务的概括移转，而后者来源于法律的直接规定，不具有可比性。

三、赠与人意愿和受赠人利益保护

有观点认为，允许继承人享有任意撤销权，将使受赠人的利益无法得到保障，违背赠与人的本来意愿。这一结论实际上预设了 3 个前提，一是赠与人的意愿是依约转让赠与财产，二是受赠人的利益值得保护，三是赠与人的意愿应当得到尊重。然而，上述前提值得检验。

（一）赠与人的意愿解释

对于第一点，赠与人的本来意愿存在解释的空间。因任意撤销权只存在于赠与合同尚未履行的情况下，尚未履行的事实本身既不能推导出其愿意继续履行，也无法推导出其不愿继续履行，因此，赠与人的意愿不是已经得到证明的事实，而是否定说支持论者推定的结果。按照否定说的观点，除非继承人证明被继承人生前存在撤销赠与的意愿，否则应视为其愿意继续赠与，从法律性质上看，继承人被课以了相应的证明责任。而从最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》第 91 条的规定来看，证明责任的主体分为两类，一是“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”，二是“主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任”。

从第一类证明责任看，受赠人应当举证证明其基于赠与合同请求移转赠与财产的请求权成立，继承人不是适格的证明责任主体。从第二类证明主体来看，若对继承人课以证明责任，实际上是将继承人主张的任意撤销权视为权利妨碍或消灭的事实。换句话说，任意撤销权实际上被视为对受赠人履行请求权的抗辩，其前提在于受赠人具有请求交付赠与物的请求权。

受赠人通常情况下不具有请求赠与人履行赠与合同的权利。根据民法典第六百六十条的规定，受赠人有权请求交付的情况限于“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同”，上述合同中赠与人本身不具有任意撤销权。因此，从体系解释上看，赠与人任意撤销权的范围实际上对应着受赠人不享有履行请求权的范围。换言之，在现有的规范框架中，在赠与人享有任意撤销权的情形下，赠与合同只能由赠与人主动履行，不产生受赠人的给付请求权。此时，要求赠与人的继承人承担证明责任，缺乏前提条件，应由受赠人承担相应的证明责任，或证明赠与合同不具有任意撤销权，或证明赠与人已经存在主动履行的行为或意愿，否则受赠人缺乏赠与合同的履行请求权。

（二）受赠人利益保护

从最为宏观的层面看，第二点理由是绝对正确的，因为任何民事主体的合法权益都值得保护，受赠人也不例外。然而，关键的问题在于，在考虑任意撤销权的问题上，不仅有受赠人的单方利益，还存在着赠与人及其继承人的利益，存在利益博弈。因此，解决这一问题不能采取单向的利益保护模式，而应在多元利益间寻求平衡，而任意撤销权制度代表着立法者在立法时对上述利益的权衡结论。从赠与人的角度看，任意撤销权是基于赠与的无偿性，对赠与人提供超出有偿交易的额外保护，以提供反悔的机会，避免其因草率或者社会压力而作出对自己不利的行为。而从受赠人的角度看，由于赠与使其纯获财产增益，未获得赠与不会受到实质损失，无需特殊保护。因此，在立法对上述利益已经作出一次平衡的基础上，是否有必要因赠与人的死亡而进行二次平衡，才是确定任意撤销权能否继承的关键。

决定赠与人的继承人有无任意撤销权的关键在于受赠人是否存在值得保护的信赖利益。尽管我国采用了赠与的诺成合同模式，受赠人基于合同的约束力存在着一定的信赖基础。但基于任意撤销权的存在以及受赠人无主动的给付请求权的事实，受赠人对赠与合同可以被充分履行的信赖十分有限，无论是赠与人还是赠与人的继承人作为赠与合同的主体，对受赠人的信赖利益都通常不会产生规范上的影响。例外的情形可以包括，赠与人明示或是默示地表示其不会拒绝赠与，或受赠人有理由信赖赠与人会履行赠与合同。其中，前者表明赠与人事实上具有履行赠与的意愿；后者表明规范上赠与人被推定为具有履行赠与的意愿，对应着任意撤销权的限制性条件，即民法典第六百五十八条第二款的规定。因此，在不属于上述情况时，赠与人死亡不会造成受赠人处境的改变，也不会对受赠人的信赖产生影响，从受赠人的角度看不存在额外为其提供保护的必要。相反，若拒绝赋予继承人任意撤销权，反而会使受赠人在赠与人死亡后得到了额外的保护，这一优待没有依据。

（三）赠与人意愿的值得尊重性

赠与合同任意撤销权的立法基础未因继承发生而改变，赠与人的意愿是决定任意撤销权能否继续行使的关键。赋予赠与人任意撤销权的目的在于防止其因过于轻率而产生的不利益，对赠与人的真实意愿进行保护。在否定任意撤销权时，应当证明赠与人的死亡改变了需要为赠与人额外提供保护的前提条件，即赠与人的死亡使其不存在轻率或需要反悔的可能性。因此，只有一种情况可能因赠与人死亡而导致赠与合同任意撤销权的消灭，即在赠与人死亡时继续履行赠与合同是赠与人的真实意思，由于其死亡终局地阻止其意思表示的改变，因此不存在轻率或者反悔的可能性。然而，正如前文所述，赠与人缔结了赠与合同的事实本身无法为证明赠与人的意愿提供支持或反驳依据，在无法确定赠与人真实意愿的情况下，

不应随意改变对赠与人的保护力度，也不存在进行利益再平衡的需要。

结语

从权利义务的角度来看，否定继承人享有任意撤销权，将导致权利义务无法对接。根据民法典第六百六十条的规定，在赠与人享有任意撤销权的赠与合同中，受赠人无主动请求履行的权利，同时意味着赠与人不具有主动履行赠与的义务。而若否定继承人的任意撤销权，也至多意味着继承人不得主动撤销赠与，对应的是权利的消灭。换言之，基于民法典的规定，继承本身不会导致被继承人义务的增加，赠与人的继承人也不会因任意撤销权的丧失而增加主动履行的义务，从而**出现十分吊诡的情况**。此时，**受赠人无权要求赠与人的继承人主动履行，继承人作为财产的所有权人，尽管其已经丧失了任意撤销权，但仍无义务主动履行。**

因此，否定其任意撤销权不仅不具有实际意义，且若继承人不愿履行赠与合同，将使赠与合同的权利义务长期处于漂浮状态，合同的安定性将受到极大损害。

这一困境实际上源于赠与合同制度设计时存在的潜在假设和内在构造，即在普通的赠与合同中，受赠人的履行请求权自始不存在或只存在于“逻辑的一秒”，只有赠与人作出转移赠与标的所有权的意思表示时，受赠人才获得履行请求权，同时，该履行请求权因债务得到清偿而消灭。**在这一结构中，讨论任意撤销权是否可继承并没有意义，而应考虑继承人是否被课以主动履行的义务。**

当赠与人死亡前通过明示或者暗示的方式表示其愿意继续履行赠与的意愿时，包括通过明确的语言或行为表示放弃任意撤销权，或主动履行了部分赠与合同的义务，或以实际行动表示其即将履行赠与合同，或由赠与人约定了赠与附义务且受赠人已经履行了相应义务等一切可以推定赠与人即将作出赠与行为的情形，因死亡将其意思表示进行固定，该意思可以代表赠与人的真实意思。从尊重被继承人意思的角度出发，有必要改变原有的受赠人和赠与人之间的平衡关系，在受赠人和赠与人的继承人之间进行利益的重新平衡，即不仅否定继承人的任意撤销权，而且课以继承人主动履行转移赠与标的物所有权的义务。但对于这一事实，应当由受赠人承担相应的举证责任。在无法确定赠与人真实意思表示或赠与人已经作出不愿继续履行赠与合同的意思表示时，保持原状更符合任意撤销权制度的立法目的和权利性质，也更为符合赠与人的真实意愿。

因此，**原则上赠与人的任意撤销权由继承人一并承继，并可由继承人行使，但当赠与人在生前作出愿意继续履行赠与合同的相关表示时，应当否定继承人的任意撤销权。**

编者注：

为方便阅读，已隐去注释，如需引用，请查看纸版杂志原文。

本文已开放快捷转载，您可直接转发本文。

责任编辑、公号制作：李泊毅
审核：李敏

五、家事审判程序专题

2023 年家事诉讼程序研究（部分）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献

原创：2024-02-07　家事法苑　家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/flkgyQw-FA1SjT44jmVInw

主编：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
执行主编：杨晓林
执行副主编：段凤丽、邓雯芬、刘海娜
初始资料整理：张浩杰，杭州师范大学学生

说明：

1、本资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。
2、文献获取渠道问题，个别篇名及作者身份信息标注不完整，最后编辑合成，为版面简洁亦有适当删减；文献索引排序时间所限，未严格论证，仅供学术实务研究参考，不当之处，敬请包容、谅解。
3、如公开完整使用或再二次编辑、利用本资料，请务必注明来自“家事法苑”（ID：famlaw）微信公众号。
联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

本期目录

1、后民法典时代我国家事程序法的意义，郝振江，《法治现代化研究》2023 年第 4 期

2、我国家事非讼程序的立法设计——诉讼与非讼二元并立格局，张艳丽、郭爽，《法学杂志》2023 年第 1 期

3、我国家事非讼程序的反思与重构，柯阳友、张瑞雪，《河北法学》2023 年第 4 期

4、家事程序立法的德系演变与中国选择，丁宝同，《浙江工商大学学报》2023 年第 5 期，P45-57

5、我国治疗性家事司法制度的构建，罗清，《法商研究》2023 年第 2 期

6、亲子关系确认诉讼的类型化：案例、问题与思考——兼议《民法典》第 1073 条的规定，陈爱武，《法学杂志》2023 年第 1 期

7、亲子关系异议之诉的解释论展开——以《民法典》第一千零七十三条为中心，刘颖、谢妮轩，《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

8、交出未成年子女强制执行的立法论，刘颖，《中国政法大学学报》2023 年第 2 期

9、离婚抚养权纠纷中未成年子女意愿适用的司法考量及程序衔接，李喜莲，《法学评论》2023 年第 2 期

10、对人民法院在我国未成年人司法体系中功能与地位的再思考，褚宁，《法律适用》2023 年第 2 期

11、社会主义核心价值观融入司法裁判的方法论反思，雷磊，《法学研究》2023 年第 1 期

12、被执行人共有财产的执行路径——以申请执行人代位分割之诉为中心，金殿军，《法律适用》2023 年第 1 期

13、共同共有财产的执行程序分割——兼评《民事强制执行法（草案）》相关条款，赵大伟，《甘肃政法大学学报》2023 年第 2 期

14、夫妻共有不动产的执行程序分割——兼评<民事强制执行法（草案）>第 173 条第 3 款，赵大伟，《中国不动产法研究》第 27 辑

15、家庭教育令实践运行机制的路径规制与完善——以 1015 份家庭教育令为分析样本，赵蔚，《法律适用》2023 年第 1 期目录

16、法院适用家庭教育指导令的制度优化，刘耀辉，《法学》2023 年第 12 期

17、家庭教育指导令的适用与完善专题，《人民司法. 应用》杂志 2023 年第 28 期

1)家庭教育指导令的司法适用，江苏省南京市玄武区人民法院课题组

2)家庭教育指导令的规范性质与司法适用，邵一峰

3)家庭教育令的实践困境与完善路径，杨夏、李宝霞

18、论恢复性司法在家庭暴力案件中的适用——以英国的经验与借鉴为中心，余思凡，《湖湘法学评论》2023 年第 2 期

19、少年法庭综合审判改革的审视与续造，王帅、王泽山，《人民司法》2023 年第 1 期

20、新时代家事审判目前面临的新挑战与新问题，程惠炳，家事法苑微信公众号 2023 年 07 月 25 日

附 1：家事法实务（2022 年卷）主编：夏吟兰、龙翼飞，执行主编：林建军、谭芳、杨晓林，法律出版社 2023 年 4 月版，【家事审判与程序】论文篇目索引

附 2：全国法院第三十五届学术讨论会论文评选获奖论文（家事部分），全国法院学术讨论组织委员会 2023 年 12 月 29 日，来自：关于公布全国法院第三十五届学术讨论会论文评选结果的通知 法学（研）[2023]4 号

正 文

1、后民法典时代我国家事程序法的意义

【作者】郝振江，上海财经大学法学院教授、博士生导师、法学博士

【来源】《法治现代化研究》2023 年第 4 期

【摘要】在后民法典时代，讨论家事程序法制定时首先应当回答它对于民法典有何意义这一基础性问题。民事程序法的重要作用在于规制公权力对私法领域的介入，公权力介入提供了实体法和程序法的连接点，它是透视家事程序法与民法典关系的重要线索。在民法典体系化上，家事程序法具有避免民法典去体系化、厘清不同性质规范边界的作用；在民法典中公权力介入的配置上，家事程序法具有厘清民法典公权力性质和创设符合民法规范目的的介入方式的意义；在公权力介入程序化上，家事程序法有以介入的功能为依据构造共有的程序要素、将公益性内化于程序以及以妥当的程序推进实体问题简便化处理的意义。

关键词：民法典；家事程序法；公权力介入；体系化；公益性

2、我国家事非讼程序的立法设计——诉讼与非讼二元并立格局

【作者】张艳丽，北京理工大学法学院教授、博士生导师；郭爽，北京理工大学法学院博士研究生

【来源】《法学杂志》2023 年第 1 期

【摘要】家事案件从程序的角度可分为家事诉讼案件和家事非讼案件两大类型，域外大陆法系国家和地区在其单独的家事程序法中，大都依据案件类型实现了家事纠纷解决程序的“诉讼与非讼二元并立格局”。我国没有单独的家事程序法，也没有诉讼与非讼程序分别立法的历史传统，因此，法院在适用“大一统”的《民事诉讼法》处理家事案件过程中，形成了诉讼与非讼案件全面“争讼化”的一元格局状态。随着我国家事审判改革的进一步深化，以及《民法典》“婚姻家庭编”和“继承编”对家事实体法律规范的完善，要制定单独的“家事程序法”，首先要充分认识到家事诉讼程序与家事非讼程序相互独立的地位，并基于案件类型与程序相称论、诉讼法理与非讼法理二元分离以及交错适用等理论，从立法上确立“诉讼与非讼二元并立格局”。进而从家事非讼程序的适用范围、审理原则、基本制度及统合处

理等几方面，在诉讼法理和非讼法理交错适用的基础上，科学设置与家事诉讼程序相互独立的家事非讼程序，以充分发挥家事非讼程序的特殊司法功能，最终妥善及统合地处理复杂的家事案件。

3、我国家事非讼程序的反思与重构

【作者】柯阳友 张瑞雪

【来源】《河北法学》2023 年第 4 期

【摘要】家事事件具有情感性、公益性和牵连性等特殊属性。家事事件讼争性小，家事非讼程序既适用于非讼事件也可以适用于部分争讼事件，比家事争讼程序更具有灵活便捷的特点，更符合家事事件的特征。而我国将非讼程序以特别程序命名，两个概念混同适用对于家事事件的处理和家事非讼程序的发展都产生了阻碍。因此，重构家事非讼程序应正视家事非讼程序与大多数家事案件的适配性，将家事非讼程序职权探知主义、不公开审理主义、书面审理主义等原则确定为家事非讼程序的基本原则；打破程序法理二元分离适用论的桎梏，探索适用程序法理交错适用论；采用家事非讼程序单独立法的立法例，取消特别程序的概念，以非讼程序予以代替。

关键词：家事事件；家事诉讼；家事非讼程序；家事争讼程序；职权探知主义

4、家事程序立法的德系演变与中国选择

【作者】丁宝同，西南政法大学法学院教授，博士生导师，法学博士

【来源】《浙江工商大学学报》2023 年第 5 期，P45-57

【摘要】我国家事审判改革提出“家事诉讼特别程序”的立法命题作为远景目标，2021 年《民法典》婚姻家庭编与继承编的实施提出更加迫切的家事程序专门立法需求，欲加速推动其立法进程需要先确定立法模式和体例。德国家事程序原采“民事与家事程序合一立法模式”而行“家事诉讼与非讼二元分化体例”，2009 年转采“家事程序单行立法模式”并创制“非讼化之一元统合体例”。它主导了现代家事程序立法的模式转向，间接促成日本“分立文本下之二元分化体例”的缔造，直接引领我国台湾地区“统一文本下之二元分化体例”的诞生，最终塑成三种家事程序单行立法体例的鼎立格局，可概称为家事程序立法的“德系”演变。我国未来，应当立足于现代家事程序立法模式的转向趋势，选择“家事程序单行立法模式”，采行“统一文本下之二元分化体例”。

关键词：家事审判改革；家事诉讼特别程序；民法典；家事程序立法

5、我国治疗性家事司法制度的构建

【作者】罗清，浙江农林大学文法学院讲师

【来源】《法商研究》2023 年第 2 期

【摘要】治疗性家事司法制度希望通过增加法律的治疗性效果，减少家事纠纷解决过程和结果给人带来的消极影响，在保护个体自由和权利的同时也保证儿童最大利益的实现。近年来，我国的家事审判改革已初步呈现出“治疗性”的特征，但也存在解纷价值重家庭而轻个体、解纷程序心理学要素不足、解纷者角色未能转换等问题。这使得家事司法制度的治疗功能未能得到有效发挥，未成年人的最大利益也没有获得应有的重视。我国需要依据是否涉及未成年子女来确定家事案件繁简分流的特别标准，对涉及未成年子女的家事案件适用治疗性家事司法，并且从加强对个体幸福的关注、重视心理学作用以及重塑纠纷解决者角色等方面推动我国治疗性家事司法制度的构建。

6、亲子关系确认诉讼的类型化：案例、问题与思考——兼议《民法典》第 1073 条的规定

【作者】陈爱武，南京师范大学中国法治现代化研究院教授、博士生导师

【来源】《法学杂志》2023 年第 1 期

【摘要】亲子关系承载着家庭领域诸多的权利和义务，是家庭稳定、社会和谐的基础性因素。因此，通过诉讼厘清血统、明确基因，对于国家、社会、家庭都具有重要意义。实践中，亲子关系确认诉讼主要是确认生父，包括非婚生子女要求确认生父，母亲再婚后一定时间内所生子女的生父确认等，上述确认的目的主要是为了实现要求抚养费或者确定抚养权的目的；少数情况下也会出现要求确认生母的诉讼，尤其在人工辅助生殖技术越来越成熟的当下，基因母、怀孕母、养育母可能出现分离，在发生争议时也有确认的必要。亲子关系确认诉讼既包括父或母针对子女提起的诉讼，也包括成年子女针对父或母提起的诉讼。在具体诉讼层面，确认亲子关系涉及当事人适格、诉讼证明、推定等诸多问题，需要引起理论和实务界的足够重视。

7、亲子关系异议之诉的解释论展开——以《民法典》第一千零七十三条为中心

【作者】刘颖、谢妮轩，北京航空航天大学法学院

【来源】《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】《民法典》第一千零七十三条创设了亲子关系异议之诉制度，但对于其当事人资格和起诉条件，理论和实务中已显现较大分歧。基于我国实体法的制度背景，亲子关系异议之诉应当定性为确认之诉，目的在于消除亲子关系的不安定性，区别于比较法上作为形成之诉的婚生否认之诉、子女认领之诉及亲子关系撤销之诉。父或者母、未成年子女以及成年子女作为亲子关系的主体具有当然的原告资格，起诉时应选择亲子关系主体的相对人为被告；亲子关系主体之外权利直接受影响的利害关系人例外地享有原告资格，起诉时应当以亲子关系双方主体为共同被告。《民法典》第一千零七十三条中的“正当理由”不是特别起诉条件，其核心内涵在于确认利益。法院应当以确认对象的现实性和即时确定的必要性为判断标准，通过争点整理程序进行确认利益的个案认定，从而实现血缘真实与家庭和谐的价值平衡。

8、交出未成年子女强制执行的立法论

【作者】刘颖，北京航空航天大学法学院副教授、博士生导师

【来源】《中国政法大学学报》2023 年第 2 期

【摘要】涉及子女抚养的生效法律文书是以交出未成年子女为给付内容，执行标的是债务人的行为，而非子女的人身。基于贯彻最有利于未成年子女的原则、平衡债权人与债务人之间利害、确保生效法律文书的执行力等理由，应当引入交出未成年子女的执行制度。由于间接强制不一定能奏效，因此，应当允许直接强制。原则上执行机关应当优先采取间接强制，但在例外的情形也可以径自采取直接强制。子女拒绝由债务人至债权人的直接抚养之下，不构成阻却直接强制的事由，建议立法草案删除有关子女拒绝则不得采取直接强制的规定。

9、离婚抚养权纠纷中未成年子女意愿适用的司法考量及程序衔接

【作者】李喜莲，湘潭大学法学院教授

【来源】《法学评论》2023 年第 2 期

【摘要】离婚诉讼中，有限制民事行为能力的子女表达的随父或随母一起生活的意愿，难以成为法院酌定直接抚养权优先考量的因素。为贯彻落实《民法典》最有利于未成年子女原则，未成年子女的真实意愿应当成为法院酌定直接抚养权的实体法律要件。《民事诉讼法》应当基于未成年子女与离婚(含抚养权事项)判决有法律上和事实上的利害关系，赋予未成年子女无独立请求权第三人之诉讼地位。未成年子女参加诉讼所表达的随父或随母一起生活的意愿乃当事人陈述，而非

证人证言。实现尊重未成年子女真实意愿的实体法目的，必须健全相应的诉讼程序规则，如明确法院为询问未成年子女意愿的责任主体，引入家事调查员制度和特别诉讼代理人制度，以确保未成年子女在离婚抚养权纠纷中有充分表达真实愿意和陈述意见的机会，发挥程序保障功能。

10、对人民法院在我国未成年人司法体系中功能与地位的再思考

【作者】褚宁 中国政法大学法律硕士学院副教授、硕士生导师、法学博士、法学博士后

【来源】《法律适用》2023 年第 2 期

【摘要】从未成年人司法规律判断，未成年人司法模式是以未成年人事件的“议事机关是谁？”为核心形成的。目前世界范围内的几种未成年人司法模式的代表国家基本皆以法院作为相关事件的议事机关。未成年人司法制度是以法院从事的未成年人审判为起点和核心发展的。现阶段，正值我国的《未成年人司法法》进入立法论证之际，有必要在其中明确人民法院在我国的未成年人司法体系中的主导地位，并且提出以未成年人与家事审判融合作为人民法院主导地位的实现模式，以发展未成年人审判延伸职能作为实现该主导地位的主要工作内容。

11、社会主义核心价值观融入司法裁判的方法论反思

【作者】雷磊，中国政法大学教授

【来源】《法学研究》2023 年第 1 期

【摘要】从最高人民法院发布的典型案例来看，目前社会主义核心价值观的司法适用存在显现度不够、释法功能较弱、价值宣示色彩过浓、结合个案进行的“融入式”论证不足等问题，有必要对核心价值观融入司法裁判的方法论进行系统反思。核心价值观入法入宪后，已从纯粹的道德范畴或司法政策转变为当代中国法的效力渊源，成为法律体系和规范理论双重意义上的法律原则。核心价值观可通过三种途径融入司法裁判：作为裁判理由发挥说理功能、作为裁判依据发挥广义上的释法功能、在特定情况下作为价值冲突的解决基础。广义上的释法功能可通过法律解释、漏洞填补或法律修正三种方式实现。核心价值观融入司法裁判的前提在于，结合个案事实对核心价值观进行具体化论证。核心价值观的具体化论证以实践多段论为形式，且至少应当符合饱和性规则、连贯性规则和切合性规则。

12、被执行人共有财产的执行路径——以申请执行人代位分割之诉为中心

【作者】金殿军，上海金融法院执行局副局长、三级高级法官、法学博士

【来源】《法律适用》2023 年第 1 期

【摘要】对被执行人与其他人共有财产的执行，涉及申请执行人、被执行人和其他共有人多方权益的衡平与保护，需要在《民法典》关于共有的实体法规范下构建执行共有财产的程序法路径，兼顾各方当事人的实体权利和诉讼权利。在考察和分析共有份额确定、共有财产分割等实体性权利义务争议应由审判程序裁判和代位权诉讼难以为代位析产诉讼提供法律依据的基础上，在制定民事强制执行法的背景下，急需将申请执行人代位分割之诉从法律层面上加以规定，一方面厘清审判程序与执行程序的权力边界，另一方面搭建审判程序与执行程序的沟通桥梁，进而规范共有财产的执行，解决执行实务中共有财产执行难的困境。

关键词：共有财产　强制执行　代位权　代位分割之诉

13、共同共有财产的执行程序分割——兼评《民事强制执行法（草案）》相关条款

【作者】赵大伟，吉林大学诉讼法学博士研究生

【来源】《甘肃政法大学学报》2023 年第 2 期

【摘要】2022 年《民事强制执行法（草案）》规定，对于共同共有财产，在不能达成析产协议时，无需经过（代位）析产诉讼，执行法院可直接分割案涉财产确定债务人份额。执行析产面临诸如威胁实体公正、损害共有人权利和违反执行形式化原则等质疑。事实上，权利人对执行析产不服的，可提起执行异议之诉救济，相对于诉讼析产，先析产后救济更有利于界定共同财产范围和财产份额，也更有利于保障共有人权利。确定共同共有财产范围和进行等额分割未违反执行形式化原则，依据出资额分割属于实质审查。为更好地规范执行权行使，平衡保障债权人与其他共有人的权利，执行立法可建构共同共有财产的界定标准、无其他财产可供执行的判断标准、债务人份额的界分方法、财产分割的程序规则。

14、夫妻共有不动产的执行程序分割——兼评<民事强制执行法（草案）>第 173 条第 3 款

【作者】赵大伟，吉林大学诉讼法学博士研究生

【来源】《中国不动产法研究》第 27 辑

【摘要】执行程序分割夫妻共有不动产，需要考量夫妻财产制、不动产登记以及夫妻财产分割协议对财产权属的影响。执行程序可通过建构夫妻共有不动产的认定标准、执行程序分割规则以及针对不同性质财产的不同分割方法来平衡执行效率与实体公正的关系。

15、家庭教育令实践运行机制的路径规制与完善——以 1015 份家庭教育令为分析样本

【作者】赵蔚，江苏省无锡市新吴区人民法院审管办（研究室）副主任，三级法官

【来源】《法律适用》2023 年第 1 期目录

【摘要】人民法院制发的家庭教育令促使家庭教育向法治引领和驱动的新模式迭代升级。实践中，家庭教育令存在文书样式参差不齐、内容方法生搬硬套、履行义务模糊不清、保障监督缺失匮乏等问题。本文从分析样本情况入手，剖析了制发人员的知识储备不足、程序的流程环节简单粗陋、令状的靶向性和预判性缺失等原因，尝试从文书样式、调查前置、酌定要素、保障措施四个方面，推动制发形神兼备、刚柔并济的家庭教育令，助力规制和完善家庭教育令实践运行机制的路径。

16、法院适用家庭教育指导令的制度优化

【作者】刘耀辉，东南大学法学院，国家人权教育与培训基地东南大学人权研究院

【来源】《法学》2023 年第 12 期

【摘要】家庭教育指导令是作用于恢复和补救家庭教育功能的救济性规则，在家庭教育干预体系中承担程序保障功能。《家庭教育促进法》实施以来，法院适用家庭教育指导令呈局部过热、整体偏冷的双面镜像，部分法院积极突破法定条件，降低标准、扩大范围泛化适用；更多法院基于治理效果、办案压力、保障机制等因素对该制度适用持保守态度，倾向选择性适用或者回避适用。这种状况的根源在于作为新制度的家庭教育指导令，存在基础理论准备不足和规范供给不足的两难困境。家庭教育指导令在主动司法特征和保护性、惩戒性属性方面尚未达成价值共识，难以指引法院准确适用；其制度规范内容不全面、不系统，形式粗犷，无法对法院适用指导令形成有效约束。完善家庭教育指导令制度，首先应确立儿童利益最大化、过责相当和辅助性等基本原则；其次，从实体和程序两方面完善制度规则体系，有效解决法院适用家庭教育指导令裁量空间过大、适用条件不具体、执行缺乏社会性支持等主要问题。

17、家庭教育指导令的适用与完善专题，《人民司法.应用》杂志 2023 年第 28 期

1)系列文章之一：家庭教育指导令的司法适用

【作者】江苏省南京市玄武区人民法院课题组

课题主持人：赵雪雁，课题组成员：刘敏、陈爱武、殷飞、潘溪、王萍、邵小波、高飞。主要执笔人：王婵、李雪静。

【内容提要】当前司法实践中，家庭教育指导令文书样式各异影响适用规范性、履行义务不明影响司法权威性、协同机制欠缺影响执行实效性，其根源在于法律性质理解不一、功能定位把握不准。人民法院开展家庭教育指导，应当在厘清法律性质和功能定位的前提下，坚持最有利于未成年人的支柱性原则、多元协同治理的基础性原则和司法适度补强的保障性原则。家庭教育指导令运行机制的构建需着眼于事前调查评估、事中制发实施、事后跟踪回访三阶段，并健全未成年人权益保障机制与社会支持体系等配套制度。

目次

一、检视：家庭教育指导令的运行现状与实践反思

二、路径：明晰家庭教育指导令的功能定位与司法适用原则

三、策略：家庭教育指导令适用的运行规则与机制完善

2)系列文章之二：家庭教育指导令的规范性质与司法适用

【作者】邵一峰，北京市东城区人民法院

【来源】《人民司法·应用》2023 年第 28 期

目次

一、现状与问题

二、家庭教育指导令的规范性质

三、家庭教育指导令的司法适用

结论

3)系列文章之三：家庭教育令的实践困境与完善路径

【作者】杨夏、李宝霞，北京市第三中级人民法院

【内容提要】2022 年 1 月 1 日，家庭教育促进法正式实施，这是我国首次就家庭教育进行专门立法。实施近两年，人民法院切实发挥职能作用，围绕家庭教育令进行积极探索，督促依法履行家庭教育责任，推动法律规定落地见效。但是，由于法律条文过于原则和抽象、家庭教育属于“家事”的观念依旧根深蒂固、面对家庭教育这一新工作领域准备不足等主客观原因，人民法院在适用家庭教育令过程中存在实际适用范围较窄、前置审查程序不完善、内容模糊缺乏可操作性以及实施保障机制不健全等问题。家庭教育令的实践困境，要求对家庭教育令的定位做出抉择，应进一步明确其适用范围，规范细化义务履行内容、增加实操性，完善法院作出家庭教育令的审查程序，推动建立家庭教育令的履行监督联动机制。

目次

一、家庭教育令的司法实践问题

二、家庭教育令困境的成因分析

三、家庭教育令的规范与完善建议

18、论恢复性司法在家庭暴力案件中的适用——以英国的经验与借鉴为中心

【作者】余思凡，英国布里斯托大学法学院

【来源】《湖湘法学评论》2023 年第 2 期

【摘要】虽然《反家暴法》使家庭暴力逐步脱离了“家务事”的时代，但是针对施暴者的传统惩罚制度并不能完全解决这类案件所带来的伤害后果。在反家暴问题上，英国的司法制度更为完善，其不仅在早期就有了成熟的家庭法律以及家庭法院，还为受害人提供多种人身保护令的选择。然而，该司法制度并不单纯依赖暴力机关来惩罚施暴者，还嵌入了恢复性司法实践来处理部分案件，例如和解制度以及社会组织服务。虽然中英国情差异大，但传统司法制度彰显的缺陷却有共通性。因此，完全依赖以惩戒为主的传统司法制

度是不明智的，应当完善原有的调解制度，发动社区以及社会组织的力量为受害人提供帮扶，以此弥补司法资源的不足，形成联动式应对机制来处理家暴案件。

19、少年法庭综合审判改革的审视与续造

【作者】王帅 王泽山

【来源】《人民司法》2023 年第 1 期

20、新时代家事审判目前面临的新挑战与新问题

【作者】程惠炳

【来源】家事法苑微信公众号 2023 年 07 月 25 日

附 1：家事法实务（2022 年卷）

主编：夏吟兰、龙翼飞，执行主编：林建军、谭芳、杨晓林

法律出版社 2023 年 4 月版

【家事审判与程序】论文篇目索引

家庭教育指导制度在家事审判中的运用与完善

——以南京市玄武区人民法院审判实践为视角 王 萍 王 婵 李雪静

司法社工嵌入家事调查官制度的路径研究

——基于 N 市 Y 区人民法院的实证分析 郭莉莉 陈丛蓉 袁晓珺

涉家暴案件的民事诉讼困境审视与公益诉讼路径探索 尚润泽 杜学民

英国家事诉讼中脆弱人员出庭制度及借鉴 张艳丽 李亚楠

执行异议之诉与婚内夫妻财产分割之诉合并审理的程序构建

——以夫妻共同财产执行为视角 张 焱 余 淼

关于婚姻家庭案件“裁判文书”释法说理的重要性及可（上）诉性的实务探讨 公维亮 王洁莹

附 2：全国法院第三十五届学术讨论会论文评选获奖论文（家事部分）

全国法院学术讨论组织委员会 2023 年 12 月 29 日

来自：关于公布全国法院第三十五届学术讨论会论文评选结果的通知 法学(研)[2023]4 号

一等奖：

1. 家事裁判文书中的情理判词辨析与规范，江西省宁都县人民法院 刘娇

二等奖：

2. 能动司法之触角与精确度：论《民法典》第 1088 条离婚补偿的量化计算，浙江理工大学 姚桐 吉林省高级人民法院 苏浩

3. 家事审判视域下居住权设立规则的检视与完善，上海市闵行区人民法院 王伟

4. 家事案件超诉讼请求判决的识别和规制——以全国法院 320 份民事裁判文书为样本，湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院 程光

5. 裁判文书“尾部”的正义：离婚案件诉讼费用负担机制重构——兼论败诉方负担诉费规则的修正，西藏自治区高级人民法院 郑丽 北京市第一中级人民法院 高春乾 黄慧婧

6. “新时代“枫桥经验”指引下家庭教育令的司法优化及治理完善路径——以构建“阶梯式”的适用体系为核心，甘肃省高级人民法院 周红霞 北京市第一中级人民法院 宁 韬 北京市第一中级人民法院 孙 慧

三等奖：

7. 论离婚协议中不动产归属约定对强制执行的排除力——以夫妻共同财产执行为视角，陕西省西乡县人民法院 李勇

8. 数字遗产继承司法困境与优化进路探析，北京市东城区人民法院 张晓薇 最高人民法院 叶欣 北京市东城区人民法院 卢衍璐

9. 能动司法视域下离婚财产申报制度的困境纾解与规则构建——以 2023 年新《妇女权益保障法》第 67 条为切入，湖南省株洲市中级人民法院　陈坚、邓画文

10. 执行如何对待家庭离婚协议约定房产归属子女对强制执行的排除力——基于物权期待权引入适用为视角，湖南省通道侗族自治县人民法院 吴潇红　湖南省石门县人民法院　梁素

11. 离婚财产申报的实践考察与程序重构——以“逆向选择+道德风险”行为模式为视角，北京市海淀区人民法院　杨雨洁　北京市延庆区人民法院　郑东梅、谭志华

12. “人民调解司法确认”制度运行模式之异化与体系重构——以离婚纠纷排斥“调确”与调撤现象的二律背反为视角，湖北省云梦县人民法院　刘杨萍、　高敏

13. 审视与完善：彩礼返还纠纷的实践考察与路径探寻，天津市北辰区人民法院　邓清　天津市津南区人民法院　付月新

14. 撤销“消极不作为”父母监护权的司法实践检视与完善路径——基于 134 份裁判文书的分析，重庆市南川区人民法院 秦丹丹

优秀奖：

15. 三阶划分法：夫妻公司人格否认之司法错位与归位，广东省东莞市中级人民法院　刘冬虹

16. 要素式执行：遗产债务清偿执行的实践考察与程序重构——以法信 214 份被继承人债务清偿执行裁定书为样本，北京市怀柔区人民法院　邢璐　最高人民法院　李莎

17. 独奏到合唱：少年司法语境下家庭教育指导的全流程贯穿——以未成年人审判融入社会治理为视角，河南省濮阳市中级人民法院　金晓华；河南省濮阳市中级人民法院　付梦艳

六、未保专题

护童成长 为爱发令
——三家法院探索实践家庭教育指导工作侧记

2024-01-29 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2024-01/29/nbs.D110000zgfnb_8.htm#nw.D110000zgfnb_20240129_1-8.htm?time=1706484493173

近年来，因家庭教育缺失引发的问题日益凸显。构建以“柔性司法”理念为中心，突出预防、保护、关爱为主线的妇女儿童权利保障；构建家庭教育分阶分级工作机制，提升家长监护责任意识；实施家事案件家庭教育、心理疏导全覆盖等措施是人民法院在实践家庭教育指导工作的有益探索

■ 中国妇女报全媒体记者 何蒙

隆冬的北京，一场研讨会伴随着业务培训正在朝阳区热烈展开。研讨的主题是：家庭教育促进法视角下的未成年人权利保护。北京市朝阳区人民法院王四营人民法庭副庭长、妇儿权益合议庭法官宋晓佩等业内人士正在给与会律师及来宾进行业务培训。

这只是未成年人保护工作的一个小小剪影。在全国各地，法治工作者们围绕如何更好地维护未成年人的合法权益、如何做好家庭教育指导工作进行着不断探索和实践。中国妇女报全媒体记者聚焦三家法院的三个典型案例，从不同视角展现、探讨家庭教育指导工作的实践和思考。

构建“柔性司法”突出权利保障机制

关于司法视角下家庭教育工作的意义与必要性，宋晓佩谈到，随着我国社会转型加快，传统家庭结构和功能发生深刻变化，因家庭教育缺失引发的问题日益凸显。一些家长暴露出“教而无方、教而不当”或是“养而不教、监而不管”等问题，严重影响了未成年人的健康成长。

如近期发布的一个典型案例：一位单亲妈妈在女儿达到法定入学年龄时，连续两年无正当理由未给女儿报名上学，致使 9 岁女童失学在家，孩子的外祖父母无奈向法院申请撤销母亲的监护人资格。

为寻找背后原因，宋晓佩审判团队到孩子家中和社区了解其生活环境和家庭情况，协调辖区政府、教育行政部门、社区居委会等进行家庭教育指导和教育政策解读。

法院委托北京市朝阳区青少年社会工作协会对本案进行社会观护调查。查明事实后，法院认为该母亲作为孩子的法定监护人，无正当理由不为孩子办理小学报名手续，导致孩子连续两年错失入学机会，严重违反了义务教育法，侵害了孩子的受教育权。根据孩子外祖父母的申请，依法

判决撤销该母亲的监护人资格。法院依法指定孩子的外祖父母作为其监护人，继续履行监护职责。

为保障孩子受教育权的后续落实，按照朝阳区法院少年审判相关工作机制，宋晓佩审判团队对该案件进行跟进和回访。目前，孩子的生活和学习状况良好。

宋晓佩介绍，朝阳区法院构建以“柔性司法”理念为中心，突出预防、保护、关爱为主线的“1+3”妇女儿童权利保障机制，在未发生案件时，开展法律讲堂进社区、法治校长进校园、巡回法庭进学校等多种形式的活动；在诉讼过程中，与区检察院建立分诉分审机制；与区未成年人保护委员会成员单位建立长效沟通机制，推动社会调查员队伍建设、开展涉未成年人民事案件社会观护、法律援助等工作；与朝阳区妇联、社区、学校共同设立“家庭教育指导工作室”；在案件审结后，跟踪回访；按照“审理一件，教育一片”的工作原则，对典型案例开展法治宣传等。2023 年 9 月，朝阳区法院王四营法庭“1+3”妇女儿童权利保障机制成功入选最高院第五批新时代人民法庭建设案例。

针对司法实践中家庭教育指导工作面临的一些困难，宋晓佩表示，应引入社会调查观护机制和家庭教育指导专业服务。规范前置调查程序，对家庭教育不当行为予以调查，形成调查报告，同时完善监督程序与惩戒强制措施。在保障落实方面，加强各方联动，明确职责效果。靠惩戒解决不了问题，关键是服务提升。细化家庭教育指导令的履行义务内容，明确家庭教育指导令的监督责任主体，成立联动机制，由司法机关与社会各主体协同落实。

分阶分级工作机制为家庭赋能

未成年人小李的母亲杨某和父亲李某于 2014 年离婚，法院判决杨某每月给付小李抚养费 800 元。后李某先后两次向法院申请执行抚养费。在执行中，江苏省徐州市铜山区人民法院法官胥一康了解到，李某常年在外务工，对孩子不管不问，不履行抚养义务，孩子只能依靠奶奶和姑姑补贴生活。

法院依法对李某、杨某签发家庭教育指导令。通过教育指导，杨某主动履行了欠付的抚养费，李某也承诺关注孩子成长，定期与其电话、视频，关心孩子的学习、生活情况。

记者了解到，徐州市铜山区法院创新家事审判方式，通过构建家庭教育分阶分级工作机制，提升家长监护责任意识，为家庭赋能。诉前阶段，对诉前调解分流的涉少案件，进行初步审查，对于存在藏匿、抢夺未成年人情形的，针对未成年人家暴等情形案件，及时转交法官采取干预措施。对于需要开展家事调查的，及时进行委托。由调解员有针对性地开展案例宣讲，引导当事人理性诉讼。

诉中阶段，根据具体案情开展分级干预。在涉未成年人离婚案件中，通过当庭开展家庭教育指导工作，送达《家庭教育责任告知书》《主动履责承诺书》，培树“依法带娃”理念。针对案件审理中发现的未成年人的不良行为等问题，每月定期开展家长课堂，约束“养而不教”行为。对构成刑事犯罪的未成年人或被害人的家庭教育存在严重问题的监护人，签发家庭教育指导令，周期内定期开展指导工作，压实“问题父母”责任。

诉后阶段，分类保障，协同推动，视情况委托妇联开展家庭教育指导工作，或将情况推送当地基层组织和民政部门，定期跟踪回访。丰富法治副校长职能，通过参与家校社共建、法院开放日活动、家长课堂等方式，提升未成年人法治意识，改善亲子教养模式。梳理家庭教育指导工作实践中的问题，有针对性地发出司法建议。

胥一康表示，审判实践中，既有家长认为，家庭教育是家务事，对于国家公权力应否介入，是否应采取措施持有异议，拒绝法院开展的家庭教

育指导工作；也有家长为法院开展的家庭教育指导工作点赞。

当前人民法院家庭教育指导工作尚属起步阶段，司法实践中仍面临倡导性条款较多、执行措施不足、内容模糊、效果有限等问题，还需要进一步细化、完善。

用心用爱让“文本法”符合“内心法”

李宝出生三个月时父母离婚，李宝由父亲抚养。后来李宝的父母各自再婚，在李宝一周岁时，父亲未经孩子母亲同意将他送养给赵某夫妇。

2022 年，生母张某得知李宝被送养他人，起诉请求变更抚养权。一审法院判决驳回张某的诉讼请求。张某不服，上诉至山西省临汾市中级人民法院。二审中，张某坚持要求抚养孩子。

山西省临汾市中级人民法院家事审判庭副庭长巨燕亭和家庭教育指导师找到赵某夫妇，赵某夫妇坚决不同意放弃孩子。巨燕亭又找到张某现任丈夫，了解其对抚养李宝的态度。张某丈夫表示，现在把李宝要回来，短时间也很难建立起深厚的感情。

在与各方进行沟通的同时，家庭教育指导师对案件相关人员进行心理测试，向审判团队提供测评分析结果，并协助法官团队进行调解。最终各方达成调解协议：李宝抚养权归其生父李某，日常生活、学习依然由赵某夫妇负责，张某可随时探望，也可在周末及节假日带走一起生活，在李宝满 18 周岁后，由其自行选择和谁一起生活。

巨燕亭认为，本案二审能成功调解，关键在于以落实孩子生活学习情况为中心，以了解三个家庭为基础拉近彼此距离。对案件各相关人员进行法治和家庭教育，让赵某夫妇明白合法收养手续的重要性，也让生父母明白为人父母的权利和义务。

记者了解到，山西省临汾市中级人民法院家事审判庭从 2021 年起实施家事案件家庭教育、心理疏导全覆盖改革举措，建立起家庭教育疏导微信群，建立了一支由百名家庭教育指导师及心理咨询师组成的队伍。在 2020 年、2023 年两度荣获“全国法院先进集体”。

今年，临汾市两级法院将与市县两级妇联联合成立家庭教育指导中心，为家事案件提供全方位、多维度的家庭教育和心理疏导服务。

巨燕亭表示，在家事案件中，法官不能仅仅拘泥于法律规定的条文，而是要秉持“如我在诉”的意识，满足当事人的心理诉求，让爱贯穿每一个案件的始终，使司法裁判“文本法”的适用符合人民群众感受的“内心法”。该案的成功调解，预防和化解了“民转刑”的风险，使孩子得到了更多的爱。该案是山西省临汾市中院探索践行“疗愈型”司法的典型案例。

七、房产

四部门印发《关于进一步提升不动产登记便利度促进营商环境优化的通知》

2024-02-01 自然资源部

https://mp.weixin.qq.com/s/Q0v1h1-2Lv-yRN77yNNn0w

近日，自然资源部会同国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家金融监督管理总局，印发《关于进一步提升不动产登记便利度促进营商环境优化的通知》（以下简称《通知》），推出 8 条不动产登记便利化改革举措，促进营商环境优化，支撑经济高质量发展。

《通知》要求，要围绕“高效办成一件事”合力攻坚，主动跨前一步，加强部门协同配合，对标国际一流营商环境标准，通过改善不动产登记服务“软环境”，提升促进高质量发展“硬实力”，不断增强企业群众办理不动产登记的获得感、幸福感、安全感。具体 8 个方面如下：

一是全面推进“全程网办”。加快实现不动产登记全业务类型网上可办、网上好办，提升转移登记、抵押登记等高频业务“全程网办”比例；加快推广不动产登记电子证书证明在抵押贷款、税收征缴、经营主体注册登记、户籍管理、教育入学、财产公证、水电气热过户等方面的社会化应用，逐步实现应用场景全覆盖。

二是创新项目建设全生命周期登记服务。围绕各类项目，打通上游相关业务环节，逐步创新项目建设土地供应、规划许可、不动产登记等全生命周期以及土地转让和抵押阶段的登记服务，通过信息共享、并行办理，实现“交地（交房、成交、竣工、抵押）即交证”。

三是提高涉企登记服务水平。鼓励设立企业办事专区或企业专窗，为企业办理不动产登记提供“绿色通道”。对改制重组涉及权属转移符合契税、印花税、土地增值税减征、免征或暂不征收政策的，不动产登记机构及时依法办理登记，支持各类经营主体改革发展。

四是强化登记和税务、金融高效协同。完善综合窗口设置，优化人员配置，加快向“一窗办理、集成服务”升级。优化线上缴纳土地出让价款等相关税费支付方式和支付额度，实现省级层面税收征缴和不动产登记信息实时共享。

五是拓展预告登记覆盖面。全面开展预购商品房预告登记，加快推广存量房预告登记。加大宣传推广力度，引导买卖双方积极申办预告登记。实现预告登记网上办、即时办、免费办，依托综合窗口，推进预告登记与签订不动产物权协议同步申办。

六是优化继承登记办理流程。在办理非公证继承涉及的不动产登记业务中，对法定继承的，由全部法定继承人共同 查验继承材料；对遗嘱继承的，由全部法定继承人共同查验遗嘱的有效性及是否为最后一份遗嘱；对受遗赠的，由全部法定继承人和受遗赠人共同查验继承材料。此外，引入遗产管理人制度，通过遗产管理人对继承关系、申请材料等进行确认，精简办理流程，压缩办理时间。

七是健全化解历史遗留问题长效机制。及时总结创新举措和典型经验，收集不作为、乱作为的反面案例，以案为鉴加快化解。同时，建立问题发现处理平台和机制，以“办不成事反映窗口”

为依托，建立健全历史遗留问题发现和处理平台、机制。

八是深化队伍作风常态化建设。定期举办不动产登记技能大赛，持续开展寻找“全国最美不动产登记人”公益活动，启动全国便民利民典型窗口建设，提升一线登记人员的业务 能力和职业归属感。针对一线窗口女性占比大的特点，争取“巾帼文明岗”“三八红旗手”等荣誉，完善女性职业发展保障措施。

自然资源部 国务院国有资产监督管理委员会 国家税务总局 国家金融监督管理总局 关于进一步提升不动产登记便利度 促进营商环境优化的通知

自然资发〔2024〕9 号

各省、自治区、直辖市自然资源主管部门、国有资产监督管理部门、税务部门，国家金融监督管理总局各监管局，新疆生产建设兵团自然资源局、国资委、税务局，各政策性银行、大型银行、股份制银行：

不动产登记是服务经济社会发展、保障人民群众财产权利的重要制度，是营商环境的重要内容。为落实党中央、国务院决策部署，进一步提升不动产登记便利度，促进营商环境优化，推动高质量发展，现通知如下：

一、全面推进“全程网办”

（一）提升高频事项全程网办率。深化信息嵌入式实时互通共享，加快实现不动产登记全业务类型网上可办、网上好办，提升转移登记、抵押登记等高频业务“全程网办”比例。在长三角地区打造“全程网办”为主、线下帮办为辅的一体化“跨省通办”示范样板，并逐步向京津冀、成渝等区域拓展。加强安全管理，通过人脸识别、录音录屏等方式，线上核验当事人身份信息和真实意愿，有效防范风险。

（二）推广应用电子证书证明。加快推广不动产登记电子证书证明在抵押贷款、税收征缴、经营主体注册登记、户籍管理、教育入学、财产公证、水电气热过户等方面的社会化应用，逐步实现应用场景全覆盖。

（三）完善信息在线查询服务。电子介质的不动产登记信息查询结果证明与纸质介质的具有同等法律效力。有条件的地方可以开展“图属一致”在线可视化查询，探索不动产权利人线上授权委托查询和利害关系人线上查询。提升登记数据质量，夯实信息查询基础。

二、创新项目建设全生命周期登记服务

（一）“交地（房）即交证”。围绕各类项目，主动向前延伸不动产登记服务，提前对接开展地籍调查，打通上游相关业务环节，逐步实现土地供应、规划许可、不动产登记等信息共享、并行办理。在项目供地阶段，引导经营主体签订土地出让合同或取得划拨决定书时，同步申请不动产登记，实现“交地即交证”。在土地转让阶段，充分利用土地二级市场线上交易服务功能，通过综合窗口和信息共享推进土地交易登记一体化，实现“成交即交证”。在项目竣工阶段，经营主体可同步申请不动产登记，实现“竣工即交证”；项目通过验收后，可同步申请房屋首次登记和转移登记，实现“交房即交证”。

（二）“抵押即交证”。有抵押融资需求的经营主体，可一并申请办理土地首次登记和土地抵押登记。根据经营主体融资需求和不动产不同物理形态，打通纯土地抵押、在建建筑物抵押和房地产抵押，合并办理抵押权注销、新抵押权设立、抵押权变更等，满足项目建设不同阶段的抵押融资需求。

三、提高涉企登记服务水平

（一）服务企业改制重组。鼓励设立企业办事专区或企业专窗，为企业办理不动产登记提供

“绿色通道”。对改制重组涉及权属转移，符合契税、印花税、土地增值税减征、免征或暂不征收政策的，通过综合窗口申请登记、办税，税务机关办理有关税收事项后，不动产登记机构及时依法办理登记，支持各类经营主体改革发展。落实《自然资源部 国务院国资委关于推进国有企业盘活利用存量土地有关问题的通知》（自然资发〔2022〕205 号），对符合条件的国有企业公司制改制的土地，仅涉及权利人名称变更的，直接办理土地使用权人名称变更登记。

（二）免收小微企业不动产登记费。符合《工业和信息化部 国家统计局 国家发展和改革委员会 财政部关于印发中小企业划型标准规定的通知》（工信部联企业〔2011〕300 号）标准的小微企业，提交小微企业免缴不动产登记费承诺书，即免收不动产登记费，不得要求另行提供属于小微企业的证明材料。个体工商户凭营业执照直接免收不动产登记费，无需承诺。

四、强化登记和税务、金融高效协同

（一）推动“一窗办理、集成服务”。严格落实《优化营商环境条例》“不动产登记、交易和缴税一窗受理、并行办理”的规定，完善综合窗口设置，优化人员配置，提高综合窗口服务能力和业务办理比例，加快综合窗口向“一窗办理、集成服务”升级。不动产登记、缴税等联办业务应通过综合窗口办理。优化线上缴纳土地出让价款、相关税费支付方式，合理提升线上支付额度。为纳税人提供方便的代开发票服务，推进代开发票业务网上可办，加快应用全面数字化的电子发票。实现省级层面税收征缴和不动产登记信息实时共享。

（二）协同不动产抵押融资服务。自然资源部、国家金融监管总局探索开展“总对总”系统对接机制，促进跨部门、跨区域、跨层级业务高效协同。逐步拓展银行业金融机构不动产登记服务网点服务内容，实现抵押登记、转移登记等关联业务就近申办。深化不动产登记“带押过户”改革，加快实现“带押过户”业务跨银行业金融机构可办，覆盖工业、商业等各类不动产。推广“无还本续贷”抵押登记做法，通过旧抵押权注销和新抵押权设立登记合并办理、顺位抵押权设立和旧抵押权注销登记合并办理，或者办理抵押权变更登记等，实现“借新还旧”、抵押登记无缝衔接。

五、拓展预告登记覆盖面

（一）加强宣传引导。全面开展预购商品房预告登记，加快推广存量房预告登记。加大宣传推广力度，让社会普遍知晓预告登记是从源头上防范商品房“一房二卖”“先卖后抵”等风险的重要举措，引导买卖双方积极申办预告登记。

（二）延伸服务网点。积极向银行业金融机构、房地产开发企业、不动产登记代理机构等延伸登记端口，实现预告登记网上办、即时办、免费办。依托综合窗口，推进预告登记与签订不动产物权协议同步申办。

（三）强化结果应用。预告登记结果是银行业金融机构审批发放贷款的依据，税务部门可运用预告登记结果开展税款征收相关工作。

六、优化继承登记办理流程

（一）简化材料查验方式。在办理非公证继承涉及的不动产登记业务中，对法定继承的，由全部法定继承人共同查验继承材料；对遗嘱继承的，由全部法定继承人共同查验遗嘱的有效性及是否为最后一份遗嘱；对受遗赠的，由全部法定继承人和受遗赠人共同查验继承材料；全部法定继承人查验继承材料，有第一顺序继承人的，第二顺序继承人无需到场；提供放弃继承权公证书的，该继承人无需到场。

（二）引入遗产管理人制度。由人民法院指定遗产管理人的，遗产管理人应到场协助取得不动产的权利人申请登记，通过遗产管理人对继承关

系、申请材料等进行确认，精简办理流程，压缩办理时间。

（三）探索告知承诺制。对于实践中确实难以获取的死亡证明、亲属关系证明等不动产登记申请材料，地方可在明确适用情形、核实方式和失信惩戒规则等基础上，以告知承诺的方式代替。

七、健全化解历史遗留问题长效机制

（一）巩固日常化解机制。继续巩固“政府主导、部门联动”的工作机制，主动跨前一步，做好历史遗留问题导致的不动产“登记难”日常化解工作，力争出现一个、化解一个，依法维护企业群众合法权益。及时总结创新举措和典型经验，收集不作为、乱作为的反面案例，以案为鉴加快化解。根据工作需要，也可以继续采取专项工作的方式集中化解。

（二）建立问题发现处理平台和机制。发挥不动产登记直接面向企业和群众服务的优势，以“办不成事反映窗口”为依托，建立健全历史遗留问题发现和处理平台、机制，对于群众的各类办证诉求和反映的办证问题，进行记录、整理、分类，按照“缺什么补什么、谁审批谁负责”的原则，及时向上游审批供应环节反映，必要时发送工作办理提示建议单，合力推动将问题发现在日常、处理在日常。

（三）防止新增遗留问题。加强自然资源相关审批环节与不动产登记的相互衔接，实现用地审批、规划许可、土地供应、开发利用、执法监督等全业务链条封闭动态监管，确保登记法定要件齐全，从源头上避免出现新的遗留问题。

八、深化队伍作风常态化建设

（一）抓好典型示范引领。定期举办不动产登记技能大赛，持续开展寻找“全国最美不动产登记人”公益活动，启动全国便民利民典型窗口建设，发挥示范引领作用，提升一线登记人员的业务能力和职业归属感。

（二）加强常态化教育管理。强化登记人员常态化培训和监管，严肃查处收受好处造假、违规更改信息等违纪问题，动态更新全国不动产登记警示案例库，经常性开展警示教育。

（三）完善登记人员职业保障。总结实践经验，拓展不动产登记工作人员职业晋升渠道。建立不动产登记责任保险制度，采取购买不动产登记责任保险等措施，健全登记风险保障机制。针对一线窗口女性占比大的特点，争取“巾帼文明岗”“三八红旗手”等荣誉，完善女性职业发展保障措施。

各地要围绕高效办成一件事合力攻坚，坚持一切从实际出发，指导本地区各市县结合实际创新举措，打破思维定势，优化登记工作，提升服务效能，不断增强企业群众办理不动产登记的获得感、幸福感、安全感。

自然资源部　　国务院国有资产监督管理委员会

国家税务总局　　国家金融监督管理总局

2023 年 12 月 21 日

记者：黄俊飞 郑雪蕾

新媒体编辑：赵蕾

不动产执行 | 赵大伟：夫妻共有不动产的执行程序分割——兼评《民事强制执行法（草案）》第 173 条第 3 款

2024-01-10　不动产法理论与实务

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

原文载于《中国不动产法研究》2023 年第 1 辑，第 50-68 页。

作者简介

赵大伟，吉林大学诉讼法学博士
主要研究领域：强制执行法

摘　要：债务人在夫妻共有不动产中的份额属于责任财产，执行法院应分割不动产确定其份额。《民事强制执行法（草案）》第 173 条第 3 款规定未达成析产协议的，执行程序可依据出资额占比或等额均分方式分割共同共有财产，不必通过诉讼程序分割。夫妻共有不动产权属具有复杂性，从外部看为包含债务人与其配偶份额的共同共有财产，从内部看不仅包含夫妻共同财产，还可能含个人财产，这使得执行分割面临困境。执行程序分割夫妻共有不动产，需要考量夫妻财产制、不动产登记以及夫妻财产分割协议对财产权属的影响。执行程序可通过建构夫妻共有不动产的认定标准、执行程序分割规则以及针对不同性质财产的不同分割方法，来平衡执行效率与实体公正的关系。

关键词：夫妻共有不动产；执行程序分割；共有物分割；共同财产制

一、引　言

不动产一般是家庭中最重要的财产，当夫妻一方对外负债，夫妻共有的不动产面临被执行分割的命运。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》规定在案涉共有财产被查封、扣押、冻结后，若各方主体不能达成分割协议，应通过（代位）析产诉讼分割以确定份额，执行程序无权直接分割。通过诉讼程序分割模式虽能够准确界定债务人份额，为各方当事人提供充足程序保障，但因与执行效率相悖，导致适用度有限。

最新执行立法未采取诉讼分割模式，而是改采执行分割模式。2022 年 6 月全国人大常委会公开征求意见的《民事强制执行法（草案）》第 173 条第 3 款规定未达成析产协议的，由执行程序依据出资额占比或等额均分方式分割共同财产，无需另行提起诉讼。对于夫妻共有财产，进行均等分割曾是我国执行立法和比较法上部分国家的通行做法。《民事强制执行法（草案）》以执行析产取代诉讼析产，用出资额占比优先取代等额均分方式，突破了我国当前理论中的共有物分割和共同财产制理论。执行程序究竟该如何分割夫妻共有不动产，成为一个亟待解决的问题。

二、执行程序分割夫妻共有不动产及其困境

通过执行程序分割夫妻共有财产，能够保障执行效率和债权人利益，减少诉累。由于夫妻共有不动产权属的复杂性，执行程序通过界定出资

额占比或等额均分方式分割可能难以准确界定财产份额，使得执行程序分割面临困境。

（一）执行程序分割共有财产模式的确立

执行夫妻共同财产，核心问题是如何分割夫妻共同财产以界定责任财产。夫妻共同财产分割主要有协议析产、诉讼析产与执行析产三种方式，达成析产协议需要债权人、债务人以及其配偶三方同意，门槛过高，诉讼析产有违既判力相对性和执行效率，这使得执行析产为可行方案。

《民事强制执行法（草案）》采取执行程序分割方案，第 173 条第 3 款明确规定收到通知之日起 15 日，各方当事人未达成财产分割协议的，执行法院可直接执行债务人在共同共有财产中的份额。从共有财产分割的角度，该款规定主要包括以下内容：首先，分割机构为执行机构。在确定财产为共同财产后，执行法院可对案涉共有财产进行强制分割。其次，财产份额界定方法为先确定出资额占比，不能确定出资额的等额分割。最后，分割方法为变价分割。共有物分割方式主要包括实物分割和变价分割，执行程序应采取变价分割的方式。

（二）共同共有财产的分割方法

《民事强制执行法（草案）》第 173 条第 3 款规定了两种财产分割方法，执行法院能够确定出资额的，依据出资额占比方式确定责任财产，不能确定出资额时，适用等额均分方式。

首先，依据出资额占比分割共同财产。依出资额占比分割是先确定出资额，再将相应出资额比例作为份额确定依据的方法。为确定债务人在夫妻共有不动产中的份额，执行法院可调查买房合同、首付款来源、银行流水等方式确定债务人的出资额。

其次，依据等额均分分割共同财产。等额分割是依据共有人人数，对共同财产进行平均分割的一种方式。在夫妻共有不动产分割程序，适用等额分割主要包括以下情况：首先，共有人出资额难以查清。如案涉不动产购买时间较久远，债务人夫妻不能提供相应出资证据，执行法院经职权调查也难以发现出资信息，申请执行人也不能提供共有人出资线索。其次，以夫妻共同财产出资。如夫妻婚后购买不动产，虽能够查清首付款和偿还贷款的资金来源，但由于首付款以及还款资金系夫妻共同财产，该类不动产难以确定具体出资额，宜将其均等分割。

（三）执行程序分割面临的困境

在夫妻财产的视角下，夫妻共有不动产中可能包含夫妻个人财产部分（个人财产出资）和夫妻共同财产部分（夫妻共同财产出资）。在夫妻共有不动产中，属于责任财产的部分为债务人个人财产部分和在夫妻共同财产中的份额，执行法院需要分割不动产，从中析分出债务人个人财产和夫妻共同财产部分，并在夫妻共同财产中界定债务人份额。单纯的依据出资额占比或等额均分方式分割不动产，可能损害债权人或债务人配偶的利益，使得《民事强制执行法（草案）》确立的分割方式陷入困境。出资额分割背后体现的是市场交易理念，等额均分的分割方式体现的是夫妻平等和婚姻伦理理念，执行法院应合理界定这两种分割方式。

综上，夫妻共有不动产权属较为复杂，其中可能蕴含着婚前出资、父母赠与以及婚后出资等不同资金来源，单独运用一种分割方法可能难以平衡各方利益。

三、执行程序分割夫妻共有不动产的考量因素

执行程序界定债务人在不动产中的份额，需在保障执行效率原则下深入夫妻财产内部，综合考量夫妻财产制、不动产登记以及夫妻财产分割协议对夫妻双方份额的影响。

（一）共同财产制

我国的夫妻财产制度为婚后所得共同制，界定夫妻财产归属不能脱离夫妻财产制。从婚后所得共同制的角度分割夫妻共有不动产，夫妻双方婚后所得的财产原则为夫妻共同财产，夫妻一方婚后在不动产中的出资原则上应认定为夫妻共同财产。若债务人婚前购房，其购房款未受到夫妻财产制的影响，仍属于其个人财产。较为复杂的情形是债务人婚后购房，但其中部分财产系婚前财产转化而来，对这部分财产，若债权人、债务人或其配偶能够提供证据证明其出资系婚前个人财产，应依据出资额占比将该部分财产认定为个人财产。

（二）不动产登记

在夫妻共有不动产权属界定中，还需要考量的因素为不动产登记。不动产登记对夫妻共有不动产份额的影响，集中体现在婚前购买的份额界定以及婚后以（部分）个人财产出资时的份额界定。依据权利外观主义原则，强制执行程序确定被执行人夫妻财产归属时应奉行形式主义原则，执行机构在财产发现程序中应依据财产之外观，来确定该财产是否属于被执行人的责任财产，无需从实体上调查该财产是否确实为债务人所有。执行程序在夫妻财产内部界定夫妻财产权属，应主要依据夫妻财产制规范，物权规范处于较次要地位，如夫妻婚后购买不动产，无论如何登记，都不影响夫妻共同财产的权属。但某些情况下，基于立法的特殊规定，夫妻财产变动需要借助财产登记。

（三）夫妻财产分割协议

夫妻双方意志（夫妻财产分割协议）一般需要借助于财产登记，未变更财产登记的协议仅在夫妻财产内部产生效力，不能对抗执行法院和债权人。特殊情况下内部分割协议也能够产生物权效力，主要包括债权人明知夫妻财产约定的，以及不能证明为恶意串通、转移财产的离婚财产分割协议。在财产分割协议能够排除强制执行的场合，虽不动产未变更登记，但执行法院不能依据不动产登记情况界定财产权属，需要依据财产分割协议所载明内容执行。《民法典》第 1065 条规定夫妻财产约定在夫妻双方之间产生拘束力，相对人知道该约定的，应受该约定拘束。离婚协议中不动产归属条款的效力具有复杂性，执行程序面临如何认定的困境。诉讼程序审查程序界定离婚协议不动产权属条款能否产生物权效力，较为可行的做法是审查债务人及其配偶在离婚分割不动产时，是否构成恶意串通、转移财产。

四、执行程序如何分割夫妻共有不动产

由执行程序分割夫妻共有不动产，为平衡执行效率与准确分割份额的关系，执行立法应建构完善的分割规则。

（一）分割标的：夫妻共有不动产的认定标准

执行程序分割夫妻共有不动产，需要有明确的标准界定哪些不动产属于夫妻共有不动产。夫妻财产制、不动产登记以及夫妻财产分割协议皆有可能影响不动产权属，登记在债务人名下的不动产可能为夫妻共同财产，需要进行分割。其中典型情况是债务人配偶于婚前个人全资购买的不动产为其个人财产，执行法院不能强制分割。排除纯粹个人所有的不动产，其他夫妻不动产为夫妻共有不动产，执行法院需要在其中析分出债务人所有的部分（个人财产以及共同财产份额）。

对夫妻共有不动产权属的认定，是分割该不动产的前置条件。认定不动产权属，执行法院应突破仅依赖不动产登记的权利外观原则，依据《民法典》相应规范，结合夫妻财产制、不动产登记、财产分割协议综合界定。

（二）分割规则：执行分割的程序保障

首先，分割前的“资格审查”。关于分割共同共有财产的前置条件，民事实体法与程序法作出

了不同的规定，《民法典》第 303 条规定，共同共有人只有在共有基础丧失或有重大理由需要分割时，才可请求分割共同共有财产；《民事强制执行（草案）》第 172 条规定债务人个人财产不足以清偿个人债务的，法院可执行共同共有财产。结合《民法典》第 303 条和《民事强制执行（草案）》第 172 条规定，可将债务人个人财产不足以清偿债务，作为分割共同财产的“重大理由”，确认债务人无其他财产后才能执行夫妻共同财产。不能将解除共同关系（离婚）作为分割夫妻共同财产的前置条件，因执行共同财产而解除共同关系，超出执行权的权限。若因执行夫妻共同财产，允许执行法院解除债务人与其配偶的婚姻关系，一方面属于执行权滥用，以执代审，另一方面不利于婚姻家庭保护，严重损害债务人及其配偶的权利。

其次，分割规则的完善。分割夫妻共有不动产时，执行法院应通知债权人、债务人及其配偶三方主体参加执行听证，保障其程序参与权。执行法院对各方主体提供的证据进行审查认定，认定标准为优势证明标准，执行法院只要认为现有证据证明出资的可能性较大，即可从程序上初步认定该事实成立。

最后，分割后的救济。根据既判力相对性原则，判决的拘束力只发生在参加诉讼的当事人及其承继人之间，案外人未参与诉讼，不能受到判决效力的拘束。执行异议之诉为专门的执行救济程序，在法律设置执行异议之诉的情况下，案外人希望通过诉讼排除强制执行，只能申请执行异议之诉。执行法院通过诉的合并方式，由执行异议之诉一并审理排除强制执行请求和财产分割请求，具有可行性。执行异议之诉不仅审查法院执行行为，还能够确认实体权利。

（三）分割方法：“出资额占比”“等额均分”的体系理解

首先，对于不属于夫妻共同财产的个人财产部分，应依据出资额占比界定份额。在夫妻共有不动产中，债务人与其配偶的个人财产不同于夫妻共同财产，不能进行分割。执行法院在分割夫妻共有不动产中的夫妻共有财产时，应先将其中属于个人财产的部分界定出来。夫妻财产中“出资额”为拟制概念，夫妻一方的出资可能因夫妻财产制、不动产登记以及财产分割协议变为夫妻共同财产或其配偶个人财产，对确实已变为配偶个人财产的部分，执行法院不能执行；对于变为夫妻共同财产的部分，执行法院依据夫妻共同财产分割规则进行等额分割。

其次，对于不动产中的夫妻共同财产部分，应依据形式原则进行均等分割，不能依据出资额分割，也不能实质分割。婚姻家庭中从事家务劳动和在外工作同样重要，仅计算获得收入方的财产份额将严重损害其配偶的权利，所以对夫妻共同财产出资，应进行均等分割，从事家务劳动方的财产权利应得到同等保护。不动产中的夫妻共同财产部分，可能因婚后共同还贷而产生，也可能因夫妻财产协议约定或不动产变更登记而产生。如夫妻婚后共同还贷部分为夫妻共同财产，夫妻双方可约定不动产为共同共有，不动产登记为共同共有的应认定为夫妻共同财产，进行均等分割。同时应注意，在夫妻财产领域，夫妻共同财产推定具有兜底性质，不动产中不能确定出资额的部分，可推定为共同财产，进行均等分割。

五、结　语

夫妻共同财产是典型的共同共有财产，但夫妻共有不动产不同于一般共同共有财产，单纯依据出资额或等额分割难以准确界定共有人份额。从夫妻财产的角度，夫妻共有不动产可能包含债务人个人财产以及夫妻共同财产，需要从不动产中析分出个人财产和夫妻共同财产，并对其中的夫妻共同财产部分进行分割。为平衡执行效率与实体公正，执行法院应结合夫妻财产制、不动产

登记以及夫妻财产分割协议，重构夫妻共有不动产的分割方案。执行法院分割夫妻共有不动产时，应完善夫妻共有不动产的认定标准，建构执行程序分割不动产的前置条件、分割规则以及救济机制，对于夫妻共有不动产中的个人财产部分，依据出资额占比析分，对不动产中的夫妻共同财产部分进行等额分割。

房产登记在子女名下，母亲有无份额？扬州中院：共同生活、共同创造财产者享有共有权利

2024-02-26 人民法院报 陆开存 张瑾瑶 文/图

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-02/26/content_236905.htm?div=-1

▲图为案件回访现场，承办法官询问刘奶奶身体状况及生活现状。

◂图为案件回访现场，刘奶奶的女儿向承办法官介绍母亲现状。

导读

《中华人民共和国民法典》沿袭了物权登记的公示公信原则。那么，房产登记在子女名下，共同生活的父母是否享有财产权？近日，江苏省扬州市中级人民法院审理了一起所有权确认纠纷案。耄耋老人刘奶奶已经和儿子生活了 60 多年，儿子却因生活琐事将刘奶奶送到养老院，并称房子系自己所建，老母亲无权居住，且屡次拒绝老母亲回家的请求。无奈之下，刘奶奶将儿子告上法庭，请求确认其对房屋享有共同共有权，让自己可以回家居住养老。法院认为，案涉房屋无论登记在谁的名下，都无法否认房屋建成之时其他共同生活的家庭成员对共同创造、共同所得的财产享有的共有权利。法院判决确认刘奶奶对案涉房屋享有共同共有权，并在判决书中劝解双方当事人，晓之以理，动之以情，希望子女要共同照顾好老母亲的晚年生活，为亲人及子孙后代作好表率。

父母准备新建房屋 老父身故儿子接棒

上世纪五六十年代，生活在苏中地区农村的张大爷和刘奶奶共养育了一子四女。在物质匮乏的年代，拉扯成人五个子女实属不易，儿子娶媳生子后，四个女儿也陆续出嫁，老两口便一直和儿子张某甲一家生活在一起，共同居住在老宅子里。改革开放后，江苏农村的乡镇企业如雨后春笋般冒出，农民收入大幅增加，先富起来的农民纷纷改善居住环境，农村房屋从土坯茅草到砖瓦结构，个别人家甚至盖起了小楼房。1988 年，考虑到家里住了几十年的老宅属实过于陈旧，没有单独的卫生间、洗澡间等，生活设施太简陋，祖孙

三代住在一起也确实多有不便，年过五旬的张大爷和刘奶奶商量，想要翻新重建房子来改善居住环境。在乡镇企业工作多年，张大爷也算见多识广，因此，房屋不是选择原址重建，而是选择了距离老宅不远的另一处，交通更为方便，距离集镇也更近。为了建新房，张大爷、刘奶奶夫妻俩干劲十足，忙里忙外，拿出全部积蓄，陆续购入了砖瓦、木材等建筑材料，为新建房屋做着准备。

可是，天有不测风云，人有旦夕祸福。就在一切准备就绪，准备申请建房时，张大爷却意外发生交通事故突然离世。在安排好父亲的后事之后，作为儿子的张某甲便去处理后续赔偿补偿事宜，交通事故赔偿款、父亲单位的抚恤金等均由张某甲领取，建造房屋的责任也落在了唯一的儿子张某甲身上。

1991 年，刘奶奶和张某甲夫妻共同作为申建人向村集体申请了新的宅基地。在申领建房手续时，建设许可证上对“原房屋处理意见”一栏载明“拆翻后交集体”。宅基地申领到以后，张某甲利用父母之前出资购买的建筑材料、父亲的交通事故赔偿款、抚恤金以及自己部分存款，建起了一座二层楼房。重新办理户籍登记时，张某甲登记为家里的户主。

房子修建期间，为了让一家人能有个安身之地，老宅并没有被先行拆除。房子建好之后，作为户主的张某甲将老宅对外出售，而售房款也未与母亲进行分割，作为家庭共同财产由其进行保管和支配。此后，刘奶奶仍和儿子张某甲一家居住在同一屋檐下，共同生活。直到 2005 年，张某甲为房子办理房产所有权登记，将房屋登记在其个人名下。

房产登记在儿名下 耄耋老母有家难回

几十年在一起共同生活难免有所磕碰。在日复一日的生活琐事中，刘奶奶与儿子儿媳之间产生矛盾并日渐加深。之后，张某甲不顾母亲的拒绝和妹妹们的强烈反对，强行将刘奶奶送到了养老院。

在刘奶奶看来，自己年纪已经大了，既然有儿也有家，那自己必然是要在家里走完生命的最后一程。所以，在被送到养老院之后，只能每日以泪洗面、伤心欲绝，且多次以激烈的行为表达了强烈想要回家的意愿。刘奶奶的女儿们担心老母亲的身体，便找到了电视台，希望通过电视台的报道“打通母亲的回家之路”。

电视台得知刘奶奶的遭遇后，便去养老院了解情况，希望帮助化解刘奶奶和儿子张某甲间的矛盾，让刘奶奶可以回家养老。可养老院却表示，依据相关管理规定需要其子张某甲同意刘奶奶才可以回家，然而张某甲却始终拒不到场。

张某甲的四个妹妹都表示，自己当年对父亲的遗产表示放弃，将来如果母亲有遗产留下，无论是全部捐献还是全部留给张某甲她们都没有意见，只要哥哥张某甲能够接纳母亲，让母亲回家居住、落叶归根，别无所求。张某甲称新建的房子是自己的，自己有权决定让不让母亲住。

刘奶奶母子之间的矛盾经电视台报道后，虽然母子二人还是各执一词，但事件也算有了一点转机，张某甲的四个妹妹得以将母亲接回家里居住，并轮流照顾其起居。

可是，根据当地农村的风俗，有儿子的老人，不会在女儿家走完最后的生命里程，否则会被街坊四邻笑话，也会对子孙后代有影响。所以，刘奶奶还是整日郁郁寡欢，希望可以回到儿子身边安度晚年。

最终，在 2022 年 2 月，刘奶奶一纸诉状将儿子告到法院，诉称自己有家不能回。

物权登记公示公信 内外效力迥然不同

儿子张某甲声称，房子登记在自己名下，母亲不是房屋的登记权利人，继而也没有居住在自己家里的权利。

扬州中院审理后认为，所谓物权登记的公示公信，是物权登记的对外效力。家庭成员内部所有权的确认，要从是否存在共同创造、共同所得的角度进行判断。

本案中，刘奶奶户口簿上记载着儿子张某甲是户主，且自张某甲出生后母子就一直在一起生活长达 67 年，其间并未分家析产，足以证明刘奶奶是与张某甲共同生活的家庭成员。刘奶奶劳动、生活了一辈子，经济上始终没有与张某甲分开，张大爷意外身故的赔偿款、抚恤金也由儿子领取，也未有继承析产，老夫妻共同购买的建材，也被张某甲用于建造房屋。多年来，刘奶奶也从未主张自己应当得到什么财产。剪不断、理还乱，这恰恰是家庭共有状态的特点所在。

承办法官认为，综合相关证据，应当认为，案涉房屋无论登记在谁的名下，都无法否认房屋建造之时其他共同生活的家庭成员对共同创造、共同所得的财产享有的共有权利。

扬州中院在审理后作出判决，确认刘奶奶对案涉房屋享有共同共有权。

金无足赤，人无完人。舌头和牙齿尚有磕碰，60 余年的共同生活，双方为生活琐事发生矛盾亦属正常，双方应该珍惜此生的缘分，尤其张某甲作为刘奶奶唯一的儿子，对于年近九旬的老母亲，更应悉心照料，使其安度晚年。扬州中院承办法官在判决书中劝解双方当事人：“子欲养而亲不待，成为多少人一生的遗憾。张某甲作为兄长，要给妹妹们做好表率；作为父亲，更要给自己的子女做好表率，不要因为生活琐事而给自己与母亲留下人生遗憾。尊老爱幼、母慈子孝不仅仅是中华民族的优良传统，也是人类能够延续的文化保障。生活的磕磕碰碰在所难免，张家的几个女儿也要不计前嫌，和哥哥张某甲一起，共同照顾好老母亲的晚年生活。”

判决作出后，张某甲表示服判息诉。后因涉案房屋被拆迁，张某甲从拆迁款中拿出属于母亲刘奶奶的财产份额，再加上几个妹妹的共同出资，一起为刘奶奶买了一套小房子，并轮流照顾其生活，一家人的关系也逐步得到缓和。

■裁判解析

家庭共有财产、共有权利的认定

本案的审判难点在于，我国民法典婚姻家庭编第三章家庭关系第一节夫妻关系，对夫妻共有财产和夫妻一方的财产分别作了明确规定；第二节父母子女关系和其他近亲属关系，仅对抚养、赡养、教育、继承等作了规定，但对家庭共有财产没有作明确规定。因而，需要从法律理论和民法典的其他条款中寻找法律依据，从而作出正确的裁判。二审判决认为，家庭共有财产是指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同创造、共同所得的共同财产。共同生活的家庭成员对共同创造、共同所得的财产享有共有权利。物权登记的公示公信效力系物权的对外效力，无论物权登记在家庭成员的哪一方名下，不妨碍家庭共有财产的认定。

民法典第二百九十七条中就规定，不动产或者动产可以由两个以上组织、个人共有；第三百零八条规定，共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有；第一千零四十五条规定，配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。上述规定是共有权利的规定，但共有财产的确认还需要其他法律规定的支撑。物权的取得包括原始取得和继受取得。根据民法典第二百三十一条规定，因合法建造、拆除房屋等事实行为设定或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。涉案房屋因合法建造这一事实行为而设定物权，属于物权的原始取得，并不会因后来的登记行为而否定此前物权效力。否则，就不存在对登记的物权进行确认之诉。

“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼。”尊老、敬老、养老、助老是中华民族的传统美德，也是社会文明进步的标志。民法典第一千零四十三条规定，家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。当今社会，无论城乡，老年人用毕生积蓄为子女建造或者购买房产并登记在子女名下是十分常见的情况。确认用于家庭生活的住宅所有权，不能仅看不动产登记，而应根据物权取得原因进行分析，承认和保护老年人的财产权，进而保障其居住生活，实现老有所居。

■专家观点

确认老年人财产权益 实现老有所居

扬州大学法学院副教授 包振宇

这是一起老年人主张确认财产权利，从而实现自身居家养老愿望的典型案例。

随着我国进入老龄化社会，老年人在财产权益、居家养老等方面的民生需求日益增加，类似案件在司法实践中十分常见。《中华人民共和国民法典》物权编规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但是法律另有规定的除外。不动产登记是物权归属和内容的根据。对于全部或者部分用父母财产建造、购买，但登记在子女名下的家庭住宅，形式上全部归子女所有。司法实践中有观点认为，即使父母曾经基于出资建造、购买的事实享有一定权利，但根据不动产物权变动规则，家庭住宅从登记到子女名下时起物权已经发生变动。虽然，年老的父母可以主张子女履行赡养义务来实现自己的居住权益，但相对于法律对所有权人的较为全面的保护，父母的居住权益难以通过子女的赡养义务得到充分的实现。因此，对登记在家庭成员名下房产，不能一刀切地根据物权登记记载认定权利归属，而应具体案情具体分析，才能准确界定个人财产、夫妻共同财产以及家庭共同财产。

本案中，法院没有机械地适用不动产物权登记变动规则，而是全面考虑房屋来源和现实情况，从物权取得的原因进行分析，从而确认年老父母对登记在子女名下的家庭住宅享有共同共有权，充分保障了老年人居家养老的权益和诉求。承办法官耐心细致地梳理全案证据，查清了案涉住宅从 1988 年开始筹备建造至今数十年的来龙去脉，掌握了父母当初参与出资建造以及张某甲占有了主要家庭共有财产并将共同出资、共同建造、共同生活的家庭住宅登记到自己名下等关键事实。在现行法律框架下，准确区分物权登记内外部效力的不同，综合案件事实确认了刘奶奶对案涉住宅的共同共有权。

本案中，刘奶奶的最终诉求是居家养老，实现自己对子女名下住宅的居住权益。但我国民法典并未明确规定家庭成员的法定居住权，所以，通过确认共同共有权来实现自身居住权益就成为许多老年人的诉讼选择。扬州中院积极回应父母子女家庭财产共同共有权确认中的难点问题，充分考虑老年人对家庭财产形成的贡献和老有所居的正当需求，对不动产物权登记公示公信效力进行目的性限缩解释，积极探索家庭成员共同共有权的法律适用，提出“共同创造、共同所得”的司法认定标准，对于切实保障老年人居住权益，真正实现老有所居、老有所安具有积极的指导意义。

六旬老人与比自己小 11 岁的女性“闪婚闪离”，闹出房产纠纷

2024-02-28 风云法眼

https://mp.weixin.qq.com/s/GmD-KBwEdaVz-p4FngC9Gw

老人再婚时，先是将个人所有的产权房屋加上再婚妻子的名字，并变更登记在夫妻二人名下。结婚后不足一年两人离婚时，双方又在自愿签订的离婚协议书上承诺，将房屋的所有权归女方所有。而当女方要求办理过户手续时，老人反悔拒绝。对此，法律支持吗？

赠与容易反悔难 “闪婚闪离”出纠纷

曾世元 65 岁那年（2015 年），老伴因病去世。唯一的女儿为老父亲老有所居，对父母共有的一套房屋（某区 122 号）主动放弃继承权，把房屋归给父亲所有，并于 2015 年末协助父亲办理了该房屋的过户登记手续。一个人生活的日子里，虽然有孝顺女儿的经常看望与照顾，但女儿毕竟有自己的工作与家庭，考虑自己患有脑梗、听力障碍（耳聋）、视力下降等疾病，曾世元决定还是找个伴一起生活。经老友介绍，曾世元于 2019 年初，与比自己小 11 岁的赵古兰相识，并于 2019 年 11 月办理了结婚登记手续。曾世元为表达诚意留住妻子，在结婚两个月后的 2020 年春节期间，曾世元向某区不动产登记中心提出申请：自愿将此套房屋产权人登记为曾世元、赵古兰共同共有，双方为夫妻关系。登记中心很快将 122 号房屋登记为赵古兰、曾世元共同共有。然而令人想不到的是，曾世元于 2020 年 9 月主动向赵古兰提出离婚，后经双方协商，达成协议离婚，并签订《离婚协议书》一份，载明：现有私房一间 64.16 平方米，坐落在某区 122 号，房屋所有人为赵古兰、曾世元，离婚后房屋使用权、所有权归女方赵古兰。曾世元、赵古兰在该离婚协议书上签字并摁手印。

之后，赵古兰要求曾世元配合其办理房产过户登记手续未果，遂将曾世元诉至某区人民法院，赵古兰向法庭提交双方亲笔签字的《离婚协议书》和一份双方的微信聊天记录。曾世元不认可《离婚协议书》的真实性，并申请司法鉴定。经法院委托，北京某鉴定中心因《离婚协议书》为复印件，终止鉴定。后曾世元向法院申请调查令调查存放在某区婚姻登记中心的该份《离婚协议书》真伪，经调取查实，某区婚姻登记中心留存的《离婚协议书》与双方当事人所持的《离婚协议书》一致。

缺乏法定事由反悔 法律难支持

法院开庭审理时，曾世元答辩称，不同意赵古兰的诉讼请求。涉案房屋系我的个人婚前财产，赵古兰对涉案房屋没有出过任何钱款。我个人独有的房产变更为双方共同共有，是因我没有一定的认知能力，我根本没有作出过明确的意思表示要把涉案房屋归属赵古兰。并且现在涉案房屋没有过户，即使我真实存在“赠与”的意思表示，赵古兰对我有扶养义务而不履行，我可以撤销赠与。

法院审理认为，公民的合法权益应当受到法律保护。赵古兰与曾世元系完全民事行为能力人，双方在民政部门签订的离婚协议系双方真实意思的表示，且不违反法律法规的强制性规定，该协议真实有效，双方均应予以遵守。

双方在离婚协议中约定将 122 号房屋归赵古兰所有，现双方已经完成协议离婚，该离婚协议包括其中的财产分割条款均已发生法律效力，非经法定事由和程序不得变更或撤销。曾世元为实现协议离婚的目的，在权衡利弊后，将 122 号房屋处分给赵古兰以换取对方同意协议离婚的结果，曾世元这种自愿承担不利后果的行为属于对自己利益的处分且不损害他人合法权益，并不违法。

在诉讼中，曾世元没有提供证据证实签订该离婚协议时存在欺诈、胁迫的情形。且本案系因离婚协议引发的纠纷，其中的财产分割条款属于离婚协议的一部分，且不能独立发生法律效力，故曾世元要求撤销上述离婚协议中关于财产处分

的内容，属于签订离婚协议后的反悔行为。基于以上分析，122 号房屋应当归赵古兰所有，曾世元具有协助将房屋过户至赵古兰名下的义务，法院对曾世元的答辩意见不予采信。据此，一审法院判决：一、位于某区 122 号房屋归赵古兰所有；二、曾世元于判决生效后七日内配合赵古兰办理该房屋的过户手续，将前述房屋过户至赵古兰名下。

上诉理由无依据

严酷现实要面对

明明系自己婚前财产，可转眼间房屋变成赵古兰所有，曾世元无法接受这个严酷的现实，遂提起上诉，其主要理由为：一审法院认定事实错误。赵古兰以结婚骗取钱财为目的接近我，未对我尽到任何夫妻义务，违背夫妻忠诚、互相扶养的义务。我未持有《离婚协议书》，且始终不认可上面的签字及捺印，一审法院认定《离婚协议书》系基于双方真实意思表示属于认定事实错误。涉案房产是我的唯一住房，赵古兰没有任何贡献。涉案房屋属于我婚前个人财产，第一次赠与系在婚内加名，第二次赠与是在离婚时，但产权证显示为二人共同共有，因此第二次赠与没有完成可以撤销。

对于曾世元的上诉理由，赵古兰称当时民政局让赵古兰手填离婚协议书，并复印了两份，在三份协议书上分别让曾世元和赵古兰用右手食指在各自的名字处按手印。每一份协议书上都加盖了民政局的红章，标注此件与存档件一致，涂改无效，填写日期为 2020 年 9 月 27 日。办理离婚有严格程序，需要双方本人到场并提供相关证件原件予以核对，同时对双方针对离婚协议约定的内容进行确认，民政局在向双方确认了离婚协议书的内容后，双方再进行了签字。再者，曾世元所述自相矛盾，其不认可协议书是其本人签署，又表述将房屋在离婚时赠与给赵古兰后主张撤销，双方结婚前曾世元承诺房子给赵古兰一半，双方将房屋登记为共同共有，房屋由曾世元婚前个人财产转化为夫妻共同财产，双方办理离婚也是曾世元提出的，将房子都给赵古兰，协议书对房屋的分割系对双方共同财产的约定，系合法有效。

此外，二审期间，曾世元提交笔迹鉴定申请书，申请对赵古兰提交的 2020 年 9 月 27 日的《离婚协议书》中“曾世元”的签名及捺印是否为其本人进行鉴定。二审法院经审理认定，在案证据能够印证双方经协议离婚的过程，双方往来微信内容亦能够与离婚协议约定的内容相对应。曾世元主张《离婚协议书》非其本人所签的依据不足，本院对其申请鉴定事项不予准许。据此，某市中级人民法院 2023 年 3 月 27 日作出终审判决如下：驳回上诉，维持原判。

法官点评

《最高人民法院关于适用民法典婚姻家庭编的解释》（一）第 69 条二款规定：当事人依照民法典第 1076 条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。第 70 条规定：夫妻双方协议离婚后就财产分割问题反悔，人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案曾世元与赵古兰协议离婚当日签订离婚协议明确约定 122 号房屋所有权归赵古兰，该协议对双方具有法律约束力。且赵古兰提交的离婚协议加盖有民政局专用章“此件与存档件一致，涂改无效”，两级人民法院确认双方的离婚协议真实有效是正确的。曾世元虽主张撤销，但并未向法院提供充分的证据证明其签订离婚协议时系受欺诈或胁迫等情形，其主张就得不到法律的支持。本案再次警示老年人：老人虽对其所有的房产有完全的处分权，但处理房产等财产时一定要慎之又慎。

本期编辑| 张宏羽

八、社会新闻

男子被骗 800 余万元后去世，出事前曾写下遗书委托骗子“请继续指导我的女儿”

原创：2024-02-02　方圆　黄莎 等

https://mp.weixin.qq.com/s/UIN1sk_9dEeD6vtTOs-2-g

本文为《方圆》杂志原创稿件
未经授权，禁止转载

已退休多年的姚志涛，只是想在网上寻找一份感情寄托，不承想，“真命天女”没寻到，卖掉房子得来的 800 余万元，被人以投资的名义骗走，自己也因此搭上了性命。离世前，他还曾写下遗书，委托骗子“请继续指导我的女儿”……

01

相识在交友 App

姚志涛是湖北武汉人，2019 年 11 月，他在某交友 App 里认识了胡静，胡静说自己是安徽合肥人，平常一个人住，在合肥开了一间绿植租赁店。

姚志涛的感情经历比较坎坷，结识胡静的时候，他已经经历过失败的婚姻，也因此想在网上重新寻找感情寄托。

和胡静聊了两个月左右，两人确定了男女朋友关系。在聊天过程中，胡静提起了自己的叔叔，说他是一名期货分析师，主要通过网络平台做中药材类期货的买卖操作，很能赚钱，姚志涛可以跟着他一起做。

2020 年 1 月 7 日，胡静的叔叔“薛叔”主动加了姚志涛微信，“薛叔”的微信昵称是“财神”，微信头像是一头金牛。

之后，薛叔又多次想让姚志涛申请账户进行交易，但姚志涛还是有所犹豫。

有一天，胡静说自己有点忙，拜托姚志涛第二天帮忙操作一下期货账户，具体买入卖出几手，全按薛叔发的指令进行，胡静还发去了自己账户和密码。

在替胡静操作了账户，熟悉了买卖流程后，姚志涛决定自己下场试试，并充值了 2 万元到薛叔推荐的交易平台。这时，薛叔又表示，“账户资金少抗风险能力差，你自己把握好，有资金尽量账户多放一些资金”。

就这样，姚志涛前后投入了 10 万元左右。2020 年 5 月下旬，他想着和胡静见一面，也见见这个带自己投资的薛叔，进一步了解投资的情况。胡静很爽快地答应了，姚志涛便从北京开车去了合肥。

但这次和胡静见面，姚志涛觉得胡静不是很热情，好像变了一个人，对他爱搭不理的。他本来也想和薛叔见面，却得到消息说薛叔已在上海生活工作。**这次见面，既没有进一步推动他和胡静的关系，也让姚志涛想继续投资的心思冷了下来。**

02

斟酌再三，决定投资

姚志涛回京后，和胡静的联系少了很多，但当姚志涛提起他和妻子离婚需要分割财产卖房时，事情有了明显的变化。

把房子卖了后，姚志涛能拿到约 1000 万元，他想拿这笔钱投资赚一点，再换一套新房养老。

2020 年 8 月，胡静突然给姚志涛发微信说："薛叔那边药材平台升级了，我自己没有时间买卖了，账户也给我老爸了。**我爸爸放了 200 多万元跟着我叔操作，现在应该也赚了百来万元。**你后来联系过薛叔吗？"

过了好些天，胡静又说："这几个月我爸好像投了 300 多万元，给我说好像翻了一倍了。""当时要是你有钱的话，到现在应该也能赚几百万元。"

听到这些话，姚志涛也心动了。薛叔告诉他，如果投资他们的产品，投个 800 万元的话，年底肯定能赚一大笔钱，将他的买房计划提高一个档次。**薛叔还说，投资盈利部分他只提成 10%作为手续费。**

姚志涛上网查了一下，发现在安徽炒药材市场的公司有近百家。他问薛叔："我不知道哪家是真、哪家是假，我一时没法弄清。你前一段时间，是什么银泰，现在又变成齐云新（'银泰''齐云新'均为交易平台名字）等，你们在哪儿办公、在哪儿注册的，我们人都没见面，你的身份信息我什么都不知道，就凭几次微信，我就把几百万元资金交给你操作，这可能吗？"

薛叔则表示，任何投资都是有一定风险的，如果连最基本的信任都没有，那就建议姚志涛不要投入了，但他也表示确实很遗憾，**"今年主要是药材市场好才有这样的机会，你跟我说了你的情况我也能理解，毕竟真金白银也不是天上掉下来的"**。

然后，薛叔又说了一些让人心动的话，"退一步说，你资产不能增值对你生活也不会有大的改变，你只能过着中等以下的生活，可能也会丢失了人生的很多乐趣""资产不增值，能换到的价值越来越少，住房离市中心越来越远"……

之后，薛叔又以胡静爸爸投资的成功为例子，称"没有赚不到钱的市场"。胡静那边也告诉姚志涛，自己这个叔叔有多会赚钱，说他一开始只是在合肥做，后来做大做强了才去的上海，还在上海买了房，带着老婆孩子一起住在上海。

几方劝说下，姚志涛终于决定将卖房款用于投资。**自 2020 年 9 月 16 日开始至 2020 年 10 月 9 日，姚志涛先后分 63 次共转账 809 万元，钱款转到了薛叔指定的 12 个银行账户上。**

卖房款被爆没了

姚志涛投入的 809 万元，所有的操作都是按薛叔的指示进行的，薛叔也表现得很专业。有时候姚志涛因为涨跌变化感到害怕，薛叔还会解释："不用担心，这是长线预埋单，现在如果是跌反而不是啥好事。现在大涨反而能吸引更多的资金进来。"

所以，尽管投资出现巨额亏损，薛叔总会宽慰姚志涛说没事，"你不用每天盯着涨跌，心都跟着跳……基本上行情波动补一些仓位都能赚回来的，只是时间的问题"。

在众多"没事""放心"的声音下，意外还是发生了。**2020 年 11 月 25 日晚，投资平台突然"爆仓"，姚志涛账户内的所有资产清零。**

发现钱没了后，姚志涛第一时间联系了胡静和薛叔。胡静和薛叔商量后说，可以把姚志涛之前投入 809 万元的手续费（共 42.2 万元）作为起步资金，重新在一个新的平台"百大农产品"进行投资，称"争取用半年时间把 800 多万元赚回来"。

薛叔他们这一番开导、安抚，让姚志涛放心了不少。到了 2021 年春节前，新平台的账面已经盈

利 100 多万元了，虽然速度慢了一点，但好歹有个盼头。

不过，**经历了养老钱化为泡沫这一遭，本身就有基础病的姚志涛身体越发不好了。**

2021 年 4 月 5 日，姚志涛给薛叔留下一份遗书，称假如他身体真的不行了，便委托薛叔继续指导自己的女儿投资运作，早日把 800 多万元赚回来。

在这封遗书中，姚志涛给他的称呼还是“尊敬的薛兄”，还说自己能重新赚回 100 多万元，都是薛兄牺牲自己的休息时间每天坚持多次指导不辞辛劳才取得的。

2021 年 7 月 15 日，姚志涛收到了薛叔的短信：“尊敬的投资者，你们好，百大农产品因行业整顿，暂停开盘两个月，两个月后会出新产品上市，敬请投资者们耐心等待，非常感谢。”从此，姚志涛再也联系不上薛叔和胡静了，他意识到被骗后向警方报案。

姚志涛不知道的是，胡静、薛叔其实联合起来骗了他。**爆仓也压根不存在，姚志涛账户清零的直接原因是背后操盘的团伙老大被抓，没人运营，整个平台瘫痪了**。并且，百大农产品不过是薛叔的缓兵之计，“因行业整顿暂停开盘”的消息则是薛叔等人不想再继续了。

姚志涛认识的“胡静”，是这个犯罪团伙以团伙中唯一的女性胡涵涵为原型设定打造的，姚志涛所看到的胡静生活照也是胡涵涵的照片。但实际上和姚志涛聊天的是团队中一名 27 岁的男子，“薛叔”则是由团伙里的另一名 34 岁男子伪装的，胡涵涵本人则只负责偶尔和姚志涛视频聊天，以及线下见见面。

整个团伙共 4 人，老板名叫蒲群，也是由他购买了可在后台随意操作的“期货平台”。**当姚志涛在为涨跌而心绪不宁、焦虑紧张时，蒲群在后台能自由修改数据，充进平台的钱款最终被胡涵涵等 4 人瓜分完。**

该“期货平台”每几个月就要换一次，每换一次，蒲群都得花几千元找人开发。蒲群觉得做软件还挺赚钱的，自己也想捞上一笔。于是，他在朋友圈打广告，说自己可以提供软件服务，相当于程序员提供技术，他负责销路，双方可以分钱。

他这第一单卖给了上海一个买家，对方拿着这个软件在上海行骗。在骗了数十万元后，上海的买家落网，蒲群因此被抓。

04

返京途中不幸离世

得知被骗后，姚志涛身体每况愈下。他的女儿陪着他去看过医生，当时女儿就觉得父亲精神状态特别不好。

女儿问他怎么了，姚志涛和她说的是：自己遇到了一件大事，他已经把这件事写在电脑里了，如果有一天他不在了，家里人能看到。在女儿追问之下，姚志涛才说了自己被骗的事情。

之后，姚志涛在身体抱恙的情况下，仍然多次开车往返北京和安徽，试图找到“胡静”，或者到上海找所谓的“薛兄”，但都无功而返。女儿劝他说，身体已经很不好了，为什么还要执意去安徽，姚志涛答复称，他必须去。

2022 年 8 月，姚志涛在从合肥开车返回北京的路上，途经山东突发身体不适，最终抢救无效离世，殁年 63 岁。

2023 年 2 月 23 日，北京市公安局西城分局将此案移送至北京市西城区检察院审查起诉。

此案承办检察官刘丽告诉《方圆》记者，姚志涛其实在一开始已经具有很强的警惕心了，对投资持有审慎的态度。但随着时间的推移，他和“胡静”感情加深，“胡静”又以自己的父亲赚了很

多钱为引诱，他自己也想实现财富增值，于是听了“薛叔”的意见进行投资。

“姚志涛其实是有可能发现整个骗局的漏洞的。蒲群等人使用的投资平台，基本上每两三个月就会换一次，名字也会换。而且，这个应用无法通过正规的手机应用商店下载，只能通过对方发来的压缩包下载。姚志涛每次为平台充值，银行的转账信息显示的也并非某家企业的名字，而是不同的个人账户。” 刘丽说。

2023 年 5 月 23 日，西城区检察院以蒲群 4 人涉嫌诈骗罪向西城区法院提起公诉。

直到第一次庭审，4 名被告人才知道姚志涛离世这一消息。参与该案办理的检察官助理崔根源称，自己当时关注到，胡涵涵听到这一消息时还抬头看了一眼她的律师，仿佛在确认消息真假。

法庭的氛围也变得凝重，**被告人也没想到，自己以为的只是骗人钱财，竟然还让对方搭上了性命。**

此案经过两级法院两审后，2023 年 12 月 19 日，北京市第二中级法院以诈骗罪判处蒲群有期徒刑十三年，与蒲群在上海伙同他人利用虚假期货平台诈骗案判决合并，决定执行有期徒刑十四年十个月；被告人胡涵涵等 3 人被判处十一年六个月至六年不等刑期。

据了解，4 名被告人财产已被冻结，市值近 500 万元，检察机关正在进一步追查赃款下落。

刘丽也提醒老年人，如果想交友，可以尽量通过熟人介绍，或在正规的婚恋中介机构、网站进行相亲交友，避免遭遇“爱情骗局”。

如果不幸被骗，请及时保存聊天记录、转账记录等，固定证据后第一时间报警。对于素未谋面的网友、网恋对象推荐的网上投资理财、炒虚拟币、彩票等，坚定做到不听不信、不投资，只通过正规途径下载理财软件，比如手机应用市场、证券公司官网等。

（文中涉案人员均为化名。本文有删减，更多内容请关注《方圆》1 月下期）

本文杂志原标题：《为了“真爱”，800 万元投资款打水漂》

编辑 | 肖玲燕　房佳佳　**设计** | 刘岩

记者 | 黄莎

通讯员 | 李斐斐　高芸

2023 年 A 股分手费超 274 亿！“豪门夫妇”真离婚还是真减持？

原创：2024-02-15　野马财经　野马财经

https://mp.weixin.qq.com/s/7wVtEZtpaBD9eVifPBJOpw

哪位前妻的“分手费”最贵？

作者 | 韩紫竹

编辑 | 武丽娟

来源 | 野马财经

“此情可待成追忆，只是当时已惘然。”2024 年的 A 股依旧不相信“爱情”。

1 月 11 日，“东北药茅”长春高新（000661.SZ）二股东——金磊官宣离婚。根据其离婚协议，金磊将向前妻王思勉分割自己所持长春高新约 3001.41 万股股份，约占公司总股份的 7.42%。若按照双方 1 月 11 日签署的《一致行动人协议》时的相关股价来估算，金磊向前妻分割股份的账面价值超 40 亿元。

这 40 亿什么概念呢，基本上可以看作是长春高新近 5 年来现金分红总额的一半。据其年报数据显示，在 2018——2022 年期间长春高新的现金分红总额约为 19.89 亿元（含其他方式如回购股份）。

不过，这笔 40 亿的“分手费”和去年彤程新材(603650.SH)实控人 Liu Dong Sheng（刘冬生）把市值 140 亿股票全给前妻，轰动 A 股市场的离婚操作相比，还是“小巫见大巫了”。

据野马财经统计，**截至春节之前，至少有 7 家上市公司的董事长或大股东的离婚“分手费”过亿，累计转让股票市值超 312 亿元（2023 年总计超 274 亿元）。甚至双方分割股份的账面价值超过了公司近期的现金分红的总额。**

在一笔笔“天价分手费”面前，上市公司高管的“离婚减持”问题，一直备受市场关注。毕竟，近年来上市公司的减持套路花样百出，兜底减持、质押减持、清仓减持、离婚减持等等，股民们的心情就像“过山车”。

一业内人士表示，对于“离婚减持”，首先要搞清楚一个问题，是否公司上市之后，大股东就没有离婚自由了？监管对离婚提出的减持要求，已经在合理范围内照顾到了一般投资者的权益。

那么，上述出现“天价分手费”的上市公司，到底是真不爱了还是“绕道减持”，让我们一起在梳理中找寻答案吧。

时间	公司	董事长/股东	配偶	转让股份（保留一位小数点）	股份价值
2024年1月	长春高新	第二大股东金磊	王思勉	3001.4万股	约40.04亿元
2023年10月	上海沪工	舒宏瑞	缪莉萍	未披露	
2023年9月	邦彦技术	祝国胜	张岚	730.7万股	约1.58亿元
2023年9月	国光股份	颜亚奇	胡利霞	2044.9万股	约2.2 亿元
2023年6月	卓胜微	唐杜	易戈兵	3275.7万股	约34.11亿元
2023年5月	科信技术	曾宪琦	李思禹	540万股	约9000万元
2023年5月	彤程新材	张宁	刘冬生	解除一致行动关系	约140亿元
2023年4月	360	周鸿祎	胡欢	4.47亿股	约90亿元
2023年1月	回天新材	章锋	杨莲花	3221.9万股	约4.77亿元
2023年1月	富邦股份	王仁宗	方桂玲	332.6万股	约5000万元

野马财经 Yema Financial | 制图：野马财经　统计时间：2024年02月08日
数据来源：上市公司公告、公开数据整理

01 哪位前妻的“分手费”最贵？

据公告梳理，**在 2023 年——2024 年 2 月初期间，至少有十家上市公司的董事长或大股东“官宣”离婚，累计转让股票市值超 314 亿元。**

其中，拿了**最贵分手费的三位前妻分别是彤程新材的实控人张宁（约 140 亿）、三六零（601360.SH）二股东胡欢（约为 90 亿）以及长春高新二股东王思勉（约 40 亿）。**

2023 年 5 月 25 日，致力于半导体材料领域的彤程新材发布公告表示，因原实控人 Zhang Ning(张宁)与 Liu Dong Sheng(刘冬生)离婚，公司实控人发生变更。由原来两人一同控制变为 Zhang Ning(张宁)一人控制。

根据协议规定双方通过直接、间接等方式持有的公司全部股权及收益均归 Zhang Ning（张宁）所有。此前，Liu Dong Sheng（刘冬生）曾持有彤程新材二股东——维珍控股 0.1%的股权。

并且，双方还签署了《一致行动协议之解除协议》，之后 **Zhang Ning(张宁)仍然合计持有彤程新材 64.66%股权，为上市公司实控人**，且第一大股东彤程投资仍为上市公司控股股东。而 Liu Dong Sheng(刘冬生)则不再持有上市公司股权。

据雪球数据，截至 5 月 25 日收盘，彤程新材的股价为 36.47 元/股，市值约为 218.82 亿元，**64.66%的股份对应市值约为 141.49 亿元**，Liu Dong Sheng（刘冬生）在解除一致行动后，在股权方面基本“净身出户”。

如今的和平分手，通过彤程新材的成长史来看似乎也有预兆。彤程新材的前身是张宁从代理商到服务商一点点打拼出来的。虽然在张宁创业初期，刘冬生曾任职过一段时间的副总裁，但从公告来看，自 2013 年 1 月起，刘冬生就不再参与

上市公司的日常经营了，由此看来张宁在彤程新材的重要地位不言而喻。

从股价变动来看，**在彤程新材实控人张宁官宣离婚后，其股价还是出现了阶段下降趋势。截至 2 月 8 日收盘，彤程新材的股价为 26.36 元/股。**

来源：雪球

2023 年 4 月 4 日，**三六零**发布公告表示，**实控人周鸿祎与夫人胡欢离婚，并将其直接持有的公司 6.25%股份分割至胡欢名下。**

而在此之前，前妻胡欢并未有三六零的股份，如今完成分割后，胡欢成为了三六零的第二大股东，不过周鸿祎对上市公司的控制权依旧不变。

据雪球数据，截至 2023 年 4 月 4 日收盘，三六零的股价为 20.08 元/股。若按此估算，胡欢所分得的 4.47 亿股股份，对应市值约为 89.8 亿元。

此外，三六零还进一步发公告表示，在未来 6 个月内二股东胡欢没有减持上市公司股份的计划，即使在未来 6-12 月内有相关计划，减持比例不超过公司总股本的 1.25%。如今 6 个月的期限已过，从三六零公布的最新数据——2023 年三季报来看，胡欢的股份是没有变动的。周鸿祎也在上述公告中表示，未来 12 个月内不会增减持。

不过，即使公司发了这样的公告，但投资者们似乎并未买账。从股价变动来看，三六零自 4 月初开始股价一直呈现下跌趋势。截至 2 月 8 日收盘，三六零的股价为 7.17 元/股。**和 2023 年 4 月 4 日的收盘价相比，今年 2 月初的股价下跌超 64%。**

除此之外，长春高新也从二股东官宣离婚开始出现了股价下跌，毕竟金磊之前有多次套现“前科” 。据雪球数据，截至 1 月 11 日离婚公告公布时，长春高新的收盘价为 133.41 元/股。而截至 2 月 8 日收盘，其股价为 120.13 元/股。

在看到这种情况后，公司在 1 月中旬紧急召开了与投资者的电话会。长春高新方面表示，**二股东离婚不存在特殊设计，股份分割为 4 名家庭成员平均分配。**

02A 股年度最“神秘”离婚诞生？

除了高达百亿、十亿令普通人瞠目结舌“天价分手费”之外，一则因实控人股权被冻结的公告把上海沪工（603131.SH）送上了“闹离婚”的风口浪尖。

2023 年 12 月 22 日，上海沪工发布公告表示，公司实控人舒宏瑞因个人离婚诉讼，被法院冻结

了 4169.56 万股公司股份，占公司总股份的 13.11%。据雪球数据，截至公告发布当日收盘，上海沪工的股价为 14.25 元/股，被冻结的股份市值约为 5.94 亿元。

虽然在公告中，上海沪工称，冻结事项不会对公司的正常生产经营产生影响。但由于上述离婚诉讼案尚未开庭审理，诉讼最终结果尚无法判断，因此公司实际控制权变动存在不确定性，并提醒广大投资者注意投资风险。

实际上，在 2023 年的 10 月 19 日，上海沪工就曾对于实控人的离婚诉讼进行了公开披露。该公告表示，舒宏瑞作为原告向上海市徐汇区人民法院提起诉请，要求解除与缪莉萍的婚姻关系，并进行财产分割。

截至目前，舒宏瑞持有公司股份约为 6700.97 万股股份，占公司总股本的 21.07%。

而被告缪莉萍同样作为上海沪工的实控人，截至目前持有 2165.1 万股股份，占公司总股本的 6.81%。并且，在去年 11 月，舒宏瑞就减持了 2.43% 比例的股权，套现 9477.8 万元。

二、减持计划的实施结果

(一)大股东因以下事项披露减持计划实施结果：

披露的减持时间区间届满

股东名称	减持数量（股）	减持比例	减持方式	减持价格区间（元/股）	减持总金额（元）	减持完成情况	当前持股数量（股）	当前持股比例
舒宏瑞	7,720,640	2.43%	大宗交易、集中竞价交易	11.79—14.95	94,777,818.8	已完成	67,009,699	21.07%

来源：公告

上海沪工是一家从事商业卫星制造领域 的家族企业，公司的实控人除了舒宏瑞夫妻之外，还有他们的儿子舒振宇。2021 年 6 月，舒振宇接班舒宏瑞。截至目前其直接持有 5861.36 万股股份，占公司总股本的 18.43%，与父母合计持股共占公司总股本的 46.31%。并且，舒振宇还是公司的第四大股东——苏州智强管理的实控人。

若此次舒宏瑞被冻结的股份被判给缪莉萍的话，那么舒宏瑞将失去控股股东的身份。**不过，缪莉萍具体被分割的股份目前还不得而知，因此上海沪工也成为了 2023 年度 A 股市场最神秘的离婚案。**

值得一提的是，从 2023 年 10 月 19 日离婚诉讼披露至今，上海沪工的股价一直呈下跌趋势。截至 2 月 8 日收盘，其股价为 10.56 元/股，总市值为 33.58 亿。

03 董事长离婚后股价上涨 31.53%

值得一提的是，在野马财经梳理的十家上市公司中，只有国光股份经历董事长“离婚”风波后，股价出现了上涨趋势。

来源：雪球

2023 年 9 月 15 日，**国光股份（002749.SZ）发布公告表示，公司董事长、总裁颜亚奇已与妻子胡利霞离婚，**根据离婚协议，**颜亚奇将其持有的公司 2044.92 万股股份，约占公司总股份的 4.7%，分割至胡利霞名下。**而在此之前，前妻胡利霞并没有国光股份的股份。

并且，本次权益变动后，颜亚奇所持公司股份比例从 9.4%降至 4.7%，将失去 5%以上股东身份，但双方就持股比例来讲实现了“平起平坐”。

截至 2023 年 9 月 15 日收盘，国光股份的股价为 10.75 元/股，总市值约为 46.76 亿元，**前妻胡利霞分得的股权市值约为 2.2 亿元。**

通过观察其股价变动，我们发现从去年 9 月到今年 2 月初，国光股份的股价基本一直呈现上涨趋势。截至 2 月 8 日收盘，国光股份的股价为 14.14 元/股，比去年 9 月中旬每股涨了 3.39 元，涨幅 31.53%。

1 月 26 日，九泰基金对国光股份进行了调研，近一个月内其股价上涨 29.2%。国光股份表示 2022 年 4 季度以来上游原材料价格下降，导致公司毛利率上升，并且预计未来一段时间上游原材料价格整体不会明显上涨。

除此之外还有一个原因就是，专注植物生长调节剂行业的国光股份，其实控人并不是此次离婚的颜亚奇，而是颜亚奇的父亲颜昌绪。因此离婚事件对国光股份的影响并不大，也不涉及公司控制权变更。

对此，广科咨询沈萌表示，**上市公司因实控人离婚减持而出现的股价波动，是因为 A 股投资者非理性的“迷思”。创始人离婚与否、减持与否，与上市公司的业绩表现完全没有任何直接关系。**

他进一步解释道，一些减持或离婚会造成**股价大幅波动**，背后的原因在于**股价存在偏离正常价值范围上限**，因此不管是离婚还是减持，都是在被一般投资者非理性将股价推高后才产生获取超额回报的驱动。

另外，去年比较典型的离婚减持案例还有回天新材前董事长章锋离婚，把约 4.77 亿元的股权转让给前妻后，因涉嫌操纵证券市场罪被拘，紧接着其前妻杨莲花分 6 次减持 1108.9 万股股份，成功套现超亿元。

因此，为了防止股东通过离婚“绕道减持”，证监会方面曾公开表示，上市公司大股东、董监高作为“关键少数”，不得以离婚、解散清算、分立等任何方式规避减持限制，各方应当共同遵守关于股份减持的有关规定。

你对上市公司实控人或大股东离婚减持怎么看？欢迎评论区留言讨论。

九、媒体视点

“离婚冷静期”不能一“冷”了之

2024-01-31 人民法院报 丁家发

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-01/31/content_236279.htm?div=-1

江苏省政协委员周国翠向正在召开的省政协十三届二次会议提交提案，建议将婚姻家庭矛盾调解机制前置到“离婚冷静期”，而不是限于诉讼阶段，既充分发挥民政部门的调解作用，又能更好发挥“离婚冷静期”的作用。

民法典设立“离婚冷静期”，给离婚夫妻双方一段冷静思考的时间，将有助于稳定婚姻家庭关系。笔者认为，“离婚冷静期”不能一冷了之，民政部门等工作人员应该主动作为，让调解工作“热”起来，通过耐心、热情的调查及调解等工作，从而化解双方的纠纷和矛盾，让“离婚冷静期”真正起到挽救婚姻的作用。

在“离婚冷静期”内能否挽救婚姻，民政部门等相关工作人员的介入和调解非常关键。按照江苏省政协委员周国翠的建议，对可以挽回、矛盾不大的婚姻情况可增设“亲友调解员”，申请离婚时双方各自携一位亲友到场，参与调解并签字，还可以引入更多专业力量和机构，如心理咨询师、律师等，在“离婚冷静期”时介入，对当事人加以疏导和调解，帮助其真正实现冷静。

设立“离婚冷静期”目的，是对离婚进行干预，降低离婚率。根据建议，将婚姻家庭矛盾调解机制前置到“离婚冷静期”，民政部门及社会多方力量参与，通过开展家事调查、心理疏导和调解等细致、耐心的工作，以化解双方矛盾和纠纷，充当热心的“和事佬”来修补婚姻。这样，“离婚冷静期”调解“热”起来，才有挽救婚姻的现实效果。

婚姻并非两个人的私事，它关系到一个家庭乃至整个社会的和谐稳定。“离婚冷静期”调解也只是补救措施，而增强婚姻家庭的稳固性，降低离婚率，应当从源头抓起，教育、民政等政府部门要在青少年中广泛开展正确的婚姻价值观教育，并引导和教育适婚青年要慎重对待婚姻，避免一些没有感情基础的草率婚姻或功利性婚姻。走进婚姻殿堂的夫妻，双方一定要共同来精心呵护和经营婚姻，才能让婚姻美满，让家庭幸福。

离婚或分手了，“彩礼退不退”有新依据

原创：2024-02-18 南方周末 韩谦

https://mp.weixin.qq.com/s/nCAN7iudlbU3dXq4jRcAMA

贵州惠水县摆金镇摆榜社区石板村6组，女方家接受彩礼。（人民视觉 / 图）

新规以反向排除的方式明确了 3 类不属于彩礼的财物：一方在节日或生日等有特殊纪念意义时给付的价值不大的礼物、礼金；一方为表达或者增进感情的日常消费性支出；其他价值不大的财物。

婚约财产返还纠纷的案件量呈现出明显的地域特点：西多东少、北多南少。彩礼返还纠纷中，彩礼价值通常是人均可支配年收入的 3—10 倍以上。

本文首发于南方周末 未经授权 不得转载

文丨南方周末记者 韩谦
南方周末实习生 程嘉欣 代紫庭
责任编辑丨钱昊平

这是一场离婚官司，双方结婚还不到一年。

法庭上，男方拿出了 20 页花费记录，包括和妻子谈恋爱时在情人节、七夕节、生日发的红包共 9800 元；看电影、吃饭、旅游等花费 19814 元；订婚时给的彩礼 88888 元、衣服钱 2 万元，买“四金”（金项链、金镯子、金耳环、金手链）3.6 万元；结婚时办酒席 6.4 万元，以及支出的“上车钱”“离娘钱”各 1 万元，总计近 26 万元。

男方认为这些开销都是彩礼，要求女方全部返还。女方则认为，只有媒人给的 88888 元是彩礼。为了彩礼的计算与返还问题，双方长辈、村干部、司法所都尝试调和。不过，矛盾还是逐渐激化，男方为了要回彩礼多次去女方家，双方大打出手。

2024 年 2 月 1 日，陕西富平县法院法官冯鹏飞调解了这场纠纷，女方返还了 4.6 万元。当天，《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“彩礼新规”）正式实施。

彩礼新规的明显变化是，增加了现实中早已存在但此前司法解释未规定的两种情形：未婚同居、已婚但共同生活时间不长就离婚的，一方提出返还彩礼，法院可以酌定是否返还以及返还比例。

据公开报道，2 月 1 日，除富平县法院外，至少还有湖南郴州、安徽合肥、江苏徐州、湖北鄂州、内蒙古包头等 5 地法院也审理了当地在彩礼新规实施后的“第一案”。

1“举全家之力”

冯鹏飞所在的流曲法庭是富平县法院的农村派出法庭。法庭办理的民事案件中，约有一半是婚姻家事案件，其中又有一半涉及彩礼纠纷。

在冯鹏飞看来，彩礼纠纷近年来不断增多的同时，彩礼费也在不断增长。他记得，十年前他刚上班那阵，渭南（富平隶属渭南）流行的彩礼是 66000 元，而现在，光彩礼就有十多万，再加上“四金”等，对男方来说，要结婚，花费最少也得 20 万左右。

2022 年渭南国民经济和社会发展统计公报显示，当地农村居民人均可支配年收入约 1.6 万元。冯鹏飞以自己为例，作为公职人员，在当地已算是收入较高的群体，年收入不到 10 万。而他审理的新规实施后“首案”中，夫妻双方都在外地打工，没有稳定收入，二十多万元的婚礼开支对男方家庭来说是沉重的负担。

国家法官学院教授胡云红在 2021 年 6 月-2022 年 1 月间向 25 个省(自治区、直辖市)法院对彩礼纠纷状况作过调研，收回 158 份调查问卷。

调研发现，婚约财产返还纠纷的案件量呈现出明显的地域特点：西多东少、北多南少。问卷中

近七成地区婚约财产纠纷中彩礼平均价值在 5 万-15 万元之间，另有两成地区婚约财产纠纷中彩礼平均价值达 15 万-25 万。

与之形成对比的是，在纠纷发生地，三成地区的人均可支配收入在 2 万-5 万元，两成地区人均可支配收入仅 3000—6000 元，还有近 8%地区人均可支配年收入在 3000 元以下。这意味着，彩礼返还纠纷中，彩礼价值通常是人均可支配年收入的 3—10 倍以上。

在冯鹏飞看来，高涨的彩礼，与男多女少的性别比有关。在他所处的富平县，“未婚女生非常吃香。即便是曾经有过婚约，也不害怕她将来嫁不出去”。

武汉大学社会学院博士生周新成在 2024 年寒假返回华北地区农村老家，发现农村单身男性越来越多。他在返乡观察中写道，“女性即使离异再婚，也是照第一次结婚办仪式、收彩礼”。

除了男多女少的问题，周新成认为，也与乡城流动与社会分化有关。传统“高嫁低娶”模式在性别比失衡中被延续，乃至被扩大化。中下层男性最终很难逃出被剩下来的命运，特别是缺乏代际经济支持的男性，最容易被剩下来。

2 什么是“价值不大”？

冯鹏飞调解好那起彩礼纠纷的当天，湖北省鄂州市梁子湖区法院也调解了当地依彩礼新规审理的“第一案”。

两起官司的共同点是，男方都在法庭上主张，为女方购买礼物、节日转账、请吃饭等开销都属于彩礼的范畴。

在 2024 年 2 月 1 日的庭审上，梁子湖区法院田宏当庭向当事人宣读了最高法彩礼新规的内容。新规第一次从法律层面对彩礼给出定义：认定为彩礼，要符合两个条件，以结婚为目的，且按照习俗。

同时，新规还以反向排除的方式明确了 3 类不属于彩礼的财物：一方在节日或生日等有特殊纪念意义时给付的价值不大的礼物、礼金；一方为表达或者增进感情的日常消费性支出；其他价值不大的财物。

在田宏看来，新规对此的规定，在实践中可操作性比较强。有了这条规定，法官向当事人解释的理由更加充分，当事人也更信服。最终，调解认定女方需返还 6 万元彩礼，而男方坚持的 1 万元购买礼物等的开销未被纳入彩礼范围。

冯鹏飞审理的案件中，最终认定的彩礼数额是 16.6 万元，包括订婚时媒人给的彩礼钱、衣服钱、“四金”、“上车钱”和“离娘钱”。这些名目，都符合当地婚嫁习俗。衣服钱，是女方结婚时的服装费；上车钱，是新娘在上婚车前，新郎给新娘准备的上车红包；离娘钱，则是婚礼当天，新郎给新娘母亲的红包。

当他对彩礼数额作出认定后，男女双方都没有对此提出异议。“虽然女方自认为只收了 88888 元彩礼，但她也认可另几笔项目也算是彩礼。她也知道，这是当地惯常的做法。”

不过，彩礼新规对“价值不大”的解释仍显得模糊。

在中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、厦门大学法学院教授蒋月看来，判断价值大不大，很难制定一个全国统一计算标准，而要根据个案情况综合分析。她举例，对于拥有巨额财富的人来说，送一辆售价 20 万元的车或许价值都不算大；但对中低收入者来说，送一部 5000 元的手机，价值就算大了。

蒋月认为，由于不同地区经济发展水平差距较大，风俗习惯也有比较大不同，的确难以从国家层面制定出具体金额价值的规则。

早在 2008 年，河南周口市中院就针对彩礼纠纷制定了指导意见。时任周口中院民一庭副庭长王红亚曾撰文介绍，一开始，周口中院请示河南省高院民一庭的领导，希望省法院能制定统一适用的指导意见。省高院民一庭领导则指示，考虑

全省各地风俗习惯差别很大，无法制定全省统一的意见，建议周口中院制定全市适用的指导意见。

周口市中院自 2008 年施行的指导意见中，认为男女双方订立婚约过程中给对方数额较大的财物便属于彩礼，“数额较大”的划定基线是 500 元。

2020 年，河南商丘市中院出台了针对彩礼纠纷的裁判指引。其中规定，彩礼包括但不限于见面礼、聘礼、上车礼、下车礼、改口费及价值 3000 元以上的贵重财物。

这份裁判指引还划定，高于 10 万元，便算是高额彩礼。双方未婚但同居不足半年，彩礼总额超出 10 万元部分，应全额返还，10 万以下部分根据实际情况按比例返还。

商丘中院民二庭副庭长许玉霞是指引的主要起草人。她接受媒体采访时表示，商丘两级法院在审理婚姻家事案件中，发现不少农村家庭存在因婚致贫的现象。10 万元这个标准是在对案件深入调研的基础上，结合本地实际情况设定的。

2023 年 11 月 22 日，江西省抚州市东乡区举行“不要彩礼要幸福”首届集体婚礼仪式。（人民视觉 / 图）

3 未婚同居与“闪离”

确定了什么是彩礼后，下一步便是确定彩礼是否应该返还，以及返还比例是多少。

彩礼新规出台前，法院执行的裁判标准是 2021 年 1 月 1 日起施行的最高法关于适用民法典婚姻家庭编的解释相关条款。其中规定彩礼应当返还的情形有三种：双方未结婚登记、双方结婚但未共同生活、婚前给付并导致给付人生活困难。

蒋月告诉南方周末记者，事实上，这则解释照搬了 2003 年最高法关于适用婚姻法的司法解释。在她看来，这份解释相关条款内容过于简略，已无法满足现实中的需求。

随着经济社会发展，人们观念的变化，以及生育政策调整，婚恋领域出现了一些新的情况：未婚同居的，女方怀孕、流产、生育子女等情形，或是婚后共同生活不长便“闪离”。

此前，最高法有关民法典婚姻家庭编的司法解释未能回应这些新情况。蒋月认为，这与时间紧迫有关。民法典在 2021 年 1 月 1 日生效，最高法的相关司法解释也同步生效。从民法典通过到婚姻家庭编司法解释出台，间隔时间短，要在短时间内对原有的司法解释做比较大的修订，客观上也有难度。

彩礼新规补充了对上述两种情形的规定：未婚但共同生活，或是婚后共同生活时间较短且彩礼较高的，法院可以根据彩礼多少，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。要考虑的因素包括彩礼的实际使用和嫁妆情况、彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等。

包头中院在适用新规后审理的首例涉彩礼官司，便属于未婚同居情形。男女双方在 2022 年 5 月举办婚礼后同居，但没有办理结婚登记。其间，女方因宫外孕导致一侧输卵管被切除。2023 年 3 月，双方不再共同生活。之后，男方向法院起诉，要求女方返还全部 6.8 万彩礼。

最终，包头中院判定女方返还一半彩礼。法院微信公众号发布的文章对此判决作出解释：如果仅因未结婚登记而要求接受彩礼一方全部返还，有违公平原则。考虑到女性在妊娠、分娩等方面的付出，为更好地保护妇女权益，应综合考虑共同生活及孕育情况、双方过错等，确定返还比例。

除包头中院外，湖南郴州、安徽合肥、江苏徐州、陕西渭南、湖北鄂州五地适用新规“第一案”

中，都是婚后同居时间不满一年的情况，其中 3 个案例的彩礼都在 20 万元以上。

在冯鹏飞看来，新规实际上是实践经验的总结。新规出台前，实践中也并非完全按照原来的司法解释机械执行，也已考虑了生育、共同生活时间等因素。

北京大学法学院教授马忆南与河北清河县法院法官庄双澧合作的一篇论文中也指出，实践中，已经有相当多的案件对彩礼的处理突破了最高法原有司法解释的规定。

蒋月认为，新规出台前，各地法院考虑的因素不那么统一，容易引起人们认识上的模糊。此次直接点明判断彩礼返还比例的因素，有利于统一司法裁判。当事人、律师也能更加清楚要从哪些方面去陈述事实、提供证据，以争取获得法院支持。

4 没有标准答案

有了明确的考虑因素，在判断返还比例时，各个要素的占比如何确定？蒋月曾在司法判例中注意到，有一审、二审法院依据相同的事实，确定了不同的返还比例。

马忆南与庄双澧分析了河北省内法院在 2012-2017 年作出的 124 份彩礼纠纷案件的一审判决，总结出未婚情况下，同居时间与彩礼返还比例之间关系：同居半年内，返还 70%-90%；同居半年到一年的，返还 40%-80%。

商丘中院的裁判指引则规定，同居不足半年，按照 10 万元标准，返还 50%-70%；半年到一年的，返还比例为 30%-50%；彩礼款总额超出 10 万元的部分，应全额返还。若同居超过一年或已生育子女，则不支持退还彩礼。

在渭南，冯鹏飞表示，虽然当地没有成文的规范，但法官们会有约定俗成的惯常做法。例如，同居时间长短，一般以两年为界。超过两年以上，原则上哪怕双方没有孩子，也不支持返还彩礼。此外，彩礼数额多少也是考量的因素之一。

冯鹏飞认为，对具体的返还比例，司法解释还是相对笼统，需要法官自由裁量。“现实情况太复杂，一个案子有一个案子的情况”。

而制约法官裁量尺度的一个无形因素便是原被告双方满意度。

如果判得过高或过低，肯定有当事人不满上诉。冯鹏飞也担心“当事人上诉后二审改判。会不会影响我的年底考核？”

如何认定返还多少彩礼？冯鹏飞认为，还是得根据个案具体分析。在他办理的新规生效后首案中，法庭上，男方要求女方返还全额彩礼，女方则不愿返还彩礼。实际上，男女双方到法院诉讼前，就有过沟通与试探。男方提出最少返还 5 万彩礼，“互相是知道对方底线的”。最终这一案件以女方返还 4.6 万元彩礼了结。在冯鹏飞看来，“这是妥协与平衡的结果，不是个有标准答案的事”。

孤寡失能老人：余生可以托付给谁？

2024-02-22　法治日报

https://mp.weixin.qq.com/s/-r4nGX4FiyVQN-DJH9glIA

调查动机

近日，年届 92 岁的北京市朝阳区居民王淑英向记者袒露了自己长期以来的担忧：老伴“走”了，自己又没有儿女，现在行动不便、孤苦一人，余生可以托付给谁？

想找个可靠的监护人，来解决其生活、就医、财产管理等方面的问题，是王淑英的当务之急。

而这也是不少孤寡老人的共同心声。随着老龄化社会的到来，越来越多的人面临着和王淑英同样的困境。

谁来担任他们的监护人？民法典为这一群体提供了意定监护制度，并且明确了“组织”可以成为意定监护人。

就这项制度的开展情况，记者进行了调查采访。

年近 80 岁的北京市民李女士和今年 80 多岁的丈夫都是某科研机构的退休科研人员，家中还有一个 50 多岁、智力及精神多重残障的女儿。李女士丈夫两年前因脑血栓摔了一跤，送医院后经临床诊断有多重疾病需长期住院，已不具备照顾残障女儿的能力。

这让李女士面临一个难题：如果夫妻俩失能失智，女儿又属于智力及精神多重残障，谁来监护他们？而一旦夫妻俩离世，谁来照顾女儿呢？

经过多方咨询，李女士了解到了意定监护制度。不久前，在进行公证后，李女士终于放下心来，自己的身后事总算有了着落——依据民法典规定的意定监护制度，她与原单位下属的一家国企签订了一系列意定监护协议并进行公证，一旦自己部分或全部丧失民事行为能力，由这家国企作为自己的监护人。

《法治日报》记者近日调查采访发现，像李女士一样，因为家庭特殊情况找不到合适监护人，从而寄希望于意定监护的人不在少数。然而，真正找到合适的社会监护服务组织作为其部分或全部丧失民事行为能力时的监护人的，却并不多。不少有相关经历的受访者反映，当前能够作为意定监护的组织凤毛麟角。

受访专家认为，社会监护服务组织担任意定监护人具有非常迫切的现实需要，但落实情况仍存在一定不足。其原因既包括人们在观念上还没有普遍接纳这项新制度，又包括意定监护制度配套措施缺失。因此应当加快培育和发展能够担任监护人职责的社会监护服务组织，回应社会需求。同时，从准入资格、履职要求、监护职能等环节建设职业监护人体系，围绕民法典意定监护制度进行相关配套法律法规的制定。

找不到合适监护人 意定监护应运而生

起初，李女士把自己家庭的监护重任寄托于家族内部。她首先想到了亲属中的后辈，其中一位是女儿的表哥。但当她向其提出此事时，对方不太情愿，其子女也坚决反对。考虑到其他亲属没有合适人选，她只好放弃请亲属当女儿监护人的念头。

时间一晃到了 2023 年 10 月，机缘巧合，李女士遇到了北京律师杨君，她建议李女士选择意定监护，由组织担任监护人。

根据民法典规定，具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

经过多方沟通和解释，某科研机构下属的一家国有独资企业愿意担任李女士的监护人，一旦李女士失能失智，由这家国企履行监护职责。同时，通过遗嘱指定这家国企作为女儿的监护人，履行监护职责。

2023 年 11 月，李女士向北京市精诚公证处寻求法律帮助，北京市精诚公证处国际遗嘱中心、中国法监护中心主任王觉敏接待了她。

根据李女士对未来生活安排的想法及诉求，结合她的家庭成员、财产现状，王觉敏从了解背景情况开始，到提供咨询建议并根据具体情况提出综合性问题解决方案、代为草拟形成落实方案的系列法律文书，到最后进行公证，以最快的速度帮助她完成了意定监护及监督、监护委托、遗嘱指定监护、生前预嘱以及财产安排等一系列公证事项。

2023 年 12 月中旬，此宗涉遗嘱、监护公证综合性法律服务案件办理完成，李女士对自己未来的生活安排很满意，也总算踏实和安心了。

北京理工大学法学院教授、民法典研究中心主任孟强告诉记者，我国传统上实行居家监护、亲属监护，这也是目前社会上的主要形态，但是改革开放以来，我国的社会经济文化和人口结构发生了巨大的变化，出现了无子女家庭、计划生育特殊家庭、残障家庭、空巢家庭。在监护人方面，这些家庭难以做到由自己的子女、近亲属来担任监护人。“我国需要多元化的监护方式来保障被监护人尤其是老年人的合法权益，意定监护制度因此应运而生。”

特殊家庭需求迫切

靠谱监护组织难寻

杨君坦言，能在较短时间内给李女士找到社会监护服务组织、监督人并进行公证，超出了她的预料，因为她之前所接触的很多类似家庭根本走不到这一步。摆在大家面前的一个共同难题是：社会上缺乏愿意承担监护责任的组织。

杨君就曾因“实在找不到监护服务组织”而头疼。她有一个孤独症儿子亮亮，今年 20 多岁，已经完成了初中和职高教育。

因为家庭的特殊情况，她很早就开始关注意定监护，想为亮亮安排好未来的生活。一开始，她想找亮亮的表哥表姐担任监护人，但想着同辈人一年见不到几次，互相之间也缺乏了解，能否尽到监护职责是一个问题。而在社会上，确实少有专门做社会监护服务的组织。

“既然不少家庭面临同样的问题，为什么不自己去做呢？”2017 年底，来自北京、上海、湖北等地的部分孤独症人士的家长在安徽省金寨县发起了“星星小镇”项目，由家长投资，按照成年孤独症托养和家长养老的“双养”模式开展建设，其中包括意定监护模式设计。杨君即是其中一名家长。

记者在采访中获悉，有着同样经历的人并不在少数，仅在一个 500 人的孤独症家长群里，就有许多家长盼望社会监护服务组织“尽快搞起来”。

全国妇联妇女研究所研究员肖扬介绍说，相关数据显示，我国约有心智障碍者 2580 万人，涉及家庭人口 8000 多万。由于心智不健全，他们中的大部分人认知能力受损、语言表达和自控能力差，不能或不能完全辨认自己的行为，为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，需要监护人的监护。

肖扬以孤独症障碍者举例说，我国最早诊断孤独症是在 20 世纪 80 年代初，随着岁月的流逝，早期诊断的孤独症障碍者已经 50 岁左右，他们的父母年老体衰，失去了持续监护照料的能力，而且，从父母角度看，他们将遭遇医疗救治和入住养老机构难等困境，比如抢救须有子女签字，但是其子女是无民事行为能力人，无法做到。

“更令这些父母忧虑的是，自己一旦离世，有心智障碍的子女的监护职责由谁来承担？家庭财产是否还能用到孩子身上？确定谁为监护人能保障孩子未来的生存质量？这些都成为无法回避的问题。”肖扬说。

今年 60 多岁的梅林与丈夫育有一个孤独症儿子，为了解决夫妻俩老去之后孩子的托付问题，她多年前就关注到了意定监护。“我忙于工作时，很少考虑自己的晚年生活和孩子的将来；等我退休时，孩子也成年了，从职高毕业后没有地方去了，我才感觉到这事越来越迫切，焦虑怎么把孩子的后半生安排好。”

梅林的丈夫是独生子女，没有兄弟姐妹，她有两个妹妹，但都在国外生活，只有一个外甥在北京居住。梅林并不想把照顾孤独症儿子的责任强加给外甥，毕竟这是一辈子的事情，外甥也没有义务这么做。

一个偶然的机会，梅林接触到意定监护，认为这就是自己最合适的选择。她的想法是，通过意定监护与社会监护服务组织签订协议，待夫妻俩老去之后，由后者担任孩子的监护人，像从事一种职业一样安排好孩子的生活。

但几年过去了，梅林发现，在北京可供选择的专门从事监护服务的组织凤毛麟角，“几乎没有机构可选”，同时也没有负责监督社会监护服务组织的机构。“如果没有监督人，我怎么能够放心地把儿子的一辈子交给社会监护服务组织？”

在采访结束时，梅林向记者表达了她的期待：“社会监护服务组织如雨后春笋般出现，供我们这样的家庭去选择。”

观念转变需要时间

配套制度尚不完善

2013 年 7 月 1 日，修订后的老年人权益保障法规定：“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。”

2021 年 1 月 1 日，民法典开始实施，规定了成年法定监护、遗嘱监护、协议监护、指定监护、公共监护和意定监护。

肖扬认为，民法典的规定顺应了时代的发展和我国老龄化社会的需要，特别是意定监护效力优于法定监护的规定，有利于解决特殊家庭两代人的监护难题。

孟强认为，虽然民法典及老年人权益保障法提供了意定监护的基本制度依据，但社会监护服务组织目前尚未“飞入寻常百姓家”，一方面可能是人们在观念接受上需要一个过程；另一方面是配套制度尚不完善，如意定监护的登记制度、监督制度等。

江南大学法学院副教授李欣认为，民法典虽然明确了“组织”可以成为意定监护人，这是社会监护服务组织担任意定监护人的制度依据，但细则仍需完善，比如，意定监护人承担的监护职责与社会工作中的“照护”有显著区别，社会监护服务组织培养监护理念需要时间。

“监护监督环节缺失。社会监护服务组织担任意定监护人，无论是延续‘代理’或是‘事务辅助’框架，被监护人意思能力的缺失（无法监督监护人是否按本人意愿）往往让原有的监护体系失去平衡，仅依靠当事人间的意定监护协议或不能更好地保障被监护人重大人身和财产利益，需要事前和事中监督，新监督体系的建立和规则的完善等实践也需要有步骤地展开。”李欣认为，这都导致社会监护服务组织的缺乏，难以满足人们的需要。

完善监督监管制度

出台监护实施细则

根据公开信息，一些地方已经在探索建立社会监护服务组织。

2020 年 8 月，上海市成立了全国首家专业从事社会监护服务的尽善监护服务中心。2021 年 11 月，广东省第一家社会监护服务中心——和谐社会监护服务中心成立。2023 年 10 月，北京市老龄协会结合本地的服务实践经验，组织专家团队制定并发布了《老年人意定监护服务指引》。

孟强说，我国的监护制度正在进行改革，改革内容之一即是放开监护人的范围，引入非近亲属的其他个人或组织担任监护人，并且强调政府民政部门和居委会、村委会的兜底责任。因此，为了让民法典规定的意定监护制度更好地落地实施，主管部门应当加快促进能够担任监护人职责的社会监护服务组织的培育和发展。例如，在社会层

面开展担任监护人职责的法律知识和照料看护代理等技能的知识普及、职业技能培训，对有关社会组织的注册、执业等提供便利，完善监督监管制度，为被监护人提供物质层面的帮助帮扶和法律层面的保障。

李欣认为，应该以意定监护制度的地方性实践和案例为蓝本，逐步在地方性立法中对社会监护服务组织的监护监督做细则性规定，监护监督措施包括监护协议登记、社会监护服务组织主动监护报告、民政等部门的监护审核等。

“探索新型的社会监护服务机构运营模式，引导监护关系中各利益主体间良性互动，推进公共服务与市场服务的互补。”李欣建议，还要加强对担任意定监护人的社会监护服务组织的法律指引。明确“监护”与“照护”“陪护”的职责区分；允许依监护类型界分监护职责；围绕“协助决定”的监护理念，规范社会监护服务组织监护人的监护权限和义务；明确监护不当的法律责任。

在李欣看来，加强对承担意定监护职责的社会监护服务组织的法律治理也很有必要，比如规定社会监护服务组织的专业资质、监护框架、监护的开始与终止、担任监护人的利益冲突和回避等细则。

受访专家还建议，可以在民法典框架下，由立法机关出台有关意定监护制度的单行法规，对包括社会监护服务组织在内的意定监护健康发展提供规范依据。

李欣认为，为促进意定监护制度对个人养老需求的回应，未来在积累大量实务经验后，期待在“尊重自主决定权”及“协助决定”理念指导下，立法机关出台有关意定监护制度的单行法规，或由司法机关出台监护实施细则。

“意定监护制度在实践中尚未得到较为广泛的运用，同时民法典的相关规定比较简略，相关司法解释只是补充规定了意定监护协议的解除和监护人资格的撤销问题，未来需要在理论上深入研究意定监护制度，实践上需要相关配套制度在立法层级中得到确认，让意定监护制度能够生根发芽。”孟强说。

他认为，相关法律法规乃至部门规章，可以围绕民法典意定监护制度进行相关的配套制度完善工作。例如意定监护的登记制度，意定监护的监督监察制度，从事意定监护相关任务的社会监护服务组织及个人的组织、培育、管理制度，以及对需要设立意定监护特定弱势群体的精准帮扶制度等。

“在具有意定监护制度立法的一些国家，要求双方在达成意定监护协议后，还需要将协议在公权力机关进行备案登记，以便交易第三人进行查询，保护交易安全，同时也避免事后的纠纷。”孟强呼吁，未来应当在相关法律法规中增加规定意定监护的登记制度，使这一制度能够平衡监护人、被监护人与第三人的利益，更好地发挥意定监护制度的预期功能。

作者丨法治日报全媒体记者　陈磊　《法治周末》记者 戴蕾蕾

来源丨法治日报

编辑丨宋胜男 罗聪冉　罗琪

压岁钱大概是许多人心中关于春节的共同记忆。作为中国传统文化的重要组成部分，压岁钱不仅是长辈对晚辈的关爱和祝福，更体现了一种家族情感的延续。那么，压岁钱到底应该归谁所有呢？日前，重庆市江北区人民法院审结了一起离婚纠纷案，驳回了原告要求分割未成年子女压岁钱的诉求——

孩子的压岁钱，不是说动就能动

2024-02-27 人民法院报 本报记者 刘 洋 本报通讯员 王凯旋 王 康 李函殊
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-02/27/content_236961.htm?div=-1

夫妻离婚争夺孩子压岁钱

2006 年，蔡某（男）和王某（女）在朋友婚礼上相识，随后陷入爱河。次年，两人正式登记结婚，并于 2012 年、2014 年分别生育长子蔡某甲、次子蔡某乙。

刚开始，夫妻俩感情十分融洽，生活过得幸福美满。但是随着时间的推移，双方在孩子教育等家庭问题上的分歧愈发明显，夫妻间感情也逐渐出现裂痕。2020 年初，两人因教育方式和观念的不同，再次发生激烈的争执，争执过后，王某带着两个儿子回到娘家与其父母共同生活。同年 4 月、7 月，王某、蔡某曾分别起诉过离婚，均被法院驳回。分居一年多后，蔡某再次起诉离婚，并要求分割家庭财产。

原告蔡某认为，本案中应当作为夫妻共同财产进行分割的财产，包括夫妻双方名下的存款以及两名婚生子名下的存款。蔡某甲名下 13.9 万元及蔡某乙名下 12.6 万元存款，虽然名义上是亲戚赠与的压岁钱，但实际上他也给予了亲戚的未成年子女对应金额的红包，亲戚的赠与应当视作对家庭整体的赠与，故该存款理应属于家庭共有财产。

被告王某辩称，蔡某平时对孩子学习教育方面关注较少，且两个孩子基本都是她在照顾，两个孩子名下的存款为满月、周岁、逢年过节等时候长辈赠与的红包，属于子女个人财产，不应进行分割。现在蔡某要求分割小孩的财产，于情于理都说不过去。

法院审理后认为，蔡某甲、蔡某乙名下存款，是长辈基于亲属关系对晚辈进行的财产性赠与，该存款应归未成年人本人所有。离婚案件分割的财产应当是夫妻共同财产，压岁钱并不是夫妻共同财产，因此，蔡某在离婚案件中要求分割未成年子女名下存款的请求，没有法律依据，法院不予支持。最终，江北区法院判决原、被告离婚，长子蔡某甲由王某抚养、次子蔡某乙由蔡某抚养，驳回了蔡某分割未成年子女压岁钱的诉求。案件宣判后，双方均未上诉。

压岁钱系一种财产性赠与

根据民法典第六百五十七条规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。第六百五十八条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

法官认为，蔡某甲、蔡某乙收到的压岁钱系二人在日常生活中接受其亲属长辈的一种财产性赠与，长辈有权决定给还是不给压岁钱，当孩子或者其父母表示接受、钱款发生转移之时，应当认为该财产的所有权归属于未成年人自己而非监护

人，即使蔡某主张其对赠与人的未成年子女也有对应金额赠与行为，也无法直接将二者互相抵销。

法官表示，根据民法典第三十五条规定，监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。即便为履行监护职责，需要作出与被监护人利益有关的决定，也应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。

法官介绍说，就本案而言，蔡某、王某作为监护人，不论是离婚前还是离婚后，都只能基于监护责任对孩子的压岁钱等财产履行保管义务，并不能拿来为自己消费，更不享有直接没收、随意处置的权利，而只能以孩子的生活教育所需为中心进行安排，专款专用，比如为其购置生活、学习用品，支付课外辅导等费用。

法官表示，事实上，许多监护人受到传统观念的影响，对于未成年子女的财产权利普遍缺乏重视，实践中将未成年子女压岁钱等财产据为己有的现象时有发生。因此，监护人应当提高相应的法律意识，尊重孩子的个人财产，教育孩子正确对待和管理自己的财产，保障未成年人包括财产权在内的各项权利。

孩子的压岁钱如何支配？

法官表示，根据民法典相关规定，八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。而不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

法官介绍说，本案中，蔡某甲、蔡某乙均为限制民事行为能力人，其在购买一些文具、玩具、食品等，进行与其年龄、智力相应的民事法律行为时，可以自行支配。但如果购买大件用品或者大额游戏充值、打赏主播等行为，则需经过监护人的同意或者追认。因为未成年人缺乏社会经验，心智不成熟，因此只能从事跟他（她）的年龄相适应的行为，超越年龄适应性的行为不具备法律效力。所以，虽然压岁钱归小朋友所有，但是能不能随意支配还要看具体情况。

法官表示，民法典第一千一百八十八条规定，有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。也就是说，如果未成年人对他人构成侵权，比如将别人打伤、磕坏了公共物品、毁坏了别人的玩具等，则应当从未成年人本人的压岁钱中优先支付，剩下的再由监护人赔偿。

观察思考

依法履行对未成年子女的监护责任

上述离婚案件虽然涉及夫妻间共同财产分割，但一方当事人却要求对本属于子女的压岁钱进行分割，故本案核心争议点实际上是未成年人合法权益的保护问题。

在春节期间，长辈给晚辈发压岁钱寓意平安度过一岁，是对孩子的美好祝愿，法律上也将收压岁钱的行为定义为“接受赠与行为”。父母作为法定监护人，对未成年子女的财产有法定保管义务，除了为维护子女利益外，原则上不得处分其财产，但现实中，部分父母将孩子压岁钱视为自己的私有物，任意处置或使用。同时，部分家长养育孩子、履行监护职责时往往存在着认识的偏差，过于强调自身的主导地位，而忽视了孩子作为民事主体应当享有的合法权利，不尊重或无意中侵犯了孩子的隐私权、财产权等。

笔者认为，家庭是孩子成长的温馨港湾，在保护未成年人合法权益方面扮演着至关重要的角色。一方面，家长要主动摒弃陈旧、错误的思想观念，主动践行“依法带娃”原则，了解并遵守未成年人保护法、家庭教育促进法等相关法律法规，当

子女受到不法侵害时，家长应及时拿起法律的武器维护合法权益；另一方面，家长也应当充分发挥家庭教育的价值，保持家庭教育的“边界感”，保障子女受教育的权利、保护子女免受虐待和剥削，从内心上、行为上尊重和保护孩子的人身权、财产权等合法权益。同时，家长还应提高家庭教育的质量和能力，教育子女学会自我保护，养成良好思想、品行和习惯，确保他们在法律的保护下健康、快乐地成长。

家事法苑

十、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

李永军：论居住权在民法典中的体系定位

原创：2024-01-26 比较法研究 李永军
https://mp.weixin.qq.com/s/Kr1AihcTdpn-pvJVl0uedQ

作者：李永军（中国政法大学教授，法学博士）
出处：《比较法研究》2024 年第 1 期

目次

一、问题的提出
二、居住权的应有属性
三、居住权的设立
四、居住权与附属性地役权
五、居住权的商业性应用
六、结论

摘要：居住权在我国民法典上属于一种明文规定的用益物权，但从《民法典》第 366 条之规定看，没有认真区分物权与债权，甚至不能涵盖所有的居住权设立方式——居住权不仅可以通过合同设立，也可以通过遗嘱和法院裁判设立。居住权不仅可以是他物权，也可以以自物权的形式出现——住宅所有权人的居住权也可以设立。尽管我国民法典第 368 条规定居住权属于登记物权，但在我国司法实践中也存在非登记的物权性居住权。居住权既可以在整个住宅上设立，也可以在住宅的一部分上设立，但是，该部分必须具有居住的功能。居住权可以为单个自然人设立，也可以设立共有居住权。通过遗嘱设立居住权的，无论是遗赠还是其他，都属于新权利的设立而非简单的继承，在遗嘱生效的时候仅仅产生债权性请求权而不发生直接的取得居住权。因此，我国民法典第 230 条不应适用于包括遗嘱设立居住权。居住权制度的目的在于首先满足生活居住的需要，不应该把商业化作为民法典之居住权的首要目的，当然也不能在现代社会中与商业化完全脱钩。另外，居住权作为需要登记生效的他物权在与其他物权登记的关系上，应采取登记优先则效力优先的原则，例如，居住权与抵押权的关系上，孰先登记孰之效力优先。

关键词：居住权；住宅；农村宅基地；他物权；遗嘱；用益物权

01 问题的提出

我国民法典首次明文规定了居住权，仅仅表明民法典关注到了现实生活中对于这种权利的需求，但并不代表在此之前中国不存在类似的权利——在物权法定的原则下，它肯定不能属于物权，但也可能以其他的形式存在。从《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第 366—371 条之规定中，有下列问题需要认真探讨：（1）从我国民法典关于居住权的这 6 个条文中，哪里能够体现出居住权属于物权？恰恰相反，如果离开居住权所在的物权编而单独拿出来看，没有任何一个条文显示出来，它就是一个物权。例如，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。”第 367 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。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；（二）住宅的位置；（三）居住的条件和要求；（四）居住权期限；（五）解决争议

的方法。”从这两个条规定看，这是一个物权还是债权？如果当事人不登记，那么，按照这两条规定是否存在居住权？如果当事人不订立合同，直接登记为居住权是否可以？既然物权种类与内容法定，双方直接登记为居住权，其内容是否能够确定？（2）居住权一定是他物权吗？它能否具有自物权的特征？（3）根据《民法典》第 368 条之规定，物权性居住权只有经过登记才能产生，但是，司法实践中是否存在未经登记也能产生的居住权（物权）？（4）《民法典》第 371 条规定居住权可以通过遗嘱设立，那么，遗嘱在遗嘱人死亡后生效之效力是什么？是产生一个债权请求权还是物权变动？这时候如何适用第 368 条之登记规则？（5）设立居住权可以对整个房屋为之，也可以就房屋一部分设立。如果针对房屋之一部分设立的时候，有无附属地役权的设立？例如，共同的厨房、洗手间、共同的通道等，在设立居住权的时候是一并当然设立，还是需要单独的约定方可成立？此问题不仅在居住权部分没有规定，而且在地役权部分也没有规定，但它却是居住权行使中的不可避免的问题。（6）投资型居住权在我国民法典上是否允许？《民法典》第 368 条和第 369 条是否为我国实践中设立投资型居住权奠定了法律基础？（7）在农村宅基地上的房屋之上设立居住权是否存在法律上的障碍？尤其是为城镇户籍的自然人设立居住权是否存在法律障碍？（8）居住权与其他用益物权之关系如何？与抵押权的关系如何？特别是在登记的时候与抵押权登记如何协调？

以上问题，实际上，有的是我国民法典体系中存在的体系问题与理论问题，有的则是现实生活中需要解决的实践问题。本文将围绕上述问题展开，但论述问题的顺序与上面提出问题的顺序可能不同。

02 居住权的应有属性

在居住权的属性中，笔者想以我国民法典为基础，从理论并联系比较法的考量讨论下列问题：

（一）居住权是否必须为他物权？

从《民法典》第 366 条之规定看，居住权对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，似乎必须是对他人之住宅享有的他物权无疑。这种观念，从居住权发展的源头罗马法来看，无疑是正确的。

从历史和体系的源头看，居住权仅仅属于人役权的一种，而人役权与地役权同属于役权之范畴。按照罗马法，在优士丁尼法中，役权（地役权和人役权）这个词是从总体上指对他人之物的最古老的并且真正古典的权利。因而这一范畴的历史和传统的原因要比科学的原因更多。是否存在有关役权的独特规则，这尚是疑问。它们可能是这样的：（1）役权不适用于任何自己的物——所有主不能以役权的名义保留对自己物品的特别使用权；（2）役权不得表现为要求作为，否则它就不再是一种物权而是对人的权利和对所有主活动的权利——债权；（3）不能对役权再行使役权——实质是说，不能对役权行使用益权。大陆法系国家的民法典，例如，德国、法国、意大利等国家的民法典基本上都继承了罗马法传统，在法典中明确将其规定为一种对他人建筑物上设立的以居住为目的的权利。我国民法典也将其规定为一种对他人住宅享有的用益物权，也可以说是继承了罗马法传统。

但是，从实际需要来说，有没有必要和可能将其规定为一种自物权呢？居住权本来就属于役权，役权当然就是他物权。但是，所有主是否可以在自己的物上为自己设立役权呢？对此，德国学者指出，尽管根据役权的目的，它应当允许第三人在个别关系中使用土地，而所有权人则根据其所有权使用土地和享有其利益。如果存在对所有权人役权的经济或者精神需要，联邦最高法院（BGHZ 41,209)还是允许所有权人在自己的土地上设定地役权。《德国民法典》在第 1196 条中允

许设定所有权土地债务，通过第 889 条又允许在土地和限制物权的合并中存在作为所有权人权利的限制物权，因而也不禁止设立所有权人役权。否则只能先由所有人把房屋转移给将来的继承人或受让人，然后再由受让人与所有人通过设定居住权合同再为原所有人设定居住权，这样非但徒增麻烦，更为重要的是若所有人将房屋所有权转移给继承人或者买受人之后，继承人等不愿意为所有人设定居住权，或者其将房屋转让，或者其房屋被债权人执行等情形，原所有人即无法获得相应的居住权。因此，如果根据需要，笔者认为，也可以在自己的住宅上为自己设立居住权。例如，A 为房主，在出卖房屋之前，A 在自己的房屋上为自己设立居住权后，将房屋出卖。这无论在理论和实践上都是可能的，甚至现实生活也需要。因为：（1）A 在自己的住宅居住了多年，不愿离开自己的生活圈子。希望在有生之年继续居住在自己的房屋内；（2）A 有融资的需要，需要将房屋出售。因此，这种自物权的设立是有必要的。那么，是否可能呢？

从我国理论和司法实践中看，我国理论和司法实践已经承认“所有权抵押”就是一个具有典型的说明意义的例子。例如，学者认为，所有人抵押权，亦称所有人抵押，指所有权人于自己所有的财产上由自己保有抵押权，它系现代各国抵押权法中一种十分特殊的制度。一般抵押权仅能存在于抵押权人以外的人（债务人或第三人）所拥有的财产上，而所有人抵押权系所有人于自己的财产上为自己而存在的抵押权。为有利于我国不动产信用关系与金融资本信用关系的发展，我国应在较大范围内认可所有人抵押权。其实，早在 2000 年我国最高人民法院关于担保法的司法解释第 77 条就规定了所有人抵押，其实就承认了抵押可以为自物权。该条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。”因此，承认居住权为自物权也不存在任何障碍。对此，有学者也主张，基于居住权所要发挥的生前继承功能，还应当借鉴比较法上的做法允所有权人在自己所有的住宅上为自己设定居住权，即所有人居住权。然后再将房屋所有权以赠与给继承人或者出卖给其他人以获得生活所须的金钱或者获得对方扶养自己的义务。

笔者赞同这种主张，即允许住宅所有权人为了不同的目的为自己设定居住权，这不仅是必要的，而且也具有充分的理论根据和法律根据。

（二）居住权是否必须为物权？

从我国民法典的体系结构来看，尽管不存在名义上的债权编，但从民法典总则编、合同编和物权编的实际内容来看，是存在债权与物权的基本区分的。因此，所谓居住权既可以是债权，也可以是物权。它们之间的区别也仅仅是效力在相对人之间发生还是对所有人发生而已。但是，按照“物权法定原则”，如果将任何一种权利定性为物权，就必须有法律的明确规定。从我国民法典第十四章之规定看，似乎可以将居住权定性为一种物权，原因在于：（1）它是被规定在物权编之用益物权中，从体系上看，应该是一种用益物权；（2）第 366 条也明确其为一种用益物权。

但是，令人质疑其为物权的理由也不是不存在：（1）规定在物权编的规范都一定是物权性的吗？由于我国民法典在物权与债权问题上采取的基本属于“模糊政策”，有些债权性规定也都规定在物权编，例如，《民法典》222 条规定：“当事人提供虚假材料申请登记，造成他人损害的，应当承担赔偿责任。因登记错误，造成他人损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”第 237 条规定：“造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状。”第 238 条规定：“侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法请求损害赔偿，也可以依法请求承

担其他民事责任。”第 233 条规定：“物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。”。这些条款虽然规定在物权编，但都不是物权编应有的内容，更不是物权性内容。（2）民法典上已经有一种权利，虽然规定在物权编的用益物权体系中，但它确实不属于物权而是债权，这种权利就是地役权。因为《民法典》第 374 条规定：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”按照该条规定，我国民法典实际上存在两种性质的地役权：一是登记地役权——可以对抗第三人的地役权；另一种为非登记地役权——不能对抗第三人的地役权。笔者的问题就是：一个不能对抗第三人的地役权它究竟是债权还是物权？这其实就陷入了日本民法理论上长期争议的问题——不能对抗第三人的“物权”是不是物权？特别需要指出的是，与日本民法典不同的是，我国民法典在总则编的第 114 条第 3 款非常明确地规定：“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”不登记的地役权因不符合第 114 条之规定要旨，因此，不能认为属于物权——不能对抗第三人而仅仅在合同相对人之间发生效力者，不是债权是什么？因此，更可以说，规定在物权编的权利不一定都是物权。（3）从《民法典》第 366 条的规定看，居住权就是一个不区分债权物权的“混合物”。按照该条规定，用益物权是居住权人按照合同约定，对他人住宅进行占有、使用的用益物权。问题就在于：“按照合同约定对他人住宅进行使用的权利”应该是一个物权吗？正常的解释这应该是一个债权而不是一个用益物权！在这里，有必要着重分析“按照合同约定”与物权法定原则之关系。

一般来说，合同之债权合意不能直接产生物权，这个约定仅仅能够在当事人之间产生相对效力，只有物权合意才能产生物权。我国民法典第 368 条实际上也从侧面印证了这一观点：居住权从登记时设立，而非从合同生效时设立，从而区分债权与物权。也可以说，居住权合同仅仅是一个负担行为，它仅仅为缔约当事人创设了设立物权——居住权的义务，只有登记这种处分行为才能发生物权设立之效果。如果仅仅按照合同约定行使居住权，那就是债权问题，如果不按照合同行使，结果是什么？是违约问题还是侵害物权问题？笔者认为，那是违约问题。特别重要的是：按照“物权法定原则”，物权的内容与种类由法律规定（《民法典》第 116 条）。显然，居住权的内容不能由居住权设立的双方当事人自由约定，而是应该由法律明确规定。也就更进一步说明，我国民法典第 366 条这个“按照合同约定”之约定内容不应该是居住权这种物权之内容。因此，第 366 条这种规定实在值得商榷，即有几种物权不是根据基础债权合同产生的？例如，抵押权、所有权移转、大多数用益物权等等都是与合同这种基础关系相关。与此形成鲜明对比的是，抵押权的定义却十分贴切。我国民法典第 394 条规定：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。”尽管与居住权一样，抵押权也是首先由抵押权人与抵押人签订一个抵押合同，再到有关部门登记产生抵押权。登记的抵押权属于物权能够对抗第三人，其内容就是优先受偿。但是，“债务人不履行到期债务”或者发生当事人约定的实现抵押权的情形则属于仅仅在当事人之间发生效力的债权问题，不需要拿到物权层面上讨论，仅仅停留在当事人之间就足够了。这样才是物权、债权体系的双重作用之体现。正是这样一种双重作用，使得有些权利仅仅在当事人之间发生效力就足矣，不必一定上升到物权这种效力层面。

具体到居住权问题，对于居住权进行登记就足以发生物权之效力。至于如何行使这种物权，其实也仅仅在于住宅所有权人与居住权人之间，

具有合同约定足矣。结果《民法典》第 366 条的这一规定却使得居住权这种权利成为了“物债混血”。其实，全国人大常委会法工委学者对此的定义就好了很多：“居住权是指居住权人对他人所有住宅的全部或者部分及其附属设施，享有占有、使用的权利。”但《民法典》第 366 条规定的这个概念的唯一问题是看不出其为债权还是物权。

总之，我国民法典第 366 条在定义居住权中存在重大逻辑问题：（1）不应该将产生居住权的基础关系——“按照合同约定”写在一个物权的概念中，同样是在一个法典中的物权的抵押权就没有这样定义；（2）第 366 条的概念中也没有包括居住权设立的全部方式：居住权可以根据合同产生，也可以根据遗嘱这种单方行为产生，还可以根据裁判产生。相比之下，还是德国学者对于居住权所作的概念更加科学——居住权是一项限制的人役权，是指权利人所享有的、将建筑物或者建筑物的一部分当作住宅予以使用，并具有排除所有权人之效力的权利。

必须指出的是，如果真的是一个物权，由于物权法定之原则的存在，即使没有合同，双方仅仅合意登记一个物权，其内容也可以通过法定来确定。例如，所有权的法定内容就是占有、使用、受益和处分（《民法典》第 240 条），如果甲乙双方进行了交易，即使没有合同，双方直接到登记机关登记买卖标的物，难道不可以吗？物权登记登记的是物权变动，而非作为原因基础的买卖合同。因此，我国民法典在居住权部分没有必要强调“根据合同”。

（三）不登记不能产生居住权吗？

根据我国民法典第 368 条的规定，居住权为登记物权，即居住权自登记的时候产生。但是，实践中是否存在不登记也能产生居住权（物权）的情形呢？其实是存在的。因为，我国城镇住宅与基于农村宅基地上的住宅采取的是“二元制”结构，有些农村宅基地上的住宅没有登记或者无法登记，那么，其上能否存在物权性住宅权呢？答案是肯定的。浙江省乐清市人民法院审理的叶某某诉黄某某离婚纠纷案即通过裁判在无法登记的农村住宅上为生活困难妇女离婚后设立居住权。黄某某（女）系多重残疾人，肢体残疾达到二级，精神残疾达到三级。法院曾判决宣告黄某某为限制民事行为能力人。1992 年 10 月，黄某某与叶某某登记结婚并生育一子。婚后，双方曾为家庭琐事发生争执。黄某某于 2012 年左右独自回娘家生活至今。现叶某某以双方分居数年、夫妻感情已破裂为由起诉要求离婚。夫妻共同财产有且仅有一间三层半房屋，但没有房产证。该房屋的一楼目前已出租，二楼和三楼分别由叶某某和儿子居住。黄某某不同意离婚，并要求居住在该房屋的一楼或二楼。法院经审理认为，双方共同生活期间因感情不和分居近十年，且经法院给予双方一个月的冷静期后，叶某某仍坚持要求离婚，应认定夫妻感情确已破裂，故对叶某某离婚的诉请予以准许。双方确认该间三层半房屋系夫妻共同财产，由于双方均未能提供该房产的权属证书，本案中不宜分割，而叶某某又无经济能力支付黄某某补偿款。为避免黄某某可能面临离婚后无处可住的困境，通过适用民法典“居住权”规则，对涉案房屋“分而不割”，女方仍然可以居住在涉案房屋内。考虑到房屋的第一层（地面）已出租，涉及案外人的权益暂不宜处理。黄某某系限制行为能力人且行动不方便，酌定房屋的第二层由黄某某使用，第三层由叶某某使用，楼梯和第四层（三层半）由双方共同使用。

由此可见，只有通过法律行为设立的居住权才适用《民法典》第 368 条之登记生效的规则，如果是非法律行为产生的居住权，像裁判产生的居住权自裁判生效时设立，登记仅仅是宣示性的。这其实就像不动产物权变动一样，法院判决生效后不动产物权即发生变动，登记仅仅是在此处分的要件。

（四）住宅所有权人与居住权人之间是物权关系还是债权关系？

可以这样说，在住宅所有权人与居住权人之间除了物权关系之外——自物权人与他物权人之间的关系外，还有债权债务关系。特别是以居住权合同为基础产生的居住权，这种合同之债权债务关系始终伴随着居住权存在，它不像买卖合同一样，双方交付完毕债权合同即不存在，居住权人同时可能就是债权合同中的债务人。因此，居住权伴随着债的存在是极其正常的事情。

这种债权债务关系除了居住权合同这种意定债权债务关系之外，还有法定债权债务关系。就如有学者所说，在居住权的情形，居住权人长期排他性使用所有人的房屋必然会在所有人与居住权人之间产生一系列的权利义务关系，这种权利义务关系在比较法上被称为法定债之关系，在某种意义上在居住权有偿设定时此种权利义务关系类似于租赁合同中出租人与承租人之间的关系，而在无偿设定时则类似于出借人与借用人之间的关系。此种法定债务关系在于调整役权人与所有人之间的权利义务关系，其基本法思想是通过赋予役权人与所有人一系列的义务来平衡役权人与所有人之间相互冲突的利益状态。若一方当事人违反了基于该法定债之关系而产生的义务，则构成债务不履行，从而应当承担债务不履行的责任。

03 居住权的设立

（一）居住权设立概述

按照我国民法典第 366 条之规定，居住权可以通过合同方式来设立。如果按照合同的约定来设立居住权的话，设立主体可以是何人？从我国民法典关于居住权的规定的体系位置看，它应当被看成是“他物权”。因此，住宅的所有权人肯定可以设立居住权。另外，我国民法典在物权编中专门规定了“占有”一章，在占有的保护上采取与其他物权几乎相同的保护措施。那么，占有人是否有权为他人在占有的住宅上设立居住权呢？对此问题，笔者认为，占有人一般是不能为他人设立居住权的。因为：（1）《民法典》第 366 条明确规定，居住权是在他人的住宅上设立的用益物权。而我国民法典对于不动产不采取占有推定之原则，因此，占有人不符合设立居住权的要件；（2）因为居住权涉及《民法典》第 368 条之登记，如果不动产不进行首次登记，则无法在其上进行居住权设立登记，而首次登记就必然有所有权人。尽管在实际上，存在具有所有权但非登记的情况，例如，在因继承取得不动产所有权、因附合形成不动产（利用建筑材料盖房子）等，但这些情况下也必须先进行所有权登记，再进行居住权设立登记。

在我国的现实生活中，有一种“名义所有权人”即让与担保中的所有权人，其是否可以设定居住权，是值得讨论的。所谓让与担保，是指为了担保的目的将标的物的所有权转让给债权人，外形上债权人作为所有权人出现。然而，即使是所有权转移了，其目的也不过是担保的设定。尽管对于这种担保方式有很多所谓的学说，但是，从这种担保方式的设立目的和实质来看，其建构是非常清楚：（1）所谓让与担保是以合同约定的方式并通过名义上转移标的物的所有权来达到类似抵押登记的目的，而让债权人作为不动产所有权人更能够增加债权人的安全感。（2）债权人作为名义上的所有权人并不真正享有所有权人的物权权利，其与标的物转让人的关系实际上受到让与担保合同的约束——如果债权人把自己真正当作所有权人则属于对转让人违约。只有到债务人不履行债务的时候，债权人可以以所有权人的名义出卖标的物而受偿。在我国民法典的编纂过程中，是否应当规定让与担保这种形式，存在过争议。最后在民法典中并没有明文规定，但由于属于合同约定，实际上也没有禁止的必要。因此，我国最高法院关于担保法的司法解释是承认这种非典型担保的。尽管涉及到所有权的转移，但这种担保

方式却不能被理解为物权担保。那么，既然房屋转移到债权人名下，那么，作为名义所有权人的的担保权人（债权人）是否可以设立居住权呢？如果从相对人之间（转让人与债权人之间）的关系看，债权人当然不能设立这种居住权（除非当事人在转让所有权的时候有另外的约定），若债权人设立居住权即属违约行为。但是，从居住权人的第三人视角看，如果居住权人为善意，是否可以取得居住权呢？笔者对此持肯定意见，即应适用我国民法典第 311 条之规定，肯认第三人的居住权善意取得。

我国历史上长期存在典权，在民法典编纂过程中，是否规定典权也存在争议。从典权的本质来说，典权人无疑是可以在回赎期限内为他人设立居住权的。但是，由于我国民法典没有规定典权这一物权类型，按照“物权法定”之原则，当然就应当认为我国不存在“典权”，也自然就不存在典权人为他人设立居住权的情形。

对于我国民法典上居住权的设定方式和途径，有学者认为有三种：合同设立的居住权、遗嘱设立的居住权和法院裁判设立的居住权三类。这仅仅是从设立方式来划分的，但是，以其他标准，还可以分为其他的种类。笔者认为，下列分类更能够反映我国民法典关于居住权的立法态度：

1. 无偿的居住权与有偿居住权

这是以居住权人在获得居住权的同时有无对价为标准而划分的。按照我国民法典第 368 条之规定，居住权无偿设立，但当事人另有约定的除外。对此规定，笔者认为，应该作出如下理解：（1）当事人在设立居住权时，既可以约定为有偿，也可以约定为无偿。但是，如果当事人对此无约定的，应该解释为无偿。对此，从我国民法典编纂过程中，也可以得出上述结论。（2）关于有偿与无偿的约定属于债权性约定，没有必要登记，当然也不能登记。

2. 限制住宅出租的居住权与不限制出租的居住权

这是以住宅之上设立了居住权后能否出租为标准进行的分类：设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。也就是说，设立了居住权的住宅是否可以出租，应尊重当事人的约定，只有在没有约定的情况下，才解释为不得出租。

3. 在他人住宅部分上设立的居住权与在整体住宅上设立的居住权

这是以居住权是否涵盖了整个住宅为标准进行的分类：如果居住权涵盖了整个住宅，则属于整体住宅的居住权；如果居住权仅仅设立在住宅的某个房间或者某一部分，则属于住宅部分上设立的居住权。

4. 排除住宅所有权人的居住权与非排除所有权人的居住权

这是德国民法典上的分类，并通过该法典第 1090 条和 1093 条分别规定。如果居住权的内容是将所有权人排除在外而对建筑物或者建筑物的一部分进行使用，则是 1093 条意义上的限制物权；若不排除所有权人的共同使用，则成立民法典第 1090 条意义上的普通的限制的人役权。

我国民法典没有这样的划分，但是，从当事人意思自治设立居住权的视角看，当然可以约定是否排除所有权人的居住权。因此，这种分类在我国民法典上也能够成立。

5. 单独居住权与共有居住权

这是以居住权的权利人为一人或者多人为标准进行的分类：如果居住权设立确定的居住权人为单个自然人的，即是单独居住权；如果为多人设立的居住权为共有居住权。根据共有人之间的关系，共有居住权又可以分为共同居住权与按份居住权。在居住权人之间的关系上，适用我国民法典物权编第八章关于共有的规定。

6. 登记居住权与非登记居住权

这是以居住权的产生是否需要登记为标准进行的区分。凡是以法律行为——合同和遗嘱——为基础设立的居住权必须按照《民法典》第 368 条

进行登记方可产生；但是，如果是根据法院裁判产生的居住权，则不需要登记也可以产生。

（二）遗嘱设定居住权的性质与登记

1. 性质

以遗嘱方式设立居住权的，居住权究竟自何时设立？对此，理论界存在着不同的观点，即所谓登记生效主义与登记宣示主义观点：遗赠设立居住权属于登记生效主义，而以遗嘱继承方式设立居住权的属于登记宣告主义——居住权自遗嘱人死亡的时候开始生效，登记仅仅是宣告效力。具体来说，有观点认为，居住权设立内容的遗嘱首先应当采用书面的形式，之后居住权还必须进行登记，这样居住权才能有效设立。也有观点认为，《民法典》第 371 条的准确适用需解决两种方式下居住权何时设立的难题。第一个难题中，遗嘱继承具有直接引起物权变动的法律效力，应适用《民法典》第 230 条，采登记宣示主义，而非登记生效主义，《民法典》第 368 条无参照适用空间。这里实际上涉及到我国民法典第 230 条的解释问题，该条规定："因继承取得物权的，继承开始时发生效力。"很多学者正是从这一条得出结论说"遗嘱设立居住权从继承开始发生效力"。但一个显著的问题是：居住权可以继承吗？《民法典》第 369 条是否能够排除第 230 条对遗嘱设立居住权的适用？

笔者认为，凡是通过遗嘱方式设立居住权的，无论是为继承人以外的第三人设立（遗赠），还是为继承人之中的任何人设立，其性质相当于负担行为——仅仅使得其享有对被继承人的住宅请求居住权登记的权利，而不能直接发生物权变动——直接取得居住权。因此，遗嘱在遗嘱人死亡而生效后，受遗嘱人并不当然取得居住权，必须按照《民法典》第 368 条登记方可取得居住权。

为什么即使遗嘱人通过遗嘱方式为法定继承人中的人设立居住权也不能参照继承效力认定而仅仅是一种请求权呢？因为：（1）从逻辑上讲，被"继承"的财产性权益应该是已经存在的权益，而居住权的设立无论是对于继承人还是第三人，都属于新权利设定而不是被继承人权利的承继；（2）从法律依据上说，我国民法典第 369 条明确禁止居住权继承，也就是说，居住权不得继承。因此，居住权不能适用继承之效力规则——从被继承人死亡时取得居住权。例如，最高人民法院于 2022 年 2 月 25 日发布的 13 件人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）中的"邱某光与董某军居住权执行案——为申请执行人办理居住权登记保障其根据遗嘱取得的房屋居住权"就很有说明意义。邱某光与董某峰于 2006 年登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女，董某军系董某峰之弟。董某峰于 2016 年 3 月去世，生前写下遗嘱，其内容为："我名下位于洪山区珞狮路某房遗赠给我弟弟董某军，在我丈夫邱某光没再婚前拥有居住权，此房是我毕生心血，不许分割、不许转让、不许卖出……"董某峰离世后，董某军等人与邱某光发生遗嘱继承纠纷并诉至法院。法院判决被继承人董某峰名下位于武汉市洪山区珞狮路某房所有权归董某军享有，邱某光在其再婚前享有该房屋的居住使用权。判决生效后，邱某光一直居住在该房屋内。2021 年初，邱某光发现其所住房屋被董某军挂在某房产中介出售，担心房屋出售后自己被赶出家门，遂向法院申请居住权强制执行。法院认为，案涉房屋虽为董某军所有，但是董某峰通过遗嘱方式使得邱某光享有案涉房屋的居住使用权。执行法院遂依照民法典第 368 条等关于居住权的规定，裁定将董某军所有的案涉房屋的居住权登记在邱某光名下。该案属于典型的遗嘱设立居住权，邱某光的居住权并不是从董某峰死亡的时候自然产生，而是从法院第一次判决"被继承人董某峰名下位于武汉市洪山区珞狮路某房所有权归董某军享有，邱某光在其再婚前享有该房屋的居住使用权"开始发生。如果按照我国民法典继承编第 1147 条之规定，在董某峰去世后，邱某光应该请求遗产管理人履行居住权的登

记义务，只有登记后居住权方可产生。但是，由于邱某光与董某军在董某峰死后发生了继承纠纷而法院直接通过裁判的方式判决确定了邱某光的居住权。而按照法院裁判产生的居住权自裁判生效时发生，登记属于宣示要件（下面详细论述）。

2. 概括继承模式下的居住权登记

登记中的首要问题是：遗嘱人（被继承人）死亡后，是否需要先把住宅登记在全体继承人名下，然后再进行居住权设立登记？这一问题实际上涉及到我国民法典继承编中的继承模式是否属于“概括继承”模式的问题。

所谓概括继承，又称为“包括继承”，就是指遗产只能作为一个整体转移给一人或者数人，其区别于针对具体遗产标的的个别继承。遗产作为一个整体，不仅包括“积极财产”，也包括“消极财产”——遗产债务。与概括继承相对的，是个别继承，它是指在继承开始的时候，继承人直接取得具体遗产的所有权或者占有。英美法中不适用概括继受原则，英美法系关于遗产管理人地位的主流学说是信托受托人说，也称拟制信托说。英国《1925 年受托人法》将遗产管理人视为信托受托人。美国绝大部分州的继承法也采纳了信托受托人说，遗产管理人的地位类似于以遗嘱继承人或受遗赠人为受益人的信托关系受托人。被继承人去世后，其财产仍保持独立。遗产管理人（personal representative）首先用遗产清偿债务，再把剩余部分返还继承人。其作用和效果与概括继承大致相同。从我国民法典第 230 条、第 1121 条及 1147 条可以得出我国民法典采取的是概括继承的模式。在这种模式下，继承人作为一个“共同体”接受遗产（积极财产与消极财产）的“整体转移”——在继承开始时继承人对于具体标的物并不发生任何关系，等到遗产管理人处理完债务等之后分割财产的时候，各个继承人才有可能取得具体标的物。

在这种模式下，被继承人死亡，登记在“死亡人名下”的住宅是否需要先转移登记到“全体继承人”（共同共有人）名下，然后再由遗产管理人为居住权人设立登记？还是说，不需要上述转移登记，直接由遗产管理人为居住权人办理居住登记？笔者认为，应该先办理移转登记在共同共有人——全体继承人——名下，然后再办理居住权登记才符合我国民法典关于“继承从被继承人死亡开始”的原则。这是因为，按照继承的一般规则，必须先用遗产偿还被继承人生前的债务，包括遗赠和税收等，再具体分割继承财产。因此，在继承开始后，遗产无间歇地过渡到“全体继承人共有”，也是抽象的共有，具体继承人获得多少需要二次分割。继承开始后，如果就遗产发生纠纷，全体共有人作为被告。因此，财产权应首先登记到共有人名下。也就是说，被继承人死亡，财产应该“无间歇”地过渡到全体继承人（共有人）名下，然后才可能再为其他人设立他物权。

3. 居住权登记与其他物权登记的关系

居住权的登记属于不动产之他物权登记的方式之一，按照物权法的一般原理，在他人之物上设立他物权并不受“一物一权主义”原则的限制。因此，住宅上可以设立多个他物权。但是，这些他物权不得以直接占有为要件。在居住权设立登记时，并不妨碍其他权利的登记设立。例如：（1）在有登记抵押权的情况下，仍然可以设立居住权并登记，反之亦然。但是，由于物权的优先性，先登记的物权优先于后登记的物权。如果抵押权先登记，则居住权不得对抗抵押权。（2）即便在有预告登记的情况下，也不妨碍居住权登记。但是，该预告登记变为现实登记后，该登记权利仍然优先于居住权。

（三）裁判设立居住权

有学者认为，法院依裁判为当事人一方在另一方的住宅上设立居住权主要适用于如下几种情形：一是，夫妻双方离婚时，双方所共同居住的住宅系一方的婚前财产或者约定分别财产制的情形下属于一方所有，法院

得依据没有住宅一方的请求判决其对另一方的住宅的一部分或者全部（若另一方拥有两套以上住宅的）享有居住权，以保障该没有住宅一方的基本生活所需。对于双方共有的房屋，在房屋分割时法院可以判决一方享有所有权同时判决另一方对房屋的一部分或者全部享有居住权。二是，在人民法院审理有关赡养、抚养纠纷的案件时可以在赡养、抚养义务人的住宅上为被赡养人、被抚养人设定居住权。赡养、抚养人的赡养、抚养义务不限于支付赡养费、抚养费，还应当为被赡养人、被抚养人提供住宅以使其住有所居，为此法院可以通过判决为被赡养人、被抚养人在赡养义务人、抚养义务人的住宅的一部分或者全部（视义务人的住宅情况而定）上设定居住权。在裁判设立居住权的情形下，自裁判生效之日起，居住权设立；但是，必须进行登记以宣示。

04 居住权与附属性地役权

如前文所述，居住权可以就整个住宅设立，也可以在住宅的一部分上设立。例如，一个单元房有五个房间，所有权人可以在其中两间上为他人设立居住权。这不违反我国民法典第 367 条之规定——只要通过合同约定清楚并登记即可。在这种情况下，就必然发生居住权人与所有权人或者其他居住权人“共居”之局面，也必然发生厨房、洗手间、公共走廊、通道等共用的情形。这些可以统称为“地役权”。那么，在设定居住权的时候是否需要单独设定抑或当然发生这种附属性地役权？

通说认为，在一个不动产上设立了不动产役权而为达到该权利的目的或者实现权利之内容所必要的限度内，得为附属之必要行为。例如，为达汲水不动产役权的目的，应可为通行供役地的行为。笔者认为，只要在住宅的一部分上设立了居住权，那么，就没有必要再单独设立如通行地役权、汲水地役权等，这些为居住所必要的需求应解释为当然发生。但是，有以下几点需要特别说明：（1）不妨碍居住权人之间或者所有权人与居住权人之间通过合同约定如何使用住宅的附属部分，如洗手间、通道、走廊、厨房等，甚至包括如何维护、维修等；（2）居住权人必须承担相应的费用（如果没有相反的约定的话）。

在实践中，许多从事实务工作的人有这样的疑问：在部分住宅上设立居住权的时候，登记机构是否需要对设立部分的功能进行审核？这个问题的来源是登记机关害怕某些负有设立居住权义务的人，随意在住宅中一个没有居住功能的空间为权利人设立居住权，从而损害权利人利益。对此问题，笔者认为：（1）我国民法典第 367 条明确规定必须为住宅，而我国有关部门的规章，例如住建部《住宅设计规范》等对于住宅有详细规定。（2）既然是在住宅中的一部分设立居住权，那么，该部分必须有居住功能，例如，住宅中的一个房间或者几个房间。如果仅仅在阳台、走廊等不具备独立居住功能的地方设立居住权当然不应该被允许登记。（3）我国居住权以意定为主，即通过合同设立。如果不具备设立条件或者不具备居住功能，当事人自然不会设立这种居住权。（4）另外，这种担忧可能主要来自于遗嘱设立居住权的情形，担心设立义务人故意损害居住权人利益。笔者认为，任何设立居住权的人必须携带房产证及户型图到登记机关申请登记，登记机关也可以通过审查来把关。当然，必要时，也可以上门实地查看。

05 居住权的商业性应用

居住权是否可以用于商业性不动产开发？对此问题，从传统的居住权之宗旨看，可以说其与当今社会的商业性应用相去甚远。从我国民法典第 368 条与第 369 条之规定看，原则上居住权无偿设立、不得转让、不得继承、不得出租等，看起来，还是以满足必要的居住为目的。

但是，许多学者对这种限制是否能够满足现代社会的要求提出了质疑，认为，罗马法上，居住

权、用益权等人役权专为特定人需求设立，供养目的造就了其高度的人身专属性，居住权不能转让或继承的人役权的专属性虽然被欧陆民法典继受，但随着时代转变其亦在不断变革之中。《法国民法典》第 628 条把契约作为居住权的基本设立方式，意思自治要素的注入为缓和居住权的专属性打开了缺口；《意大利民法典》第 1024 条禁止居住权转让的规定，有学说认为可通过约定设立例外，而且该法典第 980 条规定在设立文件未作禁止性规定时允许转让用益权，当事人可通过设定仅限于居住的不动产用益权方式达到居住权转让的效果。在德国，其民法典第 1092 条规定居住权不得继承和转让，但是，德国通过特别法《住宅所有权法》突破了这一限制——该法创设了“长期居住权制度”。这种制度与民法典上的居住权的区别在于，不需要所有权人同意，就可以转让、继承。居住权的引入，为解决用益物权类型之不足提供了良好的契机。学说与实务完全可以采取“逆向工程”，将居住权进行更为多样化的构建，突破其固有的养老助弱的功能，而增加商业化的功能。

笔者认为：（1）不动产的商业化有很多种途径，不能与居住权完全“挂钩”，如果把一个居住权规定成商业化建构，就与这种制度的初衷不相符。因此，我国民法典限制居住权的转让和继承，是有其道理的。更重要的是，现实生活中的居住权也确实存在很多非商业化需求，例如，被继承人把房子通过遗嘱让某个孩子继承，而让其他子女在结婚前拥有居住权等。这种情况就没有商业化需求。如果允许转让，反倒对整个居住环境不利。（2）尽管居住权与商业化不能完全挂钩，但也不能刻意脱钩。对此，我国民法典第 368—369 条还是为此留出了“通道”——可以有偿设立居住权，也可以约定出租。例如，各地建筑商建设的养老公寓，可以通过买卖的方式进行，也可以采取有偿的方式对老年人设立以生命周期为期限的居住权来完成商业化。

在住宅商业化的问题上，还有一个涉及到在农村宅基地上的住宅的商业化问题。笔者认为，在我国农村宅基地上的住宅设立有偿居住权制度，从而达到商业化目的，在我国民法典上并不存在任何法律障碍。因为：（1）《民法典》第 366 条将设立居住权的客体限定在“住宅”，而没有限定这里的住宅必须是城镇住宅。并且，《民法典》第 362 条规定：“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。”（2）由于住宅的可继承性，即使在住宅所有权人死亡后，居住权也不因此而消灭。也就是说，居住权的期限不受住宅所有权人死亡的影响。这与城镇住宅不同，原则上说，城镇住宅的居住权设立年限不得超过建设用地使用权的剩余年限。

至于有学者提出，在集体建设用地上的房屋设立居住权，不仅是物权平等原则的应有之义，也有助于推动农村集体产权制度改革。立足于集体建设用地制度改革，探明居住权的类型与集体建设用地用途的对应关系，设立生活型居住权、经营型居住权、社会保障型居住权，不仅可以落实“全体人民住有所居”政策，亦有助于进一步盘活集体资产，促进农村经营模式的转型升级。这已经属于住宅以外的“居住权”问题，其涉及到农村土地制度改革的范畴。也许未来我国会制定特别法，允许在集体建设用地上建筑房屋并在其上设立居住权，可以转让、继承。这些不在本文讨论的范围。

06 结论

我国民法典上的居住权基本上延续了自罗马法以来大陆法系国家的基本宗旨——以满足生活居住的需要为目的，因此，《民法典》第 369 条限制居住权的转让和继承，笔者认为，这是正确的，是民法典的正确定位。也正因为如此，遗嘱设立居住权不能适用《民法典》第 230 条之规定。至于商业化问题并不是民法典考虑的根本问题，

因为不动产商业化的途径很多，完全可以采取其他方式对其进行商业化。当然，民法典也没有完全否定其商业化，第 368 条及第 369 条在一定范围内为其商业化奠定了必要的基础。我们需要注意的是，居住权人与房屋所有权人之间的关系，除了物权关系之外，还有债权债务关系，要正确看待他们之间的关系：债权关系与物权关系始终伴随着居住权当事人。他们之间的权利义务中有些受到物权法规范的调整，有些则受到债法规范的调整。另外，从目前来看，在农村宅基地上的住宅设立居住权（即使为城镇居民设立）也不存在法律障碍，但是，是否一般地允许在农村集体建设用地上建设房屋并设立居住权从而达到盘活农村土地资源的目的，尚存在不确定因素。尽管居住权作为一种他物权的出现在新中国法制史上属于首次，制度也显得简单，但我们应当根据民法典体系通过教义学来丰富和发展这种制度，使其能够更好地满足实践的需要。

肖建国、李皓然：民事诉讼中儿童利益最大化原则研究

原创：2024-01-19　法律适用　肖建国、李皓然
https://mp.weixin.qq.com/s/CRNioq8xwrrdlA5ZBFi9_g

肖建国，中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心研究员

李皓然，中国人民大学法学院博士研究生

本文系国家社科基金项目“民事强制执行法基础理论研究”（项目编号：20BFX082）的阶段性成果。

摘要

根据儿童利益最大化原则在实体利益、程序利益、利益解释等方面的法理意涵，涉未民事诉讼制度应基于程序参与原则、国家亲权理念、儿童权利本位观的共同要求，确立儿童的程序主体地位，探知儿童的主客观利益需要，并在具体的程序设计上保障儿童利益的动态平衡。面对儿童利益评判标准缺失、利益代言角色竞合等现实困境，应当厘清不同类型涉未民事案件的儿童利益重心，恰当地选定儿童诉讼利益代言人，并通过专门化立法来实现对儿童程序性利益的特殊保障，增强儿童利益最大化原则在适用时的针对性、现实性和规范性。

关键词

儿童利益最大化原则　民事诉讼程序　国家亲权　程序参与原则

引言

“儿童利益最大化原则”（“the child’s best interests”或“the best interests of the child”）是 1989 年联合国《儿童权利公约》（简称《公约》）在儿童利益保护方面所正式确立的国际性原则，自 1991 年第七届全国人大常委会批准《公约》后，该原则逐渐在我国立法和司法领域落地，甚至一度成为民事诉讼中为法官和当事人所直接援引的规范性依据。我国《未成年人保护法》（简称《未保法》）于 2020 年修订时，将该原则表述为“最有利于未成年人的原则”，使得《公约》中“儿童利益最大化原则”不仅完成了中国式的规范性表达，更为涉儿童法律保护制度建构提供了明确的指引。由此可见，“儿童利益最大化原则”及其所延伸的“最有利于未成年人的原则”彰显了涉儿童利益保护的特殊性，是新时代我国少年司法专门化建设、涉未审判综合性改革的合理性乃至合法性所在，应当成为我国未成年人审判制度的建构性原则，并体现在涉未民事、刑事、行政、公益诉讼的各个方面。

由于少年司法问题兴起于罪错少年刑事矫正这一历史因素，以及预防未成年人犯罪的现实需要，我国对于未成年人民事权益的最大化保障相对滞后，而相较于未成年人民事实体利益保护，其民事程序利益的保障则又次之。然而，如果缺少民事诉讼程序保障，则前者对于未成年人民事实体利益的有效保护将不可欲，而所谓“儿童利益的最大化保护”也会失于片面。少年司法的问题意识形成于特定的时代环境和社会土壤，因此，在民事诉讼领域对“儿童利益最大化原则”予以具体化、时代化研究，有助于其在未成年人民事权益的程序化保障中实现针对性适用。

当前学界虽然对民事诉讼领域中的“儿童利益最大化原则”已有相关论述，但均未能回归到该原则本身所具有的程序法理意涵，也就难以在法解释学层面为我国涉未民事诉讼制度建构提供充分的理论支撑。有鉴于此，本文首先从民事诉讼的程序法视角出发，深入挖掘“儿童利益最大化原则”中的民事诉讼法理资源，并在此基础上梳理其对于民事诉讼的基本要求，进而结合我国涉未民事司法实践理清该原则的适用困境，最终尝试提出具有针对性的适用路径。

一、儿童利益最大化原则的民事诉讼法理阐释

联合国儿童权利委员会在其通过的《第 14 号一般性意见》（简称《14 号意见》）中，对“儿童利益最大化原则”的内涵区分了三个层次，即作为一项实质性权利、一项行事规则和一项基本的解释性法律原则，并分别进行了阐释。这为我国涉儿童民事诉讼程序的建构提供了不同层面的法理考量。

（一）实质性权利层面的法理意涵

在实质性权利层面，《14 号意见》认为，“当审视各不同层面的利益时，儿童有权将他或她的最大利益列为一种首要的评判和考虑，且每当涉及某一儿童、一组明确或不明确指定的儿童，或一般儿童的决定时，都得保障这项权利。第 3 条第 1 款为各国确定了这一项固有的义务，既可直接（自行）适用，亦可在法庭上援用。”这意味着儿童不仅享有《公约》所确认的生存权、发展权、隐私权、名誉权、言论自由权等形式多样、内容丰富的实体性权利或利益，而且对于这些权益的保护本身亦是儿童利益最大化所必需的实质性利益，即儿童利益的受保护权，并且这种保护在利益审视中居于首要地位，即儿童利益的优先保护。换言之，对“儿童利益予以最大程度的优先保护”本身便是儿童的首要利益，因此，“儿童利益最大化原则”不仅是对儿童实体利益的兜底式补充性规范，可以作为实体法渊源而在民事诉讼中为两造或法官所援引，而且需要在民事诉讼程序设计中得到体现，并因此形塑着儿童的程序性利益。

基于此，儿童实体利益及其程序保障具有并应当凸显如下特征：一是基础性。儿童利益往往与人权密切相关甚至高度重合，利益或权利之间

更是相互关联甚至互为手段，故其难以通过逐一列举的方式达致全面，而通常表现为具有人权性质的权利束，即通过权利形式的概括性来保障利益内容的丰富性。此外，儿童利益的基础性还表现在其多以人身权利为核心或保护重点，并与人的精神情感需求、物质生存基础等紧密关联。二是发展性。儿童实体利益的内容及其保护并非一成不变，如我国新制定的《未成年人网络保护条例》，便使传统的儿童隐私权、健康权等延伸至网络空间，使传统的文化权利逐渐信息化和数字化。同时，对于儿童利益的界定和保护是灵活具体的，需要兼顾儿童的个体状况、生存处境和现实需求。三是张力性。儿童享有的不同实体利益之间在具体情况下存在相互冲突的可能，如维护家庭成员间法律关系以保障儿童成长环境的安全稳定并满足其情感照顾需求，同保护儿童免受家庭暴力之害，二者在家事纠纷中便常具冲突，又如保障儿童的诉讼程序参与权利，同限制儿童自主起诉应诉或附之以必要条件从而避免其对自我利益的不当处分，二者在民事诉讼程序中更是常存抵牾。因此，对于儿童利益的保护究竟以何者为先，需要具体权衡。四是脆弱性和依赖性。由于儿童利益的基础性和儿童自卫能力的有限性，儿童利益相比于成年人利益更容易在无形中受到侵害，因此儿童是需要司法突出保护的“珍贵而脆弱的一群”，而对于受损利益的救济则往往依赖于公力救济制度和成年主体辅助，特别是依赖于以父母为代表的监护人。五是公益性。儿童利益既可以在特定儿童个体面前被视为个体性利益，也可以在面对不特定多数儿童主体时被理解为群体性利益。因此，对儿童利益的保护需要采用包括民事公益诉讼在内的多元化救济程序。

（二）行事规则层面的法理意涵

在行事规则层面，《14 号意见》认为，“每当要作出一项将会影响到某一具体儿童、一组明确和不明确指定的儿童或一般儿童的决定时，该决定进程就必须包括对此决定可对所涉儿童或诸位儿童所带来（正面或负面）影响的评判。对儿童最大利益的评判和确定必须具备程序性的保障。此外，决定的理由必须清楚表明业已明确兼顾到了此项权利。”这意味着“儿童利益最大化原则”要求对于涉及未成年人利益的司法公平，不仅要得到实现，而且要以看得见的方式，特别是以未成年人能够充分感知的方式得到实现。前文中该原则的实质性权利层面强调的是儿童利益成为程序性保障的首要考量因素，而该原则的行事规则层面更侧重儿童的程序利益本身。这类程序利益要求对一切儿童予以平等对待和不歧视看待，充分尊重儿童的身心发展规律，并在民事诉讼的程序设计上予以特殊照顾。具体表现为：不公开审理；庭审物理环境和语言环境的适龄化，建构涉未案件审理的专属场域，如圆桌审理，营造谅解的诉讼氛围；儿童的程序知情权、选择权和参与权；儿童的直接意见在庭审中得到充分表达并被有效听取；儿童利益得到有民事诉讼行为能力人代理的权利；儿童的意愿表达得到专业化辅助；档案和相关记录的封存；公开宣判中不披露儿童身份；根据儿童学业安排确定诉讼期日，如假日审理等。

实体利益的特殊性一定程度上决定了程序利益的特殊性，但由于程序的独立价值，儿童的程序利益又表现出与实体利益相区别的独立特征。一是积极性和固有性。对于儿童来说，程序利益是与实体利益一样的固有利益，不因儿童本人、诉讼代理人或其他辅助人的主张与否而受到限制，不因儿童本身意志水平和表达能力的成熟与否而遭到贬损。因此，这种利益对于被请求主体而言不是消极的义务，而是积极的责任，进而这一特征在法理上充分支撑了涉未民事诉讼的职权主义模式。二是感知性。民事诉讼的裁判结果需要主动就涉儿童利益问题进行充分的自我论证。从儿童视角理解，程序利益的感知性主要表现为一种广义的、具有程序意义的“当事人知情权”。三是

个体性。由于民事司法面对的是鲜活具体的儿童主体及其纠纷，民事纠纷的可诉性也要求事实性或案件性，即纠纷主体、诉因事实等均是具体现实的。因此，对于儿童程序利益的考量需要结合儿童个体的特殊境遇和个性化需求。四是主体性。儿童本身始终是权利持有人，需要以主体身份积极参与到程序之中。五是独立性。儿童程序利益虽以维护实体利益为目的，但不依赖于实体利益而存在，其在捍卫司法公平正义等方面具有独立价值。

（三）解释性原则层面的法理意涵

在解释性法律原则层面，《14 号意见》认为，“若一项法律条款可作出一种以上的解释，则应选择可最有效实现儿童最大利益的解释。”这意味着民事诉讼程序所欲保护的儿童利益并不是一种绝对的、压倒性的至高利益，而是在同其他利益相平衡时的优先考虑的因素和着重保护的对象，因而是各种利益平衡的结果。而在这种利益的平衡中，行为人应当始终秉持儿童利益优先的原则，以及以儿童为本位的利益分析视角，因此它在这一角度上考问着利益权衡者的立场或出发点。

此一层面的民事诉讼法理意涵，对于前述儿童实体利益和程序利益亦有所关照。首先，由于法律的抽象性，儿童利益在法律适用中存在解释空间。对此，行为人不能对儿童利益进行负面的、消极的推定式评价。这体现了儿童利益的不可克减性。其次，“儿童利益最大化原则”所延伸出的“儿童利益优先原则”具有特定的适用情形。儿童利益的优先性仅在利益冲突且无法协调的情况下才得以凸显并需要被强调。而所谓利益冲突，不仅包括儿童利益与成年人利益、社会公共利益等之间的冲突，更包括儿童同类型利益之间的冲突，或儿童个体利益与儿童群体利益之间的冲突。最后，无论是儿童的实体利益还是程序利益，都需要在利益平衡中予以实现。因此，就实体利益及其保障而言，儿童利益的最大化并不是指关于儿童利益的全部主张都必然得到支持，也不是指已经支持的诉讼请求必然要全部地、顶格地实现，如法院支持的给付请求，其具体的给付金额却未必判如所请。而就儿童的程序利益而言，民事诉讼制度并非对儿童程序利益的实现不得附以条件、加以限制，而是这种条件和限制的设计不但要考量儿童有限的处分能力，更要以维护儿童的程序主体地位为目的。

二、儿童利益最大化原则对民事诉讼的基本要求

儿童利益最大化原则所蕴含的三个层次的法理资源，为其在涉未民事诉讼制度建构中的适用提出了条件，也即在儿童利益优先、特殊保护的立场上，尊重儿童在民事诉讼程序中的主体地位，充分发挥国家在维护儿童利益方面的积极能动作用，最终实现儿童实体利益和程序利益在不同维度上的动态平衡。

（一）程序参与原则要求尊重儿童主观意愿

儿童是一个需要被特别保护与照料的“成长中的人”，这一群体虽然因其不成熟的意志水平而往往被民事诉讼法规定为无民事诉讼行为能力人，但这并不能否认其主观意志的存在和对裁判程序及结果可能产生的影响。“诉讼活动是一个具有法律意义的活动，其结果将会对涉案的当事人形成法律关系产生或变动的法律后果，而这个后果具有动态的生成性，必须在主观意志的直接作用下形成，否则该法律后果就是一个异己的后果，不具有法律上的正当性。”因此，在涉未民事诉讼中，程序参与原则便成为儿童利益最大化原则的延伸性原则，对于维护儿童的程序主体地位具有至关重要的作用。具体而言，程序参与原则对于儿童参与民事诉讼的要求包括两个层次：其一是间接参与，即对于儿童的主体利益应当通过诉讼代理制度予以保障，使儿童利益能够在民事诉讼中得到代言。在这一层面上，儿童的利益在代理主体和被代理主体之间被视为具有一致性，

对其诉讼代理人或其他能够代为行使诉讼权利之辅助人的程序保障，同对儿童利益的程序保障是一致的。其二是直接参与，即在诉讼代理制度或利益代言人制度的基础上，仍要保证儿童意志对民事诉讼程序和结果直接施以影响，引起一定程度的法律效果。因此，儿童需要以当事人或权利主体的身份出现于诉讼系属之中，甚至出现于法庭中，并且发表其对自身利益的认识和意愿，而这种表达需要被法官、对方当事人及其诉讼代理人或辅助人等相关诉讼参与主体倾听，并成为法官审理裁判的必要证据资料。由此可见，在儿童利益最大化原则的要求下，儿童不仅需要参与到民事诉讼程序之中，而且这种参与应当是直接、充分和有效的。

儿童对于民事诉讼的程序参与主要体现为儿童的主观意愿在民事诉讼程序中的呈现及其法律效果，具体包括表达充分、意愿真实、表达有效三个方面的要求。第一，儿童有权在民事诉讼中就涉及自身利益的问题进行充分全面的表达。由于儿童的身心成熟度较低，其对民事诉讼制度的理解有限甚至有误，无法完全根据民事诉讼的程序要求，按照法庭调查、法庭辩论的顺序，针对庭审的争议焦点，完整准确地表达自身意见，因此应当对儿童有限的表达能力有所包容，针对儿童展开具有针对性的调查，允许儿童进行不规范甚至不准确的陈述，避免对儿童关于案件事实的陈述和主观意愿的表达进行不必要的干预，使二者强行区分或者强求表达的条理性。此外，还要拓展儿童表达诉求的形式，如书面形式之外，允许口头形式并以电子技术记载。

第二，儿童所表达的主观意愿应当具有真实性。保障儿童直接参与民事诉讼程序，根本目的在于探知儿童对于自身利益的主观需要，并在裁判前加以考虑。由于未成年人思维的不成熟，其在表达自身利益诉求时往往容易受到外在环境的干扰或诱导，从而使意愿表述变得分散、摇摆甚至自相矛盾。为此，需要根据未成年人的心理特征，增加对于未成年人询问调查的次数，除了审理之初的常规调查了解，在正式宣判之前还应以展开针对未成年人的庭下对话为必要环节，充分了解未成年人在案件审理过程中可能出现的心理变化。法官在征询儿童意愿时还应当注意营造安全、放松且相对封闭的环境，根据具体情况决定儿童本人之外的成年人在意愿征询中是否参与和参与的具体方式。此外，对于儿童明确表达的意愿倾向，还应当追问其形成此种意愿的原因，全面还原儿童意愿从萌发到成型的总体面貌，排除儿童受到欺诈或诱导的可能。

第三，儿童已经表达的主观意愿应当对民事诉讼的审理和裁判产生必要影响，也即产生程序法上的效果。一方面，应当将儿童所表达的主观意愿通过书面或电子的形式固定下来作为证据资料，并且明确此类证据资料的法律属性，如作为证人证言或当事人陈述；另一方面，还要赋予上述儿童表达意愿的证据资料以优先的法律效力，使其能够通过举证、质证从而成为认定案件事实依据的定案证据，最终有效影响法官的自由裁量和裁判结果的走向。

(二)国家亲权理念要求探知儿童客观需要

由于儿童的主观意愿表达常常受到主体能力和客观环境的约束，其为诉讼代理人所代为表达的主观意愿也容易受到干扰或扭曲，因此，对于儿童主观意愿表达可能存在不充分的情况，应当及时予以补充，对于儿童主观意愿与客观现实状况不一致的情况，应当予以修正。而究竟由何种主体予以补充和修正，则与涉未案件的亲权理念相关联。通常情况下，儿童表达意愿和参与民事诉讼程序的诉讼权利，应当由其监护人作为法定诉讼代理人代为行使，而监护人往往以父母这样的亲权人作为主要和首选主体。但现实生活中，监护人对于未成年子女的利益认识未必准确、充分，而是从监护人本身的利益出发影响或者干涉儿童主观意愿的表达，甚至在某些案件中，影响

儿童利益最大化的侵权责任人或给付义务人可能就是其父母等监护人本身，也即监护人以侵害儿童民事权益或延误儿童利益实现的方式，破坏法律对监护人在其出于亲情联系和身份关系而自觉维护儿童利益的信赖，使监护人和被监护人之间的身份关系不再稳定甚至不再合法，进而直接影响监护人作为法定诉讼代理人而以未成年被代理人的名义代为行使诉权和诉讼权利的合理性。在此种情况下，根据国家亲权理念可由国家从根本上享有对问题家庭中未成年子女或困境儿童的亲权，并在此基础上保障儿童利益在民事诉讼中的最大化。因此，国家亲权理念从根本上形成于对家长亲权的补充和对家庭壁垒的穿破这两种需要，进而集中体现在监护人与未成年人相互对立的涉未民事案件中，如监护人侵害未成年人的民事案件。

基于国家亲权理念对于儿童利益的特殊关照，对于民事诉讼中儿童利益的最大化问题，就不仅需要儿童以权利主体的身份直接参与到诉讼程序中，自主表达主观意愿，而且要求法官超越儿童的主观意愿，主动探知并且全面掌握儿童的客观需要，这种超越的具体要求包括积极能动、要素全面和标准客观三个方面。首先，国家亲权理念意味着对于涉未民事案件的审理应当采取职权主义的诉讼模式，在收集诉讼资料和证据资料等方面采取职权探知主义，赋予法官在征询儿童主观意愿和调查儿童客观需要等方面的主导权。而这种法官主导的职权探知主义应当对涉未民事案件的立案、审理、裁判、执行进行全面覆盖。当然，国家亲权理念并不必然意味着只能由国家或诉讼中代表国家司法的法官或检察官作为探知儿童客观需要的唯一主体，应当允许学校、社会志愿组织、具有专门知识的人等多元化的社会力量在法官的主导下参与到儿童利益的客观探知中。其次，对于儿童客观利益的探知应当全面，财产利益同人身利益互融，实体利益与程序利益并重，特别是要侧重于对儿童利益中具有人权属性之利益的调查和考量，如对人格权方面之利益的探知。此处值得注意的是，对于儿童客观需要的探知，需要首先面对儿童在对待陌生人询问时的沉默心理倾向，进而挖掘相关证据资料佐证儿童客观利益的内容，但在正式采用关于儿童客观利益的探知资料时，则需要保障儿童的隐私权。因此，儿童利益的客观探知往往经历“从隐性到显性再到隐性”的变化和处理过程，其中既有技术性的要求，也有灯下黑的风险。最后，对于儿童利益的职权主义探知需要遵循一定客观标准。因此，为了对儿童利益诉求形成合理预判，涉未民事司法不仅应当始终贯彻儿童权利本位的立场，还要结合成年主体自身的社会经验和法律知识，对儿童利益进行周延、动态的考虑。同时，还要参考特定社会条件下或家庭环境中儿童利益的一般实现程度，对具体化的儿童利益进行一般性衡量。

（三）儿童权利本位要求衡平儿童动态利益

儿童利益最大化原则要求涉未民事诉讼程序以儿童权利为本位，以儿童实体利益的最大化保护为依归。而儿童权利本位所贯彻的利益视角并不是矮化了的成年人利益视角，而是一种面向未来的利益动态平衡视角。在这种动态视角下，涉未民事诉讼制度本质上是一种面向未来的纠纷化解机制。这不仅是民事诉讼对于案结事了的内在裁判要求，更是儿童这一特殊的程序主体为民事诉讼带来的特殊性所在。具体而言，儿童在心智上呈现从不成熟向成熟的总体变化趋势，在属性上呈现从个体化向社会化的变化趋势，因此某一儿童个体的具体的民事权益也是动态变化的，而具体涉未民事案件中的儿童利益的最大化结果，实际上是一种动态平衡的结果。

这种动态利益平衡首先是一种实体法律问题，因而首先表现为一个立法中的利益平衡问题，而其在程序法视域下的实现，则需要侧重于保障动态利益衡量在涉未民事诉讼中的必然存在和规范展开。对于儿童利益的动态平衡主要包括三种类

型。一是横向主体间的利益平衡，其中既包括不同儿童个体之间的利益平衡，即所谓“彼此利益平衡”，还包括儿童个体与群体间的利益平衡，即所谓“群己利益平衡”。二是纵向时序上的利益平衡，即指儿童的即期利益与长远利益之间的平衡。这一类型的利益平衡往往在各类涉未民事纠纷中普遍存在。如在离婚案件等家事纠纷中，对于双方当事人达成离婚合意或者调解离婚的情况，从长远利益出发，则不宜为了儿童家庭环境稳定安全这一即期利益，而强求维护儿童父母之间的婚姻关系，或者在一方监护人明确表示拒绝行使对于儿童的抚养权时，不宜仅从经济实力、物质水平或对婴儿的哺育能力等儿童即期利益方面出发，强求判令该方监护人享有抚养权。换言之，对于儿童成长的长远利益来言，尊重监护人的意愿仍然重要，至少不能予以绝对排除。三是诉讼内外间的利益平衡。一方面需要对于涉未民事案件采用类似涉未刑事案件的“分流转处”方式，采取多元化的纠纷化解机制，尝试通过立案速调的方式将涉未民事纠纷纳入诉源治理的进程中。另一方面则需要注意司法在社会生活领域的示范效应，如对儿童利益予以过度解释，则将加重学校等潜在责任主体的压力，导致这类主体为了避免被追责而采取宁严毋松的态度管理儿童，甚至挤兑儿童在其管理范围内的合理自由。

三、民事诉讼中儿童利益最大化原则的适用困境

（一）儿童利益确定和评判缺少标准

儿童的主体利益在民事诉讼中受到司法的针对性衡平或评价之前，需要首先完成对儿童利益的界定和确定，其次根据程序化要求对其进行规范的客观性评价。《14 号意见》中提出，在对儿童最大利益予以评判和确定时，应当遵循“两步走”要求，即“第一，在案情的具体实际情况范围内，查明哪些是最大利益评判所涉的相关要素，赋予这些要素具体的内容，并较之其它要素，划定每项要素的比重；”“第二，为此，要遵循一项程序以确保法律保障和恰当适用的此权利。”但就第一步要求而言：第一，对于涉未民事纠纷中未成年人以自己唯一的监护人为被告所提起的诉讼，难以确定这类因客观原因而无法定诉讼代理人的未成年人是否属于适格原告，因而其利益难以进入民事司法的评价范围。第二，对于司法实践中儿童或其法定诉讼代理人主张或放弃儿童利益的行为，难以确定是否与其本人客观利益或最大化利益不符。如在某案中，未成年人原告及其法定诉讼代理人（原告母）就已离婚抚养人之间未约定或约定不明的被抚养人教育培训支出，以原告之父为被告向法院提起给付之诉，案涉教育培训支出是否应当划入未实际抚养一方的抚养费分担范围实难判断。又如在一例以未成年人为申请执行人、以未成年人祖父母为被执行人的执行案件中，身为未成年人监护人的法定诉讼代理人（二被执行人之子的前妻）通过执行和解的方式对未成年人财产作出部分放弃以换取一次性付款，这种直系亲属间的执行和解是否符合儿童利益的最大化实现也难以客观评价。第三，对于《14 号意见》所提出的涉未民事案件中“评判最大利益时拟予权衡的各要素”缺少梳理和总结。

就第二步而言，我国司法实践中存在裁判说理不清的情况，即未能在裁判文书中对其关于儿童利益的考量予以充分阐释，甚至在法官明知可能存在同案不同判的风险时，裁判文书仍未明确阐释法官是否已经对儿童利益最大化予以衡量。如围绕未成年人精神损害抚慰金的争议，是否支持当事人关于未成年人精神损害抚慰金的主张，当前尚属于法院自由裁量内容，因而是否应当赔偿，以及应当赔偿的数额，往往取决于法官对于案情的主观认识。具体案例如在“太平财产保险有限公司永州中心支公司与蒋某、毛斌机动车交通事故责任纠纷上诉案”中，法院支持了当事人关于未成年人精神损害抚慰金的诉讼请求。相反，在“李某、赵某等机动车交通事故责任纠纷案”中，

山东省滨州经济技术开发区法院、滨州市中院两次审理的判决文书均不予支持当事人关于未成年人精神损害抚慰金的主张，而在裁判说理部分的理由均为“于法无据”，而未对该案中未成年人因违法行为而承受的身体损害后果，是否可能影响未成年人生活、学习，是否可能损害未成年人身心健康等问题予以展开说理。

（二）儿童利益同家庭利益发生疏离

现实生活中，儿童利益与其父母利益或家庭利益并不总是一致的，相互之间可能疏远甚至背离，而如何对待其间的利益博弈，则是“衡量一个社会对儿童权利尊重程度的标尺”。如在“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”中，法定诉讼代理人在民事诉讼中所主张的儿童肖像权、名誉权、隐私权等方面的利益，背离了未成年人在身体权、健康权等方面的迫切利益和现实需要，本质上是将儿童和诉讼异化为监护人掩盖其虐童事实，以图维护一己之私的工具。儿童利益与监护人利益相冲突的情况，还体现在未成年人对其唯一监护人提起的诉讼，或父母双方就儿童利益问题意见冲突等案件中。由不负责任的父母承担直接抚养的义务，未必有利于未成年人成长。在案件中频发的父母无力、怠于甚至恶意履行抚养义务等情形中，儿童利益与其父母利益或家庭利益之间的疏离程度不同，故应结合具体情况作类型化分析，并对儿童利益最大化原则予以针对性适用。然而，我国涉未民事诉讼制度在对儿童本人与其监护人在意愿或诉讼主张方面不一致的情况缺少深入梳理，对于此种情形下法官征询儿童意愿该如何适用家长在场规则，以及根据儿童意愿所形成的证据材料之证明力如何，均缺乏具体化规定。这些都使得本就抽象的“儿童利益最大化原则”在涉未民事诉讼中缺少司法可操作性，而最终沦为空洞的口号和利益宣誓而难以落实。

我国当前已有的关于未成年当事人的规定，总体聚焦或者建基于监护制度和诉讼代理制度，也即主要以家庭为依托、以父母等成年监护人为利益代言人，来保障儿童在民事诉讼中的利益最大化，因此，涉未民事诉讼的参与主体主要还是有诉讼能力的成年人，适用为成年人量身打造的民事诉讼框架。这就导致民事诉讼中对于未成年人利益的最大化保障往往局限于亲权或监护权问题，进而使亲权或监护权问题成为涉未民事诉讼的前置性问题。换言之，未成年人作为涉未民事诉讼中的重要程序主体，在法律上始终躲藏在法定诉讼代理人或其他成年人身后。这使得民事诉讼程序对儿童利益的最大化保护，受限于监护制度背后的家庭关系的稳定性及父母利益同子女利益的一致性，不仅增大了法官对未成年当事人真实意愿进行探知的难度，而且模糊了未成年人作为诉讼当事人的主体地位。

（三）国家亲权与家长亲权存在张力

由于儿童受到自身智识水平的局限而难以通过处分自身民事权利和诉讼权利的方式来自主实现利益最大化，如果直接赋予其自主处分的权利则容易走偏，甚至异化为他人谋取私利的工具和借口，因而在法律上赋予其父母或其他直系亲属以监护权，即所谓家长亲权理念。而在监护不力甚至监护人侵权的情况下，国家亲权理念便开始凸显。国家亲权与家长亲权看似是一种递进补充式的逻辑关系，但二者根本目的均在于为儿童寻找和选定合适的利益代言人和诉讼话事人。因而在这一共同目的中，该两种亲权理念发生张力。一方面二者相互对立，在国家亲权与家长亲权的张力中，儿童利益或是因二者的拉扯撕裂而得不到完整保护，或是因二者的挤兑压缩而难以成为独立的主体权利。如在涉及亲子物权方面的民事司法领域，其中的法律建构的个人主义视角和生活现实的整体主义视角两种相互对立的视角，本质上则是国家亲权与家长亲权之间的对立。另一

方面二者相互统一、互为补充，国家亲权与家长亲权本质上都是一种家长主义，二者统一于“儿童利益最大化”这一根本原则和司法目标。此外，国家虽然可以被当然地视为未成年人的最高监护人，但其始终无法代替家庭来完全承担保护未成年人权益的责任。

在关于儿童的亲权问题上，西方国家侧重于国家干预，我国虽然注重家庭伦理和谐，但随着儿童利益问题的凸显和对监护制度实际效果的反思，近来也逐渐倾向于国家干预。但在这种亲权理念的融合互鉴中究竟如何选择适用以实现儿童利益的最大化，其背后的文化、社会、经济等多元因素的共同作用则不可不察。其一，两种亲权理念之间的张力，实是个体权利观念与家庭本位观念之张力在涉未民事诉讼中的延伸，前者视家庭为壁垒，后者视家庭为屏障。其二，中西方之间在社会结构上存在差序格局与团体格局的不同，即便在社会主义市场经济体制下，人员的地域流动已经十分频繁，但差序格局的社会关系特征在儿童问题上仍有明显体现，其原因在于儿童成长对于稳定的生活环境具有基本需求。其三，在打破家庭壁垒后对于儿童利益代言人的选择，究竟是国家递补还是社会递补，背后涉及现实的财政问题，即由谁来承担儿童利益最大化的经济成本和主体责任。中西方在社会组织、公益团体等社会主体的建设成熟度，以及社会福利制度等方面存在差异，而所谓国家亲权理念下的国家干预，更多则是依靠社会力量实现的，即由国家购买社会资源或社会服务。由于上述因素加剧了国家亲权与家长亲权之间在涉未民事诉讼中的张力，因而在我国可能造成三种不利后果：一是国家干预的不平衡。儿童利益的国家保护受到社会发展和司法成本等现实因素的制约，国家干预力度的强弱状态，随着社会建设的不平衡程度之变化，而在我国由沿海向内陆的司法空间上呈现梯次分布。二是国家干预过度。不利于调动多元主体参与，特别是容易忽视家庭的作用，不利于儿童家庭关系的修复和其身心的稳定发展。三是国家干预不当或不充分。如法官未能及时审查儿童父母或其他近亲属是否具有履行监护人义务的能力，则容易给当事人造成诉累，更进一步加重司法成本。由此可见，国家亲权与家长亲权之间的张力问题，本质上是国家干预的边界问题，它的解决需要因地制宜地发展出一套家庭自主和国家亲权协调并存的法定程序。

四、民事诉讼中儿童利益最大化原则的适用路径

民事诉讼中“儿童利益最大化原则”研究的根本目的在于程序法上的适用，而这种适用需要首先通过对于涉未民事案件的类型化梳理来归纳原则适用的侧重方向和适用中的核心利益考量，从而实现对于儿童最大化利益的针对性保护。其次，《公约》中的这一原则在引入我国民事诉讼程序中时，需要完成本土化转变，避免制度的排异反应，以实现对儿童最大化利益的因地制宜的保护。最后，需要根据儿童利益的特殊性，使涉未民事诉讼制度能够在成人化诉讼框架的基础上实现专门化建构，进而实现儿童最大化利益的特殊保护。

（一）涉未民事案件类型化梳理

最高法院在《关于加强新时代未成年人审判工作的意见》中，根据案由或纠纷类型将适宜由少年法庭审理的涉未民事案件进行了列举，但在这种分类标准下，国家机关、社会主体和家庭成员之间围绕儿童利益最大化所形成的关系是含混不清的。权责界限模糊容易导致三者之间相互推诿或者拉扯，因此各类儿童利益代言人之间虽然在不同民事纠纷中不是相互对立的关系，但其对于儿童利益的叠加式保护的意义也将十分有限。权责清晰是多重保护得以有效的原因，这要求从程序法视角对于涉未案件进行新的类型化梳理，明晰不同类型案件中儿童的核心利益，从而在司法中精准适用儿童利益最大化原则。

在以诉讼地位为标准的分类中，除了人身安全保护令案件这种特殊的非讼程序之外，涉未民事诉讼可以被重新划分为四类：即以未成年人为原告的民事案件；以未成年人为被告的民事案件；以未成年人为两造之外利害关系人或第三人的民事案件（含涉未民事公益诉讼案件）；两造当事人均为未成年人的民事案件（详见表 1）。基于此种类型化梳理，“儿童利益最大化原则”在涉未民事诉讼中的适用可以更具针对性。

1. 未成年人作为原告的民事案件

这类涉未民事案件主要包括两类：一类是家事纠纷案件，即诉讼两造均为同一家庭的成员，相互之间往往存在血缘关系；另一类是普通的人格权纠纷或侵权责任纠纷，被告往往与作为原告的儿童没有直接的亲属关系。对于前一类案件，应当侧重于保障未成年人的诉权或起诉权利，并围绕这一核心利益来展开关于未成年人直接参与民事诉讼的程序保障。其中的典型问题是未成年人的原告适格问题，特别是当未成年人起诉自己的唯一监护人时，这一问题便格外凸显。对此，将在后文详细论述。

在后一类案件中，未成年人的法定代理人往往积极维护被代理人利益，表现出家庭作为维护儿童权益之天然屏障的功能，因此在这类案件中，应当避免形成对于家庭保护的当然排斥，保持对监护人的合理信赖。虽然实践中出现了前文中提到的“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”这类以诉讼手段损害儿童利益的案件，但一方面这种案件中法定诉讼代理人损害儿童利益意图容易为法官所察觉，且更多依赖于法官的生活经验和自由裁量，因而程序法难以有效应对，另一方面这类案件所反映的关于儿童利益被动受损的问题，仍需回到儿童直接参与民事诉讼程序的制度轨道中才能得到妥善解决或有效预防，故其属于各类涉未民事案件中的共性问题。

两类案件在适用“儿童利益最大化原则”的共同点在于对原告利益的及时救济，即实体利益的最大化，并且避免儿童受到二次伤害，因而需要尊重儿童意愿，保障其本人的出庭权利，并且在调解结案或执行和解时，着重警惕和审视诉讼代理人行使处分权而使儿童的可预期利益有贬损之虞的行为。

2. 未成年人作为被告的民事案件

“儿童利益最大化原则”所要求的儿童权利本位观，意味着对于未成年利益的最大化保护，不以未成年人民事诉讼角色的变化而改变。未成年人身为原告自不待言，而其身为被告时，则应当注重多元化解纷机制的运用，通过立案速调、强制调解和先行调解等制度设计，最大化减轻诉讼给儿童带来的心理负担和社会压力，同时完成对于未成年违法行为人的深度教育。

这类涉未民事案件中值得关注的是监护人怠于履责而拒不到庭的行为。根据“儿童利益最大化原则”的第三层内涵，在存有解释空间时不能对儿童利益进行消极的不利推定，因此在缺席审判制度的作用下，该原则实际上会鼓励儿童法定诉讼代理人通过不出庭来逃避举证不利的责任，这将进一步破坏诉讼中的举证责任制度。如根据《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（2022 修正）》（简称《民诉解释》）第 235 条规定，当无民事行为能力的当事人作为被告时，如果其法定代理人经传票传唤无正当理由拒不到庭，则以缺席判决为原则，以法院拘传法定代理人到庭为例外。而基于前文所述，则应当探索多元主体对于未成年被告之利益诉求的替代表达。首先，对于包括无民事行为能力人在内的未成年被告，应当保障其参与民事诉讼程序的必要自主性权利，尊重其可能存在的自主表达意愿。该条解释明显表现出未成年人利益相对于作为法定代理人之成年人利益的附属性，不仅有损于未成年人的程序参与权利，而且给探知未成年人真实意愿带来了难度，更遑论对于未成年

人被告进行利益最大化的保护。其次，法定诉讼代理人拒绝出庭，其原因往往是企图拖延诉讼或在心理上逃避审判，但在缺席审判制度之下，对于审判的逃避将成为被告方当事人的一厢情愿，并不影响审理的进程和裁判结果的形成及其既判力、执行力的实现。由此，在缺席审理的情况下，未成年人法定诉讼代理人拒绝出庭的最终后果将是被代理人程序利益乃至实体利益的贬损，此种拒绝出庭的行为本质上也只能被理解为对于监护义务的怠于履行。

对此类案件的处理应分情形讨论。在不能确认传票是否有效送达未成年人本人的情况下，应当通过法院的主动调查，明确未成年人是否有参与诉讼的意愿，同时向其本人及其法定代理人释明可能展开的缺席审判及利害关系，并告知其因怠于履行监护人义务而可能承担的法律责任。如未成年人同样拒绝参与诉讼，则应当采取缺席审理方式。如未成年人有参与意愿，则可参考《民诉解释》第 350 条之规定，由人民法院指定经无民事行为能力被告之住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意，且愿意担任代理人的个人或者组织为代理人，或者在此类代理人亦不存在时，由无民事行为能力被告之住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任代理人，从而补充缺失的法定代理人角色。而对不具有独立表达能力的未成年人，则应当考虑由法官径行指定代理人，从而实现未成年人利益保护的最大化。此外，《民诉解释》第 234 条中规定的法定诉讼代理人不能到庭的无民事行为能力人的离婚诉讼，同样可以参考此类方式处理。

3. 未成年人作为利害关系人民事案件

（1）离婚家事纠纷案件。这类案件也是儿童非当事人和难以成为当事人的案件。当儿童监护人之父母双方作为诉讼两造，当事人主义的对审原则对于儿童利益最大化而言便失去了应有价值，即诉讼程序中无人代表儿童利益，而儿童利益又必然受到诉讼结果的深刻影响。对此可以考虑适用第三人制度，追加儿童为有独立请求权的第三人，并结合指定代理人的方式选定儿童在诉讼中的利益代言人。

（2）涉未民事公益诉讼案件。公益诉讼的价值取向与“儿童利益最大化原则”的法理意涵高度契合。我国《未保法》第 106 条新增关于涉未检察民事公益诉讼的规定，为在儿童利益保障方面发挥检察机关的法律监督职能提供了法律依据。但考虑到相较于其他社会公共利益，儿童利益受损不但难以修复，而且对于儿童成长影响深远，故应采取更为及时深入的保护措施。因此，应协调《未保法》第 106 条与《民事诉讼法》第 58 条之间的关系，允许检察机关在督促相关机关和组织起诉时，缩短公告期限或迅速制发检察建议，甚至可以考虑不经督促程序而径行起诉。

4. 两造均为未成年人的民事案件

在这类涉未民事案件中，上述未成年人作为原告或被告的情形同时存在，因而“儿童利益最大化原则”在上述两种情形中的适用要求在此并存，不过应当注意对双方儿童当事人在程序上给予平等对待，特别是在征询儿童本人意愿时应当分别展开，不可因仅存在一方的申请而偏废另一方的同等权利。此外，这类案件中的未成年人两造往往在庭外存在相对稳定的社会化联系，如同学关系或邻里关系，因此需要注重弥合未成年人之间在诉外的受损关系，积极采取调解方式结案。

（二）儿童利益代言本土化转变

儿童在诉讼中的利益代言人是实现儿童利益最大化的必要诉讼角色，而这一角色应当由谁来担当，其选择透露出国家亲权理念和家长亲权理念之间的协调，以及“儿童利益最大化原则”的本土化需要。儿童诉讼利益代言人制度的本土化存在两个层次，一是适应我国家庭伦理和谐的文化传统，二是适应国内不同地域之间发展不平衡的现状。因此在涉未民事诉讼制度的建构上，首先，应当以国家干预为补充，以家庭关系的修复为首

选。其次，应当取各地域司法实践水平的最大公约数来作为标准予以强制性规定，再允许各地域结合自身的经济水平和案源情况等现实因素调动社会资源予以补充，即将可以普遍适用的方式通过法律规范的形式固定下来，再承认社会公益组织及其成员作为儿童的“诉讼利益代言人”，并赋予其类似诉讼代理人的诉讼地位。

司法实践中就此类案件存在三种不同情况的处理方式。一是“儿童权益代表人”机制，法院聘请区妇儿工委办的妇儿干部以及团区委的青少年社工作为儿童权益代表人，由儿童权益代表人代表未成年人作为独立的诉讼主体直接参与诉讼。二是根据实体法规定从近亲属中顺位确定法定代理人并允许诉讼，同时否认民办非企业单位可以或指定他人以“诉讼监护人”身份代为起诉。三是在儿童委托父母以外符合第一顺位监护人资格的祖父代表其提起诉讼并委托律师的情况下，法院以原告诉讼主体不适格为由，裁定驳回儿童起诉。分而析之，第三种方式以监护权撤销之诉为前提，容易增加当事人诉累，也提高了未成年人自主维权的难度。第一种方式不利于儿童诉后利益的实现，影响家庭关系的修复和儿童未来成长，但在顺位监护人无法确定的情形下可以采取。结合上述论证，本文支持第二种处理方式，即对于家庭成员主动维护儿童利益的诉讼行为，应首先采取“支持、保障”的态度，而后再考虑“干预、监督”的措施。

就制度建构而言，我国应当通过设立涉未民事诉讼的指定代理人制度，并与已有的专家辅助人制度、法律援助制度等作为儿童利益代言制度的核心，在此基础上再考虑向各地推广南京的“诉讼监护人制度”、上海的“儿童权益代表人制度”或海南的“亲子关系报告制度”，允许各地因地制宜、量力而行。

无论在哪种亲权外壳之下，儿童利益保护都无法与利益代理人模式彻底割裂。程序上的辅助人或利益代言人本质上仍然是为儿童增设代理人，因此，在涉未民事诉讼中代理人与被代理人之间的紧张关系无法回避。但无论是父母还是国家都可能将自己的利益伪装成儿童的最大利益，从而造成儿童利益论证的虚伪化。因此，民事诉讼平衡国家亲权和家长亲权的关键是儿童能够直接参与到诉讼程序中。为此需要首先保证儿童的程序知情权，给予法官就儿童利益相关的程序性问题主动告知并释明的责任和权力，其次保证儿童对于程序的参与选择权，承认儿童享有参与庭审的权利，甚至享有选择庭审物理环境适龄化与否的权利，并以不公开审理为原则。

对于未成年当事人胜诉的案件，可以考虑推广适用北京海淀法院少年法庭的“首审责任制”，将初次审理中涉及的未成年人登记造册，而在日后如遇其他民事案件涉及册中所载未成年人，则由首审法官负责审理，也即在法官与涉诉未成年人之间建立“一对一”的稳定审理关系。这类法官或可类比医疗制度中的名词而被称为“家庭法官”。此外，还可深化我国人民陪审员制度在涉未民事案件中的适用，优先选择未成年人工作经验丰富的成年人担任人民陪审员。

（三）儿童参与程序专门化立法

儿童参与程序的制度设计内含两个层次：一是通过强化诉讼中成年人对儿童诉讼利益的代理关系，保障儿童程序性权利的间接行使，实现对于儿童受限诉讼行为能力的补充；二是在此基础上，根据“儿童利益最大化原则”的法理意涵，有针对性地给予儿童额外、特殊程序保护，而这种特殊保护所应渗透之处，包括但不限于管辖、询问、自认、裁判说理等具体制度或规范。

1. 儿童本位管辖

在涉未民事诉讼管辖方面，无论涉诉儿童处于何种诉讼地位，均应在不违反专属管辖、级别管辖的条件下，以儿童住所地或经常居住地法院管辖为原则。在双方当事人均为儿童时，可以适用民事诉讼法中关于管辖的一般规定。在少年法

庭独立成庭的趋势下，有研究就涉未民事诉讼的案源问题进行了深入讨论。应当承认，对于特殊利益的专门化保护与特殊利益相关案源占比较小之间的矛盾，在各类特别利益的程序保护中是普遍存在的。对于涉未刑事诉讼中较为突出的集中管辖，涉未民事诉讼管辖是否照搬适用则应当慎重对待。就总结司法经验和节约司法资源而言，对涉未民事案件采取集中管辖可以提高审理的专业化水平，但在审理专业化和儿童利益最大化之间的因果关系尚未得到充分论证之时，为灵活适应我国涉未民事诉讼案源地域分布不平衡现状，分散管辖仍然有其存在的必要和空间。

2. 儿童意愿征询

在程序参与方面对于儿童的特殊保护，应当以儿童的直接参与为原则，以间接参与为例外。儿童自我意志的成熟不是一蹴而就的，“如果忽视儿童如何逐渐形成如成人般独立和整体的意志，就无法看到儿童随年龄、理性能力的发展对自己的行为会形成不同的考量空间，以及逐渐具备的不同层次的权利行使能力。”因此，对于因意志水平不成熟而被法律规定为无诉讼行为能力的未成年人，应当通过法官主动征询意愿的方式，延伸其直接参加民事诉讼程序的能力。

关于如何征询儿童意愿，应当分情况讨论。首先，对于具有独立表达能力和表达意愿的未成年人，应当畅通未成年人直接表达的渠道，将未成年人的意愿表达作为当事人陈述予以固定，并赋予其一定的证据效力。其次，对于表达能力不成熟或表达意愿不明显的未成年人，可由法院委托社会调查员、心理咨询师，通过沙盘游戏、心理白描等专业化、技术化手段，辅助未成年人表达诉求，进而探知未成年人真实意愿，并以此作为具有证据效力的材料予以认定。最后，对于不具备表达能力且表达意愿无法探知的未成年人，才可以通过强化替代表达的方式保障其程序利益，如通过“亲子关系观察项目”或“社会观护员制度”进行第三方观察并形成报告作为证据材料。而上述通过直接或间接方式所展开的儿童意愿征询，应当辅之以录像等现代化技术手段，并将其电子载体作为证据材料留案佐证。

关于儿童表达能力的区分标准，可以参照我国《民法典》关于自然人民事行为能力的划分来予以界定，即划定未成年当事人的年龄层次，并以此为据，对不同年龄层次的儿童展开不同方式的询问。如根据《民法典》第 19 条规定，八周岁以上的未成年人虽然为限制民事行为能力人，但却可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。而《民法典》第 1084 条则更进一步强调，在离婚案件中，已满八周岁的子女所表达的真实意愿应当在民事诉讼程序中得到法院尊重。换言之，根据上述两条民法规范所蕴含的法意，八周岁以上的未成年子女，具有自我决定由谁抚养更有利于自己成长的“意思自决权”，甚至可以由此推知，其同样具有表达其他关涉自身利益之意思表示的适龄、适智的能力。因此，对于已满八周岁的未成年人，应当推定其具有独立表达能力，并在涉未民事诉讼案件中，对于法官直接征询其自主意见的环节作为必要法定程序固定下来。当然，在我国民事诉讼法尚无明文规定的情况下，儿童表达能力的区分，不能简单依赖于《民法典》对于民事行为能力的划分，而应根据未成年人成长环境、受教育程度等因素综合判断。

3. 限制儿童自认

由于儿童表达出的意愿可能包括对案件事实的相关陈述，因此，在征询儿童意愿并赋之以证据能力的前提下，对于此种证据之证明力的判断，会涉及儿童自认规则。自认即我国相关司法解释中的“一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实予以承认”，其在诉讼中的主要法律效力是免除对方当事人的举证责任。关于自认的性质主要存在“意思表示说”与“观念通知说”两个主要观点。随着我国民事诉讼中辩论主义的基础逐步夯实，采“意思表示说”以明确自认的处分

效力，对于厘清“限制自认”等自认规则中的复杂规定具有积极意义。但如以当事人基于自主意志行使处分权利为前提来理解自认效力，则对于儿童这类意志能力不成熟的当事人并不友好，更不利于“儿童利益最大化原则”之制度效应的发挥。因此，对于自主处分能力有限的儿童应当严格限制自认的生效，允许未成年当事人、法定诉讼代理人或其他诉讼利益代理人对未成年当事人陈述中的自认予以不附条件的撤销。此外，根据“儿童利益最大化原则”的第三层内涵，对于诉讼中的儿童利益应进行最大化解释，因此，对于涉未民事案件的未成年当事人的自认，应当排除适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019修正）》中第 4 条规定，即未成年当事人对于对方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后，其仍然不明确表示肯定或者否定的，不视为自认。

4. 强化裁判说理

“儿童利益最大化原则”之行事规则层面要求，“决定的理由必须清楚表明业已明确兼顾到了此项权利”，因此，为了最大程度发挥儿童意愿表达和已探知到的相关儿童利益因素对法官自由裁量的影响，应当要求法官将法院通过直接或间接方式获得的儿童意愿或陈述，以及探知获得的关于儿童利益需要、现实情况等方面的衡量要素，作为涉未民事诉讼裁判文书中说理部分的必要内容，并对其本人关于此项内容的考量和权衡进行明确、充分的阐释。欧洲人权法院在解释和适用儿童最大利益原则中已经呈现出程序性转向的趋势，注重审查缔约国是否在程序上适用儿童最大利益原则。我国可借鉴的具体做法即是遵循《14号意见》中关于评判和确定儿童最大利益的“两步走”要求，按照查明利益评价所涉要素、要素内容具体化、要素比较、划定要素比重的顺序逐步进行。这些评价所涉要素不仅包括儿童意见、身份、家庭环境、身心照顾需要、健康权、受教育权等必要内容，还应当将“该儿童和儿童群体本身所处的社会和文化境况”作为利益衡量要素，如家庭可诉诸的维持生计的手段及其性质、儿童消费水平及儿童生活所在地的一般消费水平或最低工资收入等。

结语

儿童利益最大化原则是我国涉未民事诉讼制度建设的合理性乃至合法性依据，其不仅为后者呈示了儿童利益保障中有关实体利益、程序利益和利益解释的三个层面，更为具体的程序建构和少年司法实践提供了丰富的法理资源和根本的合理性要求。然而，儿童利益最大化原则在涉未民事诉讼的适用中必然面临两个主要难题：一是因其固有的抽象性，而难以在儿童利益的确定和评价过程中形成明确的适用标准；二是由于儿童利益的独立性与儿童利益保障的依赖性之间的矛盾，而在适用时无法摆脱家长主义的阴影。二者共同导致的后果，则是在涉未民事诉讼中既以选定适宜的儿童利益代表人为必要，而代表人角色的扮演又始终在国家、社会和家庭之间摇摆。但通过涉未民事案件类型化梳理，以及儿童利益代言人本土化选择，国家亲权与家长亲权之间的关系可以得到协调。此外，还需对儿童参与程序予以专门化立法，使儿童的真实意愿能够准确、及时、有效地袒露在民事诉讼程序中，甚至成为影响审理裁判执行全过程的重要因素。由此可见，如欲在民事诉讼中实现儿童利益的最大化，就要穿透家庭本位的壁垒、刺破国家干预的面纱，使得涉未案件中一切能为儿童所依赖的成年人可以直面儿童的切身利益，并以此为核心展开涉未民事诉讼程序。从这个角度讲，儿童利益最大化原则对于民事诉讼的主要意义，就在于明确了儿童权利本位观念和儿童的程序主体地位。

责任编辑：胡云红
文章来源：《法律适用》2024 年第 1 期
排版：王翼妍　姜 丹
审核：梁　欣

夏静宜：原因欠缺导致赠与财产返还的原理和规则

原创：2024-01-30　交大法学　夏静宜
https://mp.weixin.qq.com/s/jI_xF_Um20q36FP34beeVw

本文原载于《交大法学》2024 年第 1 期。夏静宜，扬州大学法学院讲师、法学博士。为编辑便宜，原文引注已略去，如需了解更多，您可点击阅读原文。若欲转载，请联系《交大法学》微信公众号（SJTUJDFX）。

目次

一、问题的提出
二、赠与合同的拘束力来源
三、否定赠与合同拘束力的具体路径
四、原因欠缺导致财产返还原理的射程
五、结论

摘要：

赠与合同的原因体现为赠与人负担债务的“决定性动机”，这种“决定性动机”欠缺时，应当否定赠与合同的拘束力。因此，若赠与合同的原因欠缺，即使在赠与人移转赠与财产权利后，仍有否定赠与合同拘束力，认可赠与财产返还的需要。关于否定赠与合同拘束力的具体路径，“附解除条件的赠与”构成建立在对当事人意思的拟制之上，有不当干涉当事人意思自治之嫌，应当区分赠与合同原因欠缺的发生时点，分别采用错误构成和情事变更构成。若原因欠缺自始发生，则原因欠缺可能构成错误，即使该项错误属于狭义的动机错误，也应当允许赠与人主张错误撤销。若原因欠缺嗣后发生，则原因欠缺可能构成赠与合同基础情事的变更，赠与人可依情事变更规则解除赠与合同。原因欠缺导致赠与财产返还的原理亦可用于对彩礼返还规则的解释和对父母出资为已婚子女购置房屋后子女离婚所引发的财产返还问题的解决。

关键词：

赠与合同　财产返还　原因错误　情事变更

一、问题的提出

《民法典》第 658 条将赠与人任意撤销权限定在“赠与财产的权利移转之前”。但在实践中，赠与人移转赠与财产权利后，仍需否定赠与合同拘束力的情况客观存在。典型的，比如基于恋爱关系而赠与大额财产，其后恋爱关系终结而双方并未缔结婚姻的情形，赠与人常因请求返还赠与财产而诉至法院。

对此，在多数裁判例中，法院采用了“附解除条件的赠与”的法律构成，即将基于恋爱关系而赠与大额财产的行为“视为附解除条件的赠与”，当解除条件成就（未缔结婚姻）时，认定赠与合同失效，其结果，受赠人因此丧失继续占有赠与财产的正当化理由，应当予以返还。值得注意的是，在措辞方面，基于恋爱关系而赠与大额财产的行

为并非直接被认定为“附解除条件的赠与”，而是被视为“附解除条件的赠与”。此外，在条文引用部分，法院在援引“附条件的民事法律行为”的规定（《民法通则》第 62 条、《合同法》第 45 条；《民法典》第 158 条）之外，还经常借力于其他的条文规定，比如赠与人法定撤销权（《合同法》第 192 条；《民法典》第 663 条）、赠与人任意撤销权（《合同法》第 186 条；《民法典》第 658 条）以及撤销赠与的法律后果的规定（《合同法》第 194 条；《民法典》第 665 条），尽管在说理部分法院并未提及是否符合赠与人法定撤销权或者赠与人任意撤销权的要件，似乎单纯的“附解除条件的赠与”构成并不足以推导出赠与合同失效的结论。

与之相对，在某些裁判例中，法院明确反对“附解除条件的赠与”构成，认为“赠与目的与赠与所附义务或条件在法律上并非同一概念”，“婚姻自由是婚姻基本原则，将是否进行婚姻登记作为赠与合同生效或解除的条件，与我国法律规定相悖”，“所附条件不应涉及人身权利”等。此外，在另外一些裁判例中，法院将基于恋爱关系而赠与大额财产的行为认定为“以结婚为目的的赠与”，但并未进一步采用“附解除条件的赠与”构成，而是基于公平原则，认可结婚目的不达时赠与财产的适当返还。

由此可知，当事人基于某种考虑（比如基于既存的恋爱关系而对将来缔结婚姻所抱有的期待）而订立赠与合同的情形，即使在赠与人移转赠与财产权利后，若构成合同前提基础的该项考虑落空（比如未缔结婚姻），一律否定赠与人的财产返还请求，有悖于公平正义的观念。换言之，即使在赠与财产权利移转后，仍有否定赠与合同拘束力，认可赠与财产返还的需要。为满足这种现实需求，我国法院多借助“附解除条件的赠与”这一构成，但后文将会论及，在多数情形，当事人有否将某种考虑明确设定为赠与合同“条件”的意思，存在较大疑问。因此，有必要在“附解除条件的赠与”构成之外，探寻赠与人请求返还赠与财产的原理基础，进而思考，在我国法的语境下，赠与财产的返还可能依据何种规则或制度具体地得以实现。这正是本文写作的目的所在。

二、赠与合同的拘束力来源

（一）合同拘束力的正当化理由：“原因”

我们在论及合同拘束力时，关注的往往是合同拘束力的具体表现，比如基于生效的合同，债权人可以请求债务人履行合同债务，债务人不为任意履行时，债权人可以诉诸强制履行或者损害赔偿；满足特定要件的前提下，债务人才能通过解除合同来摆脱债务的束缚；因订立合同时未曾接受的风险致使合同债务无法履行时，债务人才能免于损害赔偿责任等。至于债务人为何受到合同的拘束，即合同拘束力的正当化理由，则少有追问。

在罗马法上，合同拘束力的正当化理由非常明确，即形式法定、类型强制。具体而言，在罗马法上，要式口约（stipulation）是形成合同的主要手段，非要式合同则遵循类型强制原则，仅限于消费借贷、使用借贷、寄托、质押等要物契约类型以及买卖、租赁、合伙、委托等合意契约类型。除此之外，纯粹赤裸的合意（nudum pactum，国内多译作“简约”）并不能产生诉权。在中世纪教会法时期，严格要求法定形式的观念被逐渐克服，诺成主义成为主流。但是，这并不意味着纯粹赤裸的合意都能成为合同，赤裸的合意仍需“穿衣”才能成为合同，而这件衣服就是“原因”。其后，“原因”一词成为“能够涵盖何以各种契约具有（或应该具有）法律拘束力的各种理由的一般术语”。这种立场为法国法所承继，发展出内容丰富的“原因理论”。

一般认为，“原因”概念包含两个侧面：其一，作为债务存在理由的原因（抽象的原因）；其二，作为适法性判断对象的原因（具体的原因）。

本文主要涉及第一个侧面，即作为债务存在理由的原因。作为债务存在理由的原因通常依合同类型决定。首先，在双务有偿合同关系中，当事人负担债务的原因，是他将从相对人处获得对待给付。比如，在买卖合同关系中，出卖人之所以负担交付标的物、移转标的物所有权的债务，是因为他将从买受人处获得价款，反之亦然。其次，在射幸合同关系中，当事人负担债务的原因，是他有一定概率将从相对人处获得对待给付，即对待给付+射幸性。比如，在保险合同关系中，投保人之所以负担支付保险费的债务，是因为他有一定的概率将从保险人处获得保险金。最后，在要物合同关系中，当事人负担债务的原因，是从相对人处既已获得的给付。比如，在使用借贷或消费借贷关系中，借用人之所以负担返还特定物或种类物的债务，是因为他先前从出借人处获得了该特定物或者同数量、同品质的种类物。

（二）赠与合同的原因

无论是对待给付或者对待给付+某种特殊考虑（比如射幸性），还是先前获得的给付，在上述合同类型中，“原因”都具有客观性。与之相对，作为无偿合同的代表类型，赠与合同的原因则很难以客观的面目呈现。一般认为，赠与合同的原因是“无偿给予的意图”（animus donandi）。如果对“无偿给予的意图”作抽象理解，则必然受到如下批判，即这种意图已经包含在赠与人同意赠与的意思之中，甚至可以说，“无偿给予的意图”就是赠与人同意赠与的意思。如果能够揭示“无偿给予的意图”的具体内容，则可以免于上述批判。这就需要进一步追问赠与人为何怀有“无偿给予的意图”，即赠与人为何愿意以自己负担债务的方式增加受赠人的财产总量。

事实上，考察赠与的现实类型可知，现实生活中的多数赠与并非纯粹无偿。首先，附负担的赠与具有某种类似有偿合同的构造，只不过赠与人基于受赠人的负担而获得的，并非纯粹的经济利益，还包括一些精神性回报。其次，基于社交需要而为的礼节性赠与、为维持和提高社会声望或者为谋取将来利益而进行的战略性赠与等赠与类型也大量存在。因此，与其说赠与人基于“无偿给予的意图”而负担债务，毋宁说他是为获得赠与合同之外的某种经济利益或者精神性回报而负担债务——比如既已或将要从受赠人处获得的馈赠或服务、社会地位的维持和提升等。当赠与人在赠与合同之外未获得上述经济利益或者精神性回报时，赠与人的债务负担就无法得以正当化，应当否定赠与合同的拘束力。最后，纯粹无偿赠与的情形，赠与人负担债务的原因只能体现为某种“决定性动机”（motif déterminant）。

“动机”（motif）是与当事人意思紧密相关的概念，但是，考虑到动机具有强烈的主观性和偶然性，不仅因人而异，而且不易为相对人所察觉（以房产买卖为例，出卖人决定缔约的动机千差万别，可能是为了更换更大面积的房屋，也可能是为了将房屋变价以从事其他投资或偿还对第三人的欠款），一般认为，动机既非意思表示的构成要素，也非合同的原因。然而，如前文所述，在赠与合同的情形，对于原因的具体内容的追问，最终指向赠与人负担债务的“决定性动机”。为了防止“原因”概念沦为纯粹主观的要素，有学者提出，作为赠与合同原因的“决定性动机”应当受有一定制约，即具备“最低程度的客观实在性”，换言之，赠与合同的原因，即“具备最低程度客观基础的决定性动机”。举例而言，X 认可 Y 是有天赋的画家，决定资助其前往欧洲留学的情形，若事后发现 Y 并无天赋，由于有无天赋是纯粹主观的评价，并不构成赠与合同的原因，因此 X 不能以 Y 无天赋为由否定赠与合同的拘束力；与之相对，若事后发现 Y 并非画家，由于是否画家是一项事实评价，具有客观性，因此，Y 是画家这一事实构成赠与合同的原因，当原因欠缺（Y 并非画家）时，应当否定赠与合同的拘束力。赠与人基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，促使赠与人

负担债务的“决定性动机”通常是对于将来缔结婚姻的期待，将来是否缔结婚姻，对于将来缔结婚姻的期待实现或是落空，可以进行事实判断，并非纯粹的主观评价，因此，该项“决定性动机”具备最低程度的客观基础，构成赠与合同的原因。当该项原因欠缺（将来缔结婚姻的期待落空）时，应当否定赠与合同的拘束力。

至于某项动机是否具有“决定性”，应当结合赠与合同的具体内容进行判断。基于恋爱关系而赠与财产的情形，对于将来缔结婚姻的期待是否构成赠与人负担债务的“决定性”动机，要结合赠与财产的属性、当事人双方的沟通经过以及社会通常观念等因素进行判断。同样是基于恋爱关系的赠与，赠与大额财产的情形，法院往往将其认定为以结婚为目的的赠与，并在结婚目的未实现时认可返还；赠与小额财产或者“特定节日给予的有特殊含义的款项”（比如 520、1314 等）的情形，法院则多以该项赠与并非以结婚为目的为由而否定赠与人的返还请求。究其原因，赠与小额财产或者具有特殊含义之款项的情形，对于将来缔结婚姻的期待未必是赠与人的“决定性动机”，至少无法排除赠与人基于社交需要而进行礼节性赠与的可能性。反之，依据社会通常观念，可以排除大额财产赠与和社交需要之间的关联性，除非存在特殊情事，否则应当认为，对于将来缔结婚姻的期待是基于恋爱关系而赠与大额财产的原因。

三、 否定赠与合同拘束力的具体路径

在此基础上，需要进一步思考的是，在我国法的语境下，赠与人基于原因欠缺而否定赠与合同拘束力，请求赠与财产的返还，可能依托何种规则或制度而具体地得以实现？我国裁判实务所采用的“附解除条件的赠与”构成是否经得起推敲？除此之外，是否存在其他方案？下文将对各种可能的法律构成作逐一检视，探寻因欠缺原因而否定赠与合同拘束力的合理路径。

（一）解除条件成就导致赠与合同失效的法律构成

如前文所述，针对赠与合同原因欠缺的典型案例——基于恋爱关系而赠与大额财产，其后并未缔结婚姻而引发纠纷的案件，我国法院多将基于恋爱关系而赠与大额财产的行为视为“附解除条件的赠与”，认可在解除条件成就（未缔结婚姻）时赠与人的财产返还请求。

依据《民法典》第 158 条第 1 款的规定，“民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外”；“附生效条件的法律行为，自条件成就时生效”，“附解除条件的法律行为，自条件成就时失效”。一般认为，所谓“根据其性质不得附条件”的法律行为，主要包括强调流通性的票据行为、涉及相对人利益的形成权行使行为（撤销、抵销、解除等）以及结婚、离婚、收养等身份行为。赠与合同是典型的双方法律行为，也不涉及身份法益或者票据流通性问题，因此属于可以附条件的法律行为。如前文所述，在少数裁判例中，法院认定，将婚姻的缔结或不缔结设定为赠与合同的条件有违婚姻自由，并以此为由否定“附解除条件的赠与”构成。这种理由并不成立。因为不同于负担，条件并不具有强制性，而只是控制法律行为生效或失效的手段。将婚姻的缔结或不缔结设定为条件，并不会导致婚姻缔结或不缔结的强制履行，因此并不违背婚姻自由原则。此外，只要不存在禁止结婚的法定事由（《民法典》第 1048 条）或者导致婚姻无效的法定事由（《民法典》第 1051 条），基于既存的恋爱关系而对将来缔结婚姻抱有期待，并不违背公序良俗，因此，将日后未缔结婚姻设定为赠与合同的解除条件，并无不可。

但是，“附解除条件的赠与”构成可能遭受如下批判：设定法律行为的条件以当事人有此种意思为必要，但是，在这类案件中，很难想象当事人双方在订立赠与合同时会明确约定“若日后未

缔结婚姻则赠与合同失效”。换言之，即使对于将来缔结婚姻的期待构成赠与合同的原因，这种原因通常也不会被表示出来，而是被作为默认的前提。因此，所谓当事人将日后未缔结婚姻设定为赠与合同的解除条件，实质上是对当事人意思的拟制，而这种拟制过于牵强，与生活实际和社会通常观念不符。作为法律行为的附款，条件直接影响法律行为的生效或失效，因此，条件的设定应当基于当事人之间的明确合意。欠缺明确合意的前提下，轻率地认定当事人有设定某种条件的意思，无疑是对当事人意思的恣意解释。这种恣意解释逾越了对当事人意思的解释框架，与意思自治原理相悖。如前文所述，在采用“附解除条件的赠与”构成的裁判例中，法院并未将日后未缔结婚姻“认定为”解除条件，而是“视为”解除条件，或许说明法院已经或多或少认识到，将日后未缔结婚姻设定为赠与合同解除条件的“当事人意思”具有强烈的拟制性和虚幻性，进而试图通过援引其他条文依据的方式来补强这种“意思”的不足。

（二）受赠人不履行负担导致赠与人撤销赠与的法律构成

与“附解除条件的赠与”相似的，是“附负担的赠与”的法律构成。如前文所述，附负担的赠与具有类似有偿合同的构造。换言之，赠与人负担债务的原因是他将从受赠人处获得一定的给付（受赠人的负担），若受赠人未履行负担，则意味着赠与合同原因的欠缺，此时，应当否定赠与合同的拘束力。就我国法而言，这一点主要体现为《民法典》第 663 条的规定，即受赠人“不履行赠与合同约定的义务”时，“赠与人可以撤销赠与”。基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，若将来缔结婚姻被设定为受赠人的负担，则受赠人不与赠与人缔结婚姻时，“赠与人可以撤销赠与”。

然而，在我国，并未见到将基于恋爱关系而赠与大额财产的行为认定为“附负担的赠与”的裁判例。这可能是基于如下考虑：认可受赠人负有将来缔结婚姻的义务有悖于婚姻自由原则。但是，即使认可受赠人负有将来缔结婚姻的义务，由于这种义务属于“为的债务”的范畴，并且涉及债务人（受赠人）自由的核心部分，这种债务通常不得诉诸强制履行（属于《民法典》第 580 条第 1 款第 2 项所规定的“债务标的不适于强制履行”的情形）。既然不得诉诸强制履行，就并不违反婚姻自由原则。事实上，否定“附负担的赠与”构成的理由与否定“附解除条件的赠与”构成的理由相同，即负担的设定同样以当事人有明确的意思为前提，而在多数情形，当事人之间并不存在这种明确的合意。

（三）原因欠缺导致不当得利返还的法律构成

值得进一步思考的是，除解除条件成就和负担不履行外，是否还有导致赠与合同失效的其他事由？比如，从赠与合同的原因欠缺能否直接推导出赠与合同失效的结果？

在比较法上，确实存在这种立法例。比如，《德国民法典》第 812 条第 1 款规定，“无法律上的原因，因他人的给付或以其他方式使他人蒙受损失而自己取得利益的人，有义务向他人返还所取得的利益”（第 1 句）；“即使法律上的原因后来消失，或依法律行为的内容而为的给付所欲达到的结果并未出现，该项义务也存在”（第 2 句）。一般认为，同款第 2 句滥觞于罗马法上“因给付所追求的特定结果没有出现而产生的不当得利返还之诉”（de condictione causa data causa non secuta）。在罗马法上，“依法律行为的内容为追求特定结果而进行的给付”（datio ob rem oder ob causam）是给予的一种类型，这种给予有具体的目标约定，但是受领人不负有实现目标的义务。比如，婚约财产的给付正是这样一种给予，其以将来缔结婚姻为目标，但接受婚

约财产的一方不负有实现该目标的义务。正因如此，《德国民法典》第 1301 条规定，“婚姻不缔结的，订婚人任何一方可以依关于返还不当得利的规定，向另一方请求返还所赠的一切或作为婚约标志所给的一切”。因此，在德国法的语境下，基于恋爱关系而赠与大额财产，其后并未缔结婚姻的情形，只要认定对于将来缔结婚姻的期待构成赠与合同的原因，则婚姻的不缔结意味着赠与合同原因的欠缺，此时赠与合同当然失效，赠与人只须依不当得利的相关规定请求返还即可。受德国法的影响，我国台湾地区通说也采用这种法律构成。

但是，在我国法上，并无类似于《德国民法典》第 1301 条的规定。换言之，我国法并不认可原因欠缺导致赠与合同自动失效的理解，赠与合同的效力否定仍须依托法律行为的无效、撤销等制度间接地予以实现。至于法律行为无效、被撤销后的清算，则由特别规范（《民法典》第 157 条）予以调整，而非诉诸不当得利的相关规定。此外，考察不当得利规范的内容可知，《民法典》第 985 条规定（“得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益”）大体对应于《德国民法典》第 812 条第 1 款第 1 句的规定，至于《德国民法典》第 812 条第 1 款第 2 句所规定的“法律上的原因后来消失，或依法律行为的内容而为的给付所欲达到的结果并未出现”，在我国法上，则并非导致不当得利返还的事由。换言之，较之德国法而言，我国不当得利规范的调整范围非常有限。因此，在我国法的语境下，“原因欠缺导致赠与合同自动失效+不当得利返还”的法律构成难以实现。尽管在相关裁判例中，有法院试图采用类似路径，即认定基于恋爱关系而赠与大额财产的行为往往以缔结婚姻为目的，当该项目的不能实现时，赠与合同失效，受赠人丧失继续占有赠与财产的理由和依据，但在完全缺乏现行法规范支持的前提下，这种做法并不妥当。此外，在少数裁判例中，法院仅仅基于公平原则而判令赠与财产的适当返还，这种做法有“向一般条款逃逸”的嫌疑，同样欠缺说服力。

（四）赠与人主张错误撤销的法律构成

在我国法上，法律行为撤销制度是否定合同效力的路径之一。若赠与合同的原因欠缺构成意思瑕疵，则赠与人可依意思瑕疵的相关规定（《民法典》第 147—151 条）撤销赠与的意思表示。在基于恋爱关系而赠与大额财产的案件中，通常不涉及欺诈、胁迫、乘人之危等情节，因此，唯一值得探讨的，是赠与人主张错误撤销的可能性。

1. 原因欠缺构成动机错误的可能性

一般而言，错误可大致区分为两种类型，即表示错误和动机错误。前者可进一步细分为表示行为的错误和表示涵义的错误；后者可进一步细分为做出意思表示的理由的错误（狭义的动机错误）和性质错误（对作为意思表示对象的人或物的性质的认识错误）。如前文所述，赠与合同的原因通常体现为赠与人负担债务的“决定性动机”，因此，若赠与合同的原因欠缺构成错误，这种错误理应属于动机错误的范畴。

依据传统理解，所谓动机错误，即意思形成阶段的错误。具体而言，意思的形成以动机为起点，是对动机以及相反动机进行复杂考虑的结果，这些动机既可能体现为表意人对过去或现在某种事实情况的认识，也可能体现为表意人对未来某种发展情况的期待。与之相对，关于动机错误的现代理解则从意思自治、自我决定出发，将动机错误定义为一种事实错误，即对于与交易相关的人或物的性质以及其他可能对表意人的意思决定产生影响的事实情况的认识错误。从比较法的角度看，近年来，这种理解逐渐占据主流地位。比如，《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 II—7：201 条以“对事实或法律的认识错误”（mistake of fact or law）取代了传统的动机错误概念。又如，修改后的《日本民法典》第 95 条在传统的表示错误（“欠缺与表示相对应的意思”）之外，增设了

如下规定，即“就构成法律行为基础之情事，表意人的认识与事实不符”。后者被称为“关于法律行为基础情事的错误”，是对传统动机错误的现代表达。

无论采用传统理解还是现代理解，赠与合同的原因欠缺能否被评价为动机错误，主要取决于原因欠缺发生的时点。具体而言，若赠与合同的原因体现为对过去或现在某种事实情况的认识，且在赠与合同订立时即欠缺该项原因（比如，赠与人误以为受赠人仍是自己的儿媳并怀孕而向其赠与大额款项，事实上，在赠与合同订立时受赠人并未怀孕且已与赠与人之子离婚），则赠与合同的原因欠缺意味着赠与人对构成合同之基础事实的认识错误，此时，应当允许赠与人主张错误撤销，否定赠与合同的拘束力。与之相对，若赠与合同的原因体现为对过去或现在某种事实情况的认识，但赠与合同订立时并未发生原因欠缺，而是基础情事的嗣后变化导致了原因的欠缺（比如，向儿子和儿媳赠与购房款，其后两人离婚），由于赠与人在订立合同时并未发生对事实的认识错误（订立合同时确是自己的儿子、儿媳），因此无法主张错误撤销。若赠与合同的原因体现为对未来某种发展情况的期待，由于在赠与合同订立时该项期待能否实现并不可知，因此很难说赠与合同在订立时即欠缺原因，毋宁说基础情事的嗣后变化导致了原因的欠缺（该项期待的落空），因此，赠与人同样难以主张错误撤销。基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，赠与合同的原因恰恰体现为对于将来缔结婚姻的期待，关于这种期待，无所谓认识错误，只有嗣后落空的问题，因此，赠与人难以主张错误撤销。不过，如后文所述，无论是事实情况的嗣后变化或是未来期待的嗣后落空所导致的原因欠缺，都可能受到情事变更规则的调整。换言之，赠与人有依据情事变更规则主张赠与合同解除的余地。

2. 动机错误的可撤销性

（1）一般规则

众所周知，关于错误的理解，存在二元论和一元论的观点对立。二元论主张区分表示错误和动机错误，原则上将动机错误排除在错误的范围之外，仅在满足后述特定要件的情况下，才例外地允许基于动机错误的撤销。与之相对，一元论质疑区分表示错误和动机错误的合理性，主张动机错误也属于错误撤销的范畴，两者服从于统一的要件，即“相对人对错误具有认识可能性”。受德国民法理论的影响，我国早期学说多持二元论的立场，主张动机错误原则上不属于错误（“重大误解”）撤销的范畴，仅当动机错误涉及法律行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等事项时，才被例外地予以考虑。近年来，持一元论的学者逐渐增多。与之相对，仍有多数学者坚持二元论，原则上否定动机错误的可撤销性。此外，关于动机错误的撤销，我国的裁判实务多持消极立场。

尽管在错误理解上存在显著分歧，一元论和二元论却就如下命题达成共识，即狭义的动机错误不得撤销。如前文所述，所谓狭义的动机错误，即做出意思表示的理由的错误，比如误以为某书遗失而再度购买，不知婚约取消而购买婚戒等。首先，依据二元论，动机错误原则上不得撤销，除非满足特定要件——比如某项动机“被表示出来，成为法律行为的内容”，甚至构成法律行为的前提或基础。狭义的动机（做出意思表示的理由）通常停留于表意人的内心世界，即使被表示出来，通常也不构成法律行为的内容。比如，误以为书籍遗失而再度购买或者误以为婚约存续而购买婚戒的情形，即使买受人表明其动机——认为书籍遗失或者婚约存续，该项动机通常也不构成买卖合同的内容，因此，应当将狭义的动机错误排除在撤销范围之外。其次，依据一元论，错误撤销以相对人对错误具有认识可能性为要件，而狭义的动机（做出意思表示的理由）通常不为相对人所知悉，即使该项动机被表示出来，相对人也无从知悉其中存在错误，既然相对人不具有认识可能

性，就不应当允许表意人基于狭义的动机错误而主张撤销。

（2）涉及赠与合同原因的狭义动机错误可得撤销

但是，在赠与合同领域，“狭义的动机错误不得撤销”这一命题并不成立。如前文所述，买卖等双务有偿合同关系中，合同原因体现为双方债务之间的对待给付关系，至于任何一方当事人的缔约动机，则并非合同的原因，原则上不影响合同拘束力。所谓狭义的动机错误不受考虑，正是在双务有偿合同的语境下得出的结论。二元论所谓“即使狭义的动机被表示出来，也不构成法律行为的内容”，一元论所谓“即使狭义的动机被表示出来，相对人也认识不到其中存在错误”，其深层理由正在于此。与之相对，赠与合同的原因恰恰体现为赠与人负担债务的“决定性动机”，因此，在赠与合同领域，即使是狭义的动机，只要构成赠与合同的原因，发生动机错误就意味着赠与合同的原因欠缺，此时，应当允许赠与人基于该项动机错误撤销赠与的意思表示。比如，误以为受赠人仍是自己的儿媳且怀孕而向其赠与大额款项，事实上，在赠与合同订立时受赠人并未怀孕且已与赠与人之子离婚的情形，受赠人仍是自己的儿媳且怀孕这一认识构成赠与合同的原因，当这种认识发生错误时，应当允许赠与人主张错误撤销，进而请求赠与财产的返还。

上述结论可以从一元论、二元论各自主张的错误撤销的理由中得以证成。首先，依据一元论，错误撤销以相对人对错误具有认识可能性为必要，是为了实现对相对人的信赖保护，但在赠与合同关系中，原则上只有赠与人负担债务，而受赠人仅获得利益，因此保护受赠人信赖的必要性较低。其次，依据二元论，动机错误是表意人信息收集、分析、评价的失败，除非满足特定要件（比如动机被表示出来，成为法律行为的内容，甚至构成法律行为的前提或基础），否则表意人不得随意将这种失败转嫁给相对人，但赠与并非交易行为，通常不涉及信息收集风险分配的问题，因此，在赠与合同领域，以信息收集失败为由而排除动机错误，并不具有合理性。相反，即使是狭义的动机错误，只要涉及赠与合同的原因（赠与人负担债务的“决定性动机”），就应当允许赠与人基于该项动机错误撤销赠与的意思表示。上述结论也可以得到国际模范法的支持。比如，《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 II—7：201 条在将传统的动机错误定义为“对事实或法律的认识错误”的基础上，将错误撤销限定为如下四种情形（第 1 款 b 项）：① 相对人引发了该项错误；② 相对人知道或者能够合理地被期待知道该项错误，但仍违背诚实信用与公平交易原则，使当事人在陷于错误的情形下错误地订立了合同；③ 相对人因未能遵守先合同告知义务或者提供纠正输入错误的方式的义务，从而导致合同被错误地订立；④ 相对人产生了相同的错误；而针对赠与合同，同草案第 IV.H—2：103 条规定，“若合同的订立系基于对事实或法律的错误认识，即使不符合第 II—7：201 条（错误）第 1 款 b 项的要件，赠与人仍可撤销合同”。依据同草案评论（Comment），相较于错误撤销一般规定（第 II—7：201 条）而言，第 IV.H—2：103 条扩张了错误的范围，做出了有利于赠与人的调整，此种调整主要基于如下考虑，即受赠人没有针对赠与人的允诺提供任何对价，因此对其进行保护的必要性较低。

（五）赠与人依据情事变更规则解除合同的法律构成

1. 赠与合同原因的嗣后欠缺构成情事变更（行为基础丧失）

如前文所述，赠与合同的原因体现为对现在或过去某种事实情况的认识，但在赠与合同订立时并未发生原因欠缺，而是基础情事的嗣后变化导致原因欠缺的情形，或者赠与合同的原因体现为对未来某种发展情况的期待的情形，赠与人在订立合同时并未发生“错误”，因此无法主张错

误撤销。然而，无论是某种事实情况的嗣后变化（比如向儿子、儿媳赠与购房款，其后两人离婚），还是某种期待的嗣后落空（比如基于恋爱关系而赠与大额财产，其后未缔结婚姻），只要这种事实情况或者期待构成赠与合同的原因，它通常也构成作为赠与合同前提的基础情事，因此，当发生原因欠缺（某种事实情况嗣后变化或者某种期待嗣后落空）时，赠与人有依据情事变更规则（行为基础丧失理论）主张变更或解除赠与合同的余地。

这种处理赠与合同原因嗣后丧失问题的做法，在近来的比较法发展中有所呈现。比如，《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 IV.H—4：203 条规定，“在合同订立后，若作为合同基础的其他基本情事发生实质变更，且具备以下情形之一的，在变更的范围内，也可以撤销物之赠与合同：（a）情事的变更导致受赠人所受利益明显不当或过高，或者（b）情事的变更导致强求赠与人维持赠与将显失公平”（第 1 款）；“仅具备以下情形时，才能适用第 1 款：（a）无法合理期待赠与人在订立合同时预见到情事的变更，并且（b）情事变更的风险不由赠与人承担”（第 2 款）。依据同草案评论（Comment），该规定是对受赠人忘恩行为导致的赠与人法定撤销权（同草案第 IV.H—4：201 条）、赠与人穷困抗辩权（同草案第 IV.H—4：202 条）的补充，三者均用于解决赠与合同订立后基础情事发生实质变更的问题，“赠与订婚戒指与类似礼物”“第三人给付的结婚礼物或者订婚礼物”以及“意外生下子女”等是该规定项下所设想的主要案件类型。相较于情事变更的一般规则（同草案第III—1：110 条）而言，同草案第 IV.H—4：203 条在要件、效果方面均有所不同。首先，在要件方面，一般规则仅适用于情事变更导致债务履行艰难（“继续履行合同对债务人显失公平”）的情形，而同草案第 IV.H—4：203 条则不仅适用于履行艰难（“强求赠与人维持赠与将显失公平”）的情形，而且适用于履行完毕后应予返还（“赠与人所受利益明显不当或过高”）的情形。正因如此，在效果方面，一般规则规定了法院主导下的合同变更或终止，而同草案第 IV.H—4：203 条则赋予赠与人撤销权，“撤销权的行使将导致整个合同的撤销，从而产生标的物返还的义务”。

2. 情事变更构成在我国法上面临的制约

然而，就我国法而言，赠与人依据情事变更规则（《民法典》第 533 条规定）打破赠与合同拘束力，进而请求赠与财产的返还，可能面临如下两方面的障碍。首先，情事变更规则一般用于处理债务履行困难的问题，在履行完毕后，能否依据情事变更规则否定合同拘束力，进而请求恢复到履行前的状态，存有疑问。这一点也体现在我国现行法的规定之中：依据《民法典》第 533 条的规定，情事变更规则的适用以“继续履行合同对于当事人一方明显不公平”为要件，而“继续履行”意味着合同尚未履行完毕。我国的学说和裁判实务也多将“合同尚未履行完毕”列作情事变更的要件。然而，赠与合同原因的嗣后欠缺通常发生在赠与人的债务履行完毕之后。比如，基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，当发生原因欠缺（对于将来缔结婚姻的期待落空）时，赠与人移转赠与财产的债务早已履行完毕。因此，若对“合同尚未履行完毕”要件做严格把握，则赠与人很难依据情事变更规则打破赠与合同的拘束力。其次，从规范渊源的角度看，2009 年《合同法司法解释（二）》首次以正式规范的形式确立了情事变更规则，其目的是应对 2008 年全球金融危机引发的经济激烈动荡所导致的等价性失衡等不公平问题，而等价性失衡是双务有偿合同领域特有的问题。考察裁判实务的发展情况可知，情事变更规则的适用集中于双务有偿合同领域，几乎未见到在赠与合同等单务无偿领域适用情事变更规则的裁判例。因此，赠与合同原因的嗣后欠缺所导致的不公平是否《民法典》第 533 条所谓“不公平”，同样存有疑问。

3. 突破制约的可能性

若能突破上述两点制约，就可以依据情事变更规则处理赠与合同原因的嗣后欠缺问题。事实上，在近来的学说发展中，已经出现了试图突破上述两点制约，扩张情事变更规则适用范围的各种观点。比如，在围绕夫妻间赠与（基于婚姻的赠与）展开的讨论中，有学者主张，可以借鉴德国法上的行为基础丧失理论对情事变更规则作适当扩张，使其成为夫妻离婚之际请求赠与财产返还的依据。针对父母为已婚子女购买房产所引发的产权纠纷问题，有学者提出，可以依据行为基础丧失理论构建相关规则。还有学者尝试在与离婚相关的财产协议中参照适用情事变更规则。如前文所述，赠与合同原因的嗣后欠缺通常发生于赠与人的债务履行完毕后，且赠与人很难通过错误制度获得救济，换言之，“对那些已经履行完毕、终止了的合同关系，大概只有情事变更制度才能为当事人提供救济”。此外，单务无偿性本身并不构成适用情事变更规则的障碍，只要嗣后的原因欠缺构成赠与合同基础情事的变更，就应当允许赠与人依据情事变更规则打破合同拘束力。

在此基础上，不妨借鉴前述《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 IV.H—4：203 条的规定，明确赠与人主张情事变更的要件。依据草案第 IV.H4：203 条，赠与人行使情事变更撤销权，必须满足如下四个要件：① 构成赠与合同基础的情事发生实质变更；② 情事的变更导致受赠人所受利益明显不当或过高，或者情事的变更导致强求赠与人维持赠与将显失公平；③ 无法合理期待赠与人在订立合同时预见到情事的变更；④ 情事变更的风险不由赠与人承担。作为赠与合同原因嗣后欠缺的典型例，基于恋爱关系而赠与大额财产，其后并未缔结婚姻的情形，若结合赠与合同的具体内容，认定对于将来缔结婚姻的期待构成赠与合同的原因，则该项期待通常也构成赠与合同的基础情事，该项期待嗣后落空（婚姻不缔结）意味着赠与合同基础情事发生了实质变更；由于是大额财产的赠与，基础情事的变更（缔结婚姻之期待的落空）导致受赠人保有赠与财产明显不当；赠与人在订立合同时通常并未预见到该项情事变更的风险。至于该项情事变更的风险是否应由赠与人承担，取决于赠与人在订立合同时是否接受了该项情事变更的风险。基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，若因与第三人为不贞行为、对受赠人实施暴力等可归责于赠与人的事由而导致基础情事的变更（缔结婚姻之期待的落空），由于这些风险完全处于赠与人的控制范围内，应当认为，赠与人在订立合同时接受了这些风险，因此，当风险现实化时，赠与人不得主张情事变更。反之，非因赠与人控制范围内的事由导致情事变更（缔结婚姻之期待的落空）的情形，由于赠与人并未接受此种风险，当风险现实化时，赠与人可以主张情事变更。

关于情事变更的法律效果，依据《民法典》第 533 条的规定，包括再交涉、合同的变更和解除。基于赠与合同原因的嗣后欠缺而主张情事变更，通常不涉及履行艰难的问题，而仅涉及财产应否返还、在何种范围内返还的问题，而就财产返还而言，相较于当事人双方的再交涉而言，法院或仲裁机构的裁判或裁决可能是更为公平、有效的处理方式，因此，设置再交涉前置程序的必要性较低。此外，由于通常不涉及继续履行的问题，变更合同内容以维持赠与合同关系的必要性也较低。与之相对，解除是终结赠与合同关系，请求赠与财产返还（恢复原状）的有效手段。因此，赠与人基于原因的嗣后欠缺而主张情事变更的法律效果，主要体现为合同解除。由于情事变更规则被认为“本质上是一种免责条款”，基于情事变更的解除通常并不伴随损害赔偿。考虑到《民法典》在赠与合同部分以“撤销”取代“解除”的用语习惯（《民法典》第 558 条规定的赠与人任意撤销权、《民法典》第 663 条规定的赠与人法定撤销权本质上均为“解除权”），借鉴《欧洲示范民法典草案》（DCFR）的规定，将赠与人基于原因的嗣后欠

缺而主张情事变更的法律效果规定为“赠与合同的撤销”也未尝不可。

四、原因欠缺导致财产返还原理的射程

（一）彩礼返还问题

彩礼返还纠纷是我国家事裁判领域常见的案件类型。当事人为缔结婚姻、共同生活而向相对人给付彩礼，其后双方未缔结婚姻，也未共同生活的情形，给付彩礼的当事人往往会请求彩礼的返还。关于彩礼返还的问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》［法释〔2003〕19 号；以下简称《婚姻法司法解释（二）》］第 10 条设有特别规定，《民法典》颁布施行后，该规定为《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）》［法释〔2020〕22 号；以下简称《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》］第 5 条所承继。依据《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条的规定，满足如下三种情形时，当事人应当返还彩礼：第一，双方未办理结婚登记手续；第二，双方办理结婚登记但确未共同生活；第三，婚前给付并导致给付人生活困难。

尽管在多数裁判例中，法院主张区分基于恋爱关系而赠与大额财产的行为与彩礼给付行为，否定彩礼返还规则在基于恋爱关系而赠与大额财产案件中的适用，但从原因的角度看，无论是基于恋爱关系而赠与大额财产后未缔结婚姻，还是给付彩礼后未缔结婚姻或者未共同生活，都属于原因的嗣后欠缺，两者在原理层面上具有相通性。依据情事变更规则否定嗣后欠缺原因的赠与合同拘束力的前述分析，亦有可能被用于彩礼返还规则的解释。具体而言，彩礼给付行为是一种无偿给付行为，彩礼给付行为的原因同样体现为给付彩礼的当事人的“决定性动机”。如前文所述，基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，对于将来缔结婚姻的期待是否构成赠与人的“决定性动机”，需要结合赠与财产的属性、当事人双方的沟通经过以及社会通常观念等因素，个别地进行判断。与之相对，给付彩礼的情形，对于缔结婚姻、共同生活的期待定型化地构成给付彩礼的当事人一方的“决定性动机”，很难想象当事人会基于其他理由而给付彩礼。因此，未缔结婚姻（“未办理结婚登记手续”）或者未共同生活（“办理结婚登记但确未共同生活”）意味着彩礼给付行为的原因的丧失，此时，应当允许给付彩礼的当事人一方依据情事变更规则（行为基础丧失理论）打破给付行为的拘束力，进而请求给付财产的返还。在判断是否满足情事变更的要件之际，同样应当考察当事人双方就基础情事的变更（未缔结婚姻或者未共同生活）是否具有可归责性。若构成彩礼给付行为基础之情事的变更（对于缔结婚姻、共同生活之期待的落空）主要由可归责于给付彩礼的当事人一方的事由（比如与第三人为不贞行为、对接受彩礼的当事人一方实施暴力等）所引发，由于这些事由处于给付彩礼的当事人一方的控制范围内，应当认为，因这些事由而导致基础情事变更的风险已经为给付彩礼的当事人一方所接受，因此，给付彩礼的当事人一方不得主张情事变更（行为基础丧失）。此外，若彩礼给付行为自始欠缺原因（比如接受彩礼的当事人一方根本没有与给付方缔结婚姻、共同生活的意思，而只想获得彩礼），应当认为，给付彩礼的当事人一方在实施给付行为时存在错误（误以为接受方也有缔结婚姻、共同生活的意思），有主张错误撤销的余地。

若当事人双方业已结婚并共同生活，则彩礼给付行为的原因存续，除非存在特殊情事（“婚前给付并导致给付人生活困难”），否则给付彩礼的当事人一方不得否定彩礼给付行为的拘束力。

（二）父母出资为已婚子女购置房屋后子女离婚情形的财产返还问题

父母出资为已婚子女购置房屋，其后子女离婚的情形，父母能否请求购房款的返还，也是我国裁判实务中常见的问题。

首先，关于父母出资行为的性质，存在借款和赠与两种理解。考虑到父母子女关系的亲密性和伦理性，一般认为，除非存在明确的借款合意，否则将父母出资为子女购房的行为解读为赠与，更接近社会大众的通常理解。

在此基础上，关于受赠人是谁（自己的子女抑或是子女及其配偶），《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 29 条第 2 款设有规定，即“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，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理”。所谓“按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理”，即购房出资款属于夫妻共同财产的范畴。换言之，除非存在明确的特约，否则，此项出资将被看作对子女及其配偶的赠与。

不过，父母出资为已婚子女购买房屋的情形，即使依上述规定认定为对子女及其配偶的赠与，日后子女与其配偶离婚之际，作为赠与人的父母仍有请求返还购房款的余地。具体而言，若赠与合同自始欠缺原因（比如作为受赠人的双方在赠与合同订立时已离婚），应当认为，赠与购房款的意思存在错误（误以为受赠人双方婚姻存续），赠与人有主张错误撤销的余地。若赠与合同的原因欠缺乃嗣后发生（在赠与合同订立时受赠人双方仍存在婚姻关系，其后离婚），则赠与人的意思在订立合同时并未发生错误，因此不得主张错误撤销。不过，赠与人有主张情事变更的余地，因为受赠人双方婚姻关系持续这一点是赠与人向受赠人双方赠与购房款的“决定性动机”，也是作为赠与合同前提的基础情事，当该项基础情事嗣后发生重大变化时，应当允许赠与人依据情事变更规则（行为基础丧失理论）主张合同的解除。在判断是否满足情事变更的要件之际，同样应当考察各方当事人就基础情事的变更（受赠人双方离婚）是否具有可归责性。若赠与合同基础情事的变更主要乃因可归责于赠与人及其子女一方的事由（比如赠与人促使其子女离婚；赠与人的子女与第三人为不贞行为、对其配偶实施暴力等）所引发，由于这些事由处于赠与人一方的控制范围内，应当认为，因这些事由而导致基础情事变更的风险已为赠与人所接受，因此，赠与人不得主张情事变更（行为基础丧失）。

五、结论

买卖等双务有偿合同的原因是双方债务之间的对待给付关系，具有强烈的客观性。与之相对，赠与等单务无偿合同的原因是“无偿给予的意图”。如果对“无偿给予的意图”作纯粹抽象的把握，则赠与合同的原因与赠与合意之间的界限将趋于模糊，因此，必须明确“无偿给予的意图”的具体内容，而这最终指向赠与人负担债务的“决定性动机”。另一方面，为了防止原因概念沦为纯粹主观的要素，作为赠与合同原因的“决定性动机”被要求“具备最低程度的客观基础”。基于恋爱关系而赠与大额财产的情形，促使赠与人负担债务的“决定性动机”是对于将来缔结婚姻的期待，该项动机具备了最低程度的客观基础，可以构成赠与合同的原因。当该项原因欠缺时，应当否定赠与合同的拘束力。

若赠与合同订立时即欠缺原因，则赠与合同的原因欠缺可能构成动机错误。由于赠与合同的原因体现为赠与人负担债务的“决定性动机”，因此，在赠与合同领域，即使是狭义的动机错误，只要涉及赠与合同的原因，赠与人也可以主张撤销，进而请求赠与财产的返还。若赠与合同的原因欠缺乃嗣后发生，比如构成赠与合同基础的某种事实情况嗣后变化，或者对于未来某种发展情况的期待嗣后落空，则赠与人在订立合同时并未发生错误，因此不得主张错误撤销。不过，赠与合同原因的嗣后欠缺通常意味着构成赠与合同之基

础的情事的变更，满足相应要件的前提下，赠与人可以依据情事变更规则解除赠与合同，请求赠与财产的返还。若因可归责于赠与人的事由导致构成赠与合同基础情事的变更，由于这些事由处于赠与人的控制范围内，应当认为，因这些事由而导致基础情事变更的风险已为赠与人所接受，因此，赠与人不得主张情事变更。

从原因理论出发对赠与财产返还问题所做的分析不仅适用于财产法领域，还有望拓展至婚姻家庭法领域，比如用于解释彩礼返还规则，或者用以解决父母出资为已婚子女购房后子女离婚情形的购房款返还问题。如此，有望打破财产法和婚姻家庭法之间的壁垒，构建以原因理论为基础，以“原因的自始欠缺——基于错误而撤销”“原因的嗣后欠缺——基于情事变更而解除”为分析框架的统一解释体系。

文章作者：夏静宜

责任编辑：李贝

平台编辑：肖远航

联系方式：lawreview@sjtu.edu.cn

陈霖：遗赠物上代位推定的教义构造与适用甄别

原创：2024-01-26　交大法学　陈霖

https://mp.weixin.qq.com/s/hQqvux5220q3b2ashPb5ug

本文原载于《交大法学》2024 年第 1 期。陈霖，南京师范大学法学院讲师、法学博士。为编辑便宜，原文引注已略去，如需了解更多，您可点击阅读原文。若欲转载，请联系《交大法学》微信公众号（SJTUJDFX）。

目次

一、引言

二、不同路径下对遗赠代位物主张遗赠的学说辨析

三、《民法典》下遗赠物上代位推定的适用可能

四、遗赠物上代位推定的类型区分

五、对遗赠物上代位推定的反驳：相反行为

六、结语

摘要：根据遗嘱处分的标的物不同，遗赠区分为物权类遗赠和债权类遗赠。无论何种类型，若在继承开始前特定遗赠标的物不存在，皆可能引致受遗赠人能否对代位物主张遗赠之问题。虽然遗赠在遗嘱人与受遗赠人之间形成债权债务关系，但照搬合同嗣后给付不能的解决思路难以完全契合遗赠具备的身份性特质，故通过对物上代位基础性权利的扩张解释，肯定遗赠物上代位推定的教义构造，不失为合适的切入路径。根据导致遗嘱处分标的物不存在的原因事实差异，限定遗赠物上代位推定的适用前提为非基于遗嘱人自愿行为的法律事实之情形，并与遗嘱人意思自治下的相反行为进行区分，后者具备撤回遗嘱、使其不发生效力的功能。又因某些原因性法律事实中交织“客观”与“自愿”，在难以明确法律适

用时，可借助“遗嘱解释的客观化”缓和遗赠物上代位推定与相反行为的甄别困难。

关键词：遗赠　物上代位　相反行为

一、引言

继承开始前，若遗嘱处分标的物不存在的，遗嘱是否归于无效？根据具体情形，大致可分类如下：其一，订立遗嘱前，标的物自始不存在的；其二，订立遗嘱时，遗嘱人以非自己所有财产为遗嘱处分标的物的；其三，遗嘱人以自己所有财产为遗嘱处分标的物，但遗嘱成立后、继承开始前，标的物发生嗣后毁损、灭失的。针对前两种情形，国内学说基本形成普遍见解：第一种情形下无论遗嘱人是否明知，由于遗嘱自始且客观欠缺处分标的物，自然不生效力；第二种情形下自继承开始时，遗嘱处分的他人财产尚未归于遗产的，原则上遗嘱无效或不发生效力。而第三种情形则较为复杂，尤其在我国司法实践中，裁判分歧较大。以房屋拆迁补偿为例，有法院认为房屋拆迁发生在遗嘱人去世前，其自愿签订拆迁补偿协议的行为应被认定为相反行为，具备撤回遗嘱的效力，因此针对货币转化形式的涉案房屋补偿款只能发生法定继承。而有法院认为，遗嘱人生前签订的拆迁补偿协议不视为对遗嘱的撤回，直至去世，其在就拆迁所得房产可以做出新的意思表示的情况下，却未修改或者重新订立遗嘱，足以认定遗嘱人具备维护原先遗嘱的意愿，故回迁安置房仍应按遗嘱继承分割。综上，在此类由于拆迁而使遗嘱处分特定房产灭失而转化为其他形态的继承案件中，法院往往因对“拆迁过程中遗嘱人是否存在自愿行为”发生判断分歧，从而导致裁量结果有所差异。此种案件类型以外，围绕遗嘱处分标的物嗣后毁损、灭失时，遗嘱效力是否及于代位物这一问题，学说上有观点认为此种争议一般仅在特定物场合发生，因为在种类财产情形下，遗嘱标的物是否灭失并不妨碍遗嘱履行，除非遗嘱人有相反意思表示；而若为特定物遗嘱处分的，则会因标的物嗣后毁损、灭失导致给付不能，此时只能借助遗嘱解释这一路径探究遗嘱人在世时针对代位物是否有继续为遗赠的真意。亦有观点认为遗嘱人已经死亡，若依遗嘱解释难以探究其内心真意，故参考借鉴国外的遗赠物上代位推定制度为佳。

遗嘱解释方案虽然灵活，但可能进一步加剧判断的不确定性；遗赠物上代位推定规则虽然便捷，但却忽略遗嘱人真实意愿。上述方案都较为孤立，无法全面回应遗嘱继承或遗赠案件的复杂多样，而且讨论大多集中于毁损灭失者为特定物的情形，遗漏了遗嘱处分的某一债权基于一定法律事实而消灭之类型。因此，本文为明晰司法与学说中围绕“遗嘱处分的特定财产嗣后毁损、灭失、消灭时，遗嘱给付义务是否及于代位物”的争议，在将“嗣后”界定为遗嘱订立后、继承开始前的前提下，从解决路径上提出遗赠物上代位推定之方案，并关注遗嘱人相反行为的甄别适用。另外，虽然《民法典》第 230 条将原《物权法》第 29 条中“受遗赠”删除，语义上特别区分遗嘱继承与遗赠，但本文所提及的问题，在前述二者皆可能发生，且无论是否区分“遗嘱继承”与“遗赠”，在问题的解决上并无差异，故本文在后续论述中，不再特别区分遗嘱继承与遗赠，而是将二者统一于广义的“遗赠”表述下，探讨前述争议问题。

二、不同路径下对遗赠代位物主张遗赠的学说辨析

遗嘱处分标的物为特定财产时，若该特定物因某一法律事实嗣后消灭，将陷入遗赠不能的困境。在《民法典》尚无明确规定的情况下，受遗赠人若要对因此而生的代位财产主张遗赠，则需一定的理论支撑。基于遗赠的身份财产复合性，在解决路径上是沿袭合同法给付不能的原理，还是另觅继承法之自有逻辑，学说上百家争鸣。

（一）遗赠物上代位推定制度的借鉴可能

在遗赠标的物因客观法律事实发生嗣后毁损、灭失，欲对代位物主张遗赠时，有学者建议类推适用物上代位为佳。民法中，代位区分为人的代位与物的代位，前者主要为权利行使者的替换，如债权人代位权；后者指权利标的物的替换，即以其消失后产生的价值变形物继续为权利实现对象，如担保物权的物上代位。只是，我国《民法典》明确规定具备物上代位的权利仅为担保物权，学说上亦围绕担保物权的性质，发生“价值说”与“特权说”之争议。从当下渐趋“特权说”的立场观之，若立法上有所规定，能够发生物上代位者将不再限于担保物权，遗赠等亦有类推可能。国外部分国家在立法上业已明确，如《日本民法典》第 999、1001 条，《德国民法典》第 2169、2173 条，皆规定遗赠物上代位推定制度，即无论特定物遗赠或者债权遗赠，在遗赠标的物毁损、灭失或受清偿等场合，受遗赠人仍能就代位物向遗赠义务人主张遗赠，此时代位物可以是具体的物或者权利。不过，此种代位并非具备绝对效力。在遗赠场合，遗嘱人是否具备遗赠真意尤为关键，因此各国对遗赠的物上代位仅以“推定”为原则，如果能够证明遗嘱人有撤回遗嘱的意思表示时，以“代位物继续为遗赠标的”的结论将会被推翻。

（二）参照合同给付不能的处理模式

如果将遗赠定义为债的类型之一，自然可以有限参照适用合同编相关规则进行处理。我国台湾地区“民法”第 225 条规定，当不可归责于债务人之意外事件，导致给付标的毁损灭失而履行不能时，债务人免除给付义务，但如果其对第三人享有损害赔偿请求权时，债权人取得对第三人的代偿请求权。《德国民法典》第 285 条规定，不论给付不能是否归责于债务人，债权人均有代偿请求权。即使我国现行法律暂未明确规定此种代偿请求权，在学理解释上也可给予承认，将其作为能对代位物主张遗赠的正当之基。如果局限于我国《民法典》既有规范框架，受遗赠人对代位物主张遗赠的请求权规范则可参考第 535 条第 1 款，即如果遗赠债务人怠于向第三人主张因遗赠标的物毁损灭失而产生的损害赔偿请求权时，受遗赠人可行使债权人代位权。不过，在参照适用合同编相关规则时，还需关注继承编特别规则的排斥效果——遗嘱人因意思自治行为处分特定遗赠财产，导致遗赠债务无法履行的，难谓其具备“可归责”性，此时应优先适用继承编规则，保护遗嘱人的遗产处分自由，将其认定为遗嘱人通过相反行为撤回遗嘱，致其不生效力。若因其他客观事实导致遗赠财产毁损灭失而遗嘱人因此享有损害赔偿请求权的，受遗赠人可依据代偿请求权，或者代位怠于行使权利的遗产管理人向第三人主张此权利。

（三）遗嘱解释下对遗赠人内心真意的探究

由于遗赠物上代位推定制度与受遗赠人的代偿请求权皆缺乏实定法依据，有学者认为此时只能借助遗嘱解释来探究遗嘱人是否具备继续以代位物为遗赠的真意。当遗嘱处分标的物嗣后毁损、灭失或受清偿的，将因之而生代位物。若将其认为只是原先遗赠处分标的物的形态变化，自然不影响原有遗嘱的效力；但若将其认为是一种实质上的变化，为尊重遗嘱人的意思自治，则需考虑在财产灭失的不同情形下，遗嘱人对于新的代位物是否仍然具备遗赠真意。遗嘱本为要式法律行为，在代位物为“新物”的视角下，遗嘱人若严格遵循遗嘱的要式性，针对代位物重新明确地做出是否为遗赠的意思表示，将能减少能否继续继承之争议。但问题的根源恰在于遗嘱人缺乏此明确表意，由此产生遗嘱人本有机会做出表示却未为之，是默许原先遗嘱继续有效，还是以沉默方式表明撤回遗嘱之疑惑。由此，只能通过遗嘱解释探究遗嘱人的内心真意。在此过程中，可以遗赠特定财产消灭的原因为判断的逻辑起点：若是

遗嘱人以自愿行为积极追求，则优先认定为遗嘱相反行为，从而发生遗嘱撤回效果；若是基于遗嘱人非自愿行为以外的客观法律事实使遗赠标的物消灭，除非具备相反意思之明示，否则沉默视为其具备继续以代位物为遗赠的意思表示，从而缓和给付义务免除的效果。

（四）学说分歧之辨析

徐棣枫等曾在 2019 年就两个案例在运用等同原则时适用不同的技术特征组合和拆分方式而导致的专利权不确定性提出了质疑。司法实务界前述对技术特征的定义，建立在相就以上论点观之，学者从差异性视角寻求“受遗赠人能对遗赠代位物主张遗赠”的正当性理据。观点一的“遗赠物上代位推定”直接认可客观法律事实导致遗赠财产灭失时的遗赠物上代位性，从便捷性上而言具备优势，但此“客观”中亦有可能混杂遗嘱人的自愿行为，此时是否构成对“推定”的反驳，需进一步厘清。观点二之“合同给付不能”引入代偿请求权，但亦面临如“遗赠物上代位推定”一般缺乏实定法依据的困境，即使学理解释可行，却没有考虑遗赠作为死因行为的特殊性——在继承尚未开始以前，受遗赠人可否取得代偿请求权？若认为至遗嘱人死亡时遗赠生效，受遗赠人始取得该权利，那么在遗嘱人生前已经行使对第三人的损害赔偿请求权时，受遗赠人代偿请求权的实现是否会受到阻碍？观点三的“遗嘱解释”路径通过探究遗嘱人内心真意，回应现实社会中导致遗赠标的物不存在的复杂情况，而非给予划一性规制，且试图在代位物产生原因与遗嘱撤回意思间建立“常态性”联系，但这种柔软性解释本身具备边界模糊性，在具体案件中常易增加真意为何的判断难度。因此，综合上述所有观点，建议从解释学上明确遗赠物上代位性的适用情形，并协调其与遗嘱人处分自由之间的平衡。总之，在判断“当特定遗赠财产嗣后不存在，受遗赠人能否就其代位物继续主张遗赠”这一过程中，遗赠物上代位推定与遗嘱人内心真意探究是交叉往复进行的综合作业。

三、《民法典》下遗赠物上代位推定的适用可能

即使《民法典》欠缺对遗赠物上代位推定的明文规定，仍不能否认其可通过法律解释获取正当性。我国在教义学上并未否定物上代位在继承法中的阐释意义，因此，立法者无须为一般物上代位设立明文规则，也能够予以自动适用。通过学理解释，肯认遗赠物上代位推定在《民法典》框架下的适用可能，将在解决相关争议上具备积极意义。只是，此处尚需厘清的疑惑为：物上代位的权利基础是否必须为物权？遗赠发生物上代位推定的正当理据为何？

（一）物上代位基础性权利的扩张

我国《民法典》明确肯定具备物上代位性的权利为担保物权，担保物权本身具备的物上追及效力亦能与此相容，故担保物权人欲实现担保权益时大致存在两种程式：若标的物相对灭失，除去拍卖、变卖之场合，一般选择行使物权追及效力；若标的物绝对灭失或受清偿，倾向运用物上代位性。而物上代位的性质无论采取“特权说”还是“价值说”，在最终效果上其实现图谱都基本一致，即：代位物+物上代位实现。物上代位属于一种弱化的物权，表现出向债权转化趋向。在前述图谱构造中，针对代位物，不仅要关注其认定范围，还需明确能够发生物上代位的基础权利。关于代位物的范围，有明文立法的多数国家已经在规范上给予了类型明确。关于基础性权利，各国在学说上则百家争鸣——在肯认担保物权能够发生物上代位上具备共通性，在所有权、用益物权是否具备物上代位性上存在差异，而在债权能否发生物上代位上则争议最大，而此定论又与我国《民法典》中遗赠是否具备物上代位性这一议题密切关联。

关于债权能否发生物上代位，在我国，现有学说大多未能突破“物上代位基础权利为物权”的教义框架。不过，域外已有观点将物上代位的适用扩张至债权，认为《德国民法典》第 818 条中不当得利请求权范围因包含代位物，即为债权物上代位的表现。但反对此种扩张者认为，《德国民法典》第 818 条中债权人得以请求代位物仍是源于不当得利的固有权能，并非基于债权物上代位，此种说理仅以立法上的欠缺从而否定债权物上代位的功能意义，实为不妥。转观遗赠，对于认可遗赠具备物权效力的立法例而言（譬如日本），其自然符合物上代位的权利基础仅能为物权或者具备物权特性之权益的体系逻辑。但是，对于认为遗赠仅具备债权效力的立法例而言（譬如我国台湾地区，该地区通说认为遗赠也能发生物上代位），如果坚守物上代位基础权利的物权限定性，那么肯定债权性质的遗赠能发生物上代位将难以嵌入此种学说构造。若将遗赠看作一种附生效条件的身份关系协议，亦难以通过合同编规则解释下的“代物清偿”作为其物上代位的理论基础。因此，扩张物上代位基础权利的范围，承认债权物上代位的教义构造具备不可替代的功能。

（二）遗赠效力辩证与物上代位证成

遗赠在我国是否能够发生物上代位？暂且搁置此疑问，先探究遗赠在我国的效力。《民法典》第 230 条删除原《物权法》第 29 条规定的“受遗赠”，似欲否定遗赠直接发生物权变动的曾有立场，但学界对遗赠效力的讨论争议并未因此而停歇。《民法典》颁布前，多数观点认为狭义的遗赠不能直接导致物权变动；《民法典》修订后，有学者基于我国债权形式主义物权变动模式与遗产共同共有之类型，亦坚持认为狭义遗赠不生物权变动效力。甚至有观点从维护我国物权变动体系融贯性的角度出发，认为不单遗赠仅具备债权效力，连遗嘱继承也只发生债之关系。不过，亦有学者反对《民法典》第 230 条将“受遗赠”删除，提出遗嘱继承与遗赠同时具备直接导致物权变动的效力。还有学者尊重遗赠人意思自治，认为应交由其在遗嘱中自由决定遗赠发生债权还是物权效力。

参酌国外经验，德国区分遗赠与遗嘱继承，并以遗产承受人是否承担遗产债务作为判断标准。因该国规定遗赠权利人不承担遗产债务，所以遗赠仅发生债权效力。日本不区分遗赠与遗嘱继承，但也如同德国一般，以是否需承担遗产债务为标准，将遗赠区分为概括遗赠和特定遗赠，只是同时认可概括遗赠与特定遗赠皆具备物权变动效力。概言之，即使大陆法系主要国家在“是否区分遗嘱继承与遗赠”上形成了不同立法模式，但在“遗赠是否具备物权效力”上基本都采取了“遗产承受人是否承担遗产债务决定其是否享有法定继承人一般的地位，从而影响在其开始继承时遗产物权是否不经登记即发生变动”的判断逻辑。当然，围绕此种物权变动是“继承一开始即直接发生变动”还是“遗产分割结束后溯及发生变动”存有争议，但这亦不妨碍前述各国法律几乎一致地在“遗产受领人承担遗产债务”与“物权变动”间缔造了必然联系。

而在我国，遗嘱继承与遗赠以遗产承受人是否为法定继承人作为区分标准，并在立法上对两者的物权效力进行了区别对待。但是，若以法政策为由，通过继承人范围不同来决定遗赠的效力差异实在稍显牵强。因此，在探讨效力时，宜延续将遗嘱继承和遗赠并列纳入“遗赠”范畴的思路，根据标的物的种类，将广义的遗赠区分为物权类遗赠与债权类遗赠。对于物权类遗赠而言，依据《民法典》第 1163 条规定的遗产债务清偿规则，无论是法定继承人、遗嘱继承人还是受遗赠人，皆需对遗产债务负担清偿义务，只是法定继承人先行清偿后，遗嘱继承人、受遗赠人在超过法定继承遗产实际价值部分，后位且按比例地负担清偿义务而已。由此观之，我国《民法典》并未否认遗赠的概括继承，恰是推翻前述学界既有观点中

因此否定遗赠具备物权变动效力之谬证。因此，承接前述各国在“承担债务”与“物权变动”中观念的因果关系逻辑，对于物权类遗赠而言，建议回归物权法时代的立场，扩张《民法典》第 230 条“继承”范围至受遗赠情形，不仅法定继承，甚至遗嘱继承、遗赠皆具备物权变动效力。对于债权类遗赠而言，其扩大了遗赠的灵活性，突破了仅以自己之物为遗赠的类型束缚，但由于标的物多为某种债权性请求权，故仅发生债权效力。

基于对遗赠效力的区分界定，转观“遗赠能否发生物上代位”这一议题，虽然《民法典》缺乏明确法律规定，但在解释学意义上，遗赠的物上代位仍具备适用可能。对具有物权效力的遗赠类型而言，其属于物上代位基础性权利之范畴，自然可以适用物上代位。对具有债权效力的遗赠而言，在对物上代位基础性权利进行扩张解释的前提下，其亦能进行物上代位推定。反言之，若能肯定债权物上代位教义构造具备的相当意义，那么遗赠效力的差别界定在最终结果上并不会影响遗赠物上代位性的证成。

四、 遗赠物上代位推定的类型区分

遗赠的物上代位推定，以非基于遗嘱人自愿行为的法律事实为适用前提。在遗赠关系中，标的物不一定是遗产中的某物，亦可为遗赠人享有的债权，故能够发生物上代位的遗赠类型可大致区分为特定物遗赠之物上代位与债权遗赠之物上代位。因种类物不存在给付不能问题，故其不发生代位可能。

（一）特定物遗赠的物上代位推定

种类物遗赠之场合，由于其具备不特定性，纵使标的物发生毁损、灭失，亦有可能通过替代给付方式完成遗赠。而特定物遗赠则不同于此，当其毁损、灭失时，将会陷于给付不能，因为遗赠人是以“该物”作为遗赠标的，任何替代给付之标的都属“他物”；因此，遗赠物上代位的引入，在功能上平衡了受遗赠人之受遗赠利益。而作为该制度适用之前提条件的毁损、灭失等，主要指非基于遗嘱人自愿行为的客观法律事实。依发生原因不同，其具体类型大致可分为：

其一，遗赠物毁损、灭失。在此场合，该物给付不能导致受遗赠人期待利益的损失由遗嘱人向第三人取得补偿金请求权等并以之为遗赠而得以填补。所谓灭失，不仅包括遗赠物本身在物理形态上的灭失，如房屋被毁损，还包括遗嘱人对遗赠物所有权的非自主性消灭，例如因土地征收而取得的补偿金请求权。另外，从广义层面而言，遗赠物占有的丧失，如遗赠物被第三人盗窃而非法占有时，亦可发生遗赠之物上代位。尚存争议的是此时遗赠标的物是转换为遗嘱人在该物上的所有权返还请求权，还是因该物被侵占而享有的损害赔偿请求权。在“丧失占有”的情形，遗嘱人对于遗赠物的所有权并未消灭，其依旧属于遗赠之标的物，无须借助代位这一中介，遗赠权利人即可基于所有权之固有权能请求遗赠义务人或第三人返还原物，故此时发生遗赠物上代位的原因性权利为遗嘱人对侵夺第三人的损害赔偿请求权。

其二，遗赠物的附合、混合、加工。此时，如果遗嘱人成为该附合物或者加工物的单独所有人或者共同共有人，则推定遗嘱人以其对该物的全部所有权或者共有权为遗赠标的；若因前述事实行为而丧失对遗赠物的所有权，则推定以其向第三人的不当得利请求权作为遗赠标的物。而遗嘱人能否取得该物的所有权，需结合混合与加工之物权归属规则进行判断。不过，由此引发的另一关联问题是：若遗嘱人取得该物的所有权，其对于丧失所有权的他人之不当得利返还义务是否应由受遗赠者承担？肯定者认为此情形下的遗赠为附负担赠与，应由受遗赠人承担；而否定者认为此非物的负担，而是遗嘱人的遗产债务，应由法定继承人承担。即使我国《民法典》没有明确规定狭义的遗赠为概括遗赠，但从我国的立法精神来看，是对其给予承认的。因此，受遗赠人不仅接受

遗嘱人享有的权利，也承受遗嘱人的义务。以肯定遗赠物上代位性为前提，在加工、混合之场合能以变造物所有权为遗赠标的物，遗嘱人负有的不当得利返还义务附着于该物，在其没有特别表示此遗赠为特定遗赠的情形下，依限定继承原则，受遗赠人应当在受遗赠的财产价值范围内，承担遗赠标的物上附着的债务。但在遗嘱人恶意之场合，超出遗赠物价值的不当得利返回部分应被视为遗产债务，由法定继承人限定性承担。

（二）债权遗赠的物上代位推定

《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）》第 26 条规定："遗嘱人以遗嘱处分了国家、集体或者他人财产的，应当认定该部分遗嘱无效。"此处导致遗嘱无效的为"处分"，即为导致物权变动的法律行为。该条规范并未否认债权遗赠类型的效力。关于债权的遗赠，《德国民法典》第 2173 条、《日本民法典》第 1001 条皆予以承认。债权遗赠具备多样性与灵活性，《民法典》将债权纳入遗嘱人的遗产范围贴应了遗赠意思自治原则，并突破遗嘱有效仅限于遗赠客体为"物"的模式窠臼。因此，认可债权遗赠类型有利于解决这一疑惑：遗嘱人订立遗嘱时，遗赠标的物为他人之物的，是否完全无效？倘若遗嘱人意欲以他人所有之物为物权性遗赠的，根据前述司法解释第 26 条，不难得出无效之结果；而遗嘱人若是以取得他人之物的债权为标的物进行遗赠的，将其归为债权遗赠类型，其有效性自不待言，因为遗产在继承发生效力以前本就处于浮动不确定状态，即使在遗嘱成立时该物所有权不属于遗嘱人，但遗嘱人具有遗赠之真意，在继承开始时该物所有权亦能顺利移转于遗嘱人的，遗嘱当然有效。不过，在此类债权遗赠中，尚存遗赠发生效力时，物之所有权尚未移转之情形。参考《日本民法典》第 997 条，《德国民法典》第 2169、2170 条，可使遗赠义务人负担取得该遗赠物权利并将其移转于受遗赠人之义务；如果无法取得此权利或者为了取得此权利而需负担过多费用，且遗嘱人在遗嘱中没有特别表明其他意思的，遗赠义务人可通过向受遗赠人给付遗赠标的物之相当金额从而免除遗赠物之交付义务。

既然《民法典》肯认了债权遗赠这一类型，那么其能否类推物上代位？《日本民法典》第 1001 条、《德国民法典》第 2173 条皆予以肯认，但仅限于债权受清偿之情形，且需以遗赠债权清偿物尚在继承财产中为前提。基于前文所述物上代位基础性权利扩张的理据，我国在学理诠释上似有可能肯定当遗嘱人以债权为遗赠时，无论是金钱债权抑或非金钱债权，受遗赠人皆可主张遗赠的物上代位推定，只是此规则的适用前提之一为遗赠债权受清偿之场合。虽然清偿导致作为遗赠标的物的债之消灭，但该遗赠并不因此无效。因为通常情况下，既然遗嘱人以债权为遗赠标的物，基本可推出即使债权实现，其仍然具备以与该债权等额的清偿物为遗赠的真意，此为债权遗赠进行物上代位推定的正当性理据。

债权遗赠进行物上代位推定的前提之二为清偿物尚在继承财产中。若该清偿物不存在，后果为何？由于金钱债权一般不发生给付不能，所以此问题主要针对非金钱债权。日本有反对学者认为，无论基于何种原因致使该清偿物不复存在，既然已经不存在于遗产之中，当然无法类推物上代位使遗赠继续有效；而肯定学者认为如果导致该清偿物不存在的原因事实为非基于遗嘱人的自愿行为，因此而生的损害赔偿请求权可再次被推定为新的遗赠债权，从而，将问题解决的关键转化为是否承认"债权遗赠时物上代位之代位"。相较于反对观点的全盘否定，肯定观点抽取出债权遗赠被代位客体的变化图谱，即"非金钱债权：清偿物——损害赔偿请求权"，将债权遗赠时清偿物不存在于遗产中的问题转变到特定物遗赠能否发生物上代位这一原初议题，从逻辑脉络的连续性看乃实质肯定了"遗赠物上代位之代位"，

从而赋予了遗赠物上代位推定的循环可能，不仅债权遗赠能够适用，在特定物遗赠时亦可适用。

五、 对遗赠物上代位推定的反驳：相反行为

遗赠物上代位推定的教义构造虽能较为便捷地解决“受遗赠人可否对遗赠代位物继续主张遗赠”这一问题，但其适用前提被严格限定为非基于遗嘱人行为的法律事实。因此，一旦出现《民法典》第 1142 条之遗嘱人以明示方式撤回、变更遗嘱或者实施相反行为之情形，原遗嘱将难谓继续有效，遗赠物上代位推定自无适用空间。一般而言，遗嘱人对遗嘱明示的撤回、变更行为遵循了遗嘱的形式法定性，于外观上易于明显判断，但相反行为作为一种对遗嘱撤回的法律推定，尚存辨析空间。在某些情况下，表面上似乎为基于遗嘱人意思表示而成立的相反行为，却实质杂糅较多“客观”因素，导致“自愿”要素缺乏，可能构成相反行为之反驳。在此边界模糊之时，需依靠遗嘱的客观解释来判断遗嘱人是否希望其终意处分继续有效，从而决定受遗赠人最终能否对原遗赠标的物毁损灭失时的代位物主张继承。

（一）排斥遗赠物上代位推定的相反行为

我国《民法典》将相反行为界定为一种法律行为。《日本民法典》第 1023 条规定了类似的遗嘱抵触行为，主要为与遗嘱相抵触的生前处分与其他法律行为。我国台湾地区“民法”第 1221 条则规定遗嘱人为遗嘱后所为之行为与遗嘱有相抵触者，其抵触部分，遗嘱视为撤回。在法律语义的重合部分，“法律行为”是对相反行为内涵的一致界定，有必要进一步明晰其主要类型，并探讨是否具备概念扩充的可能性。

相反行为中最典型形态之一是遗嘱人的生前财产处分行为。以物权为遗赠时，主要指对遗嘱处分标的物之特定物或者特定种类财产的处分行为，而财产负担行为一般不被认为是遗嘱相反行为，如在遗赠物上设立了担保物权，因其并不与遗嘱抵触，故而不能推定被继承人有撤回遗嘱意思，其仅涉及担保物权物上代位与遗赠物上代位的竞合关系。以债权为遗赠时，主要指债权免除、债权让与等。虽然债权免除的原因行为既可以是有偿的，亦可以是无偿的，但是就债权免除本身而言，其是债权人自愿抛弃债权的无偿法律行为，因该财产处分行为发生，导致原本债权遗赠实现障碍，故被认定为遗嘱相反行为。而债权让与系属于事实行为还是法律行为，在我国学说中尚存争议。有学者认为债权让与是债权让与合同这一法律行为生效的结果，是事实行为，有学者则认为债权让与同原因行为相分离，是债权人将债权作为一项财产通过转让而实施的处分行为。虽然前者系从我国并未认可物权行为独立性的背景出发，构造债权让与事实行为说，但从债权让与本身是基于债权人自主意思而导致权利变动而言，其更倾向于处分行为。当遗嘱人让与遗赠债权时，一般认为此生前行为与遗嘱内容相反，具备撤回遗嘱之效果。除此之外，身份行为也有可能构成遗嘱相反行为。例如，遗赠对象为配偶一方、养子等情形时，遗嘱人因关系恶化而解除婚姻关系或收养关系时，可以借此推导出遗嘱不生效力的结论。不过，这种“一律视为抵触”的推测并非毫无问题；身份行为原本与遗嘱撤回之间并未直接关联，判断其是否构成相反行为，最终还需结合遗嘱人的真实意思进行判断。

相较于遗嘱人积极的法律行为具备的较易被推定为相反行为之可能性，在明知遗赠标的物已经灭失，且有能力订立新遗嘱时，遗嘱人却选择沉默的法律定性则较为模糊。虽在司法实践中有法院认定遗嘱人的沉默构成对遗嘱的撤回，但一般情况下，沉默只有在法律特别规定或者当事人事先约定时具备意思表示的效果，因此沉默一般不宜被视为相反行为。另外，关于事实行为能否纳入相反行为的范畴，由于我国《民法典》仅规定相反行为是法律行为，因此若认可事实行为发生遗嘱撤回效果将可能打破现有法律框架的严密性。

不过，从两大法系主要国家皆规定了故意毁弃遗嘱亦是对遗嘱的撤回来看，在法律解释上将某类固定的事实行为纳入相反行为亦无不可。

（二）甄别相反行为与遗赠物上代位推定的逻辑线路

相反行为的逻辑结构是从已知的行为中推定遗嘱人具有撤回遗嘱的意思表示。但相反行为本身亦存在被反驳的可能，当其被反驳时，遗嘱人不存在撤回意图，遗嘱继续有效。此时，特定遗赠标的物嗣后的毁损、灭失形态转化将导致给付不能，但遗赠人并未被当然地免除给付义务，对受遗赠人利益保持的便捷路径可借助遗赠物上代位推定规范，此为“第一次代位”。而代位物又因某种原因不复存在于遗产中时，则可依照前述“遗赠多次物上代位推定”之机理予以解决，即当遗赠的第一次代位物又因某种原因消灭时，对于因此又产生的新代位物，在满足遗赠物上代位推定的前提下，受遗赠人可以主张此规范的反复适用。

因此，在特定遗赠标的物毁损、灭失时，依照是否基于遗嘱人的“自愿”对原因性法律事实进行类型区分尤为重要——其属于相反行为还是非自主的法律事实？虽然此种甄别在受遗赠人均不能取得原始遗赠标的这一结果上并无差异，但在是否会产生给付不能以及受遗赠人能否对代位物主张继承这一问题上则效果迥异。鉴于相反行为是遗赠物上代位推定适用的消极前提，在面对导致遗赠标的物灭失之原因性法律事实时，在先的判断焦点应为其是否属于相反行为，若为肯定之结论，则无遗赠物上代位推定之可能。不过，继承法古老而中心的原则为查明遗嘱人的真实意思，为避免不符合遗嘱形式强制的相反行为随意解消该原则，承认相反行为的可反驳性有利于防止对遗嘱人行为是否具备“撤回意思”的事后推定偏差，毕竟被继承人死后无法再为自己“辩护”。因此，相反行为被反驳后对遗赠物上代位推定的适用贯彻了罗马法之“好意解释”原则，此为尽量实现立遗嘱人意愿而构造的规范方案。

（三）边界模糊处之判断：遗嘱客观解释

相反行为的识别核心不仅在于遗嘱人的生前行为在最终效果上是否与遗嘱内容“相抵触”，还关注阻碍遗嘱生效的法律事实是否基于遗嘱人的“自主意愿”而发生。但是，以抵触效果是否源于遗嘱人“自愿行为”来区别相反行为与遗赠物上代位推定的前提法律事实这一过程本身，并非是能够轻易完成的甄别作业。因为，在现实的继承案件中，有时会面临遗嘱人的生前行为交织“自愿”与“客观”，并且难以清晰界定其是否与遗嘱抵触的复杂情形。此时，需借助遗嘱解释来确定遗嘱人内心真意，但是又由于遗嘱的生效以遗嘱人死亡为条件，如何最大程度地还原此真意亦为难题，因此学说上出现了“撤回意思客观化”的趋势，即从一般人的角度观之，若通常认为该行为具备遗嘱撤回意思者，则该行为将被认定为遗嘱相反行为，从而阻却原先遗嘱生效，否定遗赠物上代位推定的适用基础。我国学说上提出的通过判断遗嘱人实施行为与撤回意思间是否具备“常态性”联系的观点，亦可归属于此。

遗嘱解释的客观化主要从对原先遗嘱中的法律漏洞进行补充解释衍生而出。由于发生了嗣后的事态改变或意思改变，但原先遗嘱缺乏遗嘱人明确的新意思表示，导致其出现违反计划的不圆满性。此漏洞将可能引发多主体如法定继承人与受遗赠人之间的利益博弈。为解决此争议，不得不推测被遗嘱遗漏规制的法律事实发生当时遗嘱人可能具备的内心真意。当然，这种假定的当事人真意未必等同于真实的当事人意思，一般会通过模拟当事人的角色对意思表示内容予以补充，否则将违反私法自治。这一模拟过程中，需通过辨别嗣后发生的法律事实属于相反行为抑或遗赠物上代位推定情状，以最大程度贴近遗嘱人内心真意。但若出现解释分歧，导致假定的当事人真

意有多种方案时，求助客观化的标准将为反映被继承人意思的最适宜出路，此客观解释主要借助于“相当性”之概率，即一般理性人在“通常情况下”对所发生法律事实具备的真实意思，具体而言：

其一，遗嘱解释的客观化并非完全抛弃某一继承关系的“个体性”，而应在结合具体事件形成背景、发展脉络的基础上，进行“通常化”的综合判断。例如，遗嘱人甲在遗嘱中表示，将 100 万遗赠给乙，但是甲在生前即向乙赠与了 50 万，围绕“此生前赠与是否构成对遗嘱的部分撤回”，可能发生以下争论：观点一认为此生前赠与并不阻碍原先遗嘱的实现，不属于对遗嘱的撤回，从最终结果来看乙仍可从甲处再继承 100 万；观点二认为即使遗嘱的实现不会因此被阻碍，50 万的生前赠与仍属对 100 万遗赠的部分撤回，仅剩余的 50 万遗赠继续有效。此即财产处分行为虽未导致遗嘱内容无法实现，却也有可能构成相反行为之情形。故而，在判断遗嘱人的生前行为是否具备遗嘱撤回的效果时，并非仅是进行程式化的僵硬诠释，应在把握具体继承案件中遗嘱人生前财产处分行为的有偿性、无偿性、形成经纬等“个性”的基础上，再置于通常生活观念下，进行一般人于此情形下是否具备遗嘱撤回意思的相当性辨识。

例如，在同为遗赠处分标的物之房屋被拆迁后发生形态转化的继承纠纷中，面对各法院对遗嘱人生前签订房屋拆迁补偿协议是否发生遗嘱撤回的争议立场，通过案件“个性”结合社会观念“通常化”的综合标准，将能够较为客观地还原遗嘱人内心真意。在“陈某 1 与陈某 2、陈某 3 等人的法定继承纠纷案”中，法院认为被继承人沈某自愿签订房屋拆迁补偿协议是对原先遗嘱的撤回，房屋因被拆迁而转化的拆迁补偿款应依法定继承。而在“赵某 1、赵某 2 继承纠纷再审民事判决书”中，法院认为遗嘱人自愿签订补偿协议源于政府房屋征收这一行政决策所致，并非是遗嘱人主动追求的结果，应当区别于积极的出卖行为，自然不构成相反行为。于此情境，可借助遗嘱的客观解释作为解决分歧的妥善出路，其核心在于引入一般人的判断视角，即在此情形下，其行为是否通常地构成撤回遗嘱的意思表示。当导致原遗嘱处分的房屋灭失归因于被继承人签订房屋征收补偿协议这一法律行为时，不能一概认为此中包含了行为人的“自愿”遂属于相反行为。若拆迁协议是因政府征收而形成的，由于房屋征收是国家基于公共利益做出的行政决策，在通常情况下，即使一般理性人不签订拆迁协议，房屋征收部门也有可能报请政府依据相关条例规范做出补偿决定。因此，当关联到行为人非能够自主控制的外力影响存在时，一般人偏向选择签订房屋拆迁协议，此时通常难谓其“自愿”是他本人主动地追求将被拆迁房屋进行交换处分这一法律效果，因此，被拆迁的房屋在物理意义上虽最终灭失，依旧可认为其转化为其他拆迁利益而继续存在，从而原遗赠效力仍能及于此。

其二，遗嘱解释的客观化并非完全不顾遗嘱人意思表示时内心效果意思的“主观性”，体现为运用目的解释这一方式时，溯及地关照遗嘱人订立遗嘱时的主客观要素。主观要素指被继承人订立遗嘱的动机和目的，客观要素为可予以参考的各种情事和证明材料。应基于此二者，揭开被继承人在遗嘱文义之外实施行为的暗藏意义。作为推定规范的相反行为冲击了遗嘱形式的法定性，较难运用遗嘱的文义解释探求遗嘱人是否具备撤回意思，故传统的拘泥于遗嘱形式的解释暗示说此时并非探究遗嘱人效果意思的最佳方法。在欠缺改变遗嘱内容法定形式要件的情形下，主客观要素兼具之目的解释更适合作为遗嘱效力是否继续保持的判断方案。当根据遗嘱人做出表示的主观目的或者后续行动在“通常情况下”所具备的意义，构成对相反行为的反驳时，有条件地关联适用遗赠物上代位推定，继续保持遗嘱的有效性，在某种程度上将契合遗嘱的“好意解释”原则。

基于目的解释得出的结论在遗赠可能发生物上代位推定的不同阶段具备差异。譬如在债权遗赠场合，当遗嘱人“自愿”受领清偿时，是否一律认为是相反行为，导致受遗赠人无法继续对清偿代位物主张遗赠？在比较法上，此因遗赠区分为原始的债权遗赠或推定的债权遗赠而有所区别。在原始的债权遗赠中，即遗嘱人甲一开始即以其对第三人丙享有的债权向乙为遗赠之场合，《德国民法典》第 2173 条、《日本民法典》第 1001 条皆赞成此时遗赠物上代位推定可以继续适用，前提是清偿物存于遗产，无论此“受清偿”是基于债权人甲的积极催告还是被动接受。相反，少数国家法律如《奥地利民法典》第 724 条则将债权人积极催告从而实现债权的情形界定为遗嘱相反行为，认为是对遗嘱的撤回，从而排除适用遗赠物上代位推定。而在推定的债权遗赠中，如遗嘱人甲最初以特定物向乙为遗赠时，若该物嗣后灭失且符合遗赠物上代位推定适用条件时，得以推定甲因该物毁损灭失而享有的损害赔偿请求权为原遗赠标的之代位物，但若此损害赔偿请求权在遗嘱人甲生前已受清偿，受遗赠人乙能否在前述受偿金额度内再次主张遗赠的物上代位？学说上持赞成意见者认为，倘若以“是否受清偿”这种偶然事件妨碍受遗赠者利益实现，并不妥当；而持否定意见者认为，作为遗赠标的物，其已发生价值形态的变化，失去了特定性与识别可能性，于此情形，遗赠无效。

面对此问题，若从遗嘱客观解释之目的方法论出发，较易得出：于原始的债权遗赠类型中，遗嘱人既以债权为遗赠，通常可推知无论债权是否受清偿，其不排斥遗赠债权实现后，继续愿意以清偿物为遗赠，故而即使是遗嘱人积极地行使权利、督促债权实现，此种“自愿”也不应被认为具备遗嘱相反行为意蕴，不影响遗赠继续有效；但在推定的债权遗赠中，则会得出“遗嘱人自愿积极催告债务人使其履行债务时，通常情境下难谓遗嘱人还继续存在遗赠本意”这一相反结论，故而对受遗赠人能够向代位债权受偿金主张遗赠代位的法律倾斜保护自无必要。概言之，对于遗赠债权因遗嘱人生前积极行使权利而受清偿这一法律事实，即使以遗嘱人自愿意思为主导，却在原始的债权遗赠中，基于遗嘱通常具备之目的意义，例外地不被认定为遗嘱相反行为，而在后续的再代位中，则易被认定为遗嘱相反行为，从而阻却遗赠物上代位推定的适用。

六、结语

特定遗赠标的物因毁损、灭失、受清偿等法律事实而不存在时，受遗赠人能否对代位物继续主张遗赠，应抛开合同给付不能时是否对“债务人可归责事由”进行区分的争论，因为在遗赠这种身份财产复合型法律关系中，遗嘱人的遗产处分自由难谓“可归责”。应根据导致遗赠标的物不存在的原因事实，并结合遗嘱人的“自愿”意思进行判断。如果导致标的物发生变化者为客观且非可归因于遗嘱人自愿行为的法律事实，在法律解释上肯定遗赠的物上代位性，将能便捷地解决受遗赠人能否对代位物主张遗赠这一争议。当导致遗赠标的物发生变化者是基于遗嘱人自愿行为，且此行为被认定为相反行为时，则会发生遗嘱撤回的效果，从而推翻遗赠物上代位的“推定”效力。不过，此种原因事实类型化的矩阵划分未必能网罗纷繁复杂的现实遗赠情形，某些法律事实本就居于遗赠物上代位推定情形与遗嘱相反行为的暧昧边界处，譬如在以债权为遗赠时，遗嘱人生前主动向债务人行使债权而使遗赠受清偿之情形，在不同国家的立法上就出现截然不同的定性。由于遗嘱人生前并未对清偿物做出是否再为遗赠的表示，此时只能借助遗嘱解释来探究遗嘱人“沉默”的法律效果。不过，由于遗嘱解释本身具有较大不确定性，此时应结合案件本身进行全面、严密的分析，甚至有时为了避免真意探究的恣意性，可通过遗嘱解释的客观化，即强调“通常情况”下，一般可推知的遗嘱人内心真意来达

致争议解决之目的。也无须担心此一路径会解消本文为解决争议而构架的遗赠物上代位推定与遗嘱相反行为的区别适用图谱，因为遗嘱解释主要是作为一种补充辅助手段，在对不易定性的模糊法律事实进行界定时发挥效能。

文章作者：陈霖
责任编辑：李贝
平台编辑：牛俪静
联系方式：lawreview@sjtu.edu.cn

刘耀东：公序良俗在情人遗赠纠纷中的适用

原创：2024-01-23　交大法学　刘耀东
https://mp.weixin.qq.com/s/d9ttUUqLFXEnfSmb6swISg

本文原载于《交大法学》2024 年第 1 期。刘耀东，辽宁师范大学法学院副教授、法学博士。为编辑便宜，原文引注已略去，如需了解更多，您可点击阅读原文。若欲转载，请联系《交大法学》微信公众号（SJTUJDFX）。

目次

一、问题的提出
二、私法视角下情人遗赠效力的认定
三、基本权利冲突视角下情人遗赠效力的认定
四、结论

摘要：

遗赠是否违背公序良俗应以遗赠本身为审查对象，而不能以遗赠以外之事实为断。同时，情人遗赠行为是否违背公序良俗，尤应考察当事人一方遗赠的动机是否是将性奉献与经济上的对待给付联结起来，抑或是存在其他更值得尊重的动机。但在私法视角下，情人遗赠的效力，总是呈现出完全有效或完全无效的形态。而在基本权利冲突与权衡的视角下，各基本权利相互较量各自在具体个案中的分量，此种权衡和较量之结果体现在法律行为效力上，即既非完全有效亦非完全无效，而是在两者间存在多种可能性，因而更能适应个案中的具体情况，也更具灵活性。

关键词：
公序良俗　遗赠　基本权利　遗嘱自由

一、问题的提出

遗嘱自由原则是当今世界各主要法系继承法的一项基本原则，但由于遗嘱自由的任意性较大，故其在任何国家或地区均受到一定程度的限制。纵观各国或地区立法，对于遗嘱自由的限制是多方面的，有赋予遗嘱人之近亲属以“特留份”“必留份”“必继份”等，也有规定不得剥夺“缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的必要遗产份额”，还有民法总则编中的“不得违背公序良俗”等。尽管世界各国对于遗嘱自由所采取的限制和做法不同，但其共同之处即在于：不论

在何时何地，只要遗嘱的内容违反法律或公序良俗，该遗嘱都要被认定为无效。2001 年被誉为我国公序良俗第一案的“泸州二奶案”便涉及法律行为（遗嘱）是否因背俗而无效的认定与判断。该案判决公布后立即引发了社会的广泛关注以及学术界的热议。随着我国民法学界对于公序良俗原则研究的不断深入，大多数学者均对该案之判决结果持否定态度。虽然公序良俗作为一个法律概念已为《民法典》明文规定，且分别以基本原则和作为概括条款的具体规则的形式呈现，但对于公序良俗的内涵仍存在争议，其司法适用也仍存在各种乱象。继“泸州二奶案”之后，2019 年的“深圳保姆案”再次将公序良俗原则在情人遗赠中的适用问题推到聚光灯下，引发社会各界热议。

该案终审裁判与“泸州二奶案”如出一辙，法院基于遗赠人与受遗赠人之间存在同居行为之事实而想当然地直接适用公序良俗一般条款认定案涉遗嘱全部、绝对无效。但值得一提的是，本案一审裁判认为虽然遗赠人与受遗赠人之间的同居行为有违公序良俗，但并不足以依此认定案涉遗嘱亦违背公序良俗而当然无效。实际上，此类案件背后涉及遗嘱人的意思自治、遗嘱自由（自由权）与合法婚姻当事人的法定继承权之间的冲突与价值权衡难题，这就需要法院在尊重遗嘱人的遗嘱自由和保护合法婚姻家庭之间进行选择与权衡。在诸如情人遗赠等类似案件中适用公序良俗一般条款时，应当从超出现行法规范之上的法律价值体系中去理解，这种法律价值体系尤其存在于宪法基本权利价值体系中。换言之，在适用公序良俗一般条款认定民事法律行为无效时，自超出现行法规范之上的更高法律价值体系观之，涉及对私法自治（行为自由）这一宪法基本权利的限制。而根据宪法基本权利冲突理论，限制某一基本权利必须基于保护另一基本权利抑或基于纯粹地维护社会公共利益。亦即，在适用公序良俗一般条款认定遗嘱效力时，可将公序良俗反向还原为个人遗嘱自由（行为自由权）与继承人继承权或合法婚姻家庭保护两种宪法基本权利之间的冲突，进而通过比例原则、利益衡量得出裁判结论。故本文将从私法上法律行为是否违背公序良俗本身的认定与判断以及公序良俗反向回归宪法基本权利价值体系的二元视角，重新审视情人遗赠案的裁判逻辑，以期对公序良俗一般条款的司法适用有所裨益。

二、私法视角下情人遗赠效力的认定

遗嘱人基于遗嘱自由原则可任意处分其遗产。原则上，只要遗嘱人自认为合理，即可通过遗嘱任意处分其财产，即使其处理结果在客观上看起来不那么公平合理。但《民法典》第 153 条第 2 款规定的“违背公序良俗的民事法律行为无效”，自应适用于继承编，特别是作为单方法律行为之遗嘱。因此，遗嘱内容不得违背公序良俗，否则无效。司法实践中，多数裁判均基于遗赠人与受遗赠人之间存在不正当关系或同居事实而直接认定遗赠无效。如有法院认为，遗嘱人于夫妻关系存续期间，与受遗赠人长期保持不正当关系，有违夫妻忠实义务。遗嘱人基于此种关系订立遗嘱将财产给予受遗赠人的行为，既违反了法律规定的夫妻忠实义务，也违背了基本的社会道德规范，该民事法律行为因违反公序良俗应属无效。遗赠人于婚姻关系存续期间与受遗赠人发生婚外情并同居生活，对婚姻不忠行为不仅破坏了合法婚姻、伤害了家庭，而且违背了社会基本价值取向及道德观念，自社会公众认知及接受角度应给予否定性评价。遗赠人通过遗赠方式将房产份额赠与婚外第三者，虽表达形式体现了个人意愿及意思自治，但个人处分权的行使应建立在社会公共秩序与善良风俗的框架内，行权的合法性判断应以法律规定及公序良俗作为共同标准。基于婚外同居关系意于做出补偿进而确立的遗赠协议，违反了社会基本道德观念，亦违反了社会公德和社会公共利益，应属无效。

（一）遗赠是否违背公序良俗应以遗嘱本身为评价对象

实际上，在判断遗嘱内容是否违背公序良俗时，应依遗嘱这一法律行为本身是否存在背俗之情事，而不能以遗嘱以外的生活事实是否背俗为断。这在司法实践中涉及“情人遗赠案”之纠纷时尤为重要。如有学者认为：“在判断法律行为是否违反善良风俗时，人们倘使不以法律行为为准而是以行为人是否具有道德上的可责性作为判断的基础，是十分危险的。如果人们仅考虑行为人道德上的可指责性，则法官的判决将沦为对当事人道德情操的判断。然而，法官的使命却不在于判断当事人的道德情操。”德国联邦最高法院在一则“情人遗嘱案（被继承人在剥夺其妻子继承权的情况下立他的情妇为单独继承人）”中即指出：“在民法典第 138 条的框架下，关键的问题并不在于对某一个人的行为进行评判，并对某种不道德的行为进行制裁，而仅仅在于判断某项法律行为本身是否违反了善良风俗……”由于是否违反善良风俗的判断涉及的对象是法律行为本身，因此，即使当事人的行为是应该受到指责的，但其从事的法律行为却可能是有效的。换言之，违反善良风俗针对的是法律行为的无效，而不是法律行为之外的日常生活事实行为，故日常生活事实行为背俗并不影响法律行为的效力，只要法律行为本身不违反善良风俗，其效力就不应该被否定。此亦为德国及我国台湾地区实务所接受，如我国台湾地区“最高司法审判机关”1994 年台上字第 1530 号判决认为：“民法”第 72 条所谓法律行为有悖于公序良俗无效，乃指法律行为本身违反国家社会一般利益及道德观念而言。而法律行为是否违反公序良俗，则应就法律行为的内容以及当事人的动机、目的及其他相关因素综合判断。

或许是受上述德国学说及司法判例影响，我国司法实践中也不乏持此观点的裁判出现，如在“崔某等与张某法定继承纠纷上诉案”中，上诉人（遗嘱人之子女）主张被上诉人（遗嘱人之保姆即受遗赠人）与遗嘱人系非法同居关系，案涉遗嘱的内容和目的违反法律规定和公序良俗，属于无效民事法律行为。对此，法院认为案涉遗嘱系遗嘱人生前处分其财产的意思表示，遗嘱本身对于财产的处分并未违反法律规定及公序良俗。

（二）遗赠是否违背公序良俗应注重审查遗赠人的动机

通常而言，动机潜藏于行为人内心，不易为他人察知，故原则上不影响法律行为之效力，纵使动机不法或违背公序良俗。但诚如学者所言：“虽然不能以法官检查当事人的行为是否违反善良风俗的方式来考量当事人的动机，但是，在具体案例中，却确实不能忽略当事人思想观念（Gesinnung）之可责性，这是因为，只有当人们考虑主观因素时，才能恰当理解法律行为的内容。”因为，如果全然不考虑行为人之主观动机，则在动机违背公序良俗的情况下，法律行为依然有效。如此，不但令行为人违背公序良俗之意图得以实现，而且也使得法院沦为执行行为人背俗意图的工具。故在判断情人遗赠是否违背公序良俗时，重要的是，应从法律行为的内容、动机和目的中得出的整体特征来判断法律行为是否与法律和风俗中的基本价值不符。因此，倘若被继承人的动机完全是为了奖励受益人委身于自己或为继续维持这种性关系，该处分就会被视为违反善良风俗。对此，德国联邦最高法院确立了如下规则：如果情人获得财产给予只是因为要对其“性”的奉献给予酬报或者只是为了继续维持性关系的话，即可从动机上推定为违反善良风俗。“也就是说，谴责的关键不在于婚外（伴侣）关系本身，而在于把性奉献与经济上的对待给付联结在一起。……据此，对于那些所谓‘情妇遗嘱’应当加以考察，看一个男人把其情妇确定为继承人是否仅仅是或主要是因为想对其在性交往上的‘奉献意愿’给

予酬报或奖励，抑或是否‘对他来说首先或起决定作用的除了这些关系之外还有其他的、值得尊重的动机’。”如联邦最高法院在上述“情人遗嘱案”中即指出：“如果被继承人立其情妇为继承人‘旨在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继续’，那么这种行为通常被认为是违反善良风俗的。相反，如果被继承人具有其他动机，即如旨在给其情妇提供生活保障，则这种行为通常就是有效的。”但现今司法判例也不再推定性关系是行为人给予对方财产的主导性原因。而由于财产给予人的真实动机往往是无法证明的，因此在今天，几乎所有的财产给予行为，不论其动机是否与性有关，都属有效。遗嘱是否违背公序良俗，应审查的对象已非遗嘱内容本身，而是订立遗嘱的动机，应避免过度道德化；当且仅当遗嘱具有让受益人维持不正当性关系等目的时，始应否认其效力。

在日本最高裁判所判决的一则案例中，在遗嘱人死亡之前的七年时间里，其与第三者以半同居的方式保持着不伦关系，并且该不伦关系早已为家属所知。而遗嘱人生前与其妻子之间的夫妻关系早已名存实亡，而各自生活。在遗嘱订立前后，遗嘱人与第三者之间的亲密度并没有发生特别的增减。本案遗嘱是遗嘱人死亡前一年零两个月制作完成，遗嘱将全部遗产分成三份，分别遗赠给遗嘱人的妻子、已出嫁的女儿和该第三者。最终，最高裁判所认为，本案遗嘱的目的并非是为了继续维持不伦关系，而是专门为了保全依赖遗嘱人生计的第三者的生活。同时，遗嘱内容并未威胁到继承人的生活基础。故不能认为本案遗嘱违反日本《民法》第 90 条规定而无效。

基于上述观点重新审视“深圳保姆案”中的遗嘱是否有违公序良俗，诚值怀疑！刘某与杨某虽长期婚外同居，但系日常生活事实行为，纵使该行为具有道德上的可苛责性，系违反了婚姻法上“禁止有配偶者与他人同居”之规定，但也仅仅是同居这一生活事实行为有违公序良俗，并不意味着遗嘱（法律行为）违背公序良俗。遗嘱是否违背公序良俗原则而无效，应就遗嘱本身的内容进行审查。而就本案遗嘱内容而言，遗赠人刘某作为完全民事行为能力人且意思表示真实。如上所述，在判断法律行为是否有违公序良俗时，除应依法律行为本身是否存在背俗之情事为断，尚需审查遗赠人之动机，以确定遗嘱是否违反善良风俗。本案遗赠人刘某分别在先后两份遗嘱书中均明确表达了其对杨某遗赠财产之目的是“为报答杨某十几年对自己的关心和照顾，为解杨某的后顾之忧”。此种为报答、酬谢“第三者”对其生活上的关心照料以及为免除其后顾之忧而提供生活保障之遗赠动机并不违背公序良俗，且值得尊重。

三、基本权利冲突视角下情人遗赠效力的认定

宪法中的基本权利条款确立了客观价值秩序，该价值体系作为宪法上的基本决定适用于法的所有领域，当然也影响民事法律；民事法律的任何规定都不得与这一价值体系产生矛盾。作为宪法学界通说的基本权利间接第三人效力的理由即在于，基本权利并不单单是个人针对国家的防御权，而是构成一种客观价值秩序。这种价值秩序作为宪法的基本决定，适用于所有的法律领域，同样也适用于私法。因此，所有的民事法律规定必须按照宪法的精神予以解释。基本权利的目的不是一味地尽可能减少对基本权的干预，而是作为基础性决定来均衡具有同等地位的自由。一个人的自由必须和另一个人的自由协调一致。在私法中，基本权利得以“一般条款”为媒介影响审判，一般条款进而也就成为基本权利进入民事法律的“入侵通道”。私法中的诚实信用原则不论如何展开，依然只是私法内部法释义学的具体化、精细化，其所有的推理仍可回归私法的原点即意思自治。而公序良俗一般条款或法律、法规的强制性规定对民事法律行为效力的影响则全然不同，二者作为公法与私法之间的管道或桥梁，则旨在

调和意思自治原则与其他法律原则间之冲突，而处理原则间冲突之方法与纯粹私法内以意思自治为圭臬的方法判然有别。

（一）基本权利导入民法作为民事法律行为效力的判断基准

依照基本权利间接适用说，因民事审判权属于国家行为，故受制于基本权利规范。进而，民事法官须基于保护或实现基本权利之理念，认定民事法律行为的效力。但也有学者指出，民事审判权受制于基本权利并非是因为审判权是权力行为、其本身受制于基本权利的国家活动。法官受制于基本权利并不是因为他做出判决、行使公权力。法官只是在“作为判决基准的规范要求法官在审判时要考虑基本权利”这一限度内受制于基本权利。应以审判行为在法律确定的内容上如何受制于基本权利规范为基准，而不是以审判行为本身为基准做出判断。“法官应当审查应适用的实体民法规定是否以一般条款为媒介的间接适用受基本权利的影响。这是宪法要求的。这体现了民事法官受制于基本权利的趣旨。”人们适用私法规定解决私法上的纠纷。即便在法院限制基本权利意义上得到保障的私人地位……并在解释一般条款时引用基本权利进行论证，法院适用的依然是私法。换言之，我们无法事先判断民事审判权是否受制于基本权利，而应根据个案和具体适用的私法规定进行判断。基本权的权利内涵作为客观规范在私法中发挥作用，主要是通过这个法域内直接占统治地位的法律规定。而受基本权价值标准影响的私法规范，即包含强制法构成广义上的公共秩序的一部分，亦即出于公益对于个人之间法律关系的构建产生约束力的、私人意思被剥夺的原则。除此之外，就是概括条款即借助民法以外的，甚至是法律之外的标准如“善良风俗”判断人的行为。基本权的价值秩序具有特殊意义，其对私法关系的作用是间接的，该间接效力通过一般条款辐射到民法之上进而对私法关系产生影响。因此，概括条款很准确地被描述为基本权利在民法的“渗入点”。更加正确的观点应是，以基本权禁止侵犯和要求保护的基本功能作为立足点，法官在对“善良风俗”的概念进行具体化时亦应顾及此两项功能。

因此，基于基本权利理论的视角，民事裁判者就民事法律行为的效力进行判断，尤其是借助于公序良俗概括条款认定民事法律行为效力时，必须结合具体个案和具体适用的民事法律规范，引入基本权利理论作为考量因素，进行广义的、跨法域的体系解释。

同时，应予注意的是，并非所有的基本权利均可作用于私法关系。实际上，诸如选举权、被选举权、诉讼权等政治权利和程序性基本权利是不可能适用于私法关系的。这些基本权利主要以国家为义务对象，是个人从国家获取利益或要求国家为或不为一定行为的基本权利。反之，诸如言论自由、人身自由等自由权、平等权以及与民事权利内涵相同的人格权、财产权和继承权等基本权利均可适用于私法领域。不论是人格权还是财产权抑或是继承权，都是先经由民法发展逐渐成熟后由于特定的社会发展原因上升为基本权利并丰富了基本权利清单。在解释适用时，如果这些权利受到公权力的侵害，无疑应适用基本权利的解释方法，借助基本权利的防御功能对抗国家权力；而如果仅仅是私人之间的民事纠纷，且私法上已经提供了足够的规范，自无引用宪法基本权利条款之必要性。换言之，只有当这些可适用于私法领域的基本权利受到侵害、限制或为维护公共利益而有限制之必要且私法上并未提供具体规范而欲借助概括条款裁判时，始可引入基本权利理论以否定或部分否定民事法律行为之效力。

（二）基本权利冲突理论在私法中的投射

私人生活以自治（自我决定）为圭臬，法不禁止即自由；有序市民社会的形成依赖于积极的民事法律行为，而法律行为的核心要义即在于践行

意思自治——契约自由。契约自由与言论自由、人身自由及信仰自由均为宪法自由权的题中之义。宪法虽未规定契约自由为基本权利，但理论与实践均将其作为基本权利进行保护。“将公序良俗具体化，固应考虑基本权利之评价，然亦不可或忘，基本权利中之人格权的自由形成，给予法律行为之形成自由，也被‘宪法’所承认。”如在德国法中，合同自由是《德国基本法》第 2 条第 1 款规定的一般行为自由的表现形式。合同自由的目标是建立个人在法律生活中自主决定的私人自治，其中首要包括原则上依照个人意愿缔结合同的权利。当事人之间签订的合同本身就是当事人行使国家应予尊重的自由之结果。合同当事人为基本权利主体，这一事实即强调了契约自由这一基本权利。人们依照自我意志建构法律关系属于一般行为自由，宪法保障个人自律，并将其作为法律生活中的个人的自我决定。即便是在合同之外的领域中，也要面对两个私法主体相互对峙，而这两个私法主体都能够援引基本权利这一无法忽略的事实。民法规定必须与基本权利表达出来的原则保持一致，这主要适用于包含了强制规范、限制私法自治的私法规定。私法自治基于自我决定的原则，也就是以自由自主决定条件确实存在为前提。如果合同一方过于强势，能够事实上单方面决定合同条件，那么对于另一方来说就不能视为自我决定。在双方不存在势力均衡的情况下，利用合同法工具就很难实现利益的公正均衡。如果在这种情形下存在基本权利保护的地位，那么国家规定必须充分干预，来提供基本权利保护。即使立法者没有为特定生活领域或者为特定合同形式出台强制合同法规范，也并不意味着就对合同实践放任自流。相反，民法概括性条款作为过度禁止进行干预，具体化和适用这些概括性条款时，要注意基本权。如果基本权利已经为具体法律规范所保护，则适用该具体法律规范即保护基本权利；如果基本权利尚未被具体强制性规范所保护，则这些基本权利就属于形式上游离于法律之外的道德，需要透过民法中的公序良俗条款将其导入民法而得到民法的保护，从而实现国家的基本权利保护义务。对于后者而言，侵害基本权利的民事法律行为之所以无效是因为其触犯了法律行为背俗无效的规则。

民法中的不确定法律概念和概括条款构成了基本权利不可缺失的“引入大门”，而且还不限于此。以《德国民法典》第 138 条第 1 款规定的“善良风俗”概念为例。何种情形视为违反善良风俗，从而使得法律行为无效？对该问题的回答要考虑基本权利的标准。两个同等强度的双方通过自由协商一致形成的合同规定，通常没有宪法疑问。相反，当双方有明显的权力差别、存在依赖关系时，例如在劳动法或租赁法上，则要特别注意基本权的意义。在这种情形下要以基本权判断标准对所谓的“自由协商的协议”进行审查。基本权利具有防御性，国家不得擅自侵害契约自由；同时，国家又负有保护基本权利之义务，故当公民的基本权利遭受法律行为（契约自由）的侵害时，国家应跨过契约自由来保护被侵害的基本权利。如此，对于侵害基本权利之民事法律行为的效力判断实际上变成了两类基本权利之间的冲突与权衡。民事法官成为基本权利冲突的裁判者，其必须在个案中就此基本权利冲突做出判断；对一种基本权利的保护就是对另一种基本权利的限制。就情人遗赠的效力而言，即涉及遗赠人的遗嘱自由与法定继承人（配偶、子女等）的继承权这两项基本权利之间的冲突。此时，民事法官作为公权力行使的代表又应遵循比例原则在对一方当事人的基本权利进行限制的基础上进行裁判。基于比例原则的要求，民事法官不得动辄以法律行为侵害基本权利为由而否定其效力，而应遵循妥当性、必要性和损益相称性做出综合判断。

根据宪法基本权利冲突理论，限制某一私法主体的基本权利必须存在法律上的正当理由，该正当理由要么是出于维护另一基本权利，要么是出于维护公共利益的要求。前者即“真正的基本

权利冲突”，系同为基本权利主体的私人侵害其他私人的基本权利法益，相互冲突的均为基本权利。在此情形下，对一方私法主体基本权利的限制即构成对另一方私法主体基本权利的保护。对于请求保护者（受害人）而言，国家保护义务的履行意味着对其基本权利法益的保护，但对于其他私人（侵权人）而言，它却表现为一种自由的限制。如生命健康保护与业主的营业自由、人格权保护与表达自由等。山本敬三教授正是从宪法基本权的视角提出对公序良俗的重构，认为日本《民法》第 90 条关于公序良俗之规定，是限制契约自由、私域自治的规定，但私域自治、契约自由归根结底是可以追溯到日本《宪法》第 13 条的基本自由，不允许国家随意地侵害此种基本权利。因此，就要求对公序良俗内容的解释不得构成对私域自治、契约自由的不当介入。而使这种对私域自治、契约自由的介入得以正当化的理由，可以有两条：一为对基本权利的保护，即国家负有保护个人的基本权利不受他人侵害的义务。为履行该保护义务，对加害人一方的基本权利（即契约自由）的制约便可得以正当化。二为对基本权利的支援，即即便个人的基本权利并未遭受侵害，为使其基本权利能够更好地实现而采取各种措施。对此，法官能够做的仅限于以法令为线索，为所采用的政策的更好实现提供帮助。而处理真正的基本权利冲突，司法机关应遵循比例原则和禁止保护不足原则之要求。后者被称为“基本权利的公益限制”，即私法主体的基本权利（行为自由）与社会公共利益之间产生冲突，为维护或实现公共利益而对私主体的法律行为自由予以限制。因此，民事法律行为违背公序良俗而无效，在宪法基本权利冲突的视角下可表述为民事主体在私法领域内之行为自由因保护他方当事人的基本权利或为维护公共利益而受到限制所产生的私法效果。而情人遗赠是否违背公序良俗而无效，显然属于真正的基本权利冲突，而与公共利益的维护无涉。

（三）公序良俗反向还原宪法基本权保护

公序良俗原则的核心功能在于发挥转介作用，即将民法之外的规范引入民法之中。公序良俗原则犹如一根双头虹管，一头插入法律价值层面，一头插入社会伦理层面，使《民法典》可以不断吸收这两个层面的营养，从而在不修改《民法典》的情况下实质性地更新自己的规则。而公序良俗中插入法律价值层面的则是其中的“公共秩序”，插入社会伦理层面的则是“善良风俗”。换言之，公共秩序是现行法（法律、行政法规）中强制性规范所构建的法秩序的补充，将法律、行政法规之外的强制性规定引入民法以作为判定民事法律行为效力的依据，故强制法构成广义上的公共秩序的一部分；而善良风俗则是法律之外的标准，即社会一般道德或社会最低伦理标准。确切地说，私人能够侵害的并不是基本权利，而是存在于其背后的基本权利法益。法院本应当考量一方当事人的基本权利法益，如果法院并没有这么做，忽略掉其他当事人对该当事人基本权利的侵害，其结果是判决将造成对该当事人基本权利法益的侵害（如判决情人遗赠违背公序良俗而绝对无效即完全排除遗赠人的遗嘱自由，侵害了遗赠人的基本权利——笔者注）。在这种情形下，法官不能忽略相关私人的侵害，而应当把关联私法规定解释成符合宪法上基本权利保障的趣旨。

同时，公序良俗原则与公序良俗概括条款也使得比例原则得以适用于私法之中。比例原则作为利益冲突的权衡工具，其在私法中是以方法规范的形式得以普遍适用，作为方法规范的比例原则，其运用全凭权衡命令。而权衡命令多以默示形式内含于概括条款、价值概念及成文化的基本原则，如《民法典》中所规定的公序良俗原则与公序良俗概括条款。以下将通过基本权利冲突的权衡对情人遗赠的法律效力进行探讨。

1. 遗赠人之遗嘱自由与配偶继承权的权衡

情人遗赠案涉及《民法典》继承编规则与总则编公序良俗原则（具体而言为公序良俗概括条款）之间的冲突。如上所述，在适用公序良俗原则限制甚至剥夺法律行为自由或者对公序良俗进行价值填充时，要注意基本权利。或言之，何种情形下构成违反公序良俗，从而使得民事法律行为无效，对这些问题的回答要考虑基本权利标准。故对于二者之间的冲突可以反向还原为遗赠人遗嘱自由权与配偶继承权这两项基本权利之间的冲突。对于基本权利之间冲突的权衡，我们不妨借鉴阿列克西的原则碰撞理论和权衡法则，即法院应根据案件的具体情况，确定相冲突的原则之一相对于另一个原则的条件式优先关系。在某些条件下，基本权利有着更重的分量，因而具有优先性；而在其他条件下，情形则可能恰恰相反。“基本权利的优先性暗示了它的法效果具有强制性。满足优先条件就会产生优先原则的法效果。”即在某些条件下某一基本权利优先于另一基本权利，这些条件事实上就有效地构成了一项规则，该规则赋予具有优先性的基本权利以法效果。同时，根据碰撞法则，同一体系的基本权利之间的优先关系不是绝对不变的，而是相对的或有条件的。换言之，基本权利之间的优先关系取决于具体个案中的影响条件或因素。而基本权利之间的权衡蕴含着比例原则，比例原则中的适切性和必要性这两个子原则不涉及权衡，而是对基本权利侵害的避免，涉及帕累托最优。相反，狭义上的比例原则涉及的是法律上可能性的最佳化，这是一个权衡的领域。权衡法则的核心被阿列克西概括为：一个基本权利的不满足程度或受损害程度越高，另一基本权利被满足的重要性就必须越大。根据权衡法则，权衡分为三步：第一步是确认一个基本权利的受损害程度；第二步即确认相对立的基本权利被满足的重要性程度；第三步则是确认相对立的基本权利被满足的重要性能否证成对另一基本权利的损害或不满足。

遗赠人通过遗嘱将其遗产赠与婚外第三者，这是基于遗嘱自由行使私有财产权的体现。这在《民法典》继承编背景下本无可厚非，在不违反法律、行政法规强制性规定等例外情形下，遗嘱人本就可以通过遗嘱任意排除法定继承人的继承权，此时对遗嘱人行为自由的保护优先于继承人之继承权。但在遗嘱人将遗产遗赠给与其存在不正当关系的第三者之情形下，便涉及遗赠可能存在违背公序良俗之情事，此时遗嘱人之遗嘱自由便应当受到一定程度的限制，而对遗嘱人遗嘱自由的限制程度则与遗嘱违背公序良俗的程度或对配偶继承权的损害程度成比例。首先，根据适切性原则，对基本权利的限制必须有助于达成意欲实现的目的。对遗嘱人遗嘱自由的限制无疑有助于实现对配偶继承权和合法婚姻家庭保护的目的。因此，限制遗嘱人的遗嘱自由即以违背公序良俗为由认定遗嘱无效可以通过适切性的审查。其次，必要性原则要求当存在多个可达成目的的手段或方式时，应当选择对基本权损害（副作用）最小的手段，即禁止“用大炮打麻雀”。很显然，认定情人遗赠违背公序良俗而绝对无效并非对遗嘱自由损害最小的手段。在具体个案中，对于合法婚姻家庭利益以及配偶继承权的保护并不一定要求完全限制遗嘱人之遗嘱自由或彻底否定遗嘱的效力。有时在保证配偶法定继承份额的限度内部分否定遗赠效力即可实现对配偶合法权益的保护。换言之，配偶的法定应继份发挥着“调节器”的作用：当配偶有过错时，可根据其过错程度相应地酌减其继承份额；反之，当配偶无过错时，令遗赠在其继承份额之范围内部分无效。故完全剥夺或限制遗嘱人的遗嘱自由即令遗嘱完全无效，无疑对配偶继承权益有保护过度之嫌。同时，法律行为除绝对无效之外，尚存在部分无效、效力待定、相对无效等亦可同样实现该保护目的的手段。显然，令遗赠绝对无效无法通过必要性原则的审查。最后，根据均衡性原则要求，对基本权利的限制应与其所要达成的目的成比例。具体而言，对遗赠

人遗嘱自由的限制应与配偶继承权以及合法婚姻家庭的保护目的成比例。阿列克西所言的权衡法则恰恰体现在狭义的比例原则当中，因为这里涉及的是法律上可能性的最佳化。法律行为是否违背公序良俗本身是一个权衡的过程，其判断的核心并非具体个案中涉及伦理价值秩序与否，而是该伦理因素于个案中的比重能否胜过或超过对方。即个案中伦理因素的比重能否胜过或超过维持法律行为的效力即维持行为自由或意思自决所占的比重。具体而言，对于维护婚姻家庭与配偶法定继承权的比重能否超过对遗赠人遗嘱自由的保护，法官应进行学者所谓的“超过论证”，或于两者之间构建“优位关系”。

2. 权衡的法律效果选择

根据阿列克西的权衡法则，对一个基本权利侵害程度越高，另一个基本权利被满足的重要性就要越大，否则便不符合比例原则，因而也不可能是法律上的最优。情人遗赠违背公序良俗完全无效无疑是对遗嘱人遗嘱自由最严重的侵害，这就需要配偶继承权和合法婚姻家庭受保护的重要性程度越高。而如前所述，在多数情人遗赠纠纷案中，配偶继承权较之遗嘱自由需被保护的重要性程度并不具有明显优先性。而两相冲突的基本权利权衡的结果于私法上的反映即在遗赠完全无效（遗嘱自由限制最重）和完全有效（遗嘱自由不受限制）之间，尚存在其他选项，如部分无效、效力待定、相对无效等以柔化绝对无效的结果。理论上也有学者持同样见解：在对婚外第三者给予最大程度保护（即认定遗赠全部有效）与不给予婚外第三者任何保护（即认定遗赠绝对无效）两个极端之间尚有给予其不同程度保护的其他选项，即并非“一刀切式”的全有或全无，而是根据个案具体情况的部分无效。故配偶依然可主张一定的继承份额，但该继承份额不能完全剥夺遗嘱人的遗嘱自由。同样，婚外第三者亦可基于部分有效的遗嘱而主张受遗赠权取得部分财产。司法实践中也有裁判认为，遗赠人将遗产遗赠给与其有同居关系之第三者的行为虽系其真实意思表示，但内容和目的违反了法律规定和公序良俗，损害了社会公德，破坏了公共秩序，应属无效民事法律行为。同时，法院基于第三者在遗赠人晚年对其进行了护理和照顾的事实，依据《继承法》有关规定，判决其与其他继承人平均分配遗赠人的遗产。该判决虽然认定遗赠无效，但在某种程度上兼顾了法定继承人之继承权与受遗赠人的受遗赠权。

四、结论

基于《民法典》第 153 条第 2 款的公序良俗概括条款认定情人遗赠的效力时，由于公序良俗概括条款属于具体规则，而规则的适用则是以完全有效或完全无效的方式。如果规则是有效的，就必须接受该规则所提供的解决办法，即规则是确定性的命令。就情人遗赠纠纷而言，如果认定遗嘱违背公序良俗则遗赠绝对无效；反之，如果认定遗嘱不违背公序良俗则遗赠完全有效，亦即规则是以全有或全无的方式适用，在完全有效和完全无效之外不存在第三种效力形态或中间状态。而在宪法基本权利冲突与权衡的视角下，各基本权利需要较量它们在具体个案中的分量，并以此决定最终的适用。基本权利之间的权衡无法像规则的适用一样“全有或全无”地确定适用。权衡是法律上可能性的最佳化，即意味着相冲突的基本权利在个案中都要求在可能的范围内得到最大的实现和满足；权衡的目的也正是使处于紧张状态的各基本权利在个案中获得一种理想的平衡，最终达到整体的最佳化。这就意味着相互冲突的基本权利都可能在一定程度上得以实现或部分地被满足。这种相冲突的基本权利权衡之结果在私法上体现为对遗嘱效力的影响，使遗嘱既非完全有效亦非完全无效，而是在完全有效与完全无效之间存在多种可能性，即存在多种中间效力状态。因此，基于宪法基本权利冲突与权衡的视角，情人遗赠纠纷的裁判结果较之于单纯私法视野中的

公序良俗概括条款的适用结果存在更多的可能性，因而也更能适应个案中的具体情形，更具灵活性，但也因此增加了司法者的论证说理负担。

文章作者：刘耀东

责任编辑：陈韵希
平台编辑：徐崇凯
联系方式：lawreview@sjtu.edu.cn

孙维飞：遗赠、婚外同居与公序良俗

原创：2024-01-19　交大法学　孙维飞
https://mp.weixin.qq.com/s/LOEApLvjrb0tVy-CPsB6gw

本文原载于《交大法学》2024 年第 1 期。孙维飞，华东政法大学法律学院副教授、法学博士。为编辑便宜，原文引注已略去，如需了解更多，您可点击阅读原文。若欲转载，请联系《交大法学》微信公众号（SJTUJDFX）。

目次

一、问题的提出
二、未规定特留份——有利或不利的论据？
三、继承——不劳而获？
四、赠与、遗赠与夫妻财产关系
五、总括的分析与结论

摘要：

《民法典》继承制度延续了《继承法》，最终并未采纳特留份制度。自比较法角度看，《民法典》继承制度的重要特色在于注重扶养或需要，避免不加限制的“不劳而获”。在向婚外同居者遗赠情形中，生存配偶非基于扶养或需要而主张违反遗嘱意思的继承，不符合我国继承制度缓解“不劳而获”思想的特点，可不予支持。向婚外同居者遗赠的法律行为，若不涉及金钱和婚外同居的交换——如与婚外同居者订立遗赠扶养协议，则不应以违反公序良俗为由认定其无效。婚外同居者违反夫妻忠实义务可在夫妻关系的法律规定中寻求解决之道。

关键词：

遗赠　婚外同居　公序良俗

一、问题的提出

二十多年前轰动一时的泸州遗赠案，法院判决将身后财产遗赠给婚外同居者的遗嘱因违反公序良俗（或社会公共利益）而无效，引发多方争议。诸多争议，如《民法通则》《婚姻法》和《继承法》的关系如何，公序良俗原则与具体规则的关系如何，其实与该案解决无甚关联。民事法律行为若违背公序良俗（或社会公共利益）则无效，乃法条明文规定，亦是对法律行为内容管制的基本要求，在不否认法条效力的前提下，并无争论余地。《民法典》颁布后，应如何处理类似遗赠案，如何于此类案型中适用第 153 条第 2 款，是本文关注的主题。本文采用的主要方法是“寻找立法者在既有法律框架内确立的关于婚姻、情感、家庭责任等的价值判断”，分析《民法典》颁布后相关条文的

不变与变，结合比较法，追踪继承制度在立法上所体现的中国特色，并进而对向婚外同居者遗赠的法律行为效力问题给出粗略的回答。考虑到涉及婚姻家庭继承的宪法条文所具有的极度概括性，本文并不企图在宪法相关条文的指引下通过“基于宪法的解释”方法进行分析以给出答案。另外，围绕向婚外同居者遗赠这一法律行为的效力问题，各种解释方法和法理思想都已经在文献中呈现，本文仅希望提供一种分析路径和结论以供评判，并不在意在解释方法和法理思想上的深入论证。

婚外同居严重违背夫妻忠实义务，应属于违背公序良俗的行为，此点似乎未见争论，亦作为本文的前提。由于婚外同居为事实行为，而向婚外同居者遗赠为法律行为，且该法律行为的内容并不包含请求或允诺婚外同居的“权利”或“义务”，因此，从概念逻辑上看，不能由婚外同居行为背俗直接推出向婚外同居者遗赠的法律行为背俗。该问题的争论集中在价值观上，其重点为继承制度中遗嘱自由与（夫妻）身份伦理维护等价值考量。继承制度中身份伦理维护在比较法上有特留份制度，本文即从此处说起。

二、未规定特留份——有利或不利的论据？

罗马法上即有“基于伦理感，对于遗嘱自由之限制”的义务分（亦即特留分或特留份）制度。以我国台湾地区“民法典”为例，其第 1187 条规定：“遗嘱人于不违反关于特留分规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产。”依其第 1223 条之规定，得主张特留份权利之人为法定继承人，特留份为法定继承份额的一定比例。此种基于法定继承人的身份即可享有不得被遗嘱剥夺的一定比例遗产分配权利的特留份制度，在有关泸州遗赠案的讨论中多被提及。由此，本文思考的问题是：假如一国立法中并未规定特留份制度，那么针对认定婚外同居者遗赠法律行为背俗无效的结论来说，这种“未规定”的制度事实究竟为不利还是有利的论据？作为有利论据的可能逻辑是：正因为立法上未规定特留份制度，认定婚外同居者遗赠法律行为有效则不能有力地维护夫妻身份伦理，所以，有必要将该种法律行为认定为背俗无效从而加强夫妻身份伦理的维护。作为不利论据的可能逻辑是：正因为立法上未规定特留份制度，可见对夫妻身份伦理的维护在配偶遗产分配上的强制性并不强，所以，从立法价值观上看，将该种法律行为认定为背俗无效的正当性尚不够充分。本文更赞成将其作为不利论据的逻辑，理由是：若采前一种逻辑，其价值观更偏向法外价值观，尽管其是经由“公序良俗”这一管道输入的；而采后一种逻辑，其价值观更偏向法内价值观，是从现行实证法体系得出的价值观。后一种逻辑可更好地防止司法者以自身主观的价值观代替法条所透露出的客观的价值观，从而伤及法治。采后一种逻辑时，并不意味着从未规定特留份这一制度事实立刻就可推出向婚外同居者遗赠法律行为有效，只是意味着主张无效者将承担更重的论证负担，并意味着鼓励司法者积极挖掘现行实证法所透露出的价值观，尽力做到依法而来的更中立的评判。

我国 1985 年实施的《继承法》并未规定特留份制度，直至《民法典》制定，学者多有呼吁继承法修订应加入特留份制度，尤其是前述泸州遗赠案发生后，呼吁声更盛。但是，最终出台的《民法典》并未规定特留份制度，即立法者依然不肯认可仅依身份而强制获得一定遗产份额的权利。由此，中国继承制度的这一特色依然保留着，并未改变。从比较法上看，欧陆民法中大多规定了特留份制度，英美普通法则少有规定。但即使在不涉及特留份时，以美国法为例，其继承法中的推定“不当影响”（undue influence）制度依然有较强的注重身份关系而非实际关系（actual relationship）的特点。在此制度下，一个照顾被继承人的人若并非被继承人近亲属，其被遗嘱指定为受益人时，由于照顾人与被继承人之间的关系相比于近亲属之间的关系是非自然的，其对被继承人的照顾和情感付出会被认为具有对被继承

人施加不当影响的可能性，此种可能性下制作的遗嘱因而被推定为受到不当影响。受到不当影响的遗嘱是可撤销的。由此可见，此种继承制度仍有更注重身份（status），而非需要（need）、功过（desert）或情感（affection）的特点，以至于有学者称其为家模式（the family paradigm）。从比较法上看，不论是特留份制度还是推定不当影响制度都反映了遗产继承在维护身份伦理上的强度。此种强度在中国的继承法中并未有体现。

特留份思想或许反映了伦理或道德的观念，但此种观念在法律上是否得到认可尚须从实证法角度进行考察。与此类似，伦理道德中对婚外同居须进行制裁等观念在实证法中是否以及如何体现也应进行考察。由于公序良俗中的价值观探寻无须仅局限于《民法典》，判断向婚外同居者遗赠的法律行为是否因违反公序良俗而无效时，对包括公法规范在内的实证法整体的考察也都与其相关，上述考察有助于评估法律在维护身份伦理上的强度，也可构成判断该法律行为无效时相对有利或不利的证据。首先，我国法上并无通奸罪。中国传统上一直有对通奸可予刑事处罚的做法，比较法上通奸罪也并不罕见。但是，新中国成立后一段时间，尽管有处罚通奸罪的司法判例，但规定通奸罪的刑法草案并未颁行。1979 年《刑法》颁布后，对通奸罪的处罚彻底不复存在。尽管偶有呼吁增设通奸罪，但历次刑法修正皆未增设。其次，在我国，不同于卖淫嫖娼，针对通奸或婚外同居并未设置治安管理处罚。卖淫嫖娼所抵触的是性伦理，通奸或婚外同居抵触的是夫妻身份伦理。性伦理禁止性与金钱的交换，夫妻身份伦理则要求夫妻履行忠实义务。《治安管理处罚法》（2012 年修正）第 66 条以及早先的《治安管理处罚条例》（1986 年通过，2006 年废止）第 30 条都有针对卖淫嫖娼的治安管理处罚规定，但并无针对通奸或婚外同居的治安管理处罚规定。从上述观察可以看出，与禁止卖淫嫖娼的性伦理维护不同，在维护夫妻身份伦理上并无针对通奸或婚外同居的刑罚或治安管理处罚，仅在婚外同居达到重婚的情形才可能因抵触刑法从而构成犯罪。由此，若一个人违反夫妻身份伦理而与他人通奸或同居且未达到重婚程度时，由于并未发生性和金钱的交换，公法上对其并无处罚后果。而若发生性和金钱的交换，则会引发治安管理处罚的后果。也就是说，比较卖淫嫖娼和婚外同居，从公法角度看，维护身份伦理的强度不如维护性伦理的强度。

上述实证法中身份伦理维护强度的事实体现了实证法的价值判断，应作为处理向婚外同居者遗赠法律行为效力问题的参考。尽管从上述规定中无法推出向婚外同居者遗赠的法律行为有效的结论，但是从上述实证法规定可以看出婚外同居行为在法律上并未受到较“严苛”的待遇，这为主张向婚外同居者遗赠法律行为无效施加了较大的论证负担。从比较法角度，从卖淫嫖娼和婚外同居的比较角度，上述所考察的制度事实对认定向婚外同居者遗赠法律行为无效应构成更不利的论据。

不过，针对向婚外同居者遗赠法律行为效力的问题，尚需更有针对性地考察继承制度的根据及其与身份的关联。

三、继承——不劳而获？

改革开放后，民事领域率先有了《婚姻法》（1980 年通过），继承法的立法却面临着争议，核心即为继承制度的正当性。在社会主义国家，继承制度正当性遇到的问题系继承人继承遗产所具有的“不劳而获”的特性。反对继承制度的人认为：“保护遗产继承权，会给继承人带来寄生思想，它和社会主义按劳分配的原则不符。”也有观点主张为了缓解继承制度中的“不劳而获”特性，应征收遗产税，以增添继承人“生产建设的积极力量”。支持继承制度者则从社会主义继承制度不同于资本主义继承制度的经济基础入手，强调“在私有制社会里，一切形式的继承权，都

是建立在生产资料私有制基础上。而社会主义继承制度的物质基础则是社会主义的生产资料公有制”。强调遗产的来源并非剥削所得，强调在国情还不能使得一切生产资料和生活资料都公有化的社会发展现状下，继承制度是与保护公民个人生产资料和生活资料所有权相伴生的。就此可做进一步的申述，保护公民个人的生产资料和生活资料所有权的一个重要途径即为遗嘱自由。例如，一个人拥有房屋所有权不同于一个人拥有房屋居住权：前者房屋所有权人享有通过遗嘱进行死因处分的权利，若无遗嘱，房屋所有权亦可依据法定继承规则而被继承；而后者居住权因死亡而消灭，不发生继承的问题。由此可见，取消继承权实际上会使得所有的权利都变成因死亡而消灭的权利，从而根本上也就取消了所有权；限制遗嘱自由实质上是对个人财产所有权的限制。

1985 年《继承法》通过并施行，其对扶养和需要而非身份的强调，学者认为具有缓解继承“不劳而获”特性之作用。首先，学者解释强调继承制度中“权利与义务相一致”原则。“只有在继承中贯彻权利与义务相一致的原则，才有利于鼓励人们发扬团结互助的共产主义道德精神，抵制极端个人主义、不劳而获的剥削阶级思想。”《继承法》第 10 条规定了法定继承人限于被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姊妹、祖父母和外祖父母。为什么做此规定，“仅用亲属关系来解释，是很难令人满意的”。应当注意到，这些法定继承人是依据法律对被继承人“除了存在亲属关系之外，都相互负有法定的抚养、赡养或扶养义务”。另外，依据《继承法》第 12、13 和 14 条，虽有亲属关系但未尽扶养义务的可以少分或不分遗产，而虽无亲属关系但尽了扶养义务的则可以适当分得遗产，丧偶儿媳或女婿尽了主要赡养义务的则可直接作为第一顺序法定继承人。这些规定在解释上都可认为是继承法中权利与义务相一致原则的体现。其次，《继承法》第 19 条的必留份制度以及第 14 条的继承人以外依赖被继承人扶养的有需要者可适当分得遗产制度，都体现了保护有需要者的养老育幼原则，从而也有减轻社会负担的作用。“没有独立维持生活能力的老、幼、病、残等人”获得帮助，不能被说成是“不劳而获”。

总结上文所述可以看出，承认继承权和遗嘱自由制度是认可和保护私人财产所有权的必然结果。另外，尽管我国《继承法》在缓解不劳而获的思想基础上所具有的较为注重扶养和需要而非一味倚重身份的做法可能与本土的家文化传统或习惯观念不太吻合，但在 2020 年通过的《民法典》中，上述做法或特性被保留了下来。从比较法上看，这些也正是中国继承法的主要特色之所在，其注重扶养而非单纯依赖身份的特性也被认为属于美国法应予借鉴之处。在向婚外同居者遗赠的情形，夫妻基于身份相互强制获得遗产的正当性越强，则该遗赠无效的可能性越高。而从现行实证法角度审视基于身份获得遗产的正当性，不可忽视由 1985 年《继承法》开启而在 2020 年《民法典》中得到保留的实证法所体现的价值观，即通过对扶养和需要的强调从而缓解继承中所含有的不劳而获的特性。例如，在泸州遗赠案中，生存配偶并非基于其对死者生前的扶养或在死者死后其生存需要而主张遗嘱无效从而分得遗产。其仅从身份出发而强制获得违反遗嘱规定的遗产份额，缺乏实证法价值观的支撑。正因为夫妻基于身份相互强制获得遗产的正当性从实证法整体价值观的视角上看尚不足，从而主张向婚外同居者的遗赠无效的正当性亦不足。

不论是未规定特留份或者是对基于身份不劳而获的警惕，都侧重于保护有身份一方（遗赠方配偶）的权利及维护其正当性。事情的另一面是有身份另一方（遗赠方）的义务及其限度，与向婚外同居者遗赠相关的，尤其是该义务在夫妻财产关系中的限度。接下来即考察实证法就此所做的规定。

四、赠与、遗赠与夫妻财产关系

（一）法律如何防止家产外流？

在夫妻财产关系中，若实行共同财产制，则一方向婚外同居者为生前赠与时，可面临两项限制：一是用共同财产赠与时，转移财产在处分权上的限制；二是赠与合同可能面临不得违背公序良俗的限制。司法实践中就处分权限制，多数法院的做法是，不考虑处分的共同财产是金钱还是其他形态财产，而直接认定处分行为因未经配偶同意而全部无效，并不接受对共同财产中一半份额有处分权的说法。仅自处分权限制的角度，法院可支持赠与财产全部返还的主张。不过，法院往往还会同时强调该种赠与合同所具有的违背公序良俗的特点。不同于遗赠，向婚外同居者为生前赠与时，该赠与和同居关系之维持常被认定为有联系。有这种联系时，虽然不一定谈得上是性交易，但认其为违背公序良俗，亦可接受。不过，赠与合同违背公序良俗时，依赠与而转移的财产在赠与人要求返还时有被认为存在因不法原因给付无须返还的可能。因此，赠与人配偶主张返还另一方所赠与的共同财产时，从法理上看，还是须依赖处分权限制制度。处分权限制已经足以对抗经由向婚外同居者生前赠与方式减少夫妻共同财产的可能性。

遗赠对财产的转移，自遗赠人死亡时发生效力。因此，不会产生经由遗赠减少夫妻共同财产的可能性。另外，由于遗赠人死亡时遗赠才生效，即同居关系结束时才生效，且立遗嘱人随时可以撤回遗嘱，因此，向婚外同居者为遗赠时，遗赠与同居关系之维持缺乏紧密的联系。假如遗赠人并非单纯的遗赠，而是生前和婚外同居者订立遗赠扶养协议，由于遗赠扶养协议的有偿性，此时，即使照料本身谈不上背俗，但婚外同居者用照料换取财产遗赠可认为背俗，从而应认为与婚外同居者订立的遗赠扶养协议因背俗而无效。另外，遗赠扶养协议相比于遗嘱所具有的约束效力，也为认定与婚外同居者订立的遗赠扶养协议因背俗而无效增强了论证。

从防止“家产外流”和抑制与已婚者同居的角度看，司法实践中从处分权限制角度对同居关系中生前赠与导致财产转移的无效处理可发挥一定的作用。而在夫妻一方死亡时，共同财产需要解体，此时配偶财产利益保护的重点是死者与生存配偶之间财产关系上的划分，防止财产不当流入死者遗产，以保障生存配偶的合法权利。接下来就此阐述。

（二）死亡与离婚——区别对待？

就现行实证法看，死亡引发的夫妻共同财产分割与离婚引发的夫妻共同财产分割被区别对待。《民法典》实施前，较早《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（法发〔1993〕32 号）规定的离婚分割夫妻共同财产的原则为“坚持男女平等，保护妇女、儿童的合法权益，照顾无过错方，尊重当事人意愿，有利生产、方便生活的原则”，而在 1985 年通过的《继承法》，就死亡引发的夫妻共同财产分割，则实行“一半”规则，即“应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产”（第 26 条）。2001 年修正的《婚姻法》去掉了离婚财产分割中的“照顾无过错方”原则（第 39 条），但在第 46 条中增加了无过错方可请求“离婚损害赔偿”制度。2020 年通过的《民法典》第 1087 条恢复了离婚财产分割中的“照顾无过错方”原则，同时第 1091 条也保留了“离婚损害赔偿”制度。就死亡时的夫妻共同财产分割，则依然延续一直以来的“一半”规则（第 1153 条）。由此可见，死亡引发的夫妻共同财产分割与离婚引发的夫妻共同财产分割，从法条文义看被区别对待，前者不适用“照顾无过错方”原则，而后者则适用。

除了财产分割上的区别对待，死亡引发的婚姻消灭与离婚引发的婚姻消灭，在对财产关系的

影响上尚有以下不同：《民法典》中“离婚经济补偿”（第 1088 条）、“离婚经济帮助”（第 1090 条）和“离婚损害赔偿”（第 1091 条）制度在婚姻因夫妻一方死亡而消灭时无法直接适用。向婚外同居者遗赠涉及的是配偶一方死亡时的婚姻消灭，上述三项制度的适用必要性或可能性或值探讨。首先，离婚经济帮助强调离婚后一方生活困难。在向婚外同居者遗赠情形，若一方死亡后生存配偶生活困难，《民法典》第 1159 条的“必留份”制度有可能适用，因此，离婚经济帮助制度在配偶一方死亡时适用或类推适用的必要性不大。其次，离婚损害赔偿强调因婚外同居等过错导致离婚，而死亡时婚姻消灭，与婚外同居的过错无关，因此，离婚损害赔偿制度在配偶一方死亡时适用或类推适用的可能性不大。最后须考察的是离婚经济补偿制度在一方死亡时的适用或类推适用的可能性与必要性。

2001 年修正的《婚姻法》第 40 条规定了“一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的”可要求离婚经济补偿的制度。但不久就有学者指出其不足：离婚经济补偿的制度将适用条件限定为夫妻实行约定分别财产制，限缩了该制度的适用范围。《民法典》通过后，第 1090 条弥补了这一不足，离婚经济补偿制度亦适用于夫妻共同财产制的情形。做此弥补的一个重要理由是：夫妻一方因家务投入而付出了放弃自身发展（挣钱）能力的机会成本。也就是说，假如夫妻一方将投入家务劳动的精力用来挣钱，一方面可挣到更多的钱，另一方面也发展了自身能力，包括干中学等带来的工作经验的积累。在夫妻共同财产制下，夫妻关系存续期间未能挣到更多的钱，或许可以通过夫妻共同财产得到弥补。但错过自身能力发展的机会，无法仅通过夫妻共同财产得到弥补。由此可见，夫妻共同财产制并不意味着无需离婚经济补偿制度，甚至也可以说，其只是维持家庭所需要的成本在双方之间应有的分担而已。

向婚外同居者遗赠涉及死亡引发的婚姻消灭，在此情形下，假如不认定遗赠因背俗而无效，在死者一方与生存配偶之间的财产关系的法律调整上或许仍可将一方婚外同居这一因素纳入考量。就分割财产中“照顾无过错方”原则的运用，由于《民法典》第 1153 条将比例明确限定为“一半”，突破较难。但是，《民法典》第 1088 条离婚经济补偿制度不妨类推适用到死亡导致的财产分割情形，因为家庭维持所需要的成本分担并无理由在一方死亡时就不再必要，尤其考虑到死亡一方将遗产遗赠给第三人时更是如此。尽管司法实践中尚未见此种类推适用，本文作此主张意在提醒婚外同居事涉夫妻关系，不妨在实证法有关夫妻关系调整的规定中寻找处理的办法。由此视角出发，亦可斟酌就婚外同居对夫妻身份法益之侵害，适用《民法典》第 1165 条第 1 款之一般侵权责任之规定。就其与第 1091 条离婚损害赔偿制度之价值观上的协调，可说明的有两点：其一，第 1091 条之规定意在限制婚内精神损害赔偿之规定，因此，其赔偿责任以离婚为条件，避免婚姻关系与损害赔偿请求同时存在。在婚外同居配偶死亡的情形，此种同时存在的局面不会出现。因此，适用《民法典》第 1165 条第 1 款之一般侵权责任之规定不至于造成价值观上的不协调。另外，婚外同居配偶死亡不应影响以其遗产（继承人）就其婚姻关系中的过错行为负责。其二，第 1091 条之规定将引发赔偿情形限制在重婚或同居等范围，适用第 1165 条第 1 款时，为了保持价值观上的协调，亦可有此限制。

五、总括的分析与结论

泸州遗赠案后，从北大法宝案例数据库看，涉及向婚外同居者遗赠的法律行为是否有效的判决并不多（不到 10 例），其中，仍有数起认定该法律行为有效的判决。。因此，并不能认为司法实践中就向婚外同居者遗赠法律行为效力问题已经形成稳固的价值观，在《民法典》实施后继续思考此

一问题或有必要。向婚外同居者遗赠法律行为是否有效涉及的是公序良俗对遗嘱自由限制的问题。本文重点不在于对公序良俗进行概念界定或内涵阐释，而是探寻《民法典》实施后实证法在身份伦理与继承制度上所体现的价值观，为公序良俗在向婚外同居者遗赠领域的运用提供一点说明和论证。由于价值观分歧很难有压倒性的解决方案，本文更多只是铺陈论据，其引向论点的力度是较有限的。

由于我国《民法典》最终并未采纳特留份制度，在刑法或行政法上，对婚外同居也并不像对性交易那样进行处罚。因此，从实证法所体现的价值观上看，法律并未给予身份伦理的保护以很强的力度。《民法典》继承制度延续了《继承法》，自比较法角度看其重要特色在于注重扶养或需要，解释上有缓解“不劳而获”思想的作用。在向婚外同居者遗赠情形，生存配偶非基于扶养或需要而主张违反遗嘱意思的继承，在我国法律并未给予身份伦理的保护以很强力度的背景下，有主张“不劳而获”的嫌疑，可不予支持。

生存配偶承担家务照顾家庭的付出因为死者遗赠他人而可能得不到补偿，婚外同居严重违反夫妻忠实义务，就这些情形，可考虑在有关夫妻关系的法律中解决。因此，有必要将离婚经济补偿制度类推适用至一方死亡而导致婚姻消灭的情形，也可考虑如何利用《民法典》第 1165 条第 1 款来处理一方死亡而非离婚情形下违反夫妻忠实义务的责任。甚至，因死亡分割夫妻共同财产时的“一半”规则是否有变通的余地也可考量。由于婚外同居违背的是夫妻忠实义务，对夫妻伦理的维护在有关夫妻关系的法律中解决更有针对性，并无必要为了维护夫妻伦理而主张向婚外同居者遗赠的法律行为无效。

总之，本文认为：向婚外同居者遗赠法律行为，若不涉及金钱和婚外同居的交换——如与婚外同居者订立遗赠扶养协议——不应以违反公序良俗为由认定其无效。婚外同居者违反夫妻忠实义务可在夫妻关系的法律规定中寻求解决之道。

文章作者：孙维飞
责任编辑：陈韵希
平台编辑：肖远航
联系方式：lawreview@sjtu.edu.cn

马忆南、谢嘉琦丨论夫妻对子女婚内抚养费的承担 ——《民法典》第一千零五十八条的理解与适用

2023-12-22 山东女子学院学报 马忆南、谢嘉琦
https://mp.weixin.qq.com/s/5yZHRJzXlyjqECsaZOXn8g

马忆南，女，北京大学法学院教授，中国法学会婚姻法学研究会副会长，中华全国妇女联合会执委，主要从事民法、社会法、人权法研究。

谢嘉琦，女，北京大学法学院硕士研究生，主要从事民法研究。

摘 要

鉴于我国婚内抚养费制度缺乏系统的规定，各地法院对于相关问题的认识不一、实务中缺乏统一的裁判标准，“同案不同判”的现象时有发生。允许直接抚养子女的父母一方提出婚内抚养费主张，并引入《民法典》第一千零五十八条作为其请求权基础，兼具必要性和可行性。通过适用该条款能够达到统一司法实践、正确区分相关概念、合理分配双方举证责任、统一婚内抚养费时间区间等效果。

关键词

婚内抚养费；《民法典》第一千零五十八条；适格主体

在传统认知中，抚养费是指父母离婚后不直接抚养子女的一方所负担的子女生活费、教育费、医疗费等费用。但实际上，法律并未规定抚养费仅发生在父母双方婚姻关系解除后。随着家庭模式的多样化，在父母分居等情况下，直接抚养孩子一方要求对方支付双方婚姻关系存续期间的子女抚养费具有正当性。因此，以发生时间为标准，可以将抚养费划分为“离婚后抚养费”和“婚内抚养费”。后者即为本文的主要研究对象，可以将其概括为：父母婚姻关系存续期间，未直接抚养子女一方所负担的子女生活费、教育费、医疗费等费用。

在我国，婚内抚养费纠纷不在少数，但对婚内抚养费制度尚无明确、系统的规定，学界对于相关问题的研究仍有待补充。囿于法律规定与理论研究的不足，实务中缺乏对案件处理的统一裁判标准，各地法院对于相关问题莫衷一是，“同案不同判”的现象时有发生。

一、司法现状分析

针对检索到的 146 则案件，剔除了年代较为久远、重复以及其他与婚内抚养费内容无涉的部分，最终保留 74 份作为分析样本。将 74 份民事判决书中法院不支持当事人婚内抚养费请求的具体理由分类整理如下（见表 1）。

表 1 法院不支持婚内抚养费的理由分类表

不支持的理由类型	非适格主体	夫妻共同财产	要求支付方未举证	被要求支付方有抚养支出	一审未主张	其他①
案例数	9②	9	8	5	3	5

通过表 1 可知，“非适格主体”是法院不予支持婚内抚养费主张的第一大理由，占比超过 10%。

为了反映法院对于夫妻一方能否作为提出婚内抚养费主张的适格主体这一问题所存在的不同认识，本文选取了以下案件对比分析：“郭某 1、陈某离婚纠纷案”、“郭某、李某 1 离婚纠纷案”、“李某某与缑某某离婚案”，这几个案件的案情如出一辙，均为原告在一审中提出了要求被告支付（离婚后）抚养费（或要求分别抚养两个孩子，各自负担抚养费）的诉讼请求，二审中又请求被告支付婚内抚养费，三个案件的审理法院均驳回了该婚内抚养费支付请求。

法院的结论虽看似一致，背后原因却不尽相同。其中，“郭某 1、陈某离婚纠纷案”的二审法院认为，要求被告支付婚内抚养费“系二审期间新提出的诉讼请求，不属于二审审理范围”；“郭某、

李某 1 离婚纠纷案”的二审法院则认为，上诉人在二审中提出要求对方支付婚内抚养费的诉讼请求并未超过二审的审理范围，但夫妻一方并非婚内抚养费的起诉主体；“李某某与缑某某离婚案”中，二审法院的判决理由则是二者的融合，既认为上诉人未在一审主张，又认为李某某作为夫妻一方，并非提起婚内抚养费诉讼请求的适格主体。

可以看到，一方面，各地法院对于夫妻一方能否作为婚内抚养费的起诉主体，仍然缺乏统一、明确的认识，“同案不同判”现象屡有发生，司法公信力受到影响；另一方面，如果法院以“主体不适格”为由驳回了夫妻一方的请求，那么子女就需要另行主张，平添了当事人的诉累，也不利于节约司法资源。

二、父母一方作为起诉主体的分析

为了解决司法实践中对于婚内抚养费起诉主体认识不一的问题，需要承认直接抚养子女一方的起诉主体地位，这一解决方案兼具必要性和可行性。

(一)必要性分析

抚养义务是父母对未成年子女所负的最主要义务，目的是保障未成年子女的生存。法律中有关婚内抚养费制度的建立，便是为了保障孩子的受教育和生活水平不致受到父母分居、离婚的影响，旨在保护未成年子女的家庭利益。抚养不仅包括狭义上的抚养费给付，而且包括实际的人身照顾。鉴于只有抚养费给付形态具有可强制执行性，不直接抚养孩子的一方起码应当以金钱的方式承担自己对于子女的法定抚养义务。

然而，当孩子发起对于父母一方的诉讼，即使由直接抚养孩子的一方作为诉讼代理人，仍无法完全避免亲子关系遭到破坏、孩子的身心健康受到影响，这显然有悖于立法保护未成年人的初衷。但是，如果由父母一方作为起诉主体则能较好地解决该问题。

此外，在多数司法案件中，法院需要依据原告提供的学杂费、医疗费、购物发票等单据证明子女的日常消费及实际需要，依据就业失业登记证、个人所得税完税证明、工资单等证明父母双方的负担能力，并以此确定抚养费的数额；有时还需要根据原告提供的租房协议、转账记录等相关证据证实双方的分居时间；还有部分法院要求原告提供银行流水、账户交易明细等证明对方未履行抚养义务，以此判断其是否应当支付婚内抚养费。前述种种证据均不可能由孩子提供，实际提供方只能是了解情况的父母。另外，在一些案件中可能会涉及夫妻共同财产、共同债务等应当在夫妻之间解决的问题，如果舍弃扩大起诉主体范围，转而采用追加共同被告或者另案处理的方式，可谓舍近求远。

因此，为了更充分地实现保护未成年子女利益的立法目的，有利于案件事实的查明，法院应当允许在离婚之诉中一并处理婚内抚养费问题。

(二)可行性分析

原《中华人民共和国婚姻法》(下称《婚姻法》)第二十一条第一款第一分句规定：“父母对子女有抚养教育的义务。”《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)颁布后，相关规定移到了总则编第二十六条第一款，并在措辞上稍作变化，调整为“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”，却额外增加了第一千零五十八条的规定：“夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务”。

《民法典》第一千零六十七条第一款与《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)》(下称《婚姻家庭编解释(一)》)第四十三条规定的父母与子女之间的权利义务关系，是子女请求不履行抚养义务的父母支付抚养费的请求权基础，而《民法典》第一千零五十八条则规定了夫妻之间就抚养子女产生的权利

义务关系。与前者不同，后者并非意在说明夫妻对于子女有共同抚养、教育、保护的义务，而是指夫妻一方有要求对方配合对子女抚养、教育、保护的权利。两则条款在《民法典》中所处的位置也证明了此观点：第一千零五十八条规定于《民法典》第五编“婚姻家庭”第三章“家庭关系”第一节“夫妻关系”中，而第一千零六十七条则规定在第二节“父母子女关系和其他近亲属关系”中，足见立法者之用意。

然而，一些《民法典》评注类著作对此存在一定的误读。例如，有观点认为《民法典》第一千零五十八条主要由原《婚姻法》第二十三条修改而来，立法目的是保障未成年子女健康成长、预防和矫治未成年子女的不良行为；也有观点指出该条强调了夫妻在抚养、教育和保护未成年子女方面的平等地位，并认为其体现的是共同亲权原则，共同亲权体现的虽是亲权领域的男女平等，但说到底描述的仍是父母与子女之间的关系。实际上，《民法典》第一千零五十八条应当理解为夫妻之间的权利义务关系。

如果认为原《婚姻法》第二十一条的规定并未体现夫妻间的关系，不能作为夫妻一方提出婚内抚养费主张的请求权基础的话，那么，《民法典》的颁布及其新增的第一千零五十八条则可以作为其法律依据（具体分析见下文）。新增规定虽然为法律适用提供了前提，却也需建立在正确理解的基础之上。

三、《民法典》第一千零五十八条的适用

为了充分论证夫妻一方作为婚内抚养费的起诉主体具有可行性，需要对上文所提到的《民法典》第一千零五十八条作为请求权基础深入分析。

(一)必要性分析

路径一：沿用原有条款。

《民法典》第一千零六十七条第一款（原《婚姻法》第二十一条第二款）规定：“父母不履行抚养义务的，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。”《婚姻家庭编解释（一）》第四十三条（原《婚姻法解释（三）》第三条）规定：“婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”法院多以前述条款作为支持婚内抚养费的依据。不难发现，这些条文已经清晰地表明：请求支付抚养费的主体只能是“未成年子女或者不能独立生活的成年子女”。基于此，部分法院认为夫妻一方并非请求支付婚内抚养费的适格主体，并以此为由驳回了其诉讼请求，要求子女另行起诉。显然，沿用这些条款仍然无法为直接抚养子女一方提出婚内抚养费主张提供充分的法律依据。

路径二：诉诸其他民法理论。

采债权让与之说。有学者认为在婚内抚养费纠纷中，非直接抚养子女一方虽然未履行抚养义务，但可以视作直接抚养一方已经为其垫付了相关费用。子女作为婚内抚养费的请求权人，已经将该项债权转移给直接抚养一方，后者因债权让与成为新债权人，得以向非直接抚养一方主张债权。然而，抚养费产生于父母与子女的人身关系，专属于债权人本身。根据《民法典》第五百四十五条的规定，债权人不能将“根据债权性质不能转让的债权”转让给第三人。故而，债权转让的解释在婚内抚养费问题上不能成立。

综上，路径一、路径二均非请求权基础的合适之选，也无法为夫妻一方作为婚内抚养费的起诉主体提供法律依据。鉴于此，《民法典》第一千零五十八条的引入具有必要性。

(二)可行性分析

1. 法理分析。一般情况下，并不能将民法的思维直接适用到婚姻家庭关系的处理中，但也不能因此否定婚姻家庭法律关系与某些民法原理实质

上的相通性。《民法典》第一千零五十八条适用的法理依据，可以诉诸其他民法理论。

(1)不当得利返还之债。借鉴我国台湾地区经验，若抚养费由父母一方先行垫付，该方可依不当得利之法律关系请求他方返还。且此项请求乃在使受利益之他方一次返还其所受之利益。

《民法典》第九百八十五条规定："得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外……"此为不当得利之规定。直接抚养子女的一方为他方垫付的抚养费可能成立求偿不当得利，其构成要件包括：受有利益；非因给付(清偿他人债务)而受益，致他人受损害；无法律上原因。分居期间，父母仍应承担抚养子女的法定义务，直接抚养子女一方为他方垫付的子女教育、医疗、日常生活等费用使得该方的债务消灭，垫付费用一方也因垫付行为受有资金损失，且对于所垫付的这部分费用而言，并不具备法律上的原因。故，夫妻一方为另一方垫付的子女抚养费用，满足求偿不当得利的构成要件。

可能有观点认为，在夫妻共同财产制下，夫妻婚姻关系存续期间的财产归夫妻共同所有，不存在不当得利的问题。《民法典》第一千零六十条第一款规定："夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外"，此为"日常家事代理权"之规定。从法律原理上看，夫妻共有属于共同共有，应当由双方共同处分，但日常家事代理权并非法律逻辑上的结果，主要为了适用婚姻共同生活的方便。关于日常家事的范围，学者多采用列举方式表述，一般包括子女教育及其他未成年子女日常生活通常必要的事项。但处于分居状态的夫妻之间显然不存在婚姻共同生活，夫妻一方垫付的子女抚养费也不再适用日常家事代理的规定。而且，夫妻分居期间双方实际上已经各自控制财产和收入，直接抚养一方的处分基础也并非夫妻共有的财产。因此，"夫妻财产共有，一方抚育子女的支出是对共同财产的处分"之情形在夫妻分居期间并不适用。

《民法典》第一千零五十八条作为夫妻一方向他方主张婚内抚养费的请求权基础可以理解为不当得利返还请求权在夫妻离婚场合下的特别规定，垫付抚养费的夫妻一方对于另一方享有的不当得利之债可以在双方离婚时的财产清算中作为消极财产，在离婚诉讼中一并主张。

(2)连带之债的内部责任形态。《民法典》第一千零五十八条规定："夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。"法条中有关抚养义务的承担使用了"共同"这一表述。如薛宁兰与谢鸿飞认为，我国实定法上之多数人之债类型只有按份之债和连带之债两种，并无共同之债。将本条中"共同"理解为连带并无实质障碍。《民法典》第一百七十八条第一款规定："二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任"，此即为连带责任人对外之责任形态。

在对内关系上，《民法典》第一百七十八条第二款规定："连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿"。这是连带责任人之间的责任形态。故，连带债务人之间应当按照责任大小承担份额。

综上，在对外关系上，夫妻双方对孩子的抚养义务应当承担连带责任(在这一点上，与因抚养孩子产生的夫妻共同债务，由夫妻双方对债权人承担连带责任是契合的)；在对内关系上，夫妻双方系连带责任人，其责任份额根据责任大小确定。若夫妻一方承担了全部义务后，应承认其具有向另外一方追偿的权利。

2. 与法院以往判决理由的对接。"高某某与纪某离婚纠纷案"中，纪某因与高某某的离婚纠纷起诉至法院，请求法院判令双方离婚，并要求高某某

支付婚内抚养费。法院认为,“抚养教育未成年子女是父母的法定义务,自 2010 年 8 月份,高某某没有支付女儿高某喻的抚育费,纪某独自承担高某喻的抚养教育义务”。根据原《婚姻法解释(三)》的规定,高某某应支付自 2010 年 8 月至 2015 年 12 月法庭辩论终结前已发生的抚养费。后高某某不服,提起上诉。二审法院认为,“在双方分居期间,高某某并未实际抚养婚生女高某喻,也未支付任何抚养费,抚养孩子的义务由纪某一人承担,纪某请求高某某承担双方分居期间的抚养费具有事实和法律依据,应予支持”,并驳回其上诉。另外,也是在该案中,一审法院审理查明并经二审法院认可:高某某与纪某分居后,“期间看望过孩子,给孩子买过东西,未支付抚养费”。换句话说,法院认为有抚养支出与支付了抚养费或者履行了抚养义务属于不同的概念。

《民法典》颁布之前,也有部分法院支持了离婚诉讼中夫妻一方所提出的要求对方支付婚内抚养费的诉讼请求。多数法院并未指出其法律依据,少数法院则指明或者引用了原《婚姻法》第二十一条第一款第一分句、第二款及原《婚姻法解释(三)》第三条的相关表述。实际上,各法院的裁判理由颇为相似,基本围绕夫妻分居期间,孩子由夫妻一方独自抚养,另一方未实际抚养,也未履行抚养义务,故支持夫妻一方的婚内抚养费请求。

综上,在以往的司法判例中,法院不仅认为“父母对子女有抚养、教育和保护的义务”,更加强调“夫妻双方应当共同承担对未成年人抚养、教育和保护的义务”。这一共识与《民法典》第一千零五十八条不谋而合,又或许该条款的增加正是对现实的回应。

3. 与离婚后抚养费法律依据的对接。《民法典》第一千零八十五条第一款(原《婚姻法》第三十七条第一款与该条内容基本一致)规定:“离婚后,子女由一方直接抚养的,另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成的,由人民法院判决。”此为离婚后抚养费之规定,在离婚之诉中,法院常以此作为未直接抚养一方应当支付离婚后抚养费的法律依据。

实际上,婚内抚养费与离婚后抚养费并无本质区别。其一,一般情况下,双方在分居与离婚期间的实际财产状况相同。夫妻双方在分居期间的财产收入实际上已经相对独立,双方各自控制和支配使用自己占有的那部分财产。这一点与离婚时并无差异。其二,立法目的一致。抚养费制度旨在保护未成年子女的利益,在这一点上不因父母分居或者离婚有所区别。因此,不应仅从形式出发,忽略夫妻分居和离婚期间子女抚养费的相似性。

实际上,《婚姻家庭编解释(一)》第四十九条规定了抚养费数额的确定方式,该条并未在抚养期间上进行区分。而在我国的司法实践中,多数法院也都认可保持婚内抚养费与离婚抚养费标准的一致性。在 74 件案例中,有 19 件涉及对夫妻分居和离婚期间的抚养费认定。其中,15 件案例中的法院都将婚内抚养费的标准与离婚后抚养费保持一致,占比高达 78.95%。在仅有的 4 例中,多因实际情况较复杂,由法院酌定婚内抚养费数额。由此可见,多数法院已经认可了二者之间的同质性。

对于立法目的一致、适用环境相似、数额确定标准相同的两类抚养费而言,应当充分认识到二者本质上的相似性。就离婚后抚养费而言,《民法典》第一千零八十四条至一千零九十二条,分别规定了离婚时子女抚养权、探望权、共同财产分割、家务劳动补偿、夫妻共同债务清偿、离婚经济帮助、离婚损害赔偿等问题。由此可见,离婚诉讼属于复合之诉,离婚问题、子女抚养问题、财产分割问题均可以在诉讼中一并处理。既然学界和实务界都认可将离婚后抚养费在离婚诉讼中一并处理,那么,鉴于两种抚养费之间的相似性,应当同样允许夫妻一方在离婚诉讼中提出婚内抚养费的诉讼请求。

将《民法典》第一千零五十八条与第一千零八十五条第一款对比后发现,二者都强调了夫妻之

间共同承担抚养义务的要旨，区别仅体现在对区间的限定上。法院以后者作为支持离婚后抚养费这一主张的法律依据，那么将该法第一千零五十八条作为夫妻一方婚内抚养费之请求权基础亦具有正当性。

综上，司法实践的积累以及法官对于有关法律问题的已有共识都为《民法典》第一千零五十八条的适用提供了司法环境。

(三)适用效果分析

通过适用《民法典》第一千零五十八条的规定，可以有效解决我国婚内抚养费制度与现有实体法、程序法上的冲突，而无须重新建立一项与我国现行法律相去甚远的制度，成本小且效果明显，是为目前较为可取的选择。

1. 统一司法实践。《民法典》第一千零五十八条的适用初衷是为了解决夫妻一方在离婚诉讼中提起婚内抚养费请求可能存在的“主体不适格”的问题。

夫妻一方可以在离婚诉讼中以《民法典》第一千零五十八条为请求权基础，子女仍然可以在抚养费诉讼中基于《民法典》第一千零六十七条或者《婚姻家庭编解释(一)》第四十三条的规定请求未履行抚养义务的父母支付婚内抚养费。这样，既消除了部分法院对于主体的疑虑，避免了向其他理由的避让，也给予支持夫妻一方作为起诉主体的法院以充分的法律依据，减少判决书中讳莫如深的表述。正如前文所言，允许夫妻一方作为婚内抚养费的起诉主体，不仅统一了司法实践，避免了“同案不同判”的现象，维护了司法公信力，还使更多的司法案件进入法院的实质审查阶段，避免了法院因主体问题要求当事人的子女另行起诉，减少了当事人的诉累，节约了司法资源。

2. 明确区分“有抚养支出”与“履行抚养义务”。我国法院基本都认可：婚内抚养费获得支持的前提条件是非直接抚养一方在婚姻存续期间未履行抚养义务，但实践中部分法院并未准确理解“有抚养支出”与“履行抚养义务”之间的区别。

如在“姜某甲与薛某离婚纠纷案”中，法院认为：“双方分居期间，被告也为婚生女支付了保姆费并购买了生活用品，不属于完全未尽抚养义务，故对原告主张的婚内抚养费，本院不予支持”；在“高某某与纪某离婚纠纷案”和“卿某甲与卿某乙抚养费纠纷案”中，法院则认为：夫妻分居后，“看望过孩子，给孩子买过东西”或者存在婴儿用品等花费，并不影响原告独自抚养孩子的事实，认定被告未支付过抚养费、未履行抚养义务；在“白某 1、姜某 1 与白某 2 抚养费纠纷案”中，经法院认定，“2015 年白某 1 生病住院后，白某 2 通过现金以及银行转账等形式支付了白某 1、姜某 1 的抚养费、医疗费等费用，白某 2 一直在履行对子女的抚养义务。白某 2 以其收益承担子女抚养费，没有拒绝履行抚养义务”。

在前述三则案例中，无论是“高某某与纪某离婚纠纷案”“卿某甲与卿某乙抚养费纠纷案”中法院对被告实际“未履行抚养义务”的认定，还是“白某 1、姜某 1 与白某 2 抚养费纠纷案”中法院对被告“履行了抚养义务”的认定，都正确认识到了“有抚养支出”与“履行了抚养义务”之间的区别。但在“姜某甲与薛某离婚纠纷案”中，被告虽然支付了两个月的保姆费用，也为孩子购买了儿童用品，却不能就此认为其履行了抚养义务。因为与收入大致相当的原告相比，被告显然负担了过轻的抚养义务。

司法实务中，之所以存在对“有抚养支出”和“履行了抚养义务”的混淆，部分原因在于：根据《民法典》第一千零六十七条(原《婚姻法》第二十一条第二款)和《婚姻家庭编解释(一)》第四十三条(原《婚姻法解释(三)》第三条)的规定，承担婚内抚养费的前提是“不履行抚养义务”，但仅从该表述来看，确实不容易区分二者。反观《民法典》第一千零五十八条的规定，条文所使用的“平等”“共同”等词汇，更加强调夫妻之间抚养义务的承

担应当大致与自身负担能力相当。易言之,《民法典》第一千零五十八条的适用更有利于辨析相关概念,正确认识“有抚养支出”与“履行了抚养义务”的区别。

3. 合理分配双方举证责任。在司法实践中,各法院对于诉讼两造的举证责任分配有不同的理解。如“杜某 1 与黄某抚养费纠纷案”和“王淇月与王军抚养费纠纷案”等案件中,法院认为应当由原告举证证明被告未履行抚养义务;然而,在“赵某 1×与赵某×抚养费纠纷案”和“冯某与李某甲离婚纠纷案”等案件中,法院认为举证责任应当归属被告。尤其在“吴某与李某甲离婚纠纷案”中,二审法院明确指出,“一审法院在查明吴某 2011 年 2 月离家后到 2015 年 3 月起诉离婚前未尽抚养义务,李某乙由李某甲抚养的情况下,本可以推定该阶段李某乙的抚养费由李某甲承担。……一审法院仍要求李某甲承担抚养费及具体数额的举证责任,系举证责任分配不当”。

如表 1 所示,在所有不支持婚内抚养费请求的诉讼中,“要求支付方未举证”是仅次于“非适格主体”与“夫妻共同财产”的第三大理由,占比约为 20.51%。然而,“不履行抚养义务”属于消极事项,从证据角度讲,主张一方很难证明一个没有发生的事情,这也与逻辑学上“证有不证无”的规则相违背。但对于被主张一方而言,其只需要提供转账证明、银行流水、消费记录等就可以证明或者证伪自己已经履行了抚养义务。显然,从举证难易程度出发,由后者举证更佳。

然而,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十九条第一款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”。结合《民法典》第一千零六十七条(原《婚姻法》第二十一条第二款)和《婚姻家庭编解释(一)》第四十三条(原《婚姻法解释(三)》第三条)的规定,似乎应当由提出婚内抚养费主张的一方举证证明对方“不履行抚养义务”,无法实现由被主张一方举证的效果。

通过适用《民法典》第一千零五十八条,则更有利于法院合理分配举证责任。根据该条款,恰当的分配方式是:由直接抚养孩子的一方证明自己所履行的抚养义务,由对方举证证明自己与前者共同承担了该义务,或者证明存在共同行使的客观障碍。如此,法院则不至于只能将“不履行抚养义务”的举证责任分配给提出该诉讼请求的一方。

4. 统一婚内抚养费的时间区间。我国司法实践中,各地法院并未就婚内抚养费的时间区间达成共识。如表 2 所示,在 33 个支持当事人婚内抚养费请求的案件中,有 19 个案例因为涉及离婚后抚养费,法院判决婚内抚养费的时间区间始于分居,终于离婚。剩余 14 个案例中,夫妻双方尚未离婚。其中,有 9 个案例,法院对已经发生的抚养费和尚未发生的抚养费都作出了判决;有 3 个案例,法院仅认可已经发生的抚养费;剩余 2 个案例,法院判决的婚内抚养费区间自判决生效之日开始。

表 2 婚内抚养费案件中法院认定的费用区间

婚内抚养费区间	分居至离婚	过去+将来	过去	将来
案例数	19	9	3	2

如,在“温某 1 与温某 2 抚养费纠纷案”和“徐某 1 与徐某 2 抚养费纠纷案”中,法院判决被告向原告支付自夫妻分居时至双方婚姻关系解除之日或双方和好并共同生活之日的抚养费;在“赵某 1×与赵某×抚养费纠纷案”和“汪某甲等诉汪某丙抚养费纠纷案”中,法院认为原告所主张的今后的抚养费,因抚养权属尚未确定,待实际发生后再另行主张,因此仅判决被告承担自夫妻分居至判决之日的抚养费;在“贾某 1 与贾某 2 婚姻家庭纠纷案”中,二审法院将一审法院所判定的被告支付抚养费的区间由“自判决生效之日至独立生活

之日”变更为“自判决生效之日至抚养权确定之日”，但仍然只针对将来可能发生的抚养费。

法院对于该问题的认识不统一，在一定程度上与法律规定有关。《民法典》第一千零六十七条（原《婚姻法》第二十一条第二款）和《婚姻家庭编解释（一）》第四十三条（原《婚姻法解释（三）》第三条）中所使用的“不履行抚养义务”等表述，似乎确是对过去已经发生事实的总结。因为，只有根据已经发生的事实，才能够作出是否履行的判断。但是，这样的处理并不恰当，理由有二：其一，如果子女或者夫妻一方只能针对过去已经支付的教育或者生活支出向法院提起诉讼，就需要当事人每隔一段时间重复就相同的案件事实提起诉讼，既平添了当事人的诉累，又浪费了司法资源；其二，不利于子女利益的保护，在只能对过去已经支出的费用进行补偿的场合，给直接抚养子女的一方带来的经济压力是最大的，子女的生活和教育也最可能受到影响。

针对夫妻双方尚未离婚、一方请求对方支付婚内抚养费的案件，《民法典》第一千零五十八条的适用有助于法院统一认识。首先，与《民法典》第一千零六十七条不同，该条款只谈到夫妻双方需要共同承担对未成年子女的抚养义务，并不存在有关过去或者已发生事实的描述，而抚养义务的履行当然不仅要面向过去，也要面向将来；其次，正如前文所提到的，《民法典》第一千零八十五条第一款（原《婚姻法》第三十七条第一款）常被作为法院在离婚诉讼中支持当事人离婚后抚养费的法律依据，而二者之间表述上的相似性，更加为“婚内抚养费的区间应当包括将来”提供了正当化理由。

四、结语

“主体不适格”作为法院驳回当事人婚内抚养费之诉讼请求的第一大理由，也成为司法实务中婚内抚养费领域最为突出的现实问题。为了解决这一问题，本文分析了由父母担任起诉主体的必要性和可行性，同时也指出《民法典》第一千零六十七条和《婚姻家庭编解释（一）》第四十三条无法充当其法律依据的限制，由此引入《民法典》第一千零五十八条作为夫妻一方在离婚诉讼中要求对方支付婚内抚养费的请求权基础。

《民法典》的颁布以及第一千零五十八条作为新增法条为此举提供了契机。此外，在法理上，该条可以理解为不当得利返还请求权在夫妻离婚场合下的特别规定，同时还强调了夫妻之间对于抚养义务的共同承担，描述的是夫妻内部就抚育孩子所产生的权利义务关系，当一方承担了全部抚养义务后，具有向另外一方追偿的权利；在司法实务中，无论是与法院以往判决理由的对接，还是与《民法典》第一千零八十五条第一款作为离婚后抚养费法律依据的类比适用，司法实践中的积累与法官已有共识的高度一致都为《民法典》第一千零五十八条的适用提供了友好的司法适用环境。

因此，《民法典》第一千零五十八条的适用，能够为夫妻一方作为婚内抚养费起诉主体提供充分的法律依据，统一了司法实践，避免了同案不同判的现象，维护了司法公信力。同时还有助于法院区分“有抚养支出”与“履行了抚养义务”之间的差异、合理分配诉讼两造的举证责任、统一婚内抚养费的时间区间，帮助法院对婚内抚养费有关问题形成正确、全面的认识。

诚然，《民法典》第一千零五十八条的适用也许无法解决我国婚内抚养费制度存在的所有问题，但本文旨在提供一种解决思路，以供参考，也接受批评。

本文来自《山东女子学院学报》2023 年第 6 期，点击文末“阅读原文”查看文章全部内容。
排版：清　心
复核：鲁玉玲
终审：陈业强
说明：为方便阅读，原文参考文献省略、注释省略。

“家事法苑”家事法研究文献索引 2024 年第 1 期（总第 1 期）丨家事法苑团队编辑丨家事法苑微信公众号 2024 年 1 月 31 日

2024-01-31 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/oItvd6AbgC9OgAbptDpBpw

“家事法苑”团队主编，本期编辑：张浩杰（杭州师范大学钱江学院）

欢迎提供信息，以便收录更广泛分享交流，微信号：13522380366

目 录

1、论“婚姻家庭受国家保护”原则，冉克平，《法律科学》2024 年第 1 期

2、家庭关系民法适用和续造的顺序，刘征峰，《法学研究》2024 年第 1 期

3. 被误解和误用的家事代理——《民法典》家事代理规范体系基点再阐释，刘征峰，《华东政法大学学报》2024 年第 1 期

4、新形势下彩礼纠纷的司法应对，王 丹，《中国应用法学》2024 年第 1 期

5、论婚姻登记瑕疵的职权纠正——评梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案，程皓楠，《法治社会》2024 年第 1 期

6、民事诉讼中儿童利益最大化原则研究，肖建国、李皓然，《法律适用》2024 年第 1 期

7、抢夺、藏匿未成年子女法律问题研究，王丹，《法律适用》2024 年第 1 期

8、公告瑕疵对收养行为效力影响的判定——王某诉彭某、第三人浮梁县民政局等收养关系纠纷案，人民法院案例选总第 185 辑

9、个人破产视野下未成年人抚养费实现路径研究——以樊某诉李某离婚纠纷案为例，常洁、王玲芳，《判解研究》总第 103 辑

10. 论辅助生殖技术的规范立场，王新宇，《华东政法大学学报》2024 年第 1 期

11、论居住权在民法典中的体系定位，李永军，《比较法研究》2024 年第 1 期

12、离婚诉讼中通过裁判设立居住权问题研究，陈晓敏、张铠荣，《人民司法》2024 年第 1 期

13、论裁判设立居住权的司法路径，顾全、孔晨、张文瑾，《人民司法》2024 年第 1 期

14、裁判设立赡养类居住权的路径，汪阅，《人民司法》2024 年第 1 期

15、居住权的进路探索及裁判规则构造，王晓梅、顾嘉旻，《判解研究》总第 103 辑

16、股权继承规则的系统性改造，赵玉，《法律科学》2024 年第 1 期

17、遗赠、婚外同居与公序良俗，孙维飞，《交大法学》2024 年第 1 期

18、公序良俗在情人遗赠纠纷中的适用——基于私法与基本权利冲突理论的二元视角，刘耀东，《交大法学》2024 年第 1 期

19、遗赠物上代位推定的教义构造与适用甄别，陈霖，《交大法学》2024 年第 1 期

20、原因欠缺导致赠与财产返还的原理和规则，夏静宜，《交大法学》2024 年第 1 期

21、遗嘱处分财产限制之衍进的中国法律史叙事，蔡晓荣，《法商研究》2024 年第 1 期

22、打印遗嘱效力认定案件的裁判路径分析，冯宇雷、刘大伟，《判解研究》总第 103 辑

正 文

1、论“婚姻家庭受国家保护”原则

【作者】冉克平，武汉大学法学院

【来源】《法律科学》2024 年第 1 期

【摘要】《民法典》新增的“婚姻家庭受国家保护”原则是对我国《宪法》第 49 条第 1 款规定的“婚姻、家庭、母亲、儿童受国家的保护”条款的具体落实。国家应当为保护婚姻家庭提供各项制度性保障，同时保障个人在家庭中的自由和平等。“婚姻家庭受国家保护”原则可以发挥宪法导向性解释与合法性审查的功能，其表达的婚姻家庭共同体主义的价值理念，有助于矫正极端个人主义和过度理性化的弊端。在内部关系上，婚姻自由受国家保护，立法应当尽可能地减少结婚的障碍，遵循结婚障碍谦抑原则；对登记离婚冷静期的适用边界进行目的性限缩。在外部关系上，在第三人侵扰他人婚姻关系时，可以参照适用人格权的保护规范，但是以过错方配偶与第三人具有重大过错为条件。为兼顾婚姻家庭保护与债权人的利益，夫或妻一方负债而其个人财产不足以清偿债务时，举债方及其配偶的婚后财产均推定为夫妻共同财产，负债方配偶可以提起执行异议之诉。

2、家庭关系民法适用和续造的顺序

【作者】刘征峰，中南财经政法大学法学院副教授

【来源】《法学研究》2024 年第 1 期

【摘要】超出家庭法的法律适用和法律续造不仅是可行的，而且是必要的。民法总则和其他分则的某些规范可直接适用于家庭关系。总则规范之形式统摄力原则上仅针对身份财产关系。对于纯粹身份关系，无需将排除总则规范适用作为确定开放漏洞的前提，但需要实质比较总则适用和家庭法内部续造的妥当性。对于身份财产关系，法官需要先就总则规范进行目的限缩论证，再考虑家庭法内部续造问题。在同时满足家庭法上规范和其他分则规范构成要件的情况下，前者通常构成特别法。基于对规范目的之特殊考量，后者亦可能构成特别法。在家庭法无特别规定时，法官同样有义务先就其他分则规范进行目的限缩论证，再考虑家庭法内部续造问题。涉及家庭关系的外部准用属于概括准用，证立负担与类推适用大体相当。家庭法内在体系的相对独立性使得家庭法内部续造原则上优先于外部准用和续造。家庭法内部法律适用、法律续造和超出家庭法的法律适用、法律续造之间顺序的判断，最终依赖于目的性考量。

3.被误解和误用的家事代理

——《民法典》家事代理规范体系基点再阐释

【作者】刘征峰，中南财经政法大学法学院副教授，法学博士

【来源】《华东政法大学学报》2024 年第 1 期

【摘要】在《民法典》引入家事代理规范后，从体系视角出发，厘清其与相关规范的关系，是对其进行解释适用和法律续造的前提。司法实践对家事代理的误用主要表现为不当放大其功能和作用，这主要源于对其规范目的和构造的误解。作为婚姻效果，虽然家事代理与所得共同制下夫妻共同债务规范存在一定的交叉，但二者分属于不同领域，在效果排除上亦具有独立性。家事代理之效果不限于连带债务之形成，尚包含其他内容。在家庭日常生活范围内，代理具有排斥家事代理之效果，此种排斥效果需满足特殊的公开要求；在家庭日常生活范围外，虽然夫妻身份对知情沉默的认定具有影响，但家事代理并不是此种情况下信赖保护之基础。应根据行为名义及性质的差异，分别考虑适用表见代理、默示意思表示以及善意取得等规范。作为与代理完全不同的特殊涉他性规范构造，家事代理既不包含信赖保护之规范目的，亦不能承担信赖保护之重任。

4、新形势下彩礼纠纷的司法应对

【作者】王 丹

【来源】《中国应用法学》2024 年第 1 期

【内容提要】彩礼是以婚姻为目的的赠与，该目的包含结婚登记、共同生活、孕育子女等多项因素。已办理结婚登记且共同生活的，在双方离婚时一般不予返还彩礼。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，应当在扣减已经使用部分和无法返还的嫁妆部分基础上，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例；未办理结婚登记的，原则上应当返还彩礼，但双方已共同生活的，应当在扣减已经使用部分和无法返还的嫁妆部分基础上，综合考虑共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

关键词：彩礼　给付性质　返还请求权基础　共同生活　酌定考量因素

5、论婚姻登记瑕疵的职权纠正

——评梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案

【作者简介】程皓楠 中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法治社会》2024 年第 1 期

【摘要】登记机关依职权纠正有形式瑕疵的婚姻登记有利于兼顾私法自治与依法行政两方面的要求。梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案的实质争点在于婚姻登记的瑕疵能否适用职权纠正。依职权纠正有瑕疵的行政行为是依法律行政原则的要求，可以在现有法秩序中证立。类比撤销判决的形成力，职权废除瑕疵行政行为的同时可能需要履行重作义务，才是完整的纠正；类比情况判决制度，职权纠正权要受利益衡量的约束。离婚登记仅是私法行为的生效要件，系私法确认性行政行为，废除存在形式瑕疵的离婚登记并不会导致已消灭的婚姻关系复活。本案二审判决以法安定性约束被告的职权纠正权，值得商榷。

6、民事诉讼中儿童利益最大化原则研究

【作者】肖建国，中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心研究员

李皓然，中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法律适用》2024 年第 1 期

【摘要】根据儿童利益最大化原则在实体利益、程序利益、利益解释等方面的法理意涵，涉未民事诉讼制度应基于程序参与原则、国家亲权理念、儿童权利本位观的共同要求，确立儿童的程序主体地位，探知儿童的主客观利益需要，并在具体的程序设计上保障儿童利益的动态平衡。面对儿童利益评判标准缺失、利益代言角色竞合等现实困境，应当厘清不同类型涉未民事案件的儿童利益重心，恰当地选定儿童诉讼利益代言人，并通过专门化立法来实现对儿童程序性利益的特殊保障，增强儿童利益最大化原则在适用时的针对性、现实性和规范性。

7、抢夺、藏匿未成年子女法律问题研究

【作者】王丹，最高人民法院民一庭二级高级法官

【来源】《法律适用》2024 年第 1 期

【摘要】《未成年人保护法》第 24 条规定，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。该规定问题意识突出，价值导向鲜明，对于预防和制止此类行为将起到重要规范作用。但该条规定的较为原则，司法实践既需要利用现有制度工具明确实施该行为需要承担的具体责任形式，也需要创新工作机制，“抓前端、治未病”，践行最有利于未成年人的原则。针对抢夺、藏匿未成年子女行为，可以依据当事人申请签发人格权行为禁令或人身安全保护令；通过依法审理监护权纠纷案件，明确侵权人承担相应的民事责任；在离婚纠纷中，如果一方抢夺、藏匿未成年子女情节

严重的，在双方条件大体相当的情况下，应当优先考虑由另一方直接抚养；制度机制方面，应当创新探望权执行工作机制等。

8、公告瑕疵对收养行为效力影响的判定

——王某诉彭某、第三人浮梁县民政局等收养关系纠纷案

【裁判要旨】民政机关在办理收养登记公告时存在公告倒置等瑕疵，但并不影响被收养人事实上处于无人认领的状态，收养人符合实质收养要件，并与被收养人在取得收养登记后事实上已形成收养关系，收养过程中建立起了深厚的、难以割舍的感情的，从未成年人利益最大化原则考虑，不宜因公告瑕疵而否定收养行为的效力。

【案件索引】

一审：江西省景德镇市珠山区人民法院(2021)赣 0203 民初 1036 号(2021 年 7 月 5 日)

二审：江西省景德镇市中级人民法院(2021)赣 02 民终 686 号(2021 年 11 月 25 日)

【法官】江西省景德镇市珠山区人民法院 胡海清 万军

江西省景德镇市中级人民法院 戴瑞

【来源】人民法院案例选总第 185 辑

9、个人破产视野下未成年人抚养费实现路径研究

——以樊某诉李某离婚纠纷案为例

【作者】常洁、王玲芳

【来源】《判解研究》总第 103 辑

【摘要】无

10.论辅助生殖技术的规范立场

【作者】王新宇 中国政法大学法学院教授，法学博士

【来源】《华东政法大学学报》2024 年第 1 期

【摘要】随着辅助生殖技术的不断成熟，其技术后果引发的法律问题也越来越多。基于不同的国情和制度环境，各国的规制模式多元且对立。辅助生殖技术作为普及型的共享技术，其规制模式的差异性背后应该存在共性化基础。作为医疗科技的辅助生殖技术，对其加以规范应达成两个基础共识：一是医学伦理，这是医学科技应当遵循的基本原则；其施用对象应具备医学指征，其施用目的不得偏离辅助生殖技术应得收益的可附随性，施用对象与施用目的应具有医学上的直接因果关系；因果关系断裂是导致法律问题涌现的直接原因。二是身份伦理，辅助生殖技术的施用必然会产生医学上的母胎关系，母胎关系又必然是准亲子关系；技术滥用造成的“一人两母”，已成为各国法律适用的普遍难题。而满足非医疗目的的外部需求和非治愈性技术操作，都已经超出了医学应用的范围。所以，共识基础决定了规制辅助生殖技术应以伦理作为首要立场。伦理立场不仅在防范辅助生殖技术利益化、妊娠工具化和生育力市场化，更是国家规范科技、维护每个人的人格尊严的基本选择。

11、论居住权在民法典中的体系定位

【作者简介】李永军 中国政法大学教授，法学博士

【来源】《比较法研究》2024 年第 1 期

【摘要】居住权在我国民法典上属于一种明文规定的用益物权，但从《民法典》第 366 条之规定看，没有认真区分物权与债权，甚至不能涵盖所有的居住权设立方式——居住权不仅可以通过合同设立，也可以通过遗嘱和法院裁判设立。居住权不仅可以是他物权，也可以以自物权的形式出现——住宅所有权人的居住权也可以设立。尽管我国民法典第 368 条规定居住权属于登记物权，但在我国司法实践中也存在非登记的物权性居住权。居住权既可以在整个住宅上设立，也可以在住宅的一部分上设立，但是，该部分必须具

有居住的功能。居住权可以为单个自然人设立，也可以设立共有居住权。通过遗嘱设立居住权的，无论是遗赠还是其他，都属于新权利的设立而非简单的继承，在遗嘱生效的时候仅仅产生债权性请求权而不发生直接的取得居住权。因此，我国民法典第 230 条不应适用于包括遗嘱设立居住权。居住权制度的目的在于首先满足生活居住的需要，不应该把商业化作为民法典之居住权的首要目的，当然也不能在现代社会中与商业化完全脱钩。另外，居住权作为需要登记生效的他物权在与其他物权登记的关系上，应采取登记优先则效力优先的原则，例如，居住权与抵押权的关系上，孰先登记孰之效力优先。

12、离婚诉讼中通过裁判设立居住权问题研究

【作者】陈晓敏、张铠容 中南财经政法大学

【来源】《人民司法》2024 年第 1 期

【摘要】离婚诉讼中能否通过裁判设立居住权，在理论与实务中素有分歧，其规范基础与适用要件有待明晰。非基于法律行为发生物权变动之规定与离婚财产分配制度之规定共同为离婚诉讼中通过裁判设立居住权提供了制度空间。确定离婚诉讼中通过裁判设立居住权之适用要件，需综合考虑物尽其用原则、居住权制度及不同离婚财产分配制度之立法目的。通过裁判设立居住权和通过当事人之意思表示设立居住权在客体范围上有所区别。分别以离婚经济帮助制度、离婚经济补偿制度和夫妻共同财产分割制度为依据通过裁判设立居住权时，所设居住权之时间限度亦有区别。同时，原则上只有形成判决才能设立居住权，这决定了只有以离婚经济帮助制度为规范依据时才可通过裁判在非夫妻共有房屋之上设立居住权。

13、论裁判设立居住权的司法路径

【作者】顾全、孔晨、张文瑾 上海市嘉定区人民法院

【来源】《人民司法》2024 年第 1 期

【摘要】居住权创始于罗马法，为特定时代下实现家庭内部特定弱势群体居住利益的制度产物，其内涵随时代发展不断丰富。我国学界对居住权的认识经历了不同阶段，最终在民法典中引入居住权这一新型用益物权，彰显民事立法的人文情怀与民生保障的价值取向。然民法典仅规定居住权可依合同和遗嘱设立，居住权的意定设立方式无法完全承载该制度的功能使命。

14、裁判设立赡养类居住权的路径

【作者】汪阅，江苏省南京市鼓楼区人民法院

【来源】《人民司法》2024 年第 1 期

【摘要】赡养类居住权案件在实践中存在裁判思路不统一的情况，在法院是否能够主动以裁判设立居住权上分歧尤为明显。一方面，法律条文只表明居住权人有权按照合同约定享有居住权（遗嘱参照适用），但没有明确规定法院可以主动设立居住权。另一方面，法院主动设立居住权符合立法目的和现实需求，是保障弱势群体居住权益的必要手段。为避免出现裁判“合法不合情”“合情不合理”的情况，一种裁判路径是将视角投向民法典第二百二十九条，适用非基于法律行为的物权变动模式，以合理化法院设立居住权的行为，另一种是“举轻以明重”，类推适用民法典第一千零九十条离婚时为一方生活困难者设立居住权。民法典物权编居住权章没有明确规定法院是否可以主动设立居住权，由此导致了法院在裁判思路上的不统一。

15、居住权的进路探索及裁判规则构造

【作者】王晓梅、顾嘉旻

【来源】《判解研究》总第 103 辑

【摘要】无

16、股权继承规则的系统性改造

【作者】赵玉，国家检察官学院 教授

【来源】《法律科学》2024 年第 1 期

【摘要】股权继承规则聚焦于继承人财产权益的实现与公司稳定经营的整体利益。以继承权为逻辑，合法继承人是股权财产权益的实际权利人，公司承担继承人财产权益保护与实现的法定义务。遗产股权以股权共有方式行使，继承人享有财产权益项下的股权权能。强制收购机制产生双向激励效果，加速继承人股权财产权益的实现，避免公司决策陷入停滞。以公司组织体为逻辑，继承人享有股权身份权益请求权，公司则享有组织成员的决定权。继承人获得股东资格取决于股权人身专属程度和公司意志，前者考量股权类型的继承性，后者考察公司意志形成程序的合法性，二者均于公司章程中表达。当公司章程存在漏洞时，应承认自然人死亡后股东会决议效力，股东会表决的结果，意味着公司组织体人合性的再次形成。

关键词：股权继承；股东资格；公司利益；价值位阶；强制收购；事后效力

17、遗赠、婚外同居与公序良俗

【作者简介】孙维飞，华东政法大学法律学院副教授、法学博士

【来源】《交大法学》2024 年第 1 期

【摘要】《民法典》继承制度延续了《继承法》，最终并未采纳特留份制度。自比较法角度看，《民法典》继承制度的重要特色在于注重扶养或需要，避免不加限制的“不劳而获”。在向婚外同居者遗赠情形中，生存配偶非基于扶养或需要而主张违反遗嘱意思的继承，不符合我国继承制度缓解“不劳而获”思想的特点，可不予支持。向婚外同居者遗赠的法律行为，若不涉及金钱和婚外同居的交换——如与婚外同居者订立遗赠扶养协议，则不应以违反公序良俗为由认定其无效。婚外同居者违反夫妻忠实义务可在夫妻关系的法律规定中寻求解决之道。

18、公序良俗在情人遗赠纠纷中的适用

———基于私法与基本权利冲突理论的二元视角

【作者】刘耀东，辽宁师范大学法学院副教授、法学博士

【来源】《交大法学》2024 年第 1 期

【摘要】遗赠是否违背公序良俗应以遗赠本身为审查对象，而不能以遗赠以外之事实为断。同时，情人遗赠行为是否违背公序良俗，尤应考察当事人一方遗赠的动机是否是将性奉献与经济上的对待给付联结起来，抑或是存在其他更值得尊重的动机。但在私法视角下，情人遗赠的效力，总是呈现出完全有效或完全无效的形态。而在基本权利冲突与权衡的视角下，各基本权利相互较量各自在具体个案中的分量，此种权衡和较量之结果体现在法律行为效力上，即既非完全有效亦非完全无效，而是在两者间存在多种可能性，因而更能适应个案中的具体情况，也更具灵活性。

19、遗赠物上代位推定的教义构造与适用甄别

【作者】陈霖，南京师范大学法学院讲师、法学博士

【来源】《交大法学》2024 年第 1 期

【摘要】根据遗嘱处分的标的物不同，遗赠区分为物权类遗赠和债权类遗赠。无论何种类型，若在继承开始前特定遗赠标的物不存在，皆可能引致受遗赠人能否对代位物主张遗赠之问题。虽然遗赠在遗嘱人与受遗赠人之间形成债权债务关系，但照搬合同嗣后给付不能的解决思路难以完全契合遗赠具备的身份性特质，故通过对物上代位基础性权利的扩张解释，肯定遗赠物上代位推定的教义构造，不失为合适的切入路径。根据导致遗嘱处分标的物不存在的原因事实差异，限定遗赠物上代位推定的适用前提为非基于遗嘱人自愿行为的法律事实之情形，并与遗嘱人意思自治下的相反行为进行区分，后者具备撤回遗嘱、使其不发生效力的功能。又因某些原因性法律事实

中交织“客观”与“自愿”，在难以明确法律适用时，可借助“遗嘱解释的客观化”缓和遗赠物上代位推定与相反行为的甄别困难。

20、原因欠缺导致赠与财产返还的原理和规则

【作者】夏静宜，扬州大学法学院讲师、法学博士

【来源】《交大法学》2024 年第 1 期

【摘要】赠与合同的原因体现为赠与人负担债务的“决定性动机”，这种“决定性动机”欠缺时，应当否定赠与合同的拘束力。因此，若赠与合同的原因欠缺，即使在赠与人移转赠与财产权利后，仍有否定赠与合同拘束力，认可赠与财产返还的需要。关于否定赠与合同拘束力的具体路径，“附解除条件的赠与”构成建立在对当事人意思的拟制之上，有不当干涉当事人意思自治之嫌，应当区分赠与合同原因欠缺的发生时点，分别采用错误构成和情事变更构成。若原因欠缺自始发生，则原因欠缺可能构成错误，即使该项错误属于狭义的动机错误，也应当允许赠与人主张错误撤销。若原因欠缺嗣后发生，则原因欠缺可能构成赠与合同基础情事的变更，赠与人可依情事变更规则解除赠与合同。原因欠缺导致赠与财产返还的原理亦可用于对彩礼返还规则的解释和对父母出资为已婚子女购置房屋后子女离婚所引发的财产返还问题的解决。

21、遗嘱处分财产限制之衍进的中国法律史叙事

【作者】蔡晓荣，苏州大学王健法学院教授

【来源】《法商研究》2024 年第 1 期

【摘要】传统中国基于自身独特的社会伦理和家族主义传统，对被继承人通过遗嘱处分财产之行为采取一种限制性立场，其具有维护父子亲缘格局、维系家族存续和血缘亲情等价值取向。自近代以来，受大陆法系国家继承立法的示范，经由立法者和司法者的持续努力，中国循次而进在继承法中引入了一个立足于个人权利本位、符合形式理性、以限制遗嘱人任意处分遗产为核心内容的特留分制度。回溯遗嘱处分财产限制从传统到近代的衍进脉络可以发现，维护血缘亲情、尊重人伦情理始终是其不变的价值追求。今日重温这些历史叙事，对于我们反思和完善当下中国的遗嘱处分个人财产法律规则，仍可提供良多启示。

22、打印遗嘱效力认定案件的裁判路径分析

【作者】冯宇雷、刘大伟

【来源】《判解研究》总第 103 辑

【摘要】无

曹思婕|探望权立法的完善思考

2023-10-20　理论探索杂志

https://mp.weixin.qq.com/s/MG4LwMQA5GraNFP_pWi3oA

原载于《理论探索》2023 年第 4 期

〔摘要〕

在我国，探望权立法是满足现实生活中人们对亲子探望迫切需求的重要内容。但由于我国对探望权的理论研究不足，导致探望权的立法发展迟缓。进一步完善探望权立法，需要切实发挥法的价值对探望权立法的先导作用，注重中华法文化情理法元素的融入，全面体现探望权法律关系的包容性要求，充分彰显子女利益最大化的立法宗旨。

〔关键词〕

探望权，中华法文化，未成年子女利益

曹思婕，北京化工大学文法学院讲师、硕士生导师、法学博士。

探望权作为我国婚姻家庭法中的一项独立制度，对于维护非常态婚姻家庭尤其是离婚家庭中的亲子关系具有不可替代的作用。然而，我国的探望权立法起步较晚，直至 2001 年《婚姻法》第 38 条才第一次对探望权正式作出规定。2020 年《民法典》仅以一个条文即第 1086 条专门规定探望权，其具体内容规定明显不足，与探望权发展的现实要求存在明显差距。法律不仅是国家对社会关系的规范表达，而且是一个时代的法的精神、理念的现实折射。近年来，随着我国婚姻家庭生活中男女关系的日益多样性，亲子关系逐渐呈现出新颖性、复杂性的特点，这表明探望权已不仅仅是人们所关注的法律问题，而且愈加成为关系未成年子女权益保护、影响婚姻家庭生活和睦以及整个社会长治久安的社会热点，全面审视和完善探望权立法已提上日程。

一、切实发挥法的价值对探望权立法的先导作用

法的价值是立法的先导，指引着立法的成长发展。正如庞德所言，“价值问题虽然是一个困难的问题，但它是法律科学所不能回避的”。因为法的价值是主体内心对法的期望、追求、信仰的指向，它是推动法的发展的内在动因。制定并理解一项法律制度，离不开对该法律制度中所蕴含的法的价值把握。“一种完全无视或根本忽视基本价值中任何一个价值或多个价值的社会秩序，不能被认为是一种真正的法律秩序。”前言在相当程度上，立法就是对法的价值的确立，立法的实施是在实现和追求某种法的价值。法的价值具有多样性，如法的自由价值、平等价值、人权价值、秩序价值、公正价值等，正是这些多层次、多维度的价值成为立法的指引，探望权立法也不例外。

（一）反映法的自由价值。法的自由价值对探望权立法的作用包含三个层次：第一层次隐含着婚姻自由。婚姻自由包含结婚自愿与离婚自由，而正是离婚自由产生了探望权。由于离婚导致不直接抚养方无法像正常婚姻家庭状态下的父母一样行使亲权，于是法律规定探望权用以弥补非常态婚姻家庭状态下未成年子女与不直接抚养方继续保持亲子关系并维系亲子之情。第二层次显性表现为探望权的行使自由。探望权制度规定赋予不直接抚养方享有探望权，探望权人可以自由地行使探望权，即享有探望权的父或者母可自由选择探望的时间、地点、方式与其未成年子女进行交流、沟通、会面等。探望自由不仅是探望权人实现探望权的有力保障，也是法律给予不同生活模式下不直接抚养方与未成年子女之间探望的自由空间。但与此同时，探望权行使的自由需要限定在法律规定的范围内，即探望权的行使不得不利于子女的身心健康，否则法律有权中止探望权。第三层次是将实现未成年子女成长发展的自由作为终极目的。探望权设立的现实目标是为了未成年子女的健康成长与全面发展。探望权立法的现实意义是使非常态婚姻家庭生活中的子女与正常婚姻家庭状态下的子女一样能够感受到来自父母双方给予的关爱并得到完整家庭的温暖。因此，在探望权立法中，应当突出体现未成年子女的探望自由，即未成年子女有权自愿选择允许探望或者不允许探望。因为倘若探望权的行使使未成年子女的成长发展受到限制或约束，会与其设立的初衷背道而驰。因而探望权的行使要尊重未成年子女的探望意愿。与我国民法典的规定相契合，以八周岁为分界线：法官应当听取八周岁以上未成年子女的探望意愿；法官可以听取不满八周岁未成年子女的探望意愿，并根据个案作出自由裁量。

（二）发挥法的平等价值。探望权立法中法的平等价值具体体现为：一方面，探望权法律关系中不同主体之间的地位平等。这是指探望权各方主体间的权利对等和人格独立。在探望权法律关系中，通常涉及探望权人、探望相对方与直接抚养方三方主体。父母离婚后，直接抚养方可以继

续行使亲权而对未成年子女进行人身方面和财产方面的照护。当探望权人行使探望权时，直接抚养方应当履行协助义务以保障探望权的顺利实现；当探望权人的探望行为不利于未成年子女的身心健康时，直接抚养方有权及时制止探望并向人民法院申请中止探望。不直接抚养方通过探望以实现对未成年子女的抚养、照顾、爱护、监督、教育等权利与义务。未成年子女有权要求直接抚养方与不直接抚养方履行各自的亲权和探望权。可见，在探望权法律关系中，探望权人、探望相对方与直接抚养方处于平等的法律地位。另一方面，非常态婚姻家庭生活中的未成年子女同样享有探望权。这包含两层含义：一是现实生活模式迥异的非常态婚姻家庭状态下的未成年子女享有相同的权利；二是非常态婚姻家庭生活中的未成年子女与正常婚姻家庭生活中的未成年子女都同样享有来自父母双方应有的关爱。简言之，即使不同家庭的生活状态千差万别，父母对未成年子女的权利与义务也应当是同等的，未成年子女的利益不因父母关系破裂而遭受损害，未成年子女的权利不因婚姻家庭状态不同而有所区别。因此，在探望权立法中，应当明确在探望权法律关系中未成年子女具有独立的法律地位，其人格不依附于父或者母任何一方，并且享有主动要求探望的权利，这样才能保持未成年子女与父母之间的平等地位，并使非常态婚姻家庭与正常婚姻家庭状态下的未成年子女享有同等获得来自父母双亲关爱的机会。

（三）彰显法的秩序价值。探望权蕴含着家庭秩序和社会秩序的现实要求和伦理要求。“所有秩序，无论是我们在生命伊始的混沌状态中所发现的，或是我们所要致力于促成的，都可以从法律引申出它们的名称。”探望权立法应努力在婚姻家庭生活领域为人们创设一种安定的、使家庭成员享受合法权益的和谐秩序。具体来讲，探望权立法内含三种秩序价值功能：第一种是实现未成年子女与父母间亲子关系与亲子生活的和谐，第二种是维护每一组家庭成员间关系与生活的稳定，第三种是构建整个社会婚姻家庭生活的安定与幸福。这三种秩序层层递进，不仅可以满足家庭成员间的个体利益需求，也是实现社会和谐稳定的内在需要。因此，在探望权立法中，应科学、具体、合理地规定探望权法律关系中三方主体各自的权利与义务，以体现法的秩序价值功能。

（四）突出法的人权价值。人权是现代法最基本的价值之一，探望权属于身份权，是基本人权的组成部分。探望权立法应当突出人权保护的独特性，对婚姻家庭关系中的特定群体即未成年子女给予倾斜性保护：在探望权法律关系中，应当强调人权主体的复合性，将探望权主体不仅视为孤立的个体，更应当置于亲子关系内洞察其作为权利主体应当享有的权利；在探望权的行使过程中，应当关注探望权内容的广泛性，探望权不是单一的权利，而是权利与义务的综合体，它的实现以有利于未成年子女利益最大化为宗旨；对于探望权的未来发展，应当体现包容性，认识到探望权的实现有赖于探望权法律关系中各方主体相互之间的包容与理解、沟通与协作。因此，突出法的人权价值，探望权立法应当给予探望权行使的充分空间，即在有利于未成年子女身心健康的前提下，由探望权法律关系中三方主体自主并协商决定探望权行使的具体内容，可采用列举加概括的立法模式使探望权在现实生活中得到真正落实。

二、注重中华法文化情理法元素的融入

中华法文化在古代体现为“国法”建立在“人情”之上，主张“法不外乎人情”“人情大于王法”，此为情理法的集中呈现。情理法融合的实质，是法律规范与伦理道德的融会贯通，即民情、民意与法律实施的内在统一。南宋名公真德秀曾在奏折上写道：“夫法令之必本人情，犹政事之必因风俗也。为政而不因风俗，不足言善政；为法而不本人情，不可谓良法。”在中国传统司法实践中强调自觉地贯彻被视作最大“人情”的“纲常”，故而“凡听五刑之讼，必原父子之情，立君臣之义以

权之”。在这样的背景下，司法断案将各个地域的风俗人情、民意习惯纳入可供考量的“人情”因素，成为独具特色的中国法律文化。正如范忠信所言：“‘国法’是一个‘孤岛’，‘天理’和‘人情’是两个桥梁。如以‘天’为‘彼岸’，‘人’为此岸，则‘天理’架通了彼岸，‘人情’架通了此岸；‘国法’居中连接两桥。于是乎，‘天人合一’也就在法制上实现了，也即实现了‘天理’、‘国法’、‘人情’的‘三位一体’。”

（一）情理法元素的融合是探望权立法的独特性所在。探望权立法是为了实现父母子女之间权利义务的平衡，达到个体之间的自由与利益的协调，寻求亲子间共同利益的获得与维护和谐稳定的亲子关系，进而形成安定持久的社会秩序。这主要源于婚姻家庭法是“着眼于自然世界和社会世界中的现象——亦即配偶之间、父母与子女之间的关系”，而非“法律世界中的现象和纯粹的法学范畴，尤其是绝对权和相对权的基本区分”。因此，婚姻家庭法所调整的婚姻家庭关系更为具体细致、突出人伦秩序与亲情关系。在婚姻家庭法内，由父母与子女相互间的亲子关系建立起的共同生活秩序是先于法律而存在的，它表现出的事实状态与情感基础由婚姻家庭法的亲子法律规则予以规范和调整。从这个意义上来讲，探望权立法作为人伦道德和法律制度相融合的产物，是基于血缘而衍生出的亲子情结，是带有人性化的法律制度设计，不仅蕴含着亲情伦理的人性光辉，更强调对未成年子女全面发展的保护。

（二）探望权纠纷的司法裁判是对亲子之情的法律诠释。“司法的目的不仅仅在于解决纷争，而更在于扩充人们生存的意义世界，作出衡平的符合正义的判断，而在其中发挥作用的则是‘丰富的情感、广阔的眼界与精细的分辨力’”。在探望权纠纷中，亲子情感、伦理道德与亲子法律规范交织在一起，若割裂“法”与“情理”间内在的融合关系，忽视情理法在探望权中的共融性，不仅会将探望权司法审判引入误区，而且无法使探望权在现实生活中得到有效行使，也无法化解来自法律正当性与人们情感可接受性的挑战。正是将公平、正义、平等、人权等法的价值植入“情理”之中，使得关于探望权纠纷的司法裁判成为对亲子之情的法律诠释。聚焦我国当前的探望权司法审判，将情理法元素内化于探望权司法审判中，形成彰显人情色彩的司法审判一体化风格，正是我国传统的司法审判实践与理性智慧、血缘亲情表达相结合的集中体现。如在黄某某与邱某某探望权纠纷案中，法院正是从维护未成年子女利益的角度出发，顾及双方当事人履行抚养义务的客观条件而作出司法裁判。在李某某、杨某某探望权纠纷案中，法院充分尊重离婚父母双方的真实意愿，父母双方意思自治达成的探望协议优先。最终法院从有利于抚养幼儿的视角出发，对案件作出合情合理且不违背公序良俗的判决。在樊某与路某某探望权纠纷案中，充分体现了以保护未成年子女的健康成长为首要审判目标。

（三）通过指导性案例推动探望权立法完善。父母感情破裂，家庭随之解体，导致未成年子女生活的共同基础瞬间坍塌，家庭成员间的彼此信任淡化，未成年子女被动地面临着亲情缺失的挑战，在离婚家庭中处于弱势地位的未成年子女，因为父母离婚，遭受的情感伤害并不比父母面临的境遇好，甚至更令人不寒而栗。因此，如何使未成年子女在情感和利益上最大限度地免受父母婚姻关系破裂带来的负面影响，尊重未成年子女的意愿并保障未成年子女的人格与自由，成为探望权立法的重心所在。自《民法典》实施以来，各种各样的探望权纠纷之所以无法得到妥善解决，与相关立法缺失“情理法”元素的融入密切相关。为此，进一步完善探望权立法，就不能将其设计成片面的权利和义务的综合体，而应将重心转移到离婚后如何履行父母对子女的职责以及亲子关系的维护上来。由于指导性案例具有示范性、规范性和引导性，实现同案同判，是统一司法适用标准、实现法律统一适用的重要保证。在民事裁判

活动中，指导性案例不但具有解释法律、填补漏洞的作用，还兼具创设规则的功能。探望权的行使影响未成年子女的身心发展、人格塑造、人生观念的形成以及人生理想的选择，因此，最大限度地减少父母离婚给未成年子女带来的不幸，弥合幼小心灵留下的创伤，是探望权立法和司法的共同关注。提倡将情理法元素内化于探望权司法审判中，不仅能够保持司法审判的确定性与灵活性，实现个案裁判的实质公平与正义，而且这样的实践由最高人民法院尽快出台探望权的典型案件作为指导性案例，既能够为全国各地的探望权司法审判提供可以参考的审判借鉴，又能够通过积累“情理法”因素的实践素材为完善探望权立法提供重要资源。鉴于此，完善探望权立法，实现立法与司法的有效衔接，发挥指导性案例的指引功能，需要丰富探望的内容，明确探望的内容不止于看望、交流等形式层面，还要对不直接抚养方对未成年子女的抚养、照顾、爱护、监督、教育等权利与义务作出概括性规定；探望权人与直接抚养方就如何行使探望权应当协商决定；人民法院在处理探望权纠纷时，应当先行调解，调解不成再进行裁判。

三、全面体现探望权法律关系的包容性要求

法律关系是对人与人之间的社会关系，由法律确认和调整的权利义务关系。“各个法律关系是法律规定的人与人之间的关系”，而不是任何离开法律规范的生活联系。探望权作为身份权的一种，按现行法律规定，其法律关系指法律对离婚家庭中父母子女间亲情关系进行调整形成的权利义务关系。探望权法律关系的产生、发展、终止直接关系到父母子女间的权利义务，连接着彼此的心灵沟通、情感交流与亲情延续。然而，我国关于探望权法律关系的立法规定到目前为止仍然很不完善，这主要源于：一方面，理论研究尚不成熟，没有为探望权立法规定的具体法律关系提供学理支撑。另一方面，现代社会日新月异，家庭生活也随之发生着巨大改变，“家庭正如迄今的情形一样，一定要随着社会的发展和社会的变化而发展、变化”。探望权法律关系必然会在新的家庭模式和家庭关系的环境中增添新内容。因此，我国的探望权法律关系本身具有很大的发展空间。探望权是血亲关系的法律延伸，是父母子女间权利义务的法律体现。综合探望权所处社会环境的变化和所涉法律关系的特殊性，可以得出探望权法律关系具有包容性的特点，其主体要素、内容要素和客体要素需要得到全面体现。

（一）拓展探望权的主体范围。探望权的主体包含权利主体与义务主体（以下仅讨论权利主体）。从我国《民法典》第 1086 条规定来看，不直接抚养方被视为探望权的权利主体。但是对于探望权的权利主体范围一直以来备受争议。原因在于，探望权的权利主体过于狭窄，导致无法满足社会生活中人们对探望的现实需求，也无法切实保护未成年子女的利益。不直接抚养方是当然的探望权权利主体自不待言，而关于探望权的权利主体范围是否还应当包括未成年子女、祖父母与外祖父母、未成年人的兄弟姐妹以及与未成年子女关系亲密的其他近亲属的看法则莫衷一是。笔者以为，通过立法进一步拓展探望权的权利主体范围应明确以下两点：

首先，未成年子女应当成为探望权的权利主体。传统观点认为，未成年子女是被探望的对象甚至是探望权的客体而不是独立的主体。这源于我国古代父权制的思想，但该观点不断地被质疑。承认未成年子女是探望权的权利主体恰恰是最大限度地保护未成年子女利益的内在要求，也是在亲子关系中子女和父母处于平等法律地位的具体体现。海希奥德（Hesiod）认为，法律乃是建立在公平基础上的一种和平秩序。在婚姻家庭关系中同样需要法律赋予每一个个体享有平等的权利，实现拥有公平利益的空间与秩序。在现实生活中，离婚家庭中的未成年子女往往在单亲家长的陪伴下成长，残缺父母任何一方的爱都是不完整的，

未成年子女对不直接抚养方的情感渴望难以表达。因此，赋予未成年子女探望权的权利主体地位有利于其自由地表达对不直接抚养方的爱意，更有助于其毫无顾虑地要求不直接抚养方探望自己并履行其作为父母应尽的义务。这从根本上决定了未成年子女有自主决定拒绝探望的权利，这正是对未成年子女内心真实意思表示的尊重。

其次，在特殊情形下，祖父母、外祖父母在有利于未成年子女利益的前提下可以成为探望权的权利主体。近些年来，关于隔代探望权的纠纷层出不穷，社会各界将祖父母、外祖父母列入探望权权利主体范围的呼声愈来愈高。这主要缘于祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女是人之常情，若人为地阻断祖辈对孙辈的看望、交流，有违人性和家庭伦理、有悖公序良俗。特别是在独生子女家庭占主流的家庭结构中，多数年轻夫妇因忙碌于紧张的工作，往往由祖父母、外祖父母抚养未成年的孙子女、外孙子女，祖孙之间自然而然地建立起坚不可摧的亲情与割舍不断的联系。即使父母离婚，祖父母和外祖父母依然爱护孙子女、外孙子女，有些家庭中孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母有很深的情感依赖，若断然地人为切断祖孙之间的联系，无异于使未成年子女再次遭受打击与重创。因此，隔代探望已然成为立法上当然的选择。必须强调的是，法律应当兼顾平衡祖父母、外祖父母和未成年子女双方的利益，同时考虑到直接抚养方的利益与实际生活状况，规定祖父母、外祖父母成为探望权的主体应有明确的前提条件。既允许祖父母、外祖父母成为探望权的权利主体，又要顾及祖父母、外租父母行使探望权不影响未成年子女与直接抚养方的正常生活并不损害他们的利益。这正是探望权适应现实生活需要作出适时调整的重要表现。此外，除特殊情形外，未成年子女的兄弟姐妹和与未成年子女关系亲密的其他近亲属不应当成为探望权的权利主体，这是由探望权的本质属性所决定的。

探望权是行使亲权的一种特殊形式，它是亲权在非常态婚姻家庭状态下的延续，亲权的享有者是父母双方，他们基于对未成年子女的特殊身份而取得，其他任何人都无权享有。探望权立法应当与时俱进，为适应我国探望权的现实需求和探望权设立的立法宗旨，适当地扩大探望权的权利主体范围是无可厚非的。虽然未成年人的兄弟姐妹和与未成年子女关系亲密的其他近亲属在父母双方尚未离婚时与未成年子女有所交往，有些甚至与未成年子女形成亲密无间的关系，但是过分扩大探望权的权利主体范围不仅会改变探望权的本质属性，而且使得法律规定带有“随意性”。

（二）厘清探望权客体并丰富探望权内容。《民法典》第 1086 条仅规定不直接抚养方享有探望权，往往导致人们将未成年子女视为探望权的客体。但是随着我国对探望权理论展开研究以及法律关系客体理论的发展，有学者已经提出未成年子女是探望权行使的对方当事人而不是客体，不能将两者混为一谈，进而得出了未成年子女作为探望权的客体是谬论。现今通说认为：探望权的客体是一种抽象的身份利益，它是在不直接抚养方与未成年子女进行探望的过程中而产生的。这种抽象的身份利益是不直接抚养方与未成年子女相互满足亲情需求的精神利益，不直接体现为财产价值。并且在探望权法律关系中，这种抽象的身份利益具有双向性，它不仅是未成年子女的身份利益，而且是不直接抚养方的身份利益。这正印证了身份权的客体特点是“身份利益不独为权利人之利益，同时为受其行使之相对人之利益而存在”。

探望权的内容是指探望权法律关系中各方主体之间的关系。随着探望权主体的扩大，不直接抚养未成年子女的父或母、祖父母、外祖父母和未成年子女都应享有探望权。《民法典》第 1086 条对探望权的行使方式没有作出详细规定。不直接抚养方与未成年子女相互之间只有通过一定的探望方式，定期或不定期地进行见面、沟通与相

处，才能体现出探望的价值。鉴于科学技术的进步和现代生活形式的多样化，探望方式也应越来越多种多样、灵活便捷。为此，可以在立法上明确，不直接抚养方与未成年子女彼此间可通过诸如书信往来、电话询问、网络交流、微信问候等方式进行探望，探望时间可长可短：短期探望可以是双方倾心交谈、相约一同进餐、一起参与活动等，长期探望可有长假共同生活、度假旅游玩耍、长久陪伴学习等。无论采用何种探望方式和选择多长时间的探望，都要以有利于未成年子女利益最大化为首要目标，一切损害未成年子女身心健康的探望都应当中止。通过探望，探望权主体的权利和义务得以实现。需要特别强调的是，在日常生活实践中，直接抚养未成年子女的父或母是未成年人的贴身看护者。因此，直接抚养方在探望权法律关系中对不直接抚养方探望未成年子女的行为有监督权，当发现探望行为不利于未成年子女的利益时可以请求人民法院中止探望。

四、充分彰显子女利益最大化的立法宗旨

立法宗旨是贯穿法律规范的核心，无论是法律条文的内在含义还是法律规范的外在形式，都要围绕立法宗旨进行构建。立法宗旨不是静止孤立、停滞不前的，它与社会生活的各种因素共同形成完整的体系，协调共存、融合并进。探望权的立法宗旨也会随着国际立法环境的演变、社会生活现实的变化、立法者立法思想的日渐升华以及人们对法治需求的不断增强而发生进阶式的变动。但与此同时，无论立法宗旨如何变化，都要与一国的政治经济、伦理道德、思想文化、法治形态以及与国际背景相契合，达到总体协调一致的状态，使人们对法律的期望与立法宗旨的设立归同，这正是立法宗旨适时性、先进性的体现。总之，只有科学、合理的探望权立法宗旨的指引，探望权立法才能符合社会发展方向并满足人们的现实生活需求。

探望权立法由感情基础、心理基础、责任基础和利益基础共同支撑。回顾我国探望权制度的设立，新中国成立后，首部《婚姻法》于 1980 年问世，该《婚姻法》第 29 条规定离婚后的父母仍对子女有抚养教育的权利和义务。这其中隐含探望权的含义。紧接着，1988 年《民通意见》中第 21 条明确规定了离婚后父母对子女监护权的行使和限制。此条明确认可不直接抚养方的监护权除有法定事由并经人民法院认定外，任何人无权取消。这表明不直接抚养方可通过与子女进行见面交流实现监护权。直到 2001 年实施的《中华人民共和国婚姻法》第 38 条首次规定了探望权制度。鉴于当时中国国情和时代背景，探望权制度在立法宗旨上是为了继续实现离婚家庭中父母对子女的权利。虽然第 38 条的规定在当时及时且必要，但是不得不承认此立法模式“简陋而粗糙”，沿用至今，确实已不合时宜。《民法典婚姻家庭编（草案二次审议稿）》对探望权制度进行了完善，但变化甚微，仅增加一个条文，即增加规定在特殊情形下祖父母、外祖父母享有探望权，而《民法典婚姻家庭编（草案三次审议稿）》又删除了关于隔代探望权的法律规定。至此，《民法典》第 1086 条关于探望权的法律规定并没有完全达到人们的立法预期。之所以出现这样的结果，归根到底还是因家族本位思想长久地“统领”传统亲子制度，导致我国探望权的立法设计过分突出以父母为主体并主要围绕父母权利展开。

显然，《民法典》中有关探望权规定沿用的仍然是 2001 年实施的《中华人民共和国婚姻法》，体现的是“父母权利本位”的立法宗旨。然而，自《民法典》实施以来，现实社会生活中存在的探望权疑难现象逐渐凸显，并已成为一个突出的社会问题。面对离婚率居高不下的社会现实，现行探望权立法对离婚后未成年子女利益难以给予有效保护的“疾患”日益明显。与此同时，非常态婚姻家庭生活模式层出不穷，使得非常态婚姻家庭中未成年子女的利益往往被忽视。这迫切地需要

我国的亲子立法站在未成年子女利益的视角给予更多的法律关怀。为此，我国探望权的立法宗旨应当摆脱传统社会父权观念阴影的笼罩，从家族主义的控制中彻底解放出来，完成以“父母本位”向“子女本位”的转变。

具体而言，探望权的立法宗旨可分为直接立法宗旨和间接立法宗旨。探望权的直接立法宗旨也即第一层次立法宗旨，是保障非常态婚姻家庭生活中的父母对未成年子女权利与义务的继续行使并维护亲子关系的延续发展。探望权的间接立法宗旨也即探望权的更高层次立法宗旨，是实现未成年子女利益最大化。两者相得益彰、不可偏废。直接立法宗旨是实现间接立法宗旨的途径，两者之间呈递进关系。具体来讲，实现探望权立法宗旨从父母权利本位向子女权利本位的转向主要体现在以下三方面：

一是突出探望权立法的亲情因素。家庭的组建以情感为导向，父母子女间的探望权源于血脉亲情，这种血脉亲情结成的家庭情怀因父母子女的存在而永久存续。“作为精神的直接实体性的家庭，以爱为其规定，而爱是精神对自身统一的感觉。”来自家庭的爱与关怀，对于未成年子女而言尤为重要：一个支离破碎的家庭会带给子女无尽的恐惧与自卑，而一个温馨的家庭会燃起子女对人生的无限希望与力量。子女得到来自父母的关爱原本天经地义，即使在形态各异的家庭生活中，父母子女间相处的具体情形各不相同，父母探望子女也要以有利于未成年子女健康成长的方式进行。为此，完善探望权立法应当根据不同年龄阶段选择合理且恰当的探望方式；规定探望权的行使应当以弥补父母对未成年子女缺失的爱为目标，探望权的行使内容应当包含不直接抚养方履行应尽的父母职责，从而使未成年子女和父母共同感受到家庭应有的幸福与温暖。

二是坚持国际社会处理儿童事务以儿童利益最大化为基本原则。随着法治文明的发展，儿童利益最大化原则已得到世界各国的基本认同。1989 年通过的联合国《儿童权利公约》是第一部保障儿童权利的国际性约定，它强调儿童的幸福和权利必须被重视与保护，并确立了儿童利益最大化原则。在新时代社会主义法治建设进程中，我国关于未成年人利益的法律保护已提升到新的法律高度。未成年子女在父母离婚家庭破裂过程中和离婚后始终处于弱者地位，探望权立法应着力于对这些未成年子女利益的保护，正视有些父母在离婚后对未成年子女利益视而不见的现象，避免由于立法有失公允导致未成年子女背负沉重后果，甚至不堪重负而误入歧途。基于此，在离婚制度的设计上更应当侧重关注和保护未成年子女的利益，其立法宗旨应当与《儿童权利公约》确立的儿童利益最大化原则接轨。在探望权的具体制度设计中，规定当父母利益与未成年子女利益相冲突时，应以未成年子女的利益为优先考量因素，必要时可限制不直接抚养方的探望权以保障未成年子女的利益。

三是充分体现父母对未成年子女的义务与责任。父母对未成年子女的义务和责任构成亲子关系的核心内涵。探望权的设立为离婚状态下不直接抚养方继续履行对未成年子女应尽的义务和承担应有的责任提供机会，并承担相应的法律后果。正如日本学者我妻荣所云：“父母子女关系的特有效力是父母对未成年进行哺育、监护、教育。这莫若说是权利和义务融合在一起的应尽职责。”因此，探望权立法不应一味地追求家庭成员各方利益的平衡，而应当倾斜性地保护特定群体——未成年子女的利益。立法规定上应当全方位地考虑未成年子女的利益需要与情感需求，使不直接抚养方对未成年子女履行同直接抚养方同等的父母义务与责任。

总之，探望权立法掺杂着人性与伦理、情感与责任，兼顾个人、家庭与社会，召唤人性的光辉；它在保障权利的同时，更强调义务与责任，在探望协商过程中彰显利他与宽容，在执行上突出协作与理解。因此，探望权立法承载着唤醒仁爱、同

情、利他等善良美德的社会功能。探望权立法的不断完善不仅可以为未成年子女的健康成长提供法律保护，也可以为复杂多样的婚姻家庭生活注入和谐因素，这足见探望权立法宗旨的树立和转变不只为立法所需，更是受国家政策的引导推动和人心所向。

2023 年家事法研究（综合）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献

原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/claXBwB0f1575T9FNPE0_w

主编：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
执行主编：杨晓林
执行副主编：段凤丽、邓雯芬、刘海娜
初始资料整理：张浩杰，杭州师范大学学生

说明：

1、本资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。

2、文献获取渠道问题，个别篇名及作者身份信息标注不完整，最后编辑合成，为版面简洁亦有适当删减；文献索引排序时间所限，未严格论证，仅供学术实务研究参考，不当之处，敬请包容、谅解。

3、如公开完整使用或再二次编辑、利用本资料，请务必注明来自“家事法苑”（ID：famlaw）微信公众号。

联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

本期目录

1、体系化视野下《民法典》婚姻家庭编的适用——兼论婚姻家庭编与其他各编的适用关系，王利明，《当代法学》2023 年第 1 期

2、中国婚姻家庭立法 70 年：制度创新与价值遵循，王歌雅，东方法学 2023 年第 2 期（女学者特刊 2）

3、家庭法独立于民法典的三种模式研究——证成我国《民法典》对家庭法之回收，徐国栋，暨南学报 2023 年第 09 期

4、民法典家庭编为何选择德国团体法模式扬弃中国传统同居共财模式，《家庭法构造模式的法文化反思》徐涤宇、胡丹，《云南社会科学》2023 年第 4 期。

5、《民法典》婚姻家庭编适用衔接问题研究，王雷，《法学杂志》2023 年第 6 期

6、身份权的派生确权与参照保护，张力，《中国法学》2023 年第 4 期

7、论亲属身份权对人格权编的“参照适用”——以《民法典》第 1001 条为中心，徐洁、高清浅，《北方法学》2023 年第 4 期

8、海峡两岸人身法形成发展比较与互鉴研究，关今华、黄素玲，《海峡法学》2023 年第 2 期

9、老龄社会婚姻规则多元论，鲁晓明，《法学研究》2023 年第 2 期

10、老年人家庭非正式照顾者的民事正义，刘沁予，《时代法学》2023 年第 6 期

11、家庭教育促进法中强制干预的督促监护问题研究，王广聪、王进，《法学杂志》2023 年第 6 期

12、《民法典》监护人责任的性质再论与规范统合，张靖晗，《河南财经政法大学学报》（双月刊）2023 年第 5 期

13、老龄化背景下《民法典》监护人责任构成的规范解释，李国强，《当代法学》2023 年第 6 期

14、《民法典》中监护责任的解释论，朱正远，《民商法论丛》（第 73 卷） 社会科学文献出版社 2022 年 10 月第 1 版

15、意定监护的法律适用——兼析《总则编解释》第 11 条的理解与适用，刘婷，《人民司法》2023 年第 1 期

16、论《民法典》夫妻间损害赔偿之体系构造，李杰，《时代法学》2023 年第 3 期

17、论夫妻生育纠纷中配偶之损害赔偿请求权，陈凌云，《法律科学》2023 年第 1 期

18、单身女性“生殖力保存”侵权责任之解释论——以“单身女性冻卵案”请求权基础分析为中心，王康，《东方法学》2023 年第 1 期

19、生育权的宪法变迁、规范依据与保护范围，谭一之、杨遂全，《中华女子学院学报》2023 年第 4 期

20、离婚冷静期制度下当事人意思自治研究，刑文清，《民商法争鸣》2022 年第 2 辑

21、离婚冷静期制度的宪法学审思，唐冬平，《荆楚法学》2023 年第 4 期

22、论离婚经济补偿，孙若军，《家事法研究》（2022 年卷），法律出版社 2023 年 4 月版

23、新家庭经济学下离婚补偿制度的适用规则，王玮玲，《政法论坛》2021 年第 6 期

24、离婚经济补偿数额认定标准实证研究，熊金才，《法治研究》2023 年第 6 期

25、扶养费请求权不受诉讼时效限制的三个理论误区及其矫正，徐国栋，《探索与争鸣》2023 年第 10 期

26、法际整合视域下婚姻家庭的税法保障，叶金育，《法学评论》2023 年第 4 期

27、合同未获追认时限制民事行为能力人的缔约过失责任，缪宇，《法学》2023 年第 10 期

28、教义学上的拐杖及其舍弃——以性行为后果分担为例论《民法典》第 1186 条之法律适用，孙维飞，《交大法学》2023 年第 4 期

29、论无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力，夏江皓，《法学》2023 年第 9 期

30、司法决策的合法性——以尚俊俊“被结婚”案为例，何海波，《中外法学》2023 年第 6 期

31、“有错必纠”的界限：被解除的婚姻关系具有不可逆转性，章剑生，《华东政法大学学报》2023 年第 5 期

32、论婚姻无效的法律效果，冉克平，《现代法学》2023 年第 5 期

33、论婚姻缔结欺诈与法律干预，蒋月 王之晓，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期

34、论无效婚姻中的无过错方保护，娄爱华，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期

35、破坏军婚罪的定罪机理澄清与出罪路径建构，马文博，《中国社会科学院大学学报》2023 年第 6 期

36、收养行为确定无效的法律后果，李姗萍，《南大法学》2023 年第 3 期

37、传统中国的异姓收养及其近代法律境遇，蔡晓荣，《法学》2023 年第 7 期

38、《妇女权益保障法》主要救济制度的构成、特色与运行，李洪祥、马佳悦，《人权研究》2023 年第 2 期

39、《民法典》和《妇女权益保障法》中性骚扰规范的关联与适用，杨立新，《法治社会》2023 年第 2 期

40、外嫁女的农村集体经济组织成员身份认定问题研究——基于人民法院审结的 244 个相关诉讼案件统计分析，蒋月、潘锦涵，中国政法大学《人权研究》（季刊）2023 年第 2 期

41、职场性骚扰行为的法律规制研究，吴国平，《海峡法学》2023 年第 4 期

42、离婚索财中“敲诈勒索”罪与非罪实务探析 ，段凤丽、杨晓林，《中国律师》2023 年第 5 期

43、集体经济组织无权以村民会议形式剥夺或变相剥夺村民的集体经济组织成员权益——李某甲诉邹平市长山镇西鲍村村民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案，姜道策，《人民法院案例选》2023 年第 2 辑

44、公告瑕疵对收养行为效力影响的判定——王某诉彭某、第三人浮梁县民政局等收养关系纠纷案，胡海清、万军、戴瑞，《人民法院案例选》2023 年第 6 辑

附 1：《家事法研究》（2023 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞，执行主编：马忆南，法律出版社 2023 年 10 月版，第三专题 家庭关系新论 篇目索引

附 2：家事法实务（2022 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞，执行主编：林建军、谭芳、杨晓林，法律出版社 2023 年 4 月版，【婚姻家庭·人身】板块篇目索引

正 文

1、体系化视野下《民法典》婚姻家庭编的适用——兼论婚姻家庭编与其他各编的适用关系

【作者】王利明 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授

【来源】《当代法学》2023 年第 1 期

【摘要】婚姻家庭编进入民法典，与民法典各编构成了一个完整的体系。在适用婚姻家庭编的规则时，应当以体系化视野来观察和适用婚姻家庭编的规则。在内在体系方面，适用婚姻家庭编的规则应当全面贯彻民法典的人格尊严等价值；在外在体系方面，婚姻家庭编的适用应当保持与总则编、物权编、合同编以及人格权编等各编关系的协调，不能与民法典其他各编相互隔离，而应当把婚姻家庭法纳入民法体系之中。法典化就是体系化，婚姻家庭法入典后，已经与民法典其他编构成一个完整的逻辑体系，这在客观上也需要实现法律思维的转变，即从单行法思维转变为法典化思维。必须以体系化视野，准确适用《民法典》婚姻家庭编。

2、中国婚姻家庭立法 70 年：制度创新与价值遵循

【作者】王歌雅，黑龙江大学民商法学研究中心研究员，法学院教授、博士生导师

【来源】东方法学 2023 年第 2 期（女学者特刊 2）

【摘要】中国婚姻家庭立法（1949-至今）历时 70 多年，实现了体系优化、制度创新与价值遵循。婚姻家庭立法的体系优化表现为立法体系的完善与协同。婚姻家庭立法的制度创新源于理念创新、规范创新、适用创新。婚姻家庭立法的价值遵循在于秉持本土情怀、推进移风易俗、维护和谐稳定、回应社会关切。回望婚姻家庭立法的中国进路，可以感受立法模式与立法体系的时代特色。梳理婚姻家庭立法的制度创新与价值遵循，可以感受完善婚姻家庭制度、保障婚姻家庭权益、维护婚姻家庭秩序、促进社会和谐稳定的中国智慧。

3、家庭法独立于民法典的三种模式研究——证成我国《民法典》对家庭法之回收

【作者】徐国栋，厦门大学南强重点岗位教授

【来源】暨南学报 2023 年第 09 期

【摘要】家庭法独立于民法是一股历史悠久的世界性思潮和立法实践，体现为这方面的穆斯林法模式、苏俄模式、拉美模式。主张独立的原因论中有家庭法生活法说、家庭法与国民经济无关说、家庭法公法说、家庭法社会法说，等等。从独立的方法来看，又有家庭法自行独立、与继承法一起独立、与人法的一些制度一起独立、与家事诉讼法一起独立四种类型。我国曾属于苏俄模式的成员。在立法上采家庭法自行独立模式，在教学上采与继承法一起独立模式。2020 年，我国《民

法典》收编家庭法，表达了对上述家庭法独立理由的不认同，此乃因为家庭法独立说是一个错误。不同的独立理由构成不同的错误。但家庭法的特殊性必须得到承认，它是弱者保护法而非平等主体间的法，在这一领域，以团结原则取代平等原则是一个明智的选择。

4、民法典家庭编为何选择德国团体法模式 扬弃中国传统同居共财模式

《家庭法构造模式的法文化反思》

【作者】徐涤宇，中南财经政法大学教授，博士生导师；胡丹，中南财经政法大学法学院民商法专业博士研究生。

【来源】《云南社会科学》2023 年第 4 期

【摘要】中国民法典的颁布意味着家庭法正式进入了法典时代，而当下的家庭社会关系却发生着巨大的改变，对家庭法构造模式的法文化反思有助于从容应对社会变革带来的挑战。家庭法构造模式大都是对其民族所处时代文化的恰当回应，历史中三种典型的家庭法构造模式，即中国传统的同居共财模式、法国的人法模式与德国的团体模式，分别回应了其时其地的民族文化。而在现代，由于家庭社会文化的变迁，西方家庭法构造模式正经历着从婚姻关系中心到亲子关系中心的变革。中国此次民法典家庭编对中国传统同居共财模式进行了扬弃，同时选择了德国的团体法模式。另外，民法典在成人关系上维持了传统的婚姻中心，这种选择契合了中国深厚的家文化特点；但是对亲子中心的淡化，既不符合中国的家庭文化，也难以回应现代家庭法的发展趋势。

关键词：家庭法；构造模式；法文化反思；婚姻中心；亲子中心

5、《民法典》婚姻家庭编适用衔接问题研究

【作者】王雷，中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员

【来源】《法学杂志》2023 年第 6 期

【内容提要】婚姻家庭编成为民法典的一编，提升了婚姻家庭法的体系化，婚姻家庭法形式上回归了民法，也带来了婚姻家庭法的开放法源。婚姻家庭法的法律渊源并不局限于民法典婚姻家庭编，民法典其他各编以及相关单行法律法规中也存在婚姻家庭法律规范。民法法源论不限于考察静态的法源表现形式，还要关注动态的法源冲突协调，形成动态法源观。婚姻家庭编不可避免地存在与民法典其他各编的关联交叉、融合衔接，婚姻家庭编适用过程中的最大难题是妥当协调与民法典其他各编的动态适用衔接关系。辩证看待其他各编的体系溢出效益和婚姻家庭编调整对象与调整方法的特殊性，有助于实现婚姻家庭编向民法典实质意义上的回归。对婚姻家庭编与民法典其他各编乃至相关单行法律法规适用衔接问题的系统全面研究，有助于实现婚姻家庭法在民法典内部和外部的双重体系化。

关键词：民法典；婚姻家庭编；体系化；适用衔接；动态法源

6、身份权的派生确权与参照保护

【作者】张力，西南政法大学民商法学院教授

【来源】《中国法学》2023 年第 4 期

【内容提要】派生性妨碍了身份权在立法上被统一确权，诱发身份权保护漏洞填补机制失范。但派生性也提示了一条因循身份权与基础性人格权之间派生关联性的分类确权进路，即依据获益性身份权、利他性身份权与互益性身份权的不同派生条件，分别厘定其对维护有关身份关系所必须的权利内容与保护范围。由此，也澄清了《民法典》第 1001 条中关于身份权利保护“没有规定”“可以根据其性质”参照人格权保护规定的法教义，明确了司法裁判中关于身份权参照保护启动的必要性及具体参照对象的说理内涵。

关键词　身份权　确权　人格权　派生关联性　参照保护

目　次

一、引言

二、身份权的保护规定与确权规定

三、身份权的派生确权类型

四、身份权参照适用人格权保护规定的司法实现

五、结语

7、论亲属身份权对人格权编的“参照适用”——以《民法典》第 1001 条为中心

【作者】徐洁 高清浅，西南政法大学民商法学院，

【来源】《北方法学》2023 年第 4 期

【摘要】《民法典》第 1001 条关于亲属身份权参照适用人格权编的规范有利于完善对亲属身份权的保护。基于参照适用这一立法技术在法律适用过程中所体现的法定类推特色，需要对参照适用的可能空间以及参照适用的方式、对象和效果等具体规则进行法解释学层面的厘清。亲属身份权与人格权的牵连及差异分别为“适用”的可能和“参照”的限制提供了理论基础，因此对侵害亲属身份权中配偶权、亲权和亲属权的行为进行规制即为参照适用的可能空间，兜底性适用和适度性适用则是参照适用的妥善方式。经由规范意旨、相似性和体系性标准的考量，人格权编的规定对于亲属身份权的保护存在可以参照适用、部分参照适用和不能参照适用三种区分。通过参照适用，将产生身份权请求权的法律适用效果。基于亲属身份权的绝对权属性和更好地保护身份法益的需求，身份权请求权并不受限于诉讼时效。

8、海峡两岸人身法形成发展比较与互鉴研究

【作者】关今华，福建省台湾法律研究院研究员；黄素玲，中共莆田市秀屿区党校讲师

【来源】《海峡法学》2023 年第 2 期

【摘要】海峡两岸的人身法形成、发展进程是完全不同的版本，各自呈现出“直接式”与“发展式”的不同模式。两者主要共同点都有规定人格权法、身份法益保护，以及人格权和身份权为客体的精神损害赔偿为主要特征的人身立法模式。对于两者人身法的不同发展变化的构成、形式和内容等许多方面，可为两岸立法及学者继续深入研究人身法理论提供互鉴的信息和经验；因此两者可以取长补短，提供互鉴的参照意见：“台湾民法”“在先创立”人身法的四个先进的法律制度值得大陆借鉴；而大陆民法“在后创新”人身法的四个先进的法律制度却值得台湾地区借鉴。如此可促进未来两岸人身法更加完善，为创建一个先进统一的民事法治做出各自不同的贡献。

9、老龄社会婚姻规则多元论

【作者】鲁晓明 广东财经大学法治与经济发展研究所研究员

【来源】《法学研究》2023 年第 2 期

【摘要】爱情、性、共同生活、生育是婚姻的基本元素，亦是追寻婚姻意蕴之钥匙。围绕这些元素，人类社会构建了一整套婚姻制度。但在老年人婚姻中，婚姻内涵发生明显变化，原有的仅对标年轻群体婚姻形态的婚姻规则遭遇巨大挑战。传统社会人均寿命不高，在严密的婚姻伦理加持下，婚姻一旦缔结即处于极强的稳定状态，故婚姻规则聚焦年轻群体即为已足。但在传统婚姻伦理崩解之现代老龄社会，老年人成为婚姻关系之活跃参加者，因而婚姻规则需要展开全龄视域的检视。在既有婚姻制度外，根据老龄社会之需求，补充构建“注册伴侣”制度和“见（公）证互惠”制度，形成见（公）证互惠—注册伴侣—狭义婚姻之多元规则，视情况酌定当事人权利义务，是值得正视和深入探讨的命题。

10、老年人家庭非正式照顾者的民事正义

【作者】刘沁予

【来源】《时代法学》2023 年第 6 期

【摘要】家庭化养老中老年人的福祉高度依赖于非正式照顾者。物质赡养盛行的现实局面下，基于感情和道德而无私付出的老年人家庭非正式照顾者长期遭受正义的严重缺位。家庭照顾关系由两个主体组成，我国民法需认识到非正式照顾者的价值，确立对其认可和保护的基本立场。家庭利益与家庭成员的利益并 不是完全一致的，对老年人的照顾维护了家庭安全，家事法需对非正式照顾者的贡献作出回馈，给予其支持和鼓励。司法也应支持基于“照顾者贡献”提出的索赔和补偿以实现个案公平。这并不会导致人们为了“获利”而照顾，而是当道德软弱时法律必须出来支持道德。任由家庭中权力义务的不均衡和不正义现象发展的最终走向将是老年人家庭养老的全面危机。只有照顾者的权利得到更多保障时，老年人的权益才能得到真正的落实。

11、家庭教育促进法中强制干预的督促监护问题研究

【作者】王广聪、王进，最高人民检察院第九检察厅；山东省人民检察院第九检察部

【来源】《法学杂志》2023 年第 6 期

【摘要】以促进未成年人健康成长为目标，《家庭教育促进法》的立法诉求是普遍性提升家庭教育能力、规范家庭教育行为。但在柔性立法整体框架下，偏重指导和促进的倡导性措施难以全面应对司法实践中未成年人犯罪或者遭受犯罪侵害反映出的家庭教育存在的不同问题。在教养方式不当轻型和监护直接侵害等重型之间，应当着眼法法衔接与路径贯通，进一步释明《家庭教育促进法》第 49 条责令接受家庭教育指导的强制性内涵，强化国家对家庭监护功能障碍、不易自愈监护行为的司法干预，以督促监护的强制性令状方式建立一种有效的中间措施，形成接受家庭教育指导建议书、强制性督促监护令和刚性撤销监护人资格的规范体系，以社会法的家庭教育方法路径促进《民法典》等监护责任内容的实现。就督促监护的具体构造而言，可以从明确督促监护令的体系化内容要素、确定规范化的适用范围、完善前期调查评估和后期跟踪调整程序、协同社会支持力量、构建阶梯式强制保障体系等方面进行完善。

12、《民法典》监护人责任的性质再论与规范统合

【作者】张靖晗，中南财经政法大学法学院博士研究生

【来源】《河南财经政法大学学报》（双月刊）2023 年第 5 期

【摘要】明确监护人责任的性质是解决监护人制度现存问题的前提，基于法定监护义务之违反，监护人责任的性质应为特殊的自己责任而非替代责任，此特殊性在责任构成和承担上皆有体现。监护人责任是只有减责没有免责的特殊过错推定责任，其构成要件需满足“客观侵权+未尽监护职责”，其中对监护人是否尽到监护职责要结合“实际监护与否+客观标准”来综合判断。从规则分析，《民法典》第一千一百八十八条第一款是监护人承担侵权责任的完整规范，而监护人尽到监护职责也需承担部分责任的正当性来源于监护义务外延的广泛性；第二款是在监护人减轻责任的前提下基于公平责任的补充赔偿规则，且第二款的赔偿规则不应影响监护人侵权责任的性质，也并非意味监护人承担的是补充责任，只是为实现监护人、被监护人一方与被侵权人一方之间的利益平衡而作出的特殊规定。

13、老龄化背景下《民法典》监护人责任构成的规范解释

【作者】李国强，大连海事大学法学院教授，博士生导师，法学博士

【来源】《当代法学》2023 年第 6 期

【摘要】替代决策模式的新型成年监护制度适应了人口老龄化社会发展的需求，监护人责任的构成应以监护制度规范内容为解释前提。《民法典》第 1188 条的规范内容主要解决了责任主体的问题，没有明确监护人责任的全部构成条件。监护人是因为违反法定监督义务构成过错而承担侵权责任，而非对行为危险后果承担责任。《民法典》第 1188 条规定的“监护职责”和《民法典》第 34 条规定的“监护职责”并不一致，不是保护监护人目的的职责而是因监护相关身份关系存在的法定监督义务，未成年人的监护人和成年人的监护人因为选任类型的不同，法定监督义务的内容也有所区别，在成年意定监护的情况下，除非监护协议约定监护人需要对被监护人进行监督管束，否则并不负担法定监督义务。将《民法典》第 1188 条第 2 款解释为公平分担损失的条款，考虑在被侵权人、被监护人(行为人)、监护人之间进行利益衡量，让被监护人的财产成为分担损害后果的一种选项，而监护人作为补充承担也是一种公平分担损失规则。

14、《民法典》中监护责任的解释论

【作者】朱正远，厦门大学法学院博士研究生，厦门大学法学院罗马法研究所研究人员

【来源】《民商法论丛》(第 73 卷) 社会科学文献出版社 2022 年 10 月第 1 版

【内容提要】《民法典》在监护责任问题上，沿袭了原《民法通则》过于原则性的缺陷，可以借助解释论来完善它。监护责任由监护职责与监护人不法责任构成，前者包括人身与财产职责，后者包括损害赔偿与撤销监护。人身监护职责可类推适用《未成年人保护法》中的人身保护规定；财产监护职责可在“除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产”原则的文义“射程”之内进行扩张解释。损害赔偿责任可适用“侵权责任编”中的过错归责规定，而过失的判断在解释论上应采抽象轻过失标准；对于撤销监护的事由，在解释论上可以将结果限制所针对的监护人限缩为父母，排除其他监护人。为了彻底唤醒“撤销监护资格制度”，鉴于当前的立法体例，解释论上可以扩大撤销监护的主体范围，与此同时，要靠立法允许法院依职权主动撤销监护。

关键词：监护责任 财产监护职责 人身监护职责 监护撤销

15、意定监护的法律适用——兼析《总则编解释》第 11 条的理解与适用

【作者】刘婷，江苏省南通市中级人民法院

【来源】《人民司法》2023 年第 1 期

【内容提要】意定监护协议可以依照其性质参照适用民法典合同编特别是委托合同的规定，但立足于其典型身份关系协议的属性和保护被监护人利益的制度设计目的，在参照适用时有必要予以限制。这一点在监护协议的解除方面较为典型，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第 11 条也对此作了解释。成年人是否缺失相应的民事行为能力，宜通过特别程序快速确定，但也有必要探索其他有利于保护被监护人的方式。监护关系成立之后，意定监护人解除监护协议的正当理由应当严格限定，以平衡有约必守、保护被监护人的价值理念。为实现被监护人利益保护的最大化、意定监护功能的发挥，意定监护也要与法定监护有机衔接，以推进对被监护人人身、财产等各方面权益的保障。

目次

一、意定监护协议对民法典合同编参照适用的一般规则

二、意定监护协议解除的具体考量

三、意定监护协议解除后的损失赔偿问题

四、意定监护与法定监护的衔接适用

16、论《民法典》夫妻间损害赔偿之体系构造

【作者】李杰，中南财经政法大学法学院硕士研究生

【来源】《时代法学》2023 年第 3 期

【摘要】对于《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿规则，解释学上向来存在着离因损害赔偿和离异损害赔偿之争。学界理论和比较法上的做法倾向于采离异说，而司法实务立场实则更青睐离因说，基于家庭法的封闭性与个人利益的全面保护考量，应兼采二者。受害人基于婚姻关系所生之期待利益原则上可获救济，但应通过类型化，明确其限度，谨慎适用。基于婚姻关系所生之信赖利益可作为期待利益之替补，从而例外地具备可赔偿性。对于配偶权之保护，应由家庭法之封闭体系予以规范。由此，仅当对方存在严重侵权行为之时，受害人才能对主观上存在重大过失的配偶主张精神损害赔偿。对于其他固有权利和利益的保护，则不可避免地要受到一般侵权责任规则的影响。具体表现为，在构成要件上，权益侵害人主观上需存在重大过失，但受害人的主观状态不受无过失之限制；在权利行使上，该损害赔偿责任于婚内不得主张，于离婚后则皆可主张，原告在离婚诉讼之后亦可单独主张，诉讼时效原则上自离婚后开始计算。

17、论夫妻生育纠纷中配偶之损害赔偿请求权

【作者】陈凌云 西北政法大学民商法学院

【来源】《法律科学》2023 年第 1 期

【摘要】无论生育方法和家庭形式如何变化，生育目的的实现均以建立生育伙伴关系为客观基础。根据中国传统家庭伦理文化以及人口数据，可推定我国夫妻在结婚时建立积极的生育合意，法律以重大疾病婚前告知义务、忠诚义务和生父推定规则等制度保护婚姻生育功能。因生育意愿受制于个体健康、养育能力和国家政策等影响，婚内生育合意呈动态变化，为保护诚信生育伙伴关系，配偶有义务告知对方与生育有关的重要信息，故意违反者需赔偿配偶因此所受损失。根据《中华人民共和国民法典》，配偶损害赔偿请求权可以撤销婚姻后的过错赔偿责任为基础，或以离婚损害赔偿或侵权损害赔偿为基础。

18、单身女性“生殖力保存”侵权责任之解释论——以“单身女性冻卵案”请求权基础分析为中心

【作者】王康，上海政法学院教授、法学博士

【来源】《东方法学》2023 年第 1 期

【摘要】我国首例“单身女性冻卵案”引发了国内外广泛关注。在此新型侵权责任纠纷案中，应以民法典第 1165 条第 1 款为受害人的请求权基础。医疗机构拒绝向单身女性提供冻卵服务的不作为，科学性基础欠缺，法理正当性不足，具有多维加害性。冻卵的本质在于“生殖力保存”，不必然指向辅助生殖技术的应用。从现行法规范来看，受害人受有损害，但医疗机构的不作为并未侵害其“一般人格权中的生育权”。受害人的受损害法益的价值内核系自由和平等。前者以“身体权”（而非一般人格权范畴的“人身自由”或所谓“人身自由权”）为法律表达，以民法典第 1003 条为规范基础；后者以“人格尊严”（而非所谓“平等权”和“人格尊严权”）为法律表达，以民法典第 990 条第 2 款为规范基础。医疗机构之不作为不能从部门规章和规范性文件中的禁令得到辩护，其因违反法定注意义务而具有过错，满足有责性要件。在此解释论基础上，可以整理出一个适用于单身女性“生殖力保存”侵权责任类型的一般法规则。从权利本位、医学伦理和功利主义视角看，基于国家鼓励生育的人口政策趋势，未来对“生殖力保存”应采开放但非任意的立场，并形成一个合理的规制体系。

19、《生育权的宪法变迁、规范依据与保护范围》

【作者】谭一之，四川大学法学院博士研究生；杨遂全，四川大学法学院教授，博士生导师

【来源】《中华女子学院学报》2023 年第 4 期

【摘要】《宪法》婚姻家庭的国家保护条款中，明确夫妻的生育权行使受计划生育义务限制。回顾宪法中生育权相关条款的变迁，生育权应作为未列举基本权利，纳入基本权利国家保护体系。宪法上的计划生育义务并不影响生育权作为基本权利的认定，而是在肯定国家负有婚姻家庭保护义务的基础上，强化计划生育的功能发挥。实施三孩生育政策应围绕生育权保护展开，明确生育权基本性质、保护范围，为构建科学有效的生育制度提供法制支撑。优化生育政策，应强调失独家庭的再生育保障，回应因恪守国家人口规划义务而陷入生育困境的家庭需求；还应有限放开生育权主体限制，保障公民生育意愿的充分实现。公权力对生育权的干预应以理念转型为先，在实现国家人口目标路径选择上从强调权利限制转向权利保护。

关键词：生育权；计划生育；婚姻家庭；基本权利

20、离婚冷静期制度下当事人意思自治研究

【作者】刑文清，山东大学法学院 2018 级硕士研究生

【来源】《民商法争鸣》2022 年第 2 辑

【摘要】《民法典》在制定的过程中针对婚姻家庭编提出了离婚冷静期制度，此项制度是在实践的基础上提出的改良措施。但整体来看，其设置是站在社会的角度，难免有违反当事人意思自治之嫌。为研究离婚冷静期是否会对当事人意思自治产生妨碍，本文以婚姻法本身之于民法的关系为出发点，指出婚姻法本身的伦理性、社会属性使之在应用民法核心价值当事人意思自治方面有自己独特的机制，点明离婚冷静期制度本身就是婚姻法自身发展的结果而不是外在强加的制度。离婚冷静期制度本身并不会造成对当事人意思自治的违反，但倘若对所有的婚姻关系进行“一刀切”，那么这项制度对于婚姻双方的意思表示就构成了违反。

21、离婚冷静期制度的宪法学审思

【作者】唐冬平 苏州大学王健法学院讲师

【来源】《荆楚法学》2023 年第 4 期

【摘要】《民法典》创设的离婚冷静期制度在实施过程中陆续遭遇制度规避问题。这与制度建构和实施过程中，制度支持论者、反对论者和改造论者并没有推动社会形成关于制度正当性及其合理实施的共识密切相关。共识没有形成的主要原因是，离婚自由的保护及其边界问题并未在既有讨论中得到严肃且全面的对待。透过宪法学审思发现，离婚冷静期制度的框架并未实质性剥夺当事人对于解除婚姻关系的最终意志自由因而并不违宪，但因忽视离婚自由权的全面保护而存在多项制度内容上的瑕疵。由于婚姻家庭稳定价值需要以离婚自由价值作为支持，故离婚冷静期制度的立法目的应作严格和明确的合宪性重述，并在此基础上建构除外适用情形。因离婚自由约束双方当事人并要求国家承担基本权的平等保护义务，故应该取消推定的申请登记撤回权并建立行使申请登记撤回权的实体和程序规则。离婚自由的实现还依赖于关联权利的有效保护，因此应在离婚冷静期制度中补充保护弱势一方人身和财产等权利的内容。

22、论离婚经济补偿

【作者】孙若军，中国人民大学法学院教授。

【来源】《家事法研究》（2022 年卷），法律出版社 2023 年 4 月版

【内容提要】离婚经济补偿是离婚的救济措施之一。为弥补夫妻财产制的不足，赋予因承担家务劳动较多导致经济地位较弱，且在离婚时家务劳动的价值未融入配偶收入中的一方享有经济补偿的请求权。《民法典》规定的离婚经济补偿遵循的是权利义务一致原则，旨在缓解因家庭分工

引发的夫妻发展不平衡问题。离婚经济补偿范围和标准的确定，需要在激励女性从事家务劳动和参与社会劳动之间寻求平衡，促进男女平等与家庭利益最大化实现双赢。

23、新家庭经济学下离婚补偿制度的适用规则

【作者】王玮玲 法学博士，东南大学法学院讲师

【来源】《政法论坛》2021 年第 6 期

【摘要】新家庭经济学将家庭视为夫妻共同组成的有效率的经济组织，与《民法典》第 1088 条规定的离婚补偿制度具有本质的密切联系。婚姻特征决定了夫妻在婚姻中的成本与收益的不均衡：一方行为的收益可能由另一人占有、成本与收益通常不同步显现。在内外分工的家庭中，这种不均衡尤为明显。无过错下的婚姻解体，将导致一方受损或受益。婚姻观念转变下，限制离婚缺乏正当性；应当通过离婚补偿制度矫正夫妻收益的不均衡，从而约束个体的投机性违约，强化个体投入家庭建设的动机，实现家庭利益最大化。新家庭经济学对婚姻成本与收益的全面认定可以为离婚补偿标准的确定提供最优解。补偿标准上，存在“受损人成本补偿”与“受益人收益补偿”两种学说，前者更注重投入婚姻产生的损失，后者则更侧重婚姻收益的共享。婚姻契约理念下，我国离婚补偿应全面考量夫妻双方在婚姻存续期间的婚姻成本与收益，补偿标准上采收益补偿说，通过分享未来收入的方式实现。

24、离婚经济补偿数额认定标准实证研究

【作者】熊金才，汕头大学法学院教授、法学博士

【来源】《法治研究》2023 年第 6 期

【摘要】离婚经济补偿标准决定补偿数额，影响裁判结果和当事人的实益，是补充数额认定的准则。由于民法典未明确补偿标准，补偿数额的确定依赖于法官的自由裁量，增加了裁判结果的不确定性。对 2021 至 2022 年 175 宗离婚经济补偿案件补偿标准适用的梳理发现，其中存在利益识别不准确、认定规则不一致、标准适用不当、不同离婚救济制度补偿标准混同等不足。明晰补偿标 准适用的意思自治、利益平衡和适当性原则，厘定补偿数额认定的“利益识别 + 要素考量 + 数额认定”规则，构建以相当生活水平维系标准、人力资本标准和替代成本标准组成的补偿数额认定标准 体系并明晰其适用情形，有助于提高补偿标准适用的适当性和认定规则的一致性，提升离婚经济 补偿制度平衡当事人实益的效能

25、扶养费请求权不受诉讼时效限制的三个理论误区及其矫正

【作者】徐国栋，厦门大学南强重点岗位教授

【来源】《探索与争鸣》2023 年第 10 期

【内容提要】我国《民法典》是丢掉物文主义包袱，自主完成人文主义转型的时代立法。自改革开放以来，我国把民法理解为商品交换的工具，学者们的精力一多半在经济学，一少半在民法学，对民法的人身法部分比较陌生。2000 年以后，民法学逐步向人文主义转型，体现在立法上，就是民法对象“从物前人后”向“人前物后”转变，人格权独立成编、家庭法回归民法典。但这些整体的进步并不能完全弥补我国民法学界对人身法研究的不足，体现在《民法典》的制定上，即为人身法上有待完善的规定较多。其中，第 196 条第 3 项关于抚养费、扶养费、赡养费请求权不受时效限制的规定即为其例，该规定是源于对“三费”关系的附条件性和动态性的不了解。所谓附条件性，即权利人有需要、义务人有可能才能成立这种关系。所谓动态性，指义务人现在有能力履行义务，但未必永远有着这种可能，所以权利人在义务人有能力的时候要及时行权，“莫待无花空折枝”。另外，该款是基于义务人的经济实力都比较强的假定，而从我国公众的婚俗习惯来看，

义务人（假设是婚姻关系中的男方）通常只比权利人（假设是婚姻关系中的女方）经济地位略高，可能难以承受义务人长时间不要扶养费，而突然提出巨额扶养费的请求。因此，以“三费”的诉讼时效为切入，重新审视其历史渊源和法理基础，对其不符合具体司法实践的内容适时进行调整，具有重要现实意义，也能进一步推动我国《民法典》人文主义的转型。

26、法际整合视域下婚姻家庭的税法保障

【作者】叶金育，西南大学法学院教授

【来源】《法学评论》2023 年第 4 期

【摘要】21 世纪以来，国人婚姻家庭观念遭受冲击，婚姻动荡、生育低下，婚姻家庭的老龄化等成为重要国情。与之相应，注重家庭发展、保护婚姻家庭不但成为国策，而且为《宪法》和《民法典》所关注。只是宪法旨在价值引领，民商法偏好意思自治，注定两者保障婚姻家庭的法际局限。税法融财政功能和调节功能为一体，可补位宪法与民商法，担当婚姻家庭的保障利器。然受制于“融贯契税与个税的二元保障结构”“不征税、免税与扣除三维保障工具”和“脱钩婚姻家庭的课税单位保障惯习”等税制现况，税法保障婚姻家庭的应然功能大为削弱。鉴于婚姻家庭的伦理特性、变迁困局和税法调节机理，将婚姻家庭整体视为课税特区，构造中性为原则、调控为例外的婚姻家庭税法立场，健全婚姻家庭保障的税种链条，科学选择、组合配置税法保障工具，赋予纳税人课税单位的选择权可谓是释放税法之于婚姻家庭应然保障功能的理想径路。

27、合同未获追认时限制民事行为能力人的缔约过失责任

【作者】缪宇，中国政法大学民商经济法学院副教授

【来源】《法学》2023 年第 10 期

【内容摘要】若限制民事行为能力人订立了不能独立订立的合同，且该合同未获法定代理人追认，对善意相对人遭受的纯粹经济损失不应适用监护人责任，但具有故意的限制民事行为能力人须承担缔约过失责任。限制民事行为能力人承担缔约过失责任的正当性在于其故意实施了欺骗等违背诚信原则的缔约行为，引起了相对人对合同无须他人同意即可生效的误信。善意相对人还可以依据权利外观法理主张合同生效，也可以举证证明法定代理人已经表示了默示同意或默示追认。此外，法定代理人在知道限制民事行为能力人订立合同后未及时告知的，应对善意相对人承担损害赔偿责任，将善意相对人的法律地位恢复至及时告知时的状态。

关键词　限制民事行为能力　追认　缔约过失责任　监护人责任

28、教义学上的拐杖及其舍弃——以性行为后果分担为例论《民法典》第 1186 条之法律适用

【作者】孙维飞 华东政法大学法律学院副教授、法学博士

【来源】《交大法学》2023 年第 4 期

【摘要】对《民法典》第 1186 条的解释适用应采“另起新篇”的视角，法条中的“法律的规定”并不包括第 6 条的公平原则的规定，也并非仅指有关法律后果的规定，而是指具备构成要件和法律后果的其他法律规定。《民法典》第 1186 条的制定相当于废止了原先的《侵权责任法》第 24 条，其自身无意义，删除亦无妨。《民法通则》第 132 条和《侵权责任法》第 24 条都是教义学上的拐杖，是在教义学双腿还不够有力时可供其依托的工具。《民法典》实施后，应当舍弃掉这根拐杖，在民法典相关具体制度背景下，就既往涉及公平责任一般规定的案型，重新思考定位。以男女双方自愿发生性行为后就流产等相关费用或损失的分担问题为例，不妨在合伙、无因管理甚至共有制度视角下重新观察理解，以获致妥当的处

理方案。由此，也可对体育运动中受伤的损失分担问题的解决给出有益的启示

29、论无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力

【作者】夏江皓，中国政法大学讲师

【来源】《法学》2023 年第 9 期

【摘要】《民法典》对原《婚姻法》婚姻无效制度的修改使无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力成为法律难题。结婚行为能力区别于民事行为能力，主要通过当事人的法定婚龄和理解判断结婚行为的心智状况予以界定，后者关涉精神障碍者缔结的婚姻效力问题。基于兼顾成本与准确性的考量，精神障碍者的结婚行为能力宜采取以民事行为能力为参照的“直接对标”和“个案审查”相结合的双轨制认定模式，无民事行为能力的精神障碍者无结婚行为能力，无须另行审查；限制民事行为能力的精神障碍者的结婚行为能力由法院在确认婚姻是否无效时进行个案审查。在《民法典》的规范体系下，应当通过目的性扩张的方法将《民法典》第 1051 条中的“未到法定婚龄”漏洞填补为“无结婚行为能力”，故此认定无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻无效。无结婚行为能力的精神障碍者一般不可能成为《民法典》第 1054 条中的过错一方。当事人的家庭暴力、虐待、遗弃等行为可以诉诸一般侵权责任条款解决。在婚姻被认定无效后可类推适用《民法典》第 1088 条，精神障碍者可主张同居期间的家务劳动补偿。

30、司法决策的合法性——以尚俊俊“被结婚”案为例

【作者】何海波 清华大学法学院教授

【来源】《中外法学》2023 年第 6 期

【摘要】南通法院审理的尚俊俊被人冒名登记结婚案，被视为实质性化解纠纷的成功案例，但同样应当经受合法性的检验。复盘该案可以发现，法院要想帮尚俊俊解开死结，从方案到理由均存在多个选项，但受法条、学说、先例、后果考量的约束，各选项既不是任意的也不是唯一的。行政行为无效理论不是法院突破法定最长起诉期限的适当理由，无漏洞的权利救济也许是更好的理由；判决确认冒名登记行为无效不是解除尚俊俊困境的最好方式，确认尚俊俊与第三人不成立婚姻关系应是更好的方式。对尚俊俊来说，理论上最好的救济途径是向河南当地法院起诉当地民政局，要求办理结婚登记；但对南通法院来说，受理尚俊俊要求撤销冒名结婚登记的诉讼不失为合理选择。司法决策的合法性不是有无的问题，而是多少的问题，法院的任务不过是选择其中最好的一种。法律教义学和法律现实主义在案例分析中都存在视角盲区。

31、“有错必纠”的界限：被解除的婚姻关系具有不可逆转性

【作者】章剑生，浙江大学光华法学院教授、法学博士

【来源】《华东政法大学学报》2023 年第 5 期

【摘 要】基于“有错必纠”原则，行政机关对其违法作出的行政行为有权自我纠错，但“有错必纠”并非没有界限。就婚姻登记机关超越职权作出的离婚登记行为，因“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”，它构成了对婚姻登记机关自我纠错的限定。离婚登记行为一经作出，婚姻关系即宣告解除，即使离婚登记行为是婚姻登记机关超越职权作出的，也不能通过自我纠错的方式确认其无效。保留超越职权作出的离婚登记行为的法效力，可以由有权机关以确认违法或者追认合法的方式予以补救。

关键词　有错必纠 婚姻登记 超越职权 行政行为无效

目　次

一、引言

二、基本案情与问题整理
三、作为撤销判决法定情形之一的超越职权
四、自我纠正超越职权行为的限定
五、保留超越职权行为法效果的正当性
六、结语

32、论婚姻无效的法律效果

【作者】冉克平，武汉大学法学院教授

【来源】《现代法学》2023 年第 5 期

【摘要】家事法中当事人的意思自治、家庭共同体以及社会公共利益三方面的复杂维度构成的价值秩序决定了无效婚姻与可撤销婚姻法律后果的特殊性质。无效婚姻转换为有效婚姻不仅包括当事人已达到法定婚龄的情形，还包括拟制血亲关系解除后，不具有自然血亲关系的平辈兄弟（堂、表）姐妹之间缔结婚姻关系，以及前婚已经消灭，后婚转换为有效婚姻的情形。在婚姻无效或者被撤销的情况下，无过失方请求过失方承担损害赔偿的请求权基础包括侵权责任与缔约过失责任两方面。婚姻被宣告无效或者被撤销后当事人的财产关系原则上属于共同共有，这与离婚的法律后果极为相似。对于婚姻被宣告无效或者被撤销之前当事人一方以夫妻名义对外负债的情形，应当在外观主义下参照适用《民法典》第 1064 条关于夫妻共同债务的规范。

33、论婚姻缔结欺诈与法律干预

【作者】蒋月，厦门大学法学院、马克思主义学院教授、博士生导师；王之晓，厦门大学法学院博士研究生

【来源】《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期

【摘要】对于有关婚姻缔结重要事项上的不诚信行为，我国现行立法规制有欠缺；就《民法典》总则编相关规定能否以及如何适用于婚姻行为，认识分歧明显；法院对涉婚姻缔结欺诈争议的评判也有可商榷之处。遵循婚姻关系内在逻辑，以人身关系、财产关系作为划分依据，将婚姻缔结欺诈区分为人身性欺诈、财产性欺诈应更合理。其中，当事人的身份、年龄、性取向、生育能力、婚史、犯罪前科、重大疾病等基本信息欺诈是人身性欺诈的典型情形；财产性欺诈则有婚前隐瞒影响另一方行使婚后共同财产权的情形；此外，还有婚姻缔结程序欺诈。双方共同欺诈缔结的婚姻属于虚假婚姻，不属于婚姻缔结欺诈的情形。借鉴域外法积极干预婚姻缔结欺诈的经验，我国立法宜采取适当赋权受欺诈一方自主决定权，以加强对结婚自由权的救济。目前可考虑通过司法解释对婚姻缔结欺诈作一般性规定，明确欺诈类型，加强对这类违法行为的法律干预，保护婚姻自由。

关键词：婚姻缔结欺诈；人身性欺诈；财产性欺诈；类型化；法律干预

34、论无效婚姻中的无过错方保护

【作者】娄爱华，苏州大学王健法学院副教授

【来源】《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 5 期

【摘要】《民法典》第 1054 条中的“无过错”指缔结婚姻时主观上的“不知”和“受胁迫”，“不知”作为保护无过错方的起点，包括了对事实的不知和对法律的不知。对无过错方的保护需考虑无效婚姻的存续期间，未考虑期间问题的我国台湾地区修法难言成功。对无过错方的保护方式，除析产照顾及损害赔偿外，也包括赋权。司法实践中，因近亲结婚、未达法定婚龄导致婚姻无效时，当事人往往知情，不存在无过错方；在因未告知重大疾病导致婚姻被撤销时，通常一方不知情，无过错方主张的救济为析产照顾及损害赔偿，不涉及赋权。但这些情形均不能排除赋权的可能。实践中的赋权判决主要发生在因重婚导致的婚姻无效，未来应扩及受胁迫缔结的婚姻。

关键词：婚姻；无效；胁迫；不知；无过错

35、破坏军婚罪的定罪机理澄清与出罪路径建构

【作者】马文博，北京大学法学院 2020 级博士研究生

【来源】《中国社会科学院大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】尽管我国《刑法》并未规定通奸罪，但在一般观念中存在着与军人配偶通奸构成犯罪的认识，这种认识起源于破坏军婚罪规范涵摄过程的暧昧不明。既有讨论对此现象的忽略，不利于刑法学理论基于本土素材向纵深发展。破坏军婚罪的保护法益既非家庭关系也非伦理道德，从制度沿革与规制目的出发，本罪是保护国防利益的抽象危险犯。遵循实质解释并不意味着本罪的构成要件类型包括 “明知是军人配偶仍与之通奸”，后者仅仅是构成要件涵摄过程中小前提的下位事实，需同时结合其他在案事实共同判断行为人是否符合本罪的构成要件。在此基础上，还应将单纯的 “通奸”、不符合因果关联以及不具备可谴责性的情形排除在犯罪圈之外，最终从整体上描摹出本罪的基本形象。

36、收养行为确定无效的法律后果

【作者】李姗萍，上海政法学院上海司法研究所讲师

【来源】《南大法学》2023 年第 3 期

【摘要】关于收养行为无效的清算依据，既有观点均存在缺陷。应以《民法典》第 157 条作为裁判依据，其适用情形除收养行为绝对无效外，还应包含收养行为被撤销及确定不发生效力。收养行为的主体为收养人、被收养人及送养人，但因被收养人无完全民事行为能力，故收养行为无效清算主体为收养人和送养人。收养行为无效时，因收养行为而给付的财物应予以返还，无法返还时应折价补偿。收养行为无效还可能产生损害赔偿责任，该责任以过错为要件，赔偿范围包括信赖利益损失及精神损害，但不包含机会丧失。无效收养行为不得补正，但可以转换。对于收养未成年人的无效收养行为，有成立寄养协议或委托监护协议的可能；对于收养成年人的无效收养行为，可转换为遗赠扶养协议或意定监护协议。

关键词：收养行为无效；财产返还；折价补偿；损害赔偿；无效转换

【目次】一、收养行为无效清算的法律依据之争

二、收养行为无效清算应适用《民法典》第 157 条

三、《民法典》第 157 条适用于收养行为无效场合的解释论

四、收养行为无效时的转换

五、结论

37、传统中国的异姓收养及其近代法律境遇

【作者】蔡晓荣，苏州大学王健法学院教授

【来源】《法学》2023 年第 7 期

【摘要】“异姓不养”是传统中国调整收养关系的核心原则，但收养异姓甚至以异姓为嗣的现象在民间收养实践中并不鲜见。清末民初，在因袭立嗣旧制的前提下，立法和司法层面均表现出弛缓异姓收养之禁和扩张异姓养子权利的迹象。南京国民政府时期，《中华民国民法》摒弃宗祧继承，将异姓收养纳入合法收养的范畴。为弥合新法律与旧的收养秩序之紧张关系，最高司法机关亦借助系列判例和解释令对立嗣旧制予以适度包容，同时参酌民间异姓乞养习惯对养子之权利加以限制，实际上是将欧陆各国收养法例与传统中国的立嗣制度和异姓乞养习俗冶为一炉，从而成为中国近代亲属法转型过程中的一个成功范例。

38、《妇女权益保障法》主要救济制度的构成、特色与运行

【作者】李洪祥，吉林大学法学院教授，博士生导师；马佳悦，吉林大学法学院博士研究生

【来源】《人权研究》2023 年第 2 期

【摘要】妇女联合会协助救助制度、约谈制度以及公益诉讼制度是《中华人民共和国妇女权益保障法》“救济措施”一章中新增加的重要制度。妇女联合会协助救助制度以直接维权和间接协助结合、社会组织和政府机关衔接的方式为保障妇女权益提供了先后四层保护，充分实现了妇女联合会价值优势最大化并减轻了行政机关和司法机关的压力；约谈制度以协商为基础，将适用范围从“确定违法”扩充至“可能违法”，不仅改变了以行政机关为主导的治理模式，而且有利于建立多方参与的长效治理机制，与传统刚性行政措施完美衔接；公益诉讼制度与检察建议形成合力，试图解决涉及不特定多数人利益的侵权问题，对妇女权益形成普遍关切，打开了维护妇女人权的新局面。这些制度与其他法律制度紧密结合，形成了妇女权益保障的严密网络，同时仍需进一步解决制度运行中的问题，方能使《中华人民共和国妇女权益保障法》真正落地实施，彰显这部法律的可操作性。

关键词：妇女权益保障；救济措施；协助救助制度；约谈制度；公益诉讼制度

39、《民法典》和《妇女权益保障法》中性骚扰规范的关联与适用

【作者】杨立新，中国人民大学法学院教授

【来源】《法治社会》2023 年第 2 期

【摘要】新修订的《妇女权益保障法》第二十三条至第二十五条，在《民法典》第一千零一十条规定性骚扰民事责任和机关、企业、学校对防止、制止性骚扰行为负有法定义务的基础上，加强对妇女性骚扰的法律规制，不仅对保护女性的性自主权具有重要意义，而且对适用《民法典》第一千零一十条、保护好自然人的性利益安全具有重要的理论和实践意义。对制裁性骚扰的立场，仍然应当以权利保护主义为主、职场保护主义为辅，对尚未明确规定的学校或者用人单位的民事责任规则，可以参照《民法典》最相适应的有关规定承担侵权责任，保护好自然人的性利益安全和性自主权。

40、外嫁女的农村集体经济组织成员身份认定问题研究——基于人民法院审结的 244 个相关诉讼案件统计分析

【作者】蒋月，厦门大学法学院、马克思主义学院教授

潘锦涵，厦门大学法学院 2020 级法律（法学）硕士研究生

【来源】中国政法大学《人权研究》（季刊）2023 年第 2 期

【摘要】是否具有农村某集体经济组织成员身份，是外嫁女能否参与该集体经济组织内部重大利益分配的最主要因素和关键所在。统计分析 244 个涉外嫁女的集体经济组织成员权益纠纷案件，可发现农村集体经济组织认定外嫁女的集体成员身份时存在程序不正当、标准不合理等问题；各地行政机关介入集体成员身份认定的模式多样，且并无明确法律依据。人民法院审理外嫁女等原告是否具有农村集体经济组织成员身份案件时评判标准及裁决结果也不统一，不予认定的理由包括相关法律法规缺位、争议应由行政机关处理、属于村民自治范畴等，不同案件中的身份认定标准差异较大。鉴于农村集体经济组织成员身份事关农业户籍居民的基本生存保障等重大利益，建议在《农村集体经济组织法（草案）》中设立农村集体经济组织成员身份登记制度，人民法院应统一确立农村集体经济组织成员身份司法认定的标准，明确行政机关在农村集体经济组织成员身份认定上负有指导责任，同时规定外嫁女的农村集体经济组织成员身份保留事项。

41、职场性骚扰行为的法律规制研究

【作者】吴国平，福建江夏学院学术委员会主任委员，福建江夏学院家事法研究院院长，法学院教授

【来源】《海峡法学》2023 年第 4 期

【摘要】性骚扰是一个社会性问题。我国《民法典》《妇女权益保障法》等法律中对性骚扰的防治问题作了初步规定，表明了反性骚扰的立法态度与立场。但法律规则自身具有事后救济的特点，而职场性骚扰的表现形式又复杂多变，导致目前维权保护与责任追究方面依然存在举证难、立案少、认定难等诸多困境。必须通过进一步完善现行法律规定，落实单位反性骚扰义务的具体措施，强化反性骚扰司法救济措施，提高社会公众反性骚扰维权法律意识与能力以及营造预防与制止性骚扰的社会支持体系等方面多管齐下，将防治职场性骚扰的措施落实到事前预防、事中制止和事后救济与处置的全过程，不断提高依法规制性骚扰的实效。

42、离婚索财中"敲诈勒索"罪与非罪实务探析

【作者】段凤丽、杨晓林，北京天驰君泰律师事务所合伙人

【来源】《中国律师》2023 年第 5 期

【摘要】离婚财产分割时（从民事案由上来说包括离婚后财产纠纷），一方为了获得更多的财产利益，以检举、揭发另一方配偶或者其近亲属违法、犯罪事实相要挟的情况时有发生。离婚双方的索财主张是否排除敲诈勒索罪，存在较大争议。笔者认为，离婚双方的索财主张，是否属于权利行使，从而排除敲诈勒索罪，仍要按照敲诈勒索罪的构成要件要素进行判断。将离婚索财行为一概认定为权利行使欠妥。当然，此种情况仍要考虑敲诈勒索近亲属的特殊情形酌情从宽处理。

关键词 敲诈勒索 离婚索财 行使权利

43、集体经济组织无权以村民会议形式剥夺或变相剥夺村民的集体经济组织成员权益——李某甲诉邹平市长山镇西鲍村村民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案

【作者】姜道策，山东省邹平市人民法院

【来源】中国应用法学研究所主编：《人民法院案例选》2023 年第 2 辑，人民法院出版社 2023 年版

【摘要】人民法院应以自然人与行政村是否形成较为固定的生产、生活关系，是否具有集体经济组织所在地户口，是否需要以集体经济组织土地为基本生活保障等来综合分析判断自然人是否具有集体经济组织成员资格。一旦具备了该资格，应平等地享有包括集体收益分配权在内的集体经济组织成员权益。

44、公告瑕疵对收养行为效力影响的判定

——王某诉彭某、第三人浮梁县民政局等收养关系纠纷案

【作者】江西省景德镇市珠山区人民法院胡海清、万军；江西省景德镇市中级人民法院戴瑞

【来源】《人民法院案例选》2023 年第 6 辑）

【裁判要旨】民政机关在办理收养登记公告时存在公告倒置等瑕疵，但并不影响被收养人事实上处于无人认领的状态，收养人符合实质收养要件，并与被收养人在取得收养登记后事实上已形成收养关系，收养过程中建立起了深厚的、难以割舍的感情的，从未成年人利益最大化原则考虑，不宜因公告瑕疵而否定收养行为的效力。

案件索引

一审：江西省景德镇市珠山区人民法院(2021)赣 0203 民初 1036 号(2021 年 7 月 5 日)

二审：江西省景德镇市中级人民法院(2021)赣 02 民终 686 号(2021 年 11 月 25 日)

附 1：《家事法研究》（2023 年卷）【总第 19 卷】

主编：夏吟兰、龙翼飞

执行主编：马忆南

法律出版社 2023 年 10 月版

目录

第三专题 家庭关系新论 篇目索引

个体—家庭离合关系的法律呈现与应对　邓丽

夫妻分居期间扶养义务的减损逻辑　李琦 曹贤信

《民法典》视域下分居探望权的困境与出路　王倩

附 2：家事法实务（2022 年卷）

主编：夏吟兰、龙翼飞

执行主编：林建军、谭芳、杨晓林

法律出版社 2023 年 4 月版

目　录

【婚姻家庭·人身】板块篇目索引

成年意定监护在医疗领域的适用风险与法律应对 王　龙　阚　凯

代孕协议效力的司法认定

--基于法理、伦理及价值的分析 刘连康

家庭教育法视角下监护权撤销制度研究 李秀华

《民法典》第 1053 条的适用困境与解决 商允超

离婚经济补偿：现实困境的解构与阐释 马璇

离婚损害赔偿制度司法适用的调查研究 张焱　田　媛

离婚损害赔偿制度中“其他重大过错”的司法认定 桂芳芳　胡玮铭

2023 年家事法研究（家庭财产制度及相关）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献

原创：2024-02-07　家事法苑　家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/hTrZEVovw_38D-PRW32B8g

主编：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
执行主编：杨晓林
执行副主编：段凤丽、邓雯芬、刘海娜
初始资料整理：张浩杰，杭州师范大学学生

说明：

1、本资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。

2、文献获取渠道问题，个别篇名及作者身份信息标注不完整，最后编辑合成，为版面简洁亦有适当删减；文献索引排序时间所限，未严格论证，仅供学术实务研究参考，不当之处，敬请包容、谅解。

3、如公开完整使用或再二次编辑、利用本资料，请务必注明来自“家事法苑”（ID：famlaw）微信公众号。

联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

本期目录

1、貌离神合：家庭财产法对传统家观念的呈现，汪洋，《法学研究》2023 年第 3 期

2、基于婚内财产分割协议的物权变动，王轶、蔡蔚然，《国家检察官学院学报》2023 年第 2 期

3、民法典中的夫妻共同财产分割请求权研究，蒋月、陈璐，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 4 期

4、夫妻特定财产约定的效力与类型——以程青诉汪军离婚房产纠纷案为切入点，汪洋，《中国社会科学院大学学报》2023 年第 7 期

5、离婚协议违约金的理论澄清与司法认定，田韶华，《法学》2023 年第 9 期

6、论通谋虚伪行为的法律效力，翟远见，《环球法律评论》2023 年第 5 期

7、家庭协议适用合同法规范的路径与意义，李鼎熙，《法学》2023 年第 10 期

8、民法典“夫妻一方事后追认”制度研究，张学军，《政法论坛》2023 年第 2 期

9、论“家事代理权”的性质再界定及规则构建，温世扬 李劲松，《河北法学》2023 年第 2 期

10、《民法典》视角下夫妻忠实协议的法律效力，孙若军、封子路，《法律适用》2023 年第 4 期

11、一方保证何以形成夫妻共同债务？——基于“共同利益”的分析与展开，蔡蔚然，《法学论坛》2023 年第 3 期

12、论生产经营型夫妻共债的认定，叶名怡，《法律科学》2023 年第 4 期

13、夫妻债务的清偿顺序，叶名怡，《法学研究》2023 年第 4 期

14、事后追认型夫妻共同债务的认定及法律效果，缪宇，《广东社会科学》2023 年第 6 期

15、约定财产制下夫妻个人债务之责任财产的认定，田韶华，《北方法学》2023 年第 4 期

16、论夫妻债务制度的双重统一原则，罗瑶，《西南政法大学学报》2023 年第 1 期

17、子女单方向父母出具借条时夫妻共同债务的认定，拜建国、董翠果，《人民司法》2023 年 5 月第 14 期

18、履行抚养义务人有权适当分割抚恤金，李国军、王旭丽，《人民司法》2023 年 1 月第 02 期

19、后法典时代婚俗引致纠纷司法解决路径的审视和优化，曹薇薇，《东方法学》2023 年第 2 期

20、承诺净身出户的性质与效力，发言嘉宾：王长军（四川天府新区人民法院）等，《人民司法》2023 年第 7 期

21、彩礼纠纷现状及司法应对，王丹，《人民司法》2023 年第 16 期

22、民法典视野下我国彩礼返还风俗习惯的司法适用——基于访谈和判决文书的扎根范式研究，张海、陈爱武，《民间法》第 30 卷

23、“公平”价值几何？——当代中国城市夫妻离婚财产分配的公平逻辑，沈奕斐、商建刚，《社会学研究》2023 年第 3 期

24、论夫妻股权的渐进式分层共有，王湘淳，《清华法学》2023 年第 1 期

25、婚内投资的股权如何排除执行——韩某诉上海垦丰公司等执行异议之诉案，冯文生、郝晋琪，《法律适用》2023 年第 11 期

26、论离婚时父母出资购房的利益归属——基于出资归属与产权归属分离的视角，于程远，暨南学报 2023 年第 09 期

27、婚姻关系中房产归属与份额的理论重构，汪洋，《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 64-93 页

附：评议文章：家庭伦理、婚姻身份与法律，孙维飞，《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 94-103 页。

28、婚后资本所得归属的原理与规则，贺剑，《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 3-45 页

附：评议文章：夫妻共同财产制规则蕴含的价值判断，缪宇，《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 46-63 页

29、论住房的双重性质基于家法则与契约自由原理的观察，熊静波，《中外法学》2023 年第 2 期

30、日常家事代理在中国（1911—2020）：民法制度的历史分析，黄骏庚，《法制与社会发展》2023 年第 4 期

31、涉婚外情赠与行为的效力，陈晨磊、陈石磊，《人民司法》2023 年 9 月第 26 期

附 1：《家事法研究》（2023 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：马忆南，法律出版社 2023 年 10 月版，第一专题 “身份关系协议”的法律适用、第二专题 婚姻中的房产问题篇目索引

附 2：家事法实务（2022 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：林建军、谭芳、杨晓林，法律出版社 2023 年 4 月版，【婚姻家庭·财产】板块篇目索引

正 文

1、貌离神合：家庭财产法对传统家观念的呈现

【作者】汪洋，清华大学法学院副教授

【来源】《法学研究》2023 年第 3 期

【摘要】在家庭财产法这一中观领域，我国传统家族法与现代婚姻继承法在制度、功能以及正当性方面皆有共通之处，均以秉持家庭利益最大化为目标，同时兼顾家庭成员的个人自由，可谓“貌离神合”。夫妻共同财产制可视为一种新型的同居共财关系且区别于共同共有。家产的对外处分、债务承担以及对内管理以家庭利益为重；当家和日常家事代理仅限于必要范围；非家庭正当原因的负债被排除出家庭债务或夫妻债务范畴。同居共财下的父债子还不是继承法而是家庭财产法问题，与个人财产制下的限定继承并不冲突。家庭财产之外的特有财产常见于随嫁财产以及父母为子女结婚或购房出资，家产代际传承的功能决定了其为对子女一方的赠与且不考虑出资时点。为了家庭利益应区分特有财产的资本收益和劳动收益分别确定婚后归属，遵循但避免僵化适用不转化规则。家产的解体分割和代际传承具有同一性，继承顺位、份额等内容皆强调孝文化及成员贡献度。现代法仅规定死后继承，分家传统呈现为父母对部分子女的生前特别赠与，应适用归扣制度以平衡诸子利益。同居共财只适配法定继承而实质排除遗嘱，现代法强调个人财产权、遗嘱继承和男女平等，但导致遗嘱自由和男女继承权平等的冲突等新问题。

2、基于婚内财产分割协议的物权变动

【作者】王轶，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授

蔡蔚然，中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《国家检察官学院学报》2023 年第 2 期

【摘要】在婚内财产协议分割的场合，物权变动的生效要件直接决定了在未完成物权公示的情况下，基于协议受让财产的夫妻一方可得到何种程度的保护，以及可以对抗何种类型的第三人。这背后是婚姻保护与民事主体间的交往安全两方价值之间的权衡，两者此消彼长，难以完全兼容。在民法典的既有价值立场之下，基于婚姻保护理念对夫妻一方未公示财产权的保护，应以法定财产制下的一方潜在份额为限。对此，若采公示对抗主义或非基于法律行为的物权变动规则，将使得作为债务人的夫妻一方“不离婚”也能“真逃债”，过分侵蚀交往安全。相较之下，以公示生效主义配合法定财产制的财产权属推定效力，能够更好地平衡婚姻保护与交往安全；采公示生效主义对婚姻保护看似略有不周，但可通过规则的解释和完善有效解决。

3、民法典中的夫妻共同财产分割请求权研究

【作者】蒋月，厦门大学法学院/马克思主义学院教授、博士生导师；陈璐，厦门大学法学院博士研究生

【来源】《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2023 年第 4 期

【摘要】夫妻共同财产分割请求权源于夫妻财产共同共有，配偶或者原配偶任何方单方意思不会导致财产共有关系变更或消灭。夫妻分割共同共有财产请求权宜归属于请求权而非形成权。只有符合法定或者约定条件时，配偶才有权请求分割。该请求权的行使，除例外情形，一般无关除斥期间。夫妻之间发生重大财产利益冲突时，保护个人财产权益和支持扶养义务人履行法定义务符合婚内分割的实质正当性。立法宜将夫妻一方负担巨额个人债务或者陷于破产等增设为婚内分割的法定事由。夫妻共同财产分割请求权的对内效力和对外效力有别，夫妻或原配偶双方均应遵守生效的共同财产分割结果，但该分割结果不约束不知情又不同意的第三人。

4、夫妻特定财产约定的效力与类型——以程青诉汪军离婚房产纠纷案为切入点

【作者】汪洋，法学博士，清华大学法学院长聘副教授、博士生导师

【来源】《中国社会科学院大学学报》2023 年第 7 期

【摘要】《民法典》第 1065 条的适用范围包括夫妻财产制约定和夫妻特定财产约定，应当区分物权与婚姻两个维度分别界定其效力。物权维度以登记为准，夫妻财产约定仅具有债法效果；婚姻维度上夫妻财产约定直接产生约束力。夫妻特定财产约定可能成立夫妻间赠与、夫妻间借款以及离婚财产分割协议，根据约定内容受身份关系影响的程度，有条件地适用各有名合同以及分割共有物等财产法规范。夫妻可通过特定财产约定及登记行为将特定财产的内外归属状态确定为一方所有、共同共有或者按份共有，也可通过约定排除适用依据出资来源决定财产婚内份额的推定规则。约定内容与登记内容不一致的，在对外涉及第三人利益时依据登记内容，在婚内析产或者离婚房产分割时依据约定内容。

目次

一、基本案情与裁判观点
二、夫妻财产约定的内涵与效力
（一）区分夫妻财产制约定和夫妻特定财产约定
（二）夫妻财产约定的内外效力
三、夫妻特定财产约定的主要类型
（一）夫妻间赠与协议
（二）夫妻间借款协议
（三）离婚财产分割协议
四、夫妻共同财产、共有形态及婚内份额的计算
（一）区分夫妻共同所有、共同共有与按份共有
（二）特定财产婚内份额的计算
五、代结论：程青诉汪军离婚房产纠纷案评析

5、离婚协议违约金的理论澄清与司法认定

【作者】田韶华，河北经贸大学法学院、河北经贸大学地方法治建设研究中心教授

【来源】《法学》2023 年第 9 期

【摘要】

离婚协议违约金条款所具有的身份属性决定了《民法典》合同编第 585 条对其不具有完全的可适用性。离婚协议违约金虽然兼具惩罚性与赔偿性，但惩罚性更为突出。其所保护的利益并非仅为财产利益，更多的是离婚后和平、良好亲子关系的维系以及未成年子女的健康成长等非财产利益，故其赔偿性不仅指向财产损害，也指向精神损害。离婚协议违约金条款虽然存在效力瑕疵的可能性，但违约金过高本身不宜成为无效事由。由此导致的权利义务失衡，可通过司法酌减制度予以矫正。司法酌减的基准是守约方因离婚协议履行所获得的所有正当利益而非违约损失。离婚协议违约金的酌减程度应依动态系统论，在综合考量违约行为对离婚后秩序的破坏程度、当事人的过错程度，以及债务人的认知或经济承受能力等诸项因素的基础上，基于公平和诚信原则予以确定。

6、论通谋虚伪行为的法律效力

【作者】翟远见，中国政法大学比较法学研究院副教授

【来源】《环球法律评论》2023 年第 5 期

【摘要】《民法典》第 146 条规定了通谋虚伪行为。在当事人之间，依意思自治原则，财产性伪装行为无效。财产性隐藏行为的效力如何，取决于该行为是否满足相关实质要件和形式要件。在财产性隐藏行为不具备强制性形式要件，而该要件已存在于伪装行为之中时，隐藏行为的效力不受影响。在单纯的借名行为中，借名人与相对人是真正的当事人。身份行为具有特殊性，但其

特殊性不足以排除伪装行为在当事人间无效之一般规则的适用。双方约定既不行使婚姻权利、亦不履行婚姻义务的假结婚无效。在假离婚中，由于夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证，婚姻关系终止。一般性地承认伪装行为无效不得对抗善意第三人，有其必要。在《民法典》对此未作明文规定的情况下，可以通过整体类推的方法填补这一漏洞。

7、家庭协议适用合同法规范的路径与意义

【作者】李鼎熙，中国人民大学民商事法律科学研究中心、中国人民大学法学院

【来源】《法学》2023 年第 10 期

【摘要】依目前民法学界的通行观点，私人协议按照“伦理性”的强弱可以被划分为“财产协议”与“身份协议”，而合同法的适用范围仅限于财产协议。由于家庭协议的性质处于两者的交叉地带，故其效力因为混沌不明的“伦理性”因素而处于不确定的状态。但此种对私人协议性质的二分法缺乏实体法上的依据；并且，在权利多元化的现代社会，若司法裁判对家庭协议的效力认定依赖于“伦理性”要素，既不利于法规范的安定性，也不符合经济效率，甚至逾越了法官造法的边界。因此“家庭伦理”不应当成为判断合同法规范可否适用于家庭协议的标准。我国《民法典》第 464 条第 2 款为家庭协议回归合同法规范提供了可能的路径。在处理家庭协议引起的纠纷时，合同法规范的妥切适用也有助于保障个人在家庭关系中的合理信赖利益。

8、民法典“夫妻一方事后追认”制度研究

【作者】张学军，苏州大学王健法学院教授

【来源】《政法论坛》2023 年第 2 期

【摘要】本文指出，依据《民法典》第 1064 条第 1 款，夫妻一方与第三人订立的合同若得到夫妻另一方的事后追认，合同债务则属夫妻共同债务。就夫妻一方与第三人订立的合同哪些需要追认而言，应被限定在取得、管理、处分夫妻共同财产依法必须征得夫妻双方同意的合同。就夫妻一方与第三人订立的合同在追认之前的法律效力而言，应该否定对订立合同方配偶单独生效、合同无效、合同可撤销的立法，而应规定合同效力待定。就夫妻一方与第三人订立的合同在追认之后的当事人而言，应该否定追认方配偶变成当事人的立法，而应规定只有订立合同方配偶系一方当事人。就夫妻一方与第三人订立的合同能否得到其他补救而言，应该补充规定夫妻另一方事先同意和实施禁止反悔的行为。

9、论“家事代理权”的性质再界定及规则构建

【作者】温世扬，中南财经政法大学法学院教授、博士生导师、法学博士；李劲松，中南财经政法大学法学院博士研究生

【来源】《河北法学》2023 年第 2 期

【摘要】《民法典》第 1060 条首次在立法层面确立了家事代理权，被称为《民法典》的立法亮点之一，对于维系家庭之日常生活具有重要意义。我国民法学界多以代理权为路径对家事代理制度进行构建。但代理权的解释路径不仅不符合民事代理的一般特征，并且独立的家事代理制度与《民法典》第 1064 条存在一定的重复与矛盾。夫妻之间形成的婚姻共同体在财产关系上与合伙具有高度的相似性。通过对合伙人执行权及代表权的借鉴，将《民法典》第 1060 条解释为“家事代表权”，并与第 1064 条之规定进行整合，可以构建出较为完备的家事代表权制度。同时，通过类推适用代表权之一般规则，可以填补目前我国现行法关于夫妻侵权债务的认定以及夫妻一方有限责任的立法空白。

10、《民法典》视角下夫妻忠实协议的法律效力

【作者】孙若军，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中国人民大学法学院教授

封子路，中国人民大学法学博士研究生

【来源】《法律适用》2023 年第 4 期

【摘要】夫妻忠实协议是夫妻基于身份签署的不为一定行为，否则承担一定后果的协议。在法律框架下达成的夫妻忠实协议应当赋予其法律效力。夫妻忠实协议的性质是违约协议，在不违反《民法典》婚姻家庭编相关规定的前提下，可以参照适用民法典违约责任的有关规定。

11、一方保证何以形成夫妻共同债务？——基于“共同利益”的分析与展开

【作者】蔡蔚然，中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法学论坛》2023 年第 3 期

【摘要】将一方对外保证之债认定为夫妻共同债务的核心理论障碍，在于保证合同的单务、无偿性。然而，夫妻一方完全可能因提供保证而在保证合同之外取得具有民法意义的利益。对待判断夫妻共同债务的“共同利益”标准，不同立场仅在证明责任的分配上存在分歧，均未在实质正当性层面否认以“共同利益”作为夫妻共同债务的成立基础。将夫妻一方对外保证的不同情形进行类型化可以发现，在基于有偿委托提供保证、为自身或配偶的赡养或抚养对象负债提供保证，以及为投资经营的法人或非法人组织负债提供保证的场合，保证人所取得的利益可在其与配偶之间形成“共同利益”，并分别落入“家庭日常生活需要”或“共同生活”“共同生产经营”的范畴，进而可适用《民法典》第 1060 条、第 1064 条将这类一方保证之债认定为夫妻共同债务。

12、论生产经营型夫妻共债的认定

【作者】叶名怡，上海财经大学法学院教授

【来源】《法律科学》2023 年第 4 期

【摘要】夫妻共债的界定对其认定标准有重大影响。我国实证法坚持“共债即连带”，这决定了在解释论上应对夫妻共债从严认定。生产经营型夫妻共债的正当性基础虽包括共同受益论，但绝不可将其泛化成共债判定标准以至于架空具体共债类型。“共同”的本质是大体同等的影响力，包括双方参与型和一方授权型，但在后者，实际经营方仍受重大事务管理限制的拘束。对于两户型共同生产经营，《民法典》第 56 条和第 1064 条应结合适用。关于“用于”的判定标准，应抛弃受益说而改采用途说，其核心要义是客观用于而非主观受益，确定用于而非可能受益，初始用于而非结果受益，直接用于而非间接受益。《民法典》将债务利益用于夫妻共同生产经营的证明责任分配给债权人具有合理性，但非举债方亦负相应的具体化证明义务。

13、夫妻债务的清偿顺序

【作者】叶名怡，上海财经大学法学院教授

【来源】《法学研究》2023 年第 4 期

【摘要】夫妻共同债务应被定性为一种有清偿顺序的连带债务。比较法经验表明，夫妻共同债务的有限责任通常是作为“共债推定”的配套制度而存在，而我国现行法确立的是“个债推定”。鉴于我国夫妻财产归属欠缺明晰的公示方法，破解问题的关键不在于责任财产的范围，而在于夫妻债务的认定范围。只要坚持将“夫妻共同债务金额”与“确定的受益金额”等同，从严认定共同受益型夫妻共同债务，就既能与第三人受益返还的财产法原理相一致，又能有效消除连带债务的严苛性。夫妻共同债务应首先以夫妻共同财产偿还，不足时才能以双方个人财产偿还；夫妻一方个人债务应首先以其个人财产偿还，不足时才能以夫妻共同财产中的一半份额偿还；当夫妻一方个人债务与夫妻共同债务并存时，夫妻共同财产应首先用来偿还夫妻共同债务，即便债权人为同一人也应如此。民事强制执行法草案仅规定了夫妻个人债务的责任财产执行顺序，尚需补足其余两项规则。

14、事后追认型夫妻共同债务的认定及法律效果

【作者】缪宇，中国政法大学民商经济法学院副教授

【来源】《广东社会科学》2023 年第 6 期

【摘要】事后追认型夫妻共同债务属于连带债务。配偶作为非举债方的事后追认是配偶自愿作为债务人对债权人负责的意思，即债务加入。配偶的部分履行可能成立有合法利益的第三人履行。配偶同意处分夫妻共同财产以清偿债务的意思、为举债的夫妻一方提供保证的意思、代夫妻一方清偿债务的意思均非事后追认。在无法确定配偶是否具有清偿自己债务的意思时，应将配偶的部分履行推定为有合法利益的第三人履行。事后追认的法律效果，在外部关系上，配偶作为连带债务人对债权人负责，并可援引夫妻一方的抗辩，但不是合同当事人。在内部关系上，除夫妻双方另有约定外，在不能证明债务用于满足夫妻共同利益时，该债务按照夫妻一方的个人债务处理，由引起债务的夫妻一方终局负责，夫妻之间可适用补偿规则。

15、约定财产制下夫妻个人债务之责任财产的认定

【作者】田韶华 河北经贸大学法学院教授

【来源】《北方法学》2023 年第 4 期

【摘要】约定财产制下夫妻个人债务责任财产的认定应在平衡交易安全与个人意志及婚姻安全的原则下，摒弃债权人优位的价值取向，实现债权人与非负债方配偶的利益协调。在约定财产制下，不动产登记和夫妻财产制协议均非认定夫妻个人债务之责任财产的依据。而在承认夫妻财产制协议具有直接发生物权变动效力的基础上，应以知情对抗规则作为认定责任财产的一般规则。即在债权人对夫妻财产约定知情时，依该约定确定责任财产的范围；而在债权人不知情时，则按法定财产制确定责任财产的范围。知情对抗规则仅适用于合同之债及将来债权，而不适用于法定之债及既有债权；知情基准时界定为债务形成时；在知情与否的判断上，除了“实际知道”外，应将“应当知道”纳入“知道”的范畴，其认定标准应为“因重大过失而不知”；依约完成案涉房屋的物权变动登记并非责任财产的确定依据，但可以成为债权人“应当知道”的重要考量因素。

16、论夫妻债务制度的双重统一原则

【作者】罗瑶，中国政法大学副教授、法学博士

【来源】《西南政法大学学报》2023 年第 1 期

【摘要】夫妻债务制度是夫妻财产法四大组成部分之一，在体例上，位于夫妻财产组成制度之后，夫妻财产管理制度之前；在内容上既决定于夫妻财产组成制度，又受制于夫妻财产管理制度。民法基本原理和基本原则决定了夫妻债务制度应适用双重统一原则，即债务与财产相统一原则和债务与管理相统一原则。债务与财产相统一原则要求夫妻财产集合体中的各组成部分应负担与之相关的债务，其中，债务与财产“相关性”的判断，应以“时间”“来源”等因素为标准。债务与管理相统一原则要求夫妻每一方都应以并仅以其管理的财产承担债务。《民法典》第 1064 条在适用中面临的诸多问题，均可依据双重统一原则予以解决。

17、子女单方向父母出具借条时夫妻共同债务的认定

【作者】拜建国　董翠果

【来源】《人民司法》2023 年 5 月第 14 期

18、履行抚养义务人有权适当分割抚恤金

【作者】李国军 王旭丽

【来源】《人民司法》2023 年 1 月第 02 期

19、后法典时代婚俗引致纠纷司法解决路径的审视和优化

【作者】曹薇薇，东南大学法学院教授、博士生导师

【来源】《东方法学》2023 年第 2 期

【摘要】民间法和实定法的关系在婚姻家庭棱镜下尤为错综复杂。民间仍有影响广泛的早婚、习俗婚礼、婚约彩礼等婚俗，在与法律规定的最低婚龄、登记程序、自愿合意等产生冲突时，司法层面体现为婚姻效力、事实婚姻认定、同居析产、同居子女抚养、婚约财产返还等纠纷，事实中可能导致有悖“公平正义”原则，违反“男女平等”国策或侵害妇女合法权益的后果。民法典收回了地方立法变通权限，维护了家事立法的统一性和法定婚姻形式的权威性，因婚嫁习俗引发的矛盾纠纷需从司法层面得到解决。然而，司法审判长期存在的经验各异、规则不一、方法不明、路径不清等问题导致类案异判现象普遍存在。后法典时代亟待厘清民俗的合理性与合法性的关系，明确引俗入审的必要可行性，在司法层面审慎“变通”处理婚俗纠纷的指导原则、价值导向和具体规则。

20、承诺净身出户的性质与效力

【发言嘉宾】（以发言先后为序）：王长军（四川天府新区人民法院）、王东敏、冉克平（武汉大学）、叶名怡（上海财经大学）、刘生亮、章恒筑（华东政法大学）、李志刚（山西师范大学）、劳德赛、王文胜（湖南大学）、王建文（南京大学）、贺剑（北京大学）、陈现杰、张谷（浙江大学）、刘保玉（中国政法大学）

【来源】《人民司法》2023 年第 7 期

21、彩礼纠纷现状及司法应对

【作者】王丹，最高人民法院

【来源】《人民司法》2023 年第 16 期

【摘要】目次：一、彩礼纠纷现状；二、审判实践中常见的问题；三、解决路径探索

“彩礼”是我国民间的一种习惯称呼，也称为“聘礼”“纳彩”等，来源于我国古代婚姻制度中的“六礼”。作为中国传统嫁娶礼仪，彩礼有着深厚的社会文化基础。但是，近年来，随着经济社会发展，彩礼数额持续走高，甚至出现互相攀比现象，导致婚姻关系物化，严重影响了社会的和谐稳定，“高价彩礼”因此成为社会的一大痛点。尤其是在一些农村偏远地区，这一问题更为突出。2023 年中央一号文件再次专门提出“要扎实开展高价彩礼、大操大办等重点领域突出问题专项治理”，遏制高价彩礼陋习、培育文明乡风是社会的共同期盼。

22、民法典视野下我国彩礼返还风俗习惯的司法适用——基于访谈和判决文书的扎根范式研究

【作者】张海，南京师范大学法学院博士研究生；陈爱武，南京师范大学法学院教授

【来源】《民间法》第 30 卷

【摘要】为回应对现行无过错彩礼返还规则的有关批评，本文运用中国管理扎根研究范式，对两名基层法官访谈的语料以及四名法官的审判观念、判决文书等二手资料进行编码发现，实务判决不但没有损害女性利益，反而受女性“反叛之法”法律意识之影响，迫使法官过度追求案件办理的社会效果和后续反应以致于在彩礼事实的认定和判决结果的作出两方面出现“不合法律性”的风险。此外，风俗习惯在司法适用中实体法功能的作用发挥相较于程序法功能逊色不少。加强风俗习惯在裁判文书中司法适用的论证说理以及统一认知标准有助于同案同判目标的实现，进而提高当事人对判决结果的接受力。

23、“公平”价值几何？——当代中国城市夫妻离婚财产分配的公平逻辑

【作者】沈奕斐、商建刚

【来源】《社会学研究》2023 年第 3 期

【内容提要】离婚财产分配的公平逻辑对夫妻在婚姻存续期和离异后的行为都有重要影响，而法律制度与民间实践中的公平逻辑既相互依赖

又有差异。本文从民间的观念认识来探讨这一问题。通过焦点小组、访谈和问卷调查，本文描述和分析了人们理想中的离婚财产分配的公平逻辑，以潜类别分析总结出四种公平逻辑：财产来源的时点原则、平均原则、照顾女性弱势的性别原则和个体自由主义式的应得原则。文章也对比了民间的家庭正义观和法律的公平权利观，从而更为全面地呈现对这一问题的解读。

24、论夫妻股权的渐进式分层共有

【作者】王湘淳，中央财经大学法学院讲师、法学博士

【来源】《清华法学》2023 年第 1 期

【摘要】夫妻股权共有案件的裁判分歧源于裁判者对夫妻共同财产制下夫妻双方共有之客体的认识差异。实践中常见的股权财产利益共有说与股权共有说都存在解释论上的不足，难以妥当协调夫妻共同财产制与公司治理的制度冲突。可运用公司法股权分离理论构造夫妻股权的渐进式分层共有，在夫妻共有的特殊情况下，使股权的财产权益与社员权益的变动时点发生分离，并依据不同标准判断归属。股东的配偶依据夫妻共同财产制与股东共同享有股权财产权益，但其并不能对抗善意的股权交易相对方；只有在经过公司、其他股东认可后，才能与股东共同拥有股东资格，向公司主张股东权利。此模式可在协调婚姻法与公司法冲突的基础上，为股权行使、股权转让及离婚股权分割等情形提供具有融贯性的解释论方案。

25、婚内投资的股权如何排除执行——韩某诉上海垦丰公司等执行异议之诉案

【作者】冯文生，最高人民法院审判监督庭审判长，第三巡回法庭主审法官，法学博士

郝晋琪，最高人民法院民二庭、第三巡回法庭二级高级法官助理

【来源】《法律适用》2023 年第 11 期

【摘要】《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 25 条并非以完全列举方式对夫妻共同财产法定类型的兜底规定做出限制。股权投资发生在夫妻婚姻存续期间，除股权收益外，股权可以成为夫妻共同财产。夫妻一方死亡，夫妻共同财产关系终止，另一方以确权公证书为据请求分割夫妻共同财产的，人民法院应当依法审查并认定该公证书的证据能力、证明力和法律约束力。司法执行程序的特点决定司法执行机构审查的范围和强度均有别于民事法律行为中的形式审查与审判程序中的司法确认，《最高人民法院关于办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 25 条第 1 款第 4 项规定的股权登记不宜理解为司法确权的充要条件。被执行人或案外人对执行机构提出执行异议并申请排除执行的，人民法院要准确适用《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 12 条，不可以未“经债权人认可”为由拒绝审查，也不宜要求异议人在执行异议之诉程序之外另行提起析产诉讼，以兼顾公平与效率，防止程序空转，促进纠纷一次性实质解决。涉及财产权益的执行行为异议之诉按照财产案件标准计收案件受理费，但为实质化解纠纷，宜赋予审判组织以裁量权。

26、论离婚时父母出资购房的利益归属——基于出资归属与产权归属分离的视角

【作者】于程远，中国政法大学民商经济法学院

【来源】暨南学报 2023 年第 09 期

【摘要】夫妻离婚时，父母的出资不应直接决定该出资所购房产的归属。出资的归属与房屋产权的归属是两个不同的法律问题，应当分别判断。在出资归属的判断上，需要以意思表示解释和夫妻法定财产制为基础，在当事人约定不明时，该出资行为属于赠与。该赠与在夫妻婚前做出的，为对出资人亲生子女一方的赠与，属于夫妻一方

个人财产；在夫妻婚后做出的，为对夫妻双方的赠与，属于夫妻共同财产。而对于房产归属的判断，则无须考察父母的意思，而仅须考察夫妻双方“谁用什么财产在婚前还是婚后购买了房屋”的问题。夫妻一方无论是婚前还是婚后用个人财产全资购房，购得的房屋依旧为个人财产；夫妻一方或双方无论在婚前还是婚后用共同财产全资购房，购得房屋为共同财产（共同共有）。夫妻双方在婚后用各自的个人财产为共同生活合力购房，购得的房屋同样为夫妻共同财产。而夫妻双方在婚前用各自的个人财产合力购房，则购得房屋由双方按出资比例按份共有。夫妻离婚的情形下，对出资父母可以适用目的性赠与的相关规则处理；立法论层面上，情势变更制度下的酌情返还或为更佳的方案。

27、婚姻关系中房产归属与份额的理论重构

【作者】汪洋，清华大学法学院长聘副教授，博士生导师。

【来源】《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 64-93 页

【目次】一、问题现状与成因

二、价值立场：国家治理视角下的婚姻、人口与住房问题

三、父母为子女购房出资的性质与归属

四、房屋产权登记与婚姻内部房产归属脱钩

五、婚姻关系内部房产的归属与份额

七、结论

【摘要】婚姻关系中房产归属与份额的认定应当契合国家治理层面提升结婚率和生育率的价值立场。父母出资的资金归属与子女购房的房产归属完全脱钩，各种类型的父母出资行为都被推定为父母仅针对自己子女一方的赠与。房屋产权登记与夫妻内部房产归属完全脱钩，夫妻共同财产制和物权变动各自产生内部与外部效力。夫妻间赠与房产不直接发生物权效力，但直接产生夫妻内部归属效力，赠与方不享有任意撤销权。登记权利人对共同财产的单独处分属于有权处分，仅当无偿或低价转让的财产超过共同财产一半份额以上才类推适用债权人撤销权救济。夫妻内部房产归属的重要性弱于份额认定，夫妻享有的份额仅与资金来源挂钩，个人财产购房的婚后增值归入个人份额。离婚时若双方均主张产权、财产状况水平大致相当以及均同意竞价，通过竞价决定产权归属，否则优先考虑婚前购房首付一方或者出资份额多的一方获得房产，并对另一方价值补偿。

关键词：父母出资；共同财产制；婚姻内部归属；离婚财产分割

【附：评议文章】家庭伦理、婚姻身份与法律

【作者】孙维飞，华东政法大学法律学院副教授。

【来源】《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 94-103 页。

汪洋教授的文章《婚内房产归属与份额的理论重构》就相关实践和学理争议进行了详细梳理，给出了清晰的论点，做出了很有说服力的论证。其中，就一方父母为已结婚子女购房出资如何解释问题，给出的答案是：应推定为对自己子女的赠与，成为自己子女的个人财产；作为夫妻共同财产的房屋，产权登记在夫妻一方时，就该方以登记房屋对外交易是否应适用善意取得制度的问题，给出的答案是否定的，理由是夫妻财产共同应仅具有内部效力，发生外部交易时，登记一方的处分应为有权处分。下文对上述观点尚无能力作出批评性的回应，仅试图提出不同思考的可能。由于着眼于可能性，下文也无法提出严密的论证，仅限于尽力把某种不同的思考呈现出来。

28、婚后资本所得归属的原理与规则

【作者】贺剑，北京大学法学院长聘副教授。

【来源】《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 3-45 页

【目次】 一、婚后资本所得应适用统一规则

二、婚后资本所得归属的潜在方案

三、理想方案：“全有方案”

四、全有方案的构造

五、次优选择：全有方案+比例方案

六、比例方案的理由与构造

七、按揭房屋的增值归属

八、结论

【摘要】夫妻个人财产的婚后资本所得（婚后财产收益）归属，在我国法上争议甚多，属于检视一国法定夫妻财产制的“极限问题”之一。在价值层面，夫妻个人财产的婚后资本所得应适用统一规则。现行法上的“三分法”及其对应归属规则不甚合理。作为理想方案，夫妻个人财产的婚后资本所得应一律是夫妻共同财产（全有方案），从而为夫妻的婚后行为提供适当经济激励。在现行法上，作为次优选择，应以全有方案为原则，仅在少数情形适用或者类推适用《婚姻家庭编解释一》第 78 条所代表的比例方案，即夫妻按一定比例分享夫妻个人房屋的婚后自然增值。比例方案因潜在依据不同而有不同版本。其中，“模拟自由交易”的比例方案关注夫妻财产之间的（被迫）经济支持，旨在弥补由此造成的交易自由缺失，相对更优。对于实务中最关切的前述第 78 条之适用，关键认识在于，夫妻婚后共同还贷的行为维持了抵押债务在整个婚姻存续期间的存在，相应，夫妻共同财产有权获得整个抵押债务所对应的房屋婚后增值。

关键词：婚后财产收益；夫妻共同财产；自然增值；主动增值；投资收益；孳息

【附：评议文章】夫妻共同财产制规则蕴含的价值判断

【作者】缪宇，中国政法大学民商经济法学院副教授。

【来源】《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 46-63 页。

不论是比较法上的夫妻共同财产制立法例，还是我国的《婚姻法》《民法典》，夫妻共同财产制规则均体现了立法者保护女方的基本理念。本文将以美国夫妻共同财产制州、法国和我国为例，对此进行说明。

29、论住房的双重性质基于家法则与契约自由原理的观察

【作者】熊静波 南京大学法学院副教授

【来源】《中外法学》2023 年第 2 期

【摘要】在我国宪法与法律中，“房屋”是个财产性的概念，“住宅”与人格直接相关，是个人格性的概念。有一个自己的家，同时拥有一定的财产，是中国人民在不同历史时期为之奋斗的基本善，也是宪法上的人身权与财产权保护的对象。在计划经济年代，城镇居民的住房是以社会总产品为后盾并参照家法则配置的住宅；住房制度改革后，住房转而逐渐成为基于契约原理形成的房屋财产。家法则与契约自由原理形成双重可变的复杂关系。“房住不炒”是以人民为中心的住房理念，是恩格斯住房观的中国化。贯彻“房住不炒”，既要反对市场家庭化，也要反对家庭市场化。建设更好的市场需要对不完全契约进行修正，而家法则作为“隐秩序”，可以托庇在较好平衡了契约自由话语与公共服务属性的非商品化公租房合同之中。

30、日常家事代理在中国（1911—2020）：民法制度的历史分析

【作者】黄骏庚，中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法制与社会发展》2023 年第 4 期

【摘要】日常家事代理名为“代理”，但因其构成要件与法律效果，均有悖于代理的基本逻辑，故其代理性质一直饱受争议。与其直接探究日常家事代理是不是代理，不如将视角转向历史，追问日常家事代理为何被认为是代理。将日常家

事代理解释为夫妻双方互为代理人的认识，可以上溯至《中华民国民法》。民国时期的立法者基于男女平等的理念，对清末继受自日本的以妻为夫之代理人的传统模式加以改造。新中国成立后，《婚姻法》自始对日常家事代理未予规定，但通过最高人民法院出台的司法解释，日常家事代理依托共同财产制，在实在法中获得新生。《民法典》第 1060 条为日常家事代理确立了全新的规则。借助历史分析所获得的启示，可以重思日常家事代理的规范属性、规范目的与体系关联。

31、涉婚外情赠与行为的效力

【作者】陈晨磊　陈石磊

【来源】《人民司法》2023 年 9 月第 26 期

【裁判要旨】婚姻关系存续期间，夫妻共同财产作为一个整体，夫妻双方不分份额地对其享有所有权，故非因日常生活需要，任何一方无权单独处分夫妻共同财产。若一方违反夫妻忠实义务擅自将大额财产赠与他人，该赠与行为因违反公序良俗原则而无效，其配偶有权要求受赠人全额返还获赠财产。

附 1：《家事法研究》（2023 年卷）【总第 19 卷】

主编：夏吟兰、龙翼飞

执行主编：马忆南

法律出版社 2023 年 10 月版

目录

第一专题　“身份关系协议”的法律适用

身份关系协议的识别、类型与法律适用　　薛宁兰　崔丹

“身份关系协议”准用《民法典》合同编的体系化释论　　冉克平

情事变更制度在与离婚相关的财产协议中的参照适用——以婚前协议为例　　夏江皓

功能主义视域下夫妻财产约定的体系释论　　石雷

第二专题　婚姻中的房产问题

婚姻关系中房产归属与份额的理论重构　　汪洋

论父母为子女出资购房的赠与性质　　李洪祥　陈　凤

父母为子女婚后购房出资性质认定中的法律问题　　田韶华　元泉

离婚当事人约定的“赠与子女财产”条款研究　　雷春红

附 2：家事法实务（2022 年卷）

主编：夏吟兰、龙翼飞

执行主编：林建军、谭芳、杨晓林

法律出版社 2023 年 4 月版

目　录

【婚姻家庭·财产】板块篇目索引

婚内抚养费制度的构造及困境解决　段凤丽　陈贝贝

离婚协议中向子女赠与约定能否任意撤销？

——以“利益第三人合同”为视角　高兴

从解释论分析夫妻公司财产混同证明责任分配　于娜　王东莉

依夫妻共同债务关系的形成性审查确认其存在的客观性

——兼议我国《民法典》相关规定的适用问题及其在诉讼中的优化实践　杨汉平

“夫妻型”有限责任公司股东责任的承担　王羽涵

身份关系协议参照适用《民法典》合同编背景下的离婚协议约定违约金制度研究

——以全国 247 份有关裁判文书为研究样本　宁韬

2023 年家事法研究（继承法）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献

原创：2024-02-07 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/BE8HQB3ldE1WxNI-1yOWOQ

主编：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
执行主编：杨晓林
执行副主编：段凤丽、邓雯芬、刘海娜
初始资料整理：张浩杰，杭州师范大学学生

说明：

1、本资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。

2、文献获取渠道问题，个别篇名及作者身份信息标注不完整，最后编辑合成，为版面简洁亦有适当删减；文献索引排序时间所限，未严格论证，仅供学术实务研究参考，不当之处，敬请包容、谅解。

3、如公开完整使用或再二次编辑、利用本资料，请务必注明来自“家事法苑”（ID：famlaw）微信公众号。

联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

本期目录

1、论遗赠在继承中的法律效力，李永军，《清华法学》2023 年第 1 期

2、论我国民法上遗产诉讼的主体，李永军，《比较法研究》2023 年第 1 期

3、生前赠与在继承中的效力问题研究，李永军，《中国法学》2023 年第 2 期

4、继父母子女之间继承权释论，房绍坤、于梦瑶，《法学论坛》2023 年第 4 期

5、《民法典》视域下形式瑕疵遗嘱效力的解释规则，张芸、李安宁，《北方法学》2023 年第 6 期

6、预先放弃继承的类型与效力，汪洋，《比较法研究》2023 年第 6 期

7、继父母子女间的继承权辨析，刘耀东，《西南政法大学学报》2023 年第 1 期

8、《民法典》第 1072 条（继父母与继子女间的权利义务关系）评注，夏江皓，《法学家》2023 年第 6 期

9、遗产归扣的功能定位、规范构造与体系协调，汪洋，《东方法学》2023 年第 6 期

10、不动产遗赠物权变动效力及其问题延伸——兼论《民法典》第 230 条何以舍弃“受遗赠”，滕威、商雪娇，《民商法争鸣》2022 年第 2 辑

11、遗嘱设立居住权的体系性阐释，郑倩，《当代法学》2023 年第 2 期

12、遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权法的交叉视角，肖俊，《比较法研究》2023 年第 1 期

13、民法典居住权规范适用的疑难问题研究，冯建生，《法治研究》2023 年第 3 期

14、《民法典》居住权制度的体系思考与司法裁判规则研究，上海高院研究室，中国上海司法智库微信公众号 2023 年 6 月 27 日

15、遗嘱方式设立居住权的规范构造，汪洋，《当代法学》2023 年第 5 期

16、居住权在执行过程中的风险预防与路径优化，李才坤、谢丹，《民商法争鸣》2023 年第 1 辑（总第 21 辑）

17、居住权与抵押权的并存及优先位序，单平基，《东方法学》2023 年第 6 期

18、论遗嘱型居住权生效时间的确定，鲁晓明、洪嘉欣，《法治社会》2023 年第 5 期

19、民政部门之遗产管理人角色相关疑难问题辨析，宋毅、史智军《法律适用》2023 年第 5 期

20、论遗产管理人失职损害赔偿责任，杨立新，《湖湘法学评论》2023 年第 2 期

21、公证机构在遗产管理人制度中的角色担当，李安宁，《时代法学》2023 年第 4 期

22、实体与程序并驾驱动遗产管理人制度，赵莉，《法治现代化研究》2023 年第 3 期

23、论遗产管理人注意标准的调整，胡巧莉，《民商法论丛》第 74 卷

24、一身专属性理论视角下的数字遗产继承，张挺，《法学》2023 年第 2 期

25、论股权家族信托的价值功能与制度创新，刘俊海，《法治研究》2023 年第 4 期

26、论作为逃债信托的中国式家族信托及其司法对策，张淳，《政治与法律》2023 年第 7 期

27、解释论下遗嘱信托规则的展开，姜雪莲，《中国政法大学学报》2023 年第 6 期

28、我国生前预嘱制度实践探索与立法构想，吴国平，法治研究杂志社

29、代书遗嘱注明日期的解释论——以民法典第一千一百三十五条为中心，郭秀峰，《人民司法》2023 年第 7 期

30、遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则，赵洲、师云霄，《人民司法》2023 年 2 月第 05 期

31、居住权专题，《人民司法》2023 年第 22 期

1）居住权排除强制执行有关问题思考，燕东申

2）居住权在执行程序中的适用，赵奇

3）论设立居住权房屋的执行规则，纪格非、薛倩倩

4）居住权对我国强制执行的法律适用及立法建议，温超洁

32、遗嘱人重大误解及遗嘱效力的认定，张雁，《人民司法》2023 年 12 月

33、遗产管理人专题，《中国不动产》杂志 2023 年第 9 期

1）不动产登记涉遗产管理人制度探讨，刘旭华

2）遗产管理人在不动产登记中的地位与应用，石晨谊

3）遗产管理人身份认定的注意事项，张清艳

4）继承登记中涉遗产管理人制度的思考，孔凡宝

5）在不动产继承中应用预告登记的设想。黄东海 赵荣军 张卫卫

6）不动产登记涉及监护的六个问题，姜勇

附 1：《家事法研究》（2023 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：马忆南，法律出版社 2023 年 10 月版，第四专题 遗产管理研究 篇目索引

附 2：家事法实务（2022 年卷），主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：林建军、谭芳、杨晓林

法律出版社 2023 年 4 月版，【继承】板块篇目索引

正 文

1、论遗赠在继承中的法律效力

【作者】李永军，中国政法大学民商经济法学院教授

【来源】《清华法学》2023 年第 1 期

【摘要】遗赠在我国民法典和学理上，为继承人以遗嘱的方式将财产给予法定继承人以外的主体的死因法律行为。从我国《民法典》第 230 条之规定看，我国采取的是“间接取得”模式，即遗嘱生效后的法律效力仅仅是使得受遗赠人取得了对于遗产的债权请求权，而不是直接取得了受遗赠物的所有权。既然是债权，那么，我国《民法典》第 1124 条之规定就有失得当——债权既然在继承开始后就已经产生，为何还要求受遗赠人在继承开始后的 60 日内作出接受或者拒绝的意思表示呢？显然，这与债权的性质是不符合的。尽管遗赠是单方法律行为，但其规则可以适用于死

因赠与合同。另外，遗赠扶养协议究竟为生前行为还是死因行为？其应区分为两个部分或者两个合同的混合体：扶养之部分生前生效，遗赠部分为死因行为。遗赠扶养协议中的遗赠之法律地位与一般遗赠应当区别对待。尽管对我国民法典是否承认概括遗赠这一问题存在不同看法，但从我国《民法典》第 1133 条之规定看，应该解释为没有否定这种遗赠方式，根据意思自治的原则，法律没有禁止或者否定，当然应该承认其效力。概括继承人的地位与继承人就十分相似了。

2、论我国民法上遗产诉讼的主体

【作者】李永军，中国政法大学民商经济法学院教授

【来源】《比较法研究》2023 年第 1 期

【摘要】在遗产诉讼及未来我国自然人之遗产破产中，谁是诉讼主体（尤其是谁是被告和被申请人）的问题，在我国民法典之继承编中并不清楚。首先要确定的是：概括继承原则还是个别继承原则？尽管我国公司法与合伙企业法也规定有个别继承，但从民法典第 1121 条及第 1147 条之规定看，概括继承应该是我国继承的一般原则。因此，继承人全体也就自然成为遗产诉讼的主体。尽管我国民事诉讼法理论上将诉讼主体区分为实体主体和程序主体，但是，我国 2006 年破产法已经否定了“程序主体”的这种做法——破产管理人只能以破产债务人（破产企业或者其他债务人）的名义起诉和应诉。因此，遗产管理人不能成为诉讼的主体，尽管他可以启动程序——这是其职责所在。但是，如果对遗产开始破产程序，由于“限定继承”的适用，必须把继承人的个人财产同遗产区分，就不能把继承人作为被申请人，只能针对遗产本身。因此，我国未来个人破产程序中必须有一个在继承人团体与每个继承人之间的阻隔主体——国外称为“破产财团”（我国未来如何称谓待定）。另外，在我国民法典规定无人继承财产归国家或者集体经济组织所有的情况下，国家或者集体经济组织也有可能成为遗产债权债务关系诉讼的主体。

3、生前赠与在继承中的效力问题研究

【作者】李永军，中国政法大学民商经济法学院教授

【来源】《中国法学》2023 年第 2 期

【摘要】生前赠与在继承中的效力问题需要体系化及教义学解释。赠与人在交付标的物之前死亡，其继承人应当享有任意撤销权，但其任意撤销权在附有负担的赠与、为履行自然债务而为的赠与等情形下应当受到限制。死因赠与应适用遗赠之单方行为的规则。在以赠与为目的的第三人利益合同中，约定人（赠与人）行使合同解除权的，应视为在行使其对于赠与合同的任意撤销权。当受赠人不知第三人利益合同之赠与的存在时，从我国民法关于赠与之合同定性出发，赠与人与受赠人之间并未成立赠与合同，如此，尽管我国采取“第三人直接取得利益”的立法模式，但仍然存在“没有合法根据”的不当得利之返还问题。

4、继父母子女之间继承权释论

【作者】房绍坤，吉林大学理论法学研究中心暨法学院教授、博士生导师；于梦瑶，吉林大学法学院民商法博士研究生

【来源】《法学论坛》2023 年第 4 期

【摘要】在婚姻家庭法上，继父母子女关系的产生原因不应局限于生父或者生母再婚的通常情形，未婚的生母、生父或者养母、养父带子女（养子女）与他人结婚亦会产生继父母子女关系。继父母子女关系的类型有多种表现，但收养型继父母子女关系和不完全收养型继父母子女关系并不成立。继父母子女之间取得继承权的规范依据包括《民法典》第 1070 条、第 1072 条第 2 款和第 1127 条，事实依据是继父母子女间存在扶养关系。这种扶养关系具有不同的表现形态，须根据具体个案进行认定。

5、《民法典》视域下形式瑕疵遗嘱效力的解释规则

【作者】张芸，西南财经政法大学副教授、法学博士；李安宁 西南财经大学法学院博士研究生，

【来源】《北方法学》2023 年第 6 期

【摘要】“遗嘱形式强制”理念是罗马法的遗产，受此观念的影响，各国均强调遗嘱必须遵守形式规范。 然而近代民法以意思自治为原则，遗嘱自由是该原则在继承法领域的体现。 形式强制与意思自治的冲突广泛存在。《民法典》对遗嘱形式做出了严格要求，然而司法实践中法院将形式瑕疵遗嘱认定为有效的情形并不鲜见。 可见，从学理上构建一套形式瑕疵遗嘱效力的解释规则确有必要。 从历史维度看，遗嘱法定形式日渐式微乃大势所趋；从现实维度看，基于《民法典》体系，形式瑕疵遗嘱被认定为有效存在解释空间。 应先确定不同遗嘱中形式要素的功能，然后再判断缺乏形式要件的遗嘱是否有效。 申言之，遗嘱中期日的缺失以及代书遗嘱中遗嘱人仅按手印这两种类型的形式瑕疵并不必然导致遗嘱无效；其他类型的严重形式瑕疵将导致遗嘱无效，除非当事人举证证明遗嘱为遗嘱人的终意表示。

6、预先放弃继承的类型与效力

【作者】汪洋，清华大学法学院长聘副教授、博士生导师

【来源】《比较法研究》2023 年第 6 期

【摘要】我国现行规范未阐明继承开始前继承人预先放弃继承的效力，引发学界与裁判实务的争议。放弃继承属于一种财产行为，可分为继承开始前、继承开始后到遗产分割前以及遗产分割后三个阶段，第一阶段的预先放弃继承包括三种类型。第一种类型为单方预先放弃继承，在第二阶段开始后放弃行为人享有继承既得权时直接发生效力，且具有正当理由方可申请裁判撤销。第二种类型为继承人与被继承人订立继承协议放弃继承，协议产生约束力，放弃继承与分配将来遗产等死因行为自被继承人死亡时发生效力；扶养义务分担和额外补偿等内容自协议成立后生效。第三种类型为潜在的共同继承人订立协议，预先放弃继承并分配将来遗产，有偿放弃时对各方产生拘束力且自继承开始时发生效力；反之，则放弃行为人有权撤销。合同义务不属于导致放弃继承行为无效的法定义务，符合要件时债权人可以请求法院撤销放弃行为。

7、继父母子女间的继承权辨析

【作者】刘耀东，辽宁师范大学法学院副教授、法学博士

【来源】《西南政法大学学报》2023 年第 1 期

【摘要】《民法典》第 1127 条规定的“有扶养关系的继父母子女”应予以限缩解释，其适用范围仅限于有双向扶养关系的继父母子女。仅有单向抚养关系或单向赡养关系的继父母子女均应被排除出该条的文义范围。根据权利义务相一致的原则，对继子女进行抚养教育的继父母以及对继父母进行赡养扶助的继子女，均可依据《民法典》第 1131 条规定请求分得适当的遗产。在司法实践中，认定继父母子女间有无扶养关系时，可以考虑引入动态系统论，在具体个案中通过抽取一些因素，基于对这些因素权重、强弱效果及相互间互补性之考量，最终得出裁判结论。

8、《民法典》第 1072 条（继父母与继子女间的权利义务关系）评注

【作者】夏江皓，法学博士、中国政法大学讲师

【来源】《法学家》2023 年第 6 期

【摘要】《中华人民共和国民法典》第 1072 条规定继父母与继子女间的权利义务关系。第 1

款规定继父母与继子女间权利义务关系的基本准则，所有继父母与继子女间均不得相互虐待或者歧视。第 2 款通过拟制规范将继子女与对其持续起到主要监护作用的继父母间的关系在监护的范围内拟制为生父母子女关系，适用监护制度中关于父母子女关系的规定，从而实现对行为能力欠缺的未成年继子女最大利益的保护。继父或继母满足本条第 2 款构成要件时，继子女可能存在生父和继母或生母和继父两位监护人，或者生父、生母和继父或继母三位监护人。前一种情况下，生父和继母或生母和继父共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为。后一种情况下，在日常生活事项范围内，与子女共同生活的生父或生母和继母或继父两位监护人共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为；在重大事项范围内，生父母双方和继父或继母三位监护人共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为。对监护关系发生争议的，可以通过协议监护、指定监护、委托监护、撤销监护人资格等制度予以解决。

9、遗产归扣的功能定位、规范构造与体系协调

【作者】汪洋，清华大学法学院长聘副教授、博士生导师

【来源】《东方法学》2023 年第 6 期

【摘要】遗产归扣是在保障父母意思自治前提下的一项衡平措施，不影响生前赠与的效力，将特别赠与推定为应继份的预付，以实现同等慈爱预设下各子女对遗产的平等分配。多子女时代有必要重新引入遗产归扣，解决父母对部分子女购房出资等特别赠与在继承环节引发的纠纷。民法典存在容纳遗产归扣的解释论空间，归扣义务人和权利人限于直系卑亲属继承人，对代位继承人、放弃或丧失继承权的继承人等特殊主体是否负担归扣义务区分情况具体界定；归扣财产范围限于超过日常家庭生活需要的大额特别赠与；归扣方式采取价值返还模式，受赠财产超出应继份部分无须返还，也无权继续参与剩余遗产分配；价值计算通常以继承开始时为准，受赠财产为消耗物、金钱或者损毁、灭失时区分情形具体分析。为了实现必留份和遗产酌给份，无须承认遗产归扣发生返还相应受赠财产的“强效力”，而是借鉴债权人撤销权，必要范围内撤销生前赠与、遗嘱及遗赠并请求受赠人返还相应财产价值。

10、不动产遗赠物权变动效力及其问题延伸——兼论《民法典》第 230 条何以舍弃“受遗赠”

【作者】滕威，淮安市淮阴区人民法院审判委员会委员、高级法官，首批全省审判业务专家，南京师范大学法学院兼职教授

商雪娇，淮安市淮阴区人民法院法官助理，法学学士

【来源】《民商法争鸣》2022 年第 2 辑

【摘要】《民法典》物权编第 230 条删除原《物权法》第 29 条中的“受遗赠”取得物权的情形，引发遗赠发生不动产物权变动的效力争议。“遗赠只能产生债权请求权”的观点，并不符合立法本意，而且依该观点要取得受遗赠不动产物权，难免进行不动产二次转移登记，无端增加受遗赠成本，也不现实。《民法典》第 230 条中的“继承”乃广义上的继承，基于遗赠的不动产物权变动的生效时间，亦应为遗赠人死亡之时，不管受遗赠人在法定期限内接受遗赠还是拒绝受赠，也无论是否经过登记，其意思表示均溯及遗赠人死亡之时。受遗赠人负有用死者遗产清偿死者生前债务的义务，所承担的是替代清偿责任。

11、遗嘱设立居住权的体系性阐释

【作者】郑倩，吉林大学行政学院副教授，法学博士

【来源】《当代法学》2023 年第 2 期

【摘要】遗嘱设立居住权与《民法典》物权编、继承编、婚姻家庭编有千丝万缕的联系，具有体

系解释的必要性。遗嘱设立居住权的性质是遗嘱继承、遗赠、遗嘱信托三种处分遗产形式之外的独立方式；遗嘱设立居住权以遗嘱人对房屋享有所有权为必要前提，夫妻双方共同所有的房屋有一方不同意设立居住权的，应请求法院对房屋进行共有财产的分割，但在婚姻关系存续期间继承、受赠的房屋不在此限；遗嘱设立居住权不限于书面形式，限制行为能力人以遗嘱设立居住权的，只要与其年龄、智力、精神健康状况相适应，均为有效；遗嘱设立居住权为双方法律行为，自遗嘱相对人作出接受居住权意思表示时同时发生债权效力与物权效力，未登记不得对抗善意第三人。

12、遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权法的交叉视角

【作者】肖俊，上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士

【来源】《比较法研究》2023 年第 1 期

【摘要】我国民法典第 371 条规定遗嘱设立居住权参照适用合同设立居住权的相关制度，该条不恰当地使用了参照技术，割裂了居住权的同一性，也忽略了法律适用的复杂性。遗嘱设立居住权的意义在于以人役权为特征的物权规则与继承法的衔接适用问题，两者的协作体现为三个方面：首先，在遗嘱中居住权的内涵判断以及居住权创设的时间方面，应当优先适用继承法的规则，即无相对人的意思表示解释以及当然继承原则；其次，在遗产债务清偿、遗产管理以及转继承规则的适用方面，应根据居住权的人役性进行调整；最后，在物权法中居住权的义务规则缺失的情况下，应该在继承法和居住权制度之外类推质权人的用益规则与地役权滥用消灭制度。

13、民法典居住权规范适用的疑难问题研究

【作者】冯建生，河北工业大学法学院副教授、法学博士

【来源】《法治研究》2023 年第 3 期

【摘要】《民法典》对居住权的规定过于简单，需要通过解释论加以展开。《民法典》的规定坚持了居住权的人役性，但其与传统人役权相比已发生很大变化，其人役性主要体现为权利主体的特定性，家庭关系和无偿性都不再是其属性要求。《民法典》并未排除法定居住权，可由法院在案件审理中通过裁判确认。基于人役权的属性要求，居住权人限于自然人。为了准确界定居住权人的范围，应当对居住权的权利主体与利益主体进行区分。居住权的消灭事由除了期限届满和居住权人死亡之外，还应包括居住权人抛弃居住权、居住权人和所有人身份混同、居住房屋灭失和居住权人滥用居住权等。以遗嘱设立居住权时不限于书面形式，只要满足遗嘱的形式要求即可，遗嘱居住权与合同居住权一样自登记时设立。

14、《民法典》居住权制度的体系思考与司法裁判规则研究

【作者】上海高院研究室

【来源】中国上海司法智库 2023 年 6 月 27 日

【摘要】党的二十大报告提出，要加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，为了贯彻落实习近平总书记关于“让全体人民住有所居”的指导思想，需要以更高水平的制度供给激发市场活力，创造多层次的居住模式。《民法典》第二编第十四章首次以成文法的形式规范了居住权制度，运用权能分割的精致法律技术，在满足人民群众多元化住房需求的同时，维护了住宅所有人处分财产的意思自由，为有限住宅资源的高效利用提供了制度保障。但《民法典》关于居住权的规则较为抽象精炼，需要在准确把握相关规则精神的基础上进一步加以细化，以回应司法实践的现实需求。本课题立足居住权的本土实践困境，参考制度发展史并借鉴比较法上的有益经验，从居住权的制度源流展开分析，挖掘居住权在现代民法体系中的独特价值与功能，结合居住

权在家庭生活和商业实践中的广泛应用场景，分别对居住权的发生原理、权利行使规则、权利救济方案、权利消灭事由等具体问题展开研究。本课题旨在透过中国经验和民法传统的双重视角，打通财产法与家事法的体系壁垒，通过回归权能分割的财产法逻辑，实现居住权中财产因素与身份因素的体系协调，以期为规范居住权案件的裁判思路，促进适法统一提供有益借鉴。

15、遗嘱方式设立居住权的规范构造

【作者】汪洋，清华大学法学院副教授、博士生导师、法学博士

【来源】《当代法学》2023 年第 5 期

【摘要】遗嘱继承是居住权最早的也是最重要的运用场景，其功能主要着眼于为遗孀以及未婚女等家庭成员提供生活扶助。以遗嘱方式设立的居住权呈现出“意定设立＋保障功能”的体系定位，属于遗产范畴且需要与必留份制度协调。设立居住权的死因行为包括遗嘱继承、遗赠以及继承协议等方式，居住权劣后于其他遗产用于遗产债务清偿。应当区分继承的两个阶段界定居住权的物权变动，在第一阶段立遗嘱人死亡时，居住权依据《民法典》第 230 条直接设立，暂时归属于遗产承受人共同体所有。在第二阶段遗产分割时，居住权人对遗产管理人享有协助居住权登记请求权，居住权依据第 368 条自首次登记时设立。居住权人在遗嘱生效后、首次登记前，有权对房屋占有、使用、收益以及申请预告登记。办理居住权首次登记可以先于、同时或者后于房屋产权转移登记，登记时间影响登记申请人的范围以及所需申请材料的详略程度。

16、居住权在执行过程中的风险预防与路径优化

【作者】李才坤，长沙市芙蓉区人民法院院长。谢丹，长沙市芙蓉区人民法院审判管理办公室（研究室）副主任

【来源】《民商法争鸣》2023 年第 1 辑（总第 21 辑）

【摘要】司法执行过程中被强制拍卖的房屋数量逐年增多。较以往被执行人在房屋上设置各种障碍逃避执行的情形，债务人利用居住权这一物权制度逃避债务、规避执行的可能性更大，该如何防范与应对成为当下亟待解决的难题。因房屋类型不一，居住权的种类不一，通过司法案例，从不同的权利类型分析出可能被当事人利用的漏洞及居住权与新时代发展需求不相适应之处。要平衡物权与债权，抑制居住权可能产生的负面效应，需要从居住权的法律构成要件入手，通过司法解释明确中国居住权的主体、客体、居住权人的权利义务、登记效力以及消灭事由，在为今后司法裁判提供指引的同时，规范人们的社会行为，以期实现立法初衷。

17、居住权与抵押权的并存及优先位序

【作者】单平基，东南大学法学院教授、博士生导师

【来源】《东方法学》2023 年第 6 期

【摘要】民法典对居住权与抵押权并存及其优先位序未予明确，导致司法裁判不一。从制度构造看，两者分别注重房屋的使用价值和交换价值，加之抵押权无需实际占有，两者并存契合一物一权原则。从设立程序看，无论是先设立居住权、再设立抵押权，抑或相反，均无需在先权利人同意，但须履行通知义务。从权利实现看，两者在权利实现时点和实现方式上存在差异，可能会并存不悖。当两者相互龃龉时，原则上应以权利设立（登记）时间作为确定权利位序的基本依据，最佳方案是尽力助推两者均予实现。若居住权设立在先，宜采取抵押权实现“不破居住权”的方式，而非直接认定在后的抵押权不能实现。若抵押权设立在先，而抵押物的价值在存有居住权时亦能

保障债权实现，则应采取“带居”实现抵押权，而非直接涤除居住权。

18、论遗嘱型居住权生效时间的确定

【作者】鲁晓明，广东财经大学法学院教授，博士生导师；洪嘉欣，广东财经大学法学院硕士研究生

【来源】《法治社会》2023 年第 5 期

【摘要】《民法典》第三百七十一条以“参照适用”的方式对遗嘱型居住权做出了规定，但由于规定内容简略、意旨不明，导致对其生效时间之认定还存在较大争议。围绕参照哪一法条取得居住权、以何种法律事实为生效要件等问题，形成了“登记生效主义说”“登记宣示主义说”与“登记对抗主义说”诸种学说。有关遗嘱方式设立居住权的生效时间，应根据遗嘱设立居住权的特性，综合考虑物权变动规则和继承原理加以确定，而非必然参照《民法典》第三百六十八条。以遗赠方式设立的居住权可以参照合同方式设立的居住权，采登记生效主义；遗嘱继承可直接导致物权变动，故通过遗嘱继承方式设立的居住权宜采登记宣示主义。

19、民政部门之遗产管理人角色相关疑难问题辨析

【作者】宋毅，北京市高级人民法院民一庭庭长，二级高级法官，法学博士

史智军，北京市高级人民法院民一庭四级高级法官

【来源】《法律适用》2023 年第 5 期

【摘要】遗产管理人是《民法典》确立的一项新制度，对于民政部门担任遗产管理人时的职责性质如何界定，实践中认识模糊，但民政部门的具体行为已体现出明显的行政化倾向，并由此衍生了诸多难题。遗产管理人角色，是民政部门承担社会救助、养老抚幼职能在民事领域的延伸，《民法典》虽赋予了民政部门固定职责，但该职责并非以“行政管理”的角色出现，而是以替代或兜底性的“民事义务”主体出现，故其“履职”的规则是民事规则，未尽义务时所引发的诉讼和责任也应限定在民事领域。从《民法典》的规定来看，作为遗产管理人的民政部门在处理被继承人债务时，承担的并非法定清算责任，而是与其他遗产管理人同样的普通清偿义务。司法程序上，利害关系人申请法院指定民政部门担任遗产管理人的前置程序，是存在争议的。债权人直接起诉民政部门要求清偿时，如果民政部门对遗产管理人身份无异议，法院可直接审理债务清偿纠纷；如果存在异议，则利害关系人应当另行提起申请法院指定遗产管理人的诉讼，债务清偿纠纷之诉中止审理。为进一步发挥遗产管理人的功能作用，建议通过立法或司法解释系统规定遗产管理人履职的具体规则。

20、论遗产管理人失职损害赔偿责任

【作者】杨立新，广东财经大学法治与经济发展研究所研究员、广东财经大学法学院特聘教授

【来源】《湖湘法学评论》2023 年第 2 期

【摘要】《民法典》第一次规定了遗产管理人制度，第 1148 条专门规定了遗产管理人失职损害赔偿责任。基于遗嘱人或者继承人委托的代理关系时，该损害赔偿责任为违约责任或侵权责任；基于遗产管理人与其他利害关系人享有的债权的不可侵关系时，该损害赔偿责任为侵权责任。其责任构成要件有四：一是遗产管理人有违反管理职责的行为，二是遗产利害关系人权益受到损害，三是遗产管理人失职行为与遗产利害关系人权益损害有因果关系，四是遗产管理人有过错。请求权主体包括继承人、受遗赠人、债权人等其他遗产利害关系人。赔偿范围依据《民法典》第 1184 条确定，赔偿方法依据遗产管理人的身份进行区分，共同遗产管理人承担连带责任或按份责任。

21、公证机构在遗产管理人制度中的角色担当

【作者】李安宁，西南财经大学法学院博士研究生

【来源】《时代法学》2023 年第 4 期

【摘要】在既有的“公证＋律师”遗产管理人制度实践模式中，公证机构通过担任“库管员”的角色间接参与遗产管理。但从公证角度来看，“库管员”角色与公证制度的价值功能无法衔接；从遗产管理人角度来看，“库管员”角色违背遗产管理人的任职资格要求，不当限制了非入库律师事务所和公证机构担任遗产管理人的可能。而在公证机构担任遗产管理人的直接模式中，公证机构基于其中立客观的价值定位与遗产管理人独立的法律地位价值相契合；同时基于公证机构在遗产继承活动积累的丰富技术经验以及公证机构自身具有的官方权威性、社会认可性等社会资本优势，公证机构担任遗产管理人更能够促进遗产管理人制度实施。因此，在律师事务所担任遗产管理人的普遍共识下，公证机构能够直接担任遗产管理人。

22、实体与程序并驾驱动遗产管理人制度

【作者】赵莉，南京师范大学法学院副教授

【来源】《法治现代化研究》2023 年第 3 期

【摘要】我国民法典在遗产分割一章新增了遗产管理人制度，但是，对于遗产管理人指定后如何履职及履职程序，民法典却未做规定，新修正的民事诉讼法也未涉及上述问题。经研究可知，在继承人不放弃继承的情况下，遗产管理人非必设机构，继承人也无必要成为遗产管理人，即使部分继承人下落不明，需要确定的是财产管理人而非遗产管理人。在继承人均放弃继承时，可以通过建立遗产分离制度来保护债权人实现债权，同时建立遗产管理清算程序，明确合适的申请人、无人继承的公告程序，以及法院指导下的管理清算程序。只有实体与程序并驾齐驱，方能实现遗产管理人制度之应有的功能。

23、论遗产管理人注意标准的调整

【作者】胡巧莉，中南财经政法大学法学院民商法硕士研究生

【来源】《民商法论丛》第 74 卷

【摘要】《民法典》第 1148 条规定的遗产管理人责任应当限缩适用，合理的规范模式应以遗产管理人的选任方式作为区分基础，考虑意定要素的影响，确定遗产管理人的注意标准。遗产管理人的地位虽以采“法定任务说”为当，但被继承人的遗嘱指示、继承人或受遗赠人等主体与遗产管理人之间的约定也可构成其义务来源，是否支付报酬及支付来源亦对其注意标准产生影响，但内外效力有别。在对遗产管理人注意标准予以提高的场合，需区分是否存在被继承人的遗嘱指示。其特殊之处在于，遗嘱指示可融入法定任务产生对外效力。在无遗嘱指示的情形下，继承人或受遗赠人可与遗产管理人通过约定提高遗产管理中的注意标准，但该约定并不当然产生对外效力。在对遗产管理人的注意标准予以降低的场合，需考虑《民法典》第 506 条的体系限制，无论是遗嘱指示还是合同约定均不可事前将其注意义务降低至“故意或重大过失”标准之下，亦不可直接免除其责任。

24、一身专属性理论视角下的数字遗产继承

【作者】张挺 杭州师范大学沈钧儒法学院副教授

【来源】《法学》2023 年第 2 期

【摘要】数字遗产的属性争论对于数字遗产可否继承并无实质意义，难以解释人格性数字遗产的可继承性问题。将数字遗产区分为财产性数字遗产和人格性数字遗产从而区分可否继承的分离理论难以自圆其说。我国《民法典》第 1122 条第 2 款“根据其性质不得继承”之规定应解释为

具有一身专属性的数字遗产不得继承。以金钱给付以及可转化为金钱给付为权利义务的数字遗产可以继承，人格性数字遗产并非完全不能继承。网络服务合同中“不得继承”的格式条款并非当然无效，至于是否构成网络服务提供者的抗辩事由，则需要查明网络服务提供者和网络用户之间的信任、能力和技术状况，尊重网络用户的意思。通信秘密不能成为数字遗产继承的抗辩事由，而继承人可能侵害被继承人死后人格权的要件事实可以作为网络服务提供者的抗辩事由。

25、论股权家族信托的价值功能与制度创新

【作者】刘俊海，中国人民大学法学院教授、博士生导师

【来源】《法治研究》2023 年第 4 期

【摘要】股权家族信托是我国产权保护事业的晴雨表，建议联动修改《公司法》《证券法》与《信托法》。信托产权结构包括信托财产所有权与信托收益所有权。为增强信托财产公示公信效力、保护信托财产独立性与完整性，建议将《信托法》第 10 条第 2 款规定的信托财产登记效力明确为设权效力，而非简单的对抗效力。鉴于股权信托登记制度真空容易导致受托人、善意相对人与股权受益人之间成讼，建议推进信托股权登记制度的统一化、数字化与透明化改革。建议基于理性自治理念设计股权家族信托治理规则，包容多元化治理模式，构建委托人、受托人与受益人的三权分离模式，允许自愿设立保护人，明确受托人的诚信勤勉义务与四商合一的理性受托人标准，导入开曼“STAR”信托与维尔京“VISTA”信托的创新规则。主张《证券法》采取包容审慎的监管理念，允许境内外股权家族信托成为 A 股上市公司的诚信股东。建议《证券法》原则上推定家族信托与创始股东或实控人互为一致行动人，但允许自证清白。为落实税收中性原则，建议同步完善股权家族信托友好型的税法规则。

26、论作为逃债信托的中国式家族信托及其司法对策

【作者】张淳，南京大学法学院教授、博士生导师

【来源】《政治与法律》2023 年第 7 期

【摘要】作为逃债信托的中国式家族信托目前在我国已广为流行。为了阻止我国的殷富人士通过利用这种信托大面积成功逃债，从而损害社会公共利益，我国法院应当采用以“否认这种信托具有债务风险隔离功能，使其信托财产能够被强制执行以清偿委托人在其存续期间所负债务”为核心内容的司法对策，来处理相关案件。就此项司法对策的操作而言：对于个案中的家族信托，法院可以根据“委托人在其存续期间在从事企业经营活动”这一事实，推定委托人在设立家族信托时即具有“逃债目的”；只要它属于逃债信托，法院就既可以认定其为违反公序良俗的信托，又可以认定其为诈害债权信托，在其属于被动信托情形下还可以认定其在性质上不是《中华人民共和国信托法》意义上的信托，由此使其成为不具有债务风险隔离功能的信托，并相应地使其信托财产在法律上仍作为可供强制执行以清偿委托人的涉案债务的财产存在。

27、解释论下遗嘱信托规则的展开

【作者】姜雪莲，北京理工大学法学院副教授

【来源】《中国政法大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】在民法典中，遗嘱信托是与遗嘱继承、遗赠并列的财产处分制度，信托受托人应与遗嘱继承人、受遗赠人按比例在信托财产范围内清偿遗产债务。遗嘱信托中信托受托人或受益人往往又是继承人、受遗赠人，原则上不应因一种身份而影响另一种身份，在法律适用上多是排除适用。但继承规则与信托规则存在交错，在具体

规则上兼任两者作出解释：遗嘱信托在遗嘱生效时成立，受托人的承诺是受托人义务的起点，非遗嘱信托成立、生效的起点。受托人基于法律行为的物权变动取得信托财产，并非遗嘱信托设立时发生物权变动，在信托财产转移给受托人之前，信托财产名义归属于继承人，由遗产管理人管理，遗产管理人有义务将信托财产转移给受托人。遗嘱信托也要受必留份的约束，遗嘱信托在侵害必留份范围内无效。

28、我国生前预嘱制度实践探索与立法构想

【作者】吴国平，福建江夏学院法学院教授

【来源】《法治研究》2023 年第 5 期

【摘要】随着《深圳经济特区医疗条例》的修订颁布，生前预嘱问题逐渐进入了人们的视野。虽然目前生前预嘱立法还处在地方立法层面，但有关生前预嘱的实践已在部分地方展开，未来国家层面的立法也势在必行。深圳经济特区专门立法的实施，还需要制定配套性实施措施，规定准入条件，选择医疗机构进行试点。未来国家立法或者其他地方立法层面在制定《医疗自主权法》或者《医疗自主权条例》时须重点规定生前预嘱的适用范围，生前预嘱的主要内容，患者处于生命末期状态的判定标准和判定主体，生前预嘱应当采取的订立形式与程序，生前预嘱的效力规则，生前预嘱的保存、变更、撤销以及生前预嘱实施的审查与监督，患者、医护人员、患者家属之间的权利责任关系，违反生前预嘱的法律责任等内容。

目录：

一、生前预嘱的由来及其立法概况

（一）国外生前预嘱立法

（二）我国生前预嘱立法与实践探索

二、深圳经济特区生前预嘱规则的立法内容与积极意义

三、生前预嘱制度实施过程中需要解决的主要问题

四、未来国家层面生前预嘱立法的难点与重点

（一）排除生前预嘱实施的思想障碍与实践困惑

（二）明确生前预嘱立法须解决的重点问题

29、代书遗嘱注明日期的解释论——以民法典第一千一百三十五条为中心

【作者】郭秀峰，西南政法大学

【来源】《人民司法》2023 年第 7 期

【内容提要】民法典第一千一百三十五条的语序调整，引发了理论界对代书遗嘱是否需要遗嘱人、代书人、见证人分别注明日期的争议。实践中，除个别法院认为注明日期不规范会直接影响代书遗嘱效力外，多数法院都将注明日期作为证据问题，交由举证规则处置。认为代书遗嘱须由遗嘱人、代书人、见证人分别注明日期的观点是对体系解释、类推解释的错误运用，有违民法典第一千一百三十五条之规范意旨。分别用目的解释、历史解释、比较法等标准对注明日期的规范意义进行解释，可以得出一致性的结论，即代书遗嘱只需注明日期。代书遗嘱注明日期的价值应限定在证据领域，注明日期存在形式瑕疵时应允许当事人通过其他证据补正。

30、遗嘱中的房屋被拆迁获得补偿金的继承规则

【作者】赵洲 师云霄，河北省张家口中级人民法院

【来源】《人民司法》2023 年 2 月第 05 期

【裁判要旨】立遗嘱人在遗嘱中处分房屋给继承人后，又同意拆迁房屋并获得补偿款，应被视为其在立遗嘱后又以行为作出了与立遗嘱时相反的意思表示，并导致了房屋的灭失。遗嘱人遗嘱中所涉标的物被拆迁后所获得的补偿金与原标的物为不同的物，该补偿金属于遗嘱人立遗嘱后新获得的财产。遗嘱人未明确表示房屋拆迁的对

价及补偿金的处分意愿，不能将补偿金作为遗嘱标的物的变更而进行遗嘱继承。

【案号】一审：（2021）冀 0702 民初 2337 号　二审：（2022）冀 07 民终 1153 号

31、居住权专题，《人民司法》杂志 2023 年第 22 期

1）居住权排除强制执行有关问题思考

【作者】燕东申，最高人民法院

【内容提要】民法典规定居住权之前，案外人往往基于与被执行人之间存在房屋共同共有、买卖、租赁、家属扶养关系等情形，以享有居住权益为由，向执行法院主张排除妨害其占有、使用房屋的强制执行。居住权概念法定之后，居住权人作为一部分特殊主体，明确以享有居住权这一物权为由主张排除强制执行。从概括权益到特定权利的变化，使得涉房屋执行程序中权利冲突愈加复杂。目前法律、司法解释对居住权排除强制执行规则并未进行明晰规定，存在异议审查程序空转、缺乏对生存权利保障的实体性规则突破等问题。本文建议强化对居住权排除强制执行案外人异议的实体审查，结合执行实践适时制定未登记居住权的效力优先认定、不符立法目的形式居住权的特定条件下除去等实体性突破规则，探索异议程序中设立裁判型居住权，切实保护特殊群体的居住权益。

目次

一、涉居住权益权利冲突形态及救济梳理

二、居住权排除强制执行现状检视

三、居住权排除强制执行建议思考

2）居住权在执行程序中的适用

【作者】赵奇

3）论设立居住权房屋的执行规则

【作者】纪格非　薛倩倩

4）居住权对我国强制执行的法律适用及立法建议

【作者】温超洁

32、遗嘱人重大误解及遗嘱效力的认定

【作者】张雁

【来源】《人民司法》2023 年 12 月

33、遗产管理人专题，《中国不动产》杂志 2023 年第 9 期

1）不动产登记涉遗产管理人制度探讨

【作者】刘旭华

2）遗产管理人在不动产登记中的地位与应用

【作者】石晨谊

3）遗产管理人身份认定的注意事项

【作者】张清艳

4）继承登记中涉遗产管理人制度的思考

【作者】孔凡宝

5）在不动产继承中应用预告登记的设想

【作者】黄东海　赵荣军　张卫卫

6）不动产登记涉及监护的六个问题

【作者】姜勇

附 1：《家事法研究》（2023 年卷）【总第 19 卷】

主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：马忆南

法律出版社 2023 年 10 月版

第四专题　遗产管理研究　篇目索引

我国《民法典》遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究　陈苇　刘宇娇

《民法典》遗产管理制度释论：演绎逻辑与制度再构　石婷

我国遗产管理人职责研究　梁琳　张婷娟

附 2：家事法实务（2022 年卷）

主编：夏吟兰、龙翼飞；执行主编：林建军、谭芳、杨晓林

法律出版社 2023 年 4 月版

【继承】板块篇目索引

论我国遗产管理人职权的完善

——以构建“必要的遗产管理行为”配套规则为视角 祝双夏　孙怡薇

论遗产管理人产生变更规则的法律完善 吴国平

论遗嘱法定撤回之认定　黄清新

浅议继承协议公证 许　婧

涉房屋拆迁继承纠纷实务问题研究 赵朝霞

涉外法定继承纠纷的法律适用与裁判思路 吴慧萍　赵宁宁

2023 年家事法研究（未成年人权益保护）文献索引 ｜ 2023 年家事法研究文献资料汇编 ｜ 家事法苑团队奉献

原创：2024-02-07　家事法苑　家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/VVLI4eI_wMMDr7-a8b87zQ

主编：北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队
执行主编：杨晓林
执行副主编：段凤丽、邓雯芬、刘海娜
初始资料整理：张浩杰，杭州师范大学学生

说明：

1、本资料收集未尽全面，如有疏漏欢迎指正，补入或勘误。

2、文献获取渠道问题，个别篇名及作者身份信息标注不完整，最后编辑合成，为版面简洁亦有适当删减；文献索引排序时间所限，未严格论证，仅供学术实务研究参考，不当之处，敬请包容、谅解。

3、如公开完整使用或再二次编辑、利用本资料，请务必注明来自“家事法苑”（ID：famlaw）微信公众号。

联系人：小林律师，微信号：Y13522380366

本期目录

1、我国亲子法新架构：从部门法到领域法，邓丽，《中国社会科学院大学学报》2023 年第 6 期

2、最有利于未成年人原则内涵的规范性阐释，苑宁宁，《环球法律评论》2023 年第 1 期

3、自然血亲亲子身份的法律推定，薛宁兰，《清华法学》2023 年第 1 期

4、抚养权的性质与证成--一个基于关系进路的分析，陈曦宜，《法制与社会发展》2023 年第 2 期

5、算法“监护”未成年人的规范应对，林洹民，《当代法学》2023 年第 3 期

6、代孕生育亲子身份关系司法认定的规则完善，曹薇薇，《中国政法大学学报》2023 年第 3 期

7、论胎儿立法的自然人权益预先保护，张安毅，《政法论丛》2023 年第 3 期

8、人工培育胚胎特定情形下的法律保护--以试管婴儿追索抚养费争议案为切入点，常晖，《法律适用》2023 年第 7 期

9、死后人类辅助生殖生育子女的权益保护，石佳友、曾佳，《法律适用》2023 年第 7 期

10、论亲子关系否认之诉中诉权主体的扩张——基于子女本位的展开，夏先华、曹颖，《湖湘法学评论》2023 年第 3 期

11、杨立新、李怡雯：自然人死后人工辅助生殖技术所生子女享有抚养来源丧失损害赔偿请求权——（2022）豫 12 民初 56 号民事判决释评，杨立新、李怡雯，《法律适用》2023 年第 7 期

12、抚养权的性质与证成——一个基于关系进路的分析，陈曦宜，《法制与社会发展》2023 年第 2 期

13、人体胚胎属性的理论批判与制度走向，吴梓源，《法制与社会发展》2023 年第 6 期

14、论夫妻对子女婚内抚养费的承担 ——《民法典》第一千零五十八条的理解与适用，马忆南、谢嘉琦，《山东女子学院学报》2023 年第 6 期

15、冷冻胚胎处置纠纷案的裁判路径，徐凤，《法律适用》2023 年第 11 期

16、论民政部门在未成年人保护中的角色定位及其制度完善——以撤销父母监护权为视角切入，乔茹，《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

17、亲子关系异议之诉的解释论展开——以《民法典》第一千零七十三条为中心，刘颖、谢妮轩，《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

18、我国探望权的理论反思及制度完善，曹思婕，暨南学报 2023 年第 09 期

19、探望权立法的完善思考，曹思婕，《理论探索》2023 年第 4 期

20、法医学亲子和亲缘关系鉴定的挑战与展望，孙宏钰，《法医学杂志》2023 年第 3 期

21、“儿童利益最大化”原则在代位型隔代探望中的运用，吴梦琪，《人民司法》2023 年 1 月第 02 期“民事审判案例参考”

22、胎儿利益保护的几个法律适用问题——由《总则编解释》第 4 条规定展开，陈龙业、贾玉慧，《人民司法》2023 年第 1 期 “民事审判案例参考”

23、胎儿抚养费之赔偿请求权研究，李一凡，《人民司法》2023 年第 4 期

24、抢夺藏匿孩子是司法问题，更是社会问题—离婚案件中“抢夺、藏匿未成年子女”行为的法律分析，陈爱武，中国妇女报官网，2023 年 11 月 29 日

正 文

1、我国亲子法新架构：从部门法到领域法

【作者】邓丽，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员

【来源】《中国社会科学院大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】以传统部门法而论，亲子法是民法项下身份法的组成部分，与监护制度相互区分又互为观照。随着儿童保护理念的普及和深入，新兴的社会法也对家庭关系、家庭责任和家庭保护作出诸多规范，由此使得亲子法律规范突破部门法范畴，渐成领域法之势。当前，我国《民法典》总则编和婚姻家庭编、《未成年人保护法》家庭保护章和《家庭教育促进法》家庭责任章等共同构建起跨越民法与社会法的亲子领域法体系。在领域法视角下，亲子法的发展趋势与整体架构更加清晰可辨：亲子制度与监护制度趋于融合，具体表现为理念归一、儿童本位以及职责趋同、身份并称。与此同时，针对家庭场域的儿童保护规范又使得亲子法律规范进一步延展，呈现职能析分、规范扩充以及视角迁移、功能转换的特点。亲子领域法仍在持续发展中，其范畴虽有广义、狭义之分，但调整对象、价值理念和制度目标始终是其可识别的界标。

2、最有利于未成年人原则内涵的规范性阐释

【作者】苑宁宁 中国政法大学法学院副教授

【来源】《环球法律评论》2023 年第 1 期

【摘要】由于法律固有的滞后性和未成年人权利的广泛性，适用最有利于未成年人原则将成为一种常态。儿童最大利益原则是最有利于未成年人原则的国际法渊源，最有利于未成年人原则是儿童最大利益原则的国内法表达。考察国际法渊源，最有利于未成年人原则继受了权利本位、理解维度、涵涉个体与群体的所有事项、情境化运用、非绝对排他性等五个方面的一般属性。分析国内法规范，最有利于未成年人原则的具体要求可概括为尊重人格尊严、听取意见、特殊优先保护、适应健康成长规律、保护与教育相结合等

五个方面。立足于现行法律规范提炼总结出来的以上十个方面，一体化构成最有利于未成年人原则的完整内涵，可为有效发挥这一法律原则保障未成年人权利的功用，提供稳定的知识体系和思维框架。

3、自然血亲亲子身份的法律推定

【作者】薛宁兰，中国社会科学院法学研究所研究员

【来源】《清华法学》2023 年第 1 期

【摘要】自然血亲亲子身份的推定具有法定性，应由法律明文规定。它既具有克服证明亲子关系困难的功能，又是整体建构亲子身份确认制度规范体系的基石。传统亲子法对母亲身份和父亲身份的推定以婚姻和血缘为基础；当代亲子法以保护未成年子女利益为本位，使亲子身份推定的传统法基础发生裂变。在婚姻关系之外，法律对于同居关系中出生的子女，适用与前者相同的亲子身份推定规则，还可依亲子身份占有或事实上的亲子关系，推定子女法律上的父亲。亲子身份的法律推定具有可反驳性，对亲子身份的否认是实现法律推定与客观事实相一致的救济途径，是对亲子身份推定的限制。我国《民法典》第 1073 条关于亲子关系异议之诉的规定，填补了立法空白，但在否认权人范围、否认权存续期间等方面仍留有讨论空间。

4、抚养权的性质与证成——一个基于关系进路的分析

【作者】陈曦宜，上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学中国法与社会研究院研究助理。

【来源】《法制与社会发展》2023 年第 2 期

【摘要】“抚养权”虽然已成为日常表达并为立法所承认，但是对于抚养何以是一种权利这一问题仍缺乏学术论证。基于霍菲尔德权利关系理论，抚养权具有权力、特权和请求权相结合的三阶属性。抚养权在权利生成阶段体现为权力，在权利运行中以特权为核心情形，并在特权遭受侵害时衍生出请求权。就正当性而言，抚养权不能通过父母利益、子女利益抑或亲子关系性利益被证成，而应被视为父母完整人格的展现和自我意志的表达。此种意志是对善的真诚认知，并在亲子关系中实现反思性建构，因而排除了意志论的任意专断性。兼具交互性、过程性和伦理性的抚养权可为立法及司法提供融贯逻辑，并为家庭关系优化指明方向。

5、算法“监护”未成年人的规范应对

【作者】林洹民，浙江大学光华法学院副教授、法学博士

【来源】《当代法学》2023 年第 3 期

【摘要】算法诱导未成年人进行特定行为或养成特定的思维方式，一定程度上扮演“算法监护”的角色，不利于未成年人的健康成长。《个人信息保护法》要求个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意。但监护人既没有意识与能力对抗算法，也可能会过度侵犯未成年人的发展权，年满十四周岁的未成年人也更容易受到算法的不利影响。法秩序应直接规范算法设计与算法应用，不但应要求算法使用人运用轻推技术与适龄设计引导未成年人积极行使权利，还应直接禁止商业性数字画像算法对未成年人的应用。列举式的规则设计具有滞后性，通过规范平台这一算法应用的数字生态系统，能够避免挂一漏万。从避风港原则到守门人规则的转变，表明超大型平台应承担更为积极的义务，尽最大努力规范平台内算法活动，从而实现对未成年人网络利益的全面保护。

6、代孕生育亲子身份关系司法认定的规则完善

【作者】曹薇薇，上海大学法学院教授

【来源】《中国政法大学学报》2023 年第 3 期

【摘要】我国立法禁止代孕，但事实层面屡现因代孕协议纠纷诉至法院请求确认亲子身份及解决由此带来的子女抚养问题。从生效判决看，代孕生育亲子身份认定依据在“血缘”和“分娩”因素之间摇摆不定，未形成体系逻辑性强且符合我国国情司法裁判规则。各地出现的由代孕引发亲子关系认定纠纷司法判决不一，既破坏《民法典》构建的家事法律制度的权威体系性，也危害我国传统家庭伦理秩序。亲子关系与一国家庭伦理传统文化紧密相连，代孕亲子关系认定的法律适用应基于本国法律文化语境。司法实践中代孕生育亲子身份关系认定规则亟待规范，应考察现有判决所呈现的身份关系认定的矛盾突出点，对纠纷进行梳理和类型分析，在我国家庭语境下依照《民法典》及相关立法的家庭价值为原则，以保障子女最大利益为导向综合考量四种类型代孕生育中委托方、孕母、捐精/ 卵者的亲职意愿、亲职能力、血缘基因、身体联结等认定因素，完善裁判规则。

7、论胎儿立法的自然人权益预先保护

【作者】张安毅，河南财经政法大学民商经济法学院教授

【来源】《政法论丛》2023 年第 3 期

【摘要】法律只调整参与社会关系的主体，胎儿不是法律规范的对象。胎儿具有发育成自然人的现实可能性，保护胎儿利益最终是为了保护胎儿出生后的自然人权益，因此胎儿立法保护只是自然人权益的一种预先保护机制。立法保护的胎儿利益最终由出生后的自然人取得，保护胎儿利益并不需要胎儿实际享有权利。不是所有的自然人权益都需要提前保护，胎儿纯获利性、需要预留的财产利益以及需要与母体分开单独保护的健康利益，应受法律保护。胎儿与无民事行为能力人存在根本性的不同，胎儿父母不是胎儿的代理人，胎儿父母基于出生后自然人的法定代理人身份，提前介入出生后自然人权益的实现过程。

8、人工培育胚胎特定情形下的法律保护——以试管婴儿追索抚养费争议案为切入点

【作者】常晖，河南省三门峡市中级人民法院党组副书记、常务副院长、三级高级法官

【来源】《法律适用》2023 年第 7 期

【摘要】“全国首例父亲工亡后移植的试管婴儿追索抚养费案”引发了理论上胚胎法律属性客体说、主体说、折中说的再探讨，也引发了胎体受损害、父亲遭受侵权损害影响孕育成人后的受抚养权利等新的胚胎法律保护争议。本文基于现行立法对胚胎保护的不足、法律属性界定不明、司法保护路径不同、及体外胚胎不能得到与腹中胎儿平等的法律保护的现实之困，深入探究原因，提出折中说可以较好实现对体外胚胎的平衡保护，并在特定情形下将体外胚胎界定为“准胎儿”，同时从人格权、损害赔偿请求权、合同编方面对胚胎保护给予权利救济，力求为体外胚胎的法律保护及司法裁判提供有益借鉴。

9、死后人类辅助生殖生育子女的权益保护

【作者】石佳友，中国人民大学民商事法律科学研究中心执行主任、中国人民大学法学院教授，法学博士；曾佳，中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法律适用》2023 年第 7 期

【摘要】人类辅助生殖技术的进步创造了死后辅助生殖这种在传统自然生育背景下没有被考虑到的生育场景，引发了众多伦理和法律争议。基于对死者的生育自主、在世配偶的生育自由、潜在孩子的福利等多项利益的权衡，适当的方案是对死后辅助生殖采取一种基于推定同意的默认立场，除非死者生前明确表示反对，或者有强烈的迹象表明该人不会同意。在死者生前没有明确表示反对的情况下，使用死者遗传物质通过辅助

生殖技术生育的孩子与死者具有亲子关系，享有对死者财产的继承权。即使死者死亡时，其子女还处于体外胚胎状态，体外胚胎移植后出生的子女仍然具备抚养损害赔偿请求权主体资格，应被纳入《民法典》第 16 条的保护范围之内。这符合公正原则、儿童利益最大化原则以及第 16 条的规范意旨。应制定统一的《人类辅助生殖技术法》，并在其中对死后辅助生殖问题进行法律回应，以实现对通过死后人类辅助生殖所出生子女的权益保护。为了兼顾财产管理秩序，应对死后辅助生殖设置时间限制和通知要求。

10、论亲子关系否认之诉中诉权主体的扩张——基于子女本位的展开

【作者】夏先华，法学博士、湘潭大学法学院讲师；曹颖，中南财经政法大学法学院硕士研究生

【来源】《湖湘法学评论》2023 年第 3 期

【摘要】我国现行立法将亲子关系否认之诉的诉权主体明确限定为父和母，存在对子女利益保护不足的问题。为契合现代亲子法立法理念的转型趋势，尊重子女主体地位，并妥善应对亲子关系否认之诉中的利益冲突，有必要将其诉权主体范围有限扩张至可能的生父以及子女。当子女与法律推定之父不存在实质家庭生活关系，或出现子女权益受到侵害等特定情形，可通过扩张解释肯定可能的生父享有诉权主体资格，并以子女利益保护为中心限制其诉权行使。未成年子女与否认之诉存在直接的利害关系，为贯彻子女最佳利益原则，应当赋予其相应的诉权，并由法定代理人代为行使。同时，也可适度扩张未成年子女在身份关系案件中的诉讼行为能力，并引入程序辅助人制度以提供更全面的保护。成年子女的诉权行使应在与法律推定之父的利益之间寻求平衡。已履行抚养义务的法律推定之父可行使损害赔偿请求权，从生父母处获得赔偿，或者要求成年子女继续给付生活费。

11、自然人死后人工辅助生殖技术所生子女享有抚养来源丧失损害赔偿请求权——（2022）豫 12 民初 56 号民事判决释评

【作者】杨立新，广东财经大学法治与经济发展研究所研究员、广东财经大学法学院特聘教授；李怡雯，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员、中国人民大学法学院博士研究生

【来源】《法律适用》2023 年第 7 期

【摘要】（2022）豫 12 民初 56 号民事判决书确认自然人死后人工辅助生殖技术所生子女享有抚养来源丧失损害赔偿请求权。这一裁判遵循法、理、情相统一的理念，通过创造性阐释《民法典》第 16 条，运用法理，将胎儿的利益保护延展至胚胎，确认受保护的利益范围包括财产利益之外的人身利益，作出体现人情伦理的判决。此外，本案裁判尚有未及之处，须借助生命尊严理论予以澄清，即体外胚胎属于《民法典》第 1183 条第 2 款规定的具有人身意义的特定物，应当被有尊严的对待；人体胚胎的身份利益保护不以自然血缘关系为前提要件。由此，本案裁判的一般性价值得以充分挖掘，可以对其他裁判发挥参照性作用。

12、抚养权的性质与证成——一个基于关系进路的分析

【作者】陈曦宜，上海交通大学凯原法学院博士研究生、上海交通大学中国法与社会研究院研究助理

【来源】《法制与社会发展》2023 年第 2 期

【摘要】“抚养权”虽然已成为日常表达并为立法所承认，但是对于抚养何以是一种权利这一问题仍缺乏学术论证。基于霍菲尔德权利关系理论，抚养权具有权力、特权和请求权相结合的三阶属性。抚养权在权利生成阶段体现为权力，在权利运行中以特权为核心情形，并在特权遭受侵害时衍生出请求权。就正当性而言，抚养权不能通过父母利益、子女利益抑或亲子关系性利益

被证成，而应被视为父母完整人格的展现和自我意志的表达。此种意志是对善的真诚认知，并在亲子关系中实现反思性建构，因而排除了意志论的任意专断性。兼具交互性、过程性和伦理性的抚养权可为立法及司法提供融贯逻辑，并为家庭关系优化指明方向。

13、人体胚胎属性的理论批判与制度走向

【作者】吴梓源，吉林大学法学院讲师

【来源】《法制与社会发展》2023 年第 6 期

【摘要】以人体胚胎是否具有“位格”为核心，传统人体胚胎属性的理论主张存在保守论和自由论之分，但这两种论证路径实际上都没有摆脱一阶观察的理论窠臼，都陷入了主客二分的传统思维模式。实际上，人体胚胎获得完满“位格”的过程应当是一种连续的、渐进的自我成长过程。因此，我们应打破 14 天规则的生物学判准，在一个动态的发展链条中分情境地赋予人体胚胎不同的道德和法律地位。理论突围的目标终将指向立法与司法实践。这种渐进式的人体胚胎地位认定方式以及主物二重性的人体胚胎属性要求我们在人体胚胎的立法设计中秉持谦抑而开放的立场，既要维持人体胚胎的主体性价值，保持最大的谨慎，也要构建一种开放包容且促进技术发展的新立法框架。将协议作为解决人体胚胎争议的首要方式，将家庭作为解决我国人体胚胎争议的特殊考量，将禁止买卖和有限制的科学利用作为人体胚胎非植入性使用的指导原则，可以在文化传统与时代需求、理论与实践分析的基础上为人体胚胎立法的未来走向提供思路。

14、论夫妻对子女婚内抚养费的承担 ——《民法典》第一千零五十八条的理解与适用

【作者】马忆南，女，北京大学法学院教授；谢嘉琦，女，北京大学法学院硕士研究生

【来源】《山东女子学院学报》2023 年第 6 期

【摘要】鉴于我国婚内抚养费制度缺乏系统的规定，各地法院对于相关问题的认识不一、实务中缺乏统一的裁判标准，“同案不同判”的现象时有发生。允许直接抚养子女的父母一方提出婚内抚养费主张，并引入《民法典》第一千零五十八条作为其请求权基础，兼具必要性和可行性。通过适用该条款能够达到统一司法实践、正确区分相关概念、合理分配双方举证责任、统一婚内抚养费时间区间等效果。

15、冷冻胚胎处置纠纷案的裁判路径

【作者】徐凤 中国政法大学外国语学院教授、法学博士

【来源】《法律适用》2023 年第 11 期

【摘要】自无锡冷冻胚胎案以来，提交至法院的冷冻胚胎处置纠纷越来越多。国内外法院审理此类案件的裁判路径可以分为四种：合同路径、同时一致同意路径、利益衡量路径和移植路径。这四种解决路径各有利弊得失，但相比较而言，第四种路径即移植路径更具优势。该路径既体现了对生命的尊重与保护，彰显了“禁反言”原则对信赖利益的保护，也最大程度减轻了对败诉方的伤害与负担，更加公平，更加符合法理、道德和伦理、人情，还具有很强的可操作性和可预测性，而且有助于减少诉讼纠纷，也更符合我国司法审判的实际和当前的生育形势与政策。

16、论民政部门在未成年人保护中的角色定位及其制度完善——以撤销父母监护权为视角切入

【作者】乔茹，山西大学法学院

【来源】《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】《民法典》《未成年人保护法》等相关法律法规明确了民政部门代表国家承担未成年人监护的兜底责任，民事公益诉讼是实现民政部门兜底监护职责的重要途径，民政部门在撤销父母监护资格的诉前、

诉中、诉后三个阶段都发挥着重要作用。民政部门在未成年人监护中发挥着预防、化解、监督和教育等一系列保护未成年人合法权益的作用，未成年人面临来自父母的现实危险时，民政部门可以申请人身安全保护令来保护未成年人的权益。监护人侵害未成年人权益情节严重的，民政部门可以向人民法院申请撤销其监护资格。在法院撤销父母的监护资格后，民政部门应做好未成年人后续安置工作。

17、亲子关系异议之诉的解释论展开——以《民法典》第一千零七十三条为中心

【作者】刘颖、谢妮轩，北京航空航天大学法学院

【来源】《河南财经政法大学学报》2023 年第 6 期

【摘要】《民法典》第一千零七十三条创设了亲子关系异议之诉制度，但对于其当事人资格和起诉条件，理论和实务中已显现较大分歧。基于我国实体法的制度背景，亲子关系异议之诉应当定性为确认之诉，目的在于消除亲子关系的不安定性，区别于比较法上作为形成之诉的婚生否认之诉、子女认领之诉及亲子关系撤销之诉。父或者母、未成年子女以及成年子女作为亲子关系的主体具有当然的原告资格，起诉时应选择亲子关系主体的相对人为被告；亲子关系主体之外权利直接受影响的利害关系人例外地享有原告资格，起诉时应当以亲子关系双方主体为共同被告。《民法典》第一千零七十三条中的“正当理由”不是特别起诉条件，其核心内涵在于确认利益。法院应当以确认对象的现实性和即时确定的必要性为判断标准，通过争点整理程序进行确认利益的个案认定，从而实现血缘真实与家庭和谐的价值平衡。

18、我国探望权的理论反思及制度完善

【作者】曹思婕 北京化工大学文法学院讲师、硕士生导师、法学博士

【来源】暨南学报 2023 年第 09 期

【摘要】探望权制度是我国民法典婚姻家庭编中的法律制度之一，它自实施以来备受瞩目。探望权对于切实地保护生活在非常态婚姻家庭尤其是离婚家庭中未成年子女的合法权益起着不可替代的作用。当前，探望权纠纷已成为司法疑难，究其根源是我国的探望权立法仍处于初级阶段。在我国民法典实施之初，我们应当立足我国的现实国情以查找出探望权司法疑难，转变“父母本位”的立法宗旨，树立“子女利益最大化”的立法宗旨以破解探望权制度的瓶颈，通过增加探望权的适用前提、拓宽探望权的主体范围、规范探望权的行使方式、明确探望权的中止和恢复以及发展探望权的救济体系对探望权予以司法解释，力求在我国民法典婚姻家庭编体系下实现探望权制度的全面完善。

19、探望权立法的完善思考

【作者】曹思婕 北京化工大学文法学院讲师、硕士生导师、法学博士

【来源】《理论探索》2023 年第 4 期

【摘要】在我国，探望权立法是满足现实生活中人们对亲子探望迫切需求的重要内容。但由于我国对探望权的理论研究不足，导致探望权的立法发展迟缓。进一步完善探望权立法，需要切实发挥法的价值对探望权立法的先导作用，注重中华法文化情理法元素的融入，全面体现探望权法律关系的包容性要求，充分彰显子女利益最大化的立法宗旨。

关键词 探望权，中华法文化，未成年子女利益

20、法医学亲子和亲缘关系鉴定的挑战与展望

【作者】孙宏钰

【来源】《法医学杂志》2023 年第 3 期

21、“儿童利益最大化”原则在代位型隔代探望中的运用

【作者】吴梦琪

【来源】《人民司法》2023 年 1 月第 02 期“民事审判案例参考”

22、胎儿利益保护的几个法律适用问题——由《总则编解释》第 4 条规定展开

【作者】陈龙业 贾玉慧

【来源】《人民司法》2023 年第 1 期 “民事审判案例参考”

23、胎儿抚养费之赔偿请求权研究

【作者】李一凡

【来源】《人民司法》2023 年第 4 期

24、抢夺藏匿孩子是司法问题，更是社会问题—离婚案件中“抢夺、藏匿未成年子女”行为的法律分析

【作者】陈爱武，南京师范大学法治现代化研究院教授、博士生导师

【来源】中国妇女报官网，2023 年 11 月 29 日

【内容提要】儿童不仅是父母的子女，也是国家的财富，承载着国家的希望和民族的未来。尽管父母、家庭在护佑儿童健康成长过程中发挥着重要作用，但儿童在以成人为主导的社会中仍处于明显的弱势地位，当父母因离婚而在法院相互攻击、因监护权而争论不休，乃至抢夺、藏匿子女时，儿童诸多权益受到损害。

不动产实务 | 庄诗岳：论离婚协议中房屋给与约定的排除执行效力

2024-02-07 不动产法理论与实务 庄诗岳

https://mp.weixin.qq.com/s/hCzGDzauk2zmXV-PXZx3pg

原文载于《中国不动产法研究》2023 年第 2 辑，第 232-247 页。

作者简介

庄诗岳，法学博士、中国政法大学民商经济法学院讲师、硕士生导师

摘 要：离婚财产分割协议不具有直接发生物权变动的效力，夫妻一方基于房屋给与约定只享有债权。接受房屋给与方作为案外人基于通过离婚财产分割协议取得的债权提起执行异议之诉时，应当在民事强制执行领域继续贯彻《民法典》

确立的实现男女实质平等、保护妇女以及儿童利益最大化的目标，基于不动产登记制度不完善的社会背景和社会效果以及案外人生存权保障的因素考量，赋予接受房屋给与方享有的债权以排除执行的效力。不过，应当严格把握接受房屋给与方享有的债权排除执行的构成要件，准确区分夫妻财产给与法定义务和约定义务的内容，通过民事强制执行立法反向打击案外人与被执行人恶意串通借用《民法典》规定的合法形式进行“假离婚、真逃债”的现象。

关键词：离婚财产分割；房屋给与约定；案外人执行异议之诉；排除执行

一、问题的提出

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《查扣冻规定》）第 2 条的规定，人民法院可以查封登记在被执行人名下的房屋。但在司法实践中，与被执行人原为夫妻关系的案外人，经常以在离婚协议中已约定登记在被执行人名下的房屋归其所有为由，提起执行异议之诉请求排除执行。对于离婚财产分割协议中约定的接受房屋给与方是否享有足以排除执行的民事权益，司法实践存在以下五种不同的裁判观点：第一，接受房屋给与方享有物权，该物权足以排除执行。第二，接受房屋给与方享有事实物权，申请执行人不属于善意第三人，该事实物权足以排除执行。第三，接受房屋给与方享有物权期待权，满足特定的要件时，该物权期待权足以排除执行。第四，接受房屋给与方享有债权，该债权不足以排除执行。第五，接受房屋给与方享有债权，满足特定的要件时，该债权足以排除执行。其中，对于物权期待权以及债权排除执行的具体要件，司法实践也存在一定分歧。

二、接受房屋给与方与申请执行人的权利对抗

（一）接受房屋给与方享有的民事权益的性质

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》（以下简称《民诉法解释》）第 311 条、《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（以下简称《九民纪要》）第 119 条的规定，案外人执行异议之诉的审理内容是案外人对特定执行标的是否享有民事权益以及该民事权益是否足以排除执行。

持物权、事实物权观点的裁判认为离婚财产分割协议具有直接发生物权变动的效力，持物权期待权、债权观点的裁判则认为离婚财产分割协议不具有直接发生物权变动的效力。

支持离婚财产分割协议具有直接发生物权变动效力的理由之一是，夫妻之间的财产关系成立、存续、解除与纯粹市场交易中的财产关系不同，具有身份关系属性。问题是，离婚财产分割协议调整的是当事人离婚后的财产关系，此时婚姻关系业已破裂，当事人之间清晰的权利界分和权利保障才是主旨所在。因此，以夫妻身份的亲密性与婚姻家庭的情感性为理由免除登记或交付义务不能成立。支持离婚财产分割协议具有直接发生物权变动效力的理由之二是，夫妻财产关系具有非交易性，不存在保护善意第三人利益的问题，无需严格按照交易规则在物权变动时履行公示程序。问题是，离婚当事人将分得或分出的财产出卖、赠与或抵押给第三人时，必然涉及保护善意第三人利益的问题。因此，离婚财产分割协议不具有直接发生物权变动的效力。

虽然《民法典》第 209 条第 1 款规定法律可以例外规定不动产物权变动采债权意思主义，但对于离婚财产分割协议是否具有直接发生物权变动的效力，《民法典》并未作出类似《民法典》第 333 条第 1 款、第 374 条第 1 句的例外规定。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第 2 条规定不动产的法律物权与事实物权分离时，应当支持真实权利人的确权请求，但该条所谓的法律物权与事实

物权的分离，应当限于非基于法律行为的物权变动、错误登记等情形，而不应当包括离婚双方达成房屋给与约定的情形。如果承认接受房屋给与方享有事实物权，不但无法保护信赖物权登记外观的善意交易相对人，而且会为案外人与被执行人恶意串通通过“假离婚、真逃债”损害申请执行人的债权创造条件。

接受房屋给与方享有的究竟是物权期待权还是债权？不动产物权期待权理论滥觞于德国，且根植于德国物权形式主义的不动产物权变动模式、不动产登记公证制度、不动产登记申请双重赋权原则以及不动产物权顺位规则，只有在不动产受让人的法律地位十分稳固且第三人不能随意破坏时才成立不动产物权期待权。因我国的不动产物权变动模式采债权形式主义、不动产登记申请采共同申请主义，且不存在不动产登记公证制度、不动产物权顺位规则，故不动产受让人根本无法获得稳固的法律地位，根本不享有具有可处分性、可执行性、受到法律保护并具有对抗效力的不动产物权期待权。

根据《民法典》第 209 条第 1 款的规定，即便案外人与被执行人在离婚协议中已约定登记在被执行人名下的房屋归其所有，只要尚未办理过户登记，接受房屋给与方只享有基于债权产生的物之交付或移转请求权。

（二）离婚债权能否对抗执行债权的因素考量

如果只是根据民事权益的实体法性质和效力判断案外人执行异议之诉的异议事由是否成立，则离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的具有相对性的债权显然不足以对抗申请执行人的执行债权。

根据《民诉法解释》第 303 条第 1 款第 2 项、第 310 条第 1 款第 1 项、第 310 条第 2 款的规定可知，关于案外人执行异议之诉的法律性质，《民诉法解释》采取了形成之诉说（诉讼法说）。形成之诉说（诉讼法说）认为，案外人执行异议之诉的异议事由不直接等同于实体法上的排除妨害请求权，而是基于更为灵活包容的判断标准被嵌入诉讼法因素的民事权益。

基于形成之诉说（诉讼法说），债权能否排除执行的诉讼法因素包括正向和负向两个方面，正向因素包括社会背景和社会效果、案外人生存权的保障等，负向因素包括案外人与被执行人恶意串通规避执行、案外人与被执行人的行为具有违法性或不正当性、案外人本身存在过错等。

首先，离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权存在社会背景和社会效果的正向因素。考虑到很多买受人未及时办理不动产物权变更登记的原因在于我国的不动产登记制度尚不完善，且不动产在我国属于人民群众重要的生活资料，《执行异议复议规定》第 28 条赋予了无过错不动产买受人的债权以排除执行的效力。根据我国的民间习惯，夫妻共有或家庭共有的场合，不动产登记簿记载的物权人往往只有部分成员。基于不动产登记制度不完善等原因，当事人签订离婚协议约定登记在一方名下的房屋归另一方所有后，也存在不能及时变更登记的问题，且房屋往往是民众的主要财产。因此，《执行异议复议规定》第 28 条赋予无过错不动产买受人的债权以排除执行效力的正向考量因素，同样适用于离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权。

其次，离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权存在保障案外人生存权的正向因素。基于维护房屋消费者生存权这一基本人权的考虑，《执行异议复议规定》第 29 条赋予了消费者对买受房屋的债权以排除执行的效力。《民法典》第 1084、1085 条规定了离婚夫妻对子女的抚养义务，第 1088 条规定了离婚经济补偿制度，第 1090 条规定了离婚后的扶养制度，第 1091 条规定了离婚损害赔偿制度。离婚协议之所以约定登记在一方名下的房屋归另一方所有，通常是为了实现以上制度目的，而以上制度可能涉及接受房屋给与方的生存权。此时，《执行异议复议规定》第 29 条

赋予消费者对买受房屋的债权以排除执行效力的正向考量因素，同样适用于离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权。

再次，离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权存在案外人与被执行人恶意串通规避执行、案外人与被执行人的行为具有违法性或不正当性、案外人本身存在过错等负向因素。比如，“假离婚、真逃债”在司法实践中屡见不鲜。

就离婚协议中房屋给与约定的排除执行效力而言，基于正向因素，接受房屋给与方享有的债权具有成为案外人执行异议之诉异议事由的潜质，但若要排除执行，还需通过要件设置排除负向因素。

三、接受房屋给与方权利优先保护的要件构成

（一）基于不动产登记现状排除普通金钱债权执行的要件

第一，执行债权为无担保的普通金钱债权。

由于接受房屋给与方享有的债权与申请执行人享有的权利均属于财产权，不动产登记制度不完善等社会背景和社会效果的正向因素，不涉及价值位阶更高的基本人权等内容，因此仅能赋予接受房屋给与方享有的债权以对抗无担保的普通金钱债权的效力。

第二，案外人与被执行人已经完成离婚登记。

因离婚财产分割协议的生效以完成离婚登记为条件，故只有案外人与被执行人已经完成离婚登记，案外人才享有债权。

第三，案外人与被执行人在人民法院查封之前已签订合法有效的离婚财产分割协议。

司法实践中，不少法院在判断离婚协议中约定的接受房屋给与方享有的债权是否足以排除执行时，会审查案外人与被执行人离婚财产分割的时间是否早于执行依据确定的申请执行人与被执行人债权债务形成的时间。对此，笔者认为并不妥当。

一方面，即便案外人与被执行人离婚财产分割的时间早于执行依据确定的申请执行人与被执行人债权债务形成的时间，也不能直接排除夫妻双方恶意串通逃避执行的嫌疑。先通过离婚将夫妻共同以及个人财产全部或者部分转移给夫妻一方，再由离婚协议中约定的财产给与方单方负债，进而使债权人即便胜诉也无法通过执行财产给与方的财产或者追加接受财产给与方为被执行人实现债权，已经是司法实践中不少债务人逃避执行的高明手段。

另一方面，即便案外人与被执行人离婚财产分割的时间晚于执行依据确定的申请执行人与被执行人债权债务形成的时间，也不能直接认定夫妻双方存在恶意串通逃避执行的行为。根据《民法典》第 1041 条第 2 款的规定，夫妻双方自愿离婚的，有权自由决定离婚的时间。且夫妻一方因赌博、吸毒等各种原因四处举债，进而导致夫妻双方感情破裂协议离婚的情形，亦不少见。而且，夫妻一方有时对于另一方在外单方负债的行为根本无法控制甚至并不知情。

《查扣冻规定》第 24 条第 1 款规定了查封的相对效力，案外人与被执行人离婚财产分割的时间应当早于人民法院采取查封措施的时间。

第四，案外人与被执行人签订的离婚财产分割协议公平合理，二者达成的房屋给与约定属于法定义务或者等价有偿约定义务的范畴，不存在旨在恶意串通逃避执行或者情感补偿的无偿或者非等价有偿给与财产的行为。

案外人与被执行人签订的离婚财产分割协议是否公平合理，是认定夫妻双方是否存在恶意串通逃避执行事实的核心内容。

司法实践中，不少法院将离婚财产分割协议中的夫妻权利义务是否对等、离婚财产分割是否对夫妻一方过分倾斜等内容，作为判断离婚财产分割协议是否公平合理的判断标准。这些判断标准有一定的合理性，但不能准确地判断离婚财产分割协议是否公平合理。

基于保护妇女、未成年人、老年人与残疾人的合法权益的原则，《民法典》规定了离婚夫妻对子女的抚养义务、离婚经济补偿制度、离婚后的扶养制度和离婚损害赔偿制度，这些内容属于夫妻财产给与法定义务的范畴。基于法定义务，离婚财产分割制度实际上倾向于以非均等分割为主要原则的矫正补偿。因此，离婚财产分割如果是基于法定义务的考量对夫妻一方进行了倾斜，也应当将离婚财产分割协议认定为公平合理。由于法定义务旨在实现对弱者利益的保护和救济，因此基于法定义务而产生的离婚协议中约定的接受房屋给与方的债权应当优先于申请执行人的债权而保护。

离婚协议中夫妻超出法定义务的财产给与条款，属于约定义务的范畴。如果夫妻财产给与约定属于等价有偿行为，即存在等价的对待给付义务，则离婚财产分割协议应当认定为公平合理。此时，由于等价有偿行为或者说等价的对待给付义务的存在，被执行人的责任财产并不因离婚财产分割协议而减少，申请执行人的债权并不因离婚财产分割协议而受到损害，因此基于等价约定义务而产生的离婚协议中约定的接受房屋给与方的债权应当优先于申请执行人的债权而保护。如果夫妻财产给与约定属于无偿或者非等价有偿行为，则离婚财产分割协议应当认定为不公平不合理。此时，由于不存在对待给付义务或者不存在等价的对待给付义务，被执行人的责任财产将因离婚财产分割协议而减少，申请执行人的债权将因离婚财产分割协议而受到损害。如果被执行人系基于逃避执行目的而无偿或者非等价有偿给与案外人财产，离婚协议中约定的接受房屋给与方的债权当然不能优先于申请执行人的债权而保护。如果被执行人系基于情感补偿目的而无偿或者非等价有偿给与案外人财产，由于被执行人的无偿或者非等价有偿给与行为损及申请执行人的债权实现，且案外人属于纯获利益的行为，执行无偿或者非等价有偿给与的财产亦不损害案外人的合法利益，因此离婚协议中约定的接受房屋给与方的债权不能优先于申请执行人的债权而保护。

第五，案外人在人民法院查封之前已合法占有该房屋。

合法占有房屋既可以间接证明案外人与被执行人不存在恶意串通逃避执行的行为，也可以通过一定的公示保护申请执行人程序法上的信赖利益。

第六，非因案外人自身原因未办理房屋过户登记。

如果案外人可以登记，却因自身原因未办理房屋过户登记，则前述正向因素不复存在。

（二）基于生存权保障排除附担保的金钱债权执行的要件

第一，案外人与被执行人已经完成离婚登记。

第二，案外人与被执行人在人民法院查封之前已签订合法有效的离婚财产分割协议。

第三，案外人与被执行人签订的离婚财产分割协议公平合理，二者达成的房屋给与约定属于法定义务或者等价有偿约定义务的范畴，不存在旨在恶意串通逃避执行或者情感补偿的无偿或者非等价有偿给与财产的行为。

第四，案外人在人民法院查封之前已合法占有该房屋。

第五，除给与的房屋，案外人及对案外人有扶养义务的人名下无其他能够维持生活必需的居住房屋，且申请执行人不同意按照当地廉租住房保障面积标准为案外人及所扶养家属提供居住房屋，或者不同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金。

如果给与的房屋不是案外人维持生活必需的居住房屋，案外人及对案外人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋，则不存在保障案外人生存权的问题，离婚协议中约定的接受房屋给与方不能基于生存权保障的正向因素主张其享有的债权足以排除执行。司法实践中，

有不少法院直接以给与的房屋是案外人及对案外人有扶养义务的人的唯一住房或者说案外人及对案外人有扶养义务的人名下无其他能够维持生活必需的居住房屋为由，支持案外人排除执行的诉讼请求。笔者认为，即便除给与的房屋，案外人及对案外人有扶养义务的人名下无其他能够维持生活必需的居住房屋，基于与《执行异议复议规定》第 20 条的相同考量，登记在被执行人名下的唯一住房也并非不可执行的房屋。

王雷 ｜ 基于身份关系协议的物权变动对民法典物权编的参照适用

原创：2024-02-16 甘肃社会科学 王雷
https://mp.weixin.qq.com/s/c7DMrXy3gz2pkqshkE-JQQ

原文刊于《甘肃社会科学》2024 年第 1 期，第 153-162 页。
王雷，中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

提 要

身份法回归民法是必要的和有益的。《民法典》婚姻家庭编、继承编等身份法不可能面面俱到、巨细无遗，身份关系协议存在参照适用合同法的空间，身份关系协议还可能变通适用物权变动公示规则、强制执行顺位规则等。《民法典》合同编、物权编等财产法规则也从来都不是简单适用于身份关系领域，而是要充分尊重婚姻家庭关系的本质和基本原则。财产法规则能够兜住身份关系协议及相应物权变动法律适用的“底”，成为身份法领域的开放法源。婚姻财产关系离不开《民法典》物权编，但也不是直接适用或者补充适用物权编。应该区分身份关系协议所引发物权变动的内部效力与外部效力，物权变动公示原则在身份关系协议的内部法律效力判断上应秉持适当的谦抑性，宜适用债权意思主义的物权变动模式。因夫妻身份关系协议，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自该协议生效时在身份关系当事人之间发生物权变动效力，未经法定公示方法，不得对抗善意第三人。基于夫妻身份关系协议的物权变动对民法典物权编物权变动公示制度是“参照适用”而非“直接适用”或者“补充适用”。

关 键 词

身份关系协议；物权变动；内外有别；参照适用；身份共同体；民法典

一、问题的提出

《民法典》第 464 条第 2 款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”该款解决身份关系协议与民法典合同编的法律适用关系。身份法和财产法的体系融贯还涉及身份法和民法典物权编的法律适用关系。从基于身份关系协议引发物权变动角度，是否存在参照适用物权编物权变动规定的可能，抑或对物权编相关规定是“直接适用”/“补充适用”而非“参照适用”？基于离

婚财产分割协议、夫妻财产约定等身份关系协议引发物权变动时，是否需要遵循物权变动公示原则的要求，抑或身份关系协议生效即直接在身份关系当事人之间产生物权变动效力？是否需要区分基于身份关系协议物权变动的内部效力与外部效力？身份共同体特点对物权变动公示原则是否产生影响？

《民法典》实现了婚姻法和继承法向民法的回归，《民法典》未就基于身份关系协议的物权变动做特殊对待，婚姻家庭编、继承编存在规范配置不足的现象，本文着力研究物权编物权变动规则在婚姻家庭生活领域的可适用性。以最高人民法院公报案例“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”为代表，司法实践中近年出现大量基于身份关系协议的物权变动疑难问题，《民法典》在这个问题上没有提供新规则，司法裁判延续了过去的状况，亟需统一裁判标准。

理论研究方面，基于身份关系协议的物权变动，长期是婚姻家庭法学界和物权法学界的“两不管”地带。在民事单行法时代，有学者就曾指出：“罕有民法学者思考《物权法》与《婚姻法》的关系……《婚姻法》躲进小楼自成一统，只关注离婚案件而不大将夫妻财产的物权逻辑当回事儿。”基于身份关系协议的物权变动是婚姻家庭法上的一个细节问题和难点问题，需要讨论财产法上物权变动规则对基于身份关系协议物权变动的解释力、涵括力。本文从身份法律行为入手，以离婚协议、夫妻财产约定、遗赠扶养协议等身份关系协议为重点，着重探讨身份关系协议的物权变动问题，使得物权变动制度能够更充分类型化，以顾及身份关系协议的性质，在民法典背景下实现身份法和财产法的体系融贯。

二、避免物权变动公示原则过度渗透到婚姻家庭领域

“物权法以权属为核心构建的利益分配规范在婚姻家事领域时常‘失灵’。”对于婚姻法和物权法及其他民事财产法的关系，学界普遍认为是特别和一般、优先适用和补充适用关系。有学者主张对基于身份关系协议引发的物权变动直接适用物权法规则：“于婚姻关系存续中，夫或妻如何取得财产，在亲属编之夫妻财产制别无规定，故应适用民法物权编或其他法律之规定。”有学者概括指出：“夫妻财产法并非是与一般财产法平行的法律规范，而是与一般财产法配套适用的特别法，当婚姻法有特别规定时，适用婚姻法，当婚姻法没有特别规定时，适用一般财产法。”

原《婚姻法司法解释三》主要解决 2007 年《物权法》实施后，有关法条与《婚姻法》未能衔接的问题。如原《婚姻法司法解释三》第 7 条和第 10 条确认了物权法上的不动产登记效力，不动产的登记效力将不会因为婚姻关系的变动而发生变化。《婚姻法司法解释三》第 11 条（《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 28 条）确认了物权法上不动产善意取得制度在夫妻共同共有房屋无权处分情形下的适用。实际上，《婚姻法司法解释三》适用民事财产法的规则并不意味着就是简单运用市场经济规则调整婚姻家庭关系。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条（《婚姻法司法解释三》第 7 条）、《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 78 条（《婚姻法司法解释三》第 10 条）并非调整婚姻家庭领域的交易关系，其与登记制度相衔接，以此作为确认赠与人意思表示的一种方式或者作为确认按揭房屋所有权归属问题的规则。

不可否认的是，婚姻法与物权法在调整夫妻财产问题上的特别与一般关系源于婚姻法所调整财产关系的特殊性。如婚姻法只调整自然人之间的婚姻家庭财产关系，而物权主体则具有广泛性。婚姻法调整财产关系的对象内容更宽，其不限于有体物。婚姻法在调整相关财产关系时还具有倾斜保护妇女、儿童和老人的鲜明特点。“在涉及财产权属的认定、共同财产的分割等问题上，要按照婚姻法及有关司法解释规定，依法保护当事人特别是妇女、儿童和老人的合法权益。”对以

身份为前提的财产关系不能直接套用财产法原理。婚姻家庭财产关系的身份共同体特点，使得身份关系协议不是补充适用而是参照适用《民法典》合同编，身份权利保护不是补充适用而是参照适用《民法典》人格权编，基于身份关系协议的物权变动对《民法典》物权编物权变动制度也非补充适用，而需要有变通调适，立法论上宜配置参照适用条款。

三、基于身份关系协议的所有权变动

（一）物权变动公示原则的适用边界

“公示原则固然重要，但也并非‘法力’无边，不得将之绝对化。”物权变动公示原则主要适用于基于民事法律行为发生的物权变动之中，不适用于债权意思主义物权变动模式之中，也不适用于非基于民事法律行为发生的物权变动之中，后者主要包括基于事件（如征收决定、法院判决、被继承人死亡等）和事实行为（包括合法建造拆除房屋、拾得遗失物等合法的事实行为和侵权行为等非法的事实行为）发生的物权变动，这是根据引发物权变动原因的不同和公示、公信原则本身权属公开和信赖保护的功能而对公示、公信原则适用范围所做的目的性限缩。我国《民法典》物权编第二章第三节“其他规定”主要调整非基于民事法律行为的物权变动，但该节并未穷尽非基于民事法律行为引发物权变动的全部情形。

在基于民事法律行为发生的物权变动之中，根据成立民事法律行为所需意思表示的数量又可以分为基于单方民事行为（如抛弃）、双方民事行为、共同行为和决议行为引发的物权变动。物权变动中的核心是基于民事法律行为，特别是基于合同行为发生的物权变动，这是物权变动规则设计的重点。《民法典》第 208 条及《民法典》物权编第二章第一节和第二节主要调整基于民事法律行为的物权变动。

物权变动公示原则主要在财产法领域发挥作用，其协同物权变动公信原则，使得物权变动为人所“知”、所“信”，以维护财产法律秩序，维护交易安全。物权变动公示原则在夫妻财产约定的法律效力判断上应该秉持适当的谦抑性。不分彼此、同居共财、同甘共苦、患难与共的夫妻法定财产制可以突破物权变动公示要件主义的规定，这源于结婚登记的公信力，而且我国《民法典》及其家庭生活实践中也是以法定财产制为常态，法定财产制是基于法律规定而非基于民事法律行为引发的物权变动，故无需以不动产物权登记为夫妻法定财产制生效要件或对抗要件。对夫妻婚后所得，你的就是我的，我的也是你的，不采债权形式主义的物权变动模式。在法定财产制下，即使共同所有的房产登记在妻子名下，除非妻子能够举证证明该房产并非共同所有，而是其原有的个人财产，否则该房产所有权仍归夫妻共同共有，此种房产共同共有不以登记为必需要件。基于身份共同体特点和法定财产制为原则，夫妻婚后所得财产中，如果不能举证证明为夫或者妻个别所有的，即推定为夫妻共有财产。

不动产物权变动原则上以登记完成为生效要件。夫妻共同财产制适用共同共有法律规则，不以公示为必要，夫妻对共同共有的财产有平等处理权，一方擅自将夫妻共同财产赠与他人的，赠与行为无效。夫妻一方擅自抵押自己名下的共有房屋，他人可善意取得抵押权。当然，对夫妻共同财产也不能简单适用物权法共有制度，也存在身份法上特殊利益衡量的空间，例如，“不能因未与现任配偶达成一致意见即认定支付的抚养费属于侵犯夫妻共同财产权，除非一方支付的抚养费明显超过其负担能力或者有转移夫妻共同财产的行为”。

司法实践中仍然存在财产法物权变动规则被直接适用到身份关系协议领域的做法。如离婚协议约定夫妻共同共有的房产离婚后转归女方所有，但是双方未进行不动产物权的转让登记，有法院

认为，这种情形下，物权的转让不发生效力，涉案房产仍属于夫妻共同所有。男方负有个人债务，对其和女方共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结。相反的裁判态度认为，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，应优先适用夫妻财产法的规定；尽管房屋未办理过户登记，但不妨碍夫妻一方取得房屋所有权。

物权变动公示原则主要适用于基于民事法律行为发生的物权变动，不适用于非基于民事法律行为发生的物权变动，不适用于夫妻法定财产制，物权变动公示原则是否可以适用于基于身份关系协议发生的物权变动，当事人基于身份关系协议引发物权变动是否可以不用采取物权变动的法定公示方法？值得思考。

（二）夫妻身份关系协议所引发的债权意思主义物权变动模式

结合《民法典》第 464 条第 2 款，能够引发物权变动的身份关系协议通常包括婚内财产分割协议、夫妻财产制协议、婚内离婚协议、以离婚为解除条件的夫妻财产约定、离婚财产分割协议、遗赠扶养协议等，除遗赠扶养协议外，前述列举的其他身份关系协议都是发生在夫妻之间的，都属于基于身份法律行为引发的物权变动，因此有类型区分意义的是夫妻身份关系协议和遗赠扶养协议的二分。身份关系协议的法律效力是债权效力，还是可以直接引发物权变动不必另行采取法定公示方法的物权效力？身份关系协议引发的物权变动在身份关系当事人内部和外部效力是否有差别？

“民法典技术中立的最大挑战是，能否按照财产法的自治逻辑设计建构家庭法。”有学者认为：“涉及夫妻财产的归属，应优先适用《民法典》婚姻家庭编的规定，如《民法典》婚姻婚姻家庭编没有明确规定的，可适用《民法典》物权编关于一般民事主体不动产物权变动效力基于登记的规定。”笔者认为，应该结合身份关系协议的不同类型，分别讨论其物权变动效力。

第一，以离婚为生效条件的婚内离婚协议，此种生效条件不违反法律不违背公序良俗，如果夫妻未能离婚，该离婚协议未生效，也就不会在夫妻之间引发物权变动。即便该婚内离婚协议约定的房产已经转移登记，也不会当然成为登记名义人的房产，在该协议生效条件未成就的情况下，仍须物归原主。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 69 条第 1 款有相关规定。

第二，以离婚为解除条件的夫妻财产约定，此种解除条件不违反法律不违背公序良俗，如果双方离婚，则该约定解除，不能作为确定离婚财产分割的依据，不会在当事人之间引发物权变动。例如，为维护婚姻关系稳定，夫妻双方约定在婚姻关系存续期间一方的婚前财产归属于双方共同所有，若双方离婚，则物归原主，共同共有变为单独所有。

第三，夫妻财产制约定和离婚财产分割协议，可以直接在当事人之间引发物权变动效力，不以采取物权变动法定公示方法为必要。根据《民法典》第 1065 条第 2 款，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。夫妻财产制约定不同于《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 32 条夫妻间的房产赠与。立法未将夫妻间的赠与作为身份关系协议，而是归入普通赠与合同，直接适用《民法典》合同编赠与合同的规定。根据《民法典》第 659 条，基于夫妻间赠与引发的物权变动须遵循《民法典》物权编物权变动的一般规定。对夫妻财产协议不能简单补充适用《民法典》合同编第 658 条等规定，否则就会使得夫妻财产协议的法律约束力落空，出现明显的法律碰撞矛盾。离婚协议中的所谓赠与义务，是赠与方为换取另一方同意协议离婚而承诺履行的义务，无论该义务是向另一方履行，还是向子女或者其他第三方履行，都不能将之看作赠与合同中的单方负担赠与义务。离婚协议中

的赠与条款也不能直接适用《民法典》合同编第658 条等规定。根据《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 69 条第 2 款规定，当事人依照民法典第1076 条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。登记离婚后当事人因履行上述协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。该款规定中的“法律约束力”不意味着司法解释起草者认可离婚协议在当事人之间直接发生物权变动效力，还须更多论证。根据《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 70 条，夫妻双方协议离婚后就财产分割问题反悔，请求撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

第四，夫妻财产制约定引发物权变动是否属于《民法典》第 209 条和第 224 条但书对应的情形？立法未予明确夫妻财产制约定的公示方法和对应财产的特别公示方法，存在法律漏洞。“主张婚内财产分割协议不适用物权变动之一般规则的讨论者，无疑需要面临更重的论证负担。”“还有一种意见认为，夫妻对财产的约定应当向婚姻登记机关进行登记，未经登记不生效或不得对抗善意第三人。由于夫妻财产登记的内容、效力等问题比较复杂，而我国对家庭财产的监管还不够规范和完善，因此这次编纂民法典没有采纳这种意见。”立法机关认为，在立法技术方面，法律应侧重原则性规定，夫妻财产关系登记、约定财产制登记公示等具体问题交由司法解释规定。“倘若实证法中缺少某个规整，而这一规整却是法秩序在整体上所要求的，那么就存在漏洞。”不能当然认为法律对夫妻财产制约定对应物权变动模式没有明确规定，就适用第 209 条和第 224 条债权形式主义的物权变动模式。“夫妻财产约定是否直接产生物权效力，实务与理论也存在歧见。”夫妻财产制约定可以直接引发物权变动效力，不以采取物权变动公示方法为必要。“基于夫妻财产制契约而发生的不动产物权变动均无须登记即可发生效力。”

立法上，夫妻财产约定下的物权变动应区分内外效力，这实际上是对夫妻财产约定的法律效力采折中说。理论上，“由于《民法典》婚姻家庭编未规定通过登记或交付的方式确定夫妻财产约定的公示方式，未经公示的夫妻财产约定，不具有对抗第三人的效力”。“无论是夫妻法定财产制还是夫妻约定财产制，都属于《民法典》第 209 条及第 224 条的‘法律另有规定的除外’。”“约定财产制与法定财产制应具有相同的财产权变动效力，但出于保护善意第三人之必要，当前者未满足法律规定的公示形式（如登记、交付）时，不得对抗善意第三人。”司法实践中，夫妻双方约定一方的婚前个人财产为双方共有或者转归对方单独所有的，不当然构成赠与，如果约定还涉及其他财产安排的，各财产安排彼此之间具有关联性，具有交换性质，应当认定该协议为夫妻财产约定而非赠与合同。夫妻财产制约定并非纯粹的财产合同，而是以身份关系为前提，兼具身份和财产双重属性。夫妻约定财产制有优先于法定财产制的效力，法定财产制则为补充性或者推定性的夫妻财产制，类似于财产法中的补充性任意性规范。夫妻婚内协议将婚后共同财产的房产约定归一方个人所有的，属夫妻共同财产约定，即使未办物权转移登记，一方亦可依约取得房产所有权。

第五，离婚财产分割协议、离婚协议中的财产条款均可以直接引发物权变动效力。离婚协议中财产分割的赠与条款不同于夫妻间赠与或者对第三方的赠与，离婚协议的当事人不享有赠与合同中赠与人的任意撤销权，离婚协议中将夫妻一方的个人财产约定为归另一方所有的，不属于赠与，而具有交换性质，此种一揽子协议除了财产利益考虑外，往往还包括夫妻感情及子女抚养等因素，并非由夫妻一方单方负担义务。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 69 条第 2 款后段没有赋予离

婚财产分割协议直接导致物权变动的效力。笔者认为，与夫妻财产制约定一样，离婚财产分割协议既具有债权效力，也具有直接引发物权变动的效力，理由在于，夫妻财产制约定和离婚财产分割协议都属于身份关系协议，面对身份关系既成事实，不能因为协议一方基于主客观原因未能对相应财产采取物权变动的法定公示方法而认为物权变动未发生，毕竟物权变动附随于身份关系既成事实之上，当身份关系既成事实木已成舟，物权变动水到渠成自动完成，不必强求法定公示方法，这才符合身份关系的持续性、安定性特点。夫妻间的赠与不属于身份关系协议，夫妻间的赠与只具有债权效力，在赠与财产的权利转移之前，赠与人享有任意撤销权，此类赠与的赠与人有参照适用《民法典》第 533 条情事变更规则和第 663 条赠与合同中赠与人法定撤销权的可能。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 32 条则与《民法典》第 658 条相衔接。

综上，《民法典》第 209 条第 1 款和第 224 条物权变动公示原则允许法定例外情形的存在：一方面，根据《民法典》第 1062 条，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有，此种法定财产制下的共同所有不以对应采取法定公示方法为必要。另一方面，《民法典》第 1065 条规定的夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力，此种约定财产制引发的物权变动不以采取法定公示方法为必要，不是债权形式主义的物权变动模式，而是债权意思主义的物权变动模式，以充分尊重夫妻之间的真实意思表示。基于其他身份关系协议的物权变动对民法典物权编物权变动规则是参照适用，而非直接适用或者排除适用。当然，夫妻身份关系协议可以直接引发物权变动效力，不必采取物权变动法定公示方法，但相关夫妻身份关系协议须合法有效，如果该身份关系协议因为欺诈等事由被撤销，也就不可能引发物权变动效力。

（三）夫妻身份关系协议物权变动的对外效力：公示对抗主义

《民法典》第 1065 条第 2 款和第 3 款分别规定夫妻财产制约定的对内效力和对外效力。夫妻财产制约定的对外效力为第三人“知道”或者“应当知道”即可对抗第三人，第三人不知道且不应当知道时则为善意，并不要求夫妻财产制约定采取法定公示方法。基于夫妻身份关系协议引发的不动产物权变动，未经登记，不得对抗善意第三人。

夫妻财产约定、离婚协议一旦生效，即在当事人之间发生物权变动效力，若未采取法定公示方法，新的物权权利人不得对抗善意第三人的物权主张，但对原物权权利人的债权人则可对抗。例如，约定财产制是夫妻双方自由意志、自愿协商的结果，其效力不是来自于法律规定而是来自于双方合意，故不应与法定财产制有同样的法律效果，出于对家事自治的尊重，我国目前尚无对约定财产制的有效公示方法，应该区分约定财产制的内部效力与外部效力。对夫妻财产约定，在未办理物权变动手续之前，不宜认定具有外部对抗效力，除非相对人知道该约定。但对非交易关系中的第三人，不适用保护交易安全的登记外观主义，而应该采取实质主义的物权变动规则。“在夫妻基于法定财产制或约定财产制的适用而取得财产共有权的情形，任何一方均可基于法律的直接规定取得财产共有权，而不需要经过公示。但在涉及第三人利益时，善意第三人可依我国《物权法》第 106 条的规定获得保护。”基于夫妻财产约定引发的物权变动，在不涉及第三人时应该充分尊重当事人的真实意思。“债权意思主义是能够与夫妻财产契约这一领域完美契合的。”“夫妻间物权变动在夫妻财产约定发生效力时即已发生，对于第三人则应适用公示公信原则，在没有变更登记之前不得对抗第三人。”有法官认为，夫妻双方书面约定一方个人所有的财

产，归夫妻双方共同所有，属于夫妻财产契约，可直接产生财产归属变动效果，任何一方不能单方变更、撤销契约内容。在婚姻财产纠纷案件中，夫妻采用约定财产制情形下，对所涉及不动产的归属认定应适用《民法典》第 209 条第 1 款“但书”条款，即可根据婚姻法相关规定确定权属，真实物权人和名义物权人有可能不一致，不宜以登记作为认定不动产物权归属绝对的依据。“夫妻财产契约，直接发生夫妻财产法的效力。为引起财产契约所定的所有权之变更，不须有法律行为的所有权或权利之移转。”又如，鉴于离婚财产分割协议的整体性特点，出于对离婚当事人意思自治的充分尊重，对离婚财产分割协议引发的物权变动，应该区分内外部关系，在不动产产权人未依法变更的情况下，离婚协议中关于不动产归属的约定不具有对抗在先发生的外部第三人债权的法律效力。离婚财产分割协议一方对不动产的登记请求权特定情况下可以优先于另一方之债权人的金钱债权。有法院在判决中认定，配偶一方基于离婚协议的约定而享有约定不动产之物权，外部债权人对上述财产的执行系源于债权请求权，离婚协议先于外部债权人的起诉而签订，现有证据也不能推定双方在利用离婚逃避债务，故配偶一方对执行标的享有的物权应当优先于外部普通债权予以保护。

基于身份关系协议引发不动产物权变动效力的，新物权人可以依据《民法典物权编司法解释一》第 2 条请求物权确权。

（四）基于遗赠扶养协议的物权变动

有学者认为：“遗赠扶养协议并非‘身份协议’，而是合同法所规范的‘合同’。遗赠扶养协议应该是‘适用’合同编而不是‘准用’合同编。”有学者认为，遗赠扶养协议中的扶养条款和安葬条款“可以适用”合同编的委托合同规则。在扶养人和遗赠人之间的信任关系遭到破坏时，“可参照适用”《民法典》第 933 条第 1 句，承认双方当事人享有任意解除权。笔者认为，遗赠扶养协议并非财产合同，而是身份关系协议，扶养人和被扶养人之间并非处理纯粹财产事务，而是围绕生养死葬和遗赠等人身关系内容展开。遗赠扶养协议并不直接适用委托合同法律规则。与《民法典》第 933 条委托合同任意解除权规则不同，《民法典继承编司法解释一》第 40 条规定遗赠扶养协议的特殊解除制度及法律后果。

遗嘱继承和遗赠都通过遗嘱的方式实现，均属于单方民事法律行为。《民法典》第 230 条在《物权法》第 29 条基础上，对基于身份法上的事件（被继承人死亡）引发的物权变动规则进行规定：“因继承取得物权的，自继承开始时发生效力。”第 1121 条第 1 款规定：“继承从被继承人死亡时开始。”法定继承或者遗嘱继承情形下，被继承人死亡时，遗产即转移归继承人所有，此环节不必也无法要求被继承人和继承人遵循物权变动法定公示方法，继承人有多人时，遗产由全体继承人共同共有，每位继承人的应继份是潜在的；若要最终转变为继承人单独所有，须经遗产分割程序并遵循物权变动法定公示方法方可；若要处分相关共同共有的不动产，也须根据《民法典》第 232 条办理登记。

《民法典》第 230 条不再规定“受遗赠”引发的物权变动规则。被继承人作出的遗赠和受遗赠人相应取得的受遗赠权仅具有债权效力。被继承人作出遗赠、被继承人死亡均不当然导致相应遗产权属转移归受遗赠人单独所有，而是使得受遗赠人取得移转所有权的请求权，受遗赠人还须根据《民法典》第 1124 条第 2 款作出接受或者放弃受遗赠的表示。被继承人作出遗赠、被继承人死亡、受遗赠人作出接受遗赠的表示，三个要件齐备时，遗产方归受遗赠人所有。受遗赠人若要处分遗产中的不动产，也须类推适用《民法典》第 232 条办理登记。可见，受遗赠人和继承人取得遗产的时间规则不同。同时有受遗赠人和继承人时，

受遗赠人和继承人之间也不会因为被继承人（遗赠人）死亡即构成共同共有关系。

在引发物权变动问题上，遗赠扶养协议可否类推适用遗赠规则？基于遗赠扶养协议的物权变动不适用债权意思主义的物权变动模式，达成遗赠扶养协议使得扶养人生养死葬的义务生效，扶养人受遗赠的权利也生效，但不当然导致物权变动结果的发生，这不同于夫妻财产约定或者离婚财产分割协议。根据《民法典》第 1123 条，虽然遗赠扶养协议优先于法定继承或者遗赠，但与遗赠中的受遗赠人一样，扶养人受遗赠的权利也仅具有债权效力，而非物权效力。“遗赠扶养协议的扶养人取得约定遗赠财产的权利自遗赠人死亡后才发生效力，并且以其认真履行扶养义务为前提条件。”问题是，遗赠扶养协议中的扶养人是否还须类推适用《民法典》第 1124 条受遗赠人作出接受遗赠的表示？使得扶养人取得遗产的时间和受遗赠人取得遗产的时间等同？笔者持否定意见。不同于法定继承、遗嘱继承或者遗赠，遗赠扶养协议属于有偿行为，遗赠扶养协议的合意中已经包含了扶养人接受遗赠的意思表示。因此，基于遗赠扶养协议取得物权的，自被扶养人死亡时发生效力，这与类推适用《民法典》第 230 条的结论一致。遗赠扶养协议中，扶养人的生养义务类似于合同义务，扶养人的死葬义务类似于后合同义务，扶养人在被扶养人死亡时取得遗产，若其不尽死葬义务，则可类推适用后合同义务的违约责任规则。

四、基于身份关系协议等身份法律行为的居住权变动

居住权可以通过合同方式、遗嘱方式或者裁判方式设立。通过裁判方式设立居住权，如根据《民法典》第 1090 条法院判决一方以居住权的方式对另一方进行离婚经济帮助，在离婚财产分割时也可以通过判决设立居住权，此时均直接适用《民法典》第 229 条自人民法院法律文书生效时发生居住权效力。

遗嘱不属于身份关系协议，而属于单方身份法律行为。以遗嘱方式设立居住权的，遗嘱本身的形式和效力直接适用《民法典》继承编的有关规定。《民法典》第 371 条规定：“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。”以遗嘱方式设立居住权的设立时间是否适用《民法典》第 368 条以合同设立居住权的登记生效主义规则？答案是否定的。以遗嘱方式设立居住权的，居住权若自登记时设立，则易出现住宅的继承人拒绝协助办理居住权登记等违背遗嘱人真实意思的现象，使得遗嘱设立居住权的目的落空。以遗嘱设立居住权的，不参照适用《民法典》第 368 条居住权登记生效主义规则，而应作变通调适。考虑到遗嘱属于死因行为，以遗嘱方式设立居住权的物权变动模式要排除《民法典》第 368 条的适用，不参照适用居住权一章，转而类推适用《民法典》第 230 条。以遗嘱方式设立居住权的，居住权自被继承人死亡时设立。“通过遗嘱方式设立居住权的，可参照《民法典》第 230 条的规定，自遗嘱生效即继承开始时，居住权设立。即依遗嘱创设居住权的，不以办理登记为设立条件。”

以遗嘱继承和遗赠方式设立居住权的，受遗赠人和继承人取得居住权的时间规则不同。以遗赠方式设立居住权的，被继承人作出遗赠、被继承人死亡均不当然导致相应居住权的设立，而只是具有债权效力，受遗赠人还须根据《民法典》第 1124 条第 2 款作出接受或者放弃受遗赠的表示。被继承人作出遗赠、被继承人死亡、受遗赠人作出接受遗赠的表示，三个要件齐备时，受遗赠人方享有居住权。

类推适用《民法典》第 230 条，如果通过遗赠扶养协议给扶养人设立居住权，自被扶养人死亡时发生效力。

如果通过夫妻财产约定、离婚财产分割协议等夫妻身份关系协议设立居住权，居住权的设立

也采取债权意思主义而非债权形式主义物权变动模式，该居住权未经登记不得对抗善意第三人。

五、基于夫妻身份关系协议物权变动对强制执行制度的类推适用

根据夫妻身份关系协议内外有别的物权变动模式，夫妻财产约定、离婚协议等夫妻身份关系协议一旦生效，即在当事人之间发生物权变动效力，若未采取法定公示方法，不得对抗善意第三人。以离婚不动产分割协议为例，若基于此协议取得不动产权利的一方（约定所有权人）未采取法定公示方法，能否对抗强制执行程序中该不动产登记名义人的其他债权人？

债权平等是债法的一项基本原理。申请执行人（债权人）对被执行人（如夫妻关系中的男方）享有金钱债权（请求权），而夫妻关系中的女方或者其子女基于离婚协议对登记在男方名下的房产享有过户登记请求权（该请求权属于债权，非物权），两种请求权不属于同种类别，法院基于占有、伦理等因素认定后者优先于前者，这并不违反债权平等原则。执行程序需要贯彻已经生效判决的执行力，因此在对执行异议是否成立的判断标准上，应坚持较高的、外观化的标准。符合最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 25 条至 28 条所列条件的，执行异议能够成立；不满足这些规定所列条件的，异议人在执行异议之诉中的请求未必不成立。是否成立，应根据案件的具体情况和异议人的主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较并综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

离婚协议的性质属于身份关系协议，而非《民法典》第 229 条规定的生效的法律文书，特定情形下基于离婚协议所获得的对不动产转移登记的请求权可以排除在其之后设立的债权对不动产的强制执行申请。离婚协议引发物权变动可以类推适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 28 条，这就扩大了该条物权期待权排除强制执行的适用范围：第一，离婚协议是在法院查封前就签订生效的，以证明没有利用离婚协议逃避债务的故意；第二，离婚后业已实际占有不动产；第三，离婚后有客观原因未办理登记。例如，因为房屋处在按揭中，登记名义人迟迟未清偿按揭，导致无法办理变更登记。符合以上三点，为保护无过错方的利益，离婚协议中对不动产归属的约定一般就可排除强制执行。

最高人民法院在“钟永玉与王光等案外人执行异议纠纷案”中，提出了应综合考虑各债权成立的先后顺序、债权的具体内容和性质以及涉及的不动产是否为了配偶一方的生活保障等四因素，确定保护顺序。除上述因素外，还应当考虑配偶一方对不动产未能过户登记是否存在过错，以及第三人债权是否具有法定优先或者应予特别保护的情形。在配偶一方的过户请求权与其他债权人的债权之间的冲突，属于婚姻法与财产法的交叉领域，如何解决两者的冲突本质上是利益衡量问题。如果配偶一方对不动产未能过户登记存在过错，第三人债权具有法定优先或者应予特别保护的理由的，应当优先于配偶一方的请求权清偿。但基于现实的多样性，如何确定清偿顺序更多的还需要在个案中进行衡量。法院不宜仅因未办理过户手续即排除案外人基于离婚协议约定对执行标的提出的权利主张，而应从立法目的角度、全面综合考量离婚协议是否存在恶意串通及债权形成时间、债权性质、债权内容、社会伦理等因素，进而确定对未过户房产享有更为优先民事权益的权利主张。

六、总结：宜确立基于身份关系协议、内外有别的物权变动模式

“法官在进行家庭法的续造时，不仅将目光投向了债法，而且投向了整个财产法。当涉及家庭关系中的财产时，还存在对物权法规则的类推

适用。”伦理家庭思维和市场经济思维有别，身份关系协议与普通财产合同，是引发物权变动的两类不同民事法律事实，基于身份关系协议的伦理性、身份共同体性及身份关系的持续性、安定性考虑，无论是合同法上还是物权法上都不宜将二者完全同等对待。我国对身份关系协议本身没有法定公示方法的要求，身份关系协议引发物权变动时，宜内外有别、内外兼顾，所以更倾向于债权意思主义+公示对抗主义，由此，身份关系协议引发物权变动时对物权变动公示原则本质上是参照适用，而非简单补充适用。身份关系引发股权变动时，还需遵循《公司法》第 84 条等规定，这是基于有限责任公司股权人合性特点决定的。

身份法回归民法是必要的和有益的。财产法规则能够兜住身份关系协议及相应物权变动法律适用的“底”，成为身份法领域的开放法源。婚姻财产关系离不开《民法典》物权编，但也不是直接适用或者补充适用物权编。《民法典》婚姻家庭编、继承编等身份法不可能面面俱到、巨细无遗，但是《民法典》合同编、物权编等财产法规则也从来都不是简单适用于身份关系领域，而是要充分尊重婚姻家庭关系的本质和基本原则。

立法论上，《民法典》婚姻家庭编中宜包含基于夫妻身份关系协议引发物权变动的一般规定——债权意思主义+公示对抗主义的物权变动模式，夫妻内部物权变动关系适用身份法规则，夫妻外部物权变动关系适用财产法规则：因夫妻财产约定、离婚协议等身份关系协议，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自该协议生效时在当事人之间发生物权变动效力，未经法定公示方法，不得对抗善意第三人。

遗赠扶养协议和夫妻身份关系协议不同，前者属于死因行为且扶养人和被扶养人的主给付义务有先后履行顺序，后者具有身份共同体的整体性特点，二者在物权变动模式上也有差别。基于《民法典》继承编遗赠扶养协议引发物权变动的，不采债权意思主义的物权变动模式，而要类推适用《民法典》第 230 条和第 232 条规定。

责任编辑：杨文德

华政学报 | 刘征峰 被误解和误用的家事代理——《民法典》家事代理规范体系基点再阐释

原创：2024-02-22 华东政法大学学报 刘征峰
https://mp.weixin.qq.com/s/OEmTzULcGRgLQPG28cY1ug

作者简介

刘征峰 中南财经政法大学法学院副教授，法学博士

本文系中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金（项目号 2722023BY009）和司法部国家法治与法学理论研究项目“婚后所得共同制下夫妻债务规范体系研究”（项目号 19SFB3035）的阶段性研究成果。

目 次

一、家事代理与夫妻共同债务的体系关联
二、家事代理、代理与默示同意处分
三、信赖保护问题

四、结论

摘 要

在《民法典》引入家事代理规范后，从体系视角出发，厘清其与相关规范的关系，是对其进行解释适用和法律续造的前提。司法实践对家事代理的误用主要表现为不当放大其功能和作用，这主要源于对其规范目的和构造的误解。作为婚姻效果，虽然家事代理与所得共同制下夫妻共同债务规范存在一定的交叉，但二者分属于不同领域，在效果排除上亦具有独立性。家事代理之效果不限于连带债务之形成，尚包含其他内容。在家庭日常生活范围内，代理具有排斥家事代理之效果，此种排斥效果需满足特殊的公开要求；在家庭日常生活范围外，虽然夫妻身份对知情沉默的认定具有影响，但家事代理并不是此种情况下信赖保护之基础。应根据行为名义及性质的差异，分别考虑适用表见代理、默示意思表示以及善意取得等规范。作为与代理完全不同的特殊涉他性规范构造，家事代理既不包含信赖保护之规范目的，亦不能承担信赖保护之重任。

关键词

家事代理　夫妻共同债务　代理　默示意思表示　信赖保护

遍阅民法，很难找到像家事代理这样奇特的规范构造，它突破了意思自治原则，将法律行为的效力当然及于第三人，将其称为民法上的怪胎亦不为过。《民法典》第 1060 条明确规定了家事代理权及其限制规则。在《民法典》颁布之前，一般将《婚姻法》第 17 条第 2 款以及对此进行解释的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 17 条作为我国肯认家事代理权的规范基础。但这两条规范均只涉及共同财产处分领域的家事代理权问题，并未扩展至其他领域。在司法实践中，法院对于家事代理权概念的使用已经远超共同财产处理范畴。2018 年最高人民法院颁布的《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称《夫妻债务司法解释》）将家事代理权作为第二种类型夫妻共同债务的法理基础。从《民法典各分编（草案）》开始，立法者就采纳了主流意见，增设了家事代理规范。按照立法工作者的解读，该规范之目的在于“方便经济交往和婚姻家庭生活，保护夫妻双方和相对人的合法权益，维护社会交易安全”。然而，这些规范目的之间究竟应为何种关系，在规范解释和漏洞填补中又应如何具体融入这些规范目标殊值研究。我国现有文献对于家事代理权的研究呈现出同质化倾向。相关研究或集中于对家事代理权的历史演变、性质、要件及效果进行文献综述式介绍，或在讨论夫妻债务问题时附带讨论家事代理权，未能从司法实践出发把握其中最为重要的规范协调问题。本文试图从体系角度出发，澄清司法实践对家事代理权的误用，通过归纳实践中的案型，将家事代理权规范与其他相关规范进行合理的区隔，厘清我国法中家事代理权规范的体系位置。

一、家事代理与夫妻共同债务的体系关联

（一）家事代理的功能澄清：扶养义务外化

在法制史上，家事代理制度出于给予妻子操持家务便利的考虑。现代家庭法奉行男女平等原则，家事代理权并非为妻子独有。比较法上，仍有相当立法例维持家事代理规定，这主要还是基于家庭团结的考虑。家庭团结是通过强化家庭共同生活义务来实现的。而家庭共同生活义务可以分解为家庭成员之间在扶养法上的义务。家事代理从本质来说是家庭扶养义务的外化。

家事代理权涉及积极的家庭扶养。易言之，通过家事代理权这一规范机制，夫妻另外一方参与到了家庭扶养中。**在债务负担层面**，通过将扶养义务外化，让负有扶养义务的一方直接对外承担债务，至少简化了法律关系。夫妻一方无须对外

承担债务清偿责任后，再向另外一方主张扶养费。这种外化为负责家务的夫妻一方提供了必要的经济自由，其在实施有关家庭日常生活的行为时无须征得另外一方的同意。从债权人的角度来看，按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第 34 条的规定，扶养费给付请求权属于《民法典》第 535 条第 1 款但书所称“专属于债务人自身的”权利，“其行使与否完全基于权利人本人的身份地位”，不能成为债权人代位权的客体。如果不存在外化规则，外部的债权人无法向受益的夫妻另外一方主张权利，明显不公。**在权利归属层面**，另外一方直接取得连带债权人地位是其扶养权利人地位外化的结果，他可以直接要求债务人履行债务。

夫妻间的实际扶养需求在确定家庭日常生活的范围时具有决定性。需要注意的是，家庭扶养不局限于《民法典》第 1060 条所规定的夫妻间扶养，还包括父母对未成年子女的抚养；祖、孙之间的抚养和赡养；兄姐与弟妹之间的扶养。此外，夫妻之间扶养义务亦决定了夫妻双方依据家事代理权承担连带责任后内部的追偿。

将家事代理权理解为扶养义务的外化可能面临这样的问题，夫妻双方不能通过协议排除扶养义务，但是可以通过协议排除家事代理权。实际上，无论夫妻一方依据《民法典》第 1060 条第 1 款与相对人约定限制或者排除家事代理权，还是夫妻之间依据《民法典》第 1060 条第 2 款限制或者排除家事代理权，均不影响夫妻双方的扶养义务本身，只是限制或者排除扶养义务的外化。如家事代理权被完全排除，非行为方在其受扶养权不能实现时，只能根据《民法典》第 535 条第 1 款向行为方的相对人主张权利，而不能直接取得连带债权人地位。如上所述，由于扶养权本身不能被代位，此时相对人无权向非行为方主张权利。

作为扶养义务外化的结果，家事代理权属于婚姻的法定效果。在性质上，有观点将其定性为夫妻人身关系的组成部分，亦有观点将其定性为夫妻财产关系的组成部分。从家事代理权规范的适用范围来看，所谓日常家庭生活并不包括身份的相关内容，《民法典》第 1060 条所称民事法律行为指向财产法上的行为。夫妻一方不能通过家事代理权代另外一方行使涉及身份性质的法律行为。从这一角度来看，家事代理权虽然以身份关系为基础，但是其在性质上为夫妻财产关系的组成部分。夫妻财产关系不等于夫妻财产制，前者包含后者。由于扶养义务并非夫妻财产制的组成部分，作为扶养义务外化结果的家事代理亦非夫妻财产制的组成部分。即使夫妻双方根据《民法典》第 1065 条的规定实行分别财产制，家事代理权仍然存在。

（二）作为体系关联基础的连带债务

《民法典》第 1064 条吸收了《夫妻债务司法解释》的规定，将以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务确定为夫妻共同债务。一般认为，这一债务类型认定背后的法理依据系家事代理权。相较于最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 24 条，《夫妻债务司法解释》的明显进步在于，不再将家事代理权作为夫妻共同债务统一的法理依据，而是从其产生原因区分了不同的形态。不同类型的夫妻共同债务的法理依据并不相同。

从《民法典》第 1065 条第 3 款的规定来看，如果夫妻双方约定财产归各自所有，且相对人知道该约定，则夫或者妻应以其个人财产清偿。值得讨论的是，是否能据此得出这样的结论——夫妻双方约定财产归各自所有且第三人知道同时排除了所有类型夫妻共同债务的适用。在此，存在两种可能的解释路径。**一种解释路径是**将《民法典》第 1064 条所规定的所有共同债务类型均作为我国法定夫妻财产制即婚后所得共同制的构成内容。如果夫妻双方通过约定排除了法定财产制的适用，则该条规定并无适用空间。**另外一种解释路径是**将《民法典》第 1064 条所规定的夫妻共同

债务类型根据其法理类型进行划分，约定分别财产制只能排除与共同财产制相关的夫妻共同债务类型，而无法排除与其无关的类型。前一种解释方案在体系上似乎具有形式合理性。《民法典》第 1062 条和第 1063 条是对婚后所得共同制积极财产部分的规定，而《民法典》第 1064 条是对婚后所得共同制消极财产部分的规定。紧随其后，《民法典》第 1065 条涉及约定财产制，第 1066 条涉及对婚内共同财产的分割。不过这种形式上的体系解释，忽略了家庭日常生活需要所负债务的特殊性。无论夫妻双方是否采纳法定的所得共同制，都应当共同承担家庭日常生活费用，由此形成的债务亦属于连带债务。

在比较法上，此项观点可由诸多立法例予以印证。以《法国民法典》为例，第 220 条规定了一方为家庭日常生活和子女教育所缔结的合同对另外一方的连带拘束力。易言之，夫妻双方应当对由此形成的债务承担连带清偿责任。该法典第 226 条规定，夫妻间相互权利义务的约定，除非有特殊规定可以适用夫妻财产制契约，否则无论实行何种夫妻财产制，均应作为婚姻的效力予以适用。与此相对，该法典在夫妻共同财产制部分对因家庭日常生活所形成的债务亦进行了规定。根据该法典第 1409 条的规定，依据第 220 条所形成的债务属于共同财产的债务。从这些规定不难看出，家庭日常生活所形成的负债在性质上属于连带债务，其责任财产包括但不限于共同财产。

在我国，并不存在共同财产的债务这样的概念，从《民法典》第 1064 条、第 1089 条的表述来看，立法者没有根据共同债务的类型区分其责任财产范围，共同债务亦未作为一种多数人之债的形态在合同编中规定。学界呼吁较为强烈的“有限责任论”在立法文本上未得到体现，司法解释所反映的共同债务即连带债务的规则仍应继续适用。参照法国法的前述立法逻辑，《民法典》第 1064 条规定家庭日常生活需要所负的债务不过是为了自身规定的周延性即婚后所得共同制中的共同债务当然包括家事代理所形成的连带债务。当然，《民法典》第 1064 条本身的周延性是存疑的。在我国，夫妻双方结婚后，共同债务与连带债务是同一事物的两个称谓。《民法典》第 1064 条第 1 款只规定了共同意思表示形成连带债务这种典型情形，并未规定其他类型的连带债务。事实上，只有除家庭日常生活范围外的其他共益型债务才与婚后所得共同制密切相关。由此，如果夫妻双方通过夫妻财产约定排除婚后所得共同制，实际上并不会影响其他类型的连带债务承担，包括通过家事代理权所形成的连带债务。需要注意的是，为家庭日常生活需要所形成的连带债务不局限于以个人名义，亦包括双方以共同名义这种形态。当然，如果夫妻双方与相对方明确约定债务为按份债务，则应从其约定，不应将其视为连带债务。

能否将夫妻双方排除法定财产制适用的约定视为《民法典》第 1060 条第 2 款所规定的双方对一方可实施民事法律行为限制的约定呢？有观点认为，《民法典》第 1065 条第 3 款所称“夫或者妻一方对外所负的债务”应当包括为家庭日常共同生活所负的债务。依此观点，排除法定财产制即排除了家事代理权。这种观点混淆了法定财产制与夫妻连带债务之间的关系。如上所述，夫妻双方约定实行分别财产制实际上只排除了与婚后所得共同制相关的那一部分债务。在分别财产制下，双方仍应就一方依据家事代理权所实施的法律行为承担连带清偿责任。由于家事代理权系婚姻的重要法律效果，双方对其进行限制应以明示方式进行，不能从夫妻财产制约定行为中进行推定。

与此相反的情形是，如果夫妻双方并未约定实行分别财产制，而只是约定排除一方的家事代理权，被排除家事代理权的一方以个人名义为家庭日常生活所需所负担的债务能否认定为共同债务呢？如承认此种情形下形成的债务仍属于夫妻共同债务，则会导致《民法典》第 1060 条第 2 款

的规定成为具文。此时，实施法律行为的一方承担责任后，可根据《民法典》第 1059 条的规定要求另外一方给付相应的扶养费。不难发现，夫妻双方对家事代理权的限制之重要功能在于避免扶养义务外化。

（三）连带债务之外：家事代理的其他法律效果

在形成连带债务之外，家事代理亦会产生其他法律效果。而夫妻共同债务规范处理债务本身的问题，如共同债务性质的认定、责任财产范围、清偿顺序及内部追偿问题。《民法典》第 1060 条所称对夫妻双方发生效力亦应包括权利归属效力。无疑问的是，家事代理规范所产生的债法上的效力不仅局限于连带债务，亦会形成《民法典》第 518 条意义上的连带债权。据此，在对外关系上应适用《民法典》第 521 条的规定。有疑问的是，家事代理之效果是否应扩展至物及其他财产的归属。在德国，行为方的配偶能否直接依据家事代理规范取得物权存在一定的争议。**一种观点认为**，非行为方并不能根据家事代理规范取得所有权。**另外一种观点则认为**，应当承认家事代理规范也适用于处分行为，除非处分人有相反的表示，夫妻双方形成共同共有，只承认债权效力实际上是将家事代理规范降格为纯粹的债权人保护规范。确定家事代理在权利归属上的效果时，不仅应当考虑财产变动的一般性规则，还应考虑夫妻双方所实行的财产制。

在德国，有观点认为，承认家事代理的物权变动效力将会对夫妻财产制的规范体系造成破坏。在我国语境下，是否存在这种体系破坏效应须结合我国所采纳的法定夫妻财产制的构造来具体分析。就法定财产制而言，与德国所采增益共同制下夫妻双方财产分别所有的思路不同，我国所采婚后所得共同制之根本系财产之共有。但是这种共有之判断，应处于财产法规则判断之后。如夫妻双方已经根据财产法规则形成了共同共有，无须再适用家庭法上的规则。故而需要同时考虑承认权利归属效果是否会对财产法规则以及法定夫妻财产制产生冲击。就最典型的物权而言，动产物权和不动产物权变动除债权行为外，原则上仍需交付或者登记，除非法律另有规定。其他财产的取得多需满足一定的形式要件。而在婚后所得共同制下，财产的共有及准共有是经历“逻辑上的一秒”之结果，财产法上的权利归属状态进行了自动转换，无须满足相应的形式要件。如果承认家事代理的财产变动效力，则面临其与婚后所得共同制的适用顺序问题。夫妻一方为家庭日常生活而实施法律行为所取得的财产根据《民法典》第 1062 条和第 1063 条的规定，既可能是共同财产，也可能是个人财产。这一问题在我国更具现实性，因为目前通说并未严格将家事代理局限于家务，而是扩展至家庭日常生活中。据此，夫妻一方购买诸如个人生活用品的行为亦属于日常家事代理的范畴。由此取得财产根据《民法典》第 1063 条第 4 款在性质上属于个人财产。如果婚后所得共同制下财产性质划分规则是最终规则，家事代理层面的权利归属毫无实益可言，只会人为增加教义上的复杂性。

更特殊的一种情况是双方实行分别财产制。在此种财产制下，家事代理仍有适用的空间。由于并不存在财产性质的自动转换，家事代理在财产归属上的意义凸显。此时，需要权衡承认家事代理权财产归属效力的利弊。就外部关系而言，即使第三人已经知道夫妻双方实行分别财产制，由于权利变动欠缺形式要件，亦可能对其产生不利。由此形成第二个“逻辑上的一秒”，进一步破坏现有的财产变动体系，妨碍交易安全。就夫妻内部关系而言，虽然在分别财产制下，双方仍可能未排除家事代理，但相比于债法上的效果，财产共有或者准共有明显与双方分别所有的意愿背道而驰。不能因为家事代理的适用范围有限，就否定这种背离。此外，虽然夫妻之间的扶养义务与家事代理密切相关，但据此确定家事代理财产归属效果同样存在问题，会在不同情形下分别

形成对料理家务的一方或者外出工作一方的不公平。基于以上理由，不应承认家事代理的财产归属效果。

在财产归属之外，家事代理之效果是否及于形成权存在一定的争议。在此，主要涉及两项问题："配偶双方中的一方行使权利是否已经足够了以及之后的法律后果是否对配偶双方都产生效力"。后一问题以前一问题为基础。对前一问题回答的关键在于，是否将非行为方视为合同的当事人。对前一问题持否定观点的学者认为，"非行为方并不是合同的当事人，其只不过是依据法律的规定向相对人清偿债务并主张行为方所享有的权利，非行为方只具有类似于保证人在债务人享有撤销权而不行使时的地位，此时因行为方享有形成权，法律行为实际上仍然处于悬而未决的状态"。根据《民法典》第 702 条的规定，保证人在此时可以拒绝履行保证责任。排除非行为方的当事人地位实际上并不合理，将其置于合同当事人地位并未对交易相对人造成不利。非行为方行使的形成权本身就是行为方原本享有的形成权。然而，在内部关系上，承认非行为方可以行使形成权带来这样的问题，其可能通过行使形成权来完全否定另外一方的家事代理权，导致家事代理规范被架空。实践中，最为典型的情形是，其能否主张《消费者权益保护法》第 24 条所规定的七日无理由退货。一种妥当的解释路径是将形成权行使之效力局限于本人，而非扩展至另外一方，这样可以避免行为方承担因其配偶成为合同当事人行使形成权带来的风险。

归纳起来，即使是在家事代理与夫妻共同债务重叠适用的家庭日常生活领域，家事代理之效果也并非局限于债务之连带，还包括债权之连带以及形成权之行使等其他效果。

二、家事代理、代理与默示同意处分

（一）名不符实的家事代理

家事代理虽然冠以"代理"称谓，但其并不是直接代理或者间接代理。无论是从构成要件还是从法律效果上来看，家事代理与二者均存在显著的差异。有观点认为家事代理系法定代理。此种立场只注意到了家事代理权系基于身份产生，不需要进行个别授权，但存在逻辑倒置之嫌。家事代理与直接代理中的法定代理存在巨大的差异，从要件上来看，法定代理同样需要满足显名规则，即法定代理人需要以被代理人的名义行为，否则无法确定行为归属。有观点将家事代理视为法定代理之重要理由在于法定代理不一定需要满足显名原则，此种理解明显与《民法典》第 162 条（《民法通则》第 62 条）的规定矛盾。

在家事代理中，从《民法典》第 1060 条的规定来看，并不要求夫妻一方在实施为家庭日常生活需要的行为时以夫妻另外一方或者以家庭的名义。这与《民法典》第 970 条规定的合伙事务执行存在明显的区分。合伙人在执行合伙事务时，需要公开合伙名义。无论是代理还是合伙，之所以需要公开名义，是因为"第三人应受到保护，他应当知道谁是其行为相对方"。除了最为典型的公开被代理人名义情形外，尚存其他例外类型。对例外类型的判断亦需从第三人是否存在可值得保护的利益出发。而在家事代理中，夫妻一方并不需要公开家事代理的事实，也不需要公开其配偶，甚至不需要公开其是否结婚。如后文所述，家事代理权规范在总体上为第三人带来了事实上的利益。尤其是在第三人是债权人的情形，他不仅可以要求直接与其交易的夫妻一方清偿债务，而且可以要求未参与交易的夫妻另外一方清偿债务。与代理行为相对人不同，家事代理行为的相对人此时并不存在值得保护的利益。他所期待的债务人并没有因家事代理而受到影响。如果相对人系债务人，因家事代理之效果而增加了其履行费用，可归为债权人原因导致的履行费用增加，应由夫妻双方作为连带债权人共同承担履行费用。他的利益并没有因不公开而受到影响。职是之故，家

事代理又被称为“加演节目”。第三人在与自然人发生交易时，该行为是否属于家事代理范畴通常并不构成双方的交易基础。这些交易通常建立在抽象人的假设之上，即使将其扩展至特定的身份，如消费者、劳动者，也并不能够涵盖自然人在家庭法上的地位。并且，如果将自然人在家庭法上的地位纳入第三人的合理预期范畴，则会产生巨大的交易成本，并导致交易事实上无法进行。

此外，自然人在家庭法上的状态通常并不属于交易所应披露的范畴，即信息义务的范畴。值得讨论的是，如果家庭法会影响自然人的履约能力，尤其是会一般性地影响其责任财产，此时是否应当进行披露呢？这种情况主要是指夫妻法定财产制所形成的财产共有对自然人的责任财产形成的影响。在自然人未结婚的情况下，自然人的所有财产都属于责任财产；在自然人结婚的情况下，其取得的财产属于夫妻共同财产，责任财产可能相应地减少或者增加。在这种情况下，自然人同样没有披露义务。家庭法已经通过相应的规则，比如适度扩张夫妻共同债务的范围，来调整这种利益失衡，而不是通过强制婚姻信息披露来分配这种风险。第三人在与自然人交易时应当预见到对方可能已婚，也可能未婚。《民法典》第 1065 条第 3 款虽然规定夫妻双方约定财产归各自所有时，交易相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿，但并不能从该款规定中解释出自然人在实施民事法律行为时具有强制信息披露义务。该款规定的真正意义在于明确约定财产制对外发生效力的条件。在家事代理情形中，由于其与夫妻双方选择适用何种财产制无关，举重以明轻，行为人自然更无此项信息义务。

同样，在家事代理场合，行为人的代理意思，准确来说是涉他意思，并不是家事代理发生效力的要件。而在代理中，对于代理意思是否是代理的构成要件存在一定的争议，但是通常而言，代理公开包含了代理人的涉他行为意思。由于家事代理本身并不需要满足公开要件，行为人的涉他意思在此并不重要。行为人不能以不存在涉他意思为由否认行为对其配偶的效力。

从法律效果来看，家事代理与直接代理存在明显的差别，《民法典》第 1060 条所称对夫妻双方发生效力，系指法律效果归属于夫妻双方，在夫妻双方之间形成连带关系。对于直接代理而言，根据《民法典》第 162 条的规定，法律效果直接归属于被代理人。二者确实存在这样的相似性，即一人行为的效果归属于他人，但二者归属的形态存在较大的差异。在直接代理中，代理人并不是法律行为所形成的法律关系的主体，而在家事代理中，行为人是法律关系的主体之一。从《民法典》对直接代理法律效果的规定中不难看出，家事代理并不属于直接代理的范畴。

综上，家事代理与直接代理虽然均属于涉他性法律构造，但二者在构成要件和法律效果上存在上述明显的差异，家事代理只能被认定为代理之外的特殊法律构造。因此，《民法典》关于代理之规定不能适用于家事代理。

（二）代理、默示同意处分与家事代理的识别

1. 家庭日常生活需要范围内家事代理的识别

由于代理和家事代理存在上述法律效果上的巨大差异，在确定夫妻一方所实施的行为效力时，有必要先对其性质进行识别。在日常家庭生活范畴内，需要明确代理是否仍然有适用的空间。回答这一问题的关键在于将家事代理权理解为法定代理权还是特殊类型（sui generis）的权力。如前所述，家事代理无法在既有的代理规范体系中得到合理的解释，宜采后一种观点。既然其是特殊类型的权力，自然不能因家事代理权的存在而当然排除代理的适用。因此，重点在于根据情形进行区分。

在日常家庭生活范畴内，代理发生效果的要件要多于家事代理。如果未满足代理的要件，自然不存在代理的适用空间。在夫妻一方的行为同时满足代理和家事代理要件的情况下，需要明确

究竟应发生何种效力。在夫妻一方直接以另外一方的名义行为时，这一问题更为凸显。如前所述，家事代理的要件中并不包含类似于代理的公开性要件，一般认为行为人以自己名义、配偶名义或者双方名义，乃至于家庭名义均无不可。实践中行为人常不表示名义或者以自己名义。有法院认为，以本人名义或者配偶名义不影响家事代理效果的发生，即使行为人明确以其配偶的名义行为，也应当认定为家事代理。这种理解实际上建立在这样的观点之上：在家庭日常生活范畴，家事代理绝对排斥代理的适用。易言之，家事代理不能因此被排除。根据《民法典》第 1060 条的规定，家事代理可在两种意义上被排除，即夫妻一方与相对人另有约定以及第三人知道夫妻双方存在排除的约定。在夫妻一方明确以另外一方名义行为时，不能从中当然解释出其具有排除家事代理的效果。

夫妻一方以另外一方的名义行为又可以细分为夫妻一方披露被代理人为其配偶和夫妻一方未披露被代理人为其配偶两种情况。**就前一种情况而言**，既然夫妻一方在实施法律行为时已经披露被代理人为其配偶，第三人此时仍愿与其实施法律行为，可以将其解释为行为方与第三人之间形成了《民法典》第 1060 条第 1 款所称的“另有约定”。据此，此处所谓“另有约定”既包括双方约定该行为仅对自己发生效力，亦包括该行为仅对其配偶发生效力。**有意见认为**，在家庭日常生活范围内，即使存在夫妻另外一方授权并以其名义行为也不能排除家事代理规则，行为方应当明确表明限制家事代理权的意思。这一要求明显过于严苛，在行为方已经披露被代理人为其配偶时，其排除家事代理的意思已经十分明确，不应据此否认其效力。**就后一种情形而言**，因客观上从其代理公开中无法探知其具有排除家事代理权的意思，不应承认其效力。

当然，代理要发生效力仍需其配偶已经事前赋予其代理权或者嗣后进行了追认，不能从家事代理中解释出一种仅对其配偶发生效力的法定代理权。值得讨论的是，在此种情形下，夫妻一方对另外一方的委托代理授权对家事代理权的影响。合理的立场是并不能从这一行为中当然解释出夫妻双方存在《民法典》第 1060 条第 2 款所称限制家事代理权的约定。

事实上，将出具授权委托书解释为限制家事代理权需要建立在这样的前提之上——法律容许当事人通过单方行为限制家事代理权。《民法典》第 1060 条第 2 款未规定单方通知限制家事代理权的情形。是否允许单方限制必须考虑家事代理之规范目的。家事代理权是否应当允许夫妻一方以单方通知的形式排除不无疑问。立法例亦呈现出一定的分歧。持限制态度者如《瑞士民法典》。依《瑞士民法典》第 174 条之规定，夫妻一方对另外一方婚姻共同体之代表权之限制需满足逾越代表权或者无行使代表权之能力两项实质要件之一，且需要向法院申请。《德国民法典》则采用了相反的逻辑。根据《德国民法典》第 1357 条第 2 款的规定，夫妻一方可以通知的形式限制或者排除另外一方的家事代理权，但是如果这种限制或者排除显无理由，另外一方可以申请法院废止这种限制或者排除。我国台湾地区“民法”第 1003 条第 2 款则规定对家事代理权的限制仅限于滥用家事代理权的情形。与之相对，《奥地利民法典》第 96 条则规定夫妻一方可直接向第三人表示排除家事代理权。在承认是否应当允许单方通知排除的问题上，直接通知第三人或者通知配偶应作同等评价，不能仅承认前者而否认后者。故而，《奥地利民法典》实际上是认为夫妻一方排除家事代理权不受限制。

是否允许任意排除，涉及两方面的利益考量。如前所述，家事代理之本质系扶养义务之外化。如允许单方任意排除，对夫妻另外一方而言并无实际损害，因为其仍可依据《民法典》第 1059 条之规定主张扶养费给付。参照《民法典》第 59 条第 2 款的规定，对于第三人而言，这种单方限制

要发生效力需要其在通知向其作出的情况下受领通知或者知道夫妻一方向另外一方作出了这种限制，故而其利益不会受到影响。是故，应当承认单方限制的效力。

在承认夫妻一方可以通知方式限制另外一方家事代理权的前提下，仍不宜将出具授权委托书的行为解释为限制的通知。夫妻一方实施代理授权行为可能是基于第三人之要求，或者为了其配偶行为之便利，并不能当然从中推定出具有排除家事代理权的意思。延伸的问题是能否从其撤回代理权之行为中解释其具有限制家事代理权之意思。与作出代理授权不同，撤回代理授权行为通常应解释为具有相应限制其家事代理权之意思，否则这样的撤回毫无意义。

在另外一种情形下，即家事代理权已经被限制时，行为人当然可以作出个别的代理授权。行为人的此种代理授权亦不宜解释为对限制家事代理权通知的撤回，即使授权的范围与之前限制的范围一致，对家事代理权限制的撤回仍应当以明示方式进行。

同样，在家庭日常生活需要范围内，对共有或者准共有财产的处分并非基于默示同意处分。这里并不需要对处分的事前同意或者嗣后追认进行推定解释，有权处分的效果源于法律的直接规定，而非夫妻另外一方的意思表示。

2. 超越家庭日常生活需要范围行为的效果归属

对于超越家庭日常生活需要范围的行为，无家事代理的适用空间。我国司法实践在认定超越家庭日常生活需要范围行为的归属时，时常将家事代理与代理混合使用，模糊了二者的界限，颇为不当。在涉及法律行为效果是否归属于行为人的配偶时，应按照这样的顺序进行——先考虑是否满足家事代理的要件，再考虑家事代理权是否被排除或者限制，最后考虑是否可以适用直接代理的规定。即使不符合家事代理的要件，亦有可能满足直接代理之要件，但直接代理并不包含连带效果。但是，这并不意味着夫妻双方不可能承担连带责任。如果双方实行的是法定的婚后所得共同制，此项债务仍然可能依据《民法典》第 1064 条的规定被认定为夫妻共同债务，进而行为人本人也成为连带债务人。例如，夫妻一方协助另外一方开展生产经营活动，受另外一方的委托以其配偶的名义对外签订了合同。虽然这一行为不属于家事代理之范畴，不能据此对本人发生效力，但是因其属于共同生产经营所形成的债务，双方仍应对此承担连带清偿责任。即便如此，仍有必要对二者按照上述顺序厘清，不应本末倒置，将夫妻一方实施的而应由双方承担连带责任的行为均置于家事代理规则下处理。

上述适用顺序中最为核心的问题在于，**判断行为是否与家庭日常生活需要相关**。日常家庭生活需要并不是一个确定性概念。最高人民法院认为，家庭日常需要的支出是指通常情况下必要的家庭日常消费，主要包括正常的衣食消费、日用品购买、子女抚养教育、老人赡养等各项费用，是维系一个家庭正常生活所必需的开支。 需要注意的是，抽象描述无法在个案中准确界定夫妻一方的行为是否与家庭日常生活需要相关，仍需结合个案情形予以考量。按照江苏省高级人民法院的意见，判断家庭日常生活需要的考量因素主要包括债务金额、举债次数、债务用途、家庭收入状况、消费水平、当地经济水平和一般社会生活习惯。按照浙江省高级人民法院的意见，判断家庭日常生活需要可以结合负债金额大小、家庭富裕程度、夫妻关系是否安宁、当地经济水平及交易习惯、借贷双方的熟识程度、借款名义、资金流向等因素。归纳这些因素，其中最重要的便是家庭的收入和消费水平。扶养义务的确定与家庭的收入水平密切相关。据此，似乎应当以实际的家庭经济状况为基准进行判断。但相反的意见认为，应以家庭对外所展现的消费水平为标准，从客观第三者的角度来确定。这种客观理解实际上是将交易安全和第三人信赖凌驾于通过家事代理实现家庭

团结这一根本性的规范目的之上。后文在讨论第三人信赖问题时将对此进行详述。

夫妻一方的行为可能与家庭日常生活需要直接相关，例如赊购日常生活用品，也可能与家庭日常生活需要间接相关，如实施小额借贷。**后者的判断原则上应当严于前者**。从《民法典》第 1060 条第 1 款的表述来看，法律并没有将家事代理局限于负担行为。结合《民法典》第 1062 条第 2 款的规定，家事代理亦可适用于对夫妻共同财产的处分。但是否包含对另外一方个人财产的处分不无疑问。例如，夫妻一方变卖在性质上属于另外一方个人财产的首饰用以购买家庭日常生活用品。否认家事代理可以适用于此种行为的理由主要包括两点：**其一是**家事代理仅限于直接的负担行为。此种观点明显与我国通说相悖，民间借贷在我国是家事代理的重要适用场域。**其二是**家事代理源于家庭扶养，而家庭扶养仅能以请求权的方式行使，不能径直处分配偶财产实现私力救济。然而，此种理解与我国法允许夫妻一方基于日常生活需要对夫妻共同财产进行处分的立场相悖。故而，此两项理由在我国法下均无立足之地。实际上，家事代理是夫妻双方应就涉及双方共同生活的事项形成一致意见的一项例外，作为例外应采限缩解释之立场。如承认家事代理适用于夫妻一方对另外一方个人财产的处分，则可能导致例外被放大，过度干涉另外一方的决定自由。并且，承认家事代理适用于夫妻一方对另外一方个人财产的处分也与《民法典》第 1060 条所称“对夫妻双方发生效力”的文义相悖。

在夫妻一方擅自处分另外一方个人财产或者超越家庭日常生活需要处分共同财产时，应根据其使用的名义分别适用无权代理和无权处分规则。例如，在夫妻一方未经另外一方的委托授权，以双方名义处分双方共有的房屋时，有法院以另外一方知情却不表示反对，夫妻双方有家事代理权为由，判决买卖合同对其发生效力。默示意思表示的解释需要事实基础，家事代理权本身并非事实基础。在夫妻一方将其身份证、户口本、房产证等证件交由另外一方在交易时出示时，有法院从中推定出代理权授予之意思，并以家事代理作为认定基础。这种推定本身并无问题，但是其基础并非家事代理权，而是非签字方的行为。此处法院不过是想表达夫妻之间作为紧密的生活共同体，在交易习惯中的这些行为应被作为默示的意思表示处理。对于不具有夫妻身份的普通人而言，并不能从中一般性地推断出代理权授予之意思。对于夫妻而言，在一方知道交易存在，且将上述证件交给另外一方时，夫妻之间的特殊身份产生了这种高度的盖然性。

在夫妻一方以自己的名义对共同财产进行超出家庭日常生活需要范围的处分或者处分另外一方的个人财产时，部分法院对处分效力的理解存在偏差。有法院将此种情形非行为方配偶的知情沉默之效果确定为代理之发生，混淆了无权代理的追认和嗣后同意处分的问题。亦有法院认为，在一方对另外一方无权处分行为知情沉默时，不构成无权处分，其立论基础在于家事代理和民法上的诚信原则。以诚信原则作为立论基础不存在疑义，但将家事代理权作为立论基础却存在重大问题。正确的解释路径是，如果一方知情却不作异议，应作为默示同意处分处理，这种默示同意处分既可能发生在行为之前也可能发生在行为之后。

因此，在无权处分和无权代理场合，夫妻之间的特殊身份可能会对默示意思表示的认定产生影响。不能将这种夫妻特殊身份所产生的影响归入家事代理，它与家事代理完全无关。

三、信赖保护问题

（一）信赖保护的一般性否定

前述家事代理误用现象多与误解家事代理之规范目的相关。其中，尤为关键的是家事代理之规范目的是否包含对交易相对人的保护。持支持

观点的一方认为，家事代理具有保护第三人利益，维护交易安全的功能，因为夫妻之间存在最紧密的联系，财产关系具有很大的隐秘性和模糊性，第三人的合理信赖值得保护。其合理性需区分负担行为和处分行为予以讨论。

在负担行为场合，由于家事代理之适用范围有限，第三人通常不关注具体交易对象的履约能力。尤其是在现金交易中，家事代理几乎无存在的意义。如果第三人关注与其交易的对象的履约能力，其与家事代理亦无关系，因为其有权知道的是与其进行交易的相对人。至于夫妻身份对用以承担责任的财产关系的影响，如前文所述，系夫妻财产制需要解决的问题，与家事代理亦无关系。这也是家事代理不将配偶公开或者婚姻状态公开作为其要件的重要原因。第三人不能因为家事代理效果之发生，根据《民法典》第 147 条的规定以重大误解为由要求撤销合同。如前文所述，相对人的婚姻状态并不构成交易之基础，亦非合同之内容。**因此**，作为债权人的第三人依据家事代理所获得的额外保护并不建立在信赖原理之上。**相应地**，在婚姻无效或者被撤销的情况下，第三人不能主张所谓表见家事代理。**同理**，在双方婚姻关系已经终止（一方死亡或者离婚）的情况下，即使第三人不知道该情况，也不能主张类推适用《民法典》第 174 条的规定。

同样地，在第三人作为债务人时，不能根据其信赖相对人为唯一债权人而排除家事代理之效果。在债权让与场合，债务人尚不能以债权让与为由拒绝履行，只能根据《民法典》第 550 条之规定主张由让与人负担增加的费用。同理，此处作为债务人的第三人同样不能以债权人变动为由而主张拒绝履行。值得探讨的是，如果该债权根据《民法典》第 1062 条的规定，属于不得让与的债权，作为债务人的第三人能否据此要求排斥家事代理效果的发生。与债权转让不同的是，家事代理形成的是连带债权关系。虽然依据《民法典》第 518 条第 1 款前半句之规定，无论是行为方还是非行为方均可要求债务人履行。但债务人仍有选择的权利，选择向缔约方配偶履行，其利益并没有受此影响。其中一种特殊的情况是，如果债权人与相对人约定债权不得让与，亦不应将其解释为双方存在排除家事代理的约定，理由有二。**其一**，此种情况下债务人仍有继续选择债权人履行的自由。**其二**，排除家事代理效果的约定需以债务人明知存在家事代理为前提，双方排除债权让与并不等同于债务人知道家事代理的存在。并且，债权让与和连带债权的形成亦非同一事物。

在处分行为场合，家事代理主要适用于动产。然而，此时并不需要家事代理发挥保护善意相对人的作用，善意取得制度已经具备了这样的功能。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第 14 条的规定，受让人受让动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定为善意。不难看出，此处的可信赖事实指向处分人之处分权。在动产处分中，这种信赖建立在占有的表征功能之上。**然而**，占有的表征功能较弱，不能仅凭占有事实就对其具有处分权产生合理信赖，还需要考虑其他因素。相对人的婚姻状况无疑是影响合理信赖认定的重要因素。但婚姻状况的信赖与家事代理并不存在直接关联。在第三人明知或者应知与其交易的相对人已婚的情况下，从相对人占有中推定其有权处分的合理性被大大降低。

当然，这一问题讨论的前提是相对人对该动产的处分属于无权处分。只有无权处分的情况下，才有进一步讨论是否适用善意取得的必要。如前文所述，家事代理仅可能适用于对共同财产的处分。在家庭日常生活范围内，行为方属于有权处分，自然无善意取得的适用空间。对于超越家庭日常生活范围的动产处分，应根据名义的差异分别考虑表见代理和默示同意处分，均与家事代理无关。唯一值得讨论的情形是，第三人信赖相对人所进行的处分属于家庭日常生活范围。这实际上涉及家庭日常生活范围应如何判断的问题。一

种观点认为，应当采纳客观第三人标准，从理性的交易相对人角度出发进行判断。**另一种观点则认为**，不应考虑交易相对人的看法，而应根据实际情况个别考察行为是否确为家庭日常生活需要而实施。如前文所述，家事代理系扶养义务外化之结果，如果将第三人之信赖作为确定家事代理范围之基础，就会与这一目的发生严重的冲突，也与家事代理无须以公开作为要件的构造相违背。既然家事代理的公开并非其要件，也就无所谓担心“第三人不免受不测之损害”的必要。故而，应当以家庭的实际生活状况而非第三人可信赖的外观作为确定标准。

家事代理之规范目的不应包含信赖保护亦可从相反的情形中推知。即使第三人合理信赖与其交易的相对人未婚，亦不影响家事代理效果的发生。第三人欲将合同之效力局限于与其交易的相对人时，则应根据《民法典》第 1060 条的规定进行明确的约定。这种约定并不会对其产生过多的负担。

（二）例外情形下的善意保护

作为一种例外情况，《民法典》第 1060 条第 2 款规定夫妻双方对家事代理的限制不得对抗善意相对人。这一规定之目的在于避免非行为方通过与其配偶倒签限制行为方家事代理权的协议来摆脱责任。并且，在承认非行为方可以单方限制行为方家事代理权的情况下，如果不设定信赖保护来限制这种行为，将引发巨大的道德风险，并导致家事代理规范成为具文。法律为相对人提供的此种保护是针对行为已经实施的情形。尤其需要注意的是，相对人即使在行为时不知道与其交易的自然人已婚，亦不影响本款的适用。此处可信赖的事实指向不存在家事代理权被限制的情况，存在相对人知道行为人已婚却不知道家事代理权被限制以及相对人不知道行为人已婚这两种情况。**有观点认为**，第三人的善意应当局限于明知，而不包括因重大过失而不知。举重以明轻，相对人因过失而不知的情形亦应被排除。这种理解对作为交易相对人的第三人明显有利。由于在善意认定中，过失要件扮演了重要的衡平作用，如将其排除在外，利益平衡将无法展开。并且，在证明责任分配上，主张家事代理限制对第三人发生效果的非行为方应承担举证责任。易言之，非行为方应当证明第三人明知。**然而**，明知之事实往往难以证明。这实际上会加剧利益失衡状态，导致对第三人的过度保护。此处善意的判断至少应当与《民法典》第 1065 条第 3 款保持一致，将因过失而不知的情况纳入。之所以应纳入此种类型，**实乃**因为家事代理本就属于对第三人的额外保护，理应对其科以一定的注意义务。

四、结 论

在实定法已经明确规定家事代理的情况下，应当将研究的重心从是否引入家事代理转向规范的解释和续造之上。解释和续造之关键在于厘清与其他相关规范的关系。学界以及司法实践对家事代理之所以出现大量的误解和误用，正是对家事代理规范目的及其特殊构造缺乏清晰的认识。就家事代理的规范目的而言，无法从“钥匙权”的历史发展中寻找答案，而应考虑当今家庭生活之新面貌以及社会生活中出现的典型交易情况。在此种涉他性法律构造的解释和续造中，极易产生误解的是交易安全保护问题。不能将交易安全保护当然作为支持引入家事代理的理由，同样也不能将其作为规范解释和续造的价值指引。家事代理作为婚姻的效果，是扶养义务外化之结果，并实际上产生了有利于第三人之结果。**此外**，由于家事代理之构成要件亦不包括公开，亦可反面印证家事代理规范目的并不包括交易安全保护。不能本末倒置，将交易安全作为解释和续造的出发点。

在此种认识的基础上，要厘清家事代理之体系基点，需要进一步明晰家事代理规范与夫妻共同债务规范以及家事代理规范与表见代理规范、

默示意思表示规范之间的关系。**就前两者的关系而言**，在负担行为层面，家事代理之效果并不局限于连带债务之形成，而是直接将非行为方作为法律关系的主体，形成权之行使亦应包括在内。但不宜将债权以外的其他财产共有或者准共有之形成作为其效果，后者应在夫妻财产制的框架内解决。此外，家事代理之效果还包含处分权之拟制。夫妻双方实行分别财产制并不意味着排除家事代理，限制家事代理亦不意味着双方实行分别财产制。**就家事代理与表见代理、默示意思表示的关系而言**，在家庭日常生活范围内，代理仍然有适用的空间，在判断顺序上处于劣后顺位。对于超出家庭日常生活范围的法律行为，家事代理不具有任何适用的空间，不能将其与表见代理或者默示同意处分混为一谈。

总之，考虑到家事代理的体系违和效应，在解释和续造上应保持谦抑性，严格限定其适用范围，避免其沦为纯粹的债权人保护工具，从而背离其规范目的。

（责任编辑：吴一鸣）

（推送编辑：汤芷妍）

本文载于《华东政法大学学报》2024 年第 1 期。因篇幅较长，已略去原文注释。如需了解更多，请查阅原文。阅读和下载全文 pdf 请点击下方“阅读原文”或登陆本刊官网 xuebao.ecupl.edu.cn；编辑部在线投稿系统已更新，欢迎学界同仁登录 journal.ecupl.edu.cn 惠赐大作！

程皓楠：论婚姻登记瑕疵的职权纠正——评梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案

原创：2024-02-23　法治社会期刊　广东省法学会
https://mp.weixin.qq.com/s/3UWOs-yPEutyANL8odcSYA

作者简介

程皓楠，中国人民大学法学院博士研究生。

内容提要

登记机关依职权纠正有形式瑕疵的婚姻登记有利于兼顾私法自治与依法行政两方面的要求。梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案的实质争点在于婚姻登记的瑕疵能否适用职权纠正。依职权纠正有瑕疵的行政行为是依法律行政原则的要求，可以在现有法秩序中证立。类比撤销判决的形成力，职权废除瑕疵行政行为的同时可能需要履行重作义务，才是完整的纠正；类比情况判决制度，职权纠正权要受利益衡量的约束。离婚登记仅是私法行为的生效要件，系私法确认性行政行为，废除存在形式瑕疵的离婚登记并不会导致已消灭的婚姻关系复活。本案二审判决以法安定性约束被告的职权纠正权，值得商榷。

全文首发在《法治社会》2024 年第 1 期第 104-114 页。如需全文，欢迎点击“**阅读全文**”查看本文完整电子书，或在中国知网下载。敬请赐稿《法治社会》！

关键词

职权纠正　形成性行政行为　确认性行政行为　婚姻登记　拘束力

目次

引言：婚姻登记的行政法面向
一、案情简介与判决思路
二、规范秩序中的职权纠正权
（一）职权纠正权的规范基础
（二）职权纠正权的边界
三、婚姻登记的性质与效力

（一）是否是行政法上的行为？

（二）是否是行政行为？

（三）是否是确认性行政行为？

四、职权纠正的适用范围

引言：婚姻登记的行政法面向

婚姻登记是民法与行政法的交叉点：依据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千零四十九条，进行婚姻登记是要求结婚男女双方的义务；依据《婚姻登记条例》第二条，依申请办理婚姻登记又是行政机关的职责。那么，当婚姻登记存在瑕疵时，以何种方式纠正就是一个值得探讨的问题。我国学者近年来对此的研究也注意到了婚姻登记的双重面向，意识到了应当区分婚姻登记的瑕疵与婚姻的瑕疵、婚姻登记的效力与婚姻的效力，不应当使得登记的瑕疵影响婚姻的效力，理所当然的推论就是“婚姻登记在法律效果上具有民行合一的特点，婚姻登记行政诉讼实乃‘名行实民’的非典型行政诉讼”，“《行政诉讼法》关于行政判决方式的规定并不能完全适用于婚姻登记行政诉讼”。这一思路固然有利于保障婚姻自由，但有忽视婚姻登记行政法面向之嫌。一方面，对存在明显瑕疵的婚姻登记适用确认违法判决而非撤销判决，是出于保障私法自治而折损法治国家原理的权衡，但这一权衡隐藏着一种未被仔细审视和检讨的前理解：婚姻登记的效力会决定婚姻的效力；另一方面，行政违法的纠正不仅可以通过行政法庭的判决，也可以通过行政机关的职权，但当下婚姻登记瑕疵处理的研究视角通常聚焦于民事诉讼和行政诉讼，却将登记机关的职权纠正遗漏在外，不能不说是一种缺憾。

因此，本文拟以梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案为例，探讨婚姻登记瑕疵职权纠正的可能性与适用范围。

一、案情简介与判决思路

梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案刊载于《最高人民法院公报》2022 年第 1 期。本案共经两审，但案情并不复杂。原告梁某某与第三人黄某某本系夫妻，黄某某婚后入籍新加坡，2015 年二人协议离婚，隐瞒黄某某已经入籍外国的事实，由被告民政局违反《婚姻登记条例》第二条第二款规定的级别管辖为二人办理离婚登记。2018 年被告民政局发现该登记存在违反级别管辖规定的瑕疵，告知梁某某并作出了《关于黄某某隐瞒国籍与梁某某办理离婚登记的情况说明》，确认双方于 2015 年办理的离婚登记为无效登记。原告不服，诉至法院。违反级别管辖即构成行政越权，是严重的行政行为瑕疵，应予纠正，这是依法行政的要求。本案所涉离婚登记存在可能构成无效的越权瑕疵，对此两审法院均无异议。但是应予纠正的瑕疵行为事实上是否应当纠正，又应如何纠正是两审法院的分歧所在。

一审法院认为，对于“是否应当纠正”的问题，答案是肯定的，有错必纠不仅是依法行政原则的当然推论，也是《江苏省行政程序规定》（2015）第一百零三条的要求。对于“如何予以纠正”的问题，依据江苏省民政厅《关于进一步明确婚姻登记工作有关事项的通知》（苏民事〔2013〕2 号）（以下简称《婚姻登记工作事项通知》）这一规范性文件中的相关规定，以确认无效方式予以纠正并无不妥。二审法院则认为，离婚登记属于行政越权无效的例外情形，基于离婚登记的不可逆性，即使存在违反管辖权规定的瑕疵，被告也无权确认无效或予以撤销。但是被告能否以其他方式纠正该瑕疵，法院则未作说明。

二、规范秩序中的职权纠正权

据上述分析，案件的争点在于越权无效原则能否适用于离婚登记，具体而言就是被告有无消灭瑕疵离婚登记效力的职权。对此，被告与一审法院持肯定的观点，原告与二审法院持否定的观

点。以下拟在梳理各方观点的基础上，对该职权的法律基础进行说明。

（一）职权纠正权的规范基础

行政机关的职权纠正权一般由行政程序法规定。德国《联邦行政程序法》依据瑕疵的严重程度为行政机关的职权纠正权设置了梯度，对于无效的行政行为，第 44 条第 5 款规定了行政机关可以随时依职权确认无效；对于可撤销的行政行为，第 48 条第 4 款规定行政机关可以在得知后一年内撤销。相较于德国法，《江苏省行政程序规定》第一百零三条规定的职权纠正仅限于“行政程序行为违法”这一情形，纠正方式与纠正时限也都不明确。学说上通常将管辖权合法与程序合法分别作为行政行为合法的要件，《江苏省行政程序规定》将管辖权规定在第二章第一节，将行政程序由第三至第八章分类规定，将管辖权越权视为“行政程序违法”或者将第一百零三条类推适用于管辖权越权，在法解释上颇为勉强。因此就本案而言，将被告消灭越权离婚登记效力的职权诉诸《江苏省行政程序规定》第一百零三条恐怕并不妥当。

实定法规范未明确规定职权纠正权时，只能进行解释学作业加以填补。行政机关的职权纠正原则上应予肯定。从目的的角度看，这是依法律行政原则的要求，依法律行政原则可追溯至《中华人民共和国宪法》第五条，也得到了学界与实务界的一致认可；从行为的角度看，职权纠正其实是行政机关作出一个新的行为对旧的违法行为进行纠正，只要这个新的行为在各个要件上没有瑕疵，就是一个依职权作出的有效且合法的行为。《中华人民共和国行政诉讼法》第六十二条与第七十四条规定被告改变原被诉行政行为时，原告可以撤诉或要求确认违法，这至少也可以表明，我国法秩序一般是默认容许职权纠正。这是被告与一审法院主张中的合理之处。实际上，后来修订的《江苏省行政程序条例》（2022）第一百六十二条也对行政机关的职权纠正权做了一般性的规定。但需要注意的是，撤销或者宣布无效只是职权纠正的手段之一，即使不考虑后来的《江苏省行政程序条例》（2022）第一百六十二条第三款，2013 年的《婚姻登记工作事项通知》也规定了作为职权纠正手段的补正与更正，这一定程度上也能反映职权纠正权行使方式的梯度：对于仅具有轻微瑕疵的行政行为，如笔误或身份证号输入错误，补正与更正更为妥适；对于更为明显或重大的瑕疵，再予以撤销或确认无效。撤销或确认无效本身是否可以实现对瑕疵的纠正呢？此处可以参照撤销判决的拘束力进行体系性解释：“在撤销判决作出后，行政机关应当尊重判决的效力，不仅不得在将来重复同一违法行为，还应按照判决的意旨，重新考虑原案，消除与法院判决相矛盾的违法状态”。撤销判决的拘束力在消极与积极两个层面对行政机关提出要求：消极层面的拘束力就是禁止反复效力，不容许行政机关以同一事实和理由作出相同的行政行为；积极层面的拘束力则可能课予行政机关撤销矛盾行为义务、重新处理义务和恢复原状义务等。撤销判决作出后，由行政行为所创设的法律关系灭失，行政机关与相对人的法律关系恢复至被诉行政行为作出前。若被撤销的行政行为是授益性行政行为或拒绝授益决定，并且撤销理由是行政行为程序违法，则原告的申请行为依然存在，原被诉行政机关应当依申请重新作出行政决定。若被撤销的行政行为是负担性行政行为，且原告确有违法行为而应当承担法律责任时，原被诉行政机关当然可依其职权作出新的合法行政决定，而无须法院作出重作判决方才有重作权限。既然行政机关的重作义务是撤销判决拘束力的积极效果，那对于职权纠正而言，撤销或确认无效也不应当是纠正的全部内容，如果被诉行政行为作出前的法律关系中存在行政机关的某种作为义务，行政机关就应当依法履行该义务。

本案中涉及的离婚登记是依申请而为的行政行为，即使该离婚登记因越权而被依职权确认无效，那原告与被告民政局之间的法律关系就相当于恢复至离婚登记申请作出时，此时被告负有依申请履职的义务，即依据《婚姻登记条例》第十三条进行审查，决定是否进行离婚登记。从这一角度来看，被告仅确认越权的离婚登记无效，但未履行重作义务。尽管本案中被告不是适格的管辖机关，但也可以向申请人进行教示并移交民政厅以促进该违法行为的纠正，因此被告的纠正至少是不完整的。

（二）职权纠正权的边界

依法律行政原则要求维持合法的状态，撤销一切违法的行政行为，但这一原则不是绝对的。法的安定性要求维持法律关系和状态的稳定性与持续性，从而为公民“提供对未来预见的可能性，来避免新的事物关系突然冲击所造成的不利益”。保护公民对法安定性的信赖有时可以构成依法律行政原则的例外，从而限制对违法行政行为的撤销。德国《联邦行政程序法》第 48 条第 2 款明确规定公民对行政给付合法的信赖构成违法行为撤销的限制，我国则是将“公共利益”作为依法撤销的例外，如《中华人民共和国行政许可法》第六十九条第三款规定“依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销”，以及《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第一项规定的情况判决制度，当撤销违法行政行为会给国家利益与社会公共利益造成重大损害时，法院只能作出确认违法判决以维系行政行为的效力。“公共利益”本身是极具包容性的不确定法律概念，公共利益之“多数性”在张扬人权的现代宪法理念中逐渐稀薄，“对公益概念的认知，将逐渐由对不确定多数受益人的重视，转向对公益的质量之上”，法秩序的安定性以及相对人的信赖利益也可能经由对公益的解释成为对依法撤销的限制，如《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》（法释〔2010〕15 号）第十一条第三款将第三人的善意取得规定为限制撤销违法房屋登记的原因。

判决撤销与职权撤销都是对违法行政行为效力的破除，而对抗性的诉讼程序比行政程序更为严格，也就是说，通常情况下法院在诉讼程序中认定的违法性比行政机关自行发现的违法性更为确凿和显著。既然在诉讼程序中更为确凿和显著的违法性确认都不能破除行政行为的效力，举重以明轻，则适用于违法行为的情况判决的利益衡量标准至少也适用于对违法行为的职权纠正。二审法院即持这一观点，指出职权纠正权要受利益衡量的约束，如果职权纠正会给国家利益、社会公共利益及相关法律秩序带来重大且难以恢复与补救的损害，这种纠正就是不容许的。至于利益衡量在本案中的具体展开，二审法院认为离婚登记的效力被职权消灭“将会使相关人身法律关系处于随时可变化的不稳定状态，也会使社会公众对婚姻登记机关的离婚登记行为产生不安全感及不信任感，使《婚姻法》确定的一夫一妻等基本原则和基本社会关系架构遭到破坏”，这种法状态的安定性是在衡量中比依法律行政原则更具优势的公共利益，因此本案中被告民政局职权纠正的权限应当受到限制。

相较于一审法院，二审法院强调离婚登记之所以应在利益衡量中进行特殊的考量，是因为其认为离婚登记的效力不仅关乎行政法律关系的安定，还关乎相对人婚姻关系这一重要民事法律关系的安定，此即二审法院所强调的“离婚登记中当事人婚姻关系的解除具有不可逆性”。隐藏的逻辑是婚姻登记的效力可以决定婚姻的效力，因此离婚登记的废除在效力上相当于婚姻关系的恢复，与这种不可逆性不相容，这也恰是原告所担心的问题——“云龙区民政局作出确认离婚登记无效、双方仍为夫妻关系的行为，直接（可能）使得已经再婚的当事人陷入重婚犯罪的危险之中”。然而，二审法院对于离婚登记效力的这一理解面

临体系解释上的困难：如果婚姻登记的效力等同于婚姻的效力，同为婚姻登记，结婚登记的职权废除却并未受到同等严格的限制。如何解释这种职权纠正权的差异？再进一步，既然离婚登记的废除相当于婚姻关系的恢复，那么决定复婚的男女可以选择请求废除离婚登记，《民法典》第一千零八十三条与《婚姻登记条例》第十四条又何必设立复婚登记？

分析至此可见，案件的争点与疑难点实质上是离婚登记的性质与效力。如果认为离婚登记对婚姻关系有形成性的效力，则持二审法院的理解进路，基于法安定性的考虑限制被告的职权纠正就是正确的选择；但如果认为离婚登记并无形成效果，其废止不会使得已消灭的婚姻关系复活，则利益衡量中法安定性的需要就不会压倒依法律行政的需要，法院应当肯定职权纠正行为的效力并敦促被告履行对离婚申请的重作义务，由有管辖权的机关进行一个无瑕疵的离婚登记。

三、婚姻登记的性质与效力

本案的关键在于如何理解离婚登记的法律效力。为避免法解释上的体系矛盾，本文拟将离婚登记与结婚登记一并作为婚姻登记展开分析。婚姻登记的申请与处理涉及公民与行政机关之间的行政法律关系，婚姻涉及有关私主体之间身份权利与财产权利的民事法律关系，婚姻登记作为这两组法律关系的交叉点，既需遵守依法律行政的要求，也不能妨害私法关系中的意思自治。而因为实质或形式瑕疵使得婚姻登记的效力与当事人意志不相符时，如何经由对婚姻登记的法律性质与效力的界定而理顺登记效力与婚姻效力的关系，就会成为一个问题，冒名结婚或离婚是实质瑕疵的典例，而本案可作为形式瑕疵的典例。下文拟对各种可能的界定进行分析，看哪一种界定更契合实定法、更符合学理逻辑，处理上述两种典例情形时能更好地满足依法律行政与意思自治的要求。

（一）是否是行政法上的行为？

首先需要厘清的是，婚姻登记是否是行政法上的行为。有民法学者认为将婚姻登记理解为民事法律行为更为妥当，因为“结婚登记是以民事法律行为为理论基础的，当事人身份关系及财产关系的变动是意思自治的结果，并不为登记机关所左右”。该观点是将婚姻登记作为结婚或离婚这一身份行为的一部分来看待。的确在民法上，婚姻是具有强人身属性的法律关系，婚姻的成立与解除意味着配偶法律关系的成立与消灭，涉及婚姻双方一系列的民事权利与义务。因此，婚姻自由是从《中华人民共和国婚姻法》第二条延续至《民法典》第一千零四十一条的首要原则，当事人自主自愿地决定自己的婚姻问题，不受任何人的强制和非法干涉。将婚姻登记视为民事法律行为，摒除其中的公权力要素，自然有助于维护当事人的婚姻自由。在比较法上，也有国家承认仪式婚姻乃至事实婚姻，由神职人员主持的宗教婚姻仪式，以及满足当事人的结婚能力、结婚目的、同居事实以及夫妻身份的公示性要件的事实婚姻，与具备了形式要件的法律婚有同等的效力，法律均予承认。

但我国实行登记制的婚姻制度，《民法典》第一千零四十九条明确规定结婚应当申请结婚登记，第一千零七十六条规定自愿离婚应当申请离婚登记。未经结婚登记但以夫妻名义共同生活的同居关系固然不被法律所禁止，但无法得到同婚姻关系同等的保护；同理，只要未经离婚登记，配偶关系中的权利义务也不会消灭。之所以要对婚姻的成立与解除设立登记这一要件，在于婚姻家庭关系具有社会性，“是社会中人口再生产的单位、重要的经济单位和教育单位”，“婚姻成立后导致的法律效力，不仅反映在婚姻家庭的法律规范上，而且还会反映在其他的法律规范上”，国家运用法律程序对婚姻这种特殊的社会关系加以审查和监督有其必要性。进行婚姻登记是民政部门

的法定职责，《婚姻登记条例》就是专门规范婚姻登记工作的行政法规，《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）》（法释〔2020〕22 号）（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）第十七条第二款规定“当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”，可见婚姻登记存在程序瑕疵时，行政救济是法定的救济方式。该观点错误地忽视了婚姻登记的行政属性，与实定法规定不相容。

（二）是否是行政行为？

行政法上的行为依据有无处分性分为行政（法律）行为与事实行为，行政行为是以实现某种法律后果为目的的意思表示，事实行为则欠缺这种意思表示，并不直接产生法律效果。有学者认为，不动产登记尽管是由高权机关作出的权力行为，但只是对相对人提交的材料加以确认（如实记载）的事实，缺乏登记机关的意思表示，其公示公信的法效果来自物权上的规定，本身并不创设房屋权利，因此应视为行政法上的事实行为。婚姻登记与不动产登记相当类似，如若借鉴这一思路，即可将婚姻登记视为登记机关记录相对人结婚或离婚这一意思表示的事实行为，不包含登记机关的意思表示，也不形成法关系。将婚姻登记界定为行政法上事实行为的优势同样在于维护私人在婚姻关系上自由。事实行为不产生法律效力，也就无所谓有效与无效，决定婚姻关系的只是双方的意志，婚姻登记只是对双方当事人申请时刻意志的摹写，不可能对婚姻关系的成立与解除产生影响。婚姻效力也因此不受瑕疵婚姻登记效力的影响，对于自始违背当事人婚姻合意的实质性登记瑕疵，如冒名结婚或冒名离婚的情形，被冒名者可以提起行政诉讼主张后果消除请求权，要求通过纠正登记档案中的错误来消除所遭遇的不利。

采取该界定是否适当取决于婚姻登记是否符合事实行为的特征，也取决于该界定能否较好地应对实务中的疑难。对于前者而言，事实行为的特征在于“缺乏（行政机关的）意思表示”，并且“不直接产生法效果”。比附不动产登记的事实行为说来界定婚姻登记的性质，潜藏着的前提性认识就是：法律婚姻关系的变动完全取决于当事人的合意，婚姻登记行为只是对成立法律婚姻关系合意的记录，不包含登记机关的任何意思表示。但这一前提不甚坚实，法律上婚姻关系的成立不仅需要双方的合意，还不得存在合意之外的法定婚姻无效情形，如《民法典》第一千零五十一条规定的重婚、有禁止结婚的亲属关系以及未到法定婚龄；婚姻关系的解除也需要当事人在离婚的合意之外“对子女抚养、财产、债务等问题达成一致处理意见”，法律规定婚姻登记机关的审查义务（《婚姻登记条例》第七条、第十三条）就是为了确保当事双方合意之外其他法定条件的满足。因此进行婚姻登记是对申请的实现，也是履行审查义务后的行政判断，至少包含着对“当事人符合合意之外其他法定条件”的肯定，难谓全无行政机关意思表示。此外，婚姻登记是否不直接产生法效果也存在疑义，《民法典》第一千零四十九条明确规定“完成结婚登记，即确立婚姻关系”，第一千零八十条规定“完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系”，可见婚姻登记是婚姻成立与解除的法定要件，鉴于婚姻登记的基础法律关系与婚姻登记的不可分离性，认为婚姻登记仅具事实效果而无法律效力显得颇为勉强。

对于后者，该界定虽然可以对实质性登记瑕疵的行政救济提供解释，但如何纠正不违背当事人婚姻合意的形式性登记瑕疵则存在不足。本案即是典例，登记机关的分级管辖权由《婚姻登记条例》第二条设定，但是管辖权瑕疵不会影响当事人对于婚姻的合意以及合意之外其他法定条件的满足，因此一个存在管辖权瑕疵的离婚登记并

不会产生违反《民法典》婚姻家庭编规定的、需要消除的事实效果，因此无法通过后果消除的方式予以纠正；事实行为无法被撤销或确认无效，仅剩的纠正选择就是确认违法，但该被确认违法了的登记持续存在并产生影响，当事人仍可基于该违法的登记再婚并取得新的结婚登记，确认违法成为一种缺乏现实意义的、纯粹的宣告，不能不说是折损了依法律行政原则的价值。

综合考虑后可以认为，婚姻登记不甚符合事实行为的特征，尽管该界定在现实中疑难的解释上有一定优势，但不能以牺牲行政行为基础理论的逻辑整全为代价，故而并不可取。

（三）是否是确认性行政行为？

如上所述，对于婚姻登记而言，其行为构造上多少存在着行政机关的意思表示，其效力依据民法上的相关规定又是婚姻关系变动的要件之一，因此将婚姻登记界定为行政法律行为而非行政事实行为更为妥适。婚姻登记属于行政确认大致是我国当下学界的通说，也是本案二审法院所持的观点，“据此，离婚登记是婚姻登记机关依当事人的申请，对当事人之间自愿解除婚姻关系及子女抚养、财产等问题所达成的协议予以认可，并以颁发离婚证的形式确认当事人之间婚姻关系解除的行政行为”。行政确认是“行政主体依法对行政相对人的法律地位或者有关法律关系、法律事实进行甄别，基于确认、认定、证明（或否定）的行政处理行为”，如何理解行政确认的法效果与法效力可能还需要回溯到形成性行政行为与确认性行政行为这一对概念。

形成性法律行为与确认性法律行为都是依据处理的内容对行政行为的分类。形成性行政行为的内容是建立、改变或消灭具体的法律关系，确认性行政行为的内容则是对某人的权利或具有法律意义的资格的确认。有别于事实行为，确认性行政行为具有处理性是因为这是一种有拘束力的确认，“与单纯的‘通知’或简单的证明相比，确认性行政行为以高权性声明——旨在实现特定法律后果的‘最终性’规律——为前提”。确认性行政行为的拘束力可以类比确认判决的实体效力来理解，确认判决不包含可执行的内容，但是判决对权利或法律关系存在与否、文书真实与否的认定具有禁止废除和禁止偏离的效果。确认性行政行为也类似，行政机关作出的确认拘束其他行政机关和私人，通常可以被直接援引，在诉讼程序中也会产生证明责任转移的效果，而这是事实行为所不具有的。有别于形成性行政行为，确认性行政行为在内容上是面向过去的确认而非面向未来的形成，不能创设行政法中尚未存在的法律状态或效果，在效力上也不具备要求法院尊重其判断的构成要件效力，即所谓“行政确认对法院一般不具有拘束力”。依据行政行为对私法关系的效力是决定性的、促成性的还是仅予以确认，又可以分为私法形成性行政行为与私法确认性行政行为。考虑到形成性行政行为总要包含一定的确认内容，确认性行政行为即使缺乏形成力，也具备一定的约束力，二者有时并不容易区分。

学界与实务界的探讨中存在以下两种区分标准。**第一种**区分标准是“国家意志对民事基础关系和基础事实的渗透和介入”程度，即行政机关进行的是形式审查还是实质审查，前者对应确认性行政行为，后者对应形成性行政行为，这一标准看似简明但并不能很好地应用于实践，因为形式审查与实质审查之间并不存在明确的差异。以不动产权属登记为例，《民法典》第二百一十二条与《不动产登记暂行条例》（2019）第十八条、第十九条的规定被解释为“形式审查义务为主，实质审查义务为辅”，并未能厘清审查义务是形式性还是实质性的争议。本文所涉的婚姻登记也存在类似的问题。除此之外，这一区分还面临学理上的质疑：“形式审查和实质审查只是行政机关行使权力的两种不同方式，为何其与行政行为的效力会存在直接关联？”故本文认为不足以为参照。

第二种区分标准则依据民事法律行为要件理论探讨行政行为对于民事行为效力的影响，进而界定其性质。这一观点在德国法上颇受青睐。德国民法上区分了法律行为的成立与生效，成立要件的具备仅使得法律行为成立，只有具备生效要件，该法律行为方生效力，在此之前或为无效、或为可撤销、或为效力未定。有学者进一步将生效要件细分为有效事由与有效障碍事由，前者是积极要件，从落实私法自治的角度考量；后者是消极要件，从落实国家管制的角度考量，这种区分影响了举证责任的分配。区分成立要件与生效要件的原因可以追溯至民事法律行为的效力基础。有别于奉效力法定为圭臬的公法，私法以意思自治为基础，当事人可以凭借自己的意思表示形成法律关系，只不过这种自我设权应当在法律秩序容许的范围内进行，存在意思自治以外的法定生效要件，法律行为的成立与生效有一定区隔。但无论如何，“私法自治为法律行为之积极效力基础，而以制定法仅为法律行为之消极的效力瑕疵基础”。因此可以看行政行为究竟是民事法律行为的成立要件还是生效要件，是使得民事法律行为产生还是确认该民事法律行为有效，据此区分该行政行为属于私法形成性行政行为还是私法确认性行政行为。当然，在个案中仍旧需要法解释才得以依据这一标准界定行政行为的性质，但至少提示释法者应超越行政机关的行为义务本身，结合该私法关系及国家规制的目的进行解释。

就本案所涉的婚姻登记而言，《民法典》第一千零四十九条“完成结婚登记，即确立婚姻关系”，以及第一千零八十条“完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系”的规定将婚姻登记行为与婚姻关系的确立与解除相连结，但此处的“确立”与“解除”应当理解为确立婚姻或解除婚姻这一法律行为的成立还是生效呢？本文认为后者更为可采。因为婚姻的缔结与解除是具有强人身属性的法律上的身份行为，较之财产行为更应承认私人的意思自治，国家设立婚姻登记更多的是出于管理性的目的。如果认为婚姻登记是婚姻确立或解除的成立要件，几乎相当于认为结婚与离婚需要的不是男女双方的合意，而是男女双方与登记机关（国家）三方的合意，这显然与宪法保护的婚姻自由全不相容。此外，该理解更具体系解释力：对于婚姻关系的确立，由于历史的原因、登记制度的不健全以及法制宣传的不到位，我国农村特别是边远地区仍旧存在为数不少的未经民政机关登记的事实婚姻，我国对于这些事实婚姻并未一概予以否认，仅是督促双方补办登记（《民法典》第一千零四十九条），已经补办登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算（《婚姻家庭编解释（一）》第六条）。这表明，即使未经结婚登记，符合实质结婚条件的男女缔结的婚姻至少应被视为成立，因此才能经由登记而溯及性地生效。相应地，在婚姻关系的解除上也存在一定的区分，离婚使夫妻之间因婚姻所发生的身份上、财产上的一切权利义务关系随之消灭，离婚登记是财产分割协议的生效要件（《婚姻家庭编解释（一）》第六十九条），但并不是身份上权利义务消灭的唯一要件，比如刑事司法中通常认为婚姻关系处于非正常存续期间不能排除强奸罪的成立。这表明离婚合意不仅标志着解除婚姻这一法律行为的成立，甚至无须离婚登记就可消灭部分身份上的权利义务。

分析至此可得出结论，婚姻登记是婚姻关系成立或解除的生效要件，应被视为私法确认性行政行为，其内容是行政机关对申请双方适格、达成真实的婚姻合意、满足合意以外其他法定条件的确认，申请双方成立或解除婚姻关系的民事法律行为因此生效。该行政登记对婚姻生效的确认具有权利证明的作用，可以约束其他行政机关，在该婚姻登记的效力成为民事诉讼或刑事诉讼的先决问题时虽然不能约束法院，但仍具有推定效力，证明责任人无须再对婚姻的成立或解除额外举证。反之，若行政机关不予登记，这同样是对申

请双方不适格、未达成真实的婚姻合意或不满足合意以外其他法定条件的确认，申请双方成立或解除婚姻关系的民事法律行为不生效的实质原因并非不予登记本身，而是不满足民法上成立或解除婚姻的实质条件。而无论行政机关作出的决定是予以登记还是不予登记，都属履职行为，申请双方行政法上的申请权都得到了实现。

四、职权纠正的适用范围

依据本文分析，婚姻登记是私法确认性的行政行为，并不具备形成效力。婚姻关系的成立是结婚这一民事法律行为的法效果，而非结婚登记这一行政行为的法效果，结婚登记只是对当事双方满足结婚条件的确认及婚姻关系成立的记录；婚姻关系的解除是离婚这一民事法律行为的法效果，而非离婚登记这一行政行为的法效果，离婚登记只是对当事双方满足离婚条件的确认及婚姻关系已解除的记录，结婚登记因离婚登记的作出而由登记机关职权撤销，而非离婚登记本身意图实现的法效果。因此，有必要区别婚姻登记的形式性瑕疵与实质性瑕疵，形式性瑕疵只影响登记的效力，通常不影响婚姻的效力，因此可以通过职权纠正而使得“名实相符”；实质性瑕疵则涉及当事双方是否满足结婚或离婚的法定条件，通过影响婚姻的效力而影响登记的效力，因此不宜通过职权纠正。

婚姻登记的形式瑕疵就是管辖权瑕疵、程序瑕疵及作出形式瑕疵。婚姻登记是行政法律行为，所以形式瑕疵会影响登记的效力，但在婚姻双方达成真实的合意且满足其他法定条件时，形式瑕疵不应影响婚姻的效力，否则就是对私法中意思自治的妨害，此时更宜采取撤销或宣布无效同重作相结合的方式进行纠正。本案所涉及的就是离婚登记的形式瑕疵，涉案离婚登记因管辖权瑕疵被确认无效只会导致原告与第三人之间解除婚姻关系的法律行为因欠缺生效要件而处于成立但效力未定的状态，但并不会导致已消灭的婚姻关系恢复。确认性行政行为并不拘束法院，因此，倘使原告或第三人在这种未定状态下再婚，也不会陷入重婚犯罪的指控。当然这种效力未定的状态也是法安定性所不允许的，但这种不安定状态可以通过重作消除。以婚姻关系解除的不可逆性为由限制被告的职权纠正，轻易突破依法律行政原则，难谓妥当。本文认为应肯定被告的职权纠正，只不过为使得原告的民事法律关系尽快恢复稳定，法院应要求被告尽快履行重作义务，由适格机关（本案中是江苏省民政厅）为原告与第三人进行离婚登记，对申请时原告与第三人离婚意思表示真实、符合其他法定离婚条件进行确认。

婚姻登记的实质性瑕疵就是行政机关对申请双方适格、达成真实的婚姻合意、满足合意以外其他法定条件的认定同事实不符。婚姻登记的实质性瑕疵通常也会影响婚姻的效力。对于结婚登记的实质性瑕疵而言，行政机关对存在真实结婚合意、满足其他法定结婚条件的错误认定分别对应民法上规定的可撤销婚姻与无效婚姻，当事人可以通过向民事法庭提起婚姻撤销之诉或婚姻无效之诉、向婚姻登记机关请求撤销婚姻（《婚姻登记条例》第九条）获得救济，结婚登记的效力随婚姻的效力一并消灭。而行政机关错误认定申请当事人（即冒名结婚）的情形则又可分为存在被冒名者的冒名结婚与不存在被冒名者的冒名结婚，但无论是哪种情形，行政机关都存在未尽审慎审查义务以确定申请者身份的明显违法，结婚登记中的双方根本不存在结婚的合意，因此双方婚姻关系应被视为自始不存在，即可以撤销登记或确认登记无效的方式进行职权纠正。对于离婚登记的实质性瑕疵而言，如果瑕疵来自行政机关错误认定双方达成离婚合意或对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致，由于这类瑕疵通常并非行政机关履职不善而导致的，也并非行政机关尽审慎审查义务就能避免的，故而不宜承认行政救济，以免不当地干预私法关系。实定法并未规定可撤销的离婚与无效的离婚，当事人通常只能

向民事法庭提起离婚协议变更或撤销之诉来挽回财产损失（《婚姻家庭编解释（一）》第七十条），或进行复婚登记重新获得夫妻身份关系。如果瑕疵来自行政机关错误认定申请当事人（即冒名离婚），则有必要承认行政救济。行政机关未审慎确定申请者身份就登记离婚，损害了被冒名者的身份与财产权利，显系违法，应予撤销或确认违法，因为婚姻双方之间并不存在离婚合意以及对其他事项的协商一致，不符合离婚的实质条件，双方的婚姻关系原则上应当因离婚登记效力的消灭而恢复。当然，如果其中一方再婚，出于保护第三人信赖利益及婚姻登记制度公示效力的需要，作出确认违法的情况判决就更为妥适，被冒名者可通过向行政机关主张国家赔偿责任或向冒名者主张侵权赔偿责任而填补损失。

（责任编辑：陇　西）

赵 蕾 ｜ 【专题聚焦】遗产管理人制度的程序建构：如何指定与为何指定？ ——基于实体与程序交互实质性促进理论框架

2024-02-23　经贸法律评论

https://mp.weixin.qq.com/s/gZIYwiHALh1mlV8UvEctag

作者简介

赵蕾，法学博士，华南农业大学人文与法学学院副教授。

来源

《经贸法律评论》2024 年第 1 期“中国式民事司法的现代化”专题。此处为方便阅读，略去注释。

目录

一、问题的提出
二、遗产管理人制度程序建构的理论框架
三、如何指定：指定遗产管理人案件的规范解释
四、为何指定：遗产管理人制度程序建构的发展性作业
五、结语：迈向实体与程序交互实质性促进的遗产管理人制度

引言

遗产管理人是在继承开始后遗产分割前，负责处理涉及遗产有关事务的人。因为继承人在继承开始之后并不总是立即到位，有时其继承权并不确定，故而必须对遗产进行妥善照管。现代意义上的遗产管理人源于日耳曼时期的“指定受托人”，本质上是由不具有继承权的第三人对遗产行使管理和处分权能的一项制度。不少国家和地区的民法都承继了这项制度，规定了遗产管理人制度。《中华人民共和国继承法》（已废止）侧重于保护继承人的利益，缺乏对遗产债权人的保护。

然而随着我国经济的快速发展，在人民群众财富不断增加的同时，财富的结构也发生了变化，很多被继承人在留下巨额遗产的同时也留下了很多需要清偿的债务。为此，《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 1145—1149 条新增遗产管理人制度，填补了遗产管理人角色空缺的情况，是一项实质性的进步。为了与《民法典》规定的遗产管理人制度相衔接，《中华人民共和国民事诉讼法》（2023 年修正，下称新《民事诉讼法》）第十五章“特别程序”新增第四节“指定遗产管理人案件”，为此类案件的审理提供了明确的程序指引，增强了规则的可操作性，有利于遗产管理人制度功能的充分发挥。本文基于指定遗产管理人案件的规定，对遗产管理人制度的程序建构进行研究，旨在解决新《民事诉讼法》实施后对此问题的理解与适用，同时回应遗产继承发展变革的时代之问。从问题意识与写作目的出发，笔者希望通过实体与程序交互的实质性促进理论框架，推动遗产管理人制度的程序建构，以求教于学术同仁。

一、问题的提出

《民法典》出台之后，《民事诉讼法》与《民法典》的协调与衔接问题成为“当前最重要的任务之一”。实体法学者与程序法学者都对遗产管理人展开了研究。实体法学者以李永军、王奎国、王葆莳为代表。其中，李永军从实体主体和程序主体的同一性切入，基于实体法上遗产“概括继承”原则否定了遗产管理人的诉讼主体地位。王奎国认为，遗产管理人独立于继承人、遗产债权人的特殊法律地位决定其规范解释的基本立场和价值取向。在此基础上，王葆莳等提出遗产管理人制度的不明确之处可以通过规范解释的方法予以澄清，明确遗产管理人职责的开始、辞任、解任、债务清偿等问题。程序法学者以刘学在、陈杭平、马丁为代表。其中，刘学在等认为，遗产管理人根据遗产管理活动的职务关系性质而享有诉讼实施权。陈杭平提出“民诉法学界有必要对遗产管理程序展开研讨，形成实体与程序的衔接融合，为该问题的妥当解决提供方案”。马丁将遗产管理人的独立主体地位与职责综合性作为实体法对程序法的挑战，并且通过实体与程序互济消解这种挑战。

新《民事诉讼法》通过第 194—197 条，分别对人民法院受理相关主体提起指定遗产管理人案件的案件管辖、审理原则、特殊情况另行指定、裁判撤销等方面进行了规定，建立了指定遗产管理人案件特别程序。不过，这些规定是否妥当解决了指定遗产管理人案件的主要问题，例如，“有争议的利害关系人”如何界定与判断？“申请人提交材料”包括哪些与如何审查？“有利于遗产管理”的内涵与价值指向为何？“指定遗产管理人”的裁判与效力如何认定？对于上述问题的回答，需要对第 194 条和第 195 条进行规范解释，为修改《民事诉讼法》司法解释提供相关意见。此外，除了解决遗产管理人“如何指定”，还需要通盘考虑“为何指定”，即设立指定遗产管理人案件的制度目的——倘若无法解决遗产管理人的当事人资格问题，那么指定遗产管理人的立法目的可能面临落空的危险；倘若没有重视诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接，就无法形成整体统一、高效运行的遗产管理人制度的程序规则。

进言之，从深层理据而言，通过法律解释方法无法一一回答上述问题。一方面，解释法学对法律文本具有严重依赖性，且新制度之功效仍有待实践验证，不可能甫一面世就是完美的，这加剧了法解释的局限性。另一方面，虽然学者们都注意到遗产管理人制度的实体与程序交互视角，但是对于“为何交互”“如何交互”缺少一种实质性促进理论框架及其逻辑进路。因此，如何架构实体与程序交互的实质性促进理论框架，推动遗产管理人制度的程序建构，就成为本文的核心问题。

二、遗产管理人制度程序建构的理论框架

如何才能实现实体与程序交互的实质性促进？我们需要一个理论框架。因为理论框架是整个论文的“蓝图”，也指导着我们如何从哲学论、认识论、方法论上提出解决问题的有效途径。为推动遗产管理人制度研究的实体与程序交互的实质性促进，本文提出理论框架架构的三个维度“法理—程序—方法”，并且遵循“如何指定—为何指定”逻辑进路展开论证。

（一）理论框架的三个维度

遗产管理人制度程序建构的理论框架分为三个维度，其中实体与程序交互属于锚定和理解问题的理论之维，非讼程序性质属于检视和分析问题的程序之维，法律解释方法属于解决和完善具体规则的方法之维。三个维度之中实体与程序交互是理论基础，决定了遗产管理人制度程序建构的理论理性；非讼程序性质是展开，决定了遗产管理人制度程序建构的程序理性；法律解释是方法，决定了遗产管理人制度程序建构的工具理性。

1. 理论之维：实体与程序交互法理

学术界尚未凝练出实体与程序交互法理的概念，但已经形成了一个初步的共识：“对民事生活的妥当规制既需要民法作用的发挥，也需要民事司法制度作用的发挥，更需要两者相互考虑、相互配合、相互补充漏洞。”实体与程序交互法理是继德国普通法末期实体法与程序法分离之后的一种“必然”。因为实体法与程序法同属私法体系，两者法律领域之界限常有交叉；“特别是实务中处理案件纠纷，法律人务必关注实体法与程序法相互间的衔接和配合，将其整体把握、予以运用，方为正途。”反之，如果一味采用实体法抑或是程序法单一角度来分析涉及实体法与程序法交叉的问题，既无法形成“体系化”的理论阐释，也无法进行“行之有效”的实践操作。《民法典》为民事纠纷的解决提供了实体法根据，但若没有民事诉讼制度和程序的配合，《民法典》将难以落地生根。换言之，“实体法基于事后、全能视角所作的规定，离不开处于场景之中、基于有限信息及理性的程序法做支撑”。因而，实体与程序交互法理的意义首先体现在对制定法进行法律解释、法律评析，按照“交互”而非“分离”去理解和解决指定遗产管理人案件的适用问题，形成一种“理论自觉”。

实体与程序交互法理既能够帮助研究者全面地认识交叉性问题的双重属性，正确地处理交叉性问题中实体法与程序法的关系，也能够帮助解释规范，展开程序建构研究。前者是指实体与程序交互研究方法能够弥补以往对于交叉性问题仅采实体法或程序法单一角度进行研究的片面性缺陷，在交叉性问题中衡量实体法与程序法之轻重，重视实体法与程序法的互相配合。后者是指对于实体法问题涉及程序法的，即在以往实体法单一角度下进行法律解释之余，难以关注到的但又影响实体法目的实现的程序问题，实体与程序交互法理能够指引研究者进行全面考虑；对于程序法问题涉及实体法的，即在以往程序法单一角度下进行程序细化之余，难以关注到的但又需要实体法依据的实体问题，实体与程序交互研究方法能够指引研究者进行全盘关照和一体化制度设计。

由于本文以指定遗产管理人案件提起与裁判规则为根本出发点，因此在运用实体与程序交互法理对此问题进行检视时，研究视角还是会放在程序法规则如何同实体法规则相适配的问题之上。一是新《民事诉讼法》规定是对《民法典》的回应。就新《民事诉讼法》第 194 条和第 195 条而言，其原则上对应着《民法典》第 1146 条法院指定遗产管理人的规定。但案件提起与裁判规则作为程序启动与终结的前后两端，还会同《民法典》第 1145 条遗产管理人选任规则与第 1147 条遗产管理人法定职责之间有着较强的联系，因此亦应将这两条程序法规则纳入“对应”的范围，如此才能使程序法规范与实体法规范形成完整、全面的

对应关系。二是程序法的规定应当有利于实体法的实施。法律只有在人们的社会生活中得以实施和落实才能真正具有活力和生命力，《民法典》只有得以实施才能真正起到规范社会生活的作用，而有效实施必须通过程序实现。《民法典》创设法院指定遗产管理人这一规则的目的在于为利害关系人在无法选任遗产管理人时提供救济途径，而与之对应的新《民事诉讼法》必须确保利害关系人依法按照程序实现救济，其中第 194 条作为案件提起规则应当为利害关系人提起案件提供明确指引和便捷服务，第 195 条作为案件裁判规则应当合理指定遗产管理人的人选，确保缘起争议得到较为彻底的解决。三是程序法可以为实体法难题提供解决方案。对于法律规则中存在的一些问题，实体法可能出于自身固有的原因而无法尽善尽美地予以解决。例如就指定遗产管理人案件“有争议”的情形，《民法典》无法提供过于详尽的列举，此时若从实体与程序交互角度出发，便可以期待将“有争议”作为程序法意义上的提起条件来进行细化，从而解决实体法中的未尽难题。这体现出实体与程序相交互是一种通过高度协作沟通而有效化解难题的思路与视角，同第 194 条和第 195 条的非讼程序规则研究具有高度适配性，理应加以运用。

2. 程序之维：非讼程序性质

依照大陆法系通说，非讼案件是指利害关系人或起诉人在没有民事权益争议的情况下请求法院确认某种事实和权利是否存在的案件，而非讼程序是指法院用以解决民事非讼案件的审判程序。指定遗产管理人案件作为较为典型的非讼案件，理应适用非讼程序来进行审理。因为从程序定位来说，非讼程序主要是处理非民事权益争议事务的程序，不涉及实体权利义务争议的判断。在指定遗产管理人案件中，即便利害关系人对谁适合担任遗产管理人存在不同意见，这种争议也不属于当事人之间的民事实体权利义务关系争议。从程序功能来说，非讼程序主要发挥监护功能，用以预防私权争议的发生，而不以实质公平正义为主要指导原则。

对于指定遗产管理人案件的分析与解释应当遵循非讼程序的性质进行，进言之，非讼程序性质决定了其审理构造、价值功能、裁判效力三个方面的内容。一是指定遗产管理人案件的非讼程序性质，决定了在对其进行规范解释与遗产管理人制度程序建构时应当遵循职权探知主义与当事人听审权平衡下的审理构造，具体体现为法院在审理指定遗产管理人案件时可以运用职权来主导案件事实与证据的调查，法院也可以不受当事人主张的事实和提出的证据的限制，即便是当事人未主张的事实和未提出的证据，法院也可以依职权调查。对于当事人之间没有争议的事实，法院也可以不作为裁判的资料。在强调职权探知主义的同时，也要保障当事人的合法听审权，体现为当事人在负担协助义务的同时也能够获得法律在权利位面上的保障，主要包括知悉权、陈述权以及法院根据当事人陈述作出相应裁判的义务等。这一保障让非讼程序得以不再囿于职权探知的桎梏，法院能够向当事人充分阐释关键的裁判资料和观点，当事人的回应也得以成为法院斟酌考量的重要依据。

二是指定遗产管理人案件的非讼价值功能，决定了在对其进行规范解释与遗产管理人制度程序建构时应当遵循弹性效率与扩展功能。首先，弹性效率体现为非讼程序高度遵循效率取向，审级为一审终审，审限也通常较短，在审理中要求的证据证明标准也更为宽松。这是因为非讼案件通常较为简易明确，不具有强对抗性，无须深入挖掘实体民事权利义务关系，从而决定了非讼程序在设计安排上同非讼案件的特性相适应，坚持简易快速审理的原则。其次，传统非讼程序的基本功能包括监护、确认、证明及许可。但是随着非讼事件的诉讼化，即纳入诉讼程序的非讼事件增多，非讼程序逐步演变成为另外一种纠纷解决方式，成为诉讼程序的有效补充。如何发挥非讼程

序的价值功能，借助其特性更加快速、有效地解决指定遗产管理人案件，成为研究的一个重要方向。

三是指定遗产管理人案件的非讼裁判效力，决定了在对其进行规范解释与遗产管理人制度程序建构时应当遵循非讼裁判形式、效力以及变更的一般规律。首先，非讼裁判形式在一些国家和地区非讼程序立法规定与司法实践中并不统一，有的采用裁定形式，有的采用决定形式；新《民事诉讼法》第十五章有的采用判决形式，有的采用裁定形式，其中指定遗产管理人案件采用的是判决形式。其次，指定遗产管理人案件判决效力的研究不可避免地涉及既判力问题。对此学界争议颇大，一般认为非讼裁判通常能够产生形式确定力，而非产生真正的“不允许对该判断再起争执的效力”。最后，非讼裁判不论采用什么形式，由于非讼事件对合目的性、妥当性裁判的达成有特别的程序要求，因此非讼裁判对法院的羁束力并不如既判力那样受到严格的约束。如果原事实关系基础存在不当，或者出现情势变更原因，可以依职权或者依申请变更裁判。这与非讼程序弹性、快速的程序特点是一致的，从而能够赋予法院与利害关系人通过变更裁判的方式应对之后出现的新情况与新问题。

3.方法之维：法律解释方法

法律解释的主要任务不限于正确地界定法律语词的涵义，也致力于在揭示法律不足的同时提供改进意见，弥补因语义不确定而产生的“认知漏洞”，促进法律逻辑的严谨完整，维护法律秩序的内在统一，澄清法律制度的基本价值的功能与作用。因此，法律解释方法既具有法律适用的作用，也发挥价值指引的作用，理应成为理论框架的方法之维。

法律解释的方法，最早可追溯到德国法学家萨维尼（Savigny）的法律解释四要素说，当前运用最为广泛的是文义解释、体系解释和目的解释这三种方法。这三种解释方法之间并非杂然无序，也非存在一个固定位序，应有大致的规律可循。第一，无论何种解释方法，文义解释优先或目的解释具有终极意义是当前法律解释形成的初步共识。第二，文义解释与体系解释密切联系，在进行文义解释探求语词含义时，对法律的意义脉络（即条文前后关系）的关照是不可或缺的。第三，法律解释虽然是以有限理性形式展开的，但三种解释方法之间的关系仍然保留有一个开放性的适用空间，这意味着需要结合具体语境具体问题进行不同选择和评价。

针对指定遗产管理人案件进行法律解释乃遗产管理人制度程序建构的基本作业，在对其进行解释时应以文义解释为基石，辅之以体系解释和目的解释进行补充、验证。具体而言，首先，对指定遗产管理人案件规则的解释要始于文义终于文义，体系解释和目的解释都不能超过文义解释的范围，应当按照法律语词的基本含义确认法律及事实的法律意义。其次，经文义解释后仍不能确认语词涵义时需要运用体系解释加以补充，如此，既有助于根据法律文本在法律体系上的关联探求其规范意义，也有助于维护法律体系及概念用词的统一性。遗产管理人制度的体系解释包含三个层面的内容：一是与非讼程序的内部体系一致性；二是与诉讼程序的中观体系协调性；三是与《民法典》相关内容的宏观体系协同性。最后，经文义解释和体系解释不能后，可以运用目的解释阐释法律疑义。目的解释中存在主观目的和客观目的，前者侧重立法者的实际意图，后者侧重法律本身的规范目的和社会功能。换言之，指定遗产管理人案件条文的目的解释，依然应以法律规范目的为根据，探寻立法真意。但目的解释赋予了法官相当大的自由裁量权，还应当有效融合法律规范、司法裁判观点等内容揭示客观目的，以期实现立法者意图追求的社会规范效果。如此，既可以实现对文义解释、体系解释的不足进行补充，也可以用于验证解释结果。

（二）理论框架的逻辑进路

理论框架的功能是支撑研究设计，帮助评估和完善研究目标，选择适当的方法，并确定结论可能在哪些方面存在效度不足的危险的研究设计。实体与程序交互的实质性促进理论框架为遗产管理人制度的程序建构提供了“如何指定—为何指定”的逻辑进路，从而能够层层递进去分析问题与解决问题。

首先，规范解释是遗产管理人制度程序建构的逻辑起点，着重回应“如何指定”这一问题。萨维尼将解释视为一种“学术性活动，是法学的起点与基础”。法律语词常常会有一个“涵义空间”，在不同语境下具有不同涵义，而法律解释的主要任务之一乃是对法律语词的涵义予以界定。概言之，围绕指定遗产管理人案件的提起与受理规范进行解释，并且通过综合运用文义、体系、目的等解释方法获取法解释的观点，经权衡和选择得出最佳解释结论，以期澄清已存在于制定法条文文本的概念，使之更加完善、更具规范性和可操作性。需要进行说明的是，本文将解释对象限定于指定遗产管理人案件的提起与裁判，主要是为了集中解释新《民事诉讼法》第 194 条和第 195 条，而且在进行规范解释时也会结合整个遗产管理人制度乃至其所归属的非讼程序的相关规则进行体系考察，分析指定遗产管理人案件规范背后的非讼程序法理，从而得出能够与法律体系相适应的解释结论。换言之，本文采用的是以解释“指定遗产管理人案件提起与裁判”规则，勾勒出指定遗产管理人在民事诉讼中的主要内容。

其次，当事人资格与程序衔接是遗产管理人制度程序建构的逻辑展开，着重解决“为何指定”这一问题。概言之，如果说规范解释解决的是遗产管理人制度“如何指定”的基础性作业，那么通过实体与程序赋权明确遗产管理人的当事人资格以及设计诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接，就是程序建构中解决“为何指定”的发展性作业。其中“如何指定”是“为何指定”的前提，后者是前者的承继与发展。只有解决了这两个问题，才算基本上完成了遗产管理人制度的程序建构。此外，随着遗产管理人制度的实体建构与程序建构愈加成熟与复杂，对两者进行协调与衔接亦会成为一个新的难点。

三、如何指定：指定遗产管理人案件的规范解释

实体与程序交互实质性促进的理论框架，为遗产管理人制度的程序建构提供了“实体与程序交互—非讼程序—法律解释”理论工具，也为指定遗产管理人案件提起与裁判提供了规范解释进路。本部分以法律解释方法为主线，聚焦遗产管理人制度“如何指定”这一问题，围绕新《民事诉讼法》第 194 条和第 195 条，并且结合实体与程序交互法理、非讼程序性质予以分析与解释。

（一）“有争议的利害关系人”的界定与判断

新《民事诉讼法》第 194 条第 1 款规定，指定遗产管理人案件须由利害关系人向法院提出申请。但无论是《民法典》继承编还是其司法解释，都没有对“利害关系人”进行界定。从实体法角度出发，对“利害关系”的理解，是指相关主体对于被继承人遗产的管理具有法律意义上值得受保护的利益。指定遗产管理人的主要法律效果与其说是对遗产的管理，毋宁说是为了了结以遗产为媒介而发生的财产关系。在民法意义上，财产关系可以具体表现为财产所有关系和财产流转关系，前者着眼于利益的享有而主要受民法物权制度的保障，后者着眼于利益的获得而主要受民法债权制度和合同制度的保障。因而将这一利益限缩解释为财产利益更为妥当。由此进一步推论可得，“利害关系人”的范围既包括遗嘱执行人、继承人、受遗赠人、被继承人生前所在地的民政部门或者村民委员会以及对被继承人尽了扶养义务的人，也包括遗产债权人、遗产债务人和共同经营的合伙人等。

新《民事诉讼法》第 194 条第 1 款同时规定了“利害关系人”的主体要件和对确定遗产管理人“有争议”的事实要件，对于“利害关系人”的判断标准，需要结合“有争议”的不同情形进一步明确。在文义上“有争议”是一个宽泛、开放的概念，需要诉诸法律条文之间的逻辑关系来辅助确定法律文本含义。从制度规范体系上看，该款是衔接《民法典》第 1146 条并细化案件管辖法院的规则，而第 1146 条法院指定遗产管理人规则是对第 1145 条遗产管理人选任规则的承接。根据这一逻辑，“有争议”的具体情形主要有以下三种：第一种情形是被继承人没有指定遗嘱执行人，且继承人就选任遗产管理人无法达成合意时，利害关系人向法院申请指定遗产管理人。这种情形可以进一步分为无人愿意担任（消极冲突）和继承人多人争当又不愿共同担任（积极冲突）。此外，若继承人之间已经就确认遗产管理人问题达成合意，只是希望通过向法院提起指定遗产管理人案件以寻求对该合意进行确认的，是否属于“有争议”的情形？非讼程序具有确认之基本功能，即法院运用审判权对某种法律事实或者关系的认可。换言之，可以通过向法院提起指定遗产管理人案件对遗产管理人的资格进行确认，以便遗产管理人履行职责。值得注意的是，虽然“有争议”是向法院申请指定遗产管理人的一个客观事实要件，但并不是附随于界定和判断“利害关系人”是否为申请主体的必然条件。因此，应当对“有争议”作扩大解释，将其纳入第一种“有争议”情形的特殊情况予以考虑。第二种情形是被继承人指定的遗嘱执行人、经选任确定的继承人或被继承人生前所在地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人时，出现导致遗产权利人的合法权益受到或可能受到损害的情形，利害关系人认为其无法再担任遗产管理人而向法院申请重新指定遗产管理人。第三种情形是被继承人通过遗嘱指定遗嘱执行人担任遗产管理人时，利害关系人对遗嘱的真实性、有效性存在质疑，而不认可遗嘱执行人作为遗产管理人。基于此，指定遗产管理人案件的申请主体可以分为两类：一类是因继承身份关系而产生的利害关系人，此时“有争议的利害关系人”主要为继承人、受遗赠人以及对被继承人尽了扶养义务的人。另一类是因被继承人死亡前形成的财产关系中的相对人，此时主要为遗嘱执行人以及遗产债权人、遗产债务人和共同经营的合伙人等与遗产处理有利害关系的相对人。

（二）“申请人提交材料”的细化与审查

首先，新《民事诉讼法》第 194 条第 2 款对利害关系人向法院提起指定遗产管理人案件的申请材料作了一般性规定。文义上可以明确，一要提交写明被继承人死亡的时间、申请事由和具体请求的申请书，二要提交“被继承人死亡”的相关证据材料。但仅从文义解释出发并不能解读出申请材料的具体内容应符合哪些要求，还需要结合体系解释进一步细化。联系第 194 条第 1 款，一方面，在申请书的申请事由中应当对“有争议”的事实要件和“利害关系人”的主体要件作出先行、基本的交代，以便法院进行识别与审查。另一方面，在具体请求中应当明确申请指定谁为遗产管理人，以便法院进行裁判。根据目的解释，该款条文目的是推动法院更加快速和顺利地确认谁是遗产管理人，既验证了体系解释对该款细化结果的合理性，也反映出相关证据材料仅对证明“被继承人死亡”这一事实作出规定存在不足。因此，在提交申请材料时，还应当提供能够初步证明对确定遗产管理人“有争议”以及自身属于“利害关系人”的相关证据材料，以更好地实现非讼目的。

其次，法院在接收到申请人提交的申请材料后，根据第 194 条第 2 款进行形式审查并无争议，然而对于第 195 条规定“人民法院受理申请后，应当审查核实”则需要进行解释。最高人民法院认为法院审理特别程序的“审查核实”是指“采

取职权主义审查，可有权在形成心证的基础上进行自由裁量”。其中，需要注意两点内容：第一，突出职权探知主义，即“法院对于程序的开始、结束以及诉讼对象的选定、证据的收集等事项具有主导权”。这意味着法院在审查时可以不限于当事人的材料，必要时依职权主动收集事实和调查证据。第二，确立实质审查标准。非讼程序的审理对象是对某一法律事实状态的确认，并非对双方当事人之间权利义务的实质确认。其审理方式是实质审查，法官需要对可能反映法律事实情况的相关证据查证属实后作出裁判，重点是对申请人提交证据的“三性”和证明力进行评价，对具体请求的法律依据和事实根据进行评判。换言之，在指定遗产管理人案件中，审理对象为对遗产当前适宜的遗产管理人这一阶段性事实状态的确认，不涉及遗产分割确权等权利义务的实体处分。因此，法院在审查利害关系人提交的申请材料时，应当达到使法官对确定遗产管理人这一客观法律事实状态形成内心确信的实质审查标准，以便作出判决。

（三）“有利于遗产管理”的内涵与价值判断

新《民事诉讼法》第 195 条确立了法院判决指定遗产管理人应当按照“有利于遗产管理”的原则。“有利于遗产管理”在文义上仍然是一个不确定概念，应当由法官在具体案件中进行价值补充，即依价值判断将不确定概念和一般条款具体化。遗产管理人制度的立法目的在于“确保遗产得到妥善管理、顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益”。对遗产管理人的确定应当朝着有利于维护利害关系人财产利益的方向发展。此外，为避免裁判的主观恣意性，应当确立两个相对客观标准“限制”法官的价值判断，以形成一套价值判断规则。

第一，遗产管理的本质是反映被继承人的意志，实现社会财富平等保护和财产代际流通。这强调遗产管理人的确定要尽可能遵循被继承人的遗愿，既涉及维护继承人、遗产债权人利益，也事关保障交易安全。第二，在新《民事诉讼法》颁布之前，指定遗产管理人案件缺乏明确的裁判依据，法院只能从具体案件出发尝试确立恰当的裁判原则，这也为法官进行价值判断提供了一个相对客观的标准。例如，在“欧某士申请指定遗产管理人案”中法院提出了“最有利于遗产保护、管理、债权债务清理的原则”，并强调要综合考虑“被继承人内心意愿、各继承人与被继承人亲疏远近关系、各继承人管理保护遗产的能力水平等方面因素”。因此，法官在对“有利于遗产管理”进行价值判断时，应着重考虑以下三个要素：一是“被继承人的可能遗愿”，应当尽可能查明并遵循被继承人关于遗产管理的遗愿。二是“遗产的最优化管理”，应当遵循有利于遗产的妥善保护、效用最大化原则。三是“利害关系人的利益”，应当遵循有利于继承人、遗产债权人和其他利害关系人利益的妥当维护原则。

（四）“指定遗产管理人”的裁判与效力

新《民事诉讼法》第 195 条规定指定遗产管理人案件采用判决形式，而非裁定或决定的形式。对于不涉及实体权利义务处分的非讼性质案件，采用特别程序来快速解决争议，是一种兼顾效率与公正原则的程序设置。相应地，追求公正在遗产管理人制度程序建构中进一步体现为对非讼判决效力的探讨。

对非讼判决效力的理解，需要借助判决效力的相关理论。生效判决的确定力可以划分为形式上的确定力和实质上的确定力。诉讼程序中的终局判决一经生效便产生实质上的确定力，即既判力，非经法定事由与程序不得随意变更。非讼程序中的终局判决一般认为能够产生形式上的确定力，在法院发现非讼程序判决存在错误时，“通常都应当或可以予以变更和撤销”。相较于诉讼程序判决既判力的严格拘束，非讼程序判决羁束力对法院的拘束力被缓和，这是由非讼程序对判

决结果的妥当性和合目的性的特别要求所决定的。根据新《民事诉讼法》第 185 条的规定，当事人对法院裁判既不能提起上诉也不能提起再审，法院也不能依职权变更或撤销裁判，故这类裁判自然应具有形式上的确定力。若经法院指定的遗产管理人存在第 196 条和第 197 条规定的特殊情形，法院须依申请才能撤销判决，依法另行指定遗产管理人。

然而，指定遗产管理人案件的非讼判决对谁产生效力，与被申请人的确定有关。对此，无论是新《民事诉讼法》还是《民法典》均未明确规定被申请人的范围为何。有学者指出，《民法典》第 1145 条规定遗产管理人的选任范围是遗嘱执行人、继承人、民政部门或村民委员会，没有兜底性规定，故法院对遗产管理人的指定应在上述主体范围内进行。笔者认同此观点，从非讼程序法理出发，形成性判决不仅对受通知的直接关系人产生效力，也对实质关系人有效，更有对世的效力。其中，“受通知的直接关系人”主要指指定遗产管理人案件的双方当事人，即申请人和被申请人。若利害关系人申请指定自己为遗产管理人，则存在申请人与被申请人竞合的特殊情况。“实质关系人”主要指前文所述“有争议的利害关系人”范畴。指定遗产管理人案件的判决书对于上述关系人发生效力的时间可以通过法律文书送达而确认，但“对世”如何发生效力、什么时候发生效力在指定遗产管理人案件中显得格外重要。遗产管理涉及众多债权人利益或社会公共利益，与“认定财产无主案件”波及的利益范围相当，或可参照新《民事诉讼法》第 203 条，采取向社会发布公告的形式，并设置合理的公告时间，以实现指定遗产管理人案件判决的对世效力。

四、为何指定：遗产管理人制度程序建构的发展性作业

在“程序为当事人而设”这一基本共识之下，遗产管理人制度程序建构不能仅规定指定遗产管理人案件，而是应当根据实体法规定和司法实践的需求进行通盘考量。首先，如何解决“现实地将何人置于当事人之地位”，即明确遗产管理人是否在后续诉讼中具有当事人的资格，在程序建构中至关重要。其次，进行程序建构不得不考虑遗产管理人诉讼目的的多样与程序的多元。为了充分发挥遗产管理人的功能与作用，提高涉遗产管理相关诉讼的整体效率，在程序建构中诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接也不可或缺。如果可以在民事诉讼法中增加遗产诉讼程序与指定遗产管理人案件程序衔接的一般规则，对于遗产管理人制度程序建构将大有裨益。

（一）实体与程序赋权下遗产管理人的当事人资格

当事人适格也被表述为正当当事人或诉讼实施权。一般而言，当事人是否适格是通过实体权利义务的归属主体来确定的。确认遗产管理人能否作为诉讼的当事人，首先要判断遗产管理人是不是实体上的直接利害关系人，如果是则获得固有诉讼实施权，如果不是再考虑新设诉讼实施权。具言之，在指定遗产管理人案件中，当遗产管理人是实体上的直接利害关系人时，即遗产管理人为继承人时，遗产管理人的当事人资格来源是固有诉讼实施权；当遗产管理人不是实体上的直接利害关系人时，即遗产管理人为继承人之外的遗嘱执行人、民政部门或村民委员会等，则需要考虑通过实体与程序交互方式新设诉讼实施权，从而根本上解决继承人之外的遗产管理人的当事人资格难题。

为继承人之外的遗产管理人新设诉讼实施权，既可以采取仅赋予其诉讼实施权的程序赋权模式，也可以采取使之成为实体权利义务归属主体的实体赋权模式，两者各自存在优势，并且存在相互衔接与转化的情形。对于继承人之外的遗产管理人的当事人资格问题，立法解释上并没有给出明确答复，理论上也存在争议。以刘学在为代表的

学者主张实体赋权，认为继承人之外的遗产管理人的诉讼实施权是通过实体而非程序赋予。以王国征为代表的学者主张程序赋权，认为继承人之外的遗产管理人是通过诉讼担当的程序授权方式获得诉讼实施权。笔者吸收了上述观点，尝试提出一种实体赋权解读与程序赋权设置相配合的形式，明确遗产管理人在涉遗产管理诉讼中的地位。

首先，形式性实体权利的实体赋权解读方式获得实施权。实体赋权模式分为设定实体性实体权利义务与形式性实体权利义务两种类型。前者与民法的意思自治原则不相契合，在民事立法中本就罕见，而遗产管理人并不符合实体权利义务法定移转情形。后者是指该实体权利义务主体仅在名义上成为争议法律关系主体（不享有诉讼成果和不承担诉讼费用以外的其他败诉风险），与遗产管理人制度更为契合。《民法典》第 1147 条是通过新设遗产管理人的管理权，实现形式性实体权利的设定，从而赋予遗产管理人诉讼实施权。具体原因如下：我国遗产管理人享有法律明确授予的管理遗产的职责，特别是第 1147 条第 4 项规定了遗产管理人应当“处理被继承人的债权债务”，其中即包含诉讼实施之意。对于处理债权的情形，如果因债权债务纠纷在继承开始之前已经提起诉讼的，则遗产管理人应以何种身份参加诉讼，直至获得债权的确认判决？如果出现遗产债权因不及时行使有罹于时效而无法获偿情形的，遗产管理人能否以自己的名义向债务人提出偿付请求以中断时效或者直接向人民法院提起诉讼？对于处理债务的情形，遗产管理人能否以自己的名义，对债权人的债权申报提起诉讼？上述活动都是保存和处理遗产债权的必要活动，如果没有相应的诉讼实施权配置，“处理被继承人的债权债务”就容易沦为具文。因而“在第三人被授予管理权、职务上的当事人等诉讼担当的情况下，应强调以管理权作为诉讼实施权的基础”。继承人之外的遗产管理人为履行第 1147 条所规定之职责，自然可基于对争议的遗产权利或法律关系有管理权而被赋予诉讼实施权。需要说明的是，这种诉讼实施权配置的方式并不导致实体权利义务关系的变化，即继承人之外的遗产管理人不属于直接利害关系人这一基础没有改变，因此属于通过设定形式性实体权利的方式新设诉讼实施权。

其次，法定诉讼担当的程序赋权设置方式取得实施权。程序赋权系保留实体权利义务归属主体对诉讼标的享有的实体权利义务，或赋予有助于纠纷实际解决的其他主体以诉讼实施权（法定诉讼担当），或授权实体权利义务归属主体通过特定形式将其诉讼实施权移转给非实体权利义务归属主体（任意诉讼担当）。任意诉讼担当的成立前提是担当人的授权，具体到指定遗产管理案件中进行分析，可以分为以下两种情形：第一种是存在继承人且继承人并未放弃继承的情况，可以成立任意诉讼担当。此时继承人作为实体权利义务的归属主体，可以成为诉讼担当的被担当人，授权给继承人之外的遗产管理人。第二种是存在继承人但继承人均放弃继承权利以及无继承人的情况，难以成立任意诉讼担当。一方面此时或继承人放弃实体权利义务或缺少继承人，导致诉讼担当缺失被担当人，也就无法授权给继承人之外的遗产管理人；另一方面我国立法没有将遗产本身拟制为具有主体资格的财团法人，遗产管理人同样难以基于财团法人授权成为诉讼担当的被担当人。

对此，有必要通过设置法定诉讼担当的程序赋权模式，赋予继承人之外的遗产管理人诉讼实施权。此时设置法定诉讼担当的正当性在于：一是继承人之外的人担任遗产管理人意味着实体权利义务归属主体不存在或放弃诉讼实施权，这导致无法通过诉讼代理等其他类似制度弥补实际诉讼能力；二是遗产管理人的职权是法定的，相对于怠于行使权利的实体权利义务归属主体而言更有动力与积极性解决纠纷，这无疑更有助于纠纷及时、有效解决；三是继承人之外的遗产管理人

所带有的利他色彩有助于更加切实有效地实现债权人利益。

概言之，继承人作为遗产管理人时，可以较为顺利地通过固有诉讼实施权获得当事人资格，但继承人之外的人作为遗产管理人时，情况则较为复杂。尽管《民法典》第 1147 条通过设立形式性实体权利的实体赋权模式赋予了继承人之外的遗产管理人的诉讼实施权，但仍然需要新《民事诉讼法》通过设置法定诉讼担当的程序赋权模式，明确继承人之外的遗产管理人在涉遗产诉讼中的适格当事人地位。只有采取这种“实体赋权解读 + 程序赋权配置”模式，才能一方面在一定程度上回应实体赋权在理论上的争议，另一方面解决缺乏程序赋权会导致遗产管理人当事人资格在司法实践中适用不一的问题。从一种相对中观视角来看，通过程序赋权明确继承人之外的遗产管理人的当事人资格，成为接下来展开诉讼程序与指定遗产管理人案件程序衔接的逻辑前提。

（二）诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接

法律程序是按照“程序”（process）而展开的“运作”（operation）。程序在形式上的展开过程以及程序与程序之间的衔接都是程序建构研究中的重要问题。如果在程序建构之中缺乏必要的程序衔接，便无法满足纠纷的及时化解需要与当事人合法权益得到有效维护的客观要求。从当事人角度而言，缺乏程序衔接意识的制度设计很难真正发挥诉讼实施权将实体法上的管理权主体与诉讼中的当事人连接的机能。以下按照诉讼程序与指定遗产管理人案件衔接阶段的先后，分为“财产诉讼进行中”“遗产诉讼开始前”“遗产诉讼进行中”三种情况展开论述。

首先，财产诉讼进行中，出现一方当事人（被继承人）死亡，需要等待确定遗产管理人的，应当构成诉讼中止，启动指定遗产管理人特别程序。根据新《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第 1 项，“一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的”会导致诉讼中止。但是，在《民法典》确立遗产管理人制度之后，继承人与遗产管理人都具有诉讼承继人的资格，上述处理程序亟待同步修改。笔者建议将新《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第 1 项修改为“一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼或者确定遗产管理人的”。不过，其中也存在一些具体情形，需要予以说明。一是遗产管理人是为了保护和管理遗产，保证遗产在被继承之前免受损失，保障遗产权利人权益而设立的一种制度。换言之，遗产管理人并非当然存在于每次继承之中。即如果遗产继承顺利，就不需要遗产管理人，债权人可以直接向继承人主张债权。二是继承人和遗产管理人可能存在诉讼实施权的竞合。这一情形出现在遗产管理人由继承人合意推选的继承人担任时。作为遗产管理人的继承人能够以自己的名义独立成为原告或被告，但其他继承人作为直接利害关系人所享有的固有诉讼实施权并不会因此而灭失，亦享有共同提起诉讼的权利和成为共同被告的可能。这种情况如何解决，亟待后续研究予以回应。

其次，遗产诉讼开始前，如果遗产管理人并未确定，需要分情况判断指定遗产管理人程序是否为前置程序。遗产管理人“并不确定”的情形包括以下三种：没有继承人或继承人均放弃继承、没有继承人之外的遗嘱执行人以及多个继承人无法推选遗产管理人。对于没有继承人或继承人放弃继承以及没有继承人之外的遗嘱执行人两种情形，指定遗产管理人程序最好设计为一种前置程序。因为通过前置的特别程序审查，可以避免诉讼程序因当事人或第三人提出实体抗辩而不能持续进行，实际上反而有利于提升诉讼效率。对于多个继承人无法推选遗产管理人的情况，又可分为多个继承人怠于推选与多个继承人积极推选但对于具体人选难以确定两种。无论是哪一种情况，都会产生《民法典》第 1146 条规定的“对遗产管理人的确定有争议”，即无法通过第 1145 条有效

确定具体的当事人的情形。此时就有必要通过将指定遗产管理人程序作为前置程序，指定由谁来担任遗产管理人。如果没有这一前置程序，可能会导致遗产管理人人选无法确定或悬而未决，这显然不利于遗产处理。

最后，遗产诉讼进行中，发现遗产诉讼当事人非适格当事人的，是否需要对当事人进行释明，要求他们启动指定遗产管理人案件？释明程序贯彻于诉讼的始终，就遗产诉讼当事人适格问题而言，释明程序是法院对当事人双方在当事人适格这一议题上所进行的法律上和事实上的阐述、解释和指导。对此问题可以分起诉与受理以及审理两个阶段进行说明。起诉与受理阶段发现遗产诉讼当事人非适格当事人的，区分为原告不适格与被告不适格两种情况。对于原告不适格的情况，为了避免不正当当事人参加到诉讼中的可能性，使得正当的当事人进行诉讼活动，法院应当对原告进行释明。如原告坚持起诉，则根据新《民事诉讼法》第 126 条的规定，应当裁定不予受理。对于被告不适格的情况，法院也应当对原告进行释明，如原告坚持不予变更被告，即当被告“不适格”时应裁定驳回起诉。审理阶段发现遗产诉讼当事人非适格当事人的，经法官释明后原告仍然拒绝更换被告的，应当判决驳回原告的诉讼请求。

五、结语：迈向实体与程序交互实质性促进的遗产管理人制度

中国正在迎来遗产继承制度之大变革。《2022 中华遗嘱库白皮书》对 25 万余份遗嘱进行了大数据分析，从一个层面揭示了国人遗产继承观念的变化趋势。在可以预见的将来，一方面，随着不婚不育人群的增加，遗产管理人的需求会持续增多；另一方面，随着遗产的多样化与虚拟化，遗产管理人的应用场景也会持续深化，新型的、多元的、复杂的遗产管理人体系正在逐步生成。在此背景之下，如何基于实体与程序交互实质性促进，实现遗产管理人制度的程序建构，成为当下亟待研究的重要问题。

本文提出实体与程序交互实质性促进理论框架，这个框架结合实体法与程序法交互法理，通过法律解释方法尽可能将指定遗产管理人案件全部归入非讼程序加以研究，以谋求制度的弹性效率与扩展功能，通过实体与程序赋权明确遗产管理人的当事人资格以及诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接，以确保程序的正当性和纠纷解决的实效性。从逻辑进路而言，规范解释解决的是遗产管理人制度“如何指定”的基础性作业，通过实体与程序赋权明确遗产管理人的当事人资格以及设计诉讼程序与指定遗产管理人案件的程序衔接，是程序建构中解决“为何指定”的发展性作业。按照“如何指定—为何指定”进路进行程序建构，希望能够进一步发现遗产管理人制度中实体法与程序法之间的“内在的价值关联”。

实体与程序交互实质性促进理论框架蕴含了一种体系化思维。这一体系化思维对于研究遗产管理人制度的重要性体现在两个方面：一方面，“体系涉及所有法律制度和法规则连接成一个大统一体的内在关联”。体系化要求“将既存的知识或概念，依据统一的原则安放在逻辑互相关联的理论框架中”。就上文分析来看，不论《民法典》还是新《民事诉讼法》的相关规定还尚不足以应对遗产管理人的实际需求，因此有必要逐步建立起实体与程序交互实质性促进下的遗产管理人制度，而不是仅限于对当前立法进行解释。从这个角度而言，实体与程序交互实质性促进理论框架有助于“柔化”由于法典化而可能变得过于僵硬的制度体系，使遗产管理人制度在适用过程中更具灵活性与现实感。另一方面，一项制度分支结构布局愈合理，则该制度的功能发挥就会愈流畅与充分。同理，遗产管理人制度的建立与适用都离不开体系化的发展期待，因为体系化也为制度运行提供了价值指引。不难预见，通过不断发现实体与程序之间相互关照与相互促进的“体系化”

力量，逐步形成实体与程序交互实质性促进的遗产管理人制度体系，将会成为有待深入探讨的重要课题。

责任编辑：王乐兵　汪友年

刘敏：家事司法中未成年子女意见表达权之保障

原创：2024-02-15　HumanRights 杂志　刘敏
https://mp.weixin.qq.com/s/A7XePM-TticTlvweGhlYxA

刘敏，南京师范大学法学院教授、博士生导师，中国法治现代化研究院研究员

【来源】《人权》2023 年第 6 期　为方便阅读，脚注从略

未成年人意见表达权作为未成年人人权已经得到国际社会广泛认同，联合国《儿童权利公约》对未成年人意见表达权作了专门规定。我国加入《儿童权利公约》后，我国未成年人意见表达权保障日益受到重视，《未成年人保护法》在总则中对处理涉及未成年人的事项应当听取未成年人意见作出了规定；我国《民法典》对离婚案件等家事案件中听取未成年子女的意见作了规定。尽管我国《民法典》对尊重家事司法中未成年子女意见作出了规定，但对于如何听取家事司法中未成年子女意见、未成年子女意见表达权的保障机制有哪些，《民法典》未作规定。《民法典》有关家事案件中尊重未成年子女意见的规定需要通过程序法和程序机制予以落实，我国需要构建系统化的保障机制以保障家事司法中未成年子女意见表达权。我国法学理论界和法律实务界对家事司法中未成年子女意见表达权保障作了一定研究，但对于家事司法中未成年子女意见表达权与成年当事人意见表达权有什么区别、未成年子女意见表达权保障的正当性基础究竟是什么以及家事司法中未成年子女意见表达权需要哪些特殊的保障机制等理论和实践问题上尚未达成共识。为更好地落实和保障家事司法中未成年子女意见表达权，实现家事司法正义，有必要对这些问题进行深入研究。

一、家事司法中未成年子女意见表达权：一项特殊的程序权利

二、家事司法中未成年子女意见表达权保障的正当性基础

三、我国家事司法中未成年子女意见表达权保障之落实

一、家事司法中未成年子女意见表达权：一项特殊的程序权利

（一）家事司法中未成年子女意见表达权的含义

在家事司法中，有的案件当事人是未成年子女，有的案件当事人不是未成年子女，但案件的处理会涉及未成年子女的利益。家事司法中未成年子女意见表达权理所当然地适用于未成年子女作为当事人的家事案件。本文所讨论的家事司法中未成年子女意见表达权，关注的案件仅仅是家

事司法中当事人就有关未成年子女事务安排发生争执的案件以及其他涉及未成年子女利益的案件，即未成年子女在程序上并不是当事人的案件。家事司法中未成年子女意见表达权，就是指在法院处理涉及未成年子女利益的家事案件时，具有一定心智能力、有主见的未成年子女就有关其事务安排或涉及其自身的决定有表达自己意见并要求法院适当听取其意见的权利。家事司法中未成年子女意见表达权包括两层含义，一是法院在处理涉及未成年子女事务安排的案件以及其他涉及未成年子女利益的案件时，未成年子女有发表意见的机会；二是要求法院根据未成年子女的心智能力等情况适当听取未成年子女的意见。

与成年当事人的意见表达权相比较，家事司法中未成年子女意见表达权有以下一些特点：

第一，家事司法中未成年子女意见表达权主体是家事案件中具有一定心智能力、有主见并能够表达自己意见的未成年人。成年当事人作为意见表达权主体时，该成年人往往是心智成熟的完全民事行为能力人，而家事司法中享有意见表达权的未成年子女是具有一定心智能力、有主见并能够表达自己意见的限制民事行为能力人或者无民事行为能力人。至于未成年子女的年龄下限，不同国家和地区有不同规定，《儿童权利公约》第 12 条关于未成年人意见表达权的规定没有设定未成年人的年龄下限。我国也不应当规定享有意见表达权的未成年子女的年龄下限。未成年子女意见表达权主体的特殊性决定了未成年子女意见表达权的意见表达方式、保障方式都不完全等同于成年当事人的意见表达权。

第二，家事司法中未成年子女意见表达权的行使方式是多样的。家事司法中未成年子女在行使意见表达权时，可以由未成年子女自己直接表达意见，也可以通过其他机制来表达意见。家事司法中未成年子女自己直接表达意见时，可以通过口头方式表达，也可以通过非言语的方式表达，如通过游戏、画画等方式表达意见。

第三，家事司法中未成年子女行使意见表达权所表达的是有关其自身事项如何安排和处理的意见。家事司法中未成年子女行使意见表达权所表达的是有关其自身事项如何安排和处理的意见，而不是与他没有直接关系的当事人之间争议事项的处理意见。

第四，家事司法中未成年子女意见表达权发生的程序场合是法院对有关未成年子女的事务作出处理的程序。无论是在一审、二审、再审中还是在非讼程序中，抑或是在法院的家事调解程序中，未成年子女就涉及其自身事务的安排或者决定都有意见表达权。

第五，法院应当根据未成年子女的年龄和心智成熟程度对未成年子女的意见给予适当听取。对于在家事司法中未成年子女所表达的意见，并不要求法院一概听取，而是要求法院根据未成年子女的年龄和心智成熟程度对未成年子女的意见给予适当听取。法院对涉及未成年子女的事项作出安排时，更需要考虑实现未成年子女利益最大化的价值目标。因为，在家事司法价值中，实现未成年子女利益最大化是至高无上的，未成年子女的意愿并不是至高无上的。

（二）家事司法中未成年子女意见表达权的性质

在性质上，家事司法中未成年子女意见表达权属于未成年子女的程序基本权，并且属于司法受益权的范畴。

首先，家事司法中未成年子女意见表达权是未成年子女的程序基本权。程序基本权是相对于普通民事诉讼权利而言的，普通民事诉讼权利属于民事诉讼法上的权利，是由民事诉讼法所确认的，而程序基本权属于宪法权利。家事司法中未成年子女意见表达权来源于听审请求权，听审请求权是指法院对一个人的权利义务责任进行裁判时，或者法院的裁判涉及一个人的权利义务责任时，该人有提出证据、发表意见并受到法院尊重的权利。尽管未成年子女不是家事案件当事人，

但家事案件的判决会涉及未成年子女，对未成年子女利益产生重大影响。实际上，家事案件的判决会对有关未成年子女的利益作出了决定，这种利益包括未成年子女的人身利益、财产利益等。因此，家事司法中的未成年子女享有听审请求权。在理论上，听审请求权属于程序基本权的范畴。

其次，家事司法中未成年子女意见表达权属于司法受益权的范畴。受益权是指公民要求国家为一定行为因而获得某种利益的权利。受益权有社会文化方面的受益权、司法方面的受益权等。家事司法中未成年子女意见表达权属于受益权的范畴，而且是属于司法受益权的范畴。家事司法中未成年子女意见表达权的实现要求国家（特别是它法院）创造条件，提供便利，给予未成年子女发表意见的机会，并且给予适当的对待。

现要求国家（特别是它法院）创造条件，提供便利，给予未成年子女发表意见的机会，并且给予适当的对待。

二、家事司法中未成年子女意见表达权保障的正当性基础

在家事司法中，法院在处理涉及未成年子女利益的事项时，为什么要保障未成年子女意见表达权。这是讨论未成年子女意见表达权保障制度时，首先必须回答的理论问题。我们认为，未成年人独立权利主体地位的确立是家事司法中未成年子女意见表达权保障的逻辑前提；实质当事人的程序保障是家事司法中未成年子女意见表达权保障的直接原因；实现未成年子女利益最大化是家事司法中未成年子女意见表达权保障的根本原因。

（一）逻辑前提：未成年人独立权利主体地位的确立

在现代家庭中，由于未成年子女心智尚未成熟，需要得到父母或者其他监护人的关爱，并由监护人作为他的法定代理人代为进行民事活动，然而，这并不意味着未成年子女只是关爱的对象而不是独立的个体。实际上，在现代家庭中，未成年子女不仅仅是家庭成员，而且是家庭中的独立个体，是独立的权利主体，具有独立的主体地位。未成年子女作为家庭中独立个体的观念、独立权利主体理念是随着人类对未成年子女地位认识的提升而逐步形成的。在未成年子女不被认为是家庭中独立个体的年代，未成年子女无权就涉及自己的事务发表意见，相反，未成年子女成为家长支配的对象。在近现代社会，未成年子女在家庭中地位不断提高，未成年子女权利越来越受到重视。到了 20 世纪，国际社会对未成年人地位的认识达到了前所未有的高度，未成年人的独立的主体地位得以确立。1959 年 11 月 20 日，联合国大会通过的《儿童权利宣言》提出了儿童应当享有的各项权利，将儿童视为权利主体。然而，《儿童权利宣言》没有国际法的约束力。到了 20 世纪的 60-70 年代，西方展开了声势浩大的儿童权利运动，儿童权利的话语发生了重大转变，这种话语重点从保护转向自治，从养育转向自决，从福利转向公平。特别是 20 世纪 70 年代的儿童解放运动推动了儿童权利的发展。“儿童解放者”认为，儿童享有成人的自由，特别是自由决定自身的权利。到了那个时期，儿童被认为是真正独立的个体，具有独立的人格，儿童具有自我决定权和自治权。1989 年 11 月 20 日，联合国大会通过了《儿童权利公约》，该公约全面阐述了儿童即未成年人的权利，将未成年人权利视为人权的组成部分。《儿童权利公约》第 12 条规定了未成年人意见表达权，该规定的最大意义在于改变了未成年人的地位，将未成年人从被动的被关心的客体变成为主动的参与者。实际上，《儿童权利公约》不仅将未成年人作为保护的对象，更将未成年人作为独立个体或独立主体对待。未成年人作为独立个体或者独立的权利主体理念在全世界得以普遍承认和接受。我国《未成年人保护法》第 3 条明确规定未成年人享有参与权等权利，这表明我国立法也将未成年人作为独立的权利主体对待。未成年人享有独

立的权利主体地位表明：第一，未成年人不仅仅是成年人保护的对象，未成年人还是独立的主体，具有独立的人格和个性尊严。第二，未成年人享有广泛的权利，并且要求成年人予以尊重。第三，尽管未成年人是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，但未成年人就其自身事项有一定的自我决定权。

未成年人独立的权利主体地位的确立，是家事司法中未成年子女意见表达权保障的逻辑前提。如果未成年子女没有独立主体地位，那么，在家事司法中，未成年子女根本不可能享有意见表达权，法院也没有必要听取未成年子女的意见，有关未成年子女的事项完全由其父母决定或者法院决定。未成年人是独立的权利主体地位的确立意味着未成年人不仅在国家和社会生活中是独立的权利主体，而且在家庭生活中也是独立的个体和权利主体，在家庭生活中，未成年子女有一定的自我决定权和自治权。基于未成年子女独立的权利主体地位，在家事司法中，与未成年子女的抚养、监护和探望等有关的事项，达到一定年龄、具有一定心智能力的未成年子女有表达自己意见的权利。

（二）直接原因：实质当事人的程序保障

尽管基于独立权利主体地位，未成年子女在家事司法中应当享有意见表达权，然而，在家事司法程序中未成年子女并不是案件当事人，未成年子女行使意见表达权和法院听取未成年子女意见的直接原因是什么呢？在涉及未成年子女抚养的离婚案件、变更抚养关系案件、监护案件、探望权案件等家事案件中，未成年子女实际上是实质当事人。在民事诉讼法学理论上，案件当事人有形式当事人和实质当事人之分。形式当事人是出现在程序中以自己的名义进行诉讼的人，实质当事人是指形式当事人以外的作为实体法律关系主体等受裁判效力所及的人。通常情况下，实质当事人自己参加诉讼，该当事人既是形式当事人又是实质当事人；在有的情况下，实质当事人未必参加诉讼，而由形式当事人参加诉讼。例如，在诉讼担当中，诉讼担当人为形式当事人，被担当人为实质当事人。在涉及未成年子女利益的家事案件中，未成年子女并不是家事案件的形式当事人，但法院的裁判会涉及未成年子女利益，例如，法院判决父母一方抚养未成年子女，变更某人为未成年子女的监护人等，法院的判决对未成年子女未来生活产生巨大影响。因此，在这些家事案件中，未成年子女是实质当事人。

在实质当事人未作为形式当事人的情况下，是否应当给予实质当事人程序保障，这应当根据情况而定。对于在实质当事人授权的情况下，如任意诉讼担当情况下，则无须给予实质当事人程序保障，因为该诉讼担当人经作为实体权利义务关系主体的被担当人授权而享有诉讼实施权，被担当人应当对自己行为负责，即使判决效力及于被担当人，被担当人也无须给予程序保障。在法定诉讼担当的情况下，担当人取得诉讼实施权未经被担当人授权，仅仅因法律上授权，不足以使被担当人接受担当人遂行诉讼的结果具有正当性，因此，应当赋予被担当人即实质当事人程序保障。根据我国台湾地区“民事诉讼法”第 67 条之 1 规定，诉讼结果对于第三人有法律上利害关系的，法院可以于第一审或者第二审言词辩论终结之前相当时间内，将诉讼事件及进行程度以书面通知该第三人。据此，法院应当通知法定诉讼担当的被担当人，被担当人由此可以参加诉讼，从而可以获得事前的程序保障。

在涉及未成年子女利益的家事案件中，未成年子女是实质当事人，而未成年子女的父母等监护人在诉讼中未必能够充分维护未成年子女的利益，因此，法院在处理涉及未成年子女利益的事项时应当给予未成年子女程序保障。唯有如此，涉及未成年子女利益的判决才具有正当性。例如，在日本，家事案件所涉的未成年子女属于《日本家事事件程序法》第 42 条第 2 项中的应受裁判人

以外的人中审判结果对其产生直接影响的人，该未成年子女可以作为利害关系参加人参加家事审判程序，并可以依法作出除了法律另有规定之外的当事人可为的程序行为。当然，家事法院认为未成年子女参加家事审判程序会损害未成年子女利益时，则应当驳回未成年子女提出的许可参加申请。如果未成年子女能够直接参加家事审判程序，则他既是实质当事人，也是形式当事人。当事人可以获得听审请求权保障，该未成年子女当然也可以获得听审请求权保障。即使未成年子女不是形式当事人，根据《日本家事事件程序法》第 65 条规定，在关于亲子、亲权或未成年人监护的家事审判以及家事审判结果对未成年子女产生影响的家事审判程序中，家事法院应通过多种途径听取未成年子女的意见。可见，在日本家事司法中，作为实质当事人的未成年子女是可以获得程序保障的。实际上，不仅是日本，其他国家和地区家事司法都会给予未成年子女程序保障，其直接原因就在于未成年子女是实质当事人。正是因为未成年子女是家事司法中的实质当事人，基于该实质当事人程序保障即听审请求权保障之要求，应当赋予家事司法中的未成年子女意见表达权，法院应当适当审酌未成年子女的意见。

（三）根本原因：实现未成年子女利益最大化

尽管基于家事司法中实质当事人程序保障的要求，未成年子女在家事司法中享有意见表达权，然而，赋予并保障未成年子女意见表达权的根本目的或者根本原因在于实现未成年子女利益最大化。未成年人利益最大化原则要求国家、社会、家庭在处理涉及未成年人利益的事项时要以实现未成年人利益最大化为首要考虑。《儿童权利公约》第 3 条第 1 款规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。” 由此，未成年人利益最大化原则成为了处理涉及未成年人事务的最高准则。至于何为未成年人利益最大化原则，根据 2013 年联合国儿童权利委员会的《第 14 号一般性意见：儿童将他的最大利益作为一种首要考虑的权利》（CRC/C/GC/14）的阐释，未成年人利益最大化原则既是一项实质性权利、又是一项基本的解释性法律原则，同时还是一项行事规则。

实现未成年子女利益最大化是家事司法正义的首要考量标准，是家事司法最根本的价值取向。唯有实现未成年子女利益最大化，才可能实现家事司法正义。未成年人利益最大化原则要求法院在处理涉及未成年子女的抚养、监护、探望等家事案件时，将实现未成年子女利益最大化作为首要考虑，未成年子女的利益高于父母或者其他人的利益。那么，在处理涉及未成年子女的事务时，由谁来判断未成年子女利益最大化？由于未成年子女是直接的利害关系人，并且是实质当事人，未成年子女有权参与决定和判断何为未成年子女利益最大化的过程。在家事司法中，成人在决定和判断未成年子女利益最大化的时候，应当有未成年子女声音，应当听取有主见能力的未成年子女的意见。联合国儿童权利委员会的《第 14 号一般性意见：儿童将他的最大利益作为一种首要考虑的权利》指出，评判和确定儿童最大利益时，必须考虑儿童的声音。许多国家和地区立法要求法院在判断什么是未成年子女利益最大化时，应当听取未成年子女的意见。例如，根据《澳大利亚家庭法》第 60CC 条规定，在法院作出养育令确定子女最大利益时，主要考虑事项包括子女所表达的意见。根据《奥地利普通民法典》第 138 条规定，在判断子女福祉时应将充分考虑子女的意见、顾及子女的能力和形成意见的能力作为重要标准。我国《民法典》也有相应的规定。例如，《民法典》第 1084 条第 3 款规定：“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。”该款规定意味着法院对于未成年子女抚养问题作出判决时，应当坚持未成年子女利益最大化原则，法院在决定何为未成年子女利益最大化时，对于 8 周岁以上的未成年子女应当听取并尊重其意见。可见，在家事司法中，基于实现未成年人利益最大化根本价值要求，法院在处理涉及未成年子女事务时，应当听取未成年子女的意见，未成年子女享有意见表达权。换言之，家事司法中听取未成年子女的意见就是为了实现未成年子女利益最大化，实现未成年人利益最大化是家事司法中未成年子女意见表达权保障的根本原因。

三、我国家事司法中未成年子女意见表达权保障之落实

家事司法中未成年子女意见表达权保障的正当性在理论上确立以后，关键在于如何保障家事司法中的未成年子女意见表达权。我国《民法典》只是要求尊重家事司法中未成年子女的意见，《民法典》并没有规定在程序上如何听取未成年子女的意见。程序法的重要目的在于实现实体法，如何落实《民法典》关于家事司法中未成年子女意见表达权保障的要求，是家事程序法和家事司法的任务。为保障家事司法中未成年子女意见表达权，我国有必要在借鉴吸收域外国家和地区先进立法经验并充分汲取我国家事司法的实践经验基础上，遵循《儿童权利公约》的要求，规范和完善我国家事司法中未成年子女意见表达权保障机制。

（一）规范法官直接听取未成年子女意见机制

尽管在家事司法程序中法官直接听取未成年子女意见的做法是否适当在理论上存在争议，然而许多国家和地区的家事司法中还是存在法官直接听取未成年子女意见的机制。不过不同国家和地区家事司法中法官直接听取未成年子女意见的做法并不完全一样。例如，在美国德克萨斯州，根据该州《家庭法》第 153.009 条（Texas Family Code § 153.009）规定，在把握孩子在谁来接管他和谁有权决定他主要居所愿望时，根据家事案件一方当事人（父或母）、作为法庭之友的律师或者子女的诉讼监护人（律师）的申请，法官应当在法官办公室（Chambers）会见 12 岁以上的孩子；法庭也可以决定会见不满 12 岁的孩子。在探望和其他影响亲子关系的事项上，法官可以自己决定在法官办公室与孩子面谈。当然，与孩子面谈并不会削弱法院在确定儿童最佳利益方面的自由裁量权。法官在法官办公室会见孩子时，法院可允许当事人的律师、作为法庭之友的律师、孩子诉讼监护人出席会见。根据当事人、作为法庭之友的律师、孩子诉讼监护人的请求或者法庭自己的动议，法庭对 12 岁以上的儿童会见进行记录，该会见记录作为案件记录的一部分。与德克萨斯州法官在办公室会见未成年子女不同，在法官直接听取未成年子女意见方面，美国加利福尼亚州可以允许子女直接向法庭陈述。《加利福尼亚州家庭法典》第 3042 条（California Family Code § 3042）规定，如果一名儿童的年龄和理解能力足以形成对监护或探望明智的看法，法院在作出给予或改变监护或探望命令时，应考虑并适当重视该儿童的意愿。如果在受监护或探望事项上，未成年子女希望向法庭陈述意见，司法人员必须考虑让该子女参加诉讼是否符合该子女的最佳利益。如果希望向法院陈述意见的子女已满 14 岁，司法人员必须听取该子女的陈述，除非法院认为向法庭陈述意见不符合该未成年子女的最佳利益，并在记录中说明理由。如果不满 14 岁的未成年子女就监护或探望向法庭陈述意见，法院根据未成年子女的最佳利益确定这是适当的，法院应当予以准许。如果法院排除未成年子女向法庭陈述的请求，法院应通过其他方式获取未成年子女监护和探望方面的意见。美国德克萨斯州和加利福尼亚州家事司法中法官直接会见未成年子女的做法比较注重当事人的正当程序权保障。在澳大利亚，《澳大利亚家庭法》第 60CD 条第 2 款规定了澳大

利亚家事司法程序中知悉和听取未成年子女的意见的三种方法，即家庭顾问作出家事报告、独立儿童律师代表未成年子女的利益以及根据法院适用的规则，法院认为合适的其他方法。此条所规定的法院认为合适的其他方法包括司法会见（Judicial Interview），即法官为知悉和把握未成年子女的意见和最佳利益，可以直接会见未成年子女。在澳大利亚家事司法中，大多数法官不愿意直接会见未成年子女，他们担心法官缺乏与未成年子女见面并解释其观点的技能或培训，也有法官担心私下会见未成年子女会与正当程序相抵触。澳大利亚法官不愿意直接会见未成年子女的原因还在于该国已经有了家庭顾问制度，家庭顾问通常会通过会见未成年子女来查明未成年子女的意见并向法官提交家事报告。

为保障未成年子女意见表达权，我国家事司法实践中形成了许多法官直接听取未成年子女意见机制。法官直接听取未成年子女的主要做法有：第一，在庭外，法官单独会见未成年子女或者电话交流等方式听取未成年子女意见。第二，在庭外，法官在双方当事人在场情况下会见未成年子女听取未成年子女意见。第三，开庭时，法官在庭上通过电话方式当场询问听取未成年子女的意见。第四，开庭时，让未成年子女亲自到庭，在法庭上法官当场询问听取未成年子女意见。我国家事司法实务中法官直接听取未成年子女意见的做法，有的比较注重让未成年子女自由表达意见，例如上述第一种做法；有的比较注重家事案件当事人的程序保障，例如上述的第二种和第四种做法；有的既重视当事人程序保障，又重视未成年子女自由表达意见，例如上述第三种做法。我国家事司法中法官直接听取未成年子女意见究竟应当采取何种机制呢？家事司法中法官直接听取未成年子女意见时应当处理好未成年子女意见表达权保障与家事案件当事人程序基本权保障的关系。法院在处理涉及未成年子女利益的家事案件时，法官原则上不在法庭上听取未成年子女的意见，这是因为，在父母在场的情况下，让未成年子女到庭陈述发表意见，不利于未成年子女自由表达意见，而且，让未成年子女到庭陈述意见可能会给未成年子女造成心理创伤。美国加利福尼亚州的做法和我国司法实务中的第四种做法不值得在我国推广。法官应当在法庭外与未成年子女会面谈话，听取未成年子女的意见，法庭外的场所可以在法院，也可以在其他适合场所。法院应当提供友善温馨的场所，便于法官与案件所涉的未成年子女会面，消除未成年子女的紧张心理。在法官与未成年子女的会面时，法院根据需要可以聘请心理专家或其他有关人士协助陪同未成年子女与法官会面、交流。法官在与未成年子女会谈时，应当告知有理解能力的未成年子女有关裁判或者调解结果可能对他产生的影响，以便充分听取未成年子女的意见，保障未成年子女的意见表达权。法官在会见未成年子女时，当事人及其律师不应在场。这是因为，如果不让父母及其律师在场，未成年子女会更加自由地表达自己的意见。美国德克萨斯州的做法和我国家事司法实务中第二种做法也不值得在我国推广。尽管不让父母及其律师在场，影响了父母的程序权利，对父母的程序权利产生了限制，但这是为了更好地保护未成年子女的权利，毕竟实现未成年子女利益最大化是家事司法正义的首要考量因素。尽管美国加利福尼亚州和德克萨斯州的做法以及我国家事司法实务中的第二种、第四种做法不值得在我国推广，但这些做法所包含的对当事人程序保障的理念，我国家事司法应当汲取。为此，为了给予当事人适当的程序保障，防止法官恣意，在法官在庭外单独听取未成年子女意见时，有必要将未成年子女的意见计入笔录，以便当事人查阅和二审法院监督。有条件的法院还应当设置单面镜观察室，用于法官观察未成年子女与其父母之间相处情况，把握未成年子女的意见。在利用单面镜观察时，法官可以聘请心理学专家与法官一起观察，让心理专家帮助法官把握未成年子女的意见。在域外，

为规范家事司法中法官直接听取未成年子女意见，一些国家制定了法官会见未成年子女指南，例如，英国制定了《法官会见家事司法程序中孩子指南》（Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings ,Produced by the Family Justice Council and approved by the President of the Family Division. April 2010）。这些规则的制定与实施，对于规范法官直接听取未成年子女的意见起到了积极作用。为完善和规范法官直接听取未成年子女机制，我国应当制定法官直接听取未成年子女意见的规则。

（二）从形式平等到侧重弱者权利保护

涉及未成年子女的家事调查是指在家事司法程序中，法院在处理家事案件过程中，为了把握家事案件所涉的未成年子女意见和未成年子女最佳利益情况，指定或者委托具有法学、心理学、教育学、医学以及社会经验丰富的人员通过走访、交流、访谈等方式进行调查，形成调查报告，对涉及未成年子女的事项提出意见和建议的机制。国外有学者将这种家事调查称为专家评估，所形成的家事调查报告称为评估报告。在不同国家和地区家事司法中未成年子女意见表达权保障机制中，家事调查是一种重要的保障机制，为保障家事司法中未成年子女的意见表达权，不同国家和地区建立了各具特色的家事调查和家事调查报告制度。例如，在澳大利亚，为保障未成年子女的意见表达权，在一些涉及未成年子女利益的家事案件中，家事法院可以指示家庭顾问（Family Consultant）提供家事报告（Family Report）。《澳大利亚家庭法》第 55A 条规定，在就婚姻申请离婚令的诉讼程序中，如果法院对该婚姻所生的子女照管、福利或成长的安排是否在所有情况下都属于妥当表示怀疑时，法院可以从家庭顾问处获得有关这些安排的报告。家庭顾问是在与儿童和家庭打交道方面具有技能和经验的社会工作者或心理学家，他们由法院任命，以帮助父母和法官为孩子取得最好的结果，家庭顾问被认为是处理儿童事务的法庭专家。在案件的后期，法官可请家庭顾问与当事人（父亲和母亲）各方以及子女面谈，对家庭中发生的情况和子女的需要作出全面、详细的评估，并就他们认为最符合孩子利益的照顾安排提出建议。这份书面评估报告被称为家事报告，家事报告关注的重点的是未成年子女的最佳利益，家事报告必须包括未成年子女的意见。除了听取父母和其他人的陈述之外，法庭听取未成年子女意见的最常见的方式就是家庭顾问准备的家事报告，在大约 60% 的涉及儿童争议案件中需要提交家事报告。

我国《未成年人保护法》初步确立了家事调查制度。《未成年人保护法》第 109 条规定：人民法院审理离婚、抚养、收养、监护、探望等案件涉及未成年人的，可以自行或者委托社会组织对未成年人的相关情况进行社会调查。从立法完整性来看，我国家事调查和家事调查员制度尚未完整地建立起来，需要在家事司法程序法上健全家事调查和家事调查员制度。我国建立家事调查员制度时，可以通过专兼职相结合的路径产生家事调查员，法院自己可以设置专职的家事调查员；法院也可以聘请妇联、基层组织等推荐的人员担任家事调查员。家事调查员具有多种职责，其中一项重要的职责就是在法院处理涉及未成年子女的事项时了解把握未成年子女的意见，并进行分析判断，向法院提出报告，从而让法院在就未成年子女事项作出裁判或进行调解时考虑未成年子女的意见。

（三）建立未成年子女利益代表人机制

在家事司法过程中，在未成年子女的父母等监护人与未成年子女存在利益冲突或者未成年子女父母等监护人不能有效维护未成年子女的利益以及其他必要情况下，有必要为未成年子女指定利益代表人，未成年子女利益代表人从未成年子

女利益最大化出发出庭代表未成年子女发表意见。在域外的家事司法中，许多国家和地区通过未成年子女利益代表人来间接表达未成年子女的意见，反映未成年子女的声音，维护未成年子女的最大利益。例如，在美国马里兰州，家事司法程序中有一种未成年子女利益代表人为最佳利益律师（A Best Interest Attorney ，简称 BIA），最佳利益律师是法院为保护未成年子女的最佳利益而任命的律师。作为子女的最佳利益律师，他会积极地倾听孩子的声音，子女的最佳利益律师对什么是对孩子最有利进行独立评估，并将其反馈给法院。就有关未成年子女监护的事项，最佳利益律师独立决定什么样的监护安排是最利于孩子的，最佳利益律师必须告诉法庭孩子想要什么，但不要求法庭做孩子想要的。最佳利益律师可以由作为父母的当事人一方、双方的请求或法院指定，他或她充当法庭的“眼睛”，以确保代表子女的最佳利益。在大多数情况下，最佳利益律师的费用由诉讼当事人承担。

在我国家事司法实务中，已经有法院探索实施未成年子女利益代表人机制，取得了一定效果。我国有必要在借鉴域外经验基础上，确立我国家事司法中的未成年子女利益代表人制度。在家事司法中父母等监护人不能有效维护未成年子女利益等情况下，由法院指定未成年子女利益代表人，未成年子女利益代表人在法庭上代表未成年子女发声，维护其合法权益。未成年子女利益代表人可以从未成年利益保护主管机关、妇联等社会团体、律师等单位和人员中选定；在诉讼中，未成年子女利益应当了解把握未成年子女的真实意愿，通过出庭方式，代表未成年子女最佳利益向法院陈述意见。

《人权》 | 如何保障家事司法中未成年子女意见表达权？

原创：2024-02-14 HumanRights 杂志 刘敏
https://mp.weixin.qq.com/s/A7XePM-TticTlvweGhlYxA

导读：

家事司法中有许多涉及未成年子女利益的案件，虽然未成年子女并不是家事案件当事人，但该未成年子女仍然享有意见表达权。家事司法中未成年子女意见表达权是指在法院处理涉及未成年子女利益的家事案件时，具有一定心智能力、有主见的未成年子女就有关其事务安排或涉及其决定有表达自己意见并要求法院适当地听取其意见的权利。家事司法中未成年子女意见表达权包括两层含义，一是法院在处理涉及未成年子女事务安排的案件以及其他涉及未成年子女利益的案件时，未成年子女有发表意见的机会；二是要求法院根据未成年子女的心智能力等情况适当地听取未成年子女的意见。在性质上，家事司法中未成年子女意见表达权属于未成年子女的程序基本权，并且属于司法受益权的范畴，国家特别是它的法院有义务保障家事司法中未成年子女的意见表达权。

在家事司法中，法院在处理涉及未成年子女利益的案件时，为什么要保障未成年子女意见表达权？未成年人独立权利主体地位的确立是家事司法中未成年子女意见表达权保障的逻辑前提；实质当事人的程序保障是家事司法中未成年子女意见表达权保障的直接原因；实现未成年子女利益最大化是家事司法未成年子女意见表达权保障的根本原因。

在家事司法中，法院可以通过三种机制听取未成年子女意见保障未成年子女意见表达权，一是法官直接听取未成年子女意见机制；二是家事

调查员机制，在法院处理涉及未成年子女利益的家事案件时，由家事调查员了解把握未成年子女的意见，并进行分析判断，向法院提出报告，从而让法院在就未成年子女事项作出裁判或进行调解时考虑未成年子女的意见；三是未成年子女利益代表人机制，在家事司法过程中，在未成年子女的父母等监护人与未成年子女存在利益冲突或者未成年子女父母等监护人不能有效维护未成年子女的利益以及其他必要情况下，有必要为未成年子女指定利益代表人，未成年子女利益代表人从未成年子女利益最大化出发出庭代表未成年子女发表意见。在上述三种听取未成年子女意见的机制中，法官可以采用其中的一种机制，也可以采用其中的两种或者三种机制。为保障家事司法中未成年子女意见表达权，我国应当规范法官直接听取未成年子女意见机制、健全家事调查员机制、建立未成年子女利益代表人机制。

作者：刘敏，南京师范大学法学院教授、博士生导师，中国法治现代化研究院研究员。

原标题《家事司法中未成年子女意见表达权之保障》，刊载于《人权》2023 年第 6 期。

《政法论坛》网络首发 || 赵玉：股权继承的公司组织法建构

原创：2024-02-27 政法论坛 赵玉
https://mp.weixin.qq.com/s/oMbvUuhndKY08AHTCkuvIA

赵玉　国家检察官学院教授

本文将发表于《政法论坛》2024 年第 2 期

摘要：股权的公司成员权特质，决定了股权继承规则跨越继承法与公司法。进入公司组织法领域，继承法的遗产管理制度不应直接支配继承股权的财产权益；公司法也不应固封于财产权益与身份权益解构理论，应提供股权继承人及代表人选任、显名、行权、责任等组织法路径，才能实现继承人的股权财产权益。股东资格继承基于继承人偏好、股份类型、公司意志而存在差异，本质是公司与继承人之间的新合意。2023 年修订的《公司法》将股权继承规则扩张至股份有限公司，形成与我国法定公司类型匹配的适用范围。当股东滥用权利恶意阻碍股权继承实现，可以准用强制性股权回购机制，落实股权继承人的财产性权益。总之，股权继承规则不应局限于继承法情境，应超越股权财产权益与身份权益二分法的传统理论解释，回归至公司组织法逻辑的规则建构之中。

关键词：股权继承；组织法逻辑；公司利益；继承权；公司法

目录

一、组织法逻辑下股权继承何以特殊
二、股权继承人利益保护的组织法规则创设
三、股权继承中公司人合性的规则解释

四、股权继承中的公司利益保护的规则构建

结语：认真对待股权继承的组织法逻辑

财富代际传承的世界里，法律规范扮演着极为重要的角色。股权继承的规则构造模式不仅影响着继承人的权益，冲击着公司整体利益，波及其他股东的人合性利益，甚至引发公司控制权争夺。我国公司法的股权继承规则逻辑局限在“可以继承股东资格”的过度抽象表达，导致遗产股权往往处于缺失成员权的法律真空地带。在公司许可之前，合法继承人尚未取得股东资格之际，公司法未能及时提供适当的组织身份，更未将股权继承人财产权益管理权与身份权益请求权嵌入到公司组织法体系之中。与传统财产权确认逻辑不同，股权的确认与行使离不开组织法支撑，受到“组织性契约”的规则束缚，呈现出相对“不自由”品性。当欠缺组织法行权路径时，股权继承人既难获得公允价格退出，又无法取得股东资格。同时，当存在多名合法继承人时，股权共有的法律规制处于“立法缺失”与“司法失序”的双重困境。“公司章程另有规定”示范指引效果孱弱，导致实践中继承人利益与公司利益面临双输局面。在全民共享国家经济发展红利的背景下，在公司法改革即将实施的特定时刻，作为现代家庭财富传承支撑的股权继承规则与理论有待重新解释。股权继承公司组织法建构，既要遵循家庭主义情境下的继承法逻辑，更应重视商事主体组织法逻辑，最终兼顾家庭团体利益与商业组织利益。

一、组织法逻辑下股权继承何以特殊

因自然人股东死亡引发财富传承的股权继承领域中，“股权”作为继承的合法客体是不争的法律共识。股权作为衍生于公司法的一种新型权利，既是财产继承关系的客体，也是组织关系中成员权。股权继承的规范构造，既要重视不具备股东资格的遗产股权的财产权益实现路径，也要关注死亡事实引发的股东资格更迭规则衔接。

（一）不同偏好继承人眼中的股权法律属性

股权的性质之争是公司法理论探讨已久的难题之一。股权继承场景下，股权法律性质究竟是纯粹的财产权益，或是组织法的成员资格，抑或是复合的团体性法律关系？站在不同偏好的继承人角度，呈现出不同的答案。

站在不谋求股东资格地位的继承人的角度，股权性质更贴近纯粹的财产权益。德国公司法理论认为，股权表现为公司资本的组成部分，是“活动的财产”，可以看作是“公司法衍生出的财产权”，随着公司净资产变动而估值浮动。我国《民法典》第 125 条规定“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”，股权已经是一项重要的投资性权利。若继承人无意成为公司组织体成员，那么无论系经由公司回购、转让给其他股东或第三人，只要遗产股权对价公允、支付及时，均不影响谋求财产性权益的股权继承人的核心利益。站在谋求股东资格地位的继承人角度，股权承载的意义不限于金钱权益，同时期待股东成员资格的拥有，甚至是控股股东的地位争夺。我国台湾地区公司法学者认为，股权代表公司组织成员资格，并非纯粹的财产权或纯粹的人格权，乃是一种特殊的权利。从法教义学构造观察，财产权益是股权的目的，身份权益则是股权的手段，股权的法律性质是一种内含财产权益的身份成员权。2023 年修订《公司法》第 4 条第 2 款就是股权成员权内涵的立法表达。可见，对于有意参与或控制公司经营的股权继承人而言，看重的不仅是股权财产权益估值公允，同时关注股东资格或控制地位及时获得公司确认，不仅要避免股东资格被剥夺，或股权行权出现时间真空，更担忧公司控制权的旁落。站在谋求经营维持的公司利益角度，股权性质体现着股东与公司之间长期的组织体关系，同时也代表着诸多权利与义务的复合。公司股权从单纯财产属性，演变至带有人合色彩的复合权利，始于英国 1902 年“Barret v. King”一案。

该案改变了股份仅是财产权利的观点，认为封闭公司的股份建立一种类似于合伙的人际关系。在英国 Borland’s Trustee v. Steel 一案中，Farewll 法官描述：“股份是运用金钱数量来衡量公司中股东责任、利益以及彼此之间签订的一系列共同契约的工具。”德国公司法理论主张“股权是一种复合的法律关系，多种单一的权利和义务集合在一起”。基于公司维持原则考量，股权继承的规范目标不仅要解决因自然人股东死亡后成员权行使主体真空而造成的公司意志阻滞，防止因人合性波动而引发的公司僵局，同时要避免因回购继承人股权形成财务重负，压迫公司解散。

（二）股权继承法律关系中的主客体确认

作为继承关系特殊客体的股权标的究竟指向什么？隐名股东的股权以及处于争议之中的股权是否具有继承性？这些追问不可避免地成为股权继承法律关系中常态争议。股权继承法律关系的“标的”指向什么？是限于股权的财产权益，抑或包含股东资格？是否可以干预公司财产处分？首先，股权继承是一种全面的、概括的继承，但财产权益继承与身份权益继承的效力存在差异。财产权益继承是源自与宪法的强制性规定“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，保护并实现财产权益是公司对股东的法定责任。自然人股东死亡后基于继承权的形成权属性，继承人成为公司法定责任的对象，除非继承人自愿放弃，公司不得限制、侵害、贬损继承人股权的财产权益，公司对继承人股权财产权益的保护责任与公司对股东财产权益的保护责任相一致。其次，股东资格的继承本质是公司与继承人的新合意。从继承人视角出发，自然人股东死亡后，继承人取得股权的财产权益，但不当然取得身份权益（股东资格），继承人享有向公司的请求权，请求公司许可其获取组织体的成员权。从公司视角出发，自然人股东死亡后，公司负有对继承人财产权益的保护与实现责任，享有对继承人的组织体成员身份享有许可权，以公司意志作出决定。最后，公司是独立民事主体，享有完整的、区隔于股东的独立财产利益。公司资产由公司意志控制、支配、经营；股东作为组织体成员享有表决权，以多数决的方式形成公司意志。公司具有独立的人格，财产区隔是法人制度的核心要义。在最高人民法院审理的“某合同无效纠纷再审”案件中，法官指出：继承人所继承的是公司股权，公司财产不属于被继承人遗留的个人合法财产，公司处分公司财产不须经全体继承人的一致同意。在股权继承纠纷之中，按照公司治理的权力分配逻辑，公司财产的处分决策权配置应按照公司章程规定的股东会或董事会集体决策进行，无须征得全体继承人的一致同意。

隐名股东的股权以及处于争议中的股权，应否纳入股权继承的规范标的范围呢？笔者认为，一方面，隐名股东的股权不能作为继承标的，原则上只有显名股东的股权可以继承。依据在于《九民纪要》第 28 条的规定，只有在其他股东知情且默认隐名股东实际行使股权的条件下，隐名股东的显名诉求才能突破名义股东与隐名股东的合同约束，获得公司组织体内部对其股东资格的认可。若允许隐名股东的继承人主张股权继承，将会使得公司组织的内外部法律关系缺乏商事外观公信力，造成交易复杂和交易失序。另一方面，处于争议中的股权也不应作为股权继承标的。《民法典》第 1122 条规定，遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。只有待股东资格明确无争议后，方可作为股权继承标的。北京市高级人民法院审理的“某公司决议效力确认纠纷”案中，法官指出，原股东在去世前股东资格存有争议，在被继承人股东资格未明确前，暂不符合提起公司决议效力确认纠纷案件的起诉条件。归属存在争议的股权难以视为个人的合法财产，因此无法成为股权继承的适格标的。

（三）股权继承规范的组织法体系构造

从股权继承规范的体系安排比较法观察，域外立法往往将“股权继承”置于“股东资格”或“股份”章节。作为股东变更的一种特殊方式对待，形成了不同于人合公司法的基本理念。例如，德国公司法在股东资格章节下，强调股权具有可转让性与可继承性，不能基于事前公司章程而排除或变更继承法关于遗产继承的强制性规定，可以为实现公司利益设定事后的股权继承的强制性回购条款。又如，日本公司法典在“股份”章节下，“股份总则”之中规定了股份共有人权利行使的一般性条款，涵摄股权继承共有人的权利行使，不仅认可章程事先的强制性取得股份制度，而且允许公司与继承人之间达成新合意，股东资格采取合意性取得方式。同时为避免公司权力滥用而拖延给付，立法强制性要求必须在一年的除斥期间内完成对继承人财产权益退出的支付。股权继承不应准用股权转让的规范模式。基于股东死亡事实产生的股东变动，股权继承规范与股权转让的底层逻辑不同。一方面，股权继承发生的股东变动不以合意前提。法国与英国的立法将股权继承归入“股份转移”，而非适用“股份转让”规则。前者的股东易手产生股权流向特定亲情主体效果，类推股东对内转让，不产生股权对外转让时其他股东法定优先购买权。另一方面，股权继承与股权回购存在制度交叉。股权继承的场景之下，若继承人明确拒绝取得股东资格，或因公司拟排除不受欢迎的股权继承人，立法应提供合意性股权回购或强制性股权回购的规则供给，同时触发适用股权回购的财源规范等限制。公司组织法对于股权继承的规范呈现三个维度：其一，股权继承人利益保护维度。股权继承人作为股权财产权益的实际权利人，至少拥有知情权以及维护财产权益必要的表决权。在遗产管理、处分的过程中，尚未确定特定继承人承继股权时，遗产股权为全体合法继承人共有，需要公司组织法提供共有股权行权规则，增设股权继承人的显名、选任、行权机制、股权继承人的财产权益变现机制以及股权继承人的责任限定机制。其二，公司整体利益保护维度。公司在多大程度上可以拒绝不受欢迎的继承人？取决于公司是否有财务能力回购继承人遗产股权，抑或寻求合法的财务资助路径，保障继承人可以得到公允价格退出公司。而此涉及回购、减资、财务资助等公司资本制度，需要股东以多数决方式形成公司意志，此时，继承人股东资格的许可与公司资本变动具有联动性。其三，其他股东人合性利益保护维度。2017 年《公司法司法解释（四）》第 16 条已经明确排除了股权继承之际的股东优先购买权，那么有限责任公司中的人合性诉求需要其他实现路径。商业实践中，或者公司决议指定其他股东购买，或者指定第三人购买，持有异议的股东享有异议回购请求权。仅以“公司章程另有规定”的立法表达，指引效果孱弱。公司组织法必须正视人合性利益动态诉求，提供更为详细的规则示范文本，避免其他股东恣意妄为或由于章程约定模糊而频发争议。

二、股权继承人利益保护的组织法规则创设

股权作为一种民商法领域的“跨越部门法的权利”，保护方法有别于传统民法的一般财产权原理。股权继承人利益保护的规范需求，并非民法的遗产管理人规则所能单独胜任，更需要公司组织法的配套制度支持。包括但不限于：增设股权继承人的显名、选任与行权机制、股权继承人的财产权益变现机制以及股权继承人的责任限定机制。

（一）遗产管理人机制不能替代继承股权共有代表机制

我国民法典引入遗产管理人机制后，是否可以替代公司法中的共同继承人代表人机制呢？有观点认为，民法典增设遗产管理人机制之后，无须在公司法设置共同继承人的股权代表人条款。遗产管理人机制是局限于继承场景下“保护与管理遗产”的过渡性制度安排，尚不足以解决公司

组织法场景下的“共有股权”的行权困境。原因在于：其一，两种机制的承载功能不同。遗产管理人的职责规定在《民法典》第 1147 条，围绕管理遗产的必要行为展开，主要包括：清理遗产并制作遗产清单、向继承人报告、避免遗产减损、处理被继承人的债权债务以及依法分割遗产。共有股权代表人的职责是作为共有股权的代表，行使共有股份权利。其二，两种机制的适用范围不同。遗产管理人代表机制的适用范围仅限于继承场合。共有股权代表机制的适用范围更为广泛，包括股权转让、股权分割、股权代持、股权回购等多种场景下引发的共有股权行权，所谓共同继承股权行使仅系共有股权类型之一。其三，两种机制的选任程序不同。按照《民法典》第 1145 条、第 1146 条，遗产执行人、共同继承人以及被继承人生前住所地的民政部门或村民委员会以及法院依照法定次序选任遗产管理人，无论选任主体或被选任主体均超越共同继承人范围。而共有股权代表人往往由共有人之一或一位共同代理人行使，并非按照遗产管理人的选任程序推选。其四，两种机制的存续期限与责任安排不同。遗产管理人机制始于继承开始，终于遗产处理完毕。共同股权代表人始于代表人被指定或选出，终于公司消灭。遗产管理人本质而言是受托人，根据《民法典》第 1148 条规定对共同继承人负有忠实义务与勤勉义务。共有股权代表人原则上本身就持有股份，系代表共有股权人向公司行权，基于商业风险而发生的贬损，共有股权代表人不承担责任。其五，两种机制的取酬不同。遗产管理人机制的报酬，根据《民法典》第 1149 条规定，可以依照法律规定或按照约定获得报酬，而共有股权代表人机制往往不存在取酬机制。在民法典引入遗产管理人机制之后，股权继承场合下，公司组织法应补充共有股权相关规范，使公司法范域的股权共有机制与继承法范域的遗产管理机制有机衔接。

（二）继承股权共有代表机制的公司法表达

基于组织法股权表意的一致性需求，只有确立股权共有代表机制，并将其纳入公司组织法规范体系之中，才能保障公司组织体的正常运行秩序，约束股权共有人的表意分歧，并兼顾股权继承人利益、公司利益以及其他股东利益。股权共有代表机制的法律技术表达，在域外商法典或公司法往往列入“股份总则”章节的必备规范事项。按照总则与分则关系的“条款涵摄理论”，总则具有涵摄分则的功能，“条款之间是否休戚相关，法律的外部体系可以提供一些指示”，总则具有涵摄分则的功能。我国股权继承共有代表机制无须单设条款，不妨在股份章节设定股权共有代表机制的一般性条款，包括股权共有人代表机制的显名规则、选任规则与行权规则，适于所有股权共有代表机制的表意行权场合。股权共有代表机制引入的规则之一，股权共有人代表人显名条款。所谓股权共有人代表人显名机制（含股权继承场合），即多名股权共有人共享一份“股东资格”，并被以“单一股东”身份予以对待。这是股权共有人行权的组织法内部前提，更是我国股东身份确认的外部公示要件。在股权继承的规则构造中，股东身份的组织法意义必须予以重新发现。股东身份规则是财产收益规则的基础性前提，不能沦为法律附庸。股权共有人特别是继承股权场合，股东资格取得需要股权继承人向公司表达请求成为股东的意思表示，“公司股东的资格从来都不是被强迫的，都要以他们有在一起合作的‘意愿’为前提条件。”同时，公司股东的身份离不开公司意思的确认程序，这是公司组织法不同于物权法、财产法规则的差异所在。股权共有代表机制引入的规则之二，股权共有代表人选任条款。这是股权共有人与公司之间进行内部沟通的桥梁中介，更是公司法调整股权共有人外部关系的重心所在。股权共有代表的选任途径，域外公司法采纳“单一权利行使者机制”：即“只能通过”、或“必须指定”、或“应当规定”“一人或唯一委托代理人”为代表出席股东会，并不直接适用

民法典的共有权利行使规则。这一强制性代表选任机制的正当性在于，要使共有股权行使的效果，直接等于“单一股权”行使的法律效果，从而实现股权共有人与公司利益的双重关切。股权共有代表选任条款的引入必要性，存在渐进认知的立法过程，2005 年日本公司法第 106 条才最终增设股份共有代表人选任条款。2010 年我国最高人民法院起草的《公司法司法解释三》的征求意见稿第 35 条中对股权共有规则表述为：“两个或者两个以上的民事主体共同持有公司股份的，共有人应当确定代表人行使股权。股权共有人没有确定行使股权代表人，公司主张对其中一人发出的通知或者分配，效力基于全体共有人，其中一人行使股权的效力及于全体共有人的，人民法院应予支持。”虽然最后没有被吸纳，但征求意见稿之中对股权共有代表选任条款，既吸纳了域外立法经验，也是商业实践的现实需求，弥补股份共有代表机制的规范漏洞，可纳入我国公司法体系之中。

股权共有代表机制引入的规则之三，股权共有代表人行权条款。这是股权共有代表机制的目的性条款，而股权共有人的显名条款和代表人选任条款则为手段性条款。一方面，股权共有代表行权的法律机理，既有别于“一事一授权”的民法代理机制，也区别于股东会概括授权董事会机制，而是共有代表人行使属于股东自身的权利。从比较法的条款表达看，《德国股份法》第 69 条的 1 款规定，共有代表人可以行使该股票上的权利；《法国商法典》第 L225-110 条规定，共有代表人可以代表出资股东大会行使股东权利；《日本商法典》第 106 条规定，共有代表人行使有关该股份的权利。因此，有学者主张无论是夫妻共有股权，抑或股权继承共有的对外行权，均可以求助于股权共有代表人条款来解决。另一方面，股权共有代表人的权利行使，必须设定合理的期间。《法国商事公司法》第 44 条规定，允许公司股份在夫妻之间或直系亲属之间的当然继承，但同时允许章程设定须经过公司同意或认可，设定了三个月的公司考虑期限，若不认可，须立即采纳公司回购股份的方案，从而在可预期的有限期限内解决权利真空问题。无论是基于共有人利益维护，还是有利于公司治理效率，股权继承人的股东资格确认不应该遥遥无期，立法者应设定一个合理期限，避免“表决权悬空”的期限过长，甚至被忽略。

（三）股权继承人的责任限定机制

股权继承人利益保护的体系构造，不仅有赖于民法典中的遗产管理人机制，也求助于公司组织法层面的股权共有代表机制，还需要股权继承人的责任限定机制。本文所言的股权继承责任限定机制，专指继承人对遗产股权负担的债务以遗产的价值为限。被继承人所继承的股权若存在认缴未缴或逾期待缴情形，原则上继承人对超出遗产价值的债务不承担责任。股权继承人接受股权遗产的行为本身，并不意味着对遗产股权的债权人作出债务加入的法律允诺，更不表明继承人同意以自己财产为遗产股权负担的债务买单。股权继承人的责任限定机制的本质是“法律为继承人提供了以遗产正资产价值为限为遗产义务负责的可能性。”同时须指出，公司法中的股权继承人责任限定机制，迥异于民法典继承编的遗产限定继承机制。遗产限定继承机制是指以继承人得以继承特定遗产为标尺，《民法典》第 1122 条为其解释源头，旨在尊重“血缘传承性”，限定具有血缘传承性质的遗产非财产本源主体的血亲继承人不得继承，是基于继承人身份和遗产性质的限定。股权继承人的责任限定机制是股权继承人承担责任的基础性原则。但是，若继承人明知继承股权系在认缴制场景之下，且已经向公司证明其合法身份，并记载于股东名册并办理工商登记后，当继承股权存在届期未缴或逾期缴纳的情形之际，股权继承人仍然适用责任限定原则吗？这一问题容有争辩的空间。因为股权继承人的责任限定机

制是存在例外的，该责任承担的逻辑类似 2023 年修订《公司法》引入的“股权受让人出资责任规则”。有学者指出，股权受让人出资责任配置，缺失股权连续转让情境的立法假定，导致转让人与受让人的责任失衡。因此，应考虑将股东出资义务设为“股权负担”，以股权负担的“物的关系”作为责任规则构建的理论原点。也有学者指出，“共同承担模式”所依据的债权人保护理念并不充分，“单独承担模式”的规制路径更为妥当合理。上述理论创新解释，不仅挑战了股权受让场景下的责任分担逻辑，同时也对股权继承人的责任限定机制例外提供了理论支撑。当股权继承人已经以股东身份从事活动，无论是继承后股东资格的显名确认，抑或在后续参与增资，均意味着继承人向公司表明其股东身份，并以行为表明愿意接受“股权负担”。正如德国公司法理论所言，“如果继承人已经向公司证明其合法身份的情况下，则适用《有限责任公司法》第 16 条第 2 款的规定，对所有基于股权的且尚未履行的给付承担责任”。换言之，在上述特定情形下，继承人则转为承袭被继承股东的认缴责任。

三、股权继承中公司人合性的规则解释

公司人合性系指公司组织体中组织成员信赖而产生利益关系。人合性会因时间流逝或经营摩擦而处在动态变化之中。最典型的情形就是自然人股东死亡，导致大股东或实际控制人空白，引发股东之间信赖关系断裂。2016 年最高人民法院颁布《公司法解释（四）》第 16 条，凸显家庭成员亲情关系的继承流转特殊性，排除其他股东优先购买权，确系司法裁判理念的重大突破。但在有限责任公司股权继承情境下，似有近无的人合性诉求如何实现呢？立法不妨考虑提供当事人可以选择的示范性文本，采纳公司章程约定或股东会多数决的基础上，赋予公司对股权继承的调整权，或形成股东优先购买权穿透效力的约定扩张，或设定股权继承公司强制回购条款，供给人合性利益实现机制。那么，诸如股东继承的章程约定的公司类型范围，以及公司章程对股权继承调整的效力认定，均成为公司法必须回答的现实难题。

（一）股权继承章程受限股权的公司类型范围扩张

股权继承的标的股权类型，绝非不限于有限公司的股权，还包括股份有限公司的股份、股份合作公司持股等各类新型财产权。无论是对股份有限公司、股份合作公司，抑或上市公司股份而言，都存在转让受限股份类型。2023 年修订《公司法》增设第 167 条对股份转让受限的股份有限公司的股权继承规定，该条款的适用面临法教义学的解释问题。以股份转让自由与否划分，股份有限公司股份分为股份转让受限与股份转换自由的两类股份。那么何谓“股份转让受限”呢？2023 年修订《公司法》第 144 条系关于“类别股”的新增条款，除了“优先股与劣后股”“多数表决权股或少数表决权股”之外，增加了“转让须经公司同意等转让受限的股份”类别，可见第 144 条所称的“股份转让受限”即指“须经公司同意”。结合《公司法》第 167 条股份有限公司股权继承的条款，规定“自然人死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，股份转让受限的股份有限公司的章程另有规定的除外”。该条款扩张了股权继承的“公司章程另有规定”的涵摄范围，从局限于单一的有限公司类型，扩张至“股份转让受限的股份有限公司”，将两类封闭型公司一体化系统规制，值得肯定。

（二）公司章程调整股权继承的司法效力

在闭锁性公司的股权继承情境中，当公司章程对于股东资格与财产权益的设定限制，“改变了公司章程与公司法的关系，将公司章程置于优先适用的裁判法地位。”然而，公司章程另有规定并非恣意妄为，“公司章程对股东资格继承的限制，也只能以合理为标准”，“公司法最为棘

手的一项任务便是设定必要的法律限制”。公司章程对股权继承的约束条款效力，不可避免地成为司法的争议焦点。公司章程关于股东资格约束的效力判断，触及两个争议：股东资格能否自动继承？股东表决权能否被约束？一方面，从我国立法规范的文义观察，股权继承条款似乎回答了股东资格问题，但未提供股东资格确认的组织法规程；“排除其他股东优先购买权”似乎解决了股东之间对继承股权的争夺，但未回答股权继承人与公司之间关系的处理规则。公司章程类似约定条款效力缺失的立法漏洞，不仅造成当事人认知的分歧，而且诉讼争议频发不断。目前我国司法实践的共识认为：自然人股东死亡后，继承人可以按其持股比例享有公司财产性利益。但如果公司章程中没有直接排除股东资格继承的表达，则需要继承人向公司提出股东资格继承申请，以股东会决议方式实现公司对股东资格的许可。股东会以多数决方式通过股东资格许可，不应与组织法规则截然区分，股东会决议与公司章程具有同等的法律属性与效力。另一方面，公司章程限制继承人的表决权是否有效？从我国立法规范的体系观察，继承人的表决权行使规范处于“权利真空”地带，该项表决权能否被限制更是一项立法空白。我国司法实践认为，“公司章程对股权继承的约定，系股东意思自治的体现，但章程自治不能违反法律法规的强制性规定，不能限制继承人的知情权与表决权等合法股东权利，否则相关条款认定无效”。可见，从公司股权继承的立法论出发，应该明确增设股权继承中的股东资格确认程序，并明确继承人表决权的行使规则。公司章程对股东财产权益约束的司法争议，聚焦在三个问题：股东死亡是否导致退股？公司章程约定收购死亡股东股权的条款是否有效？被收购继承股权如何估价更为合理？其一，自然人股东死亡之际，持有的股权能视为退股处理吗？公司法理论认为，除非存在法定的重大原因（如死亡或除名），否则股东并无自由退出公司的权利，公司一般也无权将股东开除。基于国企改制或封闭性公司治理需求，采纳“人走股留”或表述为“股本金实行动态持股管理”的岗位股理念，约定“股东入股后不得退股，但若股东调出、辞退、辞职、除名、退休、亡故等情况，可由公司、或其他股东或新加入职工购买其股份”。换言之，股东死亡的法律事实，可以成为继承股权退出的特殊事由。其二，公司章程约定公司、其他股东或第三方购买继承股权，该约定效力如何？对此，须区分公司初始章程或事后章程修订两个时间段，予以差异化判断。对于公司初始章程关于股权继承的强制性回购约定，形成全体股东之间具有约束力的合同义务，不仅体现公司意志并维持封闭性治理，而且保护了股东财产权益。对于公司事后修订章程，排除股东资格继承，就必须严格依据公司强制性回购继承股权规则，既保障公司的成员许可权，又保障继承人财产权益实现。其三，被收购的继承股权如何估价合理呢？在我国司法实践中，呈现“以初始出资额或初始出资加上一定比例利息、或公司净资产评估”等多元模式。德国立法中强调若死亡员工股的退出，约定以初始购买价格进行强制性回购，实则直接创设一种“员工持股溢价赠与公司”机制，其法理基础存在争议空间。对于兢兢业业献身于企业的员工持股而言，给予继承股权退出的合理估值更为公允。考虑到公司股权估值始终处于动态变化之中，德国公司法明文规定严格禁止章程事先约定强制性回购继承股权的价格，强调必须事后达成回购价格方具备公允性。日本公司法则规定回购继承股权的估值，或经过当事人达成协议，或重新经由司法评估，以此对继承股权的公允财产性利益予以保护。

四、股权继承中的公司利益保护的规则构建

我国股权继承规则的构建中，缺失公司整体利益保护机制。从长期主义来看，公司的持续稳定经营是对全体股东以及其他利益相关者最好维

护。所以，股权继承规则之中必须给予公司利益以优先等级序位。继承人股东资格的许可与否，并非局限于考量其他股东的人合利益，更须考虑公司资本维持与企业持续经营稳定。

（一）公司利益缺乏引发的股权继承规则困境

继承权是公民基本财产权利，除依法律规定丧失继承资格外不可剥夺。股权继承因涉及到公司资本维持以及组织成员身份等因素，不能单纯地以对待一般财产的继承方式来处理。我国股权继承条款的构造存在逻辑漏洞，公司作为整体性利益被忽视。公司人合性利益等同于公司利益吗？股东通过章程规定维护股东之间的合作信任，就可以维护公司利益吗？答案显然是否定的。因为“人合性仅仅是有限责任公司的一个特征面向，既非其本质属性，也不是其至高价值追求，更不是颠扑不破的教义法则。”“公司股东之间的人际关系在经营活动的长周期中是处于不断变化之中的”。在“某公司股权确权及公司增资扩股出资份额优先认购权纠纷案”中，最高人民法院认为，“当股东个体利益与公司整体利益或者有限责任公司人合性与公司发展相冲突时，应当由全体股东按照公司章程规定方式进行决议，从而有个最终结论以便各股东遵循”，可见，公司利益不能限于人合性利益一隅，公司组织体的生存与稳定同样是重要的公司利益组成。基于有限公司人合性利益考量，公司如何拒绝不受欢迎的股权继承人，是一个破费思量的法律难题。从传统孝文化观察，我国民族传统避讳谈及死亡，大多数人都是在临终前才交代自己的身后事，因此公司章程不规定股东资格继承相关事宜实属常态。由于“公司章程另有规定”的缺失，导致股权继承普遍适用公司法一般性规定。司法裁判倾向于忽略公司许可程序，跳过公司决议，直接确认继承人股东资格。公司只能接受不受欢迎的人进入公司，其他股东别无他法，只能在忍耐中不断瓦解公司的合作基础，影响公司利益的实现。公司利益保护的具体规则应该由公司法提供可供操作的示范条款。公司章程为组织法契约，自由空间较小，涉及诸多利益主体间权利义务平衡，强制性规范与任意性性规范复杂交错。在缺乏示范文本的前提下，交由“公司章程另有规定”，将留下大量隐患，引发公司章程条款效力争议，产生大量司法诉讼，陡然增加商业成本。

（二）“公司利益”保护的股权继承立法比较

关于股权继承的章程约定立法模式，从比较法观察，呈现“事先许可”与“事后许可”两种方案，两者的共性均强调对公司利益的保护。

方案之一，公司立法关于股权继承章程限定的“柔性介入”模式。即不允许公司章程事先排除、改变或拒绝股份继承及其顺序，否则该事先章程约定是无效的。但是为了公司利益考虑，允许事后公司与继承人达成收购合意取得股份。如德国有限责任公司规定，公司章程不能排除遗产法有关继承顺序的规则或对其进行变动，公司章程同样不能进行上述排除或变动。因此，如果章程规定股份不得继承或规定继承须获得公司许可，这种规定是无效的。但公司有权通过事后修改章程模式阻止不受欢迎的继承人成为股东，章程可以规定遗产继承人有义务将其股份转让给他人，或公司可以根据《德国有限责任公司法》第 34 条规定收回继承的股份。方案之二，公司立法关于股权继承章程限定的“刚性介入”模式。即为了防止公司资本的外流，或抵御敌意收购家族企业，基于简化股份继承、维护公司发展以及公司利益考虑，公司章程可以另行规定公司购买股份、指定其他股东或第三方购买股份。以《法国商法典》第 223-13 条为例，引入了股权继承中的企业维持机制，规定“公司章程可以规定，如果一名股东死亡，则公司可由其继承人及健在的股东或仅由健在的股东维持运作。如果公司仅由健在的股东继续维持运作或者如果继承人接任股东未获许可时，则继承人拥有死亡股东所持有之股权的财产

价值。”又如，《日本公司法》第 174 条至第 177 条以四个条款单独规范了“对继承人的出售请求”机制，在继承、合并等普通继承发生时，针对限于转让受限股份，公司可以依据章程规定通过股东大会特别决议，向请求股权继承人将该股份出售给公司。当然这种封闭性股份公司的强制性回购机制，须遵循资本维持下的以可分配额利润为限额的财源限制的规定，以及公司从知道该继承以及其他普通继承之日起经过一年时的除斥期间的规定。可见，为了公司利益或企业维持考虑，公司强制性回购继承股权机制已经成为一种共识性的合法手段，一并纳入公司回购的体系规范之中。

（三）“公司利益”保护下的我国股权继承规则填补

域外关于股权继承章程约定的两类模式之别，系基于不同国家、民族的文化传统与司法适应性所致，事实上并无功能优劣之分，但“公司利益”保护程度却有充分与欠缺之别。我国 2023 年《公司法》第 90 条与第 167 条股权继承的法律条款，仍然沿用“可以继承股东资格”的文字表述，其实“股权具有可继承性”更为精准。股权继承条款的规则完善，应辅之以公司利益保护的配套规则。我国股权继承的规则衔接适用中，不妨引入或准用 2023 年新修订《公司法》第 89 条第 3 款的“强制性股权回购机制”条款，同时辅之以精细化的股权回购价款估值机制。事实上，强制性股权回购机制在我国已经有了司法先例。2018 年最高人民法院发布第 96 号指导性案例，“宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案”，承认国有企业混改“人走股留”章程约定的合法性。这一指导性案例承认了在股份公司回购的法定情形之外，应该承认有限责任公司与股东之间强制回购的机制需求。虽该判决针对国企改制的特殊背景和职工股东辞职的特殊条件，但不应受此局限，可将此案的理论逻辑扩张适用于股权继承的情境之中。基于公司利益保护的企业维持理念，我国公司法股权继承条款之中引入“公司强制性回购机制”，允许公司章程规定在特定情形下的向继承人购买股权，防止不受欢迎的人取得股东资格。同时必须指出，强制性股权回购不同于自愿性回购，其特殊性在于要件的严格性，章程中相关的回购条件必须一一满足，避免将继承人利益置于其他股东的恣意之下。2023 年《公司法》第 89、162 条分别规定了有限责任公司与股份公司回购股份的情形，可将自然人股东死亡作为强制性回购的法定事由之一。《公司法》第 163 条第 2 款规定，为公司利益需要，经股东会决议或董事会按照公司章程或股东会授权，可以为他人取得本公司股份提供财务资助，该条款亦应同样适用于股权继承中强制性回购机制。为了公司利益最大化考虑，公司法关于股权继承的强制性回购机制可以考虑设计如下：其一，确定股权回购的原因。明细的股权回购原因，对于公司而言是掌握未来股东成员组成的最重要手段；对于股东而言是收获明确预期的最有效工具。在股权继承领域，触发强制性股权回购的原因应当达到影响公司利益的程度，“作为提升公司长期价值的公司利益，保障着公司多方参与者的整体利益实现，平衡公司各主体利益冲突的价值工具”。可能的回购原因有：股权被质押、继承人破产、继承人与现有公司股东存在可能影响公司人合利益的情形，如存在数额较大的经济纠纷等。其二，确定股权回购的条件，尤其是股权回购的对价和支付方式。股权继承人应当对公司享有以股权的足额交易值为标的的补偿请求权。相关价格和支付方式的确定可以参照 2023 年修订《公司法》第 89、162 条规定，先由股东与公司协商，两者不能达成股权收购协议的，继承人可以向人民法院提起诉讼。其三，股权回购的实施程序。若公司章程没有相反的规定，则可根据股东多数决来实施股权回购。其四，股权回购价金的支付。公司法应当规定可分配额为限度的财源限制，设定公司需在一年内履行购买股权的除斥期间安排，

使得公司在保持偿债能力的基础上，充分保障退出股东的财产权益。若公司欠缺偿债能力，则其他参与制定股东回购决议的股东对补偿金的支付承担无限比例责任。其五，股权回购的法律后果。有效的股权回购将导致该股权的消灭，继承人不再加入公司股东行列，但这一法律结果并非股东除名。

结语：认真对待股权继承的组织法逻辑

现代商业社会中股权成为重要的财富类型，处于家庭财富代际传承中心的股权继承愈发重要。股权继承兼具家事与商事双重属性，究竟是依托家庭团体情境主义，还是回归公司组织情境主义的规范逻辑呢？从立法规制而言，家事纠纷解决追求稳定家庭秩序与维护亲伦关系，公司类商事纠纷致力于促进商业和增进社会财富。股权继承的规范理念，并非呈现“身份权日渐式微，财产权日益扩张”的轨迹，实则股东身份性权益的组织意义需要重新被发现，“失去共益权的自益权是没有保障的权利。”传统的东方文化认为，“中国亲属法在历史上发挥了现代公司法在当下所能发挥的许多功能”，但是股权继承的现代立法分工，与其说倾向于家庭主义的继承法分析框架，不如说更贴近公司组织法分析框架。股权继承规范的理论建构原点，股权利益分离说理论有助于保护财产性权益的基础上，而确认股东资格仍需公司意思形成程序。只有回归公司组织法理论逻辑之中，通过吸纳股权共有代表人机制，提供公司章程自治调整示范条款，引入受限股份的股权继承强制性回购机制，辅之精细化的程序性配套规则，才能实现公司、继承人、其他股东之间之间利益平衡。

（二）律师视点

律界丨刘海娜：愿意陪当事人成长的专家型婚姻家事律师

原创：2024-02-01 法律与生活杂志 李云虹
https://mp.weixin.qq.com/s/QAYzCUJj-jfySaVtmq_TXQ

人物简介

刘海娜，北京天驰君泰律师事务所合伙人、北京天驰君泰律师事务所婚姻家事专业委员会副主任，“家事法苑”家事律师团队成员，中共党员。中国法学会婚姻家庭法学研究会会员、中国国际私法研究会会员、北京老龄法律研究会会员；北京市朝阳区律师协会“家族办公室与财富管理业务研究会”副秘书长、北京市律师协会老龄法律服务研究会委员。律师业务专长为继承、分家析产、婚姻家庭、民间借贷、合同等民商事案件，尤其擅长婚姻继承家事案件的谈判调解工作。自执业起至 2023 年 6 月，承办诉讼案件 1302 件，其中，分家析产、继承纠纷 475 件，离婚类纠纷 409 件，合同类纠纷 312 件，其余类诉讼 106 件。在中国裁判文书网上，可检索到其代理的案件数量 290 余件。

2024 年 1 月 2 日，本刊记者在北京天驰君泰律师事务所的一间会议室内，见到了这位被同事称为“战斗刘”的刘海娜律师。干练的短发、暖心的笑容、坦诚直接的说法风格，无不透露出她的真性情。

用幽默和真诚打动了一众律师前辈

1980 年，刘海娜出生在北京。作为一名文科生的她在填报高考志愿时，感到很茫然。“似乎那时，只有法律是比较适合文科生的一个好选择吧。”刘海娜回忆道。其实，在她的心中，对于法官这个职业更情有独钟。

大学毕业后，刘海娜成为一名律师。在时任北京市慧海天合律师事务所主任李海珠撰写的《律师的天空》一书中，讲述了初入律师事务所时的刘海娜的故事——

刘海娜的简历写得很有趣，除了对自己的性格评价为“无欲则刚”外，她对自己的外貌形容是“肤黝黑，体较短”。到了面试时，我们看到的是一个这样的女孩：一米五的个头，身体粗壮有力，黝黑的皮肤，厚厚的嘴唇。但她很自信，有着不同于她这个年龄的成熟与稳重，而且在言谈间显出真诚、坦然、爽快，这些气质赋予了她一种自信的魅力。

记得她是这样介绍自己的：我在大学期间是班长，干过学生会工作。我没有工作经验，到律师事务所，我不看重待遇，因为我没有经验。我认为，

干律师就是学做人，我唯一的长处就是以诚待人。相信我的以诚待人一定能够打动客户和当事人，还有法官，给律师事务所创造价值。

待面试结束后，我们几个合伙人都被她的那几句话打动了，一致同意录用她。因为我们看到，在她的身上，确实有打动人的本事。同时，她在一纸简历中，用幽默的方式坦言自己在外形上的特点，用“真诚”在众多求职者中脱颖而出。

刘海娜律师

就这样，刘海娜顺利地成为一名实习律师。但出乎她意料的是，在她进入这家律师事务所后，曾坐过一周的“冷板凳”。李海珠主任曾回忆说：“到了第二周，刘海娜就沉不住气了，她来到办公室问我，能够分配给她什么任务。我对她说：‘律师事务所不是学校，没有课程表，让你待着自然有让你待着的道理。’结果，刘海娜却说：‘我是您花钱聘用的，如果没活儿干，也是您的损失呀。我的同学跟我说，律师是要由老律师带出来的，我干什么都行，杂活儿我也能干。’于是，我就挑了一个租赁合同的文本让她修改，并告诉她，这是对她的考核，合格了，就给她安排师傅。”

结果自然可想而知，刘海娜没有顺利过关。李海珠主任语重心长地告诉她：“干律师是要自觉地学习，你连律师资格证都没考，对律师工作完全没有概念，让师傅怎么教？”随后，李海珠主任帮刘海娜量身定制了适合她的个人发展计划，从小额清欠非诉开始入手，联系客户，催收账款，半年工作的同时复习参加律师资格考试。在这样的规划下，刘海娜最终考取了律师资格证。

刘海娜告诉本刊记者，李海珠主任是她职业生涯中的恩人，她非常感恩其当年帮自己制定的规划与定位，当年交办自己的那些工作，为她日后和人打交道奠定了坚实的基础。她后来谈案顺利，大多得益于此。

刘海娜说，自己很幸运。在成为一名真正的律师后，并没有经历执业初期的案源困境。当年，她跟随普法班车走入北京大大小小的社区，接触到了大量的婚姻家事类的案件。

“当时，我就觉得自己可能比较适合这个领域，处理这类业务时，我的负面情绪较少。”刘海娜说。她就这样与婚姻家事法律结下了不解之缘。

在北京市慧海天合律师事务所做律师的十年中，身为青年律师的刘海娜以每年 100 多个案件的办理强度，不断地成长着。

成为专业律师、情感疏导者和决策辅助者，陪伴当事人在阵痛中一同成长

2015 年，为了在专业化的道路上更进一步，刘海娜提着两大袋子的裁判文书，出现在了北京天驰君泰律师事务所杨晓林律师的面前。

杨晓林律师回忆：“当年，刘海娜代理的那些案件的判决书，深深地打动了我。那些判决书证明着她在婚姻家事领域积累的非常丰富的实战经验。”就这样，刘海娜成为杨晓林律师亲手创立的“家事法苑”团队的一员。

刘海娜律师

此后的 8 年间，刘海娜通过认真细致地代理案件，赢得了越来越多的认可。对于她来说，她渐渐地找到了婚姻家事法律从业者的执业真谛。

“律师的核心价值在于为当事人解决问题，因为这是当事人的终极期待。然而，解决问题并不意味着赢得官司，尤其是在婚姻家事纠纷的处理过程中，我认为，调解可能是更好的选择。”刘海娜说。作为婚姻家事领域的律师，她深知漫长的诉讼过程可能会对当事人造成进一步的伤害，而非诉谈判和调解则具有节约时间、经济成本小、保护当事人的隐私、保障当事人事业规划的顺利进行以及维护家庭和谐等多重优势。

近年来，刘海娜加大了自己在调解方面的工作力度。她说：“在谈判和调解的过程中，技巧固然重要，但诚意才是最大的利器，往往会成为破局的关键。”

“婚姻家事案件最后一锤定音的工作，常常需要到法庭上完成，但若没有前期为非诉谈判所作出的努力，一开始就走诉讼程序，这不应是专业律师应有的作为。当然，这是针对绝大多数案件而言的。”刘海娜坦言。

与此同时，刘海娜还认为，在婚姻家事法律领域，还有一件至关重要的事情，需要律师高度重视，那就是——陪伴当事人在阵痛中一起成长。对于大多数当事人而言，婚姻家事纠纷的解决过程，是其人生当中异常重要的阶段。律师如果有意愿并有能力给予他们指引和陪伴，当事人便有机会在这段磨砺中蜕变、成长。多年后，当他们回忆起这段人生经历时，将不会全是唏嘘之感。

具体而言，律师作为法律专业人士，因处理过大量婚姻家事领域的案件而具备丰富的经验，所以，应该审慎地帮助当事人客观地分析自身处境，全面详尽地预判法律后果，并让其能够深入探知自己的本心，进而作出相对明智的抉择，减少后悔的可能性。

从这个维度而言，婚姻家事领域的律师不仅要充当专业律师的角色，而且需要担任情感疏导者、决策辅助者等多重角色。

成为终身学习者，在专业领域选择伏案深耕

岁月不居，时节如流。在刘海娜律师多年来的职业生涯中，她的初心始终未变——成为一名专注争议解决的专家型律师。为此，她没有间断过提升自己的知识储备。

刘海娜的同事告诉本刊记者，刘海娜律师几乎每天早晨 5 时 30 分准时起床，7 时 30 分到 9 时这段时间，是她雷打不动的阅读时间。她的阅读涉猎范围非常广泛，不仅有法律专业的图书，更有关于心理学、社会学、商业领域等经典图书。

用刘海娜自己的话说，那就是“处理婚姻家事案件并不简单，它需要也值得深耕细作。在这个过程中，律师必须掌握法律以外的相关知识，并且要不断提高自身认知度，才能给当事人提供让其信服并经得起时间检验的指引和建议”。

刘海娜坦言，如今的她喜欢简单的生活，她秉持与优秀的人同行，在相互的交流与思维碰撞中，

滋养自己。她日常生活的时间安排顺序是睡眠、健身、阅读和工作。对此，她解释说："我认为，睡眠、健身和阅读，是极致工作的基础，它们能让我的大脑保持敏锐，提升我的工作效能；它们也是让我努力体验到美好人生的保障，缺一不可。"

在本次专访结束时，刘海娜律师还谈到她近期阅读的图书——村上春树的《当我谈跑步时我谈些什么》。她说："作者在书中说，对于跑者，最重要的是用双脚实实在在地跑过一个个终点，让那个自己无怨无悔：应当尽的力我都尽了，应当忍耐的我都忍耐了。从那些失败和喜悦之中，不断吸取教训，并且投入时间，投入年月，一次次累积这样的比赛，最终到达一个自己完全接受的境界，抑或无限相近的所在。而这个过程，不是与我们每个人的人生旅途颇为相同吗？！"

刘海娜告诉本刊记者，她将解决婚姻家事纠纷比喻成一场马拉松，而非短跑。"因此，我希望自己能够放眼长远，在深耕细作中，将工作做到极致，因为这才是长远之道。"她说。

刘海娜律师就是这样，在尽心竭力地为当事人提供有价值的婚姻家事法律服务的同时，也为自己收获了一种自我认同。

本文载于《法律与生活》杂志 2024 年 2 月刊

（三）法官视点

父母为儿子垫付医疗费，能否要求儿媳返还？

2024-01-25 民主与法制时报 本社记者 陈镇国 □刘清华 □通 讯 员 林旻煜

http://e.mzyfz.com/paper/2170/paper_58166_11970.html

父母为救治成年子女自愿垫付医疗费，事后能否要求子女的配偶返还呢？这笔医疗费的性质又该如何认定？近日，福建省福州市长乐区人民法院审结了这样一起民事案件。

王某与蒋某系小王的父母，小朱系小王的妻子。2021 年，小王确诊患恶性肿瘤，经医治无效于 2022 年去世。其间，王某与蒋某为挽救儿子的生命，垫付了一些医疗费用。事后，王某与蒋某诉至法院，称儿子小王患病以来，儿媳小朱未尽扶养义务，也未承担相关费用，故应归还他们代为支付的医疗费。小朱则认为，王某与蒋某支付医疗费是家庭成员之间互帮互助的自愿行为。

法院经审理认为，父母对具有劳动能力的成年子女虽没有法定抚养义务，但王某与蒋某垫付相关费用的行为，根据常理判断主要是为了挽救儿子的生命，系自愿行为，属于家庭成员之间的互相帮助行为，故法院对王某与蒋某的主张不予支持，判决驳回其诉讼请求。

对此，福建江夏学院法学院副教授林坤表示，本案的争议焦点在于，父母为成年患病儿子垫付医疗费的行为的性质。

首先，需要明确父母是否有为成年患病儿子垫付医疗费的义务。《中华人民共和国民法典》第二十六条规定，“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”第一千零五十九条规定，“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。”从这两个法条可以明确，在我国法律之中，父母抚养子女的义务，仅限于未成年子女或不能独立生活的子女。对于独立生活的成年子女，父母则没有抚养的法定义务。

其次，需要确定父母为成年患病儿子垫付医疗费的行为是否属于无偿行为。在我国，依据当事人各方权利享有和义务负担情况，可以将民事法律行为分为单务法律行为和双务法律行为。其中，单务法律行为是指当事人一方仅负担义务而另一方仅享有权利的法律行为，是一种无偿法律行为。通过对上述案件的分析可以得知，父母并没有为成年患病儿子垫付医疗费的义务，因此，父母为成年患病儿子垫付医疗费的行为应该属于单务法律行为。

生者在悲痛之余还需理性处理情感与经济问题。父母为成年患病儿子垫付医疗费的行为，系基于血缘亲情而不求回报的单务法律行为，从两原告的真实意思表示出发，该行为作出之初两人并未为他人设定任何义务，故两原告不得向被告主张其自愿为儿子支出的医疗费。

离婚诉讼财产分割判项执行力的判断规则

2024-01-30 最高人民法院司法案例研究院

https://mp.weixin.qq.com/s/0ADpSnTfRTRNiQ_2fL51wA

作者：范加庆，江苏省南通市中级人民法院

摘　要

离婚纠纷财产分割判项是否具有执行力，应当结合诉讼请求、当事人的答辩意见、本院认为部分以及财产占有情况等综合判断，不应以判决为确认之诉无给付内容为由驳回申请执行人的执行申请。

一、案情 [1]

申请执行人：卫某某。

被执行人：吴某某。

卫某某与吴某某离婚纠纷一案，江苏省南通市通州区人民法院（下称通州区法院）经审理作出（2019）苏 0612 民初 8258 号民事判决（下称通州区法院 8258 号判决）：一、准予原告吴某某与被告卫某某离婚……三、位于江苏省南通市通州区金沙镇的房产归原告吴某某所有，房产所属车库归被告卫某某所有，原告吴某某于判决发生法律效力后 30 日内给付被告卫某某 234314.72 元，该房屋上未还的贷款由原告吴某某负责偿还。因吴某某未自觉履行生效法律文书确定的义务，卫某某向通州区法院申请执行，请求为：一、给付 229294.72 元和利息；二、将案涉车库过户给卫某某、交付水费卡、电费卡。通州区法院于 2021 年 3 月 2 日立案强制执行。

经法院执行，第一项执行请求执行完毕。关于第二项执行请求，通州区法院认为，本案判决房产所属车库所有权归卫某某所有，此系确权纠纷，并非给付之诉，不具有可执行性，该判决主文亦无吴某某交付水费卡、电费卡的内容，故申请执行人要求交付水费卡、电费卡，无执行依据。据此，通州区法院作出执行裁定：驳回申请执行人卫某某要求将案涉车库过户及交付水费卡、电费卡的执行申请。卫某某不服，向江苏省南通市中级人民法院（下称南通中院）申请复议。

二、审判

南通中院经审查认为，本案的主要争议焦点是通州区法院 8258 号判决中“车库归被告卫某某所有”的判项是否具有给付内容和可执行性。

首先，通州区法院 8258 号判决中“车库归被告卫某某所有”的判项具有给付内容。从卫某某的诉讼答辩意见看，其主张车库由其使用；在生效判决说理中，体现有卫某某坚持要车库的诉求，因此，可以得出卫某某有要求取得车库的意思表示。通州区法院 8258 号判决主文也明确车库归被告卫某某所有，结合案涉车库登记在吴某某、卫某某双方名下的情况，该判项体现了吴某某要将其对车库享有的所有权交付给卫某某的意思，所以，该判项具有给付内容。通州区法院认为该判项没有给付内容，与事实不符，应当依法予以纠正。

其次，通州区法院 8258 号判决中“车库归被告卫某某所有”的判项表述清楚，给付内容明确，具有可执行性。因生效判决确定需交付的标的物仅是案涉车库，故卫某某要求交付水费卡、电费卡的执行申请无法获得支持，通州区法院以无执行依据为由裁定驳回，并无不当。综上，南通中院裁定如下：一、撤销通州区法院执行裁定；二、通州区法院继续执行卫某某要求将案涉车库过户的执行申请事项。

三、评析

实践中，在审查离婚纠纷财产分割判项是否具有执行力时，存在不同的理解和认识。如果处理不当，将影响债权人权利的实现，所以对离婚财产分割判项是否具有执行力，要审慎判断。

（一）诉讼属性与执行力的关系

根据诉的目的不同，诉讼可以分为给付之诉、确认之诉和形成之诉。给付之诉是要求法院判决义务人为一定义务的诉讼；确认之诉是要求法院确认一定法律关系存在与否的诉讼；形成之诉是要求法院变动既有法律关系的诉讼。理论上，可

以根据诉的类型不同判断判决有无执行力。所谓判决的执行力，是指判决生效后，在义务人没有履行义务时，权利人可以向法院申请强制执行，法院依法强制债务人履行其义务的效力和作用。[2]给付之诉判决因为一方有义务向另一方给付一定的金钱或者作出行为，在另一方不履行时，可以申请执行，依靠国家强制力强制其履行，所以具有执行力。确认之诉仅是确认权利是否存在，不存在履行义务的问题，所以一般没有执行力。形成之诉亦因无给付内容而无执行力。一般情况下，通过诉的属性来认定判决有无执行力的裁判逻辑并无不当，但是也有观点认为，只要判决具有给付内容，无论是何种属性的判决，均应具有一定的执行力，并非只有给付判决才具有执行力。[3]笔者赞同后者的观点，因为这符合诉讼经济原则。以确认之诉为例，通过确认之诉可以形成确认权利的法律效果，但是如果所确认的权利指向的具体标的被其他人占有时，要实现该权利，还需要请求他人作出一定的行为。如判决确认原告、被告股权各为 50%，判决时股权登记在被告名下，原告要想取得股权时，还需要通过诉讼请求被告将 50%的股权登记在原告名下。简言之，原告想获得股权，还需要另行诉讼。从诉讼经济原则考虑，在权利指向标的明确具体的情形下，可以赋予确认判决具有执行力，减少当事人的诉累。最高人民法院在对《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》（下称《民诉法解释》）第 461 条的解读中也认为，确认之诉并非一概不承认其执行力，对于执行内容可以判断的，无必要让权利人再提起诉讼，徒增其诉累。所以，即便判决主文中没有给付的表述，如果可以判断出给付的内容，也可以申请执行。

需要注意的是，即便可以通过诉的属性判断判决有无执行力，但是有些诉讼的属性在理论上本身就存在争议，根据存在争议的观点来确定判决有无执行力，其结论也可能有失偏颇。就离婚财产分割之诉的性质而言，存在三种不同观点：一是确认之诉。该观点认为是通过财产分割确认双方当事人对财产享有相应权利。实践中不少观点认为离婚纠纷财产分割是确认之诉，没有执行内容，进而驳回执行申请。本案中，执行法院亦是如此。二是给付之诉。民事诉讼理论中，多认为离婚财产分割是给付之诉，其主要理由认为当事人提起分割之诉是基于对共同财产分割的请求权，请求另一方给付财产。三是形成之诉。将离婚时财产分割视为共有物分割，而共有物分割通说认为是形成之诉，进而将离婚财产分割视为形成之诉。应当说，上述三种观点均有一定合理性，同时也说明离婚财产分割判项是何种诉讼，理论上尚存在一定的分歧。所以，本案在离婚财产分割判项属性存在争议的情形下，不应当通过诉讼性质判断有无执行力。

（二）执行内容的审查主体和方法

根据《民诉法解释》第 461 条规定，当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件：（一）权利义务主体明确；（二）给付内容明确。法律文书确定继续履行合同的，应当明确继续履行的具体内容。《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第 20 条规定，执行实施案件立案后，经审查发现不符合《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 18 条规定的受理条件，裁定驳回申请的，以“驳回申请”方式结案。所以，在执行依据没有给付内容时，应当驳回执行申请。但问题是，谁来判断执行内容是否明确？如何判断执行内容是否明确？

一是判断主文是否明确的主体。根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（下称《执行规定》）第 18 条规定，判断执行依据是否明确的主体是执行人员。从最高人民法院对《民诉法解释》第 461 条的解读看，认为执行机构可以对执行依据作出解释。但是从审执分离角度分析，执行部门只负责执行，对主

文不明确的问题应当由作出执行依据的审判部门作出解释。所以，《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第 15 条规定，执行机构发现本院作出的生效法律文书执行内容不明确的，应书面征询审判部门的意见。根据上述规定，执行机构发现执行内容不明确的，最终要征求审判部门的意见。如果审判部门认为执行内容明确，则不宜驳回执行申请。笔者认为，执行机构可以适当解释执行依据。一方面执行机构具有解释执行依据的能力。目前执行部门主要是法官负责执行，而对执行依据是否明确的判断也是由法官作出，所以同为法官的执行人员，可以依法对执行内容是否明确进行判断。另一方面，执行法官判断执行依据是否明确，有利于提高效率。因为执行人员是最先发现执行依据给付内容明确与否存疑的，可以及时作出认定。如果双方当事人对认定的结果没有争议，则可继续执行；如果有争议，则应当征询审判部门的意见。

二是判断主文是否明确的方法。给付内容是否明确分为给付内容是否明确和是否有给付内容两种情形。对于前者，除了征求审判部门的意见，有些地方法院还规定了其他加以确认的方式。比如，江苏省高级人民法院《关于执行内容不明确如何执行有关问题的通知》规定了双方当事人协商和与当事人沟通促成和解等方式。也有观点认为，应当作出补充裁判。[4]对于后者，最高人民法院在答复河北省高级人民法院《关于刘某某与隆化县郭家屯镇人民政府、姜某某承包合同纠纷执行一案的请示报告》作出的（2014）执他字第 35 号函中认为，具体执行内容应主要根据执行依据主文进行判断，必要时，应结合执行依据的其他部分，比如判决书的说理、当事人诉讼请求等内容综合判断。根据最高法院上述意见，对于执行依据主文是否具有给付内容，不仅要通过执行依据主文表述判断，还需综合考虑诉讼请求等情况进行确定。所以，在判断执行内容是否明确时，应当综合判断。本案中，需要结合诉讼请求、当事人的答辩意见和本院认为部分综合判断。

（三）离婚财产分割判项执行内容的审查

判断财产分割判项是否具有执行内容，还要审查以下两个方面：

一是审查分割财产的占有情况。共有物分割诉讼中“分”指的是确定共有人间各自享有的份额；“割”则是对应份额各自应当获得的特定物。仅仅“分”完之后，并未发生物权转移，因为此时并未确定哪些财产归何人所有。只有在“割”完之后，方才发生物权转移效果。[5]离婚财产分割亦是如此，系对双方当事人之间共同财产进行分割，不仅在于分配财产，还在于通过“割”实现所有权的转移。但是在分割后，如果财产在另一方名下或者由另一方占有，且不主动给付时，取得所有权的一方则需要通过国家强制力实现其请求对方给付的债权。所以，判断是否具有执行内容，需要结合分割后财产的占有情况确定。以 A 起诉 B 离婚为例，财产分割后会存在两种情形，一是法院判决将登记在 A 名下的财产分割给 B，那么 B 则可以要求 A 履行给付义务。二是 A 名下的财产分割给 A，自然不存在要求 B 给付的问题。但是如果 A 认为财产在 B 处，申请执行 B，经法院查明后认为财产不在 B 处时，则应当驳回执行申请。具体到本案中，因案涉房产登记在申请执行人和被执行人名下，申请执行人要获得案涉房产属于自己的份额，需要被执行人的配合。所以，在被执行人拒不配合时，申请执行人可以申请强制执行。

二是审查分割的财产表述是否清晰。离婚纠纷财产分割判项表述有的较为含糊，只对家电等大物件进行分割，没有对细软进行分割，在执行中可能存在争议。此时需要按照本文前述方式进行确定。首先结合诉讼请求、判决查明事实等进行判断，也可以由审判部门进行解释，如果审判部门不能作出解释，则可以组织双方当事人进行

协商，协商不成的，则驳回执行申请。本案中，分割的是房产，标的物清晰，所以执行标的明确，具有可执行性，应当继续执行。

脚 注：

[1]案号：一审：（2021）苏 0612 执 835 号；二审：（2021）苏 06 执复 167 号。

[2]张卫平：“判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心”，载《现代法学》2007 年第 5 期。

[3]房绍坤：“论共有物分割判决的形成效力”，载《法学》2016 年第 11 期。

[4]陈斯、谢奕：“民事判项给付内容不明的理性思辨与路径构建——基于‘审执衔接三元法’的分析”，载《法律适用》2020 年第 19 期。

[5]曹云吉：“判决主文明确化：程序法理与权力分工”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 6 期。

注：本文原载于《人民司法（案例）》2023 年第 11 期。

编辑：朱 琳

排版：熊媛媛

审核：刘 畅

经济适用房的产权权属如何认定？

原创：2024-02-08 上海高院 黄勇、万小兰

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

经济适用房是具有保障性质的政策性住房，需以家庭为单位申请取得，且购买人是否具备购房资格具有严格的审查和公示程序。夫妻一方婚后购买的经济适用房登记于其一人名下，应如何认定房屋有限产权的权属，以及登记的同住人对经济适用房是否享有产权份额，是实践中亟待解决的法律问题。

本期分享的案例是一起**涉经济适用房的共有物分割典型案件，该案获评上海法院精品案例。**

潘某、邹某 2 与邹某 1、第三人某住房保障中心共有物分割纠纷案

裁判要旨

经济适用房的同住人只享有房屋居住权益而不享有产权。经济适用房虽登记于夫妻一方名下，但系婚姻关系存续期间以家庭名义共同申请，并以家庭为单位核定申请条件及房屋面积，配偶对房屋取得亦有贡献，应认定为夫妻共同财产，离婚时需结合贡献大小、房款出资、使用现状等因素确定房屋折价款金额。

关键词

离婚 / 经济适用房 / 同住人 / 分割

案例撰写人

黄勇、万小兰

法官解读

01 基本案情

原告潘某与被告邹某 1 于 2009 年 12 月登记结婚，于 2018 年 9 月经法院调解离婚，双方婚生女邹某 2（2011 年 2 月出生）随原告潘某共同生活。2016 年 1 月，被告邹某 1 及原告邹某 2 为共同申请人，原告潘某及被告邹某 1 的父母为同住人申请购买经济适用房。经审核认定被告邹某 1 及原告邹某 2 符合购买条件，并由被告邹某 1 与开发商签订购房合同，以 547781.61 元价款购买系争房屋（70%产权）。购房款中 40000 元是原告潘某与被告邹某 1 的夫妻共同财产支付，余款均由被告邹某 1 父亲支付。系争房屋核准登记于被告邹某 1 名下，邹某 2 被登记为同住人。

原告潘某、邹某 2 诉称，系争房屋是潘某与邹某 1 婚后购买的经济适用房，现潘某与邹某 1 已经离婚，目前系争房屋取得产权已满五年，符合分割条件，且邹某 2 作为同住人对房屋享有产权，故要求依法分割系争房屋，由被告邹某 1 支付二原告房屋折价款。

被告邹某 1 辩称，不同意原告诉讼请求，认为对于系争房屋原告邹某 2 只是同住人身份，并不享有产权份额，不认可原告潘某享有一半产权份额。系争房屋虽是婚姻关系存续期间家庭申请的，但被告系购房人和产权人，且原告潘某仅出资 10000 元购房款，余款全部来源于被告父亲。

第三人某住房保障中心述称，房屋申请过程中的同住人与产证登记的同住人并非同一概念，因原告潘某系外地户籍且申请时不具备居住证条件故作为同住人申请，被告父母不享有系争房屋权利。系争房屋是以家庭为单位核定申请条件及系争房屋面积的，考虑了原被告三人的经济收入和住房面积等因素。按照当时的政策，外地户籍人员不能上经济适用房的产权证，故原告潘某未被登记为产权人，但原告潘某和被告共同共有系争房屋。原告邹某 2 作为产权登记的同住人，对系争房屋享有居住权不享有产权，开发商与申请家庭签订出售合同时，询问了申请家庭谁做同住人谁做申请人的意见。鉴于原告邹某 2 已被登记为系争房屋同住人，其之后无法再申请经济适用房。

02 裁判结果

上海市松江区人民法院判决：

1. 坐落于上海市松江区xx路xx弄xx号xx室房屋70%的产权份额归被告邹某1所有；
2. 被告邹某1于本判决生效之日起十日内支付原告潘某上述房屋折价款640000元；
3. 驳回原告邹某2的诉讼请求。

一审宣判后，原告潘某、邹某2提起上诉，

上海市第一中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

03 裁判思路

04 案例评析

一、同住人对经济适用房的权利

（一）同住人不享有房屋产权

经济适用住房是指政府提供政策优惠，按照有关标准建设，限定套型面积、销售价格及租金标准，面向本市城镇中低收入住房困难家庭供应的具有保障性质的政策性住房，购买人是否具备购房资格具有严格的审查和公示程序。经适房的同住人以不动产登记簿登记备注为准，同住人虽未被登记为房屋权利人，但其具备经适房的申请资格。实践中，因经适房需以家庭为单位进行申请，为防止转移财产及审查家庭收入、居住情况，具备申请条件以外的家庭成员可能以同住人身份进行申请，然该申请过程中的同住人概念仅为不具备申请条件的人，不能认定为不动产登记机关依法登记的同住人。

《上海市共有产权保障住房管理办法》（以下简称《管理办法》）第二十八条规定：家庭购买共有产权保障住房的，申请家庭可以书面协商确定购房人，作为其产权份额的共同共有人，其余申请人为同住人；申请人之间无法达成一致意见的，全体申请人为购房人。

另，根据《上海市人民政府办公厅印发关于经济适用住房申请家庭成员死亡后相关事宜处理意见的通知》第五条第（二）款规定，经适房申请家庭成员在完成房地产转移登记后死亡的处理方式包括：房地产权利人死亡的，其所享有的经济适用住房房地产权利按照《中华人民共和国继承法》有关规定继承；同住人死亡的，该经济适用住房房地产权利不发生继承。由此说明，同住人对经适房并不享有所有权。

（二）同住人居住利益的保护

经适房的同住人虽对房屋不享有产权，但其对房屋享有居住利益。且根据《管理办法》规定，不论经适房产权登记是否满五年，产权人要转让经适房的，均应当以产权人与同住人达成一致意见为前提。对比我国《中华人民共和国民法典》物权编居住权制度，不难发现经适房的同住人具有法定的阻却产权人出售房屋的权利，比房屋的登记居住权人享有更大的实体权利。

鉴于此，产权人及其配偶的离婚案件中不宜直接对涉案外同住人的经适房进行分割，而应离婚后另行提起共有物分割之诉进行处理，同住人的诉讼主体地位为第三人，必要时可追加具有回购权的住房保障部门和公积金贷款中心作为第三人，以查清案件事实。

二、离婚时经济适用房的分割处理

（一）经济适用房的权属认定

经济适用房是社会保障性住房，采用“家庭主义”的分配模式，即一般是以家庭为单位基于家庭居住需要进行申请的，住房保障部门在核定经适房购房人资格及购房面积时，需审查家庭成员人数、家庭收入及住房是否困难等因素。经适房具有明显的保障性质和政策性，房屋价值包含了购房价格以及申请人因符合相关政策所享有的权益。因此，**经适房在离婚分割时应着重审查购房资格取得及房屋购买情况进行综合衡量。**

一方婚前取得购房资格，并在婚前购置房屋的，应当认定为一方的个人财产，离婚时不能作为夫妻共同财产进行分割；一方虽然在婚前取得购房资格，但在婚后购置房屋的，认定为一方的个人财产，但另一方确有出资的，并主张返还出资及资金占用期间按照银行贷款利率计算的利息，可予支持；双方婚后取得购房资格，并共同出资购置的，即使房屋登记在一方名下，仍应属于夫妻共同财产。

（二）经适房作为离婚财产分割的特殊性

《上海市共有产权保障住房供后管理实施细则》第八条规定，共有产权保障住房购房人、同住人离婚，可以按照离婚协议书或者法院离婚调解书、判决书，确定一方作为购房人或者同住人，但不再作为购房人或者同住人的一方，不得再次申请各类保障性住房。由于经济适用房的性质，经济适用房有限产权作为夫妻共同财产的分割具有特殊性。

第一，经济适用房产权登记未满五年的分割处理。根据《管理办法》第三十三条规定，取得不动产权证未满五年，因离婚析产等原因确需退出共有产权保障住房的，经审核同意后可由相关住房保障实施机构回购。实践中的问题在于，诉讼时当事人未能就房屋价值达成一致意见，房屋产权登记未满五年，不具备上市交易条件，房屋处于限制流通的状态不宜以市场价格进行评估，但相关政府部门又未能收购该房屋的情形下，那么折价款应以何价格作为计算依据？据笔者了解，住房保障机构每年会对经适房价值进行评估，为合理化解和分配当事人的矛盾与权益，能否以该价格作为折价款的计算依据亟需统一意见。

第二，经济适用房产权登记已满五年的分割处理。根据《管理办法》第三十四条规定，取得不动产权证满五年后，由权利人购买政府产权份额后经适房便可同普通商品房一样上市交易。双方当事人可将房屋出售后所得价款进行分割，也可协商由一方取得房屋产权，取得产权的一方向另一方支付相应的房屋折价款。对于房屋市场价值，双方无法达成一致的，可申请评估机构对房屋进行评估，并根据具体情况认定折价款的金额。

（评析部分仅代表作者个人观点）

05 法条链接

《中华人民共和国民法典》

第三百零三条　共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。

第三百零四条　共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

第一千零六十二条　夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，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，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产，有平等的处理权。

来源丨上海市高级人民法院、
上海市松江区人民法院
高院供稿部门：研究室（发展研究中心）
案例撰写人：黄勇、万小兰
责任编辑：邱悦、牛晨光
声明丨转载请注明来自“上海高院”公众号

无权代理及表见代理的认定丨全国法院优案评析

原创：2024-02-08　中国应用法学　案例研究
https://mp.weixin.qq.com/s/BOK_j_CZg2HQ6WOBFjl4Nw

无权代理及表见代理的认定

——迟某诉孟某某、第三人马某某等房屋买卖合同纠纷案

（刊载于《人民法院案例选》2023 年第 6 辑）

编写丨辽宁省沈阳市皇姑区人民法院　佟　铃

一

裁判要旨

1. 表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，还要求相对人在主观上无过失地相信行为人有代理权。

2. 民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。民事法律行为成立的基础要件为民事主体要有意思表示。

案件索引

一审：辽宁省沈阳市皇姑区人民法院(2021)辽 0105 民初 4782 号(2022 年 3 月 22 日)

二审：辽宁省沈阳市中级人民法院(2022)辽 01 民终 7502 号(2022 年 8 月 30 日)

基本案情

原告(上诉人)迟某诉称：迟某于 2017 年 5 月 24 日与房屋出售方(甲方)孟某某的代办人王某某签订《房屋购卖协议》约定：第 1 条，甲方(本案被告孟某某)自愿将位于皇姑区汾河街 25 号某建筑面积 66.92 平方米的房屋出售给乙方(本案原告迟某)；第 2 条，房产成交价格为人民币 38 万元，通过银行转账方式一次性付给甲方；第 4 条，该房屋为政府产权调换房，乙方(本案原告迟某)对该情形已充分了解并同意购买。待可以办理时，甲乙双方应予积极协助，甲方负责将房屋正式更名为乙方所有；第 8 条，接收房款银行账户名为王某某(被告孟某某的代办人)。孟某某的代办人王某某，具有合法的代理人资格，《房产买卖委托书》对其进行了授权，委托书落款有房屋所有权人孟某某的签字。迟某按照约定，于签订协议当日将全部购房款银行转账至指定账户，履行了付款义务，并向迟某交付了房屋。迟某对房屋进行了装修、装饰、入住。现如今，涉案房屋具备办理房证条件，孟某某却迟迟不予办理。属于用行为

的方式故意违背《房屋购卖协议》第 4 条有关“待可办理时，甲乙双方应予积极协助，甲方负责将房屋正式更名为乙方所有”的约定。为此，迟某为了维护自身的合法权益，避免产生更多损失，特提起诉讼，请求法院判令：(1)确认《房屋购卖协议》有效；(2)孟某某继续履行《房屋购卖协议》，配合原迟某告办理房产过户；(3)本案诉讼费用以及其他费用由孟某某承担。

被告(被上诉人)孟某某辩称：

1.涉案《房屋购卖协议》及授权委托书不具有真实性，孟某某及法定代理人马某某否认该《房屋购卖协议》及授权委托书签字行为及授权内容，请求法院认定该授权书无效，购房合同不成立。依照《民法典》第四百七十八条第三项规定，承诺期限届满，受要约人未作出承诺，要约失效。《民法典》第四百八十三项规定，承诺生效时合同成立。本案中，授权委托书内容系虚假，并不是孟某某签字，房屋购卖合同意思表示未到达所有权人，受要约人没有作出承诺，合同不成立。本案中，(1)孟某某法定代理人马某某认为该授权委托书不是孟某某签字，该内容亦系虚假，马某某对该授权书完全不知情，孟某某住院，马某某除了上厕所以外几乎寸步不离孟某某，马某某对孟某某授权卖房的签字行为及授权书内容存疑，请求法院依法进行笔迹鉴定。(2)该《房屋购卖协议》及授权委托书落款日期系在孟某某抢救、患有脑萎缩、多发性脑梗死、高血压 3 级、脑梗死后遗症住院抢救期间，孟某某及法定代理人马某某对该房屋购卖协议均不知情，没有买卖合意，合同未成立。(3)涉案《房屋购卖协议》第六条明确约定，除庭审提交的《房屋购买协议》外，还要求孟某某(合同甲方)签订《房地产买卖契约》，孟某某并没有按照迟某提供的格式《房屋购卖协议》要求与其签订《房地产买卖契约》，视为孟某某对迟某要求的拒绝，本案合同不成立。应按照违约责任条款，由收取房款的第三人王某某承担相应责任。

2.马某某为涉案房屋共同共有人，不论本案授权委托书孟某某是否签字，本案房屋出售均未征得房屋共同共有人马某某同意，无权代理人王某某未获得物权及处分权，涉案房屋在完成物权变动时，因为欠缺处分权，不产生物权变动的效力，涉案房屋过户这个义务系法律上不能履行的非金钱债务，判决无法执行，《房屋购卖协议》不能如迟某诉请继续履行过户，法院应驳回迟某的诉讼请求。另，本案《房屋购卖协议》不发生物权效力，如继续履行则侵害马某某合法物权，马某某有权依照法律追回涉案房屋，本案马某某已向法院依法提起物权确认诉讼。依照《民法典》第二百零九条第一款规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力。第二百九十九条规定，共同共有人对共有的不动产共同享有所有权。第三百一十一条第一款规定，无处分权人将不动产转让给受让人的，所有权人有权追回。《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)》第二十七条规定，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。本案中，第三人王某某系无权处分人，其没有权利代表马某某行使出售房屋的权利，其事后没有取得涉案房屋所有权或得到马某某的追认获得处分权，涉案房屋在完成物权变动时，因为欠缺处分权，可以使涉案《房屋购卖协议》继续履行过户这个义务成为法律上不能履行的非金钱债务，不应该得到法院强制履行的司法支持。迟某认为合同有效物权变动就必须发生，因为合同有效必然要求继续履行过户手续的观点，是对合同及物权区分原则的不完全理解所致，迟某要求继续履行过户不应得到法院支持。

3.即便授权委托书是孟某某签字，迟某也对交易有重大过错，授权委托签字处糊涂字迹歪歪扭扭，并非正常人所签，迟某对交易对象脑部有病明知、交易流程不符合常理明知(不见房主、不核实信息、不要权属证明原件等)、交易时机(授

权书记载孟某某体弱多病时)及交易习惯(应履行涉案房屋的查档确定产权人及共有人，收取房屋拆迁合同、票据原件等)均没有尽到合理审慎购房义务，且其应当知道涉案房屋马某某具有物权，其应当知道王某某是无权处分人，其购房具有重大过失，涉案房屋物权不能因购房合同产生物权变动。迟某在签订《房屋购卖协议》及授权委托书时，孟某某病志显示当时在住院，病志上明确记载其患有脑萎缩、脑梗后遗症等明显的脑部疾病，且授权委托书上也明确记载，孟某某因体弱多病进行委托。迟某在此情形下，不询问孟某某得什么病，也不要求见孟某某及共同共有人马某某，购买一个没有产权证的房子，连一个电话都不打给房主，甚至连涉案房屋唯一的凭证房屋回迁手续原件及原始交费票据原件都不留存，就一次性全额转账“付款”，不符合交易习惯，其购房有重大过错。迟某主张“买房”却没有要求该房共同共有人马某某签字，没有尽到买受人善意，马某某没有在该授权上签字，也没有同意卖房，迟某对购房有重大过失。具体原因如下：依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第十五条规定，具有下列情形之一的，应当认定不动产受让人知道转让人无处分权：受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；受让人知道他人已经依法享有不动产物权。真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。第十六条规定，受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条规定：“下列事实，当事人无需举证证明：(一)众所周知的事实；(二)自然规律及定理；(三)根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；……”本案中，迟某应当认定其知道转让人系无处分权。现实房屋交易过程，应先到不动产登记中心查档，查询房屋抵押及所有权人情况，本案系回迁房，无法查档，迟某更应该核实房屋所有权人结婚情况，其认可并熟知第三人王某某的程度连涉案回迁房屋的原件都不需要自己保留，可见其对孟某某家庭成员及身体状况也一定是熟知的，应认定迟某知晓孟某某有配偶，婚内取得的房屋是共同共有是法律规定，应为普通人应当知道的常识，迟某应当认定其知道回迁合同上记载的权利主体有误。换句话，即使现在涉案回迁房有权属登记证书，且其上记载的产权人是孟某某，任意第三人购房，不动产登记中心仍然认定是夫妻共同财产，处分该房也需要马某某签字确认，马某某不签字，任何人无法取得涉案房屋，这是交易常识也是法律常识。综上，以上应认定迟某知道王某某系无权处分，其完全符合受让人知道登记簿上记载的权利主体错误及受让人知道他人已经依法享有不动产物权的情况。

4.涉案房屋迟某并未实际占有，真正占有人依然为孟某某、马某某。(1)孟某某、马某某自始至终不知道涉案房屋出售，自迟某打电话告知马某某涉案房屋被卖，第一时间用合法手段报警并持有所有原件手续备案开锁，取回涉案房屋占有，终止了迟某的侵权行为。能合法取回涉案房屋占有，说明迟某不具备占有涉案房屋的权利外观。(2)另外，涉案房屋自交付至今，水费、电费、煤气费均为 0，交费还是当初马某某预交，供暖办理停供多年，迟某并没有实际占有涉案房屋。(3)本案中，马某某没有过错，其信赖利益应得到法律保护。孟某某、马某某一直持有拆迁手续及所有房屋票据原件，有合法信赖涉案房屋没有被处分，加上马某某至今都有涉案房屋交房时的第一把钥匙，再加上孟某某长年卧床瘫痪，马某某白天晚上仅自己一个人照看，既要做饭又要处理大小便、洗澡、推出去遛弯，没有精力也没有时间去怀疑涉案房屋被别人占有。在得知被占后，第一时间用法律手段取回房屋，没有过错，应该得到法律保护。

5.第三人王某某卖房并未告知孟某某、马某某，卖房后房款并未交付孟某某及马某某，如法院认定授权书有效，应认定王某某未完成法定的委托人义务，其售房行为损害马某某物权，仅产生债的效力，不产生物权变动效力。《民法典》第四百六十五条规定，依法成立的合同，受法律保护。依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。《民法典》第九百二十四条规定，受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。《民法典》第九百二十七条规定，受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。据病例记载，孟某某自 2008 年患有严重缺血性脑血栓、脑梗、高血压、心衰、脑萎缩等严重疾病，离不开人，王某某主张受委托行事，却不报告委托事项进展、不交付委托所产生的收益，不符合委托的法定要件程序。王某某订立的合同，仅对当事人有效，对马某某无效。

第三人(被上诉人)马某某述称：案涉房屋是我与孟某某的共同财产。不存在赠与房款的事儿，王某某和我儿子买沈北的房子我知道，我还给还了四年贷款，还给租了车库。因为是王某某付的首付，所以我才给还贷款。沈北房子装修的事儿我不知道，迟某装修我也不知道，我有涉案房屋钥匙。我不知道卖房子，没有人告诉我。2021 年 2 月，迟某给我打电话要办理过户，我说我不知情，问过迟某才知道王某某把房子卖了。

第三人王某某述称：2017 年 5 月我得到孟某某授权，可买卖案涉房屋用于我和孟某某儿子购置新房用款，当时我的工作单位就在汾河家园即案涉房屋所在小区，迟某是我同事，他知道我着急购置新房，需要卖房，他提出可以购买案涉房屋，然后我拿着孟某某出具的授权委托书和所有的拆迁协议等手续的原件，在我公司办公室与迟某签订房屋购卖协议，签订时所有原件、原房屋手续迟某均看过，因为了解这套房屋是拆迁回迁房，办理手续时需要原房主即孟某某进行办理，所以在原件审核完之后，复印了所有复印件留存，原件让我返还给孟某某，这行为是基于我与迟某同事之间的信任，也是害怕原件丢失，导致无法办理房证，签订完协议之后，当日下午迟某将 38 万元整的房款打在了我的农行卡上，我也将全套的入户门钥匙和装修钥匙交付迟某，迟某就开始装修了。因为有孩子，我们急于购置新房，在我取得房款后，我第一时间告知了孟某某和马某某，因为卖涉案房屋就是为了我们购置新房，所以孟某某和马某某表示钱款放于我处，以便于我和他们的儿子买房时及时付款。直到 2017 年 6 月底或 7 月初，我们购置了位置在沈北新区蒲新路 26－10 号某房屋，房屋的首付及所有装修费用均由迟某打给我的农行卡中转出，对于购置新房，孟某某及马某某均知情，他们均去过新房。一直到 2020 年 8 月 25 日，我与他们的儿子协议离婚，我们所购的沈北新区蒲新路 26－10 号某房屋归我所有，在 2020 年 10 月底至 11 月份迟某联系到我，说可以办理涉案房屋的房产证，因为离婚的原因，离婚后我一直与他们的儿子联系，而非与孟某某和马某某联系，我将迟某要办理房证的请求转述给了他们的儿子，他们的儿子表示没有异议，有时间一定办，且在聊天过程中告知我，他问母亲马某某现在是不是能办房产证了，但他母亲马某某说还没有接到办房产证的电话，接到电话后第一时间去办。因为此事我一直催促他们的儿子，大约在 2021 年 1 月中旬，他们的儿子表示没有时间办理房产证，直到迟某提起诉讼，此事仍未解决。

第三人沈阳市皇姑区城市更新局述称：案涉房屋系针对被征收人的回迁安置房屋，现通过解遗具备办理房屋所有权证书的条件，现因被征收人孟某某未缴纳办理房屋所有权证书所需要的税费，故未能办理。因我方与孟某某所签订《国有土地上房屋征收补偿安置房屋产权调换协议书》系针对特定对象，即被征收人，故我方仅能对孟某某履行义务，即在孟某某缴纳各项税费后，为孟

某某办理房屋所有权证书后，再由孟某某为迟某更名过户。

法院经审理查明：迟某与王某某系同事关系。孟某某与马某某系夫妻关系，该二人于 1985 年 6 月 19 日结婚，王某某原为该二人的儿媳，王某某于 2020 年 8 月 25 日与该二人儿子离婚。

位于沈阳市皇姑区汾河街 25 号某房屋(即案涉房屋)系孟某某与沈阳市皇姑区城市更新局(原为沈阳市皇姑区国有土地房屋征收管理办公室)于 2011 年签订《国有土地上房屋征收补偿安置房屋产权调换协议书》后，取得的回迁安置房屋。2016 年 9 月，孟某某办理了案涉房屋的相关入住手续，但未进行装修，亦未实际入住。

2017 年 5 月 24 日，王某某以孟某某代理人的身份，与迟某签订一份《房屋购卖协议》，约定孟某某以 38 万元的价格将案涉房屋出售给迟某，房款支付方式为一次性银行转账至王某某中国农业银行账户，待可以办理相关房产手续时，孟某某将该房屋更名为迟某所有。同日，迟某向王某某中国农业银行账户转款 38 万元。此后，王某某向迟某交付了房屋钥匙，迟某对该房屋进行了装修，但未实际入住。

2020 年 8 月 25 日，王某某与孟某某和马某某的儿子协议离婚。2020 年 12 月至 2021 年 1 月期间，王某某曾就协助迟某办理案涉房屋产权证事宜与孟某某的儿子进行过协商。2021 年 1 月 29 日，孟某某交纳案涉房屋增加面积款 234.25 元。

马某某自述：2021 年 2 月，迟某给其打电话要求办理房产证，其才得知案涉房屋被王某某出售。其报警后，将案涉房屋开锁收回并与孟某某居住至今。

另查，王某某在与迟某签订《房屋购卖协议》时，向迟某提供一份委托人处署名为“孟某某”的《房产买卖委托书》，内容为：“委托人孟某某是辽宁省沈阳市皇姑区汾河家园 25 号某房屋的所有权人。现我同意出售上述房产。因为我年老体弱多病不能亲自办理该房产的买卖及相手续，故委托王某某为我们的合法代理人，全权代表我办理如下事项：一、办理该房屋的领取钥匙，实测面积核算验收，办理产权事务(领取房产证)。二、支付领取委托事项有关费用。三、该房屋买卖一切事宜。”该份委托书未标注签署日期。孟某某主张该委托书委托人处“孟某某”并非其本人所签，并申请字迹鉴定。为此，法院委托沈阳佳实司法鉴定所进行字迹鉴定。后因样本不足，被退回鉴定。

案涉房屋相关拆迁及回迁安置手续原件现均由马某某持有。迟某主张在签订《房屋购卖协议》时，王某某将前述相关手续原件现场复印后，将复印件交与迟某，因案涉房屋后续需要孟某某协助办理相关房产手续，并出于同事间的信任，故其未收取原件。

在一审法庭辩论终结前，迟某增加一项诉讼请求，即判令孟某某向其交付案涉房屋。

裁判结果

辽宁省沈阳市皇姑区人民法院于 2022 年 3 月 22 日作出(2021)辽 0105 民初 4782 号民事判决：驳回原告迟某的诉讼请求。

宣判后，迟某提出上诉。辽宁省沈阳市中级人民法院于 2022 年 8 月 30 日作出(2022)辽 01 民终 7502 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案法律事实发生于《民法典》实施之前，根据《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》第一条第二款“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，但是法律、司法解释另有规定的除外”之规定，本案适用当时的法律、司法解释的规定。本案的争议焦点为：王某某代理孟某某出售案涉房屋的行为是否为无权代理；若为无权代理，是否构成表见代理。

1. 关于王某某代理孟某某出售案涉房屋的行为是否为无权代理的问题。王某某在与迟某签订《房屋购卖协议》时，向迟某提供一份委托人处署名为“孟某某”的《房产买卖委托书》，王某某主张该份委托书委托人处“孟某某”三个字系孟某某本人所签，而孟某某对此予以否认。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》第九十一条“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：(一)主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任……”之规定，王某某负有举证证明该份委托书委托人处“孟某某”三个字系孟某某本人所签的义务。在本案诉讼过程中，孟某某为证明该三个字非其本人所签而申请司法鉴定，但因样本不足被退回鉴定。虽该项鉴定系由孟某某提起，但不能因此而将举证责任分配给孟某某。只是，若由王某某再次提起该项司法鉴定，仍需孟某某本人协助，仍会出现因样本不足被退回鉴定的情形，客观上存在鉴定不能的后果。但仍不能因此而免除王某某的举证责任。在王某某不能证明“孟某某”三个字系孟某某本人所签的情形下，应认定该三个字非孟某某所签。现孟某某对王某某的代理行为拒绝追认，故王某某代理孟某某出售案涉房屋的行为应为无权代理。

2. 关于是否构成表见代理的问题。表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，还要求相对人在主观上无过失地相信行为人有代理权。仅凭迟某到庭证人的证言，不足以证明拿手续原件进行复印的事实。本案中，迟某主张因案涉房屋办理房产证时需要孟某某持相关房产手续原件办理，且基于对同事王某某的信任，故其未留存相关房产手续原件。虽案涉房屋系回迁安置房，迟某取得该房屋的房产证需要孟某某予以协助，但迟某本人持有相关房产手续原件并不妨害孟某某履行协助义务，且王某某当时仅是孟某某的儿媳，并非房屋出卖人本人，迟某该项主张理由不充分，且与正常交易习惯不符。另，迟某当时知悉孟某某、马某某系王某某的公公、婆婆，虽案涉房屋相关手续仅载有孟某某的名字，但该房屋系在二人夫妻关系存续期间取得，迟某应知晓该房屋为二人夫妻共同财产，王某某代理出卖该房屋需经二人共同授权。因此，迟某在案涉房屋买卖过程中存在过失，本案中不构成表见代理。

3. 关于《房屋购卖协议》是否有效的问题。民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。民事法律行为成立的基础要件为民事主体要有意思表示，而本案中孟某某并无出卖案涉房屋的意思表示，故孟某某出卖案涉房屋的民事法律行为不成立，《房屋购卖协议》亦因此不成立，对迟某的诉讼请求均不予支持。

4. 关于迟某提出根据王某某陈述委托书签字是孟某某本人所签，基于王某某与孟某某及马某某之间的亲属关系，在无法通过鉴定得出结论时直接认定授权系孟某某本人签字，以及出售房屋是整个家庭的真实意思表示的上诉主张，二审庭审中，王某某自述《房产买卖委托书》系由其打印后，于 2017 年 5 月在孟某某所居住的房屋内由孟某某本人签字。孟某某对此予以否认，并提供住院病历主张 2017 年 3 月至 6 月期间在住院治疗，没有签署上述委托书。鉴于因样本不足，孟某某笔迹鉴定被退回，王某某未能提供其他证据证明其事先取得了孟某某的授权。迟某支付的购房款亦进入王某某个人银行账户，王某某自述用于另购其他房产，且无证据证明孟某某对此予以认可。而案涉房屋动迁手续原件仍在孟某某处，房屋增加面积款亦由孟某某交纳，事后孟某某明确表示对王某某的行为不予追认。综合以上事实，迟某主张授权系孟某某本人签字以及出售房屋是整个家庭的真实意思表示的上诉主张，依据不足，不予支持。关于迟某提出房屋买卖合同成立并生效，孟某某授权卖房属于有权处分的上诉主张，本案

中迟某未能提供有效证据证明王某某事先取得孟某某授权，且事后亦未经孟某某追认，故王某某实施的代理行为对被代理人孟某某不发生效力。虽然王某某以孟某某的名义与迟某签订《房屋购卖协议》，但孟某某并无与迟某建立房屋买卖合同的意思表示，故一审法院对于迟某提出请求确认孟某某与迟某之间《房屋购卖协议》有效，孟某某及马某某继续履行协议，配合办理房产过户，以及交付房屋的诉讼请求，未予支持，并无不当。

案例注解

代理人无代理权而为代理者，称为无权代理。在有权代理中，代理人所为意思表示或对于代理人所为意思表示，对本人直接发生效力。无权代理，谓无代理权而为之代理行为。无权代理，是指代理人不具有代理权而实施的代理行为，其虽具有一般代理行为的形式特征，但不具有代理行为的实质特征，因而不是真正意义的代理。在房屋买卖纠纷中，常常出现无权代理和无权处分两种情形，而房屋买卖纠纷往往案件金额大、人情纠葛复杂且涉及居住权益等基本人身权益，辨明无权代理与表见代理的特点与法律后果，对于分析解决相关案例具有重要的理论和实践意义。

一、无权代理的概述与分析

无权代理是代理制度的重要内容。《民法典》第一百七十一条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。相对人可以催告被代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿。但是，赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”该条是关于无权代理及其法律后果的规定，《民法典》对《民法总则》的规定予以了沿用。

无权代理具有如下特征：(1)行为人实施的法律行为符合代理行为的形式特征。代理行为的特征有表面特征和实质特征之分。表面特征是代理人以被代理人的名义作出意思表示。实质特征是代理行为的法律后果直接归属于被代理人。无权代理只具有代理行为的表面特征而不具有实质特征。(2)行为人对所实施的代理行为不具有代理权。行为人在实施代理行为时，不具有代理权。不具有代理权的原因可以是自始没有，也可以是超越代理权的权限或者是后来代理权已经消灭。

无权代理的法律后果：(1)无权代理中的被代理人享有主动追认权。该追认权是一种能使效力待定合同产生效力的形成权。追认权的行使既可以明示的方式作出，也可以特定的方式作出。前者需要追认权人以文字语言的方式向相对人作出明确的意思表示，而后者则可以通过接受履行或主动履行义务等可以推知追认人意思表示的特定行为来作出。《民法典》第五百零三条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”该条就是对以特定行为方式行使追认权的规定。经被代理人追认后，发生与有权代理相同的法律后果。(2)相对人可以催告被代理人在 30 日内予以追认。经被代理人追认后，亦发生与有权代理相同的法律后果。若被代理人明确表示拒绝追认，或者在交易相对人确定的催告期间内不作出任何表示的，即使是不作为，也不能认定为默许从而推定为“同意”，这时无权代理行为对被代理人不发生法律效力，即有关法律后果不能由被代理人承担。(3)善意相对人若行使撤销权，则不发生有权代理的法律后果。但须注意：①相对人须是善意，即对于该代理行为系无权代理并不知情且不应当知情。②撤销权行使的

时间应当在被代理人行使追认权之前行使，被代理人已经行使追认权的，相对人即不得再行使撤销权。③相对人行使撤销权，应当以通知的形式作出，并原则上应向被代理人发出。

本案中，王某某以孟某某代理人的身份，与迟某签订一份《房屋购卖协议》，约定孟某某以 38 万元的价格将案涉房屋出售给迟某，并向迟某提供一份委托人处署名为“孟某某”的《房产买卖委托书》，王某某的行为具备了代理行为的表面特征。因孟某某主张该委托书委托人处“孟某某”签名并非其本人所签，并申请字迹鉴定。为此，法院委托沈阳佳实司法鉴定所进行字迹鉴定。后因样本不足，被退回鉴定。依据举证责任分配原则，王某某负有举证证明该份委托书委托人处“孟某某”三个字系孟某某本人所签的义务。在王某某不能证明“孟某某”三个字系孟某某本人所签的情形下，应认定王某某对其所实施的代理行为不具有代理权。又因孟某某对王某某的代理行为拒绝追认，故王某某代理孟某某出售案涉房屋的行为应为无权代理。

二、表见代理的概述与分析

表见代理也是代理制度的重要内容。《民法通则》对此未予以规定，《合同法》第四十九条弥补了这一漏洞，而《民法总则》在这一基础上将其适用范围进行了科学的扩展，使其不仅仅能适用于合同领域，也能适用于其他可以通过代理实施民事法律行为的领域，《民法典》对《民法总则》予以沿用，在第一百七十二条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”由此可见，无权代理行为除构成表见代理外，原则上均属于效力待定。而分析相关案例中是否构成表见代理对于案件的走向具有重要意义。

表见代理的构成要件：(1)须是无权代理，即代理人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后实施的代理行为。这种无权代理，是指为代理行为时无代理权或者对于所实施的代理行为无代理权。(2)须在代理行为外观上存在使相对人相信行为人具有代理权的理由。这包括两个方面的内容：其一，存在外表授权，即存在有代理权授予的外观，代理行为外在表现上有相对人相信行为人有代理权的事实。其二，相对人对行为人有代理权形成合理信赖。相对人对外表授权的信赖是否合理，应当以是否有正当理由作为判断标准，当然这也要依据实施民事法律行为的具体情况判断。(3)须相对人与无权代理人实施了民事法律行为。(4)须是相对人善意且无过失。其要求是，相对人不知道行为人没有代理权，且对其“不知道”没有主观上的过失。

本案中，王某某代孟某某卖房的行为属于无权代理，迟某与王某某实施了买卖房屋的民事行为，因此王某某的行为能否认定成表见代理，关键在于迟某对王某某有代理权是否形成了合理的信赖，且迟某主观上善意且无过失。迟某主张因案涉房屋办理房产证时需要孟某某持相关房产手续原件办理，且基于对同事王某某的信任，故其未留存相关房产手续原件，而是使用原件进行复印后留存了复印件。但仅凭迟某到庭证人的证言，不足以证明拿手续原件进行复印的事实。虽案涉房屋系回迁安置房，迟某取得该房屋的房产证需要孟某某予以协助，但迟某本人持有相关房产手续原件并不妨害孟某某履行协助义务，且王某某当时仅是孟某某的儿媳，并非房屋出卖人本人，迟某该项主张理由不充分，且与正常交易习惯不符。另，迟某当时知悉孟某某、马某某系王某某的公公、婆婆，虽案涉房屋相关手续仅载有孟某某的名字，但该房屋系在二人夫妻关系存续期间取得，迟某应知晓该房屋为二人夫妻共同财产，王某某代理出卖该房屋需经二人共同授权。因此，不足以证明迟某对王某某有代理权形成了合理信赖，且迟某在案涉房屋买卖过程中存在过失，故本案中不构成表见代理。

三、结语

综上所述，房屋买卖纠纷中的无权代理可形成以下三种效力规则：无权代理签订的房屋买卖合同，经被代理人追认的，房屋买卖合同有效，对被代理人发生法律效力。若未经被代理人追认的，对于被代理人不发生效力。但若经审查认定构成表见代理的，则不论被代理人追认与否，无权代理签订的房屋买卖合同均为有效合同，对被代理人发生法律效力。因此，在处理有关纠纷时，需要首先判断代理人属于有权代理还是无权代理，在代理人构成无权代理后，仍需要通过主观、客观构成要件进行考察分析是否构成表见代理，层层深入剖析案件，考察当事人的意思表示和善意要件，让裁判有理有据，有法有情。

-责任编辑：杨　奕-

-审稿人：刘　敏-

周冰一：把一件事做到极致

2024-02-21　安徽高院

https://mp.weixin.qq.com/s/t_EMJwsvA2zSolELcxLYRw

龙行龘龘启新岁，典型引路再出发。让我们一起来聆听全国法院先进集体、先进个人的新春寄语。

永葆初心深耕家事领域

家事审判是一个特殊的司法领域，往往牵扯到家庭、伦理和道德等因素，而法律对这些因素很难有一个明确的评价标准，因此自古以来，就有“清官难断家务事的”说法。自周冰一担任家事审判工作负责人以来，积极探索家事审判方式和工作机制的改革创新，引入“家风家训+现代心理学”双干预模式，实现法律法规的刚性和家事审判的柔性有机统一，守小家和谐，护大家安定。

周冰一始终秉持“把一件事做到极致”的精神，先后签发多份人身安全保护令，并对相关案件进行回访，密切关注受害人近况。参与制定多项关于家事案件处理和保护妇女权益的文件和举措，如《当涂县家事纠纷案件诉调对接工作实施意见》《当涂法院家事案件诉讼指南》等。联合南京师范大学、南京审计学院等高校开展家事审判调研课题。在人大代表履职期间也曾数次提出涉妇女儿童保护工作的意见和建议被安徽省人大和政协采纳。本人还多次受邀至最高人民法院国家法官学院和多家兄弟法院针对家事审判改革工作交流分享经验。

周冰一在家事审判领域的优秀事迹，先后被《中国妇女报》《人民法院报》《安徽法治报》《民主与法制时报》等媒体报道，荣获全省法院民事审判工作先进个人、全省三八红旗手、全国法院家事审判工作先进个人、全国三八红旗手等荣誉称号，并当选安徽省第十三届妇女代表大会代表。

赤诚奉献践行为民情怀

从法官助理到一线骨干，周冰一始终秉持司法为民、公正司法理念，经常白天阅卷审案接待当事人，晚上加班撰写审理报告、裁判文书，以高度的责任心和使命感，努力为人民群众提供便捷高效优质的司法服务。

她曾为处理好一起建设工程合同纠纷，独自前往湖南澧县，多次往返，只为调取第一手证据，充分掌握真实情况。为强化诉源治理，当涂县人民法院还专门设立了周冰一法官工作室，充分发挥她省人大代表的职责和法官的专业优势，认真倾听群众呼声，以更少程序、更快速度让更多矛盾纠纷实质性化解，不断夯实基层法治力量。

从事审判工作十余年，周冰一以公正效率赢得群众信赖，先后荣获全市法院优秀办案能手、市第十二届十大杰出青年提名奖、市十大法治人物等荣誉称号，并当选为马鞍山市第十六届人民代表大会代表、安徽省第十四届人民代表大会代表。

心系高原带来法治春风

2022 年 7 月，周冰一积极响应对口援藏工作，从江南水乡毅然前往平均海拔 4000 米的雪域高原。

援藏期间，周冰一坚持以智力援藏、业务援藏为抓手，在得知山南市中院系最高人民法院指定的家事审判改革试点法院后，积极发挥自己在家事审判领域的特长，协助当地民事审判团队建成家事专业化审判新机制，制定全面完整的家事审判规程类文件。先后以走访、问卷、电话等方式对市辖 12 个县（区）法院进行全面家事审判调研，对 761 份家事案件裁判文书（另 100 余份文书为藏文）逐篇进行内容分析及数据统计，编写各类家事审判改革机制、制度类文件 20 余份，撰写家事审判问题解答文章 30 余篇，汇编家事审判资料集锦 6 份，有效提升了山南市辖区内法院家事审判工作水平。

周冰一的努力也受到了西藏自治区高级人民法院极大赞赏，被推荐代表西藏地区参加最高人民法院家事审判视频调研会，并在会上对《婚姻家庭编司法解释（二）征求意见稿》发表了详实的修改意见，并受到最高院、自治区高院的一致好评，荣获援藏优秀队员及个人三等功。

制作：高宣、当涂县人民法院

村民股份置换的房屋，属于夫妻共同财产吗？

2024-02-22　深圳市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/bmp6g9E48OnKOzMshm4ELA

夫妻一方获得村里的
股权置换房产及补偿款
这笔财产属于夫妻共同财产吗？
和鹏法君一起来看看这个案例吧！

01 案情简介

郝美（化名）是深圳某村股份合作公司的原籍村民，在合作公司股改后取得公司股份 15 股。

2013 年 11 月，因政府征用该股份合作公司集体用地并置换某地块，经股份合作公司召开全体股东会议，决定村民可以依据个人享有的股份分得相应面积的房产或获得土地征收补偿款。郝美的股份换得了 89 平方米的某花园房产及补偿款。2017 年 7 月，房屋完成交付。

郝美与甄俊（化名）于 1992 年 12 月结婚，2017 年 2 月两人诉讼离婚。甄俊认为某花园房产及补偿款属于夫妻共同财产，于是再次诉至法院，请求对财产进行分割。

郝美辩称，该房屋属于其婚前财产所产生的自然增值，属于个人财产，甄俊无权分割。

02 法院审理

本案为离婚后财产纠纷，争议焦点在于涉案房产是否属于夫妻共同财产。**首先**，从该房产取得的性质上看，郝美是原籍村民，在婚前即享有个人分配股，该股份属于郝美个人财产。涉案房产是郝美基于其股东身份以及其享有的个人分配股的数额而获得的一种福利，属于郝美个人财产。**其次**，从房产取得时间上看，涉案房产于 2017 年 7 月核准登记至股份合作公司名下，在此之前郝美未与开发商或股份合作公司签订任何合同或凭证；甄俊与郝美已于 2017 年 2 月离婚，因此，涉案房产并非在双方婚姻关系存续期间取得。**最后**，根据前述认定的事实，郝美因股权换得的补偿款，亦属于其个人财产。

综上，法院认定郝美的房产及补偿款属于个人财产，甄俊无权分割，故判决驳回甄俊的诉讼请求。该判决已生效。

03 鹏法君说法

个人持有的分配股权是因为某种特定身份而享有的财产，与农村集体经济组织的成员权利相联系，更强调个人身份。个人持有的分配股权被征收后转化为房屋或土地征收补偿款的，受政策上对于该成员身份的限制，只能个人享有或在村集体内部流转。

根据法律规定，夫妻婚姻关系存续期间，除个人所有财产和夫妻另有约定外，夫妻双方或一方取得的财产均属于夫妻共同财产。此处的婚姻关系存续期间的“所得”包括财产及相关财产权利。实践中，认定由个人持有的分配股权转化的房屋或土地征收补偿款，是否属于夫妻共同财产，要考虑夫妻双方在婚姻关系存续期间作为生活共同体的因素，也要兼顾对个人财产所有权的保障，进行综合认定。

04 法条链接

《中华人民共和国民法典》

第二百三十一条 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。

第一千零六十三条 下列财产为夫妻一方的个人财产：

（一）一方的婚前财产；

（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；

（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；

（四）一方专用的生活用品；

（五）其他应当归一方的财产。

供稿：罗湖区法院
作者：张小玉、郑裕红
编辑：马丽敏

未办理结婚登记分手，能要求对方父母返还彩礼吗？法院：接收彩礼的婚约方父母可作为共同被告

2024-02-22 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-02/22/content_236815.htm?div=-1

本报讯 （记者 吴艳霞 通讯员 甄佳）婚约财产纠纷案一般以婚约双方当事人作为诉讼主体，但实际生活中彩礼给付人和接收人并非仅限于男女双方，还可能是双方父母，那么，可以要求对方父母返还彩礼吗？日前，河北省邢台市中级人民法院对张某与赵某甲、赵某乙、王某婚约财产纠纷一案作出二审判决，接收彩礼的婚约方父母作为共同被告返还彩礼。

邢台市男子张某与女子赵某甲经人介绍认识，于 2022 年 4 月定亲，张某给付赵某甲父母赵某乙、王某定亲礼 3.66 万元。2022 年 9 月，张某向赵某甲银行账户转账彩礼 13.66 万元，赵某甲等购置价值 1120 元的嫁妆并放置在张某处。双方未办理结婚登记，未举行结婚仪式。2022 年 9 月，当事双方解除婚约，并因彩礼返还问题发生争执，张某起诉至法院，请求判令赵某甲及其父母赵某乙、王某共同返还彩礼共计 17.32 万元。

一审法院判决三被告共同返还 13.54 万元 。判决后双方均不服，张某上诉请求继续返还 3.66 万元，赵某甲一方上诉请求返还部分彩礼，且认为其父母返还彩礼没有事实和法律依据。

二审中，法院认为，双方未办理结婚登记，现有证据不足以证明张某与赵某甲持续、稳定地共同生活，张某不存在明显过错，但在案证据也能证实赵某甲为缔结婚姻亦有付出的事实，故案涉定亲礼、彩礼在扣除嫁妆后应予适当返还。

关于赵某乙、王某是否系本案适格被告的问题，二审法院认为，关于案涉彩礼 13.66 万元，系张某以转账方式直接给付赵某甲，应由赵某甲承担返还责任，扣除嫁妆后，酌定返还 12 万余元；关于案涉定亲礼 3.66 万元，系赵某甲与其父母共同接收，应由赵某甲、赵某乙、王某承担返还责任，酌定返还 3.2 万余元。

■法官说法

民法典第十条规定，处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。法律没有就彩礼问题予以规定，人民法院应当在不违背公序良俗的情况下按照习惯处理涉彩礼纠纷。

根据中国传统习俗，缔结婚约的过程中，一般是由男女双方父母在亲朋、媒人等见证下共同协商、共同参与完成彩礼的给付。因此，在确定诉讼当事人时，亦应当考虑习惯做法。当然，各地区、各家庭情况千差万别，彩礼接收人以及对该笔款项如何使用，情况非常复杂，既有婚约当事人直接接收的，也有婚约当事人父母接收的；彩礼的去向也呈现不同样态，既有接收一方将彩礼作为嫁妆一部分返还的，也有全部返回给婚约当事人作为新家庭生活启动资金的，还有的由接收彩礼一方父母另作他用。如果婚约当事人一方的父母接收彩礼的，可视为与其子女的共同行为，在婚约财产纠纷诉讼中，将婚约一方及父母共同列为当事人，符合习惯，也有利于查明彩礼数额、彩礼实际使用情况等案件事实，从而依法作出裁判。

随着经济发展及男女比例等问题的出现，在离婚纠纷、婚约财产纠纷中有关彩礼返还的问题争议较大。为妥善化解纠纷，法院应切实发挥司

法审判对治理高价彩礼问题的价值引领作用，综合考量彩礼范围、给付时间、给付目的、共同生活时间长短、双方过错程度、男方因给付彩礼导致生活困难程度等因素，统一裁判尺度，倡导正确婚恋观，引导树立正确的婚姻家庭观念。

（四）检察视点

丈夫婚内出轨给情人转账几十万元，妻子能否要回？

2024-01-25 检察日报正义网
https://mp.weixin.qq.com/s/N_vYxMHgOMSDnW_SLqrOCQ

丈夫婚内出轨，向情人陆续转账 37 万余元，妻子发现后，将其情人诉至法院，要求返还转账钱款。出轨方赠与第三者的财产能否追回？2024 年 1 月 30 日，最高人民检察院发布第二批检察机关贯彻实施民法典典型案例，其中就披露了这起“冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案”。

丈夫给情人转账 妻子起诉要求返还

男子何某与冯某系夫妻，二人育有一子一女。2017 年 8 月起，何某因常在沐足场所消费，结识了在此从事管理工作的李某，进而与李某产生了婚外情。李某也知晓何某有家室、有儿女。

2017 年 8 月至 2019 年 9 月，何某通过银行卡向李某转账 14 笔共计 20 余万元；2017 年 8 月至 2019 年 11 月，何某为维系两人关系通过微信向李某转账包含“520”“1314”等特殊含义的 278 笔共计 17 万余元。2017 年 8 月至 2019 年 10 月，李某通过微信向何某转账共计 9 万余元，并代何某支付沐足消费款 5 万余元。

二审法院判决返还 11 万余元

2020 年 1 月，冯某以何某赠与李某财产的行为侵害其财产权益为由，向四川省宣汉县法院提起诉讼，请求确认何某在婚姻关系存续期间赠与李某财产的行为无效，要求李某返还赠与财产及利息。宣汉县法院一审判决驳回冯某的诉讼请求。

冯某不服一审判决，向达州市中级法院提起上诉。达州市中级法院认为，何某在夫妻关系存续期间，违背夫妻忠实义务，向李某转款 37 万余元，其财产处分行为未得到冯某追认，赠与行为无效。赠与款项中有 50%份额属于冯某，何某无权处分。何某向李某赠与金额 37 万元，在扣减李某向何某转款金额 14 万余元后，余下 23 万余元。23 万余元的 50%份额属于冯某所有，李某应予以返还。达州市法院二审判决撤销一审判决，李某返还冯某 11 万余元并支付利息。

检察机关依法抗诉获改判

冯某不服二审判决，向四川省高级法院申请再审被驳回，遂向达州市检察院申请监督。达州市检察院审查后认为，本案赠与行为无效，应当返还全部赠与财产，据此提请四川省检察院抗诉。

对于在夫妻关系存续期间，夫妻一方对外赠与行为是部分有效还是全部无效问题，江苏省、北京市等部分地区出台了相关审判意见，但四川等地没有明确规定，司法实践中对此类案件处理裁判尺度不一。四川省检察院根据审查认定的事实和证据认为：一是案涉赠与行为是无效的民事行为，其法律后果应是返还全部财产，终审判决部分返还，属于适用法律确有错误。二是终审判决部分返还赠与财产，径直分割夫妻共同财产，超越了当事人的诉讼请求。三是终审判决变相认可违反善良风俗的赠与行为，损害了夫妻中非过错一方的财产权益，与诚信、公正的社会主义核

心价值观不符。2022 年 5 月 23 日，四川省检察院向四川省高级法院提出抗诉。

四川省高级法院再审采纳了检察机关抗诉意见，并于 2022 年 10 月 31 日作出民事判决，依法改判李某返还冯某 23 万余元（即转账赠与 37 万余元扣减李某垫付款 14 万余元）并支付利息。

返还一半还是全额返还如何判定？

《中华人民共和国民法典》实施后，对“公序良俗”的认定采取概括式规定，部分条款存在较大的弹性解释空间，表现为难以准确区分法律行为的不同因素违反公序良俗时，会对法律行为的效力产生何种影响。司法实践中也因此产生了赠与行为有效、赠与行为部分有效和赠与行为无效这三种判决。

夫妻共同财产赠与第三者的纠纷不宜简单定性，应根据具体案情分析，除了考虑“公序良俗”，还应综合考察赠与人和受赠人的主观心态等。

本案中，何某赠与第三者李某财产，特别是“520”“1314”等特殊含义的转款，显然不属于何某和冯某的家庭日常生活所需，亦不是夫妻协商一致行为，故不符合婚姻法和婚姻法司法解释（一）第 17 条关于夫妻财产平等处分权的规定。何某与李某的转款与收款，目的是维系婚外情，两人的婚外情及转账行为侵犯冯某作为配偶的合法权利，主观上均非善意。

综合上述分析，该赠与行为违背公序良俗，应认定为无效。我国民法典第一百五十七条明确规定，基于无效行为取得的财产应当返还。

本案检察机关对夫妻一方擅自将夫妻共同财产赠与第三者，侵犯配偶一方财产权益的行为依法监督，要求第三者返还全部赠与财产，既保护了夫妻关系中无过错方及婚内子女合法权益，又促使省级检法两院对该类案件达成司法共识，统一厘清法律适用标准。

来源：检察日报正义网（ID：JCRB_ZYW）
作者：徐晴子 杨晓
编辑：李梦欣

最高检发布第二批检察机关贯彻实施民法典典型案例

2024-01-30 最高人民检察院
https://mp.weixin.qq.com/s/Dvq274PiPkXzkIzIVq0q9w

近日，最高人民检察院发布第二批检察机关贯彻实施民法典典型案例。最高检第六检察厅负责人表示，该批典型案例充分彰显民事检察监督在民法典实施中的重要作用，对于提升民事检察监督质效具有重要意义。

该负责人表示，民法典颁布实施三年来，全国检察机关民事检察部门以习近平总书记重要指示和《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》为遵循，不断加强民事生效裁判监督，持续强化民事执行监督，进一步深化民事审判活动监督，深入开展虚假诉讼监督，坚持把“高质效办好每一个案件”作为基本价值追求，依法一体履职、综合履职、能动履职，切实维护社会公平正义。

该批典型案例共有十一件，分别是民商事案件自由裁量权类案监督案，冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案，芮某浩诉崔某峰、曲某凤民间借贷纠纷抗诉案，大连某航小额贷款股份有限公司与朱某、侯某辉、程某等借款合同纠纷抗诉案，陈某善、陈某晓、陈某强与宋某坤、山东某物流有限公司、某物联网科技有限公司机动车交通事故责任纠纷抗诉案，王某夫与某资产管理公司等金融借

款合同纠纷检察和解案，某污水处理厂与重庆市某街道办事处合同纠纷抗诉案，黄某与余某离婚纠纷支持起诉案，洪某与某经济适用房开发公司房屋买卖合同纠纷抗诉案，李某、黄某申请执行监督案，某房地产公司与林某智、李某排除妨害纠纷系列抗诉案。

该负责人介绍，该批典型案例具有鲜明的民事检察特征，从案例内容来看，涉及民法典总则、物权、合同等监督实践适用频率相对较高的民法典篇章，从具体法律问题来看，涉及自由裁量权评价、公序良俗原则适用、信用卡违规借贷等实践热点难点问题，从监督类型来看，涉及民事生效裁判监督、执行监督、支持起诉等民事检察全流程和各环节，从监督方式来看，包括个案精准监督、类案监督、检察和解及延伸参与社会治理等办案实践，从检察履职来看，涵盖了数字检察模型应用、调查核实、司法救助等内容。

该负责人表示，下一步，各级检察机关民事检察部门要以学习第二批贯彻实施民法典典型案例为契机，持续做好民事检察精准监督，做到检察办案质量、效率、效果有机统一于公平正义，保障民法典规定的各项权利制度落地落实，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

关于印发《贯彻实施民法典典型案例（第二批）》的通知

各省、自治区、直辖市人民检察院，解放军军事检察院，新疆生产建设兵团人民检察院：

为全面贯彻习近平法治思想，保障民法典统一正确实施，进一步引导各级检察机关高质效办理民事检察监督案件，最高人民检察院选编了 11 件贯彻实施民法典典型案例（第二批）。现印发你们，供参考借鉴。

最高人民检察院

2023 年 12 月 19 日

案例一

民商事案件自由裁量权类案监督案

【关键词】

规范自由裁量权 统一裁判标准 类案监督 检察建议

【类案问题】

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）作为一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律，为民商事审判领域实现法律统一适用提供了体系化的法律依据。《民法典》的统一正确实施离不开法官对自由裁量权的规范行使。2022 年，北京市委政法委部署北京市检察机关聚焦民商事案件自由裁量权开展重点领域专项监督。专项监督中发现，部分案件在法律适用、释法说理、统一裁判尺度等方面存在不当行使自由裁量权的情形。

一是自由裁量权行使与法律适用原则和立法精神不符。《民法典》将九部民事法律进行体系性整合，并通过“增、删、改”等编纂方式进行调整完善，对于相关法律规则新旧冲突、填白规定的准确理解以及裁判时《民法典》是否溯及既往等新旧法协调衔接问题，成为《民法典》统一正确实施的重要课题。以担保制度为例，《民法典》在总结民事立法和司法实践的基础上对担保制度进行了重大完善和发展。其中，针对“判决主文是否要写明保证人承担保证责任后享有追偿权”的问题，原《担保法》司法解释明确规定应当写明，但《民法典担保制度解释》基于该条属于审判实践中已形成共识的条文，将该条文予以删减，但内在立法逻辑及精神仍倾向认为该条应作为审判思路继续沿袭。专项监督中发现，民间借贷纠纷、借款合同纠纷案件中，部分案件针对该问题并未统一标准，持不予写明观点的案件与最高人民法院理论观点不符，且增加当事人诉累，不利于诉源治理。

二是对影响当事人权利的自由裁量事项释法说理不充分。法律文书应当公开援引和适用的法

律条文，并结合案件事实阐明法律适用的理由，充分论述自由裁量结果的正当性和合理性，提高司法裁判的公信力和权威性。违约责任是自由裁量权行使的高发领域，与当事人合法权益密切相关。《民法典》对于违约责任单设一节，并对实际损失和可得利益损失均受可预见规则限制、非金钱债务履行不能时的司法终止等问题作出新的规定，需要法官准确适用，并对是否调整违约金的考量因素予以充分阐释。专项监督中发现，部分案件裁判文书“本院认为”部分仅作“根据公平原则和诚实信用原则予以酌定”等表述，未说明结论形成的过程及计算方法，有损裁判的可接受性。

三是对同一类型案件裁判尺度不统一。对类似案件做到类似处理是提升司法公信力的必然要求。《民法典》从形式、内容、思想等立法层面解决了统一法律依据的问题，但由于法律适用层面的差异，导致司法实践中相关领域仍然存在“同案不同判”的问题。如涉及“循环贸易”类案件，部分法院采取形式交易认定标准，判决买卖合同有效、买受方支付货款；部分法院则采取实质交易认定标准，判决买卖合同无效并驳回买受方支付货款的诉求。再如农村房屋买卖合同确认无效后腾房类案件，在涉诉房屋尚不具备拆迁条件的情况下，部分法院判决腾房并参照周边地区区位补偿价确定补偿标准；部分法院则认为双方纠纷须待拆迁补偿政策出台后一并解决，驳回当事人的腾房诉讼请求。

【检察机关履职过程】

监督意见 2023 年 4 月 10 日，北京市人民检察院向北京市高级人民法院制发检察建议：一是进一步加强自由裁量权行权司法规范化建设，推进统一裁判标准机制建设，加强类案研究与指导，建立对同类型民商事案件行使自由裁量权的信息共享与沟通协商机制。二是进一步强化审判监督与管理，明确各级审判主体职责，严格执行合议评议制度，健全法官会议的研讨规则和程序，强化审判委员会对裁量标准分歧较大、疑难复杂案件行使自由裁量权的监督管理，完善业绩考核指标体系、错案评查和责任追究机制。三是着重加强对自由裁量权的释法说理，积极回应人民群众司法需求，强化在裁判文书中对自由裁量权方法、依据、因素的论证，增强当事人对裁量结果的可接受度和认同度。四是加强权力约束，预防和惩治自由裁量权滥用，持续开展廉洁司法教育，积极推进廉政风险防控机制建设，建立健全执法过错责任追究制度，强化“三个规定”落实，对涉嫌职务犯罪法官直接涉及的案件进行全面评查。

监督结果 2023 年 6 月 19 日，北京市高级人民法院作出复函，表示已根据检察建议采取了一系列整改落实措施。一是积极推进民商事案件统一裁判标准机制建设，建立全市法院统一民事案件裁判标准工作平台，充分发挥审判委员会研究监督重大民商事案件的作用，充分发挥参阅案例在统一裁判标准中的指导作用，加大提级管辖力度，健全法律适用不统一问题发现和研究分析机制。二是加强对民商事案件自由裁量权行使的制约监督，严格落实重大敏感案件请示报告制度，有效发挥类案检索功能作用，强化法官会议作为统一法律适用平台、审判监督管理平台、意见分歧解决平台的作用，完善合议庭评议、专业法官会议与审判委员会的工作衔接机制。三是加大案件评查工作考核力度，细化案件评查标准，大力开展专项评查，深化案件评查结果刚性运用。四是认真开展主题教育，积极推进廉政风险防控机制建设，狠抓“三个规定”落实，探索建立预防预警机制。

【典型意义】

（一）检察机关在办案中要深入研判自由裁量权行权规律，促进统一裁判标准，保障《民法典》统一正确实施。《民法典》是一部基础性的民事实体法，也是民事诉讼最主要的裁判依据。《民法典》

的各个条文通过法官在审理案件中的适用、解释与具体的案件相结合从而得出裁判结果。由于社会生活的复杂性、《民法典》相关条文概念的抽象性等因素，《民法典》不可避免地为法官自由裁量权留下一定空间。加之法官的专业能力、法律素养、审判经验、生活阅历等存在差异，导致司法实践中裁判标准不统一、同案异判的问题长期存在，直接影响司法公正和人民群众的司法获得感。《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》明确提出，加强对审判工作中自由裁量权行使的监督。北京市人民检察院深入贯彻落实中央部署要求，在《民法典》实施之初，聚焦民商事案件自由裁量行权不当重点领域组织开展专项监督，发现“循环贸易”类案件、农村房屋买卖合同确认无效后腾房类案件，清算义务人损害债权人利益责任纠纷涉诉讼时效起算时间类案件裁判标准不统一，以及法官行使自由裁量权在事实认定、证据采信、法律适用、释法说理等方面存在问题，从自由裁量权的角度向北京市高级人民法院提出类案检察建议，是检察机关作为国家法律监督机关保障国家法律统一正确实施的重要司法实践。

（二）检察机关在办案中要注重“个案监督”与“类案监督”同步发力，提升民事检察监督整体效能。个案监督是民事检察监督最基本的方式，其显著的优势是通过监督纠正个案实现个体公正，维护特定当事人的合法权益。但从检察机关的职责使命及检察工作高质量发展的要求而言，民事检察监督不应止步于个案监督，而应以破解法律执行和实施的短板、强化执法司法监督制约为导向，增强系统观念和规律分析，主动关联个案的特点，及时发现多发、共性问题，通过类案监督，推进民事检察监督“由点到面”提升整体效能。专项监督中，北京市人民检察院研究制定类案检索工作机制，明确将类案检索作为自由裁量权检察监督的必经程序，加强典型案件分析研判与类案数据分析运用，以 36 件典型个案为依托，按照自由裁量权行权不当的主要情形进行归纳分析，以加强自由裁量权司法规范化建设、强化审判监督与管理、预防和惩治自由裁量权滥用的治理层面向法院提出了系统性的建议，通过“个案监督”与“类案监督”相结合的方式，在努力让人民群众在个案中感受到公平正义的同时，进一步推进构建完善保障法律统一正确实施，实现政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。

案例二

冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案

【关键词】

赠与合同 确认无效 夫妻共同财产 公序良俗

【基本案情】

何某（男）与冯某（女）系夫妻，二人育有一子一女，儿子未成年。2017 年 8 月起，何某因常在沐足场所消费，结识了在沐足场所从事管理工作的李某（女），进而与李某产生婚外情，李某知晓何某有家室有儿女。2017 年 8 月至 2019 年 9 月，何某通过银行卡向李某转账 14 笔共计 20 余万元；2017 年 8 月至 2019 年 11 月，何某为维系两人关系通过微信向李某转账包含“520”“1314”等特殊含义的 278 笔共计 17 万余元。2017 年 8 月至 2019 年 10 月，李某通过微信向何某转账共计 9 万余元，代何某支付沐足消费款 5 万余元。2020 年 1 月，冯某以何某赠与李某财产的行为侵害其财产权益为由，向四川省宣汉县人民法院提起诉讼，请求确认何某在婚姻关系存续期间赠与李某财产的行为无效，要求李某返还赠与财产及利息。宣汉县人民法院一审判决驳回冯某的诉讼请求。冯某不服一审判决，向达州市中级人民法院提起上诉。达州市中级人民法院认为，何某在夫妻关系存续期间，违背夫妻忠实义务，向李某转款 37 万余元，其财产处分行为

未得到冯某追认，赠与行为无效。赠与款项中有50%份额属于冯某，何某系无权处分。何某向李某赠与金额 37 万元，在扣减李某向何某转款金额 14 万余元后，余下 23 万余元。23 万余元的 50%份额属于冯某所有，李某应予以返还。达州市中级人民法院二审判决撤销本案一审判决，李某返还冯某 11 万余元并支付利息。冯某不服二审判决，向四川省高级人民法院申请再审被驳回。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况 冯某不服二审判决，向达州市人民检察院申请监督。达州市人民检察院审查后认为，本案赠与行为无效，应当返还全部赠与财产，据此提请四川省人民检察院抗诉。四川省人民检察院通过调阅原审卷宗、询问双方当事人等进一步查明了案件事实。通过对相关案件裁判进行检索梳理发现，对于在夫妻关系存续期间，夫妻一方对外赠与行为是部分有效还是全部无效问题，江苏省、北京市等部分地区出台了相关审判意见，但四川等地没有明确规定，司法实践中对此类案件处理裁判尺度不一。四川省检察院与四川省高级人民法院进行沟通，了解法院审判思路后，综合本案价值衡量和司法导向，进一步明确了本案法律适用和监督必要性。

监督意见 四川省人民检察院根据审查认定的事实和证据认为：一是案涉赠与行为是无效的民事行为，其法律后果应是返还全部财产，终审判决部分返还，属于适用法律确有错误。二是终审判决部分返还赠与财产，径直分割夫妻共同财产，超越了当事人的诉讼请求。三是终审判决变相认可违反善良风俗的赠与行为，损害了夫妻中非过错一方的财产权益，与诚信、公正的社会主义核心价值观不符。2022 年 5 月 23 日，四川省人民检察院向四川省高级人民法院提出抗诉。

监督结果 四川省高级人民法院再审采纳了检察机关抗诉意见，并于 2022 年 10 月 31 日作出民事判决，依法改判李某返还冯某 23 万余元（即转账赠与 37 万余元扣减李某垫付款 14 万余元）并支付利息。

【典型意义】

（一）检察机关在办案中，对于夫妻一方赠与行为应结合婚姻法关于财产平等处分权的规定、行为人主观心态及公序良俗内涵等，综合分析判定行为效力。目前我国立法对夫妻一方赠与第三者财产的行为效力无明确规定，理论界与实务中亦存在争议，其中原因之一为对“公序良俗”判定差异。《民法典》实施后，对“公序良俗”的认定亦采取概括式规定，部分条款存在较大的弹性解释空间，表现为难以准确区分法律行为的不同因素违反公序良俗时，会对法律行为的效力产生何种影响，司法实践中也因此产生了赠与行为有效、赠与行为部分有效和赠与行为无效这三种判决。夫妻共同财产赠与第三者的纠纷不宜简单定性，应根据具体案情分析，除了考虑“公序良俗”，还应综合考察赠与人和受赠人的主观心态等。本案中，何某赠与第三者李某财产，特别是“520”“1314”等特殊含义的转款，显然不属于何某和冯某的家庭日常生活所需，亦不是夫妻协商一致行为，故不符合《婚姻法》和《婚姻法司法解释（一）》第 17 条关于夫妻财产平等处分权的规定。本案中，何某与李某的转款与收款，目的是维系婚外情，两人的婚外情及转账行为侵犯冯某作为配偶的合法权利，主观上均非善意。综合上述分析，该赠与行为违背公序良俗，应认定为无效。《民法典》第一百五十七条明确规定，基于无效行为取得的财产应当返还。本案检察机关对夫妻一方擅自将夫妻共同财产赠与第三者，侵犯配偶一方财产权益的行为依法监督，要求第三者返还全部赠与财产，既保护了夫妻关系中无过错方及婚内子女合法权益，又促使省级检法两院对该类案件达成司法共识，统一厘清法律适用标准。

（二）检察机关应当准确把握民法典立法精神，通过监督纠错引导树立良好家德家风。为更

好地弘扬家庭美德，体现社会主义核心价值观，《民法典》第一千零四十三条在《婚姻法》关于夫妻应当相互忠实、相互尊重，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的规定基础上增加了“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”。检察机关要深刻领会《民法典》立法目的及精神，在执法办案中注重倡导良好家德家风建设。本案李某基于“婚外情”接受赠与财产，若支持部分赠与款项有效，将会为夫妻一方通过赠与第三者财物方式转移夫妻共同财产开辟合法路径，与夫妻忠诚的价值取向相悖，有损婚姻关系及婚姻财产秩序之维护。检察机关通过抗诉监督，对第三者插足婚姻并从中牟利行为给予否定评判，引导社会形成正确的婚姻观、金钱观、家庭观，促进社会养成良好家德家风。

案例三

芮某浩诉崔某峰、曲某凤民间借贷纠纷抗诉案

【关键词】

信用卡套现 合同无效 民法典适用 数字检察

【基本案情】

崔某峰、曲某凤系夫妻。2021 年 6 月 17 日，崔某峰向芮某浩借款，芮某浩通过崔某峰提供的 POS 机刷卡 23000 元后，崔某峰为芮某浩出具借条一张，载明“今借到芮某浩人民币贰万叁仟元整（23000），资金出自建设银行信用卡（4895×××1004），于 2021 年 8 月 16 日前归还 借款人：崔某峰 2021 年 6 月 17 日”。后崔某峰共计偿还芮某浩 6600 元，余款 16400 元未还，芮某浩将崔某峰、曲某凤诉至莱州市人民法院。法院认定芮某浩与崔某峰之间的民间借贷关系成立，芮某浩提交的证据能够证实崔某峰向其借款 23000 元、尚欠 16400 元的事实，芮某浩未能证明借款基于夫妻共同意思表示或用于夫妻共同生活、共同生产经营，判决崔某峰偿还芮某浩本金 16400 元，驳回芮某浩对曲某凤的诉讼请求。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况 山东省莱州市人民检察院在履职中发现该起民间借贷纠纷案件涉及套取金融机构贷款转贷的情形，适用法律确有错误，遂依职权受理并审查。原审法院认定本案为民间借贷纠纷，并确认该民间借贷关系成立。检察机关严格从民间借贷法律关系的认定、涉信用卡使用的专门性问题等方面，查明了相关法律依据，与银行等金融机构人员进行座谈，并检索了原审法院对同类型案件作出的判决，重点从以下几个方面对案件进行全面审查：

一是审查该起民间借贷的资金来源是否符合自有资金的规范要求。根据中国人民银行印发的《支付结算办法》第一百三十条、一百四十条、二百二十四条、二百二十七条之规定，信用卡是指商业银行向个人和单位发行的，凭以向特约单位购物、消费和向银行存取现金，且具有消费信用的特制载体卡片。信用卡仅限于合法持卡人本人使用，持卡人不得套取现金出租或转借信用卡。从信用卡使用相关规定可知，信用卡以消费信用为特征，具备银行授信额度和透支功能。持卡人的信贷权利是基于持卡人的资信状况而取得，具有专属性，且信用卡额度范围内的资金属于银行信贷资金，并非持卡人的自有资金。因此，持卡人不能将银行信贷资金作为自有资金出借他人。

二是审查该起民间借贷合同是否有效及民间借贷关系是否成立。民间借贷的资金来源应为出借人的自有资金。在芮某浩与崔某峰的民间借贷关系中，持卡人芮某浩通过使用 POS 机刷卡的方式向崔某峰出借的是银行信贷资金，而非其自有资金，芮某浩的行为属于《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》第十三条规定的“套取金融机构贷款转贷”情形，亦

构成《民法典》第一百五十三条第一款“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的情形，故芮某浩与崔某峰之间的民间借贷合同无效且民间借贷关系不成立。

三是审查本案监督的必要性。本案系履职中发现并依职权受理审查，应坚持法定性与必要性相结合的监督标准。本案出借人芮某浩套取信用卡内信贷资金出借给崔某峰使用的民间借贷行为，既增加了融资成本，损害了发卡银行的利益，影响了金融信用环境，又扰乱了信贷秩序，妨害了国家金融管理秩序。原审法院对本案法律关系认定错误，对“套取金融机构贷款转贷”的民间借贷合同的效力认定错误，属于典型的适用法律错误。对此类案件启动再审，强化对套取金融机构贷款转贷的民间借贷合同无效的认识，也能有效遏制大量潜在的违规使用信用卡套取信贷资金出借的不法行为；从长远来看，有利于规范金融秩序和民间借贷规范平稳健康发展。

监督意见 莱州市人民检察院通过查询裁判文书网，发现原审法院审理的因信用卡套现出借而发生的借贷纠纷案件中，有多份判决认定民间借贷合同无效，与本案的判决结果截然相反，存在同案不同判的现象。检察机关认为，本案原审判决适用法律错误且法院对同类问题适用法律并不一致，当事人的行为亦妨害了金融管理秩序，遂依法向烟台市人民检察院提请抗诉。烟台市人民检察院向烟台市中级人民法院提出抗诉。

监督结果 检察机关抗诉后，烟台市中级人民法院指令莱州市人民法院再审本案，莱州市人民法院于 2023 年 2 月 28 日作出再审判决，认为检察机关的抗诉理由成立，应予采纳，原审认定本案民间借贷关系成立错误，应予纠正，撤销原审判决第一项“崔某峰偿还芮某浩借款本金 16400 元”，判决崔某峰返还芮某浩 16400 元。

延伸工作 莱州市人民检察院通过总结违规使用信用卡领域民间借贷诉讼的共有特征，构建“民间借贷-信用卡透支借款合同”民事检察监督模型并加以运用，以再审检察建议的方式办理监督案件 4 件，法院均裁定再审并改判。2022 年，烟台市人民检察院将该模型推广应用到各区市院，共发现监督线索 93 条，办理监督案件 24 件，涉案金额 276 万余元，形成的《套取信用卡资金并转借他人类案监督模型》作为山东省人民检察院第 5 号大数据法律监督模型，在全省范围内推广运用。

【典型意义】

（一）检察机关在办理民间借贷纠纷监督案件时，应加强对有关合同效力的审查，并对套取金融机构贷款转贷的情形加强监督。信用卡的透支功能决定了持卡人套现的授信额度内资金属于银行所有，不能作为自有资金出借。与《民法典》实施同步，最高人民法院修改了民间借贷司法解释，进一步强调民间借贷应以自有资金出借，降低了对“套取金融机构贷款转贷”类民间借贷合同无效的认定标准，故持卡人以套取的信贷资金出借的民间借贷合同无效，不受《民法典》保护。检察机关在办理此类案件时，应严格审查出借资金是否为自有资金。同时，持卡人套取信贷资金规避取现费用、获取利益的行为系对发卡银行的欺诈，违反了诚信原则，存在影响其个人信用评价的可能。《民法典》第一千零二十九条关于民事主体的信用评价亦做了明确规定，对此类行为的监督，有助于加强个人信用意识、预防信用失范现象发生，为建立良好的社会信用环境和信用制度发挥好法律监督力量。

（二）检察机关要运用数字检察做好类案监督，加强与其他机关之间沟通联系，在监督中形成合力，共同维护信贷领域金融秩序。随着信用卡使用的广泛普及，利用信用卡套取信贷资金出借的行为大量涌现，产生大量民间借贷纠纷。检察机关主动总结信用卡民间借贷案件的一般性特征，构建法律监督模型并加以运用，实现了从个案办理到类案监督的延伸，发挥了大数据穿引效

应，统一法律适用，纠正法院同案不同判的问题，实现法律监督由点到面的推进，维护了《民法典》的规范权威与司法的裁判正义。检察机关在案件办理的基础上，积极延伸检察职能，向法院制发类案监督检察建议，促使法院启动相关领域案件的自查自纠，对错误认定民间借贷关系案件启动再审，并将发布在裁判文书网上的相关文书予以撤回；向银行制发检察建议，牵头召开规范信用卡使用联席会议，会同金融监管部门、公安机关共同建立防范和查处违规使用信用卡的长效工作机制，有力打击了违规使用信用卡套取信贷资金出借的行为。

案例四

大连某航小额贷款股份有限公司与朱某、侯某辉、程某等借款合同纠纷抗诉案

【关键词】

借名贷款 实际用款人 委托代理 责任承担主体

【基本案情】

朱某、侯某辉、程某系大连某滨集团有限公司（以下简称某滨集团）普通员工。2014 年某滨集团因经营需要，向大连某航小额贷款股份有限公司（以下简称某航小贷公司）借款壹亿零伍佰万元，包含本案所涉 2500 万元贷款。案涉贷款为农林牧渔业贷款，为达到借款目的，某航小贷公司提出案涉贷款必须以自然人作为借款人。某滨集团指令公司员工朱某、侯某辉、程某以个人名义向某航小贷公司贷款并承诺由公司承担还款责任。2014 年 5 月 8 日、9 日，朱某、侯某辉、程某分别与某航小贷公司签订《借款合同》，借款金额共计 2500 万元，某滨集团、某房地产开发公司、某投资集团有限公司为担保人，某房地产开发公司提供抵押担保。

某滨集团到期未偿还贷款，某航小贷公司将朱某、侯某辉、程某分别诉至大连市中山区人民法院。大连市中山区人民法院作出判决，判令朱某、侯某辉、程某三人偿还借款本息；某航小贷公司对抵押物享有优先受偿权；担保人某滨集团、某房地产开发公司、某投资集团有限公司承担连带清偿责任。案件进入执行程序后，因案涉抵押物公建位置偏、拍卖处置难，三名员工被法院强制执行。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况 大连市中山区人民检察院依当事人申请受理本案。大连市人民检察院、大连市中山区人民检察院两级院成立一体化办案团队，围绕“某航小贷公司是否明知员工与集团的委托关系，《借款合同》实际借款人是员工还是集团”的争议焦点，开展调查核实工作。首先，通过调取相关银行转账流水，查实案涉贷款去向、使用情况。案涉贷款在汇入三员工账户当日即转出汇入案外人孙某刚银行账户，孙某刚与三员工之间除该笔款项外无其他流水记录，与某滨集团之间有频繁交易往来。其次，通过询问案件当事人，查实借款合同签订情况。案涉借款为农林牧渔业贷款，具有政策性扶持贷款的特点，某滨集团企业经营范围与此没有关联性，某航小贷公司提出案涉贷款必须以自然人作为借款人。三名员工遂按照某滨集团公司指示，在集团财务部办公室，在某航小贷公司工作人员指导下在空白签署页签字，不知晓合同具体内容和借款金额。款项转入三名员工个人账户后，三名员工按照公司指示汇入案外人孙某刚账户。

监督意见 经充分调查论证，检察机关认为，案涉借贷行为系某滨集团与某航小贷公司为规避金融监管政策、协商一致形成，朱某等三名员工系受某滨集团委托向某航小贷公司借款，实际借

款人和使用人均是某滨集团。某航小贷公司明知案涉借款是某滨集团委托其员工以个人名义办理，本案应适用委托关系的法律规定认定由某滨集团承担还款责任。2021 年 3 月，大连市中山区人民检察院就朱某与某航小贷公司借款合同纠纷案向大连市人民检察院提请抗诉，大连市人民检察院依法向大连市中级人民法院提出抗诉。

监督结果 大连市中级人民法院裁定再审，并指令大连市中山区人民法院进行审理。大连市中山区人民法院作出判决，判令朱某仍承担还款责任。朱某上诉至大连市中级人民法院，二审中，某航小贷公司向法庭提交《关于朱某申请贷款 1000 万元的信贷调查报告》，报告载明“朱某个人从事海参养殖加工销售行业，年经营收入 3000 万元左右，年获利 1000 万元左右，目前经营状况良好”，但该公司并无朱某从业经营资质、经营场所、生产经营财务报表、贷后检查工作日志记录等证据佐证朱某借款事实存在。大连市中级人民法院作出再审判决，以在案证据结合某航小贷公司出借款项数额巨大、不知借款人资信情况、对出借资金放任失管及对特殊行业贷款实施金融监管等多种因素，认定案涉借款系某滨集团委托公司员工以个人名义向某航小贷公司借款，某航小贷公司对案涉借款人为某滨集团的事实明知，按照委托关系的法律规定确认还款责任主体为某滨集团，判令朱某不承担还款责任。2023 年 3 月，大连市中山区人民检察院将侯某辉、程某借款合同纠纷两案提请大连市人民检察院抗诉。大连市人民检察院依法提出抗诉。2023 年 8 月，两案再审均改判侯某辉、程某不承担还款责任。

【典型意义】

（一）检察机关在办理“借名贷款”案件中，应综合案件事实，准确适用委托关系相关规定，依法认定责任主体。“借名贷款”系指实际用款人借用他人名义签订借款合同办理贷款手续，所贷款项由实际用款人使用的行为，司法实践中对此存在认定分歧。检察机关在办理该类案件中，应综合合同签订、履行等事实，准确认定责任承担主体。一般而言，出借人系基于对名义借款人身份资格、资信能力的信赖出借款项，基于合同相对性及意思自治，应认定名义借款人为合同主体、承担还款责任。出借人在出借资金时明知借款人所借款项是由实际用款人使用的，应着重审查出借人是否明知名义借款人系受实际用款人委托借款，结合出借方属性、借名目的等，正确区分名义借款人系“代理实际用款人借款”或“为实际借款人借款”，准确适用《民法典》关于委托关系的相关规定，认定责任主体。参考全国法院金融审判工作会议精神，商业银行作为出借方在签订借款合同时知道实际用款人和名义借款人之间的代理关系的，借款合同直接约束出借方和实际借款人。本案出借方作为小贷公司，其签约时明知受托人与委托人之间代理关系，为规避金融监管、实现将政策性扶持贷款违规发放给实际用款人的目的，与实际用款公司委托的公司员工签订借款合同，各方对于真实借款主体意思表示一致，案涉合同应当直接约束小贷公司与实际用款人，应由实际用款人承担还款责任。

（二）检察机关在办案中应注重运用一体化办案机制，强化案件调查核实，切实提升监督质效。“借名贷款”案件中，合同签订等事实对于认定出借方是否明知名义借款人系代理实际用款人借款具有重要意义。本案市、区两级检察院成立一体化办案团队，围绕争议焦点全面梳理案件事实、开展调查核实，准确分析研判案涉法律适用问题，剖析出借方与借款方公司及该公司员工三者之间的法律关系，提升办案质效。公司员工以其个人名义为公司向小贷公司借款，其自身未尽相应注意义务应受否定性评价，但在出借方系为规避金融监管、明知公司员工系受公司委托借款之情形下，通过依法监督让劳动者摆脱巨额债务，亦体现民法典平等保护的精神，实现政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。

案例五

陈某善、陈某晓、陈某强与宋某坤、山东某物流有限公司某物联网科技有限公司机动车交通事故责任纠纷抗诉案

【关键词】

交通事故责任纠纷 交通安全统筹 数字检察 社会治理

【基本案情】

徐某芹系陈某善之妻，陈某晓、陈某强二人之母。2021 年 4 月 12 日，宋某坤驾驶重型半挂牵引车（登记车主为山东某物流有限公司，实际车主为葛某）与徐某芹驾驶的二轮电动车发生碰撞，致徐某芹抢救无效于当日死亡。交警部门认定宋某坤负事故主要责任，徐某芹负次要责任。同年 9 月 8 日，陈某善、陈某晓、陈某强诉至山东省莒南县人民法院，请求依法调解或判令宋某坤、山东某物流有限公司（以下简称某物流公司）、某物联网科技有限公司（以下简称某科技公司）赔偿其死亡赔偿金、丧葬费、精神抚慰金等各项损失共计 526854 元并承担诉讼费。

莒南县人民法院认为，陈某善、陈某晓、陈某强请求某物流公司赔偿于法无据，不予支持；肇事车辆在某科技公司投保金额 100 万元的商业第三者险，因本案交强险部分已达成和解，超出交强险的部分，应由某科技公司承担 70%。故判决陈某善、陈某晓、陈某强超出交强险的剩余损失（死亡赔偿金、精神抚慰金、丧葬费等）共计 749850.50 元，由某科技公司在商业第三者险赔偿限额内赔偿 524895.35 元。

判决生效后，陈某善、陈某晓、陈某强向莒南县人民法院申请强制执行，但因某科技公司无财产可供执行，莒南县人民法院裁定终结执行。陈某善、陈某晓、陈某强向莒南县人民法院申请再审，请求依法撤销原审判决。莒南县人民法院逾期未作出裁定。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况 陈某善、陈某晓、陈某强向山东省莒南县人民检察院申请监督，主张在案件执行时得知某科技公司濒临破产无执行能力，莒南县人民法院裁定终结执行，原审将交通安全统筹等同于商业保险错误。莒南县人民检察院依法受理审查后，提请临沂市人民检察院抗诉。检察机关通过调阅卷宗、调取交通安全统筹单、询问当事人等，重点对以下问题进行审查：一是陈某善、陈某晓、陈某强的再审申请是否符合检察机关受理条件。一审判决生效后，陈某善、陈某晓、陈某强未提出上诉，系因其赔偿请求得以支持，无提起上诉之必要。后在执行过程中方知权益无法实现，此时已过上诉期，转而申请再审符合受理条件。二是案涉车辆参统的交通安全统筹是否等同于商业第三者险。综合调取的交通安全统筹单及某科技公司的营业执照查明，某科技公司经营范围为物联网交通安全统筹等业务，并未取得保险业务经营许可，案涉车辆参统的交通安全统筹并非第三者责任商业保险。三是超出交强险部分的损失应由谁承担。机动车交通事故系一般侵权，适用过错责任原则，应由肇事车主按照过错承担侵权责任，但为了更大程度上为交通事故受害人提供及时和基本的保障，保险制度得以设立。在保险制度的大背景下，《民法典》第一千二百一十三条确定的赔偿顺序为“机动车强制保险—商业保险—侵权人”，此处的“侵权人”包括挂靠车主和被挂靠的物流公司。交通安全统筹合同作为统筹公司与参统人员的协议，双方之间的权利义务按照合同约定予以确定。

监督意见 临沂市人民检察院对本案涉及的交通安全统筹的性质认定及法律适用进行全面审查之后，认为生效判决认定“肇事车辆在某科技公司投保保险金额 100 万元的商业第三者险”这

一基本事实缺乏证据证明，适用《民法典》第一千二百一十三条确有错误，遂于 2023 年 5 月 19 日向山东省临沂市中级人民法院提出抗诉。

监督结果 2023 年 6 月 8 日，山东省临沂市中级人民法院指令莒南县人民法院再审。再审中，陈某善、陈某晓、陈某强要求追加实际车主葛某参加诉讼。莒南县人民法院经审理，采纳了检察机关的抗诉意见，裁定撤销原审判决，并告知陈某善、陈某晓、陈某强可另行起诉。

延伸工作 在开展生效裁判结果监督的同时，检察机关依法能动履职，综合运用多种方式提升监督质效。一是强化数字检察思维，构建“机动车辆安全统筹业态治理类案监督”模型，共收集数据 5000 余条，涉及营运货车 1161 辆、运输企业 218 家、统筹企业 81 家。模型推广应用后，已发现案件线索 13 件，办理监督案件 2 件。二是凝聚检法共识，与人民法院召开工作联席会，统一交通安全统筹领域案件裁判尺度，确保《民法典》统一正确实施。三是参与社会治理，向莒南县交通运输局制发检察建议，督促其开展专项行动，化解风险线索 13 条，助推行业管理和诉源治理。四是推动成果转化，形成道路交通安全统筹领域社会治理问题专项调研报告上报市委市政府，以“检察专报”引导动态防治。

【典型意义】

（一）检察机关在办理交通事故责任纠纷监督案件时，应当核实所涉法律关系，合理确定各方责任，保障《民法典》统一正确实施。究明法律关系和责任原理，是准确适用民法典进行法律监督的基础和关键。办理机动车交通事故责任纠纷，要查清是否存在劳务关系、挂靠关系，是否购买交强险、商业保险等问题，进而准确适用《民法典》相关条文，确定各方赔偿责任。具体到本案，交通安全统筹合同的性质及法律适用在司法裁判中主要有三种观点：一是统筹合同等于商业保险合同或者类比保险合同，统筹公司在商业第三者险范围内承担责任；二是统筹合同不是商业保险合同，应按照一般合同纠纷进行处理；三是统筹公司违反《保险法》规定，为无效合同，应按照过错原则确定统筹双方责任。本案中，检察机关通过办理案件明确交通安全统筹合同并非保险合同，而是一种行业互助举措，当发生交通事故时，不应由统筹人直接赔偿受害人损失，而是应当根据《民法典》关于侵权责任的相关规定确定侵权人责任。

（二）检察机关在依法办理案件的同时，要通过大数据赋能加大监督力度，实现类案监督促进社会治理。检察机关针对办案中发现的道路交通安全统筹案件多发、监管机制不健全、法院裁判尺度不统一等问题开展专项调研，通过建立数字监督模型，以大数据赋能深入发现案件线索，加大办案力度，凝聚检法共识。通过制发检察建议研究破解社会治理难点堵点，督促行政机关加强监督管理，防范风险问题的发生，实现了从个案监督到类案监督、再到社会治理的转变，以检察履职促进道路交通安全统筹业务良性健康发展，提升了法律监督质效，展现了参与市域现代化建设、助力优化法治化营商环境的检察担当。

案例六

王某夫与某资产管理公司等金融借款合同纠纷检察和解案

【关键词】

金融借款合同 抵押范围 民法典适用 检察和解

【基本案情】

2014 年 5 月，昆明某商贸有限公司（以下简称某商贸公司）与昆明市某农村信用合作联社营业部（以下简称某农村信用社）签订《流动资金借款合同》，某商贸公司向某农村信用社借款 1500 万元。同日，某农村信用社与王某夫签订《抵押合同》，约定以王某夫名下昆明的一套房产为《流动

资金借款合同》作抵押担保，并办理了抵押登记手续。抵押登记他项权证上记载“被担保主债权数额 365 万元”。2016 年 11 月，某农村信用社与某资产管理公司签订《债权转让协议》，某资产管理公司依法受让债权及从权利，成为新债权人。2020 年 1 月，因某商贸公司不履行还款义务，某资产管理公司向昆明市中级人民法院提起诉讼，要求某商贸公司偿还借款本金、利息、罚息、复利等合计 2400 万元，王某夫在抵押房产价值范围内承担抵押责任。

昆明市中级人民法院认为，某商贸公司未按期足额偿还借款本息，构成违约，王某夫与某农村信用社签订《抵押合同》并办理了抵押登记，抵押权已依法成立，抵押权随主债权转让，某资产管理公司有权对王某夫的抵押物折价或者以拍卖、变卖后所得价款优先受偿。王某夫不服一审判决，认为抵押登记内容与《抵押合同》约定不一致、一审判决以《抵押合同》约定内容判定案涉抵押物担保范围适用法律错误，遂上诉至云南省高级人民法院。云南省高级人民法院认为，王某夫他项权证记载的事项不是关于案涉抵押担保范围的约定，应以王某夫签订的《抵押合同》约定内容作为判定案涉抵押物担保范围，一审判决对此认定并无不当，判决驳回王某夫的上诉请求，维持原判。王某夫不服二审判决向云南省高级人民法院申请再审，再审法院裁定驳回王某夫的再审申请。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况 王某夫向云南省人民检察院申请监督，主张应按照他项权证上记载的事项承担抵押责任，人民法院根据抵押合同认定抵押责任错误。检察机关依法受理后查阅了案件卷宗，并实地对房地产中心办理他项权证的情况进行调查核实，全面了解案件基本事实和发生的背景。经向昆明市不动产中心、官渡区不动产中心等多地调查发现，案涉他项权证办理是在 2014 年，系《不动产登记暂行条例》实施之前。当时，云南省不动产登记簿的栏目设置未完整、清晰地记载登记事项，抵押登记簿未设置担保范围、抵押物评估价值栏目。当事人只能在“被担保主债权数额”一栏中填写当时房屋评估价值，有的直接填为 0。调查过程中，房地产中心也无法出具他项权证抵押担保的范围证明，并回复办案人员因系统设置问题，抵押范围以法院判决为准。

检察和解 检察机关认为，本案争议焦点是应以《抵押合同》约定内容还是以他项权利证书记载内容承担抵押责任。在查阅案卷、调查核实、听取各方当事人意见后，检察机关了解到双方均有和解意愿，但在给付金额方面，双方心理预期差距较大。对此，检察机关打破“就案办案、机械办案”的工作模式，确定“检法协作避免程序空转”的工作思路，从平等保护双方当事人合法权益角度出发，决定召开案件公开听证会并邀请执行法官一同参与。在听证会上，结合案件证据情况及《民法典》的相关规定，分别向当事人详细分析诉讼利益及风险，提出差距较小的和解方案，进而引导双方利益目标达成一致。在检法两家的共同努力下，双方当事人在听证会上签订和解协议，执行法官依据检察和解协议的内容，组织当事人达成执行和解。最终，王某夫撤回监督申请。

【典型意义】

（一）检察机关办理涉抵押权纠纷时应全面审查当事人之间的担保合意，并结合抵押登记情况对案件事实进行综合判断。本案中，不动产登记薄缺少“担保范围”一栏，导致当事人办理抵押登记时只能在该栏填写具体数字，造成抵押登记记载的被担保主债权数额与抵押合同约定的抵押担保范围不一致。原《担保法司法解释》第六十一条规定：“抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。”但不动产登记簿中登记栏目缺少“担保范围”是普遍现象。司法实践中，多数法院会按照抵押合同约定的担保内容支持优先受偿范围，少数法院

会根据登记的内容认定优先受偿的范围。不同认定标准导致抵押权人优先受偿的范围发生重大变化。检察机关应准确理解《民法典》第一百三十三条对民事法律行为的规定，深度挖掘法律行为与证据表象之间的关系，通过释法明理，修正当事人意思表示的瑕疵，从根本上化解矛盾纠纷。

（二）检察机关应深入践行新时代“枫桥经验”，通过释法说理引导当事人妥善解决矛盾，将检察和解贯穿于民事检察监督案件办理全流程。检察机关应当通过深入了解当事人的真实诉求，引导当事人理性面对事实，理解尊重法律，从根源上化解纠纷，定分止争。在开展检察和解时可邀请执行法院派员见证，促使双方达成执行和解协议，并跟进督促执行，一方面能保证和解协议充分落实，另一方面能依法平等保护各方民事主体合法权益。本案办理中，检察机关以《民法典》出台为契机，坚持抗诉与息诉并重理念，努力构建多元化民事检察监督格局，始终贯穿检察和解理念，通过利益协调解决多年纠纷，既减轻了法院的执行压力，节约司法资源，又减少了当事人诉累，切实维护当事人合法权益。

案例七

某污水处理厂与重庆市某街道办事处合同纠纷抗诉案

【关键词】

民事协议 政策变化 合同解除 诚信履约

【基本案情】

2005 年 8 月，某公司与某街道办事处（原某镇人民政府）签订《投资协议》，约定某公司出资 300 万元修建污水处理站，污水达标排放标准按（GB18918-2002）一级 B 标准执行，某街道办事处向排污户收取污水处置费，根据物价部门核定单价向某公司支付排污费；并约定随场镇规模扩大，如需再修建污水处理站，某公司同等条件下享有优先承建权；经营过程中，如遇不可抗力因素或国家政策发生变化致协议不能履行时，由双方协商解除合同。2009 年 7 月，某公司更名为某污水处理厂。2015 年 4 月，国务院下发《国务院关于印发水污染防治行动计划的通知》，要求有关地区城镇污水处理设施应于 2017 年底前全面达到一级 A 排放标准。同年 12 月，重庆市人民政府发文，对水污染物排放控制指标、强化城镇生活污染治理等任务及措施进行了明确。2016 年 12 月，案外公司在某街道办事处辖区新修建污水处理厂。2018 年 7 月 1 日起，某街道办事处将辖区污水交由案外公司处理，停止向某污水处理厂供应污水，也未向该厂支付排污费。

2019 年 10 月，某污水处理厂起诉至重庆市璧山区人民法院，请求解除《投资协议》。某街道办事处于 2019 年 11 月 4 日收到起诉状副本，后某污水处理厂撤回起诉。2020 年 4 月 20 日，某污水处理厂重新起诉，请求判令解除《投资协议》并赔偿相应损失。经一审法院委托评估，某污水处理厂设施设备评估总值为 1277000 元。一审法院认为，某街道办事处已将该辖区内污水交由另一公司，某污水处理厂没有污水可以处理，致《投资协议》无法继续履行。判令《投资协议》于 2019 年 11 月解除，某街道办事处支付某污水处理厂污水处理费损失 225000 元及设施设备损失 1277000 元。

某街道办事处不服一审判决，向重庆市第一中级人民法院提出上诉。二审法院认为，《投资协议》系因政策原因导致无法继续履行而解除，某街道辖区的排污系璧山区人民政府的统一部署规划，非某街道办事处的行为，双方对《投资协议》的解除均无过错，根据公平原则酌情确定双方各自承担损失金额的 50%，判令撤销一审判决，《投资协议》于 2018 年 7 月 1 日即某街道办事处停止向某污水处理厂供应污水之日起解除，某街道办事处支付某污水处理厂设施设备损失 638500 元。某污水处理厂不服二审判决，申请再审亦被驳回。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况 某污水处理厂不服生效判决，向重庆市人民检察院第一分院申请监督。重庆市人民检察院第一分院通过调阅卷宗、询问当事人及向该区水务局及管网运维服务中心等相关单位了解政策情况，并到该区其他街镇实地调查其辖区内污水处理情况后，重点对以下问题进行审查：一是《投资协议》的解除。某街道办事处未举示证据证明某污水处理厂不具备改造升级的能力，且该厂能否通过改造达标而符合国家政策变化要求尚不确定，某街道办事处主张系因政策变化导致合同不能履行缺乏依据；某街道办事处未提前通知某污水处理厂并与其协商，单方停供污水致该厂全面停产，系单方行为致合同目的不能实现；某污水处理厂起诉请求解除合同后，该合同应以某街道办事处收到起诉状副本之日即 2019 年 11 月 4 日解除。二是双方责任的认定。某街道办事处单方终止合同履行且未告知原因，某污水处理厂基于合同信赖，对履行合同或变更履行抱有一定期待，该厂为维持正常运作产生了土地租金及其他设施设备日常维护费、人工基本工资等相关经营成本费用，某街道办事处应承担未解除合同期间对某污水处理厂造成损失的赔偿责任。

监督意见 重庆市人民检察院第一分院在了解调查相关政策及对合同解除原因、双方责任认定审查后认为，某街道办事处在停供污水时双方未协商解除合同，某街道办事处亦未发出通知不再履行合同，应为其单方终止履行的行为给某污水处理厂带来的损失承担赔偿责任，二审判决适用法律错误，遂向重庆市人民检察院提请抗诉。重庆市人民检察院于 2022 年 9 月 9 日向重庆市高级人民法院提出抗诉。

监督结果 重庆市高级人民法院经审理，采纳检察机关的抗诉意见，并于 2023 年 6 月 19 日作出再审民事判决：撤销二审判决，维持一审判决。重庆市人民检察院第一分院于再审判决作出后，及时联系并回访某污水处理厂，积极督促政府及时兑现损害赔偿资金，双方就案款支付方式达成和解协议，有效解决了企业因政府合同违约产生巨额经济损失带来的经营困境，帮助民营企业快速适应发展需要成功转型经营，涉案企业目前已从污水治理企业转型为绿植盆栽养殖企业，并取得了较好的经营效果。

【典型意义】

（一）检察机关在办案中应准确理解和把握国家政策调整对合同履行的影响，依法适用民法典关于合同解除的法律规定，保障守约方按照法定条件和程序解除合同。《民法典》第五百三十三条首次以立法形式对情势变更作出规定，吸收并完善了原《合同法》司法解释关于情势变更制度的适用条件。情势变更的认定需符合“订立合同时无法预见”，“发生合同成立后难以预见的客观情况变化”，正确理解和把握国家政策调整是否构成情势变更，应准确研判政策调整是否属于当事人在订立合同时无法预见的情形，该政策变化是否会导致合同目的无法实现或继续履行合同对一方当事人明显不公，厘清致合同不能履行之事实。在合同尚有履行可能且继续履行并未明显不公之情形下，应慎重和严格适用情势变更原则。本案相关政策文件仅对污水排放标准提出要求，某污水处理厂仍可通过升级改造满足排放标准从而继续履行合同，国家政策的变化尚不足以导致协议不能履行。某街道办事处未予通知协商，单方截停污水，属于在履行期限届满之前，以自己的行为表明不履行主要债务，构成根本违约。某污水处理厂作为守约方享有单方解除权，基于其形成权属性，解除合同的单方意思表示一经到达对方即为生效。按照《民法典》的规定，当事人以提起诉讼的方式依法主张解除合同，合同应自起诉状副本送达对方时解除。

（二）检察机关在办案中应当依法能动履职，坚持在办案中通过加强调查核实实现精准监督，

结合个案实际积极延伸检察职能，提升监督质效。一方面，调查核实作为新时代检察机关履行法律监督职能的重要手段和方法，检察机关应当运用监督思维引导调查核实，根据案件类型及事实争议，针对可能存在的监督情形确定调查核实方向，通过多元化调查核实手段实现案件事实的认定，为检察机关正确有效履行法律职责提供重要保障。本案检察机关主动向水务部门等相关行政机关核实政策变化，实地走访相关街镇了解其辖区污水处理情况，准确研判国家政策调整对案涉合同履行之影响，依法纠正行政机关不守诚信单方终止履行义务致合同目的不能实现的行为，维护和保障民营企业合法权益。另一方面，检察机关应积极延伸检察职能，在有效纠正法院错误裁判的同时，将释法说理、法治宣传与依法监督相结合，将依法办案与服务保障经济社会发展相结合。要针对涉政府与企业间经济合同纠纷案件，通过能动履职推动政府机关树立诚信履约理念，引导政府部门等有关单位在履行合同以及处理此类争议过程中做到诚信守诺，积极维护政府公信，营造良好的营商环境。同时，进一步通过延伸履职，跟进案件后续执行情况，积极协调解决民营企业现实困难，服务保障民营经济高质量发展。

案例八

黄某与余某离婚纠纷支持起诉案

【关键词】

反家庭暴力 妇女儿童权益保护 支持起诉

【基本案情】

黄某（女）与余某（男）于 2010 年 2 月 26 日登记结婚，双方育有一女余某某。婚后余某不仅染上吸毒恶习，还多次对黄某实施家暴行为。2020 年 2 月 15 日，余某酒后殴打黄某，致黄某头部、腹部多处损伤，被送至医院急诊治疗。余某因长期吸毒成瘾，先后被公安机关决定行政拘留和强制隔离戒毒二年。强制隔离戒毒期满后，余某仍未停止对黄某实施家暴，导致黄某不堪忍受欲跳楼轻生。2022 年 11 月 2 日，黄某因余某长期实施家暴、有吸毒恶习，且自身失业无收入来源、独自抚养女儿生活困难，向成都市金牛区人民检察院申请支持起诉离婚。

【检察机关履职情况】

受理情况 成都市金牛区人民检察院经初审研判认为，黄某在婚姻关系存续期间多次遭受其吸毒丈夫实施的家庭暴力，其合法权益受到侵害，自身维权能力较弱，对其支持起诉，符合民法典关于禁止家庭暴力、保护妇女儿童合法权益的立法目的，依法应予受理。

审查过程 金牛区人民检察院在受理该案后，开展了以下工作：一是开展调查核实。检察官向黄某详细询问了婚姻家庭、遭受家庭暴力等情况，认真听取了黄某的离婚、财产分割、子女抚养等意愿和诉求，同时还走访黄某居住地所在社区，了解黄某家庭生活、工作收入、夫妻关系等情况。经调查核实，查明余某在与黄某婚姻关系存续期间染上吸毒恶习并被公安机关强制隔离戒毒二年，以及余某多次对黄某实施家暴等关键事实。二是依据《中华人民共和国法律援助法》规定，协调法律援助机构为其提供法律援助律师，同时与法律援助机构召开案情研讨会，听取本人和法律援助律师意见，对案件相关问题进行讨论并提出建议。三是针对黄某反映无法获取家暴报警记录、余某吸毒行政处罚文书等证据问题，该院向公安机关制发《协助调查通知书》，请公安机关依法协助提供证实余某在与黄某婚姻关系存续期间染上吸毒恶习并被公安机关强制隔离戒毒，以及余某多次对黄某实施家庭暴力等事实，为提出支持起诉意见夯实了证据基础。四是同步开展司法救助。经调查，黄某失业无收入来源，独自抚养女儿，与女儿居住于月租仅 200 元的出租屋内，其女儿在校相关费用长期延迟缴纳，家庭经济状况较差。该

院依据新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》及最高人民检察院、中华全国妇女联合会《关于深化开展关注困难妇女群体，加强司法救助活动的通知》的要求，依托司法救助绿色通道快速给予 2.3 万元司法救助金，缓解黄某生活困难处境。五是多方联动全方位开展综合帮扶。为防止余某继续家暴给黄某及其女儿造成身心伤害，该院主动联系属地派出所重点关注黄某家庭，及时处置制止家暴行为；与区禁毒办、属地街道办进行沟通对接，加强对余某的毛发定期检测和禁毒教育引导，防止因复吸而妨害黄某及其女儿正常生活。针对黄某失业无收入、延迟缴纳其女儿学习费用等生活困境，主动对接区就业服务管理部门，为其寻找、提供就业机会和工作岗位；积极协调区教育部门和就读学校，学校每年减免服务费、餐费等 4000 余元，并由心理咨询师定期为其女儿开展心理疏导。六是积极开展普法宣传和维权引导。针对黄某因遭受家庭暴力担心其人身安全问题，检察官向其宣讲《民法典》《中华人民共和国妇女权益保障法》等关于反家暴的法律法规，引导其通过向公安机关报警、向人民法院申请人身保护令等法律途径保护自身人身安全。

支持起诉意见 成都市金牛区人民检察院经审查认为，《民法典》第一千零七十九条第三款规定：“有下列情形之一，调解无效的，应当准予离婚：……（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……”余某在婚姻关系存续期间不仅多次对黄某实施家庭暴力，而且长期有吸毒恶习并被行政处罚，损害了黄某的民事权益，黄某与余某夫妻感情确已破裂，黄某作为家庭暴力受害妇女，起诉离婚符合《民法典》规定。2022 年 12 月 26 日，金牛区人民检察院依法作出支持黄某起诉离婚的决定，建议法院根据《民法典》第一千零七十九条第三款的规定，及时先行开展调解工作，调解无效的，依法作出判决。

裁判结果 成都市金牛区人民法院受理黄某诉余某离婚案后，金牛区人民检察院出庭支持起诉，不仅宣读支持起诉意见，对协助收集的证据予以出示和说明，还协同法官对余某的家暴行为、吸毒恶习等开展法庭教育，教育其遵纪守法、戒除毒瘾，禁止家庭暴力，认真履行抚养教育义务。经金牛区人民法院主持，黄某与余某就离婚、女儿探望等事项当庭达成调解协议。2023 年 3 月 14 日，金牛区人民法院作出民事调解书：一、黄某与余某自愿离婚；二、余某某由余某抚养，黄某不需要支付抚养费（包括生活费、教育费、医疗费），医疗费在保险报销后仍需支付的费用超过 5000 元部分，由余某和黄某凭正式票据各自承担 50%；三、黄某可随时探望余某某，具体探望方式和时间由余某和黄某自行协商；四、黄某自愿放弃其他诉讼请求。后双方商定，离婚后女儿余某某与黄某共同生活，由黄某抚养照护。

【典型意义】

（一）检察机关在办案中应当全面准确把握《民法典》立法精神，依法保护被家暴妇女合法权益。“家务事”不是法外之地。《民法典》婚姻家庭编明确规定婚姻家庭受国家保护，禁止家庭暴力，保护妇女、未成年人等的合法权益，并规定实施家庭暴力、有吸毒恶习屡教不改是准予离婚的法定情形。新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》亦明文禁止对妇女实施家庭暴力，新增规定国家机关等可以支持权益受侵害的妇女向人民法院起诉，进一步体现了支持起诉对于维护妇女儿童等弱势群体合法权益的独特价值作用。实践中被家暴妇女往往法律意识欠缺、维权能力不足，处于弱势一方，应成为检察机关支持起诉的重点对象之一。本案中，余某多次实施家暴，且有吸毒恶习屡教不改，其行为直接危害黄某及其未成年女儿的身心健康和人身安全。检察机关准确把握《民法典》婚姻家庭编的立法精神和原则，适用《民法典》第一千零七十九条第三款关于法

定情形下调解无效应当准予离婚的规定，通过支持起诉支持受家暴妇女依法维权，有效维护其合法权益，为未成年人重建良好成长环境，让《民法典》这部公民权利保护“宝典”真正落地，“典”亮人心。

（二）检察机关应当坚持一体履职、综合履职、能动履职，实现支持起诉最佳保护效果。家庭暴力直接危害被家暴妇女及其未成年子女的身心健康和人身安全，检察机关在履职办案中，应当注重系统观念，因案施策，通过依法一体履职、综合履职、能动履职，救急解困，传递温情，依法保障困难妇女、未成年人等弱势群体合法权益。本案中，检察机关围绕被家暴妇女、未成年子女身心保护及生活困难等突出问题，在依法支持起诉同时，主动协助被家暴妇女申请法律援助，同步开展司法救助、协同保护、维权引导、生活就业帮扶等工作，通过“一体化救助+多元化帮扶+长效化保护”，能动解决被家暴妇女及其未成年子女合法权益和生活困境，最大限度实现支持起诉保护弱势群体的制度价值。

案例九

洪某与某经济适用房开发公司房屋买卖合同纠纷抗诉案

【关键词】

房屋交付 物业费 逾期交房 合同相对性

【基本案情】

江城某苑小区系某经济适用房开发公司建设的安置小区，部分安置余房（均为一手房）按照国有资产处置办法和程序由某经济适用房开发公司委托对外公开拍卖。拍卖前，拍卖公司发布《竞买须知》，该须知载明：物业管理、停车事宜及物业费、水电费等相关费用支付方式请向物业处咨询。有意竞买者请仔细阅读拍卖会资料、勘察标的房产、咨询过户税费及物业费标准、校对贷款条件，交纳拍卖保证金后，根据以上相应身份证明材料填写并签署《竞买证》，签收拍卖会资料。拍卖标的以现状为准，对拟拍卖标的的各方面状况，竞买人须自行了解、查验其具体情况，对标的使用性能、质量等状况须竞买人自行现场勘察核对，并对竞买本标的可能存在的风险进行充分评估并自愿承担。竞买人一旦进入拍卖现场并举牌应价的，即表示认可拍卖标的的状况，并愿意为自己按照拍卖标的的状况参与竞买的行为承担责任。

2018 年 6 月 21 日，洪某通过现场拍卖购得该小区房屋一套，并与某经济适用房开发公司签订《商品房买卖合同》。该合同约定，出卖人应于 2018 年 12 月 21 日前将经综合验收合格并符合合同约定的商品房交付买受人使用，逾期交房需承担违约责任。某经济适用房开发公司与某物业公司签订的《前期物业服务合同》中载明物业服务费用由业主按年交纳，但未约定具体交纳时间。2018 年 7 月 24 日，某经济适用房开发公司向洪某发出领取钥匙通知书。洪某持通知及身份证复印件向某物业公司领取钥匙时，被要求交纳一年物业费、能耗费等费用。因双方就物业费是否应当预缴发生争议，物业公司拒绝向洪某交付房屋钥匙。

2019 年 6 月 25 日，洪某诉至建德市人民法院，要求某经济适用房开发公司交付钥匙并支付逾期交房违约金。该院以钥匙第三方保管人无正当理由拒绝向洪某交付钥匙，某经济适用房开发公司构成逾期交房，判决支持洪某全部诉讼请求。某经济适用房开发公司不服一审判决，向杭州市中级人民法院上诉。该院认为，洪某系通过拍卖方式购买案涉房屋，根据《竞买须知》的内容，洪某在竞拍案涉房屋前，应当已就物业费的支付方式提前向物业公司进行了了解。在洪某没有证据证明物业公司在竞拍前曾认可竞拍人可先领取钥匙再缴纳物业费的情况下，洪某应按物业公司的要求先缴纳物业费，然后领取钥匙。某经济适用房开发公司已在合同约定的交房时间之前书面通

知洪某交房，不构成逾期交房，遂改判驳回洪某全部诉讼请求。后洪某不服二审判决，向浙江省高级人民法院申请再审，该院于 2020 年 4 月 24 日裁定驳回洪某的再审申请。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况 洪某不服二审生效判决，向杭州市人民检察院申请监督。为查清事实，检察机关通过调阅案卷、询问当事人全面了解案情，重点对以下问题进行审查：一是《竞买须知》的内容是否可以视为已与物业公司就物业费支付方式达成了合意，购房人是否应当承担不利后果。拍卖公司系接受某经济适用房开发公司的委托开展拍卖事宜，拍卖系达成商品房买卖契约的一种方式，与商品房交付后产生的物业费支付是不同法律关系，《竞买须知》仅是提示业主就物业费标准及支付方式向物业公司咨询，没有明确的物业费支付方式及支付标准，不属于商品房买卖关系中要约邀请的具体内容，对业主不具约束力，业主不应仅因《竞买须知》的提示而承担不利后果。二是物业公司能否以业主未预缴物业费为由拒绝交付房屋钥匙。本案交房条件成就后，某经济适用房开发公司委托物业公司统一办理交房手续，某经济适用房开发公司与购房人之间的商品房买卖合同、业主和物业公司之间的物业服务合同主体不同，属于不同法律关系。本案物业公司拒绝交付房屋钥匙，实质是形成了留置，因业主属于个人，债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，本案物业公司基于不同法律关系留置房屋钥匙，没有法律依据。案经调解无果，杭州市人民检察院认为某经济适用房开发公司未实际履行交付房屋义务，逾期交房构成违约，依法提请浙江省人民检察院抗诉。

监督意见 浙江省人民检察院经审查认为，在《竞买须知》《商品房买卖合同》未做出约定情况下，交纳物业费并非洪某与某经济适用房开发公司房屋买卖合同中的合同义务。物业公司取得钥匙控制权也是基于某经济适用房开发公司委托交房，并非同洪某之间的物业服务关系。物业公司以洪某未预缴物业费为由拒绝交房，相应《商品房买卖合同》的违约责任应由委托人某经济适用房开发公司承担。原审判决适用法律确有错误，浙江省人民检察院于 2020 年 12 月 21 日向浙江省高级人民法院提出抗诉。

监督结果 浙江省高级人民法院采纳检察机关抗诉意见，再审判决某经济适用房开发公司向洪某交付案涉房屋钥匙，并支付洪某延期交房违约金 8000 元。

【典型意义】

（一）检察机关在办理房屋买卖合同纠纷监督案件中应当准确认定交房责任，维护购房者依法依约收房的合法权益。房屋的交付一般包括开发商通知收房、出示与交付房屋相关资料、购房者验收房屋等环节。实践中，“先交物业费再交房”是开发商在房屋交付环节的常见做法，但购房者的合法权益不应让位于所谓的常见做法。开发商交房和物业公司收费基于不同的法律关系，牵涉到不同的法律主体。基于商品房买卖合同，开发商负有交付房屋的义务，在其将该项义务委托给物业公司后，物业公司应当根据房屋买卖合同的约定履行交房义务，其外在表现主要是将房屋的钥匙交付给购房者，由购房者实现对房屋的实际管控使用。基于物业服务合同，业主负有交纳物业费的义务，然物业费支付并非交房的附加条件和前置程序。在未明确约定物业费需在交房时交纳情况下，开发商委托交付钥匙的物业公司将购房者预先支付物业费附加为交房条件，侵犯了购房者依约接收房屋的权利。物业公司拒不交付钥匙导致购房者未能在合同约定的交房期内受领房屋的，开发商作为委托人，应当承担相应的逾期交房责任。

（二）检察机关在办案中应当强化《民法典》理念引领，推动物业管理行业规范化、法治化。物

业服务行业兼具社会性和服务性的民生经济特征，为引领行业规范发展，《民法典》在既有规范基础上，总结实践中已有的裁判准则，将“物业服务合同”作为典型合同单独成章，明确物业服务人与业主的权利义务关系，其中《民法典》第九百四十四条新增物业服务人不得采取停水停电等方式催交物业费。该禁止性规定对于规范物业管理秩序、维护业主合法权益具有重要意义。同理，物业公司亦不得采取拒交房屋的方式催交物业费，滥用其优势地位侵害业主的合法权益。检察机关通过案件办理，明确了物业公司无权以交付钥匙来要求购房者预缴物业费，体现了民法典强化规范物业管理行为的司法导向，同时也为相关群体维护自身合法权益提供了一个可以参照的样本，形成了“办理一案，治理一片”的社会实效。

案例十

李某、黄某申请执行监督案

【关键词】

抵押权 优先受偿 案款分配 执行监督

【基本案情】

2012 年 1 月 5 日，邹某向李某、黄某借款 600 万元，并签订了《抵押借款合同》，该合同约定借款期限 3 个月，自 2012 年 1 月 5 日至 2012 年 4 月 4 日，同时约定邹某以其名下位于珠海市珠海大道某小区的房产为抵押。同年 1 月 16 日，双方在珠海市不动产登记中心办理了抵押登记，登记主债务履行期限为 2012 年 1 月 5 日至 2012 年 4 月 4 日。2014 年 12 月 25 日邹某对案涉借款进行了确认。2019 年 12 月，李某、黄某就案涉 600 万元的民间借贷纠纷向广东省珠海市横琴新区人民法院起诉邹某，审理期间邹某未提出诉讼时效抗辩，该院 2020 年 1 月依法作出民事调解书，该调解书确认邹某在 2020 年 2 月 10 日前偿还 600 万元本金及利息，李某、黄某就案涉房屋在债权范围内享有优先受偿权。

2014 年，邹某等人又向案外公司瑞金市某房地产开发公司借款 4100 万元，后无力偿还该借款，瑞金市某房地产开发公司将邹某等人诉至江西省赣州市中级人民法院，该院于 2014 年 12 月作出财产保全裁定，查封了邹某所有的上述案涉房产和其他财产，并于 2015 年 7 月作出民事判决，判令邹某等人共计归还 4100 万元借款本金及相应利息。判决生效后，赣州市中级人民法院于 2016 年 8 月指定该案由江西省瑞金市人民法院执行。瑞金市人民法院立案执行后，于 2016 年 11 月裁定续查封案涉房产，并于 2017 年 5 月裁定拍卖。2019 年 1 月，执行法院经委托评估发布拍卖公告，后案涉房产以 609.5 万元拍卖成交。2019 年 3 月，执行法院裁定案涉房产上设定的抵押权消灭，解除房屋查封，案涉房屋归竞买成交人所有。

案涉房屋的登记抵押权人李某、黄某在知悉该抵押房产被拍卖后，从 2019 年 2 月开始多次向执行法院主张抵押优先受偿权，申请参与分配执行款项，但执行法院以李某、黄某抵押登记所涉主债权诉讼时效已过为由，未受理其申请。2019 年 11 月，执行法院将案涉房产拍卖款直接分配给普通债权人瑞金市某房地产开发公司。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况 2022 年 1 月，李某、黄某向瑞金市人民检察院申请监督，主张系案涉房产的唯一抵押权人，依法享有优先受偿权，执行法院未受理其参与分配案款的申请，将案涉房产拍卖款直接分配给普通债权人错误。瑞金市人民检察院依法受理了李某、黄某的监督申请。检察机关重点对案涉房产的抵押情况，李某、黄某申请参与执行分配情况及法院执行行为有无不当进行审查。审查过程中，检察机关开展了以下调查核实工作：一是调取案涉房产登记信息，查明 2012 年 1 月李某、黄某系案涉房产唯一登记抵押权人，

在处置涉案房产前，涉案抵押登记未被涂销，执行法院已查询并知悉该房产抵押情况。二是调取法律文书送达情况，查明执行法院未依法向登记抵押权人李某、黄某送达相关案涉房产评估报告，也未制作执行财产分配方案。三是向执行法官调查了解，查明执行法院以李某、黄某所涉主债权诉讼时效已过为由，未予受理其参与分配申请。

监督意见 瑞金市人民检察院在对李某、黄某的抵押优先受偿权未依法得到保障等情况进行全面、客观审查后，认为执行法院未依法受理并支持李某、黄某基于抵押优先权提出的参与分配执行款的申请，不符合法律规定，执行程序违法、款项分配错误。遂于 2022 年 4 月 13 日依法向瑞金市人民法院发出检察建议书，建议对款项分配等执行情况重新审查，依法保障李某、黄某合法权益。

监督结果 2022 年 6 月 21 日，瑞金市人民法院函复瑞金市人民检察院，表示确未向李某、黄某送达案涉房屋的评估报告，亦未受理、答复其参与分配申请，将认真开展调查，及时推动案款重新分配，保障李某、黄某正当合法权益。鉴于该案各方当事人对标的款分配分歧较大，案款重新分配推进难，检察机关依法能动履职，持续跟进检察建议整改落实情况，并与法院同向发力，最终促成了当事人达成执行和解协议，抵押权人李某、黄某获得了案涉房产拍卖款 450 万元，围绕涉案房产长达八年的执行纠纷得以彻底解决。

【典型意义】

（一）检察机关办理涉抵押执行监督案件，应准确认定抵押权人的优先受偿权，以保护抵押权人合法权益。《民法典》第四百一十条规定，抵押权人对抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款具有优先受偿权。《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第 28 条规定，拍卖财产上原有的担保物权及其他优先受偿权，因拍卖而消灭，拍卖所得价款，应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权，但当事人另有约定的除外。最高人民法院关于《民事诉讼法》的司法解释规定，对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。本案中，执行法院在执行过程中已查明案涉房产存在抵押登记，在邹某未清偿到期债务的情况下，李某、黄某对抵押房产拍卖价款可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。故执行法院在明知案涉房产存在抵押的情形下，未依法受理抵押权人李某、黄某参与房产拍卖执行款分配的申请，阻却了优先受偿权的合法实现，检察机关应予以监督，依法保护抵押权人合法权益。

（二）检察机关办理涉抵押执行监督案件，应准确把握不得主动援引诉讼时效的有关规定，依法监督“以执代审”违法情形。《民法典》第一百九十三条规定，人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。诉讼时效期间关乎实体权利，应在审判程序中由当事人先行提出诉讼时效抗辩，并经人民法院审理予以确定，执行机构不能就主债务诉讼时效期间是否经过径直作出实体处理。本案中，虽然案涉房产不动产抵押权证登记主债务履行期限为 2012 年 1 月 5 日至 2012 年 4 月 4 日，从形式上看，李某、黄某 2019 年主张案涉房产执行分配款时，抵押登记所涉主债务诉讼时效已过，但执行法院在抵押登记未被涂销，也无相关生效裁判认定案涉抵押权已消灭，且有另案生效调解书确认抵押权人享有优先受偿权的情况下，仍以抵押权存续期已过为由对登记抵押权人主张优先受偿的分配申请不予受理，并径行裁定抵押权消灭，属于“以执代审”。检察机关应当精准把握《民法典》的有关规定，对执行法院主动适用诉讼时效，并据此裁定抵押权消灭的错误执行行为予以监督。

案例十一

某房地产公司与林某智、李某

排除妨害纠纷系列抗诉案

【关键词】

排除妨害 非法占有 产权保护 民事抗诉

【基本案情】

2010 年 5 月，商洛市城乡建设局批复同意某器材公司修建商住楼一栋。某器材公司与史某虎协议合作建设，约定建好的楼盘一到三层归某器材公司所有，剩余由史某虎出售。随后，史某虎联系赵某玉合伙投资，赵某玉在史某虎不知情的情况下，又与陈某民口头协议合伙投资。2015 年 4 月，某房地产公司以出让方式取得案涉项目土地使用权，依法办理了建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、商品房销售许可证，开发上述商住一体楼盘。史某虎与某房地产公司口头协商继续履行其与某器材公司的楼盘合作建设协议。由史某虎任法定代表人的某建筑公司进行施工，由赵某玉任项目经理，陈某民为工地施工负责人。2015 年，陈某民向林某智借款 55 万元，陈某民出具借条并约定以案涉项目所建二套房屋作为担保，若到期陈某民无力偿还，案涉房屋归林某智所有。当日，陈某民私自从案涉项目售楼部拿到已不再使用的商品房买卖合同，约定某房地产公司将涉案房屋出售给林某智，同时约定了房号、面积、价款、交付时间等事项，并加盖某房地产公司公章及法定代表人印章。同年，陈某民向李某借款 20 万元，并出具借条及承诺书，承诺以项目房屋抵押，到期不还李某可占有项目房屋。款项实际支付至陈某民账户。借款到期陈某民未按期偿还。2016 年 4 月，林某智、李某到商品房买卖合同及承诺书对应的房屋更换门锁，放置物品。某房地产公司阻挡未果，遂于 2017 年 1 月向商洛市商州区人民法院提起诉讼，请求判令林某智、李某腾交侵占的房屋并赔偿损失。该院作出一审判决，认为某房地产公司为案涉房屋的合法所有人，林某智、李某占有房屋无合法依据，判决林某智、李某向某房地产公司腾交房屋。林某智、李某提出上诉，2019 年 8 月，商洛市中级人民法院作出二审判决，以某房地产公司为案涉房屋名义开发人，非房屋所有权人及其他权利人，不享有排除妨害权利为由，判决驳回其诉讼请求。某房地产公司不服，向陕西省高级人民法院申请再审，该院裁定指令商洛市中级人民法院再审。商洛市中级人民法院作出再审判决，以同样理由维持二审判决。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况 2021 年 4 月，某房地产公司向商洛市人民检察院申请监督，该院审查后，提请陕西省人民检察院抗诉。检察机关通过调阅卷宗、询问当事人、向相关行政机关调查核实，另查明以下事实：2020 年 1 月 19 日，某房地产公司补缴案涉土地超建及调整土地使用年限出让金。2020 年 5 月 26 日，商洛市自然资源局与某房地产公司重新签订《国有建设用地使用权出让合同》，取得建设用地使用权证。2021 年 1 月 18 日，某房地产公司取得案涉三套房屋的不动产权利证书。陈某民与赵某玉均认可，双方口头约定合作开发案涉楼盘未通知史某虎，开发建设均以某房地产公司名义进行，待房屋销售后再行结算。陈某民与林某智、李某约定以房抵债，未经赵某玉、史某虎同意，且无证据证明所借款项用于案涉楼盘开发。

监督意见 陕西省人民检察院审查认为，某房地产公司系案涉房屋的合法权利人，有权请求排除妨害。李某、林某智未提供充分证据证明陈某民系楼盘实际权利人，取得案涉房屋相关权利。生效判决以某房地产公司不享有对案涉房屋请求排除妨害的基础权利为由，驳回某房地产公司的诉讼请求，适用法律错误。2022 年 1 月，陕西省人民检察院向陕西省高级人民法院提出抗诉。

监督结果 陕西省高级人民法院采纳抗诉意见，撤销原再审及二审判决，维持商州区人民法院一审判决。

【典型意义】

（一）检察机关办理物权排除妨害纠纷案件应当准确认定物的合法权利人，贯彻《民法典》物权保护精神，强化产权司法保护。基于物权请求权主张排除妨害的权利主体应为物的合法权利人，因此在办理此类案件时应当正确认定请求权人是否为物的合法权利人。依据《民法典》第三百五十二条规定，建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但是有相反证据证明的除外。本案属于不具备房地产开发资质的当事人借用具备房地产开发资质的房地产开发企业的资质进行开发建设的情况，某房地产公司通过出让方式取得国有土地使用权证，依法办理案涉房屋开发建设手续，取得房屋权属证书，在未经依法撤销、变更或有其他相反证据的情况下，应认定为案涉房屋的合法所有权人，有权要求无权占有人排除妨害。物权人在法律许可的范围内对其财产行使占有、使用、收益、处分权利，《民法典》确立了我国民法物权保护体系，对权利人在物权遭受侵害时所享有的权利作出了规定。在因他人非法行为导致物权人无法充分行使物权权能时，物权人可以法律规定的方法和程序，行使物权确认请求权和排除妨害请求权，消除对物权的障碍或侵害，恢复物权圆满状态。检察机关通过抗诉纠正了错误生效判决，排除了他人对案涉房屋的非法侵占，切实维护了权利人的合法权益。

（二）检察机关办案中应当贯彻精准监督理念，准确认定各方当事人权利性质，落实物权优先原则。妨害具有违法性是排除妨害主张得以成立的前提。因此，应当准确认定各方之间法律关系的性质，正确判断实际占有人的占有是否具有合法依据。本案中，陈某民向李某出具了案涉房屋系借款担保的承诺书，林某智与某房地产公司签订了《商品房买卖合同》。李某、林某智能否基于承诺和《商品房买卖合同》取得担保物权或涉案房屋物权期待权以对抗某房地产公司的所有权，是本案审查要点。根据《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 23 条，案涉购房合同实质是以订立商品房买卖合同作为对陈某民民间借贷合同的担保。同时，李某、林某智与陈某民之间有以涉案房屋为借款提供担保的意思表示，但未办理抵押登记，抵押权未有效设立。因此，李某、林某智不享有对涉案房屋的物权期待权，亦不能依据双方担保意思表示占有他人所有房屋。某房地产公司依法具有排除非法占有的权利。本案各方行为人之间存在多种法律关系，物权保护与债权保护交织。检察机关应当树立穿透式审查思维，以当事人真实意思表示为核心，准确认定各方主体之间的法律关系以及权利性质，秉持物权优先原则，保护物权人对物的支配利益和财产权益，落实《民法典》产权保护制度。同时，以精准监督引导债权人依法理性主张权利。

来源：检察日报社

记者：于潇

编辑：李文睿

最高检第六检察厅负责人就《贯彻实施民法典典型案例（第二批）》答记者问

2024-01-30 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/qFC-cQ_3_4mj-7vcya6iLA

加强民法典统一正确实施 高质效办理民事检察监督案件

——最高检第六检察厅负责人就《贯彻实施民法典典型案例（第二批）》答记者问

近日，最高人民检察院发布一批贯彻实施民法典典型案例。案例是如何体现“高质效办好每一个案件”的检察工作新要求？又是如何彰显精准监督的监督理念？最高检第六检察厅负责人就该批案例相关情况回答了记者提问。

问：继 2023 年 5 月印发贯彻实施民法典典型案例之后，最高检再一次发布典型案例，其主要考虑是什么？

答：2023 年底，我们发布第二批检察机关贯彻实施民法典典型案例，这是持续贯彻落实习近平总书记关于“推动民法典实施”“加强民事检察工作”重要指示的工作举措，是检察机关保障民法典统一正确实施和高质效办理民事检察监督案件的最新实践成果。

该批典型案例共十一件，分别是：民商事案件自由裁量权类案监督案，冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案，芮某浩诉崔某峰、曲某凤民间借贷纠纷抗诉案，大连某航小额贷款股份有限公司与朱某、侯某辉、程某等借款合同纠纷抗诉案，陈某善、陈某晓、陈某强与宋某坤、山东某物流有限公司、某物联网科技有限公司机动车交通事故责任纠纷抗诉案，王某夫与某资产管理公司等金融借款合同纠纷检察和解案，某污水处理厂与重庆市某街道办事处合同纠纷抗诉案，黄某与余某离婚纠纷支持起诉案，洪某与某经济适用房开发公司房屋买卖合同纠纷抗诉案，李某、黄某申请执行监督案，某房地产公司与林某智、李某排除妨害纠纷系列抗诉案。

从案例内容来看，涉及民法典总则、物权、合同、婚姻家庭等编内容，是民事检察监督实践中适用频率相对较高的部分；从具体法律问题来看，涉及法官自由裁量权评价、公序良俗原则适用、信用卡违规借贷、借名贷款认定、机动车交通责任事故理赔、物权登记制度、抵押权优先受偿、合同解除条款、离婚纠纷、物业管理、产权保护等实践热点难点问题；从监督类型来看，涉及民事生效裁判监督、执行监督、支持起诉等民事检察全流程和各环节；从监督方式来看，包括个案精准监督、类案监督、检察和解及延伸参与社会治理等相关内容；从检察履职来看，涵盖了数字检察模型应用、调查核实、司法救助等内容。

应当说，该批案例鲜明地反映了的民事检察履职特点，其制发充分彰显了民事检察监督在民法典实施中的重要作用，对于提升民事检察监督质效具有重要意义。

问：应勇检察长强调，案例选取和编发都要突出检察特色，突出指导办案、释法说理功能，真正在司法规则指引、法律政策精准适用等方面发挥指导与参照作用，更好指导各级检察机关高质效办好每一个案件。该批典型案例是如何贯彻落实这一要求的？

答：一是立足保障民法典统一正确实施，做实“高质效办好每一起案件”的民事检察监督履职。徒法不足以自行，法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。民法典是民事检察监督办案最为重要和基础的法律依据，民事检察监督是检察机关法律监督职责在民事诉讼领域的具体体现，通过对诉讼活动的全流程监督，维护司法公正和司法权威，保障民法典等法律法规统一正确实施，让人民群众感受到司法公平正义。本批典型案例，既有对司法实践中法律适用争议较大问题的辨析，从而加强对民事实体法律的研究，促进统一司法裁判标准，让人民群众感受到法律制度日趋完善；又体现对弱势群体的权利保护，促进民法典确认的各项权利保护制度落地，让人民群众感受到法治力量，增强“安全感”“获得感”；还有检察机关为落实好民法典，对民事检

察制度的运行进行探索和完善，让人民群众感受到中国特色社会主义检察制度的价值和功能。

二是立足全流程加强民事检察监督，做实有效监督。2023 年，最高检党组提出民事检察重在提升自身能力水平，加大监督力度，实现有效监督，更加注重监督质与量的统一。发布的本批典型案例，不仅包括生效裁判监督、执行活动监督、支持起诉等民事检察主要职能，还包括类案监督、调查核实、大数据模型、社会治理检察建议等工作开展情况；不仅包括对法院审判程序监督，还包括对法律适用问题的探讨，为各级检察机关提供适用民法典监督办案的具体指引，有利于提升一线检察官运用法律政策的能力，努力对标党中央和人民群众的更高要求，通过履职办案，在实体上确保实现公平正义，在程序上让公平正义更好更快实现，在效果上让人民群众可感受、能感受。

三是立足社会治理，为保障民生和经济社会高质量发展贡献民事检察力量。习近平总书记指出，民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律，对推进国家治理体系和治理能力现代化具有重大意义。这一论述深刻指出民法典确立了组织社会的基本法律框架，对于社会治理体系的完善具有极为重要的价值，也为民事检察参与社会治理提供了遵循和依据。本批案例涉及产权保护制度、合同制度、婚姻家庭制度等相关内容，体现了民事检察监督促进经济活动规范有序、家庭和谐安定、弱势群体得到社会关护的重要作用。检察机关通过办案发现问题，主动向相关监管部门制发社会治理类检察建议，促进解决一类问题，实现政治效果、社会效果和法律效果的有机统一。

问：民法典自 2021 年施行以来，距今已有三年有余。回顾这三年来的民事检察实践，我们是如何通过监督履职，推动民法典的贯彻施行的？

答：2023 年是民法典颁布实施的第三个年头。三年来，全国检察机关民事检察部门以习近平总书记“要加强民事检察工作，加强对司法活动的监督，畅通司法救济渠道，保护公民、法人和其他组织合法权益，坚决防止以刑事案件名义插手民事纠纷、经济纠纷”重要指示及《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》“以全面实施民法典为契机，进一步加强民事检察工作”要求为根本遵循，坚持把“高质效办好每一个案件”作为检察履职办案的基本价值追求，依法能动履职，切实维护公平正义。

一是加强民事生效裁判监督，维护公平正义。民事生效裁判监督是民事检察最为重要也最具有刚性的监督手段，集中体现了检察机关对于民法典等民事法律统一正确实施的法律监督作用。三年来，全国检察机关共受理民事生效裁判、调解书监督案件 23 万余件，其中合同纠纷是民事生效裁判监督案件的主要类型，占比约 63%。经审查，提出抗诉 1.3 万余件，提出再审检察建议 2.3 万余件。抗诉改变率和再审检察建议采纳率保持在 90%左右，较 2020 年之前的改变率有了进一步提高，监督意见精准性不断提升。2021 年，最高检印发《人民检察院民事诉讼监督规则》，为贯彻实施民法典、加强民事检察奠定坚实制度基础。2022 年 6 月，最高检以民事生效裁判监督为主题，发布第三十八批指导性案例，2023 年，最高检发布两批贯彻实施民法典典型案例，展现检察机关保障民法典落地实施的实践担当。

二是强化民事执行监督，实现监督与支持并重。民事执行检察监督是民事诉讼活动监督的重要组成部分，各级检察机关认真履行民事执行监督职能，加大对人民法院民事执行活动的监督力度。三年来，全国检察机关共受理民事执行监督案件 22 万余件，受理数总体呈上升趋势；经审查，共提出检察建议 18 万余件，法院采纳率保持 95%以上水平。2021 年 4 月，最高检以民事执行监督为主题，发布第二十八批指导性案例，展现检

察机关推动解决“执行难”“执行乱”问题，保障民法典确立的各项权利可实现、能实现。

三是深化民事审判活动监督，促进依法裁判。坚持对事监督与对人监督相结合，进一步加强和规范依职权监督，不断加强深层次违法行为监督。三年来，全国检察机关共受理民事审判活动监督案件 19 万余件，受理数呈逐年上升趋势；经审查，共提出检察建议 18 万余件，法院采纳 17 万余件，采纳率保持较高水平。2023 年，最高检发布民事审判程序监督类案典型案例，为全国检察机关办理民事审判程序监督和民事审判程序中审判人员违法行为监督案件提供参考，督促人民法院依法纠正民事审判程序中普遍性或倾向性问题，为落实好民法典提供公平公正的司法程序保障。

四是围绕中心工作，服务大局保障民生。聚焦服务大局，营造适应经济高质量发展的法治化营商环境。从检察机关受理案件所涉领域看，合同类纠纷仍是最主要的类型，约占全部案件的半数以上。近两年来，检察机关受理公司、证券、保险、票据等案件 4800 余件，较 2020 年以前数量增长较快，提出抗诉 240 余件，提出再审检察建议 270 余件，民事检察防范化解金融风险的作用进一步加强。2022 年，最高检以民间借贷纠纷、民事检察产权保护等涉经济领域主题的多批典型案例等，推动以民法典的实施维护社会主义市场经济的健康有序发展。2023 年，最高检召开“全面履行检察职能 推动民营经济发展壮大”和“充分发挥检察职能作用 依法服务保障金融高质量发展”新闻发布会，发布相关典型案例，为民营经济发展壮大及防范金融风险创造良好的法治环境。二是贯彻以人民为中心的司法理念，加大支持起诉力度。三年来，全国检察机关依法受理支持起诉 23 万余件，支持起诉 17 万余件，其中支持农民工起诉 10.8 万余件，成为检察机关特别是基层检察机关民事检察部门新的工作增长点。2021 年，最高检以民事支持起诉为主题，发布第三十一批指导性案例，充分发挥支持起诉制度在保护弱势群体权益方面的特殊作用。此外，最高检选取劳动者权益保护、维护弱势群体合法权益民事执行检察监督等多角度发布多批典型案例，展现民事检察保护劳动者、弱势群体合法权益，体现民法典平等保护理念。2023 年，为加强对劳动者、农民工支持起诉力度，来自主要劳务输出大省和输入大省的 12 个省级检察院与 10 个市级检察院签署《加强民事支持起诉跨区域协作框架协议》，建立民事支持起诉跨区域协作机制，为更多社会弱势群体寻求司法保护提供便利。

五是深入开展虚假诉讼监督，维护司法权威和公信力。近三年，全国检察机关办理涉虚假诉讼案件 27 万余件。2021 年 3 月，最高法、最高检、公安部、司法部联合印发《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》，而后各地检察机关积极与当地法院、公安等部门会签文件，强化协作配合，共建联合惩治机制。面对虚假诉讼线索发现难、查办难等问题，最高检大力推动民事案件虚假诉讼智慧监督系统在全国范围内的运用，借助大数据、人工智能等现代科技提升监督质效。发布多批涉虚假诉讼典型案例，持续加大对虚假诉讼的惩治力度，维护司法公正和权威。

民法典是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的基础性法律。人民检察院是保障国家法律统一正确实施的法律监督机关。下一步，各级检察机关民事检察部门要以学习第二批贯彻实施民法典典型案例为契机，持续做好民事检察精准监督，保障民法典规定的各项权利制度落地落实，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

来源：检察日报社

记者：于潇

编辑：李文睿

维护弱势群体合法权益！最高检印发典型案例

2024-02-03 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/CbKOSywMfyyO4IddquAe3A

最高检印发维护弱势群体合法权益民事执行检察监督典型案例，要求加大民事执行监督力度——

强化执行监督

做实司法公正“最后一公里”

近日，最高人民检察院印发一批维护弱势群体合法权益民事执行检察监督典型案例，并通知要求各地检察机关充分发挥民事检察职能，深入贯彻落实《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，不断加大民事执行检察监督力度，切实保障胜诉当事人合法权益。

这 8 起案件分别是

▸内蒙古自治区鄂尔多斯市检察院、东胜区检察院维护妇女权益执行监督案

▸黑龙江省七台河市茄子河区检察院维护农民工权益执行监督案

▸江苏省常州市武进区检察院维护残疾人权益执行监督案

▸福建省武平县检察院维护残疾人权益执行监督案

▸山东省东营市垦利区检察院维护老年人权益执行监督案

▸山东省临沭县检察院维护妇女权益执行监督案

▸湖北省阳新县检察院维护农民工权益执行监督案

▸重庆市江津区检察院维护农民工权益执行监督案

最高检第六检察厅负责人表示，民事执行检察监督是检察机关民事诉讼活动监督的一项重要工作。近年来，在法院大力支持、配合下，检察机关民事执行检察监督质效显著提升，在监督和支持法院切实解决执行难，维护当事人、利害关系人和案外人合法权益，维护司法权威和司法公正等方面发挥着日益重要的作用。

该负责人要求，全国检察机关民事检察条线要以人民为中心，进一步加大民事执行监督力度，高质效办好每一件执行监督案件，更加注重弱势群体的权益保障，确保胜诉当事人“纸上权益”兑现为“真金白银”，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

来源：检察日报·要闻版

记者：于潇

编辑：赵晓明 张子璇 郑凯文

高质效开展同级监督 合力护航民生民利

2024-02-21 检察日报客户端

https://szb.jcrb.com/mobile/2024/20240221/20240221_005/content_20240221_005_2.htm#page4?operate=true

全国人大代表、安徽广播电视台音乐频率运营中心广播剧工作部主任　吕卉

民事再审检察建议是检察机关对民事生效裁判、调解书等实施法律监督的重要方式，是同级监督的重要手段。安徽省灵璧县检察院办理的李某与卓某等人婚约财产纠纷等系列监督案，正是对这一监督手段的高质效运用。

在办理该案的过程中，检察机关坚持依法能动、融合履职，充分运用大数据排查案件线索，经筛查案由、当事人、诉讼时间等关键信息，并依法运用调查核实措施，查明同一当事人在某一时间段内的相似行为活动，从而让相关线索“活”了起来。同时，精准办好“刑民交叉”案件，正确区分当事人之间的讼争是民事纠纷还是涉嫌刑事犯罪，对发现的犯罪线索，及时移送公安机关查处，有效发挥了刑民协同履职优势，维护了当事人的合法权益。

在日常深度参与检察工作中，我了解到，2023 年以来，安徽检察机关以民事检察监督质效“攻坚年”活动为抓手，聚焦“高质效办好每一个案件”，持续加强精准监督，深化诉源治理，取得了明显成效。“攻坚年”活动中，安徽省检察院注意从制度机制上做好顶层设计，联合省高级法院出台《关于办理民事抗诉、再审检察建议案件若干问题的意见》，对指导全省办案发挥了重要作用。

灵璧县检察院在办理上述婚约财产纠纷等系列监督案件时，对违背公序良俗等损害国家利益和社会公共利益的民事调解行为及时提出再审检察建议加以监督纠正。其间，特别注意加强与同级法院的沟通、协调，同步掌握经调查核实取得的证据及刑事案件进展情况，统一民事法律适用标准，从而形成了协同保障民生民利的合力，做到了维护当事人合法权益与打击犯罪并重，以高质效检察监督来提升司法公信力，值得称道。

骗取大额彩礼，是民事纠纷还是刑事犯罪？安徽灵璧：制发民事再审检察建议纠正多起错误民事调解

2024-02-21　检察日报客户端　吴贻伙

https://szb.jcrb.com/mobile/2024/20240221/20240221_005/content_20240221_005_1.htm#page4?operate=true

2022 年 10 月 11 日，安徽省灵璧县检察院召开检察官联席会议讨论案件。

安徽省灵璧县检察院在办理李某与卓某婚约财产纠纷等再审检察建议系列案件期间，承办检察官向当事人调查核实案件相关事实。

在 4 年多的时间里，于自己婚姻关系存续期间，一女子先后与多名男子相亲并“收获”大额彩礼。检察机关在对民事执行案件进行监督的过程中发现这一线索后，依法监督，融合履职，不仅督促法院对所涉及的多起婚约财产等纠纷案件进行再审，还引导公安机关侦查，并最终以诈骗罪追究了该女子的刑事责任。

2023 年 11 月，最高检发布 10 件民事再审检察建议典型案例，安徽省灵璧县检察院办理的这起李某与卓某婚约财产纠纷等再审检察建议系列案即是其中之一。最高检在评点该案的典型意义时指出，要依法运用调查核实措施，查明案件事实，准确区分当事人之间是民事纠纷还是刑事犯罪，精准办好“刑民交叉”案件。

发现线索：骗取多人彩礼引发纠纷，民事执行均无果

2021 年 11 月，灵璧县检察院对灵璧县法院当年上半年所办理的执行案件进行重点监督。在审查原告卓某与被告李某婚约财产纠纷执行案件时，承办检察官发现，该案有两份裁定书用的是同一个裁定号，但裁定内容却不同，并且法院终结执行的理由，均是被告李某无财产可供执行和联系不到其本人。这引起了承办检察官的注意。

此后，通过对 2021 年上半年灵璧县法院的执行案件进行大数据排查，承办检察官发现，在另外 3 起婚约财产纠纷执行案件中，被执行人均为上述案件中的被执行人李某。同时，法院对这 3 起案件所作出的民事调解书，不仅时间较为集中，而且都是因为联系不上李某，且没有查询到其有可供执行的财产而终结执行程序。

多起婚约财产纠纷案都指向同一名女子，且执行结果如出一辙。这一系列“巧合”的背后会不会存在着被执行人李某实施骗婚的可能？为查明真相，灵璧县检察院依职权对与李某有关的 4 起婚约财产纠纷案予以受理审查。

在调取了李某在灵璧县法院的全部案件卷宗后，承办检察官决定重点调查核实两个问题：一是李某的婚姻状况；二是李某与 4 起案件的原告卓某、邓某、李某雷、王某报之间的关系。

2021 年 12 月 3 日，婚姻登记机关出具的证据显示，李某先后结过两次婚，第二次婚姻的登记时间为 2016 年 1 月，截至检察机关调查取证时，该婚姻关系仍处于存续状态。而 4 名原告的民事起诉状中均记载，他们都给了李某大额彩礼，且给付的时间多有重合。检察机关通过对卓某等人进行询问，了解到李某以“相亲”为名分别与 4 人相处，不仅收取彩礼，还谎称自己或家人生病，或者编造其他理由，向 4 人借过大额钱财。

基于李某在其合法婚姻关系存续期间，隐瞒已登记结婚的事实，骗取多人钱财，数额巨大，其行为已涉嫌诈骗罪，灵璧县检察院遂将李某涉嫌诈骗犯罪线索移送公安机关办理。2022 年 2 月 8 日，灵璧县公安局以涉嫌诈骗罪对李某立案侦查。

发出再审检察建议：错误民事调解应予以纠正

公安机关立案侦查后，灵璧县检察院民事检察官及时跟进线索处置情况，了解侦查工作进展。结合公安机关的侦查情况，灵璧县检察院查明，2016 年 3 月至 2019 年 9 月期间，李某在其合法婚姻关系存续期间，以“相亲”为名，骗取卓某、邓某、李某雷、王某报等 4 人彩礼和借款合计人民币 31.7 万余元。收到钱财后，李某均以各种理

由不与卓某等 4 人见面，并拒绝与他们结婚，也不返还已收受的彩礼和借款，从而围绕李某引发了 4 起婚约财产纠纷或民间借贷纠纷案。

自 2018 年 1 月起，邓某、李某雷、王某报、卓某等人相继起诉至法院，请求退还给付的彩礼或偿还借款。灵璧县法院经审理，先后对其中 3 起案件予以调解结案，1 起案件由于原告申请撤诉，法院裁定准予撤回起诉。

以卓某诉请案件为例。2020 年 3 月，卓某以婚约财产纠纷向灵璧县法院提起诉讼，请求李某退还给付的彩礼。同年 5 月 9 日，灵璧县法院作出民事调解书，调解协议主要内容为李某自愿分期偿还卓某 6 万元，卓某同意并自愿放弃其他诉讼请求。此后，李某未履行该民事调解书确定的义务，卓某便向灵璧县法院申请强制执行。灵璧县检察院正是从这起申请执行案件中发现了监督线索。

在皖北农村，婚前男方给予女方彩礼是当地婚俗之一，但是将“结婚”当成诈骗钱财的手段或者索要“天价彩礼”的幌子，不仅违背公序良俗，甚至可能涉嫌违法犯罪。灵璧县检察院检委会经研究决定，向法院发出再审检察建议书，以促使确有错误的民事调解得到纠正。

2021 年 12 月 13 日，灵璧县检察院就卓某与李某婚约财产纠纷调解案发出再审检察建议，指出被告李某在婚姻关系存续期间，从 2019 年 7 月开始，以婚约为名诈骗卓某 6.64 万元，涉嫌诈骗罪。根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条的规定：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。”原审法院违反法律规定，将涉嫌经济犯罪案件不移送，按经济纠纷案件办理，并制作调解书结案，损害了国家利益、社会公共利益，故提出再审检察建议。

至 2022 年 10 月，灵璧县检察院又相继对邓某、李某雷、王某报与李某的 3 起婚约财产纠纷或民间借贷纠纷案提出了再审检察建议。

法院启动再审：撤销原民事调解书

收到再审检察建议后，灵璧县法院经全面审查，先后裁定对 4 起案件予以再审。

再审期间，承办检察官多次就已查明的案件事实和法律适用问题与县法院承办法官进行沟通交流。双方对如何处理“刑民交叉”案件达成了共识，认为应坚持“同一事实”标准，4 起案件中，原审被告李某已经涉嫌刑事犯罪，原审民事诉讼与刑事犯罪为同一事实，原民事纠纷已经不属于民事案件的受案范围。

法院对 4 起案件分别再审开庭时，李某经合法传唤均没有到庭。出席再审法庭的检察人员向法庭出示了依职权调取的证据，以证实李某的行为已经涉嫌刑事犯罪，公安机关亦已对其立案侦查。4 名原审原告都当庭表示，希望追究李某的刑事责任，并愿意通过刑事诉讼程序获得赔偿。

2022 年 10 月 14 日，灵璧县法院就原审原告卓某与原审被告李某婚约财产纠纷一案作出再审裁定，认为案涉经济纠纷已被公安机关立案侦查，故原审原告提起的诉讼不属于民事案件的受案范围，应予驳回；原审作出的民事调解书属法律适用错误，应予以纠正，遂裁定撤销原民事调解书，驳回卓某的起诉。

至 2023 年 2 月，灵璧县法院又先后对邓某、李某雷、王某报与李某的 3 起婚约财产纠纷或民间借贷纠纷案作出民事裁定，撤销原民事调解书、裁定书，驳回邓某等 3 人的起诉。

上述 4 份民事裁定均已生效。

灵璧县检察院有关负责人告诉记者，民事案件办结后，该院持续跟踪监督，督促县法院执行部门尽快追赃，并及时将执行的钱款返还给被害人，以有效维护被害人的合法财产权益。同时，针对农村“高价彩礼”等陋习，积极开展法治宣传

教育，特别是深入宣传中央组织部、农业农村部等八部门联合发布的《开展高价彩礼、大操大办等农村移风易俗重点领域突出问题专项治理工作方案》和民法典的相关规定，促进诉源治理，有效改变低俗婚恋观，索要、炫耀高价彩礼等不良社会风气，引领社会风尚。

刑事追究有果：骗婚者获刑十年

“我相亲的目的，一是想借钱给我女儿治病，二是想找个好人嫁了，找到合适的，再把已婚的事实告诉对方。不直接借钱是因为我身边亲朋都借过一遍了，直接借，人家肯定不会借给我，只有通过相亲的方式借或者要彩礼才能弄到钱。我知道自己的行为是错的。”2023 年 2 月，李某到案后说。

公安机关通过侦查，又新发现 2 名被害人，至此，李某涉嫌诈骗案共涉及 6 名被害人。2023 年 8 月 14 日，灵璧县检察院就李某以婚嫁名义骗取多人大额钱财案依法提起公诉。

检察机关指控，2016 年 3 月至 2017 年 5 月，李某与王某报经相亲认识后，与王某报定亲索要彩礼 4 万元。定亲后，李某以自己开店没有钱、帮父亲买助听器、自己有病住院等理由，通过向王某报借款的方式骗取王某报共计 5 万元。后李某悔婚，王某报向李某索要彩礼和借款。案发前，李某共计退给王某报 6.6 万元。

2019 年 5 月至同年 10 月，李某与卓某相亲认识后，与卓某定亲索要彩礼并接受见面礼等共计 6 万元。其间，李某以给小孩买衣服、看病、手机欠费、自己买衣服、弟弟车被扣、妹妹借钱等理由，骗取卓某共计 3 万余元。后李某悔婚，卓某向李某索要钱款后，李某退给卓某 1.08 万元。

……

检察机关认为，自 2016 年 3 月至 2020 年 10 月，被告人李某隐瞒与他人结婚未离婚的事实，经媒人介绍，先后与王某报、卓某等 6 人相亲，取得王某报等人及亲属信任，通过索要彩礼、谎称自己生病或编造其他理由，向王某报等人以索要或借款的形式骗取钱财合计 51 万余元，已退还王某报、卓某共计 7.68 万元……应当以诈骗罪追究李某的刑事责任。

2023 年 9 月 25 日，灵璧县法院就此案作出一审判决，采纳检察机关的全部指控。鉴于李某具有自首、部分退赔、当庭认罪认罚等从轻或从宽情节，以诈骗罪判处李某有期徒刑十年，并处罚金 10 万元，对其违法所得予以追缴并返还被害人。

一审宣判后，李某没有提起上诉，该刑事判决生效。

（五）公证专题

公证非讼职能在家事调解领域的应用研究

2023-10-10 四川公证 马麟
https://mp.weixin.qq.com/s/RNIthPolWT3p38VlHzjguQ

作者：朱妍吕　　慧敏
［眉山市眉山公证处］

一、公证在家事调解领域的探索与实践

家事纠纷案件产生的基础在于家庭成员之间的人身依附关系，具有隐私性和一定的特殊性，该特性决定了解决家事纠纷宜先适用调解。我国历来有调解的传统，如今被誉为“东方经验”的调解也具有众多调解模式，家事调解目前主要以人民调解、法院调解为主。

公证作为预防性司法证明制度，与司法审判活动具有内在联系、功能衔接，同家事调解领域具有天然的高度契合度。当前公证的非讼纠纷解决机制仍在初步实践阶段，从实践效果看，公证的非讼职能在家事调解领域大有可为，对于减少诉源，减少诉讼案件审理的对抗性，防止矛盾进一步激化具有独特的应用价值。

(一) 现行文件规定

近年来颁布的意见、通知等文件，明确将公证制度纳入非讼纠纷解决机制，明确了同法院的衔接。笔者将相关文件和条例进行梳理并整理成如下表格。具体而言，在地方立法方面，黑龙江省、山东省及厦门市已出台地方法规，将公证机构纳入了多元化解纠纷解决机制，明确公证机构在调解中的定位。上述条例的出台，对全国公证司法衔接地方立法起到了引领作用，从一定程度上促进了各地的相关立法工作。

因公证的非讼职能仍处于初步实践阶段，一边探索一边积累经验，所以我国公证参与司法辅助事务目前仍缺少顶层设计和立法保障，大部分文件没有明确将公证作为独立的纠纷参与渠道，而将其划归为其他具有调解职能的专业机构，亦没有进一步明确公证调解、公证调解文书。

名　称	发布主体	生效日期	内　容
《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》	最高人民法院	2016 年 6 月	加强与公证机构的对接；完善诉调对接平台设置。①
《关于人民法院特邀调解的规定》	最高人民法院	2016 年 7 月	鼓励符合调解的调解组织加入特邀调解组织名册
《关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知》	最高人民法院司法部	2017 年 6 月	选择在北京、黑龙江、上海、江苏、浙江、福建、广东、四川、云南等 12 省（区、市）开展公证参与司法辅助事务试点，参与调解。
《四川省高级人民法院关于深入推进非诉调解协议司法确认工作的意见》	四川省高级人民法院	2019 年 8 月	适度扩大了司法确认案件范围，加大对非诉调解协议的司法确认工作；集成人民调解、公证等多元解纷资源，打造一站式“解纷服务超市”

名　称	发布主体	生效日期	内　容
《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》	厦门市人大常务会	2015 年 5 月	具有给付内容的和解协议、调解协议，双方可以向公证机构申请办理具有强制执行效力的债权文书公证。
《山东省多元化解纠纷促进条例》	山东省人大常委会	2016 年 10 月	推动公证机构等法律服务组织参与纠纷化解。对以给付为内容的民事和解协议或者调解协议办理具有强制执行效力的债权文书公证。法院依法执行。
《黑龙江省社会矛盾纠纷多元化解条例》	黑龙江省人大常委会	2018 年 1 月	1.公证与司法衔接相关条款，2"化解途径"的"审判机关委托公证机构调解"，3"公证引导"4"公证效力确认"
《四川省纠纷多元化解条例》		2020 年 1 月	推动企业事业单位和其他社会组织、全人员调解组织；引导公证机构等参与纠纷化解工作。

(二) 现行运行模式与机构设置

1、以调解时间不同进行分类

根据公证调解介入民事纠纷发展的不同阶段，在实践中可将公证调解分为两类，分别是诉外调解以及涉诉调解，涉诉调解包括诉前调解、诉中调解。诉外调解，是指发生民事纠纷后，当事人不直接向人民法院提起诉讼，而是先由公证机构或者公证机构设立的司法辅助中心、人民调解工作室等开展调解工作，若调解成功，由中心出具调解协议或者对以给付为内容的民事调解协议办理具有强制执行效力的债权文书公证。

涉诉调解是在法院受理诉讼之后进行的调解。实践中主要是诉前调解，即人民法院受理立案材料后，在正式立案前，将适宜由公证机构调解的案件委派给公证机构，由公证机构设立的诉调中心、调解室中心接受委派后指定调解人员予以调解，若调解成功，形成调解协议或公证书；若调解不成功，则将案件退还人民法院，由人民法院正式立案审理。

2、以调解主体不同进行分类

（1） 公证机构独立调解模式

严格来说，公证机构独立调解模式是指公证调解独立于法院、人民调解等其他部门，案件的来源、启动的主体、调解的程序及以公证来结案，在调解后作出公证等都由公证机构自主开展。以上海杨浦区公证处为例，２０１３年，杨浦公证处成立“蔡煜工作室”，目的就是探索运用公证调解功能化解以遗产继承为重点的社会矛盾纠纷。

公证机构成立专门单独的调解部门是一种趋势，但考虑到实际中公证机构的调解职能仍然薄弱、顶层制度设计尚未形成，完全脱离其他部门调解可能无法保障案源。所以以公证处的名义设立独立机构并且同其他调解部门联动，既可以公证调解名义独立调解出具公证书或调解书，也可以协助其他部门调解，使公证员积极主动参与到矛盾纠纷的解决中，更好地发挥公证的非讼纠纷解决作用。

如昆明市明信公证处、成都市蜀都公证处、国力公证处等公证人员不再固守于司法辅助中心的调解室，转而纷纷走出去，到各派出法庭、社区、基层派出所等，到有调解需求的地方，使调解工作更加亲民、便民，用自己独特的力量参与到矛盾纠纷解决的第一线。

（2） 诉调对接模式

在实务中人民法院聘请公证机构为“特邀调解组织”，吸收公证人员为“特邀调解员”，同时纳入名册管理以明确公证员的调解身份。

在机构设置上有两种实践情形，一是在法院诉讼大厅设立公证调解服务中心，公证机构在人民法院成立司法辅助中心，派遣公证人员全日制入驻法院办公，被派遣人员接受人民法院与公证处的双重领导监督。如２０１６年１１月，厦门鹭江公证处与厦门思明区法院设立全国首家“诉讼与公证协同创新中心”，负责诉前调解、案件调查等审判辅助业务，逐渐实现大批量诉前分流和程序化审判辅助业务的外包。再如２０１７年律政公证处和成都市武侯区人民法院成立“诉讼

与工作协同服务中心”。公证调解员对接进入法院内网工作平台，所有适宜调解的案件在经过当事人同意后，全部通过立案系统先行调解，确保案件办理过程井然有序，步骤清晰。

二是公证处不在法院设立常驻调解工作室，根据法院需求参与法院调解。如２０１６年末上海市东方公证处与上海市中级人民法院签订合作协议对接等协议，根据法院的需求参与诉讼调解，也可由法院将适宜调解的诉前案件转送至公证处进行调解。

二、公证非讼职能应用的短板

(一) 人力资源不充足

目前全国共有公证机构２９４２家，公证员１３６２０人，２０１８年至２０２０年平均每年办理公证案件１３００多万件。从数据分析，每个公证处平均４.６名公证员，每位公证员平均每年办理公证１０００件。

对于事业单位型公证处，公证人员储备严重不足，已不能满足公证业务增长的现实需求甚至不能满足群众日常公证法律服务需要，公证机构指派公证员参与法院调解面临极大困难。工作人员扩充障碍主要表现在一是人事、财政权力不灵活，没有自主招聘权；二是改制后没有正向保障机制，公证成本、公证收入达到边际效益，没有进一步变革的动力；三是人员困境。在小城市中，青黄不接使得有些公证处只有１名公证员，甚至公证员身兼数职，既是公证员也是司法行政人员。

对于较大城市的公证处或者合作制公证处，一是民商事公证案件逐年递增与工作人员缓增的矛盾同样突出，以公证机构现有的人员规模来再抽出精力确实独木难支；二是公证机构派遣到法院参与诉调对接工作的人员本就是业务娴熟、综合素质强的业务骨干，这也使公证参与司法辅助实践工作中出现一定矛盾。

(二) 公证人员调解经验不足

公证员长期从事民事方面的公证业务确实在家事方面有一定专长，但缺乏调解纠纷的相关经验。从积极角度看，正是因为一时缺乏调解经验且调解经验一时难以习得所以更需积极参与调解工作，与其他法律职业共同体交流、融合，以便充分发挥公证非讼职能。从深层次看，一公证机构长期囿于编制限制，大多数公证机构内部难以调动公证人员积极性，外部难以吸引优秀法律人才进入公证行业；二公证机构自我定性为单一的证明机构，限于证明无争议事项中，单一的公证证明职能显然难以适应社会客体的变化；三长期形成的封闭思维及僵化的工作模式，如“坐堂办证”、“以证换证”的思想造成公证人员办证能力退化，不主动寻找“证源”导致公证人员在参与纠纷解决方面缺少必要的技能锻炼，参与解纷的技能不娴熟。

(三) 经费保障不到位

公证参与诉调对接后，有利缓解法院压力，但公证机构必然长期、持续性的投入大量人力、物力、甚至财力满足诉调对接需求。实践中，法院申报的政法专用补助迟迟未落实到位，相关经费只能由公证机构先行垫付。而且因为公证参与司法辅助经费列支方面相关政策依据不足，地方财政和人民法院经费管理方面均存在一定的限制。

三、公证与其他家事调解模式的对比

虽然公证在家事调解领域的非讼职能发挥上还存在一些短板，但不可否认一些地方优秀的公证调解经验已经形成，并形成一定的可复制经验，更不可否认公证天然的特性契合诉源治理。

(一) 与法院调解的比较

１、家事调解调查更具主动性

家事本身就具有私密性强、难以固化证据等特点，加上在家事纠纷发生过程中，当事人特别是老年人和妇女等证据意识不强，收集提供证据

的能力较差；证人出庭作证意愿不强等，导致案件事实难以准确查证。

法院居中裁判使得许多证据材料不便于主动调查取证，公证人员作为家事调解员可以动同社区、村委会、民政部门核实、调查、了解情况；协助法院调查还原家事纠纷真相，收集证据，以实现对弱势群体权益的保护，实现正义，实现纠纷的确实解决。

为了更好地开展调查工作，可以借鉴上海市徐汇区法院向公证人员开具«委托公证办理司法辅助事务联络函»的工作经验，加盖法院公章，并注明联络函和公证工作证同时出示方才有效。

2、家事调解启动更具自愿性

目前，审判法官包揽审判和调解，许多调解可能并非案件本身需要，调解的自愿性大打折扣。为结案而调的压力可能使得法官身心疲惫，降低了调解的实质化程度。

公证的非诉属性符合当事人的内心预期。尤其是在处理家事纠纷中，大部分当事人都向笔者表示不愿意使用诉讼解决纠纷，愿意再给对方一次机会，当事人双方自愿采用公证协议的方式，形成纠纷缓冲带，通过双方自愿行动处理家事纠纷。

(二) 与人民调解的比较

1、家事调解更具专业性

公证之所以能够作为一支单独的解纷力量被引入调解，其优势之一在于公证员与法官、检察官及律师具有相同的准入门槛。公证员具备良好的法律素养，对我国法律法规及公证知识进行了系统性的学习，在处理家事领域的业务时，公证员能够专业熟练地为当事人分析问题、提出解决方案；作为法律服务机构，公证员每天都要接待有不同公证法律服务需求的当事人，倾听诉求、免费提供咨询，解决问题，专业性为调解开展提供有力保障。

人民调解队伍不乏通晓婚姻家庭常情、沟通技巧优秀的的专业人士，但大部分人民调解员没有受过专业法学教育，而且大部分基层人民调解员是当地干部兼任，虽然这种情况有利于案件事实的了解，但是也容易造成先入为主，或有倾向性判断，为了调解结案可能不注意保护当事人的合法权益，这使当事人对人民调解员往往难以信服而影响调解效果。

2、家事调解更具隐私保护性

当今社会人们更加注重自身的隐私保护。人民调解员通常是当地干部兼任，使得许多人尤其是年轻人不愿意在本地进行调解。公证程序规则规定公证机构依法独立行使公证职能，不受任何单位、个人的非法干预，能够始终坚持客观、中立的立场，公证法规和职业道德要求公证员应保守当事人的隐私或商业秘密。这些使得当事人从心里放下戒备，乐于打开调解之门。

3、家事调解处理更具灵活性

公证调解成功后除了制作调解书、还可以办理赋予强制执行效力的公证书，以及为了便于当事人履行，办理委托公证、协议公证、提存公证等。比如继承纠纷中，法官认为诉讼会伤一家人的和气，便交由公证处调解。在长达三个多小时的调解后大家最终握手言和达成了析产补偿协议。为防止调解协议履行不畅的情况，公证处为当事人办理了补偿款提存公证，防止一方领取补偿款的情形出现。

四、家事调解领域公证非讼职能的实现路径

(一) 设立公证调解员团队机制

公证人员本身的的法律素养和综合能力是公证非讼职能良性发展的基石。在公证家事调解中，需要有针对性地选择生活经验丰富、专业能力优秀的公证员担任调解员，也需要释放“闲置”公证员干事拓业的积极性。具体措施如下：

首先，设立公证调解员制度。公证调解员只能由公证员担任。由此可以保证调解员的专业能力以及一定的公证执业经验。若在人数满足的情况下，还可以适当规定由已婚公证员担任。经考核或经推荐发放公证调解员证。

其次，实行公证调解员名单。由司法行政部门负责管理公证调解员名单，并依规登记备案。该名单可以在司法行政部门内部提供给人民调解工作管理部门、法律援助部门使用；对外可供给司法机关等使用。既能保障公证调解的质量，也可以便于其他部门机构、当事人依据公证调解员名单选择调解员，还能够让本来就案件量较少的公证员发挥积极作用，助力基层调解的多元化解决。

最后，设立公证调解员团队机制。公证调解员的专业能力及调解技巧的运用是调解机构首要考量的因素，但是公证参与司法辅助事务后，拓宽了公证服务领域，公证将从传统证明类业务向现代法律服务转型，意味着公证将介入更多的矛盾化解纠纷中。从公证行业来看，公证员队伍本身数量不足且精力有限，所以公证调解员应当至少在公证员助理中选择一人作为辅助调解员办理调解，调查核实等，以期形成调解团队内部专业化分工。一方面，有利于培养调解员的后备军；另一方面，有助于提高公证调解案件的成功率。

(二) 完善公证调解物质经费保障机制

多元化纠纷解决机制为公证行业打造了一个全新的发展平台，也为公证机构实现转型发展注入了新动力。然而，公证体制固有的弊端制约了公证行业的发展。目前公证机构体制已由行政改为事业或合作制。但是部分事业公证机构的人事财务依然无自主权。对公证机构而言，拥有自主权意味着压力和动力并存；无自主权意味着无需额外作为和闲适。但《法治中国建设规划（２０２０－２０２５年）》已明确要求，完善人民调解、司法调解联动工作体系，充分发挥非诉纠纷解决机制作用；加快整合公证、调解、法律援助等公共法律服务资源。所以公证调解应该是也必须是家事领域调解的重要专业力量。具体措施如下：

首先，由财政全额保障公证家事调解法律服务支出，尽可能不向公众收取任何公证调解费用，解决公众对普适公共信用产品的需求。

其次，依托建立的公证调解员制度，参照人民调解员补助方案，实行“以案定补”的奖励机制，进行调解一案一补助，调解成功一案一补助，补助直接发放到调解员本人，充分调动办事积极性。尽量使体制不灵活的公证机构也能参与到大调解中来，发挥做事干事的积极性。

最后，完善非货币激励措施，对积极发挥公证非讼职能的公证机构和人员，通过表彰、补助、晋升等手段，加以引导和激励，促使更多的力量投入到公证非讼职能发展中。

(三) 加强沟通学习交流机制

１、建立其他部门的沟通协调机制

建立与法院的沟通协调机制。公证非讼职能的实现离不开与法院的沟通协调，如北京的公证机构长期与法院保持着良好的互动，公证调查令使得委托公证机构调查更通畅、公证债权文书执行效果较好。建立联席会议制度及风险通报制度等常态化沟通渠道，进一步完善调解、执行及保全对接通道，提高强制执行公证与法院执行的对接效果，降低执行成本，提高制度价值，并积极与法院及其执行部门进行充分的合作，提供尽可能高质量的家事调解，充分利用参与法院执行工作的机会促进自身在赋强领域的能力建设，从而更好地发掘和实现公证赋强制度的优势。沟通协调机制的建立可以将司法辅助关口前移，从案后调解转为案前预防，进一步缓解人民法院“案多人少”的矛盾。

建立与基层派出所、村委会、居委会的沟通协调机制。公证员可以作为专业调解人，接受基层的委托，通过专业能力帮助基层更好、更快化解家事纠纷。

2、强化公证行业交流学习机制

公证行业面临着发展极不均衡的问题，许多公证机构故步自封，自我设限，无法满足人民群众日益增长的法律服务需求。一些年轻公证人无法接触到公证行业内的先进理念、优秀经验，长此以往阻碍公证行业的发展。笔者建议由公证协会成立地区间轮流学习制度，该制度意在促进公证处交流学习，甚至较长时间的驻处工作学习，食住方面可由协会补贴。帮助发展较为滞后的公证处的公证人员提升专业能力、扩宽视野、明确职业信心。

参考文献

[1] 吕海霞. T 市公证参与司法辅助事务实证分析[D]. 内蒙古:内蒙古科技大学，2020.6.
[2]汪丽. 多元化纠纷解决机制之公证调解研究[D]. 昆明:昆明理工大学，2019.5.
[3]陈秀峰. 公证参与法院调解的优势和挑战[J]. 中国公证，2020.(10).45－48.
[4]莫玲. 公证参与离婚“冷静期”调解[J]. 中国公证，2021.(4).56－59.
[5]李勇. 公证价值与实务研究[M]. 北京:法律出版社，2016.5.
[6]王强. 多元化纠纷解决机制之公证价值[M]. 北京:法律出版社，2018.5.
[7]李全息，肖发翠. 公证制度与诉源治理的契合[J]. 中国公证，2021.(3).16－18.[8]陈爱武. 公证与司法相衔接的理论与实务———以家事事件为对象的分析[J]. 中国公证，2018.(12).45－48.

以“不得再婚”为条件立遗嘱，可以吗？

2024-02-20 南京公证处

https://mp.weixin.qq.com/s/ZMn4xP3IawfbDYNerSs0LQ

近日，市民王先生到南京公证处家事法律服务中心咨询要立一份公证遗嘱，想把他婚前的一套房产由独生子和妻子各继承一半，但想要为妻子附一个条件，即妻子不得再婚。

根据我国民法典相关规定，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效；违背公序良俗的民事法律行为无效。自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。我国妇女权益保障法中也明确指出，国家保护妇女的婚姻自主权；禁止干涉妇女的结婚、离婚自由。

因此，王先生想在遗嘱中附“不得再婚”的条件不仅违反法律强制性规定，而且也违反了婚姻自由的公序良俗，公证员告诉他在遗嘱中不得附“不得再婚”的条件。

王先生听了公证员的回答，沉吟许久后道出了自己想附这种条件的缘由。原来王先生的妻子在之前有过一段婚姻并有一个孩子，王先生比妻子大了十六岁且身体比较差，现在儿子刚上幼儿园，王先生担心自己去世后，一方面妻子作为儿子的监护人会卖房导致儿子的合法权益受损，另一方面也担心在妻子再婚后儿子得不到很好的照顾。

公证员听了王先生的担忧唏嘘不已，与此同时对其第一项担忧建议王先生可以在遗嘱中附一个条件，即在儿子满 18 周岁之前，该房产不得出售。

至于第二项担忧，公证员再次温情地向其解释了民法典有关法律和公序良俗的规定，并通过公证实践案例让其对法律规定有更深刻的认识。交流许久，王先生终于放下了“妻子不得再婚”的执念，决定从当下自己要保重身体与妻子共同抚养儿子长大，至于所有“担忧”，就顺其自然吧！

公证员讲遗嘱

遗嘱的重要性不言而喻，能在最大程度上避免纠纷

遗嘱人通过立遗嘱的形式处分财产能使自己生前保留对财产的完全掌控权，随时可处分遗嘱中提及的财产；

可以指定遗产作为受益人的个人财产，避免因其婚姻变动导致财产分割；

遗嘱随时可修改、撤回；

无需公开或任何人同意，遗嘱人本人签字即可。

公证遗嘱相较于民法典中规定的自书、代书、打印、录音录像等形式的遗嘱，具有不可替代的优势

公证遗嘱证明力高，能保障遗嘱的真实性与合法性；

公证机构有丰富的遗嘱办理经验，公证机构具有极高的性价比*（对符合条件的老人有减免政策）*；

公证遗嘱不怕丢，公证遗嘱保密性强。

公证员是通过法律职业资格考试、具有较高法律素养的专业法律从业人员，由公证员办理公证遗嘱，能保证遗嘱人意思表示真实且遗嘱内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，避免遗嘱人去世后，受益人与其他继承人之间因遗嘱形式、内容不合法产生扯皮，确保遗嘱人的真实意愿得以执行。

文丨姜　瑜

十一、异域资讯

采安仲裁 | 英国最高法院案例：200 亿夫妻财产分割引发的跨境诉讼

原创：2024-02-08 采安律师事务所 采安仲裁团队
https://mp.weixin.qq.com/s/8L1jNQ7Np53PUZ8uNnIYrw

导语

2024 年 1 月 31 日，英国最高法院就 Potanina (Respondent) v Potanin (Appellant) [2024] UKSC 3 一案作出判决，以上诉法院适用的检验标准错误以及未能审理一方当事人提出的某些上诉理由为由，将案件发回重审。本案系俄罗斯寡头夫妇因离婚引发的 200 亿财产跨国分割案件，所涉及的财产系丈夫一方受益所有，但未能登记在其名下，此类财产如何识别、确定及分割，是本案的重要价值所在。

本案索引为： Potanina (Respondent) v Potanin (Appellant) [2024] UKSC 3

本案案情

根据《1984 年婚姻和家庭诉讼法》(下称 1984 年法）第三部分，英国法院有权在海外离婚后给予经济补偿。法院在批准此类救济措施之前，必须考虑英国法院这样做是否适当，其考虑的因素包括当事人与英国、与其离婚的国家以及与任何其他国家的联系。1984 年法第 13 条规定，根据第三部分提出的经济补偿申请，必须符合以下条件：除非法院认为有〝充分理由〞申请经济补偿，否则不得给予许可。

本案双方当事人系夫妻，都是俄罗斯公民，一直生活在俄罗斯，离婚后妻子前往伦敦居住，丈夫现仍生活在俄罗斯。夫妻均于 1961 年出生于俄罗斯，1983 年在俄罗斯结婚，2014 年经俄罗斯法院诉讼，解除了双方婚姻关系。起初，夫妻并不富裕，自 20 世纪 90 年代以来丈夫积累了大量财富，约 200 亿美元。双方离婚后，就夫妻财产分割问题在俄罗斯法院进行了漫长的诉讼，最终俄罗斯法院判决妻子有权获得丈夫所拥有财产的一半。但是判决中没有考虑到丈夫积累的巨额财富，包括各种信托基金和公司股份，因为丈夫虽然是这些财产的受益所有人，但这些财产并未登记在丈夫名下。因此，俄罗斯法院不把这些财产视为婚姻财产。

2014 年夫妻离婚后，妻子立即取得了英国投资者签证，并在伦敦购买了一套公寓。自 2017 年起，她成为英国的常住居民。2018 年，她根据 1984 年法第三部分的规定，申请获得经济赔偿。根据高等法院家事法庭适用的法庭规则，许可申请必须在不通知另一方的情况下提出，除非法院指示应将申请通知另一方。如果申请获得批准，则依照法院规则规定，另一方在收到法院命令后有权向法院申请撤销或更改未经通知而下达的命令。

在本案中，妻子根据第 13 条提出的许可申请是在没有通知丈夫，丈夫也不知道有此申请的情况下提出的，一审法官进行了审理并批准了申请。在法院命令送达丈夫后，丈夫申请撤销该命令。在双方代理人出席的听证会上，一审法官认为其在第一次听证会上受到了重大误导，并在听取了双方意见后，重新考虑了这个问题，认为不符合根据第 13 条给予许可的检验标准，主要是因为双方与俄罗斯的联系远远大于他们与英国的联系。因此，一审法官撤销了原命令并拒绝批准妻子根据 1984 年法第三部分申请经济补偿。

妻子就此向英国上诉法院提出上诉。上诉法院认为法律规定只有在有 ″令人信服的理由 ″（“compelling reason”）的情况下才能行使撤销权。在实践中，只有在法院被误导的情况下才能行使撤销权。此外，上诉法院认为，必须通过 ″致命一击 ″（“knock-out blow”）来证明这种令人信服的理由。最终，上诉法院认为根据本案事实，法官在初次听证时并未受到实质性误导。因此，法官无权撤销其最初的许可令，该许可令应予恢复。丈夫向英国最高法院提出上诉。

英国最高法院判决及其理由

英国最高法院以 3 票对 2 票的多数意见批准上诉意见成立。莱格特勋爵起草判决，劳埃德-琼斯勋爵和罗斯夫人同意该判决。布里格斯勋爵持反对意见，斯蒂芬斯勋爵赞成反对意见。判决理由如下：程序公正的基本规则是，法官在做出一方当事人要求的命令之前，必须给另一方当事人提出反对的机会。如果由于某种原因无法做到这一点，法官必须努力做到：如果法官下达了命令，则应给予另一方抗辩该命令应予撤销或更改的机会。只听取申请命令的一方当事人的意见后，却不允许另一方当事人抗辩为什么不应下达命令，这始终是不公平的。上诉法院采用的检验标准导致了一个明显不公平且不正当的结果，即由于丈夫一方无法通过 ″致命一击 ″证明法官在未通知他的情况下举行的第一次听证会上受到了重大误导，因此法官无权听取丈夫就是否符合第 13 条规定的标准这一问题提出的任何论据，也无权撤销第 13 条规定下的许可命令。这反过来又意味着一审法官原先作出的许可令得以恢复，尽管一审法官在听取了双方的辩论意见后认定不符合准予许可的标准。最高法院认为英国法并不要求采取这种做法，因为这不符合相关的法庭规则。法庭规则规定：如果法院没有向一方当事人发出通知就做出命令，收到该命令的当事人有权以不符合第 13 条关于给予许可的检验标准为由申请撤销命令。该规则并不要求证明有 ″令人信服的理由″，也不要求证明法院受到重大误导，或给予 ″致命一击″。这些要求的来源是英国最高法院在 2010 年的一个案件中给出的若干指导意见、 上诉法院随后予以认可。但是这些指导意见并不具有约束力， 因为根据第 13 条审查申请的标准和程序在该案件中并不存在争议。此外，该指导意见是基于对几位法官之前提出的建议的误解，以及对第 13 条的错误类比。根据该指导意见采取的做法不具有合法性，因为违反了适用的法院规则和程序正义的基本原则。

因此，正确的立场是，如果法院在单独听取申请人的陈述后，在未通知另一方的情况下，根据第 13 条作出准予许可的命令，则另一方当事人拥有申请撤销该命令的绝对不受约束的权利。在这种撤销申请的听证会上，根据第 13 条提出申请的一方当事人仍有责任证明有 ″充分理由 ″提出经济补偿申请。在这里，″充分 ″一词的意思是 ″扎实的″。上诉法院错误地认为法官无权重新考虑其原先的命令，因此，上诉法院没有对妻子提出的某些上诉理由进行审理。本案中，最高法院已经支持了丈夫的上诉，因此，本案将发回上诉法院重审。

布里格斯勋爵持反对意见，他认为应当驳回丈夫的上诉。他认为，最高法院应保留 ″致命一击 ″的检验标准。该检验标准是由最高法院的一致指导（即使不具有约束力）确立的。从那时起，家庭法法官始终如一地适用了这一指导原则，而根据 1984 年法第 13 条提出申请的法院规则也获得了通过。背离这一既定惯例会破坏第 13 条申请无需通知答辩人的默认规则，以及法官关于是否有必要听取答辩人意见的自由裁量权。布里格斯勋爵进一步指出，最高法院通常将程序问题留给上诉法院和相关规则委员会处理。他认为，以前处理第 13 条申请的方法并没有引起根本性的公正、公平或公正问题，从而使最高法院有理

由根据本案的特殊事实要求改变这种做法。并且，与典型的无须通知的命令（如冻结令）不同，根据第 13 条发出的许可不会立即对当事人的法律权利产生影响，而只是将被申请人提出不应给予许可的理由的机会往后推迟了。

本案启示

本案件涉及估值达 200 亿美元的财产跨国分割纠纷，源头在于俄罗斯寡头夫妇的离婚诉讼。本案关键问题在于涉案财产虽然实际由丈夫方控制和受益，但并未正式注册在其名下。本案的核心价值在于，如何在跨司法管辖区的法律框架内识别、确认及分割此类未登记财产。此外，该案例对于评估家族财富管理和信托安排在不同司法管辖区内部及跨境诉讼中的有效性和韧性，提供了一个重要参考，值得深入关注。

此前，《2023 年第二案：中国贸仲委裁决再获美国纽约南区法院承认与执行》一文详细讨论了 2023 年 2 月 10 日美国纽约南区联邦地区法院针对 La Dolce Vita Fine Dining Company Limited v. Lan 一案的缺席判决，该判决确认并执行了中国国际经济贸易仲裁委员会的两项仲裁裁决。此案揭示了即使通过复杂的商业结构持有海外资产，债权人仍有可能在仲裁裁决中成功实施财产扣押。同样值得关注的是新加坡高等法院在 La Dolce Vita Fine Dining Company Limited v. Zhang Lan and 2 others [2022] SGHC 278 号案件中对张兰海外设立的家族信托的穿透审查。这些案例突显了全球资产管理和保护领域的法律复杂性，值得广大客户和业内同行关注和跟踪。

戴萍博士 采安高级法律顾问。国际法学博士。专长于帮助客户处理国际和国内仲裁纠纷和诉讼纠纷，目前担任中国国际经济贸易仲裁委员会、上海仲裁委员会、南京仲裁委员会、沈阳仲裁委员会、营口仲裁委员会的仲裁员。

日本《监护登记法》（中译本）

2024-02-21 意定之爱

https://mp.weixin.qq.com/s/e9aftZN9m6SYA1DBvbNXig

译者：

江涛 先生

上海政法学院教师、硕士生导师，日本千叶大学法学博士、早稻田大学访问学者，“国家优秀自费留学生奖学金”获得者、上海浦江人才学者。研究方向为民法学，已在国内外发表论文四十余篇，专著《民法原理与实务》（中国法制出版社），合译著[日]植木哲《医疗法律学》（法律出版社）、[日]我妻荣《民法讲义》（中国法制出版社）

编者语：

日本于 1999 年颁布《意定监护契约法》《日本意定监护契约法》（中译版），确立了成年人的意定监护制度。根据该法，意定监护协议作

成公证书后日本意定监护公证（附契约示范样本），需要在法务局进行登记。

以下是日本《监护登记法》中译文，

引自江涛先生所著《日本成年监护制度研究》一书。

日本《监护登记法》

(1999 年法律第 152 号)

第一条(宗旨)

民法(1898 年法律第 89 号)中规定的监护(仅限于依监护开始的审判而开始的监护，下同)、保佐及辅助的登记以及《意定监护合同法》(1999 年法律第 150 号)中规定的意定监护合同的登记(以下统称为监护登记等)，除其他法令另有规定外，适用本法的规定。

第二条(登记所)

1 关于监护登记等的事务，由法务大臣指定的法务局或地方法务局或所属分局或所属办事处(在下条中简称为指定法务局等)作为登记所管理。

2 前项的指定必须公示。

第三条(登记官)

在指定法务局等工作的法务事务官，被法务局或地方法务局长指定作为登记官处理登记所的事务。

第四条(监护等的登记等)

1 监护、保佐或者辅助(以下统称为监护等)的登记，是指依嘱托或者申请，在以磁盘(包括能通过以此为基准的方法可靠记录一定事项的物品，在第九条中亦同)存储的监护登记等文件中，对以下事项进行记录：

一 监护等的类别、作出开始审判的法院、该审判事件的表示及确定的年月日；

二 成年被监护人、被保佐人或被辅助人(以下统称为成年被监护人等)的姓名、出生年月日、住所及本籍(外国人的国籍)；

三 成年监护人、保佐人或辅助人(以下统称为成年监护人等)的姓名或名称及住所；

四 成年监护监督人、保佐监督人或者辅助监督人(以下统称为成年监护监督人等)被选任时：其姓名或者名称以及住所；

五 规定需要获得保佐人或辅助人同意的行为时：该行为；

六 保佐人或者辅助人被授予代理权时：该代理权的范围；

七 数名成年监护人等或者数名成年监护监督人等共管或者分管事务，决定应当行使其权限时：该决定；

八 监护等终止时：其事由及年月日；

九 依照《家事事件程序法》(2011 年法律第 52 号)第一百二十七条第一项(包括准用同条第五项以及该法第一百三十五条以及第一百四十四条的情形)的规定，停止执行成年监护人等或者成年监护监督人等职务的审判前的保全处分时的主旨；

十 依照前号规定的规定，对选任成年监护人等或者成年监护监督人等职务代行人进行审判前的保全处分时：其姓名或者名称以及住所；

十一 登记号。

2 《家事事件程序法》第一百二十六条第二项、第一百三十四条第二项或第一百四十三条第二项规定的审判前的保全处分(以下统称为监护命令等)的登记，通过嘱托或申请，在监护登记等文件中记录以下事项：

一 监护命令等的类别、作出审判前的保全处分的法院、该审判前的保全处分的事件的表示及生效的年月日；

二 被命令应受财产管理人的监护、保佐或者辅助的人(以下统称为监护命令等的本人)的姓名、出生年月日、住所以及本籍(外国人的国籍)；

三 财产管理人的姓名或名称及住所；

四 在《家事事件程序法》第一百四十三条第二项规定的审判前的保全处分中， 规定需要得到财产管理人同意的行为；

五 监护命令等失效时,其事由及年月日;

六 登记号。

第五条(意定监护合同的登记)

意定监护合同的登记,依嘱托或者申请,在监护登记等文件中记录以下事项:

一 制作了与意定监护合同有关的公证书的公证人的姓名、所属以及证书的编号与制作年月日;

二 意定监护合同的委托人(以下称意定监护合同的本人)的姓名、出生年月日、 住所及本籍(外国人为国籍);

三 意定监护受托人或意定监护人的姓名或名称及住所;

四 意定监护受托人或者意定监护人的代理权范围;

五 决定应数名意定监护人共同行使代理权时:该决定;

六 意定监护监督人被选任时:其姓名或名称与住所以及该选任的审判确定的年月日;

七 数名意定监护监督人共管或者分管事务,决定其应当行使的权限时:该决定;

八 意定监护合同终止时:其事由及年月日;

九 依照《家事事件程序法》第二百二十五条准用的该法第一百二十七条第一项的规定,对停止意定监护人或意定监护监督人职务的执行审判前的保全处分时: 其主旨;

十 依照前号规定的规定,对选任意定监护监督人的职务代行人进行审判前的保全处分时:其姓名或名称及住所;

十一 登记号。

第六条(监护登记等文件记录的编制)

监护登记等文件的记录,监护等的登记根据监护等开始的审判,监护命令等的登记根据监护命令等,意定监护合同的登记根据意定监护合同,分别编制。

第七条(变更登记)

1 在监护登记等文件的各记录(以下简称登记记录)中记录的下列各号中所示之人,在分别获悉该号规定的事项发生变更时,除嘱托登记的情形外,必须申请变更登记。

一 第四条第一项第二号至第四号规定之人:同项各号所列事项;

二 第四条第一项第十号规定的职务代行人:同号所列事项;

三 第四条第二项第二号或第三号中规定之人:同项各号所列的事项;

四 第五条第二号、第三号或第六号中规定之人:同条各号所列的事项;

五 第五条第十号规定的职务代行人:同号所列事项。

2 成年被监护人等亲属、监护命令等的本人亲属、意定监护合同的本人亲属及其他利害关系人,在前项各号规定的事项发生变更时,除嘱托登记的情形外,可以申请变更登记。

第八条(终止登记)

1 关于监护等的登记记录中记录的前条第一项第一号所列之人,在获悉成年被监护人等死亡时,必须申请终止登记。

2 关于意定监护合同的登记记录中记录的前条第一项第四号中所列之人,因意定监护合同的本人死亡或其他事由而获悉意定监护合同已终止时,除嘱托登记的情形外,必须申请终止登记。

3 成年被监护人等亲属、意定监护合同的本人亲属及其他利害关系人,在监护等或意定监护合同终止时,除嘱托登记的情形外,可以申请终止登记。

第九条(登记记录的封存)

登记官在办理终止登记时,应当封存登记记录,并将其作为封存登记记录,记录在以磁盘存储的封存登记文件中。

第十条(登记事项证明书的交付等)

1 任何人均可向登记官,就下列登记记录,请求交付证明在监护登记等文件中记录的事项(无

记录时，为该主旨）的书面文件（以下简称登记事项证明书）。

一 自己作为成年被监护人等或者意定监护人合同的本人的登记记录；

二 自己作为成年监护人等、成年监护监督人等、意定监护受托人、意定监护人或意定监护监督人（包括其中的离任人）的登记记录；

三 自己的配偶或者四亲等内的亲属作为成年被监护人等或者意定监护合同的本人的登记记录；

四 自己作为成年监护人等、成年监护监督人等或者意定监护监督人的职务代行人（包括其中的离任人）的登记记录；

五 自己作为监护命令等的本人的登记记录；

六 自己作为财产管理人（包括离任人）的登记记录；

七 自己的配偶或四亲等内的亲属作为监护命令等的本人的登记记录。

2 下列各号所列之人，可以向登记官分别就该号规定的登记记录，请求交付登记事项证明书。

一 未成年监护人或未成年监护监督人，该未成年被监护人作为成年被监护人等、监护命令等的本人或意定监护合同的本人的登记记录；

二 成年监护人等或成年监护监督人等，该成年被监护人等作为意定监护合同的本人的登记记录；

三 登记的意定监护合同的意定监护受托人，该意定监护合同的本人作为成年被监护人等或监护命令等的本人的登记记录。

3 任何人均可向登记官，就下列封存登记记录，请求交付证明封存登记文件中记录的事项（无记录时，为该主旨） 的书面文件（ 以下简称封存登记事项证明书）。

一 自己作为成年被监护人等或者意定监护合同的本人封存登记记录；

二 自己作为成年监护人等、成年监护监督人等、意定监护受托人、意定监护人或意定监护监督人的封存登记记录；

三 自己作为成年监护人等、成年监护监督人等或意定监护监督人的职务代行人的封存登记记录；

四 自己作为监护命令等的本人的封存登记记录；

五 自己作为财产管理人的封存登记记录。

4 继承人或其他承继人，可以请求登记官就被继承人或其他被承继人是成年被监护人等、监护命令等的本人或意定监护合同的本人的封存登记记录，交付封存登记事项证明书。

5 国家或者地方公共团体的职员在职务需要时，可以向登记官请求交付登记事项证明书或者封存登记事项证明书。

第十一条（手续费）

下列之人，应考虑物价状况、登记所需的实际费用、登记事项证明书的交付等所需的实际费用及其他一切情况，缴纳政令规定金额的手续费。

一 嘱托登记人；

二 申请登记人；

三 请求交付登记事项证明书或封存登记事项证明书的人。

2 前项手续费的缴纳，必须使用印花税票。

第十二条（行政程序法的适用除外）

登记官的处分，不适用《行政程序法》（1993 年法律第 88 号）第二章及第三章的规定。

第十三条（关于行政机关保有信息公开的法律适用除外）

监护登记等文件及封存登记文件，不适用《关于行政机关保有信息公开的法律》（1999 年法律第 42 号）的规定。

第十四条（关于行政机关保有的个人信息保护法律的适用除外）

监护登记等文件及封存登记文件中记录的保有个人信息[《关于行政机关保有的个人信息保护

法律》(2003 年法律第 58 号)第二条第五项中所称的保有个人信息],不适用该法第四章的规定。

第十五条(审查请求)

1 对登记官的处分不服之人或已申请与登记官不作为有关的处分之人,可以向监督法务局或者地方法务局的局长提出审查请求。

2 提出审查请求的,必须向登记官提交审查请求书。

3 在登记官认定有理由提出有关处分的审查请求,或认定应该作出与审查请求有关的不作为的处分时,必须作出相应的处分。

4 除前项规定外,登记官应在三日内提出意见,并将事件寄送监督法务局或地方法务局的局长处。在此情形下,监督法务局或者地方法务局的局长应将该意见寄送给《行政不服审查法》(2014 年法律第 68 号)第十一条第二项规定的审理员。

5 法务局或地方法务局的局长认定有理由提出处分的审查请求,或认定应该作出与审查请求有关的不作为的处分时,必须命令登记官作出相应的处分,并将该主旨通知审查请求人以外的利害关系人。

6 法务局或地方法务局的局长认为应驳回与审查申请有关的不作为处分的申请时,必须命令登记官驳回该申请的处分。

7 关于第一项的审查请求的《行政不服审查法》规定的适用,该法第二十九条第五项中的“处分厅等”是指“审查厅”,“申辩书的提交”是指“《监护登记法》(1999 年法律第 152 号)第 15 条第 4 项规定的意见的寄送”,该法第三十条第一项中的“申辩书”是指“《监护登记法》第十五条第四项的意见”。

第十六条(《行政不服审查法》适用的除外)

《行政不服审查法》第十三条、第十五条第六项、第十八条、第二十一条、第二十五条第二项至第七项、第二十九条第一项至第四项、第三十一条、第三十七条、第四十五条第三项、第四十六条、第四十七条、第四十九条第三项(与审查请求有关的不作为属于违法或者不正当的声明有关的部分除外)至第五项以及第五十二条的规定,不适用于前条第一项的审查请求。

第十七条(政令委任)

除本法律规定的事项外,关于监护登记等必要事项由政令规定。

附则 略

十二、书籍推荐

新书推荐丨《日本成年监护制度研究》日本应对深度老龄化的法律方案

2024-02-21 意定之爱

https://mp.weixin.qq.com/s/Xykb_ceN3d8bU3o1Q5vUkw

内容介绍

本书通过对日本成年监护制度重大改革背景的深入探讨，全面系统地分析了该制度的法规体系和运行机制，着重剖析了辅助、保佐、监护等成年法定监护制度，并对成年意定监护制度与家事审批程序进行了深度研究。著者将焦点聚集在日本二十多年的立法经验上，为我国应对老龄少子化社会的养老监护等问题提供有益借鉴。

作者介绍

江涛，上海政法学院教师、硕士生导师，日本千叶大学法学博士、早稻田大学访问学者，“国家优秀自费留学生奖学金”获得者、上海浦江人才学者。研究方向为民法学，已在国内外发表论文四十余篇，专著《民法原理与实务》（中国法制出版社），合译著[日]植木哲《医疗法律学》（法律出版社）、[日]我妻荣《民法讲义》（中国法制出版社）

目录

第一章日本成年监护制度概述
第一节成年监护制度的修改背景
第二节成年监护制度的修改过程
第三节新成年监护制度概要
第二章成年法定监护制度
第一节辅助制度
第二节保佐制度
第三节监护制度
第四节法定监护开始的审判与请求的相互调整
第五节法定监护制度中的交易相对人
第六节成年法定监护人制度
第七节成年法定监护监督人制度
第三章成年意定监护制度
第一节概述
第二节意定监护合同
第三节意定监护监督人的选任
第四节意定监护人的事务等

第五节意定监护监督人的职责等
第六节意定监护合同的终止与对抗要件
第七节意定监护与法定监护的关系
第八节家事审判程序与附则等
第四章家事审判程序
第一节法定监护的审判程序
第二节意定监护的审判程序
第三节登记的嘱托
第五章 日本成年监护制度的经验与启示
附录 法律条文资料
日文参考文献

出版信息

出版社：法律出版社
出版日期：2024 年 1 月
页数 256
ISBN：9787519784362

附件

“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；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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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、典型婚姻家事案例等资讯。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的文末。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

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

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”婚姻家事法律资讯简报（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，或为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员的善意提醒及劝告；

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