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

目　录

一、审判动态 2

骨灰安葬权裁判规则探析 ｜ 入库案例评析 …… 2024-12-03 中国应用法学 2

未成年人审判融合发展！石景山法院发布这份白皮书 …… 2024-12-03 京法网事 8

上海发布：《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》出炉，来关注这些典型案例→ …… 2024-12-08 上海高院 34

离婚后孩子归谁，全听孩子意愿？ …… 2024-12-01 法治日报 51

陕西高院联合省妇联发布涉彩礼纠纷典型案例 …… 2024-12-12 陕西高院 53

设立居住权能对抗强制执行？｜中国司法案例研究中心 …… 原创：2024-12-17 判例研究 56

北京法院 4 篇案例入选“2024 年北京市依法保障妇女儿童合法权益典型案例” …… 2024-12-18 京法网事 58

子女能否起诉要求被不直接抚养的父母一方探望？｜ 基层治理案例（家事纠纷篇）③ ……2024-12-18 上海二中院 61

妇女儿童权益司法保护典型案例！ …… 2024-12-19 黑龙江省高级人民法院 63

失能老人的余生可以托付给谁？ …… 2024-12-21 人民法院报 70

二、媒体典型案例 72

（一）抚养权纠纷案例 72

夫妻一方擅自改变子女抚养方式，对方可否要求变更抚养关系？｜ 基层治理案例（家事纠纷篇）①… 2024-12-02 上海二中院 72

（二）婚约财产纠纷案例 75

黄昏恋引发的百万彩礼之争　重庆大渡口区法院：老人为缔结婚姻给付的财物属于彩礼 ……2024-12-16 人民法院报　刘洋　刘勋　曾继川　冯晓青 75

三、继承 79

晚风中，叔侄间十年土地纠纷烟消云散 …… 2024-12-01 最高人民法院 79

最高人民法院发布继承纠纷典型案例（第一批） …… 2024-12-03 最高人民法院 81

最高院发布继承纠纷典型案例：保障财产在家族内部传承，兄弟姐妹的子女可代位继承 …… 2024-12-03 民法之窗 84

土地利用与保护 ｜ 陈明之、温世扬：宅基地使用权继承的证成与规则构造 …… 2024-12-09 不动产法理论与实务　陈明之　温世扬 85

一人尽心照顾患病兄弟 3 年，妹妹是否可适当分到遗产？ …… 2024-12-09 滨湖法院 90

倡导友善互助，弘扬敬老美德！最高法发布继承纠纷典型案例（第二批） …… 2024-12-12 最高人民法院 91

这份代书遗嘱被法院认定无效，原因很典型—— …… 2024-12-17 北京海淀法院　秦天 94

保管人的继承人拒绝返还被保管的财产 法院：该笔财产的所有权未发生转移，应予返还…… 2024-12-19 人民法院报 李果 黄进东 96

四、反家暴、夫妻债务专题 …… 97

（一）反家暴 …… 97

屡次违反人身安全保护令 河南一男子犯拒不执行裁定罪被判刑…… 2024-12-07 人民法院报 刘军,刘凌宇 97

家庭暴力证据标准明确！公安部等九部门联合印发意见…… 2024-12-09 法治日报 98

法治理想国丨九部门联合发文明确认定证据标准，为何家暴总是难以认定？…… 原创：2024-12-11 风声 OPINION 李佳瑶 99

（二）夫妻债务专题 …… 103

当“现在时”遇上“过去时” 夫妻债务认定规则谁主沉浮 | 大成·实践指南…… 原创:2024-12-06 大成上海办公室 叶海涛 103

李洪祥 陈凤丨论«民法典»债务用于“夫妻共同生活”规则之解构……
2024-12-16 东北师大学报哲学社会科学版 李洪祥 陈凤 109

夫妻为对方做担保,是担保还是共债？…… 2024-12-21 广东省高级人民法院 120

五、房产、股权 …… 122

（一）房产 …… 122

学术争鸣 | 郑里：裁判设立居住权的解释论…… 原创：2024-12-18 不动产法理论与实务 郑里 122

转移登记应否审查按份共有人的优先购买权…… 原创:2024-12-11 中国不动产官微 钟京涛 126

学术争鸣 | 路鹏宇：论裁判设立居住权的正当性依据与司法逻辑…… 2024-12-20 不动产法理论与实务 路鹏宇 128

遗嘱方式设立居住权的生效时间如何确定…… 原创：2024-12-25 中国不动产官微 钟京涛 133

（二）股权 …… 136

海法释法 | 父亲代女儿签字，这股权转让协议有效吗？…… 原创：2024-12-13 厦门市海沧区人民法院 136

六、媒体视点 …… 138

精神障碍者的婚姻诉讼 谁来做主？…… 2024-12-09 中国妇女报 138

离婚后户口未迁出的妇女能否分得征地补偿款？ 法院：婚姻状态不应成为剥夺或限制妇女在集体经济组织中各项权益的理由…… 2024-12-17 人民法院报 陶琛,谭紫璇 139

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题 …… 141

（一）理论学术动态、学者视点 …… 141

摘编 | 李洪祥、陈凤：论《民法典》债务用于“夫妻共同生活”规则之解构…… 2024-12-06 前进私法 141

第七届家事法学术研讨会顺利召开…… 2024-12-10 上海财经大学法学院 145
高引论文 1 陈爱武：家事案件审判程序改革的观察与思考——兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性…… 2024-12-10 法治现代化研究 陈爱武 163
王歌雅丨离婚冷静期:规范适用与功能优化…… 2024-12-15 东北师大学报哲学社会科学版 王歌雅 180
李国强 ｜ 人口老龄化背景下监护人承担侵权责任的体系解释……
原创：2024-12-16 东北师大学报哲学社会科学版 李国强 191
【名家论坛|和丽军】《民法典》居住权应用模式研究…… 原创: 2024-12-15 河北法学杂志 和丽军 203
曾皓：家庭教育指导令规范适用论…… 原创: 2024-12-19 民间法编辑部 曾皓 214
王常阳 ｜ 人民法院家庭教育指导令的实践困境与程序因应…… 原创:2024-12-17 复旦大学高等教育研究所 王常阳 230

（二）法官视点 …… 240

从平山县打到最高人民法院的离婚案 ——杜珠珠与安新爱离婚诉讼所折射的司法历程…… 2024-12-06 人民法院报 吴艳霞,刘洁 240
网络首发 ｜ 王丹：婚姻关系中涉及有限责任公司股权的若干实践问题…… 原创: 2024-12-09 法律适用 王丹 245
患自闭症的孩子，不适合探望？｜ 基层治理案例（家事纠纷篇）② ……2024-12-11 上海二中院 257
析疑断案 胎儿因交通事故早产后死亡在刑法和民法上的不同认定…… 2024-12-12 人民法院报 张慧斌,徐红艳,邹芳 259
优秀裁判文书展播七：居住权合同性质的认定应兼顾形式与实质审查…… 2024-12-13 朝阳法苑 261
离婚后发现女儿非亲生，法院判了…… 2024-11-20 北京市昌平区沙河法庭 262
实践法学笔谈 ｜ 郑重：共有人执行异议之诉与债权人代位析产诉讼的衔接适用…… 原创: 2024-12-18 法律适用 郑重 264
《刑事审判参考》实务精选：虐待罪中家庭成员、虐待行为以及因果关系的认定…… 原创:2024-12-19 人民法院出版社 嵇晶晶 张鹏 等 266
优秀裁判文书展播九：直播打赏未超出家庭日常生活需要，不构成无权处分…… 原创: 2024-12-20 朝阳法苑 271
“圈养”子女，还适合作为直接抚养人吗？｜ 基层治理案例（家事纠纷篇）④…… 2024-12-24 上海二中院 272

（三）检察视点 …… 275

结婚证上的新娘究竟是谁？ 湖北安陆：查明真相 监督撤销虚假婚姻登记…… 2024-11-20 检察日报客户端 蒋长顺 安剑 金霞 275
再谈“离不了的婚” ——撤销婚姻登记检察监督案实务洞察…… 2024-12-11 检察日报客户端 张仁平 黄静如 276

（四）公证专题 …… 279

典型案例 ｜ 准确适用和查明域外法律 为香港同胞一站式办理境内不动产继承公证…… 2024-12-16 长安公证 279
北京车牌能过户给子女吗？…… 2024-12-23 京司观澜 282

八、书籍推荐 …… 284

荐书 | 《家事法实务（2023 年卷）》| 夏吟兰 龙翼飞主编 | 法律出版社 | 2024 年 12 月第 1 版…… 2024-12-21 家事法苑 284

九、沙龙活动 …… 288

讲坛综述 | 薛军：夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则 | 家事法讲坛第 44 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办…… 原创：2024-12-23 家事法苑 家事法苑团队 288

附件 …… 296

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 …… 296

【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

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

骨灰安葬权裁判规则探析 | 入库案例评析

2024-12-03　中国应用法学
https://mp.weixin.qq.com/s/zE41gBtztcvWfkhImXkbwQ

编者按

习近平总书记多次强调，“一个案例胜过一打文件”。《人民法院案例选》和《最高人民法院案例选》是中国应用法学研究所负责研发的主要案例研究成果和载体。其中，《人民法院案例选》创刊于 1992 年，是最高人民法院最早创办的案例研究品牌性刊物，在全国法院、社会各界产生广泛影响、取得良好声誉，多篇案例被收录进人民法院案例库。为切实加强中国特色社会主义法治宣传，践行“谁执法谁普法”的要求，及时展现人民法院审判工作动态，《中国应用法学》微信公众号自 2022 年 4 月起增设“案例研究”专栏，并于近日创设“入库案例评析”，从《人民法院案例选》中挑选被收录进人民法院案例库的典型案例，梳理裁判要旨、解读裁判规则、分享司法智慧，为法律从业人员和社会公众提供实务参考。

入库案例评析

贾某甲诉贾某丙返还原物案

——骨灰安葬权裁判规则探析

入库编号 2023-07-2-474-001

选自《人民法院案例选》2021 年第 9 辑

关键词

民事　骨灰　安葬权　公序良俗　最亲近原则

裁判要旨

骨灰系死者生前人格价值在死后的延续及亲属对死者寄托哀思的一种具有社会伦理意义的物；骨灰的安葬应首先尊重死者遗愿，其次尊重习惯但不得违背强制性法律规定及公序良俗，最后应根据“最亲近原则”确定近亲属的权利顺位，同时还应注重生者诉权的维护与骨灰安葬方式的稳定性之间的平衡。

案件索引

一审：北京市西城区人民法院(2019)京 0102 民初 31522 号(2019 年 9 月 6 日)

二审：北京市第二中级人民法院(2019)京 02 民终 13152 号(2019 年 12 月 4 日)

基本案情

原告(上诉人)贾某甲诉称：贾某甲系贾某乙之子。2006 年贾某乙意外死亡，2011 年贾某丙将盛放贾某乙骨灰的骨灰盒安放于河北某陵园的塔位中。2011 年贾某甲起诉贾某丙要求安葬贾某乙骨灰，法院以贾某甲属于限制民事行为能力人，暂不具备安葬能力为由驳回了诉请。现贾某甲已成年，且系贾某乙第一顺序唯一继承人，贾某乙

的骨灰安葬入土为安符合风俗传统，不侵害其他人的任何权益。故请求判令贾某丙向贾某甲返还逝者为贾某乙的骨灰安放证、骨灰盒。

被告(被上诉人)贾某丙辩称：骨灰和骨灰盒已经不可分割，贾某甲起诉返还骨灰盒属于重复起诉；且骨灰盒是贾某丁购买，不属于遗产，贾某甲无权要求返还；骨灰安放证载明的持有人是贾某丁，该证也不是遗产，贾某甲无权要求返还；贾某丁购买的塔位取得了民政部门和政府的审批，国家对于骨灰存放于骨灰堂、骨灰墙的做法是鼓励的，土葬不符合国家规定；把死者的骨灰挪出再次安葬是对死者的不敬。

法院经审理查明：贾某丁系贾某乙之父，贾某丙系贾某乙之弟。贾某乙与李某婚后于 2000 年 11 月 10 日育有一子贾某甲，2004 年 3 月 2 日贾某乙与李某协议离婚，贾某甲由李某抚养。2006 年贾某乙死亡后，贾某丁将贾某乙的骨灰寄存于北京市某区殡仪馆。2007 年贾某丁去世。2011 年贾某乙的骨灰转至河北省某陵园安放。骨灰盒系贾某丁购买，骨灰安放证现由贾某丙持有。

2011 年贾某甲曾诉至法院，要求贾某丙归还贾某乙的骨灰。法院判决驳回了贾某甲的诉讼请求，该判决已生效。

裁判结果

北京市西城区人民法院于 2019 年 9 月 6 日作出(2019)京 0102 民初 31522 号民事判决：驳回原告贾某甲的诉讼请求。

宣判后，贾某甲不服原审判决，提起上诉。北京市第二中级人民法院于 2019 年 12 月 4 日作出(2019)京 02 民终 13152 号民事判决：一、撤销北京市西城区人民法院(2019)京 0102 民初 31522 号民事判决；二、贾某丙于本判决生效之日起 10 日内向贾某甲返还河北省某陵园管理处颁发的《骨灰安放证》(逝者姓名贾某乙、持证人姓名贾某丁、发证日期 2011 年 4 月 6 日)；三、驳回贾某甲的其他诉讼请求。

裁判理由

法院生效裁判认为：

1. 贾某甲要求返还骨灰安放证及骨灰盒的诉讼主张不构成重复起诉。骨灰作为人去世后经过火化转化而成的物质形态，能够被实际支配或控制，系死者本人生前人格价值在死后的继续存在，亦系死者亲属对死者寄托哀思的一种具有特殊意义的物，对于死者亲属往往具有巨大的精神价值，其安葬情况也会对死者亲属的精神利益产生影响。本案中，虽然 2011 年贾某甲起诉贾某丙要求返还贾某乙骨灰的诉请被法院驳回，但贾某甲当时并未成年，在保管、安葬贾某乙骨灰方面存在一定障碍。而今本案诉讼时贾某甲已成年，从贾某甲行为能力变化以及其行为能力对诉讼标的的处置具有较大影响的角度出发，考虑到随着贾某甲心智日益成熟，其父骨灰之安葬方式对于其情感之影响亦会发生较大变化，贾某甲有权再次起诉要求返还贾某乙的骨灰。

2. 贾某乙之骨灰安葬权由贾某甲享有更为适宜。首先，本案中各方均未举证证明贾某乙生前曾就其骨灰安葬方式存在明确的意思表示；其次，各方均未提供证据证明对于贾某乙骨灰之安葬存有特殊之风俗习惯，贾某丙虽主张贾某乙现骨灰安葬地为家族墓地，但现仅有贾某乙一人骨灰安葬于此，其他已故家族成员之骨灰并未在此安葬；再次，依据查明的事实，贾某乙去世时，贾某甲尚年幼，贾某乙之骨灰由其父贾某丁安葬并无不妥，但现贾某丁已过世，而贾某甲已成年，其作为贾某乙唯一在世的具备民事行为能力的第一顺位继承人，在血缘上必然相较贾某丙等人更为亲近，因贾某乙骨灰安葬方式所产生的精神利益亦更为紧密；最后，贾某甲在本案中主张通过树葬方式另行安葬贾某乙之骨灰，且提供了民政部门的相关文件，相关部门对贾某甲所主张之安葬方式亦

予以肯定。因此，贾某甲作为贾某乙之子对于贾某乙之骨灰安葬方式应享有优先决定权，骨灰安放证由贾某甲持有更为适宜，贾某丙应向贾某甲返还。

案例注解

近年来，涉及骨灰安葬权的案件多发，现行法律对于骨灰的法律属性未有明确规范，亦未有具体的裁判规则指引，在骨灰应由谁保管、安葬方式应由谁决定等方面认识不统一，导致实践中同案不同判的情况多发。

一、骨灰的法律属性界定

(一)观点梳理

对于骨灰的法律属性问题，学界主要存在三种观点：

1．“骨灰物权说”，该观点主要援引我国台湾地区学者王泽鉴与日本学者我妻荣关于尸体的观点，“尸体是物，然尸体究与其他物不同，应以尸体之埋葬、管理、祭祀及供养为目的，不得自由使用、收益及处分”；“虽然尸体处理上须受有特别的限制，但尸体还是物，因此当然能成立所有权”。

2．“人格物说”，该观点一般援引《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》(2001 年)第四条的规定，认为骨灰彰显了人格利益与财产利益在特定财产载体上的有机结合，系人之社会属性与精神属性在某种特定物之上的契合，使人的精神维度得到充分的关注与尊重。

3．“死者人格利益说”，该观点认为骨灰是生者在死亡后人格利益的延伸，一般援引域外法中《法国民法典》第 16－1－1 条“对人类身体的尊重并不会因为人的死亡而终止。死亡的人的遗留物，包括其遗体被火化之后留下的骨灰，都应该得到受尊重的、体面的和庄重的对待”的规定。

(二)骨灰的法律属性

上述观点虽均有可取之处，但都将骨灰简单地置于财产权、人身权等某一单一民事法律中进行评价，忽略了其复杂性。从物与非物属性的结合角度而言，对于骨灰的法律属性应将其在各单一民事法律中的区别属性综合考量，既不能否认骨灰的“物”的基本属性，也不能忽略其所包含的伦理、道德、心理以及人格利益等特殊性因素；从死者及生者两个角度出发，应看到它既体现了生者死后人格利益的某种延伸，也包含了死者亲属的巨大精神利益，是亲人祭奠与悼念的对象。因此，笔者认为，骨灰的法律属性可概括为：骨灰是一种具有人格象征意义和强烈社会伦理意义，能够以抛撒、埋葬等方式进行处置的特殊物；其存在及处置方式既体现了死者本人生前人格价值的延续，亦系死者近亲属祭奠、悼念死者特殊情感的寄托。

二、骨灰安葬权权利主体及处分规则的厘定

(一)权利主体问题

如前所述，骨灰是一种特殊物，可以进行处置，在目前法律尚未有明确规定的情况下，骨灰安葬权是一种什么权利，谁享有这种权利成为不能回避的问题。

1．骨灰安葬权系习惯权利。按照现代权利的含义，权利主要是指法定权利或法律权利，精确地说，任何一类特别法人或者个别人具有的合法权利，都依赖于当时正被谈论的特定法律本身。从现代权利的视角来看，我国现行法律没有明确将骨灰安葬权规定为一项具体法定权利。但是，除了现代权利概念之外，还存在更为广泛意义上的权利；它可能指向其初始形态——道德权利或应有的权利，即特定社会的人们基于一定的物质条件和文化传统而产生出来的权利需求；它也可能指向习惯权利，即人们在长期的社会生活过程中形成或者从先前的社会生活中传承下来的、表现为群体性和重复性自由行动的一种权利。

“礼”是中国传统文化之根。《礼记·祭统》曰：“礼有五经，莫重于祭”， 尊祖祭祖系“礼”的重要组成部分。作为中国传统文化、整体性文化的集中体现，“礼”是无所不包的秩序的总名，本身就有法的规范性意义。当“礼”获得了统摄一切具有社会规范性的意义时，法自然就包含于其中了。由丧而葬，由葬而祭，骨灰安葬属于丧仪礼制中的重要环节。骨灰安葬从表面看仅仅是一种风俗习惯，但其背后的文化支撑是中华民族千年传承中的礼法传统。从“礼”的角度看，骨灰安葬权是基于传统礼法文化而传承下来的由死者亲属享有的一种习惯权利，即“针对法(国家法)定权利而言，它是指一定社区内的社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有的自己为或者不为，或者对抗(请求)他人为或者不为一定行为的社会资格”。

2. 骨灰安葬权的权利主体应为死者近亲属。骨灰安葬权系自然人紧紧依靠于其一定的身份关系而享有的一种权利，就其性质而言，应属于身份权的范畴。而就骨灰安葬行为所体现出来的社会关系的性质而言，则应属于身份权中的亲属权范畴。而所谓亲属，是指由婚姻、血缘或者收养而产生的人与人之间的社会关系，亲属权就是指上述主体之间的身份权。

《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》第六十九条从诉讼程序角度对于遗体、遗骨进行了规范。《民法典》第九百九十四条首次以实体法的形式规定只有近亲属对死者遗体、遗骨的侵害行为享有诉权。人伦情感是法律中不可忽视的因素，尤其是在身份关系法律中，法律的目的往往更侧重于对人伦秩序和情感关系的维护。我国传统法中的亲亲相隐、服制定罪、维护亲属间的等级秩序的法律无不体现了法律对于人伦秩序和人际自然情感关系的维系。维护人伦秩序的准则不应仅存在于立法中，更应该蕴于司法实践之中，目前我国实体法虽就骨灰所对应的权利主体尚未有明确规定，但司法必须予以回应。骨灰系遗体的焚化物，与遗体、遗骨一样，都是死者在死后留存的一种客观存在的物，系死者本人生前人格价值的一种延续，对死者亲属而言一般具有同一意义。故，在尚未有其他明确法律规定的情况下，可比照前述规定，即只有近亲属对死者的骨灰享有相应的诉权。

关于近亲属的具体范围，《民法典》第一千零四十五条第二款明确规定配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属，此规定与《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第十二条中近亲属的范围相同，在《民法典》未实施前，可参照上述意见予以确定。

(二)骨灰处分规则问题

1.尊重死者对骨灰安葬作出的合理安排。《民法典》第一千零二条规定，自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。人格尊严是自然人在其出生至死亡期间，所享有的作为一个人所应有的基本社会地位，应当受到社会和他人的基本尊重。生命的终极价值在于人能够维护自己的人格尊严，而人格尊严在于人的自我决定，人因为能够自我决定所以才具有尊严。

传统法律伦理不允许自然人处分自己的身体；但随着医学手段以及人文思想的进步，个体主张其享有的人格权不应再仅限于防御性的权利而应含有积极请求权的特质，自然人对自己身体享有有限支配权成为新的共识，例如献血、器官捐赠移植等。同时，身体权在内容上除了表现为个人生存期间对身体的有限处分外，自然人对自己的身体的支配权力也延伸于其死后的尸体，即可以通过生前行为对自己的尸体作出处分。目前绝大多数国家认可本人生前有权对死后的尸体进行处分，对本人基于自己决定权而在生前作出的处分尸体的意思表示给予最大的尊重，《民法典》第一千零六条对此也有明确规定。

骨灰系死者尸体的一种物质转化形式，在认可死者生前可以对遗体进行处分的情况下，亦应

认可死者生前可对骨灰的安葬作出合理安排，故在确定骨灰安葬方式时首先应尊重死者生前明示或者可得而知的遗愿。

2. 尊重习惯，但不得违背强制性法律规定及公序良俗。习惯是为不同阶级或者各种群体普遍遵守的行为模式或者行动习惯。人类早期的历史，就是由习惯支配其交往行为的历史；相对于国家法，习惯属于民间法的范畴，存在一定的区域性。骨灰作为一种特殊物，其安葬必然受到死者所在地区的传统习俗、社会习惯、宗教信仰等的约束；在司法审判中，法院应探寻当地对于骨灰安葬的风俗习惯，充分考量并发挥习惯在补充法律漏洞中的作用。

但是，由于习惯系自发形成的，且习惯的衡量标准通常是依据特定区域内人们的社会共识，往往缺乏科学的制约机制，导致习惯存在好坏之分，因此必须对习惯予以选择及权衡。而以公序良俗对习惯进行权衡，能使习惯合乎一般国民公正适当的法律感情，借以提升法律生活的水平，进而与伦理道德观念相结合。《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”，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”。骨灰作为一种具有社会伦理意义的特殊物，在适用习惯时，除不得违背强制性法律规定外，还应受公序良俗的限制，应符合整个社会的伦理道德观念；无论是死者还是其他有权决定骨灰安葬方式的主体，所确定的安葬方式皆不得违背公共秩序和善良风俗。

案例中，原告主张采用树葬的方式另行安置骨灰，并提供了民政部门鼓励树葬的文件，该方式不违背强制性法律规定，亦不违反公序良俗，成为其最终享有骨灰安葬权的一个比较优势。

3. 依“最亲近原则”确定权利主体顺位。权利在抽象层面具有平等性，但在具体层面却又是不平等的。依常理，骨灰的安葬方式往往会对死者亲属的精神利益产生重大影响，而与死者生前生活越亲密之亲属，对于死者之后事安排往往越关注，与死者关系的亲密程度往往与精神利益的大小成正相关。因此以死者为核心，依据与死者“最亲近原则”作为确定骨灰安葬权的权利顺位具有合理性。对于“最亲近”的认定，可作如下考量：

（1）以血缘或婚姻关系的亲疏为优先考量因素。维持血亲感情是人类源自本能的情感需求。主导我国社会基本道德伦理观的儒家思想认为，家族血缘和亲情系整个社会道德观的主体，家族中的血缘亲情与人伦秩序是社会其他秩序的基础。“忠”“信”“仁”“义”等宗法伦理无不是从孝出发，以孝推出悌，继而推出信，由里及表，通过血缘关系以己为中心扩展成一个有亲疏远近之分的伦理圈。对此，费孝通先生在《乡土中国》中有形象的描述：“中国社会以己为中心，像石子一般投入水中，和别人所联系成的社会关系，不像团体中的分子一般大家全在一平面上的，而是像水的波纹一般，一圈圈推出去，愈推愈远，也愈推愈薄。”

虽然如梅因所言，所有进步社会的运动都是“从身份到契约”的运动，但梅因的断言并不意味着亲属身份的消亡，儒家宗法伦理在现今社会对构建社会结构、规范社会秩序所起的作用仍是巨大的。无论时代如何变迁，经济如何发展，亲属关系本质上的伦理性都不会改变，现代社会仍然遵从辈分伦理、夫妻伦理，仍然讲究长幼有序、尊卑有别、名分有定。

因此，应优先以血缘或婚姻关系的亲疏认定与死者关系的疏密程度，在确定安葬权的权利顺位时，血缘及婚姻关系之远近亦应作为首要考量；《民法典》第九百九十四条中关于“配偶、子女、父母”是优先权利人，只有在“死者没有配偶、子女且父母已经死亡”的情况下其他近亲属才有权提起诉讼的规定便是上述原则的实证法体现。就具体顺位而言，可参照我国《民法典》继承编中关于法定继承顺位的规定予以确认，即配偶、子女、

父母为第一顺位，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺位。

案例中，原告作为死者的唯一子女，其权利顺位优于作为死者弟弟的被告；同时原告年幼时因父母离婚，一直随母亲共同生活，其父去世时，原告尚且年幼，对父亲骨灰的安葬成为原告寄托对父亲感情的一种最直接的方式，此亦为二审改判由原告享有死者骨灰安葬权的重要考量。

（2）以与死者生前生活的紧密程度为辅助考量因素。人是情感动物，情感是主体在人际交往过程中在特定情境下产生的一种自发的主观经验；而人类社会是一个生活共同体和交往共同体组成的社会。随着我国经济的发展，我国已从传统农业社会向现代工业社会转型，除熟人社会中通过血缘、亲缘等因素建构的社会关系外，现代社会又通过社会分工的力量对社会关系进行了扩展，人和人之间更加重视后天交往中产生的情谊关系、经济社会合作关系以及由此产生的新的信任关系、精神依赖关系等，现代社会生活呈现传统亲密关系的陌生化和陌生关系的亲密化的结果。

是故，对亲密关系的认定，除血缘或婚姻关系的考量外，还应结合生者与死者生前共同生活、相互扶助等具体情况，从亲属对死者的情感厚薄的角度，就亲属与死者之间的精神依赖程度进行综合考量，对“最亲近”作出合理判断；一方面可以对第一顺位“配偶、子女、父母”以及其他同一顺位亲属关系中的权利位序再细化，另一方面可以兼顾司法的原则性和灵活性，避免司法裁判的僵化适用。

（3）建立骨灰安葬权权利缺格制度。所谓权利缺格，是指基于一定事由的发生，本应享有权利的主体丧失相应资格。权利缺格多发生于身份法律关系中，之所以建立权利缺格制度，系为了维护社会的道德人伦和家庭秩序，例如“染血之手，不能为继承人” 的继承权丧失制度，便是通过对实施不法行为或者不道德行为者剥夺其继承权利为手段来维护继承中的基本道德伦理。

实践中存在某些第一顺位近亲属对死者生前未尽照顾义务，甚至虐待、遗弃，但为多分遗产或者意图以骨灰威胁其他近亲属等原因恶意提起诉讼的情形，对此应建立“骨灰安葬权权利缺格制度”，可参考我国《民法典》第一千一百二十五条第一款的规定，即若有证据证明某近亲属存在虐待、遗弃死者，或者其他严重不利于死者的行为的，应排除该主体成为死者骨灰安葬权的权利人。同时，如果在先顺位的骨灰管理人未尽管理义务或管理不当，其他近亲属亦有权要求予以纠正。

（4）维护生者诉权与骨灰安葬方式稳定性之平衡。《荀子·礼论》言：“事死如事生，事亡如事存”，“死者为大”是我国传统殡葬文化的核心。亲属身份权的本质是以义务为中心而不是以权利为中心， 权利人对于骨灰安葬权的行使并非享有绝对的自由。骨灰系死者的一种人格延伸，保持骨灰安葬方式的稳定性以及不违背死者生前遗愿系对死者最基本的尊重；因此，在案件裁判时，应对于死者骨灰的安葬现状、诉讼主体的诉讼目的以及如何重新安葬骨灰等情况进行明确认定，协调处理好生者诉权的保障与死者骨灰安葬方式稳定性之间的冲突。

案例中，死者的骨灰置放于塔位，此种方式与入土为安的安葬方式存在一定差异，原告作为死者的儿子主张另行安置骨灰，并提供了其所主张安葬方式具备可行性的材料，综合死者骨灰安葬现状及后续安排情况，二审改判支持了原告的诉请。

三、结语

通过对中国古代传统丧葬制度的考证，以及对中国近代与丧葬相关的法律和思想观念变化进程的考察，可以看出对于死者的安葬由过去传统社会法律和伦理的双重义务逐渐转化为一种亲情义务和精神性权利。这一小小领域的转变折射出我们国家和社会向现代化转型的巨大进步，只有在司法实践中正确面对和积极研究这些新出现的

权利概念，构建相应的保护和规范机制，才能使得司法成为中国社会权利发展的源头活水。（责任编辑：杨奕）

编辑：吴尚聪
排版：吴　越
审核：杨　奕

未成年人审判融合发展！石景山法院发布这份白皮书

2024-12-03　京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/Arz8XuUX4neXt0LTCI__-w

未成年人是国家的未来、民族的希望，少年审判被称为“特殊的希望工程”。为加强新时代未成年人审判工作，保护未成年人合法权益，石景山法院少年法庭积极探索适合未成年人特点的审判机制，取得了一系列工作成果。

12 月 3 日，该院召开未成年人审判工作白皮书新闻通报会，发布《北京市石景山区人民法院未成年人审判工作白皮书（2020—2024）》，总结分析该院近五年审理的涉未成年人刑事、民事、行政案件主要特点、特色机制适用情况、审判中发现的问题，发布两起典型案例并提出建议。

“石景山法院高度重视未成年人司法保护与犯罪预防工作，”党组成员、副院长詹文杰介绍道，“《白皮书》全面展示了 2020 年以来，该院积极践行‘未成年人审判融合发展’理念，整体研判未成年人案件发展规律，找准痛点、打通堵点、破解难点，融合贯通涉未成年人刑事、民事、行政诉讼审判职能，积极探索涉未成年人案件‘三审合一’融合审判特色机制，激发未成年人审判‘1＋1＋1＞3’综合效能，打造特色鲜明的未成年人案件融合审判的‘石景山模式’。”

他介绍道，该院主动延伸司法职能，在健全家庭教育指导基础上，积极探索审判职能融合、审判力量融合、保护机制融合，实现了未成年人审判领域的新发展。**在诉前环节融合源头治理，以“相伴青春法官工作室”强化犯罪预防。**该院与区教委签订法治共建协议，在全区 50 余所学校成立防范校园欺凌工作小组，将普法宣传融入学校日常教育，积极预防和调解校园矛盾纠纷，把违法犯罪问题消弭在源头，打造平安、无讼校园；**在**

诉中环节融合审判职能，以“相伴青春观护站”凝聚多方力量。与区妇联共同建立“相伴青春观护站”，聘请社会观护员开展社会观护工作，截至目前已累计在近 70 件涉未成年人民事案件中开展该项工作，80 余名未成年人从中受益，经社会调查观护的案件调解、撤诉率约 55%，服判息诉率高达 90%以上；**在诉后环节融合社会治理，以“一基地一中心”实现共建共治。**牵头与团区委、区检察院、区司法局和区教委合作建立北京市首个综合性帮教基地“青春护航基地”，涵盖复学、就业、城市体验、社会实践、志愿服务等多个帮教项目，已帮助 60 余名罪错青少年复学、工作。“一中心”即“传统文化与青少年犯罪预防研究中心”，通过与北方工业大学文法学院合作，打造学科交叉领域下青少年犯罪预防研究和德育教育新品牌。

在案例发布环节，石景山法院刑事审判庭副庭长、少年法庭负责人杨洁对两起典型案例进行重点通报。在案例中，该院注重加强行政、民事审判融合，以及多方合力帮教涉罪未成年人复归社会，实现保障未成年人利益最大化的良好效果。

今后，石景山法院将持续积极回应新时代未成年人成长发展新要求，完善未成年人融合式审判模式，汇聚保护未成年人的法治合力，不断创新、砥砺前行，为祖国的“下一代”工程作出更大贡献。

扫描上方二维码阅读白皮书全文

供稿：石景山法院

摄影：曹栋

编辑：赵丹阳 汪希

审核：王芳

北京市石景山区人民法院
未成年人审判工作白皮书
（2020—2024）

北京市石景山区人民法院

2024 年 11 月

目　录

前　言 1
一、涉未成年人刑事案件审理及特色机制适用 2
（一）侵害未成年人案件特点 2
（二）未成年人犯罪案件特点 4
（三）青少年学生犯罪特点 5
（四）未成年人刑事审判特色机制 6
二、涉未成年人民事案件审理及特色机制适用 7
（一）涉未成年人民事案件审理情况 7
（二）涉未成年人民事案件特色机制适用 9
三、涉未成年人行政案件审理及特色机制适用 11
（一）涉未成年人行政案件审理情况 11
（二）涉未成年人行政案件特色机制适用 12
四、涉未成年人案件“三审合一”融合审判的新发展 13
（一）诉前环节融合源头治理：“一室”强化犯罪预防 .. 13
（二）诉中环节融合审判职能：“一站”凝聚多方力量 .. 14
（三）诉后环节融合社会治理：“一基地一中心”实现共建共治 15
五、以“融合式”审判完善未成年人司法保护体系的新展望 16
（一） 强化审判职能融合 16
（二） 强化特色机制融合 17
（三） 强化职能延伸融合 17
典型案例 19

前 言

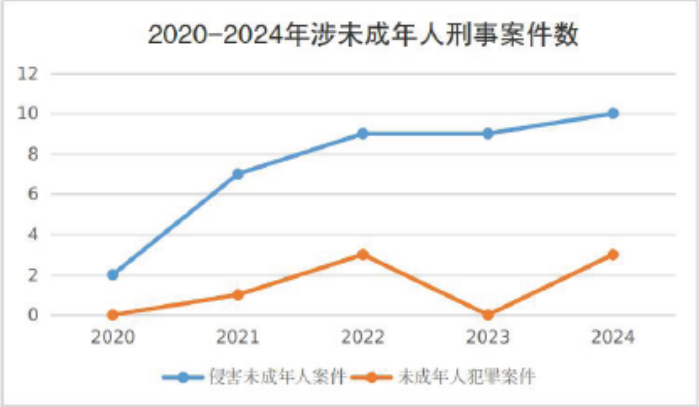
习近平总书记强调，少年儿童是祖国的未来，是中华民族的希望。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视、关心未成年人健康成长，始终把未成年人保护工作作为党和国家事业的重要组成部分。未成年人审判事业作为我国人权司法保障的一大亮点，受到人民群众和社会各界广泛赞誉，被称为“特殊的希望工程”。加强新时代未成年人审判工作，保护未成年人合法权益，是少年法庭的主要职责。

近年来，随着未成年人成长环境发生深刻变化，涉未成年人案件类型、特点不断翻新，加强未成年人司法保护，成为了新时代少年审判工作的新要求、新挑战。在传统的审判模式难以全面、有效地保护未成年人合法权益的情况下，2021 年 1 月，最高人民法院发布《关于加强新时代未成年人审判工作的意见》指出，要深化未成年人案件综合审判改革，确立了少年审判“三审合一”综合审判的改革方向。2023 年 5 月，最高人民法院设立“少年审判工作办公室”，全面推动“三审合一”综合审判改革。2024 年 5 月 30 日，最高人民法院发布《关于全面加强未成年人司法保护及犯罪防治工作的意见》进一步提出，推动涉未成年人刑事、民事、行政“三审合一”实质化，全面保护未成年人权益。石景山法院自 1987 年设立少年合议庭以来，始终锐意创新、深化改革，于 2021 年率先实现涉少案件刑事、民事、行政“三审合一”，积极践行“未成年人审判融合发展”理念，整体研判未成年人案

件发展规律，找准痛点、打通堵点、破解难点，融合贯通涉未成年人刑事、民事、行政诉讼审判职能，积极探索涉未成年人案件“三审合一”融合审判特色机制，激发未成年人审判“1＋1＋1＞3”综合效能，打造特色鲜明的未成年人案件融合审判的“石景山模式”。

一、涉未成年人刑事案件审理及特色机制适用

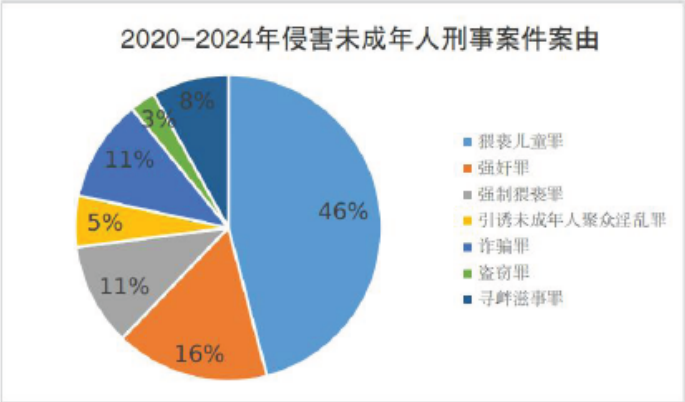
2020 年以来，石景山法院受理涉未成年人刑事案件共计 45 件，判处被告人 57 人，其中涉未成年被害人案件 38 件，占比达到 84%，未成年被告人案件 7 件，占比 13%。从时间跨度上来看，涉未成年被害人案件呈上升趋势，未成年被告人案件持续在低位波动。



图一：2020-2024 年涉未成年人刑事案件数

经梳理调研，涉未成年人刑事案件整体呈现出以下特点：

（一）侵害未成年人案件特点



图二：2020-2024 年侵害未成年人刑事案件案由

1. 性侵害未成年人的犯罪占比高。在侵害未成年人犯罪案件中，侵财类犯罪有所下降，但性侵类犯罪已经成为侵害未成年人权益的突出问题，性侵类犯罪近五年审结 29 起，以猥亵儿童、强制猥亵、强奸为主。从犯罪个体来看，猥亵类案件陌生人、“熟人”作案各占一定比例，强奸类案件以“熟人”作案为主。个别被告人长期、多次性侵害未成年人，犯罪情节恶劣、社会危害性大，被判处较重刑罚，7 名被告人被判处五年以上至十八年不等有期徒刑。

2. 以互联网为犯罪媒介实施侵害的案件逐年增加。近五年来石景山法院审结 3 起网络猥亵未成年人案件，审结 5 起网络结识未成年人线下实施性侵案件，1 起谎称出售游戏账号诈骗未成年人钱财案件。随着时代的发展，未成年人学习、交友更多依靠互联网实现，但网上信息良莠不齐，未成年人判断力、自控力差，更易受到不法分子诱骗。特别是在性侵未成年人犯罪案件中，网

络交友平台已然成为犯罪分子寻找侵害目标的主要途径，8 起案件中的 6 起都是通过网络交友软件实施。经调研发现，目前部分网络交友软件针对未成年人的限制不足，在应用商城与登录界面，未成年人仅通过自选年龄的方式就可以下载使用成年人模式，且部分软件还提供屏蔽手机联系人、优先推荐学生、获取地理位置等功能，为家长监管制造困难，为犯罪分子线下联系被害人提供了渠道。

3. 外部保护缺位，家长“监护不能”现象长期存在。未成年人受侵害案件中多存在外部保护缺位的情况，部分性侵案件持续时间长、程度深，但家长长期未能察觉，在“熟人性侵”“网络猥亵”等案件中，被害人家长或忙于工作或疏忽大意，未关注被害人心理状况以及上网情况，犯罪行为就在身边潜藏而未能及时发觉。行业监管亦存在薄弱环节，部分案件中洗浴中心、酒店等营业机构不核实未成年人身份即允许未成年人进入，为犯罪发生提供了场所。

（二）未成年人犯罪案件特点

未成年人犯罪案件主要包括妨害社会管理秩序类犯罪与侵财类犯罪，其中寻衅滋事、诈骗、抢劫是排名前三的罪名，未成年人犯罪类型从传统的侵财类犯罪如盗窃、抢劫等，向扰乱公共秩序、侵犯人身权利类犯罪如寻衅滋事、故意伤害犯罪转变，虽然犯罪过程中仍夹杂侵财行为，但未成年犯的主观目的正在由单纯的追求财物转向寻求刺激。

1. 犯罪未成年人多为无业失学人员。从文化程度来看，未成年罪犯的受教育程度普遍偏低，初中及以下文化程度的未成年人占比达到 65%，主要失学原因为不愿学习、执意退学；从家庭背景来看，多数家庭均能满足未成年人的学习、生活需求，未成年人犯罪原因并非生活所迫，而是好逸恶劳、逞强耍横等思想作祟。可以说，缺乏社会主义核心价值观教育、过早离开校园，也使得未成年人在社会上沾染不良习气走向犯罪，此类情况在未成年人犯罪中占比达到 67%。

2. “不良交友圈”是未成年人犯罪诱因。从犯罪的形式来看，未成年人犯罪中共同犯罪形式占比达到 70%。未成年人心智不成熟，易受不良的交友圈影响，讲究哥们义气，拉帮结派相互怂恿、共同实施犯罪行为，较为常见的犯罪类型为寻衅滋事和故意伤害。

（三）青少年学生犯罪特点

近五年审理的 18-25 岁的青少年犯罪，多为未成年时期严重不良行为的延续和升级。此类案件的被告人与被害人往往为同学关系，初期多为因日常口角、感情矛盾引发的推搡、辱骂、索要钱财等，再进一步升级成故意伤害、强制侮辱、寻衅滋事等刑事犯罪。

1. 犯罪行为的隐蔽性强。从犯罪的时间、地点来看，欺凌行为多发生在晚上，地点多位于宿舍、楼道、小区地下车库、消防通道、野外等区域，以上区域在夜晚既无管理也无监控。以李某

等五人寻衅滋事案为例，多名被告人在宿舍熄灯后欺凌一名被害人长达半年之久，欺凌次数几十次，直到被害人报警。

2. 被害人往往受到心理创伤。从犯罪的结果来看，被害人易遭受财物损失、身体受伤、心理创伤、名誉受损等多重损害，其中心理创伤最为明显，如出现抑郁、自闭、厌学等心理问题，严重者甚至会出现失眠、惊厥、厌食等身体问题。

（四）未成年人刑事审判特色机制

1. 法律支持+机制救助，全方位保护未成年被害人。石景山法院在审理侵害未成年人犯罪案件时，高度关注未成年被害人的实体权益、隐私保护和心理健康等问题。在侵害未成年人案件的赔偿问题上，既支持未成年被害人判决时已经实际发生的精神治疗、康复赔偿的费用范围，也支持有医疗诊断确诊的病情、未来诊疗周期可以大致确定数额的费用，保留被害人诉权。此外，充分运用司法救助、法律援助、心理援助各项机制全方位保护未成年被害人、欺凌类犯罪被害人，帮助其走出人生阴霾。

2. 专业帮扶+家庭指导，助力罪错少年回归社会。坚持“教育、感化、挽救”方针，将未成年被告人纳入“青春护航基地”，对其开展长期帮教，助力其回归社会。案件承办人在结案后定期了解被告人生活、学习状况，与其保持沟通，对部分被告人持续帮扶长达 10 年以上，实现家庭、学校、社会长时间、全方位监督帮扶闭环。针对家庭教育缺失问题，累计发出家庭教育指导令 20 余份，为“问题家长”提供定期培训，引导其正确履行监护

职责。例如，在一起刑事案件中，承办法官发现被告人安某既往表现良好，犯罪系一时冲动。结案后，法官将安某纳入“青春护航基地”开展长期帮扶，为其量身定制复归社会方案，包括组织亲情会见、服刑期间定期信件沟通、鼓励其重新参加高考等一系列措施，后安某成功考入大学。

二、涉未成年人民事案件审理及特色机制适用

2020 年以来，石景山法院审理的涉未成年人民事案件共计 643 件。其中，排名前五位的民事案由为抚养费纠纷（221 件），变更抚养关系纠纷（138 件），生命权、身体权、健康权纠纷（58 件），抚养纠纷（42 件），探望权纠纷（32 件），分别占比 34.4%、21.5%、9%、6.5%、5%。

图三：2020-2024 年涉未成年人民事案件案由

（一）涉未成年人民事案件审理情况

经梳理调研，涉未成年人民事案件呈现以下特点：

1. 抚养费纠纷案件呈逐年上升趋势。2020 年至 2024 年 11 月，石景山法院审理抚养费纠纷案件 221 件，其中 2020 年 32 件，2021 年 40 件，2022 年 48 件，2023 年 49 件，2024 年 1-11 月 52 件，抚养费纠纷案件呈逐年上升趋势。根据《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）》规定，在原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平，或因子女患病、上学，实际需求已超过原约定数额，以及有其他正当理由时，子女要求有负担能力的父或母增加抚养费的，法院应当予以支持。受上述可变因素影响，抚养费纠纷具有长期性、反复性特点。

2. 变更抚养关系纠纷案件调撤率较高。2020 年至 2024 年 11 月，石景山法院审理变更抚养关系纠纷案件 138 件。其中，父母双方自愿协议变更子女抚养关系、经法院调解后达成变更抚养关系调解协议、经法院调解后撤诉的案件为 124 件。变更抚养关系案件与未成年人切身利益密切相关，该类案件的审理一方面要体现公平正义、高效便捷，另一方面也要体现人性关怀与温情，通过调整、修复和维系家庭关系，为未成年人创造良好的学习、生活环境。因此，调解成为审理该类案件的首选方式。

3. 探望权纠纷案件充分保障未成年人表达真实意愿。2020 年至 2024 年 11 月，石景山法院审理探望权纠纷案件 32 件，案件中多存在抢夺、藏匿、拒绝探望未成年子女的行为。此类案件与未成年人的实体权益直接相关，法院在案件审理过程中通过对

具备一定认知和表达能力的未成年人单独询问、适用社会观护制度等方式，充分听取未成年人真实意见，最大限度减少未成年人受到伤害。

4. 未成年人在学校等教育机构受伤害案件多发。2020 年至 2024 年 11 月，石景山法院审理未成年人在课间活动、体育教学、校外培训、竞技运动中因意外伤害引发纠纷案件 56 件，发生在小学、初中校园的比例较高，学校在 95%以上案件中成为被告。其中，教育机构承担全部责任的占到 32%，承担 5 成及以下责任的占到 40%。校园伤害类案件，一方面要强调对未成年人权益的保护，另一方面也要保障学校正常教学工作的开展，合理分配举证责任、认定责任比例，是妥善处理此类案件的关键。

（二）涉未成年人民事案件特色机制适用

1. 持续推动社会观护制度适用，注重听取未成年人真实意愿。未成年人抚养、探望、监护类问题，是关系家庭和谐和社会稳定的“身边事”、也是关系未成年人健康成长的“要紧事”。石景山法院少年法庭始终坚持最有利于未成年人原则，注重听取涉案未成年人意见，在准确适用相关民事法律规定的同时，在涉及未成年子女的婚姻家庭类纠纷案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，最大程度降低诉讼给未成年人带来的不利影响。在审理与未成年人实体权益直接相关的抚养费、变更抚养关系、探望权纠纷案件时，针对未成年人真实意愿表达受限的情形，积极开展社会观护工作，

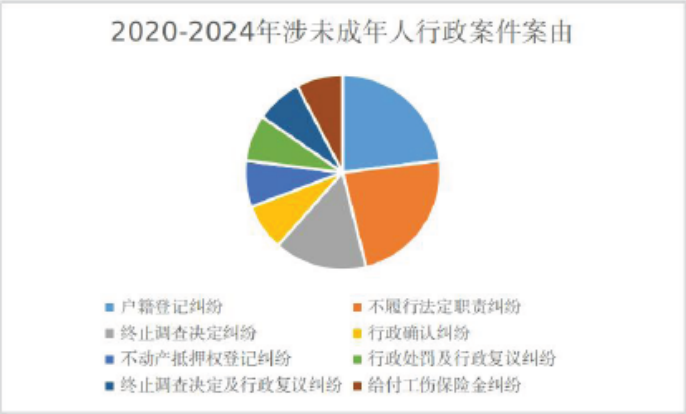
通过社会观护员的介入，一是对涉诉未成年人的学习、生活、心理状态以及其本人对于抚养权、探望权的真实意愿进行深入调查走访，听取有表达意愿和表达能力的涉诉未成年人的意见；二是帮助涉诉未成年人及其监护人、其他家庭成员缓解对立情绪，协助家庭成员对抚养权和探望事宜进行充分沟通协作，促进家庭关系修复；三是对涉诉未成年人及其监护人、其他家庭成员等进行有针对性的法治教育及家庭教育指导，帮助涉诉未成年人构建积极的家庭支持环境。社会观护工作结束后，观护员出具的观护调查报告成为法院审理该类案件的参考。此外，社会观护员还可以参与案件调解以及对生效裁判文书执行情况跟踪考察、回访，实现对涉诉未成年人权益受侵害情况的及时干预。

2. 建立多方联动机制，创新法治宣传教育形式。每一个涉未成年人案件的形成，背后都包含着个人、家庭、学校和社会等多个错综复杂的原因，是多方面因素的综合反映。切实维护未成年人合法权益，关键还是要强化家庭、学校、社会的校联体功能，多管齐下护航青少年健康成长。2008 年，石景山法院与区教委签署共建协议，16 年间坚持面向未成年人教育、保护有关部门及一线德育教育工作者召开涉未成年人案件通报会，立足典型案例，深入剖析原因，提出专业意见和建议，以便相关部门对辖区未成年人犯罪情况有更整体的把握，能够更全面、具体地了解案件背后反映的问题，推进学校的德育教育更加有的放矢，形成法院与教育等有关部门保护合力，共同做好未成年人保护综合治理

工作。强化法治副校长作用发挥，在六一儿童节、国家宪法日、开学等重要时间节点举办法院开放日、送法进校园等系列法治宣传活动，从学校、教师、家庭、社会等多角度开展针对未成年人的法治教育，扩大普法受众面，增强法治教育的实际效果，使辖区学生的法治教育、德育教育形式更加丰富，内容更加有针对性，法治教育的实际效果得到了切实增强。

三、涉未成年人行政案件审理及特色机制适用

石景山法院是全市较早实现涉未成年人刑事、民事、行政案件“三审合一”的基层法院。2020 年以来，石景山法院审理涉少行政案件共计 13 件。从案由来看主要集中于行政登记、行政处罚、行政确认、行政复议等，争议内容多为户籍登记、不履行法定职责、行政处罚复议等。



图四：2020-2024 年涉未成年人行政案件案由

（一）涉未成年人行政案件审理情况

经梳理调研，涉未成年人行政案件呈现以下特点：

1. 案件数量有所上升但整体平稳。2020 年 2 件，2021 年 2 件，2022 年 0 件，2023 年 5 件，2024 年 1-11 月 4 件。涉未成年人行政案件数量呈平稳上升趋势，增长的案件类型多见于与未成年人权益密切相关的户籍、行政处罚等。

2. 以判决方式结案占比较大。在已结的 11 件案件中，以裁定撤诉方式结案 3 件，占比 27%；以判决方式结案 8 件，占比 73%；以调解方式结案 0 件。其中有 1 件判决撤销行政机关原行政行为，责令行政机关重新履行职责。

3. 涉案未成年人年龄主要集中在 8 周岁以下。2021 年以来共涉 14 名未成年人（诉讼地位包含原告、第三人），平均年龄为 11.6 岁。其中，涉案未成年人年龄在 8 周岁以下的为 6 人，占比 43%；8-14 周岁为 5 人，占比 36%；14 周岁以上为 3 人，占比 21%。

（二）涉未成年人行政案件特色机制适用

石景山法院结合自身职能，贯彻落实最有利于未成年人原则，充分考虑未成年人实际需求，创造性地将涉少刑事、民事审判中的心理疏导、司法救助、社会观护、家庭教育指导等特色机制引入涉少行政审判。例如，有的行政案件中，涉诉未成年人及其监护人因不理解、不认同行政行为，情绪易出现波动，为保证行政诉讼顺利进行，石景山法院尝试将心理疏导机制引入行政审判，委托北京市青少年法律与心理咨询服务中心对涉诉未成年人及其监护人开展心理援助，引导当事人缓解焦虑、释放情绪，为

— 12 —

后续诉讼活动的开展以及服判息诉工作奠定良好基础。

此外，石景山法院注重将纠纷实质性化解工作贯穿案件审理全过程，加强与被诉行政机关的沟通协调，督促相关部门依法履职，从根本上解决关系未成年人生存、发展权益的核心矛盾，助力未成年人的相关权益得以最大化保护。

四、涉未成年人案件“三审合一”融合审判的新发展

石景山法院少年法庭已建立涉未成年人刑事、民事、行政“三审合一”“一体化”的工作体系，并在健全家庭教育指导基础上，积极探索未成年人案件审判理念、方法，探索审判职能融合、审判力量融合、保护机制融合，实现了未成年人审判领域的新发展。

（一）诉前环节融合源头治理：“一室”强化犯罪预防

石景山法院根据涉校园暴力类案件呈现的中职学校学生发案率高、团伙性施暴案件比率高，附带民事诉讼调解难、被害人心理疏导难、未被起诉的施暴者教育挽救难“两高三难”特点，强化“端口前移”，提出建立校园暴力立体化防控体系的建议。2016 年 12 月，石景山法院首先尝试在首钢工学院、首钢技师学院两校建立法官工作室，将普法宣传与学校德育教育相结合，形成常态化普法机制，遏制校园欺凌现象、打造平安校园。机制运行一年后，石景山法院与石景山教委签订法治共建协议并依托教委在全区设立“相伴青春法官工作室”，在 50 余所学校成立防范校园欺凌工作小组，把违法犯罪问题防范在源头。将普法宣传融入学校日常教育，培养在校学生法治意识、法律素养，积极预

防和调解校园矛盾纠纷，保护学生和学校的合法权益，把违法犯罪问题消弭在源头，构建多元化、常态化的校园安全“防护网”，打造平安、无讼校园。

（二）诉中环节融合审判职能：“一站”凝聚多方力量

石景山法院在审理涉未成年人家事案件中发现，该类案件情感伦理色彩浓厚，涉案家庭往往存在监护人对子女教养方式不当，导致未成年子女利益“虚化”“工具化”等问题。在该类案件中，未成年人利益与成人利益并非时刻保持一致，父母过度干预致未成年人利益受损、父母之间矛盾较深把孩子当做报复武器、父母教育方式不当、沟通方式简单粗暴等侵害未成年人权益的现象高发。石景山法院尝试将未成年人刑事案件社会调查制度的成功经验，创造性地运用到涉未成年人民事权益保护领域，与区妇联共同建立了“相伴青春观护站”，聘请社会观护员开展社会观护工作。社会观护制度对践行未成年人利益最大化、协助法院准确办案、提升未成年人司法保护工作水平均具有重要意义。截至目前，石景山法院累计在近 70 件涉未成年人民事案件中开展该项工作，80 余名未成年人从中受益，经社会调查观护的案件调解、撤诉率约 55%，服判息诉率高达 90%以上。

此外，石景山法院在审判中探索刑民、行民衔接、融合，就同一法律事由引起的多重法律诉讼通盘考量、整体化解，已成功解决10余件关联的法律纠纷，有力维护了刑事案件、行政案件未成年被侵害人的合法权益。

（三）诉后环节融合社会治理：“一基地一中心”实现共建共治

犯罪未成年人复归社会，既需要其自身努力，也需要完善的帮教环境和支持体系。2014 年，石景山法院开始尝试借助社会力量协助司法机关对未成年犯进行帮教，牵头与团区委、区检察院、司法局和教委合作建立了北京市首个综合性帮教基地“青春护航基地”，涵盖复学、就业、城市体验、社会实践、志愿服务等多个帮教项目。“青春护航基地”运营中心人员为涉罪未成年人选择合适帮教渠道，实施帮教计划。在实际操作中，推行“三全一主导”工作模式，即“全方位、全覆盖、全流程，始终坚持法院主导”，主要围绕“帮、感、学、工、矫、察”六字对涉罪未成年人开展为期三个月至一年的全方位帮教。“青春护航基地”具有帮教范围广、帮教形式丰富等特点，让帮教对象以志愿者的视角感受社会关怀、体验奉献精神，同时提供职业技能教育和就业机会。目前，“青春护航基地”已帮助 60 余名罪错青少年复学、工作。“青春护航基地”获评 2017 年度北京法院未成年人权益保护制度十大创新事例、2020 年度“首都未成年人思想道德建设创新案例提名奖”。

未成年人犯罪预防，既需要实践创新，更需要理论指导。2018 年 5 月 11 日，石景山法院与北方工业大学文法学院联合成立“传统文化与青少年犯罪预防研究中心”，结合我国在深化全面依法治国进程中加强法治德治建设的新要求，以及青少年违法犯罪新

问题，通过法院这一实践基地和高校这一学术领域联合发力，打造学科交叉领域下青少年犯罪预防研究和德育教育新品牌。少年法庭将在审判工作中发现的问题，交由该中心总结、升华，并反馈用于实践。依托该中心编著出版《我国未成年人刑事司法实践探索与机制完善》一书，结合少年司法理论剖析了石景山法院三十多年来在未成年人刑事案件方面的审判经验，引领法院少年司法理念的再创新、再发展。

五、以“融合式”审判完善未成年人司法保护体系的新展望

石景山法院本着预防青少年违法犯罪、保护未成年人健康成长的目标，凝聚家庭、学校、社会、政府职能部门各方力量，在“六大保护”之间搭建协同配合的桥梁，结合已有工作经验和工作方法，同时注重与高校相关研究机构合作，成功探索出“融合式”审判新模式，2024 年 6 月，石景山法院创建集预防、保护、帮教、宣传等工作为一体的“石心实意 守护未来”法治宣传教育品牌。

为进一步发展“融合式”审判，推动完善未成年人司法保护体系建设，石景山法院将着重从以下几方面开展工作：

（一）强化审判职能融合

在推动涉未成年人案件统一归口管理的基础上，融合贯通涉未成年人刑事、民事、行政审判职能，一体化保障未成年人合法权益。在审理刑事案件时涉及到未成年被害人人身、财产损害的，同时关注其民事权益能否得到切实、有效维护，必要时引入司法

救助机制填补其损失。在审理行政案件时更加注重与民事侵权案件的衔接，尤其是确保行为人在与未成年人的纠纷中虽有过错、但尚达不到行政处罚标准的情况下，对未成年人民事权益的充分维护。在未成年人同时涉及刑事、行政、民事等多种诉讼情形下，关注实质止纷解惑。

（二）强化特色机制融合

通过未成年人刑事、民事、行政案件的交叉审理和一体化解决思路，触发特色机制在特定条件下的共享共用。未成年人刑事案件审理中较为成熟的机制有社会调查、合适成年人到场，民事案件审理中有社会观护、家庭教育指导等机制，通用机制包括心理疏导、司法救助等。当前，针对性侵害未成年人刑事案件，经征得被害人同意，石景山法院引入社会观护机制，通过社工专业指导和陪伴来修复创伤。未来，石景山法院将探索上述机制在三个领域的融合适用，通过这些机制对接保护未成年人的综合性机构和组织，实现对涉案未成年人在照料、救助、陪伴等方面的全方位保护。

（三）强化职能延伸融合

注重与未成年人权益保护相关各部门的联动合作，打造具有区域特色的未成年人保护和矫治教育工作协同机制，持续系统推进“案件通报会”“相伴青春观护站”“相伴青春法官工作室”“青春护航基地”以及“传统文化与青少年犯罪预防研究中心”“一会一站一室一基地一中心”“五个一”工程建设，实现司法

裁判、法治宣传教育和未成年人保护的有效衔接，满足未成年人健康成长的多维需求。深度挖掘总结“五个一”工程大量实践案例，丰富基层法院未成年人司法保护工作经验，孵化融合审判模式下新理念、新经验、新案例，以达到多方位、全流程保障未成年人合法权益的目的。

未成年人是国家和社会的未来，教育和保护未成年人，功在当下，利在未来。习近平总书记在党的二十大报告中强调，要加强和改进未成年人思想道德建设，保障儿童合法权益。石景山法院将坚持对涉案未成年人给予“特殊、优先、双向、全面”保护，积极回应新时代未成年人成长发展新要求，汇聚保护未成年人的法治合力，完善未成年人融合式审判模式，不断创新、砥砺前行，为祖国的“下一代”工程作出更大贡献。

— 18 —

典型案例

案例一：孟某某户籍登记纠纷行政案

——行、民融合，切实保障未成年人利益最大化

基本案情及处理结果

未成年人孟某某系张某与孟某（北京人）之女。孟某某出生后，随母亲张某落户外地，后孟某以夫妻投靠入户为由，申请公安机关为张某与孟某某办理落户北京。派出所经核验相关证据，作出准予迁入证明，并为张某与孟某某办理入户，落户至孟某某祖父孟某 1 户内。户口迁入后，孟某某即与祖父共同居住至父母提出离婚诉讼。一年后，孟某 1 以派出所给孟某某及其母亲张某办理落户未经其本人（户主）同意为由，将派出所诉至法院，请求确认派出所作出的户口迁入行为违法，应予撤销。

法院认为，根据相关文件规定，办理夫妻投靠入户需申请人与被投靠人同时签名。孟某在为二人办理入户时，与张某系夫妻关系，登记行为具有事实根据，符合法律规定，遂驳回了孟某 1 的全部诉讼请求。一审宣判后，孟某 1 不服，提起上诉，二审维持原判。

典型意义

本案是北京法院少年法庭推进“三审合一”后，审理的首例涉未成年人户籍登记纠纷行政案，也是行、民融合，“一揽子”解决未成年人权益保护的典型案例。

在受理此行政案件前不久，孟某某因孟某私自扣留其低保

金，向法院提起民事诉讼。法院充分发挥“三审合一”的职能优势，由同一合议庭审理这两件相互关联的民事和行政案件。通过案情比较，合议庭敏锐地发现，民事案件的实质是要在行政案件确认派出所户口迁入行为合法有效的基础上，进一步从根本上解决孟某某此后顺利领取低保金的问题。找准矛盾根源后，一方面，法官迅速展开民事案件的调解工作，促成孟某将扣留的低保金一次性给付给孟某某，孟某某撤回起诉；另一方面，在行政案件审结后，法官主动作为，积极与公安机关户籍登记部门进行充分沟通协调，将孟某某及其母亲张某的户口转移至公共户落户，从源头解决了孟某某低保金领取的问题，有力保障了未成年人的生活、就学需要。

在未成年人审判融合理念的助力下，法院充分运用涉未成年人民事、行政案件在同一审判庭审理的优势，秉持未成年人利益最大化原则，充分融合审判组织、审判职能等，综合考虑关联案件，妥善、审慎处理，用法治思维处理好法理情的关系，实质化解纠纷，最大限度保障了未成年人合法利益，实现了未成年人审判政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

案例二：李某故意伤害案

——多方合力帮教涉罪未成年人复归社会

基本案情及处理结果

某日，被害人赵某某酒后与被告人李某（案发时未成年）在某小区相遇，双方因琐事发生口角，后赵某某用手扇了李某耳光，被告人李某遂用随身携带的弹簧刀扎伤赵某某，经鉴定，赵某某的损伤程度属重伤二级。法院审理后，以故意伤害罪对被告人李某判处刑罚。

典型意义

这是一起以司法保护助推“政法一条龙”“社会一条龙”融通发力、合力解困，全方位保护未成年人合法权益，引导未成年人重回生活正轨的典型案例。

在案件办理过程中，法官通过社会调查了解到李某系孤儿，缺乏有效的教育和监管，后续帮教乏力。为此，法院充分挖掘未成年人审判融合的工作优势，主动对接辖区帮教基地，委托司法社工对李某开展判后帮教，并帮助李某在爱心企业找到工作，由法院、社工、企业、帮教基地等共同对其进行监督和帮教。

帮教期间，针对李某出现的迟到早退、在社交网络上发布不当言论和图片、藏有违禁品等不良行为，法院积极会同团区委、派出所、街道等部门，对李某进行诫勉谈话，并及时调整了帮教方案。最终，专职司法社工通过微信与李某保持日常联系，法院通过引导李某讨论违法犯罪小案例，团区委和街道通过监督考核

李某每月完成十多个小时的社会服务等举措，帮助李某逐步提升法律意识，改变自身不良行为。在领到自己第一个月工资时，李某主动将其交给被害人赵某某作为赔偿金，并向赵某某鞠躬致歉。经过法院、社工、帮教基地等多方力量，历时 3 年的持续帮教，李某已重新回归正常生活。

李某的“浪子回头”，有审判团队的主导，有机关团体的支持，也有社会工作者的付出……正是这一点一滴的力量汇聚，彰显了审判融合在融合履职、贯通履职方面的积极作用，激活了未成年人综合保护和预防未成年人犯罪的综合治理效能。

上海发布：《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》出炉，来关注这些典型案例→

2024-12-08 上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/7ov_O2od0eVfSvGvux7iUg

【便民】《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》出炉，来关注这些典型案例→

上海发布 2024年11月28日 21:02 上海 5人

上海高院介绍，在上海高院的指导下，继2023年《司法服务保障基层治理案例手册》（点击查看）发布后，上海市第二中级人民法院联合辖区9家基层法院编写并发布《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》，聚焦家庭常见法律问题，提供典型案例及法治建议。手册内容涵盖了未成年人权益保障、老年人权益保障、和谐婚姻以及和睦家庭4个方面，精选52个典型案例，并配以详实具体的案情呈现、法理分析及法治建议，以期为基层治理中处理家事纠纷提供实践指导，助力基层司法工作人员、调解人员更好地应对各种家事问题，促进家庭和谐，传承良好家风。详见↓

《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》出炉，来关注这些典型案例→

上海高院介绍，在上海高院的指导下，继 2023 年**《司法服务保障基层治理案例手册》**（☜ 点击查看更多）发布后，上海市第二中级人民法院联合辖区 9 家基层法院编写并发布**《司法服务保障基层治理案例手册（家事纠纷篇）》**，聚焦家庭常见法律问题，提供典型案例及法治建议。手册内容涵盖了未成年人权益保障、老年人权益保障、和谐婚姻以及和睦家庭 **4 个方面**，精选 **52 个典型案例**，并配以详实具体的案情呈现、法理分析及法治建议，以期为基层治理中处理家事纠纷提供实践指导，助力基层司法工作人员、调解人员更好地应对各种家事问题，促进家庭和谐，传承良好家风。详见↓

目录
CONTENTS

01
—PART—
涉及未成年人权益保障案例与建议

01/ 父母均在世时，未成年人的监护人只能是他们吗？ ……（002）
02/ 非婚生子女是否有权要求生父母给付抚养费？ ……（006）
03/ 未成年人谈恋爱发生性关系，如何妥善处理？ ……（009）
04/ 子女能否起诉要求被不直接抚养的父母一方探望？ ……（013）
05/ 医院发现亲生父母严重不履职，能否申请撤销监护权？ ……（017）
06/ 被继承人负债累累，其未成年子女还能继承到遗产吗？ ……（021）
07/ 夫妻离婚后，家长该如何对未成年子女进行家庭教育？ ……（024）
08/ 患自闭症的孩子，不适合探望？ ……（028）
09/ 未成年人遭遇家庭暴力，社会机构能否为其申请人身安全保护令？ ……（031）
10/ 如何看待小学生“自认”的事故责任？ ……（035）
11/ 儿童权益代表人，有什么作用？ ……（038）
12/ “圈养”子女，还适合作为直接抚养人吗？ ……（041）
13/ 二胎家庭离婚，孩子是“平分”吗？ ……（044）
14/ 夫妻一方擅自改变子女抚养方式，对方可否要求变更抚养关系？ ……（048）

02
—PART—
涉及老年人权益保障案例与建议

01/ 老人将房产遗赠“水果摊主”，能获得支持吗？ ……（054）
02/ 对父母应尽而未尽扶养义务的子女，能否不分或少分遗产份额？ ……（057）
03/ 如何为失能老人指定监护人才能真正平息监护争议？ ……（060）
04/ 公房征收时非同住人的老年人有无居住利益？ ……（064）

05/《赡养协议》免除赡养义务，就真的无赡养义务了？ ……（067）
06/ 长期照顾被征收房屋内的老人，享有征收补偿利益吗？ ……（071）
07/ 失智老人如何办理遗产继承？ ……（075）
08/ 购房时父母全力资助，却想逃避赡养义务？ ……（079）
09/ 祖（外祖）父母可以对孙（外孙）子女行使隔代探望权吗？ ……（083）
10/ 父母是否有权撤销对子女的赠与？ ……（086）

03
—PART—
和谐婚姻类案例与建议

01/ 如何执行防范家庭暴力的人身安全保护？ ……（090）
02/ 存在离婚过错，离婚时财产如何分配？ ……（095）
03/ 离婚时对方承诺的未来征收利益，能兑现吗？ ……（098）
04/ 夫妻一方患重疾，离婚可以多分财产吗？ ……（102）
05/ 离异父母“见娃难”，心理干预能帮忙？ ……（105）
06/ 离婚后被前夫威胁，如何保护自身安全？ ……（108）
07/ 男方不同意子女冠母姓，可以要求离婚不？ ……（111）
08/“大丈夫”偷偷转移财产，“全职太太”如何维护自身权益？ ……（114）
09/ 赠与婚外异性的财产，配偶能否要求返还？ ……（117）
10/ 夫妻一方患重疾，另一方不积极医治，可以婚内起诉分割财产吗？ ……（120）
11/ 夫妻一方打赏给网络主播的钱款，另一方能否要求返还？ ……（123）
12/ 帮助夫妻重归于好，社工做的哪些事值得借鉴？ ……（128）

04
—PART—
和睦家庭类案例与建议

01/ 子女为留学起诉父母要求分割共有房屋，能否支持？ ……（132）

02/ 房屋使用协议，能否视为房屋征收利益分配协议？ ……（136）
03/ 夫妻一方擅自在共同房产上为父母设定抵押权，有效吗？ ……（140）
04/ “法院 + 公证”，力促极端继承纠纷化解 ……（143）
05/ 同一顺序继承人，继承份额一定均等吗？ ……（146）
06/ 婚内一方父母出资购房登记在该方名下，离婚时另一方可否分得房产份额？ ……（150）
07/ 约定不明的家庭协议就一定无效吗？ ……（154）
08/ 离婚后一方父母处冒出的“夫妻共同债务”，由谁偿还？ ……（158）
09/ 母亲出具赠送宅基地承诺书，拆迁款归谁所有？ ……（162）
10/ 基层组织如何联动化解子女与继母的遗产争夺？ ……（165）
11/ 拿出的打印遗嘱和录像遗嘱为何无效？ ……（170）
12/ 拆迁安置选房时已确定的户名，还可以重新分配吗？ ……（174）
13/ 子女对离异父母未尽赡养义务，还能全额继承遗产吗？ ……（177）
14/ 未持有墓穴证的死者近亲属，不得行使落葬权？ ……（182）
15/ 老人有多份遗嘱，该遵从哪一份？ ……（185）
16/ 公证赠与后又公证遗嘱，房产到底归谁？ ……（189）

部分典型案例详见

目录

案例 1：患自闭症的孩子，不适合探望？

案例 2：夫妻一方擅自改变子女抚养方式，对方可否要求变更抚养关系？

案例 3：如何为失能老人指定监护人才能真正平息监护争议？

案例 4：《赡养协议》免除赡养义务，就真的无赡养义务了？

案例 5：离异父母“见娃难”，心理干预能帮忙？

案例 6：离婚后被前夫威胁，如何保护自身安全？

案例 7：夫妻一方擅自在共同房产上为父母设定抵押权，有效吗？

案例 8：未持有墓穴证的死者近亲属，不得行使落葬权？

案例 1

患自闭症的孩子，不适合探望？

探望权被认为是不与未成年子女共同生活的父或母依法享有的看望未成年子女的权利。同时，探望权也是未成年子女的权利。然而，相较于正常儿童，特殊儿童（诸如自闭儿童）在离婚父母交接探望时，往往更容易因儿童特殊情况而引发纠纷。未成年子女的利益是我们始终秉持的首要原则，该原则不因子女特殊性而有所例外，反而在面对特殊儿童探望时，更应以孩子为中心，再结合父母的主观诉求及客观条件，确定最符合未成年子女的利益的探望方式。引入诸如探望监督人在内的社会力量不失为更有温度和力量的解决途径。

以案释法

林某与吴某甲原系夫妻，2017 年两人离婚后，婚生女吴某乙随父亲吴某甲在上海共同生活，林某回原籍广州生活。吴某乙（2012 年出生）于 3 岁时被诊断为非典型性自闭症。2020 年 3 月，林某以吴某甲拒不向其通报女儿的生活、教育情况，剥夺了其对女儿的探望权为由诉至本院，要求将女儿吴某乙带离上海在广州探望。吴某甲辩称，女儿是自闭症儿童，拒绝配合探望。因林某与吴某甲生活在异地，两人矛盾激化。女儿吴某乙已经多年未与母亲林某见面，贸然将孩子带离上海探望不利于未成年人的身心健康。考虑到孩子的特殊病情，经过法官耐心细致的亲职教育、纠纷化解工作，引导林某、吴某甲放下恩怨，把重心回归女儿健康成长，最终双方达成调解，确认每月视频探望一次、适时来沪实地探望。为保障后续的探望执行，法院委托了上海市阳光社区青少年事务中心静安工作站的社工作为探望监督人协助后续探望执行，化解当事人间的担忧与误解，做好提示和预案；并在探望之时全程陪同，引导林某与女儿有效沟通。案件审结后，社工协助双方当事人完成多次视频探望，经综合评估后，林某实现实地探望女儿的愿望。

法治建议

本案是一起运用探望监督人制度切实保障特殊儿童合法权益的典型案例。对于特殊儿童的探望，探望监督人主要承担了以下三个方面的职责：

1. 探望前的评估和指导。自闭症儿童的特殊情况在于，如果其当下的身心状况不适合探望，往往引发父母的进一步矛盾加深。如孩子产生抵触行为，直接抚养的父母一方往往将责任归因于对方。专业人员的引入可以保障每次探望前对自闭症儿童身心健康适合与否的评估。同时，该类探望监督人也会根据评估结果对探望的父母一方进行互动方式、注意事项方面的指导。如孩子近期对声音相对敏感，监督人就会提醒探望者应避免制造较大的声响。

2. 观察和监督探望过程。全程观察探望过程，可以确保探望者行为举止符合孩子的接受程度。若发现探望者存在不当行为，如强迫孩子进行不愿意的互动或情绪过于激动等，探望监督人都可以及时制止并予以纠正。同时，探望监督人可以通过孩子的情绪和反应，若孩子出现明显不适或抗拒，监督人可以适当调整探望节奏甚至提议暂停探望以保障孩子的身心健康。

3. 探望后的反馈与建议。探望监督人会在探望后向探望者和孩子的直接抚养人反馈探望情况，

提出做得好的地方以及需要改进的问题。同时，探望监督人也会给予孩子利益的考虑，建议父母双方就下次探望做好规划。总之，探望权纠纷中，既要保障非直接抚养方的探望权，更要贯彻未成年人利益最大化原则，使探望活动真正成为打开未成年人心扉、感受父母亲情的正面渠道与途径。本案中，基于孩子的特殊性及当事人双方矛盾激化程度，法院强化了亲职教育、社会调查等特色工作，使案件得以圆满化解。探望权的行使是司法实践中经常遭遇的难题。

对此，建议如下：

加强对儿童利益最大原则的宣传。在离婚率相对较高的当下，全社会都应重视对离婚家庭子女的关怀，促使父母重视离婚后的探望以保持亲情联系。妇联、社区可以采取多种途径宣传典型案例，让老百姓重视离婚中未成年子女的权益保护。对于特殊儿童而言，更需要全社会的关爱。但关爱不等于隔绝，仍然要保持其正常的社会交往、亲情交往，消除父母离婚带来的心理创伤，促进其身心健康及人格塑造。村、居委及妇联等组织对于有特殊儿童的家庭要予以特别关注，提供有效信息以帮助这类家庭解决养育中碰到的实际问题。

引入社会专业力量参与探望权的履行。探望权行使具有时间跨度长、人身属性强、不可强制执行三个特点，司法中的探望权行使往往面临诸多困难。虽然法院在尝试引入探望监督人等途径来帮助解决问题，但亲职的恰当履行也需要全社会的监督、引导和出现纠纷时的调解。社会专业力量的引入可以发生在社区、基层组织等多个阶段。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十六条　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。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

案例 2

夫妻一方擅自改变子女抚养方式，对方可否要求变更抚养关系？

随着我国生育政策的放松，“二胎”家庭越来越多。实践中，涉及二胎子女抚养关系的案件也越发常见。父母选择协议离婚的，二胎子女的抚养关系便是双方必须妥善处理的事项。基于双方的真实意思表示，父母达成的离婚协议中涉及子女抚养关系的约定，对离婚后的双方自然具有约束力。这样的约定实质要求双方就子女抚养始保持动态合作状态以促进未成年人身心健康发展。一旦发生影响未成年人权益与身心健康的事实，父母一方有权要求变更原本基于离婚协议的子女抚养关系。

以案释法

曹某甲与方某原系夫妻，婚内育有一子一女。2020 年，曹某甲、方某因感情破裂登记离婚，在离婚协议中约定：儿子曹某乙由曹某甲抚养、女儿曹某丙由方某抚养，双方各自承担相应孩子的抚养费，在不影响孩子学习的前提下可以随时探望孩子，亦或每周休息日规律探望对方抚养的孩子，遇节假日则根据孩子意愿在对方住所度假，并让两个孩子成年前在上海接受系统完整的教育及医疗资源。

之后，曹某乙便随父亲曹某甲共同生活，曹某丙随母亲方某共同生活。离婚之初，方某能顺利地按离婚协议约定探望曹某乙。2020 年 10 月，方某因探望曹某乙与曹某甲发生纠纷而报警。2021 年 3 月，方某因曹某甲父母不让探望曹某乙引发纠纷再次报警，并于同月底就探望权纠纷提起诉

讼。2021 年 4 月初，曹某甲将曹某乙交由其父母带回某省老家读幼儿园。同月，方某认为曹某甲并未亲自抚养曹某乙、未尽抚养义务，向法院起诉，请求法院判令曹某乙随方某共同生活，并由曹某甲每月负担一定的抚养费。曹某甲辩称，不同意方某的诉请，主张因与方某在儿子曹某乙的探望问题上矛盾加剧，故将曹某乙交由父母带回老家生活、上幼儿园，自己每天与曹某乙通过微信视频聊天。2021 年 6 月底，曹某甲将曹某乙从某省老家带回上海。审理中，法院委托上海市阳光社区青少年事务中心（以下简称阳光中心）选派青少年事务社工对曹某甲和方某实际居住地环境、曹某甲和方某对曹某乙的抚养探望情况、曹某乙（调查时未满 6 周岁）的身心状况、曹某乙与父母及各自目前家庭成员之间的关系等事项开展家事调查。调查中，曹某乙向社工表达了希望与母亲方某、姐姐曹某丙共同生活的意愿。根据社工的家事调查情况，法院就曹某甲目前的居住、生活情况等事实向双方作进一步的调查核实。

法院经审理认为，曹某甲和方某在离婚时对曹某乙、曹某丙的抚养事宜达成一致，但自双方协议离婚之后至本案诉讼期间，曹某乙生活状况持续发生着较大变化。首先，曹某甲未按离婚协议约定保障方某对曹某乙的探望权，且曹某甲的父母将曹某乙带回某省长达三个月之久，使曹某乙长期脱离习惯的生活环境。其次，曹某甲目前在外租房，与父母、前妻（曹某甲头婚时的妻子）及前妻之子和曹某乙六人共同居住，还存在与前妻复婚的可能，曹某乙之后的生活状况仍存在发生重大变化的可能性，缺乏稳定性。最后，从曹某乙自身表达意愿来看，其希望与母亲和姐姐共同生活的愿望是真实可信的，与母亲和姐姐的关系也更加亲密，所以，虽然曹某乙未满 8 周岁，但即将年满 6 周岁的他所表达的意愿也应当予以适度考量。另，综合考量方某与曹某甲的居住条件、工作作息等因素，从保护未成年人的利益出发，在目前的情况下方某抚养曹某乙更有利于曹某乙的成长，故判决曹某乙由母亲方某直接抚养。

判决生效后，考虑曹某乙历经多次生活环境变化及其身心可能受到的相应影响，法院于 2022 年 7 月再次委托阳光中心选派社工对该案进行判后回访，并在方某同意的情况下为其提供家庭教育指导。

法治建议

本案是“二胎”父母协议离婚后一方因探望受阻而引发的纠纷。父母离婚时就子女抚养达成的约定对双方有约束力，但不影响父母一方根据事后出现的情况变化而要求变更抚养关系。若父母另一方不同意变更，父母一方则可向人民法院起诉主张，人民法院根据具体案情以最有利于子女原则为基本标准进行判断。根据相关司法解释的规定，具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：

1. 与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；

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

3. 已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；

4. 有其他正当理由需要变更。本案中，双方纠纷的导火索源自父亲拒不配合母亲探望儿子。父亲将儿子带离原本的生活环境交给外省市的祖辈照顾，显然已构成《未成年人保护法》明确禁止的“藏匿未成年子女”。面对本案中这一曾经的“二胎”家庭，人民法院也需要考虑更多的因素来实现涉案未成年人利益最大化。

对于“二胎”家庭父母离婚后的子女抚养、探望问题，建议如下：

离婚父母应当深刻认识到：父母子女关系独立于父母间的婚姻关系，不因父母离婚而消失，且将长期存在。父母在就离婚、子女抚养等事宜

进行协商时，要注意“就事论事”，不要把各自在感情破裂上的过错或对对方的指责混入到对子女抚养问题考量之中，并从最有利于子女原则出发“设定目标”，即离婚父母需要围绕子女抚养、探望问题共同建立起一种新的长期“合作”关系。

离婚父母就子女抚养、探望问题进行协商时，最好让子女参与其中，听取、考虑子女的意愿，并注意维系子女间的“手足”之情。未成年子女不是父母的“财产”，实际是抚养关系中的主体（甚至可以是“重心”）。简单的“一人一个”往往只是满足父母所需要的形式上的公平，而未考虑子女身心发展的实际需要，特别是两个子女间已有较深的感情时，这就要求父母从最有利于子女原则出发予以更全面的考虑。至于父母间的“公平”可以通过约定轮流抚养或非直接抚养方有较长期间的集中探望来实现。

直接抚养子女的父母一方若认为对方探望子女不利于子女身心健康的，应当依法向人民法院申请中止探望，而不应自行其是、不配合对方行使探望权，更不应通过抢夺、藏匿未成年子女的方式来阻挠对方与子女间的往来，这不仅妨害对方的探望权和离婚后仍对子女享有的抚养、教育、保护的权利（同时也是义务），也极不利于未成年子女的身心发展。

相关法条

一、《中华人民共和国民法典》

第一千零八十四条　父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第一千零八十六条　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。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

二、《中华人民共和国未成年人保护法》

第二十四条　未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

三、《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）》

第五十六条　具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；（二）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响；（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；（四）有其他正当理由需要变更。

第六十七条　未成年子女、直接抚养子女的父或者母以及其他对未成年子女负担抚养、教育、保护义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望的请求。

案例 3

如何为失能老人指定监护人才能真正平息监护争议？

随着社会经济的不断发展，我国人口结构中老龄化现象突出，以上海地区为例，2023 年末上海户籍人口中 60 岁及以上老年人占总人口的

37.4%，高于 2022 年 36.8%。围绕着失能老人的生活照顾、财产管理、人身安置及医疗决策等事务易成为家庭矛盾的爆发点，并进而因监护人人选不能达成一致而激化形成纠纷。司法实践中通常以指定复数监护人的方式确定失能老人监护人人选，但无法有效解决均争夺或均逃避监护职责等极端情况下老年人事务有效管理的问题，更无法有效纾解家庭内部矛盾、维持和弘扬良好家风。人民法院如何在指定监护人的同时避免激化家庭矛盾、切实保障老年人合法权益，是老龄化趋势加剧的背景下面临的新问题。

以案释法

老人严某某有赵甲、赵乙、赵丙三子女，老人自丈夫去世至本人患病住院前一直与赵甲共居生活。住院期间三子女均有看护，存折及证件由赵甲管理。老人现无民事行为能力。三子女就老人监护事宜存在争议，均主张他人存在不利监护的因素，自己最适于担任老人监护人，起诉申请由法院确定监护人。审理中，赵甲按动产、不动产等类别向法院报告了老人名下财产。三子女表示若自己为监护人，愿意定期公示财产和监护情况，接受监督，并由判决确定该义务。

2021 年 8 月，法院判决指定赵甲担任严某某的监护人；监护人赵甲应当于每月 5 日前向赵乙、赵丙公示上一月度的被监护人严某某财产管理及人身管理情况。判决作出后，当事人均服判息诉。

法院经审理认为，对监护人人选存在争议的，人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。根据查明事实，严某某已经丧失了表达能力与辨认能力，既不存在已有的真实意愿亦不存在进行意愿表达的可能。目前赵甲、赵乙、赵丙均申请指定其为监护人，故法院以最有利于被监护人的原则从中进行指定。

第一，实施侵害被监护人利益行为的认定与申请人的排除。赵甲、赵乙、赵丙均主张他人存在不利监护因素，但并未举证证明且对方存在相应合理解释，故认定各申请人均未实施侵害被监护人利益的行为，且与被监护人之间不存在足以排除其监护人资格的利益冲突。第二，最便利履行监护职责各要素的认定。根据查明事实，赵乙并非居住在本辖区内，路途相对较远，相对而言难以及时代理被监护人处理民事法律行为及保护被监护人的人身及财产利益。鉴于被监护人人身及财产事务一直由赵甲管理，维持管理状况将有利于被监护人维持其生活状态，不致因监护计划的改变而造成不便。故法院认为结合交通条件、照顾现状及惯例，指定赵甲作为监护人最有利于被监护人严某某的利益。第三，设置监护监督保障被监护人合法权益及近亲属知情利益。赵甲在庭审中表示若被指定为监护人，愿意为被监护人收入、支出及其他财产状况制作账目并每月定期向其他申请人公示，明确同意将该义务以判决主文的形式予以固定，该意思表示于法不悖，且能够实现透明监护、公开监护的效果，法院予以照准。

法治建议

本案是一起兄弟姊妹争夺老年人监护权引发的纠纷。我国《民法典》第三十一条第二款对于监护争议案件规范了审查要素，即尊重被监护人真实意愿、最有利于被监护人原则。然而“最有利于被监护人原则”的具体认定存在一定立法空白，虽其后经《民法典总则编司法解释》第九条予以填补，然仍存在明确审查路径、细致审查要素的必要性。换言之，如何理解两项要素的审查先后顺序及位阶关系，如何从监护履职角度出发认定最有利于确保老年人健康的监护人人选。同时除了上述适法难题，司法实践中兄弟姊妹等近亲属争夺老年人监护权的案件中不可忽视的一点是家庭矛盾进入司法程序后易演化成不可调和的零和博弈状态，从监护履职的可能性而言，忽视家庭矛盾的存在强行指定单数或复数监护人，极易导致监护人履职障碍，最终不利于老年人的合法权

益。故而在确保监护履职效率的前提下，如何采取必要措施，保障家庭成员共同参与、进而纾解家庭矛盾，亦是我国《民法典》第三十一条第二款中“最有利于被监护人原则”的当有之义。

对此，建议如下：

村民委员会、居民委员会、民政部门、人民法院为失能老年人确定监护人，应从最有利于被监护人原则出发，充分考虑交通条件、照顾惯例等因素，确保监护人能够及时代理被监护人处理民事法律行为及保护被监护人的人身及财产利益，尽量维持被监护人原有的生活状态，不致因监护计划的改变而造成不便。

人民法院可根据实际情况确定监护监督人，监护人可以通过为被监护人财产状况制作账目等形式定期向监护监督人公示，从而让失能老人得到最有利监护。

村民委员会、居民委员会、民政部门依法承担起监督职责，同时也应向被监护人亲属宣传监护监督的理念。在具有监护资格的人之间构建监护人与监督人互相督促、牵制的模式，对于透明监护、公开监护极为必要，不仅保护被监护人合法权益，避免监护权滥用；亦能保障其他近亲属知情利益，可以以其他形式参与到老年人养老事务中，作为老年人权利保障的另一重要依仗；还能最大限度消解其他近亲属对监护人的怀疑与对立，便利于监护人履行监护职责。

相关法条

一、《中华人民共和国民法典》

第三十一条　对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。

居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。

……

二、《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》

第九条　人民法院依据民法典第三十一条第二款、第三十六条第一款的规定指定监护人时，应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则指定，具体参考以下因素：（一）与被监护人生活、情感联系的密切程度；（二）依法具有监护资格的人的监护顺序；（三）是否有不利于履行监护职责的违法犯罪等情形；（四）依法具有监护资格的人的监护能力、意愿、品行等。人民法院依法指定的监护人一般应当是一人，由数人共同担任监护人更有利于保护被监护人利益的，也可以是数人。

案例 4

《赡养协议》免除赡养义务，就真的无赡养义务了？

实践中，子女间签订赡养协议分工赡养父母是比较常见的。赡养协议增加了赡养制度的灵活性，是实际生活中解决赡养问题的有效方法。根据法律规定，经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议。赡养协议的内容不得违反法律的规定和老年人的意愿。实际上，子女赡养父母既是道德上应该遵守的孝敬行为，也是法律规定的强制义务。即使赡养协议的签订经过了老年人的同意，亦不能完全免除子女对老年人的赡养义务。赡养协议签订后，如果老年人身体、经济等客观情况发生变化，在子女有能力赡养的情况下，子女不应当以赡养协议已免除自己的赡养义务为由拒绝承担。

以案释法

陈某甲的法定代理人陈某标与陈某乙、陈某丙、陈某丁均为陈某甲的子女，陈某甲的妻子已

经死亡，2017 年陈某甲经法院判决宣告为无民事行为能力人。陈某甲现每月的养老金为 4250 元。证人吉某某出庭作证：每月保姆费 6000 元，后增至人民币 6500 元。依据陈某甲自 2017 年至 2019 年 5 月的个人历史账户信息查询表，其同期的医药费现金支付部分为 12808.45 元。1999 年，陈某甲与子女签订家庭问题处理意见（以下简称《家庭意见》），载明：……自陈某丁搬出后，父母的赡养、护理及寿终以后等全部费用及事项陈某丁全部不负担……在父母有生之年，有关生活居住的费用（房租、水、电、煤等）陈某标全部责任……

法院经审理认为，本案争议焦点是《家庭意见》能否免除陈某丁和陈某乙的赡养义务。根据法律规定，子女对父母有赡养扶助的义务，赡养老人是每个子女应尽的义务。虽然经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议，本案中，《家庭意见》亦经过陈某甲盖章确认，但子女赡养父母既是道德上应该遵守的孝敬行为，也是法律规定的强制义务，任何形式的赡养协议都不能完全免除子女对老年人的赡养义务，故陈某丁对陈某甲的赡养义务不因《家庭意见》的签订而得到完全免除。况且，《家庭意见》签订于 1999 年，距今已有二十年，现陈某甲已近 90 岁高龄，且无生活自理能力，其情况发生重大变化，其所需的赡养费用有重大的变动。基于此，陈某丁、陈某乙亦应承担赡养的责任。此外，《家庭意见》中由陈某标负责的是陈某甲居住方面的费用，而非全部赡养费，陈某标亦否认其愿意承担全部赡养义务。综上，陈某甲生活所需在扣除其养老金后的不足部分及另外的医药费应由其四子女分担。

法治建议

敬老爱老是中华民族的传统美德，赡养老人是每个公民的责任和义务。随着社会老龄化进程加快，如何处理好老年人的赡养问题是长期而艰巨的任务。在法律上，赡养义务是专属于赡养人对于被赡养人的义务，该项义务具有人身专属性，是身份义务的一种。虽然赡养义务具有人身专属性，但赡养人之间仍可以就履行赡养义务签订赡养协议。赡养协议是赡养人之间就赡养义务的实际履行作出的事先安排，基于赡养协议产生的按份赡养义务之债属于赡养人之间的内部约定，并不当然拘束被赡养人。只有赡养协议内容未违反法律的规定和被赡养人的意愿时，赡养协议才可能有效。例如本案中，赡养协议中完全免除部分子女赡养义务的条款，就因违反赡养义务属于法定义务这一法律规定而无效。

同时，即使赡养人间订立了赡养协议并且经过被赡养人同意，赡养人在实际生活发生变化的情况下，比如父母的身体状况发生变化致医疗费等支出增加，父母的经济状况发生变化等，仍有权要求子女承担与协议约定内容和份额不同的赡养义务。在被赡养人客观情况发生变化，要求对赡养义务进行再次分配时，赡养费的数额，可以根据赡养人在生活、居住、医疗等方面的实际需要、被赡养人的收入情况、赡养人的负担能力和当地的实际生活水平确定。在赡养费的支付方式上，既可以通过金钱的方式支付，也可以通过实物的方式支付。有多个赡养人的，各子女应共同承担赡养费用。同时，赡养义务的履行，也不限于经济上的供养义务，还包括生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要，例如将被赡养人接到家中共同生活、经常探望被赡养人等。

综上，赡养协议是赡养人之间协商安排被赡养人赡养事宜的重要途径。在被赡养人的要求下或者经被赡养人同意，赡养人之间以及赡养人与被赡养人之间均可以达成赡养协议。但赡养协议属于有关身份关系的协议，首先适用有关该身份关系的法律规定，没有规定的，根据其性质才参照《中华人民共和国民法典》合同编的规定。

对此，建议如下：

赡养老人本应尊重老人意见。赡养人之间签订赡养协议，首先应征得老年人的同意。老年人在签订后知情的，也可以对赡养协议进行追认。

赡养人之间对赡养义务有争议或者老年人提出要求的，赡养人或者被赡养人所在的居民委员会、村民委员会可以主持签订赡养协议，并监督赡养协议的执行。

正确认识赡养协议的性质。父母子女之间的亲情，尊老爱幼的美德都不会因赡养协议的签订而消灭，我们应当认识到赡养问题不是简单的市场交易，有伦理、有道德、有法律基本义务的要求。认可赡养协议的效力，仅仅是尊重一定限度内家庭就赡养问题所作的协商，而赡养义务从不会因这种安排而被免除。因此，赡养协议应当避免完全免除部分子女赡养义务的约定。赡养义务属于法定义务，不得协议免除。赡养人不得以放弃继承权、被赡养人未尽抚养义务、老年人婚姻关系变化、财产分配不公等理由，拒绝履行赡养义务。

鼓励多种形式的赡养。基层组织日常要充分宣传赡养形式的多样性，鼓励子女从经济资助、生活照料、精神慰藉等多个方面赡养老人，考虑老人的特殊需求；引导多子女家庭分工协作，共同照顾好老年人的晚年生活。

相关法条

一、《中华人民共和国民法典》

第一千零六十七条　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。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。

二、《中华人民共和国老年人权益保障法》

第十四条　赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。

第十八条　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。用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。

第十九条　赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。赡养人不履行赡养义务，老年人有要求赡养人付给赡养费等权利。赡养人不得要求老年人承担力不能及的劳动。

第二十条　经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议。赡养协议的内容不得违反法律的规定和老年人的意愿。基层群众性自治组织、老年人组织或者赡养人所在单位监督协议的履行。

第二十四条　赡养人、扶养人不履行赡养、扶养义务的，基层群众性自治组织、老年人组织或者赡养人、扶养人所在单位应当督促其履行。

第七十五条　老年人与家庭成员因赡养、扶养或者住房、财产等发生纠纷，可以申请人民调解委员会或者其他有关组织进行调解，也可以直接向人民法院提起诉讼。人民调解委员会或者其他有关组织调解前款纠纷时，应当通过说服、疏导等方式化解矛盾和纠纷；对有过错的家庭成员，应当给予批评教育。人民法院对老年人追索赡养费或者扶养费的申请，可以依法裁定先予执行。

案例 5

离异父母“见娃难”，心理干预能帮忙？

夫妻双方离婚后，未与子女共同生活的一方对于未成年子女的探望一直是执行中的难题。在实践中，一方在情感上排斥对方，以至于另一方在探望孩子时，时常受到阻扰，亲子关系日渐疏远，家庭关系难以修复。法院在审理此类案件中，尝试性地引入心理干预机制，邀请专家对涉案当事人及孩子的心理健康问题进行科学指导，使双方的尖锐矛盾得以缓解，探望问题迎刃而解。

以案释法

邱某（男方）、陶某（女方）原系夫妻，婚后双方共同生育一女，名小邱，现年 13 周岁。2016 年 10 月 25 日，经上海市静安区婚姻登记机关协议离婚，约定："女儿小邱由女方抚养，男方不用支付抚养费"，但双方未对邱某探望女儿的相关事宜进行约定。离婚后，邱某曾多次要求探望女儿，陶某均以各种理由拒绝。故邱某诉至法院，认为陶某阻碍邱某实行探望权的行为是违法且不道德的。

法院经审理认为，虽然双方在离婚协议中没有明确规定关于探望权的相关内容，但这并没有赋予陶某拒绝邱某探望的权利。根据民法典相关规定，离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。在调解过程中，双方当事人对于探望权的争议观点存在巨大争议，情绪激烈。这不仅增大了人民法院促成双方当事人达成调解协议的难度，更不利于涉案未成年人小邱的心理健康。父或母探望子女有利于子女身心健康。探望权保证了父母能够陪伴守护未成年人的成长，这既是父母的权利，也是父母的责任。针对本案实际情况，人民法院在调解过程中，与"法苑天平"通力合作，引入心理干预机制，实现了激烈矛盾的冲突降级，达成了探望权纠纷的和平解决。在办案人员的指导下，心理咨询人员定期为涉案家庭提供心理咨询，不仅稳定了双方当事人的情绪，引导当事人关切未成年人成长环境的重要性，更安抚了涉案未成年人小邱的负面情绪，规避了潜在的心理创伤。最终，在接受了心理疏导服务后，双方当事人成功在法院办案人员的调解下达成了探望权协议，案件平稳解决。

法治建议

本案所涉及的是家事案件中常见的探望权纠纷。根据法律规定，家事纠纷涉及的不仅仅是双方当事人之间的感情纠纷，更关切双方当事人的其他亲属关系，尤其是婚生子女。一方面，出于未成年人的利益考量，夫妻双方在感情破裂后仍然需要最大程度地保障子女的成长环境，探望权保障了未成年人即使在现实的家庭关系下仍然能够感受到来自父母双方的爱与呵护；另一方面，探望权的履行一定程度上也影响着抚养权权利人离婚后的生活状态与规划。探望权的争议体现了办案人员在维护未成年人的成长利益与抚养权人的生活利益之间的平衡。也正因如此，在矛盾尖锐的离婚纠纷中，涉及探望权的争议往往会引发当事人的不满情绪，增大达成调解协议的困难程度。

对此，建议如下：

建立健全心理干预机制。妇联、心理咨询机构等相关部门共同制定适用心理干预机制的规范，针对普遍存在的家庭纠纷，特别是其中常见的离异家庭纠纷，适时启动心理干预机制；心理干预机制延伸覆盖诉前、诉中、诉后，全方位引导家庭新风尚的建立。

推动法院、基层组织等需要直面家庭纠纷的工作人员与心理干预从业人员的交流学习。加强学习交流，建立心理干预方面的的知识储备，有助于提升对家事案件的深入化解的能力。

注重未成年人成长利益的保护。未成年人是国家的未来，虽然在离婚纠纷中双方当事人可能已经感情破裂，但父母仍是孩子的法定监护人。法院可定期对特殊的离异家庭及孩子进行追踪、回访，使父母感情不和所导致的影响降低到最低；基层组织亦可追踪记录，全方位构建未成年人法律保护网络。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十四条　父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问

题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第一千零八十六条　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。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

案例 6

离婚后被前夫威胁，如何保护自身安全？

《反家庭暴力法》确立的人身安全保护令制度，主要针对家庭成员以及家庭成员以外共同生活的人实施的暴力行为。《中华人民共和国妇女权益保障法》第 29 条进一步扩展了人身安全保护令保护范围，为结束恋爱关系或婚姻关系之后仍遭受暴力侵害行为的女性，筑起坚实的防护墙。

以案释法

申请人金某（女性）与被申请人袁某（男性）原系夫妻关系，两人于 2018 年协议离婚。袁某因背负赌债难以偿还，多次骚扰金某，要求金某帮助偿还欠债。遭到金某拒绝后，袁某于 2024 年 1 月至 2024 年 3 月期间陆续向金某发送各类威胁恐吓短信及微信，声称要砍死金某及金某现男友。2024 年 3 月 12 日，金某向所在辖区派出所报警，民警立即赶赴现场，了解到系袁某再次前往金某住所骚扰金某引发纠纷。2024 年 3 月 18 日金某诉至法院，申请人身安全保护令并要求禁止袁某骚扰、跟踪、接触金某。

案件审理过程中，承办法官与袁某取得联系，袁某在电话中表现出过激状态，称其确实向金某发送过短信表示要砍死金某及其男友，同时表示人生绝望，对人世毫无留恋，其将杀死金某男友后自杀。承办法官随后致电金某，金某告知承办法官，袁某亲戚通知其，袁某已买好斧头，提醒其小心。

法院经审理认为，袁某的精神状态极其不稳定，情况急迫，故于 2024 年 3 月 19 日作出人身安全保护禁令，裁定：禁止被申请人袁某骚扰、接触申请人金某。同时在裁定书中告知袁某，如违反上述禁令，将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。本案人身安全保护令作出后，法院及时将民事裁定书送达当事人，与此同时立即将情况及相关材料反馈至区政法委、公安机关。公安机关随即启动三级联动措施，协助人身安全保护禁令的落实。人身安全保护禁令签发至今，承办法官坚持定期回访机制，向金某了解近期情况及袁某动向，确保人身安全保护令的保障落实。

法治建议

家庭暴力危害人身安全、家庭和谐乃至社会稳定，反对任何形式的家庭暴力是我国法律一贯的鲜明态度。为有效防治家庭暴力，2016 年 3 月 1 日施行的《反家庭暴力法》创设人身安全保护令制度。人身安全保护令制度确立以来，越来越多在家庭中遭受暴力的一方开始学会运用司法手段抵御侵害。但事实上，暴力侵害不仅仅来自于家庭成员内部，也常见于恋爱关系中或终止恋爱关系以及离婚之后。

本案暴力行为持续发生在当事人离婚五年之后，法院快速响应，及时作出人身安全保护令，并与相关部门联动合作，不仅快速制止了当事人面临的现实风险，而且为更多在恋爱关系或婚姻关系结束后仍遭受暴力侵害的受害人指明了自救的有效途径，使家庭成员以外的暴力行为得到有效规制。

在恋爱交友及家庭生活中，弱势一方要学会利用法律的武器保护自己，对此，建议如下：

切实加强相关法律知识学习，了解家庭暴力的隐秘性和突发性，识别家庭暴力的形式和表现。

遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险时，首要注意保护自身安全，同时第一时间报警或者向所在居（村）民委员会、妇女联合会等单位反映或求助，注意取证，采取拍照、验伤、住院治疗等方式固定、收集证据。在确有必要时，及时向人民法院申请人身安全保护令，有效规制加害人的暴力行为。

注重家庭美德建设，倡导家庭成员间互相尊重，互相体谅。职责部门应进一步加强法治宣传，通过发布典型案例、深入街道村居开展法治讲座、法律咨询等多种形式，一方面正面倡导尊老爱幼、夫妻和睦的良善风尚，另一方面告知群众遭受家庭暴力侵害后可选择救济途径和通道，鼓励支持受害者运用法律武器维护合法权益。

相关法条

一、《中华人民共和国反家庭暴力法》

第二十六条　人身安全保护令由人民法院以裁定形式作出。

第二十七条　作出人身安全保护令，应当具备下列条件：

（一）有明确的被申请人；

（二）有具体的请求；

（三）有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形。

第二十八条　人民法院受理申请后，应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请；情况紧急的，应当在二十四小时内作出。

第二十九条　人身安全保护令可以包括下列措施：

（一）禁止被申请人实施家庭暴力；

（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；

（三）责令被申请人迁出申请人住所；

（四）保护申请人人身安全的其他措施。

第三十四条　被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。

二、《中华人民共和国妇女权益保障法》

第二十九条　禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。

案例 7

夫妻一方擅自在共同房产上为父母设定抵押权，有效吗？

依据现行法律的规定，夫妻关系存续期间购买的房产，除非特别约定，即便登记在夫妻一方名下也应当认定为夫妻共同财产。为共同共有的房产设定抵押，应当征得共有人的同意，未经共有人同意擅自设定抵押的，抵押无效。然而，夫妻对房产的共有并不一定反映在公示的产权登记当中，这也给现实中夫妻一方擅自将婚内购房房产设定抵押提供了操作空间，该方可以通过设定抵押权的 行为达到离婚时多分夫妻共同财产的目的。此时，可以通过抵押权设定时的相关事实审核行为人是否具备真实的设定抵押的意思表示，若抵押权双方设定抵押的意思表示为虚假，则应当依法确认无效。

以案释法

2009 年，吴某甲与滕某登记结婚，婚后生育一女吴某乙，后两人于 2013 年登记离婚。2014 年，吴某甲购买系争房屋，登记在其一人名下。购买系争房屋时，吴某甲与其父亲吴某丙签订《抵押借款合同》，并在系争房屋上办理了抵押登记，抵押权人为吴某丙，债权数额为 281 万元。2020 年，吴某甲去世。滕某通过查询相关银行流水，发现吴某丙在 2012 年至 2014 年期间通过 15 个银行账户分数十笔间接转账给吴某甲的 281 万余元，与吴某甲自 2012 年至 2014 年期间通过 9 个银行账

户分 15 笔陆续向吴某丙夫妇、其他亲戚转账、现金存款及相应的利息，不仅在总金额上完全一致，开通账户的时间地点、每笔款项的转账或存入时间、操作银行所在地及金额也均能相互印证，因此滕某认为，吴某甲与吴某丙之间的借贷关系是虚假的。为维护自身权益，滕某作为吴某乙的法定代理人，将吴某丙诉至法院，要求法院确认吴某甲与吴某丙之间签订的《抵押借款合同》以及吴某丙对系争房屋享有的抵押权无效。

法院经审理认为，民事法律行为的意思表示应当真实。吴某甲与吴某丙虽然签订了抵押借款合同，并以系争房屋作抵押办理了抵押权登记，但根据本案查明的事实及双方当事人的陈述，尤其是 281 万余元出借资金具体来源情况，结合吴某甲、吴某丙及其他银行流水所涉人员之间均为亲属的特殊身份关系、借款后从未进行催讨、还款等不合常理之处，本院难以认定吴某丙与吴某甲之间已形成真实有效的借贷合同关系。现吴某乙主张 2014 年 8 月 22 日吴某丙与吴某甲签订的《抵押借款合同》无效，本院认为该合同确实因缺乏真意而不能具备法律效力。鉴于主债权不存在，设立于系争房屋上的抵押权亦不应具备担保物权的效力，吴某丙应及时配合吴某乙办理该抵押权的注销登记手续。

法治建议

本案是一起虚假设定抵押权引发的纠纷，亦可能涉及对夫妻共同财产的隐匿、转移。《民法典》规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。因此，以虚假的借贷关系而签订的《抵押借款合同》因缺乏真意而不能具备合同效力，设定的抵押权亦不应具备担保物权的效力。夫妻对共同财产，有平等的处理权。夫妻双方对婚姻关系存续期间形成的夫妻共同财产，平等地享有所有权，也平等地享有处分的权利，处分应当在诚实、互信、协商一致的基础上进行。夫妻一方隐藏、转移夫妻共同财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分；离婚后，另一方发现有上述行为的，还可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。可见，法律对夫妻中的不诚信一方给予了一定惩罚，也对受害一方提供了充分保护。

对此，建议如下：

社区层面要加强宣传教育，倡导诚信原则。无论是家庭生活还是社会生活中，居民都应当遵从诚信。人无信则不立，诚信乃立身之本。社区除关注养老诈骗等家庭外力因素当中的不诚信行为外，还要关注居民家庭生活中的道德风尚建设。必要时，社区要定期组织开展法律知识讲座与宣传活动，明确夫妻财产的界定、处置权限及擅自处置的法律后果。

街道方面设定家庭纠纷调解中心，配备适量专业调解人员，针对夫妻财产纠纷进行调解。调解时不仅要注重当下纠纷的解决，也要注重引导夫妻双方重建信任关系，促进家庭稳定。

基层妇联组织关注女性权益维护。现实中，由于“男主外，女主内”传统理念的影响，男性擅自处置家庭共同财产的情形相对更多。基层妇联要重点关注女性在夫妻财产纠纷中的权益保护，对遭遇丈夫擅自转移夫妻共同财产，特别是设定抵押权情形的，可以及时给予法律援助。日常也要注重女性维权知识的培训和引导，更要通过各种宣传渠道向广大女性宣传夫妻共同财产的重要性，增强女性在处理家庭财产方面的参与度和话语权。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一百四十三条　具备下列条件的民事法律行为有效：

（一）行为人具有相应的民事行为能力；

（二）意思表示真实；

（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

第一百四十六条　行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

……

第三百九十三条　有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

（二）担保物权实现；

（三）债权人放弃担保物权；

（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

案例 8

未持有墓穴证的死者近亲属，不得行使落葬权？

父母子女关系包裹着情与利。实践中，父母自行出资购买墓穴后，与众子女协商确定认购人为其中一子女的情况并不罕见。父母离世后，子女间因遗产多有矛盾是为常态。认购人多以拒绝提供墓穴证书作要挟，致使父母骨灰难以落葬。根据合同相对性原则，一般情况下，合同相对方享有合同权利，但简单以其他近亲属非合同相对人驳回起诉，不符合情理。殡葬服务合同涉及死葬，本质不同于一般民事合同，合同主体认定应遵循公序良俗原则，以达法理与情理的融合。

以案释法

戴某甲与瞿某生育一子四女，即儿子戴某乙及戴某丙等四女儿。2000 年 10 月，戴某甲与瞿某自行出资购买上海某留园双人穴。经家庭协商一致，墓穴证书认购人确定为儿子戴某乙，由长女戴某丙保管。2016 年，戴某甲故世后，其骨灰迁入对应墓穴安葬。此后，戴某丙将墓穴证书转交戴某乙保管。因戴某乙素有好吃懒做之恶习，故瞿某为保住戴某乙的安身之所，早早就其个人房产做好遗嘱公证，待瞿某百年后，房产由戴某丙等四女儿继承。2022 年 3 月，瞿某因病去世。完成追悼仪式后，五子女择期共同前往墓园办理瞿某落葬手续。落葬当日，戴某乙要求四女儿放弃继承瞿某遗产无果，便未配合戴某丙等四女儿提供墓穴证书以拒绝办理瞿某的落葬手续。戴某丙等四女儿遂请求上海某留园协助落葬，但因无法提供瞿某墓穴证书，墓园予以拒绝。自此，瞿某骨灰寄存于墓园已达七个月之久。2022 年 11 月，戴某丙等四女儿向法院起诉要求上海某留园、戴某乙协助办理瞿某手续。2023 年 2 月，法院作出支持戴某丙等四女儿诉讼请求的判决。

法院经审理认为，根据墓穴证书，上海某留园某墓穴系为戴某甲与瞿某利益而购买，供两人殡葬使用，瞿某享有对案涉墓穴的使用权。鉴于瞿某客观上无法为自己主张权利，基于公序良俗，在瞿某亡故后，戴某丙等四人作为其女儿，有权代为行使该权利，故上海某留园有义务协助戴某丙等四女儿办理瞿某的骨灰落葬手续。就案涉墓穴的认购人戴某乙，作为瞿某儿子，理应尊重死者入土为安之心愿，断不能以死者遗产分配存在纠葛为由拒绝办理落葬手续，导致瞿某骨灰迟迟不能安葬，此举有悖于一般社会道德。作为子女妥善处理死葬为中华民族恪尽孝道的应有之义，故戴某乙在其力所能及之范围内让母亲身后得到安详之所，系为人子女之底线，其有义务协助办理瞿某的落葬手续。入土为安系人伦之大事，相较遗产之纠葛，孰为轻重，不言自明。综上，戴某丙等四女儿要求上海某留园、戴某乙协助办理瞿某落葬手续的诉讼请求，予以支持。

法治建议

本案是一起“公序良俗原则”与“合同相对性原则”冲突引发的纠纷。一般情况下，依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，此为合同相对性原则应有之义，但法律另有规定，该原则可被突破。墓穴证书载明相应认购人，可知墓穴合同主体为认购人与墓园。根据合同相对性原则，在墓园拒绝办理墓穴使用人落葬手续的情况下，应由认购人主张相应权利。然父母逝世，子女

因遗产分配多有矛盾，以致死者骨灰不得落葬的惨剧常有发生。叶落归根、入土为安，始终是中华儿女内心坚守的传统观念与善良风俗。子女于父母亡故后，理应妥善安葬或安置父母遗体或骨灰，此亦为社会主义核心价值观外化于行的实践要求。为人子女，因一己之私，以拒绝落葬为要挟，此罔顾人伦的行为，不仅侵害了父母享有的墓地使用权，更严重挑战了社会道德底线。为让逝者安息，其他近亲属要求墓园与认购人协助办理安葬手续的诉求显然符合社会大众所公认的公序良俗。墓穴合同承载着父母子女感情、家庭人伦等复合因素，因此，行使合同权利主体的认定，法院的审查也不同于一般民事活动中合同权利主体的审查，一方面，要保护认购人的合法权益，另一方面，要审查权利主张主体突破合同相对性原则行使落葬权能否符合公序良俗。

对此，建议如下：

百善孝为先，常存仁孝心。羊有跪乳之恩，鸦有反哺之义。做子女当有为父母养生送死之义务。面对利益纠葛，子女应常怀感恩之心，多以包容，只有这样，亲情才更加温暖绵长。

民政部门可就殡葬服务合同中的该类问题向墓园经营者作出工作提示。近年来，此类持有认购证的主体利用墓园管理上必须出示认购证的要求，阻挠正常的、符合善良风俗的落葬，引发多起纠纷。而在部分情况下，如双穴墓已落葬夫妻一人现确为另一方待落葬，若确认要求落葬的对象符合合同约定、落葬顺应善良风俗的，可以灵活处理而非一味让家属为此诉讼。墓园还可以建立墓穴认购档案，或者在订立合同时对行使落葬时的启动设定具有一定机动性的条件，让确需安葬者得以尽早入土为安，而非裹挟于生者的利益纠葛。

相关法条

《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。

第一百三十二条　民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。

离婚后孩子归谁，全听孩子意愿？

2024-12-01　法治日报

http://h5epaper.legaldaily.com.cn/content/20241201/Article05002SR.htm

□　本报记者　　徐伟伦

□　本报通讯员　王昱轩　王俐然

根据未成年人意愿要求变更抚养关系，一定会得到法院的支持吗？

近日，北京市第三中级人民法院就审理了这样一起纠纷，法院审理后认为，父亲张某违背离婚协议承诺，擅自将大儿子大张从拥有抚养权的孩子母亲处接走，且一直共同生活，大张在长期未见到母亲的背景下形成的意愿，不足以成为判定抚养关系是否需要变更的唯一依据，且结合社会观护报告中的内容等情节，法院认定大张提出

变更抚养关系的相关意愿并不符合其最大利益，据此没有支持变更抚养关系的诉讼请求。

接走孩子未“还”诉请“由己抚养”

张某与赵某于 2010 年 1 月登记结婚，后生育大张和二儿子小张，双方于 2018 年 4 月办理离婚登记，协议约定两个孩子均由母亲赵某直接抚养，张某无需支付抚养费，享有探望的权利。此后，两个孩子随赵某共同生活，张某定期探望。

2022 年 6 月，张某接走大张后就一直处于共同生活的状态。对此，张某称系大张不愿意回到赵某处生活。2023 年 1 月，张某以大张希望跟其共同生活，且其具备抚养能力为由，将赵某诉至法院，请求由其直接抚养大张。

法院征询大张意愿，大张亦表示愿意随父亲共同生活，后经征询张某和赵某同意，法院委托青少年社工事务所就本案开展了社会观护。观护报告显示：大张偏内向，喜欢弟弟，在与母亲、弟弟交流时活泼、幽默；大张表示更愿意和父亲共同生活，是因为父亲陪其玩耍，不要求其参加辅导班、完成作业，且父亲家保姆做饭更合胃口；而母亲在课内外学习方面对其要求相对严格，限制其吃零食，禁止其喝含糖饮料，且其认为母亲对弟弟更好自己存在感不强。

父亲违约在先有悖诚信

对于这样一起纠纷，北京三中院经审理认为，综合双方诉辩主张，本案的争议焦点为法院能否依据大张表示愿随张某共同生活的意愿变更抚养关系。

法院认为，张某与赵某离婚后双方就抚养事宜一直如约履行，直至 2022 年 6 月张某接走大张探望，自此大张一直随张某共同生活，至于其原因，张某辩称系大张本人不愿回赵某处生活，但其并未提供充分证据加以证明，根据证据规则，法院不予采信。同时，法院对于张某此项违反离婚协议约定、有悖诚信的行为，予以否定性评价。

此外，法院认为，张某的上述行为强行分离和阻断了大张与母亲正常的生活联络和情感交流，导致大张长期无法与母亲亲近。时至法院及社会观护机构征询大张意愿，赵某已有近一年的时间没有见到大张，故法院难以判断大张表达意愿时对母亲的认知是否正常、充分，大张的意愿不足以成为认定抚养关系是否变更的唯一依据。

根据社会观护报告中大张对于父亲和母亲的对比，结合其心理感受，法院认为，虽然赵某需要在进一步了解大张需求的基础上适当调整陪伴方式，同时注重平衡对两个儿子的爱，但无法据此认定赵某存在不利于大张健康成长的行为。大张在对比父亲和母亲过程中谈到的“母亲相对严格要求其学习、限制其吃零食、不许其喝含糖饮料”，均有利于大张形成良好的学习习惯和健康的饮食习惯，有利于其健康成长。据此，法院认为，大张虽表达了喜欢随父亲共同生活的意愿，但据其所述原因，并不符合其最大利益。

据此，法院综合上述大张更喜欢随父亲共同生活意愿的形成背景及原因，依据“最有利于未成年人”原则，对于张某要求变更大张抚养关系的诉讼请求，不予支持。

孩子意愿并非唯一判断依据

“八周岁以上未成年子女意愿的形成，有可能受到外来因素的影响，亦有可能因其不成熟或非理性而作出不符合其最大利益的选择。”负责审理这起案件的北京市三中院未成年人案件综合审判庭法官刘艳辉庭后表示，八周岁以上的未成年子女虽系限制民事行为能力人，但其有一定的自主意识和认知能力，能够依据切身感受到的父母的照顾关爱情况，对于成长环境优劣作出一定的识别和判断，故人民法院应尊重其独立个体身份。

不过，刘艳辉同时指出，人民法院“尊重”孩子意愿并不等于无条件采纳，未成年人利益最大化不仅应体现为程序利益最大化，更应体现为实

体利益最大化，法院应以符合“最有利于未成年人”原则为出发点，审查未成年子女意愿的形成背景及原因，确定未成年子女意愿是否为其真实意愿，是否符合其最大利益，对于符合未成年人最大利益的真实意愿，人民法院应予以尊重，否则，应遵循“最有利于未成年人”原则予以裁判。

据介绍，《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）》第五十六条规定：“具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；（二）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响；（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；（四）有其他正当理由需要变更。”

今年“六一”前夕，最高人民法院发布的《关于全面加强未成年人司法保护及犯罪防治工作的意见》明确规定，未成年子女表达的意见不利于其身心健康成长的，人民法院应当予以释明，并依据“最有利于未成年人”的原则进行裁判。

对于该案的判决，中国政法大学民商经济法学院教授席志国认为，我国民法典第一千零八十四条明确了“最有利于未成年子女”以及“尊重满八周岁的未成年子女真实意愿”这两个原则，法院要综合该未成年人的具体年龄、主观认知情况以及其愿意与一方共同生活背后的真正原因，乃至于父母双方的实际情况等加以综合判断。

“未成年子女本身的认知能力尚未足够成熟，能否真正判断何种情形对自己最为有利，难以一概而论。因此，法律仍然将其作为限制行为能力人，将其法律上的权利仅限于为其日常生活所必须且性质不复杂的范围之内，原则上其实施法律行为需要法定代理人代理或者取得其同意。”席志国说，在离婚诉讼中，究竟由哪一方来直接抚养未成年子女不能仅仅依据该未成年子女的意愿而定，变更抚养关系的诉讼中需要有更强的理由，决不能将孩子意愿作为唯一的理由，需要综合考量各种因素予以判断。席志国认为，法院的上述判决，对于未来司法裁判具有较大的借鉴意义和指导价值。

漫画/高岳

陕西高院联合省妇联发布涉彩礼纠纷典型案例

2024-12-12　陕西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/12UJxoGFpNfJMbvY5xhfow

彩礼源于古代“六礼”，寄予着人们对婚姻爱情的美好愿望。但近年来，彩礼持续走高，婚嫁攀比之风悄然蔓延，有违彩礼的初衷，也给婚姻埋下隐患，是婚姻家庭矛盾产生甚至激化的重要因素。2021 年，中央一号文件连续三年对治理高额彩礼，移风易俗提出工作要求。2024 年 2 月，最高人民法院发布涉彩礼纠纷司法解释并施行。一年来，全省各级法院、各级妇联组织积极贯彻落实中央要求，及时回应群众关切，妥善化解、审理了一批涉彩礼纠纷，维护了群众合法权益，推进基层移风易俗，弘扬了新时代文明家风。为发挥典型案例的引导作用，我们从全省法院、全省妇联办理的涉彩礼纠纷案件中选取 5 件典型案例予以发布。

陕西省高级人民法院 陕西省妇女联合会

涉彩礼纠纷典型案例

案例 1　已办理结婚登记但共同生活时间较短可请求返还彩礼——杨某诉苏某某离婚纠纷案

案例 2 彩礼范围应当结合当地风俗习惯、人均收入等因素综合认定——程某诉张某、张某某、屈某某婚约财产纠纷案

案例 3 给付彩礼导致家庭困难的，离婚时给付的高额彩礼可请求适当返还——谢某某诉郑某离婚纠纷案

案例 4 订婚后未办理结婚登记的彩礼可适当返还——胡某某诉汪某某婚约财产纠纷案

案例 5 社区妇联参与调解，成功化解家事矛盾——朱某与何某婚约财产纠纷案

01 已办理结婚登记但共同生活时间较短可请求返还彩礼——杨某诉苏某某离婚纠纷案

【基本案情】

杨某与苏某某经人介绍，于 2022 年 3 月办理结婚登记，婚后未生育子女，双方共同生活居住至 2022 年 7 月。因夫妻感情不睦，杨某起诉要求离婚。婚前，男方苏某某曾给付女方杨某彩礼 10 万元，女方杨某向男方苏某某退还了 1000 元。

【处理结果】

法院经审理认为，根据《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》第五条规定，彩礼应否返还以及返还数额，应综合考虑彩礼数额、是否办理结婚登记、结婚时间、共同生活情况、有无生育等因素。本案杨某与苏某某虽办理了结婚登记，但实际生活时间较短，未形成稳定的婚姻家庭关系。法院在判决双方离婚的同时，判决女方杨某向男方苏某某返还彩礼 65000 元。

【典型意义】

给付彩礼的目的是缔结婚姻，办理结婚登记是缔结婚姻的法定形式要件，双方长期稳定共同劳动和共同生活才是婚姻的本质特征。因此，共同生活时间长短应当作为离婚纠纷中确定彩礼返还以及返还比例的考量因素之一。

02 彩礼范围应当结合当地风俗习惯、人均收入等因素综合认定——程某诉张某、张某某、屈某某婚约财产纠纷案

【基本案情】

张某某、屈某某系张某父母。程某与张某于 2020 年 6 月订婚后同居生活，2021 年 5 月按当地风俗举行结婚仪式，同年 11 月，双方发生矛盾，协商退婚事宜未果，程某遂诉至法院。另查明，恋爱期间，程某给付张某彩礼、“倒酒钱”、“香火费”、“离娘钱”及红包等共计 166700 元，并给张某购买礼品及“三金”。

【处理结果】

法院经审理认为，双方虽按农村习俗举办了婚礼，且以夫妻名义共同生活，但未办理结婚登记，程某主张返还彩礼符合法律规定。另外，考虑到双方已举办结婚仪式且已共同生活，故酌情判决由张某及其父母向程某返还彩礼 11 万元。关于彩礼范围，法院根据媒人证言、双方当庭陈述，结合当地风俗习惯，对现金彩礼、“香火钱”、“离娘钱”、“三金”认定为彩礼，其余双方交往期间的礼品等未认定为彩礼。

【典型意义】

彩礼在各地因风俗不同，称谓和表现形式也不同，如“彩礼”、“香火钱”、“三金”等，司法实践中，人民法院应当结合当地习俗和人均收入等，确定彩礼返还范围。该案对于引导农村文明婚俗具有典型意义。

03 给付彩礼导致家庭困难的，离婚时给付的高额彩礼可请求适当返还——谢某某诉郑某离婚纠纷案

【基本案情】

谢某某与郑某于 2018 年 1 月登记结婚。双方均系再婚，男方谢某某婚前无子女，女方郑某婚

前生育两个子女。双方婚前协商谢某某婚后入赘郑某家，并要求谢某某给郑某家 8 万元作为成婚押金，另购买“四金”及手机等花费 19100 元。婚后，郑某带孩子住在娘家，谢某某长期在外打工，节假日偶尔回家与郑某共同生活，夫妻感情不睦。谢某某起诉离婚并要求退还彩礼。另查明，谢某某父母均已离世，其户籍地老房已成危房，谢某某在外打工租房居住。

【处理结果】

法院经审理认为，结合男方谢某某自身家庭情况，可以认定给付彩礼数额较大，造成谢某某生活困难。另外，考虑双方共同生活时间较短、婚后无子女等，法院酌情判决郑某返还谢某某彩礼 64415 元。

【典型意义】

本案中，法院考虑男方的家庭情况，因给付彩礼以及婚后男方的持续付出给男方造成经济困难及心理创伤，故判决女方酌情返还彩礼，有利于平衡双方在婚姻中的付出和损失，引导男女双方树立正确的家庭观，弘扬夫妻双方共同劳动、互敬互爱的家庭美德。

04 订婚后未办理结婚登记的彩礼可适当返还——胡某某诉汪某某婚约财产纠纷案

【基本案情】

胡某某与汪某某 2019 年 2 月相识，后确定恋爱关系并订婚，约定 2020 年初结婚，后双方未登记结婚。男方胡某某为订立婚约合计向女方家庭给付彩礼等 80000 元。男方胡某某起诉要求返还彩礼。

【处理结果】

法院经审理认为，双方当事人未办理结婚登记，现有证据不足以证明双方持续、稳定地共同生活，双方并未建立起深厚感情。胡某某为缔结婚姻有实际付出。故双方订婚中胡某某支付的定亲礼、彩礼在扣除日常花费后应予适当返还。经法院调解，双方当事人自愿达成协议由女方汪某某返还男方彩礼 40000 元。

【典型意义】

本案调解处理，妥善化解了订婚后未能结婚情形下，高额彩礼给男方家庭造成的损失，平衡了双方的利益，传递出人民法院对“高额彩礼即是婚姻护身符”这一陋习的鲜明态度，引导青年男女树立正确的婚恋观，营造新时代文明家庭新风尚。

05 社区妇联参与调解，成功化解家事矛盾——朱某与何某婚约财产纠纷案

【基本案情】

朱某与何某结婚不到半年，朱某即提出离婚，并表示 13 万元彩礼一分不退，双方争吵无果，僵持不下，矛盾愈演愈烈，遂找到社区妇联寻求帮助。

【处理结果】

本案双方离婚前，朱某与何某前往社区妇联请求调解。社区妇联婚调员细心劝解，及时做双方思想工作，并联系了双方家人共同参与劝解，先后集中调解 3 次、单独调解 4 次。最终男方同意退还女方嫁妆，女方同意退还男方 11 万元彩礼，同时双方约定彩礼由社区工作人员保管。后双方协议离婚，社区将彩礼转交给了男方。

【典型意义】

各级妇联组织是家事矛盾化解的重要力量，也是家事纠纷调处的前沿阵地。社区调解员长期生活在基层，了解群众的家务事烦心事，因而熟悉化解方法，是群众身边家事矛盾调处的贴心人。本案社区妇联成功调处因彩礼退还产生的婚姻家庭矛盾，发挥了基层妇联组织在家事矛盾纠纷化

解中的“宣泄阀”作用，体现了基层妇联化解矛盾的柔性特征，有利于从源头预防家事矛盾升级。

设立居住权能对抗强制执行？|中国司法案例研究中心

原创：2024-12-17 判例研究
https://mp.weixin.qq.com/s/NVZ4hBPqSMd83_18Byl GJA

编者按

居住权在《民法典》中完成了从无到有的创立，但其理论架构尚不成熟、与程序法的衔接不顺畅、居住权登记工作尚未全面落实，导致在“房住不炒”政策逐渐落地、房地产市场增速放缓的当下，有的当事人创设出通过设立居住权来延缓甚至对抗强制执行的策略，这种低成本、高收益的“保房”方法，给强制执行程序的推进带来极大的堵塞。本文以一则案例为引，探讨居住权对抗强制执行的相关问题，以期带来一定的思考。

案情回顾

被执行人王某名下在本市有一处房屋，2022 年 11 月，王某将本套房抵押给某银行获取贷款。2023 年 7 月，王某又为前妻在房屋上设定大额抵押权，同月，王某还在房屋上为其母亲李某设定终身居住权。某银行起诉王某要求归还欠款，为及时兑现申请执行人的合法权益，法院决定拍卖被执行人名下该套房屋。法院认为，被执行人王某在本市某房屋为案外人李某设立的居住权，晚于某银行在上述房屋设立的抵押权。该居住权存在于上述房屋，已经影响房屋的评估价格，进而影响了某银行在先设立的抵押权的实现。据此，依照法律规定，宝山区人民法院作出执行裁定，涤除案外人李某在房屋上的居住权。然而，在执行过程中，案外人李某提出执行异议，认为其对该套房屋具有居住权，请求法院不得执行该房屋。法院审理后认为，依据《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》，申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，故依法驳回案外人李某的异议申请，李某未继续向人民法院抗辩上诉，该驳回裁定已生效。

（案件来源：微信公众号“上海高院”）

案件评析

一、居住权对抗执行的法律依据

《中华人民共和国民法典》（以下简称《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。

《民法典》第三百六十八条：居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

《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》（以下简称《拍卖规定》）第二十八条：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。拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。

二、居住权对抗执行的处理规则

根据《拍卖规定》第二十八条可知，我国现行法律规范对于执行不动产上的用益物权采用以承受主义为原则、以涂销主义为例外的模式。以承受主义为原则，是指不动产上顺位在先的用益物权，不因该不动产的强制变价而消灭，在强制变价后由该不动产的买受人承受。在这种情况下，居住权不会因为拍卖去除，而是继续存在于该房屋上，居住权人也可以继续在此居住以实现自己的权利。以涂销主义为例外，是指对于执行标的不动产上除了顺位在先的用益物权外还有顺位更为在先的担保物权及其他优先受偿权的例外情形，该用益物权因该不动产的强制变价而消灭，在强制变价后该不动产的买受人无需承受。以居住权为例，当发现在居住权之前该房屋还设立了担保或其他优先受偿权等情况，此时应当将顺位靠后的居住权依法强制涤除，以实现顺位在前的权利。

三、强制执行居住权的审查模式

在执行设有居住权的房屋时，法院首先应当协调当事人一起协商涤除居住权，若当事人达成一致，法院可将居住权涤除后上拍；若不能就涤除居住权协商一致，法院则应当听证并进行实质审查，审查内容为是否应当带居拍卖。结合前文所述的居住权对抗强制执行的处理规则，应以权利性质以及设立时间作为判断标准，对于普通债权且设立于查封前的居住权，或在抵押权之前已设立的居住权，应当带居拍卖；若居住权晚于抵押权设立且影响抵押权的实现，法院则应根据《拍卖规定》第二十八条规定强制涤除居住权并进行拍卖。

四、如何判断恶意设立居住权对抗强制执行？

与本案中被执行人的做法类似，实践中有许多当事人创设出各式各样以设立居住权来逃避债务、保住房屋的方法，不仅加剧了执行难的问题，更对社会诚信带来严重冲击。因此有必要对判断恶意设立居住权对抗强制执行的标准进行讨论：

1. 居住权设立时间。若居住权设立于债务产生后，甚至是在房屋已经查封后设立，此时当事人主观上就有很大概率为恶意。

2. 居住权人是否实际居住。居住权的创制目的主要为保障居住权人生活所需，因此判断时需要考虑居住权人是否实际居住以及居住时间的长短。

3. 居住权人是否需要通过设立居住权来保障基本生活权利。应当注意居住权人的经济状况、现实需求等因素，判断是否有必要设立居住权来保障居住。

若符合恶意设立居住权对抗强制执行的特征，应当综合考虑强制执行程序中居住权的审查模式，以及是否符合《民法典》第一百五十四条恶意串通的民事法律行为无效的规定，综合判断是否应当涤除居住权。

参考文献：

1. 王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》，2019 年 07 期。

2. 刘颖：《居住权排除强制执行的规则研究》，载《北方法学》，2024 年 04 期。

居住权制度能够完善住房保障体系，提升房屋的利用效率，有助于应对老龄化的挑战、保障人民的居住权益，实现“住有所屋”的目标。如何既能发挥好居住权的作用，又能保护债权人的权益，这就要求我们进一步界定居住权的制度定位，做好民事实体法与程序法相衔接，准确把握理论内涵，妥善解决相关纠纷。

（本文仅代表作者个人观点）

北京法院 4 篇案例入选“2024 年北京市依法保障妇女儿童合法权益典型案例”

2024-12-18 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/XChZ5ctnHnzJpoNKCXpTcw

2024 年 12 月 12 日，北京市妇联联合市高级法院、市检察院、市公安局、市司法局、市人力资源和社会保障局、市总工会发布“2024 年北京市依法保障妇女儿童合法权益典型案例”（点击查看）。这是自 2016 年起，北京市第五次发布全市依法保障妇女儿童合法权益典型案例。

此次发布的 13 个典型案例，聚焦新时代新形势下妇女儿童权益保护工作中较为突出和妇女群众较为关心的重点难点问题，涉及妇女儿童人身权利、财产权益、劳动和社会保障权益、婚姻家庭权益等各方面内容。

北京法院有 4 篇案例入选。其中，**李某诉某科技公司网络侵权责任纠纷案**，明确了针对严重侵害未成年人人格权益的违法信息，网络服务提供者应当按照最有利于未成年人的原则，履行法律规定的网络保护义务，主动及时进行监测和处置。**李某诉张某、王某财产损害赔偿纠纷案**，系北京市首例居民委员会作为临时监护人代理未成年人提起财产损害赔偿的案件，法院充分发挥涉未成年人案件“立、审、执”专人专案专办机制，联合多个部门通力协作，帮助未成年人追回巨额财产。**李某诉高某、张某申请人格权侵害禁令案**，通过人格权侵害禁令，对抢夺、藏匿未成年子女，拒绝探望等侵害监护权的行为，给予明确的否定评价和法律震慑，有力护航未成年人健康成长。**未成年子女探望执行案**，法院、妇联创新家事调解与家事执行对接工作机制，创办“伴视家园”，通过人民调解、婚姻家庭辅导、社会工作服务、心理疏导、温情陪伴等，最大化发挥法院、司法、民政、妇联等部门在婚姻家庭纠纷预防、化解中的作用。

北京法院入选案例

案例 1：李某诉某科技公司网络侵权责任纠纷案

【基本案情】

未成年人李某（女）与同学王某在学校期间因琐事产生矛盾。王某委托另一同学郭某通过被告某科技有限公司运营的社交软件制作了一段视频，该视频中包含李某肖像、姓名、微信号等个人信息，并含有涉性谣言、招嫖广告等内容。该视频在社交软件发布后迅速传播，一天内浏览量超过三万次。李某发现后报警，涉案视频因他人投诉下架。后李某诉至法院，要求法院判令某科技公司赔偿精神损害抚慰金及维权合理支出。

【案件办理情况】

法院经审理认为，在认定网络服务提供者是否应承担民事责任时，需秉持最有利于未成年人原则，结合具体案情进行评判。由于未成年人易受侵害的特点，且网络传播具有瞬时性和广泛性，人格权一旦遭到侵害即可能产生不可逆的损害，网络服务提供者对涉未成年人信息的审查，应当尽到更高注意义务。本案涉案视频中有清晰的李某面部近照，从面貌特征上可推知信息主体系未成年人的可能性较高，视频使用了极端恶俗、下流的语言针对女性未成年人进行人格侮辱和人身攻击，还披露了李某姓名、微信号等个人信息，不

仅可能引发人肉搜索和侵扰私人生活安宁、侵犯隐私的风险，还严重侵害女性未成年人名誉权。涉案侵权内容违法性显而易见、易于识别判断，视频在短时间内即引发了较高的网络关注，同时，被告未能证明其采取了关键词信息筛查、人工审查等措施。因此，本案符合法律规定的网络服务提供者应当知道网络用户侵权的情形，在网络服务提供者未采取必要措施的情况下，应当与网络用户承担连带责任。本案中，李某选择向软件运营者主张全部赔偿责任，于法有据，法院予以支持。

【典型意义】

本案是一起涉及依法惩治网络暴力和学生欺凌行为的典型案例。由于未成年人身心尚未成熟，自我保护能力不足，加之利用网络侵犯人格权具有传播速度快、影响范围广等特点，更有必要强化网络环境中对未成年人的特殊、优先保护。本案裁判明确，网络服务提供者除承担“通知-删除”的事后处置义务外，还应尽到采取预防侵权措施的事前义务和“明知或应知”侵权行为情况下的事中处置义务，特别是对严重侵害未成年人人格权益的违法信息，网络服务提供者应当按照最有利于未成年人的原则，履行法律规定的网络保护义务，主动及时进行监测和处置。

案例 2：李某诉张某、王某财产损害赔偿纠纷案

【基本案情】

李某（女）系未成年人，祖父母及外祖父去世多年，2020 年父母相继去世，李某唯一直系亲属即外祖母孙某成为李某监护人。张某系李某母亲生前护工，李某母亲去世后，张某将孙某、李某带至其户籍地共同生活，张某及其妻王某照顾祖孙生活起居。2022 年孙某去世后，李某户籍地居委会联系张某将李某送回北京，并作为临时监护人将李某暂时交由区福利院照顾。李某堂叔及张某均向法院起诉申请指定本人为李某监护人。案件审理期间，法院调查发现李某曾从其母亲名下继承一套房产，该房产已被外祖母孙某出售，购房人向孙某银行账户转入的购房款中，有 81.5 万元被转入张某夫妇银行账户。法院认为张某夫妇涉嫌侵害李某财产权益，即将线索通报属地居委会、民政局及妇联。

【案件办理情况】

属地居委会接到法院通报线索后，作为李某临时监护人积极履行监护职责，经调查后向法院提起诉讼，要求张某夫妇返还 81.5 万元，并申请财产保全。法院受理该案后，第一时间裁定对张某、王某名下价值 81.5 万元的财产予以冻结。属地妇联及时协调，安排法律援助律师为李某和居委会提供诉讼代理服务。法院认定，张某夫妇将孙某钱款转入自己账户的行为侵害了李某财产权益，鉴于张某夫妇照顾李某祖孙两年有余，结合当地生活水平、护理标准等因素，综合确定张某夫妇返还 74.5 万元。判决作出后，张某夫妇未上诉。判决生效后，法院发挥涉未成年人案件“立、审、执”专人专案专办机制，第一时间将案款执行到位。

【典型意义】

本案系我市首例居民委员会作为临时监护人代理未成年人提起财产损害赔偿诉讼的案件。法院在审理指定监护案件时，发现并移送未成年人权益受损线索。居委会切实履行临时监护职责，依法提起诉讼。法院、居委会、民政、妇联等多个部门积极联动，帮助未成年人追回巨额财产，为其生存与发展提供重要经济保障，体现了最有利于未成年人的原则，落实对未成年人特殊、优先保护，保障了未成年人合法权益。

案例 3：李某诉高某、张某申请人格权侵害禁令案

【基本案情】

高某（男）与李某系夫妻，双方于 2016 年 9 月生育一子小高，张某系高某之母。高某与李某因感情不和于 2022 年 4 月分居，小高随李某生活，后高某、李某分别向法院提起离婚诉讼。离婚诉讼期间，小高在上学途中被高某、张某带走藏匿，李某只能通过微信视频与小高进行为数不多的几次沟通。李某以高某、张某侵犯其对小高的监护权为由向法院申请人格权侵害禁令，请求禁止高某、张某藏匿小高，立即停止侵害李某监护权。

【案件办理情况】

案件审理过程中，高某、张某辩称没有藏匿小高，李某虽要求见面，但双方对此未能协商一致。法院经审理认为，李某、高某对小高的抚养存在争议，小高被高某、张某带走后，李某多次询问小高住所并要求与小高见面，高某、张某未予回复，亦未能提供妥善方案与李某协商解决探望等相关事宜。高某作为小高的父亲，在离婚诉讼期间应理性约束自身行为，充分尊重对方抚养、教育、保护子女的权利，为子女健康成长营造良好的环境，故裁定禁止高某、张某藏匿小高，禁止侵害李某监护权。

【典型意义】

对未成年人抚养权的争夺往往伴随着成年人激烈的婚姻家庭矛盾，通过抢夺、藏匿未成年人来争夺抚养权的行为不仅侵害了另一方家长的监护权，而且严重影响未成年人的健康成长。民法典规定对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，可以参照适用人格权保护的有关规定。父母对未成年子女抚养、教育和保护的权利是一种重要的身份权，针对抢夺、藏匿未成年子女等侵害监护权的情形，当事人可以向人民法院申请人格权侵害禁令。本案通过人格权侵害禁令，对抢夺、藏匿未成年子女、拒绝探望等侵害监护权的行为进行明确的否定评价和法律震慑，增强了当事人的法律意识，有力护航未成年人健康成长。

案例 4：未成年子女探望执行案

【基本案情】

2023 年 3 月，张某（女）起诉孟某（男）离婚，在诉讼阶段双方达成和解，约定女儿依依由母亲张某抚养。离婚后，张某以各种理由拒绝孟某探望，孟某向法院申请强制执行。法官联系双方当事人调解，张某情绪激动，称婚姻存续期间，孟某经常对其实施家庭暴力，女儿目睹暴力过程，已经出现了害怕、焦虑、睡眠障碍等不良精神状态，申请法院终止执行探望。

【案件办理情况】

为了打破困境，法官带依依及其父母到区法院与区妇联联合创办的“伴视家园”进行矛盾调解和探望执行。法官、法警、妇联干部、巾帼家事调解员全程陪伴、参与调解，同时引入心理咨询师对依依进行心理调适和评估，依依表现出自我保护的状态。执行法官释明，离婚后不直接抚养孩子的一方享有探望的权利。通过耐心调解、温情陪伴，张某认识到参与孩子的成长过程既是父亲的权利，更是对未成年人的保护。最终，在多方共同努力下，双方当事人打开了心结。

【典型意义】

离婚案件未成年子女探望权执行难是困扰家庭关系的一大难题，其中有家长阻挠、子女拒绝、亲情淡化等主观因素，也客观存在探望场地、伴访人员、专业力量紧缺等问题。本案中，法院和妇联坚持和发展新时代“枫桥经验”，创新家事调解与家事执行对接工作机制，创办“伴视家园”，通过人民调解、婚姻家庭辅导、社会工作服务、心理疏导、温情陪伴等，最大化发挥法院、司法、民政、妇联等部门在婚姻家庭纠纷预防化解、妇女

儿童合法权益保障中的作用，将情理法融合，为破解探望执行难题提供了思路。

编辑：刘宇航
审核：张磊

子女能否起诉要求被不直接抚养的父母一方探望？｜基层治理案例（家事纠纷篇）③

2024-12-18 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/x4g6ZUnETXDKCPJ-LKhM2A

根据民法典第一千零八十四条第二款的规定，离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。婚姻关系的破裂并不能断绝父母与子女之间的情感纽带，父母的陪伴与教养在子女成长过程中扮演着至关重要的作用。父母对子女进行探望不仅是法律赋予不直接抚养子女一方的法定权利，更应是其继续履行抚养、教育、保护未成年子女的法定义务。作为未成年子女，不仅是被探望的对象，亦享有主动请求和接受探望的权利。

以案释法

2011 年 7 月，卢某与杜某甲登记结婚，双方在婚姻期间生育一子杜某乙。2012 年 11 月，卢某与杜某甲办理了离婚登记。《自愿离婚协议书》约定，杜某乙由母亲抚养，杜某甲每月支付生活费、教育费、医疗费、保险费 1000 元，每年递增 20%，直至杜某乙年满十八周岁止。探望事项约定为：杜某甲每月可探望杜某乙 1 次。然而协议签订后，杜某甲每年仅汇付 12000 元赡养费，但从未探望过杜某乙，甚至逐渐断绝联系。杜某乙及母亲卢某希望杜某甲依法承担起其应负的责任，无论是在经济上还是在抚养探望上都能尽到做父亲的职责，故诉至法院，请求判令杜某甲补付 12 年的抚养费，并至少每月一次探望杜某乙以承担抚养教育之职责。

法院经审理认为，探望权是亲权的重要组成部分。未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合。探望权不仅是父母关怀子女的重要方式，也是子女健康成长的期待要求；不仅是法律赋予父母的权利，更是父母身上一份沉甸甸的责任。离婚后，虽然父母间的夫妻关系已经消灭，但父母与子女之间的关系仍将长久存在，不直接抚养子女的父母仍应尽到抚养、教育的职责，关怀子女的生活、教育、健康，弥补对子女陪伴的缺失，增进情感的交流。

本案中，杜某乙正处于青春期，最需要父亲的关心呵护。而杜某甲在离婚后十余年来从未探望过孩子，漠视了孩子的情感需求，错过了孩子的教育成长，侵害了未成年人的合法权益，法院依法对杜某甲予以训诫，并责令其定期探望杜某乙并接受家庭教育指导。

法治建议

父母离婚最受伤的往往是孩子。探望子女不仅仅是不共同生活的父母与子女见面和团聚，弥补对子女陪伴缺失的过程，也是父母及时了解子女生活、学习情况，与子女沟通交流和精神抚慰的过程，更是让子女感受父母关爱，促进身心健康成长的过程。根据民法典第一千零八十四条第二款的规定，离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。父母探望子女具有权利和义务的双重属性，不仅是赋予不直接抚养子女

一方的法定权利，也是其继续履行抚养、教育、保护未成年子女的法定义务。

对此，建议如下：

● 加强法治宣传。当父母离婚后，司法机关、社区及妇联等机构更应将关怀投递给这些离异家庭的孩子。离异父母探望不共同生活的子女是维系亲情的必须，也是法律的强制要求。法院不仅要在个案中加大对探望权双重属性的宣传，更要通过发布典型案例、普法讲座等向社会公众宣传探望子女、维系亲情的重要性。

● 面对不履行抚养、教育职责的一方父母，另一方或子女可向法院申请《家庭教育指导令》。在青少年价值观形成和确立的关键时期，通过对不正当履职的父母发布《家庭教育指导令》的方式，引导父母更好地履行监护职责，督促他们提升责任意识，当好合格家长，从而最大限度减少父母离婚对未成年人产生的不利影响，为未成年人健康成长创造温暖、和睦的家庭环境。

● 加强社会第三方机构对离异家庭家事纠纷调解的参与力度。基层组织、妇联等部门面对此类纠纷，可借鉴人民法院家事审理中委托第三方社会机构参与的模式，必要时让心理辅导机构为涉事父母、子女提供心理疏导，调整心态；亦可以让社工组织承担起监督探望的工作，切实督促父母对子女尽到关爱之责。

相关法条

《中华人民共和国未成年人保护法》

第十七条 未成年人的父母或者其他监护人不得实施下列行为：

（一）虐待、遗弃、非法送养未成年人或者对未成年人实施家庭暴力；

（二）放任、教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为；

（三）放任、唆使未成年人参与邪教、迷信活动或者接受恐怖主义、分裂主义、极端主义等侵害；

（四）放任、唆使未成年人吸烟（含电子烟，下同）、饮酒、赌博、流浪乞讨或者欺凌他人；

（五）放任或者迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学；

（六）放任未成年人沉迷网络，接触危害或者可能影响其身心健康的图书、报刊、电影、广播电视节目、音像制品、电子出版物和网络信息等；

（七）放任未成年人进入营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所；

（八）允许或者迫使未成年人从事国家规定以外的劳动；

（九）允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约；

（十）违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；

（十一）其他侵犯未成年人身心健康、财产权益或者不依法履行未成年人保护义务的行为。

第一百一十八条 未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的，由其居住地的居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止；情节严重的，居民委员会、村民委员会应当及时向公安机关报告。

公安机关接到报告或者公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中发现未成年人的父母或者其他监护人存在上述情形的，应当予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

《中华人民共和国家庭教育促进法》

第十四条 父母或者其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

共同生活的具有完全民事行为能力的其他家庭成员应当协助和配合未成年人的父母或者其他监护人实施家庭教育。

第十七条 未成年人的父母或者其他监护人实施家庭教育，应当关注未成年人的生理、心理、智力发展状况，尊重其参与相关家庭事务和发表意见的权利，合理运用以下方式方法：

（一）亲自养育，加强亲子陪伴；

（二）共同参与，发挥父母双方的作用；

（三）相机而教，寓教于日常生活之中；

（四）潜移默化，言传与身教相结合；

（五）严慈相济，关心爱护与严格要求并重；

（六）尊重差异，根据年龄和个性特点进行科学引导；

（七）平等交流，予以尊重、理解和鼓励；

（八）相互促进，父母与子女共同成长；

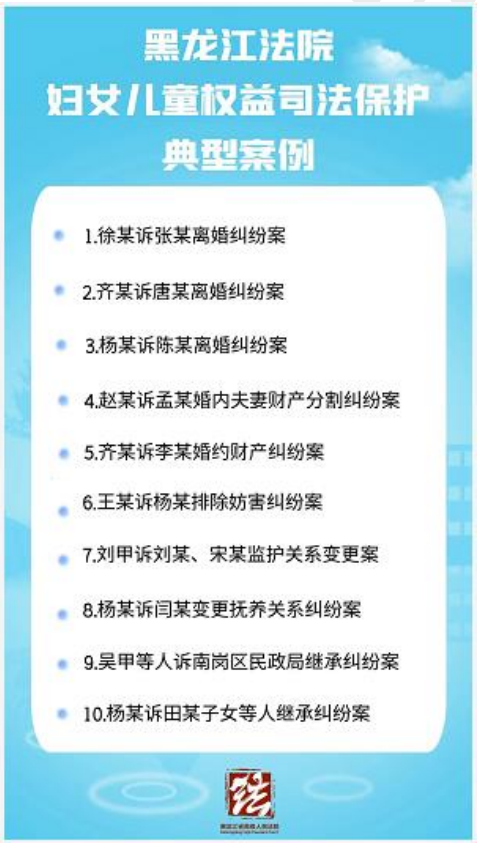
（九）其他有益于未成年人全面发展、健康成长的方式方法。

第四十九条 公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

责任编辑 ｜ 翟珺
文字 ｜ 虹口法院 陈晋 曹艳梅
版面编辑 ｜ 周彦雨

妇女儿童权益司法保护典型案例！

2024-12-19 黑龙江省高级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/A3BxxCnt4AkWrx8nm6wpoQ



01 徐某诉张某离婚纠纷案

——婚前房产婚后加名，离婚后如何分割

【基本案情】

张某父母于张某婚前为其出资购买了案涉房屋，并出资对该房屋进行装修，徐某与张某婚后共同办理了案涉房屋不动产权证，共有情况为双方共同共有。徐某与张某婚后性格不合经常发生争吵，徐某提交的证据证明张某在婚姻关系存续期间存在过错，致使夫妻感情破裂。徐某诉请与张某离婚，并依法分割双方共有房产和存款。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，根据《中华人民共和国民法典》相关规定，在离婚时达不成有效协议的，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。徐某提交的证据能够证明张某在婚姻关系存续期间存在过错，案涉房屋登记在徐某、张某的名下，双方共同共有。因案涉房屋购买及装修均为张某父母出资，徐某对该房屋没有经济付出，从房屋的来源、出资情况、对房屋所作出贡献大小等因素考虑，判决徐某分得该房屋 20%的份额。另根据两人名下存款的情况，在财产的分割上适当照顾了徐某。

【典型意义】

虽案涉房屋于婚后登记在男女双方名下，应为二人共同共有，但离婚时夫妻共同财产并非简单“一人一半”，而是要综合考虑夫妻共同财产的具体情况和各种相关因素作出裁判，房产证上加名字的行为并不能够使徐某“顺理成章”获得一半的份额。本案中，在女方主张要求男方给付房屋折价款的情况下，确定男方取得案涉房屋所有权，同时结合案涉房屋系男方父母于婚前出资购买并装修的事实，且已在存款分割方面照顾了女方，法院认定由女方取得案涉房屋 20%的份额，判令男方以鉴定所确认的房屋价值为基数给予女方相应的折价款。

02 齐某诉唐某离婚纠纷案
——“全职太太”家务补偿案

【基本案情】

齐某和唐某于 2008 年相识，2010 年登记结婚，2012 年生育一子，2016 年又生育一女。自女儿出生后，唐某即全职在家，负责照顾一家四口的饮食起居。双方自 2018 年 9 月因为生活琐事导致感情出现裂痕，开始分居，分居期间婚生子女均跟随唐某共同生活。2021 年 4 月，齐某起诉要求与唐某离婚。审理中，双方均同意离婚，并就共同财产的分割协商一致，仅对两名子女的抚养问题及唐某要求齐某支付家务补偿的问题存在争议。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千零八十八条规定：“夫妻一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”齐某和唐某分居期间，婚生子女均随唐某共同生活，唐某的母亲并予以协助。经询问，婚生子女均愿意跟随唐某共同生活，两个孩子相互陪伴、共同成长，更有利于未成年人的身心健康，故婚生子女均由唐某抚养为宜。根据查明的齐某工资收入情况，综合考虑两名子女的实际生活需要及齐某的负担能力，酌定齐某每月支付婚生子女每人抚养费 3000 元。因唐某在婚姻存续期间辞去工作，在家抚育二名婚生子女并承担家务，负担了较多家庭义务，法院判决支持唐某要求齐某给予家务补偿的主张。

【典型意义】

“全职太太”家务补偿案，对于肯定家务劳动价值、争取女性平等权益具有典型意义。这一规定从法律层面肯定了家务劳动对家庭的意义，认可了家务劳动的价值。长期从事家务劳动的一方，必然会牺牲一定的时间和精力，给家庭提供更多无法量化的支持。离婚时，“全职太太”因负担了更多的家庭义务导致缺乏经济能力，却面临合法权益得不到保障的困境，显然有失公平。人民法院依法支持“全职太太”的家务补偿请求，让家务劳动得到应有的尊重。

03 杨某诉陈某离婚纠纷案
——家庭暴力型离婚案件的处理

【基本案情】

杨某与陈某于 2004 年 5 月登记结婚，婚后生育长子陈小某。二人婚前感情基础薄弱，婚后也未建立起夫妻感情，经常因家庭琐事争吵，曾因家庭纠纷报警。陈小某证实陈某与杨某经常因口

角打仗，陈某经常酗酒、发酒疯，并用刀架在杨某脖子上。杨某认为陈某存在酗酒、赌博、家庭暴力等行为，夫妻感情已经破裂，故诉至法院。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，夫妻离婚应以双方感情破裂为依据。现杨某因双方感情破裂起诉离婚，通过庭审查明及杨某提供的证据证明，陈某的确存在酗酒、家庭暴力等行为，杨某与陈某双方感情已达到破裂程度，故对杨某的离婚请求予以支持。

【典型意义】

家庭暴力后果严重，给无数家庭带来悲剧。本案中，陈某多次殴打、用管制刀具威胁妻子，有其子证人证言和公安机关出警记录为证，陈某对杨某家暴的行为给杨某和孩子造成了严重的心理创伤。家庭暴力的损害后果并不以受害人构成轻伤或者重伤为构成要件，如果受害人构成轻伤或重伤，则应当依法追究行为人刑事责任。因此，只要殴打行为造成受害者存在伤情，即使仅构成轻微伤，仍然可以认定为家庭暴力。根据《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）》第一条规定，持续性、经常性的家庭暴力，可以认定为民法典第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条所称的“虐待”，法院据此根据《中华人民共和国民法典》第一千零七十九条第三款第二项判决双方离婚。

04 赵某诉孟某婚内夫妻财产分割纠纷案

——夫妻一方为治疗重大疾病，可主张分割共同财产

【基本案情】

赵某与孟某于 1994 年 8 月登记结婚，孟某系再婚，双方婚后无子女，夫妻感情尚可。2022 年 9 月，赵某被确诊为肺癌，双方因孟某表示没有钱给赵某治病而产生矛盾，赵某诉请离婚，目前赵某在外租房居住，孟某在养老院居住。诉讼中，赵某撤回离婚的诉讼请求，以孟某拒绝提供资金为其治病为由要求分割夫妻共同财产。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千零六十六条规定：“婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”本案中，在赵某与孟某婚姻关系存续期间，双方因赵某疾病治疗所需费用产生纠纷，孟某拒绝为赵某提供治疗费用，赵某提出对夫妻共同财产进行分割，符合上述法律规定，应予准许。因赵某撤回离婚的诉请，故本案主要解决赵某治疗疾病所需的医疗费问题，对双方夫妻共同财产中的房屋暂不分割处理。从赵某病症和医疗费预期支出看，赵某个人的退休金难以支付其医疗费，考虑到赵某患病较重确需诊治，基于法定夫妻扶养义务和保护弱者的角度，可予以适当照顾，由赵某分得孟某名下存款 17.5 万元。

【典型意义】

分割夫妻共同财产，一般需以解除婚姻关系为前提，但在婚姻关系存续期间，一方严重损害夫妻共同财产利益或者一方不履行扶养义务的情形下，另一方有权请求分割夫妻共同财产。本案中，夫妻一方自身患重大疾病需要医治，另一方不同意支付医疗费用，患病一方可依据民法典的相关规定，要求另一方支付医疗费、履行法定扶养义务。赵某先以离婚纠纷进行立案，法官经审理发现，夫妻双方感情尚可，本案系因一方不履行扶养义务发生纠纷，为避免诉累，同时保护患病一方对夫妻财产的平等处理权，引导当事人撤

回离婚的诉讼请求，并结合夫妻共同财产的构成及可分性等因素对案涉存款进行处理。

05 齐某诉李某婚约财产纠纷案

——离婚后彩礼是否应当返还

【基本案情】

齐某于 2020 年 12 月初给付李某结婚彩礼款 25 万元，此彩礼款包含双方的三金首饰、婚礼花销以及部分婚后生活费用。双方于 2020 年 12 月先举办婚礼，后于 2021 年 1 月登记结婚，婚后未生育子女，婚后三个月双方前往浙江打工，在打工期间，李某婚内出轨，齐某因此报警，李某向民警承认了出轨事实。双方因此分居，齐某因感情破裂无法继续共同生活故诉至法院，要求与李某离婚，并返还 13 万元彩礼。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千零四十三条第二款规定，夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱。现双方当事人结婚一年有余感情破裂，且女方李某在婚姻中出轨是导致双方感情破裂的主要原因，其行为严重违反社会公德和家庭美德，亦有悖于社会主义核心价值观。男方家庭为二人结婚支付了 25 万元彩礼，且通过贷款方式购买房屋供二人婚后居住。齐某的家庭为其结婚支付了大笔钱款，对其家庭生活造成较大影响，属于“婚前给付并导致给付人生活困难”的情形，法院判决李某返还齐某 84,739.71 元彩礼。

【典型意义】

《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。”本案中，齐某向李某给付的 25 万元系我国传统民俗的彩礼，是以男女双方以结婚为目的，由男方向女方家给付财物的习俗。彩礼是否应当返还，除依据相关法律、司法解释外，还应当考虑各地区习俗、社会公序良俗、男女婚姻关系存续期间的实际状况以及公平原则等因素进行处理。齐某与李某从举办婚礼至双方分居期间不足 10 个月，而齐某除给付彩礼外，齐某家庭还为双方购置婚房，虽然案涉婚房登记在齐某父亲名下，但该婚房系用于齐某与李某的婚后生活。对于绝大多数中国普通农村家庭的实际情况而言，上述费用的支出远超其所能够承受的正常范围，对齐某及其父母的生活产生较大影响。鉴于双方婚姻关系存续期间较短且李某存在婚内出轨的过错，人民法院基于双方认可的花费以及扣除重复计算、与结婚无关以及齐某不认可的相关花费，判决李某向齐某返还部分彩礼。

06 王某诉杨某排除妨害纠纷案

——夫妻离异后仍共同生活，对同居期间的暴力行为，法院发出人身安全保护令

【基本案情】

2006 年 4 月，王某与杨某登记结婚，婚后育有一女，二人于 2017 年 9 月办理离婚手续，离婚后杨某未离开家，继续与王某和女儿一起生活，共同居住在王某名下的房屋内。在离婚后二人共同生活期间，杨某存在行为不检点的情形，且经常骚扰、威胁王某，后王某不愿继续与其共同生活，要求杨某搬离，杨某拒绝。王某向法院提起诉讼，请求杨某搬离其房屋，并申请人身安全保护令。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，王某与杨某离婚后共同居住期间，杨某存在打砸以及违背王某意愿等情形，王某存在面临家庭暴力的现实危险，王某的申请符合人身安全保护令的法定条件，裁定禁止杨某对王某实施家庭暴力，并禁止杨某骚扰王某。在王某诉杨某排除妨碍纠纷案件中，法院判决杨某立即搬出王某的房屋。

【典型意义】

本案系一起针对“离婚后家暴”发出人身安全保护令的典型案例，杨某与王某婚姻关系终止后的同居期间，女方被纠缠、骚扰，其申请人身安全保护令，得到了法院支持。《中华人民共和国反家庭暴力法》第三十七条明确规定“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行”，即存在同居、离异等关系的人员之间的暴力行为也被纳入家庭暴力中，受到法律约束，对于引导婚恋关系结束后遭受侵害的妇女积极运用人身安全保护令维护自身合法权益方面，具有积极意义。

07 刘甲诉刘某、宋某监护关系变更案
——是否存在撤销监护权的认定

【基本案情】

刘某与宋某于 2010 年登记结婚，婚生一女宋小某，2017 年 10 月，经法院调解离婚，宋小某由宋某抚养，后刘某、宋某均再婚。2020 年 12 月，宋小某因交通事故住院治疗 20 天，经诊断为左臂及面部骨折，宋某因经济困难现表示无力抚养。刘某与现任丈夫王某系分居状态，也没有能力抚养宋小某。2021 年 9 月，宋某将宋小某送到王某处生活，并委托王某照顾宋小某，宋小某在王某处居住一个月，后宋小某与王某发生冲突，外祖父刘甲报警，经派出所民警询问宋小某意见后，由刘甲将宋小某领走，并照顾其生活起居至今。刘甲向法院申请撤销刘某、宋某的监护人资格，由刘甲监护宋小某至其成年时止。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，父母是未成年子女的法定监护人，有保护被监护人的身体健康、照顾被监护人生活、管理和保护被监护人的财产等义务。本案中，被监护人宋小某的母亲刘某无能力履行监护职责，父亲宋某在履行监护职责期间，宋小某因意外受伤，宋某无暇照顾宋小某的学习、生活，其未尽到对宋小某抚养、教育和保护的义务，怠于履行监护职责。宋小某称其更愿意跟外祖父共同生活。综上，刘甲申请撤销刘某、宋某的监护人资格符合法律规定，从有利于宋小某的生活、学习角度考虑，法院判决刘甲作为宋小某的监护人。

【典型意义】

监护人应当履行监护职责，保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，对被监护人进行教育和管理，履行相应的监护职责。父母作为监护人长期怠于履行监护职责，可能或已经给被监护人造成损害的，外祖父母愿意承担监护责任，法院可撤销父母监护权，变更监护人。本案中，被监护人的母亲无能力履行监护职责，父亲怠于履行监护职责，从有利于被监护人生活、学习的角度考虑，法院依据《中华人民共和国民法典》第二十七条第二款支持了申请人的请求。

08 杨某诉闫某变更抚养关系纠纷案
——未成年子女抚养关系的变更应坚持未成年子女利益最大化原则

【基本案情】

杨某与闫某经法院调解离婚，约定未成年子女闫小某由闫某抚养，杨某每月给付闫小某抚养费 2000 元。闫小某与闫某及其祖父母共同生活，

每周五晚至周日晚与杨某一起生活。后闫小某被医院诊断为咽炎、抽动秽语综合征，并疑似抽动障碍，杨某接走闫小某与杨某共同生活。杨某关心孩子的教育问题，经常与闫小某的老师沟通孩子的学习情况，还为闫小某报了课外兴趣班并承担了相应费用。杨某与闫某因抚养权问题产生争议，闫小某表示愿意和母亲一起生活。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，对于离婚后有关未成年子女抚养关系的变更问题，应当坚持未成年子女利益最大化原则，从有利于子女健康成长，保障子女合法权益的角度出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况处理。本案中，杨某有稳定的收入、灵活的工作时间、重视孩子的教育问题、关心孩子的生活和身体健康，有能力为孩子提供良好的生活环境。因闫小某被医院诊断为疑似抽动障碍，处理结果为避免电子产品，但闫某工作为游戏代练，收入不稳定，工作时避免不了使用电子产品，虽然是疑似，但作为父母，对此亦应重视。且闫小某虽仅有 5 周岁，但其也有自己的意识和想法，其想要和母亲共同生活的意愿也应作为本案的参考意见。综上，法院判决闫小某由杨某抚养。

【典型意义】

《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编特别强调了对未成年人利益的保护，提出以“最有利于未成年子女”作为确定父母离婚后子女抚养权归属的原则，其立法目的在于强化父母对子女的监护职责，从而使子女的合法权益不因父母离婚而受到损害。本案中，人民法院坚持从有利于未成年人身心健康、保障未成年人合法权益的角度出发，坚持未成年人利益最大化，作出对未成年人最有利的裁判。

09 吴甲等人诉南岗区民政局继承纠纷案

——民政部门与亲属共同扶助失独老人可适当分得遗产

【基本案情】

吴某与刘某系夫妻关系，二人于 1971 年登记结婚，婚后育有一子刘小某，刘小某于 1992 年自杀身亡。吴某有兄弟姐妹吴甲等人，刘某无兄弟姐妹。吴某于 2020 年死亡，未留有遗嘱。刘某年老体弱，无子女赡养，经吴甲等人协商，尤其轮流照顾刘某的日常生活，给予刘某力所能及的扶助。后刘某死亡，亦未留有遗嘱，其丧葬事宜由吴甲等人操办并支付了丧葬费用。刘某名下留有位于南岗区民益街的房屋一处，现吴甲等人以南岗区民政局为被告诉至法院要求继承该处房屋。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千一百三十一条规定，对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。此项规定为吴甲等人适当分得被继承人刘某遗产提供了法律依据。《中华人民共和国民法典》第一千一百六十条规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业。本案中，吴甲等人的照顾从亲人层面给予了刘某生活上的扶养扶助和情感上的慰藉，体现了扶老助残救孤济困的传统美德。南岗区民政局基于政府的责任，对于失独的孤寡老人刘某给予了关心、慰问和扶助金，也尽到了政府层面的救助义务。对于刘某的遗产，法院从被继承人内心意愿推定，吴甲等人虽然不是刘某的法定继承人，但对刘某尽了主要扶助义务，符合民法典继承编中关于适当分得遗产的规定，法院判决由吴甲等人分得刘某遗留的房产，由吴甲等人给付南岗区民政局部分房屋补偿款，南岗区民政局明确表示要将此款用于辖区内的公益事业。

【典型意义】

“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼。”本案是弘扬社会主义核心价值观，倡导传承优良家风的典型案例。吴甲等人没有赡养姐夫刘某的法定义务，但其悉心照料刘某多年，给予失独老人生活上的资助和情感上的慰藉，直至老人病故，使老人得以安享晚年，法院判决吴甲等人分得遗产，体现了法律对赡养老人、扶残济困等传统美德的肯定和鼓励，弘扬了社会主义核心价值观。个人和家族负担养老的能力有限，民政部门积极承担政府责任，对失独老人进行扶助，将依法获得的房屋补偿款用于公益事业，是社会化养老的有益尝试，为多元养老模式的形成提供了可能路径。

10 杨某诉田某子女等人继承纠纷案
——订婚协议能否设立居住权

【基本案情】

杨某与田某彼此配偶均已去世，杨某没有子女，田某有两个女儿，双方为邻村村民，后经人介绍认识，为互相照顾彼此的晚年生活，杨某与田某签订《订婚协议》，该协议约定，如果田某先于杨某故去，房子和土地由杨某使用并支配，别人无权干涉，双方签字确认且经中间人见证，但该居住权一直未登记，后田某去世，杨某向法院起诉要求享有案涉房屋居住权，田某子女等人也向法院提出要求杨某从田某宅基地的房屋中迁出。

【裁判结果及理由】

法院经审理认为，杨某与田某签订《订婚协议》系双方真实意思表示，未违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效。但该协议对双方并不产生婚姻关系及相关的权利义务关系，对于田某故去后的房屋及土地的处分是双方当事人真实意思表示，对双方具有法律约束力。案涉协议约定的三间房屋建造在田某的宅基地上，位置明确；约定由杨某居住使用至其晚年，赋予居住权的使用期限明确；杨某与田某在该协议上签字确认，作出同意的意思表示。虽然协议约定的房屋在 2017 年进行了翻建，但未改变原房屋的性质、位置，且田某此后亦未对该协议进行更改，法院判决杨某对案涉房屋享有居住权，驳回田某子女等人的诉请。

【典型意义】

本案关于案涉房屋居住权是否设立的问题，《中华人民共和国民法典》第三百六十八条：“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。”但在《中华人民共和国民法典》生效前，田某已经去世，且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”根据本案实际情况，如适用《中华人民共和国民法典》中关于居住权的规定，明显不利于保障老年人合法权益，若不支持其居住权存在，杨某可能面临居无定所的现实困难，亦不符合田某的真实意思表示，本案不应适用《中华人民共和国民法典》予以审理，故在田某去世后，杨某对案涉房屋享有居住权。

来源：黑龙江高院立案二庭

编辑：刘书平、张尚思

失能老人的余生可以托付给谁？

2024-12-21 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/Cf1iDYIRDCpxUwJBi9MKMw

人民法院报 [综合新闻]

失能老人的余生可以托付给谁？

无锡锡山区法院聚焦失能老人监护难题

“硬骨头”案的破解密码

司法便民在行动

止纷争

解心结

续亲情

破产衍生诉讼审理天数缩短近50%

深圳龙华区法院审限内结案率同比上升三成

金融借贷纠纷调解工作典型案例（第一批）

失能老人的余生可以托付给谁？

无锡锡山区法院聚焦失能老人监护难题

近日，江苏省无锡市锡山区人民法院召开新闻发布会，对外发布《关于进一步加强失能老人监护工作的实施办法》，在江苏省内率先建立起“筛查报告、监护确定、履职监督、监护干预”为一体的失能老人监护保障机制。

锡山区法院东港人民法庭庭长谢妍介绍说，保障机制的构想缘起两个涉及失能老人的案件。在陆老太起诉护理院服务合同纠纷中，因陆老太的两个女儿拒绝担任监护人，法院指定陆老太的外孙小陈为监护人。诉讼中，陆老太所有诉请和事由都由小陈代为整理和表达，小陈积极维护老人权益的行动给法官留下了深刻印象。在另一起案件中，章老太数年前罹患阿尔茨海默病，面临照顾难题，四位子女纷纷“退让”。村委多次协调无果，无奈代管。在此期间，章老太的大女儿曾有意牵头解决母亲的赡养问题，可眼见其他子女无动于衷，只能无奈摇头，章老太陷入监护与赡养困局。

“由上述两个案件可见，建立起有效监护对于失能老人合法权益的保障意义重大。”谢妍说。由个案出发，能否在更大的范围内筛查、识别、解决失能老人可能存在的监护问题？经过近半年的调研和实践，锡山区法院联合民政、司法部门等制定了实施办法，在原先法院受理案件后被动发现失能老人监护问题外，增加了村委社区主动筛查途径，让更多的失能老人进入被关注范围，便于民政等部门跟进处理。在监护确定方式上，实施办法采取“倡导意定监护、鼓励协议监护、村委指定先行、法院指定兜底”原则，法院对前三个监护确定方式的操作流程进行指导，并制作意定监护协议、指定监护情况调查表等模板，对民法典的相关规定进行了细化，规范了职能部门履职。在确定监护人后，实施办法创新引入监护监督制度，对监护事务如资产保管、费用列支等进行全流程监督，对监护人形成制约。

“这些新举措打破了以往各种监护确定形式彼此共存但难以均衡发挥效用的局面，在厘清职能前提下由法院等多部门形成保护合力，对有效保障老年人权益、钝化社会矛盾有积极意义。”锡山区法院专职审判委员会委员李娟介绍说，实施办法落地后，章老太所在村委会对四位子女的监护条件、意愿等进行全面调查，同时结合章老太的想法，指定第三个儿子作为监护人，章老太照顾护理、赡养费用等问题也在监护人的召集协调下得到解决。

来源：人民法院报 • 4 版

作者：曹道清

责任编辑：王 贺 | 实习编辑：肖雅雯 | 联系电话：（010）67550951 | 电子信箱：fyxw@rmfyb.cn

新媒体编辑：平钰骁

二、媒体典型案例

（一）抚养权纠纷案例

夫妻一方擅自改变子女抚养方式，对方可否要求变更抚养关系？｜基层治理案例（家事纠纷篇）①

2024-12-02 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/uf4NQBPxD58Yrw4xY95fHg

随着我国生育政策的放松，“二胎”家庭越来越多。实践中，涉及二胎子女抚养关系的案件也越发常见。父母选择协议离婚的，二胎子女的抚养关系便是双方必须妥善处理的事项。基于双方的真实意思表示，父母达成的离婚协议中涉及子女抚养关系的约定，对离婚后的双方自然具有约束力。这样的约定实质要求双方就子女抚养始终保持动态合作状态以促进未成年人身心健康发展。一旦发生影响未成年人权益与身心健康的事实，父母一方有权要求变更原本基于离婚协议的子女抚养关系。

以案释法

曹某甲与方某原系夫妻，婚内育有一子一女。2020 年，曹某甲、方某因感情破裂登记离婚，在离婚协议中约定：儿子曹某乙由曹某甲抚养、女儿曹某丙由方某抚养，双方各自承担相应孩子的抚养费，在不影响孩子学习的前提下可以随时探望孩子，亦或每周休息日规律探望对方抚养的孩子，遇节假日则根据孩子意愿在对方住所度假，并让两个孩子成年前在上海接受系统完整的教育及医疗资源。

之后，曹某乙便随父亲曹某甲共同生活，曹某丙随母亲方某共同生活。离婚之初，方某能顺利地按离婚协议约定探望曹某乙。2020 年 10 月，方某因探望曹某乙与曹某甲发生纠纷而报警。2021 年 3 月，方某因曹某甲父母不让探望曹某乙引发纠纷再次报警，并于同月底就探望权纠纷提起诉讼。2021 年 4 月初，曹某甲将曹某乙交由其父母带回某省老家读幼儿园。同月，方某认为曹某甲并未亲自抚养曹某乙、未尽抚养义务，向法院起诉，请求法院判令曹某乙随方某共同生活，并由曹某甲每月负担一定的抚养费。曹某甲辩称，不同意方某的诉请，主张因与方某在儿子曹某乙的探望问题上矛盾加剧，故将曹某乙交由父母带回老家生活、上幼儿园，自己每天与曹某乙通过微信视频聊天。2021 年 6 月底，曹某甲将曹某乙从某省老家带回上海。审理中，法院委托上海市阳光社区青少年事务中心（以下简称阳光中心）选派青少年事务社工对曹某甲和方某实际居住地环境、曹某甲和方某对曹某乙的抚养探望情况、曹某乙（调查时未满 6 周岁）的身心状况、曹某乙与父母及各自目前家庭成员之间的关系等事项开展家事调查。调查中，曹某乙向社工表达了希望与母亲方某、姐姐曹某丙共同生活的意愿。根据社工的家事调查情况，法院就曹某甲目前的居住、生活情况等事实向双方作进一步的调查核实。

法院经审理认为，曹某甲和方某在离婚时对曹某乙、曹某丙的抚养事宜达成一致，但自双方协议离婚之后至本案诉讼期间，曹某乙生活状况持续发生着较大变化。首先，曹某甲未按离婚协

议约定保障方某对曹某乙的探望权，且曹某甲的父母将曹某乙带回某省长达三个月之久，使曹某乙长期脱离习惯的生活环境。其次，曹某甲目前在外租房，与父母、前妻（曹某甲头婚时的妻子）及前妻之子和曹某乙六人共同居住，还存在与前妻复婚的可能，曹某乙之后的生活状况仍存在发生重大变化的可能性，缺乏稳定性。最后，从曹某乙自身表达意愿来看，其希望与母亲和姐姐共同生活的愿望是真实可信的，与母亲和姐姐的关系也更加亲密，所以，虽然曹某乙未满 8 周岁，但即将年满 6 周岁的他所表达的意愿也应当予以适度考量。另，综合考量方某与曹某甲的居住条件、工作作息等因素，从保护未成年人的利益出发，在目前的情况下方某抚养曹某乙更有利于曹某乙的成长，故判决曹某乙由母亲方某直接抚养。

判决生效后，考虑曹某乙历经多次生活环境变化及其身心可能受到的相应影响，法院于 2022 年 7 月再次委托阳光中心选派社工对该案进行判后回访，并在方某同意的情况下为其提供家庭教育指导。

法治建议

本案是“二胎”父母协议离婚后一方因探望受阻而引发的纠纷。父母离婚时就子女抚养达成的约定对双方有约束力，但不影响父母一方根据事后出现的情况变化而要求变更抚养关系。若父母另一方不同意变更，父母一方则可向人民法院起诉主张，人民法院根据具体案情以最有利于子女原则为基本 标准进行判断。根据相关司法解释的规定，具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：

1. 与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；

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

3. 已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；

4. 有其他正当理由需要变更。

本案中，双方纠纷的导火索源自父亲拒不配合母亲探望儿子。父亲将儿子带离原本的生活环境交给外省市的祖辈照顾，显然已构成《未成年人保护法》明确禁止的“藏匿未成年子女”。面对本案中这一曾经的“二胎”家庭，人民法院也需要考虑更多的因素来实现涉案未成年人利益最大化。

对于“二胎”家庭父母离婚后的子女抚养、探望问题，**建议如下：**

- 离婚父母应当深刻认识到：父母子女关系独立于父母间的婚姻关系，不因父母离婚而消失，且将长期存在。父母在就离婚、子女抚养等事宜进行协商时，要注意“就事论事”，不要把各自在感情破裂上的过错或对对方的指责混入到对子女抚养问题考量之中，并从最有利于子女原则出发“设定目 标”，即离婚父母需要围绕子女抚养、探望问题共同建立起一种新的长期“合作”关系。

- 离婚父母就子女抚养、探望问题进行协商时，最好让子女参与其中，听取、考虑子女的意愿，并注意维系子女间的“手足”之情。未成年子女不是父母的“财产”，实际是抚养关系中的主体（甚至可以是“重心”）。简单的“一人一个”往往只是满足父母所需要的形式上的公平，而未考虑子女身心发展的实际需要，特别是两个子女间已有较深的感情时，这就要求父母从最有利于子女原则出发予以更全面的考虑。至于父母间的“公平”可以通过约定轮流抚养或非直接抚养方有较长期间的集中探望来实现。

- 直接抚养子女的父母一方若认为对方探望子女不利于子女身心健康的，应当依法向人民法院申请中止探望，而不应自行其是、不配合对方行使探望权，更不应通过抢夺、藏匿未成年子女的方式来阻挠对方与子女间的往来，这不仅妨

害对方的探望权和离婚后仍对子女享有的抚养、教育、保护的权利（同时也是义务），也极不利于未成年子女的身心发展。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十四条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第一千零八十六条 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。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

《中华人民共和国未成年人保护法》

第二十四条 未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

《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）》

第五十六条 具有下列情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持：

（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；（二）与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响；（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；（四）有其他正当理由需要变更。

第六十七条 未成年子女、直接抚养子女的父或者母以及其他对未成年子女负担抚养、教育、保护义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望的请求。

责任编辑 | 翟珺
文字 | 王梓焱
版面编辑 | 周彦雨

（二）婚约财产纠纷案例

黄昏恋引发的百万彩礼之争
重庆大渡口区法院：老人为缔结婚姻给付的财物属于彩礼

2024-12-16 人民法院报 刘洋 刘勋 曾继川 冯晓青

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202412/16/article_956864_1390747213_5797915.html

导读：

2024 年 10 月 11 日，民政部、全国老龄办发布《2023 年度国家老龄事业发展公报》，其中载明截至 2023 年末，全国 60 周岁及以上老年人口已达 29697 万人，占总人口的 21.1%。情感需求是老人晚年幸福生活的重要内容，伴随社会发展，老年群体对幸福生活的需求持续提升，越来越多的单身老人希望找到合适的伴侣共度晚年，然而，由此引发的婚恋纠纷值得关注。近日，重庆市大渡口区人民法院判决了一起涉及老年人的彩礼纠纷案，该案的判决明确了老年人为了缔结婚姻而给付财物的性质，尊重了老年人恋爱表达、彩礼给予的特殊方式，认定男方为缔结婚姻赠送给女方的钱款系彩礼，女方应当返还。案件的判决建立了老年婚恋纠纷裁判规则，实现了一审即服判息诉、案结事了，裁判结果对于老年群体婚恋行为具有很强的引导价值，体现了人民法院服务保障老年人合法权益的担当作为，同时弘扬了社会主义核心价值观。

□ 本报记者 刘洋 本报通讯员 刘勋 曾继川

图为庭审现场。刘勋 摄

情定黄浦江畔

家住上海市黄浦区的徐大爷是土生土长的上海人，他家距离黄浦江很近。徐大爷年轻时因为各种原因一直单身，面对亲友的关心他始终表示一个人自由潇洒惯了，但是随着年龄的增长身体也逐渐出现了各种状况，长期独居让其产生很强的孤独感。为了有人能够照顾自己，徐大爷索性就长期呆在 24 小时营业的棋牌室里。

2021 年初，徐大爷在棋牌室里碰到了自己的“真命天女”金阿姨。时年 50 岁的金阿姨家在重庆，离婚之后就一直在上海生活。金阿姨和徐大爷觉得彼此有缘分，再加上其他牌友的撮合，两人很快就确立了恋爱关系。相处一段时间后，两人将结婚提上了议事日程。

徐大爷和金阿姨在恋爱期间发生过多次争吵，分分合合也有好几次。徐大爷的想法就是老年人结婚就是找个人陪伴照顾自己，女方要能尽心尽力照顾自己的饮食起居。金阿姨虽然不太认同徐大爷的婚姻观，但是始终没有与徐大爷彻底分手。2022 年 6 月，徐大爷名下的一套房子拆迁，得到了 270 余万元的拆迁补偿款。为了和金阿姨婚后

生活更有保障，徐大爷与金阿姨商量决定在重庆购房定居并登记结婚。

缘尽长江之滨

2023 年春节前夕，两人来到重庆中心城区，暂住在金阿姨的女儿家。重庆中心城区被长江和嘉陵江环绕，金阿姨的老家大渡口区就在长江之滨。刚到不久，为了表达诚意，徐大爷就给金阿姨的账户转了 141 万余元。金阿姨用其中的 47 万余元购买房屋一套并登记在两人名下。徐大爷还给金阿姨及其母亲、女儿、姨妈等亲人购买了项链等首饰。

转账后没过几天，徐大爷为了进一步表达诚意，与金阿姨就 141 万余元中的 70 万元签了一份《赠与协议》，协议主要载明徐大爷和金阿姨系恋爱关系，已经相处多年，徐大爷深感金阿姨生活不易，为了金阿姨晚年生活更有保障，特无条件赠与 70 万元。协议签完之后，时值 2023 年的春节，原本相约在节后正式登记结婚的两人，却在节日期间闹起了矛盾。徐大爷认为金阿姨及其家人不尊重他，金阿姨对其生活的照顾不够细致，做菜时不考虑自己不吃辣的饮食习惯，经常对别人说自己不讲卫生，金阿姨一家人都嫌弃他，吃饭时让他一个人用公筷，家里来了客人就冷落他，自己成了边缘人。金阿姨则认为徐大爷脾气不好，对自己家人甩脸色、发脾气，与其他女性搞暧昧关系，并且还有暴力倾向。即便这样，自己和家人都包容他，想方设法让他开心，让他感受到家庭的温暖。

幸福的开端竟迎来了冷漠的结局，原本要携手度过余生而且婚房都置办好了的两人，经过一个春节缘分就彻底走到了尽头。2023 年 2 月底，两人大吵一架后，徐大爷独自返回了上海。

梁心慈 作

止争法庭之上

金阿姨回到上海后，主动归还了徐大爷 10 万元。徐大爷多次电话联系金阿姨要求归还剩余财物，但是金阿姨拒绝再返还其他财物。2024 年 3 月，徐大爷向金阿姨户口所在地的重庆市大渡口区人民法院提起诉讼，以返还彩礼为由要求金阿姨返还购买房屋后剩余的 94 万余元以及将两人名下价值约 47 万余元房子的所有权人变更为自己独立持有。另外，徐大爷还要求金阿姨返还首饰款 8 万余元。

法庭上，金阿姨认为徐大爷违背了恋爱期间的爱情誓言，没有做到一直对自己好，徐大爷则表示金阿姨没有贴心地照顾自己。金阿姨对徐大爷转账的金额表示认可，但她认为，两人分手之后，她主动给徐大爷转了 10 万元；转账余额中有 70 万元是签了赠与协议的，不应该返还；47 万余元买的房子，愿意配合过户；14 万余元已经用于两人的日常消费。徐大爷也从未说过转账的 141 万余元属于彩礼，也没有搞过送彩礼的仪式，所以请求法院驳回徐大爷的全部诉讼请求。

最终，法院审理后认定，徐大爷转账的 141 万余元属于彩礼而非赠与，扣除购买房屋的 47 万余元和金阿姨返还的 10 万元后，剩余的 83 万余元，根据两人的恋爱经历、共同生活的情况等因素判决金阿姨返还徐大爷 75 万元，并判决金阿姨协助

将购置的婚房变更为徐大爷个人所有，驳回徐大爷的其他诉讼请求。判决之后，双方均服判息诉，未提起上诉。

裁判解析

多角度分析认定是彩礼还是赠与

这起案件的特殊之处在于老年人之间以缔结婚姻为目的而给付财物的行为性质不明确，需要结合案情综合判定。本案中，双方的争议焦点在于：徐大爷的转账行为是彩礼还是赠与？金阿姨如果要返还，具体金额是多少？赠送的首饰等礼品是否应该返还？对此，大渡口区法院认为，应从给付财物的目的、给付时间及给付方式、财物价值、财物使用情况等多方面予以考量。

一是要明确当事人给付财物的目的。彩礼是指缔结婚姻一方以结婚为目的、依据习俗给付另一方的财物，认定中需结合给付财物时的前因后果、基本逻辑等来判断。本案中，2023 年初，徐大爷与金阿姨到重庆准备办理结婚事宜。徐大爷向金阿姨转款 141 万余元后，金阿姨就使用了部分款项购买了婚房。由此可知，徐大爷向金阿姨转的款是为了双方结婚而使用。徐大爷虽出具《赠与协议》，表明赠与 70 万元给金阿姨，但《赠与协议》中亦明确赠与的目的是让女方“晚年生活更有保障”，也符合恋人之间为使对方对婚姻更有信心、婚后生活更有保障而给予彩礼的婚俗习惯，其中亦隐含着与女方共度晚年的美好期盼。

二是要结合给付财物的时间和方式予以评判。年轻人结婚时，通常会有男女双方家庭商谈结婚时间、拍结婚照、支付彩礼等习俗，从青年男女的交往历程、仪式活动中认定彩礼较为简便。但大部分老年人对于爱情的表达通常比较含蓄，在对缔结婚姻的表达上会要求能照顾彼此的生活起居，并不大注重年轻人关于订婚送彩礼的流程仪式，碍于传统的保守观念通常也不会采取年轻人之间给付彩礼的方式。本案中，徐大爷年近七旬，此前未结过婚，多次向女方表达结婚的主要目的就是要找人照顾自己。徐大爷的前述言行比较符合目前老年人婚恋的普遍性需求和行为习惯。

三是要从给付财物的价值来分析。据徐大爷的陈述，案涉 141 万余元转款为房屋拆迁补偿款的一部分，金额巨大，并非日常性的礼物或消费支出。法庭经过调查确认，两人在恋爱期间存在分手情况，并无证据证明双方长期共同生活，双方到重庆共同生活时间亦不超过 2 个月，从徐大爷与金阿姨的交往过程及感情看，徐大爷没有无偿赠与金阿姨 70 万元的情感基础及现实需要。综上所述，徐大爷以缔结婚姻为目的转账给金阿姨的 141 万余元应属于彩礼。

四是返还范围要考虑消费性支出等因素。《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》第三条规定，一方为表达或者增进感情的日常消费性支出不属于彩礼。对于徐大爷要求返还的首饰款，法院认为这是表达或者增进感情的日常消费性支出，属于赠与，不应返还。大渡口区法院最终判决返还的 75 万元是根据款项的实际使用情况，综合考虑双方共同生活消费支出、双方过错等因素，结合当地习俗而确定，既确保了公平公正，又充分考虑了当事人的情感因素，实现了法律效果和社会效果的高度统一。

专家点评

警惕“黄昏恋”背后的法律风险

中国政法大学教授、博士研究生导师 冯晓青

党的二十届三中全会指出要积极应对人口老龄化，完善发展养老事业，而保障好老年人的合法权益则是贯彻该项改革要求的应有之义，该案就是依法保障老年人婚恋中合法权益的典型案例，涉及精神和物质两个层面。帮助老年人在选择

“黄昏恋”时防范好法律风险是全社会的责任，具体来说应防范好以下三点风险：

一是要防范好婚前的大额彩礼纠纷。老年人要树立正确的婚恋观，摒弃借婚姻索取财物、高额彩礼等不良风俗。对于对方索要高额彩礼的请求，老年人应该多向身边亲友咨询，避免盲目转账。如果要向对方支付彩礼，应当通过书面协议、见证人见证、保留聊天记录、转账备注等方式明确转账是支付彩礼，例如本案中被告就认定转账141 万余元是赠与不是彩礼，主要问题就是彩礼的性质没有通过任何形式予以明确。另外，为了增进彼此的感情，赠送对方及亲友的各种礼品、日常消费支出通常不属于彩礼，发生纠纷之后，法院通常不会判决返还，老年人要做到心中有数、量力而行。

二是要防范好恋爱期间的小额经济纠纷。老年人之间情感表达方式通常有别于年轻人，最常见的就是直接给钱来表达爱慕之情。给出金钱的一方不一定知晓其中的法律风险，而且不少金钱往来是以借款为名义，但是又缺乏有效的证据证明某笔资金往来属于借款，一旦双方恋爱期间感情破裂，这些笔数众多、金额不等的资金往来就会成为矛盾最集中的方面，很难查清是赠与还是借款。老年人在恋爱期间，对于大额金钱往来要做到及时留痕，保存好转账记录、微信聊天记录等证据，区分好借款和为增进感情的赠与。恋爱期间，老年人如果遇到对方频繁的金钱索求，务必要提高警惕，既要防范经济纠纷，更要预防婚恋诈骗。

三是要防范好家庭财产分配纠纷。老年人结婚显著不同于年轻人的特征还包括双方可能都各自有子女，虽然说老年人拥有婚姻自由，子女不得干涉，但是老年人的“黄昏恋”最好能获得双方家人的支持和理解，否则“黄昏恋”可能会陷入复杂的纷争。根据民法典中关于夫妻共同财产的规定，如果老年人结婚，各自子女就可能担心以后获得遗产的份额减少。老年人在正式登记结婚之前，务必要处理好彼此家庭财产的分配问题。老年人应该与家庭成员协商一致，妥善分配家庭共有财产，为避免纷争可以选择订立分家协议、遗嘱，尽量采用书面形式，格式规范、内容明确具体，最好再补充上录音录像，邀请共同认可的见证人见证，必要时还可以邀请律师等专业人士协助。最后，双方老人尽可能共同办理婚前财产公证，把所有潜在的财产纷争风险消灭在结婚之前。

三、继承

晚风中，叔侄间十年土地纠纷烟消云散

2024-12-01 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/giz8Yb4md8-7XGNfOB-YPg

2版 2024年12月1日 星期日 评论部主办 责任编辑 刘 洁 见习美编 刘庆芳 联系电话:(010)67558743 电子信箱:pinglun@rmfyb.cn 人民法院报

[新闻·评论]

生态文明视野下的绿色文化与司法实践

成 阳 赵美臣

生态文明不仅关乎自然资源的可持续利用，更是社会发展模式的深刻转型。在绿色文化的黑陶下，司法实践不仅是环境治理的后盾，更是生态文明理念传播的桥梁，推动着全社会共同迈向绿色可持续的未来。

在可持续发展理念日益深入人心的今天，绿色发展已成为各国各地共同追求的核心议题之一。生态文明不仅关乎自然资源的可持续利用，更是社会发展模式的深刻转型。绿色文化作为生态文明建设的重要组成部分，强调人与自然的和谐共生，倡导环保意识和生态责任，而司法实践在这一进程中发挥了关键作用，通过法律手段维护生态环境权益的实现，推动生态文明制度化、法治化，在绿色文化的实践下，司法实践不仅是环境治理的后盾，更是生态文明理念传播的桥梁，推动着全社会共同迈向绿色可持续的未来。

可持续发展理念下的绿色文化理念。可持续发展理念与可持续发展文明理念之间内在关联密不可分，体现了二者在法国理政中的核心地位与协同性。可持续发展理念强调文化自信和中华民族传统文化的传承与创新，而可持续发展文明理念则致力于构建人与自然和谐共生的现代化发展模式。这两者在本质上都以实现中国人民的美好生活为目标，并共同应正于新时代中国特色社会主义建设的核心宗旨。

文化与自信。可持续发展理念中的文化自信是生态文明建设的重要思想基础。生态文明建设不仅仅是经济发展的要求，也是社会进步和文化发展的必然选择。中国的特色文化中，讲如“天人合一”“道法自然”等哲学理念深刻影响了生态文明观的形成与发展。传统文化中的生态智慧为今天的生态文明建设提供了思想资源，使得现代生态保护与中国数千年文化传统有机结合，既展现了文化的连续性，也提升了生态文明建设的理论高度。

传承与创新。可持续发展理念中提到的文化发展，为生态文明建设提供了方向与动力。通过文化创新，可持续发展理念得以在全球范围内传播与推广。文化是民族软实力的重要组成部分，生态文明建设成为集中国文化软实力的重要平台。我国倡导的绿色发展理念，更加中国建设与全球可持续发展的目标相契合，通过文化的力量，我国的环境治理经验得以广泛传播，推动了世界范围内的生态合作。

共存与互促。可持续发展理念与可持续发展文化理念在生态实践中的相互促进也非常明显。文化理念为生态发展建设提供了价值观上的支持，强调保护生态环境是中华民族长续发展的根本，而生态文明建设的成果则不仅了文化理念的实践内涵，通过改善环境质量，保护生态资源，从而为生活质量提升以提供，传统文化与现代生活方式和谐共存，进一步巩固了文化自信。

绿色文化理念在司法实践中的重要性。绿色文化理念为生态司法建设提供了明确方向。随着环境保护法、大气污染防治法、水污染防治法等一系列生态环境相关法律的出台，司法机关在生态文明建设中扮演着重要的角色。通过依法裁判生态环境案件，司法机关可以有效定纠破坏生态环境的行为，为生态文明建设保驾护航。

可持续发展理念下的司法实践。在司法实践中，司法机关需要更加注重生态文明理念的融入。这不仅仅是法律条文的适用问题，还涉及广泛地推动整个生态系统的修复与平衡。

科学自然观要求生态司法依赖科学依据，促进资源的合理利用和可持续发展。在环境案件中，司法机关需要参考最新的环境科学研究，确保判决既符合法律规定，又符合自然规律和科学原理。合理利用资源意味着法院在处理环境纠纷时，应该平衡资源开发与环境保护之间的关系。通过引入科学方法，生态司法能够在资源利用与环境保护之间建立一个理性的、可持续的框架。

绿色发展观是生态司法的核心目标之一，即通过司法手段推动经济发展与环境保护的协同推进。绿色发展不仅要求排放达标，还强调资源的循环利用、能源的高效利用以及生态环境的修复。司法在保障绿色发展的过程中，必须严格执行相关的环境法律法规，为绿色产业发展提供法律支持，同时通制破坏生态环境的行为。通过司法保障，绿色发展的理念不能在社会中得到有效推广，促使经济活动与自然环境和谐共存，推动社会朝着可持续方向发展。

生态文明与人民福祉息息相关，司法在保护环境的同时，注重提高人民生活质量。良好的生态环境是公众享有健康生活的基础，因此司法在环境保护中不仅要考虑环境的可持续性，还要保障人民的生态权益。生态司法通过处理与污染、环境破坏有关的案件，保障人民的生存权、健康权等基本权益，从而实现生态文明建设与民生改善的双赢。同时，司法也需要在法律框架内推动法治教育，提高公众对生态环境的责任意识和参与度。

随着全球化进程的加速，环境问题已不再局限于国界，因此生态司法必须具备国际视野。各国全球观要求各国司法在环境保护中加强合作，共同应对全球生态挑战，如气候变化、生物多样性减少等问题。司法必须考虑国际社会的生态责任，推动跨国生态保护合作，确保各国在发展经济的同时，共同保护全球生态环境，实现人与自然的和谐共生。

全民行动视角强调公众在生态司法中的重要性。司法的透明度与公众参与度密不可分，公众对生态环境的保护需求法使司法更加透明化、公正化，确保司法程序能够接受公众监督。通过公开审判、司法信息公开，生态司法不仅能增强公信力，还能提高社会生态环境问题的关注度和行动力，形成全社会共同参与生态保护的良性循环。

严厉法治观要求依法治国为生态文明建设贯彻法，司法律的力量推动生态文明的实现。司法是生态文明建设的根本保障，只有在严格的法律框架下，才能有效预防和制止破坏生态环境的行为。司法作为依法治国的重要组成部分，不仅要维护环境法的权威性，还要不断完善环境法体系，确保其适应新的生态挑战，不断发展推动环境法义，推动社会绿色转型的重要作用。

（作者单位：上海市高级人民法院 上海市普陀区人民法院）

司法新观察 全面推进依法治国

人民法院 民人小事

晚风中，叔侄间十年土地纠纷烟消云散

本报记者 周瑞平

因为安徽省阜阳市颍东区人民法院象寨人民法庭庭长兰梦夏（中）走遍乡镇土地，明晰土地面积及四至。 倪 玉 摄

“谢谢兰庭长，我家和侄女的承包地四至明确了，老父亲留下的房子我们也能安心住了，晚上我终于可以睡个觉心觉了，”王翰程了理被晚风吹醒的头发，拉着安徽省阜阳市颍东区人民法院象寨人民法庭庭长兰梦夏的手说。

2024年11月15日，在兰梦夏和派出所民警、村干部的核心调解下，段侄女同孙执了十年的土地、宅基地纠纷，在田间地头圆满化解。

2024年8月，任某向象寨法庭起诉年近70岁的叔叔和婶婶，要求叔婶停止对她所承包土地的侵占行为。

收到立案材料后，兰梦夏发现这起纠纷已由村、镇、区调解组织多次组织调解未果，双方积怨很深。兰梦夏当即与有关乡镇调解组区党委支书记联系联系，详细了解纠纷的起因和处理经过。

“任某的父亲于2009年因交通事故去世，她与奶奶共同生活在她爷爷名下的房屋中，大约2014年奶奶去世后，任某嫁到隔壁村，爷爷的2间房屋就由她的叔叔婶婶居住。女子一旦出嫁就不该占有老家的土地和房产，这一农村固有的习俗，使得任某和叔婶之间矛盾越来越激化，一拖就是十年。”吴斌边说边无奈地叹气道。“今年，二轮土地延包需要新签订土地承包合同，但叔婶二人始终认为任某已出嫁，2.33亩的土地应归他们承包，但因任某耕种土地，也不认可任某对爷爷的2间房屋有使用权。”

了解详情后，兰梦夏见任某与自己年龄相仿，都是“90后”，相对来说比较容易沟通，于是先跟她的工作。

“村里都给我发土地承包经营权证了，他们凭啥不让我种地？这一种地地打就法阻拦，现在上地间在那里，谁都没有种。爷爷的2间老房也有我父亲的份，我想推倒重新盖房，怎么不行？”任某越说越气愤。

兰梦夏听完后，耐心地向任某解释，“如果土地既在没有耕种，你的叔叔婶婶就没有实施侵占行为，提起诉讼可能达不到你的目的。”

见任某不再说话，兰梦夏进一步向同姓沉沦的真实目的。经劝说，任某社露出心思真实的想法，因她父亲就空撂在那片土地上，如果叔叔婶婶不阻拦地种地，她可以放弃爷爷的房屋使用权。

兰梦夏立即指责双方当事人进行“背靠背”调解，先是以唠家常的方式向任叔、王翰解释外嫁女同样拥有继承农村土地承包经营权及房屋使用权的权利，让他们知晓相关法律规定；转达任某的意见后，与两位老人详细分析利弊关系。

“法官，你说的我相信，但在我们前楼就没有出嫁的闺女还要它基地和耕地的。我和老伴住着老房子，地来要，我也不给。就算耕地给有权继承承包，但地不应该种那么多地，我们只认可地继承地又余的那一份。”王翰承动地说。

兰梦夏再次与吴斌联系，了解社区在向任某颁发土地承包经营权证时是如何计算承包土地面积。经向双方征求意见，对于重新分配土地面积，双方始终互不相让，经多次调解均以失败告终。

任某又向法庭提出变更诉讼请求，请求法庭确认她对2间房屋使用权的继承份额。但因继承纠纷需将姑妈列为被告，任某立及亲情，犹豫再三，选择撤回起诉。

时间进入11月，已是播种小麦的季节。任某将承包地交给同村亲戚耕种，叔叔、婶婶又前往阻拦，双方吵闹不止，村民见状后报警。

衰寨派出所所长郝力赶到现场，了解到双方纠纷曾诉至法庭，迅速启动城所联调机制，和兰梦夏共同研究如何彻底化解纠纷。

王翰首先对自己阻拦种地的过激行为表示歉意。兰梦夏察觉到她的态度有所缓和，或许双方的有调解的可能，于是向同王翰是否愿意在法庭和派出所的组织下再次调解。

“兰庭长，其实你上次调解后，我想想就后悔了，我知道你是为我们好，但是年纪大了，当时脑子没有想明白，请你不要介意，为土地的事情我这一段时间都睡不好，如果能协调好，我真的非常感谢你。”王翰说。

11月15日，兰梦夏、郝力、吴斌一起在前楼居委会调解室就双方之间的土地、宅基地纠纷进行调解，任某自愿将她承包土地中0.5亩地让与叔叔、婶婶承包，配合居委会办理二轮土地延包手续。叔叔、婶婶今后不得妨碍任某耕种土地，如再出现违约行为，应支付相应违约金；同时，任某自愿放弃2间房屋的使用权。

协议签订后，兰梦夏带领郝力赶往争议土地，实地测量，明确土地面积及四至。

晚风吹拂平原，田野上新出土的麦苗随风摆动。看到叔婶和侄女都如释重负，面带笑意，一段难题迎刃而在兰梦夏心中。

七十岁大娘被狗咬伤，法官巧解邻里“疙瘩”

本报记者 白 婧

因为山西省武乡县丰州镇林桥烟囱村民法院法官董新民（中）为一起合同纠纷案件当事人移动证据，双方当场达成一致调解意见。 雷志刚 摄

7月的山西省武乡县丰州镇林桥烟囱村，村外水如环，这里的村民们怡然自得，乐享着宜居生活。一天，68岁的张大娘来到同家菜地里摘黄瓜，突然邻居小凡家养的狗冲出来，扑咬张大娘，并咬伤了她的左小指。闻讯赶来的小凡立即将张大娘送到医院，经诊断，大娘左小指未节被狗咬伤。

事情发生后，小凡的态度也很诚恳，主动赔礼道歉，并承诺负担治疗、赔偿等费用，经过一段时间的康复，张大娘发现手指受伤对她日常生活和劳动产生了很大影响。

“虽然我已经70了，但身子一直硬朗，家里地里都是一把好手，可是现在手受了伤，干起活来总是不得劲。”张大娘的儿子小强抱怨道。

这时，张大娘想起小凡曾经承诺“给予一定赔偿”。于是她便提出索要赔偿。然而，小凡见以名种理由推脱。

经过几次协商未果，张大娘母子将小凡告到山西武乡县人民法院，要求赔偿误工费、护理费等损失。承办法官董新民认为双方当事人是邻居，曾经关系也很和睦，于是先行组织调解，可是两家因为此事已经产生了很深的隔阂，都即确表示“不和过万调解”。

为了尽快化解矛盾，董新民及时开庭审理，法庭上双方依旧是你一言我一语，情绪激动。“我和这个人一辈子闹不住，可是现在，她不仅是干活不得劲，心里更不得劲。”小强心疼地说。“唉，现在没用嘴，干什么都不如以前利索了，”张大娘抹着眼泪诉说着，“护理费，营养费，交通费，我都认，但是大娘都快70岁了，又没有工作，还有误工费吗？”小凡也讲出了自己的心结。

庭审中，张大娘提供了自己的土地承包经营权证，还有村委会出具的一份证明，写道“张某身体一直很健康，和左邻右舍相处融洽，从来没有出现纠纷……”这两份证据可以证明，我妈身体状况很好，平时从事农业生产劳动，具有劳动能力，”小强辩道。

对于张大娘，小强提供的这两份证据，小凡不予认可，但并没有提供出相应证据证明其主张。

“误工费是指被侵权人受到人身损害后，不能正常工作而减少的工资收入或其他类型的合理收入，”董新民认为，如今大多数老人在60多岁时，其健康、智力及行为能力等方面都处于良好的状态，具备劳动行为能力。在农村，许多六七十岁的老人身体康健，依然在地里劳动。

因此，董新民结合张大娘的伤情，诊断证明书，身体状况以及庭审中双方诉辩，证据等，认定误工费为2400元。根据法律规定，依法判决小凡支付张大娘护理费、营养费、交通费、误工费、精神损害抚慰金共计6800元。

案子到了，但小凡不服气，他心中还有“问号”。董新民和法官助理雷志刚商出了小凡的心思，便一起耐心地解释法规，解开他的心结。

“庭审中你也看到了，张大娘提交了门诊病历，诊断证明书，检查报告单，农村土地承包经营权证，村委会证明等证据，能够证明她被狗咬受伤时身体状况良好，具有劳动能力，而且因受伤在一定程度上造成了劳动能力的减损，收入的减少。”

“是啊，大娘平时在村里以务农为生，这次受伤必然会对她今后的生活造成影响，她有权要求赔偿误工费。”小凡听董官，左分安慰《人身损害误工期、护理期、营养期评定规范》的规定中，有关于‘肢体软组织损伤，骨折，关节脱位，断肢（指、趾）再植’等几种情况，‘规范中明确规定，遇到本标准以外的损伤，应根据临床治疗情况，比照相类似损伤所需的‘误工期、护理期、营养期’进行评定。这个案子中，张大娘的情况就是参考‘断指’评定的。”在董新民和雷志刚的耐心解释下，小凡紧皱的眉头渐渐舒展了，他一脸释然，爽快地说：“法官，我懂了，这6800元，我赔！”

案子结了，事情了了，如今，脱胆民外又有了张大娘忙碌的身影，小凡也时不时帮张大娘搭把手，这幅和谐心暖本的村庄里，一片宁静祥和，充满希望。

继承

多措并举爱粮惜粮

钱立功

近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《粮食节约和反食品浪费行动方案》。节约粮食，反对浪费是个保障粮食安全、近年来，我国充分调考反食品浪费法、粮食安全保障法，出台《关于厉行节约反对食品浪费的意见》《粮食节约行动方案》等，持续推动了粮食和食物节约工作，形成了厉行节约、反对浪费的良好社会风尚。但必须看到，我国在粮食和食物生产、流通、加工、消费环节依然存在浪费现象。

最大浪费、勤俭节约自古就是中华民族的传统美德。爱粮惜粮要坚持多措并举、精准施策、科学管理、社会共治。要完善食品的生产、储存、运输、加工标准，推广使用新技术降低损耗，提升全民节粮意识，倡导餐饮行业、机关单位、学校、企业、社区、乡村、村庄民间，纳入文明创建工作内容，倡导文明节俭健办婚丧事宜，倡导餐桌上的文明礼仪，倡导厨房文明节约，倡导粮食安全教育进课堂，引导学生形成勤俭节约、珍惜粮食的习惯，强化违法治法，对违反相关规定的餐饮服务经营者始终定提醒约谈、督促整改，依法科目查处违法行为，公开曝光浪费食品等典型案例。

一粥一饭，当思来之不易；半丝半线，须念物力维艰。制止粮食浪费，需要不断累积、大大方方地，让每一个人都从勤俭节约的细事着、先行着、示范着。

➡上接第一版

此次峰会上，习近平主席全面系统阐释中国的全球治理观，从历史长周期和全人类共同发展繁荣的高度，为全球治理把脉开方，从经济、金融、贸易、数字、生态等方面提出完善全球治理的理念主张，呼吁建设合作型、稳定型、开放型、创新型、生态友好型世界经济。

习近平主席讲话结束后，许多与会领导人表示希望第一时间拿到讲话稿全文深入研读。“阿方高度赞赏习近平主席在二十国集团领导人峰会上就全球治理阐述的精辟主张，愿同中方加强沟通协作。”在同习近平主席会晤时，阿根廷总统米莱表示。

受到普遍认同、收获广泛赞誉的中国方案，既有宏观的理念主张，也有具体的实施路径——

“国际金融机构和商业银行人作为主要债权方，应该参与对发展中国家减缓债行动”；“要增加发展中国家话语权和代表性，按照各方商定的时间表和路线图，开展世界银行股权审议，推进国际货币基金组织份额占比调整”；在生态治理方面，“发达国家要向发展中国家提供必要的资金、技术、能力建设支持”……

务实的举措，切中发展中国家面临的实际问题，诠释中国对全球治理体系改革的深刻理解。

抵达里约热内卢前夕，习近平主席在巴西媒体发表的署名文章中指出，建设一个公正的世界，需要二十国集团本着相互尊重、平等合作、互利共赢原则，支持“全球南方”国家实现更大发展。

作为负责任大国，中国始终不忘发展中国家本色，把自身发展置于人类发展的坐标系中，从全世界、全人类整体利益的角度思考问题，为陈手构建人类命运共同体贡献智慧和力量。

在中国倡议推动下，二十国集团在宣言中首次作出“帮助发展中国家更好融入全球产业链、价值链和供应链，加快发展中国家工业化和现代化进程”的明确承诺，为全球南方更好发展创造有利条件。

于里之行，始于足下。从里约热内卢再出发，胸怀天下的中国勇毅前行，同全球南方国家携手并进，必将开辟全人类共同发展繁荣的更美好未来！ （新华社北京11月30日电）

王阿姨露出了久违的笑容

➡上接第一版

多方取证只为尽快抚平伤痕

王阿姨的生活仿佛陷入了循环。当陈冬又一次来找王阿姨时，她果断选择了报警，但是陈冬只是出言威胁，仅仅消停了3个月便又找上门来，开口便讨要数万元生活费。王阿姨手里没有那么多钱，陈冬竟在恼怒之下推倒了自己的母亲，还殴打她腰部。

“我不给钱，陈冬就不走，还把我推倒了走幽里……”王阿姨回忆着这一幕，眼抖着嘴唇，眼神里还充满着后怕。“最后我实在没办法，打电话找李威朋友给他通了两万，这才把他送走。”

“您早日有证有监控！能不能录到您儿子推倒的场景？”孙兆敏询问王阿姨。

“搬家的时候社区帮我装过，但是我一直不会用，现照我也不知道怎么查看。”王阿姨显得有些无措。

“没关系，我来想办法。”孙兆敏去了王阿姨家里，调出了所有监控录像，一帧一帧地仔细查看。果然，监控知实地记录了所有场景。

实地走访了社区和妇联，并且获取了确凿的监控录像，孙兆敏这下心里有了底。为了进一步有力印证陈冬家暴行径的事实，孙兆敏希望能邀请家暴公安机关家暴的证据，此类证据较为特殊，当事人不能自行收集。于是，她便又耐心地指导王阿姨向法院申请了“依职权调查取证”，即当事人申请人民法院代替调查收集相关证据。

在公安机关的配合下，孙兆敏很快拿到了报警记录。她发现王阿姨不止一次报过警，笔录中真实记录了陈冬的所作所为。“现在所有的证据都收集齐全了，您放心！您的安全很快就能得到保障。”孙兆敏坚定地向王阿姨许下了承诺。

一份人身安全保护令让家暴无所遁形

随后，孙兆敏联系了陈冬，让他来一趟法院，希望与他谈谈。也许是害怕，也许是心虚，就在陈冬即将迈进法院大门的时候，他最终选择了彻彻地离开。

被申请人缺席并不影响法官的公正裁定。“根据调取的公安、街道的综合证据，已经完全符合签发人身安全保护令的条件。法院会保护她！”孙兆敏斩钉截铁地说道。

为第一时间保护王阿姨的人身安全，孙兆敏迅速制发了《人身安全保护令》，明令禁止陈冬骚扰、威胁王阿姨，并禁止陈冬以电话、短信、微信等方式骚扰王阿姨，同时禁止陈冬进入王阿姨的家，否则将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

东丽区法院有着完善的反家暴工作协作机制，可以帮助那些正在遭受家庭暴力的人以最快速度获得法律的帮助。这起案件从立案到调查，再到发出保护令，仅仅用了4天时间。在人身安全保护令这顶强有力的“大伞”下，王阿姨的生活终于重归平静，她的脸上也露出了久违的笑容。

虽是小小的一纸保护令，但却隐藏着法律无限的温情。这份保护令的发出也是东丽区法院反对家庭暴力、保护妇女儿童工作机制成熟运转的体现。“家事无小事，”孙兆敏认为，“每一起案件的裁判对当事人都至关重要，作为法官，我要坚守自己的专业与付出，像系好千千万万个家庭的稳定与幸福。”

图为安徽省阜阳市颍东区人民法院袁寨人民法庭庭长兰梦夏（中）丈量争议土地，明确土地面积及四至。倪玉 摄

“谢谢兰庭长，我家和侄女的承包地四至明确了，老父亲留下的房子我们也能安心住了，晚上我终于可以睡个安心觉了。”王婶理了理被晚风吹乱的头发，拉着安徽省阜阳市颍东区人民法院袁寨人民法庭庭长兰梦夏的手说。

2024 年 11 月 15 日，在兰梦夏和派出所民警、村干部的倾心调解下，叔侄之间争执了十年的土地、宅基地纠纷，在田间地头圆满化解。

2024 年 8 月，任某向袁寨法庭起诉年近 70 岁的叔叔和婶婶，要求叔婶停止对她所承包土地的侵占行为。

收到立案材料后，兰梦夏发现这起纠纷已由村、镇、区调解组织多次组织调解未果，双方积怨很深。兰梦夏当即与袁寨镇前楼社区党总支书记吴斌取得联系，详细了解纠纷的起因和处理经过。

“任某的父亲于 2009 年因交通事故去世，她与奶奶共同生活在她爷爷名下的房屋中，大约 2014 年奶奶去世后，任某嫁到隔壁村，爷爷的 2 间房屋就由她的叔叔婶婶居住。女子一旦出嫁就不该占有老家的土地和房产，这一农村固有的习惯，使得任某和叔婶之间矛盾越来越激化，一拖就是十年。”吴斌边说边无奈地叹气道，“今年，二轮土地延包需重新签订土地承包合同，但叔婶二人始终认为任某已出嫁，2.33 亩的土地应由他们承包，便阻拦任某耕种土地，也不认可任某对爷爷的 2 间房屋有使用权。”

了解详情后，兰梦夏见任某与自己年龄相仿，都是“90 后”，相对来说比较容易沟通，于是先做她的工作。

“村里都给我发土地承包经营权证了，他们凭啥不让我种地？我一种地他们就去阻拦，现在土地闲在那里，谁都没有种。爷爷的 2 间老房也有我父亲的份，我想推倒重新盖房，怎么不行？”任某越说越气愤。

兰梦夏听完后，耐心地向任某解释：“如果土地现在没有耕种，你的叔叔婶婶就没有实施侵占行为，提起诉讼可能达不到你的目的。”

见任某不再说话，兰梦夏进一步询问她诉讼的真实目的。经劝说，任某吐露出心里真实的想法，因她父亲就安葬在那片土地上，如果叔叔婶婶不阻拦她种地，她可以放弃爷爷的房屋使用权。

兰梦夏立即组织双方当事人进行“背靠背”调解。先是以唠家常的方式向任叔、王婶解释外嫁女同样拥有继承农村土地承包经营权及房屋使用权的权利，让他们知晓相关法律规定；转达任某的意见后，与两位老人详细分析利害关系。

“法官，你说的我相信，但在我们前楼就没有出嫁的闺女还要宅基地和耕地的。我和老伴住着老房子，她来要，我也不给。就算耕地她有权继承承包，但她不应该种那么多地，我们只认可她继承她父亲的那一份。”王婶激动地说。

兰梦夏再次与吴斌联系，了解社区在向任某颁发土地承包经营权证时是如何计算承包土地亩数。经向双方征求意见，对于重新分配土地亩数，双方始终互不相让，经多次调解均以失败告终。

任某又向法庭提出变更诉讼请求，请求法庭确认她对 2 间房屋使用权的继承份额。但因继承纠纷需将姑姑列为被告，任某念及亲情，犹豫再三，选择撤回起诉。

转眼进入 11 月，已是播种小麦的季节。任某将承包地交给同村亲戚耕种。叔叔、婶婶又前往阻拦，双方吵闹不止，村民见状后报警。

袁寨派出所所长郝力赶到现场，了解到双方纠纷曾诉至法庭，迅速启动庭所联调机制，和兰梦夏共同研究如何彻底化解纠纷。

王婶首先对自己阻拦种地的过激行为表示歉意。兰梦夏察觉到她的态度有所缓和，或许双方仍有调解的可能，于是询问王婶是否愿意在法庭和派出所的组织下再次调解。

“兰庭长，其实你上次调解后，我想想就后悔了，我知道你是为我们好，但是年纪大了，当时脑子没有想明白，请你不要介意，为土地的事情我这一段时间都睡不好，如果能协调好，我真的非常感谢你。”王婶说。

11 月 15 日，兰梦夏、郝力、吴斌一起在前楼居委会调解室就双方之间的土地、宅基地纠纷进行调解，任某自愿将她承包土地中的 0.5 亩地让与叔叔、婶婶承包，配合居委会办理二轮土地延包手续。叔叔、婶婶今后不得妨碍任某耕种土地，如再出现违约行为，应支付相应违约金；同时，任某自愿放弃 2 间房屋的使用权。

协议签订后，大家一同前往争议土地，实地测量，明确土地面积及四至。

晚风吹拂平原，田野上新出土的麦苗随风摆动。看到叔婶和侄女都如释重负、面带笑意，一股暖意回荡在兰梦夏心中。

来源：人民法院报·2 版

记者：周瑞平

责任编辑：刘洁 | 联系电话：(010)67550743 | 电子邮箱：pinglun@rmfyb.cn

新媒体编辑：李璇

最高人民法院发布继承纠纷典型案例（第一批）

2024-12-03 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/EMykXC7N0cuzuB9KxUz8Xg

家庭是社会的细胞。习近平总书记深刻指出：“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。”继承制度是有关财富传承和弱者帮扶的重要制度，处理好继承纠纷，直接关系到家庭幸福和社会安宁。《中华人民共和国民法典》专设继承编，对继承相关问题作出规定。人民法院坚持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和习近平总书记关于注重家庭、家教、家风建设的重要指示批示精神，全面贯彻实施民法典相关规定，充分发挥审判职能，依法妥善审理继承纠纷案件。

为切实发挥司法裁判规范、评价、教育、引领功能，最高人民法院从全国各地法院报送的案例中精心挑选，选取两批共计八个案例，将先后予以发布。

本次发布的第一批四个案例，主要涉及遗产管理人等民法典新增制度的适用、裁判标准的统一以及人民法院坚持和发展新时代“枫桥经验”等优秀的做法。本批案例具有以下几方面特征：

第一，准确适用立法新规定，指引当事人用好法、善用法。为使遗产得到更为妥善地处理，民法典新增遗产管理人制度，规定了遗产管理人的选任、职责、权利等。案例一中，人民法院主动向当事人告知关于遗产管理人的规定，指导分居国内外的当事人共同选定遗产管理人，完成清理遗产、制作遗产清单、报告遗产等事宜，最终引导各方当事人就遗产分割达成和解协议，实现案结事了人和。案例二中，人民法院适用民法典有关兄弟姐妹的子女代位继承制度的规定，对当事人的权利义务作出认定。

第二，明确法律适用，统一裁判标准。司法实践中，对于农村土地承包经营权可否作为遗产继承，存在不同理解。案例四中，人民法院通过案件裁判，明确农村土地承包经营权以户为单位取得，农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益。户主死亡后，该土地承包经营权不属于其遗产，不发生继承问题，户内其他家庭成员在承包期内可以继续享有承包权益。本案处理为此类案件的审理提供了参考和借鉴。

第三，坚持和发展新时代“枫桥经验”，多元化解纠纷。妥善解决继承纠纷，需要重视调解工作，并善于运用多元化解纠纷机制。案例一中，人民法院积极借助村委会、房屋征收指挥部的力量，为案件化解奠定了良好的基础。案例三中，人民法院参与了纠纷处理的全过程，提前介入、指导调解，与当地基层自治组织、综治中心协力促成当事人间矛盾的化解，后又进行了司法确认。之后当事人还将遗产捐赠给了村委会，最终用于修缮道路、惠及友邻，既解法结又解心结。

案例一

坚持和发展新时代“枫桥经验”，实现案结事了人和

——王某诉赵某等法定继承纠纷案

【基本案情】

被继承人赵某与王某系夫妻关系，共生育赵一、赵二、赵三。赵某与王某二人在某村建造房屋 11 间。2000 年，赵某去世，未留有遗嘱，赵某父母也早于赵某去世。2016 年，王某与当地人民政府房屋征收办公室签订房屋征收补偿预签协议，约定被征收房屋产权调换三套楼房及部分补偿款。王某于 2022 年收到回迁入住通知书。现王某与赵一、赵二、赵三就赵某的遗产继承事宜协商未果，诉于法院。各方对于赵某留有的遗产如何管理未有明确意见。

【裁判情况】

本案当事人除王某外，赵一、赵二、赵三均在国外生活。为妥善处理此案，审理法院前往村委会、房屋征收指挥部了解被继承人赵某的家庭成员情况、遗产范围及状况、遗产所涉债权债务等情况，并向当事人依法告知《中华人民共和国民法典》关于遗产管理人制度的规定，当事人均表示同意确定一名遗产管理人处理遗产继承事宜，并一致推选现居国内的王某作为遗产管理人。王某在审理法院引导下及时清理遗产并制作遗产清单，多次通过在线视频的方式向其他继承人报告遗产情况。经析法明理耐心调和，各方当事人最终就遗产分割达成和解协议。

【典型意义】

《中华人民共和国民法典》新增遗产管理人制度，规定了遗产管理人的选任、职责等内容。本案处理过程中，一方面，审理法院坚持和发展新时代“枫桥经验”，积极借助村委会、房屋征收指挥部的力量，全面了解遗产状况和继承人相关情况，为案件化解奠定了良好的基础。另一方面，审理法院充分发挥遗产管理人制度的作用，充分尊重当事人意愿，依法引导当事人推选出合适的继承人担任遗产管理人，并指导遗产管理人履行职责，得到了其他继承人的一致认可，是法定继承案件中适用遗产管理人制度的积极探索和有益尝试。最终，各方当事人达成和解协议，真正实现案结事了人和。

案例二

被继承人没有第一顺序继承人，且兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由兄弟姐妹的子女代位继承

——贾某一、张某诉贾某二、贾某三继承纠纷案

【基本案情】

2021 年，贾某去世，无配偶，无子女。贾某的父母、祖父母、外祖父母均先于其去世。贾某有贾某一、贾某二、贾某三、贾某四这四个兄弟姐妹。贾某四于 2007 年去世，生前育有一女张某。现贾某一、张某将贾某二、贾某三诉至法院，主张共同继承贾某名下房产，各享有 25%的产权份额。

【裁判情况】

审理法院认为，被继承人贾某未留有遗嘱，生前无配偶及子女，父母均先于其死亡，无第一顺序继承人。第二顺序继承人中，祖父母、外祖父母均先于其去世，故应由其兄弟姐妹继承。贾某的妹妹贾某四先于贾某死亡，应由贾某四女儿张某代位继承。

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对被继承人尽了主要扶养义务的继承人，分配遗产时，可以多分。本案中，贾某二、贾某三在贾某生前尽到了更多的扶养义务，在贾某去世后亦为其操办了丧葬事宜，依法应予适当多分。张某在诉讼中自愿将其应继承份额各半赠与贾某二、贾某三，系对自己权利的处分，依法予以准许。遂判决：诉争房屋由贾某一继承 20%的产权份额，贾某二、贾某三各继承 40%的产权份额。

【典型意义】

《中华人民共和国民法典》第一千一百二十八条第二款规定：“被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。”《中华人民共和国民法典》在原有被继承人子女的直系晚辈血亲代位继承的基础上新增被继承人兄弟姐妹的子女代位继承的规定，扩大了法定继承人的范围，可以保障财产在家族内部的传承，减少产生无人继承的情况，同时促进亲属关系的发展，鼓励亲属间养老育幼、相互扶助。同时，对尽了更多扶养义务的继承人适当多分遗产，以及张某在诉讼中自愿赠与继承份额的做法，不仅体现了权利义务相一致的原则，也有力弘扬了家庭成员间互相尊重、互相帮助、维护亲情的和谐家风。

案例三

村委会善意为老人送终，继承人感恩捐赠遗产

——秦某某与程某英等继承纠纷案

【基本案情】

程某与秦某某婚后生育程某英等四子一女。程某于 2022 年病故，因其子女均在外工作，村委会出资为其购置棺材等丧葬用品并办理了丧葬事宜。程某生前尚有存款人民币余额 9 万余元，其配偶秦某某与程某英等五个子女因继承权发生纠纷。

经当地村委会及镇综治中心、镇人民法庭共同组织调解，程某英等子女感谢村委会的帮扶，均愿意先将各自享有的遗产份额赠与秦某某，再由秦某某出面将遗产赠与村委会。经当地镇人民调解委员会主持，各方当事人就遗产份额赠与秦某某之意达成调解协议，后就调解协议共同向人民法院申请司法确认。司法确认后，秦某某将遗产赠与村委会，最终用于修缮当地道路，惠及本村友邻。

【裁判情况】

审理法院认为，各方当事人达成的调解协议，符合司法确认调解协议的法定条件，遂裁定该调解协议有效，当事人应当按照调解协议的约定自觉履行义务。

【典型意义】

《中华人民共和国民法典》第一千一百三十二条规定“继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题”。本案中，村委会作为基层自治组织，主动帮助子女不在身边的村民处理身后事；继承人感恩帮扶，最终一致决定将

遗产捐赠，也是一种善意的传递，弘扬了社会主义核心价值观。同时，本案也是一起通过诉前调解和司法确认，多元化解继承纠纷的典型案例。人民法院从纠纷产生便主动参与调解，与当地基层自治组织、综治中心协力促成当事人间矛盾的化解，后又应当事人申请进行了司法确认，并见证了当事人将案涉遗产赠与村委会及村委会将遗产用于修缮当地道路，参与了纠纷处理的全过程，帮助当事人既解开了法结，又打开了心结，保全了珍贵的亲情。

案例四

农村土地承包经营权不能作为遗产继承，该户其他成员继续享有承包经营权

——农某一、凌某、农某二、农某三、农某四诉农某五法定继承纠纷案

【基本案情】

农某与凌某系夫妻，育有农某一、农某二、农某三、农某四。农某五是农某与他人所生。农某五从小随农某与凌某生活长大。农某一、农某二、农某三、农某四已另成家立户。

2017 年，农某作为承包方代表与其所在村民小组签订了《农村土地（耕地）承包合同（家庭承包方式）》。该合同的附件《农村土地承包经营权公示结果归户表》载明：承包地块总数为 5 块 5 亩，家庭成员共 3 人，成员姓名为农某、凌某、农某五。农某于 2022 年去世。农某去世后，凌某、农某一、农某二、农某三、农某四作为原告，将农某五诉至法院，要求由凌某继承农某名下土地承包经营权的 50%，余下 50%由凌某及农某一、农某二、农某三、农某四平均继承。

【裁判情况】

审理法院认为，农某与村民小组签订的承包合同的权利人不只是农某本人，还包括凌某和农某五，三人同为一个承包主体。当农某去世后，承包地继续由承包户其他成员继续经营，体现的是国家“增人不增地、减人不减地”的土地承包政策。农某一、农某二、农某三、农某四不是农某承包户成员，无资格取得案涉土地的承包经营权。农某去世后，案涉土地应由承包户剩余的成员凌某、农某五继续经营。凌某、农某一、农某二、农某三、农某四诉请继承土地经营权的主张没有事实和法律依据，遂判决驳回五人的诉讼请求。

【典型意义】

《中华人民共和国农村土地承包法》第十六条规定“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益”。农村土地承包经营权应以户为单位取得，在承包户的户主或某成员死亡后，其他成员在承包期内可以继续承包，故农村土地承包经营权不属于死者的遗产，不产生继承问题。本案对农村土地承包经营权的继承问题进行了处理，明确了裁判规则，为此类案件的审理提供了参考和借鉴。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：时雨萌

最高院发布继承纠纷典型案例：保障财产在家族内部传承，兄弟姐妹的子女可代位继承

2024-12-03 民法之窗

https://mp.weixin.qq.com/s/F5sQn2DWRvvbW5mOQBquow

被继承人没有第一顺序继承人，且兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由兄弟姐妹的子女代位继承

——贾某一、张某诉贾某二、贾某三继承纠纷案

【基本案情】

2021 年，贾某去世，无配偶，无子女。贾某的父母、祖父母、外祖父母均先于其去世。贾某有贾某一、贾某二、贾某三、贾某四这四个兄弟姐妹。贾某四于 2007 年去世，生前育有一女张某。现贾某一、张某将贾某二、贾某三诉至法院，主张共同继承贾某名下房产，各享有 25%的产权份额。

捧

【裁判情况】

审理法院认为，被继承人贾某未留有遗嘱，生前无配偶及子女，父母均先于其死亡，无第一顺序继承人。第二顺序继承人中，祖父母、外祖父母均先于其去世，故应由其兄弟姐妹继承。贾某的妹妹贾某四先于贾某死亡，应由贾某四女儿张某代位继承。

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对被继承人尽了主要扶养义务的继承人，分配遗产时，可以多分。本案中，贾某二、贾某三在贾某生前尽到了更多的扶养义务，在贾某去世后亦为其操办了丧葬事宜，依法应予适当多分。张某在诉讼中自愿将其应继承份额各半赠与贾某二、贾某三，系对自己权利的处分，依法予以准许。遂判决：诉争房屋由贾某一继承 20%的产权份额，贾某二、贾某三各继承 40%的产权份额。

【典型意义】

《中华人民共和国民法典》第一千一百二十八条第二款规定：“被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。”《中华人民共和国民法典》在原有被继承人子女的直系晚辈血亲代位继承的基础上新增被继承人兄弟姐妹的子女代位继承的规定，扩大了法定继承人的范围，可以保障财产在家族内部的传承，减少产生无人继承的情况，同时促进亲属关系的发展，鼓励亲属间养老育幼、相互扶助。同时，对尽了更多扶养义务的继承人适当多分遗产，以及张某在诉讼中自愿赠与继承份额的做法，不仅体现了权利义务相一致的原则，也有力弘扬了家庭成员间互相尊重、互相帮助、维护亲情的和谐家风。

来源最高人民法院新闻局

公众号最高人民法院 20241203 推送

土地利用与保护 | 陈明之、温世扬：宅基地使用权继承的证成与规则构造

2024-12-09 不动产法理论与实务 陈明之 温世扬

https://mp.weixin.qq.com/s/wkvUoNJaRG2Q-7FStaNjvg

作者简介

陈明之，中南财经政法大学法学院博士研究生

温世扬，法学博士、武汉大学法学院教授、博士生导师

摘　要：宅基地使用权继承困境之症结在于“两权分离”架构下宅基地的保障属性与财产属性共存于宅基地使用权之中。在宅基地“三权分置”改革背景下，宅基地资格权承接宅基地的居住保障属性，宅基地使用权则回归纯粹用益物权属性。作为行政管理层面的规制手段，《土地管理法》相关规定不构成宅基地使用权继承的限制性因素。宅基地使用权能够在私法层面被构造为可供继承之遗产，进而适用《民法典》继承编相关规定。宅基地使用权继承人并不受是否具有集体经济组织成员身份的限制，且国家、组织亦可成为宅基地使用权受遗赠人。宅基地使用权期限应当采纳“固定期限+自动续期”规则，其中固定期限可以参照城镇居住用地 70 年的标准。因继承取得宅基地使用权不享有地租豁免权，但经农村集体经济组织民主决议通过后，可减免特殊群体的宅基地使用费。

关键词：宅基地使用权；继承；“三权分置”

一、问题的提出

宅基地使用权制度在满足农民基本居住保障以及维持农村稳定等方面发挥了积极作用。但是，宅基地使用权能否通过继承取得、如何取得，作为民事基本法的《民法典》并未对相关问题作出具体规定，而是通过第 363 条这一引致条款，指向由“土地管理的法律和国家有关规定”进行规范。然而，现行国家层面的立法未对宅基地使用权继承问题加以规定，宅基地使用权继承纠纷无法回避的现实情况，为各地权力机构或者行政机关“造法”提供了空间。

梳理近年来国内学术界对宅基地使用权继承问题的研究，**可以发现主要存在三种观点。一是否定继承说。**该观点认为宅基地使用权的继承将导致使用主体与集体经济组织成员资格脱钩，宅基地制度所承载的社会保障功能将消失殆尽，如此便与住宅建设使用权无异，违背了宅基地制度的初衷。**二是限制继承说。**该观点认可宅基地使用权具有一定的财产属性，但其必须基于特定的身份才能被享有。若继承人具有相应的集体经济组织成员资格，可以继承宅基地使用权。**三是有条件继承说。**该观点认为宅基地使用权必须与房屋“一体继承”。倘若房屋灭失，宅基地所附带的财产价值功能也相应丧失，农村集体经济组织有权收回宅基地使用权。

二、问题的根源及学界提出的解决方案之评析

(一)问题的根源：“两权分离”下宅基地使用权的定性模糊

在城乡二元结构体制下，土地是农民赖以生存的根本，农村土地的首要功能便是“安民”。现行的宅基地使用权制度不仅包括私法层面的土地权利制度，还包括公法层面的土地管理制度、土地治理制度，体现了“公益”与“私益”的双重属性。两者虽然价值取向及规则适用存在差异，但并存于宅基地使用权制度之中。具体而言，从民法体系考察，宅基地使用权作为《民法典》所规定的一项用益物权，属于《民法典》第 113 条规定的“财产权利”范畴，是农民的经济性资产。**但若将其置于更宏观的法源考察，宅基地使用权作为国家的社会性资源，亦受《土地管理法》及国家政策之规制，这使其有别于一般的民法财产权，直接体现在制度设计中的就是其收益、流转权能的缺失。**这是由国家对农村土地进行管制的指导思想所决定的，体现了公法逻辑中的政治因素对私法领域中个人私权的限制。宅基地使用权的“混合属性”，正是宅基地使用权继承问题备受争议的症结所在。

(二)学界对宅基地使用权继承难题的解决方案及其评析

在“房地一体”仍是我国房地制度基本原则的当下，为破解宅基地使用权双重属性导致其难以继承的理论难题，**学界提出了“宅基地法定租**

赁权说”与“集体强制赎买房屋说”两种折中的解决方案。

然而，不论从理论还是实践的可行性出发，上述观点均存在较大的局限性。就“宅基地法定租赁权说”而言，有四点。首先，继承人获得的并非物权性质的宅基地使用权，只是一项法律效力相对较弱的宅基地债权。其次，我国法律明确规定租赁期限最长为 20 年，继承人取得的土地利用年限过短，难以形成长期利用宅基地的稳定预期。再次，该方案依继承人身份的不同，在继承房屋时分别配置不同类型的土地权利，在我国全面实现不动产统一登记的背景下，不仅给登记制度带来困扰，亦难以通过共有制度解释内部权利关系，使得权利结构极为复杂。最后，法定租赁权的适用前提在于“地随房走”的情形，一旦房屋灭失，集体经济组织有权收回宅基地使用权。该观点漠视了宅基地使用权本身的独立性。而就“集体强制赎买房屋说”而言，此种牺牲继承人“房权”以换取土地所有权人“地权”的方式的合法性存在不小的疑问，且该方案涉及房屋价值如何鉴定、谁来鉴定、鉴定费用如何分担等问题，短时间内也难以解决。

三、“三权分置”背景下宅基地使用权继承的法理证成

(一)公法限制性规定对宅基地使用权继承之影响

1.“三权分置”背景下宅基地使用权的功能定位

基于集体经济组织成员身份享有的初始取得宅基地之资格权归属于成员权范畴，宅基地使用权则回归其用益物权本质，最终形塑为“所有权一资格权一使用权”的完整权利结构。

根据美国经济学家巴泽尔的观点，产权可以从“法定权利”和“经济权利”两方面进行解构。其中，“法定权利”是行为主体依法对财产进行占有的排他性权利，“经济权利”是行为主体处置资产的权利。在“三权分置”架构下，能够以资格权为转轴，向前承接宅基地所有权，以此阐明特定成员基于其身份享有居住利益的正当性，即转由通过资格权来强化其“法定权利”，实现宅基地制度的社会保障功能；向后则对接剥离了身份属性的宅基地使用权，使其能够更加凸显其“经济权利”。

“三权分置”背景下宅基地使用权的立法构造在性质上回归纯粹的用益物权属性，破除原有的人役权属性的弊端，并通过其权利内涵的重构，实现从所有权之归属向用益物权之利用的制度转换。

2.《土地管理法》相关规定对宅基地使用权继承影响的重释

在反对宅基地使用权继承的学者看来，允许继承无疑会形成一户多宅或非集体经济组织成员占有宅基地的现象，这与《土地管理法》所规定的“一户一宅、面积法定、成员专享”等原则存在抵触。

事实上，《土地管理法》原则不过是属于行政管理层面的规制手段。宅基地总量作为一种“公共池塘资源”，其有限性决定了在权利配置中应当遵循设定公平的要求。《土地管理法》原则所规制的应当特指宅基地资格权的实现过程，其中，“一户一宅”是指一户只能申请一处宅基地，并非指只能保有一处宅基地；“面积法定”是指集体成员在初始取得宅基地阶段，所分配的宅基地面积不得超过规定的标准；“成员专享”则是指宅基地初始取得主体应当具有集体经济组织成员资格，即宅基地使用权主体的身份性应当目的性限缩解释为初始申请时具有特定资格。

(二)宅基地使用权作为遗产的适格性

作为一种用益物权，至少从物权立法层面看，宅基地使用权存在被继承的基本条件。而欲使宅基地使用权适用《民法典》继承编相关规则，基本前提在于将其界定为“个人财产”。本文认为，

“农户”并不属于《民法典》总则编所规定的“户”之体系，也无法将其解释为等同于承包经营户，因为承包经营户主要是利用农村集体土地从事生产经营的民法中的特殊主体，与宅基地申请中以血缘、姻缘关系为纽带组成的自然户不同。

对于部分学者提出的“农村宅基地不能被单独继承”的观点，本文持否定态度。所谓“房地一体”，特指房权与地权在流转过程中的一体处分，以实现房地主体 一致之目的。但在法律构造上，两者均系独立的物权，地权并不以依附于房权为存在之必要。因此，即便是空闲的宅基地，依旧可以作为遗产适用《民法典》继承编的相关规定。

(三)非集体经济组织成员或城镇居民继承宅基地使用权的合理性

首先，放宽非集体经济组织成员或城镇居民继承宅基地使用权的限制，契合中国传统所遵循的长辈遗产代代相传的文化逻辑与内心期待，具有较为广泛的群众基础。

其次，从社会现状来看，现行法律虽然禁止将宅基地使用权向本集体经济组织成员以外的人转让，但并未禁止在同村村民之间转让，司法实践亦采纳此种观点。因此，在继承人具有本集体经济组织成员身份时，完全可以通过转让宅基地使用权的方式实现财产转移之目的。在“房地一体”原则下，非集体经济组织成员或城镇居民完全能够通过赠与或遗赠宅基地上房屋的方式实质上获得宅基地使用权。

最后，从公平性的角度来看亦能证明结论的正当性。为简化分析，本文假设甲系宅基地使用权、房屋所有权的唯一享有者，本集体经济组织成员乙、城镇居民丙为甲的第一顺位继承人。按照法定继承规则，若甲死亡，乙、丙各取得 1/2 的宅基地使用权与 1/2 的房屋所有权。如果禁止城镇居民丙继承宅基地使用权，那么丙所继承的房屋将欠缺土地权源，此时不论采纳“宅基地法定租赁权说”还是“集体强制赎买房屋说”，均对丙的继承权进行了不当限制，有违《宪法》和《民法典》中“公民在法律面前一律平等”与“国家保护公民继承权”的规定。此外，如果在继承后发生房地被征收的情形，丙也将因身份的缺失而无法分得宅基地征收补偿款，显然有失公允。上述困境通过允许城镇居民继承宅基地使用权便可化解，按照继承法的一般规则予以处理即可。

四、宅基地使用权继承之规则构造

(一)宅基地使用权继承之效力规则

1. 法定继承及遗嘱继承效力规则

若宅基地使用权人生前并未立有遗嘱，应当根据法定继承的顺序分配宅基地使用权，且法定继承人是否具有特定的成员资格亦并不影响其继承权的享有。不论胎儿或丧偶儿媳(女婿)是否具有或潜在具有本集体经济组织成员资格，均不影响其继承权的享有，代位继承之规定也能适用于宅基地使用权继承。在遗产的分配方面，根据《民法典》继承编第 1130 条，除非存在法律规定的特殊情形，否则同一顺位法定继承人所继承的宅基地使用权的份额应当相等。

根据私法自治原则，宅基地使用权人亦可以通过设立遗嘱的方式处分宅基地使用权。遗嘱的形式包括自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱等形式，在订立遗嘱时，必须遵守法律的相关规定以使遗嘱具备法定效力。

2. 遗赠效力规则

有学者认为基于宅基地使用权性质的特殊性，在适用遗赠规则时应作出一定的变通。具体而言，鉴于国家、组织并非自然人，并无居住需求，故不宜将宅基地使用权赠与国家、组织；为避免宅基地使用权过度自由流转，也不应将宅基地使用权遗赠给无血缘关系的人。

本文并不赞同该学者的观点。首先，“无居住需求”并非限制国家、组织取得宅基地使用权的正当理由，因为“三权分置”后的宅基地使用权属于财产权，本身并不具有居住保障功能。其次，无须过分担忧宅基地使用权过度自由流转会导致“土地垄断”，现实中将宅基地使用权完全赠与陌生人的情况极为罕见，而且宅基地之利用并非毫无限制，完全可以通过用途管制、土地登记制度等多种方式实现监管。

值得一提的是，有部分学者认为对于那些已经拥有宅基地使用权的继承人，其仅可以继承房屋所有权，不得继承宅基地使用权，对此观点本文亦不认可。作为民事基本法的《民法典》并未规定用益物权属性的宅基地使用权的持有数量，继承拥有多处宅基地并不与私法规范相违背。

(二)宅基地使用权期限的重构

对于如何理解宅基地使用权的“长期使用”，学界存在两种主要观点：第一种观点认为，“长期使用”应当以其字面意义进行解释，意味着宅基地使用权具有永久存续性；第二种观点则认为，“长期使用”的期限具有不确定性，它以宅基地使用权人的成员身份或生命存续期间为限。然而，“永久存续说”并未考虑到初始取得宅基地的农民在取得宅基地使用权后，可能出现丧失集体经济组织成员身份或者死亡的情形。而依“期限不确定说”，一旦权利人丧失集体成员身份或死亡，则宅基地使用权自动消减并随之回弹至作为所有权人的农民集体，但这样有损宅基地使用权财产价值功能的实现，与宅基地制度改革的整体目标不符。

有鉴于此，可以通过“固定期限+自动续期”规则的建构，解决上述观点存在的逻辑缺陷，理由如下。首先，不仅能够维持宅基地长期使用的制度效果，也不损及农民最基本的居住权益。其次，继承人在取得房屋所有权的同时，享有一定期限的宅基地使用权，这并不与“房地一体”的既定政策产生冲突，自动续期规则也能够使继承人形成持续、稳定利用宅基地的合理预期。最后，宅基地使用权作为定限物权，因具有期限性，在继承人期限届满且不申请续期时，便能恢复至完全物权状态，故并不会导致宅基地使用权的永久让渡而架空农民集体土地所有权。

至于固定期限为多少年，具体可以参照城镇居住用地 70 年的标准。为实现物权平等保护，农村宅基地使用权的期限应当与城镇居住用地使用权的相关规定保持一致，故宜认定为 70 年。

(三)宅基地使用权有偿继承规则的构造

继承人如果并非本集体经济组织成员，则并无免费取得宅基地使用权的正当权源，即无法享有土地使用费豁免权，应当向农民集体缴纳土地使用费。但这是否意味着继承人具有本集体经济组织成员资格，就必然享有土地使用费豁免权？本文认为应当区分对待。其一，继承人在此前并未分配宅基地，因继承取得宅基地使用权的，在不超过省、自治区、直辖市规定的面积范围内享有宅基地使用费豁免权。其二，若继承人此前已经分配宅基地，因继承之客观事实而保有数量、面积超标，对超出基本居住保障标准的部分可以实行收费。

当然，根据《宪法》第 17 条，农村集体经济组织实行民主管理。作为代行集体所有权的代表主体，农村集体经济组织经民主决议通过后，可以自主决定是否收费、收费的标准及方式等事项。倘若继承人不愿缴纳宅基地使用费，也有两种处理方式：其一，将宅基地及房屋转让给他人；其二，将宅基地使用权退回集体经济组织，但在“房地一体”原则下，房屋所有权亦应一并转让，由集体经济组织向继承人补偿宅基地及房屋的合理价值。同时，为了最大限度保障宅基地资源的合理利用，可以规定在同等条件下，符合宅基地申请条件的集体经济组织成员或集体经济组织享有优先受让权。

五、结 语

宅基地制度作为我国农村地区的基础性制度，其构成并非单一的，不仅包括土地管理制度，还包括土地权利制度、土地治理制度等，呈现出多元的权利样态。在现行宅基地制度“两权分离”的法权架构下，宅基地使用权虽然被定性为用益物权，却因其取得身份的限制，归入公私法交叉管辖领域，难以塑造为纯粹的私法权利，成为“异化”的用益物权，这也是宅基地使用权继承困境的症结所在。在宅基地“三权分置”改革的背景下，政策文本提出的“保障资格权、放活使用权”实质上是要求宅基地制度改革以分别实现宅基地的居住保障功能和财产流转功能为双重目标。因而，宅基地的社会保障功能应当由资格权承接，宅基地使用权则回归为纯粹的财产权益，如此便能在法律层面将宅基地使用权解释为属于个人遗产之范畴，使其得以适用继承规则，亦不与《土地管理法》及相关政策对宅基地取得的限制性规定相抵悟。

在中国文化传统中，“财产制度是家庭制度中最重要的内容”。宅基地上房屋作为重要的家庭财富，不仅是物质上的，更是精神的、文化的。但土地本身因其性质与房屋存在物理依附性而无法割裂，于此，承认宅基地使用权的可继承性，不仅契合中国传统所遵循的长辈遗产代代相传的文化逻辑、符合民众心理预期，也能在一定程度上维持社会的和谐稳定。

一人尽心照顾患病兄弟 3 年，妹妹是否可适当分到遗产？

2024-12-09 滨湖法院

https://mp.weixin.qq.com/s/DzvUvYZ7EZIXYYwD67Ju3w

01 案情简介

1992 年张某与妻子离婚，女儿小张归前妻抚养，之后多年小张和张某感情淡漠，缺少联系。2011 年 6 月，张某拆迁分得安置房。2013 年开始，张某身患多种疾病，屡次住院，主要是由张某亲生妹妹与其共同生活，对其加以关心照顾，定期陪伴入院治疗，还负担了部分医疗开销。在张某患病愈重大小便失禁情况下，张某妹妹仍对其不离不弃。2016 年张某去世，张某妹妹也诸多出力，为张某办理送终、购置墓地等事宜。上述房屋于 2017 年登记到小张名下。

02 法院审理

法院经审理认为，张某的第一顺位继承人为女儿小张，在第一顺位继承人存在情况下，张某妹妹属于下一顺位继承人。小张虽然年少时因父母离婚主要随母亲生活，但这不应斩断父女之间的亲情，无论从生理或法律上，二人仍是父女关系，小张应尽到女儿的扶养义务，对患病父亲提供行动或经济上的更多关心照顾。但却是由张某妹妹对其哥哥加以关心照顾陪伴，给予临终关怀并为其办理殡葬事宜。所以张某妹妹可以视作对被继承人张某扶养较多的人，应适当给张某妹妹分得遗产。综合以上情况，考虑张某从 2013 年身患疾病到 2016 年去世的 3 年期间，大部分护理依赖费用约为 16 万元，因张某的遗产房屋已经过户到小张名下，故法院判决该款需小张向张某妹妹即其姑姑支付，作为适当分得财产的作价款。

03 法官说法

民法典第 1127 条规定了法定继承人的范围及继承顺序，配偶、子女、父母是第一顺位继承人，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母是第二顺位继承人。法定继承存在严格的顺位，不同顺位的继承人不

能同时继承，一般情况下，有第一顺位继承人时，先由第一顺位继承人继承，只有在没有第一顺位继承人或第一顺位继承人全部放弃或者丧失继承权时，第二顺位继承人方能继承。但我国《民法典》第 1131 条也规定对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。本案在第一顺位继承人（本案中为女儿）存在并且没有法定的剥夺继承权的情形下，第二顺位继承人（本案中为妹妹）符合法律规定的尽到主要扶养义务情形，可以适当由妹妹分得遗产，体现了权利与义务对等的公正原则。

中华民族历来倡导尊老爱幼、孝敬父母的传统美德，“事父母以孝，事兄弟以悌”。当下，家庭成员间也应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的家庭关系。本案弘扬了互帮互助、和谐友爱的良好家风，既对互相友爱帮助的家庭成员做了法律上的褒扬，也对不赡养父母，孝顺长辈的行为进行了法律上的不利评价。

撰稿：彭云翔、徐琳珂

责编：顾　闻

审核：龚甬钰

倡导友善互助，弘扬敬老美德！最高法发布继承纠纷典型案例（第二批）

2024-12-12　最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/Xn2X81D7Pu5TBCYxnVTHgg

中国式现代化，民生为大。党的二十届三中全会指出，在发展中保障和改善民生是中国式现代化的重大任务。习近平总书记对民政工作作出重要指示，强调要“着力推进实施积极应对人口老龄化国家战略，着力提升社会救助、社会福利、社会事务、社会治理工作水平，积极主动为人民群众做好事、办实事、解难事”。人民法院积极贯彻二十届三中全会精神和第十五次全国民政会议精神，着力应对继承领域出现的新情况、新问题，妥善化解纠纷，解决人民最关心最直接最现实的利益问题，不断满足人民对美好生活的向往。

本次发布的第二批四个案例，主要涉及遗赠扶养协议、必留份、继承权丧失等制度，意在通过司法裁判，倡导友善互助的价值理念，弘扬尊老爱老敬老的中华传统美德。本批案例具有以下几方面特征：

第一，尊重被继承人意思自治。遗嘱自由原则是意思自治原则在继承领域的具体化，是继承立法的一个重要原则。遗嘱和遗赠扶养协议是被继承人对自己财产作出的处分，遗赠扶养协议还是当事人对自己生养死葬事宜所做的安排，若真实合法有效，应当予以尊重。案例一中，戴某与前夫蔡某签订遗赠扶养协议后，蔡某履行了协议约定的义务，故人民法院认定遗赠扶养协议真实有效，支持了蔡某取得房屋的诉讼请求。

第二，体现弱有所扶。在尊重当事人意思自治的同时，继承制度同时发挥着扶持弱者、养老育幼的功能。案例二中，当事人在遗嘱中没有为缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人保留必要份额，人民法院根据必留份制度的有关规定，作出相应处理，实现了保护弱势群体权益和尊重遗嘱自由之间的有效平衡。

第三，倡导友善互助。和谐友善、互帮互助是社会主义核心价值观的内在要求。没有法定扶养义务的人对被继承人扶养较多的，根据《中华人民共和国民法典》相关规定，可以分给适当的遗产。案例三中，当事人徐某为残疾人，没有父母、配偶、子女等继承人。严某对徐某生前照料生活、

死后料理后事，人民法院依法认定严某有权主张徐某死亡后遗留的保险利益，有利于社会主义核心价值观的大力弘扬。

第四，弘扬敬老美德。继承制度体现权利义务的统一。对被继承人有无尽到扶养义务，是判断遗产分配多少的重要标准。案例四中，高小某对父母不闻不问，完全没有履行赡养义务。人民法院依法认定其行为构成遗弃，并判决其丧失继承权，彰显了法律对社会价值的正面引导，有利于弘扬中华民族孝亲敬老的传统美德，健全发挥家庭家教家风建设在基层治理中作用的机制。

案例一

扶养人尽到生养死葬义务，有权依据遗赠扶养协议取得遗产

——蔡某诉庞小某等遗赠扶养协议纠纷案

基本案情

戴某与第一任丈夫生育庞小某，丈夫于 1992 年离世。与第二任丈夫蔡某于 2017 年离婚。2019 年开始，戴某因身患多种疾病，长期卧床，需要人陪护照顾，求助庞小某，庞小某不顾不理，还表示不愿意负担母亲日后的治疗费用。戴某后与蔡某签订《协议书》，约定由蔡某作为扶养人，负责照顾戴某日后生活起居，支付医疗费并处理丧葬事宜，戴某去世之后，将其名下房屋赠与蔡某。

签订协议后，蔡某依约履行义务直至戴某离世。蔡某处理完戴某的丧葬事宜，依据《协议书》主张权利时，庞小某拒绝协助蔡某办理房屋变更登记事宜。蔡某遂将庞小某诉至法院，请求依法取得戴某名下房屋。

裁判情况

审理法院认为，戴某与蔡某签订的《协议书》性质上属于遗赠扶养协议，是在见证人的见证下签订完成，系双方真实意思表示、合法有效。蔡某对戴某生前尽了扶养义务，在戴某死后也为其办理了殡葬等事宜，有权依据协议约定取得戴某名下房屋。庞小某作为戴某的儿子，在戴某患病情况下未履行赡养义务，在戴某去世后又主张按法定继承分配案涉房屋，其主张不能成立。遂判决蔡某受遗赠取得戴某名下房屋。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百五十八条规定“自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利”。遗赠扶养协议制度为人民群众提供了行为准则和价值引导，有利于保障老年人“老有所养，老有所依”。如果扶养人如约履行协议约定的生养死葬的义务，人民法院应当尊重当事人意思自治，对扶养人的合法权益予以保护。

案例二

遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要遗产份额

——刘某与范小某遗嘱继承纠纷案

基本案情

范某与吉某原系夫妻关系，于 1989 年育有范小某，后二人离婚，范某 2011 年与刘某再婚。范小某自 2006 年即患有肾病并于 2016 年开始透析治疗，2020 年出现脑出血。范某 2021 年 6 月订立自书遗嘱一份，载明：“我所有的房产及家里的一切财产，待我百年后，由妻子刘某一人继承，产权归刘某一人所有。”

2021 年 11 月，范某去世。刘某诉至法院，要求按照遗嘱内容继承案涉房屋。诉讼中，范小某辩称其身患重病，丧失劳动能力，亦无生活来源，范某虽留有遗嘱，但该遗嘱未按照法律规定为其留有必要份额，故该遗嘱部分无效，其有权继承案涉房屋的部分份额。

裁判情况

审理法院认为，范某在自书遗嘱中指定刘某为唯一继承人虽是其真实意思表示，但因范小某作为范某的法定继承人身患肾病多年，缺乏劳动能力又无生活来源，故应为其保留必要份额。结合案涉房屋价值和双方实际生活情况，酌定由刘某给付范小某房屋折价款。遂判决：案涉房屋由刘某继承，刘某给付范小某相应房屋折价款。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十一条规定："遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。"该条规定的必留份制度是对遗嘱自由的限制，旨在平衡遗嘱自由和法定继承人的利益，以求最大限度保护缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的生存权利。遗嘱人未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留遗产份额的，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。本案裁判通过房屋折价补偿的方式，既保障了缺乏劳动能力又没有生活来源的范小某的权益，又尊重了范某遗嘱中财产由刘某继承的遗愿，实现了保护弱势群体权益和尊重遗嘱自由的有效平衡。

案例三

遗产酌给请求权人有权主张被继承人人身保险合同利益

——严某诉某保险公司人身保险合同纠纷案

基本案情

徐某系某村集体经济组织成员，为残疾人。2020 年 3 月，其所在的区残疾人联合会为其投保了团体人身意外伤害险，徐某为被保险人，限额 5 万元。保险期内，徐某因溺水死亡。

徐某生前主要由严某负责照料生活；死后，由严某料理后事。徐某无第一顺序和第二顺序继承人，所在集体经济组织向法院承诺放弃案涉保险合同下的权益，并和当地派出所共同出具书面说明，认可严某对徐某扶养较多。严某向法院起诉，请求保险公司给付保险金。

裁判情况

审理法院认为，案涉保险合同项下的保险利益为徐某遗产。徐某生前作为某村集体经济组织成员，无第一顺序和第二顺序继承人，所在村集体经济组织已书面承诺放弃案涉保险合同下的权益，对徐某扶养较多的严某有权向某保险公司主张案涉保险合同项下的保险利益。遂判决：某保险公司于判决生效之日起十日内向严某给付保险金 50000 元。

典型意义

根据《中华人民共和国保险法》第四十二条规定，人身保险被保险人死亡后，若没有指定受益人的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照继承相关规定履行给付保险金的义务。本案中，徐某系人身保险的被保险人，没有指定受益人，故其死亡后，保险金应作为其遗产，由保险公司给付继承人。经过事实查明，徐某系"五保户"，无第一顺序和第二顺序继承人，所在集体经济组织又承诺放弃案涉保险合同权益，该种情形下，人民法院根据《中华人民共和国民法典》第一千一百三十一条"对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产"规定，认定严某属于可以分得适当遗产的人，并判决保险公司向其给付保险金，是对遗产酌给制度的适用。区别于继承制度较强的身份性特征，遗产酌给制度系通过法律规定对自愿进行扶养行为者赋予权利，倡导友善、互助的价值理念。本案裁判符合中华民

族传统美德，有利于减少扶养人顾虑，鼓励在全社会形成养老爱老的良好社会氛围。

案例四

继承人不履行赡养义务，遗弃被继承人的，丧失继承权

——高某乙诉高小某法定继承纠纷案

基本案情

高某甲与高小某系父子关系，高小某为独生子女。1992 年，高小某（时年 20 周岁）在与父母的一次争执之后离家出走，从此对父母不闻不问。母亲患病时其未照顾，去世时未奔丧。高某甲身患重病期间，做大手术，需要接送、看护和照顾，但高小某也未出现。高某甲有四个兄弟姐妹，分别为高某乙、高某丙、高某丁和高某戊。高某乙对高某甲夫妻照顾较多。

高某甲去世后，高某乙联系高小某处理高某甲的骨灰落葬事宜，高小某不予理睬，却以唯一法定继承人的身份，领取了高某甲名下部分银行存单。

高某乙起诉至法院，认为高小某遗弃高某甲，应丧失继承权，高某甲的遗产应由第二顺序继承人继承。高某丙、高某丁和高某戊均认可高小某应丧失继承权，并出具声明书表示放弃继承高某甲的遗产。

裁判情况

审理法院认为，子女应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的赡养义务。继承人遗弃被继承人的，依法应丧失继承权。高小某自 1992 年离家后，三十余年来对被继承人不闻不问、置之不理。不仅未给予父母任何经济帮助，亦未有电话联系，没有任何经济和精神赡养，父母去世后，亦怠于对父母送终，对高某甲已经构成遗弃。遂判决：高某甲的遗产归高某乙继承所有；高小某在高某甲去世后自高某甲账户内所取款项归高某乙继承所有，高小某应于判决生效之日起十日内返还。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百二十五条规定“继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（三）遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重”。孝敬父母，是我国传统美德的重要组成部分。父母给予子女生命和关爱，当父母年老体衰时，子女对其进行赡养是应有之义。赡养义务不因父母有收入、身体状况良好而免除。本案中，高小某三十余年对父母没有任何赡养行为，法院认定其行为构成遗弃，并判决其丧失继承权，对其行为作出了否定性评价，彰显了法律对社会价值的正面引导，有利于弘扬中华民族孝亲敬老的传统美德。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：陶羽黛

这份代书遗嘱被法院认定无效，原因很典型——

2024-12-17 北京海淀法院 秦天

https://mp.weixin.qq.com/s/nsS-9xXVDHv87ZuiLvqVrw

钱大爷与孙阿姨为二婚夫妻，二人未生育子女，钱大爷与前妻生育一子钱涛。钱大爷去世后，留下了房产一套。孙阿姨找到钱涛协商房产继承问题，钱涛却拿出遗嘱，称钱大爷已经将房子留给自己。孙阿姨将钱涛诉至法院。

海淀法院经审理，认定遗嘱内容由继承人钱涛书写，不符合代书遗嘱的条件，故该遗嘱无效，判决房屋由孙阿姨、钱涛共同继承所有，其中孙阿姨占八分之五的份额，钱涛占八分之三的份额。

案 情 简 介

孙阿姨诉称，我与钱大爷于 1985 年登记结婚，双方均系再婚，钱大爷于 2022 年去世。北京市海淀区某小区某号房屋系我与钱大爷婚后购买，属于夫妻共同财产。钱涛系钱大爷与我再婚前所生子女，与我不存在血缘关系及抚养关系。现为妥善处理财产继承，诉至法院提出上述诉请。

钱涛辩称，父亲生前留有遗嘱，内容如下：我立此遗嘱，对我所有的财产作出如下处理：我自愿将下列归我个人所有的财产遗嘱留给本人的儿子钱涛继承。具体财产如下：1 、本人位于北京市海淀区某小区某号的房屋；2、本人名下的其他合法财产，包括银行存款。立遗嘱人：钱大爷（签名捺印），见证人：钱某甲、钱某乙（签名捺印）。2022 年 12 月 26 日。

庭审中，钱某甲、钱某乙到庭作证，称自己是钱大爷同村的村民，遗嘱内容由钱大爷陈述，钱涛书写，写完后念给钱大爷听，钱大爷表示认可；钱大爷神志清醒但因为手没有劲不能写字，自己按了手印；二人作为见证人分别签名并按手印。

法 院 审 理

法院经审理后认为，夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，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。涉案房屋为孙阿姨与钱大爷婚姻关系存续期间购买，属于夫妻共同财产，其中一半属于孙阿姨的财产，一半属于钱大爷的遗产。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。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。本案中，钱涛提供的遗嘱属于代书遗嘱，但遗嘱内容由钱涛书写，钱涛是有继承权的继承人，因此该遗嘱并不符合代书遗嘱的条件，故而无效。对于涉案房屋中属于钱大爷遗产的部分，应当按照法定继承办理。遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。法院最终作出上述判决。

宣判后，双方均未提起上诉，该判决现已生效。

法 官 说 法

根据民法典的规定，自然人可以设立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。遗嘱分为自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱等形式。需要注意的是，每种遗嘱都要符合法律规定的形式要求。比如，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。此外，根据民法典规定，下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。如果上述人员作为见证人或代书人，很可能由于存在的利益关系导致遗嘱不公正或违背立遗嘱人的意愿。综上所述，当事人持有遗嘱并不一定意味着遗嘱合法有效，必须符合法律规定才能得到法院认可。

（文中人物及单位名称均系化名）

文/ 秦天

编辑/ 姜欣雨

保管人的继承人拒绝返还被保管的财产
法院：该笔财产的所有权未发生转移，应予返还

2024-12-19 人民法院报 李果 黄进东
https://rmfyb.chinacourt.org/content/202412/19/article_957406_1390753198_5803960.html

本报讯 卢某为避免婚前财产因结婚发生财产混同，将钱存入其嫂子陈某账户，陈某因疾病死亡后，继承人却拒绝返还存款。近日，湖南省桂阳县人民法院审理了这起案件，依法判决确认陈某代为保管的存款本金 29 万元及利息归卢某所有，陈某的法定继承人、某银行协助卢某支取上述存款本息。

法院经审理查明，卢某的哥哥与陈某系夫妻关系。卢某登记结婚前，为避免婚前财产因结婚与夫妻共同财产发生混同，便使用陈某不常使用的具有普通储蓄功能的医保卡办理大额定期存款，先后于 2021 年 11 月、2022 年 4 月存入 26 万元、3 万元，共计 29 万元。卢某在该款项存储过程中，特地向陈某表明了款项需要与其他款项予以区别。2022 年 12 月，陈某因病死亡。后因陈某医保卡内定期存款的归属问题发生争议，卢某遂将陈某的法定继承人及案涉银行起诉至法院。

法院审理后认为，《中华人民共和国民法典》第二百三十四条、第二百三十五条、第三百二十一条规定，因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。对法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。根据上述法律规定，在陈某医保卡存入的定期存款本金 29 万元及其利息应确认归卢某所有。陈某的配偶、父母及子女系陈某的法定继承人，某银行系本案所涉存款的储蓄金融机构，应当协助卢某支取上述存款本息。据此，法院依法作出如上判决。

（李果 黄进东）

法官说法

《中华人民共和国民法典》规定，国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护，任何组织或者个人不得侵犯。本案中，卢某基于对陈某的信任，双方约定将卢某婚前的个人存款转到陈某的银行账户，交由陈某保管。此时，这笔存款的所有权并没有发生转移，仍属卢某所有。陈某去世后，该笔存款并不属于陈某的遗产，陈某的法定继承人无权继承，应予以返还给卢某。陈某的法定继承人未返还该笔存款，侵犯了卢某的所有权，卢某可以要求陈某的法定继承人予以返还。

四、反家暴、夫妻债务专题

（一）反家暴

屡次违反人身安全保护令
河南一男子犯拒不执行裁定罪被判刑

2024-12-07 人民法院报 刘军,刘凌宇

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202412/07/article_956015_1390726880_5786297.html

人民法院报 [现在开庭]

业主以投诉邻居改入户门未果为由拒交物业费

定制的橱柜厚度、材质不一致，能否要求退货退款？

"以旧换新"购买的手机多次维修后仍有性能故障

摄影婚与化妆师之间是否构成劳动关系？

屡次违反人身安全保护令

公 告

本报讯 日前，河南省商丘市睢阳区人民法院审结一起因违反人身安全保护令而引发的拒不执行裁定案，被告人王某屡次违反人身安全保护令，对妻子大打出手并威胁辱骂，其行为构成拒不执行裁定罪，被依法判处拘役六个月，缓刑六个月。

被告人王某和被害人宁某系夫妻。王某在婚姻关系存续期间多次因家庭矛盾殴打宁某。恐惧之余，宁某于 2023 年 3 月 9 日向法院申请人身安全保护令。同月 13 日，法院签发人身安全保护令，禁止王某对宁某及子女实施殴打、威胁等家庭暴力行为，期限为六个月。保护令发出后，王某依然没有收敛，于同年 4 月 20 日、4 月 23 日再次到宁某住所处闹事，对宁某的人身安全造成威胁，被公安机关分别处以 3 日、10 日行政拘留。然而，王某在行政拘留结束后又开始通过微信多次辱骂宁某及其家属，并在社区微信群里散布侮辱信息，致使宁某及其家属长期生活在恐惧之中。宁某不堪其扰报警后，王某因涉嫌拒不执行裁定罪被刑事拘留，公诉机关向法院提起公诉。

法院审理后认为，被告人王某有能力执行而拒不执行人民法院作出的人身安全保护令，情节严重，其行为已构成拒不执行裁定罪。综合王某具有坦白、认罪认罚等法定从轻情节，并取得了被害人谅解，法院依据《中华人民共和国反家庭暴力法》第三十四条等有关规定对王某当庭宣判，以拒不执行裁定罪判处其拘役六个月，缓刑六个月。

（刘军 刘凌宇）

法官提醒

法律对家庭暴力绝不姑息，人身安全保护令也不是一纸空文，法院通过人身安全保护令对遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的妇女儿童施以援手，对无视人身安全保护令的施暴者予以刑事处罚，既是对法律权威的维护，也是法院对家庭暴力零容忍的强烈体现。通过这起案例，希望弱势群体能够看到法律伸出的援助之手，及时向法院寻求帮助和保护，也希望施暴者能够听到刑事裁判敲响的警钟，克制暴力行为，遵守法律规范。

家庭暴力证据标准明确！公安部等九部门联合印发意见

2024-12-09 法治日报

https://mp.weixin.qq.com/s/tOoEADUePvEF7yZJLFgDRA

近日，公安部、中央政法委、最高人民法院、教育部、民政部、司法部、国家卫生健康委、全国妇联、国务院妇儿工委办联合印发《关于加强家庭暴力告诫制度贯彻实施的意见》（以下简称《意见》），旨在进一步发挥家庭暴力告诫制度作用，积极干预化解家庭、婚恋矛盾纠纷，有效预防和制止家庭暴力，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定。

《意见》共 24 条，采取条款式结构，对告诫制度的实体和程序规范、告诫制度与相关制度的衔接、告诫制度的具体实施等分别作出了明确规定。

针对社会关注度较高的家庭暴力证据标准等问题，《意见》明确，公安机关认定家庭暴力事实的基本证据条件包括：

➢ 加害人对实施家庭暴力无异议的，需要加害人陈述、受害人陈述或者证人证言；

➢ 加害人否认实施家庭暴力的，需要受害人陈述或者证人证言以及另外一种辅证。

同时，明确了公安机关认定家庭暴力事实可以适用的辅证类型，包括**记录家庭暴力发生过程的视听资料，家庭暴力相关电话录音、短信、即时通讯信息、电子邮件等电子数据，亲友、邻居等证人的证言，当事人未成年子女所作的与其年龄、智力相适应的证言，加害人曾出具的悔过书或者保证书，伤情鉴定意见，医疗机构的诊疗记录，相关部门单位收到的家庭暴力投诉、反映或者求助记录**等 8 类证据。

聚焦落实严格规范公正文明执法要求，《意见》在明确出具告诫书情形、告诫书内容以及细化告诫实施流程等方面作出规范。

➢ 如明确规定家庭暴力情节较轻、依法不给予治安管理处罚的，公安机关可以对加害人给予批评教育或者出具告诫书；

➢ 家庭暴力事实已经查证属实、情节较轻且具有因实施家庭暴力曾被公安机关给予批评教育等多种情形之一的，一般应当出具告诫书；

➢ 家庭暴力情节显著轻微或者家庭暴力情节较轻且取得受害人谅解的，公安机关可以对加害人给予批评教育等。

《意见》还对家庭暴力告诫书的样式、内容作出规范，并将有关法律条款摘录附注。

为切实推动健全各部门协同的反家暴工作体系，《意见》明确了党委政法委、法院、教育、民政、司法、卫健、妇联、妇儿工委等八个有关部门的职责任务及工作衔接机制，如规定教育、卫健、民政等部门应当加强反家庭暴力业务培训，督促指导学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构、未成年人救助保护机构及其工作人员落实强制报告制度，在工作中发现无民事行为能力、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，及时向公安机关报案等。公安机关应当将告诫情况及时通知当地居民委员会、村民委员会、妇女联合会和乡镇（街道）综治中心，居民委员会、村民委员会应当配合公安派出所共同查访，或者单独进行查访，基层妇女联合会应当协助和配合做好相关工作，合力做实家庭矛盾纠纷化解工作。

近年来，公安机关将反家庭暴力工作作为实施主动警务、预防警务的一项重要工作，认真做好家暴警情处置、协同开展家庭矛盾纠纷排查化解工作，着力推动综合施策、源头治理。仅 2023 年，根据《中华人民共和国反家庭暴力法》有关规定，全国公安机关出具告诫书 9.8 万份，有效发挥了告诫制度预防制止家庭暴力的“警示器”“缓冲阀”作用。

来源丨人民日报客户端

编辑丨韩玉婷　朱晔　刘旭雨

法治理想国丨九部门联合发文明确认定证据标准，为何家暴总是难以认定？

原创：2024-12-11　风声 OPINION　李佳瑶

https://mp.weixin.qq.com/s/_B7qi1YBmijmxlsrgbZNzg

凤凰网原创　为实质性化解家暴认定难的困境，还需要进一步探索如何细化家庭暴力的界定标准、如何调整民事诉讼中家暴事实的举证责任分配规则和证明标准，如何激活法院依职权收集证据等问题。

作者丨李佳瑶

中国政法大学博士

2001 年，《婚姻法》修订案首次规定预防和制止家庭暴力，反家暴被首次写入法律；2015 年《反家暴法》出台，这也成为我国反家庭暴力法

制化进程的里程碑。家庭内发生的暴力绝不是个人私事，施暴者要被追究法律责任，被施暴者的合法权益也要受到保护，成为社会的一般共识。

但是，家暴的典型特征就在于长期性、隐秘性和反复性，反抗家暴甚至追究施暴者的法律责任不仅需要女性极大的决心和耐心，同样要面临相当艰难的取证过程。

也是在这一背景下，公安部等九部门于近日联合印发的《关于加强家庭暴力告诫制度贯彻实施的意见》（以下简称《意见》）引发社会广泛关注。这一证据标准的出台，无疑对于解决举证难、认定难这一反家庭暴力工作中的难点问题具有积极意义。

要理解这一《意见》的意义，需要回溯至我国目前的家暴认定现状和问题。

1.为什么家暴在法律上总是难以认定？

家庭暴力是一个隐秘而沉重的社会问题，女性是家暴行为的主要受害者。

2011 年第三期中国妇女社会地位调查显示，在整个婚姻生活中曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式家庭暴力的女性高达 24.7%。在 2021 年的第四期调查结果中，根据《反家庭暴力法》对家庭暴力概念的界定，在婚姻生活中女性遭受过配偶身体暴力和精神暴力的比例为 8.6%，比 2010 年下降了 5.2 个百分点。2017 年最高人民法院的报告指出，家庭暴力已成为离婚诉讼的第二大事由。

作为一个法律概念，家庭暴力的定义最早出现于 2001 年最高法《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中，这一时期的界定强调行为要造成一定伤害后果，具有持续性、经常性。

2015 年《反家庭暴力法》正式出台，对家暴采取了更为宽泛的定义，指向家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。在这一定义之下，家庭成员可以包含同居关系，行为不一定要造成后果，精神伤害也能构成家暴。但在行为类型上存在继续扩展的空间，比如性暴力、经济控制等手段尚未得到承认。

家庭暴力事实的认定，关涉诸多法律后果。其中，最为重要和最为广泛的应用，就在于构成判决离婚的法定事由和请求离婚损害赔偿的法定事由。此外，在“家暴反杀”类刑事案件中，正在或既往遭受家暴行为也可以构成酌定情节和防卫因素，从而对行为人予以从轻处罚。

然而，家庭暴力法律事实在民事裁判中却普遍存在难以认定的现象，导致受害人的权利无法得到有效救济。根据北京市千千律师事务所 2021 年所做的调查，在随机抽取的 2017 年至 2020 年涉家庭暴力的 1073 份离婚诉讼判决书中，仅有 6% 的案件被法院认定构成家庭暴力。

多项研究指出，这一现象背后存在诸多原因：

其一，实体上，家暴概念较为模糊，缺乏明确的认定标准，难以与一般家庭纠纷相区分；

其二，程序上，当事人的举证能力有限。由于家暴行为具有私密性和长期性，受害方难以固定证据且证据较易灭失，很难达到民诉法“谁主张谁举证”的举证责任要求下、高度盖然性的证明标准；

其三，更为隐蔽的原因是，囿于制度约束和文化因素，法官往往倾向于对家暴认定持回避态度。此外，在举证过程中，原告普遍缺乏举证意识，证据数量较少且类型较为单一，多为现场照片、伤情鉴定、诊疗记录等间接证据，难以证明施暴人与伤害之间的因果关系。尽管随着《反家庭暴

力法》的深入实施，受害者的权利意识的逐渐增强，其保留证据和举证的意识有所提升，但这并未使家暴认定率获得显著增长。

2.为何公安机关的现行认定如此重要？

也是在上述背景下，该《意见》明确，公安机关认定家庭暴力事实的基本证据条件包括：加害人对实施家庭暴力无异议的，需要加害人陈述、受害人陈述或者证人证言；加害人否认实施家庭暴力的，需要受害人陈述或者证人证言以及另外一种辅证。同时，该《意见》还补充了在家暴案件中可以适用的 8 种辅证类型。

《意见》明确了家暴案证据收集和认定上的“公安机关先行”。其原因在于，公安机关是能够第一时间且广泛深入接触到家庭暴力事实的公权力机关。

依据严重程度，家庭暴力可以分为**三种类型：**

第一，不构成治安管理处罚的家庭暴力行为，可以由公安机关予以批评教育或者出具告诫书。

第二，构成治安管理处罚，可能触及《治安管理处罚法》第 43 条“殴打他人的，或者故意伤害他人身体的”、第 45 条“虐待家庭成员”“遗弃没有独立生活能力的被扶养人的”等违法行为类型。

第三，构成刑事犯罪，可能触犯故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪、猥亵儿童罪、非法拘禁罪、侮辱罪、暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪、遗弃罪等侵害公民人身权利的罪名。

无论涉及前述哪三种类型，公安机关都是最先接触家暴案件的国家机关。由于公安机关可以在各种案件的各个阶段接触到家庭暴力事实，公安机关的这一证据认定标准可说发出了一个积极信号：即努力明确和细化家暴证据类型和证明标准，而这对防治家庭暴力无疑具有重要意义。

首先，《意见》在当事人陈述之外，列举了 8 种辅助证据，为受害人留存、收集证据提供清晰的行为指引，增加了家暴事实被认定的可能性。

其次，《意见》明确了在加害人承认和否认的情况下，认定事实所需的证据类型和证据链条，实际起到替代证据证明标准、规范公安机关证据认定裁量空间的作用。

最后，也是最重要的，《意见》的出台有助于化解诉讼阶段的举证难问题。依据《反家庭暴力法》第 20 条规定，人民法院审理涉及家庭暴力的案件，可以根据公安机关出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据，认定家庭暴力事实。

实际上，多项研究表明，**公安机关出具的相关文件是家暴证据的最主要或次主要来源，且属于证明力较强的证据。这又与公安机关的职责特性密切相关：**相较于现场照片、验伤报告等间接证据，公安机关的告诫书、行政处罚决定书、出警记录、笔录回执等都能够直接反映家暴的事实。在接到报案时，公安机关能够第一时间到达现场固定事实，确定施暴方的身份以及因果关系。

由公安机关对家暴事实作出先行判断，可以弥补受害方的举证能力缺陷，法院也更愿意采信公安机关所出具的公文。这不仅减轻了受害方和法官事实证明和认定的负担，法官所担心的家暴认定的次生危险也会在一定程度上得到消解。

3.反家暴，还有哪些仍待解决的问题？

实际上，2022 年《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第 6 条，已经明确列举了认定“遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险”的事实所需的证据类型。

公安部这一标准大体来源于该司法解释的列举事项，但未采用核发人身保护令的“较大可能性”证明标准。

因此，在出具告诫书、人身保护令案件、离婚案件等不同场景下，家暴事实的认定可说是采取了不同的证明标准。所以，如何彼此衔接也是需要考虑的问题。

此外，**为实质性化解家暴认定难的困境，还需要进一步探索如何细化家庭暴力的界定标准、如何调整民事诉讼中家暴事实的举证责任分配规则和证明标准，如何激活法院依职权收集证据等问题。**

家庭暴力的本质就是权力控制，施暴人就是通过暴力让受害人臣服、听命于他。但家庭暴力并没有易发人群，任何人都有可能成为家暴的施暴对象，而家庭暴力也往往仅始于一次推搡或者一次谩骂。为了让家暴受害者摆脱暴力关系，我国的相关法律已经开始在不断完善。

但我们也需认识到，**反家暴是一项系统工程，并不能仅仅靠法律制度的完善，它还依赖于社会**是否能为那些以女性为主的受害者在被施暴后提供有效庇护和全力支持，避免其因为经济困境而再次回到暴力环境；也依赖于公权力机关及其工作人员积极扭转“家暴只是家庭私事”的传统观念，对发生于早期的家暴案件就积极介入并提供帮助；甚至依赖于被施暴者克服耻感并摆脱“受暴妇女综合症”，能真正有勇气和信心离开暴力环境。

法律所能做的，就是赋予受害者对伤害说不的勇气，成为她/他们维护自身权益的底气。

“法治理想国”由中国政法大学教师陈碧、赵宏、李红勃、罗翔共同发起。

主编 | 萧轶

（二）夫妻债务专题

当“现在时”遇上“过去时” 夫妻债务认定规则谁主沉浮 | 大成·实践指南

原创：2024-12-06 大成上海办公室 叶海涛

https://mp.weixin.qq.com/s/d6IRa9EibfMACauH_iBnrQ

提 要

从婚姻法到民法典，结合实践，关于夫妻债务如何认定的立法一直在与时俱进式地予以变化和完善。然而，即使是民法典出台后，关于夫妻共同债务的认定规则和法律适用相对明确、清晰，实务中却仍有不少个案存在同案不同判、一、二审法院法律适用截然相反的现象，甚至于有的案件终审的判决在夫妻债务认定规则的法律适用上明显与立法精神存在一定偏差。故下文将结合上述现象，用一则实务案例切入，反映上述法律适用不统一及有偏差的现实情况，希望能引起相关部门的关注，加强司法统一。

夫妻共同债务始终是在离婚案件中绕不开的话题。尽管离婚了，夫妻一方“负债”或者“被负债”的故事总是不断上演。曾经在私募基金投资及影视传媒领域轰动一时的“小马奔腾”案，让一纸裁决中包括股权回购款、律师费和仲裁费在内的高达 2 亿元的债务的性质认定成为案件聚焦，一、二审围绕着该巨额债务究竟应被认定为夫妻共同债务还是个人债务，争论不已 。虽然该案一审、二审期间正逢最高人民法院（下称“最高院”）针对一审法院判决所依据的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》 第 24 条（下称“《婚姻法解释二》第 24 条”）专门出台了新的司法解释 ，即《最高人民法院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》，对有关夫妻共同债务的认定、排除及举证责任分配等问题做了进一步明确，但仍未能改变该 2 亿元债务被认定为夫妻共同债务的最终结局。“小马奔腾”案虽已尘埃落定，然而现实版中涉夫妻共同债务认定的类似案件却仍然纷争不止。于是，问题来了，当夫妻债务的发生已成为“过去时”，而到法院审理“现在时”时，夫妻债务认定相关的司法解释却出现了重大变化，此时对该夫妻债务的性质认定应如何适用法律？是遵照法律实行“法不溯及既往”，适用“过去时”？还是“新法优于旧法”，适用“现在时”？《中华人民共和国民法典》（下称“民法典”）出台后，这一问题能否得以最终解决？围绕这些问题，下文将结合实务中的司法不统一情况进行分析探讨。

一、实务案件[5]的切入

张先生与王女士 1997 年登记结婚，2015 年协议离婚，约定张先生放弃全部个人财产归王女士所有。2009 年 1 月，张先生和银行 A 签订《个人一手住房贷款合同》，约定张先生向银行借款 300 万元用于购买房屋，借款期限为 120 个月。双方还就借款利率、逾期罚息、违约责任等做了约定。合同签订后，A 行依约放款，后因张先生未能按时足额偿还借款本息致 A 行于 2016 年将张先生和王女士诉至法院。A 行提供贷款合同、借款收据、王女士的收入证明、客户银行还款结清清单等证据，证明王女士知情并有和张先生一起借贷的合意，且案涉贷款被张先生用于偿还其名下房屋在其他银行的商业银行贷款，王女士则辩称自己对

贷款不知情，《购房合同》中王女士的签字也非王女士本人所签，该贷款并非用于购买夫妻关系存续期间共同的住房，也没有用于家庭生活的开支和孩子教育。该案后经原审（一审）、再审（一审）、再审（二审），最终于 2023 年终审结案，历时近 7 年。其中案件主要争议焦点之一就是关于本案债务是否属于夫妻共同债务的性质认定。因为涉案债务发生在 2009 年，而本案审理阶段正好跨越夫妻债务认定规则有重大变化的时期，所以各法院对本案该如何适用变化前后的夫妻债务认定规则存在不同的观点，最终也导致王女士应否对张先生的上述欠款承担连带清偿责任出现了不同的裁判结果。

二、夫妻债务认定规则的沿革与变化

事实上，关于夫妻债务的认定规则经历了一个不断随实践变化、又在实践中不断完善的立法过程。最初《中华人民共和国婚姻法》（下称“《婚姻法》”）仅仅对离婚时原为夫妻共同生活所负的债务应当共同偿还做出了原则性规定，但并未就夫妻共同债务的认定规则予以明确和细化。此后直至 2018 年《最高人民法院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》施行前，最高院出台的关于夫妻债务认定的各类解释，对于夫妻一方以个人名义对外举债基本上都是以推定为夫妻共同债务为主旋律，除非非举债一方能够举证证明存在恶意串通、违法犯罪情形的。具体体现在以下内容：

为遏制司法实践中频发的“假离婚、真逃债”现象，2003 年 12 月 25 日最高院发布的《婚姻法解释二》第 24 条规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第 19 条第 3 款 规定情形的除外。根据该规定，对于夫妻一方以个人名义对外举债原则上推定为夫妻共同债务，除非第三人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的。

此后，司法实践中出现了大量债权人与债务人勾结伪造虚假债务而侵害非举债配偶一方的个人利益的情形，为避免对债权人的过分保护，2017 年 2 月 28 日发布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）的补充规定》（下称“《婚姻法解释二》补充规定”）在《婚姻法解释二》第 24 条的基础上又增加两款，明确：夫妻一方与第三人串通，虚构债务，或夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。

然而，非举债配偶一方“被负债”的现象并未因此减少，2018 年 1 月 16 日最高院发布了《最高人民法院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》规定，对夫妻共同债务认定标准及举证责任做出了巨大的转变，明确了“共债共签”作为夫妻共同债务的基本原则，以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，或债权人能够证明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，认定为夫妻共同债务。该解释完善了对债权人的举证责任分配，进一步平衡了对未举债一方配偶的权益保护。

而后于 2021 年 1 月 1 日正式生效的《民法典》 第 1064 条 及《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“《民法典婚姻编解释》”）第 34 条，基本沿用并整合了《最高人民法院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》和《婚姻法解释二》补充规定的内容，由此关于夫妻共同债务的认定规则更加具体、明确。

三、前案对夫妻债务认定规则在法律适用的分歧

回到前案，正是因为案件审理从 2016 年原审立案到 2023 年再审终审，时间跨度长，且正好经

历了夫妻债务认定规则发生重大变化的过程，因此在审理中各方当事人及各法院在对夫妻共同债务的认定规则该如何适用存在以下不同观点：

A 行认为法律适用应尊重法不溯及既往原则，适用借款时的法律。案涉借款产生时的《婚姻法》第 41 条规定离婚时原为夫妻共同生活所负的债务应当共同偿还，《婚姻法解释二》第 24 条也规定债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理，故本案债务应认定为夫妻共同债务。同时法院已查明离婚时张先生自主放弃了个人全部资产归王女士所有，故王女士明显是以不知情为由，通过离婚恶意转移财产，借以逃避案涉借款，如果王女士被判决不用承担连带清偿责任，这不仅会严重损害银行的权益，亦会使得贷款市场秩序得不到有效保护。

王女士则辩称《婚姻法》已于 2021 年 1 月 1 日废止，故适用第 41 条的规定是错误的。同时《婚姻法解释二》第 24 条已被 2018 年 1 月 18 日新出的《最高人民法院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》第 3 条取代，该司法解释注明：本解释施行后，最高院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。所以本案理应适用《最高人民法院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》。由于双方办理离婚手续时，约定婚前债务由张先生负担。《购房合同》中王女士的签字也非王女士本人所签，王女士一开始就不知道有贷款一事，更不知道还有用该笔贷款购房的情况，该笔贷款实际也并未用于购买夫妻关系存续期间共同的住房、家庭生活开支和孩子的教育上。故请求法院认定案涉借款不构成夫妻共同债务，依法驳回 A 行要求王女士对张先生的借款承担连带清偿责任的诉讼请求。

原审（一审）法院既未就应如何适用夫妻债务认定规则，也未对案涉借款是否构成夫妻共同债务做出“正面”论述，而是“绕道而行”，直接依照《中华人民共和国民法通则》第 118 条、《中华人民共和国合同法》第 206 条、第 207 条的规定，认为原告请求两被告偿还借款及利息的请求，于法有据，于是判令王女士在分割张先生用向 A 行借款购买房产的范围内，向 A 行承担连带清偿责任 。

再审（一审）法院认为：关于要求王女士对案涉借款承担连带清偿责任的诉讼请求，因 A 行并未提交证据证明张先生将上述款项用于夫妻共同生活，故对该项诉讼请求不予支持。最终依照《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》（下称“《民法典时间效力规定》”）第 1 条第 2 款 之规定，认定涉案借款不构成夫妻共同债务，判决驳回 A 行要求王女士对案涉借款承担连带清偿责任的诉讼请求 。

再审（二审）法院观点：1、原审适用法律不当。理由如下：《民法典时间效力规定》第 1 条第 2 款规定，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。本案借款发生于 2009 年，认定是否为夫妻共同债务应适用当时的法律、司法解释，即《婚姻法》及《婚姻法解释二》。一审判决适用的《最高人民法院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》发布于 2018 年 1 月 17 日，且目前亦已废止，不适用于本案纠纷，一审判决适用法律不当，应予纠正。2、依据《婚姻法解释二》第 24 条规定，本案中，王女士无证据证明 A 行与张先生明确约定了案涉债务为其个人债务，应认定为两人的夫妻共同债务。另，案涉债务的办理手续中包含王女士个人的收入证明，具体时间为案涉贷款合同签订之前，可以据此认定王女士对案涉债务应当知晓。王女士认为其收入证明系银行向其单位索要的，但银行并非具有相应调查权的机关，无权直接向工作单位调取个人收入证明，只能由个人向其工作单位申请开具并提交银行办理贷款所用，王女士的辩称理由有悖常理，不予采信。最终认

定案涉借款构成夫妻共同债务，并依据《婚姻法解释二》第 24 条作出终审判决，判令王女士对案涉债务承担连带清偿责任。

四、对本案的分析与思考

通过上文案例，可以清楚地看到，在对夫妻债务认定规则的法律适用上哪怕同一地方不同层级的法院也会存在不同认知。事实上，笔者通过案例检索，也发现在不同地方的法院同类案件审理的法律适用上也存在着不同法院不同观点的现象，甚至在个别裁判中出现有“一锅炖”式的法律适用表述。

“一锅炖”式的法律适用表述—如原告王某 1 诉被告王某 3 民间借贷纠纷一案 ，审理中，原告王某 1 申请追加王某 3 的配偶（叶某 1）为被告，原告认为王某 3 向王某 1 累计借的 107 万元系用于投资其所经营的面店，而该面店收益大部分用于家庭支出，故王某 3 的借款应当为夫妻共同债务，叶某 1 应连带还款。法院认为，案涉借款发生在我国《民法典》施行之前，依法应适用当时的法律司法解释，包括 2001 年《婚姻法》、2004 年《婚姻法解释二》、2017 年《婚姻法解释二》补充规定、2018 年《最高人民法院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》等相关规定。上述规定与我国《民法典》第 1064 条规定的精神一致 ，最后结合查明的案件事实，认定在王某 1 无其他证据证明王某 3 借款用于王某 3 和叶某 1 夫妻共同生活、共同生产经营情况下，案涉借款为王某 3 个人债务，非夫妻共同债务。最终依照《民法典时间效力规定》第 1 条第 2 款、2001 年《婚姻法》第 41 条、2004 年《婚姻法解释二》第 24 条、2017 年《婚姻法解释二》补充规定、2018 年《最高人民法院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》第 3 条之规定，判决叶某 1 不承担连带还款责任。

“过去时”的法律适用表述—如上诉人张某一因与被上诉人张某二、原审第三人张某三民间借贷纠纷一案中 ，一审法院根据《民法典时间效力规定》第 2 条的规定， 认为案件应适用当时的法律、司法解释的规定，二审法院认可一审法院的法律适用准确，认为案涉债务事实发生在 2006 年，因此应适用当时生效的法律、司法解释的规定（即：《婚姻法》及《婚姻法解释二》）调整本案，案涉债务认定为夫妻共同债务并无不当，上诉人主张适用生效时间为 2018 年 1 月 18 日的《最高人民法院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》的相关规定违反了法不溯及既往的法律原则，不予支持。

“现在时”的法律适用表述—如上诉人朱某、河南某科技公司、杨某因与被上诉人温某合同纠纷一案中（下称“朱某合同案”），最高院 2018 年 11 月作出终审判决，认为关于案涉债务非举债配偶一方是否应当承担连带清偿责任的问题，应根据 2018 年 1 月 18 日实施的《最高人民法院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》第 3 条的规定进行审查。一审判决作出时，前述司法解释尚未实施，故一审适用《婚姻法解释二》第 24 条的规定认定该方应当承担连带清偿责任，不属于适用法律错误。但在前述司法解释实施后，本案应适用该解释的规定，故本院对一审判决的该项处理结果予以纠正。

综上，围绕上述规则出台的背景、历史沿革，回归立法和司法解释的本位，确有必要进一步明确在夫妻债务认定规则在司法实务中的法律适用，以减少同案不同判的适法不统一问题。

首先，夫妻债务认定规则的法律适用仍应以“法不溯及既往”为原则，以法律、司法解释另有规定的为例外。法律不溯及既往，是罗马法以来公认的原则。对此，学者多有论述，在此不赘述。由于溯及力问题直接影响到有关案件的处理结果，尤其当修订前后该法律发生了实质性的变化，可能导致完全相反的裁判结果，因此各国对于法律的溯及力通常也都保持着批判和严格限制的态度。但适法的终极目标也是为了维护公平和正义。由

于立法的滞后性，所以往往需要针对实践频发问题、通过司法解释等对立法的空白或漏洞予以弥补与完善，这也是为什么前文提到的关于夫妻债务的认定规则经历了一个不断随实践变化、又在实践中不断完善的立法过程。有学者提出，根据对某一问题解释的首次与否，可以将司法解释分为首次解释与再次解释两种。……所谓司法解释的溯及力，严格来说其实指的是再次司法解释的溯及力。那么，从法律不得溯及既往的一般原则出发，新司法解释与旧司法解释之间应当适用“从旧原则”，只有在“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益”时适用新的司法解释 。笔者认为，从不破坏法的安定性的角度出发，“不溯及既往”应为在法律适用冲突解决中需遵循的基本原则，但有原则就有例外，绝对地“一刀切”禁止溯及既往不完全现实与合理，当发现旧法有失公允或存在漏洞，新法显然就是为了矫治旧法应运而生，自然也应该有条件地适用“新法优于旧法” 的原则，这样才真正有利于实现法律的应有之义和司法的公平公正。

其次，夫妻债务认定规则的法律适用应与夫妻债务认定系列规则的历史沿革及出台的背景相符。《最高人民法院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》规定废止了《婚姻法解释（二）》第 24 条的规定，此次更新并非一般意义上的以新解释代替旧解释，实具强烈的纠错意涵，在我国的司法实践中极为罕见 。《夫妻债务纠纷解释》的出台以及后续生效的《民法典》、《民法典婚姻编解释》对相关内容的吸收整合，都是应对司法实践中一度突出的非举债配偶一方“被负债”的严重现象应运而生。这些规则进一步明确了夫妻共同债务的认定标准，合理分配举证责任，体现了对善意债权人和未举债一方合法权益双向保护的原则，以最大程度追求法律应有的公平。事实上，《夫妻债务纠纷解释》发布后，最高院民事审判第一庭庭长程新文在接受记者采访时曾就“如何理解和把握解释的适用范围”专门回答如下：《最高人民法院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》第 4 条规定，“本解释自 2018 年 1 月 18 日起施行。本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”该解释系针对社会关切的夫妻共同债务认定标准问题作出的细化和完善，这里所指的“最高院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的”内容，主要是指有关夫妻共同债务认定标准的其他司法解释内容，与本解释规定不一致的，今后不再适用。对于解释施行前，经审查甄别确属认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的案件，人民法院将以对人民群众高度负责的态度，秉持实事求是、有错必纠的原则，以事实为依据，以法律为准绳，依法予以纠正，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”因此，上述回答其实已充分明晰了一点，那就是《最高人民法院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》是回应司法实践和解决司法实践集中反映的问题的，所以对于在新的司法解释施行前，经审查甄别确属认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的案件，仍然应该有错必纠。

最后，夫妻债务认定规则的法律适用应以“新法”为准有据可依。最高院在 2018 年 2 月 7 日发出的《关于办理涉夫妻债务纠纷案件有关工作的通知》中明确，正在审理的一审、二审案件，适用《最高人民法院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》的规定；已经终审的案件，甄别时应当严格把握认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的标准。比如，对夫妻一方与债权人恶意串通坑害另一方，另一方在毫不知情的情况下无端背负巨额债务的案件等，应当依法予以纠正。这也是继最高院程新文庭长就《夫妻债务纠纷解释》适用范围答记者问后，最高院再次就“如何理解和把握解释的适用范围”专门发文明确。事实上，尽管我国并非判例法国家，但从最高院对朱某合同案的二审判决，也可

以看出最高院对实务中落实上述通知精神的处理态度是明朗的。

遗憾的是，在现实的各地法院或各级法院的审理中，还是出现了本文提及的案件不同的裁判结果和法院观点。此类法律适用不统一的实际情况有必要引起有关部门的重视，并在日后的司法实践中由有关部门加以监督、指导和适法统一。

[1] 可参见本人 2021 年 8 月 6 日在威科先行发表的文章《【以案说法】浅谈企业股权转让过程中“对赌协议”对夫妻共同债务的效力范围》。

[2] 法释〔2003〕19 号，最高院 2003 年 12 月 25 日发布，2004 年 4 月 1 日实施，现已失效。

[3] 法释〔2018〕2 号，已于 2018 年 1 月 8 日由最高人民法院审判委员会第 1731 次会议通过，自 2018 年 1 月 18 日起施行，现已失效。

[4] 参见 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1648245912166072416&wfr=spider&for=pc，2024 年 11 月 25 日访问。

[5] 为当事人隐私保护和文章描述方便，案例已做适当改编和化名处理。

[6] 1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 根据 2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正，现已失效。2001 修正版第 41 条规定：离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

[7] 第 19 条第 3 款：夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

[8] 2017 年 2 月 20 日最高人民法院审判委员会第 1710 次会议审议通过，自 2017 年 3 月 1 日起施行，现已失效。

[9] 由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议于 2020 年 5 月 28 日通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。

[10] 第 1064 条：夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。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。

[11] 第 34 条：夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。

[12] 因两被告不服该判决，向相关检察院申诉，检察院后提出再审检察建议，本案决定再审。

[13] 法释〔2020〕15 号，2020 年 12 月 14 日最高人民法院审判委员会第 1821 次会议通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。第 1 条第 2 款规定：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。

[14] 再审（一审）法院的判决虽然并没有明确指出适用的夫妻债务认定规则，但从其在裁判文书的表述及判决结果分析，可以推出再审（一审）法院 2022 年做出判决时，法律、司法解释另有规定，所以应当适用《民法典》及《民法典婚姻编解释》关于夫妻共同债务的认定规则。

[15] (2023)沪 0117 民初 20948 号。

[16] 即从三个方面认定夫妻共同债务，一是基于夫妻共同意思，如共同签字或事后追认；二是为家庭日常生活需要所负的债务；三是夫妻一方个人名义负债虽超出家庭日常生活需要所负的债务，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于夫妻双方共同意思表示。

[17] (2024)辽 07 民终 563 号。

[18] (2018)最高法民终 202 号。

[19] 参见江涌，《以案说法:婚姻法再次解释的溯及力之省思》，《河北法学》，2013 年 3 月，第 31 卷第 3 期，第 78 页。

[20] 为探讨和表述方便，本部分此处的“法”或“法律”为整体概念，不详细区分法律和司法解释。

[21] 参见冉克平：《论夫妻共同债务的类型与清偿—兼析法释〔2018〕2 号》，载《法学》2018 年第 6 期。

[22] 法明传【2018】71 号。

律师简介

叶海涛，大成上海　合伙人

李洪祥 陈凤丨论«民法典»债务用于“夫妻共同生活”规则之解构

2024-12-16　东北师大学报哲学社会科学版　李洪祥 陈凤
https://mp.weixin.qq.com/s/1PxR5oRz1jznJuzE99Fvxw

作者简介

李洪祥　吉林大学法学院教授、博士生导师，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、吉林省法学会婚姻家庭法学研究会会长、吉林省男女平等评估机制专家组成员等，参与民法典、反家庭暴力法等国家立法、主持完成了吉林省反家庭暴力条例、长春市老年人权益保障条例等地方立法修订项目，发表学术论文 70 多篇，出版专著四本，主编民法学等教材，主持教育部项目两项、教育厅项目一项，主持全国妇联、吉林省高级人民法院、吉林省妇联、长春市老龄委等项目十余项。研究成果曾获得民政部二等奖，吉林省第十一届社会科学优秀成果著作类三等奖等。

陈凤　吉林大学法学院博士研究生

摘要：《民法典》确定了三种类型的夫妻共同债务，分别是基于夫妻共债共签形成的共同债务、基于家庭日常生活需要形成的共同债务、基于债务用于夫妻共同生活或共同生产经营形成的共同债务。其中，债务用于“夫妻共同生活”的性质、认定规则及清偿规则并不明确，同案不同判现象严重。因此，有必要从民事法律行为理论视角出发，认定债务用于“夫妻共同生活”的应然性质为连带债务，厘清债务用于“夫妻共同生活”的认定规则和清偿规则，包括清偿责任财产的范围

和顺序，以平衡举债方配偶与婚姻关系外部债权人的利益。

关键词：夫妻共同债务；债务用于夫妻共同生活；连带债务性质；责任财产范围和顺序

在我国，夫妻共同债务制度经历了一个漫长的发展和演变过程。从《中华人民共和国婚姻法》(简称《婚姻法》)第 41 条确定的夫妻共同债务“用途论”到最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》(简称《婚姻法解释(二)》)第 24 条确定的夫妻共同债务“推定论”(也有称其为“时间论”)，而后到 2017 年的《婚姻法解释(二)》补充规定以及最高人民法院《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》(简称“法释〔2018〕2 号”)的改进，《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)以民事法律行为理论为法理基础，最终确立了以意思表示为核心的多元化夫妻共同债务认定体系和规范体系。民事法律行为理论体系下，夫妻共同债务被类型化为基于夫妻共债共签形成的共同债务、基于家庭日常生活需要形成的共同债务、基于债务用于夫妻共同生活或共同生产经营形成的共同债务。虽然研究夫妻共同债务制度的文献汗牛充栋，但是对债务用于“夫妻共同生活”的深入研究尚显不足。债务用于“夫妻共同生活”的性质、认定和清偿规则都会直接影响到债务清偿的公平性，牵涉债权人和举债方配偶的权利保护问题。何为债务用于“夫妻共同生活”？其性质如何？认定规则是什么？如何清偿？以上问题均有待进一步研究。

一、债务用于“夫妻共同生活”的识别

《民法典》第 1064 条第 2 款所规定的债务用于“夫妻共同生活”，是指夫妻一方超出家庭日常生活需要范围举债，但是举债在事实上用于夫妻共同生活。该债务与用于“夫妻共同生产经营”债务是并列的、相互区分的，需要由婚姻家庭关系之外的债权人予以举证才能确定。

(一)债务实际用于夫妻共同生活

债务用于“夫妻共同生活”可以拆分为“夫妻(婚姻存续期间)”和用于“夫妻共同生活”两个关键词。第一，“夫妻共同生活”债务的形成以婚姻关系存续为前提。债务用于“夫妻共同生活”规则旨在调整基于夫妻关系而产生的对外债务清偿问题，规则的内容和规则的特性均源生于“夫妻”这一身份关系。如果婚姻关系尚未建立或者已经破裂，不存在夫妻关系，更遑论认定债务用于“夫妻共同生活”的问题。第二，用于“夫妻共同生活”是指举债利益事实上归属于夫妻共同生活。正如有的学者将“夫妻共同生活”称之为原点一样，只有在夫妻具备夫妻身份关系并且具备“夫妻共同生活”这个原点时，举债方配偶才能承担共同偿还责任。债务用于“夫妻共同生活”，一方面要求夫妻双方处于“共同生活”状态。理论和实践上对“夫妻共同生活”的认定事实——“包括精神上、肉体上、经济上的共同生活”，都是从主观、客观两个维度考量，“在主观上双方有共同长期生活的愿望，客观上双方能相互扶持，共同履行夫妻义务和家庭义务，共同承担生活压力和风险，共同创造并享受美好生活”。如果举债方配偶因与举债方感情不和而分居生活，则分居期间产生的债务因不具有夫妻共同生活事实，故不能构成夫妻共同债务，举债方配偶不应负有债务清偿责任。另一方面，债务用于“夫妻共同生活”要求夫妻共同生活期间所举债务在事实上而非形式上用于维系夫妻共同生活关系。司法实践中，人民法院不仅关注债务的书面记载，还十分重视审查债务的实际用途，审查重点在于债务合同成立后所举债务的实际用途而非合同上的约定用途是用于“夫妻共同生活”。比如，举债方单独举债购买家用汽车，但是举债所购车辆并未用于夫妻共同生活而是将车辆无偿赠与婚外第三人使用，此时，因为所举债务的实际用途与形式用途不一致，举债在事实上未真正用于夫妻

共同生活，故不应当认定为债务用于“夫妻共同生活”。此外，这里的“用于”指的是债权人以证据证明债务客观“确实用于”，而非主观“可能用于”，任何以“可能共同受益”来取代“确定共同受益”的做法都是违反法律的，都不应当构成债务用于“夫妻共同生活”。

(二)不同于债务用于“夫妻共同生产经营”

《民法典》第 1064 条第 2 款强调了债务用于“夫妻共同生活”“共同生产经营”以及“共同意思表示”三种夫妻共同债务的认定规则，其中债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”是并列关系且两者有显著区别。首先，《民法典》第 1064 条第 2 款在立法形式上就明显区分了债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”。《民法典》第 1064 条第 2 款修改了原《婚姻法》第 41 条“为夫妻共同生活所负的债务”的表述，前者进一步细化了后者，将原《婚姻法》第 41 条“为夫妻共同生活所负的债务”的内容细化为三种债务，最终呈现出债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”两种相并列的债务类型，这意味着立法者有意区分债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”。其次，两者的债务共担原理并不相同，债务用于“夫妻共同生活”是基于生活共同体而对外共同承担债务，债务用于“夫妻共同生产经营”是基于生产经营共同体而对外共同承担债务。有学者对债务用于“共同生产经营”的独立性证伪，理由为债务用于“夫妻共同生产经营”的认定一部分是因家庭受益而最终满足“共同生活”认定规则。然而，债务用于“夫妻共同生产经营”主要表现为夫妻共同从事生产经营，或者一方虽不参加生产经营，但知晓、支持配偶举债从事生产经营，并共享了举债利益(不是一方的劳动收入和劳务收入)，这与债务用于“夫妻共同生活”具有显著的差异性。最后，《民法典》第 1064 条第 2 款对债务进行形式区分的立法目的就是避免夫妻一方在毫不知情的情形下承担另一方生产经营的债务风险，即使生产经营收益确实部分用于共同生活。《民法典》第 1064 条开篇便通过共债共签和追认规则定调保护夫妻一方的知情权和同意权，从债务形成的源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生。实践中夫妻一方对另一方生产经营债务毫不知情，但另一方生产经营收入用于夫妻共同生活的情形多有存在。如果将此类生产经营债务作为夫妻共同债务，要求不知情的一方承担清偿义务，不仅与《民法典》第 1064 条的立法理念相悖，同时也对不知情的一方明显不公(按照日常生活经验，只享受共同生活支出的不知情一方却要承担另外一方的生产经营风险，对不知情一方明显不公平)。正如有的学者将债务用于“夫妻共同生产经营”与生活消费型及共同利益型共债明确区分，前者是指“初始用于”而后者为“结果受益”，虽然都是用于夫妻共同生活，但原理却大异其趣。

(三)债务超出家庭日常生活需要范围

《民法典》第 1064 条第 2 款规定的债务用于“夫妻共同生活”，指的是超出家庭日常生活需要(或者日常家事代理权)范围，不能被日常家事代理权所涵盖的那一部分债务。债务用于“夫妻共同生活”的衡量标准与《民法典》第 1060 条日常家事代理权所涉及的“家庭日常生活需要”衡量标准既有区别又有联系。其联系在于“家庭日常生活需要”在范围上部分与“夫妻共同生活”重合；区别在于“家庭日常生活需要”衡量标准限定在家庭日常生活领域，比“夫妻共同生活”的外延小并且更易被认定，由此所形成的债务数额往往更小。通过一般日常生活习惯认知可以推断出举债目的以及举债是否用于家庭日常生活需要，比如夫妻一方基于为家庭购买日常生活用品、食品、药品、厨房用品以及购买家具、日常家用电器等目的而举债为用于“家庭日常生活需要”；而债务用于“夫妻共同生活”的范围则更大更为

模糊，不具有明确的边界，不仅包括购买数额较大的动产、不动产，也应包括履行法定扶养义务等。

（四）债务由债权人举证

债务用于“夫妻共同生活”的证明责任主体为债权人。债务用于“夫妻共同生活”是在举债方配偶未做任何举债意思表示的情况下产生的，《婚姻法解释(二)》将举债责任分配给举债方配偶则对举债方配偶极不公平，在司法实践中会导致“被负债”现象频发，存在婚姻家庭秩序被损害的道德风险。债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配中存在着交易安全与婚姻家庭保护之间的较量，《民法典》选择了保护更为重要的婚姻家庭安全，充分保障举债方配偶的合法利益，将举证责任分配给具有较强控制能力的婚姻外部关系的债权人，由债权人承担举证不能的不利后果，这无疑符合《民法典》立法本意。

二、债务用于“夫妻共同生活”性质之实然与应然

现有研究对债务用于“夫妻共同生活”的定性并不明晰，明确债务用于“夫妻共同生活”的性质，并基于该性质制定债务用于“夫妻共同生活”的认定规则和清偿规则具有必要性和紧迫性。债法上规定，当债务人为多数时，可以分为按份债务、连带债务、不真正连带债务和债务人共同体四类。债务用于“夫妻共同生活”属于哪一类债务、需要承担何种责任，债法上并没有给予明确规定。当前主流观点主要有“连带债务说”“合伙债务说”和“共同债务说”。

(一)债务用于“夫妻共同生活”性质的实然解释

1. 理论错位：合伙债务说

有学者认为婚姻在某种程度上体现合伙的性质。那么对债务用于“夫妻共同生活”性质的解释能否参照合伙组织和合伙债务的处理方式？答案是否定的。债务用于“夫妻共同生活”的存在基础为夫妻的人身关系而非合同关系，合伙债务与夫妻共同债务存在显著的差异性。第一，举债的前提不同。合伙债务合伙人承担连带责任的前提是合伙人要以合伙的名义对外举债；相比之下，债务用于“夫妻共同生活”的举债前提则是夫妻一方以个人名义对外举债。第二，团体性质不同。夫妻共同体具有合伙共同体所不具备的人身性。合伙共同体是经济团体，以经济利益为首要追求目标；相比之下，夫妻共同体呈现出经济团体所不具有的人身性、伦理性等突出特性。第三，举债的法理依据不同。合伙共同体的举债是基于意定代理关系，而债务用于“夫妻共同生活”的举债范围超出了日常家事代理权范围，没有形成代理关系。以夫妻共同体类比合伙共同体并且参照合伙关系的债务清偿方式的做法，忽略了夫妻团体与合伙团体的重大差异性。夫妻共同体不是一个独立的民事主体类型，夫妻之间虽然具有紧密的人身财产关系，但不可否认的是，夫妻个体也具有人格独立性。将夫妻共同体类比合伙共同体的做法，有失偏颇。

2. 实定法依据缺失：共同债务说

部分学者将债务用于“夫妻共同生活”的性质确定为既非按份之债也非连带之债，而是共同共有之债。将债务用于“夫妻共同生活”性质确定为共同共有之债后，其债务责任承担可能是按份责任也可能是连带责任。共同债务说要求以夫妻团体对外承担责任，充分认识到了夫妻之间存在紧密的人身关系的特性，但是其缺点亦显而易见。一方面，共同之债是单数债，在共同债务说下，夫妻双方是作为一个整体对外向债权人承担责任。正如有的学者所言：“共同债务惟于其债务由共同财产之关与人，以其共同财产负责时为限，有其存在。此债务非对于共同人之个人，乃对于其全体而成立。”然而随着社会经济的发展以及女性经济地位的提高和独立意识的增强，在婚姻关系中更加强调个体的独立意识、独立人格以及独

立地位，夫妻的团体性在逐渐减弱，形成了夫妻团体性和个体性并存的状况。夫妻在缔结婚姻关系之后，确实会存在极为紧密的人身关系，夫妻结合并非完全意义上的共同体而是仅为生活上的共同体、伦理共同体，也并不意味着夫妻可以在人身和财产上均完全不分你我。另一方面，《民法典》至今仍然坚持传统的多数人之债二分法，并未承认共同共有之债理论，为此突破传统多数人之债二分法并创设新的债务类型是否具有必要性还有待进一步考量。

3.守成与创新：连带债务说

连带债务说，是指将用于“夫妻共同生活”的债务认定为连带债务，由夫妻双方承担连带责任。连带责任可以分为无限连带责任和有限连带责任。连带债务说具有正当的法理基础，与我国传统的民事责任二分法传统相适应。《婚姻法解释(二)》第 25 条、第 26 条采用的就是连带债务说，并且在司法实践中被解释为承担无限连带责任，由夫妻共同财产加双方个人财产作为承担债务清偿责任的担保财产。连带债务说使夫妻双方承担无限连带责任，其优势在于能够有效保护债权人利益，避免夫妻合谋“假离婚，真逃债”以损害债权人利益。

然而，连带债务说的缺点亦显而易见，当前司法实践对连带债务说的解释对债权人的保护有矫枉过正之嫌。如若将债务用于“夫妻共同生活”的性质确定为连带债务并使夫妻承担无限连带责任，则债权人有权要求夫妻任何一方承担清偿责任，这意味着举债方配偶即便在未做任何举债意思表示的情况下，仍然要以自己的个人财产承担债务清偿责任，有违自己责任自己承担的原则。无限连带责任理论之下，利益的天平完全倒向了债权人一方，债权人的利益保护被放在了优先地位，却可能会不当地伤害到举债方配偶一方利益和婚姻家庭关系的保护，这是无限连带责任理论的不妥当之处。虽然无限连带债务理论存在配套的追偿机制，当夫妻一方清偿全部债务后，可以进行婚姻关系内部追偿，但是能否实现其内部追偿权的不确定因素很多，比如举债方是否具有相应的偿还债务的能力，如果举债方不具有足够的偿还债务的经济实力，举债方配偶的婚姻关系内部追偿权就无法真正实现。即便举债方具备相应的还债能力，还可能存在夫妻一方与婚姻关系外债权人合谋虚构债权债务关系损害配偶利益的情况，此时举债方还可能会提前转移财产，这使得举债方配偶很难实现婚姻关系内部追偿权；退一步讲，即便是举债方配偶最终能够实现婚姻关系内部追偿权，也可能造成讼累，浪费司法资源。

(二)债务用于“夫妻共同生活”性质的应然选择

综合考量当前的民事责任体系等因素，用于“夫妻共同生活”的债务应当定性为连带债务，其责任承担形式应当为连带责任。同时，为了实现债权人利益保护与举债方配偶利益保护的衡平，应当限缩责任财产范围，将债务用于“夫妻共同生活”的责任承担形式进一步定性为“有限”连带责任。“有限”连带责任的“有限”重点在于划分夫妻责任财产范围，以夫妻共同财产和举债方个人财产为限承担“有限”连带责任，换言之，就是将举债方配偶的个人财产排除在清偿责任财产范围之外。比如有学者提出对于债务用于“夫妻共同生活”的清偿应当以整个夫妻共同财产为限承担责任，隔离举债方配偶的个人财产。连带债务与连带责任是不同的概念。债务用于“夫妻共同生活”的责任承担形式定性为“有限”连带责任具有合理性：第一，“有限”连带责任符合债务用于“夫妻共同生活”的法理要求。省察夫妻共同债务构成的法理基础，基本存在两个范畴，一是物权法上的财产共同共有理论，二是法律行为理论。对于夫妻共同债务的认定，《民法典》已经从《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》)上的财产共有理论转向法律行为理论，并建立起以民事法律行为共同意思表示为轴心的夫妻共同债务认定体系。在法律行为理论视角下，夫妻一

方个人举债行为是基于夫妻一方个人的意思表示，理应成为夫妻一方的个人债务。债务用于“夫妻共同生活”同样是基于夫妻一方个人行为，但因为举债方配偶分享了举债利益，此时若再认定为个人债务使举债方配偶“置身事外”则有失公平。因此，出于公平原则的考量，举债方配偶应当与举债方共同承担债务的清偿责任(见图 1)。同时，依公平原则，责任财产的范围应根据举债方与举债方配偶的受益范围来确定。在法律行为理论视角下，举债方配偶承担责任的法理依据是“利益共享、风险共担”原则，这区别于传统《物权法》上的“财产共有、风险共担”理论。债务用于“夫妻共同生活”之下，举债方配偶的受益范围限于夫妻共同财产，与之相对的承担清偿责任的范围亦应以夫妻共同财产为限。第二，“有限”连带责任符合平衡债权人和举债方配偶利益保护的内在要求。一方面，债务用于“夫妻共同生活”性质确定为连带债务，有利于保护债权人利益，避免夫妻合谋损害债权人利益；另一方面，让举债方配偶承担“有限”连带责任能够使举债方配偶的个人财产实现有效隔离，避免举债方配偶承担无限连带责任。第三，“有限”连带责任符合民事责任制度构建的内在逻辑要求。从《民法典》总则编对民事责任的规定来看，“有限”连带债务说符合民事责任体系二分法的传统，避免另行创设新的责任类型。

图 1　夫妻共同债务的认定及责任承担

三、债务用于“夫妻共同生活”的认定规则

当前，夫妻共同债务的认定主要有“目的论”“用途论”“时间论”“意思论”以及“内外有别论”等等。在以民事法律行为共同意思表示为轴心的夫妻共同债务认定体系下，采用的理论是“法律行为理论(意思论)加用途论”。在该认定规则体系下，“用途论”与“法律行为理论”共同构成夫妻共同债务的认定规则体系，“用途论”起着重要的补充作用，用以补充“法律行为理论”在涵盖范围上的不足和处理夫妻共同债务问题上的缺陷。债务用于“夫妻共同生活”的认定应当属于严格意义上的“用途论”范畴，在举债方将债务实际用于夫妻共同生活时，该债务可以认定为夫妻共同债务。

夫妻共同债务的确定包含认定规则和推定规则。夫妻共同债务认定规则是指在满足一定的条件下，可以确定举债属于夫妻共同债务。夫妻共同债务推定规则是指因债务的认定比较困难，规定当具备一定的法定条件就推定其为夫妻共同债务。如基于“日常家事代理权”形成的夫妻共同债务采用的就是推定规则，推定的基础为“家庭日常生活需要”。相比之下，债务用于“夫妻共同生活”适用的是认定规则中的一般规则，以债务的实际用途为认定核心，需要债务在事实上用于夫妻共同生活，否则会被认定为个人债务。其原因在于，债务用于“夫妻共同生活”为举债方个人的举债行为，基于共债共偿、个债个偿原理(个人行为个人债务,共同行为共同债务)，债务用于“夫妻共同生活”本就应当是举债方的个人债务。若要认定为夫妻共同债务使举债方配偶突破

债的相对性进入债权债务关系当中成为债务的清偿责任人，就需要满足举债方配偶因夫妻共同生活而分享到举债利益这一条件，而该条件需要债权人的举证。

债务用于 “夫妻共同生活”的认定规则有如下特性：第一，与基于“共债共签”形成的夫妻共同债务的认定不同，债务用于“夫妻共同生活”的认定，举债方配偶为非主动做出举债意思表示一方，是被动进入债权债务关系当中成为债务清偿责任人的。如若没能准确认定债务用于“夫妻共同生活”并合理界定其内涵和外延，就容易造成司法不公，损害举债方配偶的合法利益，甚至可能引发婚姻道德危机，使人们丧失对婚姻的信任感并产生对婚姻的恐惧感、畏惧感。第二，债务用于“夫妻共同生活”属于“用途论”，以债务的实际用途为认定核心，但是夫妻共同生活的范围因具有广泛性、模糊性、不确定性，导致债务用于“夫妻共同生活”的概念较为模糊，很难有一个清晰的界定。债务用于“夫妻共同生活”在适用时很难明确界定，举证难度大。因此，按照“用途论”，债务用于“夫妻共同生活”证明责任的分配是一大难点。

(一)债务用于“夫妻共同生活”的认定标准

债务用于“夫妻共同生活”的认定存在多种解读。如有学者提出债务用于“夫妻共同生活”主要为消费所形成的债务。也有学者将债务用于“夫妻共同生活”类型化为“夫妻双方共同消费支配，或者用于形成夫妻共同财产，或者基于夫妻共同利益管理共同财产产生的支出”三种。亦有学者通过比较法进一步研究得出结论，认为“夫妻双方共同消费支配”应为休闲活动，“形成夫妻共同财产”应为借款或赊购(不应认定为夫妻共同债务)，“基于夫妻共同利益管理共同财产”应为按照最有利于夫妻双方的原则保存、利用、改良共同财产，它引起的债务中，只有保存合同债务应被认定为共同债务。不可否认，以上解读具有合理性，但是仍然无法涵盖所有债务用于“夫妻共同生活”的情形。诚然，这也是解读债务用于“夫妻共同生活”必然无法避免的，因为夫妻共同生活本身就不具有明确的边界。正如有的学者所言，夫妻关系具有情感性、伦理性与人格性的特点，影响夫妻共同生活范围的因素极为复杂多样，无法完全囊括，也无法进行预测、计算和类型化。

准确来讲，“夫妻共同生活”是指男女双方在缔结婚姻关系后，共同履行家庭义务，共同创造稳定、持续的生活状态。在这个长期、稳定的生活状态下，夫妻作为因婚姻关系而缔结的家庭伦理共同体，夫妻双方或一方在婚姻关系存续期间所实施的有益于婚姻家庭利益和婚姻关系稳定的法律行为，并且夫妻双方均从中获益，都应当被认定为夫妻共同生活而进行的行为，出于权利义务相一致的基本法理，由此而产生的债务也应当认定为夫妻共同债务。同时，德国法上共同生活(Lebensgemeinschaft)既可以作为规范条件，也可以作为规范结果，指的是婚姻产生的人身义务的总和(婚姻的应然状态；规范效果)。夫妻共同生活不仅应当包含诸如吃、穿、住、行等基本物质生活，还应当包含诸如旅游、聚会等合理的基本精神生活。

此处对债务用于“夫妻共同生活”的认定应当做广义理解，可以包含夫妻直接共同受益(但不包含间接受益)的情况，否则可能会导致对举债方利益保护的不周延。债务用于“夫妻共同生活”的认定核心为用于夫妻共同生活。有学者提出应当将用于“夫妻共同生活”的标准修改为以“家庭利益”这一弹性概念作为认定夫妻共同债务的抽象标准，这一观点不具有合理性。将实行多年的债务用于“夫妻共同生活”标准直接修改不利于维护法律认定标准的稳定性，直接将夫妻共同债务的认定标准改为“家庭利益”不具有必要性，且更具模糊性。因此，应通过法律解释，合理界定“夫妻共同生活”的内涵和外延，将夫妻共同受

益的情形解释进夫妻共同生活范畴内，这样既能够维护法律的稳定性，也能够补充对债务用于“夫妻共同生活”的文义解释的不足。正如有的学者将“用途论”进一步划分为“单方用途论”和“双方用途论”，当债权人对共同用途无法成功举证时，还可就夫妻另一方的单方用途举证，当然此时的共同债务也就仅限于夫妻另一方受益范围内。

(二)债务用于“夫妻共同生活”的边界

确定债务用于“夫妻共同生活”的边界时，不难发现其存在两端(见图 2)：一端需要与基于家庭日常代理权形成的夫妻共同债务划清界限，另一端需要与婚姻关系存续期间夫妻个人债务相区分。由于“夫妻共同生活”是一个不确定的概念，难以通过债务用于“夫妻共同生活”本身的类型化将其完全囊括，因而需要通过排除性规则(限制性规范)，划定债务用于“夫妻共同生活”的边界。

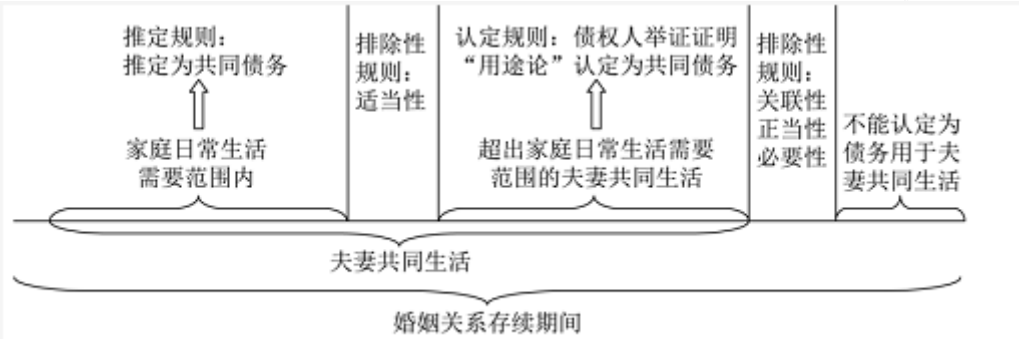


图 2　债务用于“夫妻共同生活”的边界

首先，以关联性原则、正当性原则、必要性原则划清债务用于“夫妻共同生活”与婚姻关系存续期间的个人债务的界限。第一，就关联性原则而言。关联性原则是指认定债务用于“夫妻共同生活”需要保证举债与夫妻共同生活具有事实上而非形式上的关联性。譬如，夫妻一方举债并在合同上注明举债目的是用于夫妻共同生活，但是事实上并未用于夫妻共同生活抑或是在并未缔结婚姻、夫妻早已事实上分居、婚姻关系破裂等情形下，便不能认定债务用于“夫妻共同生活”，因为不具有事实上的关联性。此外，值得注意的是，事实上用于夫妻共同生活不能通过举债方知情而推知，二者不具有事实上的因果关系。具言之，司法实践中通过“婚姻关系存续期间举债＋举债方配偶知情＋举债合同的形式用途”即判定债务用于“夫妻共同生活”的案例屡见不鲜。举债方知情不能成为认定债务用于“夫妻共同生活”的认定标准的原因在于其不具有关联性，债务“用于夫妻共同生活”的认定采纳“用途论”规则，“用途论”的认定核心在于举债的实际用途而非举债方配偶是否知情或者是否可能受益。第二，就正当性原则而言。夫妻一方为婚姻共同生活从事赌博、传销、非法集资等违法犯罪活动而产生的债务，因为举债方的行为不具有正当性、合法性，不属于正常夫妻共同生活的涵摄范围，不应当认定为夫妻共同债务。第三，就必要性原则而言。必要性原则(也有学者称为合理性原则)是指夫妻一方举债并将所举债务用于夫妻共同生活的情形必须是夫妻共同生活所必要的，比如购买房屋用于夫妻共同居住则是必要的，但是对于普通收入家庭，大量购买高档奢侈品就不具有必要性和合理性。因此，若夫妻一方举债购买远超出家庭经济实力的奢侈品时，不属于合理消费，这就脱离了“夫妻共同生活”的射程范围，不应当认定为债务用于“夫妻共同生活”。

其次，以适当性原则划清债务用于“夫妻共同生活”与基于家庭日常代理权形成的夫妻共同债务的界限。与基于日常家事代理权所形成的夫妻共同债务具有的适当性相比，债务用于“夫妻共同生活”超出家庭日常生活需要的范围，往往体现为用于“提高夫妻生活质量”的举债，如家庭交通工具的购置、提高生活品位的家庭旅游、提升子女教育质量的特殊支付、购买高额保险的受益人系其共同抚养的人或举债人配偶等。

(三)债务用于“夫妻共同生活”的证明规范

债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配直接影响到夫妻共同债务清偿的公正性。《婚姻法解释(二)》将举证责任分配给举债方配偶，由举债方配偶证明债务没有用于夫妻共同生活，导致举债方配偶“被负债”的现象频发。为此，《民法典》将举证责任分配给债权人，由债权人证明债务用于夫妻共同生活。然而，由于夫妻共同生活的私密性，债权人往往很难证明债务实际用于夫妻共同生活。

1. 证明主体

举证责任主体是婚姻关系外部债权人还是举债方抑或举债方配偶？从债务用于“夫妻共同生活”的认定规则角度看，其核心认定标准——用于“夫妻共同生活”的不确定性、模糊性必然会导致举证困难。无论是债权人还是举债方配偶，都很难举证。《民法典》将债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配给了债权人，由债权人证明债务用于夫妻共同生活才能认定构成夫妻共同债务，这是对《婚姻法解释(二)》的回应，值得肯定。在法律行为视角下，“用于共同生活的债务成为夫妻共同债务的基础是夫妻双方的意思表示，只是这种意思表示并不体现于签字或追认，而是通过债务用途体现的默示意思表示”。同时，从民事诉讼程序角度分析，将举证责任分配给债权人，由债权人举证举债实际用于夫妻共同生活，这是“谁主张，谁举证”的民事诉讼基本原则的体现，债权人作为主张积极事实的一方需要承担相应的证明责任。此外，将举证责任分配给债权人有利于提醒债权人积极地履行注意义务，督促债权人主动维护自身合法权益；同时有利于保护举债方配偶，减少举债方配偶“被负债”的情况，进一步稳固婚姻家庭关系，增强婚姻双方当事人的信任感和安全感。将举证责任分配给债权人是在衡量债权人与举债方配偶的保护程度过程中，将利益的天平偏向举债方配偶，有利于在社会上形成一个良性的循环，达到良好的法律效果。为此，无论是从控制权角度还是风险负担角度来看，将债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配给债权人都具有现实合理性，值得肯定。

2. 证明标准

关于债务用于“夫妻共同生活”的证明标准，一种观点认为证明标准不宜降低。将举证责任分配给债权人的立法目的的实质是防止举债方配偶因一方个人举债行为受到牵连，应在解释论上尽量提高举债用途的证明标准，让证明责任规定彻底架空夫妻共同债务。此观点是从目的解释出发，其优点是充分认识到举证责任分配的立法目的，充分保护举债方配偶利益。然而，这忽视了对债权人利益的保护，毕竟在司法实践中必然会存在债务超出家庭日常生活需要范围但却实际用于夫妻共同生活的情况，若绝对化地提高证明标准就会将举证不能从可能性转化为必然性。另一种观点认为，夫妻生活具有私密性，婚姻关系外部债权人难以知悉，将举证责任分配给债权人后，债权人很难证明。因此，对债权人举证不宜过苛，并且要辅之以法院探知主义。也有学者指出，在发生纠纷时，可以适当降低债权人的证明标准，保护债权人利益，防止夫妻合谋串通，私下转移夫妻财产损害债权人利益，通常做法就是由主张债务为夫妻共同债务的债权人举证夫妻关系存续期间夫或妻举债及履行义务的事实即可。此观点偏向于保护债权人利益，然而降低证明标准会有偏离立法目的之嫌，若证明标准过低甚至有可能再次

回到《婚姻法解释(二)》的“推定论”时代。将举证责任分配给债权人的初衷是维护婚姻家庭关系稳定和保护举债方配偶利益。债务用于“夫妻共同生活”的证明标准，不能仅仅从理论上去确定其标准应当提高或者降低，还需要从该债务的认定标准具体分析其证明标准是什么、需要达到何种程度。其核心观点是需要债权人证明债务的实际用途是用于夫妻共同生活。在民事诉讼中，证明标准是法院认定当事人主张的事实所应达到的最低心证程度。若债权人能够证明债务用于夫妻共同生活具有高度盖然性，此时法官心证形成，可认定为债务用于“夫妻共同生活”，否则债权人需要自行承担举证不能的不利后果。

四、债务用于“夫妻共同生活”的清偿规则设置

债务用于“夫妻共同生活”的清偿是指夫妻将债务中因用于夫妻共同生活而被判定为夫妻共同债务的债务关系归于消灭的法律行为。债务用于“夫妻共同生活”的清偿规则既关系到夫妻双方的利益，也与外部债权人的财产权益紧密相关，兹事体大。《民法典》第 1065 条、1089 条规定了夫妻共同债务的清偿，但是依旧沿用《婚姻法》的表述，规定夫妻共同债务共同清偿，并未对夫妻共同债务的清偿规则有实质性的变动。“共同清偿”的表述过于笼统，夫妻双方承担有限责任、无限责任、按份责任抑或连带责任并没有明确。

债务用于“夫妻共同生活”的清偿规则还需要明确以下两方面：承担连带责任的清偿责任财产范围以及债务清偿顺序，即债权人举证该债务是夫妻共同债务后，该债务的清偿应当以什么样的顺序进行清偿，是否需要以举债方配偶的个人财产偿还等，均需要正面回应。《婚姻法解释(二)》采取的态度是将“共同偿还”等同于“连带清偿”，并且在实践中也认定为夫妻双方承担无限连带清偿责任。关于夫妻共同债务的清偿规则引起了学界关注，因债务被证明用于“夫妻共同生活”，就应当认定为夫妻共同债务，其清偿规则如何？根据《民法典》的规定，债务用于“夫妻共同生活”需要承担共同清偿责任，但是共同清偿并不意味着夫妻需要对此承担无限连带责任，也不意味着举债方配偶需要以个人财产承担责任。《婚姻家庭编解释一》第 35 条在继受《婚姻法解释(二)》第 25 条法律规定的基础上删除了“连带”“清偿”字样。《婚姻家庭编解释一》的观点是夫妻在婚姻关系破裂时，对于夫妻共同债务承担的责任是连带清偿责任，理由为夫妻在婚姻关系破裂后夫妻人身关系不复存在并且势必要分割夫妻共同财产，所以在对外债务关系上，便应当优先保护债权人的利益。然而，婚姻关系破裂时所采用的规则并不具有能够扩张到夫妻婚姻关系存续期间的法理依据。我国立法和司法实践都没有完全找寻到夫妻共同债务清偿的清晰思路。

(一)债务用于“夫妻共同生活”的清偿责任财产范围

在夫妻婚姻关系存续期间，债务用于“夫妻共同生活”的责任财产主要有举债方个人财产、夫妻共同财产(由举债方以及举债方配偶的份额共同构成)、举债方配偶个人财产；在婚姻关系破裂后，债务用于“夫妻共同生活”的责任财产有举债方个人财产、举债方在离婚时分得的夫妻共同财产中的部分财产、举债方配偶个人财产、举债方配偶在离婚时分得的夫妻共同财产中的部分财产。当前，争议焦点是：债务用于“夫妻共同生活”的清偿是否包括举债方配偶的个人财产。对此，理论界争论不休。总结起来，有以下三种观点。第一，否定说，即否认举债方配偶的个人财产作为债务用于“夫妻共同生活”清偿的责任财产。有学者指出，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义借款并将借款用于夫妻日常生活的，该借款是债务人的个人债务和夫妻共同债务，应当以夫妻共同财产及债务人的个人财产清偿。还有的学者认为，配偶一方超出家庭日常生活需要所负

债务，责任财产的范围不能如同连带债务那样及于配偶另一方的个人财产。放眼域外，同样实行法定夫妻共同财产制的《法国民法典》第 1413 条、第 1414 条以及第 1418 条规定夫妻共同债务的清偿不能包括夫妻个人财产，《德国民法典》第 1414 条也限定夫妻共同债务清偿的责任财产为夫妻共同财产。第二，肯定说，即认为举债方配偶的个人财产应当作为债务用于“夫妻共同生活”清偿的责任财产。有学者从实践出发提出，举债方配偶以夫妻共同财产为限承担有限责任仅具有形式合理性，而欠缺现实合理性。德国学者迪特尔·施瓦布认为，在共同财产共同管理的条件下配偶一方需要用自己的个人财产对另一方的债务负责。第三，补充责任说。有学者认为“对于夫妻共同债务，应当首先以夫妻共同财产清偿，不足部分，原则上以夫妻双方的个人财产为补充”。

笔者认为，债务用于“夫妻共同生活”的责任财产不应包括举债方配偶的个人财产。从法律行为视角来看，夫妻“共债共偿，个债个偿”。而债务用于“夫妻共同生活”是夫妻一方的个人行为，但是基于公平原则的考量将举债方配偶视为清偿责任人，此时，不宜再将其个人财产纳入责任财产范围，否则对于举债方配偶来讲极不公平。从债务用于“夫妻共同生活”认定角度分析，债务用于“夫妻共同生活”是以债务实际用于夫妻共同生活或者举债方配偶为债务的实际受益人为标准，但是举债方配偶的受益仅仅使夫妻共同财产增加，举债方配偶的个人财产并未因此增加。因此，不宜将举债方配偶的个人财产作为责任财产用于清偿“夫妻共同生活”产生的债务。诚然，确实可能存在举债使举债方配偶的个人财产增加的情况，比如在夫妻间赠与的场景下，举债方恶意转移自己的财产给配偶作为其个人财产，意图通过婚姻关系逃避债务，譬如举债方大量购买能够认定为配偶专用的生活用品(奢侈品内衣、昂贵钻戒等)，并赠与其配偶。在这种情况下确实可能会影响到婚姻关系外部债权人的债权得到受偿，但外部债权人可以通过行使《民法典》第 539 条债权人撤销权以保护自己的债权得到受偿。

(二)债务用于“夫妻共同生活”的清偿顺位

债务用于“夫妻共同生活”的清偿顺序如何？从责任财产的范围来具体分析，大致存在以下三种方案。第一，举债方及其配偶的财产、夫妻共同财产无顺位限制，债权人可以依自己意志选择。此种方案最有利于债权人，能够最大限度保护债权人债权得到实现，然而却可能不当地伤害到举债方配偶的利益。第二，先以举债方个人财产清偿，不足部分由夫妻共同财产清偿。此种方案容易伤害到举债方的利益，降低举债方生产、交易的积极性，不利于婚姻家庭的良性发展，长此以往，甚至可能使婚姻当事人丧失对婚姻的信心，毕竟任何一方当事人都不希望承担举债风险：利益是自己与配偶分享的，债务是由个人承担的，有利益保护不平衡之嫌。第三，先以夫妻共同财产清偿，共同财产不足清偿时由举债方以其个人财产连带清偿。此种清偿顺位是最具合理性的。从各方权利主体的利益保护情况来看：对于债权人而言，此种清偿顺位规则只是使举债方享有执行顺位利益，不会在实质上影响到债权人的债权得到受偿；对于举债方配偶而言，举债使夫妻共同财产增加，但没有使其个人财产增加，共同财产作为第一顺位的清偿财产符合公平原则；对于举债方而言，以共同财产作为第一顺位的执行财产能够适度保护其个人财产，提高举债方的交易和生产的积极性。

法者，衡平如水也。“任何特定状态的法律都是一种均衡。每个人的利益都按他的力量大小得到反映。”债务用于“夫妻共同生活”的性质、认定和清偿路径正是要达到一个利益均衡点，形成一个相对稳定的利益格局，使举债方、举债方配偶与婚姻关系外部债权人的利益能够达到动态的平衡。在该点上，债权人的利益既不会被过分

优待也不会被侵害，举债方配偶亦然，同时也有效维护了婚姻家庭关系的相对稳定。

（注释与参考文献从略。）

网络编辑：张宇欣

初审：王晓

复审：冯雅

终审：秦卫波

夫妻为对方做担保，是担保还是共债？

2024-12-21　广东省高级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/UzYRtI9hDL42MAi2XReOMg

案件提要

借款人配偶与债权人签订了保证合同或作为保证人在借款合同中签字，其意思表示是明确的，应承担保证责任。如保证责任成立，无须再审查借款是否属于夫妻共同债务；若存在债权人未在担保期间内主张权利等导致担保人免责情形的，才需继续审查借款是否属于夫妻共同债务的问题。

争议焦点

周某就案涉借款是否应与蔡某共同向张某承担清偿责任。

基本案情

出借人张某与借款人蔡某签订一份《借款合同》，约定蔡某借款 50 万元，借款期限为 6 个月至 2019 年 6 月 2 日。借贷双方均确认经协商借款期限延至 2019 年 12 月 2 日。蔡某与周某为夫妻关系。张某与周某还同时签订一份《保证合同》，约定周某为案涉借款提供连带保证责任，保证期间为主债务期限届满之日起两年。张某于 2018 年 12 月 3 日履行出借义务。因蔡某拒不还款，张某于 2022 年 1 月 25 日向法院提起诉讼，请求判令蔡某还本付息并支付违约金及周某对上述债务承担连带清偿责任。

诉讼过程中，张某确认没有直接向周某主张过权利。周某主张不知道案涉借款延期的事实，认为担保已超出担保期限，其无需承担保证责任。经查，蔡某与周某均为某物流公司股东，案涉借款发生时蔡某持股 90%，后变更为蔡某持股 80%、周某持股 10%；双方还共同经营某实业公司，蔡某持股 70%、周某持股 30%。

裁判结果

深圳市盐田区人民法院一审认为，关于周某的责任承担问题。周某在《保证合同》上签字并按捺手印，应当知悉张某与蔡某之间存在借贷关系，案涉借款应当系基于双方共同意思表示所负债务，故周某应当对蔡某所负案涉债务承担连带清偿责任，遂一审判决蔡某向张某还本付息、周某承担连带清偿责任。深圳市中级人民法院二审认为，根据二审期间补充查明的事实，周某确认案涉借款系用于蔡某经营的某物流公司资金周转。而蔡

某经营的两家公司，周某均持有股份，现二人仍为夫妻关系，且存在共同经营的行为，足以认定案涉借款系用于夫妻二人的共同经营，应属于夫妻共同债务。据此，二审维持原判。

典型意义

借款人配偶签署保证合同对债务承担保证责任是否能够直接得出其为借款人担保的借款属于夫妻共同债务的结论，对此司法实务界存在分歧。本案通过深入阐明配偶承担保证责任与夫妻共债在意思表示和法律责任上的区别，厘清两种法律责任的差别，倡导“在合理合法保障债权人利益的前提下，应当同时做到尊重当事人意思自治”的司法理念。

法官简介

法官手记

保障债权人利益与尊重当事人意思自治并重

本案的核心问题在于：借款人配偶的保证责任与夫妻共同债务的连带清偿责任发生竞合时，如何处理两者的关系。

尊重当事人意思自治是民法的基本原则之一，在不违反法律禁止性规定的前提下，应当充分尊重当事人所做法律行为的自主性。因此，借款人配偶这个身份不能阻却其自主选择不作为共同借款人而仅作为其配偶个人对外借款的保证人的民事权利，但如借款人配偶与债权人签订了保证合同或作为保证人在借款合同中签字，其意思表示是明确的，则应承担担保责任。担保责任与基于配偶身份在借款合同中签名确认债务为夫妻共同债务的法律责任具有明显的区别，前者的责任轻于后者。夫妻共同债务须以家庭共同财产连带清偿且相互间不具有追偿权；而保证责任则分为一般保证责任和连带保证责任，受保证期间的规制，债权人须在保证期间内向保证人行使权利，且保证人承担保证责任后对主债务人依法享有追偿权，债务本质上仍为主债务人的个人债务。据此，借款人配偶签署法律责任相对较轻的保证合同，不应直接推定应承担共同借款责任。本案中，双方争议的其中一个焦点是债权人主张保证责任是否超出保证期间，如保证责任无争议，可直接判决债务人配偶对案涉债务承担连带清偿责任，无须再继续审查该债务是否属于夫妻共同债务。但本案恰恰保证期间已过，在此情况下，审理法院须进一步审查案涉债务是否属于债务人的夫妻共同债务。经查明，案涉借款用于债务人夫妻共同经营的公司，据此应属于夫妻共同债务，故判令债务人配偶承担连带还款责任。

如前所述，若仅因债务人配偶就债务人个人债务签署了保证合同而直接确认该笔债务属于夫妻共同债务，则加重了配偶作为保证人的法律责任。债权人应当注意上述两种责任的区别：如其希望债务人及其配偶共同作为借款人确认债务的，则不应通过要求配偶签署保证合同的方式实现该目的，而是应当直接要求债务人配偶作为共同借款人共同签署借款凭证；如果债务人配偶仅同意作为保证人，债权人应注意在保证期限内及时向债务人配偶主张权利，而不能把债务人及其配偶作为一个主体，仅向债务人个人主张债权。

五、房产、股权

（一）房产

学术争鸣 | 郑里：裁判设立居住权的解释论

原创：2024-12-18 不动产法理论与实务 郑里
https://mp.weixin.qq.com/s/YawV_h03ItP_874Yj0sflg

作者简介
郑 里，中南财经政法大学民商法学博士研究生

裁判设立居住权的解释论

摘 要：在意定居住权之外，存在法院裁判设立居住权的空间，但应限定为在离婚财产分割、遗产分割及离婚经济帮助案件中以居住权为救济手段的情形，且法院只能依一方当事人的请求为其设立，不得依职权径行设立。裁判设立之居住权应带有严格的人身专属性，以防止其任意流转。裁判设立居住权并不满足《民法典》第 229 条规定的构成要件，须在办理居住权登记后才发生物权效力；居住权未登记时，权利人尽管能够居住、使用特定住宅，但无法对抗取得所有权的第三人，也不得依《民事诉讼法》第 255 条对抗债权人的强制执行。

关键词：居住权 裁判设立 生效法律文书 物权法定

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 367 条和第 371 条规定了合同和遗嘱这两种设立居住权的方式。当事人以合同方式设立居住权，依照《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 367 条、第 368 条的规定，应满足书面合同和权利登记两项要件；以遗嘱方式设立居住权，应参照适用以合同方式设立居住权的规定。但司法实践中仍有法院在不存在当事人合意的情况下，在裁判中为一方当事人设立居住权。这涉及《民法典》规定的居住权设立方式是否具有封闭性的问题。也就是说，在缺乏法律明确规定的情况下，是否存在法院判令设立居住权的可能性？如若存在，则居住权何时设立？若不存在，离婚案件中法院常常判决一方有权在另一方的房屋中居住，这种居住权利具有何种性质？此外，裁判设立居住权主要存在于有关婚姻家庭的判决中，法院多考虑家庭伦理、弱者保护等因素，这些带有伦理色彩的因素应如何融入本为中立的私法制度之中并与《民法典》体系相协调？在法定继承情形下，法院是否也可以裁判设立居住权？通过探讨以上问题，本文意图勾勒出裁判设立居住权的法律解释路径。

一、裁判设立居住权：必要和可能

（一）裁判设立的必要性

立法者将居住权视为房屋多元化利用的新途径，认为居住权入典可以满足人民“住有所居”的需求；学界也认可居住权具有提高房屋利用效率、保障基本居住需求、发挥房屋家庭职能等方面的作用。然而，居住权制度的目的在于为特定人居住、使用他人房屋提供物权保障，这与以公

权力为基础的社会保障并非一致。居住权制度并未同其他住房保障规范那样对适用主体、范围进行限定，这决定了其难以同其他特别法一样发挥作用。尽管立法者强调居住权针对特定主体，旨在稳定权利人的生活居住需要，但对居住权的制度安排，并非直接基于为弱势群体提供住房保障等实质价值，而是源于平衡特定房屋使用关系中各方当事人利益的需要。

在司法实践中，法院判令设立居住权的情形并不鲜见，多有法院在分割夫妻共同财产时依据一方当事人的请求判决设立居住权。以意定居住权为基本构造的居住权制度建立在当事人合意的基础上，在婚姻家庭案件等存在利益冲突的场合中很难发挥作用：若急需住房保障的一方主张为自己设立居住权，另一方执意不配合，意定居住权便失去了意义。作为替代的法定居住权也因为缺乏法律依据且适用范围不明确而不具有可操作性。因此，无房当事人欲获得住房方面的私法救济，似乎只能依靠法院裁判设立居住权。

《民法典》未明文规定裁判设立居住权的方式，其设立条件、法律效力等规则相应欠缺，这导致不同法院裁判所依据的价值准则不同。法院根据保护弱者、维护交易安全等不同理念的要求，在个案中从严或从宽认定居住权是否设立，这虽然有助于维护实质公平，却损害了民法体系的统一性。为在发挥居住权保障功能的同时将这种损害降至最低程度，需在解释现行法时严格限制裁判设立居住权的适用范围和适用条件。

（二）裁判设立的可能路径

在我国法上，裁判能否成为居住权的设立方式，涉及物权设立方式是否法定的问题。首先，“种类和内容”在文义上难以包含“设立方式”。其次，就体系而言，物权法定是物债二分的产物，其涉及的都是物权的内容，与物权如何设立无关。最后，物权法定的目的包括禁止创设新型物权、体现物权的绝对性、配合物权公示以及保护所有权等，设立方式和公示方法与这些目的并不直接关联。此外，即使认定设立方式法定，其针对的也是设立之事实要件即完成物权公示的方法，而非物权设立的原因行为。对物权设立方式的强制实质上是物权公示原则所要解决的问题，与物权法定原则无关。因此，物权法定原则不影响司法裁判的方式成为居住权设立方式。

不过，裁判设立方式并非以合意为基础的居住权设立方式，其作用不是使当事人之间成立一个设立居住权的合同，而是使作为所有权人的一方当事人有义务配合、协助对方设立居住权。换言之，法院所作之判决为给付判决，其为当事人创立了一个债，既非合同之债，也非法定之债。法院仅能在离婚财产分割情形下为当事人设立居住权，其他情形都是法律基于亲属关系的性质赋予当事人权利，而后者并非本文所言之居住权。

二、裁判设立居住权的适用范围和条件

（一）裁判设立居住权的适用范围

1. 共有财产分割情形

在涉及法律关系的创设和变更的情况下，法院不得以裁判方式为当事人创设一个协助设立居住权的义务。但是，共有财产分割旨在通过对共有财产的清算、分配消灭既有的共有关系，而非凭空创设一项新的法律关系。在清算过程中，创设居住权可作为消灭特定共有关系、完成财产分配的手段，以确保各方当事人利益的平衡。对于失去所有权的一方当事人，设立居住权可部分补偿其丧失的所有权的价值；就所有权人而言，考虑到其需负担补偿义务，法院判令其协助设立居住权也不至于过分损害其利益。《民法典》第 1087 条要求在分割财产时照顾子女、女方和无过错方权益，第 1130 条要求在分配遗产时对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人予以照顾，法院应依据上述规则，并综合考虑共有人的个人情况进行裁判，以维护实质正义。

2. 法律特别规定情形

除共有财产分割之外，法院可依《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）》（已失效）第 27 条第 3 款，将设立居住权作为离婚经济帮助的手段。该条规定的“居住权”，源于婚姻关系结束后的互助义务，系夫妻间相互帮助、扶养义务的转化。设立居住权的义务属于法定之债，没有对抗第三人的效力。不过，《民法典》并未在关于经济帮助的规则中保留这种“居住权”，其原因可能是，作为用益物权的居住权足以为弱势当事人提供住房保护，与离婚经济帮助存在功能上的重合。但是，与离婚财产分割情形一致，意定居住权难以在离婚经济帮助情形中发挥作用。当事人双方存在立场冲突，达成设立居住权合意的可能性较小，只能依靠法院带有强制色彩的裁判来对缺少住房的一方进行保护。因此，《民法典》保留以裁判设立居住权的方式进行经济帮助仍然是必要的。法典新增的居住权制度为生活困难的一方提供了更为优渥的保护，成为此种形式经济帮助的制度前提。依《民法典》第 1090 条，离婚经济帮助的具体办法由夫妻双方商议，商议不成的由法院判决，这为裁判设立居住权预留了空间。

（二）裁判设立居住权的限制条件

其一，就设立程序的启动而言，裁判设立居住权应以诉讼中一方当事人的请求为依据。在协议离婚情形中，设立居住权等事项可由当事人约定，只有在协议不成、诉诸法院时，才存在法院裁判设立居住权的可能性。

其二，基于亲属法上法定义务而生的居住权利，不属于裁判设立的居住权。夫妻之间存在相互帮助的义务，继承人之间也存在由近亲属关系产生的抚养、赡养或扶养义务，这些法定义务本身就可以产生居住、使用房屋的权利，无须另行以裁判设立的居住权加以保护。就离婚经济帮助而言，该规则的保护对象也为法律所特别规定，不存在适用于其他主体的可能性。因此，有权请求的主体仅限于离婚诉讼中的夫妻双方和遗产分割情形中的适格继承人。

其三，针对法条中“占有、使用”的具体内容，法院可判令当事人自行协商确定。若协商不成，法院可依《民法典》第 367 条第 2 款确定当事人之间的使用关系，以规范权利人对房屋的居住、使用。比如，居住权默认因期限届满或居住权人死亡而消灭，但法院可在裁判时一并确定居住权的期限。

其四，居住权的特殊性质。首先，裁判设立居住权是向失去房屋所有权的一方当事人提供的补偿，其以共有房产的部分份额为对价，难以认定为无偿设立；只有在离婚经济帮助情形下，才存在无偿设立的居住权。其次，在裁判设立居住权的情形下，保障弱者居住权益的目的与居住权的内容结合紧密，甚至是法院进行裁判的根本目标，这就要求此种居住权具有人身属性。借助裁判设立居住权的方式，可以构建保障性居住权体系，这就在《民法典》的体系中形成了以用益物权体系为一般规定、以婚姻家庭编和继承编中的财产分配等为特别情形的居住权规范模式。意定居住权为一般情形，当事人之间不具备特别关系；在共有物财产分割、法律特别规定情形下设立的居住权则具有保护无住房一方当事人的功能，其不得转让、出租，亦不得继承，只能基于生活需要的目的。

三、裁判设立居住权的法律效果

（一）发生物权效力的时点

居住权是否在裁判文书生效时发生物权效力，取决于其是否符合《民法典》第 229 条规定的构成要件。在分割共有财产时为一方当事人设立居住权，并非单纯的分割共有物的行为，还包含创设权利的行为，在逻辑上要经历两个步骤：第一步，一方当事人丧失其共有的房屋所有权及土地

使用权，从而丧失基于所有权的居住、使用房屋以及基于用益物权的使用占用土地的权利；第二步，法院判令为丧失所有权的一方当事人在取得所有权一方当事人的房屋上设立居住权。第一步属于对既有的共有财产的清算和分配，符合共有物分割的要求，其后果是房屋所有权以及土地使用权的移转，且无须履行登记手续；而第二步是在分割的基础上以裁判方式进一步创设一个新的权利，并不是行使共有物分割请求权的直接后果。故在第二步的情形中，法院裁判文书的作用已经超越了单纯的共有物分割判决的效果，其性质属于创设新的法律关系。

法院在第二步仅创设了请求所有权人协助设立居住权的请求权，并不具有物权效力。在财产分割中的物权变动是消极性的，仅属于消灭现存法律关系而产生的附带后果，物权的移转体现为从数人共有的状态变为单独所有的状态，权利主体仅发生数量上的减少，并没有变更为新的主体；而在执行过程中的拍卖成交裁定书、变卖成交裁定书、以物抵债裁定书，针对的都是移转既有的所有权或其他权利，也不涉及创设新物权。此外，法院裁判文书被撤销后，也可能直接导致执行过程中的物权变动，但这属于执行回转程序，意在使权利回到原有状态，同样不涉及创设新物权。基于同样的理由，在离婚经济帮助案件中，法院裁判也不足以产生物权效力。不过，为减轻诉累，法院可一并判决所有权人协助办理居住权登记，或由权利人单方申请进行权利登记。

（二）居住权未登记时的法律后果

1. 对未取得房屋所有权的买受人

就仅签订房屋买卖合同但尚未办理过户登记的买受人而言，传统观点以登记为标准，认为债的履行顺位并不影响所有权的取得，但因无视占有的公示效力而遭受批评。依债权平等原则，数个债之间不存在履行先后的问题。不过，不动产的交付对外也具有一定的对抗效力。若严格按照“已登记优于未登记”的标准，则取得占有的买受人难以对抗其他买受人移转所有权的请求。基于这一点，在动产所有权多重转让和“一房数卖”情形下，最高人民法院特别保护占有标的物的买受人。但是，与房屋买卖不同，居住权和让渡了占有权能的所有权可以并存，买受人取得所有权并没有法律上的限制。因此，取得占有的“居住权人”请求办理居住权登记不影响房屋买受人办理所有权移转登记，裁判设立的居住权与房屋买卖合同不存在冲突。

2. 对取得房屋所有权的受让人

若第三人取得房屋所有权，取得占有的“居住权人”是否可以对抗？这一问题缺乏法律明确规定，需参照最相类似之规则。租赁权以对物的使用收益为核心，与居住权在功能和制度构造上存在相似性，因此成为类推的首要选择。但是，未登记居住权不能类推适用《民法典》第 725 条的“买卖不破租赁”规则。

从目的来看，有学者认为“买卖不破租赁”属于立法者对已占有租赁物的承租人给予的特别保护，预设了承租人为经济上的弱势群体，偏离了民法价值中立的基本设计，难以说明为何要以牺牲房屋受让人的权利为代价保护承租人。也有学者认为，“买卖以不破租赁”规则的正当性基础在于保护承租人对租赁物享有的应保护的在先使用利益。但是，“在先使用利益”难以突破房屋租赁场合的限制而一般性地适用于其他涉及使用标的物的情形。首先，居住权期限默认为权利人的生存期限，其长期性和不确定性会极大地影响受让人的利益。其次，对租赁权的特别保护在《民法典》中应当是例外性、限定性的，除非存在强有力理由的支持，否则不得类推适用于其他情形。最后，裁判设立的居住权为法院单方给予所有权人的负担，应当限缩其效力范围。

从法律体系来看，“买卖不破租赁”规则本就是对租赁关系中使用权未受到物权法调整的弥补。从租赁权公示的意义上来说，租赁的第三人

效力只是权宜之计，无法与已自成体系的居住权相提并论，“居住权人”可以通过办理登记来获得完全意义上的物权，并无必要借用“买卖不破租赁”规则。

3. 对申请强制执行的债权人

取得占有的“居住权人”能否对抗申请强制执行的债权人？首先，在取得物权的第三人申请强制执行时，不论第三人是否属于善意，“居住权人”均不享有足以排除强制执行的民事权益。单纯基于债之关系发生的占有事实尚不足以排除出卖人的债权人对标的物申请强制执行，仅在不动产所有权转让情形中有例外。然而，这种例外高度依赖于合同履行的程度，须同时满足占有、价款和无可归责性等要素，不足以赋予期待权人以物权性的保障。具有特殊的适用条件和适用范围，不得类推适用。其次，依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 255 条，法院在采取执行措施时要保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。由裁判设立居住权之适用范围可知，裁判确立的“居住权人”并不属于该条规定的被执行人所扶养家属；况且，《执行异议复议规定》第 20 条限制了被执行人以“本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋”为由提出的异议，法院一般严格限定《民事诉讼法》第 255 条的适用。因此，“居住权人”不得以《民事诉讼法》第 255 条为依据对抗债权人的执行措施。

结　语

相较于意定居住权，以裁判方式设立居住权更强调法院发挥司法裁量权的作用，在适用范围和权利内容方面都应严格限定。以私法制度为实现社会保障目的之手段，应着眼于所涉及的法律关系，在具体情形中应考虑当事人权利义务的平衡。在当事人需以居住权为住房保障时，通过限制其适用范围，可以将大量一般情形排除在外，仅保留亟须以裁判方式保障的情况。规定在此基础上需进一步对居住权的设立、内容和效力进行限定：裁判设立居住权后，当事人仍需办理登记以取得完全之物权效果；设立的居住权需遵循其人役权属性，不得转让、继承，设立居住权的住宅仅在所有权人许可的情况下才能出租。通过这样一系列限定措施，既保障了既有共同关系结束后弱势当事人的住房需求，又控制了以司法手段限制所有权人利用房屋的程度，维护了社会的实质公平。

转移登记应否审查按份共有人的优先购买权

原创：2024-12-11　中国不动产官微　钟京涛
https://mp.weixin.qq.com/s/3wVM5FgmyBD6KTz9jRoc1w

案　例

甲与乙在夫妻关系存续期间购买了一套商品房（以下简称“案涉房屋”），登记在乙名下。2017 年 12 月，甲、乙离婚纠纷一案由某区人民法院审理后作出民事判决书，判决准予双方离婚，案涉房屋双方各占 50% 份额。离婚判决书生效后，甲、乙双方共同到登记机构办理了产权变更登记手续，按各占 50%份额共有案涉房屋，并各自取得了不动产权证书。2018 年 9 月，乙以微信通知甲，想以 140 万元出售其持有的案涉房屋 50% 份额，要求一次性付清全款，如果愿意购买，请在两天内回复。甲回复称，待解决好孩子抚养费问题后再谈出售案涉房屋份额事宜。2018 年 10 月，乙再次通过微信通知甲，有人准备以 145 万元价格购买其产权份额，甲如果愿意以同等价格购买，请

于两日内支付定金 10 万元。甲仍回复应当先解决孩子抚养费问题。

2018 年 11 月，乙与买受人丙签订房屋买卖合同约定：乙将其所持有案涉房屋的 50%产权份额出售给丙，房屋成交价格为 145 万元；丙先支付定金 10 万元，房屋过户时再支付 135 万元至资金监管账户；双方自合同签订之日起 60 日内共同向不动产登记机构办理案涉房屋的转移登记手续。合同签订后，丙向乙支付了定金 10 万元，双方随后办理了房源核验、购房资格审核、合同网签备案等手续。双方申请办理过户手续时，被告知需要甲到场配合并提供放弃优先购买权的书面材料。乙随后通过微信通知甲到登记机构配合办理过户相关手续。甲仍不同意配合。因无法履行案涉房屋买卖合同，乙随后起诉至区人民法院（以下简称“一审法院”），诉请继续履行与丙之间的案涉房屋买卖合同，将其所持有案涉房屋的 50%产权份额过户给丙并要求丙支付剩余购房款 135 万元。丙表示，同意继续履行合同并在房屋过户后支付剩余购房款。甲辩称，乙与丙签订的案涉房屋买卖合同未经过其本人同意，该合同应属无效，其不放弃案涉房屋的优先购买权，也无钱购买。

一审法院经审理认为，案涉房屋经由离婚判决书明确甲、乙按份共有，乙有权出售其共有的份额，甲在同等条件下有优先购买权；乙向甲发出的通知中载明了同等条件内容，但甲未在合理期限内行使优先购买权，因此已丧失了优先购买权；乙与丙签订的案涉房屋买卖合同系双方的真实意思表示，且内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法、有效。甲主张合同无效，缺乏法律依据；乙要求继续履行合同，将诉争房屋 50% 份额过户至丙名下并要求丙支付剩余购房款，丙表示同意，符合法律规定，应予支持。据此，一审法院判决：（1）乙于本判决生效之日起 10 日内将其所持有的案涉房屋的 50%产权份额过户至丙名下；（2）丙于案涉房屋产权过户手续办理完毕当日支付乙剩余购房款 135 万元。甲不服一审判决，提起上诉。

疑惑

01 处分按份共有不动产份额时如何认定其他共有人的优先购买权？

02 按份共有不动产份额转移登记中应否审查共有人之间的优先购买权？

问题解惑

按份共有不动产份额转让中其他共有人享有优先购买权，是民法中为保护已存在的法律关系、最大化实现共有不动产社会效益和经济效益、简化和稳定共有关系规定的一项制度。《民法典》第 305 条、第 306 条明确规定，按份共有人可以转让其享有的共有不动产份额，其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利；按份共有人转让其享有的共有不动产份额的，应将转让条件及时通知其他共有人，其他共有人应在合理期限内行使优先购买权。《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）》对优先购买权行使中“同等条件”“合理期间”等做了进一步解释：“同等条件”应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定；优先购买权的行使期间没有约定或者约定不明、通知中未载明或者载明期间短于通知送达之日起 15 日的，为 15 日；转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起 15 日；转让人未通知且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起 6 个月等。可见，法律制度在明确共有人优先购买权的同时，也进一步明确了各方应当履行的义务。本案中，甲以抚养费问题为由拒绝在合理期限内行使优先购买权，显然属于对优先购买权的错误行使和不当理解，一审法院认定其丧失优先购买权符合法律规定。

《不动登记暂行条例实施细则》第 10 条规定，处分共有不动产申请登记的，应当经占份额 2/3 以上的按份共有人或者全体共同共有人共同申请，但共有人另有约定的除外；按份共有人转让其享有的不动产份额，应当与受让人共同申请转移登记。这里未要求其他按份共有人一并申请或提交放弃优先购买权书面材料。但是，原《不动产登记操作规范（试行）》2.1.3 第二款规定，“按份共有人转让、抵押其享有的不动产份额，应当与受让人或者抵押权人共同申请。受让人是共有人以外的人的，还应当提交其他共有人同意的书面材料”。对这一规定的具体操作层面，有的地方除要求申请人提交“其他共有人同意的书面材料”外，还要求其他共有人到场共同办理，这在客观上增加了按份共有人转让其共有不动产份额的难度，也增加了登记机构审查的困难。对此，2024 年 9 月 1 日实施的《不动产登记规程》5.2.3 中已删除了“受让人是共有人以外的人的，还应当提交其他共有人同意的书面材料”这一内容，登记机构不再审查共有权人之间的优先购买权问题。本案诉讼的起因，也是乙因共有人甲既不行使优先购买权又不配合办理转移登记手续导致的无法提供登记要件而引发。

本案二审法院经审理认为，乙向共有权人甲发出载明同等条件内容通知后，甲未在 15 日内行使优先购买权，且在本案一审诉讼期间主张不放弃优先购买权的同时表示不具备购买能力，一审法院据此对其诉讼主张不予采信，处理正确。但是，乙在一审中提出的两项诉讼请求均无法律依据。首先，请求将其名下案涉房屋的 50%产权份额过户给丙，属于给付之诉，该项诉讼请求所基于的权利义务关系中，乙系义务主体，丙系权利主体，该请求权应由丙行使，乙以原告身份提 出诉讼缺乏依据。其次，乙诉请丙给付购房尾款，但根据案涉房屋买卖合同约定，支付该笔款项时间为“过户时支付”，在支付条件未成就时提出该诉讼请求依据不足。综上，一审判决处理有误。二审法院随后作出终审判决：(1)撤销一审民事判决；(2)驳回乙的全部诉讼请求。本案带来的启示是，共有不动产转移登记中审查职责的边界设定，既影响登记机构办理共有不动产登记的难度，也影响共有权人处分其合法财产权益的便利度。

本案中，当事人虽未针对登记程序和申请要件提出诉讼和质疑，但案件处理结果却反映出在登记中审查其他共有人优先购买权的情形下，按份共有人处分其共有不动产份额时面临的无奈与尴尬，随着不动产登记制度改革完善，这类问题的解决路径或将更加通畅。

作者单位：自然资源部不动产登记中心

编辑：马康　梁楠（实习）

初审：郑雪蕾

审定：李军晶

学术争鸣 | 路鹏宇：论裁判设立居住权的正当性依据与司法逻辑

2024-12-20　不动产法理论与实务　路鹏宇

https://mp.weixin.qq.com/s/4XY_YZ0sVV3sgrxUgKxy0Q

作者简介

路鹏宇，吉林大学法学院民商法学博士研究生

裁判设立居住权的解释论

摘　要：《民法典》规定的居住权属于意定居住权，《民法典》第 229 条亦没有为裁判设立居住权提供直接法律依据，这使得人民法院能否裁判设立居住权成为亟待解决的现实问题。审视规范性整体关系可知，裁判设立居住权有其正当性。针对当事人提出的设立居住权的诉讼请求，人民法院应以“满足生活居住的需要”与家事义务的内在关联为现实指引，判断是否裁判设立居住权。针对裁判设立居住权消灭的现实困境，应把握居住权消灭之内在标准在于“满足生活居住的需要”，明确裁判设立居住权的存续期限需参照适用《民法典》第 370 条，人民法院应以“满足生活居住的需要”为核心的内在消灭标准来合理确定居住权是否消灭。

关键词：居住权；裁判设立；家事义务；人役权；满足生活居住需要

一、问题的提出

《民法典》确立的居住权为意定居住权。但是，在婚姻家庭纠纷与继承纠纷中，意定居住权可能无法全面发挥其制度功能。对此，诸多学者在《民法典》颁布前后建议增设法定居住权，在物权编一般性地规定居住权可依法设立，在婚姻家庭编与继承编补充性规定当事人设立居住权的情形。

解决意定居住权局限的另一可能路径是人民法院裁判设立居住权。在司法实践中，人民法院裁判设立居住权的方式有两种。第一，双方当事人并未就设立居住权达成任何合意，人民法院径行为原告在案涉住宅上设定了居住权。第二，对于《民法典》生效前当事人享有债权性质的居住权，人民法院根据《民法典》第 366 条认定当事人享有物权性质的居住权。

对于人民法院能否裁判设立居住权以及法律依据，存在着一定争议。肯定观点认为，《民法典》并未完全排斥裁判设立居住权，人民法院应当延续《婚姻法解释（一）》第 27 条第 3 款的做法，结合《民法典》第 1090 条通过裁判设立居住权以保护弱势群体。有的观点认为《民法典》第 229 条提供了法律依据。否定观点认为，《民法典》仅规定了意定居住权，完全排斥了裁判设立居住权的适用空间，第 229 条不能支持人民法院通过裁判在他人房屋上设定居住权。

二、裁判设立居住权的正当性依据

（一）体系解释下法律适用困境

《民法典》第 366 条至第 371 条均以意定居住权展开，而非法定居住权，这否定了人民法院通过裁判设立居住权。但是，《民法典》第 229 条似乎又在表面上为人民法院裁判设立居住权提供了制度支持。因而，本文首先探究能否通过法律解释使《民法典》第 229 条成为人民法院裁判设立居住权的直接法律依据。

《民法典》第 229 条的逻辑前提是当事人享有形成诉权或单纯形成权，第 229 条本身仅仅是为人民法院设立物权提供形式上的合法性依据，核心在于形成权与法律规定的形成诉权。若无形成权与法律规定的形成诉权，则人民法院无法仅依据第 229 条裁判设立物权。人民法院裁判设立居住权的应然逻辑前提是当事人基于法律规定享有居住权，在出现特定形成原因后当事人可以依一方意思表示或经人民法院确认一方意思表示后设立居住权。但《民法典》未规定当事人在特定情况下享有设立居住权的形成诉权，第 229 条难以独立支持人民法院裁判设立居住权，这也就是《民法典》颁布前诸多学者建议在婚姻家庭编、继承编等部分规定法定居住权的原因。部分域外法规定了法定居住权，如《瑞士民法典》与《法国民法典》。反观我国，《民法典》并未在其他部分明确规定当事人在何种形成原因实现时享有居住权或请求设立居住权。第 1090 条是否规定了生活困难方有权请求设立居住权，亦存在疑问。

（二）裁判设立居住权符合规范性整体关系

1. 裁判设立居住权的规范缺失构成法律漏洞

《民法典》并不能为人民法院裁判设立居住权提供直接的法律依据，但人民法院在审理婚姻家庭纠纷与继承纠纷中时常面临着弱势群体利益难以得到有效保障的困境。对此，需认定《民法典》在此形成了法律漏洞，也即构成“违反计划的不完整性”，不符合从规范性整体关系中推导出的法律目的，裁判设立居住权方具备正当性依据。

第一，从价值判断与评价的角度看，裁判设立是居住权发挥其应有制度功能所必需的设立方式。从弱势群体得到住房保障的角度来看，意定居住权与房屋租赁合同在实现住房保障上的差别难以区分。但《民法典》仍然在用益物权部分规定了居住权，这意味着《民法典》在实现住房保障的总体目标上对于物权性质的居住权有着特别的需求。在法国法上，即使法定居住权的适用情形较为局限，衡平法亦允许法官在双方离婚的场合下出于保护未成年子女利益的需要，特许有习惯居住案涉房屋子女的一方享有租赁权，法官有权确定租赁权的期限。

第二，从法律漏洞认定的逻辑上看，《民法典》未以沉默的方式否定居住权的裁判设立方式。确定立法是否对相关法律规范的缺失保有实质性沉默，依赖于反面推理或反面解释是否成立。对《民法典》第 367 条第 1 款反面推理，即产生“当事人未订立书面形式的居住权合同的，未设立居住权”这一命题。基于文义解释，第 367 条第 1 款仅明确了订立书面合同是设立居住权的充分条件，未肯定订立书面合同是设立居住权的充要条件或必要条件，两者构成外包蕴含式关系，反面推理不成立。在此，可以第 140 条第 2 款为参考。第 367 条第 1 款并不意味着设立居住权的唯一途径是订立书面形式的居住权合同，《民法典》对居住权的其他设立方式未采取实质性沉默的态度。

2. 纠纷解决语境下裁判设立居住权的必然性

对裁判设立居住权构成法律漏洞可能的反对意见是：以地役权为例，第 373 条第 1 款与第 367 条第 1 款表述一致，若将上述的结论推而广之，则地役权的设立方式是否也不限于订立书面形式的地役权合同呢？裁判设立地役权亦有可能？对此，我们需要回到涉及裁判设立居住权的纠纷语境，探明居住权之本质性特征。

《民法典》所规定的居住权体现出极大的人身专属性，或可用“人役权特征”来概括我国居住权不同于其他用益物权的特性。在裁判设立的语境下，居住权体现出的“人役权特征”与赡养义务等家事义务之间存有本质性的关联要求相关。但居住权属于用益物权，我国未有人役权之规范体系，其具备“人役权特征”的基础何在？同时，虽然《民法典》规定的居住权有上述的“人役权特征”，但其制度功能是相对综合的，《民法典》并未在婚姻家庭编、继承编或其他部分规定居住权，未将居住权的制度功能限定于身份关系的场合。在此情况下，居住权所谓的“人役权特征”显得难以适从，这也是使得人民法院能否在审理婚姻家庭纠纷与继承纠纷中裁判设立居住权变得复杂的原因。

其一，人民法院裁判设立居住权符合《民法典》确定居住权的立法背景。《民法典》规定居住权的背景就在于身份关系下法定义务的履行需要借助居住权这一权利类型。在《民法典》颁布之前，司法实践尚通过人民法院裁判设立“居住权”以帮助离婚后生活困难方，若《民法典》确定了居住权的物权性质反而限制人民法院裁判设立居住权以实现相应的社会效果，不免与《民法典》的立法精神不相符。

其二，《民法典》确立物权性质的居住权以及规定的“人役权特征”正是在上述背景下，与家事义务之间有着必然联系。从权利证成的论证逻辑来看，权利的成立在于当事人能够从他人负有的法律义务获益，或当事人对他人的法律义务享有能够受到认可的利益，同时他人负有的义务需要经过价值衡量与正当化原则的判定，方得以成立。居住权的“人役权特征”与家事义务之间存

在着内在联系，这也决定了《民法典》规定的居住权在功能上就不应仅限于意定居住权。此处所提的“家事义务”是《民法典》规范婚姻家庭关系与继承关系中所确定的义务，包括抚养义务、赡养义务与扶养义务等法定家事义务与离婚经济帮助义务。

其三，在婚姻家庭纠纷与继承纠纷中，基于“人役权特征”与家事义务的关联，居住权在特定情况下会构成义务人履行家事义务之必要性途径。《民法典》似乎表明居住权并非是当事人履行家事义务的必然选择，当事人可以通过提供货币形式的经济帮助、给付赡养费等形式履行相关义务。若离婚后生活困难方、被赡养人等以请求设立居住权的诉讼请求提出住房保障的需求，则可能意味着负有家事义务的义务人在履行义务上存在着严重的不足，甚至义务人拒绝履行法律义务，使得当事人失去基本的生活居住保障，如隐瞒财产状况而对婚生子女不履行义务、遗弃被赡养人等行为。

三、裁判设立居住权的司法逻辑

（一）作为裁判设立居住权核心的“满足生活居住的需要”

1. 作为判断依据的“满足生活居住的需要”

“满足生活居住的需要”是《民法典》第 366 条明确的规范限定。人民法院裁判设立居住权有其合法性依据与正当性基础，在人民法院判断是否设立居住权这一问题上，就体现为“满足生活居住的需要”。能够在根本上作为判断依据的标准应当是法律上明确的规范标准，体现在居住权上就是第 366 条的“满足生活居住的需要”。作为居住权“人役权特征”的“满足生活居住的需要”是由义务人应受的家事义务所决定的。

第 366 条所规定的“满足生活居住的需要”是人民法院判断当事人是否负有应设立居住权的家事义务，进而是否应当裁判设立居住权的规范标准。但这并不意味着“满足生活居住的需要”是人民法院裁判设立居住权的起点。人民法院在审理当事人请求设立居住权的婚姻家庭纠纷及继承纠纷中，首先需要明确的是当事人是否负有家事义务，进而以“满足生活居住的需要”判定设定居住权在本案中是否构成当事人履行家事义务的必要方式。若当事人并不负有家事义务，则人民法院也就无需判断是否裁判设立居住权。

2. “满足生活居住的需要”的具体内容

人民法院在判断是否支持当事人请求设立居住权的诉讼请求时，需要判断当事人是否符合《民法典》第 366 条的“满足生活居住的需要”。但“满足生活居住的需要”缺乏具体的内容支撑。如被赡养人自身有可居住的房屋，仍请求在赡养人所有的房屋上设定居住权，是否符合这一条件？

学界对“满足生活居住的需要”的讨论通常明确在维持生活居住之必要，主体上允许维持居住权人必要生活的人同住，客体上维持住房的连续性。事实上，“满足生活居住的需要”的具体标准本身存在模糊性，人民法院在审理涉及居住权的案件时，对通过居住权所维持的生活水平亦有着不同的理解，或认为原告收入达到当地基本生活水平，可自行租房居住，对其主张设立居住权的诉请不予支持，或提出赡养人应妥善安排原告住房，不得强迫原告居住在条件低劣的住房。

本文认为，居住权的“满足生活居住的需要”并非满足当地基本生活水平即可，而是与义务人履行家事义务的标准和目的相关。居住权所基于的个人正当利益来源于他人履行的法定家事义务，而除第 1090 条存疑外，可以确定其他义务均以不

仅限于维持基本生活水平为应有之义。这意味着人民法院不应以当事人的生活水平高于当地基本生活水平为由，拒绝在对方当事人所有的房屋上设定居住权，也不得以满足基本生活水平的要求在未达到自身通常生活水平的房屋上设定居住权。同时，人民法院在衡量过程中，需要结合履行家事义务所应实现的目的来认定“满足生活居住的需要”，如抚养未成年人不需要为其单独设立居住权。

在此，相对特殊的一种情形是《民法典》第 1090 条所确立的离婚经济帮助义务。该条实质上不同于法定家事义务的要求，需予以更为细致地分析。人民法院若根据第 1090 条为生活困难方设定居住权，则需要认定生活困难方在居住方面处于无住宅房屋的状态，也即在房屋住宅方面，设立居住权所达到的“满足生活居住的需要”在于帮助其补足因婚姻关系导致的生活条件变差，无需达到维持通常生活水平。当事人基于第 1090 条规定的家事义务所要满足的生活居住需要自然不能等同于扶养义务等法定家事义务所要求的标准。

（二）裁判设立居住权的消灭

1. 存续期限参照适用《民法典》第 370 条

检索当前设立居住权的裁判文书，我们可以发现，人民法院在部分涉及老年人赡养的案件中会在判决结果部分明确当事人生前享有居住权，或明确当事人百年之后居住权消灭，但在大多数案件中，人民法院并不会在裁判文书中明确居住权的存续期间。这就产生了一个问题，即此类居住权的存续期限是否为终身呢？人民法院裁判设立居住权在本质上与当事人意定设立居住权存有本质区别，而《民法典》第 370 条适用的前提是意定居住权，第 370 条不能当然地适用于裁判设定的居住权。在义务人履行法定家事义务的期限为终身时，当事人未作出特别约定或人民法院未特别明确的，人民法院裁判设立居住权的消灭就应参照适用《民法典》第 370 条，居住权为居住权人终身享有。

2. 作为居住权消灭内在标准的“满足生活居住的需要”

当前理论上对于居住权消灭事由之讨论极为丰富，提出权利滥用、住宅灭失或被征收、放弃或长期不行使居住权等，但对具体事由的分析存在分歧，也无法直接适用于裁判设立居住权的情形。

具体到裁判设立居住权的情形，由于人民法院通常不会明确居住权的消灭事由，《民法典》的相关规定亦在意定居住权的框架下展开。目前的问题在于，除《民法典》第 370 条以外，居住权制度暂无特有的权利消灭规范，人民法院没有明确可参照适用的其他权利消灭规范。造成这一情况的根本原因就在于《民法典》未确立役权体系，而解释论多从居住权的人役权属性分析权利内容，未找到居住权的本土理论基础。

在《民法典》体系下，裁判设立居住权的现实指引在于第 366 条的“满足生活居住的需要”，这是由家事义务与居住权的关系决定的。那么，“满足生活居住的需要”也就在原理层面贯穿着居住权制度的各项内容，包括居住权的消灭。“满足生活居住的需要”是满足个人正当利益和实现社会利益的内容，若权利人在行使居住权的过程中享有的个人利益不符合“满足生活居住的需要”这一正当化标准，则居住权在应然意义上就应归于消灭。

四、结　语

居住权自罗马法以来，在大陆法系民法传统中历久弥新，但我国并未确立役权体系。居住权是我国保障社会弱势群体、推动家庭文明建设的重要制度，也是宏观上我国土地利益的社会分享途径，同时居住权制度与婚姻家庭关系的密切关联决定了其与家事义务的关联，也决定了人民法院裁判设立居住权的正当性依据。对居住权消灭事由的把握应当从《民法典》的物权体系和居住

权的制度逻辑出发，在现有法律规定下以居住权本质特征为核心动态认定居住权的消灭事由，司法解释在列举典型消灭事由的基础上规定“其他应当消灭”的兜底线条款，为人民法院裁判设立居住权提供规范指引。

遗嘱方式设立居住权的生效时间如何确定

原创：2024-12-25 中国不动产官微 钟京涛
https://mp.weixin.qq.com/s/lQ1e_blvj2qKlEPuyPR3mw

案例

2012 年 8 月，居民甲购买了建筑面积 86 平方米的房屋（以下简称“案涉房屋”）并办理了过户手续，登记在本人名下。2018 年 6 月，甲与乙结婚（系再婚），此后，双方一直共同居住在案涉房屋内。2019 年 9 月，甲在市公证处立下公证遗嘱（以下简称“案涉遗嘱”），其内容为：案涉房屋由甲与原配之子丙继承，但乙享有其中一间房屋的居住权，可居住至乙去世。2020 年 12 月，甲将案涉房屋以买卖方式（存量房买卖合同约定售价 10 万元）过户给丙，但仍与乙居住在案涉房屋内。2021 年 2 月，甲去世后，丙多次要求乙搬离案涉房屋。乙随后向所在区人民法院（以下简称“一审法院”）提起诉讼，请求确认其享有案涉房屋中一间房屋的居住权，丙配合办理居住权登记。丙辩称，乙据以主张居住权的遗嘱订立于 2019 年，当时因《民法典》未出台并无居住权的法律规定，而且该居住权未经登记，应属无效；案涉房屋所有权已在遗嘱生效前通过买卖方式转移至其名下，甲的转让行为已表明已撤销案涉遗嘱，乙据此设立的居住权无须继续履行；遗嘱即使有效，因内容不具体，也不符合居住权设立应包括居住条件、居住权期限等规定要求；丙现作为案涉房屋所有权人，有权拒绝为乙继续设立居住权。

一审法院经审理认为，甲通过公证遗嘱的方式为乙设立居住权的意思表示清晰完整，该遗嘱自甲 2021 年 2 月去世时生效，此时《民法典》已经实施，可以适用有关居住权规定；甲虽以提前实现遗嘱安排的真实意思将案涉房屋过户给丙，但并未作出明确意思表示以撤回或变更为乙设立居住权的遗嘱内容，不能当然以此否定此前为乙设立居住权的意思表示，并不影响案涉遗嘱中为乙设立居住权的条款继续发生效力；甲与丙之间签订的《存量房买卖合同》仅为过户需要，且约定购房款远低于市场价，也无充分证据证明已实际支付，甲与乙在案涉房屋过户后仍共同居住使用，据此难以认定甲与丙之间存在真实的房屋买卖关系，此时案涉房屋的真实所有权人应当仍为甲，丙对案涉房产的真实所有权应系在案涉遗嘱生效后继承取得；案涉房屋登记在丙名下的事实并不影响乙居住权的存在，丙作为知悉或者应当知悉乙居住权的所有权人，不得拒绝乙行使其依法取得的居住权。综上，甲依其个人意志对案涉房屋所作出的遗嘱安排合法有效，为乙在案涉房屋上设立居住权的意思表示连贯一致，案涉遗嘱为乙设立的居住权对案涉房屋所有权人丙具有约束力；甲将案涉房屋过户给丙的行为与案涉遗嘱的内容并不冲突，其为乙设立居住权的意思表示未发生实质变化，乙对案涉房屋的居住权在该遗嘱生效时已经设立；乙有权依据案涉遗嘱要求确认其居住权以及要求丙协助办理居住权登记；在案涉公证遗嘱未明确居住权范围的情况下，考虑乙的正常生活需要及多年居住习惯，认定乙的居住权涵盖区域。

由此，一审法院作出判决：（1）乙对案涉房屋享有居住权，居住范围包括临近厕所一间居室及除该房屋另一间居室以外的共用区域，居住权期限为 2021 年 2 月 21 日至乙去世之日止；（2）丙应于判决生效之日起 10 日内配合乙办理居住权登记。丙不服判决，提起上诉。

疑惑

01 遗嘱设立居住权生效时间如何确定？

02 如何办理继承取得居住权登记？

问题解惑

合同设立和遗嘱设立，是《民法典》“居住权”一章明确的两种居住权设立方式。但是，《民法典》第 368 条仅规定了居住权自登记时设立，并未规定因设立方式不同而有所区别。对此，实践中对遗嘱设立居住权的生效方式产生了两种不同观点：一是认为遗嘱设立居住权仍适用登记生效原则，理由是《民法典》“居住权”一章未规定其他的权利生效模式；二是认为应实施继承发生时生效原则，理由是《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”，这里用的是“参照”，而非“适用”。而且，从法理上讲，遗嘱设立居住权与合同设立居住权有本质区别，遗嘱设立居住权是单方法律行为，是基于继承发生的物权变动，立遗嘱人死亡的事实是物权变动的原因。从法律适用看，《民法典》“物权编·通则分编”中第 230 条“因继承取得物权的，自继承开始时发生效力”的一般规定，应当适用于“所有权分编”“用益物权分编”中有关条款。因此，在《民法典》确立的物权变动模式体系下，遗嘱设立居住权的，登记仅发挥强化物权公示效力功能，并非居住权设立要件，不能直接参照适用合同设立居住权的生效模式。第二种观点已得到理论界和司法实践的普遍认可。本案中，甲作为案涉房屋的所有权人，在遗嘱中清晰表达了为乙设立居住权的意思，符合《民法典》规定的居住权设立条件，应当认定乙依据案涉遗嘱享有案涉房屋的居住权，且该居住权已经在案涉遗嘱生效时设立，丙关于案涉房屋上居住权尚未经登记而设立的主张不能成立，对此一审均予以认同。

根据《不动产登记规程》的规定，因遗嘱设立居住权的，居住权的首次登记可先于因继承、受遗赠不动产的转移登记办理，也可一并办理；已经因继承、受遗赠办理转移登记，未再办理处分登记的，可申请居住权的首次登记；按照遗嘱或者生效法律文书设立居住权的，可单方申请。根据上述规定，不动产已办理处分登记的或存在争议的，不能直接通过当事人申请方式办理居住权登记，应当通过诉讼等方式进一步确认居住权或明确有关内容后再办理登记。本案中，存在继承前房屋所有权已转移、继承人不配合等情形，涉及权利进一步确认等问题，不同于一般的遗嘱设立居住权情形，通过人民法院判决进一步明确居住权设立时间及有关内容，也为办理不动产登记提供了条件。

综上，二审法院认为，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》，除明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的外，《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而《民法典》有规定的，可以适用《民法典》的规定。案涉遗嘱虽立

于《民法典》施行之前，但可以适用《民法典》的规定；遗嘱设立居住权的，遗嘱生效后，居住权即告设立，未办理登记不影响其法律效力；甲在案涉遗嘱中为乙设定居住权符合法律规定，在遗嘱有效的前提下，乙的居住权不因未经登记而丧失；立遗嘱人甲生前不存在与所立遗嘱意思表示相反的行为从而导致出现遗嘱被撤销或部分被撤销的情形。据此，二审法院裁定，驳回上诉，维持原判。

作者单位：自然资源部不动产登记中心
编辑：马康　梁楠（实习）
初审：郑雪蕾
审定：李军晶

家事法苑

（二）股权

海法释法 ｜ 父亲代女儿签字，这股权转让协议有效吗？

原创：2024-12-13 厦门市海沧区人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/Q1GYp5Bzy2XpOFM59LnAqA

没有授权和事后追认
父亲代女儿签了股权转让协议
这份协议有效吗？
今天的这起案例
我们一起来看~

基本案情

2019 年 12 月 30，廖某、刘某与小丁共同签订一份《股权转让协议》，约定廖某、刘某分别将其所持有的 A 公司 20%股权和 15%股权以 15 万元、11.25 万元的价格转让给小丁，小丁于 2020 年 4 月 30 日前向廖某、刘某转账支付股权转让款。丁某之父老丁代小丁在落款处签字。后因股权转让款支付问题产生纠纷，廖某将小丁作为被告、老丁作为第三人诉至法院，要求小丁支付股权转让款 15 万元。

审理中，廖某提交 A 公司基本信息、股权转让协议、股东会决议、户籍资料查询结果、录音音频等证据，主张股权转让协议由老丁代小丁签字、小丁对股权转让事宜知晓，所以要求小丁支付股权转让款。

小丁辩称

股权转让协议不是我签的，我也没有授权给任何人！起诉状和在案证据里廖某的签名书写习惯明显不同，廖某根本没有实际参与股东会会议，没有尽到股权转让相应注意义务。

老丁述称

A 公司的设立、经营、股权转让等是我的个人行为。因为我在 A 公司设立前就已经被人民法院强制执行，所以把股权份额登记在妻子王某、女儿小丁名下。在与廖某、刘某等人签订股权转让协议时，应廖某等人的要求以小丁的名义进行了签署，但小丁本人没有参与也不知晓。廖某也没有参加涉案股权转让协议的签订与相关股东会会议。廖某等人共同策划让我签署涉案协议，并不是相信我有小丁的授权，而是不愿承担经营亏损。

为查明事实
法院传唤廖某本人到庭接受询问

廖某到庭自述：

我不认识小丁，只是听说老丁、小丁是父女。案外人陈某、刘某介绍说可以参与 A 公司股权转让项目，整个股转过程我都是与陈某对接，没有与老丁联系过。陈某、刘某都是我的同乡，我相信他们，我也同意由他们代签，我也并不清楚由谁代签的协议，也不知晓涉案协议的签署对象，直到 2023 年我才知道对象是小丁。

裁判结果

法院经审理认为，当事人依法可以委托代理人订立合同。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

本案中，小丁未对老丁的代签行为进行追认，故老丁代小丁签署涉案股权转让协议属于无权代理。虽老丁与小丁系父女关系，但涉案协议是否对小丁有约束力，还需综合考虑依据诚实信用原则，相对人廖某是否有理由相信小丁基于亲属关系容忍老丁作为其代理人出现，即有理由相信老丁可代小丁签字。廖某自认涉案协议签订时其并不知晓涉案协议的相对方及股权变更登记受让人，亦不知晓代其签署股东会决议的具体人员，据此可以认定廖某未尽合理注意义务，并非善意相对人，老丁不构成表见代理。廖某主张小丁向其支付股权转让款缺乏事实及法律依据，不予支持。

据此，判决驳回廖某的全部诉讼请求。廖某不服一审判决提起上诉，二审法院经审理作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

本案涉及到股权转让中容忍型表见代理是否成立的认定。通常指股东未授权或未追认其家庭成员代签股权转让协议，但基于亲密关系容忍家庭成员作为其代理人出现，且股权受让方有理由相信代替股东本人在股权转让合同上签字的行为人具有代理权的情形。在容忍型表见代理中，股东的家庭成员虽无代理权，但相对人有理由相信其有代理权的，股东本人仍应当对相对人承担有权代理的法律责任。具体案件中，认定相对人是否有理由相信行为人有代理权，既要考量代理权外观是否存在，也要考量相对人是否善意即不知晓代理行为发生时股东的家庭成员没有代理权且无过失。举证责任分配方面，合同相对人如主张股东家庭成员的无权代理行为构成容忍型表见代理则应当就代理行为存在及其已尽合理注意义务、善意无过失进行举证。本案中，相对人廖某未能举证证明其已尽合理注意义务且甚至不知晓合同相对方，相关诉请未获法院支持。

供稿：王长安

编辑：蒋紫薇　方锐

校对：商梦莹

审核：刘建忠

六、媒体视点

精神障碍者的婚姻诉讼 谁来做主？

2024-12-09 中国妇女报

https://epaper.cnwomen.com.cn/html5/2024-12/09/content_7_1518.htm?curr=

精神障碍者被离婚、婚前隐瞒病史、婚后一方患病……国际残疾人日刚刚过去，今天我们聚焦精神障碍者在婚姻中的权利。现实中，因一方患精神疾病导致夫妻感情弱化，甚至难以维系婚姻关系的情形时有发生。如何帮助当事人厘清认识误区，切实保障他们的婚姻权利？

■ 张兆利

国际残疾人日刚刚过去，今天我们聚焦精神障碍患者在婚姻中的权利。现实中，因一方患精神疾病导致夫妻感情弱化，甚至难以维系婚姻关系的情形时有发生。那么，如何帮助当事人厘清认识误区，切实保障他们的婚姻权利？

精神障碍者不能以协议方式离婚

两年前，邹某和妻子韩女士因感情不和起诉离婚。审理中法官发现韩女士言行有些“离谱”，经司法鉴定机构鉴定，结论为“患有精神分裂症，无民事行为能力”。经法官释明，邹某只得撤回本次诉讼。为达到离婚目的，邹某将妻子送到医院治疗。病情稳定后，邹某隐瞒了其妻精神分裂症尚未治愈的情况，夫妻双方来到当地婚姻登记处办理了协议离婚。韩女士回到娘家，父亲才知道女儿已经离婚，于是他以法定代理人的身份提起行政诉讼，要求撤销该离婚登记证。

法院经审理，认定婚姻登记处的行为违反了法定程序，其发出的离婚证无效，判决予以撤销。

说法

民法典规定，婚姻关系属于人身权范畴，结婚、离婚均须当事人自愿作出真实意思表示。婚姻登记条例第十二条规定：“办理离婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予受理：（一）未达成离婚协议的；（二）属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的；（三）其结婚登记不是在中国内地办理的。”根据这一规定，由于精神障碍者属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，即没有控制能力和辨识能力，自己不能够对自己的所作所为负责，所以不能通过在婚姻登记机关办理协议的方式进行离婚，只能通过诉讼方式解除婚姻关系。

那么，精神障碍者怎样诉讼离婚呢？民法典规定，不能完全辨认自己行为的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。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。精神障碍者的监护人由配偶、父母、成年子女等人员担任。根据以上规定，精神障碍者离婚必须由他的监护人作为法定代理人通过诉讼的方式来进行。由于精神障碍者的离婚诉讼夫妻均为当事人，所以一般情况下由精神障碍者的父母作为代理人参加诉讼。

婚前隐瞒病史 另一方可申请撤销

小静经人介绍与魏某确定恋爱关系，三个月后二人办理了结婚登记。婚后不到半年，小静发现丈夫不仅性格怪异暴躁，还患有抑郁型精神分裂症，并在抽屉里找到了其婚前关于此病的就诊

记录。为此，小静向法院提起诉讼，要求撤销与丈夫的婚姻关系。法院经审理，确认原、被告婚姻属于可撤销的情形，判决准予双方解除婚姻关系。

说法

民法典第一千零五十三条规定：“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方，不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”关于“重大疾病”的具体情形，母婴保健法第八条规定：“婚前医学检查包括对下列疾病的检查：（一）严重遗传性疾病；（二）指定传染病；（三）有关精神病。经婚前医学检查，医疗保健机构应当出具婚前医学检查证明。”根据上述规定，魏某所患的抑郁症为第三类“重大疾病”，属于可申请撤销婚姻的情形。需要注意的是，当事人撤销权的行使有一年的除斥期间，在知道或者应当知道撤销事项一年内不行使撤销权的，将丧失该权利。

婚后一方患病 另一方可诉请离婚

大林与小美经人介绍结为夫妻不久，经常为琐事发生纷争。一次吵架中，大林动手打了妻子，后者一气之下跑回娘家，任凭丈夫及家人多次上门道歉，小美一直不为所动。半年后，岳母托人捎信给大林，言明住在娘家的小美时常发呆，估计患上了某种疾病。闻讯后大林赶紧把妻子送医诊治，后确诊患有精神分裂症。经过一段时间的治疗，小美的病情未见好转，大林则去了外地打工。之后的三年时间里，大林先后两次提起离婚诉讼。最终经法院调解，原、被告解除婚姻关系。

说法

对于婚后一方患上精神疾患而引发的离婚诉讼，法院是否会判离呢？答案是肯定的。因为婚姻自主是公民的一项基本权利，包括结婚自由和离婚自由。根据民法典第一千零七十九条第三款的规定，经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。《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）》第六十三条规定：“人民法院审理离婚案件，符合民法典第一千零七十九条第三款规定‘应当准予离婚’情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。”本案中，原、被告结婚时间短，感情基础差，小美婚后不久即患上精神疾病，且久治不愈，分居期间大林两次起诉离婚，可以认定其夫妻感情确已破裂。

离婚后户口未迁出的妇女能否分得征地补偿款？
法院：婚姻状态不应成为剥夺或限制妇女在集体经济组织中各项权益的理由

2024-12-17 人民法院报 陶琛,谭紫璇

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202412/17/article_956995_1390748711_5799645.html

本报讯（记者 陶琛 通讯员 谭紫璇）女子离婚后户口未迁出，原村民小组获得征地补偿款时，能否获得征地补偿款？近日，湖南省衡阳市珠晖区人民法院审理了这样一起侵害集体经济组织成员权益纠纷案，法院判决被告某村民小组给付原告李某征地补偿款 1.6 万元。

李某（女）于 2005 年与某村村民王某结婚，并将户口迁入王某所在的村民小组。2017 年李某与王某离婚，但离婚后李某的户口并未迁出该村。

后王某与周某结婚，周某也将户口迁入该村民小组。2022 年，某单位与该村民小组签订了《征地补偿协议》，根据相关标准，该村民小组获得征地补偿费用。然而，在分配补偿款时，王某的现任妻子周某因户口迁入时间晚于征地分配方案确定时间，未获得征地补偿款。而李某因与王某离婚，也未获得该征地补偿款。面对这样的结果，李某将该村民小组诉至法院。被告某村民小组则认为，原告李某已经离婚，且前夫王某又再婚，李某不再享受分配征地补偿款。

法院审理后认为，李某因结婚将户口迁入该村民小组，与王某在离婚前长期在该村居住生活，并在村组分配了土地，依赖农村集体土地作为生活保障。因此，李某已经具有该村集体经济组织成员资格。根据《中华人民共和国农村土地承包法》第三十一条的规定：承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。同时，《中华人民共和国妇女权益保障法》规定，妇女在集体经济组织收益分配上享有与男子平等的权利，任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶、户无男性等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。基于以上法律规定，法院认为，李某与王某离婚后，并不因离婚而失去该村的集体经济组织成员资格。故法院作出前述判决。

法官说法

妇女离婚或丧偶后，无论选择继续在原居住地生活，还是迁移至新居住地，未取得新的承包地的情况下，原发包方均无权收回其原有的承包地。这一规定，是对妇女在农村土地承包经营中平等地位的明确肯定，也是对她们生活稳定性的有力支撑。妇女在农村集体经济组织收益分配、土地征收或征用补偿费的使用，以及宅基地使用权等方面，享有与男性成员完全平等的权利。这意味着，妇女的婚姻状态——无论是未婚、已婚、离婚还是丧偶，都不应成为剥夺或限制她们在集体经济组织中各项权益的理由。

本案中，周某因迁入时间晚于征地补偿方案确定之时，故未获得补偿款分配。但李某在征地补偿方案形成之时，其户籍性质未变，且未退出原有的承包地，因此，她的集体经济组织成员资格依然有效。在此基础上，村民小组不得以李某已离婚为由，排除其平等获取集体收益的权利，应依法分配给李某应得的征地补偿款。

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

摘编 | 李洪祥、陈凤：论《民法典》债务用于“夫妻共同生活”规则之解构

2024-12-06 前进私法

https://mp.weixin.qq.com/s/TjTVbt2v9js_UREG_-j30w

作者 | 李洪祥，吉林大学法学院教授、博士生导师；陈凤，吉林大学法学院博士研究生。

来源 | 《东北师大学报（哲学社会科学版）》2024 年第 6 期。

本摘编共 4510 字，引用请参照原文。

内容摘要：《民法典》确定了三种类型的夫妻共同债务，分别是基于夫妻共债共签形成的共同债务、基于家庭日常生活需要形成的共同债务、基于债务用于夫妻共同生活或共同生产经营形成的共同债务。其中，债务用于“夫妻共同生活”的性质、认定规则及清偿规则并不明确，同案不同判现象严重。因此，有必要从民事法律行为理论视角出发，认定债务用于“夫妻共同生活”的应然性质为连带债务，厘清债务用于“夫妻共同生活”的认定规则和清偿规则，包括清偿责任财产的范围和顺序，以平衡举债方配偶与婚姻关系外部债权人的利益。

关键词：夫妻共同债务；债务用于夫妻共同生活；连带债务性质；责任财产范围和顺序

一、债务用于“夫妻共同生活”的识别

（一）债务实际用于夫妻共同生活

债务用于“夫妻共同生活”可以拆分为“夫妻（婚姻存续期间）”和用于“夫妻共同生活”两个关键词。第一，“夫妻共同生活”债务的形成以婚姻关系存续为前提。债务用于“夫妻共同生活”规则旨在调整基于夫妻关系而产生的对外债务清偿问题，规则的内容和规则的特性均源生于“夫妻”这一身份关系。第二，用于“夫妻共同生活”是指举债利益事实上归属于夫妻共同生活。债务用于“夫妻共同生活”，一方面要求夫妻双方处于“共同生活”状态。另一方面，债务用于“夫妻共同生活”要求夫妻共同生活期间所举债务在事实上而非形式上用于维系夫妻共同生活关系。

（二）不同于债务用于“夫妻共同生产经营”

《民法典》第 1064 条第 2 款强调了债务用于“夫妻共同生活”“共同生产经营”以及“共同意思表示”三种夫妻共同债务的认定规则，其中债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”是并列关系且两者有显著区别。首先，《民法典》第 1064 条第 2 款在立法形式上就明显区分了债务用于“夫妻共同生活”与债务用于“夫妻共同生产经营”。其次，两者的债务共担原理并不相同，债务用于“夫妻共同生活”是基于生活共同体而对外共同承担债务，债务用于“夫妻共同生产经营”是基于生产经营共同体而对外共同承担债务。最后，《民法典》第条第 2 款对债务进行形式区分的立法目的就是避免夫妻一方在毫不知情的情形下承担另一方生产经营的债务风险，即使生产经营收益确实部分用于共同生活。

（三）债务超出家庭日常生活需要范围

《民法典》第 1064 条第 2 款规定的债务用于“夫妻共同生活”，指的是超出家庭日常生活需要（或者日常家事代理权）范围，不能被日常家事代理权所涵盖的那一部分债务。债务用于“夫妻共同生活”的衡量标准与《民法典》第 1060 条日常家事代理权所涉及的“家庭日常生活需要”衡量标准既有区别又有联系。其联系在于“家庭日常生活需要”在范围上部分与“夫妻共同生活”重合；区别在于“家庭日常生活需要”衡量标准限定在家庭日常生活领域，比“夫妻共同生活”的外延小并且更易被认定，由此所形成的债务数额往往更小。

（四）债务由债权人举证

债务用于“夫妻共同生活”的证明责任主体为债权人。债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配中存在着交易安全与婚姻家庭保护之间的较量，《民法典》选择了保护更为重要的婚姻家庭安全，充分保障举债方配偶的合法利益，将举证责任分配给具有较强控制能力的婚姻外部关系的债权人，由债权人承担举证不能的不利后果，这无疑符合《民法典》立法本意。

二、债务用于“夫妻共同生活”性质之实然与应然

（一）债务用于“夫妻共同生活”性质的实然解释

1. 理论错位：合伙债务说

债务用于“夫妻共同生活”的存在基础为夫妻的人身关系而非合同关系，合伙债务与夫妻共同债务存在显著的差异性。第一，举债的前提不同。合伙债务合伙人承担连带责任的前提是合伙人要以合伙的名义对外举债；相比之下，债务用于“夫妻共同生活”的举债前提则是夫妻一方以个人名义对外举债。第二，团体性质不同。夫妻共同体具有合伙共同体所不具备的人身性。第三，举债的法理依据不同。合伙共同体的举债是基于意定代理关系，而债务用于“夫妻共同生活”的举债范围超出了日常家事代理权范围，没有形成代理关系。

2. 实定法依据缺失：共同债务说

共同债务说要求以夫妻团体对外承担责任，充分认识到了夫妻之间存在紧密的人身关系的特性，但是其缺点亦显而易见。一方面，共同之债是单数债，在共同债务说下，夫妻双方是作为一个整体对外向债权人承担责任。夫妻在缔结婚姻关系之后，确实会存在极为紧密的人身关系，夫妻结合并非完全意义上的共同体而是仅为生活上的共同体、伦理共同体，也并不意味着夫妻可以在人身和财产上均完全不分你我。另一方面，《民法典》至今仍然坚持传统的多数人之债二分法，并未承认共同共有之债理论，为此突破传统多数人之债二分法并创设新的债务类型是否具有必要性还有待进一步考量。

3. 守成与创新：连带债务说

《婚姻法解释（二）》第 25 条、第 26 条采用的就是连带债务说，并且在司法实践中被解释为承担无限连带责任，由夫妻共同财产加双方个人财产作为承担债务清偿责任的担保财产。然而，连带债务说的缺点亦显而易见，当前司法实践对连带债务说的解释对债权人的保护有矫枉过正之嫌。如若将债务用于“夫妻共同生活”的性质确定为连带债务并使夫妻承担无限连带责任，则债权人有权要求夫妻任何一方承担清偿责任，这意味着举债方配偶即便在未做任何举债意思表示的情况下，仍然要以自己的个人财产承担债务清偿责任，有违自己责任自己承担的原则。虽然无限连带债务理论存在配套的追偿机制，当夫妻一方清偿全部债务后，可以进行婚姻关系内部追偿，但是能否实现其内部追偿权的不确定因素很多。

（二）债务用于“夫妻共同生活”性质的应然选择

综合考量当前的民事责任体系等因素，用于“夫妻共同生活”的债务应当定性为连带债务，其责任承担形式应当为连带责任。同时，为了实现债权人利益保护与举债方配偶利益保护的衡平，应当限缩责任财产范围，将债务用于“夫妻共同生活”的责任承担形式进一步定性为“有限”连带责任。“有限”连带责任的“有限”重点在于划分夫妻责任财产范围，以夫妻共同财产和举债方个人财产为限承担“有限”连带责任，换言之，就是将举债方配偶的个人财产排除在清偿责任财产范围之外。

债务用于“夫妻共同生活”的责任承担形式定性为“有限”连带责任具有合理性：

第一，“有限”连带责任符合债务用于“夫妻共同生活”的法理要求。对于夫妻共同债务的认定，《民法典》已经从《物权法》上的财产共有理论转向法律行为理论，并建立起以民事法律行为共同意思表示为轴心的夫妻共同债务认定体系。在法律行为理论视角下，举债方配偶承担责任的法理依据是“利益共享、风险共担”原则，这区别于传统《物权法》上的“财产共有、风险共担”理论。债务用于“夫妻共同生活”之下，举债方配偶的受益范围限于夫妻共同财产，与之相对的承担清偿责任的范围亦应以夫妻共同财产为限。

第二，“有限”连带责任符合平衡债权人和举债方配偶利益保护的内在要求。一方面，债务用于“夫妻共同生活”性质确定为连带债务，有利于保护债权人利益，避免夫妻合谋损害债权人利益；另一方面，让举债方配偶承担“有限”连带责任能够使举债方配偶的个人财产实现有效隔离，避免举债方配偶承担无限连带责任。

第三，“有限”连带责任符合民事责任制度构建的内在逻辑要求。从《民法典》总则编对民事责任的规定来看，“有限”连带债务说符合民事责任体系二分法的传统，避免另行创设新的责任类型。

图 1　夫妻共同债务的认定及责任承担

三、债务用于“夫妻共同生活”的认定规则

（一）债务用于“夫妻共同生活”的认定标准

债务用于“夫妻共同生活”的认定存在多种解读。准确来讲，“夫妻共同生活”是指男女双方在缔结婚姻关系后，共同履行家庭义务，共同创造稳定、持续的生活状态。此处对债务用于“夫妻共同生活”的认定应当做广义理解，可以包含夫妻直接共同受益（但不包含间接受益）的情况，否则可能会导致对举债方利益保护的不周延。债务用于“夫妻共同生活”的认定核心为用于夫妻共同生活。

（二）债务用于“夫妻共同生活”的边界

首先，以关联性原则、正当性原则、必要性原则划清债务用于“夫妻共同生活”与婚姻关系存续期间的个人债务的界限。第一，就关联性原则而言。关联性原则是指认定债务用于“夫妻共同生活”需要保证举债与夫妻共同生活具有事实上而非形式上的关联性。第二，就正当性原则而言。举债方的行为不具有正当性、合法性，不属于正

常夫妻共同生活的涵摄范围，不应当认定为夫妻共同债务。第三，就必要性原则而言。必要性原则是指夫妻一方举债并将所举债务用于夫妻共同生活的情形必须是夫妻共同生活所必要的。

其次，以适当性原则划清债务用于“夫妻共同生活”与基于家庭日常代理权形成的夫妻共同债务的界限。

（三）债务用于“夫妻共同生活”的证明规范

1. 证明主体

《民法典》将债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配给了债权人，由债权人证明债务用于夫妻共同生活才能认定构成夫妻共同债务，这是对《婚姻法解释（二）》的回应。无论是从控制权角度还是风险负担角度来看，将债务用于“夫妻共同生活”的举证责任分配给债权人都具有现实合理性，值得肯定。

2. 证明标准

债务用于“夫妻共同生活”的证明标准，不能仅仅从理论上去确定其标准应当提高或者降低，还需要从该债务的认定标准具体分析其证明标准是什么、需要达到何种程度。其核心观点是需要债权人证明债务的实际用途是用于夫妻共同生活。在民事诉讼中，证明标准是法院认定当事人主张的事实所应达到的最低心证程度。

四、债务用于“夫妻共同生活”的清偿规则设置

（一）债务用于“夫妻共同生活”的清偿责任财产范围

笔者认为，债务用于“夫妻共同生活”的责任财产不应包括举债方配偶的个人财产。从法律行为视角来看，夫妻“共债共偿，个债个偿”。而债务用于“夫妻共同生活”是夫妻一方的个人行为，但是基于公平原则的考量将举债方配偶视为清偿责任人，此时，不宜再将其个人财产纳入责任财产范围，否则对于举债方配偶来讲极不公平。从债务用于“夫妻共同生活”认定角度分析，债务用于“夫妻共同生活”是以债务实际用于夫妻共同生活或者举债方配偶为债务的实际受益人为标准，但是举债方配偶的受益仅仅使夫妻共同财产增加，举债方配偶的个人财产并未因此增加。因此，不宜将举债方配偶的个人财产作为责任财产用于清偿“夫妻共同生活”产生的债务。诚然，确实可能存在举债使举债方配偶的个人财产增加的情况，在这种情况下确实可能会影响到婚姻关系外部债权人的债权得到受偿，但外部债权人可以通过行使《民法典》第 539 条债权人撤销权以保护自己的债权得到受偿。

（二）债务用于“夫妻共同生活”的清偿顺位

从责任财产的范围来具体分析，大致存在以下三种方案。第一，举债方及其配偶的财产、夫妻共同财产无顺位限制，债权人可以依自己意志选择。第二，先以举债方个人财产清偿，不足部分由夫妻共同财产清偿。第三，先以夫妻共同财产清

偿，共同财产不足清偿时由举债方以其个人财产连带清偿。此种清偿顺位是最具合理性的。从各方权利主体的利益保护情况来看：对于债权人而言，此种清偿顺位规则只是使举债方享有执行顺位利益，不会在实质上影响到债权人的债权得到受偿；对于举债方配偶而言，举债使夫妻共同财产增加，但没有使其个人财产增加，共同财产作为第一顺位的清偿财产符合公平原则；对于举债方而言，以共同财产作为第一顺位的执行财产能够适度保护其个人财产，提高举债方的交易和生产的积极性。

第七届家事法学术研讨会顺利召开

2024-12-10　上海财经大学法学院

https://mp.weixin.qq.com/s/qcTVLk0CMcHzC0i2UDp_DQ

2024 年 12 月 7 日，由中国法学会婚姻家庭法学研究会、中国法学会民法学研究会、上海财经大学法学院共同主办，上海财经大学法学院家事法研究中心承办，上海市张江公证处、中伦律师事务所协办的第七届家事法学术研讨会在上海财经大学国家大学科技园国际会议中心顺利召开。

本次研讨会以“民法典婚姻家庭编司法解释二的理解与评析”为主题，来自清华大学、北京大学、中国政法大学、中国社会科学院、国家检察官学院、北京师范大学、厦门大学、上海交通大学、复旦大学、西南政法大学、武汉大学、中南财经政法大学、华东政法大学、浙江大学、大连海事大学、中国计量大学、华南理工大学、华东师范大学、上海政法学院、上海大学、上海海事大学、苏州大学、湖南师范大学、浙江理工大学、河北经贸大学、大连民族大学、德国马克斯·普朗克比较法与国际私法研究所、德国雷根斯堡大学、日本北海道大学、日本南山大学、美国杜克大学、上海财经大学的理论学者，以及来自上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院、上海市第二中级人民法院、上海市浦东新区人民法院、上海市普陀区人民法院、浙江省杭州市上城区人民法院、上海市张江公证处、中伦律师事务所、上海中联律师事务所、上海国狮律师事务所、上海协力律师事务所、北京市天驰君泰律师事务所、中凯律师事务所、上海道朋律师事务所、上海兰迪律师事务所、上海邦信阳律师事务所、上海锦天城律师事务所、大成律师事务所、上海星瀚律师事务所、上海新华律师事务所、中国太平洋人寿保险股份有限公司、上海外服（集团）有限公司的实务专家与法律出版社、《法律适用》杂志社等出版单位，共计一百余人参加了此次研讨会。我院党委书记罗山鸿、副院长朱晓喆教授以及叶名怡教授、李宇教授、刘洋副教授、周心童讲师等老师出席会议。

开幕式

本次会议开幕式由上海财经大学法学院朱晓喆教授主持，上海财经大学法学院党委书记罗山鸿、中国法学会民法学研究会副会长王轶教授，中国政法大学人权研究院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰，上海市张江公证处

主任助理于思彤，上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任叶名怡在开幕式上致辞。

上海财经大学法学院朱晓喆教授感谢会议主办方中国法学会婚姻家庭法学研究会、中国法学会民法学研究会和上海市法学会民法学研究会以及会议协办方上海张江公证处和中伦律师事务所，以及张磊主任和贾明军律师长期对会议的支持。朱晓喆教授指出，上海财经大学举办的家事法学术研讨会，不仅承载着对家事法基础理论进行系统梳理与深度挖掘的重要使命，而且密切关注着该领域前沿实践的最新动态与趋势。

上海财经大学法学院党委书记罗山鸿感谢七年来各位参会嘉宾对会议的持续关注与大力支持。她着重指出，本次学术研讨会深度探索家事法的前沿议题，旨在为法学领域的繁荣发展与社会全面进步贡献力量。此次学术交流也将推动家事法理论创新、深化法律实践。她诚挚地希望各位嘉宾能借此契机，充分交流，共同碰撞出智慧的火花，在上海财经大学度过一段富有成效且难忘的会议时光。

中国法学会民法学研究会副会长王轶教授代表中国法学会民法学研究会，对第七届家事法学术研讨会的召开表示热烈祝贺。他强调，在上财法学院的大力支持下，在叶名怡教授坚持不懈的努力下，家事法学术研讨会已成为中国法学会及家事法学研究领域的标志性学术论坛。他指出，该研讨会已连续七年成功举办，参会人员的构成愈发多样化，包括资深学者、实务专家以及新晋博士等。会议不仅紧密结合了民法、商法等多个传统领域的话题，而且既立足中国实际、深入探讨中国问题，又引入比较法视角，聆听全球各国在家事法相关问题上的智慧展现。他回忆起民法典制定过程中一个曾被讨论的问题：人与人的结合，或者说特定目的的财产结合，能否成为民事主体。家庭也是人与人的结合，附加财产的结合，为什么不能作为民事主体？这些问题都值得深入讨论。最后，他表达对第七届家事法学术研讨会

取得丰硕成果的良好祝愿，以及对上财家事法研究中心持续举办学术研讨活动的殷切期待。

中国政法大学人权研究院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰代表中国法学会婚姻家庭法学研究会，向本次会议的召开表示衷心祝贺，并特别感谢上海财经大学法学院及叶名怡教授团队为会议的成功举办所做的筹备工作。她强调，家事法学术研讨会已连续举办七届，成为家庭法学术研究的重要平台，尤其为中青年学者提供了展示才华和交流思想的宝贵机会，并给立法、司法及法律实务部门提供更具前瞻性的指导。本次研讨会聚焦婚姻家庭法的重大前沿问题，如婚姻瑕疵、假离婚、家庭财产关系等，旨在推动理论创新、提出对策建议、完善法律适用。她表示，会议主办方期待各位嘉宾通过此次交流，共同为完善婚姻家庭法律制度、维护家庭和谐、推动社会稳定及全面依法治国作出更大贡献。

上海市张江公证处主任助理于思彤对第七届家事法学术研讨会的召开表示热烈的祝贺，她指出，在上海市张江公证处与上海财经大学法学院双方的共同努力下，上海财经大学家事法研讨会已发展成为全国具有显著影响力的学术盛会，成为产学研深度融合的典范。张江公证处希望通过支持法学院校的研究，获得理论储备，结识更多专家学者和实务界朋友，将学术观点转化为生产力。未来加强涉外家事公证服务将成为其工作重点，以应对经济社会发展和财富传承的新局面。

上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任叶名怡首先对中国法学会民法学研究会及婚姻家庭法学会的长期支持表达感谢，对王轶会长和夏吟兰会长的亲切关怀和悉心指导表达感谢，对上财法学院提供的宽松科研环境表达感谢，对上海市张江公证处和中伦律师事务所提供的大力协助表达感谢。其次，他强调，家事法学术研讨会已连续七年成功举办，其影响力与日俱增，已成为全国范围内家庭法和民法学术会议的重要品牌。论坛的成功离不开参会学者和专家的贡献：多位德高望重的学界前辈虽已不再年轻，但仍笔耕不辍，持续为会议贡献了独特的智识；后起之秀勇

于投稿，展现了青年学者的学术抱负和科研能力。叶名怡教授表示，论坛鼓励多批评、少赞美，希望各位与会者畅所欲言，为婚姻家庭法的发展贡献智慧，期待婚姻家庭法在回归民法后迎来辉煌时刻。

第一单元：婚姻瑕疵

第一单元的议题为“婚姻瑕疵”，由**上海交通大学凯原法学院院长彭诚信教授**主持。彭诚信教授指出婚姻瑕疵是一个争议较大的问题，需要给予重点关注。

第一位报告人为**厦门大学法学院教授、中国外国法制史研究会副会长徐国栋**，其报告的题目为“《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第 1 条读解暨修改建议”。他认为，重婚行为兼具民事侵权与犯罪属性，侵害私人利益及婚姻秩序，《婚姻家庭编司法解释（二）》第 1 条虽对此问题有关注，但依旧存在问题。首先，诚信的重婚卷入者凭借自己的诚信能让重婚转为合法婚姻的处理，违背了诚信原则。其次，主观诚信未客观化，且只赋予单方诚信的无效婚姻拟制婚姻的效力不全面，存在规范漏洞。最后，第 1 条确立的拟制婚姻制度运用范围小，奖励诚信者的条件过于偶然。因此他建议补充规定一般的拟制婚姻制度，以更全面地保障诚信者的权益，并维护婚姻秩序。

第二位报告人为**上海交通大学凯原法学院副教授李贝**，其报告的题目为“欠缺行为能力人缔结婚姻的效力规制”。他认为，对婚姻能力的判断不应该采用形式主义的立场，而应通过个案审查的方式确定，并且该能力的认定门槛不宜过高。婚姻的不成立或许不是一种最优的选择，即便存在文本解释的障碍，无效和可撤销婚姻依然应当被优先考虑，并且将可撤销婚姻作为最优选择。婚姻登记机关应当充分确保当事人结婚意愿的真实性，但不宜将监护人的同意作为婚姻登记的前提性要求。

第三位报告人为**苏州大学王健法学院副教授娄爱华**，其报告的题目为“边缘人的意愿——被拐卖妇女的民法救济难题”。他认为，被拐卖妇女在解脱后表达的共同生活意愿，构成法律救济

的难题。此意愿不能溯及消除胁迫、拐卖的犯罪瑕疵，但也不能忽视，以免形式上的解救带来实质上的二次伤害。历史上对不同情境下的个人意愿有过妥协与宽容，表明在公序良俗与个人意愿冲突时，公序良俗会做出让步，但其最终目的是保护人。因此，对被拐卖妇女的意愿应给予具体且善意地对待。

在三位报告人精彩纷呈的报告之后，随即进入了与谈环节。**中国政法大学人权研究院教授、中国法学会婚姻家庭法学会秘书长林建军**提出徐国栋教授所阐述的单方诚信适用条件或许过于严苛，而采用善意的认定标准或许更为贴切。**中南财经政法大学法学院的李昊教授**则指出，李贝副教授需进一步探究“婚姻能力”与“结婚能力”之间的异同，并深入考虑比较法视角下立法者的真正意图及其背后的深层次考量。**上海市高级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭的副庭长顾薛磊**则认为，娄爱华教授的文章中，被拐卖妇女的婚姻应当被判定为无效，并且应当结合对被拐卖妇女的福利待遇政策来一并执行。

第二单元：假离婚

第二单元的议题为“假离婚”，由**华东政法大学法律学院院长金可可教授**主持。金可可教授强调结合理论和实践研究“假离婚”的重要性。

第一位报告人为**河北经贸大学法学院田韶华教授**，其报告的题目为“《民法典》视域下虚假身份行为的效力”。她认为关于虚假身份行为中“虚假意思表示”的认定，要求我们深入探究身份行为所蕴含的效果意思是否应具备实质性内容。虚假身份行为在是否存在虚假意思表示及其效力的判定上，会因行为性质的差异而有所区别。为

了构建一个更为完善和系统的法律体系，虚假身份行为效力认定规则的体系化显得尤为重要。

第二位报告人为**上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭副庭长熊燕**，其报告的题目为“司法实践中的‘假离婚’”。首先她指出不能仅凭离婚后共同生活或复婚预期来认定“假离婚”，而应关注离婚背后的具体原因。其次她探讨了征求意见稿中关于离婚协议效力认定的条款可能给实践带来的难点。接着她还就基于婚姻赠与房产的问题进行了讨论。最后她强调在处理这类问题时，需要综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实并依法作出判决。

第三位报告人为**苏州大学王健法学院博士研究生王选迪**，其报告的题目为“‘假离婚’及其附随行为的效力认定——以《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第 2 条的理解与完善为中心”。她认为婚姻效力应以民事认定为基准。假离婚在民法上能产生真实的法律效果。夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，法院不予支持。但有证据证明双方意思表示虚假，请求确认财产债务条款无效并重新分割，或请求确认子女抚养条款无效并重新裁决的，法院应予支持。

在三位报告人的精彩报告结束后，进入与谈环节。**清华大学法学院副院长、长聘副教授龙俊**认为婚姻效力的规定在婚姻家庭编中详尽且封闭，与总则编有显著差异，我国立法选择形式化解释思路，符合法律体系和审判实践，此外婚姻外的财产分割协议等应引用合同法规则。**复旦大学法学院班天可副教授**认为假离婚中双方可能因目的而进行虚假表示，这种虚假行为在财产分配上可能会被认定为无效，但在婚姻层面上是否构成虚

假行为存在争议，实践中显性隐性行为可能不一，需分析真实意图兼顾社会各方需求与公平。**上海市高级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭法官陈卓雅**认为离婚登记或法院判决后，婚姻关系解除无真假之分，身份行为效力既定，但财产问题上争议大，有观点认为身份与财产行为效力应一致，也有观点主张区分处理，不过个案裁量都离不开对当事人真实意思的考量。

在自由讨论环节，**厦门大学法学院教授、中国外国法制史研究会副会长徐国栋**认为我国法律应当给予“假离婚”更多的关注。**清华大学法学院副院长、长聘副教授龙俊**从日本法出发探讨了我国针对“假离婚”立法的必要性。**华东政法大学法律学院院长金可可教授**强调在探讨真假离婚时要认识到婚姻关系法定、内容法定的先决性。**中国社会科学院法学研究所研究员、中国法学会婚姻家庭法学会副会长薛宁兰**指出法律对待婚姻无效的态度应随时代发展而改变。**杭州市上城区人民法院审管办（研究室）张夜尽法官**认为“假离婚”认定规则的确立还需进一步商榷。**华东政法大学法律学院姚明斌副教授**认为假离婚不存在离婚的意思表示，因而假离婚是一个不成立的法律行为而不属于无效法律行为。

第三单元：夫妻财产关系

第三单元的议题为“夫妻财产关系”，由**西南政法大学民商法学院院长张力教授**主持。他首先强调婚姻家庭法的调整正从核心向外变迁，夫妻财产关系正处于传统身份与财产法的角力中，同时表达了对大会的感谢和对青年才俊的邀请，希望共同在民商法领域成长。

第一位报告人为**厦门大学法学院党委书记何丽新教授**，其报告的题目为“婚姻房产给予问题研究”。何丽新教授反对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第四条，认为它破坏了婚姻共同体的信赖利益，不利于婚姻形态和功能的实现。并回顾了从 1950 年婚姻法到民法典时代夫妻间赠与不动产规定的演变，指出司法解释的变化影响了夫妻财产权的认定和离婚时的财产分割。此外，何教授还强调了婚姻法的体系化重要性，提出婚姻关系中的财产关系不仅仅是赠与合同，而是婚姻身份价值的体现，并建议取消第四条的规定，以保护婚姻中的信赖关系和弱势一方的权益。

第二位报告人为**国家检察官学院赵玉教授**，其报告的题目为“夫妻股权分割：从比例到价值的转向”。赵玉法官强调了夫妻股权分割问题的复杂性，涉及婚姻法、合同法、公司法和证券法等多个法律领域，需要保持逻辑连贯性。并且提出夫妻股权分割应从身份法到财产法再到商事法的圈层转进，主张价值补偿、债务分割及身份取得三个阶段取代比例均分。并通过对案例研究，指出现行司法裁判中按比例均分股权可能导致公司控制权变化和股东资格问题，建议修改相关法律条文以保持逻辑一致性，避免司法裁判成为控制权争夺的工具。

第三位报告人为**中国政法大学民商经济法学院缪宇副教授**，其报告的题目为“夫妻一方婚内有偿取得财产的归属——以夫妻一方以银行账户存款余额支付对价所得财产为重点”。缪宇副教授提出了夫妻共同财产制是物权还是债权的争议，并倾向于支持债权方案，以便在婚姻关系存续期间就能对财产进行处理。此外，缪宇副教授还讨论了夫妻一方银行账户中的个人财产与共同财产混合的问题，以及由此产生的财产归属和处分的复杂性。并且将银行存款分割成个人财产和共同财产两部分，并承认夫妻一方对以个人名义开立的银行账户享有单独管理权，可以自行决定其使用，同时考虑以何种财产为代价取得新财产的问题。

第四位报告人为**清华大学法学院博士研究生彭玺**，其报告的题目为“夫妻单方登记股权性质及效力的家庭法逻辑”。彭玺博士生认为单方登记股权涉及家庭关系利他性和债权关系积极性的价值矛盾，主张从家庭关系逻辑出发，未登记方对单方登记的股权仅享有债权。他提出夫妻共同财产关系不必然以物权意义上的共同共有为表现形态，而是通过债权说来实现家庭价值目标，保护家庭关系的稳定。并分析了夫妻财产关系不可以直接介入有限责任公司股权的原因，包括有限责任公司的人合性、夫妻关系的性质以及股东权益的效力，并探讨了股权变动效应问题。

第五位报告人为**大连海事大学法学院博士研究生方亚蝶**，其报告的题目为“对夫妻一方放弃继承法律后果的规范解释——基于对夫妻共同财产的理解”。方亚蝶博士生探讨了婚姻关系存续期间夫妻一方放弃继承是否需要配偶同意，以及配偶是否能主张放弃继承无效的问题，指出这一问题在司法实践和学界存在争议。她认为，放弃继承实际上是放弃遗产所有权，而非继承权，且放弃继承并未实际处分夫妻共同财产，因此不应以侵害夫妻共同财产为由主张放弃继承无效。她提出，在恶意放弃继承的情况下，即为了逃避夫妻共同财产分割而放弃继承，法律应对其行为作出否定性评价，并在分割夫妻共同财产时对恶意放弃继承的一方少分或不分财产。

在五位报告人的精彩报告结束后，进入与谈环节。**上海财经大学法学院李宇教授**认为，在处理夫妻股权问题时，应区分公司法和婚姻法的适用，尊重有限责任公司的人合性，同时股份有限公司中配偶直接取得股权并无障碍，并质疑了关于个人财产与共同财产划分的文章观点，表示期待更完善的论证。**华东政法大学法律学院孙维飞副教授**提出，对于基于身份的取得权协议所取得的房屋，如果没有过户则无任意撤销权，已过户则反对草案第四条返还主张，强调了信赖保护与意思表示解释之间的协调问题，质疑了基于身份的取得权的协议在身份消失时的合理性。**上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭季磊副庭长**强调在婚姻家庭法领域，价值判断尤为重要，司法解释的制定需考虑城乡差异、地区发展不均、公司类型差异、个案特殊性及多方意见，是一个复杂且不易达成共识的过程。**武汉大学法学院特聘副研究员申晨**表达了在处理家事法疑难问题时遇到的立法思路冲突，即重视预期的规则性和重视结果的灵活性之间的矛盾，同时指出彭玺博士生的文章在类型化分析上做得很好，但在解决单方经营股权问题的关键点上未能取得突破。**华东政法大学法律学院方斯远副教授**建议方亚蝶博士生在论文中更明确地突出问题意识，即解决继承与物权变动间法律冲突的具体方案，并在论述上增强吸引力。

在自由讨论环节，**上海邦信阳律师事务所合伙人高兴律师**对方亚蝶博士生的论文中恶意放弃继承的定义提出质疑，认为应从意思表示的角度判断其效力，并质疑夫妻间是否有增加共同财产的法律义务，特别是在离婚诉讼中是否应强加此义务。对此，方亚蝶博士生表示将对恶意放弃继承的意思表示和夫妻共同财产义务的论证进行深入思考并修改论文有关部分。

第四单元：家庭财产关系

第四单元的议题为“家庭财产关系”，由**中国社会科学院法学研究所研究员、中国法学会婚姻家庭法学会副会长薛宁兰教授**主持。她赞赏了主办方将议题从夫妻财产关系扩展到家庭财产关系的巧妙设计，并指出司法《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》中大量内容涉及家庭财产关系，特别是未成年子女和继父母子女的财产利益。

第一位报告人为**大连海事大学法学院李国强教授**，其报告的题目为“父母处分未成年子女名下房产的效力”。李国强教授分享了对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》中第十四条的思考，指出该条文旨在解决现实问题，有其合理性。他提出，第十四条关注的核心是登记在子女名下的房产归属和与合同相对人的关系，质疑以损害未成年子女利益为由主张合同无效的法律基础。他认为，登记在未成年子女名下的房产不一定属于子女，父母作为法定代理人处分的可能是自己的财产，同时强调了在处分过程中需要考虑合同相对人的利益和善意。

第二位报告人为**清华大学法学院院长助理暨长聘副教授汪洋**，其报告的题目为“离婚时父母为子女出资的房产归属与补偿规则——《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第 7 条评析”。汪洋副教授首先提到了上午熊燕法官报告中关于假离婚的条文内容，特别是涉及债权人行使撤销权的部分。其次分享了关于无行为能力人婚姻效力的司法解释草案内容，并提出了对限制行为能力人婚姻效力的自由裁量空间。此外，他还讨论了离婚时父母为子女出资房产的归属和补偿问题，强调了婚姻财产和物权法中共同共有的区别，并提出了两种脱钩的框架来处理房产归属问题。

第三位报告人为**华东政法大学法律学院张长绵老师**，其报告的题目为“父母婚后为子女购房价值分割的规范逻辑”。张长绵老师分享的主题聚焦于《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第七条，主张从父母出资行为的性质界定出发理解该条文。他反对将父母出资视为仅对子女的赠与，认为应根据《民法典》解释意思表示，注重伦理习惯，提出父母出资行为性质上应视为对夫妻双方的赠与。此外，他通过两个例子说明伦理上父母出资倾向于双方赠与，并提出父母出资行为若为双方赠与，则附解除条件，条件成就时可请求返还出资，认为第七条对反效果的规定体现了值得赞同的价值观。

第四位报告人为**上海政法学院上海司法研究所李姗萍老师**，其报告的题目为“父母非法处分未成年子女房产的认定及法律后果”。李姗萍老师探讨了父母处分未成年子女房产的效力及法律后果，强调应依据《民法典》第三十五条第一款判断是否维护了子女利益。她指出，财产来源因素是否为父母处分合法与否的决定性因素，以及《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》（征求意见稿）第十四条的特殊情形是本文想要解决的关键问题。此外，她提出了对“为维护被监护人利益”的狭义理解，并详细介绍了判断方法，包括形式主义和实质主义相结合的三步判断法，以及对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》（征求意见稿）第十四条的合理性与缺陷分析。

第五位报告人为**上海财经大学法学院博士研究生王中昊**，其报告的题目为“离婚协议中给与子女财产条款的规范定位与类型化处理”。他讨论了离婚协议中将财产给予子女的条款可能因赠与合同的任意撤销权而被撤销的问题，指出第十八条已明确禁止单方行使撤销权，但共同行使撤销权的效力尚无定论。他提到法院对此类条款的性质有三种不同观点，性质混乱，且共同撤销行为的效力不明确，涉及子女财产给付请求权和救济问题。此外，他提出了对此类条款进行类型化解释的核心观点，区分了是否明确约定子女直接请求权，并根据不同情况提出了具体的解释方案。

在五位报告人的精彩报告结束后，进入与谈环节。**华东政法大学法律学院姚明斌教授**分析了父母以法定代理人身份处分未成年子女名下房产的法律后果，指出法院对父母主张合同无效的请求不予支持，认为第十四条适用于房产实际上是子女代持、实质所有权归父母所有的情形，以保护交易相对人的合理信赖。浙江大学光华法学院章程副教授比较了两位老师关于父母出资买房问题的观点，指出主要分歧在于父母出资行为的性质认定是否应纳入考量，并提出了对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第七条解释的批判，认为应区分赠与和借贷，并考虑父母出资的多样性和复杂性。**上海市浦东新区人民法院民事审判庭赵超副庭长**强调在处理父母为子女购房问题时，应注重价值导向和社会预期的稳定性，同时强调司法谦抑性，认为父母出资行为的性质应结合具体情况探究，不应简单归类为赠与或借贷，并对附解除条件的赠与持保留意见。**上海财经大学法学院刘洋副教授**在评论李国强教授和李姗萍老师的论文时，提出了对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》第十四条的体系定位和对《民法典》第三十五条的突破问题的探讨，并对论文提出了具体的改进建议，包括对无行为能力人的判断法的补充和论文写作风格的调整。**复旦大学法学院汪倪杰老师**针对王中昊博士生的论文提出质疑，认为将离婚协议中给予子女财产的条款定性为真正利益第三人合同并限制父母变更子女地位的理由需要更深入的探讨，同时对李姗萍老师论文中的处分行为解释提出了自己的看法，并提出了无权代理与无权处分争议中财产归属问题的新视角。

在自由讨论环节，**清华大学法学院院长助理暨长聘副教授汪洋**针对与谈人的评议，为第十四条的价值立场辩护，认为其旨在解决家产概念缺失的问题，并强调在处理夫妻共同财产与子女个人财产的关系时，应考虑家庭共同利益而非仅仅局限于登记名义。

第五单元：同居及其他

第五单元的议题为“同居及其他”。由**中国计量大学党委宣传部部长陈永强教授**主持。他对本单元议题的精彩呈现表达了热切期待，并介绍了本单元的报告人和与谈人。

第一位报告人为**中国政法大学民商经济法学院陈汉副教授**，他报告的题目为“同居关系的准婚姻化”。他认为，将同居纳入法律视角是立法进步的体现，但当前征求意见稿仍存在诸多问题需要完善。他提出以下四个主要议题：一是同居的定义及认定标准，例如将持续时间、排他性、经济生活混同，是否生育子女等纳入参考因素，明确何种情形构成法律上的同居；二是法律适用尺度，是否应低于婚姻标准及其在解除程序上的简易化；三是对多元化关系的包容性，特别是需要明确是否扩展适用于同性同居关系；四是意思自治与强制性规则的平衡，是否允许通过协议排除同居产生的法律后果。

第二位报告人为**中南财经政法大学法学院刘征峰教授**，他报告的题目为“同居财产关系的民法调整”。他认为，同居财产关系的民法调整核心在于如何通过民法机制对同居财产进行清算，现行条文在财产法规则之外，融入了照顾子女、女方及无过错方的因素，展现清算规则的特殊性。然而，关于财产共有性质、非财产性贡献评价以及和一般合同规则的关系等问题仍存在争议。此外，他强调，同居协议的效力及调整范围尚不明确，例如能否通过协议创设共同财产制或约定解除关系后的生活费支付义务等，需要进一步规范。

第三位报告人为**北京市中伦（上海）律师事务所合伙人蓝艳律师**，她报告的题目为“从家事律师视角对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（二）》的理解与探讨”。她指出，同居析产纠纷在司法实践中存在认定难、举证难和法律适用不确定等问题，即使有司法解释的指导，实际处理仍会面临诸多障碍：一是同居关系的认定难度较高，当前法院对同居关系举证要求严格，二是财产分割规则的适用不统一。蓝艳律师提出，应进一步明确同居关系的认定标准与财产分割规则，同时加强对不同类型案件的理论研究，减少个案处理的不确定性。

与谈环节中，**上海大学法学院曹薇薇教授**提出三个问题，若以“婚姻的尺度”来衡量同居关系，那么比例应如何把握？同居关系应在何种框架下进行界定？对于同居关系的财产分割规则，是沿用关于婚姻或合同的既有规范，还是须构建适应其特殊性的独立规则？**华东师范大学法学院李颖轶副教授**介绍了法国法上处理同居关系的经验。并对同居关系的规制提出“两步走”的建议。她认为，“一勺烩”式的处理方式存在隐忧。**中国政法大学人权研究院夏江皓老师**提出，关于同居关系的法律规制，应首先明确立法目标及司法解释的功能定位，先从宏观视角审视法律是旨在承认既有社会现实，还是试图引领或塑造新的社会形态。

第六单元：继承与遗产管理人

第六单元的议题为“继承与遗产管理人”。由**厦门大学法学院党委书记何丽新教授**主持。何丽新教授指出，继承法作为民法典的重要组成部

分，与每个家庭的财产分配和权益保障息息相关，期待与会嘉宾的精彩报告。

第一位报告人是**德国马克斯·普朗克比较法与国际私法研究所高级研究员 Knut Benjamin Pißler 教授**，他报告的题目是“中国继承法中的必留份：儒家传统、民法元素和社会主义遗产”。他提出，中国传统社会以家族为核心，强调无遗嘱继承，长子继承和祖先崇拜是主要特征，儒家思想影响明显。新中国成立后，1985 年《继承法》受到社会主义理论与多元化影响，确立了必留份制度，要求为无劳动能力且无收入来源的继承人保留遗产份额，同时鼓励自力更生。然而，随着社会经济的发展，该制度面临适应性不足的挑战，司法实践中，法院拥有较大自由裁量权，对必留份的认定、范围及法律后果采取个案处理方式。虽然这种灵活性满足了个案需求，但也削弱了法律适用的可预测性与一致性，亟需进一步完善。

第二位报告人为**湖南师范大学法学院王葆莳教授**，他报告的题目为“日本遗产管理制度及其对我国的借鉴意义”。王葆莳教授提出，通过借鉴日本遗产管理制度的多元模式和细致划分，有助于破解我国遗产管理制度在实践中面临的难题。他提出了两项具体建议：其一，应通过解释将部分继承人下落不明情形纳入《民法典》第 1145 条和第 1146 条的适用范围。其二，建议根据遗产管理人来源的不同，设置差异化权限。他特别指出，日本法通过广义与狭义遗产管理模式的分类，并结合纯粹管理与自由管理的区分，强调继承人限定责任下遗产管理人的清算职能。这种制度设计为我国遗产管理制度的解释和优化提供了重要参考。

第三位报告人为**浙江理工大学法政学院刘宇娇老师**，她报告的题目为“我国遗产破产制度与遗产管理制度的衔接与逻辑展开”。她提出，遗产破产制度在解决遗产债务清偿问题及完善继承法体系方面具有重要意义，并应作为个人破产法的一部分纳入立法设计，构建该制度不仅能够弥补现行无条件限定继承制度的不足，还能在司法实践中有效解决在遗产不足以清偿债务时，债权人权益保护与程序规范的问题。她建议，应在个人破产法立法设计中明确遗产破产的模式，并实现与遗产管理人的衔接。

第四位报告人为**上海市第一中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭副庭长潘静波**，他报告的题目为“遗赠与被继承人债务清偿”。他认为，司法实践中遗赠和遗产债务清偿纠纷的审理面临一些问题，需要在法律解释和制度完善上寻求解决路径。目前关于受遗赠人接受遗赠的规定，在具体行使对象、方式及证据标准上仍然较为笼统，缺乏统一认识。被继承人债务清偿纠纷的审理亦存在程序性难题，尤其在继承人均放弃继承或遗产不足以清偿债务的情况下，法院难以在民事审判或执行环节厘清所有事实、解决所有问题。此外，在当前制度设计和实践操作中，遗产管理人角色的定位尚未完全落实，功能亦未有效发挥。因此，他呼吁加强法律制度设计与司法实践的协调，完善遗产管理人的操作指引和资源支持。

第五位报告人为**北京大学法学院博士研究生胡巧莉**，她报告的题目为“共同继承人遗产债务清偿责任的类型构造”。她围绕我国既有的遗产继承模式揭示了遗产债权人在遗产清算中的不利地位，提出应当对共同继承人的遗产债务清偿责任作类型化构造，以平衡共同继承人与遗产债权人的利益。为了避免遗产债权人因被继承人的死亡而陷入更差的求偿境地，她认为应当区分遗产分割前后两种不同的利益格局，分别构建相应的遗产债务清偿规则，实现公正且高效的遗产清算效果。

在与谈环节，**上海交通大学凯原法学院肖俊副教授**指出，胡巧莉博士生的研究兼具重要性与复杂性。然而，一个关键问题尚未得到有效解决，即在遗产隐匿等情况下，继承人责任难以有效落实。对此，刘宇娇老师的文章提供了解决方案，但存在成本过高的现实障碍。对于王葆莳教授的报告，肖俊副教授认为，日本采继承接受制，且要求继承人在接受时明确表达是否限定继承，与我国存在显著差异。**上海政法学院上海司法研究所余山特聘岗教授李建星**提出，关键在于厘清遗产管理和破产管理的规则差异及可能的整合路径，是建立独立的遗产破产制度，还是将现有破产制度引入遗产债务清偿中。**上海中联律师事务所高级合伙人、全国律协婚家委委员吴琼律师**结合实务中的接受遗赠案例提出，当前审判实务对接受遗赠的证据要求较高，未能完全体现立法尊重被继承人真实意愿的目的，与传统习俗也存在背离之处。**华南理工大学法学院副教授朱志昊**首先肯定了 Pißler 教授在收集和运用中国裁判文书等研究材料方面的工作。他提出，理解传统中国民事法律制度需着眼于“家”，必留份制度主要是近代吸收西方经验的结果，儒家和社会主义影响相对有限，家事审判的灵活性虽危及司法可预测性，但也反映出家事法与法教义学逻辑模式的差异。**华东师范大学法学院副教授徐文海**提出，日本继承法实际上颇为复杂，继承与遗产为两个概念，继承过程兼具传统文化与现代法律特色，同时，日本法非常重视对债权人权益的保护，使继承程序具有清算的性质。

闭幕式上，叶名怡教授表示，各位嘉宾的发言与讨论精彩纷呈，会议的时长更是刷新了纪录，充分展现了讨论的热烈氛围。他再次向各位与会嘉宾的莅临表达诚挚感谢。“第七届家事法学术研讨会”在浓厚的学术氛围中圆满闭幕。

供稿 | 彭浏宇　王中昊　王海臣　　审阅 | 叶名怡
供图 | 田雨萌　余勤

高引论文 1 陈爱武：家事案件审判程序改革的观察与思考——兼议民法典时代我国家事诉讼立法的必要性

2024-12-10　法治现代化研究　陈爱武

https://mp.weixin.qq.com/s/D41iJtsLqPVAf3YkirbXnQ

作者简介：陈爱武，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，江苏高校区域法治发展协同创新中心研究员。

学科编辑：方乐
文章来源：《法治现代化研究》2020 年第 4 期
赐稿邮箱：fzxdhyj2016@163.com
推送时省略全部注释，引用请以发表版为准
转载、引用情况：CNKI 被引 96 次（截至 2024 年 11 月 23 日），人大复印资料《诉讼法　司法制度》2021 年第 3 期全文转载。

内容提要

随着我国经济、社会的发展，我国家庭领域的纠纷不断增长，呈现数量高企、矛盾突出、日益复杂、牵涉利益主体多元等多重特征，家事审判遭遇前所未有的挑战，为此，必须进行家事审判改革，尤其是家事审判程序改革。在实践过程中，很多法院已经在家事诉讼程序、家事调解以及家事非讼程序等方面进行了有益探索，形成了一定的程序规范和创新性的制度，如职权审理、本人出庭、调解前置、家事调查、心理疏导、离婚冷静期、离婚财产申报、判后回访、弹性审限等原则和制度。但上述改革仍有一定的局限性，包括法律依据不足，各地零星推进，各自为政，对家事审判程序的规律仍未形成共识等。解决上述问题的关键

是推动家事审判程序立法，通过制定“家事诉讼法”来统筹规制家事审判、家事调解、家事非讼等家事案件程序，更好地因应家事纠纷解决的多元需求，实现家事领域的司法正义。

关键词

家事案件；家事诉讼；审判程序；家事审判改革

一、引言

离婚等家事纠纷不同于一般民商事纠纷。因为它不仅通常发生在具有婚姻、血缘等情感联系的家庭亲人之间，而且其中伦理因素、感情因素和理智因素相互纠缠并存，权利义务关系表现得十分复杂。作为裁判者的法官很难仅仅依据法律规定简单作出谁是谁非的判断。

新中国成立以来很长的时间里，我国应对婚姻家事纠纷一直采取经验型审判方式，以调解为主。这基本能够满足该类纠纷的化解需求。但随着改革开放的不断推进，我国在家事审判方面逐渐显现出无法适应纠纷化解现实需求的局面。这主要体现在两个方面：一是在社会建设方面对于婚姻家庭的稳定强调不够，往往把婚姻家庭领域的建设看作私人领域，不够重视；二是法院审判工作没有把家事案件与财产类案件区分开来，往往用财产类案件审判模式审理家事案件，这使得很多离婚案件仅凭当事人表面意见就确定判决离婚的审判方向，并把审理中心转变为财产分割和子女抚养，至于当事人感情的修复问题，法官很少过问。客观来说，由于婚姻出现危机不能得到及时调解，导致婚姻家庭不稳定，未成年人成长环境恶化，逃学厌学甚至违法犯罪现象不断出现，老年人赡养也出现问题。究其原因，虽与多年来我国社会建设中对婚姻家庭关系稳定的强调不够有关，但与人民法院在家事审判工作中，重裁轻判婚姻家庭关系的修复也有关系。

基于此，家事审判改革刻不容缓。2016 年 5 月 11 日，最高人民法院召开视频会议，具体部署在部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。根据会议精神，最高人民法院出台了《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》（以下简称《家事审判试点意见》），自 2016 年 6 月 1 日起，在全国范围内选择了 118 家基层人民法院和中级人民法院开展为期两年的家事审判方式和工作机制改革试点工作。2018 年 7 月 18 日，最高人民法院出台《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（以下简称《家事审判深化意见》），该意见不仅对两年家事审判改革的成果进行了总结，更为进一步深化改革提供了参考依据。

本文结合家事审判改革的实践，通过对若干家事审判改革试点法院的调研，对家事案件审判程序进行观察和思考，对改革的得失成败进行评估的同时对其中的改革经验予以总结提炼，以期在此基础上，助力家事审判改革的进一步深化。当然，伴随着民法典的颁布施行，在讨论家事审判改革的同时，本文还将结合民法典婚姻家庭编、继承编的规定，对家事诉讼程序法出台的必要性进行简要阐述和论证。

二、家事案件审判程序改革的背景

我国为何要进行家事审判改革，为何需要设计特别的家事诉讼程序？回答这一追问，必须回到家事诉讼的起点——家事纠纷——进行考察，因为有什么样的纠纷，就会有什么样的程序予以回应。可以说，没有家事纠纷的特殊性，就没有家事审判、家事案件审判程序的特殊性；家事案件的数量、类型、复杂程度等直接影响着应对此类纠纷的程序样态。

当前，我国家事案件的对象——家事纠纷，呈现数量高企、矛盾突出、日益复杂、牵涉利益主体多元等多重特征，无疑构成我国家事审判改革的

逻辑起点和现实基础。具体来看，有以下几个方面。

（一）家事案件数量居高不下

近年来，我国婚姻家庭案件数量呈现“井喷式”上升态势，且一直在高位徘徊。比较一下 2004 年至 2014 年全国法院婚姻家庭案件的受理情况，可以发现婚姻家庭案件占整个民事案件数量的比例约为 18.63%。（参见图 1）

2015 年，全国各级法院审结一审民事案件 622.8 万件，审结婚姻家庭案件 173.3 万件，审结的婚姻家庭案件占民事案件的 27.8%。2016 年，地方各级人民法院审结婚姻家庭案件达到 175.2 万件。2018 年和 2019 年，地方各级人民法院审结婚姻家庭案件分别为 181.4 万件、185 万件。

从我们调研选择的 21 家基层法院的情况看，基层法院近三四年受理和审结的婚姻家庭案件的数量，一般在每年 630 件左右；有些法院数量偏少，如徐州市贾汪区人民法院 2013 至 2015 年度受理婚姻家庭案件总数为 650 件左右，平均每年 217 件；而上海市浦东新区人民法院近三年每年受理的婚姻家庭案件总数却达到五六千件。数量差距巨大。

从省级层面看，近些年的婚姻家庭案件数量也是稳步上升，如江苏省婚姻家庭案件数量一直保持在高位。从 2011 年以来，全省法院审理的婚姻家庭案件每年均在 10 万件以上，数量高企时曾达到 12 万件以上，在传统民事案件中仅次于民间借贷案件，位列第二。但至 2018 年，案件总量有所回落，该年度江苏法院新收一审家事案件 111325 件，审结 103121 件，同比分别下降 10.1% 和 10.3%，首次出现下降态势。

（二）离婚案件在家事案件中占据绝大多数

从全国婚姻家庭案件的构成上看，离婚案件占据家事案件的绝对多数，且逐年上升。下述数据是全国近年来一审离婚收案数量，其上升走势明显。

2014 年全国法院审理婚姻家庭案件近 160 万件，其中，离婚案件 120 多万件。审结的离婚案件占到婚姻家庭案件的比例约为 75%。2017 年审结的离婚案件数量为 140 余万件，占比更高，达到 80%左右。

从我们调研的南京、徐州、连云港两级法院，山东武城县人民法院，重庆市巴南区、渝中区人民法院，泰州市海陵区人民法院，常州市天宁区人民法院、钟楼区人民法院，南通海安县人民法院，镇江市京口区人民法院，福建永春县人民法院的数据看，近三年的离婚案件占婚姻家庭案件数比率也是高居榜首，平均为 83.6%。

其中，最高的达到 95%以上，如山东武城县人民法院 2013 年至 2015 年受理的家事案件数分别为 290、495、554 件，离婚案件所占比率分别为 97.59%、95.96%、95.13%。福建永春县人民法院在 2011—2015 年受理的家事案件中，离婚案件占比也非常高，分别达到 91.5%、93.4%、92.2%、92.6%、91.2%。占比最低的是江苏徐州市两级法院，从 23% 到 45%左右。

（三）离婚案件类型多样，争点各不相同，处理难度大

1. 离婚案件中，女方提出离婚的比率占较高比例

我们在调研中发现，无论是农村还是城市，离婚案件中女方提出离婚的比率占绝对多数。比如河南宁陵县人民法院的统计显示，该院家事案件出现“离婚主体女性化”倾向，2014 年至 2016 年，该院女方提出离婚的比率分别为 57%、62%、67%。江西南昌市中级人民法院的调研数据也表明了这一倾向，该市两级法院的离婚案件，由女性提起诉讼的案件占比为 63%。江苏泰州市中级人民法院在通报 2016—2018 年三年全市婚姻家事案件情况时也发现，女性主动起诉的案件不断增多，30

岁之前女性与男性提出离婚的比率约为 8∶2；30—40 岁之间，女性与男性比率约为 7∶3。此外，如果把视野放宽一些，最高人民法院在 2018 年 3 月 22 日对外发布的《司法大数据离婚纠纷专题报告》也显示，在 2016—2017 年全国离婚纠纷一审审结案件中，73.4%的案件原告的性别为女性。

2. 离婚年龄呈现橄榄型分布

我们在调研中发现，离婚案件中夫妻双方的年龄呈现橄榄型分布，即多数离婚案件当事人是生于 1970 年至 1990 年之间的“70 后”“80 后”人群，大约占到 70%。如泰州两级法院对 2016—2018 年三年的数据统计显示，“80 后”起诉离婚案件数约占离婚案件总数的 41.7%，“70 后”占比约为 26.7%，“90 后”占比约为 16.3%。另外，在农村的离婚案件中，因为一些地方有早婚的习俗，结婚较早，故“90 后”离婚数量较高，如河南宁陵县人民法院近年来的离婚案件当事人年龄主要集中在“80 后”和“90 后”两个年龄段。

3. 离婚态度两极化

尽管从离婚人群的年龄上看，45 岁以上的离婚人群所占比例只有 5%左右，但此类离婚案件的当事人由于思想较为传统，夫妻之间的人身依附性较强，所以对离婚秉持“宁死不离”的态度，双方就离婚事宜的主要争执在于是否解除婚姻关系，情绪波动大、对抗较为严重。实践中，有的中老年离婚案件当事人以死相逼，威胁法院不能判决离婚；还有的坚持起诉离婚的一方，因为法院屡次判决不准离婚而情绪失控，出现过激行为。“70 后”“80 后”夫妻离婚案件，双方之间争议的重点已从人身关系转移至财产及子女抚养问题上。“90 后”离婚，冲动离婚多、闪婚闪离多，父母介入讼争多，房产分割复杂。

4. 离婚案件的争议焦点更加细化和多元

随着改革开放和我国的社会发展，人们的法律意识、权利意识相较以前有很大提升。因此，双方在离婚过程中所争议的问题也就显得更为多元化。以子女抚养问题为例，从以前双方就子女的抚养费“支付多少”“如何支付”发生争议到现在的“成年子女大学期间能否要求支付抚养费”“子女在国外留学的费用如何分担”等；以子女探视问题为例，从以前双方“如何探视”发生争议到现在演变为“能否带回家共同生活”“祖父母或外祖父母能否探视”等更为多样细致的问题。

5. 离婚案件中涉及的共同财产数额高、形式多，分割难度大

随着民众生活水平不断提升，夫妻共同财产的价值越来越大，如根据北京市西城区人民法院 2019 年发布的《家事审判白皮书》显示，2014 年至 2018 年，西城区人民法院共受理各类民事案件 109162 件，其中家事案件收案 17096 件，占比 16%。从诉讼标的额来看，家事案件涉案总标的额迅速上涨，从 2014 年的 5 亿元左右至 2019 年上半年就达到 12 亿元。离婚涉及或涵盖的财产类型也日益多样化，从以前的“锅碗瓢盆、家电家具”，到现如今的房屋、汽车、存款、股票、理财产品、公司股权、知识产权、汽车牌照、保险等，财产形式日益丰富，加之许多城市房地产的增值较为迅猛，由此导致离婚房产分割困难重重。以离婚房产分割为例，因夫妻房产的资金来源、购买形式以及登记名义五花八门，导致离婚诉讼中涉及的房产情形极为复杂，离婚财产分割已经成为我国离婚审判的世纪难题。

从纵向比较来看，过去的离婚主要针对感情破裂问题，财产、未成年子女只是离婚附带性事件，而在现在的夫妻离婚案件中，财产问题已经具有举足轻重的地位。因此，如何查明财产、如何分割财产便成为巨大的难题。对任何一方当事人而言，谁动了离婚财产这个“奶酪”，他们就跟谁急，北京马彩云法官被一个家事案件当事人杀害的惨烈教训，至今仍令人痛心！

（四）离婚涉及的未成年子女抚养监护等问题矛盾多、问题大

司法领域的大数据统计显示，在全国离婚纠纷案件中，96%的案件涉及子女抚养问题。可见，离婚案件中涉及未成年子女的案件数量庞大，实践中，围绕未成年子女的抚养权确定、抚养费数额、支付方式等问题，离婚双方争执不下，未成年子女沦为父母的工具、离婚案件的最大受害者。究其原因，改革开放之前，我国因没有实行独生子女政策，因此离婚时子女监护和抚养通常不是离婚的主要争点或难点。而现在，很多离婚案件面对的是独生子女，因此，离婚双方不是一个人在战斗，其背后跟随着整个家族在争夺或者出谋划策，对于男性未成年子女，双方争夺的白热化程度更为强烈，甚至有的离婚案件当事人因害怕夜长梦多，来不及等到离婚判决确定，就已经“全家总动员”把未成年孩子偷走或者藏匿起来了，凡此种种，使得处理此类离婚案件的法官压力重重、不堪重负。

（五）涉及家庭暴力的家事案件，主张的多，但认定的少

家庭暴力主要是强势家庭成员针对弱势群体的一种控制手段，包括婚姻关系中配偶一方对另一方的暴力（主要是丈夫对妻子的暴力），家庭成员对共同生活的老年亲属的暴力以及父母或其他监护人对未成年儿童的暴力。我们在调研中发现，家事案件中的家庭暴力主张主要存在于离婚案件中。根据最高人民法院 2016 年发布的离婚大数据报告显示，在我国诉讼离婚的原因中，“45.9%的夫妻因感情不和向法院申请解除婚姻关系。27.8%的夫妻因家庭暴力向法院申请解除婚姻关系”。最高人民法院 2018 年发布的《司法大数据离婚纠纷专题报告》也表明，在离婚案件中，14.86%的夫妻“因家庭暴力向法院申请解除婚姻关系”，位列离婚原因的第二位（第一位的原因是感情不和）。但这类案件得到法院认定的极少，因为家庭暴力中受害人不但要证明自己遭受家庭暴力的后果，还要证明受伤结果系加害人所为。由于家庭暴力的隐蔽性，事发时往往缺乏直接目击证人，加之受害人证据意识欠缺、社会对家庭暴力重视程度不足等因素，因此，司法实践中认定家庭暴力极为困难。

（六）新型家事案件类型日益增多

近年来，在婚姻家庭领域，除了传统家事纠纷外，还出现了许多新类型案件，审理难度越来越大。如在离婚案件中，要求确认或否认亲子关系的纠纷增多；子女姓氏纠纷争议大；隔代探望权纠纷屡有发生；出现老人精神赡养纠纷；出现新型亲子确认诉讼或亲子监护权争执诉讼。又如非法代孕所生子女的亲子关系如何判定？法院如何斟酌未成年子女的最佳利益？上海市闵行区人民法院曾就全国首例代孕引发监护权纠纷案作出一审判决，上海市第一中级人民法院作出了二审终局判决。此类案件，法院如何在法律、伦理、血缘、事实抚养、成年人利益、未成年人利益之间进行考量和权衡？裁判的程序原则是什么？都是值得深思的问题。2020 年 4 月，浙江定海区人民法院受理了一对女同性恋伴侣就一双子女的监护权、抚养权纠纷案件，该案涉及的法律、伦理、亲子关系等问题每一个都很棘手。

（七）家事案件审判程序供给不足，家事审判屡遭尴尬

自 20 世纪 80 年代末民事审判方式改革以来，我国民事诉讼的基本样态已经从原先的职权主义模式向当事人为主导的辩论式诉讼模式转变，此种诉讼模式系以财产契约关系纷争为对象，以平等对抗、当事人自我负责为基础展开，是一种从请求权基础出发“去做一个法律上、逻辑上的推论、涵摄、适用的方式”，然而这种方式对于家事案件的处理来说，未必是适当的，因为“在家事案件的解决来看，纷争发生背后的动机如何，其实才是更重要的”。而“纷争背后的动机”恰恰是普通民事诉讼所不能及的事项。因此，通过传

统民事诉讼来审理家事案件，很难避免以形式上正义掩盖实质上不正义的后果。实践中存在的典型问题是，家事案件往往案结事不了，如离婚当事人虽然“法律上离婚”（法院判决离婚）了，但经济上难以离婚（为离婚财产问题纠缠不休），或者法律上、经济上离婚了，感情上难以离婚（因离婚产生怨恨难以释怀），导致一方当事人走不出困境，无法开启和运营新的生活，沉溺纠结于过去，甚至被仇恨蒙蔽，做出害人害己的不当行为。

三、我国家事案件审判程序改革的已有探索及其成效

基于我国家事审判实践中的诸多困境和问题，进行家事审判改革势在必行，尤其是家事案件审判程序改革，更是重中之重。从时间上看，我国一些法院早在 2010 年前后，就已经开展家事审判改革的尝试，并产生了一定的成效。如广东省高级人民法院 2010 年 3 月在 7 家法院试点设立家事审判合议庭，专门审理婚姻家庭案件，并出台了家事审判程序规则；徐州市贾汪区人民法院 2012 年成立全国首家有编制的家事审判庭，探索家事审判改革的方式方法。随着 2016 年自上而下推进的家事审判改革在全国试点法院的展开，以及地方高级人民法院确定的地方试点法院的改革推进，家事审判改革在家事案件诉讼程序、调解程序和非讼事件程序等方面都有取得了不俗的成效。

（一）关于家事案件诉讼程序改革的已有做法及其成效

1. 家事案件的范畴被进一步细化和明确

根据《家事审判试点意见》第 5 条“试点案件范围”的规定，家事案件是指确定身份关系的案件及基于身份关系而产生的家庭纠纷，主要案件类型有：（1）婚姻案件及其附带案件，包括离婚、婚姻无效、婚姻撤销等，附带案件包括监护权、子女抚养费、离婚后财产分割等；（2）抚养、扶养及赡养纠纷案件；（3）亲子关系案件，包括确认亲子关系、否认亲子关系；（4）收养关系纠纷案件；（5）同居关系纠纷案件，包括同居期间的财产分割、非婚生子女抚养等；（6）继承和分家析产纠纷案件等。

各地法院在家事审判方式改革中，大都通过法庭指引或者规则文件，明确家事审判庭的审理范围。如镇江市京口区人民法院少年家事庭设定的家事案件范围包括四个部分：第一，婚姻家庭类。（1）婚约财产纠纷；（2）离婚纠纷；（3）离婚后财产纠纷；（4）离婚后损害责任纠纷；（5）婚姻无效纠纷；（6）撤销婚姻纠纷；（7）夫妻财产约定纠纷；（8）同居关系纠纷；（9）抚养纠纷；（10）扶养纠纷；（11）赡养纠纷；（12）收养关系纠纷；（13）监护权纠纷；（14）探望权纠纷；（15）分家析产纠纷。第二，亲子关系类。（1）确认亲子关系纠纷；（2）否认亲子关系纠纷。第三，继承类。（1）法定继承纠纷；（2）遗嘱继承纠纷；（3）被继承人债务清偿纠纷；（4）遗赠纠纷；（5）遗赠抚养协议纠纷。第四，特别程序类。（1）监护权特别程序案件；（2）人身保护令案件。

与最高人民法院的《民事案件案由规定》相比，实践中的家事审判拓展了家事案件范围。从学理层面而言，家事案件的类型和范围大致分为：（1）家事身份关系事件，如离婚、婚姻无效、撤销婚姻、确认亲子关系。（2）家事财产关系事件，如婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、婚姻无效或撤销所产生的返还财产或损害赔偿纠纷、夫妻财产约定纠纷、抚养纠纷、同居关系析产、彩礼返还纠纷、分家析产纠纷。（3）家事非讼事件和非讼化事件，如宣告失踪或宣告死亡事件；认定公民无或限制行为能力事件；失踪人财产管理事件；指定遗嘱执行人事件；家事保护令事件；因婚姻无效、撤销或离婚而产生的抚养费、扶养费事件；变更或撤销监护权事件；探望权事件；交付子女事件；变更子女姓氏事件；抛弃继承或无人承认继承事件等。

将来在立法层面到底如何规定家事案件的范围取决于几个因素：一是亲属实体法的规定，即亲属实体法对家庭关系的设定及其范围是否明确，否则难以在程序法上予以承载和体现；二是诉讼文化和习惯，如是习惯于用诉讼思维来对待进入法院的所有家事案件，还是用诉讼与非讼分类思维来审理家事案件；三是立法技术，即将哪些家事案件纳入立法框架进行程序设计，是否应当着眼于家事诉讼特殊价值的满足和实现。

2. 探索符合家事案件特点的证据规则

为了实现“发现客观真实、追求实质公正”的审判目标，很多家事审判试点法院在实践中尝试做到以下几点：一是扩大法院依职权进行调查取证的范围，尤其是将未成年子女的证言和不愿出庭作证的证人证言纳入法院依受害人申请调查取证的范围。对于一方当事人转移、变卖、隐匿财产或者与他人同居、重婚等重要案件事实，当事人难以举证又影响案件审理结果的，很多试点法院根据当事人的申请及提供的线索，向律师颁发调查令或者依职权调查取证，查明案件事实。二是加大释明力度。向举证能力较低的当事人释明具体案件需要证明的对象、所需证据种类及相关事实的证明程度，弥补当事人在诉讼能力上的不足。三是除了当事人提交证明各自主张的必要证据外，一些法院（如徐州市贾汪区人民法院和山东武城县人民法院等）还要求当事人提供婚礼录像等视频资料以及结婚照、全家福、儿时照片、与父母合影等图片资料，在庭审期间播放，勾起当事人对美好往事的回忆，目的是软化当事人的情绪，为促进调解和妥当裁判奠定基础。

3. 对家庭暴力案件的特别规定

在调研中我们发现，家事诉讼中涉及家庭暴力的案件证据收集难、认定难，是很多家事法官心里的一个隐痛。对此，很多法院在家事审判中对家庭暴力证据采取便宜性规定，如规定家庭暴力受害人提供的伤情照片、医院病历、接警或者出警记录、带有威胁性内容的录音和手机短信，加害人出具的悔过书、保证书，受害人报警时的电话记录等，均可以作为认定家庭暴力事实存在的证据。还有的法院对家庭暴力案件的举证责任分配进行适当调整，如马鞍山市雨山区人民法院在其《家事审判合议庭工作规则》第 11 条规定，在审理家庭暴力案件中，采用以下举证分配方式：受害方需要举证证明其受侵害的事实；在受害人完成上述举证的情况下，由对方承担证明其并非侵权行为人的举证责任，如果无法证明的，推定其为侵权行为人。广东省高级人民法院在其 2018 年 7 月颁布的《广东法院审理离婚案件程序指引》（以下简称《广东法院程序指引》）中，对离婚案件中家庭暴力事由的证明作出了更加科学的规定，如《广东法院程序指引》第 34 条第 2 款规定，当事人仅能提供书面或者口头陈述、伤情照片、病历等证据，人民法院结合受伤地点、时间、常理等认为存在家庭暴力可能的，可以要求对方当事人举证证明其未实施家庭暴力。

此外，为了防止家庭暴力案件施暴人在庭审中威胁受害人，或者受害人不愿意与施暴人在法庭上相对，一些法院采取便宜的庭审方式或防范措施。如《广东法院程序指引》第 34 条第 3、4、5 款规定，人民法院认定存在家庭暴力的，在法庭审理时应当安排当事人处于合适的安全距离或者隔离开庭。必要时，应当安排法警到庭。当事人确因遭受严重家庭暴力而处于恐惧之中，申请以书面、视听传输技术或者视听资料陈述意见的，人民法院应当准许。当事人以遭受家庭暴力的事实为由，请求人民法院在诉讼中对现在的住址、联系方式保密的，人民法院应当准许。

北京市西城区人民法院在家事审判改革实践中发现，涉家庭暴力离婚纠纷案件中部分受害方有不愿再次面对施暴方的心理，无法做到冷静地与对方进行面对面庭审。为此，该法院积极探索对涉家暴离婚案件当事人适用的“分别庭审规则”，即分别传唤双方到庭陈述、质证，分别询问

双方意见。这一做法既避免受害方受到二次伤害，亦有利于当事人完整地陈述事实、表达意见。

4. 创立家事审理中的要素式审判模式

南京市秦淮区人民法院创设了家事案件要素式审判模式。该院少年家事庭自创《家事案件裁判要素审查表》，将众多分散的社会化、多元纠纷化解资源，集结串联，绘出独具特色的家事纠纷解决图。《家事案件裁判要素审查表》，按照争议类型分成 6 张表格，分别针对离婚争议、子女抚养争议、夫妻共同财产争议、彩礼纠纷、继承纠纷、人身安全保护令等，辐射全院 80%的家事纠纷案件，涉及 24 类民事案由。《家事案件裁判要素审查表》的表格内容详尽，既可作为裁判参考，也可作为调解基础，节时省力，更重要的是统一了裁判尺度，提高了审判质效。

5. 尝试构建家事审理程序中的特殊原则

这些特殊原则包括：职权干预原则、不公开审理原则、全面解决和程序合并原则、当事人本人参与原则、未成年人利益最大化原则。

（1）职权干预原则。该原则要求家事法官不做消极的甩手掌柜，而应当在家事案件中该出手时就出手，即在必要时积极介入纠纷，为家事纠纷的妥当化解提供方案。如山东武城县人民法院在其《家事诉讼程序操作规程》第 75 条规定，审理家事案件，依职权主义模式审理身份关系，以辩论模式审理财产纠纷。河南省商丘市中级人民法院在家事审判改革中明确采用法官适度职权主义模式，即对于当事人提交证据或事实认定难以明断的案件，在法律允许的范围内，依法积极行使调查权，深入当事人单位、居所走访了解实际情况，以尽力维护弱势一方的合法权益。《广东法院程序指引》第 8 条专门规定了法院对家事案件职权调查和职权探知的范围和内容。

在我们调研的多数试点法院，职权干预或者作为原则规定于法院的文件之中，或者作为一种理念和做法在实践中予以遵循。

（2）不公开审理原则。公开审判在很多国家早已成为一个重要的宪法原则。但对于家事诉讼，上述原则却并不具有普适性，因为家事诉讼与自然人的身份关系紧密相连，故多涉及当事人的名誉、隐私等人身权利，如果不加限制地公开则可能带来诸多弊端。在家事审判实践中，很多法院注意到了这一特性，在我国当前立法还没有相应规定的前提下，作出不公开审理的尝试。《家事审判深化意见》中对此也有明确规定，该意见第 36 条规定，涉及个人隐私的家事案件，人民法院应当不公开审理。涉及未成年人的家事案件，如果公开审理不利于保护未成年人利益的，人民法院应当不公开审理。离婚案件，在开庭前，人民法院应当询问当事人是否申请不公开审理。当事人申请不公开的，可以不公开审理。其他家事案件，当事人申请不公开审理的，人民法院经审查认为不宜公开审理的，可以不公开审理。

（3）全面解决和程序合并原则。为了避免家事纠纷的战火迭次重燃，损害家庭关系当事人利益，家事诉讼强调纠纷一次性解决，因此很多法院在制度层面确立了程序合并原则或者统合处理原则，即已经启动的几个关联的家事案件，法院可以依据申请或者依据职权进行合并处理；或者在一个家事诉讼案件中，当事人可以不受审级限制，自由提起反诉，进行诉的追加和变更。对此，《广东法院程序指引》第 6 条明确规定，人民法院审理离婚案件，应当一并审理所涉及的未成年子女抚养、探望和财产事项。原告起诉时仅请求判决离婚的，可以视为一并概括请求处理未成年子女抚养、探望和财产等事项。原告起诉时未提出未成年子女抚养、探望的诉讼请求的，人民法院应当要求其明确未成年子女抚养、探望方案。原告起诉时未提出分割共同财产的诉讼请求，人民法院认为没有合理理由的，应当要求其明确分割共同财产的诉讼请求。原告主张其属于婚姻法第 46 条规定的无过错方，经人民法院询问明确请求离婚损害赔偿的，应当要求其在本案中一并提

出该项诉讼请求。被告请求分割共同财产、离婚损害赔偿的，作为从诉合并审理。《家事审判深化意见》也有规定，该意见第 39 条规定，人民法院审理离婚案件，应当对子女抚养、财产分割问题一并处理。对财产分割问题确实不宜一并处理的，可以告知当事人另行起诉。当事人在离婚诉讼中未对子女抚养、财产分割问题提出诉讼请求的，人民法院应当向当事人释明，引导当事人明确诉讼请求。当事人就子女抚养问题未达成一致，又坚持不要求人民法院处理子女抚养问题的，可以判决不准离婚。

（4）当事人本人参与原则。该原则也称当事人亲自到庭原则或者当事人亲历原则。这一原则的设置，其原因主要是基于身份关系的特殊性，多数家事案件当事人在诉讼中的作用具有不可替代性，当事人亲自到庭不仅有利于进行调解，还能使法院更好地了解案情，作出有针对性的裁判。

在家事审判方式改革实践中，各法院出台的改革文件中多数规定了这一原则，并对不出庭的当事人予以一定的强制措施。如河北省高级人民法院《关于家事审判改革试点的指导意见》第 25 条规定，除本人不能表达意思及因特殊情况无法出庭向人民法院提交书面意见获得准许的情形外，涉及身份关系争议的家事案件的当事人及法定代理人应当亲自到庭参加诉讼。应当到庭参加诉讼的前款当事人及其法定代理人，没有正当理由拒不到庭的，试点法院可以拘传其到庭。第 26 条规定，对于确有特殊情况无法出庭的当事人、重要证人和鉴定人，可以向法院申请以声音或影像传输技术的形式，参加开庭审理及其他诉讼活动。广东、北京、江苏、浙江、福建、山东、广西等地家事审判改革法院的家事程序规则中，都有类似的规定或要求。

（5）未成年人利益最大化原则。很多家事案件涉及未成年人权益，因此，一些法院在实践中，把家事案件中的儿童保护上升到国家和民族的高度来进行认识，树立儿童保护高于离婚当事人利益的理念，要求离婚案件当事人处理好未成年子女的相关抚养监护事宜，否则不能判决离婚。为了更好地保护离婚案件中的未成年人合法权益，防止其成为父母离婚案件的客体，上海市普陀区人民法院创设了独立的“儿童权益代表人”制度，由区妇儿委办公室工作人员作为儿童利益代表人，通过独立调查、取证、参与庭审及调解等诉讼行为代表未成年子女参与诉讼。南京市鼓楼区人民法院尝试设立“儿童诉讼监护人”制度，为儿童指定诉讼监护人，保护其诉讼权利和实体权益。山东武城县人民法院在家事案件中，为儿童设置了专门的“观护制度”。河南商丘市中级人民法院则通过推行“亲子协调员计划”来保护儿童利益。江苏建湖县人民法院对夫妻双方均同意离婚但推诿抚养未成年子女的，采取法院适当干预其离婚自由权的尝试。吉林省松原市两级人民法院在家事审判改革中也创设了一个特别的原则，即双方当事人均不愿意抚养孩子的不予判决离婚。

此外，广东省高级人民法院还创设了“未成年子女陪护制度”，即人民法院审理离婚案件，一般不得允许未成年子女进行旁听。未成年子女陪同当事人到庭的，人民法院应当安排专门人员陪护未成年子女在庭外等候。有条件的人民法院可以设置专门的未成年人托管场所。

（二）关于家事调解程序的展开及其成效

家事案件审判实践中，多地法院都对家事调解倾注了浓墨重彩，不少法院严格贯彻调解优先原则，从法律、人情、伦理和习俗等方面探寻当事人矛盾的根源，寻求解决之策，家事调解的原则和程序已经在实务中悄然确立。

1. 确立家事案件特殊的审前程序——诉前调解程序或调解前置程序

几乎所有家事审判改革的法院都采用了调解优先、强化调解的举措，并建立了特殊的审前调解机制。如北京市海淀区人民法院立案庭为家事案件当事人特别制作了《婚姻家庭纠纷诉前调解

建议书》，在当事人进入法院时予以发放，温馨提示和引导当事人选用诉前调解解决家事纠纷。北京市房山区人民法院在 2014 年以来的家事审判实践中，在法院成立了专门的诉前调解组。徐州市铜山区人民法院则将诉前调解与诉讼调解进行有机衔接。常州市钟楼区人民法院设立了诉调对接办公室和人民调解委员会，为家事案件的诉前调解提供平台。广东省中山市第一人民法院自 2016 年起，对家事案件试行庭前强行调解制度，即除法律、司法解释规定的婚姻关系、身份关系确认案件不能调解外，其余家事案件，法院均依职权组织双方当事人进行庭前调解，家事案件当事人于开庭前须至少参加一次调解活动，调解活动安排在开庭前一个星期。调解不成的，组织证据交换。北京市西城区人民法院、山东武城县人民法院对家事诉前调解专门进行了规制，并形成一系列规则。

2. 强化全程调解，建立特邀调解、委托调解、协助调解制度

家事调解具有多种模式，有诉前调解，也有特邀调解、委托调解、协助调解等多元样态。我们在调研中发现，很多法院对家事案件施行全程调解，并将法院调解与法院外调解进行协调和对接，实现调解的多元化。

如河北省高级人民法院《关于家事审判改革试点的指导意见》第 20 条规定，家事案件进入诉讼程序后，按照相关民事诉讼规定，根据家事案件的具体情况，在以下节点进行调解，具体包括：送达调解、庭前调解、庭审中调解、庭后调解、宣判后调解。吉林省蛟河市人民法院在其 2016 年家事审判工作情况汇报中特别指出，细化调解制度，开展“诉调对接”工作，即针对家事案件中涉及公民婚姻家庭生活，私密性强，举证难、认证难等相对突出的问题，邀请人民调解员、人民陪审员、妇联干部及专业咨询师参与调解，重点引导当事人克服心理障碍、梳理情绪、疏通感情、消除误会、化解恩仇、恢复亲情，重建和谐家庭关系，帮助当事人正确对待家事纠纷，避免带来二次伤害和引发新的不稳定因素。北京市西城区人民法院在其《家事审判方式与工作机制改革试点工作规程》第 21 条规定了诉讼中的“移付调解”制度，即家事案件已经立案进入诉讼程序的，根据当事人的申请或法院依职权，可以将案件委托调解或交由家事调解员进行诉讼调解。调解不成功的，及时恢复审理工作。

3. 明确家事调解原则和调解理念

司法实践中，很多法院对家事调解规定了特殊的原则和理念，如徐州市贾汪区人民法院在其《家事审判工作实施意见（试行）》第四部分规定，基于家事纠纷案件浓厚的感情基础和人身关系的终身性，对纠纷的处理应贯彻调解原则。除被告缺席无法调解以及法律明确规定不适用调解的以外，应先进行调解。具体的原则和理念是：（1）以调解和好与感情修复为首要选择，将亲情弥合、消除对立作为纠纷处理的出发点和落脚点。（2）把面对现实与理智选择作为调解的重要理念。在当事人感情确已破裂、和好无望的情况下，通过调解程序，缓解当事人的对立情绪，帮助其鼓起面对现实的勇气，给当事人创造一个平和协商的氛围，让当事人在理智的前提下协商解决子女抚养、财产分割等问题，促使双方“和平分手”，尽量减少给当事人及子女带来的伤害。（3）注重区分当事人的争议焦点，有针对性地调解。对于双方感情确已破裂、和好无望的即不再做感情修复的调解，重点关注子女利益和财产处理。与此同时，河南宁陵县人民法院在家事审判中，创造性地提出了“拉家常式”的调解，坚持“家事必调”，把调解作为优先结案方式和庭审前置程序。

4. 整合审判资源，创立特色调解工作室

调研中发现，很多法院结合自身特点，独立或与相关部门合作设立了诸多有特色的家事调解工作室，为家事案件调解提供支持。如河南虞城县人民法院成立了“马大姐调解工作室”，由经验丰富的资深女法官马新兰对家事案件专门进行调

解，不少案件当事人因此握手言和；马鞍山市雨山区人民法院利用退休女干部及社区工作人员等组建“夕阳红”调解工作室；山东武城县人民法院组建“秀英大姐调解工作室”；云南大理市人民法院成立“金花调解室”，选聘熟悉法律、通晓白族语言和当地民风的白族女性担任调解员等；南京市秦淮区人民法院在非诉讼服务中心设立“苔花调解室”；南京市玄武区人民法院与南京宁姐工作坊联合设立了“家事案件巡回调解室”，与南京市妇联联合设立了“三八红旗手工作室”；上海市金山区人民法院结合地方经济发展和人文环境的特点，强化多方联动，由法院牵头与各街镇司法所构建“八公里调解圈”，与区妇联成立广泛吸收女性法律执业者加入的“法、理、情”女子会等，这既是金山区社会综合治理的特色，也是构建家事纠纷多元化解决机制的基础。

5. 创立网上在线调解模式，化解涉外家事纠纷

网上调解、在线调解在家事纠纷化解中具有极其重要的意义，尤其对涉及海外婚姻以及夫妻不在一地的离婚案件而言。实践中，一些法院网上在线开庭和调解的尝试给当事人带来了极大的便利，既提高了办案效率，缩短了办案周期，又提高了当事人的出庭率，为顺利调解打下基础，有利于家事纠纷得到妥当圆融的解决。在 2020 年发生新冠肺炎疫情以来，在线审判和调解得到了更加充分的运用，如北京市第一中级人民法院积极推行“云调解”模式解决家事纠纷，将法官主持、家人参与、积极互动的法理情融入线上，使矛盾纠纷化解在线下，对引导当事人理性诉讼、妥善处理纠纷、和谐司法具有促进作用。

（三）家事审判和调解中形成的一些新制度

1. 家事调查员制度和社会观护制度

在调研中发现，几乎所有试点法院以及较早开展家事审判改革的法院在其家事审判文件中均有关于家事调查员制度的规定。家事调查员的主要职责是进行社会调查，参与证据制作。部分法院还将少年案件中的社会观护制度引入家事审判，如北京市石景山区人民法院少年庭是全国第一个引用观护制度顺利解决家事纠纷的法院，并对社会观护在制度构建、机制运行等方面进行了有益探索。

2. 心理评估疏导制度

针对家事案件当事人可能存在的心理问题、情绪问题、感情问题，很多法院在改革中尝试引入心理咨询、心理评估、心理疏导机制。调研中发现，徐州市铜山区人民法院通过专门招录的方式引进一名心理咨询师，负责家事案件中当事人及相关人员的心理疏导工作。徐州市贾汪区人民法院通过吸收具有心理咨询师资格的专业人员加入人民陪审员队伍，发挥其在家事案件陪审中的心理疏导作用。山东武城县人民法院则在家事审判程序规范中，规定了三个与心理有关的制度：一是心理测试员制度，通过心理测试对当事人的心理状况作出分析，对人民法院解决纠纷提供意见或建议；二是心理咨询员制度；三是心理辅导（疏导）员制度。马鞍山市雨山区人民法院不仅建立了心理咨询员制度，还特设了情感观察员制度，即通过旁听庭审观察情绪激烈的家事案件当事人，为针对性辅导和咨询提供依据。《广东法院程序指引》第 2 条对离婚案件审判组织规定了特别的组成人员，尤其是将审判辅助人员的范围进行了扩展，如该条规定，基层人民法院应当成立家事审判庭或者审判团队专门审理离婚案件。审理离婚案件的法官，应当优先遴选调解经验丰富，有婚姻经历和心理学知识的人员担任。人民法院审理离婚案件，可以从人民陪审员名单中邀请具有教育工作、心理咨询、妇女儿童权益保护、社区工作经验的人员担任人民陪审员。离婚案件的审判辅助人员除法官助理、书记员外，还包括家事调解员、家事调查员、从事心理评估疏导的专业人员等。

3. 离婚案件“冷静期”制度

绝大多数家事审判改革试点法院建立了这一制度。所谓“感情冷静期”，是指离婚纠纷案件当事人中的一方愿意在一定时间内给对方一个反省、改过的机会，同时让自己冷静思考，能够更加理性表达是否作出离婚决定的一个期间。冷静期1—3 个月，最长不超过 6 个月，冷静期不计入审限。特别值得一提的是，广东省高级人民法院在其《广东法院程序指引》中对离婚诉讼中的冷静期创造性地规定了“情绪约束冷静期”和“情感修复冷静期”两种形式，对离婚诉讼更具有指引性和实用性，效果显著。如关于“情绪约束冷静期”，该“程序指引”第 28 条规定，当事人在开庭审理过程中情绪过于激动，不能理性表达意见，人民法院认为继续开庭将显著激化矛盾的，可以决定设置情绪约束冷静期。人民法院设置情绪约束冷静期的期限不得超过 20 日，期限结束后，应当继续开庭审理。人民法院在情绪约束冷静期内可以对当事人进行劝导，或者邀请专业人员进行心理干预和疏导。关于“情感修复冷静期”，该“程序指引”第 29 条规定，要求离婚一方当事人暂时不愿意接受调解，另一方当事人明确作出主动修复情感承诺，人民法院认为双方确实还有和好可能的，可以决定设置情感修复冷静期。人民法院设置情感修复冷静期的期限不得超过 60 日。期限结束后，经双方当事人同意，人民法院可以继续进行调解。人民法院在情感修复冷静期内应当对当事人是否履行情感修复承诺进行回访督促。经当事人申请，人民法院可以邀请有关单位和个人从事协助工作。

4. 离婚财产申报制度

离婚财产申报制度在全国各地家事审判实践中都有体现，它的适用范围是离婚案件中任何一方请求处理夫妻共同财产，且双方对夫妻共同财产的范围有争议的。一些法院还创设了离婚财产申报制度的实施细则，如广东省中山市第一人民法院不仅在 2013 年 5 月首次试行“离婚财产申报”制度，而且还通过文件明确了“离婚财产申报”制度的适用原则、适用范围、申报内容、逾期申报、虚假申报的法律后果等。

5. 判后回访制度

为了家事案件能够真正案结事了，很多法院的家事审判庭延伸家事审判内涵，在家事案件判决之后，积极走访和了解当事人及其亲属的动态，延伸司法服务触角。

6. 弹性审限制度

家事案件因需要进行全程调解、优先调解，加之冷静期、心理干预、辅导等举措的运用，使得家事案件不能像普通民事诉讼案件那样适用民事诉讼法规定的审限制度，有必要留出足够时间进行社会干预和情感修复。弹性审限制度在实践中得到了大多数实行家事审判改革法院的采纳和支持，并大都在法院自身规范性文件或工作举措之中得以落实。

7. 离婚证明书制度

离婚证明书最早是从南京开始的，起因是 2010 年 10 月，一位网民在“南京网络问政”上发帖，述说自己不得不出具离婚判决书，被迫暴露个人隐私的经历。这一吐槽很快引起南京市中级人民法院的重视，并在对此进行调研后，顺应民意，专门出台了《关于为离婚案件当事人出具离婚证明书的若干意见（试行）》。此后离婚证明书制度被多个法院采纳，并进一步统一了离婚证明书的样式，如山东武城县人民法院通过文件将离婚证明书予以明确，方便法院和当事人进行采纳；马鞍山市雨山区人民法院、徐州市云龙区人民法院等通过制作的专门离婚证明书满足当事人的需求。

（四）关于家事非讼程序的调研

我们在调研和访谈中发现，适用非讼程序审理的单纯的家事非讼案件较为少见，传统的家事非讼事件如宣告死亡、宣告失踪、认定公民无民事行为能力、限制行为能力、认定财产无主等事件很少受到关注，案件的数量非常稀少。如徐州

市铜山区人民法院 2013—2015 年三年受理和审理的家事非讼案件仅 15 件，其中认定无（限制）行为能力 4 件，宣告失踪 6 件，宣告死亡 4 件，撤销监护人资格 1 件。连云港市东海县人民法院适用非讼案件的比率为个位数，如 2013 年，宣告死亡收 1 件结 1 件；2014 年无；2015 年，认定行为能力收 3 件结 1 件，宣告死亡收 4 件结 2 件。

然而，一些新类型的家事非讼案件受到较高的关注，数量也在不断增长中，如人身安全保护令案件，监护人资格的确定、变更或撤销案件等。

首先，关于人身安全保护令案件，此类案件是专门针对家庭暴力施暴人的一项临时性措施，目的是保护受害人不再受到侵害。在 2008 年之前，法院没有受理过此类案件，但从 2008 年开始，最高人民法院在全国选择部分法院进行反家暴试点，试点法院可以发布“人身安全保护裁定”。随着 2016 年 3 月 1 日《反家庭暴力法》的实施，该法中规定的“人身安全保护令”逐步取代了“人身安全保护裁定”，使得人身保护令案件成为一个独立的程序案件，无须依赖离婚或其他家事案件的提起作为程序前提。从最高人民法院的统计数据看，2013 年至 2017 年的五年间，全国法院共发出人身安全保护令 2154 份，在施暴者和受害者之间筑起“隔离墙”，切实维护妇女、儿童、老年人、残疾人的人身安全和人格尊严。2018 年，全国地方法院发出人身安全保护令 1589 份。2019 年，全国地方法院签发人身安全保护令 2004 份。人身安全保护令签发率提升，反映出受到家暴侵害的当事人维权意识不断提升，也意味着法院处理此类家事案件的数量非常可观。

其次，关于撤销或剥夺父母监护权案件，此类案件尽管数量不大，但每一件案件都具有典型性。全国首例撤销父母监护人资格案是徐州市铜山区人民法院在 2014 年受理，2015 年审理并作出裁判的“小玲”案，该案因父亲性侵未成年女儿、母亲出走不管不问等原因，铜山区民政部门在区检察机关的建议下，向法院申请撤销父母作为孩子监护人资格，铜山区人民法院支持了申请人的请求，撤销被申请人邵某、王某对女儿小玲（化名）的监护权，指定徐州市铜山区民政局为小玲的监护人。2015 年之后，类似的撤销案件全国每年都有数十起。

最后，近年来，随着老龄化时代的日益临近，全国很多地方，尤其是大中城市的老龄化程度越来越高，由此引发申请宣告公民限制/无民事行为能力、申请确定监护（尤其是成年人监护）的案件越来越多。如根据北京市西城区人民法院 2019 年《家事审判改革工作白皮书》显示：2014—2018 年，西城区人民法院家事案件收案 17096 件，占比民事案件 16%。前五大类案件分别是：离婚、继承、申请宣告公民限制/无民事行为能力、离婚后财产和申请确定监护。其中，涉行为能力和成年人监护案件增幅显著，2014 年至 2018 年，行为能力案件量增长近 3 倍，监护案件量增长近 10 倍。

四、家事案件审判程序中依然存在的问题以及未来改革展望

尽管通过调研和梳理我国家事案件审判程序改革的景况，可以挖掘出诸多值得称道的程序规范或做法，但仍存在法律依据不足、各地零星推进、各自为政等问题，难以进行进一步整合、归总和提升。

（一）家事案件诉讼程序中存在的问题概览

从司法实践来看，由于缺乏家事诉讼程序法的支撑，家事案件诉讼程序改革支离破碎。这主要表现在以下几个方面。

1. 家事案件是否实行专属管辖或特殊地域管辖？

从司法实践来看，家事案件涉及多方面关系，其管辖如何直接涉及案件当事人的实体利益和程序利益。在我们的调研中，管辖问题似乎没有成为重要而又突出的问题，也没有法院或法官反映相关的困惑。但实际上，管辖不明或者不方便管

辖时有发生，在涉外婚姻中，表现得更为明显，给家事案件当事人带来伤害。从域外立法看，多数国家为家事案件设立了专属管辖制度。我们认为，家事诉讼管辖对于家事案件当事人具有极为重要的意义，有必要进行合理规制，避免家事案件当事人陷入起诉不能或诉讼不方便之中。

2. 家事案件的范畴？家事诉讼案件与家事非讼案件如何界分？

客观来说，家事案件的范畴，在实践中有不同的表述，一种是实定法上的家事案件，即根据民事诉讼法涉及的家事案件类型、婚姻法及其司法解释中规定可以向法院起诉的案件类型、反家暴法等法律中涉及的可以起诉的案件类型以及最高人民法院关于案由的规定中列明的涉及家事案件的类型。另一种是学理层面的家事案件类型，包括家事诉讼案件、家事非讼案件、非典型的家事诉讼案件或家事非讼案件。

从审判方式改革实践来看，法院关注的主要是实定法上的部分家事诉讼案件，对非讼案件关注较少，此其一。其二，对家事诉讼案件，也缺乏进一步的划分和列举，呈现比较粗放的样态。其三，即便有一定的家事案件的分类，其分类逻辑也不甚明了，而仅仅是一种列举。其四，家事诉讼案件和家事非讼案件是否需要界分？如何界分？实践中，缺乏探索。

3. 家事案件适用的程序规范是否相通？家事诉讼案件与非讼案件能否合并或统合？如何合并或统合？

在实践中，一些法院也强调家事案件的合并调解和合并裁判，如上海市金山区人民法院、山东武城县人民法院皆有相应的规定，但这里仍有需要研究的问题，一是家事诉讼案件与非讼案件能否合并？如何合并？家事诉讼案件一般实行限制（有限）辩论主义或者协同主义，当事人对程序标的有一定的处分权，而家事非讼案件当事人对非讼案件没有处分权。如果合并或者统合处理，其逻辑基础何在？程序如何开展？程序法理如何适用？对此类问题，基本缺乏关注和探索。

4. 离婚诉讼是一个综合性的诉讼，是否具有统一的程序规则和审理重点？

调研中发现，离婚诉讼占据家事案件的百分之七八十，因此，处理好离婚案件就是抓住了家事纠纷解决的“牛鼻子”，然而，各地关于离婚等家事诉讼的程序探索是否具有普适性？与家事纠纷的多元性、复杂性相比，实践中的法院对家事案件审判程序的探索显得相对简单和单一，缺乏完整的理念向导和制度指引。

5. 家事案件当事人的适格条件是否有特殊规定？

实践中，这一问题可进一步拆分，比如是否需要实行严格的诉讼行为能力年龄和精神状态要求？如未成年人“结婚”，乃至生子的，其有没有起诉确认亲子关系的主体资格？有没有要求确定其监护人资格或身份的诉讼权利或能力？在家事诉讼中，对于涉及未成年人的诉讼，他（她）能否亲自参与庭审表述意愿？其陈述是否具有程序效力？等等。

6. 家事审判中如何体现未成年人利益最大化原则？

尽管很多家事审判改革的试点法院将儿童利益最大化、儿童利益优先或者未成年人特别保护等作为一项改革确立的家事审判原则，但真正关注儿童利益最大化保护的制度建设或程序机制还尚付阙如。多数情况下，涉及儿童利益的裁判，以法院认为的“儿童最大利益”，或者离婚夫妻的某一方认为的“儿童最大利益”为考量对象，缺乏儿童视角，更缺乏专业评估机制的跟进和追踪，使得儿童利益最大化原则在家事审判中被虚置或架空。

7. 家事审判中职权审理的范围如何？

家事审判改革实践中，多数法院确立职权审理原则，但职权审理的范围、深度、广度如何，似乎没有明确呈现。如职权调查的范围是什么？职

权探知的范围又是什么？以离婚案件为例。其一，当事人仅仅提出离婚，不对未成年子女的抚养和财产分割提出裁判要求，法院如何进行职权介入？其二，离婚案件中，当事人起诉离婚的事由，是否是法官职权调查的事项？其三，对于离婚诉讼中的夫妻财产查明，是否需要法院职权调查和介入？其四，对于离婚案件中涉及未成年子女由谁抚养监护更为妥当合适这一事项，由谁来负责调查或举证？如何调查？其五，离婚案件中，法官职权调查与当事人证明权的关系如何？

8. 职权审理背景下，家事案件中当事人的程序保障如何体现和实现？

家事案件的审理实行职权主义、职权探知主义，但不能因此减损当事人的程序权利，而应当遵循最低限度的程序保障。实践中，家事案件当事人的程序权利如何保障尚存在诸多疑惑和问题，如调查员调查事实形成的调查报告，是否需要质证？当事人有无知情权、资料获取权以及发表意见权？家事案件涉及第三人的，是否允许当事人主动申请参加诉讼？法院在知晓该第三人时，是否应当依职权主动通知第三人参加？如何保护案外第三人的程序利益和实体利益？这些都缺乏探索。

（二）家事调解较为粗放，缺乏程序规范和技术支撑

家事案件多数是可以进行调解的事项，故在家事审判改革中，几乎所有法院均将强化调解作为改革的一项重要举措。然而，家事调解在实践中依旧存在一定的问题需要关注。

1. 对家事调解缺乏完整的程序规范

从实践看，很多法院在家事审判改革中，强调对家事案件施行调解，产生许多创新举措，成效很大。然而随着改革的深入，家事调解的软肋不断显现，那就是缺乏程序支撑和制度支持，仅仅表现为一种工作方式或改革举措，具有明显的实用主义倾向。其后果是使得家事调解的发展受到外部因素或人们主观重视程度的影响而发生变化。如受到法院考核机制、领导偏好、政策导向等诸多因素制约。家事调解还缺乏法治化、程序化、规范化，因此欠缺稳定性、发展性和可预期性。

2. 缺乏家事调解的技术导引，调解方法和理念在低水平徘徊

强化调解是家事案件处理中永恒的主题，然而，我国的家事调解多年来一直淹没在经验型的民事调解之中，注重的是结果意义上的“案结事了”，至于调解的理念、过程、程序以及当事人对未来生活运营及态度等鲜有涉及，导致强制性调解（或称压制型）、包办型调解（或称家长型）、和稀泥型调解盛行。其实，家事调解既需要感性经验主导的人性关怀和温情提醒，更需要理性支撑的事理分析和程序保障，因此，家事调解在程序的推进中，需要先进的理念和专业的技术指引。

3. 与家事调解和家事诉讼相关的配套举措缺乏制度性的财政支持

在家事审判改革实践中，为了更好地实现家事诉讼和家事调解的功能价值，各地几乎都进行了一些制度创新，形成了一些配套性机制或制度，如前已述及的家事调查员制度、社会观护员制度、心理辅导或干预机制、多元调解机制、与社会协作联动机制等。然而仔细分析就会发现，很多新举措缺乏制度支撑，没有形成规模效应，仅仅用于零星的试验和装点门面。如家事调查员、社会观护员制度、心理辅导或干预员、兼职调解员是否有足够的人力资源和费用支撑？如果没有相应的支撑，可能这些举措的作用显效有限。

（三）家事非讼程序，被遗忘的制度存在

从某种意义上说，家事非讼案件更值得关注，因为家事非讼程序涉及公民的身份利益、人格利益、财产利益、生命权、生存权保障以及未成年人、老人等家庭弱势群体保护。但我们在调研中发现，家事非讼程序几乎鲜有涉及，表现为，家事案件受案范围的设定中没有法院将家事非讼案件列入

其中进行统筹规范，在家事案件程序方面，也都是针对家事诉讼案件进行的审判改革，很少有涉及家事非讼案件程序的改革。

此外，尽管部分非讼类家事案件（如保护令案件、监护案件、认定行为能力案件等）数量在不断增长中，但总体而言，在家事审判改革中，家事非讼程序没有得到应有关注，很多法院或者法官认为这一程序可有可无、关系不大，致使家事非讼程序成为被遗忘的制度。

（四）家事案件审判程序进一步改革的未来设想

如前所述，正因为家事诉讼、非讼程序缺位，所以在家事审判改革实践中法官无所适从，同样或类似的案件，各地法官认识分歧较大，裁判尺度不统一，严重侵蚀着家事裁判的公信力。家事案件审判程序的缺失和粗疏，还使得家事审判改革陷入了裹足不前的瓶颈期，改革很难进一步深化。甚至一些法院在“大部制”改革的浪潮中，把刚刚建立起来的家事专门化审判机构——家事审判庭或者少年家事审判庭——撤销了，将家事和少年案件分别并入了民庭和刑庭，使得家事审判的独特程序和理念被丢弃，倒退到了改革之前。

为了实现家事审判的特殊价值和功能，在家事审判改革已经取得的成效基础上，有必要进行家事案件审判程序的制度建构，尤其在民法典出台的背景下，制定家事程序法更具有紧迫的意义。

1. 民法典出台对家事审判程序的影响

2020 年 5 月 28 日，万众瞩目、期待多年的民法典正式出台，2021 年 1 月 1 日起生效。民法典的出台将对家事审判带来诸多深刻的影响，因为民法典通过总则、婚姻家庭编、继承编的规定，使得家事实体法律规范更加完善和科学，极大地满足了家事案件“依法裁判”的需求。与此同时，民法典时代的到来，给家事审判改革带来更多的挑战。典型的问题是，民法典出台了，家事审判中的家事程序怎么办？反过来说，没有家事程序法，民法典婚姻家庭编如何运转？家事审判如何因应多元复杂的家事案件解决需求？如何回应家事当事人对法院的期待？如民法典第 36 条规定了申请“撤销监护人资格”的主体和条件，问题是，此类案件在审判实务中应当适用何种程序来进行审理和裁判？因为民事诉讼法中并没有专门针对这一类型案件审判的特别程序，实体法中也没有系统的程序规定，如何应对？此其一。其二，民法典第 1051 条规定了婚姻无效诉讼的条件和情形，问题是，婚姻无效诉讼适用何种程序？当事人应当如何列明？判决效力如何？此类身份关系的诉讼程序同样是空白。其三，民法典第 1073 条分两款对亲子关系确认和否认的主体和条件进行了规定，那么适用的程序呢？亲子关系确认或否认诉讼的证据和证明有着怎样的要求？是否可以适用推定？是否可以强制进行血液 DNA 鉴定？程序保障有着怎样的要求？等等。

家事实体法律规范和体系的完善，为家事审判的顺利推进提供了较为充足的制度资源，但没有家事程序法的配套，家事实体法的精神将难以在家事审判中予以体现或承载，不仅法官会感到无所适从，当事人也会因程序的缺失，陷入对家事审判的不信任或怀疑之中。因此，在家事审判改革进一步深化的当下，恰逢民法典出台，二者共同昭示和呼吁家事诉讼程序法的出台，因为民法典的实施需要它，家事当事人需要它，家事审判的法官需要它！换言之，出台专门的家事诉讼程序法已经刻不容缓。从家事审判制度层面而言，家事实体法和家事程序法犹如鸟之两翼、车之双轮，二者相辅相成，缺一不可，只有二者相结合，家事审判改革才能向纵深发展，才能推动我国家事审判制度的现代化。

2. 家事诉讼程序法的定位和特别原则

就家事诉讼程序的法律定位而言，域外有三种模式：一是德国式的“全面非讼化”模式，即将家事案件全面非讼化，用非讼程序处理所有家事案件，只有例外的情况下才准用诉讼程序；二是日本式的“两分”模式，即出台两部家事程序

法，分别是规范家事身份关系的诉讼程序和规范家事非讼案件的非讼程序，前者如日本《人事诉讼法》，后者如日本《家事事件程序法》；三是我国台湾地区的“统合立法”模式，即将家事身份诉讼案件、家事非讼案件、家事财产诉讼案件以及家事调解案件等统合规定于一部法律之中，如台湾地区的“家事案件法”。从我国当前家事审判实践状况和我国立法资源的现状看，我国没有家事案件非讼化的传统，德国式家事程序法无法借鉴；对于日本的两分模式立法，基于我国立法资源的紧张状态，也不可取。相对而言，统合式的家事程序立法较为可行，既能满足多样化的家事案件审判之需求，又符合我国的解纷传统，同时跟民事诉讼法也可以进行衔接或对接。

对于家事诉讼程序法的原则，因家事诉讼程序的特殊性质，决定了它必然具有不同于普通诉讼程序的基本原则，我们认为我国家事诉讼程序立法中确立的原则应当包括：职权审理原则、儿童利益特别保护原则、根据案件类型适用强制调解或禁止调解原则、不公开审理原则、家事纷争全面解决原则、本人出庭原则等。

3. 家事诉讼立法之结构和基本内容

结合国外相关规定，我国家事诉讼程序至少应规定下列八个方面的内容。

一是立法的结构。在我们看来，既然家事案件呈现多元化样态，家事诉讼程序不应当是一个单一的程序，而应当是一个综合性程序，在其内部可以划分为若干子程序。这些子程序包括：（1）涉及身份关系的家事诉讼程序（人事诉讼程序），此类程序案件的当事人之间具有讼争性，但当事人对于程序标的并无处分权或者相对无处分权，如婚姻案件、亲子案件、收养案件；（2）家事调解程序，除了性质上不能调解的家事案件外，家事案件在审判之前应当进行调解，实行调解前置；（3）涉及家事财产关系的民事诉讼程序，家事案件中的财产案件，本来应以一般财产权案件处理，但由于此类财产权案件与身份调整关系密切，且所应适用之程序法理亦与一般财产权案件未尽相同，故归入家事案件，虽适用一般民事诉讼程序，但是在整个家事诉讼程序中统合加以运用；（4）家事非讼程序，针对的是家事案件中较无讼争性，而当事人或利害关系人对于程序标的无处分权限者；（5）家事执行程序，包括涉及生活费债权的执行、探望权执行、交付未成年子女的执行等。二是管辖的特别规定。把家事诉讼管辖从一般管辖中分离出来，明确家事诉讼案件适用特殊地域管辖乃至专属管辖原则，以便应对家事诉讼案件的特殊要求。三是家事诉讼当事人之特别规定。明确家事诉讼当事人之特别资格，并可以为家事诉讼中未成年人设立诉讼辅助人制度，保护未成年子女的程序利益和实体利益。四是关于起诉前的特别规定。对于离婚、解除收养关系以及家事领域的财产案件，域外立法多规定实行调解前置。我国也可以作此规定，并将其作为诉讼的要件之一。五是关于起诉之特别规定，包括诉之合并、变更、追加、提起反诉及附带请求。借鉴域外规定，还可以确立婚姻案件诉讼的别诉禁止制度。六是裁判的效力。家事诉讼之判决通常具有对世效力，此点应在立法上明示，即家事诉讼之判决不仅对双方当事人产生效力，而且其效力及于第三人。但对第三人应当给予相应的程序保障。七是家事案件审限的特别规定。对家事案件应当遵循当快则快、当缓则缓的原则，不一定完全依照民事诉讼法关于审限的限制，规定弹性的审限更符合家事案件的审理特点。因此，应当在立法中明确这一原则。八是家事案件执行。家事执行的案件主要包括离婚财产分割、赡养费、扶养费、抚育费、探视权、交出子女、遗产继承等几类情形，这类案件的执行具有一般民事案件执行所没有的特点，为了谨慎应对家事执行，域外有各种不同的举措，如日本和我国台湾地区有“履行确保”制度，法国立法设置了“特别程序”来保障生活费债权的执行，美国则为家事案件执行规定了多样化的执行措施。借鉴国外的相关规定和我国的执行实践，

我们认为，为了实现家事案件特殊的价值目标，必须合理设计家事案件执行的基本制度。

五、结语

家事审判具有悠久的历史，但其专门化却是在近几年才得到社会各界的重视和关注，家事审判专门化不仅需要实体法的支撑，更需要家事诉讼程序法的支持。从立法看，我国关于家事案件的程序规定较为简陋，过去主要在婚姻法及其司法解释之中，现在主要在民法典总则、婚姻家庭编和继承编中。随着我国经济发展和社会转型，婚姻家事纠纷数量激增，矛盾尖锐，现有的程序供给明显不足，不仅难以满足案件当事人对家事司法正义的需求，也给国家、社会带来隐患和不安定因素。因此，对家事案件审判程序进行调研，探索建构家事案件诉讼程序的现实基础和制度要素，具有积极意义。随着家事审判改革的推进和深化，我们相信在不远的将来，家事诉讼立法将被堂堂正正地列入国家立法计划，家事诉讼法的春天即将来临！

王歌雅丨离婚冷静期:规范适用与功能优化

2024-12-15　东北师大学报哲学社会科学版　王歌雅
https://mp.weixin.qq.com/s/RecSc-8jjfOjWgQOsOSOcw

来源 ｜《东北师大学报（哲学社会科学版）》2024 年第 6 期

作者 ｜王歌雅

作者简介

王歌雅　黑龙江大学法学院教授（二级），博士生导师，中国婚姻家庭研究会副会长，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，黑龙江省法学会婚姻法学研究会会长；中国法学会《民法典·婚姻家庭编》《民法典·继承编》编纂项目组专家成员；入选国家高层次领军人才，国家教学名师；国家精品视频公开课：性别与法律主讲人，国家线上一流课程：婚姻家庭法主讲人。主持国家社科基金项目、省部级科研项目等三十余项，出版独著、合著等十余部。主编、参编中国高校法学系列教材、马工程教材、普通高等教育“十一五”国家级规划教材等十余部，发表科研论文多篇。荣获黑龙江省社科优秀科研成果一等奖、黑龙江省优秀教学成果一等奖等多项。

摘要：离婚冷静期是我国《民法典·婚姻家庭编》关于登记离婚程序的制度创新，具有保障离婚自由、防止轻率离婚的价值功能。实践表明，离婚冷静期制度既有适用于登记离婚程序的现实需要，也有适用于诉讼离婚程序的司法基础。而将适用于诉讼离婚程序中的冷静期试点经验以司法解释或者民事法律规范的形式予以制度化，进而形成适用于登记离婚程序和诉讼离婚程序的“二元结构”的离婚冷静期制度体系，使其充分发挥规范效应、溢出效应、审判效应、辅助效应，既有助于完善离婚冷静期制度的规范配置，优化离婚冷静期制度的适用功能；也有助于切实保障当事人的离婚自由与离婚权益，加速婚姻家事法治改革进程。离婚冷静期制度并非仅是程序性的制度设计，也是融合了离婚条件审视、婚姻辅导

服务、离婚危机干预、心理疏导机制等实体性的规范体系，具有程序性规范与实体性规范相互辅助、有机统一的功能特质。

关键词：离婚冷静期；规范适用；功能优化；制度衔接；系统补续

自《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)颁布后，离婚冷静期制度备受争议，既有赞同之声，也有质疑之音。而在《民法典》实施后，根据各地民政部门有关登记离婚统计数据，登记离婚比例有所下降。登记离婚率下降的原因虽有多种，但综合分析、客观评价、系统优化离婚冷静期制度的适用效应、社会功用、规范结构，无疑具有意义。正如古人云："法者天下之仪也。""以法治国，举措而已。"

一、离婚冷静期制度确立回溯

消减草率、冲动的离婚，敦促当事人秉持诚信、严谨、负责、理性的登记离婚理念，是《民法典·婚姻家庭编》有关"离婚冷静期"制度确立的初衷。"实践中，轻率离婚的现象增多，不利于婚姻家庭的稳定。"而在《民法典》编纂进程中，围绕登记离婚立法，曾形成"离婚审查期"和"离婚冷静期"两种立法模式。

(一)离婚审查期模式

离婚审查期，源于《民法典·婚姻家庭编》专家建议稿的制度设计，即"请求离婚的夫妻双方必须持法律、法规规定的证件及证明材料，向婚姻登记机关提出离婚申请。婚姻登记机关应当在审查期间内查明双方是否符合登记离婚条件，符合登记离婚条件的，审查期届满后予以登记并发给离婚证。审查期间为一个月"。其立法拟定说明是"该条是关于自愿离婚程序的规定。遵循离婚程序，是保障离婚登记法律效力的前提。原《婚姻法》未予规定。这样规定，可以明确离婚登记的机关、程序及所持有的证件，便于离婚当事人适用离婚程序。该条主要是增加了关于审查期限和离婚协议履行的规定。关于审查期限，1994 年《婚姻登记条例》中曾有规定，后取消。设置一个月审查期的目的有两个：一是保障婚姻登记机关能够从容审查；二是给离婚当事人一个冷静期"。为确保登记离婚审查期的具体适用，《民法典·婚姻家庭编》专家建议稿第 46 条和第 48 条分别规定了登记离婚的效力和登记离婚瑕疵救济程序。

登记离婚的效力，即"审查期间届满仍要求登记离婚的申请人，双方应当亲自到婚姻登记机关办理离婚登记。登记即解除婚姻关系"。其拟定说明是"由于存在审查期，故登记离婚的申请时间与登记时间会存在时间差。这一条规定主要是明确婚姻关系的消灭时间为离婚证签发之时"。同时，该条规定也是"针对他人代办离婚登记的情形(没有亲自)，即给'被离婚'当事人以一定的救济途径，可以通过申请离婚行为无效来保护身份关系。对其他程序瑕疵不作规定，由行政程序解决，也不涉及'虚假离婚'"。

登记离婚瑕疵救济程序，即"当事人一方弄虚作假，骗取离婚登记，侵害另一方权益的，婚姻登记机关查明属实后，应当确认离婚无效，撤销离婚登记"。其拟定说明是"本条文侧重解决登记离婚瑕疵问题，确保离婚登记的真实、合法，维护当事人及利害关系人的合法权益。同时，为当事人提供救济途径"。而有关"离婚登记行为瑕疵的变更和撤销，可以适用《民法总则》中关于民事法律行为变更和撤销的一般规定，但是当事人一方弄虚作假，骗取离婚登记，侵害另一方权益的情形屡有发生，诉至法院，立法应当有明确的裁判依据，故此建议稿增加登记离婚瑕疵救济的规定"。

上述有关登记离婚审查期的规定，以明确登记离婚的条件、程序、效力、救济为立法脉络，拟构建登记离婚制度的完备模式。该制度模式吸纳了原《婚姻法》中的既有规定，也融合了《婚姻登记条例》的相关规定，体现出保持立法传统、适时完善立法、架构规范体系、充分保障权益的系统

立法思考，因为“法对秩序的意义主要表现在，法为秩序提供预想模式、调节机制和强制保证”。

(二)离婚冷静期模式

离婚冷静期，源于《民法典·婚姻家庭编》的制度创设，即“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请”(《民法典》第 1077 条)。该规定将登记离婚程序具体化为申请、受理、冷静期、审查、登记。这一登记离婚程序与原《婚姻法》第 31 条所规定的登记离婚程序——申请、审查、登记已存在本质区别，即在原登记离婚程序中增加了受理、冷静期两个程序，亦即申请离婚登记的双方当事人应在经历三十日冷静期后，仍须在三十日内再度亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证，符合登记离婚条件的，予以离婚登记。

离婚冷静期，被誉为《民法典·婚姻家庭编》有关登记离婚的制度创新。其作为《民法典·婚姻家庭编(草案)》“离婚”一章的重要制度设计，也曾经历一审、二审、三审程序。历经三审程序获得立法通过，足见确立该制度的重要性、程序性、严谨性、合法性、价值性。而其立法价值在于完善、优化了我国的登记离婚制度与离婚立法，秉持了“保障离婚自由、反对轻率离婚”的基本原则，尊重并强化了离婚当事人的意思自治与理性意识。即：登记离婚，应当符合当事人双方合意；非合意，不得通过登记离婚程序终止婚姻关系。倘若当事人在冷静期内撤回离婚登记申请，或者在冷静期届满后三十日内被视为撤回离婚登记申请——在离婚冷静期届满后三十日内未亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证的，则依法终止登记离婚程序。即无论是当事人基于冷静考虑放弃离婚登记、守护婚姻，也无论是当事人选择诉讼离婚程序、坚持离婚意愿，均体现出离婚冷静期制度所内蕴的价值追求——意思自治、契约精神、自我责任、人文关怀。正所谓：“虽有巧目利手，不如拙规矩之正方圆也。”

(三)立法模式评析

无论是离婚审查期模式还是离婚冷静期模式，其立法目的相同，即阻滞草率或冲动的离婚，引导当事人秉持严肃的离婚登记理念，倡导登记离婚程序内蕴的自由、诚信、负责、理性的法治观。但离婚审查期模式与离婚冷静期模式又存在制度差异，主要表现有三：一是离婚主体意思自治的实践路径不同。前者在于凸显婚姻登记机关的审查职能，即由其在一个月内充分审查离婚主体是否符合登记离婚的条件，切实履行婚姻登记机关的审查、监督职责；后者在于凸显离婚当事人的意思自治，即由其在三十日冷静期内自主、自觉地审视离婚与否等问题，切实贯彻离婚自由原则。二是离婚主体自我决定权的实现路径不同。前者在于婚姻登记机关依据职权审核当事人是否符合登记离婚条件，离婚当事人的自我决定权体现于离婚意思表示以及登记离婚协议中，隐含于婚姻登记机关对登记离婚条件的职能审查中。后者在于充分体现离婚当事人的自我决定权，即当事人可以在三十日冷静期内，撤回离婚登记申请；或者在三十日冷静期届满后的三十日内，放弃向婚姻登记机关申请发给离婚证；也可以放弃登记离婚程序而选择诉讼离婚程序予以解决离婚纠纷。三是离婚主体登记离婚权益的保障路径不同。前者在于通过发挥婚姻登记机关的审查职能，以规范草率、冲动的离婚以及规制虚假离婚，实现离婚自由的意志确信与法律监督；后者在于通过引导当事人冷静审视婚姻状况，避免草率、冲动的离婚，实现离婚自由的真意表达与权益维护。即：离婚审查期的立法目的在于强化、优化婚姻登记机关的职责审查、行政赋能与法益衡量，进而达至离婚主体在审查、监督机制下的冷静、审视与

决定；离婚冷静期的立法目的在于引导、实现离婚主体的自我冷静、斟酌与决定。

离婚立法完善是社会发展的必然。登记离婚制度改革承载着特定时代的社会需求与价值追求。如果“秩序是法的直接追求，其他价值是以秩序价值为基础的法的企望；没有秩序价值的存在，就没有法的其他价值”，那么《民法典·婚姻家庭编》有关离婚冷静期的立法完善与制度创新，则是对离婚登记诉求的回应与离婚登记秩序的维护，也是对登记离婚制度的功能选择、立法推敲与适用预测，体现出对登记离婚立法的严谨性、科学性、适用性、秩序性的价值考量。

二、离婚冷静期规范适用考察

离婚冷静期制度的实施效果如何，为法学界、立法界、民众所关注。主要关注有四：一是其能否有利于离婚自由原则的贯彻实施；二是其能否体现登记离婚程序的严谨与科学、便民与利民的立法追求；三是其能否实现登记离婚立法的功用价值；四是其能否引领登记离婚法治观念的改革。回应上述关注，应当考察离婚冷静期制度的实践效果与规范功用。

(一)实践效果检审

法律规范的实践效果，常被视为评价立法优劣的标准之一。考察、分析离婚冷静期制度的实践效果，既是对社会关注的及时回应，也是对登记离婚立法优劣的检审与评估，因为“法实践理性是法实践活动长期内化的结果，法实践理性与法实践活动互化互依”。

离婚冷静期制度实施之初，“全国一季度离婚人数下降七成”。离婚冷静期制度实施一年后，多地普遍表示登记离婚率有所下降。登记离婚率下降的原因主要有三：一是离婚冷静期的适用，发挥了让当事人冷静、理性离婚的规范功能，适度消减或者有效阻滞了冲动或者草率的离婚，重塑了登记离婚制度的严谨程序，化解了离婚危机；二是离婚冷静期的适用，适当推迟了当事人急欲离婚登记的意思表示，使其产生是否进行离婚登记的观望心理，并通过采取应对离婚纠纷的有效措施，度过了婚姻危机；三是离婚冷静期的适用，迫使欠缺登记离婚条件的当事人放弃登记离婚程序，选择诉讼离婚程序表达离婚诉求，即不能达成离婚登记合意的当事人只能通过诉讼离婚程序解决离婚纠纷。

登记离婚率下降，从实然层面表明离婚冷静期制度具有规范、引领、昭示、警示功能，即其有助于当事人冷静、审慎地确认是否抱持离婚登记的真实意愿，有助于充分保障离婚登记当事人的意思自治。登记离婚率下降，也从应然层面表明离婚冷静期制度既是目的性的立法完善、程序性的立法设计、工具性的立法表达，也是主体性的立法自觉、价值性的立法追求。这是因为目的性的立法完善，在于补充、优化登记离婚程序与审查机制；程序性的立法设计，在于承载能否登记离婚的实质要件；工具性的立法表达，在于实现离婚登记意愿所须借助的手段或中介；主体性的立法自觉，在于考察意欲离婚登记的主体应当具有的能动理性或被动理性；价值性的立法追求，在于实践保障离婚自由、防止轻率离婚的原则宗旨。由于离婚冷静期制度具有目的性、程序性、工具性、主体性、价值性的法秩序实践结构，其具体适用实现了制度理性与价值理性的有机统一、人际理性与人道理性的和谐统一，即“理性的法价值实践是实践主体、实践目标、实践手段及实践过程的结合体”。

(二)适用效应展现

无论在《民法典》编纂进程中，还是在《民法典》实施后，均存在关于离婚冷静期的争论。赞同论认为，在登记离婚程序中增设冷静期，有助于避免离婚恣意，消减草率离婚、冲动离婚，实现离婚的意思自治。质疑论认为，增设离婚冷静期，会限制离婚自由，甚至会阻碍当事人因家庭暴力而

意欲尽快离婚的进程。面对争论与质疑，应从适用离婚冷静期制度的现实效应、联动效应等层面进行分析与考察。

适用离婚冷静期的现实效应，表现为离婚登记率下降。即离婚冷静期制度已发挥出消减冲动或者草率离婚，维护婚姻的严肃性、审慎性及责任性的实践功能，体现出维护婚姻稳定与社会和谐的基本效应。尽管离婚冷静期的设置延长了登记离婚的时间，但登记离婚的法定条件并未改变或提高，其仅对冲动离婚增加了程序性限制。即：离婚冷静期制度的确立，是将法律对离婚登记主体的行为调整、行为判断、行为规范置于社会整体利益的考量之中；而离婚冷静期制度的适用，则是法律为离婚登记主体提供的有效、便利的终止婚姻关系的制度实践，引导并促使离婚登记主体按照最有效的离婚方式使用离婚制度资源。

适用离婚冷静期的联动效应，表现为婚姻登记工作质量的提升。即为依法、规范、高效地适用离婚冷静期制度，民政部推出系列婚姻登记改革举措，以创建文明、理性、法治、人文的婚姻登记规程，提升婚姻登记工作质量。具体包括四项：一是调整婚姻登记程序。2020 年 12 月 2 日，民政部发布《关于贯彻落实<中华人民共和国民法典>中有关婚姻登记规定的通知》(简称《通知》)，并附 8 份附件。《通知》根据《民法典》有关规定，调整了离婚登记程序，即申请、受理、冷静期、审查、登记。登记离婚程序的调整，实现了离婚冷静期与登记离婚实质要件的有效衔接，有助于保障离婚自由、防止轻率离婚。二是开展婚姻家庭辅导服务。2021 年 4 月，民政部公布了 15 个全国首批婚俗改革实验区。其工作主旨之一，即深入开展婚姻家庭辅导服务，具体包括婚前辅导、婚姻家庭关系调适和离婚辅导、离婚冷静期内对当事人开展婚姻危机干预。离婚冷静期制度与离婚辅导、离婚危机干预有效衔接，实现了个体的婚姻家庭安全价值与群体的婚姻家庭安全价值的相辅相成、有机统一。三是开展婚姻登记“跨省通办”试点工作。婚姻登记“跨省通办”试点内容包括内地居民结婚登记和内地居民离婚登记。开展婚姻登记尤其是离婚登记“跨省通办”试点工作，可有效应对人户分离的普遍现象，回应异地办理离婚登记的民众诉求。即通过提供便民、利民服务，解决长期外出工作、生活、学习的民众因回户籍地办理离婚登记而耗费大量时间、精力、财力等问题，有效配合了离婚冷静期制度的适用，实现了离婚主体利益的最佳化。四是优化婚姻登记管理服务。2021 年 6 月 18 日，民政部、国家发展和改革委员会发布《关于印发<“十四五”民政事业发展规划>的通知》. 根据《“十四五”民政事业发展规划》要求，为优化婚姻登记管理服务，应将离婚辅导与离婚登记、离婚危机干预与“离婚冷静期”制度有效衔接，促进离婚文化改革。

上述适用效应表明，离婚冷静期制度并非仅是程序性的规范设计，而是融合了实质性的规范要求、嵌入了系列性的配套措施的规范组合。只有实施离婚冷静期＋离婚辅导、离婚冷静期＋反家庭暴力教育＋婚姻危机干预＋社会支持服务，才能有效发挥离婚冷静期制度的立法价值与实践价值，切实维护民众的离婚自由与婚姻权益。因为离婚登记的意志自由，即排除冲动的自由、特殊的自由，是自由与强制、自由与责任、自由与限制的辩证统一。

(三)规范功用延展

依据《民法典》第 1077 条规定，离婚冷静期制度仅适用于登记离婚程序。而在《民法典》实施前后，多地人民法院在审理离婚案件时已“创意性”地适用了冷静期制度，且其适用于无论是否开展家事审判改革试点法院审理的离婚案件。

1. 适用离婚冷静期的审判效应

最高人民法院曾于 2016 年 6 月 1 日起，在全国范围内选择部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作，以贯彻以人民为中心的思想，推动家事审判工作改革，发挥家事审判职能作用。

2018 年 7 月，最高人民法院基于试点工作经验的总结，发布了《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行)》(简称《意见(试行)》)，共计 49 条。

首先，家事审判改革试点法院适用离婚冷静期的审理规程。根据《意见(试行)》第 40 条规定，人民法院审理离婚案件适用冷静期应当符合如下要求：一是在家事审判改革试点法院适用；二是应当经双方当事人同意；三是冷静期不超过 3 个月；四是冷静期内，人民法院可根据案情开展调解、家事调查、心理疏导等工作；五是人民法院有通知当事人冷静期结束的义务。上述要求构成了离婚诉讼程序中适用冷静期的必要前提。

其次，登记离婚程序中的冷静期不同于诉讼离婚程序中的冷静期。区别有五：一是性质不同。登记离婚程序中的冷静期是法律规范，即《民法典》第 1077 条规定；离婚诉讼程序中的冷静期是审理规程，即《意见(试行)》第 40 条规程。二是期间不同。登记离婚程序中的冷静期是 30 日，诉讼离婚程序中的冷静期以 3 个月为限。三是释明规则不同。登记离婚程序中的冷静期届满后，无须婚姻登记机关通知当事人；诉讼离婚程序中的冷静期届满后，则须人民法院通知当事人。四是期间届满效力不同。登记离婚程序中的冷静期届满后三十日内，双方未共同到婚姻登记机关申请发给离婚证的，视为撤回离婚登记申请；离婚诉讼程序中的冷静期届满后，人民法院则须依法继续审理离婚案件，但当事人撤诉的除外。五是后续审查事项不同。登记离婚程序中的冷静期届满后，婚姻登记机关应当对当事人的离婚申请予以审查，符合登记离婚条件的，予以登记，发给离婚证；离婚诉讼程序中的冷静期届满后，人民法院依职权对离婚案件进行审理，对判决或者调解离婚的案件，根据当事人的申请，可以为当事人出具离婚证明书，即感情确已破裂、调解无效，应准予离婚。

登记离婚程序和诉讼离婚程序中的冷静期虽然并非同一，但均具有共性价值指向：一是引导当事人审慎对待登记离婚请求或者诉讼离婚请求；二是均需在冷静期内对离婚当事人进行离婚辅导、婚姻危机干预、心理辅导或开展调解、家事调查、心理疏导，力促当事人理性对待离婚问题，依法协调离婚时的人身关系和财产关系，促进精神文明建设，维护社会的和谐与稳定；三是通过离婚冷静期＋婚姻辅导＋心理疏导，践行“婚姻家庭受国家保护”(《民法典》第 1041 条第 1 款)的理念，助力婚姻家庭法治文明建设。

2. 适用离婚冷静期的溢出效应

人民法院审理离婚案件时可以适用冷静期，是深化家事审判方式和工作机制改革的举措之一，是“注重人文关怀，充分发挥家事审判对婚姻关系的诊断、修复和治疗作用，弘扬文明进步的婚姻家庭伦理观念，推进家风建设和家庭美德建设”(《意见(试行)》第 2 条)的基本要求。诚然，《民法典》第 1079 条规定的诉讼离婚程序并未规定冷静期，调解是其法定必经程序，但为“区分婚姻危机和婚姻死亡，正确处理保护婚姻自由与维护家庭稳定的关系”(《意见(试行)》第 3 条)，法官在审理离婚案件时，将视具体情形为当事人设置一定期限的冷静期，以引导当事人在离婚进程中控制情绪、调整心态、修复情感、维护婚姻、理性诉讼。冷静期内，若双方和好，则可到受案法院签署和好协议并申请撤回离婚起诉，办理撤诉手续；如冷静期届满，当事人一方或者双方坚持离婚，则由人民法院继续审理离婚案件，依法裁决是否准予离婚。上述有关冷静期的适用，虽使用“离婚冷静期”的名称，但与登记离婚程序中的冷静期制度不同。即离婚诉讼中的冷静期仅为审理离婚案件的法院或法官为确保当事人慎重离婚而采取的调解手段或调适方法，是“牢固树立人性化的审判理念，对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益”(《意见(试行)》第 2 条)的有序考量。当

然，在诉讼离婚程序中是否适用冷静期，应因案制宜，不能机械照搬、盲目适用甚至混淆适用。如当事人具有《民法典》第 1079 条第 3 款规定的情形之一，调解无效的，应当准予离婚；如当事人具有《民法典》第 1079 条第 4 款或第 5 款规定的情形，应当准予离婚。

三、离婚冷静期功能优化路径

离婚冷静期制度的适用，虽然取得了消减冲动或者草率离婚的社会效果，降低了登记离婚率，但仍面临种种诘问——离婚冷静期限制了离婚自由、期间过长、不利于家庭暴力受害者及时离婚以及该制度无设置必要等。优化离婚冷静期制度的适用功能，切实保障离婚当事人的意思自治，实现离婚的程序正义与实质正义的统一，依然是法学界、立法界、司法界共同面对的课题。

(一)适用离婚冷静期的原则定位

中华人民共和国成立后，我国即确立了双轨制的离婚形式——登记离婚和诉讼离婚，也称双方协议离婚和一方要求离婚。无论采取何种形式离婚，均应符合离婚的条件和程序，且须遵循离婚原则——保障离婚自由、防止轻率离婚。保障离婚自由与防止轻率离婚相辅相成、辩证统一，共同构成了我国离婚立法的基本原则。为实现离婚冷静期制度的功能优化，应妥善协调以下关系：

1. 适用离婚冷静期与保障离婚自由的关系

离婚冷静期虽为登记离婚程序中的制度创新，但其在诉讼离婚程序中也多有适用。无论是在登记离婚程序抑或诉讼离婚程序中，冷静期均属程序性的制度设计，其目的在于保障离婚自由、防止轻率离婚。即通过冷静期的期间设置，引导当事人理性考虑离婚与否以及财产分割、子女抚养、债务清偿、离婚救济等实质问题。同时，通过冷静期内的婚姻辅导、离婚危机干预或者家事调解、家事调查、心理疏导等措施介入，辅助当事人达成离婚与否以及有关财产分割、子女抚养、债务清偿、离婚救济等协议，充分保障当事人的离婚权益。

离婚冷静期的期间或者程序设置，是为审查、判断当事人是否具备离婚条件这一实质要件。登记离婚的实质要件是双方自愿离婚和对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致；诉讼离婚的实质要件是感情确已破裂，调解无效。故适用离婚冷静期并未限制离婚自由；相反，却尊重了离婚当事人的意思自治。因为离婚自由并非绝对的自由，而是相对、有条件的自由，即“婚姻不能听从已婚者的任性，相反地，已婚者的任性应该服从婚姻的本质”。

2. 适用离婚冷静期与防止轻率离婚的关系

防止轻率离婚，是我国离婚立法的指导思想与核心价值。防止轻率离婚，就是防止非理性、非审慎的离婚。正如马克思在《论离婚法草案》中所述：“几乎任何的离婚都是家庭的离散，就是纯粹从法律观点看来，子女的境况和他们的财产状况也是不能由父母任意处理、不能由父母随心所欲地来决定的。”毕竟“离婚仅仅是对下面这一事实的确定：某一婚姻已经死亡，它的存在仅仅是一种外表和骗局”。适用离婚冷静期，就是通过特定期间考察当事人是否具备离婚的实质要件，促使当事人理性、审慎地考虑离婚与否以及如何离婚，避免草率、冲动的离婚。故适用离婚冷静期，既应保障离婚自由、反对轻率离婚，也应倡导、践履严肃、负责的离婚观念，促进婚姻家庭关系的和谐稳定，因为“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明”。

(二)适用离婚冷静期的制度衔接

在离婚冷静期内，如何应对家庭暴力、实现离婚自由，既是对我国离婚的法律制度体系、法律规范体系是否完备的追问，也是对离婚当事人维权能力的考验，更是对我国综合治理婚姻家事纠纷策略与多元化纠纷解决机制的检验。只有实现离婚冷静期制度与相关法律制度的有机衔接，才

能保障离婚自由、防止轻率离婚、维护当事人的人身权益和财产权益。

1. 离婚冷静期制度与诉讼离婚制度的衔接

离婚冷静期内发生家庭暴力，既侵害受害人的人格尊严与人身权益，也将导致离婚协议难以达成，甚至导致当事人不能通过登记离婚方式终止婚姻关系。为实现离婚自由、维护离婚权益，当事人可通过诉讼离婚方式终止婚姻关系。根据《民法典》第 1079 条第 3 款规定，当事人实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员，调解无效的，应当准予离婚。另据《意见(试行)》第 25 条规定："家事调查员在调查过程中获知当事人有家庭暴力、危害未成年人合法权益等情形时，应当及时向人民法院报告，同时可向其他相关职能部门、救助机构报告。"其第 28 条规定，"存在家庭暴力行为，对当事人身心健康造成较大影响的"，"人民法院根据实际情况可以建议案件当事人(或者未成年人)接受心理疏导"。"心理疏导工作结束后，协作机构应向人民法院出具心理疏导情况报告，人民法院可以将之作为审理案件的参考。"

2. 离婚冷静期制度与《中华人民共和国反家庭暴力法》的衔接

《中华人民共和国反家庭暴力法》(简称《反家庭暴力法》)的立法目的在于预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定。《反家庭暴力法》自 2016 年 3 月 1 日实施以来，通过对家庭暴力的预防、处置以及人身安全保护令的签发等，有效预防、制止了家庭暴力，取得了良好的社会效果。如若在离婚冷静期内发生家庭暴力，受害人除可报警、采取相应保护措施外，还可根据《反家庭暴力法》有关规定，实现权益救济。具体救济路径有三：一是投诉、反映或求助。二是报案或起诉。家庭暴力情节较轻，依法不给予治安管理处罚的，由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书。有关组织或者机构应当予以监督或者提供生活帮助、法律援助。三是申请人身安全保护令。"当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。"《意见(试行)》第 45 条规定："当事人向人民法院申请人身安全保护令，应当提供其遭受家庭暴力或者存在家庭暴力风险的证据，人民法院经审查认为存在家庭暴力风险的，应当及时发出人身安全保护令。"即应当在 72 小时内作出人身安全保护令，情况紧急的，应当在 24 小时内作出。人身安全保护令包括如下措施：禁止被申请人实施家庭暴力；禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；责令被申请人迁出申请人住所；保护申请人人身安全的其他措施。"人身安全保护令由人民法院执行，公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。"

上述制度机制与救助措施表明，我国已形成较为系统、完备的遏制家庭暴力的法律制度体系。当离婚冷静期内发生家庭暴力时，受害人除可依诉讼离婚程序请求离婚外，还可依《中华人民共和国治安管理处罚法》《中华人民共和国反家庭暴力法》等有关规定及时寻求人身安全保护，维护人身安全和财产安全。加害人实施家庭暴力，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(三)适用离婚冷静期的制度补续

完善离婚冷静期制度，是优化其适用功能、彰显其规范价值的基础。当民众因适用离婚冷静期产生相冲突的价值认知时，则需"求助于高效力法律或法律的补充规定及司法解释"，以确定其制度价值的权威性和排他性。

1. 离婚冷静期制度的司法化

离婚冷静期制度的司法化，即以司法解释规范离婚冷静期制度，从而使家事审判改革试点法院适用离婚冷静期的经验、规程等以实现规范化、制度化、普适化。而以司法解释规范离婚冷静期制度，是优化其制度架构与规范配置的路径之一。

(1)司法解释规范离婚冷静期的相关考量。将《意见(试行)》第 40 条“人民法院审理离婚案件，经双方当事人同意，可以设置不超过 3 个月的冷静期”转化为司法解释，考量有四：一是适用离婚冷静期具有较广泛的实践基础。基于“各高级人民法院可以在最高法确定的试点法院之外确定本地区试点法院，非试点法院也要探索符合家事纠纷解决规律、有利于家庭建设的审判方式和工作机制”的要求，离婚冷静期作为离婚案件审理规程已取得前期适用效果。二是适用离婚冷静期具有较深切的价值基础。基于各级人民法院“要积极实现家事审判的裁判职能和救治职能，加强婚姻救治，维护家庭稳定”的要求，离婚冷静期的适用已经发挥稳定婚姻家庭、促进社会和谐的功能。三是适用离婚冷静期具有较充分的思想基础。为弘扬社会主义核心价值观，依法保护未成年人、妇女、老年人、残疾人的合法权益，人民法院审理离婚案件“尤其要避免片面强调调解和好、冷静期内消极不作为等不当做法”，强化了适用离婚冷静期的具体要求。四是适用离婚冷静期具有较完备的规范基础。适用离婚冷静期的配套规范包括家事调解、家事调查、心理疏导、审理规程等。

(2)综合配置适用离婚冷静期的相关规范。首先，应根据离婚案件的具体案情，酌定离婚冷静期的期间长短。其次，“在冷静期内，人民法院可以根据案件情况开展调解、家事调查、心理疏导等工作”，促使当事人达成是否离婚以及如何离婚的协议。最后，对涉及当事人人身权益、财产权益的重大关切，人民法院应根据《民法典·婚姻家庭编解释(一)》、《意见(试行)》等相关规定予以充分保障，依法履行释明责任和调查取证责任。

(3)协调适用离婚冷静期的程序期间。在诉讼离婚程序中适用冷静期，应注重协调以下关系：一是适用离婚冷静期与民事调解的关系，即离婚冷静期可在民事调解程序中适用。离婚冷静期＋调解，或将取得如下司法效果：调解和好，当事人撤诉；调解成功，当事人达成离婚协议；调解无效，人民法院继续审理离婚案件。二是离婚冷静期与离婚案件审结期间的关系。适用普通程序审理的离婚案件，根据案件审理需要，可以设置不超过三个月的冷静期；适用简易程序审理离婚案件，根据案件审理需要，可以设置不超过一个月的冷静期。

2.离婚冷静期制度的系统化

离婚冷静期制度的系统化，即建构“二元结构”的离婚冷静期制度体系，以分别适用登记离婚程序和诉讼离婚程序，进而使离婚冷静期制度成为规范化的制度续造。

(1)域外法分析。关于离婚冷静期制度，域外立法例有限。尽管其所用名称不同，但均旨在确保离婚意愿真实、离婚抉择审慎。主要立法例包括：

首先，由家庭法院适用的离婚意思确认期。《韩国民法典》第 836 条、836b 条规定，协议离婚由家庭法院确认；离婚意思确认期或称离婚熟虑期适用于协议离婚。协议离婚程序包括离婚申请、离婚咨询、离婚意思确认、离婚协议审查、准予离婚。离婚申请由当事人根据《亲属法系登记法》规定，以当事人双方及成年证人 2 人共同签名的书面形式提出。离婚咨询则由家庭法院提供，必要时家庭法院可劝告当事人接受具有专业知识和经验的咨询员的咨询。离婚意思确认，则须经过法定期间，即离婚意思确认期或称离婚熟虑期。该离婚意思确认期的特征有三：一是期间起算。“向家庭法院申请确认离婚意思的当事人，自接受第 1 款咨询之日起经以下各项期间后，得到离婚意思的确认。”二是期间之别，即离婚意思确认期有 3 个月和 1 个月之分。若当事人“有需要抚养的人时(包括胎内的子女，以下同本条)为 3 个月；不符合第 1 项时为 1 个月”。三是期间缩免，即“因暴力将会对当事人一方造成无法忍受的痛苦等应予离婚的紧急情形，家庭法院可缩短或免除第 2 款的期间”。离婚协议审查，包括子

女抚养协议与财产分割协议的审查。如当事人不能达成协议，则由家庭法院确认。

其次，离婚诉讼程序中的考虑期或者反省与考虑期。依据《法国民法典》离婚编有关规定，除两方自愿离婚外，其他离婚情形将适用调解程序，即“在司法诉讼之前，试行调解属于强制性步骤。调解亦可在诉讼过程中间再次提出。法官尽力就离婚原则以及离婚后果对双方当事人进行调解”。在调解进程中，法官可根据案情给予当事人以 8 天或 6 个月期限内的考虑期，即“在法官给予夫妻双方不超过 8 天的考虑时间内，调解尝试得暂行中止，并且不得经任何手续恢复之。如看来有必要给予更长的考虑时间，法官得决定暂时中止调解程序，并决定最长在 6 个月期限内进行新的调解尝试；如有必要，法官得命令采取必要的临时措施”。该离婚考虑期的特征有四：一是期间界定。考虑期为 8 天或 6 个月期限内。二是调解中止。即在考虑期内，法院中止调解程序，但可随时恢复。三是法官采取临时措施，具体包括：向夫妻双方提议由第三人进行调解或征得双方同意后，指定一名家事调解人进行调解；裁判夫妻分居；确定夫妻双方的住宅及家具使用方案；命令交回个人衣物；制作夫妻财产清算方案；等等。四是期间届满后的调解尝试，即考虑期届满后可继续进行调解尝试。另据 1996 年《英国家庭法》规定，婚姻当事人一方或双方在作出其婚姻关系已不可挽回的破裂声明之后，法院应当给予当事人双方以一定期间的反省与考虑期，促使当事人考虑如下事项：“(a)反省婚姻关系是否可以挽救及是否有机会和解；(b)考虑对未来的安排”，该“反省与考虑期为九个月，自法院收到声明后第十四日起计算”。符合法定条件时，经另一方的申请，法院可以延长反省与考虑期。

上述有关离婚冷静期的立法例，具有如下特征：一是适用于离婚诉讼程序。具体而言，适用于协议离婚的，如韩国；适用于宣告离婚或判决离婚的，如法国、英国。又如，适用于离婚咨询之后、离婚协议审查之前的，如韩国；适用于离婚调解之后、再次离婚调解之前的，如法国；适用于婚姻关系破裂声明作出之后、签发离婚令之前的，如英国。二是离婚冷静期间虽有不同，但均有助于当事人对离婚意愿、离婚条件、离婚协议进行审慎判断、理性确认与协商沟通，且有利于敦促当事人慎重抉择离婚相关事项，充分维护当事人、子女及利害关系人的利益。三是适用离婚冷静期，遵循尊重当事人的意愿与法院依法确定相结合的原则。四是冷静期间届满，如当事人不能和好或达成离婚协议，法院则继续审理离婚案件，并根据案情适用调解、婚姻辅导等程序，直至离婚案件审理终结。

(2)我国法选择。域外的离婚冷静期制度与我国的离婚冷静期制度存在区别：一是适用程序不同。域外法中的离婚冷静期适用于诉讼离婚程序；我国法中的离婚冷静期适用于登记离婚程序，即行政程序离婚。二是适用期间不同。域外法中的离婚冷静期较多元，长则 9 个月、6 个月、3 个月、1 个月，短则 8 天；我国法中的离婚冷静期则为 30 日。从期间界定看，我国的离婚冷静期间相对较短，便于当事人在有限期间内理性确认是否离婚、如何离婚的意思表示，以尽快终结离婚登记程序——要么撤回离婚登记申请；要么申请离婚登记审查，完成离婚登记，终止婚姻关系。比较而言，我国家事审判改革试点法院在审理离婚案件时适用的冷静期，与域外法适用于诉讼离婚程序中的离婚意思确认期或称熟虑期、考虑期或反省与考虑期较相似。为此，我国法应将适用于诉讼离婚程序中的冷静期进一步规范化、制度化。其系统化路径有二：一是以法律规范的形式规定离婚冷静期。即在《民法典》修改或修正之时，将离婚冷静期作为一项制度规定在离婚法律规范体系中，以架构分别适用于登记离婚程序和诉讼离婚程序的“二元结构”的离婚冷静期制度体系，充分尊重并维护离婚当事人的意思自治与离婚权益。二是明确离婚冷静期的规范内涵。即：人民法院

审理离婚案件，经双方当事人同意或者法官认为确有必要，可以设置离婚冷静期；离婚冷静期以 3 个月为限，具体期间长短可根据离婚纠纷案情、案件审理需要由法官酌定。冷静期内，人民法院可以根据案情开展离婚调解、家事调查、心理疏导等工作，促使当事人达成有关离婚与否的协议。如当事人实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员，则应当终止冷静期；根据案情，当事人可请求法院签发人身安全保护令、予以财产保全等措施。离婚冷静期届满，当事人不能达成离婚协议的，由人民法院进行调解，如感情确已破裂、调解无效，应准予离婚。

3. 离婚冷静期制度的功能化

离婚冷静期制度的功能化，旨在通过发挥冷静期内的婚姻辅导、离婚调解、纠纷干预等辅助机制功能，引导当事人依法处理婚姻纠纷、慎重确认离婚意愿、明确离婚诉求，维护当事人的人身权益和财产权益。

(1)婚姻辅导服务的规范化。在离婚冷静期内，婚姻登记机关对当事人进行婚姻辅导服务，应当遵循如下原则：一是自愿原则。当事人自愿参与婚姻辅导，有利于提升离婚危机干预效能。二是法治原则。婚姻辅导应贯彻社会主义核心价值观，弘扬优良家庭家风家教文化，准确适用婚姻家庭法律规范，依法调解婚姻家庭纠纷，助力家庭美德和个人品德建设。三是公益原则。通过公益创投、政策扶持、经费补贴、政府购买服务等方式开展婚姻辅导服务，实现对当事人的婚姻危机干预。四是专业原则。通过引导社会组织、基层群众性自治组织和专业人才开展社会工作和志愿服务，实现婚姻辅导服务的专业化、效率化。五是保密原则。对婚姻辅导过程中知悉的个人隐私、个人信息等，应当保密；违反保密原则侵害当事人权益的，应当承担法律责任。

(2)离婚危机干预的体系化。在离婚冷静期内，人民法院对当事人进行离婚危机干预，应当遵循如下程序：一是离婚调解。对适宜调解的离婚纠纷，经当事人同意或者人民法院认为有必要调解的，可以委派特邀调解组织或者特邀调解员进行调解。二是家事调查。“家事调查员在调查过程中获知当事人有家庭暴力、危害未成年人合法权益等情形时，应当及时向人民法院报告，同时可向其他相关职能部门、救助机构报告。”三是心理疏导。人民法院可酌情建议当事人或者未成年人接受心理疏导。离婚调解、家事调查、心理疏导诸程序应遵循保密原则，若违反保密义务给当事人造成损害的，调解人员、家事调查员、心理疏导师应当承担相应法律责任。上述危机干预机制的适用，有助于化解离婚纠纷，维护离婚自由权。

总之，离婚冷静期是我国登记离婚立法中的制度创新，具有保障离婚自由、防止轻率离婚的价值功能。司法实践表明，家事审判改革试点法院审理离婚案件时适用的冷静期制度，除具有保障离婚自由、防止轻率离婚的价值功能外，还具有拓展调解方式、创新离婚危机干预机制、提高治理离婚纠纷能力的优势。将司法实践中适用离婚冷静期的经验司法化、制度化，并以司法解释和民事立法的形式予以规范，进而建构适用于登记离婚程序和诉讼离婚程序的“二元结构”的离婚冷静期制度，有助于完善离婚法律规范配置、优化离婚制度功能、提升离婚纠纷治理能力、促进社会和谐稳定。

（注释与参考文献从略。）

网络编辑：张宇欣
初审：王晓
复审：冯雅
终审：秦卫波

李国强 | 人口老龄化背景下监护人承担侵权责任的体系解释

原创：2024-12-16 东北师大学报哲学社会科学版 李国强
https://mp.weixin.qq.com/s/YwH5OV1MrXQNjh_G4La6MA

人口老龄化背景下监护人承担侵权责任的体系解释

李国强，大连海事大学法学院教授

本文发表于《中国法学》2024 年第 6 期，因篇幅限制，注释省略。作者身份信息为发文时信息。

内容提要

在人口老龄化背景下，监护制度的创新性变革具有体系效应，虽然《民法典》中关于监护人承担侵权责任的规范未作实质性改进，但其体系解释逻辑必须重新梳理。在《民法典》总则编放弃广义民事行为能力的表述后，解释论需要通过民事行为能力的条件关联到民事责任能力来解决责任主体问题，进而确定监护人履行监护职责过程中承担法定监督义务的情形，明确监护人承担侵权责任应统一适用过错责任归责原则。在教唆、帮助侵权的场合，监护人依过错承担相应责任，并与教唆人、帮助人承担部分连带责任。在委托监护的场合，受托人未履行监护职责仅对委托人（监护人）承担违约责任，只有存在履行约定义务之外的过错行为导致被监护人的损害时，才与监护人依据各自过错承担按份责任。基于体系的动态性考量，被监护人“有财产”作为规范要素是对监护人承担侵权责任构成要件简单类型化缺陷的补正，在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

关键词

成年监护　民事行为能力　民事责任能力　法定监督义务

目　次

一、引言
二、侵权责任编中“民事行为能力”的功能解释
三、监护人履行监护职责过程中的“法定监督义务”
四、监护人承担侵权责任归责原则的统一
五、被监护人“有财产”与监护人承担责任的动态体系考量
六、结论

一、引　言

我国人口老龄化形势日趋严峻，根据最新统计数字，我国已经进入老龄社会并向超老龄社会发展。人口老龄化对经济运行全领域、社会建设各环节、社会文化多方面都具有深远影响，在民事立法层面，《民法典》创新了协助决策模式的成年监护制度以区别替代决策模式的未成年监护制度。基于这种变革，民法解释论应结合社会背景作体系逻辑的调整，突破以未成年监护为典型应用场景的局限，结合成年监护关系梳理内在的规范逻辑，进行法律内的及超越法律的法的续造，并基于个别法规范之间及其与法秩序主导原则间的意义脉络对规范的全部内容进行体系化解读和阐释。目前，我国民法学界对监护人承担侵权责任的既有研究主要局限于对《民法典》第 1188 条的阐释，且解释论主要以未成年人监护为应用场景、根据替代责任理论解释监护人责任的构成，未能有效回应社会背景变迁。

体系解释是“对立法者置于实质性上下关联当中的具体规范采取逻辑上相互一致的方式进行解释”。《民法典》侵权责任编具体规则之间及其与总则编等其他各编的规则之间并非彼此无关的简单并存，解释监护人承担侵权责任规则必须结合《民法典》相关条文的意义脉络、上下关系体系位置及其对该当规整的整个脉络的功能，而且，这些规范所涉及的各种价值应依循共通的思想脉络进行衡量，并实现正当化、一体化，以避免规范彼此间的矛盾。整体而言，《民法典》侵权责任编关于监护人承担侵权责任的具体规则基本沿袭自《侵权责任法》，其中，规定监护人承担侵权责任一般规则的第 1188 条和规定教唆、帮助侵权时监护人承担侵权责任的第 1169 条第 2 款，除作文字用语的调整外并无规范内容的创新，仅在第 1189 条增加规定了委托监护中的侵权责任。基于此，民法理论应结合新型成年监护制度对上述条文的规范内容进行体系解释，确保规范中每个语词的解释都契合对整个法秩序的解释。而且，解释适用还需关联到《民法典》总则编第 27 条、第 28 条、第 33 条等规定的监护人选任规则，以及第 34 条、第 35 条规定的监护职责履行规则等。本文主要围绕基于人口老龄化背景下的成年监护关系展开讨论，这是因为相关规则应用于成年监护场景需要解释的内容更具有复杂性和特殊性，但基于法律解释的一致性与连贯性，对监护人承担侵权责任的体系逻辑阐释应一体适用于未成年人监护。

二、侵权责任编中“民事行为能力”的功能解释

《民法典》第 1188 条是规范监护人承担侵权责任的一般规则，同时是关于责任主体的特别规则。该条文并未完整表述侵权责任构成条件，而是仅规定了监护人成为承担侵权责任的主体的情况，从条文内容看，行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”是导致其监护人成为责任主体的条件。此外，涉及监护人承担侵权责任的第 1169 条第 2 款、第 1189 条也都将行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为前提性条件予以规定。但是，民事行为能力的规范意旨是保护心智能力不健全者通过民事法律行为建立法律关系，并不直接指向侵权责任归结的问题。传统民法确定责任归结主体资格使用的是民事责任能力概念。我国民事立法长期回避使用民事责任能力概念，导致《民法典》侵权责任编在使用“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为规范构成条件时，还需要通过对内涵进行体系解释来明确其在侵权责任语境下的隐性评价内容。

（一）《民法典》未区分民事行为能力和民事责任能力

我国《民法典》的外部体系构造主要源自大陆法系的近代民法典，近代民法典的典型做法是区分规定行为能力和责任能力（不法行为能力）。但是，我国民事立法从《民法通则》开始就没有规定民事责任能力，这主要基于两方面的缘由。

第一，我国民事立法长期采用广义民事行为能力概念，民事行为能力不仅包括实施民事法律行为的资格，还包括能否对违法行为承担责任的资格。这是源于苏联民法的做法。苏联民法教科书认为，“某人对自己的有过错的违法行为承担责任的能力是民事行为能力的要素”。我国早期民法教科书照搬了这种观点，指出：“公民具有行为能力，就意味着他能够用自己的行为发生、变更和消灭民事法律关系，并对自己的违法行为负担民事上的法律责任。”此后，1987 年施行的《民法通则》规定了广义民事行为能力，并用比较笼统的“民事活动”一词来概括包括民事法律行为和侵权行为在内的所有作为民事法律事实的行为，如《民法通则》第 11 条在规定完全民事行为能力时就使用了“独立进行民事活动”的说法。在此基础上，从《民法通则》第 133 条到《侵权责任法》第 32 条，都直接以民事行为能力欠缺为由规定被监护人不能独立承担侵权责任，从而将

具有完全民事行为能力等同于具有独立承担民事责任的资格。

需要注意的是，《民法典》关于“民事行为能力”的相关规定不同于《民法通则》：虽然《民法典》第 4—9 条规定基本原则的条款仍然使用“民事活动”一词，但是规定“完全民事行为能力”的《民法典》第 18 条已经将措辞从《民法通则》第 11 条的“独立进行民事活动”改为“独立实施民事法律行为”。就此，可理解为总则编放弃了广义民事行为能力的表述。因此，即使位于侵权责任编的第 1188 条还使用“无民事行为能力人、限制行为能力人”的表述，也不能继续按照“广义民事行为能力”来解释了。

第二，《民法典》之前的监护制度主要以未成年人为监护对象，不采纳民事责任能力概念有利于保护被侵权人。在 2017 年《民法总则》施行之前，采取替代决策模式规范的监护制度主要适用于未成年人，虽然司法解释扩张了被监护成年人的范围，也不过是从“精神病人”有限扩张到“精神病人（包括痴呆症人）”。在此背景下，监护人承担侵权责任主要以父母承担子女所为行为后果为典型应用场景，因未成年人处于监护人的监督管束之下，为全面保护受害人，不采纳民事责任能力概念可以更好地强化侵权法的救济功能。在《侵权责任法》颁布之前，虽然有若干学者建议根据行为人的年龄增加民事责任能力的规定，但并没有被立法采纳。《侵权责任法》释义书给出的理由是：“如果规定民事责任能力，就涉及没有民事责任能力的行为人造成他人损害的，如果监护人不承担责任，被侵权人的损失得不到弥补，会有悖于我国的国情和现实的做法。”这里提到的“我国的国情和现实的做法”主要是指未成年监护场景下的侵权后果归结。但在人口老龄化背景下，《民法典》规定的成年监护对象范围显著扩大，相关的做法也应随之变化。根据“不能辨认或者不能完全辨认自己行为”标准，被认定为民事行为能力欠缺的成年人包括各种辨识能力的人，例如，一些因心智能力退化影响独立为民事法律行为的老年人也会被认定为限制民事行为能力人，但这样的人在个案中又完全可能具备承担侵权责任的辨识能力，其赔偿资力也足以保护被侵权人。因此，民法不采纳民事责任能力概念的合理性进一步受到质疑。

（二）民事行为能力与民事责任能力判断根据的一致性

在《民法典》总则编从狭义意义上规定民事行为能力后，第 1188 条继续用行为人“无民事行为能力、限制民事行为能力”作为监护人承担侵权责任的条件就显得底气不足。在语义解释已经确定民事行为能力概念不包含承担侵权责任资格内容的情况下，解释论只能从体系逻辑上梳理第 1188 条规定的“民事行为能力”与“民事责任能力”的一致性、同根性，从功能主义的角度解释其内涵。

第一，民事行为能力和民事责任能力都可以根据年龄判断。民事行为能力的类型化一般依据年龄区分为成年人和未成年人，未成年人因为辨识能力不足被置于父母等监护人的保护之下，因此不能对自己所为的致害行为独立承担责任。虽然相同年龄自然人的心智发育水平存在个体差异，客观上辨识能力差异不能用年龄绝对区分，但自罗马法以来，一直以年龄为一般标准来判断自然人是否具备完全行为能力。这是因为以年龄为判断标准可以避免举证的困难，进而实现保护交易安全的需要，换言之，年龄标准的实质是简单类型化区分自然人对行为的辨识能力。就此而言，民事行为能力与民事责任能力的判断是一致的。《德国民法典》第 828 条就是用年龄标准区分责任能力，同时，该条还明确规定，满 7 周岁而未满 18 周岁的儿童和青少年的责任能力取决于其在具体情况下进行有赔偿义务的行为时是否已经具备认识其责任所必要的理解力。这种做法既表明用年龄标准可以简单类型化民事责任能力，也

表明在具体情况下需要根据个案对判断标准进行调整。

民事行为能力使用年龄标准是为了保护未成年人，而民事责任能力也是使用年龄标准来确保未成年人不会陷入法律上的不利后果，避免其独立承担民事责任。所以，《民法典》在侵权责任编的第 1188 条使用民事行为能力，主要是为了用民事行为能力类型化的年龄标准保护未成年人，同时也保护了被未成年人加害的被侵权人，功能上与使用民事责任能力一致。

第二，民事行为能力和民事责任能力的实质判断标准都是行为人的辨识能力（或称“识别能力”）。尤其是在成年监护关系中，成年人因“不能辨认或者不能完全辨认自己行为”被认定为欠缺民事行为能力者而需选任监护人。这种辨识能力的判断既可以区分需要保护的成年人，也可以作为成年人是否具备对自己所为行为进行不法性判断的依据。民法传统上依据识别能力将成年人中的精神病人和宣告确定的禁治产人（准禁治产人）作为民事行为能力欠缺者而加以保护，此种识别能力的判定也可以用于侵权责任构成的场合，行为人需具有识别能力及防止损害发生之能力，足以避免他人权益之侵害，为有责性成立的要件。对于未成年人和精神病人来说，一般无需个案审查是否具有承担责任的资格，但受害人可以举证证明行为人具有辨识能力，从而推翻法律的推定。而完全民事行为能力人有辨识能力，能对自己行为后果进行判断，可以形成过错，一般应对自己所为的加害行为承担责任。

需要注意的是，我国《民法典》第 1188 条规定将限制民事行为能力人与无民事行为能力人作一致的处理，相当于认为承担侵权责任场合相比为民事法律行为的场合对辨识能力的要求更高。此种认识与日本民法学界的观点类似。日本民法学者的理由是，民事法律行为是社会中的正常行为，其法律效果比较容易被认可，而民事责任能力的认定需要行为人具有认识到加害行为将发生法律上责任的能力，因此，所要求的是比为民事法律行为的辨识能力程度稍高的辨识能力。这种认识对未成年人来说极具合理性，但因成年监护中被监护人对象范围较为复杂，就此却不能一概而论。例如，一些限制行为能力的老年人因各种原因不能独立为民事法律行为，却完全具备独立承担侵权责任的辨识能力。况且，《民法典》已将成年监护对象扩张到一个非常大的范围，只要符合“不能辨认和不能完全辨认自己行为”的条件，包括精神障碍者、智力障碍者、身体障碍者在内的成年人，甚至是一些老年人都可能被认定为民事行为能力欠缺者，因而，需要基于能否“辨认自己行为”的条件并结合加害行为的具体场合方能判断行为人是否具有承担责任的辨识能力，进而确定其是否具有过错以及是否构成侵权责任。根据《民法典》第 35 条第 3 款规定，某些老年人作为被监护人只是因为需要在监护人的协助下经常性地参与到社会生活中，这种仅需要协助表意的老年人在侵权的场合完全具备独立承担民事责任的资格。

第三，我国《民法典》对成年人欠缺民事行为能力的认定采取宣告和个案认定相结合的方式，这与传统民法对民事责任能力认定以个案审查为主、划一标准为辅的做法一致。《民法典》第 24 条规定利害关系人和有关组织可以向人民法院申请认定成年人欠缺民事行为能力。成年人辨识能力的不足是因为先天因素或者疾病、意外事故等诸多原因造成的，短时期内难以恢复，依民事诉讼特别程序将其认定为欠缺民事行为能力有助于为其选任监护人，从而使其在社会交往中得到全面的保护。但是，欠缺民事行为能力宣告的特别程序虽然较普通诉讼程序简单，也需要较长的周期，并且一般人并不愿意将其丧失民事行为能力的信息披露于外，法院宣告会对成年人的日常生活、工作等会造成不必要的影响。这些都导致对欠缺民事行为能力的认定在特殊情况下还需要进行个案审查。另外，成年人虽然被推定为具有承

担民事责任的资格，但是其可以通过证明行为时没有辨识能力而得以免责。例如，《民法典》第 1190 条第 1 款规定，完全民事行为能力人因为暂时没有意识或失去控制而没有辨识能力的，无需承担侵权责任。这从侧面证明我国《民法典》是承认个案认定辨识能力的。《民法典》第 1188 条的规定相当于推定民事行为能力欠缺者没有民事责任能力，但是可以在个案中通过举证推翻而证明某些民事行为能力欠缺者可以独立承担侵权责任。在人口老龄化的背景下，《民法典》扩大了成年监护对象的范围，被监护人既有对违法行为的判断能力，也有足以承担赔偿责任的财产，一味地让监护人承担侵权责任并不能更好地保护被侵权人。同时，对于根据《民法典》第 28 条第 4 项选任的近亲属以外的成年法定监护人以及根据第 33 条选任的意定监护人来说，让其直接对“不能完全辨认自己行为”的被监护人的致害行为承担侵权责任也是不公平的，因此结合个案的认定是很有必要的。

三、监护人履行监护职责过程中的“法定监督义务”

规定监护人承担侵权责任的《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1188 条、第 1189 条均使用“监护职责”这一关键词，但监护职责在这三条规范构成上的功能却不尽相同：“未尽到监护职责”在第 1169 条第 2 款是责任构成的条件；在第 1188 条是减轻责任的事由；而第 1189 条只提到监护职责可以委托他人履行，他人依过错承担相应责任，但对过错和未履行受托的监护职责之间的关系却未加以明确。事实上，侵权责任编语境下使用的“监护职责”与总则编“监护”一节规定的“监护职责”内涵并不完全一致，在前者中，是否“尽到监护职责”实质表达的是监护人履行监护职责过程中是否违反了“法定监督义务”的意思。

（一）监护职责的内涵及其与“法定监督义务”的关系

《民法典》有 32 处内容使用“职责”一词，虽然使用频率较高，但是“职责”并不属于精确的法律概念，没有像“权利”“义务”“责任”一样成为民法范畴。简单从文义阐释，职责是一个人在其最重要的社会关系中应该进行的价值付出。具体到《民法典》总则编监护制度中的“监护职责”，既与民事权利义务关系相关联，也表现出多重涵义，并且监护人在履行监护职责的过程中可能承担“法定监督义务”。

第一，监护职责主要表现为“保护被监护人”的义务内容。在《民法典》中，“监护职责”与“代管人职责”“代理人职责”“遗产管理人职责”以及教育机构的“管理职责”等规范内容一致，都表现出义务属性。在法定监护关系中，监护人履行监护职责亦如义务人履行义务，甚至可以说监护主要表现为基于一定身份关系对被监护人承担的义务，是法律课加给监护人的片面义务。而在成年意定监护关系中，监护职责可以通过意定监护协议具体约定，属于受托人的合同义务，如果没有具体约定，那么意定监护人应该履行与法定监护人一致的监护职责。根据《民法典》第 34 条第 1 款规定，监护人履行职责主要是作为被监护人的代理人，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益。“保护被监护人”的表述体现了履行监护职责本身不是权利行使，只是根据第 34 条第 2 款的规定，监护人履行监护职责也会产生相应的权利。

第二，监护职责一般与身份关系对应，或者在意定监护关系中与权利对应。法律关系中的权利和义务是对应关系，监护职责虽表现为义务属性，但在法定监护中一般并不直接对应权利。法定监护是以身份关系为基础构造的，监护职责主要表现为监护人基于身份关系须负担的内容，典型如父母对未成年子女的监护或者成年子女对父母的

监护：根据《民法典》第 26 条的规定，父母享有对未成年子女的亲权，对子女有抚养、教育、保护的义务；成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。父母子女之外的近亲属担任监护人时承担的监护职责，通常也是在家庭职能范围实现。但随着人口老龄化，亲属作为成年监护人的可选任对象不足，亲属以外的人或组织担任监护人而构成的社会监护显著增加，此时，监护人的监护职责就并非对应身份关系，而可能只是基于公共职能等来补充家庭职能的不足。另外，在根据《民法典》第 33 条设立的成年意定监护关系中，监护人的监护职责既包含通过意定监护协议约定内容，也包括未被排除的法定监护职责，无论是否明确约定，监护职责都对应意定监护协议的合同权利，构成合同义务的内容。

第三，虽然规范监护职责的宗旨是保护被监护人，但是监护人在履行监护职责过程中也可能承担保护他人安全的“法定监督义务”。监护职责主要包括财产管理和人身保护两方面内容，无论是父母、其他近亲属作为监护人还是亲属以外的人或组织担任监护人，均概莫能外。监护人履行监护职责本身并不保护其他人，尤其是在成年监护的场合。只是因为监护人在保护被监护人人身的同时，也会因身份关系等承担一定管束的职责，如防止被监护人给他人造成危险，从而承担了保护其他人安全的注意义务。这种注意义务就是“法定监督义务”。需要注意的是，父母对未成年人子女以及成年子女对父母负担的基于身份关系的义务与监护职责不能混淆，因为并非监护人都如父母子女那样具有身份关系上的权利和义务。

（二）侵权责任编规定的监护职责和法定监督义务具有内在统一性

由于《民法典》继续秉持了《侵权责任法》确定的以救济被侵权人为核心的宗旨，所以解释论应结合救济被侵权人的立场进一步展开，监护人履行监护职责会同时把被监护人限定在不至于对其他人造成危险的范围内。只有探明监护职责与法定监督义务的内在统一性，才能确定《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1188 条、第 1189 条规定的“监护职责”的侵权责任法功能。

第一，以救济被侵权人的立场解释监护人尽到“监护职责”关联的法定监督义务。被监护人因欠缺辨识违法行为的能力、不具有向外意志而给他人造成损害，此时基于自己责任原则，不应让被监护人承担责任。尤其是在未成年人监护的场合，多数情况下被监护人并无实际赔偿资力，为更好地救济被侵权人，有效的路径是由监护人承担侵权责任。监护人在履行监护职责时应对他人进行保护，以避免承担不利后果。但是，监护人并不能无条件地替代被监护人承担侵权责任，如果某种情形下无需监护的一般人造成损害时不构成侵权，则同样情形下被监护的人造成同样损害也不应构成侵权。监护职责既可能是依据身份关系等而产生的法定监护，也可能是依据意定监护协议而产生的意定监护。不管是何种监护，既然监护人和被监护人的关系都围绕监护职责展开，而法律倾向于救济被侵权人，那么监护人对被监护人除一般的监护职责外就还须关联负担更多的监督义务，以更好地保护他人的合法权益。不过，此种监督义务已经超出了监护制度本身设置的监护职责内容，属于与监护关系及其根据的基础关系（如身份关系等）相关的法定注意义务。

第二，监护人履行监护职责的同时具有可以控制危险的能力，构成确定的法定监督义务。以法定监护这一履行监护职责的典型场合为例，法定监护人对被监护人应予以全面的保护，这种持续不断的保护会形成被监护人与其他人隔离的状况，这既是对被监护人的保护，也控制了被监护人对其他人造成的危险。监护人履行监护职责能控制危险会投射于过错的构成要件，因为基于监护人与被监护人之间的密切关系，监护人应该能够预见到在履行监护职责的过程中会因违反注意

义务给他人造成侵权的后果。如在《民法典》第 1169 条第 2 款规定的教唆、帮助侵权的场合，如果监护人平时对被监护人严加管束，但仍然出现被监护人被教唆、帮助而损害他人的情形，监护人就无需承担侵权责任。需要注意的是，《民法典》第 1189 条规定的受托人基于委托关系而负担的监护职责不属于法定监督义务，根据《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》（法释〔2022〕6 号）（以下简称《民法典总则编解释》）第 13 条的规定可知，以履行监护职责为内容的委托关系是在监护人和受托人之间产生，具有合同相对性，即使受托人没有履行义务，也只需对作为委托人的监护人承担违约责任。总而言之，监护人承担侵权责任是因为在履行监护职责的过程中未尽到法定监督义务而承担的自己责任，而非基于监护关系承担的替代责任。

（三）不同监护情形下监护人承担法定监督义务的判断

传统民法规范将未成年监护预设为监护人责任人的应用场景，无论是父母对未成年子女的亲权还是近亲属担任监护人，基于身份关系产生的义务与监护职责都容易被混淆。但是，在人口老龄化的社会背景下，成年监护制度越来越不需要依附于身份关系，选任监护人的范围扩张至亲属以外的人或组织，而且监护人选任的方式及监护职责的内容也发生了根本性改变，这在意定监护关系中表现得尤为明显。由于亲属以外的人或组织担任监护人时大多不是和被监护人一起生活，不能对监护人进行近身照顾和全面保护，成年监护逐渐走向有限监护。因此，需结合监护的具体类型对监护人承担的法定监督义务进行解读。

第一，基于父母子女关系以及其他近亲属关系担任监护人的法定监督义务。根据《民法典》第 27 条的规定，父母是未成年子女的当然监护人，而根据《民法典》第 1068 条的规定，父母不仅具有教育、保护未成年子女的义务，而且应当依法就未成年子女给他人造成的损害承担民事责任。父母的监护职责是全方位的，其为子女负担的保护他人的法定监督义务也是全面的。与父母对子女的监护不同，《民法典》第 1069 条虽然规定了成年子女对父母的法定义务，但并没有确定子女对受其监护的父母造成的损害后果承担民事责任。父母子女之外的其他近亲属担任监护人虽然都具有身份关系，但并不当然承担法定监督义务——如果被监护人和监护人之间存在家庭关系，则监护职责会受到家庭关系的影响，此时方有可能确定其承担保护他人的法定监督义务。

第二，亲属以外的人或组织担任监护人的法定监督义务。亲属以外的人或组织担任监护人是作为家庭监护的补充而存在（尤其在老龄化社会中，存在很多脱离家庭纽带的社会监护），虽然其可以在一定程度上履行监护职责、保护被监护人，但由于这些监护人一般只能定期对被监护人的生活起居、思想教育情况进行检查，难以对被监护人进行全方位的教育和管束，因而通常很难确定其负有法定监督义务。当然，对此应结合个案中监护人履行监护职责的具体情况进行判断，如果监护人对被监护人有管束的可能，即可确定监护人承担法定监督义务。

第三，意定监护人或委托监护的受托人一般没有法定监督义务，但特殊情况下也应承担法定监督义务。就《民法典》第 33 条规定的意定监护和《民法典》第 1189 条确认的委托监护而言，其共同特点是其监护人履行监护职责的内容都来自协议（合同）的约定。在意定监护的场合，可以通过协议约定特定的监护职责，属于约定义务。但如果意定监护协议没有明确约定监护职责或者仅约定了概括的监护职责，即相当于通过意定监护协议选任了与法定监护人职责相同的监护人，则该监护人的法定监督义务的确定应参考亲属以外的人或者组织担任监护人的情形进行判断。在委托监护的场合，根据《民法典总则编解释》第 13

条的规定，监护人将全部或部分监护职责委托给他人，受托人并不因此成为监护人。这就意味着受托人根据合同约定代替监护人履行监护职责时，虽然也会有管束被监护人的内容，但是并不意味着受托人应对被监护人承担义务。结合《民法典》第 1189 条规定，委托监护的受托人之过错并不包含“违反监护职责”。总而言之，委托监护的受托人与通过意定监护协议约定有限监护职责的意定监护人一样，负担的主要是约定义务，除非受托人在履行监护职责过程中存在其他过错，否则不需要承担侵权责任。此时的过错，仅是因为受托人履行约定义务时衍生出一些法定注意义务。

四、监护人承担侵权责任归责原则的统一

民法学界围绕《民法典》第 1188 条的解释论研究多将其解读为无过错责任归责的典型，也有少数观点认为第 1188 条是过错推定责任归责，参与立法的专家编著的释义书只提到了监护人责任的归责原则一直以来都有争议，并没有明确表明采取哪种观点或进行解释。同时，《民法典》第 1169 条第 2 款规定的是一般过错责任归责，第 1189 条规定委托监护的受托人承担责任也采用一般过错责任归责，该条还同时规定了对监护人的无过错（或过错）责任归责。归责原则是确定侵权责任构成的基础，具体制度在针对同一事实的归责应该是逻辑统一的，民法解释论在具体制度的层面应考虑更多的因素，就复杂制度在体系上实现规范内容的统一性和评价的一致性。因此，有必要厘清各种情形下监护人承担侵权责任适用的归责原则。

（一）监护人承担侵权责任适用两种归责原则的抵牾

按照通常的理解，《民法典》第 1188 条是关于监护人承担侵权责任的一般规定，第 1189 条是委托监护场合侵权责任的特别规定，应优先于第 1188 条适用。虽然第 1169 条第 2 款规定于总则性章节，但因为是关于多数人侵权情形下监护人承担侵权责任的特殊规定，相比于第 1188 条规定而言，也应该作为特殊规定优先适用。按照前述民法学界通常的解释，作为一般规则的第 1188 条规定的是特殊的无过错责任归责，而第 1169 条第 2 款和第 1189 条却适用过错责任归责，这就会产生法律适用上的矛盾。

第一，依据《民法典》第 1169 条第 2 款，在被教唆、帮助的民事行为能力欠缺者（被监护人）实施加害行为后，教唆人、帮助人首先应单独地承担全部的侵权责任，这是因为被监护人如果没有辨识能力就没有过错，其只是教唆人、帮助人实施侵权行为的工具人，但如果此时监护人违反法定监督义务构成过错，则被侵权人可以请求监护人承担“相应的责任”。在此情形下，如果第 1169 条和第 1188 条针对监护人承担侵权责任的归责原则不同，被侵权人就会倾向于选择越过第 1169 条，不顾有教唆、帮助的事实，径直依据第 1188 条规定的无过错责任归责规范要求监护人承担侵权责任，因为如此就不用作为原告举证证明教唆、帮助的事实，也无需证明监护人有过错，除非被侵权人提前了解到监护人赔偿资力不足而教唆人、帮助人赔偿资力明显充足。因此，两个条文之间存在适用上的漏洞。

第二，依据《民法典》第 1189 条，委托监护的受托人基于委托关系负担履行监护职责相关内容的合同义务，只应对委托人（即监护人）承担不履行合同的违约责任。如果此时被监护人的行为给他人造成了损害，也应该认定是监护人而非受托人没有尽到法定监督义务。在此情形下，基于对第 1188 条属于无过错归责的理解，应该由监护人承担责任。但是，第 1189 条后半句又规定受托人有过错的要承担相应的责任，这个相应的责任是独立于监护人责任的过错责任。对于此过错的判断，有的学说认为是因为受托人没有尽到“管理和教育”的监护职责，但如果这样理解的话，第 1188 条和第 1189 条就存在矛盾，因为被侵权

人既可以向监护人主张无过错的监护人责任，也可以向委托监护的受托人主张过错责任，且根据的事实也是一样的，这将导致重复赔偿。笔者认为，第 1189 条规定的受托人的过错，并非因受托人没有履行作为受托义务的监护职责而构成，而应该是其履行职责时因违反其他法定注意义务而导致的过错。如此解释，受托人即可以和监护人依据过错比例分担责任。

（二）不应以无过错归责原则解释《民法典》第 1188 条

笔者认为，上述涉及监护人承担侵权责任的规则之间存在适用上矛盾的根源，在于对《民法典》第 1188 条的无过错责任归责的理解。我国民法理论一直以替代责任解释监护人责任，将第 1188 条与规定典型替代责任的第 1191 条作一致的理解。但是，第 1191 条规定的用人者责任是基于劳动关系等用人关系承担的替代责任，其理论根据是“人格吸收”及“经济实力优势”两个前提性的假设。而监护人责任的前提条件是被监护人不具有独立承担责任的资格（无民事责任能力），监护人承担侵权责任是因为其违反了法定监督义务，是对自己不作为的后果承担责任，应属于自己责任而非替代责任。

当然，将监护人责任解释为无过错责任归责在《民法典》之前的时代背景下具有现实合理性。因为《民法通则》和《侵权责任法》预设的应用场景是未成年人监护，以父母为典型的监护人，其与被监护人既具有身份关系又共同生活，对被监护人具有全面的监管能力。但即使在未成年监护的场合，无过错责任归责的解释也存在漏洞，例如，将监护人责任解释为替代责任的“他人行为说”一方面不承认被监护人具有为侵权行为的民事责任能力，另一方面又直接基于保护被监护人以及他人的目的确认监护人承担无过错责任，其理由是：监护人不仅有义务保护被监护人不受他人的损害，而且有义务防止被监护人加害于他人。这个理由实际上认为监护人是基于违反义务而承担的自己责任，与无过错责任归责根据的替代责任并不一致。

将《民法典》第 1188 条解释为无过错归责与人口老龄化背景下的成年监护制度更加不契合。因为，成年监护的对象群体主要是“不能完全辨认自己行为”的老年人，基于《民法典》第 35 条第 3 款确立的协助决策模式的监护职责履行原则，监护人要最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助其实施民事法律行为，尤其是，在亲属以外的人或组织担任监护人时，其并不能将老年人作为“危险源”加以严格管控，因而很多情况下也无法对被监护人近身照顾和管束。在意定监护的场合则更是如此，监护人可能只是根据意定监护协议的约定进行有限的财产管理和人身保护。因此，在成年监护场景下对负担有限监护职责的监护人进行无过错责任归责与履行监护职责的事实严重不符。

需要注意的是，在《民法典》规定的无过错责任归责的典型规则中，如环境污染和生态破坏责任、高度危险责任等，即使行为人证明自己没有过错也不会影响责任构成，甚至不会导致免除或减轻责任，而第 1188 条却规定了监护人“尽到监护职责”可以减轻责任的条件，这种规定显然不符合无过错责任归责的逻辑。如果认为监护人在履行监护职责的过程中承担的是法定监督义务的话，那么尽到监护职责就会关联到没有过错。可见，这种过错条件的规定也可以证明第 1188 条并没有确立无过错责任归责原则，参与立法者编著的《侵权责任法》释义书的解释也一定程度上反映了这种观点。

（三）基于违反法定监督义务确定统一的过错责任归责原则

解决上述问题的关键是将《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1188 条、第 1189 条的归责原则作一致理解，以过错责任归责原则统一监护人承担

侵权责任的规范解释。其中，将第 1188 条解释为过错推定的特殊过错责任归责。过错推定归责规定于第 1165 条第 2 款，其典型应用场景的表述为“不能证明自己没有过错”，抑或是关联到违反不作为义务，表述为“能够证明尽到教育、管理职责”（如《民法典》第 1199 条）。与这些规范内容类比，第 1188 条规定的尽到监护职责可以减轻责任与过错推定责任的逻辑是一致的。这种解释与传统民法代表《德国民法典》《日本民法典》一致，这些民法典规定的都是过错推定责任。我国传统作无过错责任归责的理解是由于在未成年人监护的场合比较容易从客观上推定过错所导致，这是因为监护人和被监护人具有共同生活的家庭关系而相对严格地认定过错。当然，法律也可以针对父母对未成年子女监护单独规定无过错归责，例如，法国通过判例在父母的责任推定事实上确立无过错责任归责。但与法国不同，我国《民法典》没有区分未成年监护和成年监护，而是一体规定了监护人责任，如此便不能把仅适合未成年人监护的特殊做法用作一般规则的解释。

如果确定《民法典》第 1188 条是过错推定的特殊过错责任归责，那么监护人就是因违反法定监督义务而承担过错责任，这就可以统一解释《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1189 条规定的侵权责任构成。在第 1169 条第 2 款规定的教唆、帮助侵权的场合，教唆人、帮助人因过错承担全部责任，监护人因过错承担相应的责任，最终由教唆人、帮助人和监护人承担部分连带责任。在第 1189 条规定的委托监护的场合，因未尽到监护职责而违反法定监督义务是监护人的过错，即使受托人未履行合同约定的监护职责，其也仅需对委托人（监护人）承担违约责任；因受托人有履行监护职责之外的过错导致被监护人造成损害后果的，可以在委托监护的受托人和监护人之间进行过错的比较，从而确定按份责任。

五、被监护人“有财产”与监护人承担责任的动态体系考量

从《民法通则》第 133 条到《侵权责任法》第 32 条，再到《民法典》第 1188 条，学界普遍对条文第 2 款规定的内容进行抨击，对于该条款的解读包括“平行关系说”“递进关系说”“内外关系说”等诸多学说。其中，“平行关系说”认为，《民法典》第 1188 条第 1 款和第 2 款适用于两种不同的前提。第 1 款适用的前提是被监护人没有财产，此时由监护人承担侵权责任。第 2 款适用的前提是被监护人有自己的财产，此时应当由被监护人首先承担责任，监护人承担的是补充责任，只有在被监护人的财产不足时，才由监护人承担补充责任。“递进关系说”认为，《民法典》第 1188 条第 1 款和第 2 款不是平行适用的关系，第 2 款相对于第 1 款而言是一种递进关系的规则。其中，第 1 款确立的是监护人承担侵权责任的一般规则，第 2 款是处理特殊情况时的特别规则，但该特别规则并非否认由监护人承担侵权责任的一般规则，只是为了给予被侵权人以充分救济而对监护人与被监护人责任财产相互区分的原则予以突破，从而可以从被监护人的财产中支付赔偿费用，这是对被监护人与监护人强加的一种公平责任。这种责任要求有财产的被监护人须独立承担责任，以周全救济受害人，如果受害人仍不能从被监护人处获得完全赔偿，监护人须无条件地第二次负担赔偿责任。“内外关系说”认为，《民法典》第 1188 条的两款规定分别调整对外和对内关系，其中第 1 款是对外承担责任的基础规则，第 2 款则是调整监护人和被监护人之间的内部关系，这里所说的内部关系是监护人与被监护人之间的责任分担关系。

笔者比较赞同“内外关系说”的观点，《民法典》第 1188 条第 2 款规定实际上是从救济被侵权人的角度出发的现实考虑的结果，在被侵权人受到来自被监护人加害行为的情况下，结合监护制

度规范的体系逻辑，如果被监护人有独立的财产，从其财产中支付赔偿既有利于保护被侵权人，也有利于减轻监护人的负担。这在未成年人监护的场合有一定合理性，被监护人一般很少有独立的财产，而且未成年人多与父母等监护人共同生活，造成他人损害的，是用其父母等监护人的财产进行赔偿，只有在被监护人有独立财产的情况下，才应当从其财产中支付赔偿。这种解释与成年监护的现实更加契合——在老龄化背景下，成年监护的对象范围扩大，很多被监护人都有独立的财产，尤其是限制行为能力的老年人因为经常参与社会交往也容易给他人造成损害，即使这些被监护人因为没有辨识能力不能独立承担侵权责任，从其独立的财产中支付赔偿也符合公平原则。不过，在此前提下，对被监护人“有财产”与监护人承担侵权责任的关系还需要进一步阐释。

动态体系处于固定要件和一般条款之间，以特别的方式在正义的一般化和个性化倾向的两极性之间取得平衡，基于体系的动态性考量，对加害人、受害人财产状况的社会性衡量也构成损害赔偿的要素之一。按照这一逻辑，《德国民法典》第 829 条构造的是在加害人（被监护人）和受害人之间进行公平分担损失的规则，加害人分担损失的前提是受害人无法得到侵权责任的保护。与德国做法不同的是，我国《民法典》第 1188 条第 2 款是在基于第 1 款确定监护人承担侵权责任的前提下，在监护人和被监护人之间公平分担损失。可以认为，被监护人“有财产”是对监护人承担侵权责任构成要件简单类型化缺陷进行补正的要素，以帮助在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

（一）被监护人“有财产”是损失分担机制的衡量要素

前述作为主流观点的“平行关系说”将《民法典》第 1188 条第 2 款理解为监护人承担补充责任，认为该条款是一个独立的请求权基础，与该条第 1 款是并列的关系，进而使被监护人“有财产”成为承担侵权责任的前置性条件。这种观点似乎符合救济被侵权人的价值衡量，一定程度上也可以减轻监护人的负担，在亲属以外的人或组织担任监护人的情况下，尤其是成年监护的场合，更具有现实意义。但是，如果仅以被监护人“有财产”作为责任构成条件，就会完全破坏第 1188 条第 1 款规定的责任构成逻辑，转而形成一个完全依据有无财产归责的不当结果。而且，按照被监护人有无财产确定后果归结在实践中也不可行，很容易在诉讼程序中导致司法机关的选择性难题——究竟是由原告方举证证明被监护人有财产而适用第 2 款，还是由被告方的监护人举证证明被监护人有财产而自己可以减轻赔偿责任甚至免责——显然，无论怎么做都是不合理的。所以，被监护人“有财产”不应该成为承担侵权责任的前置性条件。监护人根据《民法典》第 1188 条第 1 款承担侵权责任是因为履行监护职责过程中违反了法定监督义务，从根本上说，监护职责和法定监督义务都是因保护被监护人而产生的，所以即使被监护人不具有承担侵权责任的资格，从结果上考虑以被监护人的财产支付赔偿也符合公平原则。因此，第 2 款不应该成为给被监护人强加独立责任的依据，其只是规定可以被监护人的财产来支付赔偿费用。

通过考量被监护人“有财产”的要素，民法试图处理特定情况下被监护人和监护人之间的利益平衡问题，从而克服被监护人和监护人的财产独立可能导致的对受害人救济落实不利的影响。最高人民法院的观点也证明了应作此理解——《关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）》（法释〔2024〕12 号，以下简称《民法典侵权责任编解释（一）》）第 5 条第 1 款的规定表明，被侵权人应该请求承担责任的主体是监护人，不能单独请求被监护人承担侵权责任，监护人也不能以被监护人有财产来抗辩。需要注意的是，《民法典》第 1188 条第 2 款的表述

混淆了责任归结和支付赔偿。由于该款使用了“不足部分，由监护人赔偿”的不精确表述，有的学者就将之理解为在被监护人“有财产”的情况下首先用被监护人的财产支付补偿，该财产补偿无法填平受害人的损害时，受害人可以继续向监护人主张侵权责任的赔偿。这种理解在体系逻辑上有漏洞，补偿应该是在不能承担侵权责任后的损失分担，属于最后的救济。如果补偿不足还可以要求承担侵权责任赔偿，那么监护人最终承担的还是侵权责任吗？显然，符合监护制度宗旨的合理逻辑只能是，监护人因为履行对被监护人的监护职责过程中违反了法定监督义务而承担侵权责任，考虑到其法定监督义务是因保护被监护人权益而产生，在赔偿时因为被监护人有独立于监护人的财产，所以从被监护人的财产中支付赔偿金，不足部分由监护人以自己的财产支付。

（二）“相应的责任”与被监护人“有财产”的关系

《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1189 条都规定了“相应的责任”，按照前文所述，前者是监护人基于违反法定监督义务承担的过错侵权责任，后者是委托监护受托人基于违反其他注意义务承担的过错侵权责任。因为这两条规范都会出现监护人与其他责任主体构成多数人侵权的情况，所以，必须同时考虑被监护人“有财产”对责任构成的影响。

在适用《民法典》第 1169 条第 2 款时，首先由教唆人、帮助人承担侵权责任，监护人是依据过错承担相应的责任，此相应的责任和教唆人、帮助人承担的责任构成部分的连带责任。最高人民法院在司法解释中也采此观点，《民法典侵权责任编解释（一）》第 12 条规定表明，教唆人、帮助人应承担全部侵权责任，监护人在未尽到监护职责的范围内与教唆人、帮助人共同承担责任，最后的责任分担则依据教唆人、帮助人和监护人的过错比例确定，但教唆人、帮助人要先承担连带责任，而且不得主张和监护人承担按份责任。需要注意的是，按照《民法典侵权责任编解释（一）》第 12 条第 2 款的规定，监护人先行支付赔偿费用后，就超过自己相应责任的部分可以向教唆人、帮助人追偿。可见，该规定认为教唆人、帮助人应承担全部责任，而监护人承担的“相应的责任”是补充责任。其次，在监护人需要承担过错责任时，应继续适用第 1188 条第 2 款的规则，如果被监护人有财产的，应当先用被监护人的财产支付赔偿费用，不足部分再由监护人的财产支付。也就是说，被监护人“有财产”只是在监护人承担责任时的衡量要素。

在适用《民法典》第 1189 条时，被侵权人既可以向监护人主张监护人责任，也可以向委托监护的受托人主张因其他过错而需承担的“相应的责任”。有的观点认为监护人和监护受托人之间构成不真正连带责任，也有的观点认为构成部分连带责任。但按照前文所述的观点，委托监护人的受托人负担履行监护职责是合同义务，未履行监护职责构成违约责任，而其“相应的责任”应该是基于其他过错构成，受托人和监护人承担的是按份责任而非连带责任。因此，在监护人承担的责任中，直接按照第 1188 条第 2 款适用即可，并不会影响到委托监护的受托人承担的责任。但是，依照《民法典侵权责任编解释（一）》第 10 条第 1 款的规定，受托人和监护人是共同承担责任，不是承担按份责任；而依照该条第 2 款，监护人承担责任后可以按照《民法典》第 929 条委托合同的相关规定向受托人追偿，两款的规定存在逻辑上的矛盾，将委托监护受托人的违约责任和其因过错承担的侵权责任混淆了，应予纠正。

六、结　论

民法体系具有开放性，“体系的任务从来不是将科学或法律的发展固定在某种特定的状态，而只是展示当前取得的所有认识之间的整体关联，保证相互之间的协调性，特别是帮助人们更加容易地确定某一特定点上的变动，会因为内在一致

性的命令而对其他位置产生任何反作用”。虽然《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1188 条、第 1189 条有关监护人承担侵权责任的规定基本延续了《侵权责任法》的做法，但是在人口老龄化的背景下，监护制度的重心已经从替代决策模式的未成年监护转移到协助决策模式的成年监护，仍仅按照之前的经验逻辑去解释法律条文已无法应对现实的问题，所以应结合《民法典》的体系化逻辑重新进行解释，同时，民法理论必须时刻准备好质疑既有的法学理论体系，并基于更新、更好的认识扩展或改变体系。

在老龄化背景下，解释监护人承担侵权责任需要从《民法典》体系解释的层面理顺逻辑，解决相关法律条文之间的关系问题。对《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1188 条、第 1189 条应遵循统一的法律逻辑进行解释，明确所谓“无民事行为能力人和限制民事行为能力人”的表述只是借用民事行为能力来确立民事责任能力，而“未尽到监护职责”的规定对应的是监护人违反法定监督义务，在此基础上，明确监护人承担侵权责任是基于过错责任归责的自己责任而非基于无过错责任归责的替代责任。由此，《民法典》第 1188 条适用的应是过错推定的过错责任归责原则，进而与《民法典》第 1169 条第 2 款、第 1189 条规定的过错责任归责实现评价一致性。在教唆、帮助侵权的场合，教唆人、帮助人应承担全部侵权责任，监护人因其过错承担相应的责任，并最终与教唆人、帮助人承担部分连带责任。在委托监护的场合，因未尽到监护职责而违反法定监督义务是监护人的过错，即使受托人未履行监护职责也仅对委托人（监护人）承担违约责任，在受托人有履行约定义务之外的过错导致被监护人造成损害后果的，受托人和监护人承担按份责任。另外，当事人财产状况的社会性衡量也构成损害赔偿的要素之一，被监护人“有财产”作为要素可以弥补监护人承担侵权责任构成要件简单类型化的缺陷，在救济被侵权人和保护监护关系之间进行平衡。

【名家论坛|和丽军】《民法典》居住权应用模式研究

原创：2024-12-15　河北法学杂志　和丽军
https://mp.weixin.qq.com/s/F7jw9ol_6mVxy8PudBzP7Q

作者简介

和丽军，男，云南丽江人，民商法学博士，云南警官学院法学院教授，硕士生导师，研究方向：民商法学。

摘要

我国《民法典》新增设的居住权，虽为自然人通过设立居住权以解决生活居住问题提供了法律依据，但其内容多为原则性规定，作为设立居住权时所应遵循的具体规则仍存在不足。如欲使该制度在实践中发挥出应有的功能及价值，就需进一步明确在我国现有法律体系下民众设立居住权时可选择的具体应用模式，并对设立居住权过程中应遵循的规则予以具体规范。只有如此，民众才能基于自己的需求，遵循居住权设立、生效及一般性禁止等具体规则，从“赠居同一”的扶助性居住权或“售后回居”的商业化居住权中做出取舍，设立对自己最为有利的居住权，以对自己的生活居住利益予以保障。

关键词

《民法典》；居住权；应用模式；以房养老；居住利益

我国《民法典》新增设的居住权，尽管其历史渊源久远，且在我国立法进程及司法实践中均存在争议，但其将以独有的价值与功能为我国特定人群的生活居住需求提供法律支持，以实现“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，让全体人民住有所居”的目标。然而，如欲使居住权制度全面发挥其应有的功能及价值，就必须解决在实践中运用该制度实现权利人居住利益时必将面临的困境。只有梳理清该制度在实践运用中需遵循的具体规则，完善不尽完备之处，将该制度过于原则性的规定具体化，让该制度在生活实践中具有切实的可操作性，民众运用该制度保护自己权益时才会有规可循，该制度的价值才会得以充分发挥，也才可能最终真正做到“让全体人民住有所居”，同时，也会对抵制共有产权房制度中存在的投机行为甚有助益。

一、居住权的立法进程及其在司法实践中存在的问题

民法中的居住权，是指为满足自然人的生活居住需要，依据合同约定或遗嘱，对他人住宅的部分或全部以及附属设施享有占有、使用的用益物权。我国大陆法律是否应当引入居住权这一物权制度对当事人的相关权益进行规范，在《中华人民共和国物权法》（后文统称《物权法》）制定过程中存在争议，曾多次就之进行讨论最终予以搁置。在司法实践中，对居住权的保护以多种不同的方式存在于司法裁判当中，其针对的主要是遗留配偶、老人及因离婚后一方的居住问题。除民法领域的居住权外，还存在着权利法中的居住权。权利法中的居住权最早见于联合国的规定，它是指为无家可归者提供适足住房的权利，属于人权的范畴。《世界人权宣言》也对自然人迁徙与居住的权利进行了规定。宪法层面也存在专指公民在居住过程中所享有权利的总和的居住权。但这些与民法领域的居住权是完全不同的概念。

（一）居住权的立法进程

2002 年居住权首次写入我国民法草案，该草案第十八章对其进行规定，但该草案经一次审议后便被搁置。在《物权法》起草过程中，第二、三、四审议稿都曾对居住权作了规定。然而，对是否应将居住权写入法律予以规范的争论始终存在且从未停止，学者们也各有看法。肯定者认为，居住权能较好地解决弱者的居住问题，这是较早且最具有代表性的看法。其后，设立居住权可以更好地保护弱势群体利益、为实现基本的住房权利提供保障的看法也被支持者们进一步提出。然而，对居住权持否定观点者认为，居住权是对没有继承权的弱者的保障，而我国由于存在子女对父母的法定赡养义务，故父母的居住问题不需以居住权来解决。另外，居住权难以脱离“用益权—（使用权）—居住权”这一权利梯队的范畴而独立设置也是学者的一种观点。其后，持反对意见者多以居住权适用空间过于狭小，且其功能可被其他制度所代替为由，认为在我国无另行立法之必要。至 2006 年，立法相关部门最终认为，“居住权的适用面很窄，基于家庭关系的居住问题适用婚姻法有关扶养、赡养等规定，基于租赁关系的居住问题适用合同法等有关法律的规定，这些情形都不适用草案关于居住权的规定。并且，居住权大多发生在亲属朋友之间，一旦发生纠纷可以通过现行有关法律规定的救济渠道加以解决。”故从《物权法》第五次审议稿开始便不再有居住权的规定。对此，有学者从居住权制度的独特功能能否真正为其他制度所替代的角度对此表达了商榷意见。当然，还有学者从生存配偶和曾与被继承人共同居住的父母、祖父母、外祖父母对已故者遗产房屋享有遗产房屋先取权和终生使用权的角度对其居住权益的保护提出了建议。然而，其后仍有建议恢复居住权立法的意见，有学者还对法院裁判的有关居住权的各类争议进行分析，以实践中有偿设定居住权、保留居住权的所有权交易、

赠与所有权中的居住权保留、集资购房一方获得居住权、通过遗嘱分割居住权和所有权、共有物分割中设定居住权等发生争议且最终由法院判定居住权的存在来解决实践问题的裁判为基础，提出自己的看法。直至《民法典》颁行，尽管对居住权是否应入典仍存争议，但经由讨论最终予以入典。

同属大陆法系的日本与我国台湾地区虽规定了地役权，却一直未规定属于人役权的居住权。其原因主要是亚洲地区无人役权之规范传统。在我国台湾地区，有观点认为："人役一项该国无此习惯，且复有碍于经济之流通，故仅取地役权。""惟东西方习惯不同，人之役权为东亚各国所无，日本民法仅规定地役权，而于人之役权无明文，我国台湾地区习惯亦与日本相同， 故本法亦只设定地役权也。"我国澳门因直接沿用《葡萄牙民法典》，该法典第三编直接将居住权与用益权、使用权并列进行规定，其界定涉及住房之使用权，称为居住权，且明确规定居住权人不得将其权利转予他人或出租予他人。

（二）司法实践中的居住权争议

在我国《民法典》正式规定居住权之前，尽管未有法律对居住权作出任何规定，但实践中以租赁形式设立类似居住权的方式以解决自然人生活居住问题而引发的争议却并未少发生，如售后回租等。不同法院对此类争议所做的不同判决更代表着司法裁判机关对居住权的不同态度。正如学者所言，"每一次发展的法律体系，都必须经过一段由司法判决形成法律的时期。"

因我国严格执行物权法定原则，故当房屋所有人欲为特定人设立居住权以解决生活居住需要时，即使其在协议或遗嘱中明确表明特定人对房屋享有居住权，房屋使用人即居住人与房屋所有人之间的关系便仍为债权债务关系，而非物权关系。然而，有的法院却将之认定为所有权，并以所有权的保护方式来保护居住人的权利，以此排斥房屋所有权人对房屋的处分。也有法院借助公序良俗原则来保护按份共有人对房屋享有居住权，以此来限制高份额按份共有人子女向法院提出的，请求低份额按份共有人父母（占比 5%）转让房产的权利。在借款合同纠纷中，也有法院虽承认物权应优于债权，但又认为诉争房屋已由借款人占有、使用，故其享有居住权，因此银行对诉争房屋的抵押权对买方享有的居住权不能产生实质影响。在房屋买卖纠纷中，有的法院直接以买受人是否知晓房屋已设立居住权为由来判断其善意与恶意，以此判定善意取得能否成立。还有法院直接将居住权作为依据，以之作为阻却强制执行申请效力有效的执行异议。有的法院也会将房屋受让人知晓居住权的存在作为判定其恶意串通损害第三人利益的依据，以之判定买卖合同无效。当然，也有法院直接将协议中约定的居住视为特定人享有居住权，并对之直接予以保护。凡此种种不同的裁判均表明，在我国《民法典》将居住权规定入物权编之前，除极个别法院将当事人之间以居住权模式创设的权利直接予以承认并将居住权作为一种物权类型对其予以保护外，部分法院是将其视为居住人所享有的合法居住利益而对其采取变通的方法予以保护，其间自然也存在较多裁判因并不承认居住权的合法性而对之不予保护。法院对居住权相关争议的不同裁判充分表明我国在立法上应对居住权予以明确规范，否则，司法实践中对同类争议裁判的长期多样化自然会愈发突显居住权制度缺失的弊端。也正因如此，居住权最终写入我国《民法典》。

然而，尽管《民法典》对居住权予以规定，但由于条文的表达多概括笼统不够具体，导致在实践中自然人设立居住权时仍然会处于一种因规则不齐备而导致权利创设人无所适从，最终让主体权益难以得到保障，或者相关纠纷多发后裁判机关却无健全规则予以裁判的困境。当然，相信在具体案件的审理过程中，各裁判者针对居住权法律规范笼统概括的情形，均会通过法律解释和漏

洞填补等方法，“对立法者疏未顾及之处，仍应运用其智慧，自动审查有关各种利益”，以实现法律推理逻辑自洽和个案公平正义的平衡。但是，欲使居住权制度随着我国《民法典》的颁行而在实践中得到正确适用，当相关争议发生时裁判机关也能依据相关规则对实践案件进行裁判以解决居住权制度在实践中面临的现实问题，就必须追溯居住权的发展源流，依据其特性与价值，结合我国的实际需求来健全相关规则，让相关规则在实践中具体可行，全面发挥该制度的应有功能，以解决居住权制度在实践中面临的问题。

二、居住权的历史渊源

从源流上看，居住权的历史甚为久远，其滥觞于罗马法。最早的规定见于罗马法中的人役权，其基本含义及所涉范围与当今差别不大，仅所属的权利类型与当今的规定稍有不同。如欲健全我国居住权制度的相关规则以供实践中具体适用，就必须清楚居住权的产生及发展源流，从中观其价值功能的演变与发展，就其发展趋势探寻最适合我国的居住权适用规则。

（一）居住权的发端

1. 居住权的产生及范围

在古罗马共和国末叶，无夫权婚姻和奴隶的解放日益增多，每遇家长亡故，那些没有继承权或丧失劳动能力的人的生活就成了问题。因此，丈夫和家主就把一部分家产的使用权、收益权、居住权等遗赠给妻或被解放的奴隶，使他们生有所靠，老有所养。这些权利，优帝一世时统称为人役权。在当时，除所有权之外，罗马人所承认的其他物权都是从属性权利，役权更是如此。它们都只能从已经属于他人所有的物上产生。罗马人称它们为 iura（权利）或 iura in re（对物的权利），现代人称其为“他物权（iura in re aliena）”。在优士丁尼法中，役权的历史甚为久远，指的是对他人之物所享有的古典权利，内容包括地役权、人役权。役权属于物权，它具有物权的全部特征，且仅可在他人所有物上设定，而不能在自己所有物上成立，其设定也是为了特定的土地或特定人的便益，不能和需役地或享用人相分享。它既不适用于任何自己的物，也不得表现为要求作为，它是为特定的土地或人而设，且不可转让。前一种役权叫作地役权，后一种役权叫作人役权。罗马历史上，人役权的出现晚于地役权。与地役权相比，它是为了特定人的利益而设的，故罗马人认为其是人与物之间的关系，与地役权为土地与土地之间的关系不同。这两种役权有着颇为不同的功能和性质。地役权用来在相邻关系中满足土地方面的需要，并且是从正面确定的使用权。人役权的目的则是为了保障特定人享受优惠，一般把充分享用某物作为生活依靠，而该物的所有权并未转让给他们。人役权是为特定人的利益而利用他人所有之物的权利，即以他人的物供自己使用和收益。人役权因权利享有人死亡或权利丧失而消灭。

在《民法大全》中发现的那些被称为人役权的权利，表面上看是典型权利，从分类上看，其间居住权便作为一个独立的类型与用益权等权利类型并列。优帝一世时，居住权是指居住他人的房屋的权利，属于使用权，但其权利又大于一般的使用权。据考证，由遗嘱授予居住权远在其他人役权产生之前，最初仅作为受遗赠人享受某种利益的事实，优帝一世始把它正式列入人役权。关于居住权人能否把标的物出租给第三人，罗马法学家曾有争议，早时人们曾争论它是一种使用权还是一种用益权，但优士丁尼赋予它以特别的形式，他效仿马尔切勒，承认居住权的享有人有权出租房子，但无权让人免费享用它。其对之作了肯定规定，即享受此项利益的人可以把标的物出租给他人，但不得作无偿的使用借贷。由是，居住权（habitatio）便成为在一所房子中居住和出租它的权利。

2. 居住权的设立与消灭

在罗马法，居住权属于役权，役权的设立与消灭制度自然也决定着居住权的成立与消灭。在当时，设立役权的方式包括协商、裁判或法律规定等。在古典法中，设立役权的行为是明示的和要式的行为。至优士丁尼法中，役权已经可以通过简单的买卖或赠与而取得，这种协议还可以不必采取任何程式，甚至还允许当事人以默示协议的形式来让与役权。此外，役权同所有权一样也可以从继承、遗赠或其他死因取得中获得。就役权的消灭，其规定当标的缺乏时役权自然消灭。例如，需役地不复存在时地役权消灭，享有人役权的自然人丧失其人役权或者死亡，其所享有的人役权自然消灭。然而，由于作为人役权的居住权和劳作权所涉关系只具有满足人的最直接需要的性质，而不具有鲜明的法律特点，故其并不会因人格减等而丧失。除此之外，作为一主体享有的权利，当权利的享有人自动放弃该权利时，役权当然消灭。享有的权利人长期不行使权利，即长期不行使居住权如超过十年甚至二十年，那该权利消灭。在发生享有役权的权利人与役权客体物的所有者身体混同的情形时，此役权也自当消灭。基于人役权具有期限性与人身性等特性，当主体享有人役权附有解除条件的，随着解除条件的具备，该人役权消灭，享有权利的期限届满时自也如此。

（二）近、现代民法中的居住权

在 19 世纪西欧各国编纂的民法典中，居住权继续被规定。例如《法国民法典》便将居住权与用益权、使用权并列规定。其还规定，居住权、用益权的设立方式、丧失方式均相同。居住权的享有者，即使在获得居住权时处于未婚状态，如其在享有居住权后再婚配，也可携其家庭成员共同居住于该房屋当中。居住权的设立，仅在于解决特定权利人及其家庭成员的居住利益问题，故权利的享有者既不得转让其居住权，更不得将享有居住权的房屋进行出租。其后的《德国民法典》也规定，可以住宅的形式将部分或全部建筑物设定人役权来供他人作居住使用，且排除所有人，同时，关于用益权的部分相关规定准用于此项住宅权。除此之外，瑞士、意大利、奥地利、阿根廷、智利、西班牙、埃塞俄比亚、巴西、泰国等国及美国的路易安那州在其民法典中对居住权也进行了规定。在这些法典中，居住权均以房屋作为满足特定人及家庭生活居住之需求而设立，设立中充分体现房屋所有权人的意思自由。虽然各法典通常将居住权与用益权、使用权并列进行规定，但基于居住权是用益权中的特殊类型，故多规定用益权之设立、消灭、权利范围及期限等规定准用于居住权。

然而，在大陆法系的形成与发展过程中，这一制度却始终未被日本及我国，包括台湾地区民法所继受，理由主要是东方文化与西方文化不一样，亚洲地区并无人役权之规范传统。比如在中国，父母中一人死亡，家并不会解体，而养儿防老的观念也抑制了此制度的适用。学界也认为主要原因在于此制度存在的弊端与对个人财产权益的尊重之间存在的不协调愈发明显，即当房屋被设立居住权后，房屋居住权通常至居住权人死亡才消灭，房屋所有人在不短的期限内便不能再使用该房屋，其自不便更无积极性来关心房屋，居住权人也不会如所有权人一般爱护房屋以维护其财产价值，这也导致房屋财产价值的损耗。同时，随着社会经济的发展及居民生活条件的改善，当自然人的生活居住不再成为主要问题时，居住权也就逐渐被边缘化。但是，随着理论和实践的发展，一直未继受居住权制度的日本，根据自身社会的发展和实践需求，在民法典的最新修订中，也增加了此制度。

三、居住权的特征及价值

明者因时而变，知者随事而制。随着时代的发展及社会的发展需求变化，在《民法典》的修订过程中，居住权作为一项法定用益物权被写入物权

编，其目的便在于兼顾租赁房屋所具有的灵活性和商品房所具有的保障购房人长期、稳定的居住权益的同时，又需克服其间存在的弊端。依《民法典》的规定，居住权为用益物权。然而，作为解决特定人生活居住困难而设立的居住权却有着其他用益物权不具备的特征与价值，故此难以被其他用益物权所替代。其特征与价值，既蕴含着以人民为中心的发展思想，更彰显其成为住房领域供给侧改革的重要成果。

（一）居住权的特征

1. 目的特定

一项用益物权的设立目的在于让非所有权人对他人之物进行使用并获取收益，如何使用他人之物并获取收益往往由使用权人在不损害他人之物的基础上自行决定。然而，居住权这一用益物权的使用目的从其产生那一天开始，就被特定下来。即设立居住权的目的仅为满足生活居住需要。从居住权的发端乃至近、现代民法中设立居住权的目的来看，居住权之所以产生均非为生产经营，而是为满足特定人基本生活居住的需要。而且，一并与居住权人使用所居房屋的也仅限于其家属，故居住权往往成为满足个人及其家庭居住需要的用益物权。

2. 无偿为原则

在民事领域，当非所有人欲对他人之物享有占有及使用等民事权益时，民事主体之间往往会以有偿为协议的基本原则，以确定主体间的权利义务规则。然而，在居住权设立时，主体间便不再以有偿原则确定其权利义务，而是以无偿作为基本原则，许多国家甚至直接禁止有偿设立此权利。设立居住权以无偿为原则的主要原因在于居住权主要是在家庭成员间基于亲情关系而设立。如果居住权设立人与权利人之间非为亲情关系，或虽为亲情关系，但只为满足生活居住之需要，同时也约定有偿的，法律也不禁止。故我国《民法典》规定，居住权的设立，无偿为常态，有偿为例外。

3. 权利主体特定

居住权从古罗马法发端开始发展至今，作为一项现代社会中的民事权利，其权利的享有主体却并不广泛，而是被法律特定下来。对居住权的设立主体，法律未作出限制性规定，但对居住权的享有者，法律均规定只能是自然人而非其他法律主体。具体而言，居住权的享有主体既可以是父母，也可以是离婚配偶及随雇主多年且无房居住的保姆，还可以是居住权设立主体认为能对自己房屋享有居住利益的任何自然人。

4. 权利内容受限制

从居住权产生开始，权利人享有的此权利从其内容上就一直受到限制。居住权是由非所有权人为生活目的对他人的房屋进行占有与使用的权利，其设立实为一种利他行为，故权利人享有的权利较其他用益物权会受到更多地限制。从居住权的发端开始，其所具有的人役权的人身属性就决定它不可能从权利主体分离出来或转让出去。权利主体死亡时，具有强烈人身属性的居住权自然消灭，更不可能存在继承的问题。除优帝一世时曾对居住权人能否把标的物出租给第三人作出过肯定规定外，设立居住权的住宅不得出租也是通例，否则将与设立居住权的宗旨相违。即原则上居住权人只能选择行使或放弃居住权，而不得为转让、出租等行为。

5. 有期限限制

居住权虽然属于物权范畴，但权利人享有此权利的期间是有限制的。所有权的效用就在于使用与收益，而居住权的设立则会导致所有权人对设立了居住权的房屋仅仅享有处分权，且此处分权还因另一方用益关系的存在而大受限制；另一方虽无所有权却完全占有、使用房屋，而且无偿。居住权的设立实际促成房屋产权人与用益权人分离，还让房屋产权人对房屋的处分权大受限制。此权能结构分离导致的最大流弊不甚利于对房屋这一标的物的改良，即双方对房屋的改良均无利益激励动因，故房屋往往处于不断消耗状态。《德

国民法典》还明确确定，住宅权人无须对由住宅权的适当行使所引起的物的变更或毁损负责任。从整个社会利益角度考量，不动产的长期无偿使用并不利于经济的发展。因此，从罗马法开始，居住权的设立都必须有期限限制，禁止设立永续存在的居住权。

（二）居住权的价值

1. 民事主体权益的平等保护

对居住权立法持否定意见者认为，居住权适用对象范围狭小，其主要涉及无房居住的父母、离婚配偶以及跟随雇主多年的保姆用房问题，对此类居住问题可通过赡养制度、附条件的遗嘱继承或买卖甚至房屋租赁等途径解决，故对之无立法的必要。然而，从居住权的特征可知，作为物权中的独立类型，其与赡养、租赁等制度存在实质区别，其他制度对之无法取代。从对民事主体权益的保护来看，所有民事主体的权益都应受到民法规范平等且全面的保护。在现实生活中既然已有特定群体连生活居住的基本问题都没能解决，且司法实践中已不断出现对此类主体权益予以保护的裁决，那自当以法律对此制度予以规范，使相关民事主体的权益能得到法律的确认与保护，让司法机关裁判案件时能有法可依而不是另辟蹊径致裁判不一，这也是对民事主体利益平等保护的重要体现。

2. 特定群体的生活保障

从居住权起源来看，该制度的创设与身份关系紧密相关。依中国传统习俗及家庭观念，自然人生活居住的保障往往由家庭完成，家人间的扶养扶助基本也可解决家庭中老人的居住与生活需求。在此背景下，再另设满足特定人基本生活居住需要的居住权似有多余，这也是我国立法进程中居住权虽多次进入法律草案可最终仍被删除的主要原因。然而，该制度发展至今，其适用范围已经扩展至身份关系之外的其他无房居住的自然人。特别在当今社会，房价的居高不下已经迫使个人、社会乃至国家的观念必须从“居者有其屋”向“住有所居”转变，而“住有所居”者的权利如果仍停留在仅通过租赁等合同来保障，那居住者仍将处于随时被“扫地出门”的窘境。当居住的权利不能得到如实保护时，“住有所居”也将成为一句空话。而且，现实中民众的生活习惯已经让具有身份关系的人之间多世同堂而居的状态愈发减少，意欲以同室而居来对老人进行赡养已不再是统一的生活方式。在《民法典》中以用益物权的形式设立居住权对特定人的居住权益进行保护，此等保护程度远非租赁合同所能达到，这也正是设立居住权以保障特定群体基本生活居住需求的根本原因。

3. 以房养老的急迫需要

随着社会经济的发展，受到实施多年的计划生育政策导致家庭结构的变化，以及人口老龄化、高房价、社会养老保障的不足等因素的综合影响，居住权制度在现代生活中的价值越发突显。根据第七次全国人口普查数据，我国家庭户平均每户人口从第六次人口普查时的 3.10 人缩小至目前的 2.62 人。60 岁及以上人口占 18.70%，较上一次人口普查时的 13.26%上升 5.44 个百分点，仅 65 岁及以上人口就已占 13.50%。人口抚养比为 45.9%，相较上一次人口普查增长了 11.7 个百分点。在流动人口中，与 2010 年相比，人户分离人口增长 88.52%，市辖区内人户分离人口增长 192.66%，流动人口增长 69.73%，人口流动趋势更加明显，规模进一步扩大。关于 60 岁及以上老年人家庭户中空巢家庭户占全国家庭户总数比例、单身老人户占全国家庭户总数比例、只有一对老年夫妇的户占全国家庭户总数比例虽然在国家统计局官方网站无法查询，但从流动人口的增幅来看，此数据相较上一次人口普查而言，应有大幅度的增加。

总体上看，我国人口老龄化逐步加速。“十四五”期间，我国将迈入中度老龄化阶段。老年人口占比到 2030 年时将达到 25%左右，高龄老年人

口（80 岁及以上）的增加幅度将加剧。尽管国家已适度放开对计划生育的控制，然而并未出现预想中的人口增量。存续 20 多年的独生子女政策已经几乎让多世同堂彻底消灭，现代社会的多元化及“四、二、一”家庭结构成为主流，更让父母子女均能共同生活越发不可能，人口老龄化的加剧让“老有所养”仅限于血缘亲属之间已愈发困难，意图由国家全面承担养老保障更不现实，“老有所养”需解决的首要问题是居住，但经济负担更是让老人们不堪重负。然而，居住权却能通过让房屋的所有权与使用权分离，成为不必另行增加投入却能有效解决无房人群特别是老人的基本生活居住需要，或缓解虽有房但无钱养老者资金压力的重要途径。此物权制度的设置，为老人的基本生活居住需要或养老资金需求提供了新的解决途径，且不受任何第三人包括房屋所有权人的妨碍，这不失为从目前的制度体系中所能探寻出的解决此类问题的有效途径。

四、居住权的应用模式及需明确的规则

作为历史久远且在我国立法中饱受争议的居住权法律制度，其在写入我国《民法典》后是否真能如立法者所愿发挥出该制度的应有功能与价值，有待实践的进一步检验。依《民法典》规定，房屋所有权人均有权在其房屋设立居住权，以供特定人的生活居住之需。然而，社会发展至今，居住权的设立已经不再仅限制于家庭或亲属之间，设立的范围已经不断扩大。在老龄社会中，居住权设立的模式更应有多种选择。从立法上看，我国对居住权的定位，目前主要在于发挥居住权所具有的扶助功能，满足特定群体生活保障的基本生活居住需求，为以房养老提供法律保障，也为公租房提供法律支持。为使居住权能充分发挥其价值功能且与其他制度一并协同保障特定群体的生活居住利益，让居住权原则性的规定具体化，笔者认为，依《民法典》的规定，以房屋所有权人设立居住权时与相对方之间是否存在对价关系为标准，可将居住权的应用模式分为扶助性居住权与商业化居住权予以规范。同时，还有必要对居住权的相关规则予以明确，这既能为民众设立居住权提供行为依据，也便于裁判机关有统一且具体的裁判规则可以遵循。

（一）居住权的应用模式

1.“赠居同一”的扶助性居住权

在此模式下，房屋所有权人虽以遗嘱将房屋所有权遗留给法定继承人或受遗赠人，或将房屋赠与他人，但同时又在该房屋上为特定人设立居住权。此类居住权人往往是遗嘱人或遗赠人无房居住的近亲属，配偶居多，而获得房屋所有权的多是其法定继承人或关系特别要好的人。在此等情形中，房屋所有权人既想把房屋所有权转移给特定的亲人或朋友，但又担心其他亲人朋友的生活居住问题，为防止顾此失彼，故作此折中处理，通过对取得房屋所有权人的权利作出适当限制来兼顾无房居住亲友的居住利益。因此种模式的居住权多在家庭内部的亲人之间设立，具有更多的伦理性与扶助性的传统意义，自然为无偿。在此模式下，居住权所具有的伦理性与人身性均得到了最大程度的体现。从居住权制度产生开始，其就与罗马社会现实密不可分，它从设立开始就是为了家庭生活中弱者的利益考虑，也体现着罗马法对家庭生活中弱者的人文关怀。在世界各国对罗马法的继受当中，居住权的这种伦理性和人身性特征均得以完整保存。居住权发展至今并写入我国《民法典》，其间也无不体现着此类特征。

需明确的是，在我国法律将居住权规范为用益物权之前，基于物权法定原则，房屋被转移所有权后，非所有权人只能以租赁的形式对他人的房屋进行占有、使用，故当论及以房养老的相关事宜时，只能以“租”一词来表述对房屋占有、使用的权源，且此处所言的“租”也仅能在特定主体间产生民法上的债权债务关系，而非物权关系。但在《民法典》对居住权进行规定后，居住权

已经作为用益物权来解决房屋非所有人对房屋的占有、使用权益问题，其所引发的物权关系与租赁所引发的债权关系具有明显的区别。故当论及以居住权解决养老等问题时，再以“赠租同一”来表述其间法律关系已不正确，而应称之为“赠居同一”。

2.“售后回居”的商业化居住权

依当前世界各国及各地区立法通例，设立居住权均无偿，不可有偿设立。有学者也通过研读民法典草案认为，立法机关的意图在于肯定居住权是以自然人的“生活居住”为要旨，不宜将居住权功能扩展至“投资性”功能。然而，我国《民法典》最终规定，设立居住权原则上无偿，但也可通过约定有偿设立。这便为居住权的商业化包括投资功能的实现预留了拓展的窗口。以有偿模式设立的居住权，因设立居住权的主体间存在对价关系，故可将此模式称为商业化居住权或居住权的商业化利用。

在居住权的商业化模式中，最常见的形态是“售后回居”。在此模式下，房屋所有权人通过出售方式将房屋所有权转移给买受人，但同时在该房屋上为自己或其他特定人设立居住权。对该房屋的居住权既可及于整套或整幢房屋，也可仅及于房屋中的一部分。此种模式古也有之，即役权（实际上是用益权）也可以在转让所有权时加以提取，即保留给先前的所有人，人们称此为通过扣除加以设立。通过此途径，房屋所有权人既可获得大额的出售房款以满足自己养老生活等需求，也能让自己稳定居住房屋的权利能得到物权制度的保护，即使此房屋的所有权经多轮转让也不受排斥。在涉居住权房屋因当事人发生纠纷而进入执行程序时，也会因该房屋上存在居住权而让其变价金额大受影响。在执行标的物为涉居住权房屋时，该房屋上存在的权利负担将会导致该房屋被“带居拍卖”，新的房屋受让人因需继续承担居住权而得容忍居住权人在该房屋内继续居住。由此，在所设立的居住权期间内，通常是居住权人死亡前，居住权人的生活居住便得到充分的保障。作为房屋的买受人，其以相对低廉的价格获得房屋的所有权，甚至也可获得与居住权人共同使用该房屋的权利。在居住权到期后，买受人获得该房屋的完整所有权。

在“售后回居”模式中，对投资者而言，购买此类房屋并非会因居住权的存在而影响其投资价值。从资金的投入来看，购买此类房屋的价金明显低于市价，需缴纳的税费也应低于其他未设置有居住权的房屋买卖所需缴纳的税费，但买受人获得的仍然是全房屋的所有权。从长远来看，随着社会的稳定发展，不动产的增值是基本趋势，而随着居住权人年岁的增长，买受人对房屋所有权的完整权能也愈发接近。只要居住权人对居住房屋进行正常的管理使用及维护，自能保证该房屋会长期处于适宜居住的良好状态，这既维持且保证了房屋的增值，更减轻了投资人对房屋的管理负担。当居住权消灭时，买受人便获得所有权的完整权能。在生活中，有人将此模式称为售后回租，此称谓甚不恰当，不能正确概括其主体间的法律关系，更易让人误以为居住权人之所以享有使用房屋的权利是因为其与房屋买受人即新所有权人之间存在的是租赁的债权债务关系，而非物权关系，故将此类模式称为“售后回居”为宜。当然，基于我国刚规定的居住权制度还不甚健全，此种模式也只能算是为满足社会多样化投资需求的商业化居住权的最基本形态。

此模式最能与国家其他养老保障制度协同配合，在老龄社会中发挥其特定价值，以满足部分人以房养老的急迫需要。它不仅较适宜于老龄社会中用以解决老有所养时仍存在的居住问题，还特别适宜于自然人因年老后经济收入下降、养老生活及医疗开支不断增加或遇经济衰退等原因而导致生活及医疗难以得到保障的老人。房屋的买受人既可是需房居住但购买能力有限的人，也可是从事金融投资的个人甚至国家。而且，此模式还可用于解决我国国管公房当前面临的问题，并

与其他途径一起以多渠道的方式健全我国的住房保障制度。目前，我国各地都在大力加快发展保障性租赁住房建设，然而，无论是廉租房还是公租房，对房屋的管理与使用都存在系列问题，居者更是担心自己长久居住的权利能否得到保障。为此，可以通过在国管公房上以有偿的形式为达到条件的申请者设立居住权，以解决其生活居住问题，让其安心，真正从根本上解决居住者的顾虑，让保障性住房真正全面发挥其保障功能，以实现“让全体人民住有所居”的目标。

（二）需明确的规则

正是居住权制度独有的特征及价值决定着其经由多年发展仍然存续，而充分发挥其特有的用益物权功能更能促使其与我国的其他政策一道共同保障特定群体的生活居住利益。也正是基于此，我国立法机关一改过往对居住权不予规定的情形，在《民法典》中对之作出了与传统居住权规则不完全相同的规定。欲使《民法典》中原则性的居住权规则成为民众设立居住权时可遵循的具体规定，同时也便于裁判机关裁判相关纠纷时有统一的具体规则作为凭据，以保障特定人享有的居住权，以《民法典》第十四章共 6 条的规定为基础，还需进一步明确以下规则。

1. 居住权的设立

居住权从其发端开始，便是只为满足特定自然人生活居住需要而设立的用益物权，其权利主体非法人或其他组织。由于居住权既能以整幢房屋为对象来设立，也能以其中的某一间房屋为对象来设立，故会出现“一屋多权”的居住权设立模式，这与一物一权的所有权原则并不冲突。

从居住权的设立原因来看，房屋所有权人设立居住权的有效方式可以是合同或者遗嘱，但设立原因的不同并不会导致权利人享有的居住权存在差异。就设立方式而言，除合法有效的口头遗嘱会产生以口头方式设立居住权外，设立居住权均需采用书面形式。设立居住权时，设立人必须明确表明居住权享有者的姓名及其可居住房屋与居住期限等内容。如果遗嘱人设立居住权时附有条件，只要所附条件不违反禁止性规定就应得到法律保护。即使遗嘱人要求居住权人向房屋继承人支付适当的金钱也应允许，此时，是否接受此类遗嘱并支付相应金钱便成为居住权人的选择权由被设立居住权的人享有，这实际属于居住权有偿设立的情形。遗嘱人设立居住权时，如果未留下必留份给法定继承人，则遗嘱人所设立的居住权的享有者的权利将会受到影响。除此之外，继承人或受遗赠人就其所继承或受遗赠的居住权缴纳税款或清偿债务自也应当。

除以意定方式设立居住权外，对能否以法院裁判或仲裁文书设立居住权，《民法典》对之未作规定。然而，在最高人民法院于 2024 年发布的《民法典婚姻家庭编司法解释（征求意见稿）》中明确规定，法院可根据经济困难且无房居住者的请求，“通过判决设立一定期限的居住权”，以此作为离婚经济帮助的处理办法。笔者建议裁判者作此类裁判时，在遇到需要房屋所有人与居住权人同住一套房的情形时，应持谨慎的态度。在过往的司法实践中，也的确存在以裁判方式为当事人设立居住权的情形。然而，离婚诉讼往往是因夫妻间矛盾激化到不愿生活在一起，连协议离婚都不可能的情形下才向法院提出，此时如再让二人共同居住在同一屋檐下，更容易导致矛盾的激化而不利于社会的稳定。当然，在诉讼调解过程中，经法院调解后如果当事人自愿以设立居住权来解决相互之间的争议，应当允许。如果当事人不愿意设立居住权，法院应尽量另寻其他途径对离婚时处于经济困难无房居住的一方予以帮助，以解决争议，不建议以裁判的方式强制设立居住权。

2. 居住权的生效

依《民法典》规定，居住权自登记时设立。故如果当事人之间以合同设立居住权而不去申请办理居住权登记，那么在申请办理完居住权登记之前，在相关房屋上并不会产生居住权的物权负担，

而当事人之间至多也仅有债权性质的房屋使用关系，合同约定的居住权的享有者也并不会享有物权性质的居住权。

在通过遗嘱设立居住权的情形中，基于我国以宣示主义确定继承人取得遗产的时间为继承开始之时，故继承人在被继承人死亡时即已取得居住权。如果遗嘱人在遗嘱中已为他人在其房屋上设立居住权，房屋继承人就需承受此居住权对其所继承房屋所有权形成的限制，而不能以该居住权未经登记为由主张无效，且继承开始时居住权同步生效。然而，为全面保护居住权人的居住利益，避免第三人购买房屋时因对居住权的存在不知情而利益受到损害，更为避免产生权属争议，居住权如果因遗嘱而产生，那遗嘱生效后，有权享有居住权的继承人有必要在规定的合理期限内持遗嘱等相关凭据去申请办理居住权登记，房屋的继承人对办理居住权登记手续负有配合的义务，其他任何人员均不得阻碍其合法申请办理登记。此类居住权若想产生对抗善意第三人的效果，就需得办理完登记手续。此时的居住权登记仅起强化物权公示效力的功能，而并非是居住权这一物权设立的要件。然而，就受遗赠人何时获得居住权的问题，却并非不无疑问。如果依《物权法》第29 条所采取的遗赠可直接导致物权变动的“遗赠物权变动效力说”，受遗赠人自当于继承开始时就取得居住权。然而，由于《物权法》的该条规定并未被《民法典》所沿用，故受遗赠人何时取得居住权的规定便缺失。对此，笔者建议将通过遗赠取得居住权的时间作与继承取得居住权同一解释，即基于遗赠取得居住权的，自继承开始时发生效力。

3. 行使居住权的行为禁止

从居住权的发端开始，其设立便是为满足特定自然人的生活居住需求，故如果发生居住权人转让居住权的情形，这说明其已不再具有对居住权的客观需求；如果其死亡，居住权更是无任何存在的必要与可能。正是基于此，法律禁止居住权的转让与继承。就设立有居住权的房屋所有权而言，法律并不禁止转让，但由于居住权本就为保障无房居住人的生活需求而设立，故居住权的设立自也对房屋所有人行使所有权构成一定程度的限制，房屋所有权人对其房屋予以处置的权利将直接受到居住权存在的影响。新买受人欲取得房屋的所有权，就必须接受房屋上在先设立的居住权，故取得房屋所有权的新买受人在居住权的存续期间内得允许居住权人对该房屋已设立居住权的部分行使占有、使用等相关权利，此等所有权与使用权在一定期限内必须分离的状态在一定程度上自会对此类房屋的交易形成一定阻碍而减少其交易量。

就居住权设立是否无偿与设立居住权的住宅可否出租问题，从居住权的发展及各国与各地区立法来观察，无偿设立居住权及禁止出租已设立居住权的住宅是通例。但我国在将无偿规定为原则后，又允许将有偿作为例外，且将能否出租也做出同类规定。这实际则采取优帝一世时的作法，即享受此项利益的人可以把标的物出租给他人。虽然我国《民法典》已规定当事人有权约定居住权设立是否有偿以及设立居住权的住宅是否可出租，但总体而言，对此类处分行为应严格限制。基于居住权具有一定的人身属性和明确的目的特性，为满足生活基本居住需求而创设的权利自当排斥使用人以之牟利或转让，故妥当合理的作法应该是，有偿设立居住权的住宅才应允许出租，无偿设立居住权的住宅应禁止出租。此外，还应防止居住权人滥用居住权，即当居住权人滥用居住权时，应丧失居住权。

4. 物权追及效力的适用

根据物权所具有的追及效力，当物权客体灭失后有替代物的，权利人对该物权客体的权利将及于该物权客体的替代物。在民事主体对物享有用益物权时，用益物权客体消灭而有替代物，用益物权人对之享有的权利自当也可延伸至该替代物上。因此，在设立居住权的房屋因征收、置换或

被损毁后以其他房屋回迁或足额替代赔偿时，居住权人对替代房屋仍应享有居住权。在替代物为金钱赔偿款时，原居住权人对之也应享有一定的权利方为妥当。

5.房屋管理与维护义务

根据居住权的相关规则，居住权人在居住权存续期间对房屋享有占有、使用等与满足生活居住需求相关的权利。《民法典》虽未明确规定居住权人对所居房屋享有相关权利时负有何种对应性义务，但基于权利人对房屋的占有与使用，其自当承担对所居房屋的管理与维护义务，以确保该房屋在居住权期满时仍处于可居住的状态。同时，此类房屋使用权在一定期限内必须与所有权人分离的状态在一定程度上自会对此类房屋的交易形成一定阻碍而减少其交易量，房屋所有权人对此类房屋的转让、抵押等权利也将直接受到居住权存在的影响。

因篇幅限制，已省略注释及参考文献。

原文详见《河北法学》2025 年第 1 期。

审核：马章民

编辑：牛萌

排版：牛萌

曾皓：家庭教育指导令规范适用论

原创：2024-12-19　民间法编辑部　曾皓

https://mp.weixin.qq.com/s/oyhCs-OQpayJqj9dkWkAsw

家庭教育指导令规范适用论

——兼评《关于开展家庭教育指导工作的意见》的相关规定

作者简介：

曾皓，法学博士，湖南师范大学法学院校聘教授，硕士生导师。

摘要：对未成年人的父母或其他监护人签发家庭教育指导令，是人民法院基于国家亲权原则，依法对因家庭监护失职而权益受损害的未成年人所实施的特殊保护。制发家庭教育指导令，是国家将公权力延伸至家庭自治私领域的重要手段。只有在符合适用要件的情形下，人民法院才可以采用职权主义与当事人主义制发家庭教育指导令。家庭教育指导令应当包含责令理由、适用对象、实施举措、法律后果、程序救济等应然内容。有效执行家庭教育指导令，是矫治不良家庭教育行为，开展未成年人权益保障与犯罪预防的关键环节。这需要人民法院综合施策，建立诸多配套措施。

关键词　《家庭教育促进法》　《关于开展家庭教育指导工作的意见》　家庭教育指导令　儿童利益最大化

自《中华人民共和国家庭教育促进法》（下文简称《家庭教育促进法》）于 2022 年元旦施行后，全国各地人民法院迅速依据该法相关法条，向违反家庭教育主体责任的未成年人的父母或其他监护人，发出责令其接受人民法院强制性家庭教育指导的法律文书。据最高人民法院（下文简称“最高法”）统计，截至 2022 年底，此类法律文书已达 10308 份。不过，由于缺少法律规范，全国各地法院在司法实践中签发的上述法律文书，在名称、形式、内容、适用情形、法律后果和执行方式等方面均是各行其是。为准确适用法律，规范人民法院开展家庭教育指导工作，最高法与全国妇联于 2023 年 5 月 30 日联合发布《关于开展家庭教育指导工作的意见》（下文简称《意见》）。《意见》将此类法律文书定名为“家庭教育指导令”，制定了家庭教育指导令模版，并对家庭教育指导令的签发做了一些原则性的规定。但是，无论《家

庭教育促进法》还是《意见》，对家庭教育指导令的适用要件、法律后果等实体问题，以及家庭教育指导令的签发程序、实施机制等程序问题，都没有予以明确规定。本文拟从法院角度对家庭教育指导令的司法适用问题作些浅显的探究，以期能为人民法院签发、执行家庭教育指导令提供些许理论支持，并求教各位方家。

一、家庭教育指导令的制发依据

我国的公安机关、人民检察院、人民法院都曾经依据相关法律法规，向未成年人的父母或者其他监护人发出“家庭教育指导令”，督促履行监护责任、关注孩子身心健康。虽然公检法三机关签发的“家庭教育指导令”在名称与功能上相似，但它们在性质、形式、内容、适用情形、执行等方面均不相同。本文所说的家庭教育指导令，特指人民法院依据《家庭教育促进法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》（下文简称《预防未成年人犯罪法》）《中华人民共和国未成年人保护法》（下文简称《未成年人保护法》）以及《意见》等法律法规及规范性文件，责令未依法履行监护职责的未成年人的父母或其他监护人，接受法院组织或实施的强制性家庭教育指导的命令性禁制令。研究家庭教育指导令的司法适用，首先就必须明确人民法院制发该司法令状的法律依据与法理基础。

（一）人民法院制发家庭教育指导令的法律依据

1. 宪法依据。人民法院制发家庭教育指导令，属于国家公权力介入家庭教育的“国家干预”。这一干预有其宪法上的法律依据。

依据《中华人民共和国宪法》（下文简称《宪法》）第 49 条第 3 款，抚养、教育未成年子女，是父母的义务。由此可知，父母对子女实施家庭教育，不仅是民法上亲权的内容，还具有公法的性质。质言之，父母履行其家庭教育主体责任，既是父母对未成年子女的义务，也是父母对国家的义务。所以，国家既有权力监督父母履行这一义务，也有义务保护未成年人在接受家庭教育时免受父母或者其他监护人的侵害（《宪法》第 49 条第 1 款）、免受虐待（《宪法》第 49 条第 4 款）。并且，如果父母怠于、拒绝履行或者不当履行这一对国家的义务，国家就将使其承担公法上的不利法律后果。人民法院向监护失职、监护侵害的父母制发家庭教育指导令，正是实现这一宪法上法律责任的司法举措。

此外，依照《宪法》第 46 条，受教育权属于公民的基本权利。在教育的谱系中，国家基于“国家的教育职责”拥有国家教育权，父母或者其他监护人基于亲权/监护权拥有家庭教育权。对 18 岁以下的公民而言，接受教育既包括接受国家所组织的学校教育，也包括接受其父母或者其他监护人所实施的家庭教育。所以，接受家庭教育的权利与接受学校教育的权利一样，同属于未成年人的受教育权之固有内容。由于公民的基本权利对应的是国家的保护义务和给付义务，所以，倘若父母或者其他监护人怠于或不履行家庭教育主体责任，或者滥用、不当行使家庭教育权，侵害未成年子女的合法权益，国家就有权介入家庭教育，制止、惩戒、矫治父母的不良或不当家庭教育行为，对未成年人进行司法救济。与此同时，国家还有义务对家庭教育提供指导、支持和服务，确保未成年人接受良好家庭教育的权利得以实现。而法院制发家庭教育指导令，正是国家履行对未成年人的受教育权的保护义务与给付义务的表现形式。综上，人民法院制发家庭教育指导令，有其宪法依据。

2. 家庭教育促进法等法律依据。由于《家庭教育促进法》第 49 条、《未成年人保护法》第 118 条与《预防未成年人犯罪法》第 61 条，赋予人民法院等司法机关对监护失职或监护侵害的监护人进行训诫，以及责令其接受家庭教育指导的权力；且“训诫＋责令接受家庭教育指导”与“家庭教育指导令”，具有内容与形式的关系。因此，上述

法条可以作为法院制发家庭教育指导令的法律依据。我国各地法院在家庭教育指导令中，也大多注明是依据上述法条制发该司法令状的。

然而，家庭教育促进法等法律，并未明确规定人民法院究竟应采用何种司法举措来行使这一笼统的司法权力。虽然上述三个法条都赋予了法院等司法机关干预家庭教育的两项权力：训诫权与责令权；但这并不意味着法院就能向当事人制发家庭教育指导令。因为，家庭教育指导令并不是通知类法律文书，在长沙市天心区人民法院签发首份家庭教育指导令之前，该文书从未现身于我国实体性或程序性的法律法规，也从未在我国司法实践中出现过。而依据司法法治原则，人民法院制发家庭教育指导令，必须有明确而具体的制定法依据。因此，从严格的法律实证主义角度而言，在《意见》颁行前，家庭教育指导令处于“于法无据”的状态。可以说，家庭教育指导令的“横空出世”，是人民法院在司法实践中为了推动《家庭教育促进法》所规定的法律责任落实落地，并对不良、不当或不法的家庭教育行为进行惩戒、约束与矫治，而进行能动司法探索或创新的成果。

3．司法解释性质的规范性文件依据。为了规范家庭教育指导令的司法适用，最高法制定、发布了《意见》。虽然《意见》既非成文法，也非司法解释；但是，根据 2012 年《人民法院公文处理办法》第 9 条第 6 款的规定，《意见》是最高法针对“准确适用家庭教育促进法等法律，规范各级法院开展家庭教育指导工作”这一“重要问题”，提出的“见解”和“处理办法”。《意见》对人民法院制发家庭教育指导令的条件、程序及其内容、执行等事项，作了明确而具体的规范性要求，具有填补“法律罅隙”，保障《家庭教育促进法》等法律中的法律责任条款得以正确适用，以及补充、发展与未成年人保护有关的少年法等司法解释功能。《意见》涉及家庭教育指导令签发的部分条款，还具有“假定、权利和义务规定、法律后果”的逻辑结构。因此，《意见》属于 2009 年《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第 6 条所说的，“可以作为法院裁判说理依据”，具有司法解释性质的“规范性文件”。对各级人民法院而言，《意见》既有强制约束力，又有普遍规范性。

而且，由于《家庭教育促进法》等法律并未明确规定家庭教育指导令制度，而《意见》又契合《宪法》《民法典》《未成年人保护法》等法律所确立的国家亲权原则、最有利未成年人原则等法律原则，符合《家庭教育促进法》等法律的立法目的。因此，根据 2018 年最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第 7 条，法官可以将《意见》直接援引为家庭教育指导令的裁判依据。所以，从这个角度上讲，《意见》属于法院“依法裁判”中的“法”，具有法律效力。总之，作为创设型、司法解释性的规范性文件，《意见》可以作为法院制发家庭教育指导令的法律依据。不过，需要特别指出的是，由于家庭教育指导令属于“限制人身自由的强制措施”，依据《立法法》第 11 条第 5 款的规定，国家还是有必要参照“人身安全保护令”“人格权禁令”的立法模式，在将来修订《未成年人保护法》《家庭教育促进法》之际，将该司法令状“入法”，然后制定贯彻实施家庭教育指导令制度的配套规范性法律文件。

综上所述，《宪法》第 46、49 条，《家庭教育促进法》第 49 条、《未成年人保护法》第 118 条与《预防未成年人犯罪法》第 61 条，以及《意见》的相关规定，是我国法院签发家庭教育指导令的法律依据。

（二）人民法院制发家庭教育指导令的法理基础

人民法院制发家庭教育指导令，不但有明确的实在法依据，还具有坚实的法理基础。

1．国家亲权理论。国家亲权理论源自英国普通法。该理论认为，国家是所有需要照顾和保护的未成年人的“拟制父母”，国家有权以保护未

成年人的利益为由干预家庭生活，帮助、指导甚至是取代失职、不称职或者无法履职的亲生父母，对其未成年子女行使监护职责，以保护和促进未成年人的利益、安全和福利。十九世纪末，随着少年法庭的兴起，国家亲权理论逐渐被奉为西方国家少年法对未成年人实施特别、优先保护的理论根源或指导原则。新中国成立后，国家亲权理论也被引入我国宪法、民法及未成年人保护法之中。2020 新修订的《未成年人保护法》第 7 条还将国家亲权原则规定为该法的基本原则，明文规定国家应当“指导、支持、帮助和监督”未成年人的监护人行使其监护职责。《家庭教育促进法》第 49 条、《未成年人保护法》第 118 条与《预防未成年人犯罪法》第 61 条，也以国家亲权理论为理论基础。因此，法院依据上述法条向相关当事人制发家庭教育指导令，这表明国家亲权理论同样是家庭教育指导令的理论依据与法理基础。

父母或者其他监护人能否依法、科学地履行监护职责，关乎未成年人能否成长成才，影响国家与民族的繁荣昌盛。因此，家庭教育既是“家事”也是“国事”。如人民法院等司法机关在审理未成年人案件的过程中，发现父母或者其他监护人存在监护失职、监护缺失、监护侵害等情形，法院就有权基于国家亲权理论，以未成年人的“国家监护人”的身份，介入对未成年人的家庭教育，依法向其父母或者其他监护人发出家庭教育指导令，保障未成年人的生存与发展。不过，还需要指出，家庭教育指导令并不是对亲权或者家庭伦理制度的否定，其实质恰恰是尊重与重视家庭和家庭教育对未成年人的重要作用。在未成年人父母或其他监护人失职的情况下，人民法院制发家庭教育指导令，责令未成年人父母或其他监护人依法正确履行对未成年人的监护职责，是矫治家庭教育机制失灵的有力司法举措，也是对“家庭自治”损害最小的国家干预。

2. 最有利于未成年人原则。最有利于未成年人原则，是儿童利益最大化原则在中国国内法中的本土化表述，它是指国家在处理一切涉及未成年人的事务、工作时，承认未成年人的权利主体地位，尊重未成年人的参与权与表达权，给予未成年人优先、特殊保护，并最终实现未成年人的利益最大化。制发家庭教育指导令，既是人民法院贯彻落实最有利于未成年人原则的司法举措，也是最有利于未成年人原则在司法领域的生动体现。

由于未成年人是无民事行为能力人或限制民事行为人，其请求父母或其他监护人履行监护义务的请求权、停止滥用亲权或监护权的请求权以及请求剥夺父母亲权或其他监护人监护权的形成诉权等权利，需要法定代理人代为主张或行使。而作为未成年人法定代理人的父母或其他监护人，在此时则成了未成年人身份权或人格权之请求权所指向的对方。为了对因家庭教育失灵、失范而权益受损害或处于困境的未成年人实施特殊、优先保护，法院自然有权依据最有利于未成年人原则，通过制发家庭教育指导令，对未成年人进行司法救济。并且，法院制发家庭教育指导令，依法制止、纠正父母或者其他监护人监护失职、监护侵害等不法行为，督促父母或者其他监护人为未成年人提供良好的家庭环境，是以实现未成年人的最大利益或最佳利益为目的。综上所述，家庭教育指导令是人民法院基于最有利于未成年人原则，对儿童权利保护的重大创新。

二、家庭教育指导令的适用要件

虽然国家对家庭教育的干预有正当性与合法性，但家庭教育毕竟属于私领域。我国《宪法》及《民法典》都明文规定要“保障家庭自治”。另外，从《家庭教育促进法》的框架内容、立法理念及制定过程而言，国家机关的家庭教育指导，应以引导、帮助为主，强制、惩罚为辅。因此，只有在符合特定条件与限度的情形下，人民法院才能制发家庭教育指导令。《意见》第 4 条明确了家庭教育指导令的适用情形。依据《意见》第 4 条，

家庭教育指导令的适用要件包括：第一，未成年人的监护人不依法实施家庭教育；第二，监护人的监护失职或监护侵害行为损害了未成年人的合法权益；第三，未成年人的监护人拒绝履行接受家庭教育指导的法律义务，或者接受家庭教育指导后仍不改正其不当的或违法的家庭教育行为。

（一）未成年人监护人不依法实施家庭教育

《意见》第 4 条第 2 款确定了，人民法院制发家庭教育指导令的三种情形：其一，未成年人的父母或其他监护人实施了《未成年人保护法》第 17 条规定的“监护中禁止性行为”，及《家庭教育促进法》第 23 条规定的“家庭教育中禁止性行为”；违反了《未成年人保护法》第 24 条规定的“父母离婚对未成年子女的义务”，及《家庭教育促进法》第 20 条规定的“父母分居或离异时的家庭教育责任”。其二，未成年人存在严重的罪错行为。其三，未成年人的父母或其他监护人实施侵害未成年人合法权益的其他不法家庭教育行为。然而，《未成年人保护法》第 17 条第 8-10 款所规定的三种“监护中的禁止性行为”，并不属于不法的家庭教育行为。对于上述监护侵害行为，可适用强制司法亲职教育来对未成年人的父母或其他监护人进行矫治，而不宜对其制发家庭教育指导令。另外，倘若未成年人实施严重罪错行为，并非由其父母或其他监护人的不良或不当家庭教育行为引起的，也不宜不分青红皂白地制发家庭教育指导令。因此，只能将家庭教育指导令作为制止、惩戒及矫治不良、不当或者不正确家庭教育行为的司法手段。进言之，应将家庭教育指导令的适用范围，限制在“矫治不良或不当家庭教育行为”。不正确实施家庭教育，既包括当事人以作为的方式对未成年人实施家庭暴力，强迫、诱导、唆使、放纵及利用未成年人实施各种违法违规及不道德的行为；也包括当事人以不作为的方式怠于、拒绝履行监护职责，亦即“生而不教、监而不管”行为。

此外，向当事人制发家庭教育指导令还要求：父母或其他监护人所实施的严重损害未成年人身心健康的家庭教育行为，不属于 2014 年最高法、最高检等部门联合颁发的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第 40 条第 2 款所规定的，需永久撤销其监护人资格的三种故意犯罪行为：第一，对未成年人实施性侵犯；第二，对未成年人进行暴力殴打、虐待、遗弃达 6 个月以上，或多次遗弃未成年人，且造成重伤以上的严重后果；第三，实施被判处 5 年有期徒刑以上刑罚的监护侵害行为。因为，只要监护人实施上述故意犯罪，人民法院就不得判决恢复其监护人资格，此时再向他们发出家庭教育指导令已无必要。但如果未成年人的父母或其他监护人的不法家庭教育行为，只是达到了我国《民法典》第 36 条所规定的，人民法院可以暂时撤销其监护人资格的严重程度，人民法院仍需向其发出家庭教育指导令。因为，依据我国《民法典》第 38 条，人民法院在具备一定条件下可以视情况恢复其监护人资格。

（二）违法的家庭教育损害了未成年人的合法权益

家庭教育属于“家庭自治”的私领域，唯有在父母或其他监护人的不法亲权或监护侵害行为达到相当的严重程度，以至于未成年人的人身、财产权益持续遭受实质侵害或有被侵害的现实危险，或者致使未成年人存在严重不良行为或实施犯罪行为，国家始得根据法律规定向未成年人的父母或其他监护人发出家庭教育指导令，强制其接受家庭教育指导。

1. “侵害未成年人合法权益”的判断。依据《家庭教育促进法》第 49 条等法条，“侵害未成年人合法权益”是指：父母或其他监护人不依法履行家庭教育责任或监护职责，侵害了未成年人在家庭中的人身权益，如生命权、身体权、健康权、尊严权、发展权、精神利益与身份利益，并致使其

人格利益、身份利益受到难以弥补的损害，或者面临遭受难以弥补的损害的紧迫危险。比如，父母的“棍棒教育”侵害子女的人身权，导致未成年人遭受难以磨灭的身心损害；父母或其他监护人怠于、拒绝实施家庭教育，或者指使、纵容未成年人犯罪，侵害未成年人的发展权、受抚养权、在家庭中生活的权利、受教育权、与父母交往权、受保护权等，导致未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者致使未成年人有实施严重罪错行为之虞。

2.“不法家庭教育行为”与“未成年人合法权益受损”之间存在客观的因果关系。法院向相关当事人制发家庭教育指导令，属于父母或其他监护人应依法承担的法律责任的实现形式。该法律责任由父母或者其他监护人侵犯其未成年人作为家庭成员的人身权益，以及违反其对国家的义务而引发，并同时具有私法与公法性质。因此，人民法院向当事人制发家庭教育指导令，强制其承担相应的法律责任，必然要求存在监护人的“不法家庭教育行为”导致“未成年人合法权益受损”之因果关系。

父母或其他监护人实施“棍棒教育”“打骂教育”，或者不依法履行监护职责，在不同程度上都会导致未成年人身心受损，其中的因果关系较为简单，容易判断。所以，只要有证据证明，父母或其他监护人以进行家庭教育为名对未成年人实施了家庭暴力，或者疏于对未成年人进行管教，人民法院就可以在符合法定的发令情形下，向其签发家庭教育指导令。

但是，人民法院不能仅凭未成年人犯有严重罪错行为，就向父母或者其他监护人发出家庭教育指导令，对其进行惩戒、矫治。因为，依据犯罪学及心理学理论，“不当或不良的家庭教育”只是“未成年人犯有罪错行为”的充分但不必要的条件；不能仅凭存在“未成年人犯有严重罪错行为”这个结果，就推导出存在“其父母或其他监护人一定实施了不法家庭教育行为”这个原因。在现实中，一些家教良好的未成年人同样会违法犯罪，一些出生不良家庭结构或不良家庭教养关系的留守儿童或困境儿童也可能品学兼优。因此，《家庭教育促进法》第 49 条及《意见》第 4 条——人民法院仅凭未成年人是“问题少年”，就断定其父母是“问题家长”，并因此向其发出家庭教育指导令——存在较大的法律漏洞。人民法院应当按照我国《预防未成年人犯罪法》第 61 条，在确定“家长的家庭教育”与“未成年人行为出现偏差”之间存在客观的因果关系之后，人民法院才能训诫未成年人的父母或其他监护人，并要求其接受家庭教育指导。但在实践中，并不容易确定“不良或不当家庭教育行为”与“未成年人实施严重罪错行为”之间的因果关系。对此，我们可以适用相当因果关系理论，来判断“不良或不当家庭教育行为”与“未成年人实施严重罪错行为”之间是否存在因果关系。具体而言，就是以未成年人的父母或其他监护人实施家庭教育那段时期内的一般社会经验和智识水平作为判断标准，只要该不法行为有引起“未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为”这一损害结果的可能性，并且在实际上该家庭教育行为也确实引起了上述的损害结果，便可以认定两者之间存在因果关系。

（三）未成年人的父母或其他监护人拒不接受法院的家庭教育指导

通过对《意见》第 4 条进行规范分析，我们可以发现：存在“未成年人的监护人怠于、拒绝或者不当履行监护责任，侵害未成年人合法权益；未成年人实施严重罪错行为”等几种情形，是该规范的“假定”部分；“对未成年人的监护人进行训诫，并责令其接受家庭教育指导”是该规范的“权利和义务规定”部分；该规范的“法律后果”部分为：如未成年人的监护人拒绝接受法院的家庭教育指导，或者在接受家庭教育指导后仍不改正其错误的家庭教育行为，人民法院将依法

认定并强制执行法律责任，即向其制发家庭教育指导令，责令其强制履行接受法院家庭教育指导的特殊义务。通过上述逻辑推理及规范分析可知，人民法院在涉及未成年人的案件审理过程中，或者经家事调查后，发现未成年人的父母或者其他监护人存在《意见》第 4 条所设定的“假定”的情形，应向未成年人的父母或者其他监护人发出“接受家庭教育指导告知书”，责令其携带身份证明，按告知书要求在指定的时间到指定的地点，接受家庭教育指导。如果未成年人的监护人履行了该义务，就根本不存在向其发令的问题；而如果其拒绝履行该义务，人民法院就可以依据《意见》第 4 条第 2 款，向其发出家庭教育指导令，强制其接受法院家庭教育指导，否则将对其实施相应的法律制裁。

综上，依据《意见》第 4 条第 2 款规定，在符合前文所述“责令指导情形”下，当事人拒不接受人民法院的家庭教育指导，或者在接受家庭教育指导后仍不改变其错误的家庭教育行为，是人民法院制发家庭教育指导令的前置条件。

三、家庭教育指导令的应然内容

家庭教育指导令是一个新生事物。《意见》第 13 条只是粗略规定，家庭教育指导令应当载明责令理由及对当事人进行家庭教育指导的时间和地点等。为更好地保障未成年人的合法权益及预防未成年人犯罪，我们还必要在此基础上进一步完善充实家庭教育指导令的内容。由于我国的“家庭教育指导”大致等同于狭义的“亲职教育”，我们可以借鉴四川、上海、北京、浙江、重庆等地的人民检察院近年来在探索司法强制亲职教育方面所积累的经验教训，并参照英国、美国、澳大利亚等外国的强制亲职教育制度，确定我国家庭教育指导令的应然内容。

（一）明确家庭教育指导令的适用对象

《家庭教育促进法》第 14 条规定，对未成年人实施家庭教育的主体责任，由其父母或其他监护人承担；共同生活且具有完全民事行为能力的其他家庭成员，只有协助和配合监护人实施家庭教育的权利义务。因此，家庭教育指导令的适用对象应仅限定为未成年人的父母或其他监护人。

未成年人的父母实际上就是亲权人，其包括：（1）婚生子女的父母，但依法被撤销监护人资格者除外。依据我国《民法典》第 1084 条规定，父母离婚后，不与未成年子女一起生活的父亲或母亲对其仍有抚养、教育的权利和义务。因此，父母任何一方的监护人资格只要未被依法撤销，父母双方仍是家庭教育指导令的适用对象。（2）非婚生子女的母亲。（3）养子女的养父母。由于养子女的生父母的亲权已因收养关系成立而被解除，因此，在存在收养关系的家庭中，家庭教育指导令的适用对象是养子女的养父母，而不是其生父母。（4）继子女的继父母。依据我国《民法典》第 1072 条规定，如果未成年继子女与继母或继父形成了抚养教育关系，他们之间的权利义务关系就适用《民法典》关于父母子女关系的有关规定，故在此情形下其继母或继父也应当是家庭教育指导令的适用对象。

依据我国《民法典》第 27 条，“其他监护人”是指，在未成年人的父母已经死亡或无法履行监护职责的情形下，未成年人的其他近亲属及个人或组织。监护是亲权的延伸和补充，当亲权人在法律上或事实上不能行使亲权，为了避免被监护人的权益受到重大损害、被监护人处于危困状态，我国民法规定应由其他监护人来履行监护职责。因此，在符合适用条件的情形下，人民法院同样可以向未成年人的其他监护人制发家庭教育指导令。至于我国《未成年人保护法》第 22 条所规定的“委托照护人”，则不在“其他监护人”范围之列。因为，即便存在委托照护，未成年人的父母或其他监护人的亲权人或监护人身份并未因此发生改变；委托照护人虽有对留守儿童或困境儿童

进行管理、教育、保护的职责，但其不承担对未成年人的家庭教育主体责任。所以，对于被委托人不依法履行家庭教育责任的，只能依据《家庭教育促进法》第 48 条，由未成年人住所地的居委会、村委会、妇联等组织，对其进行批评教育、劝诫制止，必要时督促其接受家庭教育指导；而不能对其滥发家庭教育指导令。

（二）阐明发出家庭教育指导令的责令理由

人民法院制发家庭教育指导令，是为了制止、矫治未成年人的父母或其他监护人的不良或不当家庭教育行为，让未成年人在家庭中已经遭受侵害的人身关系得到恢复和补救。因此，让未成年人的父母或其他监护人自觉自愿地接受人民法院的家庭教育指导，是实现家庭教育指导令目的与功能的关键。而我国传统家庭教育观讲究的是，父母对子女的绝对权威、子女对父母的绝对服从。这与西方现代亲子法中的“父母责任”“父母照护”理念格格不入。为解开接受强制家庭教育指导的未成年人的父母或其他监护人的“心结”，破除他们陈腐、错误的家庭教育观念，承办法官在家庭教育指导令中阐明发令的理由与依据，就显得至关重要。

首先，人民法院应当在家庭教育指导令中阐明，依据我国《宪法》《民法典》《未成年人保护法》等法律法规，未成年人虽然弱小，需要父母或其他监护人抚养、照顾方能生活、成长，但他们是拥有独立法律人格的法律主体，不是受父母或其他监护人支配的“物”。父母或其他监护人不得对未成年人采取侵犯或侮辱人格的家庭教育措施。其次，人民法院应当在家庭教育指导令中指出，自近代以来，“子女本位”已经取代“父母本位”，成为了亲子法的立法理念与基本原则。我国《宪法》将父母的家庭教育义务界定为其对国家及对子女的义务，我国《民法典》也将父母或其他监护人对未成年人的人身照护权与财产照护权规定为“义务权”，这意味着：父母或其他监护人必须依法履行监护职责，不得滥用，也不得抛弃。我国《未成年人保护法》《家庭教育促进法》还通过列举的方式，规定了父母或其他监护人家庭教育、监护职责的内容及禁止性行为。因此，父母或其他监护人不得怠于、拒绝履行监护职责。最后，人民法院还应在家庭教育指导令中指出，依据国家亲权原则及儿童利益最大化原则，在父母或其他监护人监护失职或监护侵害的情形下，国家有权主动对处于弱势且无权亲自主张其身份权或人格权之请求权的未成年人进行司法救济——依据《家庭教育促进法》等法律法规及《意见》，对当事人制发家庭教育指导令，责令其接受强制家庭教育指导。总之，家庭教育指导令不但要载明人民法院发令的法律依据与法理基础，还应写明人民法院对未成年人的父母或其他监护人作出否定性评价的事实依据：监护人的监护失职行为对未成年人的合法权益造成了实际侵害，且拒绝接受人民法院的家庭教育指导，或者在接受指导后仍不依法履行其家庭教育主体责任或监护职责。

此外，为了提升家庭教育指导令的实效，在发令之前，承办法官应当充分调查了解、评估判断当事人存在的监护或者家庭教育问题；继而与其进行交流沟通，让其知悉家庭教育缺失或失范对未成年人的不利影响；并告知其子女或被监护人现在遇到问题，以及需要其共同参与解决该问题。这样做，既可以阐明人民法院制发家庭教育指导令的正当性理由，又能增强家庭教育指导令的可接受性。在送达家庭教育指导令时，法院工作人员还应当按照《意见》第 14 条规定，耐心、细致地向当事人做好法律释明工作；说服当事人接受并积极参与人民法院的家庭教育指导，实现家庭教育指导令的法律效果和社会效果的有机统一。同时，法官还应在家庭教育指导令中充分说理，向法院报告司法过程、责令理由，从而避免该决定被变更或撤销；并说服裁判同类案件的其他法官，以创制指导案例，统一裁判尺度。

（三）规定开展家庭教育指导的具体措施

1．规定家庭教育指导的主体。依据《意见》第 11 条，家庭教育指导既可以由人民法院组织实施，也可以引入专业机构、专业人员实施，还可以由人民法院委托专业机构、专业人员实施。对于因家庭教育主体责任意识不强，而导致监护失职或者家庭教育问题的父母或者其他监护人，最好由具备丰富的少年审判经验的法院工作人员，对其进行家庭教育指导，引导其改正错误的家庭教育观念，帮助其提升实施家庭教育的能力。对于因家庭教育能力欠缺而导致监护问题或者家庭教育失灵的家长，人民法院则可以依据《意见》第 11 条，委托县级以上人民政府确定的专业机构实施家庭教育指导。但为了保护接受家庭教育指导的人员的名誉、隐私、个人信息，人民法院应当依据《意见》第 16 条，要求受委托开展家庭教育指导的专业机构及其工作人员签署保密协议，明令其不得公开或者传播能够识别未成年人及其父母或者其他监护人的身份的各种信息。此外，人民法院还应当按照《意见》，跟踪、评估受委托机构对当事人开展家庭教育指导的实际效果。

总之，为保障家庭教育指导令能得以有效执行，应在人民法院的统一管理下，构建由法院牵头、妇联组织实施，以专业的家庭教育指导机构为主、街道社区和各级学校为辅，多层次、多样化的强制家庭教育指导主体。

2．规定家庭教育指导的时间。由于家庭教育观念的矫正、家庭教育行为的纠偏以及家庭教育能力的提升都需要周期，因此，家庭教育指导令应当明确规定未成年人的父母或者其他监护人接受家庭教育指导的时长、次数。英国的《犯罪与扰乱秩序法》规定，法院有权向每一名被定罪的少年犯的父母发出“亲职令”，责令其每周参加 1 次亲职教育咨询或指导会议，最长不超过 12 周。我国台湾地区的“少年事件处理法”也规定，触法未成年人的法定代理人或者监护人，应当接受 8-50 小时的“亲职教养辅导”；并规定如情节严重，将对未成年人的法定代理人或监护人连续处罚 3 次。在我国司法实践中，各地法院所发出的家庭教育指导令的时长大多是一年。

笔者认为，家庭教育指导令的有效期限不宜过长，且家庭教育指导的时长、频率和次数，应当与当事人不依法履行监护职责所造成的损害结果，以及未成年人罪错行为的严重程度成正比例。譬如，对于拒绝或怠于履行家庭教育主体责任的当事人，可以在家庭教育指导令中责令其连续 4 周、每周接受 1 次家庭教育指导。对于家庭教育能力较差的当事人，可以在家庭教育指导令中责令其连续 8 周、每周接受 1-2 次家庭教育指导。对于实施家庭暴力，指使、纵容未成年人违法犯罪，或者拒绝实施家庭教育，导致未成年人犯有严重罪错行为的当事人，可以在家庭教育指导令中责令其连续 24 周、每周接受 1-2 次家庭教育指导。人民法院每次开展的家庭教育指导时长不应低于 2 小时。特定时长、频次的家庭教育指导，能让未成年人的父母或者其他监护人形成类似于“肌肉记忆”一样的行为记忆，促使其错误行为得到有效矫治。此外，家庭教育指导令还应当明确，未成年人本人或者其他近亲属、相关单位，可以向作出家庭教育指导令的法院申请撤销、变更或者延长家庭教育指导的时长。

3．规定家庭教育指导的方式。家庭教育指导的实施方式可以多种多样，比如课程培训、咨询服务、访谈、讲座等。为了提高家庭教育指导的效果，人民法院可以考虑采用“静态＋动态”的混合式、多层次强制家庭教育指导方式。即，一方面，在家庭教育指导令中责令未成年人的父母或者其他监护人参加指定的家庭教育培训、讲座，并要求其自学法院指定的图书资料、家长手册等，最后统一对他们进行考试或考核。另一方面，在家庭教育指导令中指明，将由法院工作人员会同家庭教育指导专家，对未成年人及其父母或者其他监护人进行家庭访问、个别访谈、心理检测，了解

未成年人的身心健康情况、成长环境、家庭教育状况等因素，查明家庭教育存在的问题，并制定合适的家庭教育指导目标及实施方案；监督他们接受法院的家庭教育指导并接受反馈，解决家庭教育指导中存在的困难并适时作出调整；在强制家庭教育指导结束后对问题家庭进行回访，为家长的家庭教育进行评估并提供后续支持与指导。此外，为尽量减少未成年人的父母或其他监护人在异地工作生活等不利因素对家庭教育指导的负面影响，人民法院还可以利用新兴媒体技术，对未成年人的父母或者其他监护人开展线上家庭教育指导；搭建家庭教育指导网络平台或专业网站，要求受指导者自行上网接收、学习有关家庭教育的资讯、信息与知识，并聘请相关专家与他们开展在线互动、答疑等。

4. 规定家庭教育指导的内容。人民法院应当根据案件具体情况，从以下几个方面，有针对性地向当事人开展强制家庭教育指导：引导当事人树立正确的家庭教育意识，以健康的思想与品行来教育未成年人；引导当事人重视家庭教育规律，学习有效管理未成年人行为的方式方法，科学地实施家庭教育；引导当事人树立法律意识，增强法治观念，全面、正确履行监护职责，正确教育和引导未成年人遵纪守法，并对存在不良行为的未成年人采取适当措施以严加管教；引导当事人尊重未成年人的参与权与表达权，合理安排未成年人的学习、休息、娱乐和体育锻炼时间，防止未成年人沉溺于网络，主动参与家庭学校社会对未成年人的协同协调教育，等等。

（四）明确违反家庭教育指导令的法律后果

家庭教育指导令是具有强制力的司法令状。如当事人拒不履行家庭教育指导令所规定的义务，法院应依法对其施加法律制裁。这也是国外实施强制亲职教育的惯常做法。例如，英国《犯罪与扰乱秩序法》就规定，如少年罪犯的父母无正当理由，不按照亲职令的规定参与亲职咨询或指导课程，将会被处以不超过 1000 英镑的罚款。在《意见》公布前，我国一些地方的法院在家庭教育指导令中载明了义务人不履行或者违反家庭教育指导令应负的法律后果。如规定，将根据情节轻重，对当事人进行训诫、罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。当然，也有不少法院制发的家庭教育指导令，并未载明违反家庭教育指导令的法律责任。

没有法律责任追究作保障的家庭教育指导令，将沦为只有通知、说教意义的“一纸空文”，难以实现通过实施家庭教育指导令，来惩戒、约束与矫治不良家庭教育行为的目的。而且，制发“稻草人”式的家庭教育指导令，也是对我国司法资源的一种浪费。但是，《意见》并没有规定当事人拒绝履行家庭教育指导令的法律后果。另外，依据《意见》的规定，人民法院应以决定书的形式制发家庭教育指导令。而我国现行法律不能为追究当事人违反或拒不履行决定书的法律责任，提供充足的法律依据。因此，家庭教育指导令的执行力与强制力处于“法无明文规定”的模糊状态。这可谓是《意见》的最大缺陷。

笔者认为，必须在家庭教育指导令中明确其法律后果，以彰显其强制性。譬如，在家庭教育指导令中载明：如果当事人拒不履行家庭教育指导令，法院可以根据情节轻重，对其予以训诫、罚款、拘留等法律制裁；发现涉嫌犯罪的，将及时移送有管辖权的司法机关，依法追究其刑事责任。倘若当事人经罚款、拘留后，还拒不接受法院的家庭教育指导，可对其“按次连续处罚，直至其接受家庭教育指导为止”等。另外，人民法院还可以借鉴杭州市萧山区人民检察院的做法，在家庭教育指导令中写明：倘若义务人拒不按照家庭教育指导令的规定接受家庭教育指导，或者依然存在失管失教情形，情节严重的，人民法院将向检察机关发出司法建议，启动撤销其监护人资格的形成之诉。

（五）明确对未成年人的父母或者其他监护人的程序保障

家庭教育指导令旨在恢复和补救家庭教育功能，对未成年人的身份权提供高效便捷的保护机制。但对未成年人进行优先、特殊保护，并不意味着要在家庭教育指导令签发程序中排除对未成年人的父母或其他监护人的程序性保障，或者要剥夺未成年人父母或其他监护人针对未成年人的身份权请求权所应当享有的抗辩权。

虽然人民法院制发家庭教育指导令，不需要开庭审理，也不需要当事人举证、质证，但是《意见》规定，人民法院以“决定书”的形式制发家庭教育指导令，家庭教育指导令一经作出，即产生法律效力。因此，为了在“儿童利益本位”与“未成年人的父母或其他监护人人身自由”之间实现平衡保护，法院应当给予家庭教育指导令的义务人——未成年人的父母或者其他监护人以最低限度的程序保障。其中，赋予他们发表意见与提出异议的权利，是程序保障的核心内容。因此，为了兼顾未成年人及其父母或其他监护人的合法权益，尊重父母子女之间的亲情与家庭自治，保障自然亲权的行使，人民法院在制发家庭教育指导令之前，原则上应听取各方当事人的陈诉，允许未成年人的父母或其他监护人提出异议；在法院制发家庭教育指导令的决定书后，法院仍应保障未成年人父母或其他监护人及时陈述与异议的权利。《意见》第 15 条也明确规定，如未成年人的父母或者其他监护人对家庭教育指导令不服，可以自收到决定书之日起 5 日内，向作出决定书的人民法院申请复议 1 次。因此，人民法院出于司法公正的考虑，还应当在家庭教育指导令中规定，被责令接受强制家庭教育指导的未成年人的父母或者其他监护人拥有申请复议权。

不过，《意见》并未明确规定，收到家庭教育指导令的未成年人的父母或其他监护人，对未成年人的身份权请求权进行抗辩的事由。依据家庭教育指导令的适用要件，未成年人的父母或其他监护人可以主张以下抗辩事由：对未成年人的管教，没有超过法律及道德所规定的程度；父母或者其他监护人的家庭教育，与未成年人存在严重不良行为或实施犯罪行为，并无因果关系；家庭教育指导令的内容与公共利益相冲突；其他符合法律规定的理由，如家庭教育指导令不具有可操作性，人民法院对家庭教育的干预不符合比例原则等。此外，未成年人父母或其他监护人对家庭教育指导令提出异议或申请复议的事实与理由大多是，“家庭教育未损害未成年人的合法权益”“没有实施或意图实施错误或非法的家庭教育”等消极性事实，客观上缺少证据的支持。因此，法院对未成年人父母或其他监护人提出的异议，不能苛求他们提供充足的证据。但主审法官可以在听证时，让相关当事人当面对质。

四、家庭教育指导令的签发程序

《家庭教育促进法》第 49 条及《意见》并未明确规定家庭教育指导令的签发程序。通过梳理《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）《家庭教育促进法》等法律的相关规定，笔者认为，人民法院签发家庭教育指导令的程序应当包括以下两种：

（一）依职权制发家庭教育指导令

依据《家庭教育促进法》等法律及《意见》的规定，人民法院可以依职权签发家庭教育指导令。人民法院在涉及未成年人的民事、刑事审判中，如发现未成年人的父母或其他监护人不依法履行家庭教育主体责任，并导致出现以下几种情形者，就可以在发出结案文书的同时发出家庭教育指导令，以判后延伸的方式构建起行之有效的未成年人保护新机制：

1. 当事人不依法履行监护职责，致使未成年人的合法权益已经、正在遭受损害或面临被损害的紧迫威胁。此种情况，法官应当着重审查以下

几点：（1）未成年人生活、学习是否已经无法维系或难以维持正常状态；（2）未成年人是否已经被遗弃或者处于事实上的被遗弃状态。此外，法官还有必要审查，未成年人的父母或者其他监护人是否存在涉嫌犯罪的可能。如果涉嫌犯罪的，法院应当依法及时裁定移送公安部门；（3）未成年人的健康状态是否明显地受损，或者存在受损的极大可能；(4)如果发现未成年人的正常生存、健康与基本安全保障等合法权益，因其父母或其他监护人的失职行为受到严重损害或面临严重威胁，法院应当迅速有效地采取包括但不局限于家庭教育指导令、临时保护或确定紧急临时监护、提供紧急救助、移送公安机关等在内的干预措施。

2. 未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为。此种情况应当注意以下几点：（1）少年刑事审判中，对判处缓刑的罪错未成年人，应当在发出刑事判决书的同时，要求其监护人接受家庭教育指导；对判处实刑的罪错未成年人的监护人，则应着重考虑加强对罪错未成年人监护人的家庭教育指导工作；（2）对未成年人行为严重不良但未达到犯罪标准的，应当本着教育、保护、挽救孩子的目的，及时责令未成年人的父母或其他监护人接受家庭教育指导。依据《意见》第 4 条，如上述责任主体拒不履行上述义务，法院则应当依职权向其发出家庭教育指导令。

3. 未成年人存在伤害自身或他人的较大可能性。此种情况应当注意审查以下几点：（1）未成年人精神状态是否出现异常，该异常是生理原因造成的，还是与父母或其他监护人的不当监护或家庭教育行为存在重大关联；（2）未成年人是否需要进行适当的医疗救治，或是否需要确定由民政部门进行紧急临时监护。如果未成年人达到需要医疗救治的程度，父母或其他监护人是否积极将未成年人送医。

4. 未成年人曾经或正在遭受家庭暴力、虐待或侵犯。要注意的是，此种情况应当着重审查以下几点：（1）是否需要结合人身安全保护令来对未成年人实施更全面的保护；（2）是否遭受监护人严重伤害或者面临人身安全威胁，是否需要确定由民政部门进行紧急临时监护；（3）其监护人是否涉嫌犯罪，存在涉嫌犯罪可能的，要及时移送公安部门；（4）其监护人是否适宜继续监护，如果审查认为不适宜继续由原监护人进行监护的，应当判决撤销监护人资格，并在充分尊重未成年人自我表达意愿的前提下指定其他监护人，必要时指定由民政部门担任监护人。

需要指出的是，即便法院可不经实质审理便制发家庭教育指导令，但法院仍应当给予责任主体最低限度的程序保障：听取他们的陈述，收集、审查相关的证据；在兼顾各方利益及社会公共利益的基础上发出家庭教育指导令。

（二）依申请制发家庭教育指导令

为了更加便利高效地对遭受不良家庭教育的未成年人实施司法救济，我国各地法院都采用职权主义发出家庭教育指导令。但是，单一的职权主义签发程序，不可能对所有因不良家庭教育而合法权益受损的未成年人提供特殊、优先保护。为了更好地、更广泛地保护未成年人，并保障相关当事人的程序利益，有必要类推适用《未成年人保护法》第 108 条关于依有关人员或者单位的申请签发人身安全保护令的相关规定，探索构建家庭教育指导令的当事人申请制度——允许未成年人的近亲属，学校、幼儿园，教育、民政等有关部门，妇联、团委等群团组织，居委会、村委会等基层群众性自治组织，代替未成年人向法院申请签发家庭教育指导令。在此情形下，由当事人启动家庭教育指导令申请程序，法院则对其申请进行形式与实体审查，以更加周延、更加全面地维护未成年人的合法权益，并实现当事人的程序保障，避免家庭教育指导令的签发本案化。

家庭教育指导令具有禁令的属性，因此可以考虑参照我国的禁令签发程序，构建家庭教育指导令的当事人申请制度。不过，由于申请人申请

人民法院制发家庭教育指导令，涉及对被申请人的权利义务的处分，具有争讼性，故家庭教育指导令的申请程序应当遵循诉讼解决原则。同时，为了避免法院发出家庭教育指导令的效率低下，家庭教育指导令的签发程序还应兼顾正义和效率。综上，可以考虑将当事人申请家庭教育指导令的程序设置为，兼具诉讼程序和非讼程序特征的“特殊程序”。

1．申请条件。法院在受理家庭教育指导令申请时，出于保护未成年人的目的，应以形式审查为主，而不应在申请立案时进行实体审查。法院只需要查明以下事项：申请人是否属于依法有权申请家庭教育指导令的权利主体；是否有明确的被申请人；是否有具体的请求；申请人是否向法院提交了能证明应签发家庭教育指导令的证据；受理申请的人民法院是否依法有管辖权。申请家庭教育指导令，无需申请人提供担保。因为，如要求申请人提供担保，将会对家庭教育指导令的申请设置不必要的阻碍，妨碍对遭受不良家庭教育的未成年人的保护。另外，基于公平原则，在法院对申请进行审查时，被申请人将有权提出异议。在异议不能被即刻排除的情形下，法院不得制发家庭教育指导令，因此在申请家庭教育指导令的过程中，一般不会对被申请人造成损害。在此情形下，担保难以发挥其在行为保全中的特定作用。

申请主体应当包括，未成年人本人或监护人以外的其他近亲属、与未成年人有密切接触的单位或组织。其中，监护人以外的其他近亲属，包括父母离异状态下未直接抚养小孩的父母一方，也包括祖父母、外祖父母等近亲属。依据《家庭教育促进法》第 48 条，与未成年人有密切接触的单位主要有，未成年人住所地的居委会、村委会、妇联等，以及未成年人就读的幼儿园或中小学等。

确定对制发家庭教育指导令有管辖权的法院，应当遵循最有利于未成年人保护的原则，同时考虑便于人民法院查明申请事实等因素。因此，申请人、被申请人住所地法院，或者侵权行为地法院，都适宜拥有制发家庭教育指导令的管辖权。申请人可以根据需要，并遵循最有利于未成年人的标准选择管辖法院。

2．申请方式。申请应以书面申请为主，口头申请记入笔录，由申请人签名或捺印。需要说明的是，在被监护人即未成年人本人申请的情况下，如果该未成年人因年龄或监护人养育失职的原因，无法书写只能进行口头申请的，可以在征得该未成年人同意的前提下录制视频，视频刻录光盘后附卷；如果该未成年人拒绝录制视频且在释明后仍然拒绝的，不应影响其口头申请的效力。

3．申请审查。法院在受理家庭教育指导令申请时，为了避免出现申请人与被申请人之间利益失衡或者社会公共利益遭受损害的情况，不但要进行形式审查，还要进行实质审查。其中，形式审查主要审查申请人所提交的申请书或口头申请的内容，从而判断是否存在符合法律规定的申请人、被申请人、申请事项、事实与理由。实质审查主要审查申请人所主张的事实是否属实，以及申请人与被申请人利益的平衡保护等内容，以判断是否存在适用家庭教育指导令的要件。法院在对申请进行实质审查时，可采取走访调查方式，对中小学校、幼儿园等密切接触未成年人的单位进行走访调查，了解未成年人的现实情况；通过在线诉讼平台、电话、短信、即时通讯工具、电子邮件等简便方式询问被申请人。即便被申请人未发表意见，或者辩称申请人有过错的，但只要法院审查发现符合家庭教育指导令的适用要件，法院就可以及时向当事人发出家庭教育指导令。如发现未成年人的监护人涉嫌刑事犯罪的，法院还应当及时移送公安机关处理。

4．审理程序。一般情形中，法院应当通知申请人和被申请人到庭陈述各自的观点与主张，审核证据，查明事实，判断是否存在适用家庭教育指导令的要件。如存在此要件，法院可不经对案件进行充分审理，便制发家庭教育指导令；但应当允许他们提出异议，而且在此异议属于通过审

查即刻排除的异议的情形时，人民法院才可向他们制发家庭教育指导令。

五、家庭教育指导令的实施机制

家庭教育指导令的实施主要包括两方面的内容：其一，家庭教育指导令的履行，即当事人按照家庭教育指导令规定的时间、地点与方式，积极接受人民法院开展的强制性家庭教育指导；其二，家庭教育指导令的执行，即法院采取强制性的执行措施迫使当事人履行家庭教育指导令确定的义务，并审查被执行人的执行异议，对执行中的争议进行处理。家庭教育指导令的实施机制是保障人民法院开展家庭教育指导的程序机制。《意见》只规定了家庭教育指导的保障措施，而没有制订家庭教育指导令的实施机制。笔者认为，可以通过探索建立多元化、联动型强制家庭教育指导队伍，建立常态化的效果评估与沟通机制，并借由合理完善的配套制度，推动建立合理的、规范的家庭教育指导令实施机制。

（一）构建人民法院实施家庭教育指导令的专业化队伍

首先，在各级人民法院组建专门、专业的家庭教育指导队伍。各级人民法院应当在员额法官、法官助理及其他法院工作人员中遴选具备开展家庭教育指导能力的专业化队伍，指定由专门部门、专人负责家庭教育指导令的履行与执行工作；建立家庭教育指导培训制度，与高等院校和研究机构合作，聘请专业人员定期向法院的家庭教育指导团队讲授心理学、教育学、护理学、家庭伦理学、家庭社会学等专业知识，组建稳定、规范、专业的人民法院家庭教育指导队伍；将法院工作人员依据家庭教育指导令开展家庭教育指导的工作情况，纳入绩效考核范围，保障和提升人民法院实施家庭教育指导令的质量。

其次，建立实施家庭教育指导令的联动机制。实施家庭教育指导令，是一个系统工程，需要人民法院牵头、组织，也需要检察院、公安、教育、民政等有关部门，妇联、团委、关工委等群团组织，以及有关专业化社会组织的协作配合。例如，需要公安部门紧密配合法院采取执行措施和调查措施，寻找被执行人；如需追究被执行人刑事责任的，还需要检察部门的配合。而且，人民法院毕竟属于司法机关，囿于“案多人少”以及专业限制，在实施家庭教育指导令时，如能联合或者委托妇联、团委、关工委等群团组织，引入具备法学、心理学、教育学、社会学专业资质，且经过良好专业训练的社工组织，将更好地实现强制家庭教育指导的目的与功能。总之，法院应当整合辖区内家庭教育指导资源，构建立体化、联动型家庭教育指导令实施机制，探索学校家庭社会协同育人的机制和模式。

最后，建立实施家庭教育指导令的工作站。囿于自身能力或认识水平，未成年人的父母或其他监护人，可能难以清晰准确地认知依法履行监护职责、家庭教育主体责任的意义与作用，也可能没有足够的实施能力。由法院主导、组建专业的家庭教育指导站，能有效解决这一问题。例如，各级人民法院可以考虑在少年法庭设立专门的家庭教育指导站，通过庭前调查、庭审教育、判后执行等方式开展家庭教育指导；在作出相关的裁判后，动员、组织由家庭教育专家、家庭教育指导师、儿童心理咨询师等人员组成的专家团队，制定家庭教育指导令实施方案，负责家庭教育指导令的具体实施、过程记录，有针对性地开展家庭教育指导，提升当事人实施家庭教育的能力。

（二）制定实施家庭教育指导令的配套制度

首先，建立实施家庭教育指导令的效果评估制度。从全国“首份家庭教育指导令”的落实情况来看，查明义务人是否依令履职，是对家庭教育指导令实效进行评估的核心内容。由于我国法院普遍存在办案人员不足、员额法官工作量过大等问题，可以考虑由法院联合妇联、团委、关工委

等群团组织，对家庭教育指导令的履行情况及实际效果进行评估。先由这些群团组织会同专业机构、专业人员，定期对未成年人及其家庭或与之有密切联系的单位进行走访，查明家庭教育指导令实施后当事人的家庭教育环境、亲子关系，以及未成年人在幼儿园或学校的品行及身心状况。在家庭教育指导令期满后，人民法院再对这些定期调查、评估报告进行汇总、审查，并结合当事人接受法院强制家庭教育指导的出勤率、考核或考试结果、主观感受等要素，通过实地走访后进行统一评估，综合评定未成年人的父母或者其他监护人履行义务的情况，从而评判出人民法院对当事人开展强制家庭教育指导的效果。制发家庭教育指导令的法院可以考虑将评估结果形成书面报告，并辅之以佐证材料，入卷封存。人民法院还需基于评估结果确认、选择后续措施：家庭教育指导令到期自然失效、延期，变更家庭教育指导令内容，追究义务履行人相关违令责任等。

其次，建立实施家庭教育指导令的强制报告制度。我国《未成年人保护法》第 11 条、第 118 条规定，由于职业原因可能接触未成年人的组织及其工作人员，如依法对未成年人负有教育、照顾、医疗、救助、监护等职责，或者虽不负有此类职责但密切接触未成年人的国家机关、企事业单位、基层群众自治组织、社会组织及其工作人员，有义务立即向有关部门报告其在工作过程中发现的疑似或确定的虐待或忽视未成年人的事件。而未成年人的父母或者其他监护人拒绝或者怠于按照家庭教育指导令的规定，接受强制家庭教育指导，或者仍然拒绝、怠于或错误履行家庭教育主体责任或监护职责，严重侵害了未成年人的身心健康，因而属于我国《未成年人保护法》所规定的应予强制报告的情形。所以，按照我国法定的儿童保护强制报告制度，国家机关、居民委员会、村民委员会以及其他密切接触未成年人的单位及其工作人员，如在工作中发现未成年人的父母或其他监护人未切实履行家庭教育指导令所规定的义务，儿童保护强制报告责任主体有义务向人民法院、公安部门等相关部门报告这一情事。不过，我国的《未成年人保护法》只是列举了实施家庭教育指导令的强制报告义务人，而没有明确强制报告制度中的诸多程序要素。笔者建议，建立实施家庭教育指导令的强制报告制度，首先应要求制发家庭教育指导令的法院，依法将该决定书同时送达至与未成年人有密切接触的相关单位或组织，向该单位或组织指出其具有法定的强制报告义务，以及不履行强制报告义务的法律责任；并要求其紧密关注未成年人的身体、心理健康状况，在发现未成年人行为或心理、生理出现明显异常时，应采取适当的保护措施，并立即通知相关部门。其次，应明确受理强制报告的部门。《未成年人保护法》第 11 条规定，强制报告的受理部门包括公安、民政、教育等有关部门。受理部门不明确，不仅会浪费国家资源，还会使得报告义务人无所适从。因此，家庭教育指导令应当明确载明，相关强制报告的受理单位——签发家庭教育指导令的人民法院，以及具体的受理人——签发家庭教育指导令的承办法官。最后，明确强制报告的处置流程与响应机制。我国《未成年人保护法》并未明确规定儿童保护强制报告的处置流程、处置时限与响应机制。对此，人民法院有必要参照《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》，明确法院接到强制报告后的处置流程和时限，以及开展评估调查、对未成年人进行救助保护、对责任人进行惩戒处置等响应机制。

最后，建立家庭教育指导令的强制执行制度。家庭教育指导令能否实际发挥其法律与社会效力，关键在于对违反家庭教育指导令者的强制执行措施是否齐全、是否有执行制裁措施。英国、美国、德国和法国，以及我国台湾地区针对未成年人的父母或者其他监护人违反强制亲职教育的行为，大多都采取了罚款等制裁手段。人民法院在对家庭教育指导令进行效果评估或日常走访调查中，如果发现义务履行人不履行或者违反家庭教育指

导令规定的，人民法院应当先查明违令人是否有正当理由，家庭教育指导令所规定的家庭教育指导措施是否难以实施。如果法官认定，即使未成年人的父母或者其他监护人没有过错，家庭教育指导令的规定也很难被执行，负责家庭教育指导令执行的法院工作人员可以考虑向法院申请变更家庭教育指导令。但如果有证据证明未成年人的父母或者其他监护人有履行能力而拒不履行家庭教育指导令确定的义务，法院可以依据法律规定，视情节轻重，对其实施训诫、拘传、罚款、拘留、纳入失信被执行人名单等执行制裁措施，总之要通过强制执行之“力”，来保障家庭教育指导令之“理”得以实现。

六、结语

家庭教育指导令属于实体法上的命令性禁制令，它是《家庭教育促进法》等法律所规定的法律责任的实现机制之一，是对未成年子女在家庭中的权利（如受抚养权、受教育权等）提供全面保护的司法救济手段，是促使未成年人的父母或其他监护人依法履行家庭教育责任的矫正、惩戒措施。因此，家庭教育指导令既具有“强制性”“惩罚性”的特点，又带有浓厚的少年司法“福利性”色彩，其目的是为了通过法院适度介入、干预家庭教育，改善未成年人赖以生存、成长的家庭环境，在落实最有利于未成年人原则的前提下，兼顾维护未成年人的父母或者其他监护人利益。

不过，家庭教育指导令并不是对“家庭自治”的否定，而是力图在“公权力干预家庭教育”与“家庭自治”之间实现平衡；家庭教育指导令也不是全然要对未成年人的父母或者其他监护人进行惩罚，而是力图合理兼顾“保护未成年人的合法权益”与“尊重未成年人的父母或者其他监护人的家庭教育主体责任”。只有在符合适用条件的情形下，人民法院才能够依照法定程序，向当事人制发家庭教育指导令。人民法院虽然可以无需进行完整的实质审理即可以向当事人制发家庭教育指导令，但法院仍然应当在签发程序中进行形式审查和实质审查，查明和判断是否存在适用家庭教育指导令的条件，并对责任主体提供最低限度的程序保障。

虽然《意见》明文规定，应当以“决定书”的形式签发家庭教育指导令。但决定是法院为保证诉讼顺利进行，对诉讼中某些特殊问题作出的权威判定。“责令当事人接受家庭教育指导”，显然不属于决定书的适用范围。同时，依据我国现行法律，也不能以判决的形式制发家庭教育指导令。另外，如以命令的形式制发家庭教育指导令，则会使责任主体失去申请复议的救济路径。相较之下，以裁定书的形式制发家庭教育指导令，可能更为合适。因为，在我国司法实践中，裁定的适用范围十分广泛，“人格权禁令”“人身安全保护令”“生态环境侵权案件禁止令”等禁令，都是以裁定书的形式发出的。而且，以裁定作为家庭教育指导令的法律载体，还能让家庭教育指导令的法律责任问题迎刃而解——可以适用我国《民事诉讼法》第 114 条，将当事人拒不执行裁定的法律后果，作为其拒不履行家庭教育指导令的法律后果。所以，笔者建议，以裁定的形式制发家庭教育指导令，以主诉案件的案号为其文书号。此外，家庭教育指导令应当包括适用对象、实施措施、裁判理由、法律后果及救济措施等应然内容。人民法院应当建立完善的实施机制，有效履行与执行家庭教育指导令，引导未成年人父母或其他监护人掌握正确的家庭教育理念、实施科学的家庭教育行为，为推动未成年人权益保护与犯罪预防及偏差行为矫治工作发挥应有的作用。

王常阳 | 人民法院家庭教育指导令的实践困境与程序因应

原创：2024-12-17 复旦大学高等教育研究所 王常阳
https://mp.weixin.qq.com/s/ngRvvItmj4vFd09PbbMv_Q

摘要

家庭教育指导令是司法机关为落实《家庭教育促进法》第 49 条而创设的程序制度，法院目前发令意愿较高，但制度的长效落实不能依赖法院的司法政策导向，还需明确程序的性质和构造，为家庭教育指导令提供具备安定性的程序外观。根据教育实体法的规定，应将家庭教育指导令的适用范围限制在行为失当型和权益侵害型案件中。家庭教育指导令程序是非讼程序，文书性质属于给付性民事决定。司法实践中以强职权主义运行家庭教育指导令程序，需要注意划定职权主义的适用边界，为家长提供基本的程序保障。家庭教育指导令程序应依申请启动；证据调查和给付内容的具体化可以依职权进行干预，但不宜由法院包揽；发令审查须遵循比例原则，审查内容应包括家长是否已经尽责教育等因素。

关键词

家庭教育指导令；给付性民事决定；《家庭教育促进法》；非讼程序；家事审判

作者简介

王常阳，中国人民大学法学院博士研究生，研究方向为家事诉讼法、民事执行法。

基金项目

国家社会科学基金项目“民事强制执行基础理论研究”（20BFX082）

引用本文

王常阳. 人民法院家庭教育指导令的实践困境与程序因应[J]. 复旦教育论坛, 2024, 22(05):74-82.

《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》提出，要“加强和改进未成年人权益保护，强化未成年人犯罪预防和治理”。《中华人民共和国家庭教育促进法》（以下简称《家庭教育促进法》）实施以来，家庭教育指导令已经在司法机关的强力推动下全面铺开，司法解释层面出台了《关于开展家庭教育指导工作的意见》（法发〔2023〕7 号，以下简称《指导意见》）①。在教育立法授权先行的中国语境下，司法权在介入家事的摸索中总体持谨慎态度，出于尊重家庭秩序的考虑，实践中的家庭教育指导令暂时将视野停留在制度适用上，对于“发令”诉讼行为之外的程序构造关注较少。但是，发出家庭教育指导令只是形式。应当如何通过这种特别的司法文书，有效改变问题家庭的家庭教育氛围，落实《家庭教育促进法》下的少年保护法律秩序？对此，应在检视实践的基础上②，通过正当的程序设计，让家庭教育指导令获得依据程序的正当性，在保障当事人基本程序权利的同时，让法院在清晰的权力空间中放下行权顾虑，以实现实体法预设的家庭教育私法秩序。

一、司法实践中家庭教育指导令的适用

目前被冠以“家庭教育指导令”之名的法律文书，按照规范依据和文书内容，大体可分为三类：一是“未成年人实施严重不良行为及犯罪行为”类案件（下称“行为失当案件”），对应《指导意见》第 4 条第 3 款；二是“监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益”类案件（下称“权益侵害案件”），对应《指导意见》第 4 条第 1-2 款；三是“离婚案件提示性指导”类案件

（下称“提示性发令案件”），对应《指导意见》第 4 条第 1-2 款和《家庭教育促进法》第 34 条。

（一）行为失当案件

行为失当案件是指根据《家庭教育促进法》第 49 条，在未成年人出现“严重不良行为”和“犯罪行为”时，法院发出的家庭教育指导令。依据公权谦抑的要求，该条所指的严重失当行为有明确限制，不能理解为自然生活意义上的不良行为。具言之，我国少年保护法体系下，未成年人失当行为的性质界定可依据《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》（以下简称《预防未成年人犯罪法》）划分为不良行为、严重不良行为、犯罪行为三个等级。犯罪行为由刑法规定。严重不良行为规定于《预防未成年人犯罪法》第 38 条，是指未成年人实施的有刑法规定、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的行为，以及其他严重危害社会的行为。不良行为则规定于《预防未成年人犯罪法》第 28 条，包括吸烟、饮酒、旷课、夜不归宿、沉迷网络、交往不良人士、进入不良场所等。体系解释下，不良行为的恶劣程度和矫治难度较低，未被纳入家庭教育指导令的适用范围。

不过，实践中已经就针对特定类型不良行为发出家庭教育指导令达成了共识，包括以下三类：第一，子女在直播、游戏中花销巨大，监护人可能违反《家庭教育促进法》第 22 条的子女科学上网引导义务，对未成年人的网络活动关注不够，存在未安装未成年人网络保护软件、对网络支付密码保管不当等情况[1]。第二，未成年人出现辍学等不良行为，长期不改，为避免不良行为升级，发出家庭教育指导令。第三，未成年人出入酒吧、电竞酒店等不良场所，父母未对夜不归宿的未成年人尽到监护义务，可能诱发更严重的不良行为。

（二）权益侵害案件

就权益侵害案件而言，《指导意见》第 4 条第 1-2 款将之细化为两类案件：一是违反《家庭教育促进法》第 21 条，不能依法履行监护教育职责，损害儿童受教育权的案件；二是违反《家庭教育促进法》第 20、23 条，不履行教育、探望、陪伴义务，或歧视未成年人、实施家庭暴力、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动③，侵犯未成年人合法权益的案件。不过，这种法定分类不足以对实践中子女权益受损的复杂类型做清晰划分，按照刑事法益、民事权利以及其他身心健康权益等，可以更清楚地将受害权益类型化，并按照权利性质形成保护梯度。

第一，刑事法益遭遇侵害的案件包括两类。一是父母对子女实施犯罪行为的案件，主要包括家暴案件和违法遗弃、违法送养两类情况。二是家长未尽到教育和保护义务，导致未成年人遭遇强奸、强制猥亵等人身犯罪和电信网络诈骗类财产犯罪。

第二，民事权利被侵害的表现较多，至少包括五类。一是受教育权被侵害，除家长不提供教育条件导致孩子被迫辍学外，为争夺抚养权暂时中断学业和不正确的教育观④也可能侵害子女受教育权。二是身体权遭到侵害，即尚未造成子女重伤或死亡的非刑事家暴案件。三是健康权遭遇侵害，如未按照国家免疫规划及时为婴儿接种疫苗[2]等。四是婚姻自由权遭遇侵害，主要表现为父母为获得彩礼，允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约[3]，时常伴有放任未成年人同居的情况。五是劳动自主权被侵害，主要表现为家长允许或介绍子女被他人雇佣为童工[4]，这同时也会耽误孩子的正常课业。

第三，因不能形成和睦、幸福的正常家庭氛围，给儿童身心健康带来的损害，其突出的表现有三类。一是畸形的压迫式亲子关系，如长期以言语挖苦、谩骂、恐吓未成年人。二是夫妻关系不和睦，如夫妻之间存在家庭暴力行为或长期吵架，以及父母离婚后阻碍对方行使探望权等。三是《指导意见》第 4 条第 1 款规定的不抚养、不陪伴子女，导致儿童遭遇亲情缺失，常见于夫妻闹矛盾、

分居或离婚后，或者因工作忙、外出务工无暇亲自陪伴的情况中。

（三）提示性发令案件

提示性家庭教育指导令的适用范围最广，根据《家庭教育促进法》第 34 条，涉及未成年人的案件都可作提示性发令。此时，离婚或涉讼家庭的家庭教育尚未出现明显缺陷，提示性文书的作出不针对具体的行为失当或权益侵害，而是基于对家庭教育失当风险升高的提醒。提示性文书的内容是提醒家长依据《家庭教育促进法》第二章的规定负有家庭教育义务，但义务内容仅表述为立法文本，缺乏针对性。实践中提示性文书多为模板文书，不同案件的当事人收到的文书基本一致。

以制式模板文书的形式发出提示性家庭教育指导令有极高的实务合理性。涉讼家庭中，由家庭关系变动带来的教育困境普遍存在，从未成年人利益最大化的角度出发，有必要发出预防性法律文书。且按繁简分流原理，对于家庭教育矛盾并不尖锐的案件，以模板文书的形式提醒家长注意在离婚后仍负有教育义务，既符合诉讼经济原则，也可以避免司法权过度干预家庭教育，介入程度较为恰当。当然，对于矛盾尖锐的案件，则应及时转入另外两类家庭教育指导令程序进行特别调整。此类案件通常表现为：一方家长赌博成性，放肆挥霍夫妻共同财产，经常夜不归宿[5]；离婚诉讼中发现家长已经初步与子女出现隔阂；夫妻矛盾过于激烈，离婚后仍有影响子女的风险等。三类文书互有分工，协同配合。

二、家庭教育指导令的程序困境

尽管各地法院对适用家庭教育令的态度总体积极，但就适用范围、程序性质、程序构造等程序问题，尚未达成一致意见。家庭教育指导令的实际运作面临程序困境。

第一，在适用范围上，受司法政策影响，当前对发出家庭教育指导令的态度是“应发尽发”，权力边界不清晰。一方面，《指导意见》框定的发令范围，在行为失当型案件和权益侵害型案件中没有得到严格执行；另一方面，提示性文书更可适用于所有涉及儿童的家事案件中。这种扩张适用家庭教育指导令的倾向，既有在个案中切实保护孩子利益的合理一面，如在网络沉迷等案件中突破司法解释规定发出家庭教育指导令等，也受司法政策鼓励发令的法外因素影响，未必具备实效性。提示性发令就是后者的产物，它的适用范围虽广，但教育和强制的功能却较为有限。司法实务中扩张家庭教育指导令适用范围的倾向是否具备足够的正当性，尚待检视。

第二，在程序性质上，家庭教育指导令程序被认为依附于另一家事纠纷而存在，不具备程序上的独立性，所出具的指导令文书也只是程序性的决定文书，不载有可强制执行的实体内容，对当事人实体权利义务无实质影响[6]。这种观点既不符合民诉法理，又有诸多实务弊端，故而不足取。从理论上看，家庭教育指导令程序的诉讼构造与来源案件差异悬殊，两案难以进行诉的合并。一方面，诉的客体上，家庭教育指导令的诉讼标的是家庭教育私法关系，而来源案件的诉讼标的则可能是刑法、民法和行政法上的各类法律关系，两案的诉讼标的不属于同一种类。另一方面，诉的主体上，未成年人在来源案件中的身份可能作为犯罪嫌疑人、民事被告，离婚案件中儿童的主体性更是被习惯性忽视，时常被作为抚养权争讼的客体[7]，其利益立场一般被推定为与监护人一致；家庭教育指导令中，孩子则是被保护的利益主体和程序的中心，与父母居于对立立场。从实务上看，依附于其他诉讼程序，不仅会造成与行为保全的混淆，还意味着不提起其他诉讼就无法适用指导令，这将严重限制程序的运用机会。毕竟，对关涉家庭和孩子的敏感问题，人们轻易不愿诉诸公堂。若不承认家庭教育指导令可独立启

动，将有为数不少的孩子被埋没在“隐秘的角落”，得不到司法救济。实践中，已经有法院依据学校的反映，启动了独立的家庭教育指导令程序。因此，必须承认家庭教育指导令具有独立性，并为之匹配合适的程序构造。

第三，在程序建构上，作为代表公权力保护孩子的司法制度，家庭教育指导令目前呈现依职权积极作为的实务面貌，彰显出司法机关的责任担当。然而，家庭教育毕竟是私密领域，司法权的介入应秉持谦抑性原则。程序规则应在多大程度上依职权进行构造，成为司法实践中的难点。一方面，法院虽依职权发出家庭教育指导令，可对司法介入家事的限度始终保有顾虑，不愿过分介入家庭教育生活的具体细节，此外过度的职权主义构造也会增加法院启动案件、调查事实等方面的司法成本，加剧司法资源短缺问题。另一方面，从当事人的视角出发，家长作为发令对象，若不能为其提供充分的程序参与、意见表达等程序保障，径行否定其为人父母的合格性，可能会导致家长对家庭教育指导产生严重抵触心理，反而不利于家庭教育关系的修复。为此，应从尊重家长教育权利的角度，为以职权主义为底色的家庭教育指导令注入基本程序保障。

三、家庭教育指导令的适用范围厘定

家庭教育指导令的适用范围突破规范限制，既有维护未成年人利益的考虑，也受发令数据考核等因素的影响。一概肯定或否定均不合理，应基于不同类型家庭教育指导令的扩张理由，判断适用范围扩张的正当性。

（一）对行为失当案件和权益侵害案件适用范围的合理扩张

实践中，对家庭教育指导令适用于行为失当案件和权益侵害案件的范围加以扩张具有合理性。行为失当案件中，对一部分影响恶劣的不良行为发出家庭教育指导令，不仅不会引发违反比例原则的担忧，反而可以取得良好的社会效果。《家庭教育促进法》出于尊重既有立法体系的考虑，沿用了《预防未成年人犯罪法》的未成年人失当行为规制逻辑，以不良行为是否触及公法秩序划定家庭教育指导令的适用范围。然而，从预防性保护的角度看，私法秩序下少年的失范行为未必不需要公权介入加以纠正，如果不良行为已经导致严重经济损失等后果，或者教育学上认为极易引发更恶劣的失范行为，则已经可以间接识别出未成年人未受到合格的家庭教育，应当发出家庭教育指导令。在缺少特别法授权的情况下，对不良行为发出家庭教育指导令，可暂时以《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 997 条作为法律依据，以作为一般法的人格权禁令制度暂时弥补《家庭教育促进法》第 49 条的漏洞。

权益侵害案件中，由于家庭教育的内容较为综合，需要家长履行知识辅导、品格引导、环境塑造等多元义务，不尽责教育也具有多样化的表现形式，如教育态度恶劣、教育方法不当、离婚后禁止对方探视等。而且，对儿童权益的侵害不仅表现为家庭暴力、禁止读书、强行出嫁等对实体法成文权利的侵害，还表现为对教育法上情感交流、亲子陪伴、行为管教等特殊私法利益的损害。与之对应，从未成年人利益最大化角度出发，《家庭教育促进法》第 49 条规定的权益侵害类案件中，家长“不正确实施家庭教育”以及侵害儿童“合法权益”这两项实体要件均应从宽解释，从而实现对孩子受教育权的有效维护⑤。

（二）提示性发令不应作为家庭教育指导令

提示性发令虽也以“家庭教育指导令”为名，但与另两类家庭教育指导令之间存在实体法依据、适用范围和文书效力等方面的显著差异，应将其排除出家庭教育指导令的范畴。

第一，在实体法依据上。另两类家庭教育指导令的依据为《家庭教育促进法》第 49 条，目的在于明确家长应承担的具体教育义务，及时排除儿

童受教育权遭遇的私法妨碍，保护儿童基于与父母之间特定人身关系而产生的教育法人格权，功能侧重于损害救济⑥。提示性家庭教育指导令的实体法依据为《家庭教育促进法》第 34 条，目的在于预防离婚家庭可能出现的教育失当风险，为未成年人提供预防性保护，功能侧重于风险预防。此外，司法强制力介入家庭教育关系须保持审慎，而离异家庭也尚未出现教育失当的现实情况，因此提示性发令案件无法有针对性地提出家庭教育指导意见，缺少实质的审理对象，难以像其他家庭教育指导令那样作为独立司法案件。

第二，在适用范围上。提示性家庭教育指导令可适用于所有离婚案件，其适用范围远广于受实体要件拘束的另两类案件，原因主要有二。一则诉讼作为父母双方矛盾爆发的产物，无论诉前、诉中还是诉后，父母之间的矛盾关系都会对儿童施加消极影响，虽然影响的严重性和可恢复性存在个案差异，但这类不容小觑的实质损害已经足以成为发出提示性文书的理由。二则提示性发令并不会实质性地介入家庭教育，不似另两类案件直接要求家长履行义务。

第三，在文书效力上。提示性家庭教育指导令的内容均为概括性义务，无法对法院或者当事人实体法或诉讼法上的权利义务产生影响，没有可供执行的内容，因此没有既判力和执行力，只具备形式意义上的拘束力，即仅具备法院在同一审级内，不得任意将已宣示之法律文书，自行撤销或变更的效力[8]。另两类家庭教育指导令不仅具备拘束力，还因内容载有可供家长履行的具体教育法义务而具备执行力。综上，提示性发令的运行逻辑与另外两类家庭教育指导令相差甚大，不能混为一谈，应将提示性文书从家庭教育指导令体系中剥离。

四、家庭教育指导令的性质界定

家庭教育指导令的性质问题包括两个方面：一是家庭教育指导令审理程序应为非讼程序、略式程序还是准诉讼程序；二是家庭教育指导令文书应作为判决、命令、裁定还是决定。为实现《家庭教育促进法》的实体目的，应当将家庭教育指导令审理程序作为非讼程序，将文书性质界定为给付性民事决定。

（一）家庭教育指导令审理程序：独立的非讼程序

如前所述，家庭教育指导令属于独立程序，但属于何种独立程序争议较大，有三种主张。一是非讼程序说，强调家庭教育指导令程序应具备非讼程序的高效率、依职权特征，且为当事人提供基本的程序保障⑦。二是略式程序说，认为家庭教育指导令遵循人格权法的实体逻辑，追求无实质争议时快速确认和实现防御性请求权，并及时形成执行依据。法院不进行实质审理，也省略正式的辩论程序，但会为当事人提供底线性程序保障，必须为此建构独立程序⑧。三是准诉讼程序说，主张家庭教育指导令以解决实体纷争为目的，以对审为原则，应赋予当事人完备的诉讼程序保障，按照速裁型诉讼程序定性⑨。本文支持非讼程序说。

略式程序说的问题首先在于，忽略了申请人与被申请人之间存在的对立立场。尽管未成年人受教育权属于绝对权，但是家长对于是否尽责教育，有实质争端，不能理解为无实质争议时的简单确权，对于此类实质争议，法官必须作明确判断[9]。此外，略式程序说关于新设程序的要求也缺少必要性。现有的程序分类清晰合理，重构体系的必要性不足，也不符合制度安定性的要求。民诉法中，不少叠床架屋的程序设计最终沦为虚置条款，浪费立法资源的同时，还导致了民事诉讼程序体系的膨大化问题。建构新程序的优点或许在于，可以随着家庭教育权等新型人格权益获得实体法的承认，及时在人格权禁令的程序分类之下，形成与实体权利呼应的禁令程序谱系。这种观点针对的是目前各部门法为每种特殊人格权

设置独立程序的做法，但该模式既未能体现一般人格权禁令和具体行为禁令之间的一般法和特别法关系，又导致各部门法规范中对性质类似的程序作出了不同定性⑩，容易引发规范体系的不协调问题。不过，在理论上厘清具体行为禁令和一般人格权禁令的关系，将人格权禁令程序置于非讼程序之下，也可通过案由等级的科学设置明确不同程序之间的体系关系，不必创设新的略式程序。

非讼说和准诉讼说之间，由于家庭教育指导令以高效性、职权性、不公开为基本特征，非讼属性更为明显。其一，家庭教育指导令有高效率要求。虽然不似家庭暴力案件那般急于一时，但未成年人受教育权的损害也不可放任扩大。诉讼程序数月乃至数年的审限，会极大地耽误未成年人在学龄黄金期的受教育权，甚至引发不可逆的人格或心理创伤。因此，司法机关介入失当家庭教育，必须尽量追求迅速、及时。其二，家庭教育指导令以职权性为特征。之所以创设家庭教育指导令程序，是因为社会已经形成不可放任儿童遭受不良家庭教育迫害的共识，司法权介入的家庭教育并非“家事”而是“国事”。此种程序具有鲜明的公益属性，天然具备职权主义基因。其三，家庭教育指导令以不公开为特征。家庭教育指导令程序是判定子女的家庭教育权益是否受损的程序，家长是否善行教育义务是案件的审理对象。而教育子女毕竟首先是源自亲权的权利，在私密空间中进行，一般不容他人干涉，也不愿为外人所知⑪。因此，应将家庭教育理解为《民法典》第 1032 条的“私密活动”隐私，依据《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民诉法》）第 137 条，不予公开审理。

（二）家庭教育指导令的文书性质：给付性民事决定

家庭教育指导令的性质争议极大，《指导意见》第 4 条最终以决定书定性。从法解释学的角度，应将之细化为“给付性民事决定”。

首先，家庭教育指导令是民事文书。实践中，家庭教育指导令多由办案法官在原案的刑事、行政、民事审判程序中作出，给文书的性质界定带来了困惑。不过，家庭教育指导令属于何种性质的文书，不由来源案件的性质决定，而由家庭教育指导令的审理对象或者说诉讼标的决定。按旧实体法说，家庭教育指导令案件的审理对象是《家庭教育促进法》下未成年人与父母之间私法上的家庭教育实施法律关系[10]。此种法律关系基于儿童宪法上的受教育权和父母依自然亲权负有的教育实施权（责）而创设，性质上属于平等主体之间基于亲子身份产生的人身关系，因而落入《民法典》人格权编的调整范畴。基于审理对象的私法性质，家庭教育指导令应属民事法律文书。

其次，家庭教育指导令是给付性文书。对于法院作出的文书，可依据内容划分为形成性文书、给付性文书和确认性文书。给付性文书是以命令特定人履行特定义务为内容的法律文书。而家庭教育指导令功能的发挥，要求对不当监护行为采取特定的、有效的措施[11]，并应体现为文书主文所载明的具体义务内容，即要求家长在文书规定的期限内，以具体明确的方式履行家庭教育法律义务。此种义务不由家庭教育指导令创设，也非对既有义务的简单确认，而是将家长本应依据《家庭教育促进法》承担的“亲自陪伴”等粗疏义务，细化为可量化执行的（不）作为义务，通过“要求家长每周打几次电话”等具体形式履行。因此，家庭教育指导令属于给付性文书，而非形成性或确认性文书。

再次，家庭教育指导令是决定。《民诉法》中有判决、裁定、决定、命令四种文书。判决是对席诉讼的产物，程序保障要求高，不符合家庭教育指导令的效率性要求。而家庭教育指导令属于命令、决定还是裁定，学界对此争议极大。一种观点

认为，家庭教育指导令法律文书应以命令的方式作出[12]。命令是一种为了保证当事人权利的实现和判决的执行，以作为或不作为为给付内容，体现极强职权性的法律文书，符合职权性、给付性特征，家庭教育指导令又以“令”为名，因而最为合适。不过，《民诉法》中仅规定了支付令一种法院命令，而这类命令在适用对象和文书效力上均与家庭教育指导令不同。其一，命令处理的问题为程序进行的事项或者某些无争议的事实问题[13]，当事人就实体权利和法律适用不存在争议，才有命令的余地。而家庭教育指导令问题上，家长对自己是否未尽家庭教育义务并非没有争议，以命令加以判定不妥当。其二，支付令等命令的效力与判决类似，不仅产生形式上的拘束力和执行力，还会产生既判力，特别是产生禁止就债权关系重复起诉的既判力消极效力。此种既判力的产生，又与审理对象息息相关。只有在当事人就诉讼标的无实体争议时，才能允许利用督促程序法理，以相对简易的被告异议程序替代完整的诉讼程序，借被告默示认诺的法律拟制，在程序保障不足的情况下形成具有既判力的命令。而家庭教育指导令的审理对象涉及当事人的实体争议，不能适用督促程序法理，由于缺少充分的程序保障，不能产生既判力。因此，家庭教育指导令不能作为一种命令。

裁定和决定功能较为相似，两者很难在本质上明显加以区别[14]。两类文书均以职权性为基本面貌，可以在法律规范授权的情况下解决实体问题，规定具体的给付义务内容，效力上可以有执行力、无既判力。就此而言，裁定和决定均可以作为家庭教育指导令的性质，人格权禁令、人身安全保护令、家庭教育指导令的性质，也均在裁定与决定之间选择。《指导意见》第 4 条将家庭教育指导令规定为民事决定，一方面是考虑到家庭教育令以未成年人为保护对象，而儿童缺乏独立提出诉讼救济的诉讼行为能力，家长作为法定代理人又处于对立的诉讼立场，因此家庭教育指导令更强调义务和强制性，适用上更具强职权主义的刚性色彩。以决定来定性，则决定的灵活性和职权性有助于保障诉讼进程快捷有序地推进[15]，更有利于法院积极作为、保护孩子。另一方面，家庭教育指导令并非基于财产程序法的“权利判定—程序保障”思维，而是着眼于人事程序的“权利救济—公权介入”逻辑，对于家长的教育义务，法院并非作为中立者消极进行“裁定”，而是代表国家能动履行受教育基本权利保障的公法义务，积极进行“决定”。综上，家庭教育指导令的性质应为给付性民事决定。

五、家庭教育指导令程序中职权主义的边界

家庭教育指导令程序虽以职权主义为底色，但为增强决定的可接受性，也要为当事人提供一定的程序保障。目前司法实践中按照职权进行、职权探知、非直接审理、非言辞审理等传统非讼法理[16]运行家庭教育指导令，职权色彩过于浓厚，需从程序启动权、处分原则与辩论原则、实质审查三个方面为法院职权划定合理边界。

（一）家庭教育指导令程序应当依申请启动

家庭教育指导令程序应当依申请启动，而非依职权启动。实践中，家庭教育指导令程序由法院依职权启动，有两方面理由。一则，在关涉公益的案件中，法院有权为公益目的依职权启动程序。二则，未成年的子女没有诉讼行为能力，其法定诉讼代理人一般就是家长。因不能期待家长替子女向法院主张自己违反教育法义务，担负社会职能的法院就担当起家庭教育指导令的诉讼实施者角色。

然而，上述理由不足以支持家庭教育指导令程序突破“不告不理”原则。一方面，实体上，家庭教育指导令依据的是子女对父母享有的家庭教育请求权，法院无法根据法定代理权或法定诉讼担当获得诉讼实施权，否则程序会形成起诉人与裁判者同一的不公正构造。另一方面，即使承认

法院有权在涉公益的非讼案件中依职权启动程序，对于依职权启动的范围也应严格限缩，只有关涉国家利益等极为重要的公益时才可适用。在家事领域，情势更为紧急、人身威胁更为突出的人身保护令尚须依申请启动，家庭教育指导令更无依职权启动的余地。因此，家庭教育指导令不宜依职权启动。

由依职权启动转向依申请启动，还需判断申请权应赋予何人。对此，可借助法定诉讼担当理论确定申请人。诉讼担当人的范围应根据《家庭教育促进法》的实体安排确定，该法按照“家庭—国家—社会”的共治结构，课予多元主体实施、管理、配合家庭教育的法律义务。共治过程中，共同生活的其他家庭成员、民政和教育部门、学校、居委会、妇联等社会主体，均有可能发现家庭教育失当的情况，并应获得相应的家庭教育指导令申请之诉讼实施权，解释论上可将《家庭教育促进法》第 6 条、第 14 条第 2 款、第 48 条等条款所规定的社会共治义务作为赋予诉讼实施权的实体基础。此外，检察院也可依据《中华人民共和国未成年人保护法》第 105 条，作为法律监督机关行使家庭教育指导令的诉讼实施权。

（二）依职权调查证据和处分权干预的谦抑性

在证据收集上，涉及公益的家庭教育指导令可以采取职权探知主义。不过，如果所有证据完全由法院依职权调查，也会导致法院裁量权过大和法院负担过重。根据家庭教育指导令源自其他案件的程序特征，可以采取以来源案件提供的证据为主、在必要时行使补充性的职权调查权的方案，因来源案件原则上适用辩论主义，此时证据材料的根本来源仍是当事人。只有当来源案件提供的证据不足以支撑家庭教育指导令的事实认定时，法院才应补充性地依职权调查证据，从而尽量避免打扰家庭生活的安宁。此外，在立案阶段，学校等主体自行发现线索，直接申请家庭教育指导令时，应当提供立案证据。不过，为避免抬高家庭教育指导令的适用门槛，立案证据只需达到初步证明的盖然性标准即可。

在处分原则上，家庭教育指导令体现法院对处分权的职权干预，若申请人的请求不足以维护受教育权，法院有权超出申请人的请求，对涉及教育义务的内容做出调整。不过实践中，法院实质上对审理对象依职权决定（而非干预），不存在当事人行使处分权的过程。这种做法不但过度侵害了处分权，而且实践效果也不佳。原因在于，鉴于家庭情况的复杂性和私密性，法院要对家长的教育义务作出具体安排十分困难，这直接导致了目前指导令判项中行为义务的空洞化，并间接引发了后端的执行困境。其实，“决定主文明确化”的职责本不由法官担负，而应由当事人在提出请求时承担诉讼请求明确化的义务，这项义务是当事人处分权的伴生义务⑫。家庭教育指导令程序中，也应要求申请人在申请书中载明具体的请求。该请求不能仅含糊地复制“亲自陪伴”等概括性法定义务，而须满足给付内容可直接履行的实质标准，如明确监护人与子女的联系频次等。唯有如此，家庭教育指导令才能满足作为执行依据的明确性要件。

（三）家庭教育指导令的实质审查

法院家庭教育指导令非讼审查中，法官享有较大裁量权，但行权时应考虑父母是否已经善尽教育义务，并应遵守比例原则。

首先，对于实质审查的内容，有观点主张只需要考虑未成年人的受教育权是否正在遭遇侵害，至于家长是否未尽到教育义务、是否有过错等，概所不问。不过，判定儿童受教育权受损，同时意味着对家长作出否定性评价。换言之，家庭教育指导令在权利救济之外，实际上也承担着司法评价功能，对家长有重大意义。不考虑孩子权益损害的程度、家长是否未尽责教育，径行发出家庭教育指导令，可能会“误伤”尽责管教孩子的家长。在我国的伦理环境下，被生效司法决定评价

为不称职，无疑会对爱护子女的家长造成人格羞辱和情感伤害。在行为失当案件中，即使父母因“与子同羞”的心理并不对家庭教育指导令提出异议，这种发令方式在法理和情理上仍是不妥当的，可能对本已为子女误入歧途而心痛不已的家长造成二次伤害。为此，家庭教育指导令的审查范围应拓展到家长是否存在过错等事由上，而与之相应，家长也应被赋予举证权、意见表达权、异议复议权、回避申请权等基本程序保障，争议较大时，可申请开庭听审，法院应满足家长当堂陈述的情感需求。

其次，家庭教育指导令的实质审查应以比例原则为依据。家庭教育指导令是司法公权介入家庭生活的具体方式，其运行应当遵循合目的性、最少侵害性和相称性原则。具言之，该民事决定必须符合保障孩子接受适当家庭教育的目的，对子女合法权益的保障利益应大于对家长的名誉和情感伤害，并且在能实现目的的多种程序措施中要选择对家长侵害最小的方案。当前，不少观点主张将家庭教育指导令作为惩戒家长的措施，突破比例原则而加以适用。例如，有法院在家暴致子女死亡后发出家庭教育指导令⑬，此时实施家暴的家长自会受到刑法处理，而孩子死亡后发出家庭教育指导令却已是江心补漏，没有实益，未遵循合目的性原则。少年法体系下，家庭教育指导令不承担惩戒功能，司法者不应将家长视为被惩戒的恶行者，而应将其作为接受指导的被救济者，保有最低限度的尊重和同情。多数情况下，家长对孩子的教育失当并非故意为之，而是出于家境所迫或教育知识的缺失。因此，若在处理家庭教育指导令案件时存在歧视、对立情绪，反而可能导致决定主文的具体行为义务设置不当，加剧家庭的教育问题，得不偿失。

六、结语

家庭教育指导令为弱势家庭成员提供诉前保护，强调对问题家庭关系的疗愈修复功能，推进家事审判的人性化和专业化[17]，是新时代民事诉讼法治进步的鲜明标志。借助家庭教育指导令，横跨公私法域的教育法终于走进了民事司法实践，由柔性教化走向强制指导。作为一种非讼程序，家庭教育指导令程序确实应当强调高效性、职权性、不公开性，为未成年人提供及时而妥善的救济，但家庭教育的“国事”定位，不意味着法院应当大包大揽，一力承担矫正失当家庭教育的司法职责。家庭教育指导令的程序建构，不宜采取法院自行启动程序、依职权调查证据并明确家长应履行的义务的强职权模式，而应将程序启动的申请权赋予社会共治主体，强调发令审查遵循比例原则，赋予当事人底线性保障。通过当事人和法院之间权责的恰当配置，家庭教育指导令应在效率和正义之间寻求平衡，并逐步由政策主导回归程序理性。

致谢

中国人民大学肖建国教授为本文提供了精细指导，南京师范大学陈爱武教授在“第六届家事诉讼程序理论与实务论坛”（2023）上为本文修改提供了细致建议，特此致谢！文责笔者自负。

注释

①参见《家庭教育促进法》第 8、34、49 条。《家庭教育促进法》也对检察院、公安机关赋予了相同的职责和权力，但实践中目前主要由法院发出家庭教育指导令，本文的研究对象也限制于法院。

②由于家庭教育指导令本属于涉及隐私的不公开案例，本文的案例收集自最高人民法院、全国高级人民法院和中级人民法院的微信公众号宣传案例，共计 465 件。这些案例经法院遴选，在数量上约为全国单个省级行政区发出的家庭教育指导令的平均数，在地域上实现了我国大陆地区法域全覆盖，具备足够的代表性。

③例如父母直接对子女施加不良影响，引导子女作出暴力甚至违法行为，如带子女实施盗窃、诱导子女打砸父亲办公室等。案例详见：苏州市中级人民法院.法润万家：苏州中院主动“领跑”家庭教育指导工作[EB/OL].（2022-05-11）[2024-07-

30].https://mp.weixin.qq.com/s/QXVXmZjcKbRgb4V_gDIjpg.

④如监护人自认为可以为子女提供更好的教育环境，以家庭私塾、“国学教育”等非正规教育取代正规的学校教育。案例详见：湖州市中级人民法院.湖州中院发出全省中院首份《家庭教育指导令》[EB/OL].（2022-02-16）[2024-07-30].https://mp.weixin.qq.com/s/HVCaS2QKtkCnggrpAO0ngA.

⑤反对意见认为，出于家庭教育指导令奉行公权谦抑的考虑，应当进行限缩适用。参见：江苏省南京市玄武区人民法院课题组.家庭教育指导令的司法适用[J].人民司法，2023（28）：8.

⑥就功能而言，家庭教育指导令与人身安全保护令类似，都是人格权禁令在特殊领域的特别形式。参见：朱虎.人格权侵害禁令的程序实现[J].现代法学，2022，44（1）：176-177.

⑦非讼程序说是我国司法实务中的有力学说。典型意见参见：肖建国，丁金钰.人身安全保护令中的证据问题研究[J].法律适用，2022（7）：28-39.

⑧略式程序说是学界新锐学说，但尚未被实践接受。典型意见参见：吴英姿.论“确权型”案件的正当程序——略式程序的法理与规则[J].法制与社会发展，2023，29（2）：136-156.

⑨准诉讼说是大陆法系比较法“诉讼—非讼”程序分类传统法理的延续。典型意见参见：毕潇潇.人格权侵害禁令研究——实体与程序的双重视角[J].东方法学，2022（3）：181-182.

⑩例如，《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》（法释〔2021〕22 号）将环境保护禁令定性为行为保全措施。

⑪“盖亲权若不认为权利，则不能排除他人之干涉，而行正当之教育。”参见：李秀清，陈颐.朝阳法科讲义：第四卷[M].上海：上海人民出版社，2014：576.

⑫决定主文明确化的过程，“实际上是当事人的实体权利之内容通过‘纠纷处理装置’予以具体化并实现的过程”。参见：曹云吉.判决主文明确化：程序法理与权力分工[J].法律科学，2020，38（6）：44.

⑬案例详见：安庆市中级人民法院.安庆中院通报未成年人审判工作情况并发布典型案例（附答记者问）[EB/OL].（2022-05-30）[2024-07-30].https://mp.weixin.qq.com/s/fJSXla_wG9k5iyMspxkLzg.

（本文 pdf 版及参考文献可点击文末阅读原文查看）

（二）法官视点

从平山县打到最高人民法院的离婚案
——杜珠珠与安新爱离婚诉讼所折射的司法历程

2024-12-06 人民法院报 吴艳霞,刘洁

https://www.rmfyb.com/content/202412/06/article_955958_1390723273_5784356.html

法律文化

[本期导读]

从平山县打到最高人民法院的离婚案

——杜珠珠与安新爱离婚诉讼所折射的司法历程

有经有权：传统法时代司法裁断的经验

□吴艳霞 刘洁

在河北省平山县人民法院的展陈室中，有一份中央人民政府最高人民法院的民事判决书，判决书中的男女主人公，正是河北省平山县的两个年轻人：杜珠珠和安新爱（女）。这场离婚官司，从 1947 年打到了 1950 年，从一审打到了三审，从平山打到了北京，安新爱终于拿到了准予离婚的终审判决书。

1944 年，安新爱经舅舅做媒，嫁给了杜珠珠。两人只是在前一天夜里见了一面，当时人很多，谁也没和谁说话，第二日就结了婚。结婚后，两人感情恶劣，结婚三年，女方在男方家居住不足一年。两人三观不合，安新爱追求婚姻自由，思想进步，拥军优属，为前线做军袜，还经常去村里参加会议。杜珠珠既大男子主义，又胆小怕事，征兵的时候害怕被征走，就躲在地窨子里不敢出来。而且杜珠珠思想落后，去邻村偷高粱，还阻拦安新爱参加社会活动。因此，两人之间的鸿沟越来越深。杜珠珠认为，都是安新爱母亲挑唆她离婚，在娘家不让她走，离婚不是她的本意，所以不同意离婚。安新爱认为，婚姻是家长包办，婚后感情不和，男方经常打她，因此坚决要求离婚。

杜珠珠与安新爱离婚诉讼的时间脉络

1947 年 2 月安新爱提出离婚，经平山县第二区公所调处准予离婚。

杜珠珠对第二区公所准予离婚的调处决定不服，起诉至平山县司法处。1947 年 8 月 16 日平山县司法处作出民事判决书，判决“一、原、被告婚姻继续有效；二、区调处撤销。诉讼费用各自负担”。上诉期限及上诉法院为“如不服本判决得于接判后二十日内向平山司法处书状上诉于边区高等法院冀晋分院”。

后来，安新爱再次向平山县第二区公所申请调处离婚。1948 年 2 月 8 日平山县第二区公所作出民事调处书，调处结果为“根据双方情形决定离异”。起诉期限及起诉机关为“本调处如有不服，限于五日内向本所声明不服，起诉于平山县司法处”。

杜珠珠对第二区公所准予离婚的调处决定不服，再次向平山县司法处起诉。1948 年 3 月 12 日平山县政府作出民事判决书，判决“一、原告之请求驳回，原、被告婚姻离异；二、平山司法处三十六年之判决作废”。上诉期限及上诉法院为“对本判决如有不服，限接到后二十日内上诉于北岳分院”。

杜珠珠对平山县政府作出的准予婚姻离异的判决书不服，向北岳分院提起上诉。1949 年 4 月 11 日察哈尔省人民法院建屏分院作出民事判决书，判决“除维持外特再补充于后：被上诉人声明放弃财产权，应即照准，但其持有财产，应准其取走”。

杜珠珠对察哈尔省人民法院建屏分院作出的维持判决不服，向华北人民法院提起上诉。1950 年 2 月 25 日中央人民政府最高人民法院作出民事判决，判决“上诉驳回”。

杜珠珠与安新爱离婚诉讼的时代大背景

1937 年 7 月 7 日，“七七事变”爆发。1937 年 10 月，中国共产党深入敌后开辟了第一个抗日根据地——晋察冀抗日根据地。平山人民奋起反抗日军的暴行，积极参军参战，支援前线，创建了最活跃、最坚强的模范抗日根据地，赢得了“抗日模范县”的光荣称号。河北省平山县即属于晋察冀边区冀晋行署下辖县。1947 年 11 月 18 日，冀晋区行政公署与察哈尔省合并，改称为北岳区行政公署，辖平山县。1948 年 5 月，晋察冀边区和

晋冀鲁豫边区合并为华北解放区。1948 年 9 月，晋察冀边区高等法院和晋冀鲁豫边区高等法院合并，成立华北人民法院。1949 年 4 月 3 日，晋察冀边区高等法院北岳分院改称为察哈尔省人民法院建屏分院。1949 年 10 月 30 日，华北人民政府与中央人民政府交接完毕，最高人民法院在华北人民法院的基础上宣告成立。1950 年 5 月 1 日，新中国第一部婚姻法颁布实施。

平山革命史是中国革命历史的一个缩影，杜珠珠与安新爱的离婚案件，也是晋察冀边区司法机关变迁发展的历史写照。

在华北人民政府成立之前，平山县属于晋察冀边区的下辖县。在当时老百姓有了纠纷，先在村公所调解。如调解不了再到区公所进行调处，如调解不成功，则由区公所出具“调处书”。当事人对调处书不服，才能走诉讼程序，起诉至平山县司法处（一审），对司法处判决不服，上诉至晋察冀边区高等法院第四法庭（二审）。当时的上诉法院也是被时间段所限制，因为战争年代，区划划分变动很快，导致司法机构也随之在不停地变动。以本案为例：1947 年 8 月 16 日平山县司法处（一审）作出判决原、被告婚姻继续有效。安新爱没有走上诉程序，而是再次找区公所进行调处。区公所调处离婚后，杜珠珠不服，向平山县司法处起诉（一审）。平山县政府在 1948 年 3 月 12 日判决双方离异，而且判决书落款的署名是县长赵宝秀。1947 年 8 月 16 日平山县司法处的判决书写明的二审法院是边区高等法院冀晋分院，但到了 1948 年 3 月 12 日平山县人民政府的判决书写明的二审法院则为边区高等法院北岳分院。两次上诉法院不同，正是由于行政区划的合并所导致。但实际上，杜珠珠上诉到边区高等法院北岳分院，在二审判决拟定之前（1949 年 4 月 11 日），察哈尔省人民法院建屏分院成立（1949 年 4 月 3 日），因此二审判决书题头署为察哈尔省人民法院建屏分院民事判决。杜珠珠对二审判决不服，上诉的三审法院是华北人民法院，但华北人民法院受理杜珠珠上诉案件后迎来了新中国的成立，华北人民法院与最高人民法院进行了交接，因此该案件最后由最高人民法院作出判决。

杜珠珠离婚案，经过两次区公所调处，四次法院判决，经历了平山县司法处、平山县人民政府、晋察冀边区高等法院冀晋分院、晋察冀边区高等法院北岳分院、察哈尔省人民法院建屏分院、华北人民法院、最高人民法院等诸多司法机构的受理和审判，可谓一奇案。

村调解与区调处是晋察冀边区政府解决民间纠纷的重要措施

为了加强农村团结，提高行政效能，晋察冀边区在 1942 年颁布实施了《晋察冀边区行政调解工作条例》和《晋察冀边区行政委员会关于区公所调处案件的决定（草案）》，调解由村公所主持，调处由区公所作出决定，通过群众来解决群众纠纷。对民间纠纷要求先由村进行调解，调解不成由区公所进行调处，对调处结果不服，到县司法处进行起诉。1946 年 12 月 21 日晋察冀十一专署公布的《关于村调解工作与区调处工作的几个具体问题的指示》指出“村调解与区调处工作的健全和发展，一方面使农民纠纷及时解决，节约民力民时，巩固农村团结。另一方面，可以使司法干部挪出时间从事其他更加重要的工作，提高政府行政效能。那么，对这一工作必须注意加强与开展”。

杜珠珠与安新爱离婚案件，也被打上了村调解与区调处的烙印。在村调解方面，安新爱娘家同村的金凤给他们调解过，“金凤给俺们劝说哩，我不，后来金凤叫他给买饭吃哩，他才要了两个人的饭”。杜珠珠同村的干部李青书也给他们调解过，“年上腊月廿九日安新爱到村里解决她的事了，北沟村她女婿他们知道了，大伙以为把她弄回去说说也许就不告了。后来别人把她叫回家去，去后我还劝说了她一顿哩”。

关于区调处，因卷宗中没有第一次区公所的调处书，只是在 1949 年 2 月 19 日询问笔录中有记载：“问：区公所给你调处过几次？杜珠珠答：共二次，第一次调处三十六年四月初四调处的离婚……”在察哈尔省人民法院建屏分院民事判决书中也有记载，安新爱称“区上二次调处离婚，又经县，头一次没判离，我不同意，第二次县里又判决离异，不管上诉人翻来覆去的怎样说，感情破裂，再也不能和他过”。

第二次调处是 1948 年 2 月 8 日，由平山县第二区公所进行调处，调处理由提到，女方提出离婚，因经常打骂，感情不和。她二人已结婚三年了，在她的婆家并未住过一年，因男方不离异，特为调处。调处结果是“根据双方情形决定离异”。

需要说明的是，区公所并不是司法机关，区公所作出的调处书也不是判决书。村调解和区调处制度的实施，将大量的民间纠纷解决在诉前，大大地缓解了司法机关的办案压力。

杜珠珠与安新爱离婚诉讼是华北人民法院时期司法制度的缩影

我党历来重视调解工作，华北人民政府时期也是如此。1948 年 12 月颁布的《华北区村县人民政权组织条例（草案）》就规定：“村政府、区公所为调解民间纠纷，得设立调解委员会。”1949 年 2 月 25 日，华北人民政府还专门颁发了《关于调解民间纠纷的决定》，对调解的组织、范围、方式等作出更加明确的规定，如规定司法调解的方式是“已起诉至县司法机关的案子，如认为必要，也可以调解，其方式，一是法庭调解，在法庭之劝导双方和解息讼；二是指定双方所信任的人在庭外调解；三是审判员到有关地点召集当地群众大家评理，藉以找到双方都能接受的和解办法，是调解也是审判”。规定调解的范围是“凡民事案件均得进行调解，但不得违反法律上之强制规定（强行规定：如法令禁止买卖婚姻，禁止早婚，禁止超过规定的租金或利息等）。凡刑事案件除损害国家社会公共治安及损害个人权益较重者不得进行调解外，其余一般轻微刑事案件亦得进行调解”，同时指出，“无原则的‘和稀泥’是不对的，但不应强人服从。其有坚持不服者，应即依法进行审判”。

1948 年 10 月 23 日发布的《为统一各行署、司法机关名称、恢复各县原有司法组织及审级的规定的通令》规定，“各县政府原有司法机关已撤销者，迅速恢复，已与民、教或公安局合并者，立即分开，名称为司法科或司法处或人民法院”。同年 12 月颁布的《华北区村县人民政权组织条例（草案）》中，用一章的篇幅对“县人民法院”的职能作出规定：“县人民法院受上级司法机关之领导，并受县政府主席之监督”，“县人民法院管理第一审之刑事、民事诉讼案件。院长除领导司法行政外，并执行审判工作”，“县人民法院审判案件时，根据法律进行独立审判，重大案件并组织裁判委员会合议行之”。到 1949 年 8 月，除冀东、绥远一些县外，其他县市都有了司法组织，从华北人民法院到各县共设立了 300 个司法机关。

1949 年 5 月的《华北区县区政府编制暂行办法（草案）》规定，县政府在县长、副县长之下，设置 8 个必设部门，人民法院是其中之一。

《为统一各行署、司法机关名称、恢复各县原有司法组织及审级的规定的通令》规定：“县司法机关为第一审机关，行署人民法院为第二审机关，华北人民法院为终审机关；各直辖市人民法院为该市第一审机关，华北人民法院为第二审机关，如有不服要求三审时，由华北人民政府主席指定人员组成特别法庭，或发回华北人民法院复审终审之。”也就是说，当时实施的是以三审终审为主（直辖市以二审终审为主，三审终审为补充）的审级制度。

最高人民法院首任院长沈钧儒在 1950 年 6 月 17 日所作的《人民法院工作报告》中称：“最高人民法院 11 月成立时，就接收前华北人民法院移交下来的民刑事案件 1280 多件。”

杜珠珠与安新爱离婚诉讼反映了解放区妇女追求婚姻自由的进步思想

为了贯彻革命的婚姻观，1941 年 7 月 7 日晋察冀边区出台了《晋察冀边区婚姻条例》规定了新的婚姻政策，彻底改变了旧的婚姻制度下无婚姻自由、男女不平等、包办买卖婚姻等封建陋习，女性的自由婚姻观念得以确立。

在当时的平山县，传统婚姻的缔结方式是“父母之命媒妁之言”，人们没有择偶的自由。一般家长和男人都有浓厚的封建思想，特别是贫困家庭，更易发生公婆、丈夫虐待媳妇的情况。受到封建婚姻习俗潜移默化的影响，边区群众的思想极为保守，人们普遍认为妇女应当待在家中，在外面抛头露面就是不正经，极大地限制了妇女参加革命工作和社会工作。

从杜珠珠与安新爱离婚案件来看，安新爱不屈不挠地要与杜珠珠将离婚诉讼进行到底，就是对封建落后婚姻的一种宣战和抗争。安新爱的婚姻是其舅舅一手包办的，在结婚前可以说安新爱根本不认识杜珠珠，连一句话都没说过，自然也谈不上了解。结婚后，杜珠珠经常嘲笑安新爱“去你娘家争着吃”，安新爱也在询问笔录中陈述“结婚后成天打我骂我，不给我吃的和穿的，经区解决，仍然不给”。这说明安新爱在婆婆家吃不饱，穿不暖。在与杜珠珠发生矛盾时，杜珠珠会用绳子抽打安新爱，安新爱还会遭到全家攻击，如安新爱称“去年二月二十七日，我去他家当晚他与父母、姨和我吵了一顿”，此种行为致女方“致女方孤立而伤感情”。安新爱除了忍受生活和感情上的折磨，其参加社会活动还会受到限制，如安新爱在询问笔录中称“另外前年春天我到村里开会，嫌我开会，把我关到门子外头不叫我回去，还有前年春天村里动员他当兵，他躲到他家内窑里不出来”。这说明安新爱是一个接受了新思想，追求婚姻自由和社会独立的新女性，她追求进步，不仅自己参加革命活动，而且希望自己的丈夫也能积极参加抗日斗争，但是杜珠珠听说让他去当兵，立刻逃避的行为让安新爱也产生了失望。

在区公所调处书中安新爱诉称，“现在妇女得到了解放，婚姻自主，我坚决与他离婚”。

在晋察冀边区青年男女们都享受到婚姻自由的权利和幸福，勇于追求幸福的妇女在婚姻方面真正获得了解放。在民主大选中，妇女是最活跃的一支队伍。在参议员、县议员、村民代表中，妇女占了很大比例。由于有了婚姻条例的保护，广大妇女在生产战线上，展示了她们的才能和智慧，真正起到了“半边天”的作用。

最高人民法院的民事判决书为新中国第一部婚姻法的颁布提供了典型范例

最高人民法院的判决书首先对婚姻的自主、自愿和自由进行了论述，判决书这样写道“婚姻的缔结，固以自主自愿为原则，但婚姻的存续，则以感情融洽为基础。虽然结婚时候出于双方自主自愿，结婚以后，感情又曾一度和好，但若中途起了变化，感情破裂，并已到达不堪同居的状态，固不能因为结婚之初，系出于自主自愿，结婚以后，又曾一度和好，就可主张永远不得离异。再者，感情的破裂，不管原因在男方或女方，只要破裂成了事实，并且已达到不能恢复的程度，双方均可提起离婚”。判决书的开头就亮明了对待婚姻的态度和观点，与封建的婚姻制度相区别，强调感情融洽是婚姻的基础，感情破裂是离婚的条件。

最高人民法院的民事判决书判词优美，论理透彻，通篇围绕为什么要判决二人离异进行论述，读后令人感觉心悦诚服。这份判决书又写道：“在一九四七年八月十六日，平山县第一次判决不准离异。就是想叫双方坠欢重拾，续温旧好，无如裂痕已深，竟然没有挽回的希望，终不得不更为判决，准许离异。男方重复一再上诉，实是执迷不悟。”这一论述，说明法院在给过双方和好的机会后，双方仍然不能和好，才是感情破裂的表现。

最高人民法院审理后于 1950 年 2 月作出终审判决：上诉驳回。需要重点说明的是，该判决书是由五人合议庭组成，其中合议庭组成人员孙敬毅是华北人民法院代理审判员，随华北人民法院从平山进入北平，然后留在最高人民法院，是当时最高人民法院第二民事审判小组组长。从合议庭的组成来看，最高人民法院对该起离婚案件足够重视，且恰逢第一部婚姻法颁布实施前（1950 年 5 月 1 日），该篇判决书无论从事实查明还是从对婚姻关系破裂的论述都不失为一篇叙事有据、论述有力之佳作。

在法律的支持和保障下，妇女追求自主婚姻逐渐增多，旧式封建婚姻逐渐减弱。从妇女被压迫、被虐待，到妇女重独立、求解放，从革命根据地时期，废除包办、买卖婚姻、早婚的封建婚姻制度，到中华人民共和国成立后，“实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等”等日趋完善的婚姻制度，杜珠珠离婚案恰是见证了婚姻家庭改革的历史进程。最高人民法院的这份离婚判决书，正是新中国婚姻立法的典型体现，具有重要的价值。

（作者单位：河北省高级人民法院；河北省平山县人民法院）

网络首发 | 王丹：婚姻关系中涉及有限责任公司股权的若干实践问题

原创：2024-12-09 法律适用 王丹
https://mp.weixin.qq.com/s/Qkh16yyuwY6SDMmLa90nAA

王丹，最高人民法院民事审判第一庭二级高级法官

文章发表于《法律适用》2024 年第 12 期“专题研究：聚焦‘民法典婚姻家庭编司法解释二征求意见稿’”栏目，第 84-100 页。因文章篇幅较长，为方便电子阅读，已略去原文注释。

摘要

以家庭共同财产出资有限责任公司产生的纠纷，应注重“内外有别”。对内方面，关注点在于股权的权利归属，应强调婚姻关系存续期间夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时注重保护未显名配偶一方的财产权益；对外方面，关注点在于股权的行使，应注重维护股权登记公信力、保护善意相对人的合理信赖。夫妻双方均登记为有限责任公司股东，公司章程或股东名册记载的持股比例不宜认定为夫妻约定财产制。公司股东仅有夫妻二人的，不宜认定为一人公司。离婚分割夫妻共有股权时，对其他股东的优先购买权应予以适当限制。

关键词

夫妻共有股权　转让　夫妻财产约定　一人公司　分割　优先购买权

近年来，随着经济社会发展，家庭财产不仅在数量上大幅增加，类型也日趋多样化，除了传统的房屋、车辆、现金等财产外，股权等各类财产权

利在夫妻共同财产中的比重增加，家事案件中涉及股权的纠纷亦呈上升趋势。相关纠纷包括登记在一方名下股权处分的法律效果、企业登记的持股比例与夫妻约定财产制的关系、“夫妻公司”是否能认定为一人公司、离婚时如何妥当分割股权等。上述问题关系到公司法等商事法律与民法典婚姻家庭编如何协调一致，相关制度能否顺畅运行，具有重大的理论和实践价值。本文尝试构建民法典婚姻家庭编与公司法的良性互动桥梁，以在体系化解释框架内，更妥当地解决实践问题。

一、相关规范梳理

关于夫妻共同财产的范围，《民法典》第 1062 条第 2 项在原《婚姻法》第 17 条“生产、经营的收益”基础上，增加了“投资的收益”，投资的收益包括资本收益，如股票债券收入、股份、股权等资本利得。立法上明确投资的收益属于夫妻共同财产。《民法典》第 125 条确认了股权的独立民事权利地位，但是对于股权如何行使以及处分规则等具体问题，民法典未作规定。公司法作为专门规定公司组织及公司行为的法律规范，并未涉及股权共有，更未涉及股权作为夫妻共同财产的分割问题。在商事登记实践中，亦只允许将股权登记在一人名下，并不考虑其背后的共有关系。因此，从现有法律规范中无法找到涉夫妻共有股权的处理办法。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2017〕6 号，已废止）第 16 条针对以一方名义用夫妻共同财产出资，在夫妻双方协商一致将该出资额部分或者全部转让给股东配偶的情况予以规定，该条被《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 73 条保留。该规定适用于夫妻一方以共同财产认缴出资，且股权仅被登记在一方名下的情形。其在夫妻共有股权的处理上有效衔接了民法典婚姻家庭编与公司法相关规则：一方面，认可股权的财产权利属性，按照民法典婚姻家庭编对于夫妻离婚时共有财产应予分割的有关规定，明确在该情形下对有限责任公司的出资额在离婚时应当予以处理；另一方面，认可股权的社员权属性，规定分割股权份额应按照公司法规则取得股东身份，以保护公司及其他股东的利益。该条区分了财产分割和对公司显名两个层面的问题，尊重了公司法对股权变动的相关规定。

根据公司法基本原理，股东以其财产向公司出资后，该财产即成为公司财产，公司对该财产享有独立的法人财产权。因此，夫妻以共有财产出资后，不再享有对该财产的所有权，不能分割该出资的财产。而且，随着公司经营规模的变化，股权价值亦处于不断变动中。《婚姻家庭编解释一》表述的“出资额”并非指最初出资时的资本数额，而是指离婚时股权对应的财产价值。《婚姻家庭编解释一》未规定夫妻没有协商一致的情况，理论上，在夫妻离婚分割共同财产时，关于股东身份取得，应尊重公司法规定，但股权对应的财产价值另一方有权获得。除了离婚分割股权外，近年来，诸如一方擅自转让股权的效力、“夫妻公司”能否视为一人公司等问题，涉及对股权性质、股权变动生效要件的理解等，争议也较大，尚未形成较为一致的意见。2019 年，最高人民法院通过《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，以下简称《九民纪要》）明确股权变动的时点为记载于股东名册之日，但理论界仍不乏反对意见。2023 年新修订的《公司法》第 86 条第 2 款规定，“股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。”这成为主张股权变动时点为记载于股东名册之日的有力立法依据。同时，《公司法》第 84 条第 2 款删除了之前有限责任公司股权转让需要其他股东半数以上同意的限制性规定，使得股权转让更为自由，进一步凸显了股权的财产权利属性。因此，除了需要对《婚姻家庭编解释一》第 73 条规定作相应修改外，还需要在理论上构建公司法与

民法典婚姻家庭编之间的桥梁，使相关规定协调一致。

二、登记方擅自处分其名下股权的法律效果

婚姻关系存续期间，以夫妻共同财产认缴有限责任公司出资，但股权仅登记在夫妻一方名下，登记方擅自处分该部分股权，另一方能否以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由主张转让合同无效并追回该部分股权。这是近年来实践中比较突出的问题。

股权是民事主体因投资于公司成为公司股东而享有的权利。由于公司法未设计共有股权制度，因此，在以夫妻共同财产认缴出资的情况下，不管是股东名册、公司章程还是工商登记中，均只能记载一人。登记方未经对方同意转让股权就涉及股权受让方与未显名配偶一方利益平衡问题。按股权是否为夫妻共有以及一方擅自处分是否为有权处分，目前有两种截然相反的观点及论证思路：一种观点认为，股权不同于传统的物权和债权，是一种商事权利，权利的享有和实现需要以公司存在为前提和基础。对于以夫妻共同财产出资公司取得的股权，未显名配偶一方只能共享其财产权益部分及转让所得价款，股权由登记方完全享有和行使。该观点的逻辑结果是股权登记方未经配偶同意处分股权的，系有权处分，未显名配偶一方只能请求分割转让所得。另一种观点认为，股权虽然具有综合性特征，但是其本质上仍为财产性权利，当然可以为夫妻所共有。对此，笔者基本同意后一种观点，但针对审判实践，需要具体厘清几个问题：

（一）股权为财产性权利，可为夫妻共同财产的客体

股权共有之难题尽管表面看是不同法律规定之间协调的问题，然其根本仍在于如何理解股权的性质和内容。对于股权的具体内容，民法典没有规定，《公司法》第 4 条第 2 款规定，“公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”一般认为，股权根据行使目的和方式的不同可分为自益权和共益权两部分。自益权包括资产收益权、剩余财产分配请求权、股份转让权等；共益权包括股东会表决权、公司章程及账册的查阅权、股东会决议撤销请求权等。股权具有收益性权能与管理性权能，前者体现为股东可以向公司主张分配股息红利，后者体现为股东可以参与公司内部治理。目前学者基本能够达成共识的是：股权中的管理性权能应当由登记股东行使，其中的资产收益权属于夫妻共同财产。“作为夫妻共同财产的只能是其中的财产权、自益权部分，而不可能是非财产权、共益权部分。”“按照股权利益分离的逻辑，股权共有的客体只能是股权的财产利益，无论是因离婚还是因死亡而解除共有关系所引致之分割，亦仅限于此。因而股权人身利益之享有仍需经过公司意思形成程序，这表明股东资格并不是共有的客体……股权之财产利益可由夫妻共同共有，这也属于《民法典》第 1062 条规定的‘投资的收益’之范围。”分歧点在于，是将股权本身还是仅能将其中的收益权作为夫妻共有财产的客体。如果更多强调股权的管理性权能和成员权属性，则一般认为股权不属于夫妻共同财产；如果更多关注其中的财产性利益，则往往基于夫妻的平等处理权，将股权纳入夫妻共同财产范畴。

笔者认为，根据《民法典》第 125 条规定，股权是区别于物权、债权和知识产权等的一种独立财产性权利。与其他财产权的单一性特征不同，股权是一种复合性权利，是诸多权利束的集合。对于股权性质，可从两个层面分析：

第一个层面，股权的“对人权”层面（该层面主要由公司法规范）。其中包括了管理性权能（参与重大决策、选择管理者等）和资产收益权。管理性权能行使的对象是公司，主要涉及公司内部治理内容。资产收益权中的请求分红等权利行使对象也是公司。“股权概念所体现的法律关系，究其

本质而言，属于一种成立于特定当事人间的‘特别关系’，其结构类似于债权关系之构造。申言之，股权享有人（即股东）欲行使、实现其股权内容，只能向特定的相对人即公司来主张，股权内容能否实现，也取决于公司对相对应义务的履行。故在此意义上，股权如同债权，属于一种相对性的权利，在性质上不同于物权等绝对权。”

第二个层面，股权的“对世权”层面，股东行使参与重大决策、选择管理者等管理性权利，是基于股东财产所有权与公司经营管理权分离情况下的制度设计，最终目的也是能够通过公司良好运营获得投资收益；管理是手段，收益是目的。就此意义而言，股权本质上仍属于财产权。“此由公司的营利性质以及资本的逐利性本质所决定……财产性权利是股权的本质特征。”作为财产权，理论上当然可以成为数人共有之标的，权利人亦有权处分并从中获得收益。在该层面，股权行使的对象主要是公司其他股东或不特定第三人，行使过程并不限于内部治理。“如同债权之于债权人的归属关系具有绝对性，股权同样是绝对性地归属于其股东。”如同债权，股权原则上也具有可让与性，也就是通过法律行为来变动这一绝对性归属关系。

在上述两个层面，当事人产生纠纷的关注点并不相同，在涉及股东人身利益方面，相对人并不关注，在涉及财产权益方面，公司并不关注。如前所述，新修订的公司法将有限责任公司股权变动松绑，不再需要过半数股东同意，这更进一步体现了股权归属关系上的特征。因此，应从股权复杂的结构、内容和权利行使方式的实际出发，在不同法律关系项下，探讨具体的权利义务内容，笼统地界定股权的性质无助于实际问题的解决。

在与公司关系层面，股权更多地体现股东的资格以及股东与公司之间的权利义务内容，具体包括股东向公司的出资义务、公司置备股东名册并如实记载股东出资情况的义务、公司向股东的分红义务等。在向公司主张权利时，股权不能脱离股东资格行使。管理性权利须直接向公司行使自不待言，资产收益权中重要的请求分红的权利亦不例外，也需要向公司行使，具有“对人权”特点，在此法律关系语境下，股权只能由股东一人行使的结论并无不当。在涉及公司债权人的法律关系中，也应遵循该原则，即以登记的股东对外承担出资不实的法律责任，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2020〕18 号，以下简称《公司法解释三》）第 26 条第 1 款即对此作出了明确规定。

在与股权受让方关系层面，股东与股权受让人之间建立股权转让合同关系，其中更多地体现股权的资产价值以及企业登记或股东名册的公信力。应关注的重点并非股东如何向公司行使权利，而是对这一权利归属关系之处分。股东可以自由转让股权，此系其对私权利的处分，原则上与公司无关，除非法律或者公司章程对股权转让设有限制性规定。在该层面，作为股东与公司关系核心要素的“股东资格”概念，一般无用武之地。《公司法》第 86 条和第 87 条主要强调的是股权转让后的程序性规则。股东转让其股权无需经公司同意，而仅需要通知公司即可，公司此时更多的是配合义务。实际上公司收到股权转让通知后，该通知即对其具有约束力，公司应当按照公司法规定为股权受让方签发出资证明书、修改公司章程、办理股东名册变更以及公司登记变更等事项。就此意义而言，公司本身是股权交易的客体和结果的承受者，而不是股权转让的参与者和“审批人”。因此，股权转让在转让人和受让人之间何时生效与在转让人（受让人）与公司之间何时生效应属两个不同层面的问题，需要在不同的法律关系项下分析。简言之，合同生效，股权在当事人之间变动；通知公司后，股权变动对公司发生效力；工商登记后，股东变动对不特定的第三人发生效力。

在与实际出资方关系层面，应本着实事求是原则，更多地体现投资收益的归属性。从股权生

成的逻辑看，股东以实现财产增值为目的，向公司出资或认购股份，让渡作为出资的财产所有权以换取公司股权作为对价，这只是财产的表现形式变化，但是其财产权属性以及实际权利归属不应因投资方式的不同而发生改变。“出资财产的所有权人即为股东权利实质上的所有者”，这也是《公司法解释三》第 24 条第 2 款的逻辑基础。同理，从出资来源角度看，如果是夫妻共同财产出资，该出资的财产既然属于夫妻共同所有，基于投资产生的财产形式转换不应改变所有权的归属，亦应认定为夫妻共同所有，否则无法解释何以夫妻共同财产只因投资公司这一行为就变成了夫妻一方财产。在此意义上，基于出资让渡的财产权转化为公司独立财产权后，获得的对价（股权）可纳入夫妻共同财产范畴，由夫妻共同所有。虽然我国公司法没有对股权共有作出规定，但这仅是法技术的处理结果，股权并非天性排斥共有。此外，德国、瑞士、日本及我国台湾地区均确认了公司股权可以存在共有关系。虽然否定股权为夫妻共有的观点也认可股权中的财产收益属于夫妻共有，但实际上这只是观念中的，体现在实际操作中，股权中财产权益的载体仍为股权本身，因此，仍需要对股权进行处理。

根据股权的具体行使场合不同，可作区分处理：其中管理性权能的行使应当遵循公司法的规定。“涉及公司内部治理的管理权行使应当遵循商法规范优先，依股东名册主张行使股东权利，婚姻法关于股权行使一致意见的要求，不应苛责于管理性权利的行使。”而对于股权的转让、出质、赠与等资产收益权能中涉及对外处分内容的行使，在婚姻维度内，应受夫妻共同财产平等处理权制约，即股权处分属于夫妻共同财产范围内重大处理事项，夫妻双方应当协商一致。当然，协商一致并不是要求每一项对外交易均需要双方共同签字或另一方确认，否则不仅家庭生活难以开展，也极大地影响交易安全和效率。实际上，在正常的婚姻关系内，未显名配偶一方一般都是全权委托显名一方对外经营，自己并不关心股权的具体行使情况及方式。而且，基于夫妻关系的私密性特征，双方协商处理往往也不会形成书面证据，因此，不能仅以未经其明确授权或未在转让合同上签字为由即认为侵犯了未显名配偶一方的平等处理权。在相关纠纷处理中，关注的重点是该处分行为是否实质侵害了未显名配偶一方权益。

此外，从解释论的角度，还需要进一步说明《民法典》第 125 条与第 1062 条的关系。从法条之间的逻辑关系看，《民法典》第 113 条规定的财产性权利包括了物权、债权、知识产权、继承权、股权及其他投资性权利，《民法典》第 125 条是在第 113 条“民事主体的财产权利受法律平等保护”原则下的具体类型。可见，从权利性质看，股权的本质应属于财产权的一种。《民法典》1062 条在列举具体的夫妻共同财产类型时，增加了“投资的收益”内容。需要分析的是，股权本身能否纳入“投资的收益”，还是仅能将基于股权获得的分红和转让的对价等纳入投资的收益？笔者认为，《民法典》第 1062 条中“投资的收益”可以具体分为已经实现的和尚未实现的两部分。股东每年分红所得款项、公司注销后分配的剩余财产、股权转让款等已经实现了的收益属于夫妻共同财产自无疑问，但是尚未实现的资产收益还包含在股权中，而且原则上来讲，股权中的资产收益权是不能和管理权能分离而单独行使的。因此，只要承认股权中的资产收益权归夫妻共有，就需要考虑未显名配偶一方的权益如何实现。实际上，在离婚分割夫妻共同财产时，有限责任公司的股权亦属于常见的分割内容，这恰恰是考虑到股权中含有的财产性利益。只不过在分割时要考虑公司法的程序性规定，这是股东与公司关系项下的问题。如前所述，投资公司获得股权的最终目的仍是获得投资收益，管理性权利仅是手段而非目的。公司法此次修订在有限责任公司股权转让环节取消其他股东过半数同意的限制，也是股权自由转让原则的体现。股权的本质特征在于其中包含财

产性利益，因此，在夫妻关系内部，从权属关系的角度看，股权可以纳入“投资的收益”范畴，广义上也可以作为夫妻共同财产的客体。

（二）登记方未经配偶同意处分其名下股权应为广义的无权处分

对登记方未经配偶同意处分其名下股权的问题，学界有不同观点。有主张无权处分的，也有主张有权处分的。从其理由看，均有一定道理，区别在于考虑的视角不同：若从夫妻内部关系考虑，则可能认定为无权处分，因为侵害了未显名配偶一方对共有股权的平等处理权；若从夫妻外部关系尤其是股东与公司关系角度考虑，基于未显名配偶一方不具有股东资格，认为其不享有股权而仅是对股权的收益享有共有权，因而主张登记方可以独立行使权利，为有权处分。笔者认为，认定有权处分还是无权处分，是在交易领域需要考虑的问题，其中蕴含着价值取舍，目标应是既要平衡保护股权受让方和未显名配偶一方合法权益，又不至于对现有法秩序尤其是交易安全造成重大冲击。综合来看，认定为无权处分更符合体系解释原则。

第一，以夫妻共同财产出资有限责任公司获得的股权，在婚姻关系内部应基于其包含财产性利益，认定属于夫妻共同财产范畴。夫妻双方对该财产处分应当协商一致，登记方未经配偶同意的情况下处分该股权，应构成广义上的无权处分。

第二，《公司法解释三》第 25 条将股权代持情况引入善意取得制度，而善意取得制度的逻辑前提就是无权处分，故该条实际上区分了内外部关系。在内部关系中，以实际出资认定真实权利人，进而承认实际出资人的权利，因此，名义股东处分时解释为无权处分。与隐名代持的情况相比，因公司法并未配备股权共有的制度设计，对于未显名配偶一方而言，想将夫妻共同财产出资的事实公示，没有相应的制度予以保障，故而对其而言，没有“可苛责性”；而隐名代持中实际出资方是基于各种考量因素自主选择的结果，风险是由其自己开启的，其也有提前控制风险的能力，但其仍然选择了隐名，具有“可苛责性”。比较而言，对未显名配偶一方的利益保护起码不应劣于股权代持情形下的隐名股东。本着举轻以明重的原则，在现有司法解释已经明确名义股东转让为无权处分的逻辑前提下，以夫妻共同财产出资的情况亦同，即此情况下，显名方未经配偶另一方同意所作处分应解释为无权处分，以保护实际出资财产的共有人的利益。

但基于股权行使场合不同，应在不同法律关系项下具体分析，即便认定为无权处分，也是从与实际出资人和股权受让人的关系角度而言的，在与公司关系层面，难谓“无权”。而且，民法典在删除原《合同法》第 51 条关于无权处分规定的基础上，吸收《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8 号，已修改）第 3 条的规定，在买卖合同一章增加第 597 条第 1 款，即“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”表明了无权处分不再影响合同本身效力的立场。因此，不论是否认定构成无权处分，均不影响股权转让合同的效力，区别在于股权是否能够发生变动。

此外，虽然逻辑推演的结果为无权处分，但在此情况下，司法审判的关注重点应是该交易是否属于正常的商事交易，是否损害了未显名配偶一方的合法权益。而不能简单地要求所有交易都“共签”来体现夫妻对共同财产的平等处理权。家庭关系的特殊性决定了有权处分和无权处分的事实认定有时并非泾渭分明，司法审判需要以妥善平衡双方利益为目标。在此情况下，司法裁判的视角不在于逻辑推演登记方是有权处分还是无权处分，而在于如何在具体个案中认定股权转让行为是否实质损害了未显名配偶一方的合法权益，进而平衡保护双方利益。

（三）参照适用善意取得制度的考量因素

对动产和不动产物权变动而言，无权处分的逻辑结果就是善意取得制度的适用。善意取得制度是解决利益冲突的一种法政策选择，即以牺牲真正权利人的权利保有利益为代价，来成全善意取得人之取得利益。“善意取得制度得以建构的两大支柱，一为交易保护，在要件构成上具体落实为以处分行为为核心的交易行为；一为合理的权利外观基础，此在要件构成上又决定着善意要件。”虽然股权转让适用善意取得制度尚有可商榷的余地，但是在《公司法解释三》已将股权代持引入善意取得制度的情况下，夫妻中登记一方擅自处分亦应作一体解释。

根据《民法典》第 311 条规定，善意取得制度只适用动产和不动产。因此，股权转让无权处分，只能参照适用。但如何参照，是否需要完全符合《民法典》第 311 条第 1 款规定的三项条件，则是下一步要考虑的问题。所谓“参照”，即指某一法条在其构成要件或法律后果中指示参照其他法条，此种参照分为两类：一种是参照法律要件，另一种是参照法律后果，且即使制定法没有明确规定，被指示参照的法规范之适用，始终只能是“相应地”适用。应避免不合事理的等量齐观，即事物或者被调整的生活关系自身固有的差异所要求的差异化处理不应当被排除。对参照适用型引用性法条/准用性法条，“一直必须注意系争两个法律事实间之特征上的差异，并针对该差异，慎重地认定拟处理之案型是否有限制或修正拟准用之法条的必要”“参照适用型法条主要是从法律后果上参照适用”。夫妻一方未经配偶同意处分自己名下股权参照善意取得制度应主要是参照善意取得的法律效果，对于构成善意取得的要件，应斟酌变通。尤其是对于其中“善意”的判断标准，应考虑股权的特殊性以及股权的权利外观基础。

善意取得制度中的“善意”是指交易相对人不知道也不应当知道处分人无处分权。权利的外观基础决定了“善意”的要件。一般来讲，动产通常将占有作为权利外观，而不动产表彰权利的方式是登记，因此，与动产占有人和不动产登记权利人为交易的，一般应当认定交易相对人为善意，除非存在故意或重大过失情况。为此，《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）》（法释〔2020〕24 号）第 14 条至第 16 条规定了动产和不动产无权处分情况下交易相对人“善意”的判断标准。这是建立在占有和登记的外观与实际权属大部分情况一致的基础上的。但是，对于股权的权利外观基础与真实权利关系之间是否高度一致是需要特别考虑的，因为权利外观只有与真实权利在绝大部分情况下都是一致时，才有可能让相对人产生信赖，法律才有保护该信赖的必要。因此，权利外观基础是支撑善意取得制度的支柱。权利外观基础必须与真实权利关系之间具有高度的一致性，以至于形成一种包括真正权利人与交易相对人在内的社会确信；亦即在通常情形下，依据权利外观基础之存在，即能推知且相信其所公示之权利的真实性与准确性。如果对一项权利所认定的权利外观基础远达不到这一要求，那么基于此强行建构的善意取得制度，就不仅缺失其内在的正当性，而且也无法实现善意取得之保护交易安全的目的。

对于股权的权利外观，公司法规定了股东名册和登记两种形式。虽然《九民纪要》明确股东名册是设权登记，是股权变动的生效要件，但是其在解释中亦认可，现实中，部分公司管理不规范，存在股东名册形同虚设甚至不设股东名册的情况。因此，股东名册与实际出资不一致的情况可能大量存在，彰显权利外观的准确性不够，这导致股权变动适用善意取得制度存在先天不足。对此，《九民纪要》在解释中也作了变通，即针对这一现实情况，考虑到股东名册记载变更的目的是公司正式认可股权转让的事实，审判实践中可以根据案件实际审理情况，认定股东名册是否变更。在不存在规范股东名册的情况下，有关的公司文

件，如公司章程、会议纪要等，只要能够证明公司认可受让人为新股东等，都可以产生相应的效力。工商登记本身不是设权登记，仅具有对抗效力，与真实权利的相差也会很大，在制度设计上亦无法承载表彰权利的公示作用。可见，即便不涉及夫妻共同财产出资的情况，股权变动在适用善意取得制度时，也对权利的外观基础作出了宽松的认定。由于我国不承认股权共有登记，夫妻共同财产出资仅登记在一方名下的应是常态，而不是个别现象。因此，在认定交易相对人善意方面，不宜过于苛责，要特别注意股权交易更多是遵循商事的外观主义原则，保障交易安全和交易效率更为重要，否则股权交易将陷入无尽纠葛中，最终损害整个社会利益。

在商事活动中，交易相对人无法了解股权背后的共有情况，更难以探查共有人之间是否就股权变动达成一致的意思表示，只能信赖客观的公示结果。因此，交易相对人的尽职调查义务不宜扩大到需要查明该股权所对应的出资是否是夫妻共同财产，股权转让行为是否征得了配偶同意。在判断善意时更应当考虑是否是正常的商事交易，如果是正常的商事交易，一般应当认为相对人是善意的，除非配偶有证据证明交易相对人与登记方恶意串通损害其利益的情况。但是，此处的恶意与善意并非同一层次下相对的概念。善意仅指“不知情”，恶意并非仅指“知情”，还要看是否故意损害未显名配偶一方的合法权益。笔者认为，股权转让参照适用善意取得制度时，主要应考察是否以合理的价格转让，只要股权转让价格能够合理地体现股权的价值，投资的收益即可通过夫妻共有股权转让款的方式取得，并不损害未显名配偶一方的利益，这应是股权善意取得的正当性基础。

股权变动参照适用善意取得制度还存在一个障碍就是股权自何时发生变动，这决定了股权受让方能否最终取得股权。关于有限责任公司股权转让何时生效的问题，公司法领域理论界和实务界主要有以下四种观点：1. 股权转让合同生效则股权转移，股东名册变更产生对抗公司的效力，工商登记变更产生对抗第三人的效力。2. 以通知公司股权转让事实为股权发生移转的标志。股权转让合同生效后，自转让人将转让事实通知公司之日起，股权在当事人之间发生变动。3. 股东名册变更则股权发生转移。有限责任公司的股东名册登记属于设权登记，只有将受让人的姓名或者名称记载于股东名册，股权才发生转移。4. 公司登记机关变更登记则股权发生转移。《九民纪要》第 8 条对此予以明确。该纪要认为，比较以上四种观点，以股东名册变更作为股权转移的标志，区分了股权转让合同生效与股权权属变更、股东名册记载与公司登记机关记载的效力，兼顾了转让股东、受让股东的利益以及公司债权人和不特定相对人的保护。该种观点也与最高人民法院审判实践中一贯的倾向性意见一致。新《公司法》第 86 条第 2 款规定，“股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。”公司法理论界和实务界一般认为，法律通过该条明确将记载于股东名册作为股权变动的生效要件。笔者认为，即便认为记载于股东名册为股权变动生效要件，在股权变动参照适用善意取得制度时，也需要变通适用该构成要件。理由如下：

第一，如果股权尚未记载于股东名册，此时未满足《民法典》第 311 条第 1 款规定的善意取得的第三个构成要件“依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人”。如果适用该条规定的法律构成要件，得出的结论是：即便股权转让合同有效，因股权未记载于股东名册，受让方未善意取得，法院也不能判决继续履行，受让方只能要求转让方承担违约责任。此结论有失公允，尤其是转让方反悔，其以未经配偶同意为由拒绝履行，等于变相支持了一方当事人违反诚实信用原则的行为。

第二，如前所述，夫妻关系的亲密性和私密性决定了所谓的内部协商一致不仅无证据证明，当事人也很容易否认。

第三，在公司法范畴内，确定股权转让生效时间的主要目的在于明确股东何时可以向公司行使权利，这是从股东和公司层面的关系而言的，而不是针对股权转让人和受让人关系的。

第四，公司将股权变动记载于股东名册是公司认可股东享有股权的法定方式，但从实践情况看，并不是唯一方式。有学者即提出其太过理想和僵化的“硬伤”。实际上，《九民纪要》的理解与适用中也称，股东名册记载变更的目的归根结底是公司正式认可股权转让的事实，即便股东名册未变更，如果章程或者会议纪要能够确认公司认可新股东，也是可以的。可见，即便主张股东名册是股权变动生效要件的观点，也并未将其作为唯一方式，这会在实践中导致不同案件认定股权变动的标准并不统一。因此，股东名册可能无法承载转让人与受让人之间权利变动生效要件的功能。

第五，从权利对抗的角度看，股东名册主要是针对股东与公司关系层面上。即便将股东名册作为公司认可股东的标志，亦不能将此作为股东向公司主张股权的前提条件。作为股权受让人，在价格合理的正常商事交易中，转让方已经通知公司，公司未提出反对意见，虽未将股权变动记载于股东名册，但可能已经通过变更公司章程或者通过会议纪要等方式确认新股东身份的情况下，新股东亦有权要求公司变更股东名册。公司不能以新股东未记载于股东名册、股权变动未生效为由对新股东变更股东名册的请求作出抗辩，否则《公司法》第 86 条将陷入悖论。

第六，从新股东与旧股东关系的角度看，就更不宜简单以股东名册变更作为股权变动生效要件，尤其是在将股权转让引入善意取得制度时。“不需要登记的已经交付给受让人”应认定为在股权转让人和受让人之间，股权转让合同生效时作为“交付”时点。否则，对受让人来说是不公平的。

第七，从对未显名配偶一方权益保护的角度看，由于价格转让合理，所获得的股权转让款为夫妻共同财产，并未损害未显名配偶一方利益。即便认为股东名册是股权变动的生效要件，在适用股权善意取得制度时，基于股权的特殊性，也应当变通适用第三个构成要件，在价格合理的正常商事交易中，股权转让合同生效时，股权已经在转让方和受让方之间发生变动，该变动对公司生效的时间是通知公司之时或者登记于股东名册之时。也即，在将股权转让参照适用善意取得制度时，《民法典》第 311 条的第 3 项条件既不是记载于股东名册之时，也不是在公司登记机关登记之时，而应当认定股权转让合同生效即满足第 3 项条件。

三、登记的持股比例不宜认定为夫妻约定财产制

虽然一定份额的股权不能因为属于夫妻共同财产出资即登记为“共有”，但是夫妻可以分别登记为股东，各自享有一定比例的股权。实践中，此种情况也比较常见，尤其是某一公司中股东只有夫妻双方。进而产生的问题是，公司章程或者股东名册登记的持股比例能否认定为夫妻约定财产制，在离婚分割夫妻共同财产时，能否按此比例分割。对此问题，存在不同的认识。

笔者认为，此种情况下，同样应该区分内外部关系，确定具体的权利义务内容：在夫妻关系内部，出资的财产属于夫妻共有，相应地，作为对价所获得的股权不管登记在一方名下还是双方名下，亦均属于夫妻共同的财产，公司章程或者股东名册登记的持股比例可能基于公司经营管理等方面考虑，并无财产约定的本意，不能当然得出在婚姻家庭维度该登记即为夫妻约定财产制，除非双方对此另行明确约定。根据《民法典》第 1065 条规定，夫妻约定财产制应当采用书面形式。夫妻

约定财产制是一件非常严肃的事情，不仅涉及夫妻双方的利益，还涉及不特定的第三人利益和交易安全。在双方没有明确就股权收益归属进行约定的情况下，在婚姻关系维度内，不能当然根据对外公示的登记信息，确定内部权属分配，而应当按照《民法典》第 1087 条关于分割夫妻共同财产的规定进行处理；但是，在公司经营管理层面，则不需考虑夫妻之间的人身关系，双方应当按照企业登记的持股比例各自行使管理权。

四、公司股东仅有夫妻二人不能认定为一人公司

新修订的公司法放宽了对一人公司设立的限制，允许设立一人股份有限公司，同时取消一个自然人只能设立一个一人有限责任公司等规定，使得一人公司的设立更加灵活、便利。这有利于促进经济发展，但另一方面也会进一步加深与家庭领域问题交织的广度和深度。比如实践中经常出现的夫妻双方同为公司股东且合计持有公司100%股权（俗称“夫妻公司”），此情形能否突破法律关于“一个自然人股东”的限制，将夫妻股东视为一个整体，进而将“夫妻公司”认定为一人公司，适用一人公司法人人格否认的司法规则，尚存在较大争议，有实质一人公司说与普通二人公司说。两种观点分歧的根本点在于采取形式判断标准还是实质判断标准。支持将“夫妻公司”视为一人公司的观点主张，夫妻二人出资成立的公司，注册资本来源于夫妻共同财产，公司的全部股权属于双方共同共有，即公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。普通二人公司说则认为夫妻是两个独立的自然人，与其他多数自然人成立公司的情况并无二致。笔者认为，不宜将“夫妻公司”认定为一人公司。理由如下：

首先，从一人公司的制度目的看。公司法一人公司规则设计除了在管理上相较于其他公司更为简化外，主要是在责任承担上，通过将人格否认的举证责任分配给股东，以平衡保护债权人利益。公司制度的基石是公司独立的法人人格和股东有限责任，因此，股东与公司是相互独立的两个主体。享有独立于成员的人格是现代公司的最主要特征，也是公司能够获得民事权利能力和民事行为能力的基础。但由于一人公司仅有一名股东，在缺乏其他股东制约的情况下，公司的经营和管理由股东一人全权决定，一人公司股东因此更有机会滥用公司独立人格，使公司成为实现其私人意志的工具。因此，一人公司的债权人对于公司人格否认制度的适用有着更为迫切的需求，同时也面临着一人公司的封闭性带来的举证困难。股东意思与公司意思往往无法区分，二者人格混同的概率更大也更便利，如果在此情况下仍坚持股东有限责任，对债权人利益可能存在损害。在夫妻共同财产出资夫妻二人同为股东的情况下，基于夫妻之间紧密的人身关系，确实存在意思混同的便利，但仍可能存在意思不一致的情况，不能将此作为“一人”。如果将此实质审查标准作为一人公司的判断标准，将导致无限扩大一人公司范围，进一步解构该制度。是否认定为一人公司，主要区别在于责任承担问题，是在对外关系层面，以债权人利益保护为视角，因此，应当按照公司法商事外观主义原则认定，而不宜将内部关系外化。

其次，从公司法规定看。《公司法》第 23 条第 3 款规定，只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。可见，一人公司就是“只有一个股东”，这是一个形式判断标准，而非考虑出资来源或者利益一致性的实质判断标准。“夫妻公司”形式上有两名自然人股东，股东数量不符合法律关于一人公司的规定。

再次，从股权内容看。股东权利是一个权利束，不仅包含从公司获得经济或其他利益的自益权，也有以参加公司运营为目的的共益权。夫妻

二人同为公司股东的，应依照公司章程或股东名册记载的股权比例分别行使股东权利，享有各自股权权益。出资来源与利益归属于夫妻共同财产，不代表夫妻二人股东意思必然同一，有别于一人公司股东意思的唯一性，不能推断出夫妻股东实为同一股东的结论。司法实践中存在大量股东间具有紧密身份关联的所谓“兄弟公司”“母子公司”，也不乏形式上表现为数个股东但实际上仅由一名股东行使权利的公司，如果以利益一致性作为判断一人公司的标准，将导致一人公司认定的随意性。以身份关系、权益归属或权利行使方式等因素作出实质上单一性的判断，进而认定此类公司为一人公司欠缺法律依据。

最后，从“夫妻公司”刺破面纱的具体适用标准看。公司是否具有独立人格，取决于公司是否具有独立意思，理论上股东人数多寡并不成为公司是否保持独立人格的判断标准。依照《公司法》第 23 条第 1 款的规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益，可导致法人人格否认的适用。“夫妻公司”也不例外，实际上，在公司人格否认诉讼中，一人公司与其他公司的差别就在于举证责任。法律基于一人公司特点，确定举证责任倒置规则是为保护债权人利益。如果想否认“夫妻公司”的独立人格，仍应由债权人举证。“夫妻公司”能否刺破公司面纱要求夫妻股东承担连带责任，并不是以“夫妻关系”为判断标准，而是要回归到《公司法》第 23 条第 1 款规定即公司法人人格否认制度，以夫妻共同财产与公司财产是否混同、夫妻是否过度支配与控制公司等作为判断标准。《九民纪要》第 10 条对于公司人格否认的考量因素作了具体列举规定，如前所述，夫妻关系确实存在利益一致性，因此，与其他公司人格否认相比，在判断财产是否混同时，要将夫妻关系作为重要的考量因素。

五、离婚时对有限责任公司股权的处理

《婚姻家庭编解释一》力图区分股权中的财产权益，明确离婚时分割的是“出资额”，但在实际操作中，基于股权各项权能的不可分性，仍是基于股权整体进行处分设计的规则，即在夫妻双方意思表示一致基础上，借用股权转让方式和规则链接至公司法。可见，实际上，即便不承认股权属于夫妻共有，但是离婚时仍需要对股权进行处理，而且原则上应是整体处理。股权作为一种财产性权利，权利人当然有权处分并从中获得收益。在与股权受让方关系层面而言，股权转让给谁，转让价款是多少，属于股东对其财产权利处分范畴，对公司原则上不生影响，公司亦无权干涉，除非公司法或公司章程对股权转让设有限制性规定。尤其是新修订的公司法将有限责任公司股权转让需经其他股东过半数同意的限制条件删除，股权转让亦无需其他股东同意，有限责任公司人合性仅通过其他股东优先购买权体现。因此，无论夫妻共有的对象是股权本身还是股权的财产价值，均无碍于夫妻双方自由协商处理分割股权，只要其他股东放弃行使优先购买权，不具有股东资格的配偶一方即可通过取得股权成为公司股东。当然，如果其他股东对拟分割给配偶另一方的股权行使优先购买权，则该配偶一方只能取得相应的转让款。

在夫妻双方对股权处分无法达成协商一致的情况下，目前实践中主要有以下几种做法：一是考虑到有限责任公司的人合性因素，直接判决股权归显名配偶一方所有，另一方获得折价补偿；二是在未显名配偶一方主动主张或者经过法院释明后接受获得股权折价补偿款时，判决股权归显名配偶一方所有，另一方获得折价补偿；三是在认定其他股东放弃优先购买权时，判决由双方各得一半股权；四是在不考虑其他股东优先购买权的情况下，直接判决分割股权。

基于上述对股权性质和内容的分析以及公司法新修订的情况，笔者认为，在离婚分割夫妻共同财产时，面临的问题不是在学理上区分股权本

身还是股权中的财产价值为夫妻共有的客体，而是在股权中的管理性权利与财产性权利原则上不能分离的情况下如何实际分割。

对于一人公司和夫妻二人均为公司股东的情况，因为不涉及有限责任公司股权转给股东之外第三人的限制性规定，分割较为容易。可以参照《婚姻家庭编解释一》第 75 条关于夫妻以一方名义投资设立个人独资企业的情况处理，即如果双方均主张获得公司股权的，可以在双方竞价的基础上，由出价更高的一方取得公司股权，并以其出价为基准对另一方折价补偿。当然，也可以确定股权分割比例，双方再据此办理股权变更手续。如果仅一方主张公司股权，可以在评估公司股权价值的情况下对另一方折价补偿；如果双方均不愿意获得公司股权，可以解散公司，在对公司所有资产进行清算的基础上，由双方对剩余财产进行分配。

在仅有一方登记为股东且公司有其他股东的情况下，涉及保障其他股东优先购买权的问题，较为复杂。对此，笔者根据离婚纠纷司法实践中出现的主要情形分别进行分析：

（一）未显名配偶一方不主张获得股权，只要求分割股权价值

在此种情况下，不涉及股东资格变化问题，关键是如何准确评估股权的财产价值。实践中应当鼓励尽量通过双方协商确定，在双方对股权价值协商不成的情况下，如果显名一方同意向第三人转让股权，可以针对转让款进行分割。如果显名一方不同意对外转让，则一般应通过评估方式确定。“在进行股权价值评估时，应综合考虑公司净资产、现金流、注册资本、盈利能力等因素，并选取适当的股权价值评估基准日，以确保股权估值的公平合理。”对此，实践中面临的问题是显名一方或者公司不配合提供评估所需的公司相关资料，导致无法准确评估股权价值。此时，除了可以现有的审计报告、财务报表或者工商登记信息等作为股权价值参考外，还可根据案件实际情况，按照民事诉讼证据规定的相关规则，基于显名一方对证据的控制力更强的实际，在其未按照要求提供公司财务资料的情况下，认定未显名配偶一方主张的股权价值的事实成立。

（二）双方均主张获得股权

在此情况下，未显名配偶一方要求成为公司股东涉及公司法程序规定。在与公司法衔接方面的处理思路上应当与《婚姻家庭编解释一》第 73 条保持一致。因新修订的公司法对股权转让不再设置其他股东过半数同意的限制，原则上，在保障其他股东优先购买权的前提下，也可以对该股权直接分割，而不是必须判决由一方获得。由于离婚纠纷的当事人只能是夫妻双方，公司或其他股东不宜作为第三人参加诉讼，因此，在案件审理过程中，可以在确定价格的基础上通知其他股东，对于优先购买权的行使时间，可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（法释〔2020〕18 号）第 19 条有关规定处理。当然，这种情况下也涉及转给未显名配偶一方的股权如何确定价格的问题，以便能够向其他股东明确“同等条件”的具体内容。双方通过竞价方式由未显名配偶一方取得的情况下，可以将该竞价结果加上其同意的支付方式等作为“同等条件”通知其他股东。一方不愿意竞价，由法院判决双方各自分得一定比例股权。基于未显名配偶一方获得股权是分割夫妻共同财产取得，并无交易价格，笔者认为，考虑到《公司法》第 84 条进一步扩大了股权转让的自由，对股权变动予以松绑，则对夫妻共同财产分割的情况，也应作宽松处理，仅需考虑其他股东的优先购买权即可。

优先购买权的本质是法律规定或者当事人约定的为权利人提供优先于第三人的交易机会。从转让人的权利与义务构造看，其增加的负担义务主要为程序性义务，即通知义务，其实体性权利

则没有增减变化。“同等条件蕴含着深刻的价值理念，体现了优先购买权制度的基本立场——转让人权益不受损害原则。”如果通知其他股东，其他股东愿意购买的，由未显名配偶一方与其他股东协商确定交易价格，这实际上已是未显名配偶一方与其他股东的交易行为，并非优先购买权行使问题。其他股东购买的，分得股权的配偶一方获得交易对价。如果不能达成一致，使未显名配偶一方成为股东，亦对其他股东无实质伤害。因为未显名配偶一方实际上是股权的共有人，相当于转让人的地位，而优先购买权的根本特征是优先权人的权利只优先于交易第三人，并不优先于转让人。此种情况公司法虽无明确规定，但根据《公司法》第 90 条规定，“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”也即基于继承能够直接获得股东资格，那么同为基于身份关系获得，在穷尽以上各种方式仍无法保障其他股东优先购买权的情况下，参照关于继承的法律后果，由另一方取得股权，亦不明显违反法正义。当然，如果公司章程另有规定的，应当按照公司章程执行。

此外，对于双方均不主张获得股权的情况，可以通过股权转让方式解决，由夫妻双方对股权转让款进行分割。

责任编辑：韩利楠
文章来源：《法律适用》2024 年第 12 期
排版：姜丹　王翼妍
执行编辑：刘凌梅

患自闭症的孩子，不适合探望？｜基层治理案例（家事纠纷篇）②

2024-12-11　上海二中院
https://mp.weixin.qq.com/s/qE-fyi5cuDHOUKW13eKVbw

探望权被认为是不与未成年子女共同生活的父或母依法享有的看望未成年子女的权利。同时，探望权也是未成年子女的权利。然而，相较于正常儿童，特殊儿童（诸如自闭儿童）在离婚父母交接探望时，往往更容易因儿童特殊情况而引发纠纷。未成年子女的利益是我们始终秉持的首要原则，该原则不因子女特殊性而有所例外，反而在面对特殊儿童探望时，更应以孩子为中心，再结合父母的主观诉求及客观条件，确定最符合未成年子女的利益的探望方式。引入诸如探望监督人在内的社会力量不失为更有温度和力量的解决途径。

以案释法

林某与吴某甲原系夫妻，2017 年两人离婚后，婚生女吴某乙随父亲吴某甲在上海共同生活，林某回原籍广州生活。吴某乙（2012 年出生）于 3 岁时被诊断为非典型性自闭症。2020 年 3 月，林某以吴某甲拒不向其通报女儿的生活、教育情况，剥夺了其对女儿的探望权为由诉至法院，要求将女儿吴某乙带离上海在广州探望。吴某甲辩称，女儿是自闭症儿童，拒绝配合探望。因林某与吴某甲生活在异地，两人矛盾激化。女儿吴某乙已经多年未与母亲林某见面，贸然将孩子带离上海探望不利于未成年人的身心健康。考虑到孩子的特殊病情，经过法官耐心细致的亲职教育、纠纷化解工作，引导林某、吴某甲放下恩怨，把重心回归女儿健康成长，最终双方达成调解，确认每月视频探望一次、适时来沪实地探望。为保障后续的探望执行，静安法院委托了上海市阳光社区青少年事务中心静安工作站的社工作为探望监督人协助后续探望执行，化解当事人间的担忧与误解，做好提示和预案；并在探望之时全程陪同，引导林某与女儿有效沟通。案件审结后，社工协助双

方当事人完成多次视频探望，经综合评估后，林某实现实地探望女儿的愿望。

法治建议

本案是一起运用探望监督人制度切实保障特殊儿童合法权益的典型案例。对于特殊儿童的探望，探望监督人主要承担了以下三个方面的职责：

1. 探望前的评估和指导。自闭症儿童的特殊情况在于，如果其当下的身心状况不适合探望，往往引发父母的进一步矛盾加深。如孩子产生抵触行为，直接抚养的父母一方往往将责任归因于对方。专业人员的引入可以保障每次探望前对自闭症儿童身心健康适合与否的评估。同时，该类探望监督人也会根据评估结果对探望的父母一方进行互动方式、注意事项方面的指导。如孩子近期对声音相对敏感，监督人就会提醒探望者应避免制造较大的声响。

2. 观察和监督探望过程。全程观察探望过程，可以确保探望者行为举止符合孩子的接受程度。若发现探望者存在不当行为，如强迫孩子进行不愿意的互动或情绪过于激动等，探望监督人都可以及时制止并予以纠正。同时，探望监督人可以观察孩子的情绪和反应，若孩子出现明显不适或抗拒，监督人可以适当调整探望节奏甚至提议暂停探望以保障孩子的身心健康。

3. 探望后的反馈与建议。探望监督人会在探望后向探望者和孩子的直接抚养人反馈探望情况，提出做得好的地方以及需要改进的问题。同时，探望监督人也会基于孩子利益的考虑，建议父母双方就下次探望做好规划。总之，探望权纠纷中，既要保障非直接抚养方的探望权，更要贯彻未成年人利益最大化原则，使探望活动真正成为打开未成年人心扉、感受父母亲情的正面渠道与途径。本案中，基于孩子的特殊性及当事人双方矛盾激化程度，法院强化了亲职教育、社会调查等特色工作，使案件得以圆满化解。探望权的行使是司法实践中经常遭遇的难题。

对此，建议如下：

● 加强对儿童利益最大原则的宣传。在离婚率相对较高的当下，全社会都应重视对离婚家庭子女的关怀，促使父母重视离婚后的探望以保持亲情联系。妇联、社区可以采取多种途径宣传典型案例，让老百姓重视离婚中未成年子女的权益保护。对于特殊儿童而言，更需要全社会的关爱。但关爱不等于隔绝，仍然要保持其正常的社会交往、亲情交往，消除父母离婚带来的心理创伤，促进其身心健康及人格塑造。村、居委及妇联等组织对于有特殊儿童的家庭要予以特别关注，提供有效信息以帮助这类家庭解决养育中碰到的实际问题。

● 引入社会专业力量参与探望权的履行。探望权行使具有时间跨度长、人身属性强、不可强制执行三个特点，司法中的探望权行使往往面临诸多困难。虽然法院在尝试引入探望监督人等途径来帮助解决问题，但亲职的恰当履行也需要全社会的监督、引导和出现纠纷时的调解。社会专业力量的引入可以发生在社区、基层组织等多个阶段。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十六条 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。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

责任编辑 | 翟珺
文字 | 静安法院 刘莎
版面编辑 | 周彦雨

析疑断案
胎儿因交通事故早产后死亡在刑法和民法上的不同认定

2024-12-12 人民法院报 张慧斌,徐红艳,邹芳
https://rmfyb.chinacourt.org/content/202412/12/article_956562_1390740777_5793502.html

□张慧斌 徐红艳 邹芳

【案情】

2021 年 10 月 1 日 20 时 10 分许，被告人朱某驾驶一小型轿车将行人曾某（孕妇）和其女儿黄某撞倒，造成车辆受损、曾某受伤、黄某死亡，曾某腹中胎儿分娩后系活体，在分娩后 15 个小时后经抢救无效死亡。经交警部门认定，朱某负事故全部责任。经鉴定：黄某系交通事故造成失血性休克死亡；曾某的人体损伤程度为重伤二级；评定交通事故导致曾某的损伤与曾某腹中胎儿的死亡存在直接因果关系。事故发生后，被告人朱某明知他人报警而在现场等待并如实供述了罪行，赔偿了被害人部分经济损失。肇事车辆小型轿车未投保交强险。曾某因本次交通事故住院治疗 30 天，花去医疗费 116655.22 元；抢救被害人黄某花去医疗费 30240.84 元；抢救曾某之子花去医疗费 8521.35 元，以上医疗费共计 155417.41 元。

【分歧】

本案中，对于朱某交通肇事造成曾某腹中胎儿娩出后死亡在刑法上能否归责于朱某，也即该交通事故造成二死一伤还是一死一伤，以及朱某是否应对曾某之子的死亡后果承担民事赔偿责任，形成两种不同意见。

第一种意见认为，胎儿早产后系活体，之后死亡的应认定为致人死亡，在刑法上应担责，应认定交通肇事致二人死亡，对被告人处以三年以上有期徒刑，且应对该死亡后果承担民事赔偿责任。

第二种意见认为，被害人曾某之子尚未娩出，并非法律意义上的“人”，不能认定胎儿是被害人，应认定交通肇事致一人死亡，对被告人处以三年以下有期徒刑量刑。关于民事赔偿责任的认定，又存在两种不同观点，一种是认为胎儿出生为活体后死亡的，应具有民事权利能力，享有损害赔偿权，死亡后法定代理人代为行使该权利。一种是认为民事部分的处理结果应与刑事认定保持一致，刑事上对胎儿分娩后死亡的结果未予认定的，应认定不承担民事赔偿责任。

【评析】

笔者同意第二种意见且认为应承担民事赔偿责任，理由如下：

1. 胎儿不能扩大解释为“人”。刑法第一百三十三条规定，违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，构成交通肇事罪。当交通肇事罪侵害的对象是人时，须致“人”重伤或死亡。事故发生时，胎儿尚未娩出，在刑法上不宜扩大解释为“人”。首先，将胎儿解释为人不合常理。依照目前我国刑法和司法实践通行的独立呼吸说，胎儿在母体之外，且能够根据自己的肺部独立呼吸时，才是出生，才能称之为“人”。其次，将胎儿解释为“人”与刑法体系解释原则相悖。刑法条文中有一百多处使用“他人”一词。如果将交通肇事罪中的“人”理解为包括胎儿，那么会出现堕胎行为亦构成故意杀人罪的结论，显然不当。再次，将胎儿解释为“人”不符合罪刑法定原则。只有当交通肇事者侵害行为发生时存在“他人”，才可能对他人

身体造成伤害。本案中，朱某交通肇事时，曾某之子尚在母体内，并未娩出，并非法律意义上的“人”，根据刑法罪刑法定原则，将胎儿扩大解释为人，属于不利于被告人的类推解释，应严格限制。

2. 致胎儿死伤应视为对母体机能的伤害。首先，伤害母体机能说契合伤害胎儿行为之保护法益。伤害母体机能说在严格遵循罪刑法定原则的前提下，回避了胎儿是否为“人”这一问题，将伤害胎儿的行为巧妙地解释为对母体身体机能的伤害，从而与伤害罪所包含的法益——人体正常之生理机能相契合。“伤害”完全能涵盖所有给他人的官能造成严重负面影响的情形，繁殖能力当然是其中的一部分。其次，伤害母体机能说与我国相关司法解释的精神相符合。我国 2014 年施行的《人体损伤程度鉴定标准》认定损伤致早产或者死胎；损伤致胎盘早期剥离或者流产，合并轻度休克为重伤二级。该规定将伤害胎儿的行为视为对母体健康生理机能之损伤。本案中，鉴定意见依据《人体损伤程度鉴定标准》认为“损伤致早产或者死胎；损伤致胎盘早期剥离或者流产，合并轻度休克”之规定，认定曾某损伤程度为重伤二级。可见，交通事故导致曾某之子早产或者死胎的损伤，已按鉴定规则、程序评价至母体曾某身上，对胎儿的损伤归于对母体的机能损伤同样能起到刑法的保护作用。最后，体现了对罪责刑相适应原则的贯彻。胎儿虽不能视为“人”，也应对伤害胎儿的行为进行刑法制裁，但不能上升到故意杀人罪、过失致人死亡罪。将对胎儿的伤害行为转化为对孕妇母体生理机能的伤害，进而将这一伤害结果作为侵害母体犯罪的量刑情节予以考量符合罪责刑相适应原则。本案中，法院可在量刑时根据该情节，对被告人朱某予以酌情从重处罚。将胎儿受损的后果作为法定刑加重或限制减轻情节加以考虑，同样保护了胎儿法益。

3. 胎儿出生为活体时享有损害赔偿请求权。首先，民法在胎儿权益保护方面已具有较大突破。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第二百零一条的规定，审理附带民事诉讼案件，还要适用民事法律的有关规定。而民事方面对胎儿的权利保护，具有明确的法律规定。我国民法典总则部分规定“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的”，用一个“等”字来列举未尽之权利，足见我国民法上对胎儿的利益保护不仅仅限制于遗产继承、接受赠与等纯获利的财产性权利，还可以根据案件的具体情况进行扩大解释，比如生命权、健康权。就民事赔偿而言，并不要求损害健康行为发生时为“人”，只需在结果上产生了对人的健康，甚至生命造成了实际损害。其次，交通肇事行为与婴儿之死具有直接因果关系。本案中，司法鉴定评定该交通事故导致曾某的损伤与曾某之子因新生儿急性呼吸窘迫综合征死亡存在直接因果关系。朱某交通肇事行为构成犯罪的同时，亦系侵权行为，朱某对侵权行为存在过错，且侵权行为与产生的损害结果有因果关系，应当对曾某之子的死亡承担侵权赔偿责任。最后，胎儿出生为活体的视为具有民事权利能力。民法典第十六条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”本案中，曾某之子在交通事故发生时系胎儿，其因交通事故侵权行为而从母体娩出，且娩出时系活体，因此，曾某之子娩出之前视为具有民事权利能力，娩出之后为活体，具有民事权利能力，享有损害赔偿权，死亡后法定代理人代为行使该权利。

（作者单位：江西省吉安市中级人民法院；江西省遂川县人民法院）

优秀裁判文书展播七：居住权合同性质的认定应兼顾形式与实质审查

2024-12-13 朝阳法苑
https://mp.weixin.qq.com/s/GfhOcIVve6QW4WksKvyPnw

基本案情

二原告徐某、潘某系再婚夫妻关系，被告丁某系徐某与前夫所生之子。2015 年 4 月 17 日，丁某以 526 万元购买案涉房屋，付款方式为首付款加银行按揭贷款，现由原、被告共同居住。同年 8 月 14 日，徐某委托丁某以 296.5 万元出售其名下一套房屋，并向丁某转账 335 万元用于购买案涉房屋。徐某、潘某提交同年三人签订的协议书一份，内容为徐某出售其北京唯一住宅用于丁某归还按揭贷款，加上此前支付给丁某的购房款合计 350 万元，占丁某全部房款的一半左右；丁某保证徐某在有生之年、潘某在与徐某婚姻存续期间在其购买房屋内居住生活的权利。潘某、徐某据此请求法院确认二人对案涉房屋享有居住权并办理居住权登记手续。

裁判结果

一审法院判决如下：

一、原告徐某有权对被告丁某名下位于北京市 XXX 号房屋居住、使用；

二、原告潘某有权在与原告徐某婚姻关系存续期间内对被告丁某名下位于北京市 XXX 号房屋居住、使用；

三、驳回原告徐某、潘某的其他诉讼请求。

该案一审判决已生效。

精彩段落

本案为居住权合同纠纷，双方当事人争议的焦点主要在于二原告所持《协议书》中对案涉房屋居住、使用情况的安排是否可以视为在案涉房屋上为二原告设立了居住权。民法典在我国法律体系中首创了居住权制度，上述《协议书》签订于 2015 年，当时民法典尚未施行，法律体系中并没有规定物权性质的居住权，但依照相关特别法或者司法解释的规定，实践中已经出现了确认当事人对某房屋“享有居住权”的判决，一般社会公众包括本案当事人对此概念及相应的法律后果应当是能够理解和认知的。此外，根据本院查明的事实，本案并不存在适用民法典将明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的情形。在判断当事人权益减损或者义务增加时，要注意把握减损当事人合法权益是否“明显”和与当事人合理预期是否“背离”，很多新增规定或多或少都会对当事人的权益造成影响，但造成“影响”与“明显减损”或“背离预期”并非同一概念，此外，新增规定的溯及适用也不要求对当事人更加有利。综上，本着统一裁判尺度、实现公平正义的最佳选择原则，本案

应当适用《中华人民共和国民法典》有关居住权的相关规定。

……《协议书》明确约定了徐某基于出资事实在有生之年对案涉房屋享有居住、使用的权利以及潘某在与徐某婚姻关系存续期间可与甲方共同居住在案涉房屋内，该些条款明确表达了为满足生活需要对他人所有的住宅享有占有、使用权利之意思，与民法典“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”的规定基本一致。《协议书》亦具备“标的物住宅的基本情况”“居住的条件和要求”“居住期限”等居住权合同主要条款内容，符合民法典规定的通过合同设立居住权的形式要件和立法精神，可以认定为居住权合同，即二原告通过与被告签订书面合同的形式在案涉房屋上设立了居住权。

……需要指出的是，民法典设立居住权制度，赋予居住权人对他人所有住宅享有占有和使用的权能，既沿袭了达到赡养、抚养或扶养目的的司法实践，又拓展了社会保障属性，体现了立法对于居住权保障弱势群体的功能定位，彰显了社会对特定群体居住的人文关怀和对民生的保障。本案双方当事人在出资购房、家庭成员关系等基础上订立居住权合同，既保障了老年人满足生活居住的需要，又维护了家庭和谐的良好氛围，符合社会主义核心价值观和公序良俗。尊老孝亲是中华民族的传统美德，被告自述自己一直信守约定、并未妨碍二原告居住、使用房屋一节如若属实，确实值得肯定和鼓励。希望双方在以后的生活中能够继续诚实守信、和睦友善、互谅互让，弘扬中华民族爱老敬老的传统美德，共同维系和谐稳定的家庭关系和社会关系。

扫码登录中国裁判文书网查看全文

供稿：双桥法庭 审判管理办公室（研究室）

摄影：曹璐

编辑、制图：麦浩敏

离婚后发现女儿非亲生，法院判了

2024-11-20 北京市昌平区沙河法庭

https://mp.weixin.qq.com/s/SFnk6Y5Dtq3FQ2qOS1T2Hw

近日，昌平法院审结一起离婚后损害责任纠纷案件。一男子发现含辛茹苦养育十余年的女儿并自己非亲生，因此将前妻起诉至法院，要求赔偿精神损失抚慰金，法院如何判决？

基本案情

张先生与李女士 2007 年相识并自由恋爱，双方在 2009 年 8 月登记结婚。2010 年 1 月，李女士生育一女小燕。2020 年 6 月，二人感情破裂离婚，双方签订协议约定小燕由张先生抚养，李女士每月付 1800 元抚养费直至女儿 18 周岁。

随着小燕一天天长大，张先生发现其容貌、性格都与自己相差较大，遂委托鉴定机构对亲子关系进行检验，结果显示：排除张先生为小燕的生物学父亲。李女士对检验结果的真实性及结果表示认可。

张先生遂诉至法院，要求前妻李女士赔偿经济损失及精神抚慰金。

庭审中，张先生主张自己离婚后一直抚养小燕，李女士除了给孩子零花钱之外并未给过抚养费。李女士辩称自己每月向张先生父母转账，用于女儿日常生活花销。双方向法院提交微信聊天记录、转账记录等凭证。

法院审理

昌平法院经审理认为，李女士婚恋期间与他人发生关系，对于怀孕生育子女非张先生所亲生的风险应有一定预知，不但违背善良风俗，而且客观上产生了孩子非张先生亲生的事实，其对此有过错，侵害了张先生亲权、人格尊严等人身、财产权利，应承担相应的法律责任。

关于张先生主张的经济损失，法院综合考虑张先生抚养孩子情况、双方工作情况及收入水平、孩子生活及学习情况等因素，并参照北京市城镇居民人均年消费性支出的标准，酌定李女士赔偿张先生经济损失 30 万元。

张先生得知所抚养的女儿并非自己亲生时，精神、身心遭受打击，法院综合考虑李女士的过错程度、经济能力、本地的平均生活水平等因素，酌定李女士赔偿原告精神抚慰金 7 万元。

最终，法院判决李女士赔偿张先生经济损失 30 万元及精神抚慰金 7 万元。目前，该案已生效。

法官提示

根据《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条规定，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。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

同时，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百八十三条规定，侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

若一方违背夫妻间的忠诚义务，主观上存在过错，并且客观上构成对另一方配偶权的侵犯，使对方蒙受物质、精神上的双重损害，同时侵权行为和损害后果之间存在因果关系，那么无过错方有权请求精神损害赔偿。

本案中，被告明知子女非原告亲生，却故意隐瞒实情，致使原告一直承担抚养义务，误将子女视为亲生子女予以抚养，并倾注了大量的情感和精力。被告的行为构成欺诈性抚养侵权行为，严重地侵害了无抚养义务一方的人格尊严等人格权利，致使原告遭受了经济上的损失和精神上的损害，因此可以要求有抚养义务的被告支付原告经济损失并赔偿精神损害抚慰金。

让过错方因其损害行为受到惩罚，使无过错方被损害的权利得到补偿和救济，这既是维护家庭成员合法权益的需要，也是对违反夫妻间相互忠诚义务行为的惩罚和预防，更是促进形成平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的需要。

家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。夫妻双方应树立正确的婚姻家庭观念，互相忠实、互相尊重、互相关爱，这是婚姻健康和谐的本质要素，也是法定义务和基本的道德要求。

文字：王龙 范泽帅

编辑：林小平

实践法学笔谈 | 郑重：共有人执行异议之诉与债权人代位析产诉讼的衔接适用

原创：2024-12-18 法律适用 郑重
https://mp.weixin.qq.com/s/kWbFTSuHkFc8Bmqa4E_EJA

郑重，上海市高级人民法院民事审判庭（执行裁判庭）三级高级法官、法学博士

一、问题的提出

执行中，债权人提起代位析产诉讼后，共有人是否还有权提起案外人执行异议之诉以排除执行，存在两种观点：

第一种观点认为，债权人提起代位析产诉讼后，执行标的析产分割已经进入人民法院的司法评价视野。此时，不应再准许共有人提起案外人执行异议之诉，以免对同一诉讼标的重复评价，造成审理结果冲突。共有人提起案外人执行异议之诉的，应裁定驳回起诉。

第二种观点认为，债权人代位析产诉讼和案外人执行异议之诉的制度功能、诉讼请求均不相同。前者在于分割财产份额以确定被执行人责任财产范围，后者在于判断能否排除强制执行，故对于案外人执行异议之诉应当依法受理并作出裁判。但两种程序具有一定交叉和依存关系，案件审理中应注意两者的衔接。

针对上述两种争议观点，笔者同意第二种意见，即支持共有人提起案外人执行异议之诉。

二、共有人提起案外人执行异议之诉的正当性

支持共有人提起案外人执行异议之诉，主要有以下两方面理由。

（一）执行标的权属争议应通过案外人执行异议之诉审查

执行机构对执行标的查封、扣押、冻结（以下简称“查扣冻”）以被执行人的财产为限，原则上基于权利外观主义实施，[1]财产的真实权属如果存在争议需通过案外人执行异议之诉程序实质审查判断。

《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》（法释〔2020〕21 号）第 12 条第 1 款规定，对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。该条规定所指“与他人共有的财产”应指权利外观所表彰的权利状态，而非终局实质权利归属。债权人代位析产诉讼的预设前提是执行标的为被执行人与其他共有人所共有，如共有人主张其系执行标的唯一权利人并排除执行，则无法通过析产诉讼解决。

例如，案涉房产系在婚姻关系存续期间取得、登记在被执行人的配偶一方名下。依照民法典相关规定，该房产在外观上为夫妻共同财产，执行机构可予查封。但配偶一方主张该房产属于接受的遗嘱或者赠与合同中确定只归其一方的房产，实质上是其个人财产。此时，人民法院只能通过案外人执行异议之诉对配偶一方主张的权利进行实质审查，若其主张成立可判决排除执行并确认其权利。

（二）债权人代位析产诉讼和案外人执行异议之诉制度功能存在区别

前者目的在于解决执行标的中被执行人的财产份额问题（量的多少），诉讼请求通常为确认被执行人在共有财产中的份额。鉴于其他共有人并不是被执行人， 不应对被执行人的债务承担清偿责任， 故对于共有财产予以执行时， 只能执行被执行人享有份额内的财产。[2]后者目的在于确认共有人是否享有足以排除执行的权利（质的归属），诉讼请求通常为排除对执行标的的执行。因此，后者的制度功能无法为前者所完全吸收或容纳，应准许共有人提起案外人执行异议之诉。

实践中，共有人提起案外人执行异议之诉的情况主要有四种：

第一种，共有人以其对执行标的享有相应财产份额为由请求排除执行。对于需要整体处置的执行标的，按份额拍卖将严重损害其价值，进行整体处置符合法律规定。故共有人享有财产份额不能排除拍卖、变卖和交付，只能请求保留相应变价款。案外人执行异议之诉属于复合之诉，兼具确认权利和判断能否排除执行的功能。它所要救治的，并非强制执行程序的违法性，而是执行行为的非正当性、执行标的之实体失当性。[3]因确认共有份额的诉请已纳入析产诉讼的诉讼系属，再提起该诉请显属重复诉讼，本应裁定驳回起诉。对于排除执行的诉讼请求，应依法判决驳回。因此，依照判决吸收裁定的法理，案外人执行异议之诉应全案判决驳回。

第二种，共有人以执行标的为可分物，其对部分执行标的享有所有权为由请求排除执行。如执行标的是可分物且适于分割处置，常见的有银行存款、可分割处置的动产及其他财产权利等，共有人确认其权利的诉请应通过先行立案受理的代位析产诉讼审查判定。案外人执行异议之诉不再对财产分割进行审查，仅依据代位析产诉讼裁判结果判断能否部分排除执行。

第三种，共有人以执行标的系其个人所有为由请求排除执行。债权人代位析产诉讼无法解决执行标的所有权归属问题，即便人民法院审理后认为执行标的为被执行人的配偶一方单独所有，也只能驳回债权人的析产诉请。根据《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》（法发〔2018〕9 号）第 8 条规定，需要确权的财产已经被人民法院查扣冻的，当事人只能通过案外人执行异议之诉主张权利。因此，共有人确认所有权和排除执行的诉请只能通过案外人执行异议之诉解决。

第四种，共有人以其对执行标的享有物权期待权为由请求排除执行。如作为执行标的的案涉房产登记在夫妻双方名下，被执行人的配偶一方主张其与被执行人已经离婚，双方在离婚协议中约定案涉房产归配偶一方所有，但因故未及时办理产权变更登记手续。此情形下，需要准确甄别权益类型，进而判断案外人所主张的权利能否排除执行。[4]配偶一方的诉讼请求能否得到支持，应通过案外人执行异议之诉审查。

三、共有人提起案外人执行异议之诉审理的类型化分析

债权人代位析产诉讼审理期间，共有人提起案外人执行异议之诉的，是否需要中止审理应视具体情形确定。

第一，共有人以其享有财产份额为由提起案外人执行异议之诉。债权人代位析产诉讼的目的是分割共有财产份额，在查扣冻财产变价后执行机构应依照析产诉讼判决结果为共有人保留相应变价款。无论析产诉讼中共有人最终份额比例如何，均不能排除执行，故案外人执行异议之诉可以继续审理并径行裁判。

第二，共有人请求排除执行的执行标的是可分物且适于分割处置。因债权人代位析产诉讼受理在先，案外人执行异议之诉对于执行标的的分割不应再进行审理，而应根据债权人代位析产诉讼的裁判结果，直接判决能否排除相应部分财产的执行。此时，案外人执行异议之诉应当中止审理，等待代位析产诉讼的裁判结果。

第三，共有人以其系执行标的所有权人为由提起案外人执行异议之诉。该诉讼请求涉及执行标的所有权归属问题，故债权人代位析产诉讼应中止审理。若案外人执行异议之诉判决排除执行，则该财产不得作为被执行人责任财产执行，债权人代位析产诉讼应据此驳回债权人的诉讼请求；若案外人执行异议之诉驳回共有人的诉请，代位析产诉讼应恢复审理并对该财产进行分割。

第四，共有人以其享有物权期待权为由提起案外人执行异议之诉。因执行标的能否排除执行需要依法审查，且存在排除执行的可能，故代位析产诉讼应当中止。案外人执行异议之诉判决排除执行的，则析产诉讼应驳回债权人的诉请；案外人执行异议之诉判决驳回共有人诉请，则析产诉讼应恢复审理并对该财产进行分割。

结语

对共有财产的查扣冻主要是为防止共有财产析出被执行人份额前被处分， 进而保障后续申请执行人权利实现。[5]债权人提起代位析产诉讼后，共有人仍有权作为案外人提起执行异议之诉。因两种程序的功能目的和诉讼请求并不完全相同，不宜以一种程序已被受理，否定另一种程序的诉权。审判实践中应对案外人执行异议之诉的请求权基础进行类型化分析，注意与债权人代位析产诉讼相互衔接，以充分保障各方当事人合法权益。

文字编辑：王常阳

注释

[1] 参见陈杭平：《中国民事强制执行法重点讲义》，法律出版社 2023 年版，第 96 页。

[2] 参见金殿军：《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》，载《法律适用》2023 年第 1 期，第 181 页。

[3] 参见肖建国：《中国民事强制执行法专题研究》，中国法制出版社 2020 年版，第 184 页。

[4] 参见郑重：《执行裁判之理念探析》，载《人民法院报》2024 年 6 月 28 日第 5 版。

[5] 参见陈克：《代位析产纠纷中若干问题的探讨》，载《法律适用》2020 年第 5 期，第 88 页。

排版：姜丹　王翼妍

执行编辑：刘凌梅

《刑事审判参考》实务精选：虐待罪中家庭成员、虐待行为以及因果关系的认定

原创：2024-12-19　人民法院出版社　嵇晶晶 张鹏 等

https://mp.weixin.qq.com/s/TBfanv_mFRAcJm-wcB1yVA

本文选自《中国审判指导丛书》——《刑事审判参考》总第 141 辑。为方便阅读，省却注释，详情请参见纸质图书原文。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭 编
定价：68.00 元

《刑事审判参考》由最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭、第三庭、第四庭、第五庭共同主办。自 2021 年起，丛书由人民法院出版社出版发行，作为《中国审判指导丛书》的重要组成部分。丛书自 1999 年 4 月创办以来，秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨，在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下，密切联系刑事司法实践，为刑事司法人员提供了有针对性和权威性的业务指导和参考，充分发挥了总结审判经验、强化审判指导、教学科研参考、释法说理引领、服务统筹发展和安全等作用，受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛欢迎。其中，丛书收录的案例选择在**认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等**方面具有研究价值的典型案例，详细阐明裁判理由，**为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。**

《刑事审判参考》案例[第 1615 号]：牟某某虐待案

——虐待罪中家庭成员、虐待行为以及因果关系的认定

撰稿：最高人民法院刑事审判第三庭　嵇晶晶

北京市海淀区人民法院　张　鹏

审编：最高人民法院刑事审判第三庭　鹿素勋

一、基本案情

被告人牟某某，男，1997 年××月××日出生，无业。2020 年 6 月 24 日被逮捕。

北京市海淀区人民检察院指控被告人牟某某犯虐待罪，向北京市海淀区人民法院提起公诉。

被告人牟某某及其辩护人主要提出：牟某某不符合虐待罪所规定的主体要件，其与刘某某之间的身份关系不属于共同生活的家庭成员；牟某某没有对刘某某实施身体伤害，也没有对她进行精神强制与胁迫，无虐待行为；刘某某的死亡与牟某某的行为之间不存在法律上的因果关系。综上所述，提请法院宣告牟某某无罪。

北京市海淀区人民法院经审理查明：

2018 年 8 月，被告人牟某某与被害人刘某某（系化名，女，殁年 24 周岁）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、山东省青岛市与对方家长见面。

自 2019 年 1 月起，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人工流产等方式换取其心理平衡等过激言词。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，医院经采取洗胃等救治措施后下发了病危通知书。

2019 年 10 月 9 日中午，刘某某与牟某某在牟某某位于北京市朝阳区的家中再次发生争吵。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，刘某某经救治无效死亡。

附带民事诉讼原告人马某某（系化名，被害人母亲）因刘某某死亡而遭受的经济损失为人民币 732699.52 元。

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告人牟某某虐待与其共同生活的同居女友，情节恶劣，且致使被害人死亡，其行为已构成虐待罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院关于牟某某犯有虐待罪的指控罪名成立。牟某某与刘某某的共同居住等行为构成了实质上的家庭成员关系的共同生活基础事实，二人的男女婚前同居关系应认定为虐待罪中的家庭成员关系，牟某某符合虐待罪的犯罪主体要件。从辱骂的言语内容，辱骂行为发生的频次、时长、持续性以及所造成的后果而言，牟某某对刘某某的辱骂行为已经构成虐待罪中的虐待行为，且达到了情节恶劣的程度。在刘某某精神状态不断恶化、不断出现极端行为并最终自杀的进程中，牟某某反复实施的高频次、长时间、持续性辱骂行为是制造刘某某自杀风险并不断强化、提升风险的决定性因素，因此与刘某某自杀身亡这一危害后果具有刑法上的因果关系。综合考虑牟某某犯罪的性质、情节、社会危害程度及其认罪态度等因素，对其依法量刑。依照刑法第二百六十条，刑事诉讼法第一百零一条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百七十五条、第一百九十二条第一款和第二款，《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》第六条、第十四条之规定，判决如下：

一、被告人牟某某犯虐待罪，判处有期徒刑三年二个月；

二、被告人牟某某赔偿附带民事诉讼原告人马某某经济损失人民币 732699.52 元；

三、驳回附带民事诉讼原告人马某某的其他诉讼请求。

一审宣判后，附带民事诉讼原告人马某某、被告人牟某某不服，提出上诉。

北京市第一中级人民法院经审理后，认为原判认定事实清楚，证据确实、充分，定罪及适用法律正确，量刑适当，赔偿数额合理，审判程序合法。裁定驳回上诉人马某某、牟某某的上诉，维持原判。

二、主要问题

（1）牟某某与刘某某之间是否属于虐待罪中所规定的家庭成员关系，牟某某是否符合虐待罪的犯罪主体要件？

（2）牟某某对刘某某实施的辱骂行为是否属于虐待罪中的虐待行为且达到了情节恶劣的程度？

（3）牟某某实施的辱骂行为与刘某某自杀身亡这一结果之间是否存在刑法上的因果关系？

三、裁判理由

（一）牟某某符合虐待罪的犯罪主体要件

根据我国刑法第二百六十条的规定及立法精神，虐待罪是指以打骂、冻饿、强迫过度劳动、有病不予治疗、限制自由、凌辱人格等手段，对共同生活的家庭成员从肉体上和精神上进行摧残、折磨，情节恶劣的行为。

刑法将虐待罪的犯罪主体规定为与被害人存在家庭成员关系的行为人，但并未对“家庭成员”这一概念所包含的人员范围作出明确界定。虐待罪于 1979 年写入刑法，1997 年修订刑法时对其加重构成情形予以完善，但对其犯罪构成条件均作出同样的立法规定。当时无论是立法机关，或是司法机关，还是社会公众，对于“家庭成员”的理解都较为简单、明确，认为无疑是基于婚姻关系形成的家庭成员。但随着我国经济社会的快

速发展与转型，社会公众思想观念的改变和生活样态的日益多元化，与虐待罪入刑之初相比较，社会环境发生了深刻变化，尤其是男女婚前同居现象日益增多、常见。发生在上述同居关系人员之间的暴力犯罪案件也已屡见不鲜。虐待罪侵犯的客体是公民的人身权利，侵犯的法益是家庭成员身体的不可侵犯性和精神的健全性，对于虐待罪的惩治旨在保护家庭关系中处于弱势一方群体的合法权益，进而维护和谐稳定的社会关系。今天，形成共同生活基础事实的婚前同居男女关系，许多情况下，同样具有典型家庭成员关系中才具有的亲密性、稳定性、自治性等特征，就应当与时俱进对“家庭成员”作符合立法本意和社会生活发展变化实际的司法理解。有共同生活基础事实的婚前同居男女关系中，一方对另一方实施虐待行为，与发生在社会上、单位同事间、邻里间的辱骂、殴打、欺凌，被害人可以躲避、可以向执法机关和司法机关求助不同，受害方往往因“家丑不可外扬”而隐忍，身心常常受到更大伤害，甚至轻生，具有严重的社会危害性。刑事司法应当积极回应这种因社会发展变化出现的新的司法需求，将婚前同居中形成的人身权益损害、“虐待”特征更为明显的行为纳入虐待罪惩治范围。

反家庭暴力法第二条规定：“本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”第三十七条规定：“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。”可见，反家庭暴力法对于家庭暴力犯罪中的“家庭成员”，并未作绝对闭环规制，而是从保护共同生活的人的合法权益角度出发，对“家庭成员”关系范围加以界定，将具有较为稳定关系的共同生活人员也纳入家庭暴力犯罪所规制的主体。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》也明确了家庭暴力犯罪不仅发生在家庭成员之间，还发生在具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员之间。虐待罪是典型的家庭暴力犯罪，对虐待罪主体的范围界定，应当与反家庭暴力法对犯罪主体的范围界定保持一致。

在本案中，牟某某与刘某某之间形成了具有上述法律规定的“共同生活的家庭成员”之间的关系。首先，二人具有组建家庭的主观意愿和具体计划。从牟某某、刘某某确立男女朋友关系后的交往及情感发展过程来看，二人恋爱且同居期间已在为共同组建家庭进行准备。例如，在临近重要节日及期间，二人共同前往对方家中与对方家长相见，并共同居住于对方家中，双方家长亦是将牟某某、刘某某视为准女婿、准儿媳。其次，二人具有稳定的共同生活的事实。结合在案的言词证据及微信聊天记录，可以证实自牟某某、刘某某确立男女朋友关系之日起，经常共同居住在一起，购买家居用品布置居所，共同进行家务活动，营造共同生活氛围，居住处所包括学生公寓、刘某某家中、牟某某家中。最后，二人在经济上互相扶持。根据目前在案证据，牟某某、刘某某确立恋爱关系之后，有较为频繁的经济往来，用于双方的生活消费支出。

基于上述事实，足以认定牟某某、刘某某不但主观上有共同生活的意愿，而且见家长的时点、双方家长的认可、共同居住和生活的事实以及双方经济往来支出的情况可以反映出，二人已具备较为稳定的同居、共同生活关系，精神上相互依赖，经济上相互融通。根据主客观相统一的原则，并结合社会公众的一般观念，应当认定牟某某与刘某某的共同居住等行为构成了实质上的家庭成员关系的共同生活基础事实，二人的婚前同居关系应认定为虐待罪中的家庭成员关系，牟某某符合虐待罪的犯罪主体要件。

（二）牟某某的辱骂行为属于虐待罪中的虐待行为且达到情节恶劣程度

根据刑法理论通说以及反家庭暴力法、最高司法机关制发的规范性文件的规定，采用侮辱、

谩骂等手段对家庭成员的精神进行摧残、折磨，是典型的带有虐待性质的家庭暴力行为。

在本案中，牟某某与刘某某之间男女朋友关系的确立系双方自愿，并无外界强迫或欺骗因素。双方在上述关系确立后交往并共同生活的过程中，相互精神依赖程度不断加深，而牟某某始终纠结于刘某某过往性经历一事，并认为这是刘某某对其亏欠之处，但其又不愿意因此而与刘某某分手，仍将刘某某作为未来的人生伴侣相处。在与刘某某的相处过程中，牟某某却又无法解开因刘某某性经历一事而产生的心结，因而心生不满。在 2019 年 1 月至 2019 年 9 月间，牟某某高频次、长时间、持续性对刘某某进行指责、谩骂、侮辱，言词恶劣、内容粗俗，对刘某某造成了巨大的心理伤害。刘某某亦不愿与牟某某分手，但又不知如何面对牟某某反复持续施加的精神暴力。在日积月累的精神暴力之下，刘某某承受了巨大的心理压力，精神上遭受了极度的摧残与折磨，以致实施割腕自残，最终服用药物自杀。

（三）牟某某实施的辱骂行为与刘某某自杀身亡这一结果之间存在刑法上的因果关系

牟某某与刘某某确立恋爱关系后，在交往及共同生活过程中，本应相互平等对待，平和理性处理两人间的矛盾，基于善意解决双方存在的情感问题等。但牟某某出于偏执心理，不能正确对待刘某某过往性经历一事，不断指责、辱骂刘某某，恶语相向，将对其具有高度精神依赖关系的刘某某逐渐推向精神崩溃的地步。

在案证据可以证实，刘某某在与牟某某确立恋爱关系后，对牟某某的精神依赖程度不断加深，牟某某长期对其侮辱、谩骂，进行精神折磨与打压，贬损其人格，刘某某为了维持与牟某某的恋爱关系，虽然也有反抗、争辩，但最终选择了妥协、沉默和忍受牟某某的负面情绪。在刘某某服药自杀前两个月，其在网上发布的帖子内容，真实反映了其因牟某某的指责、辱骂而在精神上遭受的折磨以及面对牟某某双重人格而不知所措的矛盾心态；而牟某某本人对 2019 年 10 月 9 日当天双方争吵原因及过程的供述，可以证实正是因为牟某某所说的刘某某过于依赖他的话语，深深刺激了精神状态已极为脆弱的刘某某，导致刘某某情绪崩溃而大哭。而刘某某在案发时极度脆弱的精神状态，正是由牟某某日积月累的指责、辱骂行为所造成的。牟某某作为刘某某精神状态极度脆弱的制造者和与刘某某之间具有亲密关系并对刘某某负有一定扶助义务的共同生活人员，在刘某某已出现割腕自残，以及服用过量药物后进行洗胃治疗并被下发病危通知书的情况下，已经能够明确认识到刘某某处于生命的高风险状态，其本应及时关注刘某某的精神状况，采取有效措施及时消除上述风险，防止刘某某再次出现极端情况，但牟某某对由其一手制造的风险状态完全无视，仍然反复指责、辱骂刘某某，最终造成刘某某不堪忍受、服药自杀身亡的悲剧。

此外，在案证据证实，刘某某在与牟某某确立恋爱关系之前，性格开朗、外向，是在与牟某某确立恋爱关系并同居生活之后，不断遭受牟某某的指责、辱骂，才导致其时常精神不振、情绪低落，并出现了割腕自残、服用过量药物而被洗胃治疗等极端情况，在确立恋爱关系仅一年多即不堪受辱服药自杀。

综上所述，本案认定牟某某虐待与其共同生活的同居女友，致对方自杀身亡的行为构成虐待罪，并依法对牟某某定罪处罚，具有充分的事实、证据基础和法律依据，也符合社会公众的认知和期待，实现了新类型案件办理“三个效果”的统一。

优秀裁判文书展播九：直播打赏未超出家庭日常生活需要，不构成无权处分

原创：2024-12-20 朝阳法苑
https://mp.weixin.qq.com/s/zxYCM59-oWkG3s7pmRCEmg

基本案情

刘某与陈某曾系夫妻关系，二人于 2018 年 4 月 20 日登记结婚，2020 年 6 月 2 日协议离婚。某科技公司运营某网络直播 APP，李某为该直播平台主播。2018 年 4 月 20 日至 2020 年 6 月 20 日期间，陈某先后通过该直播平台向李某打赏 40 余万元。刘某主张二人实际建立了网络情侣关系，违背公序良俗，陈某未经其同意擅自处分婚内财产，某科技公司及主播李某取得打赏为不当得利，应当返还，故诉至法院要求某科技公司、李某向其连带返还 410380 元。

裁判结果

一审法院判决如下：

驳回原告刘某的全部诉讼请求。

该案一审判决已生效。

精彩段落

关于争议焦点一（陈某的打赏行为是否因违背公序良俗而导致无效）……首先，刘某并无确凿证据证明陈某与李某存在不正当男女关系。虽然陈某与李某曾在网络直播平台的交友直播间领取“结婚证”、举办“网络婚礼”，但所谓的“网络婚礼”和“结婚证”是网络直播平台面向所有用户设计的游戏体验，以用户消费金额多少作为触发条件，不足以说明陈某和李某形成了实质的男女恋情。其次，即便陈某在网络直播平台向主播表达爱慕，但其并未在直播间公开表明已婚人士身份，未对社会大众造成不良引导、未在社会公共领域造成不良影响。现亦无证据证明，李某明知陈某已婚身份而在直播间与之发展暧昧关系，或有在直播间散布淫秽色情、性暗示内容等违法违规行为。此外，刘某陈述陈某为了充值打赏透支信用卡、高额举债，给家庭生活带来了困难。但从客观上某科技公司无法分辨用户充值打赏款项的金钱性质或来源，现有证据也不能证明李某有故意怂恿陈某借贷打赏的言行。陈某打赏资金来源于借贷并不是导致合同无效的当然事由。故，现有证据不足以证明本案有违背公序良俗而导致网络服务合同无效的情形。

关于争议焦点二（陈某在某网络直播平台上充值打赏的行为是否构成无权处分及其法律后果）……本案中，陈某在婚姻存续期间所充值打赏

的财产固然是其与刘某的夫妻共同财产，但如属于家庭日常生活需要范畴则刘某无权要求返还。首先……李某在某网络直播平台直播表演唱歌才艺，陈某在观看和打赏过程中得到了精神愉悦。陈某将观看直播作为日常娱乐消遣的方式之一，为直播内容和打赏服务给其带来的精神愉悦而付费，从消费种类来看属于家庭日常生活需要的范畴。其次，陈某单次充值金额最高不过千余元，大部分单笔充值金额为百元、几十元、甚至几元，其充值打赏行为具有小额、高频特点。陈某沉迷网络，长期观看网络直播，其打赏的四十余万元是在两年多的时间里陆续完成，兼具长期性特点。网络消费突破了地域经济限制，且随着数字经济发展和人民生活水平提高，网络精神消费占比和消费金额逐年增大。以社会公众对消费的一般性认知判断，陈某累计享有的服务与其支付的对价并无明显失衡，不属于打赏金额累计畸高的情形，其打赏的钱款仍属于为满足个人精神文化需求而产生的支出。故，陈某的打赏行为属于家庭日常生活需要，不构成对夫妻共同财产的无权处分。

……但本院对陈某挥霍夫妻共同财产的行为予以批评。陈某观看直播进行打赏虽然是精神消费，但其在新婚不久及妻子怀孕生育之时，花费大量的时间、金钱用于打赏主播，客观上造成家庭经济困难，导致家庭关系不睦，给其家庭带来了恶劣的影响，其沉迷网络、无节制打赏给自己、给家庭带来的后果应当引起广大网络直播用户的警戒。网络直播平台应当进一步强化社会责任，加强对直播内容的管理、对主播行为的约束，落实《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》等文件要求，设立单日或单笔充值金额上限，对当天充值金额过高的用户予以提示，引导用户理性消费、文明观看。主播应当依照《网络主播行为规范》的要求，与用户文明互动，不以暗示、诱惑、鼓励等方式诱导用户大额“打赏”，引导用户和主播文明互动、理性表达、合理消费，共建文明健康的网络表演、网络视听生态环境。

扫码登录中国裁判文书网查看全文

供稿：望京法庭 审判管理办公室（研究室）

摄影：曹璐

编辑、制图：麦浩敏

“圈养”子女，还适合作为直接抚养人吗？｜ 基层治理案例（家事纠纷篇）④

2024-12-24 上海二中院

https://mp.weixin.qq.com/s/7olgqOaAOOT-tHHXhIPh6g

抚养教育保护子女，既是父母的权利也是义务。父母离婚并不会导致其与子女间的权利义务关系消除，但抚养的方式可能发生改变。一般来说，离婚后未成年子女客观上不能和父母双方共同生活，但并不意味着子女完全不与另一方来往。实践中存在夫妻一方争抢、骗走或者隐匿子女，从而是子女与父母另一方完全隔绝，甚至该抢夺子女的一方父母为了“抵御”不同意见，将子女

与更多亲属隔离起来，形成自己可控范围内的“圈养”。这不仅剥夺了另一方对子女抚养、教育的权利，更侵害了子女与亲人交往的权利，十分不利于子女的健康成长。

以案释法

张某甲与李某婚后生育一子张某乙。婚初夫妻感情尚可，近年因经济等原因，致夫妻感情不和睦。李某曾于 2020 年 3 月向一审法院起诉离婚，后撤回起诉。2021 年 5 月双方开始分居。分居后张某乙随张某甲生活至今。现李某再次提起离婚诉讼。李某表示，其提起离婚诉讼后，张某甲便不再让李某见张某乙。审理中，双方近亲属表示，近几年张某甲对张某乙要求过于严格，而且不让张某乙与亲属交流，其状态不适合抚养孩子，为了孩子健康成长，希望由李某抚养张某乙，双方近亲属均愿意帮助李某抚养张某乙。二审中，法院委托上海市阳光社区青少年事务中心根据《进一步落实青少年事务社会工作者参与涉未成年人家事案件纠纷解决机制的合作框架协议》的有关规定，安排青少年事务社工通过走访双方工作对象居住地、观察生活环境、约谈工作对象、面谈未成年人的方式，充分了解张某甲与李某各自的家庭环境、抚养能力以及未成年子女意愿等情况。

法院经审理认为，离婚时，子女抚养事宜可由双方协商，协商不成的由人民法院从最有利于未成年人的角度判决。虽然张某甲与李某分居后，张某乙随张某甲生活至今。但在二人分居前，李某对张某乙的抚育照顾较多。张某甲虽充分表达了希望与孩子共同生活陪伴其成长，积极履行抚养职责的愿望，但对未成年子女的抚养、教育与保护，既需要父母的良好意愿，更离不开正确的方式方法和良好的生活环境。尽管张某甲与李某均经济状况窘迫，但双方近亲属均已明确表示希望由李某抚养张某乙并愿意提供帮助，在该情况下，张某乙由李某直接抚养显然有助于让未成年人获得更多的关爱。综合考虑李某与张某甲的实际情况，从有利于孩子健康成长的角度考虑，法院认为张某乙应随李某共同生活为宜。

法治建议

本案主要争议焦点为夫妻双方离婚时孩子应当由谁直接抚养。根据法律规定，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。生活中，很多人单纯以为最有利于未成年子女的原则主要指能够为未成年子女提供更好的居住条件、教育资源，甚至简单地认为，经济条件的优渥更有利于抚养子女。但实际上，父母的经济负担能力只是评判其是否适合直接抚养子女中的一环，更为重要的在于父母对子女的抚养方式、教育方法能有利于子女塑造健康人格、形成正确价值观并具备符合社会期待的学习能力。粗暴的、专制的抚养方式，特别是将未成年子女强行隔离于不认同该父母教育方式的亲属接触范围外，无异于剥夺未成年人与部分亲人的亲情联系，打击、否定孩子的自然天性，对孩子长远发展具有十分不利的影响。

对此，建议如下：

- 宣传上注重观念引导。无论是媒体宣传，还是基层组织、社区宣传，都要注重引导老百姓从关注离婚后子女的争夺，转移到关注如何抚养才更有利于子女成长。倡导离异父母以合作的态度就抚养、探望等事宜耐心协商、冷静沟通、相互配合。
- 学校等社会机构注重帮助孩子形成权利意识。未成年人也有亲情沟通、亲情交往的自主选择权，教育机构、基层社区可以设置相应的途径供未成年人寻求帮助，发现侵害未成年人权益的情形要及时向主管机关报告，以监督父母不当的抚养、教育行为。

● 基层组织要关注抚养子女存在困难的父母。通过社会救助基金、技能培训或就业指导等方式帮助他们改善经济状况；通过社区组织志愿者为困难家庭子女提供课后辅导或提供必要的学习资源；建立邻里互助小组，组织居民相互帮助、相互照顾。

相关法条

《中华人民共和国民法典》

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

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

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

第一千零八十五条 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。

前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

第一千零八十六条 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。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

责任编辑 | 翟珺
文字 | 卫翔宇
版面编辑 | 周彦雨

（三）检察视点

结婚证上的新娘究竟是谁？湖北安陆：查明真相　监督撤销虚假婚姻登记

2024-11-20　检察日报客户端　蒋长顺　安剑　金霞
https://szb.jcrb.com/mobile/2024/20241120/20241120_006/content_20241120_006_4.htm#page5?operate=true

湖北省安陆市检察院检察官汪琳近日收到了一条特别的微信：“汪检察官，我与小芳（化名）领了结婚证，准备下个月举办婚礼……”发来信息的是一起行政检察监督案件的当事人张某。在安陆市检察院的依法监督下，张某终于摆脱了困扰他 22 年的虚假婚姻登记。

撤销虚假婚姻登记遇阻

2001 年，张某经人介绍与小美（化名）相识。不久，张某的家人就为他们在村里办了喜宴。可谁知，二人同居生活不到一年，小美便不辞而别，自此音讯全无。

2023 年 10 月，已经 47 岁的张某遇到与他情投意合的小芳。当两人来到安陆市民政局办理结婚登记时，却被工作人员告知，张某早已与小丽（化名）登记结婚，不能再申请结婚登记。

“我压根不认识叫小丽的人，也从没和她到安陆市民政局办理过结婚登记。”莫名其妙“被结婚”的张某请求民政局依法撤销该结婚登记。但因张某的情形不符合“因胁迫结婚的、患有重大疾病结婚登记前不如实告知的”两种法定可撤销婚姻登记情形，安陆市民政局无权主动予以撤销。

今年 5 月，张某将安陆市民政局告上法庭。法院认为，该案已超过法定起诉期限多年，应裁定驳回张某的起诉。为及时化解行政争议，法院将该线索同步至安陆市检察院。

共促行政争议化解

随后，安陆市检察院承办检察官联合承办法官，对小丽的身份信息进行了全面核实。办案人员经过核查发现，安陆市民政局办理的结婚登记档案中结婚登记人的身份信息为张某与小丽，但结婚证照片中的女方实为小美。那么，小丽又是谁呢？

检察官经进一步调查了解到，当年，小美与张某相识时，并未达到法定结婚年龄，张某的奶奶为了早点抱上重孙子，在二人不知情的情况下，虚构了一个已达到法定结婚年龄的小丽，并托关系在婚姻登记所为二人领了结婚证。如今小美早已与他人结婚生子，张某与小丽的虚假婚姻登记又该何去何从？

为促进行政争议实质性化解，以公开促公正，安陆市检察院组织召开公开听证会，邀请人大代表、人民监督员、听证员及安陆市法院法官、市民政局相关工作人员参加，协同化解矛盾。听证会上，承办检察官介绍了基本案情、出示了调取到的相关证据、听取了各方意见，并进行了现场释法说理。听证员经过讨论后一致同意检察院的意见：建议民政部门及时撤销虚假婚姻登记。

解开虚假婚姻登记“死结”

安陆市检察院认为，民政部门在办理婚姻登记时未尽到审慎审查义务，是导致案涉婚姻登记

中存在弄虚作假情形的重要原因，该起婚姻登记依法应予撤销。随后，该院向该市民政局制发检察建议，建议其依法撤销虚假婚姻登记，维护当事人的合法权益，并在今后办理婚姻登记工作中严格规范履职，避免此类问题再次发生。

安陆市民政局在收到检察建议后，结合公开听证会的意见，及时对相关情况进行了核实，于 9 月 2 日作出撤销案涉虚假婚姻登记的决定。至此，这桩通过弄虚作假方式骗取的婚姻终于解除了，困扰张某的烦心事也得到了圆满解决。

在收到安陆市民政局出具的撤销婚姻登记决定书后，张某向安陆市法院提出了撤诉申请，并很快和小芳领取了结婚证。

“检察机关在两个月的时间内成功解开了 22 年的虚假婚姻登记‘死结’，我为心系百姓的检察官点个赞！”湖北省人大代表姚志武如是说。

再谈“离不了的婚”
——撤销婚姻登记检察监督案实务洞察

2024-12-11　检察日报客户端　张仁平　黄静如

https://szb.jcrb.com/mobile/2024/20241211/20241211_007/content_20241211_007_1.htm#page6?operate=true

11 月 5 日，最高人民检察院检察长应勇在十四届全国人大常委会第十二次会议上作关于人民检察院行政检察工作情况的报告，福州市闽侯县姚某申请撤销婚姻登记检察监督案重回人们的视野。作为这一“渊源案件”发生地的检察机关，福建省福州市检察机关充分总结前期办案经验，通过到院走访、网络梳理等方式，对全国其他地区检察机关办理的婚姻登记检察监督案进行抽样调查，对自 2021 年 11 月“两高两部”印发《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》以来全市检察机关受理的 41 件撤销婚姻登记检察监督案开展类型化剖析，以更严谨的实证研究、更高质效的检察履职助力婚姻登记领域行政争议实质性化解。

一、发案特征：类型化趋势愈发凸显

一是婚姻登记主体资格不符。当事人之所以选择以冒名顶替、弄虚作假等方式骗领婚姻关系证明，往往源于当事人本身不具备婚姻登记的主体资格，例如未达到法定婚龄等。年轻的非适龄青年以夫妻名义生活后，囿于传统观念和社会舆论，急于将婚姻关系“合法化”，便使用虚假出生日期的身份证明骗领结婚证。待达到法定婚龄后，又重新使用真实身份证件二次登记，导致首次婚姻登记不合法但未撤销，二次婚姻登记效力存在争议，进而伴随继承、财产分配等次生法律问题。

二是个人信息填录存在差错。早期婚姻登记和身份验证未实现信息化，手工填录差错时有发生，以致持证当事人身份认证存在异议。例如福清市的郑某与方某于 1979 年在乡镇政府办理结婚登记时，男方的出生日期及女方的姓名均存在笔误。时隔 45 年后，今年 5 月在福清市检察院的帮助下，二人终于摆脱了结婚证无法使用的尴尬局面。据民政部 2012 年发布的消息，截至当年 6 月底，全国已实现婚姻登记信息联网目标，加之二代身份证电子验证的普及，鲜有 2012 年以后发生的撤销婚姻登记检察监督案。2018 年，全国婚姻登记机关已全部具备婚姻登记全国联网审查功能，个人信息填录差错导致的错误婚姻登记逐渐成为历史遗留问题。

三是骗取彩礼逃避法律制裁。以缔结婚姻为由骗取彩礼是诈骗犯罪的常见手段，骗婚女子与男方登记结婚并短暂生活一段时间后，便卷款失

踪。为了在骗取彩礼后顺利脱身，隐瞒真实身份，冒用他人身份证登记结婚是不法分子的常用手段，且骗婚团伙往往流窜多省份的农村地区猖獗作案。例如在被写入专项报告的姚某案中，莫某美假借莫某利身份证与姚某登记结婚，骗走 7 万元彩礼。闽侯县检察院组织办案团队跨省调查，发现莫某利名下竟有 5 桩婚姻登记同时存续，分别在广西、浙江、山西、福建、安徽等地。闽侯县检察院经向公安机关移送线索，很快促成了刑事立案，相关婚姻登记也被撤销。莫某美后受到应有的惩处，被判处有期徒刑三年九个月。

四是因办理手续需要而骗领结婚证。结婚证是办理相关手续的重要证明材料，如果缺乏结婚证，则需要提供亲子鉴定、居（村）委会证明等材料补证。部分当事人为了避免麻烦、谋求更大的政策优惠，选择了骗领结婚证。例如 2009 年，福州市鼓楼区的高某意外去世留下遗腹子，女方张某为顺利办理孩子的落户手续，请求郭某持高某的身份证，冒充高某与其登记结婚。2022 年，郭某准备再婚时，却发现无法“离婚”，最终鼓楼区检察院帮助其撤销了与张某的婚姻登记。

二、追本溯源：婚姻登记争议难解症结

一是规则之困。纠纷长期悬而未决，背后必有难以突破的客观障碍。综合关于可撤销婚姻范围的相关法律规定，只有因胁迫结婚、婚前隐瞒重大疾病、被限制人身自由等情形可以撤销婚姻关系，而撤销冒名登记或虚假登记的婚姻关系则于法无据，实践中婚姻登记部门一般不予受理。

二是主体之困。民事诉讼中，当事人可以通过提起离婚诉讼或宣告婚姻无效诉讼来消灭婚姻关系。然而，冒名顶替或者弄虚作假直接导致婚姻缔结主体身份不明，无法确认原、被告之间存在婚姻关系，实践中法院一般驳回起诉。同理，未达法定婚龄等无效婚姻的情况也存在主体身份信息难以确认的问题。

三是时限之困。绝大多数婚姻登记错误案件集中于 2012 年婚姻登记信息全国联网之前，这就受到了两个时限的影响：一方面，婚姻登记行为已过五年行政诉讼起诉期限；另一方面，部分当事人使用虚假身份的行为已过行政处罚的追责时效，且彼时使用虚假身份证件、盗用身份证件罪尚未入刑，若未合并其他违法犯罪，难以对其进行行政处罚或刑事追诉。

三、引向纵深：完善共治冒名或虚假婚姻登记之路

一是探索多元化调查核实手段。福州市检察机关受理的发生于 2012 年之前的撤销婚姻登记检察监督案，占同类案件的 89.7%。在此类案件中，婚姻登记行为年代久远，增加了检察机关调查核实的难度，稍有不当还可能引发更大的矛盾纠纷。目前，针对此类案件常见的调查核实手段有调阅婚姻登记档案、走访村居社区、进行笔迹鉴定等，要达到证明标准存在一定的困难。2023 年底，浙江等地已探索使用人像鉴定系统对结婚证照片与当事人进行人脸相似度比对鉴定，有助于夯实证据基础，值得借鉴。

二是加强基层登记人员的信息化技能。在个别地方，乡镇政府配置了婚姻登记职能，这既有利于了解当事人的真实婚姻状况，也有利于节约当事人的交通成本。但考虑到人情因素干扰、档案管理水平和法律政策把握能力有限等因素，大部分地区已取消乡镇政府的婚姻登记职能。福州地区目前虽然仅在一县级市乡镇保留婚姻登记职能，但该县级市检察机关受理当地撤销婚姻登记检察监督案的数量就占到了全市的 24.4%。因此，有必要组织基层登记人员研习婚姻法规与政策变动，精准把握登记要点，同时加强信息录入、查询管理、身份证核验、文件资料扫描等方面的培训，提升其信息化技能。

三是完善数据共享机制。因法院与民政部门之间存在婚姻信息壁垒，全国婚姻信息联网系统

部分数据更新不及时，离婚判决生效后当事人仍到民政部门补领结婚证、重新办理离婚登记的现象时有发生。近几年，各地积极落实最高法、民政部《关于开展部门间信息共享的合作备忘录》精神，产生了很好的实践效果。例如今年 1 月，闽侯县建立了司法机关和民政部门婚姻信息共享机制，民政部门在机制实施当日就发现了一条利用婚姻信息共享漏洞违法办理婚姻登记的线索。

四是持续激活制度优势，拓展适用面。“两高两部”印发《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》后，有关检察机关帮助当事人撤销结婚登记的案例数不胜数，其中不乏对姚某案的参照分析。需要注意的是，婚姻登记不仅包含结婚登记，也包含离婚登记。虚假的离婚登记容易衍生家庭伦理、财产分割、子女抚养等问题，甚至引发重婚犯罪，其危害后果同样不容小觑。检察机关有必要充分运用指导意见，总结和参照督促撤销结婚登记的经验做法，将法律监督触角拓展至错误离婚登记领域。

（作者单位：福建省人民检察院、福建省福州市人民检察院）

（四）公证专题

典型案例 | 准确适用和查明域外法律 为香港同胞一站式办理境内不动产继承公证

2024-12-16 长安公证
https://mp.weixin.qq.com/s/jm8HEBu9bG34rl4E9EKL-A

近日
2023 年度中国公证十大典型案例
评选结果揭晓
北京市长安公证处
公证员李青办理的
“准确适用和查明域外法律
为香港同胞一站式办理
境内不动产继承公证”
案例上榜
一起了解

准确适用和查明域外法律 为香港同胞一站式办理境内不动产继承公证

承办公证员：北京市长安公证处 李青

1 案情回顾

中国香港居民安先生在一次出差中，因突发疾病，于 2023 年 6 月在澳大利亚去世。其父母仍然在世，还有配偶和两名刚刚成年的子女，全家均为香港居民，一直生活在香港，没有来过内地。

北京市长安公证处接到其配偶张女士的求助，称安先生在北京担任公司高管期间，购买过一处北京的不动产，但自己仅知道大概地址，房本从未见过。安先生还留有一些银行存款，却也是只知道在哪个银行，不知道数额和密码。

安先生父母年事已高，两个子女一个刚满 18 岁，还在高中就读，一个也才 19 岁，是在校大学生，张女士自己有老人和孩子需要照顾，也没有办法来大陆办理继承手续。因对内地的法律、政策都不熟悉，也无任何财产凭证，特向公证员询问，该如何处理安先生继承事宜。因继承人、被继承人均为香港居民，且被继承人死亡地点为澳大利亚，涉及复杂的涉外民事法律关系准据法判断及法律适用相关问题。

为了给香港同胞提供便捷有效的法律服务，维护香港居民的合法权益，长安公证处积极发挥“桥梁”作用，联合两地律师、公证人为继承人张女士设计了“委托+继承+代办”全套法律服务方案。由内地公证机构和律师在不同事项中分别担任受托人，联合中国委托公证人（香港），以及第三方域外法律查明机构，互相配合，最终实现了张女士不用亲自到内地，即实现了遗产的顺利继承和过户。

2 公证过程及结果

本案的难点在于，要熟练掌握并适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，首先根据夫妻财产关系有关条款，选择准据法，查明和适

用法律，并依此判断遗产的范围；其次要查明被继承人安先生是否有遗嘱，选择适用遗嘱继承还是法定继承的有关准据法条款。如果是法定继承，那么在遗产中还要区分动产和不动产，区别适用不同的法律。因安先生死亡地是澳大利亚，还要结合证据判断安先生经常居住地。

委托第三方域外法律查明机构

对遗产范围进行确认

在涉外继承案件中，公证员要先确定遗产范围，即将遗产从夫妻共同财产中剥离出来。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条的规定，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。

经询问，安先生、张女士并没有协议选择过夫妻财产关系的法律适用，二人共同经常居住地是中国香港。公证处经征求张女士同意，委托深圳蓝海法律查明和商事调解中心，对香港的夫妻财产制度进行了查明，并由该机构出具了法律查明报告，证明登记在安先生名下的不动产及存款，均系安先生个人财产，因此在其去世后全部为其遗产，其中并不涉及张女士的份额。

与中国委托公证人（香港）合作

查明遗嘱、亲属关系等

长安公证处主动联系中国委托公证人（香港），在他们的协助下，由张女士申请，对安先生是否留有遗嘱进行了查询，并为安先生的父母、子女出具了放弃继承权声明书，为张女士出具亲属关系及遗嘱状况的声明书，并按我方建议，列明了被继承人安先生死亡时经常居住地，夫妻共同经常居住地。

为了便于内地开展后续查询、代办手续，我处还为张女士起草了委托书，由长安公证处工作人员和内地律师共同担任受托人，并将该份委托书提交中国委托公证人（香港）进行了一并公证。上述公证文件经中国法律服务（香港）有限公司转递，由长安公证处进行接收。

提供全套法律方案设计，与律师

共同履职配合，完成继承、过户手续

长安公证处为张女士设计了全套法律方案，与张女士就费用、服务内容、周期等在线上签署了协议书。在公证员的指导下，安先生在澳洲的死亡证明，也同时进行了公证、认证，邮寄至公证处并进行了文本相符公证。在收到张女士在香港做的经过公证、转递的委托书后，公证处受托的工作人员即作为受托人之一，持死亡证明、委托书，配合另一位律师受托人一同前往不动产大厅，调取了安先生所购房产的房屋档案，取得了原始购买合同、发票和房本的档案复印资料。随后前往张女士告知的银行，查询了安先生名下的存款余额，顺利查明了安先生所遗留在内地的财产。

准确选择法律适用

办理继承权公证、代办房本

根据公证、转递的香港法律文件，安先生生前无遗嘱。那么根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十一条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。根据该条，不动产法定继承，可以适用民法典继承篇关于继承人范围、顺位等的有关规定，但是存款属于动产，只能适用被继承人死亡时经常居所地法律，也就是香港法律。有关香港法律关于继承人、继承范围、顺位，或者说安先生父母是否是存款的继承人，都还要依靠进一步法律查明。因银行存款数额不大，张女士决定先暂时不处理存款部分。因此根据现

有材料，由委托书中的律师受托人作为张女士的代理人，向公证处申办了安先生所遗留不动产的继承权公证。公证员出具了继承权公证书。随后，公证处工作人员和律师作为受托人，一起前往不动产大厅为张女士办理了新房本，由律师邮寄至香港。

至此，一个跨越两地的继承案件，在两地律师、公证人和法律查明机构的配合下圆满完成，让香港同胞足不出户，顺利继承了北京的不动产。

3 典型意义

本案的办理是深入学习贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于加强涉外法治工作的重要论述的具体体现，是公证行业在建设涉外法治体系和提升涉外法律服务能力上持续发力的有力证明。

随着中国改革开放的不断扩大，国际间交流与合作日益加深，公民跨境财富传承的需求与日俱增，涉外继承公证案件逐渐增多。在审判实践中，法官主动查明、适用域外法律屡见不鲜。而正确选择和适用准据法将直接影响到实体结果及能否实现个案公正。该案例证明，公证机构也能紧跟审判思维，不断提升自身涉外服务能力。北京作为首都和国际交往中心，资金、技术、人才等高端要素不断聚集。在京跨国公司地区总部，外资企业，在京注册登记的国际组织数量都十分庞大。该案例中被继承人就是曾经的在华外企高管。解决好这些人群在华财产的继承问题，事关公证机构是否能营造有利法治条件和外部环境，推进中国式现代化进程。

本案的办理体现了公证机构和公证人员处理涉外案件的专业能力和法律水平。公证机构搭建“桥梁”，两地律师、公证人协同配合，并引入第三方法律查明机构，为当事人排忧解难的同时，也守住了风险底线。公证机构接受委托查明遗产，为境外当事人提供“一站式”服务，全程跟进、代办，直至继承人顺利过户房产，解决了“最后一公里”问题，切实实现了公证便民利民。同时，公证机构及时制定法律方案，将一起有多个涉外因素、财产不明的，随时可能引发纠纷的案件，运用公证手段解决，也是新时代“枫桥经验”的公证实践。

4 公证员体会

涉外继承公证，与境内继承公证的办理思维、法律选择有明显的区别。一般在处理境内继承公证时，只要是婚内取得的财产，都是夫妻共同财产，其中只有被继承人的份额是遗产。再依据民法典继承编的规定，我们划定继承人范围和顺位。而办理涉外继承时，公证员需要优先、反复查阅《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，先考虑有哪些涉外因素，这些涉外因素应适用域外还是域内法律。如果适用域内法律，才能根据民法典作出判断。而如果指向了域外法律，则需要进行法律查明。

在办理此案过程中，公证员认为，域外法律查明工作，可以由域外法律专家提供法律意见，或直接委托境内五大域外法律查明中心查明，这样的法律查明结果比较经得起考验，也一定程度分担了公证机构的责任。不同于境内的继承业务，基本公证处独立可以指导当事人办理完成，在办理涉外继承时，需要境内外法律人的通力合作，在公证机构主导下，各方反复打磨相关法律文件，确定文本内容。

这类业务往往具有疑难复杂性，流程十分漫长，很考验公证员的耐心、细心。稍有不慎，法律适用错误就会引起结论错误，也会耽误当事人的时间、金钱成本。此案的办理，对于公证员和公证机构的涉外法律服务水平都具有一定程度的提高，也给公证员办理涉外业务积累了丰富的经验。

来源：北京公证

北京车牌能过户给子女吗？

2024-12-23　京司观澜

https://mp.weixin.qq.com/s/KhUj6pAR1h2msQQhJ2xPEg

北京车牌需要满足什么条件
才能过户给子女
涉及的亲属关系公证（多车转移）
您了解多少

故事概要

方方圆圆“话”公证讲述了方方、圆圆大学毕业后在公证处工作中的趣闻轶事。故事目的是向社会宣传公证事项，故所有故事纯属虚构，如有雷同，实属巧合。故事也不涉及方方、圆圆为其近亲属办理公证之事，方圆不违反公证回避制度。特此说明。

亲属关系公证（多车转移）

圆圆周末去表哥家玩，表哥明明跟圆圆聊起工作的事儿时突然想起，他一直开的那辆速腾还是他爸爸名下的车呢，

办理亲属关系公证（多车转移）
有哪些注意事项
随观澜君一起了解

最近表哥和表嫂想换辆新车，贷款时需要车辆登记在他本人名下才行。正好他爸爸也就是圆圆的二大爷名下有两辆车，

他咨询了一下4S店可以走一个多车转移手续，听说还要公证。正好圆圆就是公证处的，表哥拉着圆圆咨询起来。

圆圆说，表哥，这事儿得我二大爷先用他的账号登录“北京市小客车指标调控管理信息系统”网站申请多车转移手续，填报信息后系统先进行个人资格审核，之后再通过大数据进行亲属关系审核，

如果审核不通过，则会通知他通过线上申请或者线下申请的方式到指定的公证处办理亲属关系公证；

如果审核通过会通知他办理后续的车辆过户手续，既可以选择到指定公证处办理车辆赠与协议公证，也可以选择到指定二手车交易中心办理买卖过户手续。

表哥听完恍然大悟，说，谢谢圆圆，你讲的太明白了，我这就让我爸赶紧在网上操作。圆圆走时提醒表哥，多车转移一年只有两次申报期，可不要错过时间哦。

方圆提示

《北京市小客车数量调控暂行规定》实施细则（2020年修订）第二十二条　单位和个人（含家庭主申请人）出售、报废名下小客车后需要新购置小客车的，可以申请更新指标，以小客车更新指标确认通知书作为更新指标证明文件。但个人名下有两辆以上本市登记的小客车的，只能选择其中一辆取得更新指标。

个人名下有两辆以上本市登记的小客车的，在保留一辆的基础上，其余车辆可以向其名下没有本市登记的小客车的配偶、子女、父母变更或转移登记，受让方无需指标证明文件。其中，配偶作为受让方的，按照本细则第三十五条第二款规定执行；子女、父母作为受让方的，须符合以下条件：

（一）符合本细则第九条“住所地在本市的个人”的条件；

（二）与车辆登记所有人之间的亲属关系存续满一年。

符合前款规定的，可以由车辆登记所有人或受让方通过指定网站提出车辆变更或转移登记申请，车辆登记所有人和受让方均通过意愿确认后视为成功提交申请。相关部门参照本细则第十一条的职责分工核查双方的身份信息、亲属关系、婚姻状况、名下本市登记的小客车等信息。提交申请、相关部门审核的时间、流程和规则参照本细则第十二条规定执行。

亲属关系、婚姻状况不能通过数据交换进行核查的，指标管理机构应当通过指定网站通知申请人。相关申请人可以自愿向本市公证机构申请办理亲属关系公证，对经公证机构依法审查仍不能查明亲属关系的，可自愿申请办理声明公证；但涉及婚姻状况需补充提交证明材料的，相关申请人应当按照通知提示，首先到民政部门指定的办公窗口进行现场核查。公证书可自通知相关申请人之日起6个月内通过指定网站上传或到各区政府设置的对外办公窗口提交。逾期未提交公证书的，视为放弃申请。

通过审核的，车辆登记所有人和受让方持核查结果等材料，到公安机关交通管理部门办理车辆变更或转移登记。办理完成后，原车辆登记所有人不得申请更新指标。

多车转移手续的具体要求和操作方法也可查阅《京牌小客车变更或转移登记资格申请办事说明》，网址：https://xkczb.jtw.beijing.gov-.cn/bszn/20201230/1609342142349_1.html

八、书籍推荐

荐书 | 《家事法实务（2023 年卷）》| 夏吟兰 龙翼飞主编 | 法律出版社 | 2024 年 12 月第 1 版

2024-12-21 家事法苑

https://mp.weixin.qq.com/s/La2fztb_xx71dkJJCrlSIA

《家事法实务（2023 年卷）》

书籍简介

主编：夏吟兰 龙翼飞
执行主编：林建军 孙若军
谭芳 杨晓林
责任编辑：陈慧
出版社：法律出版社
编辑统筹：法律教育出版分社
责任校对：王丰
责任印制：刘晓伟
装帧设计：凌点工作室

开本：710 毫米×1000 毫米 1/16
印张：20.5
字数：285 千
版本：2024 年 12 月第 1 版
印次：2024 年 12 月第 1 次印刷
经销：新华书店
印刷：唐山玺诚印务有限公司
ISBN：978-7-5197-9838-3
定价：58 元

内容简介

本书是中国法学会婚姻家庭法学研究会与中国人民大学法学院共同主办的年度“中国婚姻家事法实务论坛”的论文精选集，为连续出版物。

本卷设“婚姻家庭”、“继承”、“家事诉讼与程序”三大板块，所载文章均为从事家事法研究与一线实务工作的学者、法官、公证员、律师等法律职业共同体各界别论坛嘉宾精心之作，从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编正确法律适用以及我国的家事审判改革及未来的家事诉讼程序立法及完善建言献策，极具价值。

本书将成为家事法理论研究人员以及法律实务工作者展示与探讨最新研究成果的重要平台。

目录

目 录

Contents

婚姻家庭

夫妻约定财产契约的物权变动及规则适用 王 璇 / 3

父母为婚后子女购房出资性质认定规则构建
——基于 181 份裁判文书的考察 张艳萍 / 15

父母为已婚子女购房出资中父母利益保护的检视
——以体系化适用《民法典》为视角 游艳玲 / 26

父母出资为子女购房的返还路径 江骋骏 蒋晨康 / 36

父母为子女婚后购房出资引发民间借贷纠纷的处理
——以举证责任的承担为视角 邓雯芬 刘海娜 / 46

父母为子女婚后购房出资认定为借贷之法理谬误及价值回归
游植龙 / 58

《民法典》视域下父母为子女购房出资性质认定的审理规则
厘清及标准完善 郑 鑫 / 66

一方父母为子女出资的处置路径研究
——以理想婚姻的设定为视角 付金良 / 76

继承

遗产管理人之法定诉讼担当资格研究 方 硕 / 89

继承人放弃继承的认定及程序构建 王 萍 李雪静 王 婵 / 99
公证参与遗产管理人身份认定探析 陈珠洙 / 108
不动产登记中所涉遗产管理人制度问题研究 阮 啸 / 118
论放弃继承情形下之遗产管理人 陈 晨 / 132
遗产管理人在继承纠纷中的诉讼地位探究
——以律师事务所担任遗产管理人为视角 李慧萍 覃炜垸 / 145

家事诉讼与程序

价值实现基础上的跨境家事司法社会化路径选择
张小雨 赵曼琪 / 157
家庭暴力的证明路径研究
——以“证明责任减轻”为切入点 方 颖 / 169
破茧成蝶:人身安全保护令的实证考察及进路探索
——以 H 省 371 份保护令裁定书为样本
王全胜 韦艳歌 王子璜 / 182
从纠纷审理到纠纷治理:家事审判白皮书功能的实践检视与图景再造
——基于七省市家事审判白皮书典型样本分析
刘克军 康 林 于 娜 / 194
关于离婚损害赔偿制度中证明责任问题的探析 石宝文 崔志铎 / 206
贯彻《民法典》施行背景下的家事纠纷治理
——以离婚协议财产分割条款争议问题为视角
北京市第一中级人民法院团河法庭 / 215
家事调查开展情况分析报告 赵 婧 / 236
家事诉讼审理原则体系思维的建构 谢 芳 / 243
从模糊到具象:离婚财产申报制度的现实与展望 唐小凯 / 254

图书在版编目（CIP）数据

家事法实务. 2023 年卷 / 夏吟兰，龙翼飞主编.
北京：法律出版社，2024. -- ISBN 978 -7 -5197 -9838 -3

Ⅰ. D923.904

中国国家版本馆 CIP 数据核字第 202417MY11 号

家事法实务（2023 年卷）
JIASHIFA SHIWU
(2023 NIAN JUAN)

夏吟兰　龙翼飞　主编

责任编辑 陈　慧
装帧设计 凌点工作室

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法律教育出版分社
责任校对 王　丰
责任印制 刘晓伟
经　　销 新华书店

开本 710 毫米 ×1000 毫米　1/16
印张 17　　**字数** 285 千
版本 2024 年 12 月第 1 版
印次 2024 年 12 月第 1 次印刷
印刷 唐山玺诚印务有限公司

地址：北京市丰台区莲花池西里 7 号（100073）
网址：www. lawpress. com. cn
投稿邮箱：info@ lawpress. com. cn
举报盗版邮箱：jbwq@ lawpress. com. cn
销售电话：010 -83938349
客服电话：010 -83938350
咨询电话：010 -63939796
版权所有 · 侵权必究

书号：ISBN 978 -7 -5197 -9838 -3　　**定价**：58. 00 元
凡购买本社图书，如有印装错误，我社负责退换。电话：010 -83938349

九、沙龙活动

讲坛综述 ｜ 薛军：夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则 ｜ 家事法讲坛第 44 期 ｜ 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办

原创：2024-12-23 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/-IH2A8UY5sztTqblWjqK3A

家事法讲坛（线上）第 44 期综述

主题：夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则

主题为“夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则”的家事法讲坛第 44 期于 2024 年 12 月 11 日晚上举办，活动通过“家事法苑”腾讯视频号同步直播，观众总数 2810 人，最高在线 358 人，全程稳定在线 300 人左右，活动取得圆满成功。

本期讲坛主讲人是北京大学法学院薛军教授，与谈人分别是：广东财经大学法学院姚志伟教授、广州虎牙科技有限公司法务总监尚莉莉、北京互联网法院审管办（研究室）李文超主任、天津优法律师事务所合伙人姚丹律师。点评人是中国人民大学法学院孙若军教授。北京天驰君泰律师事务所段凤丽律师担任主持人。（嘉宾简介详见后附海报）

“家事法讲坛”由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所和中国人民大学民商事法律科学研究中心共同主办，北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队协办，创办于 2020 年 5 月。

开幕式

致辞人：

龙翼飞，中国人民大学法学院教授、博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学律师学院理事长，中国人民大学婚姻家庭

法研究所所长，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长，中国法学会航空法学研究会副会长，北京市法学会民商法学研究会会长。

家事法讲坛是由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心共同发起主办，北京天驰君泰律师事务所协办，邀请法律职业共同体各界嘉宾从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策，旨在进一步加强婚姻家事法领域理论界与实务届的交流。

近年来随着网络直播的兴起，直播打赏引发的法律问题也越来越多，许多人在这类“精神娱乐”中寻求心理满足，以“感情牌”为诱饵的打赏乱象也变得十分常见，甚至出现了不少夫妻一方不顾家庭生活开支所需，因迷恋主播疯狂进行打赏，导致夫妻感情破裂的案例。那么，瞒着配偶处分财产，进行大额的直播打赏，被发现后，另一方能否全部要回？涉及离婚诉讼时又会对财产划分产生哪些影响？其中涉及到尚存争议的法律问题有必要进行深入探讨。

今晚，我们再次邀请到对该问题有深入研究的学者、法官、律师共同探讨该实务疑难问题。本期讲坛的主讲嘉宾是薛军教授，与谈嘉宾分别是广东财经大学法学院姚志伟教授、广州虎牙科技有限公司法务总监尚莉莉、北京互联网法院审管办（研究室）李文超主任、天津优法律师事务所合伙人姚丹律师。下面我们有请主讲人薛军教授。

预祝本次讲坛圆满成功。

主讲环节

主讲人：

薛军，北京大学法学院教授、博士生导师。意大利罗马第二大学法学博士，北京大学电子商务法研究中心主任，第十二届全国人大财经委立法专家顾问，国家市场监管总局法律顾问，曾经担任意大利 Trento 大学法学院“中国法”课程特聘教授。北京仲裁委仲裁员。

最高人民法院发布的《民法典婚姻家庭编司法解释二（征求意见稿）》第 5 条第 3 款规定：“夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。”

这一拟议之中的规范模式引发了理论界和实务界的广泛讨论。特别是，这里将“网络直播平台”设定为单一的、直接的返还义务人，是否符合基本的法理逻辑，是否具有立法政策的合理性的确值得研究。

要深入讨论这一问题，首先需要弄清楚网络直播平台上的主播与直播平台的之间的法律层面上的关系。对此，有一种观点认为，考虑到网络直播平台运营的特点，可以将主播理解为是直播平台的履行辅助人。如果这种定位可以证立，那么在直播打赏相关的法律关系的建构上就变得很简单。简要来说，直播打赏的运营模式，只产生一个

合同法律关系：用户与直播平台之间的服务合同关系。相关的主播，充其量只是直播平台的履行辅助人，主播不具有独立的法律身份，其行为的法律后果全部由直播平台承担，全部被平台所吸收。在这种观点之下，主播的地位已经非常类似于直播平台的雇员。主播不当诱导打赏所产生的返还责任，自然应当由直播平台来承担。至于平台承担了责任之后，是否可以基于平台与主播之间的约定来追偿，可以作为内部关系来处理。

这种观点处理相关的问题的确很简洁，但我认为这种观点不尽合理。主要问题在于，这种观点在事实上否认了直播平台的“第三方平台”的基本架构，“击穿”了直播平台与主播之间的法律屏障。这种处理平台上发生问题的思路，一旦成立，那么很可能蔓延开来，会导致第三方平台作为一种架构，逐渐被放弃。而这也会意味着放弃平台架构本身所带来的开放性，丰富性、自组织性、多元性以及其他诸多价值。对此我们应该有清醒的认知，至少知道我们做出的选择意味着什么。

自从平台经济在中国出现并且获得长足发展之后，对于平台上出现的各种问题应该如何得到治理，一直有一种思路，也即通过所谓压实平台主体责任，来达到倒逼平台经营者规范平台管理。不能说这种思路完全不合理，但仍然其合理性存在边界。平台责任当然需要压实，但如果达到了让平台为平台上的独立主体的行为，承担所有的责任，那么这就不再是压实平台责任，而是取消平台的架构本身了。

在我看来，强化直播平台对主播可能存在的不当行为的治理责任，不一定要通过让平台成为直播打赏的法律关系的一方当事人，这种方式来实现。我们有更为合理的解决问题的方法。事实上，只有在认可直播平台作为第三方平台的前提之下，基于对其是否履行了适当的平台管理责任，而决定其责任轻重，这样的责任分配模式才能够为平台经营者的良好管理提供有效的行为激励。否则的话，他们的行为模式就会完全转变为传统企业的管理模式。而这其实就已经是否定平台的存在本身了。

有观点认为，直播平台深度参与了直播打赏活动，也存在诱导打赏的问题（比如设置榜单，打赏时产生的炫酷音效等），平台也从打赏中获得了大量利益，提成的比例也很高。这些因素已经足以正当化让平台承担更重的责任。对此我也认同直播平台相比于其他类型的平台需要有更强的行为监管责任，直播平台需要有更多的管制规范，包括但不限于最高打赏额度限制，异常打赏行为检测和冻结，快速的投诉举报反馈等等，都可以去制定。但就是如此，仍然不足以支撑否定其第三方平台的结论。至于有观点说，用户在直播间的打赏，其实是打赏给平台的，而非给主播的。这种说法显然违背基本事实，不足以作为法律规范模式论证的依据。

基于以上的分析，我认为在网络直播平台直播打赏的商业模式中，仍然需要坚持基本的平台架构，不能将平台与独立的主播混为一谈。他们在法律上是彼此独立的。因此需要建立多层次、多元的法律关系，也即用户与平台的网络服务法律关系与用户进入具体的独立的直播间之后与主播之间建立的赠与或服务法律关系，彼此之间是独立的，不宜认为只在用户与平台之间建立了单一的法律关系。

具体到司法解释征求意见稿所要处理的这个问题，首先我认为，在婚姻法司法解释中以专门的条文，以异常简单化的思路来处理这个非常复杂的问题，其实并不合适。这里涉及的其实是夫妻一方当事人不当挥霍或处置夫妻共同财产的问题。这样的行为的场景是很多的，在直播平台不当打赏只是一种特定的场景。关于这一情况，根据平台相关的法律的基本规则，根据婚姻家庭法的基本规则来处理即可，并没有必要在这里特别设立规则。即使要设立特别规则，也要尊重平台架构的基本原理。平台所要承担的返还责任，原

则上必须基于其未履行平台管理，存在组织管理上的过失的时候，才承担“相应的返还责任”。这里的“相应的返还责任”，可以是基于平台经营者的一般性的过错，而承担相应的补充性返还责任；可以是基于故意（加上重大过失）的情况下的连带返还责任；可以是在无法提供相应的主播的有效联系方式之下的先行赔付性质的责任；甚至也可能是在获益范围内的按份责任。这些责任形态的适用都是可能的。但原则而言，具体的责任形态都需要根据平台的过错形态而予以具体的分析。

与谈环节

与谈人：

姚志伟，广东财经大学法学院教授、博士后合作导师、人工智能法研究中心主任。同时兼任财政部彩票监管咨询和评审专家，中国法学会网络与信息法研究会理事，华东政法大学数字法治研究院兼职研究员。

非常感谢主办方的邀请，认真学习了薛军教授今晚的讲座，受益良多。下面我简单谈两点自己的看法。

第一，规定由直播平台负返还义务仅是囿于此前条文的承继性所致。之所以明确由直播平台作为返还打赏款的义务主体，渊源可溯至在新冠疫情初期受到社会广泛关注的未成年人游戏大额充值现象。为处理未成年人游戏大额充值现象，最高院在《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》（下称“疫情司法解释二”）第 9 条中直接以司法解释的方式明确以网络服务提供者作为游戏充值退费及直播打赏退费的义务主体。“网络服务提供者”在游戏场景下是游戏运营商，在打赏场景下却只能解释为“网络直播平台”。可以认为，在该条款的设计中，对游戏退费主体的认知影响（或者说“传染”）了对打赏退费主体的设定，以致主播作为直播打赏链路的重要参与者未能被纳入退费流程的考虑。本次意见稿第五条第一、二款同样规制的是未成年人直播打赏退费场景，其承继的实际是疫情司法解释二的表述设计。这两个条款将未成年人打赏单独拿出来进行规制，但仍然是承继疫情司法解释二，并明确了网络直播平台作为“网络服务提供者”承担返还责任。并且，也没有提主播的返还责任。我猜测，配偶打赏返还条款的设计逻辑是：同作为第五条的一部分，当前两款设定以直播平台作为“打赏”场景下的退款义务主体时，基于解释上的自洽性，在配偶打赏返还条款上设计应与前两款未成年人打赏返还条款保持一致，避免出现不同的退费义务主体，因此才出现该款仅以直播平台作为返还打赏款项义务主体的情况。

第二，配偶打赏返还条款有违背不法原因给付情形的相关处理规则之嫌。不法原因给付是指当事人基于违反强制性法规或公序良俗的原因所为的给付，尽管这种给付也属于无效行为，但基于公共利益考虑，也为了避免当事人基于无效返还而有恃无恐，甚至多次追求悖俗行为发生的情形，一般并不支持其返还请求。我国司法实践普遍也不支持当事人以行为无效为由要求返还，在《民法典》未生效前，甚至部分情形下会依据《民法通则》第 134 条对此类给付会予以收缴。显然，返还条款中因“直播内容含有淫秽、色情等低俗信息”而为的打赏就在不法原因给付之列，按通常处理规则，打赏主体无权就此要求退款。但意见稿赋予了配偶就此主张返还“已打赏款项”的权利。然而，在打赏人和配偶是共同财产制的情

况下（大部分配偶打赏返还的案件可能都是这个情况），返还的款项除却配偶可能被侵害的夫妻共同财产份额外，还包括从属于打赏主体自身的财产份额。一旦配偶打赏返还条款落地生效，可以想见，将出现大量打赏主体借由配偶维权，以实现打赏款返还的现象。在此种情形下，必然事实上使得对打赏款中打赏主体的财产予以返还，违反了不法原因给付不予返还相关规则（该观点来自于中国政法大学法律硕士学院乌兰副教授）。当然，这并不是说配偶的利益不需要保护，而是需要在配偶利益保护和不法原因给付处理规则之间维持一个平衡。按照李文超法官所说，实践中已经有返还一半打赏款的判决，这不失为一个解决办法，虽然也不完美。

与谈人：

尚莉莉，广州虎牙科技有限公司法务总监，法学硕士。先后在法院系统及企业从事一线法律实践工作多年，主要方向为：民商事合同、民事责任等。发表学术论文多篇，参与编著法律书籍 1 部。

第一，平台、主播与经纪公司是平等合作主体，从打赏所得中获取各自收益的底层逻辑及依据并不相同，应当在理解网络打赏商业模式的基础上区分判断、区分处理。将主播与用户之间的独立服务关系纳入到平台与用户之间的服务合同关系中一起考量，并不符合直播产业的客观商业模式，也突破了法律上的合同相对性。

第二，打赏行为是消费行为而非赠与行为，但实践中的确存在基于违背公序良俗的行为引发的名为消费实为赠与的个别情形，常见于用户与主播存在不当关系的情况下，此时可以区别于一般的网络服务合同具体处理，但同时，不应当因此否认平台的成本投入及合理收益，特别是当打赏行为呈现分散性、持续性的特征时。

第三，将遵守公序良俗的责任回归行为的实施主体（打赏交互双方），令其各担其责，才能实现真正的源头治理。如将责任转嫁给平台，则行为实施主体不仅没有承担惩戒后果，反而获得了不当利益，违背了责权利的统一。

第四，针对不当行为，平台应配合监管部门加强自治、积极治理，同时，在接到相应投诉时应当予以重视，通过站内提示等方式提醒用户理智消费并对违规直播间采取警告、封禁等相应处理。当产生民事诉讼时，应当积极配合调查，并依法提供向主播追责等所需的必要协助。如涉嫌违法犯罪，应及时同步公安部门。

第五，家事关系处理实践中，从兼顾家庭财产保护、个人责任承担、商业交易安全、行业健康发展的角度，不轻易突破私法的壁垒，各司其职，“公”“私”分明。

与谈人：

李文超，北京互联网法院审管办（研究室）主任，三级高级法官。第二届北京法院司法实务研究专家。出版《网络消费纠纷裁判规则与案例解析》《法官说:案例检索与类案裁判》专著 2 本。

结合薛军教授发言内容，指出直播打赏存在三种不同法律关系的观点，如用户与平台间网络

服务合同关系，用户与平台、用户与主播之间分别成立的网络服务合同关系，以及用户、平台与主播之间形成网络服务合同关系。他认为不同法律关系会直接影响各方的责任承担，如当打赏行为被认定无效时，使用夫妻共同财产打赏退赔案件的退赔规则和标准问题，打赏款项是应由主播或平台退还亦或两者共同承担退还责任，退还比例如何分担等等，薛军教授关于合同相对性及平台责任的观点很有启发，并呼吁促进直播打赏多方共同治理。

与谈人：

姚丹，天津优法律师事务所合伙人，天津市律师协会婚姻家事专业委员会主任，天津政府法治智库入库律师，天津市河西区妇女联合会执委。天津市三八红旗手、全国维护妇女儿童先进个人、天津市优秀公益律师、2020 年度天津市最美女律师、天津市普法依法治理先进个人。

本次的主题是关于网络平台直播不当打赏的问题，我向大家汇报一下作为律师在家事案件法律服务的过程中，遇到不当打赏，能够成讼的，多数还是未成年打赏和恶意串通打赏及大额打赏被认定为无效的情况。主张违背公序良俗的民事法律行为无效，从收集证据的角度往往也在打赏人与直播主播之间有“婚外情”的角度收集到证据，认定民事法律行为无效的可能性更大。关于《民法典》婚姻家庭编司法解释二第五条第三款，也是今天我们解读的重点内容，我本人的意见与薛教授的意见一致，我认为夫妻间一方存在的过错很多情形，没有必要单独把网络直播不当打赏这一个行为单独拿出来立法，线下与这类情形相似的行为有好多，也没有单独规范，另外，平台作为返还义务人，那么，无过错的配偶一方与平台没有合同关系，作为返还的权利人，也没有法律关系的基础。网络直播打赏是互联网时代引发的新问题，本身打赏行为的行为定性没有法律依据，其他的问题就很难解决，平台和主播目前是合作关系的观点站主流，在这样的关系背景下，我们作为一线律师目前遇到的案例，法院掌握的尺度是如果平台本身已经尽到了管理和告知义务，就没有过错。因此，我个人建议，如果为了倒逼直播平台对于自己的行业进行行业规制，那么，对于直播平台的信息规范化和调取查阅的功能齐全化应该狠下功夫，这样至少对于我们律师而言，日后调取证据是一个有效的途径。

点评环节

点评人

孙若军，中国人民大学法学院教授，中国人民大学婚姻家庭法研究所执行所长、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事。

感谢张教授！感谢各位嘉宾！今天讲坛的主题是《民法典婚姻家庭编司法解释二征求意见稿》第 5 条有关对未成年人直播打赏的处理规则。

感谢薛老师！感谢各位嘉宾！本期讲坛的主题是《解释二征求意见稿》第 5 条第 3 款规定，夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则。薛老师从平台视角提出的通过把直播平台设定为返还

义务主体，达到压实平台责任，倒逼其规范平台管理的思路是否合理？以及在直播打赏的商业模式中，需要建立多层次多元的法律关系，不宜认为只在用户与平台之间建立单一的法律关系等问题，值得我们关注和进一步研究。再次感谢各位嘉宾分享的观点和意见，谢谢晓林团队和各位听众！

主持人

主持人：

段凤丽，北京天驰君泰律师事务所合伙人、“家事法苑”团队成员

活动圆满成功，家事无小事，共同关注，共同努力，共同推动；期待下期再见面。

讲坛预告

家事法讲坛（线上）第 45 期

主题：婚内赠与的类型区分与清算规则

时间：2025 年 1 月 15 日（周三）19:00-21:00

主讲人：刘征峰，中南财经政法大学婚姻家庭继承法研究所教授

与谈人：

叶名怡，上海财经大学法学院教授

叶欢江，北京方圆公证处公证员

李炜，武夷山市住建局住房管理股负责人

孙韬，国浩律师（南京）事务所合伙人、江苏省律师协会婚姻家事与财富管理业务委员会主任、南京市律师协会家族财富管理法律专业委员会主任

点评人：

龙翼飞、孙若军，中国人民大学法学院教授

主持人：

邓雯芬，北京天驰君泰律师事务所合伙人

家事法讲坛（线上）第44期

主办单位

中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所
中国人民大学民商事法律科学研究中心

本期主题

夫妻一方在直播平台不当打赏时的处理规则

时间： 2024年12月11日（周三）
19:00-21:30

平台： “家事法苑”视频号
（开放式直播，不设回放）

扫码预约看直播

【主讲人】

薛军

北京大学法学院教授、博士生导师。意大利罗马第二大学法学博士，北京大学电子商务法研究中心主任，第十二届全国人大财经委立法专家顾问，国家市场监管总局法律顾问，曾经担任意大利Trento大学法学院“中国法”课程特聘教授，北京仲裁委仲裁员。薛军教授主要从事民商法、罗马法、电子商务法的研究与教学工作。曾作为《电子商务法》起草工作小组成员，参与《电子商务法》制定。公开出版评著9部，独著、合著5部，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表论文80余篇，在《人民日报》《光明日报》《法治日报》《财经》《新京报》等报刊发表评论百余篇。

【与谈人】

姚志伟

广东财经大学法学院教授、博士后合作导师、人工智能法研究中心主任。同时兼任财政部彩票监管咨询和评审专家，中国法学会网络与信息法研究会理事，华东政法大学数字法治研究院兼职研究员。主要从事电子商务法、人工智能法、个人信息保护法等领域的研究。出版《发展中的电商法：理论与实践》一书，在《人民日报》（理论版）《法律科学》《法商研究》《环球法律评论》等刊物发表了相关学术论文三十多篇。主持国家社科基金、教育部人文社科基金、中国博士后基金等多项国家级、省部级课题。

尚莉莉

广州虎牙科技有限公司法务总监，法学硕士。先后在法院系统及企业从事一线法律实践工作多年，主要方向为：民商事合同、民事责任等。发表学术论文多篇，参与编著法律书籍1部。

李文超

北京互联网法院审管办（研究室）主任，三级高级法官。第二届北京法院司法实务研究专家。出版《网络消费纠纷裁判规则与案例解析》《法官说：案例检索与类案裁判》专著2本。

姚丹

天津优法律师事务所合伙人，天津市律师协会婚姻家事专业委员会主任，天津政府法治智库人库律师，天津市河西区妇女联合会执委，天津市三八红旗手、全国维护妇女儿童权益先进个人、天津市优秀公益律师、2020年度天津市最美女律师、天津市普法依法治理先进个人。

【点评人】

龙翼飞

中国人民大学法学院教授、博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学律师学院理事长，中国人民大学婚姻家庭法研究所所长，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长，中国法学会航空法学研究会副会长，北京市法学会民商法学研究会会长。

孙若军

中国人民大学法学院教授、博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学婚姻家庭法研究所执行所长，中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事。

【主持人】

段凤丽

北京天驰君泰律师事务所合伙人，中国政法大学刑法学硕士，北京市婚姻家庭研究会会员，北京市法学会妇女法学研究会理事，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，全国维护妇女儿童权益先进个人，获北京市三八红旗奖章，北京市朝阳区优秀律师，曾在《家事法研究》《家事法实务》《中国律师》等出版物发表过多篇实务研究文章。

【会务统筹人】

杨晓林

杨晓林，北京天驰君泰律师所高级合伙人，中国婚姻家庭研究会常务理事；中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事；中国法学会民事诉讼法学研究会理事、家事诉讼与非诉程序理论专业委员会副主任；中国国际私法研究会理事；中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所研究员。

讲坛介绍

《中华人民共和国民法典》已于2021年1月1日起正式施行，其中婚姻家庭编、继承编所涉及的家事问题历来是社会关注热点。2016年5月，最高人民法院在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。2018年7月，最高人民法院在试点工作结束后又发文进一步深化家事审判方式和工作机制改革。

为进一步加强婚姻家事法领域理论界与实务界的交流，中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心自2020年5月起特创办“家事法讲坛”（线上）系列研讨活动，邀请法律职业共同体各界嘉宾从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编的正确实施、立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策。

中国民商法律网公众号　家事法苑公众号　家事法苑视频号

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