

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

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

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

简报获取：家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《家事法苑™婚姻家庭法律资讯简报》提出好的建议。

家事法苑™微信公众号：“家事法苑”，微信号“famlaw”

(家事法苑™团队主办，编委会：杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬)



《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》电子版下载启事

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

2017，守住初心，携手同行

在长滩岛细腻的白沙滩上，观海听潮。任海水漫过脚面，任时光静默流淌……2017，已然而来。

回望2016，这一年，是“家事法苑”团队带头人杨晓林律师坚守婚姻家事律师专业化道路探索的第十二个年头；团队全年新接案件涉及婚姻家事继承各种类型，接案数、结案数以及业绩均创新高。

5月14日，团队以北京天驰君泰律师事务所名义协办、由中国法学会婚姻法学研究会、人大法学院共同主办的主题为“商事与家事、未成年人权益保护、家事审判改革及家事诉讼程序立法展望”的第三届中国婚姻家事法实务论坛成功举办。团队承担全部会务工作获得肯定。与会各界别代表达到空前的近300余规模，大家济济一堂，满怀激情，共同研讨婚姻、继承领域实体及程序热、难点问题，为推进中国婚姻法制进程建言献策。论坛对于婚姻家事法的实务和理论研究，特别对司法实务界对婚姻家事问题的研究及解决均具有重大推动作用。第四届论坛现又已正式启动。

这一年，团队一如既往坚持搜集、分享婚姻家事领域立法、审判、研究动态、典型案例等资讯，制作每月一期的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报。继续通过“家事法苑”微信公众号(微信号：famlaw)、家事法实务网络沙龙、两个2000人的“家事法苑”家事法主题QQ群、五个“家事法苑”家事法实务交流微信群、两个中国婚姻家事法实务论坛微信群等搭建法律职业共同体专业领域内学术、实务阳光下交流的平台。“家事法法科生实习项目”仍在继续中……坚持走小众专业路线的“家事法

“家事法苑”团队奉献

苑”微信公众号在2016年度北京市律师事务所微信公众号评选中荣获二等奖，订户近30000人。

这一年，我们继续践行以个案推动中国婚姻法制进程的梦想并收获惊喜！由团队杨晓林、段凤丽律师代理的涉《婚姻法》第十九条与《婚姻法》司法解释（三）第六条关系的典型个案《师某某诉陈某某离婚纠纷案——夫妻约定共有房产归一方所有，无需物权转移登记即产生法律效力》被收入《人民法院案例选》2015年第4辑（总第94辑）（最高人民法院中国应用法学研究所编，人民法院出版社2016年3月版，P89—94页）。两审判决均支持了我们关于《婚内协议书》属于夫妻财产约定，双方约定房产归一方所有，无需履行物权变动手续即具有不可撤销之法律效力的主张，令人欣慰，但《婚姻法》司法解释（三）第六条存在的缺陷仍值得探讨，进而婚姻法与物权法、合同法和公司法等法律的关系仍是理论和实务的难题，值得我们继续推动！

过去的一年中，杨晓林律师被全国妇联授予全国维护妇女儿童权益先进个人荣誉称号。团队多年如一日地值守北京市妇女服务热线电话（12338），为弱势群体提供公益免费法律咨询，团队代表律所与中华女子学院法学院签署合作共建法学专业实践基地协议，培养法学专业学生的实践能力。

杨晓林、段凤丽律师被吸收为全国妇联维权专家律师团成员，侯晓婷、刘海娜律师被北京市朝阳区人民法院聘为“特邀调解员”，积极参与社会第三方诉讼调解及化解涉访涉诉矛盾。

这一年，杨晓林律师当选为新一届的中国法学会婚姻法学研究会的常务理事、中国民事诉讼法研究会及中国案例法学研究会的理事，段凤丽律师成为前两个学会的会员，更广泛地参与专业领域的学术及实务研讨。

团队接受法律与生活、中国妇女报、民主与法制周刊、中国妇女、法律帮助、法制晚报、法治周末、民主与法制时报、法制日报、法制网、中央电视台、人民网、环球时报英文版、澎湃新闻英文版、瞭望东方周刊、北京晚报等近二十多家媒体采访或约稿，就婚姻家庭领域内的热点问题发表观点，探讨解决问题的思路。

以上点滴成绩和成长与您的支持、鼓励和关注分不开，感恩感动常在心中。

2016年5月，最高人民法院启动家事审判方式和工作机制改革试点工作……民法总则草案已经全国人大常委会三审，《民法典》分则婚姻家庭编、继承编编纂工作也已展开，这些动向值得关注并令每一个寄情中国婚姻法制进程的法律人欣喜和振奋。

婚姻家庭是人类永恒的主题！家事无小事，家和万事兴！“推进中国婚姻法制进程”是“家事法苑”人不变的梦想。

2017已然而至，让我们坚持所坚持的，执着所执着的，淡定从容、行稳致远。

2017，让我们继续携手同行，在梦想之路上再进一大步！

北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”家事律师团队

杨晓林、段凤丽、侯晓婷、邓雯芬、刘海娜

2017年1月1日

目 录

一、婚姻家庭审判动态

- 浙江发出人身安全保护令114件-----2017-01-03 人民法院报 记者孟焕良 通讯员温萱
广州中院首次在少年家事审理中引入心理测评，4岁娃改判跟妈-----2017-01-04 广州市中级人民法院
家事审判“法官寄语”传递司法关怀-----2017-01-06 雨山法院
家事审判“温州经验”全省推广-----2016-12-28 温州人民政府网站
最高法民一庭与北师大签署协议 加强家事审判心理学社会学研究合作-----2017-01-16 人民法院报 罗书臻

二、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

- 庞某诉赵某离婚案-----2017-01-18 北京一中院

（二）子女抚养亲子关系案例

“家事法苑”团队奉献

认为女婿“不靠谱”，老夫妇起诉要外孙女抚养权-----2017-01-11 北京海淀法院
禽兽父亲性侵亲生女儿 吴江法院依申请撤销其监护人资格-----2017-01-26 人民法院报
聆听孩子心声 当庭利落宣判-----2017-01-06 上海法治报 金豪 李丹阳

（三）扶养赡养案例

老人养儿28年后状告养子解除父子关系闹上法庭-----2017-01-15 厦门网 陈捷

（四）离婚后财产纠纷及相关纠纷

悲剧！欠着前妻的钱不还被判刑-----2017-01-05 江苏盱眙县人民法院 王晟
未证明签订离婚协议书系受胁迫的其内容具有法律效力-----2017-01-07 指导性案例审判规则
多年前的离婚协议 如今为何被判无效-----2017-01-13 人民法院报

（五）恋爱同居纠纷案例

情侣分手结算恋爱开支 女方追讨购物钱获胜诉-----2017-01-01 重庆晚报 唐中明 陈洁

（六）其他相关案例

同性婚姻登记案行政判决书-----2017-01-17 北大法宝
关于各地是否可以追加被执行人配偶之总结-----2017-01-19 强制执行实务研究 付晓雷
与夫妻一方发生婚前性行为的第三人未侵犯另一方一般人格权-----2017-01-23 指导性案例审判规则
忧心儿子，离异母亲申请人身保护令-----2017-01-18 人民法院报 施迪

五、继承

继承典型案例

法定继承人之间就各自继承遗产份额达成的协议有效-----2017-01-15 指导性案例审判规则
因死亡抚恤金分割问题引发的争议是否属于继承纠纷-----2017-01-17 法律家
一次性工亡补助金部分依法不属于死者的遗产，不能用于偿还死者生前债务-----2017-01-23 民事审判参考

六、房产、股权、信托

（一）房产

丈夫潜逃上红色通缉令 妻子索房产证被法院驳回-----2017-01-10 法律图书馆
女儿房子被查封 父母以借名购房提异议-----2017-01-23 人民法院报 记者安海涛 通讯员柯艳雪

（二）股权

国际私法烧脑案例选：一起公司股东资格确认纠纷引发的思考-----2017-01-20 华政国际私法评论 杜涛

（三）信托

七、社会新闻

不愿上补习班挨了一顿打 9岁男孩去派出所告妈妈家暴-----2017-01-05 法律图书馆
男子患抑郁症跳楼身亡未留遗嘱 妻子为遗产与婆婆对簿公堂-----2017-01-13 上海法治报 季张颖

八、异域资讯

法国夫妻自愿离婚可免法院程序-----2016-12-29 环球网
在法国，结婚和签同居协议有啥区别？分遗产那一刻就秒懂了...-----2017-01-15 欧洲时报 周轶伦
“闹剧”结束，约翰尼·德普正式离婚-----2017-01-15 新京报
欧莱雅女王的财产争夺战-----2017-01-20 方圆 俞飞

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

观点|冷静：香港居民在内地的待遇问题-----2016-12-31 香港基本法澳门基本法研究会
亲属法规则财产法化趋向论-----2016-12-29 求是学刊 吉林大学 李洪祥
继承法修订入典的重点问题|学刊-----2017-01-05 中国民商法律网 王艺璇
2016年度人民法院十大民事行政案件-----2017-01-07 人民法院报
法定继承若干问题研究-----2017-01-10 《人民论坛》2016年第2期 樊志军 刘耀东
我国的配偶继承顺位是否该修改？-----2017-1-11 中国妇女报

适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求-----2017-01-18 中国人民大学 杨立新
家事法评注丛书推介会在京举行-----2017-01-19 厦门大学出版社 李宁
从家事到国运 | 16 世纪英国亨利八世离婚案-----2017-01-20

《法制日报》法学院 华东政法大学法律文明史研究院 徐震宇

澳大利亚法院的“家庭报告”制度-----2017-01-11 《法制日报》法学院 中国应用法学研究所 任容庆
“出柜”的权利：“同性恋婚姻登记第一案”三人谈-----2017-01-22 大案 贺海仁 李丹 林伟江

（二）法官视点

夫妻一方出售登记在其名下共有房屋的法律适用-----2016-12-30 法眼观察 上海第一中级人民法院 杨斯空 胡哲
不准离婚“情怀判决”之后，三亚惊现“情怀+”！-----2017-01-02 基层法官 三亚市中级人民法院 黄学文
冯父、张某诉冯某解除收养关系纠纷案-----2016-12-16 郑州审判 张海燕 左嘉龙
关于创新家事审判工作的调研报告——以厦门市海沧区人民法院家事法庭为样本

-----2014 年 11 月 厦门市海沧区人民法院课题组
执行案件中夫妻关系存续期间的债务性质认定-----2017-01-06 民事审判参考 石东洋 张波

杜万华大法官：关于无民事行为能力人起诉离婚的问题-----2017-01-10 法信

离婚案件中审理中涉农村房屋拆迁几个难点问题-----2017-01-10 审判研究 江苏省启东市人民法院 莫晴晴

彪悍的人生哪需要解释——一个婚姻案的庭审纪实-----2017-01-13 微伟道来 微伟

同居关系期间购买房产的权属认定、分割问题——董攀诉丁晶所有权确认纠纷案-----2016-11-23 广东法院网 张慧欣
一方婚内私自举债置产赠人如何定性-----2017-01-05 人民法院报 江苏省阜宁县人民法院 刘干

虚假陈述，罚！雨花法院近日对两起虚假陈述当事人罚款-----2017-01-13 雨花法院 徐闽 王钰

基层风采——多方调解化解五年房产纷争-----2017-01-19 法制文萃报 山东省商河县人民法院 陈宜森

前夫未履行执行义务，冻结前妻的卡？法官：未按期履行的执行和解可恢复执行

-----2017-01-17 南京市中级人民法院 李钰

离婚财产纠纷常见四大问题解读-----2017-01-24 北京一中院 团河法庭

抚养权执行难题如何解？-----2017-01-27 季风建的法学世界 季风建

丈夫驾车肇事致妻死亡是否需赔偿-----2017-01-05 陕西法院网 蒲城法院 许燕

关于无效婚姻问题的几点思-----2016-01-04 陕西法院网 城固法院 李优

离婚诉讼举证责任浅析-----2015-12-10 陕西法院网 合阳法院 任壮

离婚损害赔偿的构成要件-----2015-04-29 陕西法院网 潼关法院 孙超

婚姻需要去“保卫”-----2016-10-18 陕西法院网 咸阳市秦都区法院 王硕

婚前房屋婚后置换新房的性质认定-----2015-09-21 陕西法院网 勉县法院 张崑

离婚后，夫妻一方是否应对继子女承担抚养费-----2017-01-22 江西法院网 进贤法院 卢伟峰

离婚案件被告提出返还彩礼是属于反诉还是并案审理？-----2016-12-15 江西法院网 新建区人民法院 郭霞

婚礼中收到的礼金是否属于夫妻共同财产？-----2017-01-23 江西法院网 乐安县人民法院 杨嘉懿

侵犯生育知情与选择权行为的认定与赔偿分析-----2015-10-14 常德市中院 马桂芳 栗伟

婚姻关系存续期间个人购买分红型人寿保险离婚时是否应当进行分割以及如何确定保单的现金价值

——邓某诉蒋某离婚后财产纠纷案-----2016-06-30 汉寿法院网 颜志军

（三）律师视点

慈善家李春平财产争夺战，司法早该上位-----2017-01-04 新京报评论 邓学平律师

深圳式离婚的真实图谱——一份深圳法院离婚纠纷案件大数据报告（2015-2016 年度）时间篇

-----2017-01-03 齐家家事 小齐原创

仲裁协议“长臂效力”在夫妻共同债务案件中的适用-----2017-01-13 广州仲裁委员会 北京大成（广州）律所 许永盛

假期解读《上海高院继承与婚姻纠纷统一指导意见》-----2017-01-30 家族律评 贾明军律师

五省市涉婚姻家庭案件司法观点比较（北上苏浙深）-----2017-01-31 小军家事团队 朱媛卉

（四）文件选读

民事若干疑难问题研讨纪要	2017-01-02	法眼观察
《北京法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的若干意见》全文	2017-01-09	多元化纠纷解决机制
关于执行案件适用法律疑难问题的解答意见·广东高院	2017-01-12	审判研究 广东省高级人民法院
(五) 媒体视点		
百岁老人拆迁之后	2017-01-03	经济与法
云南首富夫妇离婚 一心堂董事长阮鸿献妻子分走20亿	2017-01-04	春城晚报
《官司缠身的小女孩》	2017-01-09	经济与法
中国妻子多年前在沪买房养老, 去世后日本丈夫与继子女争房产	2017-01-09	澎湃新闻 若水/上观新闻
“数字遗产”如何处置催生创业机会	2017-01-12	新京报 记者刘珍妮
上海老伯与外地女假结婚, 去世后90万遗产引纠纷	2017-01-12	上海法治声音 上海法治报
为了泄愤女演员微博发“小三”裸照, 被判侵犯她人名誉权	2017-01-16	上海法治声音 扬子晚报 陆慧 严宇静
常回家看看”有多难? 小伙让父母起诉自己拿判决书请假	2017-01-17	澎湃新闻
“常回家看看”有多难? 小伙让父母起诉自己拿判决书请假	2017-01-17	上海法治声音
死者的借条	2017-01-20	经济与法
奢望的“常回家看看”	2017-01-21	民主与法制时报 李卓谦
丈夫和他人办手续, 妻子“被离婚”浑不知	2017-01-25	新浪新闻
大龄青年闪婚后闪离 法院: 结婚切忌过于草率	2017-01-25	上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员顾飞
(六) 公证专题		
婚前财产约定协议公证问题初探	2017-01-09	江西公证网
萍乡家事公证调解促和谐	2017-01-19	萍乡市司法局
夫妻财产约定那些事儿	2017-1-18	北京市国信公证处 马麟
一份德国公证遗嘱引发的感悟	《中国公证》杂志 2016年第6期	四川省成都市龙泉公证处 李全一

特别声明

简报编辑: 家事法苑™团队

简报顾问: 郝惠珍 主编: 杨晓林 执行主编: 段凤丽 编委会成员: 侯晓婷、邓雯芬

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

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

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

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

家事法苑™是杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事法苑™是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称(京ICP备10218255号-1), 并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可, 任何人不得擅自使用、仿冒, 违者必究。

家事法苑™家事法实务交流微信群

家事无小事, 真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友, 律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入, 即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态, 家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态, 共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序, 交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题, 定位为特定专业法律领域主题群, 学习型群、兴趣群。

“家事法苑”团队奉献

入群方式：为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于家事法苑™微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，请入群者先添加群管理员邓雯芬律师（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

欢迎您加入家事法苑™家事法实务交流QQ群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



家事法苑™微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw

正文

一、婚姻家庭审判动态

浙江发出人身安全保护令 114 件

比过去 6 年总和近 4 倍 范围扩展到全省 10 个地区

2017-01-03 人民法院报 记者孟焕良 通讯员温莹

本报讯 长期遭受丈夫家庭暴力，多次报警及向妇联求助无果后，温州女子梅某提起离婚诉讼，并在一审胜诉后申请对丈夫实施禁止、远离令。这是浙江省温州市龙湾区人民法院 2009 年作出的全省首份人身安全保护裁定。自 2016 年 3 月 1 日反家暴法实施以来，浙江全省法院依法作出人身安全保护令 114 件，比过去 6 年的总和还要高出将近 4 倍，范围扩展到全省 10 个地区。

2016 年 12 月 26 日至 27 日，浙江省家事审判方式和工作机制改革现场推进会在温州召开。据介绍，2016 年全省共收家事案件 5.96 万件，审结 5.74 万件，居全省民事案件第二位。其中，8 家全国及省级试点法院 6 月至今共收家事案件 2681 件，同期结案率 99.44%，调解撤诉率 66.75%。

据了解，自 2016 年 5 月最高人民法院召开家事审判方式和工作机制改革试点工作会议以来，浙江法院及时转变工作理念，因地制宜创新工作机制，从队伍建设、诉讼流程和场地设施等方面提升软硬件水平。温州两级法院除平阳县人民法院在全省率先设立家事审判庭外，共设立家事审判合议庭 31 个，审结家事纠纷案件 9677 件。全市共有 7 家法院与相关部门组建心理咨询辅导团队，参与心理咨询疏导专业人员 24 人，设立心理咨询（辅导）室 6 个，成功介入（干预）家事案件当事人心理疏导、评估 30 件（次），其中 19 件案件成功调解结案，判决案件无一上诉申诉。青田县人民法院则揉合“老娘舅”调解模式，探索建立家事纠纷人民调解团制度。目前已适用调解案件 49 件，调撤率达 98%，而且大多是当事人矛盾尖锐、证据材料薄弱的复杂疑难案件，成效十分明显。舟山市定海区人民法院则发挥人民陪审员作用，组建涉家事审判陪审团队，吸纳妇联工作人员、教育工作者等熟悉家事审判的人员参与家事案件审判。衢州市衢江区人民法院专设家事调解中心，聘请 20 名“最美衢州人”为调解员，打造最美家事调解品牌。

广州中院首次在少年家事审理中引入心理测评，4 岁娃改判跟妈

2017-01-04 广州市中级人民法院

在过去，犯罪心理疏导与心理干预（又称心理测评）被广泛用于未成年人犯罪案件当中，昨日上午，广州中院首次在涉及到未成年人抚养权问题的家事案件中尝试使用心理测评，并对一宗离婚案件和一宗抚养权纠纷作出终审判决。

一审孩子判给收入更高的父亲

“家事法苑”团队奉献

梁某和妻子小夏 2012 年结婚，儿子小梁如今快 4 岁了，双方因产生矛盾最终到法院诉讼离婚。父亲梁某担任某公司的管理人员，年收入约 16 万元；母亲小夏则是一名普通的公司行政专员，每月收入约 5000 元。双方均争取儿子的抚养权。

一审法院认为梁某与小夏夫妻感情确已破裂，准予离婚。综合考虑梁某和小夏的经济水平、健康水平和生活状况，结合孩子的性别问题，一审判决小梁由父亲梁某携带抚养更为适宜，酌定抚养费为每月 1000 元。小夏每周探视小梁一次。判后，小夏不服提起上诉。

心理测评专家给当事人进行心理健康测查

二审期间，广州中院少年家事审判庭引入心理测评，委托了广州市心路健康信息咨询有限公司对梁某、小夏和小梁进行心理干预、测评与疏导，并出具心理评估报告作为案件处理的参考，尝试为双方当事人作和好调解工作。

心理测评专家介入，二审改判母亲抚养

心理测评专家给双方当事人交叉进行心理测评

记者获悉，通过心理测评专家的介入，梁某和小夏分别向心理测评专家倾诉婚姻的不幸。据心理测评专家反馈，小梁出生至今，一直由外公外婆帮忙携带抚养。2015 年外公身故，小梁继续由外婆照顾，小夏认为突然改变小梁的成长环境不利于其身心健康。而小夏称梁某的父亲和爷爷都有家暴行为，梁某也有家暴倾向，对她和儿子也有家暴。此外，梁某经常加班，而她在公司从事行政工作，从不加班。

不过，小夏在怀孕早期可能出现“妊娠合并癫痫”。尽管她说之后再无任何症状，心理测评专家也留意她谈话中是否存在不顺畅的表现。

综合各方意见，广州中院二审认为，小夏身体状态不存在不适宜抚养小孩的情形，于是改判小梁由小夏抚养，梁某每月支付抚养费 2000 元，享有对小梁的探视权。

法官说法

测评结果只是判决参考

广州中院少年家事庭的黄文劲法官说，家事案件中适用心理疏导与心理干预，首先是软化离婚双方的立场、缩小双方分歧，争取调解结案。

其次，通过心理测评专家介入，法官可以了解双方深层次的矛盾成因。同时，通过心理疏导与心理干预，更有助于法官了解子女对父母哪一方更依赖更亲密，为子女的抚养权问题处理提供参考。

不过，黄法官坦言，目前该举措仍处于试水阶段，并未广泛推广。困难在于，适用心理疏导与心理干预为达到预期效果，需要双方当事人同意并配合，否则难以将评估结果作为案件处理的依据。而何为“取得效果”难以精确评估，更多的是体现在案结后双方的矛盾缓和。

黄法官还说，心理测评结果不宜作为证据采纳。心理测评结果涉及到当事人的隐私，不宜在判决书进行分析，亦不宜作为证据采纳。但判案需要以证据为依据，将心理疏导与心理干预引入家事审判、测评结果为法官提供参考但不作为证据的情况下，是否违背证据规则存在争议。

家事案件中适用心理疏导与心理干预有以下目的与意义：

软化双方立场、缩小双方分歧，争取调解结案。

即使案件调解不成，也可使案结后双方的矛盾在一定程度上缓和，增加双方相处友好的几率。

了解双方深层次的矛盾成因。

法庭上更多的是针对双方人身关系和财产关系进行处理，法官难以真正了解双方的内在矛盾。通过心理疏导与心理干预，更有助于法官了解双方的内在矛盾，掌握双方的深层次矛盾成因，为案件处理提供依据。

了解子女对父母的依赖、亲密程度。

通过心理疏导与心理干预，更有助于法官掌握子女与父母双方之间的感情和日常互动程度，了解子女对父母哪一方更为依赖和亲密，为子女的抚养权问题处理提供参考。

了解双方的性格特征和倾向。

心理疏导与心理干预很好地反映出当事人是否具有攻击性性格，为家暴认定提供参考，为处理抚养权问题提供依据。

有利于争议较大案件的处理。

如某离婚案中，男方主张女方患有癫痫，女方主张其癫痫仅为孕期突发，案情争议较大。在女方已提供证据证明癫痫已痊愈的情况下，法院通过心理疏导与心理干预了解双方的心理状态以及小孩与父母的日常互动和相处情况，更有利于法官综合权衡考虑子女适合由谁抚养。

未成年犯心理疏导与心理干预已广泛应用，此次在家事案件试水尝试具有探索性，但在家事案件中适用心理疏导与心理干预亦存在以下难点：

需要双方当事人配合，实施难度大。

在家事案件中适用心理疏导与心理干预为达到预期效果，需要双方当事人进行配合，如双方需同意对双方或小孩进行心理疏导与心理干预。当事人对心理疏导与心理干预排斥甚至不配合的情况下，不利于对当事人的心理状态进行评估，难以将评估结果作为案件处理的依据。

何为“取得效果”难以精确评估。

对家事案件中适用心理疏导与心理干预的效果在判案中呈现较少，更多的是体现在案结后双方的矛盾缓和，故对何为“取得效果”难以精确评估。

心理测评结果不宜作为证据采纳。

心理测评结果涉及到当事人的隐私，不宜在判决书进行分析，亦不宜作为证据采纳。但判案需要以证据为依据，将心理疏导与心理干预引入家事审判、测评结果为法官提供参考但不作为证据的情况下是否违背证据规则存在争议。

家事审判“法官寄语”传递司法关怀

2017-01-06 雨山法院

引导关注

近日，雨山区人民法院家事审判庭副庭长周冰一法官在一起申请强制执行探视权案件中，融合专业的心理疏导技能，以“法官寄语”的形式对当事人进行劝导，成功化解当事人之间矛盾，申请人主动撤回强制执行申请。

女方张某和男方吕某原为夫妻关系，并育有一子。婚后双方在性格、生活习惯等方面的冲突不断加深，争吵不断。后2009年经法院调解离婚，并约定婚生子由吕某抚养，张某不支付抚养费。

2016年9月，在婚生子年满十岁之际，张某向雨山法院提起诉讼，要求变更抚养关系。经周冰一法官多次调解，双方达成调解协议，婚生子改由张某抚养，并约定吕某享有探视权。协议达成后，张某总是以各种理由阻挠吕某行使探视权，双方甚至闹到报警。吕某无奈，于2016年12月向法院申请强制执行探视权。

周冰一法官接到申请后，本着最大程度化解矛盾的目的，与双方分别进行了多次沟通，希望在未真正进入执行程序之前能够促成双方和解。在与法官沟通的过程中，张某表示，之所以阻挠吕某探视婚生子，是害怕吕某接走后会对他灌输一些负面的观念，并担心将孩子接走便不再送回。于是，在向双方核实相关情况，并多次沟通调解后，周法官向张某和吕某分别寄去了一封信，分别站在双方当事人角度，运用专业心理疏导技能，劝告他们要多为孩子考虑，给孩子以最大的关爱，让孩子能够健康成长。

吓死本宝宝了

我们的周法官太暖心了~

张某在收到法官寄语后，主动来到法院向周法官表达感激之情，并表示不会再阻挠吕某探视婚生子，会努力做一位好母亲。后周法官与双方进行了一次面对面沟通，双方就婚生子探视问题达成一致意见，吕某撤回强制申请。

“法官寄语”是雨山法院推进家事审判改革的有益尝试，也是司法关怀的生动体现。近年来，雨山法院积极探索家事审判改革，转变审判理念，创新工作机制，积极发挥家事审判维护婚姻家庭稳定、修复家庭情感的治愈作用，妥善处理婚姻家庭纠纷，取得了良好的效果。

法官寄语（节选）

吕某：

...感情真的需要花精力和时间去维系，我朋友的孩子两岁，她的工作非常繁忙，平时无暇照顾，于是她的孩子就很黏他的主要照顾者，晚上不要她陪着睡。她曾着急上火的问我怎么办，我说：没有什么特别好的方法，你能做的只有尽可能的陪伴。你儿子虽然已经十岁了，但是他懂事以后你陪伴他的时间和精力都比较少，当然这不完全是你的错，你还有新的家庭和孩子需要顾及，但是我觉得，你完全可以做到的是在一些细节上，在一些可以做得到的地方做好。例如说，在孩子开家长会的时候，在孩子毕业的时候，这些对孩子来说比较重要的活动中不要缺席，

“家事法苑”团队奉献

让孩子感受到你的爱，而不是仅仅是个对他非常严厉，经常打骂他的爸爸。

就你自己而言，我觉得可能要思考的事情是，你该如何和张某建立一种新的平衡关系。在你和张某抚养案件审理的过程中，我能看出你和张某的关系依旧充满张力，无法调和，也不是必须调和的关系。但张某除了是你无法原谅并与其相处的前配偶之外，她的另一个身份是孩子的妈妈。你是否做到了和孩子的妈妈好好沟通，是否可以针对她提出的变更探视规则的意见心平气和的说出你的观点，而不是看不到孩子就打电话给 110，然后到法院来申请强制执行。

父母离婚后，能够形成的比较健康的是朋友的关系，甚至是一种亲人的关系，这种关系能让孩子感觉到在夫妻之外，父母在关于他的问题上可以不带仇恨的相处，甚至像亲人一样给予彼此协助，父母会站在“为了孩子好”这一共同的立场上，有共同的目标，协同合作。这样的关系可以让孩子看到关系的另一种好可能，是一种升华的关系，对他今后的成长以及社会关系的建立都有好处。当然上面是一种好的情况，就你和张某的情况而言也许是很困难的。那么你是不是能够在离婚以后坦然的和对方相见，可以非常平和的去讨论孩子的事情，问问孩子最近学习怎么样，对孩子一些重要的节点进行商议。还是说每次见面依然是剑拔弩张，总觉得跟对方见面的时候还要纠结是非对错。这个人事实上对你而言不需要这么多恩怨情仇的体验了，她只是一个和你共同拥有一个孩子的普通人，可能不需要把她作为朋友或者亲人，但是你的态度是不是可以坦然的，不带着这么多愤怒、抱怨的，让她或你自己感觉到你是放松的。成人之间的尊重，以及你们有没有达成一种共识去保护孩子，决定了你们新的相处方式是不是可以是和谐的，甚至是积极的，还是说困难重重。

对孩子来说，你们永远是他的爸爸和妈妈。对你们来说，你永远是你的爸爸，张某永远是孩子的妈妈，这是不会改变的。会改变的只有这些关系的质量。要养成高质量的关系，每个人都需要付出努力并作出一些妥协的。

希望你给孩子尽可能多的爱，并给孩子的妈妈尽可能多的尊重，打消她的那些顾虑。

跳动的心

张某：

...我总希望这些爸爸或妈妈可以站在孩子的角度上，看到孩子为了维护和抚养者的关系，没有办法主动去说我很想爸爸来看我或者妈妈来看我，看到孩子是弱势群体，他们没有控制权这一事实。有时候可能仅仅因为心情不好，孩子就没有机会看到他的爸爸或者妈妈了。我希望家长作为两个成熟的个体，在约定离婚及相关的事情上，应当约束自己的言行，因为我们要给孩子塑造一个榜样。家长作为成年人，是有能力并且可以为自己的决定担当的，而这个担当绝对不是我们去诋毁另外一个对孩子来说也是非常重要的亲人，或者漠视孩子在情感上的需求。

说回你们这个事情，你在庭审中对探视权的反馈一直是比较正面且积极的，所以我想，出现现在这些问题，是不是你在担心让对方接触孩子，对方会向孩子灌输一些不好的想法，或者害怕对方将孩子接走就不送回来了。如果有这些想法，我想都在情理之中，对于这些问题，我会跟吕某聊聊，需要通过沟通，努力打开心结来解决。我担心一些别的事情。

第一个担心是，可能无意中，特别是在我们无法原谅前配偶的时候，我们会借助孩子来让对方不高兴。很多时候我们可能不是真正愿意这么做，但是双方离婚以后已经没有生活上的牵扯了，孩子作为两个人唯一的纽带，很容易成为一个被利用的工具，或者不让对方看孩子，或者直接在孩子面前诋毁对方，或者逼迫孩子去一定要接受你的观点是正确的，这些其实都是让孩子非常痛苦的。在孩子的心目中，离婚是你们两个人的事情，他不需要去因为要跟你站在一个立场，才能获得你的爱，所以在无形当中你可能会让孩子听你抱怨对方，或者说剥夺了孩子去跟对方联系的一些机会，甚至随意取消你给他的一些承诺，这些都会继离婚后对孩子造成二次伤害，所以我希望你记得经常提醒自己，当你在这个事情上感觉困难，过不去的时候，当你看到孩子就想去做一些事情的时候，要经常提醒自己要孩子隔离在你们两个人错综复杂，哀怨情仇的关系之外，不要让孩子成为报复的工具。

第二个担心是，孩子以后人际关系的发展。孩子曾经对我说“很想去爸爸的家，但是爸爸只有暑假才让他过去住两天。”可以看出这孩子很想融入一个完整的家庭。而在这里，他甚至连爸爸都见不到了，孩子会想，我和爸爸、奶奶生活的那么久，为什么爸爸不来看我，为什么奶奶不来看我，可能表面上不会说出来，但孩子实际上真的会沮丧，会失落，也会痛苦。单亲家庭对孩子最大的一个影响是破坏他的安全感，孩子的安全感来源于一个相对稳定的家庭环境，安全感的缺失会影响孩子未来的社会关系，孩子以后可能会比较难建立一些良好的关系，因为他不

太容易去信任，就容易在关系中出现退缩、不自信、不认可自己，他也会比一般的人更敏感，感受到自己是不被认可的，不被接纳的，很容易在关系中产生无力感。

第三个担心是，孩子很快要升入初中，进入青春期，他的身心都会快速发展，经历一个巨变的时期，这时候妈妈要如何应对。社会分工中，妈妈一般给孩子情感的支持，而爸爸则教给孩子社会规则，在这个时期，对于男孩子而言，一个爸爸的榜样作用是不可或缺的。就算爸爸和妈妈因为种种原因没有办法在一起生活，孩子是需要爸爸的，有爸爸但是见得少和没有爸爸是有质的区别的。孩子需要感受到他是被爸爸妈妈爱着的，他是被需要的，他才会爱自己，才会有能量在长大以后去爱别人。

第四个担心是，强制执行对你和孩子可能造成的影响。吕某的强制执行申请书节前就躺在我的书桌上了，每个人都应当尊重生效裁判文书中确定的权利和义务，既然你在庭审中对探视这一环节一直很大度，既然你已经认可了调解书中关于探视的约定，我们就尽量依约履行自己的义务吧。现在国家在大力加强执行力度，我真不希望看到一个疼爱自己孩子的妈妈变成一个被执行人，甚至有可能成为一个失信被执行人。

你们这个案件的调解过程很艰难，你和吕某之间的怨怼不是一言两语就能云淡风轻的过去的。我今天说这些也许并没有太大意义，但我还是想努力一下，站在“一切为了孩子”这个角度上跟你聊聊。

我很心疼孩子，虽然仅仅见过两次，但这孩子的乖巧、温顺、甚至回答我问题时因为紧张而不断摩挲膝盖的小手都给我留下了深刻的印象。走进他的心中，我看到了一个渴望幸福生活的小人，这个小人不要有那么严厉的管教，希望感受更多家的温暖。从孩子向我描述的情况和孩子的画中，我内心确信孩子和你在一起是快乐的，但我希望他能在你和吕某，你们这对父母的身上学到更优秀的品质，更加快乐且健康的成长。

家事审判“温州经验”全省推广

2016-12-28 温州人民政府网站

全国首创、拥有自主知识产权的“合”字形瓯海区人民法院家事审判庭

昨天（12月27日），浙江省家事审判方式和工作机制改革现场推进会在市中级人民法院召开。市中院、瓯海法院、平阳法院分别向来自全省各级法院的法官作经验交流，温州法院的家事审判工作经验在全省介绍推广。

今年3月初，市中院挂牌成立家事审判合议庭，敲响了家事审判合议庭第一槌；7月，推动市综治委成立了由12家市直机关部门参加的家事审判多元化纠纷解决机制领导小组；11月，占地380平方米的家事审判调解中心正式启用；同月，专门聘请全国人大代表及政协委员、妇联干部等12名特邀家事调解员参与庭前调解家事纠纷……

平阳法院于今年3月在全省率先设立家事审判庭，截至目前温州两级法院（含法庭）共设立家事审判合议庭31个，审结家事纠纷案件9677件。温州还创新多项机制，为全面推动家事审判改革探索实证经验——建立家事案件诉调衔接机制，截至11月，全市法院共设立驻庭家事调解室17个，聘任家事调解员50余人，引导家事纠纷诉前调解结案1002件；

探索离婚财产强制申报制度，离婚案件双方在举证期限届满前，必须向管辖法院申报自身财产情况，截至11月，全市离婚案件中推行财产申报共有860件；

创设离婚案件的冷静期制度，全市法院已对138件离婚案件在诉讼期内设置冷静期，其中131件案件最终通过调解和好或撤诉；

探索家事纠纷心理干预机制，全市共有7家法院与相关部门组建心理咨询辅导团队，参与心理咨询疏导专业人员24人，设立心理咨询（辅导）室6个，成功介入（干预）家事案件当事人心理疏导、评估30件（次），其中19件案件成功调解结案，判决案件无一上诉申诉；

积极推动出具离婚证明机制，全市法院推行离婚证明书机制，删去离婚案件的事实、理由及其他细节，仅保留当事人身份和裁判文书生效情况，作为婚姻状况的证明使用，截至目前，共发出离婚证明（书）109份；

探索家事远程审理机制，充分运用文成法院首创的特邀海外调解联络员既有模式和工作机制，结合家事案件庭审亲历性要求，继续探索域外家事案件当事人借助海外调联络点远程视频系统平台进行审理、调解家事纠纷案件，今年以来，共成功调解离婚案件39件。

此外，温州法院还继续探索和巩固反家暴成果，建立了子女利益最大保护原则以及家事调查诉后回访机制等。

昨天，作为市中院特邀家事调解员的北京德恒（温州）律师事务所律师叶剑秋也参加了推进会。上周五，叶剑秋成功协助法院调解一起离婚子女抚养纠纷案，她说，合理的离婚调解前置程序，确实能更好的保障当事人具体

诉求的实现和纠纷的实质化解。她认为，在这一轮家事审判改革中，家事律师更当同步学习，发挥积极作用。

最高法民一庭与北师大签署协议

加强家事审判心理学社会学研究合作

2017-01-16 人民法院报 罗书臻

本报北京1月15日讯（记者 罗书臻）今天，最高人民法院民一庭与北京师范大学签署家事审判心理学社会学研究合作框架协议，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华和北京师范大学校长董奇出席签约仪式。

根据框架协议，双方将充分利用自身资源，积极发挥自身优势，在工作协作、学术交流、教育培训、资源共享等方面开展合作，共同推动建立家事审判心理学社会学发展新模式。

杜万华指出，为维护婚姻家庭和谐稳定，促进社会建设，最高人民法院于2016年5月11日召开视频会议，选择118个中基层法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。最高人民法院民一庭与北京师范大学开展此次跨学科领域深度合作，就是推进试点改革工作的一项重要举措，为推动全国家事审判方式和工作机制改革深入发展注入了强大助力，也为全国法院与各地高校开展合作提供了范本。

杜万华强调，下一步要开展更为具体务实的合作事项如课题研究、教材编写、案例编撰以及人员培训等，特别是要积极推动家事法官和调解员的心理学社会学标准化培训工作。最高人民法院将指导各级法院加强与心理学、社会学、法学等教学研究机构的交流与合作，提供经保密技术处理的案例资料和实践素材，为教学科研机构开展学术研究提供便利，同时支持科研机构在有条件的地方人民法院设立家事案件心理学、社会学教学科研基地。

董奇认为，双方开展合作，是促进心理学社会学理论与成果转化、推进学科建设和社会治理深度融合的有益尝试，是理论研究真正服务国家发展、社会建设的有效途径，也是北京师范大学打造世界一流大学的必然要求。

◇下转第二版

◇上接第一版 董奇表示，北京师范大学要充分发挥自身在心理学、社会学、法学研究领域的优势地位和影响力，带动全国教学科研单位和心理咨询机构积极参与人民法院家事审判工作，依托相关平台，推动教学科研机构 and 人民法院在家事审判心理学、社会学方面建立多层次、常态化的合作机制。

据悉，双方还商定，不久将在北京师范大学设立“最高人民法院家事审判心理学社会学研究中心”，建立“中国国家事案例库”，并根据工作需要签署具体合作协议，持续开展家事审判心理学社会学合作事项。

最高人民法院民一庭、政治部、司改办有关负责同志和北京师范大学及该校心理学部、社会学院、法学院有关负责同志、专家学者参加签约仪式，对下一步工作开展进行了深入研讨。

二、媒体典型案例

（一）解除婚姻关系案例

庞某诉赵某离婚案

2017-01-18 北京一中院

《民事诉讼法》规定，一个成年的自然人若未经过认定公民无民事行为能力特别程序的认定，其民事行为能力应当处于完整的状态，即其行使民事权利，承担民事义务的资格均不应受到影响。因此，对于民事行为能力的认定应该严格依据法律程序进行，从而保障公民的民事权利。

相关法条

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（三）项、第一百七十条第一款第（四）项。

基本案情

庞某诉称：原告与被告于2009年8月8日办理登记结婚。婚前被告采取多种欺骗手段，婚后不久被告便对原告从多方面进行伤害，致使原告每晚失眠，患上高血压、抑郁等病。并导致原告丢掉工作，失去经济来源。期间原告及其父母曾多次找被告要求被告履行扶助义务，但被告始终置之不理，还威胁谩骂等。经多方劝说无果，被告对原告实施冷暴力、遗弃长达近两年之久。为维护原告的合法权益，故诉至法院。请求：1、依法判决夫妻共同财产201500元归原告所有；2、依法判决被告以结婚登记为目的赠与原告的62000元归原告所有；3、依法判决被告给付原告精神损害赔偿金250000元；4、依法判决被告给付原告各项经济赔偿共计996166.74元。

赵某辩称：与原告已无夫妻感情，同意离婚，不同意其他诉讼请求。要求原告返还30000元彩礼及26000元现金。

“家事法苑”团队奉献

审理结果

一审法院经审理后判决：驳回原告庞某的起诉。庞某不服，诉至北京一中院，北京一中院经审理后以事实不清、证据不足为由裁定发回重审。

裁判理由

一审法院认为原告庞某是否具有完全民事行为能力无法确认，其诉讼主体不适格。

庞某与赵某因离婚纠纷诉至法院，其起诉已符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条所列之起诉条件，且目前尚无充分证据证明原告庞某系限制民事行为能力或无民事行为能力人，且无利害关系人申请对庞某进行民事行为能力鉴定。原审法院单凭庞某在庭审过程中行为举止来判断其民事行为能力没有依据，在案件起诉条件已具备情况下，原审法院应当对本案进行实体审理。故原审法院以庞某诉讼主体不适格为由，驳回起诉不当。

裁判解析

民事行为能力是涉及公民人身权利的法律制度，根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第十一条、第十二条、第十三条的规定：在我国，无民事行为能力有两种层次：一是无民事行为能力；二是限制民事行为能力。其划分标准有二：其一是年龄，不满十周岁的公民无民事行为能力；已满十周岁，不满十八周岁的公民具有限制民事行为能力；已满十八周岁的公民具有完全民事行为能力；不过已满十六周岁，能够以自己的劳动收入作为主要的生活来源的公民，被法律视为具有完全的民事行为能力。其二是精神状态，精神疾病或痴呆症的患者根据其所患疾病的严重程度，能够被认定为无民事行为能力人或限制民事行为能力人。民事行为能力是决定公民是否具有民事主体地位的一项重要制度，其与公民的人身、人格、财产等各项权利密切相关，具有深刻的人身属性。

认定民事行为能力应该严格依据法律程序进行，特别是对年满十八周岁的公民认定无民事行为能力的情形，更加应该慎重，其不仅影响其各项公民权利，且涉及公民的人身权利及人格尊严，不可不慎重。《民法通则》第十九条：精神病人的利害关系人，可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百八十七条：申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。根据上述法律规定，认定公民无民事行为能力需要严格的程序要求，只能是其近亲属或利害关系人向人民法院提起诉讼，除此之外，任何组织及公民无权通过任何程序确认公民无民事行为能力。

具体而言，依据《民事诉讼法》规定，一个成年的自然人若未经过认定公民无民事行为能力特别程序的认定，其民事行为能力应当处于完整的状态，即其行使民事权利，承担民事义务的资格均不应受到影响，这对保护公民的民事权利提供了保障。特别是近年来屡次出现且有愈演愈烈之势的“被精神病事件”，造成了极其恶劣的社会影响，严重影响了司法公信力，阻碍了法治进程。在“被精神病事件”当中，恶意主体实际上既回避了民事实体法中的公民无民事行为能力制度，也绕开了民事诉讼法中的认定公民无民事行为能力程序，将精神疾病状态强加于正常的公民，客观上不仅仅阻碍了公民行使民事权利的资格，更有甚者还剥夺了公民的人身自由对其进行强制收容诊治。

日常术语中的精神病，在法律层面上实际上包含了三个层次：医学上的精神病、影响民事行为能力、影响民事诉讼能力，这三个层次又是层层递进的。一个人被医学上诊断为精神病并不当然意味着其民事行为能力受限，更不能直接导致其无民事诉讼能力的后果。要认定一个成年的自然人无民事行为能力，唯一的依据就是根据《民事诉讼法》的特别程序，近亲属或者其他利害关系人提起认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件，并通过最终的法律裁决予以确定。

在司法实践中，不能仅仅依据医院的诊断证明或者相关部门办理的残疾证等就未经合法程序直接判断当事人为无民事行为能力人，甚至直接为其指定法定监护人，这违背了《民事诉讼法》的相关规定，也不利于人权保障和社会稳定。无民事行为能力制度，作为基本的民事主体制度，其涉及人身权利的判断标准，要严格依据法律规定，遵守法律程序予以判断。

（二）子女抚养亲子关系案例

认为女婿“不靠谱”，老夫妇起诉要外孙女抚养权

2017-01-11 北京海淀法院

女儿出车祸死亡，金先生夫妇认为女婿“不靠谱”，不适合抚养女儿，因此，以变更抚养权为由将女婿诉至法院，要求法院将外孙女判给自己抚养。目前，海淀法院受理了此案。

金先生夫妇诉称，其夫妇的独生女儿于2015年10月11日遭遇车祸身亡，留下年仅5岁女儿小惠（化名）。金先生夫妇考虑再三，决定请求当小惠的监护人，担负对小惠的抚养义务。理由如下：

1 女婿董先生小学毕业，十几岁时从河南农村来到北京打工，一直生活在社会最底层，在酒吧打工多年。虽在北京二十多年，至今依然是社会闲散人员，无自住住房，经常搬家；无稳定工作，游手好闲；无银行存款甚至负债，以透支信用卡额度，卡套卡存活。现单身一人蜗居在打工族集中居住的、脏乱差的狭小住屋，自身的生活都很困难，根本无法给幼女提供一个安全稳定的成长环境。且董先生单身一人何时重组家庭尚未可知，单身男性带幼女生活有诸多不便，更无法解决女孩生理卫生方面的实际问题。

另外，小惠还是个年仅5岁的幼女，需要人每时每刻看护和照顾，董先生单身一人，如果出去工作挣钱糊口，就没有时间和精力照顾孩子；如果不出去工作，最基本的生活就没有保障。

2 更令金先生夫妇放心不下的是，董先生虽已经年满四十却很不成熟，心智还像十二、三岁叛逆期的少年，不通人情事理，说话行事总是过于冲动和执拗，只考虑自身的感受，从不站在别人角度思考，时常歪曲别人的意图，是非不分。

对他人总是苛全责备，不懂感恩，凡是不论对错都必须是对方向其认错才肯罢休，遇事稍不合其心意，便躲避他处消失不见，不接电话等。为人处事考虑问题非常不理性，不能全面及长远地思考和分析问题，正常人很难与其进行正常沟通，这些都非常不利于对孩子的教育和培养。

金先生夫妇称，女婿的所作所为令其二人心寒，2012年10月1日女儿将即将断奶的小惠交与其夫妇照料，他们夫妻两人在北京打工，金先生夫妇全心全意为其照料孩子。2016年4月中旬女儿工亡认定获批后，董先生竟想占有孩子的工亡补助份额供其挥霍，并于2016年5月2日以欺骗手段将小惠从金先生夫妇身边带走，突然切断金先生夫妇与孩子之间的联系，打电话不接，发微信视频就给按掉，将幼女置于生离死别的悲伤境地，完全不顾及丧母之痛，又生生地将她以不告而别的方式，从日夜相伴的姥姥和姥爷骗走。还对金先生夫妇进行无中生有的恶意中伤，因此，金先生夫妇要起诉董先生支付孩子从2012年10月1日至2016年5月2日，共计43个月的抚养费共计十二万九千元。

金先生夫妇均已退休，有固定收入，且愿意做外孙女小惠的监护人，承担小惠的抚养义务。故诉至法院，请求判令董先生无能力履行监护人责任并撤销其第一监护人资格，指定金先生夫妇担当孩子的监护人；董先生支付抚养费12.9万元。

目前，此案正在进一步审理中。

禽兽父亲性侵亲生女儿

吴江法院依申请撤销其监护人资格

2017-01-26 人民法院报

本报讯 1月23日，江苏省苏州市吴江区人民法院作出一起撤销监护权判决，依法撤销被申请人肖某的监护人资格。

被申请人肖某早年自外地来吴江务工，是一家公司的技术工人，与严某结识后结婚成家，并育有两女一子。在外人看来，这是一个十分幸福的家庭。但自2015年6月开始，肖某受不健康视频影响，多次强奸、猥亵自己未成年的亲生女儿。肖某的行为被妻子严某发现后，严某当即报警。肖某如实供述了自己的犯罪事实，经检察院审查起诉，被法院以强奸罪、猥亵儿童罪判处有期徒刑十一年。后严某诉至法院要求与肖某离婚，经调解，肖某表示对自己的行为十分后悔，同意离婚。此后，严某在检察院的支持下，起诉要求撤销肖某对大女儿肖某某的监护权。

法院认为，肖某作为肖某某的父亲，对肖某某多次实施强奸和猥亵行为，该行为严重侵害了被监护人的合法权益，且对被监护人的身体和心理造成极其严重的伤害，从保护未成年人的合法权益出发，为避免被监护人的身心继续受到侵害，依法撤销肖某的监护资格。（程鹏 袁超）

■法官提醒■

2014年12月18日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部四部门联合制定了《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》，并于2015年1月1日正式实施。意见中明确规定，父母或者其他监护人对未成年人进行性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害，教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康的，将被依法撤销监护权。父母作为监护人不管

是在情理上还是法理上，都应当认真、谨慎、全面地履行监护人的义务。若监护人实施性侵、虐待等严重影响未成年人健康成长的行为，构成犯罪的，除应承担刑事责任外，其监护人资格也将被剥夺。

聆听孩子心声 当庭利落宣判

2017-01-06 上海法治报 金豪 李丹阳

本报讯 近期，上海一中院审结了一起抚养权纠纷案，法官在尊重孩子意愿的基础上，结合父母双方的综合情况依法作出了一份温情暖暖的判决。

2006年9月，金夏与蔡俊经民政部门协议离婚，并约定女儿蔡小燕与蔡俊共同生活。后经法院两次调解，蔡小燕先于2010年2月随金夏共同生活，后于2010年10月变更为随蔡俊共同生活，但金夏为方便照顾女儿，搬到蔡俊处与其同居。然而，两人在教育孩子的问题上逐渐产生矛盾，金夏于2016年7月搬离蔡家，并向法院起诉要求变更抚养权。

一审法院认为，金夏与蔡俊同居期间，双方共同抚养女儿，因此金夏对女儿的生活习惯、学习状况较为了解，且金夏目前有固定住所和稳定收入，具有一定的抚养能力，考虑到蔡小燕是女孩，目前正处于青春发育期，由母亲陪伴、照料和教育比父亲更为有利。而且蔡小燕已年满十周岁，法院还征求了其本人的意愿，小燕表示愿意随母亲共同生活。据此，法院判决蔡小燕由金夏抚养。

蔡俊不服，向上海一中院提起上诉，请求变更抚养权。为了解孩子的真实意愿，法官休庭并细致地询问了蔡小燕。蔡小燕明确表示希望立即跟随母亲金夏共同生活，并向法官反映了父亲对其经常粗暴打骂的情况。

上海一中院经审理后认为，蔡小燕已年满十周岁，对跟随父母哪一方共同生活已有一定的认知和判断能力。蔡小燕在一、二审审理期间多次明确表示愿意随母亲金夏共同生活，对其意愿应予尊重，且金夏亦具备照顾蔡小燕生活的经济条件和能力，因此一审法院确认蔡小燕随金夏共同生活并无不当。

考虑到择日宣判会延长判决生效时间，为了避免小燕因为选择母亲回家后会遭受父亲的责罚，并让她能尽快有一个稳定的生活及学习环境，合议庭经商议后决定当庭宣判，驳回蔡俊的上诉请求，维持原判。

宣判后，小燕与其母亲金夏当庭相拥喜极而泣，再三表示感谢后方才离去。

（文中人名均为化名）

（三）扶养赡养案例

老人养儿 28 年后状告养子解除父子关系闹上法庭

2017-01-15 厦门网 陈捷

东南网1月15日讯(海峡导报记者 陈捷)养儿28年之后，不满养子“啃老”，老陈状告养子，请求法院判决解除父子关系。近日，海沧区法院东孚法庭作出一审判决，解除老陈父子的收养关系。

老人起诉说，养子对家庭不负责任，还经常打架、酗酒，甚至欠债。对此，养子自己也予以确认。因此，法院最终一审判决支持了老陈夫妻二人的诉求。

起诉：养儿28年，如今很失望

老陈今年50多岁，他还有两个亲生女儿，1988年，夫妻俩从外地农村抱养了一个男婴。老陈夫妇起诉称，他们对小陈一直视同己出，但小陈从小比较叛逆，经常逃学、打架，读到初中就不肯再读书。老陈为他操了很多心，帮他寻找了几份工作，可是小陈都干不长，还经常向父母要钱，甚至在外面欠债、酗酒。

等小陈到了结婚年龄，老陈夫妇又忙着为小陈张罗婚事。然而，结了婚的小陈依然恶习不改。结婚4年后，小陈的妻子不堪忍受，与他离了婚。

从六年前开始，小陈就整天在外游手好闲，从不过问养父母的生活。老陈夫妇表示，他们也曾经盼望小陈能浪子回头，但多次规劝都无效。现在双方关系恶化，因此决定解除收养关系。

判决：关系恶化，解除收养关系

面对法官，小陈承认了养父母所说的都是事实，同意解除双方的收养关系。

近日，法院审理认为，老陈夫妇与小陈为收养关系，老陈夫妇认为养子经常打架、酗酒、欠债，且对家庭不负责任，主张解除收养关系，小陈也予以确认，因此能够认定双方的收养关系已经恶化，无法共同生活，依法判决解除老陈夫妇与小陈的收养关系。

据悉，根据法律规定，除上述情形以外，还有几种情形也可以解除收养关系，如收养人不履行抚养义务，有虐

待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的；送养人行使对养父母子女关系的解除权的；因养子女成年后，虐待、遗弃养父母的。

法官说法

解除收养关系，养子仍有赡养义务

法官表示，根据我国《收养法》的规定，养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除。

但是，老陈夫妇在小陈出生时即收养并抚养至成人、结婚生子，双方之间法律上的权利义务关系虽然解除，事实上的抚养关系和多年来的亲情关系是无法割断的，从社会责任和家庭责任甚至是道德层面，小陈对于抚养他长大的养父母应当尽到赡养义务。《收养法》第三十条也明确规定，收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应负担养父母晚年的生活费用。

专家说法

四种情况，可解除收养关系

厦门大学法学院黄健雄教授：有下列情形之一的，可依据当事人一方的要求解除收养关系：首先，养父母和生父母反悔，要求解除收养关系的，人民法院应查明情况，听取被收养人的意见，根据有利于子女健康成长的原则处理。其次，养父母不尽抚养义务，影响子女健康成长，生父母要求解除收养关系的，应予解除。再次，养父母与成年养子女关系恶化，再继续共同生活对双方均不利，一方坚决要求解除收养关系的，一般可准予解除。最后，养父母发现养子女有生理缺陷或者其他病症，要求解除收养关系的，一般不予解除。但生父母在送养时有意隐瞒的，可准予解除。

法律为了保护被收养未成年人的合法权益，规定在未成年人年满18周岁以前，禁止收养人解除收养关系，以保证被收养人能够健康成长。

相关新闻

送出去的女儿有没有继承权？

送出去的女儿，还有没有继承权？此前，思明区法院曾受理过这样一起案件，一名被送养的女儿为了争遗产，和亲兄弟闹上法庭。

两位老人相继离开人世后，老人的子女展开了持续几年的遗产争夺战。这两位老人一生节俭，留下了位于思明区的一套房子。据悉，老人一共有四个孩子，两男两女，其中，有一男一女送给亲戚收养，最终只有长子和长女留在了老人身边。

在老人死后，留在身边的长女和被送养的二儿子都主动放弃了继承权。因此，老人留在身边的大儿子阿毅(化名)就顺理成章地继承了老人的遗产。

但是，阿毅没有想到，被父母送出去的四妹晓红(化名)竟然会回来和他争遗产。

2013年年初，晓红一纸诉状，将大哥阿毅告上法庭。她起诉说，亲生父母的遗产，她也应该分一份。

最终，法院作出一审判决，认为送养女晓红对亲生父母的遗产没有继承权，驳回了她的诉讼请求。因为，从亲生父母将她送养之日起，双方的“父母子女关系即归于消灭”。

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

悲剧！欠着前妻的钱不还被判刑

2017-01-05 江苏盱眙县人民法院 王晟

日前，盱眙县人民法院公开开庭审理了一起拒不执行判决、裁定案。被告人林某因为拒绝向前妻支付法院生效判决中的分割财产，而最终被起诉。

2006年10月被告人林某与妻子协议离婚，但双方对共有的房屋并没有进行分割，可几年后，当两人的共有房屋拆迁后，林某却独自领取了房屋拆迁款8万余元，并拒绝向前妻支付。一气之下，前妻将林某告上了法庭，法院最终判决林某支付前妻4万元财产分割款。随后的三年多时间里，林某一直以没钱为理由，拒不支付这笔钱款，法院也曾多次对其进行强制措施，可都收效甚微。2016年年底，法院发现林某名下新增了一处房产，于是再次找到林某，要求其履行判决，不过此时的林某依然不改老赖本色。

法院审理认为，被告人林某有钱购买房屋而不履行生效的判决裁定，是一种藐视法律的行为，有钱却拒不执行，

“家事法苑”团队奉献

问题的性质也就此发生了改变，被告人林某对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重，其行为已构成拒不执行判决、裁定罪。最终一审判处其有期徒刑六个月。而他所欠的4万元钱款，仍然需要分文不少的归还前妻，面对这样的结果，林某后悔不已。

未证明签订离婚协议书系受胁迫的其内容具有法律效力

（北京市高级人民法院公布的地方参考性案例中确定的审判规则）

2017-01-07 指导性案例审判规则

【审判规则】

在离婚后财产纠纷中，当事人未证明其在与配偶签订离婚协议书及补充协议书时，其配偶对其实施胁迫等其他强迫手段。当事人在离婚协议书中承认其在婚姻关系存续期间，与他人长期保持两性关系，该行为已侵害其配偶的配偶权利，对其配偶造成精神上的损害，其自愿向其配偶进行赔偿。据此，当事人与其配偶自行协商解除婚姻关系并签订的离婚协议书及补充协议书，属双方当事人的真实意思表示，不违反法律规定，当事人应按照协议书中的内容进行赔偿。

【关键词】

民事 离婚后财产 配偶 离婚协议书 补充协议书 强迫手段 婚姻关系 存续期间 性关系 配偶权利 精神损害 自愿 真实意思表示 赔偿

【基本案情】

邱X与王女原于2011年6月9日离婚，离婚时双方签订了离婚协议书及离婚补充协议书，二人在离婚协议书中提到，因邱X的过错致王女精神严重受损，邱X同意在十年内分十次共向王女赔偿2000万元人民币的精神损害赔偿费。并且二人在离婚补充协议中规定，邱X负责偿还在婚姻关系存续期间的所有债务，该离婚补充协议与离婚协议书具有同等的法律效力。

邱X遂以离婚后与王女因支付2000万元的分手费事宜多次交涉未果为由，提出诉讼，请求判令其与王女所签订的离婚协议书中关于精神损害赔偿费2000万元的条款和离婚补充协议无效；诉讼费由王女负担。

【争议焦点】

当事人未能证明其是在配偶的胁迫下签订的离婚协议书，且当事人承认在婚姻关系存续期间与他人长期保持不当两性关系的，该离婚协议是否有效，当事人应否按照协议书的内容对配偶予以赔偿。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告邱X的诉讼请求

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

【审判规则评析】

根据《中华人民共和国婚姻法》第四条的规定，“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”，该条款中的忠实义务主要是指，保守贞操的义务、专一的夫妻性生活义务、不为婚外性行为。其具体有：不重婚；不与配偶以外的第三人以夫妻名义持续、稳定地共同居住，一般包括通奸与姘居；不从事性交易等。法律对夫妻间同居的权利和义务未做明确规定。一般认为，权利的行使与义务履行以正当、合理为限，但因忠实义务具有强烈的人身性，而不能被强制执行。违反忠实义务不仅伤害夫妻感情，还不利于一夫一妻制度的维护。法律对忠实义务的规定为追究各种侵犯婚姻的违法行为提供了法律依据。夫妻双方均为完全民事行为能力人，双方自行协商解除婚姻关系并签订离婚协议书及离婚补充协议系合法有效的。

当事人未证明其在与配偶自行协商解除婚姻关系并签订离婚协议书及补充协议书时，其配偶对其实施胁迫等其他强迫手段。而当事人在离婚协议书中承认其在婚姻关系存续期间，与他人长期保持性关系，因其侵害其配偶的配偶权利，对其配偶造成精神上的损害，其自愿向其配偶进行赔偿。据此，二人之间的离婚协议书及补充协议书属双方当事人的真实意思表示，当事人应就协议书中的内容进行赔偿。

【适用法律】

《中华人民共和国婚姻法》第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

【法律文书】

“家事法苑”团队奉献

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

邱X诉王女离婚后财产纠纷案

【案例信息】

【中法 码】婚姻家庭法·离婚制度·离婚效力·离婚协议效力·有效 (L040403021)

【案 由】 离婚后财产纠纷

【权威公布】 被北京市高级人民法院《审判前沿新类型案件审判实务》(总第45集)收录

【检索 码】 C0502+12++MM++++0312D

【审理法院】 XX 人民法院

【审级程序】 第一审程序

【原 告】 邱X

【被 告】 王女

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

原告：邱X。

被告：王女。

原告邱X因与被告王女发生离婚后财产纠纷，向人民法院提起诉讼。人民法院立案受理后，公开开庭进行了审理。本案现已审理终结。

原告邱X诉称：被告王女在2008年11月17日向本人所在单位告发本人生活作风有问题为由相威胁，吵闹着迫使本人签下《离婚协议书》。之后，本人多次与被告王女吵闹，严重影响本人的正常工作和生活，致使本人被迫提出辞职。本人在2011年6月9日因不堪忍受被告王女谩骂和骚扰，遂与其办理了离婚手续。现本人认为，被告王女索要的2000万元精神赔偿属于天价，本人根本没有能力承担，也超出法律规定的最高5万元的范围；并且本人在与被告王女离婚时，已经把二人夫妻关系存续期间属于自己的全部财产都给了被告王女，此为对被告王女的补偿，故被告王女主张的2000万的精神赔偿是不合理的。因此，本人诉请法院判决本人与被告王女所签订的《离婚协议书》中关于精神损害2000万元的条款和《离婚补充协议》无效；诉讼费由被告负担。

被告王女辩称：原告在婚姻关系存续期间存在不检点行为，此为过错。并且离婚协议是由原告撰写，双方在离婚时对财产的约定具有法律效力，原告在协议上签字应当承担相应的法律后果，签订协议系双方真实意思表示，不存在重大误解，该协议真实有效。请求法院驳回原告的诉讼请求。

经本院审理查明：2011年6月9日，原告邱X与被告王女在东城区民政局婚姻登记处办理了离婚手续，并签订离婚协议书及离婚补充协议书，协议书中第二条规定为：“甲方（邱X）过错对乙方（王女）造成极大的精神损害，并造成甲乙双方婚姻关系的解除，甲方同意在十年内分十次共向乙方赔偿2000万元人民币（每年每次200万元，本条款与欠条具有同等效力）。”同时，双方还签订了补充协议，协议中规定：“男方：邱X（以下简称甲方），女方：王女（以下简称乙方）。经甲乙双方协商一致，对于2008年11月17日签订的离婚协议书中第二条做补充协议如下：1. 婚姻关系存续期间的所有债务由甲方偿还。甲方的奖金及补发的年薪及其他收入必须先全部交给乙方用于偿还债务，此债务部分用于女儿的生活学习及其他费用。2. 鉴于甲方到目前为止尚未偿还赔偿款给女方的事实存在，考虑到甲方工作收入的具体情况，离婚时甲方先赔偿给乙方5万元人民币，甲方保证每月给乙方的赔偿款不得低于甲方总收入的三分之二。若甲方违反此协议，乙方可到单位及法院申请强制执行。3. 离婚补充协议与离婚协议书具有同等的法律效力。4. 本协议一式三份，甲乙双方及离婚登记部门各持一份，三份协议具有同等的法律效力。”

本院认为：原告在离婚协议书中，自认其在婚姻关系存续期间，在外长期与他人保持性关系，生活十分不检点，原告的过错给被告的精神造成一定的损害，原告同意在十年内分十次共向乙方赔偿2000万元系出于自愿，且庭审中，原告未能举证证明在双方签订协议时，被告以欺诈、胁迫等手段强迫原告签订协议。因原、被告双方均为完全民事行为能力人，则双方可自行协商解除婚姻关系并签订离婚协议书及离婚补充协议。因此，本院尊重双方在自愿情况下的意思表示。现原告起诉要求确认《离婚协议书》中关于精神损害2000万元的条款和《离婚补充协议》无

效，于法无据。故判决：驳回原告的诉讼请求。

原审判决后，原、被告均未上诉，现该判决已经生效。

多年前的离婚协议 如今为何被判无效

2017-01-13 人民法院报

本报讯 法庭上，男方拿出一份几年前夫妻双方签订的离婚协议，主张夫妻感情已经破裂，请求法院判决两人离婚。近日，江苏省南通市中级人民法院对这起离婚案作出维持一审的终审判决：由于证据不充分，驳回原告姜先生的离婚请求。

姜先生与何女士分别就读于北京和上海的名牌高校。毕业后，两人先后回到海安县的老家，如愿考取了公务员。2007年，两人经朋友介绍相识，相似的经历让两个年轻人有了共同语言，他们很快相恋，并登记结婚。

2008年，何女士生下儿子小冰，夫妻俩告别了从前轻松的生活。孩子出生后，何女士忙着给孩子喂奶、哄孩子睡觉，可姜先生在家却沉迷于手机游戏，何女士因此经常抱怨，夫妻俩摩擦不断。2010年春节期间，夫妻俩又因小事起了争执，心灰意冷的何女士脱口而出：“离婚！”姜先生也厌倦了争吵，当即写了一份离婚协议。双方约定，孩子跟何女士一起生活，夫妻俩没有共同财产可分割。

协议签订后，姜先生和何女士都没主动提出去民政局办理离婚手续，并且不再提及此事，日子就这么悄悄地过着。

一晃到了2015年12月18日，这一天是小冰7岁的生日。何女士向单位请假，计划着一家三口去游乐场玩，可姜先生却以陪客户应酬为由，拒绝了妻子的提议。因为这件事，夫妻俩再次争吵、冷战。当天晚上，姜先生走在大街上，越发感觉这段婚姻无趣，再次萌生了离婚的念头。

然而这一次，何女士却不同意离婚。随着年龄增长，何女士已不再像以前那样追求完美的婚姻。在她看来，夫妻争吵太平常了，怎能一吵架就离婚呢？姜先生却想早日摆脱这段婚姻，得知妻子不同意离婚后，便翻箱倒柜找出了当初的离婚协议。

随后，姜先生告到了海安县人民法院，他认为多年前何女士已先提出过离婚，两人还签订了离婚协议，最近一段时间两人频繁争吵，证明夫妻感情已经破裂，请求法院依照协议判决离婚。

法庭上，何女士辩解说，离婚协议是一时冲动所签，她坚决反对离婚。

法院经审理认为，姜先生与何女士虽有多次争吵，但两人婚前感情基础较好。姜先生仅凭几年前一张离婚协议，主张夫妻感情已经破裂，证据不充分，遂判决驳回了姜先生的离婚请求。

姜先生不服，向二审法院提起上诉。南通中院经审理维持了原判。

（顾建兵 芦霞）

■连线法官■

办理手续后离婚协议才生效

拿到法院判决后，姜先生很不理解，当初他与何女士自愿达成离婚协议，两人又签字确认，白纸黑字写在那里，怎么是无效的呢？

“人们常认为签订离婚协议就像签订合同一样，只要离婚双方自愿，法院就应当按照协议的约定来作出判决。实际上，这种认识是有误区的。”一审法院承办这个案子的法官孙翠燕介绍说，离婚协议与一般的合同不同。签订合同要遵守合同法，只要双方自愿，便不能轻易反悔。但离婚协议的内容除了包含分割财产，还涉及到夫妻这种特殊的人身关系，涉及夫妻权利义务的终结、子女的抚养等，所以不能单纯凭一纸协议来处理。

孙翠燕介绍说，不少夫妻在闹矛盾离婚时，费尽心思签订离婚协议书，认为只要签好了离婚协议书，就能按照协议约定的内容完成离婚、子女抚养、财产分割等事项。其实，离婚协议书只有双方在民政部门或法院办理了离婚手续后才能生效。在办理离婚手续前，只要夫妻有一方反悔，离婚协议就不发生法律效力。法院审判时，也不会根据离婚协议书的内容作出判决。因此，在这个案子中，姜先生持离婚协议书要求离婚，何女士是有权反悔并反对离婚的。

法院审理时，会参照双方提供的证据、当庭陈述等情况，判断夫妻感情是否确已破裂。有时，夫妻一方有过错，出于愧疚往往会自愿达成离婚协议书，并在子女抚养、财产分割方面作出一些让步，但是不办理离婚登记手续不能算数。所以一方即便拿到了条件优厚的离婚协议书，也不意味着掌握了财产分割的主动权。不过，离婚协议书里记

“家事法苑”团队奉献

载的内容，可作为夫妻感情及财产状况的相关证据来使用。

（五）恋爱同居纠纷案例

情侣分手结算恋爱开支 女方追讨购物钱获胜诉

2017-01-01 重庆晚报 唐中明 陈洁

核心事实 2013年5月，原告安某与被告侯某确立恋爱关系。两人交往期间，安某为侯某多次购买衣物等物品。2014年年初，双方因性格不合分手，安某提出对恋爱期间自己的开销进行结算，侯某表示同意。经结算，安某为侯某开销共计4万元。

重庆晚报讯 安某（女）与侯某（男）曾是一对情侣，恋爱期间，安某为侯某多次购物，开销达4万元。双方分手时，安某要求对自己在恋爱期间的支出进行结算，侯某认可并出具了一张欠条。之后，侯某未按照约定偿还，安某起诉到武隆县法院讨要。近日，武隆县法院经审理对此案作出判决，以借条系双方真实意思为由，支持了安某的诉讼请求。

2013年5月，原告安某与被告侯某确立恋爱关系。两人交往期间，安某为侯某多次购买衣物等物品。2014年年初，双方因性格不合分手，安某提出对恋爱期间自己的开销进行结算，侯某表示同意。经结算，安某为侯某开销共计4万元。侯某认可并向安某出具欠条一张，表明年底还清。但借款约定的期限届满，侯某未向安某支付任何款项。

本案的争议焦点在于双方之间是否存在债权债务关系。法院经审理认为，安某举示了支付宝的消费记录，证明自己在与侯某恋爱期间为对方多次购买物品。两人分手后，安某与侯某对恋爱期间的账务进行结算，被告侯某也在双方结算的基础上出具欠条，可见双方认可该笔款项并非赠与。侯某辩称，自己是在受到胁迫的情况下出具欠条，但没有举示证据予以证明。

法院认定，该欠条未违反法律规定，合法有效，双方应该按照约定履行各自义务。被告侯某给安某出具欠条后，未按时还款的行为已经构成了违约，应依法承担违约责任，偿还安某欠款4万元。

重庆晚报记者 唐中明 通讯员 陈洁

（六）其他相关案例

同性婚姻登记案行政判决书

2017-01-17 北大法宝

本期法宝专题推送 2016年中国十大影响性诉讼，部分文书请见本期推送。

同性婚姻登记案

湖南省长沙市中级人民法院

行政判决书

(2016)湘01行终452号

上诉人（原审原告）孙文麟。

委托代理人黄思敏，湖北典恒律师事务所律师。

委托代理人石伏龙，湖南人和律师事务所律师。

上诉人（原审被告）胡明亮。

委托代理人石伏龙，湖南人和律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）长沙市芙蓉区民政局，住所地：湖南省长沙市芙蓉区人民东路189号。

法定代表人黄萍，局长。

委托代理人黄天明，系长沙市芙蓉区民政局副局长。

委托代理人周福康，湖南君见律师事务所律师。

孙文麟、胡明亮因认为长沙市芙蓉区民政局（以下简称芙蓉区民政局）不履行婚姻登记法定职责一案，不服长沙市芙蓉区人民法院(2016)湘0102行初3号行政判决，上诉至本院。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

一审法院查明，孙文麟、胡明亮均为男性。2015年6月23日，孙文麟、胡明亮到芙蓉区民政局要求办理结婚登记。芙蓉区民政局工作人员在审查后，认为孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合《中华人民共和国婚姻法》和《婚姻登记条例》关于结婚必须是男女双方的规定，决定对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请不予办理结婚登记，并当场告知孙文麟、胡明亮不予办理结婚登记的理由和结果。孙文麟、胡明亮不服，诉至法院，请求判令芙蓉区民政局为其办理结婚登记。

一审法院判决认为，我国实行婚姻登记制度。《婚姻登记条例》第二条规定，内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府，省、自治区、直辖市人民政府可以按照便民原则确定农村居民办理婚姻登记的具体机关。据此，芙蓉区民政局具有对辖区内居民结婚登记申请作出是否办理婚姻登记的法定职权。《中华人民共和国婚姻法》第二条、第五条、第八条以及《婚姻登记条例》第四条、第七条规定，结婚必须是男女双方，要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况，对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证，对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由。本案中，孙文麟、胡明亮均为男性，其结婚登记申请不符合我国上述法律、行政法规的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请，不予办理结婚登记，并当场告知孙文麟、胡明亮结婚登记申请不符合我国上述法律、行政法规关于男女双方登记结婚的规定。芙蓉区民政局对孙文麟、胡明亮的结婚登记申请作出不予办理结婚登记行政行为符合法律、行政法规的规定，且行政程序合法。综上所述，孙文麟、胡明亮的诉讼请求无法律依据，依法不应支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条的规定，判决驳回孙文麟、胡明亮的诉讼请求。

上诉人孙文麟、胡明亮上诉称：行政行为在执法人数、资格、审查核实申请材料、告知理由和结果、陈述申辩权、以及送达书面的不予受理通知单等程序上没有依照湖南省的相关行政程序性规章。一审法院没有采信民政局的证据，故行政行为没有证据。一审法院认定民政局工作人员对上诉人的材料进行了审查及依法完成了告知义务，是错误的。婚姻法没有明确禁止同性婚姻，婚姻法第二条的男女平等应当是男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚。刑法中聚众淫乱罪等包括了同性的情况，婚姻登记也应当涵盖同性婚姻。根据宪法等对于平等和人权的规定，婚姻登记排除同性是歧视，对同性申请婚姻登记应予办理。对于本案涉及的宪法上的平等权与人权、婚姻法的婚姻自由等规定，一审法院对此予以回避，法律适用不当。综上，请求法院判决：1、撤销一审判决发回重审或者查清事实后改判；2、由被上诉人承担一二审诉讼费用。

被上诉人芙蓉区民政局答辩称：民政局作出的行政行为不是不予受理结婚登记，而是受理后不予登记，决定不予登记前对上诉人申请结婚进行了审查和询问。不予登记的依据就是婚姻法和婚姻登记条例，无需其他证据。对于婚姻法的相关条款，立法原意即异性婚姻，行政机关是法律的执行机关，只能严格依法执法，没有超越法律的权力。被诉行政行为程序合法，一审认定事实和适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

当事人向一审法院提交的证据和依据已随案移送本院。经审查，本院对一审采信的证据予以确认。但，芙蓉区民政局在一审中提交的何建平的自述材料，能够反映案件事实经过，对于上诉人提出结婚登记申请及被上诉人不予登记的事实，对方当事人也予以认可，依法可以作为认定案件事实的依据，应予采信。一审法院以该证据不是作出行政行为时形成的为由不予采信，将证据资格与证明力等同，应予纠正。

本院经审理查明的事实与一审查明的事实一致，本院予以确认。

本院认为，根据起诉状，本案孙文麟、胡明亮的诉讼请求是请求判令芙蓉区民政局为其办理结婚登记。根据《中华人民共和国婚姻法》第二条、第五条、第八条等相关规定，办理结婚登记的必须是男女双方。二上诉人均为男性，明显不符合法律规定的办理结婚登记的条件，其要求判令被上诉人为其办理结婚登记，理由不成立。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条“原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求”的规定，其诉讼请求应予驳回。一审判决驳回其诉讼请求，符合上述法律规定，上诉人认为被上诉人没有为其办理结婚登记在程序和实体上均违法，故一审判决驳回其诉讼请求错误，理由不成立，不予支持。上诉人提出刑法中聚众淫乱罪的处罚对象包括同性，婚姻登记也应涵盖同性，婚姻法中的“男女平等”应当解释为男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚等，其理解明显超出婚姻法相关规定中“男女”的文义范围，属于曲解法律，不予采信。上诉人认为根据宪法等关于平等和人权的要求，婚姻登记排除同性是歧视，对同性申请婚姻登记应予办理，该主张系否认法律的效力，理由不成立，不予支持。综上，上诉人的上诉理由均不能成立，其上诉请求没有法律依据，不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审受理费50元，由上诉人孙文麟、胡明亮负担。

本判决为终审判决。

审判长 周永
代理审判员 黄姝
代理审判员 陈丽琛
二〇一六年六月二十七日
书记员 刘赞

关于各地是否可以追加被执行人配偶之总结

2017-01-19 强制执行实务研究 付晓雷

“家事法苑”团队奉献

关于在执行中能否追加被执行人配偶为被执行人或者执行配偶财产的问题，理论和实务中一直有争议。我在法院时还就此问题，做过一次公开课。本来想着去年的追加规定能解决此问题，就没有再深入研究，但最后由于各种原因，配偶追加问题被拿掉了（我曾与参与追加规定制定的法官交流过此问题，他们也表示很遗憾），这导致此问题将短期内无法有统一意见。

做过多年执行法官的我深知，各地对这一问题做法相当不统一，甚至做法截然相反，而且在同一个法院不同法官也会有不同的处理方法，为此我统计了几十个法院实务中如何处理这一问题的方法，（也许这种非官方的调查能够比较真实的反应一些问题）。

1、江苏连云港中院、北京石景山区、密云区、内蒙古包头中院：

不追加为被执行人。

执行法官可以控制配偶名下财产，但不处理。控制财产后通知配偶，告知提异议的期限，在异议期间可提异议，否则直接处理。

2、北京朝阳区：

不追加为被执行人。

执行法官可以控制配偶名下财产，但不处理。控制财产后通知配偶可提异议，视异议结果来处理。

3、浙江遂昌、河北晋州：

不追加为被执行人。

执行法官如果可以在确定债务发生在婚姻存续期间，就直接执行配偶财产。

如果判决书写明为被执行人个人债务，也会执行配偶名下财产的一半。

但采取措施前会发一份裁定书给被执行人的配偶。

4、福建龙岩新罗区、威海中院：

不追加为被执行人。

执行法官可以控制配偶名下财产，但不处理。控制财产后通知配偶，告知提异议的期限，在异议期间可提异议，否则直接处理。

5、山东诸城、山东安丘：

不追加为被执行人。

如判决书未写明是个人债务，可以直接执行配偶名下财产。

如写明是个人债务，也会按共同财产执行配偶名下的财产。

如提异议，按异议规定裁判后视情况处理。

6、湖南浏阳：

不追加为被执行人。

执行法官可以在确定债务发生在婚姻存续期间，就直接执行配偶财产。

但对担保之债则只执行夫妻共同财产的一半。

7、上海奉贤区：

按相关规定，如果申请人向执行裁判庭申请追加，另立执异字号，按照案外人执行异议处理。

在没有追加成功前，不控制配偶名下财产。

申请人申请追加成功，追加为被执行人，再进行查控

如申请不成功，则申请人提起准予执行之诉。

据了解，奉贤区去年没有追加过被执行人配偶，而是让申请人另行起诉被执行人配偶。

8、江苏盐城大丰区：

不能追加。

申请人向法院申请执行配偶财产，且有证据证明该财产属被执行人与配偶共有的，查实后可以对共有财产中属被执行人部分予以查封冻结。被执行人或配偶有异议的，立执异审查或诉讼，被执行人及配偶无异议的，可以执行。

9、山西新绛县：

不能追加。

要求申请人另诉解决。

如申请人提供担保，可考虑控制配偶财产。

10、北京海淀区、上海闵行区、天津和平区、上海宝山区：

不追加为被执行人。

直接让申请人去另行起诉。

11、山东肥城：

不追加为被执行人。

执行法官可以控制配偶名下财产，但不处理。控制财产后通知配偶，告知提异议的期限，在异议期间可提异议，否则直接处理。

12、新疆和田中院：

认为可以追加，但具体程序没有了解到。

13、宁夏石嘴山中院调查两位法官，回答为：

甲的做法是：

条件允许的话可以追加。例如，债务在婚姻存续期间，用于夫妻共同生活，并且妻子知道或者应该知道债务的，一般追加。如果用于其他目的的，或者给人担保等情况，一般不予追加。

即使不追加也会执行被执行人配偶名下财产。

但与此相反的是乙法官的作法：

对于被执行人配偶名下财产，除登记共有外，不执行配偶名下财产，也不追加配偶，要求其通过诉讼程序解决。

14、北京康达深圳分所熊律师还提供了他经历的两个法院的做法。

1、深圳罗湖法院、盐田法院均不能直接追加；

2、要求另行起诉，案由与原审判决一样，原审判决为民间借贷，则重新起诉的案由也是民间借贷；

3、诉讼请求为：判决确认XXX判决书所确认的XXX所欠债务为夫妻共同债务；

4、不能直接控制配偶名下财产。

以下借用 夏从杰（金陵濠语）的话（有修改）：

执行中普遍认为，基于审、执分离的考量，不能以执代审。但在解决执行难的大环境下，在我国夫妻一体的观念下对于配偶名下的财产应当有执行措施，不能不予处理。

比如经形式审查配偶名下的房产系婚后取得，可以进行查封和处置告知，但实质处置须以能直接送达配偶且配偶具备提出案外人异议的现实条件为前提，以便配偶能及时提出案外人异议，保障其权利救济，防止错误执行造成的执行回转问题。

于此情形下，根据物权法、婚姻法及其司法解释，结合日常生活经验和房产归属的盖然性，凭婚姻关系和婚后取得房产的形式审查，以夫妻各占一半份额进行处置较为可行。配偶对于房产归属及其份额可提案外人异议和异议之诉，从而确定真实的产权和份额。

如果配偶名下的房产原为被执行人婚前财产，经调查，系为规避执行而转移至配偶名下，当然可全部予以执行，自不待论。如果房产原登记为夫妻共同所有，调查发现系被执行人为隐匿、转移财产而登记为配偶一方名下，在为配偶保留一半份额价款的基础上可以处置房产。

（备注：此文数据仅为好友之间相互探讨所用，是否能代表当地法院做法，我无法核实，且不能作为律师、当事人行为依据，请见谅。欢迎广大读者指正我的错误观点，错误归纳。）

在此，感谢以下好友为此文提供宝贵意见：

宁夏石嘴山丁法官、杨法官，遂昌法院李法官、福建龙岩新罗法院王法官，威海中院程法官，山东诸城袁法官，山东安丘刘法官，湖南浏阳左法官，上海奉贤洪法官、顾法官，江苏盐城大丰区杨法官，江苏连云港刘法官，北京密云韦法官，北京朝阳张法官，上海闵行区彭法官，天津和平区王法官，山东肥城李法官，上海宝山区曲法官，河北晋州高法官，内蒙古包头中院张法官，山西新绛县法院陈法官，新疆和田王法官。

“家事法苑”团队奉献

与夫妻一方发生婚前性行为的第三人未侵犯另一方一般人格权

（最高法院出版物公布的参考性案例中确定的审判规则）

2017-01-23 指导性案例审判规则

【审判规则】

女方在与男方结婚前曾与第三人发生性行为，并在结婚后生育了与第三人具有亲子关系的子女，致使男方遭受痛苦。因女方系于婚前与第三人发生性关系，并未违反婚内忠诚义务，故第三人并未侵犯男方的合法权益。同时，第三人亦不具备侵犯男方一般人格权的主观故意，故应认定第三人与女方发生婚前性行为不符合一般人格权侵权构成要件，对男方并不构成侵权。

【关键词】

民事 一般人格权 结婚 性关系 亲子关系 婚前性行为 忠诚义务 合法权益 主观故意 侵权要件

【基本案情】

2007年6月，张X与孙X缔结婚姻关系，孙X在结婚登记前，曾与李X发生过性关系。孙X于2008年1月分娩一女张小X，经鉴定，张小X与张X并无血缘关系，而与李X存在亲子关系。孙X于2008年9月向另案法院提起诉讼，要求李X向其支付生活费。另案法院于同年12月作出判决，判令李X向张小X支付抚养费。2009年1月中旬，孙X向另案法院提起诉讼，要求将张小X变更由李X抚养。而后孙X与李X达成和解意见，约定由李X抚养张小X并自行承担抚养费。经查明，孙X曾以其怀孕为由要求张X支付三万元，并出具书面承诺，约定以后与张X再无任何关系。

张X以其与孙X结婚后，孙X生育张小X，经鉴定机构鉴定，张小X并非其亲生子女，为此遭他人议论，并遭受精神痛苦，李X侵害其人格利益为由，提起诉讼，请求判令李X赔偿其精神损害抚慰金、鉴定费、交通费、抚养费、生育费等费用三十万元。

李X辩称：本人却与孙X所生之女张小X具有亲子关系，但本人于孙X婚前性行为并未违反社会公共道德，且未侵犯社会公共利益，亦不应构成对张X人格利益的侵犯。孙X在与张X缔结婚姻关系之前，有权选择与本人交往；孙X结婚后，本人并未再与孙X发生性行为。孙X婚后怀孕后，本人曾要求孙X做人工流产手术并向其支付三万元。张X称其遭受精神打击，但并非本人过错导致，而系孙X隐瞒事实所致；同时，本人曾因另案法院生效判决向张小X支付了抚养费，且张小X已经由本人抚养，并自行承担抚养费。综上，本人并不需要对张X承担任何责任，故请求驳回张X的诉讼请求。

【争议焦点】

女方在与男方结婚前曾与第三人发生性行为，并在结婚后生育了与第三人具有亲子关系的子女，致使男方遭受痛苦，此时，应否认定第三人与女方发生婚前性行为构成对男方一般人格权的侵犯。

【审判结果】

一审法院判决：驳回原告张X的诉讼请求。

原告张X不服一审判决，提起上诉称：原审法院判决有误。被上诉人李X在已婚的情况下与孙X发生性关系，导致孙X怀孕，并在与本人结婚后生育张小X。本人在对上述事实不知情的情况下，一直将张小X作为自己子女进行抚养，李X对此具有过错，与孙X共同侵犯了本人的一般人格权，应当承担相应民事责任。一审不应以一半侵权要件作为衡量人格权侵权标准，故请求二审法院依法予以改判。

被上诉人李X辩称：原审法院事实认定清楚，适用法律无误。请求驳回上诉，维持原判。

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

【审判规则评析】

一般人格权是指自然人享有的，包括人格独立、人格自由、人格尊严全部内容的一般人格利益，以及由此产生的各项具体基本权利。由此，一般人格权所包括的内容有：一、人格独立的权利，即自然人的人格由自己支配，不受他人干涉；二、人格自由的权利，即自然人具有保持人格、发展人格的自由；三、人格尊严的权利，即具备公民应有的社会地位及社会尊重。一般人格权的侵权构成要件与一般侵权构成要件相同，即存在侵权行为、损害事实、因果关系及主观过错的四个要件。同时，从某种程度上讲，侵权责任是侵权人违反法定义务所应承担的民事责任，故一般人格权作为一种人格权利，应当以法定义务作为民事责任承担的前提。

男女双方结婚前，女方曾与第三人发生性关系，女方与男方婚后，女方生育子女。经鉴定，该子女与男方并无血缘关系，而与第三人具有亲子关系。虽然我国相关法律规定了夫妻双方之间具有忠诚义务，但是夫妻之间的忠诚义务应被限定在婚姻关系存续期间，故女方与第三人发生性行为并未违反法定的忠诚义务，故该行为并未侵犯男方的任何利益。同时，第三人亦不具备侵犯男方一般人格权的主观故意，因此应当认定第三人与女方发生婚前性行为并未侵犯男方一般人格权。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。
第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。
公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。
没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

【法律修订】

《中华人民共和国民法通则》于 2009 年 8 月 27 日修改，自 2009 年 8 月 27 日起实施。本案例适用的第五条、第一百零六条内容没有变更。

【法律文书】

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

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

张 X 诉李 X 一般人格权纠纷案

【案例信息】

【中 法 码】 人身权法·其他人格权·性自主权 (P09051)

【案 号】 (2009)浙甬民一终字第 760 号

【案 由】 一般人格权纠纷

【判决日期】 2009 年 08 月 26 日

【权威公布】 被最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2010 年第 4 辑(总第 74 辑)收录

【检 索 码】 C0201++9++ZJNB++0409C

【审理法院】 浙江省宁波市中级人民法院

【审级程序】 第二审程序

【上 诉 人】 张 X (原审原告)

【被上诉人】 李 X (原审被告)

【裁判文书原文】 (如使用请核对裁判文书原件内容)

《民事判决书》

上诉人(原审原告): 张 X。

被上诉人(原审被告): 李 X。

上诉人张 X 因与被上诉人李 X 一般人格权纠纷一案,不服浙江省慈溪市人民法院(2009)甬慈民初字第 870 号民事判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭,开庭进行了审理,本案现已审理终结。

浙江省慈溪市人民法院经审理查明:2007 年 6 月 11 日前,被告曾与孙 X 发生过两性关系。原告与孙 X 2007 年 6 月 11 日登记结婚,2008 年 1 月 14 日孙 X 生下女儿张小 X (张小 X 出生孕周为 38 周)。经鉴定,张小 X 与原告无生物学亲子关系,与被告存在亲生血缘关系,孙 X 与原告为此分别支付鉴定费 3000 元、2800 元。2008 年 9 月 24 日,张小 X 向法院起诉;要求被告承担 2008 年 9 月至 2009 年 9 月的生活费每月 1000 元。同年 12 月 12 日,法院判决被告支付张小 X 自 2008 年 9 月起至 2009 年 9 月止的抚养费每月 400 元,合计 5200 元。2009 年 1 月 13 日,孙

X向法院提起诉讼，要求将其与被告的非婚生女儿张小X变更为由被告负责抚养。该案经法院主持调解，孙X与被告达成调解协议，由被告负责抚养张小X，抚养费被告自理。

另查明：孙X曾以怀孕为由收受被告给付的3万元，并书面承诺此后与被告再无瓜葛。2009年1月13日，被告另支付孙X3万元[含[2008]慈民一初字第3372号民事判决书确定的抚养费5200元]。

原告张X起诉称：2007年6月11日，原告与孙X登记结婚。2008年1月14日，孙X生育一女张小X。张小X出生后，原告的邻居及朋友均称其与原告不像，并非原告亲生女儿，原告每日为此受人非议，深感苦恼。2008年8月12日，原告委托西安交通大学法医学词法鉴定中心进行亲子关系鉴定，该中心认为原告与张小X无生物学亲子关系，原告为此在精神上遭受重大打击。为查明张小X的亲生父亲，慈溪市人民法院委托温州医学院司法鉴定中心对张小X与被告之间是否存在亲子关系进行鉴定，经鉴定，该中心认为被告与张小X存在亲子血缘关系，原告为此再次遭受精神痛苦。原告认为，原告虽不是张小X亲生父亲，但仍对张小X进行了抚养，被告行为严重伤害了原告的人格利益，为此，原告诉至法院，要求被告赔偿原告精神损害抚慰金、鉴定费、交通费、抚养费、生育费等费用30万元。

被告辩称：被告对原告张X与孙X登记结婚、两人婚后生育张小X以及张小X系被告与孙X的亲生女儿等事实没有异议，但认为被告与孙X之间的行为并未违反社会公共利益和社会公德，也未伤害原告的人格利益。被告与孙X发生性关系致孙X怀孕等事实发生在原告与孙X结婚登记前，孙X在结婚之前有权选择与他人交往，孙X与原告结婚后，被告终止了与孙X的联系。孙X怀孕后，被告曾要求孙X中止妊娠并以此为条件给付孙X3万元。原告因张小X非己亲生而受到精神打击，并非被告的过错所致，而是孙X隐瞒实情所致，欺骗和隐瞒原告的一般人格权。对于原告主张的鉴定费和交通费，该费用系原告为明确张小X是否为原告与孙X的亲生子女而产生的费用，是由于孙X的欺骗和隐瞒所致，与被告无涉。至于原告主张的抚养费，张小X曾为此向慈溪市人民法院起诉要求被告支付抚养费，法院判决被告支付张小X2008年9月份至2009年9月份的抚养费共计5200元，被告也已履行。此后，孙X又诉至慈溪市人民法院，要求变更张小X的抚养关系，经法院调解，张小X自2009年1月13日起由被告负责抚养，抚养费被告自理。被告认为自己并未侵犯原告的一般人格权，要求驳回原告的诉讼请求。

浙江省慈溪市人民法院认为，一般人格权是指法律未将所要保护的人格特定化、权利的内容尚未定型化的人格权。相对法律明确规定的特别人格权而言，一般人格权指的是公民享有的，以人格独立、人格自由和人格尊严为主要内容的一般人格利益。一般人格权的侵权构成要件除要求权利人的一般人格权受到侵害外，还要求侵权人主观上存在过错、侵权行为的违法性以及侵权行为与损害后果之间具有因果关系。本案中，孙X与原告张X登记结婚后，其作为原告妻子对原告负有忠实义务，但孙X与原告登记结婚之前，孙X在法律上对原告并无此项义务。被告与孙X发生两性关系致孙X怀孕，孙X于2008年1月14日生育张小X，张小X的出生孕周为38周，以此推算，孙X的受孕时间应在其与原告登记结婚之前。原告误认张小X为其亲生女儿而抚养，并在知悉张小X非己亲生时受到一定的精神痛苦。被告与孙X的行为在客观上对原告的一般人格权造成了一定的损害，但由于两人的行为发生在原告与孙X登记结婚之前，对此，被告在主观上没有侵害原告一般人格权的过错，其行为也未违反法定义务，故不应承担侵权责任。原告认为被告与孙X发生两性关系致孙X怀孕并生育张小X，严重伤害了原告的一般人格利益，要求被告赔偿精神损失抚慰金、鉴定费、交通费等费用，该主张缺乏法律依据，法院难以支持。原告主张的抚养费、生育费等费用，因原告与孙X尚未离婚，其在张小X出生、成长过程中支出的费用本属原告与孙X的夫妻共同财产，应由二人共同主张，且此项费用与本案并非同一法律关系，原告可另行主张。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条、第一百零六条第二款之规定，判决：驳回原告张X的诉讼请求。

一审宣判后，原告张X不服提起上诉。原告张X上诉称：一般人格权，指对于人的生命、身体、健康、名誉、自由、姓名、肖像、隐私等全部人格利益的总括性权利。随着社会的进步，对人格权的保护已成为现代民法基本任务之一。原审法院以一般侵权要件作为衡量人格权侵权标准，过于随意。李X在有合法妻子的情况下与孙X发生不正当两性关系，致孙X怀孕、张小X出生，张X以亲生父亲的名义对张小X进行抚养。在这一过程中，张X毫不知情，李X存在明显过错，与孙X构成共同侵权，应当承担赔偿责任。原审法院认为张X的主张缺乏法律依据，难以支持，理由牵强，判决错误。请求二审法院撤销原判，依法予以改判。

被上诉人李X辩称：原审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

经二审审理，双方当事人对原审法院认定的事实经过均无异议，故宁波市中级人民法院对原审法院认定的事实

予以确认。

宁波市中级人民法院认为，本案张X以人格权受损为由诉请李X赔偿损失，依照侵权的构成要件，依法应适用过错归责原则。根据已查明的事实，张X与孙X于2007年6月11日登记结婚，2008年1月14日孙X生育张小X，根据生育规律，孙X应是在与张X结婚前已受孕。经鉴定，张小X与张X不存在亲子关系，系孙X与李X所生。张X上诉称李X的行为存在明显过错，给其造成极大的精神痛苦。侵害了其一般人格权，要求李X赔偿精神损失抚慰金等损失。法院认为，李X与孙X发生性关系致孙X怀孕，发生于张X和孙X结婚之前，对此，孙X在婚前对张X并不负有夫妻之间性行为的忠实义务，李X也不存在侵害张X一般人格权的主观过错，张X要求李X赔偿精神损害抚慰金等损失，缺乏法律依据，原审法院驳回张X的诉请，并无不当。张X主张的抚养费、生育费等支出，与本案并非同一法律关系，宜另行解决。综上，张X之上诉，理由不能成立，故对张X的上诉请求，法院不予支持。原审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决得当。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决：

驳回上诉，维持原判。

忧心儿子，离异母亲申请人身保护令

法院：涉未成年人案件应审慎使用保护令，避免激化矛盾

2017-01-18 人民法院报 施迪

张女士与郑先生离婚时约定双方所育之子壮壮随郑先生共同生活。离婚一年以来，张女士发现儿子壮壮身上时不时会出现伤痕，并且有过度咬铅笔头等异常反应，最近一次竟发现壮壮被郑先生扇耳光而导致耳部瘀青多日未消，遂向上海市普陀区人民法院起诉要求变更抚养关系，认为郑先生对壮壮存在实施家庭暴力的情况，提出人身保护令申请。

法官认为，变更抚养关系直接影响到未成年人以后的成长生活环境，查清事实应作为首要之关键。张女士提交了壮壮耳部青紫的照片及医院诊断结果来证明郑先生对壮壮实施家暴，但仅以此为证尚无法证明郑先生对壮壮长期施暴。为此，承办法官委托区妇联干部作为社会观护员对该案进行社会调查。妇联干部通过走访郑先生所在地居委会及访问周围邻居来调查实情并形成书面报告递交法庭。根据调查显示，平时郑先生同壮壮在外相处模式较为融洽，社区群众等并未发现亲子间关系异常，推测孩子的伤势可能是郑先生的教育方式不妥而导致。为更全面准确地查明事实，承办法官随后又委托了壮壮所在学校的未成年人保护老师调查壮壮在校期间是否存在异常表现。经老师调查反映，壮壮在学校时确有情绪激动时自扇耳光等偏激行为。通过借助多方社会力量全面展开社会调查后，法官了解到郑先生确实对壮壮存在一定暴力倾向且造成了壮壮的一定心理阴影。但考虑到父子间关系还算融洽，若直接出具人身安全保护令，就等于认定郑先生对壮壮有家庭暴力，不仅会激化原、被告双方的矛盾，还会加重孩子成长时期的心理负担，加剧父子对立情绪。

因此在审理过程中，承办法官将双方焦点引向如何将未成年人的利益最优化上。承办法官从心理学角度指明郑先生在教育方式上存在缺陷，并进一步耐心疏导原、被告双方对孩子的教育理念达成一致。被告方郑先生认识到自己棍棒底下出孝子、一言不合大棒伺候的教育方式过于粗放确有不妥，并同意变更抚养权。同时，原告方张女士也基于减少诉讼给孩子造成负面影响，撤回了人身保护令的申请。最后双方达成一致，同意以调解结案。结案后经承办法官回访了解，壮壮随母亲一同生活后，生活学习都已回到正轨，并不再有异常表现，不仅同父亲能融洽相处，学习成绩也有了大幅提升。

■法官说法■

该案系反家暴法出台后普陀法院受理的第一起涉家暴案件，也是一起典型的涉儿童权益保护的家事纠纷。在部分暴力程度严重、情况紧急的案件中，确实需要及时采取人身安全保护令来保护弱势群体的人身安全。但在涉及儿童权益的家事纠纷中，司法救助的着眼点不仅在于涉家暴儿童的人身安全，而是更应关注涉家暴儿童身心保护和家庭亲子关系的修缮。该案中，法官从未成年人利益最大化出发，向原、被告双方释法明理，为最大限度减少诉讼对孩子造成的影响和伤害，以教育、疏导的柔性司法方式给予当事人父子情感修复的机会，避免对未成年人造成二次伤害。本案中对人体安全保护令的审慎使用，在涉未成年人权益保护的家事纠纷案件中亦具有借鉴意义。

五、继承

继承典型案例

“家事法苑”团队奉献

法定继承人之间就各自继承遗产份额达成的协议有效

(上海市高级人民法院公布的地方参考性案例中确定的审判规则)

2017-01-15 指导性案例审判规则

【审判规则】

被继承人为无民事行为能力人，无第一顺序法定继承人。被继承人的兄弟姐妹作为第二顺序的法定继承人在被继承人生前就可能实现的继承期待利益即各自可继承的遗产份额作出约定，达成一致协议，该遗产分割协议在满足合同成立、有效要件且所附条件和期限成就时生效。在此情况下，遗产分割协议对各继承人具有法律约束力，继承人对被继承人遗产的继承分配事宜应依协议约定分割。

【关键词】

民事 法定继承 被继承人 无民事行为能力人 第二顺序法定继承人 继承期待利益 遗产份额 系争房屋 协议约定 合同成立 合同有效 生效合同 折价款 产权归属

【基本案情】

乔X芳、乔X香和被继承人乔X系同胞兄妹，三人父母乔XX和谢XX已分别于2002年12月和1991年5月去世，乔X于2011年9月25日去世，其生前未婚，无子女。系争房屋（上海市三门路XX弄XX号XX室房屋）为乔X原住房拆迁后安置其父子二人的拆迁安置房。乔XX患有精神疾病长期住院，故该系争房屋在其去世后无人占有使用，处于闲置状态。2007年12月18日，乔X香在向物业管理公司（上海XX物业管理有限公司）出具的承诺书中明确表示了系争房屋归乔X芳所有，其放弃对该房屋的一切权利。2008年年初，系争房屋由乔X芳个人出资作为自有产权房买下，并将房屋登记在乔X名下。

次年3月28日，乔X芳和乔X香在乔X去世后，就系争房屋的继承分配事宜经协商达成合意，并签订了协议书以书面形式明确载明以下内容：第一，乔X芳和乔X香二人与被继承人乔X系同胞兄妹关系，乔X患精神病多年，在其患病期间始终由乔X芳负责照顾并任其监护人；第二，据2002年底对乔X位于上海市虹口区三门路XX弄XX号XX室的房产进行的评估显示该房屋评估值为近十四万元人民币；第三，乔X芳在2002年12月已将折价款六万元给付乔X香，乔X香承诺在收到六万元人民币折价款后，待乔X去世，系争房屋归乔X芳所有；第四，因乔X芳和乔X香二人系同胞姐妹，故乔X香收到乔X芳六万元人民币后无需再出具收条；第五，乔X芳和乔X香就乔X去世后，系争房屋归乔X芳所有无其他争议事宜。现被继承人乔X已去世，乔X香认为乔X芳虽已交付共计七万元人民币，但系争房屋价值已涨，遂要求乔X芳另行给付十万元，乔X芳拒绝。

乔X芳以其已按协议约定将系争房屋折价款给付乔X香，但乔X香拒不履行协议约定，未协助其办理房屋权利变更登记为由，提起诉讼，请求确认系争房屋归其所有。

【争议焦点】

被继承人为无民事行为能力人，无第一顺序法定继承人，其兄弟姐妹作为第二顺序的法定继承人在被继承人生前就各自可继承的遗产份额作出约定，并签订遗产分割协议，各法定继承人应否按照该分割协议的约定分割被继承人的遗产。

【审判结果】

一审法院判决：系争房产产权归原告乔X芳所有。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

【审判规则评析】

《中华人民共和国继承法》第十三条规定：“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对生活存在特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。继承人协商同意的，亦可以不均等。”据此，继承人可协商约定各自继承遗产的份额，协商一致达成的合法协议应当受法律保护。对于继承人协商分割遗产的协议的效力应从合同的成立、有效、生效三方面分析：第一，就合同的成立方面，《中华人民共和国合同法》第三十二条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”作为合同生效的前提，在满足合同双方当事人意思表示一致并签字或盖章的情况下，合同即为成立；第二，合同的有效系法律对合同效力的判定，系相对于合同无效而言的，即合同的有效需满

足法定的构成要件：合同主体要适格，行为人具有相应的民事行为能力，双方意思表示真实且不违反法律和社会公共利益即符合公序良俗原则；第三，就合同的生效方面，《合同法》第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”一般情况下，合同自成立即在最后一方当事人签字或盖章后生效，而依法成立且有效的附条件和附期限的合同，须待特定的条件或期限成就，合同方生效。依照《合同法》第八条和第六十条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”、“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”据此，被继承人去世后，在无遗嘱和遗赠的情况下，其遗产的继承分配事宜由继承人间达成协议，应依继承人间的协议约定分割遗产。同时，作为协议当事人的继承人各方须按照约定全面履行自己的义务，任何一方均无权更改或解除协议。

被继承人为无民事行为能力人，生前未婚无子女，且父母已过世。被继承人的兄弟姐妹作为第二顺序法定继承人在被继承人生前对可能实现的继承期待利益即可继承的遗产份额作出约定，该约定在满足合同成立、有效和生效要件的情况下，受法律保护，各继承人产生法律约束力。首先，从合同的成立上看，协议经由继承人双方协商一致，自签字确认起成立；其次，从合同的有效性上看，各继承人为完全民事行为能力人，具备合同的主体资格，且双方意思表示真实。同时，协议系对未来可能实现的继承期待利益所做约定，对被继承人的财产权益不产生实际影响，未违反法律和社会公共利益，与公序良俗原则不产生抵触，满足合同有效的要件。最后，从合同的生效上看，该协议属于附期限且附条件的合同，所附期限为被继承人去世，所附条件为被继承人对遗产无遗嘱、遗赠等处分行为。同时，继承开始后，各继承人均未丧失作为第二顺序继承人的继承资格。被继承人去世的，协议所附条件均已满足，该依法成立、有效的协议已经生效，具有法律约束力。故被继承人去世后遗产应当依照协议约定分割。

【适用法律】

《中华人民共和国继承法》第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

第十三条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

《中华人民共和国合同法》第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

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

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【效力与冲突规避】

参考性案例 有效 参考适用

乔X芳诉乔X香法定继承纠纷案

【案例信息】

【中法码】继承法·遗产的处理·遗产分割·分割效力 (T0602032)
【案号】(2012)虹民一(民)初字第1156号
【案由】法定继承纠纷
【判决日期】2012年03月19日
【权威公布】被上海市高级人民法院《上海法院案例精选》(2013年)收录
【检索码】C0702+25++SH++HK0312D
【审理法院】上海市虹口区人民法院
【审级程序】第一审程序
【审理法官】姚卫民
【原告】乔X芳
【被告】乔X香
【原告代理人】侯毅 连娜(上海市申房律师事务所)
【被告代理人】曹锋(上海沪律师事务所)
【裁判文书原文】(如使用请核对裁判文书原件内容)
《民事判决书》

原告：乔X芳。

委托代理人：连娜，上海市申房律师事务所律师。

委托代理人：侯毅，上海市申房律师事务所律师。

被告：乔X香。

委托代理人：曹锋，上海沪律师事务所律师。

原告乔X芳与被告乔X香法定继承纠纷一案，本院于2012年2月9日立案受理。依法由审判员姚卫民适用简易程序独任审判，公开开庭进行了审理。原告乔X芳及其委托代理人连娜律师，被告乔X香及其委托代理人曹锋律师到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告乔X芳诉称，原、被告和本案所涉被继承人乔X系乔XX和谢XX夫妇的子女。乔X已于2011年9月25日去世，其生前未婚，无子女。母亲谢XX和父亲乔X亦分别已于1991年5月和2002年12月去世。系争之位于上海市三门路XX弄XX号XX室房屋(以下简称系争房屋)系乔X原住房的拆迁安置房，被安置对象为乔X和乔XX父子两人。乔X因患精神疾病长期住在医院，故系争房屋在乔X去世后空关闲置。彼时，被告因离婚致其面临无房可住的困境，而被告又不愿入住系争房屋以缓解其居住困难。有鉴于此，经原、被告自愿协商，并参考当时系争房屋时价近14万元询价论结，双方约定：系争房屋归原告所有，并由原告给付被告房屋折价款，被告则以前述房屋折价款另行购买了上海市长宁区新泾二村XX号XX室房屋一套。2008年年初，原告出资并以乔X的名义将系争房屋的权利性质由公有住房转为自有产权房性质。2007年12月18日，被告出具承诺书，明确系争房屋所有权归原告所有，其放弃与之相关的一切权利。2009年3月28日，原、被告再次以书面协议形式明确系争房屋的权利归乔X芳所有。原告认为，其已将系争房屋的折价款给付被告，乔X现已去世，而被告却拒不按其承诺及协议书约定的义务协助原告办理相关房屋权利变更登记手续，故诉至法院，要求依法确认上海市三门路XX弄XX号XX室房屋产权归原告所有。为支持其主张的事实和请求，原告向本院提交了以下证据：

1. 上海市公安局出具的户籍证明2份、上海XX印刷纸品厂出具的亲属证明1份、上海市XX区精神卫生中心出具的居民死亡医学证明书1份，证明：本案所涉被继承人乔X系原、被告的哥哥，前述三人均系乔XX和谢XX夫妇的子女。乔X已于2011年9月25日去世，其生前未婚，无子女。母亲谢XX和父亲乔XX亦分别已于1991年5月和2002年12月去世；

2. 上海市虹口区江湾镇街道三门路居民委员会于2007年12月18日出具的证明1份，被告于2007年12月18日出具的承诺书1份、原、被告于2009年3月28日签订的协议书1份，证明：被告承诺待乔X去世后系争房屋归原告所有，被告放弃与之相关的一切权利。另，原告已于2002年12月给付被告系争房屋折价款6万元；

3. 上海市房屋土地资源管理局颁发的房地产权证1本、虹口区房地产登记处出具的房地产登记信息表1份，证明：现系争房屋的登记权利人为乔X；

4. 长宁区房地产登记处出具的房地产登记信息表 1 份, 证明: 被告以原告给付的系争房屋折价款购买了上海市长宁区新泾二村 XX 号 XX 室房屋一套;

5. 医疗费、护理费和代办费收据 5 张, 证明: 乔 X 系精神病患者, 其生前的医疗、护理等事项由原告负责处理。

被告乔 X 辩称, 父亲乔 XX 去世后, 被告因离婚需另行购房。为此, 原告资助了购房款 45 000 元, 并为被告购置了电冰箱、洗衣机和衣橱等物品。嗣后, 原告因被告经济状况拮据曾资助过被告数千元。关于前述款物, 原告在当时并未明确是属于系争房屋的折价款。2007 年, 被告确曾同意原告将系争房屋购买为自有产权房。2009 年 3 月, 原告以其已为被告花费了 6、7 万元为由, 要求系争房屋在乔 X 去世后归原告所有, 并让被告在原告拟定的协议书上签名确认。鉴于原告曾对其照顾有加, 被告未看协议书的具体内容就签了名。另, 被继承人乔 X 患精神病长期住院, 根本无需他人照顾, 原告所提供的证据并不能证明其对乔 X 尽了扶养义务。被告认为, 现其对在协议书上草率签名的行为感到后悔莫名, 且被告从未明确表示放弃对乔 X 遗产的继承权, 也不存在丧失继承权的情形。据此, 被告认为, 系争房屋作为被继承人乔 X 的遗产依法应由原、被告各半继承。对其辩称的事实和请求, 被告未向本院提交证据证明。

经审理查明, 原、被告和本案所涉被继承人乔 X 系乔 X 和谢 XX 夫妇的子女。乔 X 已于 2011 年 9 月 25 日去世, 其生前未婚, 无子女。母亲谢 XX 和父亲乔 X 亦分别已于 1991 年 5 月和 2002 年 12 月去世。系争房屋系乔 X 原住房的拆迁安置房, 被安置对象为乔 X 和乔 X 父子两人。乔 X 因患精神疾病长期住在医院, 故该系争房屋在乔 X 去世后空关闲置。2008 年年初, 原告出资将系争房屋购买为自有产权房, 权利人登记在乔 X 名下。2007 年 12 月 18 日, 被告向上海 XX 物业管理有限公司出具承诺书 1 份, 明确表示其放弃系争房屋的一切权利, 系争房屋归原告所有。2009 年 3 月 28 日, 原、被告签订协议书 1 份, 该协议书载明: “乔 X 芳 (以下简称甲方), 乔 X 香 (以下简称乙方) 就乔 X 的房产 (上海市虹口区三门路 XX 弄 XX 号 XX 室), 在其去世后的继承分配事宜, 经协商后达成协议如下: 一、甲乙双方和乔 X 系同胞兄妹关系, 乔 X 因多年得精神病一直由甲方担任他的监护人, 负责照顾乔 X 的生活起居。二、乔 X 的房产 (上海市虹口区三门路 XX 弄 XX 号 XX 室), 在 2002 年底评估值为: 近人民币十四万元。三、甲方于 2002 年 12 月份已给付乙方人民币六万元; 乙方承诺: 收到甲方给付的人民币六万元后, 待乔 X 去世之后, 其房产 (上海市虹口区三门路 XX 弄 XX 号 XX 室) 归甲方所有。四、甲乙双方系同胞姐妹关系, 因此, 乙方收到甲方给付的人民币六万元而不再出具收条。五、甲乙双方对乔 X 房产 (上海市虹口区三门路 XX 弄 XX 号 XX 室) 去世后归甲方所有无其他争议。六、本协议一式两份, 甲乙双方签名生效, 并且由甲乙双方各执一份, 具有同等法律效力。在本案诉前调解时, 被告认为 2002 年原告虽实际交付了 7 万元, 但现在房价涨得很高, 系争房屋已价值 80 万元, 要求原告再给付 10 万元。对此, 原告不同意, 故诉至本院。

本院认为, 公民的合法权益受法律保护。根据本院查明的事实, 涉案承诺书和协议书系原、被告真实意思的表示, 在内容上具有同一性, 均指向系争房屋的权利归属问题, 而协议书在文字表述上更明确, 在条文设置上更规范、在内容记载上更详实, 故本院仅就涉案协议书的效力作分析。现就涉案协议书的成立、有效、生效等问题分析如下: 1. 协议书成立。合同成立属于事实判断问题。合同是当事人意思自由的体现, 只要双方当事人就合同主要条款达成合意, 就应认为合同成立。本案中, 原、被告于 2009 年 3 月 28 日就系争房屋的权利归属等事项协商一致, 故该协议书自原、被告在其签名确认时即告成立; 2. 协议书有效。合同有效属于法律判断问题。合同有效与合同无效相对应。合同是否有效是代表国家意志的法律对体现个人意志的合同的审查和干预。当法律给予其肯定性评价时, 合同有效。反之, 则合同无效。本案中, 原、被告符合具有相应的民事行为能力, 意思表示真实这两个合同有效的构成要件应无异议, 关键是协议书的内容是否违反法律和社会公共利益这一合同有效的构成要件。诚然, 原、被告在协议书中约定处分的系争房屋是被继承人乔 X 的财产, 但该处分不是在乔 X 生前对其财产进行现实处分, 而是以原、被告可能实现的继承期待利益所作的约定, 该约定并未损害乔 X 生前的财产利益, 亦无证据证明存在道德风险, 故涉案协议书合法有效。3. 协议书生效。合同生效既属于事实判断问题, 又属于法律评价问题。合同生效是指成立且有效的合同是否符合法定或约定的使合同义务得以实际履行的条件已成就, 从而在合同有效已有的法律约束力的基础上新产生了实际履行约定义务的法律约束力。本案中, 涉案协议书是一份既附条件又附期限的合同。称之为附期限的合同, 是因为系争房屋的权利归原告所有须以被继承人乔 X 去世这一事实的发生为基础; 称之为附条件的合同, 是因为系争房屋的权利归原告所有须以系争房屋作为遗产继承时原、被告作为乔 X 的第二顺序法定继承人未丧失继承资格且乔 X 在生前未对系争房屋作处分等为前提。现被继承人乔 X 已去世且其他条件亦已成就, 故涉案协议书已

生效。综上，涉案协议书成立、有效且已生效，该协议书具有一个合同的完整的、全部的法律约束力，原、被告均不得擅自变更、解除合同。现涉案协议书不存在履行障碍，且原告已按约给付了被告房屋折价款，故原告要求确认系争房屋的权利归原告所有，本院依法应予支持。据此，依照《中华人民共和国继承法》第十条、第十三条、《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条的规定，判决如下：

上海市三门路 XX 弄 XX 号 XX 室房屋产权归原告乔 X 芳所有。

本案受理费 11 360 元，减半收取 5 680 元，由原告乔 X 芳负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起 15 日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

因死亡抚恤金分割问题引发的争议是否属于继承纠纷

——王生 X 诉王启 X 等所有权确认纠纷案

2017-01-17 法律家

【中 法 码】物权法学·所有权·货币所有权 (t05034)

【关 键 词】民事 所有权确认 交通事故 近亲属 死亡抚恤金 分割 继承纠纷 财产权属纠纷 劳动能力 生活来源 法律规定 确定

【学科课程】物权法学

【知 识 点】财产所有权 死亡抚恤金 继承纠纷 财产权属纠纷

【教学目标】明确财产所有权的概念，掌握财产所有权的确认依据，了解死亡抚恤金的性质。

【裁判机关】青海省西宁市城北区人民法院

【程序类型】民事一审

【案例效力】★★★☆☆ 被国家法官学院《中国审判案例要览》(2005 年民事审判案例卷)收录

【案例信息】

【案 由】所有权确认纠纷

【案 号】(2004)北民大初字第 233 号

【判决日期】2004 年 11 月 05 日

【审理法官】马振羽

【原 告】王生 X

【被 告】王启 X 邹 XX 邹 XX

【争议焦点】

受害人因交通事故身亡后，交通事故肇事方向其近亲属给付的死亡抚恤金属于何种性质的财产，受害人近亲属因该款项分割发生的纠纷，属于何种性质的纠纷。

【裁判结果】

一审法院判决：王启 X 给付王生 X 邹斌善后费用中的生活费及精神损害抚慰金；驳回王生 X 的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

【裁判要旨】

受害人因交通事故身亡，交通事故肇事方向其近亲属给付的死亡抚恤金，属近亲属依其自身身份所获得的赔偿款项。之后，一方近亲属因此类性质的赔偿费用的分割问题发生纠纷，不属继承纠纷，而应依财产权属纠纷予以处理。各近亲属应获得的赔偿数额，应依据各方劳动能力和生活来源情况并参考相关法律规定的标准予以确定。

【法理评析】

邹斌因交通事故死亡后，交通事故肇事方向其母王生 X、其妻王启 X、其子邹 XX、邹 XX 给予的孩子抚养费、母亲赡养费、妻子生活费、丧葬费等属死亡抚恤金性质的赔偿费用，因此种性质的赔偿费用是权利人依据自身身份获得的，故王生 X 与王启 X 因该项赔偿费用的分配发生纠纷，不能依继承纠纷予以处理，本案应归属于财产权属纠纷。王生 X 与王启 X 签订的上述协议，违背了王生 X 的真实意思，妨碍了其对于属于其本人所有的合法财产正常行使权利，违反《中华人民共和国民法通则》的禁止性规定。现王生 X 对该协议表示反悔，故应认定该协议属无效。据此，王生 X 可以主张分割赔偿金。因交通事故肇事方未对赔偿费用的单项赔偿项目的数额予以确定，故应依据应考虑劳动

能力和有无生活来源及参照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的相关标准对赔偿金的具体分割。丧葬费应从赔偿金中先行扣除。被抚养人生活费，依据本案实际被抚养人人均生活消费支出为标准计算。王启X具备劳动能力又有生活来源，应酌情给付王启X生活帮助费，剩余部分应视为精神损害抚慰金，考虑到邹XX、邹XX为未成年人、王生X年老体弱且无其他生活来源的实际情况，该三人应适当多分精神损害抚慰金。

【适用法律】

《中华人民共和国民法通则》第七十五条 公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

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》第二十七条 丧葬费按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准，以六个月总额计算。

第二十八条 被抚养人生活费根据抚养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被抚养人为未成年人的，计算至十八周岁；被抚养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

被抚养人是指受害人依法应当承担抚养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被抚养人还有其他抚养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被抚养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零七条 当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

收取诉讼费用的办法另行制定。

第一百二十条第一款 人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。

【法律文书】

民事起诉状 民事答辩状 律师代理意见书 民事一审判决书

【思考题和试题】

1. 论述财产所有权的内涵及取得。
2. 分析死亡抚恤金的财产性质。
3. 浅谈死亡抚恤金的概念及分配。

【裁判文书原文】（如使用请核对裁判文书原件内容）

《民事判决书》

原告：王生X，女，1948年出生，汉族，西宁市城北区大堡子镇宋家寨村农民，住西宁市城北区。

诉讼代理人：吴海成，西宁市正剑法律服务所法律工。

诉讼代理人：李民，西宁市正剑法律服务所法律工。

被告：王启X，女，1970年出生，汉族，西宁市城北区大堡子镇，住该村。

被告：邹XX，男，1993年出生，汉族，西宁市柴达木小学学生，住西宁市城北区大堡子镇。

法定代理人：王启X（邹XX的母亲），女，1970年出生，汉族，西宁市城北区大堡子镇，住该村。

被告：邹XX，男，1997年出生，汉族，西宁市柴达木小学学生，住西宁市城北区大堡子镇。

法定代理人：王启X（邹XX的母亲），女，1970年出生，汉族，西宁市城北区大堡子镇，住该村。

原告诉称：2004年7月24日，我儿子邹斌在宋家寨村翻渣线上不幸因车祸身亡，翻渣线经营者蔡甫生一次性赔偿邹斌两个孩子抚养费、母亲赡养费、妻子生活费、丧葬费等共计116000元。2004年7月27日，在宋家寨村村干部史玉芳、周生秀及邹斌的叔叔邹璋德的主持与调解下，我与儿媳王启X签订了对邹斌死亡后的赔偿及补偿金的处理协议，即“关于邹斌善后费用使用协议”，约定每年在邹斌死亡周日，由王启X给付我全年生活费（含医疗费）

1200元，现已给付我1200元。事后，经冷静考虑，我已是50多岁的人了，自己没有生活，只依靠儿子的赔偿及补偿费维持生活，平时，儿媳王启X与我的关系就很紧张，很久以前我已租房另住，事故发生后，每月只给付我100元生活费，我还要交房租、水电费，根本就不够用，王启X还扬言以后再不给我生活费。对于这种没有法律效力的协议，我现在坚决不同意，请求人民法院依法对赔偿费116000元予以分割，由王启X返还我赡养费31439.20元及剩余部分经济帮助费12146.88元，以上共计43586.08元。

被告王启X辩称：我丈夫邹斌在宋家寨村翻渣线上因车祸身亡后，翻渣线老板蔡甫生一次性赔偿邹斌丧葬费、两个孩子的学费及一小部分生活费，共计116000元。我收到该笔款项后，出于对婆母王生X的关爱，请她回家居住，但她坚决不回来。无奈，我提议要给付婆母王生X生活费，在宋家寨村村干部及亲朋的主持与调解下，我与王生X签订了每年在邹斌死亡周日一次性给付其生活费1200元的协议书，白纸黑字，怎能说是没有法律效力的协议呢。我现在要求按协议条款履行，坚决不给她而且也没有理由多付给她一分钱。

被告邹XX辩称：答辩意见与王启X相同。

被告邹XX辩称：答辩意见与王启X相同。

青海省西宁市城北区人民法院经公开审理查明：原告王生X与其丈夫邹发德婚后生育一子邹斌及三个女儿，均已成年。被告王启X乃邹斌的妻子、与原告王生X系婆媳关系，被告邹兴[]、邹XX系王启X与邹斌的婚生子，邹发德于1994年病逝。2004年7月24日，邹斌在宋家寨村翻渣线上不幸因车祸身亡，翻渣线经营者蔡甫生一次性赔偿邹斌两个孩子抚养费、母亲赡养费、妻子生活费、丧葬费等共计116000元，但并未明确上述单项赔偿项目的具体数额。2004年7月27日，在宋家寨村村干部史玉芳、周生秀及邹斌的叔叔邹璋德的主持与调解下，原告王生X与儿媳王启X签订了对邹斌死亡后的赔偿及补偿金的处理协议，即“关于邹斌善后费用使用协议”，约定每年在邹斌死亡周日，由王启X给付王生X全年生活费（含医疗费）1200元，现已给付王生X1200元。事后，原告王生X对该协议表示翻悔，故诉至法院。

另查明，平时，原告王生X与被告儿媳王启X的关系并不融洽，邹斌死亡事故发生前王生X即已租房另住。

上述事实有下列证据证明：

1. 原被告双方当事人陈述。
2. 原告提供的西宁市城北区大堡子镇宋家寨村民委员会于2004年10月12日出具的证明。
3. “关于翻渣因事故致人死亡后事赔偿协议书”。
4. “关于邹斌善后费用使用协议”。
5. 被告王启X提供的证人邹璋德的证言予以证明。

对上述证据的证明力本院予以确认。被告方证人付应龙的证言不具有客观性，本院不予采信。

青海省西宁市城北区人民法院根据上述事实和证据认为：本案属于财产权属纠纷，公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结没收。原告王生X与被告王启X、邹兴[]、邹XX签订的“关于邹斌善后费用使用协议”，违背了王生X的真实意思，妨碍了其对于属于本人所有的合法财产正常行使权力，违反法律禁止性规定，王生X对该协议表示翻悔，故该协议应属无效。邹斌不幸因车祸身亡后，翻渣线经营者蔡甫生一次性赔偿邹斌两个孩子抚养费、母亲赡养费、妻子生活费、丧葬费等共计116000元，但并未明确上述单项赔偿项目的具体数额。对该笔款项的具体分割应参照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的相关规定进行，丧葬费按照青海省2003年度职工月平均工资标准1279.67元，以6个月总额计算，为7678.02元，应从赔偿金中先行扣除。被抚养人生活费，按照青海省2003年度农村居民人均生活消费支出为1571.96元的标准计算，被抚养人邹斌的母亲王生X的生活费计算20年，应为31439.20元，因王生X尚有3个女儿为其现存抚养人，故王生X实际应得生活费为31439.20元的1/4计为859.8元。邹斌两个孩子即被抚养人邹兴密、邹XX的生活费计算至18周岁分别为12575.68元、18863.52元，因其二人的母亲王启X为现存抚养人，故邹XX、邹XX实际应得生活费为上述金额1/2，分别为6287.84元、9431.76元。鉴于翻渣线经营者蔡甫生一次性赔偿116000元中包含邹斌妻子生活费的内容，根据当事人意思自治原则，王启X具备劳动能力又有生活，应酌情给付王启X生活帮助费3000元。剩余部分81742.58元应视为蔡甫生赔偿邹斌近亲属的精神损害抚慰金，考虑到邹XX、邹XX为未成年人、王生X年老体弱且无其他生活，该三人应适当多分精神损害抚慰金。对原告王生X合理部分的诉求，本院依法予以支持。

青海省西宁市城北区人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十五条，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》第二十七条、第二十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零七条、第一百二十条第一款的规定，作出如下判决：

1. 蔡甫生赔偿邹斌近亲属的 116000 元赔偿金中扣除已支出丧葬费 7678.02 元后的剩余部分 108321.98 元，被抚养人王生 X、邹 XX、邹 XX 分别应得生活费为 7859.80 元、6287.84 元、9431.76 元。王启 X 得生活帮助费 3000 元。王生 X、邹 XX、邹 XX 分别应得精神损害抚慰金 21500 元；王启 X 得精神损害抚慰金 17242.58 元。
2. 王启 X 在本判决生效之日起 10 日内给付王生 X 上述判决第一项中生活费及精神损害抚慰金 28159.80 元（已扣除王启 X 给付王生 X 的 1200 元生活费）。
3. 驳回王生 X 的其他诉讼请求。

一次性工亡补助金部分依法不属于死者的遗产，不能用于偿还死者生前债务

2017-01-23 民事审判参考

江苏省高级人民法院

执行裁定书

(2016)苏执监 126 号

申诉人宋某。

被申请人（申请执行人）马品成。

被执行人宋汉兴（新）（已故），卒于 2014 年 11 月 15 日。

申诉人宋某因申请执行人马品成与被执行人宋汉兴雇员受害赔偿纠纷一案，不服江苏省南通市中级人民法院（以下简称南通中院）（2015）通中执复字第 0044 号执行裁定，向本院申诉。本院于 2016 年 3 月 4 日受理后，依法组成合议庭进行审查，本案现已审理终结。

申诉人宋某申诉称：南通中院（2015）通中执复字第 0044 号执行裁定认定事实错误，请求依法予以撤销。理由是：一、申诉人所提供的 1999 年 4 月 26 日的建房报告可以证明其父亲宋汉兴生前所建楼房，仅部分属于宋汉兴遗产，申诉人宋某在宋汉兴死亡前就居住在属于其自己财产的房屋内，现居住在内不属于继承宋汉兴遗产。二、“一次性工亡补助金”是支付给亡者直系亲属的补助金，该财产只能属于直系亲属，并非宋汉兴遗产。至于“一次性工亡补助金”在直系亲属分配过程中发生争议时，应参照遗产处理，并非“一次性工亡补助金”就是遗产。三、申诉人没有继承任何遗产，“一次性工亡补助金”系申诉人母亲刘陆平借用宋某银行卡汇入，实际汇款数额亦不足仲裁调解书所确定的 850000 元，钱款已全部由刘陆平处理。江苏省启东市人民法院（以下简称启东法院）以及南通中院执行机构在异议复议程序中以执代审，剥夺宋某相应诉权，严重违反民事诉讼法规定，请求依法撤销上述执行裁定。为证明宋某现住房属于其本人财产，其未继承父亲宋汉兴遗产，宋某提供了启东市建设委员会于 1999 年 4 月 25 日批准的《村镇规划选址意见书》（复印件）以及 1999 年 4 月 26 日启东市人民政府批准的《启东市居民建房用地报批表》（复印件）。其中《村镇规划选址意见书》载明，建设项目名称：农民住宅；建设单位（个人）：少直乡永兴村 12 组宋汉兴；建筑规模 236 m²；用地面积 118 m²等等。《启东市居民建房用地报批表》则载明：户主姓名：宋汉兴；家庭成员：妻刘陆平、儿宋井荣、母施菊兰，等等。

本院经审查查明：马品成与宋汉兴雇员受害赔偿纠纷一案，启东法院于 2011 年 4 月 15 日作出（2011）启民初字第 0407 号民事判决书。该判决书审理查明，马品成等三人为宋汉兴家东山墙粉饰施工时，因脚手架横杠断裂，造成马品成受伤，宋汉兴为马品成的雇主应承担赔偿责任，故判决：宋汉兴赔偿马品成各项损失 66483.23 元，扣除宋汉兴已赔偿的 6000 元，尚需赔偿 60483.23 元。后马品成向启东法院申请执行，该院于 2011 年 6 月 23 日立案受理。执行过程中，因宋汉兴名下无银行存款，暂无其他可供执行的财产，经马品成同意，程序终结该案的执行。在马品成向启东法院申请恢复执行后，启东法院于 2015 年 9 月 9 日向宋某进行了调查。宋某在笔录中承认：宋汉兴死亡赔偿款全部打到其帐上。其家中有二层楼房，该房屋系其父借债建造，现其与母亲住在该房中。2015 年 9 月 17 日，马品成以宋汉兴因工伤死亡得到赔偿款 870000 元为由，向启东法院书面申请变更宋汉兴的妻子刘陆平、儿子宋某为该案被执行人。启东法院立案受理后，于同年 10 月 21 日作出（2015）启执异字第 00019 号执行裁定：变更第三人刘陆平、宋某为被执行人。

另查明：2014 年 11 月 15 日，宋汉兴在位于塘芦港的工地工作时受伤，经抢救无效死亡。后刘陆平、宋某向启

东市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。2014年11月17日，该仲裁委作出启劳人仲案字[2014]第577号仲裁调解书：由启东市吕四海港建筑材料有限公司依照《工伤保险条例》的规定支付给刘陆平、宋某丧葬费、一次性工亡补助金、供养亲属抚恤金共计人民币850000元，于2014年11月17日前汇入中国建设银行，账号：6229，开户名：宋某。双方还约定了其他事项。

启东法院（2015）启执异字第00019号执行裁定认为：婚姻关系存续期间夫妻双方因共同生活所负的债务为夫妻共同债务。本案中马品成系受宋汉兴雇佣，为宋汉兴家粉刷房屋时受伤，因此，宋汉兴所负的该债务应该为夫妻共同生活所负，故为夫妻共同债务。现因宋汉兴已死亡，作为宋汉兴妻子的刘陆平对该债务应当承担连带清偿责任。马品成申请变更刘陆平为本案被执行人依法有据，该院予以准许。同时，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百七十五条规定，作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。本案被执行人宋汉兴已经死亡，作为遗产继承人的刘陆平、宋某没有放弃继承，故应该在宋汉兴遗产范围内承担偿还责任。因此，该院可以变更刘陆平、宋某为本案被执行人，现马品成申请变更刘陆平、宋某为被执行人，该院予以准许。

关于宋汉兴的遗产范围问题。宋某在调查笔录中认可，宋汉兴遗留下二层楼房屋一幢，故该房屋属于宋汉兴的遗产。宋汉兴因工死亡获得850000元的赔偿金，因赔偿时未能明确各赔偿项目，其中丧葬费是应支出的费用，供养亲属抚恤金亦系给付供养的亲属的费用，剔除这两部分，剩余的大部分款项应作为宋汉兴的遗产处理。本案中马品成申请执行的金额低于宋汉兴遗产数额，故刘陆平、宋某理应承担给付责任。综上，马品成申请变更被执行人的请求该院予以支持，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条、第二十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百七十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条之规定，裁定：变更第三人刘陆平、宋某为被执行人。如不服本裁定，可在本裁定书送达之日起十日内向南通中院申请复议。

刘陆平、宋某不服该裁定，向南通中院申请复议称：一、申请复议人与申请执行人从未发生过任何经济往来或侵权关系，没有法律上的权利义务关系。启东法院（2011）启民初字第0407号民事判决书确定的是马品成与宋汉兴之间的权利义务关系，申请复议人无义务承担宋汉兴的个人债务。假定申请复议人在实体上负有义务，也应通过实体审理予以确定。而启东法院未经审理，直接在执行程序中裁定申请复议人为被执行人，属以执代审，剥夺了申请复议人的诉讼权利。二、根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条的规定，提出执行异议须具备三个条件：必须由当事人、利害关系人提出；执行行为违反法律规定；必须采用书面形式提出。本案中，马品成作为申请人请求将宋汉兴的妻子刘陆平、儿子宋某变更为被执行人，对法院的执行行为未提出异议，而启东法院对马品成的请求作为异议案件处理，作出异议裁定，属适用法律错误。三、宋汉兴死后，相关赔偿金属属于其近亲属的财产，并非宋汉兴的遗产。启东法院异议裁定中，将一次性工亡补助金作为宋汉兴的遗产处理，违反法律规定。综上，启东法院（2015）启执异字第00019号执行裁定程序违法，适用法律、认定事实错误，请求撤销该裁定。

南通中院于2015年12月18日作出（2015）通中执复字第0044号执行裁定认为：首先，对于马品成提出的变更被执行人申请，启东法院按照执行异议案件立案处理符合法律规定。根据《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第九条第（四）项之规定，申请执行人申请追加、变更被执行人的，人民法院应当按照执行异议案件予以立案。本案中，马品成向启东法院书面提出了变更被执行人申请，启东法院对此按照异议案件立案受理有明确的法律依据，申请复议人关于启东法院对此以异议案件处理属适用法律错误、以执代审剥夺其诉讼权利的主张不能成立，不予支持。

其次，启东法院裁定变更两申请复议人为被执行人并无不当。婚姻关系存续期间夫妻双方因共同生活所负的债务为夫妻共同债务。本案中，马品成系受宋汉兴雇佣，为宋汉兴家粉刷房屋时受伤，故涉案债务系为宋汉兴夫妻共同生活所负，应认定为夫妻共同债务，刘陆平作为宋汉兴之妻对该债务应当承担连带清偿责任。现因宋汉兴已死亡，启东法院裁定变更刘陆平为被执行人并无不当。《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》第四百七十五条规定：作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。本案中，宋某已明确家中二层楼房系其父宋汉兴生前所建，故应认定该房屋属于宋汉兴的遗产。宋汉兴的妻子刘陆平和儿子宋某作为法定继承人，现住在该房屋内，均未作出放弃继

承的意思表示，应视为接受继承。关于宋某所领取的850000元资金。其中，丧葬费是工亡职工的丧葬支出，供养亲属抚恤金是发给工亡职工生前供养的亲属的生活补助金，该两项资金均不属于工亡职工的遗产。一次性工亡补助金是基于职工死亡一次性支付给其直系亲属的补助金，系工亡职工合理的预期可得收入，应参照遗产处理。现宋某认可其已收到全部赔偿款，应视为其已继承其中的一次性工亡补助金。基于宋某继承上述二层楼房及一次性工亡补助金的事实，启东法院裁定变更其为被执行人亦无不当。但为公平保护双方当事人的利益，启东法院在执行中，应首先厘清宋汉兴的遗产及宋某、刘陆平继承遗产的范围，对宋某的执行应以其继承宋汉兴遗产的范围为限。综上，参照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，裁定：驳回刘陆平、宋某的复议申请，维持启东法院（2015）启执异字第00019号执行裁定。

本案争议焦点是：宋某是否继承了其父宋汉兴遗产，启东法院将其变更为被执行人是否有事实和法律依据。

本院认为：在宋某未明确放弃继承情况下，其事实继承了其父宋汉兴所建房产的部分遗产，启东法院将其变更为被执行人有事实和法律依据，并无不当。理由是：

一、在启东法院裁定变更宋某与其母亲刘陆平为被执行人前，宋某曾向启东法院明确确认其与母亲住在其父亲生前所盖二层楼房中。宋某在启东法院于2015年9月9日向其进行调查的笔录中承认：宋汉兴死亡赔偿款全部打到宋某帐上。其家中有二层楼房，该房屋系其父亲生前借债建造，现其与母亲住在该房中。根据《中华人民共和国继承法》第三条“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括……（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；……”的规定，显然宋汉兴对其生前于1999年所盖的二层楼房享有合法所有权。在宋某与其母亲未明确放弃继承情况下，现其与母亲刘陆平住在该房中，说明宋某、刘陆平事实上已接受继承。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百七十五条“作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务”的规定，启东法院据此裁定追加宋某、刘陆平为被执行人有事实和法律依据，并无不当。宋某现申诉认为，其在1999年4月建房时实际已居住在该房中，故该房为其所有，其未接受房产继承的理由不能成立。事实上，宋某在本案申诉过程中所提供的启东市建设委员会于1999年4月25日批准的《村镇规划选址意见书》（复印件）以及1999年4月26日启东市人民政府批准的《启东市居民建房用地报批表》（复印件）足以证明，该宅基地房屋建设单位（个人）为“少直乡永兴村12组宋汉兴”，且1999年4月26日批准其父建房时，出生于1983年11月28日的宋某尚不满15周岁，为未成年人，其作为家庭成员仅享有居住权。故在没有充分证据证明1999年4月26日批准建房时宋某也是宅基地使用权人及房屋所有权人或共有人权人的情况下，宋某以其始终居住于此房中为由主张该房屋系其所有，其未继承房产的主张无事实和法律依据，本院不予采信。

二、“一次性工亡补助金”非死亡职工遗产。1. 根据《中华人民共和国继承法》第三条“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”的规定，遗产具有时间的特定性、范围的限定性等特征。”工亡补助金”是基于职工死亡这一事实而产生，职工死亡在先，”工亡补助金”产生在后，故”工亡补助金”不是职工死亡时遗留的个人财产。2. 根据《工伤保险条例》第三十九条“职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金”的规定，”工亡补助金”的发放和领取对象是死亡职工的直系亲属，其目的是对死亡职工的直系亲属进行抚恤。综上，一次性工亡补助金是在死者死亡后依据其应当享受的工伤保险待遇所获得的补偿，并不是死亡时遗留的而是在发生死亡事故后，对死者余生可能创造财富的一种补偿，因此不属于死者遗产，只能由因工死亡职工生前供养的直系亲属本人享有。

本案中，在宋汉兴因工死亡后，其直系亲属刘陆平、宋某通过启东市劳动争议仲裁委员会仲裁调解所获得的丧葬费、一次性工亡补助金、供养亲属抚恤金850000元中的一次性工亡补助金部分依法显然不属于宋汉兴的遗产。启东法院（2015）启执异字第00019号执行裁定认为一次性工亡补助金应作为宋汉兴的遗产处理以及南通中院（2015）通中执复字第0044号执行裁定认为对一次性工亡补助金应参照遗产处理，因宋某认可其已收到全部赔偿款，应视为其已继承其中的一次性工亡补助金的理由法律依据不足。但上述说理不足部分并不影响南通中院裁定驳回刘陆平、宋某复议申请，维持启东法院裁定变更刘陆平、宋某为被执行人的正当性。

综上所述，宋某关于”一次性工亡补助金”非遗产的部分申诉理由成立，但因其事实已继承其父生前所建房产，启东法院裁定变更刘陆平、宋某为被执行人有事实和法律依据。南通中院（2015）通中执复字第0044号执行裁定维持该裁定并无不当，依法应予以维持。宋某申诉请求撤销启东法院（2015）启执异字第00019号执行裁定、南通

中院（2015）通中执复字第 0044 号执行裁定，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十五条和《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 129 条的规定，裁定如下：

审 判 长 沈燕
代理审判员 苏峰
代理审判员 孙凯
二〇一六年五月三日
书 记 员 沈晓雯

六、房产、股权、信托

（一）房产

丈夫潜逃上红色通缉令 妻子索房产证被法院驳回

2017-01-10 法律图书馆

在五矿集团担任经理的仲加杰，挪用 80 万美元公款炒股，赔钱后选择潜逃，2001 年仲加杰被列为红色通缉令上的在逃人员。在此期间，其妻张女士起诉仲加杰单位，要求归还登记在丈夫名下的房产证。近日，北京市一中院驳回张女士的诉讼要求。

丈夫被通缉 妻子索要房产证

50 岁的张女士称，她和丈夫仲加杰此前都是中国五矿集团公司的职工。1997 年单位集体分房，1998 年实施房改政策，她和丈夫购买了单位位于海淀区冠城南园的一处房改房，手续由单位代为办理，此后她离职到国外生活。

2001 年 9 月 14 日，国际刑警组织中国国家中心局向国际刑警组织总部申请对仲加杰发布《红色通缉令》实施通缉。经查，1997 年至 1998 年，仲加杰利用职务之便，将本应支付给单位的 80 万美元据为己有，用于个人炒股。

2011 年，张女士希望拿到已经办好的房产证，但公司以登记产权人是仲加杰为由拒不归还。2013 年初，西城法院认定仲加杰失踪，判决张女士代管其财产。

房产证发放不属法院受理范围 一审驳回诉求

此后，张女士将中国五矿集团公司告上了海淀法院，请求法院判令该公司返还其涉诉房产证原件，并赔偿其机票费、签证费等损失。

被告辩称，仲加杰挪用五矿集团 80 万美元货款后潜逃，造成公司财产损失。公司报案后，公安机关发出了红色通缉令。张女士虽然通过法院判决确认仲加杰失踪，但仲加杰为在逃的犯罪嫌疑人。涉案房屋购买人及产权人是仲加杰，张女士不能证明该房产是其合法所有。根据该单位相关规定，仲加杰的房产证只能由其本人领取。

五矿集团表示，公司保留主张解除《买卖合同》并要求仲加杰退回所购住房的权利，保留向仲加杰追索 80 万美元及利息的权利。

该案件审理过程中，西城法院认定仲加杰系在逃人员，不符合宣告失踪的条件，故撤销其在 2013 年初的判决。海淀法院最终认为，仲加杰购买的房改房具有福利性质，遵循单位内部售房及领取房产证的规定，仲加杰向单位购买房改房不属于平等主体之间的买卖合同关系，其房产证发放不属于法院受理范围。仲加杰因挪用公款被通缉，张女士作为仲加杰财产代管人要求被告返还房产证及赔偿损失，亦不属法院的受理范围，故驳回张女士的诉讼请求，张女士不服提起上诉。

产权人归案 原告不是适格诉讼主体 二审维持原判

2014 年 11 月 29 日，在该案二审期间，仲加杰投案自首。后仲加杰获刑 10 年。

北京市一中院认为，张女士在原审诉讼中，以宣告失踪人仲加杰财产代管人的身份进行起诉并主张权利后又上诉至该院，现失踪人已经出现，仲加杰与原单位关于涉诉房产证的返还原物纠纷应该以其本人名义主张，张女士作为原告起诉五矿集团公司的主体地位不再适格，故驳回张女士的诉讼请求，维持原判。

女儿房子被查封 父母以借名购房提异议

2017-01-23 人民法院报 记者安海涛 通讯员柯艳雪

时间：2017 年 1 月 17 日上午

地点：福建省厦门市中级人民法院

案由：案外人执行异议之诉

案情：父母与女儿签订家庭协议，约定由父母全额出资，以女儿名义购买商品房屋。后女儿、女婿与他人产生民间借贷纠纷，法院在执行民间借贷纠纷生效判决中，查封了该房屋。父母对法院执行标的提出异议，认为房屋虽然以女儿名义购买，但房屋均由父母出资，女儿最多只有三分之一居住权，女儿及女婿均无权处理房屋，要求法院停止对房屋的执行。事情究竟孰是孰非？父母出资以女儿名义买房是否可以排除强制执行？

案情回放

2008年4月，黄某的女儿小兰与建发房地产集团有限公司（下称建发公司）签订一份商品房买卖合同，约定由小兰向建发公司购买一套房屋，总金额为145万元。小兰分多次向建发公司缴交部分购房款。2008年4月至2010年2月间，黄某先后向小兰汇款50多万元。

2008年9月8日，小兰与建设银行厦门市分行签订一份个人住房组合借款合同，约定小兰向建设银行厦门市分行贷款99万元用于购买上述房屋，借款委托扣款账户户名为小兰。厦门市国土局登记的讼争房屋权属人为小兰。

2013年，小兰及其丈夫与朱某发生民间借贷纠纷，法院判决小兰及其丈夫应向朱某返还借款本金300万元并支付相应利息及律师费。2015年4月，法院在执行申请执行人朱某与被执行人小兰及其丈夫民间借贷纠纷一案过程中，查封了讼争房屋。黄某以其才是房屋的实际所有权人为由，对执行标的提出异议，一审法院于2015年12月作出执行裁定，驳回了黄某的异议。黄某对执行裁定不服，向一审法院提起执行异议之诉，一审法院作出与执行裁定结果一致的判决。

一审判决后，黄某不服，向厦门中院提起上诉。

庭审现场

庭审中，黄某与朱某围绕黄某对法院查封的房屋是否享有足以排除强制执行的民事权益展开了激烈的交锋。

上诉人：讼争房产为自己所有 法院应解除查封

黄某上诉称，朱某申请执行的财产为黄某自己所有，不属于小兰所有。朱某申请执行的房屋购房款系黄某全额支付。黄某夫妇与其女儿小兰于2008年3月三方约定并签署了书面协议，约定由黄某夫妇全额出资购买讼争房屋，以小兰的名义购买，小兰有三分之一的居住权，小兰及其以后的婚姻关系人无权处理该房屋。

“我们夫妇以小兰的名义购买讼争房屋是有诸多客观原因的：小兰是开发商的职工，可以用比较便宜的价格购买到讼争房屋，还可以免去物业管理费。更为重要的是，按当时银行按揭贷款规定，只有厦门本市户口的居民才能申请到购房按揭贷款。我们夫妇均没有厦门户口，所以才选择以女儿小兰的名义购买房屋，便于申请按揭贷款。”黄某陈述。

黄某认为，其是讼争房屋的实际居住人。讼争房屋交付使用后，黄某支付了装修款一直居住至今。虽然讼争房屋从文书上显示为小兰的名字，但事实上是黄某出资购买的，法院应停止对房屋的执行，解除房屋的查封。

被上诉人：房屋登记在小兰名下 应认定为小兰所有

庭审中，朱某辩称，对黄某所称的家庭约定不清楚。讼争房屋的购买过程含缴交预售定金、签订商品房买卖合同、缴交购房款、签订借款合同、办理抵押贷款手续等均由小兰名义参与。根据物权法第十六条之规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据，讼争房屋在不动产登记簿上登记的权属人为小兰，故应以不动产登记簿为准，认定小兰是讼争房屋的权属人。

“黄某作为小兰的母亲即便是居住也是为了照顾小兰才借住的。黄某虽向小兰转账部分款项，即使该款项用于购买讼争房屋，但因黄某与小兰系母女关系，并不能排除黄某将该款项赠与小兰。”朱某坚持己方观点，一审判决事实清楚，证据充分，适用法律正确，黄某的上诉没有事实和法律依据，请求予以驳回。

法庭：认定黄某为讼争房产的所有权人缺乏法律依据

法庭辩论阶段，案件审判长总结了该案争议焦点为黄某对讼争房屋是否享有足以排除强制执行的民事权益。双方围绕争议焦点，分别发表了自己的观点。

黄某坚持认为，其提供了银行转账凭证等证据，从房屋办理按揭开始，缴交贷款的银行卡就由黄某持有，由黄某实际支付按揭款。从事实和客观上讲房屋是黄某出资购买的，法院无权对该房屋采取查封措施，应停止执行。

朱某坚持认为，小兰向朱某借款，以讼争房屋作为抵押，有生效判决书作为依据。小兰是讼争房屋的权属人。

“家事法苑”团队奉献

黄某作为小兰的母亲，其向小兰转账部分款项，应认定为赠与关系，不能因此改变房屋的权属关系。

厦门市中级人民法院经过审理，作出终审判决，根据查明事实，讼争房屋登记在小兰名下，讼争房屋的商品房买卖合同、个人住房组合借款合同均系小兰签订，黄某主张其为讼争房产的所有权人缺乏法律依据，故其不享有足以排除朱某申请强制执行的民事权益，黄某要求终止对讼争房屋的强制执行缺乏法律依据，一审判决不予支持并无不当。黄某的上诉请求不能成立，判决驳回黄某的上诉请求。

（二）股权

国际私法烧脑案例选：一起公司股东资格确认纠纷引发的思考

2017-01-20 华政国际私法评论 杜涛

本案或许是笔者迄今所见最为烧脑的国际私法案件（之一？）。该案从1999年一直打到2016年，历经多级法院反复审理和最高人民法院提审。近日，山东省高院作出了终审判决。案件涉及美国法、台湾地区法律和大陆地区法律，所涉法律问题也极为复杂：主要问题涉及中国内地一家中外合资企业的股权的继承；该公司股东是一家美国公司；该美国公司的股东是一位美国和中国台湾双重国籍公民；该股东去世后，其台湾籍妻子和父母为该公司股权发生争议；该妻子系再婚，与前夫育有子女；法院需要处理以下问题：（1）美国公司的主体资格和股权归属；（2）美国公司股东死亡后的股权继承；（3）股权是否属于夫妻财产，依据何地法律分配；（4）法定继承适用何地法律等。本案涉及《法律适用法》多个条文，还涉及定性、分割、先决问题等多个国际私法问题。由于《法律适用法》在属人法连结点上采用了经常居所地，因此本案最为关键的一点是如何判断经常居所地。

笔者认为，本案最值得点赞的是山东高院对《法律适用法》中“经常居所地”的判断：

“而在自然人经常居所的判定上，最高人民法院司法解释采取的是一种叠加标准，即包含两个构成要素：一是“连续居住1年以上”；二是“作为其生活中心的地方”。只有具备了上述两个要素，才能被认为是经常居所。但是，对于何为“连续居住1年以上”，是绝对连续还是相对连续，是要求连续居住12个月甚至365天以上，还是要求居住时间不少于多少个月或日，上述司法解释并未明确，需要本院在本案中予以判断确认。对于如何认定“作为生活中心的地方”，亦需要本院加以解释。

本院认为，所谓“连续居住1年以上”，并不是指一种绝对连续状态，而是指的一种相对持续的居住状态，在居住期间，即使当事人因工作派遣、短期学习、出国旅游、赴外就医等原因导致其不能始终居住在某一地，但只要其居住状态是相对持续的，且达到1年以上，并不影响对其经常居所的判断。而对于“作为其生活中心的地方”这一标准，则既要注重考察当事人的主观意愿，又要看当事人的客观生活状况，然后进行综合判断。即从当事人的主观意愿、家庭生活、社会关系、主要职业、财产状况等各方面进行综合考察。就两个标准之间的关系而言，本院认为，二者除了是并列条件的关系，还是判断时重要的相互参考因素。也就是说，在判断是否连续居住时，除了要看当事人在某地居住的连续状态，还要看当事人主观上是否有将其作为生活中心的居住意图。在判断当事人是否将某地作为生活中心时，除了要看当事人主观上的居住意愿，还要看当事人的持续居住状态。”

附：判决书原文

郭宗闵、李恕珍与青岛昌隆文具有限公司股东资格确认纠纷二审民事判决书

中华人民共和国
山东省高级人民法院
民 事 判 决 书

（2016）鲁民终2270号

上诉人(原审原告): 郭宗闵, 男, 1925年3月3日出生, 美国国籍, 现住青岛市崂山区。护照号码为: 710545515。

委托诉讼代理人: 范振伟, 山东海之诺律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 宗阿秀, 山东海之诺律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 青岛昌隆文具有限公司, 住所地: 中华人民共和国山东省青岛经济开发区香江一路21号。

法定代表人: 刘明森, 董事长。

委托诉讼代理人: 王隽, 山东德衡律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张昌禄, 山东德衡律师事务所实习律师。

“家事法苑”团队奉献

被上诉人（原审原告）：李恕珍，女，1951年1月5日出生，台湾地区居民，现住山东省青岛市。

委托诉讼代理人：尹兆龙，山东海沃律师事务所律师。

上诉人郭宗闵、上诉人青岛昌隆文具有限公司（以下简称青岛昌隆文具公司）因与李恕珍股东资格确认纠纷一案，不服中华人民共和国山东省青岛市中级人民法院（2013）青民四初字第227号民事判决书，向本院提起上诉。本院于2016年10月26日立案后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人郭宗闵的委托诉讼代理人范振伟、宗阿秀、上诉人青岛昌隆文具公司的委托诉讼代理人王隽、被上诉人李恕珍及委托诉讼代理人尹兆龙到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

上诉人郭宗闵上诉请求：撤销一审判决第一、二项，依法改判郭宗闵系青岛昌隆文具公司的股东，持有14.763%的股份。一、二审诉讼费由李恕珍和青岛昌隆文具公司承担。事实和理由：1、一审判决在认定郭音伟和李恕珍的夫妻财产关系上，选择适用法律错误。根据本案证据，郭音伟和李恕珍的户籍地址都在台湾地区台北市中山区新福里20邻新生北路三段1号3楼之六，李恕珍是台湾籍，郭音伟有台湾和美国双重国籍，二人共同国籍为台湾地区。除非有充足证据证明二人共同居所地为何地，只能依据共同国籍确定适用的法律。一审判决将青岛确定为二人在郭音伟死亡前共同经常居所地，主要证据是郭音伟的2011年至2013年的出入境记录，但该记录显示郭音伟在去世前的一年的时间里并未形成在青岛连续居住超过一年的事实。而且在本案中未出现李恕珍的出入境记录。因此一审判决认定二人共同居所地为青岛，从而适用中国大陆地区法律确定夫妻共同财产关系，不能成立。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十四条规定，本案应当适用台湾地区民法的规定判断郭音伟的股权是否属于夫妻共同财产。2、台湾地区民法第1017条第1项规定为：“夫或妻之财产为婚前财产与婚后财产，由夫妻各自所有。不能证明为婚前或婚后财产者，推定为婚后财产；不能证明为夫妻所有之财产，推定为夫妻共有”，以及民法亲属编施行法第6条之2规定“中华民国民法亲属编修正前适用联合财产制之夫妻，其特有财产或结婚时之原有财产，于修正后视为夫或妻之婚前财产；婚姻关系存续中取得之原有财产，于修正施行后视为夫或妻之婚后财产。”根据上述规定，郭音伟的股权虽属婚后取得，应属郭音伟个人所有，不属于夫妻共有。3、一审判决在法定继承的法律选择适用上也是错误的。郭音伟死亡地是在台湾，在经常居所地不明的情况下，应以其死亡时居所地确定法律适用，即依台湾地区法律进行分割。依据台湾地区民法第1138条第1项和第1144条第1款之规定，应由郭宗闵与李恕珍各自分得遗产的二分之一。

上诉人青岛昌隆文具公司上诉请求：撤销一审判决，改判驳回郭宗闵和李恕珍的诉讼请求，一、二审诉讼费用由郭宗闵和李恕珍承担。事实与理由：1、一审判决错误地认定了郭音伟生前的经常居住地，导致法律适用错误。2、一审判决认定郭音伟为青岛昌隆文具公司的股东属于认定事实错误。最高人民法院（2005）民四提字第4号民事调解书并没有确认郭音伟是青岛昌隆文具公司的股东。该调解书只是解决了美国昌隆公司的股权问题，并未解决青岛昌隆文具公司的股权问题。一审法院（2007）青执一字第17号民事裁定书执行的内容超过了生效法律文书的内容，属于错误执行，而且工商部门并没有执行该裁定，青岛昌隆文具公司也从未接受过该裁定书及执行告知函。一审法院以该裁定书及执行告知函认定郭音伟直接成为昌隆文具公司的股东是错误的。另外，一审法院没有考虑青岛昌隆文具公司是中外合作经营企业，未经其他股东同意，就变更了企业的合作者，违反了中外合作经营企业法的规定，属于人民法院干涉企业自主经营。

被上诉人李恕珍辩称，一审判决认定事实清楚、适用法律正确，应当予以维持。1、一审法院对于郭音伟经常居住地以及夫妻财产关系的认定事实清楚、适用法律正确。郭音伟在80年代末就开始在青岛进行投资经商，而且在大陆地区主要生活的城市就是青岛，在一审中被上诉人向法庭提交的郭音伟自己所有的在青岛办理的各种证件及出入境资料，均可以证实青岛是郭音伟的经常居住地。虽然郭音伟的死亡地是台湾地区，原因是郭音伟一直以来身体有慢性疾病，××，也并非在台湾生活居住，一审中被上诉人向法庭提交了郭音伟在台湾无财产亦无纳税的证明，完全可以证实台湾地区不是郭音伟经常居住地的事实。同时被上诉人向一审法院提交的出入境纪录，也完全可以证明被上诉人人至今都长期居住在青岛。2、郭音伟应当为青岛昌隆文具公司的股东。2001年5月28日青岛市政府颁发的外商投资企业登记证书中，青岛昌隆文具公司的股东就已经将美国昌隆公司的股权变更为郭音伟等六个自然人共计占股32.5%，后在最高人民法院（2005）民四提字第4号民事调解书中确定，全部股权归郭音伟个人所有，并且一审法院对此已经进行执行，仅仅是工商行政管理部门没有进行变更登记而已，并不影响郭音伟是青岛昌隆文具公司股权持有人的事实。3、郭音伟在青岛昌隆文具公司所持有的股权属于与李恕珍的夫妻共同财产。在郭音伟去

世后，按照法定继承，继承人只能对郭音伟所有的 50% 的财产进行继承。一审法院判定由郭宗闵与李恕珍对郭音伟所有的在青岛昌隆文具公司的股权的 50% 予以继承，各占该份额的二分之一，事实清楚、适用法律正确。

郭宗闵针对青岛昌隆文具公司的上诉辩称，1、认可青岛昌隆文具公司上诉理由第一条，即本案应以台湾地区法律确定夫妻财产关系。2、对青岛昌隆文具公司第二条上诉理由不予认可。郭音伟在死亡前成为青岛昌隆文具公司的股东，首先由最高人民法院的民事调解书予以确认，其次由青岛昌隆文具公司向最高人民法院出具的担保函予以确认，再次由一审法院的执行裁定予以确认。因此，青岛昌隆文具公司事先已经确认郭音伟为其美方股东，在本案中又否认是不能成立的，一审法院对于这个问题查明事实清楚。郭音伟确系青岛昌隆文具公司的美方股东，并且依据公司法的规定，其股权可以发生继承。

郭宗闵向一审法院起诉请求：1、郭宗闵继承郭音伟在青岛昌隆文具公司的股东资格；2、青岛昌隆文具公司为郭宗闵办理股权变更登记手续；3、本案诉讼费用由青岛昌隆文具公司承担。

李恕珍向一审法院起诉请求：郭音伟在青岛昌隆文具公司的股份的一半为李恕珍所有，剩余的二分之一系遗产，在李恕珍、吴君瑶、吴家毓、郭宗闵之间平均分配。

一审法院认定以下事实：

一、有关当事人的身份情况

1990 年 11 月 25 日，李恕珍与郭音伟在台湾台北地方法院公证结婚，符合当时台湾民法第 982 条的规定，“结婚，应有公开仪式及二人以上之证人。”郭宗闵提交的台湾地区法律意见书中亦认可上述二人的婚姻效力。吴君瑶（1970 年 10 月 12 日生）、吴家毓（1976 年 3 月 15 日生）均系台湾地区居民，系李恕珍与前夫吴昭仁的儿女。李恕珍与吴昭仁离婚后，吴君瑶、吴家毓由其母亲李恕珍监护。郭音伟与李恕珍结婚后未履行关于吴君瑶、吴家毓的收养手续。

郭宗闵与张秀兰系郭音伟的父母，张秀兰于 1925 年 11 月 9 日出生，于 2001 年 9 月 29 日死亡，婚后冠郭姓，即郭张秀兰。郭宗闵提交的张秀兰的护照与户籍证明显示的台湾地区身份统一编码一致，可以认定美国护照中的郭秀兰与台湾地区护照中的张秀兰系同一人。张秀兰先于郭音伟死亡。

郭音伟于 1952 年 11 月 16 日出生，于 2013 年 8 月 20 日在台湾地区死亡。郭音伟生前同时持有美国护照与台湾居民来往大陆通行证。

上述事实由相验尸体证明书、户籍证明、死亡医学证明书、张秀兰护照、台湾地区法律意见书、李恕珍提交的 212、613、614 号证明书及当庭陈述笔录在案为凭，经庭审质证和法院审查，可以认定。

二、与本案有关的判决、调解及执行情况

1999 年，一审法院受理（1999）青知初字第 41 号案件，原告美国昌隆国际投资公司以郭音伟为被告、郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚为第三人提起本案诉讼，要求郭音伟停止对原告美国昌隆国际投资公司在青岛昌隆文具公司所享有的股东权利的侵害。2000 年 10 月 30 日，一审法院作出判决，第二项为“1986 年美国昌隆国际投资公司在青岛昌隆文具有限公司享有的股权由第三人郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚和被告郭音伟按比例分享，具体比例如下：郭宗闵享有其中 50% 的股份，郭台玉享有其中 18% 的股份，郭音伟、郭音宏、郭音远、郭音诚各享有其中 8% 的股份。第三人及被告应在本判决生效后三十日内持本判决到有关部门办理相应的变更登记手续。”

各方当事人对上述判决不服，上诉至山东省高级人民法院。2001 年 7 月 6 日，山东省高级人民法院作出（2001）鲁经终字第 103 号判决，驳回上诉，维持原判。

2002 年 12 月 28 日，山东省高级人民法院作出（2001）鲁经监字第 104 号驳回再审申请通知书，“关于 86 年成立的美国昌隆公司的解散时间为 89 年，原审认定为 94 年解散不妥。但是该解散时间的确认并不影响本案的基本事实。”“原审判决除认定 86 年美国公司解散时间有误外，认定的基本事实清楚，适用法律正确，应予维持。”

2001 年，一审法院向青岛市经济技术开发区工商局作出（2001）青执字第 323 号协助执行通知书，要求协助执行（1999）青知初字第 41 号判决的事项，将 1986 年美国昌隆公司在青岛昌隆文具公司享有的股权按郭宗闵享有 50% 的股份，郭台玉享有 18% 的股份，郭音伟、郭音宏、郭音远、郭音诚各享有 8% 的股份比例办理变更登记，该局在青岛昌隆文具公司的外商投资企业批准证书中予以了变更登记，且该登记情况一直维持到现在。

郭音伟不服原审判决，向最高人民法院申请再审。

2006年7月26日,青岛昌隆文具公司于致函最高人民法院民四庭,“……应郭音伟先生的请求,在该案最终确定我公司美方股东股权全部划归郭音伟的前提下,郭音伟先生支付的1500万元人民币须由我公司从美方股东历年分配利润中予以支付。……”2006年8月2日,青岛昌隆文具公司再次致函最高人民法院民四庭,“……在该案最终确定我公司美方股东股权全部划归郭音伟先生的前提下,郭音伟先生支付的1600万元人民币可以由我公司从美方股东历年未分配利润中予以支付。上述支付的前提是该案最终达成如下调解协议:1、我公司美方股东股权全部归郭音伟先生;2、……”

2006年8月9日,最高人民法院作出(2005)民四提字第4号民事调解书,该调解书确认以下协议内容:一、1986年在美国成立的昌隆国际投资公司的全部股权归郭音伟个人所有。郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚放弃在美国昌隆国际投资公司中的股权,并且在任何时候不得以任何方式主张美国昌隆国际投资公司在青岛昌隆文具有限公司中的股东权益。二、郭音伟向郭宗闵、郭音宏、郭音远、郭音诚支付人民币1600万元,分两次付清:于调解书生效之日起7日内支付人民币800万元,于2007年4月30日前支付人民币800万元。上述款项付至郭宗闵、郭音宏、郭音诚共同指定的银行账户……三、青岛昌隆文具有限公司向郭宗闵、郭音宏、郭音远、郭音诚出具为郭音伟支付上述款项承担连带保证责任的担保函,为本调解协议生效的前提。四、郭台玉退出本案诉讼。五、各方为解决本案纠纷已发生的费用,包括诉讼费、律师费、差旅费等,由各方自行承担。

2006年9月25日,郭宗闵、郭音宏、郭音远、郭音诚作为申请执行人,向一审法院申请执行郭音伟及第三人青岛昌隆文具公司在(2005)民四提字第4号民事调解书确定的义务,一审法院于2007年6月15日作出(2006)青执一字第229号民事裁定书,确认该案的款项已经全部发还申请执行人,最高人民法院(2005)民四提字第4号民事调解书执行终结。

2006年12月7日,郭音伟作为申请执行人向一审法院提出执行申请,要求将被执行人郭宗闵、郭音宏、郭音远、郭音诚、郭台玉在青岛昌隆文具公司中所持有的股份变更登记到申请执行人郭音伟名下。一审法院于2007年1月29日作出(2007)青执一字第17号民事裁定书,裁定“将被执行人郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚在青岛昌隆文具有限公司中所持有的股份转移给申请执行人郭音伟所有。”2007年6月6日,一审法院作出(2007)青执一字第17号民事裁定书,载明“本院依法受理后,于2007年1月25日裁定将被执行人郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚在青岛昌隆文具有限公司中所持有的股份转移给申请执行人郭音伟所有,并于同年1月29日向青岛昌隆文具有限公司和青岛市工商行政管理局黄岛分局下达协助执行通知书。本案现已执行终结。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条第一款第六项之规定,裁定如下:最高人民法院(2005)民四提字第4号民事调解书执行终结。”

上述事实有郭宗闵、李恕珍提交的民事判决书、民事调解书、执行裁定书、驳回再审通知书、协助执行通知书、担保函及当庭陈述笔录在案为凭,经庭审质证和法院审查,可以认定。

三、其他有关事实

1986年成立的美国昌隆公司(JUMPLONGINTERNATIONALCORP.)在美国纽约州登记成立,该公司的股份情况为:郭宗闵持股50%,郭台玉持股18%,郭音宏、郭音伟、郭音远、郭音诚各持有8%。1988年3月5日,该公司与青岛市商业机械制造厂签订《关于建立青岛昌隆文具有限公司合作合同》,双方合作建立青岛昌隆文具公司。1989年1月6日,美国昌隆公司解散。

2001年,青岛昌隆文具公司召开董事会,确认青岛昌隆文具公司的四方股东对于增加注册资本人民币1000万元按比例缴纳出资,其中美国昌隆公司增加出资人民币325万,占32.5%。发证日期为2011年5月28日的青岛昌隆文具公司外商投资企业批准证书显示,该公司投资者为四个法人股东,其中乙方股东为美国昌隆公司,出资额为163.925万美元,占出资比例的29.53%。

青岛昌隆文具公司2015年11月24日的工商登记情况显示,企业注册资本555.2万美元,股东名单为:日本川上技研株式会社、台湾熊猫文具有限公司、青岛金瑞商业机械有限公司、郭台玉、郭音诚、郭音宏、郭音伟、郭音远、郭宗闵,其中郭氏出资额为163.93美元,占注册资本29.526%。

郭音伟于1999年在青岛成立了外商独资企业青岛昌发家具有限公司,任该公司执行董事兼法定代表人。同时于1998年任青岛昌隆文具公司副董事长,于1999年任青岛珍珠文具有限公司副董事长。郭音伟于2002年4月24日领取了青岛市公安局车辆管理所发放的驾驶证,于2008年4月24日在青岛进行了驾驶证的年审和换证工作。郭

音伟持有青岛市公用事业收费服务便民卡（卡号为40×××30），该卡自2006年起即有充值记录。青岛市市北区海伦路街道办事处、海伦路社区居委会出具证明，郭音伟自1994年7月长期居住在实验小区海伦一路1号201户。郭音伟分别于2011年9月13日、2013年3月22日在青岛市崂山公证处出具委托书各一份，委托李恕珍作为其全权代表，代理行使委托人在青岛昌隆文具公司的全部股东权利。台湾地区台北市税捐稽征处中北分处于2013年8月26日出具的财产查询清单显示郭音伟在台湾无财产资料亦无纳税资料。

上述事实有李恕珍提交的增资批复和董事会决议、公司解散证明、一审法院调取的工商登记材料、郭音伟的驾驶证、公用事业卡、郭音伟的出入境记录、营业执照副本、证明、委托书及当庭陈述笔录在案为凭，经庭审质证和法院审查，可以认定。

一审法院认为，本案是股东资格确认纠纷，同时，审理该纠纷还涉及法定继承问题。由于郭宗闵系美国国籍，李恕珍系台湾地区居民，本案诉讼程序按照涉外程序进行审理。就本案的法律适用问题涉及多重法律关系，一是郭音伟与青岛昌隆文具公司是否存在股东权利义务关系；二是郭宗闵、李恕珍与郭音伟之间的法定继承关系；三是郭音伟与李恕珍的婚姻关系；四是郭音伟与李恕珍的财产关系。首先，就法定继承而言，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十一条的规定，法定继承适用被继承人死亡时经常居所地法律。本案被继承人郭音伟虽然在台湾地区死亡，但其死亡前长期工作生活于青岛，故郭音伟死亡时的经常居所地应认定为大陆地区，且本案中涉及的遗产为郭音伟在大陆地区公司中的股权，故就法定继承而言应当以中华人民共和国大陆地区法律作为准据法。其次，郭音伟与李恕珍的婚姻关系属于继承的“先决问题”，不受继承准据法的支配，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十二条的规定，对于该部分法律关系的认定应当按照台湾地区当时的法律予以确认。第三，关于郭音伟与李恕珍的夫妻财产关系，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，对于没有选择适用法律的，适用共同经常居所地法律。根据郭音伟与李恕珍的出入境记录，李恕珍在郭音伟死亡前长期在青岛居住，故夫妻财产关系的认定应适用共同经常居所地法律，即中华人民共和国大陆地区法律。第四，关于公司股东权利义务的问题，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条的规定，涉及股东权利义务等事项，应当适用法人登记地法律，青岛昌隆文具公司的登记地为大陆地区，故本案中关于股东资格问题的认定与继承应当适用中华人民共和国大陆地区法律。同理，关于美国昌隆公司解散问题的理解和确认也应适用该公司登记地法律，即美国纽约州法律的规定。

本案的焦点问题有三个，其一，郭音伟是否为青岛昌隆文具公司的股东；其二，郭宗闵、李恕珍可否继承郭音伟在青岛昌隆文具公司的股东资格；三、各继承人的继承份额的确定问题。

关于第一个问题，郭音伟是否为青岛昌隆文具公司的股东。首先，在1999年郭氏家族内部就股权产生争议之前，1986年成立的美国昌隆公司确系青岛昌隆文具公司的股东，但该公司已经于1989年1月6日获得纽约州颁发的解散证书，该解散获得了纽约州税务财务部相关部门的批准。根据美国纽约州公司法的规定，公司解散之后在理论上还将持续存在一段时间，在这段时间里，公众可以因公司解散之前遗留下来的各种责任对公司起诉，“但是根据纽约州的诉讼程序法，对不同种类的诉讼规定了年限不等的追诉期……所以公司在解散后成为被告的可能并不是无时效限制的。”且本案诉讼距离美国昌隆公司解散已经过了20余年的时间，另根据郭宗闵提供的法律意见书的意见“如果上述属于纽约的公司于1989年通过合适的方法得到解散或者废止，付清了其应缴纳的所有税款，拿到了《公司解散证书》，那么作为一个实体，该公司不应该继续存在”。“对于只有一名股东的公司来说，剩余的资产及这些资产的所有权全部归这一名股东所有。”故可以认定1986年成立的美国昌隆公司已经不具备我国诉讼法意义上的主体资格。其次，争议股权经过一审法院另案一审、山东省高级人民法院二审及一审法院执行，已经变更为由郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚和郭音伟按比例持有，基于上述事实以及郭音伟申请再审，最高人民法院于2006年出具了（2005）民四提字第4号民事调解书，确定“1986年在美国成立的昌隆国际投资公司的全部股权归郭音伟个人所有。郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚放弃在美国昌隆国际投资公司中的股权，并且在任何时候不以任何方式主张美国昌隆国际投资公司在青岛昌隆文具有限公司中的股东权益。”且在最高人民法院出具上述调解书之前，青岛昌隆文具公司出具了担保函，明确系在上述案件最终确定青岛昌隆文具公司美方股东股权全部划归郭音伟的前提下出具的该担保函。第三，根据最高人民法院的调解书，一审法院基于郭宗闵等人的申请，依法执行了相应案款并作出（2006）青执一字第229号民事裁定书，确认该案的款项已经全部发还申请执行人；一审法院又根据郭音伟的申请，于2007年1月29日作出（2007）青执一字第17号民事裁定书，裁定“将被执行人郭

宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚在青岛昌隆文具有限公司中所持有的股份转移给申请执行人郭音伟所有。”并作出了最高人民法院（2005）民四提字第4号民事调解书执行终结的裁定。根据《中华人民共和国物权法》第二十八条之规定，“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”一审法院的生效裁定已确认郭音伟系青岛昌隆文具公司的股份持有人，虽然工商管理部门未予进行变更登记，但不影响郭音伟系上述股权持有人的事实。综上所述，一审法院认为郭音伟系青岛昌隆文具公司的股东，其持有的股份占注册资本29.526%。

关于第二个问题，郭音伟的股东资格是否可以继承。根据《中华人民共和国公司法》第七十五条规定，“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”。在公司章程没有规定股东死亡后继承人不能取得股东资格的情况下，股东死亡后，其合法继承人可以直接继承股东资格。继承人继承股东资格后，应将其记载于股东名册并办理变更登记。本案中，青岛昌隆文具公司的公司章程中未对自然人股东死亡后继承人能否继承股东资格的问题作出约定，而郭音伟作为该公司股东在死亡后，其继承人当然可以继承郭音伟的股东资格。

关于第三个问题，关于继承人的继承份额问题。遗产系公民死亡时遗留的个人合法财产，继承始于被继承人死亡时。股东的合法继承人继承的是股东生前享有的股份，而非股东生前的出资额。郭音伟取得青岛昌隆文具公司股东资格系在其与李恕珍的婚姻关系存续期间，根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻共同所有，故本案郭音伟所持有的青岛昌隆文具公司的股份为夫妻共同所有，李恕珍拥有青岛昌隆文具公司的股份为14.763%，剩余14.763%的股份为郭音伟的遗产，因郭音伟生前未订立遗嘱，由被继承人郭宗闵与李恕珍按照法定继承予以继承，即两原告各占上述遗产份额的二分之一。

根据《中华人民共和国公司法》第七十六条、《中华人民共和国继承法》第三条、第十条、《中华人民共和国婚姻法》第十七条之规定，判决：一、确认李恕珍系青岛昌隆文具公司的股东，持有该公司股份为22.1445%。二、确认郭宗闵系青岛昌隆文具公司的股东，持有该公司股份为7.3815%。三、青岛昌隆文具公司于本判决生效之日起10日内办理股东变更登记。案件受理费人民币80649元，由青岛昌隆文具公司负担。

二审程序中，被上诉人李恕珍提交其持有的台湾居民往来大陆通行证1份，主张其自2012年至2013年8月21日在中国大陆地区长期居住，能够证明中国大陆地区是其经常居所地。上诉人郭宗闵及上诉人青岛昌隆文具公司对李恕珍提交的上述证据的真实性予以认可，只是提出需要对其在大陆停留的时间进行核对。本院经审查认为，上述证据系原件，两上诉人对该证据的真实性予以认可，本院对该证据予以采信。基于该证据，本院认定以下事实：

被上诉人李恕珍持中华人民共和国公安部出入境管理局签发的台湾居民往来大陆通行证（签发日期为2012年1月30日，有效期至2017年1月29日，证件号码为02448740），于2012年1月30日至2013年8月21日多次往返中国大陆地区。其中，2012年1月30日至2013年2月5日出入境8次，共在中国大陆地区停留296天，2013年2月27日至2013年8月21日出入境3次，共在中国大陆地区停留158天。

另外，依据一审法院依职权从青岛市公安局调取的郭音伟出入境记录，本院查明，郭音伟于2012年1月30日至2013年7月21日多次往返中国大陆地区。其中，2012年1月30日至2013年2月5日出入境7次，共在中国大陆地区停留211天。2013年2月27日至2013年7月21日出入境3次，共在中国大陆地区停留93天。

本院查明的其他事实与一审法院认定的事实一致。

本院认为，本案二审的争议焦点集中在以下两个方面：一是本案能否将中国大陆地区确定为郭音伟的经常居所地以及其与李恕珍的共同经常居所地，进而适用中国大陆地区法律作为解决本案包括夫妻财产关系争议和继承关系争议的准据法；二是郭音伟是否具有青岛昌隆文具公司的股东资格，进而其股权可以被分割和继承。

关于第一个焦点问题，本院认为，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条规定：“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；……。”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。”对于如何判断经常居所地的问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第十五条规定：“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

从上述规定来看，在处理涉外民事关系中的继承关系和夫妻财产关系时，我国涉外民事关系法律适用法将经常

居所作为连结点。而在自然人经常居所的判定上，最高人民法院司法解释采取的是一种叠加标准，即包含两个构成要素：一是“连续居住1年以上”；二是“作为其生活中心的地方”。只有具备了上述两个要素，才能被认为是经常居所。但是，对于何为“连续居住1年以上”，是绝对连续还是相对连续，是要求连续居住12个月甚至365天以上，还是要求居住时间不少于多少个月或日，上述司法解释并未明确，需要本院在本案中予以判断确认。对于如何认定“作为生活中心的地方”，亦需要本院加以解释。

本院认为，所谓“连续居住1年以上”，并不是指一种绝对连续状态，而是指的一种相对持续的居住状态，在居住期间，即使当事人因工作派遣、短期学习、出国旅游、赴外就医等原因导致其不能始终居住在某一地，但只要其居住状态是相对持续的，且达到1年以上，并不影响对其经常居所的判断。而对于“作为其生活中心的地方”这一标准，则既要注重考察当事人的主观意愿，又要看当事人的客观生活状况，然后进行综合判断。即从当事人的主观意愿、家庭生活、社会关系、主要职业、财产状况等各方面进行综合考察。就两个标准之间的关系而言，本院认为，二者除了是并列条件的关系，还是判断时重要的相互参考因素。也就是说，在判断是否连续居住时，除了要看当事人在某地居住的连续状态，还要看当事人主观上是否有将其作为生活中心的居住意图。在判断当事人是否将某地作为生活中心时，除了要看当事人主观上的居住意愿，还要看当事人的持续居住状态。

本案中，在郭音伟于2013年8月20日死亡之前，无论是郭音伟还是李恕珍，从二人的出入境记录来看，虽然并不是一直在中国大陆地区停留，但从二人停留的时间和相对连续状态来看，均可以认定为在中国大陆地区已连续居住1年以上。从郭音伟在青岛的财产状况、投资活动、居住证明、驾驶执照、公用事业收费服务便民卡持有情况等可以得出结论，郭音伟生前是以中国青岛作为其生活中心。李恕珍在本案中虽然提交的证明其在中国青岛生活的证据相对较少，但从其与郭音伟的夫妻关系、郭音伟对其委托授权情况以及在青岛连续居住情况等也可以看出李恕珍在郭音伟生前是以中国青岛作为其生活中心。综合以上两个方面，本院可以判定，中国大陆地区既是郭音伟的经常居所地，也是郭音伟与李恕珍的共同经常居所地。因此，一审法院适用中国大陆地区法律作为解决本案中夫妻财产关系争议和继承关系争议的准据法并无不当。

关于第二个焦点问题，本院认为，在本案争议之前，上诉人郭宗闵与郭音伟及郭宗闵其他子女围绕美国昌隆公司在上诉人青岛昌隆文具公司中股权的继受问题，自1999年在一审法院引发诉讼，直至2007年1月29日一审法院作出执行终结裁定，方才尘埃落定。期间，经过了一审法院一审、本院二审、再审以及最高人民法院提审。无论是一审，还是二审，均确认了美国昌隆公司在被上诉人青岛昌隆文具公司中的股权由郭宗闵、郭音伟等人按比例持有。因郭音伟不服申请再审，最高人民法院提审后进行了调解，并作出（2005）民四提字第4号民事调解书。各方存在争议的是该民事调解书中“1986年在美国成立的昌隆国际投资公司的全部股权归郭音伟个人所有”的内容如何理解问题。本院认为，由于该案的诉争标的是美国昌隆公司在青岛昌隆文具公司中的股权由谁继受的问题，无论是一审、二审还是审判监督程序，均是围绕这一争议焦点进行审理，因此，该文字表述内容应当理解为美国昌隆公司在青岛昌隆文具公司的股权全部由郭音伟个人享有。上诉人青岛昌隆文具公司虽在本案中持有异议，但从其2006年7月26日、8月2日两次向最高人民法院民四庭出具担保函的内容可以看出，其对公司美方股东股权全部划归郭音伟所有这一调解结果的认知是清晰的，且担保函作为调解协议生效的前提，已被纳入到民事调解书中，并成为第三条的内容。另外，一审法院于2007年1月29日作出了（2007）青执一字第17号民事裁定书，已经裁定将郭宗闵、郭台玉、郭音宏、郭音远、郭音诚在青岛昌隆文具公司的股权转让给郭音伟，该裁定已经发生法律效力，并产生股权变动的结果。因此，本院认为，郭音伟在青岛昌隆文具公司中的股东资格问题在本案之前已经通过另案诉讼及执行程序予以确定，郭音伟具有青岛昌隆文具公司的股东资格，其在青岛昌隆文具公司中的股权可以在本案中予以分割和被继承。

综上，本院认为，上诉人郭宗闵和上诉人青岛昌隆文具公司的上诉理由均不能成立，本院不予支持。原审法院认定事实基本清楚，适用法律正确，判决结果得当，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币80649元，由上诉人郭宗闵负担20162元，上诉人青岛昌隆文具有限公司负担60487元。本判决为终审判决。

审 判 长 欧阳明程

审判员 赵童
代理审判员 刘福贵
二〇一六年十二月九日
书记员 王瑞

(三) 信托

七、社会新闻

不愿上补习班挨了一顿打 9岁男孩去派出所告妈妈家暴

2017-01-05 法律图书馆

1月2日下午,9岁的童童(化名)背着小书包,来到沙坪坝覃家岗派出所。在接待前台,童童一见到民警,就哇哇哭了起来,哭得很伤心。童童告诉民警,他被妈妈打了,“这是家暴!”

男孩哭着来报警

2日下午1点过,沙坪坝覃家岗派出所里来了一个背着书包的小男孩。小男孩一脸无辜地坐在板凳上,很快引起了民警的注意。

值班民警上前询问,可还没等开始问话,男孩就哭了起来,好像受了很大的委屈。

小男孩说,他叫童童,今年9岁,就住在天马路附近。他的父母从四川来重庆做小生意,他就在附近小学读四年级。

童童说,不久前,妈妈给他报了个补习班,可他根本不愿意去。上了两次课,童童实在“受不了”,当天是元旦假期,下午又有补习班的课。童童不想去,妈妈动手打了他。童童觉得很委屈,下午背着书包出门,不是去参加补习班,而是一路问到了覃家岗派出所。

民警查看发现,童童的身上和脸上并没有明显的伤痕,只是不停地哭泣。

童童告诉民警,妈妈只是生气地打了他几下,下手并不重,但他坚持认为,“这是家暴!”

儿子说“逃课”有原因

民警很快联系上了童童的父母。夫妻两人听说儿子没有去补习,而是去了派出所,也十分吃惊,答应立即到派出所来接孩子。

“我们送他上补习班,也是想让你的学习成绩跟上去。我一个月只能挣四五千元,还要拿出1000元交补课费,我们当家长的容易吗?”在派出所的调解室里,妈妈当着童童的面说出了心里话。

童童的妈妈告诉民警,儿子在班上的成绩算是中等水平,孩子的成绩上不去,他们也很着急。于是,在没有征得儿子同意的情况下,就给孩子报了补习班。

而童童本来就对补习班不感兴趣,最近又迷上了网络游戏,就更加反感上补习班了。

父母答应不再强迫孩子

当着童童的面,民警教育了他的父母。民警告诉他们,不应该强迫孩子参加“补习班”或“兴趣班”,而是要尊重孩子的意愿。学习成绩上不去,不一定是孩子自身的问题,家长也应该反思。

经过半个多小时的劝说,童童的父母答应不再强迫儿子参加补习班,回家后会和他好好沟通。

民警也对童童进行了“教育”,“要理解父母的良苦用心。”最后,童童原谅了父母。本报记者 谭遥

■说法

家长应该好好反思

记者昨日从沙区警方了解到,最近他们接到的未成年人拨打的110报警电话中,有多起都是因为孩子学习压力大,厌烦参加“补习班”或“兴趣班”所引起的。

民警说,儿童拨打报警电话的次数增多,除了未成年人自我保护和法律意识增强外,还有更深层次的原因,家长应该反思。

重庆明亮心理咨询所所长邱骐认为,在这起事件中,作为父母应该首先明确两件事:一是,他们给童童报补习班,是否经过了孩子的同意?二是,童童学习成绩上不去,究竟是什么原因。

“一些家长对孩子的管理十分粗暴,做事不征求孩子的意见,独断专行。而孩子在家里‘无处伸冤’,只能向外界求救,警察成了他们向外界求助的首选。”邱骐说,父母望子成龙的心情可以理解,但在帮助孩子提升学习成绩的同时,首先要弄清孩子学习成绩不好的原因,要对症下药,“拔苗助长”反而会适得其反。

“家事法苑”团队奉献

男子患抑郁症跳楼身亡未留遗嘱

妻子为遗产与婆婆对簿公堂

2017-01-13 上海法治报 季张颖

本报讯 一对再婚的夫妇走过了离婚又复婚的波折婚姻路，丈夫却最终因为患有严重的抑郁症选择了自杀，在未留遗嘱的情况下，当年离婚协议中涉及的房产在丈夫死后成为了婆媳间争夺的焦点。近日，徐汇区法院开庭审理了这样一起案件，法院审理后认为，即便双方此后又复婚，但系争房屋在生效的离婚协议上已明确归丈夫一人所有，因此不再作为夫妻共同财产，只作为遗产由婆媳两人均分。

姚若琴与金强是一对再婚夫妻，两人在1999年结为伴侣，在婚姻步入第5个年头时，双方因吵架负气办理了离婚，但离婚后两人并未分开居住，最终在半年后又选择了复婚。

2015年4月12日，患有严重抑郁症的金强跳窗坠地身亡，死前未留遗嘱，唯独留下了一套位于宜山路房子，和名下3万元的存款。姚若琴在丈夫死后要求就夫妻共同财产进行继承分割，不想却遭到了婆婆周老太的抗议。

原来，这套房屋是金强的父亲所在的单位在20世纪80年代分配的，按照金强母亲周老太的说法，2000年，在购买系争房屋产权时自己和儿子各出资7000元，但因自己不识字，便全权委托儿子办理相关手续，但直至儿子去世时，自己才知道系争房屋产权证上只写了儿子一人的名字。

庭审中，姚若琴主张系争房屋为自己和丈夫婚姻存续期间购买，应为夫妻共同财产，应扣除自己享有的一半后，另一半与婆婆按照法定方式继承。

法院审理后认为，因系争房屋取得时间为姚若琴与金强婚姻存续期间，应视为夫妻共同财产。但由于两人在2004年离婚时明确系争房屋转为金强的个人财产，虽然主张的离婚协议没有实际履行，两人又于半年后复婚，但两人当时已然办理离婚登记，造成离婚的法律事实，产生离婚协议上明确的离婚后系争房屋归男方所有的法律后果。

因此，即便又复婚，系争房屋还是应视为金强的个人财产，金强死亡后，系争房屋应作为遗产由姚若琴和周老太均分。考虑到系争房屋目前由周老太居住，其反对与姚若琴按份共有该房屋，因此法院判决周老太应按照系争房屋市场价值的一半即141万元补偿给姚若琴折价款。（文中涉案人员均为化名）

八、异域资讯

法国夫妻自愿离婚可免法院程序

2016-12-29 环球网

【欧洲版驻法国特约记者鲁佳】法国婚姻法近日作出一项重大修改，自2017年元月开始，只要双方同意离婚，就可不经法院审核批准。

按照法国现行法律，离婚步骤复杂，过程漫长，所费不菲。当事人首先要聘请律师，准备离婚申请书，确定诉讼方式，比如协议离婚、接受离婚、过错离婚、分居期满、宣告破裂等。之后就财产分配、贷款偿还、子女监护权和抚养费、配偶生活补偿等进行协商。

诉讼到达法院，须经调解庭初审，判定婚姻是否有持续的可能，此阶段一般需要两个月左右。调解庭做出决定的三个月内，起诉方可向对方提出离婚起诉。被告方收到诉状，可选择其它离婚方式并提出反诉。文件齐备后，预备庭法官确定开庭日期，当事人可亲自参加或委托律师参加庭审。若当事人接受判决结果，可签署离婚文件，律师将文件转交法官，随后完成离婚民事登记。若当事人不接受判决结果，可在收到判决书的一个月内，将上诉决定通知法官。

整个过程需耗大量人力财力，仅协议离婚的费用就在2000至3000欧元，之后还涉及财产公证费、文书费、手续费、共有物业拍卖登记费以及增值税等。离婚难、费用高，导致法国结婚率逐年降低。据法国国家统计局与经济研究所的数据，2010年法国新生儿中，非婚妈妈所生的孩子占54.1%，即每10个新生儿中，近6个为非婚生子女。

而2017年1月1日起，如果婚姻双方达成一致，决定离婚，只需连同律师共同签署离婚协议书，将协议书交给公证人留存备案即可。换言之，无须过堂，无须法庭辩论，无须提交多种证据，只需要“宣布”。

法国法律有关离婚的现行规定，自1975年7月11日第75-617号法以来，适用已41年。法媒认为，此次修改是对婚姻当事人自由意志的尊重，同时可以简化手续，提高行政效率，让法官腾出更多时间处理其它案件。

在法国，结婚和签同居协议有啥区别？分遗产那一刻就秒懂了...

2017-01-15 欧洲时报 周轶伦

“家事法苑”团队奉献

法国是唯一直系亲属间的遗产税率，最高可达 45% 的欧洲国家。此外，如果没有特殊遗嘱安排，死者的签署民事同居契约（pacs）伴侣无权继承任何遗产。因此，是结婚还是签署 Pacs？或许这也可以成为一大考量。

“遗产税”向来是总统候选人辩论的重要议题之一。通常，右派主张放宽“遗产税”，左派则主张收紧。

究竟法国对“遗产税”和“捐赠税”有哪些具体规定？法国是唯一直系亲属间的遗产税率，最高可达 45% 的欧洲国家（如果可继承资产额超过 180.5677 万欧元）。相反，在英国、瑞士、意大利和西班牙，直系亲属间几乎无需缴纳继承税。这对企业主来说影响很大。如果企业主没有为遗产继承做特殊安排，这样的规定可以约束子女卖掉死者的公司。

法国遗产税另一特色是，对于非直系亲属继承遗产，所征税率极高。如果死者没有孩子，由侄子、侄女继承，遗产税率可高达 55%。此外，需注意的是，如果没有特殊遗嘱安排，死者的签署民事同居契约（pacs）伴侣无权继承任何遗产。因此，是结婚还是签署 Pacs？或许这也可以成为一大考量。

法国遗产继承顺位详解

在没有立遗嘱的情况下，死者的遗产按照法律规定，顺位继承、分割。

首先，在没有孩子的情况下，如果死者已婚，且父母双亡，那么死者的丈夫或妻子将继承所有遗产；若死者父母健在，其丈夫或妻子将继承一半的遗产，另一半遗产由死者父母平分；若死者只有单亲健在，其丈夫或妻子将继承四分之三的遗产，剩下的遗产由死者单亲继承。

如果死者未与伴侣结婚，而是签署民事同居契约（pacs）或只是同居关系，在没有遗嘱情况下，其伴侣无权继承何遗产。在这种情况下，如果死者父母健在，则由父母继承遗产，否则将由死者的兄弟姐妹继承。

其次，在有孩子的情况下，如果死者已婚，其丈夫或妻子可以在两种继承方案中，选择其一：一是继承死者所有遗产的用益权（usufruit，即实际使用权和收益权），这种情况下，夫妻共同的孩子，将平分所有遗产的虚有权（nue-propriété，指遗产处置权）；另一选择是继承死者四分之一的遗产，这种情况下，夫妻共同的孩子将平分剩下的四分之三遗产。

如果死者与前妻或前夫有孩子，则其伴侣只能选择继承死者四分之一的遗产，剩下的遗产由其所有的孩子平分。一般来说，孙辈无权继承祖辈遗产。除非遇到以下三种情况：其父母双亡、其父母放弃继承遗产，或被剥夺继承遗产的权利。

逝者伴侣会被赶出门吗？

死者的丈夫或妻子有权继续居住在死者购买或租借的住房，直到离世。与住房相关的费用，由遗产继承人承担。

需要注意的是，死者的妻子或丈夫只有居住权，不能出售房产，不过可以转租，转租的话必须支付相应的税款。如果是签署民事同居契约（pacs）的伴侣，死者离世后一年内，将享有继续居住的权利。如果是一般的同居伴侣，则无权继续居住。

孩子不孝，可以剥夺其继承权吗？

您完全可以通过遗嘱分配自己的遗产。不过，无论和孩子的关系如何，法国法律禁止完全剥夺孩子的继承权。法律规定立遗嘱时，必须为子女保留部分遗产的继承权。如果没有子女，则必须为丈夫或妻子保留部分遗产。

哪些继承人能不交遗产税？如果死者税居地（Domicile fiscal）在法国，所有被继承的资产（动产和不动产，无论在法国还是在海外）都需要列入遗产税计算范围。对于一些特定资产，如“人寿保险储蓄”（l'Assurance vie）等，有特殊的规定

根据与死者的亲属关系，遗产继承者可以享受一定额度的遗产税减免（abattement）。**具体免税额度、遗产税征收比例，可参考本报文章“详解法国“遗产税”规定，这些细节你需要知道”。**

案例

皮埃尔和玛丽结婚，他们没有共同的孩子，但皮埃尔和前妻有两个孩子。皮埃尔去世后留下 60 万欧元的遗产。玛丽和孩子分别可以分配到多少遗产？他们又需要缴纳多少遗产税？

玛丽可以获得四分之一的遗产，即 15 万欧元。作为死者妻子，她无需缴纳遗产税。皮埃尔与前妻的两个孩子平分余下的四分之三遗产，即 22.5 万欧元/人。他们每人拥有 10 万欧元的免税额。因此，根据直系亲属遗产税征收比例表，他们每人需要缴纳的遗产税是 23194.35 欧元。具体计算方法，请参阅《详解法国“遗产税”规定 这些细节你需要知道》。

想将资产捐赠给子女，你需要了解这些

“捐赠”（donation）是很好的在身前分配资产的手段：现在越来越多的家长或祖辈希望可以在经济上援助子女，特别是当他们首次购买房产时。

捐赠受益人需要缴纳捐赠税，其税收减免和征税比例，与资产属性（现金、不动产等）和被赠与者的资质（如恐袭受害人等）相关。

欲了解法国捐赠税完全（部分）减免条件、免税额度和征收比例，可点击文末的“原文链接”，阅读《法国“捐赠税”计算实用指南，教你分配资产新手段》。

案例

一名父亲于 2013 年赠与其儿子一间价值 20 万欧元的单身公寓，儿子需要缴纳多少捐赠税？在减去 10 万欧元的免税额后，儿子需要征税的赠与金额为 10 万欧元（20 万-10 万）。因此，根据直系亲属赠与税收比例表，儿子需要支付的捐赠税是 18 194.35€。具体计算方法，请参阅原文链接文章。

“闹剧”结束，约翰尼·德普正式离婚

2017-01-15 新京报

经过 8 个月官司，235 天诉讼，法官表示已经“够了”，此前达成的离婚协议“将被强制执行”

美国洛杉矶当地时间 1 月 13 日，经过 8 个月的官司，235 天的诉讼经历，现年 52 岁的美国影星约翰尼·德普与 30 岁的妻子艾梅柏·希尔德正式离婚。艾梅柏试图延迟判决、要求德普进行庭外取证，但法官表示已经“够了”，两人此前达成的离婚协议“将被强制执行”。这就表示双方无需再商讨新的离婚协议，原来达成的离婚协议正式生效。对此判决，艾梅柏的律师回应，“艾梅柏所希望的就是离婚，现在实现了，用前总统杰拉尔德·鲁道夫·福特的话来说就是‘缠绕我国已久的噩梦结束了’。”

离婚过程 长达 8 个月的反复纠缠

去年 5 月，艾梅柏向法院提出离婚申请，离婚理由是“不可调和的分歧”，艾梅柏指控德普酗酒、吸毒、具有暴力倾向等，并向德普索要一笔高额离婚赡养费。德普前妻凡妮莎·帕拉迪丝还公开表示，“我所认识的德普不会家暴。”8 月，德普与艾梅柏已经达成了离婚协议，当时双方约定，德普支付 700 万美元的离婚赡养费，艾梅柏则公开表示自己将会把这笔钱全部捐给慈善机构。但到了去年年底，这起离婚案再起波澜。据外媒报道，艾梅柏希望重新商谈离婚协议，要求德普支付更加高额的离婚赡养费。他们称之所以有此要求，是因为德普没有遵守法院制定的时间表，包括个人财产分割、将其物品从巴哈马的私人岛屿中运出，以及没有将一辆路虎即时转到女方名下。

对此，德普的代理律师劳拉·瓦塞尔相当愤怒，认为女方这样的做法实为无稽之谈，她嘲讽艾梅柏想借用这种方式延长她转瞬即逝的名气，“艾梅柏索要额外并且莫须有的赡养费，这样的行为实为‘不要脸’。”这时，德普的律师团也向法庭递交了新的诉状，他们要求法庭对艾梅柏进行 10 万美元的制裁罚款，因为在离婚协议已经达成的情况下，艾梅柏依然在毫无必要地就离婚提出诉讼，从而让自己不断在媒体上获得曝光率。针对德普律师团的说法，艾梅柏的代表律师皮尔斯·奥唐奈表示，“这仅仅是德普与他律师团队的又一个无理要求，他们想通过这类方式拒绝支付艾梅柏应得的赡养费，我非常想看他们打算如何说服法庭。”

财产归属 德普将保有大部分财产

此前德普已经同意向女方支付 700 万美元，但艾梅柏妄图重新谈判获得更多财产，法官敲定不再更改 700 万美元的判决，这将是艾梅柏所得到的全部。与此同时，德普律师希望法官对艾梅柏施加 10 万美元的拖延诉讼处罚，法官拒绝了此要求；艾梅柏要求的德普支付她的律师费用，法官则表示让她自付账单。

当地法院判决双方此前商榷的协定依然具有法律效力，德普确认支付给对方余下的 680 万美元，艾梅柏将把这笔款项用于慈善事业。德普将保有在洛杉矶、科罗拉多、法国等地的大量房产，以及跑车、摩托车、游艇等 42 部交通工具。两人的宠物以及马驹等皆归艾梅柏方所有。协议规定，艾梅柏取消对德普的限制性要求，两人不能公开讨论离婚原因，两人双方也不再持有任何伴侣义务。另外，离婚案的全部款项将会在明年 2 月左右分批完成支付。

情史回顾 两人都是花丛老手

2009 年，德普与艾梅柏相识于电影《朗姆酒日记》片场，还没等到杀青德普就公开宣称自己爱上了这位年轻的女演员。当时德普正与法国女友帕拉迪丝交往同居，两人还育有一子一女，可是他们爱情长跑 14 年却一直不结婚，德普对外宣称有没有一纸婚书并不重要。2011 年，德普宣布与帕拉迪丝分手，并在 2015 年 2 月娶了比自己小 22

岁的艾梅柏，结婚后两人频频高调出现在各种公众场合，屡秀恩爱。但这段恋情并不被外界看好，相恋以来饱受争议。尤其是艾梅柏私生活相当开放，她是一名双性恋者，曾与摄影师女友塔莎·范丽交往多年，在出席“反诽谤男女同性恋联盟”时还大胆出柜，与法国前总理女儿玛丽德也传过绯闻。但遇到德普后，她抛开过往历史毫不避讳向外界表达对德普的爱慕与欣赏，说德普是她的幻想对象，也愿意为德普抛弃自己的女友。

比起私生活开放的娇妻，德普也一直以“好莱坞浪子”著称，传过绯闻、交往过的女明星可以列出一长串，他曾和薇诺娜·赖德、珍妮佛·葛蕾以及凯特·摩丝订婚，但这三次订婚最终都以分手而告终。其中最著名的一段是他与薇诺娜的恋情，德普曾在右臂文上“永远的薇诺娜”(WINONA FOREVER)的字样，而在解除婚约后他去掉了N和A两个字母，变成了“永远的酒鬼”(WINO FOREVER)，这段感情至今仍被人津津乐道。

■ 电影新作

约翰尼·德普

《加勒比海盗5》、《东方快车谋杀案》、《迷宫》等

作为迪士尼最成功的真人电影系列之一，《加勒比海盗》一直是“票房金矿”，将在今年7月上映的《加勒比海盗5：死无对证》中，德普饰演的杰克船长将再度回归，时隔6年重出江湖让不少影迷激动不已。去年底，由《潜伏者》导演布拉德·福尔曼执导的新片《迷宫》也开始投入拍摄，德普在片中饰演一位洛杉矶警员，从首批片场照可以看出，德普看上去瘦了不少，特意蓄了胡子。《迷宫》出自剧本黑名单该片目前在IMDb上显示为2017年上映。此外，德普还有包括重启版《东方快车谋杀案》、《神奇动物在哪里2》等接近十部电影项目在手。

艾梅柏·希尔德

《正义联盟》、《海王》

艾梅柏则加盟了华纳出品的漫画改编大片《正义联盟》，影片将于今年11月17日在北美正式公映，其中她饰演海王妻子湄拉。从最新宣传物料来看，艾梅柏饰演的湄拉一头金发，身着绿色的紧身衣，这个造型和原著漫画几乎一样。作为海王妻子，湄拉有着控制水的能力，将为正义联盟提供不少有力帮助。同时，她确定参演的由DC制作的电影《海王》，也是出演相同的角色，但想必戏份应该会更重，影片正式定档于2018年10月在北美上映。

欧莱雅女王的财产争夺战

2017-01-20 方圆 俞飞

国富豪、慈善家李春平因疑患阿尔兹海默症遭身边人大肆侵吞资产，其妹妹愤而向北京市朝阳区法院申请宣告哥哥为无民事行为能力人。但李春平却出人意料“澄清”：“阿尔茨海默症不属实，侵吞财产不属实。”引发外界热议。

无独有偶。法国女首富欧莱雅掌门人利利亚娜，赠与男闺蜜10亿欧元。独生女向法院申请，宣告母亲无民事行为能力，自己为唯一监护人。母女反目成仇，对簿公堂。总统萨科齐涉嫌接受贝当古夫人不当政治献金，遭检察官调查，豪门争产案成了一桩举国皆知的惊天大案……

优雅的第二女性富豪

利利亚娜和丈夫安德烈·贝当古

利利亚娜·贝当古是一位集诸多财富和名衔于一身的女人，是全球数一数二的女富豪（身价200亿欧元）。知道她的人都说如今80岁的她仍是一个天使，也许你不曾听说过她的名字，可是你一定知道她的美容王国——欧莱雅。

提起欧莱雅，谁人不知，无人不晓。150个国家拥有代理，每秒钟要卖掉100件美容产品！这家世界级企业的员工4.8万，旗下品牌包括兰蔻、美宝莲、薇姿、乔治·阿玛尼、碧欧泉……

1907年创立的欧莱雅，如今已走过波澜壮阔的一百年。身为创始人的独生女，利利亚娜比别人更深刻地了解父亲的毕生杰作。“有一次晚宴”，路易·威登集团总裁贝尔纳回忆说，“我正好坐在利利亚娜身边，她向我描述了其父创业之初的事。”有人羡慕地说：“您能闯入美容界做生意真有运气！”女富豪回答说：“是啊，但是能在1907年就想到更不容易！”

欧莱雅公司董事长欧文中的办公室里，始终摆着一张利利亚娜的单人黑白照片，背后有她的题字：“信任与友情”。“当你准备离开公司，而公司正指望你有所作为时，只有利利亚娜能够对你说，‘去吧，马克，离开我，财富向所有勇敢的人微笑。’”前副董事长马克动情表示。

“家事法苑”团队奉献

中法建交，法国国务部长也就是利利亚娜的丈夫贝当古 1970 年首次访华，受到毛泽东接见，那是一个光荣的时刻。这一次，利利亚娜也在，站在照片最中央，光彩照人。“当毛主席得知贝当古夫人也在时，便让人去请她。”“以她的丰韵与修养，她在丈夫的政治生涯中扮演了一个极为出色的角色，有点儿像杰奎琳·肯尼迪。”欧文中感叹。

上世纪 80 年代，利利亚娜经历过一次严重的飞机事故，机舱门撞坏了她的膝盖。从此她开始了长年的住院、手术和康复训练。经历了一系列生活的磨难，这位世界上第二富有的女性，养成了谨慎、内敛、低调的处事方式和生活习惯。《福布斯》杂志称她为一个“在媒体面前表现腼腆的富翁”她不爱盛宴，拒绝珠宝，名下没有豪华游艇，也没有私人飞机，有时甚至不知道自己的钱包里装了多少钱。

2007 年 11 月，丈夫撒手人寰。利利亚娜评价这段 50 多年的婚姻是她最珍视的宝贵财富。她也是全球最有钱的五位女人中，唯一没有离过婚的。

“当心寄生虫！”

2015 年 1 月 26 日，欧莱雅第二代继承人利利亚娜·贝当古的女儿弗朗索瓦丝走出法院大门，因为财产纠纷，她与母亲对簿公堂。（图片来源：CFP）

郁金香、扶手椅、鸭子。利利亚娜已经记不住这三个词语，哪怕几秒钟都不行。多位专家在法院的要求下，对她进行心理健康测试后，耸耸肩膀：“她无法告诉我们，她在哪里？今天是几号？还有她的年龄。”往昔优雅的欧莱雅女王似乎已经消逝了，取而代之的是一位面临诉讼的老妇人。

故事还要从头说起，2008 年 12 月，女儿弗朗索瓦丝公开表达对母亲的不满。她称母亲和摄影师巴尼耶的关系将家族财富置于危险境地，“当心寄生虫！”

1953 年出生的独生女弗朗索瓦丝，比起母亲更有艺术家气质。在上流社会的鸡尾酒会上，她只愿意同两个儿子在一起。“作为前部长和富裕企业家的女儿，您完全可以想像一下她的童年……保镖，精心挑选接触的人，精心挑选的中学，客人的身份，对绑架的恐惧……总之，身边人给她搭起层层围墙。”朋友解释：“有些东西会在他们的一生中继续存在下去。所有这些将造就他们的性格！”

媒体爆料，1987 年利利亚娜和巴尼耶相识，后者是名同性恋，常给时尚杂志和社会名流拍摄照片。男方风流倜傥，一双深邃的眼眸是他“最锐利的武器”。利利亚娜曾表示，过去十多年里两人频繁通信 5000 多次，建立了“深厚的友谊”。

摄影师像“养子”般伴随富豪左右，八卦报纸绘声绘色地描述，二人“出双入对”，“眼神间的相互交流绝对超过普通朋友”，甚至盛传男方经常出入女方位于巴黎的宅邸。“我从来都没想过要收养一个儿子，更不会考虑收养一位年过 60 岁的儿子。”富婆信誓旦旦，却把二人关系越描越黑。

女儿让私家侦探对摄影师进行全方位调查。2001 年至 2007 年期间，母亲将总额 10 亿欧元的财产，以艺术品、房产、支票、热带小岛甚至人寿保险合同等形式，赠给男闺蜜。艺术品中很多价值连城，包括毕加索、马蒂斯等人的真迹。

离奇的“忘年交”，又是如此亲密、如此慷慨！这让女儿痛心疾首，嗤之以鼻。

一气之下，她将巴尼耶告上法庭，指控他乘人之危，在母亲神志不清的情况下，用卑鄙的手段骗取信任，非法转移巨额财产，应属无效。男方获赠最大几笔财物期间，刚好母亲身体不佳，其中包括 2003 年和 2006 年她两次住院。护士也证实，每次老人与巴尼耶见面后，都会“精神忧郁，神情紧张”。

富婆公开站在巴尼耶一边，自己“健康得很”，女儿起诉毫无道理，“非常愚蠢。”利利亚娜说：“完全知道我在做什么，我很清醒，能分清好人坏人。我之所以让巴尼耶成为保险受益人，是因为他值得拥有这份保单。”她在《世界报》发表公开信，信中写道：“幸亏有了巴尼耶，我才没有因为自己的财富而注定被封闭在传统的环境中。”

“你值得拥有！”欧莱雅这句经典广告语很多人都耳熟能详。然而，它却戏剧性地被用在了欧莱雅女掌门人身上。富婆的黄昏恋，成了法国人茶余饭后消遣的热门话题。

媒体分析，或许弗朗索瓦丝出于嫉妒，担心母亲将家族财产“转移”，使自己的财产继承权受损，因此才会将巴尼耶告上法庭。富婆气呼呼地说：“认识巴尼耶根本不危险，我丈夫和他认识了 20 年，能有什么危险？女儿或许是出于嫉妒才这么做。”

“当一个人得到太多时，必须学会享受赠与。我送给巴尼耶那些礼物是出于友谊，而且当时有律师在场，可以

证明我神志清醒来。”利利亚娜求助于总统萨科齐，希望他下令结束调查。她还向法庭提交了一份由知名神经科专家开出的材料，证明她“思维敏捷，精神健康。”

提起女儿，她就来气，送给男友的礼物在她的庞大财富中“没占多大比例”。继承父亲得来的27.5%欧莱雅股权，她立下遗嘱全部留给女儿。接受《周日报》访问时，老人愤愤不平：“我死后她可以得到一切，她还想要怎样？我永远也不想见她！”

欧莱雅第二代和第三代继承人之间的不和，迅速被媒体传播。利利亚娜表示：“如果法院判决自己败诉，会离开法国，不会受女儿的控制。”欧莱雅股价应声下落。

总统卷入富豪财产纠纷案

法国前总统 尼古拉·萨科齐

2010年7月，弗朗索瓦丝抛出重磅炸弹，抨击萨科齐试图干预司法。她同时向法官提供一份窃听资料，内容是母亲的逃税证据。男管家偷偷将利利亚娜、巴尼耶和财务顾问的谈话录音，长达21小时。录音带内容后来被记者搞到手，富婆曾在瑞士逃税上亿欧元。

女儿公布窃听资料，母亲大为愤怒。她对弗朗索瓦丝提起反诉，称窃听可耻，女儿不择手段，是为了打赢官司制造伪证。

庭审中，双方针尖对麦芒，攻防激烈。利利亚娜究竟是一位病怏怏的寡妇，像“提线木偶”一样，被口蜜腹剑的掠夺者操纵；还是一名充满自信的女性，在以欧莱雅耳熟能详的广告语“你值得拥有”所表达的精神那样做自己想做的事？

原告主张，老人年事已高，处于痴呆症早期，每天服用56片药（包括抗抑郁药物），让小人趁机浑水摸鱼。原告律师形容这起案件是“夺回母亲和外祖母的家庭斗争”。

半年后，母女达成和解协议。根据这份协议，利利亚娜的女婿和两个外孙进入欧莱雅高层；母亲断绝和巴尼耶、财务顾问的往来；巴尼耶放弃富婆给予的人身保险合同。

风云突变，2011年6月，母女再次闹翻。麻烦依然来自88岁的富婆，给律师威尔赫姆一名客户的公司注入1.7亿欧元的巨资。律师被怀疑上下其手，从中牟利。女儿劝说无效，再次与母亲对簿公堂。

这次女儿提出的要求是，要做母亲的监护人。因为富婆年事已高，患有老年痴呆等多种疾病，不能正常判断，危及欧莱雅集团和家族的利益。

“巴尼耶的策略不仅是各个击破，”女儿在法庭中痛斥，“简直是拆散击破。他想拆散我们的家庭，这是处心积虑的破坏。”外孙作证。

女仆多米妮克提供证词：巴尼耶为利利亚娜挑选口红和衣服，处处监控。她从洗手间里无意听到，巴尼耶提议贝当古收养他。在提出警告后，工作了18年的女仆就被解雇了。

当法官就价值2.62亿欧元的人寿保单向巴尼耶提出疑问时，他说老人当时情绪很糟，想快点写完。那份保单上富婆签名字迹颤抖，名字中还少了一个“t”。

一个富可敌国的老妇，一个贪图钱财的男子，加上一个拍案而起的女儿——三年司法大战，演足了豪门恩怨的全部戏码，最终以母亲败诉胜告一段落。同年，波尔多法院同意原告的诉求，认定利利亚娜患有“混合型失智症”与“中度老年痴呆症”，不再适合管理欧莱雅集团庞大的资产。这意味着老人失去了对自己200亿欧元财富的控制权，特别是她在欧莱雅公司的股份，也将交由女儿管理；至于老人的监护，则有长外孙负责。

诉讼比电视剧还精彩

“我要上诉！”得知败诉，92岁的利利亚娜气得险些晕厥。由于耳聋，老人根本无法出庭，为自己作证。

三年官司歹戏拖棚，一桩桩丑闻相继被揭开。富婆的律师威尔赫姆，以一个月20万欧元的高额代理费出庭，他不顾当事人利益，一味打“焦土战”，让法官在判决中谴责其激化双方冲突，居心不良。男管家偷偷录音，全无职业道德；女首富逃税上亿欧元。

更让法国人震惊的是，萨科齐总统与富婆过往甚密，曾接受政治献金40万欧元，涉嫌犯罪。2012年，萨科齐住所及办公室遭到执法部门突袭搜查。次年，检方宣布，对前总统免于起诉。

2015年1月，利利亚娜案第二季开庭。鉴于本案情节复杂，报纸和电台制作了短视频——“贝当古（利利亚娜夫姓）事件傻瓜指南”。

九名被告出庭受审，包括巴尼耶、利利亚娜的财务顾问、律师、前法国预算部长，另一名被告——富婆的前男护士，自杀未遂，送往医院急救。检方指控被告涉嫌利用老人精神及身体状况，骗取其艺术品、钱财，“欺骗老弱”及“洗钱”。

“富婆想为我做些事情，改善我的生活。”巴尼耶在证词中称。他面临着被告中最高处罚（三年监禁），“我拒绝了豪宅这种东西，但她却十分不满。要惹恼这位不同寻常的女性，真的很难。”全案陷入漫长的诉讼程序，尚未宣判。

金钱永远是所有判决的答案！“对富人来说，只从这个角度来审视他们实在令人遗憾。”富婆的一位朋友说。“金钱，丑陋的字眼。”利利亚娜曾对人表示，“人类用了数千年才站稳脚跟，可是假如人类的精神本身不那么高尚，这一切又有什么意义呢？”

本文刊登在《方圆》2017年2月上期杂志

九、学者、法官、检察官、律师、媒体视点、公证专题

（一）理论学术动态、学者观点

观点 | 冷静：香港居民在内地的待遇问题

2016-12-31 香港基本法澳门基本法研究会

本文为华东政法大学国际金融法律学院教授、香港基本法澳门基本法研究会会员冷静在香港基本法澳门基本法研究会2016年年会上的发言

第一，导言——参会背景与议题选择原因

排在年会单元的最后一位发言，也是第一次参加基本法研究会的年会，昨天刚刚被理事会接纳为会员，参会过程中认识了很多师长、朋友、同行，倍感荣幸。

这次参与年会的公司法金融法专家有两位：港中大黄辉和我本人，算是为年会议题思考的多维度贡献另一个视角。

参加年会的另一个有关背景是曾在港大法学院执教8年，对香港的发展充满关注。同一个单元的杨晓楠老师就是我在港大法学院时期担任研究生项目主任时就读的内地学生，非常优秀，今天已经成长为基本法研究的年轻学者，由此感到欣幸。

选择讨论这个问题的个人原因，是家庭成员中有两位港人——丈夫和女儿。丈夫郑戈在港大法学院任教10年，通过居留满七年的正常申请渠道获得永久居留身份；女儿出生时，夫妻均在港大法学院任教，故通过在港出生获得永久居留身份。郑戈和女儿持有香港护照和内地回乡证，郑戈从2014年1月起转会到上海交通大学凯原法学院，女儿也随父母迁到上海，目前在上海就读私立幼儿园。

在一天半的研讨中，看到了学者、专家提出了很多互相支持的观点，以及互相佐证观点的材料和数据。有些问题是反复得到讨论的，关于港人在内地待遇的问题就是如此——昨天的郭正林、曹旭东，今天的林贡钦、何建宗诸位先生。

作为香港年轻人、特别是年轻的专业人士的代表发言。何建宗先生所举的例子是在京居留港人所享有的在京读书、就业、养老方面的民生权利，大概描述的是一种亟待改善的现状。上海的情况与何建宗描述的情形类似。何建宗不同意用“国民待遇”的说法，但他是特指内地人在香港的待遇不能主张国民待遇，否则就体现不出特区的特色，香港与内地就一样了。但对于港人在内地的待遇，尤其在读书、就业、养老等民生方面，何先生还是呼吁实现港人与内地居民的国民待遇的。这也是我所分享的观点。

第二，介绍我的基本观点

回归将近20年，但未实现人心回归，原因多重，其中的一个重要原因是香港本土经济状况恶化和阶层分化所带来的社会撕裂，以及青年人对于未来就业与发展空间的焦虑。鉴于香港人稠地稀，就业市场小，可考虑向港人开放内地就业市场，从实际上解决香港年轻人的焦虑，从而更有效地实现人心归聚和国家统合。特别要紧的是，就港澳同胞在内地的待遇，不应像对外国人那样对待（昨天郭正林老师提到，港人在内地的待遇不如台湾人）。特别行政区的特别应体现在地域，而不是身份上。港澳同胞一旦离开特别行政区长期在内地工作和生活，应当享有内地中国公民一样的待遇，包括就业、社保、医保和子女就学等。

“家事法苑”团队奉献

第三，提示主要问题——就是一个：待遇不对等。

目前最为显著的一个待遇不平等问题体现在人才的双向流动障碍方面，特别是港人到内地的流动。这方面涉及到的港人待遇问题集中在居留、就业、社保养老、子女就学方面。昨天郭正林老师提到：香港居民及其子女在内地的待遇还不如台胞；中央政府在政治上讲归心，制度上又不提供配套。例如，上海的B类居住证政策也同时适用于港人（郑戈和女儿持有），是一种视同外国人的同等待遇，即在购房、社保、医保和子女就学等方面享受户籍人口待遇。但一方面其适用对象仅限于机关、公立学校和大企业的雇员，而不适用于全部港澳台人士；另一方面，港澳台人士未与外国人区分开来，视同外国人来获得同等待遇，是一种港人在内地享有的“次国民待遇”。

一直以来，公共舆论和政策层面关注的是内地人才（优才、专才）如何到香港发展的问题，而对香港人，包括香港的优才专才和普通香港人（例如香港中产阶级和并非精英的香港青年）到内地发展问题，则在公共舆论和政策层面上均关注不够，除了影视明星到内地“淘金”的话题经常吸引眼球以外。目前香港的经济发发展现状和社会分层情况，恰恰为港人到内地发展的政策和制度支持产生了强烈期待。迄今为止，CEPA框架下实现的双向人才流动（尤其是港人到内地流动）的成就有限，亟需探索新的思路。

今天第一个单元的林贡钦先生，忧心忡忡地指出香港中产阶级生活质量恶化对于人心回归造成的障碍。其中，强调了针对内地人才的“优才、专才计划”对于普通港人的冲击。例如北大法学院本科同学任煜南上个世纪90年代开始到香港金融界发展，当时就敏锐地观察到：港人的普通话和英语都说得不如内地英才出色。那么20年后更是如此。林贡钦先生对此提出的解决方案，是呼吁香港政府以“扶贫、民生、限富”为方向进行政策调整。那么对于内地政府而言，可以考虑的为港府施政提供制度配合的政策调整，就是放宽港人流动到内地就业的门槛，扩大适用的人口范围（从只针对精英、优才，到覆盖符合基本条件的普通港人）。

人才流动的三个例子

例一——专才流动。郑戈：已经办理了上海市居住证B证，是上海市引进海外高层次人才的特殊身份通道，女儿也随父亲办理了居住证B证，具有附随性质。在这种情形中，香港居民被类同于其他国籍的外国人来对待，而且特别针对的是境外引进的高端人才。B证持有人享受上海市民待遇，可以缴纳四金（养老保险金、失业保险金、住房公积金、医疗保险金），子女可在沪读书并参加中高考。这种身份证明的审定颁发及其权能的赋予，针对的并非普通外国人和普通港人，因此覆盖范围非常小。

例二——两地金融监管人员的交流，主要是互派人员（香港中文大学黄辉教授介绍）。早年也曾经有过史美伦任证监会副主席（分管投资者教育），以及梁定邦作为证监会首席顾问的案例。但并未成为人才流动的常态。

例三——学生交流（内地学生愿意到香港，香港学生不愿意到内地。李克强总理2011年出席港大百周年校庆典礼，818送的“大礼包”没人领，港大副校长何立仁要求港大学生从2022年起必须到内地学习引起争议）。

李克强总理大礼包：从2012年开始，中央政府将设立专项资金，每年支持1000名港大学生和老师去内地学习、考察、开展科研。国家也将支持香港其他高校与内地高校合作，促进内地和香港教育科技事业共同发展。

大副校长何立仁(Ian Holliday)2015年4月提出，期望由2022年起，所有港大学生需到内地及其他国家各参与最少一次交流计划。本属平常的教育项目，却引发校内学生争议。有学生明言不愿意到中国内地交流。何立仁回应：“If you don't want to go to the mainland, don't come to HKU.”（如果你不想去内地，不要来港大。）而港大学生会会长冯敬恩择质疑：“为何要强迫同学去大陆(交流)？”

第四，建言解决思路：三个

首先，针对在内地长期工作和生活的香港人，应该放宽人才流动政策。针对香港劳动密集型产业消失、就业市场饱和的情况，内地应当向香港人进一步开放就业市场，给予不同于针对外国人的待遇，比如永久居留权，这样有助于实现人口的流动和融合。香港人稠地少，向内地人士开放当然有难度，但如果是祖国向港人敞开怀抱，可以对所谓“本土派”釜底抽薪，更好地实现人心的回归。

其他国家的移民政策（例如加拿大）：其技术移民政策就是“掐尖”，吸引境外优秀人才就业、归化。但具体到香港到内地就业谋发展的人群，中国内地不能照搬这种发达国家人才移民计划的设计，也是只要精英，其他的不要。既然要追求国家统合政策目标的实现，就不能太过计较经济利益方面的得失，就需要考虑给普通港人创造就业条件。

其次，要发挥内地政府执政的有效经验，两条路线（群众路线和统一战线）都要走，要两管齐下。不能只团结

香港的资本家，目前统战的精英只是商业界的大富豪，甚至连知识界的精英都未统战到。但问题是，我党在香港有开展统战工作的成熟网络和建制，但没有开展群众路线工作的常态化制度平台，无法有效开展群众路线工作。在内地，党群关系与群众路线一直得到习近平主席的强调，也在呼唤这一方面的制度创新。如何在香港走群众路线，确实是个现实的难题。

第三，加深港珠澳区域一体化：几个地区的语言一样，都讲粤语。港人中下层希望到使用粤语地区去工作，地域条件是受限的。这一点不如台胞，台湾人至少普通话都可以讲，香港人讲不好。

亲属法规则财产法化趋向论

2016-12-29 求是学刊 吉林大学 李洪祥

作者简介：

李洪祥，男，法学博士，吉林大学法学院教授，从事民法学、亲属法学研究。

摘要：

民法调整的社会关系蕴含市场和婚姻家庭两个不同的载体。由此形成的民法财产法规则和亲属法规则具有明显的差异性，但适用不同载体的伦理在一定条件下具有一定的重合性，所以，民法财产法规则可以同时适用市场和婚姻家庭两个不同的载体。二者通过彼此的平衡维护社会秩序的相对稳定。民法亲属法规则在借鉴市场载体财产法规则资源的同时，应当严格遵守婚姻家庭的伦理，限制民法财产法规则的无限度适用。财产法规则在亲属法中的适用范围应当受亲属法规则的限制。

关键词：民法；财产法规则；亲属法规则；伦理关系

近年来，有学者主张婚姻家庭法应当保持独立法律地位，不应当纳入民法典体系之中；在《婚姻法解释（三）》出台后，有学者认为财产法规则纳入婚姻法司法解释是婚姻法规则的异化，也有学者认为保护婚姻家庭与保护婚姻家庭中的个体是不相容的，把婚姻法司法解释中引入财产法规则归结为是婚姻法地位导致的。笔者认为亲属法应当回归民法典；把一切关系都市场化、契约化是不可取的，市场职能不可能代替婚姻家庭职能，民法财产法规则也不可能完全取代亲属法规则；民法财产法规则可以适当介入亲属法，但应当受到亲属法规则的限制；保护婚姻家庭与保护婚姻家庭关系中每一个个体权利是不矛盾的。笔者试图对上述具体问题进行了阐述，以找到合理的理由和解释。

一、亲属法规则财产法化趋向的表现

（一）亲属法规则财产法化趋向的社会表现

亲属法规则财产法化趋向主要表现在市场伦理对婚姻家庭伦理的冲击。

正如美国学者大卫·哈维所称：1978年，中国经济“在邓小平的领导下，朝向自由化的转变道路上迈出了重要步伐……在二十年之内把中国从一个封闭落后的国家转变成为一个开放的市场经济活力中心”。几乎与此同时，英国首相撒切尔和美国总统里根采取了相同的经济处理方式，西方经济学理论上称其为“新自由主义”。该理论认为在市场环境下，政府的职责在于构建一个制度合理的框架，确保作为个体的个人和单位的自由和技能在这个框架内予以释放，即通过市场行为增进个人能力和自由的活动空间。它“试图把一切人类行为都纳入市场领域”。其结果就是在职业、情感、性、文化、家庭等诸多领域用市场中的“临时契约”取代了原本持久的“长期制度”。也就是说在新自由主义的视野下，一切社会关系都可以置换为契约和货币。笔者并不认同这一理论。对于婚姻家庭领域的亲属关系、夫妻关系，以及医疗关系、教育关系等，这些如果也市场化为契约关系则其道德伦理风险是不可小视的。婚姻家庭伦理从根本上与市场的伦理存在着差异性，这就决定着不可通过“临时性”契约改变婚姻家庭的“长期制度”。如果出现伦理错置就会打乱社会正常的秩序。

婚姻家庭伦理受市场伦理影响在社会环境中发生的悄然改变反映在人们参与社会认识和实践的活动中。将婚姻家庭领域中长期存在的伦理基础的实现方式加以转变，从一种人身依附关系调整方式转变为财产流转关系调整方式，这一过渡无疑是一次惊险的跳跃。从2001年的“泸州遗产案”到近年来各地报道的婚外同居财产赠与涉诉案件的审判实践来看，法官适用法律的正当性来源于其所持伦理价值的遵从。法官以《民法通则》第7条公序良俗原则作为裁量依据，法律保护的公共秩序和善良风俗正是一夫一妻的婚姻制度、夫妻共同财产制度，回应了社会对稳定、和谐婚姻家庭秩序的期待。有学者提出以财产法律关系中的意思自治原则、合同自由原则等调整婚姻家庭法律关系中的财产关系，试图以财产法规则替代亲属法规则的做法在婚姻家庭领域极易引发夫妻关系失范、家庭成员关系失格等有碍婚姻家庭伦理健康的不利后果。对于婚外同居财产赠与的处理，以财产法规则审查其形式合法性可以

得出赠与合同有效的结论。其直接后果是通过法律途径将夫妻婚内财产转移到婚外同居者所有，并间接引发公众对法律所保护的婚姻关系稳定性、夫妻财产安全性的期待急剧降低，进而引发对婚姻的信任危机。

（二）亲属法规则财产法化趋向的法律表现

伦理关系是法律规则构筑的基础，有什么样的伦理关系就会有什么样的规则表达。我国目前存在着市场伦理侵蚀婚姻家庭伦理的趋向，主要表现是有的亲属法规则财产法化趋向。

1. 法律规则原则体现自由、公平、效益

自由、公平、效益是市场经济条件下法律对参与市场活动的主体所享有权利保障的重要方面。私法对自由、公平和效益的保障基于个人主义价值论和个人主义方法论对其产生的影响。个人主义方法论在私法中的运用应是至为显然的，私法对私人、私人利益、私权、私人自治、自己责任等的强调，都是方法论个人主义的直接要求。此外，与个人主义方法论相适应，私法旨在实现的正义是一种交换正义与程序正义，而不是分配正义与结果正义，并且，私法用以评判交易主体之间交换行为正义性的标准乃是一种主观价值标准，而非客观价值标准。因此，私法概念下对理性人本质上的要求是利己的而非利他的，自由、公平、效益是个人主义方法论在私法上的具体体现。

从《婚姻法解释（三）》具体条文来看，该司法解释第6条对夫妻间房产赠与的规定确立了按照《合同法》赠与一节的有关规定处理的解决模式，这也为夫妻间不动产赠与纠纷的解决提供了法律依据。赠与的撤销是《合同法》意思自治原则的体现，它赋予了赠与人在赠与物转移之前的任意撤销权。该解释第7条对子女婚后由父母出资购买的不动产归属问题作出规定。该条解释前后两款分别以不动产物权变动规则和按份共有理论为依据。解释者希望通过财产规则的应用在涉及夫妻财产分割问题上达到公平和效率。对此笔者认为，该条第1款规定显然与现行《婚姻法》关于夫妻共同财产规则的规定相矛盾：第一，无论财产来源如何，婚姻关系存续期间所得财产均为夫妻共同财产。第二，《婚姻法》第18条第3款关于婚姻关系存续期间受赠或继承财产，对赠与人和被继承人意思的推定采取以下方法：没有表示则视为婚姻财产；有明确表示则以表示为准。第三，婚姻法对登记主体不作限制，无论登记在夫或妻名下均为夫妻共有。而该条第2款规定与《婚姻法》规定更是相距甚远：《婚姻法》规定有夫妻共同所有或者个人所有，夫妻之间按份共有是该条解释的独创，既不符合夫妻共同财产制的规定，也不符合夫妻约定财产制的规定。该条规定没有考虑夫妻共同生活关系，而《婚姻法》应当更多关注夫妻共同生活关系的存在进行夫妻财产关系的设计，也正是基于此点，《婚姻法》才规定婚姻关系存续期间所得财产一般为夫妻共同财产，而且以之为法定夫妻财产制。我国法定夫妻财产制为共同财产制，而不是分别财产制，也不是像财产合伙制有按份共有情形。又以该司法解释第11条为例，该条实质上是对夫妻一方擅自处理夫妻共同房产问题所做的规定，其依据为《物权法》第106条善意取得制度。从中不难看出解释者尝试公平合理、高效便捷处理此类纠纷的努力。笔者以为，该问题涉及婚姻内部关系与婚姻外部关系的利益平衡。从外部关系观察可以适用物权法善意取得制度的规定，以保护善意第三人的利益和交易安全。但这无疑可能会对财产共有人造成损害。由于夫妻一方出售房屋不能适用日常家事代理权，所以，该“善意”以第三人不知道或者不可能知道出卖人有婚姻关系为条件。从内部关系观察则不应当仅按照物权法规定夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方可以请求赔偿损失。对此必须按照《婚姻法》第47条的规定，对擅自出售夫妻共有房屋一方按“隐藏、变卖、转移”共有财产处理，少分或者不分夫妻共同财产，对所售房款应当追回归对方所有。当然如果给对方造成其他损失也应当予以赔偿。由此观察，在涉及婚姻家庭财产的分配与对内对外关系问题上，仅以财产法规则为思考路径难以实现婚姻家庭中的实质合理性。

2. 夫妻财产关系的某些具体规则有财产化趋向

马克思认为民法是“经济关系直接翻译为法律原则的法律，是以法律形式表现了社会经济生活条件的准则”。也就是说民法即为市场之法。虽然市场与婚姻家庭都应当由私法或者民法加以规范，但二者却存在着较为根本性的伦理差异。当前，存在着市场之法——民法财产法规则借由市场发展侵蚀亲属法规则的趋向。较为典型的例子便是最高人民法院《婚姻法解释（三）》的出台。其第7条第1款规定：婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。从根本上修改了夫妻财产制法律规则。法律解释者认为，如此调整夫妻财产的规则实现了财产的公平分配，但却引起了广泛而强烈的社会反响。究其原因，解释者在通过解释构建司法规则之时忽略了规则背后的伦理关系的差异性，用市场中的伦理特性诠释婚姻家庭中亲属关系财产的伦理特性，以民法财产法规则改变了亲属法财产规则。市场之中以利己性为其主要伦理特性，它的公平经由物理的精确衡量计算予以实现。以此观之，《婚姻法解释（三）》第7条确实对

婚姻财产进行了精确的计算，保证了婚姻双方或者其父母双方之间的财产在数量上不因婚姻而有所损益。由此适用了民法财产法规则的公平。还有，《婚姻法解释（三）》第2条、第4条、第6条、第10条、第14条、第16条等也具有明显财产法规则伦理特性。但是，这种规则却与婚姻家庭本身的伦理发生了冲突。在婚姻家庭之中，利他性才是其伦理的主旋律，婚姻家庭生活不是简单的财产的聚散和离。夫妻在共同的生活之中，在保持自由平等的前提下，彼此关心、爱护、包容甚至（付出）奉献才是婚姻家庭伦理区别于其他伦理实体的主要特质。

二、亲属法规则财产法化趋向的伦理基础分析

（一）民法调整的社会关系包括市场与婚姻家庭两个载体

这一命题，试图说明亲属法有回归民法典的条件，且不能排斥民法财产法规则适当介入亲属法规则，只是亲属法在民法典中应当保持相对的独立性。

江平教授认为我们社会中的核心关系就是物质生活关系，而物质生活关系又包含两个方面，即：一方面，为了自己生存而发生的生活关系，是生产、交换、分配这样的经济关系；另一方面，是人们为了自己种族的延续而发生的生活关系，要结婚、要生子、要有家庭、要有继承的人口繁衍和亲属关系。这两种关系均是民法调整的社会关系。其载体也包含两种：一种是经济关系的场所或者载体为市场；另一种是亲属关系的场所或者载体是婚姻家庭。一般来说，亲属关系中也必然涉及财产关系，如夫妻财产制，其必须以个人财产所有权为前提，它是一种财产关系但又不是或者不完全是生产、交换和分配等市场领域的经济关系。虽然二者同属于民法所调整的社会关系，但是它们在主要方面却承载着不同的伦理关系，这就决定了它们所孕育出的法律规则是存在差异的。立法理念、立法基调也发生了变化。因此，若要探讨两者法律规则的不同，就必须以其伦理性为突破口。

从根本上讲，最初整个社会由于私领域与公领域之间的角力，导致法律上私法与公法的分立。私法通过自身规则的发展保护社会的私属性，由婚姻家庭而产生的极具私人属性的亲属关系纳入民法调整范围，是符合保护婚姻家庭私属性需求的。市场以彰显自由平等和契约精神为己任，这一点对于亲属关系而言也是十分必要的。由于传统社会中个人淹没于家庭整体或者作为家长的父权和夫权之中，其他家庭成员的个体价值无从表现。将亲属关系纳入民法调整范围，可以让自由平等的价值光辉照亮于婚姻家庭亲属关系，助推婚姻家庭中个人人格的独立和个体权利的养成，为社会输送合格的完整的独立的个体。婚姻家庭内部组成失去独立、自由、平等和权利，其自身是有缺陷的。其自身难以健康发展，甚至失去保护的意义。无疑，作为私权利给予民法保护恰是对古代婚姻家庭内部缺陷的一种填补和完善。

“只有在伦理领域，人的自由才能成为现实，才能实现人的外在自由与内在自由的统一。”伦理具有主观和客观的统一性，它不是某种价值的单纯空想，而是对某种伦理实体真切的表达，而这种表达得以实现的载体便是活生生的伦理关系，其强调主观价值通过普遍性最终落脚于客观伦理实体之中，它“是人们在社会物质生活过程中所形成的具有普遍性的权利——义务关系范型”，它的目的便在于通过对伦理关系主体之间的权利义务的构筑实现他们之间的自由。而伦理自由表达的机制便是伦理实体，其应该包括市场和婚姻家庭两个载体，其法律规则均处在一个统一的民法典体系内。

（二）市场与婚姻家庭存在不同的伦理基础

这一命题，试图说明民法财产规则与亲属法规则存在伦理基础上的差异，尽管在体系上可以共处一个民法典之中，但在具体内容、具体规则上各有不同，其主要方面需要保有独立性。

1. 市场载体中民法财产法规则的伦理基础

市场载体的伦理基础是“个人得到满足”，实现这个目标的方式便是借助“需要的体系”，即“人与人之间的关系变成了相互需求”的关系。而这种需求体系主要以“经济学之父”亚当·斯密的经济学思想为基础并对其进行了发展。斯密的经济学理论的基础是理性、自利的假设“经济人”。因此，在法律具体规则上主要表现为主体平等、等价有偿、缔约自由的原则和精神。在市场中，无论是出于主观原因还是客观所迫，个人逐渐走出家庭进入工场，开始了人类历史上最为挣扎的“由身份到契约”的蜕变，实现了个人主义从上层建筑到经济基础的落地。因此，笔者认为应当正视经济关系中这种假设经济人“利己”的原则，并在此基础上理解其伦理性，其伦理关系的出发点和归宿点应该是自己，也就是以自己为中心点，辐射性构建伦理关系，自己就是伦理关系的目的。在市场活动中，为了使自身利益不受损失，个人一定会对盈亏和得失进行精密的计算和计较。而在婚姻家庭领域中，婚姻家庭关系是建立在爱的基础之上的伦理关系，是一个区别于市场的伦理实体，在这个领域中，不适用冷酷的商品交易法则，不

适用自私自利的计算理性。但是，在市场经济的发展构成私人领域的轴心与基础的氛围之下，市场关系已由经济领域侵入到非经济领域，大有占领整个社会生活领域之势。

当然，在市场中，也存在互利性或者利他性原则，它也成为了民法财产法规则伦理关系的一个方面。按照笔者对黑格尔市场伦理关系的理解，是否可以描述为：以个人为起点的同时就考虑到为了充分保证个人的利益则必须增进社会利益，也就是说他人是自己实现利益的手段和中介，因此为了自己必须维护他人。个人利益此时已经与他人利益和社会利益交织在了一起。正如黑格尔所说：“利己的目的，就是在他的受普遍性制约的实现中建立起在一切方面相互依赖的制度。”这样黑格尔就论证出了以互利促进利己，实现了伦理的主客观统一性，实现了由道德到伦理的转化。当然，对于这种互利不应做过分的解读，其最低限度应该是不损伤他人利益，也就是说可以不关心他人，但不能损害他人，罗尔斯称其为对他人的冷漠。这样黑格尔就从根本上赋予了市场一种全新的伦理模式，从原点处扶正了其只有为一己之利而不择手段的运行模式。这种模式也随着后世市场的发展得以验证，其伦理性不应该是损人得利的利己而应该是建立在不损害他人的或者互利基础上的利己，也就是黑格尔所谓“成为一个人，并尊敬他人为人”。这种权利义务模式的表达可以是：充分享有自身的权利并负有与之相对的对他人所应承担的义务。这样，作为伦理实体的市场才实现了它所肩负的自由价值。

2. 婚姻家庭载体中亲属法规则的伦理基础

利他性是宗法婚姻家庭关系以及现代亲属关系的主要特性。与传统社会相比，现代社会中，个体更加独立，非家庭领域中的规则也随着个体解放向婚姻家庭有所渗透（侵蚀）。较为常见的观点是将夫妻关系、亲子关系阐述为契约关系，而如上所述，在以契约为手段的市场中，利己性是它的主要伦理特性。那么就会产生如此疑问，利他性还是家庭伦理关系的主要特性吗？这也是长期困扰伦理学的一个问题。最终生物学界对此提供了较为充分的论证。1963年生物学家汉密尔顿提出了亲缘选择理论。他认为亲体之间的基因具有较强共同性，它们可以通过亲缘关系指数予以表达。亲缘关系指数的基数是 $1/2$ ，亲缘关系每增加一代，亲缘指数就增加一倍，如亲子之间的亲缘指数为 $1/2$ ，祖孙之间的亲缘指数就变成了 $1/4$ 。正是这样一代代的传承，最初的基因才得以传播、扩散，演绎“适者生存”的自然选择法则。道金斯在此基础上做出了进一步阐述，他认为基因本身存在着自私性，它有着将自己永世传承的动机，因此，它可以为了自身在其他亲属间的传承更为顺畅而选择牺牲自己，这就表现为亲属间的利他行为。而且这种利他性随着亲缘指数的变化而变化，亲缘指数越接近于1，这种利他性会越强烈（到达极值时，可以称之为绝对利他性），反之亦然。而夫妻之间虽然不存在着血缘基因关系，但是他们却是为了传承基因而必要的生物存在，所以至少在后代传承问题上会存在利他性的冲动。与其他学理解释方式不同，这种理论基于生命体研究，从根本上解释了为什么亲属之间会存在利他性的行为准则。如果说基因性是人类生物性的底色，那么人类社会性的规则就是这种底色的映射。从法律角度而言，它的映射就应该是对亲属关系利他性的保护和张扬，以免这种人性中最基本的属性遭受冲击而异化。目前，这种生物学的论证解释越来越为国内学者所接受，究其原因，除了其自身强有力的科学研究论证外，还因为它的结论更为符合利他性原则，其运行的实际也符合人类社会的伦理性感受。基于这种伦理关系设计民法亲属法规则应当起到主导作用。从而实现费孝通教授所指的：“生育制度的基本结构是父母子的三角，而这三角是现在可以观察到的人类社会普遍的基本结构。”

威尔逊说：“如果人类偏袒自己的亲人和部落在很大程度上是由于先天的学习规则所指引，是由于先天规定好的情感发生轨道所致，那么这世界就永无宁日了。”按照现代社会文明的标准，绝对利他性行为无疑是社会进步的天敌，若任其发展，人类社会永远不能冲破裙带网络的血缘社会阶段。人类将为情感所困，成为情感的奴隶。婚姻家庭是绝对利他性规则运行的主要场所，但这种规则是不容许肆意妄为的，因为家庭成员不但是家庭的组成部分，还是社会的主要存在个体。人类个体出生之时只是生物人而非社会人，要完成由生物人向社会人的蜕变，必须经历社会化的过程。可以说，经历什么样的社会化过程，就会成为什么样的社会人，而“社会化始于家庭”。无论是有意为之还是潜移默化，家庭都在告诉孩子如何与家庭成员相处，如何与其他社会成员交往等等，进而产生人类社会所需规则意识，完成人类个体最初的社会化。一般而言，将孩子培养成何种社会人完全可以家庭自身的选择，但是家庭所培养的社会人最终要被输送到社会，家庭给孩子搭建的社会认知“对社会保持良好状态（并平稳运行）非常重要”。传统社会要求子女是父母的附属品，没有独立的行为能力和人格，所以禁止孩子忤逆父母意志，禁止孩子进行利己性计算（如中国传统社会关于禁止别籍异财，现在称之为分家析产的规定）并通过残酷的法律规则加以规范。但是，现代社会需要的是独立而自为的个体，因此必须通过规则的制定给家庭成员予以援手，保证其不

为变异的利他性行为所缠绕，成长为合格的社会个体。习近平主席在论及依法治国时提及“要努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”。就婚姻家庭案件而言，其主体可以是婚姻家庭中的任何一个组成人员。对于夫妻关系而言，他们组成婚姻伦理实体，这个伦理实体本身也应当以利他性为原则，爱和奉献是他们共同的伦理性追求，但不容忽略的是家庭成员均是独立而完整的社会个体，即是在婚姻温馨之中也保有自我，防止一方以爱（利他）之名损伤另一方的权利。婚姻家庭的发展历史已经阐明其发展和其发展所起的积极进步意义。在婚姻家庭关系中，利他性是其伦理的主要特性，但同时也需要利己性的扶正，以确保各成员间享有独立自由平等的权利且不被侵犯。这种存在于婚姻家庭成员间的利他性与利己性在日常生活中表现为照顾他自己，甚至于照顾其他家庭成员。对此，斯密指出，前者可以被视为本体，而后者则是这本体的影子。在他自己之后，他自己的家庭成员，那些通常和他生活在同一屋子里的人，包括他的父母、他的小孩、他的兄弟姐妹，自然是他最温暖的情感对象。由此可见，婚姻家庭中的利己性与利他性不是二元对立的，二者更多地呈现互利性的特征，即利他也是利己。事实上，无论利己还是利他，都有一个前提就是独立个体的存在。自己独立存在才有利己，自己独立存在才有利他。否认婚姻家庭中的利己性存在既不符合社会生活实际，也不符合科学逻辑。

3. 民法财产法规则与亲属法规则伦理之差异分析

通过梳理民法财产法规则和亲属法规则的伦理基础可以得出市场载体中伦理关系存在的利己性特点，以及婚姻家庭载体中伦理关系呈现利己与利他的互利性特征。笔者以为倘若分析止步于此，尚难厘清二者伦理差异之根源，故而试论如下：

首先，民法财产法规则与亲属法规则伦理正当性标准之不同。民法财产法规则的载体是市场交易关系，从参与交易的主体来看，就是市场交易中陌生的人与人之间的关系。民法财产法规则下的法律行为更多地表现为交易行为。在此条件下，“法律行为制度所秉持的正义观是一种交换正义观与程序正义观，法律行为在伦理上的正义性原则上表现为交易主体在实施法律行为时自主与自愿。自治性基本上能够满足法律行为伦理性的要求”。财产法规则下的伦理正当性由交换正义、程序正义与意思自治构成，因此在表现在财产法规则中就衍生出自愿、公平、诚实信用等基本原则。亲属法规则的伦理正当性一方面基于现代家庭中独立、平等的家庭成员关系。另一方面，在建设现代社会伦理结构中，对传统的家庭制度不能全盘否定，而应在合理的程度上，尽量保持儒家家庭伦理中脉脉的亲缘温情。亲属法规则下的伦理正当性更侧重结果正义。以《婚姻法》第40条规定的离婚经济补偿制度，就是一种突破双方约定达到结果正义的处理方式。

其次，民法财产法规则与亲属法规则调整社会关系有不同侧重。财产法规则中调整的是参与市场活动的个体间发生的陌生人的社会关系。在市场交易的经济规律支配下，每个主体都希望实现利益最大。因此，财产法规则重在调整市场交易关系。亲属法规则调整的是有亲属关系的个体间发生的熟人社会关系，其重在维护亲属关系，保护这种人身关系本身。财产法规则调整的重心在于财产的归属和流转关系，亲属法规则的重心在于人身关系的维系和变更。即便在亲属法规则中也有对于亲属间财产处理的规则，但往往是以人身关系变动为前提的。

最后，我国传统文化影响下市场伦理和亲属伦理的特殊性。历史上我国在漫长的封建社会下保持着农业社会的生产生活方式。近代一系列社会变革，特别是改革开放和社会主义市场经济建设使我国的财产法规则有着鲜明的中国烙印。即便在财产法领域，公序良俗也是使法律行为归于无效的原则之一。公序良俗的内涵是不能脱离我国社会背景和民族文化传统的，这在很大程度上与西方以及其他地区有所不同。在亲属伦理中，这种民族性更为明显。亲属关系是根据生育和婚姻事实所发生的社会关系。费孝通先生指出我国亲属伦理关系的特点是“差序格局”。这与西方的亲属伦理关系是大相径庭的。

三、亲属法规则财产法化趋向的应对途径

一定的市场伦理可同时作用市场和婚姻家庭两个载体。由于市场伦理的利己性和互利性与亲属法伦理的利己性具有重合性，一定的市场伦理不仅可以适用市场载体同时也可以适用婚姻家庭载体，就法律规则而言可以共同处于权利法的私法民法典中。王利明教授在论及民法典体系时指出：“民法典的两个基本组成部分是财产和家庭制度”，“如果缺少婚姻家庭制度，民法典的内容就注定是不完整和有限的，不能成为真正的民法典”。笔者认为，在市场经济背景下，市场伦理可以侵蚀一部分婚姻家庭伦理，但绝不可能是全部，这或许是市场职能无法代替婚姻家庭固有职能的结果。因此，民法财产法规则也不可能代替全部亲属法规则，两种规则彼此交融渗透是不可避免的。完全阻止民法财产法规则进入亲属法规则是无意义的。

之所以出现亲属法规则财产法化的趋向，从伦理的视角分析，笔者以为财产法规则与亲属法规则伦理基础之间的共性使这种变化成为可能。这种共同之处在于不论在财产法规则还是亲属法规则下，主体地位上都是独立、平等的，在意思表达上都遵循意思自治。相重合的伦理基础使法律规则在一定的重合范围内重叠适用成为可能。主体地位的独立平等与意思自治更多在财产法领域为人所关注，这种现象与人们日常频繁的经济活动密不可分，财产关系的流转变动无时无刻不在发生。而亲属法领域下观察主体地位的平等独立以及意思自治的时候，往往是因为出现了人身关系的变动，例如，结婚、离婚、收养、抚养等。而亲属关系是相对稳定的社会关系，一定的亲属关系一旦形成，人们并不期待发生变动。例如，在婚姻关系缔结之时，我们会祝福新婚夫妇百年好合、白头到老；在父母寿辰之际，晚辈会寄以长命百岁、寿比南山的祝愿。与此同时，财产关系的日益丰富以及亲属间人身依附性的降低，决定了亲属法规则财产法化的趋向。在应对这种变化过程中，需要坚持对于那些具有相同伦理基础的规则可以转化，达到二者的统一。而具有鲜明亲属法伦理性质的规则则必须保持其原貌，在亲属法中为财产法规则的适用限定适用条件和范围。

强调个体权利与保护婚姻家庭不矛盾。这一观点笔者在另一文中曾有提及，并认为应当从婚姻家庭内部“每一个个体做起，要求尊重每一个个体的权利，使每一个个体的权利得到实现”，“形成每一个主体之间平等、自由、秩序，以及对弱者给予特殊保护的原则，具体制度、规则设计必须尊重每一个人的权利和自由，在尊重他人保护自己权利的前提下保护婚姻家庭”。由于市场伦理和婚姻家庭伦理存在部分重合，所以应当承认利己和利他可以并存，民法财产法规则在一定程度上可以存在于婚姻家庭中，诸如夫妻、父母、子女之间，都是独立主体具有自己的财产所有权、其他财产权利，有时赠与、借用、买卖等法律行为或者法律关系存在其中，只是它们的存在形式可能不典型、有主有次而已。离婚财产分割协议的适用应当具有一定的限度，这个限度是由亲属法规则决定的，而不是财产法规则。它们在婚姻家庭中的存在应当有一个明显限度。因此，在立法的过程中必须充分考虑婚姻家庭的伦理性，同时兼顾市场伦理以保障婚姻家庭中个体的独立和自由，这样才能保障婚姻家庭、亲属关系，以及整个社会的和谐有秩序。

市场伦理作用婚姻家庭应有范围限制。民法亲属法规则在借鉴市场载体财产法规则资源的同时，应当严格遵守婚姻家庭的伦理，限制民法财产规则的无限度适用。财产法规则在亲属法中的适用范围应当受亲属法规则的限制，保持亲属法在民法典中的相对独立性。这种限制如果体现在具体制度上，仅以《婚姻法解释（三）》第7条规定的子女婚后由父母出资购房的归属问题为例，若做更符合婚姻家庭生活实际、顺应婚姻家庭伦理的考虑，是否可以修改为：婚后，夫妻一方或双方父母出资购买并且登记在一方子女名下的不动产视为夫妻共同所有，但登记方能证明归自己所有的除外。

原文刊发于《求是学刊》2016年第4期。为了阅读方便，省略了注释和参考文献。

继承法修订入典的重点问题 | 学刊

2017-01-05 中国民商法律网 王艺璇

本文为中国民商法律网原创作品，作者王艺璇，系中国民商法律网编辑。如需转载请联系后台获得授权。

全文共 7669 字，阅读时间约 20 分钟

在民法典编纂的背景下，继承法改革正在如火如荼地进行。由于我国现行继承法颁行于 1985 年，其中的很多规定已经不能适应现代社会的需要，那么在当今的社会背景下，继承法又该以怎样的姿态修订入典呢？本期学刊速递拟对“继承法修订入典”的若干重点问题进行梳理。

一、继承法修订入典的障碍与期待

继承法规制以亲属关系为媒介的财产流转关系，因而继承法立法必须体现时代精神。85 年继承法在遗产范围、遗嘱继承、法定继承、遗产管理等等多方面的规定已经不能适应现代社会的需要，但继承法的修改却遭受了来自司法机关的强烈反对。对此，杨立新老师在其文章中系统分析了我国现行继承法存在的问题及原因，对反对的声音做出了有力回应，并对继承法的修改寄予期待：

1

杨立新：《我国继承法修订入典的障碍与期待》

【摘要】我国编纂民法典，必须修订《继承法》，编入民法典作为“继承法编”。我国现行《继承法》完成于 1985 年。30 年前改革刚刚开始，尚未深入进行，仍处于计划经济的社会背景，个人拥有的财富很少，没有对继承法的立

法提出更多的要求，因而使该法存在较多缺陷，不能适应当今市场经济发展和个人财富增多的要求。编纂民法典时将继承法修订入典，为我国继承法的现代化提供了契机，尽管由于存在思想认识上的不同，而使我国的继承法改革面临很大障碍，但基于社会经济进步、个人财富增多、时代发展要求而进行的继承法改革，是必然的，必须完成的。民法学者和公众一道，期待我国继承法修订入典，出现一部完善的、完备的、制度配套的“我国民法典·继承法编”，并且与其他部分相互协调，构成和谐的我国民法典体系。

【关键词】编纂民法典；继承法；修订入典；障碍；期待；

原文载《河南财经政法大学学报》2016年第5期，文章分三个部分，页码范围是1-10页。

二、继承法修改的原则及应注意的问题

法律的修改需要一定的原则作为指导，继承法修改应该遵守哪些原则呢？在郭明瑞老师看来，应遵循体系化原则、重视传统原则、保护私有财产权原则、维护家庭、家族和社会和谐原则，继承法才能修成一部“良法”：

1

郭明瑞：《论法的民族性与我国继承法的修改》

【摘要】在启动民法典编纂的前提下，继承法的修订应遵循体系化，重视传统，保护私有财产，维护家庭、家族和社会和谐的原则。继承法的修订应从民法典的体系上考虑继承法的内容，继承法的规定应与其他法律制度相衔接，继承法中的各项规则不能相互冲突。继承法修订时对于优良的历史传统或民间习俗应予以坚持，对现行法的规则能不改的就应不改，对各民族的习俗应予以充分尊重。继承法应最大化地保护私有财产权，凡合法取得的财产都应规定为遗产的范围，应扩大法定继承人的范围，在遗嘱制度的设计上应最大限度地尊重被继承人的意愿，减少继承权绝对丧失的事由。继承法中应规定特留份，承认继承合同，应规定继承权的放弃不得损害他人的利益，被继承人不得以处分财产来规避债务清偿。

【关键词】民法典；继承法；修订原则；

原文载《比较法研究》2015年第3期，文章分四个部分，页码范围是86-92页。

麻昌华老师重点强调继承法修改时必须从我国继承的民族传统和继承习惯的实际出发：

2

麻昌华：《论法的民族性与我国继承法的修改》

【摘要】传统的民族习惯是民族文化的重要组成部分和制定法的重要渊源，具有深厚的文化价值和民情基础。继承制度作为人类历史上最古老的制度之一，具有显著的民族性特征，其发展和完善应与本国的政治、经济、文化和民族传统习惯相适应。面对经济和社会的快速发展和急剧转型，我国现行继承法已难以为继，立法修改迫在眉睫。继承法的修改在借鉴国外继承制度的同时，必须结合我国实际对继承习惯的优劣性进行价值考量，融入合理的继承习惯内容，促使继承法借助习惯有效渗入民众现实生活，真正实现民间法与制定法的良性互动。

【关键词】继承制度；继承习惯；民族性；立法修改；

原文载《法学评论》2015年第1期，文章分三个部分，页码范围是144-151页。

房绍坤老师认为继承法修订时应注意妥善处理风俗习惯、保持相关法律之间的制度衔接、建立必要的程序性规范：

3

房绍坤：《关于修订继承法的三点建议》

【摘要】继承法修订应当妥善处理风俗习惯，贯彻现代社会理念优先原则，并分别情况予以保留或废除；应当协调法律之间的关系，保持继承法与其他法律的制度衔接；应当建立和完善继承的相关程序性规范，明确实体权利存续和程序进行的合理期限。

【关键词】继承法修订；风俗习惯；协调法律；继承程序；

原文载《法学论坛》2013年第3期，文章分三个部分，页码范围是46-51页。

上述学者侧重于论述继承法修改在较宏观层面应遵守的原则或者应注意的问题，为法律修改提供了整体的方向。更具体来讲，任江老师认为继承法有必要以条文形式确立不同于民法基本原则的继承法基本原则，主要包括：保护私有财产继承权、继承权男女平等、养老育幼与照顾病残、互谅互让与和睦团结、权利义务一致五项原则：

4

任江：民法典视角下的继承原则重构——兼评杨立新、杨震《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》

【摘要】囿于继承法同时具有身份法与财产法、任意法与强行法等多种不同维度的法学属性，客观上决定了以调整财产关系为主的民法基本原则并不能够完全适用于继承法。鉴于继承法未来将纳入我国民法典体系的需要，这种制度内在价值的冲突要求继承法具备独立的继承原则以起到制度衔接协调功能与规则解释补充功能。在对我国现行《继承法》修订时，有必要以成文法形式列举“保护私有财产继承权”、“继承权男女平等”、“养老育幼与照顾病残”、“互谅互让与和睦团结”以及“权利义务一致”五项继承原则，而这五项原则也是指引《继承法》补充完善以及制度创新的立法依据与价值追求。

【关键词】继承原则；民法基本原则；继承法修订；

原文载《北方法学》2014年第6期，文章分三部分，页码范围是140-149页。

三、遗产继承制度之模式选择——限定继承 or 概括继承

继承法修改的另一个重点问题是遗产范围的确定，遗产也是财产，那么在继承法中还有没有必要再对遗产进行规定？若要规定又该采取何种形式呢？遗产的范围又该包括哪些？

继承法修改的重点问题之一是继承模式的修改，我国《继承法》33条确定了限定继承，但是这种方式对被继承人的债权人极为不利，未来我国的继承模式应该如何完善呢？

于晓老师在其文中深入分析了我国台湾地区的立法经验，认为我国继承制度应在限定继承的基础上增设继承人在特定情形下适用概括继承、增加继承人制定遗产清册申报法院的规定、增加遗产清偿程序：

1

于晓：《论我国限定继承制度的完善——以我国台湾地区“民法”继承编为参照》

【摘要】《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》在加强重点领域立法部分提出，要“编纂民法典”。继承法是民法典的重要组成部分。我国《继承法》第33条确立了限定继承制度，但缺失适用相关条件和程序的规定。因此，在司法实践中难以发挥应有作用。为在我国民法典编纂过程中弥补这一缺憾，文章梳理了我国台湾地区“民法”继承编修订后的规定和学说，根据我国继承法实行近30年来的现实情况，对如何完善我国限定继承制度提出了立法建议。

【关键词】限定继承；限定继承制度；限定继承相关条件和程序；

原文载《东岳论丛》2015年第6期，文章分三部分，页码范围是185-190页。

王丽萍老师认为为平衡继承人和债权人的利益应建立有条件的限定继承制度，具体而言应明确先清偿债务后分割遗产的原则，并配备相应的遗产管理制度、遗产清册制度和遗产债权公告制度等：

2

王丽萍：《债权人与继承人利益的协调与平衡》

【摘要】我国《继承法》偏重于保护继承人的利益，忽视了对于遗产债权人利益的保护。建议在编纂民法典时，坚持继承人利益与债权人利益并重和同等保护的理念，明确规定先清偿债务后分割遗产原则，建立相应的遗产管理制度、遗产清册制度和遗产债权公告制度，采取有条件的限定继承制度，规定共同继承人对于遗产债务的连带责任。

【关键词】遗产债权人；继承人利益；债权人利益；限定继承；

原文载《法学家》2008年第6期，文章分四部分，页码范围是118-124页。

冯乐坤老师也认为应平衡继承人与债权人之间的利益，应建立遗产管理制度，但是冯老师认为，限定继承制度与遗产管理制度的形成基础相违背，在建立异常管理制度的情况下，限定继承制度也就欠缺了存在的合理性，应予废除。

3

冯乐坤：《限定继承的悖理与我国〈继承法〉的修正》

【摘要】源于古罗马法的限定继承制度其实是受将遗产范围视为被继承人的财产权利义务、遗产归属于继承人所有等制度相互影响的结果。然而，近世大陆法系的不同国家或地区在规定限定继承制度的同时，又以遗产为基础构建了遗产管理制度。但就遗产管理人所履行的职责而言，遗产管理人不仅要清理被继承人的财产权利义务，而且也要将清偿被继承人债务后的剩余财产分配给继承人。如此，遗产范围对遗产管理人、继承人就有所不同，即遗产管理人所面对的遗产范围应为被继承人的财产权利义务，继承人所面对的遗产范围为被继承人的财产权利；同时，

遗产并不归属继承人所有或者遗产管理人所有，清偿完遗产债务后的剩余遗产才由继承人取得所有权。进而，遗产管理制度所逻辑演绎的遗产范围和遗产归属已经与限定继承的形成基础相悖，立法再予以规定限定继承制度也就欠缺合理。

【关键词】限定继承制度；遗产范围；遗产归属；遗产管理制度；

原文载《政法论丛》2014年第6期，文章分四个部分，页码范围是113-120页。

四、遗产的范围

继承法修改的另一个重点问题是遗产范围的确定，遗产也是财产，那么在继承法中还有没有必要再对遗产进行规定？若要规定又该采取何种形式呢？遗产的范围又该包括哪些？

麻昌华老师认为立法应综合采取概括式、列举式和排除式方式进行规定，对于遗产不应做“合法性”的限定：

1

麻昌华：《遗产范围的界定及其立法模式选择》

【摘要】毫无疑问，继承的对象就是遗产。无论在哪个国家或地区，其继承法规定的都是遗产的继承，而非其他。但对于什么是遗产、遗产范围包括哪些财产，立法上和理论上均有不同。表面上看，遗产概念和遗产范围是两个不同的范畴，但实际上在厘清了遗产概念之后，遗产范围的确定问题也就迎刃而解了。遗产概念的界定往往只是理论上的，遗产范围的限定则更多地表现为立法。笔者拟通过对遗产概念的梳理，确定遗产范围的限定条件，为我国继承法的相关修订建言献策。

【关键词】遗产管理；被继承人；遗产继承；死亡赔偿金；列举式；概括式；用益物权；继承遗产；确定问题；宅基地使用权；

原文载《法学》2012年第8期，文章分五个部分，页码范围是26-30页。

对于较有争议的农村土地承包经营权能否作为遗产继承的问题，郭明瑞老师认为放开家庭土地承包经营权的流转是改革的趋势，否认其可继承性不具有充分的理由：

2

郭明瑞：《也谈农村土地承包经营权的继承问题——兼与刘保玉教授商榷》

【摘要】土地承包经营权为用益物权，是农民应得的重要财产，家庭土地承包经营权也不具有人身专属性，可以成为遗产。土地承包经营权作为用益物权，具有流通性。完全放开家庭土地承包经营权的流转是改革的趋势，限制家庭土地承包经营权的流转和否认其可继承性不符合改革发展和保护农民权益的要求。规定林地承包经营权可以继承具有合理性，各类土地承包经营权应有同样的待遇，因此，应当确认土地承包经营权的可继承性，而不是禁止包括林地承包经营权在内的家庭土地承包经营权的继承。

【关键词】土地承包经营权；用益物权；遗产继承；

原文载《北方法学》2014年第2期，文章分三个部分，页码范围是15-19页。

在遗产范围的确定中另外一个较有争议的问题是平衡各继承人利益，是否应将被继承人生前对继承人的赠与或应继份预付包括在内，即是否应规定归扣制度。杨立新老师认为应增设归扣制度，但是应以被继承人的意思表示为依据，当其以明确的意思表明其赠与实为继承人应继份的预付时，归扣制度才得以适用：

3

杨立新、和丽军：《遗产继承归扣制度改革的中途路线》

【摘要】随着对个人所有权保护的加强及物权平等保护原则的贯彻实施，作为平衡继承人遗产继承利益手段的归扣制度，尽管仍然存在平衡各继承人继承利益的功能，但通过对被继承人合法赠与行为效力的否定以此扩展被继承人遗产范围的做法，实与社会普遍认同的物权须平等保护的基本原则直接违背。为贯彻物权平等保护原则，保证继承法为财产法的本质属性并与所有权的本性相统一，在继承法修订过程中增设归扣制度的同时，将归扣制度的基础顺势进行改革，以建立完善的归扣制度，既是我国继承法修订过程中应该完成的任务，也是各国归扣制度发展的应然趋势。

【关键词】遗产继承；归扣；制度改革；中间路线；

原文载《国家检察官学院学报》2014年第6期，文章分三个部分，页码范围是131-140页。

五、法定继承人的范围及顺序

法定继承人的范围和顺序也是继承法修改的重点问题之一，学界较一致的观点认为我国现行规定中继承人的范围过窄，违反了私有财产保护的原则。那么，法定继承人的范围应扩大到何种程度呢？继承人的范围又该如何确定？

郭明瑞老师认为应将法定继承人的范围扩大到四亲等内亲属；基于我国的实际情况，子女、父母、配偶同为第一顺序更为妥当，三四亲等直接规定为第三顺序并以亲等近者优先加以限制即可：

1

郭明瑞：《完善法定继承制度三题》

【摘要】完善法定继承制度是继承法修订的一项基本任务。确定法定继承人的范围和顺序应考虑血缘关系及婚姻关系、相互扶养的权利义务、经济和情感上的联系、最大限度保护私有财产继承权等因素。考虑到我国家庭结构的变迁和社会现实需要，修法时可将现行法规定的法定继承人作适当调整并将法定继承人的范围扩大到四亲等内的亲属。对于现行法规定的继承顺序可予以保留，将扩大后的法定继承人列为第三顺序。配偶可固定为第一顺序继承，代位继承应采固有权说。第三顺序继承人参与继承，亲等近者优先。法定继承不仅为遗嘱继承的补充，也为对遗嘱继承的限制。修法时应以特留份制度取代必留份制度，以特留份限制被继承人的遗嘱自由。

【关键词】法定继承人；继承顺序；特留份；

原文载《法学家》2013年第4期，文章分三个部分，页码范围是109-117页。

与郭明瑞老师观点不同，杨立新老师认为将配偶规定为第一顺序不能处理好配偶与其他继承人之间利益的平衡，对配偶应采无固定顺序更为妥当：

2

杨立新、和丽军：《我国配偶法定继承的零顺序改革》

【摘要】《继承法》规定我国配偶法定继承采固定的第一顺序，与子女、父母同列，此规定存在较多弊端。随着经济的发展、扶养关系及家庭结构的变化，对配偶法定继承应当实行零顺序即无固定顺序的改革，这是在综合世界各国立法例的基础上，做到配偶法定继承利益重点保护与被继承人亲密血亲法定继承利益兼顾的最佳选择。同时，配偶法定继承零顺序的采用，也合理且及时地对现行法定继承顺序的不足与缺陷进行了调整与完善。

【关键词】配偶；法定继承；固定顺序；零顺序；改革；

原文载《中州学刊》2013年第1期，文章分四个部分，页码范围是47-54页。

六、遗嘱继承相关问题

我国现行继承法突出了法定继承的地位而忽视遗嘱继承，为尊重当事人的意思自治，遗嘱自由应受到应有的重视，但是遗嘱自由也不是无限制的自由，还要受到特留份等制度的限制：

1

郑倩：《自由价值在我国遗嘱继承制度中的定位与落实》

【摘要】自由价值作为社会主义法治体系的基本价值，在继承法领域也应坚持和贯彻。自由价值缺失成为现行遗嘱继承制度的主要弊端，主要表现为法定继承在现行法中占据主导地位，遗嘱继承的教条式规定抑制被继承人个人意志的表达，遗嘱人的个人意志欠缺必要的制度保障和表达路径。这既有传统财产观念上的原因，又受传统继承法律制度的影响。为落实自由价值，我国继承法应确立以遗嘱继承制度为中心的立法原则，增设遗嘱继承人候补制度，完善遗嘱执行制度，构建遗产信托制度。

【关键词】自由价值；遗嘱继承；遗嘱人意志；遗嘱继承人候补制度；遗嘱执行；遗产信托；

原文载《法商研究》2016年第2期，文章分四个部分，页码范围是141-149页。

2

蒋月：《论遗嘱自由之限制：立法干预的正当性及其路径》

【摘要】从平衡遗嘱人意愿与其近亲属利益、否定歧视妇女的传统、维护社会公序良俗、保护社会公平等考虑，均有必要找到遗嘱自由的“恰当底线”。在域外继承法中，无论大陆法或英美法传统的国家和地区，普遍采取措施对遗嘱自由进行一定限制。我国现行《继承法》却对遗嘱处分无所限制，仅必留份除外。该种过度信赖遗嘱人自治的立法，与财产继承法自身承担的职责不符。改革开放以来，遗产分配争议明显增多，与现行遗嘱继承立法不足有直接关系。我国遗嘱继承立法宜借鉴域外继承法经验，对遗嘱处分实施适当的限制，引入结婚导致婚前所立遗嘱无效、特留份制，限制遗嘱处分婚姻居所等，以保护被继承人近亲属的应得继承份额。

【关键词】遗嘱继承；遗嘱自由；处分限制；立法构想；

原文载《现代法学》2012年第5期，文章分四个部分，页码范围是46-53页。

3

夏吟兰：《特留份制度之伦理价值分析》

【摘要】特留份制度的设置建基于法定继承人的亲属身份关系，其目的在于维护亲属身份的伦理价值，保护一定范围近亲属的继承期待权，从而维护家庭的稳定，实现家庭养老育幼的职能。我国现行继承法规定的必继份制度的内容过于原则且缺乏可操作性，没有充分体现继承法所应蕴涵的伦理价值，应当改必继份制度为特留份制度。修订与亲属身份密切相关的继承法，既要遵循财产法的规则，保护公民个人财产的所有权，保护其处分财产的自由权，也要考虑亲属身份的特殊属性，考虑人情、伦理以及传统习俗。

【关键词】遗嘱自由；特留份；伦理关系；继承期待权；社会本位；

原文载《现代法学》2012年第5期，文章分两个部分，页码范围是41-45页。

在遗嘱继承中还存在一个特殊的问题需要注意，即共同遗嘱中“关联处分”的效力问题，对此，王葆蔚老师认为，一方面共同遗嘱人去世后，关联性处分即生效力，另一方面不得侵害遗嘱继承人的利益，另一方面，关联性处分的约束力并非绝对，被继承人可因动机错误或内容错误而撤销：

4 王葆蔚：《共同遗嘱中“关联性处分”的法律效力》

【摘要】共同遗嘱的本质特征在于处分的关联性。具体案件中应根据民法解释方法，结合文本语言和遗嘱背景等因素判定处分之关联性。共同遗嘱人一方去世后，遗嘱发生约束力，另一方不得擅自变更其关联性处分。关联处分的物权效力存在分离模式和合并模式两种可能；无法查明当事人意愿时，推定为合并模式。在合并模式下，共同遗嘱排除了法定继承人对先去世方的继承权；为防止继承人主张特留份请求权，立遗嘱人可以设定特留份处罚条款，以实现财产统一之目的。共同遗嘱不妨碍后去世方在生前处分个人财产，但处分人不得滥用该权利侵害遗嘱继承人权益；处分人的生前赠与行为必须具备切身利益，否则继承人可以请求受赠人返还财产。共同遗嘱继承人可因动机或内容错误而撤销业已生效的关联性处分，也可基于变更保留条款、再婚条款、拒绝接受遗产、受益人不当行为、婚姻关系解除等原因而免受约束。

【关键词】遗嘱继承；共同遗嘱；关联性处分；特留份处罚条款；

原文载《法商研究》2015年第6期，文章分四个部分，页码范围是162-170页。

2016年度人民法院十大民事行政案件

2017-01-07 人民法院报

4 首例失怙代孕龙凤胎监护权案

男女再婚后购买他人卵子，由男方提供精子，通过体外授精联合胚胎移植技术，委托另一名女性代孕生育一对龙凤胎。男方因病离世后，其父母与女方为孩子的监护抚养问题对簿公堂。一审法院判决龙凤胎由祖父母监护。2016年6月17日，上海市第一中级人民法院终审判决，对祖父母要求担任孩子监护人并进行抚养的诉讼请求予以驳回。

杨立新点评：

本案是对代孕所生子女与父母之间亲属法律关系认定的第一案。该案问题在法律上的复杂性，首先在于卫生部门的行政法规禁止代孕生育子女，但现实生活中代孕方法能够为女方不能生育子女的夫妻实现生育子女的愿望。不过，在本案中并不涉及代孕是否合法问题，而在于确认已经通过代孕方法生育的子女与母方的亲属关系。毫无疑问，母方既没有自己提供卵子，也没有由自己的身体孕育，在生理上与代孕所生的子女毫无血缘关系。但问题是，通过代孕生育子女是配偶双方共同的意思，因而不能否认他们之间的婚生子女关系，决定代孕的双方，是代孕所生子女法律上的父母，非如此不能保护现实的亲属关系。与自己有自然血缘关系的祖父母，在其子去世后，否认代孕子女母亲的血缘关系，试图以自然的血缘关系来否定法律认可的亲属关系，是不符合法律规定的，必须依法维护通过代孕所生子女与其父母的婚生子女关系，保护母方的亲权不受侵害。当然，本案即使驳回了原告也就是代孕子女的祖父母的诉讼请求，也仍然没有破坏现有的亲属关系，他们仍然是代孕子女的祖父母，享有近亲属的一切权利和义务。

法定继承若干问题研究

2017-01-10 《人民论坛》2016年第2期 樊志军 刘耀东

作者：樊志军，大连海事大学法学院博士研究生；刘耀东，辽宁师范大学法学院讲师。

“家事法苑”团队奉献

【摘要】我国民法典继承编应继续坚持将法定继承置于遗嘱继承之前的体例安排。父母仍应与子女共同作为第一顺序法定继承人，而对配偶则采取有限制的零顺序，即规定配偶可与第一、第二顺序血亲继承人共同继承。尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿仍应列为第一顺序法定继承人，但其继承以不存在代位继承人为限。

【关键词】法定继承 配偶 继承顺序 孙子女

继承发生的根据是死者生前处分自己身后个人财产的意愿。尊重死者处分其身后财产的意愿，即是尊重和保护私人财产权的体现。而在尊重死者遗愿的基础上，来确定法定继承人的范围和顺序也较能符合继承法实现家庭职能和维护私有财产传递给有一定血缘或婚姻关系的人的立法目的。因而，在死者没有订立遗嘱之情况下，立法应当推定死者的意愿，而这种推定无疑应当尽量反映大多数人的真实意愿，即法律只规定一般情况下的继承人范围和顺序，这就是法定继承制度的核心。文章围绕继承法的修改就法定继承人的范围、顺序以及法定继承与遗嘱继承之间的立法体例问题进行探讨。

法定继承人之范围

丧偶儿媳、女婿的继承地位。修改《继承法》时是否应继续坚持现行继承法将尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿作为第一顺序法定继承人的做法，主要存在以下三种不同的观点：

保留说。该观点认为，现行《继承法》第十二条的规定符合我国的国情，能够对丧偶儿媳或女婿起到有效地激励作用，从而更好地实现赡养老人之立法意旨。故而应当保留。^①

废除说。该观点认为，现行《继承法》对丧偶儿媳和女婿的规定与法定继承人以血缘关系为基础的要求相悖，应当依《继承法》第十四条的规定分给他们适当的遗产，而非作为第一顺序法定继承人。^②此外，丧偶儿媳或女婿作为第一顺序继承人，而其子女亦可通过代位继承死亡配偶一方的继承份额。如此丧偶儿媳或女婿一方较之其他继承人可获得双重份额的遗产，这不仅对未丧偶的其他子女难谓公平，而且亦与我国“按支继承”之传统相悖。^③

修改说。该观点认为，现行继承法关于丧偶儿媳或女婿继承地位的规定，确实可以达到赡养老人、淳化社会风尚的目的，因而堪称我国继承法之一大特色。但如果继续维持这一规定，即应作相应的修改，以调和其与代位继承之间的冲突。在修改说中又存在两种不同的观点：第一种主张将尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿改为遗产酌给请求权人；第二种主张仍然坚持将尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿列为第一顺序法定继承人，但以不存在代位继承人为限。

笔者认为，修改说中的第二种做法较为合理，兼顾了与代位继承之间的矛盾，同时也不会产生学者所诟病的“丧偶一方因其子女代位继承而导致的继承份额增加”的现象。此外，儿媳或女婿在法律上对公婆或岳父母并无赡养义务可言，所以“丧偶儿媳或女婿对公婆或岳父母尽了主要赡养义务”的表述有失严谨。建议修改继承法时将“赡养义务”改为“对公、婆或岳父、母在经济、生活等方面提供了主要的供养、照料”为宜。

孙子女、外孙子女的继承地位。现行《继承法》对于孙（外孙）子女并没有作为本位继承人而列入法定继承顺序，而是作为代位继承人参与继承。而国外立法例大都将直系血亲卑亲属（包括孙子女、外孙子女）列为第一顺序的本位继承人，辅之以亲等近者优先。因此，在我国现阶段继承法修改之际，学者间对此争议很大，形成了以下三种不同的观点：

第二顺序法定继承人说。此种观点认为，根据我国《婚姻法》的规定，孙（外孙）子女在一定条件下有赡养祖（外祖）父母的义务，而《继承法》却未规定其为本位继承人，有违权利义务相一致原则。相反，规定孙（外孙）子女为第二顺序继承人反而有利于鼓励其赡养扶助祖（外祖）父母。^④

代位继承人说。将孙（外孙）子女作为代位继承人，实际上是在特殊情况下赋予了孙子女作为第一顺序继承人的权利。如果变代位继承为第二顺序本位继承，实际上削弱了孙（外孙）子女的继承权。同时，也否定了代位继承制度。孙（外孙）子女的代位继承权为固有权，不必单列一个顺序。而如果将孙（外孙）子女作为第二顺序法定继承人，则其将与被继承人的兄弟姐妹、祖（外祖）父母等共同继承，继承份额必将少于依据代位继承所取得的遗产份额。

折中说。有学者认为，孙（外孙）子女除依代位继承参加继承外，不能以自己的独立继承顺序继承其祖父母或外祖父母的遗产，如此可能发生如下两种后果：一是在丧失继承权或放弃继承权的子女是被继承人的除代位继承人以外的唯一法定继承人时，被继承人的遗产则成为无人继承的财产；二是在此种情况下，遗产将被被继承人的兄弟姐妹或祖父母等第二顺序法定继承人继承，而被继承人的孙子女或外孙子女则无权问津。因此，《继承法》除应当

将孙子女和外孙子女列为代位继承人外，还应当将其列为第二顺序的法定继承人，以便使孙子女、外孙子女能以自己的名义独立继承或与第二顺序的法定继承人共同继承。⑤

笔者赞同第二种观点，第一种观点及第三种观点均与对代位继承性质的认识有关。关于代位继承的性质存在“固有权说”与“代表权说”，而我国即采代表权说。进而认为如果将孙（外孙）子女规定为代位继承人，则其作为第一顺序继承人的父或母丧失继承权或放弃继承时，孙（外孙）子女的继承利益便无法得到保护。对于我国现行继承法就代位继承采代表权说的做法，学界批判的声音从未间断。代位继承之立法意旨是建立在“子股公平”与“子股独立原则（按支继承原则）”之基础上。代位继承人之代位继承权乃自己固有的权利，其不以被代位继承人的权利状况为转移。不论被代位继承人是先于被继承人死亡还是丧失继承权，代位继承人均可基于自己固有的继承人资格参与继承。从本质上讲，代位继承权应该是代位继承人本身固有的权利。代位继承人本身就是法定继承人范围内的人，只是在被代位继承人尚生存或未丧失继承权时，依“亲等近者优先”之原则，而不能参与继承而已。

增加四亲等内血亲的继承地位。由于我国长期以来的计划生育政策，导致我国现有的人口结构发生了重大变化，进而使得法定继承人的范围被进一步缩小。而我国现行继承法规定的法定继承人的范围较之其他国家本来就过窄，种种情形使得适当扩大法定继承人的范围成为当务之急。笔者认为，修改《继承法》应坚持尽量不使遗产收归国有为原则，由此决定宜扩大法定继承人的范围。在我国历代以及当代民间，伯、叔、姑、舅、侄子女、甥子女等相互继承遗产也是常有之事。因此，赋予四亲等以内的亲属为第三顺序法定继承人，符合我国的传统习惯。同时，为避免参与继承的后顺序继承人过多，遂通过实行“亲等近者优先”的原则予以限制。

法定继承人之继承顺序

关于如何设计我国的法定继承顺序，学界争议很大，形成了“三顺序说”、“四顺序说”及“五顺序说”，但不论是“三顺序说”、“四顺序说”抑或“五顺序说”均较现行继承法扩大了法定继承人的范围，区别是关于配偶和父母的继承顺序安排不同。因此，以下主要探讨配偶和父母的继承顺序问题。

配偶的继承顺序。被继承人的配偶是日常生活之中与被继承人关系最为密切的人之一，其在经济、生活、情感等方面均与被继承人有着密不可分的关系。世界各国或地区对于配偶的继承顺序主要有以下两种立法模式：

配偶零继承顺序的立法模式。配偶零继承顺序，即不固定配偶的继承顺序，其可以与任何一个或部分继承顺序中的法定继承人共同继承。在此立法模式中，又可根据配偶是否可以参与到任何一个继承顺序继承遗产细分为两种：一是完全的零继承顺序，即配偶可以参与到法定继承顺序中的任一顺序并与该顺序之血亲继承人共同继承，如瑞士、意大利、日本、奥地利、智利、加拿大魁北克省等国或地区均采此模式。二是有限制的零继承顺序，即被继承人之配偶只能参与到法定继承顺序中的部分顺序并与该顺序的血亲继承人共同继承。如《韩国民法典》配偶的继承顺序虽非固定，但只能参与第一、第二继承顺序。

配偶固定继承顺序的立法模式。配偶固定继承顺序，即配偶被列入某一继承顺序并被固定。笔者查阅各国立法例发现，配偶继承固定顺序又可细分为绝对固定和相对固定两种：一是配偶继承绝对固定顺序。所谓“绝对固定”，是指配偶被完全的、绝对的固定在某一特定的继承顺序上。大多数立法例均是配偶固定在第一顺序，如《俄罗斯民法典》第一千一百四十二条、《越南民法典》第六百七十六条。少数立法例将配偶固定在第二或第三顺序，如《西班牙民法典》。二是配偶继承相对固定顺序。所谓“相对固定”，是指配偶的继承顺序并不是仅仅被固定在某一个继承顺序上，而是被固定在某几个继承顺序上，其较之“绝对固定”呈现出一定的灵活性，同时又不同于非固定顺序。如《葡萄牙民法典》第二千一百三十三条。

我国现行继承法即采第二种模式，对于未来我国继承立法应否继续坚持？杨立新教授、郭明瑞教授等均认为，仍应坚持现行法的做法，将配偶作为第一顺序继承人。但笔者认为，应改变现行《继承法》所规定的绝对固定配偶继承顺序之立法模式，改采有限制的零继承顺序，即规定配偶可与第一、第二顺序血亲继承人共同继承。如此始能兼顾平衡配偶与第二顺序血亲法定继承人之间的继承利益，否则将配偶固定为第一顺序法定继承人，在被继承人无父母、子女的情况下，遗产全部由配偶取得，将导致在某些情况下剥夺第二顺序法定继承人的继承权益，阻断了遗产在血亲继承人之间承继的可能。因此，采有限制的零继承顺序，可以在保障配偶继承权益之同时，防止因配偶固定继承而阻断血亲继承人的继承权，以平衡他们之间的利益关系，延缓遗产归公的行程。

父母的继承顺序。通过上述分析可知，凡是主张配偶继承非固定顺序的，均将子女、父母分列为不同的继承顺序。理由是：将父母与子女同列为第一顺序，有违我国民众的继承意愿与继承习惯。根据我国有关学者调查，大

多数地方的民众都希望配偶和子女为第一顺序法定继承人，而将父母作为第二顺序法定继承人。^⑥另据我国学者调查，在民间如果死者留有后人（子女）时，父母一般不继承遗产。笔者认为，祖孙三代是我国现代家庭最主要的家庭成员，子女与父母均为被继承人的血亲继承人，均与被继承人在日常生活、经济、情感等方面存在密切联系。而且在现代家庭中，许多父母仍在为子女操持家务、照料孩子，并且往往在经济上提供一定甚至相当大的帮助，因而可以说父母对家庭的和谐发展作出了巨大的牺牲和贡献。目前，由于我国的养老保障制度尚不健全，家庭养老依然是一种重要养老方式。对于老年人来说，子女依旧是家庭养老资源的重要来源，而继承资源便是养老资源的一部分。虽然上述有关学者的调查确实反映了一部分民众的继承意愿，但这同时也反映了当前我们社会生活中的一种“重幼轻老”的观念。所以，如果将父母规定为第二顺序继承人不但不利于年老父母的生活保障，而且也势必加剧“重幼轻老”观念的蔓延。所以，《继承法》仍应坚持将被继承人的子女与父母均规定为第一顺序继承人的做法。

法定继承与遗嘱继承的体例安排

现行《继承法》在规定遗嘱继承和法定继承的体例顺序时，将法定继承置于遗嘱继承之前。对我国《继承法》此种体例安排，有学者认为，“现行继承法的体例顺序易使普通民众滋生法定继承优先的误解，因此，应将法定继承置于遗嘱继承之后予以规定。”^⑦还有学者认为，将法定继承置于遗嘱继承之前，容易给人造成继承法乃强行法之感。而将遗嘱继承置于法定继承之前，更符合私法自治原则。同时，随着我国经济的快速发展，个人拥有财产的价值、数量较之以往均有大幅增加以及财产类型的多样化，未来社会遗嘱继承必然越来越普遍，因此将遗嘱继承置于法定继承之前的立法体例，也适应了此种发展趋势。

在比较法上，大多数国家的立法例均是法定继承置于遗嘱继承之前予以规定。如法国、意大利、智利、巴西、葡萄牙、埃塞俄比亚、韩国、日本、阿根廷等国民法典。由我国学者起草的民法典继承编草案建议稿中，大多数也是采法定继承置于遗嘱继承之前的立法体例，只有杨立新与陈苇起草的继承法草案建议稿采取了遗嘱继承先于法定继承的体例。笔者建议，继续坚持现行继承法将法定继承置于遗嘱继承之前的体例安排。诚然继承开始后应当先考虑被继承人是否立有遗嘱，仅在无遗嘱或遗嘱无效的情况下才适用法定继承规范，但这种规范的适用顺序并不能作为制度体例顺序。法定继承是继承中的常态，而遗嘱继承则属特殊现象，法定继承置于遗嘱继承之前符合由一般到特殊的立法逻辑。至于前述学者的担心，笔者不敢苟同，继承法从整体上而言其性质为强行法，与其他私法的性质不同其绝大多数规范都是强行性的，而不是任意性的。即使是在遗嘱继承规范部分，遗嘱自由也不是绝对的，关于遗嘱形式、遗嘱效力及特留份等规定均是强行性的。这是因为继承不但涉及继承当事人的利益，而且关系到家庭的稳定和社会秩序的和谐，与一个国家和社会的政治、经济、伦理道德密切相关。

遗嘱继承直接反映了被继承人的遗愿，法定继承则基于立法者推定间接地反映了被继承人的意愿，而推定未必不是一种人为拟定与强制。因此，如何更加真实地间接反映被继承人的意愿，则是各国立法设计法定继承规范的一大难题。私法是社会生活的法律翻译，立法者需要从现实生活中寻找私法的意蕴。继承法亦是如此，在制定法定继承规范时，首要任务就是对我国民众继承传统与习惯的调查分析，只有了解了社会生活中最一般情况下被继承人对其身后财产的处分意愿，才能制定出“接地气”的法定继承规范。

【注释】

①马新文：“法定继承人的范围和顺序的调整与修改的法律思考”，《华北水利水电学院学报》，2005年第1期。

②李红玲：“继承人范围两题”，《法学》，2002年第4期。

③李双元，温世扬：《比较民法学》，武汉大学出版社，1998年，第1035页。

④史浩明：“关于《继承法》的几点思考”，《江海学刊》，2004年第5期。

⑤⑦杨立新，刘德权，杨震：《继承法的现代化》，北京：人民法院出版社，2013年，第50页，第30页。

⑥陈苇：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，北京：群众出版社，2008年，第69页。

我国的配偶继承顺位是否该修改？

2017-1-11 中国妇女报

要构建或者修改配偶继承权制度，必须注意与夫妻财产制相对应，方能平衡对配偶继承权和对直系血亲继承权的保护。

配偶继承权制度的构建目的在于，首先，在一方配偶死亡婚姻消除时，将配偶潜在的所有份额通过继承清算财

产转为配偶所有；其次，生存配偶的生活保障。

■ 赵莉

众所周知，我国继承法确立了配偶与子女、父母的第一顺位即固定顺位、等额继承而非固定继承份额的模式。值民法典制定之际，继承法的修改也在其中，学界对于上述配偶继承顺位是否应该修改颇有争议。

修改建议和主要理由

有学者建议修改成配偶恒为法定继承人，其继承顺序不固定，具体为：配偶与第一顺序继承人共同继承时，其应继份为遗产的 1/2；与第二顺序继承人共同继承时，其应继份为遗产的 2/3；无第一和第二顺序继承人时，配偶取得全部遗产。

也有学者建议，配偶与其他继承人（直系晚辈亲属）共同继承时，配偶与其他继承人平分遗产；配偶与第二顺序（父母）或第三顺序继承人（兄弟姐妹）共同继承时，配偶的应继份为遗产的 2/3，其余的由其他继承人平分；无第一顺序至第四顺序继承人时，由配偶全部继承遗产，理由主要为，现行法的规定不具合理与正当性，不仅没有保障配偶应有的地位和利益，更没有协调处理好配偶与其他继承人之间利益的平衡，因为这样规定第一继承顺序，在没有子女和父母的情况下，死者的遗产被配偶一人全部继承，会造成剥夺其他继承人即第二顺位继承人继承权的后果。

显然，主张修改配偶继承顺序的观点之相同点在于，首先将配偶继承顺序规定为无固定顺序，其次在被继承人无子女、父母时，配偶将和兄弟姐妹共同继承。不同点在于配偶在不同顺位上的应继份额上有细微差别。

配偶继承权的确立和发展

但是，这样的修改建议，真的较之现行继承法的规定更能保障配偶的应有地位和利益，更能协调处理好配偶与其他继承人之间利益的平衡吗？

当我们在探讨配偶继承权时，我们更多的是在探讨妻子的继承权，因为，考察配偶继承权的立法起源可以看出，配偶继承权的确立和发展，经历了一个从无到有的过程，也吻合了女性婚后财产从无到有的过程，并且和各国的夫妻财产制紧密相联。

比如，日本 1898 年制定的明治民法规定，在有直系卑亲属（晚辈亲属）时，配偶是不能成为继承人享有继承权的（旧民法第 994 条），只有在没有直系卑亲属时，配偶为第二顺序继承人（旧民法第 996 条），直系尊亲属（长辈亲属）为第三顺序继承人，故配偶不会成为共同继承人，则不存在继承份额的问题。直到战后 1947 年民法家族编的修改时，才将配偶确立为恒定继承人，无固定顺位（日本民法第 890 条），配偶和直系卑亲属一同继承时的应继份为三分之一。

可见，日本继承法的立法宗旨，经历了从重视“家庭”存续的“长子继承制”转为保障继承人生活的“平等继承”的转变过程。随后，在 1980 年修改继承编时，将配偶在第一顺序和子女共同继承时的应继份由过去的三分之一提高到二分之一，第二顺序时配偶的应继份为三分之二，第三顺序时的配偶应继份为四分之三（日本民法第 900 条），均做了相应提高直至今日。

之所以这样修改，理由在于：一方面，通过增加配偶者的继承份来回报婚姻生活中夫妻间的协力和贡献，同时保障生存配偶的生活安定；另一方面，少子化导致每个子女的继承份额增加而配偶的继承份额相对显得较低，而继承财产在共有状态下的管理取决于共同继承人之多数决（日本民法第 898 条和第 252 条），提高配偶的应继份至二分之一，可不让配偶陷入少数决。如此修改目的在于强化对配偶继承权的保护，但其背景则为日本法定的夫妻财产制即别产制（日本民法第 762 条）。日本最高法院大法庭也早在 1961 年 9 月 6 日的判例中指出，对于夫妻别产制的不合理之处通过离婚时的财产分割以及配偶继承权来纠正。

因此，要构建或者修改配偶继承权制度，必须注意与夫妻财产制相对应，方能平衡对配偶继承权和对直系血亲继承权的保护。

为什么不需要修改

配偶继承权制度的构建目的在于，首先，在一方配偶死亡婚姻消除时，将配偶潜在的所有份额通过继承清算财产转为配偶所有；其次，生存配偶的生活保障。

我国婚姻法第 17、18、19 条规定了夫妻的财产制，即法定共有制、特定制以及约定财产制，夫妻一方死亡继承时须先将生存配偶的财产分离出来。显然，现行继承法将配偶作为第一顺序继承人，按继承人数决定份额的设计

较好地平衡了配偶和子女、父母之间的关系。否则，在多采夫妻法定共有制的我国，若采日本模式，则配偶一方死亡时，生存配偶实际所得将达夫妻全部财产的四分之三，其余四分之一由子女根据人数等额分割，显然违背了继承财产传承的功能，不公平、不合理。

为此，在配偶继承顺序及应继份问题上，不能孤立地计算配偶的应继份额，当结合夫妻财产制度一同考察。在夫妻别产制的前提下，可提高配偶的应继份从而保障其生活；而在夫妻财产共有制的前提下，该制度本身已经较好地保障了生存配偶的继承权。

另一方面，若修改现行的配偶继承顺位，采纳建议的不固定顺位，在被继承人有子女、父母和配偶的情况下，确实能避免父母与配偶争遗产的纠纷。但在少子化的中国，父母在子女结婚时基本倾其所有将财产赠与子女，若中年丧子而无法继承，则不仅不公平合理，且今后的养老亦会成为问题；在被继承人无子女、无父母有配偶时，若构建配偶与兄弟姐妹共同继承的制度，则不仅会导致被继承人的兄弟姐妹与配偶产生遗产纠纷，还会造成“配偶的利益较现行继承法的规定要受一些影响”，而受影响的是丁克家庭和失独又无孙子女的家庭。

人口调查未公布确切的数据，但据预测，到2028年，我国丁克家庭将达到395万户。复旦大学人口研究所所长王桂新教授指出，我国已出现“中年丧子（遭遇独生子女夭折）而形成的大约1000万户的‘失独’空巢家庭”。不论其数量多少，若修改现行配偶继承顺位为不固定顺位，虽可以在被继承人结婚时间不长的个案中体现合理的一面，但对上述两类家庭中生存配偶的伤害却是巨大的。

而从个体角度看，配偶一方的死亡非生存配偶所希望；从家庭的形态看，大家庭解消、家庭已经小型核心化正成为趋势。国家统计局《2010年第六次全国人口普查主要数据公报（第1号）》调查数据和2015年11月1日启动的1%人口抽样调查均显示，大陆平均每个家庭户的人口为3.10人，比2000年第五次全国人口普查的3.44人减少0.34人，可见旁系血亲间已经不再同居共财；再从家庭功能来看，公司的出现使得现代家庭已经不再承担生产功能，家庭最重要的功能主要被限缩在教育生活方面，因此，让配偶与兄弟姐妹共同继承在现代社会不仅已无此必要，更是徒增纠纷。

一个制度的构建，不是为了让部分人锦上添花而摧毁另一部分人丧偶后的生活，更不能为了解决一个微不足道看似不合理的小问题带来更大的社会问题。故现行继承法关于配偶继承顺序和继承份额的规定，经过几十年的适用，可以说，不是完美的，却是不能随意修改的，否则会带来更大的社会问题。

（作者系南京师范大学法学院副教授）

适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求

2017-01-18 中国人民大学 杨立新

按语：

全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案在江苏省无锡中级人民法院终审宣判后，一石惊起千层浪，引起社会各界广泛关注。

代孕，在“违背伦理”的谴责中，大众口诛笔伐，当事人讳莫如深。很多人看来“违背伦常”的代孕行为，究竟是否应当适当放开；又该在怎样的限度范围内放开，中国人民大学法学院教授、博士生导师杨立新撰文予以回应。

经杨立新教授授权，法律读库予以刊发。

摘要

“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”终审判决生效后，直至今日，判决并未得到执行，究其原因，是保存当事人享有权利的冷冻胚胎的医疗机构拒绝返还，更不会用当代生殖技术为当事人实现代孕的愿望。在国家治理层面上，应当在坚持禁止代孕的原则下，适当放开合理的、确有必要的代孕要求，以满足某些家庭传承后代的愿望。对于本案的生效终审判决，当事人和第三人都应当执行，卫生行政部门以及有关医疗机构应当特事特办，满足本案当事人的合理、合法的传承后代的愿望，不能认定当事人实施主张代孕的行为为违法行为。

法律读库

“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”终审判决生效后，对于冷冻胚胎的法律属性和权属的争论，虽然有了发生效力的判决，似乎有了一个结果，但在实际上争论并没有结束，我在有关文章中对此也表明了看法。不过，该终审判决引发的另一个有关生殖的法律问题，即代孕是否合法，讨论更为热烈。这涉及本案的后续法律问题即代孕合

“家事法苑”团队奉献

法化。就此问题我写本篇文章，说明自己的观点。

1 “全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”

终审后有关代孕的法律动向

无锡市中级人民法院关于“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”生效终审判决引发的有关代孕合法化的争论，出现了两个值得注意的法律动向。

➤ 一是，在中央放开二胎决策之后，立法机关决定修订《计划生育法》。

对于卫生部《人工辅助生殖技术管理办法》因遭该案终审判决否定其援引效力的现实，卫生与计划生育委员会利用在向全国人大常委会提出《计划生育法》修正案的机会，加进了禁止代孕的条款，意图改变从国家法律层面以及行政法规层面没有禁止代孕规范的状况，强化禁止代孕的力度。

但是，这个修正案一经出台审议，就立即受到舆论和舆情的广泛反对，不论纸媒还是网媒，反对声一片。我也接受了《光明日报》采访，提出了“代孕原则上应当禁止，但在特殊情况下也应当予以照顾”，不应当急急忙忙制定这样的法律规范的反对意见，建议删除该修正案的上述内容。在强大的舆论压力下，立法机关认为这些意见是正确的，在最后通过的修正案中，删除了这一条文，最终没有做出代孕违法的法律规定。这是一次人民群众坚持立法意见的胜利，立法决策反映了人民群众的心声。

➤ 二是，在全国人大常委会否定了《计划生育法修正案》有关代孕违法的条款之后，2016年3月14日，卫生与计划生育委员会专门召开了两个会议：一个是代孕的法律问题研讨会，另一个是研究对非法代孕活动开展专项打击行动的动员会。

我参加了前一个会议，对于《计划生育法》修订中否定禁止代孕立法建议的问题，与会专家进行了深入讨论。多数专家的意见是，采取适度灵活的法律政策，原则上禁止，对于确有需要的适当放开，作为特例处理。少数医学专家和婚姻法专家持反对态度，坚决不同意放开禁止代孕的立场，坚持代孕一律违法的态度。不过有一点与会者是有共识的，即禁止代孕，目前确实没有法律和法规层面的规范，原卫生部的规定只是行政规章，不具有限制人民权利的效力，不能作为禁止代孕的法律依据。至于禁止医院开展代孕服务的政策，则只能约束医疗机构和医务人员的行为，不能依此规章限制人民行使权利。至于对代孕进行的集中整治行动，也只能是整治医疗机构，并不在全国范围内具有约束力。

我的看法是，在“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”中，表面上争议的是当事人去世子女遗留的冷冻胚胎继承权或者支配权，但在深层次的问题是，双方当事人力图保持对该冷冻胚胎的支配权，继而在适当时候进行代孕，使双方家庭的血缘关系得以延续。这才是该案争议的实质。

不过，无论是在该案的判决上，还是在我们写的文章中，都隐蔽了这个问题，不去明说，而在实质目的上，就是为了通过对冷冻胚胎权属纠纷案的判决，给当事人留下延续血缘、传承后代的机会，而不使争议双方当事人的家庭血缘关系就此终结。

因而，由于该案引发代孕是否合法的问题，是题中应有之义，也是在本案结束之后，争议双方当事人必然提出的要求。涉案第三人即鼓楼医院在当事人提出执行判决、医院返还保管的冷冻胚胎的主张时，该医院婉言说明，执行判决只是对争议的冷冻胚胎无限期保存，但坚持不能将其交还当事人监管和处置，因而使当事人无法实现对冷冻胚胎的监管权和处置权，进而无法实现在近期通过代孕繁衍后代的目的。

为实现这个作为人类的最基本的繁衍要求，当事人或者申请强制执行生效判决，或者待国家法律明确规定适当放开代孕限制时，才能够实现，对于实现人的最原始的，但也是为民族繁衍后代的基本愿望采取这样的结果，是公平、理性的吗？

2 为什么要适当放开对代孕的禁止性限制

迄今为止，我国法律和行政法规并没有对代孕做出明确的禁止性规定，仅仅是卫生部《人工辅助生殖技术管理办法》第3条关于“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”的规定，以及第22条关于“开展人类辅助生殖技术的医疗机构违反本办法，有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3万元以下罚款，并给予有关责任人行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）买卖配子、合子、胚胎的；（二）实施代孕技术的；……”的规定。

关于严格禁止代孕的理由，多有不同见解。不过，2015年4月3日国家卫生计生委办公厅等12个单位在《关于印发开展打击代孕专项行动工作方案的通知》中说的比较清楚：

一是为维护人民群众健康权益，维护正常计划生育秩序，着力解决代孕突出问题；

二是为认真落实国务院领导同志关于打击代孕的系列批示精神；

三是净化人类辅助生殖技术服务环境，维护正常的生育秩序，切实维护人民群众健康权益和落实计划生育基本国策。

◆ 这样的说法是不是有道理？值得研究。

如果是打击非法代孕，当然是正当的，但是把所有的代孕都作为非法活动予以打击，则存在严重的法律适用问题，不仅是对人的权利的限制问题，甚至涉嫌以言代法。

♠ 事实上，对代孕的强烈需求是世界性的问题。▼

社会发展到今天，由于严重的空气质量恶化、严峻的食品安全、重大的工作压力以及疾病高发等原因，在世界范围内，不孕不育夫妇在育龄夫妇中的比例逐年增高，已经成为全球化的趋势。当今世界范围内，每7对夫妇就有1对夫妇有生殖障碍；我国国内的不孕症占已婚夫妇人数的10%，目前这个数字还在增加。

在这样的严峻形势下，医学界发生了生殖技术的革命性进步，代孕技术应运而生，使不孕不育夫妇为血缘传承和繁衍后代的梦想成为了现实，也使国家和民族的传承和延续得到更好的保障。特别是在严重自然灾害中，大量灾民的生育能力受到伤害，子女在灾害中丧生，急切盼望通过代孕生育子女，更说明了适当放开禁止代孕的必要性。

♀ 在学说上，批判代孕技术应用的反对之声一直存在。▼

在不同的反对意见中，最重要的理论依据是“子宫工具论”，认为代孕使女性子宫成了生育的容器和机器，“无异于以冷酷的人性和冰冷的科技贬低了人性的价值”。这样的意见显然是片面的。

代孕是通过生殖技术手段帮助那些无子宫或子宫有病灶而无法生育，又急切希望做母亲的女性实现她们做母亲的夙愿，以及繁衍后代，传承血缘的人类需求。即使那些为了报酬而代孕的做法，实际上也并非毫无理由，其产生的后果只是血缘关系的确定，以及子女抚养的争议，并非女性因用自己的子宫为他人孕育子女，而使其人格受到侵害，更不是对人格尊严的贬低。

代孕之所以屡禁不止，就是因为有善于助人的代孕母亲的存在，只要需求还在，代孕就会以更隐蔽的其他形式出现。在我国汶川地震后，网上就曾经见到过明确表示愿意帮助失去所有孩子的灾民代孕生子的自愿者。这实际上是造福于人类、造福于社会的高尚行为。我国法律之所以没有禁止代孕的规定，而仅仅是行政规章对医疗机构有所限制，也是这样的道理使然。各国立法正在出现由全面禁止代孕向有限度地合法化转变的趋势，我国立法在这个问题上更没有必要作出禁止代孕的规定，应当遵从人民的意愿，更好地保护人民的权利。

◆ 在司法实践中，法院关注的不是禁止代孕，而是代孕出生的子女的亲属关系认定问题。▼

如代孕母亲怀胎十月，与孩子相处时间较长，感情基础较厚，子女对母亲依赖性较强，代孕母亲难舍子女而引发纠纷。对此，究竟是否认定孕母为法律意义上的母亲，确实是较大的难题。

但这不是否定适当放开代孕禁止的理由，而各地法院由于没有法律和司法解释的规定处于法官对代孕自由裁量状态的事实，正说明在部门规章层面禁止代孕，但是实际上现实生活中存在代孕的现象，需要法律予以解决。故代孕问题仅仅禁止是解决不了问题的。

3 应当采取何种政策对待代孕问题

显然，完全放开代孕政策，使代孕在全国范围内大量展开应用，会出现很大、很多的法律问题，不仅仅是亲属关系的认定不易处理，而且出现大量的非法、商业性的代孕，不法商人借人体牟利，导致伦理混乱，孕母的人格尊严受到损害，损害社会的公共秩序和善良风俗，因而应当予以禁止。

但是，对代孕完全禁止又显然不行，因为社会确实有部分人群存在代孕的需求。例如“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”中，4位当事人面对“绝后”的现实，向法院、向医院恳切求助取得自己子女留下的冷冻胚胎，就是明显的例证。

因此，应当采取适当的灵活措施，在禁止代孕的原则下，采取适当放开政策，允许有迫切需求的家庭，能够通过代孕而使血缘关系存续下去，同时也使民族的繁衍得到保障。

综合观察我国学界对代孕问题的基本意见，就是原则禁止、适当放开。这样的法政策是立法机关在审议《计划生育法》修正案时，对是否规定禁止代孕条款所依据的基本思路，同时这也是学者、专家和全国人民的基本见解。对此，

必须进行法律论证。我的基本意见如下。

严格界定代孕的概念

代孕原本是一个医学概念，是指将受精卵或者胚胎植入代孕母亲的子宫，由孕母替他人完成孕育子女的过程。即借腹不借卵而实现现代性代孕目的。其关键技术，是为代孕母亲植入他人的受精卵或者胚胎，精子与卵子在人体外的结合时须实施的人类辅助生殖技术。概而言之，代孕是指这个技术和这个过程。

在法律上确定代孕的概念，则是一个亲属法律行为，即委托方将具有合法夫妻关系双方的精子和卵子或者至少有一方的精子或者卵子在体外受精，成为合子或者胚胎后，与代孕母亲双方合意，将受精卵或者胚胎植入孕母体内，由孕母孕育该子女，该子女与孕母不发生亲属关系的亲属法律行为。那种认为妻子同意，丈夫与孕母发生性行为或者不发生性行为，用孕母的卵子受孕并生产的所谓基因型代孕，即借腹又借卵的借腹生子，并不是严格法律意义上的代孕。

适当放开代孕的范围

适当放开代孕政策，最主要的问题是放到什么程度。

例如有人主张，一是不孕不育夫妻，二是单身人士，三是同性恋者，等等。事实上，更为有迫切需求的，是“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”中的4位当事人这种类型，以及在自然灾害中丧失子女又丧失生育能力的人群。有的主张不适宜对单身人士和同性恋者放开代孕，事实上他们更有需求，只是目前不适宜开放而已。

鉴于亲属传承的实际需求和社会的实际情况，对于代孕的适当放开应当逐步进行，例如首先放开父母死亡遗留了受精卵或者冷冻胚胎其近亲属要求进行代孕的，因自然灾害丧失生育能力的，以及不孕不育夫妻要求进行代孕的。对于单身人士以及同性恋者的代孕要求，可以暂不放开，在进行更深入的调查研究之后再根据实际情况适当放开。

适当放开后代孕法律关系须由法律行为发生

合法范围内的代孕，应当由委托人和被委托人双方合意，经亲属法律行为的缔结而设立代孕关系。其中最为关键之处，是孕母的同意。将女性的身体或者子宫作为商品出租或者借用，显然是对女性人格尊严的侵犯，也是对女性身体权的侵犯，这是非法代孕活动的典型特征。

但是，自愿为他人捐助肾脏等身体器官的行为是高尚行为，女性为他人的需求而捐助自己的子宫进行代孕，同样也是高尚行为，当然地阻却违法。

试想，如果前述案件的4位老人为传承血缘而公开求助，一定会有女性应征者为其贡献自己的身体、子宫而帮助老人实现延续后代的愿望。这样的行为还不是高尚的行为吗？有何人格尊严的侵害呢？在代孕的亲属法律行为中，应当双方约定相关事宜，包括今后亲属关系的认定等，都须有明确约定。在适当放开代孕之后，政府有关部门应当制定有关代孕的标准化合同文本，规范这种亲属法律行为，且须进行公证，在最大限度内防止发生法律争议。

明确代孕行为的法律后果

符合法律规定的代孕行为，必须是植入孕母身体的合子、胚胎与孕母之间没有任何血缘关系，即卵子不能是孕母所提供，孕母仅仅是用自己的子宫和身体为委托人孕育子女。用孕母的卵子，不论是体外受精还是通过性行为而体内受精，所孕育的子女都不是代孕，都不发生代孕的法律后果。

代孕的法律后果是，孕母与其所孕育、生产的子女不存在亲属关系，即不存在生理学、伦理学意义上亲属关系，也不产生法律意义上的亲属关系。孕母孕育、生产的子女，与其在法律意义上的父和母为婚生子女，发生父母子女关系。

孕母违反代孕协议而主张自己为代孕子女的生母的，属于违约行为，法律不予支持。生母和生父违反代孕协议，否认与代孕子女的亲属关系的，无论其是否为生理学意义上的父或者母，都不能否定其法律意义上的父或者母的地位，存在法律规定的权利义务关系，对代孕子女负有义务。

代孕的批准与监管

代孕对于保障自然人的生育权具有重要价值。在法律规定了适当放开的范围内的代孕，应当有法律规定的严格审批程序和监管程序，以保障在代孕问题上的伦理秩序和社会道德，维护正常的社会秩序。

代孕的批准，应当由省一级人民政府授权的医疗机构的医学伦理委员会批准，并报地市一级的人民政府主管部门备案。在有需求的家庭提出代孕的申请之后，首先应当由省一级人民政府授权的医疗机构的医学伦理委员会审查，是否符合代孕的条件，孕母是否为自愿进行，是否存在违法的内容。符合条件的，应当准予代孕，向地市一级的人民

政府主管部门备案，并确定具体的医院实施代孕医疗行为。

各级地方人民政府的卫生行政主管部门都有权对代孕活动进行监管，发现有违反规定或者违法的代孕行为，应当依法制止，保证代孕活动在法律准许的范围内正常进行。

4 如何对待“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”当事人的合法请求

毫无疑问，在“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”中的4位当事人，主张二审法院判决确定的对其子女遗留的冷冻胚胎的监管权和处置权，请求鼓楼医院返还该冷冻胚胎，无论是否进行代孕，都有合理的需求和正当的依据。对此，应当怎样处理，我的意见如下。

第一，当事人有权依据终审判决主张冷冻胚胎的返还请求权。▲

无锡中级人民法院对本案的终审判决，确定了4位当事人对保存在鼓楼医院的冷冻胚胎享有监管权和处置权。事实上，这个权利界定为通过继承而取得的所有权更为准确，就可以直接依据《物权法》第3章的规定行使物权请求权。退一步说，即使依据终审判决确定的监管权和处置权，在该判决发生法律效力之后，当事人就已经取得了这一权利，而在该判决发生法律效力的当时，鼓楼医院就已经丧失了对其保管的冷冻胚胎的合法占有，成为非法占有，在当事人主张返还原物的请求时，尽管鼓楼医院的拒绝是“婉言”，但是仍然不能改变其非法占有的性质，已经构成侵权行为，依照《侵权责任法》的规定，应当承担返还原物的侵权责任，甚至承担造成当事人精神损害的赔偿责任。对此，鼓楼医院切不要以为自己是该案的第三人而不是被告，且有卫生部的部门规章作为占有的依据，拒绝履行法院发生效力的判决。

第二，鼓楼医院作为义务人拒不返还冷冻胚胎，当事人有权请求人民法院强制执行。▲

应当看到，尽管鼓楼医院并不是本案的被告，而是第三人，但是，当终审判决赋予当事人对冷冻胚胎享有监管权和处置权的时候，鼓楼医院作为第三人，就须受到该判决的约束，成为本案原被告的义务人。该义务人所应承担的义务，就是满足原告和被告对冷冻胚胎行使监管权和处置权的要求。这同样是法定义务，是必须履行的义务，且不予履行之后，要承担必要的法律后果。本案原被告在义务人鼓楼医院不履行义务，拒不返还其保管的冷冻胚胎时，有权请求人民法院强制执行。

第三，在法律没有禁止，只是行政规章禁止规定的情况下，医疗机构应当对本案当事人的代孕请求特例特办。在一个人伦情理胜诉的判决生效之后，卫生行政管理部门与相关的医院，应当满足当事人符合法律和情理的要求，特事特办，尽快实现当事人代孕愿望，能够在有生之年有自己的后代。建议有关卫生行政部门和医疗机构保护人民的基本权利，满足当事人的正当、合法且有生效判决作为基础的诉求，因为他们的愿望是正当的人的需求，没有违反公共秩序和善良风俗。

第四，当事人委托孕母代孕应当符合法律规定。▲

如果医疗机构接受上述意见，对当事人的代孕请求予以接受，关键问题是要委托符合法律规定的代孕者，避免违法行为发生。如果有女性愿意接受委托，为双双失去独生子女而面临血缘传承中断后果的当事人勇于献身，实现当事人有自己后代的愿望，当事人应当与其签订代孕协议，依法实施代孕行为。最应注意者，一是代孕者须自愿而非违反其意志强制进行；二是拒绝营利的目的，须出于高尚的援助他人、救危扶困的意图而为之。在代孕协议中，应当明确委托方和受托方的权利义务，明确代孕的法律后果，不得违反法律的规定。

家事法评注丛书推介会在京举行

2017-01-19 厦门大学出版社 李宁

2017年1月13日上午，“家事法评注丛书”新书推介会在中国（北京）国际展览中心隆重召开。推介会上，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授、厦门大学出版社宋文艳总编分别致辞。

宋文艳总编致辞

夏教授作为家事法评注丛书的总主编代表，以及《中华人民共和国婚姻法评注·总则》一书的参编者代表，对本丛书的策划、写作以及出版情况作了详细的介绍；作为中国法学会民法典编撰项目之婚姻家庭编项目立法总负责人，她还对该立法项目的启动、研讨、最新进展情况，作了最为权威的阐述。随后，夏教授就现场读者踊跃提出的诸多问题作了生动且翔实的解答，将整场推介会推向高潮。

夏吟兰教授致辞

“家事法评注丛书”由中国法学会婚姻法学研究会和厦门大学出版社共同策划、组织出版，系中国大陆首套借

“家事法苑”团队奉献

鉴《德国法典评注》的体例，按照现行《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国继承法》等法律的结构，逐章、逐条地予以评注的高端法学精品丛书。该丛书共计 11 卷，包括：《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·结婚》《中华人民共和国婚姻法评注·夫妻关系》《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》《中华人民共和国婚姻法评注·离婚》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》《中华人民共和国收养法评注》《中华人民共和国继承法评注·总则》《中华人民共和国继承法评注·法定继承》《中华人民共和国继承法评注·遗嘱继承和遗赠》《中华人民共和国继承法评注·遗产的处理》。

其中，《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》和《中华人民共和国收养法评注》已经出版，其余 8 卷也将于近期陆续出版。

家事法评注丛书

本丛书依托雄厚学术资源，作者阵容强大，中国法学会婚姻法学研究会会长、中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授，中国法学会婚姻法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授担任总主编，中国法学会婚姻法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授担任执行总主编。从编撰到出版，“家事法评注丛书”历时五年余，具有重大意义，中国法学会副会长、学术委员会主任张文显教授在 2016 年“中国法学会婚姻法学研究会第二次会员代表大会暨《民法典》婚姻家庭编立法研讨会”上表示，这是中国法学会具有标志性的里程碑意义的一套丛书。该丛书不仅著述权威，而且详细讲解、透彻分析法律中的每一个法条，释明法条的由来和意义，法条与相关法条之间、法条与最高人民法院相关司法解释之间的关系，引述重要或者关键性的法院判例、学术观点。其出版，必将在我国依法治国及家庭建设的进程中发挥积极的作用，成为读者理解和适用家事法律的首选，并在民法法典化的进程中为相关法律制度的修改完善提供重要参考。

从家事到国运 | 16 世纪英国亨利八世离婚案

2017-01-20 《法制日报》法学院 华东政法大学法律文明史研究院 徐震宇

“亨利八世离婚案”是英国现代化进程的重要起点。在对抗罗马教廷的过程中，国王与议会联合起来，确立了国内立法和司法的至高效力。国王对学术研究和宣传手段的运用，也为国家的政治理论和意识形态奠定了基础。

国王的离婚官司

1527 年初，亨利八世开始寻求结束已经持续 18 年的婚姻。亨利的理由是，自己的婚姻违反了上帝的律法，长期处于咒诅之下。因为，王后阿拉贡的凯瑟琳当年先嫁给亨利的哥哥亚瑟，后者很快去世后，经两国君主协商，才与亨利结合，而国王现在读到圣经中“不可娶兄弟之妻”的规定，为此“良心极度不安”。

许多人认为国王离婚的真实原因是另有新欢，就是后来成为他第二任妻子的安·博林。也有人认为，凯瑟琳始终没有给亨利产出一位男性继承人，另娶是王朝延续的需要。不过，在当时人的世界观中，反复的流产、死胎和早夭，也很容易被认为是上帝的咒诅。亨利的选择可能混合了各种动机。

国王要结束婚姻，首先构成一个教会法上的案件。皇帝的御前大臣（大法官）、约克大主教兼教皇特使沃尔西很快组织了一次庭审。法庭要处理两个法律问题：第一，国王的婚姻是否违法？第二，当时取得的教皇豁免令是否有效？对此王后竭力为自己辩护，强烈否认在前次短暂的婚姻中曾与亚瑟王子同房。同时，王后的代理人也坚持教皇的豁免令有效，并认为这个问题必须由罗马教廷裁决，而不是在英国审理。

此时，国王遇到一个重大阻碍。罗马遭到查理五世皇帝军队的洗劫，教皇被控制，而皇帝正是凯瑟琳的外甥。查理五世展开了一系列的外交活动，向教皇施压，要求把案件收回罗马处理，而这是亨利无法接受的。沃尔西随即也发动一系列外交斡旋和谈判工作，经过漫长的交涉，终于说服教皇同意派遣坎帕吉奥大主教为特使到英国与沃尔西共同审理该案。

不过，事实上，罗马的处境也很尴尬。当时教廷在德国面临路德兴起的改教运动，难以承担失去英国国王支持的结果，但同时教皇又处于皇帝军队的直接威胁之下，不得不讨好查理五世。因此教廷只得采取尽量拖延的策略，坎帕吉奥启程后缓缓而行，到达英国时已经是 1528 年 10 月。

教皇特使法庭上的唇枪舌剑

在第二次教皇特使法庭上，双方代理人都尽力做了辩护。亨利八世亲自出庭发表了长篇陈述，王后凯瑟琳则声泪俱下地表明自己的清白和无辜。坎帕吉奥则艰辛地按照教皇的指示一再拖延，在经过两个多月的审理、判决呼之欲出时，宣布按照罗马的节期进一步休庭。此时已是 1529 年 7 月。亨利八世一言不发离席而去，立即宣布召开议会。

“家事法苑”团队奉献

离婚案由此进入另一个阶段。

沃尔西因为办事不力而倒台,继而为国王所倚重的是托马斯·克伦威尔。克伦威尔尝试突破教廷的限制、在英国国内解决离婚案。

此前,国王已经组建了一个学者团队,为他提供离婚案所涉及的理论论证。国王的学者们前往欧洲各大学进行游说,就国王离婚案所涉及的法律和神学问题请求各大学作出裁判,最终获得了包括巴黎和博洛尼亚大学在内的八份有利于国王的裁定。学者们在此基础上又撰写了一本专门为国王的离婚理由辩护的书籍,并提交到议会,希望说服上下议院议员。另外,藉着印刷机大行其道,学者们还撰写了许多宣传性的小册子,交给皇家印书人出版,用以说服更大范围的群众。亨利八世本人甚至也直接参加了小册子的撰写工作。

国王与议会的联合

经过这些铺垫工作,在克伦威尔的主导下,议会进行了一系列的立法。同时,国王方面也引导下议院不断攻击教会。1533年4月,议会通过《禁止上诉法》,切断了婚姻案件向罗马提起上诉的渠道,规定英国的离婚案件由坎特伯雷大主教终审。这部立法明显针对王后凯瑟琳。在这部立法通过后,新任坎特伯雷大主教克兰麦立即于4月底开庭,5月宣判亨利与凯瑟琳的婚姻无效,并确认此前亨利与安·博林的秘密结婚有效。6月1日,博林加冕为王后。

国王的离婚案告一段落,但到此时,其意义已经远远超出了国王的私事。《禁止上诉法》在序言中宣告英国是一个“帝国”,表示英国国王没有上位者,享有类似于现代国家的主权权力。英国与罗马教廷决裂,由此开始了政府主导下的宗教改革。在此之后,议会的立法也没有停止,相继通过了更多的反教廷立法以及《继承法》《王权至尊法》和《叛逆法》等一系列法律,并对异议者施以强力的压制措施,进一步巩固了王权。

英国现代国家的源头在于宗教改革,而英国宗教改革则发源于国王的离婚案。这桩案件从王室家事不断发酵,最后演变成影响整个国家法政体制的重大变动。虽然“亨利八世离婚案”只是一个开端,亨利在博林之后还有四位妻子,他的一子二女相继登上王位,在下一个世纪中,国王与议会还将为主权的最终归属大战一场,但其后英国的许多制度、思想、文化,已经可以在这里看出端倪。就此意义而言,“亨利八世离婚案”构成了我们深入了现代世界的切入口。(作者系华东政法大学法律文明史研究院研究员)《法制日报》法学院

澳大利亚法院的“家庭报告”制度

2017-01-11《法制日报》法学院 中国应用法学研究所 任容庆

澳大利亚家庭法院和澳大利亚联邦巡回法院审理家庭案件时,可以要求“家庭顾问”提供一份家庭报告,其目的是解决尚未就儿童抚养达成协议的问题。

儿童利益的最大化

家庭顾问是具备资质的社会工作者或心理师,且具有与家庭和孩子工作技能和经验的人。家庭顾问由法院任命,旨在帮助父母和司法官员实现孩子们的最大利益。他们属于涉及孩子事务方面的法院专家。

家庭报告是由法院任命的家庭顾问出具的文件,是对案件中的各种问题提供的一种独立评估,可以帮助法官在审理案件过程中对孩子(们)的安排作出决定,也可以帮助各方当事人达成协议。

在准备家庭报告的过程中,家庭顾问需要考虑家庭环境,发现案件相关问题,并本着最有利于孩子(们)的未来照顾、福利和发展需求的原则,提出建议。因此,儿童利益最大化是家庭报告的核心关注。

家庭报告必须由法院正式提交给当事人而不向其他任何人展示,但当事人及其律师除外。经法院允许,报告可以向其他家庭成员或接受过访谈的人出示。根据1975年《家庭法》第121条的规定,向公众或部分人群发布可能令人辨识当事人、证人或其他特定人员的诉讼程序内容的,构成违法。家庭报告根据法院的命令提供,任何一方当事人都无需支付费用。

家庭报告具体程序

法院命令就某个案件需要提交家庭报告的,当事人或其律师会收到法院的信函或电话,通知其访谈的具体时间、地点。

访谈地点可以在儿童争议事务处,也可以在其他场所进行。

一旦法院指令当事人和孩子(们)参加访谈,则必须参加。如果当事人不参加,该报告可能无法在已定下的下一次庭审日期前完成,这可能会导致延迟审理并产生额外费用,家庭顾问有义务将这一情况报告法院。访谈日期一旦确定,一般不得更改,万一需要更改,则要事先致电告知。

“家事法苑”团队奉献

如果当事人有安全方面的顾虑,则可以在法院会面或庭审之前,致电有关部门进行咨询。法院历来高度重视对家庭暴力的指控,并为此制定了相应的工作方案。根据法律规定,如果法院曾发布过关于制止家庭暴力的命令,则当事人必须告知法院。法院还制作了《当你出庭时,担心自己的安全吗》的小册子,以供当事人了解。

访谈过程照顾孩子

家庭顾问将在一天或几天内进行一系列访谈。他们将与当事人进行私下访谈,还可能会见当事人的配偶、成年兄弟姐妹、继父母、祖父母等重要家庭人员。当事人的孩子(们)将与任何成年人分开看待,特殊情况除外。

孩子(们)将有机会表达自己的意见和愿望,但家庭顾问并不一定要求孩子这样做。家庭顾问还可以在单独的“观察会”中观察孩子与每位家长及其他重要家庭成员之间的互动。

在可能的情况下,孩子由具备资格的儿童保育员在安全区域内看护,以确保他们处于中立的环境中,不暴露于可能在法院公开区域内发生的成年人冲突里。如果法院没有提供保育员的服务,则需要当事人带一个可以照顾孩子(们)的人,负责照看孩子(们)。

家庭报告主要内容

为了更加了解当事人孩子(们)的更多信息,家庭顾问可能会请求获得当事人的许可去联系教师、医生或其他相关专业人士。法院还可以指令家庭顾问获取已传讯的材料。

一般来说,家庭顾问将收集有关以下方面的信息:一、案件争议的问题;二、过去和现在父母对孩子的抚养安排;三、各方当事人的抚养教育能力;四、孩子(们)与重要人员的关系;五、孩子(们)的愿望和意见;六、对孩子(们)存在的任何风险。

当事人提供的信息,对家庭顾问来说,是不保密的,家庭顾问所收集的信息均可被法院采纳。同时,家庭报告制度要求家庭顾问的报告中的资料必须具有相关性,并有可能需要在法庭上提供证据。

家庭报告性质地位

当事人或其律师将在法院开庭前收到家庭报告副本。经常会有这样的情况,即当事人收到家庭报告后双方方便达成和解。

如果达成和解并向法院提交了双方签字的“合意令”(consent orders),双方当事人或其律师不必再去法院。法院鼓励当事人这样做,并在需要时提供帮助。

家庭报告只是法院在作出决定时考虑的一个证据来源。法院并不受报告中提出的任何建议的约束。与其他证据一样,当事人可以在法庭上对家庭报告提出质疑。如果当事人在审判过程中质疑家庭报告的内容,则必须请求家庭顾问出庭作证。为了实现这一点,至少需要提前14天书面通知家庭顾问。

庭审时,家庭顾问能在法庭上进行交叉质询。在交叉质询过程中,当事人、律师、法官可以询问家庭顾问有关报告的内容和他们对家庭状况的评估问题。

法院命令提交的家庭报告与当事人自行委托专家出具的私人评估报告有不同之处。家庭报告由法院指令的,且由法院任命的家庭顾问来拟定。在此情况下,对任何一方当事人均不产生费用。当事人可要求私人专业人员进行家庭评估,并向法院提交1份可被法院采纳的报告,但费用需由一方或多方当事人支付。

家庭报告与专家报告也不同。专家级报告是法院在某些事项上要求专家提供相应的评估、诊断和资料,而这些是家庭顾问所不能提供的,例如,法院可要求精神病医生提供精神病评估报告。专家报告评估由一方或多方当事人支付费用。

来源:《法制日报》法学院(作者单位:中国应用法学研究所)

“出柜”的权利:“同性恋婚姻登记第一案”三人谈

2017-01-22 贺海仁李丹林伟江 大案

大案原创 “出柜”的权利:“同性恋婚姻登记第一案”三人谈

作者:贺海仁、李丹林、泮伟江

来源:第十二届(2016年度)中国影响性诉讼高峰论坛 2017-01-15

同性婚姻登记案专家点评

【案情简介】

“家事法苑”团队奉献

2015年6月23日，湖南公民孙文麟与同性恋者胡明亮前往长沙市芙蓉区民政局登记结婚，因“没有法律规定同性可以结婚”被拒。孙文麟认为，《婚姻法》表述为“一夫一妻”而非“一男一女”，且中国现行法律中没有明确禁止同性婚姻，据此状告芙蓉区民政局行政不作为。2016年4月13日，长沙市芙蓉区法院开庭审理本案，当庭宣判原告败诉。法院认为，根据《婚姻法》及《婚姻登记条例》，“一夫一妻”即缔结婚姻关系的两人应为一男一女，且法律没有同性恋登记婚姻的规定，因此，芙蓉区民政局行政行为合法、适用法律正确。

【影响性】

同性恋者希望缔结婚姻，追求着与异性恋者、与大多数人平等的权利。简单的诉求既关乎道德伦理，又涉及对法律的解释与认知。法院将现行《婚姻法》中的“一夫一妻”解释为“一男一女”，并未出乎人们的意料。在明知法律对自己不利的情况下，两名原告依然向法院起诉，大概宣示和启发意义更为重要。无论结果如何，案件出现本身说明，中国社会对同性恋者宽容度的提升。而同性婚姻合法的“潮流”，于当下的中国而言，似乎仍过于“超前”。而当事人近乎行为艺术的起诉之举，无疑带有几分公益色彩，有助于未来争取和扩大少数群体的法律权利。

主持人：李 轩，中央财经大学法律硕士教育中心主任

点评人：贺海仁，中国社会科学院法学研究所研究员

李丹林，中国传媒大学政法学院法律系主任

洋伟江，北京航空航天大学法学院副院长

李轩：2016年发生在湖南长沙的同性婚姻登记案，被称为中国“同性恋婚姻登记第一案”。应该说这类案件在中国社会现在还是比较罕见，但也有敢于第一对吃螃蟹的人，湖南公民孙文麟与胡明亮。在西方一些国家，同性结婚可能是法律允许的，但在我们这儿显然还是禁区。首先有请中国传媒大学法律系的主任李丹林教授发表观点，掌声欢迎！

李丹林：各位朋友，大家下午好！很高兴参与点评这个案件。在中国传媒大学进行2015年度传媒法律十大事例评选时，有一个入选事例是范城坡诉新闻出版广电总局政府信息公开案。范导演拍了一部反映同性恋人生存状况的纪录片（《彩虹伴我心》），被一个视频网站下架，问为什么，视频网站告诉他是广电总局通知要求的。他提出政府信息公开申请，要求广电总局提供下架依据。广电总局的回复是总局没有向网站下达过下架通知，所以提起了诉讼。

今天我们看到了类似的案子。这个案子法院受理了，是一个令人感到欣慰的事情。尽管原告败诉了，但是某种程度上和前面所谈的刑事案件相比，还是多了一些轻松的底色。

关于这个案子的法律问题不复杂，我就这个案子先谈几个观点：首先，对于同性恋群体来说，他们作为少数群体是否享有和相爱的同性结为伴侣乃至终生伴侣的权利，是否符合法律规定的夫妻间的权利资格？我个人认为应该享有。其次，民政部门作出的决定和法院作出的判决是否符合法律。就我国现行《婚姻法》而言，应该说民政部门没有同意他们进行婚姻登记，法院对于原告提出的诉讼请求予以驳回，都是符合我们现行法律规定，符合《婚姻法》规定的。《婚姻法》有许多条款都可以说明在目前的婚姻制度下，缔结婚姻的“夫妻”双方应该是一男一女。至于未来，我个人认为我们的婚姻法律制度应该做相应的修改、修正，既承认异性婚姻的合法性，也承认同性婚姻的合法性；即使同性之间与异性之间婚姻规定有所不同，也应该承认同性婚姻的合法性。当然，这种意见会在社会上引起不同意见和讨论。我发现一个法律学者写了一篇文章，说原告就此问题去法院起诉实在是荒唐，他们这样的诉讼行为浪费了国家的法律资源。我不能同意这样的观点。作为一个国家的公民，他们为了去寻求自己的权利，通过法律的方式，依法提起诉讼，这是他们正当的权利行使，怎会是荒唐？这种主张不能成立。

对于同性恋群体来说，有人为他们争取权利，他们很感动很支持。也有些人认为这样做不好，说同性恋者这样挑战法律，会让他们自己处境更加困难。对于同性恋，大多数人是了解，对他们一律排斥，甚至对他们性取向极端厌恶。但我也看到原来越多的人对于这样一个群体，对于他们的处境表示理解，对于他们应该享有权利表示支持。

据我个人观察，中国社会发展到今天，对同性恋群体整体氛围相较过去有一定的进步，宽容性和接纳程度在提升。从全球视角、从人类社会发展的过程来看，不再将同性恋视为是一种背德、堕落的违法甚至犯罪行为的理念在增强，给予同性恋婚姻合法化的国家和地区在增多。这样的趋势，我认为根本原因是人类自身对于自己的认识，从过去非常大的有限性，现在有了对于这种有限性一定程度的突破。这种突破再进一步说是什么样的原因？首先在于人类这样的生物体自身所拥有的爱，自身所拥有的同情心与怜悯他人的先天禀赋。我们可以看到，最坚决支持同性

恋的那些人是他们的亲人，特别是他们的妈妈，属于大多数群体的这些人能够容忍、接纳这些少数群体是因为他们有怜悯心、同情心，能够体会他们的痛苦、他们的悲伤。这是因为人类本身有这样的禀赋。

随着社会的发展，通过启蒙、通过更多的见识构建起我们的理性认识，我们知道这样的少数群体并不是堕落、异端，也不是更多的会和违法犯罪联系在一起。虽然基于各种文化、社会、历史、宗教的原因，还有很多人在很大程度上甚至在绝对的程度不能接纳这些少数群体，但目前这种情况在改变。就此而言，我想未来这个社会更好的发展，能够对这样的群体包括其他各种少数群体，真正实现在宪法上的平等权利。对此，我还有一个很乐观的理由。因为互联网革命带来了整个整个人类的变化，它让我们以前的思维受制于很多弥障性的东西，会随着网络对于信息和内容的便利传递，让我们能够更清晰地认识自己、认识自我、认识世界，从而把我们基于认知的有限性所带来的很多缺陷予以改变。

作为一个研究传媒法律的学者，我觉得我们对媒体法律制度的改革、完善问题，对跟每个人的切身利益都普遍相关的公共问题，在公共空间进行更充分、更理性、更多元化的探讨，会让我们每个人变得更加见多识广，也会让我们的文化变得更加文明，这个社会也会更加宽容，从而为我们变革我们的法律提供一个社会的和文化的的基础。

最后，我想在中国新年来临之际，把我们的美好祝福送给每个人，属于多数群体的每个人，属于少数群体的每个人，希望法治建设步子迈的更大一些。

李轩：谢谢李丹林教授！2016年度十大影响性诉讼，其他九大都具有鲜明的中国特色，唯独同性婚姻登记案具有国际化特征。下面让我们听听泮伟江教授的观点，大家掌声欢迎！

泮伟江：非常荣幸有机会能够参加这个活动，对这个案例发表我个人的观点。刚才李丹林教授对这个案件的分析我非常同意，我也想用三个关键词表明我的基本态度：小人物、小案件、大意义。

我把这个案件跟其他九起案件做了一下比较，我发现有一个特点，其他案件都很大，要么涉及到人命、涉及到生命权利、涉及到自由，要么是金额特别大，涉及到几百几千万的金额，总之都是大案级别，作为影响性诉讼好像是理所当然。这个案子的主体是很边缘的两个小人物，结果还败诉了，似乎也不涉及到生命权利，也没有限制他们的行动自由，为什么这样一个涉及小人物的小案件能够成为2016年度中国十大影响性诉讼案之一？我觉得其中有很独到的评选眼光。

影响性诉讼究竟具有什么样的影响力？顺着这个思路想，会看到有些诉讼的影响力是影响当下，有些诉讼的影响力是影响未来的。比如不少刑事案件，总是跟一个“冤”字联系在一起，里面涉及到的话语包括操作的手法，包括最后被平反，在杨乃武小白菜的故事里都隐约可见。我们知道有一对概念是常规化和例外化。在整个现有治理体系中，这样的案子虽然影响很大，引起大家很大情绪上的反应，但最后都会巧妙的被例外化。对个案促进制度改善的意义我是悲观的，案子本身的话题性不代表对将来制度变革的意义。

有些案件影响确实大，但为什么不选它？比如某明星与其妻子离婚的案件，人人都在谈，点击率上百万，但没有任何制度上的意义。同性婚姻登记案里面有很多要素我很欣赏。我刚才讲的，一个是面向未来，而且我们看到原告是主动的，两个小人物非常冷静，甚至是经过事先计划，就他们的遭遇提起诉讼。而且原告经过非常细致地分析，看出“一夫一妻”可以从概念上与“一男一女”区分开，虽然败诉但是很平静地接受了诉讼结果，通过制度上的救济渠道提起上诉。这样的案子非常类似于美国的测试性诉讼。测试性诉讼是美国通过一些社会团体、公民组织、NGO组织，也是用同样的手法提起诉讼，但背后有支持力量。这两个人，也许是基于他们的勇气，以自己的经历（实际上代表了很多人社会上被歧视、被边缘化的人群）主张自己的权利，理性地争取自己的权利。我为这样的小案子、小人物喝采，他们了不起，确实是每个法律人都应该向他们学习，因为权利不是恩赐的，任何恩赐的权利都可能被马上收回去。在这点上，我觉得这样一个小案例更值得我们重视，对法治的意义可能更大。

同时，这个案子确实也体现出影响性诉讼的社会教育意义，将来会出现模仿。本案传播下来的不是仇恨，而是理性、勇敢。将来会有比本案原告更为渺小的人物，通过合法的渠道合法地争取自己的权利。当然在这点上本案判决稍微有点遗憾，因为最后这个案件判决重点仅仅停留在一夫一妻的理解上。在先行《婚姻法》上一夫一妻确实就是一男一女，这我是同意的。我也理解司法者的用意，因为在我国当前背景下，价值观上过于激进的判决也许会带来相反的效果。但考虑司法的教育意义，法官在判决书中说理还可以更充分一点，比如美国法院作出同性恋判决时，会深入到婚姻的意义。通过司法的方式阐述婚姻制度的法理，让民众反省或反思，这类案件的价值会更大。所以究其诉讼本意，原告从个案上讲失败了，但是从其教育意义上讲是成功的。这是我欣赏这个案件的第二个理由。

最后，从这个案子可以看出民众对司法还有期待。所以司法机关的领导、首席们要珍惜民众对司法的期待，这点很重要。社会公众对某某案处理不公愤怒的原因是对制度还有期待，否则会用脚投票，而现在有人已经这样做了。我为这两原告提起诉讼，包括为案件本身点赞，为他们喝彩！谢谢！

李轩：感谢洋伟江教授！小人物、大意义，小案件、大价值，不看现在看未来。下边有请贺海仁教授做总结点评，掌声欢迎！

贺海仁：谢谢主持人！谢谢两位老师！他们说得很好，各个方面都谈到了，都很深入。

首先我想声明，我的性取向是异性而非同性。为什么要说这一点？是因为我注意到这个案件的原告曾经说过一句话，他说你们的法律是异性恋者制定的，当然不会保护同性恋。大多数人是异性恋者。大会让我点评，我才突然意识到我还有一个身份是异性恋者。我在想，这样的案件为什么能够成为一个影响性案件？因为更多情况下，在中国，在行政和道德导控的社会，要把一个事件变成司法案件是不容易的。同性恋结婚或许会是一个社会事件，现在作为影响性法律案件出现，我们要考虑它具有什么样的影响力。何为影响力？这个影响力某种程度上等同于疑难案件，疑难案件并不是事实上多少复杂，而是关乎三个要素：一个是涉及到“道”的问题，主要是善与恶的问题；一个是伦理的问题；同时涉及到法律的解释和认知问题，也就是合法与否的问题。一个疑难案件，可能这三方面都会涉及到。在前面几个案件的点评中，有学者探讨了道德认知问题，谈到怜悯性问题、人性问题，还有人类的情感问题。这样一些案件，这样一种视角显然不同于单纯的法律评论。所以我想当我们看到同性婚姻登记第一案时，当然把它作为疑难案件，是因为它几乎涉及到“道”、伦理，乃至法律解释的各个方面。所以我想从法理学角度谈几点看法。

第一，“出柜”[英文“come out of the closet”的直译，指男性（后来也指女性）暴露同志身份，或公开承认自己的性取向的同性恋或双性恋]的权利是不是一种权利。我们通常认为婚姻是一种契约，是出于伦理双方的一种自由约定。当然这个想法是现在社会的想法，在父母之命、媒妁之言的时代里，婚姻契约的双方不是当事人双方而是双方的长辈。说婚姻不是一种合伙关系，是因为一旦作为合伙关系会导致一种朋友关系、一种同居关系。北欧很多地方男女不结婚而是作为朋友关系长期存在，很多人不结婚，以夫妻形式出现，某种程度上我们不认为这是一种婚姻关系，但可能是一种合伙关系。所以这种情况下，如果简单地将婚姻等同于私人合伙关系，会忽视婚姻本身所涉及到的家庭问题、社会问题和亲属之间的关系安排问题，对婚姻制度的重构、重新解读都会涉及到。现在看来，婚姻问题不仅仅是一个纯粹的私人关系，恐怕可能需要国家在这个方面进行某种程度的干预。我认为登记制度恰恰是一种国家干预的表现。

我们今天讲市民社会和国家二元论时，常常认为婚姻关系是私人领域，国家权力不得干涉，但恰恰登记行为体现了一种国家干涉，为什么？因为夫妻关系、家庭关系、继承关系包含了某种法益，这种法益是通过繁衍的方式保证的。即便是异性恋，如果没有达到法定标准也不能成立婚姻关系。结婚是一项权利，不是单纯的个体权利，而是复合权利，也不是自然权利。大家知道两性结合不必然导致是婚姻关系，婚姻环境是男女关系上升到法律关系的表现，丈夫和妻子不是简单名词，而具有法律上的人格。如果把丈夫和妻子的定位，不仅仅是简单定义为男女之间的结合，而是定性为一般意义上理解的男男结合和女女结合，这样行不行？至少是可以考虑的，世界上很多国家把男男关系和女女关系同样作为婚姻的形式出现，可以作为夫和妻。但这样的解释在中国当下能不能被理解是个问题。所以我们会看到夫妻关系的“夫”显然包含日常语言，不仅仅是个法定语言，这里法定语言和日常语言交织在一起，需要法定语言再阐释扩大它的合理适用范围也是一个问题。本案法院拒绝同性婚姻登记案，但没有否认“男”与“男”自主结婚的自由，这一拒绝行为也不必然导致某种偏好或者价值观。所以我反对由异性恋主导的法律制定不保障同性恋权利的说法。原告是同性恋，但是他们受到了行政诉讼法的保护，享有诉权，在法庭上进行了阐释和辩论。这些都是一种法律保护。最终没有达到他们想要的诉讼结果是另外一回事。

第二，“出柜”证明同性恋者开始向社会公开自己的性取向，首先是自我承认，不再伪装、不再掩饰、不再隐晦做一个两面人，这是社会进步的表现。“出柜”过程是同性恋者身份的自我认同过程，当然身份的自我认同不必然导致社会承认。这个过程某种程度上确实是一种成人政治和成人斗争的过程。同性恋取得社会承认往往必须经历几个阶段：一是禁止性、惩罚性的锁定阶段，同性恋会被视为一种生理上的缺陷。我们国家在80年代会把同性恋作为流氓新闻给对待并进行惩罚，这是把同性恋自身作为过错的阶段。第二个阶段是不过问阶段，即使同性恋不小

心暴露了公众也假装不存在，你不问我不说，你不说我也不问。第三个是性取向公开阶段。第四个阶段是法律承认，增加了法律责任和社会责任、自我承认的各个环节、各个方面。因此从不承认到默认、消极默认、局部承认到承认有一个过程。所以同性恋要首先自我承认，不仅自我公开自我认证，最终争取社会承认，当然这种承认需要相互理解、相互论证。这是一个长期的过程。

最后再谈一下本案的意义。刚才两位教授已经谈到，从少数人权利、平等权利保护都涉及了。我想强调一点，从本案原告的公开报道来看，明知异性恋者制定的法律对自己不利，而这样的法律也没有修正，为什么还要提起诉讼？在我看来，原告起诉的宣示意义大于实际结果。他们想通过司法诉讼的方式求证这是不是自然权利，想将隐藏的权利展示出来。作为少数人群，在现代社会以何种方式获得自己的身份认同以及身份的社会承认，来表达自己的权利是非常重要的。

本案事实清楚，没有争议，诉讼要素非常齐全。可惜的是这个案子当庭宣判，而且判决理由极为简单。主审法官或者法院只是简单描述了原告败诉的理由，没有做出拓展性的阐释。不管对原告和对被告的请求或抗辩做出肯定或否定的回答，都要进行扩张性的解释和说明，而不是简单地一判了之。判决如何充分说理是我们法院一向所缺乏的。对于一个影响性案件的讨论，必然对社会、对当事人产生影响，今天我的发言完全是根据我个人理解做出的判断。最后我想说，首先对中国几千万同性恋的必须予以尊重，至于这种尊重是否能够得到法律的保障，有待中国法律体制的进一步完善。谢谢各位！

李轩：非常感谢贺海仁教授！三位学者的观点高度类似，而且年长的贺老师似乎更加宽容、更加乐观，甚至在给同性恋者争取“婚姻自由”出谋划策，做出了很好的愿景规划。当然贺老师也提到了个案背后的意义，比如促进公益诉讼制度层面的意义，事实上他一直都在研究公益诉讼。前面的学者强调法院的判决要以理服人，不能把关键的事实法律要点都随意剪裁掉了，贺老师的发言也涉及到判决如何充分说理的问题，当前我们的司法裁判还是普遍存在说理不足的缺陷。再次感谢三位嘉宾，谢谢各位！

（二）法官视点

夫妻一方出售登记在其名下共有房屋的法律适用

2016-12-30 法眼观察 上海第一中级人民法院 杨斯空 胡哲

夫妻双方共有之房屋登记在一方名下，登记一方与买受方订立房屋买卖合同，已成立之合同若无恶意串通等导致合同无效的情形，应认定有效，当事人以无权处分为由请求认定合同无效的，法院不予支持。但合同有效并不意味着其可以履行，合同能否履行取决于其效力是否及于未登记一方。若出售方拒绝或无法履行合同，善意买受方在不同情形下可以选择的救济途径有善意取得、继续履行与违约赔偿。

【案情简介】

上诉人（原审原告）：杨某

上诉人（原审被告）：叶某

被上诉人（原审被告）：李某、牟某

杨某与叶某系夫妻关系，两人于1988年3月23日登记结婚。系争房屋登记于叶某一方名下（发证日期为2002年9月25日）。2015年4月15日，叶某（甲方）与李某、牟某（乙方）签订《上海市房地产买卖合同》，约定甲方以623万元的价格将系争房屋出售给乙方

。李某、牟某分别于2015年3月15日支付定金25万元，2015年3月20日支付定金15万元，2015年4月15日支付房款180万元。

2015年4月25日，叶某通过短信向中介人员告知，其妻子杨某不同意出售系争房屋。2015年7月，李某、牟某发函给叶某要求履行过户义务。叶某以杨某不同意出售系争房屋为由，要求协商解除合同，但李某、牟某不同意。

杨某认为系争房屋为杨某与叶某的夫妻共同财产，叶某未经同意擅自将系争房屋出售，侵害了其财产权，故杨某于2015年12月起诉至法院要求判令叶某与李某、牟某签订的上述《上海市房地产买卖合同》无效。叶某同意杨某的诉请。李某、牟某不同意杨某的诉请。

此外，在另案中，李某、牟某起诉叶某要求履行《上海市房地产买卖合同》。

【裁判结论】

“家事法苑”团队奉献

一审法院认为，签订《上海市房地产买卖合同》时，系争房屋登记在叶某一人名下，根据物权公示、公信的原则，李某、牟某有理由相信叶某有权处分系争房屋。李某、牟某与系争房屋登记的产权人叶某签订《上海市房地产买卖合同》，以合理的价格受让系争房屋，系善意第三人，该《上海市房地产买卖合同》亦无法律规定的无效情形。故判决驳回杨某的诉讼请求。

杨某不服一审判决，上诉请求撤销原判，改判支持其原审诉请。叶某亦提起上诉，称同意杨某的上诉请求，请求撤销原判，改判支持杨某的原审诉请。李某、牟某请求驳回上诉，维持原判。

二审法院经审理认为，系争房屋属于杨某与叶某的夫妻共同财产，本案中并无证据证明叶某出售系争房屋时取得了杨某的授权或同意，故叶某擅自将系争房屋出卖给李某、牟某的行为属于无权处分。系争房屋买卖合同系叶某与李某、牟某的真实意思表示，内容并未违反法律或行政法规的强制性规定，亦无证据证明李某、牟某与叶某具有恶意串通损害杨某合法权益的情形，故系争房屋买卖合同合法有效。杨某以无权处分为由主张买卖合同无效，根据《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》（以下简称《买卖合同司法解释》）第三条之规定，法院对杨某与叶某的上诉请求不予支持。一审判决结果正确，但对其判决理由，予以修正。二审法院最终判决：驳回上诉，维持原判。

【评析意见】

近年来随着上海市房价不断飞涨，二手房交易市场中频频出现这类纠纷：房屋只登记在夫妻一方名下，登记一方与买受方订立房屋买卖合同之后，登记一方以其配偶不同意出售房屋为由拒绝交付房屋或者要求买受方返还房屋。

对于这类纠纷，首先，应判断房屋是否属于夫妻共同财产，尽管我国不动产物权变动以登记为生效要件，但《婚姻法》规定通常情况下夫妻于婚姻关系存续期间取得的财产归夫妻双方共同共有，这属于无需登记的情形，所以未登记一方可依据《婚姻法》之规定对房屋享有共有权。其次，审判实践中需注意，若房屋归夫妻双方共有，而夫妻仅有登记一方参加诉讼，则法院需将夫妻另一方追加为诉讼当事人，以查明相关事实。本文将对夫妻一方出售登记在其个人名下的夫妻共有房屋的法律适用问题予以讨论。

一、夫妻一方处分其名下共有房屋之合同之效力

合同为双方当事人为法律行为所构成之合意，故除法律特别规定外，只要该合意系真实意思表示，则合同成立。合同的效力是法律赋予的，是法律对当事人合意的评价，[1]已成立之合同若未出现《合同法》第52条所规定的法定无效情形，则应当认定为有效。

夫妻一方处分其名下共有房屋合同效力之判断仍应从上述合同生效要件出发，但在对其进行效力认定时有两点需注意。其一，需审查是否存在《合同法》第52条第1款第2项之情形，即恶意串通损害国家、集体或者第三人利益。在夫妻一方处分共有房屋的案件中，如果登记一方与买受方恶意串通损害夫妻共同财产，则房屋买卖合同无效。其二，如果登记一方以其无权处分共有房屋为由主张房屋买卖合同无效，法院应适用《买卖合同司法解释》第3条之规定，即“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持”。

二、夫妻一方处分其名下共有房屋之合同之效力是否及其配偶

合同的效力与合同履行系两个问题，合同有效不一定意味着合同可以无障碍履行。若登记一方具有处分共有房屋的权利，则合同可以履行自不待言；而若为无权处分，则要看合同对未登记一方是否产生拘束力。

我们认为，判断是否为有权处分，可以从以下几个方面进行审查。1、夫妻双方对房屋出售事宜的协商情况。具体审查的情形包括未登记一方是否与中介人员接触过，是否去中介挂牌出售房屋，订立合同时夫妻感情状况如何，双方是否处于离婚诉讼期间等等。2、房屋的实际居住情况。包括房屋是否为夫妻双方共同居住，买房人看房时是否接触过未登记一方等等。3、房款的支付情况，即未登记一方是否收取过合同定金或者房款等情况。

若无法证明为有权处分，则要审查该合同的效力范围。关键在于该合同是否能对未被登记的一方产生拘束力，对此应具体案件具体分析。

（一）以夫妻双方名义订立合同

在订立房屋买卖合同时，登记一方单独出面就房屋买卖事宜与买受方进行磋商，未登记一方对此并不知晓或同意。登记一方向买受方表示标的房屋为夫妻双方共同共有，最后以夫妻双方的名义与买受方订立房屋买卖合同。

在上述情形下，登记一方是以房屋的一位共有人兼另一位共有人之代理人的身份订立房屋买卖合同的，虽然并

未获得其配偶的同意，但若买受方尽审查义务后仍有理由相信 [2] 登记一方为有权代理，则该行为构成表见代理。此时，被登记方与买受方之间订立的合同不因未获得夫妻另一方授权而产生效力瑕疵，该合同对夫妻另一方亦有约束力。买受方有权基于买卖合同要求夫妻双方履行合同义务，将标的房屋的所有权移转登记至买受方名下。但若登记一方的行为不符合表见代理之构成要件，则房屋买卖合同对未登记一方是没有拘束力，此时买受方无权要求夫妻双方履行合同。

（二）以个人名义订立合同

在订立房屋买卖合同时，登记一方单独出面就房屋买卖事宜与买受方进行磋商，未登记一方对此并不知晓或同意。登记一方向买受方表示标的房屋为其一人所有并隐瞒其婚姻状况，最后以其个人名义与买受方订立房屋买卖合同。

在此种情形下，登记一方仅以房屋单独所有者的身份与买受方订立房屋买卖合同，合同当事人为登记一方与房屋买受方，故合同对夫妻另一方并不具有约束力。共有房屋所有权之移转需全体共有人同意，所以只要未登记一方不同意，该房屋买卖合同就无法履行。有观点主张此种情形可构成表见代理，进而认定合同可以履行，但我们认为表见代理要求客观上存在使得相对人相信行为人有代理权的理由 [3]，故行为人至少要以本人的名义订立合同，而此种情形中登记一方从未提及其配偶，故无法构成表见代理。

三、善意买受方之救济途径

如果登记一方以其配偶不同意出售房屋为由拒绝交付房屋或者要求买受方返还房屋，法律需赋予善意买受方相应的救济途径以保证市场交易安全。此时若登记一方有权处分房屋，买受方当然可以基于有效的合同要求登记一方继续履行。如果登记一方对房屋没有处分权，即登记一方擅自处分房屋，则在不同情形下善意买受方享有不同的救济方式。

（一）善意取得

若房屋已经过户，则善意买受方可以基于《物权法》第 106 条关于善意取得的规定取得房屋的所有权，该取得物权的方式为原始取得而非基于合同。《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第 11 条第 1 款规定的就是善意取得的情形，即“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。”该司法解释是将善意买受方的救济归入到善意取得制度中。

（二）继续履行

若房屋尚未过户，但登记一方的行为构成表见代理，则善意买受方可以要求夫妻双方继续履行合同以实现救济。《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第 17 条第 2 项专门对此作出了规定，即“他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或者不知道为由对抗善意第三人。”该司法解释将善意第三人的权利救济归入有效合同制度下，即使未办理转移登记手续，该第三人的权利仍然可以得到保护。 [4]

（三）违约责任

若房屋尚未过户，而登记一方的行为又不构成表见代理，此时即便买受人善意，其也只能要求登记一方承担违约责任以实现救济。由于订立合同时买受方善意，故买受方对合同不能履行并无过错，因合同不能履行所致损失应全部由登记一方承担，该损失即为善意买受方的可得利益损失。法律将此种情形下善意买受方的救济归入合同的违约责任制度之中，实现救济的主要形式为违约金或者损害赔偿金之给付，以稳定房地产市场并维护市场诚信。

四、本案房屋出售行为之法律分析

关于系争房屋的产权归属。本案系争房屋为叶某与杨某婚后取得的财产，故尽管杨某并未登记于系争房屋的登记簿上，根据《婚姻法》的规定，系争房屋归叶某与杨某共同共有。

关于本案房屋买卖合同之效力。叶某、李某、牟某均系完全民事行为能力人，订立房屋买卖合同移转系争房屋所有权亦为其真实意思表示，合同亦不存在违反法律、行政法规的强制性规定的情形，故房屋买卖合同符合合同生效之要件。本案叶某以其无权处分系争房屋为由主张房屋买卖合同无效。对此，我们认为，系争房屋为叶某与杨某共同共有，双方亦未对系争房屋处分权另有约定，故处分系争房屋需经双方同意，而叶某处分系争房屋并未得其妻杨某的同意，其行为确实构成无权处分。但根据《合同法》及相关司法解释的规定，无权处分并不会导致合同无效。综上，本案中房屋买卖合同应认定为有效。

关于本案房屋买卖合同效力的范围及善意买受方的救济途径。房屋买卖合同订立过程中，自始至终都只有叶某一人出面与李某、牟某商洽，叶某从未提及其妻子杨某，更没有表示其为杨某的代理人，因此，叶某订立房屋买卖合同的行为并不构成代理，自然更不会构成表见代理。叶某向李某与牟某表示，系争房屋为其一人所有，并以其个人的名义与李某、牟某订立房屋买卖合同，因此杨某并不是合同当事人，合同对杨某亦无法律拘束力，故李某、牟某无权依据房屋买卖合同向杨某主张移转房屋所有权。房屋所有权移转需经叶某与杨某双方同意，但杨某不同意出售房屋，故本案中房屋买卖合同实际上无法履行。本案中，系争房屋尚未过户，房屋买卖合同实际也无法履行，故李某、牟某只能在另案中向叶某主张违约责任，支付相应的损害赔偿金。

不准离婚“情怀判决”之后，三亚惊现“情怀+”！

2017-01-02 基层法官 三亚市中级人民法院 黄学文

神判决！

又见神判决！

三万余补偿款引纠纷

大李和小李是同胞兄弟，因大李冒领小李弟青苗补偿费 33500 元而未返还，小李将大李告上公堂，法院一审判决大李)向小李偿还青苗补偿费 33500 元。随后，大李不服判决，向三亚中院提起上诉。

哥哥为赢官司伪造证据败诉获罚

在二审期间，大李向法院提交了五份伪造《证明书》。

庭后第三天，大李向法院递交了请求从轻处罚申请书，承认《证明书》系其伪造。

判决结果

三亚中院二审认为，一审认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，应当予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，判决驳回上诉，维持原判。此外，李某征在二审期间伪造民事诉讼证据，考虑到李某征主动承认错误，并未对案件的处理造成严重影响，三亚中院决定对其从轻处罚。

最终，三亚中院依据《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定，对李某征处罚款人民币 3000 元。

然而，故事说到这，才只是个开始，亮点在后面……

法官借典故调解劝和 判决书后附千字寄语

附：法官寄语

李家两兄弟：你们好！今天除了对本案进行公开宣判并将判决书、决定书送达给你们之外，我们还有几句肺腑之言想和你们说一说。本案争议金额仅仅 3 万余元，在法官办理的成百上千的案件中，只能算是很小的一件，但是本案又非常的特殊，既存在伪造证据妨害诉讼的行为，又充斥兄弟相争反目成仇的悲哀。作为法官，我们有责任对你们的案件进行裁判，对你们越过司法红线的行为进行处罚，但是我们更想暂时抛开冰冷的法条，于情、于理以及从社会道德的角度对你们的行为提出两点忠告。

第一，诚实守信是底线，妨害诉讼必受罚。民无信不立，诚信乃做人之本，诚信诉讼更是维护司法公正的底线，底线不能突破，越线必然受罚。上诉人李某征，你为了赢得官司不择手段，不惜冒着风险伪造多份证据，你的行为干扰诉讼、藐视法律，本应给予严厉处罚。但考虑到你文化水平较低，法律意识欠缺，庭后又能主动承认错误，并且对案件的处理未造成严重影响，本院最终决定对你从轻处罚。从法官内心来说，处罚不是目的，教育才是本意。希望你从中吸取教训，时刻警醒自己，做一个诚实守信的人；也希望大家引以为戒，共同努力，营造公平公正的司法环境。

第二，钱财乃是身外物，千金难买兄弟情。本案主审法官的家乡在安徽省桐城市，那里有一个著名的“六尺巷”的典故，说的是清朝康熙年间，宰相张英收到一封家书，来源是邻居建商点

了张家三尺地基，家人不服，要求张英主持公道。张英看完后淡淡一笑，在家书上回复：“千里修书只为墙，让他三尺又何妨。万里长城今犹在，不见当年秦始皇。”家人听从张英的劝说，建房时退让三尺，对方受到感动，也退让三尺建房，两家从此和睦如初。这个典故告诉我们，宽容礼让是生活中的一种美德，人与人相处，只要多一分谦让，多一分宽容，很多矛盾就能迎刃而解，很多干戈就能化为玉帛。你们俩是打断骨头连着筋的同胞兄弟，为了眼前的一点利益竟然大动干戈，导致兄弟反目，家族对立，甚至波及四邻八舍，你们怎么对得起曾经形影不离、互帮互助的手足亲情，你们又想给子孙后代树立一个什么样的榜样？本是同根生，相煎何太急！真心地希望你们常怀宽容之心，学会换位思考，放下成见，多做沟通，各让一步，不计较眼前的得失，不拘泥于官司的输赢，妥善处理矛盾纠纷，共同维护手足之情。就算输掉了官司，但是找回了兄弟，又何尝不是一件幸事？

衷心希望这些话对你们有所启发、有所触动，真心期待你们兄弟冰释前嫌、握手言和的那一天。

法官寄语不但引经据典，引用“六尺巷”典故，并言辞恳切。面对这样一封令人拍案叫绝的神来之笔，小编不禁大叫一声！

小编现摘取其中一段，你们随意感受一下……

“家事法苑”团队奉献

“你们俩是打断骨头连着筋的同胞兄弟，为了眼前的一点利益竟然大动干戈，导致兄弟反目，家族对立，甚至波及四邻八舍，你们怎么对得起曾经形影不离、互帮互助的手足亲情，你们又想给子孙后代树立一个什么样的榜样？本是同根生，相煎何太急！真心地希望你们常怀宽容之心，学会换位思考，放下成见，多做沟通，各让一步，不计较眼前的得失，不拘泥于官司的输赢，妥善处理矛盾纠纷，共同维护手足之情。就算输掉了官司，但是找回了兄弟，又何尝不是一件幸事？”

冯父、张某诉冯某解除收养关系纠纷案

2016-12-16 郑州审判 张海燕 左嘉龙

【裁判要点】

《中华人民共和国收养法》实施前所形成的事实收养关系，凡是符合社会民俗习惯且对外已经形成了广泛的父母子女关系认同度的，一方直接向法院起诉要求解决收养关系，在有确切证据能够证明我国《收养法》实施前已成立收养关系的，法院根据案情与法律规定可直接确认收养关系并裁判是否解决。

【基本案情】

本案冯父、张某诉称，1987年11月27日早上，原告冯父骑三轮车前去市区卖菜，在西史赵村北小河沟边捡到一个刚出生的弃婴，该弃婴为本案被告冯某。因当时原告夫妇暂未有子女，原告便将被告带回家中，二原告把被告抚养长大并供其上学，毕业后，被告冯某没有正式工作，吃住依靠二原告。2010年被告结婚，原告出资为被告办理了婚事。但被告结婚后，不履行赡养扶助义务，且纵容、伙同其妻子打骂、虐待原告，与原告夫妇及亲属关系十分紧张，被告在受到村委和周边邻居教育批评后，仍未改观，使用冷暴力或干扰原告正常生活的方式在精神上伤害原告。原告因害怕被告及其妻子的行为，长期在外躲避不能回家。经过多次协商调解，原被告关系已经恶化，请求法院解决原被告收养关系并要求被告支付20多年以来原告支出的抚养教育费。

【裁判结果】

郑州市惠济区人民法院作出民事判决：

根据《中华人民共和国收养法》第二十七条：“养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。”第三十条：“收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。”《最高人民法院关于贯彻民事政策法律若干问题的意见》第28条：“亲友、群众公认，或有关组织证明明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。”第31条：“养父母与其抚养成人的养子女关系恶化，再续共同生活对双方的正常生活确实不利，一方坚决要求解除收养关系的，一般可准予解除”之规定，判决解除原告冯父、张某与被告冯某的收养关系，判令冯某于判决生效后支付原告生活费和教育费补偿金20万元。一审判决做出后，当事人未上诉，判决发生法律效力。

【裁判理由】

法院裁判认为：二原告收养被告发生在1987年，即《中华人民共和国收养法》实施之前，原告提供有村委会出具的证明和邻居、亲友公认二原告与被告系养父母子女关系的证据，被告并不否认，虽然原告未办理收养登记手续，但双方实际已形成事实收养关系，符合我国收养立法的精神，应在法律上予以认可。被告冯某成年成家后，未能正确处理家庭关系，纵容其妻对二原告打骂，经当地村委会及家族长辈调解未果，导致二原告与被告关系恶化，无法共同生活。故法院基于双方当前情况，认为继续维持原被告收养关系并不利于原告夫妇的正常生活，原告要求解除二原告与被告的收养关系的诉讼请求，本院予以支持。二原告把被告抚养长大，被告不善待二原告，依据河南省城镇居民人均收入、消费性支出水平及原告抚养被告支出的教育费等综合情况，二原告要求被告补偿收养期间支出的生活费和教育费20万元的诉讼请求，理由正当，本院予以支持。

【案例注解】

我国《收养法》于1992年4月1日正式实施，法律规定建立收养关系需要两大要件：一是形式要件方面，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。二是实质要件方面，收养人要无子女，要有抚养教育被收养人的能力，未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病，年满三十周岁。如果未按照以上要求登记收养手续，可能导致不受法律保护的后果。然而，一概否认事实收养关系并不符合社会大众认知以及民俗公序惯例，在《收养法》颁布之后，最高法院在《关于学习、宣传、贯彻执行〈中华人民共和国收养法〉的通知》中表

示：“收养法施行前受理、施行时尚未审结的收养案件，或者收养法施行前发生的收养关系，收养法施行后当事人诉请确认收养关系的，审理时应适用当时的有关规定。”因此，在《收养法》实施前形成事实收养关系，因纠纷诉至法院的，不可硬套新法制定的标准，要根据个案案情和社会公序民俗情况合理判定。

一、法律实施前事实收养关系的证据标准

收养关系的产生同因血缘缘由产生的亲子养育关系有所区别，收养关系是通过重新确立人与人关系的方式来建立的一种法律关系。当前未经过民政登记的收养一般在不视为法律意义上的收养关系，而司法实践中对于事实收养关系的确认标准，根据不同案件需要不同层次的证明标准，但一般具备以下有效证据即可：一是基层组织出具的书面证明，比如村委会，村组，居民社区委员会，乡镇政府等出具的说明，关于说明事项方面，至少应涵盖当事人基本情况、生活情况、社会活动情况、外界关系认同度等信息，这些内容更容易反映较长期间内收养双方共同生活的轨迹，且比较真实。二是收养关系的民众认知证据。比如生活过的村落、社区等村组成员或邻居对收养双方对外关系的知悉程度，如果有大量证据表明外界一直以为收养双方属于亲生子女关系或养育关系的，司法应尊重社会民俗习惯。三是明确收养时间的证据，当事人需提供有关收养开始以及证明收养过程的时间，因为该类案件可能出现原告诉求赔偿的情况，时间节点的确认既可以进一步确认收养事实真实性，又便于计算有关赔偿，一般被收养人上学学籍、户口登记等情况可以反映收养时间节点。

二、司法确认与解除事实收养关系可同时进行

如果事实收养关系当事人因关系恶化直接向法院提起解除收养关系的，部门地区法院根据不同案情，在考量确认事实收养关系方面比较严格，有的案件涉及事实收养关系的证据不足或当事人调查取证过程长，难以直接让法官内心确认事实收养关系真实性，因此，部分法院根据案件证据情况会要求当事人先提起确认收养关系的诉讼，待查证属实后，再解决双方要解除收养关系并赔偿的问题。对于这种情况，司法实践可以分情况具体把握，但总体方向应当是在同一个审理过程中形成事实收养关系的确认，除非个别案件证据确实不足难以形成关系真实性确信的，不必因证据问题再单独分立案件。比如本案审理过程中，法院为调查收养关系真实性对当事人所在村委和村组进行了询问调查，在结合当事人提交证据，能够确认事实收养关系的，直接在庭审中形成确认，进而继续审理当事人要求解决收养关系并赔偿的问题。

（作者：张海燕 郑州市惠济法院古荥法庭庭长 左嘉龙 郑州市惠济法院研究室助理审判员）

关于创新家事审判工作的调研报告 ——以厦门市海沧区人民法院家事法庭为样本

2014年11月 厦门市海沧区人民法院课题组

作者：厦门市海沧区人民法院课题组，课题指导：李加胜；课题负责人：郭静；课题组成员：刘亚帆、李馨、郭碧娥、王思思；报告执笔人：刘亚帆。

注：本文所有统计时间截至2014年11月。

本文系作者授权推送，如欲转推，请务必征得作者及本公号同意。

社会生活方式与婚姻家庭观念的急剧变化，导致涉及家庭事务的纠纷数量逐年增加，其内容和类型也愈来愈复杂化和多样化。为适应新形势下新的审判需求，提高审理家事案件的效率 and 专业化水平，厦门市海沧区人民法院（以下简称海沧法院）顺应当前时代发展的潮流，以习近平总书记对家庭关系重要性的呼吁为指导思想，以积极落实服判息诉、案结事了为审判目标，以司法改革联系点为平台，创设了福建省首个综合性家事法庭。自2013年4月试运行以来，海沧法院家事法庭积极探索创新家事审判工作，取得了良好的法律效果和社会反响。本报告旨在以海沧法院家事法庭为样本，分析海沧法院创新家事审判工作的实践和成效，探讨其运行过程中出现的障碍和问题，并在此基础上提出提升家事审判工作水平和效率的有效对策，以期对家事审判工作的理论研究和司法实务有所裨益。

一、背景：创新家事审判工作之理论依据

（一）创新家事审判工作之必要性

1. 家事纠纷的特殊内在属性要求家事审判工作的创新

家事纠纷是以人身附属性为中心兼具财产性的特殊民事纠纷，具有高度人身性和较强的伦理性，一般发生在特定的具有亲属关系的主体之间。家事纠纷的处理不仅追求当事人之间的是非判断，更重要的是调整人际关系，使当事人回到生活常态。家事纠纷的审理结果和质量高低直接关系到当事人及其家庭成员的家庭和谐及长久稳定，因此

“家事法苑”团队奉献

在处理的时间、场合、方式、程序等方面均要求较大的灵活性，这就决定了家事纠纷的解决不适用一般民事纠纷的审判机制，而应适用特有的家事审判模式和机制。

2. 社会和家庭结构的变迁呼唤家事审判工作的创新

我国现阶段经济生活发生着巨大变化，家庭组织也越来越突破传统模式并发生着迅速的变化。妇女在经济上的独立以及对家庭和配偶经济和情感依附性的降低，使其在面对婚姻冲突时不会再因经济问题而委曲求全，这导致以离婚为核心的家庭纠纷日益增多。老人独居家庭比例上升，单亲家庭、丁克家庭、隔代家庭快速增长，流动家庭、留守家庭大量出现等，导致家事纠纷不仅数量增多，且种类越来越多样化。家事纠纷涉及婚姻家庭，婚姻家庭是传统伦理道德的主要载体之一，因此婚姻家庭关系既是法律关系，又是伦理关系，【1】家事纠纷不仅涉及当事人之间私人之利益，同时还涉及家庭秩序、社会公共秩序、伦理道德之公益。如何面对婚姻家庭领域的新问题、新情况，是家事审判所要面对的新课题，家事审判应作相应的创新以适应现阶段社会和家庭结构的变化。

3. 社会主义核心价值观的政策导向要求发挥家事审判工作新功能

2013年10月，习近平总书记在同全国妇联新一届领导班子座谈时讲到，要发挥妇女在弘扬中华民族家庭美德、树立良好家风方面的独特作用。家庭是社会的基础，家庭的和谐影响着社会的和谐与健康发展。因此应将家庭建设作为现阶段基层工作的重点。【2】探索家事审判的新路子，化解婚姻家庭纠纷也是新时期家庭工作的重要内容。在此意义上，创新专业化的家事审判，符合党和国家注重家庭建设、弘扬家庭美德、践行社会主义核心价值观的政策导向，也契合维护妇女儿童合法权益、创新社会治理、以家庭和谐来促进社会和谐的目标要求。

4. 民事审判工作实践客观需要家事审判工作的创新

近年来家事案件数量不断攀升，2011年厦门市法院共审理2149件家事类案件，2012年共审理2343件，2013年共审理2530件，而2014年前8个月的家事已经突破2000件。面对逐年增多、日益复杂、解决难度加大的家事纠纷和日益多元化、多样化的家事司法需要，创新专业化的家事审判模式可以实现对家事案件的分流，提高审判的专业化水平和审判效率，整合有限审判资源集中解决家事纠纷，同时也要求进一步研究分析适合家事审判的独特规律和制度规范。另外，审理家事纠纷的法官不仅要具备扎实的法律专业知识，而且需要具备较为丰富的社会阅历和人生经验、较为丰富的调解经验和调解技巧，熟悉社会学、心理学等方面的知识，家事审判工作的改革与创新更符合探究家事审判队伍专业化职业化路径。

（二）创新家事审判工作之可行性

1. 域外家事审判专业化实践之借鉴

家事审判专业化在域外许多国家和地区都已是不争的事实，各国也都分别设置家事法庭家事法院专理家事案件。如日本在全国设置了50多个家事法院，美国很早就设立了特别裁判所及特别程序，合并处理少年案件和有关的家庭纠纷案件。德国虽并没有独立的家庭法院，但它在地方法院内部设立了专门的家事法庭，家事法庭内部还设置了专门的调解委员会。韩国设立了独立于普通法院之外的专门家事法院，供当事人利用司法途径解决家庭纷争及处理家事非讼事件，还可以同时审理家庭纠纷和涉及少年案件。我国台湾地区也设立了专门的家事法院，负责处理家事事件。在立法方面，各国也都制定了特别的家事事件程序或家事诉讼法，并在举证责任的分配、调查责任的承担、减少对抗模式的使用、当事人隐私权的保护等方面体现出与普通民事纠纷的区别，甚至还规定了家事法官的特殊任职资格等。这些都为我国设立专门化的家事审判机构及家事审判的改革提供了参考和启示。

2. 我国家事审判试点实践之参考

虽然目前中国大陆尚未形成独立的家事诉讼制度，家事案件的审理仍适用民事诉讼法的规定，但我国现行法实际在某种程度上承认了家事诉讼与普通民事诉讼之间的差异，也有一些民事诉讼规则被明确排除适用于家事案件。从实践层面上看，我国一些地方法院从1997年开始，就借鉴和参考域外关于家事审判机构专门化的理论，在法院内尝试设立专门处理家事案件的家事审判合议庭或者家事法庭，并做了一些工作方式方法上的特色创新。如1997年5月，湖北省襄樊市中级人民法院成立了婚姻家庭合议庭，专门从事婚姻家庭类案件的审理工作；2010年3月，广东省高级人民法院在中山市中级人民法院、广州市黄埔区人民法院等7个法院试点组建家事审判合议庭，集中审理因婚姻、亲子关系引发的人身权纠纷，以及与此相关联的财产权纠纷。2011年3月3日，徐州市贾汪区人民法院民一庭成立了江苏省首家“家事审判合议庭”，并于2012年5月6日获批成为全国首家具有独立编制的家事审判庭。这些地区的试点经验为在我国推开建立专门的家事法庭提供了现实基础，也为海沧法院设立家事法庭提供了

有益的借鉴。

二、探索：海沧法院创新家事审判工作之实践

（一）创新设立家事法庭

作为最高人民法院司法改革联系点和“全国司法公开示范法院”，海沧法院在总结借鉴涉台审判机制改革成功经验的基础上，创新家事审判机制，将“家事法庭”确定为2013-2015年司法改革联系点工作项目。

2013年4月10日，海沧法院在原民三庭的基础上开始试运行家事法庭；2014年3月28日，海沧法院家事法庭正式挂牌成立。

1. 受案范围

试运行之初，家事法庭受理最高人民法院2011年修订的《民事案件案由规定》中案由为婚姻家庭、继承纠纷项下的所有类型案件，后又把全市集中管辖的涉台家事纠纷纳入收案范围。考虑到未成年人犯罪的起因和后果与家庭息息相关，很大程度上影响着家庭和谐与社会稳定，从2013年6月21日开始，受案范围扩大到包含被告人在实施被指控的犯罪时不满十八周岁的单独或共同犯罪案件（包括公诉和自诉案件）。

2. 审理概况及案件类型分析

海沧法院家事法庭2013年4月开始受理上述受案范围内的家事案件，截至2014年11月，家事法庭共受理各类案件340件，其中婚姻家庭、继承类民事案件309件，未成年人犯罪案件31件。

从案件类型看，家事法庭受理的婚姻家庭、继承类民事案件的特点为：

一是离婚纠纷占比在70%以上，盘踞各类家事类案件首位。离婚纠纷的占比大，说明夫妻关系是家庭矛盾较易集中爆发的领域，也反映出年轻人在婚姻观念上的转变。据调查统计，厦门市的离婚率居于全国前五名，而高离婚率的构成有相当部分源于年轻夫妻的分道扬镳。海沧法院受理的离婚纠纷案件中70%的案件当事人系80后，90后也有出现。起诉离婚的原因绝大多数是性格不合，庭审过程中双方往往互不体谅，这些都与当前年轻人未树立正确的婚恋观、家庭责任感不强、缔结婚姻随意性强、闪婚闪离现象多有较大关系。

二是继承纠纷亦有相当数量。因涉及征拆迁利益，本地农民起诉要求确认对祖产的继承权等涉及继承类案件近年来明显增长。此类纠纷往往涉及几代人的利益关系，调解难度较大。案件审理常常需通过实地查看、法院取证等方式才能进一步明确案件事实，审理周期较长。庭审过程多涉及老年人，地方方言使用较频繁，旁听人员甚众。

三是随着非婚生子的社会接受度越来越高，同居关系子女抚养纠纷也占家事类案件的一定比例。此类案件向法院起诉的初衷往往是因在落户方面的限制导致在户籍部门落户时遭拒，遂向法院起诉以求取得法院认定父母子女关系的法律文书，完成落户手续。

另外，从总体审理情况看，出现了一些值得引起关注的问题：一是家事案件中涉及未成年人权益问题突出。离婚案件绝大多数涉及未成年人的抚养、监护权问题，抚养纠纷也有相当数量。双方一般对子女监护权争夺比较激烈。二是离婚案件中女方起诉占比近七成。反映出在婚姻家庭关系中女性对精神和心理的需求高过男性，对婚姻的期待值高往往导致女性在遭受不如意现实情况时（如婚前了解不足、婚后感情培养出现障碍、第三者插足、出现更好的潜在伴侣等）更易选择结束婚姻关系。三是85后的离婚群体中，双方父母介入因素较多，反映出独生子女在高房价的现实压力下经济不独立，父母出于怕子女吃亏的心态，在子女离婚时处处计较，容易引发激烈家庭矛盾。

表一：2013年4月-2014年11月海沧法院家事法庭民事类家事案件类型表【3】

家事法庭受理的未成年人犯罪案件的特点为：

一是两抢一盗案件比重近七成，居首位，说明侵财类案件在未成年人犯罪中集中多发。二是未成年被告人多为社会闲散人员，外地户籍比重较大，且有90%左右的未成年人系社会闲散人员。其中，因辍学致使未成年人闲散于社会的比重达90%以上。

从未成年人刑事案件的审理情况看，家庭和社会教育及监管严重缺失的情况应引起相当的注意。被判决的未成年被告人80%以上来自于离异或单亲家庭，十来岁即辍学到处打工，缺乏基本的辨别是非能力，遇到不良朋友、老乡等的唆使，很容易走上犯罪道路，且心理上长期缺乏爱护和关怀，极易导致性格偏执。【4】

表二：2013年4月-2014年11月海沧法院家事法庭未成年人刑事案件类型表

（二）配套建立家事审判的多重保障

家事法庭设立后，海沧法院从人员、制度、设施上建立多重保障，以充分实现家事案件的专业化审判。首先注

重人才优势,选任具有丰富家事审判经验的女性法官担任家事法庭的法官,充分发挥女性在案件审理中细致、亲和、易于沟通的优势,切实维护弱势家庭成员利益。其次,制定了《家事调查员工作规范(试行)》、《外地户籍未成年罪犯监管帮教工作规范(试行)》、《反家暴庇护所工作规范(试行)》等一系列文件,为独具特色的家事纠纷处理机制的建立提供有利的制度支持。再次,在硬件设置上,家事法庭围绕中国传统和合文化的主题,在调解、咨询室布置营造没有隔阂的调解氛围;在亲子陪护室为随父母而来的未成年人提供一个安全、趣味的临时休憩场所,解除当事人调解、开庭时的后顾之忧;审判法庭在基本保留原有法庭设置的基础上,通过软装设计突出体现家事审判的“柔性”。

(三) 探索建立家事审判新机制

家事法庭将案件审判与区域特点、乡情民俗等有机融合,充分调动社会各界力量形成良性互动,探索创新工作机制,推动维权体系的建立与完善。

1. 建立家事调查员机制,调动社会力量形成合力

为强化法院依职权调查职责、减少对抗式诉讼模式对弱势当事人诉讼能力的过多苛责,海沧法院借鉴台湾地区家事法院中家事调查官的做法,专门聘请了10名具有社工、教育、心理学等专业背景的基层工作人员担任家事调查员,负责在涉及未成年人抚养权的民事纠纷及未成年人犯罪案件中,根据法院的委托和指派对需要调查事项进行事前、事中、事后的详尽调查,并将调查结果或意见报告法院。虽然只是为法院提供参考,但家事调查员的意见有重要的影响力。【5】

2. 建立心理干预疏导机制,持续关注家庭关系修复

海沧法院与专业心理咨询机构达成合作协议,由后者指定专人负责家事案件当事人的心理疏导。在征得当事人同意的情况下,心理咨询师可在离婚纠纷及未成年人犯罪案件的审前、判前、判后介入进行心理干预。在心理疏导过程中,心理咨询师采用科学的测试方法,可与当事人展开更深层次的交流,帮助解决当事人的困惑或心理障碍,为法院的审理工作提供良好的辅助。截至2014年11月,海沧法院已为24名未成年被告人进行心理修复,为26对离婚纠纷当事人提供婚姻质量评估,促成7对夫妇重归于好。

3. 建立反家暴人身安全保护机制,保护家庭弱势群体

家庭暴力严重危害家庭弱势群体的人身权利,影响家庭和谐和社会稳定,更是当事人诉求离婚的重要依据之一。当前,社会各界要求预防和制止家庭暴力的呼声日益强烈,因此,探索如何采用司法手段阻断家庭暴力施暴者的侵害行为,也是家事审判的重要任务。为此,海沧法院联合区公安分局、区检察院共同建立了反家暴人身保护综合协调机制,一方面通过签发人身安全保护令为家暴受害人提供人身安全保护,使其免受家庭暴力威胁或侵害;另一方面为家暴受害人在特定场所内提供包括生活帮助、医疗救治、法律援助、司法救助、心理疏导等在内的临时救助服务。同时,海沧法院还指导社区成立“海沧沐阳反家暴联盟”,制作发送《反家暴宣传手册》,针对家庭暴力维权问题,为当事人提供法律咨询、家庭调解等服务等。2014年9月,海沧法院家事法庭根据当事人的申请,签发了厦门市第一份人身安全保护令并得到了有效执行,有力地保护了家暴受害者。【6】

4. 建立外地未成年被告人监管机制,解决外地未成年人监管难

为切实解决司法实践中遇到的居住在海沧的外地户籍未成年犯因监管帮教难而导致的缓刑适用率低的问题,海沧法院与海沧区司法局会签了《外地户籍未成年罪犯监管帮教工作规范(试行)》,把外地户籍的未成年缓刑人员纳入社区矫正范围,建立判后探视抚养档案,对外地户籍未成年犯进行监管帮教。如家事法庭成功帮助被判缓刑的外地户籍未成年犯张某联系到接受单位,最终使张某成为首个外地户籍在本地接受监管帮教的未成年犯。【7】

5. 建立专家顾问团机制。

聘请高校及社团组织的婚姻家庭法专家、审判实务领域对家事法有丰富经验的法官、律师担任家事法庭的专家顾问,并建立定期交流沟通联席会议,更好的探索家事纠纷的法律适用。

6. 探索建立“轮流抚养”机制。

在双方抚养条件相当且都要求抚养孩子的情况下如何确定抚养权的归属是审判实践中的难题。考虑到传统的将孩子抚养权判归一方的做法会引发诸如探望权纠纷以及抚养费纠纷等一系列后续矛盾纠纷,难以调和,家事法庭在婚姻法和民事诉讼法基础上为妥善解决孩子抚养权争议做出新的尝试,即判决父母双方“轮流抚养”,希望可以弥补孩子成长过程中缺乏父爱或者母爱的缺陷,有利于孩子与双方建立较好的亲子关系,孩子既可以享受到母爱,也

能感受到充分的父爱，有利于孩子心理的健康成长和良好性格的养成。

（四）探索家事审判特色做法

1. 树立家事审判四大原则

一是调解贯穿原则。将调解工作置于审判的全过程，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、化解恩怨、恢复亲情，重建和谐家庭关系。二是不公开审理原则。坚持不公开审理原则，保护当事人尤其是未成年人的个人隐私和身心健康。三是维护家庭成员关系改善与和好原则。家庭、婚姻关系的稳定，是社会和谐发展的基础，因此应尽可能地引导和帮助当事人修补、改善原有的家庭、婚姻关系，尽可能地维护家庭及婚姻关系的稳定。四是保护弱势家庭成员利益原则。认真落实《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》，注重保护妇女、儿童、老人等弱势家庭成员的利益。

2. 从细微处着手，处处用心改善婚姻家庭关系

审前发放劝和歌、致夫妻书、致父母书，庭前通过调查问卷的方式从感情基础、婚后生活、经济状况、家庭关系、子女抚养等各方面了解当事人情况及诉讼预期，庭审时播放婚姻家庭的暖心小故事，庭后组织家庭式调解等。家事法庭的这些用心小做法，处处打动着当事人，方便家事法官迅速找到调解突破口，理清家庭矛盾脉络，改善家庭成员关系，消解家庭矛盾。

3. 关注社会热点事件，引导正确司法舆论导向

通过对社会热点事件的特别处置，体现家事法庭的人文关怀，同时引导正确的司法舆论导向。如轰动一时的“奇迹宝宝”赵平安案【8】，从组织双方协商赔偿事宜到开庭审理肇事司机交通肇事案，家事法庭的法官一直通过各种渠道积极号召社会爱心人士为小平安奉献温暖和爱心，并把化解双方的仇怨作为工作的重点，两个家庭在家事法庭法官们的努力下终于搭建起了一座爱心桥梁。

4. 延伸家事审判新服务

家事法庭注重将法律权威的“刚性”与法官情怀的“柔性”相结合，以法官的“亲和桥梁”来消弭当事人之间的隔阂，将服务触角延伸到庭前判后。如家事法庭独创“三全”调解法，将调解贯穿于家事纠纷审理始终，且全员（法官、书记员、特邀调解员、陪审员、妇联干部、家事调查员等全员参与）、全程（庭前、庭中、庭后，调解贯穿审判全过程）、全方位（将调解工作延伸至未成年犯罪审理及家事案件执行领域）参与。采用灵活的诉讼程序，电子法庭、夜间法庭、周末法庭、上门庭审，全面为当事人提供诉讼便利服务。【9】开展爱心志愿服务，为经济困难的妇女及未成年人提供法律援助。建立家事审判工作QQ群，进行多种形式的判后回访。积极关注社会热点事件，引导健康向上的司法导向，充分延伸诉讼服务触角。

（五）创新家事审判的成效

海沧法院家事法庭的专业化审判及特色工作机制给当事人带来了实实在在的好处，赢得了当事人及其代理人的赞许。家事法庭从试运行到2014年11月，民事案件总调撤率为68%，无一改判，无一信访投诉，真正做到了案结事了人和。家事法庭审理的未成年人犯罪案件中，一些未成年犯判后与法官保持着持续的通信往来，在法官的教育和帮助下积极改造。

2014年7月23日，最高人民法院院长周强在视察家事法庭时作出重要指示：海沧法院家事法庭“很有特点，促进亲情”；“对家庭稳定、社会和谐发挥了很好的作用”；海沧法院家事法庭“做得很好，要总结工作经验及时呈报推广”。此外，全国妇联党组书记宋秀岩、最高人民法院政治部主任徐家新、省高院院长马新岚、省妇联主席吴洪芹、省高院副院长谢开红、海沧区委书记郑云峰、市中院院长陈国猛等均莅临海沧法院家事法庭调研和指导工作，充分肯定了海沧法院在创新家事审判机制、维护当事人权益方面的积极贡献。《中国妇女报》、《人民法院报》、《福建日报》等多家媒体对海沧法院创新家事审判机制的先进做法和良好效果进行专题报道，社会反响良好。【10】

三、困境：家事法庭审判实践中的难点与障碍

海沧法院家事法庭运行一年多来，虽然取得了较好的法律效果和社会效果，也在家事审判实践领域探索出了一些新经验，但也遇到一些难点和障碍。

（一）立法层面

1. 家事诉讼程序立法的不健全造成司法实践操作的障碍

我国的婚姻家庭制度先于民事诉讼制度建立（最早一部《婚姻法》颁布于1950年），但由于长期重实体、轻程

序观念的影响，我国有关婚姻家庭的实体法律制度虽然不断健全完善，家事诉讼程序的立法却一直停滞不前，不仅从未有过家事诉讼程序单独立法的动议，即使是在民事诉讼程序中，有关家事的条款也少之又少，且分散于各个章节。最常见的家事诉讼的一些基本程序制度，还是规定在婚姻法、继承法、收养法等实体亲属法中。这种做法一定程度上填补了家事案件程序缺失的空白，且在审判实践中，法院也对离婚案件等涉及身份关系的纠纷进行了某种程度上特别的审理和裁判，并逐步形成了一些较为特殊的审理方式和审理理念，如调解优先、强化家事案件职权主义色彩、不作为反诉但合并处理等。但在立法层面上，这种在实体法中规定相关程序的制度设计不仅不适应我国实体法、程序法两分的状况，而且会导致程序规定的不完备、不系统及整体逻辑性缺乏，给司法实践带来诸多困惑。

另外，普通民事案件所采用的证据规则适用于家事审判，也使得实践中经常出现两种情况，给审判带来不小的困扰：一是家暴的举证、认定难。家暴的认定要求采用暴力手段的伤害且要有一定的身体、精神上的伤害后果，但受暴方往往处于弱势，举证能力非常有限。受暴方举证的照片、病历等也往往因为欠缺关联性而不被采纳，导致很难认定家暴。实践中，海沧法院家事法庭受理的当事人提出存在家暴的案件较多，但最终被认定构成家暴的屈指可数。二是夫妻共同财产举证难。民事纠纷一般适用“谁主张、谁举证”，但婚姻中处于弱势的一方当事人因为往往对夫妻共同财产缺乏了解或掌控，在离婚时一般很难举证对方的财产，在分割夫妻共同财产时处于被动的地位。

2. 家事非诉程序的缺失造成非诉案件的法律适用缺乏依据

有一些事件虽没有讼争性，当事人及利害关系人也无权自由处分，但其与家庭利益密切相关，对该部分家事非诉程序也应立法予以规定，但因我国没有专门的家事程序法，宣告死亡、宣告失踪、失踪人财产管理、认定无主财产等这类案件在民事诉讼中以特别程序的形式进行规定，既不全面，也在适用上与婚姻家庭法体系缺乏逻辑统一性。如《婚姻法》司法解释（三）第8条规定：“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；……”，这里的特别程序是何种程序？现行《民事诉讼法》的特别程序条款并未涉及该种程序。近一年来，家事法庭受理的几起精神病人的离婚案件，就涉及到依照特别程序变更监护人及如何指定监护人的问题，因无法可依，法官处理起来困惑不小。再如婚姻效力的问题，《婚姻法》司法解释（一）第9条第1款规定：“……有关婚姻效力的判决一经作出即发生法律效力……”，该条款规定的是一审终审还是特别程序？也没有明确规定。

（二）实践层面

1. 家事案件的内涵和外延缺乏科学合理界定

家事法庭应受理何种类型的家事案件才能更好的承载家事诉讼的核心价值和他精神，也是需要考量及正在摸索的问题，但因家事案件的内涵和外延缺乏科学合理的界定，这个问题目前尚无定论。关于该点，各试点法院的实践存在差异。如有的法院将民事案由为婚姻家庭及继承项下某些类案由的民事纠纷列入审理范围，有的则明确规定包括以亲属身份或身份关系为诉讼对象的身份关系案件及亲属身份为媒介或基于身份关系而发生的财产案件。【11】海沧法院家事法庭在设立之初，将民事案由为婚姻家庭及继承项下全部案由的民事纠纷纳入审理范围，后鉴于未成年人权益与家庭、社会息息相关，又将未成年人犯罪纳入家事法庭的收案范围。从实际效果讲，这种做法有利于立案部门处理分案，归口管理也相对明确，但是否确实更适应家事案件的特殊性及并行解决的必要性和可行性需要还有待实践验证。另外，犯罪的未成年人纳入家事法庭保护的對象，那是否还应将涉及未成年人的其他民事纠纷（非婚姻家庭、继承纠纷的案由）纳入收案范围，这种情形下如何将家事法庭与少年法庭的职能定位作科学合理的区分等，都尚待商榷。

2. 法院依职权调查取证的力度尚难以准确把握

家事裁判一般要增强法院调查取证的力度，不再单纯依赖当事人的举证。突破传统民事纠纷中的“谁主张、谁举证”原则，对弱势或者诉讼能力较差一方的利益保护显然更有利。但法院应在哪些方面依职权调查取证、在何种程度上突破一般民事案件由当事人提供证据的规则，确实是一大难题。一方面不能将证据规则的适用完全排除，但另一方面如果囿于举证期限、举证责任分配，可能确实对某些当事人不公平。

3. 家事案件的执行难影响裁判权威引发缠讼缠访

家事案件的执行主要包括离婚财产分割、赡养费、抚养费、抚育费、探视权、交出子女、遗产继承等几类情形。家事案件的执行，并不仅仅是简单强调某项财产或利益，它还需要顾及及相关当事人的情感和将来良好关系的维持等等，它与家庭的和睦幸福、社会的和谐稳定紧密相连。如果这类案件经常性地得不到尊重和有效执行，不仅影响裁

判权威，还易引发恶性的治安事件或刑事案件。如有的当事人因对夫妻共同财产分割不服，屡次上访、信访；有的当事人因子女探视问题到法院大闹，不仅造成恶劣的社会影响，还使得法官不得不浪费大量时间和精力应付无理取闹的当事人。

4. 家庭矛盾预防机制缺失导致家事纠纷化解难度大

受中国传统的“法不入家门”的思想影响，闹到法院的一般都是双方争议很大、矛盾已经升级到一定程度的案件。从家事法官的视角看，某些家庭矛盾其实可以通过其产生初期的家庭教育、心理疏导或家庭调解等工作予以化解，但双方当事人往往囿于面子或考虑个人隐私，没有在萌芽状态将问题解决，等矛盾到了激烈的程度时解决不了，才诉诸法院。就是说，家庭矛盾的预防机制在家事审判中应该占据重要的位置，如果一个家庭总是处于矛盾之中，不仅当事人心情压抑可能产生极端心理甚或引发家庭恶性事件，对其他家庭成员尤其是未成年人子女的心理健康成长也会造成及其恶劣的影响。【12】但从实践来看，一方面，家事法官们时间、精力有限；另一方面，掌握辖区内风险家庭的具体情况，还需要基层村居的协助和配合。只要家庭矛盾预防机制还未建立，案件一旦进入家事审判程序，这些纠纷的化解难度依然会很大。

5. 家事审判的长效协作机制尚不畅通导致法院工作举步维艰

家事纠纷的化解是一项社会性很强的工作，家事审判除承担司法职能外，还承担一定的社会职能。但每一项社会职能的具体实现，并非法院一家之力能完成，在目前体制下，必须要借助于包括社区、妇联、检察、公安、民政等在内相关组织和行政机关的力量，建立统一的长效协作机制。但从实践来看，一是缺乏行之有效的统一操作规范，与某一单位的联合发文、制订实施意见等只能解决双方互向的问题；二是缺乏更高级别的机构进行统筹，也缺乏经费保障，这一机制远未建立或即使建立也不畅通。在行政机关和政府职能部门之间的职能分配呈条块分割的状态下，家事审判的长效协作机制无法可依，仅靠在个案中争取相关部门的支持与配合，无法解决上述家事审判整体社会参与度不高、协作机制不完善的问题。如针对家庭暴力案件中“人身安全保护令”的执行，虽然公检法三家有联合发文，但基层民警因为案件多压力大，参与的热度不高，导致人身安全保护裁定的执行存在一定的障碍。再如虽然发现父母应被剥夺监护权的情况，如果民政部门不同意救助，考虑到孩子的去向问题，法院往往不会考虑实际剥夺父母的监护权。

6. 家事法官综合素质与家事纠纷解决的目标要求尚有差距

家事审判的主旨并非仅限于是非判断和定分止争，还应着力于家庭关系的修复和家庭成员之间感情的弥合，更重要的是调整人际关系，使当事人回到生活常态。这就要求家事法官不仅要具备较强的专业素质，在生活阅历、日常经验等方面有较为丰富的经验，还要心理素质好、承受能力强并具备一定的心理咨询、疏导、治疗等能力。但从家事法庭的现状看，家事法官离上述要求尚有一定的差距。

7. 普通的业绩考核标准体系不适用于家事法官

基层法院对于一线办案法官有一套考核体系，其中结案数、结案周期等都是重要的衡量指标。但对家事法庭的法官来讲，虽然家事案件在数量上比其他类民事案件要少，但审判外的工作远非其他类民事案件可比。【13】这样一来，原来的考核体系显然不适用于家事法官，应如何考评家事法官的业绩，能否从审判管理的角度来提升法官工作质效，是整个法院系统必须要解决的问题。

四、路径：家事审判完善和改进的建议及对策

（一）制定《家事程序法》，破解家事程序无据可依的难题

以身份关系为核心的家事纠纷不仅涉及当事人之私益，更涉及社会公益，影响第三人之利害关系。一旦发生身份关系之纠纷，民事诉讼法不能不顾及诉讼影响之全面问题，从而对于身份关系之诉讼，遂采实体现实主义、职权主义、职权探知主义、裁判绝对效力原则为诉讼原理。【14】即便是在将婚姻看作契约的英美法国家，同样注重婚姻家庭关系的特殊性和公益性。美国联邦最高法院早在1888年就指出，婚姻契约与其他契约不同，其他契约在当事人意思表示一致时可以变更，甚至完全撤销，而婚姻契约则不可以。【15】正是家事程序的特殊性，决定了我国应制定符合家事审判司法实践的《家事程序法》，破解家事程序无据可依的难题。家事纠纷所包含的利益诉求的多元化必然要求程序设计的多元化，因此在制定《家事程序法》时，应考虑根据家事案件的类型，构建包含家事诉讼程序、家事非诉程序、家事调解程序、家事执行程序在内的家事程序系统。具体可以参考日本的做法和台湾地区的《家事事件法》。日本就家事案件的解决先后制定了人事诉讼程序法【16】、家事审判法、非讼案件程序法。台湾地

区将婚姻关系、亲子关系特别规定于人事诉讼程序，并列于民事诉讼法的第九章，其于 2011 年通过的《家事事件法》将前述民事诉讼法中的人事诉讼程序部分、家事非讼程序及家事调解程序合并立法，并将现行之撤销死亡宣告、监护或辅助宣告事件，从诉讼改为非讼事件，并增设履行确保及执行编，以期能更妥适、迅速、统合处理家事纷争及其他相关家事事件，并兼顾子女最佳利益及家庭和谐。台湾地区《家事事件法》第 3 条依各事件类型的讼争强弱程度、当事人或利害关系人对程序标的所享有的处分权限范围及需求法院职权裁量以迅速裁判速度等的不同，将性质相近的事件类型分为五类的做法，无疑对我国家事诉讼程序及非讼程序的划分及各类程序处理的标准提供了有益的参考和借鉴。

（二）科学界定家事法庭的受案范围

家事法庭应审理家事事件引起的家事案件。对于选择何种家事事件作为家事案件，因各国法院制度的沿革以及各国基本国情不同而不同。但大致上包括：一是包罗式，即将以婚姻关系事件和亲子关系事件为核心的所有家事事项都包括在内，二是将婚姻关系事件、亲子关系事件和监护关系事件三种事件作为家事事件，其他纳入普通民事诉讼程序范畴；三是仅仅将婚姻事件作为家事事件来处理。对于未成年人犯罪纳入家事法庭的情况，近可在日本家事裁判中所见，但日本不仅将犯罪的未成年人列为保护对象，还将那些尽管未满 14 周岁但已经触犯刑法的和将来有犯罪可能的未成年人也作为保护的对象。【17】我国宜借鉴日本的规定，将家事法庭的受案范围作扩大化的解释，并将家事案件的概念开放化，以适应时代发展导致的家事事件的范围扩展和类型多样的需求。

（三）总结符合家事审判特点的新规律新方法并形成成熟制度

1. 对家事纠纷的举证责任重新分配

家事案件的证据主张以及证据的收集等与普通的案件相比，有自己明显的特色，完全套用一般的“谁主张谁举证”原则显然不能完全适应大多数家事纠纷案件的审理。如何合理的划分双方的举证责任，在家事纠纷案件处理中具有重要意义，这不仅涉及纠纷的有效处理，还涉及弱势群体利益的保护。针对某些类型案件，家事纠纷的举证责任应重新分配。如针对家庭暴力连续性、隐蔽性的特点，应采取合理的举证责任分配原则，减轻受害人的举证责任，加大施暴者的举证责任。【18】

2. 建立家庭暴力的认定及证据固定规则

针对家暴举证难、认定难的问题，确立固定家暴证据的规则。规定公安机关、妇联、人民法院是家暴证据固定的主体，在报警或投诉后，应及时到场处置并建立家庭暴力档案，及时做好相关证据的固定工作。明确可以认定为家暴的证据类型包括伤情照片、诊疗材料、报警证明、证人证言、社会机构的相关记录或证明、加害人保证书、带有恐吓、威胁、骚扰等内容的电话录音、信件、手机短信、网络聊天记录等。

3. 在当事人举证的基础上，加强法院依职权调查取证的力度

法院应根据具体情况，把握依职权调取证据范围和程度。只要是裁判涉及到的事实真相，法院都可依职权调取。应明确当事人与相关人员有协助提供基础材料或线索的义务，以方便法院进一步的调查。若当事人实际上能够提供但拒不提供资料或线索协助法院调查核实相关事实，应承担不利的后果。另外，还可设置具备社工、教育、心理、辅导等多学科专业学识技能的人士担任家事调查员，就特定事项调查提供意见，协助查明事实。

4. 建立夫妻共同财产申报制度

针对婚姻中处于弱势的一方当事人对夫妻共同财产缺乏了解或掌控、在离婚时一般很难举证对方财产的情况，法院在审判实践中应建立夫妻共同财产申报制度。在分割夫妻共同财产时，要求双方对共同财产进行申报，告知其隐匿或转移财产的后果，并在审理中一定程度上对弱势当事人的举证期限做适当宽延。审判过程中，一旦一方存在隐匿、转移、恶意处分夫妻共同财产的情形，则无权要求分割该部分共同财产。

5. 处分原则的限制使用

一般情况下，当事人或利害关系人对讼争的标的有处分权限，但鉴于家事案件以身份关系为核心的特殊性，当事人的处分可能涉及社会公益，因此某些类型的案件应限制当事人的处分权。如确认婚姻效力、确认亲子关系、确认收养关系的案件。

（四）加强未成年人保护机制的构建

继续巩固外地户籍未成年犯监管机制。进一步加强对未成年人监护案件的审理工作，贯彻国家监护制度。充分利用家事调查员机制，委托家事调查员对未成年人的生存状况进行调查。

引入心理疏导机制，组织具有国家心理咨询师执业资格的专业人员参与诉讼，为未成年人和当事人提供心理辅导和干预服务。

切实关注未成年罪犯身心健康成长，为未成年缓刑犯购买人身意外伤害险和重大疾病险等保险，用最小的经济成本实现最大保障，减少发生意外时的风险。

为每一位顺利度过缓刑考验期的未成年罪犯开办庆祝“新生”会，为同在缓刑考验期的其他未成年人提供正面引导和教育，鼓励和督促其好好改造、树立信心，走好以后的人生道路。

（五）联合基层村居建立家庭矛盾的预防机制

一是由村居对辖区内家庭的基本情况摸底调查，对可能存在较大矛盾的家庭进行针对性跟踪指导，法院可提供婚姻家庭方面的正面宣传、引导和教育或者委托专门的心理机构对潜在当事人进行心理咨询或疏导；二是通过重点关注未成年人的成长来预防和化解家庭矛盾。法院可根据未成年人的心理特点，强化未成年人与家庭矛盾纠纷解决的疏通机制，通过关注未成年人成长使家庭稳定和谐，顺畅家庭关系。如建立未成年人抚养探视档案、对夫妻进行“未成年人利益最大化”的强制家庭教育、加大对未成年罪犯的回访并关注其心理修复等。三是借助无讼社区，强化基层村居的调解功能，可依托基层村居，组建由婚姻家庭调解员、心理咨询师、律师、法官等专业人员组成的集婚姻调解、心理疏导、法律帮助为一体的调解队伍，尽量将家庭矛盾化解在基层。

（六）加强家事审判的长效协作机制

作为一项社会性很强的工作，家事审判当然需要各部门的协调配合。为解决法院“一枝独秀”的维艰局面，建议由政法委牵头协调各相关部门通过联席会议的方式加强家事审判的长效协作机制，集聚合力共同承担社会职责。一方面，加强与妇联、社区、人民调解组织的密切联系配合，强化沟通协调，建立诉调对接的工作机制；加强与妇联、学校、民政等组织机构的联动，维护妇女、儿童和老人的人身权、财产权，建立健全家暴预防惩治、司法救助、社会帮扶等配套措施；加强与公安、检察等机关的协调配合，反对家庭暴力，共建和谐婚姻家庭关系。另一方面，联合上述组织机构，就共同协作中出现的问题或家事纠纷调处中凸显出的新问题及时形成解决意见，妥善处理。

（七）多管齐下破解家事纠纷执行难

家事案件的执行难主要体现在离婚财产分割、“三费”（赡养费、抚养费、抚育费）的支付、探视权的执行等情形中。针对涉及金钱交付的执行内容，我国可借鉴日本的“履行确保制度”，在对当事人进行履行劝告后，责令其有限定期限履行，如双方见面履行可能产生冲突则将金钱付至他处并转交对方当事人。针对“三费”等家庭中生活费债权的实现，可借鉴法国的“特殊程序”制度，主要包括生活费直接支付程序、公法途径收取生活费的程序、家庭维持补助费与通过家庭补助金管理处收取生活费（先行给付后通过代位权再向生活费给付人求偿）的程序。针对探视权的执行可采取特别的举措，包括扩大协助执行义务人的范围至被执行人本人、与未成年子女实际生活在一起的近亲属以及未成年子女就读的幼儿园、学校等；规定恶意阻碍探视可成为变更抚养关系的法定事由，如果与未成年子女共同生活一方屡次拒绝对方探望子女，情节严重，则对方可以向法院提起诉讼，要求变更子女抚养关系，法院应当予以支持；建立精神损害赔偿制度。探视权是不直接抚养子女一方的人身权利，如果抚养人故意设置探视障碍，使得探视权人见不到子女，遭受精神痛苦，探视权人可以要求精神损害赔偿，一方面补偿探视权人不能行使探视权所受到的伤害，另一方面也可约束抚养人履行协助义务。

（八）着力提升家事法官的家事纠纷综合解决能力

一是注意提高家事审判能力，掌握沟通、心理疏导、调解等各方面的技能，帮助当事人理清矛盾脉络，对家庭关系进行反思并通过修正自己的行为模式改善家庭成员之间的关系。二是对注意对同类案件及时梳理并总结审判规律，有利于及时发现问题并寻求可普适的纠纷解决办法。三是重点关注当事人心理及心理状态的变化，尤其是对当事人的反社会、反家庭等极端心理，要注意及时介入和疏导，避免当事人滋生不正常情绪导致不良事件。

（九）建立适合家事法官的科学考评体系

改变单纯以收结案数评判法官业绩的做法，从审判管理角度建立适合家事法官的科学考评体系。一方面要考虑收结案等基础数据，另一方面可以考虑从以下几点出发作为评测的标准：一是家事纠纷的调撤率，考虑到婚姻家庭纠纷的鲜明道德性和伦理性，调解应当是审理婚姻家庭纠纷的首选方法，相应的家事纠纷的调撤率也应当作为重要的衡量指标，以此推动强化诉讼调解，调解优先、调判结合。二是审理案件的上诉服判情况，通过对判后释法答疑和劝导教育工作的强化，消解潜在矛盾。三是判后的随机回访调查，通过当事人的直观感受反映法官的工作情况。

四是当事人的满意度，每个案件制作当事人满意度调查表，根据法官的工作情况分项列举，由当事人在结案后进行填写。对当事人不满意的项目及不满意的理由应给予明确的说明。

结语

家事无小事。海沧法院家事审判试运行至今已一年多的历程。家事法庭努力创新工作思路，持续重点关注家庭矛盾的预防和化解、家庭成员之间的关系修复和弱势群体利益的保护，在创新机制、延伸服务、特色做法等方面积极探索新路子，取得了一定的成绩，也积累了一些经验。海沧法院家事法庭将以此为契机，继续推进创新工作的纵深开展，继续深入实践和总结如何进一步推进家事审判良性运作和长效发展的方法，为家事审判的专业化进程提供借鉴和参考！

注释：

课题指导：李加胜（厦门市海沧区人民法院副院长）；课题负责人：郭静（厦门市海沧区人民法院家事法庭庭长）；课题组成员：刘亚帆（厦门市海沧区人民法院法官）、李馨（厦门市海沧区人民法院书记员）、郭碧娥（厦门市海沧区人民法院法官）、王思思（厦门市海沧区人民法院法官）；报告执笔人：刘亚帆。

【1】蒋月：《家事审判制：家事诉讼程序与家事法庭》，载《甘肃政法学院学报》2008年第1期。

【2】如厦门市2014年出台《市妇联关于开展新时期家庭工作的实施意见》，要求各级各部门把新时期家庭工作摆上重要位置，重点实施好四大（家庭美德、家庭教育、家庭关爱、家庭服务）工程十项行动，不断推动新时期家庭工作持续健康发展。

【3】该表中的其他纠纷包括婚姻家庭纠纷、婚约财产纠纷、收养关系纠纷、抚养关系纠纷、监护权纠纷。

【4】如海沧法院家事法庭2014年审理的（2014）海刑初字第376号“未婚妈妈杀婴案”引发社会普遍关注。被告人宋某某与异性发生性关系后，将自己产下的男婴用水果刀捅刺致死。长达十个月的孕期内没有人发现宋某某怀孕，宋某某本人未向任何亲人及朋友求助，也不知该向何人求助，直到孩子生出来后，其恐惧、害怕的心理导致了悲剧的发生。参见郭睿：《刀捅初生子，抛尸水塘中，少女妈妈：“我就是怕了”》，载《厦门日报》2014年9月27日第A08版；陈捷：《18岁的她竟把亲生婴儿杀了》，载《海峡导报》2014年8月27日第16版；陈捷：《杀婴妈妈 该不该轻判》，载《海峡导报》2014年9月6日末版。

【5】在启用家事调查员制度的案件中，海沧法院基本都采纳了家事调查员的意见。如在（2014）海民初字第2152号温某诉颜某离婚纠纷案中，根据家事调查员的意见，海沧法院有针对性地对该案展开了调解，最终双方调解达成一致由女方颜某抚养婚生女。

【6】参见（2014）海民初字第2900号宋某诉钟某离婚纠纷案民事裁定书。媒体也进行了相应的报道，如陈捷：《厦法院发出首份“家暴禁止令”》载《海峡导报》2014年9月25日第12版；陈捷：《老公不再家暴夫妻和平分手》，载《海峡导报》2014年10月23日第18版。

【7】参见（2014）海刑初字第196号张某开设赌场罪案民事判决书。被告人张某因受雇为他人看管“老虎机”而入罪，考虑到张某犯罪时未满十八周岁、主观恶性较小、归案后自愿认罪，承办法官认为应对张某适用缓刑。但张某老家的司法局不同意对其进行监管，因张某尚未在厦门市海沧区办理暂住证，也不符合在海沧接受社区矫正的监管帮教条件。审理该案的法官根据海沧法院与海沧区司法局会签的对外地户籍未成年罪犯监管帮教的工作规范，多次与区司法局和用人单位协商，最终使张某成为首个外地户籍在本地接受监管帮教的未成年犯。

【8】参见（2014）海刑初字第294号郭某交通肇事案民事判决书。2014年3月18日，厦门市海沧区马青路角嵩路路口发生了一起两死一伤的重大交通事故。“奇迹宝宝”赵平安在事故发生瞬间被挤压出母体并摔落到路边，却奇迹般存活下来，但其父母在事故中不幸双双遇难。赵平安父母的民事赔偿案件及肇事司机犯交通肇事罪的刑事案件均在海沧法院审理。

【9】关于上门庭审的报道，参见郭桂花：《妻子偏瘫卧床 丈夫要求离婚》，载《厦门日报》2014年3月31日第A11版。林先生和吴女士结婚七年，婚后林先生就被公司派到外地工作，夫妻二人聚少离多。后来吴女士脑膜瘤病发，脑瘤扩大，手术后出现偏瘫，一直在家卧床，无法正常上班。家事法庭法官考虑到女方的身体状况，决定上门庭审，餐桌变成了审判席。审理过程中，法官不仅多方调查了解事实，还深入细致地了解当事人内心世界及实际生活状况，同时启动婚姻心理辅导机制，又“拉来”了民政部门和残联共同参与，为当事人切实解决困难作了许多努力，最终促使案件成功调解结案。

【10】相关报道可参见安海涛：《厦门海沧规范家事调查员制度》，载《人民法院报》2014年3月21日第4版；安海涛：《厦门海沧法院创新监管帮教机制》，载《人民法院报》2014年9月27日第4版；吴军华：《让家事审判充满人情味》，载《中国妇女报》2014年4月30日第A3版；谢婷：《法官善断家务事 真情服务促和谐》，载《福建日报》2014年5月16日第9版；谢桂花：《全省首个综合性家事法庭落户海沧 四名女法官专管家务事》，载《厦门日报》2014年3月29日第A06版；吴俊鸿：《海沧法院家事法庭 法官巧断“家务事”》，载《厦门日报》2014年8月15日第A08版；郭睿：《法官善断家事 微信直播庭审》，载《厦门日报》2014年8月29日第B10版；黄秋云：《厦门海沧法院成立全省首个综合性家事法庭》，载《法制今报》2014年4月1日第2版；黄秋云：《家事审判就该有“钱”味》，载《法制今报》2014年9月12日第2版；陈捷：《海沧设立全省首个综合性家事法庭》，http://xm.fisen.com/2014-03/29/content_13781079.htm，下载日期：2014年11月8日；张志滨、曾晨晖：《海沧成立福建省首个“家事法庭” 将推“反家暴联盟”》，<http://fj.people.com.cn/xm/n/2014/040/c356120-20908404.html>，下载日期：2014年11月8日。

【11】如广东省高级人民法院《家事审判合议庭操作指引》第7条规定：“家事审判合议庭（含独任庭）主要受理下列案件：（1）离婚纠纷；（2）婚姻无效纠纷；（3）撤销婚姻纠纷；（4）家庭成员间损害赔偿纠纷；（5）抚养、扶养、赡养纠纷；（6）监护权、探望权纠纷；（7）同居关系析产、子女抚养纠纷；（8）收养关系纠纷；（9）确认亲子关系纠纷；（10）分家析产纠纷；（11）离婚后财产纠纷；（12）法定继承纠纷；（13）遗嘱继承纠纷。”江苏省徐州市贾汪区人民法院家事审判庭受理的案件范围包括：1. 身份关系案件：（1）婚姻案件：婚姻无效之诉、撤销婚姻之诉、确认婚姻成立或不成立之诉、离婚之诉、离婚无效之诉、夫妻同居（别居）之诉等；（2）亲子案件：否认子女之诉、认领子女无效或撤销认领之诉、确认或者宣告停止亲权、监护权或撤销宣告之诉等；（3）收养案件：收养无效之诉、撤销收养之诉、确认收养关系成立或者不成立之诉、终止收养关系之诉等。2. 身份财产案件：抚育、赡养、抚养、遗赠抚养、遗产继承、家庭或者婚姻关系析产、亲属之间侵权赔偿等民事财产争议之诉。

【12】在此意义上，家事法庭提出，涉及未成年子女的离婚纠纷应对父母进行“未成年人利益最大化”的强制教育。

【13】如离婚案件的感情修复，可能要深入交谈多次才能帮当事人找到并明白婚姻中问题所在，有时甚至要借助于心理咨询师才能发现问题并着手行动改善夫妻关系。

【14】陈宗荣、林庆苗：《民事诉讼法》，三民书局1996年版，第936页。

【15】夏吟兰：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社1999年版，第17页。

【16】一般认为，人事诉讼程序是指为处理关于婚姻事件、亲子关系事件、禁治产事件及死亡宣告事件等有关基本身份关系及能力关系的民事诉讼程序。

【17】冷罗生：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社2003年版，第85、89页。

【18】陈敏：《涉家庭暴力案件审理技能》，人民法院出版社2013年版，第79页。

执行案件中夫妻关系存续期间的债务性质认定

2017-01-06 民事审判参考 石东洋 张波

来源：北大法律信息网

执行实践中，往往出现执行依据未对夫妻一方对外所负债务的性质进行认定，只确定夫妻一方应向债权人履行一定的金钱义务，而在该类案件的执行过程中，当被执行人不能履行或不能全部履行债务时，申请执行人提出确认债务性质为共同债务，并追加未涉诉配偶（包括已经解除夫妻关系的配偶）承担夫妻关系存续期间的共同债务的情形。对此情形的处理需要合法合理，因为它不仅关系到申请执行人的利益，还关系到夫妻间无负债方的个人利益。

一、执行依据未明确夫妻关系存续期间的债务性质

（一）夫妻一方为借款人的配偶责任的认定

1. 夫妻共同债务认定。根据最高人民法院《关于婚姻法的司法解释（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”。夫妻婚姻关系存续期间夫对财产的共有是共同共有，此种共有条件下，夫妻双方对财产不存在权属份额，夫妻双方对财产都享有平等处分权。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，即认为是夫妻共同债务，而夫妻一方以个人名义所负债务主张权利，夫妻一方负有证明债权人与债务人明确约定为个人债务或属于婚姻法第十九条第三款规定情形的举

证责任。最高人民法院观点：“如果债务发生在夫妻婚姻关系存续期间，配偶不能证明非夫妻共同债务的，可以推定为夫妻共同债务，并可以直接执行夫妻共同财产、配偶（包括已经离婚的原配偶）的个人财产。配偶有异议的可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定进行救济。”[1]即，配偶不能证明婚姻关系存续期间的借款为夫妻另一方的个人债务的可以推定该笔借款系夫妻共同债务。执行机构在执行夫妻共同债务时，无需追加其配偶为被执行人，可直接对其财产采取执行措施。配偶对执行标的有异议的可以案外人的身份向执行法院提出书面异议申请。

2. 个人债务认定。发生在夫妻关系存续期间的下列债务，执行机构在案外人异议审查时可认定为个人债务：（1）夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于《中华人民共和国婚姻法》第十九条第三款规定情形的；（2）夫妻一方擅自举债资助与其没有赡养、抚养、扶养义务人所产生的债务；（3）夫妻一方因继承或者受赠归其个人所有的财产过程中所产生的债务；（4）夫妻一方管理个人财产所产生的债务；（5）夫妻一方擅自对外担保且另一方未因担保行为获益所产生的债务；（6）夫妻一方因刑事犯罪被判处的财产刑部分；（7）夫妻一方因赌博、吸贩毒等违法犯罪行为所产生的债务；（8）为支付夫妻之间诉讼而产生的诉讼费用所产生的债务；（9）法律、行政法规和司法解释规定的其他个人债务。[2]

（二）夫妻一方为借款担保人的配偶责任的认定

1. 个人债务认定。担保是以一定民事主体的资信为他人的债务提供担保，其法律目的是促使债务人履行其债务，保障债权人的债权能够顺利实现。而夫和妻在法律上具有独立人格，能够以其独立的人格从事与婚姻无关的活动，夫妻一方对外担保，夫和妻的信用并不存在必然连带关系。因此，夫妻一方担保之债的性质原则上应认定为个人债务。如债权人就一方所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，债权人负有证明所负债务的发生系夫妻双方合意所致或该笔债务用于婚后家庭共同生活的举证责任。

2. 个人债务的执行。对个人债务的执行，执行实践中通常出现以下三种可执行的财产：（1）直接由被执行人占有或登记在其名下的财产。根据动产占有、不动产登记判断所有权归属的基本原则，可直接视为被执行人的个人财产，采取查封、扣押、冻结等控制性措施。（2）由被执行人与其配偶共同占有或登记在其名义下的共同财产。其财产权利状况为共同所有，其中包括被执行人应有的份额。根据《民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条的规定，可以采取查封、扣押、冻结等控制措施并通知被执行人配偶。被执行人在共同财产中所享有的份额由申请执行人与被执行人配偶间协商；协商不成的，由被执行人配偶提起析产诉讼或申请执行人代位提起析产诉讼确定。财产份额确定后，应对属于被执行人配偶份额裁定解除控制性措施。（3）属于被执行人夫妻共同财产，但被执行人配偶单独占有或登记在其名下。虽然被执行人配偶单独占有或登记在其名义下的财产视为个人财产，但根据婚姻法关于婚姻存续期间所得的财产为夫妻共同所有的法律原则，在申请执行人提供证据证明该财产是在被执行人婚姻关系存续期间所得的情况下，执行中可以采取查封、扣押、冻结等控制性措施。但执行机构已查明该财产为其他生效法律文书确定归被执行人配偶所有的除外。执行机构对被执行人配偶单独占有或登记在其名下的财产采取查封、扣押、冻结等控制性措施的，应当同时通知被执行人配偶并告知其自被告知之日起15日内可以提出执行异议。被执行人配偶未提出执行异议的，执行机构可依法处分被执行人在该财产中所享有的份额。[3]

二、借款发生后夫妻解除婚姻关系，原配偶责任的认定

执行依据认定借款是夫妻共同债务，但是在执行过程中会发现借款后夫妻自愿离婚，约定共同财产由一人取得，共同债务由一人承担的情形。

（一）借款系夫妻共同债务

在借款发生后，有些债务人为了逃避债务的履行，往往通过在法院调解离婚或在民政部门协议离婚的方式，将所有财产或大部分财产约定归夫妻一方所有，将对外所欠债全部债务约定由另一方承担，或者将应分得的夫妻共同财产与其个人财产约定全部赠与子女，导致债务人无可供执行的财产，债权人的合法利益无法实现，法院执行工作无法进行，严重影响了社会的和谐与稳定。

根据婚姻法第四十一条规定，“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”婚姻法司法解释（二）第25条规定：“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利”。因此，夫妻之间离婚时对财产的分割，只能对彼此内部有效，不能向外对抗其他债权人。债权人可以申请执行夫妻一方或双方的离婚前后所有的财产，但夫妻双方必要的生活必需

品除外。同时，最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条规定：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。因此，执行机构可直接对夫妻双方作出执行裁定查封、扣押、冻结、变价夫妻共同财产或者非被执行人的夫妻另一方名下的财产，而无需裁定追加夫妻另一方为被执行人。

（二）夫妻一方为借款担保人

夫妻一方为借款担保人的，经司法程序认定为夫妻一方的个人债务，只可执行离婚前的夫妻共同财产中的属于被执行人一方的财产份额，即夫妻共同财产的一半，而无债务责任的另一方的个人财产不可执行。

对离婚后无债务责任一方的财产不可执行分为三种情形：1. 个人名下的动产或不动产，需经无债务责任一方证明系离婚前夫妻共同财产中属于个人的份额或属于离婚后所得；2. 个人名下的存款，需经无债务责任一方证明系离婚前夫妻共同财产中属于个人的份额或属于离婚后所得；3. 个人工资或离婚后劳动所得，需经无债务责任一方证明系离婚后所得。

三、夫妻财产执行异议案件数量增多、案情复杂

（一）执行行为异议与案外人异议的功能不尽相同

《民事诉讼法》第225条规定：“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。”狭义理解，执行行为仅指执行实施行为。广义理解，执行行为可包括实施行为和程序性裁判行为。[4]然而并非所有的程序性裁判行为都可以提起执行异议。对不予受理执行申请裁定书，当事人、利害关系人可根据《民事诉讼法》第154条第二款的规定提出上诉；对不予执行仲裁裁决的裁定，当事人、利害关系人可根据《民事诉讼法》第237条的规定重新申请仲裁或者向人民法院起诉；对于追加、变更执行主体的裁定，当事人、利害关系人可根据《民事诉讼法》第225条的规定提出执行异议。因此，在执行夫妻共同财产过程中，因借款或者担保而被裁定为被执行人的配偶可以对查封、扣押、冻结、拍卖、以物抵债等具体执行措施向执行法院提出异议申请；因夫妻一方借款或者担保而被追加为被执行人的配偶可以对追加裁定向执行法院提出异议申请。

《民事诉讼法》第227条的规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起15日内向人民法院提起诉讼。”该法条规定了案外人的执行救济权利，扩大了执行救济的范围。在执行实践中，被执行人的配偶作为案外人对执行标向法院提出异议的案件一般分为两种情况：1. 案外人称其不是执行标的权利人，对该标的的查封行为不当。例：案外人向执行法院提出异议称，被法院查封的其名下房产的实际购买人为其父母或者该房屋在被法院查封之前已经卖出尚未办理过户手续。对此，执行异议裁决机关可以按照最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第25条“已登记的不动产，按照不动产登记簿判断；未登记的建筑物、构筑物及其附属设施，按照土地使用权登记簿、建设工程规划许可、施工许可等相关证据”及28条“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；在人民法院查封之前已合法占有该不动产；已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；非因买受人自身原因未办理过户登记”判断案外人是否为执行标的的权利人。案外人系执行标的的权利人的应驳回其异议，继续执行该标的。执行标的确为他人所有的，应中止对该行标的的执行。2. 案外人称其是执行标的的权利人但其无还款的责任，查封其名下财产的行为不当。例：案外人向执行法院提出异议称，其对被执行人的借款毫不知情且该借款并未用于家庭生活。对此类案件的处理有两种观点：（1）某些理论观点“要认定执行依据确定的债务为夫妻共同债务，涉及实体问题，如果在执行阶段认定，存在”以执代审“的嫌疑”。[5]某些执行裁决机关也认为“关于夫妻共同债务的认定属于实体问题，在执行所依据未明确的情况下，不应通过执行程序直接确定为夫妻共同债务；关于登记在夫妻一方名下的财产是否为夫妻共同财产问题，亦属于实体问题。人民法院在执行夫妻一方为被执行人的案件过程中，虽然可以对登记在夫妻一方名下的房产采取查封措施，但是在另一方提出异议的情况下，应通知另一方通过诉讼程序加以解决”。[6]

（2）执行裁决机关可以按照前文所述的夫妻有无共同举债的合意、夫妻是否分享了该债务所带来的利益等因素判断执行依据所确定的债务是否为夫妻共同债务，是否应当继续执行涉案标的。笔者同意第二种观点。根据2011年最高人民法院发布的《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》中看出，最高院在执行程序中涉及实体问题的

处理方式为“对执行程序中衍生的实体性争议由执行程序先行审查并作出决定，当事人、利害关系人不服的再通过诉讼程序予以救济”。在执行程序中执行异议裁决机关可以先参照、适用实体法直接确定债务是否夫妻共同债务，案外人对该裁决不服的可以提起案外人异议之诉。这样有利于实现保护债权人合法权益的立法目的，有利于最大化实现执行效率优先的价值。

综上，被执行人配偶作为异议人针对执行行为所提异议为程序性问题，可以引发复议程序。人民法院受理对执行行为的异议后，应在15日内审查完毕，作出执行裁定书。当事人对执行异议裁定书不服的，可以自该裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。被执行人配偶作为案外人针对法院执行夫妻共同财产或者配偶（包括已经离婚的原配偶）的个人财产所提出的异议为实体问题，可以引发诉讼程序。当事人对执行异议裁定书不服的可以自该裁定送达之日起15日内向作出异议裁定的人民法院提起案外人异议之诉。需要注意的是，案外人异议之诉既要实体上的法律关系进行审理，也应对能否执行问题进行审理[7]。另外，案外人异议之诉并不仅指案外人可以对异议裁定提起诉讼，对方申请执行人对异议裁定不服的也可以提起诉讼。

（二）夫妻串通滥用执行救济权规避执行

近年来，关于夫妻共同财产的执行异议案件呈现出明显的上升趋势。以山东省阳谷县人民法院为例：2014年执行异议案件中与夫妻共同财产执行相关的异议占12%；2015年执行异议案件中与夫妻共同财产执行相关的异议占29%。以2015年为基础数据，此类案件经均经听证审查异议人撤回异议申请率达18%；裁定驳回异议人异议率达55%，支持异议人申请复议率仅为27%。另外，此类案件经裁决后异议人向上级人民法院申请复议或案外人提起异议之诉率高达67%。造成这种现象虽然存在少数执行行为不当的原因，但是主要原因主要是以下两个方面：一方面是公民法律意识的增强，穷尽一切法律手段来保障自己的权益；另一方面是公民诚信道德意识的淡漠，想尽一切办法逃避执行、拖延执行。

最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法执行程序若干问题的解释》第10条规定：执行异议审查和复议期间，不停止执行。被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。执行程序若干问题的解释第16条规定：案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。案外人向人民法院提供充分、有效的担保请求解除对异议标的查封、扣押、冻结的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。虽然法律规定了执行异议可以不停止执行，但是在执行实践中执行人员为了避免出现执行回转的情况，往往会在收到异议人的异议申请书的同时中止执行措施，待异议审查结果作出后再采取下一步执行措施。因而在执行夫妻财产的案件中，夫妻二人经合意后“手拉手”向执行法院提出执行异议申请（包括已解除婚姻关系的配偶）的情况屡见不鲜。涉及夫妻财产的执行异议案件具体表现为，在听证过程中夫妻二人意见几乎完全一致，更有甚者在一个执行案件中对不同的执行程序多次提出执行异议。“手拉手”执行异议案件的直接目的是解除对夫妻财产的查封、冻结、扣押等强制执行措施，若这些措施被解除，立刻进行财产的转移或者转让，即便不能通过执行异议审查达到以上目的，也可以通过走完所有法律程序达到拖延执行的目的。执行案件久拖不执，既增加了申请执行人执行负担，又造成了司法资源浪费。

（三）严格执行异议案件审查减少缠诉

笔者认为要解决夫妻共同财产执行中被执行人及配偶滥用执行异议程序拖延执行、规避执行的问题必须严格执行审查异议案件审查减少缠诉现象。

1. 以立案登记制度强化异议人的风险意识。在执行异议案件的立案段，立案法官要着重向异议人告知其虚假诉讼和拒不执行生效法律文书的法律风险，并引导异议人提供与案件相关的证据以供庭前审查。此外，立案登记制度使得立案门槛偏低，需要提高异议人的风险承担，即参照诉讼费收取办法，按执行异议标的额收取一定比例的受理费用或者要求异议人提供异议保证金以防止执行标的物在异议审查期间贬值、灭失或者转移。

2. 以书面审查为主，听证审查为辅及时作出裁决保护债权人权益。执行裁决法官可执行异议案件中执行标的价值小、矛盾不大、案情简单的书面异议、相关的证据材料及申请人、被执行人的相关意见书于十五日内作出裁定。反之，应当依法组成合议庭，进行公开开庭听证，在听取异议人和申请执行人的意见后进行评议，若合议庭无法形成大多数意见的，应当提交审委会讨论决定。[8]

3. 以拒执罪威慑滥用执行救济权利的被执行人。目前制裁规避执行行为最有效的途径就是法院严格适用刑法、

刑事诉讼法及全国人大常委会《关于刑法第三百一十三条的解释》、最高人民法院《关于审理拒不执行判决裁定案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定，追究被执行人隐瞒财产拒不申报及转移财产的责任。[9]

4. 以案讲法督促被执行人主动履行法律义务。审查执行异议案件的法官应当加强裁决后释法的工作，帮助被执行人树立法律意识、诚信意识，使其自觉履行法律义务，从源头上减少和避免规避执行行为的产生。

结语

近年来与夫妻财产相关的执行案件越来越多，越来越复杂。由于我国强制执行法缺失导致执行机构对夫妻共同财产及债务的认定标准及执行方式不一，使得此类案件的执行异议层出不穷，严重影响了司法公信力。本文把夫妻关系存续期间的债务，执行依据未明确债务性质配偶的责任划分与借款发生后夫妻解除婚姻关系，原配偶责任的划分一一作了解析，对此类案件提出了司法建议，希望有助于实现执行过程中的公正价值与效率价值。执行异议案件的增多不仅是因公民权利意识的提升，更多的是从规避执行的目的出发。法律是维护社会公平正义的最后一道防线，执行是维护法律尊严，实现债权人利益的最后一条路径。规避执行的行为严重损害了社会稳定、经济秩序和司法权威，法院必须采取行之有效的措施加大执行力度。

【作者简介】石东洋，山东省聊城市人民政府法制办公室 科员；张波，山东省阳谷县人民法院法官
杜万华大法官：关于无民事行为能力人起诉离婚的问题

2017-01-10 法信

高法观点

梳理归纳最高法裁判尺度、倾向意见；选摘推荐大法官主流观点、权威著述。

导读：离婚诉讼中，有相当一部分当事人是无民事行为能力人，对于无民事行为能力人起诉离婚的问题，我国《婚姻法》中未作具体介绍，只在《婚姻法司法解释（三）》中作出了相关规定。面对日渐增多的无民事行为能力人离婚案件，不同地方人民法院的处理也不尽相同。本期法信针对无民事行为能力人起诉离婚的问题，结合最高人民法院审判委员会副部级专职委员杜万华大法官的相关观点、法院相关案例、法律法规供读者参考。

大法官观点

关于无民事行为能力人起诉离婚的问题，我们在婚姻法司法解释（三）第8条中作出了相关规定。在司法实践中，有这样一种惯例，即如果当事人要起诉离婚，必须对其本人要求解除的婚姻关系作出明确表述。在婚姻案件中，对于财产关系，可以由原告委托代理人参加诉讼，有授权委托书即可，但是对于解除婚姻关系的意思表示，必须要由当事人本人明确表述。因为，审查婚姻关系是否破裂应当以当事人的真实意思为基础。一旦解除婚姻关系，就会引起当事人一系列身份和财产关系的变化，因此一定要慎重对待。对于有民事行为能力的人，我们坚持这一做法是完全没有问题的。但是无民事行为能力人起诉离婚的，应该怎么处理呢？无民事行为能力人可以提起离婚诉讼吗？我们在调研中遇到过很多这样的案例。例如，一位富裕的老人与一位年轻貌美的女子结婚。一段时间之后，老人患了老年痴呆症，丧失了行为能力。女子为了早日继承老人的遗产就遗弃、虐待老人。这种做法既损害了老人的合法权益，包括人身权益和财产权益，又损害了老人子女的权益。但是，按照《婚姻法》的规定，老人不能提起离婚诉讼，而老人的子女着急也没有办法。因此，这是一个难点问题。有的法官提出要坚决制止这种情况的发生，建议规定由老人的成年子女代表老人提起离婚诉讼。但是老人第一顺位的监护人应是他的妻子，因此这种方法在法律上存在障碍。经过反复研究，我们作出了婚姻法司法解释（三）第8条的规定：“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。”

该条规定的适用需要满足以下条件：第一，无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益的行为，如果无民事行为能力人的配偶损害无民事行为能力一方权益的行为不严重，只是一时照顾不周，就不能适用本条的规定。第二，在程序上不能直接提起离婚诉讼，只能先依照特别程序请求变更监护关系，然后才能由变更后的监护人提起离婚诉讼，这是程序上的要求。这条的适用有严格的条件，在司法实践中不能轻易启动此项程序。有些妻子比较马虎，或许因为工作很忙，对丈夫的照顾未必周到，只要其行为没有严重到损害丈夫合法权益的地步，就不能适用这一条规定。此外，此条规定也不适用于限制行为能力人。我曾经见过这样一个案例，有一个城市的男孩，有点呆傻，属于限制行为能力人，找了一个农村的女孩结婚。婚后女孩的户口调到了城里，并生了一个小孩。这个女孩很能干，她的婆婆感觉自己的儿子守不住这个儿媳，就故意与儿媳闹矛盾，

“家事法苑”团队奉献

到了水火不容的地步。婆婆认为儿媳不可能对儿子好，而自己年事已高，也不可能再去照顾儿子，就想方设法让儿子与儿媳离婚。婆婆认识一个语言表达上存在一定障碍、手有一点残疾的女孩，想让这个女孩把儿子和儿媳拆散，然后让她与儿子结婚。婆婆认为这样一来，两个都有残缺的人能够建立比较稳固的关系。为达此目的，婆婆就以儿子的名义起诉离婚，但是儿媳坚决不同意离婚。法院在调解过程中询问男孩对今后的生活有什么打算，男孩说要好好挣钱、陪媳妇一起出去玩。可见夫妻二人是有感情的，只是婆婆担心儿媳以后变心、对儿子不好而要求二人离婚，该案最后调解结案。通过叙述这个案件，我想强调的是，婚姻法司法解释(三)第8条的规定只适用于无行为能力人，而不适用于限制行为能力人。

(摘自《杜万华大法官民事商事审判实务演讲录》，杜万华著，人民法院出版社2016年10月出版)

法信 · 相关案例

1. 为保护无民事行为能力人的合法权益，其配偶外的其他监护人代为提起离婚诉讼的，法院应予支持——陈某某诉吕某某离婚纠纷案

本案要旨：夫妻关系存续期间，夫或妻一方因疾病或外力损伤成为无民事行为能力人，无法辨识自己的行为时，夫妻之间离婚只能通过诉讼来解决。虽然无民事行为能力人的第一顺序监护人系配偶，但为了保护无民事行为能力人的合法权益，除其配偶外的其他监护人代为提起离婚诉讼的，法院应予支持。

典型意义：本案中的一个焦点问题是原告陈某某的姐姐陈某，是否能代为提起离婚诉讼。夫妻关系存续期间，夫或妻一方可能会因疾病或外力损伤而出现无民事行为能力或限制民事行为能力状态。一般人的离婚可以通过协商、诉讼等多种方式解决，但对于这一类特殊的人群，他们的离婚只能通过诉讼来解决。无民事行为能力人属于无法表达真实意思的人。在离婚案件中，无民事行为能力人无论是作为原告还是被告，其第一顺序监护人系配偶，如果纠结于《民事诉讼法》的规定，则会出现无民事行为能力人的合法权益受到配偶侵犯时，只要配偶不提出离婚，则其永远也离不了婚。为了保护无民事行为能力人的权益，应由除其配偶外的其他监护人代为提起离婚诉讼。本案中，原告陈某某因患精神疾病生活无法自理，被告吕某某不履行夫妻间的扶养义务，原告陈某某的姐姐作为监护人代为请求离婚，符合法律规定，应予以准许。

审理法院：山东省枣庄市山亭区人民法院

来源：最高法院公布婚姻家庭纠纷典型案例（山东）

2. 配偶一方有虐待、遗弃、恶意处分夫妻重大共同财产等严重损害无民事行为能力人合法权益的行为时，变更后的监护人可以代理无民事行为能力人提起离婚诉讼——胡兄代无民事行为能力人胡某起诉离婚案

本案要旨：无民事行为能力人在婚姻生活中遭受家庭暴力、虐待、遗弃等严重侵害其合法权益的行为的时候，由于其自身欠缺判断能力和行为能力，无法提起离婚诉讼，无民事行为能力人的近亲属如果要以法定代理人的身份代理提起离婚诉讼，必须经过法定的申请宣告公民无民事行为能力、撤销监护人资格和确定监护人程序，将监护人由无民事行为能力人的配偶变更为其近亲属。在无民事行为能力人的近亲属取得监护权的同时，依法获得了法定代理权，可以代理无民事行为能力人提起离婚诉讼。

审理法院：江西省抚州市东乡县人民法院

来源：《人民法院报》2011年3月31日

3. 无诉讼行为能力人自己起诉离婚的，法院不予受理——张某与任某离婚纠纷

本案要旨：无民事行为能力人或限制民事行为能力人为无诉讼行为能力人，应由其监护人作为法定代理人代为诉讼。夫妻一方有精神残疾的，应根据病情认定为无民事行为能力或限制民事行为能力人，其在没有监护人作为法定代理人代为诉讼的情况下，向人民法院起诉离婚，不符合法院受理条件，应予驳回。

案号：(2014)沈中民一终字第0025号

审理法院：辽宁省沈阳市中级人民法院

来源：中国裁判文书网

4. 无民事行为能力人的其他近亲属，在取得监护资格后可以无民事行为能力人的法定代理人身份提起离婚诉讼——张高峰诉曹克芳离婚纠纷案

本案要旨：离婚诉讼作为一种身份法律行为，一般而言，只能由婚姻当事人自己实施，他人不能代理。但夫妻一方在婚后成为无民事行为能力人，而其配偶又不尽监护义务和夫妻扶助义务时，为维护无民事行为能力人的合法

利益，其他近亲属在取得监护资格后，可以无民事行为能力人的法定代理人身份提起离婚诉讼。

案号：(2009)宝民初字第160号

审理法院：河南省宝丰县人民法院

来源：法信精选

法信 · 法律依据

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》

第八条 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。

2. 《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年修正)

第五十七条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

法信 · 推荐阅读

如需购买《杜万华大法官民事商事审判实务演讲录》一书，可点击**本文底部**“阅读原文”，前往微店购买，也可复制以下链接：<https://detail.tmall.com/item.htm?spm=0.0.0.ugm0WL&id=540661798292>，前往人民法院出版社天猫官方旗舰店购买。

内容简介：

本书以杜万华大法官在国家法官学院讲授的“民事商事审判工作的热点、难点”课程及在地方法院和高校结合我国民事商事审判工作实际所作的演讲为主要内容，这些演讲以解决我国民事商事审判工作中出现的问题为目的，实用性强。重点讲解了以下三方面问题：

一是民事商事审判中必然涉及的基本理念问题。例如，公平正义的认识问题，民事商事审判的职能问题，调解和裁判的关系问题，巡回审判与坐堂问案的定位以及两者的关系问题，人民陪审员制度如何认识问题，人民法庭的性质、职能和定位问题，等等。

二是民事商事审判所涉及的实体法律问题。例如，物权纠纷特别是“一物二卖”问题，国有土地出让纠纷问题，农村承包土地纠纷问题，建筑工程承包问题，房屋买卖问题，合同纠纷问题，侵权纠纷特别是人身损害赔偿纠纷问题，婚姻家庭纠纷问题，劳动争议问题，等等。

三是民事诉讼程序问题。2012年《民事诉讼法》修改后，特别是民事诉讼法司法解释正式公布后，许多新的制度需要明确，许多新的理念需要解释。例如，如何正确认识程序公正及程序公正与实体公正的关系问题，如何明确不同民事诉讼程序的职能以解决民事审判实践中存在的不同程序同质化现象问题，如何正确理解民事诉讼的证据和举证证明责任问题，如何适用第三人撤销之诉的规定问题，如何开展执行异议之诉问题，如何开展公益诉讼审判工作问题，如何执行检察监督制度问题，等等。对这些问题，杜万华大法官都尽可能给予较全面的说明阐释，以保证新的《民事诉讼法》和民事诉讼法司法解释能够在民事商事审判中较好地实施。

离婚案件中涉农房屋拆迁几个难点问题

2017-01-10 审判研究 江苏省启东市人民法院 莫晴晴

问题的由来

随着经济持续发展和城镇化步伐加快，诸多城市、乡镇都进行改造和再建设，农村宅基地房屋拆迁在所难免。受传统“安居乐业”的观念影响，房屋自然而然成为了人们生存的基点。在我国的婚姻家庭生活中，房屋不仅仅是家庭生活的场所，更是成立和维系婚姻家庭关系的重要纽带。

集体土地上房屋拆迁不同于城市房屋拆迁：一是农村地区因乡约民俗影响，整个家族的人住在一起缺乏相对独立性；二是农村房屋不进行产权登记，确立房屋所有权存在一定难度；三是农村房屋一般屋前屋后生长着地上物，补偿范围包括地上物补偿。因此，农村房屋拆迁不仅涉及到财产分割还影响到家族亲情疏远，如何公平合理地对拆迁农村房屋进行析产，成为了审理离婚案件过程中的争议焦点和难点。

目前，由于相关法律规定尚不完善，农村拆迁房分割的诸多疑难问题缺乏相应的法律依据。法官在审理案件时，只能依靠自己的主观理解和判断做出相应处理，而法官对法律的认知因人而异，司法实践中同案异判的情形时有发生

“家事法苑”团队奉献

生。笔者针对离婚案件审理过程中出现的涉农村拆迁房的争点和难点进行梳理，以供交流参考。

拆迁安置房为一方个人财产还是夫妻共同财产？

一、婚前一方的个人财产在婚后被拆迁

对于夫妻一方婚前的个人财产在婚后被拆迁，以产权调换方式取得拆迁安置房，且安置房和被拆迁房之间没有差价的情形，笔者认为，这种情况下获得的拆迁安置房其价值取得于婚前，它只是一方婚前个人财产在形式上的一种转化，拆迁安置房的取得是原被拆迁房屋所有权的权利延伸。因此，该拆迁安置房仍属于一方的个人财产。如果被拆迁房和安置房之间存在差价，并且以夫妻共同财产出资缴纳了差价，那么此时的拆迁安置房属个人财产还是夫妻共同财产呢？^[1]

应当注意到，拆迁安置房是以产权调换方式取得的，是对一方个人财产的转换，既然被拆迁房原本就属一方的个人财产，那么产权调换之后取得的拆迁安置房的性质仍属一方的个人财产，不因结婚这一事实而转变。离婚时，获得房屋产权的一方应当就夫妻共同财产出资缴纳的差价部分对另一方做出相应补偿。此外，若夫妻另一方因为属于被安置对象而获得拆迁利益政策性优惠的，则获得产权的一方还应按照当时的拆迁政策给予另一方相应的拆迁补偿。

二、夫妻一方父母的个人财产，婚后被拆迁，拆迁安置房登记在夫妻一方名下

现实生活中，很多父母为了免交房产过户费用和遗产税，在对拆迁安置房进行房产登记时就直接将拆迁安置房登记在自己子女名下。在离婚案件的司法实践中，对于该类房产视为对该子女一方的个人赠与还是视为对夫妻双方的赠与，法官们裁判不一。

一种观点认为，最高法院《婚姻法》若干问题的解释二第二十二条第二款规定：当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。由此，即可得出结论：如果父母没有明确表示赠与一方，则拆迁安置房应认定为夫妻共同财产。

然而，自从2011年《婚姻法》若干问题的解释三颁布后，上海一中院就发出了不同的声音，以判决形式对该司法解释第七条做出了实践性解读：

上述赠与虽然发生在徐小姐、王先生夫妻关系存续期间，但产权登记于王先生一个人名下的事实，可推定为系对王先生个人的赠与。

由此可见，上海一中院认为讼争房屋完全属于王先生的个人财产，徐小姐无权要求进行分割，据此作出维持原判的终审判决。^[2]

笔者认为，这样的解读不仅符合婚姻法司法解释三的本意，也符合中国国情和传统人情观、亲情观：如果是对于子女夫妻双方的赠与，则应将产权人登记在其子女夫妻双方名下而不是登记在其子女一人名下。

成年子女应否享有拆迁利益？

司法实践中，越来越多的成年子女认为其属于家庭成员，有权享受应有的拆迁福利待遇。在父母离婚纠纷中，成年子女往往都会提出对拆迁款予以析产从而保护自己拆迁利益不受侵害的主张，要求父母给予相应拆迁安置面积、土地补偿费、安置补助费等。

一、拆迁政策与补偿项目

按照江苏省2013年颁布的《征地补偿和被征地农民社会保障办法》，农村宅基地房屋拆迁大致会产生如下补偿：土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费，其中安置补助费按照需要安置的被征地农民人数计算。征收宅基地涉及农民住房的，能够重新安排宅基地的，对其住房按照重置价格结合成新给予补偿；未能重新安排宅基地的，按照与被征收住房面积相当的原则安排住房，或者按照市场评估价格给予补偿。

结合笔者所在当地政府拆迁政策，农村宅基地房屋拆迁具体补偿如下：被拆除房屋补偿费、土地补偿费、附属设施设备及装修补偿费、搬迁补助费、误工补助费、安置补助费、地上附着物及青苗补偿费、签约奖励费等，如被拆除房屋所有权人选择产权调换方式安置的，政府将给予相当面积的住房安置，被拆除房屋所有权人可选择定销房，选择的定销房面积超过安置面积的，可按拆迁优惠政策补齐差价。

补偿的项目虽然众多，乍看上去难以厘清头绪，但我们可以根据补偿的对象将补偿款分为四类：第一类，对土地的补偿，即对宅基地使用权的补偿（土地补偿费）；第二类，对房屋的补偿，即对被拆除房屋及附属设施、内部装修的补偿；第三类，对被征地人的补助，即对实际搬迁人的拆迁补助，包括搬迁补助费、误工补助费、安置补助

费、签约奖励费；第四类，对地上附着物和青苗的补偿。

二、农村被拆迁房屋所有权人的认定

我们知道，拆迁补偿安置协议是拆迁人与被拆迁人（被拆迁房屋所有权人）之间签订的协议，只有被拆除房屋所有权人才有权利进行产权调换，因此被拆迁房屋产权人的认定在离婚案件房产分割中至关重要。

农村宅基地房屋不同于城镇房屋，城镇房屋产权人通过不动产登记簿就可以一目了然，而农村宅基地房屋产权人的认定就不那么相同了。

一般而言，宅基地使用权证、宅基地使用权审核表及建房用地报批表是确定农村宅基地房屋所有权的重要依据。在我国，农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准，而宅基地的面积主要根据家庭成员数量确定。建房用地报批表确定的拥有本集体经济组织户籍的家庭成员为户内成员，因此，宅基地使用权审核表和建房用地报批表上确定的家庭成员以户的名义对该宅基地房屋共同共有。

若子女系宅基地使用权人，那么被拆迁房屋应属父母与子女共同共有，对房屋和地上附着物、青苗补偿费的补偿可根据权利人对财产的贡献大小、财产来源、居住状况等综合考虑按比例进行分配。

三、与父母同住的成年子女居住权的保护

当被拆迁房屋并非子女、父母共同共有时，对子女而言，他们既不是被拆迁房屋产权人，也不是被拆迁房屋的承租人，故而无权在产权调换中单独以自己的名义与拆迁人签定拆迁安置协议。

对未成年子女来说，基于抚养关系，他们虽不具有被拆迁房屋所有权，但一定时期内要与父母同住，其居住权尚能得到保障。然而对于成年子女来说，他们可能因成家无法与父母共同生活，又无法单独取得宅基地，失去了被拆迁房屋就无法保障住所。

为保障他们的居住权，政府考虑到其户籍、与被拆迁人的亲属关系以及长期与被拆迁人共同居住在被拆迁房屋内等诸多现实条件，将被拆迁人的子女作为共同安置人，也把用于改善原拆迁房屋使用人居住条件的福利措施和补助政策惠及给他们。他们的居住权是以拆迁安置协议之外的形式作为被安置人口明确约定的，应当受到法律保护。因此，夫妻离婚分割处分拆迁补偿款和拆迁安置房时，应当注意到共同安置的成年子女的居住权利，否则对成年子女来说是有失公平的。

综上，当成年子女作为被拆迁房屋共同共有人、宅基地使用权人时，其有权作为共同产权人按比例地享有所有补偿款及相应的房屋安置面积或购房优惠政策。当成年子女作为共同安置人时，法院也要充分保障其居住权，在政府拆迁优惠购房政策上给予一定程度的倾斜，其作为实际搬迁人，与所有权人平等享有其他拆迁补偿，包括搬迁补助费、误工补助费、安置补助费、签约奖励费等。当然，法院在处理此类案件时，应尽可能地加大调解力度，晓之以理、动之以情，弥合父母子女亲情，将亲人间的伤害降到最低程度。

夫妻之间如何分割拆迁补偿款？

前文中笔者已经将拆迁补偿款分成了四类，那么我们在处理离婚案件时就应该结合补偿目的、区分补偿款类型和补偿对象对补偿款进行合理分割，而不能一揽子分割。

第一类，对土地的补偿，即对宅基地使用权的补偿（土地补偿费）。

既然是对宅基地使用权的补偿，那么从土地来源的角度考虑，该土地补偿费就应当归属宅基地使用权人所有。宅基地使用权证和宅基地使用权审核表就是认定宅基地使用权人的重要依据。夫妻双方均为使用权人的，由夫妻二人共同享有，离婚分割时，夫妻二人各得一半；而夫妻一方登记为使用权人的，另一方对于宅基地的获得并无贡献，一般不宜享受该土地补偿款。若该方与使用权人共同实际生活时间较长，可酌情给予该方适当补偿。

第二类，对房屋的补偿，即对被拆除房屋及附属设施、内部装修的补偿。

此类补偿针对被拆除的房屋，那么被拆除房屋的补偿款理应归房屋产权人所有，至于如何确定被拆迁房屋产权人前文已经提及，这里不再赘述。至于房屋内部装修的补偿，如果被拆除房屋系夫妻一方个人财产，婚后对房屋进行装修，那么该装修系夫妻共同出资完成，此时房屋装修补偿款理应由夫妻双方平等享有。而被拆除房屋在婚前就完成装修的，另一方则无权对房屋装修补偿款进行分割。

第三类，对被征地人的补助，包括搬迁补助费、误工补助费、安置补助费、签约奖励费。

该部分补助费是对实际搬迁人的拆迁补偿，夫妻双方均为实际搬迁人的，均平等享有此类补助费用。

第四类，对地上附着物和青苗的补偿。

根据《土地管理法实施条例》第 26 条的规定，地上附着物及青苗补偿费归地上附着物及青苗的所有者所有。一般而言，被拆除房屋周围的地上附着物和青苗视为该拆迁户一家共同共有，因此，夫妻在离婚时对该笔补偿款平等享有权利。

[1] 黄裕忠：“离婚中房产分割争议的种类及难点”，载《法制与社会》2009 年 12 期。

[2] 张峥莉：“离婚诉讼中房产分割问题探讨”，苏州大学 2011 年硕士学位论文。

彪悍的人生哪需要解释——一个婚姻案的庭审纪实

2017-01-13 微伟道来 微伟

今天的文章没有前言，没有引申，也没有废话，简单粗暴，直奔主题，看完之后，求法官的心理阴影面积。

上诉人（原审原告），女，简称 L，三十至四十岁之间，已与前夫离婚数年，现因离婚后财产分割而上诉。一、二审庭审“金句”不断，记录下来，也让大家开开眼，见识见识这种霸气 X 露的姐们。

法官：根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四章的规定，当事人如果认为本合议庭成员或书记员是本案当事人、诉讼代理人的近亲属或与本案有直接利害关系或其他关系，可能影响公正审判的，可以提出事实和理由申请回避。各方当事人是否需要回避？

L：你们喜欢，游戏由你们慢慢玩，最主要法官玩得开心。暂时不需要申请。

（这种话应该归到哪一类，我还不太清楚，是戏谑、嘲笑、无视、挑衅，还是无所谓……）

法官：鉴于双方要求分割的财产多为实物，不适宜实物分割，法院进行了评估，大家看一下评估报告，发表意见？

L：东西被对方损毁了，损毁的东西居然还要去评估，随便你们法官玩吧！你们法官说了什么就是什么，我们弱势群体被你们法官按着打，你让我们当事人连衣服都没有穿。

（同理，这种信口开河的话也不知道该属于什么性质，委曲、不满、可怜、同情，还是想什么是什么……）

庭上三个合议庭成员，有两个是男法官。

L：你们法院，你们这些男人就该负责……

（拿法官举例更是随便，男法官招你惹你了！不过，如果是全是女法官，我想她一定会说：大家都是女人，女人何苦为难女人……不过，对于唯一的女法官，她确实表现出了难得的温柔，据说她以前有案件，认为该法官帮其主持了公道。）

继续举例：

L：如果法官欠了你们法官三万元工资未发，你就去起诉法院，让法院承接举证责任。

（虽然法院不欠法官工资，但实在是不明白为什么一定要拿法官举例，也不知道要说明什么问题。）

她说完了，就告诉法官：

L：法官，我的举证责任完成了，你不要再问了，反正到时间我就走，我不会陪你们玩的。

（如果开庭都是当事人陪法官来玩，法官一定会选择自娱自乐，可是不敢让当事人陪着。）

拿法官举例完了，再拿对方的父母来举例，因为语言涉及人体器官，不方便书面表达，就此省略一百字……

举例完了，傲娇地告诉对方：

外面很多人买手买脚，价格便宜量又足，几千一万就可以指哪卸哪。

（如果不是她极具挑衅说，男方也可以找人买她的手手脚脚，说实话，这句话的本意，作为法官一开始并没有深刻的理解。）

除了这副大姐大的傲慢嘴脸之外，她很严肃地告诉男方：

基于男方没有给抚养费，他的儿子很不喜欢他，但是她可以帮儿子找很多爸爸，就看儿子喜欢哪一个……

（她那么肯定的态度，多少让人有点“肃然起敬”，这是多么有“理想”的妈妈啊！）

法官：法庭调查结束，现请双方当事人围绕焦点发表辩论意见。现先由 L 发表辩论意见。

L：法官你喜欢干嘛就干嘛。

（对法官的任性给予了极大的尊重）

庭审结束

L：法官，我带你去玩啊，去黄河，反正你们不到黄河不死心。

（法官的待遇很好，有写感谢信的，有送锦旗的，第一次见一个女当事人主动邀请男法官出去玩的，尽管她的姿色客观来说，中等还有点偏下。）

庭开完了，被喷得一脸的男审判长来我办公室吐了一个长长的槽，然后我整理了以上的文字，同时，感谢其他成员的七嘴八舌，给我刻画了如此生动活泼的一个庭审。

同居关系期间购买房产的权属认定、分割问题

——董攀诉丁晶所有权确认纠纷案

2016-11-23 广东法院网 张慧欣

要点提示：同居关系期间所购买房屋的权属及分割应按约定优先原则，在考虑出资额等投入状况后辅以折价补偿。

案例索引：

一审：广州市番禺区人民法院（2013）穗番法民三初字第 425 号。

二审：广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第 4429 号。

一、案情上诉人（原审第三人）：中国农业银行股份有限公司广州东城支行（以下简称农行东城支行）。

被上诉人（原审原告）：董攀。

被上诉人（原审被告）：丁晶。

原告董攀诉称：原、被告原为校友，在大学上学期间相识，毕业后开始恋爱，后来欲结婚成为夫妻。期间被告要求原告为表示结婚诚意出资购买房屋用于结婚，并要求将该房产登记为原、被告共同共有。原告遂依被告的要求于 2012 年 1 月 12 日从原告母亲处借来购房首付款 30 万元，并于 2012 年 1 月 14 日支付给广州合利房地产开发有限公司购得番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房。购房时按被告要求将产权人登记为原、被告共同共有。然而当原告按被告要求办妥上述购房事宜后，被告借故经常与原告闹矛盾并告知不可能与原告登记结婚，同时要求原告支付大笔费用才同意将上述房屋过户至原告一人名下。原告认为，被告以结婚登记为手段欺骗原告购买房屋并登记为原、被告共同共有，而购得房产后却借故不与原告结婚并要求分割房产的行为实属欺诈。针对所购房产而言，原告为实际出资人包括后续还贷款项也一直是由原告在支付，被告没有实际出资却占有着其中的份额，缺乏合法依据。据此原告应为番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房的实际产权人，原告有权要求被告配合将登记其名下的产权过户至实际产权人原告一人名下。因此，原告请求：1. 确认原告为番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房的实际产权人；2. 被告协助原告办理番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 房过户至原告一人名下；3. 本案诉讼费由被告承担。诉讼中，原告变更上述第 1 项诉讼请求为分割原、被告共同共有的上述房屋，但主张上述房屋的首期款和供房款均由其支付，因此，按照出资比例分割，原告应占有上述房屋的全部份额，即为该房屋实际权属人。

被告丁晶辩称：不同意原告的诉讼请求，理由如下：第一，从房屋的交易、预售合同的签订、房产的登记等手续过程，都是原、被告双方一起商量确认并办理的，房屋的产权证亦明确登记为原、被告双方共同共有，因此，原告主张上述房屋的产权为其一人所有不是事实，被告不予确认；第二，对于原告当庭变更的第一项诉讼请求，被告也同意对上述房屋进行分割，但分割的标准应按照共同共有原则进行分割，即原、被告各占一半；第三，上述房屋存在附加的价值，包括装修和家私，在分割时应共同处理。

第三人农行东城支行诉称：该行与原、被告签订的房屋贷款合同合法有效，原、被告为共同贷款人，该行已经依约发放贷款，且办理了涉讼房屋的抵押登记，该行为涉讼房屋的抵押权人，在未结清涉讼房屋贷款的情况下，该行不同意涉讼房屋的权属人进行变更。

经审理查明：原、被告原为恋人关系。2011 年 12 月 26 日，原、被告共同作为认购方，案外人广州利合房地产开发有限公司（以下简称“利合公司”）作为出售方，签订了一份《[亚运城]认购书》，约定原、被告共同向利合公司认购坐落于广州市番禺区兴亚三路 1 号 34 座 1804 号房屋（以下简称“涉讼房屋”），认购价为 762055 元，认购方在签订本认购书时向出售方支付 20000 元作为签订《商品房买卖合同》（含补充协议和附件）的担保，认购方选择的付款方式为商业按揭，即 2012 年 1 月 5 日前支付首期款 282055 元，并于同日签署《商品房买卖合同》，余款 460000 元于签署《商品房买卖合同》时办理银行按揭手续。

2012 年 1 月 9 日，原、被告作为借款人、抵押人，第三人农行东城支行作为贷款人、抵押权人，双方共同签订了一份《个人购房担保借款合同》，约定原、被告向农行东城支行借款 460000 元用于购买涉讼房屋，借款期限为 360

个月，还款方式为等额本息还款法，还款账户为6228480084670311319，还款日为每月30日，该贷款由第三人直接划入利合公司在该行设立的账户内，原、被告同时以涉讼房屋作为本次贷款的抵押，并配合第三人办理抵押登记。

2012年1月30日，第三人向利合公司支付前述贷款460000元，并出具了相应的《个人借款凭证》。利合公司则于2012年2月18日出具《发票》（号码：03102913），载明：付款人为董攀、丁晶，销售的不动产楼牌号为涉讼房屋，金额为460000元，款项性质为售房款。

2012年5月16日，广州市地方税务局出具了一份《契税完税证》[号码：（2011-1）粤地9800651638号]，显示：纳税人为董攀、丁晶，房地产位置为涉讼房屋，契税纳税金额为7620.55元。

2012年8月6日，广州市国土资源和房屋管理局核发了涉讼房屋的《房地产权证书》（证号：粤房地权证穗字第0220077224号），载明：涉讼房屋的权属人为董攀、丁晶，共有情况为共同共有。同日，第三人在广州市国土资源和房屋管理局办理了涉讼房屋的抵押权设立登记。

2013年4月7日，原告以涉讼房屋的首期款和供房款均由其支付为由，提起本案诉讼，要求按实际出资额分割涉讼房屋。

诉讼中，原、被告双方自愿同意在扣除尚余贷款本金451284.86元后，通过当庭公开公平竞价的方式确定涉讼房屋的剩余价值。通过当庭公开竞价，最终双方均同意涉讼房屋的剩余价值为505000元，由原告获得涉讼房屋，同时按照505000元的标准分割涉讼房屋，并确认自2013年11月1日起涉讼房屋的剩余贷款本息由原告继续偿还。

对于涉讼房屋剩余价值50.5万元的分割，原告主张，应按双方实际出资比例进行分割，因房屋登记为原、被告共同共有，故双方各占涉讼房屋剩余价值的一半即252500元，涉讼房屋首期款及截至2013年10月30日的贷款本息合共357350元，该费用也应该由原、被告各付一半，现原告已单方支付了前述357350元，故被告应向原告偿还已付款的一半即178675元，据此，原告尚需向被告支付涉讼房屋分割款73825元（252500元-178675元=73825元）。被告不同意原告的分割意见，其认为在2013年3月以前，两人系同居生活关系，两人的财产混同，双方均有向涉讼房屋还贷账户内存款的行为，该账户也同时用于购买房屋的生活用品，故双方所存的款项无法明确区分用于还贷还是用于购物，故相应购房款的支付也应视为两人共同支付，且被告已举证证实其单独出资41100元的事实。2013年3月以后，被告从涉讼房屋搬离，未再支付涉讼房屋的供楼款等相关款项，但由于涉讼房屋现归原告所有，原告获得了房屋利益，因此，被告在2013年3月至10月期间的供款义务应予以免除，现涉讼房屋登记为原、被告共同共有，按照共同共有的法定分割方式，被告应占有涉讼房屋剩余价值50%的份额，即原告应向被告支付涉讼房屋分割款252500元。

二、裁判

一审法院经审理认为：涉案房屋权属证书登记涉案房屋属原告董攀、被告丁晶共同共有，且双方均确认涉讼房屋在两人恋爱期间为准备结婚而购置的，故涉案房屋应认定为属原告董攀、被告丁晶共同共有。现原、被告已经分手，双方丧失对涉案房屋共同共有的基础，且双方同意对涉案房屋进行分割，予以准许。《中华人民共和国物权法》第一百条第一款规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”现董攀、丁晶在诉讼中达成如下协议：除开尚欠的银行贷款451284.86元外，以505000元分割涉讼房屋，房屋归原告董攀所有，被告丁晶协助办理涉讼房屋更名至原告董攀一人名下的手续，由原告董攀对被告丁晶进行折价补偿，自2013年11月1日起涉案房屋尚欠第三人的贷款本息由原告董攀承担。上述协议，符合法律规定，予以确认。至于第三人农行东城支行主张在涉讼房屋的抵押贷款未全部清偿之前不同意变更对涉讼房屋进行变更登记的抗辩，由于涉讼房屋是原、被告向第三人借款购房的抵押物，办理了抵押登记，因此抵押合同有效，第三人作为抵押权人，在原、被告的借款不能如期偿还时，第三人仍能行使其抵押权，而不受抵押物权属变更的影响。因此，原、被告对涉讼房屋进行分割并不会影响第三人的抵押权。故对第三人的上述抗辩不予采纳。

关于原告董攀对被告丁晶折价补偿的金额问题。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第90条规定：“在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。”因此，被告丁晶应获得涉讼房屋的折价补偿款为房屋现值的50%，即252500元（505000元÷2）。因原告董攀提供中国建设银行《转账凭条》及《银行卡客户交易查询/打印》足以证明涉讼房屋的首期款302055元系原告

董攀从其母亲罗小英处借贷而来，被告丁晶也确认其未支付首期款，显然该 302055 元并未发生原、被告出资混同的情形，且被告丁晶也没有提交证据证明该款项为罗小英对原告、被告双方的赠与，故该 302055 元应属于原告董攀个人的出资，被告丁晶应承担上述款项中一半金额即 151027.5 元的付款义务。至于 2012 年 2 月 29 日至 2013 年 2 月 28 日期间涉讼房屋贷款本息 39525.7 元（资产混同，被告举证已付清应承担的付款义务）的承担问题。根据原、被告双方各自提供的银行账户明细、票据等证据，双方在恋爱期间，两人曾在涉讼房屋内共同居住生活，并且均有向涉讼房屋还贷账户存款的行为，原、被告双方亦确认该还贷账户内资金也用以购买日常家居用品，而原、被告双方均未能提供有效证据证实各自所付金额具体是用以偿还涉讼房屋贷款本息还是支付家私家居的购买款，故本院认为被告称在该期间内，其与原告的财产发生混同，涉讼房屋的贷款本息属于原、被告共同出资偿还的主张，更符合常理，予以采信。至于 2013 年 3 月 1 日至 2013 年 10 月 30 日期间涉讼房屋贷款本息 23569.49 元的承担问题，现被告已自认其自 2013 年 3 月起搬离涉讼房屋，且未再支付涉讼房屋贷款本息的事实，原告对此亦无异议，予以认可，故被告丁晶应承担该贷款本息中一半金额即 11784.75 元的付款义务。至于所购家具费用的承担问题。原、被告双方曾在涉讼房屋内共同居住生活，双方亦确认涉讼房屋还贷账户内资金也用以购买日常家居用品，现原、被告双方均有向该账户内存款，但无法举证证实所存款项具体是用于还贷还是购买家具家私，故原告称涉讼房屋购置家具家私的款项属于原、被告共同出资的主张，更符合常理，予以采信。综上所述，原告董攀应向被告丁晶支付折价补偿款 89687.75 元（252500 元-151027.5 元-11784.75 元）。

综上，判决：（一）位于广州市番禺区石基镇兴亚三路 1 号 34 座 1804 房屋的全部产权归原告董攀所有，自 2013 年 11 月 1 日起该房屋所欠中国农业银行股份有限公司广州东城支行的贷款本息由原告董攀承担；（二）原告董攀于判决发生法律效力之日起十日内向被告丁晶支付折价补偿款 89687.75 元；（三）被告丁晶于判决发生法律效力之日起三十日内协助原告董攀办理上述第一项判决所指房屋过户登记至原告董攀名下的手续；（四）驳回原告董攀的其余诉讼请求。

宣判后，农业东城支行不服，向广州市中级人民法院提出上诉。

广州市中级人民法院二审经主持调解，各方当事人于 2015 年 1 月 9 日自愿签名确认如下调解协议：

一、位于广州市番禺区石基镇兴亚三路 1 号 34 座 1804 房屋的全部产权归董攀所有，自 2013 年 11 月 1 日起该房屋所欠中国农业银行股份有限公司广州东城支行的贷款本息由董攀承担；二、董攀在 2015 年 1 月 31 日之前向中国农业银行股份有限公司广州东城支行偿还截止至 2015 年 1 月 8 日止的上址房屋贷款余额本金 444580.44 元，同时支付相应利息及违约金；中国农业银行股份有限公司广州东城支行同意在董攀提供的其本人名下的中国农业银行账户中直接划扣上述款项；三、中国农业银行股份有限公司广州东城支行和丁晶在董攀履行完毕本调解协议第二项确定的付款义务后 21 日内，协助董攀办理上址房屋的涂销抵押登记手续；四、丁晶在上址房屋的涂销抵押登记手续办理完毕后 14 日内协助董攀办理将该房屋过户登记至董攀一人名下的手续；五、董攀在 2015 年 2 月 17 日前一次性向丁晶支付折价补偿款 89687.75 元；六、本案一审案件受理费 5930 元，由董攀承担 2965 元，丁晶承担 2965 元；上述受理费已由董攀预付，董攀同意广州市番禺区人民法院不退还，由丁晶在 2015 年 2 月 17 日之前直接向董攀支付 2965 元；七、本案二审受理费 5930 元，减半收取为 2965 元，由中国农业银行股份有限公司广州东城支行负担；八、各方当事人均同意上述调解协议自各方于 2015 年 1 月 9 日当庭签字之日起生效。上述协议，符合有关法律规定，法院予以确认法律效力。三、评析 因同居关系的双方当事人不存在婚姻关系这一事实基础，对同居期间的财产能否认定为共有及如何分割，只能依照一般共有财产的形成及处理原则予以分割，而无法使用法律有关夫妻共同共有财产的规定而做出处理。

同居期间房产纠纷的表现形式分为：1. 一方出资购买的房产。一方出资的房产，根据其登记的权属状态，主要可以分为三种权属登记情况：登记在对方名下、登记在双方名下、登记在出资方名下。同时，还可能表现为登记在对方亲属名下等形式。其纠纷主要表现为出资方要求确认全部所有权、非出资方要求确认一定的所有权份额等。2. 双方出资购买的房产。双方出资购买的房产依据其登记的权属状态，主要可以分为以下两种权属登记形式：登记在一方名下、登记在双方名下。同时，也存在登记在一方亲属名下，或部分份额登记在一方亲属名下的情形。其纠纷表现形式多为分割纠纷及份额确认纠纷。3. 一方父母等近亲属出资购买的房产。其权属登记状态，通常表现为登记在双方名下，同时存在登记在另一方名下的情形。其纠纷表现形式多为出资方或其子女要求确认房产的全部所有权。

对于同居期间的房产权属的认定，笔者认为，首先应当坚持约定优先的原则，如当事人对房产的权属有约定，

在该约定未违反法律强制性规定的情况下，就应当现行适用该约定；在双方无法达成一致意见的情况下，应当按照谁出资、谁享有的原则进行权属认定和分配。同时，对于没有出资、但实际上对同居期间的生活、家务等方面投入过多的一方，可以考虑公平的原则予以适当照顾。

具体的产权分割方式，可以遵循以下几个原则：

（一）约定优先原则

如果双方对登记在各自名下的不动产或以各自名义购买的不动产的归属有约定，且该约定不具备违反强行法规定的情形，应视为有效并依据该约定处理当事人之间的房产归属。而同居之前各自的房产相关权益仍归各自所有，但如果是按揭方式购买的房产，在同居期间以双方共有财产或对方财产偿还了部分贷款，则对方可以要求在进行财产分割时予以价值补偿或返还不当得利。其依据为：同居前各自购买的房产系以个人财产购买，其所有权关系或准所有权关系（尚未完成所有权登记的情形）已经确定，同居期间如使用共有财产或对方财产偿还了部分贷款，在同居关系解除时，使用对方财产份额或对方财产偿还的借款构成给付原因嗣后消失的不当得利，对方可以据此要求在分割共有财产予以价值补偿或受益方返还不当得利，价值补偿或返还不当得利应考虑房产价值的增值。

（二）同居期间纯由一方出资房产权属的认定

1. 纯粹由一方出资的财产，登记在出资方名下或以出资方名义签订买卖合同。对于此种情形，可径直依据出资认定为登记的权利人所有或认定为出资人享有权益的房产，如另一方认为对同居期间生活照顾较多，可以要求权利人给予一定的补偿。

2. 一方仅出具了首期款房产权益归属的认定。如有证据证明该房产仅系一方出资并登记在该方名下或由该方签订买卖合同，但使用了双方的共有财产或对方财产归还按揭贷款，在此情形下，应区分房屋买卖合同关系和借款关系。以银行按揭支付购房款要看借款人，一般情况下只有借款人才可以在法律上被视为支付了购房款。而归还房贷通常仅能作为对同居期间共有生活作出的有益支出。（1）如果借款人与首期购房款的出资人为同一人，可以认定所有购房款系由同一人出资。其后的以对方财产或双方共有财产偿还借款的行为可以视为对该房产做的有益支出，在解除同居关系时予以价值补偿或财产返还。（2）如果借款人是双方或对方，则应根据实际借款情况和首期款的支付情况，主要依据双方的出资比例确定双方的房产所有权份额。对于以自己财产或者共有财产偿还借款超过自己份额的部分，可以作为对共有房产的有益支出在分割财产时进行价值补偿或财产返还。

（三）双方出资或出资无法认定、但登记在一方或双方名下或以一方或双方名义签署买卖合同的房产权属的认定

在双方共同出资，且房产已登记在双方名下的情况下，首先应判断不动产登记簿所记载的登记状态是否为双方的真实意思。通常情况下，考虑到双方在同居关系期间男女两性关系的特殊性，即使双方出资有较大差异，出资较多方（通常是男方）往往难以提出按出资确定所有权份额，故即使是不动产登记簿记载的登记状态为各占50%的按份共有或共同共有，也不能单纯据此确认双方达成了所有权份额或共有关系的约定，应考虑出资的因素。如双方出资相差不大，仅有些许差别，可以依据登记的份额状态或共同共有状态确认所有权份额关系。但如果悬殊过大，则应考虑出资的因素，超过出资比例的份额可以视为附条件的赠与。该种处理方式，已为很多部分判决确认。

在出资关系无法认定的情况下，则应考虑双方的收入水平、双方的父母等近亲属有无资助等情况，并将这些因素作为确认所有权份额的重要依据，而不能仅凭所有权份额登记状态做简单认定。对于这一点，在实务中已有生效判决予以明确。

一方婚内私自举债置产赠人如何定性

2017-01-05 人民法院报 江苏省阜宁县人民法院 刘干

【案情】

张某以离婚时于某故意隐瞒夫妻共同财产，并擅自赠与董某为由，请求法院确认该赠与行为无效、两被告返还财产。经审理查明，离婚前，于某向荀某借款18万元，购得房屋一套，并过户至董某名下。【分歧】

诉争房屋是否属于张某与于某的夫妻共同财产？

第一种意见“法定共同制说”认为，我国婚姻法实行的是婚后财产所得法定共同制，因房屋的取得发生在张、于两人婚姻关系存续期间，故应当认定为夫妻共同财产。

第二种意见“债务性质承继说”认为，房屋是由案涉借款转化而来，而该笔债务虽是被告于某单方所负，但因

发生在婚姻关系存续期间，故根据相关司法解释，应当认定为夫妻共同债务，进而房屋也就应当认定为夫妻共同财产。

第三种意见“婚姻内外有别说”认为，尽管房屋所有权的取得发生在婚姻关系存续期间，但是该房屋乃对外举债购置，本质上属于消极财产，因此仍应当根据购房款的性质及当事人的真实意思表示来决定房屋在婚姻关系内部的分配。

【评析】

笔者同意第三种意见，理由如下：

婚姻法第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”对于夫妻共同债务的认定，原则上我国立法采用的是实质主义，即以强调维持共同生活或者出于共同生活的目的而从事生产经营活动为前提，体现的是一种法维护婚姻家庭稳定，保障婚姻当事人合法权益的伦理价值观。该原则虽有效保护了夫妻非举债一方的财产利益，却忽视了市场经济条件下对债权人的保护。为防止诱发道德风险，维护交易安全，婚姻法解释（二）第二十四条不得不以牺牲少数个体正义，抑或部分权利安全为代价，采用举证责任倒置和法律推定的技术手段，直接以法律真实代替客观事实，近乎将所有除外情形予以遮断，即不论举债目的如何，只要以夫妻一方名义所负债务发生在婚姻关系存续期间，除非配偶能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明约定夫妻财产分别制，且债权人知道该约定的，否则一律推定为夫妻共同债务。这就导致司法实践中，不排除相当数量的夫妻个人债务，在配偶举证不能的情况下，被表见性地认定为夫妻共同债务。以致最高人民法院杜万华专委在2016年“三八”妇女节前夕，就“家事审判改革为相关立法提供实践依据”接受采访时所言，过去更多的是夫妻双方串通损害债权人利益，现如今更多的是债权人与债务人串通，损害对方配偶的利益，且近年来呈愈演愈烈之势。理论界和实务界不断提出异议，要求对婚姻法解释（二）第二十四条进行修改。

鉴于此，2014年7月12日，最高人民法院民一庭针对江苏省高院《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务的性质如何认定问题的请示》，作出（2014）民一他字第10号答复，明确指出：“经研究，同意你院审判委员会的倾向性意见。在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。”

由此可见，对于以夫妻一方名义举债的性质认定，遵照衡平主义，现行法律、司法解释采用的是内外有别原则：在涉及夫妻债务的内部法律关系时，由作为配偶一方的债务人举证证明，其所借债务是否基于夫妻双方合意或者是否用于夫妻共同生活；若举证不能，配偶另一方则不承担债务偿还份额。而在涉及夫妻债务的外部法律关系时，除婚姻法解释（二）规定的两种但书情形外，现又明确一种情形，即配偶一方举证证明所借债务没有用于夫妻共同生活的，则该方也不承担偿还责任。

本案中，因诉争房屋为于某个人借款购买，而张某对此事先并不知情，可见两人不存在共同举债的合意，且事实证明所购房屋亦确未用于夫妻共同生活，故无论对内，还是对外，案涉借款均应当认定为夫妻一方个人债务，由此转化而来的消极财产自然也应当认定为夫妻一方个人财产，举债一方于某享有处分权。

虚假陈述，罚！雨花法院近日对两起虚假陈述当事人罚款

2017-01-13 雨花法院 徐闽 王钰

未成年人及家事案件审判庭 徐闽 王钰

近年来，在民商事案件审理过程中的虚假陈述行为层出不穷。虚假陈述不仅损害了司法权威，还浪费了大量的司法资源。近日，雨花法院就针对以下两起案件中作虚假陈述的当事人进行了罚款处罚。

案件

01

执业律师知法犯法 企图转移财产蒙混过关

原告郭某某是一名执业律师，起诉张某某要求离婚。庭审过程中，郭某某陈述2013年二人婚后为孩子上学购置一套学区房，总价168万，其中98万系郭某某的婚前财产（一套婚前购得的房产）变卖所得，另70万元系其母亲王某某的出资，并当庭提交了由王某某账户向郭某某账户转账700000元的转账凭证一份。另外，郭某某还提交

“家事法苑”团队奉献

了一份由其父母书写的出资声明一份。但是张某某当庭对该 700000 元转账及出资声明提出异议，认为声明是伪造的，转账也有可能是虚构的，当时郭某某的父母均系退休职工，且当时王某某一直在老家，不可能一笔头支出这样一大笔费用。

法院随即针对这 700000 元转账展开了调查。在郭某某拒不提交相关转账明细的情况下，法院依被告张某某的申请调取了王某某账户的相关情况，最终查明：郭某某于 2014 年 2 月一天向其母亲王某某的帐户分十五笔，每笔 50000 元上下，向王某某的帐户打入 700000 元，在同一天由王某某的帐户转入郭某某的帐户中。这些交易均系一天内完成。在法院对其的一次谈话中，郭某某在签署保证书后仍然狡辩，但经法院出示证据，郭某某终于承认了进行虚假陈述的事实。

处罚结果：针对该妨碍人民法院审理案件的行为，法院依法作出对郭某某罚款三万元的处罚决定。郭某某也于期限内自动缴纳了罚款并认识到了自己的错误。

案件

02

伪造已故母亲签名 只为不支付购房款

原告李某人与被告李某民、李某忠、李某华四人系兄妹关系，因已故母亲王某某的遗产继承产生纠纷诉至法院，李某人要求李某民支付所欠王某某的购房款。庭审中，李某民为证明在母亲生前支付了购房款，陈述并提交了王某某于 2008 年 8 月 30 日书写的收条一张。但李某人当庭对收条的真实性提出异议，要求申请鉴定。

法院随即对收条的真实性展开了调查，经南京师范大学司法鉴定中心鉴定，《收条》收款人处“王某某”的签名与提供的字迹样本不是同一人书写，且收条形成时间晚于 2008 年 8 月。

处罚结果：结合李某民当庭陈述，法院认定李某民伪造案件重要证据，严重妨碍诉讼秩序，决定对其罚款 15000 元。面对白纸黑字的鉴定报告，李某民不再辩解，自觉缴纳了罚款。同时经法庭教育，也对自己的违法行为进行了深刻反思。

相关法律及司法解释的规定

搜索

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百一十一条

诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；
- （二）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；
- （三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；
- （四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；
- （五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；
- （六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百一十五条

对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

《中华人民共和国婚姻法》

第四十七条

离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释

第一百一十条

人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。

保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。

负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。

法官点评

zhongguofengshuimochengxinzhanhuaPSDFenceng_3287461.jpg

诚实守信是社会普遍崇尚的基本价值。在民事诉讼中，当事人更应当遵循诚实信用的原则，陈述事实是庭审中最基本的要求。当事人故意作虚假陈述，不但扰乱审判秩序，损害对方当事人的合法权益，也影响审判的公正高效，浪费司法资源，损害司法的权威及公信力。因此，严惩虚假陈述，维护诉讼诚信，十分必要。

基层风采——多方调解化解五年房产纷争

2017-01-19 法制文萃报 山东省商河县人民法院 陈宜森

一起房产继承案，五年来打了四场官司，本来已经亲情淡漠的姐妹两家几乎水火不容。申请人马慧在接到济南中院维持原判的判决书后，于2016年9月10日申请商河县人民法院强制执行。

一套福利房两姐妹大动干戈

被申请人马敏和申请人马慧是同胞姐妹，两姐妹的父亲马丙先早年在某信用社工作，马丙先于2008年去世。但早在1998年，信用社以房改房的形式建设内部住宅楼，马丙先应分得一套住房。此时，因马敏弟弟过早去世，马敏丈夫便以其弟弟的名义先在马敏父母的名下落户，成为马丙先名义上的“继子”，后来实际上是马敏“入赘招夫”。马敏说，在父亲名下的这套当时出资6万集资款的房产，其实是他们夫妇出资购买的。1999年，房屋交付后，马敏夫妇一直居住至今。妹妹马慧婚前一直在外地上学，毕业后回商河结婚生子。

2011年开始，事情发生了变化。马慧因长子上学需要，借用马敏的房产证及户口簿，发现房产证上的名字是其父母的，心理上有了疑虑。马敏母亲去世后，马慧提出要分割其父母名下由马敏居住的房子。为此，两家矛盾逐渐升级，五年打了四次官司，最终作为被执行人的马敏苦于没有留存最原始的证据，无法形成完整的证据链条，致使受诉法院不得不以公平原则进行平分裁处，判决此房归马敏所有，马敏付出房价的一半给马慧，即19万元。

执行法官几次约见当事人来说明情况，但马敏一直坚持房产是她出资购买的，言明即使法院判决了也不会给妹妹一分钱！而马慧说，房产既然是在父母的名下，她就应该分得一半。

该案的执行法官说：“扣划银行存款、查封车辆及房屋，拘留被执行人……通过这些强制执行手段完全可以使案件执行到位。但是，案子是执行了，社会矛盾也会引发出来，甚至会引发刑事案件。”如果通过法律程序，不仅没有化解社会矛盾，反而激化了这种冲突，因此和解执行对于该案还是最优的解决方案。

村镇调解组织成破题关键

然而现实情况却是，姐妹之间越来越疏远。为此，法官选择利用村镇调解组织共同参与调解的方式，进一步加强与当事人的沟通，最大限度达成调解意向。执行法官给马敏姐妹所在地的孙集镇分管政法工作的书记打电话，让他定好时间，约好马敏姐妹各自所在村委会的人民调解员参加，地点选在孙集镇政府大院内的法官工作室。在调解之前，执行法官先与两村的人民调解员进行了交流。他们认为，房子即使是马敏出资购买的，但毕竟是马敏利用其父亲的“资源”而享受的“福利”。所以马慧要求分享也是在情理之中的。在统一了这种观点后，人民调解员均表示，要积极去做一下当事人的工作，让马敏给妹妹一部分，让妹妹也少要一部分，看看行不行。10月12日，法院工作人员赶到孙集镇政府，镇政府还叫来了当地司法所的工作人员共同调解此案。在人民调解员和司法所人员耐心细致的沟通下，双方当事人心气也小了许多。“在庄里的长辈面前，她们再过分地为钱争执，就可能太让人磨不开面子。”经过法官一上午的积极协调，最终双方达成和解协议，马敏同意给妹妹马慧10万元，其余互不追究，难断

“家事法苑”团队奉献

的家务事终于有了结果。（文中人物系化名）

前夫未履行执行义务，冻结前妻的卡？法官：未按期履行的执行和解可恢复执行

2017-01-17 南京市中级人民法院 李钰

作者：李钰

单位：南京市中级人民法院

夫妻一方为被执行人的案件，能否执行已离婚的原配偶的财产？达成和解协议后，当事人能否申请恢复对原生效法律文书的执行？答案就在下面这起典型案例中。

案情回放

1999

4月15日

朱某某所有的货车与吕某某所有的出租车相撞，造成吕某某受伤和其出租车受损的非道路交通事故。为此，栖霞法院于2000年12月25日判决朱某某赔偿吕某某67486.71元并承担诉讼费1096.48元。

2001

4月17日

吕某某向栖霞法院申请强制执行，执行中朱某某履行了10236.4元，并在《执行和解协议》中承诺：剩余执行款59086.56元自2002年6月起，每年付10000元直至付清为止。

2013

7月11日

因朱某某未能按其承诺的期限履行义务，栖霞法院执行局召集吕某某与朱某某协商，吕某某表示朱某某2013年7月31日前再支付12000元本案即全部执行完毕。

后吕某某得知朱某某的妻子许某某名下有大额银行存款，遂向栖霞法院提出对2013年7月11日的承诺不予认可，并申请追加许某某为被执行人。栖霞法院作出裁定，追加许某某为本案被执行人，并冻结其银行存款6万元。

2013

7月26日

朱某某向栖霞法院缴纳执行款12000元，同时朱某某和许某某向栖霞法院提出执行异议，请求撤销并停止执行裁定。栖霞法院裁定驳回朱某某和许某某的执行异议请求。

原告许某某遂向栖霞法院提起案外人执行异议之诉，请求：依法确认本案所涉债务非夫妻共同债务及许某某非本案债务人，并停止控制执行许某某财产。

南京市栖霞区人民法院判决：驳回许某某的诉讼请求。市中院二审维持原判。

法官说法

本案中，案涉交通事故发生在朱某某与许某某夫妻关系存续期间，造成交通事故的货车属于朱某某所有，该车辆营运收入用于朱某某与许某某的家庭共同生活。因此，朱某某因交通事故所负债务属于朱某某与许某某的夫妻共同债务，朱某某与许某某应负连带清偿责任。虽然朱某某与许某某已于2009年离婚，法院所查封的财产系许某某的个人财产。但许某某对于其与朱某某夫妻关系存续期间的共同债务仍应负连带清偿责任。原审法院裁定追加许某某作为被执行人，并执行许某某的个人财产，符合法律规定。

法院于2013年7月11日组织吕某某和朱某某就执行事宜进行协商，双方达成一致意见。但吕某某在作出和解意思表示时，对许某某的财产状况及债务履行能力并不了解，当时所作出的意见并非其真实的意思表示。且吕某某在执行结案之前向原审法院明确表示不履行和解协议，并申请恢复原生效判决书的执行。原审法院根据吕某某的申请，恢复对原生效法律文书的执行，符合法律规定。

离婚财产纠纷常见四大问题解读

2017-01-24 北京一中院 团河法庭

家事纠纷具有人身和财产双重属性，离婚纠纷除涉及身份关系的解除，还涉及夫妻共同财产的分割。随着经济的高速发展，个人财产种类和数量的不断增加，夫妻共同财产的分割往往是离婚纠纷中双方当事人争议的焦点。根据北京一中院审判经验，离婚财产纠纷中的当事人常在以下四个问题的认识上存在误区。

“家事法苑”团队奉献

婚前个人财产与夫妻共同财产的区别

一般说来，财产是否婚内取得是区分婚前个人财产与夫妻共同财产的重要标准。在法律意义上，“取得”不仅要看现实的“所有”状态，还要看购买该财产的款项是否来源于婚内夫妻共同财产。

田某与苏某 1994 年登记结婚。2008 年，田某因婚前所有房屋拆迁获得补偿款 25 万元。2010 年，田某用该款项全款购买了一处房屋。2015 年田某诉至法院要求离婚，苏某同意离婚，并要求分割夫妻共同房产，即该房屋。

法院认为：该房屋系田某婚前原居住房屋经拆迁所得补偿款购置，属婚前财产转化而得，仍应属田某婚前个人财产，故对苏某要求分割该房屋请求不予认可。

法官释法：

本案涉及的核心问题是夫妻一方婚前个人财产及其转化。我国现行《婚姻法》界定财产是属于夫妻双方共同财产还是一方个人财产的主要依据是其取得时间：**婚前取得的财产一般认定为个人所有，婚后取得的财产一般认定为共同所有，除非有相反的证据证明为一方个人财产。**

《婚姻法》同时规定一方的婚前财产属于夫妻一方所有财产，并且夫妻一方个人财产不因婚姻状况的变化影响其性质，即**一方婚前财产不因结婚而转化为夫妻共同财产。**

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十九条，一方婚前财产形态的变化也不影响其性质。现代社会，财产流通性加剧，财产形态也随之频繁变化。一方婚前个人所有房屋在婚内取得拆迁款并全款购买了房屋，不能简单认为只要是婚后购房，即为夫妻共同财产，应当考虑到购房款来源于拆迁这一特殊事实，只要能够查明购房款完全来源于拆迁款，即可认定该新购房屋属于原被拆迁房屋的财产转化形式。

父母为子女一方购置房屋出资的证明

近年来，房地产价格大幅上涨，房屋一跃成为离婚财产纠纷中双方争夺的焦点。为使对方少分或不分房屋，一方往往主张购房款的部分或全部为其父母对其一方的赠与。但仅凭银行转款、取款凭证来证明该主张是不够的，父母对子女一方的赠与须以更明确的方式表示。

胡某与康某原系夫妻，于 2004 年 12 月 29 日登记结婚。后因感情破裂，于 2012 年 7 月 10 日经法院调解离婚。2014 年，康某诉至法院，称胡某在其不知情的条件下，就双方共有房屋与拆迁公司订立拆迁协议，并将拆迁利益据为己有。依据该协议，胡某所得拆迁补偿款共计 248878 元，故康某要求胡某给付其拆迁补偿款 124439 元。对此，胡某表示该房屋是其父母出资购买，应属其一人财产；在与康某婚姻关系存续期间，因康某没有固定收入，双方无购房能力。

法院认为：胡某在诉讼中向法院提供其父母的银行存折款项往来凭据数张，仅能证明在胡某购买涉案房屋期间，其父母曾有在银行支取过存款的情形，无法确定所提款项用于为胡某支付购房款，亦无法证明是对其一方购房的出资。故法院以胡某证据不足为由，判定康某对该款等额分割，胡某给付康某涉案房屋拆迁补偿款 124439 元。

法官释法：

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十二条，**当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。**另，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第七条规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，**视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。**需要指出的是，此规定**适用的范围是父母支付全款给子女购买房屋且登记在出资方子女名下**的情形。

父母在子女婚后给予资助的性质认定，从法律层面上讲，有两种可能性：**赠与关系和借款关系。**如果认定为赠与关系，则受赠人可能是赠与人的子女一方也有可能是夫妻双方，如果是明确赠与给夫妻双方的，则不会存在任何争议；如果是仅赠与己方子女，除非能够达到《婚姻法》第十八条（三）的规定，即在赠与合同中予以确定，可以认定属于一人的个人财产外，否则根据《婚姻法》十七条的规定亦属于夫妻共同财产。

如果认定为借款关系，则父母与子女之间的行为应符合《合同法》关于借款合同的相关法律规定。根据《合同法》第一百九十六条的规定：借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同，该合同必须符合合同成立的要件，即主体适格，达成协议是双方的真实意思表示，有确实的给付行为。

离婚协议中赠与的特殊性

夫妻离异会对未成年子女的物质及精神生活产生一定程度的影响。为弥补给孩子带来的创伤，同时调和夫妻双方在财产分割上的争议。一些当事人会选择将夫妻共同财产中的一部分（特别是房产）共同赠与子女。然而，这种赠与却有别于普通赠与。

赵某与李某于2000年10月17日登记结婚，后于2002年生育一女赵小某。2013年7月30日，双方离婚，并签订《离婚协议书》，约定：“一、赵某与李某自愿离婚。二、位于某区域底商一处为夫妻共同财产，甲、乙双方最晚于赵小某三十周岁时将上述房产中属于自己的份额赠与赵小某，双方均不得反悔。三、婚生女赵小某由李某抚养，赵某每月给付赵小某一千元抚养费至赵小某学业完成为止。四、本协议一式三份，赵某、李某各一份，留存法院存档一份，具有与原《离婚协议书》同等的法律效力，双方均不得反悔。”现赵某诉至法院要求撤销对赵小某的赠与。

法院认为：离婚协议中关于财产分割、债务清偿的条款或当事人因离婚就财产分割、债务清偿达成的协议，对男女双方均具有法律约束力。《离婚协议书》系双方当事人的真实意思表示，不违背相关法律规定，合法有效，双方均应依约全面履行自己的义务。本案双方当事人基于离婚事由将夫妻共同财产处分给未成年子女的行为，应视为附协议离婚条件的赠与行为，性质不同于单纯的赠与行为。在双方当事人婚姻关系已经解除的前提下，赵某未举证证明双方签订《和解协议》时存在欺诈、胁迫等情形，故法院不支持其要求单独撤销房产赠与条款的主张。

法官释法：

在离婚协议中，经常出现夫妻约定将其名下房产赠与子女的条款，但是往往离婚后会有一方反悔。这就涉及**夫妻一方是否有赠与的撤销权以及赠与合同何时生效的问题。**

离婚协议中夫妻双方将共有房屋赠与子女的条款，是夫妻双方利益平衡的一种表现形式。**夫妻双方面，该条款是为处分共同财产而达成的合意；在父母与子女之间，则存在无偿给予和接受给予的关系。**离婚协议中赠与合同的双方是作为给予方的父母和作为接受方的子女，给予的意思表示与接受的意思表示一致时，赠与合同成立。

然而，签订离婚协议的当事人为夫妻双方，子女通常不会在离婚协议上签字。但接受赠与是纯粹受益的行为，从保护未成年人利益的角度出发，在无相反证据的情况下，应当推定未成年子女由其父母，即法定代理人共同代为接受赠与，赠与合同成立。

反悔的赠与人不能单独撤销赠与。夫妻双方对于子女的赠与并不是一种同时发生的各自独立的赠与行为，除以离婚为条件外，在夫妻之间实际还存在一种补偿关系，即一方之所以同意将属于其所有的一半房屋归子女所有，原因是另一方承诺同时做出此行为。双方这种**互为因果、互为条件的补偿关系，决定了一方不可单独适用赠与规则，行使赠与人撤销赠与的权利。**

值得注意的是，此赠与具有道德义务性质，赠与能为子女创造更好的成长条件，可视为抚养义务的一种补充履行方式。

因此，对夫妻在离婚协议中约定将房屋归属子女的内容，一方反悔主张撤销时，原则上不应准许，对子女要求继续履行赠与的诉讼请求，应予支持。

离婚诉讼期间

恶意转移夫妻共同财产的惩戒

离婚时财产分割应以《婚姻法》及其相关司法解释确立的原则及意见为依据，根据双方当事人的实际情况合理加以分割。但实践中经常出现夫妻一方通过各种手段企图侵吞夫妻共同财产、侵害对方利益的行为。现行法律亦规定了对此类行为的惩戒。

崔某与刘某于2000年9月19日登记结婚，2001年3月19日生育一女刘小某。2007年8月22日，刘某作为被拆迁人与拆迁人某房地产开发公司签订《北京市住宅房屋拆迁货币补偿协议》，获得203号、102号两套安置房。

经物业证明，102号登记在刘某名下，由崔某及刘小某居住使用；203号登记在崔某名下，该房屋现出租中。双方认可上述两套房屋尚无法办理房屋产权证。一审法院判决二人离婚，同时考虑到子女就学便利，判决刘某名下102号房屋归崔某居住使用；崔某名下203号房屋由刘某居住使用。判决后刘某不服，提起上诉要求对房屋重新分割，并在上诉期间将102号房屋转让他人。

法院认为：刘某在离婚诉讼期间将夫妻共同财产转移给案外人，属恶意转移夫妻共同财产的行为，根据法律规定，可以少分或不分夫妻共同财产。本案中，刘某恶意转移夫妻共同财产，使崔某无法在102号房屋居住，故法院

调整 203 号房屋由崔某居住使用为宜，待该房产证下发后该房归崔某所有。

法官释法：

《婚姻法》第四十七条规定，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。该项规定是离婚诉讼中夫妻一方有企图侵吞财产、侵害对方权益时财产分割的原则。

就《婚姻法》四十七条，一共分为两个层面：

首先，离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。这一款要说明的从实体上对企图侵害对方利益，侵吞夫妻共同财产一方的惩罚，即只要在案件处理过程中，夫妻一方举证证明对方有上述行为，法院就可适用上述规定，对行为人不分或者少分财产。就不分或者少分的财产范围而言，其不仅仅局限于其行为所涉及的财产，而应理解为在处理离婚时所涉及的所有的夫妻共同财产。

其次，离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。这是对于被侵害一方的救济途径，由于各方面原因，侵吞夫妻财产的行为并非都是可以立即发现的，往往是事后甚至很长时间才能发现，故该款是为此种情况提供救济的途径。然而该款没有规定对时效的限制，理论上而言，只要夫妻一方发现对方离婚时有侵吞财产的行为，随时可以起诉要求分割，这就加强了对受害一方的救济力度。

抚养权执行难题如何解？

2017-01-27 季凤建的法学世界 季凤建

纳入家暴范围 宜用保护令

探望权、抚养权执行已经成为当前我国婚姻家庭案件难点所在。为何如此？除了立法上的缺陷即没有确立当事人承担子女交付的义务，司法中的相关裁判制度的不完善、当事人的肆无忌惮以及执行员的畏首畏尾是主要原因。而探望权、抚养权案件不能得以切实执行，不仅非常不利于亲子关系的修复，粗暴侵犯权利人的合法权益，而且严重损害了司法权威。为了解决这一问题，笔者提出用足、用好现有法律规定，解决探望权、抚养权执行难题。

笔者认为，宜将阻止探望、拒绝将子女交付享有抚养权一方等行为纳入“家庭暴力”的范围，以人身安全保护令作为维护子女合法权益的有效武器。《中华人民共和国反家庭暴力法》已于 2016 年 3 月 1 日起施行，其主要亮点之一是确立了人身安全保护令制度。根据该法第二条的规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。很多探望权、抚养权案件中，当事人一方为了实现阻止对方探望、不将子女交付给对方的目的，大都会采取隐匿子女、随意变更子女居所等手段，这些做法严重限制了子女的人身自由、不利于子女与对方亲子关系的修复，应当纳入“家庭暴力”的范围。为有效阻止此类加害行为，全面保护子女的合法权益，宜由人民法院根据申请人等的申请发出人身安全保护令。而为了实现这一目的，可吸收我国台湾地区《家庭暴力防治法》第十四条第一项第六款、第七款关于子女交付和会面交往的规定，扩大解释《反家庭暴力法》第二十九条第（四）项关于“保护申请人人身安全的其他措施”规定，将探望、子女交付等纳入人身安全保护令的范围，从而实现《反家庭暴力法》的适用。

以法律保障探望、抚养权

在实践中，笔者发现，应对刑法第二百六十二条规定的拐骗儿童罪作新解释，从而避免拐骗后隐匿子女现象。《中华人民共和国刑法》第二百六十二条规定：“拐骗不满十四周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”在父母离婚情况下，子女与享有抚养权的父母一方共同生活并组成新的家庭，不享有抚养权一方拐骗子女后将子女隐匿起来，实质上使子女脱离了享有抚养权一方的家庭，致使享有抚养权一方既不能行使抚养权也不能探望子女，完全符合拐骗儿童脱离家庭的构成要件，因而应当以拐骗儿童罪论处；但由于刑法第二百六十二条中有“或者监护人”的规定，导致司法实践中对拐骗儿童罪作限缩解释，将属于监护人但不享有抚养权一方排除在拐骗儿童罪的犯罪主体之外，这种做法显然没有考虑到其拐骗、隐匿子女的可能性，也实质上导致父（母）拐骗后隐匿子女、（外）祖父母拐骗后隐匿（外）孙子女现象的泛滥。因此，对刑法第二百六十二条的内容进行新解释，可以实现惩罚拐骗、隐匿儿童行为的参与人并将拐骗、隐匿儿童行为纳入刑法调整的范围的目的，从而以刑罚保障探望权、抚养权案件的实际执行，避免阻止探望以及拐骗后隐匿孩子的现象。

其次，加大对拒不执行探望权、抚养权裁判文书行为的民事和刑事处罚力度。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条第一款第（六）项的规定，对拒不执行探望权、抚养权裁判文书的行为，人民法院可以予以罚款、拘留；但实践中，罚款、拘留决定往往不能获得内部的批准，导致很多探望权、抚养权案件都是依靠执行员“说服教育”完成。为解决此问题，应当加大对拒不执行探望权、抚养权裁判文书行为的惩罚力度，该拘就拘、当罚则罚，以法律的威慑和强制力保障人民法院探望权、抚养权案件裁判文书的切实执行。与此同时，应当明确，对拒不执行探望权、抚养权裁判文书，情节严重的行为，符合《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》中“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”的规定，应以《中华人民共和国刑法》第三百一十三条规定的拒不执行判决、裁定罪定罪处罚。当然，刑罚的动用，应当符合谦抑原则，以避免滥用。对探望权、抚养权案件的权利人暨申请执行人曾经提出控告，而公安机关或者人民检察院对负有执行义务的人不予追究刑事责任的，可以由权利人根据《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条的规定，提起刑事自诉。

吸收域外经验 善用“他山之石”

全面吸收国际公约精神和域外经验，合理解决跨国（境）子女探望权、抚养权案件执行问题。随着中外交往的逐年增多，跨国（境）婚姻逐步增多，由其引发数量极大的跨国（境）子女探望、抚养权案件执行问题。对于我国已经加入的双边或多边国际条约确定的义务，相关机关应当予以切实加以贯彻，并用足用好《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》等法律的规定，以全面完成跨国（境）执行；对我国目前尚未加入的1980年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》等与探望权、抚养权执行有关的国际公约，应当加以研究，并通过判决的承认与执行等途径，在具体个案件中不断探索并完善相关工作机制，以便为将来我国加入后的实施提供经验；对域外关于探望权、抚养权案件的先进执行经验，可以通过立法的扩大解释、新司法解释的制定以及司法实践部门的工作机制创新等加以吸收，从而为我国相关案件的执行提供参考。

用足、用好现有法律规定，不仅能为执行员提供采取较多的可以采取强制措施的选择，也能够实现对当事人的最大威慑，从而为解决探望权、抚养权案件执行难打下良好的基础。

载于《民主与法制周刊》2016年第25期

丈夫驾车肇事致妻死亡是否需赔偿

2017-01-05 陕西法院网 蒲城法院 许燕

近年来随着私家车的数量日益增多，交通事故的发生也越来越频繁，那么，丈夫驾车肇事致妻子死亡是否需要向妻子近亲属赔偿？近日，蒲城法院审结了这样一起案件。

曲杰与受害人常燕系再婚。2015年12月12日15时，曲杰驾驶小轿车载着妻子行驶中，右转弯时与相对方向孙强驾驶的重型半挂牵引车发生碰撞，造成双方车辆受损，曲杰受伤、小轿车乘坐人常燕当场死亡的交通事故。该事故经公安交管部门认定，曲杰负事故主要责任，孙强负事故次要责任，常燕无责任。曲杰驾驶的小轿车未投保车上人员责任险。后受害人常燕父母及女儿起诉要求曲杰按事故责任比例赔偿其受害人之死亡赔偿金、误工费、交通费、被扶养人生活费、精神损害抚慰金等损失合计694823.30元的70%，即486376.31元。

蒲城法院经审理认为：公民的生命权受法律保护。因侵权行为导致受害人死亡的，死亡受害人近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。赔偿义务人应当赔偿死亡赔偿金、被扶养人生活费及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、误工损失等其他合理费用。近亲属包括受害人配偶、父母、子女等，故原告诉讼主体适格。本案中，被告曲杰在驾驶机动车过程中违反道路交通安全法有关规定，造成交通事故发生，交通管理部门作出的事故认定应予确认。该事故致受害人常燕当场死亡，本院已另案确定各项损失为691512.83元，其中孙强驾驶的重型半挂牵引车所承保公司、车主、挂靠公司已按事故责任比例承担30%的赔偿责任。本案被告曲杰作为侵权人之一，在本起事故中承担主要责任，本应对下余损失按事故责任比例承担70%的赔偿责任。因侵权人曲杰基于其与受害人之间的法定身份关系，系赔偿权利人之一，故对其应受偿部分应予以扣除。又考虑被告曲杰与受害人常燕系夫妻关系，二人因日常生活所需外出途中发生事故，再应适当减轻其赔偿责任。故判决由被告曲杰赔偿各原告应受偿之受害人常燕下余死亡赔偿金（含被扶养人生活费）、误工费、交通费等共计213705.97元。

法官提醒：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。该起事故因被告曲杰未能谨慎驾驶，导致丈夫失去妻子、父母失去女儿、孩子失去母亲，两个家庭陷入极度悲痛之中。作为被告曲杰，不仅要承受着自己

过失而失去亲人、家庭破碎的痛苦，还要承担民事赔偿责任，面临刑事处罚。在此提醒广大驾驶员，遵守交规，文明驾驶，确保行车安全。（文中当事人姓名均为化名）

关于无效婚姻问题的几点思考

2016-01-04 陕西法院网 城固法院 李优

笔者在基层法庭从事民事审判工作多年，婚姻家庭纠纷案件在主审案件中占比最高，近日审结的一个案件引发了笔者的思考。某男以某女不能与其发生性行为为由，申请变更离婚诉讼请求为婚姻无效请求。在此，不讨论该诉讼请求的变更是否程序合法。而让笔者引发深思的是，不能发生性行为是否可以成为申请婚姻无效的理由，是否符合我国《婚姻法》关于无效婚姻的规定？引申一点，不能生育是否可以成为申请婚姻无效的理由，也让笔者联想到之前有人以对方存在精神病为由，到法院立案申请婚姻无效，那么精神病是否可以成为申请婚姻无效的理由呢？

我国《婚姻法》第十条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”在审判实践中应用最广泛，同时也是最难把握的应该是第三项。该项看似具体，可是操作起来十分困难。何为“医学上认为不应当结婚的疾病”？学理及审判实践中，多参照《传染病防治法》及《母婴保健法》的有关规定。但对“医学上认为不应当结婚的疾病”我国现行法律及相关司法解释仍未给予明确的限定，造成审判实践中的适用困难。由于界定“医学上认为不应当结婚的疾病”，不仅需要深厚的法学理论功底，更需要的专业的医学知识。笔者在此仅从审判实践中最常见的几种情形出发，来讨论“医学上认为不应当结婚的疾病”的适用问题。

一、精神病是否属于“医学上认为不应当结婚的疾病”？

目前，随着社会经济的发展，人们的思想压力也在加大。婚姻案件中一方为精神病人的情形越来越多。此类案件的当事人以对方存在精神病为由申请婚姻无效也屡见不鲜。此类案件的当事人为什么会考虑申请婚姻无效程序，是因为申请婚姻无效程序相对离婚纠纷案件程序简便，更重要的是诉讼成本较低。如果通过离婚案件程序，一方当事人往往需向精神病患者当事人支付一笔生活补助费用。当然，法院这样做的原因一般是考虑到夫妻之间的相互扶助义务。

笔者从民事行为能力的角度出发，将精神病患者分为无民事行为能力的精神病患者，限制民事行为能力的精神病患者，以及完全民事行为能力的精神病患者。这样分类的好处是可以透过司法鉴定进行确定，提高可操作性，增强审判效率。结婚实际上是一种身份契约，而契约的缔结则要求双方有相应的行为能力。一个不具有民事行为能力人缔结的身份契约应当是无效的。因此，与无民事行为能力的精神病患者的婚姻关系应当是无效的，可以适用申请婚姻无效程序。当然，无民事行为能力的精神病患者往往精神疾病体征表现明显，正常情况下一般不会有人在明知其精神状态的情况下与之结婚。强调与无民事行为能力的精神病患者的婚姻关系无效，是要避免社会上一些人以非法目的或以恶意与该类无民事行为能力的精神病患者结婚，企图取得对方财物。

对于与限制民事行为能力的精神病患者以及与完全民事行为能力的精神病患者的婚姻关系应当是合法有效的婚姻关系，不能以对方患有精神病为由申请无效婚姻。因为限制民事行为能力的精神病患者，如间歇性精神病人往往精神正常时和普通人没有区别，只是精神疾病表征与正常状态交替发生。而结婚根据我国风俗，它是一个环节性较为突出的过程，结婚登记也不可能一开始就发生。我们有理由相信，限制民事行为能力的精神病患者在整个的结婚过程中，有时间，有能力正常思维结婚的意愿及法律后果。这样的信任也是基于对间歇性精神病人过去的行为是很难判断他当时所处的精神状态。为了审判实践的可操作性，笔者还是将与限制民事行为能力的精神病患者的婚姻关系归类为有效婚姻。

对于完全民事行为能力的精神病患者的婚姻关系亦应当是合法有效的婚姻关系，不能以对方患有精神病为由申请无效婚姻。因为完全民事行为能力的精神病患者，如抑郁症患者，往往就具有完全民事行为能力，缔结的婚姻关系当属合法有效。

二、性不能是否属于“医学上认为不应当结婚的疾病”？

对此问题，我国《婚姻法》及其解释，包括《母婴保健法》也未给予明确规定。笔者这里陈述的性不能，是指不能且无法进行性行为，包括器官性的不能以及精神障碍性的不能，这与性功能障碍区别开来。由于社会文化的发展，人们慢慢从性禁锢走向性开放，对夫妻生活的要求也在提高。这也就是更多的人通过明示或暗示的方式，以夫妻生活不和谐为由提起离婚诉讼的根本原因。不能与不够好应当是两回事，应当区别对待。不能属于客观状态，容

易判断，不够好的主观性太强，标准不好把握。性不能就是性行为的缺失，客观上无法进行。而婚姻的三要素：理想、性爱、责任，缺一不可。婚姻法亦应从立法原则的角度上，维护婚姻双方的交配权。因此，性不能应当属于“医学上认为不应当结婚的疾病”，如果婚前患有，婚后未治愈，可以作为申请无效婚姻的理由。但是以性功能障碍为由提出的无效婚姻申请，应当是不成立的。

三、不能生育是否属于“医学上认为不应当结婚的疾病”？

对此问题，我国《母婴保健法》第十条规定：“经婚前医学检查，对诊断患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的，医师应当向男女双方说明情况，提出医学意见；经男女双方同意，采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的，可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。”可以看出，在患有不宜生育的严重遗传性疾病的情况下，医师提出意见，首先应当是禁止结婚，只有在同意采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的才可以结婚。笔者认为，患有不宜生育的严重遗传性疾病应当是我国现行法律及相关解释明确规定的“医学上认为不应当结婚的疾病”。以此为由提出的无效婚姻申请，只要符合婚前患有，婚后未治愈且结婚时不同意采取长效避孕措施或者施行结扎手术，法院应当判决双方为无效婚姻。对于其他类型的不能生育问题，不应作为申请婚姻无效的理由，不能以此启动申请婚姻无效程序。

离婚诉讼举证责任浅析

2015-12-10 陕西法院网 合阳法院 任壮

离婚案件主要涉及夫妻感情是否确已破裂、子女抚养以及财产分割等方面，当事人在举证过程中，往往感到证据不好收集，力不从心或不知从何下手。但民事诉讼的审理原则却是“谁主张、谁举证”，当事人一方不能在举证期限内举出对自己有利的证据，往往要承担不利的后果，或自己的诉讼请求得不到法院的支持。因此，如何在离婚案件中收集证据及运用，就成为当事人甚至是律师尤为注重的问题。下面浅析几种常见的离婚举证责任。

（一）因感情破裂与否发生争执时的举证责任

我国婚姻法将感情确已破裂作为人民法院判决离婚的法定条件，因此从总体上说，原告应当对感情确已破裂的事实负举证责任。这样确定的实际意义在于：当原告坚持要求离婚而被告坚决不同意离婚，证明感情破裂与证明感情未破裂的证据又都不充分时，人民法院应当作出不准离婚的判决。

感情破裂是法律对离婚理由的高度抽象。在现实生活中，感情破裂总是由某种或某些具体的原因引起的。如婚姻基础差，双方出于某种目的草率结婚，婚后又未能建立起夫妻感情；对方道德败坏，与第三者非法同居或通奸；方有严重的生理缺陷，不能过夫妻生活等。感情破裂过于抽象，无法直接证明，因此原告实际上是通过证明各种导致感情破裂的具体事实来证明这一问题的。最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中列举了可视为感情确已破裂的13种具体情况。这些情形基本包括了审判实践中原告作为离婚理由的各种事实。另一方面，该《意见》实际上也是告诉原告，欲获得胜诉应当主张和证明哪些事实，从而使对感情破裂的证明转化为对原告主张的《意见》中的具体事实的证明。

如果被告只是单纯否认原告主张的事实，则被告不负任何举证责任。但在实际诉讼中，被告很少只作单纯的否认，通常要提出一些新的事实来反驳原告的主张。如针对原告提出的因感情不合分居已满3年的主张；提出自己与原告实际上是时分时合；针对原告提出的受被告虐待的主张，提出自己并非虐待，而是一时脾气暴躁，动手打了原告。被告主张上述事实，实际上是用间接事实来反驳原告提出的作为离婚法定依据的事实。故尽管被告应举证证明所主张的事实，但作为离婚法定依据的事实的举证责任仍然由原告负担。

但是，绝不能认为被告在离婚诉讼中完全不负担举证责任。以下两种情况的举证责任显然应当由被告负担：（1）因事实的性质，原告无法证明或难以证明，而被告却易于证明。如原告以被告婚前隐瞒了患有精神病，婚后经治不愈为由起诉离婚，被告则主张婚前已如实告知并主张经治疗后已大为好转，对此，应当由被告对所主张的事实负举证责任；（2）被告妨害原告举证，致使原告无法证明所主张的事实。如原告主张被告患有精神病或因有生理缺陷而不能发生性行为，被告予以否认，但又拒绝接受医生检查。此时，举证责任亦应当转由被告负担。

（二）因子女抚养发生争执时的举证责任

在离婚诉讼中，通常还会涉及到子女抚养问题。根据我国婚姻法第29条第3款的规定，哺乳期内的子女，原则上应由母亲抚养，这意味着，如果母亲在诉讼中提出要求抚养哺乳期内的子女，就不必负任何举证责任。只有当母亲主张子女应由父亲抚养或者父亲主张子女应当由自己抚养时，当事人才有必要对不宜由母亲抚养的事实负举证

责任。

关于哺乳期后的子女归谁抚养，依据我国婚姻法，是根据子女的利益和双方当事人的具体情况确定的。因此，发生争执时，要求抚养子女的一方当事人应对其主张的子女归自己抚养更有利于子女的事实负举证责任。

此外，对抚养独生子女发生争议的当事人中一方确有特殊理由的，如已作绝育手术、再婚有困难等，我国司法实践在有利于保护子女利益的前提下，会尽量满足有特殊理由一方的请求。但对是否有特殊理由存在争议的，主张有特殊理由的一方必须举证证明。离婚后，如果子女由于生活和受教育的需要，或者父母一方的经济情况有较大的变化，一方有权向另一方提出改变原定抚养费数额的请求，但必须对存在上述情况负举证责任。

(三) 因财产分割发生争执时的举证责任

离婚时分割的财产只能是夫妻共同财产。多数情况下，婚前归一方个人所有的财产与婚后的共同财产是混在一起的，因而在分割财产前，首先需要划清这两种财产的界限。根据最高人民法院所作的司法解释，婚前财产与婚后财产无法查清的，可视为夫妻共同财产。因此，当事人如果主张某项财产属婚前个人所有的财产，他对这一事实就负有举证责任。我国婚姻法除了规定法定财产制外，还允许当事人采取约定财产制。如果当事人主张关于财产归属问题在结婚时或结婚后另有约定，他就必须证明另有约定的事实。根据婚姻法第 33 条的规定，离婚时，一方生活确有困难的，另一方应给予适当经济补偿。对生活确有困难的事实，主张的一方应负举证责任。

关于离婚时的债务清偿问题，婚姻法第 32 条规定：“原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还，男女一方单独所负债务，由本人偿还。”在双方当事人就共同债务还是单独债务发生争执时，究竟应由哪一方当事人负举证责任，无论婚姻法本身还是最高人民法院的司法解释均未作出说明。笔者认为应当由主张单独债务的当事人负举证责任，这一方面是因为对发生在夫妻关系存续期间的债务，究竟系共同债务还是单独债务，唯有债务人最清楚，最易于举证；另一方面是因为在共同债务与单独债务无法确定时，应本着处理共有财产还是婚前个人所有财产无法确定时同样的精神实行推定，即应推定为共同债务，这样才有利于保护债权人的合法权益。

离婚损害赔偿的构成要件

2015-04-29 陕西法院网 潼关法院 孙超

关于离婚损害赔偿的构成要件学界的看法也是不一的，主要有一般民事损害赔偿构成要件和特殊构成要件。多数学者认为离婚损害赔偿是民事赔偿之一，可适用一般民事赔偿责任的构成要件，即存在违法行为、行为人主观有过错、有损害事实、违法行为与损害结果之间存在因果联系，也有学者主张特殊构成要件说，提出离婚损害赔偿不限于一般民事损害赔偿，其构成要件具有一定的特殊性，不能简单的套用一般的民事损害赔偿构成要件。笔者认为由于离婚损害赔偿的赔偿义务主体是特定的，是以离婚作为前提条件，它与一般侵权离婚损害赔偿又有所区别，其构成要件有其特殊性。据此，离婚损害赔偿应具备以下构成要件：

一、夫妻一方对离婚有主观上的过错

实施违法行为的配偶主观上有意图违反婚姻法或其他法律的过错，这种过错必须是故意。过错分为故意和过失。从我国婚姻法第 46 条规定的四种情形来看有过错方所持的心里状态都是故意的，并不存在过失的情况。在实际生活中存在着配偶双方均有过错的情形，例如一方有实施家庭暴力的违法行为，而另一方也有与他人同居的行为，致使配偶权受到侵害的情况。如果双方均要求对方给予离婚过错赔偿，《婚姻法》及现有司法解释对此问题均没有涉及，如何体现离婚损害赔偿制度对配偶权的保护，如何体现法律的公平、公正，对法官也是一个考验。有的学者主张可以借鉴过错相抵原则，经济损失较大的一方仍可请求对方给予损害赔偿；笔者不赞同这种观点。因为离婚损害赔偿制度中的四种法定过错情形均为故意，有过错的一方配偶应当认识到或者预见到行为的结果会导致离婚，但仍然积极追求或者放任离婚发生，双方的过错程度是同一的，因此双方均不得要求对方给予精神损害赔偿。

二、违法行为

根据《婚姻法》第 46 条规定，我国目前可以构成离婚损害赔偿的行为包括：重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员。

(一) 重婚、有配偶者与他人同居

我国婚姻法第 46 条第一、二项规定了重婚、有配偶者与他人同居两种情形下，受害配偶可请求损害赔偿。我国婚姻法理论上和实务上都区分重婚和有配偶者与他人同居。重婚是指有配偶者又与他人结婚。按照最高人民法院的司法解释“有配偶者与他人同居”是指：有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义、持续、稳定地共同居住。两者虽

然在形式上有所差别,但实质上都是对《婚姻法》总则规定的夫妻间忠实义务的违反。忠实义务是婚姻关系的本质,一方违反忠实义务即构成对他方配偶权的侵害。法律列举重婚和有配偶者与他人同居情况下,受害人可以请求损害赔偿,其本意在于稳定婚姻关系,保护配偶权,防止违反忠实义务的情况发生并在此种情况出现时对受害配偶进行救济。

(二) 实施家庭暴力、虐待家庭成员

婚姻法第46条第三项规定的实施家庭暴力,第四项规定的虐待都构成损害行为。所谓家庭暴力,以下简称《婚姻法解释(一)》指:行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段,给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为:持续性、经常性的家庭暴力,构成虐待。

(三) 遗弃

婚姻法第46条第四项还规定遗弃家庭成员可诉请离婚损害赔偿。对于何为遗弃,理论上不同看法:有认为遗弃是同居义务或扶养义务不履行;有认为遗弃是指不履行同居义务或家庭生活费用负担义务。笔者认为,婚姻的本质在于双方共同生活,互相给予对方身体上、物质上、精神上之关爱,凡消极的不履行婚姻基本义务者,皆构成遗弃。比如,一方重病,他方置之不理;一方无正当理由拒绝同居;无正当理由外出不归等等。遗弃可能会造成对方身体上,精神上之损害,受害配偶可以请求损害赔偿。

三、损害事实

请求权人有损害事实。损害事实指的是一定的行为致使权利主体的人身权、财产权受到侵害,并造成财产利益和非财产利益减少或灭失的客观事实。这是离婚损害赔偿的客观后果要件。关于适用以下简称《婚姻法解释(一)》第28条还明确规定:“《婚姻法》第46条规定的损害赔偿,包括物质损害赔偿与精神损害赔偿”。

四、配偶一方的过错与另一方所受到损害之间存在的因果关系

这是离婚损害赔偿的因果关系要件,即过错一方的违法行为与无过错一方的损害事实具有法律上的因果关系。从婚姻法的立法宗旨看,没有直接的因果关系,不存在赔偿问题。所谓直接因果关系,我们的理解是这些损害行为是导致婚姻破裂的根本原因,而不是离婚当事人所提出的离婚理由,如受害人以感情不和为由提出离婚诉讼,在审理中若查明“感情不和”实际上是另一方当事人重婚、与他人同居、实施家庭暴力等因素所致,就应当适用离婚赔偿。如果是因自身的过错或第三人的过错造成精神损害不能要求配偶承担赔偿责任。

五、导致离婚的发生

就算具备了以上的条件,如果没有导致离婚发生,还是不存在离婚损害赔偿。这可以说是婚姻侵权责任的特殊要件。根据以下简称《婚姻法解释(一)》第29条第2款规定:“人民法院判决不准离婚的案件,对于当事人基于《婚姻法》第46条提出的损害赔偿请求,不予支持。”第3款还规定:“在婚姻关系存续期间,当事人不起诉离婚而单独依据该条提起损害赔偿请求的,人民法院不予受理。由此可见,离婚损害赔偿请求的发生不但要求存在符合法律规定的过错情形,还要求该情形导致了离婚的发生。除此之外,请求婚姻损害赔偿的婚必须是合法有效的婚姻,无效婚姻和可撤销的婚姻就不能适用离婚损害赔偿制度。可见,我国婚姻法确立的离婚损害赔偿制度有着严格的构成要件。以上五个构成要件缺一不可,必须同时具备才能进行离婚损害赔偿。

婚姻需要去“保卫”

2016-10-18 陕西法院网 咸阳市秦都区法院 王硕

弗洛伊德在《梦的解析》中提到,人类精神活动的能量来源于本能,本能是推动个体行为的内在动力,而人最基本的本能便是生存与繁衍。生存方面,人类取得的文明成果是劳动,而在繁衍方面,人类取得的文明成果便是婚姻。婚姻是家庭和社会的基本元素,美好的婚姻生活带给我们幸福,反之,我们的生活会充满负能量。

一、婚姻的样子

《礼记》中记载,“昏礼者,将合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世也。”我们从相识、相知、相恋到走向婚姻的殿堂,这一段历程往往是一个人爱情中最美的时光,包容、关心与浪漫就像阳光与空气一样,时刻围绕在你的身边,让人向往。但是,生活总是比想象平淡,柴米油盐酱醋茶的日子,会给我们带来许多的摩擦,像少女的“轻愁”,既有期待又很迷茫。当爱情的韶光渐渐淡去,带给每一对夫妻的任务便是如何在婚姻关系中学习和彰显神圣的爱。“好学生”,渐渐的习惯了对方,不管是优点还是缺点,都会成为你生活中不可或缺的调味品,而“差学生”,即使是对方以前吸引自己的优点,也会变成缺点,两人在婚姻的道路上便会背道而驰,最终变成冤家,选择离婚。

爱情带给婚姻的浓妆艳抹总会消退，回归到了它的本来面目，到底是要不要补妆，就看自己了。

二、婚姻的烦恼

随着社会经济的发展，婚姻面临着许多的挑战，主要分为以下两个阶段。

第一、结婚之前。这段时间，男女双方都是自由的，没有任何权利义务关系。这时候会有一些人选择未婚同居、试婚等一些方式，缺少了对婚姻的尊重，也会给自己带来一些伤害。

第二、结婚之后。首先是外来力量给婚姻带来的伤害，如婚外情、家庭暴力、重婚等等，严重影响夫妻双方的感情。其次是内因导致的婚姻痛苦，如婚姻倦怠、态度冷淡等等，日复一日，夫妻感情的裂痕会越来越大。

三、《婚姻法》对婚姻的保护

法律保护公民的合法权益，规范公民的行为，传递社会的价值观，有着非常重要的引导作用，《婚姻法》自然也不例外。如《婚姻法》第四条规定，夫妻应当相互忠实，相互尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。就是引导人们正确处理夫妻之间、家庭之间的关系，使婚姻朝着正确的方向发展。

同时，《婚姻法》也保护到了夫妻关系的各个方面，如家庭地位、工作及人身自由、财产等，维护婚姻中的无过错方及妇女权益。如《婚姻法》第三十四条规定，女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。《婚姻法》第三十九条规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。《婚姻法》第四十条规定，夫妻书面约定婚姻关系存续期间财产归各自所有，一方因抚育子女、照顾老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时，可以向另一方请求赔偿。《婚姻法》第四十二条规定，离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给与帮助。《婚姻法》第四十六条规定，重婚的、有配偶与他人同居的、实施家庭暴力的、虐待、遗弃家庭成员的，导致了离婚，无过错方有权请求损害赔偿。忠诚于婚姻，为家庭付出，以一颗仁爱的心来处理生活中产生的问题，便是这些法条给予我们在婚姻生活中的指引。

四、婚姻也需要“保卫”

“保卫”婚姻，不止是“保卫”婚姻存续的一种状态，更是要维护婚姻双方的幸福感。我们可以从以下两个方面尝试。

（一）通过法律和社会组织来“保卫”

第一、在法律规定上需要对婚姻的保护更深层次。

《婚姻法》第46条所规定的无过错方请求损害赔偿，仅限于夫妻双方中的过错方的惩罚，而没有对导致婚姻破裂的第三人的惩罚。重婚、有配偶者与他人同居，很多第三人都是知情的，甚至是始作俑者，导致了离婚，而受害这一方却没有权利请求第三人的赔偿，对第三人大多也没有惩罚，惩戒性不足。所以，我们可以尝试增加对第三人的赔偿请求权。而且我们可以尝试扩大离婚损害赔偿的范围，如因吸毒、赌博、嫖娼等不利于婚姻关系存续的原因导致离婚的，无过错方都可以请求有过错方赔偿，保护无过错方的权益。《反家庭暴力法》的施行，对于家庭暴力行为有了明确的处置，政府、公安机关、居民委员会等对保护受害者有了更加明确的分工，法院可以依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，有利于保护受害一方的合法权益。当事人因受到家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，也可以向法院申请“人身安全保护令”，保护自己及子女和特定亲属的人身安全。

第二、发挥法院和社会组织的力量，给予双方指导。

法院工作中，可以尝试成立婚姻家庭审判庭，专门处理离婚纠纷，大力倡导离婚调解程序，引导夫妻双方树立正确的婚姻观，不要纠结于一时的对错与得失，发展性看待婚姻的关系，自我反思与反省，调整心态，理性处理矛盾，使双方关系向良性发展的轨道上运行。在法律上给予要离婚的双方一个“冷静期”，单单是让夫妻双方自己去冷静思考还是远远不够的，社会组织、社区应该发挥其引导、帮助的作用，对于那些在法院要离婚被驳回的双方，开展心理辅导，引导他们重新去认识自己，认识婚姻，辅导他们如何去化解婚姻中的纷争，如何处理干扰婚姻的问题，让这个“冷静期”更有意义。如果经过这段“冷静期”的教育，还是选择了离婚，那么一定要保护未抚养子女一方的探视权，因为离婚只是夫妻关系的结束，亲子关系并不因此而结束，保护好离婚父母与子女之间的亲情关系，给予孩子完整的爱。同时，抚养方也不要因为自己不满对方，就一直诋毁对方，让孩子谩骂声中长大，丧失掉对美

好的希望。要将影响孩子成长的不利因素尽量减小到最低，保护好孩子的权益。

（二）个人对婚姻的“保卫”

中国伦理学会李茂森曾指出：“法律的作用仍然是有限度的，单凭法律的力量不可能解决婚姻家庭中存在的全部问题。”这就需要我们自身方面去改变，去“保卫”婚姻。

首先，可以尝试婚前进行婚姻教育，在结婚之前就让“准夫妻”对未来的生活有一个总体的展望，学习应对夫妻矛盾有一些方法，比如夫妻吵架，很多人都是一开吵就火冒三丈，叽叽呱呱说了一大堆狠话，伤了对方自尊，口舌之争的胜利有用吗？最后赢了言语，输了婚姻，是不是很不值得。能不能双方先冷静半个小时，站在对方的立场上想一想，猜一下对方的心思，总体想清楚之后再谈。经过这半个小时的冷静，双方的火气也没有那么大了，也会想通一些问题，这样交流起来效果是不是更好。

其次，每个人要有对婚姻忠诚的态度。双方要忠诚于对方，不存二心。耶稣说：“凡看见妇女就动淫念的，这人心里已经与她犯奸淫了。”因此，忠于对方，不仅是不能在身体上背叛配偶，同时不能在心理上背叛配偶。

最后，每个人要学会“婚姻保鲜”。婚姻是一个关系到一生的人际交往，是一个永恒在变化的量，不是说结了婚双方的关系就一直会亲密无间，它是需要不断去维系的。多关心对方，多体谅对方，具有家庭责任感，制造浪漫，让两个人的心越来越近。

婚姻带给我们许多的幸福，也带给我们许多的烦恼，只有用心去“经营”，不断学习，才会永远“夫妻恩爱”。
参考文献：

李世峥：《婚姻，人人都当尊重——浅析基督教的婚姻伦理及其对当代中国社会的现实意义》【J】，学者之页。

楼 皖：《刍议我国离婚救济制度》【J】，法制园地，法制与社会，2015年3月（上）。

田国秀：《离婚危害最小化：美国推行离婚教育的做法与借鉴》【J】，社会科学战线2015年第1期—社会学。

李艺敏、吴瑞霞、李永鑫：《城市居民的婚姻倦怠情况与婚姻压力、离婚意向》【J】，中国心理卫生杂志2014年第28卷第8期。

婚前房屋婚后置换新房的性质认定

2015-09-21 陕西法院网 勉县法院 张崑

【案情】

2001年4月，王甲和前妻离婚时分得九冶公司家属区48.05?房屋一套。2002年王甲和离异的陈静开始以夫妻名义同居生活，王甲之子王乙、陈静之女8岁的陈洁亦随二人生活。2006年1月，陈静以王甲之妻的名义、陈洁以王甲之女的名义将户籍迁至王甲的户籍名下。2009年，王甲被检查患脑梗塞、肾性贫血等疾病，后被鉴定属完全丧失劳动能力。2011年10月王甲和陈静在民政局登记结婚。2012年初，九冶公司进行棚户区改造，王甲以婚前48.05?旧房等面积置换购得“九冶新家园”小区77.98?房屋一套并随后入住，其中新增的29.93?为夫妻共同财产按市场均价购买。2012年7月6日王甲向九冶公司提交书面申请，申请将置换新房的户主写成妻子陈静的名字，但九冶公司一直未作出是否同意的回复。2013年5月7日，陈静代王甲和九冶公司棚户区改造办公室补签了相应的《九冶新城房屋置换安置搬迁协议》。因九冶公司因棚户区改造工程没有整体竣工，尚未就修建的包含争议房屋在内的所有小区向勉县房产管理局申报办理房屋所有权证。2015年3月王甲因病去世，王乙和王甲的母亲江梅遂将陈静起诉至法院，要求对“九冶新家园”小区的房屋中王甲的遗产依法确认二原告各占27%的份额。案件审理中，陈静向法院书面申请作为有独立请求权第三人参加诉讼，要求继承王甲的遗产。（当事人姓名均为化名）

【争议焦点】

原告王乙和江梅认为，“九冶新家园”小区77.98?房屋中，新增的29.93?为王甲和陈静的夫妻共同财产，其中一半归陈静所有，剩余一半属于王甲的遗产。另外48.05?房屋是王甲以婚前的个人房屋等面积置换，现原房屋已经消失，新房中的该48.05?也全部属于王甲的遗产。即“九冶新家园”小区77.98?房屋中的63.015?属于王甲的遗产。

被告陈静和第三人陈洁对原告关于新增的29.93?的意见无异议，认为置换前房屋48.05?虽属王甲个人所有，但在置换时王甲对其婚前所有的房屋另行与其它夫妻共同财产整合，从而取得了新房产77.98?，且王甲生前曾向九冶公司书面申请将置换新房的户主变更为妻子陈静的名字，这可以看出王甲对其个人财产进行了积极的处分，应视为王甲自愿将婚前个人房屋48.05?转化为夫妻共同财产。故“九冶新家园”小区77.98?房屋中的一半38.99?应属陈静个人所有，剩余38.99?属于王甲的遗产。

“家事法苑”团队奉献

【判决结果】

法院经审理，采纳了二原告关于王甲遗产范围的认定意见，同时结合王甲生前居住、生活情况依法判决：

“九冶新家园”小区房屋面积 77.98 m^2 ，原告王乙、江梅各占有 18.59%份额，被告陈静占有 44.23%份额，第三人陈洁占有 18.59%份额。

【评析】

该案双方的争议焦点就是王甲向九冶公司提交变更户主申请的性质如何认定，以及置换房屋的性质如何认定。

一、王甲向九冶公司提交变更户主申请的性质

2012年7月6日王甲向九冶公司提交书面申请，申请将置换新房的户主写成妻子陈静的名字，陈静认为这是王甲积极处分行为，自愿将婚前个人房屋面积 48.05 m^2 在新置换的房屋中转化为夫妻共同财产。从王甲提交申请的内容来看，其只是申请将户主名字变更为妻子陈静，并未明确表示要将其个人财产原房屋面积 48.05 m^2 在新房中全部或部分赠送给陈静，使其转化为双方共同财产。而根据房地产登记的相关规定和交易习惯，以夫妻共同财产购置的房屋虽为夫妻共有，但在办理房产证时，一般登记一方为户主，另一方为共有人，不会写明是按份共有还是共同共有。故对夫妻共有的房屋，房产证无论登记为夫妻任何一方，并不会改变房屋的性质。

同时，我国《物权法》第九条规定：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。故该房屋的产权主要应以房产证和附属资料为准，但九冶公司因棚户区改造工程没有整体竣工，没有就该新置换房屋向勉县房产管理局申报办理房产证，该房屋至今并无房产证。且九冶公司和勉县房产管理局也未就是否同意王甲的申请作出回复，也未正式收集附属资料，王甲的申请是否符合拆迁安置规定和法律规定尚不明确。

故从王甲的变更户主申请的形式要件和实质要件并不能达到陈静的证明目的，因此不能据此认定新置换房屋中的 48.05 m^2 房屋为王甲和陈静的夫妻共同财产。

二、从置换房屋的性质认定本案遗产范围

“置换”自古就有，也就是商品交易的最初形态“以物易物”，与当前常态化的商品交易形态相比，省略了中间环节等价交换物即货币。房屋置换在当今社会中多出现在各地因征地、房屋改造等的拆迁安置关系中。用买卖关系的法律规定可以理解为两个买卖过程，一是将旧房出售给房地产开发公司，二是从房地产开发公司购买新房。

我国《婚姻法》第十七条规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资奖金；（二）生产经营的收入……”。第十八条规定，夫妻一方的婚前财产，在婚后属该方个人财产。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十九条规定，婚姻法第十八条规定为夫妻一方的所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。王甲和陈静置换房屋之前，从以上法律规定可以得出，九冶公司家属区 48.05 m^2 房屋，因双方无特别约定，该房屋依法属于王甲个人所有。

2012年初，王甲对旧房进行的置换，虽然置换新房的财产来源既有王甲的个人财产也有双方的夫妻共同存款，是对财产进行了整合，但随着我国婚姻家庭法律方面的逐步修改，尤其是在婚姻法解释三颁布后，我国法律的立法精神更加侧重于保护夫妻一方的婚前个人财产，即一方的婚前个人财产，在婚后无论形态如何发生改变仍应属于其个人所有。即置换房屋之后，新房中新增的 29.93 m^2 ，是用王甲和陈静的夫妻共同存款补差价所购的，该 29.93 m^2 依法属于夫妻共同财产，无论各自出资多少均应属于双方共同共有，王甲死亡后其中一半属陈静所有，剩余一半属于王甲的遗产。因新房中的 48.05 m^2 的来源是用原王甲个人所有的房屋等面积置换即购买，该部分面积仍应属于王甲的个人财产，归其个人所有。故新置换房屋虽为双方共有，但整体应属于按份共有。

综上，“九冶新家园”小区 77.98 m^2 房屋，新增面积 29.93 m^2 中的一半和置换的面积 48.05 m^2 ，共计 63.015 m^2 属王甲的遗产，剩余 14.965 m^2 为陈静个人财产。

【本案判决的依据】

法院审理后认为，被继承人王甲生前未立遗嘱，其遗产应按法定继承。王甲生前已经和第三人陈洁建立了合法的继父女关系，并形成抚养关系，故王甲去世后，其妻子陈静、母亲江梅、儿子王乙、继女陈洁均系第一顺序法定继承人，均依法享有对王甲遗产的继承权。

“九冶新家园”小区 77.98 m^2 争议房产系王甲以其与前妻离婚时分割所得的九冶公司家属区 48.05 m^2 房屋置换购所得，新增 29.93 m^2 为王甲和陈静婚后购买所得。新增 29.93 m^2 应为王甲和陈静的共同财产，根据《继承法》规定，

王甲去世后其中的 50%属于陈静的个人财产，剩余 50%作为王甲的遗产由各继承人依法定继承。虽王甲曾向九冶公司书面申请将置换新房的户主写为陈静的名字，但因新置换房中已包含有双方的婚后共同财产新增面积 29.93²，房屋所有权证户主无论登记为任何一名共有人均不违反法律规定，且王甲在书面申请中没有明确表示要将其个人财产原房屋面积 48.05²在新房中转化为双方共同财产，同时该房屋的开发单位九冶公司和所有权证登记部门也未就是否同意王甲的申请作出回复，因此不能据该申请书就认定该 48.05²房屋为王甲和陈静的共同财产，故对二原告认为该 48.05²房屋为王甲个人遗产的诉讼主张法院予以支持，对被告陈静以申请书认定王甲自愿将婚前个人房屋面积 48.05²转变为双方共同财产的辩解理由法院不予采纳。故新置换房屋 77.98²中的 14.965²属陈静的个人财产，63.015²属王甲的遗产。《继承法》第十三条规定，“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等；……与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分”。被告陈静作为王甲的配偶，在王甲生前长期共同居住生活，在王甲生病治疗过程中尽了扶助照顾的义务，故分配遗产时，陈静可以适当多分，江梅、王乙、陈洁在王甲去世前因其他原因均未和王甲共同居住，在继承王甲遗产时应当均等分配，本院根据实际情况酌情确定：王甲的遗产由陈静继承 31%，江梅、王乙、陈洁各继承 23%，即陈静继承 19.536²，江梅、王乙、陈洁各继承 14.493²。综上，“九冶新家园”房屋面积 77.98²，被告陈静依夫妻共同财产分割和法定继承王甲遗产共享有 34.501²，占总面积的 44.23%；原告江梅、王乙和第三人陈洁依法定继承王甲遗产各享有 14.493²，各占总面积的 18.59%。因该争议房屋一直由被告陈静居住使用，故房屋依法继承后继续由陈静居住使用较为适宜，被告陈静可依市场价格按各继承人所占份额支付相应的房屋折价款。

本案宣判后，各当事人均无异议，现判决书已经生效。

离婚后，夫妻一方是否应对继子女承担抚养费

2017-01-22 江西法院网 进贤法院 卢伟峰

案情

2010年1月张某和李某经人介绍相识，并于2010年2月17日登记结婚，婚后双方于2010年10月4日生育女儿李某敏。另外，张某与前夫于2008年4月1日生育女儿张某红，且张某与前夫离婚时，约定张某红由张某抚养。在张某与李某结婚后，便将张某红的户口迁至李某名下。2016年，因双方感情破裂，张某起诉至法院，要求与被告李某离婚，并要求被告李某承担两女儿的抚养费。双方对被告李某是否应承担继女张某红的抚养费产生分歧。

分歧

对被告李某是否应承担继女张某红的抚养费产生了三种不同的意见：

第一种观点认为李某应当承担继女张某红的抚养费。原因是张某红既然是李某的继女，李某就应当承担对其的抚养义务。根据《中华人民共和国婚姻法》第二十七条规定：“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定”。换句话说，对继女的抚养义务和对亲生子女的抚养义务是同样的。

第二种观点认为李某不应当承担继女张某红的抚养费。李某与张某红的继父女关系是因李某和张某的婚姻关系而发生，现在李某与张某的婚姻关系解除，那么其继父女关系也就随之解除了。而且张某红有其亲生父亲抚养，如果其继父李某也承担抚养费，等于加重李某的责任，而张某红就获得了双份的抚养费。

第三种观点认为李某是否承担继女张某红的抚养费，要看李某的意愿。张某红有其亲生父亲抚养，李某不管是否承担抚养费都不影响张某红的抚养。如果李某愿意支付抚养费，也是其意思自治，应当尊重其自由。

管析

笔者赞成第三种观点，即李某是否承担继女张某红的抚养费要看李某的意愿。理由如下：

虽然婚姻法规定，继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。但该规定应该是对婚姻关系存续期间继父母子女的规定，至于离婚后，根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”另外，从实际来看张某红有其亲生父亲抚养，李某不管是否承担抚养费都不影响张某红的抚养。所以李某是否承担继女张某红的抚养费，需根据其本人意愿。

离婚案件被告提出返还彩礼是属于反诉还是并案审理？

2016-12-15 江西法院网 新建区人民法院 郭霞

【案情】

“家事法苑”团队奉献

原告涂某与被告熊某于2014年办理了结婚登记手续，2015年开始分居生活，未生育子女。现原告诉称由于婚前了解不够，婚后无共同语言、夫妻感情确已破裂，请求法院判令与被告离婚。被告提起反诉要求原告返还因结婚给付的彩礼。

【分歧】

对于被告的反诉是否成立，存在两种不同意见：

第一种意见：反诉成立，因为被告的诉请与本诉有牵连关系，且本诉的处理结果与反诉请求有相应的利害关系。

第二种意见：不论从程序上还是实体上来说，被告的反诉都不能成立，本案应该合并审理。

【管析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

第一、要厘清这个问题，首先要明确反诉的性质。在民事诉讼中，当事人的诉讼权利是平等的，法律给予原告起诉的权利，同时给予被告以答辩和反诉的权利。反诉就是民事诉讼程序开始以后，被告经本诉的原告为被告提出的相反的独立的诉讼请求，它是起诉的一种特殊形式。反诉具有以下特点：1、反诉与本诉当事人的诉讼地位具有双重性，本诉的原告是反诉的被告，反诉的原告仍然是本诉的被告。2、反诉请求是独立的，反诉的诉讼请求与本诉的诉讼请求既是相互牵连，又各自独立的两个不同的诉讼请求。3、反诉的目的在于抵消、吞并本诉原告所主张的民事权益。

第二、根据反诉的三个特点，再逐条予以分析：1、离婚案件的原、被告仅限于缔结婚姻关系的双方当事人，而在实践中，依照农村风俗，彩礼的给付还涉及到双方父母，婚约财产纠纷案件的原、被告往往还包括缔结婚约双方当事人的父母，在诉讼主体上不完全重合，如果以反诉处理，必然会遗漏当事人；2、依据《最高人民法院关于适用若干问题的解释（二）》第十条之规定，双方已办理结婚登记手续的，退还彩礼是要以离婚为条件的。本案中如果原告撤诉，那么被告“彩礼”则毫无立足之根据了。故被告的要求并不符合反诉的独立性，它依附于婚姻关系的解除，它会因原告杨某之诉的撤回而终结。3、本案中，本诉的目的在于要求离婚，被告诉请的目的在于要求返还婚约彩礼，一个是要求解除人身关系，一个是要求金钱给付，不符合反诉抵消、吞并本诉目的的特点。

综上，该案中被告的诉请不构成反诉，但是为了方便当事人，同时为了提升审判效率，可将离婚案件与婚约财产案件进行合并审理。

婚礼中收到的礼金是否属于夫妻共同财产？

2017-01-23 江西法院网 乐安县人民法院 杨嘉懿

【案情】

刘某与王某系自由恋爱并已在民政局登记结婚，二人商定在双方老家各举办一场婚礼。可是在王某老家举办婚礼的时候，刘某拿着收到的礼金去结算酒店费用，遭到王某当场拒绝。王某认为，在自己老家举办的婚礼，来的基本上都是她的亲友，礼金是她亲友给她及她父母的，这些礼金都是属于她的个人财产，所以不让刘某使用这些礼金。

【分歧】

对本案中该笔礼金是否属于夫妻共同财产，存在两种不同的意见：

第一种意见认为，刘某与王某已经在民政局登记结婚，故举办婚礼时收到的礼金应属于夫妻共同财产。

第二种意见认为，亲友与接收礼金的一方属于一种赠与合同关系，应先明确亲友与夫妻之间的具体关系再来确定礼金的归属。

【管析】

笔者同意第二种意见，主要理由如下：

根据《婚姻法》第十八条规定：有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。1993年11月3日最高人民法院印发《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》的通知第5条规定：已登记结婚，尚未共同生活，一方或双方受赠的礼金、礼物应认定为夫妻共同财产，具体处理时应考虑财产来源、数量等情况合理分割。各自出资购置、各自使用的财物，原则上归各自所有。因此，婚礼上收到的礼金属于亲朋好友赠与的财产，至于是赠与给谁的财产，礼金归谁所有，那要看赠与人是谁、赠与给谁、有没有明确说明是赠与给谁的等情况。如：1、上礼金的是女方父母（或男方父母）

的亲朋好友的，一般从社会人情关系、习俗习惯等可推定赠与人所“上”礼金是赠与女方（或男方）父母的，则礼金属于女方（或男方）父母所有，并不属于新婚夫妻的共同财产或者个人财产。2、上礼金的是单属于男方的亲朋好友的，一般可推定为赠与人所“上”礼金是赠与男方的，但是因为一般不会有明确赠与男方还是女方的意思表示，根据婚姻法及司法解释的规定，对于已经登记结婚的，礼金属于夫妻共同财产，对于未登记结婚的，礼金属于男方个人财产。3、上礼金的是单属于女方的亲朋好友的，认定方式与上述男方个人财产认定一样。4、上礼金的是属于男女双方共同好友的，则可推定系赠与男女双方，可认定为夫妻共同财产。

综上，笔者同意第二种观点。

侵犯生育知情与选择权行为的认定与赔偿分析

2015-10-14 常德市中院 马桂芳 粟伟

案情介绍

2006年5月底，原告赵某先后两次到某医院（当时未取得二甲等级）进行孕检，均被诊断为胎儿左肾少量积水。为进一步确诊，原告赵某于2006年6月份至8月份间，先后五次到被告某医院（当地综合性二甲医院）进行孕检，该院均未检查出胎儿左肾有积水。2006年9月9日，原告赵某在被告某医院分娩产下一子。2008年，赵某孩子在被告某医院被诊断为左肾积水。此后，原告赵某先后带孩子到多家医院治疗。2011年8月21日，因左肾重度积水、左肾功能不全，原告赵某的孩子入住省儿童医院，并于8月24日进行了左侧肾切除手术。原告赵某为子治病共花费医药费6.4万元，在新农合报销医药费1.6万元。湘雅二医院司法鉴定中心出具的司法鉴定意见表明：原告赵某产前在某医院两次B超检查，测得胎儿左肾集合系统分离暗区宽度分别为7mm、11mm，是一种异常声像表现，尚不足以诊断为肾积水。在被告某医院处的二次产前B超检查，均未对肾脏集合系统分离宽度进行测量，观察其动态变化，存在过失。

审判结果

法院认为，原告赵某所怀胎儿患左肾积水，并非严重遗传性疾病，不是可以终止妊娠的法定理由，被告某医院的行为没有侵犯赵某终止妊娠的生育选择权。赵某之子所患左肾先天积水疾病不是被告的医疗过错行为所致，但因在给赵某进行孕前检查时存在过失，导致赵某之子未及时得到准确诊断，未得到及时、最佳的治疗，增加了赵某为其子治疗的各种费用。根据赵某提出的请求，法院酌情认定医疗费用50000元，由被告赔偿给赵某，驳回赵某请求确认被告侵犯其生育知情权、选择权，要求被告赔偿其子因左肾被摘除所致的后续治疗费、住院伙食补助费、营养费、残疾生活补助金、护理费、交通费、精神损害抚慰金的诉讼请求。

争论分析

错误出生之诉是指遗传咨询人员和提供医疗服务的医务人员未尽相关职责，向父母提供了关于胎儿状况的错误的或不准确的信息，甚至没有提供信息，致使父母误以为胎儿没有缺陷而未堕胎，导致其后有先天性缺陷的子女得以出生[1]。父母对提供服务的人员和其所在的机构请求承担因有缺陷的出生儿引起的损失和相关费用的诉讼。错误出生是缘于学者对英美法上“Wrongful Birth”的翻译，错误出生的诉讼也最早出现在美国。而近些年来，在我国因错误出生产生的纠纷案件不断增多，由于没有明确的法律规制，导致各地裁判差异较大。裁判的混乱局面首先体现在诉由不统一，而更严重的混乱体现在赔偿范围的巨大差异[2]。上述原因也是本案处理的困惑所在。

一、错误出生诉讼的法律依据溯源

违约责任与侵权责任是民事责任的一种承担方式，都具有明确的补偿性，对于错误出生诉讼而言，两者都可适用。如丁某、郑某与韶山计生站医疗服务合同纠纷案，丁某选择违约之诉，法院认为韶山计生站存在不当履行合同义务的行为构成违约，应承担违约责任[3]。但从当事人可获得的补偿来看，违约之诉并不是最好的选择。违约责任学理上也称为合同责任，它是一种财产责任，目的在于补救合同中权利人因对方违反合同而造成的经济损失。在医疗合同中，违约责任赔偿主要是通过返还医疗费用体现，至于精神损害一般无法通过违约责任得到救济。所以实践中，错误出生类的案件大多也以侵权之诉提出。

在侵权之诉的框架内，要确定与赔偿有关的问题，如确定诉由、诉讼主体与赔偿范围等，首先要弄清错误出生侵权之诉建立在何种请求权基础之上，这也是解决上述问题的根源。

在诉讼中原告之请求常以生育知情权[4]、优生优育权[5]、优生优育选择权[6]、生育选择权[7]、知情权[8]等出现。多数法院也会把被告侵犯了原告的生育知情权和优生优育选择权写进判决中。原告诉讼请求与最终判决叙

述不一，但最终都是围绕生育决定的自主性展开。其法律依据主要见于《母婴保健法》第十七条、十八条，《母婴保健法实施办法》第四条、第二十条，《产前诊断技术管理办法》第二十四条[9]。综合上述条款可以得知，经产前检查，医师发现或者怀疑胎儿异常的，应当对孕妇进行产前诊断；经产前诊断发现胎儿异常的，医师有义务把继续妊娠或终止妊娠可能出现的结果和进一步处理意见书面方式告知孕妇，并由孕妇夫妻双方做出选择处理。特别是《产前诊断技术管理办法》第二十四条宣示了，夫妻双方对孕妇产前诊断结束后，享有从医师处获知相关结果及处理意见的权利，以及自由作出选择的权利，同时也宣示了，医师在产前诊断后有义务将相关情况以书面方式告知孕妇，并提出处理结果。

二、错误出生私权请求权基础的合理化释义

虽然通过溯源不难确定我国法上存在生育知情与选择权的，但这些依据都来源于《母婴保健法》、《产前诊断技术管理办法》等公法，而在民法规范中并没有明确的规定，且无宣示性的条文，在裁判中直接运用公法上的规范调整民事私权利，在法律方法论上值得商讨[10]。如将公法中的生育知情权与选择权进行私权化，作为民法中新确立的权利来解决纠纷，又会使制度建设重复累赘，但凡新型纠纷都用引进新权利的方法解构应对，还会破坏法律之安定性。

生育知情权与选择权行使的前提必须是医师准确及时地告知产前诊断结果以及风险、处理意见，这些信息的获得才足以让孕妇夫妻双方做出选择。而正因为医师的失误没有将信息及时告知，使夫妻双方错过选择的机会，最终导致缺陷婴儿的出生。这是对孕妇夫妻双方生育知情权与选择权的剥夺，生育知情权与选择权亦即生育自由。以目前所实行的政策来看，在不违反计划生育政策的大框架内，生育自由属于每一个符合生育的人。如果发生错误出生，这显然侵害了夫妻双方意思表示自由。有学者认为生育选择与决定的自由实质是精神自由，将精神自由纳入到人身自由权之内保护已成为普遍趋势，生育选择与决定的自由含义完全可以包含在人身自由的语义之内[11]。那么在错误出生的情形下，不仅孕妇一方，丈夫也可依此提起侵权之诉，以人身自由权作为错误出生案请求权基础，弱化了以公权规范裁决私权纠纷方法论上合适与否的争论，解决了新型纠纷诉由不明的问题，化解了等待创设新型权利的尴尬处境。

三、错误出生侵权要件与赔偿范围辨析

构成侵权责任通常要符合4个构成要件：（一）违法行为。产前诊断是生育健康婴儿的重要医疗过程，是减少出生缺陷和残疾的重要手段。从上述法律依据可以看出，在符合特定条件之下，产前诊断是医师的法定义务。在错误出生案中，医师的过失行为违反了《母婴保健法》、《母婴保健法实施办法》、《产前诊断技术管理办法》等相关规定，行为具有当然的违法性。（二）损害事实。包括违法行为造成他人权利受到侵害的客观事实以及导致其财产损失或非财产损失减少或灭失客观结果两方面。错误出生造成了夫妻双方生育知情权与选择权被侵害，并且因错误出生而要额外支出的医疗费用、抚养照顾费用等以及给夫妻双方带来了精神上的痛苦。（三）因果关系。在错误出生案中，因为医师的过失行为没有诊断出胎儿存在异常情况，或是有诊断结果未能及时告知，胎儿父母因信任医师的孕检结果，错过选择继续妊娠或是放弃的机会，导致缺陷婴儿出生。（四）过错。在错误出生案中，不能以一般侵权案件中行为人的过错为基础，医师应当承担比一般人更高的注意义务，遵守相关法律规定和诊断护理常规，正因为未尽相关义务，致使不恰当的诊断与误导，最终给孕妇夫妻双方造成损害后果。

对于赔偿范围，由于没有统一的规定，各个判决存在巨大反差，有的只赔偿精神损失；有的赔偿精神损失外，还赔偿医疗费、误工费、后续治疗费等物质损失；有的赔偿损失，笼统地估算一个数据，未列明具体项目[12]。（一）精神损害赔偿。在我国，父母因抚养错误出生的残疾孩子遭受精神痛苦获取赔偿是一个基本可以达成共识的问题，当事人的精神损害赔偿请求得到了法院的普遍支持。但面对精神损害赔偿否定了孩子的生命价值与人格尊严的质疑，需要厘清的是精神损害赔偿并不针对存在缺陷的孩子本身，而是对抚养照顾缺陷孩子的父母的一种补偿和抚慰。（二）物质损害赔偿。在错误出生案中，产下先天残疾儿的父母本来享有胎儿是否健康的知情权和生育选择权。换言之，如果医疗机构正确履行了职责，那么这个残疾婴儿就不会出生，父母则无须支付因继续妊娠和生产的医疗费、护理费、教育费、残疾治疗费及其他因残障而产生的费用，这些就是错误出生侵权行为导致的实际物质损害。但由于错误出生的特殊性，并不是所有的物质损害都应进行赔偿。1、医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费（必要费用）以及为治疗残疾儿的医疗费。有学者将上述部分归纳为特别损害费用，即抚育一个健康孩子与一个错误出生有缺陷孩子费用之间的差额。上述必要费用的具体起算时间点应为医师过失行为时起至孕妇分娩结

束。对残疾儿的医疗费这部分赔偿应包括医疗费、护理费、残疾用具费、因康复护理、继续治疗发生的必要康复费、后续治疗费、特殊教育费。对于医疗费、护理费、特殊教育费等需要根据相关年限计算的费用，还应考虑计算时间标准问题。2、残疾赔偿金及死亡赔偿金。造成婴儿缺陷的原因很复杂，除了父母自身遗传或其它先天性因素可以导致外，还有周边环境、生活习惯等密切相关，但要明确的是，婴儿缺陷并非医师过失行为所致，双方之间并不存在因果关系，所以不应支持。但如果婴儿死亡的，可以要求侵权方支付丧葬费。3、抚养费。相对于第一部分特别损害费用而言，这里所指抚养费是指一般孩子成长过程中所必须支出的费用。虽然医师的过失行为最终导致残疾儿的出生，但是不管健康与否、疾病与否，父母仍有法定的抚养义务，不能因为医师的过失行为而免除。抚养一个健康的孩子同样需要支出相应的抚养费，如果将这部分费用转嫁给医方，认可赔偿请求权的存在，就认为以这种生命形式存在本身是一种负担，是对缺陷婴儿生命的践踏，[13] 再者由医方承担一般抚养费不符合人们伦理观念，超出了合理预期。

四、本案的思考

为证明自己的主张，原告赵某提供了湘雅二医院司法鉴定中心《司法鉴定意见书》，被告某医院也提供了由某医学会出具的《医疗事故技术鉴定书》。这两份证据是关键、核心的证据，质证过程中双方都对对方提出的证据表示异议，但都未提供足以推翻的证据，所以在判决中对上述两份证据均给予了认定。无论是司法鉴定还是医疗事故技术鉴定，都是民事诉讼法所规定的证据种类，是否作为最终定案依据来缘于法官内心确信。一般对医方而言选择医疗事故技术鉴定会更有利，医学会虽然是公益性、非营利性社会团体，但是主管机关仍然是卫生行政部门，办公场所一般也设在卫生行政机关内。根据《医疗事故处理条例》的规定，参加鉴定的专家由医学会组织，从专家库中随机抽取，并强调由医患双方参与的公平性，但不能回避的是，这其中诸多专家本身就是医学会会员，且归属卫生行政机关主管，医方的主管部门也是同级卫生行政机关，在这种体制下所作的准行政性鉴定往往会受到中立性和公平性的质疑，所以患者更愿意选择司法鉴定。医学会作出的《医疗事故技术鉴定书》指出“……由于超声检查报告单图片显示模糊，无法确定所怀胎儿左肾肾盂是否有扩张。患儿左肾积水与被告某医院的医疗行为无关，被告某医院未检查出原告曹某所怀胎儿先天性左肾积水的行为不属于医疗事故”。这份鉴定依据的是超声检查图片，但因图片模糊无法鉴定当时胎儿左肾是否有积水，在已被其他医院诊断出所怀“胎儿左肾少量积水，建议追踪观察”之后，被告某医院没有对赵某作更细致的检查，依据模糊的超声图片认定胎儿正常，也正印证了《司法鉴定意见书》中“被告某医院在给赵某孕检过程中的确存在过失行为”。

虽然本案认定被告某医院在给赵某孕检过程中存在过失，但对于是否侵犯赵某的生育选择权却未予支持，主要原因是胎儿左肾积水并非严重遗传性疾病，不是可以终止妊娠的法定理由。赵某在产前到某医院进行孕检告知胎儿左肾积水，后经司法鉴定显示，虽然尚不足以诊断为左肾积水，但已是一种异常的声像表现。后赵某又连续多次到当地的综合性二甲医院即被告处复检，临产前的两次B超检查均未对肾脏集合系统分离宽度进行测量，观察其动态变化。根据《母婴保健法》的相关规定，只要发现或者怀疑胎儿异常的就应当对孕妇进行产前诊断，再根据产前诊断结果的具体情形，告知孕妇夫妻双方，以及提出进一步处理的医学意见。但因被告某医院存在过失，未能发现胎儿异常，赵某也因依赖其多次正常的孕检结果，继续妊娠直到分娩生下孩子，侵犯了其生育知情权与选择权。值得注意的是，根据侵权行为要件，被告某医院的行为不属于医疗事故对判断是否构成对原告赵某生育知情权与选择权的侵害，没有任何影响，医学会对被告行为不属于医疗事故的鉴定不能成为医方逃避责任的理由。

前文已论述在错误出生案件中“婴儿缺陷并非医师过失行为所致，双方之间并不存在因果关系”，证明婴儿的疾病或是缺陷与医方的医疗行为存在因果关系，那是构成医疗事故所要考量的。在本案判决中，“被告某医院的行为与原告赵某之子因左肾积水而摘除左肾有无因果关系”被归纳为案件争议焦点之一，所以判决基于“无因果关系→有过失行为→导致医疗费等损失”这一逻辑推论作出被告某医院应酌情赔偿医疗费的结果。虽然给予了相应赔偿，填补了原告赵某一部分损失，但仅仅只围绕医疗费用部分，因未认定被告某医院侵犯原告生育选择权，所以其他损失均未提及。梳理事实及证据，本案处理时应依据“医方过错行为→孕妇夫妻错过生育选择机会→缺陷或疾病婴儿出生→相关费用的损失”这一推论过程，判决被告某医院对原告赵某请求的孩子的后续治疗费、住院伙食补助费、营养费、护理费、交通费、精神损害抚慰金等作出相应赔偿。

[1] 张学军：《错误的生命之诉的法律适用》，载《法学研究》2005年第四期。

[2] 田野、焦美娇：《从法裁判看错误出生损害赔偿》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》第34卷第2期。

[3] 见湘潭市中级人民法院（2012）潭中民一终字第 139 号民事判决书。

[4] 见昆明市中级人民法院（2007）昆民终字第 854 号民事判决书。

[5] 见成都市中级人民法院（2008）成民终字第 296 号民事判决书。

[6] 见湖南省南县人民法院（2009）南法民一初字第 627 号民事调解书。

[7] 见株洲市石峰区人民法院（2009）株石法民一初字第 261 号民事判决书。

[8] 见长沙市芙蓉区人民法院（2010）芙民初字第 3049 号民事判决书。

[9] 《母婴保健法》第十七条：经产前检查，医师发现或者怀疑胎儿异常的，应当对孕妇进行产前诊断；第十八条“经产前诊断，有下列情形之一的，医师应当向夫妻双方说明情况，并提出终止妊娠的医学意见：（一）胎儿患严重遗传性疾病的；（二）胎儿有严重缺陷的；（三）因患严重疾病，继续妊娠可能危及孕妇生命安全或者严重危害孕妇健康的。”《母婴保健法实施办法》第四条：公民享有母婴保健的知情选择权。国家保障公民获得适宜的母婴保健服务的权利；第二十条：孕妇有下列情形之一的，医师应当对其进行产前诊断：（一）羊水过多或者过少的；（二）胎儿发育异常或者胎儿有可疑畸形的；（三）孕早期接触过可能导致胎儿先天缺陷的物质的；（四）有遗传病家族史或者曾经分娩过先天性严重缺陷婴儿的；（五）初产妇年龄超过 35 周岁的。《产前诊断技术管理办法》第二十四条：在发现胎儿异常的情况下，经治医师必须将继续妊娠和终止妊娠可能出现的结果以及进一步处理意见，以书面形式明确告知孕妇，由孕妇夫妻双方自行选择处理方案，并签署知情同意书。若孕妇缺乏认知能力，由其近亲属代为选择。涉及伦理问题的，应当交医学伦理委员会讨论。

[10] 朱晓?础(2)旄眨骸睹穹夕仙??ū谋碲筇氛局省罚?于斗< a 芯俊?/SPAN>2010 年第 5 期。

[11] 韩祥波：《探寻“错误出生案”的请求权基础》，载《求索》2013 年第 11 期。

[12] 同上注。

[13] 肖虹：《论不当出生的损害赔偿》，载《劳动保障世界》2013 年第 5 期。

来源：常德中院

婚姻关系存续期间个人购买分红型人寿保险离婚时是否应当进行分割以及如何确定保单的现金价值

——邓某诉蒋某离婚后财产纠纷案

2016-06-30 汉寿法院网 颜志军

【基本案情】

2012 年 1 月 18 日，被告蒋某在中国人寿保险股份有限公司湖南省分公司投保了国寿新鸿泰两全保险（分红型），保险期间为 6 年，基本保险费为 45000 元，到期保险金额为 48510 元；2013 年 2 月 28 日，蒋某又在中国人寿保险股份有限公司湖南分公司投保了国寿安欣无忧两全保险（分红型），保险期间为 6 年，基本保险费为 19674.9 元，到期保险金额为 21000 元。两份保单的投保人、被保险人均为蒋某。两份保单基本保险费为 64593 元，到期保单现金价值为 69510 元。截止 2016 年 3 月底两份保单的现金价值为 63020.69 元。2015 年 4 月 16 日，原、被告在民政部门协议离婚，离婚时，没有对其夫妻共同财产进行分割，故现原告向法院起诉，要求分割两份保单的现金价值。

【案件焦点】

本案争议焦点：婚姻关系存续期间为个人购买分红型人寿保险在离婚时是否应当作为夫妻共同财产进行分割以及保单的现金价值应如何计算。

【法院裁判要旨】

湖南省汉寿县人民法院经审理认为：被告在其婚姻关系存续期间，在中国人寿保险股份有限公司购买了两份分红型保险，该两份保险虽暂未到期，但其具有一定的经济价值，应认定为原、被告的夫妻共同财产。原、被告于 2015 年 4 月 16 日在民政部门协议离婚，但离婚时，没有对上述夫妻财产进行分割，根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”及《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 8 条：“夫妻共同财产，原则上均等分割。”的规定，故对原告要求平均分割该两份保单截止 2016 年 3 月底的现金价值的诉求，予以支持，因两份保险合同的投保人及被保险人均为被告，为避免后续纠纷的发生，确定该两份保单权利归被告享有，由被告给予原告相当于保险单现金价值 50%的补偿。湖南省汉寿县人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款、《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 8 条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，作出如下判决：

“家事法苑”团队奉献

被告蒋某在中国人寿保险股份有限公司投保的两份保险合同的权益归被告蒋某享有，由被告蒋某在本判决生效之日起10日内给付原告邓某补偿款31510.34元。

【评析】

本案处理重点主要在于婚姻关系存续期间为个人购买分红型人寿保险在离婚时是否应当作为夫妻共同财产进行分割的问题。从我国《婚姻法》第十七条第二款“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”可以看出，是否分割主要看购买保险的钱是夫妻共同生活收入，还是婚前个人无形财产的收入。如果是夫妻共同生活收入，应列入夫妻共同投资的财产。具体到本案中，被告蒋某在婚姻关系存续期间为自己购买的分红型人寿保险是一种有价证券，在被告未到庭证明自己系以个人财产购买保险的情况下，应当认定被告是用夫妻共同财产购买保险，其保单的现金价值在离婚时亦应以夫妻共同财产进行分割。

关于如何确定保单现金价值及分配的问题。在处理本案时存在三种不同的观点：第一种观点认为应当以购买保险时的投入进行计算；第二种观点认为应以原告起诉时保单的现金价值进行计算；第三种观点认为应以保单到期后保单的现金价值进行计算。笔者同意第二种观点，理由在于由于保单分割的应该为“保单价值”，由于保险的保单价值类似于银行利率，一直处于不断变化波动的状态，所以分割中应该对保单的实际价值予以分割。而在投保时的现金价值及未来到期的现金价值都不能确定的情况下，以能够确定的起诉时保单现金价值进行分割更符合法律原则及保护当事人的合法权益。

（三）律师视点

慈善家李春平财产争夺战，司法早该上位

2017-01-04 新京报评论 邓学平律师

任何对李春平财产的控制或争夺都不能脱离法律的轨道，否则，利益受损方都有权拿起法律的武器进行维权救济。

据《新京报》报道，曾被誉为“百年慈善第一人”和中国第一辆劳斯莱斯拥有者的李春平，如今成为了一名阿尔茨海默症患者。

随着记忆力和判断力的逐渐丧失，围绕他名下庞大资产的争夺战日渐升温并呈现出白热化趋势。作战的双方，一边是李春平的近亲属，另一边则是追随他多年的身边工作人员。

《新京报》的报道显示，2015年6月，李春平作为甲方，签订了一份资产管理协议书，乙方是中科联合企业管理有限公司。根据协议，李春平在中国大陆拥有所有权的不动产和物业，均交由中科公司管理，托管期为20年。而根据相关文件，中科已经抵押了李春平的部分资产，向另一家公司贷款了2.5个亿。李春平的近亲属代表韩琳，则持有李春平签字的另一份委托书。该委托书显示，“特委托韩琳打理我的所有财产，做我的唯一监护人”。

两份委托书，不同的受托人，走向互相掐架几乎是不可避免的结局。其实，不论双方持有何种协议或者委托书，李春平的生命尚在，他仍然是其名下资产唯一合法的主人。

从法律角度看，形势对李春平的近亲属更为有利。如果李春平如媒体所报道的那样，在签订资产管理协议书时智商远低于常人，没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果，那么他就属于《民法通则》所规定的“无民事行为能力人”。

李春平的妹妹等近亲属属于法律规定的监护人，也是法定的“利害关系人”，有权请求法院宣告李春平为无民事行为能力人。不过，李春平的妹妹等近亲属，需要提交证据证明李春平在签署资产托管协议时就不具备民事行为能力。如果做不到这一点，那么李春平事后的“无行为能力”并不能直接否认其事前签署的协议的效力。

另外一个更加复杂的问题是，李春平的近亲属代表韩琳持有的委托书，是否意味着李春平解除了此前与中科公司签署的协议。因为就合同性质而言，李春平此前与中科公司签署的资产托管协议即便具有法律效力，也是属于委托合同。而根据《合同法》的规定，委托人或者受托人可以随时解除合同。

所以就两份委托协议的效力而言，双方争夺的焦点似乎只在于：李春平究竟何时真正失去行为辨认能力。

如果李春平与中科公司签订的协议效力，不能从民事行为能力的角度予以推翻，那么另外一个可供李春平近亲属攻防的关键点是：协议内容是否显失公平以及中科公司是否忠实履行了资产托管义务。这里面需要重点弄清的一个问题是，中科公司以部分托管资产做抵押贷款2.5亿元的行为，是否事先经过了李春平的同意以及该2.5亿元的去向。

如果存在中科公司利用李春平的身体状况谋取私利的情形，那么往轻里说是严重的违约行为，往重里说不排除可能会涉嫌侵占或者诈骗犯罪。

李春平拥有多少财产是他的个人隐私。只要这些财产来源合法，都应当受到法律保护。任何对李春平财产的控制或争夺都不能脱离法律的轨道，否则，利益受损方都有权拿起法律的武器进行维权救济。

深圳式离婚的真实图谱——首份深圳法院离婚纠纷案件大数据报告（2015-2016 年度）时间篇

2017-01-03 齐家家事 小齐原创

齐家律师团队倾注集体智慧，苦心钻研 1 个多月，共耗时 300 多小时，研读 1312 份裁判文书，精心打磨迄今为止首个深圳离婚纠纷案件大数据报告。本次报告将分为 10 个不同主题陆续推出，预计总历时四个月，总耗时长将超过 2500 小时，只为打造最专业、权威的离婚案件大数据报告。

齐家寄语

齐家团队一直秉承提供有温度的法律服务，而这种温度的背后一定需要对家庭、婚姻、子女有着更深刻的了解和理解。这次统计的结果也印证齐家团队在工作中的经验总结。

结婚，从来不是为了等待离婚的那一天，而是需要我们用尽智慧经营，努力让自己幸福。幸福婚姻的理由有千千万万，而不幸婚姻的理由只有一个——夫妻感情破裂。夫妻感情破裂，这也是法律设置准允夫妻离婚的唯一标准。因此，当婚姻遇到危机时，离婚，不一定是解决问题的最好办法。

本次主题——时间篇

时间篇，从离婚案件中的恋爱时长、结婚时长、离婚年龄、子女年龄等维度进行深度分析。

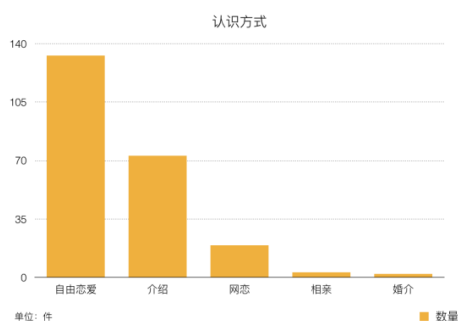


一、恋爱时长



1、去相亲？你 OUT 啦

自由恋爱、亲友介绍、网络认识是目前恋爱相识的主要方式，在网恋人群中，也包括了时下最 IN 的婚恋网站认识方式。而原来大家熟悉的相亲 and 婚介方式，现在看来，真心很传统，很复古，不流行。

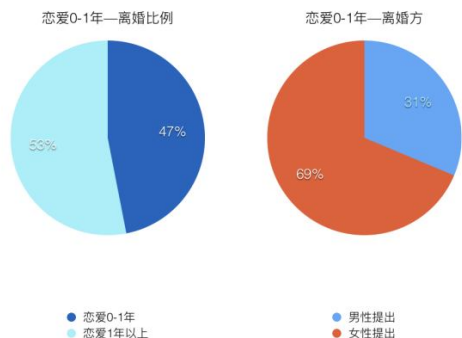


2、恋爱多久结婚，才是最保险？

由于判决书中没有体现恋爱期一年以上的信息，因此，此次报告中，小齐仅以“恋爱 1 年以下”与“恋爱 1 年以上”作为统计项。

小齐发现，在统计的离婚判决书中，有 47% 离婚案件的恋爱不超过 1 年；而其它爱恋期的离婚比例总和仅为 53%（包括了除恋爱 1 年以内的其他各时长）。并且恋爱 1 年以内结婚的，女性提出离婚比例占 69%，而男性仅占 31%。

这世上，最保险的事从来就没有，而最不保险的，你了然了吗？

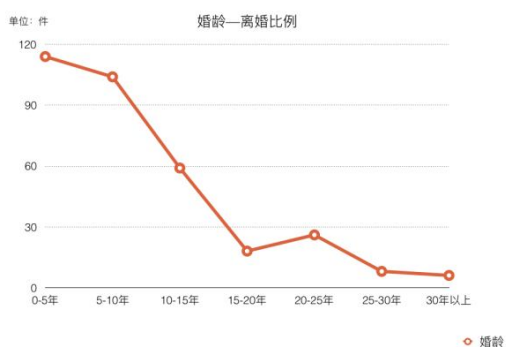


◆ ◆ ◆ ◆
二、结婚时长
◆ ◆ ◆ ◆

1、婚姻中的“痒痒期”？

小齐以每5年为节点统计后发现，婚后5年内是离婚的高发期，排名第一；而婚后5-10年也是离婚的高危期，排名第二。这一数据已经颠覆我们心中的原有认识。现在：第一，“七年之痒”的开始时间已经大幅提前至婚后初始；第二，“七年之痒”已经变成了“痒10年”，“痒”已经不再是某个时间点的问题。

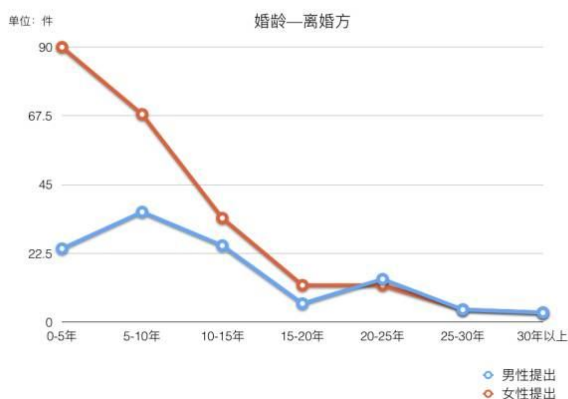
此外，值得关注的是，随着婚龄的增加，离婚比例的整体趋势是迅速递减，但唯独在结婚20-25年这个节点上，离婚比例却有小幅回升。这是整体趋势图中唯一一次离婚比例上升，说明了婚后20-25年，是婚姻中另一个重要的“痒痒期”。那么，这个“痒痒期”是如何产生的呢？小齐将在后面给你答案。



2、男人的“痒痒期”，你懂吗？

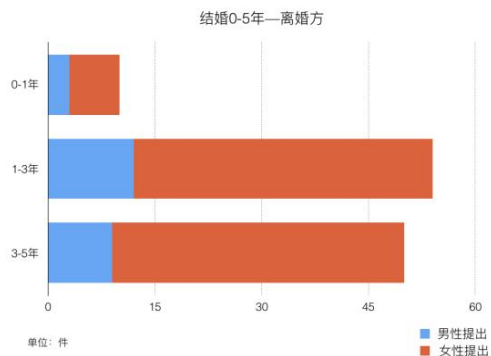
小齐对不同婚龄的两性离婚数据分别进行统计发现：自结婚开始，女性居然就呈现高离婚的态势，而随着婚龄的不断增加，又会快速下降。直到50岁以后，女性主动离婚的比例进入最低点。而男性在不同婚龄阶段，主动离婚的起幅相对较小，且离婚比例缓慢下降。

但是，到结婚20-25年时，男性提出离婚的比例第一次高于女性。而这一时期，当然成了男人的“痒痒期”。



3、结婚 0-5 年, 重灾区中的重灾区

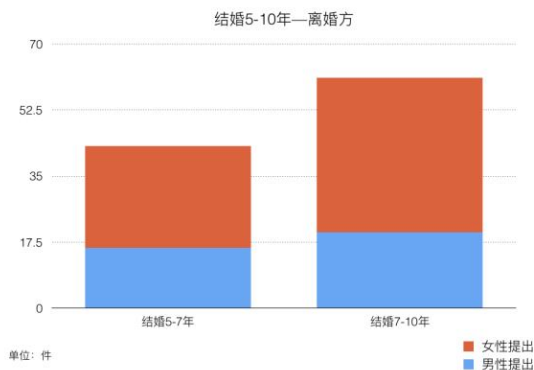
结婚 0-5 年是离婚高发期，所以，小齐不得不对这一时期的数据进行更加细化的分析。结果发现，结婚 1-3 年的离婚比例远远高于结婚 1 年以内及结婚 3-5 年，是重灾区中的重灾区。



4、“七年之痒”，论持久战？

“七年”实在太重要，所以小齐对结婚 5-10 年进行细分统计，分成结婚 5-7 年（2 年）和结婚 7-10 年（3 年）两个时间段，最终将两个时期的数据除以各自年数，结果得出每年的离婚比例大致相当。

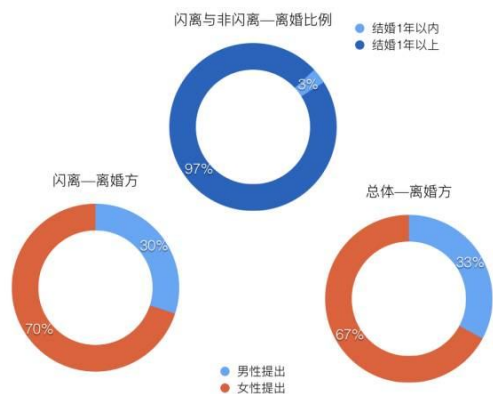
也就是说，婚后 5-10 年中，每年的离婚比例均普遍较高。对婚姻的考验，已经变成了一场持久战。



5、闪离啊，灰姑娘的玻璃鞋？

闪离，也就是结婚 1 年内即提出离婚。小齐统计后发现，闪离比例占全部离婚案件的 3%，而提出闪离的人群中，

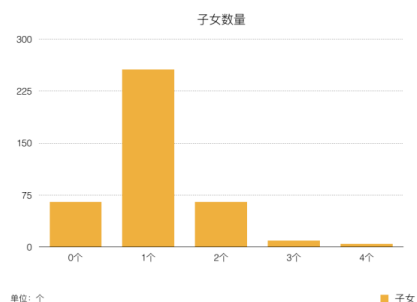
女性占 70%，比女性提出离婚的平均值 67% 更高。所以，闪离人群更多的偏于女性群体，就像灰姑娘的玻璃鞋，来去匆匆，似乎什么都回到原点，但总又会留下些什么。



◆ ◆ ◆ ◆
三、子女年龄
 ◆ ◆ ◆ ◆

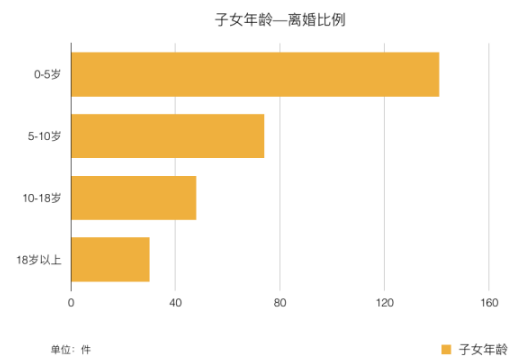
1、二孩家庭结构已是趋势

一孩家庭仍然是主要的家庭子女结构，但二孩家庭已是趋势。二孩家庭不断增加的原因，一方面是基于计划生育政策放开二胎的政策变化，另一方面，是否也反映出因为现实的家庭子女结构已经发生变化，计划生育政策也顺势做出相应调整呢？



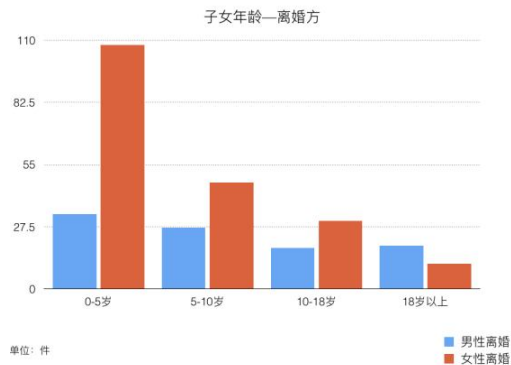
2、为孩子守住这片天

由于部分家庭存在 2 个或 2 个以上子女，因此，在统计家庭子女年龄时，小齐以最后一个子女的年龄作为统计依据。最终得出，子女 0-5 岁时，夫妻提出离婚的比例最高，其次是子女 5-10 岁。这一数据，与根据结婚时长统计出来的离婚数据基本相符。这也意味着，幼小孩子成长在单亲家庭的比例越来越高。所以，当看到这样的数据后，我们是否需要想想谁能为孩子守住这片天呢！



3、女人，“越坚强”真的“越坚强”？

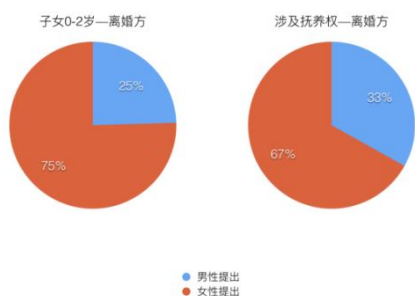
小齐统计了当子女处于不同年龄阶段时两性提出离婚的比例。而子女0-5岁时，是女性提出离婚的高发期。原因可能是越来越多的女性自我意识增强，认为即使离婚，也有能力独自照顾自己以及孩子。但是，随着子女年龄的不断增长，女性提出离婚的比例也会大幅下降。



4、每一个母亲都深爱着孩子？

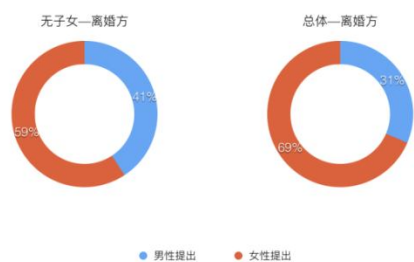
由于最高人民法院对于女性抚养权的特殊规定，因此，小齐不得不关注子女0-2岁这一时期的离婚数据。这一时期，女性主动离婚的比例高达75%。显然，与涉及抚养权案件中女性提出离婚的平均比例67%相比，当子女年龄处于0-2岁时，女性提出离婚的比例高出很多。所以，这一特殊规定，对女性离婚产生了较为重要的影响。

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第一条：“两周岁以下的子女，一般随母方生活。”



5、孩子，我们最温暖的小棉袄？

小齐还发现，无子女家庭中，夫妻提出离婚的比例高于平均值。其中，男性提出离婚的比例为41%，这一数据远远高于男性提出离婚的平均比例31%。这说明，家庭中是否有子女，是男性考量家庭重要程度的关键性指标。没有子女，也是家庭结构不稳固的重要原因之一。

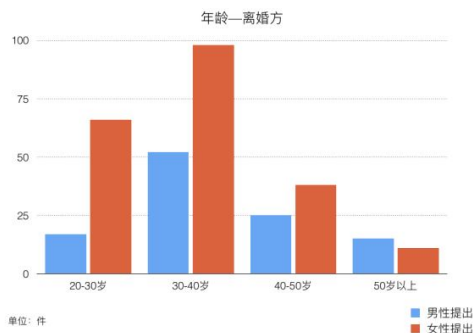


四、离婚时年龄



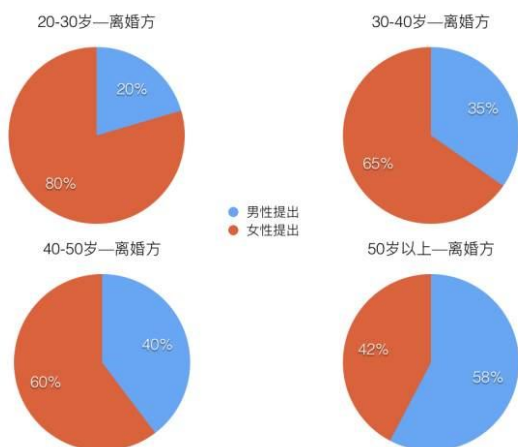
1、男人和女人的“宣战期”

不同年龄段，两性提出离婚的比例有很大不同。20-30 岁年龄段，是女性提出离婚的最高点，也是女性与男性提出离婚的比例差距最大的时刻。但是，50 岁之后，男性提出离婚的比例第一次也是唯一一次超过女性，这是“宣战”吗？



2、“阵地战”的强弱变化？

小齐用四张图，对比不同年龄段两性提出离婚的比例变化发现：随着年龄的增长，男性提出离婚的比例不断提高，直到 50 岁时，男性提出离婚的比例首次超过女性。



以上是小齐关于离婚案件中以时间为主题的大数据报告之系列一。小齐发现，在深圳地区的离婚案件中，呈现了这样的特点：首先，离婚高发期的起始点已经大大提前至婚后之初，其次，离婚高发期的幅度已经扩展至婚后十年。因此，如何经营和保护婚姻，已经成为非常严峻的问题。与此同时，根据这次统计，小齐还发现两性在面对离婚问题时呈现出不同的心理特点。

结婚前，女性会对婚姻抱有更高期待和要求，所以一旦走进婚姻，发现实际婚后生活和期待之间有落差，再加上现代女性的独立生存能力提高，就会出现更容易作出离婚的选择。但随着年龄渐长、子女长大，再加上自身心智也日益成熟，此时，女性反而能慢慢能回归现实，并接受现实与理想之间的差距。这时，婚姻终于进入了平稳期。

而反观男性，他们对待婚姻更理性。正因为这种理性，所以男性在不同阶段提出离婚的起幅相对较小。反而是到了 50 岁前后，当事业日渐成功，进入事业和心智的双成熟期，此时，男性容易出现想打破长久平淡婚姻的念头，以渴求刺激。

因此，在了解了两性在面对婚姻时的不同特点之后，也许能帮助我们更加了解彼此，更加了解婚姻。



案例来源



威科先行数据库，包括深圳市中级人民法院辖区内 2015-2016 年期间离婚纠纷全部 1312 份裁判文书（其中判

判决书 400 份，裁定书 912 份)

◆ ◆ ◆ ◆
特别声明

◆ ◆ ◆ ◆
由于裁定书中无法体现本次主题需统计的数据，因此，本次报告仅以 400 份判决书为基础。同时，因离婚纠纷涉及个人隐私，部分判决书隐去了个人信息，因此，本次数据不包括无法统计部分。

◆ ◆ ◆ ◆
特别感谢

◆ ◆ ◆ ◆
本次报告的推出，得到了众多齐家的无边界成员以及好友的大力支持。在此小齐郑重表示感谢！感谢视觉设计总监燕君，感谢詹春云婚姻分析师（心理医生）给予专业的心理分析建议，感谢同行潘美玉律师、韩建律师、游润惠律师的专业指导，感谢好友马琼，等等。

最后，要感谢齐家的小伙伴们，是你们的全情投入、日以继夜，才让第一份报告顺利如期推出！因为有你们的爱，齐家才能一直有“温度”。

仲裁协议“长臂效力”在夫妻共同债务案件中的适用

2017-01-13 广州仲裁委员会 北京大成（广州）律所 许永盛

《中华人民共和国仲裁法》（以下称仲裁法）第四条明确规定“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”该规定是仲裁程序得以启动的前提和基础，没有自愿、有效的仲裁协议，仲裁程序便不能合法进行。而根据合同相对性原则，合同一般仅在签署合同或明确同意受合同约束的当事人之间产生法律效力。仲裁协议或协议中的仲裁条款一样受合同相对性效力限制。一般情况下，非合同当事人不受仲裁协议约束，当然也就不受仲裁程序及仲裁结果约束。但现实情况纷繁复杂，如果完全拘泥于上述规定，反倒可能使得纠纷得不有效、快速、合法解决。因此，在必要的情况下，需要对仲裁协议的效力作适当地扩张。

一、仲裁协议“长臂效力”的一般性运用

仲裁协议效力扩张，即理论界所称仲裁协议的“长臂效力”，一般指仲裁协议在某些情况下，其效力可向非仲裁协议约定方延伸，也就是说仲裁协议不仅可约束约定方，还可以对仲裁协议以外的第三人产生约束力。

仲裁协议效力在特定情形下的扩张已被各国仲裁理论所认可，正在成为一种普遍接受并被逐渐应用的仲裁司法实践。在我国，仲裁协议效力在主体变更、合同转让等方面的扩张已为相关司法解释所确定。比如《最高人民法院关于适应〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（以下称仲裁法解释）第八条规定，“当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效；当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效”。又如仲裁法解释第九条规定“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外”。除此之外，司法实践也在不断探索和认可仲裁协议效力的适当扩张，例如江苏省高级人民法院作出的（2008）苏民三立终字第 0017 号民事裁定认可当事人所签署的多份关联合同，如无特别约定，应共同受主要合同所确立的仲裁条款所约束。

（2008）苏民三立终字第 0017 号案情

甲公司与乙方公司签署《股权转让合同》，约定甲方将其持有的某公司股权作价 XX 万元转让给乙方……，双方之间因本合同产生的或者与本合同有关的任何分歧或者争议，包括与有效性、效力、修改或者与其之执行有关的争议……，应将争议提交给位于巴黎的国际商会仲裁院按照其仲裁规则作出裁定……。协议生效后，因乙方未及时支付股权转让款，双方经协商就乙方未按时付款的违约责任及其它事项签署《协议》，内容包括：“鉴于 1、乙方在履行该股权转让协议的过程中发生延迟付款的违约行为，因此，希望甲方免除其违约责任。对此，甲方表示同意，但作为交换的条件，乙方允许甲方使用其拥有的专有技术”。后甲方以乙方未全面履行义务为由向法院提起诉讼，经由江苏省高级人民法院二审作出（2008）苏民三立终字第 0017 号民事裁定，认为：甲方与乙方间《股权转让合同》中对仲裁的约定有效。双方间《协议》是在《股权转让合同》的基础上作出的，从双方当事人订立合同的本意及协议内容看，《协议书》应认定为履行《股权转让合同》的附件，双方所发生的纠纷应受仲裁条款的约定，驳回甲方起诉。

二、仲裁协议“长臂效力”的理论依据

“家事法苑”团队奉献

仲裁协议效力的扩张除了具有以上因企业分立、合并，自然人死亡，合同转让等现实动因外，其理论基础主要来源于“公平合理的期待原则”、衡平法上的“禁止反言原则”以及“合同相对性例外原则”等。

“公平合理的期待原则”的运用，主要在于考察合同或第三方当事人对合同履行结果的期待及该种期待的合理性程度，以此分析并判断当事人是否应受仲裁协议约束。仲裁实务中，只要合同中订有仲裁条款，如合同主体发生变更，仲裁协议也不当然失效。即使变更后的主体实际未签署该协议，只要其实际参与合同履行或实际承担了合同权利义务，则其应该受仲裁协议所约束。

衡平法上的“禁止反言”，可理解为，如果当事人一方通过明示、默示或者特定行为向对方作出了承诺或表示，从而使相对方产生了合理信赖，那么先前一方不能改变立场或者采用相反的立场主张权利。仲裁实践中，禁止反言原则主要针对签字方的禁止反言以及对未签字方的禁止反言。具体而言，合同签字一方当事人向非签字方主张合同权利时，该签字方当事人不能以对方不是仲裁协议的签字人为由，主张仲裁条款无效；合同未签字方以仲裁协议向签字方主张合同权利时，可视为非签字方以实际行动接受仲裁协议的管辖，一旦其向仲裁机构行使合同项下的请求权时，就只能接受仲裁管辖。

“合同相对例外原则”是指在特定情况下合同的效力可以突破合同当事人的限制，而对合同以外的第三人产生法律效力。仲裁实践中，合同相对性例外首先表现在“第三方受益合同”，即合同双方为第三方仅设定权利，此时应允许第三方通过合同约定的仲裁条款要求当事人履行相应的合同义务，否则受益于合同的第三人的权利难以实现（参见何云《“长臂”的仲裁协议：论仲裁协议对未签署人的效力》，载于上海市第二中级人民法院官网 <http://www.shezfz.com/view.html?id=337981>）。

正是由于仲裁协议效力的扩张具有其现实性及理论基础，而实践中已为法律或司法解释所明确认可的效力扩张情形又不可能囊括所有案件，因此有必要在仲裁实务中，针对新出现的情况，适当和谨慎进行仲裁协议效力的扩张，发挥仲裁协议的“长臂效力”，做到既不违反仲裁自愿的意思自治原则，又可以使得纠纷得到合理、有效、全面解决，真正达到定纷止争的作用。在仲裁实务中普遍存在的夫妻共同债务案件中所可能产生的仲裁协议效力扩张问题，便是亟待法律或司法解释予以明确规定和完善的情形。在此之前，仲裁机构在面临相关问题时，应结合仲裁协议效力扩张的理论基础、仲裁法的立法精神及仲裁实践进行积极、有益探索，并尽可能谨慎适用仲裁协议效力的扩张。

三、夫妻共同债务案件的仲裁条款

从贷款主体不同角度划分，可以将夫妻共同债务案件划分为民间借贷合同中的夫妻共同债务，以及金融借款合同中的夫妻共同债务案件。

在民间借贷合同中，一般合同主体仅为夫或妻一方，合同中所约定的仲裁条款的签字方相应只有夫或妻一方。当然，如果在民间借贷合同中，夫妻双方均是签字方，则该种情况下，仲裁协议自然约束双方，不在本文讨论的范围之内。在金融借款合同中则可能有三种情况，一种情形为，借款合同及相关的借款凭证、授信及调查申请表中均只有夫或妻一方的签字；另一种情形为，借款合同虽只有夫或妻一方的签字，但在借款凭证、授信及调查申请表或其他附属资料中有另一方的签字；第三种情况则属于以夫妻双方名义进行的借款，借款协议由夫妻双方签署，则该种情况夫妻双方当然受借款合同中的仲裁条款约束，不在本文讨论范围。

因此，本文所涉及的仲裁协议效力的扩张问题主要适用于两种情形，一为借款合同及相关附属文件均由夫或妻一方所签署，此时未签署协议一方是否受仲裁条款的约束？二为借款合同主合同由夫或妻一方签署，但相关附属文件中有另一方的签字，此时另一方是否受仲裁条款的约束？

四、仅以夫妻一方签署借款文件的仲裁协议效力扩张问题

无论在民间借贷还是金融借款合同中，如借款合同及相关附属文件均只由夫或妻一方签署，另一方没有在任何借款文件上签字时，仲裁协议效力一般不宜扩张至未签字的配偶一方。从民事诉讼角度而言，最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释二》）第二十四条的规定：“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。”据此规定，虽然人民法院在审理该类案件时，一般情况下可以推定婚姻关系存续期间的个人所负债务应为夫妻共同债务，并可以接受当事人以夫妻双方为共同被告提起诉讼，但《民事诉讼法》及其司法解释并未明确将该类诉讼列为必要共同诉讼的范畴。实践中应更倾向于理解为在该种情形下，人民法院允许原告自行选择是否列另一方为共同被告。当然，人民法院如因查清案件事实的需要，可以追加另一方为案件第三人进行审理。在最高人民法院2014年公布的赵俊诉项会敏、

何雪琴民间借贷纠纷指导案例（《最高人民法院公报》2014年第1期）中，明确借款人配偶未参加诉讼且出借人及借款人均未明确表示放弃该配偶可能承担的债务份额的，为查明案件事实，应依法追加与案件审理结果具有利害关系的借款人配偶作为第三人参加诉讼，以形成实质性的对抗。但由于仲裁案件的特殊性，对于仲裁案件中出现的涉及夫妻共同债务的认定应尤其慎重。

赵俊诉项会敏、何雪琴民间借贷纠纷指导案例

在该案中，上海市长宁区人民法院认为：原告赵俊在本案中虽表示向被告项会敏主张还款，但项会敏辩称涉案借款用于两被告夫妻共同生活，应由两被告共同偿还。事实上，经法院调查，在两被告的第三次离婚诉讼中，项会敏也始终将本案借款作为夫妻共同债务要求何雪琴承担相应的还款责任。基于本案处理结果与何雪琴有法律上的利害关系法院依法将其追加其为第三人参加诉讼。后因项会敏的上述抗辩，原告申请追加何雪琴为被告。在此过程中，原告及项会敏一再反对何雪琴参加本案诉讼，不仅缺乏法律依据，亦有违常理。何雪琴作为本案被告以及利害关系人，当然有权就系争借款陈述意见并提出抗辩主张。

正如上述《婚姻法解释二》第二十四条但书部分的规定，由于夫妻共同债务的负担并非完全绝对，夫妻共同债务的认定还要考虑夫妻双方有无共同举债的合意，夫妻双方是否分享了债务所带来的某种利益等因素综合认定。而对于这些事实的认定很大程度上已经突破了商事仲裁的范畴，而进入到婚姻家庭案件的审查。由于基于婚姻纠纷形成的案件不属于商事仲裁案件，如果在该种情形下，对仲裁协议的效力进行扩张，允许申请人对债务人配偶提起仲裁的话，则事实上突破了仲裁案件的受理范围，实质违反了仲裁法第三条第一项关于“婚姻纠纷”不能仲裁的禁止性规定。有观点认为，由于《婚姻法解释二》的上述规定，可能使得夫妻一方参与仲裁的仲裁结果实际上对另一方产生影响，应该允许债务人配偶一方参与仲裁案件审理；但由于包括我国在内的目前大部分国家均尚未确立仲裁第三人制度，实际无法像民事诉讼程序一样，允许未签署仲裁协议的夫或妻一方作为第三人参与仲裁。

从仲裁裁决的执行情况及实际公平角度看，我国目前执行程序中，如生效法律文书仅确定夫妻一方为债务人，人民法院一般不会在执行程序中直接追加配偶为被执行人。最高人民法院在（2015）执申字第111号执行裁定书中明确表明了申请执行人不得以被执行人所负债务属夫妻共同债务为由，请求追加被执行人的配偶为被执行人的立场。据此规定，仲裁机构在债务人配偶一方未参与仲裁的情况下所作出的仲裁裁决，对配偶一方没有强制执行的法律效力，对其不会产生实际影响。如债权人需要以夫妻共同债务主张权利，则需要以生效仲裁裁决书为主要证据，另行向法院提起夫妻共同债务的确认之诉（参见广州市海珠区人民法院（2013）穗海法民一初字第955号民事判决书）。从这个角度而言，仲裁机构所作出的裁决不会直接影响债务人配偶的利益，无需列其配偶为共同被申请人。

五、夫妻一方在借贷文书上签字的仲裁协议效力扩张问题

如夫妻双方有在载有仲裁条款的借贷文书上签字，则表明其与债权人达成了仲裁条款，不涉及仲裁协议效力的扩张问题。但如夫或妻一方并未直接签署仲裁条款，而仅在其他借款凭证，如借据、还款保证、授信调查申请书等文件上签字时，仲裁协议效力是否扩张至配偶，则应视所签文书具体情况而定。如其所签文书明确表明其愿意参与借贷关系或承诺愿意共同偿还债务，甚至直接载明其愿意接受载有仲裁条款的借款文件约束，则当然可以认定其受仲裁条款管辖。但如其所签署的仅仅为一般告知性文件，或其他没有表明意愿，或没有设定权利、义务的手续性、过程性文件，则一般不宜认为其受仲裁条款的约束。

但即使配偶一方受仲裁条款约束，作为共同被申请人进入仲裁程序，仲裁机构裁决其是否与债务人一起承担共同清偿责任的请求权基础应该为借款文件的约定或承诺，而非《婚姻法解释二》规定的夫妻共同债务认定条文。换言之，在法律或司法解释没有明确规定债权人与债务人的仲裁协议可以当然及于债务人配偶一方的情形下，配偶一方进入仲裁程序的依据仍然是其在仲裁文件中的意思表示。因此，其责任的认定，也应该以其在借贷文件中的表示或承诺为准。如仲裁机构过多地运用婚姻法的规定进行夫妻共同债务认定，进而裁决债务人配偶应对夫妻共同债务承担共同清偿责任，则有对婚姻关系事实进行仲裁认定的违法仲裁之嫌疑。

综上，笔者认为，仲裁协议效力的扩张在夫妻共同债务案件的认定中应主要以法律或司法解释的直接规定为主；在没有直接规定的情况下，应该更多审查未签字一方对相关法律关系参与的意愿，以及对权利义务承担的期待，结合仲裁结果可能对其产生实质性影响综合确定。仲裁实践中，不应完全拘泥于仲裁协议的相对性，也不能随意扩张，这中间应该把握一个度，这个度便是法律规定、意思自治以及实际公平原则在商事仲裁中的综合体现和运用。

本文为中国广州仲裁委员会对外约稿。特别鸣谢：许永盛仲裁员

（许永盛仲裁员，中国广州仲裁委员会仲裁员，广州市律师协会仲裁法律业务委员会委员，北京大成（广州）律师事务所合伙人。）

假期解读《上海高院继承与婚姻纠纷统一指导意见》

2017-01-30 家族律评 贾明军律师

导读：该调研意见中“打印遗嘱效力”、“继承时效”、“恋爱购房”、“无法评估的股权分割”、“子女购房、父母出资性质”的条款，还是相当重要的，律师同行应格外注意！

上海高院民一庭主办、一中院民一庭承办了全市法院继承及婚姻家庭纠纷审判适法统一研讨会，全市各法院分管院长、民一庭庭长等70余人参加了会议。会上主要针对继承、婚姻家庭纠纷的疑难问题进行了研讨，并形成了较为统一的意见，现将本次研讨情况综述如下：

一、关于继承纠纷案件若干争议问题处理意见

（一）形式瑕疵遗嘱的效力认定

实践中，由于立遗嘱人对法定的遗嘱形式要点不甚了解，或者由于疏忽，或者由于习惯等因素，导致遗嘱在形式上有一定瑕疵，此时该如何认定其效力？

一种观点认为应当坚持遗嘱的要式性，否定形式瑕疵遗嘱的效力；另一种观点则认为应探究遗嘱人的真实意思，对形式瑕疵遗嘱作有效认定。

倾向意见认为，遗嘱属于要式行为，但法律规定遗嘱要式性的初衷即是为了确保遗嘱人的真实意思表示。因此，为保障遗嘱人的最终真实意思表示能够得以实现，对形式要件上稍有欠缺的遗嘱，如果内容合法，又有充分证据能证明其为遗嘱人的真实意思表示，并能够通过其他方式弥补遗嘱形式上的不足的，可认定遗嘱有效。

明军律师解读：

即遗嘱效力以法律“形式要式性”为主、以探究立遗嘱人“真实意愿”为核心的原则。比如，实行书面“AA”制的老年再婚夫妻，妻子死亡之前代书遗嘱时，丈夫作为遗嘱见证人形式上基于《继承法》第十八条规定形成瑕疵，但如果提交相互不继承遗产的“AA制”协议、又没有其他利害关系，则可认定遗嘱有效。

（二）祖父母立“公证遗嘱”将财产给孙子女，其性质为遗嘱继承还是遗嘱赠与？

倾向意见认为，法定继承人是指依照法律规定的范围和顺序直接承受被继承人遗产的继承人。根据继承法第十条关于法定继承人范围及继承顺序的明确规定，孙子女、外孙子女并不在法定继承人之列，其继承祖父母或外祖母遗产的方式是代位继承或转继承。因此，祖父母、外祖父母即使通过“公证遗嘱”的形式将遗产留给孙子女、外孙子女，其性质仍属于遗赠，而不是遗嘱。同时，根据继承法规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃接受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

明军律师解读：

即因为《继承法》中的“代位继承”、“转继承”制度，实质起到了隔代财产传承的作用，因此，孙子女、外孙子女不在第一、二顺序法定继承人之列。如果爷爷奶奶、外公外婆通过公证遗嘱的方式，在身故后将财产留给孙子女、外孙子女，性质为“遗赠”。根据《继承法》第二十五条，“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠”。因此，受遗赠人或受遗赠人的法定监护人（如果受遗赠人为未成年的孙子或外孙女，则其父母为监护人）应该在知情后两个月之内作出接受或放弃的意思表示，不能不好意思吭声或表态，那样会被法律视为放弃权利。

（三）打印遗嘱的性质认定

打印遗嘱与传统自书遗嘱的最大区别是其主文内容由机器打印而成，由于难以判断是遗嘱人自己打印或由别人代为打印，实践中应如何认定其性质？

倾向意见认为，打印遗嘱不能笼统地认定为自书遗嘱或代书遗嘱，其法律属性应当结合被继承人是否具有计算机操作能力、遗嘱形成过程等方面的证据来综合予以认定。根据最高法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》第四十条规定，公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。因此，对打印遗嘱，有遗嘱人签名，注明年、月、日，并能举证证明确为遗嘱人真实意思表示，如遗嘱人有计算机操作能力、有其他证据材料与遗嘱内容相互印证等，则可以认定为是遗嘱人的自书遗嘱。

明军律师解读：

打印纠纷随着时代的发展纠纷渐多。基于继承法从1985年10月1日实施至今仍未修订，因此，法律层面对于打印遗嘱无直接规定。

上海高院民一庭倾向性认为，“打印遗嘱不能笼统地认定为自书遗嘱或代书遗嘱”。如果立遗嘱人自己能操作电脑和打印机并且确系自己操作，则易被推定为自书遗嘱；如果立遗嘱人不具备计算机与打印机的操作能力、又难以有其他证据证明遗嘱内容为其真实意思表示的话，该“打印遗嘱”是否有效就值得商榷了！

一句话，尽量不要使用“打印”遗嘱的形式，不要怕麻烦，还是“自书”好一些！

（四）继承的时效问题

被继承人死亡后，遗产未分割，法定继承人也未表示放弃继承。之后有继承人提出分割遗产请求的，是否应适用时效规定？

倾向意见认为，被继承人死亡后，遗产未分割且继承人未表示放弃继承，视为接受继承，继承人的继承权已经实现。其后产生的纠纷应为物权共有纠纷。按照通说，物权请求权不受诉讼时效限制，不论该物是动产或是不动产。

明军律师解读：

这一条比较容易理解，给付之诉才存在诉讼时效。共有纠纷不存在诉讼时效，这一倾向性意见，基本否定了继承的时效制度，对于离婚后财产纠纷涉及的时效问题，也有借鉴作用。

二、关于恋爱期间购房处理等婚姻家庭案件若干争议问题指导意见**（一）恋爱期间购房的处理**

恋爱期间以结婚为目的购房，一方支付全部首付款，房屋产权登记在另一方名下，并以另一方名义办理贷款。后双方未结婚即分手，如何分割该房屋？

倾向意见认为，根据案件查明事实，可以确认尽管产权登记在一方名下，但恋爱双方有以结婚为目的共同购房的意思表示的，宜认定为共同财产，并根据双方的贡献大小对房产进行分割。

明军律师解读：

即婚前男方支付首付、房产登记在女方名下，再以女方名义贷款，之后双方没有结婚而分手，房产是否为共同财产呢？倾向性意见认为，不能仅从产权登记判断归属，应着重考察购买时双方的合意。因此，那种以“产权证登记”作为判断房产归属的唯一标准的观点，有时候是有些不靠谱的哦！

（二）夫妻共同财产分割

夫妻共同财产涉及有限责任公司股权，一方要求分割股权或相应的股权折价款，另一方既不同意分割股权，也不同意就股权价值进行协商。若由于该公司经营不规范，法院委托的相关机构无法对公司价值进行评估，如何处理？

倾向意见认为，根据《公司法》及《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》的相关规定，有限责任公司股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

因此，对离婚纠纷中涉及分割以一方名义拥有的有限责任公司股权，另一方不是该公司股东的，若双方同意以股权折价款进行分割，并可以通过协商或评估确认股权价值的，法院可据此判决非股东一方取得相应股权折价款；若双方不能就股权价值达成一致，也不能通过评估审计确定的，人民法院应首先就非股东一方经股权分割后能取得的份额情况征求公司其他股东意见，对股东的不同意见按照《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条规定处理；若经书面通知，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，亦视为同意转让，法院可就股权份额进行分割处理。

（二）第十六条规定处理；若经书面通知，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，亦视为同意转让，法院可就股权份额进行分割处理。

明军律师解读：

一定要注意，这条倾向意见的前提条件是“若由于该公司经营不规范，法院委托的相关机构无法对公司价值进行评估”。

事实上，“无法评估”的原因，可能还有很多，除了“经营不规范”之外，还有“拒不交账”、“消极配合”导致相关机构无法审计评估

“审计”、“评估”无法做出，法院怎么办呢？有以下几种方法：

“家事法苑”团队奉献

1. 男、女双方协商一致，即股权折价合意，“一方拿股、一方拿钱”。在争议很大的案件中，达成这个协商结果很难，或者说，基本不可能！

2. 征求其他股东的意见。如果其他股东同意，配偶未持股一方就直接分割股权，拿股权。如果其他股东不同意，则其他股东来买。表现看，这个方法很清晰明确，但哪有这么容易。适用这条路，有三个前提：

(1) 必须男、女双方就出资额转让份额和价格达成一致。如果没有达成一致，就谈不上让其他股东优先购买的问题。

(2) 能联系上其他股东。注意，是要“书面”通知，并且通知的程序合法有效。

(3) 人民法院肯联系。

那么，对于由于缺少资料无法审计评估、而其他股东又联系不上、或是男、女双方对于分割的股权比例、金额不能达成一致的离婚涉及股权分割案件，人民法院该如何处理呢？女方（如果是非持股一方）该如何维权呢？

请大家各抒己见哦。

（三）离婚后，一方变卖尚未分割的夫妻共同财产，并用所得款项购房，另一方能否要求分割该房屋？其权利如何保护？

倾向意见认为，应当就原有夫妻共同财产价值进行主张，但不能要求分割该房屋。对于原有财产的价值，可根据不知情一方的主张，以财产出卖时、提起诉讼时等时间点予以确定。

明军律师解读：

核心思想是，离婚后配偶取得的房产（哪怕是变卖未分割原共同财产），从法律关系上来讲，是离婚后所得，不属共同财产。但对于原配偶，可以基于原变卖的未分割原共同财产的价值主张维权。建议同时在维权起诉时申请查封一方离婚后购置的房产，以便执行。

（四）婚后购房涉父母出资钱款的性质认定及处理原则

父母出资协助子女婚后购房，有较明确的资金来往记录，在子女离婚后，父母起诉主张子女及其离异配偶共同归还款项。父母持有的借条上只有自己子女一人签名。父母主张为子女购房提供的出资是借款，子女的离异配偶则主张该款项是父母的赠与，借条系事后单方补写。对此，应认定为借贷关系，还是赠与关系？由于借条上只有子女一方的签名，应认定为夫妻共同债务，还是个人债务？

倾向意见认为，是借贷关系还是赠与关系，应根据双方提供的证据及查明的案件事实来确定。在处理结果上，若确系父母赠与与出资购房，离婚纠纷中分割房屋时可考虑一方父母出资事实，在份额上可适当多分；若认定为借贷关系，且是夫妻共同债务的，则在房屋份额分割时应考虑夫妻均等享有产权份额。

明军律师解读：

这条倾向性意见很有意思，并没有规定如何界定“借贷”关系还是“赠与”关系本身，而是对法院酌情认定属性的处理进行了表述，原因很复杂，明军律师分析原因，可能是子女婚后购房、父母出资的真实意愿需要结合个案证据考证，而无法统一规制。

实际上实践处理也很复杂，比如，父母起诉主张为借贷，自己的子女认可、且有自己子女一方签署的借条。这样一来，有汇款银行记录、有借条，就对不认可的另一方形成了一定的被动局面。而由于目前司法鉴定对于文字形成时间的鉴定能否做出，也很复杂和不容易，因此，往往法院要结合其他客观因素和证据，来综合判断借贷是否属实。

这个方面，可谓“难断的家事”了。

（五）婚姻效力认定问题

《婚姻法》第十条第（一）项规定：“重婚的”，婚姻关系无效。如果重婚的情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，是否还要宣告婚姻无效？

一种观点认为，重婚是一种严重的违法行为，该行为应当自始不具有法律效力，因此，在结婚时存在重婚情形的，该婚姻即为无效婚姻；另一种观点认为，当事人重婚的情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，其宣告无效的基础已经不复存在，故应不予宣告婚姻无效。

倾向意见认为，最高院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条规定，当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失，人民法院不予支持，

该条规定并未排除重婚情形，故如果重婚情形在当事人提起宣告婚姻无效时已经消失，法院对该申请不予支持。

明军律师解读：

申请婚姻无效时，如果法定无效婚姻情形已不存在，则人民法院不予支持婚姻无效的申请。

综上所述，上海高院的本调研意见中的“打印遗嘱效力”、“继承时效”、“恋爱购房”、“无法评估的股权分割”、“子女购房、父母出资性质”的条款，还是相当重要的。特别特别是“无法评估的股权分割”的司法审判倾向性意见还是非常重要的，请敬律师同行高度注意！

五省市涉婚姻家庭案件司法观点比较（北上苏浙深）

2017-01-31 小军家事团队 朱媛卉

五省市婚姻家事司法观点比较（北京、上海、浙江、江苏、深圳）

1

人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后，经审查确属无效婚姻的，法院能否适用按自动撤诉处理的规定？

对于该问题，江苏省高院与深圳中院的观点相同，申请宣告婚姻无效案件后，经审查确属无效婚姻的，法院不能再适用撤诉或按撤诉处理的规定。

2

何谓彩礼？

北京

彩礼一般是指依据当地习俗，一方及其家庭给付另一方及其家庭的与缔结婚姻密切相关的大额财物。不具备上述特点的婚前财产赠与不构成彩礼。

江苏

从实际情况出发，可从以下几个方面进行考量：

（1）当地是否有给付彩礼的习俗。有给付彩礼习俗的，是认定彩礼的前提。如果当地没有给付彩礼的风俗习惯，男方婚前给付一般不宜认定为彩礼。

（2）给付财物价值大小多少的考量。彩礼一般为数额较大的金钱或者价值较高的财物。数额是否较大需从当地经济状况出发进行认定。

3

婚约财产纠纷案件中当事人范围应如何把握？

浙江

婚约财产纠纷案件一般以男女双方为诉讼当事人。鉴于实践中彩礼的接受人或给付人可能是婚姻关系当事人的父母或其他亲属，可根据双方诉辩确定实际接受人或给付人的诉讼地位。

江苏

（1）男女双方办理结婚登记手续后，一方提起离婚诉讼，并在离婚诉讼中要求返还彩礼的，以男女双方作为彩礼返还的权利人与义务人；

（2）男女双方未办理结婚登记手续，一方提起返还彩礼之诉的，如果彩礼的给付人与收受人不是男女双方，可直接列实际给付人和实际收受人为诉讼当事人。

深圳

应将存在婚约关系的男女双方列为原、被告，如果彩礼给付人或者接收人并非存在婚约关系的男女双方，人民法院可以将彩礼给付人或者接收人列为共同原告或者共同被告。

4

夫妻“忠诚协议”的效力如何认定？

北京

（1）对于夫妻间“忠诚协议”中关于子女抚养等身份关系的内容，法院应认定无效；

（2）对于夫妻间“忠诚协议”关于财产关系的内容，一般应认定有效，无履行可能或显失公平的，法院可以适当调整。

上海

若主张依“忠诚协议”获得赔偿的，法院不予受理。

浙江

“忠诚协议”是对特定条件成就后离婚时财产分割的约定，非属于《婚姻法》第十九条规定的夫妻财产约定，一方在离婚诉讼中反悔的，对此协议的效力应不予确认。

江苏

忠诚协议有效，违反夫妻忠诚义务应承担赔偿责任。

深圳

夫妻之间签订的忠诚协议与婚姻法意旨并不冲突，亦不违反民法意思自治原则，因此夫妻之间签订的忠诚协议中的赔偿金具有违约赔偿性质，应受法律保护，但该协议存在可撤销或者可变更事由时，应当准许有关当事人行使撤销权。

5

原告起诉仅要求离婚，被告提出如果判决离婚应分割夫妻共同财产，对此是否需要提起反诉？

对于此问题，浙江省高院与深圳市中院都赞同最高人民法院民一庭按不构成反诉的处理意见。离婚之诉为复合之诉，子女抚养问题、财产分割问题均是附属于离婚之诉的从诉，故被告提出如果判决离婚应分割夫妻共同财产，不需要提起反诉。

6

夫妻双方在离婚协议中约定将共同财产赠与子女，离婚后一方反悔，请求撤销赠与，能否予以支持？

北京

任何一方不得单方撤销对子女的赠与，但夫妻双方一致同意变更的，可共同撤销对子女的赠与。

浙江

离婚后夫或妻一方反悔，请求撤销赠与的，一般不予支持。

江苏

因离婚协议相关条款具有联系，且该协议得到民政部门或人民法院的审查，当事人应不得随意解除其中某个条款。

7

夫妻一方婚前购买房产并登记在一方名下，另一方主张其在买房时亦有出资且婚前买房目的即为结婚共同居住，离婚时该房产如何分割？

北京

婚前由双方或一方出资，登记在另一方名下的房产，有证据表明双方是以结婚、长期共同生活使用为目的购房，在离婚时应考虑实际出资情况、婚姻关系存续时间、有无子女等情况由产权登记一方对另一方予以合理补偿。

深圳

夫妻一方在婚前购买房产并登记在该方名下，另一方主张其在买房时亦有出资且婚前买房目的即为结婚共同居住，如果并无充分证据显示有关款项属于借款或者赠与等其他性质，人民法院应当认定双方按照各自的出资比例共有房产。

8

夫妻将双方购买的房屋登记在未成年子女名下，离婚时如何处理？

北京

首先应判断夫妻双方真实意思表示是否为赠与，如果无法查清夫妻双方真实意思表示，则按产权证的记载认定房屋权属。

江苏

人民法院应审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。

(1) 如果真实意思确实是将购买的房屋赠与未成年子女，离婚时应将房屋认定为未成年子女的财产，由直接抚养未成年子女的一方暂时管理；

(2) 如果真实意思并不是将房屋赠与未成年子女，离婚时应将该房屋作为夫妻共同财产处理比较适宜。

深圳

在离婚案件中暂不处理有关未成年子女名下的财产，有关当事人可以在离婚后另循法律途径解决。

9

《婚姻法司法解释(三)》第十条规定的婚后共同还贷支付款项及其相对应财产增值部分，由产权登记一方对另一方进行补偿，该补偿数额如何计算？

浙江

$[\text{婚后还贷本息总额} \div (\text{购买时房价} + \text{应还贷款利息总额})] \times \text{离婚时房价} \div 2$

深圳

夫妻婚后共同还贷部分（含婚后偿还的本金和利息） \div 实际购房款（房屋购买价+离婚时已还全部利息） \times 离婚时房屋市场价 $\div 2$

10

婚后由一方父母部分出资为子女购买不动产，产权登记在出资人子女名下的，能否适用《婚姻法司法解释(三)》第七条的规定，认定为夫妻一方的个人财产？

《婚姻法司法解释(三)》第七条适用的前提是一方父母支付全部款项为子女购买不动产。婚后有一方父母部分出资为子女购买房屋，夫妻支付余款的情况下，浙江省高院与深圳市中院一致认为，如果房产登记在出资方子女名下，该不动产仍属于夫妻共同财产，父母出资部分应视为对其子女个人的赠与；如果该房登记在夫妻双方名下或者出资方子女配偶名下，父母出资部分应视为对夫妻双方的赠与。

11

夫妻一方个人所有的房屋在婚后出租，相关经营理由该房产所有人一方进行，所得租金性质如何认定？

浙江省高院与深圳市中院的作法相同，都将所得租金认定为夫妻共同所有，主要理由是房屋租金的获取与房屋的管理维护状况密切相关，需要投入相应的劳动，属于经营性收益。

12

婚后夫妻双方设立公司，在工商行政部门登记有双方持股比例，该比例是否属于夫妻财产约定，离婚时可否据此分割公司股权？

北京

有限责任公司工商登记中注明的夫妻双方股权份额不构成夫妻间财产约定；但如设立公司时根据相关规定提交财产分割书面证明或协议的，构成财产约定。

浙江

一方当事人仅凭工商行政部门登记的股东持股比例要求据此分割的，不予支持，除非有其他证据证明夫妻双方对公司股权进行过夫妻财产约定。

江苏

可以参考公司登记中载明的投资比例状况作为划分财产所有权份额的依据，但一方提出异议，应根据其举证情况作出综合认定。

深圳

工商登记中载明的夫妻投资比例不应认定为夫妻对财产归属的约定。

13

夫妻共同债务对内对外如何认定？

北京

基于第二十四条的推定效力，在民间借贷案件中，可以根据需要追加配偶为共同被告，由其在此诉讼中对债务不属于夫妻共同债务进行抗辩与举证，法院对债务性质与配偶是否应当承担还债责任问题，统一作出判断；在民间借贷案件中未追加配偶的，债权人有权另行起诉要求确认其连带清偿责任，法院应按照上述原则处理举证与判断问题。

江苏

应区分内部关系与外部关系。

(1) 在不涉及他人的离婚案件中，由以个人名义举债的配偶一方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如证据不足，则其配偶一方不承担偿还责任。

(2) 在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条规定认定。即原则上属于夫妻共同债务，除了三种情形：债权人与债务人明确约定为个人债务的；夫妻双方约定婚后财产归各自所有，且告知债权人的；举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活的。

14

依据“结束非法同居关系的分手费协议”提出的请求法院能否支持，给付方配偶能否要求返还？

北京

分手费债务不能通过法院索要或追回。给付了约定财物的一方，因系无权处分且目的有违社会善良风俗，故给付方的配偶请求返还财产的诉讼请求，法院应予以支持，不能返还原物的，接受方应赔偿相应损失。

深圳

有配偶者与他人同居，为解除同居关系约定了财产性补偿，接受方要求给付方支付该补偿或者给付方支付补偿后反悔主张返还的，人民法院不予支持。合法婚姻当事人以其配偶擅自将夫妻共有财产给付给第三人导致其财产权受到损害为由起诉的，人民法院应当受理并结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条的有关规定，根据有关各方的过错程度以及上述财产性补偿对合法婚姻当事人日常生活需要的影响判定有关当事人的财产处分行为是否有效。

15

婚姻关系存续期间生育的子女，经确认与男方不存在亲子关系，男方请求女方返还婚姻关系存续期间支出的抚养费，能否予以支持？抚养费返还数额如何确定？

北京

夫妻一方因另一方隐瞒真相而受欺诈抚养了另一方与他人所生育子女，受欺诈抚养方请求另一方返还实际支出的抚养费用的，人民法院应予以支持；受欺诈抚养方请求的精神损害赔偿等费用，可酌情予以支持。

浙江

原则上男方对非亲生子女无法定抚养义务，其请求返还婚姻关系存续期间支出的抚养费，一般可予支持。在确定抚养费返还数额时，男方应对抚养费支出情况进行举证。确实无法举证证明的，可以参照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第7条规定，根据婚姻关系存续期间双方的经济收入、当地的实际生活水平和离婚时共同财产分割等情况酌情确定。

深圳

婚姻关系存续期间，一方与他人发生性关系而生育子女并隐瞒真情，另一方受欺骗而抚养了非亲生子女，受欺骗方要求返还其在双方离婚后给付的抚养费，可酌情判决返还；受欺骗方在夫妻关系存续期间支出的抚养费费用应否返还，可根据具体情况确定。

16

同居关系解除后财产分割原则

北京

(1) 男女双方未办理结婚登记手续以夫妻名义同居生活的，同居关系解除后要求分割同居期间共同劳动、经营或管理所得财产的，有约定从约定；无约定且上述同居期间财产混同的，推定为共同共有，但根据同居时间、各自贡献、生活习惯等因素能认定为按份共有财产的除外。

(2) 男女双方未办理结婚登记手续亦不以夫妻名义同居生活的，同居关系解除后要求分割同居期间共同劳动、经营或管理所得财产的，有约定从约定；无约定且财产混同的，推定为按份共有，具体份额比例可依据同居时间、各自贡献、生活习惯确定。

江苏

如同居期间形成财产共有关系，则解除同居关系时，对该共有财产，首先由当事人根据自愿的原则协商处理。

协商不成的，人民法院可以根据照顾子女和女方的原则，考虑财产的实际情况和双方的过错程度妥善分割。

17

买断工龄款的性质和分割

北京高院与江苏高院都认为，离婚案件涉及分割买断工龄款可参照《婚姻法司法解释二》第十四条关于军人所得复员费、自主择业费的规定予以处理。

参考文件

同期推送：

- 1、【规范性文件】北京高院关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见
- 2、【审判实务研究】北京三中院婚姻家庭案件法律适用疑难问题研讨
- 3、江苏省高院《婚姻家庭案件审理指南 2012》
- 4、深圳中院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引

（四）文件选读

民事若干疑难问题研讨纪要

2017-01-02 法眼观察

上海高院民一庭调研与参考[2016]27号

2016年7月，高院民一庭召开了全市法院民事审判工作季度庭长例会，主要就婚姻、继承、民间借贷、侵权、消费纠纷等传统民事案件中疑难问题进行了研讨，并形成了较为统一的意见。现将本次研讨意见纪要如下，供大家审理案件时参考。

一、婚姻、继承纠纷

婚内购房，房屋产权登记份额与嗣后约定份额不符，离婚诉讼中如何分割产权？

倾向性意见认为，根据《婚姻法》第19条规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。房屋产权登记后，夫妻双方就调整各自的份额进行约定，系婚内约定财产权利的调整，对双方具有约束力，当事人基于约定主张产权分割的，可予支持。但以协议离婚为条件的财产分割协议除外。

二、民间借贷

1、民间借贷纠纷中，自然人之间既未约定还款期限，亦未约定利息。出借人经催告后，要求借款人支付逾期付款的利息，对此应如何处理？

倾向性意见认为，根据《合同法》第206、207、211条以及《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第29条的规定，自然人之间对借款期限、利息没有约定或者约定不明确，视为自然人间的不定期无息借贷。经出借人催告，借款人未在合理期限返还借款的，出借人主张借款人支付自逾期还款之日起不超过年利率6%利息的，人民法院应予支持。

2、借贷外币发生纠纷，如借款合同未约定还款的币种、汇率及逾期利息，借款人以无同类货币为由，要求偿还人民币及利息的，应如何处理？

倾向性意见认为，由于合同未约定本金和逾期利息的还款币种，因此即使借款人以无同类外币为由要求偿还人民币，法院仍可以判决其按照合同约定支付相应外币。对于逾期利息的计算，分两种情况：第一，如果约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。第二，如果既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，可按照该币种在双方当事人均认可的银行的存款利率计算逾期利息。

3、民间借贷案件中能否支持原告对律师费的诉讼请求以及律师费的标准问题。

倾向性意见认为，如果当事人在合同中约定了律师费，根据当事人意思自治原则可予以支持，该律师费的支付不应计入利息的计算总额。如合同中仅约定支付律师费，但对律师费的具体数额没有作出明确约定，可参照司法局对于同类案件律师代理的收费标准予以酌定。如果合同中对律师费的具体数额作出明确约定，一般情况下可按当事人约定的数额予以支持；但如果律师费明显高于司法局对于同类案件律师代理的收费标准，一方要求予以调整，则可酌情予以调整。

三、侵权纠纷

1、实践中，叉车、吊车一般不能上路行驶，也无法投保交强险。此类车辆在道路上发生交通事故后，可否要求车主先行在交强险责任限额内承担赔偿责任？

倾向性意见认为，因这些特殊车辆并不能上路行驶，不属于《机动车交通事故责任强制保险条例》第2条规定的应当投保交强险的车辆范围，故发生交通事故后，如以车主未购买交强险为由让其在交强险限额范围内承担赔偿责任，显失公允。所以对于此类案件，应按照一般的侵权案件确定赔偿责任。

2、在商业保险合同中将鉴定费排除在理赔范围之外的相应条款的效力应如何认定？

倾向性意见认为，应当区分诉前鉴定费用与诉中鉴定费用。对于诉讼前产生的鉴定费，依照《保险法》第64条规定，即“为查明保险事故所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担”，故诉前鉴定费应认定为保险人法定负担项目，不能以约定的方式予以排除；对于诉讼中因委托鉴定产生的鉴定费，依照《保险法》第66条规定，即“责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，除合同另有约定外，由保险人承担”，故应以合同约定为优先，合同未约定的，由保险人承担。

3、机动车驾驶人构成交通肇事罪的案件，受害人另行提起民事赔偿诉讼中的精神损害抚慰金是否应支持？

倾向性意见认为，应当予以支持。《刑事诉讼法司法解释》第155条第3款规定，驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失，构成犯罪的，依照《中华人民共和国道路交通安全法》第76条的规定确定赔偿责任。《中华人民共和国道路交通安全法》第76条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险（交强险）范围内予以赔偿。而精神损害抚慰金包括在交强险范围内，受害人获得精神抚慰金有法律依据。精神损害抚慰金属于交强险合同中的赔偿项目，由于交强险合同中权利义务的存在和交强险的强制性，保险人应当根据保险合同履行与保险费对价的保险金义务。

四、消费纠纷

代位权诉讼中，次债务人与债务人约定的仲裁条款能否对抗债权人？

倾向性意见认为，根据《合同法》第73条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第14条的规定，债权人行使代位权必须以诉讼方式进行，并由被告住所地人民法院管辖。次债务人与债务人约定仲裁条款，系次债务人与债务人双方协商确定的纠纷解决方法，具有排除法院管辖的效力，但债权人并非该合同关系当事人，不受该仲裁条款的约束。代位权诉讼中，次债务人与债务人约定仲裁的理由不能对抗债权人。

《北京法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的若干意见》全文

2017-01-09 多元化纠纷解决机制

北京法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的若干意见

2016年8月12日京高法发〔2016〕368号

为贯彻落实中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》（中办发〔2015〕60号）、《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（法发〔2016〕14号）、北京市委办公厅、市政府办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的实施意见》，深入推进首都多元化纠纷解决机制改革，完善诉讼与非诉讼相衔接的纠纷解决体系，提高诉调对接成效，实现首都社会治理体系和治理能力现代化，现就北京法院深化多元化纠纷解决机制工作提出如下意见。

一、指导思想

全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中全会和习近平总书记系列重要讲话精神，认真落实中央、最高法院、市委关于深化多元化纠纷解决机制改革的相关要求，在党委领导、政府主导、综治协调下，充分发挥人民法院在多元化纠纷解决机制建设中的引领、推动和保障作用，加强与行政机关、人民调解组织、行业性专业性调解组织、仲裁机构、公证机构、工会、妇联、共青团、法学会以及其他社会力量的对接，探索完善诉调对接机制，满足人民群众多元化纠纷解决需求，为首都经济发展和社会和谐稳定提供有力保障。

二、目标任务

1. 坚持在党委领导、政府主导、综治协调下，有效整合矛盾纠纷解决资源，构建社会各方力量共同参与纠纷解决的工作格局，推动形成和解、调解、仲裁、公证、行政裁决、行政复议与诉讼有机衔接、相辅相成、功能互补的

“家事法苑”团队奉献

多元化纠纷解决机制。

2. 高度重视非诉讼纠纷解决机制前端化解矛盾纠纷的作用，积极参与首都社会综合治理工作，通过“走出去”和“引进来”等方式，引导、推动和保障非诉讼纠纷解决机制发挥源头化解、诉外化解纠纷的重要作用。

3. 积极应对立案登记制实施后案件大幅增长的形势，立足诉讼源头，加强立案阶段矛盾纠纷分流化解工作，为当事人提供多渠道、多方式、高效率、低成本的纠纷解决渠道，满足人民群众的多元化纠纷解决需求。

三、具体要求

(一) 统一思想认识，加强组织领导

1. 充分认识多元化纠纷解决机制的重要性、必要性。全市法院要从深化司法改革、践行司法为民公正司法、实现社会治理现代化的高度出发，深刻认识推动多元化纠纷解决机制建设的重要意义；要从满足人民群众的多元化纠纷解决需求、缓解法院审判压力的现实需要出发，充分认识多元化纠纷解决机制建设的必要性。要强化责任意识，创新工作方式，有效化解各类社会矛盾，促进首都社会和谐稳定。

2. 切实把多元化纠纷解决机制建设工作作为“一把手工程”。各法院党组要高度重视，由院长亲自抓，进一步加强多元化纠纷解决机制工作的组织领导；成立多元化纠纷解决机制工作领导小组，负责本院多元化纠纷解决机制的组织、协调和推进工作，建立整体协调、分工明确、各负其责的工作机制；要结合本院实际认真谋划，制定切实可行的多元化纠纷解决机制工作实施方案，有计划、有步骤地推动多元化纠纷解决机制工作的深入开展。市高级法院成立多元化纠纷解决机制改革工作小组，由院长担任组长，主管副院长担任副组长，各审判业务庭、执行局、审判管理办公室、司法行政装备管理处、信息技术处等相关部门参加，办公室设在立案庭，就多元化纠纷解决机制的评价考核、经费保障、信息化建设，重大敏感纠纷处置、多元化纠纷解决机制与立案、审判、执行的对接等问题进行沟通协调。

(二) 加强平台建设，完善诉非衔接机制

1. 加强诉调对接平台建设。结合诉讼服务中心建设，加强诉调对接窗口或者诉调对接工作室建设。在全市法院立案庭统一设立诉调对接中心，市高院诉调对接中心负责全市法院诉调对接工作的指导、规范、管理和监督，各法院诉调对接中心负责本院诉调对接工作的规范和实施。

2. 建立重大、敏感、突发案（事）件联动化解平台。坚持党政主导，依托社会治安综合治理平台和北京市法院重大敏感案（事）件处置工作平台，建立矛盾纠纷排查化解对接机制和联席会议制度，对重大案件、群体性纠纷、突发事件及时进行通报反馈和应急处置，形成在党委领导下各机关、各部门信息互通、相互协作、密切配合的联动化解机制。

3. 完善人民调解、行业性专业性调解、行政调解与协调三大调解平台建设。进一步推进“人民调解进立案庭”工作，加强对人民调解组织的指导，提升基层调解组织吸收化解纠纷的能力；大力培育发展行业性专业性调解组织，依托北京多元调解发展促进会，加强行业性专业性调解规范化建设，发挥其在化解专业性、类型化纠纷中的重要作用；加强与行政机关的沟通，充分发挥行政和解、行政调解在化解行政以及民事争议中作用，提升行政机关依法行政能力和预防化解行政争议的能力。

4. 加强与其他社会组织、人员的对接。加强与仲裁机构、公证机构的沟通，支持仲裁机构、公证机构开展仲裁、公证活动或提供调解服务，为仲裁、公证机构依法作出的裁决书、调解书、公证文书提供司法保障。与工会、妇联、共青团等组织建立纠纷联动化解机制，邀请人大代表、政协委员、专家学者、律师、专业技术人员、基层组织负责人、社区工作者、网格管理员、“五老人员”等参与纠纷化解，形成多元纠纷化解合力。

5. 积极参与其他机关、团体、组织的纠纷化解活动。在治安管理、社会保障、交通事故赔偿、医疗卫生、消费者权益保护、物业管理、环境污染、知识产权、证券期货等重点解纷领域，与行政机关、人民调解组织、行业性专业性调解组织等加强合作，推动建立“一站式”纠纷解决服务平台，为群众提供便捷高效、低成本的纠纷解决渠道。

6. 推动纠纷解决平台的信息化和国际化。立足京津冀一体化建设和首都国际化发展需要，适应互联网时代的必然要求，研发京津冀网上立案系统和委托调解系统，实现审判系统与网上立案系统、委托调解系统的数据实时交换；探索建立在线调解、在线审判、在线司法确认、在线送达等为一体的网络信息平台，实现让信息多服务、让群众少跑路，切实减轻群众负担；加强与其他国家和地区司法机构、仲裁机构、调解机构的交流和合作，吸收好的经验做法和程序制度；积极推动建设具有国际水平和国际影响的纠纷解决中心，满足中外当事人纠纷解决的多元需求。

（三）健全制度建设，强化工作管理

1. **建立完善特邀调解制度。**扩展特邀调解组织名册，广泛吸纳各类人民调解、行业性专业性调解、行政调解或者其他具有调解职能的组织；吸纳人大代表、政协委员、人民陪审员、专家学者、律师、仲裁员、退休法律工作者等具备条件的个人担任特邀调解员，建立特邀调解员名册，制定管理办法，完善特邀调解员选任、培训、管理、考核机制，加强对非诉讼调解力量的管理和培训，努力建设一支高素质、专业化的特邀调解员队伍。

2. **加强律师参与纠纷化解制度建设。**加强与司法行政机关、律师协会、律师事务所和法律援助中心的沟通，探索设立律师调解工作室，吸纳律师加入法院特邀调解员名册，发挥律师专业优势，鼓励和规范律师参与重大复杂矛盾纠纷的化解；推动建立律师代理案件进行诉外和解、调解的收费制度，充分调动律师选择多元调解方式的积极性。实行律师担任调解员时的回避制度，担任调解员的律师不得担任同一案件的代理人，推动建立律师接受委托代理时告知当事人选择非诉讼方式解决纠纷的机制。

3. **广泛适用和解、调解制度。**加强与公安、检察机关的沟通，完善刑事诉讼中的和解、调解制度；支持行政机关通过行政和解、调解方式解决行政争议和与行政管理活动密切相关的民事争议；有条件的法院可以在医疗卫生、不动产、建筑工程、知识产权、环境保护等领域探索建立民商事纠纷中立评估机制，聘请相关专业领域的专家担任中立评估员，依当事人申请对判决结果进行预测，引导当事人理性选择和解、调解方式解决纠纷。探索无争议事实记载机制和无异议调解方案认可机制，明确适用范围和程序，提高解纷效率，切实减轻当事人诉累。

（四）完善程序安排，提高工作质效

1. **规范多元调解工作。**出台《北京法院立案阶段多元调解工作的规定》，对立案前委派调解、立案后委托调解进行程序规范；完善纠纷解决告知程序，在规范法官引导工作的同时，进一步加大对当事人的多元调解告知力度和宣传力度。在全市法院推广立案前调解前置程序试点工作经验，在征求当事人同意的基础上，将案件移交进驻法院的人民调解员先行调解；积极开展立案后委托调解工作，利用立案后、排期开庭前的时间，引导当事人选择委托调解，充分发挥北京多元调解发展促进会及其会员单位的行业和专业优势，满足当事人对调解专业化的需求；案件进入审理阶段后，法院认为案件适宜委托调解且经双方当事人同意的，还可以委托相关调解组织或调解员进行调解。

2. **密切诉调对接程序。**规范司法确认程序，明确司法确认标准，加强对虚假、恶意调解防控的调研，为调解组织或调解员主持下达成的调解协议提供有力司法保障。基层法院立案庭设速裁法官或速裁审判组，对经立案前调解前置程序调解不成的简单纠纷，根据调解过程中确定的无争议事实和固定的证据进行快速裁判，以判促调，将大量的琐细纠纷化解处理在立案阶段。速裁上诉案件统一由中级法院立案庭审理，确保审理标准统一。各院应根据本院实际做好速裁审判组的人员配置，确保人员数量与工作任务、改革要求相适应。

3. **创新审判管理模式，完善繁简分流机制。**结合法官额制和司法责任制改革，探索有助于繁简分流的审判管理模式。提高简易程序、小额诉讼程序、督促程序以及速裁机制的适用率，实现简案快审。探索刑事案件速裁程序改革，完善行政案件繁简分流机制，提高刑事、行政案件审判效率。加大诉前和诉讼中财产保全力度，以保促调、以保促执，实行执行督促与强制执行相结合的执行模式，切实解决“执行难”问题。

4. **完善多元调解的考核评价制度。**将多元调解工作纳入《北京市法院审判人员业绩评价办法》，作为考核立案法官、速裁法官及其法官助理、书记员工作业绩的重要内容。同时设定调解导入率、调解成功率、调解成功后的自动履行率等指标对各院的多元调解工作进行综合考核。借助“智汇云”平台，以多元调解系统作为考核数据来源，提高考核基础数据的准确性和权威性。注重考核结果的运用，将法院、法官的多元调解考评结果作为评优评先的重要依据，同时将法官助理在多元调解工作中的经历作为法官入额的重要评价依据，激发其从事多元调解工作的积极性。

（五）完善保障机制，确保运行顺畅

1. **积极争取外部支持。**各法院应积极向党委、人大、政府汇报法院开展多元化纠纷解决机制工作情况，争取政策、场地、人员、经费等方面的支持。加强与财政、司法行政等部门的沟通协调，根据调解前置程序工作需要，增加进驻法院人民调解员数量，对人民调解案件补贴统一适用《北京市财政局、北京市司法局关于进一步做好基层人民调解案件补贴工作的实施意见》，实行“以案定补”的模式，吸纳一批高素质的人民调解员，提高调解员参与调解工作的积极性；争取将行业性专业性调解案件补贴列入法院财政专项预算，加大培育扶植力度，充分发挥行业性专业性调解组织在化解类型化、专业化纠纷中的积极作用。支持商事调解组织、行业调解组织、律师事务所等按照

市场化运作，探索调解收费制度。完善调解员资质认证制度和职业水平评价体系，建立调解员激励保障机制，提高调解员工作积极性，推进专业化、职业化调解员队伍建设。

2. **发挥诉讼费杠杆作用。**依据最高人民法院关于多元化纠纷解决机制改革的相关规定，发挥诉讼费杠杆作用，**降低当事人申请多元调解的经济成本，提高多元调解较诉讼的比较优势。**经委派或委托调解，当事人达成调解协议并申请撤诉的，免交案件受理费；申请司法确认的，依法不收取诉讼费用；申请出具调解书的，人民法院可以在减半收取诉讼费用的基础上，再适当减免诉讼费用。同时，积极探索拒绝调解惩治机制，对于一方当事人无正当理由不参加调解或者不履行调解协议、故意拖延诉讼的，法院可以酌情增加其诉讼费用的负担部分。

3. **加大舆论宣传和理论研究。**全市各法院要以多种形式，广泛宣传立案阶段多元化纠纷解决机制的优势，营造良好的社会环境和舆论氛围，鼓励和引导当事人优先选择成本较低、对抗性较弱、利于修复关系的非诉讼方式解决纠纷。要及时总结推广立案阶段多元化纠纷解决机制工作的典型经验，评选北京地区多元化纠纷解决机制改革示范法院，对在工作中表现突出的法院或个人给予表彰奖励，形成典型引领和示范效应。加强与政法院校、科研单位专家学者的交流，推动研究成果转化；深入调研法院在多元化纠纷解决机制中的职能作用等课题，进一步加强法院多元化纠纷解决机制规范化建设。

关于执行案件法律适用疑难问题的解答意见·广东高院

2017-01-12 审判研究 广东省高级人民法院

导读：广东高院执行局对12个执行案件法律适用疑难问题提出统一解答意见，并于2016年3月公布，供办理有关执行案件参考。

问题 01

执行异议审查期间请求暂缓处分，是否应当提供等额财产担保？

处理意见：执行法院可以结合案件有关情形，酌情判定被执行人、利害关系人提供的担保是否足以赔偿因暂停执行处分措施而可能发生的损失，并非要求担保人必须提供与执行标的额相等数额的担保。

主要理由：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第十条第二款规定：“被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。”按照此规定，执行异议审查期间请求暂缓处分而提供担保的主要目的是为暂停执行处分措施而产生的损失提供担保。执行法院审查适用法律时应区别于《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百五十二条关于申请诉前保全和诉讼保全措施提供担保的规定。

问题 02

首封法院与优先受偿权执行法院处分查封财产存在争议，如何处理？

处理意见：据我们了解，最高法院对这个问题在制定相关的司法解释，省法院也正在做相关问题的解答，基本的思路确定了，即首封法院对查封财产行使处分权是有条件和要求的，在特定情形下要限制首封法院的处分权。各中院、基层法院有此类争议的，可及时启动执行协调程序，尽快消除障碍，推进案件执行，按以下原则协调解决：第一、原则上由首封法院对该财产进行处分，首封法院应及时依法处置查封财产。第二、首封法院尚未进入执行程序，或首封法院案件依法暂缓执行或进入执行程序之日起二个月内没有启动处置程序的，应由优先受偿权执行法院处分查封财产，财产处分后各法院依法推进个案后续执行工作。第三、经相关法院协商可依法委托一家法院统一执行。首封法院和优先受偿权法院按照以上原则对处分查封财产争议进行协调，不能达成一致意见的应逐级报请共同的上级法院协调处理。上级法院应当及时作出明确解决问题的协调意见。

主要理由：在确定查封财产的处分法院时主要考虑：一是方便执行原则，依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第九十一条关于“对参与被执行人财产的具体分配，应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行”的规定，原则上由首封法院处置查封财产并主持财产的具体分配。二是执行效率原则，如果首封不是执行程序中的查封而是保全查封，一般应当由最先进入执行程序的法院进行处置，避免执行拖延。三是禁止无益拍卖原则，避免首封法院处置查封财产并清偿优先受偿权和执行费用后无剩余财产可供分配的可能。四是公平保护原则，尽快处置查封财产，避免优先受偿债权的迟延履行利息增加而损害其他债权人和被执行人的合法权益。此外，江苏高院、上海高院、山东高院也对此问题作出了解答意见，各法院在执行实务中可资借鉴。

问题 03

“家事法苑”团队奉献

对于“夫妻共同债务”、“出资人未依法出资”、“股权转让”、“对一人公司股东的追加”四种情形申请追加或变更被执行人的程序救济，如何处理？

处理意见：以上四种情形中，申请执行人在执行程序中申请追加或变更被申请人为执行案件的被执行人的，执行法院应当按照执行异议案件予以立案审查，当事人不服执行异议裁定的，参照民事诉讼法第二百二十七条规定办理。

主要理由：最高人民法院《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第九条第（四）项、第十条第（二）项规定，申请执行人申请追加、变更被执行人的，应当按照执行异议案件予以立案，如对执行异议裁定不服，该四类情形不得向上一级人民法院申请复议。经省法院审委会研究，多数意见认为：民事诉讼法第二百二十七条规定的执行异议之诉的实质是能否排除执行之诉，而上述四类情形也是对被追加主体的财产能否排除执行作出审查判断；因此针对上述四类情形作出的执行异议裁定，可参照民事诉讼法第二百二十七条规定进行救济，即如果执行异议裁定驳回异议申请的，申请执行人可提起许可执行之诉，如果执行异议裁定追加或变更被执行人的，被裁定追加或变更的案外人可提起案外人异议之诉。此意见正在请示最高人民法院，目前湖北高院已出台相应规定，与省法院意见一致。

问题 04

执行过程中，案外人主张对执行标的享有优先受偿权，是适用案外人异议程序予以审查？还是属于对执行标的主张参与分配？

处理意见：案外人主张对执行标的享有优先受偿权，属于对执行标的主张参与分配，执行法院不能适用案外人异议程序审查，应告知案外人可以向执行法院申请参与分配。

主要理由：《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》第五百零八条规定：“被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。”按照此规定，案外人主张对执行标的享有优先受偿权，应告知可申请参与分配，不能适用案外人异议程序进行审查处理。

问题 05

如何认定“申请参与分配截止时间”？

处理意见：应严格适用《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》第五百零九条第二款规定，将申请参与分配截止时间限定在“被执行人的财产执行终结前”。各级法院可参考本院在（2014）粤高法执监字第131号《执行监督函》认定“在执行财产尚未实际支付给争议财产分配方案中确定的债权前，提出参与分配的申请，应当认定此时财产尚未执行完毕，其他债权人有权参与分配”。各级法院不能将“对分配方案协议之日”、“分配方案作出之日”等时间点作为申请参与分配截止日期。

主要理由：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第90条规定参与分配的截止时间为“被执行的财产被执行完毕前”，《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》第五百零九条规定参与分配的截止时间为“被执行人的财产执行终结前”，在执行实务中如何理解和明确参与分配的截止时间存在较大争议。建议各级法院参考（2014）粤高法执监字第131号《执行监督函》确定的原则执行。

问题 06

关于继续履行合同类生效判决的执行，当执行内容无法明确时，是否应当终结执行？

处理意见：如果执行依据不符合明确性要求的，在立案审查阶段即应裁定不予受理；对于已经立案执行的案件，可通过召集双方当事人协商等方式确定执行内容，如果确实无法执行的，可裁定终结执行程序。

主要理由：《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》第四百六十三条规定：“当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件：（一）权利义务主体明确；（二）给付内容明确。法律文书确定继续履行合同的，应当明确继续履行的具体内容。”《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第18条也规定申请执行的法律文书需有给付内容，且执行标的和被执行人明确。根据上述法律规定，启动执行程序必须符合法定条件。如果执行依据不明确，应不予受理；已经立案执行的，允许当事人协商一致的情况下确定执行内容，如果仍无法执行的，可裁定终结执行程序。

问题 07

非金融企业转让涉诉金融债权，债权人受让人能否作为适格申请执行人？

处理意见：根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第18条、第20条的规定，权利承受人有权以自己的名义申请执行。依法从金融资产管理公司受让债权的受让人将债权再行转让给其他普通受让人的，如果是在执行程序开始之前已经转让债权的，权利受让人可以直接申请执行，执行法院直接发出执行通知；如果是在执行过程中转让债权的，执行法院可以依据上述规定，依债权转让协议以及受让人或者转让人的申请，裁定变更申请执行主体。

主要理由：《最高人民法院关于判决确定的金融不良债权多次转让人民法院能否裁定变更申请执行主体请示的答复》（〔2009〕执他字第1号）明确：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第18条可以作为变更申请执行主体的法律依据，债权人受让人可以视为该条规定中的权利承受人。

问题 08

土地使用权和房屋所有权分属于不同权利主体如何处置？相关产权证不完善的房产能否强制执行？未经报建的建筑能否进行拍卖？

处理意见：针对土地使用权和房屋所有权分属于不同权利主体情形，我国法律规定“房地一体”原则，房地必须一并处分。因此，土地使用权和房屋所有权应一并拍卖，可分别评估土地使用权和房屋所有权的价值，确定总体价格及两者的价格比，对属于案外人的财产，将拍卖成交款按比例返还。法院处置后，两项权利最终归属同一主体。

针对产权证不完善的房产，如不具备初始登记条件，原则上进行“现状处置”，即处置前披露房产产权证不完善的现状，买受人或承受人按照房产的权利现状取得房屋，后续的产权登记事项由买受人或承受人自行负责；如具备初始登记条件的，执行法院处置后可以依法向房屋登记机构发出《协助执行通知书》；暂时不具备初始登记条件的，执行法院处置后可以向房屋登记机构发出《协助执行通知书》，并载明待房屋买受人或承受人完善相关手续具备初始登记条件后，由房屋登记机构按照《协助执行通知书》予以登记。

针对未经报建的建筑能否拍卖的问题，执行法院应将建筑物情况函告建设行政主管部门，如行政主管部门确认属违章建筑责令拆除或作没收处理的，该建筑物不得作为执行标的；如行政机关对建筑行为作出行政处罚决定并责令补办手续，而被执行人又不配合的，法院可商请申请执行人或拍卖人先行垫付补办手续费用，再进行拍卖。

主要理由：“房地一体”原则体现在我国《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国担保法》等多部法律法规中，明确要求土地使用权和房屋所有权必须一并处分。最高人民法院《关于转发住房和城乡建设部〈关于无证房产依据协助执行文书办理产权登记有关问题的函〉的通知》明确产权证不完善的房产区分上述三种情形进行处理。

问题 09

在执行担保和对第三人到期债权的执行中，是否应追加担保人和第三人为被执行人？

处理意见：对于第三人提供保证或是财产作为担保的，被执行人逾期仍不履行，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产；执行法院应先作出裁定追加第三人为被执行人，但在裁定中应当明确“应执行的是作为担保物的财产或者被执行人应当承担义务部分的财产”。对于到期债权的执行，第三人在履行通知指定的期限内没有提出异议而又不履行的，执行法院有权裁定对其强制执行；执行法院也应先作出裁定追加第三人为被执行人，但在裁定中应当明确“应以执行标的额为限”。

主要理由：《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》第四百七十一条规定：“被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。”《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第65条规定：“第三人在履行通知指定的期限内没有提出异议，而又不履行的，执行法院有权裁定对其强制执行。此裁定同时送达第三人和被执行人。”将执行担保和到期债权中的第三人追加为被执行人，一是执行程序上需要确认第三人是被执行人；二是有利于第三人适用执行救济的有关规定维护自己的合法权益；三是在执行信息化条件下以被执行人身份推送第三人信息，有利于对第三人实施列入失信被执行人名单、限制高消费等强制执行措施。

问题 10**被执行人的死亡赔偿金能否执行？**

处理意见：被执行人的死亡赔偿金作为赔偿义务人对被执行人近亲属的物质性补偿，不属于被执行人的遗产，不能用来偿还被执行人生前所欠债务。

主要理由：《中华人民共和国继承法》第三条规定，遗产是公民死亡时遗留的、可以依法转移给他人的个人合法财产。从死亡赔偿金的性质来看，死亡赔偿金是受害人死亡后赔偿义务人支付给受害人近亲属的财产损失，在受害人死亡前并不存在而是在死亡后才产生，不属于受害人死亡时遗留的个人合法财产。因此，被执行人死亡赔偿金不属于被执行人的遗产，不能被强制执行。

问题 11**被执行人的人身保险产品具有现金价值，法院能否强制执行？**

处理意见：首先，虽然人身保险产品的现金价值是被执行人的，但关系人的生命价值，如果被执行人同意退保，法院可以执行保单的现金价值，如果不同意退保，法院不能强制被执行人退保。其次，如果人身保险有指定受益人且受益人不是被执行人，依据《保险法》第四十二条的规定，保险金不作为被执行人的财产，人民法院不能执行。再次，如果人身保险没有指定受益人或者指定的受益人为被执行人，发生保险事故后理赔的保险金可以认定为被执行人的遗产，可以用来清偿债务。

主要理由：《中华人民共和国保险法》第 42 条规定：“被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：“（一）没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的。”《最高人民法院关于保险金能否作为被保险人遗产的批复》认为：“根据我国保险法规有关条文规定的精神，人身保险金能否列入被保险人的遗产，取决于被保险人是否指定了受益人。指定了受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应付给受益人；未指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产处理，可以用来清偿债务或者赔偿。”

问题 12**被执行人的房产存在共有情况，是否必须先经过诉讼明确共有份额才能执行？**

处理意见：根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十四条规定，共有人协议分割共有财产并经债权人认可的，人民法院可以认定有效；共有人提起财产诉讼或者申请执行代位提起财产诉讼的，人民法院应当准许，诉讼期间中止对该财产的执行。因此，执行法院在告知共有人有权协议分割共有财产或者提出析产诉讼后，共有人没有协议分割或者诉讼，则执行法院可以继续推进执行。

主要理由：执行实务中，共有人达成分割共有财产协议并得到债权人认可的情况少之又少，共有人极少愿意提起析产诉讼，多数申请执行人也不愿提起析产诉讼，导致大量共有财产的执行陷入停滞。因此，为提高执行效率，不应将析产诉讼作为执行共有财产的前置程序；执行法院在履行告知义务后，共有人没有协议分割或提出析产诉讼的，执行法院可以继续推进执行，依照《中华人民共和国物权法》等法律规定并结合案件具体情况对共有份额进行强制分割；共有人及利害关系人如对共有份额分割所做的认定持有异议的，可依照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。

（五）媒体视点**百岁老人拆迁之后**

2017-01-03 经济与法

按照国际通行的惯例，衡量一个地区医疗健康水平，拥有百岁老人的数量是其中重要的一个指标。在上海，2015 年共有百岁老人 1751 位，今天我们要讲的这位马宝芝老人，就是其中的一位。2015 年，她在子女亲朋的陪伴下度过了自己的百岁寿辰。遗憾的是，寿宴结束之后没过多久，马宝芝老人就因病去世了。但更让人遗憾的是，老人刚刚过世，她的几位已经年逾七旬子女，立刻就对簿公堂。这究竟是怎么回事？

在上海市闵行区人民法院梅陇法庭内，激烈交锋的原被告双方，正是百岁老人马宝芝的家人。由于身体不适，马宝芝 75 岁的养女徐亚芬委托大儿子出席庭审，而坐在被告席上的，则是老人的继子黄先生以及黄家姐弟的代理律师。

这起遗嘱纠纷的核心，是马宝芝老人百年之后留下的一套动迁房屋，价值数百万元。在 2014 年的一份遗嘱中，

老人将这套房屋留给了身处海门的养女徐亚芬。而在上海、和老人共同生活了数十年的继子女们，却没有分到任何份额。

这份在继子女们看来有些“一边倒”的遗嘱，令庭审从始至终火药味十足。继子女一方表示，遗嘱很可能并不是老人的真实意愿表示，他们拿出了有十多名老邻居共同签字作证的证言，希望也能获得继承房产的权利。

原来这几位在法庭上要求继承马宝芝老人房产的子女，都不是老人的亲生子女。原告是养女徐亚芬，住在江苏海门，而马宝芝老人则大半辈子都是在上海度过的，系争的那套房产也位于上海的市区。

继子女们告诉法官，马宝芝老人自从1955年再婚后，常年和继子黄先生夫妇共同生活，他们从来没有听说老人有一个养女。

对于黄家姐弟的质疑，养女徐亚芬的大儿子表示，这些指控完全是罔顾事实。其实，老人人生最后的两年就是海门度过的。不仅如此，老人在上海的居委会为她办的百岁寿辰，也是养女一家陪同的。

事情看起来有些复杂，百岁老人马宝芝生前长期和继子黄先生一家共同生活，但百岁寿宴恰恰是养女徐亚芬一家帮助操办的，而且人生最后两年也是住在养女徐亚芬家中。2015年，马宝芝老人去世后，徐亚芬拿出了一份遗嘱。遗嘱中，马宝芝将名下所有财产，包括房产，都给了徐亚芬。对此，黄家姐弟三人强烈质疑这份遗嘱的真实性。他们说，他们不相信，自己和继母几十年共同生活的感情还不如一个远在外地很少往来的所谓养女。

黄家姐弟一共四人。除了去世多年的老二和当年因为上山下乡而落户安徽的老大外，如今，只有女儿黄女士和小儿子黄先生在上海居住。黄女士告诉记者，马宝芝18岁辞别父母从海门来到上海。老人有过两次婚姻。第一任丈夫去世后，1955年她与丧妻多年的黄老伯，也就是他们的父亲，在上海结为伉俪。

黄家子女众多，生活一度非常拮据，几个孩子曾因此被寄养在别人家里。直到马宝芝和黄老先生结婚后，他们才又重新回到父母身边。

黄女士说，几十年来他们兄弟姐妹四人和马宝芝老人风雨同舟，同在一个屋檐下生活，从没把继母马宝芝当作外人，父亲1988年去世后，他们也从没打过马宝芝老人名下财产的主意。

在法庭上，确实没有人对马宝芝老人和黄家姐弟共同生活一事提出异议。海门的养女徐亚芬，起诉黄家姐弟要求获得房产的依据是一份马宝芝老人所立的遗嘱。那如果如黄女士所说，几十年共同生活，为什么遗嘱里一句都没提黄家姐弟继承的事呢？有人质疑，是不是他们虽然在一起共同生活，但感情可能并不融洽呢？

黄家姐弟说，他们和继母的关系始终是融洽的。兄弟姐妹成年以后，父亲和继母马宝芝就一直和小儿子黄先生共同生活。而老三黄女士虽然成家，但逢年过节，还常常接老人到她家住。

由于父亲黄老伯很长一段时间都在外地工作，继母既要工作，又要照料着四个和她没有血缘的孩子。而且继母退休后，自己接了她的班工作，这份恩情，黄女士一直感念在心。

这是马宝芝老人多年来，在上海就医的病例、医疗单据，甚至是交通单据。黄女士的丈夫张先生告诉记者，他比较细心，所以多年来，陪丈母娘看病的重担经常落在他和妻子身上。然而如今，看着这些往日付出留下的印记，夫妇俩心里感到五味杂陈。

正是和继母多年来积累下来的情分，让黄女士想不通，继母会在生前立下这样的遗嘱，将所有财产都留给了远在海门的徐亚芬。黄女士说自己有房子住，但是继母的做法让自己很伤心。

2015年马宝芝老人在庆祝完百岁寿辰后没多久，就去世了。随后，她在海门的养女徐亚芬便拿出了一份遗嘱，要求继承老人生前因为动迁而获得的一套动迁房。然而，要依照遗嘱将房屋过户，必须经由老人所有的子女同意。而此时，针对这份遗嘱，黄家姐弟却提出了诸多质疑。他们认为，老人和养女徐亚芬没有长时间共同生活，并没有很深感情，不可能将所有财产只留给她。

那么，马宝芝老人是什么时候收养的徐亚芬呢？原来，在嫁给黄老伯之前，马宝芝老人曾抱养了一个女儿，这个女儿就是徐亚芬。值得一提的是，徐亚芬还是老人的外甥女。徐亚芬的儿子说，马宝芝在嫁给黄老伯的时候，本来要把养女带到上海，但黄老伯担心两家的孩子在一起容易吵架，马宝芝老人无奈将养女留在海门。

在徐亚芬的儿子们看来，外婆马宝芝和母亲徐亚芬的关系并非像黄家邻居们说的那样，没有什么感情。虽然走动不勤，但母女间关系其实很亲。连爸爸妈妈结婚，都是老人介绍的。

与之相反，马宝芝虽然常年和继子生活在同一屋檐下，但是老人和继子的妻子之间关系有些问题。

王先生表示，外婆马宝芝至始至终把这个过继给她的外甥女，当成亲女儿来看待。在订立最后一份遗嘱之前，

马宝芝老人早有将财产分给养女的意愿。为此徐亚芬的两个儿子，拿出了一份老人在2008年公正的遗嘱。遗嘱明确表示，老人将名下汇川路的房屋中属于她的50%的产权份额留给养女徐亚芬，另外一半财产则分成四份，留给黄家姐弟。

那么，既然本来老人有将部分遗产留给黄家姐弟的打算。为何在2015年百岁寿宴之后没多久，又反悔，重新订立遗嘱将遗产全部留给养女徐亚芬了呢？

原来，老人的转变和2013年家里汇川路老房子动迁有关。当时房屋内有四个户口，分别是马宝芝老人和小儿子黄先生一家。最后，马宝芝老人分到了地段较好的老沪闵路一套17楼的两居室电梯房。而小儿子一家分到了地段较差的一处动迁房屋和150万元动迁款。

拆迁的时候，马宝芝老人的意愿是希望和一个街道里老帮助自己的街道干部一起住在同一栋楼的一层。但由于房价的差别，同样的房子，不同的楼层，价格相差很大，继子黄先生觉得应该拿价格高的17楼的房子，所以没有同意老人的要求。这使老人心里很不舒服，与继子的关系也开始紧张起来。

黄女士说，当初为了能让继母安享晚年，住得舒适，他们姐弟自认更多地维护了老人的利益，最后弟弟只分到了一套小房子。然而，他们的苦心却没能得到母亲的理解。动迁协议签完，继母马宝芝突然前往海门，和养女徐亚芬共同生活了。走的时候，继母带走了所有东西，唯独把黄女士送给她的枕头丢在地上。

黄女士说，扔枕头的事儿让她彻底伤透了心，后来也渐渐和远在海门的继母马宝芝少了联络。

2013年的这次老房动迁，没想到却使一个和睦的家庭感情撕裂，六七十岁的子女和98岁的马宝芝老人之间产生了嫌隙。2013年，马宝芝老人离开上海，分得的动迁房也不住了，只身前往海门的养女徐亚芬家。2015年，老人去世，留下了“将财产尽数留给养女”的遗嘱。对于这份遗嘱，黄家姐弟不肯相信也不愿意相信，认为不是马宝芝老人真实意思的表达，对此法官展开了调查。

黄家姐弟认为，这份遗嘱虽然是在长宁区公证处订立的，但老人立遗嘱时已经是百岁老人，继母当时很可能并不具备独立思考 and 表达的能力。为了查明老人立遗嘱时的具体情形，承办法官沈会川和书记员，来到了长宁区公证处进行实地调查。通过询问公证处工作人员，调取老人当时留存的录音等相关资料。法官确认老人订立遗嘱时，具备完全行为能力。

对于公证处的结论，黄家姐弟认为徐亚芬是马宝芝的养女，只是一个口头的说法，事实上徐亚芬是马宝芝的外甥女，他们没有形成事实的收养关系。因为从法律上来说，2015年的这份遗嘱，仅仅是一份遗赠协议。按照法律规定，遗赠继承的法律时效，是指受遗赠人在知道遗赠两个月内，做出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃接受遗赠。也就是说，一旦徐女士的养女身份不成立，那么，这份遗嘱或者遗赠协议就很可能作废。

法官在调查时发现，在当时跟公证人员的谈话录音中，马宝芝明确向公证人员表示徐亚芬是她的养女。

根据我国相关法律规定，在1992年《收养法》实施前形成的收养关系，按照事实收养来对待。根据最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》规定：“亲友、群众公认，或有关组织证明明确以养父母与养子女有长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待。”

由于黄家姐弟指出，徐亚芬长期没有和马宝芝共同生活，在1992年之前也不存在办理收养关系一说。对此，养女徐亚芬一方向法庭提交了马宝芝老家——海门四甲镇合兴村出具的证明，希望符合最高法司法解释中，“亲友、群众认可”这个条款，以证明当时马宝芝确实收养了徐亚芬。

为了进一步证明存在收养关系，徐亚芬一方提交了外婆马宝芝生前为了立遗嘱，亲自前往民政局调取的1955年再婚时的“结婚登记申请书”，在申请书记载了马宝芝在婚前有收养女儿的记录，写明养女年龄为14岁，与徐亚芬年龄相吻合。

针对原告向法庭提交的马宝芝老人生前调取的“结婚登记申请书”。小儿子指出，由于被动迁的老房是私有产权的私房。即便遗嘱有效，这套动迁房内也该有父亲的份额。这部分应该按照法定继承来处理。那么，对此承办法官又是如何判断的呢？法官认为，这套房子在黄老伯去世后被动迁了，小儿即使有份额的话，房屋上的权利也发生了转换，在这种情况下面，如果继承人需要继承的话，就要提出来。如果不提出来的话，法院认为已经放弃了这样一个权利。

而对于原告徐亚芬是否是被继承人马宝芝的养女这一争议焦点，法官经过审理后认为，事实收养关系成立。徐亚芬是马宝芝的合法继承人。

2016年9月20日，闵行法院做出判决，系争房屋由养女徐亚芬继承，归其所有，黄家姐弟应协助其办理产权变更登记手续。

马宝芝老人生前订立遗嘱，并经过公证，其实就是想表达如何分配遗产的个人意愿。我国的继承法立法精神，就是尊重去世者的真实意愿表达，作为子女必须尊重老人的遗愿和法院的判决。当然，这份遗嘱本身是不是因为感情因素带有某种偏向，这个可以商榷。这给我们很多人提了一个醒，现在北上广一些地方，房屋价值不菲，而一些老人也意识到身后房产的价值，确实存在以此作为筹码，奖惩子女的情况。他们所希望的，无非是生前得到照顾，生活得舒心一点。对于老人这样的心理，子女应该体谅，应该多在感情上交流，生活上关心。才能避免出现类似我们今天这起案子中的情况。

云南首富夫妇离婚 一心堂董事长阮鸿献妻子分走 20 亿

2017-01-04 春城晚报

今天早上，本地传出劲爆消息：云南首富夫妻、众人皆晓的一心堂股东阮鸿献、刘琼经友好协商，已办理离婚手续，解除婚姻关系。

云南首富夫妻离婚了！其首富地位是否还保？一心堂是否会发生变化？

阮鸿献，男，1966年6月15日生于弥勒县，汉族，云南弥勒西洱人。

主管中药师职称，工商管理硕士。

云南省人大常委会委员、云南省人大代表、中国民主建国会云南省委员会副主委、云南省工商业联合会副主席、云南省商会副会长、云南省青年联合会副主席、昆明市工商业联合会副主席。现任云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司董事长兼总经理。

刘琼，1965年，云南省文山州广南县人。

圣爱中医集团董事长、圣爱学院院长、云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司董事，世界中医药学会联合会常务理事、中华国医药文化合作组织常务副主席、中华国医药文化合作组织中医馆理事会理事长、云南省中医药学会民营中医机构管理专业委员会主任委员等。

“分道扬镳”似乎早有预兆

今晨，云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司发布关于共同控制关系解除的公告。并承诺本公司及董事会全体成员保证信息披露内容的真实、准确和完整，没有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

阮鸿献、刘琼解除婚姻关系后，阮鸿献持有公司175,680,000股股票，占公司股份总数的33.75%，为公司第一大股东，公司实际控制人由阮鸿献先生、刘琼女士变为阮鸿献先生。

综上所述，阮鸿献先生、刘琼女士解除婚姻关系后，阮鸿献先生持有公司175,680,000股股票，占公司股份总数的33.75%，持股数量未发生变化，仍为公司第一大股东；同时，阮鸿献仍担任公司董事长、法定代表人，对一心堂的重大经营决策仍具有较强的控制力，公司实际控制人由阮鸿献先生、刘琼女士变为阮鸿献先生，本次共同控制关系解除不会对公司的经营决策产生重大影响。

特此公告！

云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司董事会

2017年1月3日

据悉，阮鸿献先生、刘琼女士向公司递交了《关于云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司股票所有权分割声明》，该声明经阮鸿献、刘琼于2017年1月2日共同签署，并经云南省昆明市明诚公证处公证（（2017）云昆明诚征字第24号）。

该声明主要内容如下：

解除婚姻关系前，阮鸿献先生持有公司175,680,000股股票、刘琼女士持有公司95,648,000股股票。

“家事法苑”团队奉献

经一致协商，两人对解除婚姻关系前所持有的云南鸿翔一心堂药业(集团)股份有限公司股票所有权进行分割，分割后阮鸿献先生持有公司 175,680,000 股股票、刘琼女士持有公司 95,648,000 股股票。

阮鸿献、刘琼对上述分割结果一致同意，不存在异议和任何纠纷。

这一消息让今日一心堂股票出现停牌。

一心堂[002727]股票实时行情_东方财富网



成为 2017 年开年以来，第一桩 A 股离婚案例。

实际上，从 2016 年 12 月 28 日开始，一心堂已经宣布拟筹划非公开发行股票事项，经申请，公司股票即日起停牌。

而离婚后，阮鸿献持有公司 175,680,000 股股票，占公司股份总数的 33.75%，成为一心堂公司第一大股东，公司实际控制人由阮鸿献先生、刘琼女士变为阮鸿献先生。

同时，阮鸿献仍担任公司董事长、法定代表人，对一心堂的重大经营决策仍具有较强的控制力，公司实际控制人由阮鸿献先生、刘琼女士变为阮鸿献先生，本次共同控制关系解除不会对公司的经营决策产生重大影响。

有业内人士分析，从阮鸿献、刘琼目前名下实际控制的除上市公司以外的核心企业及业务看，两人“分道扬镳”似乎早有预兆。

比如，阮鸿献实际控制 17 家企业，涉及房地产业务的就有 4 家，其他还有旅游、水电、投资等多种业务。

而刘琼名下控制的 11 家企业中，除 1 家培训学校外，其他均属中医馆的业务。

连续三年为云南富豪

在云南，一心堂的名字如雷贯耳，无人不知无人不晓。



云南鸿翔药业有限公司始于 1981 年，现发展成为中药材种植、加工、中、西成药研发、生产、批发、零售连

锁经营以及医疗产业为一体的大型股份制医药企业集团，下辖 10 余家企业，在滇、黔、桂、川、晋、渝等省、市拥有 2400 余家一心堂直营连锁药店，员工 15000 多名，遍布各地的一心堂健康会员超过 500 万人。

阮鸿献、刘琼为一心堂的创始人。

刘琼接受采访时说，1986 年，21 岁时，她认识了后来成为她先生的阮鸿献。

“我先生当时是一个中药材收购员，衣服上都是中药材的味道，可能就是在这个药味加深了我对他的好感。”刘琼说，此后他们夫妻二人就一起经营药材生意，开起了一家零售药店……随着事业逐渐壮大，埋藏在她心底的梦想逐渐清晰起来。

1987 年，二人在一心堂前身的开远鸿翔药材、鸿翔中药材、鸿翔中西大药房开起了“夫妻档”，阮鸿献在外负责经营，刘琼在内负责财务。

此后二十余年，阮鸿献、刘琼将公司做大，甚至斩获云南“药王”、“药后”之誉。

2014 年 7 月，一心堂登陆 A 股，二人跻身云南巨富家族前列。

截至目前，阮鸿献任一心堂董事长，刘琼任公司董事。

2014 年，在夫妻两的共同努力下，阮鸿献和刘琼夫妇进入胡润百富榜，跻身云南富豪行列，两夫妻的名字为人们所知晓。

云南上榜富豪

李文斌家族	云南第 1	榜单排名第 305 位
阮鸿献、刘琼夫妇	云南第 2	榜单排名第 477 位
马永升	云南第 3	榜单排名第 683 位
董勒成	云南第 4	榜单排名第 765 位
赵兴龙家族	云南第 4	榜单排名第 765 位
包文东、吴开慧夫妇	云南第 6	榜单排名第 848 位
颜语、颜勇兄弟	云南第 7	榜单排名第 875 位
杨龙	云南第 7	榜单排名第 875 位
任怀灿	云南第 9	榜单排名第 1156 位

当年，鸿翔一心堂药业阮鸿献、刘琼夫妇以 45 亿元的财富值排在云南第二位，尽管其在总榜单中的位置为第 477 位。

2015 年，夫妻二人继续以“夫妇”名义，蝉联云南富豪第二的位置，但这一年他们的财富已经激增到了 100 亿元。

2016 年，阮鸿献、刘琼夫妇依旧凭借一心堂成功进入云南富豪第二名，财富值 67 亿元，相比 2015 年 100 亿元缩水 33%。

2016年胡润百富榜云南上榜富豪名单

排名	财富(人民币)	姓名	年龄	相关企业	主营行业
195	140 亿	李文斌家族	41	俊发	房地产
548	67 亿	阮鸿献、刘琼夫妇	50、51	鸿翔一心堂药业	医药
605	63 亿	赵兴龙家族	61	兴龙实业	工艺品
744	53 亿	马永升、锁芳夫妇	-	昊龙实业	矿业、水电、房地产
846	48 亿	董勒成	-	景成	航空、路桥、房地产
860	47 亿	冷天辉	40	九天工贸	模切
1129	37 亿	包文东、吴开慧夫妇	56、55	东兴实业	矿业
1238	34 亿	刘莹	46	川金诺	化工
1541	27 亿	何道峰	60	昆明百货	百货零售
1718	24 亿	李云春	54	沃森生物	生物制药
1718	24 亿	樊献俄	64	龙津药业	医药
1863	21 亿	颜进	-	星耀集团	房地产
1903	20 亿	谢勇	44	昆明百货	百货零售

资料显示，在解除婚姻关系前，阮鸿献、刘琼分别持有一心堂 17568 万股、9564.8 万股股票，分别占公司总股本的 33.75%、18.37%，合计持有一心堂 52.12% 的股权。按一心堂停牌前 110 亿元的市值计算，阮鸿献、刘琼将对合计约 57 亿元市值的持股权进行分割，其中，阮鸿献、刘琼分别占 37 亿元和 20 亿元。

分割后，夫妇二人是否还能继续成为云南富豪不好说。但以 2016 年其他云南富豪的财富相比，该二人依然可以称作是实力雄厚。

一心堂业务暂时不会有大调整

这些年，一心堂的发展有目共睹，去年 12 月 13 日，一心堂连发《关于全资子公司四川一心堂医药连锁有限公司收购曾理春先生个体经营药店资产及其存货的公告》、《一心堂：关于全资子公司四川一心堂医药连锁有限公司收购绵阳老百姓大药房连锁有限公司门店资产及其存货的公告》、《关于全资子公司四川一心堂医药连锁有限公司收购广元市老百姓大药房连锁有限责任公司门店资产及其存货的公告》3 个公告。

也就是说，一心堂以 1.58 亿元，收购四川 60 家门店，其企业范围向四川市场大力扩张。

待收购完成后，一心堂及其全资子公司将拥有直营连锁门店 4274 家，在四川的门店数将增至 505 家。

至此，一心堂 2016 年共以不超过 75577 万收购了 468 家门店，成为名符其实的收购狂人。

仅 2016 年，一心堂共斥资 7.5 亿收购门店 468 家，平均单店收购金额接近 161.5 万元。

公告时间	收购标的名称	门店数 (家)	资金(万)	地区
1月6日	郑州仟禧堂医药有限责任公司	5	1800	河南
5月7日	云南三明鑫疆药业股份有限公司	13	4412	云南
8月25日	成都市康福隆药品零售连锁有限责任公司	13	1500	四川
9月27日	重庆宏声桥大药房连锁有限公司	81	10300	重庆
9月29日	三台县潼川镇益丰大药房	9	1282	四川
9月29日	三台县潼川镇老百姓大药房	8	2392	四川
9月29日	三台县北坝镇老百姓德源堂加盟药店	1	296	四川
9月29日	绵阳老百姓大药房连锁有限公司	11	1477	四川
10月22日	四川宜宾市、德阳市、成都市、达州市、眉山市等区域	95	23748	四川
11月15日	四川贝尔康大药房连锁有限公司	42	7979	四川
11月15日	广西方略集团崇左医药连锁有限公司	130	4577	广西
12月13日	广元市老百姓大药房连锁有限责任公司	26	8371	四川
12月13日	绵阳老百姓大药房连锁有限公司	26	5689	四川
12月13日	曾理春先生个体经营药店	8	1754	四川
合计	/	468	75577	/

“家事法苑”团队奉献

可以看出，一心堂今年的重点收购区域还是在川渝，四川和重庆加起来门店数达到了 320 家，占比超过三分之二。

而 2016 年 12 月 12 日，由中国品牌建设促进会、经济日报社、中国国际贸促会、中国资产评估协会等单位联合发布“2016 年中国品牌价值评价信息”中，云南鸿翔一心堂药业榜上有名。

一、企业品牌			
零售业（2家）			
序号	企业名称	品牌强度	品牌价值（亿元）
1	云南鸿翔一心堂药业（集团）股份有限公司	916	23.75

其品牌价值被认为超过 23 亿元。

此次夫妻二人离婚后，是否会让一心堂有所变化？

对此，阮鸿献、刘琼均表示，将继续支持上市公司的主营业务的发展，没有在未来 12 个月内对一心堂主营业务进行重大改变或调整的计划。

与此同时，没有在未来 12 个月内对上市公司或其子公司的资产和业务进行出售、合并、与他人合资或合作的计划，或上市公司拟购买或置换资产的重组计划。

《官司缠身的小女孩》

2017-01-09 经济与法

6 年前的一个凌晨，山东境内的高速路上发生了一起严重的车祸，一对年轻夫妇同时命丧于此，只留下了一个年仅 3 岁的女儿——乐乐。如今，孩子已经 9 岁了，6 年来，乐乐，以及来自父亲家和母亲家的众多亲属却经历了一场又一场连绵不断的官司，也造就了乐乐与众不同的成长经历。

2010 年 11 月 11 日，青银高速路上车来车往，突然，两辆重型货车狠狠地撞在了一起，发生了严重的追尾，乐乐的父母在后车上。

耿爱菊是乐乐的姥姥，开车的就是她的女婿李国栋，并且女儿陈玉芹当时也在车上。两人被送到医院后没多久，就双双去世了。而当时，李国栋 31 岁，陈玉芹才 29 岁，更是留下了才三岁的孩子乐乐，就此成了孤儿。突然间，女儿和女婿就没了，这沉重的打击让耿爱菊和老伴一下子都病倒了。

耿爱菊说，两家都是农村的，小两口很有上进心，为了在县城买房安家，买了辆二手大货车跑运输。女婿为了节省开支就没有另雇司机，而是让妻子来押车。

而李家这一辈，只有李国栋这一个儿子，他这一走就只剩下了 70 多岁的老娘和两个姐姐。至亲离开了，随之而来的却是各种各样纷繁复杂的后续事务。而首当其冲的就是，车祸的理赔官司急需处理，大姐李国英在这个艰难时刻挑起了重担。

2010 年 11 月底，乐乐和她的奶奶、姥姥和姥爷四人作为原告，起诉到了禹城市人民法院，要求对方车主、驾驶员以及保险公司赔偿李国栋和陈玉芹的人身损害 48 万元。随后法院判决，原告胜诉，两家人获得了 46 万元的赔偿金。

很快，判决生效，46 万的赔偿金就到了法院的账户中，可这笔钱却一直趴了整整 4 年，无人问津。有钱不赶紧领，这乐乐的奶奶家和姥姥家究竟在想什么呢？

姥姥耿爱菊说，主要就是乐乐的大姑李国英态度特别强硬，两家人始终不能就如何分配这笔钱达成一致意见，两家都想控制这笔赔偿金。

大姑姑却说，主要还是乐乐的姥姥太难说服，怎么都协商不下来，一家拿一半耿爱菊也不同意。

“家事法苑”团队奉献

大姑姑说，更让她生气的是，弟弟出事后接二连三的官司让她不堪重负，可乐乐姥姥却不出力也不掏钱。自己打赢了官司，陈家直接受益。

大姑姑说，就是在这种情况下，姥姥却要求把钱都打到乐乐姥爷的名下，李家当然不同意了。

乐乐的姥姥和姑姑为了这笔钱的分配针尖对麦芒——寸步不让。难道钱就真的这么重要吗？其实，争夺的背后却是两家人之间的不信任在作怪，都觉得对方会把这笔钱据为己有，会苦了孩子。所以，争夺的关键就放在了乐乐身上。谁来抚养乐乐，谁又来掌控乐乐的那一部分赔偿金呢？

姥姥说，虽然乐乐姓李，但她从小就是跟着妈妈在县城长大的。当时，三个女儿都在县城租的房子住。然而，车祸之后，奶奶家非要把孩子接到村里去跟着奶奶生活。姥姥说，孩子当时不愿意，最后是被强行送走的。

牵肠挂肚了3个月之后，2011年2月里刚过完年，姥姥就和女儿开着车去了乡下奶奶家，想把孩子接回县城。耿爱菊说，一看是她姨的车，孩子自己就爬上车了。

然而，在奶奶家看来，这就是明目张胆地抢孩子。大姑姑说，乐乐姥姥还和奶奶起了冲突，奶奶的手都被咬肿了。

孩子虽然被接走了，但是她毕竟还是姓李。2011年3月，李家就在当地的村委会提交了一份指定监护人的申请。结果村委会指定奶奶邴玉荣为监护人。

有了村委会出具的这份说明，奶奶邴玉荣就成为了乐乐的唯一监护人，可以抚养乐乐，并且掌控乐乐的那部分赔偿金。

而姥姥这边也不甘示弱，姥姥和姥爷直接向武城县人民法院递交了一份申请书，要求变更自己老两口为乐乐的监护人。

鉴于双方互不信任的状态，当时法官提出一个折中的办法，就是，赔偿款不好分，那就暂时不分，直接把钱放到一个有公信力的第三方来保存，孩子十八周岁后，交由孩子自己支配。

但是这个方案却遭到了姑姑李国英的反对。她说，车祸后都是她跑前跑后地处理事情，前前后后一共花了5万块钱，这个钱得有个说法。但孩子的姥姥、姥爷不同意，他们认为花不了那么多钱。

最终，2012年11月，武城县人民法院判决乐乐的监护人由奶奶变更为奶奶、姥姥和姥爷。最终，三位老人同时成为了乐乐的监护人。

监护权的这个判决结果，没能解决问题，反而让两家人形成了势均力敌的平衡局面。你有监护权，可是我也有，谁都能处置乐乐那份赔偿金，反而就处理不了了。所以，这笔赔偿金依旧趴在法院的账户里，两家的关系更是如履薄冰。事情又发生了关键性的变化。

两年多过去了，乐乐一直跟着姥姥姥爷在县城生活。老两口生了三个女儿，一个儿子，三女儿也就是乐乐的母亲去世后，他们就没回乡下老家，一直带着乐乐住在小儿子家。而此事一拖，时间居然就已经到了2013年的9月，乐乐满6岁了，该上小学了，突然间姥姥又把乐乐送回了奶奶家。

大姑姑说，当时小姑姑在德州生活，条件比自己好，两姐妹就决定把乐乐送到她小姑姑家去上小学。

姥姥说，这期间，孩子打电话回来说小姑姑偏向自己的儿子，对她不好。当时听到这些情况，姥姥心里很不放心，只能时不时地把乐乐接回来小住，所以两家人大大小小的摩擦就从未中断过。

然而，没过多久，这一切的纷争却戛然而止。2014年8月，乐乐的奶奶邴玉荣因病去世了。于是，姥姥就把乐乐又接回到了自己的身边。

因为奶奶的去世，乐乐结束了来来回回的寄居生活，而更重要的是，领取那笔赔偿金的症结也没有了，因为乐乐的监护人只剩下姥姥和姥爷了。2015年春天，耿爱菊作为乐乐的监护人从禹城市人民法院领到了这笔赔偿金。然而，这笔钱是了结了，但是谁都没想到乐乐父母身后的另外两笔钱却又冒了出来，正是这两笔钱让两家又打起了新的官司。

2015年7月，姥姥和姥爷来到了武城县人民法院，起诉中国人民财产保险股份有限公司武城支公司，要求支付李国栋的意外伤害保险金5万元。

2015年9月，两人再次来到法院，起诉中国太平洋人寿保险股份有限公司德州支公司，要求支付李国栋和陈玉芹的人身保险金28万元。

然而，姥姥提起的两个诉讼却难倒了她的委托代理律师。因为姥姥、姥爷手里没有保单，保险公司没法理赔。

要打官司，却没有最关键的证据——保单。那么保单究竟哪儿去了呢？姥姥说，女儿女婿在太平洋人寿买的三份保险都是通过他大姐李国英买的，因为李国英就是卖保险的，所以保单就在她手里。

从2010年11月出了车祸，马上5年诉讼时效就到了，所以姥姥才迫不得已把保险公司告上了法庭，还追加了两个姑姑作为第三人。

按理说，大姑姑就是卖保险的，她应该知道5年诉讼时效这个事，那她为什么就是不把保单拿出来呢？

姥姥说，大姑姑坚持要把这笔保险金作为保费直接给乐乐买成高额的保险，因为大姑姑就在保险公司上班，这样就能从中赚取提成。

与此同时，状告另一家保险公司要求支付李国栋5万元意外险保险金的案子也在同步进行。姥姥作为原告一方，手中也是没有保单，很难处理。可当后来，通过法院终于调出了原始档案时，它却给了姥姥耿爱菊当头一棒，因为这笔5万元的保险金早就已经赔付完毕了。

在保险档案中，领钱人的签名一目了然，而这个邴玉荣就是乐乐的奶奶。原来，早在6年前车祸后不久，保险公司就已经把这笔钱赔付到了奶奶邴玉荣提供的银行账号内。

但是保险档案却显现出了奇怪之处，在几个关键的签字页上，都只有奶奶邴玉荣的签名，并且每个签名的字迹都不一样。原告代理律师认为应该不是奶奶本人签的。

那么，这笔钱究竟是不是奶奶邴玉荣领走了，70多岁的老人能处理这样复杂的事情吗？这钱又究竟去哪儿了呢？耿爱菊认为这笔钱是被孩子的大姑姑取走的。

这一系列的事情，让乐乐的姥姥耿爱菊非常恼火。在她看来，这两笔保险金不能顺利拿到，都是姑姑从中作梗。5万的这笔，她居然早早的就用奶奶的名义给取走了，根本没有告诉自己。28万这笔呢，姑姑更是死攥着保单不松手。那么现在，官司打到了法院，这两笔保险金最终会有个什么结果呢？

当时在法庭上，大姑姑拿出了李国栋夫妻俩的死亡通知书。上面明确地写着，陈玉芹死于2010年11月11日0点30分，李国栋死于凌晨3点。两人的死亡时间仅仅相隔2个半小时。大姑姑认为保险金没有姥姥、姥爷的份儿。

那么，这2个半小时的差距跟保险金的分割又有什么关系呢？为什么会没有姥姥和姥爷的份儿呢？

在法庭上，李国英拿出了弟弟和弟媳的三份保单。其中一份是李国栋给自己投保的10万元终身寿险和10万元定期寿险，一份是为自己投保的2万元意外险，受益人都是妻子陈玉芹。还有一份是妻子陈玉芹投保的6万元终身寿险，受益人是李国栋。

而正是因为妻子陈玉芹比丈夫李国栋先去世了2个半小时，所以她的这笔保险就自然由丈夫李国栋获得。两个半小时后，李国栋也去世了，他名下的22万元保险和他获得的妻子的6万元保险，总共28万的保险金就都成了他的遗产。

按照我国《继承法》的规定，李国栋的第一顺序继承人当时就只剩下了母亲邴玉荣和女儿乐乐，也就是说这笔保险金只能由乐乐和奶奶继承。从法律关系上讲，乐乐的姥姥和姥爷确实没有分割的权利。

而由于奶奶已经去世，她名下的那份遗产还得进行再次分割。

此外，由于李国栋隐瞒了自己的实际职业是司机，2万元的意外险，保险公司只赔付了5000元，最终赔付的总金额是26.5万元，将由乐乐以及两个姑姑，三人分割。

含辛茹苦养大了女儿，然而女儿用生命换来的钱却和父母毫无瓜葛，反而是没什么关系的两个姑姑能分到钱，这个分割结果让姥姥和姥爷难以接受。而乐乐的两个姑姑在给法院递交的《第三人意见书》中却明确表示，要求分割10万元的保险金。但她们也表示，分这个钱不是为了自己，是为了将来给孩子，增进一下和孩子的感情。

两个姑姑为什么会有这样的想法呢。原来在这几年两家的纷争中，她们想去看乐乐，却发现乐乐离她们越来越远，甚至心中开始有了敌意，这是她们最不希望看到的。

姑姑李国英看来，侄女乐乐之所以跟自己这么生分，都是因为姥姥的原因，所以她觉得她必须拿到自己应该拿的这笔钱，等乐乐长大了以后，再亲自交给孩子。这时孩子没准儿已经懂得亲情的重要。

但是对于姑姑的这份良苦用心，姥姥却不以为然。她觉得自从女儿女婿去世后，姑姑李国英就没有真心为乐乐着想。自己一直瞒着外孙女父母已经去世的消息，跟她说父母去国外打工了，姥姥家一直想把这个秘密包裹住，但是没想到姑姑这边却把这个事给捅破了，虽然乐乐到现在还不相信父母不在了。

2016年3月19日，是乐乐9岁的生日。12天之后，也就是3月31日，最后一个保险官司终于宣判。这一直

困扰着两家人的保险官司终于尘埃落定。

首先出结果的是5万元这笔保险金。虽说6年前，保险金就已经被奶奶家给领走了，但是在理赔手续上却存在着问题。因为赔偿款不是以乐乐的名义领取的，也不是以乐乐监护人的名义领取的。

合议庭讨论认为保险公司在理赔时审核不严、依据不足，侵害了原告的继承权。最后，法院判决保险公司赔偿乐乐保险金2.5万余元及相应的利息。

第二笔是26万元这笔保险金。因为始终调解不成，法院只得通过判决来进行分割，而关键就是在分配的比例上。法院判决保险金的70%归乐乐所有，30%归奶奶所有。

奶奶已经去世，名下的30%由两个姑姑以及代位继承的乐乐三人平分。最终，法院判决，乐乐分得了这笔保险金的80%，21.2万元，两个姑姑各拿10%。

随着两个官司的结束，两家人的纷争终于平息了下来。如今，乐乐在姥姥家生活得很安稳。

现在乐乐一想爸爸妈妈了，就会拿出旧照片，一遍又一遍地细细翻看。而对于父母的久不露面，乐乐却对姥姥的说法深信不疑，觉得妈妈随时都会回来看自己。

这是一个让人心疼的孩子，她的成长伴随着父母的缺失，官司的压力与亲人们的争执。姥姥一直奋力地为乐乐争取权益，6年中经历了4起诉讼，可谓是心力交瘁。但是这艰苦的争取过程，却狠狠地撕裂了两家人的亲情。曾经，3岁的乐乐对姑姑还很依恋，如今，9岁的乐乐却对姑姑充满了敌意。双方都说，是为了孩子好，那为什么不能把这些“好”汇集到一起，多些信任，做到好上加好，真正地呵护孩子健康成长呢？看完这个案例，希望我们这些成年人都能放下心中的长矛，多为身边的孩子筑起温暖的藩篱。

中国妻子多年前在沪买房养老，去世后日本丈夫与继子女争房产

2017-01-09 澎湃新闻 若水/上观新闻

为分得到妻子山田雅子遗下的上海市江宁路某号房屋产权继承权，年过九旬的日本老人山田雄一与分别在中国内地、中国香港及日本的三名继子女对簿公堂。老人山田雄一诉求要得到涉案房产的八分之五的产权份额，但三名继子女中的大儿子、三女儿却以母亲山田雅子有《遗言书》，强调继父山田雄一不能享受该涉案房屋的继承权。

近日，上海静安法院作出一审判决，认定《遗言书》为无效遗嘱，应按照法定继承作分配，判决涉案房屋由山田雄一及三名继子女分别继承四分之一的产权份额。

日籍妻子购置上海房产养老

1966年4月下旬，41岁的山田雄一与山田雅子（原系中国周姓女子，婚后改名）在日本登记结婚，这对再婚夫妇婚后未生育子女。我国改革开放以后，从日本回大陆探亲的山田雅子看中了当时上海的房子，打算能在上海与日本两头住住养老，在1991年2月购买了上海江宁路某号一处8楼B座房屋。

2014年1月，山田雅子因病去世。料理完妻子的后事，山田雄一与三名继子女协商分割山田雅子名下房屋遗产时，产生了意见分歧。

拥有香港身份、居住在上海的大儿子及拥有日本国籍的三女儿称，山田雄一与山田雅子没有合法的婚姻关系，他对山田雅子名下的房产没有继承权。两人提出，早在2006年母亲雅子写有《遗言书》，约定涉案房屋归母亲雅子一人所得，她百年以后该房屋由子女三人继承。

虽然居住香港的被告二女儿出具书面材料同意继父山田雄一的意见，但四人还是难以达成一致意见。于是，山田雄一聘请了中国律师，向房屋所在地的上海静安区法院诉称，雅子生前未留下遗嘱，岳父母均先于妻子过世，请求法院依法分割涉案房屋产权份额。

为获取继承权状告继子女

在法庭上，被告大儿子及三女儿声称母亲与山田雄一结婚前，并未与生父解除婚姻关系，故山田雄一与母亲婚姻无效，还提供了户籍等资料佐证。他们出示了2006年5月10日形成的一份用日语写成的《遗言书》，该份遗嘱人为母亲山田雅子，而见证人为山田雄一、董某、魏某，该《遗言书》形成地址为系争房屋所在地。

《遗言书》主要内容是：确认山田雅子于2006年5月10日起作为系争房屋的所有权人；山田雅子死亡后，该系争房屋所有权变更为大儿子、二女儿及三女儿按同等份额共有；三名子女共有系争房屋的产权，屋内家具、用品，绝对不得向他人出售、转让或出租等内容。

被告大儿子及三女儿还说，这份《遗言书》是母亲山田雅子制作完成后，交给了拥有日本国籍的三女儿保存，

尽管《遗言书》是谁所写的，他们两人没有亲眼所见，但母亲山田雅子不会用日语写字，从字体看像只能是继父山田雄一写的。

见证人董某也到庭作证，他称自己与山田雅子系多年的好朋友。10多年前，山田雅子请他及妻子在系争房屋内为《遗言书》见证。当时山田雅子与山田雄一均在场，《遗言书》内容已经写好，但是究竟是谁执笔写的，作为证人的他并不清楚。当时在山田雅子的要求下，他以证人的名义签了名，而山田雅子与山田雄一是何时签名已经记不清了。

山田雄一也提交了一份签名为证人魏某的书面材料——《关于山田雅子遗言书证明人签字的有关情况说明》，内容为：在2006年的夏天，山田雅子约自己，要求自己在该《遗言书》上作证明人签名，当时山田雅子身体状况很好，思路清晰，故就同意为其遗言书作证就签了名。因时隔10年之久，对《遗言书》的内容已不记得了。

司法鉴定《遗言书》真伪定纷争

庭审中，原被告双方对《遗言书》的制作人是谁，山田雅子与山田雄一的署名是否为本人签署，均达不成一致意见。为核实《遗言书》的真伪经法院释明后，原告山田雄一表示不对《遗言书》内容申请鉴定，被告大儿子要求仅对《遗言书》上继父签名申请鉴定。鉴定意见认定，《遗言书》上“山田雄一”签名与样本签名是同一人所写。鉴定确认了《遗言书》上是山田雄一的亲笔签名。

被告大儿子、三女儿表示，系争《遗言书》有两层含义，一是山田雅子在世时，她本人对该房屋拥有权属的约定，即归山田雅子一人所有；二是在山田雅子百年之后，涉案房屋即归被告三人按份共有。

山田雄一则认为，该《遗言书》是一份不符合法律规范的代书遗嘱，应该说并不符合代书遗嘱的形式要件，一方面无法确认代书人的身份，另一方面见证人魏某未到庭作证，即便见证人董某、魏某所述成立，两人也未见整个遗嘱的书写过程，所看到时已形成了这份书面的《遗言书》，故认定该《遗言书》作为山田雅子遗嘱，应归属于无效。

遗嘱不符合代书要件遭否认

法院认为，夫妻人身关系适用于共同经常居住地法律，对于山田雄一与山田雅子的人身关系应适用日本国法律，现两者身份关系已经日本政府认可，大儿子及三女儿所主张辩称提供的证据，不足以证明山田雄一与山田雅子的婚姻无效。

根据《遗言书》上的山田雄一签名，结合证人董某的证言可以证实，涉案《遗言书》的内容系山田雅子真实意思表示。然而，《遗言书》不是山田雅子本人执笔自书的，故不能构成法律上的自书遗嘱构成要件。其次，再从《遗言书》形成要件上分析，也不符合我国继承法对代书遗嘱形式要件上的要求，所以亦不能构成法律上的代书遗嘱。

结合系争房屋仅仅登记在山田雅子一人名下等事实，法院确认系争房屋属山田雅子一人的财产，作为山田雅子的遗产处理。在山田雅子对该房屋未留有效遗嘱的情况下，应按照法定继承作分配，据此，法院确认系争房屋由山田雄一及三名继子女各继承四分之一权属。（当事人系化名）

“数字遗产”如何处置催生创业机会

2017-01-12 新京报 记者刘珍妮

“数字遗产”如何处理仍存争议；虚拟财产将受民法保护，这给互联网公司和创业者带来新议题

“如果我死了，我的微信、QQ、微博账号谁来处理？我支付宝里的钱怎么办？我游戏账号里面装备怎么办？”当互联网成为连接虚拟与现实的桥梁时，桥上站着的人开始担心自我消失后带来的数字遗产问题。

随着互联网时代的崛起，网民在虚拟世界留存的痕迹已经不仅仅是数据本身，其背后产生的经济价值、情感价值，以及在网民过世后这些数据的归宿问题开始受到人们的关注。而围绕如何处理这些数字遗产，也催生了一些创业机会。

但由于当前相关法律的空白，这些涉及隐私的信息数据还存在诸多争议。

直到2016年下半年，网络虚拟财产、数据信息将成为受法律保护的民事权利，被写入《民法总则》（草案）中，目前，草案已进入全国人大常委会第三次审议当中，这也意味着未来互联网用户和互联网公司，都需要重新开始思考针对网络虚拟财产的权利和义务。

数字遗产身上的情感寄托

2015年4月，吴晓（化名）在大学宿舍烧炭自杀后，母亲陈蓉（化名）再也没能打开过女儿的手机和电脑，密码封锁了这个19岁女孩在互联网上的大部分信息。

陈蓉没法登录女儿的微博，也不知道她过世前和谁在微信上有过联系。

“家事法苑”团队奉献

女儿刚过世时，这种封锁对丧女心痛的陈蓉来说不是件坏事，但心情平复后，陈蓉很想知道女儿在网上留下的生命记录，她并没有把这些当做数据财产或虚拟遗产来看待，“只是她来过这个世界的一种证据。”

可无从得知的密码，成了她通往女儿在虚拟世界的一道阻碍。对于只会用QQ和微信这类普通软件的她来说，找到女儿留在网上的痕迹并不容易，最终她只能作罢。

两年前，同样以自杀结束生命的小曾，给亲朋留下了在世时的声音。他在B站上发布的6首二次元歌曲，直到现在仍有人点开收听。打开他最后录制的那支歌曲时，弹幕密密麻麻地弹出网友对这个小伙子的怀念。

虽然小曾再也无法和这些评论者互动，但他留在网上的歌曲仍然会被人们相互转发，他的一个朋友留言表示，“听着你的歌，仿佛你还在一样。”

在国内，网络上的声音、照片、文字等数据信息，多数人将其价值归于纪念。

在“网上入殓师”林东平眼中，逝者在社交网站上留下的痕迹仍旧会被其他人看到、关注、传播，这种流动让逝者的生命在互联网上得以延续。

2011年，“IT男”林东平带着“做产品”的思维，开设了“逝者如斯夫 dead”的微博账号，通过搜集、整理过世者的社交记录，为每一个逝者写一篇小文。

大量的网友在这个账号中或逝者的微博下点亮“蜡烛”表情，“逝者如斯夫 dead”逐渐变成“一座微博墓园”。偶尔一些微博内容还会成为热门话题。

在国内，密码仍是唯一的“钥匙”

事实上，逝者生前留下的数据信息除了情感价值，也正在为互联网公司继续创造着流量价值。但这些价值来源的所有权问题，依然面临着法律界定上的模糊。

早在2003年，“以二进制的形式加以描述、存储和传输的人类活动”作为一种文明成果，被联合国教科文组织定义为数字遗产。作为一种无形财产，它既包括虚拟货币、游戏装备，也包含各类互联网账号和用户创作的文字、图片、音视频等数字作品。

但目前为止，这类“资产”在公民过世后如何处理在我国还没有明确的法律规定。目前的行业惯例是，个人账号不能被当作财产处置，也不属于法律上遗产继承的范畴。

从2010年开始，逝者QQ账号找回、游戏装备继承、网店经营权归属等个体事件都成为过新闻报道的热点，并引发了人们就数字财产、虚拟遗产的讨论。

2011年，沈阳王女士的丈夫在一场车祸中丧生。她想要获得丈夫QQ邮箱内保存的两人的照片和信件，但由于不知道密码，只好向腾讯公司求助，但与对方交涉后并没有成功。

按照腾讯的规定，想要拿回密码只能按照“找回被盗号码”的方式操作，除了提供逝者本人的基本资料和联系方式外，还需要提供号码的使用资料、保密资料，同时还得邀请账号内QQ好友为其“认证”，“但人都不在了，我上哪找这些资料？”

记者查询微信、微博等社交平台的用户注册协议发现，账号的所有权均属于平台所有，比如用户注册微信时，《腾讯微信软件许可及服务协议》里规定：“微信账号的所有权归腾讯公司所有……初始申请注册人不得赠与、借用、租用、转让或者售卖微信账号或者以其他方式许可非初始申请注册人使用微信账号……用户注册微信账号后如果长期不登录该账号，腾讯有权收回该账号。”

这样的服务协议导致一旦用户死亡，没有密码的家属将面临无法获得处置账户信息的权利。

在美国，雅虎邮箱也在服务条款中声明，用户对于邮箱的使用至用户死亡时终止，之后邮箱会被冻结或删除。但2005年，美国士兵贾斯汀·埃尔斯沃思在伊拉克阵亡后，他的父亲向雅虎公司提出拿回儿子在雅虎上的账号、密码，以便获得儿子的照片和邮件用以留念，遭到雅虎以侵犯隐私权为由的拒绝。

士兵的父亲将雅虎起诉，最终法官判决雅虎将士兵的电邮移交给他的父母。

此案也推动美国互联网公司对于数字遗产处理方式的改变。

比如，全世界最大的社交网站Facebook不再冻结或删除去世用户的资料，而是将这些账号自动变成“纪念账号”供他人缅怀悼念。

一些运营者开始向成熟体系倾斜

国内社交平台的账户资产处理虽然有待完善，但一些互联网公司、创业公司已经开始重视虚拟遗产的处置。

去年，我国首个针对网络游戏虚拟账号所提供的公证服务出现，上海市宝山区公证处为巨人《征途2》网络游戏用户提供游戏账号保全证据公证。凡是以真实身份注册成为《征途2》网络游戏的用户申请办理账号保全证据公证服务的，公证人员会详细记录玩家上网、进入相关网址和《征途2》游戏的整个过程，可能进行摄像。

一些业内人士认为，对游戏账户的公证并不意味着虚拟财产的继承有了质的跨越，但在所有权人的认定上跨出了一步。

除了所有权确认外，一些互联网创业公司在处置注册用户数据遗产时，开始向成熟的体系倾斜。

2015年，心理服务平台“简单心理”的注册心理咨询师朱琼遭遇车祸去世，朱琼服务的账号被冻结后，预约她

做咨询的 10 位来访者也面临着无人可询的现状。

“简单心理”一方面需要把咨询师账户内的财产交割给家属，另一方面还面临安置来访者的难题，“相比其他的服务平台，心理咨询的用户比较特殊，咨询师的去世可能给来访者造成二次伤害。”“简单心理”的创始人简里里回忆。

由于国内相关的处理预案处于空白，简里里连夜联系了台湾的专家，针对如何告知来访者这一噩耗、如何评估来访者的心理状态、如何让其他心理咨询师接手等问题做了详细方案。

在将 10 位来访者安排妥当后，简单心理将朱琮去世的消息发布在了平台上，她的账户页面也设置成了一个纪念板块，“这是平台唯一一个开放留言的咨询师页面，一方面让她的来访者获知这个消息，另一方面也让亲朋有一个悼念她的出口。”

朱琮写过的文章和朋友回忆她的文字都逐渐在平台上开放，在简里里看来，无论是朱琮的账号，还是其他具有数据遗产属性的信息，都十分珍贵，不能一冻一删了之，“都值得留下来，这是大家对她的一种纪念。”

虚拟遗产带来的创业机会

随着微信钱包、支付宝以及各类互联网金融等和钱沾边的互联网产品越来越多，消费者存放在虚拟世界的真金白银是不能忽视的问题。账号、密码的保护和持有开始变得愈加重要。

去年，网友一则“如果我死了，我支付宝账户里的钱怎么办”的发问，让人们不得不面临“人死了，钱还在”的现实。

不少用户担心，年迈的父母可能根本不知道他们的儿女在支付宝和微信中还存有资产。

支付宝也对此作出回应称，继承人可以联系支付宝，公司客服会引导继承人准备身份证、死亡证明、承诺书等材料，然后通过网络上传、快递等方式给到支付宝，即可继承账户里的财产。如果继承人不知离世者有没有支付宝，或者不知道离世者的支付宝账号是多少，继承人只要提供离世者的身份证号给客服，就可以查询离世者名下到底有没有支付宝账户。

也有网友存在另一种担心，如果自己在多家 P2P 金融平台上有投资理财账户，一旦他发生意外，家人可能根本不知道这些平台，他的财产也将永远锁在死亡账户中。

已经有创业者注意到这个痛点。去年 10 月，一个名为“与亲书”的项目在武汉成立，产品针对互联网用户中有意外隐忧的用户，为他们提供网络资产线索托管与移交服务。

“与亲书”的用户可以在公众号的页面中，储存管理相关线索，并留下用户预留的紧急联系人，团队将通过多种方式持续关注用户的在线状态，比如用户社交账号是否更新、是否在平台签到打卡等，一旦确认用户失联，团队将主动联系用户预留的紧急联系人，完成网络遗产线索的交接，并配合协助继承。

产品公测阶段，创始人徐祥鹏曾对用户做了一个问卷调查，在随机选取的 1000 多个样本中，拥有网络资产的人中，30-40 岁的用户最多，占比为 45.11%，且男性比女性多。各类网络资产中，拥有电子钱包余额和理财产品的用户比例较高，其次是账户、游戏装备和各类文件（照片、视频、文章），“相对而言，大家更愿意将和钱直接相关的线索作为托管对象。”

针对用户对于平台托管账户的隐私安全，徐祥鹏解释，平台只托管账户和相关线索，而不托管密码，未来还可以引入第三方平台增加安全性保障，目前已经有政府的相关机构前来寻求合作，未来的第二代产品上，也将用协议明确平台对网络资产的界定，强调平台“移交线索”的功能。

对于项目的未来，徐祥鹏认为虚拟财产是大众的痛点，但也是一个比较模糊的概念，需要创业者随着国家法律政策的完善一起往前推。

随着虚拟货币、游戏行业的发展，一个账号上附加的财富价值也开始凸显。早期注册的 QQ 靓号也在网络上出现叫价交易的情况；微信绑定银行卡后，软件也不仅仅是用于即时通讯和社交；游戏玩家化不断升级的账号及购买的装备都是实实在在的资产。

近几年的民事案件中，各地法院处理了多起离婚夫妻要求分割游戏装备的案件，这类具有财富属性的网络数据，在面临交割和继承产生纠纷时，其数字资产的经济价值开始在网民心中增重，但这些财产的权属、价值评估都曾因法律的空白，使司法实践难以推进。

今年年初，《民法总则》（草案）已经进入人大常委会的第三次审议中，网络虚拟财产、数据信息作为民事权利写入总则。这意味着，数据财产将明确受到民法的保护。

【他山之石】

各大互联网公司“后事”功能简介

Facebook

Facebook 过世用户的亲人有两种选择：可以让这家公司删除他/她的账号，或者让该账号变为“纪念号”。当账号变为纪念号后，任何人都不能再登录，不过其好友仍能够发表留言。

此前，Facebook 只允许好友看到纪念号用户，现在这家公司决定为了尊重逝世用户意愿，在他们死后，维持他

们的隐私设定不变。另外，逝世用户好友还可以要求看死者生前“回首好时光”视频。

Twitter 用户只能直接联系这家公司，并随附你的身份证和已故亲人死亡证明来要求其关闭账号。Instagram 和 LinkedIn 也是采取相似处理方式。

谷歌

Google 有 Inactive Account Manager（不活跃账号管理）功能，这项服务可以让你来决定自己的 Google, Blogger, Drive, Gmail, Picasa Web Albums, Google Voice 以及 YouTube 等账号的命运，并促使你为自己建立一个截止日期。

如果所设定的日期快要来临，你就无法进入账号，这项服务就会给你发送一条确认短信，如果在很长一段时间你没有回复，谷歌默认你已经死亡。当截止日期过后，这项服务会将你的照片、视频或者邮件发送给你事先指定的联系人。

微软和雅虎

微软和雅虎明确表示，它们不会分享用户的账号。不过，它们在收到请求后会关闭已故用户的账号。微软已经推出了 Next of Kin 服务，如果你能提供证明，证明你与死者之间的亲属关系，以及死者死亡证明，这项服务将会把死者生前所有邮箱保存在一张 DVD 中发给你。

Dropbox

只要你的亲人留下一台跟这项云存储服务相连接的计算机就 OK。如果没有留下计算机，你可以尝试联系这家公司，要求其让你进入亲人的账号，不过 Dropbox 并不承诺就一定会批准。

苹果

不幸的是，苹果在其服务条款中有一项“生者不享有对死者名下财产的所有权”的规定。根据这项条例，苹果账号是不可转移的，你所能做的就是通过联系 iCloud 客服来关闭死者的账号。

上海老伯与外地女假结婚，去世后 90 万遗产引纠纷

2017-01-12 上海法治报

当今社会，老夫少妇结为夫妻已不是新闻，不少人早已习以为常，八旬高龄的陈老伯与外来媳妇詹某便是这样一个例子。然而，陈老伯与詹某登记结婚刚满 1 年就因病去世了。

婚前，陈老伯与詹某及詹某前夫王某签署了一份《承诺书》，这给詹某与陈老伯弟弟妹妹们的遗产之争埋下了伏笔。

因为遗产分配问题，詹某将陈老伯的弟弟妹妹们告上法院。近日，静安区法院对这起遗产纠纷案作出了一审判决，詹某和陈老伯的弟弟妹妹们都分获了遗产。”

一、老夫少妻婚前签承诺书

现年 40 岁的詹某是江西上饶籍人，她在沪打工已有 20 多年，身上少了乡土气质，多了一股大城市人的精明气息。

2013 年 9 月 23 日，詹某与老家青梅竹马的丈夫王某办理了离婚手续，一个月后，詹某又闪电般地与年长她 29 岁的陈老伯登记结婚，两人婚后没有生育。

与其他结婚男女有别的是，在詹某与陈老伯登记结婚前，两人及詹某前夫王某私下签订有一份少有的《承诺书》。

这份《承诺书》写道：“郑重声明这次和你办理结婚登记，是为儿子王某某能在上海考大学所办手续，感谢你的帮忙和支持。双方婚前婚后财产归各自所有，以后各方的财产对方无权享用和支配。双方生活各不相干，对方也无权过问个人的隐私，更不得提不合理的要求，一切以儿子为中心。我王某再次声明，你今后生活我绝不会打扰，你名下财产与我不相干。感谢你的帮助，我儿子才能在上海完成学业，你今后生活我会给予帮助的，我会把你当父亲来照顾。”在这份《承诺书》上，三个人约定各自财产归属，还都留下亲笔签名及日期。

与詹某结婚前，退休多年的陈老伯独居在本市新闻路某号房屋内。前几年该地块遇上动迁，自认为已到风烛残年的年纪，膝下无子女的陈老伯选择了货币分房。他拿了一笔动迁费后，就在距离妹妹家不远的地方租房居住。

鉴于陈老伯是孤老，所在街道逢年过节都会派人前往看望慰问他。陈老伯与詹某刚结婚时，街道地区并不知晓这件事，但纸包不住火，陈老伯结婚的消息还是悄悄传开了。耄耋老人为何再次结婚？虽然好奇，但婚姻自由无法干涉，街道工作人员作为外人也不便直接询问这桩婚姻的来龙去脉。由于陈老伯已不再是孤老，于是他也无法享受逢节日送慰问品的待遇。

二、弥留之际将存折交给家人

谁知，与詹某登记结婚 1 年后，陈老伯就因病在医院去世。

“家事法苑”团队奉献

根据街坊邻居及医院护士、护工人员反映，陈老伯躺在病榻之上时，都是陈老伯的4位弟弟妹妹轮流前来送饭送菜，照顾他的日常起居，几乎没有见过詹某前来嘘寒问暖。

陈老伯的弟弟妹妹们回忆，久卧病榻的陈老伯也许感觉自己时日无多，在某一天支开了护工，亲手将自己的银行存折和与詹某、王某签订的《承诺书》交给他们。

“他就是想把这数十万元遗产留给自己人，而不是轻易交给对他照顾不多的詹某。”陈老伯的弟弟妹妹称，拿到《承诺书》后他们才得知陈老伯与詹某还有如此约定，也对詹某与陈老伯结婚的目的产生质疑，更不想让她以妻子的身份独占陈老伯的全部遗产。

这份《承诺书》的出现直接导致了陈老伯的遗产纷争。陈老伯的弟弟妹妹认为，詹某与陈老伯不是真正意义上的夫妻关系，或许幕后存在某种无法明说的交易，他们不肯将陈老伯的银行存折交给她，也没有让詹某参加陈老伯的葬礼。

詹某则认为自己是陈老伯的妻子，有权继承陈老伯的遗产，因此将陈老伯的4位弟弟妹妹告上法院。

三、90万余元遗产继承权之争

静安区法院于去年开庭审理了此案。

据詹某诉称，她与陈老伯于2013年10月28日登记结婚。2014年10月6日，陈老伯去世后，陈老伯的弟弟妹妹一直不告诉她陈老伯的葬礼时间和墓地位置，她无法悼念陈老伯。

詹某表示，陈老伯死后留下遗产约96万元，而且陈老伯没有设立任何遗嘱或遗赠。陈老伯的父母亲都先于他去世，陈老伯也没有子女，她与陈老伯有合法的婚姻关系，作为配偶是第一顺序继承人，应由她来继承陈老伯的全部遗产。

詹某还指出，陈老伯的4个弟弟妹妹擅自从银行提取陈老伯的遗产并侵吞，侵犯了她的法定继承权，请求法院判令4名被告归还上述钱款。

庭审中，陈老伯的弟弟妹妹却辩称，依据2013年10月17日，詹某及前夫王某与陈老伯签订的承诺书，双方对权利义务进行了明确约定。他们认为，詹某与陈老伯结婚是带有目的的，是因为詹某的儿子在上海有读书需求，所以与陈老伯“假结婚”，以提供帮助。

陈老伯的弟弟妹妹指出，在《承诺书》中，詹某与陈老伯在财产和生活上都曾作了约定，“婚前婚后财产归各自所有，双方的生活各不相干，对方无权过问个人隐私。”詹某的前夫王某也在承诺书中声明，他们不会打扰陈老伯的生活，陈老伯的财产也与他们无关。

陈老伯的弟弟妹妹们还表示，尽管詹某与前夫王某在法律上解除了婚姻关系，但事实上两人还是和夫妻一样一起共同生活。而詹某与陈老伯虽然在法律上有婚姻关系，但生活中两人分开居住，经济互不相干，日常生活中更没有任何夫妻之实。

特别是在陈老伯平时生活及生病期间，詹某从没有给予陈老伯关心和照顾，完全靠陈老伯的弟弟妹妹们照顾，这些街坊邻居都可以证明。

因此，陈老伯的弟弟妹妹们请求法院驳回詹某要求继承遗产的诉讼请求。

四、承诺书是否算遗嘱引争论

本案中，詹某与陈老伯的婚姻关系有效，在这样的前提下，《承诺书》能否就算是遗嘱呢？

詹某表示，因为她与陈老伯年龄相差大，老夫少妻容易被人议论，所以一直遭到陈老伯弟弟妹妹的反对，所以他们才想写一份《承诺书》，让陈老伯的家人放心，由此接受他们的婚姻。所以詹某认为，签署《承诺书》是陈老伯的生前行为，不涉及遗产继承问题。而且在《承诺书》中，陈老伯没有剥夺詹某对他财产的继承权，詹某也没有表明自愿放弃继承权。

陈老伯弟弟妹妹们则声称，他们是在陈老伯生重病时，才发现陈老伯与詹某登记结婚的情况。尽管詹某与陈老伯登记结婚，但目的是让儿子能在上海读书，双方无夫妻之实。他们还出示了当地居委会的两份证明，证明詹某与陈老伯从未共同生活过。

陈老伯的弟弟妹妹认为，根据中国人的传统习俗，生前就写遗嘱不太吉利，所以才用《承诺书》的形式表达今后遗产分配权益。

审理中，原被告双方确认陈老伯名下遗产购买理财产品23万元及存款73万余元。陈老伯弟弟妹妹认为其中用

于丧葬费 21.4 万余元；而詹某只认可其中 2 万余元费用属合理支出，其余均不认可。法院对双方有争议的费用给予了合情合理的认定或推定。

判决结果>>>

一审判决 原被告分获遗产

法院认为，本案中的《承诺书》不是遗嘱，但是一种财产制约定，詹某、王某与陈老伯约定的是分别财产制，对于一方去世后的财产处理，另一方可以继承。

鉴于詹某是死者陈老伯合法妻子，依法享有继承陈老伯遗产的权利。但根据詹某与陈老伯办理结婚登记前，詹某及前夫王某共同向陈老伯的承诺，詹某与陈老伯登记结婚是为了詹某之子能在上海考大学，并非以双方长久共同生活为目的。

从审理已查明的事实看，法院认为詹某婚后并没有与陈老伯共同居住生活在一起，陈老伯生前的生活，特别是临终前数月的住院治疗，都是由他的弟弟妹妹们关心照顾。本案中，陈老伯的弟弟妹妹在劳务等方面给予了主要扶助，所以他们也有权分得继承遗产。具体金额由法院根据本案实际情况，兼顾对陈老伯所尽义务酌情予以考虑分配。

为体现法律精神及公平公正原则，法院在认定的遗产总额的金额中，判决由詹某继承其中的 25 万余元，其余遗产 60.8 万余元由陈老伯的 4 位弟妹继承

为了泄愤女演员微博发“小三”裸照，被判侵犯她人名誉权

2017-01-16 上海法治声音扬子晚报 陆慧 严宇静

如今，“围观文化”、“看客文化”已经成了网络一景，大小明星动辄被人围观已经稀松平常，很多普通人也深受其害，因为一些矛盾被人把个人信息发到网上，遭受网络暴力的蹂躏。近日，南京鼓楼法院就审理了这样一起名誉权案件。

2016 年 9 月，南京鼓楼法院接收了一起名誉权纠纷的案件，原告是 20 岁的女孩范柳，被告名叫丁梦，是一名 30 岁的少妇。在诉状中，范柳称，2016 年 5 月 15 日，丁梦用其新浪微博账号发布了关于自己的不雅照片。因为该微博账号有众多粉丝，微博发出后造成的影响巨大，给自己生活和精神造成了极大的打击。范柳认为，丁梦的行为侵犯了自己的名誉权，请求法院判令丁梦向自己书面道歉，并在其微博上连续 15 天持续道歉，并判令丁梦将其掌握的不雅照片全部删除，此外，再赔偿自己精神损害抚慰金 8 万元，律师费 2 万元、公证费 1500 元及诉讼费 907 元，合计 10 万余元。

案件开庭后，被告丁梦在法庭上爽快地承认了事实。她说，自己确实于 2015 年 5 月 15 日晚七八点左右在微博上发布了范柳的裸照，但已经于次日中午左右删除。发布的内容除了有范柳的裸照，还有范柳正常的自拍照，以及范柳微信的信息资料内容。“我认为我的行为达不到对范柳造成精神损害的程度，即使对范柳构成精神损害，损害数额也没有她主张的那么多。”丁梦称，自己只同意书面及在微博上向范柳道歉，但不同意赔钱。至于范柳所说的自己掌握的不雅照片，已经全部删除了。

为泄愤，微博发“小三”裸照

法院经过审理发现，原来，丁梦是一名女演员，经常在外演出。长此以往，丁梦的丈夫赵勇找到了机会，与年轻的范柳发生了恋情，而丁梦得知此情况后极为愤懑。2016 年 5 月 15 日晚，丁梦趁赵勇不注意，将赵勇的手机偷偷拿走，果然在其中发现了大量范柳的照片，除了生活照之外，还包括部分裸照。看到这些照片，丁梦感到眼前一阵发黑，她觉得一定要让“小三”受到惩罚，以泄心头之恨，于是，便发生了上文所述的在微博上发送裸照的事情。

照片发出后，引起众多跟帖及评论。次日上午，范柳去南京某公证处对丁梦发布的微博内容进行了公证，支出公证费用 1500 元，随后又报了警。警方与丁梦联系后，丁梦即时删除了涉及范柳的微博内容。当日晚 7 时许，范柳在一家寺庙大门口意欲自杀，好在当时周围有很多吃完晚饭后外出散步的群众，发现了范柳的异常并迅速报了警。民警赶到现场后，将范柳送往附近医院包扎了伤口。在医院，范柳仍然表现出自杀的倾向，民警见此只好将范柳移交到辖区派出所，才最终平息了范柳的情绪。

侵犯名誉权，被判赔 9500 元

对于自己和有妇之夫发生恋情的事实，范柳并不否认，那么，丁梦将丈夫手机中存有的范柳的照片发到网上，到底算不算侵犯名誉权呢？对此，鼓楼法院认为，是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害方是否确有名誉被损害的事实、行为人行为是否违法、违法行为与损害后果之间有无因果关系、行为人主观上是否有过错予以认定。根据

已查明的事实，丁梦出于泄愤，擅自在其微博账号上发布范柳的裸照，引致众多评论及跟贴，丁梦主观上具有过错，范柳为此报警并在心理上产生较大压力，进而产生自杀倾向，应认定丁梦所实施行为给范柳造成了一定的损害后果。

据此，鼓楼法院认为，丁梦所实施的行为已造成对范柳名誉权的侵害，应承担相应的法律责任。丁梦应向范柳书面道歉并在其微博账号上发布道歉函以消除影响。范柳为取证所支出的公证费用1500元，丁梦应予赔偿。

根据案件具体情形，丁梦应赔偿范柳精神损害抚慰金8000元。丁梦陈述其已删除了所掌握的范柳所有的不雅照片，范柳目前亦无证据证明丁梦仍持有其不雅照片，法院对丁梦的陈述予以采纳。范柳主张支出的律师代理费用，并无法律依据，对范柳该项诉讼请求不予支持。最终，法院根据我国《民法通则》等相关法律规定，作出了本文开头的判决。（文中当事人均为化名）法官提醒：维护自己的权利可以有很多方式，但如果采用违法的形式来进行，逞一时之快，不但不能维护自己权利，还可能造成更加严重的后果。

法官表示，在网络应用不太发达的时代，南京的名誉侵权案件很多都发生在小区邻里之间，形式基本都是口头诽谤，或者在小区内张贴“大字报”之类。随着网络论坛的兴起，特别是微博和微信等自媒体勃兴之后，名誉侵权的“阵地”迅速向微博和微信转移。

法官提醒，微博微信具有公共属性，每句话都可能被转发出去，并被不特定的人群所浏览和阅读。所以，利用微信微博散布不法言论、攻击诽谤他人、败坏他人声誉的，同样要承担相应的法律责任，对发谣言并造成严重后果的，还有可能要承担刑事责任。

“常回家看看”有多难？小伙让父母起诉自己拿判决书请假

2017-01-17 澎湃新闻

上海市委政法委、上海报业集团联合出品。聚焦法治热点，关注法治人群，传播法治精神。

编辑 排版 | 张静

责编 | 陆慧

在异地工作的李新，已经两年多没能回家看望父母了。为了能回家看一眼，他不惜主动要求父母把自己告上法庭，成为被告，最终拿着法院的判决才请了假、回了家、看了爹妈。

父母与子对簿公堂

李新是家中的独子，大学毕业后，他在距离老家千里之外的浙江某地一家外企找到一份不错的工作。由于是外企，公司里很多规定都很有自己国家的特色，比如，休假是按照其国内的法定假期来安排。

这让李新很为难。由于当地到老家之间的交通还没有那么方便，路上单程就要花掉20多个小时，而公司又有很严格的请假制度，工作强度也很大，根本没办法长时间离岗，李新又不想丢了这份工作，就只能先放弃回家探亲。

但是，时间越久，工作越忙，请假也越难。李新自己也没有想到，在随后的两年多时间里，他没能有机会回家看父母。而父母文化程度不高且行动不便，如果让他们长途跋涉20多个小时来看儿子，显然也有心无力。

总不能为了看父母就丢了来之不易的工作啊？一时之间，李新陷入了纠结。此时，他无意中得知，2013年实施的新修订的老年人权益保障法中明确规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人，满足老年人的精神需求。

“常回家看看”入法了！

李新看到了一丝希望，他觉得既然这是法律的规定，那自己就有了法定回家看父母的义务。想来想去，他只得采取了一个“下策”，让父母去法院告自己，到时候，就可以拿着生效的判决去公司请假，按照公司的相关规定，这种法定事由就可以拿到假期。

虽然很不情愿跟自己的儿子对簿公堂，但是最终思儿心切的老两口还是咬牙递交了一纸诉状，把儿子告上了法庭，要求法院判令儿子履行法定义务，回家看望自己。最终，法院判决李新每年应该回家看望父母不少于五天。拿到判决后，李新立刻向公司提出休假申请，最终如愿以偿。

案子难判更难执行

“这案子案情简单但其实很不好判。”唐山市高新区人民法院法官李国彪是当时主审这起官司的法官。直至今日，回想起这个案子的审理过程，他仍颇多感慨。“‘常回家看看’，到底什么是‘常’？该判多长时间看一次？如何认定没有进行精神赡养？这个标准各地的掌握完全不一样，整个国家层面也并没有任何明确的标准，所以判决结果也是五花八门。有的判一年回去看几天，有的判半年至少回去看一次。”

“家事法苑”团队奉献

而更大的问题是，判了之后如何执行，法院的执行部门看到这样的判决深感头大。

李国彪告诉记者审理的另外一起类似案件，也是父母状告子女，要求定期回家探望，但是由于双方感情并不融洽，子女又在外地，执行效果就非常不好，赢了官司的父母也依旧无法见到他们，而执行法官又不可能奔赴外地强行带人回来履行判决。正因为如此，鉴于此类案件的执行难度很大，很多地方法院不得不内部达成共识，不让再判决此类案件，而是尽可能地通过诉前调解来解决问题。

在华北电力大学人文与社会科学学院副教授胡宏伟看来，道德与法律的关系，是法律解决这个问题一直效果不佳的根本原因。“法律是最低限度的道德，或者说是最起码的道德。道德入法，往往会出现执行问题，特别是在缺乏必要判定标准和量化指标时，法律的执行效果肯定会打折扣，出现具体诉讼时，常常不好判也不好执行。”

完善精神慰藉标准

1996年老年人权益保障法就已经明确，赡养人应当履行对老人精神慰藉的义务。但是，精神慰藉服务的范围和内容却一直都没有清晰界定，这也导致老年人关于精神慰藉的诉求常常遭遇困境。2013年7月1日，修改后的老年人权益保障法正式施行，对于“常回家看看”入法，社会评价褒贬不一，期望高低不同。

那么，实践中易沦为一纸空文的“常回家看看”为何还要写入法律呢？

“‘常回家看看’入法不是‘一时兴起’，而是我国老年人权益保障法长期发展的必然要求，也是我国老年人权益保障法中落实子女对老年人提供精神慰藉服务的必然结果。”胡宏伟解释说，随着经济社会发展，我国开始由熟人社会进入半熟人社会，传统的社会道德传播方式和教育方式无法有效发挥作用，有必要在部分问题上选择法律规范对道德进行托底。新修订的老年人权益保障法提出“常回家看看”，本质上是对老年人享有精神慰藉权利内容的解释。

他同时指出，“常回家看看”应当坚持和完善。通过法律来解决道德问题，实际上，更多是看重法律的导向意义，“常回家看看”的意义正在于此。另外，他建议，未来我国可以借鉴部分欧洲国家的经验，进一步完善判断和衡量赡养人精神慰藉义务的标准。“该法条如果执行得好，法律会强化道德、支撑道德。”胡宏伟说。

“常回家看看”有多难？小伙让父母起诉自己拿判决书请假

2017-01-17 上海法治声音

编辑 排版 | 张静

责编 | 陆慧

在异地工作的李新，已经两年多没能回家看望父母了。为了能回家看一眼，他不惜主动要求父母把自己告上法庭，成为被告，最终拿着法院的判决才请了假、回了家、看了爹妈。

父母与子对簿公堂

李新是家中的独子，大学毕业后，他在距离老家千里之外的浙江某地一家外企找到一份不错的工作。由于是外企，公司里很多规定都很有自己国家的特色，比如，休假是按照其国内的法定假期来安排。

这让李新很为难。由于当地到老家之间的交通还没有那么方便，路上单程就要花掉20多个小时，而公司又有很严格的请假制度，工作强度也很大，根本没办法长时间离岗，李新又不想丢了这份工作，就只能先放弃回家探亲。

但是，时间越久，工作越忙，请假也越难。李新自己也没有想到，在随后的两年多时间里，他没能有机会回家看父母。而父母文化程度不高且行动不便，如果让他们长途跋涉20多个小时来看儿子，显然也有心无力。

总不能为了看父母就丢了来之不易的工作啊？一时之间，李新陷入了纠结。此时，他无意中得知，2013年实施的新修订的老年人权益保障法中明确规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人，满足老年人的精神需求。

“常回家看看”入法了！

李新看到了一丝希望，他觉得既然这是法律的规定，那自己就有了法定回家看父母的义务。想来想去，他只得采取了一个“下策”，让父母去法院告自己，到时候，就可以拿着生效的判决去公司请假，按照公司的相关规定，这种法定事由就可以拿到假期。

虽然很不情愿跟自己的儿子对簿公堂，但是最终思儿心切的老两口还是咬牙递交了一纸诉状，把儿子告上了法庭，要求法院判令儿子履行法定义务，回家看望自己。最终，法院判决李新每年应该回家看望父母不少于五天。拿到判决后，李新立刻向公司提出休假申请，最终如愿以偿。

“家事法苑”团队奉献

案子难判更难执行

“这案子案情简单但其实很不好判。”唐山市高新区人民法院法官李国彪是当时主审这起官司的法官。直至今日，回想起这个案子的审理过程，他仍颇多感慨。“‘常回家看看’，到底什么是‘常’？该判多长时间看一次？如何认定没有进行精神赡养？这个标准各地的掌握完全不一样，整个国家层面也并没有任何明确的标准，所以判决结果也是五花八门。有的判一年回去看几天，有的判半年至少回去看一次。”

而更大的问题是，判了之后如何执行，法院的执行部门看到这样的判决深感头大。

李国彪告诉记者审理的另外一起类似案件，也是父母状告子女，要求定期回家探望，但是由于双方感情并不融洽，子女又在外地，执行效果就非常不好，赢了官司的父母也依旧无法见到他们，而执行法官又不可能奔赴外地强行带人回来履行判决。正因为如此，鉴于此类案件的执行难度很大，**很多地方法院不得不内部达成共识，不让再判决此类案件，而是尽可能地通过诉前调解来解决问题。**

在华北电力大学人文与社会科学学院副教授胡宏伟看来，道德与法律的关系，是法律解决这个问题一直效果不佳的根本原因。“法律是最低限度的道德，或者说是最起码的道德。道德入法，往往会出现执行问题，特别是在缺乏必要判定标准和量化指标时，法律的执行效果肯定会打折扣，出现具体诉讼时，常常不好判也不好执行。”

完善精神慰藉标准

1996年老年人权益保障法就已经明确，赡养人应当履行对老人精神慰藉的义务。但是，精神慰藉服务的范围和内容却一直都没有清晰界定，这也导致老年人关于精神慰藉的诉求常常遭遇困境。2013年7月1日，修改后的老年人权益保障法正式施行，对于“常回家看看”入法，社会评价褒贬不一，期望高低不同。

那么，**实践中易沦为一纸空文的“常回家看看”为何还要写入法律呢？**

“‘常回家看看’入法不是‘一时兴起’，而是我国老年人权益保障法长期发展的必然要求，也是我国老年人权益保障法中落实子女对老年人提供精神慰藉服务的必然结果。”胡宏伟解释说，随着经济社会发展，我国开始由熟人社会进入半熟人社会，传统的社会道德传播方式和教育方式无法有效发挥作用，有必要在部分问题上选择法律规范对道德进行托底。新修订的老年人权益保障法提出“常回家看看”，本质上是对老年人享有精神慰藉权利内容的解释。

他同时指出，“常回家看看”应当坚持和完善。通过法律来解决道德问题，实际上，更多是看重法律的导向意义，“常回家看看”的意义正在于此。另外，他建议，未来我国可以借鉴部分欧洲国家的经验，进一步完善判断和衡量赡养人精神慰藉义务的标准。“该法条如果执行得好，法律会强化道德、支撑道德。”胡宏伟说。

来源|澎湃新闻

死者的借条

2017-01-20 经济与法

2016年2月的一天，家住江苏省金湖县的孙士平遇到一件非常奇怪的事情，有人拿着一张借条跑到她家里，让她赶紧还钱。孙士平瞬间惊出了一身冷汗，她说她对借条的来龙去脉一无所知。可是，债主不仅没有善罢甘休，还因此跟孙士平产生了激烈的争吵。

在庭审中孙士平甚至说：“你们现在要就跟死人去要”，她为何会口出此言？是一时气话？还是另有隐情？他们之间的纠纷到底怎么回事呢？

引发双方矛盾的是一笔13万元的债务，但是，对于这笔钱，孙士平说她毫不知情。但是，债主管德时说这个借款是有真凭实据的。管德时找到孙士平，拿出一张借条，要求她还钱，这张借条上面写着“今借到管德时现金13万元整”，落款是借款人杜先万，是孙士平的丈夫。

孙士平说，管德时这是在趁火打劫，是在欺负她，因为她的丈夫已经去世，查无对证，而且管德时上门要求她还钱的时间也很特殊，那天是她丈夫去世后二七的日子。

管德时说，他也知道孙士平的丈夫刚刚去世，这时候上门催债肯定不合适，但是他也是没办法，因为这事拖得越久越难以说清，所以，他才硬着头皮找上门的。

一方手里拿着借条，上面清清楚楚写着借了13万元，另一方却矢口否认，因为钱不是她借的，而是她的丈夫借的，更难以说清的是，她的丈夫已经去世，无法对证了，这事听起来还真是让人难以断定。那么，孙士平的丈夫当初究竟有没有向管德时借过这笔钱？他借来的这笔钱又是干什么用的呢？

“家事法苑”团队奉献

孙士平家住金湖县金北镇。原本拥有一个幸福美满的家庭，儿子杜泽东高中毕业后开始到外地打工，2004年，儿子杜泽东娶妻生子。杜泽东说，婚后他和妻子两个人用多年打拼攒下的积蓄在金湖县城买了一套房子。由于杜泽东跟妻子常年在外打工，孙士平就挑起了照顾两个孙女的担子，长期居住在县城。

孙士平的丈夫杜先万则一个人留在乡下，打理着家里的鱼塘，有时也在外面贩卖树木。虽说经营方面偶尔需要资金周转，但收入还算稳定。

管德时是饲料经销商，经常挨家挨户的找养殖户推销饲料。管德时说，2010年他在一个朋友的介绍下认识了杜先万，杜先万家里有三个小鱼塘，需要管德时供应饲料。

2015年农历10月的一天，天空下着小雨，杜先万到县城跟孙士平一起吃午饭，午饭后，杜先万便独自一人回了乡下的家，然后像往常一样开着载满树的拖拉机去市场贩树，雨天路滑，在去贩树的路上，杜先万突然遭遇不测。拖拉机翻到了，上面的树木砸到了杜先万的头部导致死亡。

事发后的第二天，附近的村民发现情况后打电话给孙士平，孙士平在得知丈夫去世的噩耗后，整个人几乎都要崩溃了。她没想到的是，在县城吃的那顿午饭竟成了她和丈夫杜先万共进的最后一顿饭。

儿子杜泽东得到父亲去世的消息后，立马租车，从外地快马加鞭的赶回。杜先万的去世给整个家庭带来沉重的打击。就在孙士平还沉浸在丧夫的悲痛中难以自拔，杜泽东忙着处理父亲后事的时候，管德时突然找上门，要让他们立即还钱。你可以想象当时孙士平会有什么样的情绪。那么，杜先万是不是真的向管德时借过钱呢？

对于管德时这个人，孙士平并不陌生，丈夫杜先万在世的时候，管德时是他养殖的三个鱼塘的饲料供应商。但是对于这笔钱，孙士平并不承认。

孙士平说虽然家里的经济由杜先万掌管，但如果有大的开销，杜先万一定会跟她及时沟通，十多万元钱可不是个小数目，丈夫不会瞒着她偷偷问别人借钱，况且以家里的经济条件是不会借那么多的钱。

据管德时讲，这笔借款确实是杜先万向他借的，并且亲笔签下了这张借条。他记得当初在给杜先万提供饲料的时候，有一天杜先万突然找到他并提出，他儿子想在上海办家服装厂，急需资金周转，想借些钱。

对于当时的情景，管德时说记得很清楚，甚至连杜先万坐在哪个位置他都记得。

管德时说，他当时并不想借钱给杜先万，因为他们刚认识不久，而且15万元对他来说是一笔巨款。但是，杜先万的一番话又让他有点动心，管德时答应给一分的利息。

一分的利息，指的是一个月有1%的利息，一年15万，光利息就能拿到1.8万元。这样的诱惑让管德时心里有些动摇，这时候杜先万又说，他承诺在9月1日就按时把钱还给管德时。

管德时说，经过一番商讨后，他和杜先万达成了一致，同意借给杜先万15万元。但是当时他身上只有14万的现金，是刚收回来的饲料款，然后他又去银行取了1万元，把凑齐的15万一次性交给了杜先万。并当场让杜先万写下了一张借条。那么，当初这15万元是不是真的借给了杜泽东办服装厂了呢？

对于管德时说的把钱借给他办厂用的说法，杜泽东坚决予以否认，杜泽东说，他的确曾经和亲戚在上海共同开了一家服装厂，但是他没有跟管德时借过钱，也没用过那么多的资金。当时办厂用了11万元，自己手里有5万元，父亲在亲戚帮助凑了几万元。

据杜泽东介绍，服装厂经营期间因为和亲戚闹了点小矛盾，几个月后他就把服装厂盘给了亲戚做，然后还掉了开服装厂借来的钱。

杜泽东说，合伙开厂没有太大的压力，不需要太多的资金，除此之外，自己借钱办厂的时间和管德时说的一点儿都不吻合。自己办厂是在2010年农历8月18开业的，而借条上的借款日期是2011年5月。

管德时说，事情过去太久，借条又是在每次还利息时重新打的，最初的那张借条已经不在，所以，当初第一次借款的具体日期他已经不记得了。

管德时说，他记得是在杜先万儿子办厂那一年把钱借给杜先万的。到2014年，杜先万已经还了2万元的本金，所以他又让杜先万重新打了一张13万元的借条，这是他最后一次打的一张借条，上面写的日期是2014年7月22日。

但是对于管德时的这种说法，杜泽东说不可信，因为10多万的借款是一笔巨款，这么大的一件事，管德时为什么会记得当初他父亲去找他的情形，却记不住是哪一年哪一天呢？

为了证明当初他确实把钱借给了杜先万，管德时说，他曾经向他家的邻居王先生打听过杜先万的为人。从邻居

的口中，管德时对杜先万有了进一步的了解。从而决定借钱给他。那么，管德时的邻居是否真的了解当时的情况呢？在对管德时邻居的录音采访中，这位邻居讲述了当初的情景。

管德时的邻居王先生说他只知道有借钱这么回事儿，具体到杜先万借了多少，之后又还了多少，他就不清楚了。

孙士平说，借10多万元这么大的事，她作为杜先万的妻子都不知道，外人怎么可能清楚呢？而且这笔借款也没人担保。

而且，孙士平仔细看了管德时拿出的借条，感觉这张借条有些不对劲。据杜家人讲，杜先万生前比较爱喝酒。他们推测借条极有可能是趁杜先万酒后不清醒打下的。

孙士平说，在和管德时沟通交涉的过程中，管德时逐渐变得着急上火，甚至开始威胁人，说他黑白两道都认识人。

情急之下，孙士平说，她赶紧求助娘家人，这才没有造成被打的局面。管德时却说，他从来就没有威胁过杜家的人。

杜先万生前到底有没有找管德时借过钱？这借条究竟是怎么来的呢？管德时和孙士平他们是各说各有理，让人难以辨别。孙士平说杜先万生前从没跟家人提起过有这么一大笔借款的事情，管德时又偏偏选择在杜先万去世后才上门要钱，这会是巧合还是别有用心呢？在孙士平看来，管德时的举动明显是在趁火打劫。因为杜先万生前曾经还出过一次车祸，但是那一次，管德时并没有上门讨债。

孙士平说，2015年的正月，杜先万出过一次车祸，经过及时的抢救和住院治疗，杜先万得以康复，杜家人说杜先万住院期间管德时从没有出现过。

采访中，管德时说，在杜先万住院期间，他也多次催促杜先万尽快还款，只不过是通过电话的方式来催要的。

管德时说，当时杜先万在电话中再一次作出了承诺，保证三年之内还清欠款。

孙士平说，管德时除了握有一张杜先万签名字的借条之外，还有一张一万多元的饲料欠款。对这笔欠款孙士平也觉得蹊跷，因为丈夫从来都是做生意从来都是一手钱一手货，饲料钱肯定已经结清了。

但是，管德时说杜先万没有还清过饲料款，不仅如此，杜先万原先答应在9月1日把本金还给他的承诺也没有兑现。

据管德时回忆，杜先万借过钱后，按时还了两年的利息三万多元，这也让管德时像吃了定心丸一样放心。但是，一段时间后，管德时的生意急需资金周转，这才开始催杜先万还钱。

管德时说，关于借款杜先万的家人也都是知情的，意想不到的是杜先万还没还完钱，却出了意外。好心解了杜先万家的燃眉之急，杜家人不仅没有心存感激，反而翻脸不认账，管德时为之感到恼火。如果按管德时所讲的那样，杜先万家似乎是有些不对，真是这样吗？

杜先万的家人讲，杜先万在世的时候做事很仔细，每一笔账都会记录在册。杜先万去世后不久，杜泽东拿着杜先万留下的账本，用自己的积蓄还有杜先万遗留下的一万多元，挨个儿还清了账本上的每一笔钱。

杜泽东说，父亲账本上的欠款都及时还清了，可是，查来查去就是没有管德时说的这笔钱。在杜先万的银行卡交易记录里，杜泽东发现了父亲给管德时转账3.5万元。

杜家人一致认为，杜先万转给管德时的这笔钱肯定就是生意往来过程中的饲料款。但是，管德时却说这笔钱是利息。管德时说杜家人是承认欠钱的，现在就是赖着不还。之所以会这么说，是因为自己手上有一份重要的录音。在这份录音里，杜泽东承认欠饲料钱，说现在没钱，两三年内还清。

管德时说，这段录音是他自己录的。为了尽快追回这笔债，管德时在跟杜泽东谈话的过程中，把他们的谈话内容悄悄录了下来。管德时认为，杜泽东在这段录音中承认了是欠他钱的，他觉得有了录音，他很快就能拿到自己的这笔钱，但是杜泽东表示，他在这段录音中并不是承认他家欠管德时的钱，而是说回去查一下账目再说。

管德时多次催要无果的情况下，一纸诉状把孙士平和杜泽东起诉到法院。要求孙士平偿还其丈夫杜先万生前所借的13万元及利息2.6万元，以及饲料欠款1.738万元。同时，管德时认为，杜泽东在其父杜先万去世后明确表示他父亲所借的13万元由其偿还，所以杜泽东要对其父所借的13万元承担偿还责任。2016年4月，江苏省金湖县人民法院开庭审理了这起特殊的民间借贷纠纷案。

庭审中，孙士平首先对借条的真实性提出质疑，认为这张借条不是她的丈夫杜先万所签，那么借条上的笔迹究竟是不是杜先万本人所写呢？经过司法鉴定，借条和欠条上字是杜先万本人书写。

在法庭上，针对原告提出的 13 万元的借款，孙士平认为自己不应该承担还款责任。那么，孙士平到底该不该对这 13 万元的借款承担还款责任呢？

法院经审理后认为：被告孙士平在与杜先万夫妻关系存续期间前后五年在金湖县城服侍孙子，家庭经营活动大多是杜先万一人操办，即杜先万生前从事承包鱼塘养鱼、贩卖树木和农田种植等经营活动，被告孙士平没有参与或进行过问。杜先万生前借原告 13 万元属其与被告孙士平夫妻共同债务。

此外，原告管德时认为被告杜泽东在其父亲杜先万去世后明确表示他父亲所借的 13 万元由其偿还，所以杜泽东应该对其父所借的 13 万元承担偿还责任。那么，杜泽东是否该对这笔欠款进行偿还呢？法院对电话录音内容进行了仔细的甄别，认为杜泽东对还款期限、还款金额没有明确的意思表示，而是持有一种怀疑的态度。

2016 年 12 月，江苏省金湖县人民法院作出一审判决：被告孙士平偿还原告饲料款 17380 元，借款 111380 元，利息 8242.12 元，以上合计 137002.12 元。被告杜泽东连带偿还原告借款 10980 万元。

一场民间借贷引发的纠纷，给两个家庭造成了不同程度的影响，管德时原本想从中赚取利息，却险些血本无归，孙士平和杜泽东在家庭遭遇变故期间被官司缠身，如今还要面临赔偿，或许会感到有些委屈。对于大额借款，最好不要使用现金支付，尽量采用银行转账等有转账凭证的支付方式，充分掌握证据。另外，出借人应当注意尽量完善手续，比如要求夫妻双方共同签字、夫妻双方在场时交付钱款、在借据上注明借款用途等等，以充分保障自己的权利，避免发生不必要的麻烦。

奢望的“常回家看看”

2017-01-21 民主与法制时报 李卓谦

自 2013 年 7 月将“常回家看看”写入法律以来，各地法院陆续审理了一些类似案件，不过执行情况并不被看好。

□ 本报记者 李卓谦

春节即将到来，很多在外工作生活的人们都开始计划返乡，与父母亲人一起过年。对于一些人来说，只有每年的春节才能有机会回到家乡看望父母，甚至有一部分人，因为各种原因，已经连续多年都没回过老家了。

随着外出“谋生活”的年轻人越来越多，自然就产生了大批的“留守父母”，对于这些常年也见不到儿女的老人来说，逢年过节，孩子们能“常回家看看”成了他们内心最大的渴望。

2013 年 7 月 1 日，新修订的《老年人权益保障法》正式实施，其中第 18 条规定：家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。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。这被认为是将“常回家看看”写入法律。

新法施行后，各地法院陆续接到一些类似案件，不过执行情况并不被看好。

为要“亲情”上法庭

家住安徽的张老太年轻的时候收养了陈某为养女，陈某长大后去合肥打工，也一直挺孝顺。但是在一次因家务事引发争吵后，赌气离家的陈某便对张老太不闻不问了。

张老太年事已高，饱受疾病之苦，丧失劳动力后生活十分困难，与陈某关系闹僵之后，更是感觉非常孤独。于是张老太前往法院起诉养女陈某，要求法官判令陈某不仅要赡养自己，还要常回家看望自己。

法官将张老太的想法告诉陈某后，陈某表示自己没什么文化，只能靠打工维持生活。经常回家看望老人，不论是金钱上还是时间上，都不太现实，另外单位也不允许经常请假。

最终，经法官耐心调解，陈某认识到了“父母并不在乎儿女给自己多少物质上的帮助，但是一句关心、一个电话对父母来说，往往价超万金”的道理，她表示不管怎样困难，都会经常回家看望母亲。最终，母女俩和好如初。

尽管多位法官均表示，自 2013 年 7 月 1 日新《老年人权益保障法》实施后，法院陆续接到过老人要求子女常回家探望的诉讼请求，很多时候都能通过调解使双方达成谅解。不过也有一些案件还是做了判决。

家住北京的尹大爷育有四子两女，在老伴去世、自己年事已高的情况下，两个女儿却很少来家中看望，即使前来，也只是象征性地“转两圈就走”。因认为两个女儿没有尽到赡养义务，尹大爷将她们起诉至法院，不仅要求法院判决两女儿支付他 19 年来的赡养费以及将来的养老费，还提出了“精神赡养”的要求，即两人要每星期前来看望自己一次。

两个女儿都表示，自己一直在支付老人的赡养费，但“常回家看看”确实难实现，因为两人都有各自的家庭需

要照料，需要替儿女照顾孙辈，经常去老人家中探望确实无法保证。

法院审理后，判决两女儿每人每月支付老人养老费、医药费、生活费等上千元，并且每月看望尹大爷一次。

尽管做了判决，但是法官表示，作为法官所做的判决只能约束行为的最低限，但无法约束道德层面的问题。依据法律作出要求子女探望父母的判决并不难，但要想将探望的判决执行下去，是很难实现的。

湖南万和联合律师事务所李健律师对民主与法制社记者表示，虽然法律规定应当经常看望或者问候老年人，但并未明确规定违反本法第18条的法律责任。因此很难形成强制性法律约束力。

“由于家庭成员一般都是老年人的近亲属，看望老年人本是家庭成员的最基本的伦理道德。如上升到法律责任，由于近亲属之间的血缘关系，将很难执行到位。”李健说。

判决容易执行难

为何“常回家看看”遭遇执行难？陕西泾渭律师事务所雷俊华律师认为有以下几个方面的原因。

首先，这部法律及其上位法《宪法》中并未对主体，也就是“家庭成员”进行明确定义。针对本法来说，对“家庭成员”最狭义的理解应该是指子女。司法实践中还可能包括广义的孙子女、外孙子女、兄弟姐妹等等。

其次，这部法律本身并未对“经常”一词进行明确定义，什么样的频率或者次数算“经常”。单从频率和次数层面分析，如果说每年只有一次，通常理解是不属于“经常”的，但如果两次、三次呢？这就有了争议。

再次，法条所规定的是“看望”或者“问候”，所规范的主体可以在“看望”与“问候”中选择，即为尽到法律义务。那么可以思考，“问候”必须是当面问候吗？电话问候、微信问候或者视频聊天问候是否可以？答案应该是肯定的，只要是问候，都属于履行法律义务。

因此，雷俊华认为，把《老年人权益保障法》中的部分条款总结为“子女要常回家看看”并不准确。他说，在司法实践中，要断定一个家庭成员是否履行了该条款的法律义务经常看望或者问候老人，也确实存在争议，难以操作。

“退一步讲，即使我们能够判断某子女存在违反该规定的情况，也难以对其进行处罚。因为一般情况下，我们认为法律规范是由假定、处理、制裁3部分构成。而就本条款来说，并没有制裁部分，也就是说没有对应的强制措施。所以这一法律条款的意义，可能更多的是指引作用。”雷俊华说。

他还认为，不应该仅仅把法律条文作为待人接物的标准，中华民族传统文化中的“孝道”，其层面远高于法律条文。孝，原本就是一个道德问题，在这个问题上，不要因为法律的原因去做或者不做什么。孝敬老人、常陪伴老人，更多的是需要人们发自内心的自我约束。

对此，李健律师也建议，对老年人的孝道更多还是从道德上去倡导，需要整个社会形成一股爱护老年人的风气。

■延伸阅读

叶敬忠：孝道只有真实才有效

□本社记者 李卓谦

养老是老年人晚年生活幸福的重要保障，在我国，家庭养老是传统养老的基本形式，中国农业大学人文与发展学院院长叶敬忠对民主与法制社记者介绍，养老的内容主要包括三个层次，即经济供养、生活照料和精神慰藉。这三个层次既包括了生活关怀，又包括了物质和精神上的赡养。家庭成员应当关心和照料老年人。作为主要赡养人，老年人的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义务，照顾老年人的特殊需要。

“不孝之养”矛盾突出

老人与子女之间空间距离的拉大和共同生活时间的减少，使得子女在对留守老人的经济供养、生活照料和精神慰藉方面产生了难以兼顾的矛盾。

叶敬忠认为，在此情况下，子女对老人的赡养更多表现在经济供养上，而对父母的心理慰藉往往无法顾及。

“子女认为外出务工可以在物质上给留守老人带来较大的帮助，同时老年人自身主动追求精神赡养的意识也比较缺乏。这导致了家庭普遍出现的‘不孝之养’现象，即老年人的物质供养在一定程度上得到保证，但儿女忙于工作，由于时空限制，子女除了给父母钱物之外，没有时间和条件回家看望父母或与父母一起说话交流，父母无法获得儿女亲情的滋养和精神的慰藉。”叶敬忠说。

2013年7月1日新修订的《老年人权益保障法》正式实施。其中规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。

“家事法苑”团队奉献

叶敬忠认为，这一法规的意图和出发点当然毋庸置疑。但是，若考虑无数个农村普通家庭的现实，考虑法律在行为与情感规制方面的区别，不难想象，这样的“常回家看看”法律，执行效果很难达到立法者的预期。

据中国农业大学的一项调查显示，近70%外出务工子女能够认识到自己外出对父母精神慰藉方面的负面影响。很多务工人员认为对留守老人的负面影响主要是精神孤单：“没人说话，尤其逢年过节老人更是感觉孤独寂寞。儿女都走了，就剩老人自己在家，肯定很孤单。”也有一些务工者认为子女外出会增加父母的心理负担，因为父母总会担心外出子女的安全、健康，还时常思念子女。尽管如此，近95%的留守老人仍支持子女外出务工。

叶敬忠认为，任何人都不能站在道德的制高点，去指责外出务工的子女对老人赡养的失责。其实，绝大多数外出务工的子女都比其他人更加关心和惦念留在家乡的父母。

农村经济因素

在现实的条件下，大量农村青壮年仍然选择离开年迈的父母而到城市寻找工作。叶敬忠认为，农村青壮年外出务工主要是经济上的原因：一部分家庭面临巨大的生计压力，外出务工是唯一的谋生手段。这些家庭或是人均耕地少、农业生产收益低但又缺少其他收入来源，或是家庭成员（尤其是家中的父母）常年患病，医疗费用高、负担重，唯有外出务工才能维持家庭基本的生活保障；一部分家庭因为子女上学花销太大，需要靠父母外出务工挣钱为子女积攒将来的教育费用，供子女上学读书。

据中国农业大学的调查发现，当问及为什么外出务工时，得到的回答更多的是“不得已”“没办法”，而不是对城市生活的单纯的向往。很多被访者谈到，“不出去打工吃什么，喝什么，老人生病了怎么治”“哪里都要用钱，不出去没有进项”“如果在家里能挣到钱，谁愿意出去打工”，等等。

叶敬忠说，虽然外出务工已经成为农村青壮年的主要生活方式，但是，应该看到这一现实背后的经济因素，那是一种“经济力量的无声强制”，是不得已的非自由选择。

“外出务工的子女是家庭的顶梁柱，要肩负起全家的生计来源。他们不是不想回家看望老人或与老人共同生活，但是这种共同生活往往要以一家人的生活水平和经济收入陷入困境为代价。因此，他们不得不从现实出发，做出他们认为更理智的选择。倘使还有其他选择，哪个子女不希望陪伴自己的亲生父母？在此情况下，过分责备子女未尽责，过分强调老人的精神赡养权，或许会将留守老人的家庭生计推向更艰难的境地，这未必是老人们所期待的。”叶敬忠说。

法律无法改变人的思想

叶敬忠认为，法律往往只能规制人的行为，但无法改变人的思想，更无法对人的情感产生太多效力。说到底，“精神赡养”主要涉及的是对老年人的情感支持和心理慰藉问题，可以理解为中国文化中的孝道。对于孝道和情感滋养，只有真实的才是有效的。而真实的情感、心理和孝道，也许并非通过明确的法律法规就可以实现的。

“试想，即使子女按照新法规的要求‘常回家看看’了，若没有发自内心的情感驱动，老人能够真正获得精神的慰藉吗？或者无论是子女还是老人，都不希望因为‘常回家看看’的要求而影响家庭的生计维持，这样表面上的‘常回家看看’又会给老人和子女带来多大的精神负担呢？”叶敬忠说。

他解释道，并非否定“常回家看看”的必要性，但是若在没有家庭生计的巨大压力之下，在老人与子女均有发自内心的情感驱动时，这样的精神慰藉才是老人最需要的。

对于农村社会来说，叶敬忠认为并非在所有方面都要把法律法规推到农村社会管理的第一线，也并不要指望农村社会的任何问题都通过法律法规来加以解决。“互相理解”“互相包容”和“互惠互助”终究是一种成本最低、效果最好的农村社会的管理手段。否则，纵使处处高悬规章制度，也会出现“虽董之以严刑，振之以威怒，终貌恭而不心服”的结果。行之路应常伴法律思维。

其实，从网上抢票到踏上旅程再到回家团圆，春运路上，这些事又怎能与法律无关呢？

丈夫和他人办手续，妻子“被离婚”浑不知

2017-01-25 新浪新闻

丈夫和其他女子冒妻子名去办了离婚，妻子4年后才发现。婚姻登记处承认，当时未能发现到场女子不是身份证上的人，富平法院已判决撤销离婚证。

当事人：4年后才知已离婚

1月12日，富平居民李红（化名）说，她和丈夫结婚已经22年，刚结婚时家里很穷，后来两人合力打拼，事

业逐渐发展壮大，还育有一儿一女，本应生活美满。去年6月，她带孩子回老家，有人问起她和丈夫离婚的事情，让她起了疑心。随后，李红从富平县民政局婚姻登记处查询得知，早在2012年6月，丈夫和“她”已经办理了离婚手续。

“我根本就不知道这回事，后来看了离婚档案，但上面的照片不是我，字也不是我签的。”李红说，而和丈夫一起冒她的名去办离婚的女子，是夫妻双方的朋友。

李红提供的一份《离婚登记审查处理表》复印件显示，离婚原因为“感情不和”，提供证件材料包括双方的身份证、户口簿、结婚证、离婚协议书和声明书，审查意见为“符合离婚条件，准予登记”。登记日期为2012年6月3日，下方还附有当事人照片，后面还附有李红的身份证复印件，但仔细辨认后可以看出来，当事人照片中的女子与李红身份证上的照片并非同一人。

“发现这个问题后，我也不懂怎么去处理，一直在家照顾孩子。”李红说，后来她收到了法院的通知让出庭，她才知道丈夫将民政部门告上了法庭。

富平法院：判决撤销离婚证

在这起官司中，李红丈夫作为原告，将富平县民政局诉诸法院，要求撤销此前颁发的离婚证，李红作为第三人出庭。

判决书显示，富平县法院经审理查明，李红与丈夫于1999年2月21日依法登记结婚，2012年6月3日，其丈夫和冒充李红的另一人在婚姻登记处办理离婚登记手续，由另一人代替李红照相、签名，李红未参与登记。审理中，其丈夫、富平县民政局和李红均对另一人冒充李红办理离婚登记的事实无异议。

该院认为，其丈夫和冒充李红的另一人在婚姻登记处办理离婚登记手续，非李红真实意思表示，其丈夫明知而为之，应予以批评。富平县民政局在办理中未严格审查，造成离婚登记主要事实要件有误，离婚登记的主要证据不足，应该予以撤销。去年8月16日，富平县法院判决，撤销富平县民政局颁发给李红及其丈夫的离婚证。

婚姻登记处：当时没能识别出

1月12日，富平县民政局婚姻登记处主任任明武表示，当时的登记员觉得到场女子与李红身份证上的照片比较像，没有识别出不是同一人，才出现了差错。

“发现这问题后，也请示了省民政厅，答复是只能通过法律途径撤销。”任主任说，但民政部门不能作为原告，便与李红丈夫协商由对方起诉。事后，我们也做了相应的处理，对涉事登记员处分并调离，并要求所有登记员要对长相与身份证照片差别较大的办事人多次辨认和确认，防止再出现同类问题。

对此，陕西赛高律师事务所资深律师邓建军表示，李红丈夫与冒充妻子的他人办理离婚登记，对李红的权益造成了损害，李红如果作为原告是最合适的，但其丈夫作为原告起诉，也符合法律规定。如因冒名离婚造成严重后果，李红丈夫及冒名者应承担相应的法律责任。

版权说明：本文来自新浪新闻

大龄青年闪婚后闪离

法院：结婚切忌过于草率

2017-01-25 上海法治报 记者胡蝶飞 通讯员顾飞

本报讯 春节将至，不少父母又开始操劳起大龄子女的“终身大事”。张先生和周小姐就是这样经双方父母撮合后闪婚的一对。然而，婚后不久，由于缺乏感情基础，周小姐向法院提出离婚。最近，虹口区法院受理此案，调解准予离婚，张先生一次性补偿周小姐家电、家具购置款等共计30000元。

张先生在一家软件公司担任工程师，年过三十依然未婚，父母几乎每天都催着他去相亲。在张先生父母朋友的安排下，张先生认识了周小姐。二人性格迥异，张先生标准“宅男”一枚，周小姐却性格外向是个天生的“玩家”，双方很难找到共同话题。无奈双方父母对对方的工作、学历都比较满意，觉得两人十分般配，极力促成这段婚姻。

在父母再三的催促之下，张先生与周小姐决定遵从父母意见，认识不到两月后便开始谈婚论嫁，但二人私下约好婚后互不干涉，各自选择自己喜欢的生活方式。随后，两人举行婚礼，两家人大宴宾客。婚礼现场，看到自己的女儿终于找到了一生所托，周小姐的父母激动得流下热泪。

张先生和周小姐看似璧人一双，但其实他们的结合与其说是一场婚姻，倒不如说是一场盟约，一个试图利用婚姻的外衣来延续婚前“潇洒生活”的秘密约定。婚后生活一开始较为平静，但张先生渐渐开始渴望正常生活，便与周小姐商量，能否将婚前互不干涉各自生活的协定一笔勾销，从今以后好好经营小日子、再生个孩子。但周小姐却难

回心转意，她依然留恋于之前自由的生活状态，家里大事小事一概不问。张先生的一厢情愿落了空，情急之下将婚姻实情告诉了女方父母，周小姐恼羞成怒，矛盾很快升级成为两个家庭的互相指责，家庭大战触发，小两口的婚姻之盟也走到了尽头。2016年年中，周小姐在其父母的支持下起诉至法院，要求与张先生离婚，并要求补偿购置家电、家具款共计30000余元。

虹口区法院受理案件后，随即与张先生进行了电话联系，向其告知了周小姐的离婚请求，张先生在电话那头倒是显得十分平静。承办人旋即通知双方安排了一次面对面调解。调解当天，张先生与周小姐均表示双方的婚姻已经难以维系，对于离婚协商一致同意。但对于相关赔偿数额方面还存在分歧。抓住这一点后，承办人强调双方在这场“闪婚”“闪离”的婚姻闹剧中都存在过错，女方虽然出钱购买了部分家电，但是男方在办酒席、度蜜月上的开支也不小。双方在承办人有情有理有据的劝说下均心服口服，当场达成一致意见，最终这起离婚案件以男方一次性补偿女方购置家电、家具款30000元了结。（文中人物均系化名）

（六）公证专题

婚前财产约定协议公证问题初探

2017-01-09 江西公证网

随着经济社会的发展，人们的生活水平和生活质量不断提高。公民的私有财产不断增加，如汽车、房产、证券等高档财产逐渐增多，这就涉及到财产所有权的归属问题。根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第2条规定“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”。婚姻自由，既包括结婚自由、也包括离婚自由，在当今社会，由于人们的思想不断开放，在社会化的大环境下，有相当一部人向“钱”看，盲目追求高质量物质生活，固而导致离婚率不断上升。正因为如此，一旦遇到离婚夫妻之间的财产纠纷不可避免。为了维护夫妻双方的合法权益，婚前财产公证伴随而来。本文就办理婚前财产约定协议公证谈谈个人的肤浅认识，抛砖引玉，共同探讨。

一、婚前财产公证的法律问题。

办理婚前财产公证，必须清楚以下几个法律问题：

一是如何界定婚前财产。

婚前财产顾名思义，应该是结婚登记之前所产生的，男女双方各自所有的财产。如房产、汽车、证券等财产。这些财产必须是登记在男女双方各自的名下。例如，女方利用工作收入，购买了一套房产，在房屋所有权证的“所有权人”一栏中，必须记载该女方的名字，并在“共有人”一栏中记载“单独所有”否则无法确定房产权属该女方所有。又如一方父母为子女购买了一套房产，但房屋所有权证上仍然记载着父母的名字。尽管父母口头承诺该房产是给子女的，但仍不能认定该房产所有权属于子女的。所以我认为婚前财产的时间界定是以结婚登记为准，婚前财产的权属界定，若是须经登记的（汽车、房产、证券等）财产以实名登记为准；若不需登记的（家用电器等）财产，以实际使用占有为准。

二是对婚前财产公证的认识。

婚前财产公证是指公证机构依照有关法律规定，对未结婚的男女双方就各自的婚前财产和债务的范围及权利的归属问题，经协商达成协议的真实性确认。婚前财产公证有二种情况：一是未婚夫妻在登记结婚前就双方各自的财产和债务归属问题达成协议，申请办理公证。这是先办理婚前财产公证，后结婚的情况；二是夫妻双方在结婚登记后婚姻关系存续期间就婚前财产和债务的归属问题达成协议，申请办理公证，这是先结婚，后办理婚前财产公证的情况，我处主要办理前一种情况的公证。

三是办理婚前财产公证的法律依据。

《婚姻法》第十九条规定“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有，共同所有或部分各自所有，部分共同所有，约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。2008年4月23日中国公证协会第五届常务理事会第五次会议通过的《办理夫妻财产约定协议公证的指导意见》第2条规定“本指导意见所称的夫妻财产约定协议是指夫妻双方就婚姻关系存续期间所得的财产以及各自婚前财产的归属等事宜达成的书面协议”。这些法律规定和业务部门的指导意见就是我们公证机构办理婚前财产约定协议公证的法律依据。

二、婚前财产公证的法律意义

（一）有利于稳定家庭关系和财产关系

虽然《婚姻法》第17条、18条对夫妻共有财产和个人财产作了明确规定，界定了共有财产和个人财产的范围，19条又规定了夫妻双方可以对婚前财产的归属进行书面约定。在一般情况下，夫妻感情好、亲密无间书面约定可以起到约束作用。但当夫妻之间产生矛盾发生纠纷，特别是感情破裂时，往往有恶意行为的一方事先将书面约定藏匿或撕毁，在处理财产关系时，使对方无法举证，致使个人财产变为夫妻共有财产。婚前财产经公证后，完全可以杜绝此类问题的发生，即使一方将书面约定协议公证书撕毁，但公证处有档可查，能有效维护当事人的财产权益，为此可以是有恶意行为的一方消除故意毁损书面约定协议公证书的念头，有效稳定夫妻关系和财产关系。

（二）有利于处理婚姻财产纠纷

随着社会进步，人们的思想境界不断提高，晚婚晚育的理念逐步形成，许多年青男女在结婚前通过一番拼搏、提炼自身的素质，丰富人生经验，同时积累了一定的资金，有的买房、买车、买股票，有的还拥有外汇存款，有的接受父母大量财产的赠与，为今后生活打下了坚实的基础。但是在经济社会不断发展进步的同时，贫富悬殊越来越大，向“钱”看的人越来越多，不切实际盲目追求高质量生活，互相攀比摆阔的人越来越多，这种变化对一般家庭的稳定性造成了极大的威胁，深刻影响着人们的思想观念，主要表现为离婚率不断上升。在司法实践中，认定婚前财产、夫妻共有财产、夫妻个人财产或分割夫妻共同财产都是最棘手的问题，往往是双方争论的焦点。虽然《婚姻法》规定了夫妻双方可以对婚前财产和婚后财产进行书面约定，但随着时间推移，一纸书面约定很容易丢失，或毁损，在解决问题时还是没有依据。所以对婚前财产约定协议公证以及对夫妻关系存续期间所得的财产约定协议公证是解决婚姻案件中财产纠纷的有力证据。

（三）有利于提高婚姻当事人的法制观念

我们办理婚前财产约定协议公证的过程，就是进行法制宣传的过程；夫妻双方申请办理婚前财产约定协议或婚后财产约定协议公证的过程就是接受法制教育的过程。我们在办证中须向夫妻双方解释清楚《婚姻法》的有关规定，使他们清楚为什么要办理财产约定协议公证，办理该协议公证有什么好处，双方应如何履行该协议，教育他们在办理该公证后要注意维护夫妻感情、稳定夫妻关系、牢固树立家庭观念、注意夫妻和睦、家庭团结、夫妻之间要互谅互让、互敬互爱。我们曾接待过一对夫妇，彭某和李某，他们申请办理婚前财产协议公证，妻子李某始终不高兴，总认为丈夫彭某对她不信任，后经过我们对他们进行法制宣传解释，解开了她思想上的结，消除了对丈夫的误解，双方高高兴兴领取了公证书。

三、婚前财产公证存在的问题

一是思想观念陈旧。近几年来，我们虽然办理过一些婚前财产协议公证，但为数不多。婚前财产协议公证主要有二种情况：一种是男方的婚前财产约定给男方所有，女方的婚前财产约定给女方所有；第二种情况是将男方的婚前财产，如房子、车子、股票等约定给女方所有。办理第二种情况公证时女方很高兴，公证一帆风顺。但是我们在办理第一种情况公证时发现多数女方不太高兴，显得很无奈的样子，甚至流露出一不满意的语言。我们曾经接待过一对热恋中的青年男女，申请办理婚前财产公证。男方的父母为儿子结婚购买了一套140多平方米的房子，并已装修好了，还买了一辆小轿车，都登记在儿子的名下，但父母出于对财产的安全考虑，要求儿子说服未婚妻对婚前财产进行约定，并办理公证，未婚妻对男朋友的这种做法很不理解，虽然勉强来到公证处，但是没有解决思想上的问题，一直牢骚满腹，总认为男朋友爱的是房子、车子而不是妻子。自己在男友的心目中没有一点位子，如果这样结婚，以后的生活过得没有样子。住的房子是别人的，座的车子不是自己的，有寄人篱下的感觉，这样的生活有什么意思呢……，我们针对她的想法耐心仔细地开导她，告诉她：办理婚前财产协议公证不但不能说你男友心中没有你，而恰恰相反，是因为你男友爱你爱得太深，据我们的了解，你男友的父母都很喜欢你，因为你不但长得漂亮而且素质很高，他们担心你会抛弃你的男友。再说办理这项公证不仅仅是对你的考验，更是对你男友的考验。我问你：“你是否爱你的男友？你是否感受到你男友和他的父母都很爱你，喜欢你？”她说“是的，我爱他，他和他的家人都很喜欢我。”

我再问你：“你是爱你男友这个人，还是爱他的房子，车子和票子呢？”她说“我爱的当然是他这个人”。既然是这样说明你们的感情基础很好，所以我建议你把他当作一个没有房子，没有车子的男友，这样你不但能理解办理该公证的意义，且会生活的更踏实，更开心……。终于打开了她心中的结。把这一项快要流产的公证成功办理了。

二是法制观念不强。夫妻双方对婚前财产或婚后财产约定这是法律赋予婚姻家庭中夫妻双方的权利。但在离婚率不断上升的趋势下，夫妻双方不能很好地利用这一法律武器维护自己的财产权益，害怕影响夫妻关系，损害夫妻

感情，而不敢提出夫妻财产约定。

三是社会压力大。一种新生事物的产生，都会遭受到周围人的眼光，甚至受到非议。婚前财产公证也是一样。如果周围人知道某男某女未结婚就办理了婚前财产公证，必然当成一件新闻到处传播，认为是互不信任的结果。给未婚男女带来强大的社会压力。

总之，影响婚前或婚后财产约定协议公证的因素很多。但是随着经济社会的发展和人们生活水平的提高，建设法治国家的理念深入人心，人们的传统思想观念必将被新的、先进的思想观念所替代，过去那种传统的伦理型婚姻家庭关系必将逐步演变为开放的契约型婚姻家庭关系；原来那种寄人篱下的观念，必然被新型的社会主义法制观念所替代。相信在不远的将来，在社会主义法制思想指导下，申请办理夫妻婚前财产约定协议公证的人会越来越多。

二〇一六年十月十九日

萍乡家事公证调解促和谐

2017-01-19 萍乡市司法局

萍乡公证行业在办理继承遗产、夫妻离婚、分家析产等家事公证的过程中，充分发挥“预防矛盾纠纷 维护和谐稳定”的职能作用，积极运用公证调解的方式，有效化解矛盾纠纷，节约司法资源，维护家庭和睦，促进社会和谐。

例如，萍乡市赣西公证处办理继承权公证时，经常会遇到分配纠纷，继承人之间就遗产的分配问题争执不已，此时，公证员积极充当“调解人”，说理、说情、说事，引导当事人在法律范围内妥善解决纠纷，化解矛盾。

上栗县公证处办理离婚协议公证时，夫妻之间就子女的抚养、财产分配、债务偿还等问题会产生纠纷，公证员此时当起了“和事佬”，积极为夫妻讲清签订离婚协议时应充分考虑子女的感情、教育等问题，照顾弱势方的利益，和和气气离婚，顺顺利利散伙。公证员如果发现夫妻之间还存在和好的迹象时，会努力劝和，化解矛盾和纠纷。

夫妻财产约定那些事儿

2017-1-18 北京市国信公证处 马麟

近日，笔者接到一个夫妻财产约定的公证申请。一对夫妻，刚刚结婚1个月，要将原本作为夫妻共同财产的一处房屋，约定为男方单独所有（原因是这套房子的出资，全部来自于男方父母）。结果二人在交500元公证费时，产生了如下对话：

男：“公证费一人一半，每人250。”

女：“你才250呢，是你非要来办这个破事，钱也应该是你出。”

男：“不是在家说好的一人一半，又变卦了？”

女：“我没带钱，先欠着。”

男：“可以，那你先给我打张欠条，写明欠我250。”

女：“你有病吧！我不办了！”

说罢，女士张手撕掉本已签署完毕的夫妻财产约定，愤然离去，徒留男士尴尬地站在原地。

什么是夫妻财产约定

根据我国婚姻法第19条第1款前段的规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。”

因此，夫妻财产约定，需要满足如下条件：1. 须在夫妻关系存续期间进行约定，即二人在签订该财产约定时，是夫妻关系；2. 不能是完全的财产约定，即不能将一方完全单独所有的财产，约定为另一方个人所有；3. 须以书面形式订立，而不能采取口头等非书面形式。

夫妻财产约定与赠与合同的关系

假设，出现前文中所述第二点，夫妻其中的一方，将本方的财产，完全约定给另一方所有时，则在我国法律上，目前持主流意见的观点认为，该行为应视为赠与合同（当然，业内目前对于该问题存在争议，有学者及实务界人士认为，出现上述情况，仍然应当视该行为为夫妻财产约定的行为，适用婚姻法第19条第1款前段的规定），其支持的法律条文为婚姻法司法解释（三）第6条的规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第186条的规定处理。”

“家事法苑”团队奉献

以此条文为依据，一般而言，夫妻其中的一方，将本方的财产，完全约定给另一方所有时，应当视为一方将自己的财产，赠与给另一方，适用我国合同法第 186 条关于赠与合同的撤销条件的条文进行处理。

夫妻财产约定与婚前财产约定、离婚财产分割协议的区别

笔者认为，夫妻财产约定与婚前财产约定、离婚财产分割协议之间的区别，有如下 3 点：

第一，约定的开始时间不同。

如无特殊情况，一般而言，夫妻财产约定的开始时间为夫妻关系存续期间；婚前财产约定的开始时间为登记结婚之前；离婚财产分割协议的开始时间为即将离婚之时或离婚之后。

第二，约定的生效时间不同。

如无特殊情况，一般而言，夫妻财产约定的生效时间为签字之日起生效；婚前财产约定的生效时间为登记结婚之日起生效；离婚财产分割协议的生效时间为离婚之日起生效。

第三，约定的财产范围不同。

如无特殊情况，一般而言，夫妻财产约定所约定的财产范围，可以是夫妻双方的共同财产，也可以是其中一方的婚前个人财产；婚前财产约定所约定的财产范围，为其中一方的婚前个人财产；离婚财产分割协议所约定的财产范围，为夫妻双方的夫妻共同财产。

夫妻财产约定与遗嘱的关系

笔者在实践中，常常遇到再婚夫妻（特别是再婚老年夫妻）在订立夫妻财产约定时，除了前述内容外，还要求在其身故后，将属于各自个人财产的部分留给各自子女所有的内容。那么，该内容写入夫妻财产约定是否妥当呢？笔者认为，此类做法欠妥。

首先，根据我国继承法第 16 条的规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”顾名思义，遗嘱是立遗嘱人对于本人财产的一种身故后的事前安排制度，其所指向的法律关系，是立遗嘱人的一种单方行为，而非夫妻财产约定的一种双方合意意思表示的法律关系。因此，二者的法律关系不同。

其次，根据我国继承法第 20 条第 1 款的规定：“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。”因此，立遗嘱人有权变更或撤销自己所订立的遗嘱，而如果出现遗嘱性质的夫妻财产约定，则不便修改。同时，我国立法虽无禁止性规定，但确实不倡导订立共同遗嘱（外国立法中，如《日本民法典》《埃塞俄比亚民法典》中，都明确规定，订立共同遗嘱无效），因此，夫妻财产约定中不宜出现遗嘱性质的内容。

夫妻财产约定作为一种西方舶来法律文化制度，和中国传统的“大家庭”观念有着一定的差距。但是，随着现代社会的不断发展，法治社会的不断进步，从身份到契约必然是一种趋势。夫妻财产约定作为一项重要家事法制度，也必将在中国深入人心，不断飞速发展。

一份德国公证遗嘱引发的感悟

2017-01-23《中国公证》杂志 2016 年第 6 期 四川省成都市龙泉公证处 李全一

近日读《德国继承法》一书[1]，偶然发现作者于其中节录有一份相对完整的公证遗嘱样本，细品之，回味无穷。于是抄录于下，与同仁分享。同时，一并附上自己的读后感，以就教

[1]本公证遗嘱录自[德]安雅·阿门特-特劳特著：《德国继承法》，李大雪、龙柯宇、龚倩倩译，法律出版社 2015 年版，第 132~136 页。原文无注释，文中之“注”为笔者所加。

一、一份完整的德国遗嘱公证书

“柏林遗嘱”[1]

——公证文书的起始句——

1、某先生，某年某月出生于某地（户籍登记地……，出生登记号……），其父母的姓名是……，与

2、他的妻子，某年某月出生于某地（户籍登记地……，出生登记号……），其父母的姓名是……，共同居住在……

（下文称“配偶”）

他们各自出示身份证证明了身份，公证人征得他们同意后对身份证进行了复印。

公证人在确信配偶双方具有无限制行为能力和遗嘱能力之后，向他们宣布了以下内容并做成了公证文书。

“家事法苑”团队奉献

[1] “柏林遗嘱”，即德国柏林州通行的遗嘱公证书格式。

共同遗嘱

第1条 前言

配偶双方首先表示：

我们于……（何时）在……（何地）的户籍官员前缔结了双方的第一次婚姻，婚后采用法定财产制。[1]我们在婚姻存续期间孕育了1个共同的子女，我们的儿子……于……（何时）去世，留下3个婚生子女某某、某某和某某，至今未成年。

我们双方都没有单方子嗣。

迄今为止，我们双方都没有做出过死因处分，[2]尤其是没有做出过有拘束效力的死因处分。迄今为止，我们也没有实施过其他具有继承法意义的法律行为（如抛弃特留份）。

最后，我们都是德国公民，双方都仅在德国有居住地，双方都没有外国财产。我们双方都没有参股，尤其是没有不可继承或者被限制继承的股份。[3]

第2条 废止/撤回现存的死因处分

为了谨慎起见，只要法律允许，配偶一方或者双方迄今为止所做的所有死因处分都全部废止或撤回。

第3条 继承顺序

（1）配偶双方相互指定对方为单独的完全继承人。

（2）配偶双方的替补继承人[4]和最终继承人是他们共同的孙子女某某、某某和某某，他们各继承1/3。孙子女中的一个或者多个去世后由他们各自的直系晚辈血亲根据法律继承顺序的规定代位继承，全部代位继承时适用继承份额增加原则。

先死一方配偶去世后，如果在继承开始时对该配偶享有特留份权利的直系晚辈血亲（或者负责处理其财产的其他人以他的名义）提出基于特留份的请求权或以及主张特留份，[5]并且该请求权得到全部或者部分履行的，则该（多个）血亲在最后一方配偶死亡时视为已全部丧失继承权，他们既不能通过其他处分也不能通过法定继承顺序成为继承人。丧失继承权所产生的好处归入最后死亡一方配偶的意定或者法定继承人，相关血亲在最后一方配偶死亡时视为已全部死亡。只要能够证明主张特留份请求权是经过生存配偶同意的，上述特留份惩罚条款就不生效力。

第4条 遗赠

（1）第3条第1款中关于继承顺序的规定在所有当事人之间都具有继承合同上的拘束力。

（2）第3条第2款中关于继承顺序的规定在各处分人与（其直系晚辈血亲）从处分中获利的共同子女之间具有继承合同上的拘束效力。

本文书第3条第2款中被指定为替补继承人和最终继承人的某一共同孙子女死亡且其母亲成为其法定继承人的，则该孙子女的遗产被以下遗赠回复负担：该孙子女死亡后，他从配偶双方所继承的仍然存在的所有东西须进行遗赠。受遗赠人是配偶双方的其他共同孙子女。一个或者两个孙子女已经死亡的，相关孙子女的直系晚辈血亲按照法定继承顺序所规定的份额和其他规定分别代位继承。全部代位继承时适用增加原则。在上述条件下两个共同孙子女同时死亡或者相继死亡的，准用相关规定。

第5条 相互依存关系

（1）依照本文书的第3条第1款，妻子被丈夫指定为单独继承人并且丈夫也被妻子指定为单独继承人的，则他们处于一种相互依存关系（《民法典》第……条）。

（2）本文书的其他死因处分都不是相互依存的。

第6条 根据《民法典》第……条进行指示

配偶双方根据《民法典》第……条指示，3个未成年孙子女的母亲，……女士，在每个孙子女成年之前享有对他们的单独照顾权，她被完全排除管理3个孙子女从任何一方配偶所继承的财产，尤其是有关特留份方面的财产。他们知道，在这种情况下应当根据《民法典》第……条选任补充保佐人。他们根据《民法典》第……条提名……先生为补充保佐人。为该补充保佐人的利益，配偶双方指示免除《民法典》第……条至第……条所称的义务（《民法典》第1917条第2款第1句）。

第7条 解除婚姻；另一方配偶在世时撤回

先死的一方当事人死亡之前解除婚姻的，以及在《民法典》第 2268 条规定的其他情形中，本文中所有的死因处分，无论是不是相互依存的处分，都不生效力。一方配偶在另一方配偶在世时根据《民法典》第……条有效撤回其单独继承人指定的，亦同。

第 8 条 附则

- (1) 各方当事人均持有一份本文书的公证件。
- (2) 本文书将由公证人提交某地的初级法院进行官方保管。公证人的文书辑录中保留一份公证件。
- (3) 做成公证文书的费用由双方配偶各承担一半。丈夫的财产为……欧元，债务为……欧元。妻子的财产为……欧元，债务为……欧元。本文书中的法律行为不以上述价值为限。

第 9 条 说明[6]

公证人已向当事人就以下事项作出了说明：

- (1) 相互指定为单独继承人的法律后果和意义；
- (2) 本遗嘱的拘束效力不会限制配偶双方在有生之年以其他法律行为对其财产进行处分的权利，这种处分的相关继承人仅在《民法典》第……条和特留份法相关规定的框架内受到保护；
- (3) 所谓特留份惩罚条款的意义和法律后果；
- (4) 生命保险合同指定有继承权之外的其他人为受益人的，合同中的请求权转移给该权利人，并产生与此相联系的法律后果。

——公证文书的结尾句——

[1]根据《德国民法典》的规定，“财产增加额共同制”为法定夫妻财产制（始于 1958 年 7 月 1 日起施行的《男女平权法》）。其原则是：配偶双方各自的财产不成为共同财产，而是继续归各自所有。在婚姻存续期间所取得的财产，仍是取得财产的一方的财产。但是，如婚姻因离婚等原因而被解除，则将双方在婚姻存续期间所获得的财产增加额加以均衡。在至少分居 3 年的情形下，即使没有离婚，但根据一方的请求，也可以提前将双方在婚姻存续期间所获得的财产增加额加以均衡（德国民法典第 1385 条）。在其他一些情形下，也可以提前将双方在婚姻存续期间所获得的财产增加额加以均衡（德国民法典第 1386 条）。值得注意的是，财产增加额共同制中的“共同”的字样容易引起误解，让人觉得配偶双方的财产是共同的。但实际上，在财产增加额共同制中，只要婚姻存续，双方的财产就仍归各自所有，仅在婚姻因离婚等原因而被解除时才实行财产增加额的均衡，即财产增加额较多的一方，将自己的财产增加额超出另一方的财产增加额之数额的一半给予另一方（见德国民法典第 1378 条第 1 款）。这一法定财产制的逻辑结果是：从业并挣钱较多的配偶一方，如果想要离婚，必须付出经济上高昂的代价。财产增加额请求权的立法目的，在于确保在婚姻存续期间所挣得的财产利益对双方同样有好处，尤其有利于保护不在外工作而在家料理家务的一方，因为该方实际上通过主持家务也为财产的增加做出了贡献。参见陈卫佐译注：《德国民法典》（第 4 版），法律出版社 2015 年版，第 442 页以下。

[2]“死因处分”，即以行为人死亡作为生效要件的处分，如遗嘱处分、遗赠处分等。在德国法上还包括继承合同的处分。

[3]按照德国公司法理，股东可以以章程约定来限制继承。我国《公司法》第 76 条后段的规定，即为这一意思。

[4]替补继承人，又称为候补继承人、补充继承人或再指定继承人，是指遗嘱中所指定的继承人不能继承时由其继承遗产的继承人。德国法上有这一制度，我国继承法未明确规定替补继承人制度。参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 121 页。

[5]根据德国民法典的规定，特留份权利人包括：被继承人的晚辈直系血亲、父母和配偶。当这三类人被遗嘱处分排除在继承顺序之外时，他们都可以向继承人请求特留份。德国法上规定的特留份，为其法定继承份额的一半。可参详《德国民法典》第 2303 条～第 2338 条。

[6]德国公证人法和证书法上的“说明”，是公证证明中的一项基本原则，公证人必须遵行。这有些类似于我国公证法上的告知义务，是一项法定的必须履行的义务。如《德国证书法》第 17 条规定：“公证人应了解当事人的事实意愿、澄清事实，向当事人说明公证事项所涉及的法律，在笔录中，清楚准确地记录当事人的意思表示。公证人应注意避免错误和疑义，不使无经验的和老实的当事人受到损害。对事实是否符合法律或对当事人的真实意愿有怀疑时，公证人应与当事人交换意见。公证人若怀疑事实，而当事人坚持要求公证时，则公证人应在笔录中加以

说明并注明当事人对此所作的陈述。”《德国证书法》第 20 条规定：“办理地产出让公证时，公证人应向当事人指出并在笔录中注明是否存在法定的优先购买权。”参见司法部律师公证工作指导司编：《中外公证法律制度资料汇编》，法律出版社 2004 年版 701~702 页。

二、几点感悟

这是一份完整的德国柏林州公证遗嘱样本，同时也是一份夫妻共同设立的公证遗嘱文书样本。关于夫妻共同遗嘱，大陆法上有两种截然不同的观点和立法例，法国等国的民法典禁止采用夫妻共同遗嘱形式，[1]认为遗嘱只能个人单独设立；而德国、瑞士等国则允许设立共同遗嘱。[2]我国继承法对是否可以设立夫妻共同遗嘱没有规定，但司法部遗嘱公证细则允许设立夫妻共同遗嘱。[3]由于本文的意图不是讨论共同遗嘱的是非，而是在于透过这份德国公证人所制作的公证遗嘱，反思我国公证遗嘱的设立方式、公证员在制作公证遗嘱中的实务操作方法，以及作为当事人家事法律顾问和代书人身份的公证员应当具备的法律素养与写作能力等诸多值得借鉴的面向。换句话说，重在这份公证遗嘱文书对我们的启迪。有关共同遗嘱的问题，笔者将另文讨论，兹不作赘。

[1]《法国民法典》第 968 条规定：遗嘱，不得由二人或数人以同一文书，为第三人的利益或者相互处分遗产而订立。

[2]《德国民法典》第五篇“继承”于其第 3 章“遗嘱”目下，专设一节（第 8 节）共同遗嘱。但明确规定：“共同遗嘱只能由配偶双方做成。（第 2265 条）”

[3]司法部于 2000 年 3 月 24 日印发的《遗嘱公证细则》第 15 条规定：两个以上的遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的，公证处应当引导他们分别设立遗嘱。遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。

1

（一）公证人的代书人身份、法律顾问身份得到充分体现

公证人是法律文书的代书人或者是由代书人发展演变而来的非诉法定证明人员。[1]这是国内外公证界的一致定论。作为职业法律文书代书人的公证人所制作的“公式”法律文书，[2]应当具有相当于法律的效力，正是基于此，国际拉丁公证联盟的徽章上才镌刻着那句所有公证人共同的誓言：“我们书写的是法律”。而要代书出如同法律一样的公式文书，其前提当然是既要对法律知识具有深厚的学养积淀，又要全面深刻地把握当事人欲为之法律行为的本意。舍此二者，殊难达致。就上述二点，这份公证遗嘱给我们树立了很好的范式。从文书的字里行间我们可以深切地感触到，这份遗嘱在法律上的严谨性、全面性及无可置疑性。

首先，就严谨性方面而言，遗嘱中不但完整地交待了立遗嘱夫妇的身份情况、婚姻情况、子女及其他晚辈直系血亲情况，还记载了立遗嘱人的财产状况（含积极财产、消极财产）、居住地信息、公证费的承担比例，以及公证人对当事人告知和说明法律规定的情况。使人读后有一种身临其境的画面感，真实感。而不像国内常见的一些公证遗嘱文书，只简单地记载立遗嘱人的愿望和指示，使人于事后无法确信是否是立遗嘱在公证员面前的真意表达。其次，就全面性而言，这份遗嘱不但根据遗嘱人的意思准确地记述了遗嘱人设立本遗嘱的目的，即相互指定对方为“单独的完全继承人”，同时还将三个失去父亲的孙子女指定为遗嘱的替补继承人，并就三个孙子女继承的遗产是否作为夫妻共有财产进行了必要的交待。与此同时，该遗嘱还就继承顺序、特定情况下的指示遗赠、遗嘱的撤回、相互依存关系、未成年孙子女的保佐人设立，以及特留份制度的适用等作出了非常全面的规定。使人读后，能够清晰地知悉遗嘱人的意图，且亦便于遗嘱生效后的执行与落实。这与国内一些公证遗嘱的三言两语、语焉不详、意图不清形成鲜明的对比。最后，正是由于这份公证遗嘱具有严谨性、全面性，因此可以使人真切地感知到遗嘱人所交待的身后处分意图，并生发出毋庸置疑的信任感。

[1]可参详郑云鹏著《公证法新论》，台湾元照出版公司 2015 年版，第 1~4 页；王胜明、段正坤主编《中华人民共和国公证法释义》，法律出版社 2005 年版，第 1~2 页；王俊民主编《律师与公证制度教程》，北京大学出版社 2009 年版，第 244~245 页。

[2]如法国公证人培训教材就认为，“公证人的主要职能，是赋予其受理的文书和合同以公式性。”参见[法]让·叶、让一佛朗索瓦·皮伊布：《公证执业法》，唐觉译，法律出版社 2008 年版，第 3 页。

2

（二）公证人对法律的理解与运用真正达到法律事务专家的程度

“家事法苑”团队奉献

在大陆法系的公证制度中，公证人通常被定义为民事非诉事务方面的法律服务专家和法律规划师，以及法律事务担保人。[1]从这份公证遗嘱中，我们可以充分地体悟到，德国公证人作为法律事务专家的法律素养和能力。

其一，在这份遗嘱中，公证人为了充分体现当事人将遗产最后遗留给三个孙子女及其晚辈直系血亲，从而延续家族财产长期不变的愿望，不但就三个孙子女在继承时各自所占之份额作出了明确规定，还就三个孙子女去世后，其各自之晚辈直系血亲的代位继承作出了确切的交待，与此同时，为了排除其他特留份人主张权利而致使遗产无法始终完整地传承于遗嘱人之晚辈直系血亲，遗嘱中还设定了合法规避其他特留份人分得遗产的规则及指示遗赠规则。这是从本遗嘱之设立目的方面来审视，我们所感受到的这份遗嘱所展示的公证人之法律水平。

其二，通篇文书都采用法言法语，没有废话。如何记录当事人的法律意愿，在我国公证界通常有两种观点。一种观点认为，宜生活化地记录当事人想表达的法律意图，使其可以接地气、通俗化；另一种观点则认为，法律文书与一般文书或当事人自立之私署文书存在显著的区别，应当是完全以法言法语书写设定之。笔者赞同后一种观点。法律人所制作的法律文书，应当是能够被法律职业共同体所有的机构和人士都能够清晰地理解和采用的书面文书，其必须是理性的陈述、没有歧义的表达和具有逻辑力量的记载。这正如法哲学家考夫曼所言：“概念在未明确定义之前，不应使用它，且在未相信其真实性之前，不应提出该主张。”[2]作为法律文书代书人与证明人的公证员，应当牢记这一箴言。至于口语化的运用，更多地应当体现在公证询问笔录、核实笔录中，而不是所代书和制作的公证文书之上。

其三，这份公证遗嘱样本充分展示了法律文书的逻辑关系。这份公证遗嘱采用了有些类似于合同的条、款方式设定，并附缀了“前言”与“附则”，给人以标准法律文书写作格式的深刻印象。同时，在遗嘱的条文设计中，以当事人基本情况的声明开篇，然后叙述双方决定废除或撤回此前（现存）的所有死因处分，在此基础上再表述双方当事人之间的遗嘱指令（包括继承顺序的设定、遗赠的成立条件、继承与遗赠之相互关系的规定、排除法律规定的说明，以及倘若解除婚姻的事实发生后一方配偶对遗嘱指令的撤回等），充分体现出了严密的逻辑关系。给人以环环紧扣、严丝合缝的感觉。

[1] [加拿大] 热弗莱·塔比：“市场经济中公证员以他的地位、职责和作用对国家的经济发展作什么样的贡献”，载中国公证协会编：《“公证与经济发展”国际研讨会论文集》，法律出版社 2003 年版，第 48～57 页。

[2] [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 10 页。

3

第三，公证人有资格和能力认定当事人的行为能力，无需过多借助外力

国内的公证遗嘱生效后，时常遭致利害关系人质疑的问题之一，就是遗嘱人立遗嘱时是否确实具有民事行为能力和遗嘱能力。对此，业内规则的应对方式是，对年老体弱的人设立遗嘱须借助外力确认或固定其神志清醒情况和意思表示状况，如采用录音、录像方式或者事前进行行为能力鉴定等。[1]然而即便如此，仍然会出现因录音录像不清晰、鉴定结论与遗嘱行为的具体实施之间存在时间差等难以平息疑问的情况，时常置公证机构和承办公证员于尴尬景况而无力自证清白。

笔者注意到，这份德国公证遗嘱于开篇部分，在表述完遗嘱人的基本情况、明确当事人身份后，紧接着即有一段关于当事人行为能力的确认表述：“公证人在确信配偶双方具有无限制行为能力和遗嘱能力之后，向他们宣布了以下内容并做成了公证文书。”这段表述的内容极其丰富。择其要者，至少有以下两点：第一，表明公证人在为当事人记录和制作公证遗嘱之前，履行了对行为人是否具有法律规定的立遗嘱能力进行了必要的审查，在公证人排除内心的合理怀疑后，“确信”遗嘱人双方没有限制行为能力的情况后，方始为其制作公证遗嘱。第二，公证人不但要审查遗嘱人是否具有行为能力，还要确定其是否具有遗嘱能力。在德国和其他一些国家的民法上，民事行为能力和遗嘱能力是两个不同的概念。民事行为能力较遗嘱能力宽泛，能够设立遗嘱的人必须首先具有民事行为能力，但有民事行为能力的人不一定具有遗嘱能力，如禁治产者在一些情况下可以行使民事行为，但却不能设立遗嘱等。相比较而言，我国的公证遗嘱在公证证词部分也设计有当事人是否具有行为能力的表述（表述为其“行为符合民法通则第 55 条的规定”），但却未明确其是否是在公证员“确信”当事人有行为能力的情形下所为之遗嘱行为。同时，也未对民事行为能力和遗嘱能力加以区别表述。

在德国公证遗嘱中，之所以公证人可以“确信”遗嘱人无限制行为能力和具有遗嘱能力，是有其合理的制度规范做保障的。考诸德国公证证书做成法的规定，德国公证人制作公证遗嘱，首先必须在笔录中“注明对遗嘱人必要

的行为能力评价”；[2]其次，在制作遗嘱公证时，需要有证人或第二公证人在场证明。[3]尤其是这后一点，非常值得我们借鉴。在一些重要的公证事项中（比如涉及死因处分的行为公证中），引入证人制度，十分有利于确保公证行为的真实性、公正性与合法性，也可以较好地避免事后纠纷的产生。证人制度相对于公证员采取录音、录像，或者借助其他机构的行为能力鉴定等方式固定当事人的行为状态而言，显然更具优越性，且事后产生纠纷时也便于查明事实真相。故而，殊值仿效。

[1]司法部《遗嘱公证细则》第16条规定：公证人员发现有下列情形之一的，公证人员在与遗嘱人谈话时应当录音或者录像：（一）遗嘱人年老体弱；（二）遗嘱人为危重病人；（三）遗嘱人为聋、哑、盲人；（四）遗嘱人为间歇性精神病患者、弱智者。

[2]《德国公证证书做成法》第28条规定：“公证人在笔录中应注明对遗嘱人必要的行为能力评价。”

[3]《德国公证证书做成法》第29条规定，公证人在制作遗嘱时，“必须请二位证人或一位第二公证人在场，此情况应在笔录中注明。证人或第二公证人应在笔录上签名”。

4

第四，一体式证明更好地展示出公证书作为“公式证书”的价值

这份德国公证人制作的公证遗嘱从形式上看，与我国公证机构制作的公证遗嘱最大的不同，无疑是其一体式的公证文书制作模式。亦即，将公证证明喻于遗嘱文本之中，这也是其他大陆法系国家公证人制作公证书的基本方式，而不是像我国的做法那样采取另纸证明的方式。

虽然，采行何种方式的公证文书制作模式和证明模式与文书的价值本身并无直接的价值与效力关联，然而当我们细品这份德国公证遗嘱时，还是会感觉到，其与另纸证明的公证遗嘱在感染力、证明力和逻辑力上均存在着明显的差异与比较优势。

首先，一体式的证明模式给人以身临其境的真切感。公证人是如何制作文书的，如何履行证明程序和法律义务的，从字里行间和文书的谋篇布局中即体现无余，具有强烈的客观性。而采用将公证证明附于当事人文书（或公证人代书的文书）后面另纸证明的模式，则难免使人感到些许生硬，往往带有一定的强加之意味，且明显缺乏贴切性与水乳交融感。其次，一体式的证明模式能够较好地反映公证人代书的能力差异，也能通过文书的质量反映出公证人法律水平的高低优劣，对建立科学的公证管理与评价机制多有助益。而采用另纸证明的模式，尤其是像我国这样大量采行定式公证文书的格式，则明显有将公证证明质量趋同化的嫌疑，无助于公证员个性化、专家化的培养与发展。第三，一体式的证明模式能够产生严密的逻辑力量，更能体现法律文书的理性价值，给人以较强的可信度。而另纸证明的模式，总带有某些行政官样文书的色彩，而缺乏法律文书的质感。

或许有人会说，公证文书是公文书，采行另纸证明的模式更能体现其权威性。公证书是公文书不假，而且是具有优势证据效力的公文书。但公文书不一定必须是板着脸孔的官样文书格式。依笔者之浅见，一体式的公证文书制作与证明模式，可以更好地表达当事人意思自治与公证人记录确认相协调的公证行为样态，从而更好地满足当事人对公证证明的需求。

需要特别说明的是，其实我国的部分公证文书也是采用一体式证明模式的，比如继承权（接受继承）公证书、现场监督公证书、保全证据公证书。这类公证书在我国的公证文书体系中，均被要求按照要素式格式制作。此类公证文书与定式格式制作的公证文书相形，已经显示出了其明显的法律文书厚重感，并具有了一定的说理与论证性，可读性与逻辑性地显著强于定式文书格式的公证书。然而，我国的这几种一体式证明的要素式公证文书格式与诸如德国等其他国家公证人所制作的公证文书相较，仍然存在判定性有余而客观性表达不足的缺陷。也就是说，在一定程度上，还没有完全摆脱审判文书思维方式的影响。故而，其改进的空间依然较大。尚需强调者，提倡一体式证明，应当是在将整个公证行为明确划分为公证与认证的提前下所为之论说。也说是说，这种证明模式是仅针对法律行为类公证事项和部分事实类公证事项所设，而对于文书类公证等在本质上只需要采取认证方式证明的事项而言，是否也需要采行一体证明模式，则有待进一步讨论。

余 论

我国目前正在编纂民法典，多数学者的观点和建议都是要在继承篇中取消公证遗嘱的优势效力地位，而使之与其他形式的遗嘱地位平等。倘若果真如此，民法典颁行后的公证遗嘱欲继续维持目前这种受当事人青睐的境况，唯有改进其质量和服务水平一途可走。故而，我们有必要以前瞻的眼光，未雨绸缪，认真反思目前我国公证遗嘱的呆

板证明方式，借鉴其他国家公证遗嘱（比如这份德国公证遗嘱）操作中更加科学合理的做法，让公证遗嘱这种专家代书且以公信力保障其毋庸置疑之证明力的公文书充分显示它应有的法律价值及优越性，从而更好地吸引和满足遗嘱人的法律消费需求。从这个视角上审视，前面节录的这份德国公证人所制作的公证遗嘱，对我们的启迪也许还有更多的价值与深意可以挖掘。不知读者诸君是否与在下具有同感？

特别声明

简报编辑：家事法苑™团队

简报顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽 编委会成员：侯晓婷、邓雯芬

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

家事法苑™团队官方微博 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

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

家事法苑™是杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事法苑™是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的<http://www.famlaw.cn>的网站专用名称（京ICP备10218255号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

家事法苑™家事法实务交流微信群

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家庭继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家庭继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

入群方式：为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于家事法苑™微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，请入群者先添加群管理员邓雯芬律师（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

欢迎您加入家事法苑™家事法实务交流QQ群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！



家事法苑™微信公众订阅号：家事法苑，微信号：famlaw

“家事法苑”家事法实务交流微信群群规则

（2015年11月版）

“家事法苑”团队奉献

“家事法苑”家事法实务交流微信群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、侯晓婷、邓雯芬、王志锋、徐文丽、杨竹一、何显刚、陈建宏、李炜、辜其坤、李丹、谷友军、季凤建、严健、麻长春、王钦、李琳。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

本群无意走向综合群，其他如刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决。

2、入群方式

为保障本群安全、质量及可持续发展，防止群友滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文的签名文件中。

为保证群的质量，本群一律由群管理员专人统一审查、邀请新人入群，未经群主同意，严禁擅自拉人进群，擅入者立即清退；

请入群者先添加群管理员邓雯芬助理（微信号：18612522122）个人好友，请注明：城市+单位全称+姓名，申请加入家事法实务微信群；新群友阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上修改群昵称，不接受实名规则免入，经一次提醒不配合的劝退。

律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：山东淄博徐文丽律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字，头像不得使用带有律所LOGO或商业营销色彩文字的图片。点击群界面右上角两小人头标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改。

公证员署名方式：城市+姓名+公证员，如：上海李**公证员；

学者、学生署名方式：学校简称+姓名，如“南师大赵莉”，广西师大李**。

法官（检察官）署名方式：省份（城市）法院+姓名的方式，如果确有难处不愿意实名，可采取省份（城市）+法院+真实姓氏+法官（身份）的方式，如北京法院李法官、如宜昌法院王礼仁，检察官署名方式相同。

民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群；

5、基本设置

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可；

如群中有太多不熟悉的面孔：可在群系统设置界面打开“显示群成员昵称”；

6、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上！特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言交流，要注意顾及他人感受，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除大年三十至初二三天及八月十五中秋节外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

7、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

“家事法苑”团队奉献

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

8、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

9、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络（个人网站、博客、公号）、经常性转贴到其他微信群、QQ群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流微信群。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，务必不要在群内与管理者争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主及管理团队提出申诉，集体商量给出最后处理结果。

11、关于入群开通微信实名认证、绑定银行卡问题的说明

承蒙大家支持、参与，我群学术实务专业交流氛围越来越好。不少群友也积极推荐相关朋友入群，但请群友推荐介绍新人入群前务必提前说清楚：

腾讯公司目前对微信群管理政策，500人为上限，前40位无论群主其他群友可直接拉人入群（无需经过其同意），第41—100位，需发邀请经受邀人同意方能入群，而第100位以上入群者需要先进行“实名认证”，即开通微信支付功能，绑定一张银行卡。这是其通过此手段绑定用户的功利做法、也涉嫌利用垄断地位强迫“消费”行为、涉嫌违法，已有外地律师代理此类公益诉讼，希望能尽早纠正霸王条款。

因微信本身是免费使用，也不必跟它计较，可按照提示要求关联绑定一个银行卡（如过分担心，可绑定一个不常用、没钱的储蓄卡）即可，微信支付功能是大势所驱、非常时尚、非常方便，也很安全，如消费仍需再次输入密码，开通无妨，并不是加群收费，不轻易消费即可。

绑定银行卡、开通微信支付的方式也很简单：

①用户点击微信界面下方的【我】，即可找到并进入【钱包】。

②然后依次点击页面右上角的【…】，在弹出的选项中选择【添加银行卡】。

③按提示填写银行卡号（收发红包仅支持绑定借记卡）、该卡银行预留手机号等信息，银行将发送验证码至该手机号。

④填写银行卡信息，并设置6位数的支付密码，二次确认支付密码并支付即可。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2015年10月31日

“家事法苑”家事法主题QQ群入群须知

（2016年3月版）

“家事法苑”家事法主题群，由“家事法苑”团队于2011年6月建立，历经100人群、200人群、500人群、1000人群、2000人群，2014年1月设新2000人群（淘汰旧群）、2015年1月群满员删500名“僵尸粉”、2015年9月再次群满员又删500名“僵尸粉”，现又再次2000人满员。现决定启动“家事法苑”家事法主题QQ群分群（群

“家事法苑”团队奉献

号：171337785)。

主群及分群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、王志锋、徐文丽、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

家事无小事，真诚欢迎对婚姻家事继承法领域感兴趣的朋友，律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、学生、媒体、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者加入，即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，家事审判动态、典型家事案例、立法动态、理论研究动态，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨、正当、正常交流的和谐平台。

本群主题为婚姻家事继承法及家事诉讼程序，交流范围仅限与主题相关的实体及联系密切的诉讼程序理论与实务问题，定位为特定专业法律领域主题群，学习型群、兴趣群。

本群无意走向综合群，其他如司法改革、法律理念等宏观话题以及刑事、商事、劳动、交通事故等其他法律专业领域话题可另行解决。群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友响应，应自觉马上转为私聊。

2、实名申请：

为保障本“家事法苑”家事法主题群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群口碑相传方式，对外不作宣传，设置“只能通过群号（群号：171337785）找到这个群”，普通网友在QQ查找群时无法通过搜索关键词找到本群。

本群倡导实名交流，本群由群主负责新人审批，申请人必须先了解、承诺严格遵守本群群规，再以“城市+单位名称+姓名”实名方式提交申请，不实名或提交信息资料不全，管理员不予通过。

新群友提出申请前，应阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、群内实名标注群名片，署名方式：

群友署名基本方式：地域（省、直辖市）+城市+单位简称+姓名+职业。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经群主或管理员一次提醒，仍不配合的，劝退！

律师及相关职业群友头像，不得显示律所（团队）字号、具体部门职务、业务方向、及其它带有商业营销色彩文字。

群名片署名示例：

1) 律师，地域（省或直辖市、市）+律所字号+姓名，如：北京天驰君泰所段凤丽律师、天津君申所王志锋律师、山东（淄博）建仑所徐文丽律师、江苏（南京）众贤所严健律师。

群名片中不得显示电话、律所部门、职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2) 高校学者、同学：如：“重庆西政***”或“西政-***”，如果是在读学生，应注明学生字样，以区分于学者，如北大学生***！

3) 法官、检察官，入群申请必须提供城市单位及真实姓名，但在群内如果确有顾虑可使用地域+真实姓氏+身份职业方式，以示区分身份，如“湖北王法官”、“贵州法院杨法官”、“广东李检察官”！

4) 公证员，城市+单位简称（或职业）+姓名，如“北京**公证处王**”，“杭州公证员李**”。

5) 其他司法所、房管、民政、妇联、媒体等界别朋友，城市+单位名称或简称或职业身份+姓名，如：北京**司法所**，武夷山房管李炜，山东潍坊奎文婚登刘彩霞，上海妇联***，北京法制日报赵**，山东公司法务***等。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，

严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群。

5、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体各界别较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上，珍惜缘分，特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言表述要注意顾及他人感受，特别是不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除农历大年三十、初一、正月十五、八月十五中秋节这几天外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

6、鼓励、提倡交流

“家事法苑”团队奉献

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；

群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

7、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；

本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

8、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络（个人网站、博客、公号）、经常性转贴到其他微信群、QQ群或其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流QQ群。

9、群内交流字号设置

群内交流字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12号字为宜，黑色。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主、管理员及任一群友的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主、管理员及任一群友均有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，群友务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主提出申诉，由群主给出最后处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”家事法主题QQ群管理团队

2016年3月6日