



家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

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

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 14 周年
(2008 年 2 月 15 日—2022 年 2 月 15 日)

资讯简报获取：

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

日常分享途径：微信公众订阅号



微信号：家事法苑 (famlaw)

涉外家事法苑 (foreignfamlaw)

继承法 (InheritanceLaw)

简报电子版下载启事：由于群发邮件受限，不能保证发送成功，请需要简报电子版的朋友今后可直接从网站下载，原则上每月 5 日前上传。如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消。

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

家事法苑™ 团队主办，顾问：郝惠珍，编委：杨晓林、段凤丽、陈贝贝、邓雯芬、任小曼、李凤影、张博轩、张春汇



目 录

一、审判动态.....	2
民法典特刊 离婚纠纷中涉家暴的法律后果解读.....	2022-03-01 法暖家事 一中院家事审判 2
最高法：向未成年人出售烟酒应依法承担相应责任.....	2022-03-01 央视新闻客户端 4
最高法：未成年人高额购买网络游戏账号被判返还.....	2022-03-01 央视新闻客户端 5
八旬老人离婚财产纠葛三部曲，法院温情调解巧画休止符.....	2022-03-01 香洲法院 6
离婚夫妻卖房，互不信任将 100 万交中介保管... 案说.....	原创：2022-03-01 上海青浦法院 上海青浦法院 8
离婚后女方拖欠残疾孩子抚养费，法院情法并用促调解履行.....	2022-03-02 东莞市第三人民法院 三院小编 10
离异母亲中断两儿子学业，法院除了判决，还.....	2022-03-03 上海一中法院 11
婚内出轨，被判少分财产！佛山中院公布一批婚姻家庭典型案例.....	2022-03-04 佛山中院 14
最高法、全国妇联、教育部、公安部等七部门联合发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》.....	2022-03-05 最高人民法院 16
最高法民一庭负责人就关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见答记者问.....	2022-03-05 最高人民法院 20
公报案例 陈某某诉无锡市妇幼保健院医疗服务合同纠纷案 最高院公报.....	2022-03-07 最高院公报 家事法苑 22
让妇女儿童沐浴在司法公正的阳光里——湖北高院下发《关于充分发挥审判职能 进一步加强妇女儿童权益司法保护工作的通知》.....	2022-03-07 湖北高院 27
重庆五中院家事审判白皮书.....	2022-03-08 重庆五中院 29
民法典重点法条类案裁判规则系列 136：关于离婚后不抚养子女一方享有探望权的相关裁判规则 6 条.....	2022-03-10 法信 41
相隔千里 离异母亲如何探望自闭症女儿？法院调解后，还... 涉民生典型案例专题展评.....	原创：2022-03-12 浦江天平 上海高院 43
婚没结成，彩礼能返还吗？来看这些婚姻家庭典型案例.....	2022-03-10 佛山中院 45
规范权利行使 破解“探视困境” 广州花都区法院发出探望权自动履行承诺书.....	2022-03-15 人民法院报 48
最高法民一庭：如何理解民法典中规定的“与他人同居”？.....	2021-11-14 人民法院出版社 48
江苏盱眙法院开出首份探望权履行承诺书.....	2022-03-16 中国妇女报 茹希佳 51
“未”爱发令，“判后回访”保驾护航.....	2022-03-16 深圳市中级人民法院 罗法官微 52
公房承租人去世，同住配偶居住权益应当如何保障？ 涉民生典型案例专题展评	2022-03-24 浦江天平 上海高院... 53
老人帮子女带娃 能不能索取费用？.....	2022-03-23 北京青年报 55
妻子欲离婚，丈夫下跪：给我最后一次机会吧.....	2022-03-26 最高人民法院 56
密云法院发布人身安全保护令典型案例.....	2022-03-26 密云法院 56
法信码 哪些主体可以申请撤销监护人资格？.....	2022-03-26 法信 59



16 年前办假身份证结婚，如今离不了？民政局被告上法庭，法院做了这件事！·····	2022-03-28	湖南高院	62
完善退役军人纠纷解决和诉讼服务保障体系 切实维护退役军人合法权益·····	2022-03-28	最高人民法院	63
无锡中院出台《关于充分发挥审判职能促进家庭教育指导工作的实施意见》·····	2022-03-28	无锡市中级人民法院	64
2021 年度依法维护未成年人权益典型案例发布 青权周报·····	2022-03-28	团中央权益部	67
门头沟法院通报涉妇女权益保护案件审理情况及典型案例·····	2022-03-29	京法网事	70
未成年人违法父母也有责任！密云法院发出《家庭教育令》·····	2022-03-29	密云法院	73
江苏省高级人民法院、中国法学会案例法学研究会江苏研究基地发布第三批弘扬中华优秀传统文化典型案例·····	2022-03-30	江苏高院	74

二、媒体典型案例····· 79

（一）赠与纠纷案例····· 79

奶奶把老宅拆迁款赠与孙女，孙女为何却将奶奶告上法院·····	2022-03-03	江苏高院	79

（二）离婚财产分割案例····· 82

丈夫博士毕业后起诉离婚，妻子提出家务劳动补偿 10 万元！法院判了·····	2022-03-07	北京晚报	82
丈夫博士毕业想离婚，妻子要求家务补偿！法院判了·····	2022-03-09	红星新闻	83
离婚，房产论争一波三折·····	2022-03-16	检察日报 刘文晖	85

（三）夫妻债务案例····· 90

丈夫偷拿房产证担保千万债务，妻子是否担责 闵法拍案 31·····	原创：2022-03-09	上海闵行法院	维护合法权益的 90

（四）抚养权纠纷案例····· 93

法院判决离婚全职妈妈获两孩抚养权：女方不应因无形付出被剥夺权利·····	2022-03-16	全国妇联女性之声	93

（五）恋爱同居析产纠纷案例····· 94

为了投资，男友将名下房产“卖”给女友，分手后却·····	2022-03-17	湖南高院	94

（六）监护权纠纷案例····· 96

黄石西塞山区法院判决撤销怠于履责生母监护人资格 指定社区居委会为监护人·····	2022-03-19	人民法院报	96
生母弃子不养，法律自有说法·····	2022-03-28	人民法院报 陆亚琴等	96

三、继承····· 100

【涵养“家文化”系列案件】法官妙招“破”僵局 “瑕疵”遗嘱变“完美”——柳北法院家事法官巧用份额“置换”成功调解一起继承纠纷·····	2022-03-02	柳北法苑 梁先森	100
继承亲人银行账户里的钱，到底难不难？·····	2022-03-15	中国银行保险报	101
女子意外身亡留下 50 万保险金，保险公司拒赔给养父母！法院判了·····	2022-03-13	上海法治报	弘扬社会风尚的 104



“00 后”立遗嘱情况首次公布 虚拟财产被写进遗嘱·····	原创：2022-03-23	法治周末报	法治周末报	105
从“遗嘱信托第一案”看遗嘱信托的属性与功能·····	2022-03-24	人民法院报	麻爱琴	107
年度十大案例（一） 女子持亡夫遗嘱继承房产遭拒，状告房产登记机关获法院支持·····	2022-03-25	盐田法院	梧桐小羊	109
“你管爸我管妈”的赡养协议合法吗？·····	2022-03-26	人民法院报	杨朝清	113
手握遗嘱等于手握遗产？法官：没那么简单·····	2022-03-29	京法网事	印鹏	113
案例二 律师代理刘某某诉继母刘某、同父异母妹妹温某、刘某某父亲继子刘某洲继承纠纷一案·····	2022-03-26	人民法院报	司法部	116

四、房产····· 120

男子逃避法院执行将安置房登记在女儿名下！济南平阴法院判决：撤销！·····	2022-03-28	济南中院	120

五、反家暴····· 121

人身保护令为弱者筑起防护网·····	2022-03-28	人民法院报	史洪举	121
宣扬隐私纳入“家暴”彰显法治进步·····	2022-03-31	人民法院报	张智全 覃辉	122

六、学者、律师、法官、检察专题····· 123

（一）理论学术动态、学者观点····· 123

严肃审视婚姻效力认定中的问题 法治论苑·····	2022-03-03	上海法治报	郝振江	123
申晨：《民法典》视野下婚内协议的效力认定 前沿·····	原创：2022-03-08	中国民商法律网	周含笑摘编	125
我国《民法典》遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究·····	原创：2022-03-10	学术论坛杂志	陈苇 刘宇娇	128
网络首发 陈永强：夫妻财产归属约定的法理明晰及规则适用·····	原创：2022-03-16	中国法学	陈永强	132
房绍坤 论遗产共有的类型定位·····	原创：2022-03-19	求索杂志	房绍坤	147
亲子关系推定规则的理解与适用——基于“北大法宝”251 份民事判决书的分析·····	2022-03-21	北大法宝		154

（二）律师视点/律师风采····· 166

最高院裁定书：股权赠与子女再由父母代持的正确思路 企业控制权案例分析（五）·····	原创：2022-03-20	家族律评	贾明军	166
配偶擅转股权真闹心 法官处断结果理服人 企业控制权案例分析（四）·····	原创：2022-03-19	家族律评	贾明军	170
公司印章一度失控，推翻决议效力难成 企业控制权案例分析（三）·····	原创：2022-03-18	家族律评	贾明军	176
公司签约转让资产 为何终审判决无效 企业控制权·····	原创：2022-03-17	家族律评	贾明军	182
隆安原创 略谈夫妻离婚时有限公司股权之分割·····	原创：2022-03-24	隆安上海律师事务所	付忠文 施瑛杰	188
离婚引发股东会决议效力的认定及影响 企业控制权案例分析（七）·····	原创：2022-03-22	家族律评	贾明军	193



夫妻矛盾对峙升级 行政诉讼能否助力 企业控制权案例分析 (八)	原创 : 2022-03-25	家族律评	贾明军	200
“夫妻公司”随便拿钱绝对不行, 配偶控告侵挪犯罪或能入刑 企业控制权案例分析 (九)	原创 : 2022-03-26	家族律评	贾明军	206
优秀女律师展播 郭璇玲: 深耕家事专业, 陪伴客户渡过至暗时刻	2022-03-26	深圳律协		213
千里来华诉股转无效, 抽丝剥茧定“借名”投资 家族企业控制权案例分析 (十)	原创 : 2022-03-27	家族律评	贾明军	215
法院认可配偶主张“代持”成立原因“大揭秘” “夫妻”公司/财产控制权纠纷案例分析之“代持成立” (1)	原创 : 2022-03-28	家族律评	贾明军	223
法院认可配偶主张“代持”成立原因“大揭秘” “夫妻”公司/财产控制权纠纷案例分析之“代持成立” (2)	原创 : 2022-03-30	家族律评	贾明军	232
婚姻诉讼常见虚假诉讼与证据妨害犯罪的表现形式与预防	原创 : 2022-03-29	家族律评	贾明军	240
佟丽华: 离婚案件中, 如何确定抚养关系有利于儿童权益?	原创 : 2022-03-30	致诚律师	佟丽华	246

(三) 法官视点/法官风采..... 254

夫妻共有房屋的执行困境与路径优化	2022-03-03	人民法院报	王军霞	254
夫妻一方的债权人就夫妻离婚财产分割的救济途径 审判研究	原创 : 2022-03-03	审判研究	潘亚伟 成志昀	256
涉房屋分割的离婚纠纷类改发案件裁判要点 至正研究	原创 : 2022-03-04	至正研究	翁俊审判团队	263
拿起画笔的她 一名家事法官的别样表达	2022-03-07	江苏高院		267
【法官说法】想靠离婚来逃债? 没门!	2022-03-17	北京二中院金色天平		270
婚介公司与已婚人士签订的婚介协议无效 佛山禅城区法院: 协议内容违反公序良俗	2022-03-25	人民法院报	罗倩琳	272
附赠书获奖名单 李震: 民间借贷纠纷中夫妻共同债务的司法认定 前沿	2022-03-29	中国民商法律网	朱鸿嘉摘编	273

(四) 检察视点..... 276

北京市检察机关发布依法维护妇女权益典型案例	2022-03-06	京检在线		276
民事检察 农村“外嫁女”纠纷案件司法处理的变迁	2022-03-17	中国检察官		280
离婚 9 年, 拿回了属于自己的财产	2022-03-30	检察日报	卢金增 许传欣 徐亮	284
“我太想女儿了!”	2022-03-30	检察日报	范跃红 叶丽玲	285

七、异域资讯..... 287

家庭法: 法国公证人的业务范畴	2022-03-13	意定之爱	卡罗琳 玛丽	287
法国关于夫妻财产制度的准据法	2022-03-16	意定之爱	克里斯提安	298
法国离婚制度改革述评	2022-03-22	意定之爱	蔡勇	303
法国的一种无需通过法院的新型离婚程序	2022-03-23	意定之爱	皮埃尔·塔拉德	308



法国意定监护公证收费.....	2022-03-26	意定之爱	李鐸澄	311
台湾地区民法规定之遗嘱方式、种类及要件.....	2022-03-30	意定之爱	謝永誌	315

八、规范性文件..... 318

最高人民法院关于适用民法典总则编若干问题的解释.....	2022-03-06	人民司法	司法解释	318

九、书籍推荐..... 323

郭锋 陈龙业 蒋家棣 刘婷 《关于适用民法典总则编若干问题的解释》的理解与适用.....	原创 :2022-03-06	人民司法	郭锋等	323
荐书 《代孕亲子关系认定的法律问题研究》 游文亭 山西人民出版社 2021 年 05 月.....	2022-03-12	家事法苑	游文亭	338
妇女节书单 “她即是我,我即是她”	2022-03-08	中国政法大学出版社有限责任公司	法大社	341
荐书 《家事法实务(2021 年卷)》 夏吟兰 龙翼飞主编 法律出版社 2022 年 03 月第 1 版.....	2022-03-28	家事法苑	家事法苑团队	342

附件一..... 344

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则.....	344

附件二..... 348

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知.....	348



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委成员：陈贝贝、邓雯芬、任小曼、李凤影、张博轩、张春汇

①家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

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

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

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

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

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

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

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

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

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请入群者先添加以下任一群管理员个人好友：

杨晓林律师（微信号：Y13522380366）

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

陈贝贝律师（微信号：18817836410）

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

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

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

正文

一、审判动态

民法典特刊 | 离婚纠纷中涉家暴的法律后果解读

2022-03-01 法暖家事 一中院家事审判

<https://mp.weixin.qq.com/s/0iju-mjME3Dy62yKoTQaJQ>

2022 年 3 月 1 日,《中华人民共和国反家庭暴力法》已正式实施六周年。我国《民法典》也颁布施行一周年。家庭和谐是社会和谐的基础,个人婚姻和家庭关系的和睦与否关系到全社会的和谐稳定,从注重“优良家风”建设到加大权利保护力度,《民法典》和《反家暴法》一直注重对弱势家庭成员合法权益的保护,北京一中院选取适用民法典审理涉家庭暴力的典型离婚案件,深度解析离婚纠纷中认定构成家暴后会产生哪些法律后果。

01 实施家庭暴力是离婚的法定事由

康某诉王某离婚纠纷案

基本案情

康某(女)与王某(男)于 2004 年 8 月 10 日登记结婚,婚后育有一子。康某诉称,王某婚后不久便从公司离职无工作,一直由康某负担全部家庭日常生活开支。自 2015 年起,王某常因家庭琐事对康某进行殴打,2015 年 6 月 8 日 21 时,王某与康某发生争执,王某将康某头部用钝器砸伤,康某报警并做了伤情鉴定。康某向法院诉请解除婚姻关系。王某辩称,不同意离婚,本案系第一次起诉离婚,康某不够冷静过于草率,王某愿意改正过错,双方感情并未破裂。

裁判结果

一审法院根据在案证据认定王某的行为构成家庭暴力,双方感情确已破裂,判决准予双方离婚。王某不服提出上诉,二审法院判决驳回上诉,维持原判。

法官释法

审判实践中,对于初次起诉离婚,又无充分证据证明双方感情确已破裂的,人民法院本着维护婚姻家庭稳定原则,一般判决不予离婚。但是对于存在家庭暴力等离婚法定事由的,即便是初次起诉离婚,调解无效的,应当准予离婚。《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编第一千零七十九条第二款、第三款规定:“如感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚。有下列情形之一的,调解无效的,应当准予离婚:(二)实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的;”由此,人民法院在审理离婚案件判断感情是否确已破裂时,实施家庭暴力是判决离婚的法定事由之一。

家庭暴力不仅导致夫妻感情破裂,更是破坏家庭和谐,影响社会稳定的危险因素。因此在离婚诉讼中,认定存在家庭暴力的,即便施暴方表示坚决悔改,不同意离婚,若调解无效的,人民法院应当按照法律规定判决准许双方解除婚姻关系。

02 施暴方一般不宜直接抚养未成年子女

张某诉焦某离婚纠纷案

基本案情

张某（女）与焦某（男）于 2014 年 3 月 5 日登记结婚，育有一子。婚后双方感情不和，焦某酒后经常当着孩子的面对张某进行谩骂、殴打，孩子因受到惊吓常常放学后在街上游荡不敢回家。张某向法院起诉离婚并主张孩子归其抚养，焦某辩称张某是家庭妇女，没有工作收入，没能力抚养孩子。

裁判结果

一审法院认定焦某的行为构成家庭暴力，从最有利于未成年子女原则出发，孩子判归张某直接抚养。焦某不服提起上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

法官释法

《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编第一千零八十四条第三款规定，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。由此，在处理离婚纠纷涉子女抚养权归属时，要充分保护未成年人的合法权益，按照最有利于未成年子女的原则，是否存在家庭暴力是确定子女抚养权归属的重要考量因素。

审判实践中，有施暴者辩称家暴行为仅存在于夫妻之间，但并不影响其对孩子的感情，此时是否会导致其丧失直接抚养子女的权利呢？我们认为，家暴行为是一种家庭成员之间的严重侵害行为，在涉家暴的离婚案件中，存在大量未成年子女亲眼看见其父母之间发生家暴行为的案件。未成年子女目睹施暴过程会给予其内心造成极大心理创伤，目睹家暴的未成年人实际上也同样是家暴的受害人。因此，若父母一方被认定构成家暴，不论是否直接向未成年子女施暴，根据民法典最有利于未成年子女原则，如无其他情形，一般认为施暴方不宜直接抚养未成年子女。

03 离婚财产分割以照顾无过错方为原则可对施暴方少分财产

郎某诉李某离婚纠纷案

基本案情

郎某（女）与李某（男）于 2017 年 10 月 9 日登记结婚。婚后双方感情日渐疏离，郎某便搬到单位宿舍居住。李某多次到郎某宿舍吵闹、威胁，并将宿舍门锁的锁眼堵死，在楼道里摔东西、门前烧香、祭拜、墙上涂写等等。其后，郎某向法院起诉离婚并分割财产。李某收到法院传票后向郎某连续发送微信百余条，内容均涉及恐吓威胁。

裁判结果

一审法院判决准予双方离婚，并根据在案证据认定李某构成家庭暴力。在财产分割上依照照顾女方原则和无过错方原则，判决李某少分得夫妻共同财产。李某不服提出上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

法官释法

《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编第一千零八十七条第一款规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。”民法典首次规定了离婚分割财产中“照顾无过错方权益原则”。对于家暴施暴方，在离婚财产分割上，法院可以根据个案的具体情况，酌定对施暴方予以少分财产，以此惩戒施暴者。

《反家庭暴力法》第二条规定“本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”可见，我国立法充分保护公民的精神利益，在家庭暴力的认定上，不仅包括身体暴力，还包括精神暴力。实践中精神暴力主要表现为施暴者对受害人进行侮辱、谩骂、

诽谤、宣扬隐私、无端指责、人格贬损、恐吓、威胁、跟踪、骚扰等。精神暴力通常会使受害人产生自卑、恐惧、焦虑、抑郁等心理以及精神方面的伤害。本案中，李某的行为客观上造成了郎某的精神恐惧，符合家庭暴力的特征。相比于身体暴力，精神暴力更具有隐蔽性，但其对受害方的伤害却不亚于身体暴力。因此，应摒弃只有身体暴力才是家暴的错误观念，对于精神暴力也要勇敢说不，用法律维护自身的人格尊严与精神利益。

04 一方遭遇家暴离婚可请求施暴方进行损害赔偿

唐某诉刘某离婚纠纷案

基本案情

唐某（女）与刘某（男）于 2015 年 11 月 16 日登记结婚。由于二人年龄相差较大，刘某又生性多疑，其常在唐某下班途中跟踪监视唐某。回到家中刘某反复盘问唐某是否与异性往来，一旦发现有异性给唐某发送微信或打电话，就对唐某恶语相加并让唐某下跪自扇耳光，导致唐某右耳穿孔，白天常产生幻听。其后，唐某向法院起诉离婚，并主张损害赔偿金 10 万元。

裁判结果

一审法院判决准予双方离婚，根据在案证据认定刘某构成家庭暴力并判决支持唐某要求刘某支付 10 万损害赔偿金的请求。刘某不服提出上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

法官释法

《民法典》第一千零九十一条第一款第三项规定：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（三）实施家庭暴力的；”家暴行为不仅会给受害方的人身造成损害，还会对其精神造成严重创伤和消极影响。《民法典婚姻家庭编司法解释》第八十六条规定也进一步明确，离婚损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。因此，离婚纠纷中家暴受害方不仅可以主张因家暴行为产生的医疗费、护理费等，还可以要求精神损害赔偿。关于精神损害赔偿金的具体数额由法院根据当地的经济发展水平、过错方的侵害程度等因素综合确定。

作者：吴扬新

编辑：马相桐

最高法：向未成年人出售烟酒应依法承担相应责任

2022-03-01 央视新闻客户端

[https://content-static.cctvnews.cctv.com/snow-](https://content-static.cctvnews.cctv.com/snow-book/index.html?item_id=7401832592470513249&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=acb4fb78-6025-4ea2-ae85-f550c757050b)

[book/index.html?item_id=7401832592470513249&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=acb4fb78-6025-4ea2-ae85-f550c757050b](https://content-static.cctvnews.cctv.com/snow-book/index.html?item_id=7401832592470513249&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=acb4fb78-6025-4ea2-ae85-f550c757050b)

酒店餐厅能否向未成年人出售烟酒？答案当然是否定的。在发布的典型案例中，一餐厅向未成年人卖酒，一未成年人饮酒后不慎溺水死亡，家长将餐厅告上了法庭。

典型案例显示，胡小某系胡某某、王某某之子，其与蒋某某、陈某系某中学学生，均系限制民事行为能力人。某日，胡小某、陈某来到某某餐厅为蒋某某庆祝生日，胡小某提议要喝酒庆祝，三人喝了一些啤酒。饭后，胡小某提议去湖边玩

要，在湖边泡脚戏水的过程中，胡小某不慎后仰溺水死亡。事故发生后，胡某某、王某某将某某餐厅诉至法院，请求赔偿胡小某的死亡赔偿金、丧葬费等部分损失。

法院经审理认为，《未成年人保护法》规定，禁止向未成年人销售烟、酒。本案中某某餐厅的售酒行为违反了《未成年人保护法》的相关规定。由于酒精对于人的精神具有麻痹作用，饮酒后会导致实施危险行为的危险系数增加，某某餐厅的售酒行为，与胡小某的死亡结果之间具有因果关系，应承担相应侵权损害赔偿责任。综上，法院判决某某餐厅承担一定比例的损害赔偿责任。

最高法表示，未成年人身心发育尚不成熟，烟酒会严重影响未成年人的健康成长。《未成年人

保护法》明确规定，禁止经营者向未成年人出售烟酒。烟酒经营者应当在显著位置设置不向未成年人销售烟酒的标志；对难以判明是否为未成年人的，应当要求其出示身份证件。本案中的餐厅经营者向未成年人售酒的行为，不仅有违法律规定，还引发了未成年人溺水死亡的严重后果。法院依法认定该餐厅承担一定比例的损害赔偿责任，对于引导烟酒商家进一步强化社会责任，增强法律意识，让未成年人远离烟酒伤害，为未成年人的成长营造安全健康的环境具有重要意义。

（总台记者 李文杰 李明）

责任编辑：闫俊

最高法：未成年人高额购买网络游戏账号被判退还

2022-03-01 央视新闻客户端

[https://content-static.cctvnews.cctv.com/snow-](https://content-static.cctvnews.cctv.com/snow-book/index.html?item_id=7115740782592777406&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=e74b14b4-e849-4b86-b9e4-1a194b28a9e9)

[book/index.html?item_id=7115740782592777406&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=e74b14b4-e849-4b86-b9e4-1a194b28a9e9](book/index.html?item_id=7115740782592777406&toc_style_id=feeds_default&share_to=wechat&track_id=e74b14b4-e849-4b86-b9e4-1a194b28a9e9)

最高人民法院 3 月 1 日发布九起依法保护未成年人权益的典型案例。现实生活中，许多未成年人沉迷网络游戏，经常背着父母购买大量网络游戏账号、装备等，那么未成年人支付的这些费用能否要求返还，在今天发布的典型案例中，就包括一起未成年人高额购买网络游戏账号被判退还的案件。

典型案例显示，14 周岁的原告李某某在父母不知情的情况下，通过某平台先后七次从被告经营的网店“X 游戏”购买 374 个游戏账号，共计支付 36652 元，上述游戏账号内的装备都是皮肤、面具、小花裙子等。原告父母次日发现后，及时与被告经营网店的客服人员联系，表示对原告购买游戏账号及付款行为不予追认并要求被告退款，被告不同意全额退款。

法院经审理认为，原告李某某案发时未成年，属于限制民事行为能力人，购买游戏账号支付

36652 元的行为，显然与其年龄、智力不相适应，李某某的法定代理人亦明确表示对该行为不予追认，故原告李某某实施的购买行为无效，判决被告向原告全额退还购买游戏账号款 36652 元。

最高法在阐述该案意义时表示，根据《民法典》的规定，8 周岁以上未成年人实施与其年龄、智力不相适应的购买支付行为，在未得到其家长或者其他法定代理人追认的情况下，其购买支付行为无效，经营者应当依法返还价款。本案提醒广大家长，作为未成年人的监护人，应当加强对孩子的引导、监督，并应保管好自己的手机、银行卡密码，防止孩子用来绑定进行大额支付。网络公司应当进一步强化法律意识和社会责任，依法处理因未成年人实施与其年龄、智力不相符的支付行为所引发的纠纷。（总台记者 李文杰 李明）

责任编辑：翟子昊

八旬老人离婚财产纠葛三部曲，法院温情调解巧画休止符

2022-03-01 香洲法院

https://mp.weixin.qq.com/s/IXYMWG_YR7WmyC6BIIdMYNQ

执子之手，与子偕老，是人生一大美事。年近九旬的王爷爷和赵奶奶（均为化名）系一对再婚夫妻，现已携手共度 20 余载。常言道：“最美不过夕阳红”，本应相濡以沫、安享晚年的他们，如今却又为何频频对簿公堂？老来伴是否终究只能“黄昏散”？近日，香洲法院成功调解一宗夫妻财产约定纠纷案，详情请听小编为你娓娓道来……

生活费支付凸显矛盾 耄耋夫妻对簿公堂

1999 年，王爷爷和赵奶奶经人介绍相识，并于同年登记结婚。二人均为再婚，结婚前各自与前夫、前妻的子女均已成年独立生活。结婚初期，二人在外地生活，2002 年起定居珠海。2019 年 8 月，王爷爷身体情况发生变化，加之当时赵奶奶也已 83 岁，无力再独自照顾王爷爷，遂由王爷爷儿子小王将王爷爷接到自己的居住地治疗、照顾。因为双方共同生活期间一直是由赵奶奶负责保管王爷爷的离休工资并用于双方的家庭开支，离开之前，王爷爷与赵奶奶签订了《关于夫妻间有关事宜处理的协议书》，约定王爷爷随儿子生活期间，离休工资等收入的一半约 12000 元支付给赵奶奶作为赵奶奶的生活费。

但是，自从小王将王爷爷接走后，赵奶奶一直收不到约定的生活费。赵奶奶称去当地探望王爷爷，也被小王拒绝。赵奶奶认为是小王阻止自己见王爷爷并且控制了王爷爷的工资卡，于是在 2020 年 1 月 6 日提起夫妻财产约定纠纷诉讼，要求王爷爷支付自 2019 年 8 月起至判决生效日止 50% 的离休工资等收入。

小王作为王爷爷的代理人代为辩称，王爷爷在签订协议时已 87 岁高龄，视力模糊且不清楚文

件内容及签署后果，不具备相应民事行为能力，案涉协议应属无效，不同意履行协议约定。

香洲法院经审理认为，王爷爷、赵奶奶共同生活多年，有较为深厚的夫妻感情。双方在共同生活过程中，王爷爷一直将工资卡交给赵奶奶保管，足见对赵奶奶十分信任。小王作为代理人称王爷爷是在不清楚协议内容的情形下被胁迫签署协议，仅有其个人陈述，没有证据佐证，不予采信。

最终，香洲法院判决王爷爷按照协议约定向赵奶奶支付自 2019 年 9 月 1 日至 2020 年 10 月 11 日离休工资账户中 50% 的收入共计 21 万余元。王爷爷不服该判决提起上诉，珠海市中级人民法院于 2021 年 3 月 24 日作出终审判决认定协议有效，支持了赵奶奶相关请求。

子女掀起离婚风波 “半途夫妻”再生纠葛

2020 年 11 月 4 日小王以王爷爷名义提起离婚诉讼，要求离婚并依法分割共同财产。赵奶奶认为双方感情一直很好，是在小王将王爷爷接走后不让二老见面，才造成现在所谓“分居”。赵奶奶还认为，王爷爷本人也没有出庭参加庭审，在小王提交作为依据的视频中，王爷爷只是按小王的询问说要离婚，并没有说出具体的要离婚的理由，可见离婚并不是王爷爷本人的真实意思，赵奶奶坚决不同意离婚。

香洲法院经审理认为现有证据不能证明双方夫妻感情确已破裂，依法判决双方不准离婚。一审宣判后，双方均未提起上诉。

后续费用又起纷争 法院调解案结事了

在法院依法对生效判决确认的 2020 年 10 月之前应付的生活费强制执行后，王爷爷仍然拒绝

按协议约定支付之后的生活费。2021 年 6 月 7 日，赵奶奶再次提起夫妻财产约定纠纷诉讼，要求支付 2020 年 11 月至判决时的生活费。

承办法官阅卷并查询之前的关联案件后发现，这已是双方进行的第三起诉讼。如果本案就案判案，仅处理本案所涉时间段的生活费支付问题，可以预见今后还会有离婚、赵奶奶请求支付生活费等多起诉讼及执行案件。两位老人将难以安享晚年，双方子女作为代理人也会长时间困于诉讼。考虑到二老共同生活多年，共同生活期间并无矛盾，现双方身处南北两地，与各自子女生活在一起，解决争议的关键还在于要做通双方子女的思想工作，配合处理好二老的养老、财产保管等问题。了解到王爷爷、小王、赵奶奶儿子均有军旅生活的背景，承办法官特意委托了同是退役军人，调解经验丰富、责任心强的特邀调解员曾祥云进行调解。承办法官还就双方三个案件的诉讼过程、问题症结、矛盾焦点、调解思路与调解员进行了充分沟通。

调解员接案后，立即联系双方儿子。通过数十次长时间的电话沟通，晓之以情、动之以理，双方终于从剑拔弩张转为达成初步共识，愿意配合协商解决。调解员还要求双方儿子都要拿出军人雷厉风行、一言九鼎的优良作风，共同处理好家庭纠纷，给身边的群众做好榜样。

最终，通过两个多月的努力，双方达成如下调解协议：

2021 年 9 月之前所欠的生活费 9 万元，在调解协议生效后一个月内从王爷爷工资卡中支付给赵奶奶，付清后赵奶奶向法院申请解除对王爷爷工资卡账户的查封。

2021 年 10 月起王爷爷每月定期支付赵奶奶生活费九千元。以上两项任何一期款项未按时支付，赵奶奶可要求王爷爷按原协议中约定金额每月 12000 元支付生活费。

因王爷爷的工资卡开户银行在外省，需要由执行法官到外省出差或者委托当地法院进行扣划、

解封，才能完成双方协议第一项约定事宜。如果手续办理不及时，因不可归责于双方的原因未能按期划款，可能引发新的纷争。为此，调解协议生效后，承办法官主动与执行法官沟通对接，执行法官及时委托当地法院对王爷爷账户进行划款、解封。最终，在协议生效后 20 日内办好了划款、解封手续。此后，小王按约每月从王爷爷工资卡中划款给赵奶奶 9000 元，双方纠纷终于圆满解决，未再进行强制执行或提起新的诉讼。

法官释法

老来相伴的幸福、子女绕膝的快乐，想必是无数人憧憬的晚年生活。而伴随老龄化的加剧，老年人再婚率也逐年攀升。根据老年人权益保障法的规定，老年人的个人财产及婚姻自由受法律保护，子女或者其他亲属不得随意干涉。本案中，原、被告在分开随各自子女生活后三次诉讼，其中情感因素与经济因素混杂、多种家庭矛盾交织，导致纠纷化解难度大，香洲法院家事调解工作最终让两位老人得以终止纷争、安享晚年。

法官倡议，子女应尊重父母的选择与需求，在给予老年人经济上供养和生活上照料的同时，亦勿忘精神上的慰藉和关怀，切莫随意干涉老年人婚姻自由和财产处分权利，忽视老年人的情感需求。

法条链接

《中华人民共和国老年人权益保障法》

第二十一条 老年人的婚姻自由受法律保护。子女或者其他亲属不得干涉老年人离婚、再婚及婚后的生活。

赡养人的赡养义务不因老年人的婚姻关系变化而消除。

第二十二条 老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。

老年人有依法继承父母、配偶、子女或者其他亲属遗产的权利，有接受赠与的权利。子女或者其他亲属不得侵占、抢夺、转移、隐匿或者损毁应当由老年人继承或者接受赠与的财产。

老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额。

《中华人民共和国民法典》

第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金、劳务报酬；
- (二) 生产、经营、投资的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产，有平等的处理权。

第一千零六十五条 男女双方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、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。

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，对双方具有法律约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。

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

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

有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

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

一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

撰稿：肖辉燕 梁觉元

声明：本文文字为原创，图片来源于扬子晚报网、中国宁波网。如需转载，请注明文章来源。

离婚夫妻卖房，互不信任将 100 万交中介保管… | 案说

原创：2022-03-01 上海青浦法院 上海青浦法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/tnAp3coahAh0L3PFD51DWw>

面对已经破裂的感情，上海一对夫妻决定离婚。卖房后分割售房款，双方都不愿意把钱交给对方，夫妻俩竟想出了一个“好办法”：将售房款交由中介保管。

问题来了，这种方式靠谱吗？

家住上海的陈女士与张先生感情不和协议离婚，商量着卖房分割售房款。因为双方互不信任，出于对房产中介专业度的认可，两人协商由陈女士新开一张银行卡，张先生设立密码，中介小哥保管该卡，等买家贷款到位后，再一起来中介将房款分割。

之后，陈女士一直询问中介小哥贷款到位情况，中介小哥称贷款到位了会通知。2019 年 6 月，售房款分两笔各 50 万元打至银行卡内，中介小哥随即通知陈女士到中介来分割房款，但因工作繁忙，陈女士没有到场分配。

几天后，中介小哥电话告知陈女士，银行卡已经邮寄给张先生了。陈女士查询后发现卡内到账的 100 万元已经被转移，陈女士意识到可能被骗了。于是陈女士将张先生与中介公司作为被告、中介小哥作为第三人起诉到浦东法院，要求张先生与中介公司一起赔偿其应分得的售房款并支付利息、律师费、返还中介费等。审理中，陈女士撤回对中介公司、中介小哥的起诉。经浦东法院调解，张先生应支付陈女士售房款及抚养费、违约金等合计 630000 元。但因张先生未能按时付款，陈女士申请强制执行，张先生尚未履行完毕。

原告陈女士诉称>>

虽然浦东法院已经就涉案售房款进行了调解，但实际并未执行完毕，由此产生损失。中介小哥与张先生系恶意串通，共同侵权。故陈女士要求中介小哥就浦东调解案件中张先生尚未支付陈女士债务中的 54.5 万元承担连带责任（如果法院认定中介小哥为职务行为，则该责任由中介公司承担）。

中介小哥辩称>>

事发时其系中介公司员工，为职务行为。卖房时约定由陈女士开卡，张先生设立密码，银行卡由中介保管。钱款到账后，中介小哥随即要求陈女士和张先生到场来分割售房款，但是陈女士一直未到。且当时张先生打电话称急需用钱，要求将银行卡寄给张先生，待其取出其应得的款项后，会将银行卡寄回。出于好心，中介小哥将银行卡寄给了张先生，且之后一直催促寄回银行卡，在张先生未及时寄回后，就将情况立即告知了陈女士。中介小哥乃至中介公司都不存在恶意与张先

生串通损害陈女士的行为，陈女士如果有损失也应当是向张先生主张。

张先生辩称>>

中介小哥、中介公司并没有责任，是张先生要求中介小哥将银行卡快递给自己，当时因为有急用，而陈女士没有配合及时到中介公司处理，才出此下策。最开始拿到银行卡也没打算全部取出 100 万元，是再寄回给中介小哥时，因为陈女士对之前的分割方案不予认可，要求分得更多钱款，所以才改变了主意。2019 年 6 月 22 日通知了中介小哥转款情况。应当由张先生继续承担履行浦东法院调解书的义务。

中介公司辩称>>

事发时中介小哥系公司员工。中介公司没有与张先生恶意串通。但中介公司对于中介小哥擅自代保管售房款的行为并不知情，该行为系中介小哥个人行为。现在陈女士的损失并不确定，还可以通过张先生履行调解书来获得款项。

法院认为

法院经过审理后认为，虽陈女士曾在浦东法院起诉过，但各方当事人所列诉讼地位不同；陈女士在浦东法院调解时亦未放弃对中介小哥的追诉权利；本案的诉讼请求与浦东法院亦不相同，故陈女士并未构成重复起诉。

陈女士与张先生选择中介小哥保管银行卡，是因为其具备中介人员的身份，希望促成案涉房产的交易成功，该保管银行卡行为系居间行为延伸，中介小哥行为为职务行为。即使中介小哥未告知中介公司，但该行为系中介公司内部管理行为。

根据在案证据，无法反映中介小哥将银行卡交付给张先生时知晓张先生会将银行卡内 100 万元售房款全部取出，在得知张先生全部取出的情况后，中介小哥立即通知了陈女士，中介小哥与

张先生不存在主观意思联络。但中介小哥在将银行卡邮寄给张先生时，既未得到陈女士的确认，亦未立即通知陈女士，中介小哥存有过错，该过错行为客观上为张先生的侵权行为提供了便利。

综上，综合中介小哥的主观过错、客观行为及案件实际情况，应由中介公司对陈女士损失承担补充赔偿责任。

法院判决

中介公司对张先生在浦东法院案件中所涉房屋应付款在 5 万元内承担补充赔偿责任，驳回陈女士其他诉讼请求。

法官提示

中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。中介公司并非金融机构，缺少经营金融业务的资质，亦缺乏相应监管，房屋买卖时约定由中介代收或者保管房款具有一定风险，应谨慎采用。若当事人均约定采此种收款、保管方式，应明确各方权利义务及违约责任，并按约履行。

另，补充赔偿责任是法律明确规定的情形，但在某些特定情形下负有保管、安全保障等义务的机构或个人，未能履行其职责时，也应当承担相应的补充赔偿责任。

主审法官 | 费紫燕

撰稿 | 施海群

编辑 | 朱晶晶

离婚后女方拖欠残疾孩子抚养费，法院情法并用促调解履行

2022-03-02 东莞市第三人民法院 三院小编

<https://mp.weixin.qq.com/s/jUTUnciN9sL2gyppw-RMkNw>

导读

离婚时约定，两个患有残疾的孩子归男方抚养，女方每月给付 2500 元抚养费。

然而离婚后，女方仅支付了部分，男方与其沟通无果后，以孩子的名义诉至法院。

东莞第三法院受理后，考虑到案件争议不大、孩子患有残疾等情况，多次耐心劝导、释法明理，促使双方达成分期付款协议，并根据实际情况对抚养费金额进行调整，最终圆满化解纠纷。

离婚后女方未按协议支付抚养费 男方告上法庭

2018 年 4 月，陈先生与谢女士两人协议离婚，约定两个儿子的抚养权归陈先生，谢女士每月需向陈先生支付 2500 元抚养费。然而离婚后，谢女士仅支付了几个月的部分抚养费，至 2022 年 1 月还拖欠 44600 元未给。

陈先生起诉到法院后，谢女士表示自己作为妈妈非常爱孩子，但确实也有不得已的苦衷。两个孩子均属于先天性耳聋，她一直坚持为孩子治疗，尽自己的能力让他们就读聋人学校、给他们安装助听器等。近两年受疫情影响，她收入大不如从前，自身也患有疾病，且需抚养家中年迈的母亲，生活负担重、开支大，离婚后已尽全力支付抚养费。

她表示，目前孩子读书均不需要学费，开支较小，且有残疾补助，每月 2500 元的抚养费过高，希望法院可以根据实际情况适当调低。

鉴于此案为家事纠纷，双方争议不大，同时考虑到孩子患有残疾等现实情况，为避免诉讼周期过长，保障孩子的正常学习和生活费用，法官多

次开展调解，从情、理、法角度做女方工作，敦促其应及时履行给付抚养费的义务，并根据两孩子的支出、男女方的收入水平、生活情况等，就抚养费金额问题组织双方进行协商。

在法官的不懈努力下，双方日前达成调解协议。谢女士分期向陈先生支付共计 35000 元抚养费至 2022 年 12 月止，明年起每月只需支付小儿子的 1250 元抚养费，直至其年满 18 周岁为止。

法官说法

夫妻双方不管是否离婚 都有抚养和教育孩子的义务

《民法典》第一千零八十五条规定：“离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”

关于抚养费的给付标准和期限，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》明确规定：抚养费可以定期给付也可以一次性给付。抚养费的数额，可以根据子

女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定；有固定收入的，抚养费一般可以按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付；负担两个以上子女抚养费的，比例可以适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十；有特殊情况的，可以适当提高或者降低上述比例。

本案中，双方虽登记离婚，孩子由男方直接抚养，但女方作为母亲，对孩子亦负有抚养、教育、保护的义务。两人离婚时自愿达成《离婚协议书》，约定了女方承担的抚养费数额及标准，应依约遵守，但并非不可更改。

女方在诉讼纠纷中请求法院予以调整，在双方自愿的前提下，法院根据案情及现实情况组织调解，双方经充分协商后达成和解，在督促女方及时履行支付义务的同时，也有效避免了日后双方因抚养费问题再起纷争。

来源 | 东莞市第三人民法院

通讯员 | 钟紫薇

责编 | 李奕缘

离异母亲中断两儿子学业，法院除了判决，还……

2022-03-03 上海一中法院

https://mp.weixin.qq.com/s/z_t0F03yt1RJr5gMyovzw

3月1日，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）向一起变更抚养关系纠纷案的双方当事人发出《家庭教育指导令》，这也是在新修订的《上海市未成年人保护条例》正式实施之际，上海一中院发出的首份家庭教育指导令。

上海市第一中级人民法院 家庭教育指导令

(2021)沪01民终 号

你二人变更抚养关系纠纷一案，上海市第一中级人民法院于2021年9月1日作出判决：一、自判决生效之日起随共同生活；二、自判决生效之日起每周周末可探望。不服该判决，向本院提起上诉。本院于2022年2月28日作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

该指导令是上海一中院贯彻落实《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国家庭教育促进法》以及《上海市未成年人保护条例》等的有力举措，也是从司法保护、家庭保护层面维护未成年人合法权益的一次积极实践。

“爱”子心切 离异母亲中断两儿子学业

许先生和张女士结婚后，分别于 2011 年 8 月和 2013 年 7 月生下大龙和小龙两个男孩。可是好景不长，2013 年 11 月，双方协议离婚，约定两个孩子均由母亲张女士抚养，许先生承担两个孩子的抚养费。

2017 年 9 月，大龙进入小学读书却经常迟到。班主任多次打电话给张女士，很多时候电话无人接听。同年 11 月，张女士向班主任和体育老师提出不参加体育锻炼，之后又要求提前接走大龙并提出请假。2017 年 12 月中旬至今大龙未再到校参加学习。

无独有偶，弟弟小龙上了两个月小学之后也被张女士接回家中，2020 年疫情期间学生需在家上网课并通过手机 APP 与老师互动，小龙都未参加，对此张女士解释是在家自学。此后小龙断断续续到校学习，2021 年 4 月下旬至今，小龙未再返校。

张女士认为两个孩子在家由她亲自教育，比去学校更好。许先生觉得前妻不让孩子上学的做法不妥，与张女士沟通无果后，便向法院提起诉讼，要求变更孩子们的抚养关系，由他来抚养两个孩子，让他们能继续完成学业。

孩子应接受义务教育 法院判决变更抚养关系

一审中，对于为何不让孩子在学校接受义务教育而要回家自己辅导，张女士有自己的解释。

在她看来，两兄弟无法参加义务教育的原因出在学校方。大龙、小龙两兄弟均因无法完成作业而被老师惩罚，这使他们产生了厌学情绪。

张女士：把孩子们带回家自己教育是在保护孩子。

一审法院经审理认为

从大龙、小龙今后的学习权利、健康成长的角度出发，结合许先生、张女士各自的生活经济条件及两个孩子的个人意愿，判决支持许先生变更抚养关系的诉请，孩子们跟随父亲共同生活，张女士可于每周周末探望两个孩子。

张女士不服，上诉至上海一中院。

上海一中院认为：

夫妻双方平等享有对未成年子女抚养的权利和共同承担对子女抚养的义务。是否变更未成年子女的直接抚养关系，应以最有利于未成年子女原则为基本衡量标准。

让适龄儿童接受义务教育是家长的义务，作为与未成年子女共同生活的法定监护人，必须使适龄未成年人依法入学接受并完成义务教育，不得使接受义务教育的未成年人辍学。

最终，上海一中院驳回上诉，维持原判。

上海一中院，判决之外，发出首份家庭教育指导令

在作出判决的同时，为保障未成年人合法权益，保护未成年人身心健康，引导父母积极正确履行监护职责，强化监护意识，做好家庭教育，上海一中院还对该案双方当事人发出首份家庭教育指导令，主要包括：

一、许先生应及时办理好大龙、小龙的入学手续，多与老师联系沟通，确保其在稳定的学习环境中完成学业；履行对张女士探望孩子的协助义务；多陪伴、关爱孩子，同张女士一起履行家庭教育责任，共同保障孩子在稳定的生活环境中健康成长。

二、张女士应协助许先生完成大龙、小龙入学手续的办理，确保两人在稳定的学习环境中完成学业；按照法院判决确定的时间和方式，积极行使对两个孩子的探望权，关心孩子们的综合发展，与许先生相互配合，承担家庭教育的主体责任。

指导令还指出，上海一中院将定期对当事人履行本令的情况进行回访调查，如发现违反法定义务继续怠于履行或者不当履行监护职责，上海一中院将依照《中华人民共和国未成年人保护法》第一百一十八条及《中华人民共和国家庭教育促进法》第四十九条、第五十四条之规定予以处理。

这份家庭教育指导令不仅晓之以理，也动之以情，其中特别指出张女士对于孩子辍学在家虽有自己的解释，也为两个孩子的学习生活付出了母爱和关心，但让适龄儿童入学接受并完成义务教育，并非是仅凭个人喜好的选择，而是父母的责任与义务。孩子的成长，不仅需要父母的爱，还需要正常的学校教育、社会交往，需要在父母的适当“放手”中自己去经历顺境和逆境、去体验开心和无奈。

（文中人名均为化名）

法官说法



郭海云 少年家事庭庭长



潘静波 少年家事庭审判长

本案审判长、上海一中院少年家事审判庭潘静波法官指出，我国实行九年义务教育制度。父母作为子女的法定代理人和监护人，不仅应在思想、品行上教育未成年子女，还应提供条件使未成年子女接受正规的学校教育，完成九年义务教育。即使未成年人的父母分居或者离异的，也应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行。

针对上海一中院的首个《家庭教育指导令》，少年家事庭郭海云庭长认为，指导令是判决的有益补充，更有针对性地敦促双父母履行家庭教育的职责，让父母树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，有效保障未成年人权益。今后，法院也会对当事人定期回访，以便促进指导令相关内容的落实。这就意味着，当事人不仅是接受一个判决，还要继续进一步的学习，更好地承担作为父母的责任和义务。

文：王梦茜 王徐池然（实习）

图：源自网络

值班编辑：王梦茜

初审编辑：姚卫华

婚内出轨，被判少分财产！佛山中院公布一批婚姻家庭典型案例

2022-03-04 佛山中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/DTSstNS9JcwE-N6CqBnEKxw>

千头万绪的事，说到底是千家万户的事。三八妇女节来临之际，佛山中院对外发布一批具有典型意义的婚姻家庭案例。近三年来，佛山两级法院妥善处理各类家事纠纷 15726 件，切实发挥司法裁判在社会治理中规范、评价、教育和引导作用，深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理，有效维护妇女、儿童、老人等弱势群体的合法权益，为推动家庭文明建设提供有力的司法保障。

目录

- 01 婚前隐瞒重大疾病，法院准许另一方请求撤销婚姻
- 02 离婚后请求拍卖部分份额属于女儿的房产，不被法院支持
- 03 父母为子女购房的款项无证据显示为“借款”，被法院认定为赠与
- 04 夫妻一方故意转移共同财产，离婚时被判少分财产
- 05 “出轨+家庭暴力”致离婚，法院保护无过错方权益
- 06 子女以父母有收入拒绝履行赡养义务，法院不予支持
- 07 分手后因子女抚养问题起纠纷，法院巧妙安排探视权促亲情融合
- 08 女子“欺诈性抚养”，被判返还抚养费及赔偿损失
- 09 擅自带走子女以争夺抚养权，法院不予支持
- 10 配偶一方向情人赠与财物，法院支持另一方的索回请求
- 11 无正当理由拒做亲子鉴定，承担不利后果
- 12 未如约登记结婚，法院支持彩礼返还请求

婚前隐瞒重大疾病，法院准许另一方请求撤销婚姻

陈某婚前被诊断为精神分裂症，并因此住院治疗。但陈某未告知男友杨某，婚前、孕前检查中亦隐瞒病情，婚后陈某因精神分裂症再次住院治

疗。杨某以陈某隐瞒病情，侵犯其知情权为由诉至法院，请求撤销婚姻关系。

法院经审理认为，陈某在婚前已确诊患有精神分裂症，但未在结婚登记前如实告知杨某，婚检、孕检中亦隐瞒自己的病情，杨某直至婚后陈某再次病发才知晓陈某患有精神分裂症，其起诉要求撤销婚姻关系，未超出法律规定的除斥期间，依法予以支持。

典型意义

婚姻双方在缔结婚姻前对对方的健康状况有知情权，只有在知情并通过深思熟虑作出选择的情况下，才承担缔结婚姻关系所产生的法律后果。本案中，陈某患有精神分裂症，该疾病可致其持续性、间歇性缺乏认知或行为能力，可能无法建立和维持正常家庭生活，属于《中华人民共和国民法典》规定的重大疾病。陈某婚前隐瞒其患精神分裂症的行为，严重影响杨某对缔结婚姻作出的意思表示，法院根据杨某的请求，依法撤销陈某、杨某之间的婚姻关系，以保障公民婚姻自主权。

离婚后请求拍卖部分份额属于女儿的房产，不被法院支持

彭某与欧某在离婚协议中约定，作为夫妻共同财产的某房产中，属于欧某二分之一的份额，待女儿年满十八周岁过户给女儿。现彭某在女儿未满十八周岁时即起诉请求整体拍卖该房产并主张取得全部拍卖款。

法院经审理认为，双方女儿对案涉房产通过受赠方式取得相应份额财产权。法律规定，监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，监护人除为维护被监护人利益外，不得处分

被监护人的财产。在无充分证据证明基于双方女儿存在生活、教育、医疗等迫切需求或其他正当理由的情况下，彭某主张对案涉房产进行整体拍卖，并要求取得全部拍卖款，损害女儿的合法权益，故驳回彭某的诉讼请求。

典型意义

本案涉及未成年人权益保护。未成年人是身心发育尚未成熟的群体，具有特殊的生理和心理特征，需要国家、社会、学校和家庭给予特别的关心和爱护。为此，我国出台了《中华人民共和国未成年人保护法》，人民法院作为司法机关，在保护未成年人合法权益方面，亦应通过个案的审理，义不容辞、旗帜鲜明地表明应有的态度。婚姻家庭纠纷司法实践中，应当确保未成年人合法权益免受他人包括监护人的不法侵害。

父母为子女购房的款项无证据显示为“借款”，被法院认定为赠与

何某乙与李某原系夫妻，二人婚姻关系存续期间，何某甲共向其儿子何某乙转账 40 多万元用于购买房屋，登记在何某乙与李某二人名下。后何某乙与李某离婚，约定房屋归李某所有。何某甲以其出资系民间借贷为由，请求何某乙与李某返还借款。

法院经审理认为，何某甲出资时，没有证据显示该款项性质，现其主张该出资为借款，但不能提交借据等证据，按照“谁主张、谁举证”的原则，其应承担不利后果，故认定该出资为对子女的赠与。

典型意义

对于父母出资是借款还是赠与，原则上应以父母出资当时的明确意思表示为依据，充分尊重当事人意思自治。对于借贷关系的认定，应遵循“谁主张谁举证”原则，当出资性质真伪不明时，应将出资系借贷这一事实的证明责任分配给主张

借贷关系的父母一方。此外，父母子女间的亲缘关系决定了父母出资购房为赠与的可能性通常高于借贷，绝大多数父母出资的目的是为了解决或改善子女的住房问题，希望子女过得更加幸福，而不是有朝一日要回出资。为避免日后产生纷争，建议父母在为子女购房出资时最好明确出资性质，防止财产权益受损。

夫妻一方故意转移共同财产，离婚时被判少分财产

朱某某提起离婚诉讼后撤回起诉，其出售夫妻共同房产后再次提起离婚诉讼。钟某以朱某某故意转移、隐匿夫妻共同财产为由，主张朱某某少分夫妻共同房产的出售款。

法院经审理认为，朱某某收到夫妻共同房产的出售款后短时间内取现或转账相当于夫妻共同房产出售款数额的款项，且没有合理说明用途，朱某某的行为使夫妻共同房产的出售款脱离了钟某的控制或支配，属于转移夫妻共同财产的行为，酌定钟某与朱某某按 6:4 的比例分割夫妻共同房产的出售款。

典型意义

夫妻共同财产属于共同共有。对共同财产，夫妻双方均有依法占有、使用、收益和处分的权利，而现实生活中，存在夫妻一方在离婚时穷尽各种手段隐藏、转移夫妻共同财产或者伪造共同债务，以达到非法侵占夫妻共同财产的目的。朱某某通过出售夫妻共同房产侵占售房款的方式，擅自对夫妻共同财产进行处理，转移夫妻共同财产，法院依法判决朱某某少分夫妻共同财产。本案判决对于侵犯配偶财产权利的不诚信行为，依法令其承担不利后果，给予相应惩戒，旗帜鲜明地保护诚信方对共同财产所享有的合法权益，倡导正确的财产分割方式。

“出轨+家庭暴力”致离婚，法院保护无过错方权益

赵某某与陈某某为夫妻关系。赵某某在婚姻关系存续期间存在出轨行为及家庭暴力，陈某某认为赵某某对离婚存在过错，故要求多分夫妻共同财产及获得损害赔偿。

法院经审理认为，赵某某存在出轨行为及家庭暴力，明显存在过错，夫妻因此产生冲突，最终导致感情破裂，赵某某对夫妻离婚负有较大过错。根据照顾女方及无过错方权益的原则，以及法律关于损害赔偿的规定，最终判决离婚时陈某某适当多分夫妻共同财产，并且获得损害赔偿。

典型意义

夫妻之间应当互相忠实、互相尊重、互相关爱，维护和睦、文明的婚姻家庭关系。“出轨”属于违反夫妻忠实义务的行为，而“家庭暴力”严重破坏夫妻感情及婚姻关系，两种行为均对婚姻无过错方以及整个家庭造成较大伤害，不仅应予以道德上的谴责，还应承担相应的法律后果。《中华人民共和国民法典》第一千零八十七条规定，离婚时夫妻共同财产的处理，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决；第一千零九十一条规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。本案判决体现了对婚内出轨行为受害方在分割夫妻共同财产时予以倾向性保护的理念，也体现了对家庭暴力实施者予以惩戒的鲜明态度，阐释了法律对婚姻无过错方的保护原则。

子女以父母有收入拒绝履行赡养义务，法院不予支持

黄某源与黄某斌为两父子。黄某源已退休且患有多种疾病，现以黄某斌没有看望、照顾自己为由，请求儿子黄某斌支付赡养费。黄某斌抗辩认为，父亲黄某源每月有退休收入，且其离婚后没有对黄某斌尽抚养义务，父亲黄某源丧失了要求黄某斌赡养的权利。

法院经审理认为，赡养父母是法定义务，有赡养能力的成年子女应当赡养缺乏劳动能力或者生活困难的父母，不得以父母有收入，离婚后未尽到抚养义务等理由拒绝履行赡养义务，判决黄某斌应向黄某源支付赡养费。

典型意义

中华民族有敬老、养老、助老的传统文化。赡养老人不仅是中华民族的传统美德，也是子女的法定义务。《中华人民共和国民法典》《老年人权益保障法》均规定子女对父母有赡养义务。成年子女对父母特别是在父母年迈、丧失劳动能力时，应当履行经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。本案判决在处理赡养纠纷时，坚持保护老年人的合法权益这一原则，敦促赡养人依法履行赡养义务，让老年人老有所依、老有所养。

最高法、全国妇联、教育部、公安部等七部门联合发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》

2022-03-05 最高人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/o9S4-ZTV-a7HmPnCzKCFaw>

家庭是社会的基本细胞。家庭和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。重视家庭，是中华民族优秀传统文化的重要组成部分。人民法院在有关工作中，认真贯彻落实习近平总书记

关于注重家庭家教家风建设的重要论述精神，贯彻落实民法典关于“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”和“禁止家庭暴力”的规定。2022年3月5日，最高人民法院会同全国

妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委共同发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》（以下简称《意见》）。《意见》出台的背景及主要内容如下：

一、《意见》出台的背景

2016 年实施的《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称《反家庭暴力法》）设立了人身安全保护令制度，规定因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的当事人，可以向人民法院申请人身安全保护令。该制度对于预防和制止家庭暴力具有重要意义。《反家庭暴力法》实施 6 年来，各级人民法院积极履职尽责，人身安全保护令签发数量逐年上升，有效预防和制止了家庭暴力的发生或者再次发生。但是，近年来，实践中也出现了一些问题，如人身安全保护令签发门槛高，法官对“面临家庭暴力现实危险”把握不准，人身安全保护令制度具体执行中相关部门职责不清晰等，影响了该制度作用的有效发挥。为贯彻落实习近平总书记关于注重家庭家教家风建设的重要论述精神，2021 年，最高人民法院针对人身安全保护令制度实施开展专项研究，以实践中多发频发、亟待解决的问题为导向，完善细化相关规定，提高家庭暴力受害人保护力度和水平。

二、《意见》的主要内容

《意见》共计二十条，从贯彻实施人身安全保护令制度应当遵循的原则、各部门具体职责、协助执行义务等各方面作出了规定。

（一）明确贯彻实施人身安全保护令制度应当遵循的原则

依法保护好家庭成员特别是妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益，是深入贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于注重家庭家教家风重要论述精神，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定的要求。人民法院旗帜

鲜明反对家庭暴力，以司法手段为家庭暴力受害人合法权益提供保障。《意见》明确，贯彻实施人身安全保护令，应当坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持依法、及时、有效保护受害人原则，坚持保护当事人隐私原则，坚持尊重受害人真实意愿原则。

（二）更加注重未成年人权益保护

民法典针对监护、收养等涉及未成年人的情况，分别作出了“最有利于”被监护人、被收养人的规定。2020 年修订的未成年人保护法，也将坚持最有利于未成年人作为基本原则。《意见》积极贯彻未成年人保护相关政策法律精神，给予未成年人特殊、优先保护，明确贯彻实施人身安全保护令，还应当坚持最有利于未成年人原则。就未成年人接受询问、提供证言等情况，针对性地规定为其提供适宜场所环境、可不出庭作证等，充分考虑未成年人心身特点，尊重其人格尊严。

（三）细化明确相关部门强制报告义务内容

实践中，存在家庭暴力受害人因不知或不敢申请人身安全保护令，而长期遭受家庭暴力却不能拿起法律武器保护合法权益的情况。相关政府部门的适时介入，对于及时保护家庭暴力受害人，具有保障性、兜底性的重要意义。为此，《意见》规定民政部门、医疗机构在工作、诊疗过程中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的情况，应当及时向公安机关报案；学校、幼儿园发现未成年人遭受或者疑似遭受家庭暴力的情况，应当及时向公安、民政、教育等有关部门报告，充分发挥多部门联动合力，共同保护家庭暴力受害人合法权益。此外，《意见》还要求司法行政机关加大对家庭暴力受害人的法律援助力度，畅通法律援助申请渠道，帮助家庭暴力受害人运用法律武器保护自身权益。

（四）细化人身安全保护令执行程序

《反家庭暴力法》第三十二条规定,人身安全保护令由人民法院执行,公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。但该规定较为原则,人身安全保护令作出后如何进入强制执行、协助执行部门具体如何协助等均需要进一步细化落实。人身安全保护令的执行分为两类:一类是作为义务的执行,比如“被申请人迁出申请人住所”;另一类是不作为义务的执行,比如“禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属”。对于不作为义务,不需要当事人申请强制执行,但是如果被申请人违反了人身安全保护令,申请人可以向人民法院申请强制执行;对于作为义务,如果被申请人不履行,申请人可以向人民法院申请强制执行。《意见》明确,被申请人不履行或者违反人身安全保护令的,申请人可以向人民法院申请强制执行。对公安机关、居民委员会、村民委员会、妇女联合会等相关单位的协助执行义务,《意见》也作出了具体规定。其中,公安部门除了协助督促遵守人身安全保护令,在被申请人违反人身安全保护令时及时出警外,还需要将情况通报给人民法院,真正地实现部门联动。居民委员会、村民委员会、妇女联合会则可以发挥矛盾纠纷化解一线优势,跟踪记录人身安全保护令执行情况,提供法治教育、心理辅导,并帮助受害人及时与人民法院、公安机关联系,切实调动各部门协同的反家暴联动机制活力。

下一步,各部门将严格落实执行《意见》规定,切实将人身安全保护令这项制度落到实处。

法发〔2022〕10号

最高人民法院 全国妇联

教育部 公安部 民政部 司法部 卫生健康委

关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见

为进一步做好预防和制止家庭暴力工作,依法保护家庭成员特别是妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益,维护平等、和睦、文明的家庭

关系,促进家庭和谐、社会稳定,现就加强人身安全保护令制度贯彻实施提出如下意见:

一、坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导。深入贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于注重家庭家教家风建设的重要论述精神,在家庭中积极培育和践行社会主义核心价值观,涵养优良家风,弘扬家庭美德,最大限度预防和制止家庭暴力。

二、坚持依法、及时、有效保护受害人原则。各部门在临时庇护、法律援助、司法救助等方面要持续加大对家庭暴力受害人的帮扶力度,建立多层次、多样化、立体式的救助体系。要深刻认识家庭暴力的私密性、突发性特点,提高家庭暴力受害人证据意识,指导其依法及时保存、提交证据。

三、坚持尊重受害人真实意愿原则。各部门在接受涉家庭暴力投诉、反映、求助以及受理案件、转介处置等工作中,应当就采取何种安全保护措施、是否申请人身安全保护令、对加害人的处理方式等方面听取受害人意见,加大对受害人的心理疏导。

四、坚持保护当事人隐私原则。各部门在受理案件、协助执行、履行强制报告义务等工作中应当注重保护当事人尤其是未成年人的隐私。受害人已搬离与加害人共同住所的,不得将受害人的行踪或者联系方式告知加害人,不得在相关文书、回执中列明受害人的现住所。人身安全保护令原则上不得公开。

五、推动建立各部门协同的反家暴工作机制。积极推动将家庭暴力防控纳入社会治安综合治理体系,发挥平安建设考评机制作用。完善人民法院、公安机关、民政部门、司法行政部门、教育部门、卫生部门和妇女联合会等单位共同参与的反家暴工作体系。充分利用信息化建设成果,加强各部门间数据的协同共享。探索通过专案专档、分级预警等方式精准跟踪、实时监督。

六、公安机关应当强化依法干预家庭暴力的观念和意识，加大家庭暴力警情处置力度，强化对加害人的告诫，依法依规出具家庭暴力告诫书。注重搜集、固定证据，积极配合人民法院依职权调取证据，提供出警记录、告诫书、询（讯）问笔录等。有条件的地方可以与人民法院、民政部门、妇女联合会等建立家暴警情联动机制和告诫通报机制。

七、民政部门应当加强对居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构等的培训和指导。居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，应当及时向公安机关报案。贯彻落实《关于做好家庭暴力受害人庇护救助工作的指导意见》，加强临时庇护场所建设和人员、资金配备，为家庭暴力受害人及时提供转介安置、法律援助、婚姻家庭纠纷调解等救助服务。

八、司法行政部门应当加大对家庭暴力受害人的法律援助力度，畅通法律援助申请渠道，健全服务网络。各地可以根据实际情况依托当地妇女联合会等建立法律援助工作站或者联络点，方便家庭暴力受害人就近寻求法律援助。加强对反家庭暴力法、未成年人保护法、妇女权益保障法、老年人权益保障法等法律法规的宣传。充分发挥人民调解优势作用，扎实做好婚姻家庭纠纷排查化解工作，预防家庭暴力发生。

九、医疗机构在诊疗过程中，发现可能遭受家庭暴力的伤者，要详细做好伤者的信息登记和诊疗记录，将伤者的主诉、伤情和治疗过程，准确、客观、全面地记录于病历资料。建立医警联动机制，在诊疗过程中发现无民事行为能力人或者限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，应当及时向公安机关报案，并积极配合公安机关做好医疗诊治资料收集工作。

十、学校、幼儿园应当加强对未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、反家庭暴力法等法律法规的宣传教育。注重家校、家园协同。在发现未成年人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，应当根据《未成年人学校保护规定》，及时向公安、民政、教育等有关部门报告。注重保护未成年人隐私，加强心理疏导、干预力度。

十一、人民法院应当建立人身安全保护令案件受理“绿色通道”，加大依职权调取证据力度，依法及时作出人身安全保护令。各基层人民法院及其派出人民法庭应当在立案大厅或者诉讼服务中心为当事人申请人身安全保护令提供导诉服务。十二、坚持最有利于未成年人原则。各部门就家庭暴力事实听取未成年人意见或制作询问笔录时，应当充分考虑未成年人身心特点，提供适宜的场所环境，采取未成年人能够理解的问询方式，保护其隐私和安全。必要时，可安排心理咨询师或社会工作者协助开展工作。未成年人作为受害人的，人身安全保护令案件中，人民法院可以通知法律援助机构为其提供法律援助。未成年子女作为证人提供证言的，可不出庭作证。

十三、各部门在接受涉家庭暴力投诉、反映、求助或者处理婚姻家庭纠纷过程中，发现当事人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的，应当主动告知其可以向人民法院申请人身安全保护令。

十四、人民法院在作出人身安全保护令后，应当在 24 小时内向当事人送达，同时送达当地公安派出所、居民委员会、村民委员会，也可以视情况送达当地妇女联合会、学校、未成年人保护组织、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等。

十五、人民法院在送达人身安全保护令时，应当注重释明和说服教育，督促被申请人遵守人身安全保护令，告知其违反人身安全保护令的法律后果。被申请人不履行或者违反人身安全保护令的，申请人可以向人民法院申请强制执行。被申请人违反人身安全保护令，尚不构成犯罪的，人

民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。

十六、人民法院在送达人身安全保护令时，可以向当地公安派出所、居民委员会、村民委员会、妇女联合会、学校等一并送达协助执行通知书，协助执行通知书中应当明确载明协助事项。相关单位应当按照协助执行通知书的内容予以协助。

十七、人身安全保护令有效期内，公安机关协助执行的内容可以包括：协助督促被申请人遵守人身安全保护令；在人身安全保护令有效期内，被申请人违反人身安全保护令的，公安机关接警后应当及时出警，制止违法行为；接到报警后救助、保护受害人，并搜集、固定证据；发现被申请人违反人身安全保护令的，将情况通报人民法院等。

十八、人身安全保护令有效期内，居民委员会、村民委员会、妇女联合会、学校等协助执行的内容可以包括：在人身安全保护令有效期内进行定期回访、跟踪记录等，填写回访单或记录单，期

满由当事人签字后向人民法院反馈；发现被申请人违反人身安全保护令的，应当对其进行批评教育、填写情况反馈表，帮助受害人及时与人民法院、公安机关联系；对加害人进行法治教育，必要时对加害人、受害人进行心理辅导等。

十九、各部门在接受涉家庭暴力投诉、反映、求助或者处理婚姻家庭纠纷过程中，可以探索引入社会工作和心理疏导机制，缓解受害人以及未成年子女的心理创伤，矫治施暴者认识行为偏差，避免暴力升级，从根本上减少恶性事件发生。

二十、各部门应当充分认识人身安全保护令制度的重要意义，加大学习培训力度，熟悉人身安全保护令申请主体、作出程序以及协助执行的具体内容等，加强人身安全保护令制度普法宣传。

最高人民法院

全国妇联

教育部

公安部

民政部

司法部

卫生健康委

2022 年 3 月 3 日

最高法民一庭负责人就关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见 答记者问

2022-03-05 最高人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/JZLvH9Vbn0mdcdohlan8Q>

2022 年 3 月 5 日，最高人民法院联合全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委共同发布了《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》（以下简称《意见》）。最高人民法院民一庭负责人就有关问题接受了专访。

问：请您介绍一下，由七个部门联合发布《意见》的主要考虑？

答：预防和制止家庭暴力是一个社会性工程，需要各部门合力解决。各部门反复研究，对此取得了共识，这是联合发布《意见》的基础。反家庭暴力法明确规定，当事人因遭受家庭暴力或者面

临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。贯彻实施反家庭暴力法，依法作出人身安全保护令，人民法院责无旁贷。自反家庭暴力法实施以来，人民法院作出的人身安全保护令数量也是逐年上升，为家庭暴力受害人设立了一道“隔离墙”，有力地保护了家庭暴力受害人的人身安全和人格尊严。但是，实践中，我们也发现，很多当事人对人身安全保护令制度还不了解，证据意识弱，人身安全保护令执行体系还不健全。我们立足于各部门具体职责，从源头抓起，打通部门间沟通协作“堵点”。

首先,要求学校、司法行政部门等加大普法宣传力度,在相关工作中告知当事人可以申请人身安全保护令,让家庭暴力受害人了解保护自己的法律武器;其次,针对家庭暴力发现难问题,进一步明确相关部门的强制报告义务,让家庭暴力尤其是针对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的家庭暴力得到有效监督;第三,针对当事人提供证据难问题,将证据的搜集和固定程序前移,明确公安机关在报警处理过程中注重搜集、固定证据,人民法院加大依职权调取证据力度,与公安机关建立互通机制;第四,细化人民法院、公安机关和民政部门等单位共同参与的人身安全保护令执行体系,织牢织密反家庭暴力防控网,真正发挥人身安全保护令的作用,打通反家庭暴力的“最后一公里”。

问:家庭暴力主要发生在家庭内部,尤其是针对未成年人、精神病人的家庭暴力,往往是其法定监护人实施的,这就更加大了发现的难度,请问《意见》采取了哪些措施解决这个问题?

答:发现是救助的前提。确如记者所言,基于未成年人、精神病人的认知能力等原因,在遭受家庭暴力时,往往无力反抗,《意见》对此也给予了特别的关注。明确坚持最有利于未成年人原则,要求各部门就家庭暴力问题听取未成年人意见或者制作询问笔录时,应当充分考虑未成年人身心特点,提供适宜的场所环境,采取未成年人能够理解的问询方式,要特别注意保护其隐私和安全。必要时,安排心理咨询师或者社会工作者协助开展工作。明确未成年人作为受害人的人身安全保护令案件中,人民法院可以通知法律援助机构为其提供法律援助。未成年人子女作为证人提供证言的,可以不出庭作证。针对学校、幼儿园与未成年人接触密切,较易发现未成年人遭遇家庭暴力的特点,《意见》明确,学校、幼儿园在发现未成年人遭受或疑似遭受家庭暴力时,应当及时向公安、民政、教育等有关部门报告。医生在诊疗过程中基于专业医学知识也较易发现和判断伤情及原

因,为此,《意见》也进一步明确了医院的强制报告义务。《意见》还规定,村民委员会、居民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员在工作中发现无民事行为能力人和限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的,应当及时向公安机关报案。通过上述细化规定,充分发挥各部门合力,保证家庭暴力能够被及时发现。

问:据了解,申请人身安全保护令案件中,很多当事人没有留存证据意识,致使举证不足,《意见》采取了哪些措施予以保障?

答:从我们调研了解的情况看,人身安全保护令申请被驳回的主要原因就是证据不足。这虽然有证据标准掌握问题,但是也反映了家庭暴力受害人举证能力普遍较弱的情况。《意见》根据家庭暴力证据的形成地点、时间等特征,将防控工作前移,明确相关部门对工作中形成的证据要注重保存,从而缓解当事人举证能力不足的问题。比如,《意见》规定,医疗机构在诊疗过程中,发现可能遭受家庭暴力的伤者,要详细做好伤者的信息登记和诊疗记录,将伤者的主诉、伤情和诊疗过程,准确、客观、全面地记录于病历资料,协助公安机关搜集证据。《意见》还规定,公安机关应当依法依规出具家庭暴力告诫书,注重搜集、固定证据,积极配合人民法院依职权调取证据,提供出警记录、告诫书、询(问)笔录等,探索建立家暴警情联动机制和告诫通报机制。这也是解决家庭暴力受害人在申请人身安全保护令过程中举证难问题的关键举措之一。通过实现各部门信息共享,快速查证事实,及时作出人身安全保护令,保护家庭暴力受害人合法权益。目前,最高人民法院正在抓紧研究制定人身安全保护令的司法解释,以更全面、充分、及时保障受害人合法权益。

问:人身安全保护令只有得到有效履行,才能真正发挥作用,保护受害人权益,但是家庭暴

力发生在家庭内部，向来是执行领域的难中之难，请问，《意见》有什么解决办法？

答：人身安全保护令的执行分为两类：一类是作为义务的履行，比如“责令被申请人迁出申请人住所”；另一类是不作为义务的履行，比如“禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属”。实践中，基于各方面考虑，一般采取“责令被申请人迁出申请人住所”的情况不多，绝大部分情况是被申请人的不作为义务。这向来是人民法院强制执行程序的难点和弱项。考虑人身安全保护令履行过程中的特点、与相关部门工作的紧密程度等，《意见》在各部门充分协商的基础上明确，如果被申请人不履行或者违反人身安全保护令的，申请人可以向人民法院申请强制执行。同时，就公安机关、居民委员会、村民委员会、

妇女联合会等相关单位的协助执行义务，《意见》也作出了可操作性的细化规定。其中，公安部门除了协助督促遵守人身安全保护令，在被申请人违反人身安全保护令时及时出警外，还需要将情况通报给人民法院，真正地实现部门联动。居民委员会、村民委员会、妇女联合会则可以发挥矛盾纠纷化解一线优势，跟踪记录人身安全保护令执行情况，提供法治教育、心理辅导，并帮助受害人及时与人民法院、公安机关联系，切实调动各部门协同的反家暴联动机制活力。此外，《意见》根据各部门意见，还扩大了协助执行主体范围，包括当地妇联、未成年人保护组织、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等，依托专门组织形成对特殊群体保护的专业性和合力。

公报案例 | 陈某某诉无锡市妇幼保健院医疗服务合同纠纷案 | 最高院公报

2022-03-07 最高院公报 家事法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/t80GLmtVT8z9B5yDjag3iw>

陈某某诉无锡市妇幼保健院医疗服务合同纠纷案

原文标题：陈某某诉无锡市妇幼保健院医疗服务合同纠纷案

出处：《中华人民共和国最高人民法院公报》，2022 年第 2 期

声明：本文仅供学习研讨之用

裁判摘要

夫妻双方与医疗机构订立“体外受精-胚胎移植”医疗服务合同并已经完成取卵、胚胎培养等合同内容，在胚胎正式移植前丈夫死亡且生前并未向医疗机构表示拒绝履行合同，妻子要求医疗机构继续履行胚胎移植义务，既是当事人真实意思的反映，亦具备可履行的内容，且并不违反

法律法规及公序良俗，医疗机构应当继续履行医疗服务合同。

丧偶妇女符合国家相关人口和计划生育法律法规情况下以其夫妇通过实施人类辅助生殖技术而获得的胚胎继续生育子女，有别于原卫生部实施人类辅助生殖技术规范中的单身妇女，不违反社会公益原则。医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于法律所享有的正当生育权利。

原告：陈某某，女，1994 年 5 月 8 日出生，汉族，住安徽省全椒县。

被告：无锡市妇幼保健院，住所地：江苏省无锡市梁溪区槐树巷。

法定代表人：杨亚萍，该医院院长。

原告陈某某因与被告无锡市妇幼保健院（以下简称妇幼保健院）发生医疗服务合同纠纷，向江苏省无锡市梁溪区人民法院提起诉讼。

原告陈某某诉称

2016 年 8 月，其和丈夫李某某因不孕至妇幼保健院诊疗，要求实施“体外受精-胚胎移植”手术，其夫妇在妇幼保健院分别进行取卵术、取精术，并成功培育胚胎，但后期胚胎移植手术并未成功。2017 年 5 月 26 日，其夫妇再次至妇幼保健院要求实施“体外受精-胚胎移植”手术，并成功培育 4 个胚胎，计划于 2017 年 7 月植入其体内，但因其当时取卵较多导致腹水，不宜立即移植胚胎，其在家中调养身体，待身体条件具备后再进行移植手术。2019 年 7 月 1 日，其丈夫李某某因意外事故死亡。之后，其要求妇幼保健院继续完成“体外受精-胚胎移植”手术，但妇幼保健院以缺少李某某签字、按照相关规定不得实施该手术为由，予以拒绝，其丈夫为家中独子，夫妻关系存续期间双方感情较好，其虽然丧偶，但继续完成胚胎移植手术传承丈夫血脉，寄托了其及公婆一家的全部希望，请求法院判令妇幼保健院继续履行双方之间“体外受精-胚胎移植”的医疗服务合同，为其实施胚胎移植手术，并承担本案诉讼费用。

被告妇幼保健院辩称

1. 根据卫科教〔2001〕143 号《人类辅助生殖技术规范》和《人类辅助生殖技术伦理原则》的规定，辅助生殖技术必须严格遵守知情同意、知情选择的自愿原则，陈某某丈夫李某某去世前的两年内均未来施行胚胎移植手术，李某某生前签署的知情同意书不能延续至死亡后，且李某某不再能签署胚胎解冻及移植知情同意书，陈某某主张继续履行合同与法律规定相悖；

2. 2017 年 4 月，陈某某夫妻双方签署的胚胎冷冻、解冻及移植同意书中，其已明确告知陈某某夫妇首次冷冻费用含 3 个月的胚胎保存费，逾

期如需继续冷冻，需补交费用，否则不予保存，如超过保存期，同意将胚胎去标识后作为教学科研用，但陈某某交纳首期胚胎冷冻费用后，超过保存期两年以来从未补交冷冻费用，陈某某在丈夫去世前两年间无故未来其处实施胚胎移植手术，属于主观放弃胚胎，陈某某无正当理由未来其处实施手术，系合同未履行的根本原因；3. 李某某去世后，陈某某即为单身妇女，单亲环境可能会对孩子生理、心理、性格等方面带来影响，根据《人类辅助生殖技术规范》的保护后代原则、公益原则规定，其无法为单身妇女实施辅助生殖技术，也不建议为单身妇女实施辅助生育技术，陈某某现不属于人类辅助生殖技术适用的对象。其无法实现为陈某某实施冷冻胚胎解冻及移植手术，请求驳回陈某某的诉讼请求。

江苏省无锡市梁溪区人民法院一审查明

被告妇幼保健院为经卫生行政管理部门批准，登记开展人类辅助生殖技术的执业医疗机构。原告陈某某与其丈夫李某某于 2015 年 1 月 6 日登记结婚。2016 年 8 月起，陈某某、李某某因女方管性因素患不育症至妇幼保健院诊治。2016 年 12 月 18 日，妇幼保健院为陈某某施行“体外受精-胚胎移植手术”，后陈某某未孕。2017 年 4 月 27 日，陈某某、李某某再次至妇幼保健院要 IVF-ET 即“体外受精-胚胎移植手术”助孕，妇幼保健院拟行方案为：刺激周期，超长方案。当日，陈某某、李某某向妇幼保健院签署了《体外受精-胚胎移植知情同意书》，同意因患不育症授权妇幼保健院诊治，自愿选择“体外受精-胚胎移植”。2017 年 5 月 28 日，妇幼保健院分别为陈某某、李某某进行取卵术、取精术，并进行胚胎培养。当日，陈某某存有卵巢过度刺激综合症倾向，妇幼保健院予扩容治疗，并全胚冷冻，妇幼保健院将《移植术须知》张贴于陈某某病历上，该须知载明：“1、月_日 07:30 夫妇来院，女方挂号，双方带好结婚证、身份证、生育证明原件，来院到生殖中心（607 室）

耐心等待医护人员安排看胚胎单后, 夫妇双方签字, 之后护士核对证据开具收费项目, 移植费用2200+30元、辅助孵出1200元。胚胎冷冻续冻费150元/月。……特别提醒: 冷冻胚胎移植, 胚胎解冻前夫妇双方在-月-日13:30到607室签字, 解冻费800元, 胚胎全冻保存续费150元/月”其中“特别提醒”和“夫妇双方”等字样为黑体字迹识别较为明显。2017年6月2日, 陈某某因胸腹腔积液, 诊断为卵巢过度刺激综合症、取卵术后, 入住妇幼保健院治疗。2017年6月3日, 陈某某、李某某向妇幼保健院签署了《胚胎冷冻、解冻及移植知情同意书》该同意书载明: “陈某某、李某某声明在妇幼保健院实施IVF即体外受精手术, 目前尚剩余2个卵裂期胚胎和2个囊胚, 要求妇幼保健院采用低温保存技术保存这些胚胎, 其知道目前首次冷冻费用含3个月的胚胎保存费, 逾期如需继续冷冻需补交费用, 否则不予保存。如果超过保存期, 其同意将胚胎去标识后作为教学科研用”。2017年6月7日, 陈某某病情好转出院, 出院医嘱: 陈某某一周妇幼保健院生殖中心门诊就诊, 不适随诊。后陈某某因身体原因未能至妇幼保健院就诊和胚胎移植, 也未能交纳冷冻胚胎保存费, 现尚有2个卵裂期胚胎和2个囊胚均低温冷冻保存于妇幼保健院, 妇幼保健院对该冷冻胚胎、囊胚至今也未改变原有保存方式和条件。此外陈某某、李某某于2017年4月27日至妇幼保健院要求“体外受精-胚胎移植手术”助孕过程中, 还向妇幼保健院签署了《承诺书》、《囊胚培养知情同意书》、《选择性单胚胎移植知情同意书》、《选择性单囊胚移植知情同意书》、《配子、胚胎去向知情同意书》等。

2019年7月1日, 李某某意外死亡, 后原告陈某某至妇幼保健院要求继续履行医疗服务合同实施胚胎移植手术, 被被告妇幼保健院予以拒绝。

2019年10月9日, 原告陈某某向法院提出本案诉讼。诉讼中李某某父亲李某甲、母亲刘某乙均到庭陈述, 其夫妻共生育三子李某某为小儿子,

此前的两个哥哥均已去世, 现李某某又意外身亡, 作为父母知晓李某某生前曾到医院人工助孕, 其支持儿媳陈某某继续实施胚胎移植手术, 希望为李某某延续血脉, 让生者有所希望, 同意承担陈某某实施胚胎移植手术后生育子女带来的法律上的权利和义务, 包含伦理和道德义务。陈某某父亲陈某某也到庭明确支持女儿的诉求。陈某某当庭表示其开设美容院, 有一定的经济收入, 承诺移植胚胎、生育子女后, 愿意承担伦理、道德和法律上的权利和义务。此外, 陈某某所在户籍地安徽省滁州市全椒县武岗镇卫生和计划生育办公室和安徽省滁州市全椒县武岗镇官渡村民委员会向法院出具了陈某某李某某夫妇符合国家计划生育政策, 未曾生育及领养子女的书面证明。

另查明原告陈某某因取卵术后卵巢过度刺激综合症入住妇幼保健院治疗后, 曾咨询被告妇幼保健院冷冻胚胎保存费用是否可以后期胚胎移植时一并支付, 妇幼保健院医护人员承诺予以同意。诉讼中, 陈某某为补交冷冻胚胎保存费用电话咨询妇幼保健院的主治医生、护士长, 被告知只要不是夫妻共同签署销毁胚胎的, 不会将冷冻胚胎予以销毁或作科研用, 仍按正常程序继续保存冷冻胚胎, 并明确告知陈某某冷冻胚胎保存费用后期补上也是可以的, 只要至医院挂号找医生补交保存费用, 后又被告知目前双方已发生民事诉讼, 等法院明确可以实施移植胚胎手术后再予以交纳冷冻胚胎保存费。本案审理期间, 陈某某将结欠的至2020年7月的冷冻胚胎保存费用5550元交至法院提存。

江苏省无锡市梁溪区人民法院一审认为

原告陈某某与其丈夫李某某因不育症至经卫生行政管理部门批准并登记开展人类辅助生殖技术的被告妇幼保健院进行人类辅助生殖治疗, 妇幼保健院为其培育并冷冻胚胎, 双方之间由此形成的医疗服务合同关系合法、有效。本案争议在于, 李某某死亡后, 陈某某要求继续实施胚胎移

植手术,是否违反有关伦理道德,是否符合合同约定和法律规定,医患双方之间的相关医疗服务合同是否应当继续履行。

原卫生部于2001年2月颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和2001年5月发布、后又于2003年6月修订的原卫生部以卫科教发名义发布的《人类辅助生殖技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》均分别规定:实施人类辅助生殖技术应当符合《人类辅助生殖技术规范》的规定;实施人类辅助生殖技术应当遵循知情同意原则,并签署知情同意书;实施人类辅助生殖技术人员禁止给不符合国家人口和计划生育法规和条例规定的夫妇和单身妇女实施人类辅助生殖技术;人类辅助生殖技术应当遵循保护后代的伦理原则。本案中,被告妇幼保健院虽然对于原告陈某某的情况予以同情,但同时出于执业医疗机构严谨、审慎的医疗作风和基于以上原卫生部制定相关的管理办法和伦理原则对陈某某的继续履行医疗服务合同要求予以拒绝,并在本案诉讼中以上述规定予以抗辩。对此,法院认为,首先,陈某某及其丈夫李某某与妇幼保健院订立医疗服务合同目的就是为生育子女,虽然陈某某的丈夫李某某已经死亡,但李某某在生前与陈某某共同在妇幼保健院处两次接受人类辅助生殖技术治疗,尤其在本次医疗服务合同中签署了多项知情同意书,并进行培育和冷冻胚胎的事实,均表明了李某某明确的要求通过人类辅助生殖技术生育子女的意愿,且可推知继续实施胚胎移植手术并不违反李某某的生前意愿:陈某某李某某接受妇幼保健院人类辅助生殖手术在履行过程中李某某对胚胎冷冻、解冻及移植意见,已在知情同意书上一揽子、概括性的签字确认,之所以没有立即实施胚胎移植仅是陈某某身体原因,既有的医疗服务合同尚未完成,且陈某某夫妇仍有胚胎保存于妇幼保健院,陈某某作为患方主体之一单独要求妇幼保健院继续履行其夫妻早已与妇幼保健院订立的医疗服务合同,并不违反当事人的真实意思表示和知

情同意原则,妇幼保健院应基于陈某某不育的病理因素和目前家庭实际情况,从依法保障生育权和有利于患者的伦理原则考量,不应拘泥于既有的医疗服务合同中的胚胎移植手术时李某某未签字这一形式,李某某未签字,亦不必然对继续履行合同构成妨碍。其次,虽然孩子出生后没有亲生父亲,可能生长在单亲家庭,但该假定条件并不意味着必然会对孩子的生理心理、性格等方面产生严重影响,且目前并没有证据证明实施人类辅助生殖技术存在医学上、亲权上或其他方面于后代不利的情形;另通过人类辅助生殖技术出生的后代与自然分娩的后代享有同样的法律权利和义务,包括家庭伦理道德义务等,陈某某要求继续实施人类辅助生殖手术取得了李某某父母的同意,以及自己父亲的支持,愿意承担包含道德、伦理在内的法律上的义务,故妇幼保健院继续为陈某某实施人类辅助生殖技术并不违反保护后代的原则。再者,陈某某与李某某未生育子女,也未收养子女,陈某某进行生育并不违反国家相关人口和计划生育法律法规;虽然李某某死亡,但陈某某作为丧偶妇女,现要求的是以其夫妇通过实施人类辅助生殖技术而获得的胚胎继续生育子女,有别于原卫生部上述管理规范中要求实施人类辅助生殖技术的单身妇女,故陈某某要求妇幼保健院继续为其移植胚胎,并不违反社会公益原则。此外,原卫生部上述这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理性规定,妇幼保健院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于民法所享有的正当的生育权利。

诉讼中被告妇幼保健院辩称原告陈某某来补交冷冻胚胎保存费用,无故两年未来其处实施胚胎移植手术,属于主观放弃胚胎,系合同未履行的根本原因。陈某某对此主张关于知情同意书中“有关首次冷冻费续冻费用和保存期……”内容的条款为格式条款,存有不同解释,且医院没有尽到提示说明义务。应当按照法律作出有利于患

者的解释,其认为胚胎移植时将拖欠的冷冻胚胎保存费用予以补交,这也是行业习惯,对于保存期也应当理解为医学上的“5-10 年的保质期”;即使非格式条款,其未交保存费用,医院也应当向其催告交费,其为助孕身心受到很大的损伤,也花费了不少前期费用,其不会因 150 元/月的冷冻胚胎保存费面予以放弃,且也没有放弃胚胎移植的想法。对此,法院认为,医患双方当事人约定的“其知道目前首次冷冻费用含 3 个月的胚胎保存费,逾期如需继续冷冻,需补交费用,否则不予保存。如果超过保存期,其同意将胚胎去标识后作为教学科研用。”该内容条款为格式条款,对于逾期补交费用,没有明确具体时间限制,医院的《移植须知》中关于冷冻胚胎保存费载明了在移植术当日交纳,陈某某提交的与院方医护人员对话录音也印证了妇幼保健院应允陈某某对冷冻胚胎保存费用用于后期胚胎移植时一并支付;约定内容中“保存期”,医患双方也出现不同的解释,如按医院的解释为 3 个月或为患者交冷冻费用的期间为保存期,那么按照该条款的约定超过 3 个月或交费的期间就直接用于去标识教学科研用,就不存在需继续冷冻补交费用,因此,该内容中的“保存期”,不能当然理解为交胚胎保存费的期间为保存期,按合同法的规定,对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款的一方的解释,应理解为患者理解的冷冻胚胎的“质保期”,妇幼保健院不能据此格式条款内容推断陈某某主观放弃冷冻胚胎;妇幼保健院的《移植术须知》,以及其对陈某某卵巢过度刺激综合症治疗出院时虽医嘱一周生殖中心门诊就诊,均未有明确的胚胎移植时间,且妇幼保健院对陈某某胚胎移植手术并无时间限制的约定;即

使符合合同解除条件,妇幼保健院并未行使合同解除权,其诉讼中抗辩合同解除,以对抗陈某某要求继续履行合同的诉讼请求,有违诚信原则,且与人民法院行使审判权相冲突,其诉讼中主张合同解除权不能产生法律效力;从陈某某诉讼中与医院医护人员咨询补交冷冻胚胎保存费用对话的情况来看,医院同意陈某某予以挂号、补交胚胎冷冻费用,也应视为放弃行使合同解除权,医患双方之间的医疗服务合同并未解除。此外,妇幼保健院并未因陈某某未交冷冻胚胎保存费对冷冻胚胎作事实上的处分,事实上对 4 个胚胎仍按原有条件予以低温冷冻保存,妇幼保健院不存在事实上不能履行的情形。陈某某向法院提存冷冻胚胎保存费用后坚持要求履行既有的医疗服务合同,符合医患双方的合同约定和法律规定。

综上所述,依法成立的合同,对当事人具有法律约束力,双方当事人均应按照合同约定履行各自义务。原告陈某某要求被告妇幼保健院继续履行医疗服务合同为其移植胚胎,既是当事人真实意思的反映,亦具备可履行的内容,且并不违反法律法规及公序良俗,故对于陈某某的诉讼请求予以支持。妇幼保健院的抗辩意见不予采信。

据此,江苏省无锡市梁溪区人民法院依照《中华人民共和国民法总则》第三条、《中华人民共和国合同法》第八条第一款、第六十条第一款、第一百零七条、《中华人民共和国人口与计划生育法》第十七条之规定,于 2020 年 6 月 23 日判决:

无锡市妇幼保健院于本判决生效之日起继续履行与陈某某之间的“体外受精一胚胎移植”医疗服务合同,为陈某某实施胚胎移植手术。

一审判决宣判后,双方当事人在法定期间内均未上诉,一审判决已经发生法律效力。

让妇女儿童沐浴在司法公正的阳光里——湖北高院下发《关于充分发挥审判职能 进一步加强妇女儿童权益司法保护工作的通知》

2022-03-07 湖北高院

https://mp.weixin.qq.com/s/I3Z921MgjmnVEw0e0n2b_g

为深入贯彻习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记关于妇女儿童工作的重要指示精神，更好发挥司法审判机关在维护妇女儿童权益中的职能作用，切实加大对妇女儿童权益的司法保护力度，不断增强广大妇女儿童的获得感、幸福感和安全感，推进更高水平的“平安家庭”“平安湖北”建设，湖北高院结合全省法院工作实际，就充分发挥审判职能、进一步加强妇女儿童权益司法保护工作下发通知，作出部署。

通知强调，全省法院要进一步提高政治站位，深刻认识做好妇女儿童权益司法保护工作的重要意义。男女平等，保障妇女儿童合法权益，是我们党的一贯政治主张。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视保障妇女儿童权益，把“坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益”写入党的十八大、十九大报告，并在推进全面依法治国中，把保障妇女儿童合法权益作为法治建设的重要内容，融入科学立法、严格执法、公正司法、全民守法全过程，让妇女儿童感受到社会的公平正义，切实回应了人民群众对美好生活的向往。充分发挥审判职能作用，构筑新时代妇女儿童维权司法防线，是党赋予人民法院的一项重大任务。全省法院要站在为党团结凝聚发展力量、巩固执政群众基础的高度，切实增强责任感、使命感，忠实履行宪法、法律赋予的职责，公正高效审理涉妇女儿童权益案件，促进家庭和谐、社会稳定，为妇女儿童全面发展创造良好法治环境。

通知要求，全省法院要准确把握法律政策精神，不断提升妇女儿童权益司法保护工作的针对性和实效性。

一是要深化对《刑法》《民法典》中有关妇女儿童维权相关规定及司法解释的学习理解，认真贯彻《妇女权益保障法》《反家庭暴力法》《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》《家庭教育促进法》等法律法规，真正将保护妇女儿童权益的立法精神贯彻于司法实践。要强化全面保护的理念，在刑事、民事、行政、执行等各项工作中为妇女儿童维权提供全方位、多层次的司法保障。要强化特别保护的理念，在审理涉及妇女儿童权益的案件时，适当采取有别于财产纠纷等其他案件的方式和措施，既要保护妇女儿童的身心健康，又要维护妇女儿童的合法权益。要强化优先保护的理念，对涉及妇女儿童权益的案件优先处理，对依法追索赡养费、抚养费、医疗费、抚恤金的妇女儿童优先保护。要强化延伸保护的理念，把妇女儿童权益司法保护工作向前向后延伸，通过开展判后回访工作、加强法治宣传教育、及时提出司法建议等方式，织牢织密妇女儿童权益司法保护网。

二是充分发挥刑事审判职能，依法打击侵害妇女儿童权益的各类犯罪。依法严惩绑架、残害、性侵、强迫卖淫等严重侵害妇女儿童人身权利的犯罪行为，该重判的坚决予以重判。依法从严从快打击拐卖妇女儿童犯罪，并坚持源头治理，实行“拐卖”与“收买”一起打击。要主动担当作为，积极支持配合公安机关开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动，从办理的司法案件中全面梳理排查侵害妇女儿童权益的犯罪线索，并及时向有关部门移送，推动完善预防、打击、救助、安置一体化工作机制，坚决铲除拐卖犯罪滋生土壤。

三是认真贯彻实施民法典，依法保护妇女儿童民事合法权益。要深刻认识把握民法典对妇女儿童民事权利的特殊保护规定，妥善审理婚姻家庭、赡养抚养、遗产继承以及劳动争议等方面的纠纷，依法适用夫妻共同财产分割、离婚损害赔偿、家务劳动补偿等制度以及最有利于未成年人等原则，准确认定无效婚姻、家事代理权、夫妻共同债务、事实无人抚养儿童监护权等争议，大力弘扬社会主义核心价值观，引领向上向善的良好社会风尚，切实发挥民法典保障妇女儿童权益的作用。

四是深化家事审判方式改革，维护婚姻家庭和谐稳定。要转变司法理念，在依法保护妇女儿童合法权益的前提下，坚持情感利益为重，注重婚姻家庭关系的修复和情感治愈。抓住城区城郊人民法院专业化转型的契机，广泛设立家事法庭或家事审判团队，择优配强家事法官，探索构建家事调解、家事调查、心理疏导、回访帮扶等工作机制，着力提升家事审判专业化水平。要加强与妇联、家调委、街道社区、司法行政机关等部门的对接联动，积极创新家事纠纷多元化解机制，促使婚姻家庭纠纷得到及时化解，妇女儿童合法权益得到有效保护。

五是加强人身安全保护令制度贯彻实施，旗帜鲜明反对家庭暴力。要认真贯彻实施反家庭暴力法，建立涉家庭暴力案件受理“绿色通道”，在基层法院及其人民法庭的立案大厅和诉讼服务中心为当事人提供专门的导诉服务，对侵害妇女、儿童、老人人身安全及其他合法权益的案件优先立案、优先审理、优先执行。要严格执行近期最高人民法院等七部门联合发布的《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，加大依职权调取证据力度，依法及时作出人身安全保护令，并会同公安、民政、妇联等部门建立人身安全保护

令执行联动协作机制，推动将家庭暴力防控纳入平安建设考评范畴，有效预防和制止家庭暴力的发生，切实维护家庭和谐稳定。

六是强化未成年人司法保护，保障青少年健康成长。要充分发挥少年法庭的功能作用，推进未成年人刑事案件集中管辖，坚持“教育、感化、挽救”方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则，对未成年人犯罪注意区分情况，做到“宽容但不纵容”。对符合条件的未成年被告人，原则上不适用羁押性强制措施或不判处监禁刑，严格落实未成年人犯罪记录封存制度，并通过积极开展判后回访、跟踪帮教，帮助失足青少年早日重新回归社会，成为有用之才。要联合相关部门建立家庭教育工作联动机制，开展对涉案未成年人家长的家庭教育指导，充分发挥家庭教育令的作用，依法监督涉案未成年人家长履行教育、监护义务，为未成年人健康成长营造良好环境。

通知指出，全省法院要采取多种形式开展普法宣传，营造保护妇女儿童权益浓厚氛围。要通过开展以案说法、举办法律讲座、发布典型案例等形式多样的活动，大力宣传解读民法典、反家庭暴力法等妇女权益保护重要法律法规，提升妇女群体的法律意识及维权能力。要继续推进青少年法治教育基地、家庭教育指导站等建设工作，开展法官任法治副校长活动，通过法治进校园、法治进社区、模拟法庭、法治网课等普法宣传活动，增强青少年法治意识和自我保护能力。要充分发挥巡回审判的作用，选取具有教育示范效应的妇女儿童权益保护案件开展巡回审判，努力实现“审理一案、教育一片”的效果。要加强妇女儿童权益司法保护实务研究，及时研究解决司法实践中遇到的问题困难，总结推广工作中形成的好经验好做法，不断推动全省妇女儿童权益司法保护工作迈上新台阶。

重庆五中院家事审判白皮书

2022-03-08 重庆五中院

<https://cq5zy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2022/03/id/6563542.shtml>

前言

家庭是社会的基本细胞，家庭的幸福稳定与国家的长治久安息息相关。新时代下，人民法院正通过开展家事审判，在维护家庭稳定的同时，帮助修复受损的家庭关系和情感。2016年6月，最高人民法院部署在全国范围内启动家事审判方式和工作机制改革试点工作，改革启动以来，重庆五中院和辖区基层法院积极响应试点要求，提出了系列改革举措，努力把社会主义核心价值观融入到家事审判的全过程、各方面。

重庆五中院梳理总结了近五年来辖区家事案件审理基本情况、类型特点，归纳整理辖区两级法院在推动家事审判改革方面的亮点举措，并收集十个家事审判的典型案例，形成本白皮书。希望借此展示五年来重庆五中院辖区法院改革成果，帮助全社会更加了解、理解和信任辖区两级法院家事审判工作。

第一部分 2017—2021年辖区家事案件审理概况

当前社会正在发生激烈变迁，作为社会关系的重要部分，家庭关系受影响极深，社会思潮、群体观念、物质基础等因素的变化，将不可避免地对家庭关系的稳定产生影响，家庭关系出现波动乃至裂痕，往往会形成权利义务的争端，从而要求司法介入调整。因此，对于家事案件的分析探讨，必将起到管中窥豹作用，从案件“一斑”窥测辖区家事关系整体发展概貌。

（一）重庆五中院及辖区两级法院2017年至2021年家事案件基本情况。

1、结案数据看，波浪式上升。辖区两级法院审结的家事案件数量，从2017年的14584件，逐

步上升至2021年的17365件，其中2020年受新冠疫情影响，人员活动受限，家事案件总数有所减少，但总体呈现波浪形的稳中有升的持续增长趋势。（如图一）。

图一



2. 结案方式看，调解占主流。辖区两级法院2017年调解、撤诉的家事案件9990件，占总结案数68.5%；2018年至2021年，这一比例分别为69%、68.24%、69.48%、71.43%。整体调撤率都保持在7成左右的较高水平。其中，基层法院调撤率较高，中院由于案件相对复杂，调撤率偏低，但从数据可知，调解已经成为家事案件的主要结案方式。（如图二）

图二

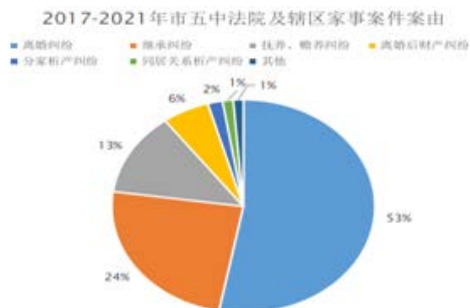


3. 案件分布看，离婚占一半。受理的家事案件类型主要包含离婚纠纷，离婚后财产纠纷，继承纠纷，抚养、赡养纠纷，同居关系析产纠纷，分家析产纠纷等。其中，离婚案件占比53%，在所有家事案件占比最大，其后依次为继承纠纷占比24%，

抚养、赡养纠纷占比 13%、离婚财产纠纷占比 6%。

(如图三)

图三



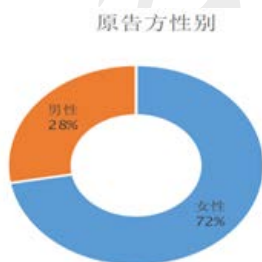
(二) 几类典型家事案件特点及成因

1、离婚纠纷

离婚纠纷在家事案件中占比最高，总体上看，辖区离婚纠纷主要有五个明显特征：

一是女性主动离婚比例高。2017 至 2021 年审结离婚案件 40735 件，女性作为原告或上诉人提起诉讼的案件为 29408 件，占比 72.2%（如图四），反映出女性经济地位不断上升，基本上摆脱了传统上女性更“耻于离婚”社会观念的影响，女性在家庭生活中变得更加独立自主，对于家庭关系的把握更加主动，对于幸福生活的追求更加积极。这种社会思潮对于司法实践产生了一定影响，目前重庆五中院及辖区基层法院已不再绝对坚持离婚案件中传统的“二次判离”处理模式，对于符合离婚条件的，“首次判离”个案逐渐增加，裁判理念开始从“着力维护婚姻关系稳定”向支持“个人追求幸福”转变。

图四



二是离婚时无过错方请求损害赔偿的案件增多。在《民法典》实施后，主张符合法定离婚情形并请求损害赔偿的案件逐渐增多，主要受《民法典》新修的两个条款影响。《民法典》新增加了“双方分居满一年一方再次起诉离婚的，应准予离婚”的规定，该规定改变了司法实践中“久调不判”的情形。而在离婚时无过错方请求损害赔偿的事由中，《民法典》增加了“有其他重大过错”这一兜底条款，在重庆五中院的审判实践中，认为夫妻一方“出轨”但又不构成“与他人同居”此类情形，属于“有其他重大过错”。从审判观念的转向看，更加注重在审判中体现“婚姻自由”“树立优良家风，弘扬家庭美德”等民法典确立的核心价值，更加注重对于个人追求幸福权利的支持，保护婚姻无过错方的权益。《民法典》的修改后，重庆五中院及辖区法院适用该两款新规定判决的案件约占案件总数的 8% 左右。

三是“彩礼”案件占比不到 1%。辖区离婚案件的再一个显著特点是婚约财产纠纷案件（即“彩礼”案件）数量极少，且其中 97% 的案件系男性提起诉讼。而在已受理的“彩礼”案件中，涉案财产也不同于一般“彩礼”形态，主要包含对房产、车辆、贵重首饰及大额转账等财产的处理，在审判实践中这些财产往往被认为属于以结婚为目的的赠与，从而判令接受财产一方全部返还或部分返还。作为我国少有的“零彩礼”地区，重庆主城区普遍不具有给付“彩礼”的传统。“彩礼”案件的罕见，主要与重庆主城区人民群众的思想观念新以及重庆女性自主意识强有很大关系，体现了婚恋自由和男女平等的观念。

四是离婚后财产纠纷案件逐年上升。除了房屋、存款、车辆等财物外，家庭财产概念已经扩大到生产经营收益、股票、公司股权、理财产品、公积金、债权等无形财产，新类型财产不断丰富，导致离婚时对于财产的处理难度增大，一方当事人主张另一方存在隐瞒、转移资产的行为，或对离

婚协议中财产分割内容及履行方式存在争议等类型的案件不断增多（如图五）。

图五



五是《民法典》实施后，当事人起诉离婚的案件增多。2021年1月1日《民法典》施行以来，离婚案件同比增长了33.61%。增长原因分析为除2020年上半年受新冠疫情影响部分当事人未及时提出离婚外，《民法典》新规定中婚姻登记机关对于协议离婚时“三十天”的离婚冷静期，也导致部分当事人不愿等待，选择直接向法院起诉，从而致使离婚案件数量增多。

2、继承案件

2017至2021年，辖区两级法院共审结继承纠纷案件18627件，继承纠纷是辖区第二大类型家事案件，主要呈现三方面显著特点。

一是遗嘱继承少、法定继承多。2017至2021年，审结法定继承案件12654件，占继承案件总数的67.93%，而遗嘱继承案件为197件，仅占1%。绝大部分案件属于法定继承案件。出于忌讳死亡、害怕引发矛盾等复杂心理，人们对于生前立遗嘱的行为存在忌讳，“生前不言死后事”的理念较为浓厚，被继承人对于其财产分配的真实想法难以在过世后得以公开和留存。

二是遗嘱形式不合法现象较为普遍。在遗嘱继承中，除自书遗嘱、代书遗嘱等法定遗嘱形式外，打印遗嘱、视频遗嘱等新型遗嘱形式增多，但

由于缺乏法律知识，此类遗嘱容易出现遗嘱形式不符合法律规定的情况，如无当事人亲笔签名、无见证人或见证人存在利害关系等，从而导致遗嘱无效的问题并不少见。

三是多份遗嘱并存现象较为常见。近五年来，在审结的197件遗嘱继承案件中，涉及多份遗嘱的约占10%，个别案件中的被继承人，尤其在子女轮流赡养的情况下，也存在给每个子女都留有遗嘱的情况。在多份遗嘱并存的时，当事人一般会申请司法鉴定来确定遗嘱的真实性。从裁判角度，法院会从晚辈赡养老人、同辈互谅互让等价值观念出发，综合考虑子女赡养老人等情况来判断被继承人的真实意思表示，同时引导各继承人理性对待遗产，按照相对公平合理的方式分配遗产，实现物尽其用，家庭和睦。

四是涉农房屋继承成为争议来源。农村房屋登记制度不够完善，部分村民缺乏主动登记的意识，导致权利登记瑕疵多、权属争议大。同时，大量农村房屋涉及翻改建，存在其他子女也有部分出资，或者城镇户口的子女出钱，利用其他人的农村户口审批修建房屋等情形，导致被继承房屋存在权属争议，增加了该类案件的审理难度。法院在审理时，依法依规处理的同时，也会尊重农村善良风俗来认定案件事实。在父母一方还在世的情况下，处理继承案件时，首先保障老年人的权益，特别是居住权利。

3、抚养纠纷案件

近年来，抚养纠纷成为辖区家事案件的第三大类型，2017至2021年，审结抚养纠纷7474件，在处理抚养案件时，人民法院始终秉持未成年子女利益最大化原则，综合考虑父母双方的抚养能力及未成年人的意愿，从未成年子女的实际需求出发，尽可能为未成年人的健康成长保驾护航，但抚养纠纷中的两个重要特征仍然值得重视。

一是涉及十周岁以下未成年人案件超六成。辖区两级法院审理的抚养纠纷中，涉及十周岁以

下未成年人的案件超过 60%。从一方面表明了涉案的未成年人父母在其年幼时离婚，且离婚后矛盾迟未化解，这相对造成了未成年子女生活环境的不稳定，对未成年人身心健康不利。

二是非婚生子女保障问题凸显。对 2017 至 2021 年抚养纠纷案件进行抽样调查显示，抚养纠纷中约有 25% 的案件涉及到非婚生子女，此类案件数量目前仍存在增长趋势。司法本身对于非婚生子女态度是一视同仁，公正对待，但司法以外对于非婚生子女成长过程中所提供的保障需要得到广泛关注。

4、人身安全保护令案件

人身安全保护令案件是 2015 年《中华人民共和国反家庭暴力法》制定出台后出现的新类型案件，2017 至 2021 年，重庆五中院发出的人身安全保护令分别为 24 份、37 份、182 份、237 份、209 份，数据显示，人身安全保护令案件呈现快速上升趋势。（如图六）

图六



人身安全保护令作为一项新型的反家暴机制，从辖区实践看，正发挥着较为显著的作用。目前，辖区人身安全保护令工作走在前列、受到最高人民法院关注的是巴南法院，从 2017 年 3 月 23 日作出第一份人身安全保护令起至今，巴南法院已累计发出超 400 份人身安全保护令。在重庆五中院及辖区法院的司法实践中，人身安全保护令案件存在三个重要特征。一是申请人群主要是女性。超过 95% 的案件，申请人为女性，申请人也有男性或未成年人，但占比极小，女性仍然是遭受家庭

暴力或潜在家庭暴力侵害的对象。二是协助申请情形较多。主要由当地派出所或村居委、妇联协助受害者提出。申请原因基本上是另一方存在殴打行为。三是人身安全保护令的震慑力较强。在法院作出人身安全保护令后，大部分被申请人执行较好，未再继续发生施暴、骚扰等事件。因被申请人违反人身安全保护令受到处罚的是极少数。

人身安全保护令是法律授予的对抗家庭暴力的有力武器，蕴含坚持以人为本、尊重人格尊严、倡导家庭美德等一系列价值观念，这也是法院在处理人身安全保护令案件时坚持的基本理念，目前，通过个案不断实践，辖区两级法院正逐步完善人身安全保护令案件办理的思路，例如将人身安全保护令扩大到经济控制情形、对再次申请人身安全保护令时适当降低认定标准等，通过完善适用情形和规则，让人身安全保护令在维护生命健康、人格尊严、道德伦理等个人基本权益方面发挥更关键的作用。

第二部分 辖区家事审判改革亮点举措

此前，办理家事案件往往采用一般性的民事案件审理程序和审理方式，法官坐堂问案，纠纷双方对面而坐，楚河汉界、泾渭分明。这种方式处理一般民事纠纷较为适当，但处理家事纠纷却显得不够精细。家事纠纷是一种具有“特殊性”的民事纠纷，其中权利、义务、责任与情感、血缘、伦理相互交织，一味只讲法律规定，反而可能激化矛盾，导致情感触礁沉没，“赢了官司”却“输了亲情”。如何处理情与法的关系，是摆在家事审判领域的一大课题。

家事审判改革着重关注和回应了家事纠纷处理的“特殊性”，改革中，辖区两级法院推动设立一系列针对家事纠纷的特殊审判方式、流程、制度、机制，将社会主义核心价值观、社会公序良俗潜移默化地注入到纠纷解决的全过程，融情于法，降低冲突热度，增加说理温度，既引导当事人运用合理的法律手段去维护自己的合法权益，又促

使其采取温和的态度正确对待纠纷，达到纠纷“软着陆”，情感“再相连”的效果。

近五年来，在重庆市高级人民法院统筹之下，重庆五中院辖区两级法院按照家事审判改革的精神和目标深入探索，结合本地实际，逐渐形成了集专业审判队伍、专门审理区域、特殊审理机制、重点保护机制、社会解纷平台和长效宣传品牌为一体的辖区“六边形”特色改革系列举措，每一条“边”都体现了改革的理念和价值，初步回答了“谁来审”“何处审”“如何审”“保护谁”“谁参与”“教育谁”等一系列“家事审判之问”。辖区家事审判工作出现了符合时代要求、蕴含改革理念、体现自身特色的崭新面貌，通过改革，“清官难断家务事”的困惑和无奈逐渐成为过往，“法官善断家务事”已成为辖区家事审判的主风景。

“谁来审？”：组建专业审判队伍，担当良善价值观的“守护人”

重庆五中院辖区两级法院加快推进家事审判专业化建设，目前重庆五中院和 9 个基层法院全部设有家事审判合议庭、家事审判巡回法庭等专门组织，从严把握家事审判人员资质，在团队建设、人员选配等方面形成了各自的特色。

重庆五中院采取“大分散+小集中”的队伍建设模式，一方面打造“大家事”审判队伍，民一庭全员承担家事案件审理工作，定期召开专业法官会议、两级法院业务研讨会，探讨辖区家事案件规则。同时对涉未成年人家事案件实行集中审理，设立了全市中级人民法院中唯一一家独立建制的未成年人案件综合审判庭，对涉未成年人刑事、民事和行政案件实行“三审合一”。

注重把好审判人员条件关，例如渝中法院由 3 名资深员额法官牵头组成的家事审判合议庭，集中审理家事案件。江津法院重点地选择熟悉未成年人特点，热心于教育、挽救失足未成年人工作的工、青、妇、教育系统的人员担任人民陪审员。九龙坡法院推荐工、青、妇系统和其他行业中热心调解的女性担任人民陪审员，着力打造专业化

家事审判团队。南岸法院专门遴选善做政治工作、热爱青少年维权事业的学校、社区离退休干部担任人民陪审员。

辖区部分基层法院立足地域广大、城乡结合的特点，搭建家事审判网，便利家事审判队伍在辖区各地开展工作。其中，巴南法院组建“3 个专业家事审判团队+4 个派出法庭”覆盖城乡的家事审判网络。九龙坡法院建立由家事审判部门牵头，与派出法庭等部门共建“四庭配合”模式审理家事案件。

“何处审？”：建设专门审理区域，在“软环境”中强化理念和价值传导

情绪和氛围对于家事纠纷的解决具有重要影响，辖区两级法院结合各自实际，打造了专门的家事审判区域，通过“缓风格”的审判布局、“暖色调”的室内陈设，潜移默化地传递“和睦”“友好”“互谅”的价值观念，降低压抑、对抗的情绪，夯实家事纠纷顺利解决的心理和道德基础。

重庆五中院建成独立的“少年法庭”，变“对簿公堂”为“圆桌协商”，完善“未成年人心理咨询室”建设，放置心理治疗沙盘，打造了符合未成年人审美需求的装修风格和家具内饰，营造适宜解纷、咨询的氛围。荣昌法院加强家事少年案件“功能室”集群建设，以“爱”为主题打造近 2500 平方米的“温馨家园”，内含一个主题家事少年文化展览厅、四个标准化家事少年审判圆桌法庭、一个互联网远程家事调解室和莉姐心理疏导室、妇女儿童维权室、惜缘工作室、家缘工作室、单面镜观察室 21 个家事少年功能室，满足家事少年案件处理过程中的不同硬件需求。巴南法院升级改造“调解式、温情式、疏导式、协作式”的专门家事审判法庭，通过家庭化的庭室布局、温情化的图文提示、亲情化的角色称谓等，实现法与情的融合。

“如何审？”：构筑符合家事审判理念和需求的特殊审理机制

辖区两级法院建立了一系列贴近家事审判实际的特殊审判机制,把社会主义核心价值观的要求转换为具体的工作举措,把道德人文关怀贯穿到家事审判众多细节性的制度之中,为家事案件的彻底化解提供了新方法、新思路。

巴南法院建立家事纠纷性质诊断辨别和分类处理机制,将家事纠纷划分为“涉未成年保护类”“感情危机类”和“感情死亡类”三大类型,归由不同的审判团队分类审理,抓住不同类型纠纷的审理重点,提升化解时效。渝中法院健全离婚证明书制度,离婚证明书仅记载当事人姓名、性别、身份证号、案号、裁判文书生效时间等信息,既保护当事人隐私,又便利当事人证明婚姻状况。江津法院聘任家事调解员、家事调查员62名,心理咨询员3名,积极参与家事纠纷多元化解。永川法院推行“5环节5必调”全程调解模式,立案、送达、庭前、庭中和判前等5个阶段分别设置调解环节,并灵活运用“面对面”“背靠背”“心理疏导”等10种调解方法,加强对当事人法律观、感情观和家庭观的引导。

重庆五中院指导大渡口法院与爱心企业、个人形成良性互动,建立了“失足未成年帮扶基金”,让犯罪未成年人生活及求学需求可以得到更好的满足。指导大渡口、巴南法院组织爱心企业出资成立失足未成年人技能培训班,并可就近签订就业合同,依托一技之长回归社会。

“保护谁?”:为弱者撑起制度“保护伞”,守住社会道德底线

辖区两级法院注意加强弱势群体保护,通过与公安、检察、民政、卫生、妇联等部门分别建立了不同形式的联合机制,在未成年人保护、反对家庭暴力、适用人身安全保护令等方面取得了不少改革成果,充分体现了关爱弱者的价值取向。

重庆五中院用好司法大数据,建设“成渝两地侵害未成年人利益犯罪人员公示平台”,辖区两级法院在该平台录入和维护性侵未成年人的罪犯数据,为我市教育、运输、医疗卫生等相关行业提

供了入职人员筛选的便利,目前正在辖区推广运用。还与市中医院签订合作协议,共同搭建在案未成年人心理疏导工作机制,根据个案需要,邀请心理专家到“心理疏导工作室”坐诊,对在案件中身心受到一定程度影响的未成年人实行心理疏导或干预。

巴南法院与区公安局、司法局、妇联等十家单位联合建立“一站式人身安全保护令申请机制”,指派2名联络员,与辖区27家派出所、23个镇街妇联组织等建立工作联络群,派出所、妇联组织协助受害人通过智慧法院平台申请人身安全保护令,法院在线审核后予以签发,并通过智慧法院平台回传至申请人账户,委托派出所、妇联向当事人送达、执行、回访、帮扶和二次预警,形成了在20分钟内完成法定72小时时限的巴南人身安全保护令申请模式。除巴南法院外,各基层法院陆续建立了一站式人身安全保护令申请机制,编织起一道家暴预警和防护网。渝中法院可以根据公安机关出警记录、告诫书、妇联投诉记录等证据,认定家庭暴力事实。九龙坡法院对于人身安全保护令因时效届满,当事人再次申请的,结合首次申请的情形适当降低认定标准,降低了人身安全保护令第二次申请的门槛。

“谁参与?”:为动员社会力量助推家庭关系修复搭建平台

辖区两级法院近年来不断扩大“朋友圈”,致力于引入社会力量,邀请具有不同社会阅历、背景、经验、专业的人士以合适的方式参与到家庭关系修复等工作中,实现家庭危机社会化解决。

永川法院依托56个“乡贤评理堂”家事调解站点和乡贤评理员,参与家事案件纠纷调解。建立“茶竹姐妹”智慧维权微平台,打造集婚恋辅导、妇女维权、法律咨询、心理辅导、家庭教育等为一体的智慧掌上服务平台。渝中法院挂牌成立西南大学心理学教学实习基地,通过心理咨询师、律师、调解师等专业人员轮流坐班的形式及时处理有关婚姻家庭咨询、心理疏导、危机处理、离婚劝

导等各类求助和咨询问题。建立夫妻感情测评和心理干预制度，由专业心理咨询师辅助对当事人婚姻状况进行咨询、评估。巴南法院组建集法官、人民调解员、镇街村居妇联干部、村居委会、民政部门干部和派出所工作人员于一体的镇街调解室和村居调解室。还首创“婚前辅导+婚后解危”的“巴姐睦家”婚姻家庭辅导工作制度，以法官、心理咨询师、教师、警察等志愿者组成讲师团，对相关当事人提供婚姻家庭辅导服务，帮助其掌握婚姻之道。荣昌法院在家少中心建立爱心学校，联合心理咨询师和社会学专家为辖区未成年人及其父母普及家庭沟通之道，维护和睦平等的婚姻家庭关系。綦江法院针对农村赡养案件的特殊性，利用当地民俗，邀请基层组织干部和当事人本家族中德高望重的人士协助参加调解，同步对子女开展道德教育。

“教育谁？”：打造普法宣传和价值观宣扬的长期品牌

辖区两级法院重视发挥案件导向、媒体导向的作用，通过与媒体合作开展录制普法节目，进行电视调解等，向全社会传播正向家庭价值观，通过媒体传播力提升法院裁判的影响力。近年来，重庆五中院民一庭及辖区法院数十名法官担任合作嘉宾，广泛参与到重庆卫视、重庆电视台都市频道《给你说法》《法管理家事》等栏目录制中，定期通过节目释法析理，导正观念。辖区两级法院还积极通过发布白皮书、举行主题活动、召开新闻发布会、代表委员见面会等形式，对外通报家事案件审判工作情况。

在打造普法宣传品牌方面，辖区两级法院坚持打造普法“金名片”思路，南岸法院建立“周俐莎法治教育工作室”，以工作室为基础，组织区法院服务志愿队赴辖区各中小学开展法治教育，并积极参与学校德育教育。2016年，重庆五中院在全市法院系统首创“小公民法律课堂”未成年人普法品牌，“小公民法律课堂”主要任务是针对未成年人、家长、教师等群体开展普法宣传行动，由

重庆五中院未成年人案件审判庭牵头开展相关工作。近年来经过持续努力，在市高法院指导下，“小公民法律课堂”已经形成以“校园课堂”“法院课堂”“社区课堂”三种主要形式的标准模板。通过法官“走出去”（进校园、进社区）和未成年人“请进来”（到法院）相结合，围绕与未成年人健康成长密切相关的主题，组织专题法治课、法治讲座、模拟法庭等，普及法律常识，增强法治意识，帮助未成年人规避伤害和风险，作出正确人生抉择。“小公民法律课堂”未成年人普法模式受到市高法院推广。

第三部分 典型案例

案例一 有配偶者赠与第三者财物 配偶一方有权主张返还

一、基本案情

陈某与周某（女）于1995年10月登记结婚，于1999年5月生育一子。2017年，陈某经朋友介绍结识了女子杜某，随后两人逐渐发展为情人关系。周某得知此事后，于2019年与陈某登记离婚。离婚后，周某发现陈某在与其婚姻关系存续期间，通过微信转账的方式向杜某转款30余次，每次转账金额几百元至几万元不等，累计金额118700元。周某认为陈某的行为侵犯了自己的财产权，遂于2020年9月以陈某和杜某为被告，起诉至法院，请求二被告返还上述款项。

二、裁判结果

重庆市江津区人民法院主持调解，双方当事人自愿达成调解协议：一、被告杜某返还原告周某55000元。二、原告周某自愿放弃其他诉讼请求。

三、典型意义

民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违反公序良俗，同时夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权。也就是说，有配偶者单方面赠与第三者财物，既违背公序良俗，又侵犯了配

偶一方的财产权利，应认定为无效。配偶一方要求返还的，法院一般应予支持。本案中，陈某在婚姻关系存续期间擅自将夫妻共同财产转给与其有婚外情关系的杜某，此赠与行为应为无效。因婚姻关系存续期间夫妻对共同财产形成共同共有，任意一方对夫妻共同财产均享有完整的不分份额的所有权，因此赠与行为无效的效力应及于所赠的全部财产，故杜某应向原告周某返还全部赠款。

案例二 因家庭暴力导致离婚 无过错方有权请求离婚损害赔偿

一、基本案情

周某与华某系夫妻关系并在婚姻存续期间共有两套房屋，双方于 2017 年 1 月起分房居住。根据 2017 年 11 月 26 日重庆市公安局案（事）接报回执及庭审陈述，华某因周某上班未接其电话，与周某发生口角，并对周某实施了殴打行为，但华某不记得殴打的具体部位及殴打持续时间。周某请求人民法院依法判决离婚并分割共有房屋，同时要求华某支付精神损害抚慰金 50000 元。

二、裁判结果

重庆市渝中区人民法院作出判决：一、原告周某与被告华某离婚；二、被告华某于本判决生效之日起三日内赔偿原告周某 5000 元；三、重庆市渝中区新德村 228 号 10-3#房屋归原告周某所有，重庆市长寿区万顺镇四重村 2 组房屋归被告华某所有，原告周某于本判决生效之日起十五日内支付被告华某房屋补偿款 280000 元；四、驳回原告周某的其他诉讼请求。

三、典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千零九十一条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。”根据本条规定，夫妻一方有该条规定的重大过错致使婚姻关系破裂的，过错方应对无过错方的损失予以赔偿。离

婚损害赔偿的范围包括，物质损害赔偿以全部赔偿为原则，人民法院应当根据过错方的过错程度、造成的损失大小等确定赔偿数额。精神损害赔偿则应当根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 10 条规定予以综合认定。

案例三 离婚时双方已经达成分割协议的财产无正当理由不得变更

一、基本案情

原告刘某（女）与被告易某（男）原系夫妻关系，婚后共同购买了一个门面，该门面后被改建为各自独立的两层楼。后双方因感情不和，于 2019 年 1 月 15 日协议离婚并签订《自愿离婚协议书》。该协议约定前述门面的所有权归男女双方共同所有，该门面有两层楼，一楼由女方居住，二楼由男方居住。离婚后，双方因财产分割问题发生纠纷，刘某诉至法院，要求确认该门面归其所有。

二、裁判结果

重庆市荣昌区人民法院作出（2020）渝 0153 民初 1011 号判决：驳回原告刘某的诉讼请求。

三、典型意义

离婚协议是当事人为离婚达成的整体性协议，其中包括人身关系的解除和财产处理、子女抚养等，是一个综合性协议，双方对财产的处理一般既考虑到夫妻婚姻关系存续期间财产取得情况，又考虑到双方感情的化解等，协议相关条款之间具有关联性，当事人不得随意解除其中某个条款。本案中，当事人一方要求单方面改变离婚协议的约定，且提出的因涉案房屋的分割问题导致出现多次纠纷的理由，并非法律意义上重新分割共同财产的重大理由，因此驳回了刘某要求重新分割的诉讼请求。

案例四 婚姻一方因出轨导致离婚，第三者代其向原配偶支付离婚损害赔偿及子女抚养费后又以赠与违背公序良俗无效主张返还的，不应支持。

一、基本案情

陈某与何某(男)原系夫妻,于 2009 年 12 月 24 日登记结婚,2015 年育有一女。2018 年 6 月,何某与其任职公司经营者朱某建立感情,拟各自重组家庭。朱某与前夫离婚后要求何某尽快与陈某离婚,何某因考虑陈某患病及婚生女年幼,迟迟无法下定决心。为消除何某顾虑,朱某与陈某联系并向其先后支付共计 300 万元,同时告知何某无须担心其妻女今后生活问题并督促其尽快办理离婚手续。陈某与何某于 2018 年 10 月 15 日协议离婚,在民政局备案登记的离婚协议约定前述 300 万元中,100 万系对陈某离婚损害赔偿,剩余 200 万元为孩子抚养费。

2020 年,朱某与何某因感情不和分手,何某向朱某出具《欠条》,表示清算两人借款关系并愿偿还朱某 100 万。朱某不认可前述《欠条》,遂向法院起诉以其赠与违背公序良俗无效为由,要求陈某和何某共同返还 300 万元本息。

二、裁判结果

重庆市巴南区人民法院于 2021 年 6 月 2 日作出判决:一、被告陈某与何某于本判决生效之日起十日内返还原告朱某 300 万元;二、驳回原告朱某的其他诉讼请求。陈某、何某均不服,提起上诉。重庆市第五中级人民法院于 2022 年 1 月 11 日作出判决:一、撤销重庆市巴南区人民法院(2021)渝 0113 民初 2760 号民事判决;二、驳回朱某的全部诉讼请求。

三、典型意义

按照《民法典》关于保护婚姻家庭的精神,介入婚姻关系的第三人不得以其自身行为违背公序良俗为由主张给付财物行为无效,以免悖于“任何人不得因其不法行为获利”法理。

本案中,朱某属于介入陈某与何某关系的第三者,何某与陈某婚姻因何某出轨感情破裂进而离婚。二审法院认为,朱某实际系代替何某与陈某商谈并支付离婚补偿、子女探视权及抚养费等相应价款共计 300 万元,以消除何某顾虑、督促

何某下定决心与陈某离婚,最终实现朱某与何某结婚生活的意图。陈某作为受害方,在得知何某出轨、身患重疾且第三者朱某直接上门逼迫的情况下,要求何某提供足够经济补偿及子女抚养费的行为并非“借婚姻索取财物”。因此,朱某对原配陈某支付款项的行为,并非陈某“借婚姻索取财物”,不应返还。否则,无异于鼓励第三者肆意介入、破坏婚姻家庭后又以自身行为违背公序良俗而取回财物,有碍社会主义核心价值观的弘扬。

案例五 受赠方对赠予方的情感不能成为赠与行为所附的义务

一、基本案情

张某与李某曾系同居关系。2012 年 10 月 1 日,张某通过光大银行某账户向李某转账 120000 元。李某举示了落款时间为 2012 年 10 月 3 日的“便条”一张,载明:“张某自愿给我壹拾贰万元整,我永远爱张某”。2014 年至 2019 年期间,张某先后以借款关系、不当得利为由向法院提起诉讼,要求李某返还上述 120000 元,均被法院驳回,现张某以赠与合同为由,要求撤销赠与,返还款项。

二、裁判结果

重庆市渝中区人民法院判决驳回原告张某的诉讼请求。

三、典型意义

恋爱同居关系期间,双方互赠财物系人之常情,恋爱期间一方给予另一方的财物款项,若没有或推定其没有结婚的目的,只是恋爱期间的礼尚往来,该行为符合赠与合同的法律特征,可以认定双方实质上成立赠与法律关系,但是,张某主张该赠与行为系附义务的赠与,即赠与的条件是李某永远爱张某,由于情感不能成为赠与行为所附的义务,将人的感情作为赠与成立生效的条件违背了公序良俗。故张某对李某的赠与行为已经完成,当事人无权撤销赠与。

案例六 违反人身安全保护令被处以司法惩戒

一、基本案情

申请人(女)与被申请人(男)原系恋人关系,双方共同居住生活。被申请人在因琐事引起的争执过程中殴打申请人,导致申请人头皮裂伤和血肿。申请人提出分手,并搬离共同居所。分手后,被申请人仍然通过打电话、发微信以及到申请人住所蹲守的方式对其进行骚扰。申请人不堪其扰,遂报警,民警对被申请人进行了批评教育。申请人担心被申请人继续实施家庭暴力,向法院申请人身安全保护令。重庆市巴南区人民法院依法作出人身安全保护令。被申请人收到人身安全保护令后,无视禁令,继续通过打电话、发短信和微信的方式骚扰申请人,威胁申请人与其和好继续交往,期间发送的消息达 300 余条。

二、裁判结果

重庆市巴南区人民法院决定,对被申请人处以 1000 元罚款和 15 日拘留。

三、典型意义

本案是一起典型的针对家庭暴力作出人身安全保护令和对违反人身安全保护令予以司法惩戒的案例,典型意义在于,第一,通过作出人身安全保护令,依法保护家庭暴力受害者的合法权利,彰显了法治的应有之义。中国几千年来都有“法不入家门”的历史传统,但随着时代的更迭和进步,对妇女儿童等弱势群体的利益保护已经得到社会的普遍认可。家庭成员以外共同生活的人可以被认定为是拟制家庭成员,根据《中华人民共和国反家庭暴力法》第三十七条的规定,家庭成员以外共同生活的人可以申请人身安全保护令。第二,依法对公然违抗法院裁判文书的行为予以惩戒,彰显了遵法守法的底线。人身安全保护令不仅仅是一纸文书,它是人民法院依法作出的具有法律效力的裁判文书,相关人员必须严格遵守,否则应承担相应的法律后果。无视人身安全保护令,公然违抗法院裁判文书的行为已经触碰司法

底线,必须予以严惩。第三,通过严惩家暴行为,对施暴者起到了震慑作用,弘扬了社会文明的价值取向。“法不入家门”已经成为历史,反对家庭暴力是社会文明进步的标志。通过罚款、拘留等司法强制措施严惩违反人身安全保护令的施暴者,让反家暴不再停留在仅仅发布相关禁令的司法层面,对施暴者予以震慑,推动整个社会反家暴态势的良性发展。

案例七 对一方实施恶意减少支付抚养费、赡养费等经济控制的家庭暴力行为,可以通过人身安全保护令进行裁判处理

一、基本案情

申请人(女)与被申请人(男)系夫妻关系,二人育有一子。婚后夫妻二人对家庭事务进行了分工,被申请人负责外出工作赚取家庭生活费用,申请人当全职太太照顾家人饮食起居。自 2010 年起,夫妻常为日常生活琐事发生纠纷。2019 年,被申请人提出与申请人解除夫妻关系,申请人不同意,被申请人遂于 1 月起将申请人母子的生活费用从原来每月 4000 元降至每月 2000 元,但申请人仍不同意与被申请人离婚。2019 年 5 月,被申请人到法院起诉离婚。在离婚诉讼期间,被申请人再次将申请人母子的生活费由每月 2000 元降至每月 1000 元,意图迫使申请人同意与其解除夫妻关系。因被申请人支付的生活费用无法负担申请人与儿子的日常生活开支,对申请人母子造成极大的生活困境及精神压力,申请人于 2019 年 8 月向法院申请人身安全保护令,要求被申请人停止侵害行为,按月足额支付生活费用。

二、裁判结果

重庆市巴南区人民法院裁定:被申请人在人身安全保护令有效期内于每月 30 号前按照重庆市 2019 年城镇居民人均消费支出计算支付申请人母子婚姻关系存续期间的生活费用 2013 元(不包含孩子教育医疗等费用开支)。如被申请人违反上述禁令,法院将依据《中华人民共和国反家

庭暴力法》第三十四条规定，视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、典型意义

夫妻双方有扶养扶助的义务，对共有财产拥有平等的处分权利。一方通过对夫妻共同财产和家庭收支的控制，故意不满足受害人合理的支出需求，借此影响受害人正常生活、限制受害人正常活动，达到控制受害人、迫使其对施暴人的服从，此类行为属于家庭暴力中的经济控制，损害对方合法权益，应当予以纠正。本案中，被申请人通过两次降低申请人母子生活费的方式对申请人进行经济控制，意图迫使申请人同意解除婚姻关系的行为，系对申请人施加了经济暴力和精神暴力，侵害申请人的合法权益。因此，申请人的申请符合人身安全保护令的法定条件。

案例八 人身安全保护令时效届满后，受害者可再次向人民法院提出申请

一、基本案情

陈某元（女）与陈某耀（男）系夫妻关系。2019 年 1 月，陈某耀（男）因家庭琐事殴打陈某元（女）致其头部受伤。2020 年 3 月，陈某元（女）曾申请人身安全保护令，人民法院于 2020 年 3 月 25 日作出（2020）渝 0107 民保令 1 号民事裁定书裁定：禁止被申请人陈某耀（男）实施家庭暴力；禁止被申请人陈某耀（男）骚扰、跟踪申请人陈某元（女）。裁定自作出之日起六个月内有效。该裁定因期限届满已失效。

九龙坡区公安局于 2020 年 9 月 11 日作出《行政处罚决定书》，认定陈某耀（男）2019 年 1 月殴打陈某元致使其受伤的违法事实成立，依法给予其罚款 500 元的行政处罚。申请人陈某元（女）称陈某耀（男）因受到行政处罚，对其更加不满，对其生命健康造成紧迫威胁，且陈某元（女）计划近日起诉离婚，为保障自身安全，遂再次申请人身安全保护令。

二、裁判结果

重庆市九龙坡人民法院作出裁定：一、禁止陈某耀（男）对陈某元（女）实施家庭暴力；二、禁止陈某耀（男）骚扰、跟踪、接触陈某元（女）及其相关近亲属。裁定自作出之日起六个月内有效。人身安全保护令失效前，可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。

三、典型意义

本案系受害者因家暴再次申请人身安全保护令的典型案件。对于因人身安全保护令失效，当事人再次申请人身安全保护令的，应结合首次申请的情形适当降低证据认定标准以作出判断，及时高效保护当事人的人身安全。因时效性问题导致人身安全保护令失效，受害者再次向人民法院申请人身安全保护令时，人民法院对家暴事实和相关证据的采信应当适当降低标准，开辟绿色通道以确保能够充分及时保障受害者的人身安全。

案例九 探望权行使方式及时间应当以有利于儿童成长为原则

一、基本案情

廖某某（女）和杨某（男）于 2016 年 10 月 16 日登记结婚，同年 11 月 10 日生育一子杨小某。2018 年 6 月 11 日廖某某与杨某协议离婚。离婚协议约定，婚生子杨小某由男方抚养，女方不承担任何费用，并在提前通知男方的情况下享有探望权。廖某某在 2019 年行使探望权时，双方发生纠纷，廖某某诉至法院请求正常行使探望权。

二、裁判结果

重庆市永川区人民法院作出（2020）渝 0118 民初 1944 号民事判决，判决：廖某某在不影响杨小某学习、生活的情况下，自 2020 年 5 月起于每月的第一周、第三周周六或周日上午 9 时到杨某住所地探望婚生子杨小某至上午 11 时，杨某应协助廖某某行使探望权。廖某某不服上诉。重庆市第五中级人民法院作出（2020）渝 05 民终 3837 号民事判决：一、撤销重庆市永川区人民法院（2020）渝 0118 民初 1944 号民事判决；二、廖

某某在不影响杨小某学习、生活的情况下,自 2020 年 9 月起,每月探望杨小某二次,探望时间为每月的第一个星期和第三个星期的星期六或星期日上午 9 时至下午 7 时,探望方式由廖某某自每次探望开始时从杨某处接走杨小某至结束时送杨小某回杨某处,廖某某探望杨小某前,应提前与杨某沟通,杨某负有协助廖某某探望杨小某的义务。

三、典型意义

探望权制度填补了婚姻家庭制度的空白,但实践中仍要合理寻求探望权的行使的方式、时间、地点。首先考虑未成年子女的年龄,确定适用探望式还是逗留式,再决定时间及地点。对于不同年龄的儿童,应当采用不同的方式。探望权的时间、地点、方式应尽量具体,探望时间不宜安排过密,以增强可操作性。如发现探望中有不利于未成年人身心健康的情况,应及时中止探望权。

案例十 继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给适当的遗产

一、基本案情

被继承人沈某甲于 2021 年 2 月 21 日死亡,原告袁某系被继承人沈某甲同胞兄弟沈某丙之子的配偶,被告沈某乙系沈某甲的同胞哥哥,沈某甲另两名同胞兄弟均先于沈某甲死亡。沈某甲一直未婚,无收养子女。被告沈某乙 1959 年参军入伍,后于 1965 年退役到甘肃兰州工作生活至今。被继承人沈某甲生前有拆迁安置还房一套,系沈某甲单独所有。被继承人沈某甲生前生病由原告袁某照料,生活来源主要为每月 1000 余元社保,

死亡后由原告袁某办理丧葬事宜。原告袁某对被继承人沈某甲生前的房屋进行了装修。2021 年 6 月 17 日,被告沈某乙通过继承方式将沈某甲生前所有的房屋变更登记到自己名下。原告袁某诉至法院要求分割袁某甲的遗产(涉案房屋)。

二、裁判结果

重庆市江津区人民法院作出判决:被继承人沈某甲遗产:位于江津区双福新区某房屋,由原告袁某分得 60% 份额,由被告沈某乙继承 40% 份额。沈某乙不服上诉,重庆市第五中级人民法院作出二审判决:驳回上诉,维持原判。

三、典型意义

《民法典》第一千一百三十一条规定,继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给适当的遗产。本案原告作为被继承人侄儿的配偶,在被继承人无配偶、无子女的情况下,生前与被继承人曾共同生活,在被继承人生病时予以了照料,为被继承人所有的房屋办理装修事宜,在被继承人死亡后积极处理丧葬事宜,可以认定为对被继承人扶养较多的人,有权请求分割遗产;被告虽系被继承人唯一法定继承人,但其自 1965 年起即举家生活在甘肃兰州,未对被继承人进行必要的照料,亦未参与被继承人死亡后的丧葬事宜,法院综合原告与被继承人之间的扶养关系程度、遗产情况及被告的具体情况等因素,酌情确定由原告分得涉案房屋 60% 的份额,被告分得涉案房屋 40% 的份额。民法典的该条规定,是基于正义、扶助的理念,让继承人以外的人也可以取得部分遗产,以此倡导公平、互助的价值取向。

民法典重点法条类案裁判规则系列 136： 关于离婚后不抚养子女一方享有探望权的相关裁判规则 6 条

2022-03-10 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/X_Tu9N-uRlntI5Bqqj13XA

重点条文

《民法典》第一千零八十六条

第一千零八十六条

【父母的探望权】离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

法信码	法条释义	法条变迁	新旧对照	关联法条	影响法条	权威案例	引用案例
修改	中华人民共和国婚姻法(2001年修正)[20010428]	第三十八条 【离婚后的子女探望】离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。					
添加	中华人民共和国婚姻法(1980)[19800910]						

法条·法条变迁

《中华人民共和国婚姻法》（2001 年修正）

第三十八条

【离婚后的子女探望】离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。

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

法信·裁判规则

1. 离婚后不直接抚养孩子的一方有探望的权利，另一方不应以先行给付抚养费等原因加以阻挠——韩某诉杨某铭探望权纠纷案

案例要旨：离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。离婚后不直接抚养子女的

一方具有探望孩子的法定的权利，另一方不应以先行给付抚养费等原因加以干涉、阻挠。

审理法院：辽宁省沈阳市中级人民法院

案例来源：最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例，发布日期：2015 年 12 月 4 日

2. 夫妻离婚后，不直接抚养子女的一方，有探望子女的权利，另一方应予协助配合——何某某与蒋某某探望权纠纷案

案例要旨：夫妻离婚后，不直接抚养子女的一方，有探望子女的权利，另一方应予协助配合，直接抚养子女一方因子女住院期间另一方探望但未买东西、未马上给付医疗费而不让探望子女的，不利于子女身心健康成长，法院不予支持。

审理法院：湖南省华容县人民法院

案例来源：最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例，发布日期：2015 年 12 月 4 日

3. 法院应从有利于子女的身心健康、正常生活和学习的角度确定行使探望权的时间和方式——王某辉诉柴某探望权纠纷案

案例要旨：法院审理探望权纠纷案件时，应从有利于子女的身心健康且不影响子女的正常生活和学习的角度考虑，确定探望的时间和方式，探望方式亦应灵活多样，简便易行，具有可操作性，便于当事人行使权利和法院的有效执行。

审理法院：河南省浚县人民法院

案例来源：最高人民法院公布婚姻家庭纠纷典型案例（河南），发布时间：2015 年 11 月 19 日

4. 探望权的行使应以未成年人利益最大化为原则——刘某诉樊某探望权纠纷案

案例要旨：不论是按照双方协议约定还是法院生效裁判确定的探望方式、时间进行探望，难免会遇到诸多影响探望的客观情况，父母在处理探望子女的问题上，双方应以未成年人利益最大化为原则，确保子女的身心健康不受影响。

审理法院：北京市第二中级人民法院

案例来源：《人民法院报》2019 年 5 月 27 日第 3 版

5. 再婚组建新家庭和抚养费支付问题均不应成为不抚养一方探望子女的障碍——刘某、邓某 1 探望权纠纷案

案例要旨：探望权是一项基础的也是极其重要的亲权派生权利，对培养、维系正常的父母子女关系，不可或缺，非经法院依法裁判，任何人无权予以限制、阻碍或剥夺他方对该项权利的行使。再婚组建新家庭和抚养费支付问题均不应成为另一方探望自己子女的障碍。不直接抚养子女一方主张行使探望权的，直接抚养子女一方应有协助义务。

案号：（2021）粤 01 民终 16265 号

审理法院：广东省广州市中级人民法院

案例来源：中国裁判文书网，发布日期：2021 年 11 月 2 日

6. 不直接抚养子女一方有探望的权利，另一方应履行协助义务——刘忍、李虎探望权纠纷案

案例要旨：离婚后，作为不直接抚养子女的一方，有探望子女的权利，直接抚养子女一方有协助的义务。对于探望的时间、方式和频率，应当综合考虑父母双方的实际情况、子女的年龄以及不直接抚养一方与子女的亲情关系现状等因素。

案号：（2021）苏 1324 民初 7398 号

审理法院：江苏省泗洪县人民法院

案例来源：中国裁判文书网，发布日期：2021 年 12 月 10 日

法信·司法观点

离婚后，不直接抚养子女的一方，有探望子女的权利

为了便于离婚后不直接抚养子女的父或者母行使对子女抚养、教育和保护的權利，履行对子女抚养、教育和保护的义务，本条（《民法典》第 1086 条，下同）第 1 款对父或者母赋予了对子女探望的权利：即离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利。通常情况下，探望权在夫妻协议离婚或者诉讼离婚时一并解决确定。如果夫妻在离婚时对探望权未作明确约定，或者法院没有明确作出判决，那么，当事人可以就探望权问题单独提起诉讼的，对此，《婚姻法司法解释（一）》第 24 条规定：“人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。”（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第六十五条）为了保证不直接抚养子女的父或者母行使好探望子女的权利，本条第 1 款同时还规定另一方有协助的义务。例如，法院判决不直接抚养子女的一方每周六下午陪伴子女。那么直接抚养子女的一方则有义务在规定的时间内，将子女安全地送到双方指定或者法院判决确定的地点，交由不直接抚养子女的一方照看半天，由此实现不直接抚养子女的一方对子女的探望。

行使探望权利的方式、时间、地点等通常宜由当事人协议确定。双方不应囿于夫妻离异后的冲突纷争，应从有利于子女健康成长的角度出发，对探望的时间、探望的方式、探望的地点、探望期间双方对子女的安排等作出协商。当双方无法就诸上事宜达成一致时，尤其在直接抚养子女的一方无故拒绝不直接抚养子女的一方探望子女时，享有探望权的一方可依民事诉讼法的有关规定提起诉讼，请求人民法院作出判决。对此本条第 2 款规定行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。在草案征求意见

中，有意见认为由人民法院对探望纠纷作出判决，在司法实践中难以执行；提出的建议是，如果直接抚养子女的一方不允许非直接抚养子女的一方探望子女，非直接抚养子女的一方可以申请法院变更抚养关系。反对意见认为，直接抚养子女的一方不允许非直接抚养子女的一方探望子女并不能当然导致直接抚养关系的变更。探望权的设立是兼顾了父母和子女双方的权利，直接抚养权的判决则主要考虑的是子女身心健康的发展和未成年人合法权益的保障，它强调的是父母的义务而非权利。婚姻法明确规定，对拒不执行有关抚养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探望子女等判决或裁定的，由人民法院依法强制执行。有关单位和个人应负协助执行的责任。编纂民法典时考虑这一内容主要涉及的是执行问题，是对民事判决的执行，不是婚姻家庭编调整的对象，属于程序法调整的内容，故在民法典中没有规定。

（摘自：石宏主编，《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用·婚姻家庭编继承编》，人民法院出版社 2020 年版，第 106~107 页。）

法信·关联法条

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》

第六十五条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。

第六十八条 对于拒不协助另一方行使探望权的有关个人或者组织，可以由人民法院依法采取拘留、罚款等强制措施，但是不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

2. 《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》

2. 离婚后，不直接抚养未成年子女的父母一方提出探望未成年子女诉讼请求的，应当向双方当事人释明探望权的适当行使对未成年子女健康成长、人格塑造的重要意义，并根据未成年子女的年龄、智力和认知水平，在有利于未成年子女成长和尊重其意愿的前提下，保障当事人依法行使探望权。

相隔千里离异母亲如何探望自闭症女儿？法院调解后，还…… | 涉民生典型案例专题展评

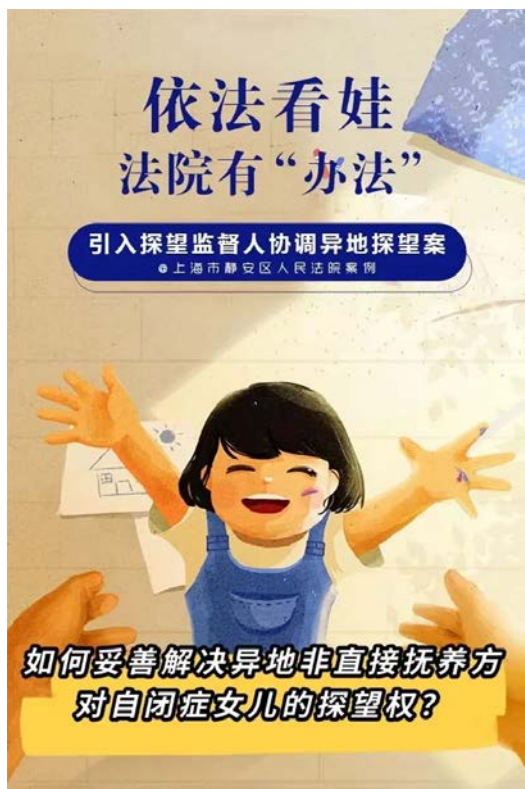
原创：2022-03-12 浦江天平 上海高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/nsK6a0y2r2txpcKKaCUE4A>



为进一步落实司法保障人民群众高品质生活的要求，发挥民事审判在社会治理中的导向作用，上海市高级人民法院开展涉民生典型案例专题展评活动，从全市法院报送的 105 起案例中精选出

20 起涉民生典型案例。2 月 28 日起，这些案例将作为“小案大道理”栏目特别专题陆续发布，敬请关注！



上海法院涉民生典型案例专题展评

上海市高级人民法院

夫妻离异，母亲回广州老家生活，患有自闭症的女儿在上海随父亲生活。相隔千里，母亲如何探望女儿？将女儿带去广州探望，是否会加剧她的病情？

探望方式引发离异双方的矛盾，如何让水火不容的两人调整到有序探望的状态？

基本案情

女孩小苹果 3 岁时，被诊断为非典型自闭症；5 岁时，她的父母离婚，小苹果随父亲在上海共同生活，母亲回原籍广州生活。

2020 年 3 月，女方认为男方拒不向自己通报女儿的生活、教育情况，不让她与女儿视频

剥夺了自己对女儿的探望权，诉至法院，要求将女儿小苹果，带离上海在广州进行探望。男方则认为，女儿是自闭症儿童，拒绝配合探望。

在上海市静安区人民法院的主持下，最终促成双方达成调解协议：

女方每月视频探望一次、适时来沪实地探望，法院引入青少年社工作为探望监督人。

法院判决

如何妥善解决异地非直接抚养方对自闭症女儿的探望权？

法院认为，本案中男女双方生活在异地，两人矛盾激化。女儿小苹果已经多年未与母亲见面，贸然将孩子带离上海探望不利于未成年人的身心健康。考虑到孩子的特殊病情，经过法官耐心细致的亲职教育、纠纷化解工作，最终促成双方达成上述调解协议。

为保障女方探望的顺利进行，法院委托上海阳光社区青少年事务中心静安工作站的社工作为探望监督人协调后续探望执行，化解当事人的担忧与误解，做好提示和预案，并在探望时全程陪同，引导母亲与女儿有效沟通。



探望权的行使方式应秉持儿童利益最大化原则

不与未成年子女共同生活的父或母，依法享有看望未成年子女的权利，即探望权。但是，探望权不能仅仅被视为成人的权利，更应被视作未成年子女的权利。符合未成年人利益的探望方式，可以满足子女的情感需求，减少父母离异对其带

来的心理创伤，对于未成年人身心健康及人格塑造起到重要的促进作用。

引入社会力量参与探望权的履行

探望权行使具有时间跨度长、人身属性强、不可强制执行三个特点，司法实践中，探望权的行使往往面临诸多困难，引入探望监督人制度是法院的有效尝试。该制度具有监督执行、跟踪协调、亲职教育、司法调解等多项职能，社会专业力量的介入，既可弥补司法救济上的不足，又可助力探望权纠纷的化解。

全社会均应关注离异家庭未成年人的情感需求

婚姻解体，劳燕分飞，成年人的选择无可厚非，但未成年子女受到的影响必须被重视。孩子如何面对和接受父母离异的现实，如何满足他们的心理与情感需求，首先应当成为父母需要解决的问题，同时也应当成为学校、专业教育机构及全社会共同关注的重要课题。让每一个孩子感受到爱和关怀，需要全社会的共同努力！

来源 | 上海市高级人民法院、上海市静安区人民法院

文字：刘莎

人物摄影：侯晓辉

责任编辑 | 陈凤、奚晓诗、邱悦、陈旭涛

转载请注明来自“浦江天平”公众号

婚没结成，彩礼能返还吗？来看这些婚姻家庭典型案例

2022-03-10 佛山中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/f1B2buFmt3Tl3liIGGVMuA>

没结成婚，彩礼能返还吗？配偶给“情人”的钱，能追回来吗？近日，佛山中院公布一批婚姻家庭典型案例，这里有答案！

未如约登记结婚，法院支持彩礼返还请求

黄某与袁某意欲缔结婚约，黄某通过其亲属先后转账两笔大额资金予袁某母亲，双方也曾举办两次婚宴，但黄某与袁某最终未能登记结婚。黄某遂起诉袁某及袁某母亲，要求返还全部彩礼，袁某及其母亲则提出彩礼因双方缔结婚约已支出一半，余下一半可予返还。

法院经审理认为，**黄某通过亲属分两次转账大额款项给袁某母亲，并备注对双方缔结婚约的祝福语，且均发生在双方举办婚宴之前，款项符合彩礼的特点。**黄某以与袁某最终未办理结婚登记为由，请求袁某返还以缔结婚约为目的而支付的彩礼，合理有据，扣除双方认可的支出后，余下部分应予支持。

典型意义

彩礼是在缔结婚姻时男方家庭向女方家庭赠送的聘金、礼金，是为了最终缔结婚姻关系而给付，一般具有款项数额较大的特点，**在法理上属于附条件的赠与。**如未达成结婚目的，法律规定了彩礼返还的条件，在符合该条件时，对于婚约财产返还的主张应予支持。在实际生活中，情况千变万化，返还的具体数额应结合公平原则、过错原则，并考虑当地风俗。本案判决综合考虑双方同居生活时间较短、未怀孕生育、婚宴支出习俗等因素，扣除双方均认可的支出后，判定袁某返还大部分彩礼，体现了民事法律关系中的公平和诚实信用原则，也能够让群众更加理智地处理婚恋家庭纠纷，对提倡群众崇尚文明节俭的婚礼习俗，树立正确的婚恋观有推动作用。

分手后因子女抚养问题起纠纷，法院巧妙安排探视权促亲情融合

李某然(女)与李某健(男)同居关系期间生育一子,其出生后8个月一直在李某健家生活,李某健父母协助照顾。二人解除同居关系后,李某然带走儿子共同生活。李某然向法院诉请儿子由其直接抚养,李某健亦强烈要求由其抚养,如不能直接抚养,希望增加寒暑假以及传统节日的探视时间,增加儿子对家庭的融入和认同。

法院经审理认为,儿子未满2周岁,应由李某然抚养。但考虑到男孩年幼,亦非常需要父亲的呵护和关爱。结合李某健强烈直接抚养的意愿,从有利于子女身心健康以及亲情融合等角度综合考虑,在一审判决确定每月探视两次的基础上,酌定增加李某健在传统节日中的清明节假期、春节假期相应一次探视权,两个假期交替进行,并在儿子就读小学后增加寒暑假相应探视时间。

典型意义

探视权确立的价值在于有效保障父母亲权,但以保护未成年人利益最大化为原则。本案在有利于子女健康成长的基础上适当增加李某健传统节日期间的探视权,一方面,传统节日里展现出的文化习俗、伦理观念、家族氛围等能够让孩子慢慢体会到中华优秀传统文化的博大精深,感受到家庭家族家风的和谐美好,从而在潜移默化中充实其精神世界,有利于塑造其健康完善的人格。另一方面,对于促进亲属间感情融合、促进家庭家风建设、传承中华民族传统美德具有重要意义,亦符合当前社会现实及家庭代系情感所需。

女子“欺诈性抚养”,被判返还抚养费及赔偿损失

冯某与张某原为夫妻,婚姻关系存续期间张某生育一子一女。二人离婚后,冯某得知儿女均非自己亲生,遂起诉要求张某返还抚养费并赔偿精神损失。

法院经审理认为,夫妻应当互相忠实,张某作为妻子,在与冯某婚姻关系存续期间与他人生育子女,使冯某陷入错误认识而对非亲生子女予以

抚养,故张某应当返还冯某支付的抚养费。此外,张某违反夫妻忠实义务,其行为侵害了冯某作为丈夫的人格权益,给冯某的情感和精神造成严重的伤害,依法应当支付精神损害抚慰金。

典型意义

近年来,“欺诈性抚养”纠纷逐渐成为易发的家事纠纷之一。“欺诈性抚养”一般是指夫妻婚姻关系存续期间,女方在明知或应知所生子女非与男方亲生的情况下,故意隐瞒实情,致使男方误将子女视为亲生子女予以抚养的行为。家庭是社会的基本细胞,违反夫妻忠实义务的行为,必然会给配偶的情感和精神造成非常严重的伤害,同时也是对婚姻家庭伦理的亵渎。本案立足于保护无法定抚养义务人的财产权、配偶一方的人格权,为解决欺诈性抚养纠纷中不当得利、精神损失问题提供了裁判指引,同时对树立正确婚姻家庭观给予司法引导,促进家庭家风建设。

擅自带走子女以争夺抚养权,法院不予支持

崔某与张某(女)就非婚生女儿的抚养问题协商一致后因探视问题多次发生争执,崔某遂诉请法院判令由其继续携带抚养并要求明确探视方式。诉讼中,张某擅自将女儿带离原居住城市以争夺抚养权。

法院经审理认为,崔某与张某曾达成女儿由崔某直接携带抚养的合意,且女儿已随崔某生活较长时间,张某却在诉讼中罔顾女儿原已稳定的生活状况,擅自将女儿带离原居住城市,明显不利于女儿的身心健康,故法院对张某的相关行为作出否定性评价。在综合考虑父母的抚养能力、抚养条件以及张某的不当行为等因素后,法院作出女儿由崔某携带抚养的判决。

典型意义

父母与子女间的关系,不因父母解除关系而消除。父母解除关系后应从有利于子女成长的角度

度出发，妥善处理好子女的抚养问题，尽可能维系父或母与子女之间的良好感情。父母就子女抚养问题达成合意后，应按诚实信用原则执行约定。而在子女已随父母一方生活较长时间的情况下，亦不宜随意改变子女的生活、学习环境。未考虑子女身心健康却出于自身情感需要而将子女带离，实质上属于损害子女合法权益的行为。本案判决对父母一方罔顾子女权益的行为作出否定性评价，意在通过判决正确引导父母双方在感情破裂时，应从有利于子女成长的角度出发，合法、妥善处理子女的抚养问题。

配偶一方向情人赠与财物，法院支持另一方的索回请求

江某与冯某是夫妻关系，江某向其情人卓某分多次支付款项，扣除卓某向江某支付的款项后，差额高达近百万元。

法院经审理认为，卓某对于其收取上述差额款项的原因不能提交证据予以证明，故应认定为江某的赠与款。江某向卓某赠与的款项属于其与冯某的夫妻共同财产，江某该赠与行为一方面侵犯了冯某对于夫妻共同财产的共同处分权，另一方面也违反公序良俗，故赠与行为无效，卓某应向冯某全额返还。

典型意义

夫妻之间相互忠诚，不仅仅是传统观念和社会道德的要求，更是《中华人民共和国民法典》婚姻编明确规定的法定义务，夫妻任何一方发生婚外情，不仅应受到道德的谴责，也是违反法律规定的行为。夫妻一方向其情人赠与财物，在社会公众的评价中明显属于违反公序良俗的行为，司法对此应予否定评价，故可认定该行为无效，并

赋予赠与人的配偶全额返还请求权。如此，方可最大限度保护夫妻关系中无过错一方的合法权益，对插足他人婚姻且不劳而获的第三者予以惩戒，进而倡导社会民众建立稳定和谐、纯洁幸福的婚姻家庭关系。

涉亲子关系认定案，无正当理由拒做鉴定，需承担不利后果

李某某与刘某婚后生育儿子李某甲、李某乙。离婚诉讼中，李某某提出对其与李某乙是否存在亲子关系进行鉴定。

法院经审理认为，由于双方另一个儿子李某甲之前经过鉴定与李某某没有亲子关系，李某某提出申请存在正当理由。刘某不同意鉴定，两次无正当理由未在法院规定的时间携带李某乙到场进行鉴定，致使鉴定无法进行。鉴于刘某拒不配合鉴定，法院在现有证据基础上依法推定李某某与李某乙不存在亲子关系，判令刘某返还抚养费以及支付精神损害赔偿。

典型意义

亲子鉴定对婚姻家庭特别是亲情具有极大的冲击力，可能颠覆家庭成员之间的关系乃至令一个家庭解体。一方面，提起亲子关系诉讼应十分审慎，仅怀疑亲子关系不存在而没有相关证据的，不应随意通过提起诉讼进行亲子鉴定，避免给配偶、子女带来伤害。另一方面，不论亲子关系是否真实存在，在法院决定进入鉴定程序后，有义务配合的一方在没有合理理由的情况下不应轻易拒绝鉴定或不予配合，否则可能承担不利于自己的法律后果。本案判决意在引导社会公众妥善面对涉及亲子关系的诉讼，维护家庭和谐，保护自身及子女合法权益。

规范权利行使 破解“探视困境” 广州花都区法院发出探望权自动履行承诺书

2022-03-15 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/15/content_214924.htm?div=-1

报讯 日前，广东省广州市花都区人民法院向当事人发出探望权自动履行承诺书，对离异夫妻关于子女的探望权问题作出了引导和约束。据悉，这是广东省法院发出的首份探望权自动履行承诺书。

当前，探望权面临着诸多困境。法院对未成年子女的抚养权和探望权作出判决或调解后，时有出现直接抚养子女一方不配合行使探望权，导致另一方不能与孩子相处，无法维系亲子感情的情形；不直接抚养子女一方，则有可能在探望子女的时候转移、隐匿子女以夺取孩子抚养权。这些不当行为严重影响了父母双方对子女的亲情陪伴及家庭教育，进一步加剧了“探视困境”。

据了解，通过签订探望权自动履行承诺书，提前告知当事人应当自觉、合理、恰当地行使及配

合行使探望权，并提前警示当事人违反相应承诺可能承担的法律后果，为当事人正确行使探望权作出了督促和约束，一定程度上减少了日后探望、执行纠纷的发生，可有效破解“探视困境”。

同时，离异双方相互配合、合理有效地行使探望权，可以减少父母离异对孩子造成的伤害，让父母的关爱和家庭教育不因父母离异而缺失。日后如一方违反探望承诺的，另一方申请变更抚养关系或者中止探望也更加有据可依。

据悉，近年来，广州市两级法院大力推进专业化家事审判改革，探索家事审判新模式，加强妇女儿童权益保护，充分发挥家事审判在引领良好家教、家风、家规方面的作用，推动广州家庭文明建设高质量发展。

（郑育婷 钟远东 陈佩勤）

最高法民一庭：如何理解民法典中规定的“与他人同居”？

2021-11-14 人民法院出版社

https://mp.weixin.qq.com/s/Iv1jy_Qs1hKY-11M3TDiRQ

法条原文

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第二条：民法典第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条规定的“与他人同居”的情形，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。

条文主旨

本条是关于“与他人同居”的解释和规定。

条文理解

《民法典》第1042条第3款明确规定“禁止有配偶者与他人同居”，同时，第1079条第1项、第1091条第2项规定了相应的责任后果。本条着重解决的就是如何对重婚行为以外的有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义同居行为的认定问题。

一、立法背景和过程

禁止重婚是《民法典》的一项基本原则，在《刑法》中对重婚行为也有相应的刑罚规定。根据《刑法》相关规定，对其中具有前后两个法定婚，或先有法定婚后有以夫妻名义同居生活的事实婚，从而构成重婚的行为人给予了法律制裁。但实践中存在与配偶以外的第三人同居时，既不登记结婚，也不以夫妻名义同居生活，而是以秘书、表妹、保姆等相称的情形。这种丑恶现象严重违反了《民法典》的一夫一妻制原则，违背了社会主义道德风尚，败坏了社会风气，破坏了婚姻家庭关系的健康和稳定。

在《婚姻法》修改过程中，针对与他人同居等变相的一夫多妻行为如何给予法律制裁，争议较大。一种观点认为，鉴于实践中，有配偶的人在与婚外异性同居时，为规避法律的制裁，既不办理婚姻登记，对外也不以夫妻名义，而是以秘书、兄妹、保姆等名义相称等情况，可通过对《刑法》规定的重婚罪作出司法解释，放宽和扩大对重婚的认定标准和范围。也有观点认为，遏制有配偶者与他人同居应当采取制定司法解释或修改《刑法》的办法，放宽重婚标准，但不宜在修改《婚姻法》过程中规定。当时还有观点认为，对重婚的认定应当严格执行法律和司法解释对重婚罪的认定标准，重婚罪的认定范围只包括两种情形：一是具有前后两个法定婚的；二是先有法定婚后有以夫妻名义同居生活的事实婚的。不能为制裁婚姻家庭关系私法领域的违法行为而修改《刑法》，或通过制定司法解释对重婚罪的认定标准任意扩大，这有悖于罪刑法定的原则精神。

2001年《婚姻法》第3条对此作了区别性规定，即“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居”。该条被《民法典》第1042条所吸收。

二、对“与他人同居”的理解

我们认为，“与他人同居”中的“他人”是指婚外异性，“同居”是指不以夫妻之名，持续、稳定地共同居住。

首先，从立法目的看，《民法典》之所以吸收“禁止有配偶者与他人同居”的禁止性规定，主要是对禁止重婚的补充。有配偶者与他人同居与社会上一些没有配偶的男女之间的同居行为有本质区别。如男女青年在恋爱中的试婚同居，符合法定结婚实质条件的男女未办理结婚登记即以夫妻名义共同生活的同居，一些丧偶的老年人因考虑到子女、财产、身体、社会习俗等因素，不以结婚为目的同居行为。这些同居虽也是男女间的婚外同居，违反了法定的结婚形式要件，但没有违反一夫一妻制，尚不属于《民法典》禁止的行为。

其次，从现有立法规定来看，“有配偶者与他人同居”与“重婚”应是两种不同的行为。但从文字表述分析，“有配偶者与他人同居”与“重婚”有交叉重合之处。重婚也是有配偶者与他人同居，只不过重婚行为是有配偶者在与他人同居时，办理了婚姻登记或对外以夫妻名义，而“有配偶者与他人同居”主要是指有配偶者在与他人同居时，既不办理婚姻登记，对外也不以夫妻名义同居的行为。由此可以认为，“有配偶者与他人同居”是不以夫妻名义，这也是与重婚行为的重要区别。“有配偶者与他人同居”不是犯罪，它只承担民事法律责任，是法院判决离婚的法定情形，无过错方可以据此要求损害赔偿。

最后，从目前立法和司法实践情况看，虽然对同居的概念尚无明确的界定，但理论界和实务界一致认为同居为男女两性共同居住、共同生活，而不是同性之间的共同居住和共同生活。在我国，法律上对同性婚姻不予认可。因此，“有配偶者与他人同居”只能是有配偶者与婚外异性的同居，这就排除了同性之间的同居关系。同时，为了限制和避免法律对公民私权领域的过分干预，我们将“有配偶者与他人同居”的行为与通奸、嫖娼及其他偶发性的婚外性行为予以区别，即应将两性间的同居理解为持续、稳定的共同居住生活，而不是临时短暂性的共居一处。至于对同居关系的居住期限如何把握，应从双方共同生活的时间

长短、双方关系的稳定程度等方面进行考虑。考虑到各地区实际情况不同，本解释只规定了持续、稳定地共同居住，而未对同居具体期限要求作一刀切的规定。这样就相应地给法官以一定的自由裁量权，使法官在审理具体案件时，根据个案具体情况自由裁量。

审判实践中应注意的问题

一、关于与他人同居是否限定有共同居所问题

如前所述，“同居”是指不以夫妻之名，持续、稳定地共同居住。有配偶者与他人同居与重婚的界限在于是否以夫妻名义共同居住、共同生活。有的学者提出，同居应当限定有“共同居所”。但大多数人认为，共同居所是一个证据，可以有力地证明双方的同居关系，但是不能要求一定要有共同居所。共同居住既可能是有两人单有的共同居所，也可能是在一方家里。

二、关于与同性同居的问题

如前所述，我国对同性婚姻不予认可。“与他人同居”将同性之间的同居关系自然排除在外，然而在审判实践中，对于配偶一方因对方与同性同居而起诉到法院，请求判决解除双方婚姻关系时，法院不能置之不理，如果符合法定离婚条件，可以适用《民法典》第 1079 条第 3 款第 5 项的规定，认定属于“其他导致夫妻感情破裂的情形”而判决准予离婚。同时，《民法典》第 1091 条在《婚姻法》第 46 条规定的基础上，增加“有其他重大过错”作为可以适用离婚损害赔偿的兜底条款，如果认为与同性同居的行为可以构成导致离婚的重大过错，也可以适用该条，无过错方有权请求损害赔偿。

三、关于重婚罪与非罪的问题

《民法典》明令禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。《刑法》第 258 条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二以下有期徒刑或者拘役。”重婚罪是指有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。该罪侵犯的客体是《民法典》所规定的一夫一妻制。客观方面表现在两个方面：一方面是登记重婚，又称为法律重婚，是指有配偶的人又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与其结婚的行为；另一方面是事实重婚，是指有配偶的人又与他人以夫妻关系共同生活的行为。所谓“有配偶”，是指男女结婚以后，其夫妻关系没有依法解除。如果夫妻关系已经依法解除，或者因其配偶死亡而夫妻关系自然消失的，则不再是有配偶的人。重婚罪的主体，一是本人有配偶，但在夫妻关系存续期间，又与他人结婚，或以夫妻名义共同生活的；二是本人虽没有配偶，但明知对方有配偶而与之结婚，或以夫妻名义共同生活的人。主观方面是故意，即有配偶的双方在明知的情况下结婚，或以夫妻名义共同生活，双方均构成重婚罪。如果有配偶的一方隐瞒事实真相，欺骗没有配偶的人与之结婚，或者以夫妻名义共同生活的，有配偶的一方构成重婚罪，受欺骗的一方不构成重婚罪。如果无配偶的人明知对方有配偶而与之结婚，或以夫妻名义共同生活的，也构成重婚罪。

但是，因自然灾害外出谋生而重婚，或婚后受虐待而外出逃婚的，或被拐骗而被贩卖再婚的，根据实际情况，一般不以重婚罪惩处。因为配偶长期外出下落不明，造成家庭生活困难，继而又与他人结婚的，一般也不以重婚论处。

本文摘自《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著，2021 年 6 月人民法院出版社出版。

江苏盱眙法院开出首份探望权履行承诺书

2022-03-16 中国妇女报 茹希佳

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-03/16/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220316_2-5.htm?time=1647387089538



法官指导案件当事人签署《探望权履行承诺书》

在案件审判时通过签订《探望权履行承诺书》，一方面，告知不直接抚养方有关探望权的法律规定，在婚姻关系解除之后自觉、合理、恰当地行使探望权，如果在探望期间存在虐待、隐匿、转移等不利于子女身心健康的行为，可由人民法院依法中止探望；

另一方面，督促直接抚养方配合对方行使探望权，如果存在个人、组织他人拒不协助对方行使探望权的行为，自愿承担相应法律后果，让离异的夫妻双方共同履行家庭教育责任。

“作为直接抚养子女一方，我已知悉有关探望权的法律规定，在婚姻关系解除之后自觉、合理、恰当的配合对方行使探望权，相互配合履行家庭教育责任……”近日，江苏省淮安市盱眙县人民法院组织一起离婚案件的双方当事人签订了《探望权履行承诺书》，这一创新举措对离异夫妻关于子女的探望权问题作出了引导和约束，这也是江苏省法院系统开具的首份《探望权履行承诺书》。

中国妇女报全媒体记者了解到，丁某（男方）与朱某某因感情破裂自愿离婚，孩子由丁某抚养，

但在具体探望问题上，双方一直未能达成一致。朱某某认为，离婚后自己在探望孩子时会受到丁某及其亲属的阻挠，探望权无法得到保障。

针对这个情况，承办该案件的法官向丁某与朱某某发出了《责令接受家庭教育指导令》，并在开展家庭教育中与他们进行了深入沟通，告知其良好的家庭关系对孩子成长的重要性，引导双方签订了一份《探望权履行承诺书》，约束他们依法行使探望权，共同承担起家庭教育责任，以“指导令+承诺书”的形式，为孩子健康成长保驾护航。

组织签订该承诺书的女法官董蒙告诉记者：

“在案件审判时通过签订《探望权履行承诺书》，一方面，告知不直接抚养方有关探望权的法律规定，在婚姻关系解除之后自觉、合理、恰当地行使探望权，如果在探望期间存在虐待、隐匿、转移等不利于子女身心健康的行为，可由人民法院依法中止探望；另一方面，督促直接抚养方配合对方行使探望权，如果存在个人、组织他人拒不协助对方行使探望权的行为，自愿承担相应法律后果，让离异的夫妻双方共同履行家庭教育责任。”

同时，通过签订《探望权履行承诺书》也可以警示双方当事人违反相应承诺可能承担的法律后果，一定程度上减少了日后探望纠纷、强制执行的发生，有效破解了离异夫妻对子女的“探望困境”。“为当事人正确行使探望权作出了督促和约束，日后如一方违反探望承诺的，另一方申请变更抚养关系或者中止探望，将变得更加有据可依。”董蒙说。

《中华人民共和国家庭教育促进法》规定：未成年人的父母分居或者离异的，应当相互配合履

行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行。

董蒙说，组织当事人签订《探望权履行承诺书》是盱眙法院落实未成年人权益保护、践行《中华人民共和国家庭教育促进法》、深化《责令接受

家庭教育指导令》成效的重要尝试，“离异双方相互配合、合理有效地行使探望权，可减少对孩子造成的伤害，让父母关爱和家庭教育不因离异而缺失。”

“未”爱发令，“判后回访”保驾护航

2022-03-16 深圳市中级人民法院 罗法官微

https://mp.weixin.qq.com/s/pyH7Y68A-6rpBn01_bKZmw

2022 年 1 月 1 日《家庭教育促进法》的实施标志着家庭教育正式走上法治轨道，在法律层面上为端正家庭观念、促进青少年健康成长发挥了重要作用。

"孩子不是父母婚姻的工具"

近日，深圳市罗湖区人民法院在审理一起离婚案件过程中，发现男方当事人无视孩子的主观意愿和情感需要，将孩子从外婆手中抢走，改变孩子原有生活状态，并自认为孩子教育由其教导足够，未将孩子送至幼儿园接受教育，并阻止孩子与母亲相见。

此举严重损害了未成年人的身心健康，罗湖法院据此认定男方违反《家庭教育促进法》相关规定，在判决同时向其送达了《家庭教育令》，明确提示并告诫当事人：“婚姻关系恶化不应成为把孩子作为惩罚对方工具的理由，离婚后父母双方依旧对孩子具有探望并进行家庭教育的权利和责任，该责任不会因婚姻关系的解除而解除。

在法官释法后，当事人认识到自己的行为客观上侵害了孩子的合法权益，表示会关注孩子的心理需求，尽快为孩子申请幼儿园学位，并配合孩子的母亲探视。

罗湖法院早在《家庭教育促进法》施行前就开展了离异父母教育引导工作，在 2021 年编写了《离异父母合作指南》，针对如何履行离婚后教

育孩子的责任做了详细指引。在涉及子女抚养的离婚纠纷或抚养纠纷中，送达裁判文书时一并送达该指南，以此提醒和强调父母责任，引导当事人在子女抚养和探视问题上达成共识。

"孩子不是父母婚姻的累赘"

近日，罗湖法院还受理了另一起涉及留守儿童教育问题的案件。法官在收到案件后了解到，双方当事人婚生子自幼在老家跟随其爷爷奶奶生活，一直在寄宿学校就读，当事人仅通过电话视频与孩子联系，仅每年暑假回老家一次。

为进一步了解情况，承办法官当即约双方当事人到法院核实情况并做调解工作，还与孩子视频了解情况。在了解基本事实后，法官认为，留守儿童是社会发展一大难题，为谋生计将孩子留在老家虽是不得已而为之，但将孩子扔给爷爷奶奶后放任不管则属于“怠于履行家庭教育责任”的行为，违反了《家庭教育促进法》关于亲自养育、加强亲子陪伴以及为未成年人成长营造良好家庭环境的规定。



在本案审理的过程中，法官当即向双方当事人宣布送达了《家庭教育令》，裁定双方应多关注孩子心理生理状况和情感需求，与老师和爷爷奶奶保持联系了解孩子近况，同时要求其正确处理婚姻关系，为孩子健康成长营造和睦的家庭氛围。同时，法院还与区妇联协同合作，对当事人进行家庭教育指导和回访工作。接下来，还计划通过罗湖区妇联与留守儿童所在地妇联协作，请其上门走访了解涉案孩子的生活状况。这是罗湖法院在家事审判中首次依据《家庭教育促进法》从关爱未成年人成长的角度处理婚姻关系，旨在修复和治疗婚姻关系、家庭关系，促进和睦优良家风的建设，真正实现为社会减压、为家庭疗伤、促社会和谐。

“孩子是祖国的未来和希望”

《家庭教育促进法》为保障未成年人教育铺好前路，为了落实好家庭教育“最后一公里”，罗湖法院将当事人应当配合“判后回访”在《家庭教育令》里列明，赋予其法律效力，并安排家庭教育指导师和心理咨询师协作进行回访指导工作。心理咨询师在回访时对当事人及其抚养人进行判后心理干预、帮扶，最大程度降低成长环境的改变给孩子带来的负面影响。

同时罗湖法院携手妇联，充分发挥家庭教育指导师的作用，要求当事人配合进行家庭教育指导，以进一步提升未成年人父母或其他监护人家庭教育能力，督促其树立正确的家庭教育观念。

家庭和谐稳定是人民美好生活需要的重要组成部分，深圳法院将继续秉持家事审判柔性司法的原则和专业优势，为保障未成年人合法权益，引导全社会注重家庭、家教、家风，维护家庭和谐、促进社会稳定，提供更为强大的司法助力。

来源：深圳市罗湖区人民法院

编辑：林思霞

公房承租人去世，同住配偶居住权益应当如何保障？ | 涉民生典型案例专题展评

2022-03-24 浦江天平 上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/CuWmVO_Rcnnh5dwm0Rf5_g

为进一步落实司法保障人民群众高品质生活的要求，发挥民事审判在社会治理中的导向作用，上海市高级人民法院开展涉民生典型案例专题展评活动，从全市法院报送的 105 起案例中精选出 20 起涉民生典型案例。2 月 28 日起，这些案例将作为“小案大道理”栏目特别专题陆续发布，敬请关注！

公房原承租人去世后共同居住的配偶户籍不在该处，房屋内没有其他本市户籍人口，公房管理单位将房屋收回，是否合法？原承租人家属的居住权如何保障？

基本案情

多年前，公司分配给常先生一套公房，作为公房承租人，常先生与妻儿共同居住在这套公房内。

常先生去世后，由于其妻儿的户籍均不在该处，房屋中没有其他本市户籍人口，于是公司根据《上海市房屋租赁条例》，变更房屋承租人，将房屋收回。

母子二人认为，原承租人的家属尚居住在房屋内，不应变更承租人，遂向法院起诉。

上海市杨浦区人民法院一审判决，撤销公司变更房屋承租人的行为，被告不服提起上诉，二审判决驳回上诉，维持原判。

法院判决

公房原承租人去世，同住配偶的居住权益应当如何保障？

法院认为，民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。常先生是公房原承租人，常先生去世后，其妻虽在本市无常住户籍，但是房屋内实际居住生活多年，其居住权益应当继续得到保障。公司擅自变更承租人，侵犯了常先生妻子的合法权益，因此法院判决撤销公司变更房屋承租人的行为。

法官说



承租人死亡后，长期居住该公房配偶的居住权益应当得到保障

一般情况下，公房承租人死亡的，其生前的共同居住人必须在该处有常住户口才可以继续承租，但是，考虑到公房的特殊属性，承租人的配偶已经长期稳定的居住在该房屋中，其因婚姻关系而享有的居住权益不能因为配偶去世而被轻易剥夺。这样的考虑不仅彰显了法律所倡导的诚实信用原则，也体现了公房制度设立之初的宗旨。

公有住房管理人在变更承租人时，应保障原承租人家庭成员的居住权益

公房配给制度主要是为保障承租人家庭成员的居住利益，公房管理公司在原承租人去世后，重新指定承租人时应当尽到审慎义务，对户口在册人员进行审查的同时，也应当对户口虽不在册但长期居住在内的人员进行核实，符合规定的情况下仍然可以从中指定新的承租人。脱离实际，简单的将房屋收回往往会导致利益失衡，损害原承租人家庭成员的居住权益。

依法保障居住权益是保障民生的必然要求

住房问题经常是老百姓们心中的头等大事，也是社会方方面面所重点关注的民生问题。在上海这样一座大都市中，能有一个属于自己的落脚点更显得弥足珍贵。房屋无论公房、私房，都是百姓安居立业的基础。依法保障人民群众的居住权益，是维护民生最直接的体现。

老人帮子女带娃 能不能索取费用？

2022-03-23 北京青年报

<https://m.chinanews.com/wap/detail/chs/zw/9709297.shtml>

“老人帮忙带娃”已成为不少家庭典型的养育模式，有的老人乐在其中，有的则不然。近日，顺义区人民法院审理了一起外祖父母帮忙照顾小孩，向孩子父母索取抚养费的案件。

蔡女士和张先生结婚后，于 2008 年育有一女张小花(化名)，一家三口共同居住在蔡女士的父母家。因工作原因，蔡女士每隔一天回来一次，张先生一周回来一次，小花平日由其外祖父母老蔡夫妇帮忙照看。

2012 年，蔡女士和张先生购置了房屋，一家三口搬出单独居住，但小花白天还是由老两口帮忙照看，晚上由父母接回家照顾。赶上周末或者休息日时，小花才由父母自行照看。平日里，一家人吃喝费用均由老蔡夫妇负担，蔡女士和张先生并未向老两口支付生活费用，只是有时购买一些蔬菜或水果等食品及生活用品，逢年过节会买些礼品赠送给老两口。

2017 年，蔡女士和张先生协议离婚，张小花由其母亲蔡女士抚养，张先生每月支付抚养费 1000 元。2021 年，老两口将蔡女士和张先生起诉至顺义区人民法院，要求二人支付抚养孩子的费用，共计 23 万余元。

顺义区人民法院审理认为，父母对子女有抚养教育的义务，父母是孩子的第一抚养人及第一责任人，其他长辈出于关爱提供的帮助不能取代父母对子女的抚养义务。

老蔡夫妇虽对张小花无直接抚养义务，但作为共同家庭成员，基于家庭分工和社会职能不同，

老两口帮忙照顾孩子系家庭成员之间的互助行为或是完成蔡女士、张先生的委托，符合家庭共同利益，且结合双方当事人陈述，在蔡女士与张先生离婚前，张小花并非与老两口单独生活，小花所需的基本生活、教育和医疗费用均为蔡女士、张先生支付。因此，老蔡夫妇主张抚养费依据不足，法院不予支持。

但老蔡夫妇帮助子女照料孩子，其二人必定倾注大量时间、精力和感情，以及金钱付出，现蔡女士、张先生自愿支付一定数额的金钱予以补偿，法院予以照准。

最终法院判决，张先生、蔡女士分别给付老蔡夫妇 1 万元、6 万元，并驳回原告的其他诉讼请求。

“实践中，老人以帮助子女照看晚辈为由，起诉子女给付抚养费的案件并不少见，本案就是一例典型。”承办法官介绍，一般而言，老人帮子女照顾孩子，系家庭成员之间的互助行为，或是完成子女的委托，符合家庭共同利益，在孩子并非长期与老人单独生活，且孩子所需的基本生活、教育和医疗费用均为亲生父母支付的情形下，老人向子女主张抚养费依据不足。但若是确有证据证明孩子父母“生而不养”，孩子长期与老人单独生活，孩子日常所需费用均为老人支付，父母没有尽到抚养义务的，老人主张抚养费应当予以支持。

妻子欲离婚，丈夫下跪：给我最后一次机会吧

2022-03-26 最高人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/8U1zo3RLJwAjeJQk1TDA9w>

“把钱用完了就是你和孩子的末日！”短信里的丈夫，凶神恶煞；

“老婆，给我最后一次机会吧！”法官面前的丈夫，跪地求饶……

妻子小周既迷惑又坚定——迷惑的是丈夫为什么总会有两副面孔，坚定的是自己真的不想再跟他过了。

福建省将乐县的小周与熊某经自由恋爱于2006年步入婚姻殿堂，并生育一子。婚后妻子小周发现丈夫有较重的疑心病，处处对自己的社交进行干涉，二人因此时常发生争吵。小周于2021年3月1日起诉要求离婚，同年3月30日将乐县人民法院以夫妻感情尚未破裂为由，判决驳回妻子的离婚诉讼请求。之后，丈夫并未悔过，还过起了游手好闲的日子。2021年11月2日小周再次起诉离婚，并要求孩子由被告抚养。

“我丈夫把我关在房间里不让我出来，还老发短信威胁我，我这次必须跟他离婚。”面对前来了解情况的将乐法院法官李全华，小周拿出了手机——“把钱用完了就是你和孩子的末日！”

对此，丈夫熊某却说这都是因为自己爱妻子。“你这样只能加重对方的恐惧感，爱不是这种方式的，这样会使关系恶化。夫妻双方要相互信任、尊重，这是最基础的。”李全华对熊某苦口婆心。

随后，为了帮助这个家庭，法院联合司法所对两人进行调解。过程中，熊某突然跪在小周面前：

“老婆，给我最后一次机会吧！”这让大家都有些吃惊，但小周却态度坚决：“别来这一套！每次都是这样子，以前也是，哪次你真改过？！”



面对态度坚决的原告（妻子）以及年仅8岁的未成年孩子，法官将如何判决？夫妻双方及孩子又将作出怎样的选择？

3月26日19:22，敬请关注由中央广播电视总台社教节目中心《现场》栏目与最高人民法院新闻局共同推出的原生态纪录片《家事如天》第二季三明篇。

来源：人民法院新闻传媒总社

作者：吴凡

编辑：吴凡

密云法院发布人身安全保护令典型案例

2022-03-26 密云法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/Ae4LCSantdaIAP-hSZab7Q>

习近平总书记特别强调“我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风”的问题，

民法典中亦规定了“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”和“禁止家庭暴力”。

2022 年 3 月 5 日，最高人民法院会同全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委共同发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，完善细化相关规定，着力提高家暴受害者保护力度和水平。《反家庭暴力法》实施 6 年来，密云法院依据家暴受害者申请，快速反应、协调联动、高效化解，第一时间依法签发人身安全保护令。2021 年以来，密云法院共计签发人身安全保护令 12 份，案件类型以离婚、赡养等涉及妇女、老年人权益等家事纠纷为主，签发数量逐年上升，并积极与辖区妇联、派出所以及村居委会建立联络送达机制，共同有效预防和制止家庭暴力的发生或者再次发生。以下是具体典型案例：

案例一：适用《民法典》签发首份人身安全保护令

申请人赵某与被申请人孙某系再婚夫妻，赵某婚前育有一子，孙某无子女。赵某称，婚后孙某多次威胁、殴打自己，自己感觉人身安全没有保障。为证明其主张，赵某提交了身体受伤照片、孙某发送的短信记录、三次报警材料等证据。孙某拒不承认对赵某实施过家庭暴力，称只是在发生争执时出于防卫胡噜了赵某两下。孙某亦不认可赵某三次报警系因遭遇家庭暴力，但表示曾因报警问题抢摔过赵某儿子的手机。关于短信内容，孙某认可系是其本人所发。

法院经审理认为，虽然被申请人极力否认实施了家庭暴力，但是根据现有证据、双方陈述及法院调查情况，可以证明被申请人对申请人实施过家庭暴力，进行过威胁、辱骂和骚扰，申请人的申请符合人身安全保护令的法定条件。故依照《中华人民共和国民法典》第一千零四十二条第三款和《中华人民共和国反家庭暴力法》相关规定，发出人身安全保护令，裁定：1. 禁止被申请人孙某对申请人赵某实施家庭暴力；2. 禁止被申请人孙某威胁、辱骂、骚扰申请人赵某。

典型意义：

家庭暴力多发生在家庭内部，具有一定的隐蔽性、私密性、突发性，造成申请人举证困难。本案中，法院积极作为，主动出击，依职权调查取证并详细询问被申请人，采用高度盖然性证明标准，最终认定存在家庭暴力，果断签发人身安全保护令，及时、有效保护了申请人合法权益。

案例二：首次同时发出家庭暴力告诫书和人身安全保护令

1992 年，胡某与妻子宁某登记结婚，胡某系再婚，二人婚后生育一子，现已成年。婚后，双方常因家庭琐事产生矛盾，胡某经常威胁、辱骂宁某，对宁某实施家庭暴力。2021 年 4 月，宁某起诉要求离婚，同时申请人身安全保护令。宁某向本院提交派出所出具的家庭暴力告诫书，证明胡某实施家庭暴力。

法院经审理认为，在婚姻家庭生活中，禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃。经查证，胡某对宁某实施了家庭暴力，宁某的申请符合人身安全保护令的法定条件，法院依法裁定禁止胡某威胁、辱骂、殴打宁某。考虑到宁某离婚后既无经济收入又无固定居所，法院从尊重妇女劳动价值、保护妇女合法权益的角度对胡某进行释明劝解，最终胡某自愿将部分房屋的居住权让渡给宁某。

典型意义：

人民法院审理涉及家庭暴力的案件，可以根据公安机关出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据，认定家庭暴力事实。家庭暴力告诫书是公安机关为家暴受害者架起的第一重保护屏障，同时也是向法院举证证明家暴行为的重要证据来源。充分发挥家庭暴力告诫书和人身安全保护令的作用，确保两块“令牌”真正为家暴受害者筑牢“安全墙”、织密“防护网”。

案例三：突破夫妻范畴，向其他家庭成员签发人身安全保护令

申请人田某、孙某、马某分别系滕某的婆婆、儿媳和孙女。祖孙三人向本院申请人身安全保护令，并称滕某多次威胁、辱骂、殴打三人，2020 年 10 月 9 日更无故使用铁棍打人，造成三人受伤。我院调取公安机关卷宗显示：2020 年 10 月 9 日，滕某到派出所投案，自述因家庭纠纷，自己手持长约 30 厘米的铁管回到家中，看到只有儿媳和孙女在正房，便拽儿媳的头发、用铁管打她，殴打过程中俩人倒在床上。这时看到孙女在床上，就打了孙女，为的是发泄情绪让大人心疼。接着自己与儿媳撕扯着出屋，从正房台阶处滚到院子里，这时婆婆过来劝架，自己就用铁管打了婆婆。经鉴定，孙某的身体所受损伤程度属轻微伤，田某的身体所受损伤程度属不构成轻微伤，马某的身体所受损伤程度属体表未见明显损伤。后公安机关给予滕某行政拘留十五日并处罚款三百元的行政处罚。

法院经审理认为，在婚姻家庭生活中，禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。根据双方陈述、现有证据及本院调查情况，可以证明被申请人对申请人实施过家庭暴力，进行过辱骂、威胁、骚扰等行为，申请人的申请符合人身安全保护令的法定条件。依照《中华人民共和国民法典》第一千零四十二条第三款、《中华人民共和国反家庭暴力法》相关规定，法院依法签发人身安全保护令，裁定：禁止被申请人滕某对申请人田某、孙某、马某实施家庭暴力；禁止被申请人滕某威胁、辱骂、殴打、骚扰、接触申请人田某、孙某、马某。

典型意义：

人身安全保护令的申请人多数为女性家暴受害者，现实中也有不少老年人、儿童和残疾人，甚至男性亦有可能成为家暴受害者。本案施暴人持械殴打年近九旬的老人、三岁的幼童，主观恶性

大，我院及时签发人身安全保护令，依法保护遭受家暴的祖孙三人，取得了良好的法律效果和社会效果，真正起到了为弱势群体撑起“保护伞”的作用。

案例四：首次依法延长人身安全保护令

被申请人林某、候某系夫妻，分别系申请人刘某之子及儿媳。2021 年，双方因家庭琐事发生口角，林某、候某多次前往刘某家中大闹，对刘某进行威胁、辱骂并致刘某身体受伤。法院依照刘某申请依法签发了人身安全保护令，禁止林某、候某威胁、辱骂、殴打、骚扰刘某，保护令有效期为 6 个月。2022 年 1 月 14 日，刘某申请延长人身安全保护令，称儿媳仍然对其进行辱骂，儿子对儿媳的行为不予制止。法院调取了 2021 年双方的报警记录，显示自 2021 年 3 月至 2021 年 12 月期间，刘某多次报警称儿媳候某对其进行辱骂。

法院经审理认为，在婚姻家庭生活中，禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。法院签发人身安全保护令后，林某、候某二人的家庭暴力行为有所收敛，但存在继续实施家庭暴力的风险，故法院依法延长人身安全保护令。

典型意义：

根据法律规定，人身安全保护令的有效期不超过六个月，自作出之日起生效。人身安全保护令失效前，人民法院可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。本案中儿子、儿媳屡次对家中身患重病的七旬老人实施威胁、辱骂等家暴行为，在刘某向法院提出人身保护令延长申请后，本院第一时间作出处理，依法为刘某予以延长，从而及时有效震慑教育惩罚家暴行为，切实维护老年妇女的人身权益。

供稿 | 巨各庄法庭

编校 | 高嵩

法信码 | 哪些主体可以申请撤销监护人资格？

2022-03-26 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/1F-nWDzK3PkwBXN_a5Xb0Q

监护人在监护过程中若存在实施严重损害被监护人身心健康行为、监护履职懈怠或不作为导致被监护人处于危困状态或有损害被监护人合法权益的其他行为等情形时，相关个人或组织有权向人民法院申请撤销监护人的监护资格。实践中，哪些主体可以申请撤销监护人资格？

法信码|A7.F2182

申请撤销监护人资格的申请人



法信 · 裁判规则

1. 未成年人的法定监护人的遗弃行为严重损害了被监护人的身心健康和合法权益，福利院有权向法院申请撤销监护人的监护资格——梅河口市儿童福利院与张某柔申请撤销监护人资格案

案例要旨：父母是未成年子女的法定监护人，有保护被监护人的身体健康、照顾被监护人的生活、管理和保护被监护人的财产等义务。未成年人的法定监护人的遗弃行为严重损害了被监护人的身心健康和合法权益，福利院有权向法院申请撤销监护人的监护资格。

来源：最高人民法院发布人民法院贯彻实施民法典典型案例（第一批）

2. 监护人长期虐待未成年人，严重损害未成年人的身心健康，村民委员会有权向法院申请撤

销监护人的监护资格——某村民委员会申请撤销林某监护人资格案

案例要旨：作为未成年人的监护人，采取打骂等手段对未成年人长期虐待，经有关单位教育后仍拒不悔改，继续对未成年人实施虐待，其行为已经严重损害未成年人的身心健康，村民委员会有权向法院申请撤销监护人的监护资格。

来源：最高人民法院公布保护未成年人权益十大优秀案例

3. 父母作为监护人虐待、伤害未成年子女的，村委会有权向法院申请撤销其监护人资格——林某某被撤销监护人资格案

案例要旨：监护人应当履行监护职责，保护被监护人的身体健康、照顾被监护人的生活，对被监护人进行管理和教育，履行相应的监护职责。父母作为未成年子女的法定监护人，不履行监护职责，甚至对子女实施虐待、伤害或者其他侵害行为的，村委会有权向法院申请撤销其监护人资格。

审理法院：福建省莆田市仙游县人民法院

来源：最高人民法院关于侵害未成年人权益被撤销监护人资格典型案例

4. 养母作为监护人，长期对未成年人实施家庭暴力行为，怠于履行监护职责，使未成年人处于危困状态，民政部门有权向法院申请撤销其监护人资格——北京市西城区民政局申请撤销李某监护人资格案

案例要旨：未成年人的养母长期辱骂、殴打未成年人，强迫其彻夜捡拾废品导致睡眠严重不足，影响休息、学习，怠于履行监护职责，放任他人对未成年人进行暴力殴打，导致未成年人多次遭受他人犯罪侵害，处于危困状态，属于依法应撤销

其监护人资格的情形，民政部门有权申请法院撤销其监护人资格。

审理法院：北京市海淀区人民法院

来源：《人民法院报》2017年11月1日第3版

5. 社会福利院可依法申请法院撤销不履行监护职责父母的监护权——社会福利院诉葛某某、王某申请撤销监护人资格案

案例要旨：父母不履行监护职责，放弃治疗及抚养高位截肢的女儿，将其遗弃在医院。该父母已被法院以遗弃罪追究刑事责任，社会福利院可依法申请法院撤销不履行监护职责父母的监护权。

来源：江苏法院网 2013年10月12日

法信·司法观点

1. 有权向法院申请撤销监护人资格的主体

第2款（《民法典》第36条第2款，以下本法均指《民法典》）对有权向法院申请撤销监护人资格的主体作出规定，包括其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。

其他依法具有监护资格的人”主要依据本法第27条、第28条的规定确定。例如，配偶担任监护人的，其他依法具有监护资格的人，指本法第28条规定的父母、子女、其他近亲属、经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意的其他愿意担任监护人的个人或者组织。

居民委员会、村民委员会是基层群众性自治组织，负责办理本村或者本居住地区居民的公共事务和公益事业。妇女联合会、残疾人联合会是分别代表和维护妇女权益、残疾人权益的组织。未成年人保护组织成立宗旨即保护未成年人合法权益。一些依法设立的老年人组织也致力于维护

老年人合法权益。以上这些组织具有保护被监护人合法权益的意愿，也具有较强的提起诉讼的能力。学校、医疗机构往往能及时发现学生、患者受到侵害的情况，有些情况下也具有向法院提起诉讼的意愿。民政部门作为政府重要职能部门，负责社会救助和社会福利方面的工作，具有保护未成年人以及无民事行为能力人、限制民事行为能力人合法权益的职责。法律赋予这些主体提起撤销监护人资格诉讼的资格，符合这些组织的设立宗旨或者职能定位，有利于发挥好这些组织保护被监护人权益的作用。

第3款（《民法典》第36条第3款）对兜底性的申请主体作出规定。实践中，对于一些严重侵害被监护人合法权益的行为，第2款规定的个人和民政部门以外的组织因各种原因未及时向人民法院提出撤销监护人资格的申请，导致被监护人的合法权益无法得到保护。由于国家是社会救助和保障的最后一道防线，在这些情况下，民政部门应当承担起向法院申请撤销监护人资格的职责。要正确理解本款与第2款赋予民政部门申请主体资格的关系。民政部门只要是发现具有严重侵害被监护人合法权益的情形，即可依据本条第2款规定，向法院申请撤销监护人资格，不需要等到其他个人或者组织都不向法院申请之后再行申请。如果其他个人或者组织都不向法院申请撤销监护人资格，此时，民政部门应当依照第3款规定，主动向法院提出申请。

（摘自石宏主编：《〈中华人民共和国民法典〉解释与适用·总则编》，人民法院出版社2020年8月版，第67-68页。）

2. 申请撤销监护人资格的主体

本条（《民法典》第三十六条，下同）规定的有权申请撤销监护人资格的主体较为广泛，包括其他依法具有监护资格的人（如未成年被监护人的父母、祖父母、外祖父母、兄、姐等；成年被监护人的配偶、父母、子女、其他近亲属等），居民

委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。从本条列举的主体来看，具有申请撤销资格的主体，既有被监护人的亲属，也有因法律规定而具有特定职责的组织。以上个人和组织，或因血缘亲属关系而在感情上最关心关注被监护人的利益，或因特定关系而负有某种保护被监护人利益免遭侵害的法定职责。同时，他们多与被监护人生活联系密切，也具有及时发现监护人监护中存在问题的可能性。当然，并不是任何人都有权申请撤销监护人资格，必须是与被监护人有一定利害关系的人或组织。本条第2款在列举有权申请撤销监督权的机构时使用了“等”，表明以上列举是不完全列举，其他符合条件但未在本条列明的个人和组织，也有权申请

法信·法律条文

1. 《中华人民共和国民法典》

第三十六条 监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：

（一）实施严重损害被监护人身心健康的行为；

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

（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为。

本条规定的有关个人、组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。

前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申请。

撤销监护人资格。本条第3款还规定，其他个人和民政部门以外的组织未及时申请撤销监护人资格的，民政部门作为申请撤销监护人资格的兜底单位，应当向人民法院提出申请。这主要是为防止出现无人过问的情形，最大限度地保护被监护人的权益。

对于申请撤销监护资格的顺序，本条并没有规定。也就是说，只要出现了申请撤销监护资格的情形，具有撤销主体资格的个人和组织，都可以提出撤销申请。这样规定，也是考虑到及时维护被监护人权益的需要。

（摘自最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用（上）》，人民法院出版社2020年7月版，第218-219页。）

2. 《中华人民共和国未成年人保护法》（2020年修订）

第一百零八条 未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者严重侵犯被监护的未成年人合法权益的，人民法院可以根据有关人员或者单位的申请，依法作出人身安全保护令或者撤销监护人资格。

被撤销监护人资格的父母或者其他监护人应当依法继续负担抚养费。

3. 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》

27. 下列单位和人员（以下简称有关单位和人员）有权向人民法院申请撤销监护人资格：

（一）未成年人的其他监护人，祖父母、外祖父母、兄、姐，关系密切的其他亲属、朋友；

（二）未成年人住所地的村（居）民委员会，未成年人父、母所在单位；

（三）民政部门及其设立的未成年人救助保护机构；

（四）共青团、妇联、关工委、学校等团体和单位。

申请撤销监护人资格，一般由前款中负责临时照料未成年人的单位和人员提出，也可以由前款中其他单位和人员提出。

30. 监护人因监护侵害行为被提起公诉的案件，人民检察院应当书面告知未成年人及其临时照料人有权依法申请撤销监护人资格。

对于监护侵害行为符合本意见第 35 条规定情形而相关单位和人员没有提起诉讼的，人民检察院应当书面建议当地民政部门或者未成年人救助保护机构向人民法院申请撤销监护人资格。

35. 被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：

（一）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；

（二）将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；

（三）拒不履行监护职责长达六个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；

（四）有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；

（五）胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年人正常生活和学习的；

（六）教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；

（七）有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。

16 年前办假身份证结婚，如今离不了？民政局被告上法庭，法院做了这件事！

2022-03-28 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/476iZy6oNihITMVSFuiNVw>

16 年前为了结婚用了张假身份证，如今感情破裂想离婚，民政局无法办理。于是，湖南沅江的这对夫妻将民政局告上法庭。法院会如何处理？

案情回顾

2006 年 7 月，陈某尚未达到法定结婚年龄，但为了与龚某结婚，便通过路边小广告上的私人广告公司制作了一张年龄改大了 2 岁的虚假身份证，如愿办理了结婚登记。

2021 年 8 月，陈某与龚某因感情破裂到湖南省沅江市民政局申请办理离婚登记，却被告知因原结婚证上登记的身份证号与陈某实际身份证号码不一致，无法办理离婚登记。

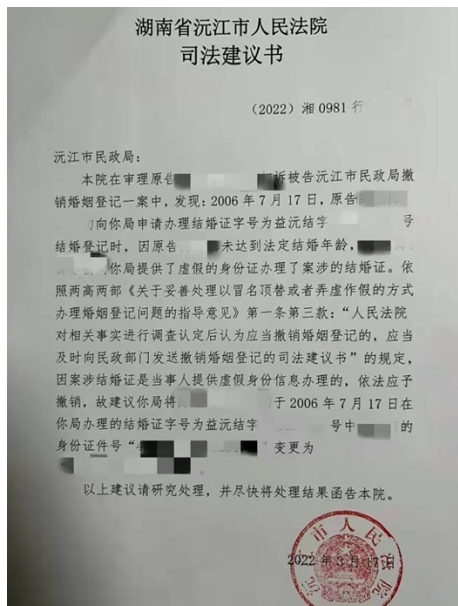
2022 年 3 月 17 日，陈某和龚某一纸诉状把沅江市民政局告上法庭，请求撤销上述结婚登记。

审理情况

沅江市人民法院受理该案后发现，案涉婚姻登记办理在 2006 年，两原告于 2022 年才提起行政诉讼，期间相隔了 16 年，远远超出了行政诉讼法规定的诉讼期限，按理应当驳回原告的起诉。但如果驳回原告的起诉，又回到了两原告感情破灭却无法离婚的困境。

最终，沅江市人民法院行政审判庭根据 2021 年 11 月 18 日两高两部印发的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题

的指导意见》第一条，向沅江市民政局发出司法建议书，建议沅江市民政局将陈某、龚某于2006年7月办理的结婚登记中陈某的身份证号码予以变更。



司法建议书

沅江市民政局收到司法建议后，对相关情况进行核实，3月18日对陈某和龚某的婚姻登记信息予以变更。当事人陈某和龚某因婚姻登记信息

错误不能离婚且无法通过行政诉讼解决的困境，终于得到了解决。

法条链接

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 民政部《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》

人民法院办理当事人冒名顶替或者弄虚作假婚姻登记类行政案件，应当根据案情实际，以促进问题解决、维护当事人合法权益为目的，依法立案、审理并作出裁判。

人民法院对当事人冒名顶替或者弄虚作假办理婚姻登记类行政案件，应当结合具体案情依法认定起诉期限；对被冒名顶替者或者其他当事人不属于其自身的原因耽误起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限内，但最长不得超过《中华人民共和国行政诉讼法》第四十六条第二款规定的起诉期限。

人民法院对相关事实进行调查认定后认为应当撤销婚姻登记的，应当及时向民政部门发送撤销婚姻登记的司法建议书。

完善退役军人纠纷解决和诉讼服务保障体系 切实维护退役军人合法权益

2022-03-28 最高人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/dF0aafEchM3kU0fhZf74Gw>

退役军人为国防和军队建设做出了重要贡献，是社会主义现代化建设的重要力量。尊重、关爱退役军人是全社会的共同责任。为贯彻落实党中央关于切实维护好退役军人合法权益重大部署要求，满足退役军人多元解纷需求，增强退役军人荣誉感、归属感、获得感，近日，最高人民法院与退役军人事务部联合印发工作意见，对为退役军人多元化解纠纷提供更加有力司法服务和保障提出具体要求。

意见指出，将基层退役军人服务中心（站）作为化解矛盾纠纷前沿阵地，通过入户走访、座谈沟通、组织开展法治文化活动等形式，开展常态化联系服务退役军人活动，加强以案普法、以案释法工作，打造退役军人法治文化宣传阵地。基层人民法院及人民法庭可以在县级退役军人服务中心设立巡回办案点，方便退役军人在“家门口”及时高效化解纠纷。

意见要求，人民法院在诉讼服务中心等场所因地制宜设置老兵调解室，充分发挥人民法院调解平台在线集成调解力量优势，吸纳符合条件的退役军人调解组织、愿意参与矛盾纠纷调解工作的现役军人或者退役军人、人民调解员、行业性专业性调解员、专家律师等入驻人民法院线上线下解纷平台，为退役军人多元化解纠纷提供“菜单式”服务。

意见强调，各级人民法院在诉讼服务大厅设立退役军人绿色通道或者专门服务窗口，为持有

优待证的退役军人提供咨询答疑、跨域立案、材料收转等优先服务。依托网上诉讼服务平台，为退役军人在线调解、网上申诉等提供更加智慧精准诉讼服务。加强对伤残退役军人、老年退役军人关心关怀，提供专人服务、优先办理和各类便民服务措施。

来源：人民法院新闻传媒总社作者：张锐

编辑：李高凯

无锡中院出台《关于充分发挥审判职能促进家庭教育指导工作的实施意见》

2022-03-28 无锡市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/Jq5c7G1QTrST1ceRxa67w>

2022年3月25日，无锡中院出台《关于充分发挥审判职能促进家庭教育指导工作的实施意见》。《实施意见》全文如下：

无锡市中级人民法院

关于充分发挥审判职能 促进家庭教育指导工作的实施意见

第一条【宗旨目的】 为贯彻最有利于未成年人原则，推动父母或者其他监护人切实承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，为未成年人健康成长营造良好的家庭环境，维护未成年人合法权益，预防和矫治未成年人违法犯罪，根据《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》《中华人民共和国家庭教育促进法》等法律规定，结合全市法院工作实际，制定本意见。

第二条【内涵概念】 本意见所称的家庭教育指导是指法院在审判中，发现未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者履职不当、不力等情形，不利于促进未成年人全面健康

成长的，依法责令其接受一定时间的家庭教育辅导，督促和引导其正确履行监护职责。

第三条【工作原则】 开展家庭教育指导工作的原则是及时介入、分类处置、分级干预、因人教育，努力推动家庭教育工作取得实效、长效。

第四条【适用范围】 在审理案件过程中，发现具有下列情形的，可以对未成年人的父母或者其他监护人开展家庭教育指导：

- (一) 未成年人存在严重不良行为的；
- (二) 未成年人实施犯罪行为的；
- (三) 不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的；
- (四) 因家庭教育缺失或者不当导致未成年人受侵害的；
- (五) 因性别、身体状况、智力等歧视未成年人的；
- (六) 对未成年人实施家庭暴力的；
- (七) 胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德活动的；

(八)不积极协助、配合做好涉案未成年人考察帮教的;

(九)涉及未成年子女的离婚案件;

(十)其他应当接受家庭教育指导的情形。

第五条【调查评估】 在审理案件过程中,承办法官发现存在本意见第四条所列情形之一的,应当提请合议庭研究。需要开展家庭教育指导的,审判部门可以自行或者委托有关单位部门、社会组织对涉案未成年人的成长经历、家庭环境、监护状况、涉案原因等情况进行社会调查,并根据调查结果评估采取家庭教育指导的必要性。

第六条【制发文书】 经法官会议讨论,决定对涉案未成年人的父母或者其他监护人开展家庭教育指导的,承办法官应当制作相应文书,责令其携带身份证明,在指定时间到指定地点报到,接受家庭教育指导。

第七条【分类处理】 属于本意见第四条第(一)项至第(八)项所列情形的,根据情况对未成年人的父母或者其他监护人予以训诫,并责令其接受家庭教育指导。

第八条【制定方案】 审判部门应当认真听取涉案未成年人的父母或者其他监护人的培训需求,结合社会调查情况和评估结果,制定具有针对性和可操作性的家庭教育指导方案,实行一个家庭一套方案。

家庭教育指导方案应当充分保障未成年人的父母或者其他监护人的合法权益,避免影响其正常的工作、学习和生活。

第九条【教育主体】 审判部门可以自行组织开展家庭教育,也可以联合妇联、民政、教育等部门,或者委托社会组织开展。委托开展的,审判部门应当定期与未成年人的父母或者其他监护人、社会组织人员沟通联系,了解家庭教育指导进展情况,并可以根据监护人接受指导情况、履行监护职责情况、亲子关系改进情况等行动态评估,适时调整指导方案和教育方法。

第十条【师资力量】 家庭教育指导老师可以由在职法官、退休法官担任,也可以聘请“五老”(老干部、老战士、老专家、老教师、老模范)或者从事教育、婚姻、文化、心理、卫生等专业的人员担任。条件成熟后,可以建立专家库,组建专业化家庭教育指导队伍。

第十一条【委托指导】 如委托第三方开展家庭教育指导的,作出决定的审判部门应当制发家庭教育指导委托函,及时与有关单位部门、社会组织对接,并按照本意见第七条规定,联合制定家庭教育指导方案。

第十二条【教育内容】 家庭教育指导主要包括以下内容:

(一)大力弘扬社会主义核心价值观、中华优秀传统文化、革命文化、社会主义先进文化,引导监护人确立立德树人为先的家庭教育理念,引导未成年人树立家国情怀;

(二)督促监护人学习法律知识,教育未成年人遵纪守法,增强法治意识和道德观念;

(三)引导监护人帮助未成年人树立正确的世界观、人生观、价值观和成才观,引导其培养健康审美追求和良好的学习习惯、生活习惯以及行为习惯;

(四)督促指导监护人关注未成年人心理健康,加强对其进行安全知识教育,帮助其掌握安全知识和技能,增强其自我保护的意识和能力;

(五)督促监护人自觉学习家庭教育知识,用正确的理念、方法和行为教育未成年人;

(六)教导监护人学习有效的沟通方式,加强亲子陪伴,改善亲子关系;

(七)引导监护人改变不当教养方式,合理安排未成年人作息时间,避免加重其学习负担,预防其沉迷网络;

(八)指导监护人及其他家庭成员注重家庭建设,培育积极健康的家庭文化,构建文明、和睦的家庭关系;

(九)告知离婚诉讼当事人,分居或者离异后应当相互配合履行家庭教育责任,既不得拒绝或者怠于履行,也不得阻碍另一方实施家庭教育。

第十三条【教育方法】 家庭教育指导以单独辅导和集体辅导相结合的形式开展,一般采用课堂讲授、观看视频、旁听庭审、实境教学、网络辅导等方法手段,要求未成年人的父母或者其他监护人根据规定完成必要的学时任务。在开展家庭教育指导过程中,可以吸纳涉案未成年人共同参与,实行双向教育,提升家庭教育指导效果。

第十四条【教育时间】 家庭教育指导工作持续时间主要根据具体案情、人格因素、家庭背景等确定,原则上不少于1个月。监护人参加家庭教育,原则上应当完成不少于4学时任务。审判部门可以根据教育效果,适当延长或者缩短持续时间和学时任务。

第十五条【出具报告】 家庭教育指导结束后一个月内,审判部门或者受委托的社会组织机构应当出具家庭教育指导情况报告,主要包括主体身份、时间地点、内容方式、初步效果等要素。

第十六条【法律后果】 未成年人的父母或者其他监护人无正当理由拒不接受家庭教育指导的,可以依法对其作出训诫等处理。

未成年人的父母或者其他监护人接受家庭教育指导的效果,可以作为法院处理案件的参考。

父母或者其他监护人对未成年人实施的行为,属于《中华人民共和国民法典》第三十六条规定应当撤销监护人资格情形的,可以建议检察机关或者法律规定的有关组织向法院申请撤销监护人资格。

第十七条【定期回访】 家庭教育指导结束后六个月内,审判部门可以自行,也可以联合妇联、民政、教育等部门,或者与委托的社会组织机构一起对未成年人及其父母或者其他监护人进行回访,重点了解家庭责任是否履行、家庭环境是否改善、亲子关系是否修复等情况,并做好相关记录。

第十八条【跟踪帮教】 对于家庭教育指导效果不明显的,可以联合有关部门或者社会力量,对未成年人的父母或者其他监护人继续开展引导、帮扶和教育工作。

第十九条【关心救助】 在指导家庭教育过程中,发现涉案未成年人或者其父母、其他监护人系留守儿童、重病患者、残疾人员、精神病人、服刑人员等特殊群体,且家庭生活确有困难的,应当主动与妇联、民政、教育、卫生等部门或者所在单位、学校、社区联系,积极协调帮助解决,努力创造家庭教育条件。符合救助条件的,可以按照规定对其开展国家司法救助工作。

第二十条【保密隐私】 依法保护接受家庭教育指导人员的个人信息、名誉、隐私,尊重其人格尊严。受委托开展家庭教育指导工作的社会组织机构及其工作人员应当签署保密协议,依法不得公开或者传播能够识别未成年人及其父母或者其他监护人身份的各种信息。

第二十一条【协同配合】 加强刑事、民事、行政、宣传处、关工委等内设机构的衔接配合,加强与公安、检察、妇联、民政、教育等职能部门的协作配合,建立健全家庭教育指导工作信息共享、资源共享、成果共享的联动机制,形成齐抓共管的工作合力,共同做好家庭教育工作。

第二十二条【司法建议】 家庭教育指导结束后,可以围绕案件反映出的共性问题和治理难点,有针对性地加强调查研究,向有关单位或者部门提出司法建议,为完善家庭教育国家支持和社会协同措施提供支持。

第二十三条【法治宣传】 要充分利用微信公众号等新媒体,通过典型案例、法治微电影、法官进社区、进家庭等方式,围绕家庭、家教、家风,将《家庭教育促进法》与民法典、未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、反家庭暴力法等法律相结合,同宣传、共普法。

第二十四条【经费保障】 开展家庭教育指导所需费用应当列入法院年度经费预算,不得向

未成年人的父母或者其他监护人收取。受委托的社会组织机构不得组织或者变相组织营利性教育培训，家庭教育指导所需费用由委托的人民法院承担。

第二十五条【组织领导】 全市两级法院少年法庭工作领导小组及办公室要充分发挥牵头抓

总、统筹协调作用，切实做好《家庭教育促进法》学习宣传贯彻落实工作，确保法律有效实施。

第二十六条【附则】 本意见自下发之日起施行。

2021 年度依法维护未成年人权益典型案例发布 | 青权周报

2022-03-28 团中央权益部

<https://mp.weixin.qq.com/s/TTEt8nM0tgCbBwnzhwHXlw>

编者按

未成年人是祖国的未来、民族的希望。党的十八大以来，习近平总书记高度重视未成年人保护工作，对未成年人工作作出一系列重要论述，党中央、国务院对做好新时代未成年人保护工作作出一系列重要部署。2021 年全国人大常委会修订了《中华人民共和国未成年人保护法》，通过加强家庭保护、完善学校保护、充实社会保护、新增网络保护、强化政府保护、完善司法保护等，着力解决监护人监护不力、校园安全和学生欺凌、密切接触未成年人行业的从业人员性侵害虐待暴力伤害未成年人、未成年人网络沉迷等突出问题。

新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》施行以来，公检法等部门和共青团各级组织认真学习领会未保法核心要义，全面履行法律职责，切实发挥法治规范引领作用，为未成年人成长保驾护航。

我们梳理了部分 2021 年度依法维护未成年人权益的典型案例，寄望能初步呈现《中华人民共和国未成年人保护法》新修订以来的法治实践成果，引领全社会共同守护未成年人健康成长。

全国首例检察院对侵害儿童信息 APP 提起公益诉讼案

杭州市余杭区某公司开发运营 APP 过程中，在未征得儿童监护人有效明示同意的情况下，收集、存储儿童个人信息，并向用户推送含儿童个人信息的短视频。杭州市余杭区检察院向杭州互联网法院提起民事公益诉讼，请求判令该公司立即停止实施利用 APP 侵害儿童个人信息的侵权行为，赔礼道歉、消除影响，赔偿损失并将款项交至相关儿童保护公益组织，专门用于儿童个人信息保护公益事项。2021 年 3 月 11 日法院结案，该公司围绕上述事项全面整改。

本案是针对“未成年人网络保护”的民事公益诉讼全国第一案。《中华人民共和国未成年人保护法》“网络保护”章节规定“处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当征得未成年人父母或者其他监护人同意”。此案对促进互联网企业规范从业具有示范性、指导性作用，有助于推动未成年人网络保护落地落实。

网游公司超时提供未成年人游戏服务被处罚案

2021 年 6 月，上海市文化和旅游局执法总队执法检查发现，上海某网络科技有限公司在每日二十二时后向未成年人提供其自营的网络游戏服务。经固定证据，执法总队对该公司作出警告、并处罚款人民币 10 万元的行政处罚，对直接负责的主管人员作出罚款人民币 1 万元的行政处罚。

本案是行政机关为防止未成年人网络沉迷保驾护航的典型案例。《中华人民共和国未成年人保护法》规定“网络游戏服务提供者不得在每日二十二时至次日八时向未成年人提供网络游戏服务”。执法部门依照相关规定，加强对网络游戏行业的执法监管，有助于敦促网络游戏企业履行法律责任和社会责任，共同保护未成年人健康成长。

依法调解 退还未成年人 160 万元直播“打赏”案

刘某生于 2002 年，初中辍学。2018 年 10 月 23 日至 2019 年 1 月 5 日，刘某使用父母银行卡多次向某科技公司账户转账打赏直播平台主播，打赏金额近 160 万元。刘某父母得知后，要求该科技公司退还全部打赏金额，遭该公司拒绝。后刘某诉至法院。经法院调解，2021 年 3 月，该科技公司返还打赏款项。

本案是司法机关优先保护限制民事行为能力人权益的典型案例。《中华人民共和国未成年人保护法》规定“网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当针对未成年人使用其服务设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能。”本案中司法机关就未成年人通过网络直播平台“打赏”方式支出与其年龄、智力不相适应的款项的行为，依照相关规定调解返还款项，有助于优先保护未成年人合法权益，并引导相关网络公司强化社会责任。

医务人员履行强制报告职责 举报监护侵害案

高某甲与郑某某系同居关系。2020 年 2 月至 3 月期间，二人多次使用拳脚、皮带及其他工具对窦某某（高某甲儿子，4 岁）进行殴打，致窦某某全身多发软组织挫伤，评定为重伤二级。3 月 11 日，窦某某被送至医院就医时，接诊医生发现其遍体鳞伤，怀疑系被他人殴打所致，遂报警。12 月 9 日，高某甲、郑某某因故意伤害罪被判处有期徒刑三年。2021 年 2 月 2 日，检察机关出庭支持起

诉，撤销高某甲的监护人资格，并对窦某某进行司法救助。

本案是医务人员履行强制报告职责揭露监护侵害的典型案例。《中华人民共和国未成年人保护法》规定国家机关、居民委员会、村民委员会、密切接触未成年人的单位及其工作人员具有强制报告义务，发现侵害未成年人合法权益事件必须及时报告。本案中医务人员在为患者治疗过程中发现异常并及时报案，为第一时间收集、固定关键证据，破解侵害未成年人犯罪案件发现难、取证难等问题发挥了关键作用，对强制报告制度的实施起到了典型示范作用。

严惩“换不动”送餐公司 守护校园食品安全案

2021 年 11 月 23 日，媒体报道河南新乡封丘县赵岗镇戚城中学 30 多名学生吃过学校的营养午餐后，出现呕吐、腹泻现象。据学生们反映，当天吃的饭菜里“豆腐有点馊，烩菜有点腥”。11 月 25 日，该中学校长哭诉送餐公司“换不动”进一步引发关注。11 月 27 日，当地官方消息显示，初步判定此事是一起食源性疾病事件，封丘县教育局副局长王某某等多名干部被立案调查。11 月 30 日上午，封丘县委宣传部通报涉事送餐公司负责人吕某、李某因涉嫌生产、销售不符合安全标准食品罪，已被刑事拘留。

本案是严肃惩处校园食品安全问题的典型案例。食品安全无小事。《中华人民共和国未成年人保护法》规定“学校、幼儿园应当提供必要的卫生保健条件，协助卫生健康部门做好在校、在园未成年人的卫生保健工作”。本案中不符合安全标准的食品流入学校导致大规模未成年人食源性疾病，涉事企业、相关管理部门均受到了惩处。各地应引以为戒，提高校园食品安全意识，为未成年人营造良好的学习生活环境。

父母给未成年子女私订婚约 被判无效案

2021 年 1 月，四川省叙永县雷某某在收取张某 8 万元彩礼后，为未成年女儿邱某甲与张某订立婚约，邱某甲与张某非法同居 6 个多月分手，两家因彩礼纠纷对簿公堂。2021 年 10 月 27 日，叙永县人民法院判定当事人系未成年人，所定婚约无效。10 月 28 日，法院对邱某甲父母进行训诫，发出家庭教育令。

本案是司法机关认定父母为未成年人订立婚约无效的典型案例。《中华人民共和国未成年人保护法》规定“未成年人的父母或者其他监护人不得允许、迫使未成年人结婚或者未成年人订立婚约”。婚姻问题不仅仅是家事，首先要遵守相应法律规定。该案件有助于引导监护人增强法律意识，遵从婚姻自由原则和法定婚龄要求，严格打击为孩子订“娃娃亲”行为。

猥亵幼女 被剥夺未成年相关从业资格案

2021 年 6 月 9 日 14 时许，被害人王某某（女，11 岁）到颍上县被告人杨某某家中补课，在补课过程中，杨某某对王某某实施猥亵行为。法院判定被告人杨某某犯猥亵儿童罪，判处有期徒刑二年，同时自刑罚执行完毕之日起五年内禁止从事与未成年人有关的相关职业。

《中华人民共和国未成年人保护法》新修订后，增设密切接触未成年人行业的从业人员准入资格制度，“附则”部分明确界定“密切接触未

成年人的单位”范围。本案判决对类似犯罪行为起到震慑作用，同时有助于推动教育从业者品行审查机制的不断完善。

公安纪检联手惩治校园欺凌案

2021 年 8 月 21 日，万某某、高某某等将张某某邀约到冯某家中，非法限制其人身自由并公然侮辱、殴打张某某。9 月 7 日，一段“建水女生被打”的视频在网络平台热传，引起社会广泛关注。9 月 8 日，建水县人民政府新闻办公室通报本案共涉及 16 名违法行为人，均为学生。县公安局对其中 4 名违法行为人作出行政处罚，并依法将其转入专门学校就读；对其他未满 14 周岁的违法行为人予以训诫，并责令其监护人严加管教。同时，县纪委监委对不作为、慢作为、失职的相关公职人员，予以严肃追责问责。

本案是针对校园欺凌案件，公安部门依法惩治、纪检部门严肃问责的典型案例。新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》“附则”部分明确界定何为学生欺凌，“学校保护”一章就学校预防和处理校园欺凌作出具体规定，并明确加大对严重校园欺凌行为的惩罚力度。相应法律规定及具体案例判罚有助于整治校园欺凌，引导学生强化尊法守法意识，督促学校及相关公职人员切实履行应尽义务职责。

门头沟法院通报涉妇女权益保护案件审理情况及典型案例

2022-03-29 京法网事

<https://mp.weixin.qq.com/s/Gxh2f-QbJgzXUPjv9DRtYg>



3月29日，门头沟法院线上召开涉妇女权益保护案件审理情况及典型案例新闻通报会。市人大代表童磊、政协委员张焱、区人大代表刘晶、段天莲参加此次通报会。门头沟区妇联主席及干部职工、各镇街妇女代表在线观看。



据民一庭庭长韩晓飞介绍，该类案件呈现出三大特点：一是离婚纠纷中女方作为原告的案件数量较多；二是离婚后女方获得子女直接抚养权的比例较高；三是女性员工在劳动争议中的诉讼主张多样化。

同时，在案件审理中也暴露出一些问题，如女性依旧是大多数家庭暴力行为中的受害者；职场

中的性别歧视现象仍较为常见；独居高龄女性的权益保护出现一定盲区等。



随后，民一庭副庭长赵琳、法官王丽娟分别通报5起典型案例。

案例一 丈夫隐瞒重大疾病，女方获离婚损害赔偿

小杨和小张于2018年结婚，同年育有一子。某晚，小张向小杨陈述，其患有精神疾病，婚前按照父母要求向小杨隐瞒了这一事实。当晚，小张狂躁症发作并殴打、抓挠岳父，家人无奈之下报警处理，后小张被送往医院治疗。两个月后，小张出院了，但小杨却带着孩子回了娘家，随后向法院提起了离婚诉讼，并要求小张支付损害赔偿5万元。小张最初不同意离婚，但在多次接触中发现，小杨离婚心意已决，于是同意与小杨离婚，但小张坚持认为，医生已经说过，小张只要保持治疗，是不影响结婚生子的，而且他此次发病之前病情稳定，所以不同意给付小杨损害赔偿。

法院审理后认为，夫妻关系的建立与维系应以感情为基础。小张与小杨均同意离婚，法院应予准许。关于小杨主张的损害赔偿问题，法院认为其主张符合法律规定，但数额较高，酌情确定为 2 万元。目前，案件已生效，小张已按照生效判决给付小杨该笔损害赔偿款。

【典型意义】离婚时无过错方有权请求损害赔偿

《中华人民共和国民法典》第一千零九十一条规定：有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求离婚损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。

本案中，小张隐瞒其婚前已经患有精神疾病的事实，虽然其强调经过治疗病情稳定，不影响结婚，但该隐瞒行为直接影响小杨作出是否与小张深入了解及缔结婚姻的决定。再加上小杨得知小张隐瞒疾病后，坚决要求离婚的态度，可以看出小张的行为给小杨带来了不小的伤害，属于上述第五款规定“有其他重大过错”，因此小杨要求小张给付离婚损害赔偿是符合法律依据的。

案例二 婚内财产约定有效，妻子分得 260 余万元

小薇和老袁结婚后因二人性格不合时常争吵。在一次争吵后，小薇携幼子返回了老家，老袁劝说小薇回北京却遭到了拒绝。为了让小薇回到自己身边，老袁和小薇签订了一份《夫妻财产约定书》，双方约定老袁婚前的全部房产、存款、车辆等财产均为夫妻共同财产。多年之后，二人感情破裂，小薇起诉离婚，并要求分割夫妻共同财产。老袁同意离婚，但其认为《夫妻财产约定书》是自己在受逼迫的情形下签定的，主张约定无效。老袁的婚前房屋也一直没有过户给小薇，因此老袁主张房屋以及房屋出售后所得价款仍为其婚前财产，坚决不同意分割财产。

法院经审理认为，老袁未提交充分证据证明其在签订《夫妻财产约定书》时受到胁迫，亦未曾要求撤销该约定书，因此约定书应认定为夫妻双方当时的真实意思表示。老袁名下的房屋尽管未在出售前变更产权人，但售房款已转化为存款，属于约定书中二人的共同财产，应予以分割。法院综合考虑后判决双方离婚，孩子由老袁抚养，老袁给付小薇财产折价款 260 余万元。

【典型意义】夫妻财产约定对内有效

夫妻有时会通过签订书面协议约定婚姻关系存续期间所得的财产或婚前财产的归属，用来增加彼此的感情和信任。这些书面材料的形成有时出于一时的冲动，有时则经过深思熟虑，但一旦形成，如不存在应当被撤销、变更或被认定无效的情形下，这些书面材料应当成为夫妻离婚时分割财产的关键依据，夫妻双方均应当按照约定履行各自的义务。

案例三 毒瘾愈陷愈深，遭毒打配偶起诉离婚

安某与李某婚后共同经历了白手起家的奋斗史，还育有一女，原本有着幸福的家庭生活。不幸的是，李某受人引诱沾染上吸毒的恶习，还多次因吸毒被处罚，安某虽然多方劝阻，均未能有效制止李某的行为。最初李某吸毒后还能控制自己的行为，劝说安某离自己远一点，几年后，李某吸毒后已不能控制自己的行为，经常将安某打得体无完肤。安某忍无可忍提起离婚诉讼。

法院经审理认为，李某沾染吸毒的恶习，多次被相关机关处罚后仍然未主动远离毒品，还因吸毒多次对安某实施暴力行为，致安某遭受身体上的伤害，属于《民法典》中有赌博、吸毒等恶习屡教不改，应当准予男女双方离婚的情形。庭审中，尽管李某坚决不同意离婚，苦苦哀求安某，安某仍不改变自己的想法，法院审理后支持了安某离婚的诉讼请求。

【典型意义】符合法定条件离婚诉求将被准许

婚姻是神圣的，男女双方缔结婚姻后，如果通过诉讼解除婚姻关系，需要符合法定条件。根据《中华人民共和国民法典》的规定，存在下列情形的一般准予离婚：存在重婚或者与他人同居，实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员，有赌博、吸毒等恶习屡教不改，因感情不和分居满二年或其他导致夫妻感情破裂的情形。

案例四 怀孕期间解除劳动关系，女职工获得经济赔偿

段某于 2018 年 4 月 23 日入职东方公司，后于 2019 年 5 月社保转移至与东方公司有关联关系的金色公司。段某于 2019 年 6 月怀孕，于 2020 年 3 月 12 日生下一女。自 2020 年 2 月起，段某向公司申请休病假。其提交的医院 2020 年 2 月 10 日的诊断证明显示：段某被初步诊断了宫内孕 35 周先兆早产，处理意见为休两周。其提交的 2020 年 2 月 21 日的诊断证明显示：段某孕 37 周，耻骨联合分离，处理意见为休两周。但金色公司未批准段某的病假，并于 2020 年 2 月 19 日向其发送了《旷工未到岗员工处理通知书》，称段某已连续旷工 6 天，要求其于 2020 年 2 月 24 日到人力资源部报备，否则公司视为其主动离职。2020 年 2 月 19 日，公司亦向段某发送了《解除劳动合同通知工会函》，称因段某连续旷工 6 天，严重违反劳动纪律及公司规章制度，公司决定与其解除劳动关系。金色公司自 2020 年 2 月起未正常为段某缴纳社保，导致段某生育医疗费和生育津贴无法正常领取。

法院审理后认为，段某已提供了其向金色公司履行请假手续的证据及相应的诊断证明，公司以违反规章制度为由与其解除劳动关系于法无据，应向段某支付各项合理损失。

【典型意义】用人单位不能因女职工怀孕“找茬”将其辞退

《中华人民共和国妇女权益保障法》第二十七条规定：“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议。”如发生妇女在怀孕期间被单位辞退、解除劳动合同等情形的，用人单位需要对此进行举证证明上述行为的合法性，否则应对女职工的相应损失进行赔偿。

案例五 老人房产儿子住，五个姐姐有权分割

大军是家里的老幺，且是唯一的儿子，其上还有五个姐姐。大军的父母有一处平房。按照传统习俗，大军的姐姐们长大成人后纷纷出嫁搬离该处房屋，而大军则在该处平房处结婚并与父母一起生活。大军居住期间，为了改善居住条件，也在院内翻建、扩建了部分房屋。后大军的父母相继去世。2012 年，该处平房拆迁，大军作为被拆迁人与拆迁部门签订了拆迁协议，并取得两套安置房和 80 余万元的拆迁补偿款。大军的姐姐们表示，该处平房是父母留下的遗产，所有子女均有继承权，故诉至法院，要求对上述拆迁利益进行分割。

法院经审理认为，虽然大军与父母共同居住且将父母的房产进行了翻修、扩建，但不能改变房屋的共有性质。考虑原、被告双方的亲情关系，法院多次组织当事人进行调解。最终，大军同意向五个姐姐支付相应补偿款及安置房折价款。本案得以圆满解决。

【典型意义】女儿依法享有平等的继承权

《中华人民共和国民法典》第一千一百二十七条规定：第一顺位的继承人包括配偶、子女、父母。无论是儿子还是女儿，均享有平等的继承权。传统的中国式家庭，虽然养儿防老的观念根深蒂固，但女儿作为家庭成员，对于父母有法定的赡养义务，同时也具有同等的继承父母遗产的权利。

供稿：门头沟法院

编辑：周梦珠 姚日辉

未成年人违法父母也有责任！密云法院发出《家庭教育令》

2022-03-29 密云法院

https://mp.weixin.qq.com/s/PWrPXz_qs39Fx4oxevZ9jQ

为切实履行法院在家庭教育中的司法职责，近日密云法院少年法庭发出《家庭教育令》，责令监护人切实承担对违法未成年人的监护教育职责，并邀请心理咨询师对未成年人进行心理辅导。



2021 年 7 月，15 岁的李某某主动参与校外纠纷，在他人争端解决完毕后无事生非，追逐、拦截他人后肆意欺凌，并伙同多人将 15 岁的高某殴打至轻微伤，后高某将李某某等人诉至法院，要求侵权损害赔偿。

法院经审理查明，李某某出于逞强耍横的心理多次与他人结伙斗殴，或积极跟随、或站脚助威，法院认为其行为已构成《预防未成年人犯罪法》中所称的“严重不良行为”，不仅侵犯了被侵害人的身体健康权、给其造成了精神损害，还破坏了正常的社会管理秩序，依法应当承担侵权责任。

在审理中，法官发现李某某父母离异，其跟随父亲李某生活，但李某作为直接抚养人，因工作原因经常出差，对其疏于照护；母亲钟某对其除物质供应外亦疏于探望，二人均对李某某缺少陪伴并与之缺乏有效沟通，致使李某某的行为偏差未得到及时纠正。



心理咨询师对李某某进行心理辅导

作为正处于青春期的未成年人，李某某缺乏对事物、行为正确判断力，易冲动、对抗、紧张并受同龄人影响产生暴力行为，需要监护人进行有效引导、关注和教育。其父母虽离异，但作为法定监护人，理应关注李某某的生理、心理状况和情感需求，给予其更多关怀和教育，促使其养成良好思想、品德和行为习惯，引导其树立正确的人生观和价值观。但李某某的父母均未尽到足够的关心爱护责任和抚养教育义务，不利于李某某的身心健康成长，属于法律规定的“怠于履行家庭教育责任”，依法应当予以纠正。



故依据《家庭教育促进法》，法院向李某某父母发出《家庭教育令》，依法责令二人要切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任，在关注李某某生理、心理状况和情感需求的同时，引导其遵纪守法，督促其养成良好的生活、行为习惯，加强亲子陪伴和教育引导，促进李某某身心健康

和全面发展。2022 年 9 月 30 日前，父母双方每月至少各接受一次家庭教育指导；母亲钟某要长期保持与李某某每月至少四次的沟通。

家庭教育令的作用是什么？

让父母和其他监护人树立家庭是第一个课堂，家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯；关注未成年人生理、心理、智力发展状况，促进未成年人全面健康成长。

何种情况可以责令接收家庭教育指导？

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

文字 | 马小涵、李娜

图片 | 代迨

责任编辑 | 小谁

江苏省高级人民法院、中国法学会案例法学研究会江苏研究基地发布第三批弘扬中华优秀传统文化典型案例

2022-03-30 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/MlrsUgWKmywJMAj00G_9Hg

人民法院担负着以公正裁判树立行为规则、引领社会风尚的重要职责，通过司法裁判弘扬中华优秀传统文化，是践行和弘扬社会主义核心价值观的应有之义，是努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的必然要求。

立足社会生活，结合中华优秀传统文化讲仁爱、重民本、守诚信、崇正义、尚和合、求大同的时代价值，讲好中国法治故事，江苏省高级人民法院、中国法学会案例法学研究会江苏研究基地发布第三批江苏法院弘扬中华优秀传统文化的典型案例，旨在弘扬社会正气，树立时代新风，引导向好、向上、向善的社会风尚。

目 录

- 一、保护种子知识产权，确保百姓“饭碗”安全
- 二、见义勇为应弘扬，保护权益获赔偿
- 三、问题作坊屡教不改，媒体曝光弘扬正气

- 四、守护家人需力行，迁怒他人要不得
- 五、禁止酒吧招用未成年人，呵护祖国花朵身心健康
- 六、非法狩猎野生鸿雁，破坏生态于法不容
- 七、救援中心遭网络诽谤，法律为公益组织“撑腰”
- 八、邻居违建损和谐，法院判决复原状
- 九、骨灰遗失无处寄哀思，墓地管理人赔偿损失
- 十、保障丧偶老人唯一住所，实现老有所居

保护种子知识产权 确保百姓“饭碗”安全

南京市中级人民法院

裁判事项

某种业公司为水稻新品种“南粳 9108”的独占实施许可人。董某等四被告未经许可，为商业目的生产、销售假冒的“南粳 9108”水稻种子，造成购买种子的种植户减产，给农业生产、粮食

安全带来重大危害,并导致种业公司“南粳 9108”水稻种子销售量锐减,遭受重大经济损失。种业公司诉至法院,请求判令被告停止侵权并赔偿损失。法院认为,被告侵害了原告“南粳 9108”水稻植物新品种权的独占实施权,依法判决四被告停止侵权行为并连带赔偿原告经济损失 300 万元。

案例价值

“食为政首,谷为民命。”国以农为本,农以种为先。一粒粒好种子,既是农民的致富希望,也关乎国家安危、人民幸福。在“一粒种子”上下功夫,既是为了让 14 亿人吃得更好,更是为了把中国饭碗端得更牢。“南粳 9108”水稻种子为农业农村部确定的超级稻品种,是长江中下游地区广泛种植的主要农作物。加强对该植物新品种的司法保护,不让新品种败给“仿种子”,才能守护好农业发展的“芯片”和老百姓的“饭碗”安全。被告生产并销售假冒“南粳 9108”水稻种子,不仅侵犯了种业公司的权利,还违背了我国“藏粮于技”的粮食安全战略。本案判决全额支持权利人 300 万元赔偿请求,有力打击了侵害植物新品种权的行为,为加强种业知识产权司法保护、推动农业振兴提供了坚强司法后盾。

见义勇为应弘扬 保护权益获赔偿

南通市中级人民法院

裁判事项

朱某经营的某熟菜作坊于 2018 年因卫生问题被江苏电视台曝光,后被相关部门取缔,两年后易地重开,成立某卤菜厂。卤菜厂又因卫生问题被举报并受到行政处罚。江苏电视台在报道该事实时插播了 2018 年在该熟菜作坊拍摄的视频,且标注了时间“2018 年”。卤菜厂以江苏电视台混淆事实侵犯其名誉权为由提起诉讼,要求撤回报道、赔礼道歉并赔偿其损失。法院认为,为维护社会公共利益,江苏电视台有责任报道食品卫生

问题、揭露食品安全隐患,插播 2018 年该作坊违规经营的视频是为了讲述新闻事实前因后果,并倡导监管机制常态化,既未混淆事实、误导观众,也未恶意贬损和侮辱诽谤,据此,法院依法判决驳回卤菜厂的诉讼请求。

案例价值

“良药苦口利于病,忠言逆耳利于行。”中华优秀传统文化赞扬“闻过则喜”的高风亮节、“知过勿惮改”的坦荡胸襟和勇气。“舌尖上的安全”不容侵犯,食品生产企业应合法经营并自觉接受媒体监督。本案中的卤菜厂本应正确对待媒体曝光,知耻而后勇,补齐短板、纠正错误,杜绝食品安全隐患,却一犯再犯、知过不改,一再挑战法律和道德底线,应受到舆论的谴责和法律的严惩。食品卫生问题关乎国计民生,本案判决支持媒体揭露不良商户,弘扬正气,有助于共筑食品安全防线,引导商户做良心企业,承社会之责。

守护家人需力行 迁怒他人要不得

南京市中级人民法院

裁判事项

76 岁的葛大爷因肺结核住某医院 4 楼治疗。家人为他办好住院手续后即离开,医院通知家属必须陪护,葛大爷的家人只聘请一名护工照顾葛大爷,此后对老人便不管不顾。住院 5 天后,葛大爷因孤独和病情压力过大,趁人不备从窗户跳楼自杀身亡。家人认为医院未尽到安全保障义务,诉至法院,要求判令医院赔偿费用 40 余万元。法院认为,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任,损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任。葛大爷自杀系其自身跳楼所致,与医院管理职责没有法律上的因果关系,依法判决驳回葛大爷家人的诉讼请求。

案例价值

“仁者，心之德，爱之理。”家是温暖的港湾、心灵的归宿、情感的寄托。人间亲情贵，患病老人易产生消极厌世心理，更需要家人的关爱与鼓励。本案中的葛大爷住院后未曾获得家人的陪伴和关心，独自承受过大的身体病痛和精神压力，在孤独中选择了放弃生命，让人扼腕叹息。医院负有一定的公共场所安全保障义务，但该义务应在合理的范围内，不应任意扩大。“仁，人心也”，葛大爷的家人未反思其对老人的冷漠行为反而迁怒于医院，于情于法于理均不应支持。本案判决告诫家属们对患病老人平时要多一些精神关爱，而不是待悲剧发生后逃避责任，归咎他人。

禁止酒吧招用未成年人 呵护祖国花朵身心健康

淮安市中级人民法院

裁判事项

李某在经营酒吧期间，通过免费提供酒水等方式吸引、招用多名未成年学生成立“气氛组”，担任营销员、服务员。该酒吧多次发生酒后滋事、打架斗殴等事件，不少未成年学生牵涉其中。酒吧因此受到行政处罚，但并未整改，检察院遂提起民事公益诉讼。法院认为，该酒吧侵害了未成年人的合法权益，损害了社会公共利益，依法判决李某和酒吧立即停止招用未成年人、禁止接纳未成年人进入，并在省级媒体及其社交营销账号向社会公众赔礼道歉。法院还向涉案未成年人的家长发出责令接受家庭教育指导令，提醒家长要切实履行监护人的责任。

案例价值

“人心如良苗，得养乃滋长。”对待祖国花朵要细心呵护、用心培养，未成年人的成长环境需要全社会守护。本案中酒吧招用未成年人和吸引未成年人饮酒，使本该专心学习、蓬勃向上的少年昼伏夜出，沉湎于觥筹交错，既侵害了未成年人的身心健康，又耽误了青春、荒废了学业，成为

摧残“幼苗”的“推手”，应受到法律的制裁和道德的谴责。孩子深夜不归，家长更要切实履行监护责任，为其做好抵御外界不良诱惑的“守门人”。本案判决促进全社会树立关心、爱护未成年人的良好风尚，铲除不利于未成年人身心健康发展的土壤。

非法狩猎野生鸿雁 破坏生态于法不容

灌南县人民法院

裁判事项

潘某在某湿地公园用玉米、小麦等饵料诱食野生鸿雁，抓捕 25 只并圈养在自建棚中，检察院指控其涉嫌非法狩猎罪。法院经审理查明，野生鸿雁是国家保护动物，每年 9 月底至 10 月初，鸿雁向南长途迁移，湿地是其补充能量、休养生息的栖息地。潘某捕猎、圈养的行为，不仅影响了鸿雁种群的生息繁衍，也破坏了生态系统的平衡稳定，构成非法狩猎罪，并处罚金 5000 元。潘某抓捕的鸿雁被移交给当地野生动植物与湿地保护管理站。

案例价值

“万物并育而不相害。”儒家思想用“万物一体之仁”概括自然法则中的包容精神与和合之道，十九大报告提出“坚持人与自然和谐共生”“坚持绿色发展”的基本方略与之一脉相承。仁爱及物，自然万物都有其独特价值。本案中的鸿雁，不仅是国家保护的有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物，还富有文化价值。在中国传统文化中，雁文化象征着“候时以动”的信用，“定偶不乱”的忠贞，以及“万里鸿鹄”的志向。潘某在禁猎区、禁猎期进行狩猎，破坏了野生动物资源，扰乱了生态系统平衡。本案判决依法惩处非法狩猎行为，体现了对自然的尊重，服务生态优先、绿色发展的理念。本案向全社会昭示：构建地球生命共同体，共筑人与自然和谐共生的美丽家园！

救援中心遭网络诽谤 法律为公益组织“撑腰”

东台市人民法院

裁判事项

某市应急救援中心凌晨接到搜救任务，经十多小时搜寻到落水者。后应急救援中心在某论坛发表了此次搜救的帖子。次日，朱某以网名“媒体评论人”身份跟帖发表“某市版‘协S要价’”的评论。该评论被版主屏蔽后，朱某发帖质问，在版主询问有无证据时，其未作出明确回应。后应急救援中心诉至法院，请求判令朱某停止侵权并赔礼道歉。法院认为，朱某发表不当言论，侵害了作为公益组织的应急救援中心的名誉权，依法判决朱某停止侵害，并在该论坛上向应急救援中心赔礼道歉。

案例价值

“善不可失，恶不可长。”社会公益组织的救助，让老百姓感受到社会的温暖正义。某应急救援中心冒着生命危险救人的行为不容歪曲、诋毁，其合法权益应予保护。网络从来不是法外之地，应言有所戒、行有所止，否则就须担责。朱某在论坛发表的跟帖评论，虽然用词上为“协S要价”，但该用语中的“要价”明显具有“索要”表示；而“协S要价”在本案特定的语境下，足以引起公众作出“挟尸要价”等的理解和认知。本案判决为公益组织“撑腰”，让更多的公益组织敢于、勇于、乐于做公益，也遏制了肆意毁人清誉的歪风邪气，让藏身阴暗角落的“恶”无所遁形。

邻居违建损和谐 法院判决复原状

徐州市中级人民法院

裁判事项

小胡与小王是邻居关系。2020年2月，小王用铝合金门窗封闭其门前公共通道的消防连廊，并安装磨砂玻璃，对相邻小胡家的通风、采光造

成影响。多次协商未果，小胡诉至法院，要求恢复原状。法院认为，小王未经许可对公共消防连廊进行增建改造，属于违法行为；小王违规建设的设施正对着小胡房屋窗口，侵害了小胡的合法权益，依法判决小王拆除其搭建的铝合金门窗，恢复原状。

案例价值

“视人之家，若视其家；视人之身，若视其身。”和睦、和谐的邻里关系，不仅能够使人心情愉悦舒畅，成事立业，而且还有利于整个社会的和谐稳定。小胡与小王作为邻居，应和睦相处、互爱互助、互谅互让。小王不顾邻居的强烈反对，仅为一己私利在消防连廊上搭建铝合金门窗，不仅影响了对方的通风和采光，而且违背邻里和睦相处、互谅互让的公序良俗，理应承担法律后果。有道是：“远亲不如近邻，近邻不如对门。”城市化的进程中，不少人无缘对门，无缘相识。浓浓的邻里亲情，是中华民族不可遗弃的宝贵传统和文化。本案有助于构建和谐邻里关系，弘扬“与邻为善、以邻为伴”的睦邻精神。

骨灰遗失无处寄哀思 墓地管理人赔偿损失

滨海县人民法院

裁判事项

小李兄弟姐妹四人，年幼时母亲去世。2011年小李四人在王某经营管理的公墓购买墓地存放母亲的骨灰盒，并每年支付管理费。2014年王某发现小李母亲的骨灰盒被盗，向派出所报案后未有结果，于是重新将墓地水泥盖归位，隐瞒了空墓的事实。直至2020年公墓面临搬迁，王某才告知小李骨灰盒被盗之事。因协商未果，小李兄妹四人诉至法院，要求判令王某赔偿精神损害抚慰金10万元。法院认为，王某作为墓地管理人，对骨灰盒具有妥善保管义务，其隐瞒事实导致小李兄妹四人在较长时间内对着空墓祭拜，严重伤害

了四人的感情，依法判决王某支付精神损害赔偿 2 万元。

案例价值

“伪欺不可长，空虚不可久。”人无信不立，业无信不兴，讲求诚信，对当代中国社会极其重要。骨灰是祭拜已故亲友的特殊载体，小李兄妹四人均未成年时母亲不幸去世，母亲的骨灰对于他们来说是精神寄托、情感抚慰、表达思念的重要载体。王某作为墓地管理人，应在发现骨灰盒被盗后第一时间通知小李兄妹，却为了逃避责任和继续收取管理费，隐瞒事实直至案发，造成了他人的精神痛苦，理应承担赔偿责任。本案警示公墓经营人员应诚实守信，竭尽所能守护好他人的精神“纪念地”。

保障丧偶老人唯一住所 实现老有所居

南通市中级人民法院

裁判事项

张奶奶 2006 年与老伴再婚后，搬进了老伴家并对他悉心照顾。老伴于 2014 年去世，生前立下遗嘱房子由孙子小李继承，但张奶奶可以在此终

老。现小李要求张奶奶搬出房屋，该案经法院审理，最终判决张奶奶有权继续居住。未曾想，小李后来又将该房屋卖给了同学小陈并且办理过户，小陈以善意第三人身份诉至法院，不但要求张奶奶搬离还主张房屋使用费。法院认为，另案生效判决已确认张奶奶对案涉房屋有权居住，在不能证明张奶奶另有居所或者生活条件有较大改善的情形下，小陈无权要求张奶奶迁出房屋，小陈的损失可依据合同向小李主张违约责任，依法判决驳回小陈的诉讼请求。

案例价值

“孝子之养老也，乐其心，不违其志。”随着我国进入老年社会，鳏寡老人的“黄昏恋”需要家庭及社会的包容、理解与支持。本案张奶奶与再婚老伴相伴并依据老伴的遗愿居住在此唯一居所中，实现了老有所居。孙子小李无视爷爷遗愿，驱赶并状告张奶奶无果后变卖房屋给他人，违背了孝亲敬老的中华民族传统美德。对于无有居所的老人，应本着一颗善良之心予以帮助。“老吾老，以及人之老”，本案有助于在社会上形成关心、爱护老人的良好道德风尚。

二、媒体典型案例

（一）赠与纠纷案例

奶奶把老宅拆迁款赠与孙女，孙女为何却将奶奶告上法院

2022-03-03 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/lt0ugne1TkIRum_sVG5Ueg

家住江苏苏州的陆奶奶把老宅拆迁所得房产份额和补偿安置款全部赠与孙女，并约定其中一套房屋给自己“无条件居住”后，孙女李某不仅对自己不闻不问，还不顾祖孙亲情，私自以陆奶奶无权出租房屋为由要求租客王某迁出，无情阻断祖母生活补贴来源，让陆奶奶倍感无助。

2021年4月，经苏州市两级法院审理，驳回了孙女李某要求租客王某迁出并支付房屋占有使用费的诉讼请求。该案判决后，陆奶奶将李某诉至法院，要求撤销对她的老宅拆迁份额赠与，法院最终支持了该的诉讼请求。该案入选2021年江苏省弘扬中华优秀传统文化典型案例，被写入2022年江苏省高级人民法院工作报告。

案情回顾

三年前，陆奶奶的老宅被拆迁，其丈夫和儿子已于多年前过世，女儿也放弃了拆迁利益，拆迁安置对象只有陆奶奶与其儿媳林某、孙女李某三人。她们签订人民调解协议，约定老宅拆迁所得房产全部归孙女李某所有，李某则需提供一套小户型安置房屋并简单装修后给陆奶奶无条件居住，同时李某需承担对陆奶奶的赡养义务。2019年，拆迁所得3套房屋均登记于李某名下，并如约将其中一套房屋交付陆奶奶居住。

然而，李某拿到拆迁房后却从未探望、照顾祖母，年逾七旬的陆奶奶长期独居，身体每况愈下。2020年2月，陆奶奶无奈将该房出租给王某，自

己搬至养老院生活，房租用来贴补养老院费用。出租前，陆奶奶明确告知王某房屋是孙女的拆迁安置房并出示了人民调解协议。

李某偶然得知祖母已将房屋出租并搬至养老院，她认为调解协议已明确陆奶奶放弃该房屋所有权，陆奶奶虽可以无条件居住，但无权将房屋出租并受益。在未与祖母沟通的情况下，李某将王某诉至法院，并增列祖母陆奶奶为第三人，请求确认其二人签订的租赁合同无效，要求王某立即迁出。

吴中法院一审审理认为，本案的争议焦点为陆奶奶将涉案房屋出租是否违反其与李某签订的人民调解协议，有无侵犯李某对该房屋的所有权。首先，陆奶奶和王某的房屋租赁合同系通过中介居间达成的，涉案房屋系拆迁安置房，陆奶奶系被拆迁安置对象，出租时的案涉房屋状态也显示由其使用，其出租房屋补贴养老费用亦符合常理，故王某有理由相信陆奶奶有出租房屋的权利，双方签订的房屋租赁合同合法有效。其次，人民调解协议明确该房屋交付陆奶奶无条件居住，“无条件居住”从词义角度看虽是对使用方式的限定，但在日常用语中与“无条件使用”具有相同的内涵，故李某除房屋所有权外，已将房屋的占有、使用权利让渡给其祖母。最后，敬老、养老、助老是中华民族传统美德，也是社会主义核心价值观的重要内容，李某的行为及诉讼主张与社会主义核心价值观相悖，也违反了公序良俗。据此，法院遂

判决驳回李某的诉讼请求。宣判后，李某等提起上诉。

苏州中院于2021年4月20日作出二审判决：驳回上诉人上诉，维持一审判决。

孙女李某的做法和冷漠的态度让陆奶奶心寒不已，在此案判决后又起诉李某，要求撤销对孙女的老宅拆迁份额赠与。吴中法院认为，受赠人不履行赠与合同约定的义务，赠与人可以撤销赠予。陆奶奶将老宅中属于自己的份额赠与李某的前提是李某对其进行赡养，但根据李某与陆奶奶女儿之间的聊天记录中漠不关心的言语，以及李某在明知祖母出租房屋用于补贴养老院费用的情况下仍坚持诉讼的行为，均可证明其接受赠与后并未尽到承诺的赡养义务。据此，吴中法院判决支持陆奶奶的诉讼请求，撤销对李某的老宅份额赠与行为。

法官心语



顾霞 苏州市吴中区人民法院民一庭副庭长

“百善孝为先”是中华民族传统美德，也是社会主义核心价值观的重要体现。让老年人老有所养、老有所依是践行社会主义核心价值观的必然要求。

《中华人民共和国民法典》第三百六十六条设立了居住权登记制度，居住权登记在家庭内部拆迁安置房范围内有较大适用空间，但该条明确

居住权系对他人住宅的占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要为前提。

本案中，虽涉案房屋登记在李某名下，但在祖母陆奶奶身体每况愈下、不适合独居、多次住院李某并未探望的情况下，陆奶奶将涉案拆迁安置房出租给王某，以租金补贴养老院费用的行为是否违反人民调解协议的约定，有无侵犯李某对诉争房屋的所有权，是双方的争议焦点。

虽在双方达成的人民调解协议中仅约定了陆奶奶有无条件居住权利，但无论是依据房屋来源还是拆迁时约定诉争房屋的使用，均不能认定诉争房屋仅限陆奶奶一人居住。人民调解协议明确诉争房屋交付陆奶奶无条件居住，可见李某除享有房屋所有权外，将诉争房屋的占有、使用的权利让与陆奶奶，其无权干涉祖母的出租行为，且尊敬长辈、与人为善的友善精神既是中华民族的传统美德，又是社会主义核心价值观的重要内容，李某的诉请与社会主义核心价值观相悖，亦违反公序良俗，理应不能支持。

该案件的表象为孙女向租客主张返还拆迁安置房，实质系孙女对奶奶出租行为的否定。吴中法院的判决并未拘泥于人民调解协议中的文字含义，而是从孙女和奶奶的关系、拆迁方式房的来源、奶奶出租房屋的原因等多角度进行分析，在裁判中加强以社会主义核心价值观为依据的分析说理工作，兼顾法理和情理，顺应时代要求，回应民众呼声，弘扬社会主义核心价值观，传播法院维护老年人合法权益的社会正能量，促进社会形成良好的道德风尚，倡导家庭家风文明建设。

专家点评



方新军 苏州大学王健法学院院长、博士生导师

本案在民法典明确“对受赠人不履行赠与合同约定的义务，赠与人可以撤销赠与”的背景下，引入社会主义核心价值观，符合最高院相关指导

意见，即有规范性法律文件作为裁判依据的，法官应当结合案情，先行释明规范性法律文件的相关规定，再结合法律原意，运用社会主义核心价值观进一步明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。吴中法院对本案的依法审理，对强化运用社会主义核心价值观释法说理，切实发挥司法裁判在国家治理、社会治理中的规范、评价、教育、引领等功能具有指导意义，体现了法理与常情、法律效果与社会效果高度统一的司法效果。

来源：最高人民法院

（二）离婚财产分割案例

丈夫博士毕业后起诉离婚，妻子提出家务劳动补偿 10 万元！法院判了

2022-03-07 北京晚报

<https://mp.weixin.qq.com/s/VTyHVI1SIRJKXb2iN7KZjw>

林先生与谭女士 2010 年结婚，婚后不久，2011 年林先生便考研读博，直到 2016 年博士毕业。2020 年，林先生向法院起诉离婚。谭女士同意离婚，但她提出，林先生在考研读博的 5 年时间里，自己用婚前积蓄及工资养育女儿、负担家庭日常开支，并承担家庭衣食住行等所有家务劳动，故谭女士提出了家务劳动补偿 10 万元的要求。记者 3 月 7 日从北京房山法院获悉，法院审理后支持了谭女士的这一诉求。

丈夫起诉离婚 妻子提出家务劳动补偿

林先生诉称，他与谭女士于 2010 年登记结婚，并育有一女。婚后，双方购买房山区某处房屋一套。因双方一直处于分居状态，夫妻感情已破裂无和好可能，故林先生向法院提起诉讼，并要求判令离婚，女儿由其抚养，并依法分割共同财产。

谭女士认为，首先，夫妻双方的感情已经破裂，无和好可能，同意解除与林先生的婚姻关系。其次，因林先生在婚姻期间考研读博，自己用婚前积蓄及工资养育女儿、负担家庭日常开支，并承担家庭衣食住行等所有家务劳动。

“林先生攻读研究生及博士，自己从财产及人力上予以支持，林先生完成学业后的工作及收入均是产值最高期，林先生要求离婚，应该给我付补偿。”谭女士说，“因此，请求法院判令女儿由我抚养，林先生每月支付抚养费；依法分割共同购买的房屋一套及共同存款 15 万元，并给付家务劳动补偿 10 万元。”

法院经审理查明，林先生与谭女士于 2010 年登记结婚，2011 年至 2016 年期间，林先生就读在

职研究生、博士。夫妻双方目前已分居，女儿随谭女士共同生活。双方工资收入均在一万元左右。

男方给付女方劳动补偿 10 万元 二审维持原判

法院判决认为，婚姻关系的存续应以夫妻感情为基础，现林先生要求与谭女士离婚，谭女士表示同意，法院予以确认。

关于子女抚养，法院认为，本案中，二人之女年岁尚小，日常生活中多由谭女士照顾，现林先生同意女儿由谭女士抚养，法院予以确认，林先生支付抚养费。

关于共同财产分割，婚姻期间购买的房屋，根据房屋现有价值、夫妻关系存续期间及偿还贷款金额等情况，根据林先生工作地为京外、同时出于照顾女方及子女权益等角度出发，法院认定房屋归谭女士所有，谭女士支付林先生房屋折价款 30 余万元。存款 15 万元，应属夫妻共同财产，予以平均分割。

关于谭女士主张的经济补偿款，法院认为林先生在与谭女士婚姻存续期间，多半时间在完成个人学业进修，谭女士为抚育女儿、协助林先生工作及读书负担了较多义务，现谭女士主张经济补偿 10 万元，于法有据。

最终，法院判决，准予林先生与谭女士离婚；女儿由谭女士抚养，林先生每月负担子女抚养费至 18 岁；婚姻存续期间购买的房屋归谭女士所有，谭女士支付林先生房屋折价款 30 余万元；共同存款 15 万元双方平均分割；林先生给付谭女士经济补偿款 10 万元。

林先生不服一审判决，提出上诉。二审法院认为一审法院认定事实清楚，适用法律正确，驳回上诉，维持原判。

一方进修深造 离不开另一方的保障

民法典第 1088 条规定：“夫妻一方因抚育子女、照顾老人、协助对方工作等承担较多义务的，离婚时有权请求对方赔偿，对方应当予以赔偿，赔偿方式由双方协商确定，协商不成的，由人民法院判决。”

家务劳动所创造的价值是无形的。一方在婚姻期间获得的学历学位、职业发展前景、职业资格、专业职称等而产生的无形财产利益，一定程度上是家庭劳务付出较多一方提供良好的家庭服务及后盾所获得的。一方在抚育子女、照料老人、协助另一方工作中付出较多精力和时间，是对自身个人工作选择、收入能力、发展前景机会的放弃和牺牲。在离婚时，家务劳动付出较多的一方应当获得另一方给付的经济补偿。

本案中，林先生在婚姻期间，多半时间用于完成学业、提升自我，最终获得事业发展，是谭女士在照顾子女、家庭劳动中付出较多时间、精力，提供家庭生活保障而获得的。现双方离婚，林先生应该给付谭女士家务劳动经济补偿。经济补偿的数额，根据林先生因婚姻期间完成学业所获得的自我发展空间、收入水平等综合因素考虑，林女士主张的 10 万元家务劳动补偿，合理合法，法院予以支持。

全职主妇、主夫以及一方在婚姻期间进行学业、职业进修，可以推定出主张的一方在家庭劳动中付出较多的精力和时间。因家庭内部的隐私性和特殊性，主张家务劳动付出较多的一方可能面临着举证难的问题，导致主张难以被支持。但民法典明确肯定家务劳动所创造的社会价值和经济价值，旨在倡导公众对家务劳动的认可和肯定，提高家庭内部合理分工，促进社会和谐。

丈夫博士毕业想离婚，妻子要求家务补偿！法院判了

2022-03-09 红星新闻

<https://mp.weixin.qq.com/s/1EH5LVYhnRFRSP8H49CRgQ>

3 月 8 日上午，最高人民法院院长周强向十三届全国人大五次会议作最高人民法院工作报告，报告中提到，要切实实施民法典。民法典颁布实施，让民事权利保护进入法典时代。适用民法典审理一系列与百姓生活息息相关的“第一案”。民法典实施一年多来，走进千家万户，进入百姓心田，一个个司法案例让民法典条文变得更加鲜活起来，让群众切实感受到民法典就是人民权利的保障书，就是日常生活的法律百科全书。

近日，北京房山法院依法审理了一起相关案件。

林先生与谭女士 2010 年结婚，婚后不久，2011 年林先生便考研读博，直到 2016 年博士毕业。2020 年，林先生向法院起诉离婚。谭女士同意离婚，但她提出，林先生在考研读博的 5 年时间里，自己用婚前积蓄及工资养育女儿、负担家庭日常开支，并承担家庭衣食住行等所有家务劳动，故谭女士提出了家务劳动补偿 10 万元的要求。

记者 3 月 7 日从北京房山法院获悉，法院审理后支持了谭女士的这一诉求。

案情：丈夫起诉离婚妻子提出家务劳动补偿

林先生诉称，他与谭女士于 2010 年登记结婚，并育有一女。婚后，双方购买房山区某处房屋一套。因双方一直处于分居状态，夫妻感情已破裂无和好可能，故林先生向法院提起诉讼，并要求判令离婚，女儿由其抚养，并依法分割共同财产。

谭女士认为，首先，夫妻双方的感情已经破裂，无和好可能，同意解除与林先生的婚姻关系。其次，因林先生在婚姻期间考研读博，自己用婚前积蓄及工资养育女儿、负担家庭日常开支，并承担家庭衣食住行等所有家务劳动。

“林先生攻读研究生及博士，自己从财产及人力上予以支持，林先生完成学业后的工作及收入均是产值最高期，林先生要求离婚，应该给我付补偿。”谭女士说，“因此，请求法院判令，女儿由我抚养，林先生每月支付抚养费；依法分割共同购买的房屋一套及共同存款 15 万元，并给付家务劳动补偿 10 万元。”

法院经审理查明，林先生与谭女士于 2010 年登记结婚，2011 年至 2016 年期间，林先生就读在职研究生、博士。夫妻双方目前已分居，女儿随谭女士共同生活。双方工资收入均在一万元左右。

判决：男方给付女方劳动补偿 10 万元二审维持原判

法院判决认为，婚姻关系的存续应以夫妻感情为基础，现林先生要求与谭女士离婚，谭女士表示同意，法院予以确认。

关于子女抚养，法院认为，本案中，二人之女年岁尚小，日常生活中多由谭女士照顾，现林先生同意女儿由谭女士抚养，法院予以确认，林先生支付抚养费。

关于共同财产分割，婚姻期间购买的房屋，根据房屋现有价值、夫妻关系存续期间及偿还贷款金额等情况，根据林先生工作地为京外、同时出于照顾女方及子女权益等角度出发，法院认定房屋归谭女士所有，谭女士支付林先生房屋折价款

30 余万元。存款 15 万元，应属夫妻共同财产，予以平均分割。

关于谭女士主张的经济补偿款，法院认为林先生在与谭女士婚姻存续期间，多半时间在完成个人学业进修，谭女士为抚育女儿、协助林先生工作及读书负担了较多义务，现谭女士主张经济补偿 10 万元，于法有据。

最终，法院判决，准予林先生与谭女士离婚；女儿由谭女士抚养，林先生每月负担子女抚养费至 18 岁；婚姻存续期间购买的房屋归谭女士所有，谭女士支付林先生房屋折价款 30 余万元；共同存款 15 万元双方平均分割；林先生给付谭女士经济补偿款 10 万元。

林先生不服一审判决，提出上诉。二审法院认为一审法院认定事实清楚，适用法律正确，驳回上诉，维持原判。

法官说法：一方进修深造离不开另一方的保障

民法典第 1088 条规定：“夫妻一方因抚养子女、照顾老人、协助对方工作等承担较多义务的，离婚时有权请求对方赔偿，对方应当予以赔偿，赔偿方式由双方协商确定，协商不成的，由人民法院判决。”

家务劳动所创造的价值是无形的。一方在婚姻期间获得的学历学位、职业发展前景、职业资格、专业职称等而产生的无形财产利益，一定程度上是家庭劳务付出较多一方提供良好的家庭服务及后盾所获得的。一方在抚育子女、照料老人、协助另一方工作中付出较多精力和时间，是对自身个人工作选择、收入能力、发展前景机会的放弃和牺牲。在离婚时，家务劳动付出较多的一方应当获得另一方给付的经济补偿。

本案中，林先生在婚姻期间，多半时间用于完成学业、提升自我，他最终获得事业发展，是谭女士在照顾子女、家庭劳动中付出较多时间、精力，提供家庭生活保障。现双方离婚，林先生应该给付谭女士家务劳动经济补偿。经济补偿的数额，

根据林先生因婚姻期间完成学业所获得的自我发展空间、收入水平等综合因素考虑，林女士主张的 10 万元家务劳动补偿，合理合法，法院予以支持。

全职主妇、主夫以及一方在婚姻期间进行学业、职业进修，可以推定出主张的一方在家务劳动中付出较多的精力和时间。因家庭内部的隐私

性和特殊性，主张家务劳动付出较多的一方可能面临着举证难的问题，导致主张难以被支持。但民法典明确肯定家务劳动所创造的社会价值和经济价值，旨在倡导公众对家务劳动的认可和肯定，提高家庭内部合理分工，促进社会和谐。

来源：新华网综合新华社、北京日报客户端

离婚，房产讼争一波三折

2022-03-16 检察日报 刘文晖

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220316/20220316_005/content_20220316_005_1.htm#page4?operate=true

“你的案子市检察院已经向法院提出抗诉了”。2021 年 8 月 13 日，北京市检察院第二分院检察官助理李莹打电话通知程青案件的进展情况。

“电话里，我听到她哭了”，李莹说。

程青是李莹参与办理的一起申请民事检察监督案件的当事人。因离婚时房产分割产生纠纷，程青将前夫汪军诉至法院，请求法院按照房产登记时与前夫约定的份额分割房产。案件经过一审二审，法院均以“双方未对房屋权属作出明确约定”为由，驳回其诉讼请求。程青向北京市检察院第二分院提出申请，要求检察机关对案件的审判结果进行监督。

在得知检察院已向法院提出抗诉的那一刻，程青涌出的泪水中有感激、有委屈、有心痛……15 年的婚姻和感情，最终要用法律来作出了断。

十五载婚姻解体 为房产分割诉至法院

2011 年 2 月，程青与汪军登记结婚。一年后，夫妻俩在北京某区购置了一套 93 平方米的商品房。2012 年 3 月，程青支付了首付款 39 万元，其余 88 万元贷款于 2014 年 3 月还清。

程青说，原本汪军的收入就低，后来很多年一直都没有工作。因此，购房首付与之后偿还房贷的钱主要来源于自己的工资收入、向父母借款及

自己的婚前收入，汪军出资只有不到 4 万元。正因如此，2014 年 3 月，新房收房时，两人在开发商处签订声明：该房产为夫妻按份共有，其中程青占 99%，汪军占 1%。

2019 年 6 月 17 日，这套房产在不动产登记中心办理了产权登记。办手续那天，程青因身体不适没有到场，而是委托汪军代自己签字办理。不动产权证书主页“共有情况”一栏显示“按份共有”；附记页中显示“汪军占有份额 1%，程青占有份额 99%。”此外，两人还在不动产登记中心签署《声明》，约定汪军占 1%，程青占 99%，《声明》签字处也是由汪军代程青签的字。

让程青没想到的是，2019 年 12 月，汪军突然提出离婚。程青虽对这份感情和这个家很不舍，但汪军不肯回头的态度，让她最终同意离婚。

2020 年 1 月，在将离婚事宜提上议程的那些日子里，夫妻二人的微信沟通中还时常流露对彼此的关心。直到提起财产分割时，两人的争议摆到了桌面上。

“他最初说自己什么也不要，最后又提出要平分这套房子。”程青说。可是，当初房产登记时是按份共有的，两人因此谈不拢。无奈之下，程青将家事诉至法院。

难以认定对房产已“明确约定” “按份共有”诉求被驳回

2020 年 4 月，程青向法院递交诉状，请求法院判决自己与汪军离婚，并请求法院以房产证书登记为准，依法分割与汪军按份共有的那处房产。

程青认为，汪军婚后长期不工作，她的工资常被汪军滥用，现汪军已无法履行家庭义务。2019 年底，汪军突然提出离婚，严重伤害了夫妻感情，现感情已完全破裂，请求法院判决其与汪军离婚，并维护其合法权益。

汪军则辩称，同意离婚，但房产比例不能按 99% 和 1% 分。“这对我是不公平的。这么多年我对这个房子也是有付出的，我要求对房产平均分。”

法院经审理查明，原、被告婚后因生活琐事产生矛盾，2020 年 3 月分居。婚后双方购买房屋一套，该房屋的不动产权证书显示房屋共有情况为按份共有，汪军共有份额为 1%，程青共有份额为 99%。关于不动产按份共有的情况，原告称，“根据房屋的出资情况，他当时是认可我出资多的”。被告称，“办理房产证的时候我并不清楚 1% 和 99% 是什么意思”；关于买房时具体的出资情况，被告称，“我大概出资三四万元，房屋从购买到提前还贷确实是她出的多。”

案件审理过程中，经程青申请，法院委托房地产评估公司对涉案房屋进行评估，房屋价值总额为 300 余万元。

法院经审理准许双方离婚。但关于涉案房屋的分配，法院却认为，虽然不动产权证书显示房屋共有情况为按份共有，然该房产为双方婚后购买，在婚姻存续期间共同偿还贷款，双方就该房屋亦无其他约定情形。原告请求就以房产证登记为准，即按 99% 的比例给原告、原告再按 1% 的比例给付被告折价款 3 万元，没有法律依据，因此不予采信。

结合案件的实际情况，从照顾女方权益的原则出发，法院最终认定涉案房屋归原告程青所有，由程青向被告汪军支付相应房屋补偿款 150 万元。

房产登记证书上白纸黑字的份额比例为什么会被认定是“没有法律依据”？程青实在想不通。2020 年 11 月，因不服一审判决，程青提起上诉。

二审法院在审查该案时明确争议焦点为“是否存在夫妻财产约定，双方离婚时如何分割财产”。法院认为，按照婚姻法相关规定（当时民法典尚未正式实施），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。而程青、汪军所签《声明》系为办理产权证书出具，且汪军表示不清楚该《声明》的内容及意义。在双方未单独以书面形式作出明确约定的情况下，难以认定双方对涉案房屋存在夫妻财产约定。程某虽然提交了录音、微信聊天截屏等证据，但结合录音时所处情境，汪军对于房屋份额的表述并非在理性平和状态下作出，亦未采取法律规定的书面形式，无法据此认定程青主张的对房屋的份额约定。

经过综合考量，二审法院认定程青提交的证据不足以证明其与汪军就涉案房屋权属作出过明确约定，遂于 2021 年 1 月 25 日驳回了程青的上诉请求，维持原审判决。

程青不服，向上级法院申请再审。2021 年 3 月 17 日，北京市高级法院作出民事裁定，驳回程青再审申请。无奈之下，程青向检察机关申请监督。

检察机关提出抗诉 应认定夫妻对财产已作出约定

“本案的争议焦点在于涉案房屋权属问题是否存在夫妻财产约定”，北京市检察院第二分院第六检察部主任齐红与检察官助理李莹接手办理此案后，经过充分调查核实与认真研判，认为法院终审判决认定事实缺乏证据证明，适用法律错

误，于 2021 年 6 月 30 日向北京市检察院提请抗诉。

在提请抗诉报告中，办案检察官详细阐述了对本案的监督理由——

夫妻将婚后购买的房屋登记为按份共有，不仅是一种特别的意思表示，而且是双方已经完成的行为，该意思表示和登记行为经过了房屋管理部门的确认。由此可见，双方通过权属登记的方式明确约定了涉案房屋的份额，审判机关认为双方未单独以书面形式作出明确约定，属于适用法律错误；

申请人程青提交的证据，能够佐证被申请人汪军知晓并认可房屋份额的约定，系双方真实意思的表示，汪军作为民事行为能力人，应当对自己的行为承担相应的后果，其称不清楚《声明》的内容和意义，但未提供充分的证据予以证明，故法院认为汪军对于房屋份额的表述并非在理性平和的状态下作出，富有强烈的主观色彩，认定事实缺乏证据证明；

依据相关规定，夫妻间无书面财产约定，但双方均认可或有证据足以表明存在财产约定合意的，应认定财产约定成立。本案中，程青提供的房屋产权证书足以认定财产约定合意，在已经存在不动产登记的情况下，机械地要求当事人作出书面形式的财产约定，与立法本意不符。不动产登记具有公示效力，对内对外均有约束力，对于认定不动产的归属、定分止争、维护交易安全具有重要意义。

“本案需要特别指出的是，行政机关将《声明》等程序作为登记规范，目的在于确定登记内容，保护权利人合法权益，减少纷争，树立行政权威。在没有相反证据证明的情况下，司法裁判结果不应与行政登记内容相悖。”齐红说。

北京市检察院受理案件后，经审查认为，法院作出的民事判决书认定双方未对房屋权属作出明确约定与证据证明的事实不符，不按双方约定共有份额分割涉案房屋确系适用法律错误——

从双方意思表示上看，在办理房屋产权证之前，汪军持程青的授权委托书接受了办理不动产登记中心工作人员的询问，并以自己及程青的名义签署了《声明》。之后，他也曾多次表示对涉案房屋的明确认可，法院关于汪军对于房屋份额的表述“并非在理性平和状态作出”的认定缺乏证据证明；

从要式法律行为要求上看，汪军以自己及程青的名义签署的《声明》系采取了书面形式，本案不应机械地以双方之间没有一份名为《夫妻财产约定》的书面材料就否认双方关于财产份额的约定，而应结合双方真实意思表示、书面材料及立法本义进行认定，《声明》实质是双方对婚姻关系存续期间所得财产按份共有的书面约定，符合法律关于夫妻财产约定采取书面形式要式的规定，二审判决认定双方“未采取法律规定的书面形式”与证据证明的事实不符；

从房屋产权登记结果看，不动产权证书是落实共有人关于财产约定的载体，房产登记机关亦是按照所有权人的意思表示进行产权登记，一经登记即具有确认共有份额的法律效力。不动产登记中心向汪军、程青颁发的不动产权证书反映了二人对财产份额约定的结果，在没有相反证据的情况下，对涉案房屋的份额认定不应与不动产登记内容不同。

依据法律规定，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。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前的约定，对双方具有约束力。本案中，双方存在合法、明确的按份共有的财产约定，涉案房屋应按照双方约定进行分割。原审判决未按双方约定分割婚内房屋，适用法律错误。

2021 年 8 月 13 日，北京市检察院就此案依法向北京市高级法院提出抗诉。

再审撤销原审及二审判决 房屋按房产登记份额分割

北京市检察院提出抗诉后，北京市高级法院对此案发回重审。

法院再审查明，汪军、程青在办理涉案房屋登记时，双方出具《声明》，该《声明》约定双方对涉案房屋按份共有：程青占 99%、汪军占 1%；登记机关的询问记录记载“申请人登记事项是否为申请人的真实意思表示，回答为‘是’”，汪军在该询问笔录上签字。

根据查明的事实，法院认为，汪军、程青将房屋产权登记为按份共有，并且在办理登记的《声明》中明确约定为按份额比例为汪军 1%，程青 99%。汪军签署《声明》（并代程青签署）并向登记机关表明是其真实意思表示，这意味着当事人双方对房产作出了按份共有的约定，并且已按照该约定进行了物权登记。该约定和登记具有法律效力，对汪军、程青具有约束力。因此，对于涉案房屋，应当按照按份共有的约定进行分割。程青的诉请于法有据，法院予以支持。原审法院对于房屋分割处理有误，再审予以改正。

2021 年 12 月 23 日，法院判决撤销有关此案判决中的财产分割部分，判决涉案房屋归程青所有，程青在判决生效三十日内给付汪军房屋折价款 3 万余元。

“案件虽然尘埃落定，但办案过程引发了我们诸多思考。”齐红在接受记者采访时表示，最高检党组提出，抗诉案件不在于多，而在于精准。要注重对司法理念方面有纠偏、创新、引领作用的案件开展精准监督，努力提供更好更优更实的民事检察产品，促进法治精神的传播和法治理念的养成。

齐红认为，相较纷繁复杂的社会经济生活，法律总是归纳和抽象的。依法与适法相比，后者的难度更大。对于每一件民生小案，民事检察官都要“举轻若重”，确保对案件事实认定和法律适

用的判断不出偏差。一个法律事实几经裁判到了检察环节，在抽象条文与具体案件事实的冲突中，需要一个价值判断，要作出妥当的案件处理结果且于法有据。

“北京市检察院检察长朱雅频提出，要进一步树牢‘检察工作只有融入大局、服务大局才有天地，检察制度只有支撑国家治理、社会治理、城市治理、基层治理才有价值’的理念。民事检察官要提高服务大局的自觉性和针对性，就要有依法治国的系统思维。”齐红说，婚后购房、产权登记，这种与百姓日常生活紧密关联的法律规定，直接关系到人民群众依法安排生产生活的理念和需要。司法裁判在深究了当事人真实意思表示、忠实于事实的基础上，应作出有利于维护行政机关权威、保证产权登记稳定和交易安全的裁判结果。要以执法、司法标准的统一，引领人民群众采取合法适度的方式维护自身合法权益，引领诚信、友善、文明的社会风尚。

（文中当事人均为化名）

专家视角

“合同”在双方内部发生法律约束力

本案主要涉及到两个民法学上的问题，一是不动产登记的效力问题，二是夫妻财产约定的效力问题。

首先，在不动产登记的效力问题方面，原物权法第 16 条规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据。不动产登记是物权公示的重要方面，本案中的夫妻二人在进行不动产登记时已经对份额作出明确约定，并在不动产权证书主页共有情况一栏中也有登记，出于对物权公示权威性的考虑，应当予以承认。其次，在夫妻财产约定的效力问题上，本案中并没有明确的证据表明丈夫一方在签署《声明》和登记时有意思表示瑕疵，而且双方约定的意思非常明确，并不存在合同无效的情形。

这一个双方之间的“合同”都应该严守，在双方内部发生法律约束力，不应当轻易否认其效力。

（西南政法大学法学院教授 张力）

《声明》符合“书面”的形式和实质要求

本案的关键在于程青和汪军之间的《声明》是否构成夫妻财产约定。原婚姻法规定的夫妻财产制包括法定财产制和约定财产制。按照法定财产制，除法律规定的特别情形外，婚姻关系存续期间取得的财产归夫妻双方共同共有。按照约定财产制，夫妻之间可以就财产的归属进行约定，如果夫妻之间有特别约定，则应按照夫妻之间的约定来确定财产的归属，而不再归夫妻双方共同共有。案涉房屋系在婚姻关系存续期间获得的财产，如果认定《声明》构成原婚姻法第 19 条规定的夫妻财产协议，则应依照《声明》的内容来确定权属和进行房屋分割，否则仍应按夫妻共同共有财产进行分割。

值得注意的是，登记机关登记的份额比例并不当然能够作为存在夫妻财产约定的依据。实践中，夫妻双方在婚后以共有财产购买的房屋可能仅登记在一人名下，但这并不意味着房屋仅属于登记的一方，而是仍属于夫妻双方所有。因此本案是否存在夫妻财产约定的关键在于《声明》，而非登记机关的登记。

关于夫妻财产约定，我国原婚姻法仅作了原则性规定，要求采取书面形式，并无其他要求。因此只要协议符合“书面”的形式，内容是夫妻双方关于财产归属的约定，且双方意思表示真实即

可。本案中，《声明》符合形式和实质要求，而且程青的签字系汪军代签，在无相反证据的情况下，应当认定属于双方的真实意思表示。

（北京化工大学文法学院法律系副教授 李超）

行政确认认定的事实具有法律效力

产权登记作为行政确认，是行政机关依法对行政相对人的法律地位、法律关系或法律事实的确定、认定、证明或予以宣告的具体行政行为，它具有稳定法律关系、减少争议纠纷、保障社会秩序、保护行政相对人合法权益的重要作用。本案中，涉案双方当事人不动产登记中心办理了产权登记，并且在不动产权证书中载明份额比例。这意味着双方就涉案房产的共有比例这一法律事实及相应的法律关系已达成共识，并得到行政机关的确认。在没有充分的反证足以推翻上述行政确认的情况下，该行政确认所认定的事实就是法律事实。汪军作为成年人，应当知道相应的法律后果，且其没有充分的证据证明上述行政确认违背客观事实或者违背其真实意思，其亦未通过行政诉讼来否定产权登记这一行政确认行为的效力，故涉案的产权登记这一行政确认行为应予支持。本案中，北京市检察院第二分院依法对本案提请抗诉，适用法律正确，捍卫了当事人的合法权益，同时也捍卫了产权登记这一行政确认行为的公信力，值得称赞。

（中国人民大学行政法学博士、哈尔滨理工大学教授 王晨）

（三）夫妻债务案例

丈夫偷拿房产证担保千万债务，妻子是否担责 | 闵法拍案 31

原创：2022-03-09 上海闵行法院 维护合法权益的

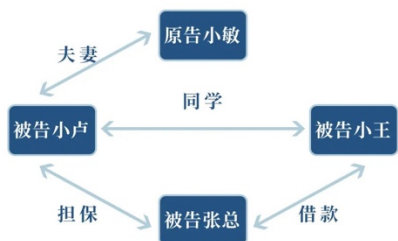
https://mp.weixin.qq.com/s/iYf0aHOS00_Umd-Bz2hRZw



本期作者：沈璐 七宝法庭法官助理 法学硕士

房子是家庭的重要资产，也是维系婚姻关系的物质基础。在妻子毫不知情的情况下，丈夫以夫妻共有房屋抵押为他人担保千万债务，妻子是否需要承担担保责任？抵押房屋的命运究竟如何？本期闵法拍案带您寻求解决之道。

埋隐患，丈夫伪造签名抵押房屋



小卢与小王是多年的同窗好友，2020 年，小王因做生意急需一笔数额不小的启动资金，需要向张总借款，小王提出希望小卢帮忙抵押担保。

拿什么来担保呢？小卢一下子想到自己和妻子小敏婚后共同购买的 A、B 两套房屋。

2020 年 4 月

小卢在未告知妻子小敏的情况下，偷偷拿房产证给张总，并与小王、张总签下借款协议（含担保条款）。三人约定：由小王向张总借款 1000 万元，小卢为此提供 A、B 两套房屋作为抵押。协议签订后，三人未办理房屋抵押登记。

2020 年 7 月

张总发现产证上权利人处另登记有小卢妻子小敏的名字，提出要求补签合同，为了掩盖谎言，小卢注册微信账号冒充小敏在微信群聊中认可协议内容。

2020 年 8 月

小敏发现事实真相，认为小卢、小王、张总恶意串通，严重损害了其合法权益，遂以小卢、小王、张总为被告向上海市闵行区人民法院提起诉讼，要求判令三人签订的借款合同中担保条款对其不发生效力。

引纠纷，原被告对簿公堂各执一词

三被告各持一份协议，仅张总所持协议落款处的担保人签有“小敏”的姓名，原、被告于诉讼中确认该签名并非小敏本人所签。

原告小敏说

她与小卢婚后共同购买 A、B 两套房屋，均登记在她和小卢两人名下。小卢没有经她同意，擅自用 A、B 两套房屋为他人借款提供担保，并签订协议。小卢还受了他人的教唆注册新的微信号，冒充她在聊天群内作出同意担保协议的意思表示。

小卢、小王和张总恶意串通，严重损害了她的合法权益。

而在三被告的口中，故事则变成了三个不同的版本。

被告小王说

他与小卢合作项目需要启动资金，所以向张总借款，小卢自愿提出提供房产作为担保，被告三人就签订了借款及担保协议。后来，张总发现产证上权利人另登记有小敏的名字，提出要补签合同，经过他与小卢商量后，最后决定由他冒充小敏在张总持有的协议上签名，小卢注册微信账号冒充小敏在微信群聊中认可协议内容。

被告小卢说

他与小王并没有合作关系，2020 年 4 月小王说让他帮忙“走过场”，就签订了担保协议，他偷偷把产证交给了张总，没有告知小敏。6 月，张总发现产证上权利人另登记有小敏的名字，提出要补签合同，小王让他注册微信账号冒充小敏在微信群聊中认可协议内容。8 月，妻子小敏发现此事，事后他也觉得存在小王、张总串通骗取担保的可能。

被告张总说

小王向他借款，小卢为此提供两套房产作为担保，三人于 2020 年 4 月签订借款及担保协议。当天，他就发现房产登记上另有原告小敏的名字，并提出要求小敏补签协议，小卢表示同意。5 月，小王给了他一份有原告小敏签名的协议。如果像小敏所述并非小敏本人签字，则存在小王与小卢串通，利用担保条款骗取借款的可能，严重损害他作为债权人的利益。

法槌敲响时

本案的争议焦点为涉案借款合同中关于小卢以 A、B 两套房屋为小王向张总借款 1000 万元进行担保的相关条款对原告小敏是否有效？

首先，小敏提供的证据可证明上述两套房屋系其与小卢共同共有的财产。根据相关法律规定，

共同共有人对共有的不动产共同享有所有权，处分共有的不动产应经全体共同共有人同意。

其次，原告提供的微信聊天记录可证明以原告名义于微信群中确认以上两套房屋提供担保的意思表示，系由小卢及小王虚构，并非原告本人的真实意思表示。借款合同中“小敏”的签字捺印，经原、被告双方确认，亦非原告本人所为，且亦无证据证明系受原告之委托。

综上，本案现有证据无法证明原告具有就系争房屋设立抵押的真实意思表示，故《借款协议》中的相关担保条款对原告不发生效力，原告所提诉讼请求，于法有据。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第一百四十三条 具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

《中华人民共和国民法典》第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。

法官寄语

家是幸福温馨的港湾，枕边人也应是最值得信赖的队友，切莫让冒名处分摧毁了这份信任和爱：

1、夫妻一方处分夫妻共同财产时应有限度。

夫妻一方因日常生活在合理范围内处分共同财产具有合法性。但是对非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定时，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见，夫妻一方未取得另一方同意而擅自作出处分的，既违背了民法基本的诚信原

则，也侵犯了另一方对共同财产享有的权利，因此夫妻一方签订的未获追认的协议，对未签字一方不发生法律效力。同时，需要指出的是，虽然协议对于未签字一方不发生法律效力，并阻碍了合同的继续履行，但签订协议一方仍有可能因此承担违约责任，所以夫妻任何一方对共有物的处分都应当谨慎对待。

2、合同相对方需留意排查风险。司法实践中，存在夫妻一方对共有财产冒名处分、无权处分的情况。根据具体案情，可能会导致合同对被冒名人不发生法律效力，也可能合同有效但因无权处分客观上导致合同无法继续履行。债权人、担保人、二手房买家在签订合同时，要详细了解房屋的权属情况，在房屋为共有的情况下，尽量让共有人一起到场签订合同，避免产生纠纷。

（四）抚养权纠纷案例

法院判决离婚全职妈妈获两孩抚养权：女方不应因无形付出被剥夺权利

2022-03-16 全国妇联女性之声

<https://mp.weixin.qq.com/s/Qi0FIP5nSLxtUUVbd0Psvg>

江苏如皋市法院近日审理了一起全职妈妈争夺两个孩子的抚养权案。男方以女方没有经济收入为由要求子女随男方生活；女方认为自己一直全职带娃，且孩子一直生活在娘家，生活起居形影不离，两个孩子应该随女方生活。

法院最终判决，两个孩子均随女方生活，男方补贴抚养费。

3月14日从如皋法院获悉，男方蔡某和女方朱某2012年经朋友介绍相识，2013年登记结婚，婚后育有一子一女。近年二人因聚少离多矛盾不断，蔡某两次向法院起诉要求离婚，并以朱某长期不工作、不具备抚养孩子的经济条件为由，要求子女随自己生活。

朱某眼看婚姻挽救无望，表示同意离婚，但坚决要求两个孩子随自己生活。她表示，婚后自己全职带娃，孩子一直跟随她生活在娘家，而且她如今已找到收入可观的工作，父母也愿意帮其一同照顾孩子。

法院曾组织双方调解多次，但因蔡某不接受两个孩子均随女方生活，调解未成。

如皋法院审理认为，朱某虽婚后未工作，但全职在家照顾两个孩子，对孩子付出较多，且两个孩子年龄尚小，自出生后一直随被告共同生活在被告父母处，长期由朱某及其父母共同照料，生活起居形影不离，现又一同在朱某住所地上学，且朱某已有固定工作和稳定收入，具备抚养两个孩子的经济基础。由于蔡某的工作地点在外地，甚至对孩子的任课老师及儿子的就读学校均不清楚，显然没有尽到做父亲的责任。此外，两个孩子均不愿意与彼此分开，强行将两人分开无疑对孩子造成更大伤害。不能让女方的无形付出成为男方争夺抚养权的托辞。

综上，法院判决两个孩子均随母亲朱某一同生活，由蔡某补贴抚养费。

（五）恋爱同居析产纠纷案例

为了投资，男友将名下房产“卖”给女友，分手后却.....

2022-03-17 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/enzZFgXBduwX8CmE4MLo3w>

男女恋爱时为了投资自导自演买卖房屋，分手之后却为了房子的归属产生矛盾僵持不下。

近日，厦门市思明区法院审理了这起房屋买卖纠纷。

案情简介

恋爱买卖房屋 分手对簿公堂

2016 年 2 月，洪先生与孙女士签订了一份《房产买卖合同》，彼时二人是正在交往的男女朋友，洪先生将名下的一套房子出售给了孙女士，双方办理了过户手续，孙女士向银行申请办理了 188 万元的贷款。在这之后到 2017 年，两人感情发生变化，最终分手，但房子一直由洪先生的家人居住。

洪先生说

这个买卖是假的，我们恋爱时一起做投资，需要资金周转，因为我本人没有贷款资格，所以想出了假装卖房的方法——由她购买我的房子，然后向银行申请贷款，而且这笔贷款她也使用了。希望法院确认《房产买卖合同》无效，将房产变更回我名下。

孙女士辩称

因为洪先生需要钱，决定卖房，当时基于两人的关系，我手头有一点存款，又有其他住处，所以答应帮忙，并且同意让他家人先住着。这是真买卖，我们两人已分手多年，他既然没有回购的能力，就应该把房子清空交还给我。

法院审理

核实资金往来 有无支付凭证

根据孙女士的陈述，购房款除了 188 万元按揭贷款，还应有 122 万元首付款。但法官核实发现，在签订买房协议之后，虽然孙女士有向洪先生汇款的记录，洪先生也有向孙女士汇款的记录，对于一笔笔款项的性质，孙女士没有办法厘清，也与 122 万元的金额无法吻合。在银行发放贷款之日，孙女士持洪先生的身份证原件、银行卡至银行分别向两名案外人转账，转账的金额共近 188 万元。孙女士承认其曾向其中一位案外人借钱，对该位案外人的转账系用于偿还其个人的借款，而另一位案外人的银行账户也曾绑定孙女士的手机号码，孙女士也承认其使用该银行账户用于炒股。

因此，法院认定孙女士并未实际支付购房首付。另一方面，孙女士也实际使用了 188 万元按揭贷款，与其陈述的购房是为帮助洪先生个人解决资金问题存在矛盾。分手数年间，孙女士没有主张腾房，同样违背了正常的交易习惯。

法院判决

双方买卖合同无效

法院审理后认定双方签订的《房产买卖合同》是双方通谋表示虚假意思的伪装行为，应为无效。审理过程中，洪先生表示，剩余的银行贷款其愿意承担，并向法院存入了相应款项作为证明。最终，思明法院判决《房产买卖合同》无效，在洪先生清偿贷款之后，孙女士应协助将房产登记至洪

先生名下。考虑到两人均有过错，相关契税各承担 50%。

法官提醒

房屋买卖属于重大交易，交易双方理应抱持审慎态度。购房前实地看房，认真谨慎签订合同条款，密切关注付款、交房等重要交易事项，均是房屋买卖中的正常交易习惯。而本案中，“买方”的种种细节均与正常交易习惯相悖。因此，法院认定双方并无真实买卖房屋的意思表示，双方的

《房产买卖协议》属于以虚假的意思表示实施的民事法律行为，应属无效。

虚假买卖房屋存在很大法律风险，对于原产权人而言，名义买受人在过户后可能“假戏真做”，以产权人身份主张房屋权利；更有甚者，可能再对外出售、抵押房屋，原产权人面临无法收回房屋的风险。对名义买受人而言，如原产权人以其名义办理贷款后又拒不还款，名义买受人则要向出借人承担还款义务。

来源：厦门市思明区人民法院

（六）监护权纠纷案例

黄石西塞山区法院判决撤销怠于履责生母监护人资格 指定社区居委会为监护人

2022-03-19 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/19/content_215078.htm?div=-1

本报讯（记者 蔡蕾 通讯员 赵婧）“这是我的联系方式，遇到困难随时可以找我。”近日，湖北省黄石市西塞山区人民法院法官余思橙，带着 13 岁的女孩小文（化名）到黄石市儿童福利院熟悉环境，并表示会长期关注小文的学习生活情况。

熊某与宋某婚后，于 2009 年 10 月生育女儿小文。2013 年 4 月，熊某、宋某离婚，小文由宋某抚养。后熊某迁至外地后再婚，并育有一子，小文则随父宋某及祖母黄某共同生活。此后，宋某和黄某又相继去世，小文住在姑母家。

2021 年 8 月，姑母因自身原因，无法继续照顾小文，一再要求熊某将小文接到身边抚养。但熊某以经济条件差，且影响现在的家庭为由，坚决拒绝。陷入无依无靠境地的小文，面临学习和心理健康等一系列问题。

与熊某态度截然相反的是，小文所居住社区的居民委员会表示，愿意成为小文的监护人，且正在联系儿童福利机构，为小文的未来作打算。居委会向西塞山区法院提出申请，撤销熊某的监护人资格。

2021 年 12 月 20 日，西塞山区检察院向西塞山区法院发出支持起诉书，支持居委会的申请。

余思橙了解情况后，为将案件对未成年人的影响降至最低，与法官助理赵婧一起，多次到居委会和小文的姑母家中调查走访，并专程带小文到儿童福利院参观熟悉环境，提前帮助其规划以后的生活、学习。

经过沟通疏导，小文向余思橙袒露了心声：愿意由社区居委会担任其监护人，到儿童福利院开启新生活。依据民法典规定，西塞山区法院依法判决撤销熊某作为小文的监护人的资格，并指定社区居委会作为监护人。

“虽然撤销了你的监护权，但抚养的法定义务还在，希望你能够尽量弥补对孩子的伤害。”法庭对熊某进行了训诫。

日前，熊某已支付第一笔抚养费，该笔款项由社区居委会代为监管使用。

西塞山区法院少年家事审判中心负责人表示，将持续关注小文的情况，并定期回访和提供帮助。

生母弃子不养，法律自有说法

2022-03-28 人民法院报 陆亚琴等

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/28/content_215390.htm?div=-1

生母弃子不养，法律自有说法 江苏宜兴法院判
决一弃婴者构成遗弃罪并撤销其监护人资格



图为庭审现场。

导读

《诗经》有言：“父兮生我，母兮鞠我。抚我畜我，长我育我，顾我复我，出入腹我。”人世间，有一种感情，不以回报为前提，不随岁月而消磨，那便是父母对子女的爱。但现实生活中，却存在少数不称职的父母，生而不养、养而不教，甚至狠心遗弃子女。日前，江苏省宜兴市人民法院审结了一起遗弃罪案件，19 岁的母亲将出生 27 天的儿子遗弃在路边，虽经法官教育后仍表示没有能力抚养孩子，最终被法院以遗弃罪判刑，并被撤销监护人资格。亲子关系是社会关系的基础，关系着个体成长、家庭和谐、社会稳定，法官结合社会主义核心价值观对该案法理进行了解析，希望当代年轻人树立正确的婚恋观，增强自我保护意识，培养自强自立的社会责任感，共同营造和谐美好的社会环境。

闪恋闪分后生下男婴

2020 年 5 月 22 日早上，天刚蒙蒙亮，家住江苏省宜兴市周铁镇某村的张老太准备出门买菜。她刚走出家门，就听到一阵孩子的哭声。“时间很早，很多人还在睡觉，小孩的哭声格外明显。”循着哭声找去，她很快就发现了村口路边放着一个箱子，里面有个裹着襁褓的小婴儿，孩子的小脸冻得通红，哭得声嘶力竭。“谁把孩子丢这里了？”张老太赶紧抱起孩子，四处呼喊，但一直没人应答，无奈之下只能报警。警察很快赶到现

场，通过调阅监控，最终锁定了遗弃孩子的人就是孩子的亲生母亲——晓柳。

来自安徽的晓柳出生于 2001 年，由于从小叛逆、不满父母管教，她与父母的关系比较疏远，读高一时便选择了辍学，离开老家外出打工。然而谁也没想到，因为一场不成熟的恋情，晓柳的人生被改写。

2019 年 7 月，刚成年的晓柳在浙江认识了一位男生，长时间漂泊在外的经历让两名年轻人迅速陷入恋情。短短三个月后，双方却因性格不和分手，彼此删除微信，此后再无联系。

2020 年春节前夕，晓柳发现自己怀孕了，这让她感到恐慌。害怕被家人知道，晓柳从老家独自乘车来到常州租住的房子。自己还是孩子，怎么养孩子？况且这段感情已经结束，怎么处理掉孩子成了晓柳最焦虑的事。但受新冠肺炎疫情影响，进出医院需要出具相关手续，晓柳嫌麻烦，只能一直拖着。

2020 年 4 月，晓柳突然出现早产症状，被送往医院后产下一名男婴，体重仅 3 斤多。医生建议将男婴立即送往儿童医院治疗。晓柳却称自己没钱，也不同意联系家属，强行带着儿子出院，回到了出租屋里生活。没有工作又不愿意向家人求助，晓柳只能向朋友借钱度日。

狠心遗婴被判处刑罰

虽然孩子先天不足，但好在有母乳的哺育，依旧一天天成长起来。然而晓柳却高兴不起来，她觉得自己一无工作二无积蓄，根本没有能力抚养小孩。一段时间后，照顾孩子的繁琐生活也让晓柳感到身心俱疲，“听到他哭都烦得要死”，晓柳萌生了将儿子送养的心思，但经过上网查询后，发现正规送养需要经过很多道手续，她觉得太麻烦只好作罢。

2020 年 5 月 22 日，晓柳天不亮就起床，给儿子穿上新买的衣裳，便抱着他出门了。她特意从常州市武进区打车赶到宜兴市周铁镇，将出生仅

27天的儿子和一些宝宝衣物放在紫色储物箱里，狠心遗弃在一处村道口。“这里来往的人多，孩子或许可以找个好人家。”晓柳心意已决，头也不回地离开了。路过的村民张老太随后发现该男婴并报警，民警将男婴送至宜兴市儿童福利院。通过查询周边监控，民警锁定嫌疑对象，晓柳被公安机关抓获。

“我没想要这个孩子，起初想去医院做手术，因各种原因耽误了，没想到孩子早产了，现在也不想养他，觉得养他是负担。”晓柳对自己遗弃男婴的事实供认不讳，但始终表示自己无力独自抚养儿子。甚至在取保候审后，晓柳已找到一份临时工作，但她仍不愿意将儿子从福利院接回。

法院审理后认为，被告人晓柳作为母亲，对年幼的子女负有抚养义务，但其拒绝抚养，将生活不能自理的亲生儿子遗弃在路边，情节恶劣，其行为已构成遗弃罪，应予惩处，遂依法判处其有期徒刑六个月。

拒不抚养被撤销监护人资格

“刚来的时候又黑又瘦，还没精神，现在养得白白胖胖，就数他最皮。”福利院的护工对男婴疼爱有加。孩子被送到福利院后，晓柳从未看望过孩子，但福利院却给了孩子一个温暖的家，让他健康成长。

虽然在福利院生活一年多了，但这个孩子的监护权还在母亲晓柳手中，成了有妈的“孤儿”，无法享受孤儿应有的国家保障。2021年6月，宜兴市民政局向法院提起变更监护人申请。

为妥善审理该案，承办法官详细了解案情经过，并在晓柳刑满释放后，与其进行了沟通，从情理法多角度耐心释法。庭审中，晓柳明确表示没有能力抚养儿子，且无法提供孩子父亲的身份信息，同意将孩子的监护权人更改为民政局。法官又电话联系在外务工的晓柳的父母，他们均表示无力抚养晓柳所生男婴，放弃对该男婴的监护权。晓柳所在村委会也明确表示放弃对男婴的监护权。

法院审理后认为，晓柳对男婴实施遗弃犯罪行为，严重侵害了男婴的合法权益，符合法定撤销其监护人资格的情形。男婴的父亲身份不明，无法征询意见，其外祖父母明确表示不愿意承担监护责任，晓柳住所地村委会明确表示不担任男婴监护人，而男婴被晓柳遗弃后由宜兴市民政局下属社会福利中心代养至今，由宜兴市民政局作为男婴的监护人，符合最有利于被监护人的原则。

最终，法院作出一审判决，依法撤销晓柳对所生男婴的监护权，指定宜兴市民政局作为男婴的监护人。

（文中当事人为化名）

裁判解析 遗弃行为情节恶劣构成犯罪

我国刑法规定了遗弃罪，对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

遗弃罪的犯罪的对象是年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人。这类人的共同特点是没有独立生活的能力，如果没有其他人的扶养，就无法生活下去。犯罪主体则是特殊主体，即对上述群体负有扶养义务的人。如行为人的遗弃行为达到情节恶劣的程度，就构成犯罪，通常包括：对被害人长期不予照顾、不提供生活来源；驱赶、逼迫被害人离家，致使被害人流离失所或者生存困难；遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人；遗弃致使被害人身体严重损害或者造成其他严重后果等情形。

本案是一起典型的亲生父母将子女遗弃的案件。被告人晓柳作为母亲，对年幼的子女负有抚养义务，其儿子出生不满一个月，显然生活不能自理，而被告人晓柳作为一名身体健康的成年人，具有抚养能力却拒绝抚养儿子，将儿子遗弃在路边，已达到情节恶劣的程度，其行为构成遗弃罪，应予惩处。

民法典关于监护人资格撤销的规定，既是对监护人行使监护权的监督和制约，也能及时制止侵害行为。

被申请人晓柳作为母亲，是男婴的监护人，依法负有对男婴抚养、教育和保护的义务。但晓柳在男婴出生27天时即将其遗弃，不对男婴进行养育。因该行为构成遗弃罪，晓柳被判处刑罚。而刑满出狱后，晓柳对代养在儿童福利院的男婴仍未能积极履行监护人义务，并明确表示无能力抚养男婴，同意民政局提出的变更监护人申请。晓柳的上述行为严重侵害了被监护人男婴的健康成长和基本生存，依法应撤销其监护人资格。

民政局作为因法律规定而具有特定职责的组织，向法院申请撤销晓柳监护人资格符合法律规定。同时，因与男婴有血缘关系的父亲无法联系，男婴的外祖父母又明确表示无能力抚养，而民政局不仅能够为男婴今后的生活提供经济保障，还能够协调相关部门解决男婴的教育、医疗、心理疏导等一系列问题，故指定民政局作为男婴的监护人，符合最有利于被监护人的原则，有利于充分保护男婴的合法权益。

专家点评 刑民并用保护未成年人合法权益

苏州大学王健法学院副教授 庄绪龙

我国刑法第二百六十一条规定了遗弃罪，即对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。理论上，遗弃罪是典型的不作为犯罪，即违反法律明确的作为义务，对需要扶养的家庭成员拒绝扶养，造成严重后果（危险）的行为。

一方面，本案中，晓柳未婚生育的男婴，是否为遗弃罪中的犯罪对象？我国民法典第一千零七十一条第一款明确规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危

害和歧视。由此可见，即便该男婴为非婚生子女，但其家庭成员的身份不容否定。

另一方面，在构成要件视角，成立遗弃罪这种不作为犯罪，需要具备三个条件：其一，存在作为义务；其二，行为人具有履行作为义务的能力；其三，行为人没有履行该作为义务，且造成严重的后果或者危险。在本案中，虽然晓柳在案发时刚刚成年，但其作为男婴的亲生母亲，显然具有抚养子女的法定义务。值得讨论的是，晓柳是否具有履行抚养义务的能力？我们认为，回答是肯定的。首先，晓柳尽管没有稳定的经济来源，但其系身体健康的成年人，应当推定其具备抚养能力。其次，晓柳即便个人抚养子女存在困难，但其可以向幼儿的亲生父亲主张抚养费或者寻求其他社会性帮助措施。我国民法典第一千零七十一条第二款规定，不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。但是，晓柳并未向未成年子女的亲生父亲告知生育子女的事实，亦未主张抚养费，而擅自遗弃该未成年子女，这显然不当。故而，在犯罪构成要件的认定方面，当事人晓柳辩称其不具有抚养能力的理由，在刑法上并不充分。

需要说明的是，刑法中的遗弃罪，规制的是具有扶养能力的行为人拒绝扶养家庭成员且情节恶劣的犯罪行为，目的是通过刑法的严厉制裁手段强力引导、鞭策行为人履行相应的扶养义务。但本案中，晓柳在服刑完毕后，仍然表示其无抚养能力，且未能提供男婴亲生父亲的联系方式，致使该男婴的合法权益无法得到保障。本着最大限度保护未成年人合法利益的原则，根据民法典第三十六条关于监护权撤销与变更的规定，将男婴的监护权依法变更为民政机关，充分保障了该男婴的合法权利。人民法院的这一做法，充分展现了司法为民的人文关怀，也是新时期人民法院服务社会的生动体现。

三、继承

【涵养“家文化”系列案件】法官妙招“破”僵局 “瑕疵”遗嘱变“完美”——柳北法院家事法官巧用份额“置换”成功调解一起继承纠纷

2022-03-02 柳北法苑 梁先森

<https://mp.weixin.qq.com/s/2EadNcLTEdun0bbICM0g>

2022-家事-02 案件

2月28日，柳北区人民法院快速顺利调解一起继承纠纷案件，并将调解书送达到各继承人手中。调解中，法官献计提出的继承份额“置换”妙招，有效避免了继承人之间因继承后续引发纠纷的可能。各继承人在拿到调解书的那一刻，纷纷给法官尽职、高效的工作效率好评点赞。

基本案情

男方陈某某与女方赵某共同生育了老大陈某甲、老二陈某乙两兄弟。2007年，陈某甲与女子刘某登记结婚，二人婚姻存续期间分别于2011年、2018年生育了2个女孩。2021年，因被继承人陈某甲所留的《自书遗嘱》中没有为两个未成年人及生病卧床的父亲留出遗产“必留”份额，该遗嘱系一份无法全部履行的“瑕疵”遗嘱。

被继承人陈某甲去世后，刘某多次找到陈某某、赵某协商办理A、B两套房产过户事宜，双方因继承问题发生争执，多次协商无果。2021年12月，刘某、2个小孩（刘某代理）遂将陈某某、赵某诉至法院，诉请法院依法判决被继承人陈某甲A、B两套房产归刘某所有。

2022年2月，柳北区人民法院对案件进行了审理，陈某某因病卧床无法出庭。审理中，家事法官发现案件存在需要解决的三个问题。

第一，被继承人陈某甲所留的《自书遗嘱》，因遗嘱中没有为两个未成年人及生病卧床的父亲

留出遗产“必留”份额，系一份无法全部履行的“瑕疵”遗嘱。

第二，被继承人陈某甲名下的A、B两套房产，实为与妻子刘某共有的夫妻共同财产，如按份分割，陈某某、赵某应分得份额占比不大。

第三，陈某某、赵某两位老人已是古稀之年，二人名下也有一套C房产，倘若二人过世后，2个小孩依法行使代位继承权，加入继承人序列，虽依法能够分得C房产一定的份额，但极易与两个老人的另一个儿子陈某乙再次引发继承纠纷。

综合案情考虑，法官向各继承人提出，以2个小孩与陈某某、赵某“置换”房产应得份额的方案，并当庭向各继承人粗略演算了“置换”份额，释法明理告知《自书遗嘱》为何“瑕疵”、2小孩为何可以在老人百年后行使代位继承权等法律规定。法官向各继承人明示，调解中提及的“置换”方案，各继承人一旦达成一致意见，原、被告双方将不得再以任何理由、任何形式主张各自名下财产的继承权。通过法官从“理”和“情”的角度进行分析和讲解，原、被告双方经三思后，对法官提出的调解方案表示一致同意。



图 | 家事法官对当事人调解结果进行最终确认

案件处理

2月16日,家事法官前往陈某某、赵某住所,向因病卧床的陈某某询问调解意见,对调解结果进行最终确认。陈某某因病说话吞吐,遂举起手,竖大拇指以示同意。法官得知陈某某意见后,随即拨通电话,打开免提,各继承人均在电话中达成共识,表示同意。



2月28日,经对诉争房屋产权份额进行析分并再次经双方当事人确认,法官将制作好的调解书送达至各继承人手中。看到调解书中法院已将“瑕疵”遗嘱进行了合法处置,孩子和老人的继承权益均依法获得了保障,各继承人对法官表示了由衷感谢,感谢帮助他们解决了纠纷,修复了亲情,同时也为法官尽职、高效的工作效率点赞。至此,案件圆满办结。

法官有话说

据悉,柳北法院开展党史学习教育和政法队伍教育整顿以来,恪守为民情怀,倾听民意民情,不断提高司法服务意识和质量,以开展“我为群众办实事”系列实践活动为契机,大力推进便民利民举措,不断加大家事案件调解止纷力度,提升主动上门司法帮扶意识,从而推动纠纷化解,彰显司法温度。

图/文: 梁先森

编辑: 刘昭婷

校对: 兰钰烨

责编: 曾俊荣

审核: 李金华

继承亲人银行账户里的钱,到底难不难?

2022-03-15 中国银行保险报

<https://mp.weixin.qq.com/s/XnDR1KLG80wmMiQv3HL2tw>

和父母处理妹妹的后事时,衣老师犯了难。

妹妹的手机在妹夫那里,明知妹妹微信钱包里还有不少钱,但因为手机不在自己手上,妹妹这部分财产最终没能作为遗产被分割继承。

实际上,和衣老师遭遇相似的人不在少数。

当前,房产、车辆等传统资产的继承知识越来越普及,但是面对逝者在金融机构留存的遗产,尤其是数字化属性的资产,很多人则“束手无策”。

要先翻过一座“大山”

此前，“邯郸老两口挨家银行寻找已故独子存款”的视频曾引起广泛关注。两位老人步履蹒跚辗转一家又一家银行网点查询意外身亡独子存款情况的样子令人揪心。随后，邯郸银保监分局出面对当地各银行业金融机构组织调度，最终查明了老人的儿子在 4 家银行有 5 个储蓄账户。

对于很多人来说，想顺利继承亲属在金融机构留存的遗产，要先翻过“信息壁垒”这座大山，查明已故亲属在哪些金融机构留有哪些财产。

在接受《中国银行保险报》记者采访时，不少人表达了这样的愿望——

“希望能用姓名和身份证号一查就知道已故亲人有多少遗产，遗产在哪里，避免四处查找，浪费时间和人力。”

“在一个自然人死亡之后，医院、公安机关（户籍管理中心）能否向相关组织机构发出通知，做好相关事项的结算与清理，实现‘一网通办’，数据多跑路，群众少跑腿。”

2021 年 12 月，在中国人民银行的指导下，中国银联（以下简称“银联”）联合 14 家全国性商业银行在上海、云南两地试点“一键查卡”服务，支持持卡人查询在多家银行名下银行卡开立及使用状况等信息。

无独有偶，2018 年，中国保险行业协会（以下简称“保险业协会”）发布的公益性服务平台——“中国保险万事通”也首次在全国范围内为消费者提供了集中的线上保单查询通道，能在确保用户隐私的情况下，通过姓名、身份证、手机、人脸识别，实现保单的一键查询。

从数据共享的角度来看，上述服务为多机构金融资产查询难提供了解决方案。其中，“一键查卡”开展试点以来，已累计提供查询 55 万次，日均访问量 1.7 万次，如此量级也体现了群众在金融资产查询方面的真实需求。

不过，由于查询过程需人脸识别，想要“一站式”知晓已故人生前在哪些银行开过卡、在哪些保险公司投过保，这两项服务显然力有不逮。

基于金融信息安全等考虑，金融机构不会随意将用户数据对外共享，各机构因而难以针对用户数据建立有效的沟通机制，这种“数据孤岛”问题也增加了继承成本。

正如银联和保险业协会采取的思路，搭建通用查询系统是打破“数据孤岛”、实现便民利民的重要手段。金融机构之间如果能够便利协作、信息共享，亦有助于公检法系统查询和执行相关财产。

事实上，按照银保监会、中国人民银行的规划，“推进银行业金融机构与公安部门、民政部门、公证机构等建立健全联网核查机制”已在酝酿当中，这将有助于提高银行业金融机构审查能力，保障存款安全和继承人合法权益。

但相关监管人士对记者表示，打通“信息壁垒”、简化公众查询已故亲属财产的门槛和手续不是某家机构凭一己之力就可以实现的，需要行业组织、行业信息平台牵头推进。此外，建立相关机制还要考虑成本问题，要根据群众需求量的大小来确定相关工作所需的开发成本。更重要的是，金融机构本身就有保护用户信息安全和隐私的义务，在《中华人民共和国数据安全法》出台后，这方面工作更为重要。如果调取各银行的数据信息，如何确保信息安全及不侵犯用户隐私，法律如何界定，这都需要系统研究。

兼顾好便民与安全

“能顺利进行财产交接的大部分情形是家庭和谐融洽的。越是关系紧张的、情况复杂的，越会相互提防，比如不配合公证、隐藏亲属关系等。”某银行员工小倪表示，面对遗产继承存在纠纷的家庭，银行缺乏有效的甄别手段，只能严格“照章办事”。“但有些继承人不愿意走法律程序，只希望能迅速拿到钱。”小倪说。

浙江鄞州银行有关人士告诉记者，现阶段，该行对已故人存款继承的规定参照 2019 年银保监

会和司法部联合发布的《关于简化查询已故存款人存款相关事项的通知》执行。

具体来说,被继承人的配偶、父母、子女需要凭已故存款人死亡证明、可表明亲属关系的文件(如居民户口簿、结婚证、出生证明等)以及本人有效身份证件,公证遗嘱指定继承人、公证遗嘱受益人需要凭公证遗嘱、存款人死亡证明及本人有效身份证件,单独或共同向该行提交书面申请办理查询业务,无需办理公证机构出具的《存款查询函》。查询范围包括存款余额、银行业金融机构自身发行或管理的非存款类金融资产的余额。对代销且无法确定金额的第三方产品,银行业金融机构应告知申请人到相关机构查询。

2021 年,已故存款人小额存款的提取手续进一步得到简化。对于余额合计在 1 万元以内(含 1 万元)的已故存款人存款,提取流程由原先“继承公证+银行审核”简化为仅由银行进行审查。

但在实际执行过程中,能否证明没有其他继承人,是银行与客户争议的一大焦点。3 月 9 日,“妻子支取亡夫 6 万元存款遭银行拒绝”一事登上热搜,事情的原委是:妻子持 5 张存折到银行支取存款未果后诉至法院,银行在法院查明妻子为唯一合法继承人后被判给付存款本金 6 万元及利息。

“银行其实就是需要一个有法律效力的证明而已,做继承公证也好,去法院起诉由法院判决也罢,只需证明你是唯一的合法继承人,否则空口无凭。”业内人士表示,这也意味着,尽管存款继承的审查流程逐步简化,但银行的底线仍是把好风险关。

如何平衡便民利民与避免纠纷?部分资产传承文化相对深刻的地区提供了一些参考。

香港集友银行相关负责人向记者讲述了这样一个案例——

82 岁的陈先生因癌症晚期需长期在医院卧床,但神志清醒。由于陈先生通过银行账户收取长者生活津贴,其妻子邝女士担心陈先生不能亲自前

往银行处理账户事宜,而陈先生亦忧虑家人经济状况,因此最终向该行申请增加其家人为账户授权人,代为处理银行账户事宜。

个人隐私和信息安全是无法回避的话题

纵观各类金融资产,关于继承的规则并非一片空白——银行已两度简化继承查询流程、保险可以指定受益人、自益型资金信托可设置继承人为信托计划的受益人……

不过,随着居民家庭的资产配置越来越多元化,除了传统的存款、股票、基金、保单等金融产品外,各种通过网络平台交易形成的金融资产也门类繁多,如第三方支付账户,网络互助保险,各种在线平台形成的押金、预付资金等,这些数字金融资产大多是可转让的非人身专属性的经济利益,按照民法典的相关规定应该属于继承财产。

中国政法大学民商经济法学院财税金融法所讲师刘东辉提醒称,这些金融资产大多通过智能手机 APP 或者电子化合同订立,以电子账户等形式存在,需要手机号码、交易密码甚至人脸识别才能获得金融机构或服务提供者的确认,主张相关权利。在被继承人死亡时,继承人可能难以发现和识别相关数字金融资产,也存在部分继承人通过密码等直接转移金融资产的可能。

以微信支付为例,按照官方回应,处理亲人离世财产继承,需提供逝者死亡证明、火化证明、销户证明的其中之一以及直系亲属关系证明,通过逝者本人或家属微信提交并填写相关信息,等待核实处理。

尽管微信已明确“账号仅供用户本人使用,不得赠与、借用、转让、继承等”,但就像衣老师遭遇的情况,如果有人能操作已故人的微信,知晓已故人微信支付的密码,还是能够私下交易或转出微信零钱中的财产。

现阶段,游戏装备、虚拟货币等可以换算成有价财产的数字资产花样繁多。此外,还包括在各大平台绑定的会员卡、储值卡、消费积分等。中华

遗嘱库发布的《中华遗嘱库白皮书》显示，2020 年度，有 10.69% 的“80 后”在遗嘱中提到了微信、QQ、游戏账号、证券基金等虚拟财产，在“90 后”的遗嘱中，对此的提及比例达到 21.35%。

就上述各类资产的继承而言，个人隐私和信息安全是无法回避的话题。记者了解到，目前已经有平台提供“数字遗产”继承功能，用户可以

在生前设定好遗产联系人，凭借死亡证明和一份密钥，联系人就能获取用户留下的个人信息。

但从合规角度来看，想要彻底理顺、完善这类新资产的继承细则，仍需要顶层设计。

记者 胡杨 樊融杰 仇兆燕

编辑 冀晓航

女子意外身亡留下 50 万保险金，保险公司拒赔给养父母！法院判了

2022-03-13 上海法治报 弘扬社会风尚的

<https://mp.weixin.qq.com/s/3kRCMz4t9Y6hX1PhQ08Yqg>

步入晚年的老王夫妇怎么也没想到，不到 20 岁的养女在一场车祸中意外身故，正处于悲痛中的他们却被保险公司拒绝赔偿，原因竟是老王夫妇拿不出收养证明，亡女更被保险公司指为“精神病人”。

最终经上海市黄浦区人民法院一审判决，保险公司全额赔偿王先生夫妇保险金 50 万元。目前本案已经上海金融法院二审维持。

老王夫妇的养女小王生前购买了一份《个人综合意外保险》，保险金额为 50 万元。后来，小王不幸被一辆小型客车撞倒致死，交警大队出具的《道路交通事故认定书》认定小王不承担交通事故责任。

然而，保险公司却拒绝了王先生夫妇的理赔申请，原因在于保险公司一方面认为小王是限制民事行为能力人，另一方面质疑王先生夫妇“养父母”身份的合法性。王先生夫妇无法理解，自己抚养了将近 20 年的女儿竟不被保险公司承认，于是一纸诉状将保险公司诉至黄浦法院。

庭审中，保险公司指出小王曾因精神疾病入院治疗，是限制民事行为能力人，公司有权拒绝履行合同约定。另一方面该公司又指出，老王夫

妇提供不了小王的收养证明，不是本案适格的受益人。

黄浦区法院经审理后认为，被告的证据仅能证明 2016 年小王有过精神方面的一次就诊记录，医院出院记录并未确诊为精神病。且在 2016 年至 2018 年期间，小王皆能正常进行生活、学习、工作。被告在并无证据显示小王为限制行为能力人或事故发生时存在精神和行为障碍的情况下，仅以两年前的一次就诊记录主张小王不是合格被保险人或据此免赔，法院难以支持。

关于王先生夫妇是否为适格的受益人，法院认为，案涉保险为人身意外伤害——身故、残疾保险，其目的多在于为家庭生活预留保障，由此被保险人死亡后，保险金可使遗属或者受益人生活无忧。案涉保险为小王本人以自己的生命为标的投保，被保险人小王享有当然的受益人指定权。结合老王夫妇提供的证据显示，小王出生即被抱养、1 岁多户口就登记为两原告的养女、亲生父母无法查找的情况，其投保时身故保险金旨在为养父母提供生活保障，也更符合她投保时的主观意愿。

其次，本案保险合同约定的身故受益人为法定继承人。两原告虽未办理收养手续，与小王未

形成法律意义上的收养关系。但王先生夫妇抚养小王长大，两人不仅在生活上对其进行照料，还在经济上对其进行资助和供养，属于“继承人以外的对被继承人扶养较多的人”，在小王无法定继承人的情况下，两原告可以享有与法定继承人

相同的保险权利。因此，法院判决保险公司全额赔偿王先生夫妇保险金50万元。

记者 | 夏天

编辑 | 张旭凡

“00后”立遗嘱情况首次公布 虚拟财产被写进遗嘱

原创：2022-03-23 法治周末报 法治周末报

<https://mp.weixin.qq.com/s/GijJ6uAXpFgrJlBVDsIRkw>

“立遗嘱不是终点，而是新起点。或许它不意味着人们对死亡没有了焦虑和恐惧，而是他们在订立遗嘱的过程中，重新审视了过往和未来的人生。”

刚满20岁就开始立遗嘱，“00后”们在想些什么？

3月21日，中华遗嘱库正式发布《2021中华遗嘱库白皮书》（以下简称白皮书），全方位对遗嘱大数据进行解读。

法治周末记者从中华遗嘱库了解到，白皮书对已经入库的22万余份遗嘱进行不同维度分析对比，首次公布“00后”立遗嘱、第三次分配背景下遗产捐赠志愿服务、《中华人民共和国民法典》实施一年来的变化等一批广受关注的遗嘱登记数据。

值得关注的是，2020—2021年的立遗嘱人群中，“00后”一共有223人，近一年增长了14.42%。他们立遗嘱主要处分的财产以“银行存款”“虚拟财产”为主。

立遗嘱的人群越来越年轻化

2021年春节前，中华遗嘱库曾接到一通特别的电话。

“我想立遗嘱。”电话那头，是一个16岁的少年。“我要把攒下的所有存款都留给妈妈，万一我不在了，那笔钱可以给妈妈多一些照顾。”

遗嘱库的工作人员听到后很惊讶，她反复询问着男孩的信息。按照国家法律规定，年满16周岁、并且以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人才可以立遗嘱。

这名男孩语气很平静，他说自己是一名护士，曾经在一家医院支援。在疫情最严重的两个多月时间里，他亲眼目睹了多位重症患者离开。每当想起那些曾经鲜活却又消逝的生命，他的心里就会感觉，如果什么都没有说就离开了，太遗憾了。

从一线下来以后，这个念头一直在他脑海里。他说：“不知道下一秒会发生什么。”

从小，他便和母亲相依为命。母亲是他的精神支柱，也是他的牵挂。

男孩对工作人员说，“妈妈是我的一切，这些钱也是我的全部了。”

据中华遗嘱库的工作人员介绍，疫情的出现，在某种程度上改变了人们的认知，珍惜眼前人，通过遗嘱来表达自己的关心，也成为了很多人的选择。

“00后”立遗嘱数据



“00后”立遗嘱人数总计223
“00后”立遗嘱人数同比上一年增长14.42%

数据来源：《2021中华遗嘱库白皮书》

另一名立遗嘱的“00后”王磊（化名），今年21岁。

他于2021年在中华遗嘱库立下了遗嘱。

他回忆说，此前看到一个新闻说丈夫去世了，银行卡里的存款无人知道，无法取出来存款，其妻子挨个银行去查询是否还有存款，他第一时间想到如果换作是自己，家人会怎么办？

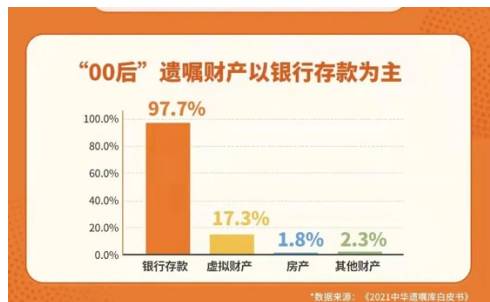
王磊也有这种担心：银行卡账号和密码，其他人并不知道，要是某天真的突发意外了，来不及交待，那么卡里的钱到底该怎么办呢？

因此，王磊重新审视了自己的生活，将“立遗嘱”这件事纳入到自己的规划中，最后选择在生日那天来到中华遗嘱库，用立遗嘱的方式，确保自己银行卡里的钱在自己某天突然去世的情况下，可以及时被家人取出来。

白皮书显示，全国“80后”的遗嘱保管数量从2017年的73份，上涨至2021年的982份，五年间增长近13倍。

截至2021年12月31日，“80后”在中华遗嘱库订立遗嘱一共有1986名；“90后”立遗嘱总人数达到1204人。较上年相比，增长了80%；在2020—2021年的立遗嘱人群中，“00后”一共有223人，近一年增长了14.42%。

中华遗嘱库管委会主任陈凯告诉法治周末记者，立遗嘱的人群越来越年轻化，社会观念在不断改变，从谈“遗嘱”色变，到“00后”立遗嘱成为一种现象，立遗嘱不再是老年人的“专利”，办理遗嘱的年轻化趋势愈加明显。这种对生死态度的转变，恰恰是一种理性的态度，立遗嘱不是终点，而是新起点，或许它不意味着人们对于死亡没有了焦虑和恐惧，而是他们在订立遗嘱的过程中，重新审视了过往和未来的人生。



“00后”将虚拟财产写进遗嘱

白皮书显示，与其他年龄段的人群不同的是，“00后”“90后”的遗嘱中处理财产表现更丰富，“虚拟财产”的纳入和安排成为其一个突出的特征。

“80后”的遗嘱中，有97.67%是涉及到房产，“90后”的遗嘱中涉及房产有71.64%，“00后”立遗嘱人中则有97.7%涉及银行存款。

陈凯表示，“00后”立遗嘱的人群，年龄普遍在18-20周岁间，他们基本上是大学在读生，有部分是刚刚踏入社会工作不久。“该现象说明，存款是00后的主要财产。”陈凯说。

据中华遗嘱库工作人员介绍，“90后”中，不少是父母买房挂名在其名下的，除房产以外，父母还会选择将股权挂名在他们名下。

“00后”“90后”将虚拟财产纳入和安排。支付宝、微信、QQ、游戏账号等虚拟财产是“00后”“90后”遗嘱中常见的财产类型。

截至2021年12月31日，中华遗嘱库共计收到445份遗嘱内容涉及“虚拟财产”，包括QQ号、虚拟货币、淘宝网、支付宝账号、微信账号、网络游戏账号等。

“80后”立遗嘱数量五年增长近13倍



截至2021年12月31日,“80后”在中华遗嘱库订立遗嘱一共有1986名。据统计,“80后”的遗嘱保管数量从2017年的73份,上涨至2021年的982份,五年间增长近13倍。

35岁的刘雪(化名)是家里的独生女,她单身一人,没有结婚。刘雪家境优渥,父母都有一定的资产。

她说,要把自己名下的一套房产留给朋友。原来,她朋友和她父母关系特别好,就像家里的第二个女儿。

刘雪担心万一自己以后有什么意外,希望好朋友能够像她一样去孝顺她的父母。“我知道,即便我什么也没有留给她,她也一样会照顾好我的父母,但我不想让她白白辛苦。”

家住上海,42岁的丁祖红(化名),是一名单亲妈妈。她唯一的儿子今年17岁。丁祖红表示,考虑到自己以后有可能再婚,为了防范再婚带来的财产风险,决定订立遗嘱,将自己的财产留给儿子。

白皮书显示,“80后”的财产以房产为主,存款为次。“80后”的遗嘱中,有97.67%是涉及到房产。

中华遗嘱库工作人员介绍说,超过一半的“80后”是通过自己和另一半的奋斗买房,有一部分人是通过父母的资助下买房。

此外,通过调查发现,“80后”非常懂得投资,有13.18%的遗嘱涉及到公司股权,有14.13%的遗嘱涉及到证券投资基金,这个比例远超其他年龄段的人群。

此外,白皮书显示,“80后”订立遗嘱的人群中,都是属于家庭内部无纠纷、且本人身体健康,订立遗嘱更是希望“未雨绸缪”“避免财产下落不明”和“照顾家人”。

对于“80后”立遗嘱数据大幅增长的情况,陈凯表示,与近年来爆发新冠疫情有一定关系,作为社会的中流砥柱“80后”,肩负着家庭、社会等巨大压力,而且面临着年迈的父母、年轻的配偶和年幼的孩子,背后的家庭关系和利益格局更加多元,使得他们不得不思考及早订立遗嘱。

视觉编辑 | 王硕 赵瑞

从“遗嘱信托第一案”看遗嘱信托的属性与功能

2022-03-24 人民法院报 麻爱琴

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/24/content_215279.htm?div=-1

一、“遗嘱信托第一案”

2017年,上海市静安区人民法院审理了李某1、钦某某等遗嘱纠纷案。静安区法院经审理查明,

委托人李某4指定妻子钦某某和李某5、李某6、李某7作为受托人，共同负责管理其财产，进而认定李某4所立遗嘱有效，依法成立信托。二审中，上海市第二中级人民法院认为遗嘱信托生效，由李某5、李某6、李某7继续作为受托人。这是国内第一次以司法判决的方式确认了遗嘱信托这一崭新的财富传承方式，开创了财富传承领域司法实践的新纪元。该案当时引起广泛关注，号称我国“遗嘱信托第一案”。

早在2001年，信托法第八条、第十三条就规定了遗嘱信托的形式要件以及受托人缺位时的补位机制，民法典第一千一百三十三条第四款也明确规定“自然人可以依法设立遗嘱信托”。但实践中有效成立的遗嘱信托极少，案例并不多见，相关的理论研究也略显不足。在前述李某1、钦某某等遗嘱纠纷案中，静安区法院在判决中阐明，“考虑到本案所涉法律关系较为新颖，缺少先例供当事人参照。为便于当事人保护权利、履行义务，减少纠纷，防止讼累，经当事人申请，本院就部分民事信托事宜释明如下”。可见，尽管信托法已生效20多年，但是我国的遗嘱信托制度的相关法条整体上还不够活跃，整个制度还有待进一步激活，对遗嘱信托的属性和功能也仍有进一步研究的必要。

二、遗嘱信托的属性

遗嘱信托之所以与遗嘱继承不同，也与一般的信托不同，根本上的原因是遗嘱信托兼有遗嘱和信托的双重属性。

首先，遗嘱信托是单方法律行为，基于遗嘱人的意思表示成立。其次，遗嘱信托是死因行为。除遗嘱人在遗嘱中另行明确生效时间或条件外，以遗嘱人的死亡为生效时间。第三，遗嘱信托是要式行为。遗嘱信托的成立生效需符合民法典和信托法关于遗嘱和信托有效性的形式规定，即必须采用书面形式，因此口头遗嘱、录音录像遗嘱等不是遗嘱信托的适当形式。第四，遗嘱信托具有

高度灵活性。在遗嘱信托中遗嘱人可灵活确定受托人、受益人、信托财产、管理方式、信托利益分配、投资标的、信托期限等，这就给遗嘱信托留下极大的发挥空间。第五，遗嘱信托具有“资产隔离”属性。遗嘱信托财产独立于委托人、受托人、受益人，这使得遗嘱信托拥有了其他继承制度所不具备的风险隔离功能，增加了财产的安全性与稳定性。第六，遗嘱信托具有长期性、持久性。遗嘱人可借助遗嘱信托延伸其意志与持续管理财产，这也使遗嘱信托更符合信托财产长期规划的遗愿。因此，遗嘱信托经常被比喻为“从坟墓中伸出的手”。尽管遗嘱人可能身故多年，但这只手依然有其生命力，长期支配着遗嘱信托财产的使用、管理、投资、分配等。

三、遗嘱信托的功能

正是基于遗嘱信托以上六大属性，遗嘱信托有许多传统财富传承制度所不具有的功能，尤其相较于遗嘱继承、遗赠而言，遗嘱信托有诸多应用场景，这可能也是民法典和信托法设置遗嘱信托的原因。

首先，遗嘱信托可避免后位继承的风险。如甲在遗嘱中指定父母继承某套房屋，但要求将来父母立遗嘱指定甲的儿子作为受遗赠人。这样设计的风险在于如甲去世后，其父母不按照甲的要求将房屋给甲的儿子，则甲的愿望便无从实现。通过遗嘱信托，则可在信托条款中规定，父母和儿子为遗嘱信托的受益人，但在父母去世时受益权全归属于甲的儿子，从而避免了后位继承的风险。

其次，遗嘱信托可防挥霍、浪费。如果甲把大笔财产一次性交给其儿子，则其儿子容易生活挥霍、不思进取。遗嘱信托则是把遗产给受托人，并由受托人定期或不定期给受益人分配信托利益，从而最大程度上避免了这种风险。

第三，遗嘱信托可进行个性化设计，对受益人进行行为引导。如约定甲的儿子学业优秀或考上双一流大学，则由受托人支付一定的奖励金；或

者其成年后注重锻炼，则每跑完一次马拉松可获得相应的运动奖励金；或者在其满 30 岁时，受托人向其支付四分之一的本金；或者其有吸毒、嫖娼等恶习，则授权受托人在信托利益分配上适当予以惩戒，比如信托利益暂停支付或减半支付等。这些个性化的条款有助于实现甲更细致长远的愿望，有利于受益人形成良好生活习惯、实现更高人生目标。

第四，相对于遗嘱继承，遗嘱信托有强大的资产隔离功能。若甲的儿子作为继承人继承了大笔遗产，则在未来负债时可能会被其债权人强制执行。而若甲的儿子只是作为受益人，则只有其定期或不定期获得的信托利益属于其责任财产，至于信托财产则在受托人名下，与其无关，不构成其责任财产，根据信托法第十七条，原则上不得强制执行。

第五，与遗嘱继承、遗赠只负责财产转移不同，遗嘱信托兼顾财产转移与财产管理，尤其是

专业机构担任受托人时遗嘱信托的造血功能就更加明显。正因为受托人将信托财产进行专业的组合、分散投资，使得信托财产取得一个稳健的收益，从而使信托财产不断保值增值，进而使遗嘱人能够更加长期持久地支持某项慈善事业或实现对亲人的长久照顾。

第六，遗嘱信托可使遗嘱人的遗愿贯彻得更加彻底和长远。比如甲儿子若不思进取、自甘堕落，则受托人可根据甲遗愿暂停向其支付信托利益，以示惩戒。即使遗嘱人已身故，其遗愿依然在信托财产的管理、使用、分配中发挥作用。

第七，与遗嘱继承将继承人严格限制在法定继承人范围内不同，遗嘱信托的受益人原则上没有限制，在不违反法律法规的强制性规定和公序良俗的前提下，遗嘱人可指定任何人为遗嘱信托受益人，并可实现对受益人个性化的、长期的照顾，而不是仅满足于一次性的财产转移。

（作者单位：苏州大学王健法学院）

年度十大案例（一） | 女子持亡夫遗嘱继承房产遭拒，状告房产登记机关获法院支持

2022-03-25 盐田法院 梧桐小羊

<https://mp.weixin.qq.com/s/CGcmNAp2bVTxZgZQvQ4SsQ>

2021 年，盐田法院共办结各类案件 17641 件。为了加强优秀案例树培，统一类案裁判标准，进一步提升司法公信力，经过由盐田法院评审小组及第三方评选小组共同组成的 15 人评审团初评、复评及盐田法院审委会复核，最终下面十个案例成为盐田法院 2021 年度十大案例。



承办法官

孙静

盐田法院行政二庭庭长

关键词：不动产登记 / 继承 / 遗嘱 / 公证 / 法定继承

裁判要旨

遗嘱继承和法定继承是两种不同的继承方式，遗嘱继承旨在保障被继承人依法自由处分财产的权利。继承人依据公证遗嘱继承房产的，属遗嘱继承，房产登记机关不得以未提供其余所有法定

继承人或受遗赠人放弃继承权声明为由拒绝办理房产转移登记。

案情简介

2004年1月，原告与陈某登记结婚。2013年3月，陈某购买深圳市南山区后海大道某小区房产一套。涉案房产已办理预售备案，尚未办理不动产登记。

陈某生病住院期间，其于2014年8月22日在深圳市南山区香港大学深圳医院住院部×号床前，经公证员公证，签署《遗嘱》。经公证的《遗嘱》记载：“我，陈某与前妻史某某生有一子陈某甲，现已成年，与现在的妻子郭某生有一女，陈某乙，现未成年，我与妻子郭某在婚姻期间出资为我的儿子陈某甲购买了位于深圳市南山区工业七路某小区房产，登记在儿子陈某甲名下，首期款及按揭款都由我及妻子承担，现趁我意识清楚，对我享有的财产（部分财产）作如下处分：一、1. 本人与妻子郭某共同拥有位于深圳市南山区后海大道某小区房产；……现我慎重考虑，在我去世后上述夫妻共同财产中属于我的份额全部遗留给妻子郭某，并且仅作为她的个人财产。二、我保证我上述遗嘱处分的财产为夫妻共同财产中属于我的份额，拥有完全的处分权，如我处分了不属于我的财产或无完全处分权的财产，遗嘱这部分内容无效，其余部分仍按此遗嘱执行。三、除上述财产，本人已对缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人保留必要的遗产份额。……”2014年9月7日，陈某病亡。

2019年6月19日，原告就涉案房产向被告不动产登记中心提出申请，提交了《深圳市不动产登记申请表（通用表）》、原告的身份证、关于《深圳市房地产买卖合同》的《公证书》、关于《遗嘱》的《公证书》、关于购房款的《公证书》、关于《结婚证》的《公证书》、关于《深圳市死亡医学证明书》的《公证书》等材料。同日，被告不动产登记中心作出《不予受理通知书》，告知原告，

上述申请登记材料不符合规定，决定不予受理。

具体原因为，申请登记资料不齐全，需提交：1. 所有继承人或受遗赠人的身份证、户口簿或其他身份证明；2. 所有继承人或受遗赠人与被继承人或遗赠人之间的亲属关系证明；3. 继承人或受遗赠人放弃继承提交放弃继承权的声明。

原告不服，申请行政复议，后被告市规划和自然资源局于2020年9月19日作出行政复议决定，维持了被告不动产登记中心作出的《不予受理通知书》。原告仍不服，诉至法院。

裁判结果

深圳市盐田区人民法院于2020年9月17日作出（2019）粤0308行初2873号行政判决书，判决：

一、撤销被告深圳市不动产登记中心于2019年6月19日作出的《深圳市不动产登记中心不予受理通知书》；

二、撤销被告深圳市规划和自然资源局于2019年9月19日作出的深规划资源复决（2019）23号《行政复议决定书》。

案件受理费人民币50元，由被告深圳市不动产登记中心与被告深圳市规划和自然资源局共同负担。

宣判后，被告市不动产登记中心和被告市规划和自然资源局提出上诉。广东省深圳市中级人民法院于2021年4月20日作出（2020）粤03行终1567号行政判决书，驳回上诉，维持原判。

裁判理由

被告不动产登记中心仅作出“上述申请登记材料不符合规定，决定不予受理”这一结论，未载明具体的法律依据。根据《行政诉讼法》第三十四条第一款及相关司法解释的规定，该行为不符合依法行政原则的要求，属于法律适用错误。

《不动产登记暂行条例实施细则》第十四条述明，因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登

记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书。

从字面表述来看，该条文包含两个层次，第一层次是将所需材料分为两种形式：一种为原始书证形式，记载死亡、继承等事实，另一种为经过公证或者生效的法律文书的形式。第二层次则列明所需的具体材料，包括遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等。

从用词来看，“或者”一词表示选择关系，而非要求同时具备。这种选择关系与我国继承制度分为法定继承、遗嘱继承的制度设置相一致，即，材料为遗嘱的，对应的是遗嘱继承方式；材料为全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系的，则对应法定继承方式。

原告系依据遗嘱继承涉案房产，被告不动产登记中心要求提供包括所有继承人或受遗赠人放弃继承的声明等材料，实属模糊了遗嘱继承和法定继承的区别。并且，公证遗嘱具有较高的法律效力，在没有相反证据足以推翻公证遗嘱的情况下，应当认可公证遗嘱所公证的事实。现本案也未有其他相反证据推翻该公证遗嘱。



专家点评

宋明

深圳大学法学院教授

柳北法院家少庭受理案件后，承办法官梁加灵根据当事人自述，依职权展开调查，多次前往派出所、社区了解实情，并同多名知情者制作了

谈话笔录，掌握了老王、兰姐夫妻二人多年实际抚养弃儿小美的具体情况。

房屋不动产作为公民安身立命之所，其相关权利的归属是与老百姓切身相关的基本民生问题。依法对房屋不动产进行登记是维护公民的居住权、实现社会秩序稳定的重要保障。因此，房屋不动产登记机关在履行房屋不动产登记管理职责时，应当严格遵守法律的规定，恪守依法行政的基本原则。

本案是对不动产登记中心不予受理登记申请而提起的行政诉讼，原告能否基于公证遗嘱之证明力以申请变更涉案房产的预告登记是本案的争议焦点所在，对本案作以分析对进一步厘清不动产登记机关审查义务之职责权限有所裨益。

首先，法院判决强调了依法行政原则。依法行政原则是建设法治国家、法治政府的基本要求，也是行政机关行使行政职能应当遵循的基本准则。依法行政原则要求，在下位阶法的原则、内容与上位阶法发生冲突时，执法机关应适用上位阶法而不应适用与上位阶法相抵触的下位阶法，行政机关适用规范性文件亦不得对法律规范作不当解释从而限制当事人合法权利的行使。在本案中，《不动产登记操作规范（试行）》为部门规范性文件，被告援引并据以作出不予受理行政行为的相关条款给行政相对人创设的义务与上位法有关继承方式适用与公证文书效力等规范内容相抵触，违背依法行政原则。此外，被告将《不动产登记暂行条例实施细则》第十四条以及《不动产登记操作规范（试行）》中“经公证的材料”解释限定为“继承权公证书”而将公证遗嘱排除在外，并据以要求当事人另行提交证明材料的行为，对当事人的合法权益作了实质性的限缩，使得当事人无法基于法律、法规的规定实现房屋不动产的所有权权益。

因此，法院判决认为在无相反证据足以推翻公证遗嘱的情况下应当认可公证遗嘱所公证的事实、在法效果上肯定公证遗嘱的确定力和证明力，被告作出的行政行为缺乏法律依据，既强调了在规范性文件应当符合上位法的规范内容，又明确了行政机关在行使行政职权时对法律法规的适用应当秉承合法合理行政理念，有利于依法行政原则在执法实践中的贯彻落实。

其次，法院判决厘清了行政登记机关职责。不动产登记行为旨在维护不动产权利人的合法权益、保障不动产权属公示秩序，其效力实现是基于对行政相对人申请登记的不动产权属法律事实进行确认并予以宣告，行政机关不具有赋予行政相对人不动产所有权的权利或义务，因此，对不存在异议的法律事实行政机关不得以或将产生民事权利义务纠纷为由模糊行政机关的职责范围而拒绝履行行政确认义务。

本案当事人系于2014年办理的公证遗嘱，公证遗嘱具有优先效力；且根据《公证法》第25条“申请办理涉及不动产的公证，应当向不动产所在地的公证机构提出”的规定可知，公证文书是公证机关依法对受公证材料及其事实的合法性与真实性的认定，在无其他有效证据证明现有公证遗嘱无效的情形下，涉案公证遗嘱具有真实合法的公证唯一性，已然确证了当事人为涉案不动产的所有权人这一法律事实。被告为杜绝后续民事纠纷产生而加重相对人的义务，再行要求申请人提交其他与公证文书合法真实性无关的、对登记所需确认事实并无增益的证明或声明，实际上混淆了其应履行的法定职责。

本案法院判决将涉案不动产登记之审核确证内容界定为遗嘱继承的登记材料，认为行政机关应在行政法律关系内确认公证遗嘱之效力，对行政机关过度考量民事法律范畴，越过行政法律关系范畴给当事人设下多重关卡阻碍、繁复登记手续而与行政登记职责之履行南辕北辙的权力外溢行为具有防范、遏制的警醒作用，有利于明晰不同继承方式下行政不动产登记机关之审查范围及审核内容，促进行政机关对不动产登记职责的积极高效履行，深入推进不动产登记便利化改革，保障当事人合法权利诉求的实现。

“你管爸我管妈”的赡养协议合法吗？

2022-03-26 人民法院报 杨朝清

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/26/content_215337.htm?div=-1

近日，一则看似公平的“你管爸我管妈”赡养协议案件引发关注。3月22日，浙江省余姚市人民法院通报了该案例。原来，浙江余姚陈大爷的两个儿子30年前曾达成内部协议，签订过一份《永立分书》约定“你管爸我管妈”。妻子去世后，如今卧病在床的陈大爷的赡养问题却被兄弟俩互相推诿，陈大爷无奈将两个儿子告上法庭。内部赡养协议不是赡养义务的“挡箭牌”，最终法院为陈大爷主持了公道。

我国民法典规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。现实生活中，子女们因赡养父母订立的各自分别承担赡养一方父母的协议，是子女间就赡养义务的实际履行作出的

事先安排。这种赡养人内部间的约定，并不排除赡养人的义务。因此，本案例中，哥哥不能因已按约履行《永立分书》免除对父亲的法定赡养义务。

不过，哥哥已经按照内部协议赡养了母亲，虽然还必须依法赡养父亲，但如果按照一半的份额来分摊赡养费用，显然有失公允。因此，法院综合考虑当地的生活水平及其已依约履行《永立分书》等情况，最终酌情认定原告每月需赡养费2000元，哥哥、弟弟各承担各项费用的40%、60%。

子女赡养父母，既是道德上应当遵守的孝敬行为，也是法律上规定的法定义务。可以说，此案例是一堂很好的普法课，不仅以案说法向公众宣传了相关法律知识，也警示子女不得互相推诿，应依法赡养老人。

手握遗嘱等于手握遗产？法官：没那么简单

2022-03-29 京法网事 印鹏

<https://mp.weixin.qq.com/s/wN9PdH5cL89gUNnWpK8HFA>

代书遗嘱几人签字才有效？继承人为何不能见证遗嘱？遗嘱“偏心”可能违反法律规定？什么样的遗嘱才是“合格”遗嘱？法院如何办理涉遗嘱继承纠纷案件？

2022年3月29日，大兴法院召开新闻通报会，就大兴法院近年来审理的涉遗嘱继承纠纷案件基本情况及典型案例进行发布。



通报会由大兴法院党组成员、政治部主任单祖果主持。



大兴法院党组成员、副院长尹凤云通报了大兴法院近年来审理涉遗嘱继承纠纷案件的整体情况。据介绍，涉遗嘱继承纠纷案件在家事审判中并不少见，而且案件情况更加复杂。涉案标的以有形财产为主，其中 90% 以上案件主要争议标的为不动产房屋。遗嘱形式多为自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱。无效遗嘱原因主要在于不符合法定形式要件、见证程序存在瑕疵、内容违反法律规定等。



大兴法院红星法庭庭长张冠楠介绍了涉遗嘱继承纠纷案件的特点以及大兴法院办理此类案件的经验做法。据了解，涉遗嘱继承纠纷案件普遍具有诉讼参与人多、涉案人员关系复杂、遗嘱效力争议较大、案件审理周期长以及调解、撤诉结案比例高等特点。为了更好地尊重被继承人意思自治，保障当事人合法权益，维护良好的亲缘关系，大兴法院在充分发挥调解优势、灵活运用审查方式、提高庭审质效、加强普法宣传等多个方面入手，全力定分止争。



随后，法官助理印鹏通过案例就涉遗嘱继承纠纷常见问题进行法律提示。

案例一

基本案情

李某与刘某系夫妻关系，二人共生育 4 名子女即本案原告李甲与被告李乙、李丙、李丁。原告李甲将其余三名子女作为被告诉至法院，要求依据遗嘱继承其父亲李某的遗产房屋。原告李甲向法院提交了李某的代书遗嘱 2 份，第一份遗嘱正文写明了被继承人李某名下遗产房屋全部由李甲继承，在落款“父亲遗书”处签有“李某”的签字，在落款“代笔人”处签有“鲁某某”的签字，在落款“旁听人”处由李丁签字确认，该份遗嘱的落款时间为 2008 年 11 月；第二份遗嘱落款时间为 2011 年 1 月，遗嘱正文与第一份基本一致，但正文由被告李丁书写。对于上述 2 份遗嘱，被告李乙、李丙均不予认可，原告甲与被告李丁予以认可。

审查结果

法院审查认为：本案争议焦点为原告李甲提交的遗嘱效力问题。根据《中华人民共和国民法典》第 1135 条规定：“代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日”。又根据第 1140 条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；（二）继承人、

受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人”。对于第1份代书遗嘱，“代笔人”为鲁某某，“旁听人”为李丁，而李丁系被继承人李某的第一顺序继承人，故该份遗嘱不符合代书遗嘱的形式要件，应属无效；对于第2份代书遗嘱，系由李丁书写，不符合代书遗嘱的形式要件，应属无效。据此，李甲所提交2份代书遗嘱不符合遗嘱法定形式要件，均属无效，对本案应按照法定继承办理。

法官提示

遗嘱人需按照法律规定，规范订立遗嘱，避免出现因遗嘱不符合法定形式被认为无效的情形。

第一，采用自书遗嘱形式的，由立遗嘱人亲笔书写、签名，并注明日期。

第二，采用代书遗嘱形式，应有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，并注明日期。且对于见证人的选择，应避免选择无民事行为能力人、限制民事行为能力人、继承人、受遗赠人及与继承人、受遗赠人有利害关系的人作为见证人。

第三，采用打印遗嘱、录音录像遗嘱的，系属于民法典新增的遗嘱形式。打印遗嘱需要两名以上见证人在场见证，且见证人应在遗嘱每一页签名并注明日期；录音录像遗嘱亦需要两名以上见证人在场见证，且见证人应在录像中记录姓名或肖像以及日期。

案例二

基本案情

赵某、秦某原系夫妻关系，并育有一子赵甲，后二人离婚；1983年，赵某与任某再婚，赵甲时年11周岁；任某与赵甲形成有抚养关系的继母子关系；任某系精神残疾人，残疾等级为2级；赵甲于2008年5月因病死亡；赵甲生前与曾某系夫妻关系，二人于1997年登记结婚，婚后生育一子

赵乙。经查，赵甲留有一处遗产房屋，且留有代书遗嘱一份。该代书遗嘱载明：“本人赵甲因身体状况现立遗嘱：本人过世后将名下位于北京市大兴区的遗产房屋留给儿子赵乙，未成年时由妻子曾某代为管理”。该代书遗嘱由齐某代书，有立遗嘱人赵甲签名，有见证人齐某、张某签名，注明立遗嘱时间为2008年4月29日。庭审查明，该代书遗嘱系在医院所立，对遗嘱录制了录像，且见证人齐某、张某均到庭作证。但赵某、任某对上述遗嘱不予认可。

审查结果

赵甲生前所立遗嘱系代书遗嘱，根据《中华人民共和国民法典》第1135条规定：“代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日”。经审查，该代书遗嘱符合法定形式要件。因遗产房屋系赵甲与曾某的夫妻共同财产，根据《中华人民共和国民法典》第1153条第一款规定：“夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产”，故遗产房屋中的50%份额应分出为曾某所有，其余的50%为赵甲的遗产。虽然赵甲立遗嘱要求其遗产房屋归儿子赵乙所有，但赵甲之父赵某系年满70周岁的老年人，患有多种疾病，任某系年满60周岁的精神残疾人，二人一直居住在涉案遗产房屋内，没有其他住房，且二人此前对赵甲一家购房及生活多有帮助，根据《中华人民共和国民法典》第1130条第二款规定：“对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾”，第1141条规定：“遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”。故赵甲在立遗嘱时，将其全部房屋遗产留给赵乙，不仅违背法律规定，而且有悖倡导诚信、友善，尊重和保障人权的社会主义核心价值观。据此，赵甲

所立遗嘱部分无效，在分割涉案遗产房屋时，应为赵某、任某保留必要的遗产份额。

法官提示

本案中所涉及的遗嘱部分无效系因为违反了法律对于“必留份”的规定。无论是继承法还是民法典，均对“必留份”作出了明确的规定，该项规定是一种对遗嘱自由的必要限制。立遗嘱时

应为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人预留份额。如果遗嘱没有预留份额，则在处理时，应当先为该继承人留下必要份额的遗产，所剩部分按照遗嘱确定的分配原则处理。

供稿：大兴法院

摄影：钱坤

编辑：杨盛宾 姚日辉

案例二 律师代理刘某某诉继母刘某、同父异母妹妹温某、刘某某父亲继子刘某洲继承纠纷一审案

2022-03-26 人民法院报 司法部

https://mp.weixin.qq.com/s/DSJB_k_zVC1wdCP18_BabA

本案为一起比较复杂的继承案件，涉及被继承人生前的多名配偶、亲生子女及继子女间的继承争议，并且存在部分继承人达成协议后反悔并在诉讼中增加继子女参加诉讼的复杂案情，代理律师紧紧围绕案件焦点问题即继子女继承权的前提条件发表意见，认为判断继父母与继子女之间是否享有继承权，以是否形成“扶养关系”为标准，而“扶养”一词是指相互扶助之意，对双方而言既是权利又是义务，故而继承法上的扶养关系应包括抚养和赡养两项内容。因为继父母与继子女之间原本缺乏血缘作为继承关系的纽带，故而法律要求他们之间的关系要“拟制”达到亲生父母与子女之间关系的相应程度时，继子女才能继承继父母的遗产。故应将法律要求继父母与继子女之间的“扶养”关系，理解为包含继父母对继子女的“抚养”和继子女对继父母的“赡养”。本案中，只有刘父对刘某乙进行了“抚养”，但刘某乙没有对刘父进行“赡养”，双方不存在法律真正意义上的“扶养关系”。

律师在代理意见中结合案情多方面层层论述，以案释法，论点明确，论据充分，逻辑清晰，并得

到法院采纳，显示了律师的专业法律功底，对相关继承案件的处理思路具有指导意义。

案情简介

刘某某的父亲刘父于2019年8月份去世，去世后留下了房产、古董等财产，刘某某和继母刘某及刘父与第一任妻子吴某某所生女儿温某就有关遗产问题达成了分配协议。协议签订后，温某、刘某未按照遗产分配协议的约定履行协助刘某某办理房产过户手续。2020年1月份，刘某某依法提起诉讼，要求刘某与温某协助自己办理不动产转移登记手续。唐山市丰南区法院受理后，进行了第一次开庭审理，庭审中温某提出刘父的第三任妻子任某某（已离婚多年）的儿子刘某洲是刘父继子，从小与刘父共同生活，属于法定继承人，原定遗产分配协议遗漏了继承人。此后，刘某洲主动申请参加诉讼，以刘某洲与刘父形成了有扶养关系的继父子关系，要求依法继承刘父财产。

代理意见

律师代理刘某某发表如下代理意见：

一、本案被告刘某洲不应分得被继承人刘父的遗产。

1、刘某洲与刘父之间的姻亲关系已解除，不存在法律意义上的继父子关系，不应享有继承权。

依据我国目前法律的规定，继子女对继父母享有继承权建立在继父母之女之间的权利义务并没有消灭的基础上。“有扶养关系的继子女”所适用的是针对仍然存在婚姻关系的继父母和继子女之间，既然继子女与继父母的姻亲关系已随着婚姻关系的结束而消灭，则继子女的生父母与配偶离婚后，便不存在所谓的“继子女”和“继父母”的称谓了，更谈不上适用“有扶养关系的继子女”的法律规定。

继父母子女之间的关系，是以继子女的生父母与继父母的婚姻为前提的，是一种拟制血亲关系。刘某洲生母与被继承人刘父离婚后，其与刘父之间的姻亲关系已解除，换言之，刘某洲生母与被继承人刘父离婚后，刘某洲与刘父已不属于法定意义上的继父子关系，故刘某洲无权再继承刘父的遗产。《中华人民共和国婚姻法》第二十七条第二款规定指的是继父母子女的关系存在时，即继父母和亲生父母之间的婚姻关系存在时，相互之间适用父母子女之间的关系，该规定并不当然包括继父母子女关系不存在时，相互之间仍然有相互继承遗产的权利。该规定也不能当然理解为包括现在已经不是继父母子女关系，而曾经形成扶养关系的继父母子女之间有相互继承遗产的权利。

2、刘某洲没有赡养被继承人，与被继承人刘父不存在法定的扶养关系，不应享有继承权。

在我国的民法体系中，分别有“抚养”“赡养”“扶养”三种看似相近相关的法律关系。“抚养”是父母对未成年子女所负有的法定义务；“赡养”是成年子女对年老父母所负有的法定义务；而“扶养”的内涵则相对更加丰富，在法律

条文中，它主要用于两处：一是特定情况下所指的夫妻之间互相扶助照顾的义务，二是判定继父母与继子女之间是否互有继承权时的“扶养关系”。故而“扶养”应涵盖了“抚养”和“赡养”两项内容。而在继父母与继子女的“扶养”关系上理解为此处的“扶养”包含“抚养”和“赡养”两项内容更符合法律对继父母与继子女之间享有继承权所设定限制要求。因为继父母与继子女之间原本缺乏血缘作为继承关系的纽带，故而法律要求他们之间的关系要“拟制”达到亲生父母与子女之间关系的相应程度时，继子女才能继承继父母的遗产。亲生父母与子女之间的法定义务恰恰以父母对未成年子女的抚养义务与成年子女对老年父母的赡养义务为主体。故应将法律要求继父母与继子女之间的“扶养”关系，理解为包含继父母对继子女的“抚养”和继子女对继父母的“赡养”。本案中，只有刘父对刘某洲进行了“抚养”，但刘某洲没有对刘父进行“赡养”，双方不存在法律真正意义上的“扶养关系”，刘某洲不应享有继承权。

退一步讲，即使认定刘某洲与刘父二人曾经存在扶养关系，因刘某洲与刘父为拟制血亲关系，刘父与刘某洲生母的离婚，刘某洲不再与刘父共同生活，事实上造成拟制血亲关系的中断，而且刘某洲成年后对刘父未履行任何赡养义务，也应认定刘父与刘某洲之间的扶养关系结束，在继承发生时，双方不存法定的扶养关系，刘某洲不应享有继承权。

3、最高人民法院的 1986 年批复是继父母向曾被其抚养成人的继子女要求赡养扶助的依据，不是本案刘某洲作为曾受继父抚养成人的继子在继父与生母离婚后继承继父遗产的依据。

最高人民法院 1986 年《关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》作出的出发点是基于继父母曾经对继子女尽到了抚养照顾的义务，如果明确离

婚之后，继父母不能得到前继子女的照顾，有悖于公平合理和权利义务一致的法理。该批复是针对赡养老人的案例而言，与《继承法》规定的继子女与继父母之间的继承权并非基于同一法律基础。该批复是继父母向曾被其抚养成人的继子女要求赡养扶助的依据，不是本案这种继父与生母离婚后曾受继父抚养成人的继子继承继父遗产的依据。因此，该批复对本案不具有有指导意义。

4、认定刘某洲享有继承权违背意思自治原则

继父母与继子女来说是血亲的配偶，继子女对继父或继母来说是配偶的血亲，属于姻亲。即便继父母不与继子女的生父母离婚，也很少有将自己的财产留给继子女的，更别说在与继子女的生父母离婚后，就更不愿将自己的财产留给原继子女的意思了。如果，继父母愿意将自己的财产遗赠给原继子女，可以订立遗嘱，方能体现被继承人的意思。本案中根据庭审证据显示，刘父生前没有留下给刘某洲遗产的遗嘱，而被继承人刘父与刘某洲的母亲任某某离婚时二人夫妻感情已经破裂，双方为了财产争议很大，非常不愉快。自二人离婚至今十多年的时间内，刘某洲与刘父无任何联系，未承担过赡养义务，没有感情基础。因此，按照常人思维，被继承人刘父不会愿意把自己的遗产留给刘某洲，如果认定刘某洲享有继承权，也违背了当事人意思自治原则。

5、认定刘某洲享有继承权有违民法公平合理和权利义务对等的基本原则

本案中，如认定刘父在与刘某洲的生母任某某离婚后，刘某洲仍可以继承被继承人的遗产，所产生的最大问题在于，抚养教育继子女的义务，尽到了抚养照顾刘某洲的义务，但离婚后随着姻亲关系的消灭，刘某洲与刘父不再来往，更没有主动尽到赡养刘父的义务，若刘父去世后遗产反而可以由刘某洲继承，无论对于曾经对刘某洲幼时尽到了抚养义务的义务而言，还是对于对刘父

尽了主要赡养义务的亲生子刘某某而言，显然都是不公平的，也完全违背了民法的公平合理和权利义务对等的精神和原则。

6、即使认定因被继承人刘父对被告刘某洲曾经有抚养教育的事实而确定刘某洲有权继承刘父的遗产，因刘某洲没有赡养被继承人刘父，也不应分得遗产。

根据《继承法》第十三条规定，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。本案中，刘某洲作为一个继子女在幼时受到刘父的抚养，就有义务对年老的刘父进行赡养。但是，自刘某洲母亲与刘父离婚后，刘某洲与刘父没有任何联系，在刘父年老时未起到任何赡养义务，如今刘某洲没有证据证明其不具有赡养能力和赡养条件，也没有证据证明其曾经对刘父进行赡养，因此不应分得被继承人的遗产。

综上所述，无论从哪个角度，刘某洲都不应分得刘父的遗产。

二、原告刘某某的诉讼主张合法有据，应予支持。

本案中，原告刘某某作为唯一一个在被继承人身边与继承人生活的亲生子女，在被继承人生前一直尽其所能对继承人予以身心的照顾，在被继承人去世后为其办理了后事，尽到了主要的赡养义务。根据《继承法》第十三条规定，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。鉴于本案被告人刘某洲不应分得被继承人的遗产，在被继承人去世后，原告与被告温某、刘某达成了遗产分配协议，是三方真实意思表示。原告按照遗产分配协议要求该二人配合办理过户手续合法有据，应予支持。

判决结果

唐山市丰南区人民法院判决支持了原告刘某某的诉讼请求，判决被告刘某、温某于判决生效之日起五日内协助原告办理位于唐山市丰南区丰南镇某街某号房产的不动产产权变更登记手续。

裁判文书

河北省唐山市丰南区人民法院(2020)冀 0207 民初 1 号民事判决书

唐山市丰南区人民法院判决支持了原告刘某某的诉讼请求，判决被告刘某、温某于判决生效之日起五日内协助原告办理位于唐山市丰南区丰南镇某街某号房产的不动产产权变更登记手续。

案例评析

判断继父母与继子女之间是否享有继承权，以是否形成“扶养关系”为标准，而“扶养”一词是指相互扶助之意，对双方而言既是权利又是义务，故而继承法上的扶养关系应包括抚养和赡养两项内容。因为继父母与继子女之间原本缺乏血缘作为继承关系的纽带，故而法律要求他们之间的关系要“拟制”达到亲生父母与子女之间

关系的相应程度时，继子女才能继承继父母的遗产。亲生父母与子女之间的法定义务恰恰以父母对未成年子女的抚养义务与成年子女对老年父母的赡养义务为主体。故应将法律要求继父母与继子女之间的“扶养”关系，理解为包含继父母对继子女的“抚养”和继子女对继父母的“赡养”。本案中，只有刘父对刘某洲进行了“抚养”，但刘某洲没有对刘父进行“赡养”，双方不存在法律真正意义上的“扶养关系”。

结语和建议

继子女对继父母是否具有法定继承人资格，以是否存在扶养关系为判断标准。在判断是否存在扶养关系时，应根据案件具体情况综合进行判断，实践中对此类案件的认定存在很大争议。建议承办此类案件时应对“扶养关系”的事实是否存在进行充分举证确定，同时对相关法律法规、司法解释及司法判例进行详细了解，就“扶养关系”的法理理解和事实判断进行充分论证、说明，为法官依法裁判提供明确的思路和充分的依据。

四、房产

男子逃避法院执行将安置房登记在女儿名下！济南平阴法院判决：撤销！

2022-03-28 济南中院

https://mp.weixin.qq.com/s/mJ_3b1lYtX7JS4_rh6aqDg

规避、耍赖、转移财产，为逃避还款义务债务人可谓是练就了十八般武艺，自以为天衣无缝可以瞒天过海，却都逃不过法院执行法官的眼睛！

近日，一位债务人为逃避还款将拆迁安置房转登记在女儿名下，山东省济南市平阴县人民法院在查明事实的基础上，依法作出裁判，撤销了这对父女之间的转让行为。

案情回顾

2013 年至 2015 年期间，老贾为经营公司，多次向老魏借款共计 50 余万元。借款到期后，老魏多次催要未果，无奈之下，2021 年 5 月，老魏将老贾告上了法庭。在法院的主持调解下，两人达成了调解协议，老贾分期分批履行还款义务，其中第一期为 2021 年 7 月 15 日前还款 2 万元。但是到期后，老贾仍然没有还款的行动。申请强制执行前，老魏查找财产线索时发现，老贾在老家村庄的住房于 2020 年 4 月被征收拆迁，老贾应分得楼房一套。老贾却把新房转登记在女儿小贾名下。老魏认为，老贾故意将新房转让登记在女儿名下，是为了规避债务和接下来的强制执行，这损害了他这位债权人的合法权益，老魏再次将老贾和小贾诉至法院，要求依法确认新房转让行为无效，并判决该房屋归老贾所有。小贾辩称，新房是自己合法购买的，不存在转让的问题。法院审理查明，老贾在老家原有登记在其名下的宅基地住房一处，2020 年村里进行旧居改造，实行拆除旧房换购新房政策。经过评估，老贾的这处老房子价值为 16 万元，老贾让女儿小贾与拆迁指挥部、村委会签订了征收补偿协议，并添加了 12 万

元，在安置小区换购了一套价值 28 万元的新房。交房后，该新房登记在小贾名下。

法院判决

法院认为，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。老贾将自己应分得的部分转让给小贾，小贾并未支付合理的对价，应系其无偿转让。老魏对老贾享有债权，经法院调解生效并已进入执行程序，老贾也未提供证据证明其有履行债务的能力或其他可供执行的财产。综合以上情况分析，老贾将其房产无偿转让给女儿的行为，损害了老魏债权实现的权利，具有一定的主观恶意。对老魏主张撤销父女之间的转让行为的诉求，法院予以支持。同时，法院也指出，新房是属于老贾的拆迁补偿款和小贾支付的 12 万元共同换购而来，应为两人的共同财产，驳回了老魏认为新房为老贾一人所有的主张。一审判决后，老贾不服，提起上诉，二审维持原判。

法官提醒

珍惜亲情、友情是人之常情，但应于法能容。在生活中，经常会发生失信被执行人“用家人银行卡”“用家人名义开店”“父母帮助转移财产”等情形。不管是亲人还是朋友，当遇到其有转移财产逃避履行时，不应听之任之，更不能为其提供帮助，因为这不仅极大的损害了司法权威，情节严重的，还可能构成刑事犯罪。（文中均为化名）

来源：济南市平阴县人民法院

五、反家暴

人身安全保护令为弱者筑起防护网

2022-03-28 人民法院报 史洪举

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/28/content_215383.htm?div=-1

人身安全保护令的适用，无疑可以让弱者看到希望，切实感受到法律和司法机关给其带来的有力保障与呵护。

父母打孩子也可能被法律严厉惩罚。近日，湖北省高级人民法院发布妇女儿童权益司法保护十大典型案例，其中荆州市沙市区男子陈某经常因为琐事殴打年仅 9 岁的儿子，对后者的身心造成了严重的不良影响，其妻子郑某向法院申请了人身安全保护令并得到了法院的支持。法院的裁定书中，不仅禁止陈某对其子实施家暴，同时还禁止陈某骚扰、跟踪、接触、威胁儿子及其相关近亲属，禁止陈某在其子就读的学校及经常出入的场所 200 米范围内活动。

人身安全保护令最早出现在 2016 年 3 月 1 日起施行的反家庭暴力法，已经不是新名词了。但现实中，人身安全保护令很少施用，主要在于，反家暴依然被很多人所忽视，特别是一些家暴受害者潜意识地漠视自己的权利，或者认为家丑不可外扬，羞于向他人诉说，而是忍辱负重地屈从于家暴，不会选择公力救济，更不知道何谓人身安全保护令。

随着社会的发展以及各项制度的健全，人身安全保护令机制日趋完善，能够有效解决弱者所面临的困境，将其从家暴恐惧中解脱出来，让其有勇气、底气向家庭暴力说不。如今年 3 月 5 日，最高人民法院联合全国妇联、公安部等部门共同发布了《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》。根据该意见，公安机关应当加大家庭暴力警情处置力度，注重搜集、固定证据，积极配合人民法院依职权调取证据，提供出警记录、告诫书、询（讯）问笔录等。被申请人违反人身安全保护令，法院应当予以训诫、罚款或者拘留。

前述意见可谓夯实了相关职能部门的职责和义务，让其在各自职权范围内积极作为，不至于

让人身保护令被架空，成为中看不中用的“空架子”。譬如针对被害人取证难，不愿报警、不敢报警的现状，要求公安机关应及时处置相应警情并搜集固定证据，并要求医疗机构、学校等发现有人疑似遭遇家庭暴力的，应当及时登记有关信息并向公安机关等部门报告。这将改变以前公安机关不愿介入“家务事”的做法，也将免除被害人的后顾之忧，让其敢于向公权机关求助，同时解决被害人提起人身安全保护令请求时缺乏证据的尴尬。

需要说明的是，人身安全保护令属于人民法院依法作出的裁判文书，其一旦生效，就应严格执行。如果行为人违反该保护令情节严重的，会受到拘留、罚款，甚至构成犯罪。这将让人身保护令长出“牙齿”，让施暴者切切实实感受到人身安全保护令的严肃性，并反思自己的行为，改掉施暴习惯。

当然，为更好地实施人身安全保护令，还有不少地方尚待完善。譬如，禁止施暴人在被害人周边 200 米范围内活动的禁令鲜明有力，击中要害。但如何才能不折不扣地执行才是最大问题，总不能指派专人专门盯着施暴人，也不能让被害人随时报警求助。对此，不妨尝试使用电子定位设备，强制施暴人必须佩戴，劝导被害人及时佩戴，当施暴人接近被害人限定距离时即发出警报并上传至后台系统，进而实现既节约司法资源又精准防控的目的。

对弱者的保护力度体现出社会的文明和发展程度。现代社会中，家务事不再是家暴的避风港和挡箭牌，任何人都是独立的权利主体，都应受到尊重和保护。构建多部门共同参与和发力的人身保护令机制，无疑能够为家暴被害人构筑坚实的保护屏障，让其敢于反抗，并从身体和心理上感受到司法机关带来的双重安全，不再沦为沉默的羔羊。

宣扬隐私纳入“家暴”彰显法治进步

2022-03-31 人民法院报 张智全 覃辉

http://rmfyz.chinacourt.org/paper/html/2022-03/31/content_215507.htm?div=-1

近日,《安徽省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法(草案)》提请安徽省十三届人大常委会第三十三次会议审议。《办法(草案)》将侮辱、诽谤、宣扬隐私、骚扰、漠视等行为纳入家庭暴力范畴,并对家庭暴力的预防、家庭暴力的处置以及人身安全保护令的实施等作出系列规定,努力筑牢反家暴防线。

在家暴的种种表现形式中,宣扬隐私的行为近年来逐渐多发。由于民法典、个人信息保护法等法律对侵害隐私的行为作出了具体制裁规定,一些家暴者便错误地认为宣扬隐私不属于家暴行为,肆无忌惮地对家庭成员频频使出宣扬隐私的“杀手锏”。如果不直接在反家暴法中对这种行为明确惩治,则必然会让更多的家暴受害者不堪隐私侵权之苦。所以,不论是从保护隐私的角度

考量,还是从遏制家暴的角度出发,将宣扬隐私的行为直接纳入家暴范畴,都完全有必要。

自2016年3月1日反家庭暴力法实施以来,近年来我国在依法反家暴方面取得了重大进步。但也应看到,首部反家暴法受制于原则性强的立法技术要求,更多强调对直接家暴行为的依法惩治,而对宣扬隐私这种间接的家暴行为,则没有作出明确的细化规定。鉴于此,依法将宣扬隐私的行为纳入家暴范畴,更有助于堵塞法律漏洞,进一步织密反家暴的法网,其意义自不待言。

安徽省通过地方立法,把宣扬隐私的行为纳入家暴范畴,是与时俱进不让家暴受害者遭受隐私宣扬“软伤害”的一次生动立法实践,体现了法治的进步,必能在反家暴的实践中,释放出更多保护家暴受害者的法治正能量。

六、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

严肃审视婚姻效力认定中的问题 | 法治论苑

2022-03-03 上海法治报 郝振江

<https://mp.weixin.qq.com/s/X1jgsQbeDTVvUGPIYORhXg>

2月23日，江苏省调查组发布了“丰县生育八孩女子”事件的调查处理情况通报。但是，该通报让公众产生了新的疑问，因为它依然是以受害者杨某侠的婚姻有效为基础进行的，虽然通报中已明确指出民政部门在办理婚姻登记时存在着严重的违规行为，但没有触及对杨某侠婚姻相关法律问题的处理。笔者认为，关于受害者婚姻效力的质疑是具有合理性的，但是具体到处理程序上就折射出了我国目前法律在婚姻效力认定上所存在的结构性缺陷，亟待包括《妇女权益保障法》在内的有关婚姻家庭的法律在修改或立法时予以修正或解决。

婚姻效力认定程序的提起主体

《民法典》将婚姻的效力区分为无效与可撤销。关于无效婚姻，民法典第1051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；（三）未到法定婚龄”。可以看出，该条款只是提供了判断无效的实质性标准，至于如何确认无效，并没有触及。对此，不乏有观点主张婚姻无效应为当然无效，无须确认，但是实践中终究是存在着大量有关婚姻效力的争议。因此，法律上必须设置相应的程序对婚姻效力予以确认。

《〈民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第9条第1款规定，“对于第1051条三种情形请求确认无效的，由人民法院根据婚姻当事人及利害关系人的申请予以确认”。这一条款明确了基于第

1051条规定无效的情形只能由法院进行确认，提起确认之诉的主体包括当事人和近亲属。关于近亲属的范围，则除重婚事由可由基层组织提起之外，其他均为近亲属。

关于可撤销婚姻，民法典第1052条第1款规定，“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。就何为“胁迫”，《〈民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第18条第1款规定，是指“行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体、健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的”。由此可见，提起撤销婚姻的主体只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。

综上，从现行法来看，无论是无效婚姻抑或可撤销婚姻，在认定程序上采用的都是民事诉讼形式。而且，法定提起主体的范围相对狭窄，主要限于当事人本人。在无效婚姻上虽然主体范围有所扩大，但也只是扩大到近亲属或基层组织。这种限制虽然与婚姻自由原则有关，但也与我国社会中认为婚姻属于“私事”的法意识有关。正是受这种意识影响，国家对婚姻效力秉持着一种不主动介入的态度。

婚姻效力认定权限的过渡与交错

我国法环境下婚姻效力的认定权限一开始并非由法院享有，而是由婚姻登记机关行使。只是随着民法的私法基本法地位逐步确立，这一权力才逐渐过渡给法院。关于无效婚姻，1986年的《婚

姻登记办法》第9条第2款规定,“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法的行为,或在登记时弄虚作假、骗取结婚证的,应当宣布该婚姻无效”。由于2001年修订的《婚姻法》确立了婚姻无效制度,随后的司法解释将婚姻无效的宣告权配置给了法院。2003年制定的《婚姻登记条例》随之删除了由婚姻登记机关依职权宣告婚姻无效的规定,这种做法在《民法典》中得以延续。

关于胁迫婚姻,2001年《婚姻法》第11条第1款规定,“因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”。可见,婚姻登记机关和人民法院均享有撤销权力。当然,无论哪一种撤销,均须依据受胁迫一方当事人的申请。之后,《民法典》将这项权力进一步集中到了法院,规定当事人只能向法院请求撤销。

但是,因婚姻登记程序本身瑕疵导致婚姻登记被撤销,进而引发的婚姻无效如何处理却成了法律遗留的问题。对此,《〈民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第17条规定,“当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼,主张撤销结婚登记的,告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”。这一规定也是沿袭了2001年制定的《婚姻法若干问题的解释(一)》的规定。

也就是说,1986年《婚姻登记办法》中婚姻登记机关可依职权撤销婚姻登记的做法在现行法中已经没有任何踪迹。加之在将婚姻登记行为视为行政行为时,行政行为具有确定力又要求相应行为的自我纠错必须有法定的依据和理由,对于婚姻登记的撤销只能通过行政复议或行政诉讼的形式进行,且提起的主体只限于当事人。由此,实质上就导致了婚姻登记机关自我纠错的不能。

或许有观点认为,根据2021年两高、公安部和民政部联合发布的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》规定,民政部门可以直接撤销相关婚姻登记。但是,这一规定只是指导意见,能否创设行

政权限,非常值得推敲,这可能也是江苏省调查组没有适用的原因。

婚姻效力认定制度的修正

我国在婚姻效力上采用的是完全由法院主导的结构。这种结构在现实中遭遇到类似“丰县生育八孩女子”这种被拐女性的婚姻时,就可能发生这样的情况:虽然婚姻登记程序存在着严重瑕疵,或者虽然存在着《民法典》规定的无效或可撤销婚姻的情形,但是因为被拐女性已经处于精神障碍状态,效力认定提起主体又存在严格限定,司法权的消极性就会导致公权力无所作为的问题发生。对此问题的解决,需要从以下方面着手:

首先,扩大各类效力认定程序提起主体的范围。

尤其是在无效婚姻和可撤销婚姻中,提起的主体不应再限于本人或近亲属,而应允许检察机关也能够提起诉讼。因为,婚姻不宜理解为纯粹的“私事”,它不仅会涉及子女等第三方的利益,也会像被拐卖女性婚姻这样引发社会普遍担心和忧虑,这些都应被纳入公益的范畴,构成检察机关提起诉讼的根据。而且,从比较法来看,已经有诸多先行做法。例如《日本民法》第744条规定,“违反本法第731条至736条规定的婚姻,可由当事人、近亲属或检察官向法院请求撤销”。这点在《妇女权益保护法》修订时是可以实现的。

其次,法理上重新定位婚姻登记机关的性质。

关于婚姻登记机关,性质上不宜再定位于行政机关,它所行使的权力也不宜归属于行政权。定位于行政机关的观点由计划经济体制下行政权力对社会全面管治的秩序中脱胎而来,它也是实践中导致诸多不必要的行政诉讼和民事诉讼“双轨制”复杂交错局面的根源。在民事活动中,登记只是婚姻行为有效的要件之一,婚姻登记机关的登记只是公权力机关提供的具有公示效力的证明而已,完全无涉行政权行使。依此,对于登记程

序瑕疵的救济也无须再提起行政诉讼或申请行政复议，由法院在书面审理基础之上直接裁决即可。

最后，国家监护制度的完善。

在被拐女性存在精神障碍时，还涉及国家监护问题。尤其是就被拐女性婚姻被认定无效或撤销之后，如果缺乏监护人或监护人不能正常履行监护职责时，就需由民政部门依据《民法典》承担起监护人的职责。民政部门此时的监护职责不能

被理解为社会救助。社会救助是个人在遭受工伤、职业病、疾病或自然灾害时由民政部门代表国家提供的各种补助；而国家监护却是针对精神障碍患者这种行为能力存在缺陷或不足提供的特殊保护，权限包括精神障碍患者在婚姻上的各种权利，故应当注意区别。

（原文刊登于《上海法治报》3月2日B6版“法治论苑”。

责任编辑 徐慧，见习编辑 朱非）

作者 郝振江（上海财经大学法学院教授、博导）

编辑 王菁

申晨：《民法典》视野下婚内协议的效力认定 | 前沿

原创：2022-03-08 中国民商法律网 周含笑摘编

<https://mp.weixin.qq.com/s/4NPnCX00S18XL157MADRZg>

本文选编自申晨：《〈民法典〉视野下婚内协议的效力认定》，载《法学评论》2021年第6期。

【作者简介】申晨，武汉大学法学院特聘副研究员，中国民商法律网授权学者。

《民法典》合同编第464条第2款完成了合同编与婚姻家庭编的体系贯通，将极大推动婚姻家庭关系自治的法律实践发展。同时，该条确立的“可以参照适用”规则，也为司法裁判遗留了重大难题。例如，婚内协议的效力认定是否应适用合同编的规则？夫妻间赠与、夫妻忠诚协议等效力如何判断？夫妻间的意思表示瑕疵如何影响协议效力？对此，武汉大学法学院申晨特聘副研究员在《〈民法典〉视野下婚内协议的效力认定》一文中，结合婚姻家庭法的相关法理，对上述问题进行分析，以对婚内协议的效力进行更为细致的价值判断。

一、问题选择与基本思路

（一）对合同编第464条第2款的解读

《民法典》合同编第464条第2款规定身份协议可以根据其性质参照适用合同编，但未明确

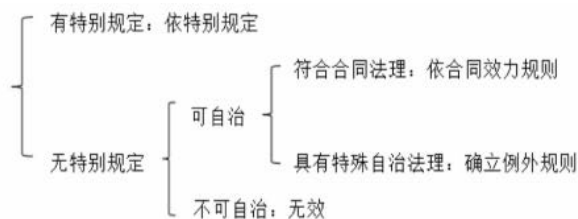
参照适用的条件。结合体系和目的解释的视角对该条进行解读可知：第一，由于调整对象的复杂性，身份关系协议能否适用合同编的结论需进一步明确具体的协议类型和适用内容；第二，身份关系协议能否适用合同编的结论更宜沿着功能主义的路径，采用类型化分析的模式展开研究和论证。

下文以婚内协议的效力认定作为研究问题。所谓婚内协议，是指以调整夫妻在婚姻存续期间内的人身或财产关系为内容的协议。以其为研究对象是因为：婚内协议与夫妻关系深度绑定，这便于在功能主义路径下，排除其他干扰性价值因素，以婚姻制度的应然价值作为主要逻辑前提实施价值判断。而以效力认定为研究内容，则是因为在研究婚内协议参照适用合同编的总问题下，效力认定问题既是其下一个重要的子问题，又是讨论协议的其他内容是否适用合同编规则的前提。

（二）婚内协议效力认定的逻辑进阶

以婚内协议的效力认定为观察视角，合同编第464条第2款确立的效力认定逻辑层次为：第

一，如果婚内协议属于身份法特别规定的内容，则其效力认定遵循特别规定；第二，如果没有特别规定，则考察协议“性质”是否属于当事人可以自治的范围；第三，如果性质可自治，再进一步考察该婚内协议的自治法理，进而决定是适用合同编的效力判断规则，还是在解释上确立例外的效力规则。



二、婚姻协议效力认定的影响因素

（一）婚内协议可自治范围的排除

婚内协议可自治范围的排除包括两个部分。第一部分是基于一般规则，民事主体意思自治被排除的内容，包括自治内容的客观不能、自治产生了负外部性以及立法者基于良性的法律家长主义对自治主体自治内容的排除。第二部分是基于婚姻关系的特点，婚内协议存在的额外需要予以明确的自治排除内容，包括限制人格权益、违反婚姻制度的法定内容以及破坏婚姻伦理基础。

（二）婚内协议的特殊自治法理

基于婚姻关系的伦理性、身份性、长期性、合作性与情绪性的特征，婚内协议自治状态存在以下两点与合同自治状态的差异，因此不能当然适用合同编规则：第一，婚姻关系自治中非利己要素的存在更为广泛；第二，在婚姻关系自治中，夫妻双方的利益博弈呈现整体化和系统化的结构性特征。

婚姻关系自治的上述两个特点，其反映又可以概括为协议中的意思表示与当事人真实利益诉求的偏差性。在合同规范体系中，功能性实质为市场经验对风险分配方案总结的意思表示瑕疵规

则起着相关争议调解“阀门”的作用。但在家事法语境下，此种意思表示偏差应适用例外规则。因此处理婚内协议效力纠纷时，应回到婚姻关系的具体场景，通过对意思表示偏差原因、偏差程度、反悔原因等的考察，综合衡量婚姻主旨和婚姻运行客观规律以及一般性价值因素，进而确立相应的不利后果分配方案。

三、夫妻财产约定与夫妻间赠与的效力识别

（一）夫妻财产约定的识别

由于《民法典》第 1065 条语义范围的宽泛性，我国的夫妻约定财产制存在极大自治空间。然而，基于婚内协议自治中意思表示偏差的常态性，不能纯粹以协议文本对协议性质进行区分。功能性意义上的夫妻财产约定，应当依次符合如下特征：首先，关联性，即夫妻间的财产处分行为需要与婚姻关系具有关联性。其次，结构性，即夫妻财产约定对夫妻双方的权利义务关系具有总体性、贯穿性的结构影响。最后，现时性，即不附条件、期限或义务。符合上述三个特征的夫妻间的财产处分行为可以被认为是夫妻财产约定，相应协议的效力认定适用《民法典》第 1065 条的规定。

（二）夫妻间赠与的效力判断

理论上对夫妻间赠与是否适用任意撤销权这一问题存在争议，可以以夫妻间赠与与夫妻财产约定的相互辨别为基点，对夫妻间赠与是否存在赠与撤销权进行类型化分析。就夫妻财产约定的三点特征的判断而言，对于关联性，事项证明标准达成法官的盖然确信即可；对于现时性，需要考察协议内容是否附条件、期限或义务；对于结构性，可运用动态系统论的分析框架，考察赠与财产在家庭财产中所占的份额这一基础要素，同时辅以赠与发生的时点、赠与发生时是否存在特殊情境、夫妻间在前的财产制以及财产变动与共同财产的关系四项定性要素进行判断。

完成三个特征判断后，夫妻间赠与协议可被分为如下四类协议：其一，同时符合三点特征的夫妻间赠与，其实质为夫妻财产约定。其二，不符合关联性的夫妻间赠与协议适用一般的赠与合同规则即可。其三，符合关联性，但不符合结构性的夫妻间赠与协议，应当允许赠与方行使撤销权。其四，符合关联性、结构性，但不符合现时性的夫妻间赠与协议。此时协议效力判断的思路如下：首先，判断协议所附条件、期限或义务是否属于婚内协议的可自治范围；其次，赠予合同的任意撤销权不能当然适用于此类协议，需要考虑是否构建例外规则；再次，需要考虑协议中存在的“交换”或“补偿”是否在受赠人那里产生了期待性，并使之成为这一财产期待开始支付“对价”，以此判断赠与人是否享有任意撤销权。

四、夫妻忠诚协议的效力认定

夫妻忠诚协议，即夫妻约定在婚姻存续期间内，一方或双方需要履行夫妻忠实义务，若破坏夫妻忠诚，则需承担相应责任的协议。对夫妻忠诚协议主要考察其是否属于可自治内容以及是否包含婚姻关系自治的特殊法理。

对于可自治性，如果夫妻忠诚协议存在限制人格权益、违反婚姻法定内容以及破坏婚姻伦理基础的情形，则应当被认定为无效。夫妻忠诚协议是否破坏婚姻伦理基础，取决于其是处在积极的“促进”模式还是消极的“压迫”模式中。而就运行模式性质的界定，法官只能以协议具体内容进行推断。夫妻忠诚协议的内容主要包含“义务”和“责任”两个层面，据此可作类型化讨论，具体见下表。

“重义务”类型	“轻义务”类型	
	轻责任	重责任
消极的“压迫”模式	积极的“促进”模式	由法官综合当事人的具体财产状况，依据自由心证，确定一个使协议发生“性质”转变的责任上限，对协议中赔偿数额过高的部分不予认可。法院可以参照适用合同编的违约金调整规则。

五、婚内协议意思表示瑕疵的特殊规则

基于婚姻关系的特殊自治法理，合同编的意思表示瑕疵规则在婚内协议中适用时，其范围应受到一定的限缩。第一，就单方虚假意思表示而言，基于婚姻关系的情绪性特征以及夫妻间在先的信赖，应一定程度上限制非诚意表示的生效。第二，就“婚姻维系”这一目的而言，表意人不得主张意思表示错误。第三，就欺诈而言，不得就“维系婚姻”这一目的主张婚内协议的撤销。第四，就胁迫而言，除非造成确实、明确的人身、财产损害，否则一般不宜认定其会对婚内协议的效力产生影响。

六、结语

婚内协议的效力认定进路依次为是否有特别规定、是否属于可自治范围、是否具有特殊自治法理。婚内协议可自治范围需重点考察是否限制人格权益、违反婚姻法定内容、破坏婚姻伦理基础。婚内协议的特殊自治法理最终体现为意思表示的偏差性。夫妻财产约定协议需满足关联性、结构性、现时性要求，以此为基点，夫妻间赠与应区分为夫妻财产约定、一般赠与、无任意撤销权赠与三种解释类型。夫妻忠诚协议的生效条件为：以履行基础夫妻忠实义务为内容；不得限制人格权益、违反婚姻法定内容；不得约定过高的赔偿数额；签订书面协议。单方虚假意思表示、重大误解、欺诈、胁迫规则，对婚内协议应当限缩适用。总的来看，法官宜遵循类型化的思路，借助特定的法律解释方法，对婚内协议的效力进行更为细致的价值判断。

我国《民法典》遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究

原创：2022-03-10 学术论坛杂志 陈苇 刘宇娇

<https://mp.weixin.qq.com/s/x8jkZ7RP1pnbrP3ekdpHkw>

《民法典研究》

[摘要]《中华人民共和国民法典》继承编增设了遗产管理人制度，此为立法的一大亮点。遗产管理人制度中，制作遗产清单、处理被继承人的债权债务等是遗产管理人的重要职责。遗产债务申报通知与公告制度有利于准确地制作遗产清单，及时确定遗产债务的范围。但是，《民法典》继承编只规定了继承开始的通知制度，欠缺公告制度，并且应通知对象没有明列遗产债权人等利害关系人，这可能导致有些遗产债权人等遗产利害关系人不能及时申报对遗产的权利，不利于保护遗产债权人的利益和交易安全。文章在考察我国民众观念与民间习惯，汲取域外立法经验的基础上，针对我国遗产债务申报通知与公告制度之不足，从中国实际出发，提出遗产债务申报通知与公告制度的补充完善构想。

[关键词]遗产债务申报；遗产债务申报通知；民法典继承编；公告制度

[作者简介]陈苇，西南政法大学民商法学院教授，博士生导师，重庆 401120；刘宇娇，浙江理工大学法政学院讲师，法学博士，浙江 杭州 310018

[基金项目]2020年度重庆市劳模和工匠人才创新示范工作室科研课题“中国民法典继承编立法制度创新研究”（2020CQLM03）

学术论坛 2022年第4期

我国《民法典》遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究

陈 苇, 刘宇娇

[摘要]《中华人民共和国民法典》继承编增设了遗产管理人制度，此为立法的一大亮点。遗产管理人制度中，制作遗产清单、处理被继承人的债权债务等是遗产管理人的重要职责。遗产债务申报通知与公告制度有利于准确地制作遗产清单，及时确定遗产债务的范围。但是，《民法典》继承编只规定了继承开始的通知制度，欠缺公告制度，并且应通知对象没有明列遗产债权人等利害关系人，这可能导致有些遗产债权人等遗产利害关系人不能及时申报对遗产的权利，不利于保护遗产债权人的利益和交易安全。文章在考察我国民众观念与民间习惯，汲取域外立法经验的基础上，针对我国遗产债务申报通知与公告制度之不足，从中国实际出发，提出遗产债务申报通知与公告制度的补充完善构想。

[关键词]遗产债务申报；遗产债务申报通知；民法典继承编；公告制度

[作者简介]陈苇，西南政法大学民商法学院教授，博士生导师，重庆 401120；刘宇娇，浙江理工大学法政学院讲师，法学博士，浙江 杭州 310018

[中图分类号] D923.5

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2022)06-0078-12

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）于2021年1月1日起实施，第六编“继承”是其重要组成部分，它系统集成于中华人民共和国成立以来财产继承立法与司法实践的智慧与成果，回应了新时代我国继承领域的新问题、新情况，是保护继承人、遗产债权人及其他遗产利害关系人的合法权益，维护交易安全，发展和巩固社会主义市场经济制度，增进人民福祉的，具有中国特色的法律。习近平总书记指出：“民法典颁布实施，并不意味着一劳永逸解决了民事法治建设的所有问题，仍然有许多问题需要在实践中检验、探索，还需要不断配套、补充、细化。”我国《民法典》继承编增设了遗产管理人制度，此为立法的一大亮点。遗产管理人制度中，制作遗产清单、处理被继承人的债权债务等是遗产管理人的重要职责。遗产债务申报通知与公告是制作遗产清单的前提条件，我国《民法典》继承编中此制度仍不完善，本文以遗产债务申报通知与公告制度为研究对象，在考察我国民众观念与民间习惯，汲取域外立法经验基础上，针对我国现行制度之不足，从中国实际出发，提出遗产债务申报通知与公告制度的补充与完善构想。

[基金项目]2020年度重庆市劳模和工匠人才创新示范工作室科研课题“中国民法典继承编立法制度创新研究”（2020CQLM03）

①陈苇、刘宇娇：《论民法典继承编的立法理念与制度创新》，《河北法学》，2020（11），32-48。

②刘宇娇：《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，《求是》，2020（12），4-9。

78

学术论坛杂志

一、问题的提出

遗产债务申报通知与公告制度,是指在继承开始后,由特定的主体,通常包含知道被继承人死亡的继承人、利害关系人或其他权力机关,采取发出通知或公告的方式,告知遗产债权人等遗产利害关系人被继承人死亡而继承开始的事实,要求遗产债权人等遗产利害关系人及时申报对遗产权利的法律规范的总和^①。涉及遗产债务清偿的继承告知制度在古罗马已经产生,古罗马法学家乌尔比安指出:“继承的告示是为下述原因而设立,其目的在于尚未继承的遗产不会在很长时间内没有所有人,并不会因此导致债权人遭受由于较长时间的迟延履行所产生的损失。因此,裁判官认为:给予遗产占有并在遗产占有者之间确定进行继承的顺序,继承的时间,以便使债权人能尽快地知道是否有进行诉讼的继承人,是否有尚未继承的遗产需要上交国库,是否应当要求遗产占有者就如同没有继承人一样。”^②古罗马的继承告知制度发展为现代社会的遗产债务申报通知与公告制度。在现代社会,不少国家设立有此制度,它是遗产债务清偿制度的重要组成部分,该制度的主要内容包括遗产债务申报通知与公告的义务主体与对象、要求、期间、遗产债务的登记、查阅与异议以及效力等五个方面的内容^③。

我国《民法典》继承编已经设立遗产管理人制度,明确制作遗产清单是遗产管理人的职责之一^④。遗产清单可以限制清偿遗产债务责任财产的范围,使遗产管理人根据遗产清单依顺序和比例清偿遗产债务,有利于保护继承人与遗产债权人等遗产利害关系人的利益^⑤。在遗产债务清偿中,编制准确的遗产清单,以确定遗产债务的范围。但在现实生活中,有已知的遗产债权人等遗产利害关系人,也有未知的遗产债权人,若既未通知已知的遗产债权人,也没有对未知的遗产债权人进行公告,就无法保障遗产清单的准确性,影响被继承人债权债务的处理,进而导致遗产债务清偿纠纷的发生。

目前,随着我国经济的发展,民间借贷数量增多,遗产债务清偿案件也逐年增长。笔者对中国裁判文书网的相关案件进行了统计,从2010年至2020年,此类案件的数量分别是:2010年35件,2011年48件,2012年148件,2013年246件,2014年1235件,2015年1754件,2016年2931件,2017年4397件,2018年6467件,2019年8269件,2020年9124件^⑥。可见,此类案件数量近11年来呈逐年增长之势。由于1985年颁布的《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)的遗产债务清偿制度不完善,欠缺遗产债务申报通知与公告制度,导致部分被继承人债务的数量和种类无法查明,这是我国遗产债务案件逐年增多的主要原因。因此,为依法处理被继承人遗留的债权债务问题,对于遗产债权人等利害关系人,已知的进行通知,未知的发布公告是必要的。然而,我国《民法典》继承编中的遗产债务申报通知与公告制度仍然不完善,故研究此制度对于催告遗产权利人及时申报对遗产的权利,准确制定遗产清单,以明确遗产债务的范围,依法处理被继承人的债权债务关系,保护遗产债权人利益和继承人利益,具有十分重要的意义^⑦。

二、我国遗产债务申报通知与公告制度民众观念及民间习惯之考察分析

德国学者拉普鲁赫指出:“就法律而言,其实质并非仅仅是漠然和忽视,而且还是民众生活中

①陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:37。

②乌尔比安:《民法大全》——《法学阶梯》,曹圣麟译,北京:中国政法大学出版社,1999:146-147。

③陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:37。

④《民法典》第1145条第1款第1项。

⑤陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:37。

⑥以上案件数量由笔者通过中国裁判文书网133“继承人债务清偿纠纷”为案由进行检索。

⑦陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:37。

79

学术论坛杂志

一种实际有效的力量。因而,法律的具体创新基本上是在没有任何其他附加影响的情况下,发展了与人们生活现实密切相关的习惯。”^①我国学者认为,继承法具有民族色彩的民族继承习惯不可分,故制定和修改继承法应考虑民众的财产继承观念和财产处理习惯^②。为考察我国民众对遗产债务申报通知与公告的观念与行为习惯,笔者对我国学者于2017年1月至2月调查重庆、吉林、天津、河北、湖北、江西、四川、广东、海南、福建等省有遗产债务申报通知与公告的民众观念、民间习惯的调查数据为对象进行研究,考察其形成原因,以分析我国遗产债务申报通知与公告制度的民间习惯问题。

(一)遗产债务申报通知与公告的义务主体民间习惯之考察分析

关于遗产债务申报通知与公告的义务主体的民间习惯,在我国10省市的调查中,调查统计数据显示的特点是:由知道被继承人死亡的继承人、保管遗产的继承人履行通知与公告义务的比例居于前两位,分别各占三成至七成以上,五成至近七成半。除了前述两种主体,还有两种:一是由知道被继承人死亡的单位、村(居)委会履行义务的,占二成至五成半以下;二是由被继承人死亡事件的机构履行义务的,占二成半以上至四成半以上^③。

可见,对于发出通知和公告的义务主体,我国10省市调查者的民间习惯是:除了我国1985年《继承法》所规定的知道被继承人死亡的继承人和被继承人人生前所在单位或者居住地的(村)居委会,还包括保管遗产的继承人、处理被继承人死亡事件的机构等,范围更宽,主要原因是更加便利与快捷、节省成本^④。

(二)遗产债务申报通知与公告的方式民间习惯之考察分析

关于遗产债务申报通知与公告方式的民间习惯,在我国10省市的调查中,调查统计数据显示出的特点主要有:第一,以口头、电话、微信等方式通知的,占六成半至八成以上,居第一位;第二,以信件、告知单或书面方式通知的,占四成半至五成半以上,除了湖北省,此类通知方式在其他省市分别居第二位。除了前述方式,还有三种方式:一是在被继承人所在地的村(居)委会公告栏公告的,占一成半至近六成;二是申请人民法院以公告程序进行公告的,占近二成半至近四成半;三是在报纸、电视、网络等平台上发布被继承人死亡公告的,占一成至三成半以上^⑤。可见,对于遗产债务申报通知与公告方式,根据我国10省市调查者的民间习惯,采用最多的是以口头、电话、微信等方式通知,其原因是这些方式不仅成本较低,而且较为便利,效率高,而在报纸、电视等平台上发布公告成本较高,故较少采用。

(三)遗产债务申报通知与公告期间的民众观念之考察分析

关于遗产债务申报通知与公告期间的民众观念,在我国10省市的调查中,调查统计数据显示出的特点主要有:主张继承开始后7日内发出通知的,占近四成至近七成半,居第一位,占比最高。此外,除了前述两种期间,还有四种:一是主张继承开始后15日内发出通知的,占一成至二成半;二

①拉普鲁赫:《法学导论》[M],陈华译,北京:商务印书馆,2014:14。

②李国瑞:《民法继承与继承法》[M],社会科学文献出版社,2019:31-32。

③陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

④陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑤陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑥陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑦陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑧陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑨陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑩陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑪陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑫陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑬陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑭陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑮陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑯陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑰陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑱陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑲陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

⑳陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉑陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉒陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉓陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉔陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉕陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉖陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉗陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉘陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉙陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉚陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉛陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉜陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

㉝陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:130。

是主张继承开始后30日内发出通知的,占一成至近四成^⑥。可见,对于遗产债务申报通知与公告期间,我国10省市的调查者中,大部分民众认为应当在被继承人死亡后7日内发出通知催告被继承人的债权人申报债权,主要是因为民众希望尽快通知遗产利害关系人,以制定准确的遗产清单,及时清偿遗产债务,然后对遗产进行分配。

三、我国遗产债务申报通知与公告制度立法现状之考察与评析

(一)遗产债务申报通知制度立法现状之考察与评析

1. 遗产债务申报通知的义务主体与对象。在我国,1985年《继承法》第二十三条规定了继承开始通知的义务主体与对象,《民法典》继承编第一千一百五十条“继续沿用此规定;第一,遗产债务申报通知的义务主体分为两种:一是继承人,在继承开始后,知道被继承人死亡的继承人应及时通知其他继承人和遗嘱执行人的义务。二是被继承人人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会。被继承人死亡后,继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡且无法通知,被继承人人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会有义务通知其他继承人,和遗嘱执行人。第二,通知的对象为继承人和遗嘱执行人。换言之,《民法典》明列的继承开始通知的对象只有继承人和遗嘱执行人,而遗产债权人等其他遗产利害关系人没有被列为应通知的对象。

然而,继承开始的通知不仅影响继承人的利益,而且对受遗赠人、被继承人的债权人的利益也有重要的影响。在我国,根据《民法典》第一千一百二十四条规定,受遗赠人在知道受遗赠后,就必须在法定期限内作出是否接受遗赠的意思表示,否则视为放弃遗赠。被继承人的债权人只收到继承人的通知,才能向遗产管理人申报债权。此外,继承开始的通知还系遗赠扶养协议中的扶养人等其他利害关系人的利益^⑦。《民法典》没有将受遗赠人、被继承人的债权人等遗产利害关系人列为继承开始后应通知的对象,这可能会导致他们不能及时申报对遗产的债权,从而使他们的利益受到损害。

2. 遗产债务申报通知的要求。第一,遗产债务申报通知的方式。关于遗产债务申报通知的方式,《民法典》继承编无规定。在我国实务界,有些人认为,根据《民法典》第一千一百五十条规定,发出继承开始通知的方式,既可以是口头通知,也可以是书面通知。随着现代信息技术的不间断发展,通知方式可以灵活多样,可以是电话、短信、邮件、传真等方式均可作为通知的方式^⑧。还有些人指出,通知的方式应以能将被继承人死亡、继承开始的事实传达给继承人为主,一般以口头为主,如电话通知,也可以采取电报、传真、快递等书面方式,甚至还可以采取公告的方式通知^⑨。第二,遗产债务申报通知的内容要求。关于遗产债务申报通知的内容,《民法典》继承编无规定,将被继承人死亡的事实

①陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

②陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

③陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

④陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑤陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑥陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑦陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑧陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑨陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑩陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑪陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑫陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑬陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑭陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑮陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑯陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑰陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑱陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑲陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

⑳陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉑陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉒陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉓陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉔陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉕陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉖陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉗陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉘陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉙陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉚陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉛陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉜陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉝陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉞陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㉟陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊱陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊲陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊳陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊴陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊵陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊶陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊷陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊸陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊹陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊺陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊻陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊼陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊽陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊾陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318,414,466。

㊿陈华,中国遗产清理制度体系化构建研究[M],北京:中国人民大学出版社,2019:20-131-132,223,318

权人、受赠人等遗产利害关系人主张权利,从而导致遗产债权人及其他遗产取得权利人的利益受到损害^①。

四、比较法视野下遗产债务申报通知与公告制度之考察与评析

关于遗产债务申报通知与公告制度,我们以大陆法系的法国^②、德国^③、日本^④、瑞士^⑤、荷兰^⑥等5国较具有代表性的立法为考察对象。前述5国立法的主要内容包括:遗产债务申报通知与公告的义务主体与对象、要求、期间、遗产债务的登记、查阅与异议以及效力等五个方面的内容。

(一)遗产债务申报通知与公告的义务主体及对象之考察与评析

1. 遗产债务申报通知与公告的义务主体。关于遗产债务申报通知与公告的义务主体,前述5国中,法国、日本为限定继承人^⑦。德国为继承人、遗嘱执行人、遗产管理人、遗产财产的保佐人等都有权向法院申请公示催告^⑧;瑞士为遗产管理人或者主管机关、遗产管理人由主管机关指定,包括遗嘱执行人、继承人等^⑨;荷兰为遗产清算人、遗产清算人包括继承人、遗产代理人或者其他人^⑩。此外,关于义务主体履行义务的内容,除了发出申报遗产债务的公告,日本、荷兰还规定继承人、遗产清算人需要对已知的遗产债权人发出通知^⑪。可见,关于遗产债务申报通知与公告的义务主体,前述5国立法的相关点为:除了德国,其他4国都包括继承人。德国继承人只是向法院申请公示催告的主体,而非发出公告的义务主体。而关于该方面立法的不同点为:第一,义务主体主要分为两种,一是由继承人、遗产管理人或遗产清算人等自然人发出,如德国之外的其余4国;二是由法院或主管机关等公权力机关发出,如德国、瑞士。第二,义务主体所履行义务的内容不同。前述5国立法均规定了发出公告的义务,日本、荷兰还规定了义务主体对已知债权人的通知义务。

2. 遗产债务申报通知与公告的对象。关于遗产债务申报通知与公告的对象,法国、德国、荷兰为“遗产债权人”;日本为遗产债权人和受赠人^⑫;瑞士为被继承人的债务人、债权人和保证债权人^⑬。虽然都规定了遗产债权人,但是各国遗产债权人的含义不同。对于遗产债权的含义,法国、日本、瑞

^① 参见瑞士民法分编继承编立法研究(1),《中国法学》,2017(2):67-87。
^② 参见法国民法[M],罗结启译,北京:北京大学出版社,2016。本文以下引用的法国遗产债务申报通知与公告制度之条文均来自此法典。

^③ 参见台湾大学法律学院、台大法学基金会、德国民法[M],北京:北京大学出版社,2017。见德国国家事件和非讼事件程序法[M],王森时、陈柏宏、王瑞时译,武汉:武汉大学出版社,2017。本文以下引用的德国遗产债务申报通知与公告制度之条文均来自前述两法典。

^④ 参见日本民法[M],陈荣宗、林庆苗译,台北:民国民法[M],北京:中国法制出版社,2018。本文以下引用的日本遗产债务申报通知与公告制度之条文均来自此法典。

^⑤ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1);
^⑥ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.218(1)(3);
^⑦ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1);
^⑧ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.218(1)(3);
^⑨ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1);
^⑩ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.218(1)(3);
^⑪ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1);
^⑫ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.218(1)(3);
^⑬ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1);

士立法中的“遗产债权人”系狭义,即只包括被继承人生前所欠债务的债权人,而不包括受赠人等;德国、荷兰则采广义,遗产债权人不仅包括被继承人生前所欠债务的债权人,而且包括遗嘱、特留份等可以对遗产享有权利的人。可见,对于遗产债务申报通知与公告的对象,前述5国立法相关点为:被通知与公告的对象都包括被继承人的债权人。而关于该方面立法的不同点为:被通知与公告对象范围的宽窄不同,德国、荷兰范围较宽,包括被继承人的债权人、特留份权利人、受赠人、被继承人生前受其抚养的人等对遗产享有权利的人;日本、瑞士中,瑞士包括被继承人的债务人、债权人,日本不包括被继承人的债权人、受赠人;法国最窄,只有被继承人的债权人。此外,与其他4国不同的是,瑞士的被公告对象还包括被继承人的债务^⑭。

(二)遗产债务申报通知与公告的要求之考察与评析

1. 遗产债务申报通知与公告的启动条件。关于遗产债务申报通知与公告的启动条件,法国、日本规定,遗产债务申报的通知与公告作为继承人承担限定责任的前提条件^⑮。瑞士规定,制作遗产清算或进行官方清算,必须发出申报遗产债务的公告^⑯;荷兰规定,在进行遗产清算时,必须要发出申报遗产债务的通知与公告^⑰;德国规定,由继承人、遗嘱执行人、遗产保佐人等遗产利害关系人申请启动公示催告程序,若非继承人申请,法院不得启动^⑱。可见,对于遗产债务申报通知与公告的启动条件,前述5国立法的相关点为:除了德国,其余4国都规定遗产债务申报通知与公告为必经程序,不同点为:法国、日本是在承担限定继承责任时启动;瑞士、荷兰则是在进行遗产清算或制作遗产清算时启动;德国则是由继承人向法院启动,并且不是必经程序。

2. 遗产债务申报通知与公告的方式。关于遗产债务申报通知与公告的方式,法国虽在国内进行公示,并未特别规定公示的载体要求^⑲;德国为法院须发布公告,应在法院公告栏上以张贴公告的方式作出,且应在(联邦公报)上发布一次,法院对所涉事项有特别规定的除外,另外还可以通过在电子信息与通讯系统内的发布代替在法院公告栏张贴。法院也可以命令以其他方式发布公告^⑳;日本为限定继承人作出的公告应刊登在官报上^㉑;荷兰为公告应在(国家公报)和任命清算人时指定的一份或多份报纸上公布,并且通知已知债权人的方式必须是信函^㉒。可见,对于遗产债务申报通知与公告的方式,前述5国立法的相关点为:除了法国、瑞士,前述3国立法都要求在官报上发布,不同点为:第一,在官报上发布,如德国、荷兰、日本;第二,在公告栏上张贴公告,如德国;第三,通过电子系统发布公告,如法国、德国。

3. 遗产债务申报通知与公告的内容要求。关于遗产债务申报通知与公告的内容,前述5国立法主要包括三方面:一是遗产债权人等利害关系人须在法定或者指定日期内申报债权,如德国^㉓、日本^㉔、瑞士^㉕、荷兰^㉖。虽然法国对此无规定,但继承人可以在国内以公示方式做出限定接受继承的声明,也

^⑭ 参见《法国民法典》第787、788条。

^⑮ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1), a.595(1)。

^⑯ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.206(6), 214(1)(3)。

^⑰ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第455条。

^⑱ 参见《法国民法典》第787、788条。

^⑲ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第455条。

^㉑ 参见《日本民法》第927条第4款。

^㉒ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.206(6), 214(1)(3)。

^㉓ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第454条。

^㉔ 参见《日本民法》第927条第1款、第3款。

^㉕ Swiss civil code (last amended in 2020), a.582(1)(3)。

^㉖ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.214(1)。

可以达到催告遗产债权人申报债权之目的。二是未申报债权的后果,如德国、日本、瑞士。三是申请公示催告的申请人的信息,如德国。可见,对于遗产债务申报通知与公告的内容,前述5国立法的相关点为:都要说明被继承人死亡的事实,使遗产债权人等利害关系人在法定或指定日期内申报权利。而关于该方面立法的不同点为:其一,是否说明未申报或逾期申报债权的后果;其二,是否包括申报人的信息。

(三)遗产债务申报通知与公告的期间之考察与评析

关于遗产债务申报通知与公告的期间,前述5国立法内容为:第一,关于遗产债务申报通知与公告期间的开始时间,法国为限定继承人作出限定继承声明后遗产债权人开始申报债权^㉗;日本为继承人做出限定继承后5日内,继承人发出公告^㉘;荷兰为在可能的情况下,与接受继承或者指定清算人的公告同时发出^㉙;德国、瑞士都未规定通知与公告的开始时间。第二,关于遗产债务申报通知与公告期间的确定方式与长短,前述5国,法国为15个月^㉚;德国为至少6个星期,最长为6个月^㉛;日本为不能少于2个月^㉜;荷兰由法院规定发出公告的期限^㉝。可见,对于遗产债务申报通知与公告的期间,前述5国立法相关点为:除荷兰由法院指定具体期间,其余4国都由法律直接规定通知与公告期间的长短。而关于该方面立法的不同点为:第一,期间的起算点不同,在限定通知与公告期间的国家中分为两种,即作出限定继承的声明后和与接受继承的公告同时发出;第二,通知与公告期间的长短不同,法国要求15个月,德国规定了最长与最短期间,日本规定了最短期间。

(四)遗产债务的登记、查阅与异议之考察与评析

关于遗产债务的登记,前述5国的立法,法国要求债权人提供债权证书^㉞;德国要求在进行债权登记时,应注明该标的和债权基础,并应附上证书原件或复印件^㉟;其他3国无规定。关于遗产债务的查阅,德国、荷兰规定遗产利害关系人可以查阅已经登记的债权^㊱。关于异议权,前述5国中,只有荷兰规定清算人如不同意债权人所提出的债权或债权等级,应立即通知申报债权人,并同时说明理由^㊲。此外,在申报债权期间届满后,清算人应当在6个月内提交1份分配清算,并将此清算进行公告,继承人、受赠人以及被继承人的债权人等遗产利害关系人可以对就分配清算提出异议^㊳。

(五)遗产债务申报通知与公告效力之考察与评析

1. 遗产债务申报通知与公告期间对遗产债务清偿的限制。关于遗产债务申报通知与公告期间对遗产债务清偿的限制,法国规定,在申报债权期间,禁止清偿遗产债务^㊴;德国、日本规定,在公告期间届满前,继承人可以拒绝向遗产债权人及受赠人等遗产权利人清偿^㊵;瑞士规定,在此期间不能强制执行被继承人的债务^㊶。此外,日本还规定了不当清偿的法律后果,如果继承人未按照规定在公告

^㉗ 参见《法国民法典》第771、772条。

^㉘ 参见《日本民法》第927条第1款。

^㉙ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.214(1)(3)。

^㉚ 参见《法国民法典》第792条第2款。

^㉛ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第457条、第458条第2款。

^㉜ 参见《日本民法》第927条第1款。

^㉝ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.214(1)(3)。

^㉞ 参见《法国民法典》第792条第1款。

^㉟ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第459条第2款。

^㊱ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第458条第2款。

^㊲ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.214(4)。

^㊳ The civil code of the Netherlands (amended in 2012), Book 4, a.218(1)(3)(3)。

^㊴ 参见《法国民法典》第792-4条。

^㊵ 参见《德国民法典》第2015条第1款、《日本民法》第929条、Swiss civil code (last amended in 2020), a.586(1)。

期间内向遗产债权人或受赠人清偿,而向其他遗产债权人或受赠人清偿时,则需对此发生的损害承担赔偿责任,并且其他遗产债权人或者受赠人也可以向接受不当清偿的遗产债权人或者受赠人追偿^㊶。荷兰对此无规定。可见,关于遗产债务申报通知与公告期间对遗产债务清偿的限制,前述5国立法的相关点为:除了荷兰无规定,对于遗产债权人等利害关系人申报债权的期间,都规定了一定的限制。而关于该方面立法的不同点为:第一,限制的程度不同,法国禁止清偿任何债务,德国、日本规定继承人可以拒绝在申报遗产期间清偿债务,瑞士则是在制作遗产清算期间,不能强制执行;第二,对于违反清偿遗产债务限制的后果,前述5国立法,只有日本有规定。

2. 遗产债务申报通知与公告期间届满后遗产债务的清偿。关于遗产债务申报期间届满后遗产债务的清偿,前述5国立法都规定,公告期间届满后,遗产债权人等利害关系人按照限定接受清偿^㊷。关于未到期债权的清偿,法国、日本规定,应依据法律的规定进行清偿^㊸。德国规定,保留必须清偿的遗产数额^㊹。关于附条件、存续期间不确定的债权,日本规定,须按家庭法院选任的鉴定人的评估进行清偿。关于有争议的债权,法国、德国规定,将相应的款项予以寄存或者保留。瑞士、荷兰对此无规定。可见,对于申报遗产债务的期间届满后遗产债务的清偿,前述5国立法相关点为:第一,都规定期间届满后,遗产债权人等利害关系人按照限定接受清偿;第二,关于有争议的债权,都要求争议解决后再进行清偿。而关于该方面立法的不同点为:关于未到期债权和附条件、期限的债权分为两种立法例,一是视为债权到期或者条件成就,可以清偿;二是不予清偿,但应将相应的款项予以寄存或保留。

3. 通知与公告义务主体怠于履行义务的后果。关于通知与公告义务主体怠于履行义务的后果,前述5国中只有法国、日本有规定。法国规定,限定继承人未在法定期限内作出限定继承的声明,则对遗产债务承担无限清偿责任^㊺;日本规定,限定继承人怠于履行公告与催告义务,则由此造成的损害承担赔偿责任^㊻。可见,对于通知与公告义务主体怠于履行义务的后果,前述两国立法规定的后果不同,主要体现在继承人是否丧失限定继承利益,对遗产债务承担无限清偿责任,还是对造成的损害承担赔偿责任。

4. 债权人怠于申报债权的后果。关于债权人怠于申报债权的后果,法国、瑞士规定,债权人未在法定期限内申报债权,债权消灭^㊼。德国、日本、荷兰规定,仅能就剩余遗产行使权利,但优先权除外^㊽。可见,对于债权人怠于申报债权的后果,前述5国立法相关点为:遗产债权人怠于申报债权,都应承担一定的后果而不同点为:债权人所承担的后果程度不同,前述5国分为两种立法例:一是债权人的债权消灭,如法国、瑞士;二是仅能就剩余财产清偿,如德国、日本、荷兰。

五、我国民法典继承编遗产债务申报通知与公告制度补充完善的路径

如前所述,我国《民法典》继承编涉及遗产债务申报的通知制度中,没有将继承人之间的遗产债权人、受赠人等遗产利害关系人列为应通知对象,通知内容不具体,通知的效力立法呈空白,并且欠缺遗产债务申报的公告制度。以下,我们针对我国立法之不足,结合我国观念及民间习惯,从

^㉗ 参见《日本民法》第934条。

^㉘ 参见《法国民法典》第796条。

^㉙ 同前注。

^㉚ 参见《德国民法典》第2046条。

^㉛ 参见《日本民法》第934条第2款。

^㉜ 参见《法国民法典》第792条第2款。

^㉝ 参见《德国国家事件和非讼事件程序法》第458条第1款。

中国实际出发,汲取前述域外立法的有益经验,提出《民法典》继承编的遗产债务申报通知与公告制度填补完善之构想。

(一)遗产债务申报通知与公告的义务主体及对象

1.关于发出通知与公告的义务主体范围。我们认为,由国家公权力机关法院作为发出公告的主体,具有权威性,但由法院发出公告可能会增加法院的工作压力,成本较高,不适合我国国情;反之,由继承人或遗产管理人等自然人作为通知与公告的义务主体,可以节约成本,也能达到告知遗产债权人及时申报债权之目的。从我国10省市被调查民众的民间习惯来看,遗产债务申报通知与公告的义务主体除了法律规定的知道被继承人死亡的继承人、被继承人所在单位、村(居)委会,还包括保管遗产的继承人、处理被继承人死亡事件的机构。我国《民法典》继承编规定继承人、村(居)委会负有通知义务是合理的,这有利于及时发出通知。此外,《民法典》已经规定处理债权债务是遗产管理人的职责,故我国可借鉴前述5国立法,适当扩大义务主体的范围。其次,关于义务主体履行义务的内容,我们认为,日本、荷兰区别规定,对已知债权人应履行通知义务;对未知债权人应履行公告义务,这有利于保障制作遗产清单的准确性。目前,我国《民法典》已规定遗产管理人制作遗产清单、处理债权债务的职责^①,如增补其作为通知和公告的义务主体,由其根据不同情况分别履行通知义务和公告义务,有利于其制作准确的遗产清单,更好地处理涉及遗产的债权债务。

2.关于通知与公告的对象。我们认为,通知与公告的对象应当包括被继承人的债权人,而且还应当包括受赠人、酌情分配遗产请求权人等其他遗产权利人。因为不仅被继承人的债权人其利益应当受到保护,受赠人、酌情分配遗产请求权人等其他遗产权利人的利益也应当受到保护,他们也应及时知晓继承开始的信息,以便其在法定期限内申报对遗产的权利,如我国的受赠人必须在法定期间内作出是否接受受赠的意思表示^②。但是,被继承人的债务人不宜作为应通知对象,因为遗产债权人等利害关系人对遗产享有权利,其申报权利是维护自己的利益,故应当是积极主动的。反之,被继承人的债务人则不具有此种动机,其一般也不会提前主动申报自己对遗产的欠债,故即使将其作为被通知对象,也不会起到应有的作用。从我国立法看,《民法典》继承编规定的继承开始的被通知对象,欠缺被继承人的债权人、受赠人等其他遗产权利人,故可借鉴德国、荷兰立法,扩大被通知对象的范围,将被继承人的债权人、受赠人等遗产利害关系人纳入。

(二)遗产债务申报通知与公告的要求

1.关于遗产债务申报通知与公告的启动条件。虽然前述外国立法以启动通知与公告程序作为限定责任继承的前提条件(即必经程序),由于我国《民法典》继承编仍沿用1985年《继承法》的规定^③,采取无条件地限定责任继承,故无须启动此程序。并且,我国也没有设立遗产清算、官方清算程序,故也无法在此条件下启动此程序。但是,为保护遗产债权人利益,继承开始后需要启动通知与公告程序,催告遗产债权人等遗产利害关系人及时申报权利,制作准确的遗产清单,才能确定遗产债务的范围。前述国家将遗产债务申报通知与公告程序作为制作遗产清单的必经程序,可资我国借鉴。

2.关于遗产债务申报通知与公告的方式。第一,对于已知债权人的通知方式,荷兰要求统一采用信函,有利于查证,但从我国10省市被调查民众的习惯看,民众更乐于采取口头、微信、电话等通知方式。从便捷的角度考虑,我国不宜统一规定必须采用书面信函方式,故我国《民法典》继承编对于继承开始的公告方式不予规定,符合我国国情。第二,对于未知债权人的公告方式,首先,对于在

^①见我国《民法典》第一千一百四十七条。

^②见我国《民法典》第一千一百四十五条第二款。

^③见我国《民法典》继承编第一千一百六十一条和1985年《继承法》第三十三条。

87

学术论坛杂志

2.关于遗产债务申报期间届满后遗产债务的清偿。除了对已经到期的债权之遗产债务进行清偿,有争议的遗产债务待争议解决后清偿,关于尚未到期、条件尚未成就的遗产债务,如提前清偿,虽可以使继承法律关系尽快得到处理,继承人尽快实现遗产的分割^④。但是,我国有学者认为,如果债务提前清偿造成履行期间内原债务规划,期限“提前”届满会产生以下两方面的体系效应:其一,可能导致有的债权人怠于履行义务,更容易陷入迟延履行,加速发生抵消的适用状况,并且也会导致诉讼时效的起算点“提前”;其二,可能会导致债权人对于债务人“提前”行使代位权与撤销权^⑤。虽然提前清偿债务有利于提高遗产处理效率,但不能为了提高效率而损害其他法律价值。若提前清偿期限、附条件的债务,在期限尚未届满、条件尚未成就时,则会导致遗产数额减少,进而损害继承人和其他遗产利害关系人的利益。因此,对于尚未到期、条件尚未成就的遗产债务,应在期间届满、条件成就时才能清偿,同时应为该债权的实现保留相应的遗产份额,这才是合理的。针对我国对此立法的空白,前述法国、德国立法值得借鉴。

3.关于通知与公告义务主体怠于履行义务的后果。有义务就应当有责任,否则无法约束义务主体履行应尽的义务,怠于履行义务的主体应当承担相应责任。但法国要求承担无限清偿的责任过重,日本要求对造成的损害程度相应的损害赔偿是公平合理的,可供我国借鉴。

4.关于债权人怠于申报债权的后果。法国、瑞士规定为债权消灭的后果过于严重,德国、日本、荷兰规定遗产债权人仅能就剩余财产求偿则较为合理,可资我国借鉴。因为公告程序的目的不仅是为了提醒债权人主张债权,也是为了督促其及时主张权利,以推进遗产债务清偿与遗产分割程序的进行。况且,法律不会保护躺在权利上睡觉的人,故未按时申报债权的债权人,如果遗产已经被分配,其无权再要求重新分配,但其可就剩余财产受偿^⑥。从而既保证遗产首先被用于清偿被继承人的债务,又在一定程度上保护未申报的遗产债权人利益^⑦。

5.关于遗产债务申报通知与公告制度的立法完善建议。在继承开始后7日内,知道被继承人死亡的遗产管理人应当对已知的遗产债权人、受赠人、必留份权利人及遗产的附请求权人等遗产利害关系人发出通知,告知被继承人死亡的事实,要求遗产债权人及其他遗产利害关系人在60日内申报对遗产的权利。

对未知的遗产债权人、遗产管理人应当发出公告,公告可以采取在社区公告栏张贴或在报纸、网络等发布的方式,也可以向法院申请公示催告。公告的内容与前款相同,公告的期限不得少于60日。

申报期间届满前,遗产管理人应当拒绝清偿遗产债务。

前款申报期间届满后,遗产管理人应依照法律规定清偿遗产债务。对于未到期的或者附条件的遗产债务,应保留相应的遗产份额,由遗产管理人或其指定的继承人进行保管,待期间届满或条件成就后再行清偿。

遗产管理人未履行通知义务,或未按时发出公告,或未向法院申请公示催告的,对于由此造成的损害,承担赔偿责任。受到损害的遗产债权人等遗产利害关系人,可以向恣意的受偿人请求返还财产。

未在法定期限内申报权利,且为继承人所不知的遗产债权人,仅能就剩余财产行使权利。

[责任编辑:周 青]

^④编者按:中国社科院民法典分编草案建议稿(第4卷),法律出版社,2019,428。

^⑤李俊强:法定加速到期的教义学构造[J],法商研究,2019(1),105-117。

^⑥徐楚湘:中国民法典草案建议稿附理由·继承编[M],北京:法律出版社,2013,191。

^⑦编者按:中国遗产清理制度系统化研究[J],中国人民公安大学出版社,2019,61。

89

学术论坛杂志

(本文刊于《学术论坛》2021 年第 6 期,转载请注明作者和文章来源)

官报上进行公告,具有权威性,但成本较高;其次,对于在公告栏张贴公告,我国作为拥有14亿人口的大国,张贴在社区或乡镇公告栏,成本低,便于群众知晓,符合民众的习惯;最后,对于采用电子途径发布公告,发布及时,受众范围广,而且节约资源,符合《民法典》规定的绿色原则,有条件的城乡社区可采取此种方式,但如果有偿发布成本较高,我国可不做硬性规定,以减轻民众负担。

3.关于遗产债务申报通知与公告的内容。应当将通知与公告的具体内容予以细化。除了应当告知被继承人死亡的事实,遗产债权人等利害关系人须在法定或指定日期内申报权利,还应当说明遗产债权人等利害关系人不申报或逾期申报对遗产债权的后果,这有利于督促遗产债权人等利害关系人积极申报自己对遗产的权利。但是,《民法典》继承编仅将被继承人死亡的事实作为通知内容,尚未规定遗产债权人等利害关系人在法定或指定日期内申报对遗产的权利以及不申报或逾期申报的后果,前述德国、日本、瑞士的立法值得我国借鉴。

(三)遗产债务申报通知与公告的期间

1.关于通知与公告期间的开始时间。前述法国、日本规定继承人作出限定继承的声明之日起算,是因为其实行有条件的限定继承制度,申报遗产债权的目的是保障遗产债权人在遗产范围内受偿,故规定在继承人作出限定继承的声明之日起算。然而,此种起算点并不适合我国,因为我国采用的是无条件的限定继承制度。从我国被调查民众的民间观念来看,大部分民众认为应在继承开始后7日内发出遗产债务申报的通知与公告。目前,我国《民法典》对继承开始时间未作具体规定,上述我国10省市被调查民众的民间观念可供我国立法参考。

2.关于遗产债务申报通知与公告期间的确定方式与期限长短。应当由法律统一规定公告期限,因为由法院自由裁量确定公告期间,不适合我国国情。我国是一个人口大国,若所有的遗产债务申报公告都要向法院提出申请,会增加法院的工作压力,也会增加当事人的讼累。另外,关于期限的长短,法国15个月期限过长,不利于提高制作遗产清单的效率。日本立法规定的期限为不少于2个月,可资借鉴。这与我国现行《民事诉讼法》规定公示催告程序的时间为不少于60日大致相同,可供参考。

(四)遗产债务的登记、查阅与异议

关于遗产债务的登记,我们认为,法国、德国之规定可供借鉴,遗产债权人申报债权时,应当要求其提供证据,以避免其虚构债务。关于遗产债务的查阅,我们认为,德国、荷兰规定遗产利害关系人可以查阅已经登记的债权之规定可供借鉴,赋予遗产利害关系人查阅已经登记债权的权利,有利于保障申报的遗产债权的真实性、准确性。关于异议权,我们认为,荷兰赋予遗产利害关系人的异议权,可资借鉴。因为既然允许相关权利人查阅,就应当赋予其相应的异议权,否则权利就可能形同虚设。

(五)遗产债务申报通知与公告的效力

1.关于遗产债务申报通知与公告期间对遗产债务清偿的限制。遗产债务申报通知与公告期间禁止清偿的法国、德国、日本之立法可供借鉴;日本规定不当清偿的法律后果,亦可资借鉴。在遗产债务申报期间,遗产管理人可以拒绝清偿遗产债务,如果遗产管理人违反此规定造成损害的,可参考《民法典》继承编第一千一百四十八条之规定,承担相应的损害赔偿责任;受到损害的遗产债权人或受赠人也可以向恣意的受清偿的债权人求偿,不当受偿人应予返还遗产。因为在公示催告期间,遗产管理人不能单独对某个或某一部分遗产债权人和受赠人给付,目的是保护其他遗产债权人和受赠人等遗产利害关系人的权利不被侵害。尤其是在遗产无全部清偿债务时,如果继承人或遗产管理人随意清偿,有可能侵害债权顺序优先者的利益。故法律对遗产债务清偿的限制性规定,体现了公平原则,有利于保护各种遗产债权人的利益。

88

学术论坛杂志

网络首发 | 陈永强：夫妻财产归属约定的法理明晰及规则适用

原创：2022-03-16 中国法学 陈永强

https://mp.weixin.qq.com/s/9ZaBCJuS1RNI73LB7L_g8Q

编者按：

为落实中共中央宣传部 教育部 科技部印发《关于推动学术期刊繁荣发展的意见》精神，顺应媒体融合发展趋势，积极适应移动化、智能化发展方向，《中国法学》推出网络优先出版等新型出版模式。目前，已于“中国知网”上线 2022 年第 2 期《中国法学》知网首发文章全文，并于微信公众平台同步推出，敬请关注！

夫妻财产归属约定的法理明晰及规则适用

陈永强

中国计量大学法学院教授

本文发表于《中国法学》2022 年第 2 期，因篇幅限制，注释省略。作者身份信息为发文时信息。

内容提要

夫妻财产归属约定是夫妻对财产归属的分配与安排，其虽发生在具有身份关系的夫妻之间，但非属身份契约，而属财产契约，应由《民法典》第 1065 条进行规范。从意思表示上看，夫妻财产归属约定不同于赠与，亦非以婚姻为条件的给予，也不能用清算协议予以解释，而应采以家事伦理为基础的“家事补偿说”。夫妻财产归属约定是夫妻双方在综合考虑感情付出、子女养育、家庭协作等因素后作出的归属分配意思，该归属分配意思的核心是物权效果意思，且依法对双方具有拘束力，因而可产生物权效果，而不仅仅是债的拘束力。学理上，可以采负担行为与处分行为之“混合说”，该说能够解决标的物瑕疵及救济问题。只要夫妻财产归属约定早于债务发生的时间，且不存在逃避债务或其他无效情形的，应赋予其排除强制执行的效力。规则适用上，《民法典》第

1065 条构成第 209 条第 1 款之但书条款，即夫妻财产归属约定为物权公示原则之例外，这样解释才符合第 1065 条之文义。

关键词

夫妻财产归属约定 物权变动 夫妻财产制 夫妻财产契约

目次

- 一、夫妻财产归属约定之理解
- 二、夫妻财产归属约定之法律效果
- 三、夫妻财产归属约定之规则适用
- 四、结语

夫妻财产关系中的当事人意思自治及其内涵是婚姻家庭法的一个核心问题。夫妻财产契约即是私法契约自由原则在婚姻家庭法领域的贯彻，实务中的常见形式是夫妻财产归属约定，即夫妻通过约定财产归属来处理和分配婚姻存续期间的共有财产或个人财产。对这种基于意思自治的夫妻财产归属约定究竟是何种性质、能否产生物权效力、是否适用《民法典》物权编之财产权变动的一般规则、能否对抗强制执行等问题，实务判例及学说见解均存在重大分歧，亟待在学理上予以明确。有鉴于此，本文通过对实务中不同裁判观点的系统梳理及学理基础辨析，探究婚姻家庭编与物权编之物权变动规则及其理论构造的异同及衔接点，以明晰《民法典》婚姻家庭编第 1065 条与《民法典》物权编第 209 条、《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》（法释〔2020〕21 号，以下简称《执行异议和复议规定》）第 28 条等规定在体系上的适

用逻辑，为夫妻财产归属约定之效力问题的统一裁判丰富说理依据，明确解释路径。

一、夫妻财产归属约定之理解

（一）夫妻财产归属约定的性质：身份契约抑或财产契约

夫妻财产关系由《民法典》婚姻家庭编第1062、1063、1065条等条文规范。《民法典》第1062条确立了夫妻共同财产制之一般原则，共同财产是夫妻共同生活的物质基础。约定财产制的法条基础是第1065条，该条允许夫妻以自治方式来约定财产权的归属。《民法典》第1062、1063条所规范的是基于夫妻这一“身份”所产生的财产关系，而第1065条是一种契约关系的构造，这样一来，夫妻财产归属约定究竟为“身份契约抑或财产契约”就成为一个一直有争议的学术问题，学说上对此存在不同见解。

1. 身份契约说

“身份契约说”认为，夫妻财产归属约定附随于婚姻关系上，可以归类于附随于身份行为之行为。史尚宽将亲属法上的身份行为区分为形成的身份行为、附随的身份行为和支配的身份行为，“夫妻财产契约为附随身份行为的契约，不得由他人代理而订立”。史尚宽的观点得到不少学者的支持。许莉认为，夫妻财产归属约定属于附随的身份行为，以婚姻关系的成立为条件。姚辉认为，婚姻关系具有伦理性，而夫妻财产归属约定是夫妻人身关系的从契约，夫妻财产契约中的财产约定之全部动机均来自夫妻之间的特殊身份关系，故“从夫妻财产契约订立意图以及功能设置分析，应当认定夫妻财产契约的性质是身份契约”。张平华认为，离婚中的分割夫妻共同财产协议、清偿债务协议、离婚时经济帮助的协议等均源于离婚协议，因而属于身份协议。概言之，婚

姻关系中的财产权、抚养权等都被认为是婚姻的附属权利，由婚姻法进行调整。

2. 财产契约说

“财产契约说”认为，夫妻财产归属约定之当事人虽具有夫妻关系之特殊身份，但其约定的内容乃是夫妻之财产关系，因而该约定本质上仍属财产契约之一种，不会因为订约人之特殊身份而影响契约的性质。“尽管夫妻之间给予不动产的约定以婚姻关系为基础，但其以财产关系的设立、变更或终止为内容，而非导致亲属身份关系的变动，因此该约定应为财产（契约）行为而非身份行为。”

“财产契约说”中又可以细化为“债权行为说”和“物权行为说”。“债权行为说”认为夫妻财产归属约定应视为债权行为，仅具有债的效力，不能直接发生物权变动效果。“物权行为说”认为，夫妻财产归属约定是能够直接发生物权变动效果的法律行为，当事人可以依据夫妻财产归属约定直接取得物权。也有学者认为，在物权契约和债权契约之间作出非此即彼的清晰界定是很困难的，“乍看之下，似属物权契约，但于所有权关系之外，尚有管理权关系、处分权关系、使用收益权关系、责任关系、家庭生活费负担关系及财产清算关系，实无法断定究竟属物权契约或债权契约”。

3. 身份契约说与财产契约说争议辨析

“身份契约说”与“财产契约说”的学说分野源于夫妻财产关系的特殊结构——其兼具身份性与契约性之双重特点。“从规律夫妻关系之点观之，理应属于身份法之范围，但从规律财产关系之点观之，其又脱不了财产法之性质。”基于身份而产生的夫妻财产关系是法定的，而依据契约设定的夫妻财产关系又是意定的。《民法典》第1062条的夫妻财产制可以说是以身份关系为基础，但第1065条的夫妻财产契约就很难说是一种身

份性质的契约，因为订立契约的目的是要解决夫妻之间的财产关系，而非身份关系。细析之可发现，学者争议的落脚点在于：如果将其界定为身份性契约，就不应优先适用合同编与物权编之一般规则，而应优先适用作为特别法的婚姻家庭法；而如果将其界定为财产性契约，那么就应适用合同编与物权编之一般规则，而不应成为一种例外。但实际上，即使将其界定为身份契约，也有可能适用合同编和物权编之一般规则，因为依据《民法典》第464条第2款，即使是婚姻、收养、监护等身份关系的协议，在无相关法律规定时，也可以参照适用合同编之一般规则。因而，笔者认为，问题争议的重点应放在夫妻财产归属约定究竟是否优先适用合同编和物权编之一般规则这个焦点上。对此，正如有学者指出的，“附随于亲属身份行为的财产行为，即便认定为财产行为，也是特殊的财产行为；在亲属身份关系基础上产生的财产关系，即便属于财产关系，也是特殊的财产关系”，因而，无论是界定为身份行为还是财产行为，其法律适用都是相同的：“一是优先适用亲属法规范；二是在与亲属关系不相抵触时可适用民法一般规范及财产法规范”。

从比较法上看，即使是夫妻财产制本身也存在一个“身份向契约”进动的现象，其身份性与契约性之间正在发生位移。在Hering v. Hering一案中，法院指出，近几十年的发展趋势表明，当事人享有更多的权利以对婚姻关系以及离婚后果进行协商，“当双方当事人就此讨价还价设定明确条款时，法院也越来越愿意执行这些条款——甚至认为他们的合同不受婚姻法未来所作修订的影响”。例如，早期的英国法认为婚前契约、婚后契约和分居契约等婚姻财产协议是不可执行（或不可被全部执行）的：“婚前契约传统上被视为违背公序良俗，因为它破坏了婚姻作为终生共同体的理念，所以婚前契约没有拘束力”；“有些婚后协议的条款并不违背公共政策，但是这些条款不能排除法院在离婚发生时给予当事人任何形

式的经济救助的裁量权”；尤其是，婚姻财产领域的契约自由会剥夺法院的分配权，这是违反公共政策的。但近年来，英国法与欧陆法律承认对待夫妻财产契约的态度上的差异也正在缩小，“现在普遍的观点是认为婚后契约是有效的，可以强制执行的”，对于婚前契约，“只要是双方当事人自愿缔结、双方当事人了解契约内容与后果，法院就应当认定契约的效力，除非执行契约会造成对双方当事人不公平的情形”。

（二）约定意思表示的含义：赠与、清算抑或其他

1. 现有观点辨析

将婚前个人财产约定为归配偶另一方所有或双方共有，或者将婚后所购的共有不动产约定为仅归一方所有，其财产归属约定之意思表示究竟是什么含义呢？对此，学界产生了迥异的解释路径，有“赠与说”“婚姻条件说”“清算说”等学说。

（1）赠与说

不论是对将共有财产约定为归一方所有，还是对将个人财产约定为归属另一方所有或双方共有，一条最常见的解释路径是赠与。因为一方取得了财产且未支付对价，而无对价的给付行为即为赠与之典型形态，因而夫妻财产归属约定就是一方对另一方的赠与，故应适用赠与合同的有关规定，赠与方享有任意撤销权。

如果将夫妻财产归属约定解释为赠与，那么依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法司法解释（三）》）第6条规定，婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前，赠与方有权利撤销赠与。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《民法典婚姻家庭编解释（一）》）第

32条延续了原《婚姻法司法解释（三）》第6条的规定，夫妻之间的房产赠与适用《民法典》第658条的规定，在财产权利转移之前，可以撤销。采“赠与说”者认为，“夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权”。最高人民法院也采“赠与说”，认为夫妻一方将个人房产约定为共同所有或按份所有，是一种赠与行为，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。

但是，以赠与解释夫妻财产归属约定并不一定符合当事人之间的真实意思。首先，夫妻财产归属约定只是约定将某特定财产归属共有或归属另一方所有，其间并没有明确作出一种赠与的意思表示。在无明显赠与意思表示的情形，似难将其认定为赠与。事实上，现实中的财产归属约定更多是对夫妻财产的分割与分配，是对家庭财产关系的一种安排，其体现了夫妻关系中的家事劳动补偿机能和感情机能，这种家事伦理预示着其并非属于纯粹的赠与行为。其次，财产归属约定之意思表示与赠与之意思表示在内部结构上存在一定差异，财产归属之意思表示直接指向物权变动，而赠与之意思表示首先是设立债，从严格区分债权行为与物权行为角度看，前者至少包括一项物权行为，而后者仅为债权行为。最后，在法适用构成上，如按照赠与适用《民法典》第658条第1款，那么，在财产的权利转移之前，当事人即享有任意撤销赠与的权利；但按照《民法典》第1065条规定，夫妻对财产归属的约定对双方具有拘束力，这意味着当事人并不享有任意撤销的权利，因为如果当事人享有任意撤销权，那么，第1065条规定的拘束力基本上就失去了意义。故除了在当事人以明确的赠与意思来确定夫妻之间的财产归属的情形，“赠与说”并不能妥当解释当事人之意思及夫妻双方婚姻中的财产分配关系。即便是明确的夫妻赠与，也有学者认为，它“一方面表达着感情，另一方面也是明确彼此权利义务的约定”，故而，“应将夫妻间赠与的任意撤

销权调整为法定撤销权”，始能体现婚姻法的价值。德国法也认为，在考察配偶一方能否依据《德国民法典》第530条规定的因重大的忘恩行为而撤回赠与时，必须首先确认是否存在赠与，“当事人的意图是判断赠与存在与否的重要标准，即假设当事人在想到离婚的可能性后是否仍然作出此种给予”。

（2）婚姻条件说

“婚姻条件说”认为，夫妻间给予财产的行为是一种“以婚姻为条件的给予”，其与“以婚姻为条件的赠与”或“以离婚为条件的赠与”不同，是一种“基于某种默示者推定成立的家庭法合同而发生，婚姻的存续是这些合同中的交易基础”，它并不是“无偿的”，“而是将另一方在家庭中的给付行为视为此种给予的对价”。比如丈夫在外工作，妻子负责家务，丈夫给予妻子不动产的行为就是一种分工基础上的价值分配，当然，它以维持婚姻共同生活为条件，一旦夫妻双方不再能够继续共同生活或者说婚姻破裂，那就“意味着该合同的交易基础丧失”，从而产生离婚时的“补偿请求权”，可以请求的补偿数额要视婚姻的持续时间、家务照料、子女教育、双方收入等要素具体确定。而不论是“以婚姻为条件的赠与”还是“以离婚为条件的赠与”，本质上仍然是赠与，既然是赠与，便应适用《民法典》合同编赠与合同之相关规定。事实上，德国多数判例不赞同以赠与来认定夫妻财产归属约定，而宁愿将此种给予视为“配偶内部合伙”的份额，其结果是排除赠与法的适用。例如，丈夫拥有一块土地，在其上为家庭修建房屋，并将房屋一半的所有权移转给妻子，德国法院认为，该行为不属于赠与，而是“以婚姻为条件的给予”，因为丈夫期待婚姻会继续存在，并且他可以继续使用给付标的。

相较于“赠与说”，“婚姻条件说”因考虑了夫妻在家庭领域的情感付出与劳动补偿关系而

更具有说服力。但是,从意思表示的解释上,夫妻之间给予财产的行为,倒也不全部是“以婚姻为条件”。实际上,有些属于普通生活上的花销;有些是出于感情上的因素而作的财产给予表示,属于情谊行为,不具有法律行为性质;多数情形则是基于家庭劳动补偿、家庭协作上的归属分配,这种分配虽然发生在婚姻之内(或之前),但并非均以婚姻存续为条件,解释上也无法得出当事人约定的财产归属是以婚姻存续为条件之意思,离婚协议中的财产归属约定则更是以婚姻解除为条件。

(3) 清算说

夫妻原为一个生活共同体,但在其解散时必然涉及财产的分配与分割,而这正是“合意清算”的体现,有学者认为,离婚协议中的财产处理部分可以借鉴合同解除后果,即依清算关系的理念将其界定为“离婚财产清算协议”的范畴,并纳入到婚姻关系后的清算关系中予以综合考量。

采“清算说”的解释路径意味着,夫妻财产归属的约定问题将回到合同法的视角来处理。按照合同解除理论,合同解除并不直接导致合同消灭,而是合同的原债务转换为合同的清算之债。但问题是,婚姻家庭法上的财产分割用纯粹市场模式的合同法来作清算解释是否妥当?笔者认为,婚姻解除并不适用合同之解除规则,也不能适用担保之清算规则,因为婚姻关系通常不被作为债的发生要素来看待,而被视为产生身份关系的原因。婚姻之“债”亦非合同法意义上的合同之债。担保法上的清算是法定的,强调标的物的交换价值与债务额的等值与平衡,需要通过拍卖、变卖或折价方式来实现债权,重在公平原则的贯彻,故有超额部分返还请求权与差额支付请求权之救济措施。而婚姻家庭领域的财产分割更多是由家庭内部成员自我决定:《民法典》第1087条和第1088条明确规定离婚时夫妻的共同财产分割与补偿由双方协议,仅在双方未能达成协议时,才由

法院对子女、女方、付出照顾义务更多的一方的权利予以平衡。因而,婚姻家庭法之财产分割重在补偿性与合理性,而非担保清算之市场交换关系中的等价与公平。事实上,“清算说”也承认,“作出此类财产安排的背后往往是各种复杂的情感、伦理、经济动因的综合考量,而与一般意义上的赠与子女财产(房屋)不同,这种考量又必须落实在‘离婚’这一特殊语境之中,并结合离婚协议中其他的人身、财产安排加以综合判断”。

在婚内财产归属约定的情形,“清算说”更不合适,因为夫妻双方可能根本没有打算解除婚姻,其只不过是将其特定财产分配于其中一方而已,此时完全不能用“清算”来解释当事人的意思。

2. 应采基于家事伦理的“家事补偿说”

笔者认为,应当将夫妻财产归属约定置于家或家庭这个概念中来准确分析与定位。家是社会学分析的一个基本单元,在狭义上,将共同维持家计的生活共同体称为家。“中国人所说的家,基本上也是一个家庭,但它包括的子女有时甚至是成年或已婚的子女。有时,它还包括一些远房的父系亲属。”家庭群体的成员占有共同的财产,有共同的收支预算,通过劳动分工共同生活,从法概念角度出发,可概括为“同居共财”。家既是财产享有的共同体,更是义务与责任的共同体,父母、子女、夫妻等核心家庭关系中存在着广泛的监护、抚养、赡养、协作、忠诚、相互照顾、祭祀等法律上的、伦理上的和宗教上的义务。

自近代以来,个人观念、权利观念、契约观念、平等观念等法律理念给婚姻家庭的传统认知带来了巨大冲击,个体与家庭构成了婚姻家庭法的两个迥异的维度,甚至形成了紧张关系。以权利观念为中心的个体价值与以责任观念为中心的团体价值竞相交错:前者以实现自我价值、获得最大利益为原则;后者强调的是对他人的责任和奉献,以提升团体的共同利益为原则。传统家庭概念既

遭受着解构,又面临着重塑。但是,现代婚姻家庭法面临的课题绝不应是在个体价值与团体价值这两者之间取一端,而是要探索这两者之间的平衡,既要考虑“家庭成员的个人独立、自由的平权关系”,又要“合理继承传统家制中的忠诚、奉献、义务等亲情伦理要求”。尤其是,“中国婚姻法始终将家庭视为生活/命运共同体而非经济共同体,《民法典》中维持并强化了这种观念”,对家庭观念的强调,既是对传统价值的认可,也是《民法典》的中国特色之所在。因而,家既应是政治哲学的基本分析单元,更应是构建婚姻家庭财产分割与分配法理的核心要素。

从家、家庭视角下来理解夫妻之间的财产归属约定,便不能单纯地从将其作为夫/妻单个的人处理财产这样的纯粹财产法视角来进行解释。家庭概念寓意着“关系”“责任”“和谐”“关爱”,涉及包含着“财产、血统及地位的继承”的法律体系。家庭概念下的财产分配体系同样是一个综合的体系,既包含物质性的补偿,又包含精神层面的补偿。夫妻不能被简单视为两个独立的个体的组合,而是“具有伦理、情感、秘密性等特征的共同体”,具有团体属性。因而,夫妻之间的财产分割与分配也往往带有身份的、伦理的、宗祀的等多方面意涵,通常不能用一种单一的合同法和财产法视角视之,也即不适合采用以陌生人之间的市场交易为模型之一般合同法和财产法规则来处理它。《民法典》第1088条规定,“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿”,这意味着家庭生活关系中那些难以准确以金钱计算的付出是可以获得补偿的,但“夫妻财产给与超出法定义务的部分则属于夫妻财产给与约定义务的范畴,该约定义务通常隐含着给与方对接受给与方情感的补偿”,因为“家事正义不仅关注财产利益,而且关注情感等非财产利益或曰精神利益”。

夫妻财产归属约定往往凝聚了夫妻就双方在婚姻期间对家庭的付出、感情的付出、子女的养育、家事劳动等多方面的物质性因素和精神性因素的考量,蕴含了对这些综合因素的补偿之意,在评价夫妻财产归属约定时应当将此考虑进来。虽然这些因素不能改变财产归属约定的财产性品格,也无法因为这个综合特点而将其评价为身份契约,但是,夫妻财产契约的综合性机能无疑体现了一种不同于纯粹财产契约的伦理性特点。在考虑夫妻财产归属约定的性质与效力问题时,应对其伦理性特点予以重点评价,以此为界分以市场机能为主导的合同法与财产法之一般规则和以家事伦理为主导的婚姻家庭法之特别规则提供可能路径。婚姻或家庭是一个以利他主义伦理为基础的共同体,与市场主体间以个人主义为指针的商事关系迥然相异,在法律制度设计层面上,应将家庭伦理与市场伦理区分开来。因而,以家事伦理为基础建立的“家事补偿说”应成为夫妻财产归属约定意思表示解释的学理依据。

二、夫妻财产归属约定之法律效果

(一) 内部效力: 债权效果还是物权效果

1. 债权效果说

“债权效果说”认为,夫妻财产归属约定仅具有债法效果,仅能发生债权效力,而不发生物权变动。而在“债权效果说”内部,学者之间就其学理论据亦有不同见解。叶名怡认为,夫妻间房产给予约定系家庭法上的一种特殊赠与,在完成登记之前,受给予方仅享有债权;离婚财产分割协议中的财产归属约定,由于其适用基于法律行为的物权变动公示原则,“未经登记,不发生物权效力”,故仅有债权效力。冉克平认为,离婚财产归属约定不属于夫妻财产制契约,因而不适用《民法典》第1065条,应适用物权公示原则,未经公示,不发生物权效力。但贺剑认为,夫妻财产归属约定属于夫妻财产制契约,约定财产制优

先于法定财产制，但仅针对夫妻内部关系，原则上只发生债的效力，不必然牵涉物权变动。

与学者见解十分不同的是，不少实务判例采用的是“处分行为”路径，认为夫妻财产归属约定系处分行为。但具体的裁判说理有所不同，主要包括以下几种：

(1) 用公示原则来否认其物权效力，认为处分行为未经登记，不生物权效力。如在“付金华诉吕秋白、刘剑锋案外人执行异议之诉案”（以下简称“付金华案”）中，法院认为，离婚协议中约定物权归属系处分行为，该处分行为未经登记不生物权变动效力，也不能对抗第三人。在“周凤珠与青岛威邦贸易有限公司、周春海案外人执行异议之诉案”中，夫妻在婚姻期间购买房屋，虽然只登记在一方名下，但系夫妻共有财产，离婚时，双方约定该房屋归非登记一方所有，但未进行移转登记。最高人民法院认为，物权转让未经登记不生效力，该房产仍为夫妻共有财产。在“宋智红与被申请人张福安、李志强执行异议之诉”一案中，涉案房屋为夫妻共同财产，协议离婚后归一方所有，但未办理变更登记。法院认为，李志强和宋智红的离婚协议虽然约定涉案房屋归宋智红所有，但没有办理房屋过户登记手续，不生物权效力。

(2) 财产归属约定之处分行为非善意时无效。当债务形成发生在离婚之前时，如果离婚协议约定财产归属非登记一方的，法院往往会将其认定为逃避债务而不予保护。在“薛某与杨某、包头市富德昌房地产开发有限公司、秦某执行异议之诉”一案中，案涉房屋系夫妻存续期间取得，为共同财产，双方在法院达成的离婚民事调解协议书中约定财产归一方所有，在执行异议之诉中，二审法院认为，该民事调解协议达成时系明知一方所欠大额债务尚未清偿，仍将共同财产中的份额处分给另一方，“不能表明双方的处分行为出于善意”，故该财产仍属共同财产，可以执行。该案认为处分行为的生效以善意为条件，似乎混淆

了处分行为的生效要件与善意取得的要件，因为善意取得仅适用于无权处分情形，而不适用于有权处分。该案的正确路径应该是以是否成立恶意逃避债务从而违反公序良俗而无效来进行裁判说理和法律适用。

(3) 处分行为有效，但只产生请求权，只有债权效力。在“钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案”（以下简称“钟永玉案”）中，诉争房屋为夫妻关系存续期间取得，为夫妻共同财产，《离婚协议书》约定诉争房屋归钟永玉及其子女所有，但未进行登记，该房屋一直由钟永玉及其子女居住。离婚之后房屋被查封，法院认为，离婚协议中的房屋归属约定并不违反法律强制性规定，也不存在借离婚协议处分财产以逃避债务之恶意，故“在离婚协议中对于夫妻共同财产的处分行为亦属有效”，但钟永玉对诉争房产享有的所有权变更登记请求权系属债权。在“刘会艳与周东方、河北融投担保集团有限公司、邢台依林山庄食品有限公司、中元宝盛（北京）资产管理有限公司、郑磊案外人执行异议之诉”一案中，夫妻存续期间购买的房屋登记在郑磊名下，2012年12月，夫妻离婚，《离婚协议书》约定该房屋归另一方刘会艳所有，但未办理权属变更登记。2014年10月，郑磊与第三人形成债务关系，第三人申请执行该房产。法院认定该房屋系夫妻共同财产，但认为，夫妻财产归属约定并不必然导致所有权的变动，“该离婚协议是双方在离婚时对夫妻共有财产的处分行为，是一种债的关系，刘会艳据此针对该房产享有的为债权请求权”，因而，对刘会艳主张对案涉房屋享有所有权的请求不予支持。

可见，实务判例要么以“处分行为未经登记，不生物权效力”为由主张“债权效果说”，要么以“处分行为有效，但仅产生债的请求权”为由主张“债权效果说”。对于前者，“处分行为未登记，不生物权效力”自然没有疑问，但是，是什么导致了债权效力呢？实务判例对此并没有

说明理由。对于后者，实务判例一方面将夫妻财产归属约定界定为有效处分行为，另一方面又认为此种处分行为因为未登记仅能发生债的效果，即认定是处分行为产生了债的效果。这与传统民法理论相冲突，没有考虑到处分行为与负担行为相区分的法理和逻辑。依据严格的区分法理，处分行为一旦生效即发生物权变动效果，但其不会发生债的效果，发生债的效果是负担行为的功能。相关实务判例似乎没有准确认识“处分行为”这个概念的本质特点，而把处分行为当作负担行为的一种类型来看待了，换言之，其模糊了负担行为与处分行为的区分。

不过，笔者认为，对于负担行为与处分行为的区分问题，区分法理虽是我们也应遵守的一个一般原则，但在特定情形，也应承认具有中国实践特色的特别情况。如我国《民法典》对土地承包经营权设立合同、地役权设立合同、动产抵押合同等采公示对抗主义的物权变动模式，此时，负担行为与处分行为是混合的，合同一经生效，债的效果与物权效果将同时发生，除非当事人另有约定。因而，解释论上应“承认存在一项法律行为可能既有债的效果又有物权变动效果这样一种混合形态”。

2. 物权效果说

“物权效果说”认为，夫妻财产归属约定无须登记即可发生物权效力。采“物权效果说”之说理依据有以下几种。

(1) 夫妻财产归属约定不适用物权公示原则，而应适用婚姻法，可以不经登记即发生物权效力。在“张健健与叶建丹、袁裕辉案外人执行异议之诉”（以下简称“张健健案”）一案中，法院认为，夫妻之间的婚姻财产归属约定不适用原《物权法》第9条，而是适用原《婚姻法》第19条，因为“夫妻之间关于物权变动的约定，即使未经物权变动手续，也在夫妻之间发生了物权变动的效力”，“但因其未办理不动产变动登记手续，无法对抗

善意第三人主张的物权”。学说上，冉克平认为，在婚姻关系存续期间，夫妻财产归属约定皆无须公示即可发生物权效力。因为不能要求夫妻像普通的交易主体那样必须履行登记手续，否则“在很大程度上会影响夫妻间相互信任、相互依赖的良好关系，不利于夫妻关系的良性发展”。姚辉指出，登记制度在夫妻财产契约中应当予以弱化，“基于夫妻财产契约的身份属性，公法强制应当抽离于私法自治。由于夫妻财产契约的特殊身份性，其更加注重的法价值是夫妻之间的意思自治，此时不动产登记的社会行政效能应适当让位于意思自治之精神”。

(2) 夫妻财产归属约定属于非基于法律行为的物权变动类型，因而不适用物权公示原则。在“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”中，夫妻在《分居协议书》中约定登记一方名下的不动产归另一方所有，但双方未离婚，也未进行物权变动登记。后唐某甲意外死亡，唐某甲与前妻之女唐某主张继承房产。二审法院依据原《婚姻法》第19条第1款第1句“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”以及第2款“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力”之规定，认为夫妻之间对共有财产的归属约定在不存在夫妻关系之外的第三人时可以产生效力，可以作为物权归属的依据。“就法理而言，亦应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴”，“因为结婚作为客观事实，已经具备了公示特征，无须另外再为公示”，“当夫妻婚后共同取得的不动产物权归属发生争议时，应当根据不动产物权变动的原因行为是否有效、有无涉及第三人利益等因素进行综合判断，不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据，只要有充分证据足以确定该不动产的权属状况，且不涉及第三人利益，就应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方

达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人”。

学说及判例之所以将基于夫妻财产归属约定发生的不动产物权变动界定为非基于法律行为的物权变动，原因在于“婚姻这一身份法律事实本身即具有确证权利变动的正当性以及保持一定范围的社会记忆功能”，且原《物权法》第28-30条之规定仅为例示性规定，并未穷尽所有非基于法律行为的物权变动情形，夫妻财产契约之物权变动可以准用第29条之因继承而发生的不动产物权变动之规定。因为在规范结构上，两者具有相似性，继承分法定继承和遗嘱继承，相似地，夫妻财产制包括法定夫妻财产制与约定夫妻财产制，两者均是意定优先于法定而适用。该说认为，对夫妻之间的物权变动效力发生起决定性作用的是“婚姻这一特殊的身份事实，而非取决于法定财产制抑或约定财产制，换言之，婚姻身份事实本身与财产制契约的内容两者中前者更应受到法律的评价”。

从婚姻法的身份伦理视角考虑夫妻财产分割协议的物权变动规则以区别于物权法之个人主义与市场伦理视角下的物权变动规则之论证方法，实值赞同。但值得反思的是，将夫妻财产契约（夫妻财产归属约定）视为非基于法律行为的物权变动类型，在性质界定上是错误的，正如程啸所批驳的，“不论是婚内财产分割协议还是夫妻财产制契约，均为婚姻关系当事人即夫妻意思表示一致的产物，体现的是当事人合意。它们都属于典型的双方法律行为”。既然是尊重意思自治，承认夫妻间财产归属是依据约定发生物权变动效力，又何以否定其意思表示之效力而认其为非基于法律行为所生之物权变动呢？此外，将结婚作为不动产物权变动的公示方式来理解，亦欠缺请求权基础，民法上也似不存在以结婚作为物权变动公示方式的理论。

（3）非交易行为说。也有学者认为，夫妻之间给予不动产的行为主要不是一种经济交易行为，

其不同于普通的财产合同，此类约定的性质与效力，需要从结婚这一特殊事实出发，不能适用物权变动的一般规则。“非交易行为说”考量了婚姻法财产权变动问题的特殊性，提出以家庭伦理为基础的婚姻法物权变动规则应当与作为市场交易基础的物权法的物权变动规则区分开来，以此来设置不同的物权变动规则。

综合而言，在内部关系上，判断夫妻财产归属约定是否具有物权效力，核心在于其意思表示内容为何。笔者认为，夫妻财产归属约定既是一种债的约定，同时又以物权变动为核心意思内容，学理上可对之采用“并存说”或“混合说”，即债权意思和物权意思并存，在无相反意思表示时，两个意思效果一并生效。夫妻财产归属约定一经生效，既发生债的效果，又产生物权变动的效果，所约定的财产立即归属于约定的一方或双方。因为，若将其解释为仅具有单一的债权意思，显然是对夫妻约定之核心内容的忽视；但若将其解释为单一的物权效果意思，那么在标的物存在瑕疵或权利负担时如何进行救济将产生问题。此时，“混合说”比“单一物权行为说”更具优势，前者可以借助负担行为之规则来对契约的履行及其救济问题进行处理，而后者在处理这些债法问题上无能为力。事实上，从比较法上看，英美法也有与“混合说”相似的学说，即“归并理论”（doctrine of merger）。在不动产交易中，转让书（deed）是用来移转所有权的文件，签订转让书后，合同（contract）中的义务可以被转让书所吸收，买卖合同中的相关救济可以依据转让书来主张。可以说，在某种程度上，转让书就是一个物权行为与负担行为的混合体。

（二）外部效力

就外部效力而言，学说和判例一般认为夫妻财产归属约定未经登记，不可对抗第三人。学者主张应区分内部效力和外部效力之目的在于“防止与夫妻双方或其中的一方从事交易行为的第三

人，在不知道该约定的情况下遭受不测损害，以达到维护交易安全之目的”。内部效力与外部效力的区分可以合理解释夫妻财产归属约定的法律效果，但需要明确的是，夫妻财产归属约定的物权变动效果不论是在内部还是在外部都应该被一体承认，并不能说在内部成立物权，而在外部关系上物权就是无效的；也不能说意思表示在内部关系上有效，而在外部关系上无效。第三人不是意思表示的主体，不能成为意思表示效力的判断要素——一项意思表示是否有效始终取决于相对人之间的意思表示是否真实、合法，而不会取决于第三人是善意还是恶意。

夫妻财产归属约定所产生的权利能否对抗第三人的强制执行呢？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》（以下简称《民诉法解释》）第312条规定，在案外人提起的执行异议之诉中，“案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决不得执行该执行标的”。但对何谓“足以排除强制执行”，实务判例有不同认识，主要包括以下几类：

1. 债权不能排除强制执行

一些判例在认定案外人对房产仅享有债权的情形下，认为其不能排除强制执行。在“付金华案”中，法院认为离婚财产物权归属约定未经登记，不生效力，不能对抗强制执行。采相似裁判路径的案例有“赵大成与杨卫星、陈琼、深圳市浩鑫投资担保有限公司、王浩岩、潘齐伟、陈秀芳案外人执行异议之诉案”、“孙秀英对戴明明与吉林省恒远担保有限公司、冯丛志民间借贷纠纷执行异议案”等。在“罗本明诉张莹案外人执行异议之诉”一案中，离婚协议约定案涉房屋归儿子所有，该房一直由儿子居住，但法院认为该离婚协议中的财产归属约定系处分行为，未经登记不发生效力，不能排除执行。

2. 债权亦足以排除强制执行

持该观点的判例认为，尽管案外人对房产仅享有债权，但“足以排除强制执行的民事权益”

并不要求一定是物权，符合一定条件的债权也可以对抗强制执行。在执行程序中，执行异议能否成立应根据《执行异议和复议规定》第25条至第28条的规定来进行判断，符合这些条文中所规定的要件的，可以成立执行异议。最高人民法院指出：“是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。”这一裁判说理路径产生了广泛影响，对裁判的统一具有重要意义。

“钟永玉案”中，最高人民法院就钟永玉对诉争房屋享有的所有权变更登记请求权能够优先于金钱债权提出了四个理由：第一，钟永玉的变更登记请求权早于金钱债权；第二，钟永玉之请求权针对的是特定财产，而金钱债权并未指向特定财产；第三，金钱债权系婚姻解除后发生，为个人债务，而该债务发生时，诉争房屋已经因约定而不再属于债务人的责任财产；第四，诉争房屋系夫妻共同财产，按照约定于婚姻解除后应归钟永玉及其子女所有，且该房产对钟永玉及其子女而言具有生活保障功能，与债权人的金钱债权相比，具有优先性。该案判决对钟永玉享有的权利及能否排除债权人的强制执行进行了详细的说理和论证，从两种权利的形成时间、性质、内容和功能等方面作了综合比较，建立了一套权衡方法，具有很强的实践价值。但仔细分析之，仍然存在论证逻辑上的不足之处，如判决一方面认为该房产归属约定为有效处分行为，且因该约定使得其不再成为登记权利人的责任财产，这似乎明确了该权利为物权；但另一方面又认为钟永玉对诉争房产的请求权为债权。这显然是自相矛盾的。

“刘会艳案”中，对案涉房屋是否具有足以排除强制执行的民事权益问题，最高人民法院基本遵循了“钟永玉案”的裁判思路，即“在执行异议之诉案件的审理过程中，根据个案的具体情况，比较有关权益的形成时间和权益的内容、性

质、效力以及对权益主体的利害影响等”因素，综合予以判断。该案判决中，法院认为，刘会艳未及时办理登记是因为房屋尚有抵押贷款，该情形属于非因自己原因未办理登记的情况，不能认为其存在主观过错。但同时，法院特别指出，债权人对债务人享有的保证债权是以债务人的一般财产为责任财产，而夫妻财产归属约定针对的财产是特定财产，后者之“向物性”更为强烈。而且，夫妻之间的财产分割协议是双方权利义务的一种统筹安排，涉及到其他义务的承担、“情感补偿、子女抚养以及对一方生存能力等因素的考量”以及所形成的稳定社会关系。综合上述理由，法院认为本案中存在足以排除执行的民事权益。

3. 参考时间要素判定是否足以排除强制执行

时间要素亦是判断夫妻财产归属约定能否对抗强制执行的一个重要要素。若夫妻财产归属约定发生在债务产生之后则一般不被认可，若在债务发生之前则常被支持。在“万仁辉与张红英案外人执行异议之诉案”中，最高人民法院认为，离婚事实发生在前，婚姻财产归属约定在时间上早于夫妻一方对外承担担保责任，“在没有证据证明张红英与成清波双方系恶意串通逃避债务的情况下，原审判决支持张红英关于停止对案涉房产强制执行的请求亦无不当”。但如果债务发生在先、夫妻财产归属约定发生在后，法院会以此为理由认定其恶意逃避债务，判定不能排除执行。在另一些情形中，如果离婚协议约定大部分财产归属于一方，而债务全部归属于另一方，那么未登记一方未及时登记的，尽管离婚协议之房产归属约定早于查封之前，法院仍可能会认定有条件起诉请求办理过户登记而未办理登记过户的，该当事人对房产的权利不足以排除强制执行。若夫妻在查封之后约定物权归属，实务判例则更不予支持。在“刘俐因与被申请人华玲执行异议之诉”一案中，离婚协议约定夫妻共有之房屋归一方所有，但未办理登记，该归属约定发生在查封之后，最高人民法院认为，“双方就已经查封、扣

押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人”。在“刘桂萍与郭志斌以及王永华案外人执行异议之诉”一案中，最高人民法院认为，根据《中华人民共和国房地产管理法》第38条之规定，明确被司法机关和行政机关依法裁定、决定查封的房地产，不得转让。换言之，第38条之规定构成了处分限制，当事人不能对已查封的房产进行处分，且离婚协议中房屋归属约定不具有对外效力，不能对抗强制执行。

三、夫妻财产归属约定之规则适用

（一）规则的适用范围

夫妻财产归属约定主要适用《民法典》第1065、1076条。有裁判观点认为，对夫妻财产制契约与夫妻个别财产约定应予区分适用：前者适用《民法典》第1065条，约定生效后即产生普遍性的约束力；而后者属于赠与性质的财产法律行为，应适用合同编关于赠与合同的法律规定以及原《婚姻法司法解释（三）》第6条。夫妻财产制契约依据合意生效，未经登记不得对抗善意第三人；而个别财产归属约定并不发生物权变动效力，夫/妻一方仅可基于债权请求权主张另一方履行不动产转移登记的义务。学理上，史尚宽也提出，特别财产之归属契约应区别于夫妻财产制契约。他认为，夫妻财产制契约为物权行为，不经登记即可生效，夫妻财产制契约之订立，“以婚姻成立为前提，因结婚于配偶间及对于其继承人之间的关系，即发生财产契约之物权的效力”，夫妻财产制契约“直接发生夫妻财产法的效力。为引起财产契约所定的所有权之变更，不须有法律行为的所有权或权利之转移”。但对夫妻间约定特别财产之归属者，史尚宽认为，“此特别契约，惟有债权的效力”。

问题在于，同为财产归属约定，何以法律性质却完全迥异：为何订立夫妻财产制契约属于物权

行为，而订立夫妻个别财产归属约定却属于债权行为呢？这显然违反了概念的统一性原理。诚然，夫妻财产制契约与夫妻个别财产归属约定有不同面相。夫妻财产制契约针对的是夫妻之整体财产，其标的财产是不具体的、不特定的。夫妻财产制契约是约定夫妻之间的固定财产模式，而许多国家的婚姻法所提供的固定财产模式是有限的。如德国法规定了三种模式：财产增益共有制（《德国民法典》第1363-1390条）、分别财产制（第1414条）和一般共有制（第1415-1518条）。增益共有制为法定财产制，后两种是约定财产制，也称为选择性财产制。原则上，夫妻双方只能就这三种财产制进行选择，既不能通过约定排除这三种财产制，也不能构建某种混合的财产制。与夫妻财产制契约不同的是，夫妻个别财产归属约定所针对的标的财产是具体的、特定的，而非夫妻之整体财产。由于夫妻财产归属约定所指向的财产是特定的，具有确定性，而婚姻家庭关系中的共同财产制具有“波动性”“不确定性”等特点，在此意义上，可以将夫妻个别财产归属约定看作是夫妻财产制的有益补充。

而从我国婚姻法立法史来看，我国婚姻法允许夫妻双方可以约定的客体范围是宽泛的，“夫妻财产约定的客体可以是任何种类的家庭财产”，“夫妻财产约定的内容可以是所有权、处理权或管理权”。而且，我国婚姻法从一开始就没有像德国法那样采用固定的财产制模式，而是承认一种宽松的、可由当事人自由选择的财产模式。因而，我国民法并没有严格区分夫妻财产制契约与夫妻个别财产归属约定，《民法典》第1065条所规范的也不仅仅是约定财产制，而是在更宽泛的意义上的夫妻财产约定关系，“既可以对全部夫妻财产进行约定，也可以对部分夫妻财产进行约定；既可以概括地约定采用某种夫妻财产制，也可以具体地对某一项夫妻财产进行约定”。换言之，在解释论上，针对特定财产的夫妻财产归属约定也可容纳于《民法典》第1065条，该条第2

款所规定的“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定”应包括夫妻个别财产归属约定，而非仅限于针对夫妻整体财产的约定。事实上，实践中大量适用原《婚姻法》第19条的案例都是针对特定财产归属的约定，而非针对夫妻整体财产的约定。如果将夫妻个别财产归属约定排除出《民法典》第1065条的适用范围，那么，该条的实践意义将大大缩减。因而，我国在法律适用上并无区分两者之必要。惟将来可能区分者在于登记簿之设置上：夫妻财产制契约应登记于夫妻财产登记簿，而个别财产归属之约定尚需要登记于不动产登记簿。目前，在未设立夫妻财产登记簿制度之前，恐怕也只能将不动产登记簿之登记作为统一的权利外观标准。

从离婚财产协议中对财产归属约定角度看，最高人民法院婚姻法司法解释也表明了并未将“对夫妻双方有拘束力”的财产归属约定限制在夫妻财产制契约的立场。原《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8条规定，“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律拘束力”。《民法典婚姻家庭编解释（一）》第69条第2款规定，“当事人依照民法典第一千零七十六条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律拘束力”。从上述条文的表述上看，我国司法解释实际上完全认可离婚财产协议中夫妻对个别财产归属约定的法律拘束力。

（二）《民法典》第1065条与第209条第1款的关系

《民法典》物权编第209条第1款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但是法律另有规定的除外。”依此，不动产物权变动，经登记生效是一般原则，不经登记也可生效是例外，法律可通过“另有规定”来创设例外。《民法典》第

333 条土地承包经营权之设立、第 374 条地役权之设立、第 403 条动产抵押权之设立等采登记对抗主义的物权变动类型,以及《民法典》第 229 条、第 230 条与第 231 条之非基于法律行为的物权变动类型,均属于第 209 条第 1 款的例外。那么,能否将《民法典》婚姻家庭编第 1065 条理解为第 209 条第 1 款之但书情形呢?

笔者认为,第 1065 条作为婚姻家庭编中关于财产权变动的规范,相对于物权编第 209 条第 1 款而言,可以理解为特别规范,应解释为第 209 条第 1 款之例外规定。其理由有:

第一,婚姻家庭关系中的物权归属判断与物权编物权归属判断的一般原则不同。物权编之物权归属判断以公示为一般原则,但婚姻家庭编之物权归属判断则不以公示为要件。如《民法典》婚姻家庭编第 1062 条之夫妻共同财产制,夫妻的共同财产是法定的,并不依赖于物权公示。在婚姻关系存续期间取得的财产,无相反约定的,即为共有财产,而不论该财产是否登记在夫的名下还是妻的名下,因为此时,作为物权归属的判断依据是第 1062 条所规定的法定共同财产制,而不是依据物权编第 209 条之公示原则。在依据夫妻财产契约来确定夫妻财产归属的情形,依据第 1065 条,夫妻可以约定婚后财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有,而该条同样并未要求公示。

第二,依据第 1065 条第 2 款的规定,夫妻对财产归属之约定对双方具有“法律拘束力”。依文义解释,“拘束力”意味着双方须遵守和尊重夫妻财产归属约定,不得加以否认,事后不能加以反悔或撤销。如果可以否认、可以反悔或任意撤销,那就相当于没有拘束力。故而,在无明确赠与之意思表示时,夫妻财产归属约定不能被解释为赠与,不能适用《民法典》合同编第 658 条第 1 款之任意撤销权。笔者认为,司法实践中,不就当事人的意思表示进行解释就对夫妻财产归属约定适用原《婚姻法司法解释(三)》第 6 条或《民法

典婚姻家庭编解释(一)》第 32 条,按照赠与赋予撤销权,在法律适用上是错误的。因为,上述司法解释条文适用的前提是夫妻双方明确是赠与的意思表示,即夫妻财产归属约定只有在明确存在赠与意思时才能按照赠与合同来进行法律适用。更为实质的问题是,任意撤销权还违背诚信原则,在夫妻伦理、家庭伦理上,都无法证立。

第三,第 1065 条之“拘束力”包括对物权变动效果的拘束力。夫妻财产归属约定最核心的意思是物权归属的确定,本条款规定的“拘束力”之文义应当解释为既包含债的效力也包含物权的效力。从意思表示本身来看,夫妻财产归属约定是指向物权归属的意思表示,如果排除了这一点,而只承认债的效力的话,那么,所谓的“拘束力”就不仅被缩减为“一半拘束力”,更是把夫妻双方最核心的意思给抽离了。

夫妻财产归属约定对夫妻双方都有不可任意撤销的拘束力,且其物权归属效果是按意思自治发生效力的,而不是按照第 209 条的公示原则生效。因而,第 1065 条属于第 209 条之“法律另有规定的除外”情形。支持这一观点的判例有如“张健健案”,在该案中,法院即认为原《婚姻法》第 19 条是对原《物权法》第 9 条但书所保留的例外。

(三) 对抗第三人之具体要素的判断

1. 不得对抗之善意第三人的判断

在善意第三人问题上,基于物权关系的处分限制与基于婚姻关系的处分限制有所不同。一般而言,处分限制通常不能排除善意取得,在基于婚姻关系的处分限制中,登记一方未经另一方同意而处分夫妻共同财产的,如果第三人善意,法院通常会支持第三人的善意取得。但批评的观点认为,支持善意取得虽然保护了动态交易安全,但却牺牲了家庭生活的静的安全,因为,基于婚姻关系的处分限制需要考虑财产在婚姻关系中的

实际用途、是否为婚姻生活所必须等因素。例如，如果所转让的不动产是婚姻生活的唯一不动产，那就必须经过配偶的同意或追认，否则不论登记在谁的名下，不论第三人是善意还是恶意，都应当优先于交易安全而受保护。德国法认为，基于婚姻关系的处分限制是一种绝对的处分限制，这意味着违反处分限制的处分行为是绝对无效的，“所有权人没有征得其配偶同意所进行的处分对每个人都是无效的”。

在“张健健案”中，法院依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第2条“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持”的规定认为，本案中，夫妻双方在离婚之后，未办理案涉房屋的产权变更登记手续，即“导致案涉房屋的真实权利状态与不动产登记簿不符”，但未登记一方对案涉房屋享有的是物权，而第三人的权利为债权，债权人并不属于不得对抗的“善意第三人”。

2. 对抗强制执行之判断要件

在案外人执行异议之诉中，对于未登记一方之民事权益是否具有对抗登记权利人的债权强制执行问题，关键在于能否成立《民诉法解释》第311、312条意义上的“足以排除执行的民事权益”的判断。对此，现行法并无明确规定，实务观点认为可以参照适用《执行异议和复议规定》。《执行异议和复议规定》第28条规定了四个要件，即查封前已订立书面买卖合同、已占有不动产、已支付全部价款或已按约支付部分价款且将剩余价款交付执行、非因买受人自身原因未办理过户登记。在离婚财产分割协议中，未登记一方成立“享有足以排除强制执行的民事权益”是否需要符合《执行异议和复议规定》第28条的四个要件呢？

有判例认为，欲判断离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否对抗债权人的执行，应审

查离婚财产分割协议的真实性、形成时间、不动产物权未办理登记的原因、当事人的过错等予以综合判断。这一思路实际上借鉴了《执行异议和复议规定》第28条所规定的要件。不同的观点则认为，应当区分第28条所保护的民事权益与夫妻财产归属约定产生的未登记民事权益。相关判例认为，“从性质看，离婚协议是当事人解除婚姻关系时就身份、财产、子女抚育等全部事项而达成的协议，具有很强的身份及伦理属性，其中关于财产归属的约定还具有较强的生活保障功能，不能等同于普通的民事合同”，而且，依据离婚财产归属约定享有的权利是“直接指向该房产的物权期待权”，而普通债权并不指向特定财产，故而，物权期待权应当优先于普通债权。不过，笔者认为，该案采用“期待权理论”来解释财产归属约定确定的未登记一方的权利，在学理上是值得商榷的。德国法上的“期待权”有特殊要件要求，只有对已经达成物权合意并已向不动产登记机构提交登记申请的权利人，才会给予期待权保护，动产期待权则主要存在于所有权保留买卖的法律关系中。中国法上，除了附所有权保留买卖关系之外，经预告登记的买受人的权利以及已经占有的买受人的权利也都存在期待权保护的必要，但仅仅订立合同所产生的权利则似难以被容纳到期待权理论中。此外，第28条保护的是交易关系中的买受人，而夫妻财产归属约定完全不具有交易性质，赋予夫妻财产归属约定以物权变动效果并排除强制执行是基于婚姻伦理而对财产权的保护，因而，将第28条的要件适用于夫妻财产归属约定，并不合适。

新近的学说见解认为，应区分夫妻财产归属约定系有偿还是无偿，若属有偿的约定义务范畴，可以类推适用《执行异议和复议规定》第28条；若系无偿的约定义务，则不能排除强制执行。但笔者认为，有偿、无偿之区分是从市场规则角度来讲的，夫妻财产归属约定并非市场行为，而是一种基于家事伦理的财产分配与分割行为，以有

偿与无偿作为其效力射程的判断标准与法理论据，不尽合适。

笔者认为，第 28 条所保护的是买卖合同关系中尚未办理登记但已经交付占有和支付价款的买受人的民事权益，其与夫妻财产归属约定有本质不同，前者体现了对市场交易领域的买受人之特殊保护，后者则不具有交易性质，而是基于婚姻伦理受到特别保护，因而并不需要按照第 28 条的要件来判断是否成立“足以排除强制执行的民事权益”。尤其是在夫妻财产归属约定关系中，夫妻双方并非买卖合同关系，对第 28 条之“订立书面买卖合同”与“已支付全部价款或按约支付部分价款且将剩余价款交付执行”这两个要件的考察是不必要的。在与债权人的对抗关系上，只要夫妻财产归属约定早于债权发生，且不存在规避法律、逃避债务或违反公序良俗等合同无效情形的，夫妻财产归属约定之效力就应优先于普通债权人之权利。

3. 占有之特别保护

按照阶段性物权变动理论，占有被视为是构成物权变动中的中间型权利的一个要素，法律应对占有的买受人进行特别保护。在夫妻财产关系中，也同样应当注重实际占有一方的权利保护。在“王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案”中，离婚协议中约定共有房产全部归女方所有，但并未经物权变动登记。法院认为，根据原《婚姻法》第 19 条第 1 款和第 2 款规定，夫妻双方关于案涉房屋归属的约定“虽然无须经过不动产物权变动登记手续即在二人之间发生物权变动的效力，但在未办理登记手续的情形下，其显然无法对抗善意第三人主张的物权。然而，王某琪申请执行涉案房屋的依据是其对赵某阳享有的债权，且王某英对涉案房屋实际占有，不存在善意第三人情形，因物权优于债权，故对原告要求解除对涉案房屋的查封措施的诉讼请求，本院予以支持”。

四、结 语

近代民法以来，民法上的人被塑造为一种能为自己利益作精细计算的“理性人”或“经济人”形象，在理性利己的市场理念下，民法上的人被认为是“理性”“意思方面强而智的人像”。至现代民法，基于具体人格权的发展、劳动者保护、消费者权益保护之需要，民法上的人转向“弱而愚”的人像。长期以来，不论是“强而智”的人还是“弱而愚”的人，民法制度设计的核心都是以市场竞争理念下经济交往中的公平与正义为指导思想。但是，民法的这一主导理念未必适合婚姻家庭法，因为市场伦理并不适宜用以指导婚姻家庭法的制度设计及相关法规范的解释：市场伦理是一种以个人主义为中心的利己主义逻辑，是建立在“理性人”假设的基础上；而婚姻家庭法强调的是一种以家庭关系意义上的团体为中心的利他主义逻辑，它所展示的是家庭共同体之亲情、感情、协助等“感性人”或“伦理人”人像。在婚姻家庭法回归民法典之后，如仍然以传统民法的市场伦理为中心来构建全部的制度体系和解释学，其缺陷将是显而易见的。如何调适“伦理秩序与经济秩序、家庭团体主义与个体主义、夫妻共同体意志与个人意志之间的权衡与冲突问题”，以及婚姻家庭法如何适用合同法、财产法之一般规则无疑是民法学的重要课题。具有相当共识的是，婚姻家庭法上的亲属、夫妻代表着“伦理人”特性，该种特性应该成为我国夫妻财产法的司法裁判和制度完善的基准。基于婚姻家庭法的伦理特性，夫妻财产契约的解释规则就应当首先以《民法典》婚姻家庭编的相关条文为中心来进行构建，而不应适用合同法与财产法之一般规则。

本刊已发相关主题的文章还有：

1. 冉克平：《夫妻财产制度的双重结构及其体系化释论》（2020 年第 6 期）；
2. 夏吟兰：《婚姻家庭编的创新和发展》（2020 年第 4 期）；
3. 赵 玉：《司法视域下夫妻财产制的价值转向》（2016 年第 1 期）；等等。

房绍坤 | 论遗产共有的类型定位

原创：2022-03-19 求索杂志 房绍坤

<https://mp.weixin.qq.com/s/u4cEsGNF76IiRow7RNp2VQ>



房绍坤

教育部“长江学者奖励计划”特聘教授，吉林大学理论法学研究中心 / 法学院教授、博士生导师。

摘要：现代继承法实行共同继承规则，继承开始后，遗产归继承人共有。在遗产共有问题上，罗马法主义主张遗产共有为按份共有，日耳曼法主义主张遗产共有为共同共有。在我国民法上，自《继承法》至《民法典》的民事立法上都没有明确遗产共有为何种类型的共有。通过体系解释规则，基于共有类型、遗产共有存在基础、遗产应继份以及遗产分割方法等分析，我国民法上的遗产共有应定位为共同共有。

关键词：遗产继承；共同继承；共同共有；按份共有；体系解释

原文出处：房绍坤. 论遗产共有的类型定位[J] 求索, 2022 (2): 12-20.

在现代继承法上，关于继承人之间的关系，各国和地区均实行共同继承规则，即遗产归继承人共有。但是，遗产共有究竟是共同共有还是按份共有，各国和地区有不同的立法规定。自《中华人民共和国继承法》开始，我国民事立法一直未就遗产共有的类型加以界定。尽管司法解释曾将遗产共有的类型界定为共同共有，但理论界一直存在不同的认识。在民法典编纂中，有学者建议立法上应当明确遗产共有为共同共有，但《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）仍未就

遗产共有的类型作出规定。对此，需要从理论上加以阐明。本文试就遗产共有的类型定位，从遗产共有的立法理念、理论争议及体系解释三个方面对遗产共有的类型进行分析，以期加深对《民法典》的理解与适用。

一、遗产共有的立法理念

在现代民法上，关于继承人如何从被继承人处取得遗产，立法例上有当然继承主义、承认继承主义、法院交付主义、剩余财产交付主义之分。在我国，《民法典》并没有明确规定遗产继承采取何种继承主义，但基于体系解释，可以得出当然继承主义的结论。一方面，依据《民法典》第 1124 条规定，接受继承无须明确的意思表示，只要继承人没有书面放弃继承的意思表示，即为接受继承，而继承的接受仅是对既已取得的继承权予以维持。另一方面，依据《民法典》第 230 条规定，因继承取得物权的，自继承开始时发生效力。这就是说，就物权而言，自被继承人死亡时，作为遗产的物权即归属于继承人。同理，其他的遗产（如债权、知识产权中的财产权等）亦是自被继承人死亡时归属于继承人。可见，基于《民法典》第 1124 条和第 230 条的体系解释，《民法典》确立了当然继承主义的立法例。

在当然继承主义之下，从继承开始，遗产即归属于继承人共有。但是，这种共有是何种类型的共有，立法上形成了罗马法主义与日耳曼法主义两种不同的立法理念。

（一）罗马法主义

罗马法是商品经济的产物，是“商品生产者社会第一个世界性法律”。因此，“罗马法以私法为

个人意思之领域，个人之意思，遂成为私法之中心”。当然，罗马法也并不否定团体的存在，但这种团体只不过是债法上多数人的结合关系，而且这种多数人的结合关系亦不能牺牲个人的绝对存在。因此，团体的权利义务事实上系按应有部分分解为成员完全独立的权利义务，不会成立共同关系。也就是说，财产法上的共同所有否定合并之团体的权利义务，最终仍还原为个别的权利义务。这种个人主义观念反映在继承法上，即主张遗产共有为按份共有。即当继承人有数人时，对于被继承人的权利义务，各继承人按其应继份而为权利人或义务人。对此，《十二表法》就明确规定：“债权债务，在法律上当然分割而归属于共同继承人。”按照罗马法主义，遗产共有发生如下主要效力：其一，共同继承人就个别的继承财产按照应继份各享有确定的、显存的应有部分；其二，在遗产分割前，共同继承人有权单独处分其应有部分；其三，继承的债权或债务，分别成为各继承人的分割债权或分割债务，但标的不可分者除外。

受罗马法个人主义思想的影响，近现代一些国家或地区坚持遗产共有为按份共有的立场。例如，在法国民法上，“共有”主要是对遗产共有规定的制度，也称为普通共有。《法国民法典》第815条以及第815-18条对遗产的按份共有规则作了具体规定，如持有2/3共有权利的一名或数名共有人可以实施与共同财产有关的管理行为、可以出卖共有的动产以清偿共有财产的债务或负担（第815-3条）。在日本民法上，继承人为数人时，继承财产属于其共有（《日本民法典》第898条）。该共有与《日本民法典》第279条所规定的共有在性质并无不同，为按份共有。因此，各共同继承人按各自的继承份额，承继被继承人的权利义务（《日本民法典》第899条）。在韩国民法上，依据《韩国民法典》的规定，继承财产视为数人共有，共同继承人按其各自的继承份额承继被继承人的权利义务（第1006条、第1007条）。

（二）日耳曼法主义

日耳曼法是农业经济的产物，反映了封建时代的特征。因此，日耳曼法以身份拘束为立法主旨，法律精神趋向于团体本位。在日耳曼法上，并不存在所谓“人”的抽象概念。“成员之人格，与团体之人格，其关系盖在不即不离之间。团体之目的及利益，非仅为其自身之利益及目的，亦为构成成员全体之目的及利益”。这种观念反映在财产法上，就体现为财产并不由个人独立支配，而是由团体支配。例如，作为农业经济的最重要财产的土地不由个人支配，而是归属于整个家庭，这使得法律关于不动产继承的规定变得多余。因此，一个家庭成员的死亡并不会对这个家庭团体的土地权利产生影响，这就决定了家庭法与继承法之间是无法区分的。这种团体本位的思想，反映在财产法上就形成了以“团体的所有权”为核心的特征，形成“共同所有”的法律形态，而这种共同所有的形态最早即出现在继承法中。在古日耳曼的继承制度中，继承并不采取长子继承制度，家长死亡后由继承人共同继承财产，继承人之间互相凭借血缘结合，具有相当密切的结合关系。因此，若未得全体一致的同意就不得处分继承财产，从而不承认各人拥有“应继份”，而由继承人全体所有该财产，从而形成“共同继承人团体”。按照日耳曼法的习俗，即使家长死亡，其子孙也不得分割遗产，必须居住于同一家屋内，以共同的家计继续生活为原则。因此，当家长死亡遗产归属于共同继承人全体时，由于共同继承人对于外部构成独立的一个综合体，原先的遗产就作为独立的特别财产归属于这个综合体。可见，正是基于日耳曼法上的团体主义思想，遗产共有形成了共同共有的形态。按照日耳曼法主义，遗产共有发生如下主要效力：其一，各继承人在全部遗产上都有其应继份，这种应继份是潜在的、不确定的，因此，这种共有又称为“可变的应分额之共有”；其二，各继承人不得处分个别财产

上的应继份，但在征得全体继承人的情况下，可以处分全部财产上的应继份；其三，继承的债权或债务，不可分割地归属共同继承人全体。

受日耳曼法团体主义的影响，近现代一些国家和地区在遗产共有上确立了共同共有制。例如，在德国民法上，共同继承遗产与合伙财产、夫妻共同财产属于共同共有的三种类型。继承人因共同继承遗产而组成一个共同体，形成共同共有而非按份共有关系。也就是说，所有继承人对全部遗产享有权利并承担义务，而不是仅涉及一定的份额。在瑞士民法上，共同继承人为各项遗产客体的共同共有人，对属于遗产的各项权利的处分，应共同为之（《瑞士民法典》第602条）。我国台湾地区所谓“民法”第1151条亦采取共同共有说，在分割遗产前，共同继承人对遗产全部为共同共有（公同共有）。

二、我国民法学界关于遗产共有类型的理论争议

在我国民法学界，关于遗产归共同继承人共有是有共识的。但是，对于遗产共有是共同共有还是按份共有则因民事立法的发展而存在不同的认识。可以说，在《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）颁布之前，我国民法学界的共识是遗产共有为共同共有。这主要是因为，最高人民法院的司法解释将遗产共有解释为共同共有。例如，1987年10月《最高人民法院关于继承开始时继承人未表示放弃继承遗产又未分割的可按析产案件处理问题的批复》中指出，在继承开始后，各继承人都有表示放弃继承，应视为均已接受继承，遗产应归各继承人共同共有。1988年4月《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则意见》）第177规定：“继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，即为共同共有。”当然，也有早期的论著主张，共同继承所得的财产为按份共有。但是，《物权法》颁布后，2018年12月最高人民

法院审判委员会第1457次会议通过了《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的规定》，废止了《民法通则意见》第177条规定，理由是“与物权法有关规定相冲突”。由此也导致一些学者开始质疑遗产共有为共同共有的主张，并依照《物权法》的相关规定重新思考遗产共有的类型定位，提出了不同于共同共有的主张。

概括地说，在我国民法理论上，学者间关于遗产共有的类型定位主要有以下四种学说。

（一）共同共有说

共同共有说认为，共同继承的遗产应归继承人共同共有，其主要理由如下：第一，在我国传统家庭中，通常只存在家产而没有家庭成员的个人财产，而且不仅家长生前家产被视为家长和家庭共同共有财产，即使家长死亡后家产仍维持共同共有关系。因此，遗产共同共有符合中华民族的传统习惯；第二，基于遗产共同共有性质，各共同继承人对遗产债务负连带责任，这有利于对遗产债权人的保护；第三，现代民法由个人本位转向社会本位，这是现代民法的发展趋势，而认定遗产共有为共同共有与此趋势正相符合；第四，在遗产分割之前，各继承人就遗产所享有的份额是不确定的，对遗产的各个部分并没有确定的应有部分，其只是对全部遗产享有他应继承的权利。

关于共同共有说，还存在另外一种观点，认为在继承开始后，遗产继承人共同体在遗产上为共同共有关系。这个共同体成员既包括继承人，也包括受遗赠人，具体范围取决于遗嘱指定与法律规定。这种观点的依据是遗赠与继承一样也能够直接导致物权变动。本文认为，遗赠并不能直接导致物权变动，仅发生债权方面的效力，故将受遗赠人作为遗产共同共有人并不妥当。

（二）按份共有说

按份共有说主要从批驳的角度论证遗产共有为按份共有,认为遗产共同共有存在如下缺陷。第一,我国民事立法上一直没对遗产共有的类型有明确的规定,虽然《民法通则意见》曾将遗产共有解释为共同共有,但该解释被废止后,遗产共同共有的观点就失去了法律依据。第二,共同继承遗产缺乏稳定的共同关系,而特定共同关系的存在是共同共有产生的前提。在现代社会,家族共同生活的“家”逐渐解体,这直接导致作为继承人范围的亲属和家庭成员身份背离,从而导致除少数共同继承人存在家庭共同生活关系外,共同继承人之间缺乏共同关系。在这种情况下,遗产的共同共有关系就丧失了存在的前提。第三,由于共同共有对共有财产的管理实行一致决规则,这就极易使遗产分割陷入僵局,因而背离了遗产共有的目的。同时,遗产共同共有的立法设计存在逻辑上的矛盾,因为其对共同继承遗产的内外权利义务关系均是按照按份共有的法理进行设计,如内部关系上存在着应继份之分、外部关系上按应继份清偿债务。除上述理由外,按份共有说还从继承权向所有权转化的思路进行解读,主张在继承人之间通常不具有家庭共同生活关系的情况下,继承人之间只是以暂时共有为必要,其对遗产权利的意思并不会总是一致的。此时,按份共有的表决机制恰与其应继份相关联,而应继份的明确与共同关系的模糊形成对照。可见,遗产共有应确定为按份共有,其份额即为应继份。

（三）区别对待说

区别对待说主张应区别不同情况,将遗产共有分别认定为按份共有和共同共有,其主要理由是单纯的共同共有说与按份共有说均存在不合理之处。

就共同共有说而言,其不合理之处在于:在存在遗嘱的情况下,遗嘱中指定继承人继承某个特定财产的,依法理及法律规定,该财产自继承开始即归该遗嘱继承人所有,推定为该继承人共同

共有显然失当。在没有遗嘱的情况下,如果共同继承人均有自己独立的生活和经济来源,则他们之间缺乏共同共有的意思,这导致缺乏共同共有赖以存在的共同生活关系。由于继承开始时,继承人在继承份额内所有权已经发生物权变动,因而遗产共有应当为按份共有。

就按份共有说而言,其不合理之处在于:遗嘱指定特定财产由继承人继承,该财产即归该继承人所有,不存在继承人按份共有的情况。在没有遗嘱的情况下,若继承人之间具有共同生活关系,并且对遗产没有分别所有的意思,则推定为按份共有并不符合法律规定。

基于共同共有说及按份共有说存在的不合理性,区别对待说提出了如下区别认定遗产共有的主张:有共同家庭生活关系的继承人对遗产的共有为共同共有;没有共同家庭生活关系的继承人对遗产的共有为按份共有,但继承人有特别约定的除外。

（四）无需区分说

无需区分说主张,对于共同继承遗产无需视为共同共有或按份共有,只需直接对共同继承人间的权利义务进行规范即可,其主要理由是共同共有说的立法规则与按份共有说的立法规则具有本质上的一致性,主要表现在:第一,在共同共有中,共有人对共有财产并没有确定的份额。但是,共同继承人的继承份额在继承开始前就已相对确定,只是在分割遗产后才能确定具体数额。共同共有说没有考虑继承人的应继份,而这种应继份在继承开始时就已存在且是遗产分割的依据。可见,应继份的存在表明各继承人对共同继承遗产实际上处于按份共有的状态。第二,在共同共有中,因共有人没有确定的份额而不存在转让份额的情况。但是,共同共有说的立法例却允许在一定条件下转让应继份,这与按份共有对遗产的处理是相同的。第三,在共同共有中,共同财产的管理通常实行一致决规则,但也允许共有人约定实

行多数决规则，这与按份共有的多数决规则已经没有什么差别了。第四，在共同共有中，只要共同关系存在，共有人就不能请求分割共有财产。但是，共同共有说的立法例均赋予共同继承人以随时分割遗产的请求权，这与按份共有是完全相同的。

三、我国民法上遗产共有类型的解释论

从上述各种学说来看，共同共有说虽为我国学界的通说，但其理由未免过于宏观，相对缺乏法律逻辑上的论证；按份共有说主要是从共同继承人之间的关系加以论证，其依据主要是继承人之间缺乏共同共有存在基础的共同关系；区别对待说从单纯的共同共有说与按份共有说的缺陷入手，以继承人之间是否存在家庭关系为依据区分认定遗产共有的类型；无需区分说主要是从共同继承遗产的规则出发，分析共同共有说与按份共有说的一致性，实际结论是采取按份共有说。应当说，各种观点从不同侧面的论证理由都有一定的说服力。本文认为，在《民法典》没有明确遗产共有为何种类型的情况下，我们只能通过体系解释规则，分析论证遗产共有的类型。基于体系解释，遗产共有应认定为共同共有。

（一）基于共有类型的分析

依据《民法典》第297条规定，共有包括共同共有与按份共有。可见，共有的类型具有法定性。这表明，遗产共有的类型只能在这两者之间进行选择。从前述最高人民法院废止有关遗产共有为共同共有的理由来看，其表述为“与物权法有关规定冲突”。查找《物权法》的规定，与此相关的规定只有第103条（《民法典》第308条），即“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有”。按照这一规定，最高人民法院废止遗产共有为共同共有的理由，应当是继承人之间并非一定具有家庭关系。区别对待说正是基于这一理由，提出了

以继承人之间是否具有家庭关系而分别认定遗产共有为共同共有或按份共有的主张。按此观点，遗产共有会形成三种形态：一是全部继承人之间具有家庭关系，遗产共有应为继承人共同共有；二是全部继承人之间不具有家庭关系，遗产共有应为继承人按份共有；三是部分继承人之间具有家庭关系，故具有家庭关系的继承人对遗产为共同共有，而不具有家庭关系的继承人对遗产为按份共有。本文认为，针对同一客体，共有人之间不可能既存在共同共有关系，又存在按份共有关系，否则，共有人之间的权利义务将无法确定。因为就同一客体而言，若两种共有并存，则因共同共有人对共有物是不可分份额的共有，而按份共有人对共有物有份额之分，这显然无法确定各共有人之间的权利义务。可见，遗产共有或者是共同共有，或者是按份共有，以继承人之间是否存在家庭关系判断遗产共有为何种形态的共有不具有正当性。同时，按照区别对待说，继承人之间没有家庭关系的，遗产共有为按份共有，但继承人可以约定为共同共有。这显然是不准确的。所谓“继承人约定”或者发生于继承开始前，或者发生于继承开始后，与继承开始同时发生的情形客观上不可能存在。而无论继承人的约定发生于何时，由于继承开始时，遗产才为继承人共有，因此，继承人的约定是无法产生效力的。当然，在继承开始后，继承人通过约定变动遗产共有类型的，则应属于遗产分割问题，与遗产共有的类型无关。

（二）基于遗产共有存在基础的分析

在共有法理上，共同共有存在的基础是共有人之间有共同关系。《民法典》虽然没有明确规定共同共有的共同关系，但从相关规定中可以推定这种关系的存在。因此，判断遗产共有为何种类型的共有，须明确继承人之间是否存在共同关系。所谓共同关系，是二人以上因共同目的而结合所成立的构成共同共有基础的法律关系。从《物权法》及《民法典》关于共同共有的规定来看，都仅

规定了“共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割”共有物（《物权法》第 99 条、《民法典》第 303 条），其中“共有的基础丧失”指的就是共同共有存在之基础的存在于共有人之间的共同关系消灭，也就是导致共同共有关系的基础共同法律关系丧失。从继承人之间的关系来看，无论其范围如何确定，相互间都具有一定的亲属关系，从而使继承人之间围绕如何继承和处理遗产这一目的而结合在一起形成一个共同体即“亲属团体”。这个“亲属团体”具有浓厚的家庭伦理性，成员之间利益共享、不分彼此，而且具有严格的身份属性，非继承人不能加入。正如德国学者所指出的：在共同继承中，由于遗产是作为一个整体自动转移给继承人，故全体继承人即组成了一个继承人共同体。可见，继承人之间存在着共同关系，从而具备了成立共同共有的基础。应当指出，《民法典》第 308 条的“除外规定”并没有将共同关系限定为“家庭关系”，而是使用了“家庭关系等”的表述，这个“等”显然为“等外等”，而非“等内等”。这就说明，除“家庭关系”外，与其性质类似的其他共同关系也为“除外规定”所包含，而共同继承关系就是其中之一。还应当指出，《民法典》婚姻家庭编第 3 章所规定的家庭关系包括了夫妻关系、父母子女关系和其他近亲属关系，而其他近亲属包括兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。可见，继承人之间基本上都存在家庭关系，这也说明即使依据《民法典》第 308 条的规定，遗产共有也应认定为共同共有。

（三）基于遗产应继份的分析

无论是罗马法主义还是日耳曼法主义，法律都承认继承人对遗产享有应继份。在按份共有说看来，这种应继份就是按份共有中的应有份额，从而遗产共有应为按份共有。本文认为，这个理由并不充分。一方面，继承人的应继份与按份共有中的应有份额存在明显的区别。在按份共有中，

应有份额是按份共有人对共有物所有权在分量上应享有的部分，属于所有权之量的分割，而非所有之质的分割。因此，应有份额是一个确定的数额且在共有成立时即确定，具体表现为共有人的应有份额的比例。由于共有人对应有份额享有相当于所有权的权利，故共有人有权处分应有份额。在继承中，应继份是继承人可以分得遗产的份额，通常都是法律明确规定的，但在继承开始遗产共有成立时，这种份额并非确定。同时，即使法律规定了继承人的应继份，这种份额也只是一种可能的份额，因为继承人取得遗产的具体数额取决于其他很多因素，如所尽义务情况等（《民法典》第 1130 条）。由于继承人的应继份额并非一个确定的数额，故无法用以确定继承人的共有份额，这与按份共有的性质是不同的。另一方面，在共同共有中，共有人也有一定的份额，只不过这个份额只是一种不确定、潜在的份额，只有在共有物分割之后才能确定。在遗产共有中，继承人享有法律规定的应继份额在性质上与共同共有中共有人的应有份额相同，也一种是不确定、潜在的份额。例如，在德国民法上，继承证书上虽然载明 A 和 B 是共同继承人，份额各为 1/2，但该处不动产在不动产登记簿上却只能登记为继承人共同共有，且不应列出各共有人的份额（《不动产登记簿条例》第 47 条第 1 款第 2 种情形）。因此，A 和 B 虽然对遗产各享有 1/2 的份额，但不等于对不动产各享有 1/2 的份额，遗产份额的实际效果只能在遗产分割时才能体现出来。这表明，遗产共有具有共同共有的特征。因此，继承人享有法律规定的应继份额与共同共有并不矛盾。

这里需要讨论一个问题，即应继份究竟能否转让？按照罗马法主义，遗产共有为按份共有，故应继份的转让应无疑义；按照日耳曼法主义，遗产共有为共同共有，应继份自无可转让之理。但是，在采取遗产共有为共同共有的立法例上的确存在着允许应继份转让的规定，其代表为德国、瑞士民法。

《德国民法典》第2033条规定，各共同继承人可以处分整个遗产上的应继份，但不能处分个别遗产上的应继份。这里的“处分”，是指直接导致应继份权属变动的处分行为（物权行为），直接发生物权效力。同时，为防止继承人共同体过于受外界人员的影响，继承人在转让份额时，其他共同继承人有优先购买权（《德国民法典》第2034—2037条）。应当指出，即使允许继承人转让遗产份额，受让人也并不因此而变成继承人，出让人仍为继承人，因为继承人的身份是不可转让的。因此，继承证书仍然只能颁发给转让份额的继承人，而不能颁发给受让人，出让人仍继续对遗产债务承担责任。在德国学者看来，在共同共有关系中，潜在的份额理应是不能转让的。因此，遗产份额的转让并非共同共有的典型特征，如在合伙共有、夫妻财产共有中就不允许共有人转让份额。由于《德国民法典》允许应继份额的转让，而这有违共同共有的基本原理，因此就需要有特别理由。对此，德国学者给出了如下三条理由：第一，继承人共同体不同于合伙和夫妻，它不是基于数个继承人自由意志而形成的；第二，允许转让应继份额，可以让某一继承人无须征得其他继承人同意即可将其份额变价，这可以缓和僵硬的共同共有规则（特别是第2033条第2款、第2038条、第2040条第2款等）；第三，如果不让某一继承人以法律行为处分其应继份额，则意味着也不能强制执行其份额（强制执行也会变动应继份的权属），这有损该继承人的债权人的利益。从德国学者给出的三条理由来看，法律允许继承人转让遗产应继份并不是法律逻辑的结果，而更像是法律逻辑向现实需要妥协的产物。

《瑞士民法典》第635条规定，共同继承人之一就应继份的让与，与第三人订立契约者，该第三人无权参与遗产的分割，仅对分割结果中属于该继承人的应继份有请求权。可见，瑞士民法上的应继份转让的法律构造与德国民法存在明显

不同。在瑞士民法上，应继份尽管在名义上也可以转让，但受让人不能直接取得相应的份额（应继份转让无物权效力），其取得的实际上仅是一项债权请求权，这不同于德国民法所规定的受让人直接取得相应的份额（即应继份转让产生物权效力）。由此可知，在瑞士民法上，受让人只能请求出让人（继承人）将其嗣后在分割遗产时取得的财产转让给自己。这实际上转让的是遗产分割后的应继份，只是在遗产分割前达成了转让的协议。

在我国民法上，法律并没有规定继承人可否转让应继份，理论上也存在不同的认识。本文认为，于遗产分割前，继承人不能转让应继份，理由在于：一方面，应继份仅是继承人对遗产的一种潜在份额，而非确定的份额（受《民法典》第1130条遗产分配规则的影响），该份额只有在遗产分割后才能确定。在继承人的遗产份额不确定且非继承人又不能参与遗产分割的情况下，应继份难有可转让性；另一方面，应继份基于继承而产生，而继承人之间是一种亲属共同体关系，因而应继份具有身份法属性，这就决定了应继份的非转让性。

（四）基于遗产分割方法的分析

《民法典》第1156条第2款规定，不宜分割的遗产可以采用折价、适当补偿或者共有等方法处理。这里的“处理”实际上也就是分割，因此，该条提出的“共有”处理方法，也即遗产分割方法。这一规定至少说明，遗产属于继承人共有。关于“共有”分割方法，有学者解释为“保留共有”，即继承人对遗产保留共有权。这时的共有权属于按份共有，即根据各继承人之间应继承的份额共同享有所有权。但这一解释相对模糊，未能完全表达出其应有之义。因为若遗产共有为按份共有，则再保留这种按份共有，或者遗产共有为共同共有，则再保留这种共同共有，而不为遗产的分割。本文认为，所谓“保留共有”并不是

保留原共有的类型，而是在保留共有状态的基础之上改变共有的类型。据此，如果遗产共有为按份共有，则共有的分割方法就是将按份共有转变为共同共有；而如果遗产共有为共同共有，则共有的分割方法就是将共同共有转变为按份共有。就前一种情形而言，遗产共有的类型由按份共有转变为共同共有，显然与共有物分割的目的不符。这是因为，物权法上的共有物分割意味着将数人共同所有的财产变成每个共有人的单独所有。若将遗产的按份共有转变为共同共有，原本按份共有人还享有确定的应有份额，但在转变之后则不再享有确定的应有份额，这显然违背共有物分割的目的。但是，若将遗产的共同共有转变为按份共有，则继承人就对遗产拥有确定的份额，而分割后的各继承人对分得的份额享有相当于所有权的权利，这就实现了分割的目的。因此，只有将遗产共有解释为共同共有，才会有共有的分割方法。

四、结语

遗产共有类型的认定，在理论上与实践上都具有重要的意义，直接关系到共同继承人之间及继承人与第三人之间的权利义务，不得不辨。基于体系解释，我国民法上的遗产共有应认定为共同共有。如此，继承人在管理遗产时，原则上应遵循共同共有的一般规则。当然，认定遗产共有为共同共有，并不意味着遗产共同共有与普通共同共有完全相同，这两者无论是客体范围还是规则设计上均存在一定差异。遗产共同共有是普通共同共有与准共同共有的混合。继承人共同体的目标通常不是持续对遗产的共同使用，而是为了分割遗产。继承人共同体自始就是以解散为目的，具有偶然性。因此，遗产共有只是一种暂时的共有关系，以遗产分割为终极目的，而非以维持共同的生产和生活为目的。

亲子关系推定规则的理解与适用——基于“北大法宝”251份民事判决书的分析

2022-03-21 北大法宝

https://mp.weixin.qq.com/s/YDCVoT9ybibs3i_nP1UTUw

本文来源：北大法宝法学期刊库

《证据科学》2021年第2期

作者：栗明 扬州大学法学院副教授

内容提要：实践中，法官在亲子关系推定规则的逻辑关系上存在理解误区，对“必要证据”“相反证据”的证明对象、证据范围及证明标准认识不一，严重侵害了裁判统一和司法权威。该规则对拒绝亲子鉴定的“正当理由”缺乏明确规定，一定程度上导致当事人拒绝权的滥用。为此，有必要通过解释或补充对此规则予以完善。亲子关系推定是建立在事实主张者对基础事实的证明，以及对方当事人证明妨碍行为基础上的推定。“必要证据”的证明对象为“基础事实”而

非“推定事实”。基于未成年子女利益最大化理念，在否定亲子关系之诉中，基础事实的证明要达到“高度盖然性”的证明标准，而在确认亲子关系之诉中，只需达到“盖然性占优势”。“相反证据”通常为“反证”，能够动摇法官对基础事实的心证即可。拒绝亲子鉴定的“正当理由”以当事人身体健康条件不允许或存在特殊情况无法实现查明案情为限。家事案件重在实质真实的发现，只有法官尽其探知职权仍不能查明事实时，当事人无正当理由拒绝配合亲子鉴定，方能作出对其不利的推定。

关键词：亲子关系推定；亲子鉴定；必要证据；证明妨碍；职权探知

目次

一、亲子关系推定规则的适用现状

二、亲子关系推定规则的逻辑结构

三、否定亲子关系的推定规则

四、确认亲子关系的推定规则五、进一步的思考与结论

亲子关系证明的高标准及直接证据的缺乏，使得亲子关系推定成为“待证实事实真伪不明困境克服之优位选择”。2011 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）第 2 条确立了亲子关系推定规则，被学者誉为“重要的制度创新，填补了我国亲子关系诉讼方面的立法空白”。虽然，学者们也从文本出发指出其不足，却终究“纸上谈兵”。理论研究不能脱离实践，亲子关系推定规则的适用效果如何，还需立足于实际的案例分析。因此，从实践中发现问题，探究根源，进而通过解释或补充对该规则予以完善，构成了本文的写作进路。

一、亲子关系推定规则的适用现状

（一）案例选取

笔者以全文为检索范围，在“北大法宝”网搜索适用《婚姻法解释（三）》第 2 条规定作出裁判的案例，为比较一、二审法院判决的差异，在“文书类型”一栏选择“判决书”，“审理程序”一栏选择“二审”，确定作为本文研究对象的判决书 277 份（截止日期 2020 年 9 月 17 日，排除重复案例 16 件、无关案例 5 件、不应适用该条的案例 4 件、双方同意鉴定实际未适用该条的案例 1 件，剩余 251 件），其中适用《婚姻法解释（三）》第 2 条第 1 款“否定亲子关系推定规则”的判决书 147 份，适用第 2 款“确认亲子关系推定规则”的判决书 104 份。具体情况见表 1、表 2。

表 1 否定亲子关系推定规则的适用情况

二、二审判决一致（137 件）					一、二审 判决相异	
推定亲子关系不存在			亲子关系不存在的主张不予 支持（法官认为不符合“必 要证据”的要求）			
未提供“必要证 据”，仅对方拒绝 亲子鉴定	法官认为提供了“必要证据”					
	自认	单方私下亲子鉴定				其他“必要证据”
11	7	26	18	75	10	
8.03%	5.11%	18.98%	13.14%	54.74%		

表 2 确认亲子关系推定规则的适用情况

一、二审判决一致（97 件）		一、二审判决相异
推定亲子关系存在 （法官认为提供了“必要证据”）	亲子关系存在的主张不予支持 （法官认为不符合“必要证据”的要求）	
75	22	
77.32%	22.68%	7

（二）现状分析

第一，在亲子关系否定之诉中，忽视“必要证据”，法官仅因对方当事人拒绝配合亲子鉴定即作出对其不利的推定。适用否定亲子关系推定规则的前提是主张非亲子关系的一方提出“必要证据”对基础事实予以证明。这一限制可防止一方当事人在无任何事实根据的情况下利用向法院申请亲子鉴定的方式进行证据摸索。从表一的统计数据来看，法官认为“未提供符合要求的必要证据，不予支持亲子关系不存在主张”的判决稍占优势，比例约为 54.74%。这表明，“必要证据”确实起到了一定防范作用，避免夫妻一方仅仅基于怀疑和不充分的证据随意否定亲子关系，以至于破坏家庭和谐与未成年子女利益。但也不可否认，一些法院在主张非亲子关系的一方未提供任何“必要证据”的情况下，草率地仅因另一方拒绝亲子鉴定而推定亲子关系不存在，比例约为 8.03%。

第二，在亲子关系否定之诉中，法官将单方私下的亲子鉴定意见作为“必要证据”予以采纳。由于婚外性关系通常较为隐秘，能够证明妻在受孕期间与夫之外的第三人发生性关系的证据较难获得，因此夫常瞒着妻私下带子女做了亲子鉴定，该鉴定意见可否视为“必要证据”？在统计的单方私下进行亲子鉴定的 33 个案例中（见表 3），多数法官对此予以肯定，比例高达 78.79%，少数法官认为单方亲子鉴定意见并未达到“必要证据”的证明标准，另外一些案件两级法院的认定则截然相反。

表3 单方亲子鉴定意见的采纳情况

法官认为是“必要证据”	法官认为真实性存疑，未达到“必要证据”的证明标准	一、二审法官认定相异
26件	5件	2件
78.79%	15.15%	6.06%

第三，在亲子关系否定之诉中，法官将自认作为“必要证据”予以采纳。涉及“自认”的案例总体较少，收集的7份判决书中有女方对亲子关系不存在的“自认”，而法官均予以采纳。

第四，法官对“必要证据”的证明标准认识不一。在亲子关系否定之诉中，男方提出的必要证据通常有：子女系婚前受孕、子女与父母相貌差异、涉及子女身份的信息或录音、女方与第三者亲密交往的证据、女方不再出轨保证书、女方承诺精神损失费或放弃男方支付子女抚养费、男方不具备生育能力的诊断书等。上述一个或一组证据是否达到“必要”之程度，法官认识不一。这种状况在同一案件的一、二审法官截然相反的认定中对比明显。如“黄某与赖某甲离婚纠纷案”，男方以出院记录、住院病历、新生儿记录以及火车票、照片等证据申请亲子鉴定。一审法官认为，“赖某甲提交的证据只能证明赖某乙的出生情况，火车票、照片证明黄某在婚后外出，并不能当然肯定其与他人发生性关系且确已受孕，从而不能证明赖某甲与赖某乙间不存在亲子关系”。二审法官则认为，“黄某在同居期间是否受孕，双方均无充足证据予以证明，因此，不能排除赖某甲主张事实的可能性。黄某无正当理由拒绝配合亲子鉴定，本院推定赖某甲认为其与赖某乙之间不存在亲子关系的主张成立”。又如“欧某与梅某离婚纠纷案”，一审法官认为，“虽然上诉人提交了被上诉人怀孕期间的医学检查报告书拟证实欧阳××不是其生育的女儿并由此申请亲子鉴定，鉴于涉案的出生医学证明已明确记载了欧阳××是上诉人、被上诉人婚后生育的女儿，而医学检查报告中记载的意见仅属于医学推论，上诉人未提供必要的证据证明其与欧阳××不具有亲子关系”。二审法官则认为，“上诉人在一审诉讼中提供了相应的证据，包括双方当事人第

一次同房与孩子出生时间，B超检验等，上诉人的质疑有一定的合理性，由于女方拒绝作亲子鉴定，本院认定欧阳××与上诉人不存在亲子关系”。

亲子关系确认之诉主要发生在非婚同居的男女双方之间，女方通常提出的“必要证据”有：双方同居生活或关系密切的证据、子女出生医学证明、户籍、门诊病历等相关登记信息、男方的为父行为等。法官为保护未成年子女利益，一般认可上述证据并在男方拒绝亲子鉴定时推定亲子关系存在。但也有一、二审法官对于证据是否达到“必要”程度认识不一。如“苏某琪与李某明子女抚养纠纷案”，原告苏某琪提供了其与被告李某明关系亲密的照片、证人证言，以及记载李某明是其子父亲的出生医学证明。一审法官认为，“出生医学证明系单方办理，且未得到被告认可。由于原告未能提供必要证据证明被告与苏××之间存在亲子关系，故不能作出被告即为苏××生父的推断。”二审法官则认为，“被告否认与原告有同居或性关系，但对出具身份证原件办理出生证明等事实不能作出合理解释，未能提供任何证据反驳原告的主张，也不能合理解释不予配合进行亲子鉴定的原因及理由，应推定原告主张成立。”

第五，法官对“相反证据”的证明对象及证明标准认识不清。在事实主张者提出“必要证据”对基础事实予以证明后，法官通常直接引用法条以“对方当事人未提出相反证据又拒绝亲子鉴定”为由，直接推定事实主张者的主张成立，极少有案例中涉及“相反证据”的具体表述，因此，对于“相反证据”的证明对象及应达到的证明标准，从判决书中无法获知。按最高人民法院民一庭的观点，非婚生子女及与其共同生活的父母一方提出相当证据证明被告为非婚生子女的生父或生母，且非婚生子女尚未成年而亟须抚养的，如果被告不能提供足以推翻亲子关系的证据，又拒绝做亲子鉴定的，应当推定亲子关系成立。可见，亲子关

系诉讼中，法官倾向于要求相反证据应“足以推翻”推定事实。

第六，当事人拒绝亲子鉴定的理由多样。《婚姻法解释（三）》第2条并未明确拒绝亲子鉴定的正当事由，实践中当事人多提及的理由为：“子女不同意”“对子女不利”“对方的怀疑是对自己人格的侮辱”“影响现有家庭和谐”等，法官通常未作回应，但从判决结果来看并未支持。

（三）小结

从亲子关系推定规则的适用现状可见，立法者寄希望于通过该规则的出台解决亲子关系认定难题、消除实践混乱局面的初衷并未取得预期效果。究其原因，笔者认为主要有三点：其一，法官在亲子关系推定规则的逻辑关系上存在理解误区，以致未符合适用条件即作出推定；其二，条文本身的模糊性，使得法官对“必要证据”“相反证据”的证明对象、证据范围及证明标准认识不一，严重侵害了裁判统一和司法权威；其三，对拒绝鉴定一方的合法权益保护欠缺，主要表现在未对其“合理拒绝权”予以规定，一定程度上也导致拒绝权的滥用。为此，下文拟对《婚姻法解释（三）》第2条进行细致分析和深入解读，尝试厘清亲子关系推定规则的逻辑结构，并明确相关概念的内涵与外延。

二、亲子关系推定规则的逻辑结构

（一）从“基础事实”到“推定事实”的可反驳推定

“推定”是指事实裁判者依据法律规定或者经验法则，从已知事实推断未知事实之存在，并允许当事人举证推翻的证明规则。William Shaw和Michael Lee认为：“推定是一个或者多个事实得到证明后，另一事实不需要用直接证据加以证明，在没有进一步提出证据的情况下直接加以合理推论。”美国证据法学者华尔兹指出：“推定是关于某事实存在与否的推断，而这推断又是

根据其他基础或基本事实来完成的。”亲子关系的认定，亲子鉴定固然是最为直接和有效的方式，然而合法的亲子鉴定往往需要被鉴定者及其监护人同意，在一方拒不配合进行亲子鉴定的情况下，推定则成为解决亲子关系认定难题的可替代证明方式。虽然这一推定方式不如利用亲子鉴定意见进行直接证明准确，但至少比法官按照证明责任规范作出裁判更为公正。首先，亲子鉴定所需检材属于被鉴定者身体组织的一部分，在其无正当理由拒绝提供时，将使事实主张者陷入举证困境。通过适当方式减轻事实主张者的举证责任，加重对方当事人的协助义务或事案解明义务，实现双方实质上的武器平等，符合程序公正的内在要求。其次，推定建立在基础事实与推定事实一致的高概率之上，同时亦赋予对方反驳的机会，一定程度能保证结论的准确性，有助于实体公正的实现。与案件事实“真伪不明”时法官按照证明责任规则裁判相比，推定方式实际上压缩了“真伪不明”状态的空间，使法官的裁判尽量建立在事实“真伪分明”的基础之上。正如学者所言，推定是待证事实真伪不明困境下保证裁判者所认定的事实与案件客观真相最大程度上保持一致的优位选择。

典型的推定包含作为前提条件的基础事实（the basic facts）和建立在基础事实之上的推定事实（the presumed fact）。就《婚姻法解释（三）》第2条来看，“推定事实”毫无疑问为“亲子关系存在或不存在”的事实，那么“基础事实”为何？条文并未明确，笔者认为可概括表述为“足以怀疑血缘关系存否”之事实。由于基础事实与推定事实之间存在着“或然性常态联系”，因此，若前者得到证明，后者即可成立，无须再以证据证明。推定的适用实际上降低了事实主张者的举证难度，但并未免除其证明责任。罗森贝克曾言：“受益于推定的当事人应当承担推定规范的前提条件的证明责任，因为如果不加以确认，推定是不能直接适用的。”《婚姻法解释（三）》第2条亦规定了事实主张者需“提供必

要证据予以证明”，虽未明确“必要证据”的证明对象，但很明显指向的是“基础事实”而非“推定事实”。因为推定事实若能直接由证据证明，自然无适用推定之必要。见图 1。

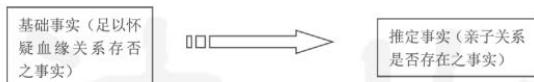


图 1 基础事实与推定事实

由于基础事实与推定事实的“共存”关系是基于事物之间的常态联系或极高的概率，不排除例外情况下二者不一致的可能，因此，除了不可反驳的法律推定外，推定是可反驳的。《婚姻法解释（三）》第 2 条明确规定，对方当事人可提出“相反证据”推翻该推定事实。推定在减轻事实主张者举证责任的同时，亦通过赋予对方当事人反驳权以平衡双方的诉讼权利，并在双方的平等对抗中最大程度地接近案件真实。

（二）对证明妨碍行为后果的不利推定

血缘关系的确定关系着人类伦理秩序的维护和婚姻家庭生活的安定，因此，亲子关系案件强调“真实的发现”，法官不能仅从“足以怀疑血缘关系存否”之基础事实的证明直接推出“亲子关系存在或不存在”之推定事实的成立，只有对方当事人同时实施了证明妨碍行为才可作此推定。所谓证明妨碍，是指非负证明责任一方当事人出于故意或过失，以作为或不作为的方式妨害对方当事人利用证据，使其陷于难以证明的困境时，为求公平，法院科以妨碍之人一定的诉讼不利益的法理和制度。《婚姻法解释（三）》第 2 条在事实主张者提出“必要证据”对基础事实予以证明后，又规定另一方“拒绝做亲子鉴定的”，才可推定事实主张者的主张成立。见图 2。

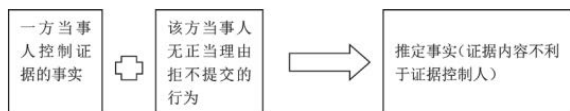


图 2 证明妨碍中“推定事实”的形成模式

亲子关系推定中“推定事实”的证明困境起因于对方当事人拒不配合亲子鉴定的妨碍行为，因此，许多学者认为亲子关系推定实质上是对证明妨碍行为后果的不利推定，《婚姻法解释（三）》第 2 条正是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第 95 条（原 75 条）在亲子关系领域的具体化。

对此，笔者并不赞同。首先，《民事诉讼证据规定》第 95 条（原 75 条）原本针对的是文书的提出，其中基础事实“证据为一方当事人控制”在亲子关系推定中并不需要事实主张者提出证据予以证明，因为作为亲子鉴定检材的血液、唾液、毛发等与人体是密不可分的，无需证明“其为一方当事人控制”。其次，根据该规定，仅以对方当事人无正当理由拒绝亲子鉴定就推出亲子关系是否存在，显然与《婚姻法解释（三）》第 2 条规定不符。这种观点也误导一部分法官明为适用《婚姻法解释（三）》第 2 条，实为仅依据《民事诉讼证据规定》第 95 条（原 75 条）作出对对方当事人不利的推定。在统计的适用否定亲子关系推定规则的案例中，约有 8.03% 的案件，法官在一方当事人未提出任何“必要证据”对基础事实予以证明的情况下，仅以对方当事人无正当理由拒不配合亲子鉴定而作出亲子关系不存在的推定。

事实上，亲子关系推定是建立在事实主张者对基础事实的证明，以及对方当事人证明妨碍行为基础上的推定，是二者共同作用的结果。在事实主张者提出“必要证据”对基础事实进行证明后，对方当事人证明妨碍行为的出现，使原本建立在基础事实之上的法官内心确信得以增强。因为进行亲子鉴定是对方当事人“洗脱嫌疑”最为有效和直接的方式，在其无正当理由拒绝配合鉴定的情况下，依据经验法则，法官更加确信推定事实的真实性。见图 3。

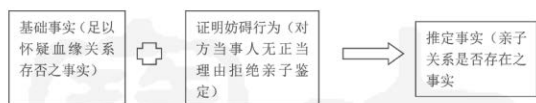


图3 亲子关系中“推定事实”的形成模式

（三）亲子关系推定规则的适用条件

综上,《婚姻法解释(三)》第2条亲子关系推定的适用需符合三个条件,第一,事实主张者提出“必要证据”对基础事实予以证明;第二,对方当事人未提出“相反证据”推翻基础事实或推定事实,或因证据不足难以推翻;第三,对方当事人实施了证明妨碍行为,即拒绝进行亲子鉴定且无“正当理由”。需注意的是,这三个条件是递进关系而非并列关系,在满足前一条件的基础上才考虑后一条件。只有同时具备三个条件,法官才能支持一方当事人的主张而作出对对方不利的推定。相反,如果前一条件不具备,法官无需考虑后面条件,并排除该规则的适用。见图4。

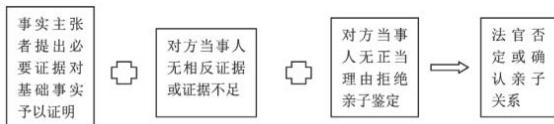


图4 法官否定或者确认亲子关系的模式

由于《婚姻法解释(三)》第2条两款分别涉及否定亲子关系的推定和确认亲子关系的推定,以下分别阐述。

三、否定亲子关系的推定规则

（一）适用否定亲子关系推定规则的前提

从《婚姻法解释(三)》第2条第1款规定的适用主体为“夫妻双方”来看,这一推定适用的前提是婚生子女推定制度,是对婚生推定的否定。婚生子女推定是法律对于子女婚生性的认定,是指妻在合法婚姻存续期间受孕或生育的子女推定为夫的婚生子女。建立婚生子女推定制度,有利于维护夫妻关系与家庭和谐,也有利于未成年子女的健康成长。虽然我国《婚姻法》没有明确规定婚生子女推定制度,但在司法实践中,将夫妻

关系存续期间出生的子女推定为婚生子女,一直是以习惯法的方式沿袭着这种传统做法,并且为无数个司法裁判所确认。

若子女在夫妻婚姻关系存续期间受孕或出生,法官直接推定为婚生子女,夫妻一方(通常为“法律上的父亲”)欲推翻此推定,需提出证据。该证据要么是对基础事实(子女为婚姻关系存续期间受孕或出生)的反驳,要么是直接推翻推定事实(子女为非婚生或与“法律上的父亲”无血缘关系)。实践中,子女于婚姻关系存续期间受孕或出生的事实一般无争议,婚生否定的主张者只有直接推翻推定事实,具体有两种方式:一是直接证明法,通过亲子鉴定意见否定血缘关系的存在。

二是反证法,通过证明妻由夫受孕显为不能,如夫被确定妻受孕期间无生育能力,或者妻受孕期间夫妻分隔两地无同居可能,或者子女与夫妻之血型不符合遗传规律等。就上述两种方式来看,反证法所述情况毕竟占少数,由于夫妻之间有同居的权利和义务,不能完全排除妻由夫受孕的可能,因而借助亲子鉴定意见这种证明力强的证据便成为最直接有效的方式。然而亲子鉴定需对方及子女同意,在其拒绝配合的情况下,为减轻婚生否定者的举证责任,《婚姻法解释(三)》第2条第1款规定了否定亲子关系的推定以替代用亲子鉴定意见直接证明的方法。

（二）“必要证据”的界定及基础事实的证明标准

1.“必要证据”的证明对象与证据范围

如前所述,《婚姻法解释(三)》第2条第1款的“必要证据”是用以证明“基础事实”的。在否定亲子关系的推定中,基础事实为“足以怀疑血缘关系不存在”之事实,必要证据通常有:妻在受孕期间与他人同居或关系密切的事实、子女外貌与家族特征存在明显差异、妻向夫隐瞒或虚报怀孕或分娩时间、承诺精神抚慰金、“不再出轨”保证书、放弃夫之抚养费给付等。这些证

据只能表明“亲子关系可能不存在”，并不能直接否定亲子关系。因此，诸如夫被确定妻受孕期间无生育能力，或者受孕期间夫妻分隔两地无同居可能，或者子女与夫妻之血型不符合遗传规律等这些可直接否定亲子关系的证据并非规定中的“必要证据”，法官据此作出的认定也非适用该推定的结果。如胡某与朱某甲离婚纠纷案，朱某甲向法院提交了医学检查报告证明其不具有生育能力，该证据经庭审质证可直接推翻婚生推定，根本无须申请亲子鉴定，更无适用《婚姻法解释（三）》第2条第1款的必要。然而实践中法官常常混淆必要证据的证明对象，要求当事人提供的证据必须能够证明推定事实。如张某甲与尹某甲离婚纠纷案，二审法院认为“因上诉人并未提供证据证明，其与张某乙不存在亲子关系，……，上诉人关于请求做亲子鉴定的主张本院不予支持。”其他类似案例如乔某某与朱某某离婚案、徐×与邢×离婚纠纷案等。也许法官的本意是当事人未能提出证据对“足以怀疑血缘关系不存在”的基础事实予以证明，但这样的表述实为不妥，至少应在“与张某乙不存在亲子关系”之前加上“可能”二字。

另外，单方私下的亲子鉴定意见是否属于“必要证据”？如前所述，亲子鉴定意见可直接推翻婚生推定，此时并不需要适用《婚姻法解释（三）》第2条第1款进行推定，因而其非该条款中的“必要证据”。此外，笔者也不主张将单方私下的亲子鉴定意见作为推翻婚生推定的直接证据，这并非因为其不具备与案件争议问题的关联性，而是因为其在合法性与客观真实性上存在缺陷。首先，单方私下的亲子鉴定意见不具备证据的合法性。由于涉及个人的身体完整权和隐私权，亲子鉴定的实施需要被鉴定者及其监护人同意。单方私下的亲子鉴定未经夫妻另一方同意，通常情况下在子女未成年时也采取了对被鉴定子女欺骗的手段而实施。我国《未成年人保护法》规定了未成年人的“参与权”，父母及其他监护人、

有关机构在处理涉及未成年人事务时应“听取其意见，尊重其真实意愿”。因此，单方私下的亲子鉴定意见应作为非法证据予以排除。许多国家立法都对亲子鉴定的实施进行了严格限制，如法国1994年《生命伦理法》规定，DNA鉴定仅得于裁判程序以及为医学或科研之目的才被允许，个人不得私自进行，否则受刑事处罚（新《法国刑法》第226条之二十八）；并且，任何未经认可的人或机关也不得实施DNA鉴定，违反者同样应受刑事处罚（新《法国刑法》第226条之二十八、三十二）。在德国，如果男方未经女方同意，私自做亲子鉴定，将被控侵犯人权罪，相关的实验室也会受到法律制裁。其次，单方私下的亲子鉴定意见，其客观真实性亦难以保证。私下进行的亲子鉴定往往由社会上的鉴定组织完成，这些组织在人员配备、机构管理等方面远不规范，鉴定程序也缺乏实质监管，加之实践中鉴定人极少出庭接受双方当事人的有效质证，亲子鉴定意见的真实性无从审查，法官往往以“对方当事人虽有异议但提不出有效反驳”而使亲子鉴定意见产生“一锤定音”的效果。

除了单方私下的亲子鉴定意见外，对方自认是否属于“必要证据”？由于身份关系诉讼追求实质真实，强调未成年人利益的保障，因此夫妻一方有关“子女非亲生”的自认并不能直接否定亲子关系。《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92条第2款规定“对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用前款自认的规定。”但这并非意味着自认没有任何证据价值，其仍然可作为“当事人陈述”影响法官心证。德国《民事诉讼法》第617条规定，婚姻案件当事人的自认，不产生诉讼法上的效力，仅可作为间接证据在自由评价框架内适用。我国台湾地区学者许士宦认为“自认或自认契约之陈述，仍属当事人辩论之内容，法院虽不受其拘束，仍可将之作为全辩论意旨，而于证据评价之予以

斟酌。”因此，自认属于“必要证据”的范畴，但仅有自认，还达不到“必要”之程度。实践中一些案件仅有自认，法官却在当事人拒绝鉴定时推定亲子关系不存在。如杨某某×与高××离婚纠纷案、宋某某与赵某某离婚纠纷案、孙某甲与任某、董某抚养纠纷案等。

2. 基础事实的证明标准

基础事实由“必要证据”予以证明，这里“必要”一词实际上是对基础事实证明标准的描述，也即用以证明基础事实的证据要达到“必要”之程度。但何为“必要”？在美国，婚生推定属强推定，仅得依“明白及确信的证据”予以推翻，此种明白及确信的证据，从民事上证据之证明度来看，即要求比较高之证明度。英国在家族法改革法制定之前，有学者认为反对婚生推定的当事人证明子女为非婚生的证明，必须达到“超越合理的可疑”之程度。也有学者认为，对婚生子女推定的反驳只要证明至非婚生比婚生有较大可能性，即达到盖然性占优势的证明标准即可。之后的家族法改革法规定，依证据优越原则即得推翻亲子推定。不过，法院认为，于何等程度之证明始能打破亲子推定，应依维持受推定为亲子之状态或打破推定而成为非亲子结果所致之重大性而有所不同。已有判例认为，推翻亲子推定之证明，虽然比刑事诉讼所要求之“超越合理的可疑”之证明度为低，但仍需比民事诉讼上证据优越原则较高程度之证明。在德国，通说及判例均认为，就该婚生推定之反对事实的证明度达到通常证明度即可。但也有部分学说主张，人事诉讼之证明度应比民事诉讼之证明为高。如前所述，婚生子女推定有其重要的制度价值，基于对婚生子女推定制度的尊重，以及保护妇女及未成年子女利益的需要，立法于推翻婚生推定规定了严格的限制条件，如否定亲生父亲的原告资格，设置否定权的行使期限等。因此，笔者认为，否定亲子关系的推定中，证明基础事实的证据要形成证据链，达到“高度

盖然性”的程度，即法官对于子女非亲生产生较高程度的怀疑。此时，对方当事人既无“相反证据”推翻，又无正当理由却予以拒绝，则可推定亲子关系不存在。对方当事人拒绝亲子鉴定的行为补强了基础事实的“高度盖然性”，实际上使得“亲子关系不存在”的推定事实的证明标准相比于普通民事诉讼更高。

（三）“相反证据”的界定及证明标准

基于主体之间权利义务均衡配置的考量，推定的适用在大大减缓原告证明负担的同时，也应赋予被告相应的对抗性权利，以防止因对原告程序性权利的过分倾斜而导致当事人之间实体利益的反向失衡。否定亲子关系推定是可反驳的推定，反驳有两种方式，一是对“足以怀疑血缘关系不存在”的基础事实进行反驳，二是直接推翻“亲子关系不存在”的推定事实。显然，推翻“推定事实”的最直接有效方式是以亲子鉴定意见证明“亲子关系存在”。由于本条适用的前提是夫妻一方拒绝亲子鉴定，因此只能对“基础事实”进行反驳，此处的“相反证据”是指用以反驳“基础事实”的证据。相对于证明基础事实的本证来说，相反证据为反证，对于反证所要达到的证明程度，一般认为只须切断基础事实的证据链，打破法官原有的心证，使其重新对基础事实的真实性产生怀疑即可。正如罗森贝克所言：“可对已经被证明的主张提出反证，如果法官对该主张的真实性重新产生怀疑，那么，该反证已获得成功。”在亲子关系否定之诉中，被推定为法律上父亲者提出“必要证据”对“足以怀疑血缘关系不存在”的基础事实予以证明后，法官对“子女为非亲生”产生较高度度的心证，此时，对方当事人（通常为妻）需针对“基础事实”提出“相反证据”予以反驳，以打破法官刚刚建立起来的心证，如提出所谓亲密关系的照片系技术合成、“不再出轨保证书”为对方逼迫所写等。在其未提供“相反证据”或证据不足的情况下，又无正当理由拒绝亲子鉴

定,法官可推定亲子关系不存在。实践中,法官对于相反证据的理解通常限于能够直接推翻“推定事实”,这大大缩小了“相反证据”的范围,使得“相反证据”仅具有形式上的意义。这也解释了为什么在收集的案例中极少涉及“相反证据”的具体阐述。这一现象在确认亲子关系之诉中同样存在。

(四) 拒绝亲子鉴定的“正当理由”

在亲子关系诉讼中,即便当事人负有血液检查协助义务,在具备正当事由时,仍可拒绝受检。德国《民事诉讼法》372条之1规定:“……检查,必须符合于公认的科学原理,足以阐明事实真相;……而且根据检查的方式和检查的结果对于受检查人和本法第383条第1款第1项至第3项里的他的亲属发生的影响,这种检查是受检查人可以接受的,也无害于他的健康时,才可以。韩国《家事诉讼法》规定,须在对受检人并不损害其尊严与健康状态的情形下,当事人才负有受检查的义务,而可由法院命令其接受。各国有关拒绝亲子鉴定的正当事由主要包括:(1)检查有害于当事人健康;(2)检查无助于血统解明;(3)检查为期待不可能。除了被鉴定人为同卵双生、一定时期内接受过输血或骨髓移植等特殊情况,亲子鉴定的证明效力是不可否认的,另外,现代技术的发展使得亲子鉴定对人体健康的伤害越来越小,因此,上述拒绝亲子鉴定的“正当事由”仅为少数,需要法官审慎核实。

有学者主张,究竟何种情形构成“正当理由”,应“权衡比较实施鉴定所获得利益与拒绝鉴定所保护利益而定”。在德国法上所承认之证明妨碍法理中,亦有类似之利益衡平考量,亦即,不负有举证责任之当事人在证据之提出上,如有比系争利益更值得保护之利益的正当理由时,得拒绝提出该证据,在法官心证上并不受不利益之评价。法国新《民事诉讼法典》第11条规定:“当事人有义务协助证据调查;……但如有合理的障

碍不能提交之情形,不在此限”,“这种正当理由可以是出于‘尊重私生活’之原因—但如果这一措施对保护他人的权利与自由实属必要时,不在此限,也可以是出于保守职业秘密之原因。”我国实践中当事人多以“不符合未成年人利益”为由拒绝亲子鉴定,笔者认为这并非“正当理由”。这样的说辞不仅导致法官自由裁量权过大,而且拒绝亲子鉴定一方常打着未成年子女的旗号,使亲子关系推定规则名存实亡。笔者肯定亲子关系诉讼中应遵循“未成年人利益最大化”原则,但这一因素是立法者在制度设计之初应考量的。推定被创设的理由具有多元化,是立法者或司法者出于对概率、政策、经验、公平、逻辑和便利等因素的单一或综合考量,其目的在于实现某项社会政策或者保护某种社会利益。就亲子关系推定而言,立法者对未成年人利益的优先保护主要体现在“基础事实”证明标准的设定。在否定亲子关系之诉中,对受婚生推定子女的保护重在维持其生长环境的稳定,因此否定者提出必要证据对基础事实的证明应达到较高程度的盖然性;相反,在确认亲子关系之诉中,对非婚生子女的保护重在为其寻求生父的抚育教养,因此确认者提出必要证据对基础事实的证明达到“盖然性占优势”即可(详见下文)。在事实主张者已提出必要证据且达到证明标准时,再以“不符合未成年人利益”为由拒绝已无必要,且这种一味强调未成年人利益的做法也损害了他人的合法权益。

此外,实践中一方当事人常以“子女不同意”为由拒绝亲子鉴定,此理由是否正当?准确地说,子女是否同意并非拒绝亲子鉴定的理由而是开启亲子鉴定的条件。因为亲子鉴定不仅仅是双方当事人的事,更关涉子女利益,因此亲子鉴定的开启不能仅由双方当事人决定,也应征询子女意见。然而在子女未成年时,其意愿往往受制于其监护人或与其共同生活的一方当事人,因此把未成年子女真正地作为程序主体来对待,充分尊重其意

愿才能更好地保护其利益。但鉴于未成年人心智发展的限制及意愿表达机制的欠缺，在探寻其是否同意进行亲子鉴定的意愿时，法官应发挥更大的主动性，可通过家事调查官、社工人员或者为未成年子女设立程序辅助人等方式调查“子女不同意”是否出于其真实意愿，以决定是否启动亲子鉴定程序。当然，在子女年龄特别小而无法表达意愿时应由法官斟酌各种情形作出判断。

四、确认亲子关系的推定规则

（一）适用确认亲子关系推定规则的前提

亲子关系确认之诉的子女应为非受婚生推定的子女。婚生子女身份的确定可通过婚生推定制度，但“非婚生子女和他们的生父还是须经过法律手续才能成立父子关系。”非婚生子女身份的确定主要通过认领或准正制度。准正是经由生父与生母结婚之方式使已出生之非婚生子女准正为婚生子女。认领是指通过法定的程序由认领人确认非婚生子女为己身所出的行为。生父认领分为自愿认领与强制认领。依凭生父之意愿，以其意思表示承认与子女之血缘关系，此为任意认领，也称自愿认领。在无生父主动以意思表示认领时，生母或非婚生子女可在确认生父与子女间有血统联络之事实时，主动向生父提起强制认领诉讼，请求生父认领。若子女于婚姻关系存续期间受孕或出生，首先根据婚生推定制度认定为婚生子女，而非适用《婚姻法解释（三）》第2条第2款去确认亲子关系。如王××与朱××离婚纠纷案，子女于双方婚姻关系存续期间出生，法官认定该子女为婚生子女的法律依据为《婚姻法解释（三）》第2条第2款，属法律适用错误。

（二）“必要证据”的界定及基础事实的证明标准

“必要证据”是用以证明“基础事实”即“足以怀疑血缘关系存在”之事实的，实践中主要表现为女方受孕期间与男方亲密交往的各种证

据、子女出生医学证明等材料的记载、男方与孩子的血型不相矛盾、男方曾以孩子父亲的身份行事、承认某子女为其亲生子女的相关证据、男女双方就子女抚养问题进行协商的短信和电话录音等。如果证据能够直接证明“亲子关系存在”的推定事实，包括作为直接证据的亲子鉴定意见或者间接证据形成的证据链，都不属于“必要证据”的范畴，也无适用该推定的必要。

同样，“必要”也是对基础事实证明标准的描述，即事实主张者提出证据对基础事实的证明要达到使法官相信该子女较有可能为男方亲生的事实。至于“必要”的程度，笔者认为，只需达到“盖然性占优势”即可。这一点与前述否定亲子关系推定的证明标准不同。英国已有裁判认为，推翻亲子推定之证明……要求比民事诉讼上证据优越原则较高之证明。然于未受亲子推定之子确定父子关系之情形，对于生物学上父子之待证事实，基于证据优越原则予以证明即可。我国台湾地区学者许士宦也认为“人事诉讼上应设定比一般民事诉讼较高之证明度，而且，为贯彻婚生子女推定制度保护子女利益之旨趣，宜要求否认婚生子女诉讼之证明度比请求认领子女诉讼之证明度更高。”亲子关系确认之诉中，当事人一方之所以请求子女身份的确认，多数基于抚育教养未成年子女的需求。为保护未成年人利益，只要事实主张者提出必要证据使法官相信该子女较有可能为男方亲生，在对方未提出“相反证据”推翻，又无正当理由却拒绝时，可推定该子女与男方存在亲子关系。对方当事人拒绝亲子鉴定的行为补强了已达“盖然性占优势”的“必要证据”的证明力，使得最终确认“亲子关系存在”的证明标准仍然可达到“高度盖然性”的程度。

（三）“相反证据”的界定及证明标准

对确认亲子关系的推定进行反驳同样可通过两种方式，一是对基础事实的反驳，即针对女方已提出“必要证据”予以证明的“足以怀疑血缘

关系存在”之事实，男方提出“相反证据”予以推翻。二是直接提出证据推翻“亲子关系存在”的推定事实。直接推翻推定事实既可通过亲子鉴定（但该推定规则显然已排除此种情况），也可以是男方提出“女方由己授胎显无可能”的证据。对基础事实的反驳，为反证，只需破坏“必要证据”的证据链，打破法官原有的心证，使其重新对基础事实的真实性产生怀疑即可。而用于直接推翻推定事实的证据为本证，需要达到使法官确信的程度。“对已经推定的事实本身只能由对方当事人提出反面证明，由于反面证明是本证，它必须说明理由，使得法官对推定事实的不真实性完全地确信。”

实践中，男方常提出生母于受孕期间与自己以外的其他男性亦发生性关系的事实，即所谓的“不贞抗辩”或“多数同衾者抗辩”。在父权主义、夫权主义的旧时代，许多国家立法都规定这种抗辩可用来限制原告强制认领请求权的行使。随着近代女权主义运动的发展，各国逐步废除这种带有歧视性的立法，此抗辩现在一般作为辩论中被告对抗原告的一种间接反证，但证明力极弱，即使被告证明原告有不贞事实，法官也不能依此认定子女与被告不具有亲子关系。因此，“不贞抗辩”属于“相反证据”，但仅有此远未达到相反证据证明标准的要求。如周某2与张某1等抚养纠纷案，被告周某2提出“原告母亲张某2除自己外还有同居男友，不排除张某1系张某2与他人所生”，但法官未予支持。

（四）拒绝亲子鉴定的“正当理由”

理由同前，此不赘述。另外，实践中男方常以“自己现已结婚，妻或子女不同意”“担心影响现有家庭”为由拒绝亲子鉴定。这类案件通常是确定非婚生子女的抚养问题。婚生子女利益的保护与非婚生子女利益的保护同等重要，确定生父不仅关系子女知悉血统起源的权利，进而涉及其接受抚养教育的权利以及继承权，甚至影响疾

病的诊疗，即使可能对生父的隐私以及另外的家庭造成损害，子女的权利仍然优于可能的生父的权利。在我国台湾地区，一则请求认领子女之诉的案例中，被告以“贸然接受鉴定而发生不正确结果，恐影响日后家庭和谐”为由拒绝接受血缘鉴定。法院虽未明示判断，但从判决结论来看似亦认当事人不得以此为由拒绝检验。类似案例如“周某2与张某1等抚养纠纷案”。

五、进一步的思考与结论

亲子关系诉讼中，基于保障对方防御权及明确审理对象的需要，事实主张者应提出“必要证据”对基础事实予以证明，当法官对此已形成充分心证时，对方当事人即负有亲子鉴定检查的协助义务。这是因为，亲子关系诉讼中，有关案件事实的重要证据常常掌握在对方手中，如亲子鉴定检材本身就属于对方身体组织的一部分，如果其不愿配合，显然无法实施。出于调整证据分布的结构性不均衡和适当减轻负有证明责任的当事人的举证负担，许多国家在亲子关系诉讼中规定了对方当事人甚至第三人负有检查协助的义务。所谓检查协助义务是指，法院命令当事人或第三人配合采取或提供血液以进行亲子鉴定时，当事人或第三人对此所生之义务，包括检查忍受义务（血液采取）及检证物提出义务（血液提供）。有疑问的是，此时，对方当事人违反检查协助义务，是否必然意味着应受不利推定？与普通民事案件不同，包括亲子关系在内的家事案件重在实质真实的发现，法官负有职权探知义务。只有尽其探知职权仍不能查明事实时，当事人无正当理由拒绝履行检查协助义务，才能够作出对其不利的推定。这也是笔者赞同对于违反检查协助义务的法律后果采日本“自由心证说”的原因。日本学者松本博之认为，“在职权探知主义诉讼模式中，并非完全不能适用表见证明或暂时推定，而要对其加以适用，必须建立在法院进行了非常充分的职权探知的基础上。如果法院未进行充分的职权探知就

依据暂时推定冒然肯定父子关系存在的话，将违背职权探知义务。”我国《婚姻法解释（三）》第 2 条“人民法院可以推定”的表述也具有相同的意思，“可以”意味着法官既可推定事实主张者的主张成立，也可不作此推定，这之间裁量的空间显然依赖于法官的职权探知。如“陈某某与王某婚姻家庭纠纷案”裁判要点提及“在非婚生子女认领之诉中，即使一方当事人已经提供了必要证据，另一方当事人没有相反证据又不配合亲子鉴定的，人民法院也可以不推定请求确认亲子关系一方的主张成立”。

综上，笔者建议将《婚姻法解释（三）》第 2 条修改为：夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据对“足以怀疑血缘关系不存在”的事实予以证明，另一方没有

相反证据又无正当理由拒绝做亲子鉴定的，人民法院在无法由其他证据调查获得确信而必须依靠亲子鉴定才能查明亲子关系时，应当推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。（第 1 款）当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据对“足以怀疑血缘关系存在”的事实予以证明，另一方没有相反证据又无正当理由拒绝做亲子鉴定的，人民法院在无法由其他证据调查获得确信而必须依靠亲子鉴定才能查明亲子关系时，应当推定请求确认亲子关系一方的主张成立。（第 2 款）

编辑排版 | 陈楠

审核人员 | 张文硕

本文声明 | 本文章仅为交流之目的，不代表北大法宝的法律意见或对相关法规/案件/事件等的解读。

（二）律师视点/律师风采

最高院裁定书：股权赠与子女再由父母代持的正确思路 | 企业控制权案例分析（五）

原创：2022-03-20 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/IwM42n7JhUb0p9XSckY45w>

引言

“父母离婚，财产谁也别要了，反正迟早传给孩子，不如提前给孩子，省得在离婚纠纷中撕来斗去”的想法并不罕见。股权是家庭财富最核心的表现形式，将股权赠与子女如何操作？特别是子女年幼、海外求学、虽已成年但不谙世事等情况下，如何既能从股权的经营角度保证企业经营的延续，又能把股权的财产权益有效传承给子女，相信是很多企业主夫妇面临离婚时考虑的问题。尤其是一方父母控制公司，但又要将股权传承给孩子的情形，怎样约定有效、协议签字又该避免哪些隐患？最高院的这一裁定，体现了对本案当事人离婚时股权传承给子女安排的审判观点，值得学习研究。

案情简介

1. 陕西高院查明赠与协议及主要内容

（1）父母与儿子签署赠与股权协议

艾子母（甲方）、艾子父（乙方）、艾子儿（丙方）三人，于 2014 年 5 月 5 日签订《赠与协议》。根据协议约定：艾子母持有的牧驰公司 96.18% 股权无偿赠与儿子艾子儿，艾子父对此表示同意。

该协议载明：“三、各方同意，在本协议生效日起，标的财产的所有权归属丙方（儿子）所有。鉴于丙方在管理公司或资产方面的经验不足，各方同意，本协议生效后按法律规定（不超过八年）

办理过户（变更登记手续）。甲方可以按照公司章程、股东会和董事会决议、法律规定为丙方的利益持有和管理标的财产；四、在甲方为丙方的利益持有和管理标的财产期间，甲方可根据具体情况，从维护丙方利益出发，按照公司章程、股东会和董事会决议、法律规定行使权利。在该期间，甲方亦可以无需经丙方同意转委托乙方（父亲）为丙方的利益持有和管理标的财产，或者根据丙方意愿将标的财产转移到丙方名下或进行其他处理……五、本协议生效后，标的财产及与标的财产有关的权利和利益，应由丙方单独享有。丙方现有或将来的亲属（包括但不限于丙方的父母、配偶、子女或其他亲属）不得享有标的财产及财产的收益。如甲方认为丙方的任何亲属享有了标的财产及财产的收益，或者甲方认为标的财产及财产的收益在事实上或法律上存在不能为丙方单独享有的风险，甲方有权要求丙方应立即将受赠财产（股权）无偿返还给甲方。六、本协议自各方签署并经公证机关公证之日起生效。”

签订协议当天，三方对该赠与协议进行了公证，公证机关于 2014 年 5 月 7 日出具公证书。同日，艾子母召集牧驰公司全体股东召开股东会，告知全体股东赠与协议内容，并形成股东会决议：同意艾子母将持有本公司 96.18% 的股权赠与艾子

儿；鉴于艾子儿管理经验不足，股权暂不过户至儿子名下，由艾子母代子持有。

(2) 儿子给母亲的股东管理授权

2014年12月10日，艾子儿出具《委托授权书》，载明：全权委托艾子母与北京才大公司洽谈牧驰公司股权转让、变更、过户等事宜。

(3) 儿子与儿媳的婚内财产约定

2015年12月15日，艾子儿与其配偶签署财产协议，载明：根据赠与协议，艾子儿接收牧驰公司96.18%的股权，从牧驰公司出售所得收益中获得现金人民币3亿元（为其母亲艾子母女士的赠与物），该款项于2015年1月6日存入艾子儿在中国西安银行开立的账户。

2. 再审争议焦点

陕西高院判决驳回艾子父关于撤销案涉《赠与协议》中牧驰公司96.18%股权的赠与的诉讼请求，是否缺乏证据证明，适用法律是否错误。

3. 最高院再审审查观点

(1) 股权赠与并由母亲代持的相关协议已经履行

根据上述事实，艾子儿已接受案涉股权赠与，并经牧驰公司股东大会决议成为该公司股东，艾子父同意由艾子母代艾子儿持有股权。艾子父以艾子儿未记载于股东名册亦未办理股权变更登记为由主张《赠与协议》未实际履行，理由不能成立。

(2) 协议第五条的撤销权享有主体限于母亲，不包括父亲

该条约定享有撤销权的是“甲方”，而该协议其他条款中甲方均明确指向“艾子母”，法院认定艾子父不享有约定解除权。

(3) 父亲不享有原《合同法》第192条的法定撤销权^[1]

即使赠与儿子股权为夫妻共同财产，鉴于《赠与协议》第三、四条明确约定艾子母应为艾子儿的利益持有和管理受赠财产，而公司股权的3亿元出售款进入艾子母账户后，全部或部分多次在艾子儿账户内流转，说明艾子儿已经控制该笔资金，艾子父未能提供相关证据证明艾子儿转让受赠股权的行为已对其造成严重侵害，艾子父主张法定撤销权的理由不成立。

艾子父还主张，案涉《赠与协议》存在法定撤销事由。但是，艾子父未能提供充分证据证明其签订《赠与协议》不是其真实意思表示，系受艾子母的欺诈而为，其此项再审申请理由也不能成立。2020年12月25日，最高院以（2020）最高法民申6134号裁定书，驳回了父亲的再审申请。

注：本文案例系根据公开裁判文书改编，自然人姓名及公司名称均为虚构，仅供学习研讨之用。

律师复盘

1. 本案父母赠与股权给儿子的安排

父母离婚，为达成财产分割协议，将部分共同财产（如股权）提前传承给子女，本案中的安排如下：

第一步：从家庭内部层面，父母与子女签署协议，将母亲名下（属父母共同财产）的股权赠与儿子，但约定仍由母亲代持（即母亲为显名股东，继续保持其对公司的经营权）。

第二步：从公司合规层面，召开股东会表决，让股权赠与及代持成为全体股东认可的法律事实，避免日后对儿子显名产生障碍。

第三步：协议约定最长八年内，股权要过户到儿子名下。



图 1 艾子母筹划步骤图

从最高院的裁定内容看，最高院对股权赠与、赠与后同步由母亲“代持”的筹划，认为是当事人自愿协商的结果，持认可的态度。

2. 本案父亲反悔的诉求及被驳回的主要原因

(1) 股权出售款的使用与保管分歧，是产生矛盾的主要原因之一

牧驰公司的股权后经母亲代为出售给才大公司，获款 3 亿元。钱款打进母亲账户并完税，部分资金在儿子账户中移转。父亲认为，出售款由母亲掌握，从而进一步认为，是母亲恶意欺骗其签署赠与协议，故起诉协议无效，形成诉争。

(2) 父亲诉求被驳回的因素

首先，从约定撤销权上看。根据协议第五条，撤销权由甲方行使。虽然父亲主张，在其他公司的赠与协议中，撤销权享有主体也包括父亲，但就本份协议的内容看，明确约定撤销权是由母亲享有的。

其次，从法定撤销权上看。儿子没有严重侵害赠与人（包括父母双方）及亲属等，也没有证据证明儿子不履行合同义务，不存在法定撤销权发生的情形。

启示和借鉴

本案反映出的父母在离婚时如何处理多年经营心血（股权）的传承问题，在现实生活中比较常

见，或许是很多企业主会面对的难题。如何科学周密地筹划股权的传承，正确签订股权赠与协议与代持协议，本案及最高院的裁定给我们提供了极大的启示和借鉴。

1. 签订赠与并代持协议

首先，明确赠与人及受赠人是父母双方。即股权虽然登记在一方名下，但处分的是夫妻共同财产。从家庭关系内部，确认赠与主体是父母双方，避免日后因《公司法》上的股东行权问题与夫妻共同财产的认定产生分歧。

其次，关于父母一方“代持”。例如本案，协议签订后，关于母亲是否为了儿子利益持有股权的问题，从公司层面看，属于公司内部治理的问题，其他股东、公司管理层有法定的追责规定；从股权“代持”角度看，在赠与人、受赠人内部可以进行权利义务约定。比如，如果父亲有证据证明，代持期间母亲有损害儿子权益的行为，可以依据赠与协议向法院提起诉讼，要求依约定处理（比如，撤销，更换，或提前变更至儿子名下）。这样，父亲签署赠与协议的积极性和监管权利都会有一定保障。

2. 相关协议经过公证的环节

父母离婚时，将股权赠与子女，可能存在两种情况。其一，被赠股权属夫妻共同财产；其二，被赠股权，属配偶一方个人财产（或部分共有）。第一种情况，司法实践中，对被赠股权的处理，被视为夫妻双方协商一致的结果，单方反悔大概率不会得到支持。但第二种情况，司法实践中存在对“交付”的认识分歧，即如果被赠股权是父母单方的财产（或部分共有），赠与协议的效力或被认为是待定状态，如持有财产的父母一方反悔，依据《民法典》第 658 条[2]，行使任意撤销权，子女要求强制过户或会遇到障碍。因此，公证应有必要。

3. 赠与并代持协议在公司股东会表决

“代持”权利是合同法上的请求权，转换成公司法层面有保障的权利义务，是需要经过其他股东优先购买权表决认可的。借鉴本案的做法，将父母子女的赠与并代持协议，在公司全体股东会上表决，确定其他股东放弃优先购买权、认可儿子“隐名”股东身份、认可由母亲继续显名持有并行使股东权利。还可以继续依据《公司法》内部治理规则，由母亲担任经管人员，负责公司运转。经此环节，儿子在协议条件符合要求显名时，如遇争议，胜诉概率较大。

4. 未代持父母一方监管作用的体现

对未代持的父母一方来说（比如本案父亲），最大的担心，是与母亲的基本信任不存在后，对其“代持”子女资产或资产变现的风险管理。解决此种担心的关键，是在赠与协议中，明确规定父亲在查证与维权两个角度的规则。

从查证的角度来说，主要是为了解决未持股一方（比如本案父亲）如何在监督母亲为儿子利益“代持”股权或掌握、管理股权收益（分红、转让款）过程中行使权利，如提前在协议中约定持股方“尽职义务”的内容。

从维权的角度来说，主要是父亲提起相关争议解决认定的诉讼基础（比如，依据赠与协议条款中的约定）。

图2 可供参考的筹划方案

综上所述，家族企业面临离婚时，父母双方愿意将部分或全部股权赠与子女、并由父母一方/双方继续代持、在符合一定条件时（比如孩子成年或大学毕业）再将股权转让到孩子名下的情况较为常见。最高院此裁定，对相关股权赠与并代持的协议的效力持肯定态度。对律师来说，如何把相关文本与婚姻家庭关系（客人性格特点与家庭关系的实际情况）与公司内部治理关系结合，实现家庭内部协议与公司管理权利义务协调，以及未持股方的监督、知情权利，持股方违约时的诉讼维权（如儿子不好意思起诉母亲时）途径及依据，是律师要解决的落地实务问题。由此案例可知最高院对股权赠与及代持的基本筹划的法律安排是认可的，下一步就是具体计划与文本的落地。这是保障客人离婚时股权传承的关键所在！

注释

[1] 原《合同法》第一百九十二条规定：“受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义务。赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。”

[2] 《民法典》第六百五十八条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。”



要点1 签订赠与及代持协议



要点2 对协议进行公证



要点3 对协议事项召开股东会表决



要点4 需约定未代持方的监管和维权内容

配偶擅转股权真闹心 法官处断结果理服人 | 企业控制权案例分析 (四)

原创：2022-03-19 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/4KuZQ9DW0zIVkl18paaCTw>

引言：对夫妻一方婚内擅自转让股权的处理，在实务中最让律师们困惑。有的法院认为，股权转让是商事行为，是股东的法定权利，股权流转是公司制度的基础。只要公司章程不禁止（禁止估计也无效），股东就可以转让。本案中，北京市昌平区人民法院（以下简称昌平法院）就持这一逻辑。一般而言，股东转让股权无需配偶出具同意书，否则市场交易行为都要怀揣配偶同意函。但在个案中，有的转让要面临严格审查，有智慧的法官会结合股权转让背景、转受方关系及股权价值综合判断双方主观意图。如此，裁判者跳出狭隘的公司法“小视角”，推敲所谓商事交易背后的真实企图，才能站在更高层面捍卫法律。本案中，二审法院北京市第一中级人民法院（以下简称北京一中院）就起到了“定海神针”依法护权的作用。进一步需要说明的是，本案是笔者疫情期间研习案例，涉及原夫妻之间打官司最多的“案中案”系列之一。2014 年至今，打了几十个官司，打到最高人民法院（以下简称最高院）的就有三例，让人叹为观止。本案只是众多纠纷的一个分支，但笔者觉着意义重大。故而总结分享，共同进步。

一审简介

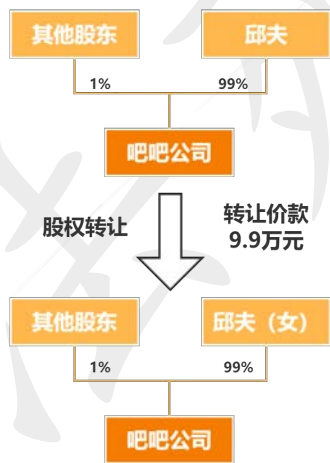
（一）案情概述

1. 基本事实

秋菊与邱夫于 1985 年登记结婚。吧吧公司于 2013 年 4 月 15 日成立，邱夫占 99% 股权。邱夫、邱夫（女）于 2015 年 1 月 7 日，将登记在邱夫名

下的吧吧公司 99% 的股权变更登记在邱夫（女）名下。

注：本文案例系根据公开裁判文书改编，自然人姓名及公司名称均为虚构，仅供学习研讨之用。



图示 转让前后股权结构图

2. 上诉人秋菊诉求及事实理由

一审时，秋菊主张邱夫向邱夫（女）转让所持吧吧公司 99% 股权的行为无效，被昌平法院驳回。后秋菊向北京一中院上诉，请求撤销一审判决，改判支持其一审诉讼请求，或发回重审。

事实和理由：（1）一审判决关于“秋菊未提供充分证据证明邱夫转让案涉股权的行为存在上述无效情形”的定案结论既无任何证据和事实支撑，也无任何认定的理由分析；（2）一审法院对秋菊补充提交的证据未组织质证，存在严重的程序瑕疵；（3）仅适用《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）不足以调整夫妻共有股权转让关系，应配合原《中华人民共和国合同法》（以下简称原《合同法》，现为《民法典》合同法）、

原《中华人民共和国婚姻法》（以下简称原《婚姻法》，现为《民法典》婚姻家庭编）的相关规定来认定夫妻共有股权转让合同的效力。一审判决适用《中华人民共和国公司法》第七十一条系适用法律错误；（4）案涉股权转让未支付任何对价，是在离婚诉讼期间，为达到转移夫妻共有股权而串通进行的虚假交易。在邱夫提起离婚诉讼后一个月内，以明显不合理的价格，将价值巨大的诉争股权处置给与其有特殊关系的邱夫（女），且未实际支付对价，交易方式不正常、不合理，也不符合交易惯例和交易常规，显然是恶意串通的虚假行为。

3. 被上诉人邱夫的答辩

邱夫认为一审判决正确，股权转让是商事行为，邱夫转让股权时，吧吧公司股东没有任何异议，股权变更经过了工商变更登记，商事行为只受公司法制约，只要公司章程没有约定处分股权时必须征得配偶同意，股权转让就合法有效。

4. 被上诉人邱夫（女）答辩意见

邱夫（女）辩称，其非本案当事人，秋菊的诉讼请求为确认邱夫转让股权的行为无效。本案转让合同不具备合同无效要件，请求驳回上诉，维持原判。

（二）一审处理

一审法院认为：本案核心争议焦点为，邱夫、邱夫（女）未经秋菊同意，变更吧吧公司99%股权的行为是否无效。一审法院认为，该股权转让应判决有效，主要理由有：

1. 邱夫转让案涉股权未经秋菊同意，不构成无权处分

股权作为一项特殊的财产权，除具有财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无

特别约定，对自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其具体权能应由股东本人行使，不受他人干预。在股权流转方面，《中华人民共和国公司法》亦确认股权转让的主体为股东个人，而非其家庭。故邱夫作为吧吧公司股东，有权决定是否转让其所持股份。故对秋菊所持邱夫转让案涉股权系无权处分的主张不予支持。

2. 邱夫转让案涉股权的行为，不符合法定无效情形

原《合同法》第五十二条（现《民法典》第153条、154条）规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”本案中，秋菊未提供充分证据证明邱夫转让案涉股权的行为存在上述无效情形，故该院对秋菊关于邱夫转让案涉股权的行为无效的主张不予支持。

二、终审判决

（一）二审补充查明的事实

1. 关于邱夫与邱夫（女）的关系

邱夫（女）曾在西安SY学院工作，邱夫（女）的丈夫于案涉股权转让之时在西安SY学院工作。邱夫系西安SY学院的董事长。

2. 关于邱夫与秋菊的离婚情况

邱夫与秋菊于1985年结婚，2014年12月2日，邱夫向陕西省西安市B区人民法院起诉要求离婚，2016年6月29日，陕西省西安市中级人民法院作出终审判决，判决秋菊与邱夫离婚。

3. 关于案涉股权转让的基本情况

吧吧公司于2013年4月15日成立，注册资本10万元。2015年1月5日，正式转让。邱夫与邱夫（女）签订《出资转让协议书》，协议约定邱夫将其在吧吧公司的出资9.9万元转让给邱夫（女），2015年1月7日，该股权转让进行了工商变更登记。邱夫与邱夫（女）在二审中称，股权转让价款为9.9万元，系现金交付。

4. 关于吧吧公司持有的儿兹公司股权对外转让的情况

儿兹公司的注册资本为7089.0224万元，吧吧公司曾持股60%（出资额4253.4132万元）。2014年6月3日与次年5月11日，吧吧公司分别将其所持儿兹公司股权中的25.5%和12.5%转让给封城房地产公司。2014年6月与次年5月，吧吧公司分别将其所持儿兹公司股权中的5.1%和2.5%转让给芝递创展公司。现吧吧公司持股比例为14.4%（出资额1020.8192万元）。

根据2017年3月7日北京市规划和国土资源管理委员会网站查询结果显示，土地使用证号京顺国用（2012出）第000XX号，土地使用权人儿兹公司，土地性质为教育，使用权面积63000平方米。秋菊主张吧吧公司所持儿兹公司股权的整体价值为5亿元，但未能提供证据证明。邱夫及邱夫（女）表示吧吧公司对外转让儿兹公司股权的价格均与出资额一致。

5. 关于吧吧公司的股权价值问题

秋菊主张邱夫、邱夫（女）以9.9万元转让吧吧公司99%的股权系明显不合理低价。邱夫、邱夫（女）主张该价格合理。

邱夫（女）提交了一份吧吧公司2014年度纳税申报表，其中2014年度的资产负债表显示长期股权投资20841726.4元，其他应收款1102400元，资产总计22307197.56元，其他应付款24220807.31元，所有者权益和未分配利润均为负数。对此，秋菊主张该证据内容不属实，并申请

对2015年1月7日股权转让时吧吧公司99%的股权的价值进行评估。

但经法庭询问，邱夫、邱夫（女）表示不申请对股权转让时吧吧公司99%的股权价值（包括吧吧公司持有儿兹公司股权的实际价值，即合并财务报表）进行评估，同时亦明确表示不同意秋菊的股权价值评估申请。

6. 一、二审中邱夫、邱夫（女）的应诉情况

一审庭审中，法庭提及：“之前法院多次要求被告当事人本人到庭，并告知不到庭承担相应法律后果。”邱夫及邱夫（女）代理人回答：“是的，我转达给了被告本人，将笔录给被告本人看了，被告本人拒绝到庭。”法庭询问：“之前法庭要求被告提供股权转让履行情况的相关证据，是否能提交？”邱夫及邱夫（女）代理人回：“代理人向被告本人反映了法庭的要求，被告本人的答复是不予提供。”

二审中，法庭再次要求邱夫及邱夫（女）本人到庭接受法庭询问，二人均拒绝到庭。就案件相关事实问题，邱夫、邱夫（女）的委托诉讼代理人前后多次出现矛盾、含糊的陈述，对大多数事实均称需要庭后核实确定。

（二）二审法院的终审判决

二审法院认为，股权转让合同无效的法律依据包括以下三点：一是原《合同法》（现《民法典》第154条）第五十二条第一款第二项“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”；二是原《合同法》（现《民法典》第311条）第五十一条“无处分权的人处分他人财产”；三是原《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称原《民通意见》）第89条“在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。”

关于邱夫、邱夫（女）构成恶意串通、损害秋菊利益。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国

《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第一百零九条规定：“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”这是民事诉讼中对恶意串通证明标准的法律规定。结合本案中秋菊、邱夫、邱夫（女）的举证及本院查明的事实，按照上述证明标准的要求，本院认为，现有事实及证据，足以达到“邱夫与邱夫（女）恶意串通事实存在的可能性能够排除合理怀疑”这一证明标准的要求。主要理由是：

首先，转让股权发生于离婚诉讼期间，有主观恶意的可能。邱夫对外转让吧吧公司股权时，其与秋菊正处于离婚诉讼中。婚姻关系存续期间邱夫取得的股权于离婚期间对外转让，明显存在转移夫妻共同财产的主观可能。

其次，转受人之间关系紧密。邱夫与邱夫（女）在股权转让之前即认识，邱夫系邱夫（女）及邱夫（女）的丈夫的领导，双方之间存在合意安排身份的可能。

再次，转让价款不符合常理。股权转让的对价 9.9 万元是否合理，要从吧吧公司股权的真正价值来进一步判断股权转让是否符合常理。秋菊举证证明了吧吧公司系儿兹公司股东，儿兹公司名下拥有位于北京市顺义区的 63000 平方米的土地使用权。同时，吧吧公司在案涉股权转让前后都进行过股权转让，即使按照邱夫及邱夫（女）对转让价款的陈述，吧吧公司应当收到至少上千万元的股权转让款。本院对案涉股权转让价款为 9.9 万元的合理性产生质疑，此时，举证责任应转移给邱夫及邱夫（女）。作为吧吧公司股东，邱夫及邱夫（女）应当能够举证证明股权转让时吧吧公司股权的实际价值，但邱夫（女）提交的《企业所得税年度纳税申报表》中的资产负债表系吧吧公司单方提供，其中将吧吧公司对儿兹公司的出资额列为了长期股权投资的价值。庭审中邱夫与秋

菊均主张公司的注册资本不能如实反映公司的实际价值。并且，资产负债表中的巨额负债的依据和基础资料没有其他材料印证的情况下，二审法院无法查清。故二审法院认为，邱夫（女）提交的《企业所得税年度纳税申报表》不足以证明本案 9.9 万元的股权转让价款系合理价款。二审法院明确询问邱夫及邱夫（女）是否申请对股权转让之时吧吧公司的股权价值进行评估，两人明确表示拒绝，同时又不同意上诉人秋菊提出的评估申请。由于邱夫及邱夫（女）明确拒绝进行司法评估，二人应就 9.9 万元的股权转让价款是否合理这一待证事实，承担举证不能的法律后果，故本院认定，9.9 万元股权转让款系不合理价款。

最后，一二审中，法院要求邱夫及邱夫（女）到庭参加诉讼，说明案件事实，接受法庭询问，但邱夫及邱夫（女）均拒绝到庭。《民事诉讼法司法解释》第一百一十条明确规定：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。同时，在涉及邱夫及邱夫（女）之间的关系、股权转让价款的金额、转让价款的具体支付方式等案件基本事实上，邱夫及邱夫（女）在一二审中的陈述多次出现含混不清、前后矛盾的情况。故对于邱夫及邱夫（女）主张的案涉股权转让系正常商业交易的事实，本院不予采信。

综合以上情况，邱夫、邱夫（女）签订的转让吧吧公司 9.9 万元出资的《出资转让协议书》存在恶意串通，损害秋菊利益的情形，应当认定无效。

三、律师复盘

（一）二审“翻案”关键

1. 一审法院仅以“适用公司法”为判决依据

想必很多律师同仁在很多判决文书上看到过一审法院的同类判词，即：“如无特别约定，对于

自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人行使，不受他人干预；公司法亦确认股权转让的主体为股东个人，而非其家庭。故邱夫作为吧吧公司股东，有权决定是否转让其所持股份。”应该说，对一般商事交易，单从公司法角度对普通股权转让效力的认定没有问题。事实上这种仅以公司法规定处理夫妻单方转让股权纠纷的争议并不罕见。

2.二审法院除公司法外，还一并适用了原《合同法》、原《民通意见》为判决依据

（1）依据原《合同法》第五十二条第一款第二项认定争议股权转让合同无效。

（2）依据原《民通意见》第89条“在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效”。

正是在处理股权转让合同效力纠纷中，同时适用《公司法》、原《婚姻法》、原《合同法》、原《民通意见》、《民事诉讼法司法解释》，才使二审有“翻案”胜诉的机会。

（二）股权是否共同财产

在处理夫妻单方转让股权纠纷时首先要解决的是股权是否夫妻共同财产。对此，有不同的两种观点。

1.认为股权不是夫妻共同财产

以最高院为例，以下判决文书中对股权是否共同财产做了消极的阐述。

（1）（2014）民二终字第48号（《上诉人艾梅、张新田与被上诉人刘小平及原审第三人王鲜、武丕雄、张宏珍、折奋刚股权转让纠纷案》）：股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本

人独立行使，不受他人干涉。在股权流转方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在的家庭。本案中，张新田因转让其持有的工贸公司的股权事宜与刘小平签订了股权转让协议，双方从事该项民事交易活动，其民事主体适格，意思表示真实、明确，协议内容不违反我国原《合同法》、《公司法》强制性规定，应认定有效。

（2）（2019）最高法民终424号（《上诉人海南陵水宝玉有限公司、李振龙、千红花与被上诉人三亚志成彩色印刷有限公司、徐丽、王薇、李祥宇及原审第三人陈志琦、李树明、马利国股权转让纠纷案》）：即上诉人主张马利国与徐丽、陈志琦与王薇系夫妻，涉案股权属于夫妻共同财产，没有法律依据，本院不予支持。

2.认为股权是夫妻共同财产

以最高院为例，以下判决文书中对股权是否共同财产做了积极的阐述。

（1）《最高人民法院公报》2009年第5期（总第151期）公报案例：彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案。该判决认定：在夫妻关系存续期间，夫或妻名下的公司股份属于夫妻双方共同共有的财产，夫或妻一方转让共同共有的公司股权的行为属于对夫妻共同财产做出重要处理，应当由夫妻双方协商一致并共同在股权转让协议、股东会决议和公司章程修正案上签名。

（2）（2013）民四终字第40号（以下简称40号案件，身份信息已处理）：原《婚姻法司法解释（三）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”夫妻一方在婚姻关系存续期间，利用婚前个人财产投资产生的收益，应属于夫妻共同财产，通过股权置换方式实现企业境外上市，属于投资经营行为，由此产生的收益不属于自然增值或孳息。因此，刘健婚前持有的国内

股权在借壳上市过程中取得的溢价与上市后的增值均属于夫妻共同财产，即妻子张美对诉争股票享有相应的收益权。刘健向其弟弟刘国无偿转让诉争股票，刘国作为刘健的弟弟，应当知道张美与刘健之间存在夫妻关系，二者在刘健起诉离婚前无偿赠与受赠诉争股票，恶意串通损害了张美对涉案股票依法享有的收益权。根据原《合同法》第五十二条第（二）项的规定，恶意串通，损害第三人利益的合同无效。

（3）（2018）最高法民申796号（《再审申请人刘奕与被申请人王军卿及一审第三人王雪东、李志红、邵晓江、新疆卓辉汽车销售服务（集团）有限公司离婚后财产纠纷案》）：“卓辉公司成立于2004年，是在刘奕、王军卿夫妻关系存续期间由王军卿出资设立的有限责任公司，应认定是夫妻共同财产。因二人离婚时签订的《离婚协议书》中未就该公司股权分割问题进行处理，二审判决认定该公司股权属于离婚时未处理的夫妻共同财产，并无不当。根据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条的规定，人民法院审理离婚案件时，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，若夫妻双方不能就股权分割问题达成一致意见，为了保证公司的人合性，应对另一方请求分割的股份折价补偿。因在本案二审审理过程中，刘奕坚持要求分割股权，不同意折价补偿，也不同意评估股权价值，二审判决对刘奕要求分割股权的诉讼请求不予支持，并无不当。”

（4）（2021）最高法民申4323号（《再审申请人郑少爱与被申请人广州霍利投资管理企业（有限合伙）、一审被告许明旗、一审第三人福建夜光达科技股份有限公司股权转让纠纷一案》）：许明旗取得夜光达公司股权时处于与郑少爱的婚姻关系存续期间，该股权应认定为夫妻共同财产，原审认定案涉夜光达公司股份属于夫妻共同财产，并无不当。

（三）夫妻单方转让股权的效力

如上所述，表面上看，最高人民法院关于“股权是否夫妻共同财产”的观点看似矛盾，似乎对夫妻一方擅自转让股权的判断有消极影响。笔者认为不然。事实上，在《最高人民法院第二巡回法庭2020年第3次法官会议纪要》中，关于“夫妻一方名下的有限公司股权的归属与转让”的处理，已经有了适用规则。

1. 二巡法官会议观点

会议纪要认为，股权是股东基于其股东身份和地位而在公司中享有的权利，包含资产收益权、参与重大决策和选择管理者等，兼具财产权与人身属性。根据《公司法》规定，取得完整无瑕疵的股东资格和股东权利，应同时符合向公司出资或认缴出资这一实质要件和被记载于公司股东名册等相关文件这一形式要件。换言之，出资并非取得有限责任公司股权的充分条件，不能仅因出资来源于夫妻共同财产而认定该股权为夫妻共同共有。当股权登记于夫妻一方名下时该股权的各项具体权能应由股东本人独立行使，股东有权单独处分该股权。如无正当理由损害另一方利益等导致合同无效的情形，登记为股东的一方应按合同约定履行股权转让义务，但根据原《婚姻法》及其司法解释的相关规定，因转让该股权而取得的收益属于夫妻共同财产。

2. 具体个案中的判断标准

根据二巡意见，对夫妻单方转让股权效力的击破，关键在于有无“恶意串通损害另一方利益”等合同无效情形。即，不要拘泥于“是适用公司法还是婚姻家庭编”“股权是否夫妻共同财产”的条框，重点论证股转协议是否存在“合同无效”的法定情形，即“恶意串通、损害第三人权益”的情况。正常的商业交易，即正常的股权转让，股东不必征得配偶同意，配偶亦不应该有权利依据

“股权是共同财产”而去追究显名配偶股权转让“单方处理共同财产所有权”的责任。但是，从合同法角度看，股权转让是否构成合同无效的法定情形，是法院判断股权转让协议效力的关键和核心依据。

综观本案，北京一中院正是通过对股权转让时间、转受人之间的紧密关系、不正常的标的价格、被上诉人诉讼举证放弃权利等因素综合考量，得出“转让与受让有串通恶意”的结论，依据合同无效的法定情形做出的效力判断，是一个经得起时间和社会评价考验的公正的判决！

公司印章一度失控，推翻决议效力难成 | 企业控制权案例分析（三）

原创：2022-03-18 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/-PAqm-eiyRlHFAfG8rCBfg>

引言：财产分割，是离婚案件四大焦点之首。

股权转让，某种角度来看，是共同财产移转的较便捷方式。从股权结构来看，如果是自然人持股，完成一个股权转让，最核心的是股东本人签名的真实性；如果是夫妻一方通过法人持股，即将子公司以下层级股权转让，加盖公章则是最有效的外部体现。而股东之间，一度最为亲密的夫妻关系，可能会造成公章管理或使用后难以说清查明的责任追究，甚至是事实查证。同时，如果详细品味本案，可以感受到两级法院在审理本案中“不拘泥于局部事实，从全局事态演变考虑”的良苦用心。如果单从本案涉及的法律关系与法律事实看，笔者认为生效判决是自由心证的；如果结合争议发生背景、结合离婚过程来看，本案处理结论还是令人信服的。同时，本案处理过程中，涉及决议效力、工商行政诉讼、刑事报案与公诉，真是“一案涉三关”。即一个案件，涉及民事、行政、刑事三个法律关系。仅这一点，就能感受到参与各方内心的强大，与过程的“风雨交加”。

案情简介

本案例根据公开判决书改编，姓名及公司名称均为虚构。本文仅供学习研讨之用。

（一）公司成立及当事人身份情况

1. 案件概况

赵一云与冬菊为夫妻关系，赵灵儿为赵一云及冬菊的女儿。2010年4月28日，冬菊向赵一云发出律师函要求离婚。

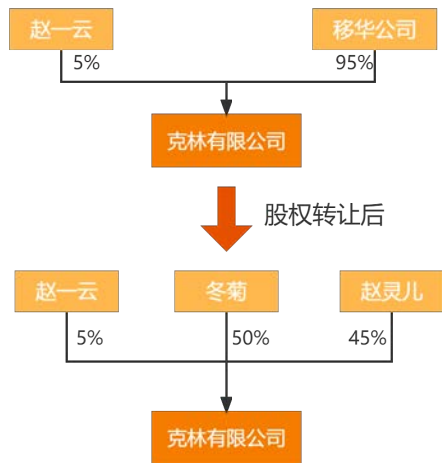
2007年8月15日，克林有限公司依法注册成立。一审时公司的法定代表人为冬菊，注册资本为100万元。

2010年5月19日，移华有限公司依法注册成立。一审时的法定代表人为案外人大军，注册资本为100万元。

2010年5月28日，克林公司形成一份该公司章程修正案，原章程第七条修正为：移华公司、赵一云两方为克林公司股东，股东移华公司以货币方式出资95万元；股东赵一云以货币方式出资5万元；股东出资合计为100万元。

2010年11月26日，克林公司向海淀工商分局申请变更登记，提交了企业变更登记（备案）申请书、公司章程、2010年11月26日克林公司股东移华公司参加的股东会决议、董事会决议、移华公司分别与赵灵儿、冬菊于2010年11月26日签订的股权转让协议、股东身份证明等材料。后海淀工商分局于2010年12月31日作出准予变更登记（备案）通知书。此后，克林公司的法定代表人由赵一云变更为冬菊；股东由赵一云、移华公

司变更为赵一云、冬菊、赵灵儿；并对董事会成员等事项进行了备案。



股权转让前后对比图

2. 上诉人移华公司的诉求

上诉人移华公司要求确认 2010 年 11 月 26 日形成的克林公司的股东会决议无效。理由是，克林公司并未于 2010 年 11 月 26 日召开过股东会，移华公司及该公司法定代表人大军也从没有参加过上述股东会，克林公司的另一股东赵一云也从不知晓上述股东会的召开事宜。事实上，冬菊曾一度持有移华公司的印章，故其可以随意使用，因此克林公司 2010 年 11 月 26 日的股东会决议实际系伪造。同时，移华公司称，根据克林公司的工商登记档案材料显示，该公司进行股权变更登记的实际时间应系 2010 年 12 月，因此克林公司涉诉股东会决议中记载的决议形成时间并不属实。此外，移华公司称，该公司的印章也被冬菊用于伪造股权转让协议，以及申请补办克林公司的企业法人营业执照。实际上，冬菊与克林公司之间从未进行过任何正常的经营证照交接，故冬菊擅自以克林公司企业法人营业执照遗失为由，申请补办了该公司企业法人营业执照。为此，移华公司还另向一审法院提交了克林公司补办之前的企

业法人营业执照正、副本，以及以克林公司名义所发出的企业法人营业执照遗失声明。

3. 被上诉人克林公司答辩

涉诉本公司股东会决议，是股东移华公司和赵一云的真实意思表示，应属合法有效，应受到法律保护。

(二) 股权转让协议签订后的争议

1. 行政处罚与行政诉讼

2011 年 1 月 31 日，移华公司向海淀工商分局举报，称克林公司在移华公司不知情的情况下，于 2010 年 12 月将其所持有的克林公司股权变更至他人名下，要求海淀工商分局调查处理。同日，海淀工商分局予以立案。公安机关又证实，2010 年 12 月当事人申请公司办理变更登记的期间，移华公司公章未在该公司的实际控制中。

2012 年 8 月 23 日，海淀工商分局对克林公司（当事人）作出京工商海处字（2012）第 27xx 号行政处罚决定书。根据决定书记载，当事人于 2010 年 12 月申请公司变更登记时，提交给公司登记机关的该公司股东会决议及股权转让协议经移华公司及其股东证实，其内容均不是移华公司及其股东的真实意思表示。

又查，当事人股东赵一云证实其对上述变更不知情，其提交给登记机关申请变更登记（改制）或备案的法定代表人签字的“赵一云”，北京 H 物证鉴定中心出具鉴定意见认为，“赵一云”签名字迹与样本上“赵一云”签名字迹不是由同一人所写。

海淀工商分局认为，当事人的上述行为，已构成提交虚假材料或采取其他欺诈手段隐瞒重要事实，取得公司登记的违法行为。据此，海淀工商分局决定撤销当事人 2010 年 12 月 31 日取得的公司变更登记。

克林公司后提起行政诉讼，以海淀工商分局为被告，要求撤销京工商海处字（2012）第27xx号行政处罚决定书。2013年5月30日，一审法院作出（2013）海行初字第10x号行政判决。根据判决书记载，一审法院认为，海淀工商分局在调查过程中获取的司法鉴定意见书中的样本材料系赵一云单方提供，在其他当事人不认可其真实性的情况下，该鉴定意见相关样本中的签字是否系赵一云的真实签字亦无法确定，故该鉴定意见不足以证明克林公司申请公司变更登记材料中，“法定代表人”签字处签名不是由赵一云亲笔书写。朝阳预审大队于2012年7月27日出具的说明及相关材料可以证明移华公司公章于2010年12月7日脱离移华公司控制，并于2012年8月3日由公安机关发还该公司。股权转让协议所载明的日期均为2010年11月26日，该日期早于上述移华公司公章脱离该公司控制的日期。朝阳预审大队出具的证明不足以证明上述材料不是移华公司的真实意思表示及存在虚假。，一审法院最终判决撤销海淀工商分局于2012年8月23日作出的京工商海处字（2012）第27xx号行政处罚决定。该案上诉后，2013年12月20日，北京市第一中级人民法院作出（2013）一中行终字第20xx号行政判决书，维持一审判决。

2. 刑事报案与检察院不起诉

2012年3月8日及同年7月27日，北京市公安局朝阳预审大队向海淀工商分局前后出具两份说明：经查，2010年12月7日，冬菊与张华东将报案后存放在M派出所的保险箱擅自拿走，保险箱内有移华公司公章，公章自拿走后一直未归还相关公司，朝阳预审大队于2011年9月14日将冬菊存在交通银行保险箱内的上述公章依法扣押。该案公安侦查终结后移送检察院。后北京市朝阳区检察院出具不起诉决定书，认定冬菊违法抢夺公章，但因为情节轻微不起诉。

（三）一审法院查明的事实

1. 关于系争股东会决议

克林公司的工商登记档案材料中，保存有一份落款时间记载为2010年11月26日的该公司股东会决议，其记载内容包括：“当日在北京市朝阳区N大厦召开了克林公司股东会，由移华代表大军先生参加，会议应到2人，实到1人，代表股权95%，参加会议的股东在人数和资格等方面符合有关规定，会议以书面方式通知股东参加会议，会议形成决议如下：1、吸收赵灵儿女士为新股东。2、吸收冬菊女士为新股东。3、同意移华公司将其持有的克林公司的股权45万元，占注册资本的45%转让给赵灵儿女士。4、同意移华公司将其持有的克林公司的股权50万元，占注册资本的50%转让给冬菊女士。5、同意免去赵一云先生、大军先生、XN女士董事职务。6、同意重新制定公司章程（见公司章程）”。上述股东会决议的落款处，加盖有移华公司的印章。除上述股东会决议外，克林公司的工商登记档案材料中，另留存有移华公司分别与冬菊及赵灵儿签订的两份股权转让协议，其所记载的股权转让内容与对象与上述股东会决议的内容一致，且均分别加盖有移华公司的印章，另有冬菊及赵灵儿的签名字样，两份股权转让协议的落款时间均为2010年11月26日。

2. 诉讼中关于股东会决议中公司印章真实性的鉴定与结论

一审期间，移华公司向法院提交司法鉴定申请，申请对落款时间为2010年11月26日的克林公司股东会决议中所加盖移华公司印章的真实性进行司法鉴定。

2015年6月15日，北京H物证鉴定中心出具一份H物鉴中心（2015）文检字第16x号司法鉴定意见书。根据意见书记载，作为鉴定检材的落款时间为2010年11月26日的克林公司股东会决议中所加盖的移华公司印章，与本案双方当事

人及第三人所认可之鉴定样本上所加盖的移华公司印章，系同一枚印章盖印形成。

二、两级法院的审理与判决

（一）一审法院审理与判决

本案移华公司作为克林公司的股东，系以克林公司涉诉股东会决议属他人伪造为由，起诉要求确认克林公司涉诉股东会决议为无效。根据克林公司工商登记档案材料中保存的涉诉股东会决议文本显示，该决议中加盖有该公司股东移华公司的印章。同时，根据司法鉴定结论，涉诉股东会决议中所加盖的移华公司印章应属真实。

一审法院认为，就实际功能而言，公司印章系公司法人用于对外从事民事法律行为的重要物品，其本身应系公司法人对外作出意思表示的直接物质载体。正因为如此，公司法人在特定文件中加盖印章的行为，亦应系公司法人对该文件中所记载之与该公司有关的内容予以认可与确认的直观体现。由此看来，除非有相反证据证明，公司法人并无法基于其自由意志使用其印章，否则并无任何合理理由对加盖公司印章后所产生的相应法律效果予以否认。因此，一审法院认为，结合本案上述情形，移华公司现虽对克林公司涉诉股东会决议的真实性不予认可，但除非有充足相反证据显示，移华公司并非自愿将该公司印章加盖于涉诉股东会决议之上，否则并无正当理由推翻涉诉股东会决议所应具有的法律效力。

一审法院不认可一审原告/二审上诉人移华公司关于股东会决议无效的主张，不支持移华公司主张公章是在失控状态下被非正常使用的观点。主要理由是：

第一，不能证明股东会决议形成时间是在公章失控时段内。

虽然移华公司之印章确曾于特定时间范围内脱离过该公司的控制。然而，结合上述证明中有关印章脱离移华公司控制之时间范围的记载，克

林公司涉诉股东会决议所记载的形成时间，明显并不处于移华公司未能控制印章的上述时间范围以内。正是由于公司印章系公司法人开展经营管理而置备的重要物品，故除非有充足的相反证据，否则结合一般常理分析，一审法院并无法当然认定移华公司存在其他无法控制该公司印章的情形。

第二，不认可股东会决议记载的时间不是真实形成的时间。

对于克林公司涉诉股东会决议记载的形成时间，移华公司主张其并非真实的决议形成时间。对此，一审法院认为，从朝阳预审大队所出具证明的内容来看，移华公司的印章确系于特定时间范围内脱离过该公司的控制。但即便如此，从逻辑推理的角度来看，这并不足以当然说明涉诉股东会决议所记载的形成时间不真实，或者说两者之间并不具有客观上的必然因果关系。这是因为，两个不同的事件之间是否存在因果关系，这种因果关系本身仍需要证据加以证明。然而，从本案现有情形来看，这种因果关系并不具有当然性或者必然性。或者说，仅凭移华公司的印章脱离过公司控制的情形，并不足以当然否定所有加盖有该公司印章之文件的真实性。

第三，工商办理的部分材料形成于公章失控时段不影响股东会决议的效力。

一审法院认为，从克林公司办理工商变更登记过程中所涉及的书面文件来看，其中确有部分书面文件所载明的形成时间，与朝阳预审大队所证明的移华公司印章脱离该公司控制的时间范围确属相符。然而，一方面，克林公司涉诉股东会决议虽与上述书面文件共同用于办理克林公司工商变更登记，但无论从记载内容抑或表现形式方面分析，两者性质不同且相互独立，故其中任何一份文件的形成时间并不对其他文件的形成时间具有当然的参照意义。另一方面，克林公司办理工商变更登记的过程中虽涉及数份文件，但并无任何合理理由认为数份文件应当或必须形成于相同

时间范围内。对此，工商行政管理部门亦无与此有关的任何强行性规定。实际上，克林公司涉诉股东会决议的形成时间早于该公司办理工商变更登记的时间，并不违背公司内部自治与国家外部干预之间前后相继的运行顺序，亦无悖于公司正常管理活动中的一般性常理。据此，移华公司的上述诉讼主张，应属依据不足，故一审法院不予采信。

第四、工商变更的其他材料瑕疵不影响股东会决议效力。

一审法院认为，克林公司的涉诉股东会决议，与该公司办理工商变更登记过程中所涉及的其他文件应属独立。审理中，移华公司亦主张，在克林公司办理工商变更登记的过程中，有部分文件中涉及股东签名被伪造的问题。从克林公司办理工商变更登记的完成过程来看，其中除涉及股东变更问题外，还另涉及该公司法定代表人变更，补办企业法人营业执照等多方面内容。从工商行政管理的角度来看，上述多方面内容虽同属工商变更登记的范畴，但从公司法的角度来看，上述问题与涉诉股东会决议的效力分属不同性质的不同范畴。正因为如此，无论克林公司的工商变更登记过程中是否存在上述瑕疵，其实际均无法作为否定涉诉股东会决议效力的直接依据。

结合上述四方面内容，一审法院认为，从移华公司的相应主张内容与举证情况来看，该公司并未能提供足以推翻涉诉股东会决议在形式与内容方面之真实性的充分依据。一审判决：驳回北京移华管理咨询有限公司的诉讼请求。

（二）二审法院审理与判决

二审期间补充查明：2010 年 11 月 26 日，克林公司向公司登记管理部门申请变更登记。公司登记管理部门对其提交的材料进行审查后，于 2010 年 12 月 31 日作出准予变更登记（备案）通知书。

二审法院认为，上诉人移华公司主张记载日期为 2010 年 11 月 26 日的克林公司股东会决议系冬菊利用非法占有的移华公司公章伪造的，主张股东会决议无效不能成立，上诉人举证责任不充分，其上诉请求不予支持。

二审维持原判的主要理由是，记载日期为 2010 年 11 月 26 日的克林公司股东会决议上盖有移华公司公章，经鉴定该公章是真实的，各方对此亦无异议。移华公司提交的证据只能证明其公章在 2010 年 12 月 7 日脱离了其控制，该日期晚于上述股东会决议上签署的日期，并不能证明冬菊利用移华公司的公章伪造了该份股东会决议，亦不能使二审法院确信“冬菊伪造了股东会决议”这一待证事实的存在具有高度盖然性。故移华公司提交的证据不足以证明其事实主张，应由其承担举证不能的法律后果。

因此，驳回上诉，维持原判。

三、律师复盘

（一）本案上诉人败诉的主要原因

1. 加盖公章成为认定股东会决议的直接效力依据

两级法院都认为，公章起核心的证实效力。虽然有初步司法鉴定，可以初步证实法定代表人的签字可能是伪造，但公司公章加盖能起到更直接的作用。对此，一审判词明确写道：“就实际功能而言，公司印章系公司法人用于对外从事民事法律行为的重要物品，其本身应系公司法人对外作出意思表示的直接物质载体；除非有相反证据证明，公司法人并无法基于其自由意志使用其印章，否则并无任何合理理由对加盖公司印章后所产生的相应法律效果予以否认”。由此，在鉴定加盖公章真实的情况下，对于公司意志的体现，就基本确定了。

2. “公章系非正常使用加盖”的逻辑关系没有得到法院认可

为了证明公章为非正常使用，上诉人从公安机关出具的“部分时段公章失控”、“提交工商变更材料时间与公章失控时间对应”、“移华公司四名股东等均不知情”、“法定代表人签名系伪造”等，多个环节与角度举证。上述举证的确也引发了法院的重视，因此，二审判决书从四个大的方面详细阐述上诉人上述质疑不能否定公司印章的原因，可谓用心良苦。

（二）反思与借鉴

1. 关于公章的保管与使用

（1）公章的保管

公章理论上保管至公司经营地；放置地建议考虑使用监控，监控数据应置于云端，且保存好相关登录密码，能在第一时间调取相关录像，还原公章使用的客观物理变化状态。除非有公司内部管理规定，在目前法律没有统一明确规定的情况下，推定公司法定代表人是保管公章的当然主体为宜。

（2）公章加盖的规则

公章使用，应制定使用规则，并以公示。这对于产生争议后，确认公章是否正常使用尤为重要。本案中，上诉人举证公章为非正常使用为难之处，就在于公章的保管或使用方面无法提供直接的证据。当发生公章“被抢”后，即使公安机关介入后，或认定“系夫妻家庭矛盾”予定义，处理方式有异于普通抢夺的治安案件。本案中，克林公司作为被上诉人，因冬菊系该司法定代表人，故而在签订决议中，“法代”一栏就不存在困难的情景。

2. 关于股东会的工商变更登记与行政诉讼

股东会决议作出后，进行股权的工商变更登记，一般需要提交的材料包括：

（1）企业变更登记（备案）申请书（2）修订后公司章程（3）股东会决议（4）董事会决议（5）股权转让协议（6）股东身份证明等。在本案中，涉及法定代表人“赵一云”签名真实性有争议后，经过北京H物证鉴定中心出具鉴定意见后，海淀工商分局借此为依据，对克林公司进行了行政处罚。后，因该鉴定系赵一云单方送检，海淀工商分局的处罚决定书又被两级法院判决撤销。即在离婚纠纷中，涉及行政诉讼的案件，也时有发生，常见的有两类：

第一类，当事人身份关系登记，如结婚证。

往往是因为一方没有亲自去办理、结婚登记申请表上不是本人签字。希望不存在夫妻关系时，一方会向发证机关所在地法院提起婚姻登记无效/撤销之诉。并且，在该行政诉讼未了结之前，离婚诉讼一般会被法院裁定中止，待行政诉讼判决生效后，再继续审理。第二类，财产权属登记，比如房产证、涉及股权变更登记的相关工商事宜。涉房行政诉讼，有时候不是基于产权登记而产生行政争议，哪怕只是一个房地产登记机关的一纸证明，都可能因涉及某具体行政行为对特定对象的影响而引发行政诉讼。

3. 当事人心理对抗分析

（1）从诉讼时间考验上看，离婚后财产争议纠纷持续十年之久

系争公司，原系夫妻双方持股，即所谓“夫妻公司”，后因夫妻离婚、公司股权涉嫌被配偶单方转让等，加之关联公司相关争议，形成诸多诉累。各个关联案件之间，又存在可能相互牵涉之处。有时，一个案件审理完毕，需要数年时间亦不反常。本案与笔者上一例《公司签约转让资产，为何终审判决无效|企业控制权》同属关联案，股权转让与诉讼相隔九年之久！在这个过程中，原配偶双方难免身心俱疲，消耗时间长，需要双方均具有良好的心理素质和耐力，当然，也要有坚强

的意志与百折不挠的精神状态，有自我心理修复的强大能力。

(2) 行政、刑事与民事诉讼并用会带来极大的心理压力

自某影视明星离婚同步采用刑事手段解决纠纷后，涉及较大金额共同财产的离婚案件，当事人主动或被动考虑运用刑事报案、借助国家权力机关促成争议解决的现象屡见不鲜。对于明显遭受配偶违法犯罪对待的情景，笔者不反对动用刑事角度的维权；但如果是解决财产争议、力求主动权的刑事报案打击对方的手段，笔者一直不持赞同的态度。刑事报案之后，除了侵占罪为自诉案件，可放可收外，其他经常涉嫌的罪名（税务犯罪、贿赂犯罪等）一旦举报立案，引导权则把握在国家相关部门手中，基本方向是“两败俱伤”、终生对抗，情绪的对立，可能伴随一生。刑事介入，应当是民事维权的最后选择。

(3) “为孩子争取”与“道德至高点的认识

本案股权转让受让人之一，是冬菊与赵一云生育的女儿赵灵儿。但赵灵儿只是在工商登记有股东的身份，根据法院审理查明的事实，其本人并没有参与股权登记。在离婚案件中，子女扮演的角色、以及父母“善意”财富传承对子女态度和心理的影响如何，值得深思。很多情况下，父母一方会声称，“我打官司不是为了自己，而是为了孩子”。在不同的案件中，对于这样善意的导向与实际的效果如何，恐怕还要具体分析。如果父母一定要子女“站队”，对于已经高中、大学阶段、甚至是工作阶段的子女来说，是一件较为痛苦的事。阵痛的左右为难后，心理的阴影对其之后的爱情观、立业观都或然产生负面的影响。这方面的平衡和把握，是需要父母慎重考虑的。特别是对于有“过错”一方批判式的子女心理引导，影响更甚，可能会伴随子女一生！

公司签约转让资产 为何终审判决无效 | 企业控制权

原创：2022-03-17 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/-PAqm-eiyR1HFafG8rCBfg> <https://mp.weixin.qq.com/s/g6qrSdrVH2Mkyw-CRpp9yQ>

引言：夫妻离婚时，因单方将其股权转让引发纠纷的现象较为常见，本案却是夫妻公司将名下“资产”对外转让被判无效。北京三中院作出的该判决堪称关于企业控制权争夺的经典判决，没有机械地将公司法与婚姻法的适用予以割裂，而是将公司法领域的公司治理、表决程序等与婚姻家庭法领域的夫妻感情纠葛交叉对比，认为女方提供的证据已让法院对系争股权转让可能损害原配偶一方利益产生合理怀疑，符合高度盖然性标准，是非常值得学习参考的典型案例。同时，涉案双方因离婚引发的股权争议也持续十年之久，“抢公章”“报刑案”轮番上演，判决结果同样令人唏嘘。笔者认为，离婚时处理财产，应当以和

为贵。乍看起来是妥协退让，长远来看却是共赢。撰写本文，也供无奈离婚的当事人借鉴反思。

一、案情简介

甲（男）与乙（女）系夫妻。2010 年 4 月 28 日，乙向甲发出律师函要求离婚。2010 年 7 月 5 日，乙起诉离婚，后撤诉。2011 年，乙再次起诉离婚。

该案历经一审、二审以及发回重审。

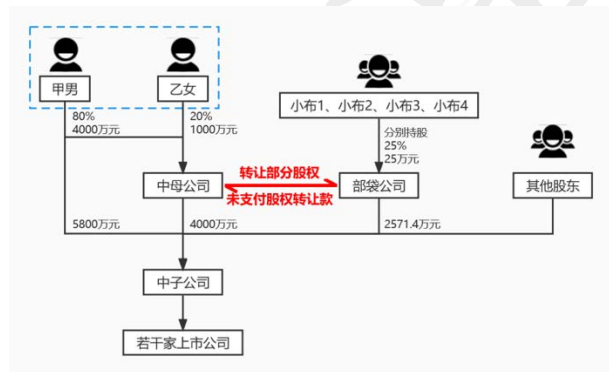
中母公司成立于 2002 年，系甲乙婚后注册，注册资本 5000 万元，股东为甲（出资额 4000 万元，持股 80%）乙（出资额 1000 万元，持股 20%）

二人。甲任法定代表人、董事长及总经理，乙、小布1担任董事，小布4担任监事。

中子公司成立于2007年，系甲乙婚后注册，注册资本1亿元。后公司增资。中子公司现股东包括甲（出资额5800万元）、部袋公司（出资额2571.4万元）、中母公司（出资额1428.6万元）等。甲任董事长。

部袋公司成立于2010年5月19日，注册资本100万元，股东为小布1、小布2、小布3、小布4，每人出资额25万元，持股25%。小布1任法定代表人、执行董事及经理，小布4任监事。

2010年5月28日，中母公司（转让方，甲方）与部袋公司（受让方，乙方）签订《股权转让合同》（以下简称中子股权转让协议），约定甲方将其持有的中子公司的部分股权（出资额，即甲方的资产）转让给乙方。关于股权转让标的及价款，双方约定，甲方目前拥有中子公司28%的股权（出资额4000万元），以2571.4万元将其中18%转让给乙方。乙方应于合同签订日起7日内支付股权转让款。合同签订及乙方支付全部转让款后30日内，双方协助中子公司到工商局办理变更登记。双方均在合同落款处加盖公章。



图示 涉案股权结构图

合同签订后，2010年5月31日，中母公司与部袋公司办理变更登记，部袋公司登记为中子公司股东，出资额2571.4万元，中母公司在中子公司的出资额调整为1428.6万元。截至本案一审审理完毕时止，部袋公司未向中母公司支付约定的股权转让款2571.4万元。

关于未支付股权转让款的原因，部袋公司和中母公司解释道：乙在合同签订后将部袋公司公章抢走，后归还；同时持有其他上市公司股权的部袋公司想通过其他商业运作盈利后再支付股权转让款，但因乙提起系列诉讼致部袋公司无法正常经营，故未支付股权转让款。

乙不认可存在抢公章行为，称所谓“抢公章”发生于2010年11月，公章和付款没有关系，银行只需财务章，且公章归还至今已多年，转让款仍未支付，乙的诉讼从未冻结部袋公司股权和账号，不影响部袋公司正常经营。

关于中母公司对外转让重大资产，是否召开股东会或董事会。乙表示，其乃中母公司股东及董事，公司转让重大资产应召开股东会或董事会，但中母公司只字未提，亦未召开股东会或董事会。中母公司表示，对外转让重大资产无需召开股东会或董事会，由公司决定就行。具体而言，法律规定由谁决定就由谁决定，如果章程规定处置资产达到一定比例需由股东会决定就由股东会决定，需由董事会决定就由董事会决定，没有董事会的，由执行董事决定。现章程没有规定应由谁决定。

一审另查明：

1. 在甲与北京XX投资顾问有限公司、乙等公司决议效力确认纠纷一案中，部袋公司股东及法定代表人小布1出庭作证，称其与甲认识，系同事，1993年入职中母公司。部袋公司于2010年5月中旬成立，至今无法开展主营业务。部袋公司除四位股东外未招用其他员工，四位股东不在部袋公司领工资，通州办公地址乃借壳。甲说涉及上亿资产放到部袋公司，其没问原因即同意，如甲向其要股权其会给，不要对价，因为股权是甲给其的。小布2、小布3、小布4均称，系部袋公司股东，已实际出资，部袋公司由小布1日常管理。此外，小布4称其是中母公司人事部职员，在中母公司工作逾20年，甲是其老板。部袋公司由四人于2010年成立，成立事宜皆由小布1经办，不清楚部袋公司现有多少资产，未细问小布1。

2. 2015年,乙以股权转让纠纷为由将甲诉至海淀法院。称,其原持有塔梭公司20%股权,2010年5月29日,甲在未告知乙且未征得乙同意的情况下,伪造股权转让协议及相关文件,将乙所持塔梭公司20%股权转让给甲,后又非法转让给部袋公司,故要求确认2010年5月29日甲乙关于塔梭公司20%股权的转让协议(以下简称塔梭股权转让协议)无效。塔梭公司成立于2007年,章程记载的出资人为甲和乙,持股比例分别为80%和20%。塔梭公司工商登记备案资料中包含塔梭股权转让协议,记载乙将所持塔梭公司20%股权转让给甲。海淀法院依甲乙二人申请,委托鉴定机构对工商局备案的塔梭股权转让协议及股东会决议进行鉴定。鉴定结论为塔梭股权转让协议上乙签名字迹与样本上乙签名字迹是同一人书写,协议第二页的打印字迹不是一次打印形成,该协议第一页与第二页不是一次打印形成。海淀法院认为塔梭股权转让协议形式与内容均存在不合理之处,显然是伪造的,判决确认塔梭股权转让协议无效。

二、两级法院审理概况

(一) 上诉请求及理由

1. 上诉请求

要求二审法院改判,认定中子股权转让协议有效。

2. 上诉理由

(1) 甲不具备控制部袋公司的条件,部袋公司与中母公司没有隶属关系。

(2) 中母公司转让公司资产的行为未受法律和公司章程规定的限制,是正常商业行为,涉案交易无需股东会审议,无需董事会审议,无需经过总经理报告程序,无需通知乙。

(3) 部袋公司在一审判决前已足额支付股权转让款。部袋公司在收到一审判决前将银行转账凭证邮寄给一审法院,一审法院未进行证据交换

及开庭质证,程序严重违法。即使未及时付款也只是合同履行问题,不是合同效力的判断标准。中子公司在现有的股权架构下至今已运行九年,此时否定股权转让合同效力会对股权登记效力及公司经营造成影响。

(4) 一审法院认定甲恶意转让夫妻财产是完全错误且不适宜的。本案是股权转让纠纷,甲是否恶意转移夫妻共同财产不是本案审理范围。

(5) 本案案由错误,乙的诉讼请求是确认协议无效,应是公司决议不成立,不是股权转让纠纷,导致本案诉讼费计算出现偏差。

(二) 被上诉人的答辩

1. 一审乙的诉请

(1) 确认中子股权转让协议无效;

(2) 判令诉讼费用由部袋公司、中母公司承担。

2. 二审乙的答辩

(1) 部袋公司由甲实际控制。部袋公司四位股东在另案中均表示是中母公司员工,甲是其老板。其他三位股东表示对公司情况不知情,全部事宜由小布1办理,部袋公司股东自认公司没有实际经营,公司印章也一直存放于中母公司办公地。

(2) 涉案股权转让不履行股东会、董事会决议程序,证明其目的就是为了损害乙的利益。中母公司股东会、董事会中仅有乙对股权转让不知情,涉案股权转让属于重大资产转让,应当经股东会、董事会讨论通过,没有证据证明涉案股权转让不属于重大资产转让。

(3) 部袋公司补付股权转让款不能改变该交易系双方恶意串通的性质。股权转让款是否实际支付只是恶意串通是否成立的考量因素之一,即使事后补付,也明显是为了应付诉讼,不是真实履约。

(4) 中母公司其他股东的同意不能否定涉案股权转让的虚假性。

(5) 一审判决认定甲恶意转移夫妻共同财产完全正确且有必要。甲转移夫妻共同财产是本案发生的背景和动机。

(三) 两审法院观点

1. 一审法院认为，涉案股权转让无效

一审法院认为，恶意串通的合同，是指合同双方当事人具有损害他人利益的不良动机，为牟取私利而共同订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。对恶意串通行为的认定，应当根据合同订立的背景、订立的过程、履行的情况综合予以判断。

首先，从合同订立的背景看：

(1) 结合甲乙夫妻关系恶化与离婚财产分割的背景。2009 年甲乙婚姻关系恶化，2010 年乙起诉离婚。离婚必然涉及夫妻共同财产分割，而中母公司的股权作为甲乙夫妻共同财产的组成部分，其价值的增减直接影响甲乙财产分割的情况。

(2) 部袋公司股东不是实际控制公司的人。部袋公司于 2010 年 5 月 19 日成立，四名股东不仅均为中母公司人员，且据股东小布 1 在另案庭审中陈述，甲说过涉及上亿资产放到部袋公司，甲管其要股权会给且不要对价，因为是甲给其的，由此可以认定甲具备通过小布 1 控制部袋公司的条件。

(3) 甲在中母公司绝对控股，有转移共同财产的便利条件。在中母公司中，乙仅持股 20%，甲持股 80%、任法定代表人，甲享有对中母公司的控股地位，故具备利用部袋公司与中母公司交易转移夫妻财产的便利和条件。

(4) 又根据 2010 年 5 月 29 日，甲伪造股权转让协议将乙所持塔梭公司 20% 股权转让给自己，又转让给部袋公司的行为，可以认定甲具有利用部袋公司转移夫妻共同财产的恶意。

其次，从合同订立过程看：

(1) 公司重大资产处置应进行内部决策。中母公司将其持有的中子公司 18% 的股权转让给部袋公司，属于公司对外转让重大资产，其应按照公司内部决策程序进行决策。中母公司表示对外转让重大资产不需要召开股东会或董事会，由公司决定就行，但对于公司如何决策及决策过程未予明确，亦未提交证据加以证明。

(2) 公司重大决策未告知作为董事的乙不应视为正常交易。中母公司作为内部治理结构完备的大型集团公司，其对外转让重大资产不履行内部决策程序，不告知持股 20% 且任公司董事的乙，不应认定为正常经营交易。

最后，从合同的履行看：

购买股权的公司未按约支付购买价款。部袋公司应于合同签订之日起 7 日内向中母公司支付受让股权总价款 2571.4 万元，但至本案审理完毕时止部袋公司仍未支付任何股权转让款，中母公司也未主张。又根据《股权转让合同》约定，中母公司应在部袋公司支付全部转让款后 30 日内，协助办理工商登记变更手续，故部袋公司应先履行支付股权转让款义务，中母公司才有义务为其办理股权工商变更，但中母公司在尚未收到部袋公司股权转让款的情况下，合同签订仅三日后，即 2010 年 5 月 31 日就为部袋公司办理了工商变更登记手续，由此亦可认定中母公司怠于主张高额股权转让款、怠于行使合同抗辩权、主动承担商业风险，在未收到任何款项的情况下积极办理股权变更登记，不是正常的经营交易。

由上述三点，一审法院认定中母公司与部袋公司恶意串通转让股权，《股权转让合同》应属无效。

2. 二审法院维持原判

二审期间，部袋公司、中母公司共同提交了转账凭证，用以证明部袋公司已支付股权转让款，

股权转让合同已实际履行。乙认为汇款发生在一审判决后，明显是为了补救。

二审法院认为，二审争议焦点为中子股权转让协议是否存在无效情形，结合审理情况，维持股权转让无效判决。主要理由如下：

首先，甲个人决策不能代表是中母公司的决策。甲持有中母公司80%股权仅代表其在该公司决策过程中有绝对优势的表决权，不能因此即以甲的个人决定直接替代中母公司的决策，甲作为中母公司的总经理亦应对董事会负责，现乙作为公司董事明确表示其对股权转让事宜并不知情。

其次，在夫妻关系恶化期间，多个决议不成立裁判生效。乙作为中母公司的股东及董事，与甲系夫妻关系。本案股权转让发生在甲乙关系恶化产生离婚纠纷时，且同一时期涉及夫妻两人持有股权的多个公司股权转让被判决议不成立。

再者，考虑到甲乙因离婚纠纷必然涉及财产分割，中母公司的股权转让将会影响乙的分割权益，综合同时期甲、中母公司、甲乙共同持股的其他公司的股权转让行为，以及部袋公司人员构成、成立时间等情况，本院认为，本案股权转让合同签订具有恶意，并且将会损害乙的合法权益。

最后，股权转让款支付不符合通常商业逻辑。

《股权转让合同》明确约定部袋公司于合同签订日起7日内支付价款，待支付全部转让价款后30日内办理股权转让变更登记。中母公司在未收到任何价款的情况下，于2010年5月31日即协助部袋公司办理了变更登记。部袋公司长达九年未向中母公司付款，直至本案诉讼发生后在2019年5月才向中母公司支付款项，而中母公司多年怠于主张价款，将其转让的股权长期处于无对价的风险当中，明显不合常理。

综上所述，结合上述《股权转让合同》签订及履行的情况，以及甲乙之间的特殊关系及离婚诉讼情况，二审法院认为：乙对《股权转让合同》具有恶意串通损害乙利益的情形的证明能够让本院

排除合理怀疑，故应当认定本案存在合同无效的情形。

三、律师点评

（一）乙作为攻方的思路与难点

1. 乙攻击的不是股权转让，而是资产转让

系争股权既不在男方名下，也不在女方名下，而在中母公司名下。而本案不是转让中母公司的股权，而是中母公司的资产。即本案财产争议并不登记在夫妻任何一方名下，而在“第三人”名下。乙提起股权（实质是第三人的资产）转让，实际上有一定难度。资产转让是两家公司之间的协议，男女双方均不是协议的签署主体，不直接涉及夫妻一方擅自转移共同财产。

笔者在几年前处理过一起类似的案件。男方将公司所有的核心著名域名转让给其他公司，女方认为，男方作为公司实控人，转移公司核心资产到非持股公司，实质目的是转移夫妻共同财产。但因协议各方均为公司，转让标的是域名，对女方能否提起资产转让（域名转让协议）无效诉讼，笔者也纠结许久。后因该案调解结束，争议不了了之。

2. 乙在公司出售资产决策合规性举证上，并不占优势

中母公司并非上市公司，虽然也通过几层架构持有数家上市公司股票，但公司章程对于重大资产转让没有明确规定。一般而言，公司将资产转移给交易方，合同签订的效力与价款支付并无必然对应关系（合同有约定的除外）。本案中，如果单从公司法角度看，很难得出股权转让无效的结论。但一二审法院，基于中母公司的股东持股比例、股东之间的身份等因素，结合公司法、婚姻家庭法，综合论证阐述买卖双方“恶意”存在的合理怀疑与盖然性确认逻辑。从公司法角度阐述，甲不能完全代表中母公司决策，作为总经理的甲

要向董事会负责，而女方是公司董事，对股权转让不知情，法院认为有悖总经理向董事会负责的公司法内部治理原则。

应该说，公司出售重大资产的合规性对起诉时的乙并不具有明显优势，但一二审（尤其是一审）法院结合两人夫妻关系恶化过程、公司内部治理程序，作出了对女方有利的判决。这也是女方的幸运，因为毕竟大部分女性（或配偶另一方）在公司可能只任监事，甚至不任任何职务。

（二）甲作为守方的难点与要旨

1. 未及时支付股权转让款，是疏忽还是大意？

一二审法院均把股权转让款是否及时依约支付作为综合判断股权转让协议是否有效的重要因素。特别是，约定股权转让款在7日内支付完毕，工商变更登记在30日内完成。按照一般逻辑，股权转让款未付，正常转让方不太可能把股权马上变更到购买者手里。而本案中合同签订仅三天后，在没有收到价款的情况下，中母公司就把股权转让到购买方部袋公司名下，确实不太符合常理。至于其称因“女方抢夺公章”致企业付款困难，也难以服众。更何况，在之后的九年时间内，购买方的股权转让款一直都没有支付，不论出售方即中母公司作何解释，基于正常的商事交易思维来判断，都显得毫无说服力。

2. “一揽子”案件之间的相互协调与相互印证有漏洞？

本案诉争源自甲乙之间的离婚纠纷，两人离婚纠纷派生出系列相关案件。笔者在日常办理离婚案件的实践中，也常遇到因离婚案件产生出股权转让纠纷、公司代表诉讼、财产/证照返还、民间借贷纠纷等各类案件。在笔者2021年代理的案件中，一个离婚案件派生出八个关联案件。本案也是甲乙众多案件中的一个。从裁判文书中可以看到，部袋公司的股东在另案证言中，作了对甲

不利的陈述，即“如果甲向其要股权其会给，不要对价，因为是甲给其的”。这样的证言，除了无语，只能是差评！可以看出，关联案件虽然是不同的法律关系，可能由不同法院审理，但法院就关联事实进行的查明，是可以直接作为证据使用的。在证人出庭作证这个环节，显然证人说了实话，反映出在系列案例处理中，需要一条主线进行协调，各个“战场”需要统一思想，不能各自为战。这样才可以做到在尊重事实下各案之间相互协调配合。

3. 思想放任或麻痹，没有预见“伪造”证据的严重性？

甲败诉还有一个重要败笔，即其在另案中提交的所谓乙“签名”的文件经鉴定机构鉴定系“拼凑”而成。即虽签名真实，但第一页与第二页形成的时间以及本页不同段落打印文字形成的时间，不具有一致性。如乙只申请鉴定签名的真实性，那案件可能就输了，因为签名是其本人所签。但是，如果协议不是由连贯的打印页组成，甚至一页之内上下文的形成时间，都不吻合，证据效力自然不会被认可。另案海淀法院的判决中认定：“股权转让协议形式与内容均存在不合理之处，显然是伪造的。”这就为判断当事人构成主观恶意提供了充分的素材。

过去很长一段时间，婚姻家庭类案件是“虚假证据”多发处，很多人认为，“清官难断家务事”，家庭成员之间串通、伪造证据的情景并不罕见。比如，父母和即将离婚的儿子之间相互打一个欠条，日期倒签等。在实务中，律师也常会遇到客人要求律师代书倒签法律文件。如遇此种情形，律师还应耐心对客户进行普法与引导，通过正当程序依法维权。

案例分析小结

总体来说，本案乙能在主张两家公司进行资产转让的协议无效中获胜，很不容易。本案特殊之处，就是置身于系列离婚（后）财产纠纷关联案

件中，前后素材相互印证，甲处理相关案件的精细度逊色于对方，且合同履行中存在较大缺陷。法律程序按规则推进，我们有时都不知道真相，真相有时是法官运用自由心证对双方提交的证据进行法律逻辑推演而得。其结论就如二审法院所言：“本案乙对《股权转让合同》具有恶意串通损

害乙利益的情形的证明能够让本院排除合理怀疑。”排除合理怀疑，本身就是盖然性的结论，是可能，而不是必然。世上不存在绝对的公平正义，有的只是审理的规则。只有更重视、熟悉以及更好地运用规则，才更有可能在一桩桩疑难案件中胜出！

隆安原创 | 略谈夫妻离婚时有限公司股权之分割

原创：2022-03-24 隆安上海律师事务所 付忠文 施瑛杰

<https://mp.weixin.qq.com/s/-cAVpbkuBZ0jS0SGb4ABjA>

离婚是夫妻双方依照法定的条件和程序解除婚姻关系的民事法律行为。这一民事法律行为必然产生两种法律后果：一个是双方身份关系的解除即不再具有相互的配偶身份；另一个是夫妻财产的分割即财产共有关系的终止。随着我国经济的快速发展以及大量公司的涌现，离婚案件中涉及有限公司股权（以下简称“公司股权”）分割的案件日趋增加，由于股权分割时大多会涉及其他股东利益的保护，因此在处理夫妻离婚时的股权分割问题时除应遵守我国《民法典》中有关离婚时夫妻共同财产的分割原则，还应当遵守我国《公司法（2018 修订）》（以下简称“公司法”）及《公司章程》的相关规定。我国《民法典—婚姻家庭编司法解释》及原《婚姻法司法解释二》仅为法院审理涉及夫妻一方为公司股东，另一方不是该公司股东且夫妻双方可以协商一致的情况下提供了审判依据，但对于夫妻双方不能协商一致的情况以及一人公司股权如何分割并无规定。

一 公司股权是否属于“夫妻共同财产”之范畴

前几年，如果讨论婚姻关系存续期间一方用夫妻共同财产出资取得的公司股权是否属于夫妻共同财产范畴，提出问题的讨论者可能会被认为是“无症状的精神病”，但近年来随着家事法与商事法日趋紧密的结合，这个问题成了学界争议

的一大焦点。公司股权系股东对公司享有的人身和财产权益的一种综合性权利。股东基于其股东资格而享有从公司获得经济利益的权利，并且享有法定或章程规定的对公司的经营管理权、知情权、选择管理者权、决策权等一切人身权利。也正因股权具有财产属性及人身属性的双重属性之特点使得我们难以对其是否属于夫妻共同财产的范畴进行定性，之前看似很简单的问题，现在如同回答“哲学”问题一样难以回答，我们如果简单回答仅股权的财产性权益属于夫妻共同财产，好像有些“肤浅”。

最高院观点

最高院在（2018）最高法民申 6275 号案件中认为，法院判决婚姻关系存续期间登记在一方名下的股权为夫妻共同财产，根据股权的特点，应指案涉股权的财产权益部分，而非股东配偶可直接取得股东资格。对于以夫妻共同财产认缴有限责任公司出资但登记在夫或妻一方名下的股权，是否属于夫妻共同财产，存在一定争议，但对于该股权转让后所得价款为夫妻共同财产是无争议的。

特别说明

1、公司股权是否属于“夫妻共同财产”之范畴关系到持股一方是否有权单独决定对外股权转让问题以及非持股夫妻一方对恶意转移股权行为进行维权的请求权基础选择问题，鉴于本文讨论重点不在于此，故本文不多阐述；

2、下文所述“股权分割”仅指分割股权的财产权益部分，为便于表述我们直接表述为“股权分割”

二 公司股权转让概述

有限责任公司股东以其出资额为限对公司债务承担责任，公司以其全部财产对外承担责任。

“在大陆法系公司法体系内，有限责任公司（常被简称为有限公司）是19世纪末叶首先由于德国为了满足中小企业发展经营之需要，通过简化股份有限公司，并揉入人合因素而创造出来的”[1]。因此有限责任公司自其制度设置之时就体现了“人合性”和“资合性”的双重属性的特点。正是由于有限公司“资合兼人合”的特点，各国法律都对有限公司股权转让做了限制性规定。由于股权在公司内部股东之间的转让和股东向股东以外的第三人进行的外部转让性质不同，而公司法“从规范的设计而言，调整公司内部关系的规范应主要是任意性规范，调整公司外部关系的规范应主要是强制性规范”[2]。由于股东内部之间股权的转让只是导致股东持股比例的变化或股东的退出，并不导致没有信任基础的第三人进入问题，因此法律多采取“自由主义”，而股权对外转让，则有一定的限制条件[3]。“转让同意制度是有限公司股权对外转让的制度核心”[4]。

我们认为，夫妻因婚姻关系终止需对共同财产中公司股权的财产性权益进行分割，对于夫妻双方来说是财产的一种分割不是转让，但是若公司还有其他股东时，夫妻之间的这种财产分割对外表现的仍然为转让形式。因此在目前我们国家法律未就这一特殊转让方式进行法律规定之前，夫

妻之间关于股权的分割仍然要符合我国《公司法》及公司章程的相关规定。

三 夫妻离婚时股权分割的路径

根据我国《公司法》第二十四条之规定，有限责任公司由五十个以下股东出资设立，故夫妻离婚时分割公司股权会出现以下几种情形：

（一）夫妻一方以夫妻共同财产以自己的名义设立的公司（一人公司），离婚时股权如何处理？

依据我国《公司法》第五十七条第二款之规定，自然人或法人可以设立一人公司，只是对其有些特殊的规定而已。对于一人公司的自然人股东发生离婚诉讼时，公司股权如何分割，我国法律及相关司法解释并无明确规定。鉴于一人公司的特殊性及其夫妻双方离婚的法律事实我们认为对于此类公司股权分割处理，由于不涉及第三人，可按以下方式处理：

1. 若夫妻双方对公司股权分割方案协商一致由一方取得股权的，人民法院可按其协议处理。

2. 若夫妻双方对公司股权分割方案不能协商一致的，可按照以下情形分别处理：

①一方主张取得公司股权的，对公司资产进行评估，由取得公司股权一方给予另一方相应的经济补偿，并按照相关规定办理变更手续（若需）；

②双方均主张公司股权但不愿与对方共同经营的，在双方竞价基础上，由取得公司股权的一方给予另一方相应的经济补偿或按照评估价值进行分割，从有利于生产和方便生活原则，股权判归有经营能力一方所有，并按照相关法律法规规定办理变更手续（若需）；

③双方均主张公司股权且愿与对方共同经营，只是对应当分得的份额不能协商一致的，由人民法院依法判决；

④双方均不愿意取得公司股权的，法院可责令持股一方在法院指定期限内按照《中华人民共

和国公司法》等有关规定予以解散清算，清算后有剩余财产的则依法分割。

由于一人公司的特殊性使得有时其股东个人财产与公司财产并不独立，依据《公司法》第六十三条之规定“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”，即理论上所说的“揭开公司的面纱”或“法人人格否认制度”，因此夫妻双方即使离婚也不能免除持股一方按照法律规定对于双方离婚前的公司债务应当承担的法律责任（主要指当股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产时债权人依法向其主张由股东对公司债务承担连带清偿责任的情形），但若该债务最终被认定为夫妻共同债务的，则夫妻双方应共同承担清偿责任。

（二）夫妻双方以夫妻共同财产设立的公司，离婚时公司股权如何处理？

由于2006年1月1日前，我国法律不承认一人公司的合法性，因此很多公司是夫妻两个人一起用夫妻共同财产投资设立的【近年来，司法实践中倾向将该类公司视为实质的“一人公司”】。“很多地方法院认为，工商登记中载明的夫妻投资比例不应该认定为夫妻对财产归属的约定”[5]【备注：前些年最高院的判决持该观点，但近年来，司法实践中又有一些不同观点】，对于此类公司股权的分割处理由于不涉及第三人股东，我们认为应该按以下方式处理：

1. 如果夫妻双方对公司股权分割方案协商一致由一方取得股权，人民法院可按其协议处理，但必须符合我国《公司法》及相关规定中关于一人公司的规定并办理相关变更手续；

2. 如果夫妻双方对公司股权分割方案协商一致由双方继续共同经营的，人民法院可按其协议处理，若涉及持股比例的变化应当按照相关规定办理变更手续。

3. 如果夫妻双方对公司股权分割方案不能协商一致，应当按照以下情形分别处理：

①一方主张取得公司股权的，对公司资产进行评估，由取得公司股权一方给予另一方相应的经济补偿，但是必须符合《公司法》及相关规定中关于一人公司的规定并办理相关变更手续；

②双方均主张公司股权但不愿与对方共同经营的，在双方竞价基础上，由取得公司股权的一方给予另一方相应的经济补偿，或按照评估价值进行分割，从有利于生产和方便生活原则判归有经营能力一方所有，但是必须符合《公司法》及相关规定中关于一人公司的规定并办理相关变更手续；

③双方均主张公司股权且愿与对方共同经营，只是对应当分得的份额不能协商一致的，由人民法院依法判决；

④双方均不愿意取得公司股权的，法院可责令双方在一定期限内按照《中华人民共和国公司法》等有关规定予以解散清算，清算后有剩余财产的则依法分割。

（三）夫妻一方以夫妻共同财产以自己的名义与他人共同设立的公司，离婚时股权如何处理？

1. 夫妻一方为公司股东，另一方不是该公司股东且夫妻双方可以协商一致的情况下股权之分割。

依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第七十三条之规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条

件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

2. 对于上述司法解释规定之外的情形我们认为应当按照下列方式处理：

①夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意转让且愿意以同等条件购买该出资额的，按照《公司法》第七十一条第三款规定处理，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割；

②若股东配偶不愿成为股东或双方均愿意取得公司股权时，对公司资产进行评估，股权归股东方所有，由其给予另一方相应的折价款。这样处理的法理依据是由于有限公司具有的“人合性”决定的；

③双方均不愿意取得公司股权的，可以按照《公司法》的相关规定将股权转让给其他股东或股东之外的第三人，然后对转让所得财产依法分割；若未能将股权转让予他人，则对公司资产进行评估，由股东方给予另一方相应的经济补偿。这样处理的法律依据是《公司法》第三十五条“公司成立后，股东不得抽逃出资”。

特别说明

以上情形下股权分割时，需注意我国《公司法》第二十四条规定的股东不得超过五十个的限制。

（四）夫妻双方以夫妻共同财产与他人共同设立的公司，离婚时股权如何处理？

1. 如果夫妻双方协商一致，一方取得夫妻双方在全部股权时，由取得股权的一方给予另一方相应的经济补偿。这样处理的法律依据是《公司法》第七十一条第一款的规定。

2. 若夫妻双方协商一致，双方仍为公司的股东，可以就相互拥有的份额进行协商处理并办理

相应的变更手续；若不能协商确定各自的份额，则由人民法院根据案件的情况依法处理。

3. 若夫妻双方均不愿意再拥有公司股权，可以按照《公司法》的相关规定将股权转让给其他股东或股东之外的第三人，然后对转让价款依法分割；若未能将股权转让予他人，则由人民法院根据案件的情况依法确定双方的持股比例。这样处理的法律依据是《公司法》第三十五条“公司成立后，股东不得抽逃出资”以及《公司法》第七十一条第一款的规定。

四 夫妻离婚时股权分割的司法难点

（一）诉讼周期很漫长。

在处理离婚案件的股权分割问题时，如果双方能够协商一致，则处理起来比较简单，但往往是到了离婚的时候，夫妻双方的感情已不是双方分割财产的基础，由于对对方的“爱”现在变成了“恨”，因此在财产分割问题上，互不相让，为了所谓的“一口气”，致使双方无法达成一致意见，有时甚至需要评估，故案件处理起来时间很长。针对此类案件，如果双方律师从中进行调解尽量降低自己当事人的期望值（当然是在不损害自己当事人合法权益的前提下），则不失为明智之举，既有利于争议的解决，又有利于节约时间。否则，当公司股东涉及有案外人时，若双方无法协商一致，一般法院以涉及案外人为由，要求当事人另案诉讼解决，如此耗费的时间将会更长。

（二）一方恶意转让公司股权的案件层出不穷。

夫妻感情的淡化绝非一朝一夕之事，因此很多当事人心理早有准备，当双方感情出现严重裂痕时，很多人会采取恶意转移股权方式规避夫妻共同财产之分割，致使配偶一方不但无法主张股权分割，还要启动他案诉讼追讨股权，耗费大量人力和财力。

（三）公司的“阴阳”两本账册致使股权分割困难重重。

司法实践中很多公司明明效益很好，但其为了避税会有阴阳两本账册一内账和外账，给人一种错觉，误使人以为公司效益不好，在此情况下，对于非股东的配偶而言，若要其举证公司效益很好以及公司的实际价值，则实属难上加难。

（四）法院的审判力度不足，强制力度不够。

离婚诉讼中，往往遇到股权分割的案件，很多法官希望双方进行协商处理，当遇到双方无法协商一致时，法官还会继续进行采取一些行之有效的方式促使当事人同意调解。虽然法官的这些做法会使当事人心中不满，但这也是无奈之举，毕竟目前的司法现状无法要求法官一定公平的分割股权。司法实践中，经常出现公司不配合法院评估和审计公司资产，故而造成法院无法获知股权价值进而造成分割困难，实践中也很少有法院对公司进行司法制裁，故而造成股东方配偶权益很难得到保障。

就目前的司法实践来看，若要解决离婚案件中股权分割的难点，需要相关配套法律法规的出台以解决目前无法可依的局面，也需要相关服务机构的完善（如评估机构等）以解决目前面临的评估难等实践问题，同时还需要相关行政机关的配合，以改善法院审理过程中律师或法院无法取证或取证难的局面。

五 总结

在婚姻家庭领域中，存在夫妻财产制与财产法规则的冲突与协调即法律适用问题，财产法的立法目的是保障市场秩序，促进交易，家事法的目的是保障婚姻秩序，维护婚姻家庭关系的稳定与和谐。我们认为，在法律适用方面应遵循“家事法不出家门、财产法不入家门”的法律适用原则，但家事法不出家门是绝对的，而财产法不入

家门是相对的，也就是说，财产法不调整婚姻内部关系不是绝对的，因为民事主体包括夫妻双方而不是相反。那么财产法能够在多大程度上介入夫妻内部财产关系则是更具挑战性的课题。在处理夫妻离婚的股权分割问题时，既要保障离婚夫妻双方的权益，又要保障其他股东的合法权益不受损害；既要保证离婚案件涉及的股权顺利分割，又要保证公司的正常经营和运转以及相关变更手续符合法律规定。

参考文献

- [1] 赖源河，封闭性公司序论[J]，政大法学评论（台北）。
- [2] 赵旭东等，有限责任公司的改造与重塑——中国公司法修改建议[J]，政法论坛。
- [3] 参见《中华人民共和国公司法》第七十一条。
- [4] 甘培忠、吴韬，有限公司股权转让探析[J]，南京大学学报（哲学人文社会科学版）。
- [5] 贾明军主编，《婚姻家庭纠纷案件律师业务》，法律出版社。



付忠文 律师

隆安上海律师事务所律师高级合伙人

隆安律师事务所家事法专委会主任

最高人民检察院民事行政检察专家咨询网优秀专家

上海市律师协会婚姻家庭业务研究委员会副主任

中国法学会婚姻家庭法学研究会理事

上海政法学院环境资源与能源法研究中心客座教授和兼职硕士生导师

中央电视台社会与法频道（CCTV12）《律师来了》节目嘉宾律师、人气律师、专栏律师。



施瑛杰

隆安上海律师事务所

施瑛杰加入隆安上海律师事务所之前曾长期担任上海市某区劳动人事争议仲裁委员会专职仲裁员，年平均办案数量超过 400 件，撰写的文章曾多次发表在《中国劳动保障报》、上海市人力资源和社会保障局创办的期刊等专业报刊，长期办案经验使其积累了丰富的实践经验，擅长处理各种重大疑难复杂劳动争议案件。

离婚引发股东会决议效力的认定及影响 | 企业控制权案例分析（七）

原创：2022-03-22 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/myTuYtOF0VIVtdNRmi2wFg>

引言：除了公章争夺外，法代、董监事、经理、财务主管等职务，也很重要，都是实际管理和控制公司及其财产的关键岗位。夫妻反目后，甚至是在离婚诉讼前后，如果夫妻一方擅自转移公章证照，或者单方办理章程或法代、高管的变更登记，都会涉及到股东会会议是否召开以及决议效力的问题。股东会决议的效力，是对内（公司治理）以及对外（工商公示）合法性的关键。本文均系对离婚场景下公司股东会决议效力的案例分析。

一、配偶一方未参加的股东会决议无效

（一）虚构股东会决议无效（夫妻一方的签名系他人代签）

在上诉人张女与被上诉人天星公司、赵某公司决议效力确认纠纷一案[1]中，法院持此观点。案情如下：

王男与张女原系夫妻关系，于 1993 年 11 月 15 日登记结婚。后张女起诉离婚。法院于 2016 年 5 月 17 日判决准予张女与王男离婚。

2008 年 9 月 10 日双方在婚内成立天星公司，注册资本 50 万元。注册之初，夫妻双方各持 50% 股权。后公司的注册资本进行多次变更。案件审

理时，张女持股 89.29%，出资数额为 1400 万元，王男持股 10.71%，出资数额为 168 万元。

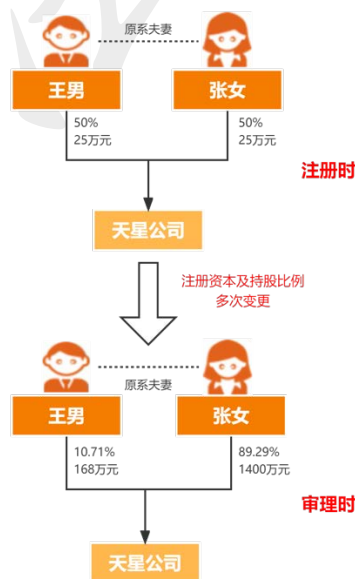


图 1 天星公司案-股权结构图

2016 年 12 月 9 日，天星公司召开临时股东会议，形成如下决议：“法定代表人、执行董事由王男变更为刘某。上述决议涉及到章程条款变动的，同意修改本公司章程。决议还记载，持赞同意见的股东人数为 2 人，占全部股权的比例为 100%。全体股东（签名）同意，王男张女。”

一审中，张女不认可决议中的签字，故申请文检鉴定，对“张女”签字是否为其本人所签进行鉴定。后鉴定机构出具鉴定意见，倾向性认为天星公司股东会决议上“张女”签名字迹与样本张女签名字迹不是同一人所写。

一审法院据此判决张女要求确认股东会决议无效依法有据，主要理由是：

1. 股东会决议召集程序违法。天星公司未提交召开股东会履行提前通知股东及作出决议过程的证据。天星公司章程规定，召开临时股东会应当提前十五天通知全体股东，根据不同的表决事项需要占据不同表决权比例的股东通过。但天星公司陈述上述股东会决议系王男签名后交经办人李某办理，并没有经过通知和表决程序。

2. 股东签名系伪造。鉴定机构已查明股东会决议上张女的签字系他人伪造，并不是张女本人所签。天星公司章程对表决权未作特殊规定，故应当按照股东的出资比例进行表决，**现因上述两份股东会决议上张女的签字不是张女所签，不能认定张女对于股东会决议表决通过。**无论张女与王男的婚姻关系是否存续，均不影响张女作为享有表决权的股东对于天星公司股东会决议享有的表决权权利。

二审法院维持了原判。

（二）非工商登记但实际已拥有股权的股东未参加表决，决议无效

原告李兰与被告天杰公司决议效力确认纠纷一案[2]中，李兰（女）与刘均（男）原系夫妻。双方先签订股权转让协议，后办理离婚手续。

天杰公司成立于2004年2月24日，注册资本50万元，刘均持股比例99%，刘姆（刘均之母）持股比例1%。

2014年3月3日，刘均与李兰签订《股权转让协议书》，约定：刘均向李兰转让天杰公司50%股权，并同意将上述股权变更至李兰或李兰指定的人名下。

2014年3月5日，刘均与李兰签订《离婚协议书》，约定：“天杰公司50%股权归女方（李兰）所有。”

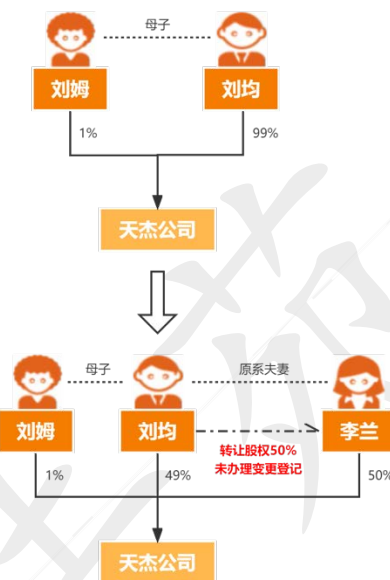


图2 天杰公司案-股权结构图

在女方收到男方交接的公司证照，对公司进行接手管理后，2015年2月1日，天杰公司作出股东会决议，决议内容：“修改章程：同意修改公司章程。”落款显示有“李欣华”（股东刘均授权）“刘姆”签字。公司章程中“公司的法定代表人”部分修改为“经理为公司的法定代表人”。同日，天杰公司作出执行董事决定：“变更经理：同意聘用刘姆为新经理。”落款执行董事签字处显示为“李欣华”。股东会决议后，工商登记法定代表人及公司经理变更为刘姆。

女方诉称，在其与男方签订的离婚协议中，已明确约定系争公司股权的50%归女方所有。公司股权除男方占99%外，还有1%为其母所有，其母对儿子在离婚协议中的约定应当知晓。

被告天杰公司辩称，股东会实际召开，出席人员为股东刘姆和另一名股东刘均授权的李欣华。股东会的召开是合法的，李兰不是天杰公司工商登记的股东。股东会决议作出日期为2015年2月

1 日, 至今已超过诉讼时效。请求驳回李兰的诉讼请求。

法院审理后认为, 本案主要争议焦点有二: 其一, 为李兰的股东身份问题; 其二, 为涉案股东会决议是否成立问题。

1. 关于李兰的股东身份问题。李兰是否享有天杰公司的股东资格, 决定了其是否有权要求确认涉案的股东会决议不成立。本案中, 根据《股权转让协议书》之约定, 刘均将天杰公司 50% 股权转让给李兰, 并同意将上述股权变更至李兰或李兰指定的人名下, 上述约定系双方当事人的真实意思表示, 不违反法律法规的强制性规定。刘均基于夫妻共同财产的分割, 向李兰转让天杰公司股权, 并根据公司法之规定, 约定了股权变更登记等事项。庭审中, 天杰公司认可基于离婚财产分割, 其 50% 股权归李兰所有。双方争议的焦点在于, 李兰享有天杰公司股权, 在未经工商变更登记的情况下, 其是否具有天杰公司的股东资格。

根据法律规定, 公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记; 登记事项发生变更的, 应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的, 不得对抗第三人。本院认为, 股权是股东基于股东资格, 依据公司法规定和公司章程规定而享有的从公司获得财产利益并参与公司治理的一项综合性权利。股东资格与股东权利不能分割所有, 只能将部分股东权利授权他人代为行使。因此, 进行工商登记, 并非获得股东资格的必备要件。李兰受让天杰公司股权, 刘均作为天杰公司工商登记的持股 99% 的控股股东对此知情且不持异议, 刘姆作为刘均之母, 对此亦应属知情。基于此, 虽未经工商登记, 不得对抗第三人, 但不影响李兰在公司内部享有股东身份及行使股东权利, 天杰公司不能以未办理工商登记对李兰股东资格予以否认。

2. 关于涉案股东会决议是否成立问题。本案中, 天杰公司在明知李兰享有公司股权的情况下, 却未通知其参加股东会, 单方作出 2015 年 2 月 1

日《股东会决议》, 该决议欠缺成立要件, 李兰要求确认其不成立, 合法有据, 本院予以支持。

3. 关于天杰公司提出的时效抗辩一项。本院认为, 依据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2020 年修正)》的规定, 诉讼时效作为一项债权请求权的抗辩权, 是义务人对于特定债权人的抗辩。本案中涉及的公司决议效力确认争议, 并非债权请求权范畴, 不受诉讼时效的限制, 故本院对天杰公司的时效抗辩不予采纳。一审法院判决确认公司股东会决议不成立。

二、配偶一方未参加的股东会决议有效

(一) 女方作为股东放弃股东会决议造成的缺席不影响股东会的效力

上诉人标歌公司、李女与被上诉人见喜公司、林男公司决议效力确认纠纷一案[3]中, 李女未参加股东会决议, 并未影响法院确认该决议的效力。

林男与李女系夫妻关系, 李女于 2016 年 5 月 17 日向浙江某县法院提起离婚诉讼, 案件一审时, 双方仍系夫妻关系。

见喜公司、林男和李女为标歌公司股东, 分别持有 51%、18.37% 和 30.63% 的股权。李女担任标歌公司执行董事兼总经理、法定代表人, 林男担任标歌公司监事。林男和李女同时为见喜公司股东。林男担任见喜公司法定代表人。

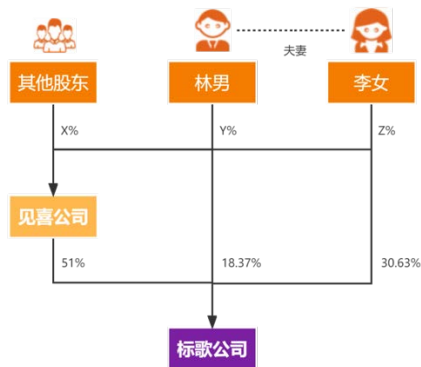


图3 标歌公司案-股权结构图

2015年11月17日,见喜公司、林男向李女发出召开标歌公司股东会的通知,写明会议召开时间为2015年12月3日,召开地点为见喜公司四楼会议室,召集人和主持人为公司监事林男,会议议程包括更换原执行董事,选举新执行董事,解聘原总经理,聘任新总经理等。该通知落款为标歌公司,加盖了见喜公司公章并由林男签名。

李女收到该份通知后回复林男,称其拟在该期间内出国旅游,不能参加。

2015年12月3日,在李女未参加的情况下,见喜公司、林男形成标歌公司股东会决议,内容为:选举李女担任公司监事,选举林男担任公司执行董事兼总经理、法定代表人;公司组织机构人员安排由公司新执行董事兼总经理林男决定。后,见喜公司、林男于2015年12月8日以快递方式将此份决议送达至标歌公司。

原告见喜公司、林男以标歌公司、李女为被告,要求确认决议有效并履行。

被告李女辩称,其与林男之间存在另案审理中的离婚诉讼,故而,见喜公司、林男滥用股东权利形成系争股东会决议,损害了李女的股东利益,违反了我国《公司法》第二十条的规定,应当认定该股东会决议无效。

一审审理期间,李女于2016年6月1日向林男发出股东会通知,决定于2016年6月20日在标歌公司召开股东会,主要议程为更换原执行董事、选举新执行董事;解聘原总经理,聘任新总经理;公司组织机构、人员安排;要求执行董事汇报公司今年经营情况和债权债务处理等事宜。林男收到该份通知后,回复称:标歌公司于2015年12月3日作出的股东会决议已选举林男担任公司执行董事并担任法定代表人,该决议合法有效,李女已不是执行董事,无权以执行董事身份召集股东召开股东会,其于2016年6月1日发出的通知无效。

之后,李女个人于2016年6月20日作出标歌公司股东会决议,决定标歌公司原执行董事不

更换,仍由李女担任,总经理的解聘和聘任由执行董事决定等。

法院一审审理后认为,李女收到了股东会通知,但在六十日内没有提起撤销之诉,故对其对标歌公司股东会决议召集程序提出的异议不予采信。标歌公司在2015年12月3日关于公司执行董事、总经理、法定代表人、监事罢免和任命的决议内容并未违反法律和行政法规,且已经获得超过全体股东二分之一以上表决权股东的同意,一审法院确认为合法有效,且自形成之时即发生法律效力。

而李女在本案审理期间召集并于2016年6月20日形成的标歌公司股东会决议,未获全体股东二分之一以上表决权股东的表决通过,该股东会决议不发生法律效力。李女称其因需出国而不能参加2015年12月3日的股东会,则其可委托代理人参加。至于开会地点的选择,法律并无强制性规定,且林男和李女均为见喜公司股东,在见喜公司内召开股东会并无不当。由于林男系见喜公司的法定代表人,其确认了2015年11月17日股东会通知的真实性,表明该通知系见喜公司的真实意思表示,公章是否属实无需审查。

综上,一审法院确认系争股东会决议有效。二审驳回上诉,维持原判。

(二) 前妻召集股东会出决议并穷尽送达方式,即使前夫未参加也有效

乔锋与被上诉人李燕、原审被告太阳公司的公司决议效力确认纠纷一案[4]中,乔锋与李燕原系夫妻,李燕(前妻)在向乔锋(前夫)及另一股东乔甫(乔锋父亲)寄送相关股东会召开通知后,在男方及其父亲均未出席的情况下,进行了股东会议的表决。

上诉人乔锋称,前妻召集的股东会程序违法,自己作为股东并未收到股东会会议通知、会议议程、会议提案等材料;自己的父亲乔甫(法定代表人)也未收到上述材料,所谓的股东会决议属于

被上诉人李燕单方的个人行为，虽然李燕实持 70% 的表决权，但其个人决策亦不能代替股东会决议的效力。

被上诉人李燕称，股东会会议召集程序合法，应为有效决议。

法院审理后查明，李燕与乔锋的离婚诉讼，经二审法院审结，判决两人离婚。

李燕享有太阳公司 70% 的股权，乔锋享有太阳公司 30% 的股权，登记的法定代表人为乔甫，监事为沈某。

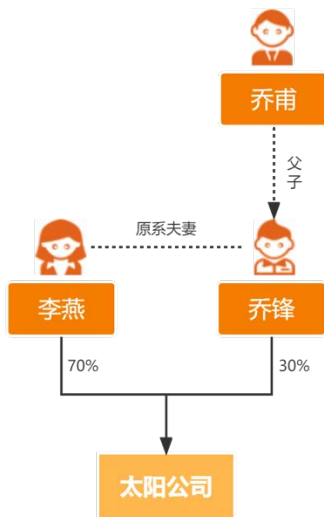


图 4 太阳公司案-股权结构图

2019 年 9 月 4 日，李燕向太阳公司法定代表人乔甫在金山区三个地址邮寄了《关于要求太阳公司召开临时股东会的通知》及提案，要求召开临时股东会协商表决修订公司章程等事宜，均已签收。2019 年 10 月 14 日，李燕向乔锋在金山区的地址邮寄了同样的通知，该信件于 2019 年 10 月 15 日签收。

2019 年 10 月 30 日上午，李燕在乔锋未出席的情况下，主持召开了股东会会议，当日形成决议，同意修改公司章程、变更公司执行董事为沈某，变更法定代表人为沈某，变更监事为高某，暂停使用原公司公章、财务印鉴及其他印章，重制上述印章，并至相关部门重新备案登记。

二审法院认为，案涉临时股东会召开前，李燕作为太阳公司持股 70% 的股东已向执行董事和监事提议召开临时股东会，但二人均未回应。在执行董事和监事未召集的情况下，持股 70% 的李燕召集了临时股东会，并提前通知了另一股东乔锋。上述召集和通知程序均符合我国公司法的规定，并无违法之处。

乔锋称其未收到临时股东会会议通知、会议议程、会议提案等材料。经本院审查，李燕已经穷尽了已知的所有送达地址向乔锋等进行送达。本案审理期间，乔锋在对法院要求其提供有效送达地址及其父的有效送达地址的书面答复中称：受新冠疫情影响，其无固定住址，其父亲的具体住址亦不太清楚。显然，乔锋苛求已经办理了离婚手续的前妻李燕知晓其并不固定的临时住址并向其进行实际送达，客观上是无法完成的，亦不能苛责李燕向乔锋的所有临时非固定住址进行送达并因此承担送达不能的法律后果，而是应视为李燕以及一审法院向乔锋的各项送达已经穷尽了所有已知的地址并有效完成了送达程序。

经法院审查，案涉股东会决议未违反公司法相关法律规定，亦不存在我国公司法规定的决议无效的情形。在案证据闵行公证处公证书显示 2019 年 10 月 30 日的股东会事实上也已经召开，乔锋未到会并不表示没有召开过该次会议。据此，上诉人乔锋关于未召开过股东会会议、股东会决议不成立的观点，法院不予采纳。

（三）前妻不参加增资表决的股东会决议，不影响决议效力

上诉人红红与被上诉人大雁公司、东东请求变更公司登记纠纷一案[5]中，前妻不参加前夫组织的股东会决议，导致公司注册资本由 3 万元增至 500 万元，前夫取得公司控制权，实为遗憾。

大雁公司系 2008 年 7 月 24 日依法设立，原注册资本 3 万元，股东为东东（出资 2 万元，兼任法定代表人）、红红（出资 1 万元）。

2017年11月28日,大雁公司作出《召开股东会的通知》,通知股东红红、东东,将于2017年12月20日上午10点在公司办公室召开全体股东会,审议表决公司变更经营范围、增加注册资本497万元、变更公司章程等事项。2017年12月20日,大雁公司作出股东会决议,内容为:变更公司经营范围为一般经营项目、汽车租赁;确认公司增加注册资本497万元,由原公司股东按照原出资比例增资(因东东已实际增加出资497万元,红红需支付东东出资款1656666.67元,如红红在股东会议后10日内不缴纳出资,视同放弃增资,由东东一人增资497万元);确认变更公司章程,同意修改后的公司章程(章程修正案)。决议落款处,东东签名并加盖手印,大雁公司加盖公司印章。大雁公司和东东述称,作出该份决议后,同样以邮寄送达方式向红红的三个地址进行了送达,只有红红委托代理人的地址予以签收,其他地址均予退回。

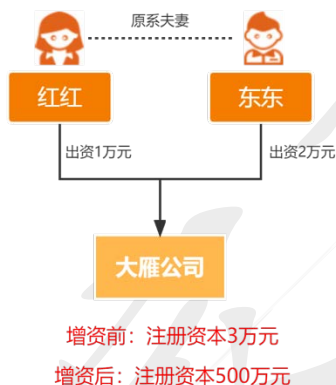


图5 大雁公司案-股权结构图

庭审中,大雁公司和东东述称,上述召开会议的通知系通过申通快递向红红邮寄送达的,邮寄了三个地址,邮单上均载有红红的两个手机号码,并提交了一张快递单底联和两份快递邮件。其中,尾号为9595的邮件,邮寄地址为红红的身份证地址,因客户拒收被退回,经当庭开示邮件,内附文件为大雁公司2017年11月28日《召开股东会的

通知》和公司章程;尾号为9594的邮件,邮寄至某市某小区,大雁公司和东东称该地址系红红实际居住地,该邮件被退回,经当庭开示邮件,内附文件为大雁公司2017年11月28日《召开股东会的通知》和公司章程;尾号为9592的快递单底联显示,文件品名《公司召开股东会议》,邮寄至红红的委托代理人周某律师的地址,大雁公司和东东称已被签收。

红红对此不予认可,认为大雁公司无权召集股东会,东东无权单方作出增资决议;两个手机号都不是红红本人的,小区亦非其实际居住地,红红未收到召开2017年12月20日股东会的通知,也不同意该决议;律师签收通知函,不能认定向红红履行了通知义务,律师没有红红的授权。

一审法院认为,大雁公司有红红和东东两名股东。大雁公司召开2017年12月20日股东会之前,向股东红红的身份证地址及诉讼代理人地址邮寄了书面会议通知。2017年12月20日,东东参加了股东会议,大雁公司作出增加注册资本497万元等股东会决议。

根据现有证据,大雁公司履行了召开2017年12月20日股东会的通知义务;增资前红红出资1万元,东东出资2万元,东东表决时持有公司股权达到三分之二表决权。从会议召集程序和表决方式看,大雁公司2017年12月20日作出的增资决议,符合公司增资的法律规定和公司章程规定,未损害相关股东权利,该份股东会决议成立并发生法律效力。大雁公司依法作出增资决议,且增资经过第三方机构验资,股东会决议有效。如当事人同意按比例认缴增资,可另案予以解决。

二审法院维持原判。

三、律师复盘

(一) 代签股东签字,决议无效风险大

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第五条规定:“股

东会或者股东大会、董事会决议存在下列情形之一，当事人主张决议不成立的，人民法院应当予以支持：（一）公司未召开会议，但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外；（二）会议未对决议事项进行表决的；（三）出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的；（四）会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的；（五）导致决议不成立的其他情形。”

代签股东的签名，涉嫌虚假材料。对此，徐州中院认为：“此种情况下，虚构的决议不是公司股东意思表示的结果，仅反映了个别虚构者的内心意愿，实际上是以个人意思代替公司意思，不能产生法律约束力。”因此，离婚前后，“夫妻公司”的股东会决议，切忌代签。

（二）注意离婚协议与公司股东显名登记的关系

离婚协议中，夫妻对公司股权分割进行了约定处理，一般是需要履行提示其他股东优先购买权义务的。不过，在（2021）京 0108 民初 29375 号案件中，另外一名股东，是男方的母亲。男女双方在离婚之间签订了股权转让协议，并在离婚协议书中约定该司部分股权归女方。离婚后，男方认可女方股东身份、将公司证照交付女方，且女方也进行了公司经营管理，或出于反悔，男方又授权他人与其母亲召开股东会决议，变更公司经营管理层。对此，法院认为，工商登记中的显名股东对第三人的“对抗”作用，不能否定股东内部的约定，且推定男方的母亲知道亦应当知道儿子已将股权转让给女方的事实。故而否定了女方没有参加的股东会决议的效力。

（三）怠于行使股东权利后果严重

在沪 02 民终 8029 号案件中，女方离婚后原本在公司持有 30%左右的股权，还任公司法定代表

人，兼任经理。但在收到前夫发来的股东会通知后，大意了，以“拟定会议时间自己要旅游”为由，拒不参加会议，给了对方通知到位的“实锤”证据，对己不利。一审败诉后，才想起再召开股东会决议、推翻诉争股东会决议已无力回天。新的股东会决议因表决未过半而无效。当然，换一个角度来看，即使女方按时参加了男方组织的股东会决议并投反对票，但男方控制 70%的表决权，议项仍能通过表决，结果或是一样的。因此，夫妻离婚之后，做小股东，持股比例不足三分之一，则在离婚方案时，要慎重考虑，“小股东受欺负”的概率高，特别是离婚后双方纠葛难解，甚至有对立情绪。是否在离婚谈判时拿小股权，还是要三思而行的。或制订合规有效的维权计划，也是重要的。

（四）面对“难以沟通”的前任，更要重视召集的程序合规

在（2020）沪 01 民终 5959 号中，女方向男方及任法定代表人的前公公（男方父亲）的三个地址都寄送了会议通知。这个案件中，事实上女方起诉前，男方曾一度持公司 100%的股权，在离婚期间将该股权转让给其父。后该争议经二级法院审理确认男方转让其父股权的行为无效。有这样的现实，给法官的感觉必然不好。而不仅如此，在本案审理中，法官问男方住所时，男方称因受新冠疫情影响，其无固定住址，其父亲的具体住址亦不太清楚。这种回复给法官以不适感受，并非聪明之举。故法官认定“乔锋苛求已经办理了离婚手续的前妻李燕知晓其并不固定的临时住址并向其进行实际送达，客观上是无法完成的”也并不意外了。为保证决议效力，特别是面对相对难沟通的前任时，一定要注意把握决议的程序合规，从会议的通知、送达，到会场布置，录音录像或记录，见证决议形成，以及开会过程中的意外（如闹场、形成纠纷、报警处理等）都需要考虑到。

（五）增资作为“平分股权导致经营僵局”的破解方式，值得学习借鉴

在北京三中院(2019)京 03 民终 11335 号中，公司注册资本 3 万元；男女持股比例为 2: 1。虽然男方持股比例为 2/3，实现了三分之二多数决（2/3 以上多数决包含本数）。但从长远看，如果男方看好公司未来发展，希望做大做强，则现有的持股比例就有点儿“给前妻打工”的意味。而现在增资成功，女方只占 500 万注册资本中的 1/500，即使有分红权，也形同虚设，毛毛雨了。唯一的筹码就是股东知情权可以来谈判、讨价还价。故而，男方再次增资召开股东会的过程，显然经过智囊精心设计，男方数次尝试改变股权结构，其过程或经历了一个从“粗放”到“精细”的过程。本次诉讼前，男方也曾经搞过股权转让、增资，但因为做得过于粗放，不合规，被法院几次判决决议不成立、股权转让无效。但在本次股东会决议中男方和其智囊团显然是用了心。比如，在送达上，三次寄送申通快递邮件上用了女方 2 个电话号码。并且，在快件被退回后，都没有拆封，在法庭上当庭开封查验，用心良苦。反观女方，前面估计赢了几个诉讼似有大意，此次诉讼败走麦城。当然，如果此次股东会决议上没有提示可以同比例增资，女方可以另行起诉主张同比例增资，也是一个补救办法。正如，法院判决书中提示：“如当事人同意按比例认缴增资，可另案予以解决”。

总之，“夫妻公司”离婚后，争夺公司控制权的过程，其实就是一场法律应用的“博弈”，

双方应避开汹涌波动的情绪对抗，现实冷静地运用法律作为核心维权方式，心平气和地解决问题。此事说着容易做着难，相关律师、财务人员，甚至出谋划策的亲属朋友，切不可“火上烧油”，点燃仇焰，应有正确情绪与矛盾化解方式的引导，才是真正对自己呵护的一方当事人好。“良药苦口利于病”，顺着讲的，不一定最终是好，听得刺耳不顺的，更或许是对的。只不过，可怜人终有可恨之处，法律工具效果的好与坏，也要看能否听进劝导的有缘人。因此，有时候，法律服务的过程比结果更重要！

注释

[1] 一审：江苏省徐州市泉山区人民法院（2018）苏 0311 民初 5857 号民事判决书；二审：江苏省徐州市中级人民法院（2019）苏 03 民终 4892 号民事判决书。

[2] 北京市海淀区人民法院（2021）京 0108 民初 29375 号民事判决书。

[3] 一审：上海市青浦区人民法院（2016）沪 0118 民初 4322 号民事判决书；二审：上海市第二中级人民法院（2016）沪 02 民终 8029 号民事判决书。

[4] 一审：上海市金山区人民法院（2019）沪 0116 民初 15945 号民事判决书；二审：（2020）沪 01 民终 5959 号民事判决书。

[5] 一审：北京市朝阳区人民法院（2018）京 0105 民初 79342 号民事判决书；二审：北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民终 11335 号。

夫妻矛盾对峙升级 行政诉讼能否助力 | 企业控制权案例分析（八）

原创：2022-03-25 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/Hhaf9jqjOMleZ94aNODVzg>

引言：夫妻公司中，男女双方矛盾纠纷的解决途径除了协商、民事诉讼外，还有一种方式，即

借助国家机关职能部门的介入，查清事实、还原纠错，达到维护合法权益的目的。常见的可以通

过行政诉讼解决的问题，主要有政府信息公开、工商登记纠错等。当然，“民告官”虽然诉讼成本低廉，但采用此方式维权时，尚需结合行政诉讼的特点，注意法院在裁决时与民事诉讼的不同之处，以及借鉴他人的相关案件经验，以求合法权益的最大保护。

注：本文案例均系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

一、女方寻求拆迁信息公开 男方私盖公章视为撤回

夏英和大均原系夫妻。夏英名下兴兴工具厂部分厂房拆迁，但对相关安置补偿款的具体操作，其并不清楚。夏英怀疑是大均进行了转移和隐匿。在得不到具体补偿方案、无法衡量自己的共同财产权益计算价值的情况下，夏英申请了行政公开，向杭州钱塘大字管理委员会（以下简称大字管委会）提交公开房屋征收补偿协议及相关资料的申请。如果能得到回复，则相关厂房征用的补偿及钱款支付，都能查清，且钱款如何计算、怎么支付的，都会清晰了。那么，为什么大字管委会不予公开、夏英以工厂名义提起行政诉讼，为什么又败诉了呢？



图1 夏英诉请信息公开案-事件脉络图

一审浙江省杭州市江干区人民法院查明：

2019 年 2 月 21 日，兴兴工具厂负责人夏英在政府网站向大字管委会申请公开江干区九和路 5 号房屋征收补偿协议等信息。

2019 年 3 月 4 日，大字管委会收到加盖兴兴工具厂公章的《撤回信息公开申请》，载明：“我厂于 2019 年 2 月 21 日曾向贵单位申请公开关于江干区九和路 5 号相关协议收购补偿资料。经内部核查，因本次公开涉及我厂股东内部纠纷，故以我厂名义要求撤回原法定代表人夏英的本次政务公开申请。”

另查明，兴兴工具厂负责人夏英与案外人大均原为夫妻。2011 年 6 月 27 日，夏英与案外人大均签订《离婚协议书》，约定：包括兴兴工具厂等多家公司及房屋均为夫妻共同财产，位于××镇××路××号××房，现出租给医院以及超市做仓库的房子归夏英所有，其余房产、地皮、临安的山、公司及厂归大均所有，原夏英在公司厂的所有股权也归大均所有。

原审法院认为，《中华人民共和国政府信息公开条例（2019 年）》第二条规定：“本条例所称政府信息，是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。”该条例第十条第二款规定：“行政机关设立的派出机构、内设机构依照法律、法规对外以自己名义履行行政管理职能的，可以由该派出机构、内设机构负责与所履行行政管理职能有关的政府信息公开工作。”

本案中，大字管委会在收到兴兴工具厂负责人夏英的政府信息公开申请后，于 2019 年 3 月 4 日收到加盖兴兴工具厂公章的《撤回信息公开申请》，结合夏英与案外人大均签订《离婚协议书》中关于夫妻共同财产的约定，大字管委会认定兴兴工具厂作出撤回政府信息公开申请的意思表示，并无不当。

一审法院驳回了原告诉求[1]，浙江省杭州市中级人民法院二审维持原判[2]。

原来，因为兴兴工具厂虽然工商登记在女方名下，但公章被男方控制。加之两人在离婚协议中有“原夏英在公司厂的所有股权也归大均所有”的表述，因此，两级法院驳回了女方的诉讼请求。不过，此案也提示我们，可以结合具体案情，必要时，通过申请政府信息公开，甚至是行政诉讼维护合法权益。

二、老公去世被索债“雪上加霜” 行政诉讼股东“去名”避劫难

刘婵娟的老公张华天不幸去世。沉浸于悲痛中的她，突然收到法院强制执行通知，原来债权人以“张华天是大风公司股东、监事”为由，要求他承担连带债务，而妻子刘婵娟也被要求承担连带责任。接到这个通知时，刘婵娟如同晴天霹雳，眼前一团漆黑。这该如何是好？经“高人”指点，她决心用行政诉讼维权。

2019 年 1 月 7 日，原告刘婵娟向辽宁省沈阳市和平区人民法院起诉（后该案被移送至辽宁省沈阳市高新技术开发区人民法院，以下简称开发区法院），被告是新民市市场监督管理局，第三人大风公司，以工商行政登记纠纷立案。

（一）原告诉称

刘婵娟诉称，她是被起诉还款时，才知道亡夫张华天被冒名登记为大风公司的股东和监事。经刘婵娟查证，张华天不是大风公司的股东和监事，理由是：

1. 大风公司工商档案内所有的张华天签名均不是张华天本人签字（有张华天生前部队签名笔迹对照）。张华天生前没有参与大风公司经营管理，没有享受过股东权利，没有履行过股东义务，没有收益，没有分红，更没有工资收入；

2. 张华天生前没有投资行为。以张华天名义两次向大风公司打款的注册资金均不是来自张华

天本人账户，银行出资转账凭证中的张华天签名不是其本人签字，所有行为均不是张华天本人所为；

3. 张华天生前是中国人民解放军空军北部战区干部，军龄 27 年。《中国人民解放军内务条令》第一百零五条规定，军人不得经商，不得从事本职以外的其他职业和有偿中介活动。张华天被登记为股东行为与国家法律法规相抵触。其签名是第三人大风公司提供的虚假材料。根据最高人民法院《关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要》第一条规定，因申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料导致登记错误的，登记机关在诉讼中依法予以更正。原告对错误登记无过错的，应当退还其预交的案件受理费。登记机关拒不更正的，人民法院可以根据具体情况判决撤销登记行为、确认登记行为违法或者判决登记机关履行更正职责。登记机关未尽审慎审查义务，应当根据其过错程度及在损害发生中所起作用承担相应的赔偿责任。

（二）被告辩称

被告新民市市场监督管理局辩称：

1. 工商局对大风公司登记依据法定职责，登记程序合法有效。大风公司于 2010 年 1 月向省工商局提交了《公司登记管理条例》第二十条第二款规定的申请设立公司应该提交的申请材料，工商局具有登记管辖权，同时提交的材料符合设立登记要求，依法作出准予登记的决定；

2. 原告起诉超过起诉期限。大风公司于 2010 年 1 月 25 日在工商局获准开业登记。张华天自 2010 年 1 月 25 日大风公司设立之日起，即登记为该公司的股东及监事，该公司登记情况已经在“国家企业信用信息公示系统”予以公示。根据《行政诉讼法》第四十六条的规定，本案中张华天被登记为大风公司股东和监事的时间为 2010 年 1 月 25 日，已经超过了法定最长起诉期限；

3. 工商登记环节中申请材料施行形式审查。

综上，请求法院驳回原告的起诉。

（三）法院判决

审理中，经刘婵娟申请，开发区法院委托鉴定机构鉴定，出具意见为：《股东会决议》《指定代表或者共同委托代理人的证明》中“张华天”三字与样本上的“张华天”字迹不是同一人书写。原告、被告对该鉴定意见真实性均无异议。

法院经审理后认为，本案的争议焦点有两个：一是原告的起诉是否超过法定起诉期限；二是本案被诉行政行为是否合法。

1. 关于原告的起诉是否超过法定起诉期限的问题。本案中，经庭审查明，张华天生前是现役军人，第三人将张华天登记为公司股东显然违反了《中国人民解放军内务条令》第一百零五条“军人不得经商，不得从事本职以外的其他职业和有偿中介活动”的禁止性规定。除此之外，第三人提交的公司设立登记最关键的材料即《股东会决议》《指定代表或者共同委托代理人的证明》经鉴定，“张华天”三字与样本上的“张华天”字迹不是同一人书写，这说明第三人既隐瞒了张华天为现役军人的事实，又伪造了张华天签字。综上，原告刘婵娟不知道张华天被登记为公司股东理由合理且充分。原告刘婵娟在沈阳市皇姑区人民法院2018年6月28日对其作出（2018）辽0105执异188号执行裁定才知晓本案被诉行政行为，于一年之内即2018年12月7日起诉到法院，不宜认定原告刘婵娟的起诉超过法定起诉期限。被告的观点本院不予支持。

2. 关于本案被诉行政行为是否合法的问题。本案中，被告收到第三人大风公司申请设立登记的相关材料，经审查认为申请材料符合法定要件，遂作出本案被诉的行政行为。但经过鉴定，被告收到的第三人大风公司设立登记材料中《股东会决议》《指定代表或者共同委托代理人的证明》中“张华天”三字与样本上的“张华天”字迹不是同一人书写。此外，张华天在原辽宁省工商局作

出被诉行政行为时系现役军人，将张华天登记为股东亦违反了《中国人民解放军内务条令》禁止性规定，原告提供的证据足以证明第三人提供了虚假材料。据此，本案被诉行政行为认定事实不清，主要证据不足，应予撤销。原告刘婵娟要求撤销该行政行为的请求应予支持。

综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第（一）项之规定，判决如下[3]：撤销被告新民市市场监督管理局针对第三人大风公司作出的股东、监事为张华天的登记行为。



图2 刘婵娟诉请撤销登记案-各方观点

三、男方转让名下股权完成变更 女方起诉要求工商恢复败诉

李玲与张峰于1985年4月16日登记结婚，结婚30年后，于2016年6月经陕西省西安市中级人民法院终审判决离婚。女方在离婚期间，发现男方通过“母子”公司控制，将优质资产进行了转移，这样以来，在离婚诉讼中，能分割的共同财产数量就减少了。为了维护自己的权益，女方决定提起行政诉讼。

2017年，李玲向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。诉称，在离婚诉讼期间，张峰为达到非法独占夫妻共有财产的目的，指使其作为实际控制人的博华公司，将持有的东方公司的股权转让给凤凰公司。北京市工商行政管理局依照东方公司的申请，作出了将博华公司持有的东方公司25.5%股权转让登记至凤凰公司名下的行政行为。

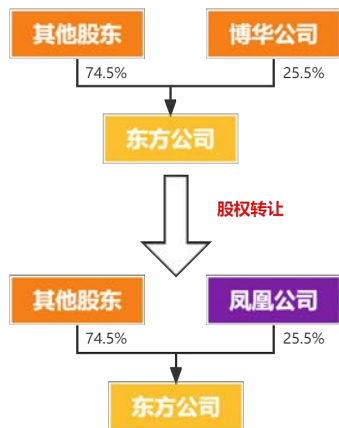


图3 李玲诉请撤销登记案-股权结构图

东方公司提交虚假材料以股权转让方和受让方并未实际履行的股权转让协议骗取市工商局作出股权变更登记，情节严重，侵犯了李玲的合法权益。综上，请求法院依法撤销市工商局作出的股权转移登记的行政行为。

一审法院裁定认为，李玲并非前述任何一家公司的股东。而当事人提起行政诉讼，应当具备原告主体资格，符合法定起诉条件。《行政诉讼法》第二十五条第一款规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。李玲并非前述任何一家公司的股东；李玲虽称其与上述多家公司的实际控制人张峰曾系夫妻关系，但上述关系并不构成行政法上的利害关系。因此，案涉股权转移登记行为与李玲之间没有利害关系，故李玲不具有作为原告的诉讼主体资格，据此，一审法院裁定驳回了李玲的起诉。李玲不服一审裁定，上诉至北京市第一中级人民法院后，二审法院驳回了其上诉，维持一审裁定[4]。

无独有偶，再审申请人汪继华与重庆市梁平县人民政府、重庆市梁平县屏锦镇人民政府招商引资行为违法一案中，最高人民法院也以公司股权只登记在男方名下为由，认为女方不具有提起行政诉讼的主体资格，而驳回了女方的起诉[5]。

四、妻子股东诉求丈夫股权转让无效 法院告知不属工商处理另案途径解决

刘彩叶与李明系夫妻。2017 年刘彩叶发现，为了转移夫妻共同财产，丈夫背着自己，假冒自己的签名私自进行了工商变更。丈夫系股东的协亨公司的股权被他擅自转走，也侵犯了自己的优先购买权，且徐州市工商局也做了相关股权变更登记。于是，刘彩叶向徐州铁路运输法院提起行政诉讼，要求工商局恢复丈夫的股权登记。法院会支持刘彩叶的诉讼请求吗？

一审法院查明，原徐州市工商行政管理局于 2017 年 3 月 1 日作出公司准予变更登记通知书，该通知书载明“协亨公司法定代表人、股东变更已经我局核准。主要变更事项如下：原股东姓名（名称）：老付、李明、刘彩叶。现股东姓名（名称）：老付、刘彩叶”等内容。

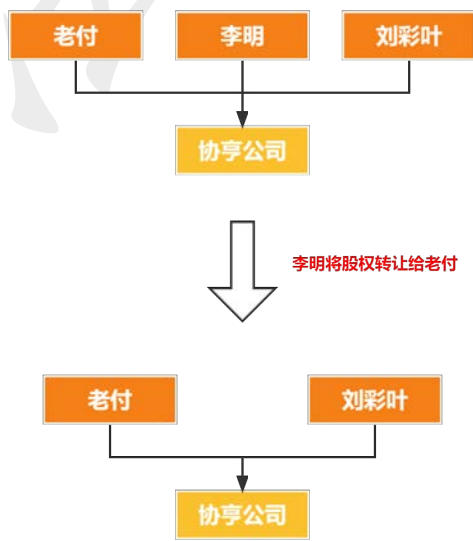


图4 刘彩叶诉请撤销登记案-股权结构图

一审法院认为，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第一款规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。所谓“利害关系”，一般仅指公法上的利害关系，除法律另有规定外，一般不包括私法上的利害关系，不包括对债权等私法上权利产生的影响。根据《中华人民共和国

行政诉讼法》第四十九条第一项、第四项规定，提起诉讼的原告应该是该法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织，且诉讼属于人民法院受案范围，归受诉人民法院管辖等。

本案中，刘彩叶认为被诉工商行政登记涉及的股权转让行为侵害其作为股东享有的优先购买权、李明无权处分夫妻共同财产，以被诉工商行政登记相关材料中刘彩叶签名虚假、工商登记机关对协亨公司相关工商行政登记申请“疏于审查”为由提起本案诉讼。

根据《中华人民共和国公司法》第三十二条规定，有限责任公司应当置备股东名册；记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利；未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人；该法第七十一条第一款规定，有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。公司置备股东名册，在出现股东转让其出资情形时，可依股东名册的记载来确定谁是对公司享有权利并承担义务的股东。现行有效的《中华人民共和国公司法》确立了以股东名册作为股东认定依据的法律制度，只在公司登记机关办理变更登记并不意味着取得股东资格，股东资格的认定应当以公司置备的股东名册为准。

本案中，实质上刘彩叶诉称的侵犯其优先购买权、夫妻共同财产相关权益的行为是股东之间相互转让股权的民事行为，刘彩叶诉称的相关主体在工商行政登记程序中向工商行政登记机关提交的材料的真实性不仅涉及签名是否系本人作出，亦涉及工商行政登记相关股权转让等基础民事行为的效力等问题，而基础民事行为相关争议不属于行政诉讼审查范围，人民法院难以仅凭行政诉讼过程中对签名的真实性的鉴定而直接对基础民事行为的效力等问题作出裁判。刘彩叶依法可以先行解决基础民事行为相关争议。在基础民事行为相关争议尚未解决，且被诉工商行政登记并未明确对直接涉及刘彩叶的登记内容作出处理的情况下，其提起本案诉讼，不符合行政诉讼法第四

十九条规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第六十九条第一款第一项的规定，有不符合行政诉讼法第四十九条规定等情形之一，已经立案的，应当裁定驳回起诉。本案中，依法应当裁定驳回刘彩叶的起诉。

二审江苏省徐州市中级人民法院认为[6]，本案中，上诉人认为原股东李明存在恶意转移财产会在离婚案件中对其造成影响，故而针对涉案变更登记行为提起诉讼。但股权变更系由原股东李明转让给股东老付，转让双方对股权变更登记目前未持异议，且上诉人刘彩叶的占股比例未发生变化。关于上诉人提到的侵犯其优先购买权及李明系通过股权转让恶意转移财产的问题，上诉人应通过其他途径主张权利。一审法院据此裁定驳回上诉人在原审的起诉，并无不当。关于上诉人提出的变更登记时提交的股东会决议上刘彩叶的签字系伪造，不是上诉人本人所签的问题。上诉人提出的其签名系伪造是否导致股东会决议无效不属于行政诉讼审查范围。在基础民事法律关系尚未解决的情况下，人民法院不宜对工商变更登记行为先行作出评判。综上，原审裁定认定事实清楚，适用法律正确，程序符合法律规定，依法应予维持。裁定驳回上诉，维持原裁定。

五、律师复盘

（一）从目的上，通过行政诉讼依法维权

比如，在(2019)辽0192行初486号案件中，为了避免涉及生效债权的追索，刘婵娟提起行政诉讼，推翻了其亡夫在工商名册上“股东”身份的登记，避免了“祸不单行”的家庭劫难。该方式主要适用于被假冒成为股东的“冒名股东”的情况。根据最高院的相关司法解释，申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料导致登记错误的，工商管理机关在诉讼中依法予以更正；登记机关拒不更正的，人民法院可以根据具体情况判决撤销

登记行为、确认登记行为违法或者判决登记机关履行更正职责。遇有此种情况，可通过行政诉讼予以维权，还原清白。

在（2020）浙 01 行终 489 号案件中，申请政府信息公开，也是女方获得相关共同财产证据线索的方式。虽然在这个案件中，因为公章保管的疏漏，被男方钻了空子，但调查取证的思路和方式，也是值得借鉴的。

（二）从策略上，通过行政诉讼开辟“战场”

在（2017）京 01 行终 437 号一案中，男女双方因离婚而进行了财产分割，相互提起了若干案件，但几乎所有案件，都是在民商事领域。在商事领域，女方作为原告不仅在立案上存在麻烦（不是公司股东），而且在实质审理上，也存在争议系“转让公司资产而非股东股权”的问题，商事纠纷胜诉没有把握。而从策略上看，通过行政诉讼探索新的维权方式，也并非坏事。特别是对于提示工商再次接受关联公司的变更登记申请时，予以更多关注和审查，也是加分项。

（三）从心理上，通过行政诉讼“借力”维权

最高院（2017）行申 3817 号案件中，女方向最高院提出申诉，要求“纠正”县、镇政府的“违

法”行为，实质是“小女子挑战强权”的合规维权行为，不仅形成了打到最高院的客观效果，而且对于当地司法机关依法办案、公正审理，有一定促进作用，在心理上打击男方的诉讼期待。从成本上看，行政诉讼几乎经济上没有消耗，更多的是心理和精力的投入。本案中，女方借力行政诉讼达到民事诉求的效果，可以借鉴。

注释：

[1] 一审：浙江省杭州市江干区人民法院（2019）浙 0104 行初 84 号行政判决书。

[2] 二审：浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙 01 行终 489 号行政判决书。

[3] 详见辽宁省沈阳高新技术产业开发区人民法院（2019）辽 0192 行初 486 号行政判决书。

[4] 一审：北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 行初 146 号行政裁定书；二审：北京市第一中级人民法院（2017）京 01 行终 437 号行政裁定书。

[5] 详见最高人民法院（2017）最高法行申 3817 号行政裁定书。

[6] 一审：徐州铁路运输法院（2019）苏 8601 行初 1649 号；二审：江苏省徐州市中级人民法院（2021）苏 03 行终 27 号行政裁定书。

“夫妻公司”随便拿钱绝对不行，配偶控告侵挪犯罪或能入刑 | 企业控制权案例分析（九）

原创：2022-03-26 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/W5ypZ-C00lo-8Mgn0lvwJA>

引言：“夫妻”公司，狭义上是指股东只有夫妻两个人的公司。既然是两口子，甚至严格意义上“夫妻公司”的两人有限责任形式，就是“一人公司”，是否就意味着公司财产，就像家里的财产，夫妻谁支配都可以？退一步说，即使夫妻公司财产不能擅自支配，要是男方拿了钱还

回来不就行了吗？答案是否定的。一方擅自拿走“夫妻公司”的钱款，情节严重构成刑事犯罪。特别是在两口子矛盾升级、一方将公司财产转移占为己有的情况下，一定要意识到，所谓单方支配“夫妻共同财产”的行为，可能涉嫌构成刑事犯罪，常见的罪名是挪用资金罪和侵占罪。在夫

妻产生矛盾、对公司控制权的争夺中，亦要注意刑事责任的影响与预防。

注：本文案例均系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

一、构成挪用资金罪

（一）一审案情

被告人项部开与豆娥为夫妻。浙江天天帽业有限公司系由夫妻两人于 2009 年 4 月出资设立，注册资本为 500 万元，豆娥的投资比例为 60%，并由豆娥担任公司的法定代表人、执行董事、经理；项部开的投资比例为 40%，并担任公司的监事并负责公司的业务。

天天帽业在经营过程中与国外的 F 公司有业务往来。

2014 年 5 月，被告人项部开和豆娥向顾某借款 200 万元，后无力归还。至 2014 年 6 月，天天帽业因经营不善，多处拖欠债务。

2014 年 6 月，被告人项部开在豆娥不知情的情况下，经与顾某商量后，私自成立了英文拼写与“天天帽业”相同的浙江秒秒帽业有限公司，由顾某担任秒秒帽业的法定代表人，并用秒秒帽业的账户替换了原天天帽业在 F 公司的认证账户，使得 F 公司支付给天天帽业的货款可以直接进入秒秒帽业的账户。2014 年 7 月 24 日至 2014 年 8 月 19 日，被告人项部开通过秒秒帽业的账户挪用天天帽业货款共计 600,000 美元，并将上述资金用于秒秒帽业的经营活动。

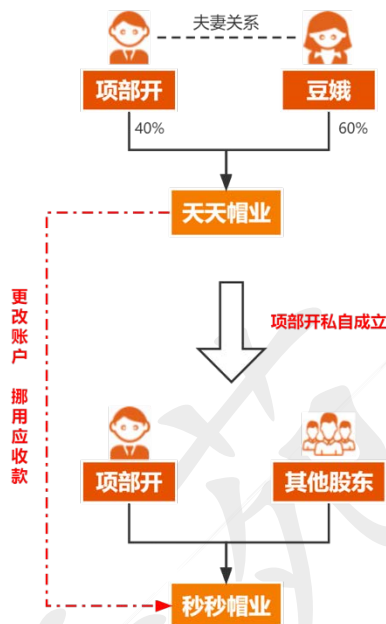


图1 项部开挪用资金案

2014 年 9 月，诸暨市公安局经济犯罪侦查大队接受项部开的妻子豆娥的报案，并于 2014 年 10 月 16 日对项部开以涉嫌犯挪用资金罪立案侦查。2015 年 2 月 9 日，被告人项部开将秒秒帽业价值人民币 147 万余元的棉纱，以抵债的方式归还欠顾某的部分债务。案发后，顾某向公安机关退回赃款人民币 360 余万元。后公安机关于 2015 年 3 月 3 日上网追逃，并于 2015 年 7 月 29 日在绍兴市柯桥区 Q 镇一出租房内将被告人项部开抓获。

浙江省诸暨市人民法院法院一审认为：

被告人项部开利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用，数额较大，且进行营利活动，其行为已构成挪用资金罪，应依法追究其刑事责任。公诉机关指控的罪名成立，本院予以支持。鉴于被告人项部开在归案后能如实供述，本院予以从轻处罚。辩护人提出对被告人从轻处罚的辩护意见，本院酌情予以采纳。遂判决如下[1]：被告人项部开犯挪用资金罪[2]，判处有期徒刑一年五个月；退缴在诸暨市公安局的赃款人民币 360 余万元返还被害单位浙江天天帽业有限公司。

（二）二审案情

项部开上诉提出：其不构成挪用资金罪。辩护人的部分辩护意见为：

虽然天天帽业是上诉人与豆娥二人为股东的有限责任公司，但实际上是一人公司，在司法实践中一般均作为“人格混同”来处理。如果将天天帽业视为一般公司，那么就否定了上诉人对公司事务的决定权。

二审绍兴市中级人民法院对上述辩护意见评析如下：

1. 天天帽业作为依法设立的有限责任公司，具有独立的法人人格和独立的财产。虽然天天帽业二股东系夫妻关系，但现有证据不能证明豆娥、项部开夫妻共同财产与天天公司财产混同，以及豆娥、项部开二人与天天帽业存在“人格混同”情形，故应认定天天帽业为二人有限责任公司。

2. 项部开未经天天帽业其他股东同意，通过更改账户方式将天天帽业应收款挪至秒秒帽业，并将大部分资金用于秒秒帽业经营活动，其行为侵犯了天天帽业对资金合法占有、使用、收益权。

3. 虽然不能否认项部开设立新公司存在自救的想法，但其未经其他股东及公司同意，转移天天帽业资金，其主观上同时具有挪用资金的故意。综上，上诉人项部开的行为构成挪用资金罪。上诉人及辩护人认为项部开行为不构成挪用资金罪的意见不能成立。故，二审法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下[3]：驳回上诉，维持原判。

二、构成职务侵占/侵占罪

（一）丈夫擅自侵吞公司钱款，法院认定构成职务侵占罪

刘强与刘妻系夫妻关系。刘强原系浩海公司总经理助理，刘妻是法定代表人。

2010 年 11 月，刘强代表浩海在海南省拓展业务，利用职务之便，以处理关系、延长承包期限

等为由，向浩海公司申领 38 万元，扣除支付相关人员好处费后，剩余的 33 万元被刘强据为己有。2013 年 1 月，刘强采用同样的方式，将浩海公司 47 万元据为己有。

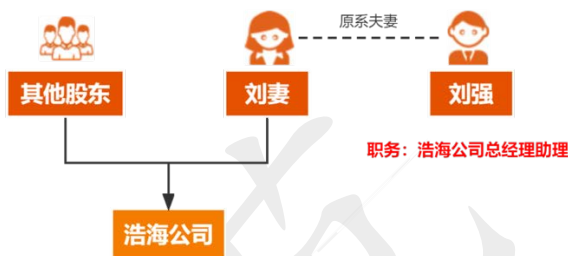


图 2 刘强职务侵占案

2016 年 12 月 20 日，刘强主动向公安机关投案，向浩海公司退赔人民币 40 万元。2017 年 12 月 19 日，浩海公司出具谅解书，表示谅解刘强的行为。

本案在审理过程中，被告人刘强又主动交纳退赔款人民币 40 万元。

法院审理后认为[4]，被告人刘强在浩海公司任职期间，利用职务上的便利，将本单位的财产非法占为己有，数额较大，其行为构成职务侵占罪。被告人明知上述款项属于公司财产，却利用职务便利，占为己用，在离开公司后，不主动交接，据为己有，其行为侵犯了公司的财产所有权，符合职务侵占的构成要件。

辩护人关于被告人属公司股东的丈夫，在与妻子夫妻关系存续期间，公司股权进行了变更，其妻的股权金不断增加，被告人刘强与其妻离婚时，双方并未就公司财产纷争作出清算和解释，且刘强参与了公司的经营，即使刘强将公司的资金放在手中，也属于股东行为，不构成职务侵占罪的辩护意见，经查，浩海公司属有限公司，系独立法人，对外独立承担责任，虽被告人与浩海公司股东之一系夫妻关系（被告人不是股东），但夫妻共同财产与公司财产不能混同，辩护人的辩护意见，于法无据，不予采纳。鉴于被告人案发后能主动投案，如实供述基本犯罪事实，系自首，

且对所侵占的财产，能主动退赔，不足部分，主动交纳退赔款，可依法予以从轻处罚。一审判决被告人刘强犯职务侵占罪[5]，判处有期徒刑二年，缓刑三年；责令被告人刘强退赔浩海公司人民币八十万元。

被告人不服上诉后，二审山东省烟台市中级人民法院维持原判[6]。

（二）明知资金为出借账户炒股所得，恶意不退构成侵占罪

2014 年 6 月份，自诉人章凡让李男帮助开设一个股票账户归其使用，李男说他妻子李男妻有股票账户，其可以用李男妻的股票账户。李男妻同意后，章凡将 500 万元资金转入李男妻的资金账户，由案外人杨某使用李男妻的资金账户和股票账户为其操作新三板股票。2017 年 8 月份，杨某卖出部分股票得款 102 万余元。李男和李男妻离婚后，李男妻将该股票账户中的 102 万余元转出占为己有。章凡多次向李男妻索要，李男妻拒绝返还。

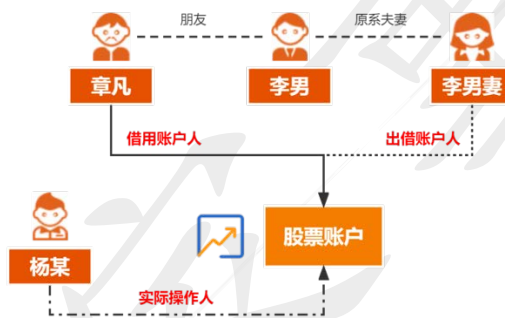


图3 李男妻侵占案

一审法院认为[7]，被告人李男妻以非法占有为目的，将自己保管的自诉人章凡的财物非法占为己有，数额巨大，拒不返还，其行为已构成侵占罪。被告人李男妻到案后，能够如实供述其犯罪事实，且其亲属已代其退赔自诉人 10 万元，可酌情对其从轻处罚。自诉人请求以侵占罪追究被告人李男妻的刑事责任，并责令被告人李男妻退赔自诉人被侵占的人民币 102 余万元的诉讼请求，

法院予以支持，但应扣除被告人亲属已经退赔的 10 万元；自诉人所提要求被告承担相应利息的诉讼请求，本院不予支持。据此，判决如下：被告人李男妻犯侵占罪[8]，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币五万元。

三、职务侵占再审无罪

（一）曲折漫长的 5 次有罪审理

威锋公司是由张胜和其妻张妻以夫妻共同财产出资设立的。

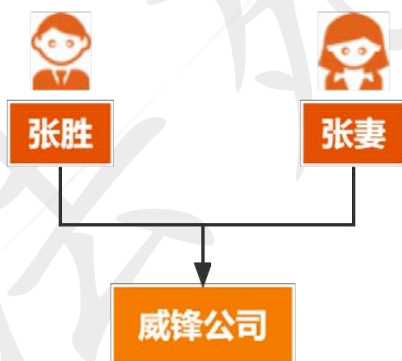


图4 张胜职务侵占被判无罪案一股权结构图

2008 年 7 月，被告人张胜利用担任威锋公司法定代表人的职务之便，采取将销售收入不上账的手段，侵吞本公司资金 34 万余元。仙桃法院一审认为，被告人张胜系依法登记成立的有限责任公司的法定代表人，其利用职务之便，隐瞒公司销售收入，采取将公司经营收入不计入公司财务账目的手段，非法占有并支配使用，数额巨大，其行为已构成职务侵占罪。仙桃法院于 2010 年 5 月 25 日作出刑事判决[9]：被告人张胜犯职务侵占罪，判处有期徒刑七年，并处没收财产 5 万元。

张胜不服，提出上诉。湖北省汉江中级人民法院于 2010 年 11 月 9 日作出刑事裁定[10]：撤销一审刑事判决，发回仙桃市人民法院重新审判。

仙桃市人民法院于 2011 年 4 月 15 日作出刑事判决[11]：被告人张胜犯职务侵占罪，判处有期徒刑六年，并处没收财产 5 万元。

张胜不服，提出上诉。湖北省汉江中级人民法院于2011年8月26日作出刑事判决[12]：一、维持仙桃市人民法院（2011）仙刑初字第1号刑事判决中对张胜的定罪部分，撤销该判决中对张胜的量刑部分和责令其退赔违法所得；二、上诉人张胜犯职务侵占罪，免于刑事处罚。

张胜不服，向湖北省汉江中级人民法院提出申诉。该院于2015年9月25日作出驳回申诉通知[13]。

（二）七年之后终迎高院无罪判决

张胜仍不服，向湖北高院提出申诉，高院于2016年9月7日作出再审决定提审。

湖北高院依法组成合议庭，于2017年6月29日公开开庭进行了审理，湖北省人民检察院指派检察员出庭履行职务。申诉人张胜及其辩护人到庭参加诉讼。本案现已审理终结。湖北高院审查认为：

威锋公司是由张胜和其妻张妻以夫妻共同财产出资设立的，张胜任公司法定代表人并由其实际经营和管理，股东只有张胜和张妻夫妻二人，基于张胜与张妻的特殊关系，张胜在威锋公司的生产经营活动中，利用职务上的便利将公司的货款收回后未上账而予以支配，从形式上看其行为侵占了威锋公司的财产，但张胜是公司的法定代表人，有权对威锋公司的财产进行处置，且张胜将该款用于偿还成立威锋公司时所借的欠款，亦经张妻认可，故此行为本质上并没有损害威锋公司的利益。

湖北高院再审认为，原判认定申诉人张胜采取收入不上账的手段支配威锋公司货款347000元的事实清楚，证据充分，但张胜的行为没有损害威锋公司的根本利益，亦未损害其他股东的利益，张胜的行为不应认定为犯罪行为。原判适用法律错误，本院予以纠正。经本院审判委员会讨论决定，判决如下[14]：一、撤销湖北省汉江中级人民法院（2011）汉刑终字第45号刑事判决及仙

桃市人民法院（2011）仙刑初字第1号刑事判决；二、申诉人张胜无罪。



图5 张胜职务侵占被判无罪案一审审理过程

四、自诉侵占被驳回

（一）丈夫控告妻子侵占罪未果

2016年3月16日，刘才与李凤在婚姻登记机关登记结婚。

2017年2月16日，刘才向李凤账户转账10万元。后李凤多次向刘才账户转款共计5万余元。2017年12月29日，刘才与李凤在婚姻登记机关登记离婚。离婚协议书载明：婚姻期间双方无子女、无财产、无债权债务。

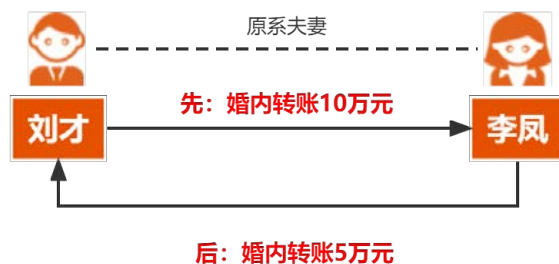


图6 刘才指控妻子李凤侵占未果案

2020年6月10日,刘才向淄博市博山区人民法院提起控诉,请求追究李凤犯侵占罪,并附带提起民事诉讼。由此成讼。

原审法院认为:侵占罪是将代为保管的他人财物非法占为己有,或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不退还或者拒不交出的行为。犯罪对象只限于三种财物,一是代为保管的他人财物,二是他人的遗忘物,三是他人的埋藏物。本案中,刘才在婚姻关系存续期间向李凤账户转账10万元,李凤向刘才账户转账5.4万元,其余均用于共同生活开支,属夫妻一方对共同财产依法享有的处分权。刘才诉称李凤用该10万元购置房产,经查与事实不符。《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十一条规定:“自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。”刘才提供的证据不能证明李凤具有非法占有之目的,也不能证明李凤有非法占有刘才的资金拒不退还的行为,本案不符合侵犯财产类犯罪的构成要件,其指控证据不足。综上,刘才指控李凤犯侵占罪的罪名不能成立,诉求李凤返还10万元及支付利息的诉讼请求,不予支持,遂判决被告人李凤无罪;驳回自诉人暨附带民事诉讼原告人刘才附带民事部分的诉讼请求。后自诉人不服,提起上诉,二审法院审理后维持一审判决。

同样,在武汉市中级人民法院(2018)鄂01刑终1328号刑事裁定书中,也持有同样的观点。

上诉人(原审自诉人)魏某上诉称,于2018年09月20日向本院提起控诉。控告被告人张某在与自诉人的婚姻存续期间,在自诉人不知情的情况下转移夫妻双方共同财产66万余元,并在离婚诉讼中刻意隐瞒财产,虚构事实。被告人张某犯侵占罪、虚假诉讼罪,湖北省武汉经济技术开发区人民法院应受理本案。

武汉中院认为,自诉人与被告人因婚姻存续期间及离婚后产生的财产纠纷应通过民事诉解决。而虚假诉讼罪系公诉案件,不能提起自诉。自诉人以侵占罪、虚假诉讼罪对被告人提起的刑

事自诉,缺乏相关罪证,且不符合自诉案件受理条件。上诉人的上诉理由不成立,本院不予采纳。

(二) 妻子控告丈夫隐瞒出资分红,证据不足法院依法驳回

晓美与阿东为夫妻关系。晓美向法院提起自诉,要求追究丈夫阿东药店利润、股本金等合计20余万元。

一审判决指控不成立。后晓美不服四川省仪陇县人民法院(2019)川1324刑初56号刑事附带民事判决以及四川省南充市中级人民法院(2019)川13刑终136号刑事附带民事裁定,以“阿东与贺某共同侵占了属于其与阿东的夫妻共同财产,请求重审改判构成侵占罪,并判令返还其被侵占的财产”等为由,向南充中院提出申诉。

南充中院对该案进行了复查,认为阿东、贺某的行为不符合侵占罪的构成要件;申诉人称阿东隐瞒了其他夫妻共同财产并要求返还,但未提供充分的证据予以佐证,故通知申请人对该案的申诉理由不能成立,原判决应予维持。望服判息诉。

五、律师复盘

(一) “移花接木”,套取“夫妻公司”钱款触犯挪用资金罪

在(2016)浙0681刑初493号案例中,男方与他人起了与“夫妻公司”相近的中文名称,对海外购货公司代表谎称“夫妻公司”收款账户更改,从而用“移花接木”的方式企图“瞒天过海”侵占夫妻公司财产。后被妻子发现,通过刑事手段控告维权。男方与他人退款后,法院定罪为挪用资金罪。

挪用资金罪,是指公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人使用,数额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的行为。构罪

则处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。

法院认为，“夫妻公司”财产亦具有独立性，男方挪用，也构成犯罪。

（二）男方侵占妻子入股企业的资产，构成职务侵占罪

即使在夫妻一方入股的企业亦可获罪，如（2018）鲁 0683 刑初 399 号案例中，男方在公司任职，自己虽然不是股东，但妻子是公司股东、且所占股权比例越来越大。但即使如此，男方侵占公司资产也是违法。本案中，辩护人称：“被告人刘强与其妻离婚时，双方并未就公司财产纷争作出清算和解释，且刘强参与了公司的经营，即使刘强将公司的资金放在手中，也属于股东行为。”对此，烟台市中级人民法院认为，**浩海公司属有限公司，是独立法人，对外独立承担责任。虽被告人与浩海公司股东之一系夫妻关系，但夫妻共同财产与公司财产不能混同。**

（三）明知非夫妻共同财产拒不返还，或能获刑

由于“代持”“借用账户”情况广泛存在，在离婚纠纷发生时，一方出于物质利益考量，或给对方施加心理压力，往往否认“代持”的客观事实，在明知并非共同财产情况下，仍然拒不向权利人交付财产的情况也时有发生。而（2018）鲁 0304 刑初 154 号案例，给我们提了醒，**明知并非共同财产仍恶意侵占、拒不返还，可能获罪。**

（四）擅自挪用“夫妻公司”资产用于弥补出资亦有争议

在（2016）鄂刑申 81 号案例中，男方是威锋公司的法定代表人，公司是夫妻共同财产出资设立。男方处分公司财产，二次被定罪、一次申诉被驳回。但男方不甘心，再次申诉到湖北高院。最终，高院认为，虽然张胜在夫妻公司管理中，利用职

务上的便利将公司的货款收回后未上账而予以支配，从形式上看其行为侵占了威锋公司的财产，**但最终认定，此行为本质上并没有损害威锋公司的利益而判决不认定为犯罪。**虽然最终迎来胜利判决，但前后用了七年的时间，可谓得失自知了。

（五）利用“侵占”“挪用”罪名控告配偶的情况不再罕见

正如（2018）鄂 01 刑终 1328 中的情景，个别离婚纠纷的当事人，本可以在离婚案件中采用民事手段解决钱款争议，但却运用刑事控告、举报的方式，在离婚时，企图以刑事追诉将配偶另一方定罪。虽然我们研究的案例，不乏法院驳回的判决，但即使是自诉案件，诉讼过程中的压力如影随行，是否获罪，只有在法院终审后才能最终定性，在此之前，被告人/犯罪嫌疑人必将承受巨大的心理压力，或许在自诉（侵占罪）案件的开庭、或公诉案件（挪用资金罪）侦查或提起公诉阶段，被告人的心理防线就难以守住了。

总体来说，虽然“夫妻公司”争议本质上是经济利益之争，但实践中用刑事手段解决民事争议的情况也屡见不鲜。这其中虽然有个别当事人利益心切的因素，也有当事人不懂法、不学法或淡漠法律的原因，对法律缺少应有的敬畏。特别在“夫妻”公司争议中，认为都是“家里的事儿”，法律意识淡漠，也是造成最后获罪的原因。自诉案件还可以通过获得自诉人的谅解而撤诉或从轻，但公诉案件，即使被害人谅解，但只能是量刑的情节。有“夫妻公司”争议时，自己不要轻易打“刑罚”牌，但也要小心对方用“刑事控告”进攻。不然，一旦立案、提起公诉，再恍然悔悟，一切皆晚！

注释：

[1] 见浙江省诸暨市人民法院（2016）浙 0681 刑初 493 号刑事判决书。

[2] 《中华人民共和国刑法（2020 修正）》第二百七十二条【挪用资金罪】公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。

[3] 见浙江省绍兴市中级人民法院（2016）浙 06 刑终 849 号刑事裁定书。

[4] 见山东省莱州市人民法院（2018）鲁 0683 刑初 399 号刑事判决书。

[5] 《中华人民共和国刑法（2020 修正）》第二百七十一条【职务侵占罪】公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

[6] 见山东省烟台市中级人民法院（2018）鲁 06 刑终 467 号刑事裁定书。

[7] 见山东省淄博市博山区人民法院（2018）鲁 0304 刑初 154 号刑事判决书。

[8] 《中华人民共和国刑法（2020 修正）》第二百七十条【侵占罪】将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。本条罪，告诉的才处理。

[9] 见湖北省仙桃市人民法院（2010）仙刑初字第 120 号刑事判决书。

[10] 见湖北省汉江中级人民法院（2010）汉刑终字第 80 号刑事裁定书。

[11] 见湖北省仙桃市人民法院（2011）仙刑初字第 1 号刑事判决书。

[12] 见湖北省汉江中级人民法院（2011）汉刑终字第 45 号刑事判决书。

[13] 见湖北省汉江中级人民法院（2015）鄂汉江中刑申字第 00007 号驳回申诉通知书。

[14] 见湖北省高级人民法院（2017）鄂刑再 4 号刑事判决书。

优秀女律师展播 | 郭璇玲：深耕家事专业，陪伴客户渡过至暗时刻

2022-03-26 深圳律协

https://mp.weixin.qq.com/s/VUpp_zU8-8EQ2Zk0MgL6bQ

郭璇玲，上海市锦天城（深圳）律师事务所高级合伙人，同时担任中华全国律师协会婚姻家庭法专业委员会副主任、广东省律师协会婚姻家庭法律专业委员会副主任、深圳市福田区人大代表，执业 22 年来精耕于家事法律专业领域，擅长婚姻继承家事诉讼与财富传承业务，被评为深圳市优秀专业律师（2018）、深圳市优秀女律师（2022），被《The Legal 500》评为私人财富管理推荐律师（2022）。

精耕于家事领域，走专业化道路

执业初期，郭璇玲律师从最基础的家事传统业务开始做起，经常向优秀的前辈请教，通过不断地总结与反思，不断深化服务内容，不断改进产品的技术含量，促使自己的业务能力得到提升。在 2010 年，郭璇玲律师开始认真思考一个问题，如何在家事领域做出差异化的业务。为此，郭璇玲律师团队开始潜心研究并尝试打造新的法律服务产品，包括在家事业务中运用商事尽职调查手

段、研发高端婚姻家事业务、探索境外专家证人服务、推出家事财富风险评估服务、推出私人律师业务以及在家事诉讼中尝试引入信托作为和解手段等等。这些产品经过实务检验，得到了客户的肯定。

郭璇玲律师曾代理某家族数十亿遗产事务，作为诉讼代表律师，她代理多宗胡润榜上榜富豪重大离婚纠纷案件、多宗上市公司实际控制人的离婚纠纷案件、多宗涉及涉美、加、澳、台离婚后房产、股权分割纠纷和分家析产案件等。

基于这些执业经历，郭璇玲律师认为，专业律师首先要认准专业领域，持续地投入、研究，才有可能在一个专业领域做到精专；其次，专业律师需要有一定市场的敏感度，要洞察客户所需，提前布局；第三，专业律师需要建立起专业的团队，对专业板块进行细化分工，集全团队之所长，才能服务好客户。郭璇玲律师说，“发展专业首先要走专业化道路，找到自己的专业方向。家事律师可以运用自己知识与经验，协助人们坦然面对过去，体面地结束，友好地分开，重新开启新的人生，所以做家事专业也富有成就感。”



平和与平衡，引导当事人理性面对家庭纠纷

女律师需要在律师、母亲、妻子等多重角色之间平衡和转换，这个过程是对女律师生理和心理的双重考验，对此郭律师说，“因此心态非常重要，内心要足够的坚韧，不要轻易为自己设限，坚持从事自己热爱的职业。”

郭璇玲律师选择以家事业务作为自己的专业方向，一方面源于从小对心理学特别感兴趣，另

一个方面是觉得这个专业版块女性更有优势。家事业务难免有家长里短，当事人通常有倾诉的需求，女性在耐心、细致和亲和力方面会有天然优势，当事人在倾诉的时候心理上也更容易敞开心扉，不会那么抗拒。

家事律师跟公司律师、IPO 律师一个最大的区别，在于家事律师在服务客户的时候，除了法律问题，最重要就是给当事人做情绪疏导。情绪的问题如果没有解决，法律的问题其实无从展开，最终落实的效果也一定是不好的。但是仅仅有感性 and 人文关怀还不够，家事律师特别需要保持冷静，引导当事人理性面对家庭纠纷，所以扎实的法律功底与基本的财务知识，都有助于家事律师既感性又理性地帮助客户，家事律师时刻要做的就是平和与平衡。因为领悟到这一点，郭璇玲律师所代理的案件，绝大部分都能够实现以调解的方式和平解决。



通过专业技巧，促进社会和谐稳定

郭璇玲律师办理过的最难忘的案件是怎样的呢？“这个问题很多人问到过，但保守当事人的隐私，是家事律师的第一要务，因此，家事律师不会向任何外界谈论具体的案情。”郭律师说到。不过郭律师跟我们分享了她办理案件中某个瞬间的感悟。

有一宗离婚案件，夫妻是一对商界颇有影响力的企业家，因为理念不合，分居多年一直吵吵闹闹。经过多次调解，双方终于和平分手，在郭璇玲律师陪同她们完成离婚手续后，当事人放下心

结，发表了一段令人感动的临别感言，冰释前嫌。离婚后的第一年春节，分居多年的两人重回到大宅子，三代同堂热热闹闹地一起过节。“中国人历来注重家庭，家事律师可以通过专业技巧让家庭矛盾纠纷对各方的影响降至最低，促进社会和谐稳定。”郭律师认为，这是家事律师重要的社会价值体现。

在学习与交流中，提升与完善专业水平

郭璇玲律师从 2006 年至今一直积极参与行业协会的工作，她说：“协会有很多优秀的同行，他们的见识、格局与担当都让我不断地打开眼界，跟他们共事让我学习成长很多。”郭璇玲律师曾参与包括《民法典》婚姻家庭编、继承编的立法调研工作，牵头完成全国律协律师继承业务操作指引的修订等工作，为促进行业发展而努力。最让她自豪的是，2014 年她们团队通过调研后发表文章，首次提出了借鉴企业破产管理人制度以及香港模式完善遗嘱执行人制度，创新提出“遗产代理人”的概念，文章提出关于遗产代理人制度的部分原则被《民法典》吸收采纳。

这几年结合实务，她撰写发表了文章《关于遗产分配顺序的立法完善》《对最高院民一庭“不动产婚内共同还贷及增值的计算”一文的评析》《离婚时共同还贷房产如何分割——具体计算公式的分析与完善》，她希望可以继续推动相关法律法规的完善，解决实务中的难题，她还说，“律师的舞台是广阔的。希望年轻的律师同行也积极参与，共同推动法治不断前行。”



选择自己喜欢和相对擅长的专业方向

执业选择要看个人的兴趣和特质，一个人的时间和精力是有限的，选择自己喜欢的专业方向和自己相对擅长的专业方向，更容易激发一个人的工作动力，长久地坚持下去。

“家事律师会见到人性最脆弱最无助的一面，特别需要有强大的内心和积极心态，能源源不断地给予当事人情绪力量和精神力量，陪伴和支持客户走过最艰难的人生阶段。”她说，“在家事领域，女律师可以发挥自己的性别优势，女性都有内心细致、共情能力强的特质，女性自身的亲和力也能快速拉近与客户之间的距离，建立良好的沟通关系。现在律师行业也在渐渐的‘去性别化’，我们身边有很多在刑事领域做得非常出色的女律师，也有很多在婚姻家事领域表现不俗的男律师。不一样的客户需要不同风格的律师，不一样的律师会用不一样的方式协助不一样的客户。共同的价值观，合理的期望值，才可以使律师和客户并肩作战，取得好结果。”

采写：市律协宣传与公共关系工作委员会 费翼云

千里来华诉股转无效，抽丝剥茧定“借名”投资 | 家族企业控制权案例分析（十）

原创：2022-03-27 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/pU1XwcjjYMce-IDjpPaYcG>

引言：不仅中国存在“夫妻公司”“家族企业”，放眼世界，均是如此。2019 年，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）审结了一起以色列家族企业作为原告的起诉，要求确认国内某外资企业的股东会决议、股权转让无效。起诉人由继父控制，被告人是继子。而案件涉及到继父与生母（被告人之母）离婚，以及被告人结婚的婚前财产筹划。受理该案的上海市浦东新区人民法院（以下简称浦东法院）细述法理，分析证据，抽丝剥茧，判词实务性强，信服度高，并对家族企业“股权代持”确认的法律逻辑进行了梳理，值得学习研究。值得一提的是，本案胜诉方代理律师，为笔者所在律协业务研究会的同仁好友章煦春律师，在此学习，满心欢喜和敬佩，研习有助，甚为乐事！

注：本文案例系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

一审案情简介

（一）案情概述

本案中，身为继子的佐伊在 2005 年于上海独资成立了必拓公司。

2009 年，必拓公司进行了增资变更登记，佐伊的继父控制的伯罕公司（系以色列公司）增资 9 万美元。

2013 年，必拓公司向工商局提交了股东会决议和变更登记申请，伯罕公司将自己 9 万美元出资转让给佐伊，后上海工商批准此项变更备案。

2018 年伯罕公司向浦东法院起诉，要求确认股东会决议无效。

一审佐伊辩称伯罕公司其实是为自己代持，2013 年工商变更登记名为股权转让，实为自己恢复一人持有股权。一审法院查明的涉及争议焦点处理的基本信息有以下几项：

1. 公司及股东关系

（1）伯罕公司

此公司成立于 1999 年 12 月 22 日，系以色列国家族企业。

伯罕公司的发起人为股东兼法定代表人亚伯拉罕·伯罕，其继子佐伊，其前妻佐姆（二人于 2017 年 6 月离婚）以及其他家庭成员；佐姆系佐伊的母亲。



图 1 人物关系图

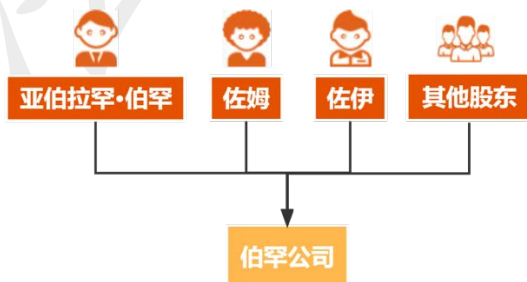


图 2 伯罕公司股权结构图

（2）必拓公司

此公司于 2005 年 6 月 28 日成立，成立时股东为佐伊，注册资本为 6.05 万美元。



图3 必拓公司股权结构图

2. 必拓公司的股权变更

(1) 公司 2009 年增资情况

2009 年 9 月 13 日，必拓公司向上海市工商行政管理局申请办理增资及股权变更（备案）登记。2009 年 10 月，上海市外高桥保税区管理委员会批复同意公司注册资本由 6.05 万美元增加至 15.05 万美元，净增 9 万美元。增资由新投资方伯罕公司全部认缴。增资后，公司持股比例为：伯罕公司出资 9 万美元，占 60%，佐伊出资 6.05 万美元，占 40%。

2009 年 11 月 9 日，伯罕公司从其在以色列某银行的账户中扣款 9 万美元，该款用途记载为“进口货物”。2009 年 11 月 13 日，伯罕公司的银行账户向必拓公司在上海银行外高桥支行开立的美元资本金账户缴存 9 万美元。上海申洲大通会计师事务所出具的验资报告中载明该 9 万美元系缴纳的新增出资款。

(2) 2013 年公司变更为一人有限公司情况

2013 年 8 月 5 日，必拓公司形成《股东会决议》一份，决议记载伯罕公司将全部股权转让给佐伊。2013 年 9 月佐伊制作《股权转让协议》一份，该协议载明伯罕公司将其拥有的必拓公司 60% 的股权转让给佐伊。上述材料的落款处伯罕公司

方签名系佐伊自行所签，伯罕公司并未盖章或由其法定代表人签字。同月，上海市工商浦东新区分局向公司发准予变更（备案）登记通知书。

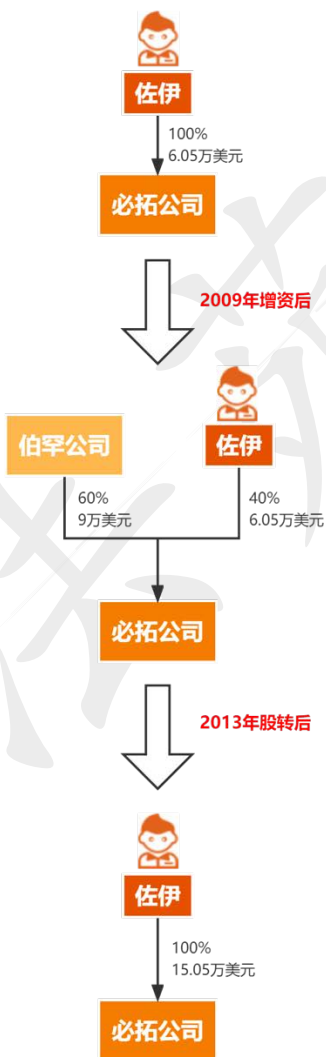


图4 必拓公司股权变更图

3. 关于伯罕公司与必拓公司之间的特许经营关系

2009 年 6 月 2 日，伯罕公司与必拓公司达成《特许协议》一份，该协议明确，必拓公司与 Y 公司合作建立了鱼明胶生产线，协议第 4 条约定：伯罕公司向必拓公司支付 9 万美元，购买在以色列国以及向全球感兴趣的买家营销 Badatz 明胶的专有权。

4. 关于伯罕公司在以色列国的投资申报情况及以色列国的相关法律规定

伯罕公司 2013-2015 年度的《财务报表》中的资产负债表投资栏中，未有对必拓公司存在股权投资的记载。此外，在以色列国财政部年度进口商宣誓书中，伯罕公司就其与供应商必拓公司是否存在特殊关系的申报选择为“否”。

对股权投资申报，以色列国税务机关在《直接或间接持有外国居民公司股份的声明》中规定，对于任何直接或间接持有的外国常驻公司，其所有细节如外国公司名称、股权持有额等信息必须完全、清晰地填写。以色列国税务机关根据《所得税条令》第 85A 条规定，在纳税年度报表附录申报中，应申报与海外关联方的交易详情。

以色列国注册会计师 N 于 2018 年 8 月出具的《专业人士意见书》中载明：结论是从几年的财务报表来看，伯罕公司没有持有必拓公司的股份。

以色列国律师 Raz 于 2018 年 9 月出具的《法律意见》中载明：根据以色列国法律和税务机关的要求，每个以色列国公司都有义务向税务机关报告超过持有外国公司 25% 以上的持股情况。在这种情况下，如没有报告将导致刑事犯罪。

5. 关于外资公司在外高桥保税区开具增值税发票的条件及公司纳税开票情况

外资公司在外高桥保税区内注册，如果申请增值税一般纳税人并开具增值税发票的，需要相当于人民币 100 万元的注册资本。2010 年 5 月，必拓公司向税务部门提交增值税一般纳税人的申请，因会计核算不正确而未被同意。2011 年 3 月 18 日，必拓公司被税务部门给予增值税一般纳税人资格。

6. 关于佐伊的婚姻情况及以色列国对婚姻财产处置的规定

佐伊于 2013 年 9 月结婚。2018 年 8 月 11 日，以色列国 MCo. LAW OFFICES 的法律顾问 L 出具《法律意见书》，该意见书记载了以下事项：

(1) 通常按照以色列国的法律，如废除或取消婚姻，且婚姻双方没有另外签订协议的情况下，双方有权对在婚姻存续期间的所有累积的财产、权利各一半的所有权。这里所说的婚姻存续期间累积的财产和权利，包括了婚姻期间单独一方所累积的财产（法律规定的特殊情形例外）。

(2) 按照以色列国的法律，在婚前某一方所拥有的财产和权利，在婚姻废除或取消时，将不在双方之间平均分配。婚前的财产与权利，仍将归原所有人所有（法律规定的特殊情形例外）。

(3) 对于婚前登记在某一方名下的公司的股权，在婚姻废除或取消后，不会被平等地分给双方；这些股权仍将归婚前其原所有人单独所有。

(4) 鉴于上述内容，可以确认，在 2013 年 9 月结婚之前登记在佐伊名下的必拓公司 60% 的股份，按照以色列国的法律，很明显这种时间关系会对离婚或婚姻取消后，这些股份的归属产生根本上的影响。

(二) 一审争议焦点归纳总结

1. 关于争议适用法律，适用中国法律

本案系外商投资企业的名义股东（伯罕公司）行使股东权利，主张股权转让合同及股东会决议无效并请求办理工商登记变更的纠纷。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。本案中，涉及的系股东权利义务的事项，且争议的法人即必拓公司的设立及股权转让的审查、变更登记均发生于中华人民共和国境内，故本案应适用必拓公司的登记地法律即中华人民共和国法律。

2. 本案的核心争议焦点，是伯罕公司是否实质具有股东资格

伯罕公司认为其系登记的名义股东，当然具有股东资格，可以行使股东权利；佐伊、必拓公司认为伯罕公司并非必拓公司的实际股东，不能向佐伊、必拓公司主张行使诉请的股东权利。

（三）一审认为伯罕公司并非实际股东，涉案股权实质为佐伊所有

一审法院认为，主张股东权利的前提在于其系公司的实际股东，对于是否实际股东的判断，应综合多种因素考量，现阐述如下：

1. 股东身份的实质审查

浦东法院认为，本案为公司股东内部争议，不能仅以登记即认定为实际股东，在实际股东身份发生争议时，应进行实质审查。

首先，关于实质审查的必要性。在借名投资或隐名投资关系中，由于股东名册记载的是名义股东而非真实股东，名义股东与实际股东间可能存在特殊的约定或法律事实，故仅凭登记不足以判断二者间的真实法律关系，仍需对公司的真实股东情况进行实质审查。处理公司内部股东资格认定纠纷时，并不涉及公司以外的第三人的利益，完全是公司内部问题，主要遵循契约自由和意思自治原则。本案应对是否存在名义股东与实际股东，以及二者之间的法律事实作实质审查。

其次，关于实质审查的法律依据。最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第十四条规定：当事人之间约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，实际投资者请求确认其在外商投资企业中的股东身份或者请求变更外商投资企业股东的，人民法院不予支持。同时具备以下条件的除外：（一）实际投资者已经实际投资；（二）名义股东以外的其他股东认可实际投资者的股东身份；（三）人民法

院或当事人在诉讼期间就将实际投资者变更为股东征得了外商投资企业审批机关的同意。由该规定可见，在特定情况下，法院应当对外商投资企业的实际投资情况进行实质审查。本案中，伯罕公司与佐伊并未约定隐名投资，而系佐伊借用了伯罕公司的名义进行了股权登记和变更，属于被借名的情况。对此，上述司法解释虽未作出直接规定，但无论是实际股东、隐名股东、抑或借名股东，均属于公司法意义上的股东身份，对其进行审查的标准应当一致，故一审法院认为，对于本案伯罕公司股东身份的认定，符合上述司法解释规定的精神，可以参照上述规定予以审查。

再次，关于实质审查的内容。总体而言，股东身份的确定取决于二方面因素，一是有无成为公司股东的意思表示；二是有无存在名义持有的可能性。该二方面因素决定了反映股东身份实质要件的载体一般包括以下内容：（1）出资协议；（2）出资凭证；（3）行使股东权利及履行股东义务的记录；（4）特定的身份关系；（5）特殊的事由等。本案中，也应根据上述内容加以综合判断分析。

2. 投资意思表示是否存在

股权投资建立于存在投资的真实意思基础上，能否认定应从正向和反向二方面予以评判。一方面，意思表示属于积极的民事行为，认定意思表示的正向途径是审查其是否存在积极的、肯定的外在表象和载体，比如有无出资协议、有无实际出资行为、有无参与公司经营的行为、有无其他记录意思表示的凭证。另一方面，认定意思表示的反向途径是审查是否存在消极的、否定的外在表象和载体，如有无否定性的记录等。

一审法院认为，本案中，伯罕公司曾作出投资意思表示的证据不充分，理由如下：

第一，缺乏出资协议。伯罕公司提供的投资合同既无原件，也无发送电子邮件的信息相印证，一审法院难以认定。此外，虽然伯罕公司法定代表人与佐伊系继父子关系，一般可以降低举证要

求，但考虑到二人在既往的商业关系中采取了明示、规范的方法，例如签订《特许协议》的情况，因此，增资行为一般也应有规范的公司，现伯罕公司证据不充分，法院认定增资协议不存在。

第二，实际出资依据不足。客观上，伯罕公司确实向必拓公司的美元资本金账户支付了 9 万美元，但对该 9 万美元是否属于投资款存有争议。伯罕公司在以色列工人银行汇款的款项用途上并未记载为投资款，而记录为“进口货物”，故其关于该款为投资款的直接依据不充分。此外，伯罕公司与必拓公司另签有特许协议，并称通过现金支付的方式向佐伊、必拓公司支付了 9 万美元特许协议费，鉴于伯罕公司法定代表人与佐伊之前开展交易时均有书面记录的交易习惯，且特许协议费为跨境支付的特点，该笔款项通过现金支付且无相关记录的情况不符合常理。

第三，缺少委托代办增资的凭证。必拓公司增资的手续均为佐伊单方办理，鉴于前述伯罕公司法定代表人与佐伊交易时均有书面记录的习惯，如系伯罕公司委托佐伊代办登记手续，理应有信函、电子邮件、委托书等委托材料，进一步印证了伯罕公司并无投资的意思表示。

第四，伯罕公司行使股东权利及履行股东义务的依据不足。股东是否参与公司决策和经营管理是确认其身份的重要事实依据，本案中，必拓公司增资完成后，伯罕公司作为名义上占 60% 股权的股东，从未召集或派员参加过公司股东会或董事会，也未参加过该公司的具体经营管理，故其关于自己为公司股东的陈述缺少事实支持。

第五，伯罕公司存在否定性的自认。首先，根据以色列国税务机关的相关规定，如存在境外投资的，应当予以明确申报，否则可能导致监禁或罚款。虽然，伯罕公司在其《财务报告》中曾记载过约为 9 万美元的“投资”，但均未明确提及对必拓公司的投资的具体信息。其次，伯罕公司在 2013 年 9 月 10 日发送给佐伊的电子邮件中称“您所拥有的中国公司 2012 年 12 月 12 日的财务报

表”，可见，伯罕公司对必拓公司的股权实质属于佐伊并未否认等。

3. 必拓公司股权是否为伯罕公司名义持有

本案中，佐伊的行为属于基于特殊背景和特定原因，以伯罕公司的名义登记并行使股东权利。理由如下：

第一，佐伊、必拓公司单方的增资和变更行为符合本案的特殊背景。首先，必拓公司登记为一人公司，佐伊将从伯罕公司处收取的特许协议费用于增资，符合一人公司运作的特征。其次，佐伊将登记于伯罕公司名下的股权转让至其个人名下，并未影响公司外商投资的属性。再次，由于伯罕公司法定代表人与佐伊、必拓公司的特殊家庭关系，佐伊将伯罕公司作为登记的名义股东，也符合通常认识。

第二，佐伊、必拓公司关于以伯罕公司名义增资的抗辩存在合理解释。首先，增资原因系必拓公司需满足开具增值税发票的资格有合理性；其次，鉴于佐伊长期在中国境内工作、生活，其关于自己没有外资账户，需借用伯罕公司账户出资的辩称，亦具有一定合理性，一审法院可予采信。

第三，佐伊、必拓公司关于将伯罕公司名下的股权转让至其本人名下的解释合乎常理。必拓公司的部分股权自伯罕公司名下变更至佐伊名下，发生于 2013 年 9 月，恰逢佐伊结婚。根据以色列国的法律，如废除或取消婚姻，且婚姻双方没有另外签订协议的情况下，双方有权对在婚姻存续期间的所有累积的财产、权利各一半的所有权。鉴于该原因，佐伊通过婚前将股权变更至自己名下，把股权确定为本人婚前财产的做法，并不违反常理，可予采信。

第四，借名持有虽有不当但未损害伯罕公司、社会和第三人利益。本案系公司内部股权纠纷，如借名持有未损害伯罕公司、社会和第三人利益的，仍应根据投资的真实情况确定实际股东。

因此，一审法院认为，必拓公司的股权登记在伯罕公司名下，其实质为名义持有，佐伊作为实际股东，其行为虽有不当，但并不影响一审法院对必拓公司实际出资情况的认定。

4.对公司人合性的尊重

一审法院认为，有限责任公司具有很强的人合性特征，要求各股东之间建立一种互相了解、友好信任的关系，否则会对公司的经营造成障碍，亦不利于其市场价值的最大化。本案中，伯罕公司对必拓公司并不具有投资的真实意思，未参与公司经营管理，该公司的设立、变更和经营均由佐伊独立完成，故公司本质上系佐伊的一人公司，伯罕公司与佐伊之间并未形成股东间合资设立公司的人合性。反之，如认定名义股东即为公司的真实股东，将原本的一人公司认定为二人公司，在目前伯罕公司法定代表人与佐伊存在家庭矛盾纠葛的情况下，将会破坏公司的人合性，并不利于该公司以后的正常经营。

5.诉讼时效

最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定：当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩。本案主要争议在于股权返还，股权属于物权，而返还原物请求权关系到物权人的根本利益，在标的物被他人侵占的情况下，如果物权人不享有返还原物请求权，则不能保障物权的合法行使，故本案中返还原物请求权及其他相关权利的行使，属于物权请求权，不适用诉讼时效。

综上，一审法院认定，虽伯罕公司具有主张股权的程序权利，但本案中，伯罕公司仅为必拓公司登记的名义股东，并非该公司实际股东，不能向佐伊、必拓公司主张行使股东权利，故伯罕公司诉讼请求一审法院不予支持。同时，一审法院注意到，伯罕公司法定代表人与佐伊系继父子关

系，本案系因家庭矛盾产生的投资争议，双方可尽量协商解决。

审理中，虽经一审法院及相关调解组织调解，双方未能达成一致，但协商的大门并未关闭。审理过程中，佐伊通过其委托诉讼代理人向一审法院书面表示，本着维系与伯罕公司法定代表人的亲情关系，自愿支付伯罕公司人民币10万元，以息诉止争。对此，一审法院认为，该表态虽并不影响本案裁决，但展示了佐伊希望和解的姿态，伯罕公司亦可考虑给予进一步协商的机会。诚如中国古语所言：家和万事兴；犹太古语所言：温暖的家庭是上帝赐给我们的最好礼物，故一审法院仍希望双方能本着家庭亲情关系，继续协商解决争议，以弥合分歧。

综上所述，一审判决伯罕公司败诉[1]。

二审法院观点

（一）二审法院对于双方在上诉后提交的新证据的评析

1. 不认可双方提交的所有律师的法律意见、会计意见。认为上述意见书均非事实证据，不予采纳。

2. 不认可以色列诉讼文件。认为以上相关文件与本案审理没有直接关联性，均不予采纳。

3. 不认可双方提交的公司相关凭证报表。双方上述证据内容有矛盾，相关会计师的意见亦有矛盾，证据证明力较低，均不予采纳。

4. 伯罕公司的证据五投资协议证明力低，且双方提交的律师法律意见书对此说法不一，故不予采纳。

5. 佐伊的结婚日期，该节事实可能与佐伊变更股权登记的起因有关，但与本案争议的股权实益人的认定无直接关联性，故本院对相关证据不予采纳。

6. 不准当事人提出的测谎申请。测谎并非法定的取证形式，应不予准许。

7. 投资协议的原件的鉴定申请驳回。认为投资协议因无可确认的原件，签字及公章鉴定无法进行，亦不予准许。

（二）二审法院审判观点评述

1. 核心争议焦点

上诉人伯罕公司名下的必拓公司 60%股权是否存在代持的情形，被上诉人佐伊是否该股权的实际出资人，此即为本案的争议焦点。

2. 法院观点评述

应查明增资款实际由谁支付。鉴于双方对于上述增资款的实际出资人发生争议，则应查明增资款实际由谁支付。前述审批、变更登记及验资过程中的文件内容并不能直接用以证明伯罕公司已经实际出资，故伯罕公司关于其出资事实和股东资格已经主管机关审批并经验资证明的主张不能成立，本院不予支持。

伯罕公司向必拓公司支付 9 万美元可能基于两个关系，一是对必拓公司的增资款，二是向必拓公司支付明胶的销售专属权费用。本院认为，第一，伯罕公司在汇款时将用途备注为“进口货物”，而非投资款，该表述应该更接近当事人行为发生当时的意思表示，伯罕公司称是被上诉人要求其如此备注，但并无证据予以证明；第二，从付款的时间顺序来看，必拓公司向苏州 XX 公司的出资款支付于 2009 年 8 月 31 日、9 月 10 日，早于伯罕公司支付 9 万美元的时间，故伯罕公司所称的增资后再转投的说法缺乏事实依据；第三，伯罕公司与必拓公司签订《特许协议》时必拓公司是佐伊的一人公司，伯罕公司为取得明胶的专属权向必拓公司支付费用，该费用应属增资前的必拓公司所有，故佐伊陈述其作为必拓公司的一人股东，直接将该 9 万美元作为其支付的增资款，并指定伯罕公司付款至必拓公司的资本金账户，符合逻辑；第四，伯罕公司称其另行向必拓公司支付了 9 万美元现金用以购买明胶的销售权，但

未对现金来源及支付过程进行举证。据此综合分析，二审法院认为，系争 9 万美元由佐伊出资的事实更具高度盖然性，故对伯罕公司主张其实际增资 9 万美元的主张不予支持。

此外，双方当事人对本案中以色列税务制度、投资申报规定、婚姻财产规定等内容进行了较多举证，但这些情节只能从侧面反映当事人行为的初衷或目的，对于出资事实的认定证明力较低，不应作为判决的主要依据。

综上所述，二审法院认为，伯罕公司未能举证证明其实际支付了增资款，实际享有系争股权的权益，故其要求确认系争股权转让无效的诉求，二审法院不予支持。

律师复盘

（一）本案矛盾源自家庭与身份关系变化

1. 关于继父与生母离婚。法院查明，继父亚伯拉罕·伯罕，与佐伊的母亲佐姆于 2017 年 6 月离婚，本案一审立案时间为 2018 年 5 月 4 日。家庭关系的变化引发本案的可能性较大。

2. 佐伊于 2013 年 9 月结婚。其称要在结婚之前，将股权变更回自己名下，符合以色列法律的相关财富安全筹划。因此这种解释存在可能性。

（二）矛盾产生的原因，在于股权变更登记前后的合规不完善

之所以一审法院没有支持伯罕公司要求确认股东会决议、股权转让无效的诉求，主要是基于以下几个方面的考虑：

1. 没有在中国法下有效的出资协议。一审中，上诉人伯罕公司没有出具出资合同的原件，也没有邮件等信息的印证。但左伊和他继父亚伯拉罕·伯罕在以往的商业往来中采用的一直是明示、规范的交易文件。

2. 9 万美元的出资依据不足。虽然伯罕公司有 9 万美元的汇款，但附言为“进口货物”，此数额和另外双方签订的《特许协议》的金额相同；并且，

伯罕公司又称双方特许协议的 9 万美元对价是现金交易，不符合交易习惯，没有相应记录，被法院认为不符常理。

3. 没有委托增资的文件。2009 年的增资手续都为左伊办理，却没有任何信函、邮件、委托文件印证上述增资为伯罕公司委托。

4. 伯罕公司没有行使过股东权利。在 2009 年到 2013 年其为股东身份期间，虽为 60% 大股东，却没有开过一次股东会议，也没有参与过经营管理。

5. 没有本国有效的对外投资记载。国内没有符合以色列法律要求的对外投资文件。

（三）前车之鉴：涉外家族企业内部股权投资的合规性要求

1. 有效的出资协议。协议能经过公证的最佳，在发生矛盾纠纷时，可以查阅证实，特别是时间，不可能造假。

2. 出资及用途清晰。出资来源于投资人的汇款证明，以及备注的汇款用途记载为相应公司的出资款，对于避免争议相当重要。

3. 正式委托法律文件的授予及邮件、信函证据的备存。由于跨国投资，加之家族成员之间的天然信任，投资方身处境外，虽然不直接参与相关事务的办理，但相关授权文件（包括按法人注册地所在国要求办理公证、认证）程序合规办理，对于发生争议时的证据认定格外重要。相关邮件、信函的备存也是需要的。本案中，伯罕公司连出资协议的原件也提供不出，其复印件虽经所在国

律师见证，中国法院亦未认定，如果确为遗失，实为可惜。

4. 作为股东依法、及时行权。包括依公司所在地法规定公司股东会召集、管理会议的参加，相关人员各类形式（比如远程视频）、决议的签署。参与管理，是股东行权的重要判断依据。特别是作为大股东，尤为如此。

5. 日常交流合规严谨。不能出现本案中伯罕公司在邮件里所述“您所拥有的中国公司 2012 年 12 月 12 日的财务报表”之类引发歧义的表述。

（四）法官依据证据得出盖然性“法律事实”的判断

本案客观真相如何，双方的证据和观点都有瑕疵。不论是基于家族企业“亲情”因素影响的不规范，还是涉及跨境投资的关键问题疏忽，对于法官来说，只能依据争议双方提交的有效证据，用法律逻辑进行事实的盖然性还原。亦或这个“法律事实”其实并非客观真相，但也是通过建立的法治规则来解决争议和纠纷的，真相或只有上帝知道。对于法律规则的熟悉和通过专业人员的筹划，是家族企业进行跨境投资必然要面临的成本，特别是有家族血缘关系的投资与被投资关系亦是如此，需要引以为鉴。

注释

[1] 一审：上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 民初 33926 号民事判决书；二审：上海市第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 9238 号民事判决书。

法院认可配偶主张“代持”成立原因“大揭秘” | “夫妻”公司/财产控制权纠纷案例分析之“代持成立”（1）

原创：2022-03-28 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/EEfwW01aYGmyKe8wBVqqnQ>

前言：夫妻双方离婚时，一方主张，在其名下的股权，其实并不是夫妻共同财产，而是自己替他人代持[1]。此种说法是否成立，并不以配偶另一方的主观意愿为转移。大部分的配偶相对方，都直呼“撒谎，瞎扯”，都声称这是持股一方为转移夫妻共同财产捏造的谎言！对于法院而言，不仅要“听言辞”，还要“看证据”，进而“论法理”。哪一方的说法更合理、证据确凿，符合法律逻辑，会更能让法官确认对其有利的“法律事实”。因此，配偶主张股权“代持”只是心里急、嘴里喊“冤”不够，还要了解代持成立的原因。本文罗列了三种，供君参考。

注：本文案例均系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

一、仲裁认定“代持”协议有效 三审意见一致“协议”难以推翻

（一）基本案情

1. 家庭关系、公司股权情况

张强与张妻于 1995 年 10 月 10 日登记结婚。张母为张强之母。

2015 年 8 月 17 日，北京市第二中级人民法院判决两人离婚生效。

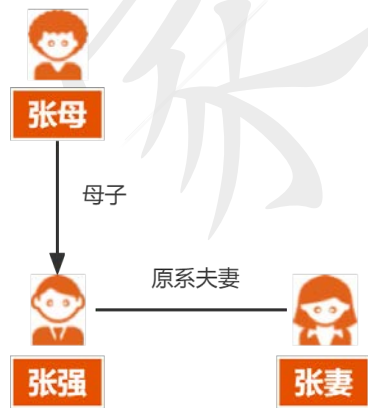


图 1 张格公司案-人物关系图

2000 年 11 月 10 日，张格公司工商局股东变更为张强、张妻。

2013 年 10 月，张格公司申请增加注册资金。变更后公司的注册资本增加至 1260 万元。其中，张强出资 1208 万元，张妻出资 52 万元。

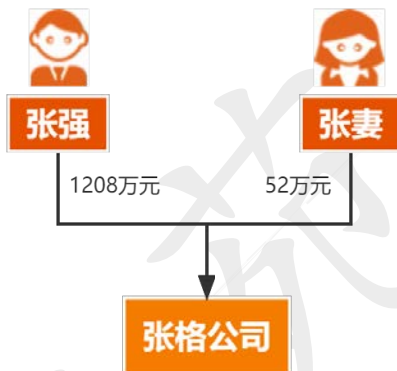


图 2 张格公司案-股权结构图

2013 年 5 月 12 日，张母与张强签订《协议》，其主要内容为，双方曾于 1999 年、2000 年口头约定，分别将张母在张格公司 52 万元和 156 万元出资委托张强持有，便于张强经营管理公司。张母以前借给张强的 1000 万元资金不用偿还，直接用于增资张格公司，投资中药材加工项目，增资的出资也委托张强持有，公司由张强继续经营管理。张强应定期分红，公司经营不善时，张母有权收回公司。

2014 年 7 月，张母对张强向仲裁委员会提出仲裁申请，要求确认张母为张格公司的实际出资人、实际股东，对张强代为持有的张格公司 95.87% 的股权享有实际的股东权益；撤销张强对张格公司的经营管理权；确认张强代为持有股权的投资收益归张母所有。2015 年 2 月，该委认定《协议》合法有效并裁决确认张母为张格公司的实际出资人、实际股东，并享有公司 95.87% 的实际股东权益；确认张强代为持有股权的投资收益归张母所有；驳回张母的其他仲裁请求。

2015 年 10 月 13 日，张妻与张强签署离婚后财产分割协议，其中第 7 条约定，张格公司的股

权及公司名下的权益均归张强所有，张妻配合将其名下股权变更至俞伯凝名下。此后，张妻持有张格公司股权变更至俞伯凝名下。

2. 张妻的起诉与被告的答辩

2017年7月25日，张妻向北京市海淀区人民法院（以下简称海淀法院）起诉，请求确认张强、张母签署的就张格公司股权代持的《协议》无效。

张妻认为，在张妻起诉离婚期间，为转移张妻与张强的夫妻共同财产，张强与其母张母恶意串通、虚构股权代持《协议》，制造借款及委托持股的虚假事实，损害了张妻的利益，在离婚财产分割诉讼中张妻才看到《协议》，该《协议》应当认定为无效。

被告张母与张强答辩称，张格公司的前身北京天易营养保健研究所（以下简称天易研究所）在成立时张强才23岁，是张母成立和经营公司。张母认为天易研究所成立时，张强尚为中国矿业大学学生，没有任何收入，天易研究所的出资都是张母实际出资。张格公司改制后，张母委托张强进行经营管理。

无论是仲裁还是财产分割，张妻明确知道，财产是婚前财产，婚后是代持的，张妻对此非常清楚。张妻提出异议是因为其在东城法院提出财产重新分割，她把张格公司出钱买的两套房子提前给卖了。张格公司有权追索这两套房子的所有权和出资权，因此张妻提出确认协议和仲裁无效。

（二）法院观点

1. 一审法院观点

海淀法院认为[2]，天易研究所设立时，虽显示注册资金中的4.7万元由张强出资，但其时张强尚未工作，亦无收入，应当确认其作为出资人，实属家庭内部的持股安排。

仲裁委员会作出的裁决，其主文虽未明确张强与张母于2013年5月12日签订《协议》效力及1000万元付款事实的内容，但其裁决结果显然

是在确认《协议》有效及张母向张强付款1000万元真实性的基础上作出的裁决。且在裁决书中确认该《协议》合法有效，表明该委已对《协议》的效力作出裁处，张妻另行对该《协议》的效力提起诉讼，缺乏法律依据。况且，张妻没有充分的证据，对仲裁认定的事实予以否定，其诉讼请求，该院不予支持。

2. 二审法院观点

北京市第一中级人民法院认为[3]，张强和张母签订一份《协议》，仲裁委员会经审理后作出仲裁裁决，确认张母为张格公司的实际出资人、实际股东，并享有张格公司95.87%实际股东权益，并确认张强代为持有股权的投资收益归张母所有。张妻在本案中主张张强与张母恶意串通、虚构股权代持《协议》，制造借款及委托持股的虚假事实，损害了其合法权益，请求确认《协议》无效。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条规定，下列事实，当事人无须举证证明：

（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实。

本院认为，当先前有关案件的事实为人民法院的裁判所确定时，便对与之相关联的尚未作出裁判的另一案件的待证事实产生预决的效力，其中，已为先前裁判所确认而作为后一未决案件待证事实的事实，在诉讼法上称为预决的事实，而生效仲裁裁决确认的事实，在诉讼法上亦属预决事实。就预决效力的范围而言，只有仲裁当事人才受预决力的作用，即后案当事人与前案当事人相同时，主张免证权利的当事人才可以依据仲裁裁决的预决力要求对方当事人承担反驳义务，对非前案当事人，从保障程序利益的立场出发，不应令其受预决力的拘束，避免因仲裁合意性特点，使案外人利益因仲裁案件当事人合谋而受到侵害。本院认为，在张强和张母就二人之间基于股权代持产生纠纷进行仲裁过程中，其二人就股权代持事实未有分歧，仅是针对张母撤销张强对张格公司经营管理权的主张能否成立产生争议，张妻未参与

仲裁庭的审理，其并非仲裁案件当事人，故根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的上述规定，在本案中，仲裁裁决仅对张母和张强产生预决力，张妻不应受预决力的拘束，故仲裁裁决并非本院确认《协议》效力的依据。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十四条第一款规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定合同有效。”本院认为，张强与张母于2013年5月12日签订《协议》时，张格公司已改制为有限责任公司，故判断《协议》效力应当以《中华人民共和国合同法》第五十二条为法律依据。经审查，本院认为，《协议》内容并无法定无效情形，故张妻关于确认《协议》无效的主张并无法律依据，本院不予支持。

需要说明的是，《协议》系张强和张母就二人之间股权代持及公司经营等事宜作出的交易安排，无法定无效情形即为有效，但《协议》仅在其二人之间产生拘束力，对《协议》外第三人并无拘束力。张强与张母之间是否存在股权代持关系，与张强作为张格公司股东行使的相关股东权利并非同一法律关系，《财产分割协议书》能否履行与张强和张母之间的股权代持关系亦无必然联系，即便张妻关于张强名下股权系其夫妻共同财产的主张成立，也仅能够说明《协议》关于代持股权的内容涉及到张强和张妻的夫妻共同财产，张母在向张强主张给付投资收益时能否实现《协议》约定的全部代持股权的投资收益。上述问题均不能直接导致《协议》无效。

综上，张妻的上诉请求不能成立，应予驳回，故判决驳回上诉，维持原判。

3. 再审法院观点

二审判决生效后，张妻不服，提出申诉。北京市高级人民法院认为[4]，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。没有证据或证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

2014年7月，张母依据2013年5月12日其与张强签订《协议》申请仲裁，2015年2月，仲裁认定《协议》合法有效并裁决确认张母为格林公司的实际出资人、实际股东，并享有公司95.87%的实际股东权益；确认张强代为持有股权的投资收益归张母所有；驳回张母的其他仲裁请求。

张妻的现有证据不足以证明《协议》内容存在法定无效情形，原判驳回其诉讼请求并无不当。张妻的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形，遂裁定驳回张妻的再审申请。

二、妻子不能说明出资来源 生效判决丈夫股权是代持

（一）基本案情

豆娥与付新系夫妻关系，双方登记领证时间为2013年5月28日。付新母和付新系母子关系。付新父与付新系父子关系。

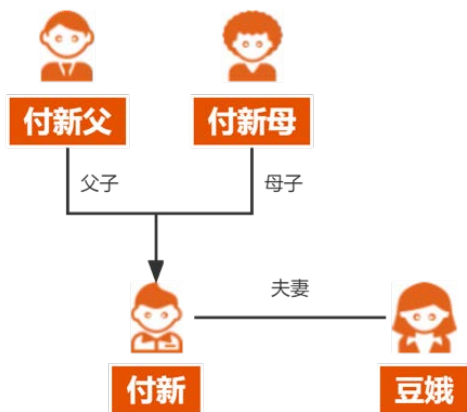


图3 大地公司案-人物关系图

大地公司成立时间为2009年2月12日，法定代表人为付新。该企业原注册资本为200万元，

于 2013 年 5 月 9 日变更登记，注册资本增至 980 万元。同时，根据该企业公司章程记载，股东为付新父、付新，出资额为各 490 万元；出资方式记载为：其中付新父出资的 100 万元，付新出资的 100 万元于公司核准登记之前出齐，增加的 780 万元于 2013 年 5 月 8 日缴足。

2016 年 5 月 24 日，该企业再次变更登记，注册资本增至 8000 万元。其中 2016 年 5 月 16 日的股东会决议载明，此次增资由付新认缴 6710 万元，变更后付新出资 7200 万元，占比 90%；付新父出资 800 万元，占比 10%，据此修改了公司章程。

2018 年 8 月 30 日，该公司股东会决议载明付新将公司出资额 6400 万元转让给付新父，此后，付新出资 800 万元，占比 10%。在同日签订的“股权转让协议”上载明：付新作为出让方将持有的 6400 万元出资额（实缴 0 万元）以人民币 0 万元的价格转让给受让方。

2019 年 7 月 23 日，该公司股东会决议载明，付新将其公司出资额 800 万元转让给付新母。

“股权转让协议”载明：付新作为出让方将持有的股权 800 万元（实缴 490 万元，未缴 310 万元）以人民币 490 万元的价格转让给受让方付新母，同时约定受让方于 2019 年 7 月 23 日前将股权转让款以现金方式一次性交付出让方。据此，该企业变更股东为付新父、付新母。经庭审确认，上述 490 万元至今未实际支付，付新母抗辩称付新仅是股权代持人，该款无须支付。

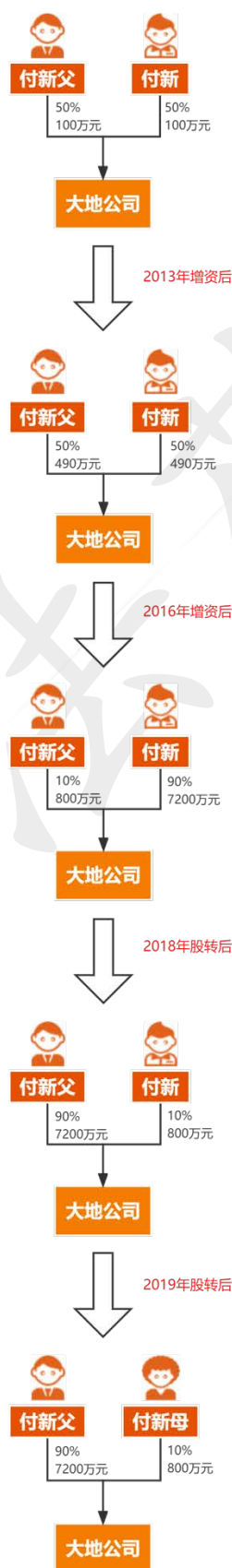


图 4 大地公司案-股权变更图

另查明，豆娥和付新婚姻存续期间因家庭琐事和性格不合导致矛盾，目前婚姻关系状况不佳。

（二）法院观点

1. 一审及二审

（1）一审法院判决股权转让协议无效，女方胜诉[5]

江苏省常州市新北区人民法院（以下简称新北法院）认为，恶意串通，损害国家、集体或第三人权益的，合同无效。本案中，原告与被告付新于 2013 年 5 月 28 日登记结婚，在两人夫妻关系存续期间，大地公司逐步壮大，增资扩股。根据工商登记资料，被告付新实际持有该公司股份并实缴了部分出资，且所持股权逐步增长，实缴部分达 490 万元，即在夫妻关系存续期间，客观存在夫妻共同享有的股权权益及股权收益部分。按我国婚姻法之规定，婚姻关系存续期间，双方以夫妻共同财产投资部分及一方以个人资产投资所得收益部分均为夫妻共同财产。现被告付新在原告不知情的前提下，私自将名下股权全部转让（包括认缴但未实际出资部分），至今未有对价亦不准备再主张由对方给付对价，该行为客观侵害了原告的合法权益，属于我国合同法规定之合同无效情形。被告抗辩称，付新系代持股份，无实际出资能力，该主张无有效证据支撑且和工商登记资料之公示资料相悖，本院对此抗辩不予采纳。

原告以付新、付新母为被告，主张 2019 年 7 月 23 日之股权转让协议无效，该协议对原告权益造成实际侵害，应当属于无效合同。依照我国合同法之精神，恶意对第三人权益造成侵害即合同归于无效，无须考虑侵害程度或金额的大小，故付新出资额的大小和占比多少不影响原告主张权利，侵害客观存在即应阻却合同效力。综上，判决被告付新和被告付新母于 2019 年 7 月 23 日签订的“股权转让协议”无效。

（2）二审法院改判股权转让有效，男方胜诉[6]

上诉人付新、付新母、大地公司因与被上诉人豆娥确认合同无效纠纷一案，不服新北法院（2019）苏 0411 民初 7576 号民事判决，向江苏省常州市中级人民法院（以下简称常州中院）提起上诉。二审法院认为，本案中，付新与付新母之间转让大地公司的股权应按照公司法的规定程序。现有法律并没有规定公司转让股权需经股东配偶同意。

二审认为，股权作为一种特殊的财产权，除其具有的财产权益内容以外，还具有股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人而言，股东权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。

在股权流转方面，《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在家庭。因此，付新作为大地公司的股东，有权按照公司法相关程序转让其股权。豆娥虽然认为付新系无偿转让其在大地公司的股权，存有恶意转让财产行为，但豆娥并没有充分证据证明付新在大地公司的股权系付新本人投资入股或豆娥出资入股，相反上诉人提供了大量的证据证明付新在大地公司的股权并不是由付新本人出资，更不是豆娥出资（间接认可股权为“代持”）。即使付新在大地公司的股权系付新、豆娥夫妻出资，付新的股权转让也应该按照《公司法》规定的程序进行，法律并没有赋予配偶可以否定股东转让股权的权利。至于豆娥认为付新有损害其夫妻权益的行为，可以通过其他法律途径解决。综上，豆娥请求确认付新与付新母之间转让大地公司股权无效的请求不能成立，本院依法不予支持；上诉人付新、付新母、大地公司上诉请求成立；一审法院判决适用法律不当，本院依法予以纠正。

2. 高院维持二审判决，豆娥再审继续败诉

对二审判决不服，豆娥提出申诉。江苏省高级人民法院（以下简称江苏高院）经审查认为，豆娥的再审申请不能成立，理由是[7]：

本案争议在于付新通过签订股权转让协议，将自己持有的大地公司 800 万元股权转让给付新母的合同效力应如何认定。

大地公司成立于 2009 年 2 月 12 日，付新作为创始股东出资 100 万元；2013 年 5 月 9 日该公司变更登记，付新出资增至 490 万元，均为婚前财产。付新与豆娥结婚登记时间为 2013 年 5 月 28 日，此后大地公司于 2016 年 5 月 24 日再次增资，付新出资增至 7200 万元。

在上述过程中，豆娥不能证明付新出资款项来源于夫妻双方的收入或者由豆娥筹措，相反付新提交的证据显示其从王晓艳等亲属处获得大量资金，大地公司曾向付新出具现金缴款单载明款项来源为付新投资款等，故目前证据难以认定争议股权为夫妻共同财产（间接认定股权为代持财产）。同时，根据《中华人民共和国公司法》第七十一条规定，有限责任公司股东向股东之外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。即公司法未赋予股东配偶对股权转让的同意或否决权，股权转让的主体是股东而非股东家庭，付新作为合法股东有权处分持有的股权，二审判决驳回豆娥的诉请并无不当，应予确认。

江苏高院裁定如下：驳回豆娥的再审申请。

三、盘丝剥茧看背景、查出资 结合行权问报酬

（一）基本案情

项阳与孙丽系夫妻关系，二人于 2008 年登记结婚，2018 年 3 月 2 日登记离婚，并于 2019 年 6 月 6 日复婚。



图 5 秋雨公司案-人物关系图

秋雨公司于 2018 年 8 月 21 日成立，注册资金 200 万元，法定代表人和唯一股东为孙丽，出资期限为 2037 年 8 月 8 日，项阳担任监事。

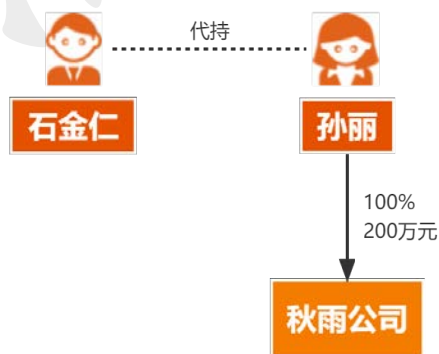


图 6 秋雨公司案-股权结构图

石金仁以秋雨公司、孙丽为被告，向北京市通州区人民法院起诉称，秋雨公司股东实为自己所有。因为自己有生效的执行案件，在外欠债，不能以自己的名义持有股权，因此只好请别人代持。而孙丽只是为自己代持的“挂名股东”。故起诉要求：确认自己为秋雨公司持 200 万的股份的股东；要求被告协助办理工商变更登记手续。

（二）法院判决

北京市第三中级人民法院生效判决[8]认为,根据秋雨公司、孙丽的上诉请求、事实理由与石金仁的答辩意见,本案在二审期间的争议焦点为:石金仁与孙丽之间是否存在股权代持关系,石金仁主张其为秋雨公司的实际股东是否成立。

确认股东资格,应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示予以认定。在隐名股东与显名股东不存在书面股权代持协议的情况下,在认定有限责任公司的股东资格时,应当通过在案证据,综合考量隐名股东与显名股东之间是否存在股权代持的合意,继而对隐名股东是否具备股东资格作出认定,其中,股东之间的真实意思表示和相关行为是判断某人是否为公司股东的决定性证据。

本案中,孙丽系原始取得秋雨公司100%股权,亦为认缴出资而非实缴出资;石金仁主张其与孙丽存在口头代持关系,双方均认可未签订书面股权代持协议,故石金仁是否为秋雨公司股东可以通过以下几个方面进行考量:

1. 关于秋雨公司的设立背景。本案中,石金仁主张其系中创尊汇公司资产事业部负责人,受中创尊汇公司要求设立秋雨公司进行相关物业管理和出租工作。石金仁提交2018年7月14日云德信公司向石金仁出具的《授权委托书》与2018年8月25日云德信公司与石金仁签署的《协议书》,其中《协议书》第2条载明:“乙方成立由其实际控制的秋雨公司(孙丽为股权代持人),实施以上物业的经营管理。”结合公告中“撤销原代理人石金仁的代理权”等表述,可以认定云德信公司确曾授权石金仁处理相关物业事宜。秋雨公司、孙丽主张其系因了解到物业管理项目后设立秋雨公司,并通过招投标取得案涉项目的出租管理权,但并未提交招投标相关证据予以证明,亦与项阳所述的设立背景存在矛盾和冲突。石金仁关于秋雨公司设立的陈述更符合事实,且有相应证据予以证明。

2. 关于是否实际行使股东权利。实际行使股东权利,是认定股东资格的重要因素,如在公司中享有经营管理等权利,承担公司经营风险等义务。综合双方提交的证据和当事人陈述,石金仁持有公司公章、证照、网银、与业务有关的合同原件及相应磋商记录,能够认定石金仁实际经营管理秋雨公司相关业务而孙丽并未实际掌握公司经营权、管理权、支配权。秋雨公司与石金仁未签有劳动合同、未有社保记录、未有工资发放记录,并不符合劳动关系或劳务关系的法律特征。

3. 关于股权代持的报酬。石金仁于其与孙丽的通话及本案审理过程中均提及曾支付项阳18.6万元作为设立公司和股权代持的报酬,一审法院认定存在该笔费用的支付,并无不当。对该笔费用的性质,石金仁主张为支付孙丽、项阳的股权代持报酬,秋雨公司、孙丽虽不予认可,但并未提交相反证据,亦未给出合理解释,结合款项支付的时间等细节,一审法院认定该笔费用系股权代持的报酬,具有相应依据。

4. 关于是否出资。对于公司或其他股东主张相关股东没有实际出资或出资不足,可以要求相关股东补足,但不应仅仅因此认定未实际出资或出资不足的股东没有股东身份。孙丽以石金仁未出资为由否认其股东资格,于法无据。

综上,石金仁、孙丽之间符合股权代持法律关系的基本特征,终审法院认定代持成立。

四、律师复盘:“代持”成立的三大原因

(一) 另案裁决认定“代持”关系有效成立

在(2020)京民申3767号中,男方和母亲另案在中国GJ贸易仲裁委员会申请了仲裁。该仲裁中,女方并非仲裁当事人,不能参与仲裁过程。有的案件中,非持股配偶一方甚至根本不知道仲裁的存在。在女方缺席的情况下,仲裁机构根据男方和母亲作为“对抗”相对两方的陈述与证据,作出了“代持”协议有效的仲裁裁决。一、二审

法院，对于已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实，都做了积极的认可。特别是二审法院，审判观点更为细致，指出“但《协议》仅在其二人之间产生拘束力，对《协议》外第三人并无拘束力。张强与张母之间是否存在股权代持关系，与张强作为张格公司股东行使的相关股东权利并非同一法律关系，《财产分割协议书》能否履行与张强和张母之间的股权代持关系亦无必然联系，”。二审法院特别强调，之所以认为“代持”有效的原因，是“判断《协议》效力应当以《中华人民共和国合同法》第五十二条为法律依据。经审查，本院认为，《协议》内容并无法定无效情形，故张妻关于确认《协议》无效的主张并无法律依据，本院不予支持”。

而北京市高级人民法院，只是查明了仲裁裁决，之所以判决驳回女方申诉，是依据女方的“现有证据不足以证明《协议》内容存在法定无效情形，原判驳回其诉讼请求并无不当”。不论如何，另案存在仲裁裁决、或者生效判决，在有效裁判文书被推翻之前，“代持”协议被后续法院认可的概率相当之高！

（二）主张权利一方不能说明股权“出资”来源的，不能推翻股权转让协议

（2020）苏民申 10253 号的裁判理由，代表了近年来，江苏法院系统对于夫妻一方名下股权转让效力的习惯性态度。笔者八年之前的案件，也是打了三审，从基层打到高院，判决经历与本案如出一辙。以本案为例，一审法院认为母子串通，股权转让无效，但二审法院认为，

1. 股东权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。

2. 在股权流转方面，《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不是其所在家庭。因此，付新作为大地公司的股东，有权按照公司法相关程序转让其股权。

3. 在股权出资方面，豆娥并没有充分证据证明付新在大地公司的股权系付新本人投资入股或豆娥出资入股，相反上诉人提供了大量的证据证明付新在大地公司的股权并不是由付新本人出资，更不是豆娥出资

4. 即使付新在大地公司的股权系付新、豆娥夫妻出资，付新的股权转让也应该按照《公司法》规定的程序进行，法律并没有赋予配偶可以否定股东转让股权的权利。

以上观点，实质上是认可男方名下的股权，是替“他人”代持。即定义股权并非夫妻共同财产，但也没有指出真正的权利人是谁。那股权到底是谁的呢，不言而喻，难以说清。

而再审高院，驳回女方再审的理由与二审一致。对于该省此种判决思路，笔者表示值得商榷。

（三）运用逻辑关系推理，结合案情实际情况的“代持”认定

正如（2020）京 03 民终 5764 号案件中，一、二审法院，从公司成立、股权取得的背景、有无出资、如何出资的实际情况，再结合挂名股东是否行权、实际行权的状况，融合相关“代持”报酬的支付，形成了“代持”关系认定的证据锁链，构成了高度盖然性的认定标准，是值得推崇的。在这种判决情况下，即使配偶一方的股权被法院认定系他人“代持”，也让人高度信服，觉得公正。

综上，在离婚案件的处理中，对于一方声称“代持”的处理方式，要结合上述法院的一般逻辑思路，以及当地法院的过往判例，精心准备代理方案。而对于“恶意”诉讼或仲裁的防范与问题解决，也是律师应当具备的能力！

注释

[1] 代持：非法律术语，指实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东的行为，具体可见《最高人民法院关于适

用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（2020修正）》第二十四条规定。

[2]（2017）京0108民初38535号

[3]（2020）京01民终1459号

[4]（2020）京民申3767号

[5]（2019）苏0411民初7576号

[6]（2020）苏04民终981号

[7]（2020）苏民申10253号

[8]（2020）京03民终5764号

法院认可配偶主张“代持”成立原因“大揭秘” | “夫妻”公司/财产控制权纠纷案例分析之“代持成立”（2）

原创：2022-03-30 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/UVU1gCgM8aCA4WR0958G9w>

引言：在2022年3月28日“家族律评”公众号上的文章《法院认可配偶主张“代持”成立原因“大揭秘” | “夫妻”公司/财产控制权纠纷案例分析之“代持成立”（1）》（点击阅读），我们探讨了三种“夫妻一方代持有效”的情景，即另有仲裁/判决书确认、配偶另一方不能证明出资、法院法律逻辑推理确认的三种情况。为进一步接近实务，我们今年再来看一看在有争议的情况下，配偶一方称“代持”有效的其他几种情况，以便处理实务中借鉴。判断是否有“代持合意”，是认定“代持”关系的基本构成要件，而“代持”协议的真伪，和司法鉴定紧不可分。本次学习研究的两个案例，第一个有司法鉴定，但因为是单方送检，所以法院没有认可；第二个案例中的司法鉴定，结论代持协议的“实际形成”时间与“落款”时间不一致，但法院却没有以此为由否定协议的效力，这是为何呢？

注：本文案例均系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

一、法院未采纳被告单方笔迹鉴定

——赖芳芳与金主、第三人浏阳农商行股东资格确认纠纷一案[1]

（一）简要当事人情况与争议

争议起源：金主称与赖芳芳存在“委托持股”关系，但赖芳芳不予认可。

原告金主主张，赖芳芳名下的浏阳农商银行320万股中，有20万股是替自己代持的，并向法院提交了2009年7月30日《合作协议》一份。该协议记载有：“其中乙方（金主）认购贰拾万股。入股所需资金已由甲乙双方及合作方各自缴纳。协议尾部，金主等在“乙方签字”处签名，赖南人（赖芳芳前夫）在“见证人”处签名，“甲方签字”处签有“赖芳芳”字样。

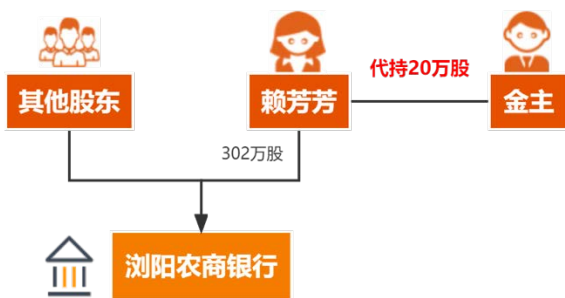


图1 浏阳农商银行案-股权结构图

被告赖芳芳认为，上述《合作协议》是伪造，不认可存在股票“代持”。

（二）《合作协议》即“代持”协议签名及形成时间鉴定过程

1. 开始赖芳芳提起鉴定申请，后又撤回

一审湖南省浏阳市人民法院（以下简称浏阳法院）依法委托广东南天司法鉴定所进行鉴定。2020年10月30日，赖芳芳向一审法院提交了13份笔迹同一性鉴定比对样本，分别为《浏阳市中医医院门诊病历》《欧派橱柜维修单》《康佳电视产品服务监督凭证》《学习培训资料》及笔记、《机关事业单位基本养老保险参保人员基本养老金计发表》《承诺书》《借条》《中国电信业务受理单》、工作交接本及手写签名等。

对上述赖芳芳提交的比对样本，原告金主认为存在伪造的可能，表示均不予认可，并申请法院调取赖芳芳存档在浏阳农商行、浏阳市税务局、浏阳法院或其他职能部门的签名作为样本，比如离婚协议、起诉状副本中的签名字迹等。

2020年11月10日，赖芳芳撤回对笔迹形成时间鉴定的申请。

为查清案件事实，一审法院依程序向浏阳市民政局婚姻登记中心调取了存档于该中心的赖芳芳与赖南人的《离婚登记审查处理表》及《离婚协议书》；向国家税务总局浏阳市税务局调取了存档于该局的《浏阳市国税局干部职工请假报告表》两份及赖芳芳向中共中央纪委信访室提交的《举报》材料两份。

2. 赖芳芳又进行了单方面的“笔迹形成时间”与“签名真实性”鉴定

2021年4月1日，赖芳芳自行委托广东明鉴文书司法鉴定所对金主及黄志坚等（另案原告）提交的6份《合作协议》上“甲方签字”处“赖芳芳”的签名真实性进行笔迹鉴定。后得出结论，该鉴定意见书第四部分鉴定意见为：检材1至检材6与样本1至样本3不是同一人的笔迹。赖芳芳以此证明，《合作协议》上的签名不是其自己所签。

对赖芳芳提交的上述《司法鉴定意见书》，金主表示均不予认可，系赖芳芳单方委托，无法查实其提供的鉴定材料的真实性。

（三）一审浏阳法院审理与判决（审委会讨论）

1. 一审法院观点

一审法院查明：被告系单方进行司法鉴定的委托，而原告又不认可，在认定是否“代持”关系上，考虑以下四点因素：

其一，关于出资义务的履行

金主称，他的出资款系委托陈和庆（另案原告）于2009年11月26日向赖南人（赖芳芳前夫）在浏阳农商行开立的账号现金存入684000元。金主、陈和庆各认购20万股，有出资收款证明。

其二，关于浏阳农商行股权分红情况

浏阳农商行董事会一般于每年3月根据会计师事务所出具的审计报告，制定上一年年度利润分配及分红方案，并提交股东大会审议，通过后再向股东分配红利。以上分红证据充分。

其三，关于原告收取被告款项的情况

金主为证明其收取赖芳芳支付股权分红的情况，向一审法院提交了银行流水及个人业务存款凭证。

其四，赖芳芳与其夫离婚协议中对于股票“代持”有约定

2021年5月21日，赖南人因病去世。2015年10月27日，赖芳芳与赖南人向浏阳市民政局婚姻登记中心申请离婚登记。根据从浏阳市民政局婚姻登记中心调取的《离婚登记审查处理表》中记载，赖芳芳、赖南人申请离婚登记提交的证件材料包括：双方身份证、户口簿、结婚证及离婚协议书、声明书。其中存档于该中心的《离婚协议书》内容为：“……二、关于财产及债务问题：……6. 夫妻双方婚后与他人购有湖南省浏阳市农村商业银行有限公司股票200万股，登记在女方名下，其中40万股属夫妻共同财产。离婚后，该股权归女方所有。”该《离婚协议书》尾部“对协议书的意见”处签有：“本人具有完全民事行为能力，自愿离婚，完全同意本离婚协议书的各

项安排，亦无其他不同意见。赖芳芳 2015 年 10 月 27 日。”“赖芳芳”签名字迹上捺有指印。

一审法院认为，原、被告之间形成“代持”，主要理由评析如下：

第一，关于《合作协议》的效力问题

赖芳芳认为该《合作协议》系伪造，属于证据抗辩。将《合作协议》中“赖芳芳”签名字样与存档于浏阳市民政局婚姻登记中心的《离婚登记审查处理表》中“赖芳芳”签名字样进行对比观察，发现上述文本中“赖芳芳”签名字迹在整体风貌、书写习惯、笔画形态等方面特征明显，故一审法院认为应将申请鉴定的义务分配给否认方，即赖芳芳应提供相应的反驳证据证明其主张。虽然赖芳芳在本案诉讼中曾提出鉴定申请，但在一审法院准许其鉴定申请并依法启动鉴定程序后，其又撤回鉴定申请，并自行委托机构进行鉴定。而赖芳芳自行委托鉴定机构进行笔迹鉴定的检材均非原件，用于笔迹比对的样本均未经充分质证，且其所举示的鉴定意见书金主均不予认可。故一审法院对被告赖芳芳提交的由其自行委托相关机构出具的鉴定意见书的证据效力无法认定。据上，由于赖芳芳未能提供适格的反驳证据否定《合作协议》中其签名的真实性，故一审法院对金主提供的《合作协议》的证明力予以认定。金主与赖芳芳签订的《合作协议》无合同无效之情形，故一审法院对其效力作出肯定性评价。

第二，关于实际出资的问题

赖芳芳反诉主张其与金主之间的法律关系为民间借贷，属于积极事实的主张者，其应对民间借贷的基本事实负有举证责任，但其未提交任何体现借贷关系的具体内容，比如借款的出借人、金额、起始日期、还款日期以及利息约定等证据，故一审法院对此不予采信。

第三，关于《合作协议》的履行情况

金主提交的银行流水及业务存款凭证已形成优势证据，一审法院对该证据的真实性、合法性、客观性予以确认。赖芳芳的该项抗辩意见无事实

依据，一审法院不予采信。同时，根据存档在浏阳市民政局婚姻登记中心的、赖芳芳与赖南人于 2015 年 10 月 27 日达成的《离婚协议书》中关于“股票代持”之约定，亦可认定赖芳芳知晓股权代持之事实。赖芳芳在离婚后，继续在之后四年特定时间、按照与浏阳农商行一致的分红比例向金主支付相应款项，足以认定赖芳芳一直在履行股权代持关系中名义股东所负的支付投资收益之合同义务。

综上，结合各项证据与案件事实的关联程度、各项证据之间的联系等方面进行综合审查，并运用逻辑推理及日常经验法则，可以形成证据链证实金主与赖芳芳之间存在股权代持合意，并已实际履行了出资义务，双方股权代持关系应属合法有效，依法应当受到保护。

本案经一审法院审判委员会讨论决定，判决：一、确认金主与赖芳芳于 2009 年 7 月 30 日签订的《合作协议》合法有效；二、确认登记于赖芳芳名下在浏阳农商行所持出资比例为 0.04% 的股权的投资权益归金主所有。

2. 二审法院观点

二审湖南省长沙市中级人民法院审理后认为，结合本案事实，以及各项证据与案件事实的关联程度、各项证据之间的联系，并运用逻辑推理及日常经验法则，认定本案证据可以形成证据链证实金主与赖芳芳之间存在股权代持合意，双方之间形成了股权代持关系，并无不当。维持了一审判决。

二、日期倒签未影响法院认定代持

——马尔与被申请人马爸爸、青岛马新公司股东资格确认纠纷一案[2]

（一）案情简介

马爸爸与马爸妻为夫妻。马尔是他们的儿子。

1999年1月15日，马古公司成立，注册资本为270万元，现工商登记股东为马爸爸、马爸妻、阿国等6人，其中马爸爸为法定代表人。

2003年12月9日，马新公司成立，注册资本为200万元，现工商登记股东为马尔、阿秀、阿兰等5人，其中马尔是法定代表人。

2003年11月21日，马爸爸、马爸妻、阿国等作为甲方，与马尔、阿秀等、马古公司作为乙方，对马新公司作出《股东会决议》，主要内容为：甲方计划成立新的马新公司，继续从事经营活动；各方一致同意，新成立的马新公司，注册资本200万元，马爸爸和马爸妻夫妇出资为173.72万元、阿国出资1.54万元等。为了保持公司业务的延续，为了避免因马古公司的经营债务等影响马新公司的正常经营，各方一致同意：马爸爸、马爸妻占有的马新公司的股份由其儿子马尔代为占有。该《股东会决议》共两页，每页下方均有马爸爸、马爸妻、阿国，马尔等共计十二人签字，尾部右下角有马古公司、马新公司加盖公章。

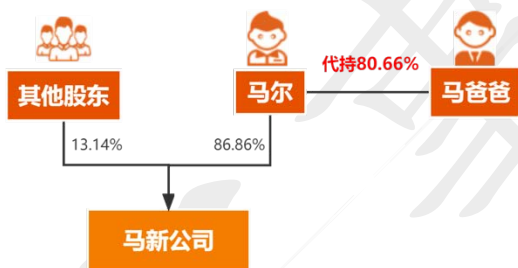


图2 马新公司案-股权结构图

2019年4月27日，马爸爸、马爸妻、阿国等共同出具《情况说明》一份，载明：马古公司股东马爸爸、马爸妻、阿国等决定设立马新公司时，按照各股东在马古公司的出资比例。该《情况说明》尾部“说明人”处，分别有马爸爸、马爸妻、阿国等人签字捺印并对应有各自身份证号码。

2019年4月27日，阿秀、阿兰等四人分别出具《股权代持声明及同意书》，主要内容为：声明人系马新公司的代持股东，虽登记于马新股东名册中但非实际出资人，不参与公司经营。马新公

司实际股东及股权代持情况为：实际股东马爸爸，代持股人马尔，比例80.66%；实际股东马爸妻，代持股人马尔，比例6.2%；等等。根据以上事实，声明人在此声明：马尔系实际股东马爸爸80.66%股权的代持方，未对马新公司履行出资，也未以股东身份参与实际经营。根据以上声明及实际股东的意思表示，声明人同意：根据股东马爸爸的请求，将马新公司的股东由代持方马尔变更为实际股东马爸爸，变更后股东马爸爸持有马新公司80.66%股权，并向股东马爸爸签发出资证明书、记载于股东名册、办理工商变更登记。该四份《股权代持声明及同意书》尾部“声明人”处，分别有阿秀、阿兰、等四人签字捺印，落款日期均为2019年4月27日。

同日，阿发、阿国、马爸妻等分别出具《证明及同意书》，主要内容为：证明马爸爸系马新公司实际股东，马爸爸持有马新公司80.66%股权，马尔仅是马爸爸上述股权的代持方。该五份《证明及同意书》尾部“证明人”处，分别有阿发、阿琴、马爸妻等五人签字捺印，落款日期均为2019年4月27日。

2019年9月24日，青岛大胜会计师事务所受马古公司委托，对马古公司自2003年12月9日成立以来到2005年12月应付账款项下“马新公司”的往来账情况进行了审核，出具青汇盛会专审字（2019）第1171号《关于青岛马古有限公司应付账款科目项下“马新公司”往来账项的财务审核说明》，说明马古公司将其优质资产、业务团队、市场客户代理权逐步转移到马新公司并作为马古公司原股东的投资。

2020年1月8日，马爸妻出具《证明》一份，载明：证明人系马新公司实际股东，拥有公司6.2%股权，由马尔代持。

2020年1月13日，马爸妻出具《证明》一份，载明：马新公司刚成立时候，财务审核都是公司董事长马爸爸，后因马爸爸事务较多，我就接受马爸爸的委托负责公司运营、销售费用等最终

审核。该《证明》尾部“证明人”处，有马爸妻签字捺印。

另查明，在案外人马尔前妻诉马尔离婚纠纷一案中，山东省青岛市市北区人民法院（以下简称市北法院）于2015年11月2日作出（2014）北民初字第17XX号民事判决书，该民事判决书第七页经审理查明部分第二项双方财产状况中载明：

“马尔前妻提交马新公司情况复印件一份，称马尔系马新公司（于2003年12月9日成立）的股东和法定代表人，其持有该公司86.86%的股权。马尔称对复印件不予质证，**该公司法定代表人是马尔，但该公司股份是马尔为父母代持股，公司是婚前设立的，股权是婚前个人财产，不属于夫妻共同财产，并提交公司章程和营业执照各一份予以证明**”。

（二）一审观点

一审法院认为，本案系股东资格确认纠纷，本案争议焦点为登记在马尔名下的马新公司80.66%股权是否系马尔代马爸爸持股，即马爸爸与马尔之间是否成立股权代持关系。

马爸爸与马尔之间的股权代持关系，应当通过以下三个方面综合认定：一、马爸爸与马尔之间是否具有股权代持合意；二、马爸爸是否对马新公司实际出资；三、马爸爸是否实际参与马新公司的日常经营管理。

1. 关于马爸爸与马尔之间是否具有股权代持合意问题。经查明，马尔在市北法院审理的（2014）北民初字第17XX号离婚案件中确认其与马爸爸之间的股权代持关系，在本案中又予否认，违反了《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条所确立的民事诉讼应当遵循诚实信用的原则。

另外，在马爸爸、马爸妻等12人，于2003年11月21日共同作出的《股东会决议》中，马尔、马爸爸均签字确认，应当视为马尔对股权代持事实的认可，具有代马爸爸持股的意思表示。马尔主张该决议是马尔与马爸爸等人在2017年临时

制作的虚假协议，但未提交证据予以证明，一审法院不予采纳。该《股东会决议》载明的事实与2019年4月27日，马爸爸、马爸妻、阿国等人共同出具的《情况说明》，阿秀、阿兰等人分别出具的《股权代持声明及同意书》以及阿发、阿琴等人分别出具的《证明及同意书》的内容相互印证，**一审法院予以认可，故一审法院认为马爸爸与马尔之间具有股权代持的合意。**

2. 关于马爸爸是否对马新公司实际出资问题。根据青岛大明会计师事务所出具的马新公司验资报告，载明马尔对马新公司货币出资173.72万元。一审法院认为，**不能简单基于验资报告的内容来认定资金归属。**主要原因为以下两点：

首先，无论是代持股东还是实际股东均在声明或证明中表明：“2003年12月，马新公司成立时进行验资，全体股东并未以自有资金进行实缴，仅是自第三方出借资金验资，验资后立即归还。验资报告并不能说明代持股东的出资，而公司的实际出资均是实际股东在后期经营过程中逐步将马古的资产及业务转移至马新，完成了实缴。上述马尔代持的马爸爸80.66%股权是由马爸爸实缴出资完成。”马尔虽对上述证据不予认可，但未提交相反证据。

其次，马爸爸提交青岛大胜会计师事务所出具的《关于青岛马古有限公司应付账款科目项下“马新公司”往来账项的财务审核说明》，证明马新公司实际股东通过马古公司以“借款”“转款”形式向马新公司履行出资。马新公司、马尔对此不予认可，但诉讼过程中，马尔并未就其受让股权所对应的出资的资金构成及来源进行举证或说明。

据此，一审法院认为，大额出资作为一项重要的法律行为，实际出资人应当对自身资金的来源、构成、去向等做出相当程度的合理描述，本案中马尔不认可马爸爸为案涉股权的实际出资人，但也未能向一审法院提交相反证据，结合马新公司注册成立时，马尔刚满28周岁的事实，就涉案

股权系由马尔以自有资金出资这一主张，一审法院不予采信。

综上，基于在案证据形成的证据链，一审法院认为涉案股权出资系来源于马爸爸。

3. 关于马爸爸是否实际参与马新公司的日常经营管理问题。

结合马爸爸提交的落款日期为2009年5月13日的员工购车《请示报告》、马新公司提交的《人事任命书》以及马爸爸、马新公司截取不同内容提交的“马新公司董事会召开记录”，一审法院认为，马尔和马爸爸均实际参加公司重大会议，参与马新公司的经营管理，对公司各项事务具有较大程度上的控制权和决策权。

4. 对于马爸爸主张确认其为马新公司实际股东的诉讼请求。经查明，马新公司除马尔外所有工商登记股东分别出具的《股权代持声明及同意书》以及马新公司实际股东分别出具的《证明及同意书》中均载明：“同意根据股东马爸爸的请求，将马新公司的股东由代持方马尔变更为实际股东马爸爸，变更后股东马爸爸持有马新公司80.66%股权，并向股东马爸爸签发出资金证书、记载于股东名册、办理工商变更登记。”该证明及声明不违反法律规定，符合股东资格确认的实质要件，故对于马爸爸主张确认其为马新公司实际股东的诉讼请求，一审法院予以支持。

综上，一审法院认为，马爸爸与马尔的股权代持关系成立，马爸爸系马新公司的实际股东，登记在马尔名下的马新公司80.66%股权应当归马爸爸所有。

（三）二审观点

二审山东省青岛市中级人民法院认为，虽马尔主张该《股东会决议》是为了对抗马尔前妻在离婚诉讼中分配公司股权收益而编造，但法院注意到该《股东会决议》中明确记载了马新公司的成立历史及设立过程、载明了马爸爸等实际出资人的出资及股权比例、确认马爸爸股权由儿子马

尔代为占有；且该《股东会决议》中签名人也并非只有马爸爸、马尔父子二人，还有其他股东的签名。综上可以说明，马尔是马新公司的名义股东，马尔在本案中的陈述显然不能否认该《股东会决议》系其真实意思、亦不能推翻《股东会决议》的证明效力，二审对该《股东会决议》的效力予以认定，该《股东会决议》对马尔及马新公司均具有约束力。且马爸爸并非仅系单独依附马尔的隐名股东，其股东身份已经马新公司的全体股东知晓。需要指出的是，马尔对马新公司的日常经营管理活动负责，这是其作为马新公司的登记股东和法定代表人履行职务的行为，并不能以此否定马爸爸与马尔内部之间的股权代持关系。二审法院判决驳回马尔上诉，维持原判。

（四）发回再审后的再审判决

山东省高级人民法院于2021年4月14日作出（2021）鲁民申734号民事裁定，指令本院再审本案。本院依法另行组成合议庭，公开开庭审理了本案。

再审期间马尔提交新的部分证据：

1. 福建弘正司法鉴定所司法鉴定意见书一份，证明2003年11月21日《股东会决议》中“马尔”“马爸爸”的签名字迹形成于2010年之后；《股东会决议》非2003年时签署，系2017年伪造；《股东会决议》不能作为证据使用。

2. 公证书一份，证明（1）《股东会决议》是在2017年8月23日由某律师起草后制作；（2）部分股东的签字是模仿的；（3）《股东会决议》系为了避免前妻分割马新公司而制作；（4）与提交的第一项证据相互印证，《股东会决议》不能作为证据使用。

再审法院认为，马尔提交的证据1系其单方委托，马爸爸和马新公司未参与，但马爸爸亦未提交证据证明相关样本并非其书写，且该证据和证据2可以相互印证，故本院对该两份证据予以采信。

再审查明，福建弘正司法鉴定所出具的闽弘正司鉴所[2020]文鉴字第D81号司法鉴定意见书载明，根据马尔提供的写有“马尔”和“马爸爸”签名字迹的共计159份文件，检材中“马尔”中的可变性特征均与2001年、2003年、2004年的样品笔迹特征不符；检材中“马爸爸”笔迹中的可变性特征均与2001年、2004年时间段的样品笔迹特征不符，系统检验，可以确定检材非标称时间形成，而与2010年后的样本签名越来越接近。鉴定意见为：标称日期为2003年11月21日的《股东会决议》中“马尔”“马爸爸”的签名字迹不是形成于标称的时间段，应形成于2010年之后。

青岛市黄海公证处出具的公证书显示，马尔手机上留存的其2017年8月与某律师的微信聊天记录显示，2017年8月23日，某律师曾起草代持股权文书即股东会决议，从该文档内容看，与涉案股东会决议内容基本一致，同时，马尔称其准备了两份，一份是现在的纸张，一份是公司里找出来的以前多年的纸张，让某律师看看哪份好用。

本院再审查明的其他事实与原审一致。

关于双方是否订立“代持”合同，再审最终持认可态度，理由是：

首先，本案中，马尔与马爸爸均在落款时间为2003年11月21日的《股东会决议》上签字确认了由马尔代持马爸爸股权的事实，根据福建弘正司法鉴定所出具司法鉴定意见书和青岛市黄海公证处的公证书，该决议系后补，并非落款时间形成，马尔称系为了对抗其与前妻的离婚诉讼所为，不能作为认定事实的依据，对此，本院认为，该决议内容并非仅系马尔与马爸爸之间股权代持事项，同时确认了与工商登记并不一致的股权构成情况及其他股东的代持情况，决议上签字的实际股东阿发、阿国、杨国安、马爸妻及名义股东阿秀、阿福、阿兰等均出庭证实签字真实性及代持情况，再审中，马尔亦认可马新公司其他股东均系代持，并非实际股东。在此情况下，该决议即使并非落

款时间形成，也应系各方当事人对既定事实的确认，具有证明效力。且若如马尔所称该决议仅为对抗离婚诉讼所为，亦无需涉及公司成立情况和其他股东的代持情况。

其次，马尔在市北法院（2014）北民初字第1722号与前妻的离婚诉讼中，主张马新公司股份是为其父母代持股，即在其所称的制作涉案《股东会决议》之前，马尔已认可系代马爸爸持有马新公司股权。

最后，无论马尔在另案中陈述股权系代持，还是其在本案中陈述其系实际股东，均系对其有利的陈述，在其未提交充分证据推翻其另案陈述的情况下，其不诚信的诉讼行为亦不应得到支持。故原审对涉案《股东会决议》的效力予以认定并无不当。

再审法院认为[3]，马尔的再审请求不成立。原审判决结果正确，应予维持。判决如下：维持本院（2020）鲁02民终10148号民事判决。

三、律师复盘：笔记鉴定被否定原因

（一）（2021）湘01民终11360号赖芳芳有司法鉴定但仍败诉的原因

1. 一审时无正当理由撤回鉴定申请

在一审时，经法庭询问，原、被告双方都同意进行鉴定。后当事人双方均向法院提交了鉴定样本与检材。但之后赖芳芳以“证明协议签名真实性义务应该在对方”的理由，申请撤回了自己的鉴定申请。对此，法院认为，结合能确定是赖芳芳本人签名的样本（比如，必须本人签字的离婚协议、必须本人签字的诉讼委托书等）中，“赖芳芳”签名字迹在整体风貌、书写习惯、笔画形态等特征明显，意思是法院从直观上看，样本的签名和《协议》上的签名看着像同一人写的。这时，法官运用自由心证，将否认《协议》（即代持协议）的举证义务分配给了赖芳芳。但她却在申请了司法鉴定后又撤回，法院认为无正当理由。

2. 对其有利的司法鉴定，系赖芳芳自行委托没有公信力

2021年4月，撤回向法院申请的司法鉴定后，赖芳芳又自行委托了司法鉴定，终于拿到了对自己有利的鉴定结论。对此，原告金主不认可，法院亦认为上述司法鉴定的鉴定样本与检材的真实性无法核对。在没有鉴定结论基础上，法院综合案情认定“代持”是否成立。从出资来源、到股权分红；从相关分红款的收取到其他材料中对于“代持”股票的约定；从盖然性的角度，法院在判决中，认为赖芳芳没有抓住在审判程序中的鉴定机会，从而给予了原告金主提交《协议》的肯定效力。

（二）（2020）鲁02民终10148号马尔提交司法鉴定仍没有再审翻案的原因

1. 《代持协议》（即落款为“2003年11月21日的《股东会决议》”）不仅包括两个人的“代持”事项。除了相关原、被告的“代持”事项外，还有其他股东的代持情况，并且有新、老两公司十余人股东的签名。由此，不能证明马尔主张的该《股东会决议》是为了对抗前妻分割其名下的公司股权。

2. 司法鉴定结论虽然签名日期形成并非落款时间，但事后追认仍具有证明效力。虽然在再审期间，马尔委托了司法鉴定，并且明确了《股东会决议》是事后补的，不是形成于“落款签名”时的2003年。并且，也认定了所谓“2003年”落款的《股东会决议》实际上是由某律师在2017年后用自己的电脑打印而成的，对此，有公证为证。尽管如此，但再审法院认为，不能以此就认为这是“假证据”，这是十余位股东对公司成立沿革、实际持有股权情况的陈述，是“各方当事人对既

定事实的确认，具有证明效力”，并且进一步说，

“如果该决议仅为对抗马尔的离婚诉讼行为，也无需涉及公司历史沿革与其他股东持股情况”。并结合马尔在2014年的离婚诉讼中，在开庭时就已陈述“股份是为父母代持”。

3. 再审法院否定了马尔在诉讼的“不诚信”行为

既然在2014年离婚诉讼中，声称股权为“替父母代持”，又在本案中称自己是真正的股东，再审法院对此评价，“其不诚信的诉讼行为亦不应得到支持”，鲜明提出了观点立场。

当然，可以想象，如果马尔在一审的时候，对于司法鉴定高度重视，对笔迹形成时间的鉴定结论在一审判断之前有一个定论，是否和一、二审败诉、再审申请时再自己单方申请、再找公证处和某律师做公证（以证明《股东会决议》并非2003年形成，而是2017年形成）印证《股东会决议》证据瑕疵，本案结果是否会有改变，不得而知。另外，虽然再审法院站在道德至高点对于马尔进行了批评，但对于提交“日期倒签”的马爸爸及其十余位没有如实陈述协议形成时间的证人，又似乎没有任何评价。另外，对于“日期倒签”行为的合理性评价，是否会对以后类似案件形成“鼓励”、甚至“纵容”的不利后果，暂不得知。

总之，以上两个案件虽然复杂，但判决书里披露的鉴定细节（样本、检材的调取、数量安排、核审细节）以及普遍存在的“过桥垫资”、不存在实缴出资款的股权“代持”争议处理上，会有积极的学习借鉴素材，值得认真研究分析！

文章注释

[1] （2021）湘01民终11360号

[2] （2020）鲁02民终10148号

[3] （2021）鲁02民再136号

婚姻诉讼常见虚假诉讼与证据妨害犯罪的表现形式与预防

原创：2022-03-29 家族律评 贾明军

<https://mp.weixin.qq.com/s/nEuP9JnmoOMNbJlsKk0XJQ>

前言：结婚与离婚纠纷是虚假诉讼与妨害作证类犯罪多发之地，主要原因有两点。第一，“家务事”容易让人觉得是民事纠纷，没什么大不了的，不容易认识到行为的危害后果；第二，婚姻纠纷参与者大多为一方亲属或好友，有时虽然有风险意识，但碍不住“情面”，不帮忙，觉得不好意思。特别指出的是，对于参与的律师来说，虽然有谋利性因素，但确实也有缺少刑法实务的“麻痹”思想。因此，为加强当事人在参与婚姻纠纷中的“合规”意识，提示参与律师代理的风险，笔者今日撰文盘点婚姻纠纷中的“四宗罪”，希望以资借鉴反思。

注：本文案例均系根据中国裁判文书网公开资料改编，相关姓名和公司名称均为虚构，仅供学习研讨所用。

虚假诉讼罪——婚姻纠纷案发“重灾区”

(一) 为让配偶少分钱，虚构借款后悔晚

——黄江海涉嫌虚假诉讼案[1]

黄江海与刘丽系夫妻关系。被告人黄江海为了达到使刘丽在二人的离婚诉讼中承担虚假的夫妻共同债务，以便于多取得财产分配的非法目的，伙同被告人赵敢律师、花花、周玉婉等制造虚假欠款，实施虚假诉讼。

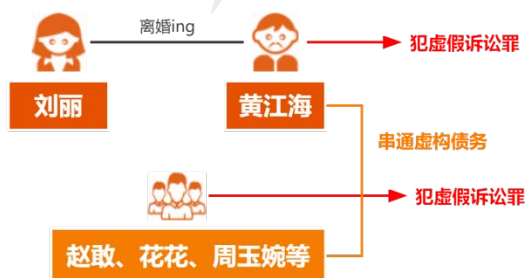


图1 黄江海案-人物关系图

具体事实如下：2015年，被告人黄江海在被告人赵敢（律师）的授意下，伙同被告人花花虚构了黄江海欠其15万元的虚假债务，后花花受黄江海指使，以上述债务系夫妻共同债务为由，将黄江海、刘丽作为被告向辽宁省鞍山市铁东区人民法院（以下简称铁东法院）提起民事诉讼。被告人赵敢作为被告人黄江海的诉讼代理人参与诉讼。

该案于2015年7月1日起诉，后撤诉。2017年7月17日，被告人花花就同一虚假诉讼，再次向铁东法院起诉，2017年10月24日铁东法院裁定中止审理，2018年8月22日铁东法院裁定驳回花花的起诉，并将案件移送公安机关。

一审法院认定[2]被告人黄江海犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑二年四个月，并处罚金。被告人赵敢犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑二年三个月，并处罚金。

被告人黄江海、赵敢等对一审不服，提出上诉。上诉理由：

黄江海的上诉理由是：其能认罪认罚、有自首情节，原判量刑重。

赵敢的上诉理由是：其不明知同案被告人黄江海等人有虚假诉讼行为，其仅是作为诉讼代理人参与了诉讼活动，其在公安机关的初次供述是在不情愿的情况下作出的，不具有真实性，本案系在虚假诉讼罪没有出台之前发生的，不宜按犯罪处理，原判量刑重。

二审法院认为，关于上诉人黄江海及其辩护人朱亚静分别所提黄江海能认罪认罚、有自首情节，原判量刑重的上诉理由及辩护意见，经审查，本案系人民法院在审理民事诉讼案件过程中发现黄江海等人有虚假诉讼行为而将案件材料移送至

公安机关侦办，司法机关已掌握了其主要犯罪事实，在此情况下，上诉人黄江海虽能自动到案，但在投案初期没有交代同案犯的共同犯罪事实，依法不成立自首。本次一审庭审中，黄江海虽表示认罪认罚，但人民法院根据审理查明的事实，就定罪和量刑听取控辩双方意见后依法做出裁判并无不当。故对上述上诉理由及辩护意见均不予支持。

关于上诉人赵敢所提其不明知同案被告人黄江海等人有虚假诉讼行为，其仅是作为诉讼代理人参与了诉讼活动，其在公安机关的初次供述是在不情愿的情况下作出的，不具有真实性，本案系在虚假诉讼罪没有出台之前发生的，不宜按犯罪处理的辩护意见，经审，上诉人赵敢在公安机关办案区讯问室首次接受讯问时即供述了其明知黄江海等人有虚假诉讼的情况，此后其在看守所再次接受讯问时仍予供述，且以上供述均得到同案人供述等相关证据的佐证，应予认定。本案虽初发于2015年11月之前，但该虚假诉讼活动一直持续到2018年8月，应以虚假诉讼罪定罪处罚，原判依据上诉人赵敢的具体犯罪事实、性质、情节及对社会的危害程度，对其在法定刑之内判处刑罚并无不当，故对上述上诉理由和辩护意见均不予支持。

二审法院遂于2022年2月7日裁定：驳回上诉，维持原判。

律师解析：

1. 法条规定。刑法第三百零七条规定了虚假诉讼罪。主要指以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

2. 常见类型。在婚姻案件中，最常见的虚假诉讼，就是为了让配偶另一方少分财产，虚构事实（尤其是债务），形成借款关系，从而达到夫妻共同债务、共同清偿的目的。一般离婚案件中，有的

不直接处理涉第三人的债务认定。为让离婚案件中的对方少分财产，就可能形成在离婚案件之外，有虚构的债权人另案提起欠款纠纷诉讼，起诉配偶、或者配偶一方，要求偿还债务。实践中常见两种：

（1）单独告配偶一方。即“债权人”只起诉串通的男女一方，另一方可能根本不知情。不过，现在法院打击虚假诉讼的力度和重视程度很大，法官主动追加另一方的可能性也有的。不过，也不排除法官不追加、在另一方不知情的情况下，直接作出生效债权成立的判决。这种情况下，对于生效判决是否及于配偶另一方（即另一方是否必然连带承担）具有不确定因素。

（2）“债权人”起诉男女双方。即为让判决直接对男、女双方有效，“债权人”在起诉时，即把男、女双方列为被告。此种情况更为常见，判决结果一旦作出，也更为保障。以上案例中，绝大多数的操作均为如此。

（二）无独有偶，其他婚姻纠纷中涉刑的“虚假诉讼”案

1. 王大勇涉嫌虚假诉讼案

2013年8月21日，王妻以被告人王大勇家庭暴力为由，向福建省仙游县人民法院起诉离婚，并请求分割夫妻财产。王大勇因担心其名下房子、车子等财产被分割，遂找其朋友张三、李四、王五帮忙，由王大勇出具虚假债务为13.6万元的借条给张三，此这一笔外，还虚构了另外两笔债务。后让张三、李四等到法院提起三个民事诉讼，福建省莆田市涵江区人民法院（以下简称涵江法院）分别作出（2014）涵民初字第1454、1513号民事调解书、福建省莆田市荔城区人民法院作出（2014）荔民初字第1633号民事调解书。同时，王大勇让张三、李四、王五各自办理一张中国建设银行卡交给自己。王大勇将部分钱款转入到张三、李四、王五的账户，然后再将上述存入的钱取出。

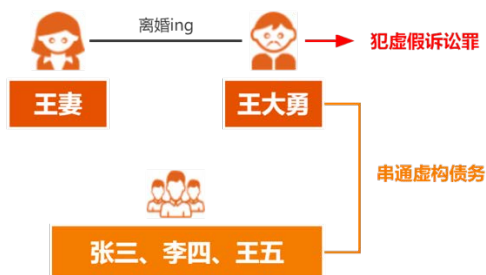


图2 王大勇案-人物关系图

涵江法院审理福建省莆田市涵江区人民检察院指控原审被告人王大勇犯虚假诉讼罪一案，于2017年11月29日作出（2017）闽0303刑初587号刑事判决。判决：王大勇与他人串通虚构债务，以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序，其行为已构成虚假诉讼罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金人民币一万元。原审被告人王大勇不服，提出上诉。

福建省莆田市中级人民法院判决认为[3]：鉴于王大勇归案后能如实供述自己的罪行，依法予以从轻处罚。能取得王妻的谅解并向法院撤回起诉，在量刑时酌情予以考虑。经查，上诉人王大勇与他人串通虚构债务，指使他人作伪证，以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序，其行为已构成妨害作证罪，鉴于2015年修正后刑法第三百零七条之一的规定公布实施，按照刑法从旧兼从轻的适用原则，应以虚假诉讼罪追究上诉人王大勇刑事责任，原判据此认定上诉人王大勇构成虚假诉讼罪符合法律规定。故该诉辩意见不能成立，不予采纳。对于上诉人王大勇及其辩护人提出本案情节显著轻微，危害不大，不能认定其犯罪的诉辩意见。经查，上诉人王大勇先后三次的虚假诉讼行为致使审判机关为此而进行了三次不应有的民事诉讼活动，浪费司法资源，影响恶劣，上诉人的行为已严重扰乱了司法机关正常的民事诉讼活动，该犯罪情节不属显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的情形。

2.其他案件

除上述案件以外，虚假诉讼在婚姻纠纷中高发，可借鉴的其他类似案件有：

（1）为离婚时让配偶少分，虚构50万元外债，利用法院确认债务为夫妻共同债务，形成虚假诉讼的（2019）苏13刑终155号。

（2）离婚后女方帮男方应对强制执行，捏造双方没有离婚并提供结婚证复印件的“虚假事实”，被以“虚假诉讼罪”判决服刑9个月的（2020）粤06刑终33号。

（3）李某律师为帮王某逃避共同财产分割而虚构80万元债务、还找律师朋友另案代理“债权人”起诉的被判拘役2个月的（2020）吉24刑终27号。

（4）男方为在离婚案件中少分女方财产，炮制3000万借款协议的（2021）青01刑终6号

（5）在离婚诉讼中，为应对男方掌握财产、改变不利局面伪造近千万元债务的（2017）鲁05刑终45号。

妨害作证罪、帮助、伪造证据罪

——好心办坏事而“锒铛入狱”

（一）好心替友去帮忙，实为作孽进班房

——彩凤等涉嫌“妨碍作证罪”“帮助伪造证据罪”

被告人彩凤与刘男原系夫妻关系，两人婚后因琐事导致夫妻感情破裂。为在以后的离婚诉讼中获取较大的财产利益，2013年4月份，被告人彩凤通过被告人贵蜜儿与其表姐即被告人桂姐儿取得联系，让桂姐儿将彩凤的100万元存入其银行账户后再转账给彩凤，桂姐儿表示同意。2013年4月13日，彩凤、贵蜜儿二人乘坐火车前往上海找到桂姐儿，将现金100万元交予桂姐儿，桂姐儿于2013年4月20日将该款通过其银行账户转账给彩凤，三人伪造了彩凤向桂姐儿借款100万元的虚假债务。

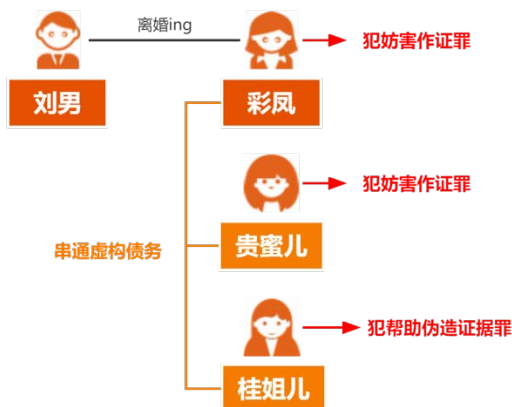


图3 彩凤案-人物关系图

2014 年 7 月 15 日，桂姐儿委托律师以彩凤和刘男为共同被告向河南省洛阳市西工区人民法院（以下简称西工法院）提起诉讼，要求该二人共同偿还其借款 100 万元。

2014 年 9 月 30 日，西工法院就该民间借贷纠纷作出一审判决，判令彩凤、刘男共同偿还桂姐儿借款本金 100 万元。刘男不服提出上诉。

2014 年 11 月 25 日，刘男以彩凤虚构债务骗其钱财为由报案。2015 年 1 月 8 日，河南省洛阳市公安局西工分局立案侦查。2015 年 4 月 6 日，河南省洛阳市中级人民法院（以下简称洛阳中院）对桂姐儿提起的民间借贷纠纷案件做出中止诉讼的民事裁定。

一审西工法院根据上述事实和证据判决[4]，被告人彩凤犯妨害作证罪，判处有期徒刑四年；被告人贵蜜儿犯妨害作证罪，判处有期徒刑三年；被告人桂姐儿犯帮助伪造证据罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。后二审裁定维持原判[5]。

（二）“两肋插刀”帮友做假证，自食其果自取牢狱灾

无独有偶，在上海市浦东新区人民法院（以下简称浦东法院）审理的被告人古乐、刘春涉嫌帮助他人伪造证据罪中，法院查明，查男与被害人查妻原系夫妻关系，2011 年 9 月协议离婚，后查

男为了侵占被害人查妻的财产，伙同被告人古乐、刘春经共谋虚构了 2009 年 7 月至 2010 年 3 月，被告人古乐提取大猫公司银行账户人民币 5,100 余万元出借给查男的事实。2014 年 7 月 29 日，被告人古乐向本院起诉查男及查妻共同偿还虚假债务 5,100 余万元及相应利息的民间借贷纠纷一案，并在开庭审理期间，被告人古乐向法庭提交了虚假代持股协议、虚假说明等证据，被告人刘春向法庭作虚假陈述。

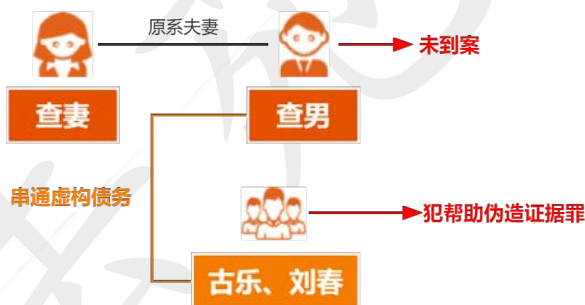


图4 查男案-人物关系图

浦东新区法院判决[6]，被告人古乐、刘春帮助他人伪造诉讼证据，情节严重，其行为均已构成帮助伪造证据罪。

（三）打骂、阻挡对方证人出庭，无知、愚蠢自送大好前程

——刘备备等涉嫌妨碍作证罪[7]

安徽省临泉县人民法院（以下简称临泉法院）于 2018 年 11 月 27 日受理标哥诉刘备备、刘小二、赵灵儿婚约财产纠纷一案。案件审理过程中，标哥申请证人朱某、小丹、小宝儿等人出庭作证。

2018 年 12 月 19 日，被告人刘备备、刘小二、李士平等人驾驶两辆轿车找到证人小宝儿，劝说其不要出庭作证；又到证人小丹家中，因小丹外出，刘备备等人对小丹的母亲进行威胁，并让其转告小丹不要出庭作证；后又到证人朱某家，威胁朱某不要出庭作证。2018 年 12 月 26 日 10 时许，双方及证人在法庭等候开庭，刘备备的弟弟

刘弟上前质问标哥，李士平用手推刘弟头部撞击标哥，遂引发双方厮打，刘备用、刘小二、李士平等人对标哥及其家人、证人朱某、小丹进行殴打，致使法庭不能开庭审理该案。后二审以妨害作证罪分别判决被告人获刑一年等。



图5 刘备用案-人物关系图

（四）法院认定“妨碍”作证的手段多，不止“暴力”“威胁”“贿赂”这三者

——翻江龙涉嫌“妨害作证罪”

在重庆市第三中级人民法院（以下简称重庆三中院）对翻江龙申诉的驳回申诉通知书[8]中，重庆三中院认为，妨害作证罪的犯罪手段包括但不限于“以暴力、威胁、贿赂”，也包括其他方法，犯罪方式包括阻止证人作证和指示他人作伪证。经查，申诉人翻江龙为达到其不法目的，伪造证据并与大周子恶意串通，指使其在民事诉讼中作伪证，影响司法公正、破坏司法秩序，翻江龙的行为完全符合妨害作证罪的构成要件，同时也符合虚假诉讼罪的构成要件，但翻江龙、大周子在实施犯罪时，我国刑法中尚无虚假诉讼罪这一罪名，原判以妨害作证罪对翻江龙定罪量刑，并无不当。申诉人提出的申诉理由不能成立，本院不予采纳。

律师解析：

1. 法条依据

刑法第三百零六条是专门针对辩护人、诉讼代理人规定的罪名。辩护人、诉讼代理人毁灭证

据、伪造证据、妨害作证罪是指，在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

第三百零七条第一款规定了妨害作证罪；以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。第二款规定了帮助毁灭、伪造证据罪：帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

2. 往往是亲朋好友共同犯罪

（2015）西刑初字第176号刑事判决中，被告人贵蜜儿、桂姐儿出于“帮助朋友”的想法，参与了犯罪。其中，贵蜜儿是被告人彩凤的朋友，而桂姐儿，则是贵蜜儿的表姐。为了“帮助”朋友，把表姐也拖下了“水”。

（2020）皖12刑终82号案件中，刘备用等人，直接用暴力、威胁的方式，阻碍证人作证而获刑。离婚案件中，有的当事人为给自己“造势”，故意携亲带友参加庭审，有的甚至自带保镖、“打手”。笔者办理一起山东某地离婚案件庭审前，对方当事人直接带了一帮武术学校的学员谩骂、推搡证人；在浙江某地的一起离婚案件开庭后，直接用汽车撞击证人车辆，这些做法，情节严重都涉及此罪。

伪造国家机关证件罪

——结婚证造假非儿戏

（一）“假”结婚、再离婚骗进京指标，识伪造定“假案”法院见招拆招

——刘大胆、李小帮伪造国家机关证件罪案

公诉机关指控并经本院审理查明，2017年至2018年间，被告人刘大胆、李小帮通过小安子等

人，伪造刘大胆与李小帮的虚假结婚证，在北京市大兴区利用户籍管理制度中夫妻投靠的方式，为李小帮骗取了京籍户口。2019 年，二人在明知无实际婚姻的情况下，向北京市丰台区人民法院提出离婚诉讼，致使法院作出民事调解书。

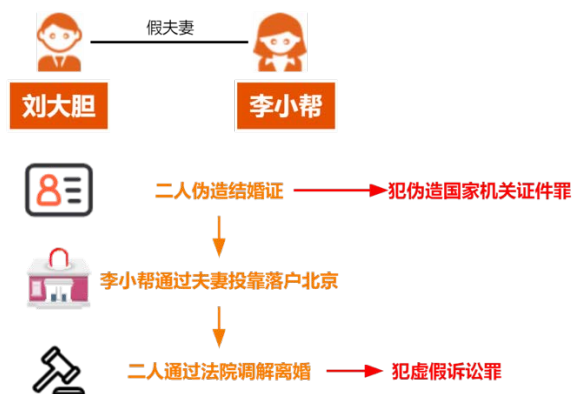


图 6 刘大胆案-人物关系及犯罪计划

2019 年 9 月 18 日，被告人刘大胆被传唤到案，同年 9 月 22 日，被告人李小帮被传唤到案，到案后二人均如实供述了上述主要事实。

另查明，在本院审理期间，被告人刘大胆将违法所得人民币 6 万元退交至本院。

北京市大兴区人民法院对二被告人分别判决如下[9]：

一、被告人刘大胆犯伪造国家机关证件罪，判处有期徒刑五个月，并处罚金人民币一千元；犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑四个月，并处罚金人民币一千元，数罪并罚，决定执行拘役六个月，并处罚金人民币二千元。

二、被告人李小帮犯伪造国家机关证件罪，判处有期徒刑五个月，并处罚金人民币一千元；犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑四个月，并处罚金人民币一千元，数罪并罚，决定执行拘役六个月，并处罚金人民币二千元。

三、在案扣押被告人刘大胆违法所得人民币六万元，依法予以没收；扣押在公安机关的被告

人刘大胆手机一部、被告人李小帮手机二部，由扣押机关发还二被告人。

（二）借京籍与人结婚得 12 万报酬，违道义、触刑法获一年半刑期

无独有偶，在（2020）京 0115 刑初 663 号一案中，犯罪嫌疑人的违法行为如出一辙。该案中，公诉机关指控并经本院审理查明：

2017 年底至 2018 年间，被告人浩南为了获取京籍户口，遂找到小安子等人，后被告人刘小某伙同被告人阿丰、小安子等人，伪造了被告人刘小某与被告人浩南二人的结婚证，后被告人刘小某、浩南在北京市大兴区通过北京市户籍管理制度中夫妻投靠的方式，为被告人浩南骗取京籍户口，被告人刘小某从中获利人民币 12 万元。后被告人浩南通过小安子办理了虚假的房屋所有权证，并使用该虚假房屋所有权证进行户口迁移。期间，被告人刘小某、浩南通过陈香香伪造了所谓“子女”的虚假出生医学证明。

2017 年至 2018 年间，被告人刘小某为获取非法利益，伙同小安子等人在北京市大兴区为他人办理虚假结婚证，利用北京市户籍管理制度中夫妻投靠的制度为他人骗取京籍户口，被告人刘小某从中共获利人民币 8 万元。

2019 年 2、3 月间，被告人浩南、刘小某在无实际婚姻的情况下，向北京市大兴区人民法院提起离婚诉讼，致使法院作出了民事调解书。后被告人分别获一年半、十个月等刑期。

同样性质的犯罪案例还有：（2021）京 0115 刑初 4 号。

律师解析：

1. 法条依据

刑法第二百八十条是伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，规定伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政

治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2. 用“假结婚证”骗户口是犯罪行为

和（2020）京 0115 刑初 587 号一样，想落户北京、上海、深圳却条件不够怎么办？一些人动起了歪念头，想靠“结婚”落户，结果不幸自取牢狱之灾。被告人伪造结婚证，并利用假结婚证使不符合婚迁落户条件的人落户，其行为妨害了社会管理秩序，构成伪造国家机关证件罪。当然，如果本意是“假结婚”，却采用领“真结婚证”方式落户取得买房资格、或者取得“动拆迁补偿”等财物利益后再离婚，结合具体案情，则可能在民事上导致“合同无效”；在刑事上可能涉嫌“诈骗罪”，值得谨慎。

综上，在以上“三宗罪”中，婚姻纠纷中的当事人和律师都要小心。特别是涉及到离婚案件中，父母与子女钱款性质，或者为少让对方分得财产，可能在利益驱使下，采用“补借条”或采用倒签日期的形式做有争议的证据。当然，“日期倒签”

不必然等于“作假证据”，但容易“说不清”，不要轻涉。对于代理律师，亦是如此。不可一味迎合当事人的要求，大意“失荆州”，丢掉来之不易的律师证书。特别是当事人一辈子难得打一次官司，而律师天天处理此类纠纷，因此，律师更有义务引导、劝诫当事人勿采此种方式获益。不然，以身试法，后悔晚矣！

文章注释

- [1] （2021）辽 03 刑终 466 号
- [2] （2021）辽 0311 刑初 35 号
- [3] （2017）闽 03 刑终 652 号
- [4] （2015）西刑初字第 176 号
- [5] （2016）豫 03 刑终 35 号
- [6] （2021）沪 0115 刑初 228 号
- [7] （2020）皖 12 刑终 82 号
- [8] （2018）渝 03 刑申 11 号
- [9] （2020）京 0115 刑初 587 号

佟丽华：离婚案件中，如何确定抚养关系有利于儿童权益？

原创：2022-03-30 致诚律师 佟丽华

https://mp.weixin.qq.com/s/6ahNvKgrxH12mDL_xf364A



2022 年 3 月 10 日起，北京市致诚律师事务所主任、北京青少年法律援助与研究中心主任，长期深入参与我国未成年人保护法律政策改革的佟丽华律师主讲线上系列讲座《离婚中，如何最大限度保障孩子权益？》，第一讲《破碎的婚姻，离还是不离？》播出后，受到社会广泛关注。截至 3 月 23 日上午 12 时，第一讲观看人数已经超过 38 万。

3 月 17 日下午第二讲《离婚案件中，如何确定抚养关系有利于儿童权益？》中，佟主任在法律政策原有 5 个考虑因素基础上，又另外提出确定抚养关系需要考虑的 23 个具体因素；并建议民

政婚姻登记部门应当对涉及未成年人的离婚案件进行实质性审查。这些内容值得关注。以下为第二讲的精简文字稿内容。

大家好，我是百度百科秒懂硬核知识官佟丽华。我的本职工作是北京致诚律师事务所主任、北京青少年法律援助与研究中心主任。

我从事未成年人保护工作 20 多年，接触了大量涉及未成年人权益受到侵害的案件，有性侵、家庭暴力、校园欺凌、未成年人违法犯罪等，这些都是社会高度关注的案件。我也参与了这个领域大多数立法和政策的改革，包括大家非常关注的《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的修订工作。

在过去，我们更多地关注上述这些比较显性的案件。但其实有一个大的领域，我们关注不够，甚至可以说是被忽视了，那就是破碎的婚姻或者在离婚的过程当中给孩子带来的伤害。现在我国每年离婚人数很多。最高峰 2019 年达到 470 多万对，2020 年虽有所下降也有 400 多万对，这只是离婚的数据。还有大量没有离婚的，但不幸福，我称为“破碎的婚姻”。

所谓“破碎的婚姻”是指虽然没离婚，但夫妻矛盾已经尖锐到比较严重的程度。破碎的婚姻比离婚的可能还要多，因婚姻问题、家庭不幸，影响到的人群至少几千万，当然也直接影响孩子。在破碎的婚姻状态下以及在离婚的过程当中，如何最大限度保障孩子的权益，是我们这次系列讲座关注的重点问题。

我们上次讲的主题是《破碎的婚姻，离还是不离？》。如果是破碎的婚姻，夫妻虽然矛盾比较尖锐了，但还没下决心离婚，那么我们还是鼓励大家对这种婚姻状态要做修复。我们强调婚姻是一种妥协的艺术，还是要看到对方的优点，看到自己的缺点，努力修复自己的婚姻，让家庭更幸福，让孩子更幸福，这显然是最好的结果。

离婚当然对孩子有不良的影响，但是如果在破碎的婚姻或者在离婚的过程当中处理得当，至

少能最大限度保障孩子的权益。在破碎的婚姻中，在离婚的过程当中，种种不当的行为，才会对孩子造成巨大的伤害。

现实生活中，许多感情确已破裂的夫妻选择离婚。而我现在剩下三讲，主要讲在离婚的过程当中怎样最大限度保障孩子的权利。今天的主题是《离婚案件中，如何确定抚养关系有利于儿童权益？》。

新中国建国以后的第一部法律就是《婚姻法》，于 1950 年制定。1980 年文革以后出台了新的《婚姻法》。1993 年最高人民法院依据 1980 年制定的婚姻法专门制定了《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》。2001 年全国人大修订了《婚姻法》，之后最高人民法院发布了三个司法解释。《民法典》在 2021 年 1 月 1 日正式实施，原来的《婚姻法》纳入了《民法典》的婚姻家庭编。婚姻家庭编一共有 79 条，扣除收养部分的 26 条，婚姻部分有 53 条。

从 2017 年至 2021 年 5 年间，中国裁判文书网上涉及到抚养关系的纠纷案件有 39 万多件，接近 40 万件。由于涉及到婚姻家庭的很多案件在人民法院的裁判文书网上并不公开，我们的团队收集了 2017 年到 2021 年 5 年间相关媒体报道以及最高人民法院发布的离婚案件共 316 件。这些案件中，涉及确定抚养关系 95 件，涉及变更抚养关系 35 件，也就是说涉及到抚养关系问题的共有 130 件。

关于抚养关系的问题，《民法典》只有一条规定，即第 1084 条。第 1084 条明确了两个问题。

第一，离婚以后父母仍要承担监护职责，子女无论是由父亲或者母亲直接抚养，仍是父母双方的子女。双方都要承担抚养责任，要承担监护责任。双方争的是什么？争的是直接抚养以及直接抚养人的这样一个角色。第二，到底由谁来直接抚养？

《民法典》确定了三个原则。第一个原则，不满两周岁的以母亲直接抚养为原则。第二个原则，满两周岁的按最有利于未成年子女的原则来确定直

接抚养方。第三个原则，对年满 8 周岁的子女要尊重其真实意愿。

为了落实《民法典》，最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国《民法典》〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称“司法解释”），在 2021 年 1 月 1 日与《民法典》同步实施。最高人民法院的司法解释当中，一共规定了 8 个有关抚养关系的条款，其中 5 个条款涉及确定抚养关系，3 个条款涉及变更抚养关系。

我想说的是，其实最高人民法院这个司法解释，无论从理念上，还是从具体内容上，都存在很多不足的地方。1980 年版的婚姻法到现在已经 40 多年了，最高人民法院 1993 年根据 1980 年的婚姻法制定的意见也出台接近 30 年了，而《民法典》的司法解释第 46 条跟当时的内容几乎一致。这样的规定显然跟当前的时代的发展不相吻合。

时代已经发生了巨大的变化，其中一个最大的变化，就是社会逐渐达成一种共识：离婚不仅仅是夫妻双方的问题，有未成年子女的就涉及到公共利益了。家庭也不仅仅是父母为主宰、子女为附属的这样一个传统概念。这种观念发生了重大的变化。最新制定的《民法典》和最新修订的《未成年人保护法》都确定了最有利于未成年人的原则。但是坦率地说，最高人民法院的司法解释相关规定，没有跟上这个时代的变化，没有体现出最有利于未成年人的原则。

我们现在整个社会越来越重视未成年人保护工作。比如性侵、家庭暴力、未成年人违法犯罪、校园欺凌等显性的问题，大家看到得比较刺眼。但是这些案件相对是有限的。而在这些案件背后，对破碎的婚姻中以及离婚中、离婚后未成年人权益保护的重视是远远不够的。

目前涉及未成年人的违法犯罪案件大家那么关注，可是一年全国的案件不到 5 万件，案件量相对是有限的。我国未成年人有三个多亿，在破碎的婚姻、在离婚过程当中，未成年人权益的问题涉及到上千万人的权益，这个数量是巨大的。

那么从未成年人权益保障的角度来说，这个问题我们必须正视。

我希望这个系列讲座是对传统观念的改变。不仅是父母的生活观念要改变，司法机关、政府工作部门等相关国家部门的观念都要改变。时代发展了，时代进步了，未成年人保护应该放在一个更重要的高度。那么在这种情况下，涉及到抚养关系的问题时，就不能仅仅依据比较简单的规则来考虑。

所以，我今天主要结合相关法条和司法解释的规定提出我自己的一些认识，即确定抚养关系应该具体考虑三个方面的问题。

一、子女不满两周岁的应该怎么处理抚养关系？

司法解释规定比较清楚，即如果孩子还不满两周岁的，原则上由母亲来抚养。司法实践中，法院一般也会将不满两周岁的孩子判由母亲来抚养。

但是在特殊情况下，法院可以支持父亲来直接抚养。比如母亲有下列三种情形，父亲请求直接抚养的，人民法院要支持：第一，母亲患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，子女不宜与其共同生活。第二，母亲有抚养条件，不尽抚养义务，而父亲要求抚养子女。第三，因其他原因子女确实不宜随母亲生活，在这些情况下，父亲又主动请求直接抚养的，人民法院应当予以支持。

另外，如果孩子不满两周岁，父母协商同意由父亲直接抚养，并且对子女的健康成长没有不利影响的，人民法院应该予以支持。

二、子女已经满两周岁的如何处理？

第二个问题是我今天想重点讲的：这是实践中数量最大的一类案件，争议也最大。

最高人民法院的司法解释第 46 条做了具体的规定：对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有 4 种情形之一的，可以优先考虑。另外，最高人民法院的司法解释有 3 条涉及到变更抚养关系的，也就是离婚以后一方要求

变更抚养关系的，法院要受理这样的案件。而第 55 条、第 56 条规定了具有 4 种情形之一的，父母一方要求变更子女的抚养关系的，人民法院应该支持。第 57 条规定了父母双方协议变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。

法条索引

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）

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

（一）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力；

（二）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利；

（三）无其他子女，而另一方有其他子女；

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

第五十五条 离婚后，父母一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚养费的，应当另行提起诉讼。

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

（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；

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

（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；

（四）有其他正当理由需要变更。

第五十七条 父母双方协议变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。

第 46 条、第 56 条明确了法院在确认抚养关系或者变更抚养关系时，应当考虑的一些重点因素，主要提出了 5 项因素：

第一项，一方是否有子女。人民法院在裁决时，一方有子女，而另外一方没有子女，那可能会优先考虑没有子女的一方。

第二项，子女随其生活时间的长短。子女随父母一方生活时间较长了，改变生活环境对子女健康成长明显不利。

第三项，一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，那就不适合带孩子。简单来说，一方患有严重的疾病，不具备抚养能力。

第四项，已满 8 周岁孩子的意愿。孩子已满 8 周岁，愿意随另外一方生活，而另外一方又有抚养能力，法院应该支持变更抚养关系。

第五项，一方有不利于未成年子女身心健康的情形。

简单来说，最高人民法院的司法解释确定了关于抚养关系确定或变更的 5 个主要因素。目前在司法实践当中，各地法院在审理这个抚养关系案件，主要依据的是最高人民法院司法解释上述的规定。但是我认为这个规定的内容相对来说，一是简单，考虑的内容不全面。二是有些观念滞后，比如没子女的一方优先，不是站在孩子的视角，而是站在成年人的视角。三是有些提法也并不准确。什么是有利于子女身心健康？其实司法解释也没有说。

随着时代的进步和发展，为了贯彻落实《民法典》和《未成年人保护法》最有利于未成年人的原则，我认为至少还要考虑以下 20 多项因素，下面我来一一介绍。

第一项，是否有能力、有意愿来照顾这孩子生活。一是有直接抚养孩子的能力。这里涉及到物质条件，以及身体条件，例如没有特别严重的传染性疾病。二是有强烈的意愿抚养孩子。如果自己没有强烈的意愿，想的只是自己，也不适合抚养孩子。

第二项，是否有良好、和睦、文明的家庭环境。离婚了，原夫妻双方各自组建新的家庭，或者离婚以后跟自己的父母一起生活。那么离婚后家庭环境到底怎么样？不论是孩子母亲也好，还是父亲也好，家庭天天在吵架，那么这样的家庭环境也要考虑。

第三项，是否与孩子培养起了健康的亲子关系。法院要考虑孩子的父亲或者母亲是否和孩子有良好的亲子关系。一方跟孩子几乎都没有什么交流，父亲或者母亲根本不带着孩子，可能只是给孩子钱、给他吃的、给他买些东西，没有良好的沟通，这样的亲子关系肯定不合适。

第四项，是否有虐待、暴力伤害、性侵等侵害未成年人合法权益的行为。按照最有利于未成年人的原则，抚养方的抚养方式必须有利于未成年子女的身心健康，不能让有家暴前科的一方抚养。这样做，有利于斩断家庭暴力代际传播的链条。

第五项，是否有放任教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为。有的家长对孩子放任不管，有的是教唆，有的甚至利用孩子去实施违法犯罪，比如寻衅滋事、盗窃等。这其实就是我们说的，子不教父之过或者母之过。

第六项，是否有放任、唆使未成年人吸烟、引诱赌博、流浪乞讨或者欺凌他人的行为。因为吸烟有害健康，二手烟也有害健康！烟草对孩子的一些身体的伤害，是不可康复、不可逆转的。不仅放任孩子吸烟不行；孩子父母亲烟瘾非常大，天天吸烟，不讲场合，也不行。有的甚至从小让孩子吸烟，小时候让孩子饮酒，当然更恶劣的是放任孩子赌博，还有的放任、教唆孩子欺凌他人。这样的情况当然不利于孩子的身心健康成长，在确定直接抚养关系时，法院要把这个作为一个考量的因素。

第七项，父母是否有性侵、拐卖他人的违法犯罪行为。如果只是一般的违法犯罪，包括职务犯罪、一般的财产类犯罪，在确定抚养关系时是否排除抚养权，我比较倾向于慎重考虑。但是，如

果父母有性侵或者拐卖其他妇女儿童的严重侵害他人人身权益的犯罪行为或者前科，在确定抚养关系时，要作为不利的一个因素来给予考虑。

第八项，是否正在服刑或者因为其他原因不能在一个较长的时间内亲自履行监护职责。有的父母一出国几年时间不回国，有的犯罪入狱要服刑几年时间。一方长时间不能直接抚养，而另外一方能够直接抚养，那孩子和父母在一块当然是最好的一个安排。

第九项，要尊重年满8周岁未成年人的真实意愿。我认为要注意三点：第一，在尊重孩子意见时，8周岁以上的必须要听取、尊重他的意见；但是不满8周岁有表达意愿能力的孩子，我也建议法官要听一听，做一个参考的因素。第二，8周岁以上的孩子意愿要认真听，但是也要听明白他为啥这样说。第三，对孩子的真实意愿要尊重并给予适当的考虑，还必须要符合最有利未成年人的原则。

第十项，是否以抢夺、威胁、恐吓、故意伤害等违法方式争夺直接抚养权。抚养既要符合最有利于未成年人原则，还必须有合法的前提。通过抢夺藏匿未成年子女抚养一段时间，取得抚养权是非法的，不应该得到支持。在这个问题上，从法院的角度来说，要旗帜鲜明地保护合法的一方，让违法的一方承担不利的后果。

第十一项，是否愿意并积极配合对方善意履行监护职责。离婚以后，子女还是父母双方的子女，确定抚养权只是明确直接抚养方，而且直接抚养方要配合对方对孩子履行监护职责，配合对方实现探望权（第四讲将专门讲解探望权问题），还有配合进行家庭教育。

第十二项，父母是否有良好的行为习惯。良好的行为习惯很难定义，但是可以从反面来说——一是否存在赌博、吸毒、酗酒等恶习，法律已经意识到了有这些恶习的对抚养孩子不利，那么在确定直接抚养方时当然要作为考量的因素。

第十三项，是否尊重、保障孩子接受学校教育的权利。保证孩子接受9年义务教育，是国家、是父母、是学校、是孩子共同的法定义务。从父母的角度来说，首先要保证孩子接受9年义务教育，你不让孩子上学这当然要承担不利的后果。

第十四项，是否能够尊重并妥善保管和保护未成年人的财产权利。作为父母，你得为了孩子的利益，你才能处理他的财产，你要尽到妥善保管的义务。你为了你自己的利益，把孩子的财产给处理了，比如说把孩子名下的房子给卖了、去做生意了或者去还赌债的，就是擅自处理孩子的财产。这显然侵害了孩子的权利。

第十五项，是否有近亲属愿意帮助抚养照顾孩子。如果孩子长期随姥姥姥爷生活，姥姥姥爷把孩子照顾得很好，那法院裁决时可能会优先考虑母亲来直接抚养；如果这孩子原来长期跟爷爷奶奶一起生活，那法院裁决时可能就优先考虑父亲一方。我说这一点是必要的。当然除了司法解释说的祖父母外祖父母以外，还要考虑另外一个就是成年的兄姐。现在国家开始鼓励生二胎了，将来多子女家庭中的孩子也会有成年的兄姐。有成年的兄姐帮着照顾孩子、带孩子也会促进孩子健康成长。

第十六项，是否具有良好的家庭教育能力，是否能够积极主动接受家庭教育辅导。因为家庭教育和学校教育不一样。学校教育课主要是知识教育；家庭教育主要是道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面的内容。父母在家庭教育方面的能力怎么样？如果能力比较差的话，你愿不愿意接受家庭教育辅导？如果说你不懂家庭教育，也不会去接受什么辅导，态度特别的强硬蛮横，然后你又想争夺孩子直接抚养关系，那你可能就要承担不利的后果。

第十七项，是否关注孩子安全，并能采取有效的教育管理措施。有时候我们看到明明红灯亮起来了，一些父亲或者母亲还是带着孩子横穿马路，这是非常容易出现严重交通事故的。这些年

来出现了一些父母去商场了或者出去办事了，把孩子放在车里了，几个小时回来，孩子在车里就闷死或者热脱水死了。因此，如果另外一方举出证据，证明一方对孩子安全根本不管不顾，那这应该作为不利的因素。

第十八项，是否有良好的道德修养，是否尊老爱幼，是否对配偶或者其他家庭成员有家庭暴力、遗弃等现象。比如，孩子父亲没打孩子，但天天打老婆，对老婆有家庭暴力现象；孩子父母对自己的父母张嘴就骂，有的甚至动手打。别的道德修养我们难以评价，但是如果一方举出证据证明孩子的父亲或者母亲对自己的父母、老人有虐待、遗弃等现象，应当作为不利的因素考虑。

第十九项，是否有经济条件抚养孩子。这一点社会上争议是比较大的，是不是钱多的一方就有优势条件？这里我想说的是：首先，经济条件不能不考虑，要作为一个因素来考虑；其次，不能绝对只考虑经济条件这一个因素，当然要综合考虑其他因素，不要放大经济因素。

第二十项，是否有良好的网络素养。这是现在新的网络时代必须提出的问题。在网络时代，孩子沉迷网络的问题受到社会高度关注。培养孩子的网络素养，国家要发力，企业要承担责任，但是父母首先要发挥作用。如果孩子回家以后，父母天天在那儿拿着手机玩，然后告诉孩子说，你不要沉迷。父母都沉迷了，怎么能让你去教育孩子不要沉迷？你这样的教育有成效吗？父母是否有良好的网络素养，是重要的考虑因素。

第二十一项，在离婚的过程中是否存在重大过错。《民法典》提出了无过错方有请求损害赔偿的权利，比如除了我们前面考虑到的家庭暴力、虐待、遗弃等因素，还有在离婚的过程当中，一方重婚或者与他人同居，显然属于过错方。这种过错在确定抚养关系时应当作为考量的因素。

第二十二项，是否尊重、保障孩子休息娱乐和体育健康的权利。未成年人在成长过程中面临一个很大的问题，就是身体健康。从父母的角度

来说,如果一方抚养孩子每天只是吃饭、睡觉,孩子基本的休息娱乐和体育锻炼时间都不保障,这要作为一个不利因素。“虎爸”、“虎妈”这种完全不顾及孩子休息娱乐和体育锻炼的情况,法院也应当作为不利因素给予考量。

第二十三项,在变更抚养关系时应当考虑再组建家庭的另一方对待孩子的态度。换句话说,在变更抚养关系时,可能出现了父亲或者母亲再婚。假如继父或者继母根本不想跟孩子生活,对待孩子的态度非常不好或者有伤害孩子的危险,那当然应该成为变更抚养关系的重要理由。

总体来说,关于两周岁以上未成年子女的抚养关系,最高人民法院司法解释重点提到了5点,我又谈了23项应该考虑的因素。在确定直接抚养关系时,我们应该考虑上述28项因素,来综合考虑到底由谁来直接抚养才符合孩子的身心健康,才能保证孩子的权利。在离婚的过程当中,这本身是一个复杂的问题,只有把这活做细、工作做细,才能真正最大限度保障孩子的权益。

以上这20多条因素还真不是我杜撰的,都有相关法律政策的依据。无论是《未成年人保护法》、《家庭教育促进法》还是《预防未成年人犯罪法》,大家普遍认为这些法律是社会法,在法院判决时基本上不会考虑。前段时间最高人民法院发布一些典型案例,至少有两个案例引用了《未成年人保护法》的相关规定,还有一个案例引用了《家庭教育促进法》的规定。我认为这是一个非常积极的现象。只有把这些保障未成年人权益相关的特殊法律在司法裁判当中体现出来,才能最大限度保障孩子的权利。

三、与抚养关系有关的两种特殊情况

(一) 夫妻轮流抚养

最高人民法院司法解释也说了“在有利于保护子女利益的前提下,父母双方协议轮流直接抚

养子女的,人民法院应予支持。”双方商量好了轮流抚养,我觉得这也是一种好的现象。

(二) 多子女抚养

两个孩子、三个孩子的家庭,父母离婚时怎么分?原来早期的判决基本上是俩孩子一人一个,这种判决过于简单了。这些年这种现象在改变。我给大家介绍两个判决。一个是2021年11月媒体报道一个案例,最后法院判决两个孩子都归一方抚养,另外一个是北京一中院的一个判决,也将两个孩子判归一方抚养。这两个法院的判决非常有人情味,非常符合最有利于未成年人的原则。

这里背后涉及到两个视角的问题:第一个是传统上的视角,更多的考虑是父母。俩孩子都在争,父母一人一个。这还是从父母的情感的角度在考虑。第二个是未成年人的视角,认为两个孩子想生活在一起,原来感情也很好,父母离婚被迫分开,对孩子的成长是不利的,那就由一方直接抚养。从孩子的视角在考量,是时代重大的变化。而且,在离婚案件涉及到抚养关系时,不能单纯的或者说不能简单的从父母的视角,应该最主要从孩子的视角来进行分析并确定直接抚养关系。这是多子女家庭确定抚养关系时,要重点考虑的因素。

我当时点评这个案件的时候也说,我们一定要看到两个孩子不是夫妻双方的共有财产,不能一人一半对半分,要从最有利于未成年子女的原则这一个视角来考虑。

最后,我想谈谈三个倡导。

第一,在确定抚养关系、到底由谁来抚养更为合适时,法院可以开展社会调查。

在未成年人犯罪的刑事案件当中,我们最早提出,为了对未成年人的犯罪给予更科学的处理,更有利于他回归社会,要对未成年的犯罪嫌疑人或被告人的成长经历、犯罪的原因、监护教育等情况进行调查。修订后《未成年人保护法》也提出:“人民法院审理离婚、抚养、收养、监护、探望等

案件涉及未成年人的，可以自行或者委托社会组织对未成年人的相关情况进行社会调查。”

我鼓励一些地方法院进行一些试点，有一些争议比较大的，涉及到抚养关系的比较难的案件，委托社会组织或者自行进行调查，结合我上面提到的各种因素来考虑到底由哪方抚养直接抚养更为合适。

第二，我想再次强调开展专业调解工作的必要性。

夫妻双方在离婚时，如果有未成年子女，一定要想清楚：你们所谓争的不外乎是直接抚养孩子，孩子还是你们双方的孩子，你得继续抚养、教育、保护；你的财产，孩子依然有继承权；你老了，孩子依然有赡养的义务。所以客观地说，没有太大的必要为了抚养关系而争得头破血流。从这样一个角度来说，我认为未来还是需要专业的调解来化解冲突和矛盾。

第三，登记离婚在确定抚养关系问题上应当给予必要的实质审查。

在这个观点上，我相信社会上有人会有不同的看法。现在登记离婚的占离婚的大多数，近几年来每年登记离婚的都有 400 多万件。虽然《民法典》确立了一个月的冷静期制度，但是在财产分配和子女抚养问题上，《民法典》只是强调了协商一致，只要没有分歧就可以登记离婚了。我觉得这样太草率了。

关于子女问题是怎么协商一致的？如果双方协商一致，把这孩子都送给别人，自己不管不问；如果双方协商一致，一方本来经济条件很困难，但是为了早点解脱，不问对方要一分钱抚养费，对方也同意。双方在这些问题上没有分歧、达成一致了，但是这是以孩子的权益为代价的。然而现实中，即使出现这些情况，到民政依然可以办理登记离婚。

我要强调的是，父母协商一致背后，可能损害孩子的权益。损害孩子权益，就是损害公共利

益和国家利益。那么从这个角度来说，我认为婚姻登记机关应当对孩子抚养问题有必要的实质审查。一个孩子、两个孩子是怎么解决抚养费问题的，孩子的教育、抚养费、探望的基本情况还是要说清楚。如果认为明显不妥的，婚姻登记机关可以组织专业的第三方评估，如果第三方评估认为确实有问题的，可以进行调解，调解不成的，民政应当不予登记离婚。

大家说，你这么说的法律依据是什么呢？我想说有两点。第一点，这样做符合公平正义的原则。如果有未成年子女的情况下，离婚不仅是夫妻双方的事，也涉及到公共利益和国家利益。在这个过程中，如果没有实质审查孩子的抚养问题，涉及到对公共利益的忽视和对孩子权益的忽视，这是不负责任的。

第二点，法律多少还是有依据的。《未成年人保护法》第二十四条提出了一个原则性规定：“未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。”

法律规定的“应当”不是可做可不做，而是必须做。父母离婚跟孩子相关的抚养、教育、探望、财产没有妥善处理，那显然违反了法律的强制性要求。如果只听双方说协商一致了，就给办理登记离婚。我认为这是不妥的，不负责任的，是对未成年子女权益的忽视。所以，我认为未来在登记离婚时，涉及到有孩子的夫妻登记离婚的，应当有必要的实质审查。如果双方确实没处理好孩子的问题，又根本不改的，应当不予登记离婚。我认为这是有法律依据的。

总的来说，今天讲的核心目的就是希望司法机关、离婚登记部门、父母们，在有未成年子女时，如果真是非离婚不可，要从最有利于未成年人原则出发，考虑更多的因素，来确定直接抚养关系。

（三）法官视点/法官风采

夫妻共有房屋的执行困境与路径优化

2022-03-03 人民法院报 王军霞

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/03/content_214335.htm?div=-1

在强制执行过程中，法院通常会优先选择被执行人单独所有的财产，当单独财产不足以清偿全部债务时，也会将共有财产纳入强制执行范围。在夫妻个人债务执行案件中，共有房屋的强制处置一直是执行中的一个难题，存在较多障碍。笔者在梳理当前主要处置模式的基础上，具体分析存在的困境，并提出相应的执行路径和处置方案。

一、夫妻共有房屋的主要处置模式

对夫妻共有房屋的处置尚无统一、明确的执行规范，司法实践中主要存在两种处置模式：一是先整体处置，再按份额分配。法院对共有房屋进行整体评估变价，拍卖期间或拍卖成交后通过析产等方式确定共有人之间各自享有的份额，就拍卖变价款在共有人之间进行分配，被执行人一方所得部分在扣除相应的处置费用后清偿申请执行人的债权。二是先析出产权，再处置对应份额。在处置共有房屋前，先由共有人或者债权人通过析产程序确定被执行人享有的份额，法院仅对被执行人的份额进行变价。

二、不同处置模式的实践难题

共有房屋的执行涉及案外人的实体权利，且具有较强的物权属性。因此，无论是整体处置还是仅拍卖份额，都会影响共有人对房屋权能的完整性，执行处置中存在一些实践难题。

1. 债权与产权的平衡难。法院据以执行的生效法律文书仅对当事人具有既判力，不能约束第三人的合法权利。除非法律有特别规定或者申请

执行的债权能够限制案外人的所有权，原则上不允许将执行的触角延伸至案外人的财产。当申请执行人的债权与案外人的所有权指向同一标的物时，如果为了保护申请执行人的债权，运用强制执行手段任意处分被执行人与案外人的共有房屋，势必会因强制执行而增加不相关第三人的负担或者损害第三人的合法利益。此时，为兼顾审判与执行，平衡保护债权与物权，可以依据相关法律规定，将视角转向共有人对房屋的实际权能，具体区分居住用房、出租用房、商铺经营用房等情形，以此作为共有人能否对抗或者排除强制执行的判断标准。

2. 案外人的份额保护难。婚姻关系存续期间的析产，根据民法典及相关司法解释，只有在基础关系丧失或存在重大理由时才可以请求分割共有财产，即一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为，或者一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。而夫妻一方因个人债务进入强制执行程序不属于上述法定分割事由。但《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《执行查扣冻规定》）第十二条规定，共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。从审执兼顾角度而言，民法典与《执行查扣冻规定》并不冲突，当共有房屋被查封后，共有人难以通过另案诉讼确认份额，但是可以通过执行异议

程序来实现。虽然法院可以对共有财产进行查控，共有人亦可以协议或者诉讼方式确定份额，以确保自身份额不被查控，但是缺乏共有房屋的后续变价处置规范。无论是整体处置还是份额处置，仅关注案外共有人对房屋份额的金钱价值，缺乏对占有、使用和处分等权能的关注。

3. 变价处置中的操作难。在整体处置模式中，一方面容易引发共有人之间的产权纠纷；另一方面，经过析产后，如果被执行人所占份额比例非常小，在扣除必要的处置费用后所剩无几，可能产生无益拍卖的风险。在份额处置模式中，一是拍卖成交难。考虑到竞得份额后与不存在身份关系的人共有房屋将面临许多实际使用障碍，实践中拍卖份额成交的可能性极低。二是拍卖后腾退难。共有房屋一般是家庭成员共同生活居住，处置房屋会直接影响到案外共有人的实际居住权，即便拍卖成交，房屋腾退也比较难。三是产权交割与使用难。拍得份额后，买受人与原共有人形成新的共有关系，虽然房屋有具体的位置、面积与价格，但是共有人所享有份额的权利如何行使，还需要安排具体方案，往往耗费较多时间和精力。

三、夫妻共有房屋处置的路径与策略

基于所有权的排他性及专断性，当强制执行权触及案外人产权边界时，产权人原则上可以对抗执行。共有权本质是基于所有权而生，除了存在主体差异外，应享有与所有权人平等保护的權利。因此，共有房屋处置的执行困境主要来自于案外人异议，该异议本质上就是权利之争，跟执行措施有对抗冲突。如果案外人异议能够排除强制执行，该执行措施应予纠正；如果不能排除执行，则表明该执行措施具有正当性。因此，执行处置中应当正视案外共有人的合法权利及其对房屋的实际使用状态和房屋的主要功能，尊重实体法规范关于共有规则的制度安排，平衡保护债权人与案外共有人的合法权益。笔者在区分共同共有

和按份共有两种模式的基础上，尝试对夫妻共有房屋的处置提出解决路径。

1. 夫妻共同共有房屋的处置。共有物的处分需要全体共有人的一致同意，任何一方都无权单独实施。在处置夫妻共同共有房屋时，应重点考虑以下几个方面：

第一，充分尊重被执行人配偶的意见。法院对共同共有房屋进行查封后，应及时告知被执行人配偶相关权利义务，并听取其意见，以便于房屋变价后的交付使用。司法实践中，被执行人的配偶可能有不同的反馈意见，如同意将房屋整体处置，并将所有变价款偿还被执行人债务或要求给其及家属预留一定份额，也有以生活必需为由不同意处置等情况。可以引导共有人对各自享有的份额达成一致意见，对共有房屋整体处置后，按比例分配；协商不一致的，可通过析产方式确定；对实体权利有异议的，可通过案外人异议程序救济。

第二，重点审查共有人对房屋的实际权能。为了平衡保护产权人与债权人的利益，在审查案外人异议能否排除强制执行时，可以将重点放在共有人对共有房屋的实际使用状态和权能上。对那些主要用于家庭居住所需的房屋，共有人的权能更加侧重于占有和使用，强制处置共有房屋势必会直接影响共有人的生存权和居住权，要依据相关法律规定，在该权利与申请执行人的债权之间进行一定的取舍。

第三，权衡处置收益功能较强的共有房屋。当家庭成员有其他生活居住用房，涉案房屋主要用于对外出租、经营或者处于闲置状态，夫妻双方对该房屋的实际权能主要体现在财产性的收益上时，强制处置变价本质上也是一种金钱价值的体现，不会影响到共有人的实际生活。此时应侧重保护债权人的债权，允许用强制执行手段要求案外共有人作出一定的权利让渡，对该房屋进行变价处置。

第四，慎重对待夫妻共有唯一家庭住房。对夫妻共有的唯一家庭住房查封后，被执行人的配偶往往不会主动提起析产诉讼，即便申请执行人代位析产确定份额的，共有人之间的共同基础关系尚在，房屋主要用于家庭成员生活居住。无论是处置被执行人单独享有的份额还是整体处置后按比例分配，都会引发产权交付难题。此时，法院除了平衡保护案外共有人的产权外，更要重视家庭成员的生存权和居住权。在未经共有人同意的情况下，原则上不得通过强制执行权代替共有人行使房屋的处分权，应尽量争取被执行人配偶一方的同意，避免因强制执行而侵害其他家庭成员的实体权利。

2. 夫妻按份共有房屋的处置。在处置夫妻按份共有的房屋时，要重点识别按份共有的实际状态，维护家庭关系。

第一，整体处置共有房屋。当按份共有人一致同意对房屋整体处置的，法院可以对房屋整体拍卖，对变价款按各共有人之间的份额进行分配，将被执行人所得份额款项发还申请执行人；当被执行人的份额占三分之二以上的，法院也可以直接对房屋进行整体处置变价。

第二，处置被执行人所占份额。按份共有人可以任意转让自己的份额，当共有房屋不具备整体处置条件时，法院可以拍卖被执行人享有的份额，同时充分保障其他共有人的优先购买权。

第三，充分考虑房屋功能和家庭关系。如果按份共有的房屋属于家庭成员生活居住用房，法院在处置时应尽量争取共有人行使优先购买权。如果其他共有人不参加竞买，应充分考虑份额拍卖成交的可能性、交付使用难度以及家庭共有关系的维护。

（作者单位：上海市第一中级人民法院）

夫妻一方的债权人就夫妻离婚财产分割的救济途径 | 审判研究

原创：2022-03-03 审判研究 潘亚伟 成志昀

<https://mp.weixin.qq.com/s/pvjhUkG945T56uCWcXNqQ>

潘亚伟 成志昀 江苏省江阴市人民法院

生效法律文书确定的夫妻一方的债权人，在对债务人申请强制执行后仍不能得到清偿时，其债权如何得以实现，实践中存在不同思路。部分债权人从夫妻双方离婚的财产分割方案着手，选择差异的路径主张权利。笔者根据实践中处理的案例，对夫妻一方的债权人就夫妻离婚财产分割的救济途径，提出拙见。

一、提起债权人撤销之诉

债权人撤销权制度的目的，在于纠正债务人损害债权的不当处分财产行为，恢复债务人责任财产以向债权人清偿债务。《民法典》第538条至541条（原《合同法》第74、75条）对债权人

撤销之诉的适用情形、行使期间进行了规定，一般来说应当具备以下要件：一是债务人的相应行为对债权人造成损害；二是债权人自应当知道撤销事由之日起一年内（最长不超过五年）行使撤销权。

债权人撤销之诉，仅能针对夫妻双方自行达成离婚协议到民政部门离婚的情形。离婚协议是男女双方在平等协商的情况下就自愿离婚、子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致而达成的意见，其中当事人自愿离婚的意思表示及子女抚养的约定属于夫妻和子女身份关系，不能适用合同法，但财产及债务处理部分是夫妻双方在协商基础上对夫妻财产及债务的处理约定，对夫妻双

方均具有约束力，其本质上属于平等主体意思自治的范畴，应当受合同规范的规制。

在离婚协议中财产约定明显不合理的情况下，势必会造成作为债务人的夫妻一方的财产非正常减少，导致其偿付债务的能力下降，进而损害债权人合法权益。此种情况下，债权人可以申请撤销离婚协议中财产约定部分。

（一）离婚协议中财产分割条款可否撤销的判断标准

支持撤销的案例有：

1. 北京市第二中级人民法院（2021）京02民终10017号民事判决书，查明：2018年6月14日之前，计某对陈某享有债权，后经法院确认债权数额为150万元左右，经执行未发现陈某可供执行的财产。2018年7月，陈某（男）与郭某（女）签订离婚协议书，内容如下：子女抚养：儿子、女儿归郭某抚养，陈某不付抚养费；财产分割：存款、家用电器、家具、金银珠宝首饰归女方所有，宝马轿车归女方所有，北京某703房、三亚某1301房均归女方所有，房贷均由女方归还……。计某诉至法院，请求判令撤销离婚协议书中财产分割处理的条款。

法院最终认定：计某对陈某的债权发生在离婚协议之前，陈某与郭某的离婚协议将夫妻共同财产中主要且大额财产约定归郭某所有，实际系将夫妻共同财产中属于陈某所有的部分无偿转让给郭某所有，使郭某取得的夫妻共同财产在价值上远远多于陈某取得的夫妻共同财产，客观上减少了陈某应取得的可供偿债的财产价值，并致使计某对陈某的债权无法实现，该行为应认定为陈某“无偿转让财产”，侵害了计某债权的实现，计某有权申请撤销。判决：撤销离婚协议中关于703房的分割约定。

2. 广州市中级人民法院（2021）粤01民终6327号民事判决书，查明：调解书确认截止2018

年9月3日，李某欠黎某借款本金合计120万元，经执行未发现李某可供执行的财产。李某、钟某于2018年4月16日登记离婚，离婚协议约定XXX房归钟某所有，李某不主张任何补偿。黎某诉至法院，请求撤销李某放弃补偿款的行为。

法院最终认定：在离婚时，钟某作为房屋所有方应对李某进行补偿，李某享有房屋补偿权，李某明知其本人对黎某负有大量债务未清偿的情况下，在与钟某离婚时仍放弃XXX房的补偿，且执行案件已因李某名下无其他可供执行财产而终结执行，李某的上述行为对黎某造成了实际损害，判决撤销李某在2018年4月16日通过离婚协议放弃对XXX房享有的补偿款（以120万元为限）的行为。

3. 福州市中级人民法院（2021）闽01民终4109号民事判决书，查明：法院于2019年9月29日作出判决，判令谢某归还刘某借款本金565余万元及利息，刘某申请强制执行，谢某至今仍欠付刘某大额债务。谢某（男）与郑某（女）在2019年3月离婚，离婚协议书约定五套房产归女方和两个成年儿子所有。谢某诉至法院，请求撤销房屋分割条款。

法院最终认定：郑某及两个子女称谢某有能力偿还债务，但是其并未提交证据予以证明，故该辩称不能成立；谢某在欠付刘某大额债务尚未清偿的情况下在离婚协议中将诉争财产全部归郑某及子女，必然对刘某造成损害，故对刘某要求撤销离婚协议中房屋分割条款的主张予以支持。

驳回的案例有：

1. 北京市第二中级人民法院（2021）京02民终8560号民事判决书，查明：2012年至2013年10月郑某向邓某转账合计84.25万元，后法院判决邓某归还本金46万余元利息43万余元并承担其他利息。邓某（男）与胡某（女）于2016年12月15日协议离婚，《离婚协议书》载明：……汽车（×××）一辆归女方所有，所有债务由男方偿

还，无债权，×××3号楼店面、2-3号店面幢1楼0105、仙桃市房产、天津市武清区房产归女方所有……。郑某诉至法院，请求撤销房屋分割条款。

法院最终认定：相关判决书认定胡某对涉案债务不知情，涉案债务并未用于夫妻共同生活，不属于夫妻共同债务，现有证据不足以认定胡某与邓某签订《离婚协议书》时知道涉案债务，进而知道《离婚协议书》中的财产分割条款会对邓某的债权人造成损害……。《离婚协议书》系邓某与胡某在解除婚姻关系时自愿达成的一致意见，是夫妻双方对解除婚姻关系、后期子女生活、财产分割等问题所达成的整体性方案，且现有证据不足以认定胡某存在与邓某恶意串通、逃避债务的事实，故判决驳回郑某的全部诉讼请求。

2. 重庆市第一中级人民法院（2020）渝01民终7339号民事判决书，查明：2015年章某向苏某借款20万元，后法院判决章某还本付息，经执行未发现章某可供执行的财产。章某（男）、孟某（女）于2016年协议离婚，离婚协议载明：女儿由女方抚养，男方每月给付抚养费1000元；房屋1归女方所有，贷款由女方承担，房屋2归女方所有，对外欠款49万元由男方承担，对外债权94万元由男方享有。2016年孟某以27万元的价格将房屋2出售，2018年孟某以40万元的价格将房屋1出售。苏某诉至法院，请求撤销离婚协议书中对房屋分割的约定。

法院最终认定：离婚协议中就房产等夫妻共同财产及债权债务的约定并非仅仅是享有权利，孟某仍需负担房屋银行贷款并抚养子女，章某虽负担了对外的借款债务49万元，但其亦分得了94万元债权，本案不存在合同法规定的“债务人放弃到期债权、无偿转让财产或以明显不合理的低价转让财产”的情形，也不存在苏某所称的章某仅在离婚协议中分得了不知是否真实存在的债权，故离婚协议中所涉夫妻共同财产的约定并不必然

会对苏某的债权造成损害。驳回苏某的全部诉讼请求。

3. 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终5478号民事判决书，查明：2017年7月丁某（女）与许A（男）签订《离婚协议》，约定：婚后丁某出资的位于上海的两套房屋归女方（女儿和儿子）共同所有，房贷由女方承担；男方持有的公司股份及对应权利义务由男方承担。2017年11月许A死亡。经法院判决：许A的儿子、父母及继承遗产范围内共同归还许B借款460万元及利息。后经执行，裁定终结本次执行程序。许B诉至法院，请求撤销离婚协议中财产房屋条款。

法院最终认定：丁某与许A离婚时并不明知许A对许B欠有巨额债务，无证据证明离婚时许A健康状况恶化，离婚的原因不排除是由于（第三者插足）感情破裂，在分割夫妻共同财产时无明显失衡之处，许B的债权在进入执行程序后，目前虽暂时无法得以实现，但一旦向法院提供其他财产线索，即可申请恢复执行，故许B提起诉讼行使债权人撤销权，无事实及法律依据，驳回许B的诉讼请求。

总结以上案例，笔者认为，离婚协议中财产分割条款是否可以撤销，需要考虑以下几点内容：

1. 债务不属于夫妻共同债务。如债务属于夫妻共同债务，从而夫妻间对该债务负担连带给付义务，夫或者妻个人的全部财产均系担保该债权实现的责任财产，财产在夫妻间的归属变动不影响债权人的整体责任财产范围，对债权人没有造成损害，不符合债权人撤销权的构成要件。

2. 离婚协议的签订是在债权成立之后。

3. 离婚协议中所涉的财产为个人财产还是夫妻共同财产。如果属于个人财产，则债权人无权申请撤销。

4. 财产在夫妻间发生归属变动是否会影响债务人清偿能力，是否对债权人造成损害。一般情况下，经执行程序仍不能对债权人执行到位，则可以初步认定为对债权人造成损害。

5. 离婚协议中财产约定部分明显不合理，使债务人的责任财产非正常减少。离婚纠纷是双方在婚姻解除过程中就离婚、子女抚养、财产分割等一系列问题协商达成的一揽子合意，并非仅涉及到财产处理。

故进行认定时，需要考虑双方婚姻关系的长短、离婚背景、子女抚养、家庭财产、一方是否存在过错等情形，结合《民法典》第1087条规定的“由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决”的规定，予以综合判断，并非是只要债务人所分的财产少于其配偶所分的财产，就存在可以撤销的情形，双方所分财产即使存在差异，但只要在合理的比例范围内，就不应当认定为存在可以撤销的情形，当然，这需要裁判者根据个案情况具体分析。

6. 撤销权的行使范围以债权人的债权为限。离婚协议中涉及的财产分割条款可能不止一项，每项分割的财产数额有可能超过债权数额，此时需要债权人对撤销权行使的标的进行选择，比如优先选择撤销哪一项分割条款。

此外，上述驳回债权人撤销权的案例1、3中，法院均认为“离婚另一方不清楚案涉债务，没有证据证明有损害债权人的主观故意”，对此，笔者认为，如果夫妻双方对财产分割明显不合理，致使夫妻一方财产减少，另一方受益，而这种受益多数情况下是无偿的，所以无需考虑债务人配偶的主观态度。

（二）债权人行使撤销权的时间

根据规定，撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

笔者认为，一年的除斥期间和五年的除斥期间的适用有先后顺序，即如果债权人知道或者应当知道债务人处分财产行为的发生，就应当适用一年的除斥期间；只有在债权人不知道且客观上

不能知道债务人处分财产行为的发生，不能适用一年的前提下，才能适用五年的期间，两者不是并列关系，当事人不能进行选择。

需要注意的是，对于债权人“知道或者应当知道撤销事由”应如何理解？

有观点认为，“从认知程度上来讲，知道离婚事宜与知道具体的离婚协议财产分割条款是两码事，仅知道离婚事宜而不清楚具体财产分割条款内容，债权人根本就无法对债务人提起具体而明确的撤销权诉讼”，故“撤销事由”指的是具体的财产分割条款而非笼统的离婚事宜。笔者认为，如果按照上述观点处理，则相当于将“应当知道”的时间权利全部赋予给了债权人，从理性经济人角度考虑，债权人会以实际调取到离婚协议的时间作为应当知道的时间，故该时间点取决于债权人，由此会可能会架空法律规定的“五年”时间。

笔者认为，债权人“应当知道”的时间点，如有没有其他证据予以判定的情况下，最晚应当以执行程序结束（或终结本次执行程序）作为判断标准，因为在执行程序过程中，法院已经对债务人的婚姻、财产等情况进行了查明，也会告知债权人，此时债权人知悉债务人已经离婚，应当尽到谨慎注意义务并对债务人离婚事宜、财产分割事宜等进行必要的调查或申请相关部门调查，故以该时间点作为一年的起算时间，更为公允。

二、提起第三人撤销之诉

《民事诉讼法》第59条对第三人撤销之诉进行了规定，对已经发生法律效力判决、裁定、调解书，第三人因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。关于本文讨论的问题，涉及到以下方面：

（一）夫妻一方债权人能否提起第三人撤销之诉

有观点认为：第三人撤销之诉属于攻击之诉，提起第三人撤销之诉对生效判决、裁定、调解书的权威和法律关系的稳定性冲击极大，故应当严格限制有权提起撤销之诉的第三人范围，因此，提起第三人撤销之诉的主体限于《民事诉讼法》第 59 条规定的第三人，即在原审裁判中的第三人，包括有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人，普通债权人不属于原生效裁判对应法律关系中的第三人，不符合第 59 条规定的第三人主体资格，不能提起第三人撤销之诉；普通债权人认为自己的合法权益受到生效裁判损害，可以根据《民事诉讼法》的规定申请再审；夫妻一方的债权人在夫妻双方离婚纠纷案件中不属于第三人，对夫妻双方离婚财产纠纷既不享有实体权利，又不具有法律上的利害关系，因此不能提起第三人撤销之诉。

部分高院的指导意见如下：

1. 2016 年 4 月北京高院《关于审理第三人撤销之诉案件适用法律若干问题的研讨纪要》：“七、就婚姻案件财产部分提起撤销之诉的处理 第三人认为婚姻案件生效判决、裁定、调解书关于财产部分的处理有错误，侵害其合法权益的，可以就对其不利的财产处理内容提起撤销之诉。”

2. 2017 年 12 月广东高院《关于审理第三人撤销之诉案件疑难问题的解答》：“6. 普通债权可否提起第三人撤销之诉 普通债权原则上不适用第三人撤销之诉进行保护。但第三人以金钱债权受到侵害为由提起撤销之诉，如有证据证明原审当事人存在虚假诉讼的，可以受理。”

3. 2020 年 3 月浙江高院《审理第三人撤销之诉案件疑难问题解答》：“六、第三人撤销之诉的原告主体资格如何把握？原案当事人的金钱债权人一般不具备第三人撤销之诉的原告资格，但下列情形除外：2、因债务人与他人的权利义务被生

效裁判文书确定，导致债权人本来可以对《中华人民共和国合同法》第七十四条和《中华人民共和国企业破产法》第三十一条等法律规定的债务人的行为享有撤销权而不能行使的；”

关于债权人能否提起第三人撤销之诉，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号）第 120 条规定，“第三人撤销之诉中的第三人仅局限于《民事诉讼法》第 59 条规定的有独立请求权及无独立请求权的第三人，而且一般不包括债权人。但是，设立第三人撤销之诉的目的在于，救济第三人享有的因不能归责于本人的事由未参加诉讼但因生效裁判文书内容错误受到损害的民事权益，因此，债权人在下列情况下可以提起第三人撤销之诉：（1）该债权是法律明确给予特殊保护的债权，如《合同法》第 286 条规定的建设工程价款优先受偿权，《海商法》第 22 条规定的船舶优先权；（2）因债务人与他人的权利义务被生效裁判文书确定，导致债权人本来可以对《合同法》第 74 条和《企业破产法》第 31 条规定的债务人的行为享有撤销权而不能行使的；（3）债权人有证据证明，裁判文书主文确定的债权内容部分或者全部虚假的。债权人提起第三人撤销之诉还要符合法律和司法解释规定的其他条件。对于除此之外的其他债权，债权人原则上不得提起第三人撤销之诉。”

笔者认为，上述内容对第三人撤销之诉的原告资格已作出明确规定，对于非虚假诉讼的判决和调解，普通债权人无权请求撤销，只有当债务人通过诉讼方式减少责任财产、进行个别清偿或进行其它逃避履行债务的虚假诉讼，行为已经危及债权人实现债权时，债权人与虚假诉讼的处理结果开始具有法律上的利害关系，债权人才具有主张虚假诉讼行为无效的权利，该特殊性能使债权人符合《民事诉讼法》第 59 条规定的主体资格。

2021 年 3 月最高人民法院第 27 批指导性案例中，第 152 号《鞍山市中小企业信用担保中心诉汪薇、鲁金英第三人撤销之诉案》，裁判要点：

债权人申请强制执行后，被执行人与他在另外的民事诉讼中达成调解协议，放弃其取回财产的权利，并大量减少债权，严重影响债权人债权实现，符合合同法第七十四条规定的债权人行使撤销权条件的，债权人对民事调解书具有提起第三人撤销之诉的原告主体资格。

（二）债务人通过离婚案件转移财产的判断标准

一般情况下，夫妻一方债务人通常通过调解离婚的方式转移财产，在调解书中要求法院将相关财产分配给另一方，并对债权债务进行处理，调解书条款是否构成转移财产，亦需要进行实质性审查。除了具备本文“离婚协议中财产分割条款可否撤销的判断标准”中的要求外，鉴于第三人撤销之诉是对生效裁判文书的攻击，故需要第三人在起诉时提供原案裁判可能存在错误并损害其民事权益的初步证据，具体到离婚案件，主要为夫妻双方虚假或恶意诉讼损害第三人利益的相关证据。

从《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第120条规定的“第三人撤销之诉中的第三人……一般不包括债权人……债权人在下列情况下可以提起第三人撤销之诉：……债权人有证据证明，裁判文书主文确定的债权内容部分或者全部虚假的”的内容看，一般情况下，债权人提起诉讼，不具备起诉的主体资格，应当裁定驳回起诉，但在一定情况下，则具备原告主体资格，进行实体审理后判决支持或者判决驳回诉讼请求。”

经查询相关案例，大部分案例认为债权人不具备原告主体资格，裁定驳回起诉，包括：

（1）因债权人超过法定期限提起诉讼的情形，如河北省高级人民法院（2019）冀民申582号民事裁定书，河北省廊坊市中级人民法院（2018）冀10民终5233号民事裁定书；

（2）部分案例认为债权人具备原告主体资格，判决撤销相关调解书；

（3）仅找到一个案例，如甘肃省临夏回族自治州中级人民法院（2017）甘29民终624号民事判决书，认为债权人具备原告主体资格，判决驳回债权人的诉讼请求，但驳回的理由为超过法律规定的六个月期限。

在债权人超过法律规定的期限提起第三人撤销之诉的情况下，到底是裁定驳回起诉还是判决驳回诉讼请求，河北省廊坊市中级人民法院（2018）冀10民终5233号民事裁定书和甘肃省临夏回族自治州中级人民法院（2017）甘29民终624号民事判决书存在不同，尚需统一裁判标准。

认为债权人不具备原告主体资格，裁定驳回起诉的案例有：

1. 北京市第一中级人民法院（2018）京01民终5482号民事裁定书：嘉源公司系李某的债权人，已处于执行阶段，2017年3月北京海淀法院作出5254号判决，判决王某自其与李某2010年离婚时起即享有1202号房屋的所有权，嘉源公司认为王某与李某双方合谋恶意逃避债务、规避执行，存在恶意、虚假诉讼的行为，侵害了嘉源公司权益，故诉至法院，请求撤销“5254号判决”。

法院最终认定：夫妻之间的财产约定不具有对抗第三人之效力，故夫妻财产分割并未侵害金钱债权人之权益。现嘉源企业作为李某的金钱债权人，以上述夫妻财产分割损害其享有的债权为由主张撤销5254号判决，缺乏事实及法律依据。嘉源企业亦未就其主张的王某与李某之间系恶意逃避债务、规避执行一节向法院充分举证。故裁定：驳回嘉源企业的起诉。

2. 河北省高级人民法院（2019）冀民申582号再审查与审判监督民事裁定书，查明：2016年4月法院出具《民事调解书》，吕某与张某自愿离婚，登记在张某名下的房屋归吕某所有。李某在2016年另案中知道上述调解书的内容。2018年4月，李某向法院提起第三人撤销之诉，河北省廊坊市中级人民法院（2018）冀10民终5233号民

事裁定驳回了李某的起诉。李某不服向河北省高级人民法院申请再审。

法院最终认定：李某于2018年4月提起第三人撤销之诉，已经超过六个月法定不变期间的限制，不符合法律及司法解释规定的起诉条件，原审裁定驳回李某的起诉并无不当。裁定如下：驳回李某的再审申请。

3. 北京市第二中级人民法院（2021）京02民终14132号民事裁定书，查明：王某与杨某原系夫妻关系，2017年6月杨某以夫妻感情破裂为由向法院提起离婚诉讼，2017年8月法院出具16760号调解书，确认：双方离婚，共同财产401室楼房一套归杨某所有，车辆归杨某所有，共同债务62.2万元由王某归还。2018年4月17日房屋所有权人由王某过户变更为杨某。2018年4月法院对2831号王某诉王某租赁案件作出判决：王某应支付王某款项140万元左右，经执行未发现王某可供执行的财产。王某起诉要求撤销16760号调解书中房屋、车辆分割条款。

法院最终认定：王某上诉主张其系基于法律关于债权人撤销权的规定提起本案诉讼，因债务人王某与他人的权利义务被16760号离婚案的民事调解书所确定导致其本可对债务人王某的行为享有撤销权而不能行使。结合16760号离婚案与2831号房租案的相关案件事实，尚不足以认定王某对于王某与杨某之间离婚过程中的相关财产处分行为为本可享有法定的债权人撤销权，故王某据此主张其有权提起第三人撤销之诉，不能成立。王某不具有提起撤销之诉的主体资格，裁定驳回起诉。

认为债权人具备原告主体资格，法院审查后支持撤销案例有：

1. 河南省郑州市中级人民法院（2019）豫01民终21272号民事判决书，查明：孙某、王某2001年6月登记结婚，2002年2月离婚，2006年2月复婚，2015年10月经法院调解离婚，调解书第三条载明：双方一致同意将婚后共同财产登记在孙

某名下102号房屋赠与女儿孙小某，并协助办理过户，剩余贷款由孙某归还，婚后共同债务由孙某自愿偿还。2017年6月，孙小某将孙某、王某诉至法院，要求确认房屋归孙晓某所有并协助办理房产过户，2017年9月法院最终判决102号房屋归孙小某所有。2018年1月法院另案作出判决书，认定2013年孙某向顾某借款，但不属于夫妻共同债务，判决孙某归还顾某借款25万元。该案诉讼中顾某或者孙某、王某调解离婚并将房屋赠与孙小某。顾某认为，孙某、王某明知存在欠款，还将仅有的房屋无偿赠与给他人，逃避债务，损害了其利益，为此提起第三人撤销之诉，要求撤销调解书中房产处理条款。

法院最终认定：在孙某存在债务的情况下，孙某与王某在离婚诉讼中约定将涉案房屋赠与孙小某所有、孙某偿还银行按揭贷款及婚后共同债务，在孙某没有足够能力偿还对外债务时，该约定明显损害了债权人的利益，因此，一审法院撤销离婚调解书中房产赠与条款，认定事实清楚，适用法律正确，应予维持，故驳回上诉维持原判。

2. 辽宁省大连市中级人民法院（2020）辽02民终6442号民事判决书，查明：王某与陈某系夫妻关系，2015年1月协议离婚，协议时对案涉房屋分割不明确，后陈某诉至法院，经调解双方确认涉案房屋归陈某所有。另案判决确认王某应偿还宫某80万元及利息。现宫某诉至法院，请求撤销调解书中关于房屋归陈某的条款。

法院最终认定：王某明知其与宫某存在债务关系，仍然在处理离婚后财产调解过程中将案涉房屋全部分割给陈某所有，导致王某作为债务人在法院生效判决确定给付义务的能力削弱、可供执行的财产减少，损害了宫某的民事权益。现宫某提起第三人撤销之诉符合法律规定，判决撤销涉案房屋归陈某的调解项。

认为债权人具备原告主体资格，法院审查后驳回的案例有：

甘肃省临夏回族自治州中级人民法院（2017）甘 29 民终 624 号民事判决书，查明：陈某与王某 2 系夫妻关系，王某 2 于 2015 年起诉陈某离婚，法院于 2015 年 7 月作出调解书，将夫妻共同财产、债权债务作出一并处理。2015 年 8 月王某 1 以民间借贷纠纷起诉陈某、王某 2，此时已知陈某、王某 2 离婚的事实。2017 年 1 月王某 1 向法院提起第三人撤销之诉，认为离婚调解书中财产分割条款侵害了其利益及债权，故请求撤销。

法院最终认定：……离婚协议并没有侵害第三人债权的实现，王某 1 不是原审离婚案件的第三人，无权提起第三人撤销之诉，且提交第三人撤销之诉的时间已超过《中华人民共和国民事诉讼法》规定的法定 6 个月的期限，该期限不适用时效延长、中止、中断的规定，王某 1 认可得知陈某、王某 2 已于 2015 年 8 月离婚的事实，而直至 2017 年 1 月 11 日才向法院提起第三人撤销之诉，超过了法律规定期限，判决驳回王某 1 的诉讼请求并无不当。驳回王某 1 上诉，维持原判。

（三）第三人撤销之诉行使时间

根据规定，第三人可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。

六个月的期限从何时开始计算，笔者认为，起算时间应当和债权人撤销权之诉中“债权人知道或者应当知道撤销事由”的判断标准一致，如有其他证据可以判定则判定，如果没有其他证据，则最晚应当以执行程序结束（或终结本次执行程序）作为判断标准。最高人民法院指导性案例第 153 号，裁判要点：债权人对确认债务人处分财产行为的生效裁判提起第三人撤销之诉的，在出现债务人进入破产程序、无财产可供执行等影响债权人债权实现的情形时，应当认定债权人知道或者应当知道该生效裁判损害其民事权益，提起诉讼的六个月期间开始起算。

涉房屋分割的离婚纠纷类改发案件裁判要点 | 至正研究

原创：2022-03-04 至正研究 翁俊审判团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/xWRGcX0sT1qw7xJfoBL7tg>

编者按：

上海二中院“改发案件类案裁判要点”是对特定类型改发案件中常见问题及裁判规则的归纳提炼。裁判要点以我院审委会通报的形式呈现，并下发辖区法院，以促进类案同判和适法统一。本期刊发的“涉房屋分割的离婚纠纷类改发案件裁判要点”，由我院未成年人与家事案件综合审判庭翁俊审判团队整理而成，对我院近年审结的涉房屋分割的离婚纠纷类改发案件中常见的对离婚纠纷中以夫妻一方婚前财产为主在婚后购买的房屋如何分割、夫妻婚后共同出资且登记在夫妻

一方与未成年子女名下的房屋如何分割等问题做出梳理和回应。

供稿人：熊燕

涉房屋分割的离婚纠纷类改发案件裁判要点

问题之一

夫妻一方婚前购买的产权房仅登记在其一人名下，首付款由其父母出资且贷款由其与父母共同承担，结婚后以夫妻共同财产还贷，夫妻另一方离婚时主张处理该房产的，是否因财产涉及他人而予以另案处理？

裁判要点

夫妻一方婚前购买的产权房仅登记在其一人名下，无论其父母是否出资并参与共同还贷，是否具有与其共有房屋的意思或约定，都只属于该夫妻一方与其父母之间的权利义务关系，除非夫妻另一方明确认可外，不对夫妻另一方产生法律约束力。夫妻另一方基于其以夫妻共同财产参与还贷而在离婚案件中要求处理该房产的，应依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第七十八条的规定予以支持，不得以该房屋涉及夫妻一方父母的权利而不予处理。

问题之二

夫妻双方及一方父母共同登记为房屋产权人，离婚时在离婚协议中约定夫妻一方（父母非产权人一方）在收到对方支付的房屋折价款后从登记权利人中“除名”，这种约定是否有效以及离婚后可否以折价款过低、约定属于赠与为由请求撤销？

裁判观点

夫妻与一方父母共有的房屋，离婚时原则上应由所有产权人共同协商该房屋的分割。但若夫妻达成离婚协议，约定一方放弃自身产权、另一方支付一定折价款的，则因该协议并未涉及其他产权人的权利义务，对夫妻二人均具有法律约束力。双方登记离婚后，该协议生效，双方均应履行协议。因离婚协议兼具财产性和人身性，与赠与行为强调的无偿性、无因性明显不同，即便夫妻双方就一方放弃产权获得的折价款约定较低，夫妻一方主张行使任意撤销权，或以协议显失公平为由主张撤销离婚协议的，也不应予以支持。

问题之三

夫妻可能系为规避房产限购政策而离婚，所购买的房屋登记于夫妻一方名下，该房屋是否属于其个人财产？

裁判要点

对于产权房是否属于夫妻共同财产，把握的一般原则是：非婚状态下购买的房屋为个人财产，婚内购买的房屋为夫妻共同财产。考虑到从签订买卖合同到产权登记往往有时间差，而产权登记只是买卖合同履行的结果。因此，一般以签订买卖合同的时间来判断房屋是否属于婚内购买。但上述一般规则并不排除夫妻可在非婚状态时即以共同购买的合意共同出资购买房屋，此时该房屋宜参照夫妻共同财产予以处理。

在发生夫妻可能系为规避房产限购政策而离婚购房的情形时，可综合考量签订房屋买卖合同时间、离婚时是否分割夫妻共同财产、是否复婚等事实来判断房屋究竟属于一方个人财产还是夫妻共同财产。若查明出资来源于夫妻关系存续期间共同财产的，至少应对该出资金额予以分割。

问题之四

夫妻一方婚前贷款购买产权房并登记在自己一人名下，婚后以夫妻共同财产还贷的，离婚时该房屋如何处理？

裁判观点

对于夫妻一方婚前贷款购买产权房并登记在自己一人名下情形，在适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第七十八条时，应注意甄别房屋登记权利人是否“以个人财产支付首付款”。

情形1：若产权登记一方完全以个人财产支付首付款，则完全符合上述司法解释的规定，离婚时双方协议不成的，通常由产权登记一方就婚后共同还贷款项及其对应的财产增值部分对另一方进行补偿，该财产增值部分以房屋现价值相对于

夫妻结婚时点的增值(离婚时市值-结婚时市值)为计算基础。

情形 2:若夫妻非登记一方有证据证明自己婚前即以个人财产参与首付款出资,则产权登记一方就非登记一方的首付出资、婚后共同还贷款项及二者对应的财产增值部分均应进行补偿。其中,非登记一方婚前出资对应的增值部分以房屋现价值相对于购房时点的增值(离婚时市值-购房时市值)为计算基数。此时,若非登记一方同时有证据证明其婚前出资是基于双方均认可房屋系为结婚、长期共同生活使用目的而购置,则该房屋虽登记于一方名下,但分割时宜将房屋视为二人共有而予以处理,可以参考出资比例,适当考虑双方是否长期共同生活、婚姻关系存续时间长短等因素。

问题之五

婚前男女双方以结婚为目的,由一方出首付款、另一方贷款共同购买产权房登记于二人名下的,离婚时该房屋如何处理?

裁判观点

男女双方婚前以结婚为目的共同出资购买产权房,如未约定按份共有则可认定系共同共有,参照共同共有财产分割的一般原则,兼顾照顾子女、女方和无过错方权益的原则予以确定。对于一方出首付、另一方贷款的情形,若判决确认房屋归出首付款一方所有并由其负担离婚后贷款的偿还,则须特别考虑婚姻期间的长短对实际归还贷款金额的影响——若婚姻存续期间较短,则仅贷款出资的夫妻另一方实际对房屋的出资贡献非常有限,应在均分基础上适当调低该方的产权份额比例,尽量避免利益失衡的情形,如,取得产权的一方实际所支出的首付款、给另一方的折价款加上尚欠的贷款本金总和高于房屋现价值。

例如,400 万(男方 300 万首付+女方 100 万贷款)房屋现值为 500 万(尚余 80 万贷款),男女双方可分割的房屋价值 420 万元,若给女方 30%,

男方实际就为房屋花费 300 万首付、126 万给女方折价款及未来还需承担 80 万贷款,总计 506 万已高于房价;若无其他因素,分配给女方更高比例则欠缺妥当性。

问题之六

离婚协议中对房产出资、还贷金额的归属进行约定,是否可以认定双方就该房屋分割达成一致意见?

裁判观点

婚姻关系存续期间夫妻贷款所购产权房属双方共同财产,双方在离婚协议中仅约定各方出资、还贷金额的归属,并继续保持对房屋共同共有状况,而并未确定离婚后房屋归属或具体分割方案的,不能认定双方已就该房屋分割达成一致意见。登记离婚后,一方起诉分割该房屋的,可参照上述协议确定房屋出资情况并结合夫妻共同财产分割的一般规则予以处理。

问题之七

夫妻婚后贷款所购且产权登记不涉及他人的产权房如何分割?如何确定可供分割的财产价值?

裁判观点

人民法院对属于夫妻共同财产的房屋,可根据双方出资贡献等情况,结合照顾女方、子女、无过错方等原则,判决该房屋归属于夫妻一方所有,由该方向另一方支付房屋折价款。在计算房屋折价款时,以房屋现存的可供分割的财产价值(V)而非房屋市值(A)为计算基数。具体可通过双方协商或委托评估等方式确定房屋市值(A),另须查明尚欠的贷款本金(B),以房屋市值扣除尚欠的贷款本金确定可供分割的财产价值($V=A-B$),尚欠的贷款利息不应扣除。

问题之八

夫妻一方婚前与其父母共同购买房屋登记为该夫妻一方与其父母中一人共同共有，或者与其父母共同共有，房屋按揭贷款在该夫妻一方名下；离婚时，因婚姻期间该夫妻一方所还贷款实际由夫妻共同财产承担，那么，应如何确定夫妻另一方应获得的补偿款？

裁判观点

参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第七十八条规定的精神，夫妻一方婚前所购房屋无论登记权利人是否仅限于其一人，只要婚后以夫妻共同财产进行还贷，则均应由其对夫妻另一方参与共同还贷的款项及其对应的财产增值部分进行补偿。但是，确定上述共同还贷款项所对应的增值部分时，应区别于夫妻一方婚前购房仅登记于该方一人人名下的情形。

具体可分步计算：

（一）综合房屋产权人数、相互间的父母子女关系、出资贡献情况等因素确定登记产权的夫妻一方能够享有房屋增值利益的比例 a ；

（二）确定夫妻可共同享有的房屋增值利益 $=a \times$ 婚内总房屋增值（不考虑其他因素情况下可简化为离婚时和结婚时房屋市值的差额）；

（三）确定婚内夫妻所还贷款本息相对于登记产权一方对房屋所有出资贡献的比例 b ；

【 $b =$ 婚内还贷本息 / （所有已还贷本息 + 尚欠贷款本金），此时由于登记产权夫妻一方主要以承担贷款方式对房屋出资，故其对房屋的所有贡献理应包括婚前已归还贷款本息、婚内所还贷款本息及尚欠贷款本金部分】；

（四）确定可作为夫妻共同财产予以分割的价值即另一方补偿款的计算基础 v （ $v =$ 婚内还贷本息 $+ b \times a \times$ 婚内总房屋增值），不考虑其他因素情况下另一方应获得上述财产价值的一半。

问题之九

夫妻一方在婚后将自己婚前个人房产出售，以售房所得款为主要出资购买了另一套房屋，现诉请分割该套房屋，如何把握分割规则？

裁判观点

夫妻婚后所购产权房除双方有约定外，应依据《民法典》第一千零六十二条、第一千零六十三条，结合房屋登记和出资情况，确定该房屋是否属于夫妻共同财产。除夫妻一方婚前个人房产完全足以购买新房产且新房产仍登记于该夫妻一方一人名下等少数情况外，夫妻婚后所购房屋无论登记于夫妻一方还是双方名下，一般均属于夫妻共同财产。夫妻共同房产的分割，应参照共同共有财产分割的一般原则，按照照顾子女、女方和无过错权益的原则予以确定。即便该房产的出资主要来源于夫妻一方出售婚前个人房产所得款，因夫妻间并非按各自出资来享有对新购房屋的权利，故不宜将该婚前个人房产出售款及其增值部分特定化地作为该夫妻一方的财产份额，而是应将该方出资贡献较大作为与照顾子女、照顾女方等并列的考量因素，以酌情调整夫妻双方就该房产所应分得的份额比例。

例如，出售个人房产 a 得款 500 万，购置 600 万新房屋，现新房屋增至 1000 万。分割新房屋时，不能当然将其中 500 万作为一方个人财产，仅将另 500 万作为夫妻共同财产分割；更不能将 500 万及其对应的增值份额即 $500 + 500 / 600 \times (1000 - 600)$ 作为夫妻一方个人财产，剩余部分作为夫妻共同财产分割。

问题之十

夫妻婚后共同出资购买产权房登记在夫妻一方与未成年子女名下，离婚时如何分割？

裁判观点

夫妻双方婚后共同出资购买的产权房，无论登记为夫妻双方还是夫妻一方及未成年子女名下，

均宜认定为夫妻双方与子女共同所有，在产权登记中未约定按份共有的，应认定为共同共有。

若夫妻离婚时子女仍未成年，该房屋分割可在离婚纠纷案件中一并处理。可结合夫妻双方居住情况、抚养子女情况等确定房屋归属，由取得

房屋产权的夫妻一方向另一方支付折价款。若夫妻双方对未成年子女应分得的份额无法协商一致，因房屋购买及还贷过程中未成年子女均未出资，宜在均等分割基础上酌情适当降低未成年子女的份额。

拿起画笔的她 | 一名家事法官的别样表达

2022-03-07 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/I1xDHJ6Q-Ps_P3S-6Hk7Pg



顾玫 无锡市新吴区人民法院旺庄法庭审判员

当一名家事法官是什么感觉呢？

不知道你们有没有看过情感类的公众号，就是那种天天发家长里短、感情纠纷小作文的那种公众号，然后评论区一般都是“分分分”“快逃”“不分留着过节吗”这样的留言。

“要是案子都像发微博评论这样简单就好了”。我和同事常常这样互相打趣。家事法官，每天面临着的是同样的家长里短、感情纠葛，案情陈述可能是长达十几页纸的大作文，法庭的法槌听过了太多夫妻的反目成仇、孤独老人的哭泣哀求和懵懂孩子的无措哭喊。

但我们，却不能简简单单地评定分还是不分，对还是不对。

在家事法庭上，你看到的是在婚姻中磋磨彼此的夫妻，看到的是在家庭里备受冷落的孩子；

一落笔，就是夫妻完全不同的人生道路，一裁定，就是孩童完全不同的成长环境。

都说清官难断家务事，我们断的偏偏就是这人情事故、离合聚散。

“法官，她是个疯子好吗？你看看她发的这些威胁的照片，简直不堪入目。”

“我是疯子？你才是当代陈世美吧，出轨个90后，你怎么有脸教儿子做人？”

法庭上，为了儿子的抚养权，已经离婚的张琴和李默争锋相对、闹得不可开交，陈年的旧账也被翻了出来反复地争吵。

2020年6月，张琴和李默离婚，并约定由张琴来抚养儿子，后来，张琴得知李默要离婚的导火索居然是与一个年轻姑娘出轨在一起，背叛了两人十几年来感情。

“凭什么我天天在家带孩子带的昏天黑地，孩子生病我一个人要送他去医院，他却可以在外面花天酒地，潇洒地不行？”

张琴边说边流泪。

在这种报复情绪的驱使下，张琴重新和李默签订了变更协议，把孩子变更为李默抚养，想借此来让李默了解多年来抚养儿子的不易与辛苦，让二人重归于好。张琴没想到，郎心似铁，不可回转，李默将孩子扔给了父母，沉浸在女友的柔情蜜意里。

“我离不开儿子，我就不应该将他留给李默，儿子跟着他既没有父亲，也没有母亲啊，法官，我不能让他把儿子带走。”

看着张琴痛哭流涕的样子，我默然了：当初为了挽回李默，张琴自己提出了变更抚养权的要求，现在又希望把孩子带回自己身边，张琴是把孩子放在心上的吗？还是又把孩子当做挽回感情的工具呢？

这个答案无疑关系着孩子的未来，而我，要找到那个最真实的答案。

“你和儿子感情怎么样？”

“孩子生了以后，我就全职在家带娃，他是我从小带到大的，从出生就跟着我，离开我的时间加起来都不到两天。他跟着我一定比跟着他爸强”。

面前的女人拢了拢头发，试图想保持一个体面的姿态，但勉强的笑容道出了她的心绪，和前夫那场争执显然已经耗尽了她的心力。生活在她的额头留下了浅浅的纹路，紧攥的手掌显示出了她内心的紧张与挣扎。李默耸了耸肩，表示默认了，但他同时也说，张琴很容易情绪过激，怕以后对孩子有不良影响。显然，从庭上的表现来看，张琴对于争夺儿子抚养权的意愿更高。

但孩子和父母相处得如何，究竟想和谁一起生活，这个问题恐怕只有孩子自己才能资格评判。

我带着孩子来到工作室，邀请了一位“育儿专家”人民调解员一起听听孩子最真实的想法。

“李李，我是法官阿姨，今天邀请你来呢，主要是办公室有个拼图拼不起来了，听妈妈说，咱们李李是拼图专家，你能帮阿姨这个忙吗？”我把工作室里的拼图递给了孩子，他犹豫了一下，但还是乖乖地坐下来开始拼图。

“你现在读几年级啦？跟妈妈在一起开心吗？”问了几个问题，孩子很肯定地告诉我，喜欢妈妈、想和妈妈在一起，不想和爷爷奶奶一起住，也不想和爸爸在一起。

“爸爸都不管我”，孩子有点生气又有点委屈地说。

担心张琴“预判了自己的预判”，提前教好孩子答案，于是我又接着问道：

“李李，你妈妈打你疼吗？”——如果张琴打过孩子，而孩子想说谎，肯定会说不疼。

“妈妈没有打过我！”孩子肯定的回答。看来，张琴和孩子的感情还是很好的，也很关心孩子的成长，我总算放下了心，跟孩子反复确认是他的真实意思后，我拿着这份笔录向张琴和李默进行了宣读。

最后，双方达成了调解协议，由张琴来抚养孩子。

然而，这一切还没有结束。

我仍然担心着，在这场抚养权争夺战后，张琴能否很好地控制好情绪，收拾好心情，不要生活的烦扰影响李李的学习；我也担心张琴在离开职场这么久以后，还能否独立支撑起一个家。于是，我向张琴发出了一份“家庭教育令”，督促她到妇联接受家庭教育指导。

大部分妈妈都是疼爱孩子、关心孩子的，愿意陪伴孩子一起成长。但，第一次做妈妈，难免会有手足无措的时候。孩子一如既往的爱着妈妈，证明你也只是偶尔‘犯了迷糊’，为了让你能够成为一个坚强而温暖的妈妈，我们为你准备了‘智慧父母’学习沙龙，期待你能够从中得到启发，为李李营造最温馨的港湾。

在给张琴的家庭教育令中，我这样写道。

幸运的是，生活的磨砺让张琴飞速地成长了起来。在“智慧父母”学习沙龙里见到的她与李李都与从前不大一样了，她的眉眼间充盈着从容，李李也不再拘束，越发自信活泼了起来。

“顾法官，谢谢您哈~李李，快来和法官阿姨打个招呼。”

“阿姨阿姨，上次那个拼图我还没拼完，我什么时候可以再去您那儿玩呀？”

“等你考到前五名，就可以和妈妈说来找法官阿姨了哈~”

家事难断，难在答案不明，难在举棋难定。

而我们，就是要在纷繁的矛盾里寻找那个最优解，找寻弥合的同心圆。

是非纠葛的审判日常没有让我变得冷峻，而是让我对案件中的每一个当事人都更加关注，我关心他们从哪里来，我更关心他们要到哪里去，“希望每一个孩子、每一个人都能被世界温柔以待”，出于这份初心，我执起画笔描绘那些困在家庭里的人、需要关怀的孩子和亟待关注的弱者。我热切地希望每一份审判都是当事人拥抱新生活的开始，我也由衷地祝福每一个孩子都能拥有温暖的未来。（文中人物均系化名）

家事法官的“普法”之路



绘制《大玫法官说家事》普法系列漫画册



参加无锡经济广播和 B 站同时上线的反家暴直播



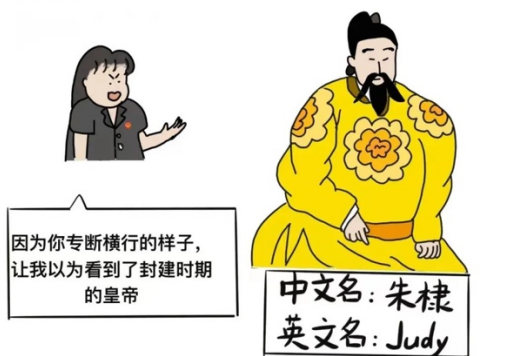
参加国际志愿者嘉年华活动



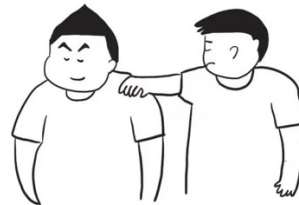
新吴法院成立“大玫法官工作室”暨“妇女儿童维权工作站”

一些小小的漫画 by 顾玫





听说今天是你结婚纪念日，看来你和小玫这对cp是锁死了，这婚你是不能撤销了



倒也不必这么悲观.....



现在年满2岁了，可以归你抚养

不不不，他吃这么多，还是妈妈养的好

你们倒也不必这么推辞.....



这可以算是持续威胁的吧？撤销的起算点要给我保留的吧？



不管是在庭上还是在工作室，不管拿起的是画笔还是卷宗，我们都希望，每一份审判都能成为当事人拥抱新生活的开始，每一个孩子都能拥有温暖的未来。

【法官说法】想靠离婚来逃债？没门！

2022-03-17 北京二中院金色天平

<https://mp.weixin.qq.com/s/lxoKJC9rGVN-fLpbv7aEFg>

离婚协议一般包含解除婚姻关系、财产分割、债务分配、子女抚养等主要内容，但是，如果夫妻一方存在个人债务，对离婚财产的分割导致了负债一方偿债能力降低，进而侵害到债权人合法权

益，债权人能否撤销债务人离婚协议中的财产分割条款呢？

案情简介

王某是某理财平台交易员，李某有一笔闲散资金，王某便建议李某可以到某平台进行理财，李某担心不能回款，便与王某商议让其作为保证人，与李某签订了一份《保证合同》，约定：如2019年11月30日前理财平台仍未全额回款，王某就上述债权为李某提供不可撤销的连带责任保证。之后，李某投到理财平台的资金未全额回款，李某以前述《保证合同》为依据到北京仲裁委申请仲裁。2020年7月，仲裁委裁决王某向李某支付共计70余万元。之后李某向法院申请强制执行，但并未完全实现其债权。

2019年10月23日，王某（女方）与钱某（男方）签订《离婚协议书》一份并登记离婚。该《离婚协议书》载明有如下内容：双方自愿办理协议离婚。《离婚协议书》中约定双方名下所有财产，包括男方名下房产离婚后全部归男方所有，女方不占任何份额，双方名下所有债权离婚后归男方所有，双方名下所有债务离婚后归女方偿还。后，李某以《离婚协议书》损害其到期债权为由将王某和钱某起诉到法院，要求撤销王某与钱某《离婚协议书》中有关财产分割部分。一审法院部分支持了李某的请求，判决撤销了《离婚协议书》中“男方名下房产离婚后归男方所有”的内容。后李某、王某和钱某均不服从判决，上诉至本院。

法院判决

李某主张的债权人撤销权能否成立？

首先，已经生效的仲裁裁决书确认了李某作为债权人对债务人王某享有有效的债权。其次，《离婚协议书》约定王某、钱某名下所有财产，包括金融资产、固定资产及男方名下房产离婚后全部归男方所有，女方不占任何份额，同时约定双方名下所有债权离婚后归男方所有，双方名下所有债务离婚后归女方偿还。涉案房屋虽登记于钱某名下，但该房屋是王某、钱某在婚姻存续期间内购买，属于夫妻共同财产。且《离婚协议书》的

签订日期为2019年10月23日，该日期为王某保证于2019年10月25日前为李某拿到回款之前2日，而王某和钱某未对此作出合理解释，不能排除王某与钱某主观上存在恶意逃避债务的情形。因此，《离婚协议书》削弱了王某的偿债能力，存在明显分割不公平的情形，可以认定王某存在侵害李某债权的行为。最后，在李某申请对王某强制执行时，法院依法作出了终结本次执行的裁定，可以认定《离婚协议书》的约定实质损害到李某债权的实现。综上，李某主张的债权人撤销权有事实和法律基础。

一审判决撤销《离婚协议书》中“男方名下房产离婚后归男方所有”的内容是否足以实现李某的债权。

首先，王某、钱某签订的《离婚协议书》中对债务分担的内容，仅具有对内效力，是王某、钱某二人对债权债务在内部承担的划分，不具有对外效力。其次，双方均认可涉案房屋价值1000万元左右，而涉案房屋上现有的抵押债务数额为600万元，该房屋价值足以涵盖李某的债权，同时，李某享有的债权人撤销权应以实现其债权金额为限，一审法院仅判决撤销《离婚协议书》中“男方名下房产离婚后归男方所有”的内容足以实现李某的债权，处理正确。最终，二审法院判决驳回了李某、王某、钱某的上诉请求。

法官说法

实践中，债务人通常会通过各种途径转移、藏匿财产，将债务人原本所有的财产分配给配偶、子女等利益相关人，使得债权人陷入债权无法得到实现的困境。夫妻双方可以协议方式对夫妻共同财产进行处分，但在一方对外负有债务的情形下，负债一方自愿放弃分割共同财产，应以不影响其个人偿债能力为前提。若债务人在债务存续期间，通过离婚协议的约定主动放弃其财产份额，造成自身可用于偿还债务的财产减少，这种情况

下，若债权人满足债权人撤销权的行使条件，就可以向法院起诉请求撤销债务人对这部分财产的处分。

债权人撤销权能否成立应考虑以下因素：一是债权人是否有合法有效的债权；二是债务人是否有侵害的行为，在本案中即王某是否存在无偿

转让财产或以明显不合理的低价转让财产的情形；三是债权人的债权是否受到了实际损害，实践中债权人通常会提交法院的执行终本裁定予以证明。此外，债权人撤销权应以实现其债权金额为限。

供稿：民四庭 李 杰

编辑：丁 洁

婚介公司与已婚人士签订的婚介协议无效 佛山禅城区法院：协议内容违反公序良俗

2022-03-25 人民法院报 罗倩琳

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-03/25/content_215301.htm?div=-1

本报讯 近日，广东省佛山市禅城区人民法院公开开庭审理了一起服务合同纠纷案。苏某在未离婚的情况下与婚介公司签订协议，约定苏某以单身的身份接受婚姻介绍服务。后苏某因故未离婚，要求公司退回款项无果，遂向法院提起诉讼。最终，禅城区法院判定协议无效，该公司退回所有服务款项。

苏某 2020 年 10 月到某婚介公司咨询婚姻介绍服务。在咨询的过程中，苏某向该公司销售人员表示，自己尚未离婚，但已与丈夫分居。在咨询人员的引导下，苏某一次性交了六个月 7800 元的服务费。交费后双方签订了合同补充协议，协议约定苏某以单身的身份接受婚姻介绍服务；三个月内，如果苏某能提供离婚证件，婚姻介绍服务则启动，但如果苏某未能如期提供离婚证件，服务则暂停延期；如果五个月内苏某仍未能提供离婚证件，苏某则需要承担违约责任，所交的费用不予退还。

之后，苏某因故未离婚，要求婚介公司退款，但婚介公司只同意暂停服务。苏某遂将该婚介公司诉至禅城区法院。

婚介公司辩称，作为成年人的苏某在知晓协议约定内容的情况下签订协议，说明其同意履行协议的约定内容。苏某未能按时提供离婚证件，属于违约，因此需要承担违约责任，婚介公司无须退还费用。

法院认为，双方当事人之间签订的合同补充协议有双方的盖章签名，无证据显示存在非自愿的情形，应视为合同成立。但婚介公司明知苏某未离婚，仍与其达成婚姻介绍服务合同，并以苏某取得离婚证作为合同生效的要件，约定在五个月内未取得离婚证则不退回服务费。该合同条款隐含催促原告离婚的目的，与善良风俗相悖。

是否解除婚姻关系应当充分尊重苏某及其丈夫的婚姻自主权，不应受到该协议的不当干涉。因此，双方当事人的约定违背了公序良俗，该合同补充协议无效。最终，法院依法判决婚介公司向苏某返还服务费 7800 元。

法官说法

在本案中，婚介公司与苏某签的合同补充协议内容隐含催促其离婚的目的，既与该公司经营范围不符，也与社会公序良俗相悖。即使该协议是双方自愿签订，依然无效。

家庭是社会的细胞，家庭和睦，则社会更安定，维护家庭和睦稳定是社会的善良风俗，约定离婚期限的协议内容违反了社会公序良俗。在审判中要坚持正确的价值取向，弘扬社会主义核心价值观，努力让裁判结果实现法律效果与社会效果的统一。

附赠书获奖名单 | 李震：民间借贷纠纷中夫妻共同债务的司法认定 | 前沿

2022-03-29 中国民商法律网 朱鸿嘉摘编

https://mp.weixin.qq.com/s/FA7-Nph_wT-xtOgCqUpn8A

本文选编自李震：《民间借贷纠纷中夫妻共同债务的司法认定》，载《现代法学》2021年第2期。本文未经原文作者审核。

【作者简介】李震，重庆大学法学院博士研究生、重庆市高级人民法院审判员。

当民间借贷纠纷涉及夫妻共同财产时，如何认定夫妻共同债务是理论和司法实践中的焦点问题。2018年出台的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称《夫妻债务司法解释》），摒弃了“共债推定”原则，采用“共签共债”为主、“特别共债”为辅的裁判思路，该司法解释被《民法典》第1064条全部吸纳。对此，重庆大学法学院李震博士研究生在《民间借贷纠纷中夫妻共同债务的司法认定》一文中，从债权人信赖利益角度，对民间借贷纠纷中夫妻共同债务的认定及司法实践中如何确认夫妻“特别共债”问题进行了探讨，以期在理论上解答《民法典》正式实施后，如何规范民间借贷行为及统一民间借贷纠纷中夫妻共同债务的司法裁判规则和尺度等重大问题。

一、民间借贷纠纷中夫妻共同债务认定的现状及困境

（一）《夫妻债务司法解释》出台前后的司法实践对比

在《夫妻债务司法解释》出台前，根据《婚姻法》的规定，在民间借贷纠纷案件中，**夫妻共同债务的举证证明责任分配一般遵循债权人保护优先的原则**。债权人仅须证明其与举债人之间存在合法有效的借贷关系，且该债务发生在举债人夫妻婚姻关系存续期间；相反，举债人配偶主张该借贷并非夫妻共同债务的，则须举证证明该借贷并非

用于夫妻或家庭共同生活或生产经营（并非限于夫妻共同生产经营）。

2018年《夫妻债务司法解释》出台后，此类案件的裁判思路调整为：**举债人的举债，推定为个人债务；债权人主张举债人的举债系夫妻共同债务的，须尽到足够的证明责任**。在“特别共债”的认定上，对债权人课以了更为严格的举证证明责任。然实务中，不少裁判者仍遵循“夫妻财产共有”则“夫妻债务共负”的理念，对“特别共债”的认定又回到原来的推定思路。

（二）民间借贷纠纷中夫妻共同债务认定的困境

第一，民间借贷纠纷中关于夫妻共同债务的实体权利平衡方面存在困境。民间借贷一旦涉及夫妻共同债务，便会涉及配偶一方的人格权和财产权问题。部分学者试图通过比例原则来调和债权人和举债人配偶之间的利益平衡，但这种做法将债权进行优先保护，未能充分考虑人格权具有优先于财产权进行保护的法律价值，忽略了民法应以人格权的保护为首要和根本任务的共识，且仅因配偶关系而苛责于举债人配偶，会对其自由构成妨碍，亦会对婚姻家庭的稳定及社会秩序构成极大威胁。

第二，民间借贷纠纷中关于夫妻共同债务的诉讼权利平衡方面亦存在困境。一方面，基础性债权债务关系认定具有特殊性：书面证据欠缺，当事人陈述和证人证言的可信度低，裁判者通常只能运用经验法则认定事实，风险较大。另一方面，**夫妻共同债务的认定日益复杂**：夫妻之间可能为了双方的利益而虚构事实，或构建诉讼陷阱或障碍，妨碍债权人举证；举债人也可能为了躲避或减少己方承担债务的份额，独自或与他人一起虚构借贷事实。

二、基于信赖原则的夫妻共同债务认定规则

（一）在夫妻共同债务认定中引入信赖原则的缘由

引入信赖原则，或能解释《民法典》1064 条中“特别共债”在理论上的自治性。信赖原则表明，只有当事人付出了信赖，且是合理和正当的，法律才予以保护。在认定“特别共债”时适用信赖原则，考量债权人与举债人建立或履行民间借贷关系的过程中，债权人主观上的信赖对象和客观上的信赖利益负担人，来确定其对举债人配偶是否享有正当、合法的信赖利益，进而确定“特别共债”是否存在，以此将权利、义务与风险进行统一自治或使其更符合法律正义的原则。

（二）信赖原则在夫妻共同债务认定中的适用

在民间借贷纠纷的夫妻共同债务认定中，应当从如下几个方面来确认债权人对举债人配偶是否享有信赖利益：

第一，基于法律制度的信赖利益。在私法领域中，考虑到法律及其制度变动的溯及力问题，公民能否基于对法律、制度的信赖而享有正当信赖利益，仍然存疑。故在《夫妻债务司法解释》出台前，当事人基于对之前法律、司法解释等的信赖而作出的民间借贷行为，从正当法和正当程序角度，债权人对举债人的配偶是否享有信赖利益，并不能一概而论。

第二，基于日常家事代理的信赖利益。《民法典》第 1064 条以日常家事代理苛责举债人配偶在一定范围内承担给付义务，虽具有法定性，但在具体适用时还需充分考虑债权人是否对举债人配偶享有信赖利益，以便确定具体案件中的日常家事代理范围，从而确定债权人对举债人配偶享有债权的正当性。

第三，基于夫妻共同生活、共同生产经营的信赖利益。首先，需对“用于夫妻共同生活”与“为家庭日常生活需要”两个概念进行符合法律自治性和一致性的解释。其次，如果债权人主张举债人的借款属于夫妻共同债务，则需证明其在出借时或举债人及其配偶在履约中，对举债人配偶享有合理、正当的信赖利益，或在债权人延缓举债人偿付债务时对举债人配偶享有信赖利益。

三、民间借贷纠纷中夫妻共同债务的认定标准

（一）民间借贷夫妻共同债务中信赖利益的认定

对民间借贷纠纷中夫妻共同债务中信赖利益的认定，应当适用民事诉讼中关于事实认定的一般性规则 and 标准，通过审查是否存在特定的要件事实，来确认举债人是否对夫妻共同债务存在信赖利益。即债权人需要证明其尽到了足够的善意、审慎义务，且其对举债人配偶享有的信赖利益合法、正当，该事实的存在具有高度盖然性。

信赖利益的认定，还需要考虑时间节点问题。在义务履行过程中，债权人有无可能因举债人配偶的行为而产生信赖利益是一个问题。基于举债人配偶与举债人的特殊身份关系，结合其事后的行为本身，如果这些事实足以使债权人相信：举债人夫妻均知悉举债事实，且举债人的举债是基于其夫妻的共同意思表示或举债人配偶有追认的明示，则债权人的信赖利益已在债务履行过程中产生，可对夫妻共同债务予以认定。当然，此时也需考虑债权人是否为善意。

此外，仍需探讨当事人对相关法律及其司法解释变迁前后的法律制度和生效司法裁判是否存在信赖利益。该问题在《夫妻债务司法解释》实施后非常突出。考察最高人民法院在《夫妻债务司法解释》出台后的公开案例，裁判过程基本坚持如下原则：（1）已经生效的判决，维持其既判力。

（2）未生效的案件，则适用《夫妻债务司法解释》的规定。

（二）基于信赖原则的民间借贷中夫妻共同债务认定规则和标准

依照《民法典》第 1064 条规定，夫妻共同债务的认定一般需遵循如下逻辑：首先，确定举债是否是夫妻双方的共同意思表示（包括第 1 款前半句规定的共同签字或事后追认以及第 2 款的“基于夫妻共同意思表示”），若否，则考察以个人名义的举债是否属于“为家庭日常生活需要”。其次，如果既不能认定存在共同意思表示，也不能认定系“为家庭日常生活需要”，则需就是否“用于夫妻共同生活”“用于夫妻共同生产经营”进行认定。本质上讲，对夫妻共同债务的认定依

然是人民法院根据双方当事人举证证明责任完成情况，并运用逻辑推理和日常生活经验法则，通过自由心证作出的判断。

实践中，针对夫妻“特别共债”认定问题的争议颇多。

第一，“为家庭日常生活需要”而产生的“特别共债”。《民法典》第1064条就其所作规定，与第1060条规定的夫妻之间日常家事代理制度互为补充。所谓为家庭日常生活需要而进行的借贷，实质上就是一种家庭消费贷款。认定“为家庭日常生活需要”并不能当然确定由债权人负担对举债人“为家庭日常生活需要”而借款的举证证明义务。债权人不仅须证明借款金额符合当地家庭日常生活消费水平，还须证明其出借款项时对举债人配偶享有合理、正当的信赖利益，这与日常家事代理制保护交易对方合理信赖利益的作用是一致的。家庭日常生活需要的范围的认定，应采一般的客观标准和个别审查共同适用的原则，其机理在于债权人是否对举债人的家庭情况有所了解并形成了信赖利益。

第二，“用于夫妻共同生活”的夫妻“特别共债”。此种债务是超出日常家事代理范围的举债行为，因此，对于该类型和“用于夫妻共同生产经营”的“特别共债”，债权人须尽到更高的证明责任。总体而言，只有债权人能证明其确有足够的理由信赖举债人的借款“用于夫妻共同生活”且举债人配偶并不反对的，才对举债人配偶

享有合法、正当的信赖利益，才能将该部分借款认定为夫妻共同债务。

第三，“用于夫妻共同生产经营”的夫妻“特别共债”。法律虽明确规定“用于夫妻共同生产经营”的个人举债系夫妻共同债务，但对“夫妻共同生产经营”的范围不宜作出扩大解释。若债权人认为其对举债人配偶基于夫妻共同生产经营而享有合法、正当信赖利益，则须证明其事先知悉举债人及其配偶符合共同生产经营的情形，或证明举债人配偶同意或认可举债人的借款。此时，方能将举债人以个人名义的借款认定为夫妻共同债务。

四、结语

民间借贷中的夫妻共同债务最终还需要回到真正的“共签共债”或共同意思表示轨道上来，这才是解决问题的根本。在强调人格独立的现代社会，不宜以固有的夫妻财产共有制度和传统社会中的日常家事代理理论来规范现代社会的夫或妻对外举债行为。《民法典》实施后，对夫妻共同债务制度中的相关概念的界定，应置于整个民法典体系之中考量举债人配偶的义务、人格权的地位和价值、举债人配偶人格权益和财产权益的相对独立性，以及夫妻共同债务制度对婚姻家庭关系稳定性乃至对整个社会稳定性的影响。

（四）检察视点

北京市检察机关发布依法维护妇女权益典型案例

2022-03-06 京检在线

<https://mp.weixin.qq.com/s/dMX9QNSGTSqC-jqlUuu3TA>

编者按

在三八妇女节来临之际，为在深化检察供给侧结构性改革中提供更多高质量“检察产品”，充分发挥出典型案例的指导、引领作用，北京市人民检察院综合考量检察能动履职、案件办理效果、案例指导意义、对妇女权益切实保障情况等因素，经征求相关部门的意见，从全市征集的 27 件维护妇女权益相关案件中，评选出北京市检察机关依法维护妇女权益五件典型案例。

案例涉及家庭暴力、职场性侵、网络婚恋诈骗、家庭财产纠纷等热点问题引发的刑事案件，既包括检察机关依法严惩的侵犯妇女权益的案件，也包括体现检察机关用心用情对妇女群体人文关怀的案件。检察机关在依法办案的同时，或对被害女性、家属伸出司法救助之手切实解决困难，或以案为鉴加强普法宣传，或制发检察建议参与社会治理堵塞管理漏洞等，生动展现了北京市检察机关在维护妇女权益方面的履职担当。

案例一 王某某故意伤害案

【关键词】

家庭暴力 司法救助 犯罪预防

【基本案情】

2019 年，被告人王某某（男）与被害人丁某某（女）确立了双方家庭认可的同居关系，并在北京市共同生活。2019 年 10 月至 2020 年 12 月间，王某某开始多次殴打丁某某，致其全身广泛分布

损伤。2020 年 12 月 11 日，丁某某呼之无应答，经抢救后宣告死亡。经鉴定，丁某某生前曾遭受他人长期、反复、多次的暴力侵害，死因符合全身多处受钝性外力作用致感染中毒性休克死亡。

公安机关立案侦查，经检察机关审查逮捕、审查起诉，后以故意伤害罪向法院提起公诉。法院以故意伤害罪判处王某某有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年。

【检察机关履职情况】

1. 主动调查取证，开展实质性审查。检察官调取法医证言并复核了尸检鉴定意见，向负责救治的医院收集、调取被害人 CT 影像图片等证据，印证了丁某某生前遭受长期、反复暴力的事实。

2. 异地司法救助，解决被害人近亲属生活问题。检察官注意到，被害人丁某某去世后，家里仅剩年迈的祖父母及未成年的妹妹，家庭陷入困境。检察机关及时启动司法救助程序，赴山东开展实地走访调查后认为符合司法救助条件，决定给予 13 万余元司法救助金，并主动协调被救助者所在地检察院协助，促成了北京、山东联合发放救助金。

3. 庭审注重释法说理，促进矛盾化解。庭审中，检察官注重结合证据及法律规定对被告人开展教育转化，并当庭宣读了检察机关司法救助的通报材料，唤起了被告人悔意，始终认罪不认罚的被告人当庭服法并同意赔偿。被害人家属亦当庭接受了被告人忏悔。

【典型意义】

1. 准确适用法律，精准打击家暴犯罪。对没有法定婚姻关系，但根据习俗由双方家人交聘礼、给嫁妆，以夫妻身份生活的，可适用“两高两部”《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》的规定。

2. 彰显司法为民，做好“后半篇”文章。检察机关了解到丁某某原生家庭的困难，立足检察工作职能，用快速审核、异地发放等方式进行司法救助，解决被害人家属就学、医疗等燃眉之急，在解决群众“急难愁盼”过程中彰显检察为民情怀。

3. 以案为鉴，做好犯罪预防工作。检察机关深入贯彻落实“谁执法谁普法”责任制，多次深入辖区内社区、乡村开展妇女自护宣传，普及反家暴知识，并在国家反家暴日开展“以案释法”普法宣传，取得良好社会效果。

案例二 魏某某故意杀人案

【关键词】

家庭纠纷 伤情鉴定 司法救助 检察建议

【基本案情】

被告人魏某某（女）于 1998 年与被害人陈某（女）父亲结婚，后因房产归属问题产生矛盾。2020 年 6 月 26 日，陈某及其姑姑陈某某前往魏某某位于北京市的住所，魏某某向二人泼洒汽油并点燃，导致陈某某经抢救无效死亡，陈某全身烧伤，经鉴定为重伤一级。

公安机关立案侦查，经检察机关审查逮捕、审查起诉，后以故意杀人罪向法院提起公诉。法院以故意杀人罪判处魏某某死刑，剥夺政治权利终身。

【检察机关履职情况】

1. 精细履职，体现公平正义。检察机关发现被害人陈某烧伤面积大、损伤程度严重且有继续

恶化倾向，委托鉴定机构补充鉴定。最终，根据后续诊断材料，鉴定机构将陈某由重伤二级的鉴定意见变更为重伤一级。

2. 教育转化，促认罪悔罪。魏某某被抓获后拒绝供述作案经过，检察官利用往昔家庭生活等加强教育转化，最终，魏某某如实供述并当庭道歉。庭审后，被害人家属向公诉席鞠躬表示感谢。

3. 多措并举，释放司法关怀。考虑到陈某伤情严重且有年幼儿童需要抚养，治疗和康复亦存在资金困难。检察机关适时启动司法救助程序并发放司法救助金人民币 30 余万元。同时，主动联系其家人及所在单位，加强对陈某关爱。陈某重新燃起生活的希望，被害人亲属亦向检察机关赠送锦旗。

4. 制发检察建议，督促及时整改。检察机关调查发现，魏某某引燃的汽油来自于一家企业。该企业对汽油、农药等危险品的使用管理存在较大监管漏洞，不仅没有登记造册，还忽视存放监管。检察机关制发检察建议并督促整改落实，该企业已就危险化学品物品监管、安全教育培训等五个方面进行了切实整改。

【典型意义】

1. 开展实质性审查，准确鉴别伤情鉴定意见。在侵犯人身权利的案件中，人身损伤程度鉴定意见书对检察机关的定罪量刑有重要作用。检察官能够通过实质性审查，根据被害人后续伤情变化，适时委托补充鉴定，保证了鉴定意见的客观性。

2. 用心用情办理案件，体现检察温度。检察机关考虑被害人陈某精神近乎崩溃，用心用情与其家人、所在单位沟通联系。根据该人家有未成年子女需要抚养，家庭陷入经济困境，及时开展了司法救助工作，切实对被害妇女提供了有效的帮助。

3. 强化检察监督，消除违法犯罪隐患。检察机关针对相关企业在汽油、农药等危险品使用管理

存在的问题，有针对性的制发检察建议，及时消除了使用危险化学品实施违法犯罪的隐患。

案例三 王某某强奸案

【关键词】

职场性侵 追诉漏罪 检察建议

【基本案情】

自2020年至2021年7月，被告人王某某（男）入职北京市某单位后，多次强行对同事李某某（女）、陈某某（女）、范某某（女）、张某某（女）实施猥亵。2021年7月14日，王某某欲对李某某实施奸淫，因反抗未得逞。

公安机关以强奸罪立案侦查，经检察机关审查逮捕、审查起诉，后以强奸罪、强制猥亵罪向法院提起公诉。法院以上述罪名判处王某某有期徒刑四年十个月。

【检察机关履职情况】

1. 发挥审前主导责任，完善证据体系。围绕王某某与被告人的关系，检察官引导侦查机关及时恢复并调取电子数据，向周围同事、被害人调查核实，驳斥了被告人虚假辩解。

2. 察微析疑，追加遗漏犯罪事实。检察官审查发现被告人王某某可能对多人实施了性骚扰行为，经梳理相关证据后向侦查机关制发《调取证据材料通知书》，对其他犯罪事实进行补充侦查。最终，发现并追加王某某强制猥亵多人的犯罪事实，以王某某犯强奸罪、强制猥亵罪向法院提起公诉。

3. 深耕检察监督履职，增强检察建议刚性。审查发现部分被侵害女员工曾向单位反映过王某某的问题，但未能引起单位相关工作人员足够重视。根据该单位人员录用、人事管理、监督机构未能发挥作用等方面暴露出来的问题，检察机关制发检察建议并至该单位进行了宣告送达。该单位围绕加强宣传教育、严格职工管理及强化监督等方面及时进行了整改。

【典型意义】

1. 严厉打击职场性侵类案件。发生在职场内的性侵案件，部分被害女性在衡量利弊后往往选择缄默。而施害者与被害者之间因工作关系日常接触较多，被害者更容易受到更多侵害。检察机关严厉打击此类犯罪，在遏制职场性侵犯罪的同时，鼓励被害女性拿起法律武器保护自身利益免受侵害。

2. 引导侦查取证、自行侦查，追诉漏罪。职场性侵类犯罪往往存在隐蔽性强、持续时间长、侵犯对象多等情况，办案时容易出现取证难、定性难、调取犯罪事实不全面等问题，检察机关通过引导侦查取证，自行补充侦查，确保准确性的基础上，追加王某某强制猥亵多名其他被害女性的犯罪事实，确保了打击力度和全面性。

3. 强化检察监督，推动建章立制。检察机关通过深入调查核实，根据该单位存在对预防、处置职场性骚扰犯罪行为及女职工权益保护方面存在的制度管理漏洞，提出有针对性的检察建议，获得被建议单位的认可，为该单位建立、完善保护女性职工免受侵犯的制度规范贡献了检察力量。

案例四 刘某某诈骗案

【关键词】

冒充军人 婚恋诈骗 认罪认罚 法治宣传

【基本案情】

2016年12月，被告人刘某某（男）通过军恋主题网站，谎称自己为北京某现役军官，骗取了被害人黄某某（女）、吴某（女）信任，并与二人谈起恋爱。2017年1月至2018年12月间，刘某某在北京市多次以出车祸需赔钱等名义，分别骗取黄某某人民币80余万元、吴某人民币30余万元。

公安机关以涉嫌冒充军人招摇撞骗罪立案侦查。经检察机关审查逮捕、审查起诉，后以刘某某

构成诈骗罪向法院提起公诉。法院以诈骗罪判处刘某某有期徒刑十一年，并处剥夺政治权利二年，罚金人民币十一万元。

【检察机关履职情况】

1. 积极引导侦查取证，准确定性。因刘某某与多名女性保持恋爱关系并经常借款，导致证据存在转账记录繁多、钱款用途不明等问题，检察官引导补充完善证据后发现刘某某骗取钱款累计达100余万元人民币，系冒充军人招摇撞骗罪和诈骗罪的竞合，从重以诈骗罪提起公诉。

2. 耐心释法说理，落实认罪认罚从宽制度。检察官提讯时发现刘某某对主要犯罪事实能够供认，但基于对罪名变更、犯罪数额及对十年以上刑罚的畏惧，始终对认罪认罚从宽制度存在疑虑。检察官详细说明了变更罪名的理由和犯罪数额认定的依据，最终，刘某某真诚表示愿意认罪认罚。

3. 落实普法责任制，开展法治宣传。检察机关通过互联网虚构身份侵害妇女权益问题，注重以案释法，撰写普法宣传文章，提醒广大青年男女在通过婚恋网站交友时提高防范意识和自我保护意识，取得了良好社会效果。

【典型意义】

1. 依法严厉打击利用互联网侵害妇女权益的婚恋诈骗犯罪。家庭是社会的基本细胞，而健康的婚恋关系则是构成家庭的基础关系之一。随着互联网婚恋交友网站的增多，部分不法人员出于非法占有他人财物目的，虚构身份假借婚恋交友的方式骗取女性情感及钱财，对此类犯罪应当严厉打击。

2. 全面审查调取客观性证据，准确认定犯罪性质和数额。因涉及情感问题及“恋人”身份，准确认定行为性质及犯罪数额需要全面审查客观性证据。检察机关通过引导侦查取证，及时补充完善相关证据，除审查犯罪嫌疑人供述、被害人陈述外，还及时恢复、调取电子数据及转账记录

等证据，以确定虚构的事实及非法占有的数额，为定罪量刑奠定了基础。

3. 注重以案释法，增强普法宣传力度。检察机关根据案件中反映的互联网婚恋诈骗侵害妇女权益的问题，以案释法达到了较好的法治宣传、预防犯罪效果。

案例五 韩某某强制猥亵案

【关键词】

公共场所 强制猥亵 检察建议 犯罪预防

【基本案情】

2021年9月17日，韩某某（男）酒后先后窜至北京市某商业大厦10层、6层女卫生间，强行对刘某某（女）、李某某（女）实施猥亵行为，后被抓获。

公安机关以涉嫌寻衅滋事案立案侦查。经检察机关审查逮捕、审查起诉，后对其以强制猥亵罪提起公诉。法院以强制猥亵罪判处韩某某有期徒刑七个月。

【检察机关履职情况】

1. 前往案发现场开展自行补充侦查，查明案件事实。鉴于案发地点相对隐蔽，缺乏目击证人及实物证据，为查明案件事实，检察官前往案发现场调查完善证据，并主动联系安抚被害人情绪，破除了被害人顾虑，详细掌握了韩某某实施的犯罪行为。

2. 仔细甄别，改变案件定性，精准打击犯罪。经审查后，检察官认为韩某某为满足其性刺激，使用暴力、胁迫的方式连续在两个女卫生间内对两名被害人实施猥亵行为，构成了强制猥亵罪。改变侦查机关移送寻衅滋事罪，以强制猥亵罪对韩某某定罪起诉。

3. 发挥检察建议作用，消除安全隐患。检察机关深入分析该案发生的客观因素，发现该大厦对出入人员管理、摄像头设置及安保巡视等存在问

题，据此制发检察建议并与大厦物业公司进行了当面沟通，该公司表示积极整改，堵塞漏洞。

【典型意义】

1. 严厉打击在办公场所侵犯女性权益的犯罪行为。妇女是社会生产活动的重要力量，而安全健康的工作环境则是保障女性正常、有效开展工作的前提条件。韩某某酒后所至的大厦内有多个不同公司开展办公，案发时在场群众众多，知情范围广，恶劣影响已然造成。该案办理提高了女性职工自身防范的意识，亦表明了检察机关依法保护妇女权益的态度。

2. 走进案发现场，增强“亲历性”。检察机关在书面审查卷宗材料基础上，前往案发现场，对韩某某行动路线、行动时间，途径的监控设备等进行调查，最大程度还原案发过程，有助于更加客观准确的认定案件事实，对案件作出公正处理。

3. 依法履行监督职责，预防违法犯罪。检察机关通过实地走访涉案大厦物业安保部门，发现了该大厦存在的管理漏洞，通过制发检察建议的方式，督促大厦物业安保部门提高了安全防范意识，加强了对重点区域重点巡查的力度等，有效发挥了检察机关法律监督职能作用。

（供稿：市院第一检察部[刑事犯罪检察部]）

（总第 2375 期）

民事检察 | 农村“外嫁女”纠纷案件司法处理的变迁

2022-03-17 中国检察官

<https://mp.weixin.qq.com/s/ScGYntT1CKxDbcqtNkwgdw>

王 玮

浙江省温州市人民检察院第五检察部四级高级检察官

摘要：农村“外嫁女”集体经济组织成员权益纠纷是具有浓厚本土特色的治理难题。在处理此类案件时，各地司法机关大多选择了司法避让策略。近年来，此类案件在部分地区出现由策略性避让转向能动性接受的司法处理变迁情形。通过对广东地区和浙江地区的“外嫁女”纠纷案件司法处理的比较分析，剖析其司法处理变迁的实质原因、客观效果，尚存在的司法障碍与现实困境，提出明确认定标准、加强规范监督、开展支持起诉、借力社会综治等破解之道。

关键词：“外嫁女” 集体经济组织成员权益 司法审查 村民自治 司法处理变迁

一、从“策略性避让”到“能动性接受”的司法处理变迁

在广东地区，法院最初以双方主体法律地位不平等、村委会不属于行政机构、法院无权审查村民大会决议等理由将“外嫁女”纠纷阻挡在行政案件与民事案件受理大门之外。法院此种避让作法导致矛盾日趋增涨，故 2001 年最高人民法院（以下简称“最高法”）研究室作出应当将此类纠纷作为民事案件受理的回应。但在次年，最高法立案庭又给出了不应作为民事案件受理的相反意见。直到 2004 年，在经历长时间争论后，广东省高级人民法院提出了解决的试行方案，“外嫁女”应当首先请求乡镇政府作出行政决定，经区政府行政复议后不服的可向法院提起行政诉讼。至此，广东地区法院将“外嫁女”纠纷案件以行政诉讼方式引导解决。广东地区的上述情形也以点到面地折射出当时我国大部分地区的状况。

2005 年修改后的《妇女权益保护法》规定，妇女在农村经济组织的利益分配中应当得到平等对待，对“外嫁女”起诉纠纷应当受理。虽然尚

未明确是否应作为民事案件受理，但已为民事诉讼途径解决纠纷打开思路。如浙江省温州市人民法院于 2013 年出台的《关于为我市农村综合改革提供司法保障的若干意见》中规定：“要注重保护‘农嫁女’合法权益。‘农嫁女’户口在本村且在承包时拥有土地的，其请求对征地补偿费享有与本集体经济组织成员同等的分配权，人民法院应予支持。‘农嫁女’请求享有除征地补偿费以外的其他集体经济收益同等分配权的，人民法院应予支持……”至此很多案件均作为民事案件受理。2019 年《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》（以下简称《若干意见》）文件出台后，浙江省内部分法院制定内部会议纪要，对集体经济组织成员身份、分配方案等实体问题作出细化规定。至此，浙江地区对“外嫁女”纠纷案件的民事诉讼途径解决彻底敞开了大门。

二、浙江地区“外嫁女”纠纷案件司法处理转向的实证分析

（一）从法律意义上界定农村“外嫁女”概念

农村“外嫁女”，是指因结婚而离开原有集体经济组织，但户籍仍在农村的已婚妇女。一般包括四种类型：1. 嫁至外村，户口迁至所嫁入村者；2. 外村嫁入本村，户口迁入者；3. 嫁至外村或者城镇，户口未迁出者；4. 外嫁后配偶死亡或离婚，户口迁回原籍者。“外嫁女”所享有的集体经济组织成员收益一般包括：村集体经营性收益；土地、山林等集体资产发包及上交收益；财政补助及其他收入。其中土地类权益主要包括土地承包经营权、宅基地使用权和征地补偿分配权等。

（二）从检察监督案件切入审视司法处理的转向

通过对浙江省北部的杭州与南部的温州两地检察机关近 3 年来审查的“外嫁女”纠纷检察

监督案件进行研究，发现自 2017 年以来申请检察监督的 32 件“外嫁女”纠纷案件，其争议焦点不再是先前常见的是否属于民事案件受案范围，驳回起诉或不予受理是否正确等程序性争议，而是当事人是否具备集体经济组织成员资格、收益分配方案是否违法等实体性争议事项。由此，对杭州和温州 3 年来的“外嫁女”纠纷案件进行调查，发现自 2018 年 1 月至 2020 年 12 月间侵害集体经济组织成员权益纠纷案件共 1166 件，涉“外嫁女”案件一审 340 件，分别为 2018 年 127 件，2019 年 136 件，2020 年 77 件；二审共 61 件、再审 20 件。从案件具体纠纷类型来看，340 件中涉及集体经济组织各类经营性收益的 143 件，涉土地类纠纷 178 件，涉及山林、鱼塘等其他纠纷的 19 件。从处理结果来看，驳回诉讼请求的 43 件，其中对村分配方案、村会议决议进行实体审查的 35 件，认为原告不属于村集体经济组织成员的 8 件，判决支持原告诉讼请求的 231 件，驳回起诉或不予受理的 24 件，撤诉的 32 件。

上述数据反映该些地区“外嫁女”纠纷案件有如下特点：一是“外嫁女”案件占全部侵害集体经济组织成员权益纠纷案件的比重大，占近 30%；二是“外嫁女”案件中，涉土地类纠纷案件比重最大，占全部“外嫁女”案件的近 53%；三是大多数案件作为民事案件受理，并对分配方案、村会议决议的合法性进行实体审查，对是否属于集体经济组织成员进行实体认定，以村民自治、不属于民事受案范围等为由驳回起诉或不予受理的仅占 7.1%；四是广泛存在同案不同判情形，即裁判结果没有统一标准，有以分配方案、村会议决议属于村民自治不予受理的，也有对其进行实体审查的，对于相似情况的“外嫁女”有认定属于集体经济组织成员的，也有认为不属于的。其中包括不同基层院就同样情形案件作出完全相反

的一审判决，上诉后二审法院均予以维持的情形；五是“外嫁女”案件上诉、申诉比重大，占总案件数的 24%。

（三）司法处理转向的原因分析与效果评价

浙江地区对“外嫁女”纠纷案件的司法处理转向有法律与现实方面的双重因素。浙江地处我国东部沿海，民营经济发达，该省农村普遍较为富裕，有着丰富的集体经济组织资源，村集体经济成员可分配利益较大，分配矛盾突出。随着该省农村城市化进程的加快，省内部分地区推行“大拆大整”“大建大美”政策，给城市及郊区的农村带来了巨大的土地征收及拆迁补偿收益，由此也引发了大量的农村经济组织成员权益纠纷。同时浙江农村固有的重男轻女思想，导致“外嫁女”权益受侵害严重，而巨大的经济利益所引发的强烈诉求也迫使当地政府及司法机关必须采取有效措施予以实质性化解。

那么往常类似行政诉讼路径等“策略性避让”手段是化解纠纷的最优方式吗？答案是否定的。行政诉讼路径试图以强势冗长的政府干预、复议程序作为过滤手段，虽然在一定程度上帮助司法机关避免了一些麻烦。但这种方式本质上只是使政府成为司法转移纠纷处理责任的对象，并不能使矛盾得到实质性化解。

一个国家法治化程度与法治水平的高低取决于司法保障功能是否真正有效发挥。从司法机关在全面依法治国目标中的角色定位、保障农村妇女合法权益的职责要求出发，其应积极介入“外嫁女”纠纷的实质化解，而浙江地区对“外嫁女”纠纷案件的转向政策体现了法治社会建设的进步，将成为此类案件司法处理的整体趋势，亦将影响并引导检察机关在检察监督中的方向把握。

三、当前转向语境下“外嫁女”纠纷案件的司法障碍与现实困境

虽然司法处理转向在“外嫁女”权益保护方面取得了一些积极作用，但受历史习惯及具体案情影响，部分地区依旧极为审慎，司法保障存在缓慢的矛盾性扩张状态。实践中，此类案件仍存在如下一些问题。

（一）法律适用问题

1. 农村集体经济组织成员资格的认定缺乏统一标准。一是法律规定缺失，导致司法认定标准不一，《农村土地承包法》就成员资格的认定仅作了立法授权，没有统一具体的规定。2016 年国务院《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》提出对农村集体经济组织成员身份确认的基本规则，但规则下包含多项参考因素，致使司法实践中出现有以“户籍”为唯一判断标准的，也有以“户籍 + 居住地”或“户籍 + 承包经营权”等作为认定标准的，不一而足。二是部分地区各自制定不同标准规范，导致法院裁判依据存异。三是部分规定效力层级较低，形同虚设，但却引发败诉一方据此申诉信访。

2. 司法审查与村民自治间存在矛盾。违法的分配方案是农村“外嫁女”权益受到侵害的主要原因之一，“外嫁女”起诉主张分配方案违反《妇女权益保障法》第 32 条、《农村土地承包法》第 6 条、31 条等规定，要求法院确认分配无效或者撤销分配方案的，部分法院以分配方案属于村民自治范畴，依据《村民委员会组织法》27 条规定不予受理或驳回起诉。也有部分法院依据《村民委员会组织法》第 36 条规定，对会议决定、实施方案进行审查，并作出实体判决。

（二）司法裁判易受行政因素干扰

集体经济组织成员权益的确认过程繁琐，需平衡村民间的利益，法律要求以召开村民会议、村民代表大会的方式决定分配方案，而“外嫁女”起诉主张自身权益时，往往分配方案已经实施甚至利益已分配完毕。通过司法程序去打乱分配现

状,重新分配,成本太高,更将面临执行难问题。且此类案件大多具有群体性效应,将影响已分配利益的稳定性,并且潜在纠纷数量巨大,而司法解决能力未能匹配,同时受到政府方面维稳压力影响,法院裁判往往顾虑重重,大多从维护自身利益和配合当地拆迁补偿等政策出发,或要求双方调解结案,或为追求大局稳定而牺牲作为原告的“外嫁女”的利益。

(三) 农村集体经济组织成员权益分配工作缺乏有效的监督

我国村民自治是一种地域性的社会自治,存在乡土社会“民间法”的现象。这种缺乏有效监督的自治其本质上是一种掩藏着对弱势妇女群体极为不公的自治,其所依据的“村规民约”也是一种违反妇女权益保护法律规定的民间法。首先,重男轻女思想在农村地区普遍存在。其次,农村集体经济组织的成员个体权利保障机制欠缺,未能在《农村土地承包法》《土地管理法》等相关法律中具体明确。一些地区受土地征收补偿金的利益驱使,为减少分配参与者,村委联合村民借助“村规民约”、村民代表表决等形式,“合法地”剥夺“外嫁女”的权益,这种滥用村民自治权的行为因监督制约机制的欠缺而得不到有效遏制。

四、司法环节“外嫁女”纠纷实质性化解的路径优化

(一) 以列举方式进一步明确“外嫁女”集体经济组织成员资格的认定标准

农村集体经济组织成员资格关乎农民的基本权利,属于《立法法》第45条第1项规定的情形,对此类重大事项不宜通过地方性法规、规章或司法机关指导意见等低层级规定来规范,应由全国人大常委会作出立法解释或者相关规定,为成员资格的确定提供更准确有效的标准,将有助于法律规范的有效适用。

认定“外嫁女”的成员资格不能简单地以户籍是否在集体组织或者有无土地承包经营权来判断,还应关注此类群体有无在嫁入地已经获得了社会保障、形成了固定的农业生产、生活等。考虑到具体考量因素的多样性,为增强法律规定的操作性,建议以罗列具体情形方式予以明确。

(二) 加强村民会议、村民代表大会决议的规范监督

1. 加强农村法治宣传。提升村民法律意识、男女权利平等保护意识。基于村民自治的原则,村民会议决议等应反映集体经济成员的共同意志,只有保障参与制定决议的主体知法懂法,才能最大限度地保障决议结果的合法性。

2. 完善村会议决议的备案审查机制。《村民委员会组织法》规定:“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约,并报乡、民族乡、镇的人民政府备案”。然而,村集体有关“外嫁女”问题的决定并不能视为规定村民行为准则的“村规民约”,另“备案”也不同于“监督”或“检查”。建议将备案制改为备案审核制,规定对于村民会议或村民代表大会所制定的决议等在实施前应先经乡镇政府备案审查,由乡镇政府把好质量关,避免单纯备案流于形式。乡镇政府应设立专门的审查部门,明确具体的审查职责,落实具体的工作人员,避免不审查只备案的现象。

3. 倡导办案机关对村会议决议的事后合法性审查。审查范围包括制定程序与制定内容。很多村会议决议、“村规民约”的制定内容由基层政府预先提供给村委,表决程序也不规范,导致很多村会议决议、“村规民约”的实质制定主体为基层人民政府,内容并不能准确反映民意,致使决议内容沦为村、镇干部等少数人谋取私利的工具。故在“外嫁女”案件已作为民事案件受理的情况下,应赋予司法机关对村会议决议的司法审查权,对决议内容的合法性进行审查,从实体

与程序上均给予弱势群体实质性保障，确保村集体所制定的决议切实反映村民的利益。

（三）探索建立“外嫁女”权益保护公益诉讼、支持起诉等制度

“外嫁女”集体经济组织成员权益特别是土地权益受侵害情况具备普遍性、群体性与持续性特征。这些特征将为“外嫁女”权益特别是土地权益保护建立检察机关公益诉讼保护与支持起诉等制度提供了可行性基础。建立对该类案件的公益诉讼制度、支持起诉制度等，一方面将有助于快速启动民事救济程序，提高纠纷处理的程序效率，达到及时保护的效果；另一方面也有助于提高农村自治组织、乡镇人民政府等主体对农村“外嫁女”集体经济组织成员权益保护的重视度与关注度，促使其提高规范自身行为的自觉性。同时，基于公益诉讼、支持起诉等制度本身在对法律适用、行政行为及司法权行使方面的制约作用，也可以因此强化对村民自治组织行为的制约。

（四）统一裁判标准、借力社会综治

针对上文所述的同案不同判情形，省市级司法机关应当加强对内对下指导，统一案件办理标准。在法律未明确就上述争议事项作出规定前，省级司法机关可根据本地情况制定相关统一的对下办案指导意见，市县级办案机关也应以召开内部会议等方式及时学习讨论，形成统一标准，避免各承包人员间各自独设标准。

另外对于此类案件背后实质问题的解决，除了依靠诉讼途径定分止争外，更需要社会综合治理能力的整体提升。对于一些影响广、矛盾大的案件，司法机关还应注重与政府行政调处相结合，从本地实际出发，以解决实际问题为目的，充分利用调解机制，化解矛盾。对于跨地区“外嫁女”纠纷案件，牵涉不同地区的分配协调问题，更应注重同行政主管部门之间的沟通，以有效促成“外嫁女”问题的妥善解决。

*本文刊登于《中国检察官》杂志 2022 年 2 月（司法实务版）

离婚 9 年，拿回了属于自己的财产

2022-03-30 检察日报 卢金增 许传欣 徐亮

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220330/20220330_006/content_20220330_006_2.htm#page5?operate=true

山东日照：检察官采用卫星影像与无人机固定证据监督法院再审改判

3 月 17 日，随着一声清脆的法槌声，山东省日照市一起长达 9 年的夫妻离婚房屋财产纠纷案尘埃落定。“这个事压在俺心头那么久了，谢谢检察官，你们为了俺的案子费心了……”李某握着办案检察官的手发自内心地感谢道。

17 年前，李某和王某结婚。婚后不久，他们在老房子空地上盖了三间新房。虽然住上了新房，但两人却因感情不和时常发生争吵。2013 年春，李某向日照市岚山区法院提起离婚诉讼，法院判

决准予两人离婚，但因共同居住的平房相关建房手续不完备，法院未将部分房屋作为夫妻共同财产作出分割处理。李某不服判决提起上诉。同年 11 月，日照市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

离婚后，李某独自带着女儿生活，因没有住房，她一直住在娘家。2018 年 3 月，李某与王某的婚内居住地上的老房子及婚后建设的新房拆迁被政府征用，王某获得了全部补偿款。2019 年 6 月，李某以没有分到应得的房屋拆迁补偿款为由再次向法院起诉，请求法院判令被告王某给予其应享有的平房拆迁款 20 万元。

受理此案的岚山区法院只认定部分房屋系李某与王某的夫妻共同财产，该部分补偿款为 8.7 万余元，李某应分得其中的 4.3 万余元，而对二人婚后盖的房屋未认定为夫妻共同财产。李某对判决不服向法院申请再审，被法院驳回。

2020 年初，在岚山区检察院组织的一次普法宣传现场，李某得知自己的情况可以向检察机关申请民事监督后，向检察院递交了申请监督材料。同年 9 月，岚山区检察院对李某民事申诉案立案审查。

办案检察官仔细审阅卷宗后发现，在这起离婚财产纠纷案件中，法院对除正屋以外其余房屋财产权属认定不合理。被申请人王某以其余房屋是两个姐姐出资帮忙建房并领取了拆迁款为由，辩称其余房屋产权与原告李某无关。但仅凭亲属证言，没有相关证据支撑，难以对其余房屋产权归属进行确定。

办案检察官赶到涉案村居调查走访，找到知情人逐一核实证人证言，先后调取了涉案房屋拆迁补偿协议、离婚卷宗和涉案平房测量评估表等相关材料。然而，在现有证据条件下，仍无法认定两人婚后建设的新房为夫妻共同财产。案件审查陷入僵局。

为进一步查明真相，给申诉人一个满意的答复，2021 年 11 月，办案检察官利用无人机对涉案房屋现场固定证据，依法与当地自然资源部门开展调查核实工作。办案检察官在当地自然资源部门的协助下，调取了李某、王某婚后居住房屋的相关“卫片”信息资料，并借助山东省自然资源执法监管系统，利用卫星遥感监测等技术手段制作的叠加监测信息及有关要素后形成的专题影像图片，即“卫片”截图，与无人机拍摄的房屋图片反复比对，证明涉案房屋除了老房子外均系在李某和王某婚后共同建设，均应认定为夫妻共同财产。

2021 年 12 月，岚山区检察院向岚山区法院提出再审检察建议。2022 年 3 月 17 日，岚山区法院再审后采纳了再审检察建议，经审理认为，新的证据证实原判决认定事实有误，导致判决结果错误；双方离婚时未对涉案相关房屋财产进行分割，离婚后李某请求分割该财产利益，符合法律规定，应予以支持，故依法作出再审判决，撤销了原审民事判决，判决王某给付李某夫妻共同财产 13.6 万元。

至此，这场持续 9 年的离婚财产纠纷案终于结案。

“我太想女儿了！”

2022-03-30 检察日报 范跃红 叶丽玲

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220330/20220330_006/content_20220330_006_4.htm#page5?operate=true

浙江庆元：支持起诉让离异母亲探望权获保障

“我终于能看女儿了。一年多没见，实在是太想她了……”3 月 15 日，小芬（化名）哭着向检察官道谢。在浙江省庆元县检察院的支持起诉下，这起探望权纠纷案经调解结案，依法保障了离异母亲小芬的探望权。

2021 年，小芬与丈夫刘某通过法院判决离婚，6 岁的女儿小然（化名）由刘某监护，小芬支付抚养费并享有探望权。离婚后，小然被父亲刘某带去了外地。

“我多次提出来想看看女儿，都被他以各种理由拒绝了。”小芬说，之后更是连微信和电话联系都被切断。因为婚前的各种矛盾，再加上分隔两地等原因，小芬近一年没见到女儿了。

2022 年 1 月，小芬向庆元县法院提起探望权纠纷诉讼，并于 3 月向县检察院提出支持起诉申请。“离婚后，跟女儿分开的每一天我都在想她，怕她生病、怕她孤单，更怕她以为妈妈不要她了……原先让她跟爸爸走，是为了让她有更好的生活条件，但我没想到会连陪伴她成长的机会都失去了。希望检察院能够帮帮我。”小芬声泪俱下地说。

庆元县检察院办案检察官受理小芬的申请后，经依法审查，决定支持小芬起诉，并向法院送达了支持起诉意见书。开庭前，法官邀请办案检察官共同先行对案件进行调解。调解现场，刘某对小芬要求探望孩子的诉求依然十分抵触，认为前妻的频繁探望会影响女儿的情绪，耽误其学业，不利于女儿的成长，同时也担心前妻会乘机将女儿带走。

针对刘某的心结，检察官和法官耐心地释法说理，刘某终于松口同意前妻探望女儿。但对探

望的方式、时间等具体问题，双方又相持不下。小芬要求除了平时的周末探望以外，寒暑假可以将孩子带在身边共同生活；但刘某只同意孩子在周末和前妻单独相处一天。调解现场，面对刘某的坚持，小芬一度情绪崩溃，放声痛哭。

面对僵局，检察官和法官一边安抚小芬的情绪，一边继续从有利于孩子成长的角度做双方工作。“定期让孩子与母亲团聚，有利于弥补家庭解体给孩子造成的感情伤害，而且成长过程中不缺位的母爱和父爱也能让孩子形成更健全的人格……”这样一番为了孩子的劝解，终于让这对父母都作出退让，一致同意在不影响孩子学业的情况下，小芬每周末可以跟孩子相处 24 小时，寒暑假分别可以跟孩子一起生活一至两周。

至此，这起探望权纠纷调解结案。目前，小芬按照调解协议的约定按时行使探望权。

七、异域资讯

家庭法：法国公证人的业务范畴

2022-03-13 意定之爱 卡罗琳 玛丽

https://mp.weixin.qq.com/s/TQ4cqyhbKxVmM_MCRPgJ_A

本文摘录自《中法公证法律论文精选（2001-2016）》，作者卡罗琳·基林格、玛丽-克里斯蒂·卡普德维尔均是法国公证人。

公证的特点在于介入非诉讼性事务。公证文书的目的，既不是为诉讼做准备，也不是在合同中设置陷阱、以方便日后在诉讼中辩护。恰恰相反，公证文书追求的是平衡；任何当事人都不应受损害。因此，最为重要的是使合同完全符合当事人的意思。而公证人也通过这样的做法，避免使其顾客诉诸于法庭。

公证业务的核心包括家庭法，过去也曾称之为“公证法”。在这个领域，公证人拥有无可争辩的专业知识和技能。

家庭法涉及的内容非常广泛。除了夫妻财产制以外，它也涵盖继承法和赠与法。

在法国，公证人在遗产清算、共有财产清算、财产分配等方面表现出非常高超的技术水准，以至于法官在诉讼裁判的过程中，往往会求助于公证人的专业帮助。

公证人全身心地投入家庭法领域，目的就是预防纠纷。事实上，家庭关系中纠纷是不可避免的。有结婚，就有离婚；一家之中，孩子们的利益也不尽相同；而长者的去世，更是可能引发亲人的对立。这样的例子数不胜数。

因此，公证人的工作非常繁杂：他必须预见困难、预防困难的发生，还必须将各方的合意落实为文书并充当证人。

因此，本文的介绍有两个目的：

-揭示公证人在家庭这个私人领域中如何发挥作用；

-从公证人职权范围的角度，结合立法考虑和社会变迁，探讨对公证人的期望。

鉴于公证人公务助理人员的角色，未来家庭法的某些领域可能会被交由公证人负责，因为，随着社会的发展和个人主义的抬头，家庭内部的关系将越来越需要通过契约来维持。此外，公证人的介入，也有利于减轻法院人满为患的状况。

社会关系——比如婚姻——打上了个人主义的烙印，由此造成的结果，是家庭领域更多地受到了独立意愿的渗透。法律界看到，合同逐渐出现在一些重要社会关系的核心位置。而公证人正是合同领域的专业人员。

在上述发展和变化的过程中，有必要和大家一起分享法国公证人在家庭法日常操作层面的经验。要提醒大家注意的是，人的结合会造成财产的结合。而公证人则是家庭变化的首选见证者。

一、婚姻：结婚契约

婚姻是一种通过庄严仪式而建立的社会关系，它会带来民事上的后果。这些后果可以通过契约来调整。

目前，在法国，法定的夫妻财产制度为婚后财产共有制。如夫妻双方希望受其他财产制度的规范，那么他们必须在婚前向公证人提出请求，订立契约。该契约可能包含不同的规定。

在确定合适的财产制度之前，有一个审计程序。公证人主要对三个方面进行分析：当事人的家庭环境、职业状况、当前和未来的财产状况。

在这三个方面中，需要考虑的因素有（一些标准是关键性的）：

- 家庭环境：当事人是否已经结婚？是否有子女？如果有，子女是否已经成年或结婚？当事人和子女的关系如何？当事人当中是否有残疾者？

- 职业状况：即将结婚的当事双方目前从事什么职业？是否可能发生变化？双方收入差距是否很大？是否有必要将职业财产和私人财产区分开？当事双方中的一方是否参与另一方的职业活动？某一方是否打算中止其职业活动，致力于子女的教育和抚养？

- 财产状况：各部分财产的性质如何（动产、不动产……）？财产是否可能在近期或远期被继承？当事双方的收入多少？是否负债？是否有一方享受年金或补助金？双方打算如何分摊支付日常开销？

公证人根据当事人的回答，对审计加以细化，确定顾客目标的优先等级。

接下来，公证人要了解夫妻双方的生活运行模式。他会围绕财产的主题，询问当事双方各自所希望保留的财产独立程度，未来夫妻打算如何分配各自的收入，他们准备如何将全部或部分财产归入共有财产。

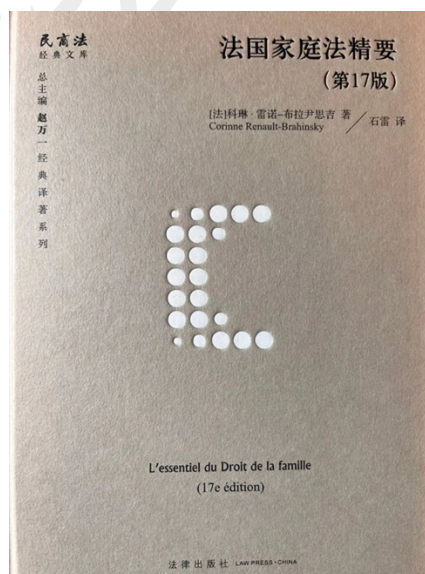
公证人会告诉顾客，如果他们不选择订立财产契约，那么在婚姻期间、或双方分手的时候，法定的夫妻财产制度将会带来什么样的结果。

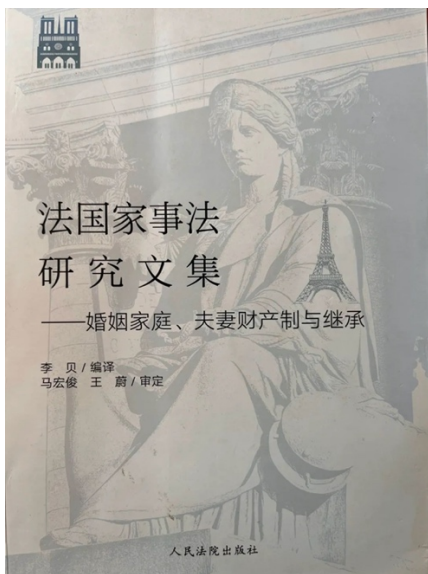
公证人还须向顾客解释，夫妻财产制度的哪些内容可以通过契约得到改动。总之，无论是选择何种夫妻财产制度还是改动其内容，所遵循的原则都是自由合意。唯一的限制，首先是必须符合公序良俗，其次是必须遵守有关夫妻财产的强制性基本规定。

关于财产制度的选择，夫妻归入共有财产的财物可以很多、也可以很少。根据不同的目标，顾客或偏向于分别财产制，或偏向于共有财产制。

选择常规的共有财产制，可以使当事人更改法定共有财产的相关规定，特别是有关清算和分割的规定。比如财产分割，当事人可以约定采取等额分割或非等额分割。再如，夫妻双方中的一方以牺牲个人财产为代价，使得夫妻共有财产得到了增长，那么在财产分割的时候，共有财产部分理应对他/她做出补偿。补偿的计算方式由民法典所确定。这一规定是任意性的，可以在结婚契约中规定或更改。

此外，夫妻双方还可通过结婚契约，就夫妻共有财产赠与某一方的问题与达成一致。相关的条款，只有在夫妻财产制度废除、或夫妻双方中的一方去世的时候，才会生效；而且从原则上说，如果双方离婚，该条款可被撤销。





二、夫妻财产制度的变动

结婚契约签订之后,可以更改,但受到很多限制。只有在法国民法典允许的情况下——即有利于家庭,且结婚两年以后——夫妻财产制度才可能变动。

在此,公证人的作用就更加重要,因为他必须对夫妻双方更改财产制度的请求做出合法性判断。换言之,公证人要看财产制度的更改是否符合家庭的利益。因此,从某种程度上说,家庭利益便成了“审判契约的法官”。为此,公证人必须发现家庭所有成员(夫妻、婚生子女、非婚生子女)的利益之所在。

三、赠与

寿命的延长,推迟了遗产继承和财产转移的发生时间。立法者对遗产继承做出了明确的阐述,规定了谁有资格成为继承人、可以继承多少份额,等等。在法国,继承人被分成不同等级。被继承人的血亲、且尽过赡养义务的,受到相关规定的特别关注,他们的权益通过一些机制得到法律的保护。

契约可以更改一些任意性的法律规定,条件是被继承人生前已经对其财产的分配做出过安排。比如,当事人在安排财产转移的时候,可以规定

财产的不同用途,只要不违有关反公共秩序的规定即可。

但是,提前继承财产,需要一个双重保护机制:既要保护财产的转移者,又要保护财产转移的受益人。

财产赠与人可以选择一些众所周知的工具,进行财产转移。有些工具可立即生效(如赠与/生前遗产分配-赠与),有些则只能在赠与人去世后才能生效(遗嘱/夫妻间赠与)。相关的文书使一个人成为财产转移的执行人。这些文书在民事和税务上都会带来一些好处和坏处,作为公证人,必须娴熟掌握。

2005 年 6 月 23 日,立法者推出了新版合同,从而确立了一个新的财产转移策略,新策略更多考虑了家庭的状况。在新版合同签订的过程中,公证人起着顾问和起草者的关键性作用。

3.1 财产提前转移的传统模式及其好处

一起成功的财产提前继承,不仅需要对继承法规和机制熟知于胸,而且还需要进行继承审计。

熟练掌握财产转移法规

熟练掌握在没有遗嘱情况下的财产转移法规,能帮助我们确定谁有权成为继承人。

2001 年 12 月 3 日和 2006 年 6 月 23 日出台的两部法律,对继承法进行了深刻的再定义。前一部法律大大改善了被继承人在世配偶的继承环境。如今,在世的配偶既享有或多或少的继承权——配偶继承权的大小取决于被继承人是否有婚生或非婚生子女与其竞争,又享有一些特殊的权利,如暂时居住权、终生居住权,等等。但是,配偶继承权的改善,却打乱了家庭对未来的预见和公证人的工作。

家庭背景分析和相互保护

公证人凭借对当前法律文本的了解,从事继承审计。在这个阶段,他必须确定遗产的构成,以

及被继承人去世后这些遗产将由谁来继承。根据当事人所选择共同生活模式，法定的财产继承规则也有所不同。继承审计，加上此后的税务分析，构成一套完整的民事程序。税务分析确定在没有任何财产提前继承的情况下，继承手续完成所需要的费用。不过，财产提前继承的情况是相对的，需要经常重新审视，因为事实上，立法不存在着暂停的现象；而税务法规也随着政府的更替不断增多。

最后，还要考虑对相互对立的利益方进行调解，这样的对立在一些重新组合的家庭中尤为明显：由于没有血缘关系，家庭成员经常担心后任配偶会夺取死者的财产，损害子女的利益。

所有这些有关继承的“诊断”，为我们设计财产转移契约，提供了必不可少的信息。

3.1.1 遗产继承规划的传统工具

在继承过程中给予某人更多的权利，或优先给予某人以某个财产，这样的意愿可具体体现在继承者在世时或去世后的财产转移之上。

3.1.2 生者之间的赠与

这种赠与可使人在生前即转移其全部或部分财产。它的受益人可以是当事人的直系卑亲，也可以是法定继承人外的其他人，但这种赠与有一定限制，即不得损害直系继承人的特留份——也就是说该继承人有权享受的最小继承份额，而且该继承人没有配偶。

-赠与

赠与合同自《民法典》问世以来就一直未曾改动过。根据赠与合同，财产的全部权能或部分权能被无偿转移，且转移不得撤销。赠与有以下特点：

- 如赠与属遗产份额提前继承，则被视为该遗产的提前转移，因此在被继承人去世的时候，赠与财产的价值应在遗产份额中扣除；

- 若赠与财产不属于遗产份额，则在被继承人去世的时候，不计入遗产分配，除非被继承人有子女或配偶（享有特留份）、该赠与财产超出了他的处分额度。

在法国，赠与行为能带来税务上的好处，因为受赠人每隔 15 年，即可享受一次税务减免优惠。

赠与人可以保留赠与财产的用益权，并将其指定给在世的配偶名下，这种做法不仅在税务上有好处，而且还可使赠与人免于陷入一无所有的境地，因为他还保留着赠与财产的收益权，可以由此获得收益。不过，设立赠与文书需要付费，亦即公证文书费。

-生前遗产分配-赠与

有些父母，为了提前转移财产，同时又保证对继承人的平等对待，他们会独自或共同将财产转移给子女，并由子女进行财产分配。

继承者的平等体现在财产的价值上：得到财产多的受赠人，向参与分配的兄弟姐妹支付一定的差额，以此作为补偿。

过去已经赠与的财产，可被重新计入赠与财产之中。从民事角度来说，在遗产结算时，所赠财产的价值将根据生前遗产分配-赠与之日的价值估算，只要每个子女都收到并接受了赠予者的一份财产、且这些财产均没有用益权的产出。

不过，要想获得财产提前继承的成功，就必须考虑对财产赠与者的保护。因为赠予者希望保留所赠财产的用益权，以便在他的有生之年继续享受，比如居住在不动产内，或将其出租并收取房租。

3.1.3 共有财产的夫妻间赠与以及因身故而起的赠与

共有财产的夫妻间赠与、因身故而起的赠与，这两种赠与也被视为对遗产继承的规划，但却要等到赠予者去世之日才能生效。

- 共有财产的夫妻间赠与

如果一个人关注的是如何保护配偶的利益，那么他可以通过共有财产夫妻间赠与的方式，来实现遗产的提前继承。因此，他可以签订各种协议，为适用于共有财产的法定规则制定例外，并使其配偶在自己去世的时候受益。传统上，这类协议可以是遗产的非等额分配条款、遗产先取权、全部共有财产授予，等等。在此，涉及的已经不再是赠与，而是夫妻财产制相关规定的效力。不过，如果赠与超出了夫妻间的特别自留份，而且存在有非共同子女继承人的话，那么所赠财产的价值可能会被减少。

- 未来财产的夫妻间赠与

如果一个人要保护配偶的利益，防止来自非共同子女继承人的争夺，那么他也可以通过未来财产夫妻间赠与的手段，来安排遗产继承的意愿。这种赠与针对的是遗产，因此不管采用哪种夫妻财产制度，都可以使用。它给予生者选择的可能：普通自留份、全部遗产的用益权、四分之一遗产的全部产权和四分之三遗产的用益权。对赠与者的子女的保护则通过继承特留份机制实现，可以阻止赠与者向在世的配偶转移全部财产。

财产赠与者可以在任何时候撤销夫妻间赠与的决定，这确保了赠与的灵活性，特别是当家庭环境和夫妻关系发生变化、不再符合法律所规定的向配偶表示感谢的意愿的时候。

- 遗嘱

遗嘱是一种表达单方面意思的法律文书，立遗嘱人通过它，表明希望自己身后得到执行的意愿。遗嘱有两类（参见：5. 继承，5.2.2.1-最后意愿安排的不同形式）。涉及到财产，立遗嘱人指明他去世时所拥有的财产将如何分配。遗嘱可以使一些非法定继承人——比如生活伴侣——得到考虑。从法律安全角度而言，遗嘱最好由公证人

起草，因为公证人可保证遗嘱的内容没有歧义。此外，经过公证的遗嘱还因其公式文书的性质、明确的日期、以及妥善的保存，拥有无可比拟的证据效力。作为表达单方面意思的文书，遗嘱可以随时被赠与者撤销。

3.2 遗产提前继承新工具所带来的可能的解决方案

自从 2006 年 6 月 23 日的法律生效以来，遗产提前继承可以通过其他形式实现，这给予了契约自由更大的空间，并充分考虑了家庭发生的变化。当事人在财产继承的设计方面有很多新的可能性，这也进一步加强了公证人的顾问角色。

3.2.1 渐进式或剩余式赠与和遗嘱

财产赠与者可通过渐进式赠与或遗嘱，要求第一受赠人（代理受赠人）在世的时候保管所赠财产，去世时将该财产转移给第二受赠人（所赠财产的未来受益人）。这类赠与或遗嘱不可针对特留份，因为作为特留份的赠与不能附带任何义务。

剩余式赠与和渐进式赠与非常相似，不同之处是剩余式赠与不附带保管所赠财产的义务。第一受赠人转移给第二受赠人的，仅仅是他去世后剩余的受赠财产。

从民事角度而言，上述赠与的好处，是赠与人可以安排两代人的财产继承，比如保护孙辈超出特留份的那部分受赠财产不因父母的挥霍而受损。这种赠与在税务上也有好处：当第一受赠人去世时，第二受赠人无须根据他和第一受赠人之间的亲等关系支付遗产转移税，而是等同于他直接从赠与人那里接受财产。这样的安排，在重组家庭中也有好处，因为赠与人的全部或部分财产转移给配偶之后，后者必须在去世时将受赠财产转移给赠与人的子女。

3.2.2 生前遗产跨代分配-赠与和预先放弃特留份诉讼协议

设立遗产特留份的目的，是为了保证子女平等继承的原则。这一机制经过发展，也考虑了当今家庭的需求。跨代赠与和预先放弃特留份诉讼协议，这两个概念都脱胎于 2006 年 6 月 23 日的法律，也是特留份机制发展的表现。

-生前遗产跨代分配-赠与

作为一种新的赠与工具，生前遗产的跨代分配-赠与具有毋庸置疑的好处。它仅需要一道程序，就能完成跳过一代人的赠与。这种方式使赠与人能亲自完成对孙辈的赠与。生前遗产的跨代分配-赠与安排起来非常灵活，因为它并不是针对所有直系卑亲的财产分配，而是针对所有族系的财产分配，每个族系代表一个子女以及这个子女的女儿们。在每个族系内部，财产的分配可以是不同的。另外需要指出的一个好处是，过去的赠与可被归入有待分配的财产，以便重新分配，使第三代获益。

这样的赠与安排须得到第一代子女的同意，而且他们必须接受一个事实，即赠与他们的子女的财产份额是从他们自己的特留份中扣除而来。因此，生前遗产跨代分配-赠与的效果，和传统的前遗产分配-赠与是一样的。但在税务方面可以有所节约，因为跳过一代，就可以免除第一代本应缴纳的税款。不过，这一模式并不适用于所有家庭背景，它可能在子辈和孙辈之间造成未分财产，长远来说，可能会引起纠纷。

-预先放弃特留份诉讼协议

这是一份表达单方面意思的协议，通过它，得到立遗嘱人承认的特留份继承人，在其亲属的继承程序开启之时，预先放弃有关财产减少的诉讼，以保证第三人的利益。该协议使上述亲属得以对放弃诉讼者的全部或部分特留份做出处分，从而

完成对指定第三人的财产赠与。为了保证其有效性，法律对于这种协议在内容和形式上都做了不同寻常的规定。协议必须由两名公证人受理，其中一名公证人由公证人省公会主席指定。作为公务助理人员，这两名公证人的顾问义务至关重要。设计这一工具，考虑到了那些含有残疾子女的家庭，这些残疾子女可能比其兄弟姐妹需要得更多。预先放弃特留份诉讼，可以使赠与者兼顾每个子女的生活水平，通过赠与来构建公正，并且给予子女们维持生活的财产。

四、 离婚

公证人的角色：家庭法律和税务顾问、离婚文书的起草者

直到 1975 年 7 月 11 日的法律出台之前，在法国，订立任何有关离婚本身或其后果的协议都是不可能的。当时，公证人只是在离婚发生之后——也就是法官宣判离婚之后——才介入，以便完成夫妻财产的清算和分割。

1975 年的法律实施之后，夫妻双方可以就婚姻终止及其相应的后果达成一致。这便是协议离婚的由来。因此，夫妻之间可以订立协议。在此情况下，公证人在离婚判决之前就可开始介入。

4.1 公证人在离婚判决前介入

4.1.1 公证人应夫妻要求而介入

4.1.1.1 共同申请

共同申请意味着夫妻双方同意终止婚姻，并接受离婚带来的所有结果。这些结果必须在一份协议中得到表述，该协议应提交法官批准认可（《民法典》第 262 条）。根据 1975 年法律，共同申请离婚必须前往法院两次。2004 年 5 月 26 日的改革，使去法院的次数减少到了一次。从离婚程序一开始，当事人律师和公证人之间就要相互合作，以便起草财产清算计划，提交法官批准。这份计划涉及对夫妻财产的清算、财产的分割，也

包含双方对补偿费用所达成的一致。它使双方能理性地安排离婚所造成的财产事宜。

共同申请离婚，是夫妻双方完全同意分手的情况，但在离婚诉讼过程中，两人也可以达成（部分或完全）一致。

4.1.1.2 诉讼过程中达成的夫妻财产清算协议

如果夫妻双方在离婚的某些环节上存在分歧（子女的监护、抚养费的金額……），但对财产分割意见一致，在这种情况下，他们就可以就财产问题签订协议，提交法官批准。2004 年 5 月 26 日的法律，限制了公证人对夫妻财产——其中包括须经过地产公告的财产（不动产）——清算协议的受理垄断权，但在实际操作中，夫妻财产的清算一直都由公证人受理，因为它的技术性很强。

4.1.1.3 诉讼过程中提出的申请

如果夫妻双方并非协议离婚，那么除非离婚请求被驳回，否则提出离婚的一方必须在向法官递交的离婚申请书中，提出处理夫妻金钱和财产利益的建议。夫妻双方先去法院“接受调解”。调解不成，则法官发出命令，确定临时经济措施（他可以指定哪一方负责偿还贷款，哪一方居住主要住宅，有偿居住还是免费居住，等等）。一旦裁决调解失败，夫妻中的一方即可以终止婚姻原则上已被接受为由，或以夫妻关系已彻底破裂为由，或对方过错为由，提起诉讼或者反诉请求。这一请求必须附带针对夫妻金钱和财产利益的处理建议（《民法典》第 257 条第 2 款，被引入 2004 年 5 月 26 日的法律）。实际上，法官对于这个处理建议是非常灵活的。这时候公证人很少介入。

4.1.2 公证人应法官要求而介入

除了协议离婚，其他所有的离婚程序都以一份不附离婚理由的离婚请求而开始（《民法典》第 251 条）。这一请求将导致调解听证（《民法典》第 252 条）。听证过程中，法官并不试图说服夫

妻双方放弃离婚（1975 年的法律规定），而是努力使他们就离婚的原则及后果达成一致。他还会采取一些临时性的措施。比如，法官可能指派一名调解员，也可任命任何有资质的专业人士，委托他制定大致的财产清单，或提出处理夫妻金钱利益的建议（《民法典》第 255 条第 9 款）。此外，他还可以指定一名公证人，要求他制定夫妻财产的清算计划和待分割财产份额的组成计划（《民法典》第 255 条第 10 款）。实际操作过程中，上述两项工作都是由公证人完成的。法官经常赋予公证人特殊的权力，比如查阅国家银行账户资料中心（Ficoba）的权力。因此，银行不得以银行机密为由拒绝公证人。后者在执行任务的过程中，可以求助于其他专业的技术人员，比如在评估一家公司的时候求助于会计师。

4.2 公证人在离婚判决后介入

4.2.1 协商阶段

如果夫妻在离婚诉讼期间没有进行任何财产分割，或者双方不希望在诉讼期间启动财产清算，那么法官在宣判离婚时，将“下令对他们的财产进行清算和分割。”（《民法典》第 257 条）。根据最高法院在 2012 年 11 月 7 日和 2013 年 9 月 11 日做出的判决，离婚法官应按照离婚双方的要求，指定由双方中的一方所选定的一位或几位公证人，从事财产清算分割。如双方就公证人的人选存在分歧，法官可在其收到的公证人候选人名单中指定一位。被指定的这位或这些公证人将明确写在离婚判决书中。判决书由法院书记员交送相关公证人，后者即直接和当事人一起启动清算手续。

在选择公证人这一点上，可能会出现多种情况。有时，离婚双方会选择求助于同一位公证人，后者致力于使双方就夫妻财产的分割达成一致。但双方当事人也可能分别选择各自的公证人，这时，两位公证人就必须合作，以完成财产清算。因

此，当事人有很大的自由。鉴于清算不属于公共范畴，因此没有强制性的夫妻间经济补偿计算方法。但是，公证人有义务告知当事双方相关的法律规定，当事人在知晓上述信息后，有权自由决定是否遵循法律的规定行事。

在这种情况下，公证人并无特别权力。他必须有条不紊地工作，考虑清算过程中所有必须注意的问题。若当事双方就财产清算和分割、或者就共有协议达成一致，则公证人开始起草分割文书。该文书不必提交法官批准。但是，如果公证人无法使当事双方达成财产清算和分割协议，那么他们唯一可以做的，就是建议当事人重新提起诉讼。

2006年6月23日的法律实施以来，财产分割法官可以在以下两种程序中选择一种：

简化程序（《民事诉讼法》第1361-1363条）：需要解决的问题十分简单，或非常明确，由此法官可以很快就问题作出决断。这时，法官不要求当事人求助于公证人制订财产分割公证书。

完整程序（《民事诉讼法》第1364-1376条）：分割手续非常复杂，法官指定一名公证人和一名法官，以监督整个清算分割过程。

商若不成功，其过程会通过以下方式得到证明：相关的一位或几位公证人出具的详细信函，或反映当事双方态度的笔录，或协商过程报告。

4.2.2 诉讼阶段

如果协商解决的努力失败，就可以诉诸司法清算。法庭的传唤书必须包含“对需要分割的财产的大致描述、申请人对财产分割的明确意愿、以及为达成协商分割所作出的努力”（《民事诉讼法》第1360条）。如果法官没有明确的清算财产表，无法就困难问题作出判决，他可以指定一名公证人和一名法官监督清算行动（《民事诉讼法》第1364条）。公证人由当事双方选定，如双方存在分歧，则由法庭选定。法庭实施财产分割行动，即清算财产、确定分配给离婚双方的财产份额。被指定的公证人可以要求当事双方“出具

完成其工作所必须的所有文件”（《民事诉讼法》第1365条）。原则上，公证人的工作不得超过一年的时间（《民事诉讼法》第1368条）。

如果公证人遇到困难，他应该向法庭指定的法官求助，采取所有有助于解决问题的措施。比如他可以要求指定一名专家，该专家可由当事双方选定，若双方存在分歧，则由法庭指定的法官选定。如果公证人碰到当事人无法履行职责的情况，他可以通过诉讼程序外文书对后者进行催告，要求他指定代理人履行职责（《民事诉讼法》第841条）。此外，如果公证人认为，当事双方和指定法官在他本人在场的情况下会面，有助于达成和解，他可以提出此类要求（《民事诉讼法》第1360条）。

在确定财产分配的份额时，公证人可以决定某一财产必须出售（否则就不可能平均分配财产）。如当事双方不能达成一致，公证人必须报告法官，法官向法庭递交报告，法庭可下令在它确定的条件下对财产进行拍卖。

由法庭指定的法官应对清算分割过程进行监控，为当事双方提供帮助，并告知法庭。他还必须监督公证人的工作，对其下达指令。此外，他还可以取代公证人，向当事双方发出指令，对其做出逾期罚款的处罚。他必须帮助各方找到解决方案，因此扮演着调解者的角色。他可以应公证人的要求，传唤当事人进行调解（《民事诉讼法》第1366条）；也可以自己决定传唤当事人和公证人，作调解的努力（《民事诉讼法》第1373条）。

法庭在听取公证人和指定法官的汇报之后，对当事双方的分歧作出裁决，命令拍卖那些难以分割和分配的财产（《民事诉讼法》第1377条）。

我们看到，《民事诉讼法》的相关条款规定公证人和法官必须密切合作。这种合作也通过当事人的律师。因此，我们应努力营造一种真正的协同工作环境。

要使真正意义上的财产分配成为可能，就必须解决所有的清算问题，明确有待分配的财产，

确定当事双方的权利。如当事双方能达成一致，则他们可自由分割财产份额，确定分配补偿金和支付条件。但如果他们不能达成一致，那么就必須将财产分成若干份额加以分配，当事人通过抽签决定分得的份额。2006 年 6 月 23 日的法律，规定了财产分配中的价值相等原则（《民事诉讼法》第 826 条）。

五、继承

从财产角度来说，一个人去世后，会有一些手续需要办理。在法国，公证人是人们首选的伙伴，他们帮助继承人完成继承手续。这里将谈论两个问题：公证人须准备的各种文书，法定继承和遗嘱继承。

5.1 公证人须准备的各种文书

公证人负责继承手续的完成。

5.1.1 公证人的职权

在法国，根据 2007 年 12 月 20 日的法律，只有公证人才有权出具公证文书。每位继承人都可选择自己的公证人，帮助完成继承程序。而起草文书的公证人则由法国公证人高等理事会指定。

起草文书的公证人应是：

- 在世配偶的公证人（如果有），
- 特留份继承人的公证人，
- 遗嘱指定的全部遗产继承人的公证人，
- 非特留份遗产继承人的公证人。

如果等级相同，那么所涉利益最大者的公证人起草文书。

在实际操作中，继承人联系公证事务所之后，就会收到一份清单，详细列出继承人首次和公证人见面时必须提供的材料。法国公证人高等理事会在“2020 法国公证人项目”的框架下——该项目旨在推动公证行业的宣传和现代化——制订了一份特别文件，可由全法国公证人使用。该文件重申了必须出具的所有证明，明确了公证人的

职责，以及文书的收费标准，以便顾客能在事先得到告知。

5.1.2 须准备的各种文书

5.1.2.1 财产清册

在继承领域，财产清册指的是证明构成遗产的资产和负债的公证书。

财产清册在以下情况下是必不可少的：

- 如果有继承权者仅同意继承遗产中的净资产，那么，只要遗产中的负债不超过继承人所继承的财产的价值，继承人就必须偿付。
- 如果继承人是未成年人或无民事行为能力的成年人。
- 如果国家担心遗产无人继承。

5.1.2.2 公证书

法律根据相关人员和被继承人的亲属关系，确定继承人（参见“3. 赠与”）。公证书则用以证明继承人的资格。遗产的转移，必须得到一些法律文书（如民事状况证明、子女关系承认书）和证明文件（如户口本）的确认。而遗产转移的证明则可自由确定。

过去，法律允许市长或诉讼法庭的书记员起草公证书。但现在，只有公证人才有权出具公证书，规定遗产转移事项。

公证人必须实施真正意义上的“技术核查”，以准备文书的内容。他会进行各种必要的调查。查询“遗愿中央资料库”（FCDD），这是一个全国性的资料库，资料来源于全法国公证人对顾客最后意愿（遗嘱，夫妻间赠与，等等）所做的安排。如果公证人遇到疑问，可求助于谱系学家，后者是查寻继承人的专业人士，特别是在亲属关系非常遥远、或继承人居住在遥远国度的情况下。

公证人向继承人宣读公证书，并要求后者确认，除非他们故意隐瞒，否则据他们所知，不再存在其他继承人。此后，继承人在公证书上签字。遗

产转移由权利人自己证明。公证人应在公证书上说明支撑权利人声明的材料。公证书还包含继承人所作出的保证，他们有义务独自或和他们所指定的人一起，接受全部或部分遗产；继承人必须在保证上签字。该文书之所以被称为“公证书”，是因为它旨在证明一个公共信仰。

鉴于人口在地理上的流动，国际继承越来越常见。欧盟内部出台了一份“欧洲继承证明”。这份证明的模板在很大程度上借鉴了法国公证书的模式，给予了公证人保证继承安全性的可能。

5.1.2.3 选择文书

在法国，如被继承人的子女为夫妻双方所生，那么在世的配偶有权选择；他可以继承所有遗产的用益权，或四分之一遗产的全部产权。

如果在世的配偶有夫妻间的赠与，那么他可以选择其他的遗产份额。

选择文书确定在世配偶所做的选择。上述选择也可被写入公证书或不动产证明当中。

5.1.2.4 不动产证明

任何由身故引起的不动产产权的转移或设立，都必须出具不动产证明，该证明应在公证人介入之日起的四个月内公告，否则将受到处罚（1955 年 1 月 4 日法令第 28 条）。原则上，法令所规定的处罚包括民事罚款、损害赔偿、以及其他相关后果，等等。如果需要出售不动产，根据相关后果原则，出售前不动产证明必须得到公告。这一规定是最有效的处罚，因为在不符这一规定的情况下，任何不动产转移都是不可能的。

5.1.2.5 继承申报书

申报书是一张税务打印单，须递交给税务管理局。申报书必须注明被继承人去世之日所拥有的所有财产（资产和负债）及其价值，以便确定需要缴纳的遗产税金额。在法国，遗产税是不可小觑的。这份文件必须在被继承人去世之日起的六

个月之内，转到税务管理局，如果可能，还应附上应缴遗产税金额。上述文书均由公证人起草。继承人在文书中出现，前提条件是继承人已得到确认。

5.2 遗产转移

5.2.1 法定遗产转移

根据法国法律，遗产继承的基础是家庭关系，继承只适用于亲属或婚姻关系。

婚姻在夫妻之间造成继承关系。这种关系在过去非常有限，但随着多部法律的实施，夫妻间继承关系得到了扩大，这些法律包括：1930 年法律、1957 年法律、1972 年法律，最近的一部是 2001 年 12 月 3 日法律。2001 年的法律规定，配偶在法定继承人的等级中属第一等，这样，在世的配偶不再会因其他的家庭成员而在继承中遭排斥。

5.2.1.1 没有在世配偶情况下的继承人顺序

法国法律将继承人分为 4 个顺序。上一顺序的继承人可排挤下一顺序的继承权。

各顺序所含的继承人如下：

第一顺序：子女（及其直系卑亲：孙子女、曾孙子女……），不管其亲嗣关系如何。

第二顺序：父母、兄弟姐妹（及其直系卑亲）。

如被继承人既无直系卑亲，又无兄弟姐妹（及其直系卑亲），则父母各继承一半遗产。

如被继承人既无直系卑亲，又无父母，则兄弟姐妹（及其直系卑亲）继承遗产。

如被继承人无直系卑亲，但有父母和兄弟姐妹，则父母各继承四分之一遗产，剩余一半遗产由兄弟姐妹（及其直系卑亲）继承。

如被继承人的父母有一人在世，且有兄弟姐妹，则父母在世的一方继承四分之一遗产，剩余四分之三遗产由兄弟姐妹（及其直系卑亲）继承。

第三顺序：普通直系尊亲。

第四顺序：普通旁系亲属，直到第 6 亲等。

5.2.2 遗嘱遗产转移

遗产继承可因被继承人的意愿而改变。被继承人可设立遗嘱。但是，法国法律限制自由赠与或遗赠，以保护某些有继承权者的特留份权利。

5.2.2.1 最后意愿安排的不同形式

法国法律承认夫妻间赠与，赠与人可在去世后，将其财产赠与他的配偶。这是一种未来的财产赠与，只有在赠与人去世、且受赠者尚且健在的情况下，才会生效。

法国法律也承认遗嘱，这是一份表达单方面意思的法律文书，它设立了继承启动之后的权利和义务。

遗嘱的形式有四种。前两种更为常用。

自书遗嘱：由于简单方便，所以最为常见。自书遗嘱必须全部手写，注明日期，由立遗嘱人亲笔签名。其缺点是保存较为困难：事实上，自书遗嘱容易损坏、遗失、甚至被恶意继承人藏匿。此外，立遗嘱人可能表达不清，造成多种理解。最后，除非进行笔迹鉴定，否则很难确定遗嘱的确由被继承人亲笔书写。

公证遗嘱：遗嘱由两名公证人、或一名公证人加两名证人受理。公证遗嘱由立遗嘱人口授，由在场者及公证人起草、宣读、签字。这样的遗嘱，和所有公证书一样，具备证据效力，除非有伪造之诉。公证遗嘱由起草文书的公证人负责保管。没有书写能力的人也能办理公证遗嘱。

密封遗嘱：这是一份私署遗嘱，立遗嘱人将其封印后，当着两个证人的面，交给一位公证人，公证人出具收据。立遗嘱人不一定需要在遗嘱上签名，也不一定需要亲笔书写遗嘱。因此，密封遗嘱适合于不会写字的立遗嘱者，但他必须识字。这类遗书在实际操作中非常少见。

国际遗嘱：这类遗嘱由 1973 年 10 月 26 日的华盛顿公约所设立，为所有缔约国所承认，但立遗嘱人设立国际遗嘱并不一定需要某个国际背景。

国际遗嘱应是书面形式，但不一定由立遗嘱人本人书写。遗嘱以某一语言写就，可以是手写或其他方式书写。立遗嘱人当着两个证人及一个有出具证明文件资格的人士（如公证人）的面，声明该文件是自己的遗嘱，且自己知晓文件的内容。

5.2.2.2 特留份及自留份

赠与或遗赠的自由，可能会受到特留份的限制。在法国法律中，特留份旨在保护近亲免受因向外人赠与而对他造成的损害，并且限制继承人之间的不平等。相关规定属于公共范畴。

a/ 普通自留份

自留份指非法定保留、被继承人可自由处分的财产份额。

特留份继承人可以是子女（a-1）或健在的配偶（a-2）。

a-1/ 直系卑亲特留份

赠与不得超出：

财产总额的一半，如被继承人有一个子女；

财产总额的三分之一，如被继承人有两个子女；

财产总额的四分之一，如被继承人有三个或以上子女。

a-2/ 健在配偶特留份

如被继承人无子女，配偶的特留份为财产总额的四分之一。

b/ 夫妻间特别自留份

如被继承人有子女（不管是否与配偶所生），那么他可以赠与配偶的财产份额为：

-普通自留份（即在一个子女的情况下，财产总额的 1/2；两个子女的情况下，财产总额的 1/3；三个或以上子女的情况下，财产总额的 1/4），

-四分之一财产的全部产权和四分之三财产的用益权，

-全部财产的用益权；在此情况下，子女的特留份仅是遗产的虚有产权。

继承结算完成之后，转移给两位或两位以上继承人的财产即成为他们的未分财产。如果继承人愿意，可对该财产进行分割。法国民法典规定了如下原则：“任何人都没有保持财产未分状态的义务”。因此，只要有一名未分财产的权利人提出申请，就必须实施财产分割。

必须指出，公证人是当事各方首选的调解伙伴，保证财产分割的顺利完成。如果分割财产涉及不动产，那么必须经过公证，以便进行不动产公告。

法国关于夫妻财产制度的准据法

2022-03-16 意定之爱 克里斯提安

<https://mp.weixin.qq.com/s/r1kXFuT1G2xcwTrNamZV1w>

作者克里斯提安·皮萨尼是原巴黎公证人公会会长。



夫妻财产应当适用何法律的问题，源于跨国婚姻，即不同国籍的人之间缔结的婚姻的存在。根据法国国家统计局公布的最新数据，2015 年在法国缔结的 236 000 桩婚姻中，14%属一方是法国籍人，另一方是外国籍人的婚姻。同年在 46300 桩缔结于国外、尔后转来法国登记的婚姻中，一方是法国籍人，另一方是外国籍人的有 42133 桩，达到 91%。换言之，该年度中在法国缔结，以及在外国缔结后又转来法国登记的婚姻中，四分之一以上(将近 27%) 属一方是法国籍人，另一方则是外国籍人。

婚姻的国际化无疑会造成夫妻财产的国际化。经常，那些国籍不同的夫妻因各自家庭的原因，会在几个国家拥有财产利益。这种婚姻和财产的双重国际化，自然会衍生出夫妻财产的法律适用

问题。确实在夫妻生活中，很有必要譬如知道夫妻中究竟谁有权管理、出售或转让某财物。当婚姻因一方去世或因离婚而解体时，也有必要知道夫妻中的哪一方是某财物的所有权人，应当如何分配。要解决这些问题，就需要确定相关财产关系应适用的法律。当然也不能因此断言，说只要确定了夫妻财产的适用法律，即可解决夫妻关系的一切问题。譬如，某配偶缔结婚姻的能力，取决于其所从属的人身法；夫妻间的相互扶养义务，则取决于国际公约的规定，以及 2008 年 10 月 18 日的欧盟条例，等等。

夫妻财产的法律适用问题在法国很早就已经出现，因为她曾是一个法律不统一的国家。当时各个行省对夫妻财产拥有不同的法规，而不同行省的人之间缔结的婚姻也大量存在。直至 1525 年才制定了一条规则，即在不存在婚姻合同的情况下，应当适用夫妻双方婚后的第一个常居地的法律，下文中将会对该问题作进一步阐述。

该项规则如今仍在适用，但已有所改进。目前按照结婚时间的不同，存在三种不同的法律适用规则。凡 1992 年 9 月 1 日前缔结的婚姻，适用法国的传统规则。凡 1992 年 9 月 1 日至 2019 年 1 月 28 日间缔结的婚姻，适用 1978 年 3 月 14 日海牙公约的规定，该公约已在法国、荷兰和卢森堡生效实施。2019 年 1 月 29 日起缔结的婚姻，则将

适用 2016 年 6 月 24 日欧盟理事会的第 2016/1103 号条例的规定。该条例的实施日期定得很晚，目的是使相关的法律人士得以熟悉这一即将在 18 个欧盟国家中实施的法规。

事实上，上述多种法律规则并存的情况并不像人们所想象的那样复杂，因为欧盟的条例采纳了大部分的海牙公约的解决方案，并予以简化。但无论怎样，若要探讨法律的适用问题，我们就必须面对这三个不同的法规系统。我们下面的探讨将仅局限于婚姻的准据法问题，至于配偶间缔结的共同生活契约，譬如法国的民事契约，从 2019 年起将可适用欧盟条例的规定，该条例对这类契约采用了与婚姻相似的解决方案。

I—1992 年 9 月 1 日前缔结的婚姻应当适用的准据法

法国法中的传统解决方案，是遵从夫妻在婚姻缔结时所表达的意志。他们可以通过签署一份婚姻合同的方式来表达其意志，或选择某一国家的法律，在后一种情况下应当适用的就是该国家的法定制度。至于内容，当事人的选择是完全自由的。然而并非所有国家均如此。譬如在法国夫妻可以选择一个与其毫无关系的国家的法律，但在某些国家对选择是有所限制的，例如在德国夫妻仅可选择他们的共同国籍国的法律，或他们的居所地的法律，而不得选择其他法律。在美国，对不动产只能适用不动产所在地的法律……

在法国的国际私法中，法律的选择是完全自由的。准据法可通过婚姻合同明确选定，也可以是默示性的，例如我们可以通过对法国法的选择这一事实，推断夫妻双方采取了法国法中的夫妻婚后财产共有制，而无需明确写明法国法。

经常会发生夫妻在婚前未明确指定家庭财产应当适用的法律，在该问题不明朗的情况下就成了婚的现象。在此情况下，应当根据他们对婚后第一居住地的选择来推断其的意志，换言之他们的财产制度的确定，应当适用其婚后第一个居住

地国家的法律。这就是 1525 年在一位丈夫是巴黎人，妻子是里昂人的婚姻案中，由夏尔-迪姆林所创立的解决方案。在缺乏夫妻双方明确表达的意志的情况下，人们从当事人婚后的第一个居住地处于巴黎这一事实，推断出他们的意愿是选择在巴黎实施的规则，尽管他们在巴黎和里昂均拥有财产利益。

司法判例在采信可能揭示夫妻意志的迹象时，有时并不如此刻板。法官有时会考虑家庭财产利益的所在地，或婚后所发生的一些情况，譬如在某购买合同中夫妻曾表达的其财产制度。但最新的司法判例再次明确重申，在确定夫妻财产制度的准据法时，应当首先采用夫妻婚后第一个居住地的标准。

在对其家庭财产制度存疑时，夫妻双方可请求法官予以确定，但法官的这类决定不得对抗第三人，尤其是债权人，他们可以就此提出异议。因此若对适用何种婚姻财产制度存在疑问时，法官通常让夫妻双方自己协商选定一种财产制度，以便排除不确定性，这也是海牙公约第六条（我们下文还会涉及）所允许的方式，也可适用于 1992 年 9 月 1 日前所缔结的婚姻。

当然必须作两点说明：

一方面，第一居住地的法律的概念应当作狭义解释，即如果该法律指向另一法律，相关指向则不应适用。譬如一对法国和俄国夫妇在俄国成了婚，婚后定居俄国，后因俄国发生革命而决定移居法国。根据法国法，鉴于在婚前未指定夫妻财产的适用法律，该夫妇的婚姻应当推定为适用其第一个居住地的法律，即俄国法。而俄国法则规定适用丈夫国家的法律，对该案而言就是法国法，因为丈夫是法国籍人。由于法国法不接受指向性规定，最终还是判定适用俄国的夫妻财产制度，因为法国法认为该夫妇不了解国际私法规则的微妙性，他们关注的应当是其婚后第一个居住地国家的法律。

另一方面，夫妻双方可选择适用海牙公约第六条的规定，该规定允许他们在婚姻存续期间变更其家庭财产制度，以期使家庭财产受有异于先前的另一种法律的节制。

因此凡 1992 年 9 月 1 日前缔结婚姻的夫妇，应当记住如下规则：

其家庭财产制度的准据法是他们在婚前所选定的法律，他们的选择是完全自由的，在无事先选择的情况下应当适用他们婚后第一个居住地国的法律，但在其婚姻存续期间，可变更所适用的法律。

II - 1992 年 9 月 1 日至 2019 年 1 月 28 日之间缔结的婚姻应当适用的准据法

A - 凡 1992 年 9 月 1 日至 2019 年 1 月 28 日间缔结的婚姻，应当适用 1978 年 3 月 14 日海牙公约的规定。如同法国的传统规则一样，海牙公约规定夫妻可在缔结婚姻时选择其家庭财产的适用法律，若未选择，则适用其婚后第一个居住地国的法律。但是只有三个签署国，即法国、荷兰和卢森堡的这一国际公约，采用了比法国传统制度更为复杂的制度，从而遭受世人的批评。

1- 准备成婚的夫妇可以为其家庭财产指定适用的法律，但选择没有象法国传统法中的那样自由。根据该公约第三条，选择仅限于：

- 夫妇拥有共同国籍的国家的法律；

- 在成婚时其中一方通常居所的所在地国家的法律；

- 或者其中一方将在婚后要常居的居所地国家的法律。

尽管理论上当事人的选择自由比传统的法国规则有所限制，但这一限制在实践中很少会产生实质性后果，因为准备成婚的夫妇很少会选择与他们毫无关联的国家的法律。

夫妇指定其家庭财产所适用的法律时，必须有明确的书面约定，或有可能的话，通过一份婚姻合同来加以明确(公约第十一条)。

按照夫妻财产制度统一的原则，由夫妇指定的法律一般适用于其所有的财产。但考虑到某些国家的不动产适用不动产所在地法的特殊规则，当事人可以就其不动产全部或部分，明示不动产所在地法为准据法，从而规避财产制度统一的原则。他们也可以规定其将来可能购置的不动产，也适用该不动产所在地的法律。

因此，当事人夫妇可以因财产的不同，拥有几个不同的财产制度。但是这样的情况因我们下文将论述的欧盟条例的出台，将会被排除。

2- 若当事人夫妇在婚前未指定其家庭财产制度的准据法，应受婚后第一个常居地国家法律的节制。

第一个常居地的概念不是可以通过协议私自定义的。此概念的关键并非第一个居住地，而是第一个常居地。因此如果一对夫妇曾临时在某国居住，之后到另一国常居，这第二个国家应当视作常居地。

当然对这一原则存在着一些例外，使得对适用法律的确定复杂化，此问题常遭人诟病。

例如在三种情况下将会适用夫妻共同国籍的标准，而非常居地的标准。

这三种情况均对应着很复杂的情景，它们极为罕见，故不值得一一介绍。我们在此仅就发生率相对较高的第三种情况，作简要介绍。

排除常居地国法的适用，转而适用夫妻共同国籍国法的第三种情况，指的是夫妻双方在婚后未在同一国家设置第一个长期居所。这种情况在欧洲的劳工移民中时常可见，成婚后妻子继续居住在非洲，而丈夫则生活在其工作的法国。对于他们，应适用的是其共同国籍国的法律。

3- 最后，对既无共同居所又不是同一国籍的夫妇，将适用与当事人存在最密切关联的国家的法律(公约第四条第三款)。这种关联应由法官根据当事人夫妇的利益的所在地，其财产的情况等因素，来加以评判。

B- 夫妻可以在婚姻存续期间,变更其家庭财产所适用的准据法。准据法的变更存在两种途径:或由夫妻双方决定自愿变更,或在当事人不知情的情况下自动变更,后一种途径广遭诟病。

1 - 自愿变更

根据公约第六条,夫妻可以变更其家庭财产制度的适用法律,«从适用目前的准据法转为适用另一国的法律»。这种变更可能适用于所有夫妻,包括公约生效前已婚的夫妻,即1992年9月1日前成婚的夫妻。

所有夫妻均可自愿变更其家庭财产制度,包括那些婚前未曾指定过家庭财产准据法的夫妻,以及曾指定过准据法的夫妻。另外,该规定也适用于所有时段缔结的婚姻,无论是在公约生效之日的1992年9月1日之前还是之后。

a) 变更的理由:

当事人可以是一些外国夫妻,鉴于法国业已成为他们的利益和财产的所在地,他们决定在此地定居,并希望他们的家庭财产制度也适应这一新的环境,当然前提条件是他们原先的家庭财产准据法未禁止这种变更。

当事人也可以是一些拿不准其家庭财产究竟适用何种法律的夫妻,他们希望加以明确。譬如有些夫妻在婚前未曾选择过家庭财产的准据法,婚后又陆续在好几个国家生活过,所以希望有所明确。

b) 选择的范围

当事人的可选择范围具有局限性,他们只能选择至少一方配偶拥有国籍的国家的法律,或在作出选择时其中一方居住地国家的法律,又或关于不动产,可选择全部或部分适用不动产所在地的法律。

按照1997年10月28日法(民法典第1397-3条)所确定的法国官方解释,夫妻在婚前或婚姻存续期间选择适用法律之时,可明确指定所选择的财产制度,即接受法定的夫妻财产制度,或商定一种契约性制度。

c) 变更的形式变

更应当按照变更发生地国所规定的形式规则进行。在法国,决定变更的当事人应当前往公证人处作变更声明,并明确接受法国的某一夫妻财产制度。

d) 选择的可追溯以往

婚姻存续期间所发生的家庭财产准据法变更,其效力涉及夫妻的所有共同财产,包括准据法变更之前已购置的财物,属于第三人的权利除外。当然他们也可以先对现存的财产制度进行清算,在此情况下,新选的法律仅适用于变更声明之后所拥有的财物。

2 - 自动变更

海牙公约规定了三种对家庭财产制度可进行自动变更的情况。这一点遭致颇多非议。

该公约提出了维持原有的家庭财产制度准据法«直至夫妻另有决定»的原则(第七条第一款),但它规定在三种情况下,若当事人夫妇未指定应适用的法律,也未签署婚姻合同,其居所地的国内法就可自动替代原有的家庭财产准据法,成为应当适用的法律(第七条第二款)。

该规定之所以广遭指责批评,是因为其后果是家庭财产的适用法律已然改变,而当事人夫妇却毫不知情。所谓的可自动变更的三种情况如下:

a) 夫妻双方拥有同一个国家的国籍,他们的居所也处于该国的。例如,一对法国夫妇在纽约成婚,并在那儿居住一年后返回法国。鉴于法国法是他们的共同国籍国的法律,自然成为其家庭财产的准据法,故该夫妇的家庭财产制度应当是婚后所得财产共有制。

b) 凡在一个国家连续居住满十年的夫妇,可被自动变更为适用该居住地国的法律,而当事人却毫不知情!

c) 如果某夫妇的国籍相同,但居住地国不同,其家庭财产的准据法应当是其共同国籍国的法律(根据公约第四条第三款的规定),但是如若他们后来共同定居到了某国,则共同定居国的法律则

自动成为其家庭财产的准据法。例如一对在土耳其结婚的土耳其夫妇，成婚前女方在土耳其生活，男方在法国生活，后女方跟随男方前来法国定居，该夫妇应当被视作适用法国的法定夫妻财产制度，即婚后财产共有制。他们结婚前获得的财产适用土耳其法，但女方到达法国之后夫妻俩所获得的收入则适用法国的婚后财产共有制度。

上述的自动变更规则遭到众多的指责和批评，因为它在连当事人都不知晓的情况下，变更家庭财产制度。当然，当事人夫妇有权就此变更提出异议，明确选择维持原家庭财产制度，并排除该自动变更。

这些对于海牙公约的批评意见，被欧盟的立法者密切关注，并在其立法时有所采纳。

III - 2019 年 1 月 29 日起缔结的婚姻的准据法

欧盟拥有约 16 000 000 对通过结婚，或合伙契约而结合的夫妇。欧盟理事会充分考虑到了这一因素，故提出了两个方案，一个是关于婚姻的，另一个是关于合伙契约的，这也是众多国家目前允许的两种夫妇结合方式。在 28 个欧盟国家中，13 个国家已承认同性婚姻的合法性（最近承认的国家是德国和马耳他，于 2017 年 7 月），20 个国家承认可了合伙契约。合伙契约也是一种夫妇家庭财产的形式，适用于非婚同居的夫妇。

由于无法在家庭财产的准据法问题上获得 28 个成员国的一致同意，人们采取了欧盟条约第 20 条所允许的程序，即欧盟部分成员国之间可进行特殊合作的规定。就这样 17 个成员国向欧盟委员会提交了申请，以期制定适用于跨国婚姻夫妇的共同的财产准据法规则。欧盟理事会于 2016 年 6 月 24 日通过了两项条例，一项是关于婚姻财产制度的，另一项是关于合伙契约情况下财产问题的。从 2019 年 1 月 29 日起，这两个条例将在 18 个国家中实施。

下文仅限于探讨关于婚姻财产制度的条例，其实关于合伙契约的条例采用的是相同的规则。

欧盟的条例很大程度上吸纳了我们在上文曾提及的海牙公约的规则，但避免了后者繁琐复杂的弊端。

该条例的原则是，准备成婚的夫妇可以选择适用于其家庭财产的准据法；若未曾选择过，将根据如下标准来确定应当适用的法律。

A - 家庭财产制度准据法的选择

1 - 自愿选择

当事人夫妇可以婚前选定其家庭财产的适用法律，也可以在婚姻存续期间变更其选择。

准据法的选择不是完全自由的。根据公约第 22 条之规定，当事人夫妇仅可选择：

- 或作出选择时夫妇一方或准备成婚的夫妇一方的常居地国家的法律；

- 或作出选择时夫妇一方国籍国的法律。

准据法的选择必须采取书面协议形式，标明日期，并由夫妇双方签署。该书面协议必须符合签署时双方共同居住地国家规定的形式条件。在法国，这类协议应当作成公证文书。如果协议签署时夫妇双方的常居地不在一个国家，协议必须符合其中一个国家规定的形式条件。如果只有其中一方居住在某成员国内，该协议应当符合该成员国规定的形式条件。（第二十三条）

协议所指定的准据法将予以适用，即使该法律不是任何成员国的法律。这就是第二十条所规定的普遍适用原则。

协议所指定的准据法也适用于所有财产。这是第二十一条所提出的整体原则。这意味着人们无需按照不动产的地理位置，而区分出不同的准据法。

2 - 未曾选择过准据法

如果当事人夫妇未曾选择过其家庭财产的准据法，如下法律之一将被视作准据法，按下列标准依次为：

- 夫妇婚后第一个共同常居地国家的法律；

- 若无共同常居地，夫妇成婚时的共同国籍国的法律；

-若国籍不相同，夫妇成婚时与他们有最紧密关联的国家的法律。

如果当事人夫妇拥有多个国籍，上述共同国籍国的标准则不应适用。

B - 准据法的变更

同样的规则也适用于夫妻财产制度的变更，无论是关于准据法的选择或婚姻合同的内容，还是关于变更的协议需要采用书面形式的规则。

变更仅对未来产生效力。与海牙公约不同的是，自动变更被排除了。

欧盟的条例还就夫妻财产的法院管辖，规定了一些冲突规则。

上述的规则可能会让人感到比想象的要复杂些，但实践表明它们并没有如此，相关专业人士很容易正确地执行之。在各当事方意见不一致的情况下，尤其是在离婚案中，夫妻财产制度的认定问题可能会构成一个冲突热点。但是只要掌握夫妻成婚时，以及婚姻存续期间，尤其是他们更换居住地时的详细信息，完全可以攻克所有困难。

法国离婚制度改革述评

2022-03-22 意定之爱 蔡勇

<https://mp.weixin.qq.com/s/o9BQfghdmUPPv2afnLuw1w>

本文作者是四川省成都市律政公证处公证员，本文曾被《东南司法评论》（2017 年卷·总第 10 卷）收录。

摘要

法国于 2016 年 11 月通过了对离婚制度进行重大改革的法案，将协议离婚这项公共职能从法院移交给公证人实施，以缓解法院案件过多的压力，缩短离婚程序所需的时间。新法明确了律师和公证人在协议离婚中的职能分工，力图通过两个法律职业体之间的密切合作，为公民提供更加高效的法律服务并降低司法成本。

2016 年 11 月 18 日，法国颁布了一部名为《21 世纪的司法现代化法》的法律，这是奥朗德政府任期内最后一次重要司法改革的成果，其核心内容之一是为法院减负，分流非诉讼案件，让法官专注于司法裁判。该法律侧重对家事领域的司法程序进行改革，其中最令人瞩目的举措是对法国《民法典》第 229 条进行了修改，在公证职能中增添了协议离婚这项新的公共任务。根据新规定，自 2017 年 1 月 1 日起，协议离婚案件不再由法官审理，离婚夫妻达成的私署协议经双方律师联署

签名后递交公证人存档即视为完成离婚手续。事实上，为缩短办理协议离婚所需的时间，法国在 2004 年就已经通过修法对协议离婚程序进行过一次简化，但是法院仍然面临积案过多的压力和公民对司法效率的抱怨。最近十多年来，如何继续推进法国的离婚制度改革一直是法律界争论甚至争吵的热门话题。

一、法国改革协议离婚程序的动机

在本次修改之前，法国《民法典》规定的离婚方式有四种：（1）协议离婚；（2）双方同意离婚，但是对离婚后果（如子女抚养、财产分配等）无法达成一致；（3）婚姻生活确定已破裂（分居两年以上）；（4）过错离婚。第 1 种离婚方式为非诉讼程序，后 3 种离婚方式属于诉讼程序。不论选择何种方式，离婚案件都必须经过家事法官审理，以确保离婚夫妻和未成年子女的合法权益均能得到保护。

据法国司法部的统计数据，2015 年法院处理的 123 668 宗离婚案件中，有 67 875 件属于协议离婚，占案件总数的 54.88%。协议离婚属于非诉

讼案件，但走完其全部程序也需要很漫长的时间。离婚夫妇必须各自或共同委托一名律师，协助双方就离婚的各种细节问题进行协商并起草离婚协议。从协商到达成协议一般需要数周的时间，若涉及不动产分割，有关不动产的清算和转移还必须办理公证，其周期会更长。离婚协议达成后需递交法院并等待家事法官开庭，由于各个法院案件数量的积压程度不同，等待法官开庭的时间也会长短不一。据法国法院的统计数据，离婚协议递交后，等待法官开庭的周期一般为 3 个月到 1 年。开庭时，法官只需对离婚协议进行形式审查并对当事人分别进行询问。如无异常，法官会当庭宣告离婚并批准离婚协议，据统计，法官对 99% 以上的离婚协议均予以直接批准。如果法官认为协议内容显失公平或者损害了未成年人利益，则有权将协议驳回。另外三种离婚形式因涉及讼争，诉讼周期、成本和结果均难以预测，更加令人身心疲惫。

法国社会的离婚率高达 50%，严格的离婚程序和冗长的办理过程引发了民众对司法效率的诸多抱怨。法国不婚族的比例非常高，其重要原因就是严格的婚姻法和高昂的离婚成本造成了法国人对婚姻的畏惧，宁愿选择长期同居也不结婚。而离婚案件数量的居高不下也让家事法官不堪重负，据《费加罗报》2014 年 1 月 3 日的报道，家事案件已经占到了法国法院工作量的 80%，而其中离婚事务占了一半以上。如何改革离婚制度，为法院减负，近十年来一直是让立法者倍感头疼的议题。为此，立法者作出了多次改革尝试。

二、法国离婚制度改革的历程

早在 2007 年，时任总统萨科齐就曾设想由公证人代替法官处理协议离婚案件。萨科齐政府希望由公证人全程办理协议离婚案件，而无须法官和律师的介入。在法国，公证人不仅是具有国家公信力的公务助理人员，同时也是经验丰富的家事法律专家。由公证人办理协议离婚案件，既减

轻了法院的办案压力，又为当事人节约了时间和费用成本。但是这一计划遭到律师行业的强烈反对，律师们甚至进行了罢工示威。律师的反抗理由是公证人不能代替法官和律师的作用，其实很大原因是不想放弃协议离婚业务这块巨大的蛋糕。据媒体报道，法国离婚律师的收费一般在 150-250 欧元/小时。近年来，费率比较优惠的打包收费开始普及，一般情况下代理协议离婚案件的律师费用通常在 1000-4000 欧元之间，而代理诉讼离婚案件的律师费一般在 2000-8000 欧元。

2012 年奥朗德政府上台后，女司法部长克里斯蒂娜·托比拉力主把协议离婚案件移交给法院书记员处理，以减轻家事法官繁重的工作量并加快离婚案件的办理速度。应司法部长的要求，法国最高法院顾问皮埃尔·德尔玛斯-戈永主导起草了一份名为《21 世纪的法官》的报告。《费加罗报》2014 年 1 月 3 日披露了报告的内容：专门设立一个“具有司法权的书记员”职位，代替法官处理协议离婚案件。这一计划受到法官们的欢迎，他们认为“书记员是经过严格培训并且具备熟练技能的专业人士，他们都是法学硕士出身，深谙司法的奥秘，知晓如何起草文书。”但是这一计划遭到律师行业的强烈质疑，他们认为法官的缺席会导致离婚协议的效力被弱化。2014 年 2 月，参议院法律委员会的一个工作组不得不推出缩减版的改革方案，建议由书记员处理“家庭中既无子女亦无共同财产”的协议离婚案件。但是在律师团体的阻挠下，该方案仍然遭到否决。

在这种背景下，由素有“家事法律专家”盛誉的公证人来处理协议离婚案件，再次无可避免地进入了立法机构的议事日程。公证人的职业属性决定了公证途径是平衡公民法律安全和司法效率的最佳选择：法国公证人具有国家公权力受托人和法律职业人的双重身份，能够保障离婚当事人在合法权益得到应有保护的前提下，更快捷地完成离婚手续。

三、改革后的协议离婚程序

2015年7月31日,时任女司法部长克里斯蒂娜·托比拉向政府部长会议呈递了名为《21世纪的司法现代化法》的法案,经参议院和国民议会两轮审议和修改后,该法案最终于2016年10月12日被国民议会审定通过。法国宪法委员会于2016年11月17日批准该法并于11月18日颁布。新法律中涉及离婚改革的条款自2017年1月1日起生效。

《21世纪的司法现代化法》第50条创设了一种全新的协议离婚程序,在《民法典》第229条的开篇增添了以下内容:“夫妻经协定,可以通过由双方律师联合署名、并由公证人按公证书原件存档的私署协议来完成离婚”。选择协议离婚的案件不再由家事法官处理。离婚双方应各自聘请律师磋商离婚事宜,在双方就离婚协议的全部内容达成一致后,两名律师把拟好的协议以挂号信方式寄送给各自的当事人。离婚双方在收到协议文本后均享有15日的反悔期,反悔期届满前离婚双方不得在协议上签名。15日期满后,离婚当事人在两位律师的见证下签署离婚协议,并由律师联署签名后在7日内送交公证人存档备案。修改后的《民法典》第229-1条第3款规定,公证人存档后离婚协议即生效,存档同时也赋予了离婚协议确定的日期和执行效力。

公证人在收到律师递交的离婚协议后,需于15日内完成存档手续,并向离婚当事人出具存档证明书。存档证明书是一份公证文书,类似于离婚证明,须载明离婚夫妻的身份信息和离婚协议的存档时间。当事人凭存档证明书办理户政信息的变更登记手续,或者用于向第三方证明自己的离婚事实。根据修改后的《民事诉讼法典》第1147条,离婚当事人或其律师均可持公证人出具的存档证明书申请户政信息备案,即在离婚夫妇的出生证书和婚姻文书上备注离婚情况。需要说明的是,离婚协议经公证人存档后,婚姻关系即刻解

除,但是根据《民法典》第262条,只有在户政文书上完成离婚备注,离婚协议方能就财产问题产生对抗第三人的效力。

法国离婚制度改革宗旨在于“鼓励以多元化途径解决争端,分流法院非诉讼案件”,但是根据《民法典》第229-2条的规定,以下两种情形的协议离婚仍然必须通过法院程序:(1)具有辨识能力的未成年子女坚持要求面见法官,就抚养权等问题陈述自己的意见;(2)离婚夫妻中一方的辨识能力有缺陷,属于《民法典》规定的法律保护对象(如司法保护、保佐、监护等)。也就是说,在这两种特殊情形下,协议离婚不允许通过公证程序来完成,仍然需要由法官来批准离婚协议并宣告离婚。由此,法国的协议离婚程序有两种:一是公证途径的普通协议离婚;二是非诉讼程序的法院协议离婚。这种设置体现出法国一贯重视未成年人和脆弱群体权益保护的傳統。事实上,法国的离婚制度改革此前一直没能取得进展,重要原因之一就是未能解决如何保障未成年子女权益的难题。

新的离婚程序中,为了切实保护未成年子女表达意见的权利,司法部制定了一份未成年子女信息的文书模板,该文书由(有辨识能力的)未成年子女签名。文书须载明该子女已被告知享有面见法官或法官指定人员并陈述意见的权利,并被告知有权选择律师陪同,知晓一旦选择面见法官,其父母的离婚就只能进入法院程序。该子女须在是否希望面见法官一栏选择“是”或“否”并签名填上日期。该文书须作为离婚协议的附件递交给公证人审验。未成年子女陈述的意见仅限于与其自身权益有关的抚养、居住等问题,不能对其父母离婚本身发表任何看法。

四、律师在新离婚程序中的职责

与以往的法院协议离婚相比,律师在新的协议离婚程序中扮演了更为重要的角色并需要承担更大的法律责任。

首先, 律师有义务保障离婚协议内容的平衡。在新的离婚程序中, 离婚双方必须各自聘请一名律师来完成协议的起草并由律师联合署名, 以保证协议内容的合法性和可操作性, 无双方律师联署签名的离婚协议无效。而在本次改革之前, 在 80% 的协议离婚案件中都只有一名律师为双方当事人服务, 强制增加一名律师无疑会增加离婚成本。但是立法者考虑到新的程序中不再由法官对离婚协议进行审查, 为了防止协议中出现显失公平或者损害未成年子女利益的内容, 新的法律要求离婚当事人必须各自聘请律师为自己服务。两位律师不仅要维护各自顾客的利益, 还应保障离婚协议内容的平衡。在此之前, 协议内容是否平衡是由法官作出判断, 现在则属于律师的职责。

其次, 律师承担了保障当事人真实意愿和协议内容合法的义务。在新的协议离婚程序里, 公证人和律师各有分工。公证人根据国家授权行使审查权, 维护离婚程序的法律安全。但是新的法律只是赋予了公证人对离婚协议的内容和合法性进行形式审查的职责, 而把实质审查这部份职责分担给了律师行使。律师对离婚协议的审查包括三个方面: (1) 协议内容必须符合当事人的真实意愿; (2) 协议中关于离婚后果的安排必须符合法律规定, 如子女抚养、财产分割、离婚补偿等; (3) 协议内容不得违反法律中关于公序良俗的普遍性规定。

第三, 在新的离婚程序中, 当事人签署离婚协议时, 由于国家公权机关的缺席, 见证当事人签名的责任由律师承担。协议达成并由当事人签名后, 两名律师必须在离婚协议上联署签名, 其实质是把离婚协议制作成具有证据效力的律师见证文书, 律师须对当事人签名的真实性承担责任。

《民法典》第 1374 条规定, 协议当事人各自或共同的律师在私署协议上的联署签名, 能够证明协议内容和当事人签名的真实性。该法条意味着非经法定的特殊程序, 经律师见证的离婚协议的内容和签名均不得被质疑。

可以认为, 律师在新的离婚程序中担当了非常重要的角色, 立法机构作出这样的安排也是为了说服和安抚律师行业。法国律师公会主席帕斯卡·埃杜表示: “很久以来, 我们就一直呼吁协议离婚应该通过律师联署签名的协议来完成”。他赞扬这是一个“息争的手段”, 有力地回击了“律师只会助长纠纷”的观点。

五、公证人在新离婚程序中的职责

在新设的离婚程序中, 离婚协议由公证人按照公证文书原件的方式进行存档, 这就首先意味着公证人有保管离婚协议的责任。但是公证人的职责绝不仅限于保管离婚协议, 公证人应当对协议的形式和内容进行合法性审查。

《民法典》第 229-3 条规定, 离婚协议必须包含以下内容: (1) 夫妻及其子女的户籍、身份、职业、结婚日期和地点等信息; (2) 双方律师的身份和职业信息; (3) 夫妻双方同意离婚以及知晓协议条款之法律后果的叙述; (4) 阐述民法典中关于离婚后果特别是离婚补偿的条款; (5) 夫妻财产清算和分配的条款 (涉及不动产的清算和分配必须先办理公证), 若无需要清算的财产时需在协议中作出声明; (6) 明确记载未成年子女已由父母告知享有面见法官陈述的权利, 并且放弃使用该权利的情况。

《民法典》第 229-1 条第 2 款要求公证人应审查离婚协议的内容是否满足第 229-3 条的规定, 并且还应审查该协议是否遵守了 15 日的反悔期。公证人应拒绝接收不合规范的离婚协议。

离婚协议经公证人存档后即相当于宣告离婚。

《民法典》第 260 条规定, 婚姻自律师联署签名的离婚协议获得执行效力之日起解除, 而根据《民法典》第 229-1 条第 3 款的规定, 离婚协议经公证人存档即获得执行效力。由此可见, 协议由公证人存档是此种离婚方式必经的法定程序, 否则离婚无法成立。从这个角度看, 公证人存档的效果类似于法官批准离婚协议并宣告婚姻关系解除。

在完成离婚协议的存档之前，公证人还必须履行一项《民法典》中未予明示的义务：审查离婚协议的内容有无违反公序良俗的情形。按照司法部的立场，这项义务是由律师担负的，原则上公证人无需再行审查。但是司法部长表示，如果公证人发现协议内容明显损害了公序良俗，可以对律师进行警示。比如不得有以物质补偿为条件，禁止对方再婚、放弃子女探视权等条款，也不得有以财产补偿方式来换取子女抚养权、限制对方的居住地等内容。

公证人在离婚程序中发挥的作用，会根据离婚协议是否涉及不动产而有很大的区别：若夫妻共同财产的清算、分割或补偿涉及不动产，公证人将在离婚程序中发挥核心作用，公证人会在离婚的协商阶段提前介入，与律师和离婚夫妇就财产的清算和分配进行协商，提供咨询和解决方案。由公证人制作的夫妻财产清算和分配协议应作为离婚协议的附件。

在法官缺席的情况下，由公证人作为国家公权力的受托人，代表国家行使审查权，这无疑是很明智的选择，但是不能凭此就认为公证人完全替代了以往法官的角色。在不涉及不动产时，公证人的审查是纯粹的形式性审查，而对协议内容是否平衡、当事人意愿和签名是否真实的审查则不属于公证人的职责。尽管这些审查本应属于公证人的义务，但是立法者鉴于以往的改革尝试在律师行业施压下屡屡夭折的教训，在行业利益之间作出了妥协，选择由律师对离婚协议的内容和签名承担责任。妥协的结果则是离婚协议的定性显得有些模糊。公证人制作的文书具有三大功能：证据效力、执行效力和确定的日期。但是经公证人存档的离婚协议既非真正意义上的公证文书，但又高于普通的律师见证文书：它具备了公证文书的执行效力和确定的日期，而其证据效力则来自律师联署的见证签名。

关于公证人是否需要离婚协议进行实质性审查，在立法过程中历经了多场艰难的辩论。最

终结果是公证人的审查职能被相对弱化，甚至被批评为简单的“文书登记”，这种偏离凸显了立法者的无奈与尴尬。但是，公证人是法律安全的守护者，由他们按照法律规定对离婚协议的形式要件进行审查，毕竟也把控了法律安全的最后一道防线，这无疑是离婚制度改革的一大进步。

公证人、巴黎第十二大学副教授 Stéphane David 认为，公证人被称为“非讼法官”，绝不能被排除在新的去司法化的协议离婚程序之外，而且应当承担起法官在原来协议离婚中所担负的职责，公证人应当对离婚协议进行实质性审查并在离婚程序中担当主要角色。但是因为行会利益的束缚，立法者最终创设了这种既非“律师见证离婚”亦不完全是“公证离婚”的“混合型”离婚程序，即通过公证人和律师的紧密配合，为离婚当事人提供咨询，把控协议内容的完整性，保障当事人利益的平衡，在无需法官介入的情况下，赋予离婚协议合乎法律规定的形式和效力。

公证人的收费由政府统一定价为 50.4 欧元，这体现了公证人的公共服务特征和非营利性。据《费加罗报》2016 年 5 月 4 日报道，时任法国公证人高等理事会主席皮埃尔-吕克·沃热尔表示：“过去我们已数次建议由公证人处理协议离婚，对我们来说，这完全是一项无私的使命……而并不是为了我们的经济利益。”实际上，公证人办理此项业务肯定是亏损的。但是皮埃尔-吕克·沃热尔对此并不担忧，他相信分布在全法国的近 1 万名公证人和 6800 家公证受理点完全有能力担负起这个新的使命。

结 语

法国的离婚制度改革对于政府提出的加强公民法律服务、简便司法程序目标的实现有着很重要的意义。多数法官对此持欢迎态度，他们希望在其他司法领域也推行类似的改革措施，进一步为法院减负。法国媒体认为，此次改革强调了尊重离婚当事人的自由意志，缩短了离婚周期，提

高了司法效率，有利于把法官解放出来处理更为复杂的诉讼案件。

但是也有评论指出，此次改革远未达到完美的程度，至少有三个不足之处：（1）离婚当事人不得不聘请两名律师，比以前的法院协议离婚程序增加了一名律师的费用；（2）在整个离婚过程中，除非涉及不动产的清算和分割，原则上当事人与公证人不用见面，这就弱化了离婚程序的严肃性和仪式感；（3）离婚程序的设置也有漏洞，比如离婚夫妇为了节约一名律师的费用，有可能故意让未成年子女要求面见法官，从而进入法院协议离婚程序。

以上缺陷的产生，实质上是立法机构向行会利益妥协的结果。多年来，政府推出的历次改革方案均因为遭遇律师行业的强烈反对而搁浅，立法者也一直在司法减负和行业利益这两个令人头疼的问题之间寻找平衡点。在新的离婚程序中，律师扮演了更重要的角色并有可能获取比以前更多的经济利益，所以此次改革在立法过程中遭遇的阻力也相对小了很多。

即便如此，法国的此次离婚制度改革毕竟为疏减法院压力、缩短离婚时间迈出了极为关键的一步，并且为今后的继续改革预留了巨大的空间。由公证人替代法官处理协议离婚，这是一个具有重要意义的方向转变。法国公证人被定性为“和平法官”，理应在非诉讼案件中承担此项职能。

事实上，法国公证人不仅是国家任命的公务助理人员，而且身兼家事法律顾问、民事纠纷调解人、合同起草者等多种身份。有识之士不断呼吁把协议离婚案件交由公证人全程处理，而不用律师介入。他们归纳了三个主要论据：（1）由公证人制作的离婚协议是公文书，具有证据效力和执行效力，比律师见证文书具有更高的公信力。（2）公证人不仅是宣誓的司法助理人员，更是协议离婚程序中唯一的公权力行使人，公证人与当事人直接见面，完成离婚手续，不仅减少了法律风险，而且强化了国家公权力在离婚过程中的存在感，维护了法律的严肃性。（3）当事人无需再聘请律师，将会降低离婚的经济成本。当然，如何克服来自律师行业的阻力，则是能否实现改革目的的关键所在。

此次法国离婚制度改革值得我国研究借鉴。在我国，夫妻若以协议方式离婚，通常在民政部门的婚姻登记机构当日即可轻松办妥，而婚姻登记员并不具备足够的法律技能和权限来指导、审查或驳回离婚协议。离婚登记“快速便捷”的背后隐藏着许多法律隐患（包括未成年人权益的保护、合同内容的公平、当事人的自愿原则难以保障等）和伦理冲突（例如在一些城市因购房引发的扎堆假离婚现象），这一点有必要引起立法者的足够重视。

法国的一种无需通过法院的新型离婚程序

2022-03-23 意定之爱 皮埃尔·塔拉德

https://mp.weixin.qq.com/s/_yeC8HjITGV0FDWnsQ2r0Q

皮埃尔·塔拉德是法国巴黎公证人。

自被称作司法现代化法的2016年11月18日法实施之日起，法国产生了一种无需通过法院的新型离婚程序。

这一新生事物，应顺了政府为减轻法院不堪重压的负担，将一些情节简单的、无争议的案件从司法程序中剥离的期望。

在这一方面，那些双方均同意离婚，并对离婚具体事务的处理也意见一致的夫妇的离婚案，就

是最好的例证，这类案件占用了法官大量的时间，而极少需要裁定的争议。

当然，法官在这类案件中的角色，不仅仅是为了对不存在的争议进行裁定，他还要给离婚一种官方认定。结婚是一项涉及公众的事情，婚礼是在市政府，在民政官员的主持下举行的，也就是说在国家代表的主持和参与下举行的，所以离婚也同样应当有官方的参与。

由此法律选择将该新型离婚程序建立在某种平衡上，由两类专业人士，即律师和公证人携手共同完成。

在该机制内，律师将承担原法官的任务，即负责审查离婚协议是否公正平衡。夫妻双方须各自聘请一位律师，以维护自己的权益，新法律认为这样就能使夫妻利益的平衡得以保障。

至于公证人，他作为公务官员将承担原法官的另一个职能，即对离婚给与官方认定。

为了能较详细地阐述这一机制，我将先对该离婚程序作一个总体性介绍，然后再具体地探讨公证人在其中的特殊作用，以及在这方面的一些尚需解决的问题。事实上由于该法律刚颁布实施，许多实际问题尚未获得解决。

I- 新离婚程序的总体性介绍

一般而言，凡夫妇双方对离婚，以及离婚的具体事宜已经达成一致意见的，就应当采用这一新离婚程序。

除非发生下列情况，才需要求助于法院：

-如果该夫妇的某一位孩子要求向法官陈述意见（此乃法律明确授予的权利）；

-如果该夫妇的一方是属于某种保护措施的对象（司法监护、财产管理监护）。

夫妻两方应当各自聘请律师。

这是必须的，因为离婚协议将由律师副签，他们需要为其客户的所表达的同意作担保。立法者认为这样做就可以不用通过法官：夫妻各方有其

律师的帮助，律师将会维护委托人的利益，可以保障离婚协议中各方利益的平衡。

这一点很重要，因为以前在由法官裁定的协议离婚案中，夫妇双方常常聘请一位共同的律师。当然也有一些评论者曾指出，聘用两位律师将会加重离婚的成本……

律师必须告知其委托人，他们有义务询问其子女是否想向法官陈述意见，如果回答是肯定的，则该协议离婚程序应当转化为司法离婚程序。

由此可见，新协议离婚程序需要获得未成年子女的同意。这样就出现了一个奇怪的现象：一个年龄太小，尚不明事理的孩子，显然不能回答他是否想向法官陈述意见的问题……

通常的解决办法，就是在离婚协议中写明孩子太年幼，尚无能力要求向法官陈述意见。法律所规定的条件于是得到了满足！这是本次改革被诟病的问题之一：一个六个月的、还不会说话的孩子，被推定放弃了一项法律所设置的保护措施……

之后，双方当事人在其律师的帮助下，制定离婚协议书。协议书涉及离婚的各项事宜：财产的分割，住房的支配，经济补偿，以及未成年孩子的看护等问题。

在所有问题上达成一致意见后，当事人双方将签署一份私署文件，并由他们的律师副签。

接下来公证人出场：律师将离婚协议书提交给公证人，后者将备案存档。这一备案存档的行为，使离婚行为得以生效。

II- 公证人的作用

在这一新型离婚案中，公证人的作用从理论上讲是非常有限的。

原则上公证人要做的事，只是简单地将经律师副签的离婚协议书，在收到后的十五天内备案存档。

备案存档的行为使离婚协议书 « 具有执行力 », 这是法律的原话。该词语可能并不恰当, 还不如说离婚已生效。

备案存档的行为也伴随一种纯形式的检查: 法律规定公证人必须, 但也只需检查离婚协议书是否含有如下信息(民法典第 229-3 条):

1. 夫妻各方的姓、名、职业、住址、国籍、出生日期和地点、结婚的时间和地点, 如果有子女的话, 每一位子女的上述信息;

2. 协助夫妻各方的律师的姓名、执业地址、其执业单位的形式, 以及他们所注册的律师公会;

3. 标明夫妻双方对结束其婚姻, 以及离婚相关事宜的处理, 均达成了一致意见, 并写入了离婚协议;

4. 写明全部离婚事宜的具体处理方式, 尤其是存在一方须向另一方支付补偿金的情况时;

5. 夫妻共同财产的清算分割表或无财产清算的声明, 若清算分割涉及须进行房地产公示的财产时, 该清算分割必须在公证人处作成公证文书;

6. 标明未成年子女已由其父母按照第 388-1 条所规定条件, 被告知所享有的向法官陈述意见的权利, 并写明他们没有行使该权利的意愿。

公证人还须检查法律规定的十五天的思考反悔期, 是否得到了遵守。

由此可见, 授予公证人的检查权实际上是极有限的检查权。

也因为这极有限的检查权, 公证人的工作报酬也极其有限(每案仅 42 欧元)。

当然必须指出, 公证人在该类案件中的作用, 不仅限于此。

首先像以往一样, 就如上文所提及的第 229-3 条所规定的那样, 若离婚的财产清算涉及不动产, 财产清算分割书就必须作成公证文书。

其次, 公证人毕竟是公证人……

大家看到, 新协议离婚机制要求公证人行使的检查很简单, 比制作一份传统的公证文书所要求的检查要简单得多。

譬如说, 检查当事人的身份信息是否已写明, 并不等于检查这些身份信息是否真实。

同理, 检查当事人的同意是否经过了律师的检查, 并不等于检查了相关同意的真实性……

在这一离婚机制中, 公证人的任务不是使有律师副签的离婚协议变成公证文书, 该协议还是一份私署文书。

由此就引发了一些问题, 尤其是立法者使用了 « 具有执行力 » 一词。可以肯定, 这种在公证人处备案存档文书的所谓 « 具有执行力 », 并不等同于公证文书的执行力性质, 因为公证文书的执行力源于公证人的核实检查, 而对备案存档的文书, 公证人则无需作这样核实检查。

然而公证人作为一名公务官员, 又不能不履行最起码的检查义务:

-如果离婚协议书含有不合法条款时, 该怎么办?

-如果夫妻当事人遗忘支付因离婚协议所引发的税款时(譬如财产分割税), 该怎么办?

在这种情况下, 公证人显然必须出面干涉。

同样作为有提供咨询义务的人, 公证人如果知晓离婚协议的某条款会产生不良后果(譬如会引发某种税款, 或未来会出现法律问题, 等等), 他也必须予以提醒。

问题在于公证人应当在何种程度上进行探究, 寻找出可能会发生的问题。在缺乏司法判例的情况下, 目前的答复只能是公证人不应过多地介入细节问题: 除非问题 显而易见, 公证人不得不指出外, 人们不应责备他未进一步探究。逻辑应当如此, 但法院是否也这么认为的呢?

在实践中, 该问题被一种正在形成的惯例所绕过: 律师在案件的上游, 即离婚协议的准备阶段就与公证人沟通, 使得离婚协议变成公证人和律师的共同产品 (文件不是由公证人起草, 其实后者更善于这类文件的制作)。

离婚程序的改革在另一个方面也留下了一些不确定性，使公证人拥有更大的活动空间：这就是这类新型离婚在国外的承认问题。

首先，部分国家可能很难承认一桩非经法院裁定的离婚。当然在这一点上，法国并非首个采用无需通过法院的离婚程序的国家，离婚承认的问题不应当是一个大麻烦，因为一桩按照所适用法律形成的离婚，即使未通过法院，也应当在外国获得认可。

问题的微妙之处在于离婚协议的承认，因为它是一种私署文书，在公证人处备案存档仅是为了有一个确定的日期和具有执行力。

在这种情况下，虽然在公证人处备案存档的行为属公证行为，被备案的离婚协议本身仍然是私署文书。如果要使其成为公证文书，当事人需

要在公证人面前，承认他们的协议内容和签字的真实性，而法律并没有要求这样做。

其实欧盟内部关于相互承认相关文书的法律文件在这一点上很明确：在法国境外，私署文书很难产生执行效力。这对于众多的跨国婚姻夫妻，或对那些经常奔波于多个国家之间的人来说，会很尴尬。

有一种可行的办法，是将私署文书转化成公证文书，即不仅限于做备案存档的手续，而且做一个附加对协议内容和签字进行公证认可的备案存档，使得离婚协议书成为公证文书，换言之（就如部分学者所提议的那样）把离婚协议书直接做成公证件，尽管法律并没有这样要求。

实践将会告诉我们怎样解决这些具体问题。

法国意定监护公证收费

2022-03-26 意定之爱 李鐔澄

https://mp.weixin.qq.com/s/Pp8kgi2x5ns1RxXqwLL6_g

文章原标题为：保护未来之委任契约（le mandat de protection future），法式意定监护制度简介。作者李鐔澄，现职为台湾地区公证学会监事，巴黎第一大学法学博士候选人。

一、前言

为了应对台湾地区人口高龄化之需要，台湾地区于（民国 108 年）今年 5 月 24 日（编者注：2019 年 5 月 24 日），立法院三读通过民法修正条文，于第 1113-2 条至第 1113-10 条，增设“意定监护制度”。亦即本人之意思能力尚健全时，本人与受任人约定，于本人受监护宣告时，受任人允为担任监护人，以替代法院依职权选定监护人，使得未来监护之行使，更符合本人之意愿。也为慎重，并且避免日后兴讼起见，意定监护人须经公证人以公证书为之，方能生效。此制度似

为台湾地区民法相关制度上，配套强制公证真正生效之始，深值肯定。

法国也为因应其高龄社会结构，亦于 2007 年修改民法，增设“保护未来之委任契约（le mandat de protection future）”规定，相当于台湾地区之意定监护制度。法国之保护未来委任契约，不必经由公证，亦得生效；然仍以公证过之保护未来委任契约，方具有充足之法律权能，并能尽最大保护本人利益之责任。

兹简要说明法国“保护未来委任契约”中，有关公证之规定如下：

一、“保护未来之委任契约”之制定时间

西元 2007 年修改民法，制定此一制度。2015 年又再次修改，予以完善。相关条文乃法国民法

第 477 条至第 494 条。条文数比台湾地区更多，规定事项也更细致周全。

二、“保护未来之委任契约”（以下简称“法国意定监护契约”）之人员（法国民法 480 条）

本人（委任人）：即为一般人，无须多论。

受任人：得为一人或数人。受任人又分两种，第一种是未受监护宣告之自然人；第二种是法人。惟此等法人，必须是注册在“社会行动与家庭法典第 471-2 条”所规定之财产清算人（mandataire judiciaire）名单上之法人。此等法人，包括受政府认可之社会机构或医疗机构，以及财产清算人等等。请注意，此处之财产清算人，是由法国商业法庭所任命，乃是具备专门资格之职业人员，并非随意普通人，均可担任之职业。至于意定监护契约之受任人（即监护人），得为有偿或无偿，端视“保护未来委任契约”之规定。

三、法国意定监护委托契约

种类与效力比台湾地区复杂，台湾地区只有一种公证意定监护契约，法国则分成两种，而且效力也不同！

第一种：由律师签名见证之私署意定监护（le mandat sous seing privé，法国民法第 492 — 494 条）就是一般契约，由当事人自己签名（所以称为私人署名契约），以及律师签名其上。此一律师签名之意定监护契约，受任人必须将其登录于税务机关。此种私署意定监护契约之效力，也相对有限（相对于公证意定监护契约而言）；动产固可处理，而不动产方面，只限于不动产之维护与管理，不得处分不动产！再者，律师签名之意定监护生效后，监护人（受任人）必须每一年，向地方法院报告下列事项：监护人所制作之受监护人（委任人）之财产目录，以及受监护人金融帐户之年度报告（法国民法第 486 条）。

第二种：由公证人制作之公证意定监护（le mandat notarié，法国民法第 489 — 491 条）亦即此一委托契约，应由公证人公证之，相当于台湾地区即将生效之现行制度。在监护契约生效之前，修改意定监护条件；或更换意定监护人之行为，亦皆由公证方式为之。请注意，关于父母委托，对未成年子女行使意定监护；或者父母委托，对于虽已成年，但没有意思能力之子女，行使意定监护者，仅得由公证意定监护为之，不得由律师意定监护来规定（法国民法第 477 条 4 项）。台湾地区民法没有做如是之区分，似嫌简略，有待日后视施行情况而修正。至于公证意定监护之效力，比律师意定监护之范围更广，可包括对于不动产之处分！亦即首先，监护人对于不动产处分之权力，与受监护人所原先拥有者相同。此点是法国公证意定监护，与法国律师意定监护效力，最大且最重要之不同。但监护人对于本人不动产之处分权限，亦有例外，监护人非经获得监护法官之许可，不得与他人订立标的为无偿（*à titre gratuit*）之不动产处分契约（法国民法第 490 条），以保护当事人之利益。其次，公证意定监护生效后，监护人（受任人）必须每一年，向公证人报告下列事项：监护人所制作之受监护人（委任人）之财产目录，以及受监护人金融帐户之年度报告（法国民法第 486 条）。监护人必须附上所有相关财务报告之证明文件，给公证人。第三，公证人必须保存此一年度报告与证明文件（法国民法第 491 条第 1 项）。若公证人发现，监护人财务报告中，出现无正当理由之情事（*non justifiés*），或者不符合监护契约之情事者，公证人必须向监护法院报告之（法国民法第 491 条第 2 项）。由于公证人在每一年，有保存年度财务报告，并且监看监护人财务报告，有无不正当、或不符合监护契约情事之义务，因此每一年，监护人应向公证人支付报酬，此一报酬数额由行政命令规范之，请见后述。

四、法国公证意定监护公证书之费用

此等费用，分成两种性质。

第一种是制作公证意定监护之公证书；

第二种，则是每一年公证人检查意定监护人所呈报财务情形之费用（法国民法第 491 条）。

第一种制作公证意定监护之公证书之费用，根据：

（一）商业法典附录 4-7 附表 5（le tableau 5 de l'Annexe 4-7 du Code de commerce）注 1，公证人收费表第 35 项，制作意定监护公证书（Etablissement du mandat de protection）之规定；再连结商业法典行政命令（la partie Arrêtés du code de commerce）第 A. 444-79 条、与第 A. 444-79-1 条之规定 注 2，**未税价为 115.39 欧元**。值得参考的是，法国意定监护的公证书费用，与制作“意定继承管理人（mandat posthume）”注 3 的公证书费用，两者是相同的，而且费用也规定在同一个法条之中。

（二）还得加上，依据一般税法典第 680 条规定（l'article 680 du Code Général des Impôts），公证书登录规费为 **125 欧元**，这是一条国家（中央）的税。

注 1. 最新修改日期为 2018 年 3 月 23 日，由 2018 年第 200 号律令而修改：Décret n° 2018-200 du 23 mars 2018。

注 2. 此一行政命令之内容，系由公证人费用规则（Arrêté du 26 février 2016 fixant les tarifs réglementés des notaires），所修改而来，并收录于商业法典之中。该行政命令之最新修改日期，为 2016 年 2 月 26 日。

注 3. 意定继承管理人，或指定继承管理人（mandat à effet posthume）制度，规定于法国民法第 812 条至第 812 条之 7。主要是指任何人得于生前，指定一人或数人（自然人或法人），为继承人之利益，或数名被指定之继承人之利益，管理一部或全部之继承财产。

（三）制作各类文书的费用（商业法典第 A. 444-169 条，至 A. 444-173 条），例如制作证明身份的公证书、或制作公证书副本、甚至将相关公证书予以数字化（archivage numérisés des actes）等，均有费用产生，本案共 **42.02 欧元**。

（四）将前开（一）的制作意定监护公证书费用 115.39 欧元，加上（三）各类文书的费用之后的数额，42.02 欧元，共 157.41 欧元；以此为基础，而课予 **20% 的增值税**。

（五）以上四项费用相加，就是法国制作意定监护公证书的费用，**落在 325.13 欧元左右**。

曾于 2013 年受邀来台访问，参加台法公证法学研讨会之列玻公证人（Patrick Liebaut），以电子邮件向本文作者说明如上计算方式注 4，并附上一件制作于 2019 年 7 月 23 日之意定监护公证书费用收据，使吾人更能明瞭收费情形（请参阅本文文末附件及说明）。

本文作者查询之法国政府网站资讯为例，其上叙述道：“请公证人制作公证意定监护之公证书，费用约为 **300 欧元**（Le coût est d'environ 300€ pour la rédaction du mandat par le notaire）”注 5。此与列玻公证人提供的数额，相差不远，可见法国政府网站维修甚勤，数额基本可信。另外，如果嗣后，意定监护有修改、或撤回任命、重新任命监护人之情事，都是新的公证书制作行为，均须另外收费。同样依照公证人费用规则第 A. 444-79 条之规定，前开每一项行为之未税额，为 **57.69 欧元**。

第二种法国公证意定监护之费用，乃是对于监护人，公证人每一年，依法民法第 491 条规定，检查其所呈报财务情形之费用（Examen des comptes du mandataire désigné au titre d'un mandat de protection future, en application de l'article 491 du code civil）。此一费用，依照商业法典行政命令第 A. 444-80 条之规定，乃是按照监护人报告之财产多寡而计算，设有三个级距。第一级距为低于

25000 欧元以下, 未税额 115.39 欧元; 第二级距为 25000——65000 欧元, 未税额 192.31 欧元; 第三级距为高于 65000 欧元者, 未税额 346.16 欧元。

注 4. 列玻公证人于 2019 年 8 月 5 日、8 月 9 日两封电子邮件, 说明意定监护费用相关问题, 特此致谢。

注 5. 此为法国政府专门为老年人, 以及照顾老年人之政府网站: <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/exercer-ses-droits/organiser-l'avance-sa-propre-protection/le-mandat-de-protection-future>, 2019.7.4 查阅。

如下表所述: 法国公证人, 对于意定监护人所呈报的财务情形, 每一年之检查费用意定监护人所呈报财务报告之财产数额费用低于 25000 欧元, 收取 115.39 欧元; 高于 25000 欧元低于或等于 65000 欧元, 收取 192.31 欧元; 高于 65000 欧元收取 346.16 欧元。列玻公证人认为, 此等费用, 基本上足够公证人每年检查监护人所呈报财务情形所需。然而列玻公证人也强调, 法国公证人也必须保存意定监护人的财务报告, 而其保存期间, 则与公证人事务所保存所有当事人文件的期间都相同, 亦即在案件结束后开始起算, 为期 30 年。在意定监护人的情形, 则是在意定监护事由结束之后, 亦即委托监护人(亦即本人、受监护人)死亡之后起算, 再计算 30 年, 不可谓不长。

二、结语

台湾地区民法意定监护之中, 有关于应以公证书为强制配套, 方能生效之规定, 似为台湾地区公证强制配套真正落实之始, 殊值肯定。相信民众使用公证之意识, 将更为普及。然而相较于法式意定监护关于公证之规定, 台湾地区民法仍有疏漏, 不如法国民法之细致周全。台湾地区意定监护, 似仅满足于选任意定监护人时, 应经公证之“选任”层级; 然而对于意定监护人执行业务时, 权能为何, 年度财务报告状况为何, 均付之阙如。法国民法不然, 即使是公证过之意定监护

人, 仍然不得与他人订立标的为“免费”之不动产处分契约。且意定监护人之年度财务报告, 出现不正当, 或不符合本人利益之情事时, 公证人有保存监护人财务报告, 并监督上述情事, 向监护法官报告之义务, 并且得因此领取合理酬劳。诚然, 法国民法的此等规定, 课予法国公证人更高之义务; 以法国公证人数量较多, 且公证人事务所或公司营运业务, 较台湾地区为发达之情形, 法国公证人可胜任此等义务之执行。而台湾地区现阶段之公证人仍嫌太少, 能否执行与法国公证人相当之义务, 则似尚待优化。因此, 现阶段台湾地区民法虽有缺漏, 但正可提供台湾地区意定监护与公证业务之发展与磨合空间。期待本制度于施行数年之后, 综合公证实务情形, 公证人行业可提出进一步之民法修正草案, 使台湾地区意定监护制度, 更臻完善。

附件: 2019 年 7 月 23 日制作之法国意定监护公证书收费单据

Patrick Liebaut 列玻公证人, 所属公证人事务所“SCP Petit Jean - Petitdemange”

金额(montant)和说明:

A-115.39 欧元: 制作意定监护公证书的费用

B-125 欧元: 公证书登录规费(中央政府税捐)

C-11.54 欧元 3.42 欧元 1.33 欧元 10.35 欧元: 此四项为制作各类公证文书的费用

D-11.24 欧元: 向“遗嘱存放中心 Fichier central des dispositions de dernières volontés, FCDDV”查询的费用而此中心由“公证服务发展协会 Association pour le développement du service notarial, ADSN”营运, 此费用由公证人查询时先代垫, 再由当事人支付。

E-15.38 欧元: 向“遗嘱存放中心 Fichier central des dispositions de dernières volontés, FCDDV”登录登记的公证书费用。

F-31.48 欧元: 20%的增值营业税。计算基础为 115.39 欧元 +42.02 欧元 [各类公证文书费用 11.54+3.42+1.33+10.35+登录登记的公证书费用 15.38

=42.02]=157.41 欧元，故 20% 的增值营业税为 31.48 欧元。

因此总额为 325.13 欧元 (A+B+C+D+E+F)

【版权声明】部分图片来源于网络，版权归原作者所有，如有侵犯，请联系本公众号删除。本公众号分享的资源仅限学习交流使用，非商业用途。

台湾地区民法规定之遗嘱方式、种类及要件

2022-03-30 意定之爱 謝永誌

https://mp.weixin.qq.com/s/1kY27F6gpkSRg_p1ni5sbQ

作者系台北重庆联合公证事务所公证人、中国人民大学民商法博士、东吴大学法学院兼任讲师、台湾地区公证学会秘书长。



一 遗嘱的方式

遗嘱为要式行为，必须依一定方式为之，始生效力。法律此所以采严格的要式行为，立法目的在确保遗嘱的存在及真实性、节省费用减少争议，以维持家庭的平和。民法第 1189 条订有遗嘱之方式，分为普通方式和特别方式，普通方式包括自书遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱、代笔遗嘱；特别方式则为口授遗嘱，口授遗嘱依民法 1195 条又可分为笔记口授遗嘱和录音口授遗嘱。

二 遗嘱种类及要件

1. 自书遗嘱

民法 1190 条：“自书遗嘱者，应自书遗嘱全文，记明年、月、日，并亲自签名。如有增减、涂改，应注明增减、涂改之处所及字数，另行签名。”

(1) 须自书遗嘱全文：自书即为遗嘱人自己书写，亦可由他人协助书写，但若完成之遗嘱经鉴定与遗嘱人笔迹不符时，仍非自书遗嘱，计算机打字和点字机点字之遗嘱，均非自书遗嘱。

(2) 须记明年、月、日：应记明遗嘱完成之日期。年月日不必明载某年某月某日，可得确定即可，例如载明结婚纪念日等、长男生日等亦可。遗嘱完成数日后始记明年月日，虽完成遗嘱之日和记明之日期不同，仍以所记明之日为准。因过失而记载与完成遗嘱之日不同之日期，依其情形可推断遗嘱人有记明真实之日之意思表示时，则该遗嘱仍为有效。同一遗嘱中有两个以上之日期时，如无反证，应以最后一日期为完结遗嘱之日期。

(3) 须亲自签名：签名之地方并不固定，在遗嘱文尾或遗嘱文中出现遗嘱人之姓名，都可解为签名。所签之名不必限于户籍上之姓名，签别名、笔名、艺名等只要可以表示其本人，亦无不可。是否得以盖章代替签名？见解并不一致，但多数学者认为自书遗嘱须遗嘱人亲自签名，不得以印章、指印或其他符号以为代替，以防止遗嘱之伪造或变造。

2. 公证遗嘱

民法 1191 条第 1 项：“公证遗嘱，应指定二人以上之见证人，在公证人前口述遗嘱意旨，由公证人笔记、宣读、讲解，经遗嘱人认可后，记明年、月、日，由公证人、见证人及遗嘱人同行签名，遗嘱人不能签名者，由公证人将其事由记明，使按指印代之。”

(1) 须指定二人以上之见证人：见证人应由遗嘱人指定，至少二人，如指定二人而有一人缺格者，则遗嘱无效。见证人应自遗嘱人口述遗嘱时起，至全部遗嘱完成时，均应在场见证，若于遗嘱作成前离去则等于无见证。

(2) 须由遗嘱人在公证人前口述遗嘱意旨：口述则是口头陈述，不得以其他举动表达，口述应向公证人为之，不得由见证人转述。

(3) 须由公证人笔记、宣读、讲解：公证人依遗嘱人之口述作成笔记，其笔记内容是否和口述意旨相符，自应将笔记的内容向遗嘱人宣读讲解，再经遗嘱人认可。

(4) 须经遗嘱人认可后记明年月日由公证人、见证人及遗嘱人同行签名：年月日之是由公证人记明，遗嘱人不能签名者，得以按指印替代，但公证人应记明其事由，但见证人则须签名，不得以指印替代。

3. 密封遗嘱

民法 1192 条第 1 项：“密封遗嘱，应于遗嘱上签名后，将其密封，于封缝处签名，指定二人以上之见证人，向公证人提出，陈述其为自己之遗嘱，如非本人自写，并陈述缮写人之姓名、住所，由公证人于封面记明该遗嘱提出之年、月、日及遗嘱人所为之陈述，与遗嘱人及见证人同行签名。”

(1) 须遗嘱人于遗嘱上签名：密封遗嘱的特色在于遗嘱的内容只有遗嘱人知道，见证人、公证人无从得知，且遗嘱人不必自己书写遗嘱全文，因此要求遗嘱人应在遗嘱上签名，以表示遗嘱的

内容是出于遗嘱人之真意，且签名不得以指印替代。

(2) 须由遗嘱人将遗嘱密封，并于封缝处签名：遗嘱人应将遗嘱密封以防止他人开拆，避免被变造或伪造。

(3) 须由遗嘱人指定二人以上之见证人向公证人提出，陈述系自己之遗嘱，如非本人自写，并应陈述缮写人之姓名、住所：若遗嘱是由遗嘱人自行书写或打字，则向公证人陈述为自己之遗嘱即可，如由他人代写，应陈述缮写人之姓名、住所，使公证人及见证人可以知道遗嘱是何人所写。密封遗嘱只需向公证人说明该遗嘱是自己之遗嘱即可，不必涉及遗嘱内容。

(4) 须由公证人在遗嘱封面记明该遗嘱提出之年、月、日及遗嘱人所为之陈述：公证人需将遗嘱人提出之年月日及遗嘱人所为之陈述记明于遗嘱封面上。

(5) 须由公证人、遗嘱人及见证人同行签名：公证人、遗嘱人及见证人于封面同行签名后，密封遗嘱之程序即告完成。

4. 代笔遗嘱

民法第 1194 条：“代笔遗嘱，由遗嘱人指定三人以上之见证人，由遗嘱人口述遗嘱意旨，使见证人中之一人笔记、宣读、讲解，经遗嘱人认可后，记明年、月、日及代笔人之姓名，由见证人全体及遗嘱人同行签名，遗嘱人不能签名者，应按指印代之。”

(1) 须由遗嘱人指定三人以上之见证人：三人以上的见证人中，有一人须为代笔人，代笔人之职务大致与公证人相同。

(2) 须由遗嘱人口述遗嘱意旨

(3) 须由见证人中之一人笔记、宣读、讲解：代笔人须为见证人中之一人，且代笔人要亲自执笔，不能以打字替代。

(4) 须经遗嘱人认可后，记明年月日及代笔人之姓名

(5) 须由见证人全体及遗嘱人同行签名，遗嘱人不能签名者，应按指印代之，见证人全体应包括代笔人在内。遗嘱人如不能签名者，应按指印替代，但不能以盖章代替签名。

5. 口授遗嘱

民法第 1195 条，“遗嘱人因生命危急或其他特殊情形，不能依其他方式为遗嘱者，得依下列方式之一为口授遗嘱：

笔记口授遗嘱：由遗嘱人指定 2 人以上之见证人，并口授遗嘱意旨，由见证人中之 1 人，将该遗嘱意旨，据实作成笔记，并记明年、月、日，与其他见证人同行签名。

录音口授遗嘱：由遗嘱人指定 2 人以上之见证人，并口授遗嘱意旨、遗嘱人姓名及年、月、日，由见证人全体口述遗嘱之为真正及见证人姓名，全部予以录音，将录音带当场密封，并记明年、月、日，由见证人全体在封缝处同行签名。”

(1) 生命危急或其他特殊情形：生命危急须遗嘱人主观上认为自己将死，客观上亦有死期将近之相当事实。其他特殊原因例如战争或交通断绝，交通断绝可能因传染病、台风、地震等原因而形成。

(2) 不能依其他方式为遗嘱者：口述遗嘱之方式较其他遗嘱简便许多，因此容易伪造，为避免口述遗嘱之轻易作成，故要求除须具备生命危急

或交通断绝等特殊情形之外，并要求不能依其他方式为遗嘱者，始得为口授遗嘱。

(3) 笔记口授遗嘱之方式

A. 须由遗嘱人指定 2 人以上之见证人：见证人须 2 人以上，1 人代笔，另 1 人在旁监督，且不能签名者、聋者、哑者、盲者均不得为见证人。

B. 遗嘱人须向见证人口授遗嘱意旨

C. 须由见证人中之 1 人将该遗嘱意旨据实作成笔记：口述遗嘱无须由笔记之见证人宣读、讲解，亦无须经遗嘱人之认可，但笔记中如有增减涂改，应由笔记人注明增减涂改的地方及字数，另行签名，否则其涂改增删部分无效。

D. 由笔记人记明年月日，与其他见证人同行签名。

(4) 录音口授遗嘱之方式

A. 须由遗嘱人指定 2 人以上之见证人

B. 遗嘱人需向全体见证人口授遗嘱意旨、遗嘱人姓名及年月日，全部予以录音

C. 须由见证人全体口述遗嘱之为真正及见证人姓名，全部予以录音：应由见证人一一轮流口述。

D. 须将录音带当场密封并记明年月日，由见证人全体在封缝处同行签名：主要在于防止录音带内容被他人增删窜改，且以录音带、录像带或录音笔录音均可。

八、规范性文件

最高人民法院关于适用民法典总则编若干问题的解释

2022-03-06 人民司法 司法解释

<https://mp.weixin.qq.com/s/3ZgqQA8KZeZ85LbmKoB1Q>

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》总则编若干问题的解释

法释〔2022〕6号

（2021 年 12 月 30 日最高人民法院审判委员会第 1861 次会议通过，自 2022 年 3 月 1 日起施行）

为正确审理民事案件，依法保护民事主体的合法权益，维护社会和经济秩序，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

一、一般规定

第一条 民法典第二编至第七编对民事关系有规定的，人民法院直接适用该规定；民法典第二编至第七编没有规定的，适用民法典第一编的规定，但是根据其性质不能适用的除外。

就同一民事关系，其他民事法律的规定属于对民法典相应规定的细化的，应当适用该民事法律的规定。民法典规定适用其他法律的，适用该法律的规定。

民法典及其他法律对民事关系没有具体规定的，可以遵循民法典关于基本原则的规定。

第二条 在一定地域、行业范围内长期为一般人从事民事活动时普遍遵守的民间习俗、惯常做法等，可以认定为民法典第十条规定的习惯。

当事人主张适用习惯的，应当就习惯及其具体内容提供相应证据；必要时，人民法院可以依职权查明。

适用习惯，不得违背社会主义核心价值观，不得违背公序良俗。

第三条 对于民法典第一百三十二条所称的滥用民事权利，人民法院可以根据权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等因素作出认定。

行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的，人民法院应当认定构成滥用民事权利。

构成滥用民事权利的，人民法院应当认定该滥用行为不发生相应的法律效力。滥用民事权利造成损害的，依照民法典第七编等有关规定处理。

二、民事权利能力和民事行为能力

第四条 涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护，父母在胎儿娩出前作为法定代理人主张相应权利的，人民法院依法予以支持。

第五条 限制民事行为能力人实施的民事法律行为是否与其年龄、智力、精神健康状况相适应，人民法院可以从行为与本人生活相关联的程度，本人的智力、精神健康状况能否理解其行为并预见相应的后果，以及标的、数量、价款或者报酬等方面认定。

三、监护

第六条 人民法院认定自然人的监护能力，应当根据其年龄、身心健康状况、经济条件等因素确定；认定有关组织的监护能力，应当根据其资质、信用、财产状况等因素确定。

第七条 担任监护人的被监护人父母通过遗嘱指定监护人，遗嘱生效时被指定的人不同意担任监护人的，人民法院应当适用民法典第二十七条、第二十八条的规定确定监护人。

未成年人由父母担任监护人，父母中的一方通过遗嘱指定监护人，另一方在遗嘱生效时有监护能力，有关当事人对监护人的确定有争议的，人民法院应当适用民法典第二十七条第一款的规定确定监护人。

第八条 未成年人的父母与其他依法具有监护资格的人订立协议，约定免除具有监护能力的父母的监护职责的，人民法院不予支持。协议约定在未成年人的父母丧失监护能力时由该具有监护资格的人担任监护人的，人民法院依法予以支持。

依法具有监护资格的人之间依据民法典第三十条的规定，约定由民法典第二十七条第二款、第二十八条规定的不同顺序的人共同担任监护人，或者由顺序在后的人担任监护人的，人民法院依法予以支持。

第九条 人民法院依据民法典第三十一条第二款、第三十六条第一款的规定指定监护人时，应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则指定，具体参考以下因素：

（一）与被监护人生活、情感联系的密切程度；

（二）依法具有监护资格的人的监护顺序；

（三）是否有不利于履行监护职责的违法犯罪等情形；

（四）依法具有监护资格的人的监护能力、意愿、品行等。

人民法院依法指定的监护人一般应当是一人，由数人共同担任监护人更有利于保护被监护人利益的，也可以是数人。

第十条 有关当事人不服居民委员会、村民委员会或者民政部门的指定，在接到指定通知之日起三十日内向人民法院申请指定监护人的，人

民法院经审理认为指定并无不当，依法裁定驳回申请；认为指定不当，依法判决撤销指定并另行指定监护人。

有关当事人在接到指定通知之日起三十日后提出申请的，人民法院应当按照变更监护关系处理。

第十一条 具有完全民事行为能力的成年人与他人依据民法典第三十三条的规定订立书面协议事先确定自己的监护人后，协议的任何一方在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力前请求解除协议的，人民法院依法予以支持。该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力后，协议确定的监护人无正当理由请求解除协议的，人民法院不予支持。

该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力后，协议确定的监护人有民法典第三十六条第一款规定的情形之一，该条第二款规定的有关个人、组织申请撤销其监护人资格的，人民法院依法予以支持。

第十二条 监护人、其他依法具有监护资格的人之间就监护人是否有民法典第三十九条第一款第二项、第四项规定的应当终止监护关系的情形发生争议，申请变更监护人的，人民法院应当依法受理。经审理认为理由成立的，人民法院依法予以支持。

被依法指定的监护人与其他具有监护资格的人之间协议变更监护人的，人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则作出裁判。

第十三条 监护人因患病、外出务工等原因在一定期限内不能完全履行监护职责，将全部或者部分监护职责委托给他人，当事人主张受托人因此成为监护人的，人民法院不予支持。

四、宣告失踪和宣告死亡

第十四条 人民法院审理宣告失踪案件时，下列人员应当认定为民法典第四十条规定的利害关系人：

（一）被申请人的近亲属；

（二）依据民法典第一千一百二十八条、第一千一百二十九条规定对被申请人有继承权的亲属；

（三）债权人、债务人、合伙人等与被申请人有民事权利义务关系的民事主体，但是不申请宣告失踪不影响其权利行使、义务履行的除外。

第十五条 失踪人的财产代管人向失踪人的债务人请求偿还债务的，人民法院应当将财产代管人列为原告。

债权人提起诉讼，请求失踪人的财产代管人支付失踪人所欠的债务和其他费用的，人民法院应当将财产代管人列为被告。经审理认为债权人的诉讼请求成立的，人民法院应当判决财产代管人从失踪人的财产中支付失踪人所欠的债务和其他费用。

第十六条 人民法院审理宣告死亡案件时，被申请人的配偶、父母、子女，以及依据民法典第一千一百二十九条规定对被申请人有继承权的亲属应当认定为民法典第四十六条规定的利害关系人。

符合下列情形之一的，被申请人的其他近亲属，以及依据民法典第一千一百二十八条规定对被申请人有继承权的亲属应当认定为民法典第四十六条规定的利害关系人：

（一）被申请人的配偶、父母、子女均已死亡或者下落不明的；

（二）不申请宣告死亡不能保护其相应合法权益的。

被申请人的债权人、债务人、合伙人等民事主体不能认定为民法典第四十六条规定的利害关系人，但是不申请宣告死亡不能保护其相应合法权益的除外。

第十七条 自然人在战争期间下落不明的，利害关系人申请宣告死亡的期间适用民法典第四

十六条第一款第一项的规定，自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。

五、民事法律行为

第十八条 当事人未采用书面形式或者口头形式，但是实施的行为本身表明已经作出相应意思表示，并符合民事法律行为成立条件的，人民法院可以认定为民法典第一百三十五条规定的采用其他形式实施的民事法律行为。

第十九条 行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识，按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十七条规定的重大误解。

行为人能够证明自己实施民事法律行为时存在重大误解，并请求撤销该民事法律行为的，人民法院依法予以支持；但是，根据交易习惯等认定行为人无权请求撤销的除外。

第二十条 行为人以其意思表示存在第三人转达错误为由请求撤销民事法律行为的，适用本解释第十九条的规定。

第二十一条 故意告知虚假情况，或者负有告知义务的人故意隐瞒真实情况，致使当事人基于错误认识作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十八条、第一百四十九条规定的欺诈。

第二十二条 以给自然人及其近亲属等的人身权利、财产权利以及其他合法权益造成损害或者以给法人、非法人组织的名誉、荣誉、财产权益等造成损害为要挟，迫使其基于恐惧心理作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百五十条规定的胁迫。

第二十三条 民事法律行为不成立，当事人请求返还财产、折价补偿或者赔偿损失的，参照适用民法典第一百五十七条的规定。

第二十四条 民事法律行为所附条件不可能发生，当事人约定为生效条件的，人民法院应当认定民事法律行为不发生效力；当事人约定为解除条件的，应当认定未附条件，民事法律行为是否失效，依照民法典和相关法律、行政法规的规定认定。

六、代理

第二十五条 数个委托代理人共同行使代理权，其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，擅自行使代理权的，依据民法典第一百七十一条、第一百七十二条等规定处理。

第二十六条 由于急病、通讯联络中断、疫情防控等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转委托第三人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，人民法院应当认定为民法典第一百六十九条规定的紧急情况。

第二十七条 无权代理行为未被追认，相对人请求行为人履行债务或者赔偿损失的，由行为人就相对人知道或者应当知道行为人无权代理承担举证责任。行为人不能证明的，人民法院依法支持相对人的相应诉讼请求；行为人能够证明的，人民法院应当按照各自的过错认定行为人与相对人的责任。

第二十八条 同时符合下列条件的，人民法院可以认定为民法典第一百七十二条规定的相对人有理由相信行为人有代理权：

（一）存在代理权的外观；

（二）相对人不知道行为人行为时没有代理权，且无过失。

因是否构成表见代理发生争议的，相对人应当就无权代理符合前款第一项规定的条件承担举证责任；被代理人应当就相对人不符合前款第二项规定的条件承担举证责任。

第二十九条 法定代理人、被代理人依据民法典第一百四十五条、第一百七十一条的规定向

相对人作出追认的意思表示的，人民法院应当依据民法典第一百三十七条的规定确认其追认意思表示的生效时间。

七、民事责任

第三十条 为了使国家利益、社会公共利益、本人或者他人的人身权利、财产权利以及其他合法权益免受正在进行的不法侵害，而针对实施侵害行为的人采取的制止不法侵害的行为，应当认定为民法典第一百八十一条规定的正当防卫。

第三十一条 对于正当防卫是否超过必要的限度，人民法院应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等因素判断。

经审理，正当防卫没有超过必要限度的，人民法院应当认定正当防卫人不承担责任。正当防卫超过必要限度的，人民法院应当认定正当防卫人在造成不应有的损害范围内承担部分责任；实施侵害行为的人请求正当防卫人承担全部责任的，人民法院不予支持。

实施侵害行为的人不能证明防卫行为造成不应有的损害，仅以正当防卫人采取的反击方式和强度与不法侵害不相当为由主张防卫过当的，人民法院不予支持。

第三十二条 为了使国家利益、社会公共利益、本人或者他人的人身权利、财产权利以及其他合法权益免受正在发生的急迫危险，不得已而采取紧急措施的，应当认定为民法典第一百八十二条规定的紧急避险。

第三十三条 对于紧急避险是否采取措施不当或者超过必要的限度，人民法院应当综合危险的性质、急迫程度、避险行为所保护的权益以及造成的损害后果等因素判断。

经审理，紧急避险采取措施并无不当且没有超过必要限度的，人民法院应当认定紧急避险人不承担责任。紧急避险采取措施不当或者超过必要限度的，人民法院应当根据紧急避险人的过错

程度、避险措施造成不应有的损害的原因力大小、紧急避险人是否为受益人等因素认定紧急避险人在造成的不应有的损害范围内承担相应的责任。

第三十四条 因保护他人民事权益使自己受到损害，受害人依据民法典第一百八十三条的规定请求受益人适当补偿的，人民法院可以根据受害人所受损失和已获赔偿的情况、受益人受益的多少及其经济条件等因素确定受益人承担的补偿数额。

八、诉讼时效

第三十五条 民法典第一百八十八条第一款规定的三年诉讼时效期间，可以适用民法典有关诉讼时效中止、中断的规定，不适用延长的规定。该条第二款规定的二十年间不适用中止、中断的规定。

第三十六条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的权利受到损害的，诉讼时效期间自其法定代理人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算，但是法律另有规定的除外。

第三十七条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的权利受到原法定代理人损害，且在取得、恢复完全民事行为能力或者在原法定代理终止并确定新的法定代理人后，相应民事主体才知道或者应当知道权利受到损害的，有关请求权诉讼时效期间的计算适用民法典第一百八十八条第二款、本解释第三十六条的规定。

第三十八条 诉讼时效依据民法典第一百九十五条的规定中断后，在新的诉讼时效期间内，再次出现第一百九十五条规定的中断事由，可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向义务人的代理人、财产代管人或者遗产管理人等提出履行请求的，可以认定为民法典第一百九十五条规定的诉讼时效中断。

九、附则

第三十九条 本解释自 2022 年 3 月 1 日起施行。

民法典施行后的法律事实引起的民事案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

九、书籍推荐

郭锋 陈龙业 蒋家棣 刘婷 | 《关于适用民法典总则编若干问题的解释》的理解与适用

原创：2022-03-06 人民司法 郭锋等

https://mp.weixin.qq.com/s/POFhUuKBco8vIAkCG3ah_g

《关于适用民法典总则编若干问题的解释》的理解与适用

本文将刊登于《人民司法》2022 年第 10 期

作者：郭锋 陈龙业 蒋家棣 刘婷

郭锋系最高人民法院研究室副主任、一级巡视员；陈龙业系最高人民法院研究室民事处处长、一级调研员；蒋家棣系最高人民法院研究室民事处副处长、二级调研员；刘婷系江苏省南通市中级人民法院民一庭法官助理。

目次

一、《总则编解释》起草的背景和过程

二、《总则编解释》起草的基本原则

三、《总则编解释》的主要内容和特点

四、一般规定部分的重点内容

（一）民事法律适用规则

（二）习惯作为法源的适用

（三）滥用民事权利的认定与法律后果

五、监护部分的重点内容

（一）遗嘱指定监护人

（二）协议确定监护人

（三）意定监护

六、宣告失踪、宣告死亡部分的重点内容

（一）申请宣告失踪的利害关系人

（二）申请宣告死亡的利害关系人

七、民事法律行为部分的重点内容

（一）重大误解

（二）其他重点内容

八、代理部分的重点内容

九、民事责任部分的重点内容

（一）关于正当防卫、紧急避险的认定

（二）关于防卫过当、避险不当的认定与责任

（三）关于见义勇为受益人适当补偿数额的确定规则

十、其他部分的重点内容

（一）关于父母诉讼保护胎儿利益的时间问题

（二）关于诉讼时效的规定

为正确审理民事案件，依法保护民事主体的合法权益，维护社会和经济秩序，2021 年 12 月 30 日，最高人民法院审判委员会第 1861 次全体会议审议通过了《关于适用民法典总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6 号，以下简称《总则编解释》），自 2022 年 3 月 1 日起施行。为便于广大法官在司法实践中正确理解与适用，现就《总

则编解释》的起草背景和过程、基本原则、主要内容以及有关重点问题作一阐述。

一、《总则编解释》起草的背景和过程

民法典是在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下取得的新时代我国社会主义法治建设重大成果。2020年5月29日，习近平总书记在中共中央政治局第二十次集体学习时的重要讲话中强调指出：“民法典实施水平和效果，是衡量各级党和国家机关履行为人民服务宗旨的重要尺度”，“要及时完善相关民事司法解释，使之同民法典及有关法律规定的精神保持一致，统一民事法律适用标准。”为深入学习贯彻习近平法治思想和习近平总书记重要讲话精神，指导全国各级人民法院统一正确实施民法典，2020年6月最高人民法院启动司法解释全面清理工作，并同步启动《总则编解释》的起草工作。

在起草初期，最高人民法院有关部门对标民法典的规定，对最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则意见》）《关于适用合同法若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释一》）《关于适用合同法若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）等司法解释的每一个条文提出废、改、留的意见，并组织专家进行逐条研讨，后将拟保留或修改后保留的条文送全国人大常委会法工委征求意见，形成《总则编解释》的初稿。

2021年3月，最高人民法院向各高级人民法院发出通知，征集总则编适用问题及起草建议。此后，根据反馈意见和《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》（以下简称《贯彻民法典会议纪要》）的有关内容，起草形成了民法典总则编司法解释修改稿，并先后召开7次法院系统座谈会、4次民法学专家研讨会、1次由审判业务专家代表和法学专家代表共同组成的封闭改稿会。11月，最高人民法院先后征求了院内各相关部门、全国各高级人民法院意见，并送中宣部、中政委、中央依

法治国办、最高人民检察院、公安部、司法部、民政部、市场监管总局、中国法学会、中国社科院、全国工商联等有关单位征求意见，后又进一步征求中国法学会民法学研究会的意见，两次书面征求全国人大常委会法工委的意见，最终形成送审稿，提交最高人民法院审判委员会讨论通过。

二、《总则编解释》起草的基本原则

为确保《总则编解释》严格遵循民法典规定精神，切实解决司法实践中具有一定普遍性的法律适用问题，《总则编解释》的起草始终遵循以下基本原则：

一是坚持正确政治方向。全面深入贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于贯彻实施民法典的重要讲话精神，将以人民为中心的发展思想贯穿始终。例如，我们通过规定权利滥用的认定与法律后果，细化监护制度适用规则，明确民事责任的认定，突出了权利保护理念。

二是坚持严格依法。充分尊重、全部采纳立法机关意见，确保准确理解贯彻民法典的立法意图。坚守不创设新规则的基本立场，只根据民商事审判工作的实际需要，对总则编制度作配套补充细化，确保民法典总则编的新增亮点制度在司法审判中准确落实落地。

三是坚持问题导向和强基导向。坚持以解决司法实践中的突出问题为出发点，以指导各级人民法院准确适用民法典为落脚点，注重听取法院系统尤其是中基层法院一线审判业务专家或者骨干的意见。在条文规范上尽量给予清晰明确的指引，对法官裁量权予以必要限制；对于不宜或者无法作出“一刀切”规定的，采取动态系统论的思路，细化适用节点和参考因素，为法官适用法律提供指引。

四是坚持充分研究论证。一方面，坚持理论与实践相结合。通过类案检索、学术资料整理和专家论证的方式，确保条文设计均有人民法院典型案例和主流学术观点支撑。另一方面，坚持解

决国内问题与借鉴域外经验相结合，广泛研究借鉴德国、日本、法国等 20 多个国家或地区的民法典等域外规则设计。

三、《总则编解释》的主要内容和特点

起草总则编司法解释，主要是为了解决 3 个方面问题。

一是确保民法典与旧法的有序衔接。民法典施行后，民法通则、民法总则、合同法等法律废止，最高人民法院相应废止了《民法通则意见》《合同法解释一》《合同法解释二》等司法解释。但这些司法解释中仍有不少条文与民法典一致，在审判实践中仍有重要指导价值，有必要予以保留并梳理整合，以免出现法律衔接适用空档，影响民法典的实施。

二是系统梳理人民法院在长期司法实践中总结积累的经验智慧。民法典采取的是编纂式的立法技术，大多数条文是对原有法律的承继。人民法院在适用这些法律规定处理民事纠纷时积累了许多行之有效的经验，有必要将此一并纳入，以更好地实现统一裁判尺度的目的。比如，关于表见代理的具体适用，最高人民法院 2009 年发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》作了细化规定，历经十余年的审判实践检验，一些内容有必要吸收到《总则编解释》中。基于同样的考虑，《全国法院民商事审判工作会议纪要》中的一些规定精神也被吸收到《总则编解释》当中。

三是积极回应民法总则施行后亟需明确的具体法律适用问题。民法典总则编的绝大多数规定源自民法总则，实际上已实施了 4 年多。其间，人民法院积累了丰富的审判经验，也发现了一些亟需统一规范的具体法律适用问题。特别是，民法典总则编凝练了民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规则，集中体现了民法典严谨逻辑体系中“总”的特点和规律，这就要求各级人民法院牢固树立体系化思维，准确把握民法典总则

编与各分编、民法典与其他民商事法律、基本原则与具体规定之间的适用逻辑关系。

上述 3 个方面的目的，归根结底是为了统一民事案件裁判尺度，更好地贯彻实施民法典，维护民法典权威。

《总则编解释》共 39 条，分为一般规定、民事权利能力和民事行为能力、监护、宣告失踪和宣告死亡、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效和附则 9 个部分。

其中，**第一部分**一般规定共 3 条，主要针对民法典总则编“总”的特点，对实践中法官普遍感到难以把握的民事法律适用规则、习惯作为法源的适用、滥用民事权利的认定与法律后果等一般性问题作出规定。

第二至第四部分属于对总则编自然人制度中有关民事权利能力和民事行为能力、监护、宣告失踪和宣告死亡等具体规则的细化规定。通过解决诉讼保护胎儿利益问题，遗嘱指定监护人、协议确定监护人、指定监护、意定监护等监护制度适用问题，以及申请宣告失踪、宣告死亡的利害关系人范围确定等问题，实现对胎儿、被监护人、失踪人及利害关系人的权利保护。

第五、第六部分属于对总则编民事法律行为和代理制度中有关具体规则的配套、细化规定。该部分主要是在《民法通则意见》《合同法解释二》等的基础上，立足理论进步与实践发展，重点解决重大误解、欺诈、胁迫的认定，以及无权代理、表见代理的具体适用等问题，突出保护善意相对人的利益。

第七、第八部分属于对总则编民事责任制度和诉讼时效制度中有关规则的细化规定。重点解决防卫过当、避险不当的认定标准、见义勇为为受益人适当补偿数额的确定等问题，并对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的权利受损害时诉讼时效期间的起算作出补充规定。

第九部分附则规定了《总则编解释》的施行时间为 2022 年 3 月 1 日，以及适用案件范围。

《总则编解释》的条文内容,主要有以下3个显著特点:

一是理念上大力弘扬社会主义核心价值观。

通过细化习惯的适用规则、监护制度、民事法律行为、民事责任、诉讼时效等制度规则,将社会主义核心价值观贯穿始终,彰显民法典强调公平正义、倡导诚实守信的价值导向。特别是细化了正当防卫、紧急避险、见义勇为的制度规则,进一步在“扶不扶”“劝不劝”“追不追”“救不救”“为不为”“管不管”等问题上亮明态度,坚决防止“和稀泥”,让司法有力量、有是非、有温度,让群众有温暖、有遵循、有保障。

二是内容上突出强调权利保护。贯彻以人民为中心的发展思想,将自然人的权利保护置于中心位置,从保护未成年人、胎儿利益,规范权利的行使,平衡失踪人与利害关系人利益等方面作出系统规定,体现了人民至上的司法立场。

三是形式上体现小而精的起草思路。始终坚持以问题为导向、以审判执行需求为出发点、以准确理解和适用民法典为原则,不追求大而全的体系,不追求一揽子解决所有问题,而是聚焦总则编适用中审判实践亟需解决、有较为丰富的实践基础,且能够最大限度凝聚共识的问题明确相应的法律适用规则。

四、一般规定部分的重点内容

本部分主要是对人民法院适用民事法律、习惯和禁止权利滥用原则作出指引,对司法实践中的重点难点问题作出回应。

(一) 民事法律适用规则

民法典呈现鲜明的总分结构,不仅在总则编规定了整个法典的一般性规则,在各分编中也是先规定一般性规则,再规定具体规则或者特别规则。这种提取公因式的立法技术,使得民事法律规范在呈现法典化、体系化特征的同时,也增加了法官“找法”的难度。为帮助广大法官适应民

法典的体系性,树立法典化思维,《总则编解释》第1条在明确民法典各编适用关系的同时,也对民法典与其他民事法律的适用问题、法律具体规则与基本原则的适用问题作出规定。

准确把握民法典总则编与各分编的适用关系,首先要明确民法典总分式架构的内在逻辑。从体系上讲,总则编主要是围绕主体、客体、法律行为、民事责任等法律关系的基本要素展开,而有关具体的民事权利、义务内容则规定在各分编中。各分编的具体规定通常可以直接适用于案件审理,但当各分编没有相应具体规定时,往往需要适用总则编中的一般规定。

例如,在处理某一具体的合同纠纷案件时,先到民法典合同编的典型合同分编中查找是否存在与该合同有关的特别规定。如果有,就要优先适用特别规定,只有在没有找到特别规定时,才能适用合同编通则部分的规定;也只有合同编通则部分没有特别规定时,才能适用总则编关于法律行为与代理的一般规定。当然,并非所有各分编未具体规定的问题都可以适用总则编的规定,尤其是涉及身份关系的情形。

因此,《总则编解释》第1条第1款规定:

“民法典第二编至第七编对民事关系有规定的,人民法院直接适用该规定;民法典第二编至第七编没有规定的,适用民法典第一编的规定,但是根据其性质不能适用的除外。”

关于民法典与其他民事法律的适用关系,民法典第十一条规定:“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”这就明确了特别法优先于一般法的原则。

但应当注意,在民法典未明确规定适用其他法律的情况下,适用单行法的前提是单行法的规定属于对民法典相应规定细化的规定,且不能违反民法典的规定,如此才能体现出民法典基础性法律的地位。

同时,根据立法法第九十四条第一款的规定,法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别

规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

为指导各级人民法院正确适用民法典第十一条的规定，处理好民法典与其他民事法律的适用关系，《总则编解释》第1条第2款明确了以下两种规则：

一是对于同一民事关系，其他民事法律的规定属于对民法典相应规定的细化的，应当适用该民事法律的规定。例如，民法典第一千一百六十五条第二款规定：“依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”而个人信息保护法第六十九条第一款明确规定了处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，适用过错推定责任。对此类纠纷，就应当适用个人信息保护法的这一规定。又如，电子签名法第二十八条关于侵害电子签名人利益归责原则的规定就构成了对民法典第一千一百六十五条第二款有关过错推定责任规定的细化，此时应当适用电子签名法的规定。需要注意的是，这里的“民事法律”实质上是指民商事法律。

二是民法典规定适用其他法律规定的，适用该法律的规定。因为在此情形下，民法典已经作出了适用其他法律的指引或者授权，此时适用其他法律的规定也不存在与立法法规定相冲突的问题。例如，产品质量法第四十五条规定因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为2年，民法典第一百八十八条明确“法律另有规定的，依照其规定”，此时应当适用产品质量法的规定。

《总则编解释》第1条第3款主要解决民事法律具体规定与基本原则的关系问题。民法典所规定的基本原则能否直接作为裁判规范以及如何作为裁判规范一直有争议。本款在梳理有关学术成果、实务做法、各方意见的基础上，明确了法律有具体规定的，“应当”适用该具体规定；法律没有具体规定时“可以遵循”基本原则。采用“可以遵循”基本原则的表述，使得条文内容更具包容性，也与法律没有具体规定时运用法律解

释方法确定适用或者参照适用其他具体规定的做法相一致。

通常而言，基本原则的适用可以与有关法律解释和漏洞填补方法相结合，在没有可以适用或者参照适用的具体条文的情况下，可以遵循基本原则的规定。有学者认为，对于纠纷的处理缺乏具体法律规定的情况下，可以结合习惯、法律原则等创造尚未由立法计划所预测或者完成的法律规则，进而填补漏洞。这一见解较有道理，值得在审判实践中紧密结合民法典的制度体系和规定精神进行有益探索。因此，有必要注意的是，在审判实践中对于法律没有具体规定的情形，并非当然直接适用基本原则。

（二）习惯作为法源的适用

根据民法典第十条规定，处理民事纠纷可以适用习惯，明确了习惯可以作为法源适用。在我国审判实践中，习惯作为法源多见于与丧葬事宜相关的案件，比如遗体瞻仰、告别、吊唁、祭奠等。需要注意的是，此处所讲的习惯不同于当事人之间形成的交易习惯，要求可以作为裁判依据。

关于习惯的认定，是人民法院适用习惯时首要明确的标准问题。对此，《总则编解释》第2条第1款规定作为法源意义上的习惯，通常表现为民间习俗、惯常做法等，其核心要义在于能够在一定范围内为特定群体长期确信并自觉遵守。这就意味着，判断是否构成民法法源的习惯，关键在于该习俗或者做法是否具备两方面的条件，一是是否具有长期性、恒定性、内心确信性，二是是否具有具体行为规则属性，即并非宽泛的道德评价标准，能够具体引导人们的行为。

关于习惯的证明，主要涉及举证责任的分配问题。对于习惯是否存在、何为习惯的具体内容，这首先是一项事实问题。因此，当事人主张适用习惯的，应当根据民事诉讼法第六十七条第一款的规定提供证据，必要时，人民法院可以依职权查明。正如王泽鉴先生所言，主张习惯法者，对于

习惯法的存在，“固应负举证责任，惟法律亦应依职权调查之”。

调研中有意见认为，习惯作为法源，应当由法官依职权查明。我们经研究未采纳上述意见，主要是考虑到我国幅员辽阔、风俗多样，人员流动情况复杂，法官事实上难以真正了解掌握当地习惯的情况。采取以由当事人主张并提供证据为主，人民法院依职权查明为辅的方式，不仅符合民事诉讼法第六十七条第二款的规定精神，也是立足我国国情，确保民法典第十条规定有效施行的可行做法。

关于习惯的适用，民法典明确习惯要作为裁判依据，必须是在法律没有具体规定的前提下，且该习惯不得违背公序良俗。由于我国历史悠久，不少习惯中文明与糟粕并存，有必要对习惯的适用采取审慎的态度。为此，《总则编解释》第2条第3款明确“适用习惯，不得违背社会主义核心价值观，不得违背公序良俗”。

（三）滥用民事权利的认定与法律后果

民法典第一百三十二条规定禁止权利滥用，为权利设定了范围，明确了权利行使的边界。考虑到该规定是指导民事主体依法行使民事权利的一般准则，具有较强的原则性和抽象性，有必要在司法适用时进一步具体化，《总则编解释》在第3条的位置对滥用民事权利的认定与法律后果问题作出规定。

在学理上，禁止权利滥用原则通常被认为是诚实信用原则的具体化表现之一，衡量权利是否滥用应围绕诚实信用原则展开，但诚实信用原则属于抽象性法律原则，法官在适用时仍需具体判断。为解决实务中如何认定构成权利滥用的问题，《总则编解释》第3条第1款、第2款对滥用民事权利的认定作出规定。

第1款采用动态系统论的思路，明确人民法院在判断是否构成权利滥用时，可以从权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益

失衡的程度等因素予以考量。例如，在姚某与潘某相邻损害防免关系纠纷中，姚某安装的可视门铃对潘某进出住宅等活动信息进行自动记录、存储，超出了防盗的必要范围和合理限度，法院认定构成滥用民事权利。此即从权利行使的目的、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等角度，对当事人行使权利是否超出合理范围作出的界定。

第2款主要是从损害目的的角度对人民法院应当认定构成权利滥用的特定情形作出明确。比较法上，德国民法典、俄罗斯联邦民法典明确权利滥用为“专以加害（损害）他人为目的”行使权利，我国台湾地区“民法”也明确为“以损害他人为主要目的”。我国学界也认为，权利滥用正是民事主体利用权利的合法形式，来实现损害他人或社会之目的。据此，解释明确，行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的，构成权利滥用。

在此需要说明的是，凡符合第2款规定情形的，应当认定构成滥用民事权利；当存在第2款规定以外情形的，应根据第1款规定的参考因素，结合具体案情认定是否构成滥用民事权利。例如在一则案件中，被告将厨房改为厕所后，导致其厕所位于原告厨房之上，引起原告心理不适。此时因不能证明被告有损害原告利益之目的，难以直接适用第2款规定，但其权利行使方式明显不当，法院判决其恢复原状。

关于滥用民事权利的法律后果。学界多认为，权利滥用的效果以承认权利存在而否认其行使为原则，以权利丧失为例外。滥用权利行为将发生两方面的后果：一是不能发生行为人预期的法律效果，二是造成他人损害将承担法律责任。

我们经过多次研究论证后，在第3款规定“构成滥用民事权利的，人民法院应当认定该滥用行为不发生相应的法律效力”。换言之，权利行使本来应产生的效果，因其滥用的关系，法律遂不使之发生。

但需注意的是，此处否定的应生效果限于该滥用行为，并不包括在合理范围内的权利行使部分。另考虑到滥用民事权利可能造成他人损害，权利滥用者应当承担相应的民事责任，故《总则编解释》选取此情形中适用法律的典型领域，列明适用民法典侵权责任编的规定。

当然，滥用民事权利危及他人人身、财产安全的，不仅涉及民法典侵权责任编的适用，还可能涉及人格权编、物权编等有关规定，对于公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益等情形，更涉及公司法的有关规定，对此直接按照相应规定处理即可，难以一一列举，故使用“等”字予以概括，避免条文过于繁琐。

五、监护部分的重点内容

民法典确立了“以家庭监护为基础，以社会监护为补充，以国家监护为兜底”的监护制度体系。为将监护制度准确落实落地，《总则编解释》从监护能力的认定、监护人的确定、监护职责的委托行使等角度作了补充规定。其中，遗嘱指定监护人、协议确定监护人、意定监护属于当事人通过意思自治确定监护人的方式，为加强相关规则适用，《总则编解释》第7条、第8条、第11条作出进一步细化规定。

（一）遗嘱指定监护人

《总则编解释》第7条关于遗嘱指定监护人的规定，旨在解决以下两种情形中的监护人确定问题：一是遗嘱生效时，被指定的人不同意担任监护人；二是被监护人是未成年人时，父母中的一方通过遗嘱指定监护人，因而与遗嘱生效时有监护能力的另一方的法定监护之间产生冲突。

对于第一种情形，《总则编解释》第7条第1款明确，人民法院应当适用民法典第二十七条、第二十八条的规定确定监护人。在此需要说明的是：

第一，关于被指定的人拒绝担任监护人的权利。按照遗嘱的性质，遗嘱人订立遗嘱无论是自书遗嘱或者公证遗嘱，均不要求事先征得拟指定的人（个人或者组织）同意，依据意思自治原则，遗嘱内容公开后被指定的个人或者组织理当可以拒绝担任监护人。且对被指定人而言，担任监护人意味着重大的法律职责，应充分考虑其自愿性，应当允许其拒绝接受指定。在比较法上，《魁北克民法典》第202条第2款、第203条规定更是直接明确了遗嘱指定监护人应当考虑被指定的人的意愿（《魁北克民法典》第202条第2款：如被指定人知悉指定后30日内未拒绝，推定为接受职责。第203条：父亲或母亲指定的监护人接受或拒绝监护职责，应告知遗产清算人和公共保佐人）。

第二，关于被指定的人拒绝担任监护人时的监护人确定规则。被指定的人拒绝接受指定的，应当视为没有遗嘱指定监护人，故应当按照法律的规定，即适用民法典第二十七条、第二十八条的规定确定监护人。

对于第二种情形，为减少实践争议，《总则编解释》第7条第2款明确人民法院应当适用民法典第二十七条第一款的规定确定监护人，即由父母中有监护能力的另一方担任监护人。这主要是考虑到，父母担任未成年子女的法定监护人是无条件的，只有在父母死亡或者没有监护能力的情况下，才可以由其他组织或者有关组织担任监护人。

（二）协议确定监护人

民法典第三十条规定，依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。由于民法典第二十七条第一款明确规定未成年人的父母为其监护人，故未成年人的父母有监护能力的，当然不得与其他人签订协议，确定由其他人担任监护人，推卸自身责任。为此，《总则编解释》第8条第1款对未成年人的父母协议确定监护人的权限作出规定，明确父母不得通过协议免除该具有监护能力

的父母的监护职责，而仅得约定在其丧失监护能力时由具有监护资格的人担任监护人。这既兼顾父母了对未成年子女负有法定监护职责的要求，也体现了对父母预先安排未成年子女监护问题的尊重。

关于以协议监护方式确定的监护人能否突破法定监护顺序的问题，有观点认为，有权协商的人，必须是根据民法典第二十七条和第二十八条有监护资格的人，而且应当遵守这两条关于监护顺位的规定，即必须先由上一顺位的数位具有监护资格的人进行协商。这就意味着，协议确定的监护人将受到监护顺序的限制。也有观点认为，这一解释，对于监护顺序的理解过于严苛，将以亲属血缘关系为基础的监护顺序置于被监护人的最大利益考虑之上，且不符合监护顺序弱化的发展趋势。

我们经研究认为，民法典第三十条的立法本意是在尊重被监护人真实意愿的基础上，通过依法具有监护资格的人之间的协商确定，最大程度体现最有利于被监护人的原则。如对协议监护在顺序上作严苛限制，可能因受限于法定监护顺序，而难以确定最合适的监护人，进而与民法典第三十条的立法目的相悖。

因此，《总则编解释》第8条第2款明确，协议确定的监护人不受法定监护顺序的限制，不同顺序依法具有监护资格的人可以共同担任监护人，顺序在后的具有监护资格的人也可以经协议约定作为监护人。

（三）意定监护

意定监护，以书面的监护协议为成立要件。实践中，关于该监护协议能否参照适用委托合同的问题，一直存有争议。

一种观点认为，一方委托另一方当事人，在一方丧失或者部分丧失民事行为能力时，另一方为其担任监护人的协议，显然具有委托合同的属性。也有观点认为，意定监护协议在原则上可以适用

委托合同的原理和规则，但需考虑意定监护的特别之处。因为按照意定监护的委托合同构造，委托合同仅给予受托人处理他人事务的事务管理权，不一定包括代理权授予，而意定监护中的代理权主要源于意定授权。且意定监护协议具体参照适用委托合同到什么程度很难确定，比如违约责任、违约金调整以及是否区分有偿与无偿等问题，一概参照适用委托合同不够妥当。最终，《总则编解释》第11条重点聚焦实践中普遍关注的意定监护中监护协议的任意解除权问题作出规定。

一是充分考虑监护本身包含的职责或者负担属性，以及双方当事人的信任关系是意定监护的基础等因素，参照民法典第九百三十三条关于委托合同中委托人和受托人任意解除权的规定，明确在成年人丧失或者部分丧失民事行为能力前，成年人和意定监护人均享有任意解除监护协议的权利。这是因为在监护协议生效以前，受托人尚未成为监护人，无须履行监护职责，委托人也尚处于完全民事行为能力阶段，通过意思自治原则完全能充分维护自己的权益，如果任何一方萌生解除协议的念头，强行维持的监护关系也不能最大限度地维护被监护人的利益。

二是明确在成年人已经丧失或者部分丧失民事行为能力的情况下，意定监护人无正当理由不享有解除监护协议的权利。这主要考虑到，此时意定监护人已经负有依据该监护协议履行监护职责的义务，并且此处的监护职责与法定监护、指定监护规则下的监护职责在本质上具有一致性，即具有法定性乃至强制性。如仍允许监护人行使任意解除权，极易产生监护真空，使得意定监护制度功能价值大打折扣。但是如果在此情形下一概认定监护人不享有任意解除权，过于绝对，我们参考借鉴我国台湾地区“民法”的做法，增加了“无正当理由”这一限定。

考虑到成年人丧失或者部分丧失民事行为能力后，意定监护人应当开始履行监护职责。为引导意定监护人依法履行监护职责，保护被监护人

的合法利益,《总则编解释》第11条第2款明确了有关撤销意定监护人监护资格的规则。

需要说明的是,该款规定特别注意了与民法典第四百六十四条第二款规定的衔接。因为意定监护系以有关监护关系的协议为基础,应当适用有关监护关系的法律规定,仅在监护制度没有规定的情况下,才可以根据协议性质参照适用合同编的规定。鉴于通过意定监护和法定监护方式确定的监护人,监护行为都应当受到整个民法典监护制度的约束,故《总则编解释》第11条第2款将对意定监护人的监督指向民法典第三十六条第一款,不仅没有突破民法典第三十六条的立法本意,还满足了对意定监护人进行监督的实践需要。

有观点认为,这一规定为当事人通过协议选择监护监督人也预留了空间。如果成年人与民法典第三十六条第二款规定的其他依法具有监护资格的人,居民委员会、村民委员会、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等民事主体签订意定监护监督协议,依据合同自愿原则,没有不认可其效力的理由。这既不违反法律的现行规定,又能认可意定监护监督协议的效力,对意定监护协议进行监督,更好地保护意定被监护人的合法权益。

这一见解较有道理,在《总则编解释》起草过程中,我们曾根据实践需要对监护监督制度作了规定,后因各方意见尚未完全一致而未规定,但这不影响实践中继续探索积累经验

六、宣告失踪、宣告死亡部分的重点内容

《总则编解释》关于宣告失踪、宣告死亡部分的规定共4条,主要是对申请宣告失踪、宣告死亡的利害关系人范围,财产代管人的诉讼地位,战争期间下落不明申请宣告死亡的期间作出规定。

(一) 申请宣告失踪的利害关系人

宣告失踪为对自然人失踪事实之司法确定,其具有双重目的:首先,维护失踪人自身的合法

利益,使其不因财产无人管理而遭受不测之损害;其次,维护与失踪人有利害关系的当事人的合法权益,使其不受失踪人失踪之事实而导致的财产损害。

因此,在确定申请宣告失踪的利害关系人范围时,应注重平衡被申请宣告失踪人与利害关系人的利益。

为此,《总则编解释》第14条第(1)项沿用了《民法通则意见》第24条的做法,明确被申请人的近亲属有权申请宣告失踪。

第(2)项明确了依据民法典第一千一百二十八条、第一千一百二十九条规定对被申请人有继承权的亲属也有权申请宣告失踪。这是因为,民法典第一千一百二十八条规定的代位继承人、第一千一百二十九条规定的丧偶儿媳或者丧偶女婿作为典型的继承人,与被申请人存在

第(3)项主要是在《民法通则意见》有关“与被申请人有民事权利义务关系的人”的规定基础上,将债权人、债务人、合伙人作为典型的与被申请人有民事权利义务关系的民事主体予以列明,同时为防止申请宣告失踪制度的滥用,设定了“不申请宣告失踪不影响其权利行使、义务履行”的除外条件。

(二) 申请宣告死亡的利害关系人

关于申请宣告死亡的利害关系人范围,《贯彻民法典会议纪要》曾专门阐释利害关系人申请宣告死亡无顺序限制的问题,对此不再赘述。《总则编解释》的起草也遵循这一思路,并为了防止宣告死亡制度的滥用,对申请宣告死亡的利害关系人条件作出严格限制。

考虑到宣告死亡制度对亲属身份利益的影响重大,且主要涉及继承人利益问题,《总则编解释》第16条第1款明确作为第一顺序继承人的配偶、父母、子女以及依据民法典第一千一百二十九条规定对被申请人有继承权的亲属有权申请宣告死亡。

第2款主要从尽量减少对近亲属间身份利益尤其夫妻身份权益方面不利影响的角度,对被申请人的其他近亲属以及依据民法典第一千一百二十八条规定对被申请人有继承权的亲属申请宣告死亡的条件作出明确。如对于被申请人的其他近亲属而言,其属于第二顺序的法定继承人,在第一顺序的法定继承人均已死亡或者下落不明时才享有继承权利,此时可认定与被申请人有利害关系。或者其他近亲属符合“不申请宣告死亡不能保护其相应合法权益”的条件,也可以认定为利害关系人。

另,考虑到多数情况下,债权人、债务人、合伙人等的利益保护问题可以通过财产权益保护制度解决,不宜在申请宣告死亡方面过分开口子,故在第3款明确了债权人、债务人、合伙人等民事主体无权申请宣告死亡的一般原则,同时结合现实需要,设有“但是不申请宣告死亡不能保护其相应合法权益的除外”的但书规定,给特殊情形下上述主体申请宣告死亡留有空间。如有学者即指出:“自改革开放以来,已经发生利害关系人出于侵占下落不明的自然人的财产、损害其他利害关系人合法权益,以及冒领其退休金、养老金、补助金等违法目的,故意不提出死亡宣告申请的社会问题。”

七、民事法律行为部分的重点内容

《总则编解释》在民事法律行为部分,对认定民事法律行为的其他形式、重大误解、欺诈、胁迫的认定,以及意思表示的误传、民事法律行为不成立的法律后果、民事法律行为附不可能条件的效力认定作出规定。

(一) 重大误解

关于重大误解的认定问题,《总则编解释》第19条对《民法通则意见》第71条的规定作了较大调整。调研中,关于如何构建重大误解的认定规则,有两种不同观点。

一种观点主张参考比较法上的做法,强化对善意相对人的保护,严格限制行为人的撤销权[如《国际商事合同通则》(PICC)第3.2.2条、《欧洲合同法原则》(PECL)第4:103条、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第2-7:201条,以及荷兰民法典第6:228条等的规定,均强调相对人参与了行为人的错误认识的,应当保护行为人的真意。反之,相对人属于善意,行为人不得主张撤销]。

另一种观点认为,不宜对行为人的撤销权作过多限制,不论相对人是否善意,均得主张撤销,故在《民法通则意见》第71条的规定基础上作适当修改即可。调研中有意见反映,限制撤销权的行使虽有一定道理,但是过于抽象,且易与欺诈等情形混淆,实践中不易操作,故我们在传承《民法通则意见》第71条规定的基础上,主要作以下调整:

一是增加价格作为典型的重大误解情形。这一规定旨在回应实践需求,考虑到因“薅羊毛”问题引发的经营者主张撤销合同问题,主要源于经营者在商品价格方面的标示性错误,故将价格作为重大误解的典型情形予以列举。

二是根据调研意见适当调整重大误解中重大性的判断标准。调研中,关于重大误解中对重大的认定是否需以造成较大损失为标准,存在不同意见。有意见认为,造成较大损失是《民法通则意见》施行以来形成的共识,法官容易掌握;也有意见认为,较大损失本身很难界定,可操作性不强。我们经研究认为,重大误解的认定不应以造成或者可能造成较大损失为构成要件。例如,卖家混淆买家想购买的纪念品颜色,弄错节日带有特定意义的花束品种,虽未对买家造成重大损失,但违背了买家的交易目的,同样构成重大误解。因此《总则编解释》第19条第1款明确将重大误解解释为“按照通常理解如果不发生该错误认识行为就不会作出相应意思表示”。

三是明确主张重大误解的举证责任和不得主张重大误解的情形。行为人主张基于重大误解请

求撤销民事法律行为，应当举证证明其在实施民事法律行为时存在重大误解，同时考虑到古董买卖等交易习惯的特殊性，以及社会生活发展的复杂性，作但书规定“根据交易习惯等行为人不能主张撤销的除外”。

（二）其他重点内容

1. 民事法律行为的其他形式

民法典第一百三十五条延续了民法通则、合同法有关规定的精神，明确民事法律行为可以采取其他形式。同时民法典第一百四十条为新增规定，明确意思表示可以通过默示或者沉默的方式作出。此前，《合同法解释二》第2条就订立合同的其他方式作过规定。我们认为，有关“其他形式”问题，虽以合同领域为典型，但并不限于合同，故有必要在遵循民法典规定精神的基础上，总结《合同法解释二》的经验做法，上升为总则编的细化规则，并衔接好民法典第一百三十五条和第一百四十条的规定，为司法实践中准确认定以其他形式实施民事法律行为作出指引。

2. 意思表示的误传

关于意思表示的误传，民法典未作规定，而《民法通则意见》第77条的规定没有解决有关意思表示人与相对人之间的关系问题。对此，调研中有两种不同意见。一种意见认为应当参照域外立法的通行做法，按照意思表示错误（重大误解）的思路解决；另一种意见主张意思表示人与转达人之间是委托关系，可参照表见代理的规则，强调对善意相对人的保护。经研究，我们采纳了第一种意见，主要考虑是：第一，对转达错误参照表见代理的规则，缺乏明确的法律依据。第二，意思表示的转达错误属于意思表示错误范畴，通过重大误解来解决符合法理。特别是转达意思表示的第三人本质上是使者，与代理人存在显著区别，

如代理人需有民事行为能力而使使者无此限制。第三，符合域外法例的通行规则。

3. 欺诈、胁迫

《总则编解释》在《民法通则意见》的基础上修改完善了欺诈、胁迫的认定要件。

关于欺诈的认定，主要修改是明确行为人故意隐瞒真实情况构成欺诈的，应当以其负有告知义务为前提。欺诈行为包括（故意）告知虚假情况和（故意）隐瞒真实情况两种情形，但二者在评价上不应完全相同。在前一种情形下，行为人积极地通过编造虚假事实、提供误导信息等方式使对方陷入错误认识，违反了交易磋商过程中的普遍性不作为义务，必然对相对人的意思决定自由造成严重侵害；而在后一种情形下，相对人只是因行为人消极地不提供重要交易信息而陷入错误认识，但由于双方当事人之间存在利益冲突，原则上应由相对人亲自搜寻对己方有利之交易信息，除非行为人负有主动告知的义务。需要注意的是，这里的告知义务可以来源于法律规定、诚信原则、交易习惯等。

关于胁迫的认定，采纳学术界的意见，明确被胁迫人是基于恐惧心理作出意思表示。

4. 民事法律行为不成立

民法典第一百五十七条规定了民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力的法律后果，调研中，部分高院建议吸收2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第32条的规定，明确规定民事法律行为不成立的法律后果。我们经研究，采纳有关建议，明确民事法律行为不成立，当事人请求返还财产、折价补偿或者赔偿损失的，参照适用民法典第一百五十七条的规定。这是因为，在隐藏的不合意时，尽管合同因双方意思表示不一致而不能成立，但当事人完全可能因不知合同不成立的事实而履行合同，此时也存在返还财产、折价补偿、损害赔偿等问题。由于不成立已超出

民法典第一百五十七条之可能文义的范围，故是“参照适用”。

5. 附不可能条件的民事法律行为

对附不可能条件的民事法律行为的效力，《民法通则意见》第75条直接规定为无效，未考虑生效条件、解除条件对民事法律行为效力的不同影响。《总则编解释》根据调研意见对《民法通则意见》第75条作出较大调整，分别针对所附条件为生效条件或者解除条件作出规定。当事人约定不可能条件为生效条件的，从意思表示解释的角度看，应当解释为当事人根本不希望民事法律行为发生效力。当事人约定上述条件为解除条件的，因解除条件不可能成就，民事法律行为应视为未附解除条件，民事法律行为是否失效应当依照民法典和相关法律、行政法规的规定认定。

八、代理部分的重点内容

《总则编解释》在代理部分的规定共有5条，主要规定了共同代理、紧急情况下的转代理、无权代理的适用、表见代理中相对人有理由相信行为人有代理权的认定，以及追认意思表示的作出对象与生效时间。其中，对表见代理制度作出细化规定，由是实务界关注的重点。据统计，2019年1月1日至2021年12月31日，涉表见代理的民事案件达67665件。

如何认定相对人有理由相信行为人有代理权，是表见代理认定的核心问题。此前，《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第13条明确：“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权”。鉴于该规定在各级人民法院裁判中得到了普遍遵循，适用效果较好，我们将之上升为司法解释规则。

为细化表见代理制度的适用规则，《总则编解释》第28条第1款第（2）项将“相对人善意且无过失”进一步明确为“相对人不知道行为人为时没有代理权，且无过失”。调研中，对于应当采纳无过失标准还是无重大过失标准，存在不同认识。

一种意见认为，可以参考最高人民法院《关于适用民法典物权编的解释（一）》第14条有关善意取得的认定规则，规定为无重大过失，以体现规则的一致性。

另一种意见认为，无过失标准更有利于平衡被代理人与相对人的利益。

经研究认为，较之善意取得，在表见代理中，行为人必须以被代理人的名义作出代理行为，因此相对人至少知道被代理人的存在，获知行为人为无权代理的信息成本要低一些，因此，表见代理中相对人善意的要求程度更高一些。相对人不仅主观上不能有重大过失，而且应无一般过失，否则容易因滥用表见代理制度损害被代理人的利益。

还有学者指出，表见代理是以牺牲被代理人的利益为代价实现交易安全保护的一项制度，在未将代理权外观的形成可归责于被代理人规定为表见代理的一个构成要件的情况下，如果仅要求相对人负担较轻的注意义务（无重大过失），被代理人通常会面临较为宽泛的受损害风险。

因此，我们采取了无过失的标准。对此情形的认定，需要结合代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，以及合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点等因素综合判断。

此外，《总则编解释》第28条第2款还规定了有关举证责任的分配问题。这是为了贯彻善意推定的原则，明确相对人就行为人存在代理权的外观承担举证责任，被代理人就相对人非善意承担举证责任，为审判实践提供指引。因为“按照社会生活经验，‘不知道’是难于举证证明的，

故法庭不要求相对人就自己属于善意举证，而依‘善意推定’的法理进行判断。”

九、民事责任部分的重点内容

《总则编解释》第七部分通过对正当防卫的认定、防卫过当的认定和责任、紧急避险的认定、避险不当的认定和责任、见义勇为受益人适当补偿数额的确定等细化规定，明确了有关认定标准和责任分担问题，鲜明体现了弘扬社会主义核心价值观的价值导向。

（一）关于正当防卫、紧急避险的认定

关于正当防卫、紧急避险的认定，民事法律和司法解释一直未作明确规定，此前审判实践中通常是依据民法法理来认定，调研中不少意见认为有必要予以明确，为类似案件审理提供统一具体的法律适用规则。对此，《总则编解释》第30条、第32条在参考有关刑事法律规定的基础上作出明确。《总则编解释》第30条从防卫的起因、目的、时间、对象等角度，为人民法院正确适用正当防卫制度作出指引。《总则编解释》第32条为法官认定是否构成紧急避险，明确了避险的起因、目的、时间、紧迫性等重要参考因素。

（二）关于防卫过当、避险不当的认定与责任

关于防卫过当、避险不当的认定，《总则编解释》第31条、第33条均采取了动态系统论的思路，为人民法院依法认定作出指引。

对于防卫过当的民事责任，《总则编解释》第31条第2款规定明确了民法典第一百八十一条第二款规定的“适当的民事责任”是指部分责任，而不是全部责任，即正当防卫人只在造成不应有的损害范围内承担部分责任。

对于避险不当的民事责任，考虑到实践中紧急避险的情形非常复杂（从危险发生的原因看，可能是自然原因引起的，也可能是第三人行为引起的，还有可能是避险人的行为引起的；从避险

目的看，可能是为了保护避险人利益，可能是为了保护引起险情的人的利益，也可能是为了保护其他人利益，或者兼而有之；从避险过当造成的损害后果看，可能造成了避险人损害，可能造成了引起险情的人的损害，也可能造成了其他人的损害），《总则编解释》第33条列出参考因素，指引法官在认定紧急避险人的责任时可以综合紧急避险人的过错程度、避险措施造成不应有的损害的原因力大小、紧急避险人是否为受益人等因素认定。

（三）关于见义勇为受益人适当补偿数额的确定规则

因见义勇为使自己受到损害，在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下，受害人提出请求的，《民法通则意见》第142条规定，人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况，责令受益人给予适当补偿。为鼓励见义勇为行为，不让见义勇为者流血又流泪，《总则编解释》第34条在此基础上，采用动态系统论的思路，明确了见义勇为受益人适当补偿数额的确定规则。

第一，保留《民法通则意见》规定中“受益人受益的多少及其经济状况”作为考量因素。

第二，增加受害人所受损失的情况作为考量因素。主要考虑是，受益人对受害人的法定补偿是侵权责任法分配正义的体现，虽不适用赔偿责任的填平原则，但受害人的受损情况仍是最重要的考量因素。因为只有先确定受损情况，才能进一步确定补偿数额。一般而言，受害人所受损害严重的，应适当增加受益人补偿数额。

第三，增加受害人已获赔偿的情况作为考量因素。因为按照立法本意，见义勇为受害人的损失原则上应当由侵权人负责赔偿，在有侵权人时受益人仅是可以给予适当补偿，而只有在没有侵权人、侵权人逃逸或者侵权人无力赔偿的情况下，才应当由受益人适当补偿。因此，受害人的损失

已经由侵权人部分填补的，受益人的补偿责任应当相应减轻。

十、其他部分的重点内容

（一）关于父母诉讼保护胎儿利益的时间问题

关于胎儿利益能否在娩出前得到保护，理论与实务中主要存在法定解除条件说和法定停止条件说两种观点。前者认为，根据民法典第十六条的规定，在涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护情形下，胎儿视为具有民事权利能力，虽未出生视为已出生，应当肯定其诉的利益；后者认为，胎儿娩出是否为活体尚未确定，如为死体则涉及利益返还问题，并且胎儿姓名尚未确定，实践中在诉讼主体列明方面存在操作困难，故以胎儿娩出为活体后再起诉为宜。

对此，《总则编解释》第 4 条明确胎儿利益可以在娩出前得到保护，并且可由父母作为法定代理人主张相应权利。主要理由是，虽然父母在胎儿出生后代为起诉，相对于在胎儿娩出前起诉，人民法院处理有关诉讼案件更为简易，但肯定父母在胎儿娩出前代为起诉的权利，更符合民法典第十六条关于加强胎儿利益保护的立法本意。反之，如一刀切否定胎儿出生前的诉权，并不利于胎儿利益的保护。不仅不符合民法典的立法精神，且可能导致个案诉讼中出现极不公平的局面，比如给侵权人恶意转让财产提供时间，致使胎儿健康维护所需费用得不到及时赔付等。况且，随着医疗卫生事业的发展，胎儿娩出时死亡率较低，即使胎儿娩出为死体，亦可通过受理后中止审理、中止执行甚至执行回转等方式解决。故《总则编解释》采取对胎儿利益可在娩出前诉讼保护的态度，有利于从真正意义上将民法典前沿性保护胎儿利益这一亮点规则落实落地。

关于民法典总则编第十六条规定的“涉及遗产继承、接受赠与等”中的“等”的细化问题，我们在起草过程中曾规定了损害赔偿的情形，但

由于这一问题较为复杂，且涉及伦理问题，实践中争议也较大，最终对此未作规定。特别是涉及胎儿身体健康权益侵害的问题，往往与其母体受到相应损害密切相连，有观点认为，对此完全可以通过孕妇主张对自身身体健康权进行损害赔偿进行救济。我们认为，不少情形下通过这一做法可以解决问题，也有利于避免法律关系过于复杂化，但考虑到社会生活及有关纠纷案件的多样性，对于胎儿的损害与孕妇自身所遭受损害的关联性 & 合理界分问题，还有必要在实践中通过具体案例进一步探索积累经验。

（二）关于诉讼时效的规定

1. 关于诉讼时效中止、中断和延长

《总则编解释》第 35 条对诉讼时效中止、中断和延长的具体适用作了规定，重点是明确民法典第一百八十八条规定的 3 年诉讼时效期间可否延长的问题。对此，理论和实践中存在不同认识。

有观点认为，民法典第一百八十八条第二款规定的诉讼时效延长主要适用于普通诉讼时效期间，而不适用于最长诉讼时效期间。法律规定最长诉讼时效制度的主要目的是给权利行使设定一个固定期限，如果允许该期限延长，就会使该最长期限变成可变期限，法律设置该最长期限的目的也将不复存在。《民法通则意见》第 175 条则规定，《民法通则》第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间，可以适用中止、中断和延长的规定，二十年期间可以适用延长的规定，不适用中止、中断的规定。

还有观点认为，民法典第一百八十八条仅规定了最长诉讼时效期间的延长，普通诉讼时效不再适用延长的规则。民法典的有关释义性资料也持相同观点。

部分学术著作亦指出：“所谓诉讼时效期间的延长，只能适用于 20 年长期时效期间。3 年普

通时效期间，因有中止、中断的规定，不发生延长问题。”

产生以上认识分歧的一个重要原因就是民法典第一百八十八条第二款规定相较于《民法通则》第一百三十七条规定的标点符号调整，《民法通则》第一百三十七条但书中“有特殊情况”前面为句号，而民法典中为逗号。考虑到立法本意是普通诉讼时效期间不适用延长，而在调研中发现绝大多数法官依然存在《民法通则意见》第 175 条规定形成的思维惯性，故在充分调研，并征询立法机关意见后达成共识，明确规定普通诉讼时效期间可以适用中止、中断的规定，不适用延长的规定，最长诉讼时效期间不适用中止、中断的规定。

2. 关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人的诉讼时效期间起算规则

《总则编解释》第 36 条明确，无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受法定代理人以外的人侵害的，诉讼时效期间自法定代理人知道或者应当知道损害事实以及义务人之日起计算。此即对照民法典第一百八十八条第二款，明确无民事行为能力人、限制民事行为能力人权利受到损害的，以其法定代理人知道或者应当知道的时间为起算点。

此外，《总则编解释》第 37 条还补充规定了无民事行为能力人、限制民事行为能力人对法定代理人的诉讼时效期间起算规则。主要考虑是，虽然民法典第一百九十条规定“无民事行为能力人、限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算”，但在实践中，已经发生法定代理终止时，无民事行为能力人、限制民事行为能力人仍不知道损害事实和义务人，或者仍因民事行为能力欠缺而无法亲自主张权利的情形。

因此，该条规定，即使原法定代理已经终止，诉讼时效期间也并非当然按照民法典第一百九十条的规定开始计算，而是适用民法典第一百八十八条第二款、《总则编解释》第 36 条的规定，自相应民事主体知道或者应当知道权利受到损害之日起计算。具体而言，无民事行为能力人、限制民事行为能力人如系因取得、恢复完全民事行为能力导致法定代理终止，且在终止后才知道权利受到损害的，自其本人知道或者应当知道权利受到损害之日起计算；如系原法定代理终止并确定新的法定代理人，且新的法定代理人在原法定代理终止后才知道权利受到损害的，自其新的法定代理人知道或者应当知道权利受到损害之日起计算。

3. 关于与相关司法解释的衔接

调研中，有学者建议将最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（2020 年修正）（以下简称《诉讼时效规定》）整体纳入《总则编解释》中。

我们经研究认为，《总则编解释》和《诉讼时效规定》有不同的侧重点。本部分规则紧密围绕对民法典关于诉讼时效的具体条文的细化展开，旨在解决民法典关于诉讼时效规则的相互衔接问题，在体系上保持了与《民法通则意见》的连续性。而《诉讼时效规定》则是针对司法实践中涉及诉讼时效适用的具体问题展开，在内容上与《总则编解释》各有侧重，且在 2020 年司法解释全面清理工作中已经系统清理修订后重新发布。按照最高人民法院审委会关于构建民法典司法解释体系的思路，《总则编解释》起到一般规则的作用，应当紧扣总则编的条文进行；而《诉讼时效规定》系对具体问题的规定，属于另一层级的司法解释。因此二者在体系上也各有分工，可以相互呼应，形成完整体系。

荐书 | 《代孕亲子关系认定的法律问题研究》 | 游文亭 | 山西人民出版社 | 2021 年 05 月

2022-03-12 家事法苑 游文亭

<https://mp.weixin.qq.com/s/0C0YyA5Bu8YGU04NnwItag>

《代孕亲子关系认定的法律问题研究》



书籍简介

作者：游文亭

出版社：山西人民出版社

出版时间：2021 年 05 月

开本：16 开

纸张：胶版纸

包装：平装-胶订

国际标准书号 ISBN：9787203118190

所属分类：图书>法律>民法>婚姻家庭法

内容简介

在我国，以代孕方式生育子女是否应该被允许尚处于激烈的讨论中，但对于已经通过代孕生育的方式出生的孩子来说，他们的存在已经是客观事实，我们不能视而不见或抹杀其存在，相反，其作为自然人理应受到法律的保护，而作为法律保护的第一步，就是要在立法上明确代孕生育子女的身份地位，为其确定法律上的父母，以解决因为代孕生育子女法律父母无法认定而导致的后

续纠纷，如抚养、继承、监护等问题。本文以代孕亲子关系为视角，提出新型亲子关系认定方式，旨在完善我国亲子关系认定的法律规范，逐步完成亲属基础性权利体系的构建。

作者简介

游文亭，山西大学法学院副教授，对外经济贸易大学法学博士。“CSSCI 期刊论文测评”项目评审专家，山西省法治专家青年人才库智库成员。

推介

婚姻，以两性结合作为基础，是男女双方以共同生活为目的社会家庭方式。这种家庭方式主要表现为财产关系和人身关系，这两个方面根据所处的社会性质以及经济基础的不同，而表现出不同的特征。

古代妇女在家庭中极易成为“生育工具”。在私有制条件下，婚姻的目的旨在延续宗法血脉，即“合二姓之好，上以事宗庙，下以继后世”。彼时婚姻制度与相关立法与今日不可同日而语，仅从女性社会地位上看，古代婚姻虽然同样需要得到官府的认可，但女性地位低下，她们在自己婚姻生活中，几乎没有权利可言，三纲五常为宗旨，女子无才便是德，妇女被排斥于社会分工之外，完全局限于家庭劳作中，甚至一度成为男性私有财产的组成部分。“父母之命、媒妁之言”，剥夺了婚姻自由的存在价值，社会以“三从四德”约束妇女的行为规范。当时婚姻丧失了爱情的意义，只是成为男性奴化女性的合法工具而已。虽然封建王朝也明确规定保护妇女的地位，“七出、三不去”制度正是如此，但经济上无主、政治上无权的广大妇女们始终摆脱不了延续后代生育的繁

殖工具这一命运，旧婚姻制度下的妇女，在丈夫成群的妻妾中，只能屈从命运的安排，苟活于世。

当代女性生育权利走向自由平等。新中国成立后，广大妇女得到解放，婚姻生活开始真正实现了男女平等。政治上得到翻身，经济得到自立，意识自主，广大妇女终于有资格寻求自由，男女平等、一夫一妻。1950 年中华人民共和国第一部《婚姻法》中明确规定保护妇女、儿童，任何男尊女卑、借婚姻索取财物、包办买卖婚姻、剥夺寡妇改嫁的权利以及女性无继承权等都是违法行为。三十年后，第二部《婚姻法》在原《婚姻法》的基础上扩大了调整的对象，着重增加了计划生育的内容。比如，为了有效地降低人口增长速度，并为广大妇女不再扮演生育工具的悲惨角色，也为了使人口的增长同经济和社会发展计划相适应，进而提高人民物质文化生活水平，在 1980 年的新《婚姻法》中，把“计划生育”提到基本国策的高度，这一规定既作为男女双方的一项基本权利来享受，同时也是双方必须遵守的义务；既有利于提高人口素质，保护母亲身心健康，也有利于减轻个体家庭经济负担，是一项利国利民的百年大计。1980 年的《婚姻法》是一部比较完整而全面的新型婚姻法典；2020 年民法典颁布后，女性与男性的平等地位在《民法典婚姻家庭编》中得到明确体现，尤其是女性生育权的尊重，这是我国法律技术迈向时代文明的表现，也符合人类发展男女更加平等化的历史潮流。

综观当下，我国的婚姻法研究多为立法论研究，尤其是对于亲子关系的法律研究较少，我国基本民法问题研究的问题多数采用传统的社会学研究方法，规范分析的方法，民法典颁布后，婚姻家庭法学研究应当向法解释论的方向发展，使研究更加精细化。婚姻家庭法是实践型法律，最应避免“纸上谈兵”，立法不完善制度不健全给司法实践带来困难，是《民法典》颁布后最应当解决的真切问题。

目录

Table of Contents

第 1 章 代孕与代孕亲子关系

1.1 代孕

1.1.1 人类辅助生殖中的代孕

1.1.2 代孕的类型

1.2 代孕的亲子关系认定

1.2.1 亲子关系是婚姻家庭法律制度的核心内容

1.2.2 现有婚姻家庭法律制度不足以规范代孕亲子关系

1.2.3 跨国代孕亲子关系

第 2 章 代孕及其合法性与正当性论证

2.1 对代孕禁止论的辩驳

2.1.1 代孕禁止论的弊端

2.1.2 代孕合法化的可能性

2.2 代孕的合法性

2.2.1 代孕与生育权

2.2.2 代孕与身体权

2.2.3 代孕与隐私权

2.3 代孕的正当性

2.3.1 代孕的伦理性

2.3.2 代孕符合公序良俗

2.3.3 代孕符合人性、公平原则与女性保护

2.3.4 代孕符合道德标准

2.3.5 代孕不侵害社会公共利益

2.4 代孕的意义

2.4.1 代孕与家庭关系

2.4.2 代孕对于社会发展的积极顺应

2.4.3 合理判断代孕在我国合法化的要性及可能性

2.4.4 立足于国情提出代孕的法律规范策略

2.5 本章小结

第 3 章 我国代孕亲子关系认定的现状与不足

3.1 我国代孕亲子关系认定的立法现状与不足

3.1.1 我国代孕亲子关系认定的立法现状

3.1.2 我国代孕亲子关系认定的立法不足

3.2 我国代孕亲子关系认定的司法现状与不足

3.2.1 代孕亲子关系司法认定现状：基于典型判例的分析

3.2.2 代孕亲子关系司法认定的不足

3.3 本章小结

第 4 章 代孕合同与亲子关系认定的域外经验及其适用可行性

4.1 代孕合同的域外法律规定

4.2 代孕亲子关系认定的域外法律规定

4.2.1 有限开放型

4.2.2 开放型

4.2.3 禁止型

4.3 域外制度的适用可行性分析

4.4 本章小结

第 5 章 我国代孕亲子关系认定制度的完善

5.1 明确代孕合同的合法性边界

5.1.1 代孕合同与意思自治

5.1.2 代孕合同的特殊性

5.1.3 代孕合同中当事人的权利与义务分配

5.2 以法律拟制作为代孕亲子关系认定的基本原则

5.2.1 以法律拟制作为代孕亲子关系认定的要性

5.2.2 以法律拟制作为代孕亲子关系认定的基本思路

5.3 构建代孕亲子关系认定的三步

5.3.1 识别当事人合法的意思表示

5.3.2 申请行政许可

5.3.3 申请司法确认

5.4 完善代孕亲子关系的认定主体

5.4.1 设立专门的代孕行政管理机构

5.4.2 构建司法机关认定代孕亲子关系的机制

5.5 《民法典》应当明确代孕亲子关系

5.5.1 《民法典》明确代孕亲子关系的重要性

5.5.2 《民法典》明确代孕亲子关系的思路

5.5.3 《民法典》规范代孕亲子关系的具体建议

5.5.4 《民法典》明确代孕亲子关系的意义

5.6 代孕亲子关系认定的其他相关问题

5.6.1 代孕对失庭的有限开放

5.6.2 对代孕胎儿利益的保护

5.6.3 意愿夫妻离婚、死亡等特殊情况下的亲子关系认定

5.7 本章小结

第 6 章 跨国代孕亲子关系认定的法律冲突及解决

6.1 跨国代孕法律冲突

6.1.1 跨国代孕法律规范

6.1.2 开放型与禁止型代孕规定所引发的法律冲突

6.2 跨国代孕法律规制的要性

6.2.1 用收养法律制度规制代孕的弊端

6.2.2 子女利益原则

6.3 跨国代孕亲子关系认定法律冲突的解决

6.3.1 父母资格的获得

6.3.2 对商业代孕的认可

6.3.3 代孕子女的国籍认定

6.4 本章小结

第 7 章 余论

参考文献

以上信息资料、图片来自当当网、京东网，如若购买请直接登录该网站。

妇女节书单 | “她即是我，我即是她”

2022-03-08 中国政法大学出版社有限责任公司 法大社

<https://mp.weixin.qq.com/s/UjI7iAC3kN1kN1pAkusfqa>

国际妇女节是为了纪念妇女权利的运动，设在每年的 3 月 8 日的国际性节日。各地社会在国际妇女节亦庆祝妇女在经济、政治和社会等领域做出的重要贡献。



近日，拐卖问题引起社会广泛关注，法学界的基本共识是必须用好现行的法律，严厉打击拐卖妇女、儿童犯罪。我们欣喜地看到，公安部决定，自 3 月 1 日起至 12 月 31 日开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动。

公安部决定，自 3 月 1 日起至 12 月 31 日开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动。全国公安机关打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动动员部署电视电话会议 3 月 2 日召开，部署全国公安机关深入

贯彻落实党中央关于反拐工作的决策部署，牢固树立以人民为中心的发展思想，提高政治站位、主动担当作为，迅速组织开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动，切实维护妇女儿童合法权益，坚决维护国家政治安全和社会稳定，以实际行动迎接党的二十大胜利召开。

公安部有关负责人介绍，近年来，公安部坚决贯彻党中央决策部署，充分发挥国务院反拐部际联席会议牵头部门作用，会同有关部门严厉打击拐卖犯罪，深入推进反拐工作，有效遏制拐卖妇女儿童犯罪。2021 年，全国拐卖妇女儿童案件与 2013 年相比，降幅达到 88.3%，其中群众高度关注的盗抢儿童案件目前立案不到 20 起。拐卖犯罪的高峰期集中在上世纪八九十年代，受多重因素影响，当前滋生拐卖犯罪的土壤尚未完全铲除，还有一批积案没有侦破，拐卖犯罪形势仍然不容乐观，预防、发现、打击、解救、安置等工作机制尚不完善，打击治理工作还任重道远。公安部已牵头成立打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动领导小组，公安机关将充分发挥职能作用，精心组织开展专项行动，确保专项行动打出声威、打出实效，坚决维护妇女儿童合法权益。

（本文节选自澎湃新闻网易号）

“我们是幸存者，但不是局外人”

今日“三八妇女节”，小编为大家推荐了几本书，希望能从法律视角给大家提供一些助益，增强法律意识和维权能力。

祝每一位女性妇女节快乐，自由，健康，幸福，永远拥有爱人的能力！

荐书 | 《家事法实务（2021 年卷）》 | 夏吟兰 龙翼飞主编 | 法律出版社 | 2022 年 03 月第 1 版

2022-03-28 家事法苑 家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/7US4_YdZRqX0bp_QTES2sg

《家事法实务（2021 年卷）》



书籍简介

主编：夏吟兰 龙翼飞
执行主编：林建军 谭芳 杨晓林
责任编辑：陈慧 蒋滢莹
出版社：法律出版社
责任校对：王晓萍 王语童
责任印刷：刘晓伟
装帧设计：凌点工作室
开本：710 毫米×1000 毫米 1/16
印张：21.75
字数：356 千
版本：2022 年 03 月第 1 版
印次：2022 年 03 月第 1 次印刷
经销：新华书店
印刷：北京建宏印刷有限公司
ISBN 978-7-5197-6468-5
定价：65 元

内容简介

本书是中国法学会婚姻家庭法学研究会与中国人民大学法学院共同主办的年度“中国婚姻家庭法实务论坛”的论文精选集，为连续出版物。

本卷设“婚姻家庭·人身”、“婚姻家庭·财产”、“继承”、“家事审判与程序”四大板块，所载文章均为从事家事法研究与一线实务工作的学者、法官、公证员、律师等法律职业共同体各界别论坛嘉宾精心之作，从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编正确法律适用以及我国的家事审判改革及未来的家事诉讼程序立法及完善建言献策，极具价值。

本书将成为家事法理论研究人员以及法律实务工作者展示与探讨最新研究成果的重要平台。

目录

Table of Contents

婚姻家庭·人身

民法典离婚损害赔偿制度法律适用的疑难问题 - 田韶华 史艳春

其他重大过错导致离婚损害赔偿的立法解释 - 郑锡龄

婚姻家庭关系中弱者保护功能评析——以我国《民法典》婚姻家庭编为中心 - 陈皓 曹瑞璇

一道法律隔离墙：家事审判改革背景下人身安全保护令的再探析——以 Z 省 37 份人身安全保护令为分析样本 - 李洁

论代孕问题引发的司法困境——以北京法院审理的 38 件代孕纠纷为例 - 王静姝 韩筱

父母子女关系的分步认定规则 - 高兴

婚姻家庭·财产

法律行为理论视角下夫妻共同债务清偿规则

- 李洪祥 曹思雨

家事代理权视角下夫妻共同债务问题研究

- 曹健 郑守瑛

夫妻共同债务的概念与性质——兼评《民法典》第 1064 条之规定 - 邵一峰

婚后购房父母出资性质认定——兼论《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第 29 条第 2 款

- 杨晓林 段凤丽

婚内分割夫妻共同财产裁判现状浅析——兼议《民法典》第 1066 条的理解与适用 - 胡小敏

借鉴“法人人格逆向否认”思维——重构家企混同个人账户处理的新模式 - 祝双夏 孙怡薇

我国《民法典》离婚救济制度的问题与完善建议初探 - 桂芳芳 谢睿

继承

社会中介机构担任遗产管理人的可行性分析——以遗产管理人与破产管理人的比较分析为视角 - 钱晋 翁强 吴嶝敏

《民法典》遗产管理人制度下遗产债务清偿问题研究 - 李丽向 李文凤

公证视角下的遗产管理人制度初探 - 陈丹妮

后位继承制度立法要点及与相关制度异同之辨析 - 吴国平

放弃继承与夫妻共同财产制之协调路径研究——以《民法典》第 1062、1124 条适用为中心 - 王国庆 方硕

论独生子女继承权的实现路径及完善 - 王媛媛 周宇蕾

家事审判与程序

后民法典时代诉讼离婚冷静期制度再探析——以 X 市 T 区基层法院为样本 - 胡徐梅 高晶

抚养类案件中未成年子女意见的探知——以 N 市 Y 区人民法院为切入点 - 陈丛蓉 袁晓璐

未成年人监护权撤销检察介入机制研究 - 倪莎 戴晓燕 刘艳

论检察机关参与家事公益诉讼——从检察机关公益诉讼的范围拓展谈起 - 陈爱武

检视与构建：案外人执行异议之诉审查标准探析——以离婚协议能否排除金钱债权执行为切入点 - 张焱 余淼

家事审判心理干预的能动介入——以离婚诉讼中当事人的心理分析为视角 - 祁俊 牛仙土

图书在版编目(CIP)数据

家事法实务. 2021 年卷 / 夏吟兰, 龙翼飞主编. --
北京: 法律出版社, 2022
ISBN 978-7-5197-6468-5

I. ①家… II. ①夏… ②龙… III. ①婚姻法—研究
—中国 ②家庭—法律关系—研究—中国 IV.
①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2022)第 033663 号

家事法实务(2021 年卷)
JIASHIFA SHIWU
(2021 NIAN JUAN)

夏吟兰 龙翼飞 主编
责任编辑 陈慧 蒋泽莹
装帧设计 凌点工作室

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法律教育出版分社
责任编辑 王晓萍 王语童
责任印制 刘悦伟
经 销 新华书店

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 21.75 字数 356 千
版本 2022 年 3 月第 1 版
印次 2022 年 3 月第 1 次印刷
印刷 北京建宏印刷有限公司

地址:北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
网址:www.lawpress.com.cn
投稿邮箱:info@lawpress.com.cn
举报电话:010-63939796
版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349
客服电话:010-83938350
咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978-7-5197-6468-5 定价:65.00 元
凡购买本社图书,如有印刷错误,我社负责退换。电话:010-83938349

附件一

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月修订版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影、音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、陈贝贝；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

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

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家庭案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与家事主题相关及交叉领域的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

陈贝贝律师（微信号：18817836410）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影. 音乐群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示



如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络（个人网站、博客、公号等自媒体）、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日

附件二

“家事法苑”家事法主题 QQ 群入群须知

(2016 年 3 月版)

“家事法苑”家事法主题群，由“家事法苑”团队于 2011 年 6 月建立，历经 100 人群、200 人群、500 人群、1000 人群、2000 人群，2014 年 1 月设新 2000 人群（淘汰旧群）、2015 年 1 月群满员删 500 名“僵尸粉”、2015 年 9 月再次群满员又删 500 名“僵尸粉”，现又再次 2000 人满员。现决定启动“家事法苑”家事法主题 QQ 群分群（群号：171337785）。

主群及分群，群主：杨晓林，管理员：段凤丽、邓雯芬、王志锋、徐文丽、李琳、李炜、杨竹一、严健。

1、建群宗旨

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

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

本群无意走向综合群，其他如司法改革、法律理念等宏观话题以及刑事、商事、劳动、交通事故等其他法律专业领域话题可另行解决。群友确有需要也可在群中提出问题，如果有其他群友响应，应自觉马上转为私聊。

2、实名申请

为保障本“家事法苑”家事法主题群的安全、质量及可持续发展，防止滥加群，本群口碑相传方式，对外不作宣传，设置“只能通过群号（群号：171337785）找到这个群”，普通网友在 QQ 查找群时无法通过搜索关键词找到本群。

本群倡导实名交流，本群由群主负责新人审批，申请人必须先了解、承诺严格遵守本群群规，再以“城市+单位名称+姓名”实名方式提交申请，不实名或提交信息资料不全，管理员不予通过。

新群友提出申请前，应阅读群规，承诺遵守后，管理员方可拉其入群。

3、群内实名标注群名片，署名方式

群友署名基本方式：地域（省、直辖市）+城市+单位简称+姓名+职业。

入群后当天必须完成修改群名片。不接受实名规则免入，经群主或管理员一次提醒，仍不配合的，劝退！

律师及相关职业群友头像，不得显示律所（团队）字号、具体部门职务、业务方向、及其它带有商业营销色彩文字。

群名片署名示例：

1) 律师，地域（省或直辖市、市）+律所字号+姓名，如：北京天驰君泰所段凤丽律师、天津君申所王志锋律师、山东（淄博）建仑所徐文丽律师、江苏（南京）众贤所严健律师。

群名片中不得显示电话、律所部门、职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2) 高校学者、同学：如：“重庆西政***”或“西政-***”，如果是在读学生，应注明学生字样，以区分于学者，如北大学生***！

3) 法官、检察官，入群申请必须提供城市单位及真实姓名，但在群内如果确有顾虑可使用地域+真实姓氏+身份职业方式，以示区分身份，如“湖北王法官”、“贵州法院杨法官”、“广东李检察官”！

4) 公证员，城市+单位简称（或职业）+姓名，如“北京**公证处王**”，“杭州公证员李**”。

5) 其他司法所、房管、民政、妇联、媒体等界别朋友，城市+单位名称或简称或职业身份+姓名，如：北京**司法所**，武夷山房管李炜，山东潍坊奎文婚登刘彩霞，上海妇联***，北京法制日报赵**，山东公司法务***等。

4、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友，严禁擅拉群友、加入自己设立的其他群，一经接到举报，立即清除出群。

5、友善发言

本群群友来自于法律职业共同体各界别较广泛领域，大家非常难得聚拢在同一平台上，珍惜缘分，特别要注意维护自身形象，互相尊重，发言表述要注意顾及他人感受，特别是不要有任何人身攻击、贬低他人人格或由个案引申对其他群体的上纲上线的言行。

本专业群，除农历大年三十、初一、正月十五、八月十五中秋节这几天外，不允许在群内发红包；严禁闲聊；严禁转发招聘、推销、心灵鸡汤、投票、优惠券、政治性等帖子。

6、鼓励、提倡交流

本群鼓励、提倡群友开展与主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群定位为专业领域内的学术及实务交流群，非低级的当事人咨询群，严禁群友不加任何思考、只用三言两语提过于简单的问题；群友不宜就过于具体的个案展开交流，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流。

群友探讨交流问题的方式建议为，自己发现问题，先主动查找资料，一次性把基本案情叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的看法，能附上相应的法律法规法条及司法解释等依据最佳，抛砖引玉，希望再听取群友的意见和建议！如此这样，真正达到大家共同探讨、共同交流、共同学习、共同进步的本群建群目的！

群友互动反馈也同样宜先思考，较系统阐述自己的观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免影响群友。

群友可在群内畅所欲言，仅限个人观点交流，严禁群友未经发言群友同意、不管基于什么目的截屏在群外分享。

7、鼓励、提倡分享

本群鼓励群友分享与本群主题相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见，鼓励分享自己原创的相关实务研讨文章，包括上传在自己个人网站、博客、微信公号上的，但页面上尽可能不要附有较为明显的营销宣传文字及联系方式；本群谢绝律师普法、营销、单纯表现诉讼技巧类文章；

群内严禁功利性的推销个人网站链接、博客链接、微信公号名片、个人微信名片、微网站名片及链接，严禁将相关资讯贴到自己的个人网站、博客上再推荐网页链接的变相以提高点击率、博粉为目的功利性商业推广做法（“家事法苑”公号 famlaw 已做到了去商业化，如果分享可参考），请群友自律！

8、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内资讯信息仅供群友学术实务研讨交流用，资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力，正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：

http://www.famlaw.cn/Do_index_gci_58.html）！

希望群友不要经常性地或整体利用本群资讯信息取材上传网络（个人网站、博客、公号）、经常性转贴到其他微信群、QQ 群或为其他非研究用途使用。如确需经常性转发使用，则宜注明转自“家事法苑”家事法实务交流 QQ 群。

9、群内交流字号设置

群内交流字体不宜过大或过小，建议用宋体字，10—12 号字为宜，黑色。

10、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主、管理员及任一群友的善意提醒及劝告；

对于违反群规的行为，群主、管理员及任一群友均有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒一次不改，劝退，群友务必不要在群内与管理员争执、造成刷屏，影响其他群友，但允许私信方式向群主提出申诉，由群主给出最后处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建专业领域内阳光下学者、法官、检察官、律师、公证员、妇联、媒体及其他所有法律职业共同体的正常、正当交流的和谐平台！

“家事法苑”家事法主题 QQ 群管理团队

2016 年 3 月 6 日