



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 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)



视频号：家事法苑

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

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

家事法苑™ 团队主办，顾问：郝惠珍，编委：杨晓林、段凤丽、刘海娜、邓雯芬、陈贝贝、邓晓夏、苗东红、李凤影、张博轩、张春汇



目 录

一、审判动态 2

北京市朝阳区人民法院涉老年人权益保障典型案例	2022-08-30	朝阳法苑	2
负责带孙女的奶奶在交通事故中受伤，可以要求赔偿误工费吗？法院判了！	2022-09-02	湖南高院	7
全国法院优案评析 祖父母代子女抚养孙子女是否构成无因管理	原创：2022-09-08	中国应用法学	案例研究 8
“用了我婚前的公积金，离婚时增值部分要给我！”	2022-09-05	厦门中院	15
二十年前妹妹用我的名字登记结婚，法院发出了司法建议	2022-09-18	南京市中级人民法院	江北新区法院 18
老人监护权之争，法律说了算	2022-09-20	人民法院报	牟文洁 19
密云法院：让心理工作室成为化解家事纠纷的一剂良药	2022-09-23	京法网事	蒋博东 常玉倩 22
离婚诉讼中亲子鉴定应以当事人自愿为原则	2022-09-23	广东省高级人民法院	24
一人公司法律适用问题 实务纪要	2022-09-27	上海一中法院	25

二、媒体典型案例 28

（一）夫妻债务案例 28

签了“保证人配偶声明”，要承担保证责任吗？	原创：2022-09-14	南京市中级人民法院	南小中 28
债务人在离婚协议中约定将房屋赠与给子女是否影响债权人申请执行？ 谈案说法 ...	原创：2022-09-23	湖南高院	吴燕 29

（二）离婚家务劳动补偿案例 33

【以案释法】离婚了情没了，付出的家务劳动也打水漂了么？	2022-09-22	北京市通州区人民法院	33
-----------------------------------	------------	------------	----

（三）解除婚姻关系案例 35

丈夫成植物人，几年后妻子身心俱疲起诉离婚，法院：准许	2022-09-26	北京青年报	35
----------------------------------	------------	-------	----

（四）抚养费案例 37

【逢四说法】一笔“过期”的抚养费，让 20 岁的她和爸爸对簿公堂，法院：追索抚养费应及时	2022-09-01	江南法院新闻眼	37
--	------------	---------	----

（五）监护权案例 39

双胞胎因户口问题无法上学，法院快审快结：监护权不归父母，归她！	2022-08-31	浙江天平	义乌法院 39
---------------------------------------	------------	------	---------

（六）赠与案例 41

湖北一男子瞒着妻子多次向情人转账 法院：擅自将夫妻共同财产赠与他人的行为无效，财产应返还	2022-09-08	人民法院报	41
协议离婚后，男子拒绝交付约定赠与孩子的房屋，法院出手了！	原创：2022-09-20	湖南高院	新媒体工作室 41



(七) 婚约财产纠纷案例	44
婚约解除后彩礼应当返还 安徽全椒一男子诉请前女友返还婚约财产获支持	2022-09-06 人民法院报 44
(八) 居住权案例	45
居住权的设立及居住权期限的认定 ——姜某、董甲诉董丙、刘某居住权纠纷案	2022-09-16 山东高法 45
(九) 收养案例	47
收养 17 年才登记是否有效? 上海法院守护未成年人成长这样做→	2022-09-23 浦江天平 47
(十) 其他案例	49
虚假诉讼被罚两万! 大兴法院通报整治虚假诉讼典型案例	2022-09-01 京法网事 49
三、继承	51
拆迁“拆”出的继承纠纷	2022-09-05 天津高法 51
儿子不愿赡养母亲, 母亲能否将百万元房产赠与扶养人? 柳州柳北区法院: 扶养人尽职履行约定扶养义务后, 依照合法协议可获得赠与	2022-09-13 人民法院报 52
百万房产遗赠前夫, 儿子不干了	2022-09-14 人民法院报 54
【典型案例】弘扬社会主义核心价值观 罗某明诉罗某勇继承纠纷案	2022-09-14 资阳中院 资阳中院 56
司机事故身亡获赔百万 其母分文未得诉至法院 益阳市大通湖区法院: 死亡赔偿款不属遗产, 受害人近亲属应按序依法分割该款	2022-09-16 人民法院报 57
儿子不愿养母亲, 母亲将百万房产赠予扶养人是否有效?	2022-09-19 广西高院 58
四、未成年人保护专题	61
家长沉迷网络游戏? 上海青浦法院发出首份《家庭教育令》	原创: 2022-09-01 上海青浦法院 上海青浦法院 61
北京高院建立精细化家庭教育指导机制	2022-09-14 法制网 63
五、反家暴专题	66
让人身安全保护令 更好发挥制度效用	2022-09-09 人民法院报 李 焱 66
人身安全保护令, 反家暴利器	2022-09-14 人民法院报 吴明慧 67
人身安全保护令新规 为受害人筑起一道更牢靠的“防火墙”	原创: 2022-09-21 中国审判 花蕾 69
自扇耳光差点自刎, 男子自残式驯妻算不算家暴?	2022-09-28 法治日报 72
密云法院为新规发布后全市首例人身安全保护令受害人及其幼子提供心理咨询	2022-09-29 密云法院 75
法信码 违反人身安全保护令的法律责任	2022-09-29 法信 77
六、房产	80



为争房产权侄对簿公堂，法院如何确认谁是实际购房人？	2022-09-14	江苏高院	80
擅自出售夫妻共有房产构成违约应担责	2022-09-15	广东省高级人民法院	82
丈夫擅自卖房后毁约，夫妻双双被告，妻子要担责吗？判了！	2022-09-23	人民法院报	84

七、社会新闻 86

申办外国远程结婚登记须谨慎	2022-09-02	领事直通车	外交部领事司	86
90 后二孩母亲未离婚又与 00 后男友同居生子，被判重婚罪	2022-09-07	澎湃新闻		86

八、媒体视点 88

父母为子女出资购房是借贷还是赠与存在争议 立法完善出资性质认定规则维护家庭稳定	2022-09-14	法制网	88
非婚同居财产给付纠纷呈上升趋势 专家认为 应制定特殊规则予以调整	2022-09-30	法制网	90

九、学者、法官、检察官、律师、公证专题 93

（一）理论学术动态、学者视点 93

张力：与被收买妇女结婚在民法上的定性与处置	2022-09-08	浙江工商大学学报	93
夫妻忠实协议是否应受法律保护？	原创：2022-09-12	蒋讲家事法	蒋月 104
从社会学角度看婚姻制度入典	2022-09-08	民主与法制时报	唐勇 109
侯学宾、曲颖：忠诚协议制度化的法经济学考察	原创：2022-09-13	法治社会期刊	广东省法学会 111
钟瑞栋：《民法典》合同编“一般规定”的体系构成及其与社会主义核心价值观的融贯	原创：2022-09-07	法治社会期刊	广东省法学会 121
刘云生 身份伦理与经济理性：传统家族不动产共有制的制度逻辑	原创：2022-09-14	鹰观	刘云生 133
传统中国女性权益保护法制探析	2022-09-16	人民法院报	贾真梵 文明睿 135
宋刚：民法典视域下的夫妻约定财产制	2022-09-18	政法论丛	136
哪些情形下，债务人放弃财产利益会被法院认定为损害债权实现而予以撤销？	原创：2022-09-19	蒋讲家事法	蒋月 149
龙俊 《民法典》中婚姻效力瑕疵的封闭性	原创：2022-09-15	社会科学辑刊	龙俊 156
满洪杰 积极老龄化理念下民法典成年监护规范解释论	原创：2022-09-22	当代法学编辑部	当代法学编辑部 165
刘杰勇、楼建波：论夫妻公司适用一人公司人格否认规定——以 96 件类案为分析	原创：2022-09-24	判解研究编辑部	判解研究 173
以案说法：恋爱期间往来的金钱是赠与还是借款？	原创：2022-09-25	蒋讲家事法	蒋月 180
温世扬：《民法典》视域下身份权的教义重述	2022-09-26	中国民商法律网	185
房绍坤：遗赠效力再探 前沿	原创：2022-09-30	中国民商法律网	魏靖摘编 188

（二）律师视点 192



离婚后，前夫想拿走岳丈的赠房？判决引网友热议！律师解析……	法治新闻眼	原创：2022-09-01	上海法治报	关注热点的	192
离婚律师的长线战争：“所有最终走向决裂的人，曾经都是相爱的”……	原创：2022-09-03	南方周末	潘轩	193	
家事律师视点 桂芳芳 胡玮铭：婚姻家庭案件调解困境及律师调解技巧 律师婚姻家庭法行业发展论坛暨家事律师的职业伦理主题研讨会……	2022-09-12	家事法苑	桂芳芳 胡玮铭	199	
家族战争 霸王集团 v s 当当网双案例（下）：夫妻共同领导的决裂之争……	2022-09-21	全球家族企业研究中心	高皓, 安静	205	
家族战争 霸王集团 v s 当当网双案例（上）：夫妻共同领导的决裂之战……	原创：2022-09-09	全球家族企业研究中心	高皓, 安静	226	
家事律师视点 邓雯芬 张博轩：经营性夫妻共同债务的认定问题研究……	2022-09-25	家事法苑		244	

(三) 法官视点/法官风采 251

少年法庭上的七色花 记常州天宁法院少家庭庭长王东莉……	2022-09-05	江苏高院	251
探望权案件应当如何执行？……	2022-09-06	江苏高院	252
单亲妈妈的拒绝 至正 - 法官札记 92……	原创：2022-09-19	上海二中院	罗曼 254
青年法官，如何做好家事案件调解工作？ 庭前独角兽……	原创：2022-09-20	庭前独角兽	徐晓敏 256
刍议当前涉冷冻胚胎返还民事判决中的法律解释——以中国裁判文书网公开文书为样本……	原创：2022-09-26	审判研究	吴秉衡 258

(四) 检察视点 263

八年了，她终于摆脱了这桩“离不掉的婚”……	2022-09-14	检察日报	263
妹妹结婚为何是姐姐登记？……	2022-09-14	检察日报	满宁 骆军 张典斌 264
八年了，她终于摆脱了这桩“离不掉的婚” 今晚九点半……	2022-09-14	最高人民法院	265
结束程序空转 撤销冒名婚姻 辽宁大连：检察监督促行政争议实质性化解……	2022-09-21	法制新闻	张宇虹 窦晓峰 栾忠贤 267
终于和前夫的赌债“一刀两断”……	2022-09-21	民生周刊·视线	金秋桦 邹新 陈妹婧 268
新婚丧妻，能否要回彩礼？……	2022-09-21	民生周刊·视线	李维 王丽坤 郭丽 270

十、书籍推荐 271

荐书 《中华人民共和国民法典继承编条文释义与疑难适用》 肖峰 刘耀东 人民法院出版社 2022 年 06 月 01 日……	2022-09-03	家事法苑	肖峰 刘耀东	271
荐书 《跨国收养法律冲突的解决路径—中国经验与方案》 蒋新苗 著 武汉大学出版社 2022 年 01 月 01 日……	2022-09-10	家事法苑	蒋新苗	276



荐书 《民法典背景下婚姻家庭、继承纠纷处理难点精解》 高兴 著 法律出版社 2022 年 04 月.....	2022-09-17	家事法苑 高兴 280
附件		283
“家事法苑” 家事法实务交流系列微信群群规则		283

家事法苑



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委成员：刘海娜、邓雯芬、陈贝贝、邓晓夏、苗东红、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

北京市朝阳区人民法院涉老年人权益保障典型案例

2022-08-30 朝阳法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/BVRTh4NBTy0XKcyKf77BwA>

案例一

高龄老人欲赠房产，诉讼意思查明护航幸福晚年
——田某 1 诉田某确认合同效力纠纷案

基本案情

原告田某 1 系被告田某的次子，田某 1 称从 2009 年开始，田某一直由田某 1 夫妻照顾生活起居及看病住院，至今仍由田某 1 夫妻赡养。2020 年 10 月 13 日，双方签订赠与合同，田某将 302 房屋赠与田某 1。现田某 1 诉至法院，请求确认赠与合同有效。

朝阳法院经审理查明：田某为一位 95 岁老人，其妻于 2011 年 1 月 1 日去世，二人育有子女四人。妻子去世后，老人购买了 302 号房屋。2020 年 10 月 13 日，田某与次子田某 1 签订赠与合同，将 302 号房屋赠与儿子田某 1。2020 年 10 月 15 日，田某 1 作为买受人与田某作为出卖人签订房屋买卖合同，约定田某将 302 号房屋以 290 万元出售给田某 1。同日，双方共同赴不动产登记中心办理了房屋过户登记手续，302 号房屋当日登记至田某 1 名下。田某与田某 1 均称双方虽签订房屋买卖合同，但田某真实意思是将 302 号房屋赠与田某 1，田某 1 并未实际支付购房款。朝阳法院判决：原告田某 1 与被告田某于 2020 年 10 月 13 日签订的赠与合同有效。判决作出后，双方均未提起上诉，判决现已生效。

典型意义

司法实践中，存在老人与某个子女进行诉讼，另一子女作为老人的代理人出庭应诉的情况，甚至在不同诉讼中，老人对某一事实的描述前后矛盾，立场反复变化，究其原因因为儿女对老人的财产分配存在矛盾，借老人的名义提起诉讼或参与诉讼。高龄老年人因年龄和身心状态，依赖儿女照顾，容易被裹挟参与诉讼，有时难以表达真实意愿。为回应此问题，《老年人权益保障案件工作规定》在第二十三条中设置了“审查参诉意愿”制度，要求在审理老年人权益保障纠纷案件时，如发现老年诉讼参与人的起诉或参诉可能并非其本意的情况，应审查其参诉意愿，以保障老年诉讼参与人的合法权益。

具体到本案中，本案在法律适用方面并无难点，但需对老年人的诉讼意思进行重点查明。原、被告为父子关系，被告为 95 岁高龄老人，而被告签署赠与合同，意图将其名下唯一房屋赠与其子即原告，并且已经实际上办理了房产过户手续。在诉讼过程中，被告并未出庭，而是委托其孙子作为代理人，当庭答辩称同意原告的全部诉讼请求，但该代理人与原告同样为父子关系，因此在不与被告本人直接沟通的情况下，无法确定被告是否知晓该案诉讼的存在，也无法确定被告是否知晓其所签订赠与合同的法律后果。承办法官通过电话先行告知被告诉讼事宜，同时要求被告本

人到庭，反复向其释明赠与的相关规定及法律后果，在确定其将名下唯一房产赠与给儿子系其真实意思表示之后作出判决。审慎查明老年人的诉讼意思，核实其真实意愿，才能有效保障老年人的权益。

法官提示

对老年人而言，应知晓签署法律文件的法律含义及法律后果，必要时，可申请法律援助或提起诉讼保护自己的合法权益，切不可轻率作出决定，处分自己的财产；对子女而言，赡养老人为其法律义务，应充分考虑老人的感受，从物质层面及精神需求层面给予老人关爱，敬老孝亲，让父母安享晚年；对于兄弟姐妹之间的意见和纠纷，也应珍惜亲情，以平和的态度进行协商和处理。

案例二

耄耋老人无人赡养，法律援助辅助诉讼——郭某诉郭某 1 等赡养纠纷案

基本案情

原告郭某是一名 80 多岁的耄耋老人，有郭某 1 等子女五人。郭某原本随小儿子郭某 5 在北京生活，但郭某 5 系外来务工人员，靠在小区内经营菜摊维持一家的生计，生活艰难。随着郭某身体状况每况愈下，郭某的医疗费用开销和照料难度也越来越大，而郭某 1 等四名子女一直拒绝履行赡养义务，郭某 5 与哥哥姐姐因此事也发生矛盾，不再继续照顾郭某。郭某无奈，将五个子女起诉到法院，要求五名子女支付赡养费并轮流照顾和看护。

朝阳法院在受理此案后，了解到郭某已是耄耋老人且有五名子女，却仍需要通过诉讼解决赡养问题。在与郭某沟通的过程中，进一步了解到郭某的身体状况不佳。于是，承办法官依规启动法律援助工作机制，与中国红十字会法律援助部取得了联系。在征得郭某的同意后，由该单位指

派法律援助律师担任郭某的委托诉讼代理人，代表郭某参加诉讼。

在案件审理过程中，根据上述工作规定，承办法官以矛盾实质性化解作为案件审理的出发点和落脚点，与法律援助律师一道，反复与各方当事人进行沟通，不仅释法说理，还以情感人。最终在承办法官和法律援助律师的共同努力下，本案得以调解解决，五名子女和郭某达成一致意见，由大女儿郭某 1 负责照料郭某的日常生活，其他四名子女支付赡养费并分担郭某的生活、医疗费用，本案矛盾纠纷得以顺利化解，郭某的晚年生活困难也得到了实质性解决。

典型意义

本案系一起子女因老人赡养问题发生矛盾后拒不履行赡养义务，致使耄耋老人无人照料的赡养纠纷，在事实查明和法律适用上并无难点，关键在于如何实质性解决问题，让老人能够安心度过晚年。

《老年人权益保障案件工作规定》第四条、第五条规定，老年人权益保障案件的审理应以矛盾纠纷的实质性化解为起点，以老年人的实体权益保障为依归，以案件审理为抓手，实现老年人权益实质性的保障。同时，规定通过多项具体的工作机制确保老年诉讼参与人能够实质性的参与诉讼。针对部分老年人年龄较大、对法律和诉讼理解程度不足的客观情况，规定第十八条明确了老年人权益法律援助制度，通过与法律援助机构签订共建协议的方式，由援助机构提供专业的援助律师，在征得老年诉讼参与人同意的情况下，由其代表老人全程参与诉讼。同时，由案件承办法庭定期就法律援助工作开展情况向援助机构及其主管单位进行通报，不断提升援助工作的质效。

法官提示

赡养老人不仅是中华民族的传统美德，也是法律规定公民的基本义务。子女拒绝对父母履行

赡养义务的，不仅可能会在道义层面受到谴责，更有可能承担相应的法律责任。子女因父母赡养问题发生纠纷时，应以老人的福祉为先，不因纠纷而使父母老无所依，同时应尽可能友好协商解决。

老年人如确因赡养无着而需要通过法律途径解决，又没有委托代理人，且诉讼能力不足的，可依法申请法律援助，由法院通过法律援助机制等方式，帮助其参与诉讼。

案例三

“养老院”收款后人去楼空，协调联动助力权益保障——晋某诉金某、某科技公司等合同纠纷案

基本案情

原告晋某因年老且子女在外地，打算找一家养老院安度晚年。晋某通过互联网了解到某科技公司开办了一家所谓“养老院”。某科技公司负责人金某直接与晋某进行了联系，发送了制作精美的宣传手册，作出了各式各样的承诺，并多次约请晋某外出用餐、旅游。在晋某提出到养老院实地参观时，金某以养老院还在建设中等各种理由推诿。在取得晋某的信任后，金某代表某科技公司与晋某签订了《养老服务合同》，书面约定为晋某提供一套 100 平米的单独居室用于晋某养老，并承诺提供养老服务，晋某依约应当先一次性支付服务费 48.8 万元。晋某出于对金某个人的信任，一次性将约定服务费支付至金某个人账户。金某在收款后即“人间蒸发”。晋某无奈自行前往所谓“养老院”的地址实地查看，才发现该地址原有建筑已被拆除。因此晋某将某科技公司起诉至法院，要求解约退款并赔偿，同时要求某科技公司的唯一股东金某承担连带责任。

朝阳法院在受理此案后，向金某和某科技公司依法进行送达，但二被告均无法送达。经审查晋某出示的证据并与其谈话了解案情，承办法官认为本案中金某和某科技公司的行为可能涉嫌经

济犯罪，因此本案依法移送公安机关按照刑事犯罪处理。

典型意义

本案系一起名为民事纠纷实则可能构成经济犯罪的案件，晋某作为老年人，本打算选择养老机构为其提供养老服务，但支付服务费后，“养老院”人去楼空。如果本案继续按照民事案件审理，即便晋某胜诉，其实体权益也存在无法实现的可能。

为了实质性保障老年诉讼参与人的合法权益，朝阳法院主动依托党委政府，深度参与朝阳区三级矛盾纠纷预防调处化解机制建设，同时加强与公安机关、民政部门等单位的协调联动，建立“法庭之友”工作机制，将可能涉嫌经济犯罪的老年人权益保障案件及时移送公安机关，这不仅是保障老年诉讼参与人实体权益的应有之义，更是法院主动参与打击养老诈骗专项活动的必然要求，体现了人民法院在打击整治养老诈骗专项活动中的责任和担当。

法官提示

老年人在追求“老有所依、老有所养”的过程中，不免可能遭遇欺骗甚至诈骗。老年人在支出钱款时，应当提高警惕，谨防上当。以本案为例，老年人在寻找养老机构时，能够不仅从个人信任角度出发考虑问题，而是审慎考察养老机构的资质、备案、场地、软硬件设施等情况后再作出决策，可能就可以避免不必要的经济损失。

案例四

无代理人辅助参与诉讼，陪同诉讼人搭建“连心桥”——王某诉张某 1 等法定继承纠纷案

基本案情

原告王某是一名花甲之年的独居老人，老伴张某已去世。张某与王某育有张某 1 等三名子女。

张某去世时留有多处房产，但去世前未留有遗嘱，也没有通过其他方式对其遗产进行安排。后因财产继承问题，张某 1 等三人将母亲王某起诉至法院，母子之间矛盾较为尖锐。作为被告的王某，对法律缺乏了解，且身患耳疾，因此承办法官与其沟通不畅，阻滞了案件的审理进程。在与王某沟通过程中，王某多次通过其好友赵某致电法院，代王某表达意见。因赵某并非王某近亲属，也无法作为社区推荐的公民代表王某参加诉讼，且王某不愿请律师担任其委托诉讼代理人，承办法官根据实际情况，依据“陪同诉讼人”工作机制的规定，建议王某选择赵某担任其陪同诉讼人，辅助王某参加诉讼。经过充分解释说明，王某同意了法院的意见，赵某也愿意担任王某的陪同诉讼人。承办法官向赵某送达了《陪同诉讼告知书》并签署相关手续，将相关情况告知了张某 1 等案件原告。在赵某的辅助下，案件审理得以顺利推进，后该案顺利审结。

典型意义

本案系一起法定继承纠纷，权利义务关系和遗产范围均较为明确，在事实认定和法律适用上并无难度。本案审理的难点在于老年诉讼参与人因自身身体原因导致诉讼能力不足。朝阳法院设置的陪同诉讼人工作机制，为老年诉讼参与人实质性参与诉讼提供了制度保障。在审理涉老年人权益保障案件时，应根据老年诉讼参与人的身心状况，在尊重其个人意愿的前提下，由未担任其委托诉讼代理人的近亲属，其户籍地或实际居住地的社区、村委会基层组织或社会团体推荐的本辖区内公民，或其自行选择的其他亲友担任陪同诉讼人。在法律效果上，陪同诉讼人的陪同行为依法不发生诉讼代理人的法律效果，其作用和功能在于在诉讼过程中全流程陪同老年诉讼人参与人，在法院工作人员和老年诉讼参与人之间发挥“桥梁”作用，主要负责信息传递、解释说明等协助性事项。

法官提示

根据《老年人权益保障案件工作规定》，老年人在参与诉讼时，无论是否选择委托诉讼代理人，均可以根据自身情况向法院提出由一定范围内的人员担任其陪同诉讼人。陪同诉讼人原则上由老年人自行选择，对未选择陪同诉讼人且无委托诉讼代理人，承办法官依规可以建议老年诉讼参与人选择陪同诉讼人参与诉讼。

为落实此项工作机制，朝阳法院制作陪同诉讼事项告知书进行书面告知。在案件审理过程中通过单方谈话的方式，明确告知陪同诉讼人陪同老年诉讼参与人进行诉讼的注意事项，告知书送达回执和谈话笔录应入卷保存。

案例五

丧失行为能力无人照料，法院协调街乡指定监护——张某指定监护案

基本案情

65 岁的张某患有精神分裂症，存在认知障碍，未婚未育。张某母亲在世时，曾向所在社区求助，将张某送至某医院住院治疗。因张某为独生女，张某父亲也已去世多年，张某母亲去世后，张某处于无人照料的状态。

张某的堂姐张某某自幼由张某的父母照料，与张某共同生活，感情甚笃。张某某想担任张某的监护人，照顾张某安度晚年，但是张某某依法属于“配偶、父母、子女、其他近亲属以外的其他愿意担任监护人的个人”，其担任张某的监护人需要张某住所地居委会的书面同意。张某找到居委会，居委会以没有法院的裁判文书不能出具函件为由拒绝了张某某的请求。因此张某某便向法院提出申请，由法院认定张某为限制民事行为能力人并指定其作为张某的监护人。

在案件审理过程中，承办法官根据《老年人权益保障案件工作规定》第三十二条“监护通报制度”的规定，主动与张某住所地居委会取得联系，

书面告知了张某某愿意担任张某监护人的情况。居委会据此向张某某出具了同意由其担任监护人的函件。之后，法院委托司法鉴定机构对张某的民事行为能力进行鉴定，张某被评定为限制民事行为能力人。承办法官赴张某所在社区调查走访并向居委会通报了相关情况，依法判决指定张某某担任张某的监护人。

典型意义

在审理申请行为能力认定并指定监护类案件时，无民事行为能力或者限制民事行为能力的老年人，若无配偶、父母、子女及其他近亲属，根据民法典第 28 条的规定，可由其他愿意担任监护人的个人或者组织担任监护人，但是须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。但是在处理此类情况时，如法院和当事人住所地居委会、村委会或民政部门沟通不畅，愿意担任监护人的个人或者组织，有时难以取得上述相关部门的同意，致使法院无法判决指定该愿意担任监护人的个人或者组织为监护人，不利于老年人权益的保障。

为此，朝阳法院设置了监护通报制度，着力打通当事人、法院和有关单位之间的联络渠道。该制度规定，在审结此类案件后，法院应主动与被申请人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门联系，通报案件审理和监护人指定情况，加强协调配合。根据民法典第 28 条的规定，指定老年诉讼参与人的配偶、父母、子女、其他近亲属以外的其他愿意担任监护人的个人或者组织为老年诉讼参与人的监护人的，应在判决作出前书面致函相关组织，并征得其书面同意，相关工作材料应当置入案件卷宗之中。

法官提示

当老年人不能辨认或者不能完全辨认自己行为时，其利害关系人或者有关组织，可以向人民

法院申请认定其为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

老年人的监护人选任应遵照民法典第 28 条的规定，在四类有监护能力的人中按顺序进行。原则上只有不存在前一顺序的人员或者前一顺序人员没有监护能力时，后一顺序人员才有资格成为监护人。

需要注意的是，其他愿意担任监护人的个人或者组织，若想担任监护人，必须经过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。该类人员提出申请时，人民法院将征询上述组织对监护申请的意见，获得同意后方可指定其为监护人。

案例六

快审快结司法护老，多管齐下延伸职能——刘某诉某养老投资产业公司服务合同纠纷系列案件

基本案情

原告刘某系八十六岁老人，被告系养老机构的关联公司，刘某于 2018 年 5 月 5 日与养老机构签订《某某养老卡服务合同》，约定涉案合同年限为 10 年，金额为 58800 元。合同还约定养老机构向刘某提供的“养老卡”系入住养老院的凭证，享有其经营的任何一家养老基地的入住权；该“养老卡”仅为刘某入住养老院的入住凭证，不包含入住养老院后需要交纳的其他款项。实际入住养老院后，凭借持有的“养老卡”，刘某每月可享受 700 元的减免优惠。若刘某违约退卡，应当支付合同剩余款项 35% 的违约金。后刘某未实际入住养老院，遂向养老院申请退费，双方于 2020 年 9 月 21 日签订《转让协议》，约定由养老机构代为将“养老卡”转让出去，同时退还合同款项 58600 元。后养老机构未依约退款，刘某诉至法院，请求退还合同款 58600 元。

承办法官收案后，以简便高效、实质性化解案件矛盾为工作原则，快速启动审理工作，积极组

织双方进行调解，最终促成双方当事人达成调解，养老机构当场退还了刘某全部合同款 58600 元。

典型意义

在审理该案的过程中，承办人发现该案并非个案，被告作为在民政部门合规备案的养老院，短时间内出现多起诉讼，一定程度上体现出被告的经营存在风险。被告经营百余张床位，其经营情况不仅关系到被告企业的生存问题，更关系到院内老年人能否安享晚年。

为了协调联动各方面力量共同维护老年人合法权益，朝阳法院着力构建“法庭之友”工作机制，着力探索构建与党政机关、行业协会、商会、社会公益组织和依法承担行政职能的事业单位协调联动，共同化解矛盾。在具体案件审理过程中，经法院委托，依照工作程序，就涉及国家利益、社会公共利益的案件提出参考意见，回应咨询。本案中，朝阳法院向朝阳区民政局致函问询涉案行为是否涉及养老诈骗行为，同时了解疫情下养老机构面对的困难和纾解渠道，解决一案，化解一片，切实回应人民群众对司法公正的需求，提升案件质效，助力司法机关从源头化解矛盾。

另一方面，为预防和减少社会矛盾纠纷，朝阳法院积极延伸审判职能，以个案为切口，聚焦养老行业监管问题及规范经营问题，向朝阳区民政局、朝阳区市场监管局、涉案养老院分别发送司法建议，有效的促进了有关单位科学决策、完善管理，消除了隐患。

法官提示

老年人在处分自身财产时，应当充分的了解交易对象和交易信息，在签订合同支付钱款前，应当审慎小心，不能仅关注对方承诺的优惠，更应对拟购买的商品和服务的真实内容、矛盾纠纷产生后的处理方式等有所知悉，避免不必要的纠纷和诉讼。

如老年人在支付钱款后未享受到约定的服务或取得的产品不符合约定或预期，应及时与对方协调解决。如怀疑遭到诈骗，应及时提起诉讼或向公安机关报案，避免不必要的损失。

供稿：亚运村法庭

作者：蒙镭、贾辰、杨洁、徐川涵、王岩、江慧真

编辑：尚涵霄

负责带孙女的奶奶在交通事故中受伤，可以要求赔偿误工费吗？法院判了！

2022-09-02 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/p0aAlz6xMPyR2tIZ-K5f8g>

马女士在小区带孙女遛弯时，与外卖骑手发生交通事故，双方就赔偿金额未达成一致意见，尤其是关于“误工费”部分。毕竟马女士没有工作，只是在家带孙。法院会怎么判？来看今日案例。

案情简介

2021 年 6 月，颜先生骑电动自行车由南向北行驶，马女士推婴儿车由南向北步行，两人相撞致使马女士受伤。事故经交管部门认定颜先生负全部责任。因双方就赔偿金额未达成一致意见，故马女士将颜先生、配送服务公司及保险公司诉至法院，要求赔偿误工费 27834 元。

颜先生辩称，事发时其给某平台送外卖，因为周边都是汽车，道路较窄导致事故发生，公司为其投保了保险，故应由保险公司赔偿。

配送服务公司辩称，事发时颜先生是为公司送外卖，公司已投保，应由保险公司赔偿，超出保险范围的，公司同意赔偿。

保险公司辩称，颜先生所在公司投保雇主责任险，本案为侵权责任纠纷，将保险公司作为本案被告于法无据，公司可以在保险合同纠纷案件中，在保险单约定的保险责任范围内对被保险人承担保险责任，故请求驳回原告的诉讼请求。

法院审理

北京市海淀区人民法院经审理后认为，涉案交通事故经公安机关交通管理部门认定颜先生负全部责任。经诊断，马女士软组织损伤，跖骨骨折，医生建议全休三个月，下肢支具固定、不负重。颜先生的公司在保险公司投保的雇主责任险中包含 45 万元的第三者责任保险，故保险公司应当按照保险合同的约定在责任限额范围内予以赔偿。

马女士虽未提供误工损失证明，但其提交的证据可以证实事发前负责照看一岁多的小孙女，这种家务劳动的价值应当得到尊重，并在遭受侵权损害时得到适当补偿，其主张的损失期限适当，但标准过高，对误工费的金额法院根据实际情况酌情判定。最终法院判决保险公司赔偿马女士误工费 13500 元。

宣判后，双方当事人均未上诉，现该判决已生效。



法官说法

民法典第一千一百七十九条规定，侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

保险法第六十五条规定，保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。

关于误工费的金额如何确定，误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算，受害人无固定收入的，按照其最近 3 年的平均收入计算；受害人不能举证证明最近 3 年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。

本案中，就误工时间，马女士经就诊医院诊断，需全休三个月。就收入状况，马女士系照看小孙女，属从事家务劳动，虽未增加家庭收入，但其付出的劳动为家庭节约了成本，为增加家庭收入作出了贡献，其在家照顾孩子做家务的付出具有一定经济价值，在遭受侵权损害时应得到适当补偿，这也符合我国民法典的公平原则。

全国法院优案评析 | 祖父母代子女抚养孙子女是否构成无因管理

原创：2022-09-08 中国应用法学 案例研究

https://mp.weixin.qq.com/s/116dEy_1FmWVjYJMgs0v5g

裁判要旨

未成年人的法定抚养义务人有能力履行抚养义务而怠于履行抚养义务，祖父母或其他亲属在

与抚养义务人无约定的情况下，代为抚养照顾未成年人的，应当认定其与抚养义务人之间成立无因管理关系；祖父母或其他亲属垫付的抚养费可视为无因管理支出的必要费用，因此请求抚养义务人偿还相关费用的，人民法院应予支持。

案件索引

一审：重庆市合川区人民法院(2019)渝 0117 民初 7112 号(2019 年 10 月 22 日)

二审：重庆市第一中级人民法院(2019)渝 01 民终 10387 号(2020 年 2 月 17 日)

基本案情

原告(上诉人)罗某某诉称：张某甲，2006 年 9 月 6 日出生，系被告张某某、周某某的婚生子女。原告罗某某系张某甲祖母，张某某之母，张某甲自出生后一直由罗某某抚养。2013 年 3 月 20 日，张某某、周某某协议离婚，约定张某甲由张某某抚养，周某某不支付抚养费。张某某与罗某某口头约定，张某甲继续跟随罗某某生活，张某某每月向罗某某给付张某甲的抚养费 1000 元。张某某按照该标准仅支付了 2016 年 4 月至 11 月期间的抚养费。2019 年 2 月，罗某某与张某某因家庭事务发生纠纷，张某某以给父亲张某乙治病花费了一定的医疗费，经济困难为由，未主动向罗某某支付抚养张某甲的费用，罗某某与张某某多次协商无果。2019 年 7 月，罗某某向法院起诉。张某某在案件一、二审中均表示今后张某甲由张某某自行抚养，不再由罗某某抚养。罗某某抚养张某甲系无因管理，而非自愿资助行为。张某甲自出生便由罗某某一直在照顾抚养，罗某某为张某甲购买奶粉、购买衣物等生活用品，并垫付医疗费，后二被告张某某、周某某因感情破裂而离婚，约定张某甲由被告张某某抚养。但张某甲依然跟随罗某某生活，由罗某某抚养照顾。罗某某在抚养张某甲期间，承担了生活费、教育费、医疗费等费用，经多次向二被告讨要均无果。遂请求：(1) 张某某、周某某支付罗某某垫付的张某甲 12 年的

抚养费共计 20 万元；(2) 张某某、周某某从 2019 年 2 月起每月按时支付张某甲的生活费、医疗费、教育费等 1500 元。

被告(被上诉人)张某某辩称：张某甲从出生后主要随原告生活，双方对相关费用未作约定。原告要求张某某、周某某每月支付抚养费 1500 元，其请求过高。另外，原告提出其垫付相关费用 20 万元，没有事实依据，请依法驳回该项诉讼请求。

被告(被上诉人)周某某辩称：张某甲自出生主要随原告生活，双方对相关费用未作约定，原告提出其垫付相关费用 20 万元，没有事实依据，故其不应承担责任。张某某与周某某离婚，并约定张某甲由张某某抚养，周某某不承担抚养费，现原告要求周某某给付抚养费的请求不当，请依法驳回原告对周某某的诉讼请求。

法院经审理查明：罗某某系张某甲祖母。被告张某某、周某某婚后于 2005 年 2 月 16 日生育长女张某，2006 年 9 月 6 日生育次女张某甲，张某甲主要由原告帮忙照顾，双方对生活开销、教育投资及医疗费用等未作约定。2013 年 3 月 20 日，被告张某某、周某某离婚，协议约定张某、张某甲由张某某抚养，周某某不承担抚养费。此后，张某某与原告罗某某协商，张某甲仍随原告生活，被告张某某每月向原告支付现金 1000 元。2016 年 4 月至 11 月期间，被告张某某自觉履行了给付义务。2019 年 2 月，原告与被告张某某因家庭事宜发生纠纷，被告张某某以给父亲张某乙治病花费了一定的医疗费，经济困难为由，未主动向原告支付抚养张某甲的费用，罗某某与张某某多次协商无果。2019 年 7 月，原告起诉来院，案件审理中调解无果。

裁判结果

重庆市合川区人民法院于 2019 年 10 月 22 日作出(2019)渝 0117 民初 7112 号民事判决：一、由被告张某某在判决生效次月起每月 5 日前向原告罗某某支付照顾张某甲的报酬费 1000 元；二、

驳回原告罗某某要求被告张某某、周某某给付其抚养张某甲 12 年所垫付的生活费、医疗费、教育费 20 万元人民币的诉讼请求；三、驳回原告罗某某要求被告周某某按时支付张某甲生活费、医疗费、教育费的诉讼请求。

宣判后，罗某某不服，提起上诉。重庆市第一中级人民法院于 2020 年 2 月 17 日作出 (2019) 渝 01 民终 10387 号民事判决：撤销一审判决，改判如下：一、张某某、周某某共同向罗某某支付张某甲 2006 年 9 月至 2013 年 3 月期间的抚养费共计 39500 元；二、张某某向罗某某支付张某甲 2013 年 4 月至 2020 年 2 月期间的抚养费共计 75000 元。

裁判理由

法院生效裁判认为：父母对未成年子女负有法定的抚养义务，父母系未成年子女的法定抚养义务人。张某甲自出生后一直由祖母罗某某抚养照顾，在抚养照顾期间，罗某某垫付了生活费、医疗费、教育费等。张某某与周某某在婚姻关系存续期间均未支付过张某甲的抚养费。故罗某某要求张某某、周某某支付张某甲从出生至父母婚姻关系存续期间的抚养费，符合法律规定，应予支持。张某某与周某某在离婚协议中约定张某甲由张某某抚养，周某某不支付抚养费，故张某甲此后的抚养费应由张某某承担。罗某某系张某甲的祖母，并非其法定抚养义务人，而张某甲的法定抚养义务人张某某在案件审理中明确表示今后自行抚养张某甲，不再由罗某某抚养，故为了未成年人的健康成长，自法院判决后张某甲由父亲张某某直接抚养，张某某不再向罗某某支付相关费用。

案例注解

从近年以无因管理为案由的案件来看，代为履行法定义务或公益上之义务已成为无因管理的一大主流。父母怠于履行法定抚养义务，管理人代为抚养照顾未成年人、垫付抚养费用，此种行为虽不符合传统观念对无因管理制度的理解，但作为受益人的真实意思违反法律或公序良俗之例外情形，在符合无因管理法定构成要件时也宜被认定为构成无因管理。这不仅能为善良管理人提供经济补偿，也能督促父母履行法定抚养义务，为保护未成年人合法权益筑牢法律防线。

一、祖父母代为抚养照顾未成年人的行为性质的裁判争议

祖父母代为抚养照顾未成年孙子女的行为性质，司法实践中存在很大争议。第一种观点认为，这是基于血缘亲情的不求回报的自愿资助赠与行为，本案一审法院便持这种观点。第二种观点认为，抚养义务人在明知且未表示异议的情况下，形成默示的委托合同关系。第三种观点认为，形成无因管理。通过法信以关键词“无因管理”进行搜索，涉及未成年人的无因管理案件，主要有三种类型：一是未成年人的祖父母向父母追讨抚养照顾未成年人支出的抚养费、择校费等；二是祖父母协助照顾未成年孙子女而向其父母主张劳动报酬；三是未办理收养手续的养父母，向亲生父母追讨抚养照顾未成年人支出的抚养费（详见表 1）。

实务中，对涉及抚养照顾未成年人的无因管理纠纷案件的审理，虽然存在争议，但法院对此类案件的裁判也并未排斥对无因管理的适用。此类案件审理的裁判思路在于：对抚养照顾未成年人的行为性质的认定，应根据具体案情，结合无因管理的法定构成要件进行综合判断，不可一概而论。

表 1 涉及抚养照顾未成年人的无因管理纠纷典型案例

案例	基本案情	核心裁判观点
1. 杨某诉李某、王某无因管理纠纷案	与孙子女共同生活的祖母，协助孙子女父母履行抚养义务，以无因管理为由向法院起诉要求支付协助抚养期间的劳动报酬	祖父母协助孙子女父母履行抚养义务的，不构成无因管理
2. 赵某父母诉赵某、李某追讨抚养费纠纷案	赵某与李某原系夫妻关系，其女长期由赵某的父母抚育，两人离婚之后，女儿随李某共同生活。后赵某的父母将赵某、李某诉至法院，请求两人偿还其垫付的孙女的抚养费	父母长时间为具有抚养能力的子女看管孙辈属于无因管理
3. 王某诉李某追讨抚养费纠纷案	李某将自己 6 个月大的女儿放在同村村民王某家门口，王某将女婴留在身边抚养数年，但未办理收养手续，后将小孩送回李某处。王某要求李某支付其抚养小孩期间支出的抚养费	亲生父母应支付收养被遗弃子女的抚养费
4. 李某、徐某诉刘某追讨抚养费纠纷案	父母离婚，约定未成年子女徐某某随父亲生活，母亲刘某不需要支付徐某某抚养费。徐某某的父亲去世后，徐某某随祖父母共同生活，由祖父母抚养。祖父母起诉孙子女的母亲刘某，要求刘某支付其抚养徐某某期间产生的抚养费	孙子女的父母有监护能力且未被撤销监护资格的，祖父母抚养孙子女可构成无因管理
5. 张甲诉李女无因管理纠纷案	父母离婚，约定未成年子女张乙由母亲李女抚养。离婚后，父母双方均未抚养张乙，张乙一直由祖父张甲抚养。张甲将李女诉至法院，要求李女支付代为管理张乙所形成的无因管理之债	无法定抚养义务且未受监护人委托抚养孙子的，该行为符合无因管理的条件，无因管理之债应当成立
6. 王某诉张某无因管理纠纷案	父母离婚，约定未成年子女李甲由母亲张某抚养，但张某一直未尽抚养义务，父亲李某一直下落不明。李甲一直由祖母王某抚养。王某起诉张某要求偿还垫付的李甲的抚养费及小升初赞助费	无法定抚养义务或约定义务的祖父母抚养未成年孙子女构成无因管理

二、祖父母代为抚养照顾未成年人是否构成无因管理的判断标准

(一) 判断有无法定或约定的义务

1. 适用无因管理需排除法定义务。

无因管理的构成以管理人无法定或约定的义务为前提。祖父母对未成年人的抚养照顾，是否构成无因管理，需要排除委托监护以及判断有无法定之义务。若行为人基于法定或约定的义务而

管理未成年人事务，则阻却无因管理的成立。目前，基于法定义务而排除无因管理的主要有两种情况：

其一，父母已经死亡或者父母无力抚养的。根据《民法典》第一千零七十四条第一款规定，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。

其二，共同生活的成年家庭成员对未成年人的协助照顾。2020 年修订的《未成年人保护法》第十五条第二款规定，共同生活的其他成年家庭成员应当协助未成年人的父母或其他监护人抚养、教育和保护未成年人。修订的《未成年人保护法》新增此项规定，回应了现实需求：大多数家庭，父母双方都需要工作，共同生活的祖父母或外祖父母协助照顾未成年孙子女，实属常态，明确其对未成年人的协助照顾义务，不仅有利于厘清隔代协助照顾的法律关系，使其不再陷入无偿委托、无因管理抑或基于血缘亲情的道义行为之争，也有利于最大化保护未成年人合法利益。

2. 适用无因管理需排除委托监护。

无因管理与委托监护在适用上呈现相互排除的关系，即当事人之间有委托合同，则不能适用无因管理；排除委托监护，无因管理才能成立。委托监护的具体含义为，如父母外出务工，委托祖父母、外祖父母或其他亲友代为照顾未成年人的，形成了委托关系，此时，不构成无因管理。有观点认为，祖父母一直抚养照顾未成年人，未成年人的父母明知且未表示异议，则构成默示的委托合同关系。此说法不能成立。委托是建立在委托人与受托人之间达成合意的基础上的，且我国《民法典》并无默示委托合同之规定。本案中，张某某、周某某离婚后，张某某与罗某某协商约定，张某某甲继续跟随罗某某生活，张某某每月向罗某某给付张某某甲的抚养费 1000 元。此时，张某某与罗某某形成委托监护关系，则不再构成无因管理。

(二) 受益人的真实意思违法之例外

以管理事务的承担是否符合受益人的真实意思，可将无因管理区分为“适法无因管理”与“不适法无因管理”。依我国《民法典》第九百七十九条第二款前半句，“管理事务不符合受益人真实意思的”，不发生适法无因管理效果，由此反推，适法事由之一为“合乎受益人真实意思”。管理人承担管理事务时不符合受益人的真实意思，构成

不适法无因管理，但是受益人的真实意思违反法律或违背公序良俗的除外。

即使管理事务不符合受益人的真实意思，但是受益人的真实意思违反法律或违背公序良俗时，管理人也享有无因管理请求权。如私法上的抚养义务及公法上的税负都有可能给义务人带来负担，为了维护社会公共利益及鼓励履行法律上的义务，使得伸出援手的道义者或热心公益者无所顾忌，故虽违反受益人的真实意思亦构成适法无因管理。此类案件中，父母不愿意履行法定抚养义务，祖父母代为抚养照顾未成年人并垫付抚养费用，此种行为虽不符合传统概念中对无因管理制度的理解，但作为受益人的真实意思违反法律或公序良俗的例外情形，也应被认定为适法的无因管理。

(三) 涉亲缘关系中管理人管理意思之认定

无因管理是为了避免他人利益受损失而管理他人事务。但是涉亲缘关系管理的复杂性在于，管理具有混合他人事务与自己事务的特殊性。那么，管理的不是纯粹他人事务的是否成立无因管理？

在理解“为他人利益而管理他人事务”时，应注意厘清的问题：即使管理他人事务使得管理人自己受益的，也无碍无因管理的成立。如在涉亲缘关系的事务管理中，祖父母或外祖父母代替监护人隔代照顾孙辈，管理人实现自身利益的方式虽可能不是直接体现在财产的增益上，但是也得到了情感上的满足与慰藉，很难界定为“纯粹管理他人事务”。

需明确的司法适用规则：一是管理人需有为被管理人利益管理的意思，这是构成无因管理的主观要件，但并不意味着管理人只能为本人利益而不能同时为管理人自己的利益，亦即管理人同时有为被管理人利益和自己利益管理的意思的同样符合无因管理的主观要件。二是若管理人自己的事务与他人的事务混同时，对于混合性事务一般应有管理意思的主次之分。若管理人主要在于

实现自身利益，仅附带涉及他人利益时，则不宜认定为有管理意思。

(四) 直系血亲之间的亲情互助特定条件下对赠与的排除

直系血亲之间基于道德义务的亲情互助，是否构成无因管理，判断的关键点在于能否推定管理人具有赠与的意思。直系血亲之间的亲情互助，

在无法定或约定义务的情形下，属于基于道德义务进行的给付。根据《民法典》第九百八十五条的相关规定，如为履行道德义务进行的给付，可排除不当得利请求权，但并未排除无因管理的成立。直系血亲之间的亲情互助，是否构成无因管理的司法适用规则，详见表 2。

表 2 直系血亲之间的亲情互助，是否构成无因管理的司法适用规则

基本适用规则	适用说明
规则一：直系血亲之间的基于道德的互助应不限代数（无论多少代）地推定为有赠与的意思，管理人没有无因管理请求权	该规则仅适用于直系血亲之间相互进行扶养的情形，不是亲生的子女相互之间，如继子女与继父母、岳父母与女婿、公婆与儿媳之间，不能适用该规则；同理，非直系血亲的旁系亲属之间，如兄弟姐妹之间互相进行的扶养亦不适用该规则
规则二：我国《民法典》第一千一百二十七条至第一千一百二十九条规定的有继承关系的人之间，即兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、代位继承中的关系人之间的基于道德义务的给付，视为有赠与的意思	需排除《民法典》第一千零七十四条、第一千零七十五条规定的“法定义务”情形
	第一千零七十四条规定：有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务
规则三：如果被管理人直接的抚养义务人，且该直接义务人有履行义务的能力，管理人是为直接义务人进行管理时，应当认定在管理人与直接义务人之间成立无因管理关系	第一千零七十五条规定：有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务
	例如，祖父母帮助抚养照顾未成年孙子女，父母作为抚养义务人且具有抚养能力的，不能当然推定祖父母有赠与的意思，未成年人的祖父母与父母之间构成无因管理
规划四：共同生活的其他成年家庭成员协助抚养义务人照顾未成年人，不构成无因管理	新修订的《未成年人保护法》明确了共同生活的其他成年家庭成员协助照顾未成年人的义务。第十五条第二款规定，共同生活的其他成年家庭成员应当协助未成年人父母或其他监护人抚养、教育和保护未成年人

三、管理人基于无因管理享有支出的抚养费的偿还请求权

(一) 祖父母垫付的抚养费属于因管理事务而支出的必要费用

无法定或约定义务时，祖父母抚养照顾未成年孙子女，如何向孙子女的父母追讨垫付的抚养费？祖父母并非未成年人的法定代理人，其主张未成年人的抚养费请求权基础是什么？（非合同之债、非不当得利之债）依据《民法典》第一千零六十七条规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女或不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。而依据《民法典》第二十三条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。那么，未成年子女的监护人也是其法定代理人。当父母同时为未成年人的监护人及法定代理人时，祖父母无法代理未成年人主张抚养费。我国《民法典》基于鼓励社会互助之目的，规定无因管理制度。而无因管理能从制度上提供对管理人的经济补偿，管理人据此获得主张垫付的未成年人抚养费的偿还请求权，也能从客观上更好地督促抚养义务人履行法定的抚养义务，为未成年人利益多提供一重保障。

我国《民法典》第九百七十九条第一款规定，管理人没有法定的或约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用。必要费用，是管理上不可或缺的费用支出，源于管理他人事务而带来的直接支出，且应以管理活动当时的客观情况决定。关于管理人的费用请求权，各国都有相应的规定。瑞士立法规定，受益人（本人）应当赔偿管理人支付的必要费用或依据具体情形支付合理和有益的费用及利息。《德国民法典》规定，管理人可以像受托人一样请求偿还“必要的费用”。管理人支出的费用是否为必要费用，应依支出时的客观标准确定，而非由受益人主观上确定。当未成年人的抚养义务人有抚养能力而怠于履行抚养义务时，管理人代为抚养照顾未成年人，为保障未成年人合法利益所支出的生活费、医疗费、教育费等抚养费，属于必要的费用支出，管理人有权请求抚养义务人偿还。

（二）管理事务不符合抚养义务人的真实意思时管理人不享有抚养费请求权

管理人介入管理未成年人事务时，亦可能存在两种不同的形式：一是可能意在无私地、认真地对待未成年人的利益，也可能是自以为是地干涉监护人或未成年人并意欲强加其意志。只有在前者时，法律才有必要优待管理人，以促进人类互助；而在后者时，法律则不仅不应优待，反而应予以苛责。

管理人介入管理未成年人事务时，当被管理人的真实意思不违反法律或公序良俗时，管理事务应符合被管理人的真实意思。依《民法典》第九百七十九条第二款相关规定，管理事务不符合受益人真实意思的，管理人不享有必要费用偿还请求权、损失适当补偿请求权。根据第九百八十条规定，受益人应当在其所获得的利益范围内向管理人承担第九百七十九条第一款规定的义务。质言之，不适法无因管理人的费用请求权范围是受限制的，不能超过受益人所得利益。适法无因管理与不适法无因管理在求偿范围上存在重大差异：在适法无因管理中，管理人的求偿范围不以受益人所得利益为限，即使管理人求偿的数额大于受益人所受利益，受益人仍应偿还必要费用或补偿损失；在不适法无因管理中，管理人的求偿范围则仅以受益人所得利益为限。此种区别对待具有合理性。如未成年人的法定抚养义务人明确表示由自己抚养未成年人，不需要由他人代为抚养照顾时，祖父母即使垫付了抚养费，亦不享有必要费用的支出请求权，不能请求抚养义务人偿还垫付的抚养费。

四、本案的启示与意义：保护未成年人最佳利益与促进社会互助

（一）保护未成年人最佳利益

儿童最大利益原则是《儿童权利公约》确立的保护儿童最为核心的原则。我国《未成年人保护法》第四条规定，保护未成年人应坚持最有利于

未成年人的原则。未成年人最佳利益原则，已成为相关立法确立的一项基本理念。

父母与未成年子女之间亦存在利益冲突，未成年人的利益可能因此受损。父母与子女之间有骨肉亲情、天伦之义，一般不存在利益冲突。然而，父母也属常人，也存在品德败坏、行为失范、不负责任等类型的父母，甚至存在侵害未成年人权益的情形。且就我国民法所言父母的范围，不仅包括亲生父母，还包括养父母、继父母。养父母、继父母与养子女、继子女之间并无血缘纽带。父母作为未成年子女的法定代理人，当未成年人与父母之间存在利益冲突时，谁来代表未成年人维护其合法权益？根据《民法典》第二十三条规定，监护人是未成年子女的法定代理人。《民法典》第一千零六十七条规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女或不能独立生活的成年子女，有要求给付抚养费的权利。根据第二十三条规定，落实第一千零六十七条的途径却是父母自己向自己要求给付抚养费。此种情况下，未成年人是难以向父母主张抚养费的。如何要求、督促父母向未成年子女支付抚养费？祖父母或其他亲属以无因管理人的身份，便能顺利实现这一诉求。

无因管理制度确立的管理他人事务应当采取有利于受益人的方法，与未成年人最佳利益原则可谓异曲同工。《民法典》第九百八十一条规定：“管理人管理他人事务，应当采取有利于受益人的方法。”无因管理制度确立了管理人的基本义务，除了管理事务应符合受益人的真实意思外，还应当采取有利于受益人的方法。管理未成年人事务，涉及未成年人利益，关系重大，管理人应尽到善良管理人的合理注意义务，采取有利于未成

年人的方法，否则管理人应承担相应的损害赔偿责任。

（二）发挥无因管理之社会救助功能

我国无因管理制度的运行正经历着从传统罗马法上单一的“互助互利”的制度价值转向对公共利益的关照。近年来，各国的无因管理制度都将管理人为受益人尽公益及法定义务的管理事项视为适法的无因管理，各国对受益人利益的保护均有向社会公共利益转向之趋势，受益人的利益与意志不再是唯一的管理目标，无因管理已具备社会管理、社会救助之功能。基于未成年人最佳利益原则，抚养未成年人不再仅是父母子女之间的私人关系，而是一种还具有社会公益性质的民事关系，国家和社会有正当理由可以积极介入其中。抚养未成年人也是父母对国家社会所负担的一种社会义务。当父母有能力履行抚养义务而怠于履行或不当履行时，祖父母基于无因管理，代替父母履行法定抚养义务，应由父母承担支出的必要费用。

本案是祖父母追讨垫付的抚养费的典型案例，梳理本案裁判规则的意义还在于，类案的类推适用，适用主体不应限于祖父母。在无法定或约定义务时，祖父母、外祖父母、兄、姐或其他亲友，代替有抚养能力的抚养义务人对未成年人的抚养照顾，在符合无因管理法定构成要件的条件，可认定构成无因管理。

编写 | 重庆市第一中级人民法院 刘念弟 刘婷婷
重庆市高级人民法院 谭中平

（刊载于中国应用法学研究所主编：《人民法院案例选》
2022 年第 6 辑，人民法院出版社 2022 年版）

“用了我婚前的公积金，离婚时增值部分要给我！”

2022-09-05 厦门中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/K0xMx4TCxJIV03fMv1K7cw>



审理中，经鉴定，前述房产中由阿琴使用个人婚前住房公积金还贷所产生的房产增值部分为 37 万元，双方对阿琴投入的 8 万元及相应增值部分 37 万元的归属各执己见。

阿坤：阿琴自愿将她的个人婚前财产投入到我们夫妻二人婚后的共同生活之用，应视为自愿赠与，她的个人婚前财产已转化为我们夫妻婚后的共同财产，相应增值部分也应为夫妻共同财产。退一步讲，即便没有转化为婚后夫妻共同财产，她个人婚前财产在婚后产生的收益依法也应认定为夫妻共同财产。

阿琴：这 37 万元是我个人婚前住房公积金 8 万元所产生的增值，全部 45 万元理应归我所有。

法院认为

阿坤主张阿琴于婚后提取个人婚前住房公积金 8 万元用于偿还阿坤个人婚前房产按揭贷款的行为系赠与，但其并未能举证证实阿琴就该款项具有赠与的意思表示，因而该部分款项依法仍为阿琴个人所有。

阿坤又主张即便该 8 万元不属于夫妻共同财产，款项对应的房屋增值部分 37 万元因产生于婚

后，亦属于夫妻共同财产。然房屋的增值属于自然增值而非孳息或夫妻婚后经营所得，阿琴使用其个人婚前财产用于偿还阿坤个人婚前房产的按揭贷款，该部分款项所对应的房产增值部分亦为自然增值，应为阿琴个人所有。

因此，阿坤应就案涉房产向阿琴支付补偿款共计 45 万元。

法官说法

在夫妻离婚分割财产案件中，一方婚前购房、婚后双方共同还贷的情形较为普遍，而如本案中一方使用个人婚前财产偿还另一方婚前房产的按揭贷款的情形则较为少见。对于个人婚前财产应归该方所有，因有法律的明确规定，一般争议不大；而对于个人婚前资金投入所产生的房产增值部分的归属，实践中容易产生较大争议。

房产增值部分的归属应如何确定，关键是解决该增值部分的性质问题

首先，《中华人民共和国民法典》第一千零六十二条规定了夫妻在婚姻关系存续期间所得的“生产、经营、投资的收益”为夫妻共同财产，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第二十五条规定了“一方以个人财产投资取得的收益”为夫妻共同财产。本案中阿坤认为增值部分 37 万元产生于婚后，应归夫妻双方共有，实际上是将房产增值视为夫妻投资和经营的结果，但应当认识到，房产增值从本质上反映的是投入的资金因市场因素变化而实现的自然性增长，有别于夫妻一方或双方为出租房屋、买卖股票、经营生意等投入劳动、管理而实现的主动性增值。因此，房产增值是投入的资金所产生的自然增值，而非经营所得。

其次，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第二十六条规定，“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。”因而，一方婚前财产在婚后的自然增值，仍为其个人所有。

本案中阿坤未能举证证实阿琴就其个人婚前公积金具有赠与的意思表示，而房产增值又属于自然增值而非孳息或夫妻婚后经营所得，故法院判决确定阿琴的个人婚前住房公积金款项还贷部分及相应的房产增值部分均归阿琴个人所有。

法条链接

《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。

第一千零六十三条

下列财产为夫妻一方的个人财产：

- （一）一方的婚前财产；
- （二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；
- （三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
- （四）一方专用的生活用品；
- （五）其他应当归一方的财产。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》

第二十六条

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。

二十年前妹妹用我的名字登记结婚，法院发出了司法建议

2022-09-18 南京市中级人民法院 江北新区法院

https://mp.weixin.qq.com/s/jooPi2g8_BNUALr53GV5Sg

在结婚登记过程中，以冒名顶替或者弄虚作假方式办理的婚姻登记，当事人应该如何解决错误登记婚姻问题？

近日，江北新区法院在审理一起婚姻登记案件的过程中，向某区民政局发送司法建议书，并收到复函，通过府院良性互动，解决了当事人长达 20 年的错误登记婚姻问题。

案情回顾

原告小花系案外人小芳的姐姐，因其父母当年超生，小芳无法办理户口，小芳成年后，在外地工作时认识了丈夫小戴，因其没有户口，遂用姐姐小花的身份证办理了婚姻登记。

小花一直在老家生活，结婚、离婚，并生育两子。婚姻登记信息联网后，小花发现其与小戴登记为夫妻，遂到被告某区民政局要求办理离婚。

被告某区民政局认为小花和其丈夫在老家已经办理过离婚手续，无法为其办理与小戴的离婚登记，拒绝其请求。小花遂诉至法院，要求撤销其与小戴的婚姻登记。

审理结果

本案对该案立案后，承办人审查了小花、小芳的身份信息、户籍信息、各自的婚姻信息、子女情况，要求小花补充证据，通知小花、小芳、小戴到庭比对照片和真人，查明小芳确实在 20 年前持姐姐的身份证办理了婚姻登记手续。

江北新区法院在查明事实基础上，于 2022 年 7 月向被告某区民政局发送司法建议并与对方进行了沟通，某区民政局收到司法建议后，撤销小

花与小戴的婚姻登记，困扰三人多年的问题得以解决。

知识梳理

此前在办理此类案件时，如当事人的起诉超过起诉期限，法院会裁定驳回当事人的起诉。如行政机关不主动撤销当事人的错误婚姻登记，则问题难以解决。

2021 年 11 月 18 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部制定了《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》，为解决此类问题提供了指引和依据。

该指导意见载明，民政部门收到公安、司法等部门出具的事实认定相关证明、情况说明、司法建议书、检查建议书等证据材料，应当对相关情况进行审核，符合条件的及时撤销相关婚姻登记。

因此，公安、司法等部门经调查后认为相关婚姻登记确实存在应予撤销或更正的情形，可向民政部门出具相应的文书，由民政部门在审核后决定是否撤销相关婚姻登记。

同时需要说明的是，当事人不得心存侥幸，冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记，如被查实，民政部门应当根据《关于对婚姻登记严重失信当事人开展联合惩戒的合作备忘录》等文件要求，及时将使用伪造、变造或者冒用他人身份证件、户口簿、无配偶证明及其他证件、证明材料办理婚姻登记的当事人纳入婚姻登记领域严重失信当事人名单，由相关部门联合惩戒。

· 他人代理或者冒名顶替进行结婚登记效力的认定

(1) 如果当事人明知他人代理其进行结婚登记, 或者当事人委托他人为其进行结婚登记, 且当事人在进行过结婚登记后, 有举行结婚仪式、共同生活及育有子女等情形的, 因为当事人属于自愿结婚, 他人代理或者冒名顶替进行结婚登记并不是影响婚姻关系效力的实质条件, 不能因此认定当事人之间的婚姻关系无效;

(2) 如果他人在违背当事人意愿或在当事人不知情的情况下代理或者冒名顶替当事人进行结婚登记, 被冒名的当事人请求撤销结婚证的, 人民法院应予支持。(涉及起诉期限问题)

· 借用他人身份证进行结婚登记

我国对婚姻关系确立形式采取登记主义模式, 记载于结婚证上的申请人才是行政机关许可缔结婚姻并承认婚姻关系的当事人。行政机关颁发的结婚证, 实际确立的是被借用身份证件之人与持

有真实身份证件之人夫妻关系的有效法律文件, 具有公示公信的效力, 是形式合法的婚姻关系, 在未经法定机关通过法定程序撤销前, 不能直接否认其效力。

基于行政行为的相对性, 该结婚证的效力不应及于实际共同生活的当事人, 当事人之间不存在法律所承认的婚姻关系。

· 一方使用虚假身份证件, 以骗取钱财为目的与另一方登记结婚, 婚后不久即下落不明, 另一方起诉离婚被法院以没有明确的被告为理由裁定驳回, 如何处理?

婚姻登记机关在受骗的情况下作出的婚姻登记发证行为, 属于无效行政行为。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 57 条规定, 被诉具体行政行为依法不成立或无效的, 人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决。

因此, 受骗一方的救济途径是提起行政诉讼, 请求撤销结婚登记。

老人监护权之争, 法律说了算

2022-09-20 人民法院报 牟文洁

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/20/content_221089.htm?div=-1

“老吾老以及人之老”, 孝亲敬老是中华民族的传统美德, 老年人的权益如何保障是全社会共同面对的重要课题。当老人失能或半失能时, 谁来担任他们的监护人呢? 他们的权益又该如何保障呢? 近日, 北京市昌平区人民法院发布三起典型案例。

称小姨急于照顾母亲 女儿诉变更监护权被驳回

王老太与丈夫于 1982 年登记结婚, 次年生育女儿小平。2003 年, 王老太因家庭矛盾搬离家庭住所, 在妹妹王女士的家中居住。2014 年, 经法

院确认, 王老太为限制民事行为能力人。因与丈夫感情破裂, 二人于 2017 年离婚, 小平跟随父亲一同生活。2018 年, 妹妹王女士向法院申请要求指定其为姐姐王老太的监护人。经询问王老太本人意愿, 王老太表示愿意和妹妹王女士共同生活。最终, 法院判决指定妹妹王女士为王老太的监护人。

女儿小平诉称, 王女士成为监护人后, 母亲处于无人监护状态, 以捡破烂为生, 衣着破旧、肮脏, 基本生活得不到保障。而事实上, 王老太每月都有退休金, 有残疾补助款、拆迁补偿款、股金收益,

自己也会给母亲零花钱，母亲原本应该过着衣食无忧、开心快乐的生活。而王女士每次都打着母亲的旗号要钱。小平表示，小姨也已年过六旬，患有多种老年病，无法尽到监护母亲的责任。自己作为女儿，有足够的时间、精力、经济和能力来赡养和照顾母亲，遂诉至法院，要求变更自己为王老太的监护人。

王女士辩称，她尊重姐姐王老太的意愿，是她们的母亲生前将姐姐托付给自己照顾。外甥女小平所述并非事实，当初王老太从家搬离有很大一部分原因是小平责骂她。王老太在自己家生活 9 年，小平仅来过十余次，连“妈”都没叫过，总共也就给过王老太 1000 元，并未尽到赡养义务。现在王老太家拆迁了，有钱了，所以小平才来争当监护人。

法官经审理查明，2021 年 3 月 19 日，小平携两箱牛奶前往王老太所在社区看望母亲。当日，王老太并未接受小平赠送的牛奶，而是将其丢弃于小区道路上。经法官询问，王老太明确表示其愿与妹妹王女士共同生活，愿意由妹妹担任其监护人，妹妹不愿让其捡拾废品，但是她自愿以此作为锻炼身体的活动，平时也只是在小区里独自溜达，出小区均由妹妹或其家人陪同。

经走访询问，法官得知王老太所在社区居民委员会及居民均反映，姐妹俩共同生活多年，王女士对姐姐王老太照顾得很好，很少见到小平及其家人来看望；王老太捡拾废品是出于其自愿行为；姐妹俩没有发生过不睦，也没有其他不良反馈。

法官认为，监护人如有实施严重侵害被监护人合法权益的行为，经申请，人民法院应当撤销其监护人资格。对监护有争议的，人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。本案中，王老太自 2003 年 7 月起随王女士生活已近 20 年，街坊邻里及当地居民委员会均反映双方相处融洽。王老太虽捡拾垃圾，但是系其自发在

户外活动时捡拾，并未受王女士指使。此外，由王老太的当庭陈述可知，其与女儿小平的关系恶化，难以调和。且小平夫妻均为工薪阶层，三代 9 口人共同租住在不足百平方米的出租房屋内，其中有两名幼子需要照顾，一名老人长期卧床，还有王老太的前夫同住，并不具备监护王老太的有利条件。

最终，法院判决驳回了原告小平的诉讼请求。

老人脑梗入院无亲属 法院指定侄外孙担任监护人

90 岁的胡老太一生未婚未育，为孤寡老人。2021 年 2 月，胡老太出现脑血管梗塞，次日医院诊断为急性脑梗死。2 月 26 日，胡老太病情平稳后离开医院回家休养。同年 3 月 7 日，胡老太因脑部出血、肺炎等疾病再次住院，至 3 月 29 日于急诊留观治疗，同日被收入 EICU 住院治疗，诊断结果为“目前患者病情危重，意识障碍，昏迷，无自主行为能力”。

因胡老太未婚未育，身边无其他亲属照顾，也无其他监护人进行监护，其侄外孙女胡女士遂向法院提出申请，要求认定胡老太为无民事行为能力人，并指定其为胡老太的监护人。

法院经审理查明，被申请人胡老太未婚，无子女。据胡老太所在居民委员会反映，在之前的多年生活中，申请人胡女士对胡老太长期看望并照顾，两人相处较好，胡老太在生活上的事务也多由胡女士代为办理。现胡老太因脑出血、肺炎等疾病住院治疗。据现场观察及医生介绍，胡老太意识清醒，但无法交流，对外界刺激没有反应，没有识别意识。为了进一步治疗，也须确定胡老太的监护人。现胡女士同意担任胡老太的监护人，胡老太所在社区居民委员会亦同意胡女士担任胡老太的监护人。

昌平区法院审理后认为，不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人。无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，可由有

监护能力的配偶、子女按顺序担任监护人。在被监护人没有近亲属的情况下，其他愿意担任监护人的个人或者组织，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，可以担任被监护人的监护人。本案中，通过对被监护人所在基层组织和医疗机构的走访、询问，可以认定被监护人胡老太因身体状况不具有完全的判断能力和自我保护能力，应当依法认定为限制民事行为能力人。鉴于胡老太没有近亲属，而胡女士长期对胡老太在生活上有所照料。最终，法院判决胡老太为限制民事行为能力人，指定胡女士为胡老太的监护人。

八旬母亲生活难自理 姐弟俩共同担任监护人

李老太患有脑血栓后遗症已长达 20 余年，现今已 80 岁高龄，生活不能自理。李老太与老伴共生育子女 3 人，自 2019 年老伴过世后，李老太便一直与小儿子周先生共同生活，由周先生照顾其生活起居。2021 年，经周先生申请，法院确认李老太为限制民事行为能力人。现周先生向法院申请担任李老太的监护人。

庭审中，李老太的大儿子同意弟弟周先生作为母亲的监护人，而大女儿周女士则表示要求共同作为监护人。

法院认为，李老太经法院生效判决宣告为限制民事行为能力人，为维护其合法权益，有关当事人可以直接向人民法院申请指定监护。无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人由有监护能力的配偶、父母、子女、其他近亲属和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按顺序担任监护人。李老太的配偶已经去世，其子女有监护资格，周先生和周女士均表示要求担任

监护人，现无证据证明上述二人存在不宜担任监护人的情况，故法院指定二人为李老太的监护人。

司法观察

保护老人权益要遵循利益最大尊重最大原则

所谓监护，是指监护人对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产和其他一切合法权益进行监督、保护。

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

监护要遵循两条原则：一是利益最大原则，即安排的监护人一定要将被监护人利益最大化；二是尊重最大原则，即可能情况下，被谁监护最大程度尊重被监护人意愿。对于侵犯无民事行为能力、限制民事行为能力老年人合法权益的监护人，人民法院根据有关个人或组织的申请，可依法撤销其监护人资格，为老年人安排必要的临时监护措施，按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人，保护老年人人身权利、财产权利等。

除指定监护外，监护还包括遗嘱监护、协议监护、意定监护等多种形式。其中，为了更好保障老年人的合法权益，尊重老年人的自主意愿，民法典增加了意定监护这一新的监护方式，即允许有完全民事行为能力的成年人根据本人意愿确定自己的监护人，赋予当事人更充分的选择权利。由意定监护人照顾被监护人的生活，管理被监护人的财产，为孤寡老人解决后顾之忧多了一重保障。

密云法院：让心理工作室成为化解家事纠纷的一剂良药

2022-09-23 京法网事 蒋博东 常玉倩

<https://mp.weixin.qq.com/s/cJ9jj4pqyKKeRW2mi6NDZg>

“密之语”心理工作室

一周岁生日



9月23日，密云法院“密之语”心理工作室迎来了一周岁生日。法院邀请常驻心理咨询师金芙蓉、杨桂英、胡海博再次聚首。谈起这一年来为案件当事人做心理辅导的心路历程，金芙蓉坦言道，“密云法院设立‘密之语’心理工作室，挽救许多濒临破碎的家庭，真正维护了社会和谐稳定，为群众办了好事实事。”



程先生、尹女士离婚后，约定儿子小涛由男方抚养。后由于程先生工作生活困难，不能再抚养小涛，夫妻双方约定，小涛年满18周岁前由尹女士抚养，程先生按月给付抚养费。自此之后，程先

生对孩子疏于探望、怠于关爱，未承担起父亲的责任。儿子小涛经常问母亲：“妈妈，我都好久没见过爸爸了，他是不是不喜欢我了？”看着儿子因缺乏父爱逐渐失去自信，因与前夫沟通无果，尹女士一纸诉状将程先生告上法庭。

在案件审理中，法院认为因程先生怠于履行家庭教育责任，已经严重影响了未成年人健康成长，随即依法发出《家庭教育促进法》施行后该院签发的首份《家庭教育令》，要求程先生依法履行家庭教育职责，重新给予孩子关爱。



司法是威严的，但也充满温情

由于长期的压抑，小涛与父母的沟通出现隔阂，家庭教育令的执行陷入僵局。为了打破僵局，让程先生与孩子之间重新搭建信任，法官找到了“密之语”心理工作室，邀请高级家庭教育指导师胡海博，给尹女士一家提供专业的教育指导。

胡海博老师说，“为了做好这场辅导，法官和我一起查阅了大量有关父爱缺失导致未成年人在认知、情绪、行为等方面出现偏差的案例，针对如

何补足缺位的父亲角色、修复亲子关系等问题，提出个性化家庭教育方案。”

在与孩子的交流中，胡海博老师运用儿童心理疏导“五步法”（提问-聆听-区分-正视-鼓励），让孩子将压抑在内心的想法充分倾诉、释放出来，引导其正视自己与父亲的关系。对孩子进行心理疏导后，胡老师还为孩子家长传授了一节生动而深刻的亲子教育互动课，帮助他们提升教育理念，纠正错误方式，树立正确的家庭教育观。

“这次回访，让我对家庭教育理念及教育孩子的方式方法都有了更新、更全面的认识，也让我对将来的生活有了希望。有了法院的帮助，我一定能带好孩子。”那天回访结束后，尹女士激动地握着法官的手说。

家是社会最小的单元，每一个家庭的和谐美满都至关重要。自 2021 年 9 月 23 日“密之语”心理工作室正式运行以来，已累计开展心理干预 36 案 85 人次，成功挽救破裂家庭 41 个。



充分发挥法学与心理学叠加效应

心理工作室已经成为

化解家事纠纷的一剂良药

在一起丧子老人隔代探望案件中，老张夫妇将儿媳告上法院，要求儿媳配合自己行使对孙子的探望权。儿子去世后，因家庭矛盾，儿媳带着孙子单独生活，与两位老人断绝来往。“儿子没了，孙子是我们活下去的唯一希望，我们不求别的，

经常想看看孙子。”提到此事，老张夫妇泪眼婆娑。

经依法审理，双方最终达成调解协议。但在调解书生效后，儿媳却并未主动履行，老张夫妇申请法院强制执行。



家家有本难念的经。在执行过程中，法官了解到老张夫妇与孙子共同生活数年，有深厚的感情基础。虽然夫妇二人与儿媳在长年累月的家庭生活中产生过很多矛盾，但是儿媳并不反对爷爷奶奶对孩子的关爱，但是由于居住距离远、工作比较繁忙等原因，履行协议比较困难，希望更改探望方式。执行法官多次组织各方见面商谈，让两位老人与孙子充分接触，让儿媳深切感受隔代亲情的重要与温暖，最终商定了新的探望方案。

在深入交流中，法官发现老张夫妇和儿媳等家庭成员都承受着巨大的心理伤痛，有对亡者苦苦的思念，对孩子的牵挂和担忧，还有对未来生活的焦虑。为了从根源上化解家庭矛盾，法官邀请了“密之语”心理工作室的杨桂英老师，对家庭成员进行“初次访谈、再次调节”两次心理辅导。



针对老张夫妇丧子后出现的哀伤、抑郁、思念、焦虑等心理状况，各位心理指导师以“尊重—倾听—共情—交流”为主线，引导老人逐步敞开心扉，卸下心理防线，倾诉心中苦闷，以积极向上的态度对待人生；针对儿媳丧偶后出现的心理创伤，通过面对面聊天、消极情绪调节等方式，逐步纾解其心理问题，并从对孩子教育、与前公婆

相处等方面，为其提供科学有效方法，帮助其重拾生活希望；对孩子幼年丧父出现的情绪波动、行为异常等心理应激现象，与孩子进行亲切交谈的同时，积极引导家长从陪伴、沟通入手，帮助孩子转变视角，建设完整情感体系，助力孩子健康快乐成长。

离婚诉讼中亲子鉴定应以当事人自愿为原则

2022-09-23 广东省高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/Z0q79PdW06I7iqcUHFNprA>

案件提要

离婚诉讼中，当事人一方申请亲子鉴定而另一方拒绝的，不能强制要求进行亲子鉴定。申请鉴定一方否认亲子关系的主张没有必要证据支持，不能仅凭亲子鉴定申请被另一方拒绝而认定亲子关系不存在。

争议焦点

当事人一方否认亲子关系但无法提供必要证据时，人民法院能否以当事人一方拒绝亲子鉴定为由认定亲子关系不存在。

基本案情

原告与被告婚后生育一女。2021 年 4 月，原告以夫妻感情确已破裂为由提起离婚诉讼。案件审理过程中，被告同意离婚，但以女儿非其亲生为由申请亲子鉴定，并要求原告赔偿物质损害和精神损害 10 万元。原告拒绝做亲子鉴定。

裁判结果

汕头市潮阳区人民法院审理认为，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由，现原告起诉要求离婚，被告同意离婚，应予准许。被告主张孩子非其亲生但未能进一步提交证据证明，且原告予以否认，故依法不予认定。遂判决准许原告与被告离婚，女儿由原告抚养。宣判后，双方当事人均服判息诉。

典型意义

离婚诉讼中，亲子鉴定以双方当事人自愿为原则，当事人一方申请亲子鉴定但另一方拒绝的，不能强制要求进行亲子鉴定。根据民法典司法解释的规定，申请鉴定一方否认亲子关系的主张没有必要证据支持时，不能仅凭亲子鉴定申请被另一方拒绝而认定亲子关系不存在，而应当综合考虑双方提交的证据予以判定。本案的处理，充分彰显了民法典依法保护妇女儿童特别是未成年人合法权益、维护亲子关系稳定的立法目的，对维护亲子关系这一婚姻家庭关系中的重要内容具有积极意义。

法官简介

姚静云
汕头市潮阳区人民法院
二级法官

服从法律
保持司法良知，传递司法温度

曾获潮阳区“三八红旗手”等荣誉称号，多次获得个人嘉奖。

对话法官



小编：

如何处理离婚纠纷案件中的亲子鉴定问题？



姚静云：

离婚案件看似简单，却对当事人的生活影响深远，这就要求法官在审理此类案件时，既要依法裁判，又要传递司法温度，以努力解决好双方矛盾、使案件各方当事人有更好的将来为审理目的，注重裁判效果的影响。当事人在诉讼过程中申请亲子鉴定的，我们应本着从保护妇女、儿童合法权益的目的出发，区别情况、慎重对待。既要充分尊重当事人自愿意思表示，又要注意有利于维护家庭和谐稳定，防止矛盾激化。委托亲子鉴定必须以申请人自愿为前提，且须征得最密切关系人的同意方可启动。一方当事人申请亲子鉴定的主张被另一方拒绝的，不能就此认定亲子关系不存在，应综合考虑双方提交的证据予以判定。

一人公司法律适用问题 | 实务纪要

2022-09-27 上海一中法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/a8Vxdy30ogt7Xg2UgBahqQ>

编者按

为促进上海一中院及辖区基层法院审判质量、审判能力共同提升，自 2020 年开始，上海一中院以共性法律适用难题和新法学习、实务研讨等为主要内容，先后组织召开多场辖区审判指导与交流片会、新法学习会和实务研讨会。在此基础上，上海一中院将进一步深化上述重点工作，官微《实务纪要》专栏陆续推送此类会议实务干货，以供参考。

近日，上海一中院商事庭召开辖区商事审判工作会议，三级法院商事庭对审判工作中的疑难

问题进行了交流研讨。现将会议中研讨的法律适用问题分期刊发，以此增进司法实务共识，促进法律适用统一（《这里，聚焦商事审判前沿！》《注册资本认缴制下公司瑕疵减资的股东责任问题》《涉疫情商事案件审理思路》）。本期推送上海一中院商事审判庭在工作会议上分享的《一人公司法律适用问题》。

PART 01

一人公司股权转让后 原股东与新股东对公司旧债的 责任承担

（一）单一股东变更的情况

一人公司原股东将全部股权转让给一名新股东，原股东与新股东不能证明本人持股期间公司财产独立于股东自己的财产的，原股东与新股东应当对股权转让前发生的公司债务承担连带责任。

对于原股东，因债务是发生在股权转让前，所以原股东对本人持股期间发生的债务情况是明知的。如果不能举证证明股权转让前公司财产独立于自己财产的，可推定其存在滥用权利、逃避债务、严重损害债权人利益的行为，原股东须对公司旧债承担连带责任。

对于新股东，如不能举证证明股权转让后公司财产独立于新股东财产的，同样会存在股权转让后公司向包括旧债在内的全体债权人偿债能力不足的风险。如新股东疏于审查即受让股权，可推定其对相关情况是应知的，并愿意接受原公司和股东的对外风险，故新股东以不知道旧债为由抗辩，应不予采信。

（二）一人公司变更为多人公司

一人公司原股东将全部或部分股权转让给多名新股东，原股东不能证明本人持股期间公司财产独立于股东自己的财产的，原股东应当对股权转让前发生的公司债务承担连带责任。

债权人有权证据证明新股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，新股东应当对股权转让前发生的公司债务承担连带责任。

对于原股东，由于股权转让前为一人公司，可依据《公司法》第 63 条分配举证责任，由原股

东举证证明个人财产独立于公司财产，原股东如不能举证证明的，应对股权转让前发生的公司债务承担连带责任。

对于新股东（包括股权转让后仍持有股权的原股东），债权人主张股权转让后的股东承担责任的，应由债权人举证证明公司和股东在股权转让后具备法人人格否认的构成要件，而不能以股东不能举证证明公司财产独立于自己财产为由，要求受让股东承担责任。

PART 02

一人公司财产独立于股东财产的 证明标准

实践中，法院对于一人公司人格否认的证明标准，应当采取严谨、审慎的态度，主要可遵循以下原则：

01 一人公司股东提交了经会计师事务所审计的每一会计年度财务会计报告，一般可认为一人公司已达到《公司法》第 63 条规定的举证要求。债权人认为经会计师事务所审计的每一会计年度财务会计报告不具有证明效力，应提供相反证据或予以充分说明。

02 一人公司股东虽未提交经会计师事务所审计的每一会计年度财务会计报告，但提供了司法审计报告等其他证据，能够反映公司财产的运行状况，包括公司财产的去向以及财产用于公司的正常合理开支的，可以认定已尽到《公司法》第 63 条规定的举证责任。

PART 03

公司股东为夫妻、父母子女等利益 高度相关主体时 可否参照一人公司 判令股东对公司债务承担连带责任

01 该类公司不宜直接推定为一人公司。本质上，此类公司属于多人公司的一种特殊形态，其实质是否为一人公司，不能简单以家庭成员身份关系、一方不参与公司重大决策和经营、公司利润归入家庭共同财产为由认定其为一人公司。

02 此类案件应根据案件实际情况，通过合理分配举证责任，准确认定是否构成法人人格否认。

利益高度相关股东对公司股权架构设置作出合理解释并充分举证的，可以排除系一人公司；利益高度相关股东无法作出合理解释或无法充分举证的，债权人可以申请调取公司账簿、会计凭证、会议记录等相关证据并申请审计。具体而言遵循以下原则：

第一，总体上，公司债权人主张股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的，债权人对股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的事实承担结果意义上的举证责任。

第二，公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任，但确因客观原因不能自行收集公司账簿、会计凭证、会议记录等相关证据，申请人民法院调查取证的，法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条的规定，进行必要的审查。

第三，公司债权人有权证据证明公司及股东持有证据但无正当理由拒不提供，或有证据证明公司及股东提供的财务资料缺失导致无法判断是否存在股东与公司财产混同的，如果公司债权人主张该证据的内容不利于证据持有人的，可根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 95 条的规定，推定债权人的主张成立。

如果公司债权人有权证据证明利益高度相关股东系逃避一人公司责任而设置为多人公司股权架构的，法院可直接认定股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，判令其承担相应法律责任。

二、媒体典型案例

（一）夫妻债务案例

签了“保证人配偶声明”，要承担保证责任吗？

原创：2022-09-14 南京市中级人民法院 南小中

<https://mp.weixin.qq.com/s/cKGiDyBBf29KSva4sW0UWA>

本意是同意丈夫为他人提供担保，却不料自己也被起诉要求承担连带保证责任。“保证人配偶声明”究竟该如何定性？南京中院近日审理了一起这样的案件。

案情简介

2015 年 7 月 31 日，某汽车销售公司因经营需要向 H 公司借款 800 万元，袁某身为股东为公司的上述借款与 H 公司签订《保证合同》，承诺在 420 万元范围内承担连带保证责任。朱某作为借款保证人袁某的配偶，在保证合同附件“保证人配偶声明”和“财产共同拥有人”上签名，称本人为保证人袁某的配偶，同意其提供连带责任担保，对某汽车销售公司因履行与 H 公司之间的委托贷款借款合同而产生的全部债务，按照合同约定承担不可撤销的无限连带责任保证。后因某汽车销售公司未能按约还款，H 公司诉至法院要求借款人还款，保证人袁某及其配偶承担保证责任。

一审法院判决，袁某、朱某均应在 420 万元的范围内对 H 公司的债务承担连带担保责任。朱某不服，提起上诉。

南京中院二审认为，朱某在“保证人配偶声明”和“财产共同拥有人”处签名的行为表明，其同意袁某用夫妻共同财产为某汽车销售公司的案涉债务承担连带保证责任，但不能据此得出朱某系案涉债务连带保证人的结论。且在案涉保证合同中，记载的保证人仅为袁某，保证人签名处亦

仅有袁某的个人签名，朱某并无为案涉债务承担连带保证责任的明确意思表示，据此驳回 H 公司对朱某的诉讼请求。

典型意义

保证是为他人债务承担清偿责任，所以在认定行为人的意思表示是否构成保证时，应当从严把握。本案中，虽然朱某签名的两份材料有“提供担保”“承担不可撤销的无限连带责任保证”等内容，但依据朱某是保证人的配偶、两份材料系保证合同的附件、两份材料的名称均与朱某的配偶身份有关等事实，朱某的真实意思是作为保证人的配偶，同意保证人用夫妻共同财产清偿债务，而不是为案涉债务提供保证担保。

法官说法



（南京中院金融庭 王瑞煊）

保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

保证合同需要采取书面形式订立，保证人作出保证的意思表示必须明确具体。保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。如第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同亦成立。

此外，需要注意的是关于保证类型的识别。保证的方式包括一般保证和连带责任保证，一般保证与连带责任保证最大的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权，即对于一般保证人而言在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担

保证责任。《中华人民共和国民法典》将当事人没有约定或者约定不明时的保证类型从《担保法》规定的“推定为连带责任保证”修改为“推定为一般保证”。但实践中，并不是只要当事人在保证合同中写明“连带责任保证”字样，就一定认定为一般保证。如果可以通过意思表示解释规则，确定当事人承担的是连带责任保证的，就不能简单地根据推定规则将其认定为一般保证。

法条链接

《中华人民共和国担保法》第 19 条规定：当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

《中华人民共和国民法典》第 686 条第 2 款规定：当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

债务人在离婚协议中约定将房屋赠与给子女是否影响债权人申请执行？ | 谈案说法

原创：2022-09-23

湖南高院 吴燕

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZYwVw7lanzbbK-yqT4y-Hw>

编者按

为充分发挥人民法院司法裁判的引领和示范作用，湖南高院研究室联合湖南高院新媒体平台开设“谈案说法”栏目，精选湖南法院部分典型案例，从个案中窥探司法裁判规则，通过法官释法析理，解读法律要点，传播正确司法理念，规范司法裁判活动。

本期推送内容为桃江县人民法院撰写的一起债务人在离婚协议中约定将房屋赠与给子女是否影响债权人申请执行的案例，欢迎关注、探讨和分享。



彭红艳

主审法官

桃江县人民法院牛田法庭庭长

一级法官



吴燕

案例编写

桃江县人民法院刑事审判庭

法官助理

债务人在离婚协议中约定将房屋赠与给子女并未办理
不动产转移登记不影响债权人申请执行
蒋某诉白某1、白某2执行异议之诉案

关键词：房屋赠与 申请执行 执行异议

案号索引

(2020)湘 0922 民初 2679 号

案例奖项

最高人民法院《中国法院 2022 年度案例》书籍采用

基本案情

蒋某与白某等人合伙协议纠纷一案，湖南省益阳市中级人民法院审理后认为该案属居间合同纠纷，于 2020 年 4 月 28 日作出 (2020)湘 09 民

终 459 号民事判决书，判决白某于该判决生效十日内返还蒋某 250000 元。

因白某没有履行生效法律文书确定的义务，蒋某向湖南省桃江县人民法院申请强制执行，该院作出 (2020)湘 0922 执 589 号执行裁定书，查封了白某所有的位于广东省中山市某镇房屋一套，查封期限为三年。

小雨系白某之女，白某与前妻郭某离婚时约定夫妻双方自购的广东省中山市某镇房产及家里电器、家私归白某所有，待女儿独立后，转为女儿小雨所有。

原告蒋某申请执行被告白某名下房屋时，小雨已满 18 周岁，故小雨提出执行异议，请求依法解除对案涉房屋的查封，湖南省桃江县人民法院于 2020 年 8 月 12 日作出 (2020)湘 0922 执异 21 号执行裁定书，中止对登记在白某名下的位于广东省中山市某镇房屋的执行。

蒋某对裁定不服，向湖南省桃江县人民法院提起执行异议之诉。

裁判结果

本案的争议焦点为小雨对案涉房产是否享有足以排除强制执行的民事权益。

湖南省桃江县人民法院经审理认为：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，但法律另有规定的除外。

案涉房屋登记在白某名下，小雨未取得案涉房屋的所有权，不能对抗第三人，不能基于案涉房屋所有权人的身份排除强制执行；白某与前妻郭某签订的《离婚协议书》中约定案涉房屋待女儿独立后转为女儿小雨所有，该约定应视为白某与郭某将房产赠女儿的意思表示。

赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。

本案中，白某、郭某仅是在《离婚协议书》中对赠与房产作出了意思表示，协议虽然对小雨设定了利益，但该利益是否实现取决于白某、郭某是否现实履行赠与房产的产权过户义务。《离婚协议书》作出后，白某、郭某并未将房产过户至小雨名下，对于本案中的房产赠与而言，**在白某将房产过户至小雨之前，赠与关系并未成立，小雨对于房产不享有所有权。**即使受赠人小雨表示接受并已经实际占有案涉房屋，但**《离婚协议书》是白某、郭某之间对于离婚财产如何处理的安排，而并非是白某、郭某与小雨之间签订的书面赠与合同，也不能认定赠与有效**，故小雨不能基于案涉房屋受赠人身份排除强制执行。

湖南省桃江县人民法院依照《中华人民共和国物权法》[《中华人民共和国物权法》已于2021年1月1日失效。《中华人民共和国民法典》第二百零八条：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”第二百零九条：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外。”]第六条、第九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百一十三条第(一)项之规定，作出如下判决：

准许继续执行白某所有的位于广东省中山市某镇房屋。

案例注解

本案是不动产登记效力对抗执行的典型案例。

《中华人民共和国民法典》于2021年1月1日实施，《中华人民共和国物权法》同时失效。《中华人民共和国民法典》第二百零八条、第二百零九条是对《物权法》第六条、第九条的沿袭，是对物权公示公信原则、不动产登记效力的规定。

公示公信原则是原《物权法》的基本原则，包括物权公示原则和物权公信原则，是两个相互依存的原则，基本含义是物权经过法定公示方法而取得物权的公信力。

公示，即公开揭示，使人周知之义。物权公示，是指在物权变动时，必须将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害并保护交易安全。物权公示原则指物权的变动即物权产生、变更或者消灭，必须以特定的、可以从外部察知的方式，即公示表现出来的物权法基本规则。

公信，是指物权变动经过公示以后所产生的公信力。物权公信原则所着眼的，正是物权变动中公示形式所产生的这种公信力，它是指物权变动按照法定方法公示以后，不仅正常的物权变动产生公信后果，而且即使物的出让人事实上无权处分，善意受让人基于对公示的信赖，仍能取得物权的原则。

按照公示公信原则的要求，不动产物权变动的公示方法是登记，不动产物权的设立、变更、转让和消灭应当依照法律规定登记，才能取得公信力；动产物权变动的公示方法是交付，动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付，动产交付产生动产物权变动的公信力。

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，统称为不动产物权变动。不动产物权变动的公示方法是登记。不动产物权变动必须依照法律规定进行登记，只有经过登记，才能够产生物权变动的效果，才具有发生物权变动的外部特征，才能取得不动产物权变动的公信力。不动产物权变动未经登记，不发生后物权变动的法律效果，法律不承认其物权已经发生变动，也不予以法律保护。

本案中，被告白某与前妻在离婚协议中约定将名下房产在女儿小雨成年后归小雨所有。民法

典物权编第二百零七条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。易言之，只有办理完房屋权属转移变更登记后，才能完成房屋权属的转让。案涉房屋由于未办理相应登记，故白某、小雨应向不动产登记管理部门提交相关资料，办理房屋权属转移变更登记，从而真正地完成案涉房屋的权属移转，否则，不能发生物权转移的效力。

（二）离婚家务劳动补偿案例

【以案释法】离婚了情没了，付出的家务劳动也打水漂了么？

2022-09-22 北京市通州区人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/SjZf6HxEUfQjmmGAzfR-Ag>

婚姻家庭生活中，家庭义务需要夫妻双方共同去承担，但若婚姻中一方成为了“全职太太”或“家庭煮夫”，对家庭倾注了更多的心血，那么离婚时要求另一方给付家务补偿，能否得到法律支持？

近日，通州法院适用民法典规定，审结了一起离婚家务补偿案件，依法维护了离婚时全职家庭主妇理应获得的家务补偿权益，下面让我们一起来看看这则案例。

01 【案情介绍】

夫妻多年感情破裂

妻子要求家务补偿

女方马某与张某结婚十余年并育有一女，由于双方婚前缺少了解，婚后感情一般，经常因琐事发生争吵，已经无法共同生活，感情确已破裂。对于离婚一事，二人无争议，但是对于家务劳动补偿金额问题双方争议较大，且调解无效。

马某认为，自己自孩子出生后，在婚后长达 7 年的时间里系全职家庭主妇，待孩子 7 岁之后才外出工作。在婚姻关系存续期间付出的家务劳动较多，且生活相对困难，要求张某对自己进行补偿，补偿标准按照婚姻关系期间张某年收入的 20% 计算共计 320 000 元。

张某认可马某在婚姻关系存续期间家务劳动付出较多，但认为马某要求的补偿标准过高。

02 【法院判决】

通州法院经审理认为：关于马某要求的家务劳动补偿这一诉求，现已查明马某因抚育子女、家务劳动等负担较多，马某在离婚时有权向另一方请求补偿，但二人未就此项请求达成一致意见，故本院结合双方的实际情况依法确认合理的补偿数额 80000 元。

判决后，双方均未上诉。目前该案件已生效。

03 【案例解析】

家务劳动虽无价

补偿金额应合理

本案中，马某主张其为全职家庭主妇期间，负担家庭义务较多，张某亦认可马某婚后自孩子出生到孩子 7 岁系家庭主妇并承担了抚育子女和照料老人等较多家务劳动的事实，故马某符合法律规定情形可在离婚时有权要求张某给付离婚经济补偿。关于补偿金额，在双方当事人无法就离婚经济补偿数额达成一致的情况下，法院结合北京市经济社会发展水平，综合考虑双方婚姻关系存在十余年的事实以及张某的经济收入较为稳定、良好的现状，并结合马某目前具备一定的经济能力，酌情支持了马某 80000 元的离婚经济补偿款。

判决后，张某自动履行了补偿款。

04 【法官提示】

证据举证要“合理”

数额认定有“依据”

《中华人民共和国民法典》第一千零八十八条规定：夫妻一方因抚育子女、照料老年人、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，另一方应当给予补偿。

离婚经济补偿制度，又称家务劳动补偿制度，顾名思义，系在承认家务劳动价值的基础上，从经济方面对其贡献者利益的补偿。此项制度与离婚损害赔偿制度、离婚经济帮助制度共同构成了离婚救济的三大制度。

家务劳动补偿是对家庭义务付出较多一方的权利给予救济和平衡，弥补付出一方因抚育子女、照料老人等而失去自我发展机会，并不简单等同于“保姆月薪”。实际生活中，家务劳动遍布生活的方方面面，且为另一方事业的发展以及孩子、老人的稳定生活提供了不可或缺的保障。民法典此举意在肯定家务劳动对和谐家庭、和谐社会的重要性，维护家庭关系中付出家务劳动多的一方的合法权利。

由于家务劳动具有隐蔽性、无形性，不易评价。所以对于请求家务劳动补偿的当事人来说，需要注意以下几点：

1. 注意收集证据。家务劳动补偿一般只能在离婚诉讼中提出，不能离婚诉讼后提出。在离婚诉讼中主张离婚经济补偿时，以双方协商为主。如果另一方不同意支付，一定要及时收集和保留能够证明自己是负担较多家庭义务的一方的证据，包括无工作的记录、亲朋好友的证人证言、对方工作及出差情况等等。

2. 正确认识法律层面的“家务劳动”。法律上所指的家务劳动负担较多不仅是长期性，还对劳动强度有要求。如虽然下班后去市场买菜频率较高，或者短期休假在家照顾孩子老人等，法律上不能以此为证据支持其家务劳动补偿的请求。

3. 家务劳动补偿金额考量因素多。对于离婚经济补偿金的金额问题，不是简单的“对方工资一分两半给我”，法院在考量中会根据当地生活水平、婚姻关系存续时间、一方的经济能力、子女抚养情况等因素酌情认定。

（三）解除婚姻关系案例

丈夫成植物人，几年后妻子身心俱疲起诉离婚，法院：准许

2022-09-26 北京青年报

<https://mp.weixin.qq.com/s/IBQKc74XirUfVb81B4D09Q>

因一场车祸，丈夫成了植物人，几年后，妻子决定起诉离婚。近日，江苏南通如东县法院审理了一起离婚案件。

一场车祸改变一个家庭的命运

2015 年，曹雨和叶凡婚后生下一子，2018 年 7 月，丈夫曹雨发生交通事故严重受伤，经抢救虽保住了生命，但成了植物人，需要持续治疗。

由于曹雨是单方事故，没有赔偿金，全家人为了曹雨的治疗耗尽积蓄。为缓解经济压力，妻子叶凡外出打工，瘫痪在床的丈夫以及上小学的儿子则由公婆照料。

几年过去，曹雨依然没有好转，独自在外打工赚钱的叶凡身心俱疲，渐渐萌生了离婚的念头。让叶凡意外的是，公婆听说了她的想法后并没反对，虽然舍不得，但他们也不忍心让年轻的儿媳苦苦守候一辈子。

老两口代替植物人儿子上法庭

由于曹雨伤情严重，无民事行为能力，无法通过民政局办理离婚手续，叶凡向法院提起离婚诉讼。

案件审理过程中，老两口表示不反对儿媳提出的离婚请求，但也不忍代替没有意识的儿子表示同意，希望由法院依法判决。关于儿子的抚养问题，老两口并未提出任何要求，但希望孙子由他们代为照顾。叶凡则主动表示，愿意每月给付丈夫的扶助费，并同意儿子由其爷爷奶奶照顾，自己承担儿子的全部抚养费。

法院经审理认为，曹雨因交通事故致重伤，现一直处于植物生存状态，夫妻之间无法交流，夫

妻生活名存实亡，致使夫妻感情完全破裂，现原告起诉离婚，应予准许。

关于原告对被告的夫妻扶助问题及原、被告之子的抚养问题，原告与被告的法定代理人即被告父母经过协商达成了协议，且不违反法律规定，法院予以准许。

相关解读

本起离婚案件特殊性在于一方当事人为无民事行为能力人。《民法典》规定，不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。



因本案系离婚纠纷，被告的配偶不能作为法定代理人参与诉讼，故由被告的父母作为监护人，代理被告实施民事法律行为。

《民法典》还规定了离婚经济帮助：离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给

予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。（文中所涉人物均为化名）

来源 | 南通市中级人民法院（ID：ntzy140825）

家事法苑™

（四）抚养费案例

【逢四说法】一笔“过期”的抚养费，让 20 岁的她和爸爸对簿公堂，法院：追索抚养费应及时

2022-09-01 江南法院新闻眼

<https://mp.weixin.qq.com/s/0FvJPxSRRPPTuohqGNyHEA>

未成年子女或不能独立生活的成年子女，有要求父母付给生活费的权利，但已成年的子女还能对自己在未成年期间的抚养费进行追索，并要求父母继续给付抚养费吗？

近日，南宁市江南区人民法院依法审结一起成年子女与父亲之间的抚养费纠纷案件。亲人对簿公堂，最终法院判决驳回原告要求支付抚养费的诉讼请求。

基本案情

肖女士与杨先生原系夫妻关系，两人于 2002 年 3 月生育一女小杨。2006 年 7 月，双方经法院调解离婚，自愿达成协议：婚生女儿小杨由肖女士携带抚养，2006 年 7 月至 2007 年 7 月杨先生暂不支付小杨的抚养费，小杨可于 2007 年 7 月以后另案向杨先生主张抚养费。

离婚后一年，肖女士和杨先生自行对小杨的抚养权进行变更，此后小杨一直跟随爷爷奶奶生活。2020 年 10 月，小杨就读于黑龙江某大学，学制四年，小杨则分别于 2020-2021、2021-2022 学年申请助学贷款合计 13000 元。今年 6 月，小杨以杨先生未尽父亲抚养义务，也未支付抚养费为由，请求法院判令被告杨先生支付其未成年期间生活费 88000 元，且自 2022 年 5 月起至大学毕业，每月向原告支付生活费 1000 元。

被告杨先生则辩称，原告自父母离婚后一直跟爷爷奶奶生活至今，抚养费都由杨先生支付，如今原告已年满十八周岁，学费生活费都是其通过助学贷款及勤工俭学等渠道得来，被告没有义务继续给付生活费和学费，原告诉请不能成立。

法院判决

江南区法院经审理认为：关于原告主张成年后直至大学毕业的生活费及大学期间学费、住宿费能否支持的问题。原告已成年并在大学就读，不符合尚在校接受高中及以下学历教育情形，且原告未提交证据证明其存在丧失、部分丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活等情况，不符合法律规定的“未成年子女或者不能独立生活的成年子女”的范围，故原告主张被告应支付其成年至大学毕业期间生活费及大学期间学费、住宿费的诉讼请求，没有法律依据，法院不予支持。

关于原告主张被告支付其未成年期间的生活费能否支持的问题。从抚养费立法目的和功能来看，抚养费的主要功能是保证未成年子女的健康成长，当子女成年且能独立生活后，抚养费的功能已经丧失，不再具有保护利益，故不能对其未成年期间父母应当承担的抚养费进行追偿。本案中原告已经成年，其诉请被告支付未成年期间的生活费，法院不予支持。

法官说法



抚养义务作为法定义务，基于亲子关系产生，未成年子女抚养费的给付期限，一般至子女十八周岁为止。给付抚养费是为了实现子女的正常成长，但若是子女已经成年能够独立生活，就不再存在这种需要。因此，追索抚养费应及时，当子女成年之后，不能再对未成年期间的抚养费进行追索。

虽然大多数父母基于情感、道德等因素仍将向接受大学教育的子女提供生活费视为责任，但此为道德选择，而非法定义务。成年大学生客观上已基本具备独立生活的能力，应鼓励他们自力更生，通过勤工俭学、自主创业、争取助学金等方式来维持学习和生活，在奋斗过程中实现自我价值。

（五）监护权案例

双胞胎因户口问题无法上学，法院快审快结：监护权不归父母，归她！

2022-08-31 浙江天平 义乌法院

https://mp.weixin.qq.com/s/T_GVpgDCwBu2QHx-zA3iyw

周外婆：“多亏有了法院的判决，我两个外孙的户口终于有着落了，9月1日就可以去上学了！”

近日，义乌市人民法院快立快审快结了一起申请变更监护人纠纷案，让原本因户口问题无法上学的双胞胎重获权利。作为孩子们新的监护人，周外婆很欣慰。

周外婆的女儿周某在与陈某同居期间生育了一个女儿、一对双胞胎儿子（化名小宇、小皓），后双方感情恶化在解除同居关系后达成协议：

女儿由母亲周某抚养，双胞胎儿子由父亲陈某抚养；父亲陈某因工作原因将双胞胎儿子暂时交给母亲周某抚养并由父亲陈某每月支付1200元抚养费。

然而，父亲陈某支付了2万元抚养费后便再未支付抚养费也未带走双胞胎儿子，还以各种理由不配合为双胞胎儿子办理落户手续。

小宇、小皓实际一直跟随外婆共同生活，由于户口必须办理在有监护权的人名下，小宇、小皓一直没能落户。

父亲陈某的户籍在四川，目前远在福建打工居无定所。母亲周某也已改嫁并抚养三个女儿。双方都表示经济条件不好，无力负担双胞胎儿子。

眼看着小宇、小皓越来越大，因为户口问题一直没能上学，与他们同龄的孩子都要读小学三年级了。周外婆越发着急，今年6月底向义乌法院起诉要求变更监护权。

义乌法院在收到起诉状后，为了不耽误小宇、小皓于今年9月入学，快速立案，优先排期。

法院在充分调查后认为父亲陈某、母亲周某怠于履行监护职责，导致双胞胎儿子至今尚无户

籍，严重损害了未成年人的生存权和发展权。而小宇、小皓自出生起，生活起居一直由外婆照顾，他们表示希望以后可以继续跟随外婆一起生活。父亲陈某、母亲周某也同意由周外婆行使监护权。法院遂作出判决依法支持周外婆的诉请。

此案从立案、开庭审理到判决仅用时21天，为小宇、小皓在9月开学前完成落户、学校报名等事项提供了充分的准备时间。

拿到法院的判决后，周外婆第一时间去公安窗口为小宇、小皓办理了落户手续。8月25日，当法官再次联系周外婆时，小宇、小皓正在认真做入学前的准备，他们表示已经迫不及待想去上学了。

法官说法

父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务，依法行使监护权是父母的法定职责。本案中父亲陈某、母亲周某不履行法定监护职责，使得未成年人小宇、小皓一直未能落户上学，损害了他们的生存权和发展权，严重违反我国保护未成年人权益的规定。依据《中华人民共和国民法典》第三十六条的规定，依法可以撤销父母的监护权。另外，法律规定依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母被撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务，也就是说虽然父亲陈某被撤销了监护权，但是父亲陈某还是应当继续支付小宇、小皓的抚养费。本案的快速审理和判决充分保障了小宇、小皓的合法权益，体现了法院对未成年人的关爱和保护。

法条链接

《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。

《中华人民共和国民法典》第三十七条：依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。

（六）赠与案例

湖北一男子瞒着妻子多次向情人转账 法院：擅自将夫妻共同财产赠与他人的行为无效，财产应返还

2022-09-08 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/08/content_220777.htm?div=-1

本报讯（记者 王洪 丁俐 通讯员 刘晓妍）丈夫与他人产生婚外情，并瞒着妻子给情人多次转账，最终被妻子发现。近日，湖北省宜城市人民法院审结了一起赠与合同纠纷案，认定丈夫对情人的赠与行为无效，支持了妻子要求返还赠与财产的诉讼请求。

胡某（女）和朱某于 2000 年登记结婚。2021 年 11 月，朱某通过网上交友广告结识了陈某，并迅速发展成为情人关系。二人交往期间，朱某为讨陈某欢心，多次向陈某微信转账支付生活开销、每月固定生活费、情人节转款表达心意等共计 8000 余元。2022 年 4 月，朱某想要结束关系，陈某以曝光二人不正当关系为由迫使朱某向其指定账户转账 2 万元。

直到此时，妻子胡某才发现朱某不仅背叛了婚姻，还偷偷向情人转账，认为该行为损害了自

己的合法权益，遂将朱某和陈某告到法院，要求退还全部赠与款项。

法院审理后认为，夫妻共同财产是一个不可分割的整体，夫妻非因日常生活需要处分共同财产时应协商一致，朱某擅自将夫妻共同财产赠与他人侵犯了妻子胡某的权益。此外，朱某在婚姻存续期间与陈某产生婚外情，陈某明知朱某尚有配偶仍与其交往，二人行为与社会主义核心价值观背道而驰。综上，在未经胡某同意的情况下，朱某的赠与行为侵害了胡某的合法权益，违反夫妻忠实义务、违背社会公序良俗、违背社会主义核心价值观，故法院确认朱某擅自将夫妻共同财产赠与情人陈某的行为属无效行为，陈某基于无效的赠与行为所取得的财产，依法应当全部返还。

协议离婚后，男子拒绝交付约定赠与孩子的房屋，法院出手了！

原创：2022-09-20 湖南高院 新媒体工作室

<https://mp.weixin.qq.com/s/oUS7hXB4sA2STdNkRDBr0A>

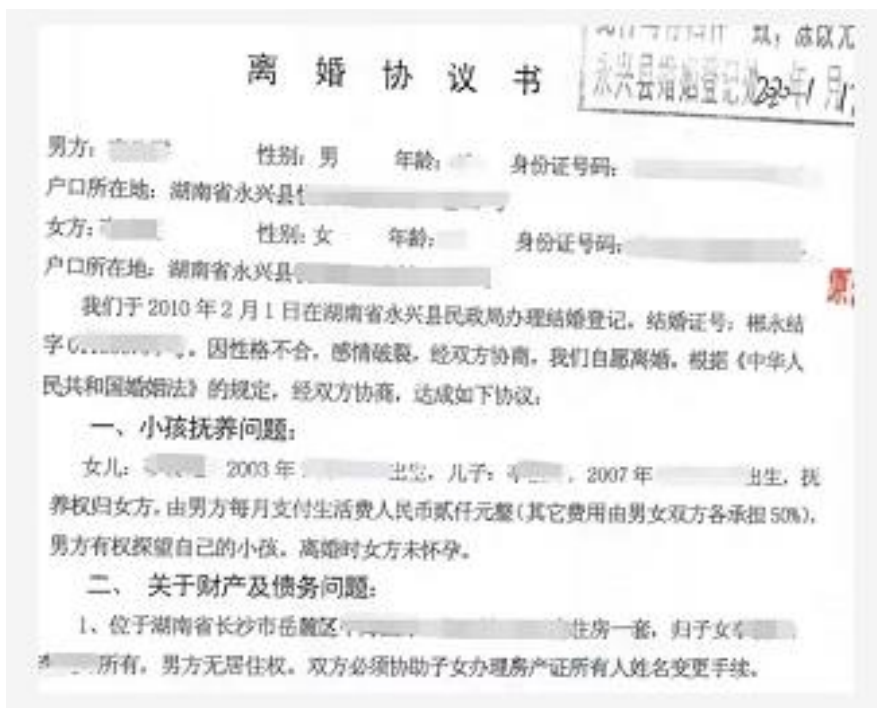
夫妻双方离婚时，约定将房屋赠与给小孩，但真要到办理过户手续的时候，一方却始终拖延。

日前，湖南永兴县人民法院执行了一起离婚后财产分割案件。

离婚协议约定房产赠与子女，男子后悔了……

李女士和李先生于 2010 年 2 月结婚，婚后生育一儿一女，并于 2015 年 6 月 25 日在长沙市岳麓区以按揭的方式购买了一套住房。

2020 年 1 月 17 日，双方因感情不和在永兴县民政局协议离婚，并约定两个未成年小孩由李女士直接抚养，作为夫妻共同财产的房产赠与两个小孩，且过户至两个小孩名下。



离婚协议内容

然而双方离婚后，李先生开始反悔，不愿意将房屋过户至两个小孩名下，李女士不得已诉至永兴县人民法院。

法院调解完仍以各种理由拒绝，强制执行！

因该房屋按揭贷款未还清，无法直接过户，经法院调解，双方达成协议，待案涉房屋银行按揭贷款还清且符合过户条件后，李先生即时协助李女士将房屋过户登记在两个小孩名下。

2022 年 6 月 30 日，案涉房屋的贷款全部结清，完全符合过户的条件。李女士几次催告，李先

生均以各种理由拒绝办理，于是李女士向法院申请强制执行。

案件进入执行程序后，执行法官立即与被执行人李先生取得联系并敦促其履行义务，然而，李先生以工作忙和路途遥远为由不予配合。

执行法官随即向李先生释明，如拒不配合过户将对其采取罚款、拘留等强制措施。迫于法律的震慑，李先生在法官的指导下，办理了公证委托过户手续，委托第三人将房屋过户至两个小孩名下。

9 月 7 日，案涉房屋产权正式变更登记至两个小孩名下。



现实生活中，夫妻协议离婚后，一方经常反悔，拒绝按照协议约定交付离婚协议中约定赠与房屋。《中华人民共和国民法典》第六百五十八条第一款规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，但离婚协议中关于房屋赠与的约定并不是一般意义上的民事合同，与解除婚姻关系密不可分。《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）》第七十条规定：“夫妻双方协议离婚后就财产分割

问题反悔，请求撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”根据上述规定，只要离婚协议是双方的真实意思表示，不存在欺诈和胁迫等可撤销或者变更协议的情形，协议就合法有效，双方均应践约履行。

来源：永兴县人民法院

作者：李剑平 编辑：李元

（七）婚约财产纠纷案例

婚约解除后彩礼应当返还 安徽全椒一男子诉请前女友返还婚约财产获支持

2022-09-06 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/06/content_220713.htm?div=-1

本报讯 近日，安徽省全椒县人民法院依法审结一起婚约财产纠纷案件，依法判决被告刘某返还原告张某某 2.8 万元，于判决生效之日起十日内付清。

2020 年 6 月，张某某与刘某经人介绍后相识、相恋。恋爱期间，张某某于 2020 年 9 月 15 日转账 3000 元给刘某、于 2020 年 10 月 4 日给刘某购买一枚价值 2128 元的戒指、于 2020 年 10 月 5 日再转账 2 万元给刘某购买首饰。2020 年 10 月 18 日，张某某与刘某举行了订婚仪式。按照当地风俗，订婚时张某某给刘某 1 万元作为订婚礼金，张某某亲戚给刘某 3000 元。2021 年 1 月 7 日，张某某再次转账给刘某 1500 元买衣服。但此后不久，张某某与刘某产生矛盾，经亲友协调仍无法恢复关系，遂解除双方婚约。后，张某某向全椒法院起诉，请求法院判令刘某返还自己与刘某恋爱、订婚期间支出的财产。

刘某辩称，原告所述不符合事实，自己并没有收到原告及其亲属订婚时给的 1.3 万元。原告给的其他钱是双方在谈婚论嫁期间产生的生活消费和作为礼物的赠与，自己没有义务返还。

全椒法院审理后认为，法律禁止借婚约索取财物。按照当地民间习俗，男方欲娶他家女子为妻时，应向女方家送彩礼，目的是送彩礼之后正式缔结婚姻，建立一种婚约关系，仪式较为隆重，

一般会涉及双方父母、亲人、朋友的参与。婚约财产是当事人之间以登记结婚为目的、由一方支付给另一方的财产，若登记结婚这一目的未得以实现，接受婚约财产的一方有义务适当返还。

张某某与刘某恋爱、订婚期间，刘某共收受了张某某一方钱款 39628 元，现双方解除婚约后，除了张某某为刘某购买戒指和衣服支出的钱不宜返还外，刘某有义务将其取得的婚约财产适当返还给张某某。结合本案的实际情况，法院酌定刘某返还张某某 2.8 万元。刘某辩称订婚时没有收到 1.3 万元及收到的钱款用于双方生活消费，因证据不足，法院不予采纳。法院遂作出上述判决。

（开 磊）

■法官说法■

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第五条规定，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活；（三）婚前给付并导致给付人生活困难。本案中，结合已给付财产实际使用情况，根据有关法律法规和从诚实信用等原则出发，判决刘某适当返还部分财产并无不当。

（八）居住权案例

居住权的设立及居住权期限的认定 ——姜某、董甲诉董丙、刘某居住权纠纷案

2022-09-16 山东高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/MyVez70mFlgu799xnGBQtQ>

裁判要旨

当事人设立居住权，应当采用书面形式签订居住权合同；当事人也可以遗嘱的方式为他人设立居住权。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立。当事人可以就居住权的存续期限作出约定；如果当事人未对居住权期限作出约定，居住权人死亡的，居住权消灭。

基本案情

姜某、董甲向烟台市莱山区人民法院起诉称：原告姜某系董乙之妻、原告董甲系董乙之子；被告董丙系董乙之父，被告刘某系董乙之母。董乙于 2021 年 3 月离世，原告与被告办完丧事后，对董乙生前与二被告之间的债权债务进行了核算和整理，并且经协商一致后，双方就以房抵债等问题签订了《协议书》，协议书中约定：董乙对烟台市莱山区某小区房屋的 50% 产权全部归董丙所有，以抵顶董乙欠被告的全部债务，原告对该房屋有长期居住权。因为目前相关部门还没有登记居住权的相关规定，暂时无法对于原告的居住权进行登记，为保护妇女儿童的合法权益，原告请求判决原告与被告双方签订的《协议书》有效，判决原告对涉案房屋有长期居住权。

烟台市莱山区人民法院经审理查明，原告姜某系董乙之妻、原告董甲系董乙之子；被告董丙系董乙之父，被告刘某系董乙之母。2021 年 3 月，董乙离世。涉案房屋系董乙与被告刘某按份共有，二人各自拥有 50% 份额。2021 年 4 月，二原告与二被告签订《协议书》，约定董乙对涉案房屋的 50%

产权全部归被告董丙所有，以抵顶董乙欠二被告的全部债务；二被告同意二原告对该房屋享有长期居住权，二被告不得以任何理由阻碍二原告的居住权。

裁判结果

烟台市莱山区人民法院判决：一、原告姜某、董甲与被告董丙、刘某签订的《协议书》有效；二、原告姜某、董甲对涉案房屋终生享有居住权。一审判决作出后，当事人均未提出上诉，一审判决已生效。

案例解读

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第三百六十六条规定：“居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。”这是关于居住权概念的一般规定。居住权作为一种用益物权，是指在他人住宅上设定的为特定自然人生活需要而对该住宅享有的占有、使用的权利，其特征为：

- （一）居住权的基本属性是他物权，具有用益性；
- （二）居住权是为特定自然人基于生活用房而设立的物权，具有人身性；
- （三）居住权是一种长期存在的物权，具有独立性；
- （四）居住权的设立是一种恩惠行为，具有不可转让性。

当事人设立居住权，应当采用书面形式签订居住权合同；当事人也可以遗嘱的方式为他人设立居住权，即住宅所有权人在自己的遗嘱里明确为他人设立居住权。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记；居住权自登记时设立。居

住权因居住期限届满或者居住权人死亡而消灭，并应向登记机关及时办理注销登记。因居住权一般为满足特定自然人生活居住的需要设立，故对其做出了不得转让和继承的限制性规定。居住权以无偿设立为原则，当事人可以就是否无偿设立作出约定。

本案中，原、被告签订的《协议书》约定的住宅位置明确，并对原告的居住权行使作出不得出租的限制，居住权的条件和要求清晰，符合居住权合同成立的一般要件，意思表示真实且不违反法律和行政法规的强制性规定，合法有效。双方在《协议书》中对居住权的期限约定为“长期”，约定并不明确。我国法律在对居住权制度创设初始，为达到保护居住权人的目的，赋予居住权长期性的特点，一般持续至居住权人终生；如果当事人未对居住权期限作出约定，根据《民法典》的规定，居住权人死亡的，居住权消灭。本案中，原告提出对案涉住宅终生享有居住权，被告亦作出同意的意思表示，故法院在充分尊重当事人意思自治的基础上作出判决，并在判后向当事人释明应及时向登记机关申请办理居住权登记。

相关法条

《中华人民共和国民法典》第三百六十六条 居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

《中华人民共和国民法典》第三百六十七条 设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。

居住权合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）住宅的位置；
- （三）居住的条件和要求；
- （四）居住权期限；
- （五）解决争议的方法。

法官简介



王丹 烟台市莱山区人民法院立案庭副庭长
一级法官



张磊 烟台市莱山区人民法院法官助理

一审独任审判员：王丹

法官助理：张磊 书记员：宋晓萃

编写人：烟台市莱山区人民法院 张磊

审定人：山东省高级人民法院 芦强

烟台市中级人民法院 罗春光

（九）收养案例

收养 17 年才登记是否有效？上海法院守护未成年人成长这样做→

2022-09-23 浦江天平

<https://mp.weixin.qq.com/s/thDoIssue6aqlkjIsWE0YZA>

17 年前，一名弃婴被一对夫妻收养，但未办理手续；17 年后，夫妻俩想申请收养，却被认定收养能力不合格遭拒。如何更好保护未成年人合法权益，如何在法理与情理中实现平衡？

近日，上海铁路运输法院（以下简称上铁法院），协调化解一起因收养登记引发的纠纷，这也是《民法典》实施后，上海首例收养登记行政案件。

案情回顾

徐某某与妻子邓某婚后未生育子女。2004 年，徐某某拾得一名弃婴，报警后多方找寻婴儿的亲生父母未果，便收养了该婴儿，取名徐小某，但未办理收养手续。

2021 年，徐某某、郑某向某区民政局提出收养徐小某的申请。区民政局受理后，经评估认为徐某某在个人信用方面存在贷记卡呆账和失信被执行记录等问题，根据《上海市收养评估办法》有关规定，认定两人收养能力不合格，遂作出不予办理收养登记通知。徐某某、郑某不服，诉至上铁法院，请求判决撤销该通知，并出具收养登记证。

经初步审查，合议庭发现《民法典》将被收养人的年龄限制从不满 14 周岁放宽至不满 18 周岁，扩大了对未成年人的保护。而徐小某即将达到被收养人最高年龄限制，却面临无法被收养的风险。为了充分保障徐小某合法权益，合议庭采取多项措施实质性解决涉案收养争议。

首先，合议庭庭前数次在线谈话，了解原告家庭真实意愿。经过与徐某某、郑某、徐小某沟通，合议庭掌握了徐小某主要生活求学经历，知晓其

对两原告的父母身份有较强的认同感和被收养意愿，同时也了解到徐小某因未办理收养手续，生活、求学等存在诸多不便，三人均表达了要进行收养登记的强烈意愿。

随后，合议庭成员与市、区两级民政局充分沟通，对相关法律法规适用进行研讨。各方一致认为 2021 年 4 月 1 日起施行的《上海市收养评估实施办法》作为规范性文件，对规范收养评估工作发挥了积极作用。但本案具有特殊性。因所涉收养行为发生于 2004 年，申请人与被收养人之间已经形成了事实抚养关系，有较稳定的感情基础。在法律适用上要考虑本案实际情况，切实保障未成年人合法权益。

此后，上铁法院向区民政局发送协调化解矛盾建议函，建议因案制宜解决收养争议。区民政局收到后，在市民政局指导下，为两原告办理了收养登记，两原告遂撤回本案起诉，案件争议得以实质性化解。

法官说法

家庭是社会的基本细胞，也是未成年人成长的摇篮，维护家庭和谐稳定、保护未成年人权益是审判工作的重要职能，也是本案需要关注的重点。作为法官，在涉少案件中，应始终秉持未成年人利益最大化理念；在解决收养行政争议时，充分考虑未成年人合法权益和情感意愿，全程践行最有利于被收养人原则。

本案中，两原告与被收养人以父子、母子相称，共同生活十余年，两原告对被收养人履行了抚养、教育义务，彼此感情深厚。综合考虑申请人

收养能力、被收养人无合法身份后果影响以及法律适用等因素后，合议庭积极贯彻行政争议实质化解理念，及时向行政机关发出了协调化解矛盾建议函。行政机关在法律适用上考虑了本案实际

情况，以切实有效的方法解决问题，行政争议得以圆满解决。

来源 | 上海铁路运输法院

文字：黄诗原、陶韬

责任编辑 | 郭燕

家事法苑

（十）其他案例

虚假诉讼被罚两万！大兴法院通报整治虚假诉讼典型案例

2022-09-01 京法网事

<https://mp.weixin.qq.com/s/bPexkwFBEbWVfy12GBjrjw>

甲与乙原系夫妻关系，二人于 2015 年 9 月离婚。2019 年 3 月，甲提起离婚后财产纠纷的诉讼，要求分割与乙婚姻存续期间共同建造的宅基地房屋，后二人在诉讼中达成调解协议对房屋进行了分割，并申请法院出具民事调解书。然而，在甲提起上述案件诉讼之前，甲、乙已将案件中涉及的房屋出售给丙，丙也实际占有了房屋，且甲、乙在另外两起诉讼案件中，均在法庭上陈述已将房屋出售给丙。甲、乙在诉讼中隐瞒了房屋已经售出重要事实，导致法院错误出具民事调解书，损害了丙的合法权益。

大兴法院最终裁定撤销该民事调解书，并对甲、乙分别处以两万元罚款。

该案是涉及宅基地房屋的虚假诉讼案件。宅基地房屋升值空间大，登记制度尚待进一步完善，因此其相关纠纷案件是实践中虚假诉讼的易发高发点。另外，该案系大兴法院首次在审理第三人撤销之诉案件中认定虚假诉讼行为，充分体现了第三人撤销之诉的程序价值。



新闻发布会现场

虚假诉讼不仅扰乱司法秩序、浪费司法资源，而且严重损害群众合法权益，破坏社会诚信体系建设。9 月 1 日上午，大兴法院召开虚假诉讼整治

工作及典型案例新闻发布会，通报该院整治虚假诉讼的工作举措及成效，并发布六起典型案例。



发布会由大兴法院党组成员

政治部主任赵芳芳主持

虚假诉讼是指单独或者与他人恶意串通，采取伪造证据、虚假陈述等手段，捏造民事案件基本事实，虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼，损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，妨害司法秩序的行为。



大兴法院立案庭（诉讼服务中心）庭长 赵玉东

据大兴法院立案庭（诉讼服务中心）庭长赵玉东介绍，实践中，民间借贷纠纷，执行异议之诉，第三人撤销之诉，离婚后财产纠纷，劳动争议，涉拆迁的离婚、分家析产、继承、房屋买卖合同纠纷等，都是虚假诉讼容易发生领域，需要特别关注。

近年来,大兴法院积极总结审判实践经验,准确把握虚假诉讼的特征表现,不断完善预防提示工作机制,综合采取民事、刑事等多种措施制裁虚假诉讼违法犯罪行为,取得良好效果。2020 年以来,大兴法院累计对 11 名参与虚假诉讼的当事人、代理人、证人等采取民事制裁措施,累计对 5 名被告人判处虚假诉讼罪。

大兴法院将主动检索筛查与书面提示相结合,不断加强对立案、诉前调解、审理阶段重点节点监控。加大业务培训力度,提高办案人员对虚假诉讼的防范意识和识别能力。构建联动整治机制,加大惩戒力度,完善与公安机关、检察机关案件移送、起诉机制,形成整治虚假诉讼工作大格局。多部门协同推动虚假诉讼源头整治,发布整治虚假诉讼倡议书,组织开展专题座谈交流,提高共同预防和整治虚假诉讼的责任感和主动性。全方位多渠道加强虚假诉讼普法宣传,引导当事人正确看待和行使诉讼权利,倡导诚信维权、合法诉讼、守法护法,为整治虚假诉讼提供良好舆论氛围。



大兴法院经济技术开发区法庭庭长 齐伟龙

大兴法院经济技术开发区法庭庭长齐伟龙指出,近年来,随着诉讼案件数量的逐年增加,虚假诉讼案件的数量也在一定程度上呈上升趋势,其所带来的社会危害是相当严重的,一方面,虚假诉讼动摇了司法权威,影响法院的司法公信力;另一方面,严重干扰正常的审判秩序,并造成司法资源的不必要浪费。



扫码查看“虚假诉讼典型案例”



下一步,大兴法院将继续完善工作机制,坚持多措并举,以“零容忍”的态度整治虚假诉讼,按照“总体从严、打击重点、刑民协同”的工作要求,发挥惩治威慑效力,营造诚信守法的社会环境。

三、继承

拆迁“拆”出的继承纠纷……

2022-09-05 天津高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/JHcUqbqgTlUQGZZv9gTKig>

长辈离世给人留下悲痛，而子女为争夺遗产闹得不可开交，更是一种伤痛。

近日，东丽法院审理了一起关于房屋拆迁的遗产继承纠纷案。这起案件的主角是兄弟姐妹七人，原告是李一、李二、李三，被告是李四、李五、李六、李七，原、被告的关系是亲兄弟姐妹。

案情简介

原、被告父亲李某于 1985 年去世，母亲张某 2013 年 12 月去世。根据拆迁政策，被继承人即原、被告母亲张某作为村集体经济组织成员，享有拆迁安置补偿面积。

被告李四名下的坐落于天津市东丽区某村的平房，于 2016 年拆迁，在选取拆迁安置房屋时，使用了被继承人张某的拆迁安置补偿面积。而这七个人的矛盾纠纷的源头，就是关于母亲张某享有的这部分拆迁安置补偿面积的继承问题。因原、被告多次沟通未果后，遂诉至法院。

接到该案件后，承办法官孙兆敏第一时间阅卷梳理案情，及时确定案件的调查方向和各方的争议焦点，力争保证案件进程不停滞，及时高效地为双方当事人化解矛盾纠纷。

理清案情后，第一时间逐个与案件当事人联系，就双方矛盾点进行沟通交流，即使在前期调查中已进行详细的沟通，但是在庭审当中，原、被告之间仍旧不断发生冲突，庭审无法进行的局面。

原告：法官，不是我非要在法庭上吵闹，李四在选取拆迁安置房屋时，使用了我母亲张某的拆迁安置补偿面积。现在都已经办理了还迁房屋产权登记手续。但是这部分被占用的面积和分到的小户型的房子也算是我母亲的遗产吧，虽然我

母亲没有留下遗嘱，但是，我们也应依法平均继承被继承人张某享有的拆迁安置补偿面积吧。

被告：你也说了，没有留下遗嘱，母亲去世前都是我们在照顾，而且不是我不给你，但是这部分补偿面积本身就有争议，你说的是一个数字，我说的是一个数字，那到底应该是哪一个数字，总要有个明白吧。

面对这种情况，法官秉承着“司法为民”的理念，以“家事纠纷宜解不宜结”为出发点，晓之以理、动之以情，耐心与七兄妹沟通，充分释法说理。但是多年来，七兄妹多年来形成的矛盾，让他们各执己见、僵持不下……

情理讲不通，就通过法理来解决。经过多方调查，以及多次与双方当事人沟通，法官对着案卷以及和原、被告多次沟通后确定的面积数额，拿着计算器，一遍又一遍地验算。

最终，在法官的努力下，明确了原、被告的还迁补偿面积，并且精准计算出七兄妹每人能够分得的平米数，将分得的平米数折合为对应的折价款。

在明确还迁补偿面积后，法官再一次逐个与案件当事人联系，分别询问对继承份额的处分意见。

最终，判决登记在被告李四名下坐落于案涉天津市东丽区某村一套平房还迁协议中有被继承人张某的遗产平方米数，依法由原告李一、李二，被告李四、李六、李五、李七每人继承七分之一，李三按之前兄弟姐妹间的约定，继承七分之二（原、被告对此均无异议），被告需给付原告对应遗产继承面积的折价款。原、被告对此判决结果均表示接受。



法官孙兆敏：虽然张某并未留下遗嘱，但是依据法律规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，被继承人张某对该遗产未留有遗嘱，依照法律规定应当法定继承，故被继承人张某的遗产平米数应由原、被告平均继承。

法官通过调解与审判相结合的方式结案，不仅圆满化解了这起家庭遗产继承纠纷案，同时还在一定程度上，修复了家庭成员之间的紧张关系，缓和了七兄妹之间积怨已久的矛盾，取得了“案结、事了、家和”的良好效果。

相关法条链接

《中华人民共和国民法典》

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

第一千一百二十四条 继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

第一千一百三十条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

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

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

继承人协商同意的，也可以不均等。

儿子不愿赡养母亲，母亲能否将百万元房产赠与扶养人？ 柳州柳北区法院：扶养人尽职履行约定扶养义务后，依照合法协议可获得赠与

2022-09-13 人民法院报

http://rmfbyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/13/content_220872.htm?div=-1

本报讯 近日，广西壮族自治区柳州市柳北区人民法院依法对一起遗赠扶养协议纠纷案作出一审裁判，判决被继承人戴某的前夫蔡某作为遗赠扶养协议扶养人，尽心履行照顾义务，获得协议约定遗产。

戴某是柳州市柳北区某村村民，2013 年城乡改建时因自建房拆迁获得一套 150 平方米的安置房作为补偿。因看病急需用钱，戴某与征地办协商，将原分配的 150 平方米安置房换成了 90 平方

米加补偿款 20 多万元。2020 年 3 月，年事已高的戴某因病离世。

戴某生前曾有过两段婚姻：第一段婚姻，戴某与男方庞大某于 1986 年结婚，二人婚姻期间共同生育一子庞小某，庞大某于 1992 年因故离世；第二段婚姻，2012 年戴某与男方蔡某经人介绍认识并于 2014 年登记结婚，婚后未生育或收养子女，后二人于 2017 年经法院调解离婚。

戴某在结束第二段婚姻后，于 2019 年开始病情逐渐恶化。由于长期卧病在床需要人陪护照顾，早年拆迁获得的 20 多万元补偿也已所剩无几，戴某向儿子庞小某求助。庞小某不但不顾不理，而且还表示不愿意负担母亲后续的治疗费用。伤心无奈之下，戴某找到前夫蔡某协商扶养及其过世后的殡葬事宜，并在律师的见证下签订了协议书，详细约定了医疗、饮食起居等生活安排及扶养遗赠等事项的权利义务。协议中明确约定，前夫蔡某如能按该协议书约定事宜尽职尽责履行义务，待戴某过世之后，其名下 90 平方米安置房的房屋就赠与蔡某。

戴某与蔡某签订协议后，蔡某依约履行义务直至戴某离世。当蔡某处理完戴某的后事，拿出协议书主张自己的权利时，却遭到了庞小某的反对。因庞小某拒绝配合蔡某完成戴某名下房屋的过户手续，且经多次协商无果，2021 年 12 月，蔡某将庞小某诉至法院，请求法院依法判决蔡某合法继承戴某名下房屋。

今年 2 月，柳北区法院依法开庭审理该案。

蔡某诉称，在戴某无钱医病又急需人陪护照顾，而其子却不顾不理的情况下，其与被继承人戴某签订了协议书，且戴某先行聘请律师商议并草拟协议书后找到自己协商，双方是在律师见证下自愿签订的。其已依约尽职尽责履行了扶养义务，并妥善办理好了戴某的丧葬事宜，应按照协议约定内容继承房产。

庞小某辩称，其不同意蔡某的观点。第一，蔡某出示的协议书并非是被继承人戴某的真实意思表示。当年戴某因看病急需用钱，在特殊的情况下，戴某被迫才与蔡某签订了协议。第二，蔡某并未按协议书约定履行义务，且协议书中约定的权利义务也不对等。蔡某扶养照顾、安葬戴某仅花费数万元，却约定其在履责后获赠价值百万元的房屋，有失公正。第三，子女是父母最亲近的人，父母生病子女当然会出钱出力，况且子女继承父母遗产是天经地义的事，从来没有见过父母的遗产不留给子女，而送给外人的事情。庞小某表示，

戴某名下的房屋应按法定继承处理，对于蔡某扶养、丧葬支出的开销，可以从戴某的遗产中扣除。

柳北区法院经审理认为，被继承人戴某与蔡某签订的协议书，性质上属于遗赠扶养协议，协议签订过程是在见证人的见证下签订完成的，系双方真实意思表示，合法有效，法院予以确认。法院根据现有证据所查明的事实，蔡某对戴某生前尽了照顾义务，在戴某死后也为其处理了殡葬等事宜，法院认为蔡某有权依据协议约定取得戴某名下房屋。

关于庞小某主张其作为子女也有出钱出力照顾母亲戴某，子女理应继承父母遗产的观点，法院认为，首先，戴某在疾病缠身，无钱医治、无人照顾的情况下，与蔡某签订协议书约定由蔡某对戴某进行照顾、支付医疗费并处理丧葬事宜，戴某将其财产赠与给蔡某，系戴某对自身权益的处分，不违反法律的规定，应认定有效。庞小某作为戴某的儿子，在戴某患病情况下未履行其本该承担的主要赡养、照顾义务，在戴某去世后又以对法定继承人明显不公为由，主张法定继承分配涉案房屋，有悖常理，法院对其主张不予支持；其次，戴某与蔡某签订协议书，并不排斥其他亲属、朋友基于亲情、友情对戴某进行照顾，故法院对于庞小某的上述辩称不予采信。

综上所述，法院依法判决原告蔡某受遗赠取得戴某名下房屋的所有权利。庞小某不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理后依法判决驳回上诉，维持原判。

（梁 峰）

■法官说法■

根据民法典第一千一百五十八条，自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照本案遗赠扶养协议，蔡某个人承担戴某生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。我国法律规定的继承方式有三种，即法定继承、遗嘱继承和遗赠扶养协议。法定继承是由按照法律规定的继承顺序直接继承；遗嘱继承是依照被继承人生前遗嘱进行继承；遗赠扶养协议是遗赠人与扶养

人订立的，以被扶养人生养死葬及财产的遗赠为内容的协议，这类协议在我国的社会生活和司法实践中已有相当成熟的经验，它常常能在老人自主、自愿的情况下，更好地满足老人晚年所需的物质供养、精神支持或陪伴。但由于受遗赠人大多与被扶养人没有直接的亲属关系，甚至可能是由法定继承人以外的自然人或组织担当，有着较强的商事性，加上有偿遗赠付出的金钱可能会大于、等于或小于受遗赠人所取得遗产的价值，导致继承开始后，法定继承人往往因为没能分到遗产或少分遗产，而产生强烈的抵触情绪。

根据案件证据，还原到被继承人戴某与前夫蔡某签订协议，不难发现无助老人向子女求助、当确定子女不愿意履行赡养义务时，最后选择通过法律途径，寻求了一条有人愿意为其养老送终的解决方案。作为子女本身，既然选择了“不赡养老人不尽孝”，那继承开始也就“遗产无份莫懊恼”。尊老敬老爱老是中华民族的传统美德，而赡养老人是每个成年子女应尽的法定义务。每个子女都应当怀揣着一颗尊重老人、敬爱老人的心，尽心竭力奉养好自己的父母，使其安度晚年，让尊老敬老爱老传统美德成为能继承到的最好“遗产”。

百万房产遗赠前夫，儿子不干了

2022-09-14 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/tY5SiPv8in0iJXh3RwWnWw>

近日，广西壮族自治区柳州市柳北区人民法院依法对一起遗赠扶养协议纠纷案作出一审裁判，判决被继承人戴某的前夫蔡某作为遗赠扶养协议扶养人，尽心履行照顾义务，获得协议约定遗产。

戴某是柳州市柳北区某村村民，2013 年城乡改建时因自建房拆迁获得一套 150 平方米的安置房作为补偿。因看病急需用钱，戴某与征地办协商，将原分配的 150 平方米安置房换成了 90 平方米加补偿款 20 多万元。2020 年 3 月，年事已高的戴某因病离世。

戴某生前曾有过两段婚姻：第一段婚姻，戴某与男方庞大某于 1986 年结婚，二人婚姻期间共同生育一子庞小某，庞大某于 1992 年因故离世；第二段婚姻，2012 年戴某与男方蔡某经人介绍认识并于 2014 年登记结婚，婚后未生育或收养子女，后二人于 2017 年经法院调解离婚。

戴某在结束第二段婚姻后，于 2019 年开始病情逐渐恶化。由于长期卧病在床需要人陪护照顾，早年拆迁获得的 20 多万元补偿也已所剩无几，戴某向儿子庞小某求助。庞小某不但不顾不理，而

且还表示不愿意负担母亲后续的治疗费用。伤心无奈之下，戴某找到前夫蔡某协商扶养及其过世后的殡葬事宜，并在律师的见证下签订了协议书，详细约定了医疗、饮食起居等生活安排及扶养遗赠等事项的权利义务。协议中明确约定，前夫蔡某如能按该协议书约定事宜尽职尽责履行义务，待戴某过世之后，其名下 90 平方米安置房的房屋就赠与蔡某。

戴某与蔡某签订协议后，蔡某依约履行义务直至戴某离世。当蔡某处理完戴某的后事，拿出协议书主张自己的权利时，却遭到了庞小某的反对。因庞小某拒绝配合蔡某完成戴某名下房屋的过户手续，且经多次协商无果，2021 年 12 月，蔡某将庞小某诉至法院，请求法院依法判决蔡某合法继承戴某名下房屋。

今年 2 月，柳北区法院依法开庭审理该案。

蔡某诉称，在戴某无钱医病又急需人陪护照顾，而其子却不顾不理的情况下，其与被继承人戴某签订了协议书，且戴某先行聘请律师商议并草拟协议书后找到自己协商，双方是在律师见证

下自愿签订的。其已依约尽职尽责履行了扶养义务，并妥善办理好了戴某的丧葬事宜，应按照协议约定内容继承房产。

庞小某辩称，其不同意蔡某的观点。第一，蔡某出示的协议书并非是被继承人戴某的真实意思表示。当年戴某因看病急需用钱，在特殊的情况下，戴某被迫才与蔡某签订了协议。第二，蔡某并未按协议书约定履行义务，且协议书中约定的权利义务也不对等。蔡某扶养照顾、安葬戴某仅花费数万元，却约定其在履责后获赠价值百万元的房屋，有失公正。第三，子女是父母最亲近的人，父母生病子女当然会出钱出力，况且子女继承父母遗产是天经地义的事，从来没有见过父母的遗产不留给子女，而送给外人的事情。庞小某表示，戴某名下的房屋应按法定继承处理，对于蔡某扶养、丧葬支出的开销，可以从戴某的遗产中扣除。

柳北区法院经审理认为，被继承人戴某与蔡某签订的协议书，性质上属于遗赠扶养协议，协议签订过程是在见证人的见证下签订完成的，系双方真实意思表示，合法有效，法院予以确认。法院根据现有证据所查明的事实，蔡某对戴某生前尽了照顾义务，在戴某死后也为其处理了殡葬等事宜，法院认为蔡某有权依据协议约定取得戴某名下房屋。

关于庞小某主张其作为子女也有出钱出力照顾母亲戴某，子女理应继承父母遗产的观点，**法院认为**，首先，戴某在疾病缠身，无钱医治、无人照顾的情况下，与蔡某签订协议书约定由蔡某对戴某进行照顾、支付医疗费并处理丧葬事宜，戴某将其财产赠与给蔡某，系戴某对自身权益处分，不违反法律的规定，应认定有效。庞小某作为戴某的儿子，在戴某患病情况下未履行其本该承担的主要赡养、照顾义务，在戴某去世后又以对法定继承人明显不公为由，主张法定继承分配案涉房屋，有悖常理，法院对其主张不予支持；其次，戴某与蔡某签订协议书，并不排斥其他亲属、朋友基于亲情、友情对戴某进行照顾，故法院对于庞小某的上述辩称不予采信。

综上所述，法院依法判决原告蔡某受遗赠取得戴某名下房屋的所有权利。庞小某不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理后依法判决驳回上诉，维持原判。

法官说法

根据民法典第一千一百五十八条，自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照本案遗赠扶养协议，蔡某个人承担戴某生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。我国法律规定的继承方式有三种，即法定继承、遗嘱继承和遗赠扶养协议。法定继承是由按照法律规定的继承顺序直接继承；遗嘱继承是依照被继承人生前遗嘱进行继承；遗赠扶养协议是遗赠人与扶养人订立的，以被扶养人生养死葬及财产的遗赠为内容的协议，这类协议在我国的社会生活和司法实践中已有相当成熟的经验，它常常能在老人自主、自愿的情况下，更好地满足老人晚年所需的物质供养、精神支持或陪伴。但由于受遗赠人大多与被扶养人没有直接的亲属关系，甚至可能是由法定继承人以外的自然人或组织担当，有着较强的商事性，加上有偿遗赠付出的金钱可能会大于、等于或小于受遗赠人所取得遗产的价值，导致继承开始后，法定继承人往往因为没能分到遗产或少分遗产，而产生强烈的抵触情绪。

根据案件证据，还原到被继承人戴某与前夫蔡某签订协议，不难发现无助老人向子女求助、当确定子女不愿意履行赡养义务时，最后选择通过法律途径，寻求了一条有人愿意为其养老送终的解决方案。

尊老敬老爱老是中华民族的传统美德，而赡养老人是每个成年子女应尽的法定义务。每个子女都应当怀揣着一颗尊重老人、敬爱老人的心，尽心竭力奉养好自己的父母，使其安度晚年，让尊老敬老爱老传统美德成为能继承到的最好“遗产”。

来源：人民法院报

作者：梁峰 | 编辑：周蕤 李娜

【典型案例】弘扬社会主义核心价值观 | 罗某明诉罗某勇继承纠纷案

2022-09-14 资阳中院 资阳中院

https://mp.weixin.qq.com/s/meJ2LOA0SXDZZYdinc_duw

基本案情

被继承人游某育有五个子女，罗某明、罗某勇系其子，罗某菊、罗某荣、罗某青系其女。其年老时有退休工资，2004 年-2008 年、2020 年 5 月至 2021 年 3 月期间游某在罗某明家生活，但游某在年老体弱多病时长达十几年的时间里跟随罗某勇生活。

2019 年 6 月，游某获得 200,000 元拆迁补偿款。2021 年 3 月游某死亡。死亡后补发养老保险工资 8,362.42 元。罗某明与罗某勇因继承产生纠纷，遂诉至法院。

裁判结果

资阳市中级人民法院经审理认为：本案中的被继承人游某生前并未立下遗嘱，故应按法定继承进行分配，依照《中华人民共和国民法典》第一千一百三十条规定：“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。”从本案查明的事实可知，虽然在 2004 年-2008 年、2020 年 5 月至 2021 年 3 月期间游某在罗某明家生活，但游某在年老体弱多病时长达十几年（2008 年 6 月至 2020 年 5 月）的时间里跟随罗某勇生活，罗某勇承担了较多的赡养义务，并且赡养老人不仅仅是给付一定的费

用，更重要的是生活上的照顾和精神上的陪伴。

子女赡养父母是中华民族的传统美德，为弘扬社会主义核心价值观，发扬中华民族传统美德，树立良好的社会风尚，推进家风建设，根据本案各继承人实际履行赡养义务情况，酌定被继承人的遗产由罗某勇继承 60%、罗某明继承 22%、罗某青、罗某菊、罗某荣各继承 6%。

典型意义

随着社会进步，人民生活水平不断提高。当今社会，大多数老年人自身已有保障其基本生活的退休工资，故在考量子女尽赡养义务时，应不仅仅着眼于是否对被继承人履行了经济上的赡养义务，更重要的是生活上的照顾和精神上的陪伴。本案中，在被继承人游某年老体弱时，继承人罗某勇对被继承人游某在生活方面承担了主要劳务，如做饭、照顾、护理等，应当认定其尽了“主要扶养义务”，加之罗某勇与被继承人长期生活在一起，相互照顾体贴，对年老的被继承人起到了精神慰藉的作用。为弘扬中华民族的优良传统，保护老人的合法权益，法律规定对被继承人尽了“主要扶养义务”或与被继承人共同生活的继承人可以多分配遗产。为发扬中华民族传统美德，树立良好的社会风尚，推进家风建设，本案在分配遗产时酌情调整分配比例，以鼓励子女就近照顾父母，彰显社会主义核心价值观。

司机事故身亡获赔百万 其母分文未得诉至法院 益阳市大通湖区法院：死亡赔偿款不属遗产，受害人近亲属应按序依法分割该款

2022-09-16 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/16/content_220973.htm?div=-1

本报讯 男子因一场意外交通事故不幸撒手人寰，百万赔偿款全部落入了妻子刘某账户，而母亲吴某却分文未得。无奈之下，吴某将儿媳、孙子诉至法院，要求分配部分赔偿款。近日，湖南省益阳市大通湖区人民法院对这起共有权纠纷案作出一审判决，判决吴某获赠 50 余万元。

李某于 2017 年 5 月 14 日与厦门某公司签订了一份劳动合同，合同期限自 2017 年 5 月 14 日开始计算，为无固定期限劳动合同，工作岗位为驾驶员。2020 年 7 月 4 日，李某在履行工作职责时发生交通事故，在事故中不幸身亡。厦门市人力资源和社会保障局于 2020 年 9 月 28 日以《厦门市职工工伤认定书》认定“李某系厦门某公司员工，工作岗位：驾驶员”。厦门某公司为李某驾驶的车辆购买有强制险和第三者责任保险，为其个人购买有人身意外险。

事故发生后，李某之母吴某委托儿媳刘某办理李某的工伤死亡待遇和补充工伤保险一次性工亡补助金等理赔事宜。刘某通过聘请律师进行诉讼等方式，共获得工亡赔偿、保险理赔、交通事故赔偿款等共计 180 余万元。刘某在支付律师费、丧葬费和其他费用后，剩余的款项全部存入了自己名下的银行账户，没有与吴某进行分配。吴某经多次索要无果，遂将儿媳刘某、孙子小亮诉至法院，要求分配全部赔偿款的三分之一。

庭审中，原告吴某认为，自己是死者的母亲，根据相关法律规定，应分死亡赔偿款、被抚养人生活费、精神抚慰金、丧葬费、处理丧葬事宜费用

等。被告刘某、小亮辩称，原告主张死亡赔偿金按三分之一的比例分割，既不符合法律规定也不符合保护妇女、未成年人原则。刘某在小亮出生后，为了照顾孩子全职在家，唯一的经济来源就是李某的工资。现李某去世，刘某无依无靠，在没有一技之长又要照顾年幼小孩的情况下，小孩的成长更需要其父亲的赔偿款作为基础生活来源的保障。而原告除去世的儿子李某，仍有 5 名子女可以尽赡养义务，且原告每个月均有农保保障生活，无须子女另行支付赡养费，从生活经济条件的实际情况考虑，原告主张死亡赔偿金的分配按每人三分之一的比例分割不能保障小孩今后的基本生活。

大通湖区法院审理后认为，本案争议焦点在于李某去世后的赔偿款的性质如何，是否为原、被告三人的共同共有财产，以及该如何进行分配。

关于李某意外死亡获得的 180 余万元赔偿款的性质问题。根据民法典第一千一百二十二条规定，遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。死亡时遗留意味着“遗产”应当是死者生前已经取得或者依据约定可取得的财产或者财产权利。因此，因李某意外死亡而来的 180 余万元赔偿款不是李某的遗产，并非“赔命钱”，并且，自然人一旦死亡，其民事主体资格即行终止。因此，死亡赔偿金不是赔给死者李某的，死者李某在法律上和事实上都不能享有或者行使此项损害赔偿请求权。虽然李某死亡也是遭受侵权行为导致的损害后果，但计算“死亡赔偿金”时，真正的损害后果是与受害人构成“经济性为一体”的近亲属未

来收入的减少，故死亡赔偿金的实质为财产损害赔偿，属于死者李某近亲属具有人身专属性质的法定赔偿金。死亡赔偿金的请求权主体为受害人近亲属。因受害人死亡导致受害人近亲属未来收入减少，故死亡赔偿金的请求权专属于受害人的近亲属，且具有人身专属性。赔偿权利人首先是指死者的近亲属，第一顺序为配偶、父母、子女，只有第一顺序的近亲属完全不存在时，才由第二顺序的同胞兄弟姐妹、祖父母、外祖父母作为赔偿权利人。所以，原告吴某、被告刘某与小亮皆系死者李某近亲属，均有依法分割该财产的权利。

关于死亡赔偿金如何分配的问题。有明确的权利人的赔偿项目属于特定的权利人，比如被扶养人生活费，系根据死者生前具有的法定扶养义务的人数以及被扶养人扶养年限等实际情况来确定的，属于具有明确的权利人的赔偿项目，归属于各权利人。在此，明确吴某为权利人的赡养费 1.6 万余元、明确小亮为权利人的抚养费 12 万余元。剩余未明确权利人的赔偿项目，可以采取不

等额分割的原则，应扣除已实际支付的律师费、诉讼费、交通费、丧葬费等合理费用以及明确各权利人的费用后，再根据与死者关系的亲疏远近、与死者共同生活的紧密程度及生活来源等因素，根据各权利人现实需要、保护未成年人合法权益以及维护家庭和谐等原则进行适当分割，并非一律等额分割。因此，在扣除实际支付的律师费、丧葬费用等合理费用后，还剩余 160 余万元。原告吴某、被告刘某与小亮不幸失去了亲人的照顾与陪伴，但促进家庭和睦、亲人相亲相爱，促进下一代健康成长以及老年人老有所养，应是逝者李某以其赔偿告慰亲人之所愿。考虑到死者李某儿子小亮年幼，为有利于他的健康成长，法院酌定分配其 40%，吴某和刘某各 30%。

最终法院判决，刘某返还吴某共有赔偿金分配份额和赡养费共计 50 余万元。判决后，刘某已经履行相应义务，原、被告均未上诉。

（李 果 彭 娜）

儿子不愿养母亲，母亲将百万房产赠予扶养人是否有效？

2022-09-19 广西高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/ONv7fetMrS2MCNx2G7t6vg>

众所周知，父母与子女是最亲近的直系血亲，所以在大多数人看来，一旦父母过世，继承开始，子女理应成为继承父母遗产的最优先继承人，毕竟父母不将遗产留给自己的子女，难道还会送给外人不成？如果从法律的角度看继承问题，在有遗赠扶养协议、遗嘱等存在的情况下，“父（母）死子（女）继遗产”的事情或许就没那么简单了。

近日，柳州市柳北区人民法院依法对一起遗赠扶养协议纠纷案作出一审裁判，判决被继承人的前夫作为《遗赠扶养协议》扶养人，尽职履行照顾义务，获得协议约定遗产的案件。案件经二审终审维持原判，现判决已发生法律效力。

基本案情

戴某是柳州市柳北区某村村民，2013 年城乡改时因自建房拆除获得一套 150 m²的安置房作为补偿。因看病急需用钱，戴某与征地办协商，将原分配的 150 m²安置房换成了 90 m²加补偿款 20 多万元。2020 年 3 月，年事已高的戴某因病离世。

戴某生前曾有过两段婚姻。第一段婚姻，戴某与男方庞大某于 1986 年结婚，二人婚姻期间共同生育一子庞小某，庞大某于 1992 年因故离世；第二段婚姻，2012 年戴某与男方蔡某经人介绍认识

并于 2014 年登记结婚，婚后未生育或收养子女，后二人因感情不合于 2017 年经法院调解离婚。

戴某在结束第二段婚姻后，于 2019 年开始病情逐渐恶化，由于长期卧床，需要人陪护照顾，而早年拆迁获得的 20 多万补偿也已用得所剩无几，戴某于是求助儿子庞小某，庞小某不但不顾不理，而且还表示不愿意负担母亲日后的治疗费用。伤心无奈之下，戴某找到前夫蔡某协商扶养及其过世后的殡葬事宜，并在律师的见证下签订了协议书，详细约定了医疗、饮食起居等生活安排及扶养遗赠等事项的权利义务。协议中明确约定，前夫蔡某如能按该协议书约定事宜尽职尽责履行义务，待戴某过世之后，其名下 90 m²安置房的房屋权益则赠与蔡某。

戴某与蔡某签订上述后，蔡某依约履行义务直至戴某离世。但当蔡某处理完戴某的身后事，拿出《协议书》主张自己的权利时，却遭到了庞小某的强烈抵触。因庞小某拒绝配合蔡某完成戴某名下房屋的过户手续，且经多次协商无果，2021 年 12 月，蔡某将庞小某诉至法院，请求法院依法判决蔡某合法继承戴某名下房屋。

审判过程

2022 年 2 月，柳北区人民法院开庭审理该案。庭审中，双方围绕究竟是以《协议书》还是以法定继承形式继承戴某名下房屋各执一词。

蔡某诉称

蔡某诉称，其与被继承人戴某是在戴某无钱医病又急需人陪护照顾，而自己儿子却不顾不理的情况下签订的协议书，是由戴某先行聘请律师商议并草拟《协议书》，后找到蔡某协商后，双方是在律师见证下自愿签订的。其已依约尽职尽责履行了扶养义务，并妥善办理好戴某丧葬身后事，应按照协议约定内容继承房产。

庞小某辩称

庞小某辩称，其不同意蔡某的观点。

第一，蔡某出示的《协议书》并非是被继承人戴某的真实意思表示，当年戴某因看病急需用钱，在特殊的情况下，戴某被迫才与蔡某签订了协议；

第二，蔡某并未按《协议书》约定履行义务，且《协议书》中约定的权利义务也不对等，蔡某扶养照顾、安葬戴某仅花费数万元，却约定其在履责后能获赠价值百万房屋，显然是不公平、不对等的；

第三，子女是父母最亲近的人，父母生病子女当然会出钱出力，况且子女继承父母遗产是天经地义的事，从来没有见过父母的遗产不留给子女，而送给外人的事情。庞小某表示，戴某名下的房屋应按法定继承处理，对于蔡某扶养、丧葬支出的开销，可以从戴某的遗产中扣除。

判决结果

法院经审理认为，被继承人戴某与蔡某签订的《协议书》，性质上属于遗赠扶养协议，协议签订过程是在见证人的见证下签订完成的，系双方真实意思表示、合法有效，法院予以确认。



韦黎黎：柳北区法院少年家事审判庭法官

关于庞小某主张蔡某未尽约定义务的观点。法院根据现有证据所查明的事实，蔡某对戴某生前尽了照顾义务，在戴某死后也为其处理了殡葬等事宜，法院认为蔡某有权依据协议约定取得戴某名下房屋。

关于庞小某主张其作为子女也有出钱出力照顾母亲戴某，子女理应天经地义继承父母遗产的观点。

首先，戴某在疾病缠身，无钱医治、无人照顾的情况下，与蔡某签订《协议书》，约定由蔡某对

戴某进行照顾、支付医疗费并处理丧葬事宜，戴某将其财产赠与给蔡某，系戴某对自身权益的处分，不违反法律的规定，应认定有效。庞小某作为戴某的儿子，在戴某患病情况下未履行其本该承担的主要赡养、照顾义务，在戴某去世后又以对法定继承人明显不公为由，主张法定继承分配案涉房屋，有悖常理，法院对于其主张不予支持；其次，戴某与蔡某签订《协议书》，并不排斥其他亲属、朋友基于亲情、友情对戴某进行照顾，故法院对于庞小某的上述辩称不予采信。

综上所述，法院依法判决原告蔡某受遗赠取得戴某名下房屋的所有权利。

庞小某不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理认为，一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，依法判决驳回上诉，维持原判。



法官说法

我国法律规定的继承方式有三种，即法定继承、遗嘱继承和遗赠扶养协议。法定继承是按照法律规定的继承顺序直接继承；遗嘱继承是依照被继承人生前遗嘱进行继承；遗赠扶养协议是遗赠人与扶养人订立的，以被扶养人生养死葬及财产的遗赠为内容的协议，这类协议在我国的社会生活和司法实践中已有相当成熟的经验，它常常能在老人自主、自愿的情况下，更好的满足老人晚年所需的物质供养、精神支持或陪伴。但由于受遗赠人大多与被扶养人没有直接的亲属关系，甚至可能是由法定继承人以外的自然人或组织担当，有着较强的商事性，加上有偿遗赠付出的金钱可能大于、等于或小于受遗赠人所取得遗产的

价值，导致继承开始后，法定继承人往往因为没能分到遗产或少分遗产，而产生强烈的抵触情绪。

本案中，被继承人的儿子正是因为存在无法理解、无法接受为何其没能继承母亲遗产这种抵触情绪，从而导致与受遗赠人发生了继承纠纷。在案件审理的过程中，被继承人的儿子一直表达的是因自己可能无法继承房产而产生的强烈抵触情绪，却从未有自己对母亲是否尽孝赡养的反思，这着实令人唏嘘。

根据案件证据，还原到被继承人与前夫签订协议的画面，不难发现无助老人向子女求助，当确定子女不愿意履行赡养义务时，最后选择通过法律途径，寻求了一条有人愿意为其养老送终的解决“方案”。作为子女本身，既然选择了“赡养老人不尽孝”，那继承开始也就“遗产无份莫懊恼”。尊老敬老爱老是中华民族的传统美德，而赡养老人是每个成年子女应尽的法定义务。每个子女都应当怀揣着一颗尊重老人、敬爱老人的心，尽心竭力奉养好自己的父母，使其安度晚年，让尊老敬老爱老传统美德成为能继承到的最好“遗产”。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

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

第一千一百三十三条，自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。

自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。

自然人可以依法设立遗嘱信托。

第一千一百五十八条，自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

四、未成年人保护专题

家长沉迷网络游戏？上海青浦法院发出首份《家庭教育令》

原创：2022-09-01 上海青浦法院 上海青浦法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/45mrmDBbAaTCfE-cujRkRA>

家庭是人生的第一所学校，家长是孩子的第一任老师，家庭教育对孩子的成长至关重要。近日，上海青浦法院在一起离婚纠纷回访过程中，发现作为母亲的原告陆某存在不正确履行监护职责的情况，于 2022 年 9 月 1 日向其发出了本院首份《家庭教育令》，督促其切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任。



案情回放

一起寻常离婚纠纷中的牵动



陆某与刘某相识于网络，经自由恋爱后登记结婚。两人婚后于 2010 年生育一子名小勇。后两人感情破裂并分居，母亲陆某诉至法院要求离婚。庭审中，双方均表示同意离婚，但对小勇的抚养权存在争议。陆某称，小勇是由陆某带大的，而刘某存在打骂孩子的情况，故小勇随陆某共同生活为宜。刘某则表示，陆某沉迷打游戏，没有稳定工作，孩子跟着陆某不能得到很好的照顾。

经与双方当事人多次沟通，并通过线上谈话了解小勇的真实想法及生活状况后，承办法官徐慧以最有利于未成年人为原则，综合案件情况、双方抚养条件、未成年人个人意愿等因素，出具

民事判决书，判决陆某与刘某离婚，小勇随母亲陆某共同生活，父亲刘某则定期支付抚养费直至小勇年满 18 周岁止。2022 年 7 月，该判决生效。

判后回访

家长是子女的终身教师



这起离婚纠纷案情并不复杂，但双方对待孩子的态度，让徐法官为小勇的未来生活倍感担忧。写下一纸判决虽易，但为孩子营造一个健康成长的良好家庭氛围不易。

案件虽已审结，但思及陆某沉迷网络游戏的情况及小勇将面对父母离异后的新变化，放心不下小勇的徐法官，拨打了陆某的电话，想了解小勇的近况。谁料，陆某的电话已停机。

2022 年 8 月，经多方联系，徐法官得知陆某和小勇现租住于青浦区赵巷镇，因超过 7 日未进行检测而被赋黄码，小勇也不愿与他人交流。因此，徐法官决定前往两人的租住地了解情况。

2022 年 8 月 31 日，徐法官、区妇联权益儿童部部长熊润群以及街镇、村居妇联干部一同来到陆某家中，与陆某交流谈心。

陆某：“我是初中学历，现又独自一人照顾小勇，难以找到合适的工作。打游戏是帮他人代练升级赚钱补贴家用，而未按照防疫要求带小勇做核酸检测是因为错过了时间。”

徐法官：“家长是子女的终身教师，家长的一言一行、一举一动都会对孩子有潜移默化的影响。家长应以身作则为孩子树立良好的榜样，应当提高网络素养，规范自身使用网络的行为，亦应预防未成年人沉迷网络，家长以网络代练为工

作的行为显然不利于孩子的身心健康和长远发展。”

同行妇联干部则表示，区妇联可为妇女儿童提供职业发展、婚姻生活、家庭教育等各方面的心理咨询服务，就业援助员也可为陆某提供就业信息，帮助其找到合适的岗位。

家庭教育令

是起步而非终点



上海市青浦区人民法院

家庭教育令

(2022)沪0118民初1188号

被监护人：陆某某，男，2004年12月16日出生，汉族。

法定代理人：陆某某（系被监护人父亲）。

义务履行人：陆某某，女，1984年12月16日出生，汉族。

陆某某与陆某某系夫妻关系，陆某某为陆某某之母。

本院受理陆某某与陆某某离婚纠纷一案，经本院审理并判决：陆某某随母亲陆某某共同生活，陆某某定期支付抚养费。本案审结后，本院在回访过程中得知，义务履行人陆某某虽能按照判决书履行照顾被监护人陆某某生活起居的义务，但义务履行人每日长时间打游戏、未按防疫要求进行核酸检测、未注重对被监护人身心健康的呵护导致被监护人不愿与他人交流。对此义务履行人虽辩称打游戏是帮他人代练升级赚钱补贴家用，以此给自己和儿子更好的生活，未按照防疫要求带被监护人做核酸是错过了核酸时间，但义务履行人的此种行为不利于孩子的健康成长，被监护人年纪尚小，义务履行人目前的工作内容以及对被监护人日常生活及防疫要求的忽视，会给被监护人造成不良的负面影响，不利于其身心健康和长远发展。

本院认为，义务履行人作为被监护人的母亲，负有监护职责，法定的监护职责包括关注未成年人的生理、心理状况和情感需求，不得实施不利于未成年人身心健康的行为。义务履行人的上述行为属怠于履行监护职责，对于此种监护失

2022年9月1日，上海青浦法院向陆某发出《家庭教育令》，要求陆某：依法积极正确履行监护职责，做好对未成年子女的家庭教育。适时调整工作性质，远离网络游戏，认真配合防疫要求，积极与学校老师多联系、多沟通，保持与老师至少每周一次的联系频次，切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任。

职行为依法应当予以纠正。故此，为保护未成年人身心健康，保障未成年人合法权益，父母应以身作则，远离网络游戏，积极正确履行监护职责，强化监护意识，做好家庭教育。

依照《中华人民共和国未成年人保护法》第七条、第十五条、第十六条、第十七条、第一百八十八条及《中华人民共和国家庭教育促进法》第四十九条之规定，责令义务履行人：

依法积极正确履行监护职责，做好对未成年子女的家庭教育。适时调整工作性质，远离网络游戏，认真配合防疫要求，积极与学校老师多联系、多沟通，保持与老师至少每周一次的联系频次，切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任。

对义务履行人履行本令的情况，本院将进行定期走访调查，如违反法定义务继续怠于履行监护职责或者不当履行监护职责，本院将依照《中华人民共和国未成年人保护法》第一百八十八条、第一百二十九条及《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。

上海市青浦区人民法院

二〇二二年九月一日

陆某签收《家庭教育令》后，承诺将认真接受家庭教育指导，按照教育令所载内容履行监护职责。她愿意积极寻找新工作并融入社会生活，提高自身网络素养，言传身教，为孩子做一个好榜样。





当日，上海青浦法院民事审判庭庭长蔡红兰、青浦区赵巷镇司法所所长王兰珍、区妇联及村居妇联干部、民事审判庭家事案件审判团队成员旁听了《家庭教育令》发布全程。同时，各方以“加强未成年人权益保护，共促家庭教育令落到实处”为主题开展座谈会。会上，各方就陆某的家庭教育指导、定期回访及就业帮扶等商议方案。通过本次座谈会，各方达成初步共识，将强化司法协

作，充分调动多方力量，完善家庭教育指导服务体系建设。



“染于苍则苍，染于黄则黄”，家庭是个人接受教育的起点和基点，家庭教育不可不慎也。随着《家庭教育促进法》的实施，家长们虽不用“持证上岗”，但需要“依法带娃”，更要努力成为“合格”家长。上海青浦法院将继续发挥职能作用，与相关部门协同探索建立家庭教育工作联动机制，共同守护未成年人健康成长之路。

北京高院建立精细化家庭教育指导机制

2022-09-14 法制网

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20220904/Article105002GN.htm>

□ 本报记者 徐伟伦

互联网时代家长如何“依法带娃”？面对“隔空猥亵”又该如何处理？预防和应对“熊孩子”直播打赏，家长有何妙招？今年开始施行的家庭教育促进法给出了答案，教你如何“依法带娃”。

家庭教育促进法施行后，北京市法院系统少年法庭先后在 71 件涉未成年人案件中开展了家庭教育指导工作，对 137 名父母或其他监护人予以训诫或责令接受家庭教育指导，相关案件反映出部分家长对未成年子女“生而不养，养而不教”等问题。对此，北京法院系统已逐步形成精细化的家庭教育指导工作机制，并积极聚合各方力量构建立体化的家庭教育指导协同体系，壮大专业化的家庭教育指导队伍，深入推进家庭教育指导工作向规范化、专业化、社会化发展。

案件背后隐藏四类问题

在北京市高级人民法院近日召开的新闻发布会上，北京高院未成年人案件综合审判庭庭长陈伟红称，家庭教育促进法施行 5 个月以来，全市少年法庭先后在 71 件涉未成年人案件中开展了家庭教育指导工作，其中民事案件 49 件，主要涉及抚养、探望，生命权、健康权、身体权纠纷等案由；刑事案件 22 件，主要涉及盗窃、故意伤害、强奸、猥亵儿童等案由。

“调研发现，这些案件背后隐藏的家庭教育问题主要有四类。”陈伟红说，首先，部分家长对未成年子女的教育成长不上心、不尽心，“生而不养，养而不教”，缺乏对未成年人尤其是青春期未成年人的生理、心理、生活、交友等方面的关注，

致使子女没有养成良好的思想品德和行为习惯，甚至出现侵犯他人人身、财产合法权益的行为。

其次，部分家长教养未成年子女方式失当，存在“不会管”“管太多”“舍不得管”等问题。有的家长欠缺家庭教育知识，教育理念落后，方式严厉粗暴，甚至对子女实施体罚；有的家长则过度溺爱，对子女旷课、逃学、无故夜不归宿等不良行为放任不管，客观上助推未成年子女走上违法犯罪的道路。

再次，少数婚姻破裂的家庭情况影响了未成年子女健康成长。有的父母为追求“个人幸福”，只顾满足自己的情感或财产利益诉求，或者发泄对失败婚姻的不满，相互推卸或阻挠另一方履行家庭教育责任，严重影响了未成年子女的安全感和归属感。

此外，部分家长缺乏对未成年子女网络活动的监管。有的家长对子女使用网络时间、内容等不闻不问，在子女出现异常表现时未能及时发现并介入，间接助长他们沉迷网络不能自拔，甚至遭到不法分子网络侵害。

“针对上述问题，少年法庭先后对 137 名父母或其他监护人予以训诫或责令接受家庭教育指导，累计发出家庭教育责任告知书、提示书及家庭教育指导令 116 份。”陈伟红说，从回访效果看，涉案未成年人的监护人在家庭教育理念、责任意识等方面均有不同程度提升，家庭监护、亲子关系等普遍有所改善。

指导令教导如何“依法带娃”

小张的父母工作很忙，晚上经常加班不回家。缺少管教的小张慢慢地放松了对自身的要求，多次前往网吧、娱乐场所过夜，并结交了社会不良人员，但小张的父母对此仍未予以足够的重视。此后，小张的不良行为逐步升级，多次趁着夜黑潜入居民家中盗窃他人现金、手机等财物。最终，检察机关以盗窃罪向法院提起公诉。

法院经审理认为，小张的行为构成盗窃罪，鉴于其犯罪时系未成年人，在部分盗窃事实中具有自首情节，且赔偿被害人经济损失并取得谅解，

自愿认罪认罚，故对其依法从轻判处刑罚。宣判的同时，法官依照家庭教育促进法的相关规定，向小张的父母发出家庭教育令，责令监护人承担起家庭教育的主体责任，切实履行监护职责，多关注孩子的生理和心理状况。

“这是家庭教育促进法实施之后，北京法院适用该法发出家庭教育令的第一案。”北京高院未成年人案件综合审判庭副庭长宋莹介绍，针对家庭教育缺位，放任未成年人不良行为，怠于履行监护职责的家长，法院果断发出家庭教育令，责令小张的监护人承担起家庭教育的主体责任，切实履行好监护职责。

在北京高院通报的 6 起涉未成年人家庭教育指导典型案例中，从不同角度呈现了当前家庭教育中存在的突出问题，法院根据涉案未成年人家长存在的个性化问题，开展多元化家庭教育指导，而非“一刀切”地发出家庭教育指导令。宋莹举例称，在徐某猥亵儿童案中，针对女童家长对互联网时代性侵害行为的隐秘性和复杂性认识不足，缺乏必要的防侵害教育的问题，法院为其聘请家庭教育指导师，结合 8 岁至 10 岁儿童的生理和心理特点，重点围绕如何引导未成年人正确使用网络、预防性侵害等内容，开展有针对性的家庭教育指导；在另一起张某诉某公司网络服务合同纠纷案中，则针对父母对未成年子女使用手机时间、使用内容关注不足，对个人支付账户保管不当，导致未成年子女可以轻易发起大额网络支付的问题，发出了家庭教育指导令，要求其教育引导子女健康上网，加强亲子陪伴，并在法院线上家庭教育平台接受家庭教育指导，学习掌握主要直播平台的“青少年模式”使用指南及提升家长网络素养、孩子自我管理能力方面的相关课程。

宋莹表示，北京法院系统在发出家庭教育令后，也会持续关注执行情况，定期回访，根据监护人的需求，联合社会力量为家庭教育提供相应指导、服务。

构建立体化家庭教育指导协同格局

“为深入推进家庭教育指导工作，北京高院立足新时代少年法庭工作发展新要求，针对各院在开展家庭教育指导工作中发现的重点、难点问题，积极组织交流研讨，进一步厘清了家庭教育指导的案件类型，并就有关工作程序、相关文书样式等进行规范，同时明确了适用家庭教育指导的五类情形，形成了精细化的家庭教育指导工作机制。”陈伟红介绍，在程序设置上，工作机制凸显“主动发现需要家庭教育指导的情形——庭前、庭审、判后等任一阶段可启动——开展跟踪回访、动态评估效果”的链条式流程，并对委托第三方开展家庭教育指导的具体方式及指导内容等进行了明确。

家庭教育指导作为一项系统性工程，是家庭、学校、社会协同育人机制的组成部分，离不开社会各方力量广泛参与。为此，北京法院系统不断夯实家庭教育指导工作基础，截至目前，全市已有 8 家法院积极与多方力量共同建立健全联动机制，打造各司其职、密切配合、协同推进的立体化工作格局。其中，北京市延庆区人民法院联合区妇联、团委、教委、民政局成立全市首个家庭教育指导服务中心，并建立法院与相关职能部门间的

交流协作与资源共享机制；朝阳区人民法院与区妇联、区家庭教育指导中心联合设立涉诉“家庭教育指导工作室”，建立起分工负责、联动工作、督导工作、总结反馈四项工作机制；密云区人民法院探索打造“1+X”家庭教育法治服务体系，联合区妇联、区教委等“X”方力量，建立“家庭教育+心理疏导”“家庭教育+回访帮扶”等联动机制；平谷区人民法院携手区民政局、司法局、妇联、教委等部门会签相关规范性文件，在建强工作阵地、完善社会支持机制等方面作出有益探索。

在北京法院及各界力量的广泛参与下，家庭教育指导服务形式也呈现多元化态势，不仅建立起全国法院首个家庭教育指导线上平台，还创设了“亲子协调员”“防性侵家长护蕾计划”“法融青春工作室”等，积极推进未成年人家庭保护、社会保护、政府保护、司法保护的深度融合。

“家庭教育是未成年人全面发展的基石，关乎未成年人健康成长和家庭的幸福安宁。北京法院将以贯彻落实家庭教育促进法为契机，与社会各界力量共同携手，不断提升家庭教育指导工作水平，为未成年人健康成长撑起一片法治的蓝天。”陈伟红说。

五、反家暴专题

让人身安全保护令 更好发挥制度效用

2022-09-09 人民法院报 李 炊

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/09/content_220797.htm?div=-1

为充分发挥人身安全保护令制度的作用，最大限度保护家庭暴力受害人的合法权益，2022 年 3 月，最高人民法院会同全国妇联、公安部等六部委联合出台《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》。7 月，最高人民法院发布《关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》。这充分表明了国家禁止任何形式家庭暴力的鲜明态度。

人身安全保护令不仅是人民法院依法、及时、有效预防和打击家庭暴力，防止家庭暴力行为再次发生的有效手段，也是及时化解矛盾纠纷，维护婚姻家庭、赡养、抚养等家事权利义务关系稳定和保证双方当事人合法权益的基础。为促使该制度更好地发挥效用，笔者认为可以从以下四个方面进行完善：

一要完善证据规则体系。要统一证据认证标准，加强与居委会、村委会、医院的合作，确保接访登记、医疗诊断记录的如实详细，做到证据规范、齐全，完善人身安全保护令案件的证据规则体系，进一步解决家庭暴力受害人的举证困难。要拓宽证据认定形式，细化对家庭暴力的认定标准，根据家庭暴力的发生特点，总结列举常见证据形式，将施暴者的书面保证、悔过书，有旁证支持的视听资料、网络聊天、微博等电子信息采纳作为认定家庭暴力的证据。

二要加强协调共促联动。要建立协同机制，可通过召开座谈会、联席会的方式，及时研判机制在运行中存在的问题，有效推动一站式人身安全保护令申请工作，切实保护受害人权益。要认真分析、研判人身安全保护令申请工作中可能存在

的问题，重细节、讲规范，健全完善一站式人身安全保护令工作机制具体实施细则，进一步提升社会治理现代化建设实效。要制定规范性文件，细化人身安全保护令申请途径、材料及处理流程。要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。

三要善抓干预援助机制。要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。要强化一站式人身安全保护令申请工作机制的落实，加强相关组织和团体的法律培训和业务培训，告知关于家暴相关证据搜集和固定技巧，提高申请意识和能力。要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。要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。

四要常态化开展普法宣传。要积极开展形式多样的反家庭暴力法治教育宣传活动，充分做到善用传统媒体资源、用活新媒体宣传平台，及时汇编反家暴相关图文知识、视频资料，以电视、报纸、“两微一端”为宣传载体，在“国际反家暴”等重要节日节点，推送反家暴法律法规、人身安全保护令的申请流程和证据的收集要求等知识，提高社会公众对人身安全保护令制度的了解和认知，教育引导家庭暴力受害人及其近亲属运用法律武器维护自身合法权益，确保法治宣传工作落到实处，深入推进法治宣传常态化。

人身安全保护令，反家暴利器

2022-09-14 人民法院报 吴明慧

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/14/content_220924.htm?div=-1



法官向被执行人王某宣读罚款决定书。

“本人王某，已深刻认识到自己的行为错误……以后若有争议、纠纷，将采用诉诸法律的救济方式，若再有违反人身安全保护令的行为，将自愿承担相关法律责任，包括拘留等措施……”2022年8月2日，北京市房山区长阳镇嘉州水郡社区，因违反人身保护令，王某反省自己行为后作出书面保证。

夫妻因离婚官司反目，丈夫发送威胁短信

王某与李某系夫妻关系，因感情破裂，已提起离婚诉讼。2021年7月18日，因探望孩子问题，王某与岳母刘某发生肢体冲突。李某随即报警后，经民警现场调解，三方达成和解。

原以为即将破裂的家庭，会在民警的调解下恢复往日的平静。岂料，王某却开始向李某、岳母刘某发送威胁短信，进行轰炸式骚扰。刘某因惧怕王某再次对其母女实施家庭暴力，为保障人身安全，向北京市房山区人民法院提出人身安全保护令申请。

刘某在申请人身安全保护令时提交了短信、微信截图、就诊证明、派出所出警记录、出警视频等证据材料，结合法院依职权调取的证据，法官经审查认为，李某、刘某遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的事实存在较大可能性，故依

法作出人身安全保护令，裁定禁止王某对刘某及其女儿李某实施家庭暴力。

人身安全保护令自作出之日起六个月内有效，在失效前，申请人可以向人民法院申请撤销、变更，或者延长。因双方诉争的离婚案件尚未审结且当事人有遭受家庭暴力的现实危险，房山区法院对人身安全保护令的期限进行了延长。

双方各执一词，事实真相扑朔迷离

“翟法官，王某在人身安全保护令生效期间，多次在凌晨来家里骚扰我们，还发微信辱骂我，6月17日凌晨还带人殴打我，把我的车抢走了，我要求拘留他，一定要拘留他，给他一个教训……”申请人刘某情绪激动地诉说着事情经过。

“您的执行申请书和今天告诉我们的情况，我们会进行核查。如果他真的有违反禁令的行为，我们一定会根据情节作出相应处罚，符合条件一定拘留。”承办人翟欣提示刘某，为了便于取证，以后王某再打骚扰电话一定要录音，注意留存好家里摄像头的监控视频，遇到突发事件一定要及时报警。

在安抚好申请人之后，承办人立即与被执行人王某取得联系，告知他人身安全保护令已进入执行阶段，重申人身安全保护令生效期间不得作出违反禁令的行为，并向他询问6月17日凌晨所发生的经过。然而，被执行人王某一口否认殴打刘某的情节，只是承认自己当时为了使用自己名下的车辆，和对方发生了争吵。

由于人身安全保护令只是列明禁止行为，若无有效证据佐证相关行为，仅靠双方当事人陈述，案件推进只会陷入迷雾而无所适从。于是承办人

通过查阅相关资料，迅速确定了该案的执行方案：确定事实争议焦点；核查事实真相；征求申请人处罚意见；确定处罚方式、方法。

人身安全保护令作为反家庭暴力法创设的重要制度，其主要的功能在于预防和制止了家庭暴力的发生，如何更好地发挥人身安全保护令的惩戒、教育作用进而避免家庭暴力的再次发生是此类执行案件的关键所在。

调查核实细节，事实真相浮出水面

“翟法官，其他事情我们都能容忍，但他打我这事儿，我绝对和他没完，我已经申请司法鉴定了，派出所的王警官说了，如果严重，他可以坐牢……”申请人刘某诉说着自己的遭遇。

“翟法官，我绝对没有打她，我只推了她一下，她身上的伤原来就有，不是我打的。”被执行人王某解释着当晚的情况。

经过与双方的反复沟通，承办人确定双方的争议焦点主要集中在 2022 年 6 月 17 日凌晨 2 点王某在抢夺车辆过程中是否存在殴打其岳母的事实，该行为也是申请人要求法院拘留王某的主要原因。

由于家庭暴力的隐蔽性、反复性、控制性等特征，反对家庭暴力是全社会的责任，并非执行机关单独可以完成。承办人先后与公安机关、保护令裁决法官、离婚案件承办法官、居委会取得了联系，调取了公安询问笔录，了解双方当事人及其家庭的基本情况。

根据询问笔录、当事人陈述等证据材料，确认了王某在抢夺车辆的过程中与岳母刘某发生了推搡的事实。2022 年 7 月 26 日北京市公安局房山分局出具的《鉴定意见通知书》载明“……刘某身体所受损害程度为轻微伤”。

“你的行为已经触犯治安管理处罚法，如果对方不谅解你，公安机关就可以拘留你。举轻以

明重，法院完全有理由对你进行拘留。”在收到鉴定结果之后，承办人立即向王某进行释法说理。

“翟法官，我真的不是故意的，我只是想把车开走，没想到推她一下后果那么严重，我保证以后不会那么冲动了……”王某不停地为自己的行为解释、道歉。

沟通听取意见，惩戒教育两者并重

家庭是社会的基本细胞，社会的和谐稳定与千千万万个家庭的健康幸福息息相关、密不可分。对家庭暴力的妥善处置，在一定程度上可以减少矛盾激化，对维护家庭和谐与社会稳定具有重要的意义。

承办人与申请人刘某进行了沟通，希望她从孩子未来的抚养、教育等方面再三考虑，结合王某的悔过表现予以谅解。刘某最后表示愿意撤回拘留申请，希望法院对王某训诫、教育。

“翟法官，我想通了，你们千万别拘留他，他丢了工作，孩子的抚养费就没着落了。再给他一次机会吧。”当承办人及法警一行来到社区居委会时，申请人刘某急匆匆地表达着她的处罚建议。

综合案件整体情况，法院依法认定王某违反了人身安全保护令。为切实增强人身安全保护令的司法权威，突出执行人身安全保护令的惩戒、教育作用。8 月 2 日，法院对王某进行了现场训诫，并罚款 1000 元，责令立即停止并改正违法行为。王某承认错误，当场缴纳了罚金，并作出书面保证。

消除一切形式的家庭暴力是家庭文明的标志，是社会文明的基石。为取得人身安全保护令的申请人提供应有的保护，充分发挥人身安全保护令的惩戒、教育功能，进而达到一般预防的作用，是司法机关义不容辞的责任，也是维护司法权威、促进社会和谐稳定的重要保障。

人身安全保护令新规 为受害人筑起一道更牢靠的“防火墙”

原创：2022-09-21 中国审判 花蕾

<https://mp.weixin.qq.com/s/8KuxbsjW7x6mnpMVRNjnSA>

近日，最高人民法院发布《关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）。仅 13 条的《规定》亮点纷呈，强调保护令程序属独立案件，完善人身安全保护令的代为申请制，扩充列举了家庭暴力的具体侵害方式和行为类型……《规定》以发挥人身安全保护令的预防功能为出发点，进一步为清除该类案件在受理和作出程序中的各种障碍进行了重要探索。

人身安全保护令制度作为《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称《反家庭暴力法》）创设的重要制度，已经实施了 6 年。该制度为遭受和面临家庭暴力的当事人撑起了保护伞。如何充分发挥人身安全保护令制度的作用，最大限度保护家庭暴力受害人的合法权益，成为当前迫切需要解决的问题。

继往开来

进一步清除障碍

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对家庭文明建设作出重要部署。习近平总书记深刻指出：“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。”

《反家庭暴力法》更表明了国家禁止任何形式家庭暴力的鲜明态度。其中，人身安全保护令是《反家庭暴力法》创设的重要制度，也是该法的核心内容。《反家庭暴力法》第二十三条规定，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。

6 年来，各级人民法院积极履职尽责，人身安全保护令作出数量逐年上升。据统计，截至 2021

年 12 月 31 日，全国法院共作出人身安全保护令 10917 份，有效预防和制止了家庭暴力的发生或者再次发生，依法保护了家庭暴力受害人的人身安全和人格尊严。但是，近年来，人身安全保护令在作出和执行等环节还存在一定障碍。

2021 年，最高人民法院就人身安全保护令制度实施问题开展专题调研。最高人民法院民一庭庭长郑学林表示，调研后发现，制约人身安全保护令制度有效发挥的瓶颈主要在两个方面：一是制度机制；二是法律适用。在完善制度机制方面，2022 年 3 月，最高人民法院会同全国妇联、公安部等六部委共同发布了《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，对家庭暴力的发现机制、证据收集机制及执行联动机制等作了进一步细化和完善。为统一法律适用标准，明晰裁判规则，最高人民法院制定《规定》，以解决人身安全保护令案件中的法律适用难点问题。

织牢织密

完善制度机制

在过往司法实践中，对于何种行为属于家暴行为一直存在争议。这在一定程度上制约了人身安全保护令的运用。

《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。该条列举了家庭暴力的常见形式。对此，郑学林坦言，实践中，除了上述列举的形式外，还存在其他可以归为家庭暴力范畴的行为。《规定》对家庭暴力行为种类作了列举式扩充，冻饿及经常性侮辱、诽谤、威胁、跟踪、

骚扰等均属于家庭暴力。这进一步明晰了人身安全保护令的适用范围，保障家庭成员免受各种形式家庭暴力的侵害。

同时，《规定》明确指出，人身安全保护令案件不依附于离婚等民事诉讼程序。郑学林表示，根据《规定》第一条，向人民法院申请人身安全保护令不需要在先提起离婚诉讼或者其他诉讼，也不需要申请人身安全保护令后一定期限内提起离婚等诉讼。从程序法角度看，人身安全保护令的申请、审查、执行等均具有高度独立性，完全可以不依托于其他诉讼而独立存在。这亦符合人身安全保护令快速、及时制止家庭暴力的基本特征和制度目的。

实践中，受害人因年老、残疾、重病等原因不敢或者不能亲自申请人身安全保护令的情形也并不鲜见。《反家庭暴力法》第二十三条规定，当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

为最大限度保障该类特殊困难群体能够依法及时获得人身安全保护令制度的救济，《规定》在《反家庭暴力法》的基础上，对代为申请的情形进行了适当扩充，明确“年老、残疾、重病”等情况，可以在尊重当事人意愿的前提下，由相关部门代为申请。同时，结合审判实践，根据相关部门的职责内容，《规定》对于代为申请的主体，则增加了民政部门、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等，从而达到充分调动全社会力量，进一步织牢织密对该类人员的保护网，合力保障其人身健康和生命安全的目的。

破解难题

明确证据形式与标准

近日，北京市密云区人民法院发出北京市首份适用《规定》的人身安全保护令。居住在密云区的张某与丈夫李某婚后不合。李某脾气暴躁，曾多次打骂张某，并殴打继子。2021 年，李某持刀至张某父母住所，将张某及其父母扎伤，被依法判处有期徒刑一年三个月。入狱前，李某曾扬言要对张某进行报复。

李某将于近期出狱。张某想要离婚，但又担心李某出狱后再次威胁、骚扰自己，甚至再对她及亲属实施家庭暴力。于是，她向密云法院申请人身安全保护令。密云法院受理案件后，经审查认为李某对张某实施了家庭暴力，并有再次实施家庭暴力的现实危险，已经对张某的人身安全及身心健康造成严重威胁和损害。

密云法院迅速反应，依法作出禁止李某对张某及其近亲属实施家庭暴力；禁止李某骚扰、跟踪并通过电话、短信、即时通信工具、电子邮件等方式侮辱、诽谤、威胁张某及其近亲属的人身安全保护令。密云法院同时在惩戒条款中加入“违反该人身安全保护令符合《中华人民共和国刑法》第三百一十三条规定的，以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚”。

据该案承办法官相颖介绍，与此前的规定相比，针对家庭暴力取证难的问题，《规定》降低了证明标准，达到“较大可能性”即可，而不需要达到“高度可能性”。在该案中，法院综合现有证据，认定李某再次实施家庭暴力的可能性较大，符合《规定》发出人身安全保护令的证明标准。

以往，人身安全保护令申请因证据不足而被法院驳回的情况占有一定比例。为此，《规定》明确规定了证据形式和证明标准。最高人民法院民一庭二级高级法官王丹表示，此前调研了解到，人身安全保护令申请被驳回的最主要原因就是证据不足，这大大制约了人身安全保护令作用的有效发挥。

《反家庭暴力法》第二十条规定，人民法院审理涉及家庭暴力的案件，可以根据公安机关出警

记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据，认定家庭暴力事实。王丹坦言，对于申请人来说，上述证据并不是很容易获得。有相当一部分申请人因无法提供上述证据而没有得到支持。

为此，在深入调研的基础上，最高人民法院根据家庭暴力的发生特点，总结审判实践经验，列举了十种证据形式，比较常见的如双方当事人陈述，被申请人曾出具的悔过书或者保证书，双方之间的电话录音、短信，医疗机构的诊疗记录，妇联组织等收到反映或者求助的记录等。家庭暴力受害人在遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险时，可以有意识地留存、收集前述证据，在申请人身安全保护令时向人民法院提交。

证据是人身安全保护令司法实践中一个非常关键的问题。人身安全保护令案件中，家庭暴力事实的证明标准不够明晰，也是办理该类案件的难点。王丹表示，人身安全保护令制度的目的在于制止家庭暴力，给受害人提供一道“隔离墙”，故应当与民事案件实体事实的证明标准有所区分。

《规定》明确规定，人身安全保护令案件证明标准为“较大可能性”即可，不需要达到“高度可能性”，从而降低了申请人的举证难度。同时，《规定》还进一步重申了人民法院依职权调查取证的规定。这些规定完善了人身安全保护令案件的证据规则体系，进一步消除了家庭暴力受害人的举证困难，为保护家庭暴力受害人合法权益提供了更加坚强有力的制度支撑，保障人民群众更安全更有尊严地生活。

抵制暴力

让家成为真正的港湾

记者通过梳理案例发现，在部分人身安全保护令案件中，被申请人大多会主张，之所以实施家庭暴力是因为对方有错在先，如出轨等。因此，被申请人主张其实施家庭暴力情有可原。

“任何理由都不是实施家庭暴力的借口。”王丹特别强调，那种认为家庭暴力“情有可原”的想法是完全错误的。实践中，被申请人对自己实施的家庭暴力行为往往提出各种辩解。以对方“有错在先”为自己的行为寻找借口，甚至借机通过暴力的方式控制对方，这成为比较常见的情形之一。为了纠正这种错误认识，加大对家庭暴力受害人的保护力度，《规定》明确规定，被申请人认可存在家庭暴力行为，但辩称申请人有过错的，人民法院应当依法作出人身安全保护令。家庭暴力是违法行为，甚至有可能构成犯罪，要坚决予以抵制和打击。

当然，如果一方存在出轨等过错的，其也要承担相应的法律责任。如根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千零八十七条规定，在离婚分割夫妻共同财产时，要考虑照顾无过错方权益的原则；或者根据《民法典》第一千零九十一条的规定，如果一方存在与他人同居等重大过错的，还要承担损害赔偿责任。王丹表示，要特别重视家庭文明建设，涵养优良家风、弘扬家庭美德，互相尊重、互相关爱、互相帮助，真正让家成为遮风挡雨的港湾，而不是暴风雨的源头。

严格遵守

加大惩治力度

郑学林表示，人民法院作出人身安全保护令后，被申请人理应严格遵守，不再实施家庭暴力。如果被申请人在保护期内仍然实施家庭暴力，不仅是对家庭成员人格权的再次践踏，也是对司法权威的漠视，应当坚决依法惩治。

《反家庭暴力法》第三十四条规定，被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。对此，《规定》进一步明确规定，被申请人违反人身安全保护令，符合《中华人民

共和国刑法》第三百一十三条规定的，以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚。从而将违反人身安全保护令行为本身纳入拒不执行判决、裁定罪适用范围，更有针对性地加大刑事打击力度，增强人身安全保护令的权威性，回应社会关切。

此外，《规定》还对参照反家庭暴力法适用的具体人员范围、人身安全保护令与离婚诉讼的关系等问题进行了规定。

依法打击各种形式的家庭暴力行为，维护家庭和谐与社会稳定，是司法机关义不容辞的责任。

下一步，各级人民法院将深入贯彻落实党的十九大和十九届二中、三中、四中、五中、六中全会及中央政法工作会议精神，持续深入推进家事审判方式和工作机制改革，通过公正高效权威的司法裁判和宣传教育，引导社会公众增强对社会主义核心价值观的内心认同，让崇尚文明、反对暴力成为人民群众的自觉行动和全体社会的良好风尚，为迎接党的二十大胜利召开营造和谐稳定的家庭与社会环境。

自扇耳光差点自刎，男子自残式驯妻算不算家暴？

2022-09-28 法治日报

https://mp.weixin.qq.com/s/Z31KFNh0_WkueGi13zbfq

丈夫多次以自残方式，对妻子进行精神控制。女方以遭受家庭暴力为由提出离婚。法庭上，男方以没有发生殴打妻子的行为相抗辩。那么，在婚姻中，一方频频发生自残行为，算不算家暴呢？法院的判决给出了答案。

死缠烂打结婚缘

现年 31 岁的张萍，家住江苏省镇江市。2017 年上半年，经同事介绍，她与邹超相识。邹超比张萍年长 3 岁，长相斯文，研究生学历，IT 工程师，这些外在条件让张萍很满意。然而，相处了两个月后，张萍察觉邹超不仅性格孤僻，还不懂得保护女性。一天晚上，他们在露天排档吃烧烤，两个胳膊上有文身的年轻人，端着酒杯要与张萍“喝一个”。张萍恼怒地推开对方的手说：“凭什么呢？”“哟，这么不给我大哥面子！”其中矮个儿青年边喊边伸手就要给张萍灌酒。邹超不马上阻止却站起身劝张萍喝一小口，见张萍瞪他，便连连向对方服软：“不好意思，要不我替她喝。”矮个儿青年蛮横地说：“偏要这妞儿喝。”隔壁桌

上四五个小伙子看不下去，出面制止，文身青年这才悻悻而去。

张萍觉得跟邹超在一起没有安全感，提出分手。邹超哭着央求继续相处。他讲述了自己的成长经历，父母在他上小学时离婚，自己遭遇过很多次校园霸凌，又怕母亲伤心，只好憋在心里，养成了懦弱的性格。“母亲去世好几年，父亲在法国定居，没有你，我就孤苦伶仃了”。他还再三表白自己爱张萍。张萍听得心软，打消了分手的念头。

2017 年 12 月，张萍将邹超领回家见父母。母亲对未来女婿很满意，父亲张立生和哥哥张勇却观察其说话举止，认为邹超性格优柔寡断担不了事，张萍会跟着受苦，建议她趁早了断恋爱关系。父亲和哥哥的话，正戳中张萍心里的痛点，她思考再三，以家人不同意为由，再次提出分手。

此后，邹超每天发微信向张萍表白，打电话约饭，都被张萍拒绝。于是，邹超请出介绍人做说客。介绍人劝张萍：“人无完人，他的性格确实懦弱了点，但这也是好事，至少以后不会欺负你呀。再说，论相貌、论经济实力，邹超是很容易找到其他

姑娘的，他偏偏对你情有独钟，这很难得。”张萍有点动心，征求家里人的意见。父母意见不一，最终提出方案，如果邹超卖掉旧宅，重新购房且在房产证上加上女儿的名字，就同意这桩婚事。

然而，邹超却请介绍人单独向张萍转达，旧宅寄托着他对母亲的感情，卖不得，想与张萍共同出资首付购房，婚后共同还贷。闻听此言，张萍认为邹超口口声声说爱自己都是嘴上说说而已，根本没有诚意，遂表示不再交往。

2018 年 1 月 10 日晚，张萍突然接到邹超发来的微信：“今生不能与你在一起，那就来世做夫妻吧。”微信还附上了他拧开煤气的图片。

张萍惊慌失措，奔赴邹超的住所，“嘭嘭”敲门。邹超很快站在张萍眼前说：“我只想见你最后一面。”张萍崩溃大哭，答应与邹超结婚。

2018 年 5 月，张萍与邹超举行了婚礼。新房首付款的一半是张萍多年积攒以及母亲瞒着张萍的父亲张立生贴补的。

频频自残施控制

张萍想趁着婚假去国外旅行度蜜月。她说：“我很想去巴黎，正好去见见你父亲。”邹超却说父亲抛弃了自己，永不往来，还说在国内玩玩也一样。在张萍的坚持下，邹超勉强同意新马泰五日游。

新马泰之行半道而返。出发前，张萍要跟团旅游，邹超嫌花费高，要被旅行社赚人头费，坚持还是自由行实惠。到了新加坡，邹超要找便宜的住处，接连跑了十多处，终于在民宿小旅店落下脚。张萍又累又饿，想在附近的餐馆吃饭，邹超却说：

“也就是填肚子而已，你歇着，我到街头买点盒饭。”还未等张萍应声，邹超就匆匆跑出了客房。张萍等了半个多小时，没见邹超回来，就自行到旅店附近的饭馆用了餐。回到客房时，邹超正埋头吃着大份的盒饭，他分出了一半递给张萍。张萍告知已经吃过了，邹超沉着脸说：“你太铺张浪费了，不懂得节省过日子。”张萍生气地回

怼：“没见过这么抠门的人！”到了凌晨，邹超见张萍仍然沉默不语，又是下跪又是扇耳光，表示认错。张萍见不得他如此行为，勉强原谅。

第一天，他们到新加坡乌节路逛街，进了一家百货公司。张萍打算给父亲和哥哥各买一块价值 1 万多元的浪琴表，又被邹超竭力拦阻。他嘟哝道：“国内电商有高仿的浪琴表，每块只要 3000 元。花这么大的价钱，也太奢侈了。”张萍没好气地说：“我花自己的钱，关你什么事！”边说边给营业员递上银联卡。邹超竟然跑到廊柱处，以头相撞。张萍见状，只好作罢。

带着满肚子的不愉快，张萍决定提前结束这场蜜月旅行。这次，邹超却没有表示异议。张萍心想，只要不花钱，邹超不会有意见。

2018 年 7 月，张萍产生结束这段婚姻的念头，恰在此时，她发现自己有了身孕。在她背着邹超去做人工流产时，却因体质问题被医生劝止。想着腹中的胎儿需要父亲，不得已放弃了离婚的念头。她告诉邹超即将有共同的孩子，提出不得再发生自残行为，邹超满口答应。

然而，女儿雯雯出生不久，两人只要发生争执，邹超都会用头撞墙、自抽耳光等方式，迫使张萍妥协和让步。

2021 年 2 月 5 日，临近春节。张萍的年终奖比往年增加不少，她买了名烟名酒和滋补品，打算回娘家拜年时送给父母。邹超责怪太破费了，两人又吵了起来。邹超先是爬上窗台做出跳楼的姿势，见张萍无动于衷，又从厨房拿出菜刀对准自己的脖子，勒令道：“赶紧退了，重新买便宜的，否则我死给你看。”雯雯被吓得哇哇大哭。张萍把女儿紧紧搂在怀里，表示绝不屈服。邹超果真朝自己的脖子挥刀，张萍只好让步。

张萍彻底寒了心，想到女儿雯雯要在邹超自杀、自残的阴影下长大，后怕不已。

定性家暴断离婚

今年 1 月 5 日，张萍向当地基层法院递交了民事起诉状，请求法院判令双方离婚。诉前调解期间，邹超坚决不同意离婚，家事法庭发出给予双方 30 天离婚冷静期的通知。

张萍带着两岁多的女儿雯雯住回了娘家。邹超多次上门吵闹，结果被张家父子狠狠教训。春节前夕，邹超发短信威胁无果，又发来了微信视频，他把菜刀搁在手腕上要挟道：“你和雯雯回家过年，否则就等着收尸。”张萍立即报警，派出所出警制止，邹超却淡定地说：“别当真，我只是吓唬吓唬她。”

过完春节，离婚冷静期已满，张萍再次提出诉求，法院排期开庭。

法庭上，张萍泪水涟涟，她说，从恋爱到婚后，邹超频频以自杀、自残的方式实施家庭暴力，不仅导致自己产生严重的心理创伤，更给年幼的女儿带来心理阴影。为了女儿的健康成长，必须结束这段痛苦的婚姻。张萍还提出，现住房由双方共同出资首付款，婚后共同还贷。离婚后，女儿雯雯随母亲生活，住房产权归并到自己名下。鉴于邹超存在重大过错，只能适当给予邹超现金补偿。

邹超不同意离婚。他当庭承认婚前婚后都发生过自残行为，但从未采用暴力殴打张萍，不存在家庭暴力行为。如果判决双方离婚，自己的经济条件优于张萍，女儿雯雯应随父亲生活，住房按现值给予张萍一半的经济补偿。

庭审质证期间，张萍提供了邹超实施自残的视频以及意欲自杀的微信文字、手机短信等证据，邹超没有反驳。两人都认可现住房价值 102 万元。

法院审理认为，《中华人民共和国反家庭暴力法》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。”邹超虽未有对张萍身体侵害的行为，但其通过自杀、自残的方式恐吓张萍，以达到从

精神上控制对方之目的，也属于家庭暴力范畴。基于双方的夫妻感情已破裂，该婚姻关系确无维系的必要。

审理此案的家事法官指出，法院在处理婚姻家庭案件中，应注重对未成年人权益的保护，特别是涉及家庭暴力的离婚案件，从未成年子女利益最大化的原则出发，对于实施家庭暴力的父母一方，一般不宜判决其直接抚养未成年子女。同时，《中华人民共和国民法典》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。”在离婚财产分割上，可根据个案具体情况，酌定施暴方少分财产的比例，以此惩戒施暴者。

5 月 16 日，镇江市润州区人民法院作出一审判决，准予张萍与邹超离婚。雯雯随张萍生活，邹超每月探视女儿 4 次，并按其基础工资的百分之二十给付雯雯抚养费。住房产权归并到张萍名下，邹超搬离现居所，张萍按双方认可的房屋价值的百分之四十支付给邹超产权补偿款。宣判后，双方均未提出上诉。

点评：

精神控制属于家庭暴力范畴

家庭暴力发生于有血缘、婚姻、收养关系且共同生活的家庭成员之间，通常以殴打、捆绑、恐吓和谩骂等形式表现，该行为往往直接作用于受害者身体，使受害者身体上或精神上感到痛苦，损害其身体健康和人格尊严，如丈夫对妻子、父母对子女、成年子女对父母等。目前，尚未有相关司法解释说明自杀、自残等行为也属于家暴。但是，在婚姻关系中，一方频繁实施自杀、自残等行为，以达到对配偶进行精神控制之目的，而另一方则必然处于惊恐之中，其实质乃是家庭暴力行为的恐吓类型。因此，在对邹超行为的定性上，承

办此案的法官通过行使自由裁量权，定性邹超实施自杀、自残等行为属于家暴，与法并不相悖。

（文中当事人均为化名）

作者 | 法制与新闻记者 周洁萌 通讯员 林复

来源 | 法治日报

编辑 | 韩玉婷 常煜 丁兆汝

密云法院为新规发布后全市首例人身安全保护令受害人及其幼子提供心理咨询

2022-09-29 密云法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/nXcb80ohWWxyoGGare60wA>

“没想到法官想的这么周到，还为孩子找了个心理辅导老师，我们心里感觉特别温暖。”家暴受害者张某（化名）在接受法院提供的心理咨询后说。



2022 年 8 月 1 日，密云法院签发全市首份适用《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》的人身安全保护令（[点击查看详情](#)），有效保护了一位长期遭受家庭暴力的女受害人合法权益。为进一步帮助受害者和她的孩子尽快摆脱家庭暴力阴影，该案承办法官相颖邀请了密云法院“密之语”心理工作室的辅导老师，为受害者张某（化名）及其 9 岁的儿子提供心理辅导。



在这起案件中，张某（化名）与被申请人李某（化名）是夫妻关系。张某称，李某脾气暴躁，曾多次对她进行打骂。2021 年，李某持刀将张某及其父母扎伤，被依法判处有期徒刑一年三个月。目前，李某即将出狱，张某因此忧心忡忡，担心李某出狱后对她和家人做出过激行为，遂向法院申请人身安全保护令。密云法院经审理后认为，李某再次出现家庭暴力的可能性较大，依法签发人身安全保护令。



案件审理过程中，张某 9 岁的儿子目睹了父亲扎伤母亲及外祖父母的全过程，经常梦中惊醒，沉默寡言，见到壁纸刀时会害怕的问母亲“这是爸爸扎你的那把刀吗？”。

种种情形证明，家庭暴力行为已经影响到了孩子身心健康发展。虽然案件已经审结，但相颖始终挂念这对母子，为了达到最好效果，她带领心理咨询师胡海博对案情进行全面梳理，查阅遭受家庭暴力典型案例，深入分析该类群体在认知、情绪、行为等方面的心理特点，并结合孩子的情绪、心理状况，制定了个性化心理干预方案。



针对孩子遭受强烈事件冲击后出现的抑郁、恐惧、焦虑、担忧等心理状况，胡海博老师通过递进式访谈形式，以“尊重—倾听—共情—交流”为主线，引导孩子逐步敞开心扉，卸下心理防线，倾诉心中忧虑，帮助其通过换位思考的方式走出心理误区，学会更好地与家人进行深入沟通交流，以积极向上的态度迎接生活，重塑健康人格。



相颖还针对张某遭受家庭暴力和婚姻变故出现的苦闷、恐惧情绪，以及对孩子的担忧、对生活

的失望等心理创伤，和心理咨询师一起，通过面对面聊天、情绪调节、模拟情景预演等方式，逐步纾解其心理问题，从孩子教育、家庭生活、亲人相处等方面，为其提供科学有效的方法，引导其重拾生活希望，尽快调整状态，为家庭发展和孩子成长肩负起责任与义务。



“相法官和胡老师的辛苦付出和专业辅导，是法院对我们一家人的关爱，我一定会带着这份善意好好生活，帮助孩子摆脱心理阴影。”



据了解，密云法院在持续加大妇女儿童群体权益保障力度，坚决维护妇女儿童老人等特殊群体权益亮出许多实招好招，为群众解决了许多难题，办了事实好事。尤其是去年以来，依托“密之语”心理工作室，提供专业心理干预机制开展心理诊疗、咨询服务，与区妇联签订妇女儿童权益保护合作协议，建立“1+4”家庭教育法治服务体系，开辟妇女儿童权益保护案件“绿色通道”，提供“一站式”诉讼服务，筑牢反家暴司法屏障，这个有温度的家事法庭里有许多充满能量的故事在群众间口口相传。

法信码 | 违反人身安全保护令的法律责任

2022-09-29 法信

<https://mp.weixin.qq.com/s/jfn7NRFk03GtUIRzMly3yw>

法信 · 裁判规则

1. 被申请人无视人身安全保护令，仍然对申请人进行骚扰的，人民法院可对其处以罚款和司法拘留——洪某违反人身安全保护令案

案例要旨：根据《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。人民法院审查批准申请人的人身安全保护令后，被申请人无视人身安全保护令，仍然对申请人通过打电话、发短信和微信的方式进行骚扰的，人民法院可对其处以罚款和司法拘留。

审理法院：重庆市巴南区人民法院

来源：最高人民法院人身安全保护令十大典型案例

2. 被申请人违反人身安全保护令的，法院应当依法采取处罚措施——谢某申请人身安全保护令案

案例要旨：人身安全保护令的落实，不仅要靠当事人的自觉遵守和相关单位的监督，同时也

需要对违反者进行依法制裁。被申请人公然违反人身安全保护令的，法院应当依照法律规定及时采取处罚措施。

审理法院：广西壮族自治区南宁市青秀区人民法院（原新城区法院并入）

来源：最高人民法院发布反家庭暴力法实施一周年十大典型案例

3. 被申请人的行为严重违反人身安全保护令的要求，法院可以依法对其予以拘留——刘某申请人身安全保护令案

案例要旨：被申请人的行为严重违反人身安全保护令的要求，对申请人实施暴力，造成申请人人身损害的，法院可以依法对被申请人予以拘留。

审理法院：上海市黄浦区人民法院

来源：《人民法院报》2019 年 3 月 19 日第 6 版

法信 · 司法观点

违反人身安全保护令的法律责任

本条（《中华人民共和国反家庭暴力法》第三十四条，下同）规定的被申请人违反人身安全保护令的措施，主要是指被申请人违反上述人身安全保护令的措施，例如继续实施家庭暴力的；以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式侵害申请人的；或者骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属的；或者拒不迁出申请人住所的等等。对被申请人违反人身安全保护令的，本条区分两类情况，分别规定了被申请人的法律责任。

一是被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任。人身安全保护令是由人民法院以裁定形式作出，因而具有法律效力。根据本法规定，人身安全保护令一经作出即是发生法律效力，被申请人可以自裁定生效之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议一次，但复议期间不停止人身安全保护令的执行。为了维护人民法院的正常工作秩序和国家司法权的权威和严肃性，保证人民法院判决、裁定的执行，我国刑法规定了拒不执行判决、裁定罪。刑法第三百一十三条规定，对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。2002 年 8 月 29 日第九届全国人大常委会第二十九次会议对刑法中的“人民法院的判决、裁定”、“有能力执行而拒不执行，情节严重”等作了立法解释。根据该立法解释，刑法该条规定的“人民法院的判决、裁定”，是指人民法院依法作出的具有执行内容并已经发生法律效力的判决、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书所作的裁定属于该条规定的裁定。下列情形属于该条规定的“有能力执行而拒不执行，情节严重”的情形：

（一）被执行人隐藏、转移、故意毁损财产或者无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；（二）担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；

（三）协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的；（四）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；

（五）其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形。国家机关工作人员有上述第四项行为的，以拒不执行判决、裁定罪的共犯追究刑事责任。国家机关工作人员收受贿赂或者滥用职权，有上述第四项行为的，同时又构成刑法第三百八十五

条、第三百九十七条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。情节严重是构成本罪的重要要件，也是区分罪与非罪的重要界限。只有对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的才构成本罪。根据刑法本条规定，犯本罪的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

二是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。这里所规定的训诫是指以批评、警告的方式，指出被申请人的违法事实和错误，并且责令其不再犯。罚款与拘留可以并处。根据民事诉讼法的规定，对个人的罚款金额，为人民币十万元以下，拘留的期限，为十五日以下；被拘留的人，由人民法院交公安机关看管；在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留；罚款、拘留必须经院长批准；罚款、拘留应当用决定书；对决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次；复议期间不停止执行。本条规定的罚款金额为一千元以下，因此对违反人身安全保护令尚不构成犯罪的罚款处罚，应当根据本法的规定处罚，拘留及其他程序性规定适用民事诉讼法的规定。

需要注意的是，实践中，违反人身安全保护令的行为，比如继续实施家庭暴力，以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式侵害申请人的，或者骚扰申请人的，也可能构成治安管理处罚。对此，公安机关和人民法院应当相互配合，做好行政执法与司法的衔接，根据案件实际情况和违法情节的轻重，依照本法或依照治安管理处罚法的规定，择一对被申请人即施暴人进行处罚。不宜对同一个违法行为作两次处罚。

（全国人大常委会法制工作委员会社会法室编著：《中华人民共和国反家庭暴力法解读》，中国法制出版社 2016 年版。）

法信·法律条文

1. 《中华人民共和国反家庭暴力法》

第二十三条 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。

当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

第二十九条 人身安全保护令可以包括下列措施：

（一）禁止被申请人实施家庭暴力；

（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；

（三）责令被申请人迁出申请人住所；

（四）保护申请人人身安全的其他措施。

第三十四条 被申请人违反人身安全保护令，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪

的，人民法院应当给予训诫，可以根据情节轻重处以一千元以下罚款、十五日以下拘留。

第三十七条 家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。

2. 《中华人民共和国刑法》（2020 年修正）

第三百一十三条 拒不执行判决、裁定罪：对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

3. 《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》

第十二条 被申请人违反人身安全保护令，符合《中华人民共和国刑法》第三百一十三条规定的，以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚；同时构成其他犯罪的，依照刑法有关规定处理。

六、房产

为争房产权侄对簿公堂，法院如何确认谁是实际购房人？

2022-09-14 江苏高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/4IrfVXwukNS09HZXc-mgXw>

案情简介

代买房留下隐患

老王年轻时入赘他乡，晚年产生叶落归根的愿望，便出售他乡的房子，获得价款用于在家乡购房，以便回家乡与众亲人共同生活。老王没有文化，妻子智力残疾，儿子智力低下。基于亲情，老王卖房时委托弟弟保管买方给付的售房款现金，后在买房时以该现金中的一部分交付卖方。为了买房，老王委托弟媳、侄媳物色到房源，后再委托侄子小王签订购房合同、交付购房款项、办理过户手续。后房产证、票据等均由小王夫妇保管。2005 年，老王如愿住上了家乡的房子，以期与妻子在该房屋中安享晚年。此后十年生活幸福，别无烦恼。

2015 年，老王意外得知自己的房子被登记在了小王夫妇名下。10 多年来家庭和谐美满的表象被揭开，巨额财产的纷争浮出水面。老王多次要求小王夫妇将房屋过户给自己。岂料，小王夫妇不承认房屋系老王夫妇购买，而主张是自己出资购买，理由是合同是他与卖方签订，房款及税费也由他支付，并持有相关证据，房屋登记在他的名下。

争议产生后，老王的兄弟姐妹作为小王的长辈，反复出面协调，小王夫妇态度依旧。为此，小王夫妇还曾与多位长辈发生冲突，公安机关也介入调查。双方之间的纠纷，也引起苏州当地媒体的关注。不仅如此，小王夫妇还曾于 2019 年起诉

至法院，以自己为房屋产权人为由，要求老王夫妇搬离房屋，最终未得到法院的支持。

书证缺乏难定曲直

2020 年，老王夫妇向苏州工业园区法院提起诉讼，要求确认房屋应归他们所有，小王夫妇应配合将房屋登记至他们名下。小王夫妇辩称，老王夫妇没有证据证明房屋是老王夫妇购买的。

诉讼中，年迈的老王到庭，讲述了其晚年归乡时的漫漫“买房路”：老王原为斜塘人，到娄葑做女婿，2005 年想回斜塘，便卖掉娄葑房屋，侄媳（小王妻子）、弟媳了解到卖方想卖房，后弟媳、弟弟、姐夫、侄子（小王）一起与卖方签了合同，由弟弟、侄子（小王）转付了房款。本以为可以就此在家乡安度晚年，哪料面对金钱的诱惑，侄子竟想将房产据为己有，实在令人寒心。

小王则称，涉案房屋签约时只有其一人前往，当场给卖方现金 25 万元，其中 20 万元系向亲戚所借，余款为自有。买房是为了投资。

根据双方提交的书面证据，仅能认定如下事实：

2005 年 2 月 23 日，老王夫妇与他人签订合同，将他乡房产以 35.2 万元出售，当天受领房款 32.2 万元；

2005 年 3 月 9 日，诉争房屋卖方与小王签订《房屋买卖合同》，约定由卖方将诉争房屋售与小王，总价 25.8 万元，签约时付 25 万元，余款 0.8 万元过户时付清。当天，卖方出具收条：“今收到房款 25 万元。”

2007 年 2 月 12 日

诉争房屋登记于小王夫妇名下

既然购房合同由小王签订，卖方收条向小王出具，税费凭证由小王持有，产权登记在小王夫妇名下，老王夫妇的主张仅凭自己曾出售他乡房产得款的事实还是远远不够的。

全面调查还原真相

法院了解到，案件知情人既有卖方，也有若干亲属，在书面证据薄弱的情况下，只能通过向群众进行翔实调查，才能还原真相。随后，法院对老王的弟弟、弟媳、妹妹、妹夫、姐夫及卖方全面展开调查。

根据众多证人高度吻合的证言，结合书面证据，足以得出以下判断：

从购房资金看，老王夫妇在出售原有房屋后，所得价款足以支付诉争房屋购置款。而相关亲属证言证明，小王的家庭当时经济并不宽裕，缺乏如此大额的购房资金，小王夫妇关于借款购房的陈述，缺乏证据证明。

从购房时间看，诉争房屋的购买与老王夫妇原有房屋的出售仅间隔十余天，老王的主张在时间衔接上说服力强。

从购房目的看，老王及相关亲属均陈述，老王购房是为回到家乡众亲人身边，符合落叶归根的传统习惯。而小王称购房是为投资缺乏说服力。

从交易角色看，相关亲属及卖方均陈述，购房人是老王夫妇，而小王夫妇仅为物色房源、签订合同、交接房款、办理过户的交易辅助人。

从交易过程看，相关亲属及卖方均陈述，与小王一同参与交易的人员众多。而小王陈述仅其一人前往签约，明显矛盾。

从法律意识状况、民间传统习惯看，老王缺乏文化知识，妻儿智力受限，而小王系其侄子，老王信任并委托小王帮办买卖手续，且由小王长期保管产权证，符合常理。

从房屋使用情况看，老王夫妇在诉争房屋购买后，一直居住其中，已达 10 多年之久。

据此法院认为，现有证据充分证明，诉争房屋实际购买人为老王夫妇，购房款的出资人为老王夫妇，因此判决小王夫妇将诉争房屋权属登记至老王夫妇名下。

裁判解析

传统习惯与法律制度的对接

深入群众、调查研究、实事求是，是“马锡五审判方式”的重要特征，是党的群众路线在司法工作中的体现。

本案中，购房合同由小王签订，卖方收条向小王出具，税费凭证由小王持有，产权登记在小王夫妇名下，书面证据对小王夫妇有利。但众多亲人及卖方均为老王夫妇作证，证言高度吻合，环环相扣，能够印证老王的陈述。证言与两份房屋买卖合同结合，也能证明具有购房资金、符合购房时机的是老王夫妇。且证人虽多为老王亲属，但同样也是小王亲属，证人中还包括无利害关系的卖方，因而证言可信度较高，足可采信。在老王夫妇书面证据不充分的困境下，是证人证言为本案查明事实提供了足够的帮助。

本案在民事案件中合理运用了传统习惯。当事人生活的环境处于“熟人社会”中，案情中蕴含着浓厚的传统习惯及丰富的乡土气息元素。老王的陈述与众多亲属的证言一致。老王缺乏文化知识，妻儿智力受限，而小王系其侄子，在此情形下，老王信任并委托小王帮办购房手续，且由小王长期保管房产证，符合特定群众法律意识状况，符合民间传统习惯。民间传统习惯在本案对证人证言的采信上起到了一定的强化作用，传统习惯通过影响证据采信、进而影响事实认定的方式，得到了合理的运用。

本案弘扬了社会主义核心价值观。亲情曾因巨额财产的诱惑，面临严峻的考验。亲情也因一

个弱者遭遇生存危机，发挥强大的能量。侄儿利用叔叔的信任，实施巧取财产的行为，但在纠纷发生后，众亲人心怀正义感，全力帮助弱者伸张了正义。掩盖事实的机会产生于亲情，还原真相的力量同样源自于亲情。没有人因为老王家境贫寒或家人智力低下而作壁上观，没有人因为顾忌侄子的感受而袖手旁观。亲情最终还是通过更多亲人的正确选择，得到了正面的彰显。本案关涉老年人生存利益，涉及弱势群体保护。依靠群众，深入调查，实事求是查明事实真相，是司法给予当事人的必要的人文关怀。

专家点评

苏州大学王健法学院教授 赵毅

彰显民事审判的温度

民法从来都不是冰冷的商品交易法，而是充满温度的弱者保护法。把脉人的温度，会让民事审判工作穿透纷繁复杂的人伦迷象，还原事实的真相，诊断出诉争的实质。人的温度就是民事审判的温度。在本案中，法官通过运用“马锡五审判方式”，使民事审判的温度获得了程序上的保障；而裁判说理中社会主义核心价值观的融入，更让民事审判的温度在实体上获得了彰显。

民事审判中社会主义核心价值观的融入，既可以通过法教义学的运用增强解释的实质正当性，也可以在规范供给不足的情况下有效开展漏洞填补。本案面对的则是一个新问题：弱势方仅有言词证据，强势方则具备书面证据。法官通过走“马锡五审判方式”中的群众路线，通过翔实的调查研究，在证人众多、证言高度吻合、相互印证的情况下，最终得出言词证据相较书面证据具备更高证明力的结论。这是社会主义核心价值观在程序法、证据法领域进行有效运用的典范。

根据《最高人民法院关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，在涉及老年人、妇女、儿童、残疾人等弱势群体以及特殊群体保护，诉讼各方存在较大争议且可能引发社会广泛关注的案件中，应当强化运用社会主义核心价值观释法说理。庭审程序中的举证、质证、法庭辩论等环节也应与社会主义核心价值观紧密结合，案件涉及多种价值取向的，法官应当依据立法精神、法律原则、法律规定以及社会主义核心价值观进行判断、权衡和选择，确定适用于个案的价值取向。无疑，本案法官选择了有温度的价值取向。

擅自出售夫妻共有房产构成违约应担责

2022-09-15 广东省高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/GWehn2mVMq1g9R62UzzRMw>

案件提要

夫妻一方未经另一方同意处分共有房屋构成违约的，应按约定承担违约责任；另一方不知情且未收到、使用购房款的，无需担责。

争议焦点

夫妻一方未经另一方同意擅自处分共有财产构成违约的，另一方是否应当承担违约责任。

基本案情

被告李某、黄某系夫妻关系。2019 年 12 月中旬，原告李某与被告李某签订《房屋买卖合同》，甲方为李某、黄某，乙方为原告李某，主要约定：

原告购买被告位于某小区的涉案房屋，房屋总价为 52.5 万元；原告先付购房首付款 37.5 万元让被告还清欠银行的房贷，双方办理过户手续后再由原告一次性付清尾款 15 万元；如被告中途违约，则必须退回已付购房款并加上购房总额的 30% 赔付给原告。合同签订当天，原告依约向被告李某支付了首付款，但李某未依约到银行还清涉案房屋的银行贷款，经原告多次催促仍不履行约定的义务。原告遂将李某、黄某夫妻二人一并起诉至法院，请求：解除双方签订的案涉合同，二被告共同退回购房首付款 37.5 万元及支付违约金 15.75 万元。

涉案房屋登记在李某、黄某二人名下，为其二人共同共有。庭审时，原告确认黄某未在案涉合同上签名及捺印，甲方处签名及捺印均为李某所为。

裁判结果

仁化县人民法院审理认为，案涉合同为原告与被告李某二人的真实意思表示，该合同对其二人具有法律约束力。但涉案房屋系李某及黄某夫妻二人共同共有，黄某未在案涉合同上签名及捺印，亦不予追认，故李某出卖涉案房屋属无权处分，且原告也没有提交证据证实黄某知情并收到或使用了其支付的购房首付款，因此，案涉合同对黄某没有法律约束力。遂判决解除原告与李某签订的案涉合同，李某偿还原告购房首付款 37.5 万元及违约金 15.75 万元。宣判后，双方均未提起上诉。

典型意义

夫妻共有房产是家庭财产的重要组成部分，也是房地产交易市场上常见的买卖标的。由于此类房产的卖方存在特殊的身份关系，买房人在交易过程中很容易忽视对卖方交易资格的谨慎审查，从而为争议的发生埋下隐患；一旦发生争议，不仅会让买房人遭受损失，也影响正常的房产交易

市场秩序。本案中，丈夫未经妻子同意，擅自将夫妻共有房产出售，显属无权处分行为，但买方属于善意购买且支付了合理价格，因此，法院判决案涉合同有效，丈夫独自向买方承担不能过户的违约责任。本案的处理结果既保障善意买方的合同权益，也有效规避夫妻共有房产的交易风险。

法官简介



对话法官

小编：结合本案谈谈如何规避夫妻共有房产交易风险？

秦艳华：夫妻共有房产是夫妻共同财产中重要的组成部分。现实生活中，夫妻一方擅自出售共有房产的行为屡见不鲜，也引发了很多社会矛盾。因此，购房人欲购买此类房产时应当注意审查房屋的权属情况，如发现是夫妻共有房产时，签订房屋买卖合同应要求卖方夫妻双方共同到场签名并出示结婚证；其中一方若因故无法到场的，也应出具合法有效的书面授权手续，以有效规避由此引发的交易风险。否则，像本案案情一样，根据《民法典》第三百一十一条的规定，购房者善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记，才能取得该房屋的所有权。因此，虽然案涉《房屋买卖合同》有效，但只在卖方（丈夫）和买方之间有约束力，且合同双方也只是债权行为，原告并不能以此强制要求未签订合同的妻子一起办理产权过户登记手续，如此一来，原告签订《房屋买卖合同》的合同目的显然是无法实现的。

丈夫擅自卖房后毁约，夫妻双双被告，妻子要担责吗？判了！

2022-09-23 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/gR800e3FXF2pb9hp-LRLEw>

原本是夫妻二人共有的房产，丈夫却在妻子不知情的情况下，擅自将房产出售给他人，卖房后又反悔迟迟不配合过户，结果夫妻二人被买家告上法院要求返还购房款，并支付违约金。

法院是否支持买家诉求，不知情的妻子是否要一起承担违约责任？请看本期案例！

案件经过

丈夫擅自卖房后反悔，夫妻二人被诉违约

广东省韶关市仁化县的李某和黄某是一对夫妻。2019 年 12 月中旬，李某某与李某签订《房屋买卖合同》。

合同约定：

李某某购买李某和黄某位于当地某小区的涉案房屋，房屋总价为 52.5 万元；

李某某先付购房首付款 37.5 万元，让李某夫妇还清欠银行的房贷，双方办理过户手续后再由李某某一次性付清尾款 15 万元；

如李某夫妇中途违约，则必须退回已付购房款并加上购房总额的 30%进行赔付。

合同签订当天，李某某依约向李某支付了首付款，但李某未依约到银行还清涉案房屋的银行贷款，经多次催促仍不履行约定的义务。

李某某遂将李某、黄某夫妻二人一并起诉至法院，请求：解除双方签订的案涉合同，二被告共同退回购房首付款 37.5 万元及支付违约金 15.75 万元。

经查，涉案房屋登记在李某、黄某二人名下，为其二人共同共有。庭审时，李某某确认黄某未在案涉合同上签名及捺印，甲方处签名及捺印均为李某所为。

法院判决

丈夫独自偿还首付款及违约金

法院审理认为，案涉合同为原告李某某与被告李某二人的真实意思表示，该合同对其二人具有法律约束力。

但涉案房屋系李某及黄某夫妻二人共同共有，黄某未在案涉合同上签名及捺印，亦不予追认，故李某出卖涉案房屋属无权处分，且原告也没有提交证据证明黄某知情并收到或使用了其支付的购房首付款，因此，案涉合同对黄某没有法律约束力。

为此，判决解除原告李某某与被告李某签订的案涉合同，李某偿还原告购房首付款 37.5 万元及违约金 15.75 万元。

宣判后，双方均未提起上诉。

法官提醒

购房人应注意审查房屋权属情况

夫妻共有房产是家庭财产的重要组成部分，也是房地产交易市场上常见的买卖标的。

由于此类房产的卖方存在特殊的身份关系，买房人在交易过程中很容易忽视对卖方交易资格的谨慎审查，从而为争议的发生埋下隐患；一旦发生争议，不仅会让买房人遭受损失，也影响正常的房产交易市场秩序。

本案中，丈夫未经妻子同意，擅自将夫妻共有房产出售，显属无权处分行为，但买方属于善意购买且支付了合理价格，因此，法院判决案涉合同有效，丈夫独自向买方承担不能过户的违约责

任。本案的处理结果既保障善意买方的合同权益，也有效规避夫妻共有房产的交易风险。

需要注意的是，夫妻共有房产是夫妻共同财产中重要的组成部分。现实生活中，夫妻一方擅自出售共有房产的行为屡见不鲜，也引发了很多社会矛盾。

因此，**购房人欲购买此类房产时应当注意审查房屋的权属情况**，如发现是夫妻共有房产时，**签订房屋买卖合同应要求卖方夫妻双方共同到场签名并出示结婚证**；其中一方若因故无法到场的，

也应出具合法有效的**书面授权手续**，以有效规避由此引发的交易风险。

否则，**根据民法典第三百一十一条的规定，购房者善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记，才能取得该房屋的所有权**。虽然案涉《房屋买卖合同》有效，但只在卖方（丈夫）和买方之间有约束力，且合同双方也只是债权行为，原告并不能以此强制要求未签订合同的妻子一起办理产权过户登记手续，如此一来，原告签订《房屋买卖合同》的合同目的显然是无法实现的。

来源：广州日报、中国普法、广东省仁化县人民法院

七、社会新闻

申办外国远程结婚登记须谨慎

2022-09-02 领事直通车 外交部领事司

<https://mp.weixin.qq.com/s/CxkD2T9ITKrqqWwSTn0TEQ>

近来，一些中介公司在互联网上宣传可协助当事人通过远程视频方式，在外国有关机构办理结婚登记，并称有关结婚手续不限申请人国籍、性别、所在地，手续便捷，结婚证真实有效且适用于大部分移民项目。经了解，目前仅个别国家可办理远程结婚登记。相关办理网站信息同时显示，无法确保有关远程结婚登记证及婚姻关系得到其他国家政府的接受和承认。我国《民法典》等法律法规对中国公民办理婚姻登记的程序和婚姻效力有明确规定。此种通过远程视频方式办理的婚姻

登记，可能存在因不符合我国法律规定，导致婚姻关系在国内不被承认，或有关结婚证因不能办理驻外使领馆领事认证手续而无法在国内使用。其他国家是否认可该种远程缔结的婚姻关系，需由各国根据本国法律判定，亦存在不确定性。

鉴于远程结婚登记存在风险，为避免由此可能引发的不便和损失，外交部领事司提醒中国公民，谨慎选择远程结婚登记。对网络不实宣传保持警惕，不要盲目轻信。

90 后二孩母亲未离婚又与 00 后男友同居生子，被判重婚罪

2022-09-07 澎湃新闻

<https://mp.weixin.qq.com/s/-hmVRREG1Jq3Yoq4ZEQ26Q>

澎湃新闻记者 李菁 通讯员 单明嫒

在上海，柯慧琴和男友萧涵以夫妻名义同居，并生了一个孩子。事实上，她是一个有夫之妇，而且是两个孩子的母亲。

2022 年 8 月 11 日，上海市青浦区人民检察院（以下简称“青浦区检察院”）以涉嫌重婚罪对柯慧琴提起公诉。8 月 19 日，法院判处其有期徒刑八个月，缓刑一年。

青浦区检察院介绍，2012 年，21 岁的柯慧琴与劳凌相识，并于当年底在老家登记结婚成为合法夫妻，婚后二人共同养育两名子女，直至 2017 年 10 月，柯慧琴随同劳凌一起到上海务工。

来到上海不久，柯慧琴偶遇了男子萧涵。萧涵 2001 年生，比柯慧琴小 10 岁，但性格沉稳，柯慧琴与他一见如故，不久便无话不谈。萧涵不知其已婚，两人经常相约外出、吃饭逛街。

2018 年 5 月，柯慧琴与萧涵在外并肩行走时，偶然与劳凌迎面撞上。劳凌见妻子与其他男性举止亲密，当即雷霆大怒，回家后和柯慧琴大闹一场，强行将她带回老家。柯慧琴返回老家后不耐烦整日做饭带孩子，又对丈夫的行为感到愤怒，倍加思念萧涵，一怒之下，离家出走，返回上海。她自认为与丈夫分居就代表离婚，回到上海后找到萧涵与其同居。萧涵不明真相，由于其尚未到法定结婚年龄，且同样法律意识薄弱，便与柯慧

琴同居，而未提及领证结婚事宜，因此也不知柯慧琴尚未离婚的真相。

柯慧琴与萧涵在一出租屋居住下来，该小区邻里关系和睦，见新搬来一户人家，便时常有人前来串门。柯、黄二人对外以夫妻相称，邻居们见他俩举止亲密，同进同出，交谈中对对方父母、工作情况都十分了解，只当这是一对合法夫妻。2019年6月，柯慧琴与萧涵产下一子。

幼子出生后，柯慧琴二人由于工作忙碌无暇照顾孩子，遂决定由柯慧琴将孩子带回老家与其父母共同照看。直至一年后孩子需要上户口，柯慧琴才想到要与劳凌办理离婚证，而当劳凌听说妻子这些年在外的经历后，毅然决定报警。

经审查，柯慧琴在有配偶的情况下与他人形成事实婚姻，其行为已构成重婚罪，依法应予惩处。然柯慧琴到案后如实供述自己罪行，自愿认罪认罚，且其子年龄幼小，不适合长期离开亲生母亲。因此，青浦区检察院依法对其提起公诉后，建议法院判处其有期徒刑八个月，并予以缓刑。法院已全部采纳检察机关量刑建议。柯慧琴户籍所在地法院也已判决准予其与前夫离婚。

检察官介绍，根据《中华人民共和国刑法》第二百五十八条之规定：有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

依照法律规定，我国婚姻实行一夫一妻制度，如果违反将会构成重婚罪，追究刑事责任。重婚罪最常见的情况是事实重婚，即在法定婚姻关系存续期间又与配偶以外的异性以夫妻名义同居生活。那么重婚罪是如何定义的呢？

首先，是以夫妻名义共同生活的认定。同居双方主观上具有永久共同生活的目的性，为了组建家庭而长久在一起。其中养育子女就能够直观表达双方长久共同生活的意愿，是认定双方构成同分重婚罪的重要依据。同时，双方拥有共同的经济基础，且同居期限存在长期性稳定性，则可认定为重婚。

其次，是以夫妻名义对外公开的认定。双方在公开场合及人际交往中向亲朋好友表明双方的夫妻身份，并以夫妻身份参加各类活动。公开的言语间以夫妻相称（言语公开身份是重要依据，但不是唯一依据），具有以上特征者也可认定为重婚。

重婚不仅对两个家庭都形成致命性打击，也严重影响社会伦理纲常，广大群众应当提高法律意识，认识到法定婚姻的严肃性，与他人以合法方式缔结婚姻关系。

（文中人物均为化名）

八、媒体视点

父母为子女出资购房是借贷还是赠与存在争议 立法完善出资性质认定规则维护家庭稳定

2022-09-14 法制网

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20220913/Article106003GN.htm>

□ 本报记者 朱宁宁

不久前，一则“丈夫为独占房产，联手婆婆追讨百万元房款”的消息冲上微博热搜。有关父母出资给子女购房引发纠纷的话题又一次引起关注。

现实生活中，受中国传统家庭伦理观念影响，父母为子辈出资购房是普遍的社会现象，成为子女解决购房问题的首要选择。但是，当子女离婚时普遍会因此产生纠纷。由于父母为子女出资购房的现实情况错综复杂，各地司法实践中对此类案件判决也常常不同。

父母出资购房行为性质的认定涉及父母、子辈夫妻两代人的利益。明确父母为子女出资购房产权归属问题的性质，不但能够为司法实践提供更为合理的裁判思路和规则，也可以进一步维护夫妻财产权益、维护家庭稳定、社会和谐。究竟该如何协调财产法规则和婚姻家庭伦理性的关系？如何才能公平解决夫妻双方及其父母的财产权利纠纷？在近日举办的第九届中国婚姻家庭法实务论坛上，相关话题也引发实务界和理论界的热议。

父母出资购房并不一定都是赠与

不管是子女婚前还是婚后，父母在为其出资买房的时候都是抱着双方百年好合的目的。从调研了解情况看，近些年之所以出现大量父母起诉子女借款纠纷，主要因为父母给子女出资购房后认为房产可能会被认定是夫妻共同财产，子女离婚的时候，父母不希望财产通过夫妻财产分割的方式外流，因此才有了起诉借款纠纷的动机。

2021 年 1 月 1 日起，民法典和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）同日施行。

对于父母为子辈出资买房的行为性质，《婚姻家庭编解释（一）》第二十九条规定，当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。

应当说，相比此前的司法解释，对于父母为子女出资购房问题，《婚姻家庭编司法解释（一）》并没有大的变化，也没有改变原来的规则，符合民法典第一千零六十二条和第一千零六十三条的规定，在一定程度上为解决此类纠纷提供了裁判依据。据此，有观点认为，父母为子女出资购房，在没有明确意思表示的情况下应当推定为赠与，除非有证据证明父母有其他意思表示。但有学者对此并不认同。

“这一规定针对的是父母购房出资已经明确是赠与性质的情形，解决的是到底是赠与夫妻一方还是赠与夫妻双方的问题。换言之，本条适用的前提是父母的出资已经被认定为赠与。而在父母婚前给子女一方出资购房行为的性质存疑的情况下，并不能据此推导出其性质属于赠与。”中国人民大学民商事法律科学研究中心执行主任石佳

友主张，在父母无明确的赠与意图表示的情况下，应当将该出资款认定为对子女的临时性资金出借。

“众所周知，高昂房价之下，房产目前是家庭最贵重的资产。而子女单凭一己之力难以购房。”石佳友进一步指出，在这样的背景下，父母出于关爱帮助支付购房首付甚至全款出资购房，其目的在于帮助子女渡过经济困窘期，这一行为在法律上不宜认定为赠与。

他同时强调指出，根据民法典，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务，成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。子女成年后已经具备了完全民事行为能力，应当自立生活。此时，父母对子女不再负有养育义务，父母的帮助更多的是出于一种情感上的关心关爱。此外，从鼓励年轻人自立、尊老敬老、反对“啃老”的角度来说，也不宜将父母为子女出资购房的行为认定为赠与。至于父母未来是否会向子女主张还款，这属于父母自己决定行使或放弃其权利的问题。

赠与说更加符合民法典立法本意

但也有观点认为，父母出资为子女购房的行为定性为赠与更加符合民法典婚姻家庭编的立法精神和本意，与民法典婚姻家庭编维护婚姻关系和谐稳定的立法价值相一致。

“在婚姻家庭领域内，个体独立自由是完全具有正当性的，但是该自由是有边界的，否则不利于婚姻家庭关系和谐稳定立法价值的实现。”吉林大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长李洪祥认为，决定父母为子女出资购房的性质，还需要从立法价值、婚姻家庭关系的本质综合考量得出结论。

他指出，从民法典立法价值来看，婚姻家庭既要强调夫妻人格独立的理念，更应当兼顾夫妻财产关系为共同共有的理念。这意味着不仅要考虑个人合法权益的维护，也要实现家庭职能和个人利益保护的动态平衡。因此，在婚后父母为子女出资购房形成赠与关系后，其财产共有关系的推

定规则应当为推定共同共有关系，所购房屋为夫妻共同共有财产。同时，从法律上将父母为子辈购房出资的行为明确为赠与，还可以向后发生作用，让人们产生行为预判，按照相关规定行事，最大程度避免纠纷发生，问题自然也会得到解决。

“从父母的内心意思表示看，父母基于血缘亲情乃至代际传承缘故往往是自愿出资为子女购置房产用以改善子女生活居住条件、减轻生活压力。出资购房时父母往往并没有要求子女偿还的主观意思。如果将父母出资购房认定为借贷，那也必须有前提条件，即借贷双方存在明确的借贷合意，如果没有借贷合意，宜推定成立赠与关系。”李洪祥分析指出，我国实行法定夫妻共同财产制，原则上，夫妻在婚姻关系存续期间所得财产因夫妻身份关系的存在而理应归夫妻共同共有。因此，将父母为子女出资购房推定为赠与具有合理性和适法性。而借贷说单独以财产来源作为判断夫妻共同财产的标准，有悖于我国夫妻共同财产关系形成的法理基础。

从立法上完善出资性质认定规则

应当看到，现实中，有的出资父母终其一生的积蓄为子女出资购房，最后却因子女婚姻关系破裂而被分割，更是有一部分投机取巧者假借婚姻之名攫取利益，使出资父母苦不堪言，甚至生活陷入困境。

记者采访中了解到，父母为子女出资购房的现实情况错综复杂，尤其是对于子辈婚后父母出部分房款、子辈夫妻仍需继续共同还贷的情况下，一旦子辈婚姻出现问题走向破裂，那么离婚时房产归属问题、如何分割问题，子辈夫妻与父母间的借贷纠纷问题都会伴随发生。这种情况下，各地司法实践中常常会出现同案不同判现象。

显然，认定父母为子女购房的情况是一个牵一发而动全身的规则设计，甚至可能会引起后续纠纷。

“当父母有明确的意思表示时，宜按照父母的意思认定出资的性质。当父母没有明确的意思表示时，法律上应为父母的出资性质设置推定规则。”北京天驰君泰律师事务所婚姻家事专业委员会副秘书长陈贝贝认为，解决父母在子辈婚前婚后出资购房纠纷的核心，就是在各方当事人之间合理分配举证责任，明确父母出资的意思表示不明确时的推定规则、举证责任的转移等。

在她看来，应当鼓励父母和子女通过书面协议的方式，明确购房出资系赠与还是借贷，是赠与一方还是赠与双方，并进一步明确房屋权利该如何界定。

对于如此一来可能会拆散很多婚姻的担心，陈贝贝持不同看法。“对出资性质予以明确，某种形式上也是为了维护家庭的团结，不至于在之后产生纠纷。而且，在子辈夫妻关系较好时，婚姻关

系本就十分牢固，订立协议并不一定会引起巨大冲突。”

她同时强调，处理好父母意思表示不明确时出资性质的推定规则与民间借贷相关司法解释的关系也十分重要。

“根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》(2020 第二次修正)第十七条的规定，原告不需要提供借条，只要有金融机构的转账凭证就能够主张借贷关系成立。但是从理论上讲，民间借贷关系的成立需要有借贷合意以及钱款支付两个要件。只有转账凭证，举证责任分配本身就是民间借贷纠纷中未决的争议，这一争议的解决是明确父母出资性质的前置性问题。”鉴于此，她建议尽快明确仅有金融机构转账凭证时民间借贷纠纷举证责任的分配规则。

非婚同居财产给付纠纷呈上升趋势 专家认为应制定特殊规则予以调整

2022-09-30 法制网

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20220927/Article106004GN.htm>

本报记者 朱宁宁

个体化的崛起、大城市中较高的生活成本、一个人在外打拼的孤寂……这些现实因素让越来越多的城市青年开始找一个伴“抱团取暖”，选择了非婚同居的生活方式。

伴随近年来非婚同居现象越来越普遍，同居期间经济财产纠纷也逐渐呈现上升趋势。

非婚同居期间买的房怎么分？一起做生意赚的钱怎么算？给对方的钱财是不是彩礼、分手后能不能返还？互赠的礼物能不能要回来……关于同居关系期间所引发的财产纠纷层出不穷。在近日举行的第九届中国婚姻家事法实务论坛上，相关主题发言也引起了学界和实务界热议。

多因素让“空巢青年”选择同居关系

24 岁的晓莹（化名）去年毕业后在北京入职了一家互联网公司。在公司里，她遇到了“一见钟情”的男友。很快，两个人便在公司附近租房开启了“同居时代”。但晓莹跟男朋友都还年轻，在短时间内都没有结婚的打算，因此，两个人虽然住在一起，却一直“自己赚钱自己花”，各自保持独立的经济收入和花销，只是会在特殊的日子主动买礼物送给对方或者是花钱请对方吃大餐。同居期间，两人还出去游玩了几次，费用基本也都是 AA。

“我的就是我的，和他没关系。”晓莹坦言，即便两人分手也不会有任何经济上的纠纷。

与晓莹这种“爱而不婚”的同居关系不同，今年 33 岁的小于（化名）则一直以结婚为目的跟女友在一起同居了近 5 年。两个人相识已久，已经见过双方家长。

“我们两个是打算过一辈子的，现在住在一起跟结婚其实没啥两样，所有收入、开销都是共同的。”小于告诉记者，两人正在努力攒钱买房，争取结婚时能住进自己的房子里。但当被问及房子到时候会写谁的名字时，小于愣了一下，然后谨慎地说到时候会商量。

小于的犹豫并非没有原因。不论是“只爱不婚”型，还是以日后结婚为目的，当事人在同居期间都会发生一些经济往来。近年来，因为同居期间买房或者大额财产支付行为而发生的纠纷并不鲜见，且有上升的趋势。同居期间的经济纠纷成为双方分手后的主要矛盾，进而引发所谓的同居析产纠纷。

法律规定不明确带来司法实践难题

记者在中国裁判文书网上以“同居析产”为关键词进行搜索，共搜索到 3100 多条裁判文书。其中，涉及非婚同居财产给付性质的纠纷，最常见的就是婚约财产纠纷和借款合同纠纷。由于现行法律对同居相关内容规定不明确等因素，使得此类案件经常出现“同案不同判”的现象。

“非婚同居关系中的主体经常基于身份因素进行财产给付，但是这种给付并没有像夫妻之间的给付受法律的特别调整。”吉林大学法学院教授、吉林大学法学院家事司法研究中心主任侯学宾说，由于我国法律对于非婚同居的性质并不像婚姻关系那样有明确的规定，司法实践中对于此类纠纷中给付性质的认定没有统一的标准，这是导致“同案不同判”的重要原因。

侯学宾介绍说，调研发现，非婚同居关系中财产给付行为的性质，一般会被认定为附条件赠与

（即通常所说的彩礼性质），或者普通赠与，或者借贷关系三种不同的性质。这三种不同性质的关系相应地会形成两种纠纷类型，一种是围绕财产给付是彩礼性质还是普通赠与性质的纠纷，另一种是围绕财产给付是借贷性质还是普通赠与性质的纠纷。

“不论是哪种纠纷，目前在司法实践中都会面临争议。”侯学宾分析说，在第一种纠纷中，尽管司法解释对彩礼的返还规则进行了规定，但并未规定彩礼的内容。受到传统文化和地域习俗的影响，各地对彩礼的内容有很大差异，这就导致法官在认定时产生不同的裁判结果。第二种借贷纠纷中，虽然借条等证据会发挥重要的作用，但非婚同居时双方基于亲密关系身份一般很少会写借条，一旦出现纠纷，就需要法官进行推定，这也给司法实践的认定带来难度。

身份性因素决定给付行为性质判定

非婚同居关系建立在人身关系基础上，同时又涉及复杂的财产关系，但由于从现行法律上看，非婚同居关系不具有法律上的效力，不受法律保护。同居关系有别于婚姻关系，跟婚姻关系存在着诸多差异，同居中的共同财产也不完全等同于夫妻共同财产。因此，如何在同居期间既维系好双方的感情又能维护好自己权益，是当事人必须要面对的问题。

“非婚同居的双方切记要做好约定，即便情到浓时也要保持理性。”全国人大代表、广东省广州市中级人民法院审判委员会专职委员陈海仪指出，尤其是大额的财产给付行为，比如购买房产、大额资金往来等，应当提前做好约定，理性对待，不要因为感情的原因而过于草率，更不要把金钱作为衡量感情的筹码。

谈及非婚同居财产给付纠纷的核心问题，侯学宾认为，身份性因素是判定给付行为性质的决定性因素，由此也会影响案件审理结果。

记者采访中了解到，目前在司法实践中，对于同居期间财产性给付行为性质的判定，一些影响因素已经规则化。比如，认定是否为“彩礼”性质，主要从民间习俗和共同生活时间角度来考量，认定是否为借贷则主要从金额大小、资金用途角度来考量。又如，小额的金钱给付往往会被认为是普通赠与，而金额很大的情况则更容易被认定为借贷。

但在侯学宾看来，这种影响因素能不能规则化，区分对待有没有合理的根据，仍是司法实践中应当注意的问题。解决此类纠纷最好的方法是立法上认识到此类问题的特殊性，制定特殊规则来予以调整。

“司法解释目前是解决此类纠纷的最便捷之举。”侯学宾认为，在面对非婚同居关系中一方当

事人要求返还同居期间所给付财产的诉求，人民法院应依据当事人的不同诉求确立不同的案由。在婚约财产纠纷中，人民法院应从双方共同生活时间、民间习俗和金额大小等角度来对给付的性质加以认定；在借款合同纠纷中，从财产用途和金额大小等因素来加以考量。

侯学宾提醒说，非婚同居这种亲密关系和婚姻关系有类似之处，但是目前还缺乏法律对财产给付的特别调整，当事人要有一定的法律意识。

“一方面要意识到，这种亲密关系不可能像陌生人那样只是基于利益进行考量；另一方面，当非婚同居关系破裂时要注意保护自己的利益，出现较大金额的给付时，要有保留证据的意识。”

九、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

张力：与被收买妇女结婚在民法上的定性与处置

2022-09-08 浙江工商大学学报

<https://mp.weixin.qq.com/s/-6PYj1aKJCvbaU6Ky0PQBQ>

摘要：与被收买妇女结婚可有条件定性为买卖婚姻，但这并不导致有关婚姻无效。与被收买妇女结婚登记的程序瑕疵与形式审查缺陷可导致相关结婚不成立。在妇女本人反对、当地群众对收买妇女结婚前后关联事实存在基本知晓且阻挠解救的情况下，有关与被收买妇女的事实婚姻也不能成立。与被收买妇女结婚因存在胁迫情形而可被撤销，但应确保妇女合法权益不因婚姻撤销反受损失。在离婚纠纷中收买妇女结婚应作为感情基础因素纳入离婚标准考量，尽量尊重妇女意愿，在判决离婚时，收买妇女结婚可作为婚内过错因素影响夫妻财产分割、子女抚养人确定、婚内负担补偿、离婚后帮助，以及离婚损害赔偿方案的具体形成。

关键词：收买妇女；买卖婚姻；婚姻不成立；可撤销婚姻；离婚

来源：张力：《与被收买妇女结婚在民法上的定性与处置》[J]，浙江工商大学学报，2022，36（4）：37-49。

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.04.004



张力：西南政法大学民商法学院教授，博士生导师，法学博士，教育部“长江学者奖励计划”青年学者，主要从事民法学、婚姻家庭法学研究。

拐卖妇女犯罪造成巨大社会危害，理应严厉打击，这除了要求加大对拐卖行为的直接惩处力度之外，还需延伸到加大对收买被拐卖妇女的需求方惩处力度上。现实生活中，收买被拐卖的妇女往往是为了与之结婚、延续子嗣。此时与被拐卖者的婚姻本身可能成为拐卖妇女犯罪危害性持续延伸的载体，以及相关新犯罪的滋生温床。例如买入方以各种手段逼迫被拐卖妇女尽快完婚；为防止被拐妇女逃跑而人财两空男方及家人可能对被拐妇女采取拘禁、囚禁等手段，切断妇女与社会的联系；在实施非法拘禁期间，为摧毁妇女逃跑、求生意志，经常以打骂、捆绑、冻饿、强迫过度劳动、有病不给治等虐待、采取暴力手段摧残折磨；还不乏违背妇女意愿强行发生性行为，严重损害被拐妇女的身心健康，虐待殴打妇女恶性影响衍生到子女的抚养教育方面。对拐卖妇女犯罪的刑法制裁由此关联到收买被拐卖妇女婚姻等相关身份行为效力的民法处理上，并成为对有关问题社会关注的焦点之一。当前，一些法院在被拐卖妇女提起离婚诉讼等民事纠纷中认可（或默许）被拐卖者婚姻效力的裁判立场，被不少人质疑为在造成被拐卖妇女“离婚难”乃至“放任收买妇女犯罪”，也从侧面反映了社会公众对拐卖妇女相关犯罪深恶痛绝，以及对加大刑事打击力度诉求延伸到民法调整对刑法追诉协同度的更高要求上。然而刑法与民法调整对象与功能毕竟不同，民法上并没有关于与被收买妇女结婚的直接概念表达，需要进行民法上对应概念与制度转

介或重构方可实现民法调整对刑事追诉的规制协同。民法中与收买被拐卖妇女结婚最具有关联性的身份行为规则可能包括：其一，对“买卖婚姻”等干涉婚姻自由行为类型的禁止性规定。还包括作为各类婚姻行为共同上位条款的国家“实行婚姻自由”的婚姻制度；“结婚应当男女双方完全自愿，”禁止任何“强迫”与“干涉”的婚姻法上一般条款，甚至还有更上位的民法总则中对公序良俗的行为规范效力，及民事行为违反公序良俗无效的规定，等等。要强调的是，本文仅讨论协同防范与打击拐卖妇女刑事政策背景下与被收买妇女结婚效力的民法上判断方法，而非对作为条件的收买被拐卖妇女的行为以及更前提的拐卖妇女行为的“效力判断”，以求在防止民刑制度与功能混淆的前提下，讨论民法对打击拐卖妇女犯罪提供规制协同的最大合理范畴。

一、与被收买妇女结婚是否应定性为“买卖婚姻”

（一）买卖婚姻概念内涵阐释

因买卖婚姻中“买卖”二字与收买被拐卖妇女的“收买”行为内在趋同性，使买卖婚姻容易成为收买被拐卖结婚在民法中的首位转介概念。根据原最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》（1979年2月2日），最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》已于2019年废止，但其中不少关键性概念与规定对后来婚姻法理论与实务具有重要开创意义，已经成为相关领域的重要法理来源，故本文仍有针对性引用。买卖婚姻是指第三者包括父母违反婚姻自主原则，以索取财物为目的，包办强迫他人缔结婚姻，其中索取财物“大量”的为“公开的买卖婚姻”，不足“大量”而“许多”的，为“变相的买卖婚姻”。这一定义也沿用至今，成为婚姻法学界关于买卖婚姻的概念通识。买卖婚姻概念内涵要点有二：其一，第三人向结婚一方（主要是男方）父母或者一方本人（主要是男子）以索取财物

为目的出卖结婚当事人（一般是女方），而男女双方为结婚的自买自卖不在买卖婚姻范围内；其二，须第三者强迫男女双方或一方结婚，损害了结婚自由，若男女双方自愿，即使存在被第三人买卖情况也不在其范围以内。对上述定义必须结合买卖婚姻与聘娶婚的相互演化关系才能具体理解。

在婚姻制度史上，买卖婚姻被认为是古代社会上承掠夺婚而下启聘娶婚的过渡形式。它与聘娶婚的相似性在于均以特定财务价金促成婚姻成立，区别在于“买卖婚者，视女子如货品，而与其他财物换取妻妾之谓也”，女子作为交易对象全无婚姻自由与尊严可言，而在由买卖婚姻发展而来的聘娶婚中，男方向女方缴纳聘礼之本义并非换取女子嫁入夫家的人身对价或“赎身费”，而是象征男方迎娶女方诚意的订金，向妻方父母对妻子的多年养育的感恩，同时妻家父母收取聘礼后其中相当额度多会转交妻子成为夫妻俩未来生活的启动资金，故初衷并非由妻家卖女牟利。不过买卖婚向聘娶婚流变反复，使聘娶婚实践中难免与旧制混淆，不乏女方父母明为聘娶，实则向男方索要高价彩礼，以彩礼为对价行向男方出卖女儿之实，所谓“后世之聘娶婚往往易趋于论财之道，称曰财婚或卖婚，在实质上又不啻于一聘娶化之买卖婚耳”。

买卖婚向聘娶婚发展中的旧态复萌也使新中国建国对婚姻制度的移风易俗曾经将聘娶婚等同于买卖婚，归为封建劣俗而否定限制，并同时导致“买卖婚姻”概念一度被做广义理解。如在1950年《婚姻法起草报告》中，仅“公开的买卖婚姻”就包括具有聘娶婚性质的“嫁女儿”“要身价”“嫁寡妇要身价”，以人身交易性质更为明显的“出财物买妻子”和“贩卖妇女与人为妻”等类型。随着社会发展，聘娶婚相对于买卖婚的区别与进步性才又被正视与承认。传统文化中调整婚姻关系的婚姻之礼、嫁娶之道既传承中国礼仪文化的精髓，又维护婚姻家庭稳定。法学界与实务界逐步承认聘礼被作为促成婚姻目的达成的

合法的条件性因素，与婚姻目的之实质达成呈正相关性，而仅多在婚姻目的不达时引起彩礼全部或部分返还的财产性后果，由此将聘娶婚从买卖婚姻概念外延中独立出来。即使是那些索要彩礼数额明显超出当地经济发展水平、所涉婚姻违背当事人尤其是女方意愿者，也逐步归入并列于买卖婚姻的另一个不当身份行为范畴——“借婚姻索取财物”，以凸显对财产收受的法律调整聚焦，而不再认定为可能牵涉财产与身份关系全面影响的买卖婚姻。

（二）与被收买妇女结婚可有条件定性为买卖婚姻

随着在司法认知实践中逐步排除大量的聘娶婚以及相对少量的名为聘娶婚的实质上的买卖婚（此部分归入借婚姻索取财物的行为）后，1950年《婚姻法起草报告》中“公开的买卖婚姻”到今天的所剩范围其实已相当有限，除了极少数父母明目张胆出卖子女与他人成婚情况外，只剩下“贩卖妇女与人为妻”这一类型。将与被收买妇女结婚定性为买卖婚姻维持了日益萎缩的买卖婚姻概念项下起码的内容与类型的充实性，否则买卖婚姻概念将因缺乏内容而难以存在。当然，维持买卖婚姻概念的存续只是将收买妇女结婚定性为买卖婚姻的副产品，而非关键理由。可将收买妇女结婚在民法上定性为买卖婚姻根据有二：

第一，收买妇女结婚与买卖婚姻存在概念构成要件的重要吻合点。

人贩子向男方（父母、男方本人或其他人）出卖被拐卖妇女以成婚，与第三者以牟利为目的包办强迫他人缔结婚姻，在第三人谋取钱财、把妇女人身与婚姻自由作为交易对象、违背妇女意志强迫结婚这三个方面形成要件吻合。要强调的是，在民法中可转介买卖婚姻的涉刑事范畴是“收买被拐卖的妇女结婚”，而非刑法上标准罪名之“收买被拐卖的妇女罪”。在刑法上，拐卖妇女罪与收买被拐卖妇女罪的对妇女的直接侵害对象

都是妇女的人身自由与人格尊严，而买卖婚姻则直接侵害妇女的婚姻自由。构成拐卖妇女与收买被拐卖妇女犯罪并不问实际交易目的，即不问出卖妇女与收买妇女的生活目的是为了成婚、奴役或其他。因此，只有出卖与收买妇女犯罪双方就买卖妇女的具体生活目的——与买入方男性结婚有明确或默示合意，并迫使妇女结婚，即侵害妇女人身自由与人格尊严与侵害妇女婚姻自由具有一体性或连贯性，才能形成与民法上买卖婚姻在构成要素上的吻合，可以形成概念转介。在法院将收买妇女结婚定性为买卖婚姻有关判例中体现为诸如“原告被拐卖与被告结婚”“原告系某地被他人拐卖到某地与被告共同生活”等构成“买卖婚姻”，这样的前后行为关联性表述。否则，出卖方与买入方就买卖妇女“用于”结婚或共同之身份性目的并无合意，或者虽有合意但后买受方并未与迫使妇女即刻完婚（而是迁延日后双方自愿结婚），均不应认定为买卖婚姻。定性买卖婚必须有买卖与强迫要件，否则不能定性，如先收买违背妇女意志，但之后结婚却取得妇女同意，就只有收买妇女，而没有买卖婚姻。此时拐卖与收买情节充其量成为未来婚姻稳定的潜在风险，以及离婚等纠纷场合的理由与说辞。在刑法上认定存在拐卖妇女犯罪与收买被拐卖妇女犯罪充其量是形成后续买卖婚姻的非充分条件，而不能自证存在买卖婚姻。反过来，即使对拐卖与收买妇女行为在刑法上不予定罪，或多年未予以追诉甚至未能发现，也应不妨碍后来民事法庭根据自己对买卖婚姻民法上构成要件的理解，做出收买妇女结婚构成买卖婚姻的判定。

将收买妇女结婚转介定性为民法中的买卖婚姻的一个疑点在于，买卖婚姻中的第三人应基于行使“主婚权”，即拥有依法或依风俗得支配对他人婚姻选择的身份性权利，达到索取财物、强迫他人缔结婚姻的目的，“买卖婚”“依主婚人之意思而成立婚姻关系”。一般来说，向男方出卖妇女的拐卖人（人贩子）不具有与被拐卖妇女

之间的亲属身份关系，也就没有基于身份关系而拥有的主婚权。但实践中不少拐卖是女方父母或亲属与拐卖者合谋而为，可算作主婚人将主婚权向拐卖者的委托。更重要的是，身份性主婚权作为买卖婚姻构成要素仅在买卖婚姻与聘娶婚相互交叉重叠时代才有其意义。中国传统社会中的血缘家族“具有一种极为顽强的自我凝聚、生存以及繁衍的能力”。主婚权并非主婚人为谋取私利有意陷女性家庭成员于不幸的恶权，而是在身份关系时代通过控制当事人婚姻缔结而维系与拓展家族关系，保障家族稳定与发展的家族管理手段，它与旨在平衡婚姻男女双方家庭利益、增强婚姻信用度与物质基础的聘礼收受具有目标上的契合性，从而服务于聘礼的收受与聘娶婚的具体操作。如前述，聘娶婚与买卖婚日益清晰分离、外在于买卖婚姻的“借婚姻索取财物”对聘娶婚中过于功利类型的囊括，这些都使主婚权要素逐步脱离了买卖婚姻。而婚姻法及《民法典》规定中所剩余的买卖婚姻，已经成为那些纯粹侵害妇女人身自由与婚姻自由，而不具有任何家庭文明建设性的违法婚姻行为集中地，自然也就不可能再含有具有家庭建设意义的主婚权要素。以为替代的，主要就是人贩子对被拐卖妇女的事实控制支配。

第二，将收买妇女结婚定性为买卖婚姻便于民法对相关刑事政策形成正向协同。

司法实务中，部分法院未将收买妇女结婚定性为买卖婚姻，而是根据收买与迫使妇女结婚中的行为强迫性特征，直接适用原《婚姻法》第11条（现《民法典》1052条）而定性为“受胁迫的婚姻”。与之相比，法院即使将收买妇女结婚定性为买卖婚姻，在需要溯及既往的判断结婚效力之时，往往也会援引上条而进一步定性为可撤销的胁迫婚姻，那么先定性为买卖婚姻是否多此一举？由于收买被拐卖妇女结婚存在对妇女婚姻自由的胁迫，故将其在民法上直接定性为受胁迫的婚姻并不存在构成要件方面的障碍。但受胁迫婚姻也仅仅能够吻合与呈现收买妇女结婚违法行为

中的强迫性，而不能吻合与呈现第三人谋取钱财、将妇女人身与婚姻自由作为交易对象，这两个更具行为恶性特征的意义点。这对于满足当前为加大打击拐卖妇女与收买妇女相关犯罪之刑事政策提供更严格有效的民法协同方法与手段的迫切需求，显然是不够的。将收买妇女结婚首先有条件的定性为买卖婚姻，不仅有利于通过在民法上全面展现对收买被拐卖妇女犯罪行为的买卖婚姻行为构成吻合点，而体现民法对相关刑事政策的技术紧跟与协助，也有利于通过全面分析收买被拐卖妇女犯罪行为与买卖婚姻的构成区别点，明晰对拐卖妇女行为的刑事政策与民事政策的区别，明了民法对相关刑事政策提供技术协同的限度，防止民法调整功能越位。

要特别指出的是，刑法与民法维护人身自由与婚姻自由，反对与防治各类侵害人身自由与婚姻自由的犯罪或违法行为的态度与立场是明确与共识的。无论是妇女人身还是妇女婚姻自由都不可能成为合法买卖的标的。所谓“拐卖妇女”与“收买被拐卖妇女”之罪名以及民法上“买卖婚姻”之违法行为名目中的“买卖”词素，绝不是要承认妇女的“商品性”“可买卖性”。恰恰相反，相关罪名及买卖婚姻之构词正是要直击流传千年的相关犯罪与违法行为的罪过症结——把绝不能买卖的人身自由与人格尊严的商品化，从而让相关犯罪与违法行为构成要件，规制与打击目标清晰明确，并与其他类似犯罪与违法行为有效区分，防止混淆，便于刑法与民法相关专业化调整的展开。因此不存在需要通过取消相关概念中“买卖”词素，才能实现尊重妇女人身自由与人格尊严的法律上的理由。

二、将收买妇女结婚定性为买卖婚姻并不导致婚姻无效

当前，社会上对一些情节恶劣的涉嫌拐卖事件的义愤与惩治诉求往往会溢出刑事追诉范畴，而扩张对与被收买妇女结婚效力的一概否定上，

同时，婚姻无效代表着国家公权力对于违反公序良俗婚姻的坚决遏制，也令社会上对与被收买妇女结婚效力持否定态度。〔12〕对此必须加以正确解释与引导。民法对打击拐卖与收买妇女相关犯罪的刑事政策提供技术协同，并不能通过将收买妇女结婚定性为买卖婚姻而宣告婚姻无效来实现。我国 1950 年、1980 年婚姻法中均无关于无效婚姻的规定，直到 2001 年婚姻法修订才增加了有关规定。虽然现《民法典》总则规定违法与违反公序良俗的民事行为无效，且原《婚姻法》第 3 条及《民法典》第 1042 条都明文禁止买卖婚姻，但原婚姻法第 10 条及《民法典》第 1051 条所罗列的导致婚姻无效的情形中均不含买卖婚姻。《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（一）》第 17 条更是明确规定“当事人以《民法典》第一千零五十一条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求”，明确否定了在法定婚姻无效事由以外，通过法条目的扩张解释而囊括“买卖婚姻”的可能，从根本上否定了将《民法典》第 1042 条关于买卖婚姻等的禁止性规定纳入《民法典》153 条中“导致民事行为无效”的“效力性规定”的定性可能——这也是由刑法与民法的调整功能区分以及结婚登记的行政公定力决定的。

（一）刑法与民法的调整功能区分

基于法律体系的整体效应，法律部门间需要相互协调共同发挥作用。而且刑事治理的现代化理念需要厘清刑事机制与其他法律机制在犯罪防治中的地位与效用；刑法与民法对以拐卖与收买妇女为条件的婚姻行为的调整目的之间存在显著区别。在刑法上，拐卖妇女与收买被拐卖妇女犯罪的社会危害性来源于加害人对妇女人身自由与人格尊严的直接侵害，故刑事制裁的首要对象就是发起加害行为的拐卖者，继而才是收买者。当收买妇女行为合并强迫妇女结婚情节而在民法上可转介为买卖婚姻时，由于拐卖行为的在先存在，

买卖婚姻的构成要件中也就包含了婚姻当事人以外第三人强迫妇女结婚的外部加害性。但在民法上促成婚姻效力的判断基础却只能是“男女双方完全自愿”（《民法典》第 1046 条）的内生条件。对买卖婚姻在民法上效力认定仍要回归到男女之间的婚姻成立要件与生效要件判断。无论是拐卖者、收买者还是其他第三人对妇女结婚意志的外在干涉，都不能替代与自动转化为对男女二人之间的结婚同意是都达成的专门判断。在民法上，要从外部剥夺男女双方结婚意思自由资格的原因，只能是已有婚姻在身，或因血缘年龄原因（过去还包括疾病原因）丧失结婚能力。被拐卖者不属于丧失结婚能力之列，不能被剥夺在婚姻中表达与被考察自身结婚意愿的机会。因此，无论是在刑法上构成买卖妇女罪或收买被拐卖妇女罪，还是前述犯罪事实附加强迫妇女结婚情节而在民法上形成买卖婚姻，都不能直接带来有关婚姻无效的判断。

同时，直接宣告买卖婚姻无效很可能不利于保护被收买妇女合法权益。与刑法的制裁功能导向不同，婚姻家庭法着眼于保护婚姻关系的安定与明晰，保护稳定家庭关系的社会信赖，同时强化对共同生活中无过错方与弱者，尤其是妇女与子女利益的切实保障。买卖婚姻的效力考察除应重点关注男女结婚意愿的真实性，还应考虑婚姻所带给当事人，尤其是女方的人身与财产损益。婚姻的有效存在赋予了妇女在家庭中针对男方的一系列人身与财产权利，增加了男方对女方的照顾与忠诚义务，成为追究其家庭暴力、出轨、重婚等加害行为引起相关民事责任的请求权基础。成立且有效的夫妻关系本身就是对男女双方利益最大化的均衡考虑方案，尤其是夫妻婚后所得共同财产制、离婚财产分割时有利于妇女与无过错方的安排，以及离婚劳务补偿、离婚帮助、离婚损害赔偿等等一揽子财产安排方案，多需要以有效的婚姻关系为前提。这些财产处置的后端比婚姻宣告无效或与撤销以后的共同财产认定、分割及相

关损害赔偿措施更为丰富。在被收买妇女结婚日久，生儿育女并己为家庭生活做出巨大贡献的情况下，更应当以维持婚姻效力为原则，以求为妇女在未来的补偿与赔偿保留最大偿付潜力。相反，以社会义愤宣泄代替妇女利益保障，径行宣告被收买妇女婚姻无效不仅混淆了刑法与民法的功能界限，也会陷被收买妇女更为被动与不利的境地。

（二）结婚登记的行政公定力

行政公定力是指行政主体作出的行政行为不论最终合法与否，都先行推定为合法有效，相关当事人都应当先予以遵守服从，这是行政效率原则的要求^[16]。男女双方结婚登记属于对婚姻关系的行政确认行为，即依据一定行政程序对民事法律关系发生、变更与终止事实的记载、认证与公示，具有在被依法撤销以前的婚姻效力公定力。《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（一）》第17条（原《婚姻法》解释（三）第1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”。同时《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（一）》第20条规定“《民法典》第一千零五十四条所规定的‘自始没有法律约束力’，是指无效婚姻或者可撤销婚姻在依法被确认无效或者被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护”，进一步明确了只有依据法院关于结婚无效或撤销的判决，才能回溯性地否认当初结婚登记的效力，这自然也宣告了仅仅是在民事司法程序中定性为买卖婚姻，或者是在民事审批中“意外发现”了当年妇女被拐卖与收买等涉嫌违法犯罪行为，均不能导致结婚效力丧失。

三、与被收买妇女结婚的不成立与可撤销

需要在将与被拐卖妇女结婚宣告无效以外，开辟民法上对打击拐卖与收买妇女相关犯罪刑事政策的协同技术路径。

（一）与被收买妇女结婚的婚姻“不成立”与行政撤销

原《婚姻法》与《民法典》中并无婚姻“不成立”一说，但任何民事法律行为的效力存续都以事实上具备行为构成要件为前提，双方或多方民事法律行为基于双方或多方意思表示一致而成立，单方民事法律行为基于单方的意思表示成立（《民法典》第134条）。民事行为的成立要件主要考察行为当事人的真实性及其意思表示的完整与客观性。在逻辑上民事行为只有先成立，继而才是在成立同时、法律另有规定或当事人另有约定时产生法律效力（《民法典》第136条）。双方意思表示一致是双方民事行为的成立标志。结婚属于双方身份行为，但又并非仅仅基于男女双方自愿就能完成，否则就无法将婚姻与同居等生活事实关系区分开来。民法典婚姻家庭编的编纂意味着在立法层面上婚姻家庭法回归了民法体系。因此“基于婚姻关系的特殊性，又需要建构婚姻缔结行为自身的特殊规则。”在我国传统社会，结婚的成立还要求当事人门当户对，要求父母之命、媒妁之言、三拜九叩，即明媒正娶的，关于婚姻意思表示完成的专门形式要件加持，呈现围绕男女长久结合的家族与社会参与认证的成立要件多维构成。随着移风易俗，现代男女结婚的成立要件已基本廓除了所在家族父母尊长主导认证的外部影响，而落实为男女双方就结婚的完全自愿以及反对外部非法干涉上（《民法典》第1046条）。在现代结婚成立要件中替代古时亲族尊长对婚姻成立的外部干预及认证机制的，是男女结婚自由意思表示的国家认证即结婚登记。也即在结婚中，婚姻意思仍需要满足特定的形式，这种形式即必须在婚姻登记机关处作出意思表示。结婚登记的制度目的，是要对结婚双方的身份真实性、结婚意愿的真实性与完整性进行程序化的审查与确认，对结婚的成立与生效要件进行外部认证，而并非为评价男女结婚动机、情感基础，故并非为干预

男女结婚自由。结婚男女身份真实、结婚完全自愿的婚姻成立要件，系由登记机关的结婚登记程序把关保障与证成。反之，结婚登记程序瑕疵与审查过程的明显缺陷，将反推结婚男女身份虚假或结婚意愿阙如，结婚形式要件欠缺，婚姻不成立。在男女结婚意思必须经由国家登记程序才能完成的法治条件下，结婚成不成立的认定不能脱离行政登记程序的完整性合法性检验，而直接划归为民事程序中确认之诉的标的。也只有这样，婚姻不成立与受胁迫婚姻在民法上撤销之间才能建立清晰的制度分野。

与被收买妇女结婚的婚姻成立疑问，应首先通过回溯审查当年结婚登记程序完整性合法性来解答。根据《婚姻登记条例》，婚姻登记机关应当对当事人出具的户口簿、身份证等身份证明的真实性进行审查，注重发现与识别证件伪造、变造、冒名顶替者，对其拒绝婚姻登记。实践中，被拐卖妇女在结婚登记环节几乎不可能出具真实完整的身份证件，尤其欠缺户籍簿，甚至不可能亲自到婚姻登记机关表达结婚意思，故为实现婚姻登记目的往往可能存在相关人员伪造、变造、冒用身份证、户口簿等身份证件，甚至贿赂勾结登记机关工作人员虚置结婚登记程序以达到登记目的的情况。若查明存在登记机关对身份证件审查不严、真实当事人不到场表示结婚意愿、工作人员渎职或内外勾结进行婚姻登记，或经过现场询问有明显迹象证明可能涉嫌收买妇女结婚的其他情况，应当认定为相关结婚登记存在程序瑕疵从而间接导致结婚意思表示欠缺关键形式要件，结婚不成立。即使是这样，基于行政行为效力推定，婚姻登记中的行政程序瑕疵及其导致婚姻虚假成立的影响，也必须通过针对婚姻登记的行政复议或行政诉讼等行政程序，推动撤销原婚姻登记消除关于结婚的行政公定力，方能真正落实婚姻不成立的法律后果。即使法院与检察院在涉及婚姻登记类行政案件审理与行政案件检察监督中调查认定，当事人婚姻存在冒名顶替或者弄虚作假的方式办

理婚姻登记情况，婚姻登记应当撤销，也是通过司法建议与检察建议书督促民政部分及时撤销婚姻登记，纠正自身登记错误。反之，在以行政程序撤销原婚姻登记前，婚姻“不成立”尚不能在法律上确认。由于我国法律体系中并未规定婚姻不成立的法律后果，关于婚姻不成立的后果应准用婚姻无效的处理规定。要指出的是，根据原《婚姻法》第11条“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。”当事人以受胁迫结婚为由向婚姻登记机关请求撤销婚姻属于民事撤销，而非行政撤销，因为它与民事司法裁判中婚姻因胁迫而撤销判断要件相同，而不是要求对婚姻登记程序把关不严从而放任胁迫婚姻发生的行政程序违法进行行政审查。这实际上是婚姻登记行政职权对法院关于受胁迫婚姻的司法审查效力的越位，故在《民法典》中被删除。

除了登记结婚，与被收买妇女之间的“事实婚姻”也可能“不成立”。根据原最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》（1979年2月2日），“事实婚姻是指没有配偶的男女，未进行婚姻登记，以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系。”事实婚姻是客观存在的男女双方旨在追求婚姻效果的法律行为，在国家机关婚姻登记尚未严格的时代，男女以夫妻名义生活的身份公示性，更重要的是群众基于公示而对其夫妻关系的善意信赖，可在一定程度上替代国家婚姻登记对于婚姻效力的公共承认，成为“事实婚姻”获得法律保护的正当性基础。1994年2月1日后不再承认新的事实婚姻的新规不具有溯及力，同时在2001年4月28日婚姻法修正后其第8条（现《民法典》第1049条）规定：“未办理结婚登记的，应当补办登记，”也给符合婚姻实质要件的事实婚姻及非法同居溯及既往的婚姻效力的机会。实践中，不乏早在1994年前就开始的，被拐卖妇女未登记结婚却以夫妻名义与男方同居生活，群众也认为是夫妻的情况。值得考虑的是，收买被拐卖妇女成婚在我国一些相对落后地区之所

以具群发性、持续性与难治性，往往缘于收买妇女结婚的买家往往低于一般聘娶婚的聘礼价值，以及生活普遍贫困条件下当地部分人对买卖婚姻的理解、庇护与支持。一些被拐卖妇女在婚后不仅可能受到夫家的长期人身束缚，还会受到邻里乡亲的监视，对妇女的解救也因此多受到当地村民的群体性阻挠。部分收买妇女婚姻的非法来源——拐卖妇女——在某些地区不仅是“公开的秘密”，还得到当地部分人的庇护甚至需求。此时，群众对“夫妻关系”的知晓与信赖已无善意可言，能否成为替代国家婚姻登记赋予事实婚姻效力的公共承认机制将大受疑问。对于一种明知的违法事实（即收买被拐卖妇女行为）的延续状态（婚姻）的知晓，成为违法状态得以延续的重要社会条件，已经无法发挥事实婚姻构成要件中“群众认为是夫妻”的对于合法事实状态的公信力赋予作用，无法体现对于当事人婚姻事实的来自民间的，且符合善良风俗的认可与祝福，更与我国坚持打击涉及人口拐卖相关犯罪的法律政策、与现代家庭文明观及婚姻关系公序良俗相冲突。故此，当妇女本人否认当初婚姻自愿、当地群众对收买妇女结婚前后关联事实存在基本知晓，且当地对妇女获得解救存在群体性阻挠的情况下，“群众认为是夫妻”不能作为事实婚姻的构成要件，有关事实婚姻不成立，应以非法同居认定之。同居关系解除之时，被收买妇女可向收买方要求损害赔偿。值得注意的是，事实婚姻本就未经国家登记，本身属于婚姻在法律上的“未成立”，并无经由行政撤销程序确认其婚姻不成立的操作空间。关于事实婚姻是否“成立”，在现实中往往是由法院在审理民事案件中代替婚姻登记机关对婚姻成立与否所进行的判断。正因为此处存在司法机关对婚姻登记机关关于婚姻成立过程程序性把关职能的越位，“事实婚姻”概念也早早退出了正式制度范畴。

（二）与被收买妇女结婚的民事撤销

与被收买妇女结婚无论是否在司法实践中被定性为买卖婚姻，行为构成中都具有对妇女婚姻自由的强迫，在婚姻成立的前提下对其进行民法上效力认定最直接的方法是借助“胁迫结婚—撤销婚姻”的制度安排（《民法典》第 1052 条，原《婚姻法》第 11 条）。但当前司法实践中据此撤销相关婚姻的案例却比较少见，主要原因在于受到婚姻撤销权的除斥期间限制。原《婚姻法》第 11 条规定：受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。在司法实务中，在被收买妇女不能充分举证婚后受到非法限制人身自由的情况下，法院往往以其未在结婚登记之日起一年以内提出撤销之诉而否认了婚姻撤销权。《民法典》对婚姻撤销权除斥期间规定予以了修正，其 1052 条规定：请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

因胁迫行为在拐卖妇女与收买妇女相关犯罪行为构成中的核心地位，与被收买妇女结婚行为构成中的胁迫性，在所有受胁迫婚姻类型中属最为严重。从胁迫婚姻可撤销制度保障被胁迫人人身选择权的制度初衷看，理应对被收买妇女的婚姻撤销权着重保护。受理相关婚姻纠纷的司法机关在充分审视并向妇女释明婚姻撤销与离婚后果区别的基础上，应尽力挖掘婚姻撤销权除斥期间延伸潜力。对被收买妇女在结婚过程及婚后生活中所遭受的“胁迫”与“非法限制人身自由”应从宽认定，即只要男方家庭为促成婚姻而对妇女采取的所有人身胁迫手段，包括拘禁恐吓冻饿打骂侮辱等，为防止妇女婚后逃跑而采取的所有行动拘束手段，包括拘禁、扣留身份证、通讯与交通工具、资金财物，课加繁重劳务家务负担，以子女相威胁等等，以及当地公众明知妇女系被拐卖而协助男方家庭监视妇女行踪、阻碍妇女逃跑及获

救的，就应当认定为对被收买妇女的持续性胁迫或非法限制人身自由，并以上述诸行为类型中的最后类型的最后停止时间，作为被收买妇女撤销婚姻除斥期间的起算时间。在《民法典》生效以后，对于发生在原《婚姻法》实施期间的，被收买妇女婚姻撤销权除斥期间计算，可根据《民法典时间效力规定》第2条，关于《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时法律与司法解释有规定的，适用当时的规定，但适用《民法典》的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外的有关规定，在撤销婚姻对被收买妇女明显更为有利时，令《民法典》有关规定能够溯及既往的适用。

被收买妇女要求撤销婚姻也可能不利于保护其合法权益。婚姻撤销后果会回溯性消灭婚姻效力，产生与无效婚姻认定相同效果。由此导致被收买妇女失去有效婚姻条件下有关婚姻效力的保障，尤其是丧失夫妻婚内共同财产获取与分割，以及夫妻相互忠诚帮助扶养继承等与身份相关权益的保障。这就不仅要求司法机关在有关纠纷处理中全面分析预判，并向有关妇女充分释明婚姻撤销与否对被收买妇女利益保障的各种损益可能，帮助被收买妇女能够自主选择对其最有利的法律解决方案，还要求司法机关在被收买妇女一旦选择撤销婚姻的情况下，能充分挖掘婚姻撤销法律后果中保障被收买妇女利益最大化的制度潜力。在某些情况下，被收买妇女即使明白婚姻撤销后果对自己的风险，但当其将婚姻本身作为屈辱象征而坚决要求溯及既往“消灭”时，那撤销婚姻（也包括行政诉讼撤销婚姻等即婚姻不成立），就必须注重通过撤销婚姻后共同财产（如有）分割与损害赔偿，来尽力保障妇女权益。例如，与被收买妇女的婚姻被法院撤销后，男方不得以婚姻自始失去效力为由主张共同生活期间对女方的扶养开支形成女方对其不当得利而要求返还；又如婚姻撤销时，男女同居期间所取得财产不能像离

婚后对夫妻婚后所得共同财产那样进行分割，但在双方协议处理不成时应“由人民法院根据照顾无过错方的原则判决”，充分照顾妇女。被收买的妇女应属于各类可撤销婚姻中最需要被照顾的无过错方，且这里的无过错应仅指对于违背其意愿被卖与男方并被迫与之结婚无过错，不应考虑日后共同生活中是否存在抚育子女、照顾老人、“忠于”男方、勤勉家务等方面的“过错”。照顾无过错方的方法可以是，对《〈民法典〉婚姻家庭编司法解释（一）》第22条（吸收原《婚姻法》解释一第15条）的规定“当事人同居期间所得的财产，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理”做有利于被收买妇女的理解适用——只要男女同居期间没有合法有效的关于实行夫妻分别财产制的协议，双方同居期间所取得的财产就应作为共同财产处理。在共同财产分割时，应当充分考虑被收买妇女未来可能抚养子女、回归原家庭与原地域，以及重新回归社会的成本，充分考虑妇女在共同生活期间抚育子女、照顾老人、协助另一方工作等付出较多者的补偿。再者，被收买妇女可要求对方进行损害赔偿（《民法典》第1054条第二款新增制度），其中的财产损害赔偿包括妇女被迫投入共同生活的个人财产以及被对方剥夺损坏的个人财产、本应通过同居共同财产分割获得补偿部分，却因共同财产不足而未能获得补偿的部分。人身损害赔偿部分则包括，婚后打骂凌辱虐待等造成的妇女身体权、健康权等人格侵权损害赔偿，以及因收买妇女强制成婚、婚后的人身拘束构成对妇女婚姻自由、人身自由与人格尊严等一般人格权的侵害所引起的精神损害赔偿。

四、与被收买妇女结婚对有关离婚纠纷处理的影响

收买被拐卖妇女过程中对妇女人身的强迫并不一定延伸为对妇女结婚过程的强迫。被收买妇女自愿与男方结婚的，买卖婚姻及受胁迫婚姻均

无法构成，无从适用婚姻撤销制度。即使构成买卖婚姻（及受胁迫婚姻），往往也因为结婚年代久远，超过撤销权行使除斥期间，或权利行使不利于保护妇女利益等原因而未撤销。这时，与被收买妇女结婚之事实司法过程中的主要作用就变成其对有关离婚纠纷处理的影响。

（一）对认定“夫妻感情确已破裂”的影响

夫妻离婚纠纷是最常见的涉拐卖妇女与收买妇女相关违法事实被发现的场合，但在司法实务中，法官在发现婚姻基础中存在收买妇女结婚事实乃至是涉嫌拐卖妇女与收买妇女相关犯罪的，也罕有法院在离婚诉讼中将与被收买妇女结婚之事实直接认定为导致离婚的关键因素。这也成为当前舆论与部分公众指责民事司法政策违背加大打击拐卖与收买妇女相关犯罪的刑事政策发展方向的重要理由。我国将夫妻感情破裂作为判决离婚的基本标准，对导致或证明夫妻感情破裂的基本情形列举以“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”“因感情不和分居满两年”等，并以“其他导致夫妻感情破裂的情形”概括兜底（《民法典》第1079条，原《婚姻法》第32条）。收买妇女结婚，或买卖婚姻、胁迫婚姻均不属于法律列举的夫妻感情破裂的典型情形。在没有证据证明存在婚后男方对女方的暴力虐待或人身拘束的情况下，法院在诉讼中发现过往存在收买妇女结婚的情形却不将其作为夫妻感情破裂的直接证据，不仅有法律依据也符合婚姻法调整规律。

“婚姻家庭是个人成长、民族进步、社会和谐、国家发展的重要基点，”通过维持家庭关系基本稳定而维护家庭对成员的生存保障功能，从来就是婚姻家庭法的基本职能。民法较刑法更为关注当事人现有共同生活关系的稳定维持以及子女利益的维护，忌惮家庭解体风险损害弱势成员或外溢。离婚制度主要关注婚姻在离婚纠纷当时

的破裂程度与维持可能，而非追溯过往处理婚姻缔结过程中的原罪，这也间接导致了离婚案件审理法官相对“保守”的裁判风格。由离婚制度进一步回溯结婚制度还会发现，离婚制度虽以感情破裂作为判决标准，但结婚制度却从未以基于爱情的男女终身相许作为标准，而是对双方结婚自愿持极大的开放包容态度。男女婚姻的命运系由双方共同情感与生活因素而决定，也因爱情与自由均可遇而难求，无法量化，法律只能放低结婚门槛，期望婚后的共同生活能逐步磨砺出真正的夫妻命运共同体。由此导致今日结婚制度对历史上各种各样的结婚动机与目的不能一反之，对聘礼婚甚至借助前置复萌的更古老的买卖婚形式，都保持了一定的宽容性。婚姻自由与幸福自然是现代婚姻法的最高价值追求，但法律期望的理想婚姻须经由当事人的生活努力而获得。迫于现实生活各种压力与传统观念的束缚，婚姻自由往往被男女（特别是女性）选择容让与放弃而这种选择本身又成为复杂社会中多样化婚姻自由一种实现形式，本身就是婚姻法无奈却不能排斥的保护对象。在民法视野中，从理想的婚姻自由到绝对的被迫之间是渐变而非对立状态，此时离婚标准的设计就无法立足于理想婚姻的圆缺，而只能是选取那些获得古今共识的最可能导致当前婚姻无可挽回的“关键原因”。自然，收买妇女结婚或买卖婚姻均不具有取得古今共识的证明婚姻无可挽回破裂的证明力，而无法成为关于夫妻感情破裂、婚姻破裂的充分与关键判断因素。

但另一方面，收买妇女结婚事实对离婚判断标准的非充分条件的性质也不应忽视。当男方为防止妇女婚后逃跑，迫使女方服从就范而对其采取暴力虐待拘禁等人身伤害手段的，自因符合了证明夫妻感情破裂的法定事由，而可倾向做出离婚判决。同时我国离婚纠纷有关司法实践还总结出判断夫妻感情是否破裂的综合因素，包括：婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系现状及有无和好可能。其中婚姻基础需要考察结婚是否自

愿、是否情投意合,以及是否存在包办与胁迫等。如有法院在有关司法判例中指出“原告林某被他人拐卖给被告李某甲为妻,双方婚姻基础差。双方同居生活后因感情不和至今已分居生活二年十个月,可以认定原、被告夫妻感情确已破裂”,收买妇女结婚的情节用于辅助分居事实以证明夫妻感情破裂,又如有法院认为“原、被告属于买卖婚姻,虽双方自愿补办了结婚登记手续,但婚姻基础较差,且本判决不准离婚后,双方并未和好,分居时间较长,足以说明双方夫妻感情已经彻底破裂”,等等。在民法调整需要为加大收买妇女相关犯罪打击力度的刑事政策提供制度协力的大背景下,审理离婚纠纷的民事法官完全能够也应当在有证据证明存在收买妇女结婚过往事实的情况下,积极主动的将有关事实作为判断婚姻基础是否牢固的重要依据,使其有效参与到夫妻感情是否破裂的证明过程中来。但即使是这样,收买妇女结婚的情节仍旧只是夫妻感情基础这一司法实务观测点的一部分,而既不能成为直接证明夫妻感情破裂的法定事由新类型,也难以独立成为“其他导致夫妻感情破裂的情形”的兜底新类型之一。

(二) 对离婚后果的影响

婚内过错会广泛深刻的影响离婚后果的内容。在离婚诉讼中,无论有证据证明的收买妇女结婚情节是否被用于佐证达到夫妻感情破裂的离婚标准,在离婚双方不能达成离婚协议时都可应妇女要求作为依法确定离婚后果的考量依据。应将收买妇女结婚情节推定为构成婚后妇女自由与尊严的持续性伤害,构成婚内过错,再由对方举证证明不存在相关婚内过错,这如证明女方系自卖结婚,或虽有收买行为但并未强迫女方结婚自由与人身自由,或对女方强迫行为在婚姻开始后即再无发生,等等。

对于收买妇女结婚被认定为婚内过错的,在离婚后的子女抚养问题上应在遵循最有利于未成

年人原则前提下,兼顾考虑可能存在的买卖婚姻对妇女婚姻自由、生育自由的强迫伤害情节,照顾妇女未来回归原家庭与社会,享有真正婚姻自由,重组家庭的正当心理补偿需求,而不应简单以最有利于未成年人为由判决子女由母亲抚养。在离婚财产分割、对离婚后生活困难一方帮助中,也应充分考虑被收买妇女较其他离婚女性因回归原家庭与社会,重新开始生活需要的更高成本,对其加大照顾力度。今日,《民法典》新增之婚内劳务与负担离婚补偿条款(《民法典》第 1088 条)的适用往往面临“抚育子女”“照顾老人”“协助另一方工作”等婚内负担的定性与市场比价难题,即因考虑家庭伦理性与和利他性,难以顺利将前述负担定性为劳务,从而难以进行市场比价而确定补偿额,导致有关案例中补偿额度“偏低”倾向。若是能证明被收买妇女在婚内确实负担较多,并能进一步查证男性收买女性结婚主要目的即为提供养老育幼、家务劳动或其他役使,如雇佣“保姆”一般,即应排除家庭伦理性与利他性对婚内负担的劳务认定与市场比价的认知障碍,按相关劳务市场比价从价高者计算补偿额度。

收买妇女结婚并不属于法律列明的可导致离婚损害赔偿的重大过错类型(原《婚姻法》第 46 条,《民法典》第 1091 条)。在婚姻法时代可通过查明收买妇女结婚过程中胁迫情节是否在婚后继续,引致法律列明的“实施家庭暴力”“虐待家庭成员”等重大过错情形,引起离婚损害赔偿。在《民法典》实施以后,除上述路径外还可将与被收买妇女结婚归入法典增列的“其他重大过错”这一兜底范畴。收买妇女结婚除可能延伸引起婚后对妇女的家庭暴力、虐待,还可能延伸表现为拘禁、监视,扣留妇女财务、交通与通讯,切断其与外界联系,阻挠外界对妇女的查证解救等等侵害妇女人身自由、人格尊严的加害行为。这些行为虽不如家庭暴力、虐待所造成后果直接恶劣,但都是收买妇女相关犯罪情节与恶果的继续,都导致相关犯罪对妇女人身自由与婚姻自由的侵害

状态在其婚后延续。举重以明轻，如果这些事实在刑法上都可以作为收买妇女犯罪的情节被考虑，那么在民法上当然应当归入可导致离婚损害赔偿的“其他重大过错”，在离婚时引起相关损害赔偿发生。

五、结语

拐卖与收买拐卖妇女犯罪，与收买被拐卖妇女并与之结婚，在行为发展阶段上前后衔接，刑法与民法对两者治理手段既不能相互背离也不应相互混淆替代。既不能以对拐卖与收买妇女相关犯罪的刑事追究，涵盖与替代对收买妇女并与之结婚的民法上调整的专门效果，但反过来也不能用对诸如买卖婚姻效力瑕疵的民法认定与相应处理来替代相关刑事制裁效果。那么，当前对拐卖

妇女相关犯罪刑事制裁以及社会防范与综合治理效果的欠佳，就无法简单经由加大民法“规制力度”来改善。当然，刑法与民法作为国家法治治理体系都应服从并服务于打击不法、维护社会正义的总体法治目标，民法对拐卖妇女相关犯罪衍生行为的专门调整确实应当体现对加大拐卖妇女相关犯罪刑事制裁与社会综合治理力度正向协同。只是，这一协同只能在结婚效力、离婚标准与后果等婚姻家庭法固有制度框架下，在其私法上可能的制度功能伸缩范围内，经由对有关制度面向保护妇女人身自由、人格尊严等合法权益，遏制相关不法侵害的公共秩序的解释适用而实现。

注：为方便微信阅读，文中略去了原文中的注释和引文标识。本文原载于《浙江工商大学学报》第4期37-49页。欢迎个人分享，转载请联系小编。

夫妻忠实协议是否应受法律保护？

原创：2022-09-12 蒋讲家事法 蒋月

<https://mp.weixin.qq.com/s/yiGbH-AwODBofDx0y3jM5A>

夫妻忠实，既指夫妻互守贞操，不为婚外性行为，又包括不得恶意弃配偶，以及不得为第三人利益而损害、牺牲配偶另一方利益。狭义的夫妻忠实是指夫妻任何一方均保持对另一方的性忠贞和对第三人的专属排他性，夫妻双方互相均以对方为唯一性伴侣。忠实是一夫一妻制的底线，是一夫一妻婚姻最基本要求 and 核心。一夫一妻制文化塑造了人们的婚姻观，已婚者须将性行为严格限于婚内。因此，夫妻忠实与人格尊严直接关联。单身自然人享有独立人格权，但不涉及夫妻忠实。没有婚姻，就无“夫妻忠实”。夫妻一方重婚、与他人同居、通奸、嫖娼等，是夫妻不忠实的典型情形。民众通常使用“背叛”“婚外情”“出轨”“有外遇”等词来归类描述和定义夫妻一方不忠实的行为。夫妻忠实协议是在2001年以后，民众根据婚姻家庭法相关规定，智慧地创新的行为，努力

要把“夫妻应当互相忠实”的法律规定落实自己的婚姻生活中。本文结合数个真实案例，对论题进行讨论。

一、夫妻忠实是法律要求

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1042条第2款规定，“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居”。第1043条第2款规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。《民法典》第1079条规定，具有重婚、与他人同居、其他导致夫妻感情破裂的情形等情形，均是法定离婚事由；而且第3款进一步规定“经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当

准予离婚。”第 1091 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：重婚；与他人同居；实施家庭暴力；虐待、遗弃家庭成员；有其他重大过错。

夫妻应当互相忠实，首次进入新中国立法，是 2001 年修订后的《中华人民共和国婚姻法》。该法第 4 条规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。第 32 条第 3 款规定，有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：

（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形。其第 46 条引入离婚损害赔偿制度，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：重婚的；有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的。

实行改革开放政策以后，部分已婚者突破一夫一妻制的底线，社会生活中滋生了婚外情问题。为此，民众新创了“二奶”“小三”等名词用来特指与已婚者有不正当两性关系的女性；也有针对介入他人婚姻的男性的专有名词。当年修正 1980 年制定的《中华人民共和国婚姻法》，其中一个重要背景和推动力正是试图遏止婚外情现象进一步发展。其效果如何，您懂的。

二、关于“夫妻忠实协议效力”的争论

夫妻忠实协议，也称“婚姻忠诚协议”“忠诚协议”，通常指夫妻双方于婚前或婚后自愿约定，夫妻任何一方不得有婚外情，否则，违反忠实义务的一方应赔偿另一方损害或者放弃一定财产利益等内容的协议。该类忠实协议约定的内容，通常涉及三个方面：财产性质事项；人身性质事项的；既涉及财产性质事项，又包括人身性质事项。因此，引发了关于该类协议是否具法律效力的争

议，且该争论持续至今，在法学界、司法实践中尚没有统一认识。

（一）主张夫妻忠实协议应当有效

持这种观点者认为，夫妻忠实协议应当具有法律效力，不仅当事人双方应当遵守，而且诉诸法院时，原则上，法院应当给予支持。其理由如下：

（1）它维护一夫一制婚姻，且有明确法律条文为依据；（2）此类协议具备合同有效要件；（3）此类协议不违反法律禁止性规定；（4）协议内容不损害他人或公共利益。（5）发生争议的，指向明确，司法能够裁判。

笔者一贯主张夫妻忠实协议有效，但限制人身自由或排除法定义务的条文除外。

（二）否定夫妻忠实协议具有法律效力

该观点不承认夫妻忠实协议具有法律效力，其主要理由如下：（1）夫妻之间无法定忠实义务，相关法律关于夫妻应当相互忠实的规定应理解为一种道义责任；（2）忠实协议限制了当事人人身权；（3）损害赔偿金事先约定与损害赔偿法理不合；（4）此类协议不能强制执行；（5）若赋予法律效力，有违社会善良风俗。此处所称“有违善良风俗”是主要指容易诱导捉奸成风。

法学界对于是否应当承认夫妻忠实协议有效的认识分歧，明显地影响了人民法院相关司法解释涉及夫妻忠实问题时的立场取舍。

三、人民法院对涉及夫妻忠实协议的态度和裁判

最高人民法院至今未开放单独受理专门针对夫妻忠实争议或者夫妻忠实协议履行争议提出起诉。自 2021 年 1 月 1 日起施行的《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 4 条规定，当事人仅以《民法典》第 1043 条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

该条司法解释正是 20 年前相同司法解释的翻版或者保留。2001 年 12 月 24 日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 3 条规定，当事人仅以婚姻法第 4 条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

笔者以为，最高人民法院司法解释中的这规定有可商榷之处。随着《民法典》确立家庭文明建设要求，拒不受理单独就夫妻忠实协议争议提起的诉讼的司法立场应该有作出适当调整的必要。

千万别误以为在新的司法解释颁布之前人民法院不审理夫妻忠实协议哦！夫妻忠实协议时常出现在离婚诉讼中，法院审理并裁判离婚或者分割夫妻共同财产涉及的夫妻忠实协议争议。

四、法院在相关案件中对涉及夫妻忠实协议效力争议的裁决

（一）支持夫妻忠实协议具有法律效力

案例 1：岳某与孟某某离婚纠纷。

原告岳某某诉称，原被告系自由恋爱，于 2007 年 12 月 20 日登记结婚，于 2009 年 2 月 26 日生育一子取名孟某乙。原被告婚后感情尚可。自 2013 年起被告与有夫之妇发生不正当关系，双方为此发生矛盾，为了家庭完整原告未提出离婚。2014 年起被告完全丧失了作为丈夫、父亲的责任，发展到与第三者在宾馆开房、在外同居的地步，原告发现后多次与家人一起劝导，被告也写下了保证书，承诺不再与第三者来往，如与第三者来往，被告净身出户，孩子由原告抚养并赔偿原告青春损失费 50 万元，车间、设备、位于××路 17 号某建筑公司的房产归岳某某所有。后原告发现被告并未与第三者断绝来往，仍然在宾馆开房、同居。被告行为严重损害了原告感情及精神，双方夫妻感情确实破裂，且无和好可能。请求判令原被告离婚，婚生子孟某乙由原告抚养，被告每月支付抚养费 1200 元，原告婚前财产、原被告婚后

共同财产及被告名下财产均归原告所有，被告赔偿原告精神损害抚慰金、青春损失费 50 万元。

被告孟某某辩称，原告诉称的被告与他在宾馆开房等事实属实，但被告写下保证书后没有再犯上述错误，不同意离婚。被告愿意做出更大的努力维系夫妻感情，给婚生子孟某乙完整的父爱和母爱，不因父母感情问题影响前途。原被告通过自由恋爱缔结婚姻，婚后感情和睦，生活和谐，未产生不愉快的事情和更大矛盾，现双方未达到夫妻感情确实破裂的程度，依法应判决不准离婚。如岳某某坚持离婚，被告同意离婚。

法院经审理认定，原告岳某某与被告孟某某原系同一工厂同一车间的工友，经他人介绍确立恋爱关系，于 2007 年 12 月 20 日登记结婚，于 2009 年 2 月 26 日生育一子取名孟某乙。双方婚后夫妻感情尚可。2013 年，岳某某怀疑孟某某与有夫之妇即案外人曹某有不正当关系，双方为此发生矛盾。2014 年 5 月 9 日，因岳某某查到了孟某某与曹某在宾馆开房同居的事实后，孟某某为岳某某出具保证书 2 份，承认自己所犯错误，并承诺改正，不再与曹某往来，如有违反，位于××路某建筑公司的住房、××的车间归岳某某单独所有，放弃孟某乙的抚养权，孟某某净身出户。孟某某出具保证书后，岳某某发现孟某某仍与曹某未断绝来往，双方再次发生矛盾。经他人协调，孟某某于 2014 年 5 月 15 日再次书具保证书 1 份，承认与曹某犯下伤害岳某某的错误，并再次承诺不再与曹某交往，如违反，位于××路 17 号某建筑公司的房产和××的车间及设备、孟某乙的抚养权均归岳某某单独所有，孟某某净身出户，并赔偿岳某某青春损失费 50 万元。孟某某的父亲孟×兴、母亲高××，见证人王×山、李×勇在保证书上签名。其后，岳某某又发现孟某某多次与曹某同驾轿车外出，并查到相应时间段在以孟某某或曹某开房的线索，为此岳某某以夫妻感情确已破裂为由，提出如上诉求。

该案审理期间,经法院到公安机关核实,岳某某提供的孟某某多次与曹某同驾轿车外出,并在相应时间段在以孟某某或曹某名义开房的线索属实。

孟某某、岳某某夫妻共同财产有章丘市某街道办事处××村经营的车间 1 处,油压机 1 台、气动工装 2 台、激光打标机 1 台、条码机 1 台、电脑 1 台、汽车配件 1 宗(现由岳某某保管)。孟某某婚前个人财产有位于章丘市××路 17 号章丘市某建筑公司宿舍 1-1-3 东户的房产 1 处,原系孟某某父亲孟×兴于 2006 年 5 月 29 日为孟某某、岳某某二人结婚购买的婚房(原购买人为岳某某,后更改为孟×兴),2009 年 5 月 25 日以 25.5 万元卖给孟某某,孟某某办理房产登记时,岳某某放弃该房屋所有权,房屋所有权登记在孟某某名下。孟某某、岳某某从 2006 年秋搬入该房居住,并进行了装修,婚后在该房产中生活至今。2014 年 5 月 28 日,孟某某以借吉××借款 30 万元为由,将上述房产抵押给吉××,并为抵押权人吉××办理了抵押权登记,抵押债权数额 35 万元。

孟某某个人债务有借岳×平的借款 5 万元,借岳某某爷爷借款 2 万元,借吉××借款 30 万元,使用岳某某银行信用卡个人刷卡消费 7 万元,孟某某认可均系个人债务,自愿承担上述债务。

以上事实,由原告岳某某提供的结婚证、保证书、证人证言、QQ 聊天记录、短信截屏、照片、财产清单、他项权证书,被告孟某某提供的买卖合同、房屋买卖合同、夫妻房屋权属约定协议书及双方陈述予以证实登记审查处理结果表、及其陈述予以证实。

法院认为,原告岳某某与被告孟某某婚后共同生活多年,应当建立了一定的夫妻感情,但孟某某不珍惜双方夫妻感情与她人发生婚外情,发展到在外开房同居,严重伤害了夫妻感情,违反了夫妻应当相互忠实、相互尊重的义务,岳某某作为妻子,曾几度原谅孟某某的过错行为,给过

孟某某改正自新、重新和好的几次机会,但孟某某不珍惜夫妻感情,不珍惜妻子给予的机会,仍然数次作出伤害岳某某感情的事情。案件审理过程中,岳某某坚决要求离婚,孟某某也同意离婚。综上,法院认定岳某某与孟某某符合婚姻法关于夫妻感情破裂的情形,故岳某某要求离婚的诉求,理由正当,法院依法予以支持。双方婚生子孟某乙现跟随岳某某生活,由岳某某抚养更有利于其成长;孟某某应当每月支付抚养费 1000 元为宜。岳某某为了维护婚姻稳定和家庭完整,接受孟某某不与第三者交往及违反后有关财产的归属和损害赔偿的承诺,不违反有关法律规定,不损害他人利益,不存在依法可撤销的事由,承诺的条款对双方具有约束力。因孟某某违反不与第三者交往的约定,故孟某某关于有关财产的归属和损害赔偿的承诺成就,岳某某可依法主张关财产的所有权和损害赔偿。章丘市某街道办事处××村车间 1 处的经营权为夫妻共同享有,油压机 1 台、气动工装 2 台、激光打标机 1 台、条码机 1 台、电脑 1 台、汽车配件 1 宗为夫妻共同财产,依法归岳某某所有。位于章丘市××路 17 号章丘市某建筑公司宿舍 1-1-3 东户的房产 1 处为孟某某婚前个人财产,经夫妻双方使用多年,增值较大,其关于该房产归岳某某所有的承诺,应当认定为对岳某某的损害赔偿,不违反有关法律规定,且系孟某某个人承诺,此房产系孟某某个人财产,孟某某有权处分个人财产,故岳某某诉求位于章丘市××路 17 号章丘市某建筑公司宿舍 1-1-3 东户的房产 1 处归其所有,理由正当,法院依法予以支持损害赔偿包括财产损害赔偿和精神损害赔偿,符合婚姻法关于离婚过错赔偿的规定,故岳某某要求精神损害抚慰金的诉求,理由正当,依法予以支持,但其诉求数额过高,本院依法酌定支持 20 万元,过高部分,法院依法不予支持。岳某某关于青春损失费的诉求,不符合有关法律规定,法院依法不予支持。孟某某个人债务,其自愿承担,不违法有关法律规定,法院依法予以准许。孟

某某关于双方夫妻感情未破裂，不应准予离婚的辩驳，证据不足，法院依法不予支持。

法院依法判决如下：（一）原告岳某某与被告孟某某离婚。（二）原告岳某某与被告孟某某婚生子孟某乙由原告岳某某抚养，被告孟某某自 2014 年 9 月起每月支付抚养费 1000 元（2014 年抚养费 4000 元及 2015 年 1 至 6 月的抚养费 6000 元于本判决生效之日起 10 日内支付，自 2015 年 7 月起分别于每年的 1 月 10 日、7 月 10 日前各支付上、下半年的抚养费 6000 元），至孟某乙 18 周岁止。（三）位于章丘市某街道办事处××村的车间 1 处及经营权归原告岳某某，夫妻共同财产油压机 1 台、气动工装 2 台、激光打标机 1 台、条码机 1 台、电脑 1 台、汽车配件 1 宗归原告岳某某所有（已由岳某某控制管理）。（四）被告孟某某名下位于章丘市××路 17 号章丘市某建筑公司宿舍 1-1-3 东户的房产 1 处归原告岳某某所有，被告孟某某应依法消除该房产上的抵押权。（五）被告孟某某赔偿原告岳某某精神损害抚慰金 20 万元。（六）被告孟某某的个人债务由被告孟某某自行承担。（七）被告孟某某用原告岳某某银行信用卡个人消费 7 万元，由被告孟某某于本判决生效之日起 10 日内偿还或直接偿付给原告岳某某。（八）驳回原告岳某某的其他诉讼请求【参见山东省章丘市人民法院民事判决书（2014）章民初字第 2452 号】。

案例 2：在李某与段某离婚纠纷中，一审法院认为，“李某与段某原系夫妻关系，本应互相忠实，相互尊重，段某在与李某夫妻关系存续期间，与其他女性在酒店开房过夜，虽是在双方感情已出现裂痕且李某起诉离婚期间，也违背了夫妻间相互忠实的义务，确给李某造成一定精神损害，应给付李某一定精神损害赔偿金。李某主张的赔偿金 30 万元过高，结合双方感情状况以及清镇市当地平均生活水平，酌情支持 20000 元。对段某辩称的出具协议并非其真实意思表示，系受到李某

逼迫书写以及按手印，对此段某未提供相应证据予以佐证，对其辩称意见，不予采信”【参见（2018）黔 01 民终 5882 号】。

案例 3：在刘某与杨离婚纠纷中，法院认为刘某、杨某均为具备完全民事行为能力的成年人，签订的《婚内忠诚协议》系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，亦无证据证明存在受胁迫、受欺诈、显示公平等情形，合法有效，一审法院予以确认。根据生效法律文书确认的事实，杨某在婚姻关系存续期间违反上述协议约定，故应按协议约定承担“全部婚前财产及男女双方的夫妻共同财产将自愿赠与无过错方，归无过错方所有”的后果”【（2019）川 01 民终 1078 号】。

（二）不支持夫妻忠实协议效力的

案例 4：江苏省溧水县法院判决案件，2005 年。

2005 年 4 月，江苏溧水县法院开庭审理某离婚案件。原告与被告于 1999 年结婚，婚后育有一子。2000 年，原告发现被告与某位妇女通奸，故要求离婚。被告表示痛改前非，并立下“忠诚协议”，承诺“如自己再发生婚外情，将自愿与妻离婚，并赔偿妻子 10 万元”。2005 年，原告未经被告同意，打开被告放置文件的抽屉，发现被告详细记录有婚外情的日记本。遂向法院起诉离婚，亲要求判令被告支付约定赔偿 10 万元。法院判决双方离婚，驳回原告 10 万元赔偿金请求。

总而言之，关于当事人双方争议的夫妻忠实协议效力，越来越多法院认为，只要忠诚协议是双方平等自愿做出的真实意思表示，未受任何胁迫，且内容没有违反法律的禁止性规定，也不损害他人和社会公共利益，符合合同的全部生效要件，就对当事人双方具有拘束力，应当受到法律的保护。无过错一方要求过错方遵守协议约定，法院依法予以支持。

从社会学角度看婚姻制度入典

2022-09-08 民主与法制时报 唐勇

http://e.mzyfz.com/paper/1902/paper_50978_10619.html

随着《中华人民共和国民法典》2021 年 1 月 1 日正式实施，原婚姻法经过修改、完善融入民法典，被列为第五编“婚姻家庭编”。1950 年，我国颁行婚姻法，经过 30 年适用，1980 年颁布新婚姻法。该法（1981 年 1 月 1 日生效）经过 20 年适用，于 2001 年修正；又经过 20 年适用，随着民法典的正式实施而被废止。70 余年来，婚姻法历经三次变化，最终融入民法典，这不是一次简单的平移，而是总结我国民事立法和司法的实践经验，不断健全完善中国特色社会主义法律体系的重要内容之一。

婚姻制度纳入民法典映照社会转型

婚姻历来可谓各国礼俗法制的“自留地”。日本明治维新时代，开始继受法国民法典，但拟将法国民法典强调人人平等理念融入当时日本民法时，遭到国内民众强烈反对。许多人认为，这与当时日本社会“男尊女卑”的观念格格不入，致使日本当时起草的民法流产。在我国古代，婚姻属礼制范畴。清政府于 1911 年完成《大清民律草案》，分为总则、债、物权、亲属、继承五编（共 1569 条）。其中，聘请日本人松冈义正等仿照德、日法典体例，起草了总则、债、物权三编；亲属、继承两编，则仍由修订法律馆会同礼学馆起草，从而“保有浓厚的中国传统礼教色彩”。

原婚姻法融入民法典，对于更好地维护人民权益，不断增加人民群众获得感、幸福感和安全感，具有十分重要的意义。费孝通先生在 1947 年出版的《乡土中国》一书中提及：“从基层上看去，中国社会是乡土性的”，进而提炼出中国礼俗社会与西方法理社会的不同、熟人社会（乡土社会）

与陌生人社会（现代社会）的区别。婚姻制度原属礼俗范畴，如今整体纳入民法典，正集中映照了这一社会转型。

设置离婚“冷静期”带来的改变

传统熟人社会的婚姻，与现代陌生人社会的婚姻，在本质上有什么差异？或者说，礼俗规制下的传统婚姻，与民法典规制下的婚姻，又有何种本质性的区别。这是婚姻法融入民法典后，值得探讨的问题。

民政部公布的数据显示，2019 年，全国婚姻登记机关共办理结婚登记 947.1 万对，离婚登记 415.4 万对，离结比为 43.86%；2020 年，全国结婚对数为 813.1 万对，离婚对数为 373.3 万对，离结比为 45.91%。全国离婚结婚比接近 1:1，这在乡土社会是不可想象的。实践中，轻率离婚的现象增多，不利于婚姻家庭的稳定。为此，民法典规定了 30 日的“冷静期”，即在《中华人民共和国民法典》第一千零七十七条第一款规定：“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。”离婚“冷静期”的设置，在民法典正式实施第一年成效明显。民政部在今年 8 月发布的数据显示，2021 年，全国婚姻登记机构共依法办理结婚登记 764.3 万对，办理离婚登记 283.9 万对（比上年下降 34.6%），全国离结比为 37.15%。

陌生人社会夫妻关系发生质的变化

乡土社会安土重迁。费孝通在《乡土中国》一书中写道：“在地方性的限制下成了生于斯、长于

斯的社会。常态的生活是终老是乡。假如在一个村子里的人都是这样的话，在人和人的关系上也就发生了一种特色，每个孩子都是在人家眼中看着长大的，在孩子眼里周围的人也是从小看惯的，这是一个‘熟悉’的社会，没有陌生人的社会。”因此，礼俗规制下的传统婚姻更注重稳定性、融入性。但乡土社会转变为现代社会，熟人社会转变为陌生人社会，基于“熟悉”的信息对称最先被打破。乡土社会的“父母之命、媒妁之言”，变为当今社会的结婚自由、离婚自由，使得在陌生人社会中夫妻关系发生质的变化。

在乡土社会，夫妻是各种意义上的共同体，共同生活、共同生产，各项礼制将夫妻紧密捆绑在一起，是所谓“夫妻本是同林鸟”。乡土社会中的夫妻，既是“养老育幼”“白头偕老”的生活共同体，又是“男耕女织”“同居共财”的生产共同体。夫妻之间，因生产、生活的高度重叠，构成传统“熟人社会”中的一对“最熟人”，以至于夫妻之间出现矛盾，对“外人”而言是很难介入调停的，正所谓“清官难断家务事”（信息不对称），在此意义上，“无讼”比法庭审理更有效。

社会转型中，夫妻的上述“亲密”关系发生质的变化：陌生人社会里的夫妻，不再一概是乡土社会中的生活共同体和生产共同体。夫与妻在职业上保持各自高度的独立性，鲜见有传统意义上的“生产协作”。生产上的独立性、自足性，也影响生活上的独立性、自足性：夫妻各自的生产工作、用品更独立，生产偏好、经验积累更独立，互相熟悉彼此的成本也更高，同居共财则“蜕化”为一种更偏经济的“合作”方式，“养老育幼”变成共同体的显性目标。这使得陌生人社会里的婚姻，结婚更加自由，离婚也更加自由。而处理陌生人社会里的婚姻纠纷，也不再是“外人”（“清官”）

难以“共情”的，“清官”本身即是“陌生人”的一种。于是，基于陌生人社会里个体的可“共情”性，便从“无讼”转向更人性化、且技艺日臻完善的家事法庭。

这些变化使立法者对婚姻制度入典进行调整，就民法典体例编排而言，婚姻家庭编列于总则、物权、合同、人格权之后，在总则部分规定的三类主体（自然人、法人、非法人组织）并不包含夫妻、家庭，仅在自然人章节涉及农村承包经营户；在物权编“共有”部分，规定适用夫妻财产规则；合同编新增合伙合同，但未规定婚约、彩礼等。

将婚姻家庭置于物权编、合同编之后，使其不可避免地受“陌生人之治”（个体主义）约束，比如夫妻在婚姻中的人格独立性、夫妻财产规则的约定优先、合同规则对婚约的类推适用、夫妻共同债务的认定等。这使得乡土社会的“同居共财”观念受到冲击，改变了传统乡土社会中很难接受的“婚内财产分割”的观念，比如《中华人民共和国民法典》第一千零六十六条规定：“婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”

不论是乡土社会还是现代社会，婚姻均具有一定的强制性，其目的在于代际传承（养老育幼），但代际传承代替不了代际认同，尤其对于社会转型的认同，中生代逐渐接受的婚姻观念，上一代可能会认定为激进，下一代则可能认定为保守。然而，法律一旦将社会转型纳入考量，则进一步规范夫妻关系和家庭关系。

（作者单位：中央民族大学法学院）

侯学宾、曲颢：忠诚协议制度化的法经济学考察

原创：2022-09-13 法治社会期刊 广东省法学会

<https://mp.weixin.qq.com/s/6jPgKrr9UGeVzv66AtIatg>

作者简介

侯学宾，吉林大学法学院教授、博士生导师，
吉林大学家事司法研究中心主任，法学博士；

曲 颢，吉林大学法学院硕士研究生

内容提要

忠诚协议意指约定夫妻之间违背忠实义务的一方应向另一方给付财产赔偿的民事协议。应不应当承认忠诚协议的法律效力，是一个需要在法经济学视角下被重新审视的问题。婚姻可以被视为一种符合经济效率原则的长期契约，长期契约的特性易导致婚姻不忠现象的发生。忠诚协议能够发挥担保功能与定价功能，提高婚姻不忠行为的法律成本。相对于刑事处罚制度和民事损害赔偿制度，忠诚协议制度具有自身的优势，这说明忠诚协议制度是法律规制婚姻不忠现象的制度备选。忠诚协议制度化要求明确规定忠诚协议的法律效力，并结合我国现行法律进行体系化考量，完成规范性建构工作。

本文首发在《法治社会》2022 年第 4 期第 76~88 页。为便于阅读，已删去注释，如需全文，请查阅《法治社会》或在中国知网下载。

关键词：

忠诚协议 忠实义务 婚姻不忠 法经济学
制度竞争

目 次

引言

一、忠诚协议的性质与功能

二、忠诚协议的制度竞争优势

三、忠诚协议入法的制度性构建

结语

探讨争鸣

引言

夫妻之间约定彼此遵守夫妻忠实义务，违约方应向守约方给付一定的财产赔偿，这样的民事协议在实务中被称作忠诚协议，又名忠实协议、忠诚保证书。自 2002 年上海市闵行区“忠诚协议第一案”以来，有关忠诚协议的纠纷在司法实践中不断出现，并且争议不断，引起社会的广泛关注。在实践中，忠诚协议通常表现为两种形式。第一种形式为双方当事人缔结婚姻之前签订协议，要求一方或双方共负忠诚义务。第二种形式为夫妻双方在婚姻存续期间签订协议，通常是一方当事人的婚姻不忠行为引起婚姻危机，从而促使双方签订此类协议。由于我国现行法律未明确规定忠诚协议的效力，忠诚协议纠纷成为了困扰实务界和理论界的难题之一。

当前法学界关于忠诚协议问题的观点大体可以被归类为“无效说”和“有效说”。支持“无效说”的学者主张：首先，夫妻忠实义务属于道德义务而非法律义务，家庭生活不宜全部由法律规则支配。忠诚协议于法无据，自然没有法律效力，仅有道德上的约束力。其次，婚姻关系是建立在自愿基础之上两性之间爱情的结合。忠诚协议将金钱赔偿作为不忠行为的对价，易使不忠行为成为当事人攫取钱财的工具和要挟对方的筹码。这种协议非但无助于维持婚姻关系，反而会导致婚姻关系的异化。支持“有效说”的学者则主张：首先，由于忠诚协议由当事人自愿签订，与意思

自治原则相契合，满足民事法律行为有效要件的一般规定，因此，法律应对当事人的自由意志予以尊重和保护。其次，忠诚协议符合婚姻法保护无过错方权益的精神，能够在促进当事人慎重对待婚姻方面发挥较为积极的作用，认可忠诚协议效力的做法具有道德上的正当性。对于忠诚协议的效力问题，目前主流的讨论大多采用法解释学的内部视角，但囿于赖以适用的法律规范的缺失，法解释学的分析经常陷入某种瓶颈。“无效说”和“有效说”相互批评，却都无法提供令彼此信服的论证。对忠诚协议效力问题的破解有赖于研究进路的转换，不妨尝试从更为广阔的外部视角切入分析问题。

在法经济学的视野下，法律制度是实现一定社会政策或社会目的的工具，法律制度的立与废取决于该项制度具备的功能以及该项制度是否满足预期的社会效果。就忠诚协议而言，由于忠诚协议制度可被视为维护婚姻关系或规制婚姻不忠现象的制度选项之一，因此，本文的核心问题可以被表述为：忠诚协议制度化是维护婚姻或规制婚姻不忠现象的一种“好”的方式吗？或者说，赋予忠诚协议法律效力能够弥补已有制度的不足吗？无论是给出一种强式的答案还是给出一种弱式的答案，我们不仅需要关注忠诚协议本身，还需考察作为背景的婚姻制度以及婚姻不忠现象。因此，我们不仅需要关注针对忠诚协议的规范性评价，还需要在事实判断的层面分析忠诚协议的性质与功能：不仅需要关注忠诚协议的身份关系面向，还需要注意隐藏在忠诚协议背后的婚姻利益分配与平衡难题。在此基础上，本文将主要分三个步骤对忠诚协议问题展开讨论。首先，从法经济学的角度解读婚姻契约与婚姻不忠现象，并在此基础上阐明忠诚协议的性质与功能，重点关注忠诚协议规制婚姻不忠行为的内在机理。其次，运用制度竞争分析的方法说明，相较于规制婚姻不忠现象的其他制度模式，忠诚协议制度体现出优越性，或者说具有补强性，进而在此基础上论

证忠诚协议制度化的有效性和必要性。最后，结合我国现行法律规范体系，进行忠诚协议制度化的建构工作，为忠诚协议的未来制度选择提供一套规范性框架。

一、协议的性质与功能

在法经济学视野下分析忠诚协议的性质与功能，重点在于对忠诚协议规制婚姻不忠行为的逻辑提供一种法经济学解释。作为维系和规制婚姻关系的手段，忠诚协议的订立源自婚姻过程中当事人防范婚姻不忠、稳定婚姻关系的现实需求。因此，对忠诚协议的分析不能脱离对婚姻制度和婚姻不忠现象的经济学解读，这构成了阐明忠诚协议的性质与功能的前提性问题。面对忠诚协议，我们可以追问：婚姻制度为当事人提供了哪些收益，致使当事人有动力通过忠诚协议维护婚姻？婚姻不忠现象发生的原因是什么？这种现象又是如何侵害婚姻关系和忠诚方的利益？忠诚协议通过怎样的作用机制实现规制婚姻不忠行为的目的？

（一）婚姻契约的法经济学解释

尽管从宗教、文化、生物学、心理学和哲学的角度来看，婚姻表现为一种复杂的社会现象，但法经济学主张将婚姻定性为一种特殊的长期契约。这样的解读并没有违背大众对婚姻的直观认知：一对适格男女出于你情我愿，彼此做出携手终生的承诺，进入一段新的关系，并在新的关系中互负一定的权利和义务。婚姻制度具有情感性的重要面向，婚姻中广泛存在利他主义和“爱”的情感。然而，婚姻制度之所以能长期成为人类社会的基本制度之一，不只是因为这些情感性的因素，还因为它基本符合经济学上的效率原则。若非有利可图，单身男女没有必要放弃单身生活，迈入婚姻殿堂。即将进入婚姻关系的男女双方会将他们能够通过结婚得到的效用和两人选择单身时能够获得的效用进行比较，如果结婚后获得的效用超过了单身时获得的效用，婚姻市场的参加者就

会选择结婚。具体来说，当事人在婚姻关系中至少可以获得以下三个方面的收益。

第一，经济效益。婚姻的经济效益主要来自比较优势的实现和交易费用的降低。在比较优势的意义上，配偶双方的劳动能力不同，例如，一方擅长在劳务市场中挣得高收入，另一方则在家务劳动方面更占优势。婚姻契约促进配偶双方在家务劳动和社会劳动中实现劳动的专门化，有助于发挥比较优势，实现更优的效率。配偶之间不仅存在分工，还存在协作，如家庭生产活动。家庭生产活动的交易费用显著低于市场化生产的交易费用。加里·斯坦利·贝克尔指出，“正像企业一样，夫妻双方通过订立一份把他们长期结合在一起的契约，避免了支付交易费用，降低生产成本……家庭就是一个有效率的经济单位”。除此之外，婚姻契约还存在一些相对次要的经济效益：（1）风险整合，例如，若夫妻中一方失业，另一方就会增加对劳务的参与；（2）规模经济，例如，相比租赁两个较小的公寓而言，租赁一所较大的公寓成本会更低；（3）公共产品，例如，所有家庭成员都可以欣赏悬挂在墙壁上的图画。

第二，性活动。婚姻既降低了性活动的搜寻成本，又在很大程度上避免了感染性病风险。一方面，性方面的信息通常被视为个人隐私，大众几乎不在公开场合谈论与性相关的话题。由于性的隐私属性，搜寻相匹配的性伴侣的成本居高不下，性活动成为了一种奢侈品。另一方面，单身者还必须小心患上性传播疾病的风险。尽管科技的发展提供了一些性行为安全措施，但它们并非百分百可靠。又因为相当一部分性病难以治愈，易留后遗症，所以性病风险仍不可小觑。婚姻契约的功能在于为配偶双方提供稳定且健康（安全）的性伴侣与性生活。它将性活动的搜寻成本降至接近于零，并且在大部分家庭中，配偶是夫妻彼此唯一的性伴侣，双方对彼此的健康情况知根知底，不易受性传播疾病的困扰。

第三，生育子女。子女被视为婚姻的专用性资产，生育子女是婚姻契约最为重要的功能之一。无论是从投资角度还是从收益角度来看，作为专用性资产，子女都体现出一种特殊的性质——长期性。就投资而言，养育子女的过程十分漫长，父母的投资需要延续数十年乃至数十年之久。就收益而言，子女对父母的回报更是贯穿父母后半生的时间，才能实现完全“给付”。生育子女的长期性对婚姻制度产生了重大影响，它决定了婚姻契约的长期契约性质。经济、性生活等方面的收益或许可以通过缔结非婚姻的短期契约获得，但只有长期契约才能满足专用性资产的投资和收益的要求。试举一个反例：离婚家庭作为短期婚姻契约的典型，通常被认为不利于子女的养育。在投资方面，父母离婚和再婚对未成年子女的不利影响已经得到公认。单亲父母承担着较大的养育子女压力，或许只能提供较低水平的投资。即使有较好的经济基础，单亲家庭也可能被认为不利于子女成长。在收益方面，因原配再婚等原因，没有抚养权的一方父母和孩子的亲密关系可能遭受贬损，并且少数离婚家庭的子女成年后不愿赡养没有共同生活关系的一方父母。

（二）婚姻不忠现象的法经济学解释

尽管在一般意义上，婚姻契约有利于配偶双方的效率优化，但婚姻不忠现象在现实社会中仍不少见。婚姻不忠现象的出现可以通过婚姻契约的长期性得到解释。对于长期契约，经济学通常主张，由于当事人受制于理性的有限性，不可能在缔约时预见所有的或然情形，因此，长期契约的稳定性易受到外界因素的侵蚀。婚姻契约也不例外，这种长期性为婚姻契约增添了一系列风险因素，这些风险因素成为产生婚姻不忠现象的根源。

首先，男性和女性的生理价值高峰期不同，价值高峰期的早晚差异诱惑男性在婚后做出婚姻不忠行为。在惯常认识中，女性吸引异性的特质

大多和生育有关,例如年轻、漂亮、身材好,这些特质发生在女性的青年时期。男性吸引异性的特质包括成熟、有作为、有安全感等,它们往往需要经过时间的积累才能形成,多发生在中年甚至中老年时期。女性的价值高峰期往往比男性来得早。因此,男性倾向于在婚姻关系的前期获得收益,这时他对于婚姻的贡献相对要低,而他的妻子的贡献相对要高。同样,在婚姻的后期,女性倾向于从契约中得到比她们的丈夫更多的收益。随着时间尺度的拉长,女性价值下降,男性价值上升,配偶之间出现价值差异。这意味着在某些婚姻的某些阶段,发生婚姻不忠行为成为男性获得额外收益的选择。

其次,长期契约容易导致“敲竹杠”问题。

“敲竹杠”意指交易者从交易伙伴的专用性资产中侵占准租金的行为。在婚姻关系中,女性对婚姻的投资多属于专用性资产。专用性资产只能用于婚姻契约,婚姻契约一旦终结,这些资产的价值将会大大贬损。例如,女性可能为了分担家务劳动,放弃自己的学历提升机会或事业上升机会。在婚姻存续期间,女性做出上述牺牲的机会成本可以通过男性对家庭的经济支持获得补偿。如果女性选择离婚,这些牺牲的成本就可能面临沉没的风险。子女也属于婚姻的专用性资产。在现实生活中,很多女性之所以不得不忍受失败的婚姻,就是因为专用性资产制约了她们采取离婚等反抗手段的能力。“敲竹杠”问题导致,在某些情形下,无论维系婚姻的收益是否低于离婚的收益,男性仍可以既享受婚姻不忠行为带来的新鲜和刺激,又不必担心女性拿起离婚武器对付自己。

最后,婚姻不忠现象侵蚀了婚姻中的利他主义,继而导致忠诚方的婚姻收益遭受贬损。利他主义可以被理解为一个人的福利是另一个人的福利的正函数条件。用通俗的话语表述,家人的幸福即是我的幸福。利他主义在婚姻关系中广泛存在,对当事人参与婚姻生活发挥了不可忽视的推动性作用。利他主义产生于家庭成员之间的“爱”

的情感。然而,一个常识性的观点是,“爱”离不开当事人对婚姻的忠实。婚姻不忠现象的暴露难免疏远配偶双方的亲密关系,致使“爱”的情感和利他主义大打折扣甚至走向衰亡。利他主义的衰亡进一步在负面上影响了上文提及的婚姻关系的三类收益。第一,在婚姻不忠现象暴露后,配偶双方参与家庭生产活动的意愿下降,并且不忠方对家庭的经济支持程度也可能下降。第二,婚外性行为 and 婚内性活动形成替代竞争关系,配偶之间性活动的频率和质量可能下降,忠诚方在性活动中感染性病的风险也会增加。第三,不忠方可能降低对子女的关心和投资程度,致使忠诚方不得不承担更多的养育子女的负担。

(三) 法经济学进路下的忠诚协议功能分析

婚姻不忠行为会损害忠诚方的婚姻利益,忠诚方因而有动力采取忠诚协议等措施防范婚姻不忠现象。在人类社会,存在多种限制婚姻不忠行为的制度,但它们的作用机制在本质上大同小异,借用波斯纳的一句话,那就是“让婚内性行为的替代因成本太昂贵而不那么有吸引力”。例如,社会道德体系从两方面增大不忠方的成本,从而减少婚姻不忠现象。一方面,社会道德体系对当事人施加内在心理压力,使当事人陷入自我道德谴责的窘境。另一方面,社会道德体系在社会层面对当事人进行否定性评价,将婚姻不忠行为的成本构成由婚姻内部扩展至社会外部。忠诚协议的作用机制也不例外,它通过增大不忠方的经济成本,实现限制婚姻不忠行为的功能。

首先,忠诚协议发挥着一种担保功能。在婚姻存续期间签订的忠诚协议可以被视为婚姻契约的补充性担保条款。作为长期契约,婚姻契约是不完备的。换言之,婚姻契约没有对履行过程中可能出现的所有情况都做出相关的约定。在缔约时,当事人可能仅仅约定结为夫妻,没有协商明确如果离婚怎么应对,如果一方身患绝症怎么应对,如果一方做出婚姻不忠行为怎么应对,以及

种种其他可能发生的问题。婚姻契约之所以具有不完备性，一方面，因为婚姻契约的履行期限十分漫长，对每种情况单独缔约的交易成本高到无法承受；另一方面，因为当事人的理性是有限的，致使他们无法预见所有可能的状况。处理契约不完备性的手段多种多样。针对履约过程中急迫的具体问题，缔约双方重新协商不失为一种有效的方式。在婚姻存续期间签订的忠诚协议可以被视为配偶双方在婚姻契约履行过程中，结合婚姻感情状况的变化，针对婚姻不忠现象这种违约形式，补充签订的一项担保条款。双方约定出现或再次出现婚姻不忠现象时，不忠方负担民法上的担保义务。如果不忠方做出婚姻不忠行为，他必须给付相应的经济赔偿。在婚前签订的忠诚协议可以被视为婚姻契约自始附带的担保条款，仍以不忠方对于婚姻不忠现象的担保义务为内容。

其次，忠诚协议能够发挥一种定价功能，明确并提高婚姻不忠行为的违约成本。在订立忠诚协议之前，不忠方对于婚姻不忠行为的法律成本主要来源于民事法律中规定的离婚损害赔偿制度和离婚财产分割时照顾无过错方权益原则（以下简称“照顾无过错方原则”）。这两项制度施加的法律成本存在两点缺陷。第一，法律成本的额度不明确。两项制度的赔偿额度都需在民事诉讼活动中才能确定。由于司法判决的最终结果在判决公布前难以预测，存在较大的上下浮动空间，因此，法律成本的额度处于相当不确定的模糊状态。第二，法律成本的额度过低。在司法实践中，裁判者在判决相关案件时通常趋于保守，最终的赔偿额度有时无法有效起到惩罚不忠方、补偿忠诚方的作用。忠诚协议的订立意味着配偶双方围绕赔偿数额问题达成一致，将先前模糊的赔偿数额明确化。此外，由于忠诚协议的约定赔偿数额在绝大多数情况下高于上述两项制度的法定赔偿数额，因此，忠诚协议可以增大不忠方违约的法律成本。

二、诚协议的制度竞争优势

对婚姻契约和婚姻不忠现象的法经济学解读阐明了忠诚协议规制婚姻不忠行为的制度机理。据此而言，作为当事人预防和规制婚姻不忠行为的手段，忠诚协议是“有用的”。然而，基于法经济学的立场，一种手段是“有用的”并不当然意味着法律应承认它的效力。相较于固守既有的制度模式，只有证明忠诚协议制度的引入利大于弊，我们才能主张法律应承认忠诚协议的有效性。换言之，法律政策制定者还必须站在社会政策的视角，考察在我国的社会背景下，既有的规制婚姻不忠现象的制度模式具有何种功能定位及其可能存在的缺陷，进而分析忠诚协议制度的引入能否在功能上弥补既有制度的缺陷。刑事处罚制度和民事损害赔偿制度既是当代中国规制婚姻不忠现象的主要制度，又在比较法上和法制史上经常被作为规制的重要手段。本部分的讨论试图在制度竞争分析的框架内，围绕不同制度之间的优劣性展开比较和分析。

（一）刑事处罚的制度逻辑

法律可以通过对不忠方课以刑事处罚规制婚姻不忠现象。婚姻不忠行为入罪古已有之。《尚书》记载：“男女不以义交者，其刑宫。”这种对通奸等婚姻不忠行为的刑事处罚一直存在于传统中国的法律之中，即使到清末修律时依然留存。我国台湾地区直到 2021 年才正式通过修改“法律”废除通奸罪，但仍然强调民众对不忠行为要付出代价。在比较法上，一些国家的刑法也将婚姻不忠行为定性为犯罪。例如，截至 2014 年底，在美国 50 个州中，仍有 21 个州视通奸为刑事犯罪。在亚洲地区，韩国直到 2015 年才废除实行了 62 年的通奸罪立法，而且社会褒贬不一，依然有很多人主张保留对通奸的刑事处罚。我国法律没有笼统地将所有婚姻不忠行为列为犯罪，但仍规定了重婚罪和破坏军婚罪。对婚姻不忠行为的刑事

处罚稍微不同于一般的刑事诉讼活动，它的侦查环节通常并不是由国家机关启动的，而是依赖于私人的检举控告。因为婚姻不忠行为具有隐匿性，国家机关难以及时全面地掌握相关信息，往往在接到忠诚方或其他公众的举报后才会启动刑事程序。

刑事处罚制度的显著特点在于惩罚的严厉性。相较于民事制度注重的金钱成本，刑事处罚制度施加的经济刑额度更高，并且还可以施加威慑力更大的自由刑。惩罚的严厉性有助于威慑不忠方，预防婚姻不忠现象的发生。刑事处罚的严厉性产生了两个方面的优势。一方面，刑事处罚制度能节约侦查成本。根据法经济学的观点，当事人的预期惩罚成本相当于惩罚严厉程度与惩罚概率的乘积。婚姻不忠行为的理想预期惩罚成本并非无限大，它可以被近似地看作某个定值，那么，惩罚手段的严厉程度越高，达致理想预期惩罚成本所要求的惩罚概率就越低。这意味着忠诚方、社会公众等发挥侦查功能的主体仅需采用较低的侦查密度即可施加理想的预期法律成本，侦查成本因而得到较大的节约。另一方面，刑事处罚制度还能将婚姻不忠行为的负外部性纳入不忠方的法律成本之中，实现负外部性的内在化。婚姻不忠现象对社会整体具有负面的外部性，它会起到负面的示范效果，诱导更多的婚姻不忠现象发生；它会打击公众对爱情与婚姻的信心，使那些对婚姻忠贞不二的人因为怕受到伤害而怯于结婚。理想状态下的法律应尽可能消除社会负外部性。经济学上处理负外部性的常用手段名为“庇古解”，即通过税收或其他手段将负外部性转移到行为主体身上，实现负外部性的内在化。刑事处罚制度处理负外部性的方式即是如此，它的严厉性在很大程度上抬高了不忠行为的法律成本，将负外部性转移回行为主体身上。

然而，刑事处罚制度的缺陷同样突出。首先，它无法填补忠诚方的损害。婚姻不忠现象的刑事处罚制度主要保护社会法益，欠缺保护个人法益

的面向。以重婚罪为例，该罪的客体是一夫一妻制的婚姻关系。这就决定了刑罚的主要功能在于制裁，而非救济。在实践中，刑事处罚制度必须和民事制度相结合，通过刑事附带民事诉讼等方式实现救济功能。其次，忠诚方检举婚姻不忠行为的意愿不足，导致刑事处罚制度能否在实践中有效运作遭受挑战。刑罚可能造成家庭名誉受损和经济状况恶化，致使忠诚方和不忠方共同承担法律成本，而这有违制度设计的初衷。出于对自身利益受损的担忧，忠诚方或许不愿检举不忠方，因此国家机关无法及时获悉婚姻不忠行为，刑事程序的顺利启动受阻。这种困境不仅是理论上的，在实践中，法律对婚内强奸的规制就陷入了类似的困局。受害者担忧自己在刑事程序中进一步受伤害，选择做沉默的羔羊，导致施暴者逍遥法外。

（二）民事损害赔偿的制度逻辑

在民事损害赔偿制度下，忠诚方有权请求不忠方赔偿自己遭受的损害。民事损害赔偿制度是大部分国家规制婚姻不忠现象的通行手段。民事损害赔偿制度的一种类型是离婚损害赔偿制度。该种制度基于作出重婚和与他人同居等婚姻不忠行为一方的过错，赋予另一方在离婚时请求损害赔偿的权利。例如，法国和韩国等国家都规定离婚损害赔偿制度，争议之处在于这种损害只限于精神损害还是也包括物质损害。民事损害赔偿制度的另一种类型是“照顾无过错方原则”。该原则在离婚财产分割的时点，借助保护无过错方权益的名义，隐性地实现了不忠方对忠诚方的利益补偿。然而，这种保护相对较弱，一方面，照顾无过错方原则只限于夫妻共同财产分割方面的照顾，而且该原则只是强调对不忠方“少分”而不是“不分”。比起刑事处罚制度，民事损害赔偿制度最明显的优势在于忠诚方有权请求不忠方赔偿损失，这符合“受害人对索赔请求拥有排他权”的道德直觉。

民事损害赔偿制度并非完美无缺，在实践中逐步暴露出三个方面的弊端。第一，作为一种损害填补制度，它无法处理负外部性的问题。不忠方负担的法律成本仅限于忠诚方遭受的损失，社会负外部性未被纳入不忠方的成本考量之中。第二，民事损害赔偿制度难以确定忠诚方遭受损害的程度，继而引发救济程度不足的问题。婚姻不忠行为的事实容易被证明，但婚姻不忠行为造成的损害却难以被证明，更难以用一定数额的金钱衡量。婚姻不忠行为的损害呈现出精神面向和财产面向交织、因果关系不明显的特点，衡量赔偿额度的难度甚巨。在司法实践中，法官也没有较大意愿主动介入私人生活，去对婚姻不忠行为造成的损害进行评估。第三，民事损害赔偿制度无法应对婚姻不忠现象发生后当事人未离婚的情形，这种缺点尤为严重。我国的离婚损害赔偿制度和保护无过错方权益原则都以当事人离婚为前提，但是，观察现实世界不难发现，并非所有的婚姻在发生不忠现象后都会走向离婚这个结局。对于当事人双方未离婚的情形，民事损害赔偿制度无从下手，也就无法发挥保护忠诚方的功能。

（三）忠诚协议的制度嵌入性优势

法律制度的运行是一个系统工程，制度之间的理想运行状态是相互合作和补充，同时制度之间的竞争也在推进制度的优胜劣汰，实现整个制度体系的更新与完善。规制婚姻不忠现象的既有法律暴露出一些缺陷，在制度功能或适用情境上有所不足。忠诚协议制度的竞争优势体现在，它具有更全面的功能和更广泛的适用情境，可以解决既有制度无法解决的问题，弥补既有制度的不足，实现制度间的功能互补。

具体来讲，刑事处罚制度偏重于制裁不忠方，忽略了对忠诚方的救济，而民事损害赔偿制度忽略了现实生活中一次不忠行为并不一定导致离婚的现象。忠诚协议的制度功能能够更好地实现对不忠方的约束和对忠诚方的补偿。一方面，民事

损害赔偿制度对不忠行为的估价具有法定性，最终的赔偿数额需要法官进行裁定，这对当事人双方而言具有不确定性，当事人无法估价往往会使民事损害赔偿具有的成本约束力大大降低。忠诚协议需要双方的协商，具有合意性或约定性，这种合意性赋予夫妻双方对于不忠行为导致的后果进行定价的权利，可以解决民事损害赔偿制度在实践中面临的问题，诸如离婚损害赔偿得到法院认可的比例较低或者当事人获得的损害赔偿数额较低等情况。忠诚协议中的明确定价能够给与当事人更多的预期，既使得成本约束的力量获得加强，也能够给与人们在法定民事损害赔偿之外更多的救济手段。另一方面，忠诚协议制度不像离婚损害赔偿制度和无过错方权益保护原则那样必须以离婚为前提。作为一种长期契约，婚姻关系不仅仅包含情感上的相互爱慕，还包括经济上或物质上的相互支持，物质和情感都不可或缺，甚至在某种程度上相互补充。忠诚协议就是通过一种经济形式维系夫妻之间的感情。一次不忠并不必然导致夫妻双方就会选择离婚，但不忠行为会使得忠诚方对长期契约抱有忧虑，忠诚协议的担保功能可以发挥应有的作用，使得夫妻双方通过忠诚协议的方式补充长期契约，既增强忠诚方对婚姻的信心，也保障未来忠诚方在面对再次不忠行为时可获得的经济补偿。

婚姻生活具有复杂性，婚姻关系的基础是两个人的感情，但一次不忠行为并不一定意味着夫妻感情的消失或婚姻关系的破裂，人们会因为各种原因继续维持婚姻关系。对当事人不忠行为的情况和婚姻关系得以维持的原因进行类型化处理之后，我们会发现，忠诚协议制度在每一种情形下都可以发挥独特的积极功能。

第一种情形是“敲竹杠”的婚姻不忠行为。

不忠方既不想和配偶离婚，又总是在婚外“寻欢作乐”。之所以不忠方能这样做，是因为其在利用婚姻契约的长期性“敲竹杠”。“敲竹杠”行为不但侵损了忠诚方的利益，且对社会整体具有

负外部性，法律应予以严厉打击，尽力杜绝此种婚姻不忠现象。忠诚协议制度可以发挥前述的定价功能和担保功能，明确并提高不忠方的法律成本，实现有效威慑。即使将来夫妻双方走向离婚的结果，忠诚协议约定的损害赔偿也可以补偿忠诚方因多次不忠行为遭受的伤害。

第二种情形是“一时失足”的婚姻不忠行为。

受制于有限理性，人类的行为并不总是符合效率最大化原则。婚姻中不乏喜新厌旧之人，一些人抵挡不住婚姻不忠行为的诱惑，做出了错误的决定。然而，婚姻不忠行为带来的快感可能属于短期利益，白头偕老才更符合长期利益。从长远来看，维持婚姻关系、停止婚姻不忠行为才是最优的选择。不幸的是，即便维持婚姻关系更符合效率原则，但婚姻不忠行为仍侵蚀了婚姻的情感基础，造成配偶双方的隔阂与不信任，致使配偶双方对婚姻的投资降低，婚姻质量下降。鉴于“一时失足”的婚姻不忠行为给忠诚方造成的损害，法律有必要提高婚姻不忠行为的成本以发挥预防作用，并在婚姻不忠行为发生后积极挽救婚姻。伤痕累累的情感关系需要配偶双方真诚、高效的沟通来修补。忠诚协议的协商、签订过程为当事人提供了一个冷静、反思、沟通的机会，推动当事人“好好坐下来谈一谈”。在忠诚方对婚姻的投资意愿下降时，忠诚协议可以及时发挥担保功能，提高忠诚方婚姻收益的底线，恢复忠诚方的投资信心。

第三种情形是感情死亡时的婚姻不忠行为。

配偶双方陷入不相称的婚姻关系，这可能是由于婚前择偶时的信息偏差，也可能是因为婚后一方当事人的性格、事业等发生显著变化。此时，不忠方维持婚姻的收益已经小于成本，好聚好散是这种婚姻最好的结局。然而，由于家庭和社会的压力等原因，离婚对于夫妻双方而言都是成本较高的结果。在这种情况下，夫妻双方都可能面临着不忠行为的诱惑。从感情的角度出发，这种情况下的不忠行为缺乏遭受批评的正当性。有学者认

为，站在社会效率最大化的视角而言，由于对这种行为实施惩罚的结果是增加了没有爱情的死亡婚姻，反倒会降低社会总体收益，因此，法律没有必要禁止或惩罚感情死亡时的婚姻不忠行为。但是，在出现单方的婚姻不忠行为时，除非另一方也存在婚姻不忠行为，否则对于忠诚方而言，这意味着其在婚姻关系中受到了损害，那么，忠诚协议制度能够促使忠诚方在离婚时就损失获得最大程度的补偿。

综合比较三种规制模式，忠诚协议制度的独特优势使得该制度嵌入整个法律规制制度具有了合理性。鉴于当前我国规制婚姻不忠现象的制度存在诸多不足，承认忠诚协议制度的有效性，让当事人多一个保护自己权益的手段，不失为一个好的选择。

三、忠诚协议入法的制度性构建

忠诚协议限制婚姻不忠行为的内在机理和忠诚协议制度的竞争优势，说明承认忠诚协议入法具有必要性、合理性和有效性。忠诚协议制度的多种优势要求在正式立法或司法解释层面明确承认忠诚协议的法律效力，并完成相关制度的建构工作，也就是忠诚协议的法律制度化。忠诚协议的法律制度化一方面需要我们将忠诚协议制度置于我国现行法律制度体系的背景下，考量不同制度之间的协调性和体系性，另一方面需要我们着眼于相关的细节性规则问题，完成规范性规则的建构，形成具有可操作性的法律机制。

（一）忠诚协议制度化的体系性考量

在我国当前的法律体系中，规制婚姻不忠现象的制度功能主要由离婚损害赔偿制度和照顾无过错方原则承担。由于这两项制度均以离婚为前提，因此，离婚制度也与婚姻不忠现象的规制相关联。忠诚协议的制度化需要将这些已有制度纳入考量，特别是考量已有制度的弊端，才能将自身嵌入到我国整个法律规范体系之中。

首先，诉讼离婚制度对婚姻不忠现象的规制存在功能缺失。诉讼离婚制度见于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千零七十九条，该条规定了诉讼离婚制度的基本要求。从规制婚姻不忠现象的角度观察，该条规定的准予离婚的法定情形仅限于“重婚”“与他人同居”等严重不忠行为，忽视了出轨、婚外情等其他一般不忠行为。2020年年底颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的司法解释（一）》第二条进一步限缩“与他人同居”的含义，将之明确为“有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住”。某省高级人民法院官方微信公众号据此发布的一篇文章甚至直接将该司法解释解读为出轨不属于同居行为，不能据此要求离婚，并称最新法律趋势是防止轻率离婚。尽管这个说法招致广泛的批评，但它的确从侧面体现出忠诚方的“离婚难”。不忠方可以躲在离婚制度的保护伞下，既享受婚姻不忠行为带来的利益，又将配偶“捆绑”在婚姻关系之中。

其次，离婚损害赔偿制度和照顾无过错方原则施加的法律成本过低。《民法典》第一千零九十一条规定了离婚损害赔偿制度。同诉讼离婚制度一样，离婚损害赔偿制度的法定情形只包括严重不忠行为，未涵盖出轨、婚外情等其他一般不忠行为。《民法典》第一千零八十七条规定了离婚财产分割中的照顾无过错方原则。问题在于，照顾权益不等同于完全的损害赔偿。在司法实践中，裁判者向忠诚方倾斜分配的共同财产过少，远远不足以弥补忠诚方的损害。究其原因，本质上还是上文提及的民事损害赔偿制度存在内在缺陷：裁判者无法全面计算忠诚方的受损害程度，判决存在过于保守的倾向，大量隐性的、难以在法律上得到证明的损害没有被判决结果吸收。因此，离婚损害赔偿制度和照顾无过错方原则施加的法律成本过低，既无法良好地保护忠诚方的利益，又不能有效威慑婚姻不忠行为。

忠诚协议的制度化必须考虑到既有制度的现实背景，同离婚损害赔偿制度与照顾无过错方原则相互配合和补充，形成全面规制婚姻不忠现象的一整套规则系统，从而嵌入到我国的法律规范体系之中。第一，从规制不忠行为的范围来看，在既有的两种制度下，离婚损害赔偿制度只针对重婚、与他人同居等严重不忠行为，它的损害赔偿额度相应较高。照顾无过错方原则广泛适用于各类婚姻不忠行为，具有兜底保护规定的性质，但它的财产倾斜分配额度相对较低。第二，从是否允许当事人以自由意思决定规制模式的设定和内容来看，既有制度都属于法定规制模式，忠诚协议制度则属于意定制规模式。是否签订忠诚协议属于当事人意思自治的范围，在所有婚姻中强行推广忠诚协议的做法显然脱离现实，法律只能原则性地肯定忠诚协议的有效性。第三，从规制的程度来看，相较于两种既有制度，作为当事人可以自主选择模式，忠诚协议往往是一种具有更高强度的法律保护模式。它约定的违约损害赔偿额度可以超过两种既有制度设定的额度。如果当事人签订了忠诚协议，裁判者原则上应当优先适用忠诚协议。当忠诚协议未就某种具体的婚姻不忠行为作出约定时，裁判者可以补充性地适用既有制度。

（二）忠诚协议制度化的规范性建构

忠诚协议制度化的规范性建构首先要求在立法或司法解释层面明确规定忠诚协议的有效性，并通过规则的建构和规则之间的衔接实现忠诚协议的制度化。一些地方人民法院已经对忠诚协议制度的规则化进行了有益的尝试和探索。《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》（以下简称《裁判指引》）第三十七条给我们提供了借鉴。该条款规定：“一方当事人以另一方当事人违反忠诚协议导致离婚为由请求另一方当事人在离婚时履行其在忠诚协议中所作损害赔偿承诺的，人民法院应予支持，但该忠诚协议约

定的损害赔偿数额过高时，人民法院可以适当调整。”该条款的内容基本能满足忠诚协议制度化的有关要求，但在一些具体细节上，有必要进行补充和调整。

第一，婚姻关系的解除与忠诚协议的关系问题。《裁判指引》将婚姻关系的解除作为依据忠诚协议提出损害赔偿请求的必要条件，这种做法较为符合司法实践中的通行观点。然而，也有人提出了反对意见，主张“法律没有明文规定不应成为不受理即剥夺诉权的理由……承认夫妻忠诚协议的单独可诉性，可惩罚警醒过错方，挽救陷入危机的婚姻”。将离婚作为忠诚协议损害赔偿前提条件的观点可能受到了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释一》第二十九条第二款和第三款的影响，这两款规定了当事人的离婚损害赔偿请求应以离婚或起诉离婚为前提条件。然而，离婚损害赔偿制度和忠诚协议制度属于两项不同的法律制度，参照适用离婚损害赔偿制度相关规定的做法缺乏法理依据。对于婚姻关系的解除与忠诚协议的关系问题，应当根据当事人采用的婚姻财产制进行区别处理。如果当事人采用婚后所得共同制，那么，在婚姻存续期间判决依据忠诚协议给付损害赔偿的做法无异于是将夫妻共同财产从一个裤口袋挪到另一个裤口袋，几乎没有实际意义，甚至可能浪费司法资源。因此，对于适用婚后所得共同制的婚姻，离婚可以作为依据忠诚协议给付损害赔偿的前提条件。如果当事人采用约定财产制，那么，不忠方用夫妻个人财产给付忠诚协议约定的损害赔偿的情形符合忠诚协议制度化的预期目的。因此，在采用约定财产制的婚姻关系中，不应以婚姻关系的解除作为实现忠诚协议约定的损害赔偿的前提条件。

第二，法院可否调整忠诚协议约定内容的问题。《裁判指引》规定，当忠诚协议约定的损害赔偿数额过高时，裁判者可以适当调整。这个立场应当得到支持，因为有些忠诚协议约定的赔偿额

度过高，例如，一些“净身出户”型忠诚协议约定的赔偿额度早已超出增加婚姻不忠行为的法律成本的需要。执行此类忠诚协议可能会导致不忠方离婚后生活困难，不符合民法尊重人权的基本精神。因此，应当允许裁判者根据现实情况的需要酌减损害赔偿额度，但裁判者的自由裁量权也需要受到必要的限制，避免司法裁判重新陷入规制婚姻不忠行为力度不足的窘境。综合考虑各方面的因素，忠诚协议的赔偿额度的上限可以被定为满足忠诚方离婚后基本生活、工作需求的额度。那么，人民法院是否可以调整忠诚协议中约定数额过低的情况？特别是，在实际生活中存在忠诚协议中约定的数额低于离婚损害赔偿制度和照顾无过错方原则所能提供的救济水平的情形。忠诚方签订此种忠诚协议的原因可能是一时心软、意思表示不真实或不了解法律。基于规制婚姻不忠现象和救济忠诚方利益的政策考量，若忠诚方在诉讼中请求调整忠诚协议约定的赔偿额度，人民法院应予支持，赔偿额度应当不低于前述两种既有制度提供的救济水平。

第三，忠诚协议是否适用《民法典》合同编的问题。调整财产关系的合同属于合同编的适用范围，而忠诚协议属于同时调整财产关系和身份关系的合同。对于身份关系协议与合同法（编）的关系问题，《民法典》的规定较《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）发生了较大变化。

《合同法》第二条第二款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

《民法典》第四百六十四条第二款则规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”由此可见，《民法典》实质上肯定了身份关系协议参照适用合同编的做法。因此，无论是基于财产关系的面向还是基于身份关系的面向，忠诚协议都属于《民法典》合同编的调整范围。对于忠诚协议未明确约定的内容，

应当直接适用或参照适用《民法典》合同编的有关规定。

第四，忠诚协议纠纷的举证责任和证据规则问题。忠诚协议的效力认定需要满足两方面的证据要求。其一是忠诚协议真实存在且有效。依据法律行为一般有效要件的证明规则，原则上无需主张者积极举证来证明法律行为有效，其只需证明法律行为成立即可。相对人不能举证证明法律行为不具备有效要件的，裁判者应推定法律行为有效。在司法实践中，有的裁判者出于对忠诚协议的抵触与不信任，要求忠诚方负担证明忠诚协议有效性的举证责任，这种做法应予纠正。其二是忠诚协议内所附条件的成就，如出轨、婚外情、婚外同居等条件的成就。婚姻不忠行为通常具有高度隐匿性，忠诚方在收集证据时困难重重，这在客观上可能阻碍忠诚协议制度的有效运转。根据审判中立原则的要求，裁判者在大部分情况下不能主动协助忠诚方收集证据，甚至可以据此裁判忠诚方败诉。有学者主张，裁判者在个案中可以积极地向忠诚方阐明相关的证据规则，指导无过错方合法且有力地取证。除此之外，人民法院还可以通过发布指导性案例等方式，明确道歉信、开房记录、聊天记录、出警记录等证据对于婚姻不忠行为的证明力，逐步形成一整套关于证据和证明的完整裁判规则。

结语

钟瑞栋：《民法典》合同编“一般规定”的体系构成及其与社会主义核心价值观的融贯

原创：2022-09-07 法治社会期刊 广东省法学会

<https://mp.weixin.qq.com/s/meAe90-723WTuwwUH2QfeQ>

作者简介

钟瑞栋，温州大学法学院教授，法学博士

内容提要

面对忠诚协议的效力问题，法解释学的传统进路陷入某种瓶颈，引入法经济学的法律政策进路有助于拓宽视野，提出不同的思考路径。作为规制婚姻不忠现象的有效手段，忠诚协议能够发挥担保功能和定价功能，从而增加不忠方的法律成本。相较于刑事处罚制度和民事损害赔偿制度，忠诚协议制度具有显著的优越性。它有能力妥善识别和处理不同类型的不忠行为，并促进“一时失足”情形下婚姻关系的修复。忠诚协议的制度化必须考量我国法律规则体系的现实背景，同既有制度相互协调与配合，形成一整套规制婚姻不忠现象的整体性规则体系。更进一步而言，本文可以被视为运用法经济学范式研究婚姻家事问题的一次尝试。法律在多大程度上能介入婚姻家事问题，并不只是一个法解释学的问题，更是一个法理学问题。对于婚姻家事法的经济分析在国内法学界尚不多见，却是一个值得探索的研究道路。制度是人为设计且形塑人们互动关系的一种约束性条件，它构造了人们在政治、社会或经济领域里进行交换的激励。例如，忠诚协议是否得到制度化反映出法律对婚姻不忠现象的不同规制力度，这必然会改变现实中婚姻不忠行为的效率函数。与此同时，根源自“民间智慧”的忠诚协议在经受理性的审查后，可以被上升为法律制度，反向作用于婚姻实践。

社会主义核心价值观是《民法典》的宗旨和灵魂，贯穿于《民法典》的各项具体制度和规范设计中。《民法典》合同编通则第一章为“一般规定”，是依循潘德克顿法学的立法技术而作出的“公因式提取”，在功能上既要明确其作为所有合同规则的一般规范，又要宣示其担负的实质债法总则功能；在价值取向上，充分体现了社会主义核心价值观对《民法典》合同编的统率和引领。本章各条规定均或明或暗地设置了合同编与其他分则编乃至其他法律的衔接管道，是《民法典》外在体系与内在体系相互融贯的典范，也是管窥《民法典》编纂科学化和体系化的重要窗口。

本文首发在《法治社会》2022 年第 4 期第 40~53 页。为便于阅读，已删去注释，如需全文，请查阅《法治社会》或在中国知网下载。

关键词：

民法典合同编 一般规定 内在体系 外在体系 社会主义核心价值观

目次

- 一、合同定义的立法表达与社会主义核心价值观
- 二、合同法律地位的确立与社会主义核心价值观
- 三、合同解释规则的修改与社会主义核心价值观
- 四、合同法的适用规则与社会主义核心价值观
- 五、实质债法总则的宣示与社会主义核心价值观

《民法典》第四百六十四条分两款规定了合同的定义及其法律适用规则。合同的立法定义不仅要界定合同是什么，更要表达《民法典》合同编与其他编以及《民法典》之外其他具有“合同”性质的规范之间的法律适用关系，后者才是合同的立法定义的核心功能。尽管《民法典》第四百六

结论

民法典论

社会主义核心价值观是《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的宗旨和灵魂，贯穿于《民法典》的各项具体制度和规范设计中。

《民法典》合同编通则第一章为“一般规定”，是依循潘德克顿法学的立法技术而作出的“公因式提取”，在功能上既要明确其作为所有合同规则的一般规范，又要宣示其担负的实质债法总则功能；在价值取向上，充分体现了社会主义核心价值观对《民法典》合同编的统率和引领。尽管条文数不多，但内容丰富，尤其是各条规定均或明或暗地设置了合同编与其他分则编乃至其他法律的衔接管道，是《民法典》外在体系与内在体系相互融贯的典范，也是管窥《民法典》编纂科学化和体系化的重要窗口。本文拟从分析《民法典》合同编“一般规定”的体系构成与社会主义核心价值观相互融贯的视角，逐条展开解读。

不过，《民法典》第二条已经规定了本法的调整对象和范围，因此，各分则编首条关于本编调整对象的规定一方面有“画蛇添足”之嫌：因为各分则编本就相互联系、相互配合。由此看来，第四百六十三条“本编调整因合同产生的民事关系”，属于“画地为牢”，实属多余。因此，本文不予解读。

一、合同定义的立法表达与社会主义核心价值观

（一）合同定义的立法表达

十七条和第四百六十八条对合同编规则的法律适用已有专门规定，但合同的立法定义至少构成这两个条文的基础和支撑。

合同的定义是合同编外在体系的构成要素，构成对其制约的内在体系则是合同定义所要昭示的一项重要价值：何种具有“合同”外观的行为

可以纳入合同编而受调整和保护，即何种“合同”才可以享受合同编的特殊待遇？这些特殊待遇立基于合同编的内在价值体系：平等、自由、公正、诚信等。详言之，《民法典》合同编所调整的合同必须是平等的民事主体依据合同自由原则和诚信原则而订立的内容公正的合同，反之，不具有平等地位的当事人订立的合同和不依合同自由原则订立的合同，均应排除在《民法典》合同编的调整范围之外。

（二）《民法典》合同编所调整的合同范围及相关争议

要正确理解第四百六十四条的合同定义，必须将合同区分为最广义、广义和狭义三个层次。最广义的合同是指约定双方或者多方当事人的权利义务的协议，民事合同、行政合同、劳动合同均包括在内，国家之间、国际组织之间以及国家与国际组织之间签订的双边协定和国际条约也属于最广义合同的范围。广义的合同仅指民事合同，是指民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。在外延上，广义的合同概念包含发生私法上效果的一切以意思表示一致为要素的合同，不仅包括债权合同，还包括物权合同和身份合同。狭义的合同仅指债权合同，是指民事主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。狭义的合同概念虽仅以债权设定为目的，但在外延上也包括知识产权的转让和许可使用合同以及因人格权的商品化而产生的人格权许可使用合同，如姓名许可使用合同、肖像许可使用合同等。

从合同编的内在体系视角来看，第四百六十四条所称合同首先应是狭义合同，即民事合同；其次，第一款中的“民事法律关系”应限缩解释为财产关系，否则此条第二款的规定就纯属多余了。可见，第四百六十四条第一款的规定明确了《民法典》合同编规则的核心是调整平等主体之间的财产流转关系，即合同编所要调整的核心和规则设计的基调是围绕财产合同来展开的。最后，

还需要进一步思考，此处的财产合同是仅指债权合同，还是应当还包括物权合同？

第四百六十四条第一款是在原《合同法》第二条基础上略作语句表达调整，对于本款规定合同范围的理解，在《合同法》颁布之后即存在争议，主要有两种观点：一种观点认为，（依文义解释）“合同法所调整的合同，是债权、物权、知识产权、人格权等民事合同”，即我国合同法所采纳的是广义的合同概念。另一种观点认为，我国《合同法》所规定的合同应限于债权合同。主要理由是：其一，我国《合同法》历次草案均采用了“债权债务关系”而非“民事权利义务关系”，《合同法》通过时未继续采用“债权债务关系”是为了与《民法通则》的规定相一致，体现立法的延续性。因此，依法意解释，我国《合同法》所规定的合同应限于债权合同。其二，《民法通则》第八十四条明确规定合同为债的发生原因，且我国民法不承认物权行为。因此，依体系解释和限缩解释，我国《合同法》所调整的合同仅限于债权合同而不包括物权合同。

《民法典》颁布之后，学者之间的争议仍未平息。有学者认为，《民法典》第二百一十五条区分了物权行为与债权行为并且采用物权行为理论。据此可以反推，第四百六十四条第一款所规定的合同包括物权合同。另有学者认为，《民法典》第二百一十五条所规定的区分原则，只能表明我国对物权变动的立法模式采用的是债权形式主义模式，不能将其解释为采纳了物权行为理论。其理由是，物权行为需要具备物权合意，而本条中的“合意”只是债权合意，在债权合意之外并不存在一个独立的物权合意。由此反推，第四百六十四条第一款所规定的合同不包括物权合同。

（三）第四百六十四条第一款的规范性性质

笔者认为，对第四百六十四条第一款的理解是一个普通法与特别法的关系问题，这个问题可以转化为：抵押合同、质押合同、地役权合同、土

地承包合同、居住权合同等典型的物权合同纠纷，在《民法典》物权编等相关法律出现漏洞时，可否依据合同编的相关规定处理？即物权编对上述合同的规定与合同编是否构成特别法与普通法的关系？从法律的逻辑位阶来看，合同编与物权编都是《民法典》中独立的一编，二者处于同一位阶，不具有特别法与普通法的关系。此外，物权行为与债权行为也是属于同一位阶的法律概念，其共同的上位概念是法律行为。从这个角度来看，我国合同编所调整的合同应当作“不包括物权合同”的理解更为合理。即物权编等相关法律对物权合同的规定出现漏洞时，寻法的对象应当是《民法典》总则编关于民事法律行为的规定。

然而，上述推论的正确性必须具备一个基本前提——《民法典》总则编关于民事法律行为的规定必须对合同成立、效力、履行、保全、担保、变更、解除、终止、违约责任等合同中的一般问题作出了明确规定。不过，从《民法典》总则编的规定可以看出，上述前提并不具备。该编只规定了民事法律行为的成立、效力，有关合同的履行、保全、担保、变更、解除、终止、违约责任等其他一般规定，并未安排在总则编，而是仍然保留在合同编中。不宁唯是，总则编关于民事法律行为成立和效力的规定也并不完整，尤其是有关要约、承诺、格式条款等合同成立和效力中的核心规则，总则编的规定也付之阙如。

基于此，笔者认为，从解释论的角度看，现行《民法典》合同编应当被定位为所有合同法律规范的基本法。因为除合同编外，其他民事法律中有关合同方面的规范均没有对合同的订立、生效、履行、变更、解除、保全、终止、违约责任以及合同的解释等合同法上的一般问题作出全面规定，因此，当其他民事法律关于合同的规定出现漏洞时，就应当也只能依照《民法典》合同编的规定处理。关于物权编中的土地承包合同、建设用地使用权合同、宅基地使用权合同、地役权合同、居住权合同、抵押合同、质押合同等合同的法律适用

问题，自不例外。至于知识产权的转让和许可使用合同、人格权许可使用合同都只产生债权债务关系变动的效果，不会产生类似物权行为这样难缠的问题，因而属于《民法典》合同编所调整的范围，当无疑义。

（四）第四百六十四条第二款的理解

关于《民法典》第四百六十四条第二款，学界观点基本一致，认为该规定实现了《婚姻法》《收养法》等身份法向民法典的回归，实现了人身关系法与财产关系法的统一和规范融合。作为调整普通社会成员生活关系的基本法，《民法典》既要调整财产关系以维护的市场经济秩序良性运行，又要调整人身关系以构建和谐稳定的家庭生活世界，因此，在民法典的规范配置上，财产法规范与身份法规范必须分工与协作并行，在条文设置上，必须将相互具有牵连关系的规范通过转介条款、准用规范等立法技术将二者衔接起来，从而形成一个体系化的规范整体。《民法典》第四百六十四条第二款的功能正在于此，其将“婚姻、收养和监护等身份关系协议”参照适用合同编的规定，作为一项法律适用的原则性规定加以确立。相较于原《合同法》第二条第二款的规定，《民法典》第四百六十四条第二款的规定可谓是立法上的一大进步：前者把婚姻、收养和监护等身份关系协议排除在《合同法》的适用范围之外，后者则明确肯定在婚姻家庭编未设明文时，身份关系协议可以根据其性质参照适用合同编的规定。此外，根据《民法典》合同编第五百零八条的规定，身份关系协议的效力还可以进一步转至总则编关于民事法律行为的规定。从这个意义上可以说，《民法典》第四百六十四条第二款实质上成为连接婚姻家庭编与合同编乃至总则编的重要桥梁。

《民法典》合同编作出上述重大调整的根本原因在于，婚姻家庭关系虽然首先是以身份关系为主要内容，但在现代社会，财产关系在婚姻家庭关系中的地位日益突出。更为重要的是，随着

权利意识的勃兴,主体平等、经济独立、意志自由等观念已经从财产领域渗透到婚姻家庭领域,婚姻家庭关系中的各方主体通过平等协商的方式,约定彼此之间的人身关系和财产关系日益普遍,利益冲突在所难免。调整这种约定(协议)的基本思路理应是,基于婚姻家庭法内在体系的要求,纠纷发生后,在找法及法律适用的顺序上,应优先适用《民法典》婚姻家庭编的相关规定;在婚姻家庭编没有相关规定时,则可以根据其性质“参照适用”合同编的规定。此处“参照适用”合同编规定的正当性在于,无论是财产关系的协议还是身份关系的协议,本质上都是当事人意思自治的体现,在财产法与身份法的基本理念和价值取向日渐趋同的当代社会,没有理由对二者进行人为割裂,统一和融合堪称唯一正确的选择。尤其应当注意的是,“参照适用”的前提是婚姻家庭编等身份法“没有规定”,若有规定,则“适用有关该身份关系的法律规定”。从外在体系的角度看,第四百六十四条第二款为身份关系协议参照适用合同法创造了可能性。从内在体系的角度看,第四百六十四条第二款非常清晰地表明了“求同存异”的立法思想。其中的“异”,就是对身份法自身的独特价值如身份伦理、家庭文明、保护妇女儿童等弱势群体合法权益等价值的优先保护;其中的“同”则表现为男女平等、婚姻自由和家庭自治等与合同编趋于一致的平等、自由和自治的价值取向。

由于《民法典》第四百六十四条第二款所援引的对象比较原则和抽象,这为裁判者根据身份关系协议的性质“参照适用”合同编的规定留下了较大的自由裁量权,类型化分析就显得尤为必要。学者的研究表明,根据身份关系协议的性质和内容,身份关系协议可以分为纯粹身份关系协议、身份财产混合协议和身份财产关联协议三种类型。裁判者应当根据身份关系协议的不同类型,寻找合同编和总则编中拟被援引的法条,分析并论证其规范意旨和价值取向与婚姻家庭编内在价值体

系的相似性和相容性,在此前提下,方可依第四百六十四条第二款的规定“参照适用”合同编,防止身份关系协议被过度市场化、工具化。总体的考量标准是,如果身份关系协议的伦理属性越强,则法官在参照适用时越要考量婚姻家庭编的特殊价值,尽量不“参照适用”合同编和总则编的规定;反之,若身份关系的财产属性越强,表明该身份关系的协议与财产合同趋同,则越应尽量选择“参照适用”合同编和总则编的规定。

以上规范安排和解释选择,既可以在外在体系上实现民法典各编之间规范配置的体系和谐,又可以在优先保障婚姻家庭法的特殊价值考量的基础上,促进民法典内在体系的共生共荣,实现社会主义核心价值观在《民法典》内在体系与外在体系的融贯。

二、合同法律地位的确立与社会主义核心价值观

合同在法律性质上属于民事法律行为,也是最为重要的民事法律行为。合同基于当事人的“合意”(意思表示一致)而成立,并依当事人的意思而发生法律效力。因而,合同也是当事人实现其个人意志的法律手段,当事人可以根据自己的意志来为自己设定法律地位以及安排与他人之间的权利义务关系。因此,合同无论对于社会生产生活还是对于个人意志的实现,都具有重要的意义,在民法乃至国家的法律体系中均具有重要的地位。

《民法典》第四百六十五条分两款规定了合同的法律地位。笔者认为,第四百六十五条规定的核心要义是明确合同的法律地位及其效力范围,而非强调合同须“依法成立”。在本条中,“依法成立”只是明确合同法律地位及其效力范围的前提,具体该如何“依法成立”则是合同编第二章“合同的订立”和第三章“合同的效力”以及总则编关于民事法律行为应规定的内容。

（一）第四百六十五条第一款的核心要义：合同的准法源地位

依文义解释，第四百六十五条第一款中的“民事法律关系”就是民事权利和民事义务关系，依法成立的合同就能在当事人之间设立、变更、终止民事权利和民事义务。第四百六十五条第一款规定的“受法律保护”所要强调的是，根据“依法成立”的合同而设定的民事权利具有法律保障力，设定的民事义务具有法律拘束力。这种对民事权利的保障力和对民事义务的拘束力不仅对合同当事人有效，使“依法成立的合同”成为当事人之间的法律；同时，“依法成立的合同”对裁判者也同样有效。详言之，如果当事人就已依法成立的合同发生纠纷，裁判者在裁判时，首先就应当依照当事人依法成立的合同进行裁判，合同中约定的意思表示就成为法官或者仲裁机构裁判的准则，合同也因此具有准法源的地位。合同的准法源地位的确立，使依法成立的合同具有相当于法律的效力，反映了《民法典》合同编对自由和法治等社会主义核心价值观的高度尊崇和保护。

（二）第四百六十五条第二款的核心要义：合同效力的相对性及其突破

《民法典》第四百六十五条第二款前段规定的是合同效力的相对性，但书规定体现合同相对性的突破。依法成立的合同作为当事人之间的法律，其效力只能及于合同的当事人，此为世界各国立法、判例和学说的公理性原则。在外在体系层面，合同的相对性包括主体的相对性、内容的相对性和责任的相对性，这是合同对内效力的逻辑之必然。《民法典》合同编对此作出规定，既是“物债二分”体系构造在合同编中的体现和宣示，也符合民法发展的国际潮流，无需浓墨重彩地加以阐释。

随着社会经济的发展，越来越多的合同涉及第三人利益，过分严守合同相对性在一定程度上阻碍了合同正义的实现，在这种情况下，需要对合同相对性进行突破。根据《民法典》第四百六十五条第二款后段但书规定，采用转介条款这一立法技术工具不仅昭示了《民法典》对合同相对性突破的肯定态度，也限定了相对性突破的前提和范围，即必须是“法律另有规定”，表现出立法者的谨慎。综观我国现行法律，对合同相对性的突破主要有以下几种类型：

第一，合同保全制度的确立。《民法典》合同编第五章专章规定了合同的保全制度，包括代位权制度和撤销权制度，因合同的保全突破了合同的相对性，因而属于“法律另有规定”。以撤销权为例，根据第五百三十八条的规定，如果有“债务人放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产”之一的行为，导致债权人的责任财产不当减少的，债权人有权请求法院撤销债务人与第三人之间的上述行为。

第二，为第三人利益合同的确立。依合同的相对性原则，无论是合同上的权利还是义务，均只对合同当事人有效，合同中的利益也只能由当事人享有。但随着社会的发展，各国法律普遍承认了当事人为第三人设定权利或者利益的合同。最典型的就是保险合同，合同的当事人是投保人和保险人，合同的受益人却为第三人，尽管受益人并未直接参与合同的订立，但在保险事故发生后，受益人可依合同的约定直接向保险人请求支付保险金。《民法典》第五百二十二条第二款的规定即属于对“为第三人利益的合同”的明确规定，同样属于第四百六十五条第二款所称的“法律另有规定”。

第三，“买卖不破租赁”规则的确立。根据合同的相对性，租赁合同应只对出租人与承租人有效。但随着经济的发展，为了维护租赁秩序，《民法典》第七百二十五条规定，当出租人将租赁物转让给第三人时，原租赁合同对受让人继续

有效，而租赁物的买受人接替出卖人成为租赁合同的出租人。租赁合同的效力已经及于作为第三人的买受人，显然是合同相对性突破的一种体现。

第四，建设工程合同对第三人的效力。根据《民法典》第七百九十一条第二款的规定，经发包人同意，建设工程合同的总承包人或者勘察、设计、施工承包人可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。据此规定，建设工程合同可以对第三人产生效力。

第五，保理合同对第三人的效力。根据《民法典》第七百六十六条规定，在有追索权的保理合同中，保理人有权向应收账款债务人主张应收账款债权，这也是合同相对性被突破的一种体现。

第六，运输合同对第三人的效力。根据《民法典》第八百三十条规定，尽管收货人并非运输合同的当事人，而是第三人，该第三人享有依运输合同的约定请求承运人交付货物的权利，同时若收货人逾期提货，则应负担向承运人支付保管费等费用的义务。另依第八百三十四条规定，损失发生在某一运输区段的承运人虽然未与托运人订立合同，并非运输合同的当事人而是第三人，但仍应与订立合同的承运人一起向托运人承担连带责任。

第七，第三人侵害债权。第三人侵害债权，是指第三人以损害债权为目的而妨碍债务人履行债务的行为，必须以第三人故意为要件，过失不构成侵害债权。第三人侵害债权行为发生后，债权人有权对行为人提起损害赔偿之诉，追究其责任。此即“债权之不可侵性”。若采纳侵害债权的理论，就意味着债权的效力扩张到一切侵害债权的第三人，显然是对合同相对性的突破。

原《侵权责任法》对于第三人侵害债权是否属于该法的调整范围，并未明确规定。在民法典起草过程中，对这个问题的争议仍然很大，没有形成共识，因此《民法典》并未对此作出明文规定。

尽管侵权责任编将其保护对象规定为“民事权益”，若单从文义解释来看，合同债权也是一种民事权益，似乎可以将债权纳入其保护范围。但侵权责任编不调整违约责任问题，债权原则上不属于侵权责任编的保护范围。

依传统民法理论，债权是相对权，不具有排除他人干涉的对世效力。这种理论的内在逻辑大致是，第三人在民法中往往被认为是公共利益的化身、交易安全的化身和行为自由的化身，若债权的相对性被突破，将使债权产生对世效力，而具有对世效力的权利基本上都应当奉行权利法定原则和权利公示原则，否则将严重损害第三人的行为自由，危及交易安全。而合同债权依约定而产生且大多具有私密性，不符合权利法定和权利公示的要求，因此，债权受侵害时，原则上应依责任的相对性原理由债权人向债务人追究责任，债务人承担责任后再向第三人追偿。然而，绝对贯彻此种理论，有时难免损害债权人利益。基于此，近代以来，越来越多的国家和地区通过立法或者判例确立了第三人故意侵害债权的规则。但是，第三人侵害债权规则的适用必须受到严格限制，法院只能将其作为例外规则和补充规则；详言之，对于能够通过债务不履行规则解决的问题，应在准确界定相应法律关系的前提下，首先适用债务不履行的规则而非侵权法的规则，防止第三人侵害债权规则的滥用，减少对民法基本理念和价值体系的冲击。至于实践中可能存在的其他侵害债权的情形，可以在具体案件中进一步探索。

笔者认为，如果第三人侵害债权的行为足够恶劣，构成故意侵害债权的，也可以适用侵权责任编的规定。这一主张得到了最高人民法院的肯认。在“吉林市中小企业信用担保集团有限公司侵权责任纠纷案”中，最高人民法院在判决书中指出：“根据本案实际情况，适用侵权责任法作为保护财产权益的补充手段，是必要的；否则，享有合法财产权益的债权人，难以通过法定路径予以救济，有违公平正义。”众所周知，侵权责任法

与债务不履行规则的逻辑基础和价值理念存在很大区别，侵权责任法一般以绝对权作为保护对象，调整的主要是普通社会成员之间的利益冲突，在这种利益冲突中，义务人对权利人所负担的主要是消极的不作为义务，所以权利人受有损害时，原则上应自负其责，只有在行为人存在过错时，权利人才能将自己的损害转嫁于行为人并让其承担侵权责任。正因如此，受侵权责任法保护的权益必须法定和公示，方能让行为人知晓其该向谁负担这种消极的不作为义务，交易安全和行为自由的价值才能得到保障。而债务不履行规则调整的是特定当事人之间的利益冲突，权利义务的产生、变更与消灭均可由当事人自己事先约定或者事后协商补充，债权受到不法侵害时，由债权人直接向债务人追究责任，既方便又经济，必然是最优选择。因此，要突破合同的相对性，由债权人依侵权责任法追究第三人的侵权责任来救济，虽不能完全排除，但必须从严把握。只有当债权人以债务不履行规则无法救济自己的权利，且第三人明知债权债务关系存在，故意侵害债权时，法院方可适用侵权责任法第三人的侵权责任，作为债权人寻求救济的补充手段和最后保障。

综上所述，无论是合同相对性原则的确立，还是对相对性的突破，都是通过合同编的概念设定、原则确立和规范配置等外在体系，来促进内在价值的实现，体现了社会主义核心价值观的应然要求。

三、合同解释规则的修改与社会主义核心价值观

如前所述，依法成立的合同具有相当于法律的效力，不仅拘束合同当事人，而且是法官或者仲裁机构处理合同纠纷的裁判依据。这就要求合同中的意思表示必须明确具体。合同的意思表示是由语言来表达的，语言具有模糊性、多义性的特点，表意者在表达合同条款时也不可避免地存在用词不准确或者词不达意等情况。因此，如同

“法律未经解释不得适用”一样，合同的解释也是依法处理合同纠纷的前提和必要环节。

合同解释的目的是确定当事人的真实意思，明确双方当事人的权利和义务。为达此目的，必须设置明确的解释规则，运用恰当的解释方法，才能对合同中意思表示的含义和内容作出合乎当事人真实意思的解释，才能使得依合同所确定的权利义务符合当事人的要求，才能真正发挥意思表示作为实现私法自治原则的工具的作用。然而，无论是争议解释、补充解释还是变更解释，都不可避免地受法官自由裁量权的影响，为防止法官擅断，限制其自由裁量权，各国法律均对合同（意思表示）的解释规则作出了明确规定。原《合同法》第一百二十五条首次对合同解释规则作出规定，《民法典》第四百六十六条在此基础上对合同解释规则进一步完善，与第一百四十二条第一款关于有相对人的意思表示的解释的解释规则一起，构成了完整的合同解释规则体系。对比原《合同法》不难发现，《民法典》对合同解释的规则作了如下四个方面的重要修改。

第一，修正了合同解释的目标。《民法典》对合同解释的目标实现了从主观解释向客观解释的转变。合同解释的目标依探求当事人的内心真实意思还是表示出来的意思，可将合同解释分为主观解释和客观解释，前者的典型是原《合同法》第一百二十五条规定的“确定该条款的真实意思”，所谓“真实意思”应当是当事人订约时内心的真实意思；后者的典型是《民法典》第四百六十六条第二款规定的“确定争议条款的含义”及其所引致的第一百四十二条第一款所规定的“确定意思表示的含义”，“确定争议条款的含义”和“确定意思表示的含义”均表明，合同当事人的内心真实意思不在解释目标之列，客观表达出来的意思才是合同解释的对象和目标。如果结合《民法典》第一百四十二条第二款的规定，更能看出解释立场的这种转变。解释目标发生转变的原因在于，合同当事人内心的真实意思具有不确定性和

易变性，当事人在合同订立时的真实意思与合同发生纠纷时的真实意思未必相同；合同当事人双方各自的真实意思也可能存在较大差异。这正是当事人双方对合同条款的理解发生争议的根本原因之所在。主观解释的目标是确定当事人的真实意思，更符合意思自治原则，但不利于保护交易安全；客观解释则正好相反，将合同解释的目的定位于确定当事人意思表示所形成的争议条款的含义，使合同解释规则客观化，既有利于化解合同纠纷，也更有利于鼓励交易并保护交易安全。

第二，区分了合同解释方法的顺位。合同解释方法是多元的，不同解释方法的顺序与解释目标的实现直接相关。原《合同法》依次规定文义解释、体系解释、目的解释、习惯解释和诚信解释五种解释方法，但对各种解释规则之间以顿号连接，至少从表面上看不出各种解释方法的先后及主次。不过，实践中法官基本上都会从文义解释出发，再辅以其他解释方法展开对合同的妥当解释。如此规定的原因或许是，原《合同法》确立的合同解释目标是追求真意的主观解释，区分解解释方法的顺序自然并不重要。《民法典》的规定则与此不同。第四百六十六条援引第一百四十二条第一款的规定，将合同解释要素分为两个层次。第一层次的要素是合同使用的词句，第二层次的要素是相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则。就合同解释要素的解释能力而言，基于第一层次合同解释要素得出的解释结论在效力上优先于基于第二层次合同解释要素得出的解释结论。可见，文义解释是所有其他解释方法适用的前提、出发点和目的，合同解释必须从文义解释出发，若文义解释即可确定合同争议条款的含义，自不必再采用其他解释方法；反之，若文义解释无法确定合同争议条款的含义，则须依次采用或者合并采用体系解释、性质解释、目的解释、习惯解释和诚信解释等方法进行解释，但解释的结论必须在合同争议条款文义的可能范围之内，方为妥当。

可见，由于合同解释目标被定位为客观解释，《民法典》遂确立了文义解释的优先性和基础性地位。合同条款的争议首先就体现在文义上，文义解释自然成为合同解释的核心，其他解释方法只能是辅助性的和补充性的。如果将各种解释方法等量齐观，不分主次，就容易动摇文义解释的主体地位，也可能与客观解释的解释目标背道而驰，最终导致当事人对合同条款的信赖和预期落空，也容易产生与合同编鼓励交易和维护交易安全等内在价值相冲突的不良后果。

第三，增加了性质解释作为目的解释的辅助方法。有学者认为，《民法典》第一百四十二条增加一种新的解释方法即性质解释方法，并认为其与目的解释是两种完全不同的解释方式。性质解释重点强调根据合同的性质（即类型）对争议条款进行解释，旨在使争议条款确实符合合同的基本性质。与此不同，目的解释强调根据当事人订立合同的目的来解释合同的争议条款，力求使合同的争议条款符合合同目的并有助于合同目的的实现。这种观点有一定的道理，但从条文表述来看，似乎并非如此。在第一百四十二条第一款的条文表述中，“行为的性质和目的”是与相关条款、习惯以及诚信原则并列的合同解释方法，表明根据“行为的性质和目的”进行解释是一种而不是两种解释方法。笔者认为，在合同解释中，目的解释具有独立价值，行为的性质由目的所主导且为目的服务。因此，根据行为的性质进行解释只是对目的解释的一种补充和协助，并非一种独立的解释方法。例如，在某合同中，一方订立合同的目的是取得标的物的所有权，对方订立合同的目的是取得标的物的价金，就决定了行为（合同）的性质只能是买卖合同。如果当事人就合同有关条款发生争议时，就应当综合考虑当事人所订立的合同的性质（合同类型）和合同目的进行解释，才能得出既符合当事人意愿，又体现公平正义的解释结论。

第四,完善了不同语言合同文本的解释规则。

所谓不同语言的合同文本,是指同一种合同采用了两种以上的语言文字而订立的合同,并不是指合同双方持有的相同语言的不同合同文本。在涉外经贸交易中,合同的订立经常需要使用不同的语言文本。无论是使用何种语言,都应当尽可能如实反映当事人的真实意思,但不同语言对同一意思表示的表达可以会因文化差异等原因而存在言不及义或者词不达意的现象,导致双方对合同某些条款的含义产生争议。为此,《民法典》第四百六十六条第二款就此作出了专门规定,大致表达了两层意思:一是原则上推定各文本使用的词句具有相同含义;二是各文本使用的词句不一致的,应当根据合同的相关条款、性质、目的以及诚信原则等予以解释。对于使用两种以上文字订立的合同文本出现“使用的词句不一致”的解释规则,原《合同法》只规定了目的解释方法。《民法典》对不同语言合同文本的解释采用综合解释规则,这是合同解释规则的一大进步,为处理涉外合同纠纷提供了具有较强可操作性的解释规则。

总之,《民法典》合同编对合同解释规则的调整和修正,有利于公平合理地确定双方当事人的权利义务,更好地发挥合同法鼓励交易、创造财富、维护市场经济秩序的规范目的,并最终促进富强、和谐、自由、平等、公正、法治、诚信等社会主义核心价值观的实现。

四、合同法的适用规则与社会主义核心价值观

《民法典》第四百六十七条第一款是关于非典型合同(无名合同)法律适用的规则。《民法典》合同编区分典型合同和非典型合同,对于典型合同,以合同编分则的形式设置了尽可能详尽的规定,适用法律时自然可以也应当直接适用合同编的规定或其他有关该合同的规定。对于非典型合同的法律适用,就只能借此条规定确定可资适用的法律规范。其中,“参照适用”成为非典型合同法律适用的关键技术。

作为合同法调整对象的合同是市场交易的基本法律形式。随着社会经济和科学技术的不断发展,交易关系日益复杂多样,合同类型不计其数。要实现合同法对交易关系的周到调整,采用一般规范与特别规范相结合的立法技术是各国合同立法者的不二选择。合同法不可能为所有的合同类型都制定相应的规定,否则不仅条文数过多,而且也无法体现立法的科学性和体系性。我国《民法典》借鉴德国潘德克顿法学的立法技术,对合同的规范设置大致分为四个层次:第一层次是总则编关于民事法律行为的规定,是包括合同在内的所有法律行为的一般规范;第二层次是合同编通则的规定,是所有合同类型的一般规范;第三层次是合同编分则中的买卖合同规则,是所有有偿合同的一般规范;第四层次是各种典型合同群内部,是一般规范与特别规范的关系。例如,租赁合同的规定与融资租赁合同的规定是一般规范与特别规范的关系,承揽合同的规定与建设工程合同的规定也是一般规范与特别规范的关系。

通过上述四个层次的规范安排,《民法典》中的合同规范已最大限度地扩大了其调整范围,并最大限度地节约了条文数量,但依然有大量的非典型合同无法在《民法典》中找到可直接适用的具体规范。《民法典》第四百六十七条第一款正是为解决这一问题而设。该款将原《合同法》第一百二十三条和第一百二十四条合并规定,以参引规定的形式,为非典型合同的法律适用提供了解决之道:当出现《民法典》合同编未规定的合同关系时,依特别法优于普通法的法律适用规则,其他法律若有规定则优先适用,其他法律没有规定则适用合同编通则的规定,并可参照适用合同编或者其他法律最相类似合同的规定。

法律条文数以千计,但是法典各分编、各章节条文之间并非毫无秩序与目的地并置在一处,其间具有逻辑与价值上的关联,此是法律的体系性要求。为实现法律体系上的完满,立法者必须对《民法典》合同编的内容进行取舍,删繁就简,对

通则和典型合同的规范尽可能规定周详，同时通过设置“参照适用”规范，在外在体系上实现避免重复立法和填补法内漏洞的双重功能；在内在体系上体现出《民法典》对非典型合同“一视同仁”的态度，体现出法律的平等和公正的价值观，最终实现了《民法典》合同编外在体系与内在体系的有机融合。

（一）避免重复立法

我国《民法典》共1260个条文，在我国所有法律中条文数最多；其中合同编占了526条，也是条文数最多的一编。立法的科学性和体系性是民法典编纂的应然要求。尽管条文数的多寡并非衡量立法水平的唯一考量因素，但节约立法资源的重要考量因素之一就是条文数不宜太多，而规范设置的科学性和逻辑性是减少条文数量的有效途径，避免重复立法是实现这一目标的基本要求。为此，在设计条文时既要拓宽规范的调整面，又要具有规范的针对性和具体性，实现法典简约高效的规范效果，“参照适用”规范的配置遂应运而生，其既可以避免法典条文的烦琐重复，又可以减少挂一漏万的规定，减少法律条款以及文字的数量，提高法律的调整效率。在法律适用上，由于现实生活中需要加以规范合同类型特别多，只要《民法典》有对其相似的内容加以规范的条文，即可“参照适用”，对此类合同加以调整，避免了法典内法律条文的重复与繁杂，使法典章节条文简约高效，实现了规范设置的科学性和体系性的统一。

（二）填补立法漏洞

法律漏洞是成文法的固有缺陷之一。成文法的缺陷可能是由于立法者的考虑不周或者当时的理论研究不足造成本该规定的事项却未作规定；也可能是受制于立法技术或者基于立法与司法及学说的分工合作，由立法者故意设置一些不确定性概念和一般条款。前者为典型的法律漏洞，造

成司法者无法找到可资适用的规范；后者为“法内漏洞”，表面上似乎有法律规定，但由于采用的是不确定性概念和一般条款，构成要件和法律效果均有待司法者填充，故仍属于广义的法律漏洞。上述两种漏洞的出现，均需要由司法者通过其创造性的法律解释和漏洞补充作业，填补成文法规定之不足，这既是立法与司法的分权与制衡的基本要求，也体现了立法、司法与学说的分工与合作，实现三者之间既相互促进，又相得益彰的良性互动。就非典型合同的法律适用而言，立法者基于节约立法资源和立法科学化、体系化的需要，《民法典》对于大量存在的非典型合同没有也无法作出详尽的规定，留下了明显的法律漏洞，但第四百六十七条第一款即可有效解决这一问题。在法律对非典型合同没有规定时，可直接“适用本编通则的规定”，在此基础上，还可以“参照适用”最相类似的典型合同的规定。《民法典》采用“参照适用”的立法技术，民法典的体系性和逻辑性得到增强，实现了民法典的规范储备功能，解决了规范不足的问题，极大地避免了法律漏洞的产生。

（三）追求平等和公正的价值

平等和公正都是社会主义法治的核心价值。《民法典》第四百六十七条第一款中“适用本编通则的规定”和“参照适用”最相类似的典型合同规范的规定，首要目的均是追求平等和公正的价值。无论是典型合同还是非典型合同，均应在《民法典》的调整范围之内，《民法典》未作规定并非立法者认为非典型合同不重要，更不是认为非典型合同不宜纳入其调整范围，而仅仅是因为各种不同类型的非典型合同个性远远大于共性，若要为每一种非典型合同制定完备的规范，不仅浪费立法资源，更会造成《民法典》因过度膨胀而不堪重负。而采用准用性法条则可达到“四两拨千斤”的效果：既能节约立法资源，又能填补立法漏洞，使非典型合同纠纷的处理有法可依，实

现典型合同与非典型合同的平等对待、公正处理，从而保障平等和公正等社会主义核心价值观的实现。

五、实质债法总则的宣示与社会主义核心价值观

我国《民法典》既没有设立债编，也没有设立债法总则。但是，物权与债权的区分是民法的“任督二脉”，因此，无论是出于历史的原因，还是基于立法技术的考量，在《民法典》中设置实质债法总则规范，都是科学编纂民法典的基本要求。实质债法总则规范之所以被称为“实质”，是因为《民法典》并未明确宣示哪些条款是或者不是债法总则的规范，因此，“形式”上《民法典》是没有债法总则规范的，只有通过法律解释，才能找到具有债法总则功能的规范，再对这些规范进行体系化整合，构建实质债法总则的规范体系。《民法典》第一百一十八条第二款和第四百六十八条的规定，在债法的体系架构和规范适用的层面上，扮演了实质性的债法总则的角色。

《民法典》第一百一十八条第二款的规定债权概念的确立及债法的体系架构层面，为合同编设置实质债法总则奠定了规范基础，主要表现在两个方面：一是明确了债权的概念是“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”，体现了对“物债二分”体系的坚持；二是在债的外在体系架构上，区分了典型之债和非典型之债，典型之债包括合同之债、侵权之债、无因管理之债和不当得利之债四种，非典型之债是基于“法律的其他规定”而产生的债。

《民法典》第四百六十八条的规定从规范适用层面确立了我国实质债法总则的基本模式，本条将债区分为合同之债与非合同之债，并将调整二者的规范定位为普通法与特别法的关系，即相关法律对非合同之债有规定的，优先适用相关法律的规定；没有规定的，适用本编通则（合同之债）的规定。借此确立了合同编所担负的实质债法总则功能。本条“适用”而非“参照适用”的用语

表明，合同之债与非合同之债在法效果上是相同的，这正是债法体系构建的逻辑基础，也是实质债法总则设立的正当性根据。在《民法典》未设立债法总则的前提下，通过对合同编相关规则增、删、修的基础上，完成实质债法总则规范的设置，意义重大。

第一，设置实质债法总则规范，为基于不同发生原因而产生的债设置统一的规范标准，有助于增强法律规范尤其是债法规范的一致性、逻辑性和体系性。实质债法总则规范的一致性基础在于不同生活事实的法律效果统一；其逻辑性基础表现为在统一债权概念的基础上，调整合同之债与非合同之债的规范之间所具有的一般规范与特别规范的位阶关系；其体系性则表现为，在实质债法总则规范的统领下，通过以法律行为与合同为代表的“双中心”编纂方式，将基于不同发生原因而产生的债的规范融为一体而构建的债法体系。

第二，设置实质债法总则规范，有助于解决我国各部门法中大量存在的非典型之债的规范适用问题。除了《民法典》第一百四十二条第二款规定的四种典型之债外，法律的其他领域还存在着诸多不能归类为这四种类型的债的关系，可称之为非典型之债。非典型之债具有不同于典型之债的特征，对于认知和设计债的体系和债法体系具有重要的现实意义。如物权编中因拾得遗失物而产生的拾得人对物主所负的妥善保管义务和享有的保管费用请求权，添附中失去权利一方对取得权利一方享有的求偿权，相邻关系中的补偿，共有关系中的共有人的优先购买权、因共有财产管理而发生的费用分担关系、共有财产分割时的作价补偿关系和瑕疵担保责任，地上权期限届满后土地所有人收回土地时对建筑物所有人的补偿关系；婚姻家庭编中规定的亲属间的扶养请求权；《公司法》中规定的股东对公司所负的出资义务和股东对公司享有的分红请求权；《票据法》中规定的持票人对票据债务人享有的付款请求权和追

索权；《海商法》上的共同海损的分摊关系以及公法上的税收债务等等：都属于法律明文规定的非典型之债。由于上述法律对非典型之债的规范极为简略，可操作性不强，因此，发生纠纷时，必须援引合同编中具有实质债法总则功能的规范，舍此无他。

第三，设置实质债法总则规范，有助于促进民法规则和商法规则的融合。我国《民法典》采用民商合一的立法体例，债法规则在民事领域和商事领域均广泛存在，其中担保制度、破产制度和机构型民事主体的债务清偿制度等在实务中显得尤其重要。设置实质债法总则规范，可以促进我国民商法领域中民事规则和商事规则的实质融合。

总之，从外在体系的角度看，基于“提取公因式”的立法技术和“物债二分”的体系要求，在《民法典》不设债法总则编的情况下，通过对合

同编通则的规范改造，设置实质债法总则以实现债法规范的体系化，是《民法典》外在体系构建的内在要求，也是立法科学性的重要体现。从内在体系的角度来看，实质债法总则的设置有助于实现平等、自由和法治等社会主义核心价值观。

结论

《民法典》的制度设计和规范配置是社会主义核心价值观的制度载体，合同编第一章“一般规定”从调整对象、合同定义、合同的法律地位、合同的解释规则、合同纠纷法律适用的规则以及宣示实质债法总则等方面，构建了合同编与总则编相互协调、相互呼应的合同法一般规范的外在体系，而统领该外在体系构建的内在体系则是包括富强、和谐、自由、平等、公正、法治、诚信在内的社会主义核心价值观。

刘云生 | 身份伦理与经济理性：传统家族不动产共有制的制度逻辑

原创：2022-09-14 鹰观 刘云生

<https://mp.weixin.qq.com/s/0xFaqfJRA2C3XZ4j5ADPg>

本文系刘云生主编《中国不动产法研究》第 25 辑（社会科学文献出版社 2022 年 7 月）的编辑手记。通过比较东西方传统家族财产制度的演变及其逻辑，作者认为，与西方现代性“人格独立—财产私有—自由市场”的逻辑不同，中国直至民法典时代遵循的都是“身份关联—共同体财产—公平分配”的传统逻辑，而这种身份伦理与经济理性的高度统一是中国法律、社会、经济、政治领域都竭力维护的民族性硬核，既是一种法权沿袭，也是一种文化选择。

鲍曼在《后现代性及其缺憾》一书中指出，传统家族的血缘亲情与道德互动虽然不乏温馨成分，但在家族财产层面存在一种“黏液”（the slimy）属性，使人产生丧失自由的恐惧。最核心的问题是产权模糊、权力腐败，以及囿于身份伦理进行不公正分配等。

鲍曼指向的无疑是传统家族财产，特别是不动产的公有制或共有制，其评判标准显然来自西方近代以来的主流价值观。

西方近代以来遵循现代性逻辑，无论是启蒙时代的价值宣称，还是民法典的制度呈现，都围绕“人格独立—财产私有—自由市场”的逻辑展开，最终沉淀为民法典中的个体所有权。西方追寻私有制的原始动因有二：自由保障和效率增进。比如斯梅尔瑟等学者就认为，传统以家庭为中心的社会结构“最大、最明显的缺陷就在于它不能为经济发展提供出有效率的组织形式”。因为家庭内部的身份连带和生存安全，家庭共有制并不以最大利润为目的，此点无疑会抑制经济活动、限制经济增长，最终导致自由和效率的双重缺失。所以，无论是大陆法系“财产即人格”的法谚，还是普通法系“财产即自由”的信念，都主张将抽象

的个体人格与具象的私有财产相关联，认为财产是确保平等和自由的物化力量。由此，西方近代的身份脱域不仅是个体人格脱离于父权和家庭的过程（“家一人”分离），也是从家庭析出财产的过程（“家一业”分离）。

两个分离最终消解了西方“家”的社会经济功能，导致了家庭的日益小型化、公法化。但揆诸传统中国法权构造乃至民法典的制度设计，在土地等重要自然资源领域和集体、家庭领域重点维护的不动产的公有制或共有制，注重对个人欲望的钳制、收敛，以家庭伦理、社会伦理、政治伦理为首务，强调共同体对财产的公平分配和终极把控，以最大限度地防范人性的泛滥及其对共同体可能带来的内外风险。换言之，与西方现代性“人格独立—财产私有一自由市场”的逻辑不同，中国直至民法典时代遵循的都是“身份关联—共同体财产—公平分配”的传统逻辑，遵循公有即成员共同所有的集合理念，占据主流的公有制并不确证每一个人对特定资源的个体所有权，而是以成员身份界定其在共同体中的具体权利义务。

据实而论，传统家族不动产的公有或共有确乎存在鲍曼所指陈的身份伦理内核，但也绝不乏经济理性的动力。一方面，不动产共有制是维系族群公共生活（祭祀、公共设施）、赈济贫弱的最重要基础，在缺乏社会保障的时代，此项制度有着极为重要的法权意义和道德价值。另一方面，根据家法族规，传统家族共有制财产之管理很科学，利益分配也无限接近公平，不会出现鲍曼所担心的道德风险和分配不公。比如，传统“公产”一般包括如下几类：祭田、义田、学田，用于祭祖、赡族、办学以及兴修水利等族中公益。对于“公产”之管理经营、获益分配甚至出租，每一个成年家族成员均享有知情权、平等分配权、监督权。因为事关公益、公平，历代家法对于公产的处理都极为谨慎，严词峻语，切诫子孙敬守勿替，否则家族会直接适用家法予以惩戒。比如，根据柳立言教授的研究结论，宋代浙东赵鼎作为家族精英，通过拟定家法，强制规定家族共有之不动产及各房所置不动产均不得分割。此类传统一直延续至民

国时期。如民国年间飞山洪氏祠规就规定：“本祠所有产业以充祭祀费用，如有不肖支丁私卖寸土，除追令赔偿外，永远条革，不许入祀。”

民法典时代届临，在充分肯定个体自由与私有财产的前提下，仍然柔性回归了传统不动产的公有或共有。以夫妻财产为例，民法典承认了夫妻财产分别所有制，但更强调夫妻财产，特别是不动产的一体性、共同性、整体性。根据第 1062 条和第 1066 条，夫妻关系存续期间，夫妻共同财产原则上不得分割；根据第 1064 条，经夫妻共同意思表示所负的债务或一方债务主要用于夫妻共同生活、共同生产经营者，均视为夫妻共同债务；根据第 1065 条第 2~3 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，仅对双方具有法律约束力。言外之意，该类内部约定不得对抗善意第三人，当相对人不知道或不应当知道分别财产约定者，夫或者妻一方对外所负的债务，应当以共同财产清偿。为什么民法典强调夫妻财产的共有属性？因为传统“家一业”视角下的夫妻财产，是家庭中最重要生产力要素系统。对外是以连带责任形式维持经济、社会交往的共同体，对内则是一种结构化的物理场域，还是包含了身份认同感和归属感、责任感、心理场域，更是承载了价值认同、道德互助的精神场域。有学者将这一特性概括为产权的刚性治理，可以将家庭成员结合成为紧密的命运共同体，可谓知世之论。

究其实，中国家族家庭不动产的共有传统并没有经过西方现代性的“洗礼”，也缺乏西方神学或理性主义哲学的浸润，其所遵循的仍然是共同体伦理法则前提下的经济理性，外在形成“同居共财”的家庭结构和财产制度，内在激发家庭成员的归属感、责任感。这种身份伦理与经济理性的高度统一是中国法律、社会、经济、政治领域都竭力维护的民族性硬核，既是一种法权沿袭，也是一种文化选择。

刘云生

倚莲半岛·排云轩

2022 年 2 月 18 日

传统中国女性权益保护法制探析

2022-09-16 人民法院报 贾真梵 文明睿

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-09/16/content_221001.htm?div=-1

2022年4月18日,《中华人民共和国妇女权益保障法(修订草案)》提请十三届全国人大常委会第三十四次会议进行了二次审议。此次修订和审议,致力于消除就业性别歧视、性骚扰、拐卖妇女等侵权行为,贯彻了男女平等的国策,促进了中国的人权事业发展。习近平总书记指出:“做好党的妇女工作,关系到团结凝聚占我国人口半数的广大妇女,关系到为党和人民事业发展提供强大力量,关系到巩固党执政的阶级基础和群众基础。”传统文化中虽然存在着如“男尊女卑”“三从四德”等观念,但对女性婚姻、人身、财产权益保护的相关法律规定也不乏其例。

对女性的婚姻权益保护

女性的婚姻权益在古代受到了相当程度的保障。传统观念认为古代社会丝毫不考虑女性的权利,而仅仅是男性的附庸,实际上并非如此,古人法律设计也有防止男性滥用离婚权利、随意伤害女性的考量。《唐律疏议》第一百八十九条规定:

“诸妻无七出及义绝之状,而出之者,徒一年半;虽犯七出,有三不去,而出之者,杖一百。”男子出妻时,若妻子没有“七出”和“义绝”罪过的,当罚处一年半有期徒刑;即使妻子犯了“七出”罪过,但是符合“三不去”条件的,也应当罚处杖刑一百。古人的“七出”是指妻子有“无子、淫佚、不事舅姑、口舌、盗窃、妒忌、恶疾”七种极端恶劣的情况,“三不去”为妻子符合“经持舅姑之丧、娶时贱后贵、有所受无所归”三项条件。即妻子有“为丈夫父母服过丧”“与丈夫共同经历过苦日子的”“没有娘家可回”的三种情形中的一种,则丈夫不得离婚。

“七出”中有些条目在今人看来有些不近人情,其实古人早已在立法中采取了补救措施。如

“无子”一项,据长孙无忌等人对《唐律疏议》第一百八十九条的解释,妻子五十岁生不出孩子才能被休,而此时夫妻已相伴多年感情深厚,很少有男人此时狠心休掉发妻的。正如汉人何休在《春秋公羊解诂》中所说,古代夫妻关系是君臣、父子、兄弟、朋友四种关系的混合体,因此并非是完全不对等的,不存在严格的尊卑情况。此外因“妒忌”而休妻一项实践中也未得到严格执行。《朝野僉载》曾记载过这么一件事,唐代将军任瑰身为三品官却从未纳过妾,原因竟是怕老婆。唐太宗为帮助这个臣子纳妾,拿一壶醋假装是毒酒,威胁其妻子柳氏同意此事。柳氏在皇帝面前也毫不退步的喝下了“毒酒”,唐太宗也无可奈何。这便是“吃醋”的由来。后人也有将主人公附会为房玄龄的,这个故事的真假暂且不谈,其流传至今正说明了古代女性在婚姻中的法律地位也并非如我们想象中的那么低。

对女性的人身权益保护

在古代,女性在逮捕、行刑阶段享有特殊照顾。首先,关于逮捕阶段,《汉书》载汉平帝曾下诏:“明敕百僚,妇女非身犯法,及男子年八十以上七岁以下,家非坐不道,诏所名捕,它皆无得系。”妇女不是亲自犯法,而被连坐的,囚禁时可以不加刑具。其次,关于行刑阶段,汉平帝也下诏:“天下女徒已论,归家,顾山钱月三百。”颜师古认为此诏的意思是:“女徒论罪已定,并放归家,不亲役之,但令一月出钱三百,以顾人也。”由此得出,此诏令允许女性在犯徒刑时只用上缴一定的罚金即可回家,这也是对女性群体的适当照顾。另外,我国在曹魏时就规定缘坐不及出嫁女;以后的《梁律》则进一步缩小范围,规定除谋反等重罪外,女子只是收为官奴婢而已;到唐代即使是

谋反重罪，女性家属也不必被杀。这也是法制的一大进步，上官婉儿的祖父上官仪谋反，但她此后依然被武则天重用，也是受到了此律条的庇护。最后，我国古代对孕妇行刑有特殊规定，体现了“矜恤”思想。据《唐律疏议》第四百九十四条：“诸妇人犯死罪，怀孕，当决者，听产后一百日乃行刑。若未产而决者，徒二年；产讫，限未滿而决者，徒一年。失者，各减二等。其过限不决者，依奏报不决法。”怀孕妇女犯死罪的，在生产婴儿一百天之后才能行刑。此外，《唐律疏议》第四百九十五条也有对孕妇刑讯手段的限制，刑狱官员违背规定拷打、杀死怀孕女犯人的，视其违反的程度，会受到严厉的惩罚。

对女性的财产权益保护

考诸汉唐，女性的嫁妆受法律保护。据郑玄注《礼记》所引，在汉代，“律，弃妻界所赍”。若男女双方离婚，女方可以带走其全部的嫁妆。长孙无忌对《唐律疏议》第一百六十二条的解释也与此相合：“诸应分宅及财物者，兄弟均分，妻家所得之财，不在分限。”不仅夫家不能随意侵占女性的嫁妆，母家也不可胡作非为。如《名公书

判清明集》就记载了类似的案件：宋代有一位姓石的女子，其叔叔为其卖田地置办嫁妆，没想到最后的嫁妆钱反被族人石辉侵占，经丈夫据理力争，最后将嫁妆讨回。古代女性也拥有相当的继承权利，且随着时代发展不断增多。首先是对夫家的继承权，滋贺秀三通过研究唐令和明清立法，在《中国家族法原理》一书指出：“若夫死亡而无子，则属于夫的东西无论如何都要移交于妻之手，这一点是通行于任何时代和地区的中国人普遍性的法意识。”其次是对本家的继承权，据《唐六典》，若本房没有男子，在室女比照男子可继承数额之半。《宋刑统》则更进一步，无论本房有无男子，均可获得男子一半的财产继承权。除此之外，宋代时本家绝户，出嫁女亦可获得比往常更多的财产。

《周易》以乾、坤二卦为首，这启示着我们不问男性还是女性的正当权益同样重要。回顾古代对女性权益保护的法制，传承中华优秀法文化，为新时代妇女权益保障工作添砖加瓦，乃笔者的冀望。

（作者单位：西南政法大学行政法学院 金杜律师事务所成都分所）

宋刚：民法典视域下的夫妻约定财产制

2022-09-18 政法论丛

<https://mp.weixin.qq.com/s/Fh0VQ0oxojqzKD-H3VSwnq>

【内容摘要】夫妻约定财产制的功能定位是通过约定排除法定财产制的适用。约定财产制的外延主要考察其与法定财产制、夫妻赠与的关系。如果将本属于法定财产制的内容进行约定，实际上仍然是法定财产制而非约定财产制。约定财产制并不导致财产所有权在夫妻之间发生变动，这是区分约定财产制与夫妻赠与的重要标志。在夫妻共同债务认定方面，约定财产制与法定财产制没有差异。当夫妻不能证明债权人知晓夫妻采取约定财产制时，应该推定夫妻之间适用法定财产

制，进而确定个人债务的责任财产。如果一方因此为配偶的个人债务承担了清偿责任，那么法律应该赋予其向对方追偿的权利。

【关键词】约定财产制 法定财产制 个人债务 夫妻间赠与 相互追偿权

文章来源：《政法论丛》2022年第3期

因篇幅所限，省略原文注释及参考文献。

夫妻财产关系一直是婚姻关系中的重要内容，夫妻之间采取何种财产形式，已经成为现代婚姻制度的重要研究课题。在人身关系方面，由于现

代女性观念独立和经济独立，夫妻关系的团体性逐渐在弱化，夫妻个体的独立性凸显；在财产关系方面，财产形式的日益多样化，女性财产数量增加，这些因素都导致夫妻财产制度越显复杂且不断演变。上述过程的一个显著特点就是夫妻约定财产制的确立和发展。

我国约定财产制的立法过程体现了上述夫妻财产制度的发展逻辑。1950年的《婚姻法》第十条规定：“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”未曾提及夫妻财产之约定。1980年《婚姻法》第十三条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。……”该条确立了以法定财产制为主、辅之以约定财产制的夫妻财产制结构。但该条内容非常简单，原则性较为突出，并未明确规定该除外约定的效力及其相关具体内容，且由于当时经济并不发达，夫妻个人财产较少，该条款对实践运用非常有限。“随着经济的发展，夫妻财产日益多样、丰厚，财产关系日趋复杂，为了更好地规范夫妻财产关系，草案对夫妻共同财产，个人特有财产和约定财产制做了具体规定。”在立法的说明上明确提出“约定财产制”的概念。2001年《婚姻法》的第19条，对夫妻财产的约定做出了比较全面细致的规定，该条也被《民法典》直接采纳为1065条，成为对约定财产制的最终规范文本。

该规范实际已经运行20余年，内容上也仅有三款，在理论和实践中尚有需要检讨之处。尤其是约定财产制之下夫妻的共同债务和个人债务的界定、清偿规则、该制度与赠与制度的关系等问题，仍待理论澄清。如何在民法典的视域下分析解释乃至完善我国的约定财产制，将是摆在法律人面前的重大问题。

一、夫妻约定财产制的法理定位

虽然立法说明和理论探讨都提出我国确立了“约定财产制”，但是在法律规范上却并未有“约定财产制”的概念。无论是2001年的《婚姻法》第19条还是《民法典》1065条，只是规定财产可

以由“男女双方可以约定”。那么，什么是夫妻的“约定财产制”？它的核心内涵是什么，其与法定财产制、与夫妻间赠与的关系如何，这都是首先要予以澄清的内容。民法典1065条仅仅是通过“描述”的方式提到了夫妻之间可以进行约定，但是这个界定有如下几个方面的缺陷。第一，夫妻之间关于财产的约定形式多样，例如离婚时关于财产分割的约定，比如婚姻存续期间约定财产如何保管、如何运营的约定。那么，此类关于财产的约定与夫妻约定财产制的关系是什么呢？法律并未明确。第二，从1065条中，我们无从得出约定财产制与法定财产制的关系。从理论上讲，所谓“财产制”，无论约定还是法定，都应该是一套明确的制度体系。但是，1065条之规定却相对简单，在规范意义上并未展示出具有一定系统性的约定财产制，约定财产制究竟包含哪些具体制度安排，并不明确。

（一）夫妻约定财产制不同于夫妻关于财产的约定

夫妻约定财产制与夫妻关于财产的约定的关系需要进行澄清。首先，两者都是夫妻之间的协议，其次，两者均属于财产方面的安排。本文认为，两者的本质差异主要体现在以下几个方面：

第一，约定财产制是一项完备的法律制度，而夫妻关于财产的约定是一个协议。财产的约定涉及的范围非常广，只要夫妻之间在财产方面做出的共同安排，都应该属于该范畴，例如夫妻之间关于离婚时财产分割的约定、关于财产的管理运营的约定等。该类约定的特点在于财产的某一方面，属于相对局部的、专门的约定，其法律效果仅仅限于该约定内容，因此尚不足以构成一项制度。而夫妻约定财产制作为一项法律制度，属于一系列的法律安排。

作为一项完备的法律制度，约定财产制至少应该包括以下几个方面：第一，约定财产制的适用规则，是通过法定还是约定。回答的问题是约定财产制如何在当事人之间适用。第二，约定财产制之下，夫妻之间财产的具体的安排和规则，

包括财产归属关系、利用关系。第三,约定财产制下,夫妻对外债务的承担规则,以及有无相互的财产追偿关系。因此,作为一个完善的约定财产制,法律应该就上述三个方面内容进行明确规定,以指导当事人,以实现法律规范的引导功能、

第二,两者在“约定”的内容上不同。在约定财产制中,约定的内容主要体现在共同选择采用“约定财产制”,即对财产制的“选择”达成的约定。约定财产制是指夫妻以约定的形式决定夫妻财产关系的制度。约定财产制分为开放型和封闭型两种,前者又称为自由式约定,法律对于夫妻财产制的约定的种类和内容不作限制,后者又称为选择式的约定财产制,即当事人约定夫妻财产制时必须选择法律明文规定的若干种财产制之一,超出供选择种类的约定无效。约定在该制度中的意义不在于对该制度进行详细约定,而在于双方对约定财产制的选择适用达成一致,当事人的意志实际上限定在法律给予的空间。在类型封闭的约定财产制之下,只需要夫妻有采用约定财产制的意思表示即可,强调对约定财产制的“选择”,至于约定财产制的具体规则,应该由法律做出明确规定,因此,在约定财产制中,财产安排的法律效果并不需要当事人明确约定,因为作为一项系统的法律制度,该制度所预设的权利义务就可以直接适用。这种明确约定夫妻的财产制的契约称之为“财产制契约”。而夫妻财产的约定,是夫妻之间关于财产安排的一项具体的约定,其约定的内容集中于该约定所涉及到的财产和权利义务,其效力仅仅涉及该约定的内容,不涉及约定中未提及的事项。“德国通说也认为,离婚清算协议与夫妻财产制契约(Ehevertrag)有本质区别,前者是夫妻财产制关系终结后进行的清算合意,遵循形式自由原则,后者则是为了调整夫妻财产制关系,属于要式行为。”

第三,约定财产制中,也可能存在夫妻关于财产的“约定”,但是这些约定是在约定财产制的框架下,法律给当事人的制度留白,是允许当事人补充完善的,是约定财产制下的自由约定内容。例如《民法典》1065条中约定,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。”据此,夫妻在上述有限的选项范围内,选择约定财产制的前提下,还可以进一步约定是全部财产还是部分财产的所有权归属,或者约定婚前所得或婚后所得的财产之所有权归属。因此,约定财产中,实际上存在两个层面上的约定,第一层面,夫妻之间对夫妻财产的制度进行共同的选择,第二层面,在选定采用约定财产制的前提下,对约定财产制中的“留白”进行填充。当然,实践中夫妻只是对第二层面的内容进行约定,当然可以推定双方已经明确选定采用约定财产制。

我国民法典1065条仅仅只有三款规定,对于约定财产制与夫妻关于财产的约定的差异并未体现,反而更多地体现了夫妻关于财产的约定的特点,并未体现约定财产制的系统性和全面性,显然不能满足现实生活对“约定财产制”的制度需求,进而也会限制约定财产制的实际运用。

(二) 夫妻约定财产制与法定财产制的判定标准在于约定排除法定

现有理论认为,依据夫妻财产制确立的根据不同,与约定财产制对应的就是法定财产制。法定财产制是指法律直接规定的夫妻财产制度。就两者关系看,一般的观点是法定财产制在适用上优于约定财产制。“我国的约定财产制具有优先于法定财产制适用的效力。只有在当事人对夫妻间的财产关系没有约定或约定不明确,或者虽有约定但该约定被确认无效或撤销时,才适用法定财产制。这是私法自治原则的必然要求,也是私法自治原则的一种具体体现。”“夫妻财产制有法定财产制与约定财产制,若法定财产制规定不合理,夫妻自得藉夫妻财产制契约,以排除法定财产制之适用。”

换言之,约定财产制能够排除法定财产制的适用。以我国台湾地区为例,“为修正此不合理,婚姻当事人多运用夫妻财产制契约,约定分别财产制,一方面得以排除夫对妻之财产之种种权利,

另一方面亦可避免夫债妻还之情形。”“不得使用夫妻财产制契约以排除不合理法制之适用”。

夫妻约定财产制排除法定财产制的适用，前者在法律适用上具有优先性。此优先性在夫妻财产制度上的意义体现在以下方面：第一，改变了法定财产制的僵化，为夫妻双方的财产安排提供了意思自治空间，为婚姻自由在财产制度上的实现提供了制度工具。第二，体现了夫妻财产制度中团体本位向个人本位的转移，尤其是在女性的独立意识增强、收入增加、离婚率趋高的时代背景之下，约定财产制意义重大。该制度顺应了当代社会中的尊重个体的发展趋势，也体现了婚姻中的个人意志。“‘家庭共同体’价值与‘个人意志’价值，是夫妻财产法的基本价值矛盾。……处理夫妻财产法的基本价值矛盾，首要任务是理顺法定财产制与约定财产制的架构关系。……而顺着这一线索出发，妇女‘个人意志’价值的终极实现方式，就是约定财产制。”第三，将婚姻关系中的人身关系和财产关系进行适度分离，缓解婚姻制度中人身和财产的高度绑定，让财产关系更少地影响身份关系，财产因素不再成为影响婚姻的不利因素，实现更纯粹的婚姻自由。第四，避免或减少离婚争议，有利于离婚自由。当前离婚纠纷的主要焦点就是财产分割争议，这是离婚诉讼当中的重要内容。如果双方采用约定财产制，财产关系相对清晰，进而减少财产分割争议，便于离婚诉讼的顺利进行。基于上述分析，约定财产制与法定财产制的关系应该清晰，需要认真辨析、厘清约定两者的界限。

第一、法定财产制和约定财产制的界限问题。前已述及，法定财产制中也可能存在约定，或者约定财产制中可能也有法律的直接规定。那么依据什么来判定财产制？夫妻间关于财产的某项安排，就是属于法定财产制还是约定财产制的范畴呢？夫妻财产制是与夫妻身份关系相对应的范畴，是婚姻关系在财产法上的体现，它规范夫妻婚前、婚后所得财产的归属、管理、收益、使用、处分，还包括婚姻的对外财产责任以及婚姻终止时财产的分割与清算等内容的法律制度。但是，夫妻财

产制度中最为核心是财产的所有权归属问题，尤其是婚姻关系存续期间获得的财产归属问题。一旦财产的所有权关系确定，依据物权的一般规则和相关约定，其他财产关系都能够得到充分的调整。因此，区分约定财产制和法定财产制的核心标准是夫妻关系存续期间获得的财产所有权确定规则。如果在夫妻关系存续期间获得的财产的所有权规则是按照法律规定，则应该属于法定财产制，如果按照约定的规则，就应该属于约定财产制。

第二、当约定财产制与法定财产制有“重合”之处，如何进行有效界定容易将两者混淆或重叠。

《民法典》1065条明确了对于“婚姻关系存续期间所得的财产”归属可以约定，这属于约定财产制的范畴。但其中有三种情形实际并未改变法定财产制，第一，婚姻存续期间的所得财产约定为共同所有；第二，婚姻关系存续期间的所得财产的部分归共同所有，该约定为共有的部分财产；第三，1063条第（二）（三）（四）（五）项所列财产，在夫妻关系存续期间获得，本就属于个人财产，如果夫妻约定上述财产归“各自所有”，便与法定财产制的规定一致。上述三类约定内容与法定财产制的规定一致，本质上是双方约定采用法定财产制的规定，并未排除法定财产制的适用，即便没有该约定，依然会产生同样效果。因此，本质上并不属于约定财产制。因此，1065条关于约定财产制的范围过于宽泛，只要夫妻对婚姻期间财产归属进行了约定，就认定采用了约定财产制，这个认识过于看重约定财产制的形式要件，却忽略了约定财产制的实际作用，此项错误需要在理论上予以澄清。

第三、约定财产制与法定财产制的区分标准是财产制的来源或依据，即其确立依据究竟是法定还是约定。在夫妻财产制中，还有共同财产制与分别财产之区分，这组区分的标准是根据财产制的具体内容，即根据该类财产制，夫妻存续期间的财产的所有权是共有还是分别所有。如果夫妻关系存续期间所得的财产属于夫妻共有，则为共同财产制；如果财产由获得财产的一方单独所

有，即婚姻关系并不改变婚姻期间所获得的财产所有权关系，则为分别财产制。“分别财产制与共同财产制，是夫妻财产制之两个极端的基本形态。前者以夫妻别体为原则，后者以夫妻一体为原则。……一般而言，大多数之夫妻财产制，纵非纯粹之分别财产制或共同财产制，但亦脱离不了此二基本形态。”这两种分类方式所涉及的四种财产制，其基本关系澄清如下。

我国法定财产制采用的是共有和个人所有两种并列的所有权模式，即《民法典》第 1062 条和 1063 条，1062 条明确规定了共有规则“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有。……”1063 条第二、三、四几种情形也是婚姻关系存续期间所得财产的单独归属的规则，但是相对于 1062 条之规则，本条属于特殊的、例外的规定。因此，就我国的法定财产制而言，夫妻关系存续期间所获得的财产应该为共同所有，即共同财产制。根据民法典第 1065 条，约定财产制下夫妻只能约定“各自所有”和“共同所有”两种情形。但是，如上所述，如果约定的财产制与法定的财产制一样，即约定了法定财产制的内容，那么此类约定并没有排除法定财产制，并不属真正意义上的约定财产制，而仍然属于法定财产制。因此，就民法典的规定而言，约定财产制属于封闭型，实际上只有分别财产制唯一一种选择了。从这个意义讲，我国的法定财产制对应于共同财产制，约定财产制对应于分别财产制。

（三）约定财产制与夫妻间赠与的差异在于是否存在所有权变动

约定财产制与法定财产制在夫妻之间财产变动的微观层面上有很大差异。约定财产制是通过约定排除法定，即否定法律关于“夫妻关系存续期间的收入应为夫妻共有的财产”的规则，替换为该财产的所有权仍然由取得者单方所有。一方从外界获得的财产所有权仍旧归其自身所有，该项财产的所有权在夫妻之间并未发生变化。而在法定财产制中，来自于一方的收入被法律直接认

定为夫妻共有，实际上是将一方所取得的财产，在“理论上的下一秒”后“变动”为双方共有，体现了从单方所有到夫妻共有的物权变动。可见，约定财产制在所有权变动上的作用体现为阻止所有权由一方单独所有转变为共同所有，是对所有权变动的排斥，换言之，约定财产制中不会出现所有权变动。因此，如果夫妻之间的约定导致了财产的物权变动，这与约定财产制的所有权变动机制相反，则此类约定不属于夫妻约定财产制的范畴。

例如，《民法典》1065 条规定，夫妻双方可以将婚前个人的财产约定为“共同所有”或者“部分共同所有”，上述约定产生的物权法上的效果就是将一方的单独所有权变更为共同所有，或者说是部分所有权由一方转移至对方。这在夫妻之间产生了所有权的转移即物权的变动，导致婚前财产由一方的单独所有权变更为共同所有权，此种约定由于发生了物权变动，与约定财产制不产生物权变动的基本原理不合，因此并不属于约定财产制。又如，约定将夫妻存续期间的收入归对方所有，此类约定首先不是法定财产制，也不属于约定财产制，因为此类约定导致了夫妻之间所有权的变动，即一方获得收入后，在理论上的下一秒所有权转移至对方，该财产就变动为对方所有。该微观过程，显然不同于约定财产制下的所有权不变的特征。那么，此类约定既不是法定财产制，也不具备约定财产制的特点，如何定性呢？本文认为，此类约定属于夫妻之间的赠与行为。夫妻间赠与行为与法定财产制、约定财产制的关系可做如下梳理：第一，法定财产制与约定财产制是我国现行的夫妻财产制度，而赠与并不属于夫妻财产制度，属于普通的民事法律行为。第二，夫妻赠与的约定不属于“约定财产制”的约定，而是夫妻之间“关于财产”的约定。约定财产制的约定主要意义在于“选择适用约定财产制，排除法定财产制”，其制度意义在于选择。至于法定财产制和约定财产制的具体规则，已经由法律做出了安排，当事人只需“选择其一”即可，因此约定财产制的约定，本质上具有概括性和不具体性。但

是，赠与制度，是一项针对具体的财产所有权无偿转移的具体约定，属于夫妻之间某项特别财产的特殊规定。第三，赠与的前提是财产所有权已经确定，而夫妻财产制实际上是所有权的确定阶段。在两者同时发生的情况下，夫妻财产制属于夫妻财产关系的“第一次”分配，而赠与却是“第二次”分配。换言之，夫妻之间首先以约定或法定财产制确定财产所有权规则之后，再开展“赠与”活动，两者具有时间上的先后。

基于上述认识，我们可以准确区分约定财产制和夫妻之间的赠与制度，厘清约定财产制和夫妻赠与的边界，将财产的赠与从约定财产制中剥离出来，将夫妻间赠与与约定财产制并行，而不是将两者混淆甚者相互包含。这种区分具有以下意义：第一，夫妻赠与的定性更契合民法的内在逻辑体系。赠与作为常见的财产变动制度，其特征行在于行为人将其财产无偿转移给他人，赠予双方一般而言关系密切。夫妻关系作为非常密切的家庭成员关系，产生赠与是最为平常不过的事情了。换言之，如果夫妻之间不能赠予，那赠予关系还会在哪里出现呢？将夫妻之间的财产变动定性为约定财产制从而将夫妻赠予制度吸收，就会背离赠予制度的基本理念。为了解释夫妻约定财产而人为地排除夫妻财产的赠予，实乃舍近求远，刻意扭曲赠予制度的基本目的，与民法中财产变动的体系相悖。第二，将夫妻约定财产制进行适当限缩，仅定位于对法定财产制的排除。这样的考虑最符合约定财产制和法定财产制的功能定位，也更有利于法律适用的准确。避免了约定财产与法定财产制的界限不清而带来的概念模糊。

综上所述，夫妻财产制度与夫妻赠与的关系，可以总结为：法定财产制属于法定，约定财产制和赠与属于“约定”。具有“意思自治”共性的约定财产制和赠与的差异在于：在微观上，前者并未发生所有权变动，而后者发生所有权的变动。由此，法定财产制、约定财产制、夫妻之间的赠与，三项制度的关系和界限得到清晰的界定。对三者关系的前述分析，对于约定财产制引起的物变动的效果具有重要意义。就目前看，夫妻财产约定

在物权法的效果一直存在较大争议。“关于夫妻财产制契约能否不经登记而产生物权效力，学界有分歧。肯定者认为，夫妻财产制契约直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。否定者认为，‘夫妻财产制契约之物权归属也属于基于法律行为的物权变动……仍然必须根据《物权法》第9条第1款、第23条的规定进行相应的不动产登记或交付’。立场折衷者认为，夫妻财产制契约一旦生效即可发生不动产物权的变动，但不得对抗善意第三人与配偶的继承人。”也有论者认为，“原则上只需发生债的效力，不必然牵涉物权变动。”理由在于，一方面夫妻财产的登记变更，并不能代表夫妻之间财产的真实所有权变动的，“夫妻共同财产自不待言，无论占有或登记如何改变，仍为夫妻共同财产；即使是夫妻个人财产，其占有或登记之变化原则上也不应解释为赠与。这是夫妻在经济生活中通常不分彼此所决定的。”此观点本质上可以纳入到广义的否定说范畴。本文认为，之所以产生上述争议，实际是对约定财产制和夫妻财产赠与的关系认识不清造成的。例如上述肯定说和折衷说实际都认为“夫妻财产制契约直接发生物权法效果”，其不当之处在于，我国的夫妻财产制契约只能约定“分别财产制”，而分别财产制其实并未产生物权的变动。至于否定说，其正确之处在于尊重了民事法律的物权变动的原因和结果区分的正确方法，遗憾的是未能更进一步的揭示出，引发物权变动的原因是夫妻之间的“赠与”约定，其性质既非约定财产制，更非法定财产制。

值得认同的是最高人民法院的观点。最高人民法院对上述问题的观点是“无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少，都属于夫妻之间的有效约定，实质上都是赠与行为。”最高人民法院就婚姻法司法解释（三）答记者问时说：“经反复研究论证后，我们认为，……将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规

定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。……这与婚姻法的规定并不矛盾。”最高人民法院《婚姻家庭编》司法解释一第 32 条：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照民法典第六百五十八条的规定处理。”上述观点，明确提出夫妻之间的此类约定“实质上是赠与行为”，定性非常准确，但是略显遗憾的是未能将赠与行为与约定财产制的本质差异予以揭示。

综上，关于约定财产制之约定，其作用仅仅为选择该约定财产制，排除法定财产制的适用，本身并不产生所有权的变动，甚至是排斥夫妻之间的所有权变动。而夫妻之间的赠与关系，是一方在确定享有某项财产的所有权前提下，将该财产的所有权全部或部分转移给对方，是所有权变动的原因之一。虽然约定财产制与赠与都是夫妻之间的“约定”，但是无论是具体内容还是微观的权利变动都有本质差异，必须将夫妻赠与排除在约定财产制的范畴之外，此乃界定约定财产制的重要前提。

二、我国约定财产制下夫妻责任财产界定的误区与再认识

约定财产制虽然属于夫妻内部关系，但仍然会在对外关系上产生效果。对外关系之考察主要体现两个方面：第一，是夫妻债务的认定，即夫妻的共同债务还是个人债务的判定标准，第二在于夫妻责任财产的界定，根据个人债务或共同债务的性质，准确界定相应的责任财产，避免责任财产扩大或缩小，前者关注的是夫或妻的个人财产利益，后者损害债权人利益。为此，分别从上述两个方面开展研讨。

（一）约定财产制不影响夫妻债务性质的认定

约定财产制下，夫妻之间的财产独立性相对较强。那么，夫妻的消极财产即债务是否也类似

地具有很强的独立性，这是需要探讨的问题。夫妻所负债务如果更容易被定性为个人债务，而非共同债务，那么就可以得出夫妻的消极财产更具有独立性。相反，如果夫妻所负债务更容易定性为共同债务而非个人债务，那么可以认为夫妻的消极财产不具有相对的独立性。以法定财产制之下的共同债务和个人债务的判定标准作为参照，应该是一个较好的观察角度。在本文看来，约定财产制下的夫妻共同债务或个人债务的认定标准，应该与法定财产制相同，换言之，夫妻共同债务的认定，与夫妻财产制无关。理由如下：

首先，从理论上讲，夫妻财产制在于调整夫妻财产“入”的问题，旨在夫妻收入的归属界定；而夫妻共同债务着眼点在于界定夫妻作为一个团体对外的责任或债务承担问题，其关注的是债务应该由夫妻共同体承担还是由夫妻中的“个体”承担，属于夫妻财产的“出”的问题。对外的债务承担规则，是夫妻作为共同体参与社会生活中对外产生的权利义务关系与相应的法律效果。该效果是“由外到内”的过程，则应该以外部的视角确定该债务，而不能相反。

其次，在效力对象上，夫妻财产制旨在调整夫妻之间的财产关系，在夫妻之间发生效力，对夫妻之外的第三人不宜发生效力。共同债务涉及夫妻之外的第三人，是对外的法律关系。夫妻财产制是夫妻之间的内部财产关系，其效力功能应该发生在夫妻之间。而夫妻债务究竟属于共同债务还是个人债务，实际上属外部关系。内部关系与外部关系虽密切联系，但其判断标准或认定规则却不相同。夫妻财产制度的设置目的，它解决婚姻存续期间的收入在夫妻之间的所有权配置，它并不延伸至夫妻债务承担规则。如果允许夫妻财产制度的差异对夫妻共同债务的认定产生影响，那么就会导致夫妻内部约定的效力延伸到第三人，对于不特定的第三人而言，债务人因夫妻之间的财产制约定而有所差异，将极大地增加该债权的不确定性，对第三人利益产生重大影响。

再次，在法解释学上，夫妻共同债务认定规则在民法典 1064 条已经有了明确规定。首先，该条

的界定标准并未区分夫妻约定财产制还是法定财产制，而是界定夫妻共同债务的基本规则。该条将夫妻共同债务仅限于以下三种情形：基于夫妻共同意思的债务（共同签名或事后追认），婚姻期间为家庭日常生活需要所负债务，以及夫妻关系存续期间，以个人名义超出家庭日常生活需要，且债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产或基于双方共同意思。上述认定规则，无论夫妻采用法定财产制还是约定财产制，第1064条的规定都是适用的。其次，1064条主要涉及的是合同之债，对于其他类型的债务，并未专门涉及。而相关研究都未将约定财产制作为界定侵权等情形的夫妻共同债务认定的判断标准。需要探讨的是，当属于一方的个人财产导致他人损害时候，此类侵权之债如何定性，例如当属于一方的房产由于悬挂物或搁置物脱落致人损害，且其配偶也没有管理或者使用该房屋，那么根据民法典第1253条之规定，房屋所有者承担赔偿责任。此种债务是个人债务还是共同债务，值得探讨。在本文看来，此种债务定性为个人债务相对合理，因为此类债务是从个人财产直接派生而来，与财产的维修费用类似，与夫妻共同生活没有直接联系。即便如此，也不能得出约定财产制比法定财产制下的个人债务认定标准有所差异，因为在法定财产制下，仍然存在夫妻的个人财产，此类个人财产导致的债务也同样认定为个人债务。夫妻财产制的不同并未导致夫妻债务定性的不同。

（二）夫妻约定财产制与责任财产之认定异化

一般而言，夫妻共同债务由夫妻承担连带责任。那么，夫和妻都有义务偿还共同债务，因此，夫妻的共同财产以及夫或者妻的个人财产，都应纳入共同债务的责任财产范畴。无论夫妻之间采取何种财产制，只要是个人财产或共同财产，都纳入责任财产范畴，因此，责任财产的认定规则与财产制没有关系。

但是个人债务的责任财产认定规则却不同，此时的责任主体是个人而非夫妻两人，因此应该以责任人的个人的财产偿还其个人债务，即债务

人的个人财产作为其个人债务的责任财产，并不涉及其配偶。据此规则，约定财产制与法定财产制下的个人债务的责任财产范围就有重大差异。在法定财产制（在我国也是共同财产制）中，个人的财产即其个人债务的责任财产应该包括以下两部分，其一为明确属于其一方的个人财产，例如根据民法典1063条所确定的财产。其二为夫妻共有财产的一半，实践中就是将共有财产分割，其中的一半价值属于其个人所有，用于偿还其个人债务。而在约定财产制中，由于我国的约定财产制只能约定分别财产制，夫妻关系存续期间所获的财产由个人所有，共有财产很少甚至没有，因此，其个人债务的责任财产主要限于其个人财产。当然如果有共同财产，该共有财产中的个人份额也应该纳入其个人责任财产的范畴。

根据上述分析，无论是夫妻共同债务还是个人债务，其责任财产的范围都很明确。但是，民法典1065条第三款之规定却与上述规则有很大的差异，进而导致了我国约定财产制下的个人债务的责任财产认定规则的重大不足。该款规定：“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。”该规定在个人债务的承担问题上，坚持了以“一方的个人财产清偿”的基本规则，这无疑是正确的。但是加上了一个前提即“相对人知道该约定”，且根据最高人民法院对该前提举证的司法解释，“夫妻一方对此负有举证责任”。问题首先在于，夫妻对于该举证责任的完成非常困难，如果举证失败，以责任人的个人财产清偿之规则的适用前提不满足，该规则无法适用。那应该适用何种规则呢，该款并未明确规定，但依据反对解释，既然前提不满足，那么应该“不”“以夫或妻一方的个人财产清偿”。上述反对解释的“不”有两种可能：第一种可能的解释，“不”否定的是“个人财产”，即以夫或妻的“共同财产”清偿。但是实际上，夫妻分别财产制下，夫妻双方没有共有财产（即便有也可能非常少），此时的责任承担方式本质上还是“以夫或妻一方的个人财产清偿”，那么“相对

人知道该约定的”前提性规定意义不大,因此第一种解释实际上是不符合立法本意的。第二种可能的解释,“不”否定“一方”,那么用“双方”的个人财产清偿,即双方的个人财产成为个人债务的责任财产。换言之,在分别财产制中,当不能证明债权人知晓夫妻之间的财产约定时,一方的个人财产被纳入到配偶个人债务的责任财产中,实际上配偶会为对方的个人债务担责。那么,民法典第 1065 条第三款的不合理性一目了然:法定财产制之下,个人财产只是自己个人债务的责任财产,而在约定财产制之下,个人财产却极易成为配偶个人债务的责任财产。这极大地扩大了约定财产制中非负债方的风险,其债务风险远大于共同财产制下的非负债方的风险。实际上,夫妻之间之所以采用约定财产制,其初衷就是在财产上相互独立,这种独立性既表现为婚姻期间收入的独立性,更应该体现在债务承担上独立性,甚至就是为了避免承担配偶的个人债务从采用约定财产制。但是上述分析显示,约定财产制下,如果举证不能,一方竟然需要为对方的个人债务承担责任,风险巨大,这显然与约定财产制的设置初衷不符,必将严重制约约定财产制的广泛适用。

不仅如此,“相对人知道该约定”的时间标准也不明确,同样会产生责任不公平的现象。从时间上看,相对人即债权人知晓债务人采用约定财产制的时间可能在债权发生之前,也有可能是在债权已经发生之后,这两个时间对债权人而言具有重大意义。如果在债务产生时或之前“知晓”,则债权人可以根据债务人的夫妻财产制作出决策,以决定是否或以何种条件与债务人产生该笔个人债权,这对债权人的利益的保护是有利的。但是,如果债权已经发生后,债权人才知晓债务人与其配偶采约定财产制,那么债权人对于债权的发生实际上已无法反悔,可能导致债权人不利。进一步的,如果债权人通过诉讼主张债权,在判决前后知晓也有差异,在判决前知晓,债权人可能会申请诉讼中的财产保全,而判决后知晓,可能无机会财产保全。由此可见,相对人知晓的具体时间对其利益保护意义重大,应该予以区分。否则,

“相对人知晓”的这个要件对相对人保护的意义将大打折扣。

因此,1065 条第三款所确定的个人债务的责任财产确定规则,实际上存在较大缺陷,应该予以修正。解决该问题的关键在于如何理解和评价“相对人知道该约定”,这就是约定财产制的公示问题了。

(三) 约定财产制的公示难以平衡债权人与债务人配偶的利益

当然,1065 条第三款所确立的责任财产界定规则也具有一定的合理性,因为的确存在以下可能性,即夫妻双方通过约定财产制,将本属于债务人一方的个人财产(也即其责任财产)轻易地转移至另一方,导致其责任财产不足以偿还个人债务,危及债权人利益。在债权人方面,如果在债权发生之前知晓债务人夫妻采用的是何种财产制,对于判断债务人的责任财产范围,并在此基础上决定是否与之发生债权,意义重大。例如,登记在一方名下的房屋,在约定财产制之下,则可基本确定为其个人责任财产。如果是法定财产制,则该房产极大概率仍属于夫妻共有财产,只有一半的财产价值作为一方的个人债务的责任财产。

因此,让债权人提前知晓其夫妻财产制,一方面有助于债权人大致判断责任财产的范围,另一方面更有助于避免债务人以约定财产制的名义将本属于夫妻共有的财产转为一方的个人财产(或者相反),借以恶意逃避债务。但是,约定财产制实际上是夫妻之间关于财产所有权的“内部约定”设置的,具有协议的相对性。如何让具有相对性的财产制的约定具有公示效果,进而让潜在的债权人知晓,就成为约定财产制中必须予以回应的内容,这也是回应民法典 1065 条第三款所要求的“相对人知道”的实践认定标准和法律效力问题。

理论上,这就是关于约定财产制的公示与对第三人的效力问题。从比较法的考察而言,如果夫妻之间的财产约定对第三人具有对抗效力,有单轨制和双轨制,前者是指对抗效力只有一种方法,如意大利在结婚证书的备注栏中记载婚姻契约的

缔结日期、受委托的公证人、缔结双方的身份以及采用的夫妻财产制类型，日本要求以公证为对抗要件。双轨制是指有两种对抗的途径，如法国，可以通过结婚登记书记载夫妻财产契约，也可以在于第三人缔结契约中做出申明。又如德国，夫妻财产契约在登记簿上登记并由法院公告，或者第三人明知夫妻财产契约。

对照我国而言，我国并未规定登记等公示方式作为夫妻财产约定的对抗要件，因此有学者认为应该属于法律漏洞，应该予以完善。也有学者认为，我国也宜采用双轨制，即夫妻财产契约经登记，或者虽未登记但是交易相对人知道该契约之约定的，该夫妻财产的契约就具有对抗第三人的效力。

通过夫妻财产约定的公示，就能够推定相对人对该约定财产制的知晓，以此避免夫妻在“相对人知道该约定的”上的举证困难，公示的意义在于免除夫妻的举证。但是，目前我国尚无合适的机关对该内容进行登记或公示，以及如何进行查询的配套制度。况且，夫妻财产的约定往往涉及隐私，夫妻不愿意将之公开。即便公开，公开到哪个程度，例如是否需要一并公开当时各自的财产，也不明确。因此，试图通过夫妻财产约定公示的方式平衡承担个人债务的夫或妻与债权人利益，同时兼顾夫妻的财产隐私保护，都是不太可能的。

那么，在没有公示机制下，如何合法保护债权人的利益？从法例而言，除了夫妻财产契约的公示外，还包括以下几种方法，第一，夫妻之间的财产契约有诈害债权人时，依债法之规定请求法院撤销，如日本民法和我国台湾地区；第二，在婚姻存续中，禁止订立或者改废夫妻财产制契约，此为法国、日本所曾采用。第三，有的采用相对无效主义，即在婚姻存续中所订立之契约，仅对第三人无效，于当事人之间仍然有效。（瑞士民法典第二章第186条曾采用此立法例）。第四是婚姻关系存续期间中改废夫妻财产制契约，对于已经发生之财产责任，不因之受影响，而夫妻财产契约签订后的债权人保护，主要以登记与公告的方式予以保护，如瑞士。上述立法例，第一种依据债

法一般规则，尤其是需要证明债务人夫妻有“诈害”债权人的主观恶意、举证困难，浪费时间，实非善策；第二种失之于违背契约自由原则，且不适应婚姻生活的特殊变化，亦非理想。第三种，不问契约前还是契约后的债权人，均为无效，值得反思。因为对于契约签订前的债权人才可能由于夫妻财产契约之约定，导致共有财产的担保消灭而受到损害，而对于契约签订后的债权人，可以根据债务人的夫妻财产契约而缔约，不会受到该契约之影响。第四种途径实际上仍然以公示的方法作为对债权人保护的方法，而未公示的情形不受影响，实际上并未解决未公示情形下对债权人的保护问题。

由此可见，就目前的立法例而言，未公示夫妻财产约定的情况下，债权人的保护仍然存在较大分歧，尚无完美方案。虽然，上述四种立法例实际上探讨的是夫妻关于财产的约定，与本文论述的约定财产制尚有差异。但是，由于约定财产制的适用仍然是夫妻约定的结果，也属于广义上的夫妻财产的约定，因此上述立法例的不足同样存在于约定财产制中。

实际上，公示夫妻财产制的契约或公示夫妻采用了约定财产制，实际上也起不到更有利于债权人保护的作用。因为：第一，前已述及，究竟是夫妻个人债务还是共同债务，其判定规则实际上并不取决于夫妻财产制度。是否公示，对于共同债务还是个人债务的认定并无意义，遑论其约定的公示。其次，即便进行了公示，对债权人的保护未必更有效。因为债务人夫妻仍然可以通过私下转移财产的方式，转移个人债务人的责任财产，尤其是动产，由于不登记，因此第三人无从准确界定该财产真实归属于夫妻中的何方。虽然将约定财产制进行了公示，但私下却将个人财产转移，反而让债权人陷入了更大的风险中。第三，通过公示的方式，实际上也增加第三人交易的信息收集成本。当其与夫妻中的一方交易时，必须查明对方处分的财产是否为夫妻财产、对方与其配偶之间是否有夫妻财产制的约定以及该约定是否登记，否则交易相对人将承担不利后果，不利于交

易的快捷和安全。因此试图通过公示的方式让 1065 条第三款准确适用，交易成本太高，也是不太现实的。第四，分别财产制还是共同财产制，在个案中并非确定地更有利于个人债务的债权人。例如，一方婚内取得的财产特别多，在分别财产制中，那么其个人债务的责任财产主要就是其婚内所得；而如果是共同财产制，那么其收入作为夫妻共同财产，其中的一半才为其个人的责任财产。此时，个人债务而言，显然是分别财产制下债权人更有保障。相反，对于婚姻期间财产少的一方而言，其个人的责任财产在分别财产制之下较少，共同财产制之下更多，此时法定财产制对债权人更有利。因此，债权人是否知晓夫妻财产制，对个人债务的债权人而言，未必更坏。

基于公示机构缺失和公示效用的有限性，通过公示方式免除民法典 1065 条第三款要求夫妻对“相对人知道该约定”进行证明，也不具可能性。前已述及，根据该款规定的反对解释，则一方的个人债务将由夫妻共同承担，这个后果比起法定财产制下的个人债务个人承担的规则，非常不合理，这构成约定财产制中个人债务承担规则的异化。因此，试图通过约定财产制的公示机制，难以解决该个人债务承担的异化问题，也难以平衡债权人与债务人配偶之间的利益。

（四）约定财产制中个人债务承担规则之改进

民法典第 1065 条第三款的个人债务偿还规则导致的责任异化问题，应该予以修正，以解决其上述困境。本文认为，解决的思路还应该从夫妻约定财产制的自身性质上考察。约定财产制有两个核心要义：第一，夫妻财产的约定应该具有相对性，理论上只能在夫妻之间产生效力。第二，约定财产制是为了排除法定财产制功能而出现。基于第一点，如果相对人对夫妻约定财产制不知情（或无法证明第三人对夫妻采约定财产制知晓），那么约定财产制规则下的夫妻责任财产的界定规则就不能对抗第三人，即该约定财产制的规则对第三人不产生影响；基于第二点，当约定财产制的规则不能对抗第三人时，那么相关的规则就应

该直接适用兜底的法定财产制。简而言之，约定财产制排除法定财产制的适用，那么约定财产制不适用后，自然就回复到法定财产制规则，正所谓“否定之否定”。从这个意义上讲，法定财产制是约定财产制的兜底规则。民法典 1065 条第三款的不当之处在于，当约定财产制不能适用时而直接规定不适用，既没有明确应该适用法定财产制规则，而根据其反面解释却得出比法定财产制下更不利于个人债务人配偶的规则。鉴于此，本文建议未来对 1065 条进行修订时，第三款后再明确以下内容：“相对人不知道该约定的，夫妻按照法定财产制的规定承担债务。”

上述方案，看似与前述的约定财产制的债权人保护的瑞士“相对无效”相似，但是相对无效的观点仅否定了夫妻之间的财产契约对第三人效力，并未解决相对无效之后究竟适用何种规则的问题。本文的上述建议，一方面明确了对第三人无效后，应该适用法定财产制的责任财产认定规则，另一方面解决了民法典 1065 条第三款反面解释导致的责任异化问题。

三、我国约定财产制下夫妻相互追偿权之完善

如上所述，本文建议在约定财产制下，对 1065 条第三款确立的个人债务的责任财产确立规则进行修正，即当夫妻不能有效证明相对人知晓约定财产制时，应以法定财产制的规则确定个人债务的责任财产，包括债务人的个人财产和夫妻共有财产的一半。此处的共有财产，应该是以法定财产制规则下确定的共有财产，主要是夫妻关系存续期间任何一方获得的财产。简言之，此时对债权人而言，可以无视债务人的约定财产制，径行以法定财产制的标准，将债务人婚姻关系存续期间任何一方的收入视为夫妻共同财产，以其中的一半价值作为个人债务的责任财产。

至于在夫妻之间，由于选择约定财产制，婚姻期间一方获得的财产是归单方所有，本不应该作为配偶个人债务的责任财产。因此，当约定财产制因无法证明相对人知晓而被否定时，实际上导致配偶的个人财产被纳入到债务人的责任财产范

围，配偶的财产利益实际受损。这个财产利益之损害，是为其配偶的个人债务偿还导致的，那么就应该赋予其向配偶追偿的权利，这就是约定财产制下的配偶之间相互追偿权的基本法理。本文将夫妻间的此类相互追偿称之为第一种相互追偿类型。

相互追偿权设立，彰显了夫妻约定财产制所体现的财产独立的基本立法本意，有效地维护了夫或妻的个人财产利益。责任自担是夫妻财产独立的重要体现，当其财产被用于配偶的个人债务之清偿，实际上损害到了其个人财产，设置夫妻之间的追偿制度体现了有损害就有救济的基本法理。约定财产制作为一项重要的夫妻财产制度，应该是相互配合、体系相对完善的制度安排。如果缺乏追偿权，约定财产制之下的夫妻财产独立根本无法实现。设置追偿权制度，是完善贯彻约定财产制最为重要的配套制度。

夫妻追偿权的设置，是平衡善意债权人与债务人配偶利益的最优方案。个人债务的责任财产涉及到配额利益与第三人的利益平衡，对第三人而言，以知晓债务人采用约定财产制为有效，不知晓则适用法定财产制的规则，这是对第三人保护的机制。但是在夫妻之间，赋予一方向配偶的追偿权，属于配偶利益保护的机制。这种第三人保护优于配偶利益保护，充分体现了夫妻关系外部和内部的利益平衡，构成了约定财产制下夫妻利益的和谐保护。相对于外部的债权人，夫妻内部对彼此的财产情况相对熟悉，更容易实现追偿，也促使夫妻之间在负债方面互相监督。当两者利益有冲突的时候，应该首先以法定财产制的规则保障债权人的利益，其次再在夫妻内部通过相互追偿权予以平衡。如果夫妻之间相互追偿制度缺失，必然导致约定财产制制度的不完善。

约定财产制之下，夫妻之间的相互追偿，还存在另一种情形，就是在夫妻存在共同债务时，夫妻连带地承担偿还责任。先以个人财产对外清偿，然后再在内部进行分担。这也会出现对外承担责任较多的一方向对方追偿的问题，本文将之称之为约定财产制下夫妻间的第二种追偿类型。这种

夫妻之间的追偿，同样存在于法定财产制之下，不过在法定财产制中，由于共同财产相对较多，只有在共同财产不足时，才可能由个人财产对外清偿，因此夫妻相互追偿的可能性比约定财产制少。但是，这种相互追偿与前一种追偿在性质上是有本质差异的，前者属于财产的损害赔偿，后者属于共同债务人之间的追偿。

在具体的法律规范上，我国对约定财产制下夫妻相互追偿进行了规定。《民法典婚姻家庭编的司法解释（一）》第 35 条（以下称“解释 35 条”）第二款规定：“一方就夫妻共同债务承担清偿责任后，主张由另一方按照离婚协议或者人民法院的法律文书承担相应债务的，人民法院应予支持。”该条规范虽然确立了夫妻一方向另一方主张其应承担的相应债务，但是与本文所建议设置的约定财产制下夫妻间的第一种追偿是有区别的。其一，解释 35 条解决的是“夫妻共同债务”承担清偿责任后的责任分担，既包括法定财产制中夫妻的相互追偿，也包括约定财产制中夫妻的第一种相互追偿。但是约定财产制中的第二种追偿是夫或妻的“个人债务”偿还后的内部相互追偿。其二，解释 35 条要求追偿权行使的依据是“按照离婚协议或者人民法院的法律文书承担相应债务的”，说明进行追偿时应该依据离婚协议或者法院的文书。此处的法院文书，也应该理解为离婚判决书，因为其他的法律文书不可能对夫妻之间相互承担债务多少进行分割。假如没有上述离婚协议或法院的文书，那么该项追偿的请求就没有依据而无法主张。因此，该条实际上是夫妻离婚后才能够适用的，无法解决夫妻关系存续期间的追偿问题。而约定财产制中，由于夫妻财产的独立，完全可以在婚姻关系存续的前提下，仅仅解决财产关系的。因为约定财产制下，身份关系与财产关系并非高度绑定。该款也无法满足约定财产制下夫妻间的第一种追偿关系。其三，两者的法理基础不同。前者的法理依据是夫妻对共同债务应该承担连带责任，然后在夫妻内部进行的分担，性质上属于连带债务人之间的追偿。而后者法律依据是一方的财产被用于配偶的个人债

务的清偿,导致其财产损失后的赔偿请求。因此,本规范无法为约定财产制下夫妻间第一种相互追偿提供法律依据,实际上导致这种追偿无法在实践中得到支持,这属于我国立法上的空白,应该予以填补。

至于夫妻之间是否可以存在财产上的“赔偿关系”,需要进行论证。《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28条规定“夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失,离婚时另一方请求赔偿损失的,人民法院应予支持。”该条明确了夫妻之间通过“请求赔偿损失”诉讼的可能性。虽然该条司法解释所支持的索赔限于处分共有房产和离婚时提起两项限制,但的确为夫妻之间的财产赔偿关系提出了可能性。约定财产制中,一方的个人财产被用于偿还配偶的个人债务,导致其个人财产受到损害,而配偶的个人债务却因之得到偿还而受益,互为损益。有损害就应有救济,因此,赋予一方的追偿权,以救济其损失,也完全符合该司法解释的基本理念。因此,尽快确立并构建夫妻约定财产制下的夫妻相互追偿权,已然成了完善我国约定财产制的最为紧迫的任务和必然要求。

至于夫妻关系存续期间,是否能提起赔偿之诉,也应该予以说明。《民法典》1066条规定“婚姻关系存续期间,有下列情形之一的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产……”,该条实际上允许在婚姻关系存续的前提下,夫妻一方通过诉讼方式进行夫妻共同财产的分割。实际上,夫妻关系存续期间的财产分割需要一个前提,即夫或妻存在个人财产。如果夫妻之间只有共有,那么财产分割就陷入了共有分割后又变成共有的无意义循环之中。《民法典》1063条已经明确地确立了婚姻期间个人财产的存在,因此在婚姻关系存续的前提下,通过诉讼的方式对夫或妻的个人财产进行调整,已经得到了法律的确认。约定财产制中的夫妻相互追偿权,实际上也是在夫妻关系存续的前提下,对个人财产进行调整,因此与1066条的立法目的是完全一致的。本文认为,

应该对1066条进行扩张解释,即约定财产制的夫妻,可以在婚姻关系存续期间,通过诉讼调整各自的个人财产,即允许通过诉讼向相对方进行财产追偿。

结论

在民法典制定过程中,《婚姻法》第19条直接转变为民法典1065条,继续成为在民法典时代的约定财产制基本规范。但是,由于对约定财产制理论研究的不充分,导致该规范存在较大不足。这种不足严重制约了约定财产制在实践中的应用,也不利于未来婚姻制度发展的制度需求。民法典时代,在理论上应加强对民法典规范的研究,在实践上应该通过相关司法解释,使得约定财产制能够发挥其特有制度价值。

在理论上对约定财产制的研究,应关注财产制的内涵、外延及功能。约定财产制是一项与身份关系对应的财产制度,具有相对的系统性,应区别于夫妻在财产上具体的关于财产的约定。从功能角度看,约定财产制应该定位于法定财产制的排除适用。如果约定的内容与法定财产制的内容相同,那么此类约定仅仅是法定财产制的“重复”,不能纳入约定财产制范畴。此外,约定财产制应该区别于夫妻之间的赠与关系,前者旨在确立夫妻财产的分别所有,排除“共有”的可能性,该过程实际上并未发生所有权变动,而后者旨在将一方的财产通过处分,将财产部分或全部的所有权转移给对方,必然产生所有权变动。

约定财产制中,夫妻共同债务与个人债务的认定规则与法定财产制中并无差异,民法典1064条的规范同样适用在约定财产制中。在个人债务的清偿方面,根据民法典1065条第三款的规定,在不能证明相对人知晓债务人采用约定财产制时候,一方将对其配偶的个人债务承担责任,而在法定财产制下,配偶是不承担配偶的个人债务的。这种结果实际上与约定财产制下夫妻的财产和责任独立的制度初衷相违背的,必然严重阻碍约定财产制的适用。因此,本文的建议是,在约定财产制中,当夫妻不能有效证明对方知晓夫妻的财产

约定的,该夫妻约定财产制对债权人不产生效力,债权人可以推定夫妻之间未采用约定财产制,而以法定财产制的规则对夫妻主张权利。在此推定规则之下,约定财产制中个人财产利益受损的一方,应该被赋予对配偶的追偿权,要求对方赔偿其财产损失。我国应该确立此类夫妻间的相互追

偿权,作为约定财产制的配套制度,否则将严重影响夫妻约定财产制的实施。

作者简介

宋刚(1977-),男,四川自贡人,法学博士,北京师范大学法学院教授、博士生导师,研究领域:民法学。

哪些情形下,债务人放弃财产利益会被法院认定为损害债权实现而予以撤销?

原创: 2022-09-19 蒋讲家事法 蒋月

<https://mp.weixin.qq.com/s/ecBSLX8EyFF8wVG9yCatza>

生活中,确有部分债务人为了保护家人或者出于其他考虑,主动放弃其已有或者应得财产利益的。其中,最常见情形是债务人夫妻离婚时,双方约定将大部分或者主要或者全部夫妻共同财产归属于非举债配偶一方或子女,或者甚至将个人财产赠与配偶另一方或子女,而将夫妻共同债务全部归由举债配偶一方承担,或者身负巨额个人债务的配偶一方放弃个人已有或者应得财产利益。此时,债权人证明债务人转移或处分财产的行为损害债权实现或者系恶意逃避债务的,可以请求债务人撤销其处分行为;债务人不撤销的,债权人有权诉请人民法院撤销债务人的处分。《中华人民共和国民法典》第538条至541条规定,债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益,或者恶意延长其到期债权的履行期限,影响债权人的债权实现的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保,影响债权人的债权实现,债务人的相对人知道或者应当知道该情形的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用,

由债务人负担。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。依照民事诉讼中“谁主张,谁举证”的证据分配规则,债权人应承担举证责任,无充分证据证明的,将不得不承担不利后果。如果债权人行使撤销权成功,则债务人影响债权人债权实现的行为被撤销,债务人的行为自始没有法律约束力。那么,哪些情形下,债务人的处分行为应当被认定为损害债权实现呢?下面两个债务人放弃财产利益的真实案例,典型地呈现出了法院认定债权实现是否受损害时裁判的思路和观点。

一、债权人未能证实债务人是“假离婚,真转移财产”

案例1 璧合科技股份有限公司等与刘某债权人撤销权纠纷【参见北京市

高级人民法院民事判决书(2021)京民终940号】。

基本案情:2017年8月18日,刘某(男)与胡某莹(女)签订《离婚协议书》,约定:(一)双方自愿离婚;……(三)双方共同财产处理。1.双方婚后共同出资,按揭购买的位于良渚镇某村

某幢 102 室住房一套的所有权归女方个人所有，该房的按揭款由男方个人承担，按月归还。男方应配合女方将该房的所有权变更登记到女方名下。

2. 凡男方名下在中银国际证券开设的股票账户内的股票均归女方个人所有，该账户名称 ALI012×××，账户号码 80791×××××，男方应协助女方将上述股票出售变现或根据女方需要，配合女方对上述股票进行处置。3. 双方现在各自名下所有的一切银行账户存款和各类债券归各自所有，不再另行分割。4. 双方各自的首饰、衣物等私人物品归各自个人所有；（四）双方确认在婚姻存续期间无共同债务，如任何一方对外有债务，由负债方自行承担……同日，双方领取了离婚证。

2020 年 8 月，璧合科技股份有限公司（以下简称璧合公司）得知刘某与胡某莹离婚后，向北京市第四中级人民法院提起债权人撤销权纠纷，以刘某为被告、胡某莹为第三人，请求：1. 请求法院撤销刘某与胡某莹签订的《离婚协议书》第（三）条第 1 项中刘某转移杭州市余杭区良渚镇某村某幢 102 室房产的行为；2. 请求法院撤销刘某与胡某莹签订的《离婚协议书》第（三）条第 2 项刘某转移股票变现款 697965 美元的行为；3. 请求法院撤销刘某与胡某莹签订的《离婚协议书》第（三）条第 3 项约定双方名下所有银行账户存款及各类债券归各自所有的行为，确定双方名下各类存款及债券均为共同所有。

刘某认可璧合公司的诉讼请求。

一审法院查明事实：2017 年 6 月 27 日，刘某向璧合公司出具《承诺函》，写明：因贵公司有意向投资本人作为联合创始人投资设立一家主营业务包含（传媒技术、信息科技、智能化科技、大数据技术专业领域内的技术等）的公司，暂定名为璧碯公司，本人作为联合创始人为保证公司及股东等尽职尽责履行义务，并保证贵公司的投后权利，承诺如下，如有不实或违反之处，愿承担任何不利后果。1. 本人保证合法运营公司，……并根据贵公司的投资比例促成公司按时分配属于贵

公司的红利；2. 本人保证……；3. 在公司中给予贵公司优先权，包括但不限于贵公司投资后的公司增资的优先购买权、贵公司投后股权的优先出售权等；4. 促成贵公司投资前/后与公司、公司股东、实际控制人及本人等主体签订业绩承诺条款，对公司每年的净利润作出承诺，违反承诺本人及公司股东、实际控制人等对贵公司进行现金补偿，并尽最大努力促成公司早日挂牌上市；5. 保证合格履行所有的义务或将来可能产生的义务，并以本人及妻子名下财产作连带保证，在本承诺书出具前六（6）个月及以后，不得以任何形式转移本人及/或妻子名下任何财产，否则愿意承担一切不利后果；6. 本人承诺有关公司设立前/中/后，贵公司所获取的有关公司的任何资料均为真实有效的合法资料，该等资料、文件均无伪造、变造等一切不合法形式或内容，否则，一切不利后果由本人承担；7. 本人及妻子现对外均无债务（房贷除外），本人及妻子均无未决的诉讼、仲裁；……。

一审法院查明前述离婚协议是事实。璧碯公司成立日期为 2017 年 8 月 29 日，注册资本为人民币 100 万元。2018 年 1 月 5 日，注册资本变更为人民币 1583333 元，股东由碯曦公司变更为碯曦公司、璧合公司、华耀投资。2018 年 4 月 8 日，公司股东变更为璧合公司、华耀投资、刘某。一审庭审中，刘某认可其已于 2019 年 3 月再婚。刘某与胡某莹均认可涉案房屋登记至胡某莹名下。

一审裁判：一审法院认为，根据《中华人民共和国合同法》第 74 条规定，债权人行使撤销权的前提条件为债务人须于债权成立后实施放弃到期债权或无偿转让财产的行为。本案中，璧合公司主张在其向璧碯公司投资的同时，刘某已与胡某莹签订《离婚协议书》，其中第（三）条第 1、2、3 项对双方共同财产进行了处理，该转移财产的行为损害了璧合公司的合法债权，故请求法院予以撤销。刘某认可璧合公司的诉讼请求。第三人胡某莹认为璧合公司与刘某之间的债权成立时间是 2019 年 12 月 23 日，不符合行使撤销权的条件，

且刘某与胡某莹签订的《离婚协议书》系双方自愿离婚的意思表示，并非单纯的转移财产。一审法院认为，根据查明的事实，刘某与胡某莹系 2017 年 8 月 18 日签订的《离婚协议书》，表示自愿离婚，并就双方共同财产处置达成了一致意见。璧合公司与刘某之间签订的一系列协议均在该时间之后，唯有刘某向璧合公司出具的《承诺函》在上述日期之前，即 2017 年 6 月 27 日。从《承诺函》内容看，璧合公司尚未设立，璧合公司在当时仅是具有向璧碚公司投资的意向，且刘某的身份既非即将设立的璧碚公司股东，亦非实际控制人，仅为联合创始人。刘某在《承诺函》承诺的事项多与合法履职及促成璧合公司投资相关，仅在其中第 5 项承诺“保证合格履行所有的义务或将来可能产生的义务，并以本人及妻子名下财产作出连带保证”。该项承诺明确写明以刘某及妻子名下的财产承担连带保证责任，承担连带保证责任的前提为债务人在主合同规定的债务履行期届满后没有履行主债务，在刘某向璧合公司作出承担连带保证责任承诺时双方并未对主合同、债务人及主债务作出明确的约定，璧合公司亦未与任何相关主体订立合同，在主债务未形成的情况下，璧合公司与刘某之间尚不存在债权债务关系。在刘某与胡某莹签订《离婚协议书》后，璧合公司才于 2017 年 9 月与璧碚公司、碚曦公司等签订《融资及股东协议》时约定业绩承诺及补偿的相关条款，写明股东碚曦公司及实际控制人李某玲在未达到业绩承诺时需要承担的责任，并于 2017 年 9 月与刘某签订《补充协议》约定璧碚公司未达到业绩承诺时，刘某需承担补偿/赔偿义务。直至 2019 年 11 月 12 日，璧合公司向刘某出具《通知函》告知其履行业绩补偿义务。依据上述事实，在刘某与胡某莹签订《离婚协议书》之前，璧合公司与刘某之间不存在债权债务关系，璧合公司主张刘某转移财产的行为侵害其债权，进而要求撤销刘某与胡某莹依据《离婚协议书》第（三）条第 1、2、3 项所进行的相关行为，无事实依据，亦不符合

《合同法》第 74 条规定，法院不予支持。北京市第四中级人民法院依法判决驳回璧合公司的全部诉讼请求。

二审讼争：璧合公司向北京市高级人民法院（以下简称北京高院）上诉，请求：1. 请求依法撤销一审法院（2021）京 04 民初 1 号民事判决书，改判支持璧合公司的原审请求。首先，刘某与胡某莹假离婚的意思表示明确，真转移财产的行为性质明确。常理上，夫妻二人离婚时财产予以均分，反观刘某与胡某莹的离婚协议、离婚登记却异常不平等、却很顺利，刘某不仅将名下全部财产给胡某莹，而且通过《离婚协议书》将离婚后收入的 50% 给胡某莹，且其双方通过离婚后财产纠纷的诉讼，在北京市海淀区人民法院予以明确。这种事实上系假离婚、真转移财产的行为，即使其双方系真意表示，也违反了法律的规定，侵害了债权人的权利，根据《中华人民共和国民法典》的相关规定，债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。璧合公司提起债权人撤销权之诉的时间节点符合法律规定。其次，胡某莹与刘某于 2017 年 8 月 18 日签订《离婚协议书》，签订《离婚协议书》时璧合公司与刘某的债权债务尚未明确，但是胡某莹与刘某实际转移财产的时间是 2019 年。其三，一审法院适用法律错误，二审法院应依法改判并支持璧合公司。

刘某同意璧合公司的上诉请求和事实理由。

胡某莹述称，璧合公司上诉请求无事实和法律依据，请二审法院依法驳回上诉人的全部诉讼请求。理由如下：

1. 双方是真离婚。2017 年 8 月 18 日，胡某莹与刘某签订离婚协议并获准离婚登记，《离婚协议书》系双方真实意思表示。胡某莹与刘某离婚后，两个人的生活及经济均分开了。刘某在离婚前认识其现任妻子，被胡某莹发现后，曾与刘

某大吵，夫妻感情恶化。刘某离婚前一个月，该女子也已离婚。刘某迫切想离婚，编造了“担心投资失败引发的无限连带责任给家庭造成损害”的虚假理由来掩饰离婚真实原因。为了快速解除婚姻，刘某自愿将案涉的房产及股票归胡某莹所有。离婚后半个月内，刘某不顾女儿生病，飞往赣州与现任妻子会合。2017 年 10 月，刘某彻底搬走，此后未再回来看过女儿。胡某莹除了催讨离婚协议约定费用外，与刘某无任何交集。当事人根据感情、离婚原因、过错、子女抚养等因素达成的离婚协议，是对夫妻关系解除及对财产作出约定，双方真实意思表示，不违反法律规定，是合法的。璧合公司以“常理上，夫妻二人离婚时财产予以均分”来证明刘某系“假离婚，真转移财产”是错的；上诉状称“将离婚后收入的 50% 给胡某莹”更是无中生有。北京市海淀区人民法院（以下简称海淀法院）审结的离婚后财产纠纷案处理的是胡某莹与刘某离婚前的夫妻共同财产而非刘某离婚后的个人财产。胡某莹与刘某基于离婚，就子女抚养、夫妻共同财产分割、债权债务等问题达成的离婚协议是不可分割的有机整体，与单纯的“无偿转移财产”存在本质区别。

2. 胡某莹与刘某离婚析产在前，璧合公司与刘某形成债权债务在后，胡某莹不存在恶意串通转移财产以逃避债务的故意。

3. 胡某莹与刘某于 2017 年 8 月 18 日离婚，离婚协议中约定房产、股票以及胡某莹名下的银行存款、债券等财产的所有权均归胡某莹所有。此后，胡某莹与刘某不是夫妻，无产生共同财产或者共同债务的法律依据。因刘某已与他人再婚并育有一子，为了避免麻烦，胡某莹将离婚协议中约定归其所有的股票于 2019 年 4 月至 7 月变现，并于 2019 年 8 月 16 日将房产变更登记在自己名下，是履行《离婚协议书》中的约定；此时，璧合公司与刘某的债权债务关系尚未成立。璧合公司在 2017 年 9 月通过签订补充协议，与刘某形成了对赌协议，但对赌协议具有不确定性，如果

璧碚公司完成了约定业绩，璧合公司将不享有要求返还投资本息的权利；反之，如果璧碚公司未完成业绩承诺，则璧合公司有权要求刘某承担终止投资协议并返还投资款本息的义务。璧合公司对刘某是否享有债权在 2017 年 9 月时是不确定的，直至 2019 年 12 月 23 日刘某与璧合公司签订了《终止协议》确定刘某有返还投资款本息的义务，此时，璧合公司对刘某的债权才成立。

4. 璧合公司与刘某存在共同利益，若璧合公司的诉求得到支持，璧合公司与刘某都将受益，刘某获得财产，增加了刘某对璧合公司债权的责任财产，仅胡某莹受损害。刘某为璧合公司提供证据，在一审中积极配合璧合公司，表明刘某与璧合公司具有恶意串通损害胡某莹的故意。

二审查明事实：北京高院补充查明：北京市朝阳区人民法院（以下简称朝阳法院）于 2021 年 6 月 30 日作出（2021）京 0105 民初 14552 号民事判决中，原告璧合公司起诉被告刘某、胡某莹，案由为合同纠纷；璧合公司认为刘某和胡某莹故意转移资产，要求胡某莹承担连带责任。刘某亦称与胡某莹离婚是为了逃避债务。朝阳法院认为，刘某所称以假离婚逃避债务一事与事实不符，对璧合公司要求胡某莹承担连带责任的诉讼请求，朝阳法院未予支持。北京高院查明的其他事实与一审法院查明的事实一致。

二审裁判：北京高院认为，……关于璧合公司关于刘某与胡某莹假离婚的意思表示明确的上诉理由，首先，在海淀法院和朝阳法院审理的相关案件中，对于璧合公司和刘某主张的刘某与胡某莹为逃避债务而假离婚，均未予采信。其次，璧合公司认为刘某和胡某莹是假离婚，但是，理由仅以所谓“常理”进行判断，并无相关证据支持。第三，刘某认可其已于 2019 年 3 月再婚，且于 2019 年 4 月已开始履行《离婚协议书》。璧合公司提交的证据不能证明刘某和胡某莹离婚意思表示不真实，璧合公司的此项上诉理由不成立，法院不予采信。璧合公司认可其向璧碚公司投资时，

刘某和胡某莹已经签署了《离婚协议书》，但认为该协议直至 2019 年才履行财产条款，属于转移财产、逃避债务。法院认为，对于财产过户的时间，胡某莹在一审中已作出合理解释，即包括房产存在按揭、刘某再婚等原因。璧合公司则未提交证据予以证明。故璧合公司的此项上诉理由亦不成立，法院亦不予采信。

综上，璧合公司的上诉请求和上诉理由均不成立。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。2021 年 12 月 27 日，北京高院依法判决驳回上诉，维持原判。

二、债权人请求撤销并得到法院支持

案例 2 赵某与王某安债权人撤销权纠纷【参见安徽省合肥市庐阳区人民法院民事判决书（2019）皖 0103 民初 4452 号】

基本案情：原告赵某起诉被告王某安及第三人姚某，合肥市庐阳区人民法院（以下简称庐阳区法院）于 2019 年 5 月 7 日准予立案，案由是债权人撤销权纠纷。赵伟请求：1. 依法撤销王某安与姚某于 2018 年 5 月 21 日签订的“离婚协议”第（三）条夫妻共同财产分割的约定中位于淮河路某某大世界房屋归女方所有；位于某批发市场房屋归女方所有；2. 被告承担本案的诉讼费、律师费、旅行费等费用。事实与理由：王某安以扩大再生产为由向赵某共借款本金 50 万元。借款到期后，王某安未还款。后经安徽省亳州市中级人民法院（2018）皖 16 民终 2361 号民事调解书确认：王某安偿还赵某 50 万元及利息。该调解书生效后，王某安未履行该协议，赵某申请强制执行。执行中获知王某安与姚某于 2018 年 5 月 21 日在合肥市庐阳区民政局办理离婚，离婚协议第（三）条约定：“夫妻共同财产分割：位于淮河路某某大世界房屋归女方所有；位于某某批发市场三期房屋归女方所有；位于淮河路×号某某花园房屋归女方所有；位于芜湖路×号某某小区房屋归女方所有。”赵某认为，王某安将共同拥有的房产属于其本人

的部分无偿给了姚某，显然侵害了赵某的合法权益。

王某安辩称，第一，王某安有能力偿还欠赵某的钱。他向赵某借款时，赵某知道王某安有房子住，但不知王某安已离婚，房子不登记在王某安名下；赵某愿意借钱给他，因赵某知道王某安在涡阳县有厂房且生意做得不错。他后因扩大厂房导致资金困难，赵某就逼着他还钱。第二，不同意撤销离婚协议。第三，借款与姚某无关。

姚某述称，依法应驳回赵某的诉讼请求，姚某和王安离婚协议中关于夫妻财产分割约定有关房屋均系姚某的个人财产。第一，2017 年 5 月 2 日赵某借款 50 万元给王某安，系虚假诉讼。（2018）皖 1621 民初 2681 号民事判决书载明：赵某向涡阳县人民法院起诉时，陈述借给王某安的是现金 50 万元，但法院查明 2017 年 5 月 2 日赵某通过某银行给王某安银行卡转款 50 万元，两者自相矛盾。第二，赵某借款 50 万元给王某安，与姚某无关。假定该 50 万元借款属实，也系王某安的个人债务，姚某不知情。第三，案涉房屋淮河路某某大世界一层房屋、某某批发市场三期房屋系姚某的个人财产，取得该财产时王某安和姚某处于非法同居状态。姚某与王某安 2013 年 12 月 2 日补办结婚登记，此前双方曾约定各人名下的财产归各自所有。某某大世界房屋系姚某于 1999 年 10 月 30 日购买，首付款及按揭贷款均是姚某个人办理和支付的，房产证登记的房屋所有权人是姚某，与王某安无关。某某批发市场三期 23 幢 15 号房屋，系第三人姚某于 2000 年 4 月 28 日购买，房屋所有权人是姚某，系姚某个人财产，与王某安无关。第四，2018 年 5 月 21 日，姚某和王某安离婚协议中夫妻财产分割部分涉及的房屋，包括本案所涉房屋在内，均系姚某个人财产，离婚协议中表述有错，应以事实为根据，依法认定为姚某的个人财产。第五，离婚协议证明姚某和王某安自 2007 年分居，2013 年补办结婚登记声明书，不是双方真实意思表示。第六，王某安向赵某借款

用途是扩大酒厂再生产，王某安的酒厂有厂房、土地等租金收入，酒厂一直在生产经营，有经营收入等，王某安有足够财产清偿赵某的债务。第七，赵某借款给王某安时，明知王某安个人无房产，赵某也未要求王某安提供抵押担保，即案涉两套房产与王某安的借款无关，赵某无权利主张。离婚协议夫妻财产分割约定，不涉及无偿转让财产或者不合理低价转让财产，赵某无权请求撤销。

法院认定事实：王某安因经营需要向赵某借款50万元并约定了相应利息。因王某安未还款，赵某诉至安徽省涡阳县人民法院，该院于2018年6月25日作出（2018）皖1621民初2681号民事判决书，判决王某安、姚某偿还赵某借款50万元及利息。姚某不服该判决，上诉至安徽省亳州市中级人民法院。亳州市中级人民法院于2018年11月29日作出（2018）皖16民终2361号民事调解书，协议内容为：（一）王某安于2018年12月31日前一次性偿还赵某借款本息20万元，于2019年3月8日前一次性偿还赵某借款本息45万元，逾期不履行，则王某安偿还赵某借款50万元及利息（按年利率24%计算，自2017年5月2日起计算至款付清之日止）；（二）赵某自愿放弃对姚某的诉讼请求；（三）赵某自愿放弃其他诉讼请求；……。该调解书生效后，王某安未按约还款，赵某于2019年4月29日向安徽省涡阳县人民法院申请执行，因王某安无财产可供执行，法院裁定终结（2018）皖16民终2361号民事调解书本次执行程序。

另查明，1999年10月30日，姚某与合肥市某工程指挥部办公室签订商品房购销合同，购买位于合肥市淮河路某某大世界，并于1999年11月26日支付购房款497500元，房屋登记在姚某名下。2000年4月28日，姚某与合肥市郊区大兴镇某某村民委员会签订商品房购销合同，购买位于合肥市大兴镇某某批发市场三期房屋，并于2000年4月29日支付购房款168672元，房屋登记在姚某名下。王某安与姚某自1986年9月28日起以夫妻名义同居生活，并于2013年12月2

日在民政部门补办了结婚登记手续。2018年5月21日，王某安与姚某在民政部门办理了离婚登记手续，离婚协议第（三）条载明，夫妻共同财产分割：位于淮河路某某大世界归女方所有；位于某某批发市场三期房屋，归女方所有；位于淮河路×号某某花园2号406房屋归女方所有；位于芜湖路×号某某小区房屋归女方所有。婚姻期间男女双方于1993年创办企业（某酿酒总厂），2004年又组建某酒业有限公司。离婚后，某酿酒总厂及某酒业有限公司股份分割，30%股份归男方，30%股份归女方，20%股份归大女儿王某妮，20%股份归小女儿王某幻，目前仍由男方经营管理。某酿酒总厂在工商部门登记为集体所有制，主管部门（出资人）为某县香料厂、某乡镇企业办，法定代表人为王某安。再查明，赵某因本案诉讼支付律师代理费3000元，本案两次庭审期间，赵某分别支付住宿费161元、358元，高速公路通行费130元。

庐阳区法院认为，该案争议焦点有四，分述如下：

第一，赵某是否有权行使撤销权？（2018）皖16民终2361号民事调解书已生效，王某安本应按照调解协议确定的内容向赵某履行还款义务，但其在债务尚未清偿情况下，与姚某在离婚协议中约定将房屋全部归姚某所有，其行为与赵某有利害关系，赵某作为债权人有权行使撤销权。

第二，案涉两套房产是否属于王某安和姚某的夫妻共同财产？在2013年12月2日由王保某、姚某签字的申请补办结婚登记声明书中，双方均确认与对方自1986年9月28日起以夫妻名义同居生活。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》规定，男女双方根据婚姻法第8条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。故王某安、姚某的婚姻关系存续期间应从1986年9月28日起算至2018年5月21日双方办理离婚登记时止。姚某述称双方此前处于非法同居状态的理由不能成立。案涉两

套房产即合肥市淮河路某某大世界房屋以及合肥市大兴镇某某批发市场三期房屋均在王某安和姚某夫妻关系存续期间购买，姚某述称曾与王某安约定各人名下财产归各自所有，并无证据予以佐证。相反，在离婚协议中，王某安和姚某将包括案涉两套房产在内的四套房产均列为“夫妻共同财产”，且载明“婚姻期间男女双方于1993年创办企业（某酿酒总厂），2004年又组建某酒业有限公司”，证明双方婚姻关系存续期间有共同经营行为，且案涉两套房产的出资购买时间亦发生于双方共同经营企业的时间段内。姚某述称案涉两套房产系其以个人财产出资购买，没有证据予以佐证。购房发生于王某安和姚某夫妻关系存续期间，姚某提供的每月还款凭证载明的还款时间也均发生于双方夫妻关系存续期间，以姚某名义还款应视为夫妻共同还贷。姚某提供的开户名为姚某某的银行开户申请书与本案不具有关联性，不能证明与姚某购房行为有关联。故案涉两套房产属于王某安和姚某的夫妻共同财产。

第三，王某安在离婚协议中对财产的处分是否损害了赵某的权益？王某安和姚某在离婚协议中约定四套房产均归姚某所有，相关企业的股份由王某安和姚某各分得30%。但是，工商登记信息显示，某酿酒总厂是集体所有制，王某安仅为法定代表人，不持有股份。关于离婚协议中涉及的“某酒业有限公司”，王某安和姚某均未提供证据证明王某安持股情况以及所持股份是否足以清偿赵某的债务。王某安提供的由涡阳县西阳镇某寨居民委员会及涡阳县某某镇人民政府出具的证明载明“王某安有厂房位于涡阳县涡蒙路省道307线北侧……，总建筑面积约8522平方米，现房屋未取得房屋产权证，产权归王某安所有”。法院认为，根据物权法规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。涡阳县西阳镇某某居民委员会、涡阳县某某镇人民政府出具的证明不具有证明力。王某安提供的租赁协议以及姚某提供的某县酿酒总厂出库单、发货单、收据、证明等证据，均不能

证明王某安具有能力偿还赵某的欠款。安徽省涡阳县人民法院（2019）皖1621执1033号执行裁定书已载明王某安无财产可供执行；在本案庭审中，王某安亦陈述“我现在没有能力偿还，我要在两年的时间内才能偿还完毕”。王某安在离婚协议中放弃案涉两套房产中属于其个人的份额，致使其本可用于偿还赵某欠款的财产缩水、灭失，损害了赵某的合法权益，故赵某要求撤销离婚协议中关于夫妻共同财产分割的部分条款的请求，法院予以支持。

第四，赵某主张的律师代理费、差旅费等是否有依据？根据合同法第74条的规定，债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。赵某提交的律师代理费发票、高速公路通行费发票可以证明其为行使撤销权支出律师费3000元、高速公路通行费130元，法院予以支持。因本案两次庭审，赵某从涡阳县至合肥市产生相应住宿费，本院酌定差旅费共计452元，由王某安承担。

2019年8月8日，庐阳区法院依照《合同法》第74条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第25条、第26条规定，判决如下：（一）撤销被告王保安与第三人姚芬于2018年5月21日签订的《离婚协议》第三条中关于位于合肥市淮河路某某大世界房产、位于合肥市某某批发市场房产归第三人姚芬所有的约定；（二）被告王保安于本判决生效之日十日内支付原告赵伟律师代理费3000元、差旅费452元。（该民事判决书已生效）

一旦钱出借给他人，债权人不但要操心债务人是否还得上债，而且还抽点时间关注债务人夫妻是否和睦、是否有离婚念头或者是否已离婚。从司法实践看，债权人指控债务人处分财产的行为是恶意逃避债务，请求撤销债务人的财产处分，最终获得人民法院支持的案件，并不少见。不过，客观而言，无论是登记离婚还是在法院达成离婚协议而调解离婚的，原配偶一方或者债权人发动诉讼，主张债务人离婚为假，挺难证明成功的。

（文中案例援引自“中国裁判文书网”）

龙俊 | 《民法典》中婚姻效力瑕疵的封闭性

原创：2022-09-15 社会科学辑刊 龙俊

https://mp.weixin.qq.com/s/_gUL9FwVJnEycqLVBoVVHQ

1、导读



【作者简介】龙俊，1984 年 3 月生，法学博士，清华大学法学院长聘副教授，博士生导师，副院长；教育部“青年长江学者”；研究方向为民法学。全国人大法工委“民法典编纂工作专班成员”，全程参与民法典各分编起草工作，荣获国家级二等功。代表性成果：《民法典中的动产和权利担保体系》，《法学研究》2020 年第 6 期；《夫妻共同财产的潜在共有》，《法学研究》2017 年第 4 期；《中国物权法上的登记对抗主义》，《法学研究》2012 年第 5 期；《权益侵害之要件化》，《法学研究》2010 年第 4 期；《委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉盘起工业案”判决的评释》，《法学研究》2008 年第 6 期。2016 年获“中国法学家论坛征文奖”二等奖；2020 年、2021 年 2 次获“董必武青年法学成果奖”二等奖；2021 年获“佟柔民商法发展基金青年优秀研究成果奖”。

【摘要】《民法典》婚姻家庭编中关于婚姻效力瑕疵的规定应该解释为具有封闭性。从法政策的视角看，欺诈行为只有在涉及婚姻实质时才会影响婚姻效力，而法定的涉及婚姻实质的欺诈

只有隐瞒重大疾病这一种；重大误解不足以构成撤销婚姻的事由；采取虚伪表示不影响婚姻效力的立场，反而更加有助于减少假结婚、假离婚等行为，且有利于维护婚姻登记公信力，至于附带的经济损害则可以通过区分身份行为和财产行为的法律技术加以救济；除未达法定婚龄者外，其他人不纯因其行为能力欠缺而致婚姻效力受影响，否则相当于变相剥夺了弱势群体结婚的权利；《民法典（草案）》中曾规定“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记”，是为了解决“被结婚”这种特殊的婚姻不成立问题。从教义学的视角看，结婚的意思可以分为实质结婚意思和形式结婚意思，在我国法中，二者只要具备其一，就符合“自愿结婚”的要求，可以成立有效的婚姻。

【关键词】婚姻效力瑕疵；封闭性；实质结婚意思；形式结婚意思

【基金项目】国家社会科学基金项目

2、正文

一、问题的提出

我国《民法典》在总则部分规定了法律行为的一般性效力瑕疵，同时在婚姻家庭编中又规定了婚姻的效力瑕疵，这二者是何关系？其中最核心的问题是，能否直接以总则编的法律行为效力瑕疵为由主张婚姻无效或者可撤销？从逻辑上看，既然我国《民法典》在体例上遵循了潘德克顿式的总分结构，通过提取公因式抽象出总则规范，那么总则部分最核心的内容——民事法律行为的相关规范就应该适用于整个《民法典》。而婚姻本质上就是男女双方订立的一份身份契约，无论结

婚还是离婚都属于民事法律行为，那么适用总则的法律行为效力瑕疵规范应属当然之义。然而，从《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》）开始，最高院就明确不支持当事人以婚姻法明确规定以外的情形请求确认婚姻无效，在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编解释一》）中又重申了这一态度。在前《民法典》时代，婚姻法作为单行立法与其他民事法律规范的关系尚可说暧昧不清，最高院如此解释倒也容易理解，但为何到了《民法典》时代最高院仍要做此选择？

从《民法典》的规则变化上看，涉及婚姻效力瑕疵事项增减的唯一改革是，将一方患有疾病的婚姻从无效情形修改为可撤销情形，并增加了主观要件。从理论上讲，这相当于规定了一种特殊的消极欺诈行为，将之作为可撤销的民事法律行为本身也符合民法的一般原理。然而耐人寻味的是，为何只规定此情形？难道因其他欺诈行为而缔结的婚姻就不可撤销？进一步而言，从现行法规定的婚姻效力瑕疵与法律行为的一般效力瑕疵的对应关系来看，重婚、有禁止结婚的亲属关系可以看作是违反公序良俗的具体化表现，法定婚龄可以看作是行为能力的表现形式之一，关于胁迫的规定二者基本相同，但是关于重大误解、通谋虚伪表示等效力瑕疵，婚姻家庭编却完全没有涉及。如果说重大误解的案件比较少见，不规定尚情有可原，但是作为通谋虚伪表示典型的“假结婚”和“假离婚”已成为一种社会现象，为什么《民法典》对此仍然“视而不见”？并且上文提及的行为能力问题，除了年龄标准外，智识能力也是判断标准之一，也就是说，明明有两个判断标准而婚姻家庭编为何却只取其一？并且被“遗漏”的这一标准还具有重要的现实意义，如近期成为新闻焦点的“铁链女”案件提出的理论问题之一

就是：不能辨认自己行为的人所缔结的婚姻是否有效？

而与这些被“遗漏”的重要规则形成鲜明对比的是，《民法典》在编纂过程中还曾出现过一种新的无效情形——“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记。”该规定常被批评为“意义不明”“与其他无效事项难以区分”，最终在2019年12月的《民法典（草案）》中被删除。然而关于这一规则，无论是写入还是删除，均让《民法典》对婚姻效力瑕疵规则的取舍似乎犹如“迷踪步”一般让人难以捉摸。《民法典》在婚姻效力瑕疵的问题上是否和最高院一样采取的是封闭性态度？如果不是封闭性态度，也就意味着可以适用总则的规则，那么婚姻家庭编的相应规则也就只具有例示性的意义，其实是否修改甚至是否规定都是无关紧要的事情，不必如此煞费苦心做这些修正的努力。如果是封闭性的态度，那么为何对那些明显重大的瑕疵不予管束，仅在这些“意义不明”的地方做文章，似乎有“抓小放大”之嫌。

为何《民法典》在婚姻效力瑕疵规则上呈现出上述局面？是因为缺乏通盘思考而形成的法律漏洞？为了厘清这一系列问题，有必要从目前唯一明确涉及婚姻效力瑕疵情形的修改——疾病与婚姻效力的关系变化开始，逐步梳理立法中规则变化的逻辑，从而为《民法典》时代婚姻效力瑕疵规则的体系建构提供合乎立法规划的解释论路径。

二、从欺诈婚的构成看封闭性规定的必要性

（一）重大疾病消极欺诈规则的确立

《民法典》将原《婚姻法》第10条第4项规定的“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”情形从导致婚姻无效的情形中删除，在第1053条增加了“患有重大疾病”可导致婚姻被撤销的规定，这是《民法典》在婚姻效力瑕疵制度上的重要改革，同时也是唯一的涉及婚姻效力瑕疵事项增减的改革。《民法典》为什么要做这样的改革？

从立法论的角度看，某个瑕疵是导致民事法律行为无效还是可撤销，其实就是判断该民事法律行为的“命运”能否完全交由当事人自己决定的问题。如果该瑕疵只涉及民事主体的私人利益，则可以交给当事人自己选择决定，规定可撤销比较妥当；如果该瑕疵涉及到公共利益问题，则不能由当事人自主决定，应该规定为无效。

原《婚姻法》第10条所规定的四种导致婚姻无效的情形。首先，重婚无效的规定虽然也有保护原婚姻相对方利益的客观效果，但显然不能简单地该规定的立法意旨看作是纯对私益的维护。否则，那些自愿或半自愿的一夫多妻或一妻多夫就可能被所谓的“意思自治”合法化。因此，这一效力瑕疵核心立法意旨应该是对我国的基本婚姻秩序——一夫一妻制——的维护。其次，禁止一定范围内的近亲属结婚，除了伦理方面的考量，更重要的是出于优生优育的需要。因此，同样属于公益要件的具体化。再次，关于法定婚龄，可以看成是行为能力制度在婚姻家庭编的具体化。有别于一般的法律行为可以规定为效力待定，婚姻自由是最基本的价值追求，不可能由第三人追认，也不可能适用代理制度，这也是法律最大程度地为尊重和保护当事人所作出的安排，因此未达法定婚龄只能规定为无效。最后，对于“患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”情形，原《婚姻法》认为该情形导致婚姻无效，其立法意旨和禁止近亲结婚是一致的，主要是出于优生优育的考虑。然而在实务中，并没有任何医学部门对哪些为“不应当结婚”的疾病作出明确的界定，而在立法之初被认为不应当结婚的麻风病在医学上也早已被攻克。因此，在司法实务中法官面对着这样一个难题：原《婚姻法》虽然规定了“患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”婚姻无效，但在医疗卫生领域没有任何一个规范性文件写明患有哪些疾病不应当结婚。实际上，即使一些传染性很强、对人体伤害很大的疾病，包括艾滋病、重度肝炎等，都已经实现了在患者

分娩过程中运用生殖阻断技术，确保患者所生育的子女不会被感染。加上现在很多人结婚也不一定会生育子女，因此以优生优育为目的的强制性限制似乎也失去了最有力的支撑。更重要的是，仅仅因为某些人患有某种疾病而禁止他们结婚，亦有歧视之嫌。因此，《民法典》将“患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”从导致婚姻无效的事由中删除，相当于否定了其公益要件的属性。

对于《民法典》第1053条的新增规则，也有学者提出批评意见，认为这与之前的规定无异，仍构成对部分人群的歧视。但假如将该规定与原《婚姻法》第10条第3项的内容进行对比，就能发现二者之间存在一个显著的区别——对患有“重大疾病”而结婚的人增设了“如实告知”的义务，只有未被如实告知，对方才能请求人民法院撤销婚姻。这实际上将法律保护的对象从优生优育等公共政策需要转变为对婚姻另一方当事人的知情同意权的保护。从理论上讲，这相当于规定了一种特殊的消极欺诈行为，将之作为可撤销的民事法律行为符合民法的一般原理。并且如此修改也回应了社会现实的需求。现实生活中存在大量夫妻一方隐瞒患有艾滋病等恶性疾病的情况。虽然法律并不禁止这些患者结婚，但这也是以结婚双方自愿为前提的。若一方有意隐瞒这些重大病情而与另一方结婚，被隐瞒的一方只能通过离婚的方式来摆脱婚姻关系，从而变成了“离异”身份。一方面，其日常交往或多或少都会受到影响；另一方面，不可避免地涉及共同财产的分割等复杂问题。因此受到欺诈的一方当事人，常常会希望此婚姻关系溯及既往地不存在。然而对于这一合理诉求原《婚姻法》并没有给当事人提供救济渠道。因此《民法典》对“一方患有重大疾病”的婚姻添加主观要件改造为消极欺诈婚，从而作为可撤销的婚姻是妥当的。

（二）将重大疾病作为唯一欺诈内容的原因

为何唯独规定隐瞒重大疾病这一种欺诈行为？为解释这一问题，不妨先做一个假设，如果不对婚姻中的欺诈事由进行限缩，直接适用民法理论中的一般欺诈的构成会发生什么？民法中的欺诈不仅不问具体的欺诈事由为何，并且由于欺诈故意的可非难性强，所以对欺诈的其他要件——如因欺诈而陷于错误等构成——都有所放宽，以致于动机错误还是内容错误都在所不问，只要当事人确实因对方的欺诈行为做出了原本不会做出的意思表示即可。按照这一标准，试想一下，有多少人在结婚之前对自己的能力、条件等做过夸大宣传，或者许下过不会实现的诺言？如果对方信以为真而选择结婚，这是否就是一个因为欺诈而缔结的婚姻？如果回答是，那么恐怕绝大多数的婚姻都要被撤销了。显然婚姻中的欺诈相较于普通民事欺诈而言应当有着更高的准入门槛。那么满足何种条件的欺诈才会影响婚姻的效力？

从比较法上看，谈及婚姻中的欺诈问题时，大都认为关于“外在因素”的欺骗不会影响婚姻的效力。所谓“外在因素”，包括身份、地位、金钱等等。比如，婚前向对方吹嘘自己是百万富翁，婚后却被发现只是一个穷光蛋；婚前夸耀自己结识很多社会名流，婚后却被发现只是高级餐厅的服务生……这些欺骗都不能视为欺诈而成为撤销婚姻的理由。理论上，只有涉及“婚姻实质”的欺诈，才能对婚姻的效力产生影响，这里所谓的“婚姻实质”是指当事人以夫妻的共同生活为目的而缔结婚姻关系的因素。然而在司法实务中，能够认定涉及婚姻实质的因素已经越来越少，换言之，在绝大多数情况下，法院均不会以构成欺诈为由撤销婚姻。那达到什么程度的因素才会被认为涉及婚姻实质？日本发生过一个罕见的案例：原告为韩国男性，被告为日本女性，二人纯粹通过互联网交往后，又通过递交书面材料的方式登记结婚，婚前二人并未见过面。结果见面后原告发现被告实际年龄为 52 岁，却谎称自己为 24 岁，于是原告起诉被告要求撤销婚姻。东京家庭法院综

合本案全部证据后表示，被告的确存在谎称自己年龄为 24 岁的事实，尽管有人认为女性想要自己看起来年轻的心理是完全可以理解的，所以即使与真实年龄略有差距，也不应仅凭这一原因而认可婚姻撤销的请求，但是 52 岁与 24 岁年差距甚大，婚后生活规划也会因此完全不同，所以该欺诈足以导致婚姻可撤销，因此支持了原告的请求。由此可见，比较法上对涉及婚姻实质的欺诈的认定是非常慎重的，在非常极端的案例中才会例外地构成。

我国在前《民法典》时代一直不认可欺诈行为会影响婚姻效力，最高院曾指出“受欺诈的一方当事人从其内心讲还是自愿结婚的，且欺诈在司法实践中也不好掌握”。虽然这一观点有过于极端之嫌，但是在方向上也不能说存在问题，毕竟各立法例也都在限缩欺诈行为对婚姻效力的影响，只是没有我国之前这么彻底而已。而《民法典》第 1053 条的规定相当于首次在我国法中开辟了一种因欺诈而可撤销婚姻的例外，那么在理论上就可以如此解释：我国《民法典》中法定的涉及婚姻实质的欺诈就是患有重大疾病而不如实告知对方这一种情形。隐瞒患有重大疾病，则可能不能正常地过夫妻生活、无法维系正常的家庭，对当事人影响重大，故将之解释为涉及婚姻实质的因素也合乎情理。而在这种特殊情形之外，《民法典》仍然保持了我国历来的谨慎立场，不承认其他欺诈行为可以撤销婚姻，从而避免过于宽泛的撤销事由破坏婚姻家庭的安定性。

分析至此，我们会发现对于欺诈瑕疵而言，对婚姻家庭编的第 1053 条做封闭式的解释才是合理的。沿此思路，我们自然就会想到，其他涉及婚姻效力的瑕疵，婚姻家庭编也必然有其特殊性。从立法技术上看，如果婚姻家庭编不对之做封闭式的规定，那么必然就会产生法律适用的难题——因为有其特殊性而不能当然适用总则规范，但是又因为没有做封闭性规定所以又有适用总则规范的可能性。从应然的层面来看，科学化的立法

应该尽量避免这种适用难题的产生，那么最理想的方案应该是：第一步，全面梳理各种婚姻瑕疵的可能性，查漏补缺，将应予规范的瑕疵类型尽数纳入婚姻家庭编的规则体系中；第二步，对婚姻效力瑕疵采取封闭式的态度。尤其是前述的第一步应该是第二步能够成立的前提，只有完成了第一步的工作，才使得封闭性规定具有了可行性，否则反而会人为地造成法律漏洞。那么从《民法典》的规范设计来看，第一步的工作是否已经完成？也就是说，从应然的层面来看，婚姻家庭编的现有规范是否已经囊括了所有应予规范的瑕疵类型？

三、法政策视角下封闭性规定的可行性

为了解决前述问题，本文拟对照民法总则的一般法律行为效力瑕疵类型，从法政策的视角依次检视其对婚姻效力是否应当产生影响。首先，除了重婚、近亲结婚以外，结婚行为很难违法或者违反公序良俗；其次，婚姻双方当事人也许按照社会一般观念会存在某些外在条件的差距，但是无论如何也难谓“显示公平”；再次，对于胁迫行为总则编和婚姻家庭编的规则相同，对于欺诈行为正如前文所述婚姻家庭编做封闭式规定更加合理；复次，对于“恶意串通损害他人合法权益”，单就结婚行为而言，如果当事人双方均具有实质结婚意思，也难谓“恶意串通”，况且可能“损害他人合法权益”的行为也不可能是结婚行为本身。因此，实质上有必要展开分析的瑕疵类型，也就剩下重大误解、虚伪表示、行为能力欠缺这三类。此外，针对立法过程中昙花一现的“伪造、变造证件，骗取结婚登记的婚姻”这一瑕疵类型，本文亦拟揭示其当初的规范目的。

（一）基于重大误解而缔结的婚姻

我国的民法概念术语中的“重大误解”大体相当于传统大陆法系中的“错误”概念，理论上应该包含表达上的错误、内容错误和动机错误等错误类型。但是由于我国实行严格的登记婚，并要求

双方亲自到场，所以在我国婚姻缔结时出现表达上的错误或者内容错误的可能性并不存在。如果是在结婚登记时写错了名字之类的问题，则属于“误解无害真意”的范畴，本来也不影响婚姻的效力，自然也不用特别规定。因此，唯一需要讨论的问题也就是动机错误的问题。我国无论是立法还是司法解释，在错误问题上从来都没有采取过严格的“二元论”立场，所以动机错误确实有可能导致法律行为可撤销。那么婚姻缔结中的动机错误，如对结婚相对方有某种期待、结果发现这一期待是不符合实际的，是否可以导致婚姻可撤销呢？对此问题可以参照前文所述的欺诈行为对婚姻的影响。即使是因为一方的欺骗行为而结婚，只要这一欺骗不涉及婚姻的实质，那么就不能撤销婚姻。举重以明轻，基于当然解释，如果误解的内容不涉及婚姻的实质，在不存在欺诈的前提下，单方的误解自然就更加难以达到可撤销的程度了。那么接下来要讨论的问题是，如果这一重大误解涉及婚姻的实质会怎样？目前我国法定的涉及婚姻实质的因素只有重大疾病，那么就这一因素存在重大误解是否可以导致婚姻可撤销？也就是说，并非一方隐瞒自己的重大疾病，而是双方都没有预料到一方存在重大疾病（理论上属于双方动机错误），未患病的一方能否以“自己误以为对方是健康的才结婚”为由主张婚姻可撤销？一方面，从价值判断的角度看，如果法律规定这种情况下婚姻可撤销，则显得太过残酷；另一方面，从《民法典》第1053条的表述看，既然将“不如实告知”作为可撤销的构成要件，那么应当认为这是经过慎重考虑后的立法决断，基于反对解释应当认为如果不存在隐瞒情形则不能撤销婚姻。因此，即使是对法定的涉及婚姻实质的因素存在重大误解，也不会导致婚姻可撤销。综上所述，重大误解不应影响婚姻的效力，婚姻家庭编不规定这一瑕疵类型是合理的。

（二）虚伪表示的婚姻

本来本文探讨的婚姻效力瑕疵针对的是结婚行为，但是基于假结婚、假离婚这一对现象的普遍性和理论上的高度相似性，这里也一并探讨。在司法实务中，法院并不考虑假结婚、假离婚的当事人的内心“真实意思”，认为只要进行了结婚登记就是真结婚，进行了离婚登记就是真离婚。这种做法遭到了学术界的广泛批评，既然《民法典》总则编中规定了通谋虚伪表示的法律行为无效，假结婚和假离婚属于通谋虚伪表示，自然应该认定其中的结婚、离婚的意思表示无效。并且上述批评立场还可以获得比较法的支持，德、日民法理论均采取通谋虚伪表示影响婚姻效力的立场。

那么我国是否也应该当然遵循此立场？笔者认为从法政策的角度看没有那么简单。

首先，在司法实务中之所以存在假结婚、假离婚，往往是因为当事人希望骗取户口、福利分房或者规避房屋限购法律政策等，这些行为的确损害了公共利益或他人利益。然而，如果当事人自己不说，这些假结婚、假离婚是很难发现的。之所以会存在争议，往往是因为之后某一方当事人“假戏真做”，不肯离婚或不愿复婚，这也是目前假结婚或者假离婚操作中存在的固有风险。从法政策的角度考虑，如果《民法典》规定假结婚或者假离婚的意思表示无效，相当于消除了其中的固有风险，反而给假结婚和假离婚行为增加了底气。

其次，如果立法打算对假结婚和假离婚的问题进行规制，也并非单纯地认定为无效那么简单，还必须考虑到第三人保护的问题。例如规定夫妻双方假离婚的行为无效，也就意味着其婚姻依然有效，此后一方与毫不知情的第三人缔结的婚姻反而构成了重婚无效，这对信赖我国婚姻登记制度的第三人显然不合理。在采取虚伪婚姻无效立场的日本，就规定“通谋虚伪表示不能对抗善意第三人”，即善意的第三人可以主张后婚有效。然而我国《民法典》总则编并未规定通谋虚伪表示中善意第三人的保护问题。因此如果婚姻家庭编

拟规定虚伪表示的婚姻行为无效，就必须补充善意第三人保护规则。然而这又会导致：一方面规则设计过于复杂，可能会因此在司法裁判中引发大量后婚当事人是善意还是恶意的争论；另一方面可能会降低婚姻登记制度的公信力，导致在婚恋中判断对方是否单身不能仅凭婚姻登记，还需要实质审查。固然国家登记制度的公信力并非绝对，有时要让位于客观真实，然而此处降低婚姻登记制度的公信力，却是为了给当事人自己不道德的行为买单，不符合比例原则。

再次，即使不规定假结婚、假离婚的行为本身无效，也并不意味着不能给当事人提供合乎比例原则的救济渠道。现实中可能会出现夫妻一方欺骗对方可以通过假离婚得到某些利益，从而将对方或双方的财产都转至自己名下，但之后却不肯复婚，从而导致被欺骗的一方遭受“人财两空”的情况，确实很不公平。对于这种情形，我国司法实践已经自发创造了一种审判智慧，将离婚中的身份行为和附属的财产行为相切割，对于身份行为不因假离婚而认定为无效，但是对于附属的离婚财产协议等则适用通谋虚伪表示无效的规则，从而保护假离婚中经济受损的当事人。这种审判经验非常具有启发意义，可以说直接影响了《民法典》第464条第2款的制定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”其中所谓“根据其性质”，含义之一就是要对看似单个的结婚或者离婚行为进行切割并类型化，判断其是结婚、离婚等纯粹身份行为还是其中附属的财产行为。并且对于财产行为而言，《民法典》中本来就设置有善意取得、表见代理等权利外观制度，故即使将当事人之间的法律行为认定为无效也不会损害交易安全。也就是说，对于因为假结婚、假离婚而遭受经济损害的当事人，《民法典》已经提供了合乎比例原则的救济渠道，在这一前提下，更没必要牺牲婚姻登

记制度的公信力将结婚、离婚的行为本身认定为无效了。

综上所述，既然从法政策的角度看虚伪表示不应影响婚姻的效力，婚姻家庭编自然就不用再规定此瑕疵类型了。

（三）行为能力欠缺者的婚姻

正如前文所述，行为能力欠缺除了未达到法定年龄外，还存在心智欠缺的情形，这部分人的婚姻效力又该如何认定？曾有判决认为，精神疾病可以被“医学上认为不应当结婚的疾病”所涵盖，并由此认为患有精神疾病的人的婚姻为无效。但是我国并没有哪一项医疗卫生方面的规范性文件指出过“医学上认为不应当结婚的疾病”包括精神疾病，这种认定方式显然存在问题，况且该规定在《民法典》中也已经被删除。那么是否应该将“不能辨认自己的行为”作为一项独立的婚姻效力瑕疵？

因为结婚行为具有高度的人身专属性，不可由他人代理，也不存在第三人的追认可能性。如果将“不能辨认自己的行为”作为一项独立的婚姻效力瑕疵，则不可能规定为效力待定，只能规定为无效或者不成立。然而问题就在于，一旦规定为无效或者不成立，相当于剥夺了这一部分群体结婚的权利。这些人确实存在一定的能力障碍，无法辨认作为法律行为的婚姻的含义，但是这并不意味着这些人不具备基本的意思表示、情感表达的能力。大部分无民事行为能力人、限制民事行为能力人其实也能明确表达自己是否愿意与对方共同生活。与此同时，现实中也有很多心智欠缺者的父母希望通过婚姻让子女得到精神上的慰藉和生活上的照顾。如果法律强行规定这些婚姻都无效，既不利于保护弱势群体，也存在歧视的问题。因此，日本亲属法理论通说会认为行为能力制度本就不能适用于身份行为领域。

可能有人 would 认为上述利益衡量只考虑到了行为能力欠缺者的利益，而没有考虑到相对方。但是结婚都是自愿的，相对方既然愿意和行为能力

欠缺者结婚，自然应该有所预期。当然，如果结婚时一方患有严重精神疾病却未告知对方，则是前述“重大疾病”欺诈的问题，属于可撤销的婚姻。

特别需要说明的是，认定行为能力欠缺者的婚姻有效的前提是，行为能力欠缺者“自愿”结婚，也就是说其起码应该具备愿意和对方共同生活的意思。联系近来成为新闻焦点的丰县“铁链女”事件，很多人认为因为她不具备行为能力，所以其婚姻应该认定为无效或者不成立。然而笔者认为该事件中可能引发婚姻效力瑕疵的事由恰恰不应该是行为能力，而是胁迫。试想一下，假设该案中没有“铁链”“拐卖”等因素，单纯只是她心智欠缺，还会有多少人认为其婚姻有效力瑕疵？相反，如果因为该案而普遍性地认为行为能力欠缺者的婚姻都无效或者不成立，反而可能造成大量误伤。特别值得一提的是，《民法典》对胁迫婚姻制度也做了完善，将撤销的除斥期间起算点从“结婚登记之日起一年内”修改为“胁迫行为终止之日起一年内”，大大降低了撤销难度。并且我国婚姻撤销的法律效果也具有溯及力，即一旦撤销则相当于婚姻自始不存在，这和婚姻无效、不成立的实质效果是相同的，所以也不必担心婚姻被撤销前的种种不合理行为会因为婚姻的存在而被合法化。

综上所述，除法定年龄外，行为能力本就不应该影响婚姻效力，婚姻家庭编不规定此种瑕疵类型是合理的。

（四）以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记

在《民法典》的编纂过程中，从2018年2月在学者范围内征求意见的《中华人民共和国民法典婚姻家庭编（草案）》开始，婚姻无效的规定中就新出现了“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记”这一情形，此后历经2018年8月版的《民法典各分编（草案）》，2019年6月版的《民法典婚姻家庭编（草案二次审议稿）》，2019年10月版《民法典婚姻家庭编（草案三次审议稿）》，该项规定一直存在，直到在2019年12月版的《中

华人民共和国民法典（草案）》中，该项规定才被删除。那么当初这一项规定为何会被写入，之后又为何被删除呢？

该规定的写入，原本是为了解决司法实务中经常出现的“被结婚”案件。比如，一对兄弟中的弟弟要结婚，但由于没有达到法定婚龄，于是借哥哥的身份证和女方办理了结婚登记，但实际弟弟与女方共同生活。该案中，实际共同生活的弟弟和女方，虽然具有婚姻的实质，却因为没有婚姻登记，属于“事实婚”范畴，只要发生在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后就不再被认为具有法律效力。哥哥和女方则根本没有结婚的合意，从理论上讲应该认为婚姻不成立，但是却因为存在婚姻登记而导致“被结婚”，从而在事实上无法再与他人正常结婚。然而问题在于，我国《婚姻法》中没有规定婚姻不成立这种效力瑕疵，司法实践中也没有婚姻不成立之诉。那么面临这种情况，“被结婚”的当事人如何救济自己呢？只能通过行政复议或者行政诉讼，撤销婚姻登记。从最终效果看，如果婚姻登记能够被最终顺利撤销，确实也能救济“被结婚”者。然而走行政诉讼路径要严格遵守行政诉讼的时效，《行政诉讼法》第46条规定：“自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。”因此如果在婚姻登记作出五年后才发现“被结婚”，恐怕就要终生背负一个不存在的婚姻，从而永远丧失缔结法律婚姻的可能性。相反如果走民事诉讼路径，由于主张婚姻不成立本身并非主张请求权，自然不存在诉讼时效的限制，当事人的权益可以得到更合理的保障。

与前述的重大误解、虚伪表示、行为能力不同，这一情形尽管看似非常冷门，但是笔者认为这种特殊的婚姻不成立案件才是原《婚姻法》中真正“应予规范而未规范”的瑕疵类型。“被结婚”在立法用语中难以表达，但是该型案件的共通之处在于都是“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记”作为表现形式；由于我国一直没有婚

姻不成立之诉这种诉讼类型，那么出于现实考虑，将之作为无效婚姻的一种，从最终效果上看和婚姻不成立没有任何不同，都有溯及力，且都不适用诉讼时效，对当事人的保护力度是相同的。因此笔者认为历次草案稿中将之作为无效婚姻的一种是合理的，并且这也是将所有涉及婚姻实质性瑕疵的案件全部收编回民事领域的机会。

然而令笔者遗憾的是，该项规定在一片反对声中最终被删除了。究其原因恐怕在于三个方面：其一，要认识到该规范的重要性，必须以认识到婚姻效力瑕疵具有封闭性为前提，否则反正可以适用总则规范，这种冷门的特殊情形规定与否无所谓；其二，该规范的表达确实存在模糊之处，容易和其他效力瑕疵情形相混淆；其三，该规范欲解决的问题是一种特殊的婚姻不成立，从完美的教义学角度看，不成立和无效之间确实是存在差别的。当然，根本原因恐怕还是在于第一点，假如认识到封闭的必要性，些许的模糊、不完美之处恐怕都是可以忍受的。

当然无论如何，该项规定的昙花一现至少表明了《民法典》编纂过程中曾试图穷尽包括极其冷门的类型在内的各种婚姻效力瑕疵类型的努力。从大的方向来看，可以认为《民法典》婚姻家庭编已经在立法规划上完成了对婚姻效力瑕疵类型的全面检索，没有规定的瑕疵类型并非“遗漏”，而是从法政策的角度看本就不该影响婚姻的效力。因此，最高院在司法解释中一直坚持的婚姻效力瑕疵的封闭性态度实际上和《民法典》的规范目的是相吻合的。至于令笔者感到遗憾的“被结婚”问题，其实换个角度想，假如未来婚姻登记部门能够自我纠错，这本也不是一个问题。

四、婚姻效力瑕疵封闭下的意思表示理论建构

前文从法政策的角度论述了《民法典》已经完成了对婚姻效力瑕疵的封闭性规定，但是仍然有一个理论问题没有解决：如何从法教义学的角度看待这些明明有瑕疵的意思表示却能形成有效的

婚姻呢？笔者认为这里可以借助日本民法理论中对于结婚意思的二分法作为分析工具展开讨论。

在日本，结婚的意思可以分为实质结婚意思与形式结婚意思。所谓实质结婚意思，指的是依社会一般观念中像夫妻那样共同生活的意思；所谓形式结婚意思，指的是缔结具有法律效果的婚姻的意思。以假结婚为例，无论当事人因为什么原因而假结婚，欠缺的只有可能是实质结婚意思，形式上缔结法律婚的意思是不可能欠缺的。有一则经典案例：保健所工作的女性 Y（被告）和上司 A 的儿子 X（原告）发生了关系，并约定要结婚。但是 X 的双亲强烈反对。Y 在经历三次流产之后，第四次怀孕后生出了 B 女。但 X 在父母的压力下，决定与 C 女结婚。Y 央求 X，至少要给他们的女儿一个婚生子女的身份。于是二人商定，二人偷偷地提交结婚登记申请，然后再马上办离婚手续。另一方面，X 与 C 举行了婚礼，并以夫妻关系进行生活。结果没想到，X 与 Y 办理了结婚登记后，Y 拒不办理离婚手续。于是，X 以没有结婚的意思为由，主张 X 与 Y 的婚姻无效。日本最高裁判所认为本案中的结婚登记申请是一种虚伪表示，X 与 Y 并没有“设定社会观念上的夫妇关系的法律效果意思”，所以 X 与 Y 的婚姻并不产生效力。该案可以看出，日本法中判断婚姻效力的关键是实质结婚意思。

进一步而言，如果将实质结婚意思作为意思表示真实性的唯一衡量标准推向极端，则还会出现所谓“临终婚”的争议问题：比如临终的老人为了报答照顾自己的年轻保姆，以赋予其继承权为目的，和该保姆进行结婚登记。此类婚姻的效力又该如何认定？由于临终的老人不可能与新配偶“共同生活”，所以可推断双方欠缺实质结婚意思，只有可能是为了实现某种其他目的而结婚，因此临终婚不应该发生法律效力。然而如果沿着这一思路进一步分析，甚至可能提出这种疑问：如果病危临终的老人基于某种“奇迹”而康复，并

要求与保姆同居，那么这时是否又应该例外地认可婚姻的效力？

显然，观察我国婚姻法会发现，无论是立法还是司法，均没有像日本这样极端重视实质结婚意思的倾向。例如在谈及因重大误解、欺诈而缔结的婚姻时，常见的说法是“重大误解、受欺诈的一方当事人从其内心讲还是自愿结婚的”，这里所谓的“自愿结婚”指的应该是形式结婚意思；再如所谓的“假结婚、假离婚都是真结婚、真离婚”，这里所谓的“假”应该是指实质结婚意思，“真”应该是指形式结婚意思。也就是说，我国在法政策上选择让绝大多数基于欺诈、重大误解、虚伪表示而缔结的婚姻有效，也不能说和意思表示瑕疵的基础理论相违背。毕竟如果只着眼于形式结婚意思，在这些情形下确实不存在任何“瑕疵”。

那么是否可以认为在我国法背景下，结婚的意思都是指的形式结婚意思？恐怕还不行。因为正如前文所述，我国法也选择让行为能力欠缺者的婚姻有效，对于他们而言欠缺行为能力也就意味着难以作出明确的具有法律效果的结婚意思（形式结婚意思），但是有共同生活的意愿（实质结婚意思）却可能表达出来。

那么从理论建构的角度看，我国法中的结婚的意思表示究竟指的是什么呢？考察真正应该影响婚姻效力的瑕疵类型会发现，都是既欠缺实质结婚意思又欠缺形式结婚意思的情形，例如胁迫婚以及“被结婚”。基于此，笔者认为我国法中的结婚意思，指的是“实质结婚意思或者形式结婚意思”，原则上二者只要满足其一，就符合了“自愿”的要件。再加上我国奉行严格的“法律婚”主义，强调结婚登记这一形式要件，关于婚姻意思表示的瑕疵类型（这里不讨论因为公益因素导致婚姻无效的情形）和婚姻效力的对照关系如下表所示：

瑕疵类型	实质结婚意思	形式结婚意思	婚姻登记	婚姻效力
虚伪表示	无	有	有	有效
行为能力欠缺,但有共同生活愿意	有	无	有	有效
重大误解	无	有	有	有效
欺诈	无	有	有	通常有效
胁迫	无	无	有	可撤销
伪造、变造证件,骗取结婚登记的婚姻	无	无	有	不成立(撤销婚姻登记)
事实婚	有	有	无	不成立

五、结论

《民法典》婚姻家庭编中关于婚姻效力瑕疵的规定应该解释为具有封闭性,没有规定的瑕疵类型并非“遗漏”,而是本就不该影响婚姻的效力,司法解释的立场和《民法典》的立场是一脉相承的。

从法政策的视角看,欺诈行为只有在涉及婚姻实质时才会影响婚姻效力,而法定的涉及婚姻实质的欺诈只有隐瞒重大疾病这一种,这种选择可以避免过于泛滥的撤销事由影响婚姻的安定性;与欺诈做对比,重大误解更加不足以构成撤销婚姻的事由;采取虚伪表示不影响婚姻效力的立场,

反而更加有助于减少假结婚、假离婚等行为,且有利于婚姻登记公信力的维护,至于附带的经济损害则可以通过区分身份行为和财产行为的法律技术加以救济,这也是《民法典》第 464 条第 2 款采取“根据其性质”这一表达的规范目的之一;除未达法定婚龄者外,其他人不纯因其行为能力欠缺而致婚姻效力受影响,否则相当于变相剥夺了弱势群体结婚的权利,至于对行为能力欠缺者的拐卖、非法拘禁等问题则属于胁迫婚的范畴;《民法典(草案)》中曾规定“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记”,这是为了解决“被结婚”这种特殊的婚姻不成立问题,该规范被删除意味着未来我国仍然只能通过登记部门的自我纠错或者行政复议、行政诉讼的方式对“被结婚”的受害人加以救济。

从教义学的视角看,结婚的意思可以分为实质结婚意思和形式结婚意思,前者是指依社会一般观念像夫妻那样共同生活的意思,后者是指缔结具有法律效果的婚姻的意思。在我国法中,应解释为二者只要具备其一,就符合“自愿结婚”要求,可以成立有效的婚姻。

满洪杰 | 积极老龄化理念下民法典成年监护规范解释论

原创: 2022-09-22 当代法学编辑部 当代法学编辑部

https://mp.weixin.qq.com/s/gqeKv7TnMT0dGg25Fd_B1w

作者: 满洪杰, 华东政法大学教授, 博士生导师, 法学博士。

内容提要: 积极老龄化要求保障老年人参与社会生活的能力。应通过解释, 解除成年监护与行为能力制度的关联, 避免概括性剥夺被监护人的行为能力。相较类型主义, 一元主义更符合比例原则, 故在监护范围上应形成准一元主义模式, 以克服类型主义对老年人事务的过度干预。对“限制行为能力”和管理事务作扩张解释, 增强

现有立法的开放性, 对“交易的人”与“身心需求的人”同等关注, 在涉及人身、医疗、财产处分等重大事务时, 监护人应受特别规制。

关键词: 积极老龄化; 成年监护; 行为能力; 监护范围; 准一元主义

我国正在加速进入老龄化社会, 如何完善我国成年监护制度以满足老龄化社会需求, 成为一个日益凸显的问题。传统成年监护将老年人完全置于被动、弱势地位, 对老年人参与社会生活持

消极立场。《民法典》虽然完善了成年监护制度，确立了以意定监护和法定监护为核心的成年监护体系，但基本上仍坚持了消极性和替代性的态度，主要立足于保护老年人合法权益不受侵害，而非老年人参与社会生活需要。1999年世界卫生组织提出了积极老龄化的理念。积极老龄化是对过度强调保护和照顾的养老观念的主动调整，其核心是支持和鼓励老年人按照自己的需要、意愿和能力，积极参与社会、经济、文化和公共事务，并得到社会的充分支持和保护。联合国第二次老龄问题世界大会通过的《马德里老龄问题国际行动计划》呼吁改变人们的态度、政策和方法，以确保老年人不仅仅被看作是福利的受益者，而是社会发展过程中积极的参与者。为此，我们有必要从鼓励和支持老年人社会参与的角度，解释《民法典》的相关制度。

一、补充取代剥夺——成年监护与行为能力的脱离

积极老龄化首先要求应当保障老年人平等参与社会生活的机会。中国民法继受了德国法系法律行为的概念，行为能力成为自然人根据自主意志参与民事生活的必备要件。为保护和促进老年人对社会生活的参与，成年监护应当以尽量减少对老年人行为能力的限制为宗旨。《残疾人权利公约》第12条也规定“应当确认残疾人在生活的各方面与其他人平等基础上享有法律权利能力。”然而，根据《民法典》第21条、第22条及第24条的规定，设立成年监护以宣告被监护人无民事行为能力、限制民事行为能力为必要。即使是成年人自主设立的意定监护，其生效仍然以“该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力”为前提。在程序上，《民法典》仅规定了无民事行为能力、限制民事行为能力的宣告制度，而未规定独立的成年监护设立宣告程序，使成年监护成为无民事行为能力、限制民事行为能力宣告的自

然结果和附属程序，我们可以称其为行为能力关联模式的成年监护立法。

（一）行为能力关联模式的缺陷和不足

行为能力关联模式监护立法具有下列缺陷和不足：

第一，对被监护人限制过度。以年龄和心智作为概括性判断自然人行为效力的制度，固然有其易于辨识、便于操作等优点，但也存在着对被认定为无行为能力者限制过度的问题。对于成年被监护人而言，“从生活、生理规律上讲，人的精神健康状况的正常化或意思能力的逐渐恢复或增强，不可能从无到有发生骤然转变，它大多是一个慢慢发展的过程。”特别是老年人，其意识的衰弱，更是一个渐进乃至反复的过程。简单地以某个时点上意思能力的有无作为剥夺其全部行为能力的依据，正当性和合理性值得推敲。《民法典》对于成年被监护人特别是被认定为无民事行为能力的被监护人“所采取的一律使法律行为无效的绝对保护方式，事实上使未成年人或精神障碍者沦为与基本社会生活完全脱离的被动地位”，其本质是将被监护人不作为社会平等成员看待，强制性地将被监护人本身与社会生活相隔离，“成年精神障碍者因完全被迫脱离鲜活的社会生活，其参与基本社会生活的能力或兴趣也可能慢慢泯灭。”因此，已有学者提出应“剪断监护与行为能力的关联”。

第二，不利于监护制度的充分有效利用。由于监护的设立与行为能力限制密切相关，而对成年人的行为能力限制必须通过《民法典》第24条规定的宣告程序进行。一方面，此种宣告将被宣告者失能的信息公布于外，可能与其个人隐私的需求相抵触，影响了老年人设立监护的意愿。另一方面，法院对于剥夺自然人行为能力宣告在法律适用上也慎之又慎。这在整体上大大降低了成年监护的利用率。根据《2018年全国法院司法统计公报》，2017年全国法院共受理行为

能力认定案件23474件, 审结23268件。而全国老龄办、民政部、财政部2016年发布的第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查显示, 我国失能、半失能老年人大致4063万人。两者相较, 成年监护制度并未被有需求的老年人充分利用。而为数不多的能力宣告案件也主要因亲属对于管理被监护人财产的争议而引发, 广大老年人在身心上获得照管和保护的的需求并未获得回应。

第三, 不利于意定监护充分发挥效用。《民法典》第33条承继了《老年人权益保障法》第28条规定的意定监护并将其扩展适用于所有的成年监护。但是对意定监护生效要件, 《民法典》第33条规定, 只有在被监护人受到行为能力限制宣告时, 意定监护才能生效。此种规定, 仍然是将意定监护作为行为能力补足制度加以看待, 而忽视了被监护人特别是老年人维持有尊严生活的需要, 是对被监护人自由的过度限制。

(二) 比较法上成年监护与行为能力的脱离

德国在1990年、1998年通过了《关于改革成年人监护和辅佐的法律》和《修改照管法及其他规定的法律》, 先后废除了禁治产制度和对成年人的监护和辅佐, 而代之以“法律照管”。修订后的《德国民法典》第1896条明确指出, “成年人因心理疾病、身体、智能或精神障碍, 致不能处理自己事务之全部或一部者”即可由法院依申请或者职权为其选任照管人。该条特别强调, 无行为能力者也可以提出设立照管的申请, 同时即使被照管人具有行为能力, 也可以设置照管人。与此相同, 《奥地利民法典》第268条第1款中监护人设立条件为本人因心理原因的疾患或精神上的障碍而受到不利益的情况下, 致使不能处理自己的全部或部分事务。《瑞士民法典》也将设立成年人保佐的要件界定为“因精神障碍、心理错乱或其他类似的内在的心智耗弱, 完全或部分不能管理其事务, 或者因暂时性的无判断能力或者

暂时性的无意识, 不能亲自处理其必须处理的事务, 且未指定代表人者”。这些立法, 均将“不能处理事务”与“不能为法律行为”区分开来, 并仅将前者作为监护设立条件, 从而脱离了行为能力的限制。

此外, 为了确保监护对于成年人是一种可以选择的工具而不是一种被迫的剥夺, 对于因身体障碍不能处理自己事务者, 《德国民法典》第1896条将申请设立照管的权利排他性地赋予了身体障碍者本人, 规定“成年人因身体障碍, 致不能处理自己事务者, 仅得由本人申请之”, 防止其他亲属或者其他利害关系人未经身体障碍者同意即为其申请或者法院自行依职权设立照管。而该段第I—1款更明确指出, 与成年人之自由意志相左时不得设置辅助人, 从而保障了设立监护对于身体障碍者而言是权利不是限制。

(三) 行为能力补充的解释论

对于行为能力关联模式的弊端, 学者在前期研究中也有论述, 也有学者提出在今后的立法中应当以功能能力取代行为能力, 作为设立成年监护的判定标准。但是, 在《民法典》刚刚颁行之际, 较为经济合理的方法是采用法解释途径增强现有立法的开放性, 使法官得以“最有利于被监护人原则”和“尊重被监护人自主决定权原则”为目标和指针, 通过保障老年人社会参与为目的的功能主义路径, 以行为能力补充取代行为能力剥夺。

此种解释的基本出发点是, 在“无行为能力”和“限制行为能力”两个类型中, 无行为能力在类型要素上要求更为严苛, 在法律效果上则更加缺少自由度。相对而言, “限制行为能力”则具有更为宽泛的灵活适用空间。因此, 笔者提出以下解释路径:

第一, 减少无行为能力宣告的适用。在《民法典》所规定的两种类型之间, 应尽量减少第21条关于无行为能力宣告的适用。由于老年人意思能力以及事务处理能力的丧失往往是一个渐进、

反复或者间发的过程，完全丧失意思能力的情况并非多数。更多的老年人则是因丧失部分事务处理能力而亟需通过成年监护制度获得协助。因此，应当尽量避免概括剥夺老年人的行为能力，将其完全隔绝于社会的做法。

从文义解释的角度，《民法典》第21条第1款“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人”与第22条“不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人”相对照，第21条所言“不能辨识”显然是指“完全不能辨识”。只有达到此标准，才能适用无行为能力宣告，从而最大限度地减少适用无行为能力宣告。

第二，扩张限制行为能力的适用。需要对《民法典》第22条“不能完全辨认自己行为的成年人”进行目的性扩张。从第22条关于限制行为能力的成年人可以“独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”的规定，可以确定限制行为能力制度的目的在于保护限制行为能力人利益和补充其能力上的不足。而影响限制行为能力人参与民事活动的因素，除了智力和精神状况外，还包括身体障碍等情形。因此，可以将心理疾病、智能或精神障碍与身体等各种影响老年人事务处理能力的因素同样看待，作为适用“限制行为能力”的认定因素，充分扩张“限制行为能力”的适用范围，使其可以涵盖各种身心障碍的情形，“将更多需要照顾的民事主体纳入其中”，满足老年人获得身心帮助的需求。

第三，放宽意定监护的生效要件。根据《民法典》第33条的规定，意定监护的被监护人“在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时”，意定监护人即可履行监护职责。根据上述解释意旨，应当同样地对“部分丧失民事行为能力”进行目的性扩展，使之包括心理疾病、智能或精神障碍，以及身体等各种因素，允许被监护人在事务处理能力不足时，根据自身需求而使意定监护协议发

生效力，将全部或者部分监护事务，以及全部或者部分决定权委托给监护人行使。

第四，根据被监护人的实际需求确定行为能力的范围。根据《民法典》第22条的规定，限制民事行为能力人可以实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。这就为法院根据被监护人身心状况确定其可以实施的法律行为的范围提供了充分弹性。对于那些具有意思能力，只是由于身体等方面的实际需求寻求监护制度保护的被监护人，可以少限制乃至不限制其自主处理法律行为的能力。此时，监护人的职责根据《民法典》第35条为“保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康相适应的民事法律行为”，从而实现成年监护与行为能力在实质上的脱钩。

二、突破类型法定——准一元主义解释

当成年监护不再概括地剥夺被监护人的行为能力时，法院需要在进行监护宣告之时根据被监护人认识能力，确定为被监护人提供行为能力协助的范围。对于如何确定协助范围，则有日本、韩国、法国等所采用的类型主义和德国所采用的一元主义两种模式。

（一）成年监护的类型主义与一元主义

类型主义模式以日本为例。2000年修订后的《日本民法典》按照“事理辨识能力（指的是判断能力，据起草者所言，和学界所称的‘意思能力’是不同的）的衰退程度，在能力欠缺处于常态的情况下适用监护（第7条），在能力显著不足的情况下适用保佐（第11条），在仅仅是能力不足的情况下适用辅助（第15条）”。监护并未完全剥夺被监护人的行为能力，而是在第9条规定“成年被监护人的法律行为可以撤销。但仅就日用品的购买等日常生活行为，不在此限。”同时第859条第1项赋予成年监护人以代理权。相对于被监护人，被保佐人的辨识能力更强，因此该法第13条进一步放宽了被保佐人可以实施

的法律行为的范围,不仅允许被保佐人实施第9条但书规定的日常生活行为,而且允许被保佐人实施一般的法律行为,只是规定实施“支取本金、或者利用本金;借债或提供保证;以不动产或者其他重要财产的权利得丧为目的的行为”等对被保佐人的财产有重大影响的行为需取得其保佐人的同意,同时允许家庭法院根据被保佐人的意识和最大利益限缩或扩大需取得保佐人同意的行为的范围。而对于受辅助人,则只有在有利害关系人、辅助人或辅助监督人请求并经被辅助人本人同意时,方得裁定被辅助人实施第13条限制的行为时需取得辅助人同意。此种立法,体现了对意识能力缺乏者的行为能力区分不同类型根据其实际情况加以补足,以支持其依据自己的意愿从事民事活动,而非概括性予以剥夺的原则。

一元主义则以德国为例,《德国民法典》对于成年监护只规定有法律照管一种形式,其第条、第1897条将确定监护人职务范围的权利完全赋予法院,由法院根据被监护人最大利益和尊重自主意志的原则,指定监护人职务范围。第1901条规定照管范围包括一切必要之日常生活活动,在此范围内监护人对被监护人之事务为合于法律之管理。

(二) 类型主义与一元主义之利弊分析

成年监护模式以类型主义还是一元主义为优,讨论见仁见智。我国学者多支持类型论观点,认为“只有将保护措施类型化,并赋予每种类型不同的内容——或保护或援助或辅助——才能最大程度地尊重本人残余的意思能力,最大程度地保留自治空间,也才能符合比例原则。”在学者提出的中国民法典草案建议稿亲属编中,也将成年监护区分为照顾与辅助两种类型。其建议理由指出,“‘一元主义’的缺点,在于未注意成年障碍者意思能力的差别和要求不同的法律保护类型,但也有因制度设计简单而致操作简便的优点;‘类型主义’的优点,在于注意到成年障碍者意

思能力的差别和法律保护的不同要求,但因其分设监护、保佐、辅助三项制度而带来操作上的复杂和困难,亦是其缺点。”

上述观点对于类型主义和一元主义的理解难谓恰当。一元主义并非未关注到被监护人意思能力的差别,相反一元主义要求法官根据每个具体被监护人意思能力确定监护职责的具体范围,而不受任何形式化法律规范要求的限制,是最符合现代成年监护理念和保护被监护人利益要求的。其缺点在于对于监护职责具体范围的判断要求法官对于被监护人的能力状况有准确的认识,在操作上难度较大。日本采用类型主义的主要考虑因素包括:“第一,观察被保护人需要保护的程度,选择保护人时,要尽可能缩短决定其权限的手续所花费的时间。第二,想要准确地调查被保护人的能力衰退情况,需要花费很长时间,而且作为精神医学的外行人,法官能在多大程度上详细地判断能力衰退也是个疑问。即使这个判断是可行的,但到底应该给予保护人多大的权限,对于这个问题如果没有一定的标准,作为法官也只能是一筹莫展了。”类型化的优点在于可以通过预先创设的类型减少法官确定被监护人能力和监护职责范围的困难和负担,减少具体操作的难度,但从保护被监护人权益,最大限度减少对被监护人干预的角度并无优势。

类型主义和一元主义之争,实质反映了对“类型法定”路径的不同认识。类型法定在民法中指法律进行类型的强制,法律关系(法律权利)的种类和内容由法律预设,当事人无内容形成上的自由。在当代家庭法中,随着人格自由的不断发展,类型法定在走向弱化。“当某种社会文化意义上的类型产生了法律保护的必要性时,家庭法要么在现有类型外创设新的类型,要么开放现有类型要素,由法院根据要素进行动态判断。”类型强制体现了国家权力对个人事务的介入和干预,或多或少地均会剥夺或限制被监护人的自由,需接受比例原则的检验。

比例原则要求“干预相对于一个更高的利益而言是必要的；干预必须适合于达成所欲求之目的；而且要采用最和缓的手段来实现此目的。”这三个方面即为比例原则的三个子原则：适当性原则、必要性原则和均衡性原则。我们可以发现，一元主义较之类型主义更为妥适。

第一，从适当性原则来看，类型主义固然有技术上便利性和时间上便捷性的优势，但适当性原则要求为干预基本权利所采取的手段必须要适合于目的之达成。成年监护能力协助范围立法的目的，是对被监护人合法权益进行最大程度的保护和最大限度的尊重被监护人意愿。仅为司法机关裁决上的方便快捷而以预先设定的类型限制，不足以为类型主义提供目的正当性支撑，在手段和目标上南辕北辙。

第二，从必要性原则来看，在能够达到相同目的的手段中应当选择最为和缓的干预手段。在成年监护中国家权力应当尽量谦抑和克制，保障被监护人最大限度地行使权利，并引导社会充分尊重每个个体的基本人权。在类型主义模式下，虽然立法者已经尽可能地考虑到各种被监护人能力丧失和协助需求的程度及类型，但一方面立法者的预设难免有所遗漏，另一方面各个被监护人具体情形与法定类型之间又难以似榫卯般精密衔接。以固有之类型预设协助之内容，有刻舟求剑之嫌。

第三，均衡性原则要求干预手段对自由所造成的限制与其所追求的目的之间成比例。类型主义采用了形式主义路径，以特定监护类型作为确定协助范围的唯一依据，不仅在法律效果上缺乏足够的弹性，也缺乏对被监护人自主意愿的充分尊重。与之相反，一元主义则避免了立场预设，通过考虑单个被监护人的具体情况、意愿和需求而确定协助范围，最大限度地避免了个案中所确定的协助范围对被监护人的过度限制或者支持不足。

（三）准一元主义的解释路径

我国《民法典》并未采取《日本民法典》的类型化模式，而只是规定了无行为能力人监护和限制行为能力人监护。无行为能力人监护的职责范围包括被监护人的全部事务，而限制行为能力人监护的职责范围则富有弹性，监护人应“保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”，实际并未硬性剥夺被监护人处理某一种事务的可能性。从尊重被监护人自主意愿和鼓励社会生活参与的角度，此种模式实际开放了类型要素，将给予被监护人行能力支持的范围交由法官进行判断，要优于前述民法典学者建议稿在剥夺全部能力的成年监护之外设置辅助类型并硬性规定被监护人实施“存款本金的领取和利用”等行为必须经辅助人同意的立法模式，避免因类型强制所引起的国家和公共权力的过度介入。

如上文所述，可以通过对我国《民法典》第21条和第22条进行解释，缩限无行为能力宣告并扩大限制行为能力宣告的利用。对严格符合第21条完全不能辨识自己行为的被监护人，才能概括性将处理各种事务决定权赋予监护人。从第21条后半句“由其法定代理人代理实施民事法律行为”可以看出，我国《民法典》并未如《日本民法典》第9条一样将被监护人行为规定为可撤销，而是直接剥夺了被监护人独立实施行为的可能，略显严苛。但通过将第21条适用范围的最大压缩，减少此种情况出现的范围。对于限制行为能力监护，则应当通过解释为其创造更加广泛的适用空间。第22条但书规定，限制行为能力的成年人“可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”，这为法院根据老年人不同的事务处理能力和监护需求，决定每个具体的被监护人可以自行实施以及需要监护人辅助实施的行为类型提供了法律依据。根据该条规定，法院在作出成年人丧失部分行为能力以及设立监护人的判决时，应当明确与被监护人“智力、精神健康状况相适

应的民事法律行为”的具体范围。我国《民法典》第 35 条规定，“对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉”。因此在该范围内的事务，应由被监护人自行实施，监护人不得干涉，不得剥夺被监护人的行为自主权；在该监护范围外的事务，才需要由监护人进行辅助。当被监护人的事务处理能力发生变化时，监护人、被监护人、其他利害关系人以及民政部门均有权向法院提起诉讼，请求调整被监护人自行处理事务的范围。

根据此种解释，可以认为我国《民法典》建立了以具体化决定监护范围为原则，以概括性剥夺被监护人事务处理能力为例外的成年监护制度，形成了一种准一元主义，更类似于德国模式。以此路径，可以将我国成年监护改造为最符合比例原则、最小限度干预被监护人事务、最大程度鼓励被监护人社会参与的模式。

三、扩张协助范围——从专注交易到关怀身心

积极老龄化鼓励老年人对社会生活的全面参与。老年人对于社会生活的参与需求是多元化的，除了实施法律行为外，还有人身、医疗等方面的需求。但是，现有的成年监护制度仍然采用了以法律行为为对象、以交易安全为目的的规范路径，而对于老年人的其他需求予以忽视。

（一）专注“交易的人”的监护模式

行为能力是“法律上有效为法律行为之能力”，与人的主体性无关，“不涉及自然人的主体地位，而只关乎法律行为的效力。”理论状态下，人是否可以进行交易行为应当以其是否对该特定行为具有认识能力进行个别性判断。但是，此种个别性判断费时费力，且不利于保护交易的安全性，而在民法中由行为能力制度取而代之。对于行为能力有欠缺者，则有消极保护和积极保护两个方面。消极保护体现在对相关法律行为的效力进行管制，以限制或者禁止法律交往的方式，清除行为能力欠缺者遭受损害的可能性，同时维

护交易行为的安全与效率，防止因行为人意思能力的不足使交易效力陷于不确定状态，而损害社会财产流转的整体稳定性。积极保护则通过为行为能力欠缺者设立法定代理人，使行为能力欠缺者得以通过法律行为获得利益保护。

虽然法律行为涵盖了财产交易行为与身份关系行为，但由于婚姻、收养等身份行为并不能通过法定代理而为之，故以行为能力为基础的监护制度，本质上规范的是作为民事交易主体意义上的“人（person）”，即以权利能力和行为能力为表征的“人格（personality）”，而非有身心需求的具体的“人（human）”。如大村敦志教授所言，日本民法典所设想的“人”不是具有“身心”和“生活”的抽象存在（“心”不具有感情仅具有意思），而是作为呈现于交易实践中的法的主体的“人”，对其应从财产（权利义务）的归属和变动的观点来理解。

（二）比较法上对监护事务范围的扩展

20 世纪末以来，世界各国陆续对成年监护制度进行了重大改革，废除了传统民法上以行为能力和禁治产制度为核心的旧制度。此种改革，一方面是因应当代社会老龄化的趋势，妥善保护老年人的合法权益，另一方面，人权观念的兴起和发展要求监护不应单纯以维护交易安全为目的，而应尊重残疾人、老年人作为社会成员的自由意志，并满足其人身、财产管理的实际需要。以修订后的《德国民法典》为例，除了在总则编第 104 条第 2 项规定“因精神活动之病理上障碍，致陷于丧失自由决定意思之状态者”无行为能力，并以第 105 条规定无行为能力的意思表示无效之外，还在亲属编中规定了对于成年人的“法律照管”，将监护人的职责范围扩展到包括医疗事务、人身事务、财产事务、代理事务等，从而形成了监护制度在保护对象上“交易的人”与“身心需求的人”结合。而 1999 年《日本民法典》的修订新设了保佐及辅助作为亲属编第六章，其第 85

8条规定了“成年监护人在从事成年被监护人的生活、医疗看护以及财产管理等事务时，应当尊重成年被监护人的意思，而且要照顾到其身心的状态以及生活的状况。”此种规定，与不考虑被监护人身心状态与生活需求的法律行为补足制度相比，显然具有不同意义。《荷兰民法典》则在其家庭法与人法编中，对于因身体或者精神状态临时或者长期无法处理自身财产权益的成年人规定了信托管理(fiduciary administration)，由信托管理人代理该成年人处理财产事务，实施法律行为。而对于因身体或者精神状态临时或者长期无法处理自身“非财产利益”的，则由法院根据本人或者其他利害关系人的申请通过保护命令(protection order)设立保护人(protector)，以协助本人处理相关事务。

(三)《民法典》相关条文的解释论

《民法典》对于成年监护的规定仍立足于满足“交易的人”的需求。从《民法典》第28条的规定看，成年监护仍是作为自然人行为能力补足制度出现的。《民法典》第34条规定：“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。”显然监护人的主要职责仍然为在交易中补足被监护人的行为能力欠缺。第35条规定的最有利于被监护人原则和尊重被监护人自主决定权原则，其落脚点仍然在于“保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。”因此，《民法典》很大程度上仍单一性地关注“交易的人”而忽视了有身心需求的人。

现代成年监护以被监护人的人身权利和财产权利的综合保障作为对象，维护被监护人的人格尊严、个人自由和高质量的生活。因此，成年监护的内容除了代理被监护人管理财产以外，还包括为被监护人的利益作出涉及人身、医疗的决定。对此，我们须求诸于法律解释，对《民法典》所规定的监护事务范围进行扩展，将监护所关注的对

象，从作为交易主体的抽象的人，扩展到有血有肉、有多元化身心需求的人，使监护不仅作为行为能力补足制度，更成为身心保护制度。其主要方法，是对《民法典》第34条、第35条进行目的性扩张。

《民法典》第34条对于成年监护人的职责范围除规定应“代理被监护人实施民事法律行为”外，还规定应“保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。”传统上，保护被监护人的合法权益被解释为使被监护人的权益免受他人不法侵害，是一种消极、被动的职责。基于被监护人特别是老年人人身、医疗等事务处理的必要性和紧迫性，应通过目的性扩张，将其解释为包括监护人的积极管理职责。同时，《民法典》第35条规定监护人“对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。”此处的“事务”，在解释上应不限于法律行为，而应包括人身、医疗、财产处分等各种事务。依对该条文的反对解释，被监护人无能力独立处理的事务，应由监护人“保障并协助”。由此则成年监护可以摆脱其以交易为中心的视阈限制，真正符合保护老年人合法权益的需要。

(四)重大事务处理的特殊规则

由于人身、医疗、财产处分等事务对于被监护人具有重要意义，监护人在进行事务处理时，应受特殊规则的限制，具体包括：

第一，财产处分。监护人有权管理被监护人的财产，代理被监护人实施与财产有关的行为。但是，由于住房对于保障被监护人人身和财产具有重要意义，监护人处分被监护人住房时应受限制。

《德国民法典》第1907条对于监护人处分被监护人住房做出了特别规定，明确要求监护人出租被监护人住房的，应经法院批准。我国《老年人权益保障法》第16条规定：“老年人所有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。”此规定也

体现了立法对老年人住房给予特别保护的意旨。监护人无正当理由擅自处分或出租老年人住房的，可据此否定其行为效力。

第二，人身管理。为了保护被监护人的利益，监护人在特殊情况下可限制被监护人的人身自由。我国《精神卫生法》第 28 条第 2 款规定：“疑似精神障碍患者发生伤害自身、危害他人安全的行为，或者有伤害自身、危害他人安全的危险的，其近亲属、所在单位、当地公安机关应当立即采取措施予以制止，并将其送往医疗机构进行精神障碍诊断。”当被监护人存在上述情形时，应当对该条进行扩张解释，允许其监护人采取相应的限制措施。

第三，医疗决定。知情同意是当代医患关系的基本原则。当被监护人对告知事项没有认识和同意的能力时，应首先尊重被监护人在认识能力尚存时作出的预先决定。没有预先决定时，《民法典》第 1219 条和《医师法》第 25 条均规定由患者近亲属作出替代同意。但是，根据《民法典》第 34 条、第 35 条，医疗决定属于监护人的职责范围，由于《民法典》第 1219 条第 1 款后半句是对替代决定的一般规范，适用于所有“不能或者不宜向患者说明”的情形，第 34 条、第 35 条对于监护人医疗决定的规范与之相较属于特别法，故当患者为被监护人时，应由监护人作为替代同意的主体。同时，应当允许患者的近亲属对于患者意愿以及医疗方案提出自己的意见，参与

相关医疗决定，特别是那些可能造成患者死亡或者永久性伤害的决定。

对于一般医疗决定，监护人作出即生效力。根据我国《精神卫生法》第 43 条的规定，医疗机构实施导致人体器官丧失功能的外科手术，或者与精神障碍治疗有关的实验性临床医疗时，应当取得患者监护人的书面同意，并经医疗机构伦理委员会批准。据此，对于可能造成被监护人严重健康影响的决定，应受医疗机构的伦理审查。

结语

积极老龄化的前提是将老年人作为社会平等成员看待，保障其平等参与社会生活的资格和能力，而不是将其仅作为应当受到保护的弱者。“平等的法权就其本身而言并不要求人们在某些方面——如财富或资源上获得同等对待，它只要求任何人都不是他的主人。另一个人无权为你做出决定，即使他比你更清楚什么东西将使你的生活得以改善，或者他拥有一个只有你才能满足的迫切需求。”为塑造符合积极老龄化需求的成年监护制度，我们需要从民法典规范出发，通过法解释路径，形成与行为能力相脱离、关注老年人身心需求的准一元化成年监护制度，并通过扩展监护事务范围使老年人权利获得充分保护。

来源：《当代法学》2022 年第 5 期（第 56-64 页）。（责任编辑：王国柱）

刘杰勇、楼建波：论夫妻公司适用一人公司人格否认规定——以 96 件类案为分析 | 法学专论

原创：2022-09-24 判解研究编辑部 判解研究

<https://mp.weixin.qq.com/s/9hp1RnUUahY7cCANLU42Pw>

刘杰勇：北京大学法学院博士研究生

楼建波：北京大学法学院教授，博士生导师

*篇幅所限，本文已经省略脚注和参考文献。从最大程度保留原文角度出发，亦未对本文所引用的规范性法律文件进行修改。

*本文原载于《判解研究》2021 年第 4 辑第 18-33 页。转载时请注明“转自‘判解研究编辑部’公众号”等字样。

01 问题的提出

理论上,夫妻公司根据公开程度的不同,可分为夫妻股份有限公司和夫妻有限责任公司;实务中,夫妻公司多指夫妻有限责任公司,即股东仅为夫妻二人的有限责任公司。本文采实务中说法。因夫妻公司与一人公司在控制权一元化、出资主体单一等表征上的相似性,曾有指导案例在公司债务纠纷中将未分割之夫妻共同财产出资设立的夫妻公司视为单一主体设立的一人公司,参照适用一人公司人格否认规定审理。对此,有观点认为,夫妻并非被认可的独立法人主体,以未分割之夫妻共同财产出资难以推导出夫妻公司为单一主体设立之公司的逻辑结论。也有观点认为,将夫妻公司适用一人公司人格否认规定进行审理,举证责任倒置,能有效保护债权人利益。理论上的争议在司法实践中得到充分映射,夫妻公司可否适用一人公司人格否认规定进行审理在裁判文书的原告主张、被告辩称与法院裁判中频繁论证,留下诸多类案可供研究。

鉴于此,本文拟以原告有证据证明夫妻公司可能存有财产混同为讨论前提,通过中国裁判文书网收集整理近 5 年来所有的类案裁判文书,辨析文书中适用与不适用观点的合理性,研究夫妻公司适用一人公司人格否认规定(《公司法》第 63 条)的审判困境及其解决思路。

02 类案裁判中适用与不适用

观点辨析

以“一人公司”与“夫妻公司”为关键词在中国裁判文书网进行全文搜索,时间跨度为 5 年,从 2016 年 1 月 1 日起至 2021 年 1 月 1 日止,共收集到 156 份类案裁判文书。其中,无效类案 60 件,有效类案 96 件。有效类案中,主张夫妻公司

可适用一人公司人格否认规定的有 59 件,主张不适用的有 37 件,适用率为 61.46%。由此可见,大部分法官在裁判过程中认为,公司债务纠纷中夫妻公司可适用一人公司人格否认规定进行审理。

类案中原告请求法院将夫妻公司债务纠纷适用《公司法》第 63 条审理的主要目的在于:被告举证责任倒置,由被告举证证明夫妻公司的财产未与夫妻共同财产混同,否则夫妻公司法人格将被否认,夫妻对公司债务承担连带清偿责任。《公司法》第 63 条作为特别条款,与作为一般条款的《公司法》第 20 条共同构成公司法人格否认制度。从法条释义分析,夫妻公司股东人数为两人,其法人格否认应仅能适用《公司法》第 20 条。而一人公司人格否认则既可适用《公司法》第 63 条,也可适用《公司法》第 20 条。当存在财产混同情形而应否定公司法人格时,一人公司债权人可选择主张适用《公司法》第 63 条,由股东承担举证责任,或者主张适用《公司法》第 20 条,由债权人举证。当因其他原因而应否定公司法人格时,债权人应仅主张适用《公司法》第 20 条,由债权人承担举证责任。股东人数为两人的夫妻公司并非一人公司,适用《公司法》第 63 条,并无法条依据,但在类案裁判中却广泛存在,其中原因有待探寻。因此,本部分内容将对 96 件有效类案裁判中适用与不适用的观点分别进行辨析。

(一)适用观点:高度相似性

其一,出资主体单一。作为夫妻公司与一人公司之间最直观的相似特征,出资主体单一在类案裁判中被最多引用。尽管原国家工商行政管理局《公司登记管理若干问题的规定》已在 2006 年废止,但判决文书中仍有援引其第 23 条规定论证适用的合理性,即家庭成员共同出资设立有限责任公司,在登记时需提交财产分割的书面证明或协议。夫妻作为被告应诉时未能证明注册公司时曾向工商部门提交过分割财产证明或协议的,视为以夫妻共同财产出资,出资主体单一,故而应视

为一人公司，适用一人公司人格否认规定。另一种证成逻辑是，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(现已废止)第4条规定，除法定事由外，婚姻关系存续期间夫妻共同财产不可分割。虽然夫妻公司为复数股东，股权主体为多人，但实质上夫妻双方所持股权都属于夫妻共同财产，彼此之间亦不构成真正的股东关系，所设立夫妻公司与一人公司并无差别，可适用一人公司人格否认规定。

其二，夫妻意思表示高度一致。夫妻概念源自婚姻制度，而学界对婚姻的定义未有统一的解释，有伦理说、契约说、社会制度说、共同生活说等，其中以社会制度说为通说，即婚姻是社会制度认可下男女双方共同生活且互为配偶的结合。传统社会观念上，婚姻通过制度设计将男女双方“粘合”成为一个共同体，夫妻作为婚姻的组成人员，任何一方对外所为意思表示都将被认为是夫妻二人的共同意思表示。这种社会观念也在法条中得到充分映射，如《民法典》婚姻家庭编第1064条关于夫妻共同债务的规定。当该社会观念在夫妻公司中呈现时，夫妻公司中任一股东的意思表示都足以让交易相对方确信为夫妻共同意思表示，进而认为是夫妻公司的意思表示，股东意思表示与公司意思表示混同，与一人公司情况相同，因此，可适用一人公司人格否认规定。

其三，夫妻公司控制权单一。夫妻共同经营夫妻公司，对公司的经营决策拥有绝对控制权，且该控制权归属于夫妻共同体，具有单一性，显然有别于一般意义上能够形成有效制衡机制的普通有限责任公司。基于“委托代理理论”，夫妻公司的设立、存续和运营完全依附于夫妻共同体的指令，使得公司成为夫妻股东普通法上的代理人，夫妻共同体应如代理理论中的“本人”一样，对公司的具体行为和债务负责。故债务纠纷中夫妻公司应适用一人公司人格否认规定。

其四，夫妻公司闭合性。夫妻公司虽有夫妻股东二人，但其利益与意思表示具有同一性，普通

有限公司中“股东会—董事会—监事会”三会并存且相互制衡的基本治理结构被架空，诸如资本多数决原则、信息公开制度、董事忠实勤勉义务等规则都随着股东实质一元化而失去意义。夫妻公司治理具有闭合性，与一人公司相似，故而适用一人公司人格否认规定具有合理性。

其五，夫妻公司股权实质一元化。理论上，一人公司根据股东人数的不同可分为形式一人公司与实质一人公司。前者指具有股东名义的仅有一人。后者指公司股东人数虽为复数，但股权真正所有人仅为一人(体)，其余股东为挂名股东或应与真正股东视为一体。我国夫妻财产制度采婚后所得共同制，婚姻关系存续期间夫妻双方所得的股权属于夫妻共同财产，但属于法定夫妻一方个人财产或另有约定的除外。夫妻以共同财产出资设立夫妻公司，公司的全部股权归于夫妻二人，并为夫妻共同共有。夫妻公司的全部股权实质来源于统一财产权，并为夫妻共同体享有与支配，具有利益的一致性与实质的单一性，应为实质一人公司，适用一人公司人格否认规定。

除上述五种适用观点外，案件裁判中的适用理由还包括保护债权人合法权益。由于夫妻公司与一人公司相似，对债权人的利益保护存在天然缺陷，比如“三会”的实质无意义化、无其他股东与债权人相互配合共同维权等，因此，债权人与公司发生债务纠纷时，往往难以得到法律有力保护。而在夫妻共同债务纠纷中适用一人公司人格否认规定对夫妻公司施予更为严苛的规制与管理，可以更好维护债权人的合法权益。

适用观点的论证路径主要从夫妻公司与一人公司间的高度相似性入手，比如出资主体单一、控制权单一、公司闭合性等表征，但“因为相似所以适用”的证成逻辑有些牵强，说服力仍显不足。该路径的论证尽头是夫妻公司“像”极一人公司，且存有财产混同情形，故而可以适用一人公司人格否认规定。但“像”终究不是，不是则存在不同，进而无法合理适用一人公司人格否认

规定，或者说必然存在适用上的某些无法契合的障碍。

(二)不适用观点：法条规定

其一，股东人数不相符。以股东人数不相符为由主张不适用一人公司人格否认的类案数最多，有 31 件，引用率最高(78.38%)。根据《公司法》第 57 条规定，股东有且仅有一个自然人或法人的有限责任公司为一人公司。夫妻公司股东为两人，与第 57 条规定明显不符，不能适用一人公司人格否认规定。其二，无法条依据。我国现行法律制度并无法条规定夫妻公司可以适用一人公司人格否认规定。其三，公司注册时间不在婚姻关系存续期间，或者诉讼时公司已经变更股东，不构成夫妻公司。其四，《公司登记管理若干问题的决定》已废止，其第 23 条规定已不具有法律效力。公司登记时未提交财产分割的书面协议或证明，不能认定为夫妻以共同财产出资设立夫妻公司，进而以出资主体单一且存在财产混同情形为由，适用一人公司人格否认规定。

不适用理由主要以法律条文为依据，如股东人数不相符、未有条文规定夫妻公司可以参照适用一人公司人格否认规定等。从法官群体视角来看，“法条主义”的论证逻辑较为保险，即有规定的依据规定，没有规定的不能适用逻辑。但不可否认的是，法律条文往往具有一定滞后性，一味坚持“法条主义”可能导致裁判结果的实质不正义，损害债权人的合法权益。2010 年 11 月 26 日，最高人民法院颁布《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，定期发布对全国法院审判、执行工作具有指导作用的案例。指导性案例具有事实上的拘束力。此外，裁判文书中也常直接引用未规定于法条中，但常见于学说理论中的概念、原则与观点。因此，案件裁判过程中一味坚持“法条主义”并不妥当。

03 夫妻公司与一人公司的关系：

夫妻股权共有

诚如前述，类案裁判中夫妻公司适用一人公司人格否认制度的理由主要从夫妻公司与一人公司具有相似性入手论证，不适用的理由则主要从“法条主义”着手。在论证路径选择上，适用观点从夫妻公司与一人公司的特征相似性入手，结果终究只能是“像”，而非“是”。因为“像”，所以适用，并非令人满意的结论，因为“像”意味着二者之间终究存有不同，不同则无法合理适用一人公司相关规定。而不适用的“法条主义”主张，容易导致实质不正义，忽略指导性案例与学说，也不妥当。

一人公司相关法律最早可追溯到列支敦士登的《关于自然人及公司的法律》，指公司的全部出资和所有股份由一人(自然人或法人)持有的有限公司。一人公司因一人股东之特性对传统公司法造成强烈冲击，公司法规则也在冲击下重组，法人格否认的设置使得无限责任规则重新在法定的有限范围内适用于一人股东。而公司法人格否认恰与公司股权结构呈显著关联性，公司股权越集中，股东滥用公司法人格与有限责任的概率就越大。以美国公司为例，实证研究表明，被揭开面纱的公司几乎都是封闭公司(与有限责任公司相似)，很少有公众公司(与股份有限公司相似)。而相对应的，股权结构越单一集中，经营权与所有权分离程度越低，公司的强制监管程度越低。从一人公司，到普通有限公司，再到非公众股份公司、非上市公众公司与上市公司，强制性管理规定呈倒金字塔型的增长趋势。而一人公司无疑是塔尖，股权与控制权单极化，监管程度低。故而，为有效规制一人公司、保护债权人权益，《公司法》第 63 条规定了一人公司的人格否认，举证责任倒置，由一人公司股东承担证明其财产独立于公司财产的责任，否则将对公司债务承担连带清偿责任。从 59 件适用类案来看，这也是目前原告请求夫妻公司适用一人公司人格否定规则的主要原因之一，

夫妻公司与一人公司在股权结构单一、控制权集中等表征上具有高度相似性，夫妻共同体运营夫妻公司，滥用人格行为普遍，尤其是财产混同现象严重。在夫妻公司债务纠纷中通过适用一人公司人格否认规定来强化对夫妻公司滥用人格行为的规制作用，具有功能效益上的说服力。但在法律逻辑上，二者股东人数的根本差异使得法条适用无法合理相容。

《公司法》和《民法典》婚姻家庭编等相关法律规定并未禁止夫妻共同出资设立有限责任公司。私法领域下“法无禁止即可为”，故我国允许夫妻公司的存在。而夫妻公司大多是从其他夫妻型经济组织发展而来，如个体工商户、家庭小作坊等，其设立难以避免夫妻共有股权问题。作为股权共有主要状态之一，夫妻共有股权在婚后所得共同制语境下的具体表达为：(1)夫妻在婚姻关系存续期间所得股权为共有财产，婚后所得的遗嘱或赠与合同中确定只归夫妻一方的股权除外。(2)夫妻双方基于“一致意见”对共有股权有平等的处理权。该“处理权”应为包含占有、使用、收益和处分的完整财产权利，股权则主要包括资产收益权、管理性权利和处分权三类。(3)股权的投资收益属于夫妻共有财产。然而，在现行商法公示规则下，股东名册记载、工商登记、中国证券登记结算有限责任公司(以下简称中登公司)集中登记存管等三种公示方式均只能将股票登记于一人名下，无法体现股权共有。夫妻公司中，夫妻股东二人分别将所属股权登记于自己名下，契合商法通过严格外观主义判断权属和行使主体的准则，但与婚姻法共同财产制的核心规则相悖。易言之，通过登记机关登记表明夫妻股份归各自所有，与婚姻关系存续期间夫妻双方所得股权共同共有的状态相悖，无法促成实质公平与婚姻家庭和谐的人伦秩序。夫妻公司可否适用一人公司人格否认规定的问题，其争议的根源亦在于此：商法与婚姻法之间的法律冲突。

其一，二者调整对象不同。私法规则的构建以具有平等地位的“理性人”为假想调整对象，其结果是设置严格商事外观主义规则用以识别股权归属；婚姻法中法定财产制的适用则以夫妻身份关系为前提。身份社会不同于商品社会，社会成员之间强弱共存的现象广泛存在。法定财产制下夫妻在婚姻家庭中的角色和地位不同，不再是“抽象的人”，而是具有特定身份的具体人。而夫妻间因社会观念、身体机能等方面的差异，经济实力有强弱之分，需通过夫妻财产制调整和平衡，将婚姻关系存续期间夫妻双方所得的股权及其收益“法定化”为夫妻共有财产，以保护夫妻关系中经济弱势一方。其二，二者立法目的不同。婚姻法规范的立法目的在于保障婚姻秩序，维护婚姻家庭关系的和谐与稳定。夫妻财产制的设计应以人伦秩序为基础，体现身份法和团体法属性。而商事规则旨在保障市场秩序和确保交易安全。股权行使的主要价值在于转让行为的流通性与便利性。即便股份未经交易进入流通领域，持股人仍享有参与公司决策的管理性权利。这些股权价值的体现，再加上第三人的信赖利益、交易效率与交易安全等财产法基本规则的要求，使得股权不得不采取股东名册等登记形式进行公示，遵循商事外观主义，以保护市场秩序，而非法定财产制下无法呈现的夫妻股权共有状态。

综上，法定财产制下夫妻公司具有一人公司股权结构单一、控制权集中等特性，符合《公司法》第63条立法目的之规制意图，但商事公示规则下两者之间股东人数的差异仍是适用的主要障碍。现行登记公示规则未能准确呈现股权持有状态，无法涵摄股权代持、股权共有等持有现象，使得一人公司人格否认规定(《公司法》第63条)条文释义留有漏洞，无法充分发挥保护债权人的立法意图、达到规制一人公司的法律效果。质言之，夫妻公司可否适用一人公司人格否认规定的问题根源在于：婚后所得共有制下夫妻公司中夫妻双方各自所得股权皆为夫妻共同共有，使得奉行严格

商事外观主义的登记公示规则成为具文。如何调整婚姻法与商法共同作用下夫妻共有股权的资格确认问题，是夫妻公司可否适用《公司法》第 63 条的关键所在。

04 婚姻法与商法兼容：

股权共有公示规则

通说观点认为，共同共有包括夫妻共有、家庭共有和继承共有，而合伙是否属于共同共有类型之一尚存争议。夫妻公司中夫妻双方对彼此的股权共同享有所有权，与登记机关登记的权属识别功能相违背，进而导致夫妻公司适用一人公司人格否认规定的问题争议。婚姻法法定财产制下夫妻共有股权状态如何才能满足商法公示规则的权属识别要求？换言之，法定财产制与登记公示规则共同作用下夫妻共有股权的资格如何确认？为解决该问题，下文拟通过分析法院类案裁判中的两种主要裁判逻辑，探究更为精细化的规则，使婚姻法法定财产制与商事公示规则合理兼容。

(一) 股权资格确认：表示主义与真意主义

商法股权共有状态下股东资格的确认与婚姻法财产共有人的资格确认有所不同。商事交易行为遵循严格的登记公示规则，以《公司法》第 32 条的规定为例，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，没有登记的则无法行使股东权利。加上现行股票多为记名股票且采电子形式，无法通过物质上的占有外观来确定归属，故而，股权共有人为取得对抗第三人的效力，除了需具备形成共有关系的凭证（如结婚证、共同认购协议等）外，还应在股东名册、公司章程、工商登记等公示形式中公开记载。否则，“隐名共有人”的股东资格将难以得到确认。可见，商事交易规则体系下股权共有状态中股东资格的确认采“表示主义”。但司法实践中并非完全支持“表示主义”。在 59 件类案裁判中，有 28 件类

案以夫妻公司与一人公司间具有高度相似性表征为由突破商事公示规则的限制，适用《公司法》第 63 条。法院认为，股东名册等登记方式的公示并不是认定股票产权的唯一依据，法定财产制下婚姻关系存续期间夫妻公司中夫妻所得股权应为共有财产，出资主体实质同一。当夫妻公司债务纠纷存在财产混同现象时，如股东无偿使用公司资金或财产且无财务记载、公司账簿与股东账簿不分、股东自身收益与公司盈利不分等情形，为保护债权人的合法权益，应适用一人公司人格否认规定，举证责任倒置。可见，法院意在维持“真意主义”。类案裁判中股东资格确认的“真意主义”与“表示主义”之争，是婚姻法的法定财产制与商法的公示规则之间法律冲突的体现之一。而实现二者之间的兼容，需要设立更为精细化的规则。

(二) 设立股权共有公示规则：实现二者兼容

基于夫妻共有关系，夫妻公司中夫妻双方互为彼此股权的“隐名共有人”，但在商事公示规则下其股东资格难以得到确认。坚持“表示主义”的法官认为，股票记名者才能享有所有权，“隐名共有人”并非股权所有人，且夫妻公司股东人数与一人公司不符，即便存在财产混同等公司法人格否认情形，也应适用普通条款《公司法》第 20 条，而非特殊条款《公司法》第 63 条。坚持“真意主义”的法官认为，婚后所得共有制下夫妻股权处于共同共有状态，无论夫妻彼此所得记名股票多少，最终夫妻公司全部股票都归于夫妻共同共有，股东实质一元化，可适用《公司法》第 63 条。法定财产制下夫妻股权共有状态与登记公示规则相违背，是司法实践中“表示主义”与“真意主义”两种截然相反的裁判逻辑产生的原因。

那么，如何解决法定财产制与商事公示规则共同作用下夫妻共有股权的资格确认问题？本文认为，可通过完善股权公示规则以呈现夫妻股权共有状态。股权作为夫妻婚后所得共有财产，在股东名册、工商登记与中登公司登记存管等公示

方式中都登记在一人名下，无法反映股权共有状态，一旦非登记方主张股权共有确认及相应权利行使的要求时，登记方的行使将陷入困境。我国股权登记公示方式表面上严格遵守商事外观主义，却忽略夫妻双方基于共同财产制形成的股权共有状态。为实现商事公示规则与夫妻财产共有制的合理兼容，有必要设立股权共有公示规则。

首先，应当允许股东名册、公司章程、工商登记等公示性文件中载明夫妻股权共有状态，将夫妻二人名字并列记载。正如韩国学者李哲松所言：“如果要对公司主张共有关系，应在股东名册上登载全体共有人的姓名、住所及共有关系。”夫妻股权共有状态大量存在于夫妻关系、继承关系、共同认购关系之中，但我国《公司法》及相关规定中并没有关于股权共有问题的规定，势必存在与《民法典》等法律规定的共有制度衔接不当问题。故而，应设立股权共有公示规则，以呈现股权共有状态。

其次，还应指明夫妻中一人为共有股权的代表人。具体条文设计可借鉴域外立法，比如，《日本公司法》第126条第3款、第4款规定：(1)如果股权由两人或两人以上共同拥有，则共同所有人应指定其中一人接收公司发给股东的通知或要求，并将该人的姓名通知公司，该人应被视为股东。(2)如果共有人没有根据规定向公司发出通知，则公司向股权共有人之一发送通知或要求即可。

《韩国商法典》第333条规定：(1)共同认缴股份的，应当对缴纳股款承担连带责任；(2)一股由两人以上共同所有的，应当由他们指定一人行使股东权利；(3)未指定他人行使股东权利的，可以向任意共有人发出催告或者强制通知。日本、韩国的公司法都承认股权共有状态，并规定，应确定共有人之一为股权代表人，负责与公司对接，行使表决权、股利分配请求权、剩余财产分配请求权等股东权利。共有股权代表人的确定有助于提升公司经营效率，减少决策成本，便利公司业务

执行。因此，有必要在承认夫妻股权共有状态的基础上指明夫妻中一人为共有股权的代表人。

再次，还可借鉴不动产产权证书的登记方式，将基于共同认购协议或夫妻财产分割协议等形成共有关系的协议中夫妻对共有股权的持有比例进行注明。若未注明，则视为共同共有。

最后，值得强调的是，虽然我国《民法典》只承认所有权、用益物权和担保物权的共有，但实践中还存在大量其他财产权的共有，如土地使用权、抵押权、著作权、股权等的共有。故而，各国物权法在承认所有权共有的同时，还设有所有权之外的财产权准用共有的规定。我国《民法典》及其相关规定应借鉴该做法，允许所有权、用益物权和担保物权之外的其他财产权准用共有的规定。那么，股权作为典型财产权之一，夫妻股权共有状态将得以法定化认可。《公司法》也应设立相应的股权共有规则，将股权共有状态作为股东名册需要明确记载的内容。

综上，在婚姻法定财产制与商法公示规则的共同作用下，夫妻股权共有状态的资格确认问题可通过设立股权共有公示规则予以解决。具体规则为：允许夫妻二人并列记载登记公示，以呈现股权共有状态，并指定夫妻中一人为共有股权的代表人。若夫妻对共有股权持股比例有约定也应一并注明。

(三)类案裁判新思路：“真意主义”的严格适用

一人公司自2006年引入我国《公司法》以来，因在分散投资风险、锁定投资债务、刺激市场活力等方面的优势，受到资本市场追捧，但也因极易混同公司财产与股东财产且债权人举证困难而饱受诟病。为平衡股东与债权人之间的利益冲突，

《公司法》第63条规定一人公司人格否认举证责任倒置。司法实践中，一人公司可通过申请法院委托会计师事务所进行专项审计等方式证明公司财产的独立性。以《公司法》第63条的立法目的为前提，基于夫妻公司与一人公司的高度相似性，

坚持“真意主义”的法官认为，当公司债务纠纷存在财产混同情形时，夫妻公司可适用《公司法》第 63 条。但鉴于股东人数的根本性差异，“表示主义”主张不能适用。

根据《民法典》《公司法》及相关司法解释的规定，夫妻股权共有的情形包括：(1) 夫妻以共有财产投资或交易取得的股权。(2) 夫妻因继承关系或赠与而获得的共有股权。(3) 夫妻约定为二人共同共有的股权。通过设立股权共有公示规则，夫妻股权呈现共有状态。类案裁判中有更为合理的新思路，具体为：(1) 夫妻股权共有状态未经登记公示，则类案裁判中不应适用《公司法》第 63 条，即便有形成共有关系的协议(如共同认购协议、赠与合同、继承协议等)也不应适用，以严格遵循商事公示规则与《公司法》第 63 条的条文释义。(2) 婚姻关系存续期间法定财产制下，夫妻股权共有状态经登记公示，则类案裁判中可严格适用《公司法》第 63 条。股权共有状态经登记公示，夫妻公司股权实质一元化，在存有财产混同情形时，由夫妻共同体承担公司财产独立于股东财产的证明责任，否则对公司债务承担连带清偿责任，符合《公司法》第 63 条立法意图。

类案裁判新思路以不适用为原则、适用为例外，在严格遵守“表示主义”的前提下，谨慎适

用“真意主义”。其是在股权共有公示规则下，最大限度遵循商事公示规则、法定财产制与条文释义的基础上，满足《公司法》第 63 条的立法原意。

05 结论

法律必须稳定，却不能禁止不变。除了逻辑层面的合理解释外，立法者或裁判者在创立或改变法律时，应结合法律情境要求，理清各法律规则的核心利益。婚姻法法定财产制规则的核心利益在于维持人伦秩序与婚姻家庭和谐，保护夫妻关系中经济弱势一方。而商法登记公示规则的核心利益在于维持交易秩序，提高交易效率。婚姻法法定财产制与商事公示规则共同作用下的夫妻股权共有状态的资格确认问题，已然成为司法裁判中夫妻公司可否适用一人公司人格否认规定的症结所在。而股权共有公示规则的创立既满足股权登记公示的权属识别要求，又符合婚后所得财产共有制的实质内涵。最为关键的是，其为类案裁判困境提供新思路，即仅在婚姻关系存续期间法定财产制下夫妻股权共有状态经登记公示时，方可适用《公司法》第 63 条，其他情形都不能适用。该思路在最大限度遵循条文释义的基础上，满足了《公司法》第 63 条的立法意图。

以案说法：恋爱期间往来的金钱是赠与还是借款？

原创：2022-09-25 蒋讲家事法 蒋月

<https://mp.weixin.qq.com/s/3Y--so3wdEIttizGLzeCtA>

恋爱关系中，恋人之间有金钱财物的“你来我往”，是人之常情，通常是当事人为表达爱意或者增进彼此感情而为。近些年来，流行文化还创新地推出 520、1314、20184、13920 等特定数字，借用谐音表达“我爱你”“一生一世”“爱你一辈子”“一生就爱你”等。恋人之间，经常向对方转出这几组数字的金钱。然而，恋爱易，相处难。因

为种种原因，部分恋爱关系存续比较短时间就戛然而止，也有部分恋人进入谈婚论嫁阶段却因故而分手。此种情形下，大多数人能做到好聚好散，不过，也有部分人分手时闹得很不愉快，其中原因，首要和最主要因素当然是感情生变，一方明确表示“咱俩不合适，分手对双方都好”，另一方却认为“咱们挺合适”“相处这么多年都挺好的，

不能因为你一时冲动就白瞎了”；其次，双方都同意结束恋爱关系，但对于处置恋爱期间往来的金钱，二人有完全不同的认识和态度，一方认为对方收受的这些钱财或者某几笔钱应当退还，另一方则主张这些金钱是对方为表爱意而自愿赠送的礼物，不应该要求返还，或者收受的金钱已用于二人交往活动中，已无退还的可能。法律上，恋爱自由，当事人任何一方想分手就可以分手，无需征得对方同意，法律不调整恋人之间感情质变问题，法院不受理恋人对于是否应当结束或者继续维持彼此关系的争议。但是，在恋爱关系终止时，对于如何处理彼此恋爱期间发生过的金钱往来，如果当事人双方意见不一，一方要求对方返还，另一方不同意，争执不下的，要求对方返还财物一方可以向人民法院起诉，请求法院裁判。法院审理这类纠纷时，在当事人能够举证证明确实发生过以及发生过哪些金钱往来的前提下，归纳的争议焦点正是当事人之间往来金钱的性质：是赠与关系？还是借贷关系？此外，当事人争议的恋爱期间往来钱款，还可能是其他性质，例如，合伙出资款、不当得利，等等。因篇幅有限，本文仅讨论下列情形：恋人之间往来金钱依法应属于赠与抑或应属于借款？

一、恋人之间往来金钱行为的定性，应根据具体案情而定

评判恋人之间财物来往关系的性质，主要取决于当事人双方在行为当时的意思表示，要看当事人往来金钱的金额大小、用途、经济能力等案件事实因素。这类金钱往来，既不可能一概属于赠与，也非统统都属于借贷关系，而应当具体案件具体分析来确定。

主张恋人之间往来财物应定性为赠与，其理由是双方具有特定亲密关系，一方交付钱财物给另一方，是为促成恋爱关系成立或者恋爱期间的爱意表达，目的是为了增进彼此感情，或者相关

财物已用于双方共同消费，故给付金钱一方无权要求收受一方返还。

主张恋人双方往来财物应属于借贷关系的，其理由主要是这些金钱财物往来时，双方明确是借贷关系，应当返还的。

法院评定当事人行为属于何种性质，取决于当事人行为时的意思表示，而且该意思表示的真相取决于当事人举证结果。若成立借贷关系的，当事人双方通常应签订有借款合同或者协议，或者出借人持有借款人出具的借据，或者有通过邮件或者微信等即时通讯工具达成合意的记录，以银行转账、网上电子汇款、微信转款等，也应有银行流水、短信、微信、支付宝转款等记录，可以证实双方借贷关系的存在。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 2 条规定：“出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据”；第 16 条规定：“原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩已经偿还借款的，被告应当对其主张提供证据证明”。

二、法院判定恋人之间往来的金钱应属于赠与：2 个真实案例

（一）案例 1：蒋一、周二民间借贷纠纷，（2022）湘 11 民终 504 号

基本案情：蒋一（男）起诉周二（女），请求人民法院判令被告返还原告借款人民币 23,428.24 元。蒋一称，他与周二于 2021 年 3 月在网上认识后交往。一个月后，周二以还债、还信用卡欠款、做生意周转困难需要资金为由，不断地向原告人借款。从 2021 年 3 月份至 2021 年 6 月份，被告陆续向原告借款共计 23,428.24 元。原告多次催促被告还款，被告前期曾答应归还借款 2 万元，原告与被告之间存在借贷关系。原告称被告拒不还钱，应构成不当得利。

周二辩称，原被告之间财物往来是基于双方特殊个人关系。原告的请求没有事实依据，不符合法律规定，请法院驳回。

一审裁判：湖南省江永县人民法院经审理查明事实如下：2021 年 3 月份，原、被告通过网上聊天认识，开始交往，逐渐发展成为男女朋友关系。为获得被告好感，原告自 2021 年 3 月 20 日起，通过微信转账给被告共计 9 笔款项，分别是：2021 年 3 月 20 日 300 元，4 月 3 日 588 元，4 月 12 日 1,200 元，4 月 15 日 2,000 元，4 月 22 日 9,999.99 元，4 月 29 日 1,500 元，4 月 29 日 2,000 元，5 月 5 日 2,200 元，5 月 20 日 520.13 元，以上共计 20,308.12 元，用于被告个人开支。被告也曾为原告购买皮带等物品。2021 年 6 月 11 日，被告微信拉黑原告，导致原告联系不上被告。

一审法院认为，经查原告和被告之间存在特殊的身份关系。原告依据转账凭证主张双方是借贷关系，被告辩称转款是基于双方特殊个人关系产生的其他法律关系。按照“谁主张，谁举证”原则，原告方应当对双方之间存在借贷合意承担举证责任，但是，原告没有举证原被告之间存在借款的合意，既没有约定借款金额，也没有约定借款利息、借款期限等事项，故对原告要求被告返还借款本金及利息的诉请，法院不予支持。不当得利是指得利人没有法律根据取得不当利益，受损的人可以请求的得利人返还取得的利益，本案被告收到款项是基于原告、被告之间男女朋友关系产生的相互赠与，不属于不当得利。依照《中华人民共和国民法典》第 667 条以及《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 16 条，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 144 条规定，判决驳回原告蒋一的全部诉讼请求。【参见（2021）湘 1125 民初 1296 号民事判决书】。

蒋一不服一审判决，向湖南省永州市中级人民法院（以下简称永州中院）上诉，请求撤销原审判决，发回重审。他除了坚持其在一审中主张的

事实外，还称被上诉人在一审庭审中也认可收到上诉人借款 23,428.24 元，被上诉人狡辩称也赠送了上诉人物品，两抵后还欠上诉人 2 万元，被上诉人周二的行为构成不当得利。

周二辩称上诉人的上诉请求无事实和法律依据，请法院驳回上诉，维持原判。

二审裁判：二审期间，双方当事人均未提交新证据。永州中院确认一审法院查明的案件事实。

永州中院认为，该案争议焦点是上诉人蒋一与被上诉人周二男女朋友期间的转账属于赠与关系还是借贷关系。赠与关系是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人的法律关系。恋爱期间的财物赠与，往往是为了恋爱关系的存在而实行的行为。借贷关系是有明确的借贷意思和款项支付行为。本案中，上诉人蒋一与被上诉人周二在恋爱期间的微信转账，虽然有转款行为，但该转账并没有借款的意思表示，原告只举证了转账记录，并未举证双方之间存在借款合意，原告方应当承担举证不利的法律后果。不当得利是指行为人没有法律根据，使他人受损而自己获取不当利益。被上诉人周二获得款项是基于双方处于恋爱关系期间、上诉人蒋一自愿转账支付的，属于恋爱期间的赠与，是上诉人蒋一为维持恋爱关系而支付的款项，不属于没有法律根据而获取的不当利益。综上所述，上诉人蒋一的上诉理由和请求不能成立，本院不予支持。一审判决认定事实清楚，处理正确，法院予以维持。

2022 年 3 月 25 日，永州中院依法判决如下：驳回上诉，维持原判。该判决为终审判决。【参见湖南省永州市中级人民法院民事判决书（2022）湘 11 民终 504 号】

（二）案例 2：王一、吴二民间借贷纠纷

再审申请人王一因与被申请人吴二民间借贷纠纷一案，不服吉林省吉林市中级人民法院（2020）吉 02 民终 2314 号民事判决，向吉林省高级人民法院（以下简称吉林高院）申请再审，获准受理。

王一申请再审称,原判决认定事实错误,适用法律不当;依据《民事诉讼法》第200条规定,请求予以再审,并依法改判。有两方面理由:首先,王一与吴二之间系借贷关系,并非恋爱期间相互赠与和共同消费关系;其次,吴二主张双方系合伙经营关系,并无证据证明,故不能成立。王一母亲的经营行为与王一人无关。

吴二提交意见称,原判决认定事实清楚,适用法律正确,依法应驳回再审申请。

吉林高院经审查认为,根据原审查明,王一与吴二曾是恋人关系。2015年5月26日,一王的母亲殷某某以经营者身份注册成立吉林市船营区某通讯器材商店。王一与吴二账户存在多笔相互转账,二人均认可双方往来款项中有部分是吉林市船营区某通讯器材商店办理宽带交费等业务款。现王一主张与吴二之间为借贷关系,吴二则辩称系相互赠与和共同消费关系,双方对此各执一词。根据民事诉讼证据规则及《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第2条、第17条规定,王一以出借人身份主张其与吴二之间存在借贷关系,应当提供证据证明。在吴二对双方往来款项作出解释并提供证据后,王一应当就借贷关系的成立承担举证责任。且二人相处过程中,无明确开支计划及借贷依据,仅凭转账凭证不能认定王一和吴二之间存在借贷合意。王一未能提供充分证据证明其与吴二之间存在借贷关系,应当承担举证不能的法律后果,故原判决根据查明事实以及证据规则判决不予支持一王的诉讼请求,并无不妥。

2021年7月20日,吉林高院依法裁定驳回一王的再审申请【参见吉林省高级人民法院民事裁定书(2021)吉民申3034号】。

三、法院判定恋人之间往来财物是借贷:2个真实案例

(一)案例3:周某与王某民间借贷纠纷,(2021)京民申6285号

再审申请人周某(男,一审被告、二审上诉人)因与被申请人王某(女,一审原告、二审被上诉人)民间借贷纠纷一案,不服北京市第三中级人民法院(2021)京03民终67号民事判决,向北京市高级人民法院(以下简称北京高院)申请再审。

周某再审申请请求撤销第一、二审判决,裁定再审。理由如下:(1)我与王某不存在借贷事实。我与王某于2015年相识并确定男女朋友关系,双方在经济上混同,相互有经济交往,但不存在借贷关系。我于2018年12月21日出具借条是王某为了防止我再与其他女性交往,要求我给她打个借条。当时王某没有能力出借大额借款,我与王某也不可能有大额存款,我们双方间都有转账记录,不存在借贷事实。(2)2018年12月21日我书写的借条根本不符合借贷的法律关系,王某没有出借事实。我在二审提交自2015年起我转给王某钱款,包括转账记录及微信、支付宝记录。而王某提供的转给我的钱款,从双方相识开始,将所有的转账记录、支付宝、微信等均提交,根本不是借贷关系。2019年5月19日我与王某签订分手协议,约定不存在财务纠纷,王某承诺欠我2.2万元,在2019年底全部结清,双方签字并按手印。如果我与王某存在借贷关系,王某就不会出具还款承诺。(3)第一、二审法院就我转给王某百万元钱款不予认定,认定事实不清。

王某提交意见称,同意第一、二审判决。双方之间有合法有效的借条以及明确清楚的转账记录,并有聊天记录佐证双方之间确为借贷关系。周某的再审申请不成立。

北京高院经审查认为,自然人之间合法的借款合同关系受法律保护。以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的,自资金到达借款账户时可以视为自然人之间借款合同即具备生效条件。该案中,王某提交的证据显示周某向王某出具了200万元的借条,王某提交转账记录、支付明细等证据以证明其资金出借的事实。周某否认双方存在借贷关系,并称二人恋爱

期间的财产混同，借条是因为王某发现双方交往中，周某还与其他女性交往，为防止周某再找其他女性，而要求周某出具案涉借条的，但是，周某未提交相应证据证明其主张，且二审中王某还提交了另外三张周某曾出具的借条，亦可证明双方之间确实存在多笔借贷关系，并非周某所辩称的二人财产混同。对于周某在二审中提交的《分手协议》，其内容仅是对周某曾向王某网店投资 5 万元的偿还问题，并未涉及其他债权债务，更未涉及本案中的借款。周某提交的银行流水最晚的转账日期为 2018 年 11 月 16 日，均发生在涉案借款出具日 2018 年 12 月 21 日之前，不能证明周某向王某的转款是偿还本案借款。故一、二审法院认定周某与王某之间的民间借贷关系成立，判决周某偿还王某借款本金 200 万元并支付利息，并无不当。周某再审申请缺乏充分的事实和法律依据，不符合《民事诉讼法》第 200 条第二、四项、第六项规定的情形，法院不予支持。

2021 年 12 月 20 日，北京高院依法裁定驳回周某的再审申请。【参见北京市高级人民法院民事裁定书（2021）京民申 6285 号】。

（二）案例 4：薛某 1、薛某 2 等民间借贷纠纷， （2022）甘民申 21 号

再审申请人薛某 1（男，一审被告、二审被上诉人）因与被申请人薛某 2（女，一审原告、二审上诉人）、闫荷花（女，一审被告、二审被上诉人）民间借贷纠纷一案，不服甘肃省定西市中级人民法院（2021）甘 11 民终 67 号民事判决，向甘肃省高级人民法院（以下简称甘肃高院）申请再审，获准立案。

薛某 1 申请再审理由如下：（1）再审申请人有新证据足以推翻原生效判决认定的事实。再审申请人提交的微信转账记录、支付宝转账记录、手机银行转账记录、银行卡明细、信用卡还款记录，可以证明双方恋爱期间再审申请人向被申请人转账支付 1161240.86 元，远远超过被申请人向

再审申请人转账数额。再审申请人出具借款是因受到胁迫，借条内容并非本人真实意思表示。（2）二审判决认定再审申请人与被申请人构成借贷关系缺乏证据证明，再审申请人与被申请人之间既没有借款合意，被申请人也未向再审申请人实际交付借条所载款项。（3）双方在恋爱期间互相转账、共同花费，在一些特殊节日的转账应当属于赠与，再审申请人长期帮助被申请人偿还信用卡，二审判决依据借条的内容认定双方为借贷关系，是属于认定事实不清、适用法律错误。

甘肃高院经审查，针对申请人再审的理由，认为：

1. 关于薛某 1 主张有新的证据足以推翻原判决的再审申请理由。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 388 条第 1 款规定：再审申请人证明其提交的新的证据符合下列三种情形之一的，可以认定逾期提供证据的理由成立：（1）在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的；（2）在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的；（3）在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。该案中，薛某 1 提交的微信转账记录、支付宝转账记录、手机银行转账记录、银行卡明细、信用卡还款记录等证据在一、二审庭审结束前已客观存在，且仅凭上述证据不足以推翻原生效判决认定的事实。故该项再审申请理由不能成立。

2. 关于薛某 1 与薛某 2 之间是否构成民间借贷关系的问题。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 14 条规定：“原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼，被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉，并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的，人民法院应当依据查明的案件事实，按照基础法律关系审理。当事人通过调解、和解或者清算达成的债权债务协议，不适用前款规定。”本案中，薛某 1 与薛某 2 因双方恋爱期间

债权债务而发生纠纷，薛某 1 辩称该债权债务纠纷并非借款。经查，一审中薛某 2 提交的借条及所附单与其在二审中提交的信用卡及网贷记录相互印证，能够证明薛某 1 在与薛某 2 恋爱期间使用薛某 2 的信用卡和网贷资金，双方分手后薛某 1 2019 年 1 月 4 日出具的“借条”应视为双方经过清算达成的债权债务协议，薛某 1 称其书写“借条”及“还款约定”系受到胁迫，不是其真实意思表示，但并未提供充分证据加以证明。因此，原审法院根据音频资料、“还款约定”以及薛某 1 出具借条后偿还部分借款的事实，综合认定薛某 1 与薛某 2 之间构成民间借贷关系，并无不当。

甘肃高院认定再审申请人薛某 1 的申请再审理由不属于《民事诉讼法》第 200 条第一项、第二项、第六项规定的情形，依法裁定驳回薛某 1 的再审申请。【参见甘肃省高级人民法院民事裁定书（2022）甘民申 21 号】。

简而言之，动产（指能够移动并且其价值不会因移动而遭受损失的财产）的所有权随着财物交

付就发生转移。恋爱期间发生金钱财物往来的，如果是借贷关系，建议当事人双方当时就签订书面的借款合同或者协议，交付金钱时尽可能通过银行转账等能够留下转账凭证的途径进行；且借款合同或者协议应当写明借款金额、借期、是否应支付利息、借款用途等。若当初交付财物明确是赠与的，就是赠与，赠与的钱财一旦交付对方，所有权已转归受赠人，法律不支持赠与人反悔而去讨回赠与的钱财；恋爱终止时，如果受赠人自愿返还的，赠与人可以坦然接受返还；收受财物一方不返还的，就让它成为过去。其实，凡恋人之间在恋爱期间发生金钱财物往来，均可以参考本文，认真对待，妥当处理，让钱财服务于人，而不是让钱财伤了感情或者人。无论何时何地何事，诚实信用，最重要。

（文中的案例援引自“中国裁判文书网”；当事人姓名已作化名处理）

温世扬：《民法典》视域下身份权的教义重述

2022-09-26 中国民商法律网

<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=38881>

【导语】

人身权包括人格权和身份权。人格权在学理上蓬勃发展并在法典上独立成编，但身份权不仅在学理探讨层面趋于沉寂，在立法方面也略显单薄。《民法典》第 1001 条在人格权编中规定了“自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利”，规范上的“身份权利”是否等同于学说上的身份权？身份权在理论研究方面存在“先天不足”，《民法典》颁行后相关探讨亦不充分，身份权在《民法典》视域下作何解读，值得研究。对此，武汉大学法学院温世扬教授在《〈民法典〉视域下身

份权的教义重述》一文中，通过对原权式的身份权进行解构，围绕《民法典》第 1001 条的教义学构造展开了深刻论述。

一、“身份权”的解构与“身份权利”的意蕴

（一）“身份权”不构成原权

以某一权利系原生或派生为标准，可将权利分为原权和请求权。当法律需要保护特定利益而以该利益为客体设立权利时，此种权利即为原权。既有学说将身份权作为如物权、人格权一般的原权对待，典型体现为将其作为一项独立的侵权法

保护客体。但由于身份关系保护在生活关系与法律关系间的界限难以划定，且身份法益的划归功能实为人格权保护所替代，故主张以身份关系、身份法益等作为原权式身份权客体的有关争议学说各有其弊。实际上原权式的身份权从根本上缺乏一个与其直接对应的客体。

（二）身份关系的义务性

身份关系中的义务并不必然对应某种“身份权”。在妻子、亲子等内部身份关系中，一方面存在部分道德义务。此道德义务属于指向以合作为基础的“社群”的对世义务，而非针对个别个体的具体义务，其并不意味着某一家庭成员享有要求另一家庭成员履行此类道德义务的权利。另一方面，身份关系内部的法律义务并非对应保护家庭成员的权利，而是国家出于保护特定家庭成员利益的目的而直接施加于其他家庭成员。在此基础上，父母对子女抚养、教育、保护的“权利”亦并非对应父母对子女抚养、教育、保护的义务，而是指代法律赋予父母这一特定主体的权限。子女对父母请求支付抚养费的权利也非原权而是属于救济性质的请求权。在身份关系的外部对抗方面，法律对特定身份关系赋予的尊重和不得侵犯的义务既是宪法上国家保护婚姻、家庭、母亲、儿童内容的重要组成部分，也是落实民法上保护婚姻家庭以及未成年人合法权益的具体体现。但鉴于身份关系不宜进行原权式构造，故可将其直接作为法益予以保护。

（三）“身份权利”：性质各异的诸种“权利”的集合

从法教义上看，特定身份关系是身份权的产生基础。此种特定身份及其在特定人之间形成的身份关系本身不是权利，而只是民法上划分不同身份范畴下权利义务关系的指称。故《民法典》第1001条中的“身份权利”本身并非原权意义上的权利，而是对身份关系中若干具体的“身份权”之

概括，其项下若干具体的“身份权”实际上亦非原权，而是性质各异的“权利”之集合。具体包括法律授予具体身份关系中特定主体处理事务的权限、由义务违反触发的救济权、法律上允许的自由以及诉权，如对亲子身份关系的确认诉权等。此外，

《民法典》第112条、第1001条并未采用“自然人享有……人身权利”或“自然人享有……身份权利”的立法范式，原因恰恰在于此种“人身权利”或“身份权利”并非原权意义上的权利，而是如上所述的涉及多种含义的“权利”混合体。

二、“身份权利”的范围

（一）产生基础：“婚姻家庭关系等”

根据《民法典》第112条、第1001条规定，“身份权利”的产生基础为“婚姻家庭关系等”。此种“婚姻家庭关系”可进一步分为“夫妻关系”和“父母子女关系和其他近亲属关系”。至于条文中“等”的涵盖范围，鉴于婚姻和家庭系社会生活中最具亲密性和伦理性的两大领域，故“等”字所涉及的其他身份关系至少须与婚姻家庭关系达到相类评价程度方可纳入。从现行法规定来看，主要包括收养关系，限于亲子、配偶或其他近亲属间的监护关系以及同居关系。

（二）与其他“身份”含义的区分

首先，“身份权利”中的“身份”含义须在现代民法视域下予以考察，其与立足于等级观念的古代社会中的“身份”内涵迥异。其次，在《民法典》中，除第464条第2款和第1001条中“身份”教义与婚姻家庭语境紧密关联外，其他条文中的“身份”实属一般意义上的身份含义，即自身所处的地位，如“保理人身份”、“表演者身份权”等。在学说方面，不乏学者借由广义的“身份(权)”将身份权扩张至家事法之外的领域。但若将此种广义上的“身份”作为规范层面“身份权利”的内涵，鉴于任何私权救济都须回到具体的法律关系

层面，则将使法学意义上的规范构造沦为极为普遍的口头化表达，几无实益。

三、《民法典》第1001条的教义学构造

（一）显性的“身份权利的保护”

“身份权利的保护”并不意味着“身份权利”系民法上作为原权的保护对象，而是民法上贯彻保护婚姻家庭理念的表现方式，而全局视野下的身份关系保护是公、私协力共治的产物。概言之，鉴于保护婚姻家庭系国家治理的重要内容，婚姻家庭势必形成由宪法统领、各部门法协力共治的重要领域。在此背景下，义务性构成身份关系的底色，由此婚姻家庭关系的调整相较于一般意义上的民法调整具有特殊性，反映在法律适用层面为：特别法优先于一般法。故《民法典》第1001条前半句要求首先“适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定”。

（二）隐性身份法益保护

基于学说传承和立法目的，身份法益确有保护必要，但身份（权）无法绕离身份关系的基础性语境，其上所生的法益划归最终仍须回到特定主体之上，进而与该主体的人格（权）发生关联。同时，依托人格权编保护身份法益也有规范依据。

《民法典》第990条第2款设有“一般人格权”的兜底条款，该款中“其他人格权益”负责保护以“人身自由、人格尊严”作为产生基础的“非典型人格法益”。从体系定位来看，“人身自由、人格尊严”同时构成整个人身权的价值基础。可见，将身份法益纳入“非典型人格法益”的保护范畴，既符合身份法益最终仍须回归人自身的路径依赖，也不存在规范层面的技术障碍。实践中，借由人格权路径保护身份法益的学说也已初步形成代表性案例类型。主要包括：祭奠利益、以欺诈性抚养为典型的干扰他人婚姻关系的侵权行为、知悉自己血统来源的权利以及间接受害型中的法益侵害。

（三）《民法典》第1001条的方法论因应

对接其他法律规定的参照适用，是立法技术上为避免重复的手段。参照分为同用型的指示参照和准用型的参照适用。同用型的指示参照属于法律规定的直接适用。而在准用型参照适用情形下，拟处理的案例与被参照规范所调整的对象之间仅具相似性。《民法典》第1001条前半句中“适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定”属于同用型指示参照，即，《民法典》第1001条前半句实际上对应前文所述的显性的“身份权利的保护”，其直接指向民法典和其他特别法中为保护婚姻家庭提供的性质各异的“身份权利”。而《民法典》第1001条后半句则属于借助准用型参照适用完成对隐性的身份法益之保护。

可见，《民法典》第1001条所采的分句式结构和后半句中的“可以根据其性质……”实际上暗含了方法上的甄别步骤。亦即，法官须首先甄别拟裁断的案件是涉及特别法已然提供的“身份权利的保护”，还是客体层面需要保护的身份法益。在确认不属于前句规范情形后，进而根据此种身份法益在性质方面与人格法益间的趋同性来满足后句中参照适用的前提。

四、结语

既有学说中的身份权存在客体空心化之弊无法完成原权式构造。规范层面的“身份权利”实为涵盖权限/法律权力、请求权、法律上允许的自由以及诉权的“权利”混合物。婚姻家庭是“身份权利”的基础性语境，规范上的收养关系、监护关系或同居关系亦与之相关。“身份权利”中“身份”含义应与其他广义上的“身份”含义相区分，“身份权利”的适用范围不宜扩张至家事法之外的领域。《民法典》第1001条前后半句分别对应显性的“身份权利的保护”和隐性的身份法益保护。该条前半句通过同用型指示参照，来对接由民法典和特别法提供的性质各异的“身份权利”，该条后半句借由准用型参照适用，以“其他人格权益”进路保护隐性的身份法益。

房绍坤：遗赠效力再探 | 前沿

原创：2022-09-30 中国民商法律网 魏靖摘编

https://mp.weixin.qq.com/s/_rSI1RFR6gKm3C1D0qE23Q

本文选编自房绍坤：《遗赠效力再探》，载《东方法学》2022 年第 4 期。

【作者简介】房绍坤，吉林大学法学院教授，博士生导师，中国民商法律网授权学者。

关于遗赠的效力，民法学者们重点讨论的是当遗赠标的为物权时，遗赠是否具有直接导致物权变动的效力。民法典第 230 条删除了物权法中遗赠导致物权变动的规定，但是，这种删除是否具有正当性，学界仍存在很大分歧。对此，吉林大学法学院房绍坤教授在《遗赠效力再探》一文中就遗赠效力进行了探讨，重点围绕遗赠效力与相关规则之间的关系展开分析，以期更为准确地理解民法典的相关规定，促进民法典的正确适用。

一、遗赠效力与遗赠性质的关系

（一）遗赠是单方法律行为还是双方法律行为

通说认为，遗赠是单方法律行为，但亦有学者认为，遗赠是双方法律行为。将遗赠认定为双方法律行为是不妥的，主要理由在于：第一，遗嘱作为遗赠的表现形式，为典型的单方法律行为，遗嘱人的意思表示依法作出时，遗嘱即为成立，若将遗赠认定为双方法律行为，则将与遗嘱的性质产生矛盾；第二，如果将遗赠认定为双方法律行为，并视为遗赠人与受遗赠人之间的合意，那么受遗赠人只有向遗赠人表示承诺，才能使遗赠合意成立，但这种情形是不存在的；第三，就同一遗

嘱而言，若涉及遗赠内容的部分被认定为双方法律行为，而涉及遗嘱继承的部分被认定为单方法律行为，显然割裂了遗嘱的整体性；第四，受遗赠人接受或者放弃受遗赠也是单方法律行为，其独立于遗赠这种单方法律行为，故接受遗赠的单方行为并不能与遗赠的单方行为共同结合构成一个双方法律行为。

（二）遗赠导致的物权变动属于基于法律行为的物权变动

既然遗赠为单方法律行为，其导致的物权变动就须遵从物权变动的一般规则。据此，第一，将遗赠认定为双方法律行为，并得出遗赠具有物权效力的观点是错误的；认为受遗赠人在遗赠合意生效时溯及于遗赠人死亡取得物权的观点，也无法律与法理依据。第二，遗赠具有债权效力的基础并非双方法律行为，而是单方法律行为。第三，将作为物权变动原因的法律行为限定为双方法律行为并不妥当，既缺乏学理依据，亦无现行法支撑。

二、遗赠效力与遗赠类型的关系

（一）遗赠类型对遗赠效力的影响

遗赠是否具有物权效力，与遗赠类型的选择有关。不同立法模式下不同遗赠类型对遗赠效力的影响如下。

立法模式	遗赠/遗嘱类型	类型阐释	是否具有物权效力
不区分遗赠与遗嘱继承	概括遗赠	以全部或部分比例的遗产为内容的遗赠，其客体既包括积极财产（财产权利），也包括消极财产（遗产债务）。	是
	特定遗赠	以特定遗产为内容的遗赠，其客体仅为积极财产，不包括消极财产。	是
区分遗赠与遗嘱继承	遗赠	遗产继承人仅接受遗产权利而不承担遗产债务。	否
	遗嘱继承	遗产继承人接受遗产权利，同时承担遗产债务。	是

（二）我国法上的遗赠类型决定了遗赠仅具有债权效力

遗赠能否发生物权效力与是否承认概括遗赠密切相关，这就需要考察我国法是否存在概括遗赠。有学者认为我国承认概括遗赠，理由是继承法第 16 条第 3 款并没有对遗赠标的加以限制。在《民法典》颁布并生效后，有学者仍基于法教义学立场，对《民法典》第 230 条中的“继承人”作扩张解释，将受遗赠人包含在内，从而回到物权法第 29 条的立场。

这种观点值得商榷。第一，民法典在界定遗赠的含义时使用了“赠与”的表述，而赠与的财产只限于财产权利，不包括财产义务。第二，民法典第 1163 条中所谓的“受遗赠人清偿债务”只是一种在清偿遗产债务时因没有遵守《民法典》第 1162 条关于“执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务”的规定而采取的事后补偿措施，无法得出遗赠标的包括遗产债务的结论。

第三，在遗嘱实践中，可能确实存在遗嘱人指定法定继承人以内的人继承某项特定财产，或者法定继承人以外的人概括承受全部遗产或部分抽象的遗产份额的情况，但即使继承人依遗嘱继承特定财产，仍属于继承的范围，继承人仍须承担遗产债务；而概括遗赠是法定的类型选择，在法无明文规定的情况下，不能以民间做法认定概括遗赠的存在。第四，从遗嘱人的意思自治角度出发，在法律没有规定概括遗赠的情况下，即使遗嘱人作出了概括遗赠的意思表示，也不应承认其效力，而应将其认定为附义务的遗赠。

三、遗赠效力与物权变动模式的关系

（一）物权变动模式对遗赠效力的影响

在被继承人死亡后，其遗产会发生权利主体的变更，这就涉及物权变动问题。物权变动存在意思主义与形式主义（物权形式主义和债权形式主义）之分。物权变动的意思主义与形式主义在

处理继承导致物权变动的问题时并不存在差别，但是在处理遗赠导致物权变动的问题时却出现了分歧。在意思主义的物权变动模式中，遗赠通常区分为概括遗赠与特定遗赠，均具有物权效力。在形式主义的物权变动模式中，遗赠效力的认定仅涉及特定遗赠，且法律认定其仅具有债权效力。

（二）我国物权变动模式决定了遗赠仅具有债权效力

我国民法典第 209 条和第 224 条明文规定了物权变动模式采取形式主义（债权形式主义），参酌遗赠效力的立法例，遗赠不应具有物权效力。但是，有学者认为遗赠具有债权效力的立法例实际上是严格区分死亡和法律行为的法律意义。如此，遗赠的效力就与遗产分割的效力具有了一致性：遗赠具有债权效力时，遗产分割采取的是转移主义；而遗赠具有物权效力时，遗产分割采取的是宣告主义。但该观点有如下缺陷：其一，遗产自继承开始时由继承人取得，这并不是由某种物权变动模式所规定的，而是采取当然继承主义的结果；其二，遗赠具有何种效力，与立法上处理遗赠与遗嘱继承之间的关系有关；其三，将遗赠效力与遗产分割效力相关联并没有错误，但不妥之处在于混淆了遗产分割的效力与遗赠的效力。

四、遗赠效力与遗产共有类型的关系

（一）遗产共有类型对遗赠效力的影响

关于遗产共有的类型，立法例上有按份共有制与共同共有制之分。按份共有制的立法例通常在遗赠效力上采取物权效力说，在遗产分割的效力上，这种立法例采取宣告主义。共同共有的立法例通常在遗赠效力上采取债权效力说，在遗产分割的效力上，这种立法例采取转移主义。

（二）我国法上的遗产共有类型决定了遗赠仅具有债权效力

在我国法上，遗产共有为共同共有还是按份共有，《民法典》没有规定，但遗产共同共有是我国学界的通说，且一直以来为司法实践所采纳。此外，《民法典》第 1156 条在遗产分割时采取了“共有”的处理方法，这不仅表明《民法典》采取了遗产共有制，且进一步说明该共有为共同共有。《民法典》增设的遗产管理人制度欠缺对受遗赠人的关注，为与继承编的其他内容相协调，应将遗产管理人相关规范中的“继承人”扩大解释为包含受遗赠人在内。遗产管理人制度的设立有效解决了遗产债务清偿问题，但不能抹杀遗赠的物权效力与债权效力之间的实质性差别。若遗产共有为按份共有，采遗赠物权效力说并无不可。若遗产共有为共同共有，认定遗赠具有物权效力在我国法上就会产生体系上的矛盾。第一，在我国法上，受遗赠人是法定继承人以外的民事主体，与继承人之间并不存在作为共同共有存在基础的共同关系。第二，我国法上的遗赠仅为特定遗赠，其客体限于积极财产，而继承的客体包括积极财产和消极财产，二者无法就不同客体形成共有关系。第三，若遗产归继承人与受遗赠人共同共有，则受遗赠人将参加遗产的管理，这将严重影响继承人的利益，也不符合继承法理。

五、遗赠效力与继承效力的关系

（一）遗赠关系与继承关系是否遵循同一法理

民法学者在解释物权法第 29 条将遗赠与继承同时规定为直接导致物权变动的原因时，给出的通常理由是：依公认的法理，因遗赠发生物权变动，同样适用继承的规则，即物权无须公示而直接发生变动的效力。《民法典》颁布后，学界在解读第 230 条删除遗赠导致物权变动的规定时，出现了两种观点。一种观点认为，遗赠属于广义遗嘱继承的范围，面向遗嘱继承人的遗嘱与面向受遗赠人的遗赠形式常常统合在一份遗嘱中，删除遗赠导致物权变动的规定是错误的。另一种观

点认为，因“继承开始”包含了“受遗赠开始”，所以立法上统一规定为“因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力”，据此，遗赠仍具有物权效力。

（二）我国法上的遗赠与继承并不存在同一法理

上述三种观点都认为，遗赠与继承在物权变动上应遵循同一法理，即都具有导致物权变动的效力。不妥之处在于：第一，我国法采取“区分遗赠与遗嘱继承”的立法例，将受遗赠人限制在法定继承人以外的民事主体，且承认概括继承但不承认概括遗赠。可见，在遗赠导致物权变动的问题上，所谓公认的法理并不存在。第二，遗赠与遗嘱继承虽然都基于遗嘱而产生，但遗赠与遗嘱继承在物权变动的问题上却非一定遵循相同的规则。第三，尽管受遗赠开始的时间与继承开始的时间是一致的，但“因继承取得物权”仍然无法将

“因受遗赠取得物权”包含在内，否则就混淆了遗嘱继承与遗赠的区别。

六、结论

民法典第 230 条删除了遗赠导致物权变动的规定，但这种删除是否妥当，学者们的解读各有不同。究竟遗赠是否具有物权效力，并不单纯是一个立法选择的问题，而需要结合民法典体系进行综合考量。其一，遗赠在物权变动上的效力问题应遵循基于法律行为的物权变动规则；其二，受遗赠人并不对遗产债务承担清偿责任；其三，遗赠不具有物权效力，仅具有债权效力；其四，受遗赠人不能自继承开始（受遗赠开始）即取得遗赠物的物权；其五，遗赠与遗嘱继承是完全不同的两种制度，不能简单地按照继承导致的物权变动规则加以认定。

（二）律师视点

离婚后，前夫想拿走岳丈的赠房？判决引网友热议！律师解析… | 法治新闻眼

原创：2022-09-01 上海法治报 关注热点的

<https://mp.weixin.qq.com/s/5VY2MYpT0dHJ2AITsGUbmg>

为维系女儿、女婿的感情，岳父亲笔写下“赠与书”，将房产赠与女婿和外孙女，并承诺该赠与不能撤销。离婚后，女婿将岳父诉至法院，要求确认赠房所有权。近日，上海法治报报道了这样一起案例，引发网友讨论，夫妻关系都不存在了，法院为何判决“赠与书”不可撤销？

离婚后，前夫想拿走岳丈的赠房？法院：“赠与书”不可撤销

上海一对小夫妻陈军与赵英结婚后育有一女陈晓晓，夫妻俩因家庭琐事多次发生争执。赵英的父亲赵老伯为了维系两人感情费尽心思，还亲笔写下《赠与书》，将自己享有份额的房产赠与女婿与外孙女，并承诺该赠与不能撤销。房屋登记在赵老伯和陈晓晓名下，陈晓晓签字确认“同意陈军名字加上。”

但后来，夫妻俩的感情还是走向末路。2019年，两人协议离婚，此时两人并未协商如何处分该房屋。2020年年末，陈军正式将赵英、陈晓晓及赵老伯起诉到法院，要求确认自己对该房屋享有50%的所有权。而赵老伯一方则认为，写《赠与书》的目的是为了让女儿的婚姻更牢固，现在两人离婚了，所以赵老伯提出撤销赠与。

上海青浦法院审理认为，结合“赠与书”签订时间和内容、离婚时间和离婚协议来看，“赠与书”实际上是赵老伯、陈军以及陈晓晓一致确认由赵老伯将其享有的房屋产权份额转让给陈军及陈晓晓。即便该“赠与书”属于赵老伯对陈军的赠与，依据我国相关法律规定：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，不享有任意撤销权。最终法院认为，“赠与书”不可撤销，判决确认陈军对于该房屋享有25%的所有权。

网友观点不一婚姻家事律师这么解读

对于本案，有网友支持赵老伯的主张，认为《赠与书》是有条件的，承诺应当无效。

性，现在家庭破裂了，女婿不再是亲属，承诺自然无效，能不能撤销都是在女婿女儿是夫妻的基础上。有亲生女儿和外孙女

另外，本案中的赠予合同中有“女婿陈军”字样，可以说这个合同是个“附条件合同”，合同中的“陈军”前面是有限定词“女

也有网友认为，赵老伯在写《赠与书》时没有考虑周全。

这个岳父当时的赠予时，的确没有考虑周全。如果想确保女儿与女婿的婚姻而赠予房产，一定要想到有婚变的可能性，在赠予书上加一句话就行了，此房只能在你们婚姻存续期间有效，反之，我将追回我的房产赠予。这样，即使女儿离婚了，女...

那么，为什么法院会如此判决？记者采访了婚姻家事领域的律师

上海律师协会婚姻家事务研究委员会主任、上海海若律师事务所合伙人吴卫义表示，依据《民法典》合同编，经过公证的赠与合同不享有任意

撤销权。具体到本案，吴卫义认为，如果赵老伯所写的“赠与书”并非真正法律意义上的赠与，而是通过赠与的方式保障女婿拆迁的利益补偿问题。那么，如果赵老伯对该文书进行了公证，那么该文书不可撤销。

但他也指出，如果该合同文书是附条件的，则另当别论。需要根据案件具体细节判断双方关系处在怎样的状态、面临怎样的问题等，如果确实存在老人为了维系小夫妻的关系写下了这份材料，可以推定为存在附条件的可能性。“家事案件往往面临法理与情理矛盾交织的问题，具有一定的特殊性，需要更多地考虑文书中存在包含隐性条件的可能性。”吴卫义说道。

上海家与家律师事务所高级合伙人桂芳芳律师认为，赵老伯的“赠与书”是一种社会道德义务的赠与，依法不得撤销，“并且赵老伯作出了不可撤销的承诺。”

桂芳芳表示，正如法官提及的“结合《赠与书》签订时间和内容、离婚时间和离婚协议……”，赵老伯法律行为的作出过程中不仅夹杂了家庭的情感因素，还夹杂了两代家庭间、家庭财产与夫妻双方财产分配、家庭权利义务承担等各种因素，所以法院认为本案的赠与属于负有社会道德义务的赠与，即属于法律规定的赠与的例外情形，自然属于不可撤销的。

法条

《中华人民共和国民法典》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。

同时她认为，赵老伯自愿放弃了法律赋予的撤销权，属于赠与双方的真实意思表示，该约定有效。“这也给了我们一个启发，生活中赠与人作出赠与的时候应当谨慎使用‘不可撤销’的约定或者承诺。”

对于“赠与书”是否附条件的问题，桂芳芳则认为，本案没有明确的证据显示赵老伯为对前女婿的赠与明确约定了所附条件。“如果赵老伯明确约定陈军受赠房产条件的话，需要陈军达成相应的义务才可以，否则赵老伯有权撤销。”但如果赵老伯没有明确设置赠与成立的条件，而是在《赠与书》明确指向了陈军这一受赠与的主体，即使约定了女婿这个身份，在赵英与陈军夫妻关系存续期间也仅对应了陈军这一特定的人，不影响陈军作为受赠人。另外，陈军也没有针对赵老伯作出法律规定的严重侵害之类的行为。

离婚律师的长线战争：“所有最终走向决裂的人，曾经都是相爱的”

原创：2022-09-03 南方周末 潘轩

<https://mp.weixin.qq.com/s/ux408vKNmK13tXltxzc7xQ>



婚姻家事领域常被视为律师界的“低端业务”，行内流传着一种说法，“刑诉律师见证人性的善，婚姻家事律师见证人性的恶。”（受访者供图 / 图）

一位律师曾碰见一对高净值夫妻，“几个亿的资产都谈下来，最后因为一条狗谈崩了”。

婚姻法中支持离婚的依据是“感情破裂”，但现实中“感情破裂”的情形难以判定。

邹露璐申明“关于婚姻法的最大误区”：伴侣出轨，可以要求对方净身出户吗？“答案是否定的。”

一桩离婚官司是从当事人走进咨询室开始的，律师邹露璐对这套流程不陌生：当事人携带着各自灰败的婚姻经历，坐在婚姻家事律师面前，带着不甘、愤怒和眼泪。邹露璐通常承担倾听者的角色，她知道，对于下定决心要离婚的人来说，一切刚刚开始。

婚姻家事律师面对的是一道道长线战争。那些隐秘的家事，原本发生在房门之内，如今需要外人审视，依托法律解决争端。

一对夫妻想要离婚，通常有两条途径。其一是去民政局协议离婚，有 30 天的“离婚冷静期”；第二条路是去法院诉讼离婚，如果调解不了，流程将会拖得更加漫长。邹露璐手里同时转着 13 个案子，时间跨度的标准单位是“年”。她手头有一桩案子，两年前的夏天接到咨询，2022 年上半年刚刚结束二审。

律师莫珣珣对南方周末记者解释，诉讼离婚，一般会有一个月的诉前调解，调解不成，则进入法院的审理程序，简单的案件三个月，复杂的要六个月。如果没有特殊情况，第一次诉讼离婚，法院大概率判不离。

莫珣珣说，婚姻法中支持离婚的依据是“感情破裂”，但现实中“感情破裂”的情形难以判定，除非存在家暴、重婚、遗弃、虐待等情况。莫珣珣接待过一位女士，长期遭受丈夫家暴，法院第一次还是判不离。莫珣珣说，家暴的取证确实很难，但也没有离不了的婚。

按照规定，第一次判决不离后，除非另一方起诉离婚，否则必须六个月到一年以后才能第二次起诉。第二次起诉，法院大概率判离。但在这个过程中，一些人就会开始做转移财产的准备——有人每个月买一只奢侈品包，有人开始做有风险的投资。即使申请了财产保全，一审结束后也会面临解冻。“事前防不住，事后也难以证明是恶意转移，这是司法实践中的一大难题。”夫妻俩辛

苦积累下的财富，有人宁愿花掉，也不愿意对方多分一些，莫珣珣很难理解那种心态。

漫长的诉讼过程中，一对难以调和的夫妻会走向不同的岔道。

对簿公堂时，有人锱铢必较——一对为了五块钱离婚的夫妻，会计较一包纸巾、一瓶矿泉水的钱；有人老死不相往来，夫妻开庭全程避开，说走到诉讼时才终于看清了伴侣的真面目；也有人被律师拉进调解室，剧烈争吵，几乎要出动法警维持秩序，走出调解室后两人却决定放下，相逢一笑泯恩仇，所有先前的矛盾都顺利达成共识，连律师都感觉讶异。

经济实力旗鼓相当的一对夫妻，争夺孩子的抚养权时，列表一样举出房产、经济状况、夫妻二人的父母是否有余裕带孩子，发现所有条件都几乎打平。最后，一方拿出高德地图导航，以距离孩子的幼儿园更近一些作为优势。一位律师解释，这不过是 68 分和 70 分的区别，法院不会因为这两分就倾向某一方。有时，共同财产不止囊括房子和股票，宠物的所属也会导致整个谈判的失败——一位律师曾碰见一对高净值夫妻，“几个亿的资产都谈下来，最后因为一条狗谈崩了”。

“家事婚姻律师碰到的案件，从民法典第一页翻到最后一页。”一位知名律所合伙人告诉南方周末记者，行内流传一句话：“刑诉律师见证人性的善，婚姻家事律师见证人性的恶。”看遍了婚姻家事纠纷，“见过了很多挑战三观的事情”，锦天城律师事务所的律师梁瑛说，做婚姻家事律师，是一个不断对人性降低预期的过程。

2022 年 7 月，首部讲述婚姻家事律师的纪录片《亲爱的敌人》上线，跟拍了二三十个婚姻家事案例。导演肖姝说，拍摄时她的第一感觉是惊讶，“我没有想到居然有那么多人真的愿意来找律师打离婚官司，因为中国有一句老话，家丑不可外扬”。

《亲爱的敌人》监制唐剑聪起初受邀拍“高大上”的商事律师，团队成员却做得提不起兴致——那些涉及经济贸易的案子“离普通人太远了”。有同事提议改做离婚律师，唐剑聪想到，影

视剧里对这个群体的刻画的确很悬浮，拍一部以婚姻家事律师为主角的纪录片，或许能反映出真实的现代婚姻生活。

“婚姻这个事情是世界上最美妙的事情，因为它让人琢磨不透……一千个人眼里有一千个哈姆雷特，也就有一千种不同的婚姻和爱情。”唐剑聪对南方周末记者说，很难靠几条铁律，就把家庭经营好。

片子拍完后，肖姝的同事问她，“你们拍这个片子，是不是越拍越对婚姻失望？”肖姝团队里的一位 90 后女生原本单身，拍完后结婚了。肖姝问过原因，对方回答：“我在拍片的过程当中确实看到很多爱恨情仇，把婚姻说得很恐怖。但是我也学会了一点：所有最终走向决裂的人，他们曾经都是相爱的。”

1、其实就是在赌一口气

一年前，郭静走进邹露璐的咨询室。结婚四周年纪念日那天，丈夫提出离婚，理由是她无法生育。她同意协议离婚，两人分居。

离婚冷静期的最后一天，事情来了巨大的转折：亲戚在一家医院里，撞见丈夫带着一个年轻女子做流产手术。多年婚姻建立的信任轰然崩塌，郭静和女方联系，才得知丈夫早已出轨。咨询过程中，郭静数度哽咽激动，邹露璐问她是不是还爱丈夫，她泪如雨下。

申请法院调令取证时，邹露璐发现，男方在第三者手术同意书上签署的身份是“丈夫”。郭静回到曾经的家中，发现自己搬走以后，家里都是丈夫和其他人生活的痕迹。直到这一刻，郭静才彻底清醒。她提出诉求：男方必须道歉；追回男方向年轻女子转账的夫妻共同财产。

直面婚姻里的不体面，是婚姻家事律师的工作常态。

邹露璐始终忘不掉一个案例：妻子常年在乡下老家，在外工作的丈夫安置了另一个家，长达二十余年。儿子、女儿都知道第三者的存在，甚至起过正面冲突，只有妻子一直被蒙在鼓里。

为了防止妻子知道真相后崩溃，邹露璐提前设计了很多问题，引导她一步步猜测丈夫的状况。到最后，当事人终于说出：“他外面肯定是有人了，是不是还有了孩子？”

熊麒做了十多年婚姻家事律师，他用六个字总结大部分离婚夫妻心里的台词：“你不配，我不甘。”他代理的一个案件，开了八次庭，几成僵局。离婚原因也是丈夫出轨，熊麒代理女方，分割房产时，男方提出将其中一套房卖了折现，但需要三个月时间售出。女方故意掐架式地拒绝，“不行，马上”。

曾捷代理过一桩离婚官司，夫妻双方同样因房产归属陷入僵局。有一套房产在妻子名下，丈夫提出过户给孩子，妻子不肯。曾捷劝说她，即使同意，也得等到二三十年后还完贷款才能过户，对她目前的生活没有影响。

女方终于退让，但要求男方写下遗嘱，承诺死后另一套房子也归孩子所有。男方死活不同意，他担心万一未来房子要变卖或置换，“我以后怎么面对小孩？”曾捷劝他，写这份遗嘱其实没有实质意义，“今天写的，明天就可以变更”，只不过是女方在要一个态度。

“两个人为了这个争半天，差点没离掉。”曾捷说，两个人其实就是在赌一口气。

婚姻家事律师更像一个调停者，很少拱火。当事人控诉对方“是个王八蛋、是个无赖”，律师在法庭上不能顺着说，熊麒会自动切换成法律用语，“双方确实感情破裂”“原告离婚态度坚决”。他感觉到婚姻家事律师和其他领域的律师在思路上的确不同，在官司里偶尔碰上其他领域的律师来代理，对方容易忽略离婚双方曾是亲密伴侣，仅仅着眼于财产分割，锱铢必较、寸步不让，更容易激化矛盾。

锦天城高级合伙人郭璇玲对南方周末记者说，家事婚姻案件不同于商事谈判，不是压低价格、利益最大化就能了事。“商业案件又没有什么感情，大家做完这一单如果不满意，就不再做了。但是家庭关系不同，有血缘、亲情，特别是夫妻，哪怕没有共同的小孩，你有这么一段感情。”

2、“法律不会保护你的感情”

初次见面时，邹露璐即向南方周末记者申明“关于婚姻法的最大误区”：伴侣出轨，可以要求对方净身出户吗？“答案是否定的。”从业五年，邹露璐语速带有律师特有的条理和迅疾。有当事人询问，是否需要找私家侦探找出轨的证据，她直接劝对方放弃，“因为没有意义”。

一位婚姻家事律师告诉南方周末记者，在民法典施行之前，出轨的成本很小，法律规定财产少分和不分的情形，只有隐藏、转移、变卖、毁损财产。只有当对方与他人同居、重婚、家暴、虐待遗弃家庭成员，才可以请求损害赔偿。而且损害赔偿不高，一般只有几万元，他代理过一件轻伤家暴的离婚案，才赔了一万元。民法典之后，如果一方在婚姻关系中存在过错，分割财产时可能更照顾无过错方的权益。

熊麒90%的客户是女性，其中很多是家庭主妇，她们经历婚姻里的失意，走进律所却不一定更青睐女律师。“男律师更懂男人的心思”，“我老公那个人很强势，女律师不行”。

邹露璐总结，全职太太和事业男性的结合，是最容易出问题的婚姻结构，因为两人的发展太不同步了。当全职太太走到离婚的关口，会发现自己很难分走丈夫职业发展的收益。每当全职太太上门来咨询，她首先会劝对方，先找一份能够养活自己的工作。

90后律师詹赛男遇到过一位全职太太，离婚的导火索是和丈夫的一次争吵。一次，围绕着一日三餐打转的妻子，询问丈夫什么时候回来吃饭，丈夫在外应酬，回复的语气恶劣：“你是猪吗？就知道吃！”“你就是在家带孩子做饭，让你做什么困难的事情了吗，让你吃什么苦了吗？”两人最终调解离婚。詹赛男认为，矛盾的根源在于丈夫对妻子的不理解，“他不会觉得家庭主妇这个工作也创造了很多价值，所以对她恶语相向”。

偶尔，也会有全职太太展开“反击”。邹露璐接待过一位全职太太，打离婚官司时整个人“人间蒸发”，把孩子塞给丈夫后就“消失”了，行

程连律师也保密，邹露璐只知道她确实在“搞事业”，不是玩票性质。孩子和爸爸不亲，丈夫叫苦不迭。邹露璐推测她的动机：或许是想让丈夫尝尝带孩子的滋味，以正视她过去为家庭的付出。

熊麒遇到很多家庭主妇对离婚都有些胆怯，这来源于婚姻中不平等导致的精神控制。“你离开我之后，能给孩子带来这么好的教育条件吗？”“现在每个月我能给你三五万元，你出去找工作的时候什么也不是。”他常常听到这样的说法，也确实有不少全职太太被这样的话语劝退。

在处理全职太太的离婚案件时，熊麒发现，她们把孩子的抚养权看得极重。一位当事人解答了他的困惑：“一个女人离婚之后，婚姻没有了，男人没有了，家也没有了，如果孩子也没有了，那婚姻就是失败。”他和很多身陷离婚漩涡中的全职太太们分享这句话，对面无一不泪流满面。

如果说婚姻的本质是感情，邹露璐的一句话却让肖姝印象深刻，“法律不会保护你的感情，它只能够保护你的财产。”

作为女性，肖姝起初也对婚姻抱有感性的想法：你要是对不起我，就应该净身出户；你家暴了我，就应该一无所有。做完片子后，她发现，人性是有弹性的，“一个人的行为有时候连他自己都规避不了，但是法律有一个红线的标准。就算一个丈夫或者妻子出轨了，但是出轨这种行为和他前期为家庭所作的贡献，其实是两码事”。

有一位全职太太，老公出轨多次，她害怕又沮丧，不敢主动联系那些第三者。她和律师沟通时反复说：“我到底做错了什么？为什么要这样对我？”在肖姝看来，“很多时候当事人来找律师，他总觉得律师要全部站在他的角度，同情他，安慰他。但是律师并不是一个完全的情绪垃圾桶，更多的是帮助当事人取得合法权益、重新站起来，走出困境”。

律师只好反复劝这位全职太太，“事情已经发生了，不能够沉迷于当下，你要勇敢一点，你要寻找自己的出路。”

3、如果婚姻是一支股票，有人血本无归

曾捷处理过一起民间借贷纠纷，法官对当事人说了一句话，让他印象很深。“任何事情都是有风险的，你借钱给他是有风险的，利息是你的收益，有收益就有相应的风险。”曾捷觉得婚姻也同样，如果婚姻是一支股票，有人投入了全副身家，结果“大跌，血本无归，那怎么办？”

在曾捷看来，对风险要做好预期管理，“有人说我要精神损失费，要几百万，这个预期就太高。”

虽然婚前协议能提供事前保障，但很多人不愿意写，认为婚前协议相当于等着婚姻结束。“感情这种东西确实会有变化，变化有好有坏，但是我们见到很多离婚的是变坏的。”曾捷对南方周末记者说。

有些婚姻终结于不够了解。詹赛男曾有一个客户，和丈夫相亲认识，在父母催促下结婚，婚后才发现，丈夫一直靠信用卡维持生活，背了一身债。

她还接触过一对闪婚夫妻，丈夫是农村出身的蓝领，妻子做奢侈品相关工作，两人从结婚到起诉离婚，中间不到半年，总共才见面四五次。二人消费观念差异巨大，婚后丈夫提出搬到一起住，妻子拒绝了，宁可单位附近租房住。詹赛男说，法官大概也看出来两人确实没有什么感情基础，第一次就判了离婚。

即使感情深厚，漫长的岁月里也难保不生变化。曾捷接过一个案子，一对中年夫妻结婚多年，从大学就相识。妻子坚决要离婚，丈夫找到曾捷，他把问题的症结归结于丈母娘的挑唆，夫妻俩本身没有矛盾。

曾捷去和丈夫口中那个强势的妻子碰面，却发现对方其实是很传统的女性——上班之余，还要照料家庭。她告诉曾捷，自己并非心血来潮要离婚，现在一看到男方就很反感，已经演变成心理问题。

这位妻子讲述了一个完全不同的版本：以前丈夫忙着做生意，夫妻相处和睦，后来丈夫公司解散，换了份收入更低的工作，他始终觉得女方家人看不起他。他帮忙做家务，碗洗得不太干净，

丈母娘说了两句，他就认为女方一家都在排挤他。曾捷觉得他臆测过头了。

曾捷感慨，两人分开可能真是因为价值观不合。“感情本来就是有变化的，婚后，生了小孩，或者到了某一个阶段之后，婚姻可能就会有变。”

让肖姝最惋惜的一个案例，是一起起诉离婚三次的夫妻。两人都是 80 后，男方学历不高，女方大学毕业，女方顶住家庭的压力和他结婚。婚后，两人的事业逐渐有了落差，女方越来越好，销售工作需要接触不同的男性。男方想抓住女方，经常怀疑甚至恐吓威胁她，女方越来越害怕，躲着丈夫，闹到后来经常报警。

肖姝听了很多男方发给妻子的语音信息，全都是不堪入耳的脏话。“其实他们曾经也是相爱的，婚前男方一无所有的时候，女生一定要嫁给他，她图他什么呢？也是一份感情。为什么他们彼此越走越远？”肖姝对南方周末记者感慨。

并非所有的离婚都有关背叛和暴力，哪怕时间再长，也有人因为不堪忍受而选择结束婚姻。

詹赛男曾经调解过一个案子，一位五十多岁的阿姨，家庭条件殷实，拆迁后分了几套房，丈夫爱打麻将，两人长期分开住。妻子受不了丈夫的个性，一直很强势，“大男子主义”，以前孩子小，她有顾虑。等孩子长大成了家，有了孙辈，她帮忙带着，也不用丈夫帮忙，离婚的念头变得强烈而坚决。

詹赛男还有一位年纪相当的当事人阿姨，家人一直反对她离婚，父母去世后，她终于找到律师咨询离婚。“她说，以前我是为我父母而活，现在既然父母都不在了，我要为自己活一次。”



一段离婚纠纷可能会经过调解、谈判、诉讼等漫长过程，律师熊麒正在接待当事人。（受访者供图 / 图）

4、离婚律师们

对熊麒来说，成为一名婚姻家事律师，更多是一种巧合。

十多年前，还是新人的熊麒进入律师事务所时，业务不太饱和，当时湖南有一些家庭调解类电视节目，需要律师提供法律帮助，他经常在节目里露脸。陆续有人在电视上看到他，找上门来。他说，自己起初是被媒体筛选进入这个领域的，但这么多年过去，也慢慢爱上了这个行业。

婚姻家事领域一直被视作律师界的“低端业务”，处理的都是家常里短的琐事，案件的收入通常也不会像商事律师那么高。

年轻律师刚入行，担心被当事人轻视，有人刻意戴上戒指，以示自己离婚姻生活并不远。詹赛男刚入行时，一次出庭，其他律师都是男性，只有她一个女律师，当事人的母亲像遇到了救星，抓住她大倒苦水，控诉媳妇如何不孝顺、不做家务。

“我那个时候就觉得做离婚律师要听人家讲这么多这样的东西，就会觉得你不要再拉着我说了，我不想再听这些东西了。”

周旋在家长里短中间，难免会投入情绪。十几年前，熊麒接受一位大姐的委托，她的丈夫是吸毒人员，离婚庭审在戒毒所里举办，不算正规，大家拉几个凳子坐在一起。法官和孩子都在场，男方一直骂骂咧咧，态度恶劣。熊麒一时头脑发热，指着男方说，“你敢动她一下试试，你有种来找我。”他看对方一下被说懵了。

这事后来有一个意想不到的结尾。大约在前年，三伏天，熊麒去看守所办一个案件，走出来时，有个人朝他打招呼，“熊律师，你还记得我吗？”是当年那个大姐的儿子，原来他后来学了法律，“只有学法律才能保护妈妈，法律人是有能量的”。

如今熊麒说，自己早已进化成一个“即抛式”律师——有时当事人打来电话，他不太能立马想起对方是谁。他的办公室一派整洁，十来件正装

妥帖地备在办公桌后的柜子里，买来的律师袍挂在办公室打眼的位置。他有满意的婚姻，始终觉得那些离婚案件里的细节离自己的生活很远。工作对生活为数不多的入侵，是他偶尔需要给当事人“出招”时，他会避开家人通话。

但是在纪录片《亲爱的敌人》中，那个情绪激动的熊麒再一次出现了：在谈判桌两侧，夫妻双方激烈争吵，男方提出放弃孩子的抚养权。熊麒拍着桌子对自己的当事人怒吼，“当时你在委托律师的时候，你口口声声说什么？只要孩子，要不要钱无所谓。但是现在，你为了这几万块钱可以不要孩子。”

邹璐璐从不忌讳展露真实的情绪和价值观。有次，对方律师责怪，女方不应该把家里的锁换掉，因为房子的产权是男方父母所有。邹璐璐一下火冒三丈，怼了回去：“这不是他们的家？双方结婚后哪天不是生活在这里的？女方当时辛辛苦苦装修的时候怎么没说这不是他们的家？难道家是以产权证来衡量的吗？”

一位当事人坚持让邹璐璐去开一份法官明确拒绝的调令，而这会大大延迟整个诉讼环节的进程——前一天，当事人百度法条，让她照着其中完全不适用于这个案子的条文，调整官司的方向——她差点和当事人吵起来，“如果百度能解决问题，你还请律师干嘛？”

但遇到聊得来的人，她也从来不回避和当事人成为朋友。有人质疑，律师和当事人走得太近是不专业。邹璐璐不在意这些。她有过一段世俗意义上“失败”的婚姻，现在她坦然拿自己的经历劝解旁人。南方周末记者跟访的几天里，她时不时询问郭静的心理状况，得知对方真的已经调适好心态，连连称好。

5、“放过你自己”

婚姻家事律师几乎都会面临一个困境：第三者或者婚姻过错方上门来，到底要不要帮忙代理？

尽管被称“原配保护伞”，邹璐璐也接过几起婚姻过错方的案例。其中一位是出轨的丈夫，妻子和他摊牌时，他很快签下了对他不利的财产

分割协议。事后他后悔，找到邹露璐咨询想撤回协议，邹露璐直接说，“你别打这个主意了，如果你是喊我去做这个事情的，我做不了。”

“我说你外面胡搞，你怪谁？”对方还算配合，邹露璐帮他找到了还可以争取的财产空间，但她也强调，自己是有底线的，像郭静丈夫那样“严重违背了自己价值观”的男人，她绝对不会代理。

不止一位女律师告诉南方周末记者，作为婚姻家事律师，价值观一定要“正”。“如果你是‘知三当三’，你该争取的法律权益我当然可以帮你争取，但是不该是你的就不应该是你的。”梁瑛说。

离婚案件涉及的关系有时相当复杂，拿捏人心也是律师必备的技能。

2020年夏末秋初，一位女当事人找到邹露璐，她和丈夫早已离婚，却无意中在社会新闻上看到，离婚前，前夫曾豪掷百万追求一个空姐，离婚后空姐悔婚，前夫向空姐讨要自己花出去的巨款。从热搜上，这位妻子才知道，前夫在婚姻期间为别人花了那么多钱。

她决定起诉空姐和前夫，追回夫妻婚内共同财产。但难点在于，需要前夫提供证据，邹露璐从情感和法理层面上说服前夫，让他考虑前妻从热搜上知道这件事的感受。“不管你认为这笔钱的性质是什么，但它客观上来说就是夫妻共同财产……这笔钱，拿出来给孩子做教育基金，不好吗？”前夫最终答应。

诉讼过程中，需要提供证据原件，前夫只肯提供复印件，不愿出庭。邹露璐提出，若他不出庭，将变更诉讼请求，要求前夫来还这笔巨款。前夫辩称自己没有财产，邹露璐随即拿出他最近注册的一家公司资料，表示可以向法院申请冻结。

前夫急了，邹露璐再次强调，这笔钱会用作孩子的教育基金，前夫最终答应。邹露璐说，每一次谈判都得掌握时机，因为“人的愧疚、柔情以及对亲情的各种想法，稍纵即逝”。

一桩离婚官司，最终会以判决书结尾。判决下来后，有的律师会当面对当事人读出判决书，有些会通过电话告知。大多数时候，律师和当事人的交集就到此为止了。有人因为顾虑律师知道了自己太多的隐私和秘密，会将律师的微信删除、拉黑。有人案件结束后还陷在情绪里，几年后才突然意识到律师的帮助，主动上门表达感谢。很偶然的情况下，当事人会和律师成为常见面的朋友。

肖姝说，以前自己对婚姻的想法和很多人类似：你不让我好过，我也不会让你好过。“但是我做了这个片子才发现，很多时候你真的就是要与自己和解，你不是放过别人，其实你就是放过你自己。”

郭静没有等到丈夫的道歉，但她也释然了，她对邹露璐说，“为什么我一定要依赖一个别人给我的‘对不起’让我走下去呢？”

家事律师视点 | 桂芳芳 胡玮铭：婚姻家事案件调解困境及律师调解技巧 | 律师婚姻家事法行业发展论坛暨家事律师的职业伦理主题研讨会

2022-09-12 家事法苑 桂芳芳 胡玮铭

<https://mp.weixin.qq.com/s/IBoATLdNmTFpxxc3udGd5Q>

律师婚姻家事法行业发展论坛 暨家事律师的职业伦理主题研讨会

主办：北京律师法学研究会
承办：吉林大学法学院家事司法研究中心
协办：上海家与家律师事务所、北京天驰君泰律师事务所

2022年8月28日 中国·北京

作者：桂芳芳，上海家与家律师事务所律师、上海市律师协会婚姻家事业务研究委员会副主任、中国法学会婚姻家庭法学研究会会员。

胡玮铭，上海家与家律师事务所律师助理部部长。



摘要：在诉讼案件激增的当下，调解能够减缓法院的工作压力。婚姻家事案件中律师调解的渠道在拓宽，律师介入婚姻家事案件调解也不可或缺。然而，家事案件调解并不容易，本文通过分析婚姻纠纷的起因和调解的逻辑，进而优化律师调解技巧，发挥律师调解的优势，促进婚姻家事纠纷解决。

关键词：婚姻家事案件、律师调解、调解技巧

在目前的司法实践中，律师参与婚姻家事案件调解的路径主要有两种，第一种是传统的路径，由律师担任夫妻一方的代理人进入诉讼程序，既包括人民调解员主持的诉前调解，也包括人民法院主持的诉中调解。此时的调解都属于民事诉讼程序的一环，也是当下实务中律师的主要的业务范围。

第二种则是律师以中立第三方的身份来主持调解，也是经常说的律师调解。最高人民法院与司法部在 2017 年 9 月联合发布《关于开展律师调解试点工作的意见》（以下简称《试点意见》），2018 年 12 月发布《关于扩大律师调解试点工作的通知》（以下简称《试点通知》），两份文件的发布也意味着律师的职能定位发生了重大转变，不再局限于通过诉讼的方式替委托人解决烦恼。律师调解制度使得律师承担了更多的社会职责，更是一种贯彻维护法律实施的全创新。[1]就《试点意见》和《试点通知》来看，允许人民法院、公共法律服务中心、律师事务所设立调解工作室

或者在律师协会设立律师调解中心，由律师协助各方当事人自愿协达从而解决争议。依据婚姻家庭纠纷调解的发展情形来看，律师作为复合型较高的人才，由其担任调解人员，不仅能获得双方当事人的认可，还能依据执业习惯推动解决纠纷、风险告知当事人以及平衡各方利益。

总体来说，律师介入婚姻家庭案件调解的渠道越来越宽，律师在婚姻家庭案件中能发挥的作用越来越大。当然，对律师的要求也就越来越高，律师不管以哪种方式介入，都需要分析婚姻家庭案件的特点和矛盾起因，剖析婚姻家庭案件调解的背后逻辑。

一、婚姻家庭案件起因和调解的背后逻辑

1、夫妻利益无法调和

当今社会经济的高速发展，使得社会结构、社会理念都发生极大的转变，其中婚恋观念的转变导致婚姻家庭纠纷数量激增且复杂，夫妻不论是在情感问题、财产分割或者子女的抚养中都表现出更高层次的要求，导致双方的利益很难达到调和状态。

（1）感情破裂原因多元化

婚姻家庭纠纷通常起因于情感纠纷，情感纠纷并不全以财产为先导要件，更容易从情感本身产生，例如婚外第三人插足婚姻、家庭内部婆媳关系不融洽、夫妻一方有不良嗜好等。尤其是案外人的加入，导致婚姻家庭的问题变得更加复杂，在调解的时候更需要注意和平衡各方主体的利益，也为婚姻家庭案件的调解带来诸多困难和挑战。

（2）财产分割难以实现

财产种类的增加和财富数值的裂变也促使婚姻案件调解难度系数加大，以不动产为例，一套房产常常关系到两代人的积蓄，在离婚的情形下，夫妻双方争取更多的物质利益也无可厚非，但是对不动产的出资比例、还贷情况、对房屋作出的贡献等就成为了双方讨价还价的重要方面。严重的还会将双方的原生家庭一并卷入，多一寸少一分都会导致调解的失败。

此外，夫妻一方投资设立公司的情况也在增多，若要分割一方名下的股权份额，则会对其他股东产生直接影响，相关的法律也规定变更持股比例涉及其他股东同意的问题。因此在婚姻案件中，股权分割也成为了难点，这也增加了调解的难度。

（3）子女抚养及探视无法协调

如今离婚双方都很关注子女抚养问题，包括抚养权归属、抚养费用的给付以及探视权形式三个方面的议题，任何一个方面都可能导致战火越烧越旺，也就会久调不决。另外，在调解过程中，未成年子女的个人意志也需要被尊重，调解需要考虑的点也更多更全面。

2、调解中的阻碍因素

（1）人民调解员的专业问题

人民调解制度是融合了中华民族传统文化内涵的法律制度，是充分吸收国情后独创的化解纷争的非诉讼解决方式。人民法院通过特邀调解的方式拓宽了调解渠道，但是诉前调解仍然以人民调解模式为主。而离婚诉讼必须经过诉前调解这一阶段，由人民调解员主持案件调解，人民调解员的整体素质就决定了案件调解是否顺利。

中国政法大学民事诉讼法研究所于2007年6月发布的《人民调解实证研究统计报告》，在125名受访的人民调解员中，具有大专以上学历的调解员只有18名（占14.4%），中学及中专学历的调解员有107名（占85.6%）。[1]经查找，部分法院对特邀的人民调解员招聘标准也只要求是高中以上学历。[2]

近些年情况可能有所改观，但是整体来说许多人民调解员有工作热情和工作经验，但并未经过正规系统的专业培训，既缺乏相关的法学、心理学等基础性知识，也缺乏必要的沟通、调解技巧，导致调解过程较为粗放，质量难以保证。[3]例如有的人民调解员习惯于依靠思想教育、乡规村约、道德感化来调处纠纷，而不是依靠法律、制度和政策；有的人民调解员不注重引导纠纷各方沟通和协商，而是利用权威、人情、面子进行压服；有的人民调解员不深究是非，简单地采取“和稀

泥”的做法来平息矛盾；有的人民调解员受业绩考核等因素的影响，一味追求达成调解，却忽视了调解的自愿性和平等性。[4]

人民调解制度是必须值得肯定的，人民调解会在案件前期就能够定纷止争，为法院缓解诉讼压力。但若想其焕发生命力，尤其是在婚姻案件中发挥重大作用，一定要提高人民调解员的整体素质。

（2）调解方案写入调解书的困境

有案件中夫妻双方经过多轮协商达成了调解方案，但是调解的内容却无法在法院的调解书实现，导致调解环节再次进入死胡同。有一起案件，男方限购，男方婚前出资购买的房屋登记在女方名下，如今离婚，女方想拿房，却无法支付补偿款，而男方只想拿回婚前的个人出资部分，这个案件经过几轮调解，最后男女双方达成协议，房屋不出售，由女方继续居住，但是应在房屋产权证上加上男方的名字，并按照男方的出资来确认房屋份额。此方案男女双方都很满意，想让法院出具调解书，但是最后法院在审查方案时，发现房屋上还存有抵押，即贷款尚未结清，因涉及到案外第三人的利益，此时法院无法对该房屋进行确权，亦无法出具产权变更的调解书。

二、个案为例看律师的调解优势

律师作为复合型人才，由律师介入并参与调解不仅能获得当事人的认可，还能发挥专业优势进行风险披露、利益平衡、方案给出以及最终的纠纷解决。通过一则案例展开说明。

王女士和张先生二人系夫妻，从 18 岁开始恋爱，于 2006 年结婚至今，婚生女 12 岁。2017 年，张先生与婚外第三人李女士保持不正当关系长达 4 年之久，并育有一个 2 岁的非婚生子。李女士在发现张先生和婚外第四人关系暧昧后主动联系王女士，曝光了张先生的两段婚外情。

王女士了解情况后十分情绪崩溃，委托了律师介入调解，希望就非婚关系解除、非婚生子的抚养问题等展开协商。

1、瞄准介入时机，推动坐上谈判桌

本案对于王女士来说过于突然，但是王女士在冷静后立马求助律师，告知自己的诉求并释放了很多情绪，也希望律师尽快解决当前问题。律师首先和王女士确认了张先生本人的意愿，后邀请张先生参与协调。在李女士不配合的情况下，律师站在李女士的角度，告知民间调解解决的好处，不仅能尽快解决非婚生子的抚养问题，也是从根源上解决李女士和张先生关系的契机。李女士思考后，终是赴约参与调解，当事人都坐上了谈判桌。

从律师的工作性质来看，律师作为自由职业者，时间的安排相对自由，在当事人寻求帮助时，能够尽快调整好角色介入到婚姻家庭纠纷调解阶段。当事人有需求，律师就会在路上，律师的应变能力和适应能力较于其他职业者更为敏锐，能在更短的时间内了解案情，把握各方诉求，有利于提高调解效率，帮助双方当事人尽早解决纠纷。

相较于法庭之上的调解，律师早早介入调解，不仅有助于缓解法院的办案压力，也不会让当事人承担诉讼压力。经办过大量婚姻家庭案件，律师能够直击当事人的需求，以缓和的方式解决纠纷，这也是调解律师的优势所在。

2、调解手段复合，风险充分告知

此案涉及的主体比较多，律师运用了情、理、法交互的手段进行调解。首先，采用社会学和心理学知识，对违背道德的事项进行价值判断，虽未刻意说破，但足以让张先生和李女士进行反思，为后续谈判定下基调。其次，告知各方原生家庭对子女的影响重大，解决问题的出发点还需要从孩子的角度出发，幸而本次调解的主体对子女均很重视，愿意为子女多加思考。最后，律师运用了法律知识，对非婚生子的主体意义予以明确说明，即使不是婚生子，但张先生和李女士对孩子抚养的义务是不会变更的，同时非婚生子是张先生和李女士的第一顺位继承人，如发生遗产继承，需要考虑到非婚生子的必要份额。

由此可见，婚姻家庭纠纷与一般的民事纠纷具有较大不同，婚姻家庭纠纷并不以争议为主要表现形式，婚姻家庭纠纷披着争议的外套，背后却都有着说不清、道不明的家庭矛盾或者情感问题。除一方犯有重大过错的案件外，婚姻情感问题很难分清是非对错，各执一词的局面时常发生，故婚姻家庭纠纷的调解更具多变性和可协商性。

因此，婚姻家庭纠纷必然不能采用单一的手段进行调解，复合型调解手法的应用效果则取决于调解人员的法律专业基础、情感疏导能力以及文化底蕴等。好的调解人员并不是在一段关系中评判双方行为的是否对错，更多的是重视恢复或重构双方的关系，在为双方提供解决方法的同时，还需要告知调解方案可能存在的法律风险。越来越多的家事律师除了专注于法律问题本身，更多的还学会了如何舒缓当事人的情绪以及缓和家庭矛盾，专业知识、实务经验以及情感疏通的融合，使得律师能够很好的应对婚姻家庭纠纷，调解律师的综合性也促进婚姻纠纷调解机制向正规化、职业化方向发展。

3. 平衡各方利益，创造可行方案

本案经过多轮沟通，律师制作了多套方案，最后达成调解协议，非婚生子的抚养权归张先生，由张先生和王女士共同抚养，李女士按年支付抚养费，张先生和李女士保证不再有来往。律师在调解过程中，从当事人性格出发，并充分运用换位思考方法。从客观情形来看，李女士独自抚养孩子不仅会承受生活上的压力，自身的婚嫁也会受到影响，而张先生和王女士的家庭状况更优，有着丰富的育儿经验，更有利于孩子的健康成长。另外，王女士也希望获得孩子的抚养权，可以保证男方不再对外有挂念，张先生在惭愧之余此很感激王女士的原谅，决定回归原生家庭，好好对待王女士。

律师作为调解人员，是一方的委托人亦或者中立的第三者，更是法律实施的维护者，因此在促进各方当事人达成调解协议的同时，律师也会对调解内容进行评估，确认并未侵害其他方利益

或者照顾了各方利益。以婚姻家庭纠纷为例，未成年子女处于从属地位，极少被重视，以至于婚姻家庭纠纷调解中未成年子女的处境并不乐观，极大可能成为父母谈判调和的牺牲品，最后导致未成年子女的利益边缘化。而《民法典》也表明应加强对未成年子女的利益保护，调解律师深知这一点，在努力协调好双方当事人的利益纠纷时，更会主动保护未成年子女的利益，让子女能够“发声”，表达出自己的诉求。

三、律师调解的技巧分析

律师的优势在于复合的调解技巧，在熟练调解的技巧例如沟通技巧、聆听技巧以及促进技巧的同时，还应当回归到纠纷本身，针对纠纷的落脚点设计出不同的解决方案。

1. 情感修复技巧：冷热处理法

婚姻纠纷是多方面原因综合作用的结果，可能还有其他家庭成员牵涉其中，不同类型的情感纠纷也会对应不同的调解方法，其中冷热处理法在处理情感纠纷类问题会使用的更多。

热处理法适用于急需解决纠纷的情形，不加快解决问题会导致问题激化，此时各方更加注重于结果，应当及时了解各方的需求，促进调解往多方共赢的方向发展。冷处理法适用于双方感情基础较好，由于一时冲动引发的纠纷，或者双方久调不决，保持斡旋状态的纠纷，此时建议采用冷处理法，先稳定一方或者双方情绪，等到双方情绪发酵完毕再坐到调解桌前好好梳理和沟通。情感纠纷中如果夫妻感情不错，此时不管双方多么恶语相向，也应当采用冷处理法，为双方制造冷静空间。如果双方感情基础薄弱，不怎么念旧情，则应当采用热处理法，快速找到矛盾点和各方利益点，妥善解决纠纷。

2. 财产分割纠纷：合理管理预期

离婚时财产分割不可避免，而不动产、动产等财物的分割会导致纠纷的出现。夫妻共同财产分割呈现出如下几个特点：（1）时间性，自双方缔

结婚关系后，除法律明文规定为个人财产的各种收入均为夫妻共同财产；（2）混同性，夫妻共同财产的基础是夫妻关系的确立，不因夫或妻任何一方的收入高低而占比不同。

当情感纠纷无法修复时，财产纠纷就成为了必须要解决的问题，预期管理法在处理财产纠纷时更可谓得心应手。所谓预期管理法，主要通过降低双方的期望值，释放调解空间，最后在双方都满意的节点达成调解协议。

在财产方面，双方当事人秉持自身利益最大化的原则，想尽可能多的获得财产。律师作为调解人员，可以一边缓解双方当事人的情绪，一边引导双方陈述相关事实，在此过程中查明财产情况、权属关系以及债务性质，调解律师对财产性质已经有了大致的评判标准。此时可采取单向沟通的方式来促进调解，具体操作为律师同一方单独会谈，另一方在外等候的，由情法理多个角度出发，为当事人“出谋划策”，系统的分析财产关系，告知对方可能分得财产的数量，适当降低对方的期望值，为协商调解保留必要的空间。在降低双方期望值后，在共同会议中，在双方妥协的区域内为双方寻找到最大公约数。

3. 子女抚养归属：善用同理心

相比于财产分割纯获利的行为来看，抚养子女更多是一种义务，因此子女的抚养权归属呈现出更加多变的情形，在双方都想争夺孩子抚养权的同时，也有可能双方都不想获得孩子的抚养权。

子女抚养纠纷具有明显的几个特点：（1）单独抚养。子女不再随双方共同生活，而是直接由一方进行抚养，子女抚养权的归属问题，与子女的切身利益和健康成长密切相关。（2）子女利益被忽视。在情感纠纷和财产分割尚未解决的情形下，双方很难对子女的长期发展和未来利益去进行充分的考量。（3）子女的真实意愿表达欠佳。未成年子女观念还未形成，辨别是非的能力并不成熟，很容易受到大人的诱导、胁迫。[1]

因此调解律师在对孩子的抚养纠纷进行调解时，不仅要自己了解双方当事人的抚养能力、抚

养需求，也需要让双方看到对方的抚养能力和抚养需求。同理心技巧在这个阶段更适用，需要律师帮助各方站在不同的角度和立场考虑问题。首先，以自身为出发点，反思自己对子女的生活状况、学习情况以及健康状况到底了解多少；其次，站在对方的角度考虑，对方的抚养优势在哪里，是否更有利于孩子自身发展；最后，聆听孩子的意见，对于八周岁以上的未成年子女，要尊重本人的真实意愿。综合以上了解的信息，按照最有利于未成年子女为原则，引导双方往共同的方向努力，最终达成调解，共同对孩子的健康成长负责。

结语：

律师调解试点工作开展以来，取得一定进展，也为调解律师介入婚姻家庭矛盾提供了基础。律师调解婚姻家庭纠纷需要立足婚姻纠纷特点，运用复合调解技巧，才可能实现婚姻家庭纠纷的调解解决。

注释：

[1] 赵毅宇，廖永安。《我国律师调解制度中的角色冲突及其化解路径》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》，2019 年第 4 期

[2] 宋朝武等：《调解立法研究》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 295-297 页

[3] 南京市江宁区人民法院关于选聘人民调解员、特邀调解员的公告

[4] 胡铭，赵青航。《协同主义理论下律师在调解中的作用——基于杭州市的实证研究》，载《浙大法律评论》，2021 年第 7 期

[5] 冯卫国：《转型社会中的人民调解制度：挑战及其应对》，载《法治研究》2014 年第 7 期

[6] 《婚姻家庭纠纷调解技能（二）》，载《人民调解》，2020 年第 7 期

参考文献：

[1] 汤鸣.《家事纠纷法院调解实证研究》,载《当代法学》,2016 年第 1 期

[2] 赵毅宇,廖永安.《我国律师调解制度中的角色冲突及其化解路径》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》,2019 年第 4 期

[3] 《婚姻家庭纠纷调解技能(二)》,载《人民调解》,2020 年第 7 期

[4] 刘艳云.《婚姻家庭调解的效果评估与完善建议——以北京市西城区为例》,载《新视野》,2017 第 3 期

[5] 陈团结.《律师调解:现实困境与应对之道——兼评《关于开展律师调解试点工作的意见》》,载《中国司法》,2018 年第 8 期

[6] 龙飞.《律师调解制度的探索创新与完善路径》,载《中国律师》,2018 年第 5 期

[7] 赵毅宇,廖永安.《我国律师调解制度中的角色冲突及其化解路径》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》,2019 年第 4 期

[8] 胡铭,赵青航.《协同主义理论下律师在调解中的作用——基于杭州市的实证研究》,载《浙大法律评论》,2021 年第 7 期

家族战争 | 霸王集团 vs 当当网双案例(下): 夫妻共同领导的决裂之争

2022-09-21 全球家族企业研究中心 高皓, 安静

<https://mp.weixin.qq.com/s/aEe3zq8dNQcDksFUxBVWww>

*本文刊发于《家族企业》杂志 2020 年 12 月、2021 年 1 月刊,作者高皓、安静

在家族企业领域,关于结婚、离婚、再婚的理论研究与实证研究均相对较少,但婚姻作为对家族企业影响尤为深远的重要因素,极易陷入八卦流言之中而疏于深入分析。通常而言,多段婚姻或非婚关系等均为秘而不宣、讳莫如深的家族隐私,潜伏于深宅大院之内。对外暗潮汹涌,对内却波涛澎湃。“双核心家庭”的成员之间要么积怨已久,要么暗藏严重而不可调和的矛盾冲突。一旦从家族层面蔓延到企业层面,往往意味着家族战争的激烈爆发。

随着“家族战争-夫妻相争之殇”系列专题研究的深入,我们在剖析每个独特的典型案例时愈见其中的微妙复杂。

夫妻关系在经历百转千回之后,往往会汇集成为一种极具分裂性、破坏性乃至毁灭性的力量,使曾经叱咤商场的企业家陷入家族分裂、妻离子散,甚至是家破人亡的境地。

既有的家族企业理论与工商管理理论尚不足以充分解释当代中国家族企业离婚案例的各种矛盾、悖论和冲突,在本组离婚家族企业双案例中,我们引入新的家庭制度理论视角,特别是迁移运用双核心家庭、离婚和重组家庭关系等理论,希望能够抽丝剥茧地剖析隐匿其中却极具破坏性的冲突动力学。

在“家族战争-夫妻相争之殇”中,我们选取五组离婚案例,在前四期中,我们解读了离婚多年后又引爆新冲突的真功夫和地素时尚以及葵花药业和沃尔核材的案例,本期我们解读处于漫长而痛苦离婚拉锯战中的霸王集团和当当网的案例。

需要再次说明的是:“离婚”涉及企业家的私人事务及敏感话题,作为研究者的我们无意针对研究的个案窥探家族隐私、评判是非曲直,而是希望通过客观分析婚姻破裂给家族企业带来的巨大伤害及发展过程,反思如何维护创之不易的家族企业,给其他家族企业提供有益的启示。

“我从不惧怕来自任何人的挑战。既然你下了战书,我也自然会在法律规则框架下和你过

招。”2020年8月9日，李国庆在微博写给儿子的公开信中如是写道。而2020年1月，李国庆在《吐槽大会》上说：“我收到的都是前妻下的战书。”

这场李国庆定义的战争也许并没有真正的赢家。曾经被李国庆和俞渝多次提及，从小便在父母之间调解家庭危机同时一再重申保持中立的儿子，如今却成为状告父母的原告，最终被裹挟加入这场也许旷日持久的家族战争。

家庭通常被贴上情感的标签，而企业则被贴上理性的标签（Danes 等，1999）。但当到夫妻决裂之战爆发之后，家庭和企业都成为理智与情感交织的战场。2020年初俞渝在公开信中指责：“李国庆把婚姻法带入公司法，不断折腾我们的公司。”

李国庆在2019年离开当当后接受《腾讯财经深网》（2019）采访时表示：“与其陷在这继续撕扯，干脆我出去杀一片天地。”但他却终在不到一年后上门夺公章，修改股东大会决议，委任当当新团队，争夺公司控制权。夫妻离婚案升级为一场集合了微博口舌之争、媒体推波助澜、法庭诉讼、抢夺公章、发布股东会决议等众人瞩目的拉锯战。

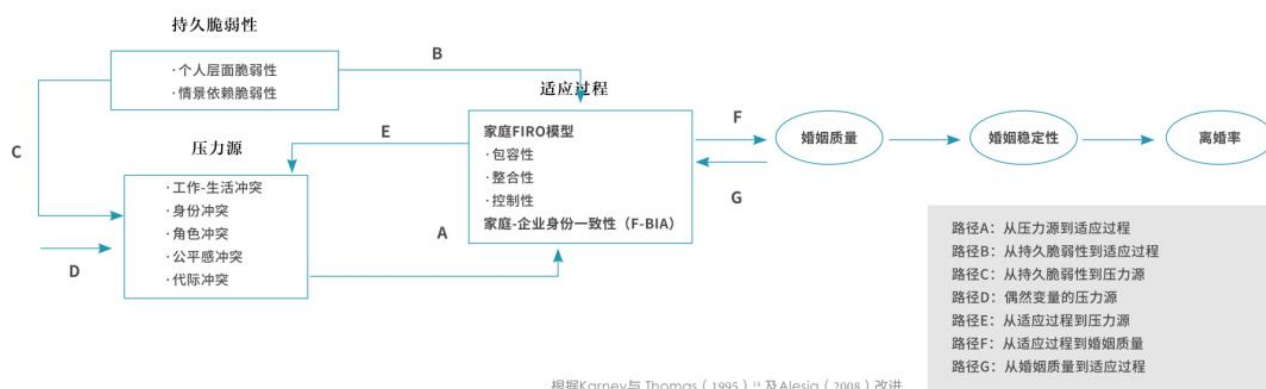
“既然当时我们是有共同的价值观，这是婚姻最基础的……整个还是经营的分歧，产生了感情的伤害。”李国庆在2019年离婚诉讼案开庭时

接受采访时说的此番话，从侧面展示了夫妻共同领导模式形成的权力结构，以及最终走向决裂的关键所在。性格差异、价值观碰撞、管理风格迥异——这些曾是双方优势互补的创业优势，终有一天成为相爱相杀的利器。

李国庆在接受《腾讯新闻》（2019）采访反思道：“也许早期夫妻店治理结构挺好，抵挡了来自资本，来自合伙人的各种算计。但是企业发展到一定阶段，一定结束夫妻店治理，尤其我们俩人都很强势，还不像有的夫妻店，绝对的一方是主导，所以这样一来就更该早点结束。”

我们以家庭基本人际关系取向模型（以下简称“家庭 FIRO 模型”）和脆弱-压力-适应模型（以下简称“VSA 模型”）来解析李国庆/俞渝“夫妻共同领导模式”的形成、演变和最终决裂，还原其脆弱性及控制性维度的互动过程（见图1）。两人的个性特质差异造成了个人层面的脆弱性，而从创业到上市再到私有化一系列事件的快速变化，带来了情境依赖脆弱性，更加凸显出不同阶段夫妻权力的压力源与张力。发展至后期已经突破张力阈值点，从而导致五大冲突模式展露无遗，尤其是进入激烈的控制权之争和公平感冲突的阶段，包容性/整合性维度以及家庭-工作身份一致性（F-BIA）难以调和，成为僵持不下的最大难题。

VSA模型分析



来源：根据 Bradbury 与 Karney (1995) 等改进

图 1: 李国庆、俞渝的婚姻脆弱-压力-适应模式

典型的个人及情境依赖脆弱性的压力源

“你知道我要面子，不想让别人受牵连，要护着业务，怕你负面聚焦公司。你绑架我二十年了，我受够了，你滚开！”《21 世纪经济报道》(2019) 报道，2019 年 10 月 23 日晚，俞渝在李国庆的朋友圈下如是评论，终于捅破了多年来隐藏极深但却脆弱的最后一层保护色。

这一切曝光缘于 2019 年 10 月 14 日，李国庆作客腾讯《进击的梦想家》节目，说自己“年近半百，被俞渝一脚踢开”，情绪激动之处，现场摔杯，“根本不是刺……怎么突然就变脸了呢？干嘛还用这么阴谋诡计的方式呢？”李国庆也坦承：“坚决不会选择夫妻创业。即使我有选择，正常的合伙人分歧，可以以理服人，可以以情动人，到夫妻这，我就不会。可能这个妻子太特殊，是特殊材料制成的，我束手无策。你不觉得她的目光之坚毅？”

夫妻二人多年来并不避讳双方性格和行为方式的差异，早在 2011 年在《新浪财经-财经面对面》节目中，李国庆对俞渝的评价是：“我们俩的性格差异大。我更是一个往前冲，更喜欢变革，更喜欢高业绩，而她喜欢的是控制和平衡。”据《经济观察报》(2011) 报道，李国庆抱怨“自己事业上的风光总被太太夺去。他常常玩笑，假若没遇上太太，自己也能或许更能获得成功。”在《中国企业家》“2013 年中国商界木兰年会”上，俞渝也坦承：“我觉得我能跟李国庆创业走到今天，不是奇葩也差不多。”“做企业和自己的配偶一起做，是世界上最痛苦的一件事情。假如我有选择，我绝不会和我的老公一起创业。”

夫妻关系破裂是多种复杂因素导致的过程，VSA 模型提出的离婚或婚姻稳定是脆弱性、压力源和适应过程三种功能的结果，在商业上追求成功，

但往往要以家庭关系破裂为代价(Danes, 2006)。

《腾讯深网》(2019) 报道在创业期李国庆和俞渝“每年都在挽救婚姻”，一年休五次假，已经连续八年请心理咨询师辅导，包括儿子有时也会参与，采取心理咨询、家庭治疗等方式进行疏导。

家族企业冲突根据家庭或企业子系统中运行的压力源而变化。压力源是引起包括焦虑、疲惫、抑郁和倦怠等紧张的条件，是引发压力过程和结果的刺激源(Jex, 1998)。夫妇搭档围绕商业张力问题的复杂的动态过程，具有关键的个人特征(Amarapurkar 与 Danes, 2001)。对压力源的反应随着每个人的个体差异而有所不同，影响着不同人评价和应对压力源的方式(LePine 等, 2005)。

VSA 模型的第一个维度中最突出的即是持久脆弱性，从家庭关系研究领域中发现人格特质和人口统计学变量(如教育程度等)与离婚和婚姻稳定显著相关(Bradbury 与 Karney, 1995)。例如人格特质是个人层面的脆弱性的典型方面，在研究个性对婚姻结果和离婚的研究中发现，神经质、外向性、冲动性、亲和性和责任心是人格特征基础的五种类别，而其中神经质显著比其他四种人格因素对婚姻结果的影响更大(Bradbury 与 Karney, 1995)。有的性格特质会增加愤怒、焦虑、抑郁、压力等痛苦的消极情感，引发情绪不稳定，直接影响婚姻满意度和稳定性。

与霸王案例不同的是性别结局截然相反，被逼退而又通过媒体曝光的分别是男方李国庆和女方方玉华，由此可见性别并非影响夫妻共同领导模式的最关键因素，内在性格特质是影响核心。李国庆与俞渝的性格反差较大，表 1 中对比了各家媒体、员工、朋友以及他们二人之间的互相评价，可见其二人冰与火的巨大性格反差。

表 1: 李国庆、俞渝在个人层面脆弱性的人格特质对比

	俞 渝	李国庆
公众评价	在员工看来，俞渝和李国庆的角色更像一个唱白脸一个唱红脸，李国庆属于热情派，鼓励大家往前冲，俞渝则更像个老板。（天下女人，2011） 相比李国庆的“大嘴”和在微博上的“大胆”，俞渝在处事上更加从容、优雅。（《经济观察报》，2011） 在他人看来，夫妻二人性格互补，实际是很好的合伙人组合。李国庆性格外向，有一些江湖气，对业务非常了解，甚至比部门经理清楚；而俞渝更知性、低调，工作中扮演支持者的角色。在财务方面，李国庆花钱粗放；而俞渝则更关注财务，最终大事还是她拍板。（《财新周刊》，2019）	
相互评价	我更喜欢往前冲，更喜欢变革，更喜欢高业绩，而她喜欢的是控制和平衡；最重要的是俞渝在跟资本的桥梁上是不可替代的。（新浪《财经面对面》，2011） 自己事业上的风光总被太太夺去。假若没遇上太太，自己或许更能获得成功。（《经济观察报》，2011） 可能这个妻子太特殊，是特殊材料制成的，我束手无策。你不觉得她的目光之坚毅？（腾讯《进攻的梦想家》，2019）	我是比较有逻辑的，国庆是很感性的。（天下女人，2011） 我能跟李国庆创业走到今天，不是奇葩也差不多。（《中国企业家》，2013） 我不是一个很有野心的人，国庆比我有野心。（《财新周刊》，2019）
媒体评价	这个内心稳妥的女子，出手就是大招。（中国企业家网，2011） ¹⁹ “推土机似的女人”（天下女人，2011） 与李国庆的“率性”言论相比，俞渝所有发言都十分得体且中肯，亦称上市主承销商摩根士丹利已道歉。（《财新周刊》，2011） ²⁰	具备一个枭雄的一切特质，他或者孤独求败，或者一败涂地，但他绝对不是一个平凡人。（《经济观察报》，2014） 他身上商业大佬的气质很弱，更多的是温不吝的江湖气。（腾讯新闻谷雨实验室，2020）
朋友评价	杨澜：非常有推动能力，不仅推动自己，也推动别人的这样一个人。每一次她都能给我们带来一些不同信息和能量。（天下女人，2011）	徐智明：李国庆有勇有谋，做事有计划有安排，办事风格非常锐利。 薛蛮子：他是电商界的鲁智深，说话大胆、豪气直爽。（第一财经日报，2012）
员工评价	白鹤良（化名）：一个好老板绝对不是和颜悦色的，一家企业能做好，一定是赏罚分明。（投中网，2020） ²¹	白鹤良（化名）：他是一个性情中人。性格上，很直爽。高兴了就是高兴，不高兴也不憋心里，工作的事儿对下属发一通火，气撒完了哥们还是哥们、员工还是员工，很平易近人。（投中网，2020）

情境依赖脆弱性尤指工作场合的日常互动，成为影响离婚的重要因素。在对离婚的纵向研究中发现外部环境会影响夫妻间的适应过程，各种压力事件与婚姻结果之间存在纵向影响关系。危机理论中强调关注外部事件对配偶内部过程的直接影响，无法适应压力事件，就会导致婚姻和家庭出现问题。经历更多压力事件的夫妻更容易受到负面婚姻结果的影响，这种影响应该由夫妻双方的资源水平和对事件的定义来调节（Bradbury 与 Karney，1995）。

多年来李国庆和俞渝经历了上市、大摩女事件、退市私有化、海航并购等各种压力事件，成为二人权力结构变动的关键时刻和压力焦点。VSA 模型的理论基础之一的危机理论的重点即是关注家庭如何面对压力事件，外部环境和事件对夫妻互动过程和婚姻进程的直接影响，以预测婚姻过程中可能发生的变化。危机理论中主张在经历了更多的压力事件的负面影响后，可以通过资源水平的调整以及对压力事件的重新定义来进行调节对事件进行不同的定义，以改变这些压力事件的影响（Bradbury 与 Karney，1995）。

企业与家庭生命周期不同阶段的权力互动

家庭和家族企业制度两个系统之间的冲突因家族企业的发展阶段而有所不同。随着个人发展

阶段、家庭和企业的不同生命周期的需求和变化，夫妻共同领导模式随着时间的推移，其婚姻伴侣和商业伙伴的双重角色定位兼顾并非易事。

在家族企业形成的初期，家族企业往往受益于家族原则和商业原则的重叠性的相互作用。但随着企业的日益成熟，出现更加复杂的组织形式，两个系统的重叠开始在组织中产生冲突。而且冲突会以规范之间存在矛盾的形式表现出来，例如家庭原则规定个人的行为方式，往往与商业原则中对他们的期望相反（Danes 等，1999）。

在家庭 FIRO 模型中，尤其是当夫妻经常出现分歧时，控制性问题便成日常互动的首要问题。从俞渝和李国庆多年的互动与竞争来看，控制问题一直是其主要问题，并且成为张力关系的主要驱动力。但在不同时期，张力是更具建设性，成为实现家族企业的整合性目标的创造力和驱动力，推动企业变革和家族发展，包括家庭和企业的目标实现程度，例如利润增长、长期生存能力、充足的资本、和谐的家庭关系、工作与家庭的平衡、良好的家庭收入、安全的退休资源等（Danes，2000）。

表 2 中我们列举了夫妻三个不同阶段的权力结构、权力互动模式、关键事件以及媒体各方的评论，从中清晰可见许多问题积蓄已久，二人耿耿于怀的众多往事皆在其中。

表 2：李国庆、俞渝夫妻权力结构变化的关键大事记

创业阶段	家庭FIRO维度	权力结构		关键大事记
第一阶段：夫妻创业 (1997-2010年)	包容性&整合性	联合总裁	李国庆：负责市场、技术、 采编、运营 俞渝：负责财务和人力资源	1997年 创办北京科文图书信息技术有限公司和科文剑桥图书公司 1999年 创办当当网 2000.4 第一轮融资，IDG、LCHG、软银等投资800万美元 2004.2 第二轮风险投资，老虎基金投资750万美元 2006.7 第三轮融资，DCM等联合投资2700万美元
第二阶段：公司上市 (2010-2016年)	包容性&整合性	2010年： 李国庆：CEO，持股 31.6% 俞渝：董事会执行主席， 持股4.7%	俞渝负责与投资人打交道	2010.12.8 当当网在美国纽交所上市 2010年 京东向当当发起图书价格战 2011年 李国庆针对京东主营的3C业务打价格战 2011.1.14 李国庆对战“大摩女” 2011.6.8 当当网股价报收15.56美元，首次跌破16美元发行价 2014年 腾讯欲收购当当
	包容性&控制性	2015.1.1 俞渝全盘接手 当当，李国庆创立新业务	俞渝主理当当 李国庆创立新业务	2016.7 李国庆和俞渝宣布发起低价私有化要约 2016.5.31 当当达成每股6.7美元的最终私有化协议 2016.8 与儿子签署股权文件，俞渝代持 2016.9 当当网在美国私有化退市
第三阶段：私有化退市 (2016-2020年)	控制性	2016-2018年李国庆负责 新业务 2019-2020年李国庆离开	俞渝：董事长兼CEO	2018.4.11 海航旗下天海投资披露计划购买当当网，估值75亿元人民币 2018.9.19 海航科技宣布收购当当网交易终止 2019.2 李国庆宣布离开当当网，董事长俞渝兼任CEO

①第一阶段：创业期的包容性与整合性（1997-2010）

当当网是以李国庆创业的北京科文为基础，由李国庆和俞渝在 1997 年创办的，夫妻二人的头衔是联合总裁。但据《腾讯新闻》（2020）报道，从 2020 年开始，李国庆推翻以往说法：“我根本不承认（她）是联合创始人，我就是唯一创始人，她就是帮衬。”而早在 2013 年《新浪财经》（2013）报道中俞渝曾明确表示，最初是“陪太子读书”。

与早期《经济观察报》（2011）报道相似，李国庆主要负责内部管理，而俞渝则更多负责与外部投资人沟通。在《新浪财经》（2011）报道中李国庆坦承：“俞渝在跟资本的桥梁上是不可替代的，我在跟投资人打交道上笨嘴拙舌，一开会，我口无遮拦。……而 Peggy（俞渝英文名）在处理与投资人关系上，让这些投资人能够知道国庆在想什么，这是非常重要的。”

2004 年曾出现过夫妻创业中的第一个关键决策点：当当网收到亚马逊 1.5 亿美元收购要约。虽然俞渝曾起念出售，但李国庆最终仍然回绝了诱惑。可见当时权力的结构确实是以李国庆为主。2010 年 12 月 8 日，当当终于迎来了多年创业的高光时刻——纽交所上市，当天收涨 86.94%（29.91 美元）。

《中国企业家》（2018）评论：“口不择言、快意恩仇的李国庆擅于吸引更多眼球，俞渝则作

为一名优秀的事业搭档，共同将当当送上了纽交所。”当当老员工在接受《投中网》（2020）采访时说，“这两个人在当当的发展历程中，缺一不可。如果说李国庆完成了当当的从 0 到 1，俞渝就是从 10 到 100。”

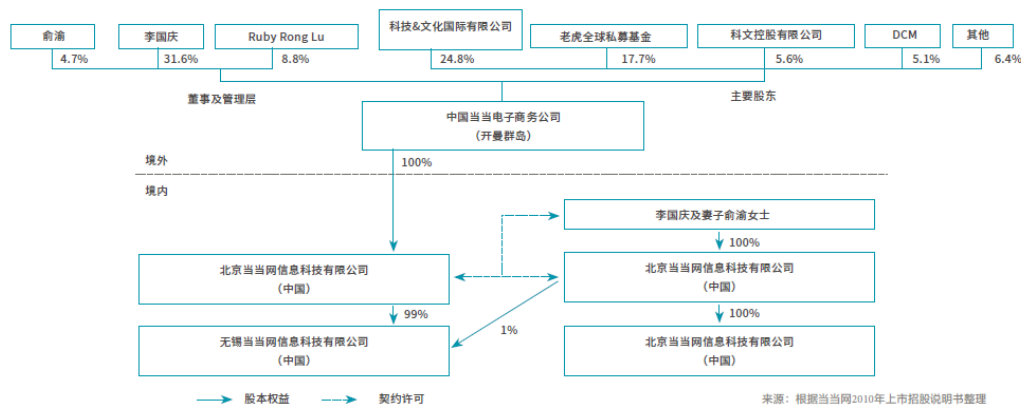
由此可见本阶段当当网正面临着冲刺资本市场、业务发展等重大战略发展，李国庆和俞渝即便在性格差异、行为方式等方面存在一定的张力，但是在包容性与整合性的企业目标高度一致的情况下，通过开放沟通、共同解决问题等方式，依然可以保持家庭团结、家族成员成长与发展（McCubbin 与 Patterson, 1982），充分发挥夫妻共同领导模式的优势。

②第二阶段：上市后冲破包容性-压力源下的张力阈值（2010-2016）

公司上市可谓是当当网的最高光时期。这个阶段也是夫妻二人从同仇敌忾到终结“夫妻共同领导”模式的关键转折期。第二阶段经历了公司上市、李国庆对骂大摩女、拒绝腾讯投资到私有化等重大事件，夫妻之间决策上的重大分歧不断加深。

上市后，二人头衔发生了调整：俞渝担任执行董事长、李国庆担任 CEO。夫妻不但掌控 2 个董事席位，并根据公司章程提名独立董事后藤顺一，由此在 5 席中占据 3 席。在股权设计上，夫妻两人通过 A/B 股持有 45.2% 的投票权，由此形成强

有力的控制权，才得以在 2016 年主导公司的私有化。



资料来源：当当 2010 年上市招股说明书

图 2：当当网 2010 年上市时股权架构图

2011 年 7 月李国庆接受新浪《财经面对面》节目采访时表示，“我的权力就更大了，俞渝单方面的意见我不同意，可以不接受，过去联合总裁必须妥协，这是一个重要变化。”这也是他们在发现联合总裁模式的问题之后，进行的重大调整和改变。“但是她老越界，不按议事规则办。”李国庆如是对《海克财经》（2019）说。

“ABC 三轮融资，对赌，美国上市一个月，你闹腾大魔女。办公室去三号航站楼的车上，我哭了一路，到了上海酒店，还在哭。洗完脸，我抱着一堆样品，咬牙去酒店行政层、开百货品类的记者会。”俞渝在 2019 年 10 月微博中回应李国庆时写道。

当年大战大魔女、微博对骂事件，李国庆将当当网置于舆论关注的风口浪尖。李国庆认为上市时犯下了包括折价发行等重大失误。《财新周刊》（2011）报道李国庆愤怒的缘因延伸至“对投行乃至负责上市、定价工作的俞渝的不满”，甚至有投资者说是“把阶级矛盾简化成两口子吵架了”。

多年后俞渝接受《财新周刊》（2019）采访时反思：“作为 CEO，我应该在上市时冲着 7-8 亿甚至 10 亿美元去，为接下来的市场作资金储备。市场好的时候，我拒绝了市场，这是我犯下的战略性错误。”

此后几年间当当网经历了过山车般的股价起伏。2011 年 6 月 8 日股价报收 15.56 美元，首次跌破 16 美元发行价，之后更是一路下滑，一度跌破 8 美元。但即便处于最低谷时，二人之间仍然有很深的信任。李国庆在接受《财经天下》（2014）采访时表示：“我老婆很相信我的才干，这是我们能在一起的原因。她很欣赏我。”

腾讯曾以开通微信流量入口、将腾讯电商平台交由当当运营、承诺保持二人控制权等为交易条件，欲投资入股当当网（占股 33%）。但李国庆最多只能让步到腾讯占股 25%，“腾讯提出把好好乐买都归我们两口子管。我们两口子异口同声说，我们没这个本事，如果它能存在，就该让它独立的存在。”彼时，李国庆与俞渝默契地达成拒绝出让股权的共识：“我老婆也问我，你是不是在跟人攀比。我说不是，我就觉得每天都有进步，企

业就有希望，我能推得动。我老婆说行，那就信你的，就跟2004年不卖给美国人一样，又信了我一次。”

但随后腾讯迅速将橄榄枝抛向了京东，2014年京东在美国上市，之后迅猛发展，截至2020年11月11日美股市值已高达1292.72亿美元。两相对比，当当2016年美股退市时市值仅为5.6亿美元。此事成为二人至今都在反思的战略性失误。这个事件清晰地显示出夫妻共同领导模式的弊端——在战略上过于保守，错失了最重要的黄金发展期。

2015年1月1日，二人达成共识，由俞渝全面接手当当，放弃母婴等低利润品类。李国庆以1000万美元启动资金，布局五大新业务，包括电子书、自出版、实体书店、网络文学和IP孵化。当当副总裁陈立均接受《新京报》（2019）采访时表示，“俞渝更注重的是系统、流程和标准化；国庆是业务型干部，喜欢亲力亲为，什么事都往前跑。”新业务具有独立的财务和人事体系，李国庆“有极大的执行权”，“很多事情都是他自己拍板，最多就还是两个老板自己商量”。

可见在此阶段“夫妻共同领导模式”经历前所未有的挑战和风险，显示其保守的共同决策模式缺陷，错失腾讯入股、与京东价格战等关键战略决策点，继而引发夫妻在控制性维度上的权力争夺，最终仍然在兼顾家族和企业利益的整合性目标之下，俞渝开始取代李国庆成为权力结构中的决策主导者，达成全新的权力格局。

③第三阶段：私有化后夫妻共同领导模式的终结（2016-2019）

2016年是中概股私有化的大年。2016年7月9日，李国庆和俞渝宣布以7.812美元/ADS发起低价私有化要约，此后引发连锁反应，被网络公开信指责“中美套利投机”，引发小股民集体抗议等，向当当私有化特别委员提交反对意见等。

此时，俞渝持股3.92%，李国庆持股29.18%，但通过超级投票权最终仍获得了83.5%的支持率。

真正让李国庆和俞渝走向决裂的是曾轰动一时的海航收购案。2018年4月11日，海航旗下的天海投资宣布将以75亿元人民币对价收购当当网。《财新周刊》（2018）报道，5月29日海航科技在重组说明会上表示，俞渝、李国庆承诺收购完成后不再担任董事及高管，逐步退出实际业务管理，不参与日常决策。

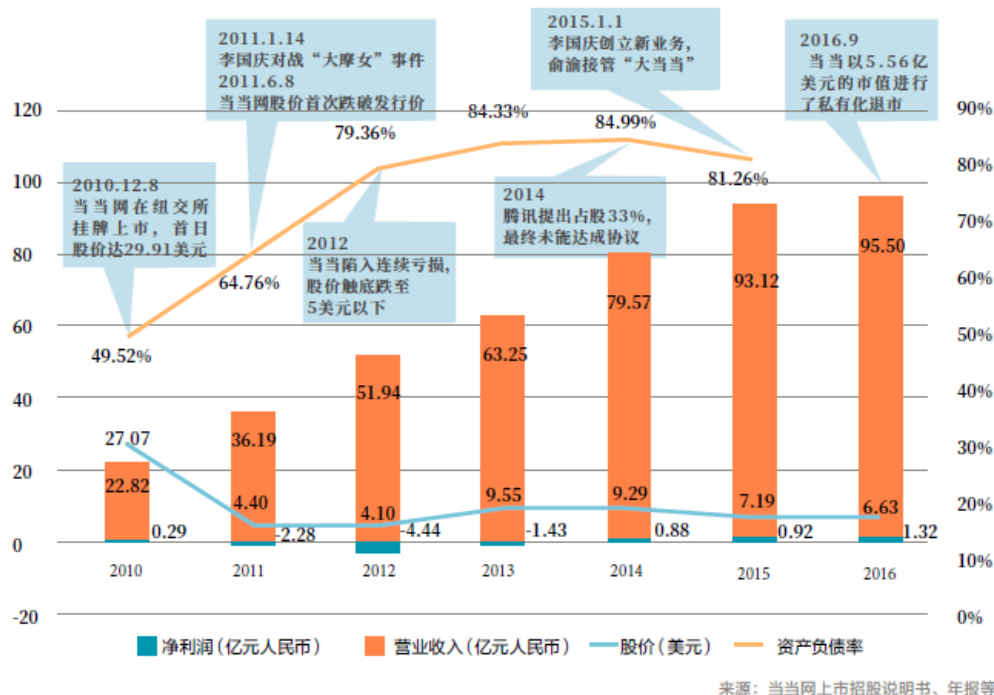
《中国企业家》（2018）报道俞渝表示“当当网的前缀、后缀不必永远挂上我和李国庆的名字。”但李国庆在接受《腾讯新闻》（2020）采访时表示自己并不同意，“本来说投资当当，后来又想买，我是坚决反对卖，所以出现了给我的逼宫信，就是2018年的1月15号……让我缴枪，把新业务也给她，永远养着我，给我办公室。”而在4月11日海航对外宣布之前，李国庆要求俞渝写一封感谢自己开拓新业务的信，并要求“俞渝承诺，如果海航收购失败，我来重掌当当，融资给大家套现，继续带领当当发展。”其后，二人开始分居。2018年9月19日，海航宣布收购交易终止。《新京报》（2019）报道李国庆甚至怀疑此事是俞渝故意为之，“其实她也知道海航收购的成功率不高，想利用海航这个故事，把我洗出去。”

最终令李国庆彻底退出当当的是在刘强东事件中，李国庆在微博上发声支持刘强东。最终当当出声明强烈谴责他的言论，“他离开当当网管理层、决策层已有一段时间，李国庆先生的言论是他的个人观点，当当网已经要求李国庆将当当Logo从他个人微博号等处删掉。”李国庆接受《腾讯新闻》（2019）采访时也承认：“相当于违背了我们俩的协议，就是被曝光了，所以我才要正式和公众做一个交代。”2019年2月，李国庆正式离开当当，6月创业推出“早晚读书”，夫妻共同领导模式正式终结，婚姻关系同时破裂。

从债务结构来看脆弱-压力源

以上一节 VSA 模型中的债务结构和销售收入等财务指标来分析,2010-2016 年当当网与霸王案例有极为相似之处——虽然总营收不断增长,但资产负债率逐年上升,2014 年时达到峰值(图 3。李国庆当时坦承曾经犯的错误是“被华尔街牵着走,也曾经一度什么品类都做,什么品类都有。当

时就觉得我什么都做,赔着钱做,这样顾客数就多了,销售规模就大了,然后估值就高,市值就大,圈地嘛。”由此付出的代价是曾连续三个季度亏损超过 1 亿美元。而夫妻之间的控制性维度冲突急剧升级,夫妻共同领导模式面临巨大挑战,最终演变为对主导权的争夺。



资料来源：当当网招股说明书、年报等

图 3：当当网的财务数据与股价（2010-2016）

根据北京市金杜律师事务所出具给海航科技的《发行股份及支付现金购买资产并募集配套资金暨关联交易预案的专项意见》，私有化退市时为了安排私有化收购 E-Commerce 交易项下的对价款项，由俞渝和李国庆主导的买方团向中国银行上海市浦东开发区支行贷款 1.4 亿美元，E-Commerce 将所持北京当当 100% 股权（及其所持相关子公司股权）以及天津当当的不动产进行质押。可见 2016 年私有化后当当背负了巨大的债务压力，到 2018 年海航洽谈入资事宜时，一改之前拒

绝亚马逊和腾讯并购或投资的态度，俞渝甚至不惜采取李国庆所说的“逼宫信”以达成海航并购，但由此引发了最为严重的婚姻危机。

在长达 23 年的创业过程中，李国庆与俞渝在不同的权力动力驱动之下，最终“共同夫妻领导模式”与婚姻都共同走向了终结。2019 年冲突集中爆发、分道扬镳之后，那些曾经支撑这对夫妻坚持的因素，终于成为彼此伤害的武器。表 3 列举了自 2019 年 2 月自李国庆退出当当后至今所发生的关键事件以及与之相对应的五种冲突类型。

表 3：2019-2020 年李国庆和俞渝离婚事件发展表

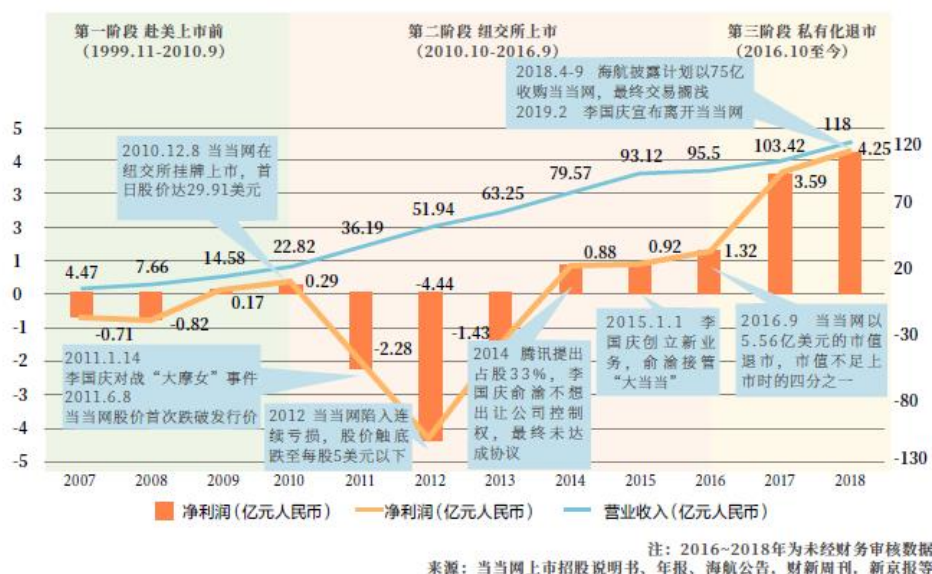
时间	事件	冲突类型
2019.2	李国庆发公开信离开当当	角色冲突
2019.6	李国庆创业推出了“早晚读书”	
2019.7	李国庆提出离婚申请	
2019.10.10	李国庆在节目中怒摔水杯	
2019.10.23	俞渝爆出李国庆私生活黑料	
2019.11.29	离婚案第一次庭审	公平感冲突
2020.1	拟定和解方案	
2020.4.26	李国庆带人进入当当拿走47枚公章/财务章	工作-家庭冲突
2020.4.28	李国庆发布加盖当当网公章的人事调整	身份冲突 角色冲突
2020.4.30	俞渝发出内部信	
2020.7.7	李国庆带人进入当当撬开保险柜	
2020.7.8	朝阳警方通报李国庆被依法行政拘留	
2020.7.19	李国庆拘留期满释放	
2020.8.9	李国庆发布微博称自己和俞渝被儿子告上法庭	传承冲突
2020.8.12	离婚案再次开庭	公平感冲突
2020.8.14	俞渝发布“谁给了李国庆威胁杀妻的勇气”公开信	

(1) 不公平感引发冲突：从家庭蔓延到企业

“未来就是争权夺利，原来想不争了，让你管，给我套现就行了。现在发现没有动作，我面临着利益得不到保证，我必须奋起反击。利益跟权力，现在我要全拿回来。”据《腾讯新闻》（2020）报道，这是李国庆自 2020 年 7 月正式提出离婚后，在微博、法庭、媒体等不同平台发声时多次强

调的要点，他拒绝俞渝提出的分配 25%股权方案，要求离婚夫妻平分股权。

当当网私有化之后业绩一路上升，从图 4 财务数据中可见：2019 年保守利润为 6 亿元（新京报，2019）。李国庆接受《新京报》（2020）采访时也承认：“俞渝管这三年，我不管，人家也挺好的，利润逐年增长，去年 4.5 亿，今年 6 亿做不到，5.5 亿也是一定的。”



注：2016~2018 年为未经财务审核数据

资料来源：当当网招股说明书、年报，海航公告，财新周刊，新京报等。

图 4：当当网净利润和营业收入变化趋势

据《腾讯新闻》(2020)报道，2020 年 1 月，潘石屹和张欣作为调解人曾向李国庆和俞渝提出过三项建议：“第一，学我们家每人三分之一；第二，以你家利润，套现 8-9 亿元；第三，今后国庆创业，俞渝和当当必须支持。”李国庆欣然同意，但之后提出要先分红：“我现在创业需要 3000 万元人民币。她说不行，我正在跟小股东斗争呢。我说那这样，你们先借我 3000 万。她不借。这就是起因。”由此引发的不公平感，引爆了后文详述的五种冲突。

这原本是一场家族内部夫妻之间的不公平感冲突，但 2020 年 1 月财产分割仍未能达成协议，终于将战火蔓延至企业层面，同时引发了工作与家庭冲突、身份和角色冲突，最终将儿子卷入了传承冲突之中。

(2) 多种冲突齐发：抢公章进入控制权之争

工作与家庭冲突的典型表现在家庭子系统和企业子系统交叉部分出现的问题，例如两个子系

统的角色压力存在严重冲突，甚至互相无法相容 (Beulell 与 Greenhaus, 1985)。进而工作压力和家庭压力转化形成“压力传递”或“压力溢出”效应 (Schulz 等, 2004)，在两个子系统之间相互交织，产生负面影响，导致家族成员采取更多消极的应对方式 (Ford 等, 2007)。

早在 2013 年，《中国企业家》(2013)报道，俞渝便提出，“做企业和过日子是不一样的，做企业的时候，任何两个有思想的人就会有不同的想法，就会有很多的冲突，但是你带着这些冲突回到家，我是接着冲突还是不冲突？我要不继续冲突，我会觉得我自己很虚伪，我要继续冲突，日子就没法过了。”《财新周刊》(2019)报道当当网高管也表示：“有时候开会，两位吵起来，甚至拍桌子走了，大家会感到不知所措。”

角色冲突对家族企业的影响核心是理解与家族成员身份和企业股东身份相关的行为期望不同，由此产生不同角色之间的冲突。还包括角色转移现象，例如将家庭角色定位转移到企业系统中，

导致角色错位等。其中最典型的问题包括谁可以留在家族企业工作，以及谁能拥有主导决策权。

社会环境为适合于不同身份的行为设定了相应的身份标准和行为预期（Burke, 2003）。而在家族企业中身份冲突的典型表现是，当家族身份和企业身份同时被激活，但只能以其中一种身份行事，而且产生与另一种身份相互竞争甚至冲突的行为时，各种张力和冲突将爆发出来（Shepherd, 2009）。双方对彼此的身份进行互相指责，正如俞渝在内部信中指責：“李国庆去年起诉离婚，更多的是想得到当当股权，法院审理还在进行当中。而他为了私利，无视法律进程，肆意扰乱当当。”但李国庆反驳：“争产不是我的初衷，而是出于对当当过去几年痛失战略机遇深感痛心。”

李国庆采取了多项行动，把家庭冲突蔓延到企业之中，发起股权与控制权之争，引发了典型的角色和身份冲突。俞渝在内部公开信中强烈指责：“李国庆把婚姻法带入公司法，不断折腾我们的公司。”2020年4月26日早9:34，“李国庆伙同5人，闯入当当网办公区，抢走几十枚公章、财务章。”当当网发给澎湃新闻等媒体的声明中如此写道。4月28日李国庆发布盖有当当网公章的人事调整公告，宣布俞渝负责当当公益基金，阚敏改任财务副总裁等人事任命。李国庆在微博表示，已按公司法召开了包括小股东在内的股东大会，形成了选举李国庆为董事长和总经理

的决议。7月7日，李国庆再次进入当当，撬开保险柜。随后当当网发布声明称，其抢走了营业执照和U盾，已被北京朝阳警方行政拘留。

此时夫妻两人已陷入冲突的漩涡之中，难以划分不同冲突类型的界限，但如果能够分析具体的冲突类型，厘清和界定家庭角色和企业角色，从激烈、混杂、交织的情绪中跳脱出来，上升至理性层面进行思考，仍然存在缓和矛盾、解决问题的可能性。

（3）代际传承冲突：儿子不得不卷入父母之争

离婚破坏了“父-母-子女”三方关系平衡，容易在家庭系统中引起更复杂的冲突。子女往往不得不陷入到对父母双方的忠诚冲突之中，而父母甚至会试图削弱另一方权威，以赢得子女对自己的忠诚等（Dillon 与 Emery, 1994）。在这场夫妻战争中，两人多年一直提及的儿子被卷入到公平感冲突和代际传承冲突之中，最终演变为全家人应如何分配权力和利益等关键问题。

海航公告显示，两人儿子名为 Alexander Chunqing Li（以下简称 Alex），出生于美国。李国庆在2013年《杨澜访谈录》中说，儿子早早便介入到父母的争吵中（表4）。2010年李国庆对峙大摩女时，年仅13岁的 Alex 便开始调解。李国庆开拓新业务的决定，也是儿子一手促成的。

表4：儿子的角色与态度

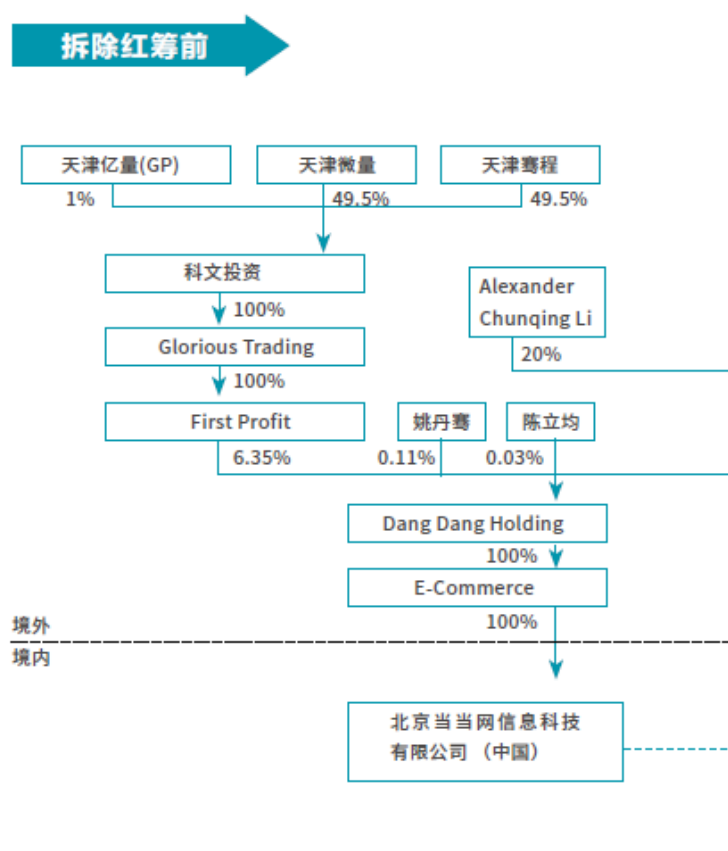
时间	关键事件	儿子的态度与作用
2011	李国庆vs“大摩女”	“你们俩不是在生活中吵架，就是在工作中，还是不要在一起工作了。”
2014.10	李国庆创办新业务	“妈妈管老当当，爸爸你去做新业务。”
2017	股权分割	“以后关于当当的问题，你们俩谁也不许逼我表态。”
2020.4	李国庆取公章	李国庆：希望你发挥调解人作用，她估计只能听进你的话。 儿子：我觉得这个不是我站队，而是所有人都被通知一下。
2020.8	儿子提起诉讼	告上法庭，要求法院确认二人为他代持当当股份的代持协议有效。

资料来源：新京报、杨澜访谈录、李国庆微博等

李国庆对《海克财经》（2019）说：“老吵，老打，最后儿子说——我儿子跟高西庆的儿子是同学，高一吧，人家俩人还分头跟我们俩问，问答完，最后得出结论，说妈妈管老当当，爸爸你去做新业务。结果俞渝就听成了，儿子就怕你管老当当，把老当当给弄翻了。”

海航并购交易预案显示，俞渝和李国庆提供的信托设立文件等资料显示其海外控股架构中搭

建了家族信托（图 5），Wisdomtree 信托的委托人和保护人为李国庆，受益人为李国庆、俞渝和 Alex。Hamilton 信托的委托人为俞渝之母，保护人为俞渝，受益人为他们三人和俞渝之母。其后因并购案需要拆除红筹结构，信托架构又变成境内公司为主，副总裁阚敏在接受新京报采访时表示，俞渝和李国庆分别持股 52.23% 和 22.38%，Alex 持股 18.65%。



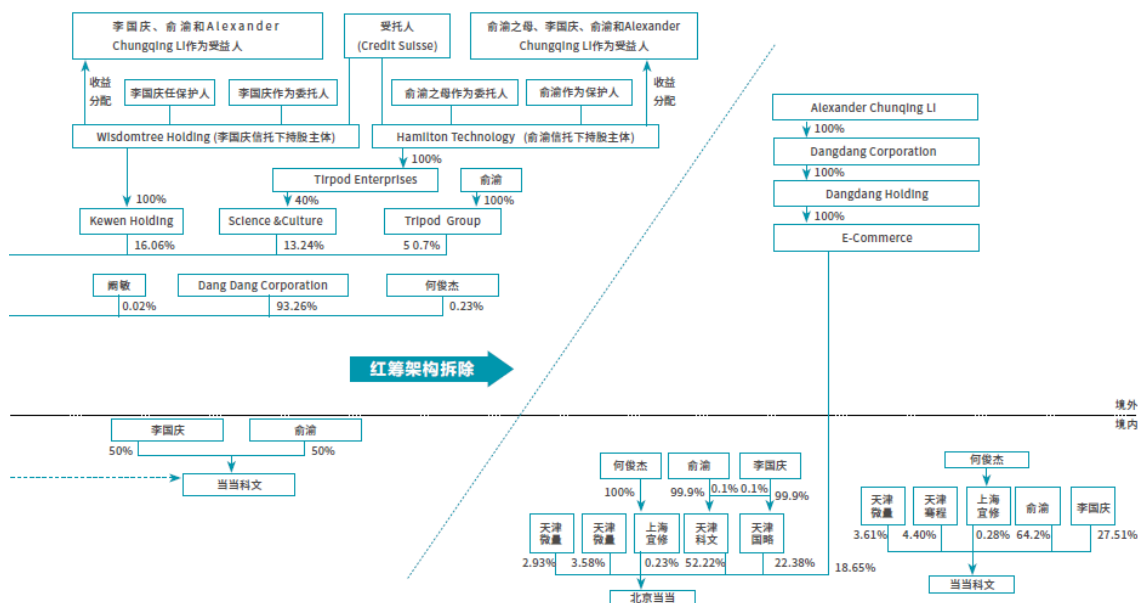


图 5: 2016 年私有化及 2018 年拆除红筹架构之后的股权架构图

李国庆曾透露儿子明确表示不愿意站队，“给了我纸面财富，那我可跟你们说明，以后关于当当的问题，你们俩谁也不许逼我表态。”2020 年 8 月 9 日，李国庆和俞渝被儿子告上法庭，其子要求法院确认代持协议有效。而李国庆认为这是俞渝借助儿子来对抗他的方式。

目前此案仍在进行中，对儿子来说这似乎已经成为他从小无法逃脱的命运之手，成年之后亦无法再置身事外。

霸王 vs 当当双案例对比研究：

两强相争下的夫妻共同领导权

配偶资本（Spousal Capital）是指企业家通过配偶获得的人力资本、社会资本和财务资本等，而夫妻共同领导权模式是配偶资本高度融合的模式。双方拥有高度的决策权与责任，同时也面临着更大的挑战和风险。本组双案例通过霸王和当

当对比分析，进一步揭示出这两个案例的相似之处。

我们之前曾以格拉斯尔冲突升级模式视角，分析本组双案例夫妻之战爆发的过程、形式、冲突风格，发现两个案例极为相似，而本节进一步对比分析发现，两个案例的权力动态变化过程、家庭 FIRO 模型维度变化、VSA 模式压力源对比、五大冲突模式等，尤其是股价走势、债务结构等财务维度均极为相似。从目前进展状况来看，霸王达成和解，儿子顺利接班，已解决离婚冲突；而儿子卷入的当当诉讼，还充满未知。

作为研究者的我们，希望能够以这样两个高度相似的双案例进行对比分析，帮助深陷其中的企业家照见镜子里的另外一个自己，从家族冲突的困境中跳脱出来，反思应对之道，带领家族与企业走向新的未来。

表 5: 霸王 vs 当当网对比核心发现

对比项目	主要结论	相似点	不同点
夫妻权力动态变化	从联合创始人到夫妻共同领导模式的终结	创始期为：联合创始人，发展期为：董事长vs总裁，权力斗争中一方淡出直到最后退出	霸王：联合创始人→董事长vsCEO 当当：联合总裁→董事长vs总裁
家庭FIRO模型的动态重建	夫妻共同领导权的包容性基础	包容性维度出现问题，控制性维度开始权力之争，引发无法达成整合性的家族/企业目标	霸王：已在整合性目标下达成和解 当当：仍在包容性和整合性维度冲突升级中
VSA模型压力源的财务对比	在负债率达到峰值时决裂	在危机事件之后，股价大跌，资产负债率走高，夫妻紧张关系和冲突升级	霸王：业绩一直走低 当当：营业收入和净利润增长，债务降低
夫妻共同领导权的冲突模式	五大冲突模式集中爆发	由公平感冲突引爆，之后上升为五大冲突交织	霸王：冲突爆发后半年达成和解 当当：公平感冲突所主导的多重冲突模式继续升级中
代际传承冲突的影响格局	儿子被卷入	儿子被卷入代际传承与公平感冲突中，传承都采用了家族信托架构持有企业股权	霸王：儿子已接班，进入管理权传承 当当：儿子仅签订股权代持协议，尚未介入公司管理

一、夫妻权力动态变化：从联合创始人到夫妻共同领导模式的终结

决策主导权用以定义和评估夫妻的相对权力。本组双案例作为夫妻共同领导模式的典型代表，最常见的陷阱是责任重叠。两对夫妻在企业的创

业期和成长期时，均是作为对等的企业合作伙伴，除了进行坚定有效的决策，分担管理责任，还需要管理心理等方面的相互依赖关系（Fletcher，2010），也不可避免由于责任重叠带来决策混乱和冲突爆发。

表 6:霸王 vs 当当权力结构对比

企业生命发展周期	霸王	当当
创业期	联合创始人	联合总裁
成长期	董事长vs CEO	董事长vs总裁
成熟期	•万玉华退出，儿子接任CEO •万玉华创业	•李国庆淡出，俞渝任董事长兼总裁 •李国庆创业

本组双案例中的夫妻权力结构和权力动态变化如出一辙，经历了极为相似的权力斗争和婚姻路径，都在企业危机时刻演变成一场你走我留的单选题。李国庆和万玉华的被迫退出、自行创业，换来了企业的稳定发展。两虎相争，必有一伤。这或许成为“夫妻共同领导模式”迟早要走上的不归路。

正如一位当当老员工在接受《投中网》（2020）采访时所言：“正如争夺孩子的抚养权，这家企

业两个人一起打拼，半生心血都在里边，他们两个人又都是掌控欲极强的，都想往自己理想化的方向培养，但谁都不让步。”

而家族财富与企业高度相关，企业荣则家族荣，企业败则家族败。家族企业表现不佳将会导致家族情感财富和财务资本的损失。两对事业心都极强的夫妻形成强有力的夫妻共同领导模式，最终只能以企业离场和婚姻离婚的痛苦方式收场。

二、家庭 FIRO 模型的动态重建：夫妻共同领导权的包容性基础

表 7 霸王 vs 当当家庭 FIRO 模型维度与关键事件对比

维度	维度细项	霸王	当当
包容性	结构：界限-组织角色-联盟-成员资格-职位 联结性：培养-参与-承诺-归属感-从属关系 共同意义：身份-忠诚-仪式-价值-世界观	2014 夫妻关系恶化 2015.12 万玉华辞任CEO 2016.6 万玉华创立小小世界	2015.1 李国庆创立新业务 2016. 当当私有化，俞渝代持儿子股份 2019.2 李国庆离开当当 2019.6 李国庆创立早晚读书
控制性	支配：对抗-强迫-操控-命令-纪律 反应：抵抗-反抗-服从-撤退-不服从 协作：谈判-妥协-平衡-互相迁就-消解	2018. 万玉华被辞任Foutune Station董事 2019 万玉华股权被稀释	2020.4 李国庆带人拿走47枚公章、财务章，发布人事调整 2020. 7 李国庆带人进入当当撬开保险柜
整合性	实现家族企业目标：高品质的产品或服务-目标达成-视规范性变革为机遇 企业健康：财务稳健-创造性解决难题-长期生存能力 团队：有效管理-优秀的雇员关系-人力资本投资	2018.7 达成和解	待定

本组案例中的冲突升级均是到达关键的权力动态变化阶段时，由控制性维度上开始的权力之争，从而引发包容性问题，到底谁更拥有权力和决策权，乃至升级成谁去谁留的冲突。当控制性维度的问题凸显时，其他两个维度均会出现严重失衡。李国庆和俞渝从 2011 年股价跌破发行价到腾讯收购，到 2015 年 1 月开始分庭而治，再到 2018 年海航收购冲突达到矛盾的顶点；陈启源和万玉华则是从 2010 年霸王致癌危机后，陈启源开始强势介入管理，到 2014 年万玉华被打之后开始破裂。

家庭 FIRO 模型给家族企业的两点重要启示是，当家族企业面临来自重大/持续压力事件的挑战时，应当重建包容性、控制性和整合性等模式，可以作为深入研究与解决问题的框架模型，解决家族企业的冲突。本组案例的“夫妻共同领导模式”经历权力结构的改变，应当重新审视和调整三大维度的顺序。如果只专注于控制性维度和权

力冲突，而不从根本上解决包容性维度的问题，就无法实现家族企业的变革和过渡（Doherty 等，1991）。

陈启源和万玉华以家族和企业利益的整合性目标为前提，最终选择和解，解决了包容性问题，才得以解除危机。但李国庆和俞渝依然在继续激烈升级中，儿子也被卷入冲突漩涡中，未能达成最终的和解协议——基于对企业的心理所有权及现实利益考量，夫妻二人仍然无法轻易罢手。

当家族冲突达到到达张力阈值之时，再提供明确的目标将变得极其困难（Davis 与 Tagiuri, 1992）。因此应在张力关系开始之前，调整家族企业的整合性目标，这对于管理未来潜在的家族冲突而言至关重要（Danes 等，2002）。

三、VSA 模型压力源：在负债率达到峰值时断裂

我们从财务分析中发现两个案例的相似之处，均是在上市第二年开始股价大幅下跌，尤其是危

机公关事件发生之后出现亏损，又都是在负债率达到峰值时，一方开始淡出公司管理（图 6、7、8）。



图 6：霸王 vs 当当市值变动趋势图



图 7：霸王 vs 当当股价变动趋势图

家族企业在处理包容性和控制性问题时，表面上可能是因企业问题上出现分歧，但深层次的很可能是聚焦于谁拥有更大的决策权。我们发现本组案例中在面临重大财务决策和经营压力时，

将带来企业和家庭的双重张力，甚至会导致夫妻之间的冲突乃至决裂。

在上一节霸王案例的 VSA 模型分析部分，我们已经强调有研究发现恶化的债务状况是事业型

家庭面临离婚的压力源之一。同时，追求较高的销售收入水平，也会危及家族关系和商业行为的延续（Jaskiewicz 等，2016）。因此，家族应当特别警醒这样的时期，提前进行适应性规划，调

整家族的价值观和目标等，建立修复婚姻关系的保护机制（Hutchinson 等，2007），以缓和压力源对婚姻关系带来的负面影响。



来源：霸王年报、当当网招股说明书、海航公告、《新京报》、《财新周刊》等

来源：霸王年报、当当网招股说明书、海航公告、新京报、财新周刊等

图8 霸王 vs 当当的净利润、资产负债率变动

本组双案例的整体经营状况差别较大(图8)：霸王业绩陷入困境已10年仍在艰难转型中，万玉华与陈启源能够在半年内便达成和解协议，更是深知一荣俱荣，一损俱损；而当当私有化之后，业绩逐年上涨，而李国庆创业也需要更多的资金支持，因此至今仍未有的罢手之势。

四、夫妻共同领导权决裂后的冲突模式：五大冲突模式的集中爆发

有研究表明，在家庭系统与企业系统的交叉点上，由于公司业务带来的超载工作量以及两个系统之间的资源竞争是造成张力的最大因素，而最严重的张力是工作-家庭冲突和公平感冲突。夫妻双方对于张力的感知和判断标准不同，而角色冲突和传承冲突是感知差异最大的两种类型。公

平感冲突是妻子最关心的问题，而角色冲突则是丈夫最关心的问题。此外妻子对传承冲突的关注度要明显高于丈夫（Danes, 2004）。所以对不同的冲突类型和风格进行识别，可以甄别夫妻双方关注的不同焦点，进行有效的冲突预防和管理。

从本组双案例冲突爆发之后来看，呈现出五种典型冲突的表现过程，都是因为离婚股权分割和财产分割，引发公平感冲突，继而产生新一轮的家庭-工作冲突，从家族层面蔓延至企业层面，通过要求公司清盘或者争夺控制权，带来身份冲突和角色冲突升级，同时不可避免将儿子卷入引发传承冲突的过程。但两位母亲都选择在冲突过程中将儿子的利益作为重要衡量因素，选择退让或者继续抗争。

而从冲突爆发形式来看，万玉华和李国庆都借助媒体的力量，将夫妻多年的恩怨公布于众，触发因素都是利益引发的公平感冲突，继而升级为五种冲突交织的复杂局面。两对夫妻冲突中甚至均出现了攻击性的语言威胁甚至是武力威胁的极端情形：陈启源曾在情绪激动时拿刀威胁，而李国庆则在法庭上大喊要杀人，后来公开道歉，并写书面检查检讨情绪性言论。婚姻暴力是最高

严重程度的冲突，更是另一种极具破坏性的冲突策略。家族企业中的角色正在发生重大变化，尤其当女性选择非传统角色时，张力关系更加凸显（Brown 与 Frishkoff, 1996）。可见本组案例中的冲突风格已经上升至最严重而破坏性的级别，也是典型夫妻共同领导模式中更加激烈的角色冲突和身份冲突的集中表现。

表 8：霸王 vs 当当五种冲突对比

张力类型	霸王	当当
一、公平感冲突	•万玉华：我曾提出只要5%财产就算。	•李国庆：俞渝要求我接受25%的股权就和平离婚，我拒绝同意，我要求平分。
一、工作与家庭冲突	•万玉华：自从嫁给他，一直帮他做生意、生孩子，没有个人的时间。	•俞渝：对于企业家而言，工作、事业占到了全部生活80%以上，不到20%的部分才留给家庭。
三、身份冲突	•万玉华：你认我是合伙人，是不是该分点财产给我；如果你认我是老婆，也要分我一点，他不当我是老婆，也不当我是合伙人。	•李国庆：年近半百，被俞渝一脚踢开。 •俞渝：李国庆把婚姻法带入公司法，不断折腾我们的公司。
四、角色冲突	•万玉华：他狠狠一巴掌打过来，说：“你给我滚，霸王没有你的事”。	•俞渝：他为了私利，无视法律进程，肆意扰乱当当。
五、代际传承冲突	•儿子陈正鹤接班，七子女通过信托持股； •万玉华：Heroic Hour是我儿子控股的公司，我却从来不知道。 •陈正鹤：当时的股权出让，是父母共同交出给予我们兄弟姐妹，没有一方转移至另一方或者其他入处。	•儿子Alex持股，通过俞渝代持； •儿子Alex：给了我个纸面财富，那我可跟你们说明，以后关于当当的问题，你们俩谁也不许逼我表态。 •状告父母代持协议；

因此，对于夫妻共同领导模式的家族企业而言，要不断平衡工作和家庭角色以及家庭-企业身份，通过保持不同角色之间的独立性，或者通过建立和调整不同阶段的家庭共同价值观，以实现

工作-家庭的平衡。公平、相互尊重和考虑的原则应该成为夫妻相处的基本原则。

五、代际冲突格局：儿子被卷入的代际冲突与公平感冲突

表 9：霸王 vs 当当二代传承情况对比

	霸王	当当
子女姓名	陈正鹤与其他6位未成年弟妹	Alexander Chunqing Li
子女数	7个	1个
股权	酌情信托持股控股公司 陈正鹤持28%，其他子女平分	先是通过家族信托持股 后拆分红筹结构由俞渝代持
接班情况	陈正鹤接任CEO	暂无接班
态度对比	“作为儿子，我真心希望母亲可以轻松一些，享受更快乐的生活，也希望家人能化解所有的矛盾。”	“给了我纸面财富，那我可跟你们说明，以后关于当当的问题，你们俩谁也不许逼我表态。”

传承是家族企业的基本问题之一，代际过渡是终极挑战。代际传承不是偶然事件，而是很长一段时间内的复杂而脆弱之过程。传承过程一旦启动，尤其对于二代而言更需要不断提升适应复杂变化环境的能力。

在夫妻战争系列案例中，二代无一例外都难以避免卷入到父母的离婚事件中，形成“父-母-子女”三方格局，成为婚姻格局中的利益相关方，被迫应对复杂的局势，平衡父母之间的利益和冲突。本组双案例中更典型的特点是，代际传承和父母离婚成为两条并行交织的核心主线，通过家族信托的持股架构进行股权传承，可谓临危传承，最终又成为父母对抗动力的组成部分，上升为冲突焦点之一。

但两个案例所处的传承阶段和培养方式不同，陈正鹤很早便进入公司担任董事、CEO 助理等职，在父母矛盾最激化之时正式接任 CEO，后又通过家族信托与弟妹进行了股权传承。这样提前有序接班培养成为万玉华愿意达成和解的重要原因之一。传承安排最终成为离婚冲突中的缓冲力量。

据李国庆参加节目中提及的年龄推算，Alex 目前仅有 23 岁左右，虽然早早开始介入并平衡父母关系，甚至是父母权力结构的重要调解者，但目前还未发现有界入当当管理事务的迹象，而其所获得的股权仍在信托架构内或由母亲代持，最

后反而成为父母利益相争的砝码，使得冲突从夫妻层面上升为家庭层面。

家族企业的传承过程有多种形式，在本组双案例中，陈正鹤和 Alex 却在众目睽睽之下，被迫界入到父母离婚之中，加速自身的传承进程。他们还不可避免地陷入“忠诚度冲突”的三角困境中，身处同时爱两个已经不再相爱之父母的两难境地（与其中一方保持良好的关系，但同时要“背叛”另一方），感到焦虑、难过、愤怒及压力等（Cummings, 1987）。陈正鹤最终转变为站在父亲一方，与母亲对抗；而 Alex 今年不得不直面父母的对抗。这是离婚家庭子女的一份特殊“成年礼”，也是他们担当家族与企业双重责任的归宿。

建议篇：在包容性中达成和解

“霸王别姬”落下帷幕，但曾经的辉煌已经不再。没有了万玉华的霸王，依然还在面对着各种外忧内患。对于企业系统，霸王集团自 2008 年上市之后，经历过短暂的辉煌，随后便因致癌事件跌落谷底，近十年的风雨飘摇、连续亏损，已无实力支撑这样的内斗；对于家族系统，万玉华与陈启源僵持不下，长子陈正鹤已经开始接班，家族不能就此自我毁灭。万玉华意识到僵持无益，唯有退出方能获得多方周全，否则只能亲手毁了企业和子女的未来。一旦清盘，全盘皆输。万玉华最终选择理性退出，不失为明智之举。

以家庭 FIRO 模型角度来看此, 2014 年关系恶化后, 万玉华开始淡出, 而陈启源则开始执掌霸王。陈启源的领导权开始清晰, 这是在包容性和控制性维度上进行了激烈的权力博弈, 最终以万玉华的第一次退出和儿子陈天鹤的接班作为阶段性的均衡格局。而后万玉华开始二次创业, 双方开始进入离婚谈判期, 陈启源则在控制性维度下, 通过稀释股权及董事辞任, 将万玉华彻底排除在外。

以 VSA 模型来看, 压力源对婚姻的负面影响可以通过适应性过程来调节和缓解压力。制定家庭认同的价值观和目标, 制定新的意义构建作为保护机制。如今万玉华对外的身份中仍以“霸王集团创始人”自居, 实现了 VSA 模型中所强调的以家庭和工作的强烈身份(F-BIA)的调节和修复, 实现了适应性过程的调节, 最终达成和解。

可见以家庭 FIRO 模型中的包容性为首要解决次序, 在 VSA 模型的家庭-工作身份一致性(F-BIA)的自适应调整下, 最终达成以家族利益和企业目标为目标的和解方案。否则, 一旦企业体系崩溃, 其家庭身份也会遭受损害, 进而造成家族结构性的空虚。在包容性维度下, 强化家族系统和企业系统中的双重身份认同感, 加强家族内部沟通, 对压力源进行干预, 消除其负面影响, 能够缓解离婚危机或者降低离婚伤害。

即便夫妻最终仍要离婚, 但仍然能够坚持相同的家族价值观和目标, 在战略行动上达成共识, 创造统一的命运共同体。如今万玉华继续推进其小小世界的创业, 陈启源和陈正鹤继续管理霸王的格局, 最终选择了各自发展、和平共处的模式。

家族冲突理论强调家族企业面对的问题不是线性的, 而是复杂、循环、动态的, 仅关注冲突的内容、性质和相互作用远远不够。本组双案例夫妻共同领导模式伴随着企业生命周期和夫妻婚姻周期展现出来的不同冲突模式和风格, 不可避免地穿越旧恨新仇, 可见夫妻共同领导模式所引发的家族冲突, 具备的系统性和复杂性特征, 以及影响之深远。

建立包容性维度的优先排序

家庭 FIRO 模型应用在家族企业系统中, 可以提供一种系统性的替代方法, 并且将冲突视为在每一个系统层次上动态的优先排序, 有助于我们理解优先顺序对于解决冲突的重要性。当家族企业面临来自重大或持续的压力事件挑战时, 家庭 FIRO 的三大维度需要重新建构。家族企业领导人在规划变革时应当充分了解, 同时变革开始前就需要重新评估包容性模式, 以便在变革时期保持弹性和包容性, 否则很容易在控制性维度上出现问题。包容性是解决问题的必要条件, 如果不能有效解决包容性问题, 就不能充分解决控制性问题, 从而会影响整合性的预期效果。如果按照优先顺序解决问题, 就会出现更成功的适应模式。

包容性维度还可以作为夫妻冲突强度的预测因子。从李国庆和俞渝的三个阶段来看, 尽管控制性压力一直存在, 但两人在前两个阶段都在整合性目标基础上较好地处理了包容性问题, 因此能够相对和平地共处数年。但最后严重的控制性问题出现时, 就演变为必须一方出局, 而另一方成为主导者的唯一结局——在此过程中, 各种压力源渐次爆发, 不同冲突模式持续升级, 最终升级为朋友和儿子出面作为调停人都无法解决的困境。

霸王案例最终以 2018 年 7 月万玉华将股权转让给陈启源的方式达成和解结局, 结束了近十年的权力之争, 企业由陈启源及儿子共同执掌。首先解决了包容性维度的问题, 控制性维度的冲突自然迎刃而解, 继而霸王进入了新一轮变革时期, 重新调整家族企业的权力结构和目标。类似的, 对于现阶段李国庆和俞渝而言, 正处于最激烈的包容性维度激化时期, 僵持不下, 外显为控制性维度之争, 因此无法实现整合性维度的家族共同目标。

整合性维度目标不仅包括企业绩效等企业目标, 还包括家庭和个人理想的生活方式。所以如果冲突中的夫妻对家庭发展排序进行新的情境构建, 构建全新结构、调整关联模式、修正家庭意义,

解决家族企业的包容性和控制性维度的问题，重新梳理整合性目标的心理期望，即使是离婚之后仍然能够在家族企业身份之下，启动新的家庭-企业身份的适应过程。

构建家庭-企业身份一致性的适应过程

VSA 模型的第一个维度持久脆弱性作为婚姻是否稳定的预测因子之一。而第三个维度适应过程，即如何解决冲突的行为或方法，受到持久脆弱性的影响。VSA 模型中还强调以强烈的高度家庭-企业身份一致性(F-BIA)在适应过程发挥重要调节作用，建立命运共同体，作为修复婚姻的保护机制。

在更高层次上对家庭和企业双重身份的关注，代表了家族与企业以及两个系统的交集(Burke, 2003)。“作为家族，我们是谁”和“作为企业，我们是谁”，以及代表了两种角色之间所定义的共同意义，从而定义了“作为家族企业，我们是谁”的含义，并使之成为解决家族与企业交叉冲突的更高层面的结构(Shepherd, 2009)。

当家族企业经历更多不同的发展阶段，出现家族和企业角色产生强烈冲突之后，需要通过互动进行谈判、修改、发展和重新塑造对身份的期望(Burke, 2003)，也是冲突解决过程的结果，进一步建立家族企业在解决后续的身份冲突时可以选择的可行方案。身份冲突的解决速度还取决于重新协商过程的有效性。如果快速转变身份的能力越强，那么解决家族与企业角色冲突的能力也越强(Shepherd, 2009)。

在创业过程中，很多活动会触发家庭和商业之间的角色，尤其是在产生竞争和冲突的情况下，不断交叉的角色传达了共同的家族意义和愿景，建立“我们家族企业”的身份冲突化解机制。尤其是随着家族和企业的共同成长，企业组织结构变得更加复杂，家族企业更需要加强与依赖双重身份的统一，以启发式决策的方式，作为处理身份冲突的系统手段。所以离婚后万玉华仍以霸王创始人的身份，继续新的创业旅程，在家族企业目标和个人目标的整合性中最终达成内心的和解。

而李国庆依然放不下对当当的心理所有权，继续同时以当当创始人的身份，继续游走在早晚读书的创业路和当当的争夺战中，前途未卜。

当然，家族企业更需要建立的是更加完善系统的保护策略，以减轻个人特征对夫妻式家族企业离婚的影响，包括家庭和企业的重叠系统之间结构的关系边界、婚姻角色、家族宪法、行为准则、沟通协议等。

参考文献：

- [1] 当当网创始人李国庆：我和俞渝被儿子告上法庭[N]. 新京报，2020-8-9.
- [2] Danes, S. M., Zuiker, V., Kean, R., Arbuthnot, J. Predictors of family business tensions and goal achievement[J]. Family Business Review, 1999, 12 (3) :241 -252.
- [3] 薛芳，李越. 独家直击李国庆俞渝离婚案现场：女方缺席，男方要求平分百亿家产[N]. 腾讯棱镜深网，2019-11-30.
- [4] 揭书宜. 俞渝发布内部信：李国庆把婚姻法带入公司法，扰乱公司运行[N]. 澎湃新闻，2020-07-07.
- [5] 孙宏超. 对话李国庆：后悔拒绝腾讯投资，夫妻店模式不靠谱[N]. 腾讯新闻棱镜深网，2019-02-20.
- [6] 白杨. 23年夫妻彻底决裂：李国庆自称“净身出户”俞渝终于怒了[N]. 21世纪经济报道，2019-10-24.
- [7] 李奕希. 采访手记 | 当李国庆摔杯子瞬间，被吓到面部扭曲的我在想些什么？[N]. 腾讯深网，2019-10-12.
- [8] 俞渝：如果可以选择 绝不和李国庆创业[N]. 新浪财经，2013-05-18.
- [9] Danes, Sharon M. Tensions within family business owning couples over time[J]. Stress, Trauma, and Crisis, 2006, 9(3-4):227-246.
- [10] Danes, S. M., Amarapurkar, S. Business tensions and success in farm family businesses[J]. Family Economics and Resource Management, 2001.
- [11] LePine, J. A., Podsakoff, N. P., LePine, M. A. A meta-analytic test of the challenge stressor -

hindrance stressor framework: An explanation for inconsistent relationships among stressors and performance[J]. Academy of Management Journal, 2005, 48: 764-775.

[12] Paul Sanchez-Ruiz, Ileana Maldonado-Bautista, Matthew Rutherford. Business stressors, family-business identity, and divorce in family business: A vulnerability-stress-adaptation (VSA) model[J]. Journal of Family Business Strategy, 2018, 9:S187785851730147X-.

[13] Karney, B. R., Bradbury, T. N. . The longitudinal course of marital quality and stability: A review of theory, methods, and research[J]. Psychological Bulletin, 1995, 118, 3-34.

[14] Danes S M, Olson P D. Women's Role Involvement in Family Businesses, Business Tensions, and Business Success[J]. Family Business Review, 2010, 16(1):53-68.

[15] Matzek A E, Gudmunson C G, Danes S M. Spousal Capital as a Resource for Couples Starting a Business[J]. Family Relations, 2010, 59(1):60-73.

[16] 袁琳. 我不是吃软饭的, 我是当当唯一创始人, 她就是帮衬[N]. 腾讯新闻, 2020-05-07.

[17] 杨阳. 不“二”李国庆[N]. 经济观察报, 2011-12-29.

[18] 财经面对面第 26 期李国庆: 一家通吃绝不能盈利[N]. 新浪财经, 2011-07-18.

[19] 陈贝蕾. 为什么卖掉当当? 原来俞渝是这样想的[N]. 中国企业家网, 2018-04-14

[20] 冯颖星. 身边人眼中的李国庆和俞渝: 他咽不下这口气, 她是个典型企业家[N]. 投中网, 2020-4-27

[21] 财经面对面第 26 期李国庆: 一家通吃绝不能盈利[N]. 新浪财经, 2011-07-18.

[22] 齐介仑. 李国庆是如何被逐出当当网的? [N]. 海克财经, 2019-07-22.

[23] 郑斐, 陈慧颖. 当当之战[N]. 财新周刊, 2011-1-31.

[24] 侯奇江, 屈运栩, 俞渝: 当当固守小而美[N]. 财新周刊, 2019-03-04.

[25] 李翔, 朱晓培, 周昶帆. 李国庆: 一度有出售当当想法但最终还是拒绝腾讯[N]. 《财经天下》周刊, 2014-04-14.

[26] 陆一夫. 当当求变: 李国庆出局后, 俞渝的加法和减法[N]. 新京报, 2019-07-29.

[27] 黄荣. 海航收购当当后续: 李国庆夫妇将退出日常管理[N]. 财新网, 2018-05-29.

[28] 当当网不必永远挂着我和李国庆的名字[N]. 载新浪财经, 2018-04-14.

[29] 李国庆夫妇离婚案开庭, 李国庆: 仍诉求股权平分[N]. 新京报, 2019-11-29.

[30] 孙宏超. 对话李国庆: 后悔拒绝腾讯投资, 夫妻店模式不靠谱[N]. 腾讯新闻, 2019-02-20.

[31] Shepherd D, Haynie M. Family Business, Identity Conflict, and an Expedited Entrepreneurial Process: A Process of Resolving Identity Conflict[J]. Entrepreneurship Theory and Practice, 2009, 33(6):1245-1264.

[32] Dillon, Emery Peter. Conceptualizing the divorce process: renegotiating boundaries of intimacy and power in the divorced family system[J]. Family Relations, 1994, 43(4):374.

家族战争 | 霸王集团 vs 当当网双案例 (上): 夫妻共同领导的决裂之战

原创: 2022-09-09 全球家族企业研究中心 高皓, 安静

<https://mp.weixin.qq.com/s/4QC2NDgGk09fgB63SzFibw>

*本文刊发于《家族企业》杂志 2020 年 11 月刊，作者高皓、安静

在家族企业领域，关于结婚、离婚、再婚的理论研究与实证研究均相对较少，但婚姻作为对家族企业影响尤为深远的重要因素，极易陷入八卦流言之中而疏于深入分析。通常而言，多段婚姻或非婚关系等均为秘而不宣、讳莫如深的家族隐私，潜伏于深宅大院之内。对外暗潮汹涌，对内却波涛澎湃。“双核心家庭”的成员之间要么积怨已久，要么暗藏严重而不可调和的矛盾冲突。一旦从家族层面蔓延到企业层面，往往意味着家族战争的激烈爆发。

随着“家族战争-夫妻相争之殇”系列专题研究的深入，我们在剖析每个独特的典型案例时愈见其中的微妙复杂。

夫妻关系在经历百转千回之后，往往会汇集成为一种极具分裂性、破坏性乃至毁灭性的力量，使曾经叱咤商场的企业家陷入家族分裂、妻离子散，甚至是家破人亡的境地。

既有的家族企业理论与工商管理理论尚不足以充分解释当代中国家族企业离婚案例的各种矛盾、悖论和冲突，在本组离婚家族企业双案例中，我们引入新的家庭制度理论视角，特别是迁移运用双核心家庭、离婚和重组家庭关系等理论，希望能够抽丝剥茧地剖析隐匿其中却极具破坏性的冲突动力学。

在“家族战争-夫妻相争之殇”中，我们选取五组离婚案例，在前四期中，我们解读了离婚多年后又引爆新冲突的真功夫和地素时尚以及葵花药业和沃尔核材的案例，本期我们解读处于漫长而痛苦离婚拉锯战中的霸王集团和当当网的案例。

需要再次说明的是：“离婚”涉及企业家的私人事务及敏感话题，作为研究者的我们无意针对研究的个案窥探家族隐私、评判是非曲直，而是希望通过客观分析婚姻破裂给家族企业带来的

巨大伤害及发展过程，反思如何维护创之不易的家族企业，给其他家族企业提供有益的启示。

“企业家婚姻不同于一般的婚姻，十个有九个都有类似的矛盾甚至更激烈，对于企业家而言，工作、事业占到了全部生活 80% 以上，不到 20% 的部分才留给家庭。而在这不到 20% 的部分里，绝大多数又留给了孩子、老人，言下之意就是企业家的婚姻感情破不破裂无所谓。”

据《腾讯深网》（2019）报道，2020 年 8 月 16 日晚，李国庆在微博上发出一封名为“错了就是错了”的道歉信，披露在庭审过程中俞渝发表的关于“企业家婚姻”的观点。尽显企业家的事业与婚姻生活的冷静理智的现状，也折射出可能爆发夫妻决裂之战时的强动力。这并非孤案，另一家家族企业霸王集团的陈启源和万玉华也曾上演相似的愤怒怨怼。

他们都曾经都是双剑合璧、驰骋商界的伉俪企业家，反目后的决裂之战又都如此惊人地相似，其家族战争的演进过程都是“夫妻冲突→控制权之争→股权之争→一方退出二次创业→离婚纠纷→对簿公堂→自曝家丑”。这两家企业均是夫妻联手创业，多年沿袭相对平等的“夫妻共同领导”模式，在管理权上为联席 CEO 或“董事长-总经理”，对股权、控制权和经营权均有极强的影响力。在家族企业权力之争中，一方曾退出家族企业自行创业，后因股权分割或财产纠纷杀个回马枪，转身重回争夺股权和控制权，并不惜将家丑公之于众，同时发起诉讼，引发企业的公关危机。而最终结局都无可避免地将下一代家族成员（在这两个案例中都是儿子）卷入其中，甚至对簿公堂。

冰冻三尺，非一日之寒。本组双案例折射出相似的路径与形式，背后是穿越长达二三十年的“夫妻共同领导”模式之深层权力动态系统。在家庭与企业双系统运行的不同阶段中，夫妻权力结构和权力互动呈现出复杂的动态变化过程，以及其背后强大的动力系统。

表 1：霸王 VS 当当

比较项目	霸王集团	当当
公司概况	· 创立：1994年 · 上市：2009年 · 上市地：港交所 · 行业：个人洗护用品	· 创立：1998年 · 上市：2010年（2016年私有化退市） · 上市地：纽交所 · 行业：电子商务
核心企业 财务数据	霸王国际(集团)控股有限公司 · 市值=4亿港元 · 2019年营收=2.59亿元人民币 来源：万得，2020.10.15	当当网 · 2018年营收= 118亿元人民币 · 2018年净利润=4.25亿元人民币 来源：新京报²、每日经济新闻³
夫妻领导模式 结束前	· 股权 上市公司的控股公司Fortune Station-陈启源51%，万玉华49% · 管理权 陈启源：主席兼执行董事 万玉华：CEO兼执行董事	· 股权 俞渝：52.23%，李国庆：22.38%，儿子：18.65% · 管理权 俞渝：董事长 李国庆：联合总裁、CEO
冲突焦点	· 股权分割 申请Fortune Station清盘 · 其他资产 两套香港物业和一套广州别墅	· 股权分割 平分 · 其他资产 李国庆已获得境外信托财产分割，约1800万美元
家族战争引爆点	2017.12 万玉华召开媒体见面会，声明清盘，曝光夫妻冲突内幕	2019.10 李国庆参加腾讯《直击的梦想家》节目，曝光夫妻冲突内幕
最新进展	达成和解，万玉华股权转让给陈启源，可能已离婚，万玉华继续创业	离婚诉讼中，儿子提起股权代持诉讼，李国庆继续创业

来源：万得、新京报、每日经济新闻等媒体公开报道整理

“夫妻共同领导模式”的权力动力及冲突逻辑



图 1：霸王集团 vs 当当网双案例的分析框架

首先，我们仍以格拉斯尔冲突升级模式来复盘冲突过程，发现霸王与当当的三阶段、九步骤与关键事件之冲突风格不谋而合（见图 1）。本组案例从现象上来看都是上升至激烈的言语和行动，甚至是（威胁）使用暴力。万玉华早在 2014 年 1 月就曾在媒体见面会上公开称，陈启源动手打过她，甚至 2015 年举刀相向。在 2020 年 8 月的离婚庭审中，李国庆也曾情绪失控，当场吼道：“再不判，我就要杀人了！”俞渝则以公开信回应：“谁给了李国庆威胁杀妻的底气？”曾经隐匿在家庭内部的张力持续多年，在企业及公众面前引爆，已难收摄。

以家庭基本人际关系取向模型（Family Fundamental Interpersonal Relationship Orientation，以下简称“家庭 FIRO 模型”）深度洞悉企业家“夫妻共同领导模式”下的双方权力的动态变化过程，再结合脆弱-压力-适应（VSA）模型（Vulnerability-stress-adaptation Model，以下简称 VSA 模型）来解构企业家婚姻的脆弱性、离婚的压力源，以及突破冲突压力界限阈值之后的特征。在 VSA 模型的压力源分析中，除了显化

为典型的五种家族冲突表现形式外，还在包括债务和营收等在内的公司财务数据中得以体现。在此期间典型家族冲突模式，最终导致夫妻走向旷日持久的激烈对峙和决裂之路。

夫妻关系作为核心家庭关系的“核心”，其家庭利益与企业利益高度一致，具有共同经营企业的强烈动机（Amore 等，2017）。夫妻双方拥有个人和企业的独特动力，有着共同的目标、梦想和理想，共同进行决策，对公司经营和目标产生深远影响，从而形成共同领导权的结构模式。具有高度承诺的夫妻股东和经理人，能够形成更加灵活和成本更低的管理结构。

以李国庆-俞渝和陈启源-万玉华为典型代表的夫妻档，在家族企业领导力领域定义为“夫妻共同领导模式（Marital Leadership）”，即夫妻二人在创业过程中能力和资源互补，不分伯仲、权力相当，担任联席 CEO 或董事长-总经理的“双核领导”模式。这种模式的典型优势是，家族企业可以获得两种不同思维并存的优势，而不必受到权力斗争、指挥混乱和利益不一致等潜在问题的影响（Amore 等，2017）。有学者对意大利 1900

个家族企业进行研究发现，夫妻领导权模式与其他家族企业领导模式（例如由一位家族成员单独领导或多位家族成员共同领导等）相比，运营利润率更高，公司业绩更好，而且很难为其他模式所替代（Amore 等，2017）。

但这种模式同样也存在着显而易见的并发症：夫妻间的家庭冲突和沟通问题会更直接地传导到企业，甚至以牺牲经济利益为代价，恶化决策的质量（Byron，2005；Beach 与 Fincham，1999）。当这种深度融合遭遇婚姻解体危机时，就会带来更加激烈且残酷的冲突，甚至反目成仇。尤其在家族企业变革期中，冲突和张力成为常态特征。容忍一定程度的张力可以促进家族企业的变革，但长期和未解决的张力最终会影响到企业业绩、企业健康和员工关系等目标（Danes 等，2002），而当张力程度升级至某个阈点上，就可能变成极具破坏力的因素（Danes 等，1999，2003）。

夫妻共同领导模式的 FIRO 权力动力学系统

夫妻共同领导模式是夫妻式家族企业权力结构的具体体现，基于股权结构、对企业的承诺及责任、角色定位、管理层级和决策权力等（Barnett，1988）。但夫妻共同工作、决策和权力互动的过程

要更加复杂多变，从权力动力学和家庭 FIRO 理论等角度去洞察其中的动态变化过程就显得更为重要。

权力互动是一系列家族流程，是由家族创造、保持并不断调整的模式，而且很大程度上是无形的。这些隐含的流程塑造了家庭生活，同时与企业流程及产出存在着双向影响关系（Dyer，2009），包括解决家庭问题、管理家庭关系张力和冲突过程等（Szinovacz，1987），也是家族企业中最复杂、最完整的关系之一（Helmle 等，2011）。

李国庆在腾讯新闻《进击的梦想家》（2019）节目中有一番描述，清晰可见其与俞渝多年的权力结构及动态过程，“有时候（是）联合创始人，有时候联合总裁，有时候董事长、CFO。这时候看这种弊端，弊大于利。一起磨合，没上没下，（还是）要以一个人为主。”

家族企业 FIRO 模型是在家庭基本人际关系取向（FIRO）模型基础上，应用于家族企业的权力动力学和动态变化模型（见图 2）（Doherty 等，1991）。主要包括包容性、控制性和整合性三大维度，按照其发展序列的相互作用进行展现（见表 2）。

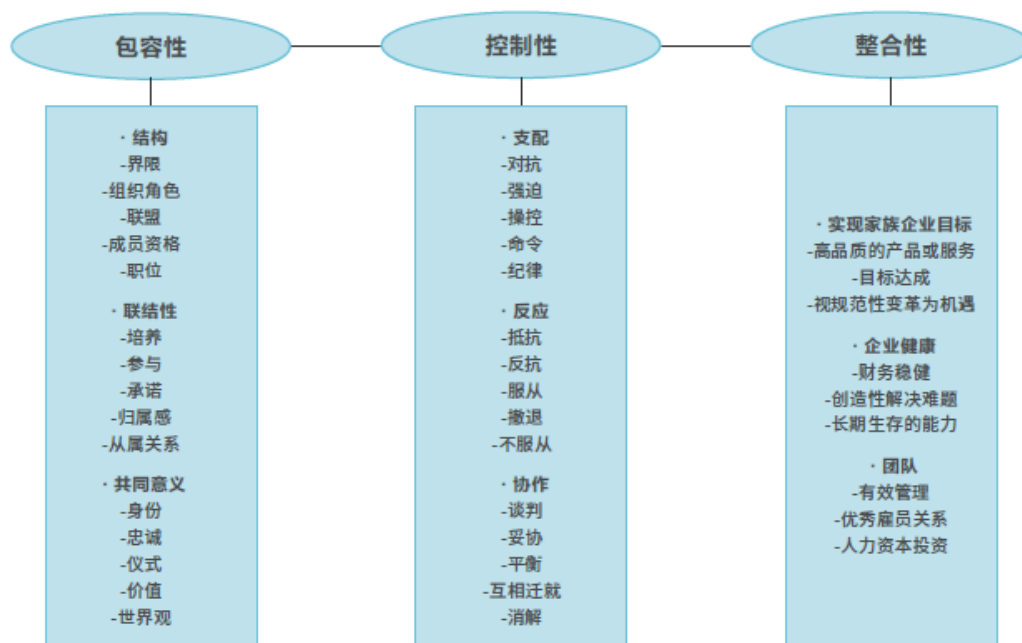


图 2：家庭基本人际关系取向（FIRO）模型

“夫妻共同领导”在家族企业权力结构中占据关键地位。包容性是成功控制和整合管理的必要条件，重点是澄清家庭决策主体以及责任分工问题，尤其是强烈的归属感以降低认知和情感冲突的可能性。解决包容性问题是成功解决问题的

起点，使之清晰并达成共识，其次是控制权问题，然后是深层的人际关系问题（Danes 等，2016）。当到底谁才是家族企业决策者的问题开始出现时，包容性张力就开始浮现，出现控制权之争，进入冲突阶段。

表 2：家庭 FIRO 模式的三维度

维度	定义	子维度	在夫妻式家族企业的表现
包容性	· 反映了家族企业中的权力结构； · 关系到家族成员、组织和关系建立的相互作用。	结构 联结性 共同意义	· 检验和强调在夫妻关系中的归属感、责任感和权利感； · 当夫妻对谁应该参与企业经营或决策出现分歧时，便出现了包容性张力。
控制性	· 涉及影响力和权力运用的家族成员互动； · 张力和冲突管理，即权力互动相关问题。	支配性 反应性 协作性	· 夫妻关系在互动过程中不断被重构； · 当夫妻之间出现竞争或冲突，试图公开或私下解决时，便出现了控制性互动。
整合性	· 指家族成员的互动关系、企业财务决策等共同目标的整合。	合伙人关系 财务稳健 团队精神	· 夫妻之间统一稳定的、不同层次的目标及结果，包括理想的家庭生活和企业稳健发展； · 只有在包容性问题和控制性问题得到解决后，才能实现真正成功的整合性维度。

资料来源：Doherty 等（1991）；Danes 等（2012）

本组双案例家庭 FIRO 模型的控制性维度表示冲突中影响力和权力运作的相互作用，夫妻关系在权力互动过程中不断被重构。当夫妻发生重大分歧时，控制性维度就成为权力互动的首要问题（Doherty 等，1991）。

整合性维度反映了家族内部互动的深度，愿意承担风险的信任度，以及家族成员之间的关系等，其结果包括家庭生活质量和家族企业目标。

家庭 FIRO 模型不仅可作为深入理解夫妻式家族企业的概念模型，还可作为解决冲突的实务框架。当权力结构发生改变时，需要重新审视和调整三大维度的顺序。首先要解决包容性问题，这是家族关系的张力和冲突根源所在。如果不能有效地解决包容性问题，控制性维度就无法得到

充分解决，最终更无法达到整合性的家族目标。如果家族仅将核心问题视为控制性问题时，就会倾向于忽视包容性中的归属感、联通性和公平感等问题——而这些往往才是冲突的真正核心。

霸王案例最终以 2018 年 7 月万玉华将股权转让给陈启源的方式达成和解，结束了近十年的权力之争。管理权最终由陈启源及儿子共同执掌。首先解决了包容性问题，控制性冲突自然迎刃而解，霸王进入了新一轮变革期，家族企业的权力结构和目标得以重新调整。而对于当下的李国庆和俞渝而言，正处于最激烈的包容性困境中，双方僵持不下，外显为控制权之争，无法实现整合性的家族共同目标。

VSA 模型下的脆弱压力源及五种冲突表现

据《腾讯深网》（2019）报道，李国庆和俞渝请家庭治疗师介入已长达八年，有时儿子也会参与心理咨询和辅导。二人通过每年五次休假等方式，调整和化解分歧，挽救婚姻。家族和企业之间不断重叠的领域造成了对资源的竞争，包括家庭与企业的时间和资源等，最终会在夫妻式家族企业中引发负面情绪，削弱情感联系，最终导致离婚（Galbraith, 2003）。

在本组案例中，我们采用脆弱-压力-适应模型（Vulnerability-stress-adaptation Model，以下简称“VSA 模型”）来分析离婚压力源及冲突表现（见图 3）。VSA 模型是家庭科学研究中应用于临床精神医学的压力模型，基于社会交换理论、行为理论、危机理论等基础，将婚姻或离婚因素归纳为三个维度，将婚姻动态过程概念化为单一模型，以解释婚姻是如何随着时间而改变（Paul 等，2018）。

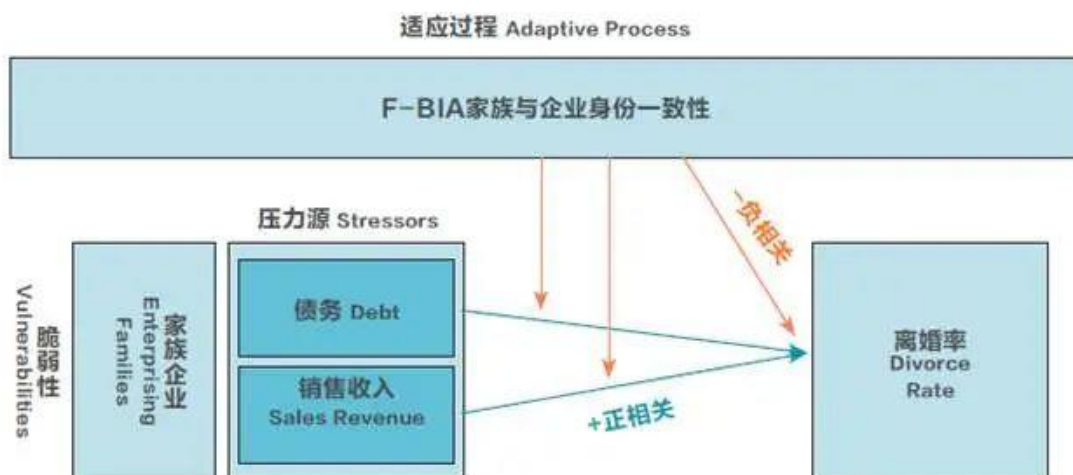


图 3：压力-脆弱-适应性（VSA）模型

从社会交换视角来看，离婚受到人际关系和经济问题的影响，个人层面和情境依赖的脆弱性都会对离婚产生重要冲击，例如具有消极性格、高负面情绪等人格特质的个人更容易感受到压力。这是夫妻式家族企业本身带给家庭结构层面的脆弱性——即第一个维度“持久脆弱性”。

从行为视角来看，个人对婚姻的期望和看法会对离婚意图产生影响，从而受到各种来自于工作压力、家庭成员等内外部压力源的影响。家庭和企业是两个具有不同价值观和目标的领域，尤其是夫妻式家族企业会同时在这两个领域中形成

脆弱性，从而最终导致离婚——即第二个维度“压力源”。

从危机视角来看，考验的是夫妻在面对重大压力下的适应过程，作为影响婚姻结果的因素需要综合考虑——即第三个维度“适应过程”。解决问题的方法包括重新构建家庭价值观和目标，建立保护机制等。

VSA 模型将脆弱性和压力因素作为离婚的预测因素，而适应性行为作为婚姻稳定的预测因素（具体见表 3）。

表 3：VSA 模型的三个维度概念

维度	理论基础	定义	具体表现	家族企业具体表现
持久脆弱性	社会交换理论	夫妻带给家庭的脆弱性，是离婚的驱动因素	1、个人层面的脆弱性：人格特质（如负面情绪）和人口统计学变量（如教育程度）等；2、情境依赖的脆弱性：工作场所的互动等。	家庭与企业对资源的竞争等，引发的负面情绪和反应。
压力源	行为理论	家庭受到各种来自于工作压力、家庭成员等内外部压力源，导致对婚姻不满程度越高，离婚可能性越大。	1、与工作相关的压力源：如工作量大、工作时间长等，幸福感低；2、造成了家庭和企业之间的紧张和不平衡，导致两个领域的失败。	与家庭企业相关的压力源，负债和销售收入的恶化可能会使家族企业控股夫妻的离婚风险更高。
适应过程	危机理论	应对压力源，解决婚姻困境的行为。	面临各种压力源时通过自适应进行修复。	采取解决问题的行为等，包括重构家庭价值观和目标，建立保护机制等。

来源：Paul 等（2018）

家族企业冲突包括工作/家庭冲突、公平感冲突、角色冲突、身份冲突与传承冲突等五个方面（见表 4）。在本组双案例中，这五种冲突均在不同的冲突阶段得以显现。在香港《01 新闻》（2017）报道，万玉华短短一番话充分典型体现了家族企

业的五种冲突：“自从嫁给他，一直帮他做生意、生孩子，没有个人的时间。到今天没有一个朋友，都是在工作里面度过，这样对待我，而且把我的儿子带得跟他一样。他是把我当成赚钱的机器和生孩子的奴隶。”

表 4：家族企业的五种冲突类型（Danes 与 Morgan，2004）

冲突类型	定义
企业/家族冲突	家族子系统和企业子系统交叉时出现的问题（Boles，1996）；当企业需求在很长一段时间内取代家族需求，或者两个系统同时有高需求时，就会出现这类冲突。
角色冲突	与家族企业的任务、绩效或决策权力有关的角色混淆程度，例如家庭成员之间到底谁在行业做什么？谁拥有决策权力？家族成员之间或家族成员与非家族成员之间出现角色混淆和迷失，包括过度工作、时间冲突、教育冲突等（Kets de Vries，1993）。
公平感冲突	薪酬、待遇不公平或围绕两个子系统之间资源分配的张力所引发的问题。
身份冲突	家族成员需要将自己与家族的期望分开，成为独立自主的个体；身份冲突通常以性别冲突、兄弟竞争和两代人冲突等形式出现。
代际传承冲突	大多与股权问题有关。

夫妻式家族企业面临的最大的挑战是在正常的亲情压力之外，又增加了额外的企业压力。有研究表明，最紧张的关系将会出现在家族系统和企

业系统的交叉点上，例如不公平的工作量、家族与企业之间的资源竞争等（Sharon，2006）。

如果夫妻关系不太紧张，则可以转化成为积极动力，但高水平的张力还是会对家族系统产生

消极影响。有些家族企业的张力无法轻易解决，双方解决冲突的愿望并不强烈。

案例一 霸王集团陈启源 vs 万玉华：

夫妻共同领导纷争之后的和解

2020 年 6 月 18 日，万玉华出现在广州“舌尖上的客家”餐厅的开业仪式上，这是她二次创业以来投资的新店。两个月后的 8 月 28 日，霸王集团（01338.HK）公布的 2020 年中报显示，这家曾经辉煌一时的知名公司中期营业额仅为 1.24 亿元人民币，按年下降 9.4%；亏损由上年同期 1858 万元降低为 529.5 万元。

此时，作为霸王集团联合创始人的万玉华告别亲手创立的家族企业已经一年有余，而霸王仍未能扭转经营困境。2019 年 7 月 16 日，万玉华仅以 1 美元的象征价格，将霸王母公司 Fortune Station 的 24.71% 股权转让给丈夫陈启源。陈启源所持有的 Fortune Station 的股份增至 50.43%，从而间接持有霸王集团 30.32% 的股份。

结婚 28 年，联手创业 30 年，育有 7 个子女的陈万夫妻二人原本水乳交融，但家族和企业最

终还是走向了分崩离析。万玉华终于选择了退让和妥协，终结了纠缠四年之久的夫妻战争。

霸王集团创始夫妻的权力变化过程

家族企业生命周期的每个阶段都有不同的发展主题、关系动态和企业目标，导致冲突问题和关系不断变化，各自的角色和权力也随之变化（Messer 与 Poza，2001）。霸王曾是商界传奇，夫妻的创业虽然经历了一路坎坷，也曾经受过众多非议，但毕竟创造过辉煌的历史。创业初期，陈启源曾借助万玉华的资源奠定了创业基础。配偶资本（Spousal Capital）是指企业家通过配偶获得的人力资本、社会资本和财务资本等。从社会学视角来看，在家庭内部的权力动态过程中，拥有最多资源的家庭成员控制着家庭内部的权力平衡（Poza，2001）。夫妻之间的资源以及由此产生的权力，在某些特别时期表现得更加突出。

公开资料显示，万玉华 1988 年广州华南农学院毕业后在中科院华南植物所工作，主要工作内容是专利申报及档案管理。从企业最初资源来看，在霸王创业初期及转型等关键时点，万玉华在中科院植物所的专业资源、技术能力和社会网络等核心资源，成为夫妻创业的基础。

表 1：霸王集团夫妻权力动态变化及企业发展大事记

创业阶段	权力结构与互动	关键大事记
创业期 夫妻原始资本积累（1989-1997年）	创业合伙人	1989年，承包企业生产霸王牌啤酒香波 1994年，成立广州霸王化妆品公司
成长期 企业创立及高速发展（1997-2009年）	万玉华：集团总裁，负责产品研发、企业营销和市场管理 陈启源：负责战略及资金运作	1998年，霸王果酸首乌、皂角首乌洗发露面世 2001年，成立外资企业广州霸王化妆品有限公司，推出丽涛系列，李嘉欣代言 2005年，聘请成龙做产品代言人，4月成立霸王（广州）有限公司成立
成熟期 上市（2009-2020年）	2009-2015.12 陈启源：董事会主席 万玉华：CEO兼执行董事	2009年7月3日，香港联交所主板上市 2010年7月14日，《壹周刊》刊文“霸王致癌”，之后陈启源开始参与公司管理 2015年6月，万玉华创立小小世界集团 2016年5月，香港高院裁定《壹周刊》败诉

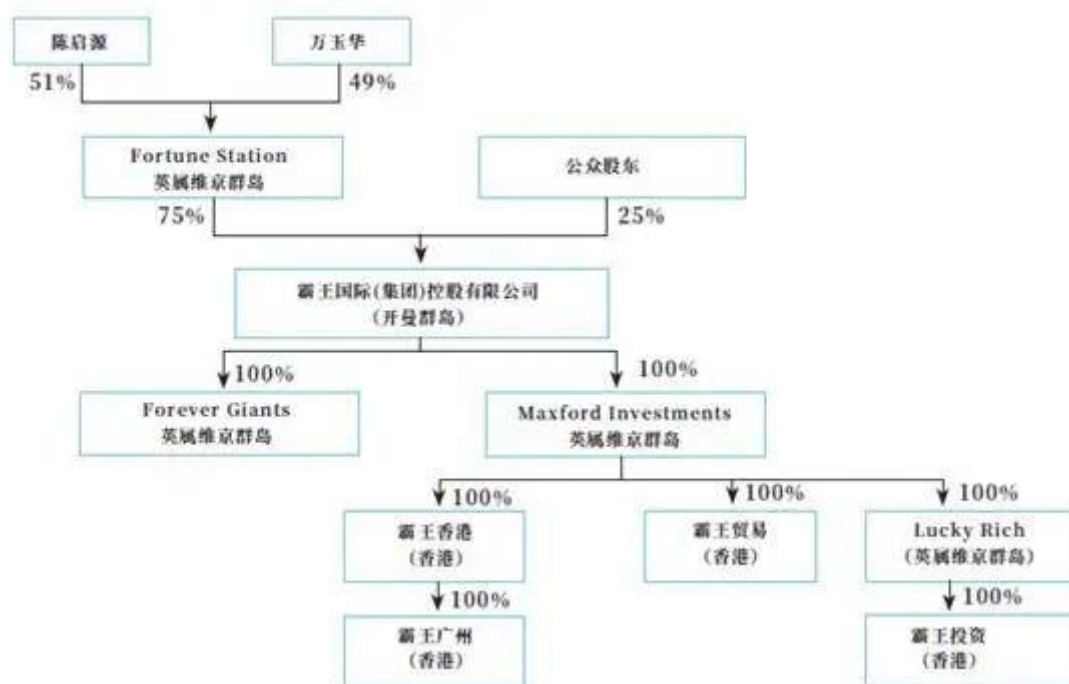
陈启源和万玉华的权力动态变化历程可分为三个阶段。

第一阶段是 1989 年至 1997 年的创业期。1988 年从事杀虫剂贸易的陈启源，四处寻找商机，到中科院华南植物所咨询时认识万玉华。二人于 1989 年结婚，承包了一家研究所旗下一家试验车间，开始生产“啤酒香波”，利润极高。1994 年，与华南所合约到期后，二人继而与广东省中药研究所合作，成立广州霸王化妆品公司。

第二阶段是 1997 年至 2009 年的成长期。夫妻二人再次与老东家中科院华南植物所合作，开发出霸王果酸首乌洗发露等专利产品，1998 年上市。之后经过多番尝试，最终锁定在“防脱发”品牌。万玉华主管研发和营销，2002 年进行业务

调整，对产品的包装、价格等进行更新换代，推出全新品牌形象。2004 年霸王先后聘请成龙、王菲为品牌代言人，投入数千万元进行广告轰炸，凭借“明星代言+广告轰炸+人海战术”，在市场上打开品牌知名度，直至顶峰阶段。

第三阶段自 2009 年霸王在香港上市开始，成为“中草药第一股”。夫妻二人也成为中国洗护领域首富。据《第一财经》（2010）报道显示，那时陈启源主管战略及资金，连员工都很少见到他。万玉华则一直冲在台前，管理渠道和营销，亲力亲为。她管理大型经销商，把控市场资源，“例如包装的每一个细节她都要把关，无论是纸张、瓶型、材料，都必须她本人签字才能生效。”甚至有她才是真正的掌权者及霸王策划人之说。



来源：霸王国际（集团）控股有限公司上市文件，2020.6.22

图 1：霸王国际上市前公司架构

但 2009 年上市后，霸王开始遭遇滑铁卢，官司缠身、负面新闻频出。2010 年 7 月 14 日，《壹周刊》以“霸王致癌”一文，指出霸王的两款中草药洗发露及洗发水含有致癌特质，当天上市公司股价大跌 18%。长达六年的诉讼，也是连续六年

的亏损，霸王的元气大伤。2016 年 5 月，香港高等法院最终判决壹周刊诽谤罪成立，赔偿 300 万港元并支付诉讼费。自 2010 年霸王产品致癌危机开始，陈启源变得强势主导公司管理，权力之战愈演愈烈，据香港《文汇报》（2017）报道万玉华

形容“壹周刊的报道是两人决裂的导火线”，她对香港《01 新闻》（2017）表示：“2010 年 7 月份壹周刊有关霸王产品致癌的报导，导致公司每况愈下，丈夫开始来参与公司业务管理，我们两人的性格是完全相反，他相对传统和保守，我的性格是非常开放、创新和非常国际化的思维。”

三大模型下的夫妻权力动态和冲突过程

我们以家庭 FIRO 和 VSA 模型来复盘陈万二人多年的创业权力结构和动力过程。2010 年霸王陷入致癌危机事件之后，以前万玉华主外、陈启源

主内的权力结构开始转变。夫妻之间的压力源不仅有来自外部的品牌危机，也有经营压力和债务压力。

万玉华曝光的恩怨细节，涵盖了冲突全面爆发的各个阶段。二人最初的压力源主要来自于家庭-工作冲突、角色冲突和身份冲突，而后上升至涉及股权和婚内财产之争的公平感冲突，以及涉及子女股权/管理权及财富分配的代际传承冲突。接下来我们将重点分析 2014 年关系恶化之后，家庭 FIRO 模型的三大维度发生的剧烈变化（见表 2）。

表 2：陈启源 vs 万玉华关键事件及五种冲突类型表现

张力类型	关键事件	夫妻关系及冲突表现
一、工作与家庭冲突		
家族成员因业务原因工作量的不公平	2010.7 之后 陈启源开始参与业务管理	万玉华：“自从嫁给他，一直帮他做生意、生孩子，没有个人的时间。”
二、身份冲突		
未能解决业务问题的冲突	2014.4.1 因业务分歧而矛盾激化，被打分居	万玉华：“你认我是合伙人，是不是该分点财产给我，如果你认我是老婆，也要分我一点，他不当我是老婆，也不当我是合伙人。”
三、角色冲突		
1、家庭成员之间谁做什么的困惑	2015.6.30 万玉华创立小小世界集团	陈启源：“万玉华的私人业务与我无关。”
2、谁拥有决策权力？	2015.12.5 万玉华辞去 CEO	万玉华：“他狠狠一巴掌打过来：‘你给我滚，霸王没有你的事。’”
四、公平感冲突		
1、家族与企业之间对资源的竞争	2016.9.22 Fortune Station 董事会收到万玉华的辞职信	万玉华：“这两年来，我丈夫没有跟我讲过一句话是关于公司的事情，一直回避着我。我没有签过字，为什么我辞职？”
2、对家族成员的不公平补偿	2017.9 万玉华提出的财产诉求总计不超过 1 亿元，但均被拒绝	万玉华：“我曾提出只要 5% 财产就算，但我求他，求大儿子、求媳妇、求家婆，没有人帮我，连卖楼都被阻挠。”
五、代际传承冲突		
家庭成员之间不平等的企业股权分配	2017.1.24 霸王向 Heroic Hour 增发新股，占比 49.57%	万玉华：“Heroic Hour 是我儿子控股的公司，我却从来不知道。” 陈正鹤：“当时的股权出让，是父母共同交出给予我们兄弟姐妹，没有一方转移至另一方或者其他处。”

①家庭/工作冲突、身份冲突与角色冲突：夫妻还是合伙人？

“你认我是合伙人，是不是该分点财产给我；如果你认我是老婆，也要分我一点。他不当我是老婆，也不当我是合伙人。”

2017 年 12 月 27 日，万玉华召开新闻发布会，面对众多媒体声泪俱下，几次情绪失控，如此控

诉道：“自从嫁给他，一直帮他做生意、生孩子，没有个人的时间。”“他是把我当成赚钱的机器和生孩子的奴隶。”当天，霸王集团的股票大跌 30.88%，最后申请停牌。

曾在商场上强势霸气的“霸王教母”万玉华一度失态，曝光出夫妻二人的两次激烈冲突，甚至大打出手、拔刀相见。据香港《文汇报》（2017）报道，“万玉华召开记者会，三度哭诉被丈夫、霸

王国际主席陈启源两度掌掴及遭人曾声言“要把你杀掉”。”第一次哭诉是 2014 年 4 月 1 日，“他打了我一巴掌，我从没被人打过”。之后万玉华正式离家分居，并提出离婚，二人签署离婚协议达成财产平分的共识。

第二次是 2015 年 12 月霸王公司年会后，万玉华被陈启源质问非上市公司被挪用 8000 万元一事，二人再度争执。在香港《01 新闻》（2017）的视频资料中，万玉华口述经过：“他狠狠一巴掌打过来：‘你给我滚，霸王没有你的事。’打到我全身崩溃，当时我准备去跟他拼命。他挣脱所有的人，跑到卧室，拿出一把刀，不光要打，还要把我杀掉。跑了之后就再也没有回去。”之后二人关系更陷入僵局，陈启源开始对万玉华拒绝见面，不接电话，不回微信。

可见彼时已是积蓄多年的工作/家庭冲突、角色冲突和身份冲突的激化时期。对夫妻张力关系的研究中发现，工作/家庭张力关系主要发生在家庭系统与企业系统交叉区域出现的问题，成为夫妻双方之间最主要的张力（Danes, 2006）。

工作/家庭生活的平衡以及家庭系统和企业系统之间资源的分配不公平将造成冲突。两个系统之间的资源竞争是造成张力的最主要因素，例如在企业中投入的时间比在家庭更多（Danes 与 Morgan, 2004）。万玉华在新闻发布会上说：“自从嫁给他，一直帮他做生意、生孩子，没有个人的时间。到今天没有一个朋友，都是在工作里面度过。”这就是工作/家庭冲突和身份冲突的鲜活体现。

身份冲突主要是家族成员自身身份与家族期望的冲突，主要张力表现是性别冲突、代际冲突等。对夫妻来说，性别是张力的特殊来源，因为要跨系统角色进行协商，而有些角色则往往还要受到传统的束缚（Danes, 2003）。女性企业家选择了非传统角色，也就意味着夫妻之间存在着各种张力。据香港《文汇报》（2017）报道，万玉华哭诉：“夫妇两人膝下有 7 名子女，自己在生产第二个孩子时难产，险些丧命”，“（他）把我当成赚钱、生孩子的奴隶”。

②角色冲突：谁走谁留？

角色冲突的核心是，当家族成员共同工作时，工作和家庭角色之间发生混乱、迷失方向（Freudenberger 等, 1989）。这种张力主要集中在企业方面，包括企业涉入程度、决策权力水平等（Danes 等, 2004, 2006）。而夫妻式家族企业最典型的问题是，一方被排挤在决策过程之外。

在霸王集团谁走谁留的博弈中，最终万玉华被迫出局。陈启源对万玉华的权力剥夺是层层递进的。2015 年 12 月 19 日，万玉华辞去霸王集团 CEO 兼执行董事一职，由长子陈正鹤接任，但她仍保留控股公司董事一职。《界面》（2017）报道万玉华声称并非主动退位，她在新闻发布会上揭露，2016 年 9 月 22 日 Fortune Station 董事会声称收到一份她的辞职信，董事会通过决议并同意。但万玉华表示这并非她本人所为。

2017 年 12 月 28 日，陈启源通过霸王集团对外发布回应表明：“万女士辞任霸王职务后，利用霸王创办人的身份，在中国境内经营她的私人业务，并因此涉及多宗金钱纠纷，其上海的夫妇二人共有物业更被广州市白云区人民法院宣布进行网络公开拍卖。万女士的私人业务及其负债与霸王集团、陈先生、Fortune Station 及 Heroic Hour 一概无关。”

万玉华的资金压力应该源自于退出家族企业后的二次创业，但两年间创业并不顺利。万玉华的二次创业相对低调，2015 年 6 月 30 日成立了广州亲友团科技信息有限公司，创立小小世界集团控股有限公司。其官方网站上写道：“小小世界集团是在新零售大潮下一个融合了实业+互联网、物联网、大健康、金融创新、大数据集成的五新服务 O2O 生态圈平台。”如此多元化的产业布局需要强大的资金实力和资源能力。但据《每日经济新闻》（2017）报道，小小世界集团在广州白云绿地中心的办公室自 2017 年 4 月起开始拖欠水电费，后全部撤离。

夫妻和解后的 2019 年，万玉华再次出现在公众面前的形象则是创建全球魅力女性商学院。她

赞助胡润 2019 全球白手起家女富豪榜，并表示小小世界要打造链接中国与世界的新生态圈创富共享平台，拥有十大业务板块。

③公平感冲突：家族财富“被封锁”+资产“被转移”

在薪酬、待遇和跨系统的资源分配中，财务资源在家族和企业两个系统之间的混同，可能会导致会资金紧张及冲突。家族和企业两个系统之间可以交换各种各样的资源，但也会形成两个系统在财务上的混乱，产生严重后果。家族和企业之间的资金转移会在家族成员之间造成不和(Burns 与 McCullough, 2001; Haynes 等, 1999)。

万玉华出走后与陈启源上升至公平感之争，进而开始争夺家族资产和企业股权。两人 2017 年第一次对簿公堂。2017 年 4 月陈启源状告万玉华，以分割夫妻共有财产为由向香港高等法院提起诉讼。他表示万玉华欲出售的香港物业为二人共同拥有，未经他的同意万玉华没有权力出售。从法庭披露信息来看，二人的财产遍及上海、广州、香港等地，包括 2017 年 3 月万玉华欲出售的豪宅“半山壹号”两套物业。陈启源称这些房产虽然以万玉华的名义登记购买，但一直以二人的联名户口进行付款及按揭。2017 年 9 月，陈启源最终同意在香港办理离婚手续。此后万玉华提出的财产分割要求包括两套香港物业和一套广州别墅，总计不超过 1 亿元，不到总资产的 5%，但均遭拒绝。

第二场官司是 2017 年 12 月万玉华反诉陈启源，表示二人已经分居两年，申请离婚，并提请将霸王集团的控股公司 Fortune Station 清盘。Fortune Station 成立于 2007 年，万玉华和陈启源分别持股 49%及 51%。2009 年霸王集团在香港上市，Fortune Station 持股 60.12%。万玉华表示，她的资金都在公司里，而二人关系恶化之后，陈启源对她进行财产封锁，使得她只能倚靠借债度日，连此次打官司的 2 万元都是向姐姐借的。

“我曾提出只要 5%财产就算，但我求他，求大儿子、求媳妇、求家婆，没有人帮我，连卖楼都被阻挠。……5%的财产他都不想给我，做事很过分。我找到他的律师，你要什么东西你跟我说，5%的财产不到都不给我，公司是我创立的。你把人打了不道歉，财产也不给我。”在香港《01 新闻》(2017)的视频资料中显示，万玉华气愤地说。

④传承冲突：长子接班，七子女接手股权

有研究发现，妻子比丈夫更关心传承问题(Danes, 2004)。夫妻式家族企业凝结了双方心血，因而把企业传递给下一代的意愿也会比单方创办的企业更加强烈。但当夫妻决裂之时，首当其冲的却是子女。

据《苹果日报》(2017)报道，万玉华表示，当年是她一手一脚提携现年 28 岁的长子陈正鹤成为 CEO，“但现时他与陈启源同一阵线，自己亦只是透过儿子代表律师转达有关将控股公司清盘一事，‘他们(7 名儿女)从来不正视，任何东西不接受’。”

公开资料显示，陈正鹤出生于 1989 年。18 岁便在父母安排下，从出任董事、参与业务开始，到逐步接任 CEO(见图 2)。2015 年 4 月 24 日举办的“霸王 3.0 全新商业模式财富盛会暨流通新品战略发布会”，万玉华与陈正鹤共同登台。霸王官网上如是写道：“一位经典霸王人搭配 90 后新霸王人共同揭开霸王 3.0 全新商业模式神秘面纱，真实地反映出霸王 3.0 模式既有老一辈的扎实根基，实力非凡，也有新生代创意革新，潜力无限。”

此后，在霸王集团推动的品牌和媒体宣传中，陈正鹤开始以年轻而创新的形象，推动霸王品牌的年轻化系列，先后主导推出“小霸王”婴童洗护新品牌等开拓，系列市场营销活动也更加年轻化，甚至开始进军二次元市场。天眼查显示，2020 年 7 月 22 日，霸王(广州)有限公司法定代表人由陈启源变更为陈正鹤。



资料来源：根据霸王公告、媒体报道及天眼查等公开资料整理

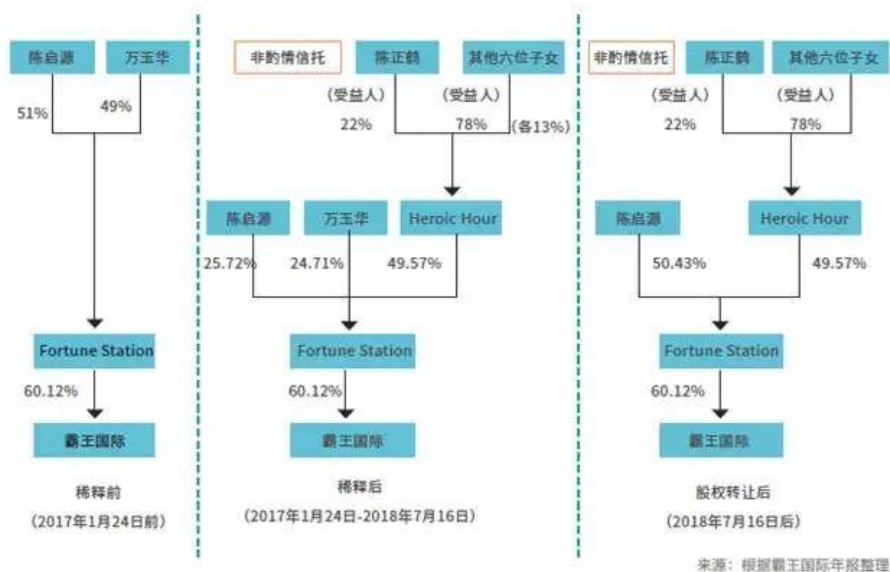
图 2：陈正鹤接班路径图

2017 年 1 月 24 日霸王集团发出公告，宣布 Fortune Station 增加发行股本，向新成立的公司 Heroic Hour 增发新股（占公司总股本 49.57%）。而万玉华的股权则从原来的 49% 降至 24.71%。但万玉华却声称对此完全不知情，直到 2017 年 2 月才发现股权已经被稀释。据香港《01 新闻》（2017）报道“Heroic Hour 是我儿子控股的公司，我却从来不知道。这两年来，我丈夫没有跟我讲过一句话，一直回避着我。第一，我没有签过字，为什么我辞职？我没有签过字，为什么增发了股份，为什么不告诉我？”

霸王集团 2017 年度年报显示，“Heroic Hour 由长子陈正鹤及其他六个子女共同持有，其中陈

正鹤持有 22% 的股权，其余 78% 由其他六位未成年的儿女持有。陈正鹤作为受托人，代自己及六位弟妹持有 Heroic Hour 在 Fortune Station 的权益。因此陈正鹤被视为拥有 Heroic Hour 所持有的 60.12% 公司股份的权益。而包括 CHEN Li Zi 等六子女为同一信托下的受益人（非酌情信托），并各持 3.87% 股份。”

Heroic Hour 早在 2016 年开始筹备，注册地在 BVI，股东为陈正鹤及弟妹等七人，再将 BVI 公司股权作为信托财产，由家族信托持有。通过增发，陈启源与万玉华持有的 Fortune Station 股权分别降至 25.72% 和 24.71%，下一代的权力交接和财富传承加速推进。



来源：根据霸王国际年报整理

图 3：霸王国际(集团)控股有限公司控股架构变化

长子陈正鹤 2017 年 12 月接受《中国经济网》(2017)采访时表示,“当时的股权出让,是父母共同交出给予我们兄弟姐妹,没有一方转移至另一方或者其他处。……作为儿子,我真心希望母亲可以轻松一些,享受更快乐的生活,也希望家人能化解所有的矛盾。”

陈正鹤亲身参与到股权重组的整个过程中,成为父母之争中的直接受益者。家族战争的残酷之处也在于此,当家族发生重大分裂时,涉身其中的每一位家族成员都难以置之度外。万玉华说:“(我)对大儿子很失望,本来和大儿子关系很好,但被他爸爸教成这样。”



注：股票价格使用前复权价格

图 4：万玉华辞职与陈正鹤接任 CEO 前后的股价与累计收益率

债务危机下的脆弱压力源

从霸王近十年的股价表现中,大起大落的局面屡见不鲜。霸王经历了股价过山车:初期高涨,中期受壹周刊事件影响持续下跌,后期则维持于较低水平。

我们以事件研究法来复盘影响霸王集团的重大事件可清晰看出,壹周刊事件使霸王股价急剧

下跌,公司经营业绩一落千丈。总体的累积超额收益率(CAR)和股价走势类似,在壹周刊事件后,霸王集团相对市场持续跑输。2016 年致癌事件平息之后,霸王股价才开始回升。2016 年年报显示,公司营业额约为 2.642 亿元,净利润 4370 万元,首度盈利。2016 年净利润和净资产收益率首次实现由负到正,2017 年则维持盈利。



注：股价使用前复权价格

图 5：霸王股价和累计超额收益率（CAR）变化（2009-2020 年）

但好景不长，2017 年的离婚风波又让霸王股价重回低迷，一度成为“离婚概念股”。12 月 27 日新闻发布会当天，股价大跌 30.88%，最低跌至每股 0.19 港元（见图 6）。12 月 28 日陈启源发表回应声明后到收盘时又大涨 29.44%，收盘价为 0.26 港元。从累积超额收益率来看结论类似，27 日当天相对市场大幅下跌 30%，28 日又回升 20%。但之后半年内总体呈现下跌趋势，直到 2018 年 6 月 5 日签订和解协议。6 月 6 日盘中最高涨幅达近 40%，成为近几年来单日最大涨幅，收盘涨幅为 25%，收盘价为 0.25 港元。



注：股价使用前复权价格

图 6：万玉华召开新闻发布会要求清盘前后集团股价

家族企业面对的多种压力源会对婚姻产生不利影响，甚至导致婚姻破裂（Cooke 与 Rousseau, 1984）。家族资产可以用来抵押获得商业贷款，以支持家族企业的成长等。如果无法偿还债务，则会给企业和家庭带来双重危机（Glover 与 Reay, 2015）。

我们引入 VSA 模型中的债务水平和销售收入这两项关键财务指标，将霸王集团 2007 年上市至今的负债状况、销售收入及关键事件节点相结合进行分析，发现其离婚关键事件与债务及收入变化高度契合（见图 7）。



图 7：霸王营业收入与资产负债率变化（2009-2020 年）

2010 年 7 月之后，霸王市值开始大幅缩水，销售收入在次年骤降 20%。资产负债率则从 2011 年的 17.43% 攀升至 2012 年的 45.17%。2014 年二人关系破裂时负债率继续攀升至 60.05%，到 2015 年则高达 85.8%，营业收入骤降到 2.3 亿元，再创历史新高和新低。此后经营一蹶不振，负债率和营业收入一直保持在历史低位。

其他财务指标也持续恶化，自 2010 年亏损 1.18 亿元之后连续亏损五年，员工人数由 1.45 万人大减九成。由于企业声誉受到重挫，各大银行也拒绝借贷融资。2016 年胜诉之后，陈启源接受香港《01 新闻》（2016）采访时大吐苦水，“以前公司市价 200 亿元时，银行基金日日排队到广州

寻求融资，但报道一出，公司连亏损 6 年，员工人数由 14500 人大降九成，国内银行因公司账目根本未必愿意作借贷或融资。”他表示在六年间以个人房地产投资的资金借贷给霸王集团。据霸王国际 2013-2017 年报，陈启源、万玉华和广州霸王承诺从 2013 年 3 月 15 日开始，向霸王集团提供最高人民币 1.4 亿元的无抵押无息贷款，例如截至 2015 年 12 月 31 日控股股东借款账面价值为人民币 5494.6 万元。

2018 年 6 月 5 日，陈启源与万玉华签订和解协议，当天向香港高等法院申请撤销清盘呈请。作为该和解协议的一部分，7 月 16 日万玉华以象征式的 1 美元价格将 24.71% 的 Fortune Station

股份转让给陈启源。此后二人并未公开是否离婚的消息，但据霸王国际2019年年报中显示，万玉华并未再以配偶权益享有陈启源的股份权益，故外界猜测二人已经正式离婚。从累积超额收益率

的角度可以发现，2018年6月5日的公告股价带来显著的正向影响，当日超额回报超过20%，而后续进展则已经被市场预期，股价变动并不大。



注：股票价格使用前复权价格

图8：万玉华和解转让股权前后集团股价与累计超额收益率

这场“霸王别姬”的夫妻战争中似乎没有赢家。不相信眼泪的市场，推动着家族这辆战车滚滚向前。

注：感谢清华大学五道口金融学院硕士陈昊天对本案例财务分析做出的贡献

参考文献：

- [1] 薛芳，李越. 独家直击李国庆俞渝离婚案现场：女方缺席，男方要求平分百亿家产[N]. 腾讯深网，2019-11-30.
- [2] Amore M.D, Miller D, Le Breton-Miller, I., Corbetta, G. For Love and Money: Marital Leadership in Family Firm[J]. Journal of Corporate Finance, 2017:461-476.
- [3] Poza, E., Messer, T. Spousal leadership and continuity in the family firm[J]. Family Business Review, 2004, 14(1), 25-36.

- [4] Deborah D. Godwin, John Scanzoni. Couple Consensus during Marital Joint Decision-Making: A Context, Process, Outcome Model[J]. Journal of Marriage and Family, 1989, 51.

- [5] 《进击的梦想家》第一期：李国庆[N]. 腾讯新闻，2019-10.

- [6] Hedberg, P. R., Danes, S. M. Explorations of dynamic power processes within copreneurial couples[J]. Journal of Family Business Strategy, 2012, 12.3(4):228-238.

- [7] Danes, Sharon M, Olson, Patricia D. Women's role involvement in family businesses, business tensions, and business success[J]. Family Business Review, 2016.

- [8] Paul Sanchez-Ruiz, Ileana Maldonado-Bautista, Matthew Rutherford. Business stressors, family-business identity, and divorce in family business-

A vulnerability-stress[J]. Journal of Family Business Strategy, 2018, 9:S187785851730147X-.

[9] 陈嘉碧.【霸王风暴】泣诉与丈夫决裂经过 万玉华哽咽：被当成生仔奴隶[N]. 香港 01 新闻, 2017-12-27.

[10] Danes S M, Morgan E A. Family Business—owning couples: an EFT View into Their Unique Conflict Culture[J]. Contemporary Family Therapy, 2004, 26(3):241-260.

[11] Sharon M. Danes. Tensions within family business-owning couples over time[J]. Stress Trauma & Crisis, 2006, 9(3-4):227-246.

[12] 霸王教母万玉华跨界打造“舌尖上的客家”[N]. 腾讯新视界, 2020-6-21.

[13] Thomas Zellweger, 高皓. 家族企业管理：理论与实践[M]. 北京：清华大学出版社, 2021.

[14] Poza, E., Messer, T. Spousal leadership and continuity in the family firm[J], Family Business Review, 2010, 14(1), 25 - 36.

[15] 霸王陈启源：中药世家还是江湖郎中？[N]. 第一财经, 2010-07-21.

[16] 马翠媚, 岑健乐. 霸王夫妇反目妻哭诉被捆申清盘[N]. 香港文汇报, 2017-12-28.

[17] 陈嘉碧.【霸王风暴】泣诉与丈夫决裂经过 万玉华哽咽：被当成生仔奴隶[N]. 香港 01 新闻, 2017-12-27.

[18] 赵晓娟. 霸王集团后院起火 创始人万玉华拟清盘大股东[N]. 界面, 2017-12-28.

[19] 林志吟. 妻子要求清盘霸王集团控股公司 霸王主席回应感到莫名其妙[N]. 第一财经, 2017-12-28.

[20] 陈鹏丽. 万玉华创业公司被曝解散 广州办公地已撤场[N]. 每日经济新闻, 2017-12-28.

[21] Lawrence, F. C., Muske, G., Fitzgerald, M. A., Haynes, G., Black, M. The intermingling of family and business financial resources: understanding the copreneurial couple[J]. Journal of Financial Counseling & Planning, 2009, 20(2).

[22] 霸王夫妻决裂万玉华：当我生孩子奴隶 哭诉两度被掌掴 陈启源：莫名其妙[N]. 苹果日报, 2017-12-28.

[22] 郑常泰. 霸王股价大幅反弹 接班人陈正鹤首度发声：自己很纠结[N]. 中国经济网, 2017-12-29.

[22] 陈雯慧. 霸王主席称将重整旗鼓专注业务发展 盼与黎智英对话论新闻自由[N]. 香港 01 新闻, 2016-06-27.

家事律师视点 | 邓雯芬 张博轩：经营性夫妻共同债务的认定问题研究

2022-09-25 家事法苑

<https://mp.weixin.qq.com/s/-yBlkGJX6PYgSS6nw3ZU-g>



作者：邓雯芬律师，北京天驰君泰律师事务所合伙人

中国法学会婚姻家庭法学研究会会员

北京市法学会妇女法学研究会理事

北京市婚姻家庭研究会会员

北京市老龄法律研究会会员

北京市朝阳区律师协会女律师工作委员会副秘书长

北京天驰君泰律师事务所女律师工作委员会秘书长



张博轩，北京天驰君泰律师事务所实习律师

声明：本文系家事法苑团队原创文章，如转发，需征得作者本人和家事法苑公众号的同意

本文发表于《中国律师》2022 年第 8 期，限于篇幅，《中国律师》有所删减。

夫妻共同债务的认定一直以来都是困扰理论和实务界的难题之一，随着市场经济的飞速发展，投资渠道的日益多元化，为追求家庭财富的增长进而以家庭为单位参与经济活动的现象愈发普遍，身处婚姻关系之中的个人行为与夫妻共同行为的届分愈发模糊，关于夫妻一方经营性负债是否属于夫妻共债的问题亟待解决，但相关立法的模糊不清和裁判标准的参差不齐导致司法实践中的争议不断，本文拟以小马奔腾“遗孀负债”案为切入点，从理论层面出发，吸取法院的司法实践智慧，探讨经营性夫妻共同债务的认定问题，以期对司法裁判标准的完善统一有所裨益。

一、小马奔腾“遗孀负债”案简介[1]

小马奔腾影视文化公司成立于 2009 年，曾打造《无人区》、《黄金大劫案》、《甜蜜蜜》等家喻户晓的影片。2011 年 3 月，小马奔腾与建银文化等十几家机构分别签订了《增资及转股协议》，与此同时，小马奔腾实际控制人李明等与建银文化的《投资补充协议》约定：若小马奔腾未能于 2013 年 12 月 31 日前实现合格上市，则投资机构有权要求实际控制人回购投资人持有的股权。

最终，小马奔腾未能在 2013 年 12 月 31 日前如期上市，且其董事长李明于 2014 年 1 月 2 日因

病去世。2014 年 10 月，建银文化提起仲裁，2016 年 2 月，中国国际经济贸易仲裁委员会作出裁决：李明的继承人金燕及李明的姐妹，在继承遗产的范围内对李明的股权回购义务承担连带责任。而后，建银文化与李明妻子金燕就金燕是否对李明的股权回购义务承担连带责任产生争议，建银文化将金燕诉至法院。本案的争议焦点问题在于本案涉及的债务是否属于李明、金燕夫妻共同经营所负债务。

二、夫妻共同债务的认定应当遵循的基本原则

（一）区分原则

虽然婚姻关系将两个原本独立的个体结合在一起形成生活共同体，但个人依然有独立参与市场经济的行为自由，所以在夫妻共同债务的问题上，仍应当遵循区分原则，即夫妻双方的共同行为产生的后果由夫妻双方共同承担，但夫妻一方的单方行为产生的后果，仍需要单方承担责任。如果不加区分的要求全部债务均共同承担，则会增加非经营夫妻一方被负债的风险，不利于家庭关系的和谐稳定。

（二）当事人利益与社会利益相协调原则

利益平衡要求法官在司法过程中在相互冲突的权利之间进行比较、权衡，从而确定何种权利应优先保护。[1]在判断夫妻一方经营性负债是否属于夫妻共同债务的问题上，司法实践中的裁判标准较为模糊，尚未形成统一明确的裁判规则。在小马奔腾“遗孀负债”案中，投资人秉持“财产共有则债务共担”的理念要求配偶共同偿债，而举债方配偶以“无共同意思表示”为由主张该债务并非夫妻共同债务，二者孰是孰非，孰轻孰重，不仅需要通过证据博弈尽可能的还原客观事实，恐还需通过利益衡量方能得以判断。除此之外，对于是否会有损以交易效率和交易秩序为代表的公共利益也应当纳入衡量范围。

（三）成本最小化的利益分配原则

利益衡量能够解决不同位阶的利益发生冲突时，何者应当得到优先保护的问题，但当各方利益处于同一位阶时，究竟应当优先保护哪一方利益便需要通过风险分配原则进行判定。成本最小化的风险分配原则属于经济学原理，主要通过对比各方预防风险的成本，保险成本，如未能预防的事故损失以及司法成本之和来确定风险分配方案。[2]回到小马奔腾“遗孀负债”案中，如果当事人各方均可以通过合理的成本预防风险，那么风险就应当分配给预防成本较低的一方，但如果各方当事人均无法通过合理成本预防风险，则风险应当分配给能够以更低成本预防风险的一方。与此同时，我们还应该考量不同分配方式的司法成本以及如若事故发生可能造成的损失。

（四）权利义务相一致原则

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一百三十一条规定：“民事主体行使权利时，应当履行法律规定的和当事人约定的义务。”随着社会经济的发展，人们的权利意识愈发增长，但却渐渐忽视了义务和责任的重要性，只有权利义务相统一，才能实现行为自由和意思自治的逻辑自洽，才能维持权利义务的平衡状态，才真正意味着权利义务主体地位的平等。在判断夫妻共同债务的问题上亦应坚持权利义务相一致原则，以使各方当事人的利益达到平衡状态，同时也向社会释放正确的价值引导，在行使权利、享受利益的同时，也应当相应的履行义务、承担责任。

三、经营性夫妻共同债务的认定

在讨论经营性夫妻共同债务的问题上，需首先明确何为经营行为。《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第三款规定经营行为是指从事商品经营或者营利性服务的活动。但该定义应当是在商事语境下经营行为的概念，在市场经济高

速发展的今天，经营行为的方式也呈现出日益多元化的特点，越来越多的人为了财富的增值，开始选择投资理财，如个人购买基金、股票、债券等，或借款转贷赚取中间差价，亦或以赚取租金或转卖为目的的购房等，上述行为均应当纳入经营行为的范围内，所以，婚姻家庭语境下的经营行为更不应局限于提供商品或者服务，本文认为只要是以增值财产为目的的行为均属于经营行为，而由此产生的债务应属于经营性债务。

经营性债务可以依据单纯以个人名义从事经营行为和个人通过经营主体的名义从事经营行为来做进一步的划分。实践中单纯以个人名义从事经营行为的情况已越来越多，比如个人投资基金、股票、债券等，如果产生债务，对于债务性质的认定主要基于前述的基本原则处理。然而在个人通过经营主体的名义进行经营的情况下，应当区分经营主体的类型来具体判断债务性质认定和如何承担的问题，需要在上述基本规则的基础上考虑所涉经营主体的特殊性和夫妻一方或双方参与经营的情形具体判断。例如，根据《民法典》第五十六条[1]的规定，如果经营主体系个体工商户，该个体工商户系个人经营的，以个人财产承担债务；家庭经营的，以家庭财产承担债务；如无法区分个人经营或家庭经营的，则以家庭财产承担债务。如果经营主体系农村承包经营户，则其所负债务以农户为单位承担，如该农户由夫妻二人组成，则由夫妻二人承担。如果由农户部分成员（夫或妻一方）经营的，则由该部分成员（夫或妻一方）承担。如果经营主体系个人合伙或者合伙企业，则需判断夫妻双方是否具有共同经营的合意，如有共同经营的合意，应认定为夫妻共同生产经营。如果经营主体为个人独资企业，根据《中华人民共和国个人独资企业法》第十八条[2]的规定，如果个人独资企业投资人在申请企业设立登记时期明确以家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限连带责任。

如果经营主体为有限责任公司，一般来讲，如果夫妻一方或双方参与公司经营时所实施的仅是经营管理行为，则属于单纯的职务行为，本质上系代表公司实施的法律行为，由此产生的一切后果应由公司承担，与个人无关。但实践中，当夫妻一方或者双方存在以下几种特殊情形：其一，个人财产与公司财产出现财产混同，在公司无法清偿到期债务的情况下，债权人要求个人承担连带责任；其二，以个人名义实施借款行为，后将相关款项用于公司经营；其三，以个人名义为公司借款进行担保，借款到期而公司不能清偿债务的情况下，个人需要承担担保责任；其四，认缴出资的情况下，如果公司经营不善，出现不能清偿到期债务或明显缺乏清偿能力时，股东在未缴出资范围内承担补充赔偿责任；其五，股东存在抽逃出资的情况下，债权人可以要求股东在抽逃范围内承担补充赔偿责任；其六，为了公司发展，以个人名义与投资方签署对赌协议，对赌失败后承担所应承担的债务。如果出现上述情况，且公司无法承担偿债责任时，则个人很可能需要承担相关债务，此时就涉及到判断债务是否属于夫妻共同债务的问题。

结合现有司法裁判案例的情况，司法实践中被认定为经营性夫妻共同债务的情形按照共同债务形成方式来划分，主要分为如下三种：其一为共同意思表示型夫妻共同债务，其二为共同经营型夫妻共同债务，其三为共同利益型夫妻共同债务。

（一）共同意思表示型夫妻共同债务的认定

共同意思表示型夫妻共同债务系基于夫妻共同意志形成的，可以是双方明示的意思表示，也可以是举债方单方明示的意思表示，但经过了配偶的事先允许或事后追认，具体而言，包括我国《民法典》第一千零六十四条[3]第一款列举的两种形式，一是共同签名，二是事后追认。

1、共债共签

共债共签原则是指夫妻事前共同签字或事后追认形成的债务，本质上，系共同意思表示。通过共债共签判断夫妻共同债务符合成本最小化的风险分配原则，具体而言，在判断债务是否属于夫妻共同债务的问题上主要涉及债权人的财产权益与举债方配偶的财产权益之间的利益平衡问题，而二者处于同一利益位阶，此种情况下，究竟哪一方利益更值得保护需要依据风险分配原则进行判断。在经营性共同债务认定的问题上，需要对比债权人与举债方配偶，哪一方预防风险的成本更低。在债权债务关系产生之时，债权人占有绝对的优势地位，此时，债权人可以通过要求举债方配偶必须确认共同承担债务的方式预防风险的发生，但举债方配偶在未实际参与经营的情况下，很难控制举债方的举债行为，也很难掌握举债方的债权债务情况。二者相比，显然债权人预防风险的成本更低，所以，应当引导债权人在出借资金或投资之时，充分考虑风险防范问题，主动要求债务人的配偶确认该笔债务属于夫妻共同债务。如果不存在共债共签的情况下，进一步的举证责任应当由债权人承担。

需要注意的是，首先，在时间上，“共债共签”发生的时间可以是债权形成之前，也可以是债权形成以后。其次，在形式上，可以是签名也可以是微信、短信、电话、邮件等明示的方式形式进行确认，也可以是默示的方式进行确认，如订立合同时配偶本人也在现场，未明确表示反对等情形。

共债共签主要作用是可以防止司法实践中“假离婚真逃债”的现象，即通过离婚的财产分割的方式将夫妻共同财产或举债方个人财产分割给配偶，而债务由举债方个人承担，进而恶意转移财产，逃避债务，同时，“共债共签”也是避免债务纠纷的最有效的方式。

2、事后追认

事后追认的形式是多元的，既可以是口头或书面形式的追认，也可以是以具体行为的方式进行追认。但无论何种方式，追认的内容需要明确

该笔债务属于承认夫妻共同债务、或承诺与举债方共同承担偿债义务、或确认该笔借款用于共同生产经营。

需要特别注意如下两种情形：其一，债务人的配偶在债权债务关系形成后，直接向债权人偿还借款和利息的情况，不应直接认定属于事后追认的情形，仅代表其知晓债权债务关系的存在，并且愿意给予举债方经济支持，帮助举债方偿还借款的情况，但并非直接代表与举债方具有共同偿债的意思表示[4]。其二，如果举债方配偶知晓举债行为但并未提出异议，或仅书面确认同意由配偶还款，仅能代表举债方配偶对于举债行为的知情，但不能代表其承认共债，如配偶未作出表示加入该笔债务或承认共同债务的意思表示，则不能直接认定该笔债务属于夫妻共同债务。

（二）共同经营型夫妻共同债务的认定

在经营性夫妻共同债务的认定问题上，“应树立平等保护债权人利益与夫妻双方利益、兼顾维护交易安全与维护婚姻家庭稳定的理念。”[5]虽然债权人对债权债务的发生与否具有较强的控制能力，但如果无限增加“共债共签”的适用范围，不仅会极大的增加交易成本，还会严重影响交易效率，进而降低市场经济的活力。因此，考虑到我国目前市场经济的发展状况，还不能将“共债共签”或“事后追认”作为唯一的判断标准。

“婚姻是家庭的基础，实质上是一种伦理关系”。[6]根据《民法典》第一千零六十四条的规定，债务人配偶并未作出明确的共同债务的意思表示的情况下，如债权人能够证明该笔债务用于夫妻共同生产经营，仍会判定属于夫妻共同债务。原因在于如果夫妻二人共同生产经营，二者的关系便从单纯的伦理团体转化为经济团体，债权人有可能相信双方之间交易信息高度共享，进而可以默认配偶对举债行为系知情且同意的。故在夫妻双方共同经营的情况下，即便配偶一方并未以“共债共签”或“事后追认”等形式对债务进行

确认，也可以认为该笔经营性债务属于夫妻共同债务。因此，在司法实践中，如果未经配偶明示或默示的同意即仅经债务人个人确认债权债务关系，则下一步需要通过判断举债方与其配偶之间是否存在夫妻共同经营的情况进而认定债务的性质。

司法实践中，一般从以下几个方面判断夫妻双方是否存在“共同生产经营”的情形。其一，夫妻双方持股情况。如果夫妻双方均为公司股东时，需要考虑非举债方的持股情况，如果非举债方仅少量持股，并且不参与公司经营，则不能直接认定为夫妻双方共同经营，需要结合是否有其他参与经营的行为或者是否从中获益来综合判断。而如果夫妻二人均为公司大股东，甚至是公司仅有的两名股东（“夫妻店公司”）部分法院则可能会基于此种情况直接认定夫妻双方系共同经营。其二，夫妻双方任职情况。首先，如夫妻双方均担任公司的董事长、总经理、执行董事、监事等能够直接接触公司运营的管理职务，则法院倾向于认定存在夫妻共同经营的可能性会较大。其三，夫妻双方与经营主体间的经济往来情况。如债务人配偶名下账户与公司账户存在多次互相转款的情况，则法院可能会倾向于认定夫妻双方存在共同经营。其四，所借款项的具体去向。如果借款后，使用配偶账户收取相关款项，或配偶名下账户与借款账户存在经济往来，则法院有可能基于此倾向于认定夫妻双方存在共同经营。其五，为借款进行担保的情况。如利用夫妻共同财产对该笔借款进行抵押担保，或夫妻双方均为股东的公司为该笔借款提供担保，则法院一般倾向于认定夫妻双方存在共同经营。

司法实践中在认定夫妻共同经营的问题上呈现如下特点：第一，关于“共同经营”的判定因素没有明确的标准，不同案件的情形各不相同，不同法院的裁判尺度也有所差异；第二，需要结合多方面的因素综合考察判断，一般来讲，仅有一个因素不足以直接判定夫妻共同经营。

（三）共同利益型夫妻共同债务的认定

夫妻双方未就举债行为形成合意的情况下，如果无法判断双方是否存在共同经营的行为，则需要进一步从共同受益角度来判断债务的性质。根据《民法典》第一百三十一条的规定，权利和义务是一致的，民事主体在享有权利的同时，也要承担相应的义务，此即为权利义务相一致原则。回归到本文讨论的问题上，如果无法判断夫妻双方是否存在共同举债的意思表示或是否存在共同经营的情况下，从权利义务相一致的原则出发，当举债方的举债行为使其配偶获益时，则配偶应当与举债方共同承担偿债的义务。

司法实践中获益的类型主要分为两种：一种为直接获益型，另一种为间接获益型。直接获益型夫妻共同债务系指所获利益直接来源于该笔债务，如利用借款后转贷他人赚取中间利差而获益的情形，通常法院会认定其属于夫妻共同债务，又如者举债方的银行账户对所借款项有所调动，或非举债方利用借款账户进出资金等情形，均可被认定为直接获益的情形。间接获益型夫妻共同债务系指无法判断所获利益是否直接来源于该笔债务，但结合其他因素可以推测通过该笔债务获益的情形。如举债后，家庭出现与正常收入不相符的异常大额消费，例如购买房产、购置车辆、子女出国求学等情形，又如非举债方没有稳定收入，举债方从事的经营活动系家庭唯一或主要的经济来源，由此合理推测该笔债务为创造夫妻共同利益做出了贡献，进一步可以推测举债方为夫妻共同利益而举债的可能性较大。

对于夫妻一方对外所负担担保之债是否属于夫妻共同债务问题，在司法实践中有所争议。本文认为，虽然《最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函》（[2015]民一他字第9号）中明确夫妻一方对外担保之债不应认定为夫妻共同债务，但该复函的意见仅是针对个人的回复，并非可以就此问题直

接得出夫妻一方对外担保之债不应认定为夫妻共同债务的唯一结论。目前司法实践中一般认为原则上夫妻一方对外担保之债不应认定为夫妻共同债务，但如果债权人能证据证明举债方配偶虽未签字确认债务，但该笔债务系夫妻双方共同经营产生的债务，亦或是举债方配偶因此受益的，则仍可能认定为夫妻共同债务。

回到本文开篇讨论的小马奔腾“遗孀负债”案中，该案历经一审、二审、再审，裁判结果均支持建银文化的诉讼请求，认为本案涉及的债务属于李明、金燕夫妻共同经营所负债务。从裁判文书中可以看出法院说理主要集中以下两个方面：首先，金燕参与了公司的经营，并且对于案涉协议约定的股权回购义务是知情的。根据在案证据显示，金燕此前担任过公司股东和法定代表人，作为小马奔腾、湖南优化公司董事参与了公司经营，其签署相关公司的各种决议，应当知悉丈夫李明与建银文化基金关于股权回购的协议安排。其次，金燕实际享受了该笔投资产生的利益。除李明去世后，小马奔腾法定代表人变更为金燕外，金燕称目前经营的公司雇用的是原小马奔腾人员、采用小马奔腾的经营模式，可见金燕现在经营的公司仍然享用建银文化投资小马奔腾所产生的溢出效应。即本案中法院从公司经营行为的外观：例如在公司任职情况、是否参与公司经营相关事项决议、是否知悉股权回购协议相关安排等多方面因素考察认定金燕参与共同经营。同时基于是否从经营行为中获益两个方面综合认定金燕存在共同经营，所以对于股权回购义务应当承担连带责任。

四、结语

夫妻共同债务的认定是婚姻家庭领域非常重要的课题之一，随着民法典的出台，相关问题的争议看似有所衰减，但司法实践的裁判标准仍较模糊。结合民法学的基本理论，深入总结司法实践的智慧后，本文认为，经营性夫妻共同债务共

分为三种类型，分别为共同意思表示型、共同经营型、共同利益型，即可以分别从以下三个层面进行判断，其一，夫妻双方是否存在共同举债的意思表示，即是否存在共债共签及事后追认的法定情形；其二，从夫妻持股、任职、与公司经济往来、借款去向、债务担保等情况判断夫妻双方是否存在共同生产经营的情形；其三，从权利义务相一致的原则出发，通过判断夫妻双方是否共同受益进而判断夫妻共债是否成立。在具体问题的裁判上，在兼顾各方当事人利益，避免激化矛盾的同时，也要重视以家庭稳定、交易安全为代表的社会共同利益。

注释：

[1] 参见北京市第一中级人民法院（2018）京民终 18 号民事判决书。

[2] 黄成：《民法典背景下环境资源合同案件中合同效力认定规则之完善——基于 80 份裁判文书的实证分析》，《法律适用》2020 年第 23 期，第 148 页。

[3] 参见〔德〕舍费尔、奥特：《民法的经济分析》，江清云、杜涛译，法律出版社 2009 年版，第 137 页。

[4] 《中华人民共和国民法典》第五十六条规定：“个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；无法区分的，以家庭财产承担。

农村承包经营户的债务，以从事农村土地承包经营的农户财产承担；事实上由农户部分成员经营的，以该部分成员的财产承担。”

[5] 《中华人民共和国个人独资企业法》第十八条规定：“个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。”

[6] 《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条：“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

[7] 参见李贝：《夫妻共同债务的立法困局与出路——以“新解释”为考察对象》，载《东方法学》2019 年第 1 期，106 页。

[8] 薛宁兰：《中国民法典夫妻共同债务制度研究——基于财产权平等保护的讨论》，《妇女研究论丛》2018 年第 3 期。

[9] 〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，杨东柱等译，北京出版社 2007 版，第 81 页。

（三）法官视点/法官风采

少年法庭上的七色花 | 记常州天宁法院少家庭庭长王东莉

2022-09-05 江苏高院

https://mp.weixin.qq.com/s/s8yN_NBCLmWZzKGZcwaJYA

“童话里的七色花，能助人实现愿望。我也有朵七色花，希望它有治愈的力量。”江苏省常州市天宁区人民法院少年及家事审判庭庭长王东莉娓娓道来。

红色赤诚，潜心少年审判

2013 年，王东莉成为一名少审法官。办案不久，她审理了一起未成年人抢劫案。看着母亲抱住孩子嚎啕大哭，王东莉意识到，少审法官，有些不一样。判决后，她多次回访，直到得知孩子因表现良好获得减刑，已经服刑结束时方才放心。后来，她常在判决书后附上一纸“法官寄语”，家庭教育有问题，就给被告人的父母也送上一份“法官寄语”。如今，“法官寄语”变成“家庭教育指导令”，但她始终记得，未成年人案件，判决不是终点。



带学生参观少年法庭

民事案件中，她注重未成年人权益保护。2015 年底，她遇到了患有脑裂畸形的 5 岁女孩徐小某。徐某收养了弃婴徐小某，后又寄养到儿童福利院，不管不问。王东莉经过多方走访和工作查明事实，她认为监护人拒不履行监护职责的消极行为，严重侵害了未成人权益，国家监护应当承担兜底责

任，判决撤销徐某的监护人资格并指定儿童福利院为徐小某的监护人。徐小某的生活和治疗都有了着落。该案被最高人民法院收入《全国 12 起撤销监护人资格典型案例》。

橙色热情，播撒法治阳光



法治课后与孩子们交流

普法宣传工作中的王东莉，是个“斜杠青年”：是老师、主持人、导游、编剧、导演、演员……她进入学校、机关、社区、企业、电台直播间，通过开设讲座、法院开放日、编排情景剧、指导模拟法庭、拍摄微电影等多种形式普法上百场次，主题涵盖未成年人犯罪预防、妇女儿童及老年人权益保护、婚姻家庭等多方面，直接受众达到数万人次，以专业的法律素养和生动流畅的语言表达受到欢迎和喜爱，成为少年家事普法宣传的一张名片。2019 年以来，她策划组织了“与法同行成长路”主题系列活动，通过征文征画比赛、演讲比赛、法律知识竞赛等让青少年主动学法，活动通过央视频《今日说法》栏目直播，树立了普法活动品牌好口碑。

绿色活力，创新永不止步



看守所里的成人礼

家事审判工作改革中，王东莉主笔起草了审判业务类文件十余篇，多篇宣传、发表调研及调研文章发表或获奖，发出的司法建议被评为全省法院优秀司法建议。家事调解、家事调查、心理疏导、未成年子女财产登记报告、家事审判与公证

服务对接、探望监督人……每一项机制创新，都凝聚着她的心血。她更将工作的点滴体会都融进了少年家事审判中心的设计，打造了集审判、教育、宣传于一体的少年家事审判新阵地。

十年少审路，王东莉以实际行动解答了自己最初的疑惑：少审法官，哪里不一样——多了些琐碎和纠结，也多了些温情和色彩。黄色温柔，是她每一次面对孩子时的柔声细语；青色庄重，是她长久以来法庭外的慎微慎独；蓝色细腻，是她以生动文笔写下的诸多感悟；紫色深沉，是她从未停止的谋划思考。根深才能叶茂，本固方得枝荣。王东莉像一朵七色花，植根于“少年审判天宁模式”的沃土，绽放着光芒，用每一分色彩，治愈着许多人。

探望权案件应当如何执行？

2022-09-06 江苏高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/8CwZvA3eob0euj6W0bEZ9Q>

【事件回放】

李某与张某经法院调解离婚，约定双方的女儿李小某随张某在南通共同生活，李某每月可探望两次，由李某接回生活，春节时双方轮流接回女儿过春节。后张某将李小某带到外地生活。

2022 年春节前，李某向法院申请执行，请求接回其女在南通过 2022 年春节。

对该案能否执行，存在一定的分歧。

一种观点认为，调解书作出时双方均在南通居住的前提已不存在，不宜继续执行，且执行请求与疫情防控“就地过年过节”的倡导相悖，不利于其女身心健康，本案应当终结执行。另一种观点认为，子女在外地并不是阻却执行的理由，所以应当继续执行，以实现申请执行人的探望权和保障子女的健康成长。

结合本案，就探望权执行中常见的问题作如下探讨。

01 如何认定探望不利于子女身心健康？

《民法典》第 1086 条规定，“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。”

但是哪些情形属于不利于子女身心健康的，民法典及其相关司法解释并没有规定。

结合执行实践和理论观点分析，我们认为，对以下几种情形，可以认定为不利于子女身心健康。

一是探望权人自身存在不利于子女身心健康的情形。如探望权人自身存在酗酒、暴力倾向、有精神疾病等情形的。

二是探望权人教唆、引诱子女实施不良行为的，如有《预防未成年人犯罪法》第 28 条规定的情形。

三是探望权人侵害子女人身权益的，如有殴打、虐待等行为。

四是子女拒绝接受探望，经过心理疏导后仍拒绝，此时如果仍然坚持探望，则将不利于子女身心健康。

本案中，以“就地过年过节”的疫情防控政策为由，认为申请执行人将子女带回南通过年不利于子女身心健康，一定程度上扩大了中止探望的范围。因为倡导“就地过年过节”是为了减少人员流动，降低疫情扩散的风险，但符合流动条件的人员流动并不违反防疫政策，更无法得出人员流动会损害子女身心健康的结论。

从民法典规定的精神看，中止探望主要是从子女本位出发，保护子女的身心健康。但我们也要注意，探望权也是父或母的权利。所以既要保护子女的权益，又要考虑父或母的权利，不宜随意扩大“不利于子女身心健康”的认定范围，损害父或母的探望权利。如果轻易中止探望，使得子女失去了和父或母见面的机会，无法得到父或母的关怀，长期以往不利于子女健康成长。所以，准确认定不利于子女身心健康的情形在执行中非常重要。

02 执行机构是否有权裁定中止探望？

对此存在不同观点。一种观点认为，应当由审判部门作出中止探望的裁判。主要理由是，是否不利于子女身心健康的认定较为复杂，涉及实体争议，所以中止探望必须通过审理，以判决的形式作出，更有利于查明事实。另一种观点认为，执行中可以直接裁定中止探望。因为中止探望的争议是在执行过程中发生的，原则上应在执行程序中解决，由权利人提出中止执行探望的申请，再由法院根据事实和法律规定，做出中止与否的裁定。

关于这个问题，我们的倾向意见是，人民法院在执行过程中有义务及时保护子女的身心健康，可以在执行程序中作出裁定中止探望。相对于诉讼程序，在执行程序中裁定中止探望更为灵活高效，更有利于及时实现对子女的保护。关于程序

保障的问题。在实现探望权和保护子女之间，应当优先考虑子女的权益，即便执行程序可能不如诉讼程序更有利于查清事实，但出于对子女的保护，可以适当牺牲部分次要性的程序利益。申请执行人对中止探望不服的，可以通过异议、复议程序予以救济。就本案而言，在执行程序中，如果认为探望不利于子女身心健康的，也不应终结探望，而是裁定中止探望。

03 子女生活地点改变后能否继续执行？

关于这个问题，一种观点认为，探望的时间、地点、方式等都是基于被执行人和子女在某地生活而作出，在被执行人和子女到外地生活后，作为执行依据的判决、调解的情况发生了变化，不应当继续执行判决、调解的内容，应当终结执行，由申请执行人另行诉讼。另一种观点认为，在判决、调解中已经明确具体探望的时间、地点、探望方式的情形下，权利义务内容明确，文书具有可执行性，应当予以执行。被执行人将子女带到外地生活，系拒不履行或规避执行，应当对其强制执行。我们认为，探望权是当事人法定的权利，只要在执行依据中明确了探望的时间、地点、方式，探望权的判项就具有可执行性。不能因为被执行人将子女带到外地生活就终结执行，由申请执行人另行诉讼，否则被执行人带着子女搬离一次，申请执行人就要重新诉讼一次，明显增加申请执行人的诉累。当然，在具体执行时要区分以下情形：一是探望方式系看望式探望的，即申请执行人到被执行人家中探望。此种方式只要申请执行人申请执行，愿意去探望，应当予以执行。如距离较远的，也可以采取视频等柔性方式进行智慧探望，或由被执行人定期将未成年子女的生活学习等活动录制成小视频定期发送给申请执行人，以满足申请执行人探望权中的知情权等权益。二是探望方式系逗留式探望的，即申请执行人将子女带回自己生活居住地进行探望、生活，并按时送回。此方式如果申请执行人申请执行，愿意接回子女探望的，应当予以执行。如果查明被执行人

为规避执行故意将子女带到外地的，应当依法对其予以司法制裁。

综上，本案申请执行人在被执行人将子女带到外地后仍申请执行、愿意接回子女探望，且在无证据证明行使探望权存在不利于子女身心健康的情形下，本案应当予以执行。（本文仅代表作者个人观点）



杜开林

南通中院审判委员会委员、执行局副局长、四级高级法官，全省审判业务专家

2022 年获评全国“人民满意的公务员”，系江苏法院系统唯一获此殊荣的公务员

杜开林：司法为民护正义 步履不停守初心
杜开林：敢揽瓷器活，也有绣花功



范加庆

南通中院执行局
法官助理

单亲妈妈的拒绝 | 至正 - 法官札记 92

原创：2022-09-19 上海二中院 罗曼

<https://mp.weixin.qq.com/s/H1dTm1VPh6xgnbWpztS6rA>



特邀主笔：罗曼

民庭法官助理

(更多风采见文末)

良缘难觅，情牵一线。在生活节奏越来越快的今天，通过网络相亲已经成为不少单身人士寻找另一半的方式之一。今天的故事就从一位白领男青年与一位单亲妈妈的网恋讲起……

1 缘起：千里姻缘一线牵

身在广州的小李是一名白领，每天过着 996 的忙碌生活。然而，随着年龄的增长，逢年过节时来自三姑六婆的关心也让他倍感心累。

为了摆脱家人们的轮番催婚，小李在相亲网站上注册了账号，并结识了一位上海姑娘小兰。尽管相隔千里，但两人颇感投缘。在聊天过程中，小李得知小兰是一位单亲妈妈。前一段失败的婚姻让小兰对感情格外慎重，表示需要时间慢慢了解，而小李也表示尊重小兰的想法。

相处期间，小李对小兰可谓是有求必应，经常赠送首饰、包包，还时不时发红包表达爱意。对小兰的儿子小胖，小李也非常关心，趁着假期亲自为小胖量身定制了“暑假大礼包”，并帮小胖报了不少辅导班。

小李无微不至的关爱渐渐打动了小兰，于是小兰邀请小李来上海见家长。老两口对彬彬有礼的小李非常满意。

2 情灭：爱恨两难情难舍

感觉一切都在朝着大家期待的方向发展，小李也对未来的生活满怀憧憬。不料，小兰突然提出了分手。原来，分居两地的生活状态让小兰没有安全感，小李的结婚心切，也让小兰倍感压力。



这突如其来的变故让小李备受打击。他试图通过各种方式挽留，但小兰态度坚决。苦苦挽回无果，小李觉得自己一片真心付诸东流，提出让小兰返还前期赠与财物的要求。小兰同意了返还电子产品以及儿子学费等大额费用，但却迟迟没有付诸行动。于是，小李一纸诉状将小兰告上法院。

小李认为，两人是以结婚为目的交往，因此交往期间的赠与属于附条件赠与。二人最终没能修成正果，小兰理应返还受赠的财物。

小兰却觉得，双方是恋爱关系，小李主动赠与财物是为了增进感情，无权要求返还财物。

3 纠葛：缘分已尽债难断

在审理这起案件时我们发现，小李向小兰转账的金额从几百到几千元不等。结合双方认识方式、交往时间、聊天内容等因素，我们认为，除去小李为小胖支付的教育培训费外，符合恋爱期间为增进双方感情而赠送财物的行为。



虽然小李主张他的赠与行为是以结婚为条件的附条件赠与，但这类赠与作为一种契约，需要双方达成合意，而非一厢情愿。这意味着，小李在做出赠与行为时必须明确表达赠与所附的条件，而小兰只有在接受财产，且对赠与所附条件无异议时，附条件赠与才能生效。小李对此没有提供证据，因此他的主张没能得到支持。鉴于小兰此前同意返还电子产品、学费等，我们本着诚信原则，认为小兰应返还相应的财物。

恋爱期间双方互赠财物是一种比较常见的现象。我们也想提示情侣们，恋爱期间若双方赠送

的财物未超过日常交往范畴，一旦交付，非因法定情形不能撤销。

恋爱中，男女双方之间的经济往来比较频繁，有的是为了接济一方发生的借贷，有的是为了表达爱意产生的赠与，有的是共同生活支出的必要费用。当双方感情稳定时，对财物往来通常较为随意，而一旦分手，经济纠纷伴随着感情纠葛，往往剪不断理还乱。因此，男女双方在恋爱期间应保持必要的冷静，对自己的出资行为有合理预期，无论是借贷还是附条件赠与，一定要在交付时予以明确，这样才能避免才下鹊桥又上公堂情况的发生。

青年法官，如何做好家事案件调解工作？ | 庭前独角兽

原创：2022-09-20 庭前独角兽 徐晓敏

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

本期提要

对青年法官来说，家事案件中人情与法理的交错、当事人心理与情绪的变化，都是需要面对的挑战。而家事案件的调解工作，更是一项既需要专业，又需要同理心，还需要沟通能力的“技术活”。为此，本期智囊就邀请到了在家事案件调解领域颇有心得的青年法官，分享她的经验与做法，希望能够带给你更多的视角与思考。

本期问题

青年法官，如何做好家事案件调解工作？



智囊伙伴 徐晓敏

嘉定法院南翔法庭二级法官

嘉定法院十佳青年

“世事洞明皆学问，人情练达即文章。”对于一名青年法官来说，处理家事类案件是一门不大不小的考验。俗话说“清官难断家务事”，家事类案件能否得到有效化解，关乎着家庭和社会的和谐，如何妥善处理家事纠纷案件值得深思。自担任审判员至今，我共审结了各类民事案件 560 余件，调撤率达 68%；其中，近一年的调撤率已提升至 70%以上。服判息诉率高，上诉率仅 5.7%。现就家事调解工作谈一谈工作心得体会：

派出法庭处理的家事类案件有很多种，离婚、分家析产、法定继承、所有权确认等等。受经济条件、法律认知能力所限，当事人不一定能负担得起高额的律师费，也不一定能听得懂法官的法言法语，也可能在内心对我这位看上去比较年轻、经验不太丰富的法官打上一个问号。如何“克服劣势，发挥优势”，有以下三方面的对策。

01 庭前准备、保障庭审



在开庭前，提前阅卷，对于矛盾较为激烈、当事人情绪可能有冲突的案件，要有敏锐的洞察力。为应对可能出现的问题，我会在庭前做一些准备工作，以保证庭审可以正常开展，例如，确保有规范的庭审流程，宣布法庭纪律，核对当事人身份信息、宣读法律相关规定等；提前与法警进行沟通，避免庭审突发事件发生；对于矛盾对立的当事人，杜绝相邻就座，优化发言顺序等；为当事人办理好相关委托手续、填写送达地址确认书，如时间来不及，则在庭审录音录像中释明延迟开庭的理由。庭审前的操作流程规范，对于之后庭审顺利进行有重要的推动作用。

02 树立威信、刚柔并济



庭审控场能力，是对年轻法官的一大考验。当出现当事人违规插话的情形，应及时制止，同时告知当事人根据庭审流程，在稍后会给予其发言的机会，请其稍安勿躁。当原、被告发生互相辱骂、指责等情形，要及时严肃地予以纠正，否则可能愈演愈烈，无法收场。始终保持中立地位，给予双方平等待遇，避免发生压制特定一方或者实体上

表现裁判情绪。以上种种，均是为了体现法官审理案件的公平公正，树立司法威信。

另一方面，在庭审时，若当事人不懂何谓“诉讼请求”、“答辩”、“举证”、“质证”，我也会耐心将上述法律术语用通俗的语言翻译给当事人听，使他们能在合适的环节充分发表意见。调解时，发挥年轻法官的优势，放下身份与当事人进行平等的沟通，同时多以“妻子”、“女儿”、“母亲”等身份为当事人换位思考、倾听诉求、分析矛盾症结。对于老年人，以“叔叔”、“阿姨”、“老张”、“老王”等称呼拉近彼此的距离。

家事类案件，也需要像老娘舅一样适当摆明态度，对于当事人做得好的地方应给予肯定，对于欠妥之处应当予以指正，并做出详细解释，加以引导。对于当事人在婚姻家庭中较为委屈的事情，可以适当予以共情表示理解，然后再根据法律规定解释本案争议焦点，更易于令当事人接受。法律的专业和语言的谦和，可以增加当事人对法官的信任感，也为之后的调解工作打下良好的基础。

03 找准时机、一蹴而就



在庭审前可以与当事人做适当沟通，布置好举证责任，要求其提交房屋买卖合同、贷款合同、贷款明细、动迁协议及附件、房产登记内档资料等材料，尽量减少开庭次数，尽快查清案件事实。

一般情况下，我会在法庭调查结束时安排休庭调解，同时围绕判决结果为双方拟定调解方案。对于当事人的内心方案与判决结果相差较大的一方，我会做好法律释明工作，为其分析争议焦点、

法律规定、涉案证据。而对于另一方当事人，我会从调解方案的灵活性、处理纠纷的快捷性以及亲情角度奉劝其“退一步海阔天空”。

在审理案件时，判决有其局限性，例如只能处理本案之内的纠纷，或者一种法律关系，然当事人在乎的是所有矛盾争议是否都解决。因此我会在调解时倾听双方的诉求，并且在不违反法律规定的情况下，帮助双方寻求高效的一揽子解决纠纷的调解方案。

调解，首先抓主要矛盾，然后抓次要矛盾。如某些案件父母为抚养权争执不下，某些案件双方就房产分割比例互不退让，某些案件当事人坚决不同意搬离房屋。解决完主要矛盾后，再理顺次要矛盾。如先确定抚养权归属，再细化探视方案；或者先确定房屋折价款，再制定分期付款方式。

例如，在父母均争夺抚养权的离婚案件中，从亲情角度告知母亲，父亲争取更多的探视时间，说明父亲至少是有责任心的，更多的探视可有利于子女与父亲的情感培养，子女若因父母离婚缺失任何一方的爱，都有可能对心理健康不利，同时也可以适当给母亲放放假。我会帮助他们制定个性化的探视方案，例如寒暑假集中探视，或者寒暑假二、四、六探视，为放弃抚养权的一方争取更多的探视机会。调解方案达成后，劝解父母在

今后探视的过程中尽可能互相配合，遇事友好协商、避免争吵。

再例如涉及房屋分割时，当确定完房屋折价款和付款时间后，我会帮他们确定好交接流程，有效避免后续的执行问题，大部分案件能按照调解书的内容顺利执行，实现真正的案结事了。当事人也会更认可以调解方式解决案件争议。

根据经验，庭审后趁热打铁、一蹴而就，达成调解成功率最高。因为一旦让双方回去再考虑考虑，当事人很容易被其余不了解案情的无关人员左右思路，且法官的时间也比较紧张，开庭占计划表大半，电话调解效率太低，不利于调解的达成。而且在疫情期间，我曾经历过电话调解成功，在第二天上线开庭，当事人反悔的情况存在。因此，对于有调解可能的案件，如开庭当天因各种原因无法在庭后开展调解工作，我也会另行安排时间调解。

经过各种努力，不排除还有少部分当事人不接受调解方案，但是在调解过程中，一方面可以让当事人感受到法官的理解和态度，另一方面审理中的法律释明工作，相当于将判后答疑工作前置，同样可以在判决后有效提升服判息诉率、降低信访投诉率。

刍议当前涉冷冻胚胎返还民事判决中的法律解释——以中国裁判文书网公开文书为样本

原创：2022-09-26 审判研究 吴秉衡

<https://mp.weixin.qq.com/s/o5deq6PSA6LnGbju6mG-2g>

吴秉衡 上海市浦东新区人民法院

导读

本文立足于认识论，以当前已公开的涉冷冻胚胎返还民事判决为依托，通过文献、实证研究，讨论如何运用法律解释来回应案件争议焦点，加深对目下民事审判中法律解释的过程的认识。

2017 年至 2021 年，我国出生人口连续四年下降。2021 年，全国人口出生率跌至 7.52‰。[1] 同时，不孕不育患者呈现年轻化趋势。80、90 后人群不孕不育比例逐步上升。目前，辅助生殖医疗活动在我国蓬勃开展，方兴未艾。籍此，涉及冷冻胚胎返还的民事纠纷渐渐步入社会公众视野。

研究概述

出于自身审判工作的法律检索需要，笔者先是关注到上述情况，然后在搜集类案判决的过程中，产生了对相关民事判决说理所体现出的法律思维本身的研究兴趣。

本文以中国裁判文书网为主要文献来源，将相关民事判决作为研究样本（对象），将研究立场植根于认识论，并以这样两项事实为研究前提：

其一，《民法典》施行后，我国民法学研究整体从立法论转向解释论；

其二，我国尚无针对胚胎的全国人大层级专门立法，相关民事判决均需借助法律解释来实现说理目的，在其中完成法律评价。本文的研究目的系加深对目下民事审判中法律解释的过程的认识。

承上，本文研究框架着眼于了解**裁判者如何运用法律解释来回应案件争议焦点**。申言之，裁判思考的原点在哪里？该思考原点的产生机制？从思考原点出发后，裁判者的法律解释采取怎样的说理路径？该路径是清晰的还是模糊的？说理是雄辩的还是孱弱的？裁判者运用法律解释进行说理的行文风格体现出怎样的特点？该特点传递出哪些信息？等等。

需要强调的是，**本文关注的是裁判者的思维过程**，不意在处于变化发展中的实体问题形成法律适用方面的新说。

本文研究方法，主要系文献研究法与实证研究法。详言之，文献包括了民事判决与学术作品。其中，民事判决来源自中国裁判文书网已公开法律文书资源。学术作品主要是提供国内时下关于法律解释的基本知识情况。为减少不必要的对于个人阅读偏好的异议起见，学术作品的范围主要限定于在国内受到广泛肯定的相关专著出版物。作为方法，实证研究服务于上文提到的研究框架，解决研究框架所列之种种设问，并在此基础上进行归纳，形成进行后续批判性思考的素材。

最后，需要指出的是，本文归纳的结论与对之作批判性思考的观点始终都可被质疑。虽然实证研究强调超越价值判断，然而归纳作为一种主观意识支配下梳理经验素材的活动，难免会不自觉

地渗入个人既有认知，而个人既有认知本身就值得质疑其正确性。至于批判性思考，其主观性特征不言而喻，并且对话式的质疑亦为之所欢迎。

争议焦点

截止至 2022 年 8 月，在中国裁判文书网公开计有 **37 件涉及冷冻胚胎返还** 的民事判决书，并最早公开的年份为 2018 年。相关法院遍及七省、一直辖市与一自治区，基本覆盖东西南北地理点位。

经梳理，**涉冷冻胚胎返还的民事诉讼案由有五类**：返还原物纠纷、合同纠纷、保管合同纠纷、医疗服务合同纠纷以及医疗损害责任纠纷。

从中国裁判文书网公开的相关民事判决书的数目上来看，以**医疗服务合同纠纷**为大宗，计有 23 件；其次为**返还原物纠纷与保管合同纠纷**，各有 6 件。因此，涉冷冻胚胎返还的民事诉讼案由以医疗服务合同纠纷为绝对大宗，但仍散见其他名目，且个别法院存在类案不同民事诉讼案由的现象。[2] 同时，当事人构成也较为稳定。原告通常为夫妻。仅在特殊情况中，原告为丧偶配偶及父母。被告则均为医院。

在上述民事判决之中，形式上归纳争议焦点者不占多数。其中，叙述见有总分与分总两种结构，且以总分为主。

总分结构中典型者见：（2020）川 01 民终 13880 号民事判决在提出二审争议焦点即院方应否返还对方冷冻胚胎后，进一步列出冷冻胚胎的法律性质与权利主体、保存冷冻胚胎的合法主体，以及冷冻胚胎返还后可能存在的道德风险等小标题进行分述。其余总分结构民事判决，虽行文缺乏递进小标题带来的节奏美感，但论述内容并未因此出现缺失现象。

分总结构仅见诸（2021）云 0103 民初 4669 号民事判决。该民事判决直接分段论述了冷冻胚胎的法律性质与权利主体、院方应否向对方返还冷冻胚胎，以及冷冻胚胎返还后可能出现社会伦理问题等内容。总之，经汇总与归纳，争议焦点明确指向如右两个概念：请求权基础与抗辩性规范。

虽然形式上未归纳争议焦点的民事判决占到多数，但是若跳出非此即彼的形式视角的条框，移步从内容上观察此类民事判决的说理，从行文上仍不难看出它们的谋篇布局仍在围绕上述两个概念而展开。据此可合理认为，**归纳争议焦点与否，并不会对当前民事判决说理内容产生实质影响，并取决于个体撰写法律文书的风格。**

至于个体选取不同撰写风格的考虑因素，不排除两条显见的原因：

其一，归纳争议焦点依靠个体的主观判断，对于个体的法律技术要求高，容易引起对之回避的逃逸做法；

其二，当前不是所有案件都被明确要求必须归纳争议焦点。人民法院出版社最近一次出版的《民事诉讼文书样式》的出版说明明确表示：“对于在庭审中事实清楚、案情简单未形成争议焦点的案件，裁判文书中可以不归纳争议焦点”。[3]

或许可以这样认为，这一表述对于上述逃逸做法表达出了一定程度的宽容。

请求权基础

关于请求权基础，在我国现行法律对冷冻胚胎的法律属性无明文规定的前提下，作为本文研究样本的民事判决需要回应：**冷冻胚胎属于法律规定的哪一类权利客体？其对应的权利是否支持返还的诉讼请求？**

在论及冷冻胚胎是何种权利客体时，存在这样两个主要分支：**其一**系明确冷冻胚胎是物，**其二**系回避定义概念。在数量上，前者系少数，后者为大宗。

关于物说，相关**民事判决基本均认定冷冻胚胎属于特殊物**。一般表述诸如“一种具有发展为生命的潜能的特殊之物”“具有生命潜能的一种特殊物”“具有生命属性的伦理物”等。至于为何会将冷冻胚胎归入法律上物的范畴，上述民事判决没有阐述其认定理由。

但，早在 2014 年时，已有国内知名民法学者撰文发表提出，冷冻胚胎的法律属性是物，且属于物的三种基本类型之伦理物的学术观点。并给

出了其理由。观其理由，也已提及冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织尽管具有有体物的外形，但其内容中包含着潜在的生理活性，甚至存在生命的形式。[4] 由于法律职业天然地关注并亲近理论研究的发展成果，所以很难在一般表述与学说观点基本相符的事实面前，否认在前的公开发表的学说观点在元认知上，对于在后的司法实践产生重要影响的高度概然性。

然而，**物说并未对于相关民事判决的说理发挥更大的作用**，这些民事判决也没有援引《物权法》或《民法典》物权编的规定作为判决法律依据。

事实上，前述民事判决在认定冷冻胚胎系物后，其接下来的说理与那些回避定义概念的民事判决别无二致。

回避定义概念的民事判决的说理，在不触及胚胎法律属性的前提下，采取正反两种进路论证院方应向夫妻（含丧偶配偶及父母）返还冷冻胚胎：正者，强调冷冻胚胎含有夫妻的 DNA 等遗传物质，与夫妻在生命伦理上有密切关联性，夫妻因而对冷冻胚胎享有监管（保管）与处置权利；反者，强调院方无权否认夫妻对冷冻胚胎依法享有的相关权益。然而，观察这些民事判决的说理与最终的判决法律依据，可以发现前述说理与填补法律漏洞的法律解释经典理论存在区别。

冷冻胚胎的返还请求权基础属于开放型法律漏洞。该问题需要借助类推方法或者诉诸制定法的原则来填补，且填补操作须证明已做调整的和未加调整的情形的利益状况的相同性。其中，类推是将制定法针对某事实构成或者若干彼此类似的事实构成而设定的规则，转用于制定法未做调整，但与前述事实构成类似的事实构成。类推的基础在于两类事实在法律评价有决定性意义的方面的一致，并制定法规则的目的和基本思想能帮助认识法律事实构成中对于法律评价具有重要性的要素。[5]

据此，观察回避定义概念的民事判决说理，其寥寥数语未说明裁判者为类推所使用到的具体制定法规定，以及该规定针对的事实构成与冷冻胚胎返还一事在利益状况上的相同性，甚至可令人

合理揣测裁判者是否有过类推的考虑。这种揣测若结合上述民事判决所援引的法律依据，则势必会得到加强。

上述民事判决援引的法律依据涉及《民法通则》第5至7条、《民法总则》第3、5条、《民法典》第3、1009条。这些法律条文依文义均表述了特定的法律原则。由此，可以合理假设：**裁判者在冷冻胚胎返还请求权基础问题上，采取了诉诸制定法原则的填补做法。**

诉诸制定法原则作为一种填补方法，并非字面意思这般简单。一般而言，其须要就表述法律原则的法条缜密推导出具有一般意义的法思想，并进而列清相关适用前提（要件），然后进行归入（涵摄）。籍此，继续观察上述民事判决，不难发现，其说理既不见到法思想从具体法条中的推导而来的过程，也不见到“前提（要件）—归入（涵摄）”的互动过程。据此，裁判者是否真地诉诸了制定法原则并成功实现，是一个值得思考的问题。

综上，判决对于冷冻胚胎的法律属性倾向模糊处理。即使部分裁判者受学说观点影响，将冷冻胚胎明确为物，但也旋即采取回避进一步据此适用法律的态度。关于冷冻胚胎返还的请求权基础，目前无可靠线索显示，裁判者是亦步亦趋通过法律解释来达成。

透过相关民事判决，冷冻胚胎的返还请求权基础与包括《民法通则》《民法总则》《民法典》在内的制定法条文之间，至今依然欠缺明确的实质上的联系线索。

抗辩性规范

在法律解释经典理论看来，即便请求权基础的全部要件都满足了，结果仍然不确定，还要考虑抗辩性规范。这是因为抗辩性规范阻碍了请求权基础的有效性。〔6〕

典型的院方抗辩见（2018）苏01民终5641号民事判决。在该案中，院方一审抗辩提出：夫妻双方对权利的行使应受到法律和伦理的限制，即必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，且必须以生育为目的，不能买

卖胚胎、代孕等。院方二审抗辩强调：对方取回该冷冻胚胎后，在现行法律法规的条件下，根本无法实现人工辅助生殖的生育目的，其使该冷冻胚胎成活的唯一办法即违法实施代孕；根据新闻报道，前述风险不仅是可能性而是具有现实性，该风险并非是法院在庭审和判决中进行法律释明、风险提示就可以阻却的。据此，院方抗辩指向两个规范基础：其一是人口和计划生育规范，其二是伦理风险所指向的公序良俗。

首先，**关于人口和计划生育规范**，主要涉及卫生部发布的《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生殖技术规范》以及《卫生部关于修订人类辅助生殖技术与人类精子库相关技术规范、基本标准和伦理原则的通知》等。对此，相关民事判决的说理存在两种范式。

其一，模糊表述。以（2018）苏01民终5641号民事判决中一审说理为例：对于是否返还胚胎，相关法律尚无禁止性规定。

其二，定性表述。例如（2019）鄂01民终11141号民事判决：院方不能依据卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事医疗辅助生殖技术时的管理性规定，否认夫妻对冷冻胚胎依法享有的相关权利。模糊表述和定性表述虽因主、谓、语差异而在修辞效果上一弱一强，然其二者均不同程度地从法律体系角度，否定了人口和计划生育规范赋能院方抗辩的可能性，与法律解释经典理论要求并不疏离。同时，定性表述因认定了人口和计划生育规范从行政领域进入民事领域后的角色功能，而更具有说服力。

其次，**关于公序良俗**，针对的是院方返还冷冻胚胎后潜在的非法定孕风险。对此，相关民事判决基本都采用了法律释明加风险提示的说理模式。

典型者见（2018）苏01民终5641号民事判决二审说理：院方提出因冷冻胚胎返还后可能存在法律和道德风险而不应返还，系针对冷冻胚胎的后续合理利用问题，该风险并不能成为院方不予返还冷冻胚胎的理由。且需要特别指出，院方返还案涉冷冻胚胎后，对方在利用冷冻胚胎时应

当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

《民法通则》第 7 条、《民法总则》第 8 条、《民法典》第 8 条均规定了公序良俗原则。同时，相关民事判决也援引了前述规定作为法律依据。因而，上文提及的诉诸制定法原则在此依然适用，遂不复赘述。

然而，上述说理模式既未言明公序良俗的一般法思想内涵，也未阐述院方的抗辩是否满足该内涵对应的要件要求，反而移步强调对方后续使用冷冻胚胎时不得违背公序良俗。这似有答非所问之嫌，又让人合理担忧裁判对于后续伦理风险持有“消极”认识与放任态度。对此，（2018）苏 01 民终 5641 号民事判决中，院方二审抗辩对于上述说理模式的评价就是例证。总之，上述说理模式的说服效果偏弱，易受诟病。

综上，现有判决对于抗辩性规范的审查，仅在人口和计划生育规范一项上能与法律解释经典理论产生呼应。但，对于公序良俗的回应可谓不尽如人意。其说理不够自洽，缺乏理想的说服力。

结语

本文研究的涉冷冻胚胎返还民事判决在使用法律解释上普遍乏善可陈，在结果上都一致判令院方返还冷冻胚胎。有观点认为，司法实践系为了裁判结果的妥当性，而遵循伦理规则兼顾人情进行处理。〔7〕顺着该观点的思路，或许可以推导这样的假设：审判者是先对案件事实有了判断结论，再以此为目标编排说理内容。

就目前的现实线索来看，上述假说暂时无法被推翻，而且在一定程度上也能解释上述乏善可称现象的成因。毕竟，结论引导说理与说理引出结论是两种截然不同的思维方式，而且在实践中不易在逻辑上并举并自洽。至于诡辩，另当别论。当然，若诡辩出现在民事判决说理中，这本身当为憾事一桩。

另外，裁判者进行先行判断，与其说是依靠理性，不如说是依赖直觉。这种直觉的形成很难排

除来自司法之外其他社会领域思想的影响。为此，如果将 2001 年以来关于生育问题的思想发展史、2010 年以来人口与计划生育政策的内涵变迁史纳入考察视野，那么前述影响的动态过程也不难被了解。同时，司法实践中不同裁判者之间在撰写判决时的互相借鉴，也进一步加强了前述影响。

总之，透过本文的研究样本，我们暂可归纳出这样的结论：裁判者目前没有将法律解释经典理论奉为圭臬，该套理论体系对于当下司法实践的现实作用有限。从现象来看，这与理查德·波斯纳分析指出的美国法学理论与司法实践各行其是现象十分相类。考虑到中美两国在法律、政治、文化、社会、经济方面的诸多差异，这种在特定领域内行为趋同的现象，本身也是值得有识之士今后继续思考的话题。【法官论谈 428】

〔1〕 国务院办公厅：国新办举行 2021 年国民经济运行情况新闻发布会，网址 <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/47673/47722/wz47724/Document/1718964/1718964.htm>，最后访问日期：2022 年 8 月 24 日。

〔2〕 例如，四川省成都市锦江区人民法院作出的涉冷冻胚胎返还的民事判决的案由并立有合同纠纷、保管合同纠纷与返还原物纠纷等。

〔3〕 最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组：《民事诉讼文书样式（上册）》，人民法院出版社 2016 年版，第 5 页。

〔4〕 杨立新：“冷冻胚胎是具有人格属性的伦理物”，载 http://newspaper.jcrb.com/html/2014-07/19/content_164043.htm，2022 年 8 月 31 日访问。

〔5〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第六版），黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 478-480 页；〔德〕罗尔夫·旺克：《法律解释》（第六版），蒋毅、季红明译，北京大学出版社 2020 年版，第 145-156 页。

〔6〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《请求权基础》，陈卫佐、田士永、王洪亮、张双根译，法律出版社 2012 年版，第 12 页。

〔7〕 杨恩乾：“论人体冷冻胚胎相关案件的裁判路径”，载《法律适用》2022 年第 9 期。

（四）检察视点

八年了，她终于摆脱了这桩“离不掉的婚”

2022-09-14 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220914/20220914_006/content_20220914_006_3.htm#page5?operate=true



2022 年 9 月初，检察机关对申请人进行回访

想方设法伪造身份入赘，生了孩子又玩起失踪……女方想离婚却因入赘的男方消失而无法办理离婚登记，向警方报案后仍无法解决问题。面对“离不掉的前婚”“结不成的后婚”，该怎么办？女方最终向云南省玉溪市江川区检察院申请监督。江川区检察院经调查核实查明事情原委，并向相关部门发出检察建议，让女方顺利注销了结婚登记。

多年夫妻不知底

一朝出走现原形

事情要回溯到 2008 年。出生在江川区一户小康家庭的王某经人介绍与婚前素不相识的云南省马关县籍男子江某结婚，男方入赘女方家，婚后二人生育一女。2013 年 12 月，江某莫名离家出走，音信全无，同时还带走了卖汽车所得的 5 万余元，王某多方寻找无果。

2017 年 2 月，王某的父母通过江某的父亲找到江某，商量王某和江某的离婚事宜。江某同意和王某离婚，但在二人填写申请离婚登记声明书

时，民政部门工作人员却告知王某，江某登记结婚的身份信息是假的，需要江某提供真实的身份信息变更登记后才能离婚。此时，王某才得知江某是用假身份证与她登记结婚，于是去江川区某镇派出所报案，不料江某借故溜走，之后下落不明。王某坚持与江某离婚，但某镇民政办以无法通知江某到场为由未受理其离婚申请。王某随后向当地妇联反映情况，也没能解决问题；欲通过提起民事诉讼离婚，但法院亦以无法通知江某到场为由不予受理；提起行政诉讼请求法院确认婚姻登记无效，但法院又以超过了 5 年的起诉期限为由不予受理。

历经数年努力，几乎穷尽了所有救济途径，王某依旧离婚未果。这纸因男方伪造身份入赘得来的婚书，不仅成为了王某精神上的枷锁，也让她的生活举步维艰。其间，王某也考虑过再找一个男人结婚，但因担心“重婚”而止步。同时，多年来缺失父爱，也给其女儿幼小的心灵带来了无法抚平的创伤。2021 年 6 月，面对这种“离婚离不掉，结婚结不了”的窘境，王某经人指点来到江川区检察院申请检察监督。

调查核实寻真相

穷尽手段明是非

针对申请人所处的困境，承办检察官把查明事实、分清是非作为精准监督的前提，确立了听取区民政局、某镇民政办的意见，走访王某本人及其所在村村组干部，进行信息核查的“三步走”方案。随后，承办检察官来到江某户籍所在地公安局核查江某用于结婚登记的身份证信息、江某

真实的身份信息，寻找可能联系到他的方式和渠道；通过云南省婚姻登记管理信息系统查询江某的婚姻登记信息。

经过一系列扎实的取证工作，承办检察官查明，江某与王某登记结婚时尚未达到国家法定结婚年龄，为了能够顺利入赘，他伪造了身份信息，这才与王某顺利登记。2013 年 12 月，江某抛下妻女离家出走，二人的婚姻关系已经名存实亡。

这些年来，王某之所以一直无法办理离婚手续，江某不在场是重要原因。因此，找到江某成为了破解王某困境的关键点。于是，江川区检察院及时把江某涉嫌使用虚假身份证件犯罪线索移送江川区公安分局。江川区公安分局遂对江某以涉嫌使用虚假身份证件罪立案侦查。

江某到案后交代，因入赘的原因，自己总觉得在女方家地位不高，想换种“活法”，就离家出走了。他对自己使用虚假身份证骗取婚姻登记的行为给王某及社会造成危害追悔莫及，表示认罪服法，并承诺会积极配合有关部门办理注销婚姻登记的相关手续。

以人为本应诉求

检察建议解民忧

依照法律规定，未达到法定婚龄而登记结婚的属无效婚姻。婚姻登记中，当事人以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的问题，过错并不在行政机关。

然而，王某面临的实际困难不容忽视，她渴望结束与江某名存实亡的婚姻、重新携手意中人开启一段新的婚姻旅程也合情合理。江川区检察院审查认为，对于因当事人伪造身份信息导致婚姻登记错误的情形，行政机关应自我纠错，以减少或者避免行政争议的产生、尽早结束行政行为效力的不确定状态、维护行政法律关系的稳定、增强公众对行政机关的认同和信赖。

鉴于此，江川区检察院向民政部门发出检察建议，建议民政部门重新审查王某与江某的婚姻登记，确实缺少合法要件的应当主动纠正。民政部门采纳了检察建议，及时注销了王某与江某的婚姻登记。

近年来，少数人以冒名顶替或弄虚作假方式办理婚姻登记的问题层出不穷，不仅破坏了婚姻登记秩序，也侵害了另一方当事人的合法权益。2021 年 11 月，最高检联合最高法、公安部、民政部出台了《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》，有效推动了相关行政争议的实质性化解。实践中，检察人员秉持“如我在诉”理念，用心用情办好群众身边的小案，打击了虚假登记行为，帮助受害者走出了婚姻困境，彰显了检察担当。

今年 9 月初，承办检察官对王某进行回访时，她由衷地表示感谢检察院，自己全身心获得了解放，目前正处着一个对象，女儿的学习成绩也非常优秀。她还说，她会考虑再结婚，对生活充满希望。

妹妹结婚为何是姐姐登记？

2022-09-14 检察日报 满宁 骆军 张典斌

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220914/20220914_006/content_20220914_006_4.htm#page5?operate=true

“本来我自己都不指望了，没想到真的解决了！”9 月 5 日，家住重庆市梁平区的张洁（化名）成功撤销错误的婚姻登记后，在回访电话中对检察官田微连声道谢，欣喜之情溢于言表。

妹妹结婚，写在结婚证上的却是自己的名字。这根扎在张洁心头 6 年的刺，如今终于拔掉了。

张洁和张梅（化名）是亲姐妹。1998 年 10 月，妹妹张梅与男友准备在梁平老家某乡镇的民政机

构登记结婚，但由于一直没有办理户口本和身份证，她便冒用了姐姐张洁的身份信息。对此毫不知情的张洁，不久后也与自己的恋人在另一个乡镇的民政机构办理了婚姻登记。

直至 2016 年，张洁才发现妹妹“冒名登记”的真相，一家人安稳平静的生活从此被打破。

“我都不说姐姐和妹夫‘结婚’是多么荒唐，一个人咋能同时和两个人结婚呢？”张洁委屈地表示，因为这件事，两姐妹一度心生嫌隙。为了尽快摆脱这件事的影响，她先后辗转老家乡镇政府、民政部门等多个单位，希望能撤销这起婚姻登记，但现实却让她深陷窘境。

原来，自 2010 年成立婚姻登记处后，当地各乡镇即不再开展婚姻登记等业务。“而且时隔多年，原经办人早已去世，现在没有人能说清楚当时的状况。”于是，张洁来到民政部门反映情况。然而，当地民政部门受理后发现，张洁被冒名顶替办理婚姻登记的情形不符合撤销婚姻的法定条件，因此无法为其撤销登记。

2016 年 8 月，张洁又向原梁平县（现梁平区）法院提起行政诉讼，但因超过法定起诉期限多年，当地法院裁定驳回其起诉。“撤销一起假结婚怎么这么难啊？！”几番努力无果后，张洁有些灰心丧气。

峰回路转，柳暗花明。2021 年 11 月，最高法、最高检、公安部、民政部联合印发《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》，重庆市检察院也迅速在全市检察机关部署开展专项整治行动。今年 5 月，梁平区检察院到当地法院调阅相关案件卷宗时发现了这一线索，该案由此进入该院检察三部主任田微的视线。

“张洁被冒名顶替办理婚姻登记一事，确实无法通过诉讼等方式纠错。”田微介绍，为打破困境推动行政争议实质性化解，该院调取了该行政诉讼案相关案卷、所涉及人员的婚姻登记档案等资料，经过全面细致审查，并多次询问当事人、走访当事人亲属、比对身份信息等，最终确认存在冒名顶替办理婚姻登记的事实。

“我没读过书，也不出远门，有没有证件对我影响也不大，加上想快点办理结婚登记，当时脑子一热就……”6 月 21 日，梁平区检察院组织召开撤销张洁不实婚姻登记行政检察建议案公开听证会。在检察官和听证员的耐心疏导下，张梅表示，自己已经办了身份证，迫切希望撤销原婚姻登记，消除因一时糊涂给姐姐带来的不利影响。

梁平区检察院采纳听证员的一致意见，决定向民政部门发出检察建议，建议及时撤销张洁和其妹夫的婚姻登记，同时开展专项整治深入排查冒名顶替或者弄虚作假的婚姻登记，并配合做好线索移送和调查处理工作。

7 月 25 日，该区民政部门采纳检察建议作出撤销案涉婚姻登记决定。当天，张洁拿到了撤销婚姻登记决定书。也是在这天，张梅夫妇现场递交了结婚申请。这对已经“结婚”23 年的夫妻，终于拿到了自己的结婚证。

“能够撤销这桩荒唐婚姻，我们也由衷地感到高兴。”据田微介绍，今年 8 月，梁平区检察院、法院、民政局、公安局建立有关工作机制，联合开展以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题专项整治行动，围绕情况排查、信息共享、程序衔接、矛盾化解等方面全面加强协作。今年以来，该院已办结错误婚姻登记监督案件 3 起，有效保护了 6 名当事人的婚姻权利。

八年了，她终于摆脱了这桩“离不掉的婚” | 今晚九点半

2022-09-14 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/M5yqv02I_Z0EUj2ThsVy6A

想方设法伪造身份入赘，五年后抛妻弃女玩起失踪，面对“离不掉的前婚”、“结不成的后婚”，女方该怎么办？……

女方想离婚却因入赘的男方消失而无法办理离婚登记，向警方报案后仍无法解决问题。面对“离不掉的前婚”“结不成的后婚”，该怎么办？女方最终向云南省玉溪市江川区检察院申请监督。江川区检察院经调查核实查明事情原委，并向相关部门发出检察建议，让女方顺利注销了结婚登记。

多年夫妻不知底

一朝出走现原形

事情要回溯到 2008 年。出生在江川区一户小康家庭的王某经人介绍与婚前素不相识的云南省马关县籍男子江某结婚，男方入赘女方家，婚后二人生育一女。2013 年 12 月，江某莫名离家出走，音信全无，同时还带走了卖汽车所得的 5 万余元，王某多方寻找无果。

2017 年 2 月，王某的父母通过江某的父亲找到江某，商量王某和江某的离婚事宜。江某同意和王某离婚，但在二人填写申请离婚登记声明书时，民政部门工作人员却告知王某，江某登记结婚的身份信息是假的，需要江某提供真实的身份信息变更登记后才能离婚。此时，王某才得知江某是用假身份证与她登记结婚，于是去江川区某镇派出所报案，不料江某借故溜走，之后下落不明。王某坚持与江某离婚，但某镇民政办以无法通知江某到场为由未受理其离婚申请。王某随后向当地妇联反映情况，也没能解决问题；欲通过提起民事诉讼离婚，但法院亦以无法通知江某到场为由不予受理；提起行政诉讼请求法院确认婚姻登记无效，但法院又以超过了 5 年的起诉期限为由不予受理。

历经数年努力，几乎穷尽了所有救济途径，王某依旧离婚未果。这纸因男方伪造身份入赘得来

的婚书，不仅成为了王某精神上的枷锁，也让她的生活举步维艰。其间，王某也考虑过再找一个男人结婚，但因担心“重婚”而止步。同时，多年来缺失父爱，也给其女儿幼小的心灵带来了无法抚平的创伤。2021 年 6 月，面对这种“离婚离不掉，结婚结不了”的窘境，王某经人指点来到江川区检察院申请检察监督。

调查核实寻真相

穷尽手段明是非

针对申请人所处的困境，承办检察官把查明事实、分清是非作为精准监督的前提，确立了听取区民政局、某镇民政办的意见，走访王某本人及其所在村村组干部，进行信息核查的“三步走”方案。随后，承办检察官来到江某户籍所在地公安局核查江某用于结婚登记的身份证信息、江某真实的身份信息，寻找可能联系到他的方式和渠道；通过云南省婚姻登记管理信息系统查询江某的婚姻登记信息。

经过一系列扎实的取证工作，承办检察官查明，江某与王某登记结婚时尚未达到国家法定结婚年龄，为了能够顺利入赘，他伪造了身份信息，这才与王某顺利登记。2013 年 12 月，江某抛下妻女离家出走，二人的婚姻关系已经名存实亡。

这些年来，王某之所以一直无法办理离婚手续，江某不在场是重要原因。因此，找到江某成为了破解王某困境的关键点。于是，江川区检察院及时把江某涉嫌使用虚假身份证件件的犯罪线索移送江川区公安分局。江川区公安分局遂对江某以涉嫌使用虚假身份证件罪立案侦查。

江某到案后交代，因入赘的原因，自己总觉得在女方家地位不高，想换种“活法”，就离家出走了。他对自己使用虚假身份证骗取婚姻登记的行为给王某及社会造成危害追悔莫及，表示认罪服法，并承诺会积极配合有关部门办理注销婚姻登记的相关手续。

以人为本应诉求

检察建议解民忧

依照法律规定，未达到法定婚龄而登记结婚的属无效婚姻。婚姻登记中，当事人以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的问题，过错并不在行政机关。

然而，王某面临的实际困难不容忽视，她渴望结束与江某名存实亡的婚姻、重新携手意中人开启一段新的婚姻旅程也合情合理。江川区检察院审查认为，对于因当事人伪造身份信息导致婚姻登记错误的情形，行政机关应自我纠错，以减少或者避免行政争议的产生、尽早结束行政行为效力的不确定状态、维护行政法律关系的稳定、增强公众对行政机关的认同和信赖。

鉴于此，江川区检察院向民政部门发出检察建议，建议民政部门重新审查王某与江某的婚姻

登记，确实缺少合法要件的应当主动纠正。民政部门采纳了检察建议，及时注销了王某与江某的婚姻登记。

近年来，少数人以冒名顶替或弄虚作假方式办理婚姻登记的问题层出不穷，不仅破坏了婚姻登记秩序，也侵害了另一方当事人的合法权益。2021 年 11 月，最高检联合最高法、公安部、民政部出台了《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》，有效推动了相关行政争议的实质性化解。实践中，检察人员秉持“如我在诉”理念，用心用情办好群众身边的小案，打击了虚假登记行为人，帮助受害者走出了婚姻困境，彰显了检察担当。

今年 9 月初，承办检察官对王某进行回访时，她由衷地感谢检察院，自己全身心获得了解放，目前正处着一个对象，女儿的学习成绩也非常优秀。她还说，她会考虑再结婚，对生活充满希望。

结束程序空转 撤销冒名婚姻 辽宁大连：检察监督促行政争议实质性化解

2022-09-21 法制新闻 张宇虹 窦晓峰 栾忠贤

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220921/20220921_004/content_20220921_004_2.htm#page3?operate=true

“结婚 10 多年了，没想到，我的丈夫竟是改名换姓、逍遥法外的杀人犯……”近日，辽宁省大连市检察院依法监督相关行政机关撤销了钱女士和其丈夫的婚姻登记。

2006 年，经人介绍，钱女士认识了自称高某的河北籍男人，二人迅速发展为恋人关系，并于 2007 年 2 月办理了婚姻登记手续。辽宁省庄河市民政局向二人颁发了结婚证，二人婚后育有一女。

2020 年 4 月，河北省某县公安局警察将高某抓获。原来，高某并不姓高，而是姓张。1999 年 6 月，张某手持钢管在河北某工地将工友击打致死潜逃。潜逃期间，张某办理了身份信息为高某的假身份证明。潜逃至辽宁省庄河市后，张某用

伪造的身份证明与钱女士结婚生子。张某归案后，法院以故意杀人罪判处其死刑，缓期二年执行。

钱女士做梦也没想到与自己结婚多年的丈夫不仅身份是虚构的，还是个杀人犯。同年 5 月初，深感被欺骗的钱女士决定向民政机关申请撤销婚姻登记。

然而，民政局以结婚登记行为不存在胁迫等情形为由不予撤销。随后，钱女士向法院提起行政诉讼，要求民政局撤销其作出的准予自己与张某结婚登记的行政行为，一审法院以该行为超过起诉期限为由不予立案。钱女士不服，提起上诉，亦未获得支持。

2021 年 4 月 9 日，钱女士又向法院提起民事诉讼，请求法院对自己与张某的子女抚养和财产问题进行处理，一审法院以相关纠纷未确定为由驳回起诉。

至此，钱女士的婚姻登记仍未被撤销。今年 5 月，钱女士向大连市检察院申请监督，检察机关受理了该案。

“经初步审查，我们发现钱女士的起诉已超过起诉期限，法院裁定不予立案并无不当，但案涉婚姻登记对象存在明显错误且给钱女士造成重大影响，其要求撤销婚姻登记的诉求合法合理。”办案检察官刘世红介绍，“在提起行政诉讼、民事诉讼均未获法院裁判支持，行政机关又表示无权主动撤销的情况下，钱女士的正当诉求无法通过其他途径实现，为打破程序空转的困境，我们决定对该案开展行政争议实质性化解。”

据了解，该案是《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》出台后，大连市检察院受理的首例案件，该院与庄河市检察院组成联合办案组，开展调查核实工作。“调查期间，我们先后调取张某故意杀人案的刑事裁定书和刑事案件讯问笔录，对案涉民事、

行政裁判卷宗等有关材料进行认真审阅，并多次走访庄河市民政局，沟通案情并了解婚姻登记有关工作。”大连市检察院副检察长房明告诉记者，经过细致调查核实，办案组全面掌握了案件具体情况和有关细节。

7 月 6 日，大连市检察院对该案组织召开公开听证会，邀请市政协委员、法学专家、特约检察员等参与评议。听证员们一致认为民政局应当撤销案涉婚姻登记。听证会后，大连市检察院于次日向庄河市民政局发出检察建议并进行了公开送达，建议该局依法撤销案涉婚姻登记，同时加大婚姻登记工作信息审查力度，采取有效措施对同类问题进行整改，规范婚姻登记行为。庄河市民政局予以采纳，并于 9 月 1 日作出撤销婚姻登记的决定，钱女士的生活终于回归了正轨。

辽宁省人大代表王岚认为：“实践中，冒用他人身份信息进行婚姻登记，不仅影响正常的婚姻登记秩序，而且受害方往往因为过期之诉遭遇维权难题，引发行政争议，影响社会关系的和谐稳定。大连市检察机关充分发挥行政检察监督职能，加强诉源治理，充分体现了检察机关对消除实质违法行为、彻底化解法律争议的努力和决心。”

终于和前夫的赌债“一刀两断”

2022-09-21 民生周刊·视线 金秋桦 邹新 陈姝婧

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220921/20220921_006/content_20220921_006_5.htm#page5?operate=true

离婚 5 年了，陈某还在为前夫偿还赌债。经过江苏省泰州市高港区检察院依法监督，陈某终于和前夫的赌债“一刀两断”。这究竟是怎么回事呢？

是单方赌债还是夫妻共同债务？

2017 年年底，陈某和戴某离婚。陈某本以为，自己从此再不会跟戴某有任何纠葛。没想到，2018 年 3 月 15 日，法院判决戴某所欠的 7.2 万元借款

发生在夫妻关系存续期间，陈某应当承担共同偿还责任。陈某不服，申请再审，却被法院裁定驳回。

2021 年 3 月 12 日，陈某来到高港区检察院 12309 检察服务中心寻求帮助。

“检察官，这些都是戴某欠的赌债啊。我们都离婚了，我怎么还要为他还赌债呢？”陈某哭着说。

接待陈某的检察官当场查看了提供的判决书和再审裁定。“2017 年 6 月，戴某分几次向蔡

某借钱，每次借款都是几万元。金额并不大，又都发生在你们婚姻关系存续期间，你有什么证据证明这些借款都是戴某用来还赌债，而不是用于家庭共同生活的？”检察官问道。

“就是因为戴某嗜赌，我们才离婚的。我自己经营时装店，效益不错，一家人的开销都是我负责，根本不需要戴某出去借钱生活。”陈某边说边拿出她打印好的银行账户交易明细。

检察官发现，2017 年 6 月前后，陈某的银行账户里确实有不少余额，她的陈述有一定的可信度，但仍不足以证明戴某借款就是用于赌博。而且根据当时的法律规定，要认定戴某的借款是被用于还赌债，而非用于家庭日常生活所需，陈某还要提供证据证明债权人借钱给戴某时明知钱是用于赌博仍出借的。

检察官认为，收集这些证据对于陈某来说有一定的难度，法院作出对陈某不利的裁判结果也在情理之中了。

债权人是否明知借款用于赌博？

为找到更加充分的证据，办案检察官找到戴某了解当年借款的真实情况。戴某表示：“2017 年左右，我在王某家的电脑上玩网络赌博，输赢都是他结账。这些欠款都是我跟王某借的。”

“你跟王某借钱，借条为什么是打给蔡某的？”检察官问道。

“王某是蔡某的‘大哥’。借条名义上写的是蔡某，实际借的都是王某的钱。为了要回这些钱，他们因非法拘禁我还被判了刑。”戴某继续解释。

根据戴某提供的线索，办案检察官调取了王某、蔡某非法拘禁案的刑事审判卷宗。王某曾供述：“2017 年，戴某经常到我家上网赌博。我介

绍蔡某给他，他向蔡某借钱，钱是我出的。”蔡某也曾供述：“王某把钱给我，让我以我的名义借钱给戴某……”检察官还调取了 3 人在该时间段内的银行交易记录，发现 3 人的供述与银行交易记录相互印证，能够证实真实的出借人就是王某。

但是，时间过去太久，当时用于赌博的电脑早已灭失，游戏账号王某也不记得了，如何证明王某明知戴某借钱用于赌博呢？

经过一番努力，办案检察官找到同时期在王某家玩网络赌博的两名赌友，他们讲述的参与赌博和借钱过程与戴某的陈述完全一致。检察官继续从王某的银行流水中寻找蛛丝马迹，发现王某的银行账户在 2017 年上半年每天都要连续、多次转账，且转账的柜员号均为同一个网络转账端口。

高港区检察院将王某涉嫌开设赌场罪的犯罪线索和相关证据移送公安机关后，王某承认了注册网络赌博账号并为赌客充值的事实。但因为客观证据灭失，达不到追究王某开设赌场罪的刑事证据标准，无法追究王某的刑事责任。然而，检察官认为，目前的证据情况已经符合民事诉讼所要求的“高度盖然性”，足以证明王某出借钱款时明知戴某是将钱款用于网络赌博。

检察监督实现案结事了

2021 年 4 月 6 日，高港区检察院向泰州市检察院提请抗诉；同年 12 月 16 日，该案被发回重审。重审期间，高港区法院追加了王某为第三人。

为了节约诉讼资源、尽快为陈某追回损失，高港区检察院与法院共同促成该案当事人达成了调解协议。今年 8 月 23 日，王某当场退还陈某代前夫戴某偿还的 3 万元赌债，并与蔡某共同承诺不会因戴某欠债而向陈某索要了。

新婚丧妻，能否要回彩礼？

2022-09-21 民生周刊·视线 李维 王丽坤 郭丽

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220921/20220921_006/content_20220921_006_2.htm#page5?operate=true

结婚刚半年，妻子就不幸离世。因登记结婚后双方并未在一起共同生活过，男方家人提出返还彩礼，并将女方家人诉至法院……

小王与小李家住青海省海东市乐都区，二人自由恋爱，并按当地习俗举行了订婚仪式，男方小王向女方小李家给付彩礼及“三金”等财物合计 15 万元，后二人登记结婚。谁料婚后半年，妻子小李就去世了。小王家人认为夫妻俩婚后一直两地分居，并未实质性共同生活过，遂向法院起诉，要求小李父母返还彩礼等财物。

乐都区法院审理认为，小王与小李按习俗举行订婚仪式，小王家给付了相关彩礼等财物，双方在民政部门登记结婚。根据民法典规定，完成结婚登记即确立婚姻关系。双方平时的婚姻生活和夫妻感情多有交流，节假日夫妻俩也会在小李住所共同生活。小王有固定收入及房产，给付彩礼的行为并未导致其实际生活困难，小李离世时双方的婚姻关系仍然存续，小王的请求不符合法律规定的“以双方离婚为条件”，故驳回其全部诉讼请求。

小王家不服一审判决，上诉至海东市中级人民法院。海东市中级人民法院经审理认为，双方虽然进行了婚姻登记，但没有基于配偶身份相互理解和慰藉，没有进行夫妻间相互扶助和共同承担其他家庭义务，不应认定为共同生活。按照民间习俗，送彩礼的目的是建立一种婚约关系，由于二人最终没有举行结婚仪式，所送彩礼没有成为双方生产、生活的物资，根据已给付彩礼的实际使用情况，双方不存在共同生活的事实，没有发生必要的消耗，从诚实信用原则和公序良俗考虑，判决小李父母返还小王家彩礼 4 万元。小王仍不服，申请

再审。法院再审后，维持了二审裁判。于是，小王家人向海东市检察院申请监督。

受理该案后，办案检察官郭丽调取了案件卷宗，得知小王一直未领取法院判决的案件款，及时向法院核实情况并协调小王领取该款项。得到小王对检察机关的认可和信任后，郭丽顺势向其释法说理，并通过“背对背”方式听取双方当事人意见，掌握双方真正的“心结”。

经了解，检察官发现，小王家起诉是基于小王父母认为没有举行婚礼娶妻就应当退还彩礼的传统观念，于是，检察官到小王父母家向他们讲法理、说情理。通过电话沟通、上门走访，小王一家的观念和想法有所转变，同意和解。随后，检察官又对小李父母继续做工作，耐心听他们倒“苦水”，也向他们解释了小王家起诉的原委。经过反复沟通，检察官发现，双方不仅在婚约财产上有纠纷，而且在小李生前贷款购房以及小李的遗产、房产归属等方面存在不少潜在的诉讼风险，检察官遂决心通过公开听证的方式一次性解决双方矛盾。

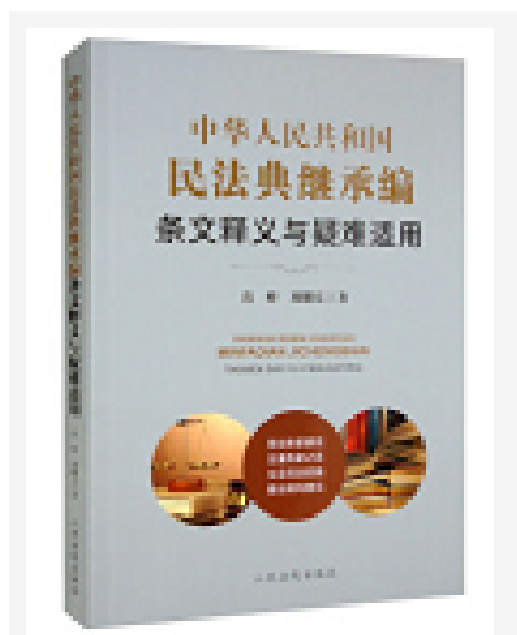
今年 6 月 24 日，海东市检察院邀请律师、人民监督员、妇联工作人员等担任听证员，就本案事实及双方争议的财产问题进行公开听证，通过向双方当事人讲清楚法律、说清楚道理、分析诉讼成本，争取让双方当事人达成共识。公开听证会上，双方诉说了 3 年来的怨气，最终同意各让一步，把财产纠纷问题一次性解决——小李父母向小王家当场履行 1 万元经济补偿款，小王负责协助小李父母办理相关房屋产权变更手续。在检察机关的主持下，双方达成和解协议，小王当场撤回监督申请。

十、书籍推荐

荐书 | 《中华人民共和国民法典继承编条文释义与疑难适用》 | 肖峰
刘耀东 | 人民法院出版社 | 2022 年 06 月 01 日

2022-09-03 家事法苑 肖峰 刘耀东

<https://mp.weixin.qq.com/s/d0itFzisRKi6YZKX1CvKKQ>



书籍简介

作者：肖峰 刘耀东
出版社：人民法院出版社
出版时间：2022 年 06 月 01 日
开本：16 开
页数：367
包装：平装
国际标准书号 ISBN：9787510934902

内容简介

《中华人民共和国民法典继承编条文释义与疑难适用》深入《民法典》继承编的每一个条文，悟原意、解原理，是一本难能可贵的优秀实务图书。

《中华人民共和国民法典继承编条文释义与疑难适用》立足继承司法实践，全面剖析实务疑难，对于无论从事理论研究、司法实务还是学习了解《民法典》继承法律制度的读者均值得一读。

《中华人民共和国民法典继承编条文释义与疑难适用》采用体系化方式对《民法典》继承编进行解读，积极关注司法实践做法，认真回应了实务争议，并提出了倾向性意见。

作者简介

肖峰，法学博士，经济学博士后。最高人民法院原高级法官、首批员额法官，国家法官学院专家委员会委员。国务院国资委特聘授课专家、中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、中国社会法学会研究会理事、中华遗嘱库法律委员会主席，中国人民大学、中国政法大学等高校兼职教授、硕士生导师。参与起草了民诉法解释、建设工程施工合同解释、劳动争议解释、民间借贷解释、房屋租赁解释、民法典婚姻家庭编解释、民法典继承编解释等重要司法解释及规范性文件。参与撰写了民法典婚姻家庭编解释、民法典继承编解释、建设工程施工合同解释、劳动争议解释、民间借贷解释、房屋租赁解释等的理解与适用书籍。在《中国审判》《人民司法》等刊物发文50多篇。著有《民法典婚姻家庭编条文精释与案例实务》《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》《担保法实务札记：担保纠纷裁判思路精解》《新民诉法解释法义精要与实务指引》《国有企业治理法律问题研究》《民事诉讼证据规则条文解析与实务适用》等书籍。个人主理的法律实务微信公众号“法语峰言”拥有粉丝数十万，位列国内法律实务类公众号前列。

刘耀东，法学博士，辽宁师范大学法学院副教授，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、辽宁省法学会民法学研究会副秘书长等。荣获“首届大连市优秀青年法学法律专家”称号。主持国家社科基金一般项目、教育部人文社科青年基金项目等6项。出版及参与编写的学术著作有《继承法修改中的疑难问题研究》《非基于法律行为的不动产物权变动研究》《继承法原理》《〈中华人民共和国民法典·继承编〉释义》《民法典典型案例评析》等9部。在《编纂民法典参阅》《现代法学》《东方法学》等核心期刊发表学术论文60余篇。相关成果荣获了“2021年佟柔民商法发展基金青年优秀研究成果奖”等。

精彩书评

★该书深入《民法典》继承编的每一个条文，悟原意、解原理，是一本难能可贵的优秀实务图书。

——最高人民法院原二级高级法官、《婚姻法司法解释（三）》主要起草人 吴晓芳

★该书立足继承司法实践，全面剖析实务疑难，对于无论从事理论研究、司法实务还是学习了解《民法典》继承法律制度的读者均值得一读。

——全国人大代表、全国律协女律师协会会长、全国律协婚姻家庭法专业委员会主任 李亚兰

★该书采用体系化方式对《民法典》继承编进行解读，积极关注司法实践做法，认真回应了实务争议，并提出了倾向性意见。

——中国公证协会副会长、北京市公证协会会长、北京市长安公证处主任 周志扬

★该书由两位继承法学研究领域颇有造诣者合力而著，一位是躬耕于审判实践工作多年、有着丰富司法实务经验的肖峰博士，一位是潜心于理论研究、取得了诸多学术成果刘耀东副教授。

——中华遗嘱库创办人、北京阳光老年健康基金会理事长、知名财富传承专家 陈凯

目录

第一章 一般规定

第一千一百一十九条

主旨

释义

一、继承的概念、特征及种类

二、继承法律关系

疑难适用

第一千一百二十条

主旨

释义

一、继承人的概念与特征

二、继承权的概念与性质

三、继承权的保护——继承回复请求权

疑难适用

第一千一百二十一条

主旨

释义

一、继承开始的原因与意义

二、继承开始时间的确定

三、继承开始的地点

四、死亡顺序的推定

疑难适用

第一千一百二十二条

主旨

释义

一、遗产的概念和特征

二、遗产的范围

三、界定遗产范围时应注意的问题

疑难适用

第一千一百二十三条

主旨

释义

一、遗嘱继承或者遗赠优先于法定继承

二、遗赠扶养协议优先于遗嘱继承和遗赠

疑难适用

第一千一百二十四条

主旨

释义

一、遗产移转方式的立法模式

二、继承的接受与放弃的概念和法定期限

三、继承的接受与放弃应具备的要件

四、遗赠的接受与放弃

疑难适用

第一千一百二十五条

主旨

释义

一、继承权丧失的概念

二、继承权丧失制度的功能

三、继承权丧失的法定事由

四、受遗赠权的丧失

五、继承权丧失的类型

六、继承权丧失的确认

七、继承权丧失的法律效力

疑难适用

.....

第二章 法定继承

第三章 遗嘱继承和遗赠

第四章 遗产的处理

前言/序言

继承是随着私有财产的出现而产生的人类社会之共同现象。将自己之财产传递给有一定血缘或婚姻关系之人，这种财产的传递主要表现为由上而下的纵向传递，就子嗣方面而言，则是后辈承继了前辈的财产。“承”者，下也，是故这一社会现象被称为“承继”或“继承”。而在现代社会，调整该类社会现象则主要依靠继承立法。原《继承法》颁布至今已近四十年，其间我国社会可谓发生了沧海桑田般的变化，而原《继承法》的一些内容则已显现出滞后性。法律应该调整已经发生了变化并在很大程度上继续变化着的生活关系，并引导这些变化走入制度性的轨道。因此，继

承立法需要与时俱进，并通过修改来加以完善。为此，《民法典》继承编顺应我国新时代经济社会发展和人们生活水平的提高，对继承法律制度进行了多处完善。这些完善主要体现为：在遗产范围采取了概括式规定，规定了继承权的相对丧失以及继承权丧失事由准用于受遗赠权、扩大了被代位继承人的范围、增设了打印遗嘱和录像遗嘱形式、取消了公证遗嘱效力优先规则、增设了遗产管理人制度等。

法典化就是体系化。《民法典》的体系化具有统一法律规则、便利找法用法、便于体系释法和查缺补漏的功能。《民法典》的颁行有效地整合了散乱的民事单行法，构建了在统一价值指导下的完整系统的规范体系，标志着我国民事法律进入了体系化时代。《民法典》的颁行也意味着中国民法学研究由立法论全面转向解释论。《民法典》继承编虽然对继承法律制度作出了诸多的具有进步意义的修改与完善，但对于学界与司法实务界提出的一些重大关切问题，并未给予充分的回应。此外，现实生活中的诸多继承法律问题并非单纯的继承问题，而是同时涉及继承法与婚姻家庭法、物权法、债法等交叉的法律问题。所以，在民法典体系化的视角下，上述问题均需仰赖于相关专家学者进一步著书立说、解惑答疑。

《民法典》颁布后，关于《民法典》的著述可谓琳琅满目。与市面上已有的著作不同的是，本书不仅对《民法典》继承编逐条进行悟原意、解原理，还解析疑难、回应实务争议。概言之，本书主要有以下特点：一是突出体系研究。本书在对相关条文解读时特别注意将继承编与婚姻家庭编、物权编等《民法典》其他编进行体系化的解释与论述。二是注重各家之言。本书在进行条文解释时特别注重对其他已出版的关于《民法典》继承编条文释义著述的评析。正是综合了各家评说，本书的论证才更具有了说服力和针对性。三是结合司法实践。本书在每一部分的论述中都特别注意梳理司法实践中的典型案例和裁判意旨，充分关注了相关问题在司法实践中的做法，实现了理论与实践的紧密结合。四是提出倾向意见。本书

针对《民法典》继承编中的每个条文在司法实践中的适用分歧，提出了如何正确适用的倾向性裁判意见。

本书由两位在婚姻家庭继承研究领域颇有造诣的作者合作完成。原最高人民法院民事审判第一庭高级法官肖峰博士长期承担婚姻家庭审判的对下指导工作，有着丰富的审判实践经验，不仅多次参与起草最高人民法院婚姻家庭、继承领域的司法解释工作，而且执笔完成了《最高人民法院民法典继承编立法建议稿》，还担任了《最高人民法院民法典继承编司法解释（一）理解与适用》一书的执行编辑，撰写了其中近一半的文稿并负责了全书的统稿工作，颇为了解继承司法实务最新前沿和权威意见。来自辽宁师范大学法学院的刘耀东副教授则是一位在继承法研究领域颇有建树的青年才俊，其诸多继承学术成果在民法学界具有一定的影响力。两位作者将各自的实务、理论优势强强结合，共同完成并呈现在各位读者面前的这部作品，实属优秀之作，对于无论是从事理论研究、司法实务还是学习了解《民法典》继承法律制度的读者均值得一读。

是为序。

精彩书摘

（二）放弃继承的意思表示，原则上必须由其本人亲自作出，不得代理且不得影响法定义务的履行

首先，因放弃继承性质上属于单方民事法律行为，故原则上必须由本人亲自为之，不适用代理之规定。然例外情况下，如继承人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，则允许其法定代理人代为放弃继承。

其次，接受与放弃继承的意思表示，应当是无条件的同意，若附加条件才接受或放弃继承，均视为没有附加条件的接受与放弃继承。

最后，放弃继承不得影响法定义务的履行。

《民法典继承编解释（一）》第32条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”由此可见，若继承人

放弃继承影响其法定义务的履行，则其放弃继承的行为无效。反之，如果继承人放弃继承与其不能履行法定义务之间并无因果关系，则继承人放弃继承行为的效力自不受不能履行法定义务的影响。学说与实践中有争议的是，继承人放弃继承致使其不能履行非法定义务，亦即因其放弃继承而损害继承人的债权人利益的，则该放弃继承的行为是否有效？这涉及债权人是否可以行使撤销权而请求撤销继承人放弃继承的行为。对此，《法国民法典》第 788 条规定：因继承人抛弃继承而受到损害之债权人，得请求法院授权其以债务人之名义，取代债务人地位接受继承。在此情形中，对继承已经作出之抛弃，仅得为债权人之利益，且在其债权限度内取消之，不得为已抛弃遗产之继承人利益，取消其已表明之对继承之抛弃。

《意大利民法典》第 524 条规定：继承人之债权人，得代替继承人承认继承。《瑞士民法典》第 578 条规定：一债务超过之继承，以损害其债权人之目的而为继承之抛弃时，其债权人或破产财团，如其债权未被供担保者，得于 6 个月内声请撤销之。其积极财产首先应清偿请求撤销之债权人，其次清偿其他债权人后，尚有剩余时归属于为其利益而抛弃之继承人。在日本民法中，学说及判例中有两种不同见解：一为积极说。该法认为遗产继承专以财产权为目的，债务人抛弃时，应得撤销之。而且，在遗产继承因继承开始，继承人既已继承被继承人财产，当得撤销其抛弃。二为消极说，该法认为继承抛弃的权利为一种身份权或人格权，非继承人的债权人或其代表人的财产管理人所得左右。遗产继承的承认或抛弃的选择权，也不得以纯粹的财产权而加以观察，诚实的遗产继承人为承认或抛弃，非仅依金钱上之利害关系为判断，为考虑其与被继承人、共同继承人、次顺序继承人或继承债权人等之利害关系而对人的事情而决定。①我国台湾地区对此问题存在两种不同观点：否定说认为，继承以一定身份为前提。如无该身份，不得为继承人。因此，继承权为一身份专属权。而继承权的抛弃乃从继承权产生，与继承权同样有行使上的专属性，故不得由债权

人行使其撤销权。如史尚宽先生认为，继承权虽具有财产权属性，但其取得是以一定身份为前提的。如无该身份，则不得为继承人。且继承权抛弃与结婚、离婚、收养子女或非婚生子女的认领相同，属身份行为，具有一身专属性。纵因该行为而间接地对债权人的财产发生不利影响，债权人亦不得撤销。②陈棋炎先生认为，继承之抛弃既溯及继承开始时发生效力，则继承人依法为抛弃继承之表示时，即发生与自始并未继承之同一效果；依法其并非将已发生之继承效果，予以废止，使其向将来失其效力。从而，继承人之抛弃继承，乃消极地拒绝利益取得之行为，而非积极地减少其财产之行为。因此，继承人抛弃继承之行为，应非其债权人行使撤销权之标的。③肯定说则认为，在坚持“当然继承主义”下，继承的事实一旦发生，即被继承人一旦死亡，其一切财产上的权利义务，概括地移转给继承人所有。故继承人抛弃继承，应属就其财产加以无偿处分的单独行为。期待的继承权系基于身份关系，尤其以血统为前提所发生之权利义务，故本质上宜认为是一种一身专属权；但继承开始以后之既得继承权是否仍具有身份之专属权，值得商榷。继承权之抛弃乃意味着已构成继承人财产一部之遗产得而复失，亦即继承人对其财产为单纯无偿之处分行为。继承人之一抛弃继承后，其应继份归属于其他同为继承人之人。如果不许债权人撤销，这对于其他继承人来说，无异于“锦上添花”。反之，如解释继承人之债权人得行使撤销权，此对债权人来说，无异于“雪中送炭”。从公正衡平之最高指导原理来说，在此利益抵触下，似宜对需要“雪中送炭”之抛弃继承人之债权人优先于仅“锦上添花”之其他同为继承人之人或其他同一顺序之继承人受保护，期能符合采当然继承主义之理论。①继承人抛弃继承应为债权人撤销权之标的，否则易造成继承人通谋虚伪抛弃继承，逃避债权人之强制执行。②且继承之财产上权利如果多于义务，对于继承人之债权人原属有利，继承人抛弃继承，其有害及债权人者，即非不得由债权人撤销之。③我国台湾地区审判实务采否定见解。④我国大陆

学说界与实务界对此问题也莫衷一是。持肯定观点者认为，继承人放弃继承的行为有害于债权人利益的，应允许债权人行使撤销权，以保全自己的债权。⑤持否定观点者认为，放弃继承行为事关继承人人格的基本自由及尊严，即使放弃继承会“间接”地有损继承人债权人利益，债权人也不得撤销。⑥也有学者持折中立场认为，原则上继承人抛弃继承的行为，债权人不得撤销。但继承人（债务人）若有因此而诈害债权人故意者，应当例外承认债权人可得撤销。⑦司法实践中，对此观点亦不一致。持肯定立场者认为：“《合

同法》第 74 条设立债权人撤销权，目的在于防止因债务人财产的不当减少造成债权的不能实现。根据《继承法》第 2 条的规定，继承从被继承人死亡时开始。故被继承人死亡之时，各继承人便已对被继承人的遗产享有权利，继承人放弃继承的行为虽带有人身权的属性，但直接指向的是财产性权利。

.....

以上信息资料、图片来自当当网，如若购买请直接登录该网站。

荐书 | 《跨国收养法律冲突的解决路径—中国经验与方案》 | 蒋新苗 著 | 武汉大学出版社 | 2022 年 01 月 01 日

2022-09-10 家事法苑 蒋新苗

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



书籍简介

作者：蒋新苗 著
出版社：武汉大学出版社
出版时间：2022 年 01 月
开本：16 开

纸张：胶版纸

包装：平装-胶订

国际标准书号 ISBN：9787307223790

内容简介

本书共分为六章，分别从跨国收养法律冲突的历史与现状、欧洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与办法、美洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与办法、全球性解决跨国收养法律冲突的途径与方略、中国的跨国收养法律冲突解决机制完善对策和中国解决跨国收养法律冲突对策的因应范例论述了跨国收养法律冲突的解决路径问题。本书为*规划基金项目“中国涉外法律制度的完善研究”结项成果。全书经过对多个国家跨国收养法律的研究与剖析，分析和探讨中国面对跨国收养法律冲突之下如何寻求更好的解决路径，为之提出中国的经验与方案。全书为作者经过几十年的对跨国收养法律的研究并通过实地访学调研集合而成，汇聚了作者大量的心血，对解决跨

国收养的法律冲突起到很大的推动作用，并可供后续的研究者借鉴，具有一定的意义和价值。

作者简介

蒋新苗，男，汉族，1964 年 10 月生，湖南东安人，中共党员，博士，二级教授、博士生导师，湖南师范大学党委委员、副校长。*“长江学者”特聘教授，第五届全国十大杰出青年法学家，第二批国家“万人计划”哲学社会科学领军人才，中宣部 2014 年全国文化名家暨“四个一批”理论人才，“百千万人才工程”人选、国家“有突出贡献中青年专家”，*新世纪优秀人才，任国务

院学位委员会第七届学科评议组成员、*高等学校法学学科教学指导委员会委员、国家社会科学基金学科规划评审组专家，享受国务院特殊津贴专家。中国国际私法学会副会长，中国法学会理事，中国国际经济法学会理事，湖南省芙蓉学者特聘教授，湖南省学科评议组成员，湖南省“第三届优秀社会科学专家”，湖南省第二批新世纪 121 人才工程层次人选，湖南省检察院专家咨询委员会委员，长沙仲裁委员会仲裁员，德国马克斯·普朗克外国法与国际私法研究所、德国科隆大学、瑞士比较法研究所高级访问学者。

目录

目 录

第一章 跨国收养法律冲突的历史与现状.....	1
第一节 跨国收养法律的调整对象与渊源.....	1
一、跨国收养法律的调整对象.....	1
二、跨国收养法律的主要渊源.....	3
第二节 跨国收养法律冲突产生的客观基础.....	11
一、跨国收养法律冲突产生的前奏.....	11
二、跨国收养法律冲突产生的现实基础与流变.....	13
第三节 跨国收养法律冲突的内在根源与外化.....	25
一、跨国收养法律冲突内在根源的法理探析.....	25
二、跨国收养法律冲突外化类型的主要特征.....	27
第二章 欧洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与方法.....	63
第一节 欧洲收养公约产生的背景.....	63
一、欧洲理事会从事统一收养法与跨国收养法的内在动力.....	63
二、欧洲理事会致力于解决区域性跨国收养法律冲突动议的产生背景.....	66
三、欧洲理事会起草与通过 1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的过程.....	69
第二节 欧洲理事会解决区域性跨国收养法律冲突的主要成就与局限性.....	70
一、1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的签署与批准历程.....	70
二、1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的基本宗旨.....	71
三、1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的主要内容与贡献.....	74
四、1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的缺失与局限性.....	80
第三节 欧洲理事会解决区域性跨国收养法律冲突的新方略.....	85
一、欧洲理事会修订 1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》的历程.....	85
二、欧洲理事会 2008 年修订的《关于儿童收养的欧洲公约》的重大突破.....	88
三、中国有关《关于儿童收养的欧洲公约》革新的因应对策.....	99
第三章 美洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与方法.....	102
第一节 美洲国家组织的历史沿革.....	102

目 录

一、美洲国家组织的产生与发展历程·····	102
二、美洲国家组织在解决法律冲突问题方面的贡献·····	106
第二节 美洲解决区域性收养法律冲突的尝试·····	108
一、美洲地区解决区域性跨国收养问题的初步尝试·····	108
二、第六次泛美会议在解决跨国收养法律冲突方面的直接努力·····	110
第三节 美洲解决区域性跨国收养法律冲突的现代范式·····	112
一、美洲地区收养公约产生的意义·····	112
二、《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》的主要内容与特点·····	114
第四章 全球性解决跨国收养法律冲突的途径与方略·····	123
第一节 海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的历史与现状·····	123
一、联合国对跨国收养公约创制的定位·····	123
二、海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》诞生的意义与价值·····	128
第二节 海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的实施障碍及其消除对策·····	140
一、海牙跨国收养公约实施状况的审查进程·····	140
二、跨国收养的从属性原则的遵守问题·····	145
三、难民儿童的跨国收养问题·····	151
四、跨国收养的中央机关与其他机构的协调问题·····	164
五、禁止在跨国收养中非法营利原则的实施障碍·····	170
第五章 中国的跨国收养法律冲突解决机制完善对策·····	176
第一节 中国解决跨国收养法律冲突的理性选择·····	176
一、中国涉外收养法律规制的源与流·····	176
二、中国涉外收养关系成立实质要件法律适用规范的完善对策·····	196
三、中国涉外收养关系成立形式要件法律适用规范的完善对策·····	206
四、中国涉外收养效力法律适用规范的完善对策·····	224
五、中国涉外收养关系解除法律适用规范的完善对策·····	231
六、海牙跨国收养公约在中国的实施机制的强化对策·····	233
第二节 中国涉外收养法律适用条款的重构·····	236
一、重构中国涉外收养法律适用条款的理念与进路·····	236
二、中国涉外收养法律适用条款优化的理想方案与参考原则·····	241
三、当今国际社会涉外收养法律适用条款的立法参考典范·····	246

目 录

第六章 中国解决跨国收养法律冲突对策的因应范例·····	272
第一节 中国与德国之间跨国收养法律冲突的解决对策·····	272
一、中国与德国收养法律制度的历史沿革与现状·····	272
二、中国与德国收养法律法规的现实冲突·····	276
三、中国与德国跨国收养法律冲突的解决途径·····	297
第二节 中国与瑞士之间跨国收养法律冲突的解决对策·····	315
一、中国与瑞士收养法律制度的历史沿革与现状·····	315
二、中国与瑞士收养法律法规的现实冲突·····	316
三、中国与瑞士跨国收养法律冲突的解决途径·····	325
结语·····	339
附录：有关跨国收养的国际公约·····	341
1.《关于儿童收养的欧洲公约》(修订)·····	341
2.《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》·····	348
3.《跨国收养方面保护儿童及合作公约》·····	351
参考文献·····	361
后记·····	378

荐书 | 《民法典背景下婚姻家庭、继承纠纷处理难点精解》 | 高兴 著 | 法律出版社 | 2022 年 04 月

2022-09-17 家事法苑 高兴

<https://mp.weixin.qq.com/s/D08Low0kxu0BpXvzkgOG0w>



书籍简介

作者：高兴

出版社：法律出版社

出版时间：2022 年 04 月

开本：16 开

纸张：胶版纸

包装：平装-胶订

国际标准书号 ISBN：9787519764975

所属分类：图书>法律>法律实务>律师实务

内容简介

全面：本书所讨论的问题涉及结婚离婚制度、夫妻关系制度、父母子女关系制度、继承制度，全面覆盖家事法主要领域，力求呈现理论研究和司法实践中的不同观点，避免以偏概全。

疑难：本书所讨论的问题大多没有定论，或学界观点不一，或审判结果各异，是长期困扰理论

界、实务界的疑难问题，而不是对照法条就能轻易找到“标准答案”的问题。

实用：本书所讨论的问题与当事人诉争的利益相关，以法律和司法解释为依据，力求多角度分析问题，为处于不同立场的当事人提供有实用价值的参考。

精简：本书重在分析问题而非解读案例，对案例的引用尽可能精简，力求做到案例为注解观点服务，而不是观点为注解案例服务，避免大段摘录裁判文书。

作者简介

高兴，邦信阳中建中汇律师事务所合伙人，华东政法大学博士研究生，上海律协婚姻家事业务研究委员会委员，上海市法学会民法学研究会会员。作者对婚姻家庭法理论与实务有深入研究，自 2007 年从事律师业务以来，专注于家事纠纷诉讼及非诉解决，对私人财富管理和传承法律服务有丰富经验。他的相关专业成果，曾在中国法学会婚姻家庭法研究会、全国律协、上海市法学会、上海律协组织的各类学术活动中获奖。

目录

第一章 结婚、离婚制度相关问题

1. “以非真实身份办理结婚登记”有没有法律效力？
2. “国籍欺诈”的结婚登记是否可以撤销？
3. “重复结婚登记”有什么法律后果？
4. 限制民事行为能力人可以办理婚姻登记吗？——关于身份法律行为的行为能力
5. “假结婚”“假离婚”有效吗？——关于身份法律行为中的通谋虚伪意思表示

示

6. 彩礼要不要返还？

——关于不当得利规则在“以结婚为目的”赠与上的适用

7. 离婚协议中向子女赠与的约定能否任意撤销？

——以“利益第三人合同”为视角

第二章 夫妻关系制度相关问题 0

8. 忠诚协议有效吗？

——法律义务与道德义务之辨

9. 约定给配偶的财产还能要回吗？

——关于夫妻间赠与和夫妻财产制约定的区分

10. 夫妻共同债务如何认定？如何清偿？

——以多数人之债为视角

11. 婚姻财产如何应对第三人债权的强制执行？

12. 夫妻一方可以擅自转让名下股权吗？

——关于有限责任公司股权在配偶间的归属

13. 夫妻离婚合意分割股权如何适用股权对外转让规则？

14. 家务贡献补偿如何实现？

——关于《民法典》第 1088 条的功能定位

15. “共同还贷补偿”应如何计算？

——数学公式和民法原理

第三章 父母子女关系制度相关问题

16. 谁是孩子的父母？

——亲子关系的分步认定规则

17. 错误抚养了他人子女怎么办？

——“欺诈性抚养”中的男方权利救济路径

18. 如何理解我国法律上父母对未成年子女的监护职责？

19. 为何说我国不存在父母离婚后的单方抚养权？

——关于父母共同监护原则

20. 如何解决“抢孩子”难题？

21. 父母处分未成年子女财产的法律行为效力如何？

22. 父母为子女婚后购房出资是赠与还是借贷？

——情势变更的适用可能性

第四章 继承制度相关问题

23. “祭奠权”纠纷如何解决？

——从“祭奠权”的法律属性入手

24. 如何判断继承协议的效力？

25. 继承发生前放弃继承有效吗？

26. 共同遗嘱继承纠纷如何处理？

27. 后位继承在我国法律上如何实现？

28. 冲突的合同和遗嘱，哪个应得到履行？

29. 遗产分离时夫妻共同财产是否一人一半？

30. 《民法典》中的遗产管理人制度是什么以及为什么？

在线试读

前言

2020 年我国《民法典》颁布，恰逢《婚姻法》颁布 70 周年。被称为“家事法”的婚姻家庭法、继承法回归民法，就理论研究和法律实务而言，都是绕不开的课题。笔者由此萌生了写作本书的想法。

本书选取了家事法领域的 30 个有争议的实务问题，每个问题独立成篇。所谓实务，是指这些问题直接与当事人诉争的利益相关，在现实生活和司法实践中确实经常发生，是面向实务的问题，而非纯粹的理论问题（尽管实务问题的解决也须以对理论的构建和遵循为基础）。所谓有争议，是指这些问题大多没有定论，或学界观点不一，或审判结果各异，而非翻出法条就能找到“标准答案”的问题。

本书注重将理论研究和司法实践中的不同观点都呈现出来，尽量避免“自说自话”，以偏概全。但这也不是一篇篇观点综述，本书对提出的每一个问题，都会尝试运用《民法典》及司法解释的规定和相关民法理论进行分析，并给出见解和结论。同时，本书不是办案心得，多年的家事律师执业经历确实带给笔者许多关于生活、关于工作的感悟，但本书还是只谈法律。

本书不是一本案例集，重在分析问题而非解读案例，但因为写作主题的实务面向，不可避免

须引用一些案例。本书的原则是：案例为注解观点服务，而不是观点为注解案例服务。基于这一原则，本书对案例的引用尽可能精简，有的高度概括案情，去除一切不必要信息；有的连案情也略去，只列出法院名称和案号，读者可自行在裁判文书公布平台上查阅。总之，避免因对裁判文书的大段引用而占据篇幅。

本书中的部分内容，曾在一些学术论坛、期刊或集刊、微信公众号上发表。在本书中，笔者对这些已有成果进行了修改完善。其他部分则是笔者在平时积累的基础上进行的全新写作。写作源于思考，尽管这些思考在深度和广度上仍多有不尽如人意之处，甚至不乏误区，但笔者相信，通过对民法的体系化学习和思考来解决家事法律实务问

题，即在实务中贯彻“家事法回归民法”的理念，这个路径值得下功夫去探索。本书的不足与谬误，恳请读者批评，也希望这些思考抛砖引玉，引发读者的兴趣和共鸣。

笔者要感谢邦信阳中建中汇律师事务所，特别是赵亮波律师对本书的大力支持，感谢法律出版社冯雨春分社长和李军编辑为本书出版所付出的努力，也感谢郑彬彬、陈晓雯、倪柳青、汪丽莎等同事在材料收集和文字校对方面提供的帮助。

高 兴

2021 年 9 月于苏州河畔

以上信息资料、图片来自当当网，如若购买请直接登录该网站。

附件

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月修订版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影、音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、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