



家事法苑™ 婚姻家事法律资讯简报

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

家事法苑™ 婚姻家事法律资讯简报 15周年
(2008年2月15日—2023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：微信公众号



微信号：家事法苑 (famlaw)



视频号：家事法苑

简报电子版下载启事：由于群发邮件受限，不能保证发送成功，请需要简报电子版的朋友今后可直接从网站下载，原则上每月5日前上传。

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

家事法苑™ 团队主办，顾问：郝惠珍，编委：杨晓林、段凤丽、刘海娜、邓雯芬、苗东红、陈香凝、靳淑钰、马玉梳



目 录

一、审判动态	2
“典”清婚恋中的法律关系 —— 重庆法院依法裁判婚恋纠纷，引导树立正确婚恋观	
原创：2023-10-07 人民法院报 本报记者 刘洋 本报通讯员 杜唯 梅念章 杨双瑜 朱贵玲 文/图	2
1 桩离婚案调解了，600 多人的生计保住了	2023-10-09 广东省高级人民法院 5
南京玄武法院课题组 家庭教育指导令的司法适用	原创：2023-10-09 人民司法杂志社 南京玄武法院 7
明面上转让股份，暗地里转移财产 法院：转让无效！	2023-10-09 无锡市中级人民法院 刘超、邹英 13
关于婚姻无效纠纷的裁判规则 中国司法案例研究中心	2023-10-11 判例研究 14
鼓楼法院发出首份《当事人本人到庭令》	2023-10-10 福州市鼓楼区人民法院 全媒体工作室 18
有“典”可依 “未”爱护航 —— 河北张家口法院着力提升涉未成年人权益家事案件审判质效	2023-10-14 人民法院报 李文江 何燕芬 文/图 20
巧解彩礼返还之争	2023-10-17 人民法院报 魏静 宋方静 23
天津高院发布涉老年人权益保护典型案例	2023-10-21 天津高法 24
当精神赡养成为新型诉求……这家法院发布赡养纠纷涉老案件审判白皮书	2023-10-20 上海高院 29
小案大道理 恶意申通处分夫妻共同财产，房屋买卖合同无效	2023-10-24 天津高法 31
二、媒体典型案例	34
（一）婚姻效力案例	34
冒名婚姻登记 司法建议促撤销	2023-10-16 福州市鼓楼区人民法院 全媒体工作室 34
（二）恋爱同居纠纷案例	36
男女恋爱期间，因处于热恋状态或者出于共同生活、步入婚姻等因素考量，双方往往会产生较多经济往来，尤其在双方缔结婚后，给付大额财物或者高档礼品等情形并不鲜见。但当浓情蜜意褪去，婚恋关系结束，财产纠纷也随之而来——分手后，哪些彩礼应返还？	2023-10-17 人民法院报 牟文洁 36
处对象给女友买的车，分手了能要回吗？	2023-10-21 南通市中级人民法院 38
（三）损害赔偿案例	40
离婚后才发现前夫婚内致人怀孕？女子怒诉至法庭！法院这么判	原创：2023-05-19 上海法治报 陈颖婷 40
（四）民间借贷纠纷案例	41
夫妻离婚分房，婆婆拿出一张 152 万借条说“儿子签的”！法院这么判	原创：2023-10-18 上海法治报 胡珺 41
（五）抚养费纠纷案例	43



离婚后未直接抚养子女一方实际抚养子女期间，要求另一方支付抚养费的认定…… 2023-10-15 德州市中级人民法院 43

成年大学生能否要求父母支付抚养费？法院判了！…… 2023-10-17 湖南高院 45

（六）赡养纠纷案例 47

母亲不遵守赡养协议之后…… 2023-10-24 人民法院报 周凌云 郑爱华 祝欢 47

三、继承 49

两兄弟争家族财产！靠这个解决了…… 2023-09-30 中国银行保险报 49

继承人放弃继承，民政局是否就要担任遗产管理人？ | 宝法案例…… 原创：2023-10-09 上海宝山法院 周玲敏 50

“母亲是有遗嘱，但我没法儿继承……”…… 2023-10-09 广东省高级人民法院 51

“搭伴养老”二十年，巨额遗产起纠纷…… 2023-10-11 广州市中级人民法院 53

母亲遗留的宅基地自建房，拆迁补偿款如何分配？ 益阳资阳区法院：宅基地补偿款不能视为遗产进行分配，遗产按遗嘱执行…… 2023-10-17 人民法院报 55

妻子车祸身亡，丈夫瞒着岳母，与子女私分 90 万赔偿款？法院判了！…… 2023-10-24 湖南高院 56

遗嘱怎样立？这份贴士请查收！…… 2023-10-26 北京二中院金色天平 57

四、夫妻债务专题 62

丈夫借钱放贷，算不算夫妻共同债务？…… 2023-10-23 天津高法 62

五、房产、股权 64

（一）房产 64

“借名买房”还是“孝顺岳母”？前女婿能否拿回房价款？ | 青法说案…… 原创：2023-10-16 上海青浦法院 上海青浦法院 64

婚前买房，婚后办证，房子是夫妻共有财产吗？…… 2023-10-18 广西高院 65

（二）股权 67

父母作为监护人转让未成年子女名下股权，合法吗？…… 原创：2023-10-18 上海高院 卢颖 67

风暴眼 | 上市公司大佬神秘“消失”的配偶们…… 原创：2023-10-23 启阳路 4 号 《风暴眼》工作室 72

六、社会新闻 77

三名法官被抓，一起离婚财产纠纷 14 年未结案…… 原创：2023-10-05 中国新闻周刊 刘向南 77

七、媒体视点 83

申请强制执行之后，我为什么还是带不回被藏匿的孩子？ | 深度报道…… 原创：2023-10-07 北青深一度 北青深一度 83



2023 年老年人权益保护活动暨老年人监护问题研究成果发布会在京举行…… 原创：2023-10-20 北京老龄 北京老龄 89
筑牢维护妇女权益的法治保障——妇联组织源头参与妇女权益保障法律体系建设综述…… 2023-10-22 全国妇联女性之声 91
《取消外国公文书认证要求的公约》将于 2023 年 11 月 7 日在中国生效实施…… 2023-10-23 外交部 95

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题 97

(一) 理论学术动态、学者视点 97

吴国平：我国生前预嘱制度实践探索与立法构想2023-10-07 法治研究杂志社 吴国平 97
法学 | 田韶华：离婚协议违约金的理论澄清与司法认定 原创：2023-10-08 华政法学 田韶华 107
翟远见：论通谋虚伪行为的法律效力 | 《环球法律评论》2023 年第 5 期… 原创：2023-10-16 环球法律评论 翟远见 118
张海燕 等 | 老年人意定监护制度的域外考察与本土借鉴 原创：2023-02-13 世界社会科学 编辑部 129
遭遇恋爱交往暴力或者家庭暴力，或者该类威胁或者危险时，该如何自救和寻求外来救助？ 原创：2023-10-23 蒋讲家事法 蒋月 140
离婚时，父母出资所购的房产归谁？ 原创：2023-10-23 暨南学报哲学社会科学版 于程远 143
为推进婚姻家庭法制现代化提供新思路 2023-10-23 扬州日报 147
中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设研讨会暨中国法学会婚姻家庭法学研究会 2023 年年会在扬州召开 2023-10-22 交汇点 148
华政学报 | 章剑生 “有错必纠”的界限：被解除的婚姻关系具有不可逆转性 原创：2023-10-20 华东政法大学学报 章剑生 151

(二) 律师视点 162

创始人对赌责任与夫妻共同债务认定 原创：2023-10-07 家事诉讼与财富传承 王小成 162
妇女代表上头条 | 谭芳：维护妇女权益，我们一直在路上 2023-10-18 全国妇联女性之声 168

(三) 法官视点 171

离婚后，我把孩子藏起来了 | 庭前独角兽 原创：2023-10-11 庭前独角兽 最有爱的 171
邵一峰 | 家庭教育指导令的规范性质与司法适用 原创：2023-10-11 人民司法杂志社 邵一峰 174
农村外嫁女离婚后集体成员资格的认定 原创：2023-10-12 人民法院报 孙明放 184
杨夏 李宝霞 | 家庭教育令的实践困境与完善路径 原创：2023-10-13 人民司法杂志社 杨夏 李宝霞 185
十大身边榜样 | 施忆：翻越高山，不改为民初心 躬耕审判，守护公平正义 2023-09-27 北京二中院金色天平 192

(四) 检察视点 196

丈夫身份信息不实，诉讼离婚遇阻 甘肃西和：跨省取证 监督撤销错误结婚登记 2023-10-11 检察日报客户端 南茂林 杨海林 196
他们终于拿到属于自己的结婚证 十堰张湾：依法监督纠正婚姻登记冒名顶替问题 2023-10-11 检察日报客户端 蒋长顺 鲍欢 周长耀 197



- 揭开女子“被离婚”又“被结婚”背后的真相…… 2023-10-11 检察日报客户端 韩兵 李茂东 199
- 丈母娘称通过微信转账购买了二婚女婿的住房；女婿去世后，女婿与其前妻所生的女儿要求继承房产。丈母娘向法院主张自身权益未获支持，向检察机关申请监督——咋断这起亲情纠纷案？…… 2023-09-27 检察日报客户端 南茂林 郝小霞 200
- 同居关系解除后，昔日情侣对簿公堂 青海：以民事检察和解实现最佳办案效果…… 2023-10-18 检察日报客户端 王丽坤 203

九、异域资讯 205

- 新作·第 22 卷主题译作 2 | 汉斯·亨德林：联合财产制中原有财产的增值…… 原创：2023-10-10 中德私法研究 Hans Hinderling 205
- 新作·第 22 卷主题译作 3 | 汉斯·亨德林：联合财产制下的增值和补偿请求权…… 原创：2023-10-10 中德私法研究 Hans Hinderling 215
- 新作·第 22 卷主题译作 1 | [德]安纳托尔·杜塔：夫妻在婚姻的经济所得方面的参与分享权——婚后所得补偿制与婚后所得制…… 原创：2023-09-28 中德私法研究 Anatol Dutta 228
- 新作·第 22 卷主题译作 4 | 彼得·摩尔达夫：以个人财产和夫妻共同财产取得的家庭住房的分割…… 原创：2023-10-12 中德私法研究 Peter M. Moldave 245
- 新作·第 22 卷主题译作 5 | 费尔南多·博奇尼：夫妻意思自治和家庭财产制度…… 原创：2023-10-14 中德私法研究 费尔南多·博奇尼 265
- 域外老年人司法保护制度概览…… 2023-10-27 人民法院报 张慧 庞志红 龚荣 283

十、书籍推荐 285

- 荐书 | 《中国法院 2023 年度案例 1 婚姻家庭与继承纠纷》 | 中国法制出版社 2023 年 5 月版…… 2023-10-02 家事法苑 家事法苑团队 285
- 龙翼飞、夏吟兰作序 | 曹思婕著《中国探望权理论研究》新书出版…… 2023-10-19 人大社法律出版 294
- 荐书 | 《家事法研究》(2023 年卷) | 中国法学会婚姻家庭法学研究会 | 法律出版社 2023 年 10 月版…… 2023-10-21 家事法苑 家事法苑团队 298
- 传授、巩固、应用 | 韦伦霍菲尔教授带你快速有效地熟悉《德国家庭法》…… 2023-10-24 人大社法律出版 303

十一、电影推荐 308

- 荐影 | 《过昭关》 | 伦理片 | 来源：豆瓣网…… 2023-10-01 家事法苑 家事法苑团队 308

十二、沙龙活动 310



讲坛综述 | 王湘淳：论夫妻股权的渐进式分层共有 | 第 33 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办..... 2023-10-09 家事法苑 家事法苑团队 310

第三届“家事法苑”群友家事法年度论坛（线上）预通知 | “家事法苑”团队..... 2023-10-28 家事法苑 家事法苑团队 319

附件 321

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 321





【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委成员：刘海娜、邓雯芬、苗东红、陈香凝、靳淑钰、马玉梳

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.911ihun.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）

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

“典”清婚恋中的法律关系 ——重庆法院依法裁判婚恋纠纷，引导树立正确婚恋观

原创：2023-10-07 人民法院报 本报记者 刘洋 本报通讯员 杜唯 梅念章 杨双瑜 朱贵玲 文/图

http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-10/07/content_232850.htm?div=-1



图为重庆市万州区人民法院审理程某与杨某名誉权纠纷案庭审现场。

导读

无论是处在热恋期的情侣，还是结婚多年的夫妻，无论是同在屋檐下，还是相隔两地，亲密关系中的两个人或多或少都会发生矛盾……面对分手、离婚这样的人生课题，有的人选择体面离场，有的人选择辱骂泄愤，看似“鸡毛蒜皮”剪不断理还乱的人间情事，牵扯着数不清的民事法律关系。如何理智地处理婚恋问题成了“技术活”。为此，重庆法院精心筛选了四起与恋爱婚姻相关的典型案例，结合民法典进行释法说理，以期发挥司法裁判的规则引领、价值导向作用，帮助亲密关系里的恋人树立正确的恋爱观和婚姻观，守护甜蜜的爱情，拥有幸福的归宿。

公开辱骂前任女友 侵害名誉被判担责

2021年5月，杨某与程某经人介绍相识，同年7月确立恋爱关系。交往期间，杨某通过微信、支付宝多次向程某转账达数十万元。2021年9月，程某提出分手，双方终止恋爱关系，随之产生感情纠葛和经济纠纷。2021年10月20日、10月21日杨某两次前往程某居住的小区，使用多个扩音器反复播放“X栋X室谭某某之女程某在外面干着出卖自己身体的事情，骗取男人钱财，欠钱不还，请大家街坊邻居谨防上当受骗”等录音内容。

2021年11月，程某起诉杨某要求赔偿精神损害抚慰金3万元并在重庆市公开发行的报纸上和程某居住小区内公开赔礼道歉。

重庆市万州区人民法院一审后认为，程某居住的小区属于公共场合，杨某使用扩音器在小区内播放具有贬损、侮辱程某及其家人的言论，且已被不特定公众知悉，导致程某的社会评价降低，杨某应在侵权行为所造成的不良影响范围内向程某赔礼道歉，消除影响。程某要求杨某赔偿精神损害抚慰金3万元的主张过高，考虑到杨某使用扩音器播放的言论给程某造成精神困扰、人格受到贬损的实际情况，酌情支持1000元。法院遂判决杨某在程某居住的小区张贴《致歉声明》，对程某赔礼道歉，并赔偿精神损害抚慰金1000元。

宣判后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

【法官讲法典】

民法典第一千零二十四条对民事主体享有名誉权作出了规定，任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。男女之间建立、终止恋爱关系，均系个人权利的自由行使。分手后对前任与过去的感情作出适度评价是一种自我情感的表达，但不可为泄愤而发布不当言论进行辱骂、诋毁或者泄露、传播隐私和个人信息，以免造成对他人名誉、隐私等权益的侵犯。同时，双方要正确处理恋爱分手事宜，遵循正当途径维护合法权益，不得采用违背公序良俗的手段实现权利。以维权之名行违法之事，需承担不利的法律后果。

本案中，杨某因与程某的感情和经济纠纷，使用扩音器在公共场所播放侮辱性言辞的行为，已经明显超出合理倾诉、表达情感的尺度，在一定程度上贬损了程某的人格，降低了其社会评价，给程某的名誉造成负面影响，也给其造成一定的精神痛苦，应当承担相应的侵权责任。

老人墓碑刻上女友名 分手后拒绝“除名”侵权

李明与女友王红于2007年相识相恋，此后两人保持同居关系十余年，但一直未领证结婚。李明外公外婆去世后，家人商量为老人立碑，当地有将子孙名字刻在墓碑上以表孝心与怀念的习俗。在征得女友王红的同意后，李明以王红为外孙媳妇的名义将王红的名字刻在了墓碑上。

后来，两人因性格不合分手，双方对同居财产分割产生争议，且王红要求李明从墓碑上清除自己的名字，两人遂对簿公堂。最终，在法院的调解下，双方对财产分割达成一致意见，李明也在协议中承诺会从墓碑上抹去王红的名字。然而，调解结案后，李明多次拒绝或拖延除名，王红遂向法院申请强制执行。

重庆市璧山区人民法院收到执行申请后认为，双方前涉纠纷在法院组织下已达成调解协议，李明拒绝履行调解协议确定的“墓碑除名”义务，

侵犯了王红的姓名权，法院依当事人申请，应当强制执行。最终，在执行法官的释法明理和多次劝导下，李明用凿子将王红的名字从墓碑上彻底清除，案件得到妥善解决。

【法官讲法典】

民法典将人格权独立成编，是尊重和保障人权、维护人格尊严的重要体现。依据民法典第一千零一十二条、第一千零一十四条，姓名权是自然人依法享有自主决定、使用、变更自己姓名并排除他人干涉和非法使用的权利，任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权。

本案中，王红同意将其名字以“外孙媳妇”的名义刻在李明外公外婆的墓碑上，是其行使姓名权权能的体现，两人分手后达成调解协议，李明却拒绝履行“墓碑除名”义务，系持续性侵害王红的姓名权。王红有权请求行为人停止侵害、消除影响、赔礼道歉。

法院贯彻实施民法典、保障民事主体人格权益，不仅体现在案件审判中，对于生效法律文书确定的行为义务，未及时履行的，法院可以依当事人申请，通过强制执行力保障当事人权利实现。本案中，法院运用强制执行手段加强对民事主体姓名权等人格权益的保护，起到了良好的法律效果和社会效果。

未领证不共同生活 彩礼嫁妆应返还

2021年11月，田某经人介绍认识莫某，之后两人恋爱。2022年5月，双方按照当地风俗办理了婚礼，田某向莫某家支付彩礼8万元、“三金（金项链、金手镯、金戒指）”款2万元，向莫某亲戚支付“封红包”“端被条”等款项，加上筹备婚礼的费用，田某共花费19万余元；莫某陪嫁蚕丝被等生活用品，但两人未办理婚姻登记。办婚礼后的第二天，莫某认为与田某感情基础不

牢，便离家出走，断断续续回家居住直至彻底不回家。

2022年11月，田某及其父母将莫某及其母亲诉至法院，主张返还婚约财产19万余元。莫某认可19万余元的真实性，但表示只愿返还部分彩礼，同时主张田某返还全部嫁妆。

重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院一审后认为，两人虽已举办婚礼，但未办理结婚登记，没有长期共同生活，符合返还彩礼的法定情形。但田某及其父母主张的19万元婚约财产中，有部分是给莫某的“见面礼”“改口费”，给莫某亲戚的“封红包”“端被条”，属于田某自愿支付给莫某方的钱款，不能认定为彩礼。为更好地帮助两个家庭化解纠纷，承办法官积极组织调解，最终莫某同意退还彩礼9.5万元，田某退还全部嫁妆。后在承办法官见证下兑现完毕，实现了案结事了。

【法官讲法典】

民法典婚姻家庭编相关司法解释，对可以返还彩礼的情形作出了规定。彩礼、嫁妆是以结婚为目的，一方或其家庭成员给付另一方的礼金及贵重物品。当结婚不成时，目的无法实现，此种赠与行为丧失法律效力，给付人可以请求受领人返还。但“见面礼”“改口费”等，属于单方表达感情的自愿赠与，不属于彩礼；举办婚礼宴请亲友的支出，亦不属于彩礼。同时，我国结婚以登记为生效要件，但是，婚姻毕竟是以双方永久共同生活为目的，即便办理结婚登记，如果婚后共同生活时间较短，则永久共同生活的目的没有全部达到，返还部分彩礼也有其合理性。

本案中，田某与莫某虽然办了婚礼，但未在民政部门办理结婚登记手续，且莫某长期不回家，两人实质上并没有形成以稳定和长期婚姻关系为基础内容的夫妻共同生活，没有形成稳定的家庭关系，偏离了两人当初给付彩礼、嫁妆的目的，符合

法定的返还彩礼事由，双方应当互相返还彩礼、嫁妆。

离婚冷静期内“出轨”违背夫妻忠实义务

2010年12月，李某（男）与易某（女）经人介绍确立恋爱关系并同居生活，2016年2月登记结婚，共同生育一女一子。后来，两人感情逐渐破裂，2022年12月，李某与易某到民政局办理离婚登记申请，开始分居生活。

在离婚冷静期内，李某无意间通过儿子的平板电脑发现一段（分居期间）易某与婚外异性举止亲密的视频。李某认为易某婚内出轨，要求易某赔偿损害10万元。易某则认为夫妻感情早已破裂，且已经申请离婚登记，未对李某造成损害，不应当赔偿。离婚冷静期满后，双方因此事未到民政局申领离婚证。李某诉至法院，要求与易某离婚，并由易某赔偿其精神损害抚慰金10万元。

重庆市大足区人民法院一审后认为，因李某与易某均同意离婚，遂予以准许。但在离婚冷静期内，双方仍系夫妻关系，易某与婚外异性在出租房内举止亲密，违背了夫妻忠实的义务，具有重大过错，对李某造成的精神损害应进行赔偿。对于赔偿具体金额，法院根据实际情况，酌情支持6000元，遂判决由易某赔偿李某离婚损害赔偿金6000元。

宣判后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

【法官讲法典】

民法典第一千零七十七条规定，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。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。这一规定中的30天时限，即离婚冷静期。离婚冷静期的设立初衷在于给予想要离婚的夫妻一段缓冲期，让双方冷

静思考，防止轻率离婚。因此，夫妻在法律上真正“劳燕分飞”，是双方在冷静期届满、领取离婚证之后。

本案中，处于离婚冷静期的李某与易某未领取到离婚证，仍为夫妻，互相负忠实义务。易某与婚外异性举止亲密，系过错行为，李某有权请求损害赔偿。关于损害赔偿的金额，由法官根据过错程度、过错方承担责任的經濟能力、受理诉讼法院所在地的平均生活水平等因素酌情确定。

■法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千零一十二条 自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，但是不得违背公序良俗。

第一千零二十四条 民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。

名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。

第一千零七十七条 自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

第一千零九十一条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚；
- (二) 与他人同居；
- (三) 实施家庭暴力；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员；
- (五) 有其他重大过错。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》

第五条 当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

- (一) 双方未办理结婚登记手续；
- (二) 双方办理结婚登记手续但确未共同生活；
- (三) 婚前给付并导致给付人生活困难。

适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。

1 桩离婚案调解了，600 多人的生计保住了

2023-10-09 广东省高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/a0-uqvGazEdBD6K1D9muYA>

一桩离婚案因何牵扯 5 家民营企业发展，600 多名员工生计？离异夫妻心结如何化解？企业财产及股权如何分割处理？各方利益如何平等保护？

从“一损俱损”到“一案多赢”的背后，法官又是如何“四两拨千斤”，实现案件效果最大化的？

股东离婚

5 家公司 600 名员工受影响

早年间，杨先生与黄女士乘着改革开放的春风来到广州打拼。后来双方组建家庭，生育子女，黄女士选择全职照顾家庭，杨先生则一直专注于事业。婚后，杨先生与他人合开 5 家公司，经几十年的经营与积累，公司规模逐渐扩大，杨先生名下也积攒了大量资产。

几年前，二人因感情不和自愿协议离婚，由于当时对共同财产的分割未达成一致意见，离婚协议中并未详细记录双方的财产情况。2023 年 5 月，黄女士将杨先生及其持股的 5 家公司诉至法院，要求分割杨先生名下房产以及公司股权等财产，并申请了财产保全。

接手案件后，承办法官意识到，本案看似是夫妻共同财产的分割，但标的额巨大，涉及主体不仅包括 5 家企业，还有背后数十位股东及 600 百余名员工，如不能妥善处理，极可能影响公司的正常经营和员工的生计，甚至可能衍生更多诉讼，影响社会稳定。

经调查，承办法官发现，杨先生与黄女士虽已签署协议自愿离婚，但黄女士内心一直还存有怨气。为了分割股权，黄女士起诉前就已多次在公司与杨先生发生争吵，公司上下人心惶惶，公司的正常运营也因此受到影响。

“受各种因素影响，公司目前正处艰难转型关键期。她这么多年来也没参与过经营管理，股权分给她，我这一生的心血基本就白费了。只要不要股权，其他都好商量。”电话里头，杨先生表现出强烈的调解意愿，还提到，公司目前正在商谈大型合作项目，如果因纠纷导致合作取消，公司将面临转型失败的风险。

了解到杨先生的调解意向后，法官又致电黄女士询问，但黄女士对股权也非常坚持：“他从来都不尊重我的意见！我承认我是不会经营管理，但股权我也有份。这么多年我一直听他的，这次我偏不依他，股权我要分一半，其他财产可以再商量。”

“如我在诉”

寻求案件处理最佳方案

根据杨先生的描述，5 家企业的股权分割对公司日后的运营管理影响巨大。从白手起家到创设 5 家公司，杨先生辛劳半生。同时，法官也意识到，

黄女士坚持要分割公司股权，虽然存在与前夫赌气的可能，但其根本目的也是为了能有持续的收入，以缓解日后的经济压力。

黄女士主张按照份额分割财产的方案看似公平，但极大可能会导致双方在未来不动产的使用和处分方面再次发生争执。公司股权架构的平衡被打破，也必然会带来系列连锁反应，况且目前公司还有商谈合作项目这一燃眉之急亟待解决。若按当事人诉求简单分割财产确定份额，必然是一个“多输”的局面。

在对双方未分割共同财产进行分类统计的过程中，法院发现，除公司股份、银行存款外，杨先生名下另有多处不动产，产权清晰，面积较大，也无抵押和查封情况，部分物业还有出租收益。

既然黄女士不善经营，未来的生活又需要保障，这些有租金收益的物业必是更优选择。何不引导黄女士将有经营风险的股权“换”成有稳定收益的物业呢？如此一来，既能免去未来共有物分割的麻烦，也能保障公司股权架构的稳定，消除对合作项目的影 响，真正实现矛盾的实质性、一次性化解。法官与双方沟通初步想法后，决定组织一次当庭调解。

引导沟通

变“多输”为“共赢”

“房产我都初步分了类，一些有出租收益，一些没有，一些有抵押贷款还没还清，你想要哪些都可以，前提是这 5 个公司的股权归我。我五十多岁了，公司是我半生的心血。这个条件仅限今天一天。”杨先生的开诚布公让黄女士感到十分意外，但“仅限一天”的条件却也让她倍感压力，不知该如何选择。

在一对一沟通调解的过程中，法官将公司正在商谈合作项目的相关事宜告知了黄女士。“这次股权分割不是眼下的事，不是‘争口气’的事，

也不只是你们俩的事，更关乎 5 家企业的未来，关乎下面几百号员工和他们的家庭。”

法官循循善诱，引导黄女士从企业发展的大局出发重新考虑股权分割事宜，同时立足于黄女士利益，建议其选择部分资产保底以获得持续稳定的收益，从而更好保障未来的生活。

在法官的条分缕析下，黄女士经慎重考虑同意了给出的意见。随后，法官现场组织双方就财产分割问题进行具体协商。最终，就涉及的不动产、股权及现金补偿、租金收取等问题达成一致意见。黄女士现场撤回了对 5 家公司的起诉，与杨先生一同签署了调解协议，同时也向法院申请解除了相关的财产保全措施。

案后，经电话回访了解到，双方就协议中与不动产相关的条款，已自行办理了产权变更登记手续，杨先生应支付的补偿款也一直按期支付，案件没有进入执行程序。此外，公司的合作项目顺利开展，回归了平稳有序运营，黄女士也重新开始了自己的生活。两人都对于法官引导其跳出

盲区，从长远利益出发，耐心调解，实质性化解矛盾纠纷的做法表示感谢。

当前，我国不少民营企业都由早期的“夫妻店”成长起来，涉及民营企业的离婚案件，不仅仅关系到企业老板个人的婚姻家庭，还影响到企业员工的利益和社会的稳定。如何妥善分割、处理涉案民营企业财产及公司股权等，也是人民法院在处理类似家事纠纷案件时需要认真考量的一个司法难题。

本案中，法院坚持案结事了政通人和的审判理念，以“如我在诉”的意识把一次性实质性化解矛盾、解决问题作为目标，加强诉源治理与执源治理，寻求案件处理的最佳方案，最终杜绝了财产分割造成的“负外部性”，实现双赢多赢共赢，取得了良好成效。

来源：广州中院 花都法院

审核：黄慧辰

编校：利玥漾

采写：曾维亮 林绮虹

南京玄武法院课题组 | 家庭教育指导令的司法适用

原创：2023-10-09 人民司法杂志社 南京玄武法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/hZlnze-PdG8YrsZiYMiYzw>

2023 年第 28 期策划

家庭教育指导令的适用与完善

策划人：李泊毅

编者按 2022 年 1 月 1 日正式实施的家庭教育促进法规定了家庭教育指导制度，2023 年 5 月 30 日，最高人民法院、全国妇联《关于开展家庭教育指导工作的意见》进一步明确了人民法院开展家庭教育指导工作的形势、工作方式、制发程序等，但是实践中仍然存在需要进一步探讨的问题，例如教育指导令的性质、执行方式与法律后

果等。本期策划集中展示了法院在适用教育指导令时对上述问题的思考。

应用 2023 年 10 月策划系列文章之一

家庭教育指导令的司法适用

文 / 江苏省南京市玄武区人民法院课题组

课题主持人：赵雪雁，课题组成员：刘敏、陈爱武、殷飞、潘溪、王萍、邵小波、高飞。主要执笔人：王婵、李雪静。

本文系中国应用法学研究所 2022 年度应用法学理论研究课题“家庭教育指导令适用问题研究”（课题编号：2022YF08）的阶段性成果。

内容提要

当前司法实践中，家庭教育指导令文书样式各异影响适用规范性、履行义务不明影响司法权威性、协同机制欠缺影响执行实效性，其根源在于法律性质理解不一、功能定位把握不准。人民法院开展家庭教育指导，应当在厘清法律性质和功能定位的前提下，坚持最有利于未成年人的支柱性原则、多元协同治理的基础性原则和司法适度补强的保障性原则。家庭教育指导令运行机制的构建需着眼于事前调查评估、事中制发实施、事后跟踪回访三阶段，并健全未成年人权益保障机制与社会支持体系等配套制度。

目次

一、检视：家庭教育指导令的运行现状与实践反思

二、路径：明晰家庭教育指导令的功能定位与司法适用原则

三、策略：家庭教育指导令适用的运行规则与机制完善

2022年1月1日，家庭教育促进法正式实施，对家长“依法带娃”提出要求，正式将家庭教育纳入国家教育事业发展规划和法治化管理轨道。2023年5月30日，最高人民法院联合全国妇联发布《关于开展家庭教育指导工作的意见》（以下简称《指导意见》），进一步明确了人民法院开展家庭教育指导工作的形态、工作方式、制发程序等。全国各地人民法院相继发出家庭教育指导令，成立家庭教育指导工作站，并以此为依托开展试点工作，但实践中，各地人民法院制发家庭教育指导令的形式、内容、适用情形等不尽一致，一定程度上影响了其权威性和实效性。本文拟从实践、理论维度分析家庭教育指导令在司法适用中存在的问题，解析法律性质及功能定位，并探索人民法院开展家庭教育指导的运行规则及机制完善。

一、检视：家庭教育指导令的运行现状与实践反思

（一）家庭教育指导令实践运行的样本分析

家庭教育促进法正式施行后，全国各地法院积极实践，争相发出首份家庭教育指导令，通过检索选取各地发出的首份家庭教育指导令共70件。经过分析，主要集中在涉未成年被告人案件（50%）、离婚纠纷（25.7%）、抚养纠纷（15.7%）。尤其针对家庭教育方式不当的父母（占比28.6%），父母一方或双方未妥善履行监护义务（21.4%），或者家庭监管缺失导致未成年人实施严重不良行为或犯罪行为（占比50%）等情形进行审前、审中、判后的延伸教育，取得了一定成效。

经梳理发现，实践中全国各地法院在制发家庭教育指导令时存在以下问题：

1. 文书样式各异影响适用规范性

在文书性质方面，有的法院采用裁定方式，有的法院定为令状，有的法院以决定形式制发，还有的法院使用通知或告知书的样式；在名称方面，大部分法院采用“家庭教育令”的表述，有的法院使用“家庭教育督促令”，还有的法院使用“责令接受家庭教育令”；在家庭教育指导令的编号管理上，有的法院采取单独序列编号，有的采用案号编号，还有一些家庭教育指导令没有编号；在权利救济方面，有的法院载明复议和申请撤销、变更或延长的权利，有的则没有载明，这不利于家庭教育指导令的规范性和严肃性。

2. 履行义务不明影响司法权威性

家庭教育指导令内容包括责任主体、法律依据、履行义务等必须要素，而履行义务是家庭教育指导令实施的关键。目前，对于责令文书样式所应包含内容并无统一规定，司法实践中对于责令接受家庭教育指导的内容多为倡导性、抽象性词汇，如“关注孩子的身心状况、情感需求”“切实履行监护职责”“多沟通、多交流”等，这些虽然是良好家庭教育的重要因素，但将其作为家庭教育指导令的重要组成部分，甚至是唯一组成部分，与家庭教育指导令的性质与要求有所背离。模糊不清的履行义务会削弱家庭教育指导令的履行可能性、强制执行力和公信力，缺乏具体

明确可执行的方式也有损家庭教育指导令的权威性、可执行性。

3. 协同机制欠缺影响执行实效性

首先,家庭教育指导具有专业性、综合性等要求,且针对复杂个案,往往需要定制指导方案,多次指导,以实现指导目的,但人民法院特别是基层法院办案力量有限,且受专业水平限制,在依法作出家庭教育指导令后,跟踪指导力度不足,难以评估实际效果。再者,家庭教育指导涉及心理学、教育学、社会学等跨学科知识,对于实施家庭教育指导人员的观察能力、沟通能力、调查能力等均有较高要求,虽然法院会根据案件需要邀请专家协同展开,但当前家庭教育指导工作往往是法院能动开展,即便组建了专家人才库,但专家多为兼职,协同家庭教育指导的方式较为被动,效果依然不理想。最后,司法实践中,仍然存在当事人并未按照家庭教育指导令的内容履行职责,敷衍了事甚至拒不履行,对该类情况,法院所能采取的强制手段有限,保障监督机制偏弱,致使有的家庭教育指导令发出流于形式。

(二) 家庭教育指导令适用存在问题的缘由探究

究其根源,存在上述适用问题的原因主要在于:

一方面,对家庭教育指导令的法律性质理解不一。要明确家庭教育指导令的文书样式、内容程序,统一认识规范适用,明晰其法律性质是基础和前提。家庭教育指导令在实践中的不同适用实质上体现了不同法院对其性质理解不同,有的法院认为,人民法院在案件办理中为当事人提供家庭教育指导是一项社会福利供给,不具有强制执行效力,因而重视家庭教育指导令对于未成年人父母积极引导的“柔”性作用,适用前提过于宽泛,指导令内容则以诸如“多沟通、多交流”等概念性、倡导性内容为主。相反,也有的法院认为,根据家庭教育促进法的规定,家庭教育指导令以训诫和责令接受家庭教育为主要内容,不同于一

般的义务告知书或者通知书,应当具有强制法律效力,故而进一步明确拒不履行家庭教育指导令的法律责任等内容。

另一方面,对人民法院在家庭教育中的功能定位把握不准。根据家庭教育促进法,未成年人的父母或者其他监护人仍然是第一责任主体,负责实施家庭教育;各级人民政府指导家庭教育工作,建立健全家庭学校社会协同育人机制,人民法院则是发挥职能作用,配合做好家庭教育指导工作。然而当前在家庭教育指导工作开展中,有的法院或过分强调作用发挥,超出职权范围主导家庭教育指导;抑或为争先发出“第一令”,但制发后未协同相关职能部门跟踪考察,导致实际效果不佳。

二、路径:明晰家庭教育指导令的功能定位与司法适用原则

(一) 家庭教育指导令的法律性质与功能界定

1. 国家亲权理论是人民法院适用家庭教育指导令的理论支撑

我国法律规定中没有“亲权”和“国家亲权”的专门概念,通常意义上,亲权是指父母基于血缘关系而产生的对子女人身、财产等方面的支配性资格与权利;而国家亲权则是家庭功能失灵时,国家作为父母的代替监护人对未成年人行使监管的权力。我国传统文化中,以“家”为本的观念根深蒂固,当前家庭仍然被视为是未成年人教育的主要场所。但随着经济社会的不断发展,儿童福利的全面保障受到更多重视,国家适度介入家庭领域,给予未成年人特殊保护也就成为我国涉未成年人立法和司法实践的必然趋势。也正是基于家国共治的定位,家庭教育促进法应运而生。人民法院作为国家权力机关,也即国家亲权的代表机构,适用家庭教育指导制度是父母失职、家庭失范时,出于保护未成年人利益所代表国家行使的最后干预权。

2. 家庭教育指导令是人民法院作出的具有义务内容的司法命令

所谓司法命令,是指司法机关下达的指令,要求特定对象完成某一具体行为,或者禁止进行某一行为。家庭教育指导令主要内容为规范家长或其他监护人的不当行为,并对家庭教育予以专业指导,符合司法命令具有一定行为必为性内容的实体特征,因此,本质上与人身安全保护令一样属于司法命令的范畴。按照发出的时间阶段划分,家庭教育指导令可以分为诉前、诉中以及诉后家庭教育指导令。但值得注意的是,家庭教育指导令往往在涉及未成年人的案件或者家事案件的诉讼阶段发出,具有依附于审判、执行程序的特点,与适用独立程序的人身安全保护令有着明显区别。在父母或者其他监护人怠于履行家庭教育义务或者实施家庭教育不当时,人民法院可以依职权或依申请,有针对性地发出家庭教育指导令,进行必要干预,纠正父母或者其他监护人的不当履职监护行为。

3. 人民法院制发家庭教育指导令旨在为亲权赋能增效

家庭教育促进法第八条明确了人民法院在家庭教育中的职责定位,主要在于配合、协助政府及有关部门建立家庭教育工作联动机制,因此,人民法院在案件审理中对失责监护人予以批评教育、劝诫制止,必要时责令接受家庭教育指导,其目的是督促父母履行家庭教育责任。可见,人民法院制发家庭教育指导令并不是为了惩罚失职父母,限制其家庭教育权利,而更多是协助、补强家庭教育本身。

(二) 人民法院适用家庭教育指导令的原则构建

1. 支柱性原则: 最有利于未成年人

最有利于未成年人原则是我国涉未成年人立法、司法实践的重要原则与精神,其与国家亲权理论相辅相成。当家庭监护缺位时,国家予以介入才有可能最大限度保障未成年人权益;反之,

只有坚持最有利于未成年人原则,才能使国家亲权理论贯穿立法和司法实践始终。因此,当国家亲权和亲权存在冲突时,最有利于未成年人原则也就成为解决冲突、衡平利益的重要标准。比如在涉抚养权纠纷案件处理中,若夫妻双方育有两个子女且均有抚养孩子之意愿,夫妻各直接抚养一个子女是司法实践中常见的处理办法,但这并未充分考虑未成年子女的内心意愿和情感,强行将两个子女拆散,对未成年人的身心健康也是不利的。最有利于未成年人原则就需要更加关注孩子的行为与心理,从孩子角度来探求解决问题的正确方式。具体到家庭教育指导令的适用,最有利于未成年人原则要求法官根据具体情况在个案中具体分析,同时借助社会学、心理学、教育学等专业知识或依靠相关专业人员进行判断。

2. 基础性原则: 多元协同治理

人民法院在审理涉未成年人权益案件中,根据具体案件情况发出家庭教育指导令,其实施内容主要涉及教育学、心理学、社会学等跨学科专业知识,这往往并非法官的专业优势所在。而要让家庭教育指导制度真正执行落地,不仅需要制度建构和机制衔接,更需要家庭教育指导服务机构或人员的专业储备。因此,家庭教育指导实质上是一项系统工程,需要政府职能部门、学校、社会组织等主体多元供给、共同参与,建立协同联动工作机制。一方面,就人员队伍方面,人民法院可以协同其他单位整合专家资源,形成辖区内家庭教育指导专家库,涵盖心理疏导、婚姻家庭治疗、社工服务等主要专业领域,联合开展家庭教育指导工作培训,提升家庭教育指导工作人员的能力和水平;另一方面,就家庭教育指导服务机构方面,人民法院可以整合信息资源,与协同单位不定期召开联席会,开展个案协商,利用未成年人保护站、儿童关爱之家、心理援助中心等阵地,引导未成年人家长及监护人就近接受家庭教育指导。

3. 保障性原则: 司法适度补强

依据私法自治理念，公权力对私域的干预在范围和力度上有严格限制，以防止公权力的过度膨胀。将未成年人的监护公法化，国家能动介入家庭，在私领域无法实现对未成年人保护时，以最有利于未成年人利益为导向予以干预。这就意味着通常情况下，家庭内部的教育仍应由家庭自行完成，公权力不应过度介入。因此，只有在父母或者其他监护人怠于履行、不能及时履行监护职责或者监护缺失时，人民法院才能介入到未成年人合法权益的家庭保护中，对家庭教育进行补强。

在家庭教育指导领域，基于对家庭自治的最小干涉，亲权与国家亲权之间应当设立权利边界，人民法院以适度介入为限度，以实现两者的协同作用。一般情况下，国家亲权的适度介入体现为事前宣传、事中引导与事后监督，即根据家庭教育的应有之义，对父母适时开展宣传引导，实现事前干预；对于出现问题的家庭进行针对性辅导，实现事中引导；对因不当教育引起特殊问题，如导致子女犯罪等严重行为，强制性开展家庭教育指导与惩戒，实现事后补救。国家亲权的事先干预、事中引导以家庭自治为主，若家庭教育不存在重大问题时尽量避免介入家庭教育。而事后补救多具有强制性，发挥国家亲权保障儿童利益的兜底性作用。

三、策略：家庭教育指导令适用的运行规则与机制完善

（一）构建家庭教育指导令适用的运行规则

1. 事前调查评估

家庭教育指导令系针对未成年人监护人不当履职行为发出的具有必为性的司法命令，一般在未成年人监护人的不当履行行为已经侵害了未成年人的合法权益，或未成年人已经存在违法犯罪行为或严重不良行为的情况下签发。该种情况下，应当综合家庭情况、父母及子女状况等，有针对性地开展家庭教育指导。在家庭教育指导令发出

前，应完善调查评估，通过引入家事调查，由专业的家事调查员对于未成年人及其监护人的情况进行评估，了解未成年人的心理状况，分析监护人的家庭氛围、财产状况、对家庭教育指导的态度和认知等，并出具家事调查报告。法官及心理咨询师、家庭教育专家据此针对性开展家庭教育指导，在未成年人心理存在问题时，可一并实施心理疏导。

2. 事中制发实施

（1）家庭教育指导令的适用对象

在审理离婚案件过程中，家庭教育指导令是针对有未成年子女的夫妻双方；在涉未成年人的案件中，父母或监护人主动请求家庭教育指导的，法院应当提供相应指导。对于《指导意见》列举案件以外的，其他如涉未成年人利益案件中，法院可以根据具体情况开展家庭教育指导，尽可能调动未成年人父母或其他监护人积极参加家庭教育指导，自主自愿参与的形式更有利于实现家庭教育指导的预期效果。若父母或者其他监护人拒不履行法定义务，家庭教育不当，侵害未成年人合法权益的，人民法院可以发出司法命令要求未成年人的父母或其他监护人参加家庭教育指导。此外，在开展家庭教育指导过程中，可以吸纳未成年人共同参与，实现双向教育。

（2）《指导意见》第4条兜底条款的适用分析

家庭教育需要充分尊重父母或者其他监护人的自主性，最大限度保障父母依法实施家庭教育的权利，而公权力特别是司法干预应当审慎，秉持适度补强原则。在司法实践中，只有在必要情形下才能实施干预，体现国家亲权。对于《指导意见》第4条“未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的其他情形”如何判断，实践中存在认识分歧。笔者认为应与已有明确规定的情形具有相当性，应满足以下要件：其一，父母或其他监护人出于主观故意或过失，对未成年人实施不法行为或者放

任、迫使未成年人实施不法行为；其二，未成年人父母或其他监护人的行为致使未成年人存在违法犯罪行为或严重不良行为，或严重侵害未成年人的身体权、健康权、受教育权等合法权益；其三，未成年人父母或其他监护人拒不接受家庭教育指导，或者接受家庭教育指导后仍不依法履行监护职责的。

（3）家庭教育指导令的具体内容

家庭教育指导是针对未成年人的父母或其他监护人采取的一项教育辅导制度，旨在通过全面系统和有针对性辅导培训，帮助父母或其他监护人更好地处理亲子关系和家庭关系，从而全方位保护未成年人合法权益。在司法实践中，家庭教育指导应当贯穿涉未成年人案件审理的全过程，建立诉前、诉中、诉后“一站式”全流程衔接指导，从而满足不同社会群体中各类涉未成年人纠纷的特点与需求。

家庭教育指导令中应设立明确性、可执行性条款，包括开展家庭教育指导的具体时间、地点，同时根据案件审理的实际情形采取个性化设计，有区别地要求未成年人父母或其他监护人按照规定完成必要的学时任务。法治宣传、家庭教育知识的普及等不具有强制性，可以作为一般性的指导来开展。比如利用少年法学院、政法网格员、普法进社区等活动，向家长开展良好家风、家教的宣传，向未成年人开展法律知识的宣传等。而在处理涉未成年人权益案件如离婚纠纷、抚养权纠纷中，可以针对案件具体情况向当事人释明家庭教育的重要意义，告知家庭教育的方式方法和沟通技巧，提醒父母及时关注未成年人身心健康。这些事前、事中的宣传与引导虽非强制性干预，但同样是家庭教育指导的一部分，可作开放性列举，并可采用单独辅导、家庭辅导、团体辅导等形式开展，利用线上线下相结合方式，如课堂教学、实境教育、网络指导等，丰富指导形式。

（4）家庭教育指导令的执行保障

我国台湾地区规定了违反强制亲职教育的处罚内容，即“若法定代理人或者监护人拒不接受辅导或时数不足的，会被处罚新台币 3000 元以上 10000 元以下罚款。经再通知仍不接受者，应当按次连续处罚直到接受为止……”这种做法值得借鉴。人民法院发出的家庭教育指导令，应具有权威性和可执行性。如明确父母或者其他监护人接受家庭教育指导结束后 6 个月内，对其进行回访评估。家庭教育指导效果可以结合相关社会团体和机构的调查报告作出最终评定。在强制力上，为保障家庭教育指导令的实施，也可以设置规则，规定可采取相应罚款措施，并要求自行负担专家辅导、心理咨询等费用。

3. 事后跟踪回访

跟踪监督与评估机制，对于家庭教育指导令的成效保障具有重要意义。鉴于家庭教育指导的专业性、复合性，对于一般案件，可以由法院家庭教育指导工作站工作人员开展回访，了解情况；对于疑难复杂案件，则可以由人民法院委托第三方机构开展回访评估，针对回访情况及时调整、优化家庭教育指导方案，确保家庭教育指导的实际效果。

（二）完善家庭教育指导令适用的配套机制

1. 强化未成年人权益保障机制

在涉未成年人案件、家事案件办理过程中，在对未成年人的父母或者其他监护人进行强制家庭教育指导时，若发现存在监护缺失等情形，人民法院等司法机关可以组织心理咨询师、专业社工等人员，为未成年人提供心理疏导、临时监护等保障。

2. 健全社会支持体系建设

家庭教育指导需要社会各方面的共同支持，这是一项开放性的工作。社会支持体系的完善也是人民法院在案件审理中实施家庭教育指导机制的重要保障。一方面，人民法院应当积极联合公安、检察、民政、妇联、教育、共青团等单位及组

织，引入专业社会力量，发挥各自资源优势 and 职能作用，密切协作配合，建设完备的家庭教育指导基地，保障强制亲职教育有固定的场所、平台。另一方面，人民法院可以联合各机构，分阶段、分内容确立各自职责，建立信息资源共享、线索移送、联席会商等体系化工作机制，逐渐形成全域家庭教育指导工作体系。

人民法院发出家庭教育指导令旨在督促不合格父母或其他监护人认真履行监护职责，帮助其获得教育技能和方法，改善亲子关系，从而保障

未成年人健康成长。“家庭教育事业在形式上的规范化虽然能够以立法较快完成，但法治文化和法治观念的塑造则需要更精细的谋划和更长期的转变。”家庭教育指导制度的运行落实，并非法院一家一力所能完成，只有通过家庭、政府和社会的共同努力，方能有效提升家庭教育功能，促进真正实现“依法带娃”。

编辑：李泊毅

审核：赵泓

明面上转让股份，暗地里转移财产 法院：转让无效！

2023-10-09 无锡市中级人民法院 刘超、邹英

<https://mp.weixin.qq.com/s/Xc5sgrxP1Hbtk7CccCN1lw>

案说民法典

和妻子离婚不成，竟偷偷将公司股份无偿转让给父亲，试图通过这种方式“霸占”夫妻共同财产。面对这种情况，另一方该如何维护自己的合法权益呢？

01 案情简介

2009年，朱某与潘某登记结婚。婚后，朱某以夫妻共同财产与父亲、案外人共同出资50万元设立公司，在网上经营销售业务，朱某占有公司股权49%，朱某父亲占1%。

2020年，朱某以感情不合为由起诉离婚。2021年2月，法院驳回朱某离婚诉请。两月后，朱某与其父亲签订股权转让协议，将其名下公司49%的股权计24.5万元，以0元价格转让给父亲，并办理了公司变更手续。潘某发现后，认为朱某向父亲转让股权的行为已侵害自身合法利益，于是诉至法院。

02 法院裁判

宜兴法院经审理认为，朱某在与潘某婚姻关系存续期间对外投资设立公司并取得49%股权，该股权所对应的收益系夫妻共同财产，任何一方均不得随意处置该股权。朱某父亲在明知朱某夫妻已进入离婚阶段且对财产性权益产生争议的情况下，仍以0元的对价受让其子在公司中属于朱某、潘某共同财产的股权，他并不属于善意第三人，且明显损害了潘某的权益，存在导致合同无效的情形。因此，法院依法作出判决，朱某与父亲签订的股权转让协议无效。

03 法官说法

现实生活中，夫妻一方通过隐藏、转移、变卖夫妻共同财产的手段侵害配偶共有财产权益的，利益受损一方可以向法院提起诉讼维护自身合法权益。婚姻关系存续期间，以夫妻共同财产出资而取得的有限公司股权，即使登记在夫妻一方名下，另一方也对该股权产生的分红、转让价款等财产性收益享有共有权。善意第三人可以受让登记于一方名下的股权，但如果登记方与第三人恶意串通以低价转让，损害配偶方的合法权益，配

偶方可依据相关法律规定请求确认股权转让合同无效。

为避免夫妻一方隐藏转移夫妻共同财产，夫妻双方可通过提前签订婚前及婚内财产协议等书面形式，约定婚前财产及婚姻关系存续期间所得的财产归属。

04 法律链接

《民法典》第一千零九十二条 夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

来源：宜兴法院

编辑：赵伟

审核：李思红

关于婚姻无效纠纷的裁判规则 | 中国司法案例研究中心

2023-10-11 判例研究

<https://mp.weixin.qq.com/s/FU7HEZCw20taMkWfZzZfNq>

编者按

自建国以来，我国一直鼓励、倡导、支持男女双方平等、自愿缔结婚姻关系，并制定了一系列有利于实现男女双方婚姻自由的法律制度。这些法律制度虽然赋予了男女双方婚姻自由的权利，但这种自由并非是完全没有限度的，相反会受到一定的限制。如不得重婚、不得与直系血亲以及旁系三代以内的血亲结婚、结婚时必须达到法定婚龄，如果不符合前述三种条件的，则该男女双方的婚姻无效。近年来，因婚姻无效而产生的纠纷习为故常，那么如何认定夫妻双方婚姻是否无效，如何处理因婚姻无效而产生的纠纷便成为值得思考的问题。本文通过对中国裁判文书网一些重要案例的筛选和总结，对无效婚姻的相关理论问题进行探讨，并梳理实践中重要的裁判规则。

截至2023年9月，在中国裁判文书网输入“婚姻无效纠纷”（案由），检索出民事裁判文书5358篇，其中由高级人民法院裁判的有15篇，由中级人民法院裁判的有236篇。在具体案例的选取上，遵循以下“两个优先”原则：第一，优先选择审判层级较高的裁判文书。第二，优先选择审判日期较近的裁判文书。通过形式和内容两个方

面的筛选，本文最终选择5篇裁判文书作为研究对象。文书分别为案号：（2023）京民申2779号、（2020）京民申2076号、（2020）津民申1237号、（2020）黔民申1379号、（2018）黔民申2722号。

基本理论

一、何为无效婚姻？

无效婚姻是指虽已办理结婚登记但因欠缺结婚的实质要件而不具有法律效力的婚姻。婚姻无效只能有人民法院依法确认，婚姻登记机构及其他机关或者个人均无权确认。

夫妻双方的婚姻关系被人民法院依法认定无效后，该夫妻的婚姻关系确定自始无效，双方不再是彼此的法定继承第一顺位人，也不再具有夫妻间的权利义务关系；无效婚姻期间所生的子女，适用有关父母子女的规定；双方在同居期间所得的财产，协议处理，协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决，但是，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理；无效婚姻的无过错一方有权请求损害赔偿。

二、婚姻无效的法定情形

根据《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条的规定，有下列情形之一的，婚姻无效：

（一）重婚（重婚的事由既包括法定婚也包括事实婚）；

（二）有禁止结婚的亲属关系（主要是指直系血亲和三代以内旁系血亲）；

（三）未到法定婚龄（主要指男性未达二十二周岁，女性未达二十周岁）。

三、请求确认夫妻婚姻无效的主体

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第九条的规定，有权依据《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻请求确认婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。其中，利害关系人包括：

（一）以重婚为由的，为当事人的近亲属及基层组织；

（二）以未到法定婚龄为由的，为未到法定婚龄者的近亲属；

（三）以有禁止结婚的亲属关系为由的，为当事人的近亲属。

四、有关无效婚姻的法律及司法解释

（一）《中华人民共和国民法典》的有关规定：

第一千零四十七条，结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。

第一千零四十八条，直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。

（二）《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）》的有关规定：

第十条，当事人依据《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条规定向人民法院请求确认婚姻无效，法定的无效婚姻情形在提起诉讼时已经消失的，人民法院不予支持。

第十一条，人民法院受理请求，确认婚姻无效案件后，原告申请撤诉的，不予准许。对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决。涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的另行制作调解书；未达成调解协议的，应当一并作出判决。

第十二条，人民法院受理离婚案件后，经审理确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出确认婚姻无效的判决。

第十三条，人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和请求确认婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待请求确认婚姻无效案件作出判决后进行。

第十四条，夫妻一方或者双方死亡后，生存一方或者利害关系人依据《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条的规定请求确认婚姻无效的，人民法院应当受理。

第十五条，利害关系人依据《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条的规定，请求人民法院确认婚姻无效的，利害关系人为原告，婚姻关系当事人双方为被告。夫妻一方死亡的，生存一方为被告。

裁判规则

实务要点一

夫妻一方在另一方重婚事实消除以后，仅以该重婚事实曾经存在为由向人民法院主张双方婚姻无效的，人民法院不予支持。

案件：张某与陈某婚姻无效纠纷案

案号：（2023）京民申2779号

来源：中国裁判文书网

北京市高级人民法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条（现《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）》第十条）的规定，当事人依据《中华人

民共和国婚姻法》第十条（现《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条）的规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。本案中，张某以陈某构成重婚为由申请认定其与陈某的婚姻无效。根据查明的事实，陈某在原婚姻关系期间与张某结婚，并在与张某婚姻存续期间另与他人缔结婚姻，故陈某行为已构成重婚，但在张某向法院申请宣告婚姻无效之时，陈某与他人的婚姻关系均已登记解除，导致二人婚姻无效的法定情形已经消除。依据上述司法解释的规定，一、二审法院对张某的诉请不予支持，适用法律正确。张某的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第六项规定的情形。故驳回张某的再审申请。

实务要点二

主张婚姻无效的夫妻一方请求人民法院调查取证的内容与确认其婚姻无效并无关联的，人民法院不予支持。

案件：张某1与张某2婚姻无效纠纷案

案号：（2020）京民申2076号

来源：中国裁判文书网

北京市高级人民法院认为，《中华人民共和国婚姻法》第十条（现《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条）规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的（现《中华人民共和国民法典》已废除）；（四）未到法定婚龄的。”二审法院认为本案不足以认定属于《中华人民共和国婚姻法》第十条（现《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条）规定的婚姻无效情形，因此驳回张某1的诉讼请求，符合法律规定，处理并无不当。二审期间，张某1向法院提出调查取证申请，二审法院认为张某1要求调查取证的内容与

本案的焦点问题无关联性，未予支持，处理并无不当。张某1申请再审的理由不能成立。故驳回张某1的再审申请。

实务要点三

利害关系人向人民法院请求确认夫妻婚姻关系无效时未同时主张除斥期间已经届满，则法院无权主动以除斥期间已经届满为由驳回利害关系人的诉讼请求。

案件：刘某1、刘某2婚姻无效纠纷案

案号：（2020）津民申1237号

来源：中国裁判文书网

天津市高级人民法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第五条（现《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）》第十四条）之规定，夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人，有权以该婚姻关系属于《中华人民共和国婚姻法》第十条（现《中华人民共和国民法典》第一千零五十一条）规定的婚姻无效情形为由，申请宣告该婚姻关系无效。生存一方或者利害关系人依法申请宣告该婚姻关系无效的法定期间为一年，一年期间届满的，不得再行行使此项权利。即该条所规定的请求权人行使宣告婚姻无效请求权的一年期限为除斥期间，本案中，刘某1作为利害关系人为其兄主张婚姻无效，而作为婚姻关系的相对人刘某5已死亡五年之久。一、二审法院未支持刘某1诉讼请求，符合法律规定，刘某1的申请再审理由没有事实和法律依据。故驳回刘某1的再审申请。

实务要点四

夫妻双方向人民法院主张婚姻无效时，未提供证据证明某项贷款确实存在于双方同居期间的，人民法院对该笔债务不予认定和处理。

案件：宋某和梁某婚姻无效纠纷案

案号：（2020）黔民申 1379 号

来源：中国裁判文书网

贵州省高级人民法院认为，针对宋某与梁某在 2017 年因建房向紫云农村商业银行股份有限公司猴场支行贷款的 50000 元是否属于双方同居期间产生的债务的问题。首先，一审法院以双方并未举出贷款凭据证明该笔债务存在于双方同居期间为由，对该笔债务不予认定处理，而是要求待债权人另案起诉时再另行审查。其次，二审法院同样以双方并未举出贷款凭据加以印证为由，对该笔债务不予认定及处理，并明确待债权人另案起诉时另行审查及处理。最后，本院认为，一、二审法院认定的事实与适用的法律并无不当。故驳回宋某的再审申请。

实务要点五

婚姻无效的夫妻一方仅以父母在其同居期间赠与双方的房屋登记在自己的名下为由主张该房屋属于其个人财产的，人民法院不予支持。

案件：肖某和杨某婚姻无效纠纷案

案号：（2018）黔民申 2722 号

来源：中国裁判文书网

贵州省高级人民法院认为，首先，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十五条（现《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）》第二十二条）规定：“被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外”。本案中，肖某与杨某在同居期间所得的财产应按共同共有来进行分割。其次，一、二审已经查明，肖某、杨某在同居期间所得房屋系肖某父母肖某某、杨某某赠与后经过改扩建得来

的，对其父母赠与的房屋，在其父母没有明确表示该赠与财产只归肖某个人所有的情况下，应当参照《中华人民共和国婚姻法》第十七条（现《中华人民共和国民法典》第一千零六十二条）的规定，属于肖某、杨某共同所有。最后，本案中，肖某父母亦明确表示涉案房屋是赠与肖某、杨某二人，并非赠与肖某一人。虽然涉案房屋登记在肖某个人名下，但该登记只是对外具有公示效力，并不等同于肖某、杨某二人已经约定该财产属于肖某个人财产。因此，一、二审法院认定涉案房屋属于肖某、杨某二人共同共有符合事实和法律规定。故驳回肖某的再审申请。

小结

《中华人民共和国民法典》规定了有关无效婚姻处理的一般原则，但由于内容较为模糊简洁，法官在理解上难免产生偏差，相关当事人的利益难以得到应有的保护。但是司法实践中已形成了一些可供参考的裁判规则：一是夫妻一方在另一方重婚事实消除以后，仅以该重婚事实曾经存在为由向人民法院主张双方婚姻无效的，人民法院不予支持。二是主张婚姻无效的夫妻一方请求人民法院调查取证的内容与确认其婚姻无效并无关联的，人民法院不予支持。三是得申请确认夫妻婚姻无效的利害关系人向人民法院主张在当事人未提出除斥期间已经经过的情况下，法院无权主动以除斥期间已过为由驳回其请求确认婚姻无效的诉请的，人民法院不予支持。四是夫妻方向人民法院主张婚姻无效时，未提供证据证明某项贷款确实存在于双方同居期间的，人民法院对该笔债务不予认定和处理。五是婚姻无效的夫妻一方仅以父母在其同居期间赠与双方的房屋登记在自己的名下为由主张该房屋属于其个人财产的，人民法院不予支持。

鼓楼法院发出首份《当事人本人到庭令》

2023-10-10 福州市鼓楼区人民法院 全媒体工作室

https://mp.weixin.qq.com/s/8GHvVgMT7nz-bllww9f_-Q

司法实践中，一些案件存在本人不出庭导致的事实查不清、证据真伪查不明等问题，当事人本人作为事件的亲身经历者，亲自出庭更有利于查明案件事实，提高诉讼效率。

当事人本人到庭令

近日，鼓楼法院在审理一起民间借贷纠纷案件过程中，根据案件具体情况，向被告陈某发出《当事人本人到庭令》，要求其本人到庭参与法庭调查，这也是鼓楼法院发出的首份《当事人本人到庭令》。

《当事人本人到庭令》

督促当事人亲自出庭

该起案件中，借款人官某于2022年病故，陈某作为官某事实上的配偶及继承人被出借人康某诉至鼓楼法院，请求陈某对官某所负债务承担共同还款责任，并在继承官某遗产的实际价值范围内承担清偿责任。在案件此前的审理过程中，陈某的诉讼代理人对官某第一顺位继承人范围陈述不完整，仅知晓陈某与官某育有一子一女，而对官某父母的情况不能清楚陈述，并一再强调该事实的举证责任应由作为原告的康某承担，拒绝配合。

福州市鼓楼区人民法院传票

当事人本人到庭令

(2023)闽0102民初 号

本院受理原告 与被告 民间借贷纠纷一案，定于2023年9月 日 在福州市鼓楼区人民法院（福州市鼓楼区江滨西大道58号）第 法庭开庭。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十条的规定，因案件审理需要，现通知你本人到庭，就案件有关事实接受询问。请准时到庭，不得以委托诉讼代理人已到庭为由拒不到庭。如你本人无正当理由拒不到庭，导致案件待证事实无法查清的，人民法院将作出不利于你方的认定，你方将依法承担不利后果。

此令。



在原告诉讼代理人向法庭申请五份《调查令》仍无法查清官某父母现状的情况下，为了确保诉讼程序无误、节约司法资源、查明事实，经办法官向被告陈某发出《当事人本人到庭令》，要求其本人亲自到庭接受询问，并告知其本人不到庭的法律后果。



收到《当事人本人到庭令》后，被告陈某本人主动联系法官，通过“云上法庭”参加庭审，就其所了解的官某父母情况向法庭进行了陈述，并签署《当事人诚信诉讼承诺书》。

《当事人本人到庭令》

助力庭审查明案件事实

“本人到庭”是指当事人亲自到庭、参与庭审活动，不得以诉讼代理人已到庭为由拒不到庭。当事人陈述是人民法院认定事实重要的辅助证据形式。

在司法实践中，多数有委托诉讼代理人的当事人选择本人不到庭而由诉讼代理人在代理权限范围内进行举证质证、发表代理意见等诉讼活动。但是由于诉讼代理人并非事件的亲历者，对案件相关事实不知情、细节表述不清以征询当事人意见为由拖延诉讼，或以举证责任在对方为由拒绝

配合法庭调查，导致事实查不清、证据真伪查不明的情况时有发生。

《当事人本人到庭令》的签发不仅有利于充分发挥法庭查明事实、排除疑点、加强法官对争议事实内心确信的实质审理功能，也有助于节约司法资源、提高审判效率，同时也有益于规制虚假诉讼、强化督促当事人诚信诉讼、破解当事人消极应诉僵局、充分彰显司法权威。今后，鼓楼法院将不断依法进行创新和尝试，进一步实质发挥庭审审查明案件事实的重要作用，助力案件公平公正裁判。

法条链接

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第一百一十条规定：人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。

第一百七十四条第二款规定：人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

来源 | 林娟（洪山人民法庭）

照片 | 洪山人民法庭

编辑 | 小古月

审核人 | 袁文伟

有“典”可依 “未”爱护航 ——河北张家口法院着力提升涉未成年人权益家事案件审判质效

2023-10-14 人民法院报 李文江 何燕芬 文/图

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-10/14/content_233026.htm?div=-1



图为张家口市万全区人民法院法官组织双方当事人进行调解。

导读

未成年人是祖国的未来，民族的希望。未成年人健康成长，事关社会和谐稳定，事关亿万家庭幸福安宁。司法保护作为未成年人保护法构建的未成年人合法权益六大保护体系中的重要一环，司法机关是保障未成年人合法权益的坚强柱石。河北省张家口法院在审理涉未成年人权益家事案件中，针对不同案件特性，以民法典为依据，切实落实最有利于未成年人的原则，着力提升全市法院涉未成年人权益案件审判质效，在营造保护关爱未成年人的良好法治环境上成效显著。

再婚后拒付抚养费 法院依法判决履行

原告李某一的母亲王某某与被告李某二原来是夫妻关系。2020年5月25日，王某某和李某二因感情不和在民政局协议离婚。双方离婚协议约定：1. 女儿李某一由女方抚养，随女方生活；2. 自双方离婚之日起，男方每月7日支付李某一3000

元生活费，直至完成学业有工作为止；3. 除生活费外，李某一在日后的生活、学习、健康等支出费用超过500元的由双方按照女方承担10%、男方承担90%的方式承担，当时产生当时结算……李某一随母亲王某某共同生活，李某二将其工资卡交付王某某，每月工资用于支付李某一的抚养费。

2021年7月12日，李某二将该银行卡挂失，从2021年8月起李某二未再给付抚养费。李某二此前于2020年6月9日再婚，并于2021年12月生育一女。

法院审理后判决：一、李某二一次性给付李某一从2021年9月至2021年12月的抚养费共计12000元；二、李某二自2022年1月起每月5日前给付李某一当月抚养费3000元，直至李某一年满十八周岁止。宣判后，李某二不服提出上诉。二审法院审理后维持原判。

【法官讲法典】

根据民法典的相关规定，支付抚养费是未直接抚养教育未成年子女一方的法定义务。变更抚养费，首先要避免未成年子女生活水平出现巨大落差，对其身心健康产生不利影响；其次，要考虑父母一方的经济负担能力以及是否存在情势变更。在父母一方要求减少抚养费时，需要审查父母一方是否发生重大变故、丧失劳动能力导致收入减少等客观因素，并要优先从保护未成年子女利益的维度出发，最大限度保障未成年子女的生活和教育所需。父母一方单纯以再婚后又生育子女为由主张降低或者不支付抚养费的，不应当予以支持。

法律规定的抚养费支付比例，是保障未成年子女生活、教育的最低标准。为了给未成年子女创造更好的抚养教育条件，法律尊重和保护离婚协议约定的抚养费高于法定的比例标准。父母双方一旦就子女抚养问题达成协议，就应当按约定履行义务，除非发生给付一方由于疾病或者丧失劳动能力出现经济困难，无力按原约定数额给付，而抚养子女一方又有能力负担子女的大部分抚养费等情形，则可请求适当减少给付，否则不得随意变更。

孩子实际由一方抚养 应支持变更抚养关系

原告张某与被告王某于2006年7月18日登记结婚，同年12月30日生育双胞胎儿子王某甲和女儿王某乙。2016年9月23日，双方达成离婚协议登记离婚，并对子女抚养进行了约定。2019年7月4日，张某向法院起诉要求变更抚养关系，经法院调解达成一致意见：1. 婚生子王某甲由王某抚养，婚生女王某乙由张某抚养；王某甲与王某乙共同生活成长，每周一、周二与王某共同生活，每周三至周日与张某共同生活……2. 自2019年12月起，王某抚养期间的费用自行承担；王某于每月10日前支付王某甲、王某乙与张某共同生活期间的抚养费共计人民币1万元……

原、被告离婚后，实际上王某甲、王某乙一直与原告张某在北京市海淀区共同生活、上学。被告王某一直按调解书给付抚养费。自2022年1月起，王某甲被诊断患有多种疾病并就医诊疗。被告王某现经常居住地是河北省涿鹿县。张某向法院起诉请求变更婚生子王某甲的抚养权。诉讼中，王某甲出具书面意见，表示愿意与母亲张某共同生活。

法院审理后认为，王某甲由原告直接抚养更有利于其正常生活学习和健康成长，故对原告要求变更王某甲抚养关系的诉讼请求予以支持，判决王某甲由原告张某直接抚养。

【法官讲法典】

审理变更抚养关系案件应坚持：第一，尊重未成年子女的主体地位。在变更抚养关系纠纷中，父母是当事人主体，未成年子女系被动参与案件审理，但涉抚养关系时，未成年子女的主体利益是明确的，应当从实质利益角度尊重未成年子女的利益主体地位。第二，尊重未成年子女的主观意愿。民法典明确规定，未成年子女已满八周岁的，系限制民事行为能力人，应当尊重其个人主观意愿。第三，综合衡量父母的抚养条件，包括满足未成年子女在生活、教育、医疗等多方面的生存和发展需要。除了基本的经济保障，还要照顾好其身心健康。因此，本案中，考虑到王某甲与王某乙是双胞胎，被告王某工作稳定，有一定经济能力给付双胞胎抚养费。此外，王某甲从小主要由原告张某抚养，且被诊断患有多种疾病，张某对孩子情况更为了解，由其直接抚养更有利于照顾王某甲，故法院判决王某甲由原告张某直接抚养。

离婚协议未约定探望权 诉请行使探望权应支持

原告张某和被告李某某于2013年登记结婚，婚后生育一女李某。2017年6月29日，双方在法院的主持下达成离婚调解协议，约定：女儿李某随被告李某某共同生活，抚养费由被告李某某负担。协议未对探望权进行约定。离婚后，原告张某提出探望女儿，被告李某某以各种理由拒绝协助原告行使探望权，故原告张某诉至法院。

法院审理后认为，原告主张行使探望权，符合法律规定，应予支持。本案处理重点在于对探望权行使方式的合理确定。法官从对孩子生活教育和成长有利的原则出发，同时参考原告“每周探望孩子、接孩子到原告处单独相处居住一天”的诉求，判决：原告张某从2022年6月起的每周六可以探望女儿李某，从上午10时起到被告处或学

校处可以将女儿接回，至下午5时负责送回，被告李某某予以协助。

【法官讲法典】

赋予不直接抚养子女一方探望权，不仅是父或母关怀子女的重要方式，也是子女健康成长的要求。民法典明确规定，离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。司法实践中，探望权的行使应遵循最有利于未成年子女的原则，不得影响子女正常学习和日常生活。本案以子女利益为中心，综合考虑有利于子女健康成长、兼顾有利于探望权实现等因素，确定的探望权方式具备可操作性。法官建议，父母双方可结合实际情况，如居住环境、工作时间以及子女意愿等协商确定探望方式和时间。除危害子女利益外，直接抚养子女一方都负有协助另一方探望的义务，应引导未成年子女正确面对探望问题，营造和谐的亲子氛围，弥合家庭解体给父母与子女之间造成的感情伤害，确保探望权立法目的的实现。

按照最有利原则 依法指定监护人

姚某某出生于2012年。2022年9月14日，姚某某的父亲姚某因交通事故死亡。而姚某某的亲生母亲王某某因精神分裂症在精神病医院住院治疗，系精神三级残疾。因姚某生前未与王某某办理婚姻登记手续，姚某某的户口一直登记于其祖父姚某甲名下。姚某去世后，姚某某一直随其伯父、伯母及祖父姚某甲生活。2023年2月13日，姚某甲向法院提出申请，请求法院指定其担任姚某某的监护人。被申请人姚某某表示今后希望同其伯父、伯母或祖父一起生活。

本案在审理过程中，通过多次走访医院、学校、村委会，多方询问相关医护人员、老师、村委会干部及案件相关当事人，了解涉案家属与被监护人在家庭生活与感情联系上的密切程度，同时倾听被监护人的被监护意愿，并召开了“关于为

未成年人指定监护人征求意见会”。法院审理后认为，父母是未成年子女的监护人，因被监护人母亲生活不能自理，不能完全辨别自身行为，无监护能力，结合与被监护人生活、感情联系的密切程度，以及依法具有监护资格的人的监护顺序、监护能力、意愿、品行等因素，遵从最有利于被监护人的原则，尊重被监护人的真实意愿，法院最终判决由被监护人的祖父担任其监护人。

【法官讲法典】

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。本案中，姚某某系未成年人，其父亲已经死亡，其母亲系精神三级残疾且正在住院接受治疗，没有监护能力；其祖父、外祖父、伯父、伯母、舅舅均表示愿意担任监护人。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。本案判决，在弘扬社会主义核心价值观层面上，切实维护了妇女儿童合法权益；在司法裁判理念层面上，充分理解与适用最有利于被监护人的原则，充分尊重被监护人意愿，突破法定顺位指定监护人，以能动司法切实提升群众满意度，增强群众幸福感，为处理类似纠纷提供了借鉴和参考。

■法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十四条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

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

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

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

第二十七条 父母是未成年子女的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

- (一) 祖父母、外祖父母；
- (二) 兄、姐；

(三) 其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

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

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

依据本条第一款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。

监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

巧解彩礼返还之争

2023-10-17 人民法院报 魏静 宋方静

http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-10/17/content_233105.htm?div=-1

结婚不到一年，小丽和小伟短暂的婚姻便画上了句号。

两人结婚没几个月，小伟和其母亲以小丽未怀孕为理由，一直催促小丽去医院检查身体。而小丽在医院检查得知身体并无大碍后，想到平日里丈夫和婆婆对她生活处处进行控制的做法，一气之下离开了婆家，并与小伟断绝联系。

在多次联系小丽无果后，小伟向小丽父母要求返还彩礼、见面礼等共计14万余元。遭到小丽父亲拒绝后，小伟一纸诉状将小丽及小丽父母告上法庭。

江苏省泗洪县人民法院孙园人民法庭在接到这起因彩礼返还引发的婚约财产纠纷案件后，将案件转入诉前调解程序，并委派具有12年乡镇工作经验的驻庭人民调解员刘长国调解。

针对原告所提出的返还金额和明细，以及二人未办理结婚登记手续、共同生活时间较短等情形，最终刘长国与法官计算出的返还金额在11万元到12万元之间。

可是，这起婚约财产纠纷，双方苦楚颇多，互相指责，矛盾一触即发。

由于小丽不愿意出面调解，刘长国就找到小丽父亲，耐心倾听小丽父亲的想法，将心比心，进

行情绪疏导。同时，刘长国还向其释法析理，告知小丽父亲在这起婚约财产纠纷中他们应承担的相关责任。

“说实话，我是这辈子第一次来法院处理事情。我就是个普通的农民，调解员刘长国讲话温和，站在我的角度为我考虑，接触下来我对他很信任。”小丽父亲说。

对原告的调解，刘长国也花了心思：“多年的调解经验告诉我，寻找合适的社会中间人，能够对调解工作达到事半功倍的效果。”

刘长国提到的“社会中间人”是指与原、被告双方或某一方熟悉，并在当地为人处事有较好口碑的当地居民。经过到原、被告所在乡镇走访调查，刘长国了解到原告的小爷（父亲的弟弟）与被告曾是邻居，而且两家关系也很好。

找到了中间人，并且其同意参与两家的调解，刘长国对这个案件就更有信心了。

调解当天，小丽父亲带了10万元现金，除了他的积蓄7万元，另外3万元是借的。然而，打开装现金袋子的那一刻，刘长国也惊住了，里面还有5元、10元、20元的零钱……

“我是做零工的，平时做工收到的零钱都带来了，能借的钱我都借了。女儿出现这样的事，我作为父亲也很头疼，但就像调解员说的，既然事情已经发生了，我也想抓紧解决了，让孩子早点迈向新生活。”小丽父亲说。

调解过程中，原告在其小爷的劝说下，最终同意了法院的调解方案：被告返还原告见面礼10001元、彩礼8.8万元、三金首饰折现，共计11万元。小丽父母当日未支付的1万元，双方约定在2024年2月1日前付清。

最终，双方当事人对调解笔录进行签字确认，该案圆满了结。（文中当事人为化名）

天津高院发布涉老年人权益保护典型案例

2023-10-21 天津高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/1Nw-CtjxsZnnln3vELYf4Q>

为贯彻实施积极应对人口老龄化国家战略，认真落实《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国老年人权益保障法》加强老年人权益保护的相关规定，通过司法手段弘扬中华民族敬老、养老、助老的美德，在重阳节到来之际，天津高院特发布涉老年人权益保护典型案例，旨在充分发挥典型案例的示范引导作用，进一步增强全社会积极应对人口老龄化意识，推动构建老有所养、老有所依、老有所安、老有所为的老年友好型社会。

目录

1. 刘某诈骗案
2. 蔡某等诈骗案
3. 何某与刘某、赵某赠与合同纠纷案
4. 王某诉李小某等继承纠纷案

5. 刘某一诉刘某二赡养纠纷案
6. 张某诉某保险公司人身保险合同案
7. 某居委会申请为王某指定监护人案
8. 张某等诉某物业公司离退休人员返聘合同纠纷执行案
9. 李某诉张某探望权纠纷案
10. 王某与张某赡养费纠纷案

案例 1

刘某诈骗案

基本案情

刘某虚构能帮老年人办理养老保险的事实，以代收代缴社保费为由骗取多名老年人钱财用于个人消费。在部分老年人到退休年龄后，刘

某以其经营的公司名义向老年人发放“退休金”，进一步迷惑欺骗老年人。截至案发时，刘某骗取数十名老年人钱款五百余万元。

裁判结果

生效裁判认为，刘某以非法占有为目的，以代办养老保险为名骗取数十名被害人钱款五百余万元，已构成诈骗罪且犯罪数额特别巨大，应依法严惩。综合刘某的犯罪事实、情节，以诈骗罪判处刘某有期徒刑十五年，并处罚金人民币五十万元，责令刘某退赔被害人损失五百余万元。

典型意义

本案是打击整治养老诈骗犯罪的典型案例。当前经济社会快速发展，各类新型骗术和骗局层出不穷。本案中，刘某的犯罪行为具有一定的迷惑性，逐步引诱多名老年人步入其精心设计的骗局，最终受到了法律的严惩。人民法院在严厉打击此类犯罪的同时，坚持将追赃挽损摆在突出位置，全力守护老年人的“养老钱”。

案例 2

蔡某等诈骗案

基本案情

蔡某成立某健康科技公司，以招募话务员的形式，组织胡某等十名被告人按照公司培训的话术向老年人拨打电话，编造健康营养师、健康专家等身份，虚构药效向老年人高价推销保健品，致使 416 名老人被骗人民币 153 万余元。

裁判结果

生效裁判认为，蔡某等十人向不特定人拨打电话，虚构药效诱骗他人购买保健品，其行为均已构成诈骗罪，分别判处十名被告人有期徒刑十年至一年不等刑罚，并处罚金。从各被告人处追缴违法所得，发还各被害人。

典型意义

本案是以虚构专家身份高价售卖保健品，诈骗老年人钱款的典型案例。有些犯罪活动通过免费健康讲座、赠送小礼品、电话推销等方式开展，在“免费”的过程中不断诱骗老年人购买“神药”。所谓“神药”只是一些成本低廉且无任何药用的替代品，有些甚至会危害身体健康。本案例体现了人民法院对此类犯罪的零容忍，以法治力量守护“夕阳红”。

案例 3

何某与刘某、赵某赠与合同纠纷案

基本案情

何某与刘某系母子关系。何某被确诊为癌症后，将自己所有的案涉房屋以 30 万元的价格出卖给刘某，放弃资金监管，并将房屋过户至刘某名下。与此同时，母子二人签订书面协议，明确约定何某在案涉房屋内享有居住权，刘某对何某进行赡养。刘某婚后又将案涉房屋过户到妻子赵某名下。此后何某与刘某夫妇因房屋居住问题多次产生纠纷，刘某夫妇将房屋对外出租。何某起诉要求撤销房屋赠与，将房屋登记到自己名下。

裁判结果

生效裁判认为，何某将唯一住房以明显低于市价的价格卖给儿子刘某，该行为不同于一般的买卖行为。结合书面协议的约定，应认定该行为属于附义务的赠与，即何某将案涉房屋赠与刘某，刘某负有保障何某居住、赡养何某的义务。因刘某未能履行上述义务，法院依法支持了何某的诉讼请求。

典型意义

本案系回应社会普遍关注的老人赠与子女房屋后，居住权保障问题的典型案例。房产是老年人晚年生活的主要保障，部分老年人基于亲情作

出赠与房产的决定后，又会因感情变化、居住权益无法保障等因素撤销。本案在准确认定事实、正确适用法律的基础上，作出了法理情兼备的裁判，对社会公众起到了教育、引导的积极作用。

案例 4

王某诉李小某等继承纠纷案

基本案情

李小某系李某与其前妻之子，王某系李某再婚妻子，李某再婚时李小某已成年。李某与王某曾签订协议，约定如李某先去世，则李某婚前所有的房屋由李小某继承，但王某有权在该房屋内居住至去世。李某去世后，李小某、王某就案涉房屋的所有权和居住权产生争议。

裁判结果

法院认为，李某与王某的婚前约定程序合法，能够反映李某对案涉房屋的真实意愿，本案应尊重李某对自有房屋的处理意见。经法院主持调解，各方达成一致调解协议，即案涉房屋由李小某继承所有，王某在房屋居住至去世之日；李小某不得在王某生前处置房屋，王某亦不得在居住期间利用房屋获利。

典型意义

本案是解决居住权保障问题的典型案例。《中华人民共和国民法典》实施以来，涉及居住权的纠纷不断出现，如何平衡房屋所有权人和居住权人的权益成为司法难题。本案中，人民法院通过合理设置调解方案，为双方当事人的权利设置边界，约束各方在合法范围内行使权利，妥善解决了再婚老人晚年居住利益与继子女继承权的平衡问题。

案例 5

刘某一诉刘某二赡养纠纷案

基本案情

李某夫妇育有四子女。李某丈夫去世后，四子女约定轮流赡养李某。李某至女儿刘某二家生活一年后，儿子刘某一欲接走母亲赡养，但李某不同意。刘某一起诉请求判令由自己赡养李某，并允许刘某一到其他子女处探望李某。

裁判结果

法院生效判决认为，子女应尊重老人意愿，及时履行自己应尽的赡养义务，不得干涉老人自由。经调查，李某意识清楚，向法院明确表示因刘某一多次与其他兄弟姐妹产生争执，不同意随刘某一生活，也不希望刘某一探望。如允许刘某一探望母亲，将违背李某的真实意思，干扰李某的晚年生活安宁。故暂未支持刘某一的诉讼请求，刘某一可待各方矛盾缓和后再行主张。

典型意义

本案系充分尊重老年人赡养意愿的典型案例。赡养父母是为人子女应尽的义务，探望是精神赡养的重要方式，目的是为了老年人的精神世界更加满足。履行探望权本应得到提倡和鼓励，但如果赡养人的探望不能给被赡养人带来幸福和安宁，此种探望行为将无法达到慰藉老年人的目的。本案体现了对老年人在赡养方式选择上的尊重，切实保障老有所依。

案例 6

张某诉某保险公司人身保险合同案

基本案情

老年人张某通过旅行社投保某旅游意外险。在景区游玩时，张某不慎摔倒滚下台阶，造成身体多处损伤，被景区送到当地医院紧急治疗。因张某伤势较重，当地医疗条件简陋，张某返回天津继续治疗，为此产生医药费、紧急医疗运送和

运返费用五千余元。张某就保险理赔问题诉至法院。

裁判结果

法院生效裁判认为，保险公司对保险合同中免除保险人责任的条款，应当作出足以引起投保人注意的提示，并向投保人作出明确说明。张某受伤后采取的救援措施紧急且必要，某保险公司虽以合同中相关保险责任限制条件的约定予以抗辩，但未能举证证明向投保人明确提示了上述约定，故保险公司应承担紧急医疗运送和运返费用。

典型意义

本案系维护老年人商业保险权益的典型案列。目前，旅游已经成为老年人丰富晚年生活的重要休闲娱乐方式，购买旅游意外险也成为老年人保障人身财产权益的重要手段。旅游意外险合同多为格式条款，保险公司在对老年客户群体进行保险销售、理赔等工作时，应该针对老年人特点推行适老化服务，严格按照相关法律规定向投保人提示和说明合同条款，使得投保人能够充分认识和理解保险的相关内容。本案体现了人民法院保障老年人充分享受商业保险权益，实现老有所乐的司法导向。

案例 7

某居委会申请为王某指定监护人案

基本案情

王某系独居多年的孤老户，未婚无子女。某日，王某突发疾病晕倒，居家卫士系统监测到异常后及时向居委会示警，由居委会将王某送医。经诊疗，王某意识及表达均受影响，日常生活需要随时照料，王某亲属因身体状况无法担任监护人。居委会向法院提起特别程序，申请确认王某为限制民事行为能力人，并指定居委会为王某的监护人。

裁判结果

法院生效裁判认为，王某经鉴定为限制民事行为能力人。居委会了解王某的生活及身体状况，在其面临困难时主动担负起照顾王某的职责，对王某今后的照料设计了详细的方案和计划。王某亲属不具备监护条件，民政部门亦表示同意由居委会担任王某的监护人。故确认王某为限制民事行为能力人，指定居委会为监护人。

典型意义

本案系依法确定老年人监护人的典型案例。我国老龄化程度日益加深，居家养老需求不断扩大，保障老年人的养老生活需要全社会形成合力。本案在老年人亲属无法担任监护人的情况下，依据《中华人民共和国民法典》最有利于被监护人的原则，指定居委会为老年人的监护人，充分保障了老年人的生存权益及生活质量，对构建全方位老年人权益保护体系具有重要意义。

案例 8

张某等诉某物业公司离退休人员返聘合同纠纷执行案

基本案情

张某等 22 名原告均为五十岁至六十岁的退休返聘人员，在某物业公司从事社区保洁等物业服务，因某物业公司未发放劳务费诉至法院。生效裁判判决某物业公司给付各原告劳务费共计 20 余万元，某物业公司未依判决履行，各原告申请强制执行。

执行结果

执行程序中，人民法院迅速冻结某物业公司账户，积极开展调解工作。经人民法院与物业公司的多次沟通和释法明理，物业公司认识到拒不履行生效裁判的法律后果，与各原告达成分期履行的和解方案，并将执行款项交付法院。

典型意义

本案是人民法院圆满执结离退休人员返聘合同纠纷，保护老年人合法收入的典型案例。无论老年人为了丰富其晚年生活自愿参与社会劳动，或是为了缓解子女赡养压力、提升生活品质重新就业，其劳务报酬均应获得法律保护。本案从保障老年人合法权益角度出发，在审判、执行各环节开展多轮调解和释法析理工作，最终促成执行和解，并在法院的进一步督促下，保证执行和解协议的顺利履行。

案例9

李某诉张某探望权纠纷案

基本案情

赵小某父母离婚后，由母亲抚养并随母亲生活。后赵小某父母均去世，法院指定外祖父张某为赵小某的监护人，赵小某随张某一同生活。在此期间祖母李某多次要求探望赵小某，但外祖父张某拒绝李某探望，李某向法院提起诉讼，要求探望赵小某。

裁判结果

法院生效裁判认为，探望权是对监护权不能直接行使的补充和救济，李某虽不是法律规定的探望权主体，但由于李某之子已经去世，李某无法通过其子探望孙女。结合本案的具体情况，允许祖母隔代探望孙女符合中华民族传统美德和社会公序良俗，也能在一定程度上弥补父爱上的缺失，故判决支持李某的探望请求。

典型意义

本案系支持隔代探望的典型案例。我国法律明确规定可以行使探望权的主体是离婚后不直接抚养子女的父或母，并没有直接规定隔代探望权。但按照我国的风俗习惯及隔代养育的传统，隔代近亲属探望符合社会广泛认知，不违背公序良俗。

本案裁判结果考虑到孩子失去双亲及老人失去子女的情形，从有利于孩子健康成长的角度出发，支持了老人进行隔代探望，符合《中华人民共和国民法典》立法目的和弘扬社会主义核心价值观的要求，在保障未成年人身心健康成长的同时维护了老年人的合法权益。

案例10

王某与张某赡养费纠纷案

基本案情

张某系王某的独子，成年后单身无业。王某患有多种慢性病需要长期服药并定期治疗，饮食起居亦需照顾。王某认为张某现已研究生毕业，应对自己尽到赡养义务，故起诉要求张某按月支付赡养费。

裁判结果

法院认为，孝敬父母是中华民族的优良传统，张某虽无固定收入，但不能以此为由拒绝赡养父母。经案件承办人和家事调解员的劝解，张某和王某在家事社区法庭达成调解协议，由张某每月给付王某赡养费200元。张某同时承诺，有固定收入后会根据母亲实际情况提高赡养费金额，努力做到经济供养、生活照料和精神慰藉。

典型意义

本案系以调解方式处理经济困难子女承担赡养义务的典型案例。《中华人民共和国民法典》规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。司法实践中，需要综合被赡养人的实际需求、身体状况、经济状况以及赡养人的经济负担能力，平衡两者的利益之后确定赡养费的具体金额。本案充分借助家事调解员和家事社区法庭的力量，以调解方式缓和母子间的矛盾，修复双方亲情关系，推动矛盾纠纷实质性化解。

来源：天津高院民一庭

制作：李小芳

当精神赡养成为新型诉求……这家法院发布赡养纠纷涉老案件审判白皮书

2023-10-20 上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/EGdutsG_S_-8dYx1feutZWQ

静安区是上海市最早进入深度老龄化的城区之一，老年人口比重高达 40% 以上，与之相对应，上海市静安区人民法院（以下简称静安区人民法院）的涉老案件数量、类型呈逐年递增趋势。

在各类案件中，社会关注的赡养纠纷有哪些新情况、新问题？人民法院又是如何采取措施积极应对的？今天（10 月 20 日），在重阳节来临之际，静安区人民法院召开新闻发布会，发布 2016-2022 年赡养纠纷涉老案件审判白皮书（以下简称白皮书）和典型案例。



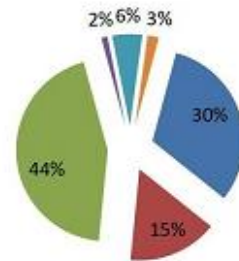
会上，静安区人民法院党组成员、副院长傅朱钢通报静安区人民法院涉老案件全流程观护体系机制建设情况，院党组成员、政治部主任、新闻发言人朱昱主持发布会，审委会委员、未成年人与家事案件综合审判庭庭长姚轶捷，副庭长白云介绍赡养纠纷涉老案件审理情况及典型案例。部分法院特约监督员、媒体记者、“银发盾牌”老年服务志愿者应邀参会。

白皮书显示，2016 年 1 月 1 日至 2022 年 12 月 31 日静安区人民法院共审理赡养纠纷案件共

112 件，结案 105 件，其中 62 件案件以调解或撤诉方式结案，调撤率近六成。

2016年-2022年度赡养纠纷案件结案方式情况

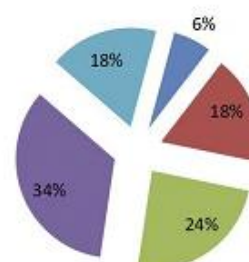
■ 判决 ■ 调解 ■ 撤诉 ■ 裁定驳回 ■ 裁定移送 ■ 裁定终结



在 112 件案件中，原告年龄在 80 周岁以上的案件共 58 件，占比超过五成，年龄最大的原告为 101 周岁；有 39 件案件中被告的年龄在 60 周岁以上，占纠纷的三成以上。赡养纠纷案件中，部分赡养义务人已至花甲之年，自身已经退休或者患有基础性疾病，对于被赡养人提出的赡养诉求，赡养义务人难以履行，这种“老养老”的赡养模式引发了家庭成员间赡养的矛盾。

原告年龄区间分布情况

■ 60周岁以下 ■ 60-69周岁 ■ 70-79周岁 ■ 80-89周岁 ■ 90周岁以上

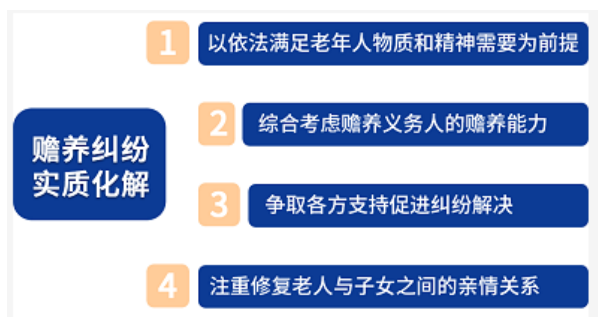


此外，赡养纠纷案件还呈现出被赡养人名义上起诉索要赡养费用、但实为要求精神赡养的新

特点。上述案件中，逾两成案件原告提出了要求子女对其照顾、探望、护理等不同程度的涉精神赡养诉求，甚至有的案件中，原告仅要求赡养义务人履行探望的义务。

白皮书指出，赡养纠纷实质化解存在**案件事实认定难、精神赡养义务执行难、“老养老”矛盾平衡难**的三大难点。

对此，静安区人民法院秉持司法护老理念，唤醒和修复亲情，综合考虑与平衡各方利益诉求。



➤ 一是以依法满足老年人物质和精神需要为前提。赡养费主要是维持老人基本生活、医疗需求的费用，承担赡养费的标准不低于本地最低生活标准，而满足精神需求表现在对老人心理和精神上的尊重、关心和支持。

➤ 二是综合考虑赡养义务人的赡养能力。从赡养义务人的收入、家庭负担能力、经济条件等方面综合酌定赡养费用，对于多子女家庭注意各子女之间经济条件的差异，根据老人的实际需要和子女的负担能力合理地确定各子女应当承担的赡养义务。

➤ 三是争取各方支持促进纠纷解决。在案件办理中提前介入、积极与养老保险机构、民政部门等取得联系，争取社会各方支持，寻求多元化纠纷解决方案；同时加强诉源治理，深入社区、街道开展普法宣传，争取把赡养纠纷化解在基层、解决在萌芽状态。

➤ 四是注重修复老人与子女之间的亲情关系。充分调动情、理、法等规则要素，使赡养义务人自觉履行赡养义务，充分听取双方诉求，注重

亲情唤醒和修复，把纠纷干预与关系治疗相结合，促进双方打开心结。

发布会还介绍了**四起赡养纠纷涉老典型案例**。在一起典型案例中，92岁的张阿伯和90岁的李阿婆起诉要求大女儿支付自2022年9月的赡养费每月1000元，且每月探望2次，每次不少于4个小时。鉴于老夫妇退休金收入完全能负担其支出，且仍有存款等，而大女儿的退休工资尚不足以支付自己医疗、养老费用等情况，最终人民法院对张阿伯和李阿婆的赡养费用诉求不予支持，但支持了要求被告探望的诉求。该案即是一起典型的名为索要经济赡养，实则诉请精神赡养的案例。判决后，人民法院落实审执兼顾的判后保障措施，经回访，大女儿能积极对父母进行探望，双方关系亦得到修复。

傅朱钢介绍道，为深入贯彻习近平法治思想，积极应对人口老龄化，静安区人民法院**首创性地将“观护”概念引入涉老审判工作**，把涉老审判“专项工作”提升为全院“重点工作”，把涉老案件“专门审判”拓展为“立审执全流程观护”。

了解更多

《人民法院报》：全力构建涉老审判全流程观护体系

在此基础上，静安区人民法院打造了**涉老审判工作机制**，即：

- 1、制定一份符合静安区域情况及静安区人民法院实际的涉老审判工作意见；
- 2、针对立审执各阶段，出台三份配套工作办法；
- 3、根据案件种类及老年当事人特殊需求等情况，动态形成若干份类案操作指引。

了解更多

《人民法院报》：解决老年人急难愁盼，是家事也是国事

下一步，静安区人民法院将进一步持续完善涉老案件全流程观护体系，不断探索办理涉老案件的新思路、新方法，充分发挥司法机关在老年人权利维护与社会综合治理中的积极作用，推动涉老审判和老年维权工作再上新台阶。

来源 | 上海市静安区人民法院

文字：范婷婷

摄影：刘宁

责任编辑：蒋梦娴

声明 | 转载请注明来自“上海高院”公众号

小案大道理 | 恶意串通处分夫妻共同财产，房屋买卖合同无效

2023-10-24 天津高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/8CvzEDwYF1InhFckM9GBkQ>

一个案例胜过一打文件。

天津高院推出“小案大道理”栏目，带您一起回顾那些熠熠生辉的“小案”，回味那些蕴含其中的“道理”。如果夫妻关系存续期间恶意处分共同财产，合同有效吗？

本期为您带来的是马某某与刘某某确认合同无效纠纷案。

购买诉争房屋，后取得不动产权证。2021年7月1日至2021年11月5日期间，原告因病住院接受治疗。

案情简述



原告马某某与刘某某1系夫妻关系，二人无子女。被告刘某某与刘某某1系姐妹关系，刘某某1系智力二级残疾。刘某某1婚后继承其母拆迁房屋，并于2008年与村委会签订《拆迁安置补偿协议》，约定按1:1比例完成还迁安置。2019年，刘某某1与天津市某建设公司签署经济适用住房买卖合同，



2021年10月8日，刘某某1与被告刘某某签订《天津市存量房屋买卖协议》，约定刘某某1将涉案房屋出售给被告，双方自愿放弃资金监管服务。后原告马某某因患精神分裂症于2022年7月18日经法院生效判决宣告为限制民事行为能力人，马某某1为其监护人。刘某某1于2022年7月31日去世。原告认为刘某某1与被告趁原告住院期间隐瞒原告卖房的行为属于恶意串通，故诉至法院要求确认房屋买卖协议无效。

裁判结果

人民法院生效裁判认为，案涉房屋为原告马某某与刘某某1的夫妻共同财产，刘某某1将涉案房屋出售给被告，原告对此并不知情。综合考虑买

买卖合同签订时间、刘某 1 智力残疾情况以及没有证据证明原告或刘某 1 曾收到购房款等情况，人民法院最终认定被告与刘某 1 的行为符合恶意串通损害第三人利益情形，判决双方签订的房屋买卖合同无效。

典型意义

本案是人民法院依法认定合同效力，保障弱势群体合法权益的典型案列。本案中原告身患多种疾病，除低保外无任何收入来源，案涉房产是保障其生活就医的唯一财产，法院经多方走访，并结合在案证据确认买卖合同无效，保障了原告合法财产权益。同时，因原告年事已高、身患疾病，且被宣告为限制民事行为能力人，法官在裁判文书中特别寄语原告监护人积极履行监护职责，对原告的日常生活悉心照料。本案的依法审理，有助于弘扬家庭美德、构建文明和睦的家庭关系。

法官心语



兰 岚，天津二中院民事审判第二庭副庭长

双方恶意串通损害他人合法权益，具有明显不法性，应当给予否定性评价。为获取不法利益，与相对人出于恶意串通订立合同，侵害特定第三人的合法权益，根据《中华人民共和国民法典》第一百五十四条的规定将被认定合同无效，终将受到法律的惩戒和制裁。

本案中，原告为被告妹夫，在原告生病住院期间，被告与其妹签订《房屋买卖协议》，未提供证据证明支付购房款，且将登记在其妹名下的房产过户到己方名下。现被告妹妹去世，被告与其妹的房屋买卖行为明显存在恶意串通刻意隐瞒的情形，损害了被告妹妹唯一继承人原告的合法权益，最终法院认定《房屋买卖协议》无效。同时，因原告为限制民事行为能力人，在裁判文书中特别寄语原告监护人积极履行监护职责，保护原告的人身权利、财产权利以及其他合法权益。

法网没有空子可钻，希望本案的处理给以不法行为谋取不法利益的行为人以警醒，建立诚实守信的社会秩序，弘扬社会主义核心价值观，助力构建文明和睦的家庭关系。

专家点评



刘晓纯，天津大学法学院教授

恶意串通行为是指行为人与相对人互相勾结，为谋取私利而实施的损害他人合法权益的民事法律行为。我国《民法典》第一百五十四条规定：行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。本条规定其立法初衷系在保护第三人利益，旨在通过法律行为效力的否定，来体现对恶意通谋损害他人合法权益行为的负面评价。

弱势群体由于年龄、性别、贫困或残疾等原因而在社会中处于劣势地位，往往面临着更多的被歧视、被侵犯权利的风险。对弱势群体提供有力的司法保护，有助于弱势群体的权益保障、生活质量提高和个人发展的实现，也有助于建立一个更加公正、和谐的社会。本案中，以案涉房产作为其保障其生活、就医的唯一财产的身患多种疾病的原告，经法院确认案涉买卖合同无效，其合法权益得以不受侵害。通过公正的判决，法院为平

等、公正的社会社会主义核心价值观的实现提供法律支持。

判决书中对于原告监护人的寄语，还弘扬了诚信、友善的社会主义核心价值观，有利于增强人们对法律的信仰和对司法的信任。

策划：法宣处 | 制作：陈美汐

业务指导：高院研究室

案例来源于 2023 年度弘扬社会主义核心价值观典型案例

二、媒体典型案例

(一) 婚姻效力案例

冒名婚姻登记 司法建议促撤销

2023-10-16 福州市鼓楼区人民法院 全媒体工作室

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

如果有一天，你发现朝夕相处的她不是“她”，长期和你存在生意往来的她不是“她”，合同签名上的抵押人不是“抵押人”，你该怎么办？

近日，鼓楼法院在审理一起金融借款合同纠纷再审案件时，经办法官慧眼识“案”，发现当事人冒用他人身份信息办理婚姻登记、借款，鼓楼法院发出司法建议巧化风险。

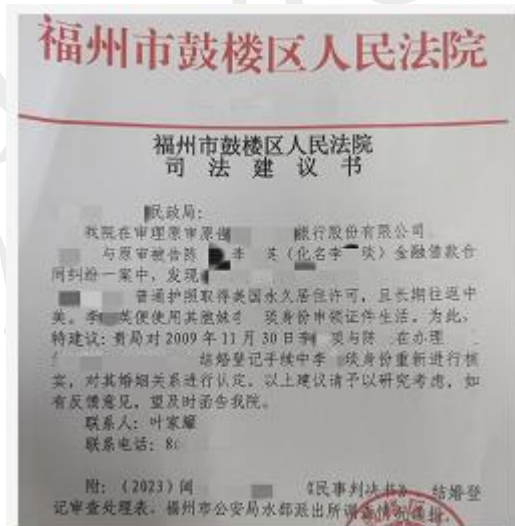
2015年7月，陈某、“李某琰”与某银行签订《个人借款-担保合同》，立约人三方分别在借款人、贷款人、抵押人对应位置上签名捺印以及盖章，“李某琰”在案涉合同中，以陈某配偶的身份签字捺印。

审理



在该案审理中，经办法官发现因李某琰长期居住国外，其姐李某英则长期冒用其身份进行生活和各种经营活动，包括在此次借款过程中，李某英冒用其胞妹李某琰身份进行签字，并且发现

早于2009年11月30日，李某英以李某琰身份与陈某已办理结婚登记。



凭借着多年的办案经验，经办法官敏锐地觉察到冒名顶替办理婚姻登记问题，若不及时处置将导致更多纠纷。于是在民事再审案件一审审结后，经办法官向对应民政局发出了《司法建议书》，建议民政局对“李某琰”和陈某办理的婚姻登记手续重新进行核实。

经调查核实，民政局发现该登记确实存在冒用的问题。最终，民政局采纳了鼓楼法院的司法建议，作出《撤销婚姻登记决定书》，撤销了该局婚姻登记处于2009年11月30日办理的“李某琰”和陈某的结婚登记。

化解

司法建议巧化风险

近年来，以冒名顶替或者弄虚作假的方式，办理婚姻登记或者公司股东登记行为多发，该类行为在扰乱婚姻登记秩序的同时，也会在房屋买卖、工商登记等领域，埋下重大法律隐患，影响区域营商环境的建设。

鼓楼法院从民事再审案件中发现有可能引发婚姻登记行政纠纷和其他民事纠纷的线索，未雨绸缪，防范未然，以司法建议的形式，妥善处理了

该类纠纷，有效保障了婚姻登记秩序的有序和社会经济活动的平稳，同时也在一定程度上起到了诉源治理的作用。

来源 | 叶家耀 林功耿（行政庭）

照片 | 行政庭

编辑 | 小古月

审核人 | 袁文伟

家事法苑

（二）恋爱同居纠纷案例

男女恋爱期间，因处于热恋状态或者出于共同生活、步入婚姻等因素考量，双方往往会产生较多经济往来，尤其在双方缔结婚约后，给付大额财物或者高档礼品等情形并不鲜见。但当浓情蜜意褪去，婚恋关系结束，财产纠纷也随之而来——
分手后，哪些彩礼应返还？

2023-10-17 人民法院报 牟文洁

http://www.rmfb.com/paper/html/2023-10/17/content_233100.htm?div=-1

转账时浓情蜜意 分手后诉返钱款

张先生与李女士在国外留学期间相识，回国后于2018年6月建立恋爱关系，双方系异地恋，没有同居生活。后二人因买房等问题发生争执，2019年年底李女士提出分手，双方结束恋爱关系。

双方恋爱期间，张先生向李女士微信转账总计23468元，其中2018年12月2日转账1万元（转账说明为“老婆的包包”）、2019年3月16日转账666元（转账说明为“生日快乐”）、2019年6月2日转账8888元（转账说明为“爱你”）、2019年8月18日转账1314元、2019年10月15日转账520元……

2019年2月，张先生与李女士互相去了对方父母家，商谈结婚事宜。此后的微信聊天中，双方就车、钻戒、房子等问题多次讨论。2019年9月，李女士看上了一款钻戒，要求张先生转账购买，张先生向李女士银行卡转账29万元，后李女士用该款项购买了钻戒。

张先生称，与李女士已分手，上述31万余元款项都是以结婚为目的附条件赠与对方的，应予以返还。

李女士辩称，涉案转账为张先生在恋爱期间的赠与款项，微信转账金额具有情侣间特殊含义且有情侣间的亲昵备注，另29万元的转账用于消

费钻戒，该笔转账未有任何约定为婚姻支出，也未约定有履行义务，应视为恋爱期间维系感情的赠与行为，成年人在恋爱期间经济上的投入系双方自愿行为，应对各自行为负责。

北京市昌平区人民法院经审理后认为，张先生与李女士已谈婚论嫁，并着手订婚结婚事宜，应认定双方建立了婚约关系。关于彩礼数额，张先生向李女士微信转账23468元，其中两笔大额转账均为张先生在双方恋爱期间给李女士买东西的支出，其余小额转账是具有特殊含义的爱意表示，张先生亦表示上述微信转账是为了维护双方的感情，故法院认定上述微信转账金额应视为张先生对李女士的赠与，不应视为彩礼；至于张先生向李女士银行转账的29万元款项，结合双方聊天记录，可以看出该款项系双方因结婚的预期而由张先生给李女士购买钻戒的支出，且金额较大，该款项应该认定为彩礼。最终，法院判决李女士返还29万元。

未领证先生下娃 解婚约诉返彩礼

小何与小蕾于2017年春节期间通过微信认识，二人于2018年12月举办婚礼，但未领证，双方于2019年3月生育一女，女儿自出生后一直由小蕾抚养照顾。双方约定于2019年8月领取结婚证，后于2019年7月因家庭矛盾和纠纷，小何与

小蕾取消婚约。小蕾称双方认识不到一个月就一直一起生活。

小何陈述，其家人给付小蕾彩礼 9.8 万元、改口费 2 万元、给小蕾压岁钱 2 万元、给孩子压岁钱 1 万元，共计 14.8 万元。小何认为，小蕾应退回其及家人支付的全额彩礼及相关礼金，遂诉至法院。

小蕾辩称，小何按照结婚习俗给付其彩礼后，经过双方家庭共同协商，虽未领取结婚证，但是在 2018 年 12 月二人举行了结婚仪式，双方亲友均有出席，表明其已经履行或者部分履行婚约。举办婚礼仪式前，其已与小何共同生活，结婚仪式后，仍然一起共同生活。未按约定时间领结婚证的原因是小何对其殴打造成轻伤，小何存在明显过错，故于 2019 年 7 月终止共同生活。小蕾认可收到 14.8 万元，但同时陈述上述费用已用于孕期检查、剖腹产及共同生活消费。

昌平区法院经审理后认为，双方虽未领取结婚证，但二人已举办结婚仪式，并生育一女，且双方均承认在举行结婚仪式前就已经共同生活，对社会公众造成了双方系合法夫妻的假象，现因家庭矛盾小何要求小蕾返还彩礼、改口费等共计 14.8 万元，对小蕾显失公平。最终，法院判决驳回小何的诉讼请求。

分手后诉返窗户修复款 法院认定彩礼性质判返

马先生与张女士于 2019 年 9 月初相识，随后确立了恋爱关系。双方于 2019 年 10 月开始在张女士居住的村里同居。2019 年 12 月，双方举办了订婚宴，但此后因二人产生矛盾一直没有办理结婚登记和举行婚礼，直至 2021 年 12 月双方分居并最终分手。

在同居生活期间，马先生的父亲来京看望双方，并转账给张女士 2.5 万元，用于房屋窗户修复，以进一步改善双方居住条件。2019 年 12 月，马先生的父亲转账给张女士 3 万元，用于购买三

金首饰。同月，双方举办了订婚宴。马先生的父亲于订婚宴当日给付张女士彩礼 20 万元。后马先生的父亲还向张女士转账 10 万元用于房屋翻建。

马先生诉称，与张女士自相识到分手仅两年时间，张女士以结婚为诱饵，不断从其与父亲处获得钱款。二人订婚后，马先生提出领证生孩子，张女士要求翻建房屋后再考虑结婚。房屋建好后，张女士又以其他原因一拖再拖。马先生及其父亲遂诉至法院，要求张女士返还窗户修复款、购买三金费、彩礼、建房款等。

庭审中，张女士对马先生向其转账的建房款、三金首饰费、彩礼款确认均已收到，认可为双方婚约财产，并同意在合理比例范围内返还部分款项。但对窗户修复费 2.5 万元，张女士认为该款项系马先生的赠与，且窗户在房屋翻建时已灭失，不应当返还。

昌平区法院经审理后认为，对窗户修复费 2.5 万元的性质及返还，结合款项给付时间及后续双方订婚等行为，款项的给付应是考虑为二人订立婚约及日后缔结婚姻而给付的大额款项，应按彩礼的性质认定处理。最终，法院判决张女士返还窗户修复费、彩礼等共计 29 万余元。

观察思考

婚约豪赠需谨慎

情侣间往往会通过赠送礼物等形式表达爱意，加深感情。根据法律规定，赠与一般分为两种类型：一种是一般性的无偿赠与，另一种是附条件的赠与。

民法典第六百五十七条规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。第六百六十一条规定，赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

一般性的无偿赠与，赠与人在赠与完成后不能再要求受赠人返还。如日常生活中的共同消费

支出、特殊节日向对方赠送礼物、“520”、“1314”等具有特殊含义的转账等都是情侣间的无偿赠与。

而彩礼作为中国传统的婚嫁风俗，是男女双方为缔结婚姻而由一方给付另一方的金钱或财物，其实质上是附条件的赠与。附条件的赠与只有所附条件成就才生效，否则不发生法律效力。

《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）》第五条中，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：双方未办理结婚登记手续；双方办理结婚登记手续但确未共同生活；婚前给付并导致给付人生活困难。

法官提醒，要树立正确的婚恋观，摒弃借婚姻索取财物、高额彩礼等不良风俗，对于大额经济来往要做到及时留痕，保存好转账记录、微信聊天记录等证据，保持相对财产独立，避免让物质成为“感情枷锁”，让婚恋回到“恋”之本心。

处对象给女友买的车，分手了能要回吗？

2023-10-21 南通市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/nM9eVS_BDkv1VhZVdbo13g

处对象时给女方买车，工资卡交女方支配，分手了，花出去的钱，能要回吗？近日，海门法院审理了这样一起恋爱、同居期间财产纠纷，一起来看……

案情简介

现年55岁的老王是南通某物流公司电焊工，丧偶后一直单身。儿子成家后，形单影只的老王在朋友的介绍下于2022年6月27日认识了离异的陈女士。虽因工作分居南通、海门两地，但双方感情火速升温，陈女士常去南通看望老王。7月初，陈女士以双方分居两地、交通不便为由，提出需要购买汽车。为满足女友心愿，老王于7月3日微信转账7万元给陈女士。次日，陈女士自行前往4S店购得大众牌汽车一辆，除首付款68000元外，余款60000元以无息贷款方式按月给付，月供2500元。车辆登记于陈女士一人名下。

7月中旬起，双方开始同居，并添置了床、家电、棉被等，甚至对老王的房屋阳台、浴室进行了装修。如新婚燕尔般，小日子似乎越过越有味了。期间，老王不仅帮陈女士偿还了前三个月的车贷，

甚至将工资卡也一并交出，由其支配用以双方生活开销。

奈何爱情如同烟花绚烂般稍纵即逝，热情来得快，去得也急。11月中旬，因经济纠纷，陈女士提出了分手，双方的恋爱关系就此画上了句号。

分手时，陈女士认为购车款是老王赠与给自己的生日礼物，不应返还。对同居期间的其余经济往来，陈女士认为均已用于共同生活。此外，已支付老王23200元做了了结，故不愿再支付。

可老王认为，双方以结婚为目的才给付购车款。现未结成婚，理应返还。此外，同居期间，陈女士多次私刷其工资卡购置私人物品共计37800元。双方的经济账并没有算完。多次协商未果后，老王到海门法院起诉，请求法院判令陈女士返还购车款70000元、工资37800元、微信转账9500元、现金2800元，合计120100元。

法院判决

海门法院经审理认为，该案系符合结婚登记条件的男女在恋爱、同居期间发生的财产纠纷。此类案件，双方交往期间财产往来频繁、性质亦较为复杂。

一般而言，在恋爱期间为了增进感情而赠送礼物或支出金钱的经济活动属于赠与，且赠与后不予撤销。但一方以共同生活或结婚为目的，发生的大额钱款或财物给付具有彩礼性质，为附条件的赠与。当共同生活不能维系或结婚条件不能成就时，应结合钱款的给付目的、数额、实际用途，给付人的经济能力、真实意思表示，双方是否同居及期间长短等因素酌情决定是否返还及返还的数额，以妥善平衡各方当事人的利益。

该案中，为方便共同生活、满足通行之需，老王出资供陈女士购置汽车。作为普通的工薪阶层，所转7万元数额较大。结合购车用途，该转账行为符合为共同生活所为的附解除条件的赠与。该法律行为与一般意义上的无条件赠与性质不同。双方已事实同居，但期间较短，故对购车款，陈女士应部分返还。同居期间，对老王房屋的改造装修属于对其个人房屋的添附行为，房屋及室内添置家电、家具、生活用品等仍归老王所有，相应花费应从共同生活消费账目中扣除。此外，部分钱款给付系老王在恋爱期间表情达意所为的赠与，

不再返还。另扣除老王主张现金给付却无事实依据的钱款、陈女士于诉前实际返还的钱款，**海门法院判决陈女士返还老王3万元。**

法官提醒

恋爱期间一方对另一方给付款项的性质，应当根据双方当事人当时的具体关系、转账的具体情况以及习俗综合认定。

同居生活前，一方自愿赠送给对方的财物可比照赠与关系处理。若一方借婚姻关系向另一方索取财物，如同居时间不长，或者因索要财物造成对方生活困难的，解除同居关系时，可酌情返还。

同居期间，双方应尽量避免大额财产的往来，必要时可通过协议明确同居前的各自财产、同居期间购置的财产性质、归属。以免蜜恋时不分你我，分手时却因经济纠纷反目成仇。

来源：海门法院

编辑：周莉莉

审核：顾建兵

（三）损害赔偿案例

离婚后才发现前夫婚内致人怀孕？女子怒诉至法庭！法院这么判

原创：2023-05-19 上海法治报 陈颖婷

<https://mp.weixin.qq.com/s/hkL6qb5D0b9r0tul3Ci5QQ>

直至丈夫张先生起诉离婚，吴女士才得知丈夫出轨，经过了两次离婚诉讼，两人最终分道扬镳。随后，张先生就火速再婚，然而，在离婚仅仅6个月后，他的小女儿就出生了，得知了一切的吴女士，要求丈夫支付其离婚损害赔偿金5万元。

上海市浦东新区法院日前审理了此案。法院推算出张先生的小女儿是在他与吴女士婚姻续存期间怀上的，违法了夫妻忠实义务，侵犯了吴女士的权利，判决赔偿精神损害抚慰金4万元。

吴女士与张先生在2015年登记结婚，第二年生育了女儿小佳。吴女士说，2021年9月，张先生向法院起诉离婚，庭审中张先生承认与婚外异性同居，并造成其怀孕。她为了家庭完整，不同意与张先生离婚。但张先生自2021年8月搬走与婚外异性同居以后，再未回家。2022年7月，张先生第二次向法院起诉离婚。2022年8月，双方经法院调解离婚。

后来，吴女士从朋友处得知，2023年初，张先生与其他人生的小女儿出生。吴女士认为，张先生在与她离婚前，与他人同居并致其怀孕，造成她的精神损害。但她在离婚一案中未意识到可以就此向张先生主张损害赔偿，现她作为无过错方，起诉要求张先生支付其离婚损害赔偿金5万元。

而张先生则认为，双方在调解离婚一案中，吴女士未提出离婚损害赔偿，且双方约定财产归各自所有，婚后财产都在吴女士处。在张先生看来，离婚以后，吴女士又多次起诉，其动机是为经济利益。他表示2021年8月开始与吴女士分居，并不是与他人同居，而是租房自住。双方离婚的根

本原因在于他在婚姻中未感受到吴女士的付出和关爱，双方三观不合。

法院审理后认为，根据《中华人民共和国民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释》的相关规定，因夫妻一方存在重婚、与他人同居等过错行为导致离婚的，无过错方有权要求对方就过错行为造成的物质损害和精神损害进行赔偿。夫妻应当互相忠实，互相尊重。“与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。由此可见，同居应是一个长期过程，而非偶然现象。张先生在第一次起诉要求与吴女士离婚一案中，承认与他人同居的事实。

张先生第二次起诉要求与吴女士离婚，双方于2022年8月离婚，但张先生于2023年2月与现任配偶生育一女，期间仅间隔6个月。根据相关医学规律，妇女的妊娠期通常为10个月左右，在无相关证据证明其实际妊娠确为6个月的情况下，法院推定其受孕时段为吴女士与张先生婚姻关系存续期间。张先生违法了夫妻忠实义务，侵犯了吴女士的权利，应当赔偿吴女士的相关损失。

吴女士虽然未在与张先生离婚时就主张损害赔偿，但并无证据证明吴女士已经明确表示放弃该项权利。根据张先生的过错程度、双方所生女儿由吴女士抚养的事实，并结合本市的司法实践，法院酌定张先生赔偿吴女士精神损害抚慰金4万元。

记者 | 陈颖婷

编辑 | 谢钱钱

（四）民间借贷纠纷案例

夫妻离婚分房，婆婆拿出一张152万借条说“儿子签的”！法院这么判

原创：2023-10-18 上海法治报 胡珺

<https://mp.weixin.qq.com/s/FHNP5uqU7Y2M6YP060aImA>

出资替儿子儿媳买房时，婆婆私下让儿子写了借条，就是担心将来两人的关系生变。当儿子儿媳真的闹起了离婚时，婆婆拿出了这张借条，但儿媳不认可借条的效力，这笔借款，婆婆能要回来么？以下是北京盈科（上海）律师事务所胡珺律师的讲述。

出资购房，写下一张借条

李阿姨的儿子前几年结了婚，婚后育有一子，但小夫妻因为生活琐事矛盾频发，已经到了要离婚的地步。

本来小两口的事李阿姨也不想多管，但前两年因为媳妇多次提出要在她家房产证上加名字，李阿姨一开始不肯，后来觉得孙子都有了，就用自己之前的一套房屋售后所得房款152万元，为儿子儿媳买房付了首付。

现在眼看儿子儿媳可能要离婚，儿媳会分走房屋的一半，李阿姨说不出的心疼。

这时她又想到，当初买房的时候，她是让儿子写过一张借条的，虽然因为考虑到媳妇会反对，当时这事没有跟媳妇说，但自己出资和写借条都是真实的，李阿姨琢磨是不是可以把这笔钱要回来，这样即使房屋分割了，自己和老伴半辈子的积蓄总能保住。

梳理案情，判断可以胜诉

我对李阿姨带来的材料进行了仔细地梳理，认为本案的关键在于能否凭借只有儿子一人签名的借条，将此笔借款认定为夫妻共同债务。

因为类似夫妻离婚，一方父母起诉债务的案件特别多，法院为了避免恶意虚假诉讼的可能，所以审查会相对比较严格。但是，李阿姨确实能够提供152万元的来源，以及给儿子儿媳支付房款的转账凭证，而且李阿姨也再三跟我保证借条绝不是因为儿子要离婚而事后补签的，她自己一直是个多疑且做事比较周全的人，尤其当初媳妇一直催着买房，她心里也不是很舒服，所以给钱的时候就要求儿子出具了借条。

虽然没明确这笔钱什么时候要还，但她考虑如果儿子儿媳对她不好，也可以作为一种约束。

基于了解到的案件事实，我跟李阿姨说虽然儿媳未必知情，但儿子的举债并非用于个人生活，这笔钱确实转化为了夫妻共同财产，所以这笔债务认定为夫妻共同债务在法律上是站得住脚的。

由于李阿姨儿子提起的离婚案件即将开庭，如果房屋被分割后再主张权利恐怕会增加案件难度，于是我接受李阿姨的委托后立刻提起民事诉讼，要求李阿姨的儿子和儿媳清偿借款152万元。

儿媳主张，母子串通补签

我们起诉后，法院很快对本案进行了开庭审理，庭审中李阿姨向法院出具了本案的关键证据，即儿子签名的借条。

对此儿媳辩称，这152万元是当初买房时，李阿姨给夫妻二人的共同赠与。由于自己与丈夫感情不和已经有段时间，这张所谓的借条是母子两人共同串通事后补签的，目的就是为了让少分一些财产给她。

为了说明这张借条确实是真实的，我代理原告主动向法院申请对借条的笔迹形成时间进行鉴定，原本以为这样就可以水落石出了。但很遗憾的是，鉴定机构向法院反馈，无法对借条中笔迹的具体形成时间进行准确鉴定。

在无法鉴定的情况下，这张借条是否应该被采信呢？

详细询问，还原出资过程

庭审中，法官极其细致地向李阿姨及其儿子询问了整个借款的细节，因为是事实，两人的回答并无任何出入。

李阿姨的儿子还如实向法庭陈述：“妈妈当初不舍得这笔钱，要求必须写借条，还要我跟老婆说。但我觉得老婆知道了肯定要不高兴，所以我瞒着她没说。”

作为代理律师，针对媳妇关于该笔钱款为赠与的主张，我发表了代理意见：

本案是借贷纠纷，原告就出资及出资性质这两个关键事实完成了举证。两被告对出资的事实都予以了承认，但作为被告的儿媳否认该笔出资的性质是借款，但其理由并不成立。

首先，原告所出具的借条由作为被告的儿子当初筹措买房资金时所写，两人对借条形成的原因和过程在法庭上的陈述基本一致，是因为儿子儿媳不愿意让李阿姨的名字上产权证，李阿姨不甘心自己的财产被侵占，为防范小夫妻的婚姻日后出现问题或者对她不孝顺，坚持要求以借款形式出资完全符合社会现实。

其次，借条上没有出现儿媳的名字并不影响该笔借款为夫妻共同债务。

庭上强调，属于真实借款

在庭审中，李阿姨的儿媳还提出，当初李阿姨将这笔钱给儿子买房时，就知道他们没有能力归还，因此产生的借条是不真实的。

对此我马上指出，这一理由同样不成立。

李阿姨认为这笔钱是用于购房的，而房屋升值在当时是一个趋势，儿子、媳妇不存在无力归还的问题。只要自己当初出资时的意图是出借而非赠与，就有权利根据实际情况随时要求归还。

我进一步提出，由于李阿姨的儿媳结婚后一直要求在房产证上加名字，并且与李阿姨关系处得不好，因此，李阿姨一直对她有所防备。152万元是老夫妻俩一辈子的积蓄，不可能轻易送给这样的儿媳。所以李阿姨在儿子、媳妇不同意在新购买的房屋产权证上加她的名字后，就要求儿子写借条，确实有防范媳妇侵占自家财产的意图，这是完全符合常理和社会现实的。

一个真实的借款关系如果被强行定义成赠与，那就是强占原告的财产。从公平的角度而言，这个借款是没有利息的，房子却在购入后有了巨大的升值，儿子儿媳已经从中获利不少了，如果连本金都不还给李阿姨，实在令人无法理解和接受。

法院判决，夫妻应当还钱

最终，法院判决完全支持了我方的诉讼请求。

法院认为，李阿姨提供了儿子出具的借条和为他们支付购房款、税费的银行回单及缴税凭证，两被告对152万元的出资均不表示异议，但儿媳认为该款系原告赠与两被告的，不属于借款，并主张借条是事后补写的，却未能提供证据加以证实，故法院不予采信。

本案两被告因缺少资金要求原告李阿姨出资，作为被告的李阿姨儿子出具了152万元的借条，李阿姨根据借条如数出资，双方之间既有借款的合意，又有实际给付的行为，故借贷关系成立。虽然借条上只有李阿姨儿子一人签字，但该借款是用来购买两被告生活居住的房屋，故应认定为夫妻共同债务，由两被告共同偿还。

判决后，李阿姨的媳妇并没有上诉，在跟李阿姨的儿子离婚后，她承担了需要她支付的债务。虽然儿子结束了一段婚姻，起码李阿姨还是保住了本该属于她自己的财产。

作者 | 胡珺 北京盈科（上海）律师事务所

编辑 | 谢钱钱

（五）抚养费纠纷案例

离婚后未直接抚养子女一方实际抚养子女期间，要求另一方支付抚养费的认定

2023-10-15 德州市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/egPMZehbWaES2ANMUJzLhg>



山东法院民法典适用典型案例 135

离婚后未直接抚养子女一方实际抚养子女期间， 要求另一方支付抚养费的认定

——原告赵某甲、赵某乙与被告张某某抚养纠纷一案

裁判要旨

父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。在已有生效法律文书对抚养关系进行确定的情况下，未严格按照生效法律文书履行抚养义务的行为，应予否定。一方在行使探望权期间实际抚养子女，以子女和自己名义共同起诉要求另一方支付在此期间的抚养费，在未举证证明已经足额履行支付抚养费义务且另一方拒不履行直接抚养义务的情况下，法院不应予以支持。

基本案情

赵某甲与张某某原系夫妻关系，2015年生育女孩赵某乙。在离婚诉讼中，经人民法院主持调解，双方达成离婚调解协议确认：女孩赵某乙由母亲张某某抚养，赵某甲自2016年10月起每月负担抚养费1000元直至孩子自立时止。赵某甲每月可探望赵某乙两次，张某某予以协助。调解书生效后，赵某乙随张某某生活，2019年5月至2021年1月，赵某甲探望期间接走赵某乙共同生活，之后由张某某将赵某乙接回。2022年10月赵某甲接走赵某乙进行探望后称张某某失联，无法将赵某乙送回，为此以赵某乙、赵某甲为共同原告起诉请求变更子女抚养关系，要求张某某支付2019年5月至2021年1月以及2022年10月至今抚养期间的抚养费60000元及利息。

裁判结果

临沂市罗庄区人民法院一审判决：一、原告赵某乙自即日起变更由原告赵某甲直接抚养，被告张某某每月负担抚养费1000元，自2023年6月28日至女孩年满十八周岁止，于每月30日前支付，每年12月30日为年度支付日；被告张某某对赵某乙享有探望权，在不影响赵某乙学习生活情况下，每月探望一次，原告赵某甲负有协助义务；二、驳回原告赵某乙、赵某甲的其他诉讼请求。赵某甲、赵某乙不服一审判决，向临沂市中级人民法院提出上诉，临沂市中级人民法院二审判决：驳回上诉，维持原判。

案例解读

《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条第一款、第二款规定：“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。”该规定明确父母离婚不影响父母子女之间的权利义务关系，强调父母对子女所必须承担的法定义务不因婚姻关系的改变而改变。在诉讼离婚情况下，父母双方未按法院生效调解书履行义务，未直接抚养子女一方在探望期间实际抚养子女，实质上系履行抚养义务的一种方式。即便基于未成年子女利益考虑，以子女名义起诉要求另一方支付实际抚养期间的抚养费，实质上仍有违民事调解书的内容，法院不宜予以支持。本案中，关于赵某乙的抚养问题，已经人民法院生效民事调解书确认，双方就婚生女孩的抚养权及抚养费达成一致意见，而双方未严格按照调解书确定的内容履行义务，应予否定。离婚后，赵某乙无论实际随父或随母生活，均不能改变调解书确定的抚养关系。期间赵某甲接走赵某乙随其生活，系履行抚养义务的一种方式，应视为赵某甲对赵某乙的自愿抚养行为，赵某甲亦未举证证明张某某拒不履行直接抚养义务，应当自行承担相应法律后果。故对于赵某甲要求张某某支付代抚养期间的抚养费，不应予以支持。

相关法条

《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情

况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

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

前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第五十五条 离婚后，父母一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚养费的，应当另行提起诉讼

《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》第八十三条 在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定；协商不成的，由人民法院在他们之中指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法典第二十七条、第二十八条规定的监护人的，可以指定民法典第三十二条规定的有关组织担任诉讼中的法定代理人。

编写人简介



石仁举，临沂市罗庄区人民法院盛庄法庭庭长、一级法官



胡慧霞，临沂市罗庄区人民法院盛庄法庭法官助理

一审独任审判员：石仁举

二审合议庭成员：金文、张晓燕、王信峰

书记员：尤君晓

编写人：临沂市罗庄区人民法院 石仁举、胡慧霞

审定人：山东省高级人民法院 芦强

临沂市中级人民法院 周群

来源：山东高法

编辑：文奇

审核：司晓博

成年大学生能否要求父母支付抚养费？法院判了！

2023-10-17 湖南高院

https://mp.weixin.qq.com/s/950BUzzHRuRqOL_kYZ0fsg

父母对子女有抚养教育的义务，但如果子女已经成年，是否有要求父母付抚养费的权利呢？请看本期案例！



小戴系某大学大四学生，其父老戴与其母何某感情不和，于 2016 年 12 月协议离婚，未约定抚养费。

2018 年 3 月，何某与老戴签订《老戴、何某离婚后对女儿小戴的抚养协议》，协议中约定：由老戴负责小戴抚养费共计八万元整。从 2018 年开始至 2021 年，每年支付小戴 20000 元。老戴仅支付小戴 30000 元后，剩余 50000 元至起诉前未付。

小戴目前无生活来源，助学贷款 30000 元，另小戴之母何某患有鼻咽癌，经济困难。小戴向

法院提起诉讼，请求老戴履行抚养协议，支付小戴抚养费。



法院经审理后认为，老戴与何某签订协议，约定“老戴负责小戴抚养费共计八万元整”，符合《中华人民共和国民法典》第一千零八十五条的规定，且该约定系何某与老戴的真实意思表示，并不违反其他法律的强制性规定，此约定合法有效，老戴应按协议履行。现小戴虽已成年，但仍在学校接受高等教育，尚无生活来源，老戴应按抚养协议约定的金额及时给付抚养费。



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

另外，《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第四十一条对不能独立生活的子女承担抚养费属法定义务作出了规定，但并不禁止父母对不属于尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分丧

失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女通过约定方式承担抚养义务。本案中，小戴虽已成年，但抚养协议书约定老戴负担小戴的抚养费，系双方真实意思表示，合法有效，故老戴应按照约定承担小戴抚养费。

尽管目前我国的大学生完成大学教育最主要的经济来源是父母的经济资助，但成年大学生应当培养起自立自强的意识，通过勤工俭学等方式来完成学习，较早地培养和锻炼独立生存能力，也为将来立足于社会打下坚实的基础。同时，父母与子女之间要加强沟通交流，相互体谅，享受着父母供养的大学生们也应心怀感恩，自立自强，积极培养适应社会发展的能力。

来源：益阳市资阳区人民法院

编辑：以白

（六）赡养纠纷案例

母亲不遵守赡养协议之后……

2023-10-24 人民法院报 周凌云 郑爱华 祝欢

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-10/24/content_233282.htm?div=-1

近年来，随着人口老龄化程度不断加深，“银发族”的赡养纠纷也呈现出了一些新情况新特点。现实中，有些子女协议约定分别赡养父母中的一人，嗣后因父母一方去世再次引发纠纷，应如何认定此前协议的效力？裁判标准又是什么？日前，浙江省江山市人民法院审结了一起赡养纠纷案，认定子女可以通过协议约定如何赡养父母，但不妨碍一方不履行赡养义务时，父母要求子女共同给付赡养费，子女也不得以违反协议为由拒绝履行法定赡养义务。

兄弟俩各自赡养父母

陈大妈和范大爷一共养育了二子三女。1994年，按照农村习俗，夫妻俩与两个儿子签订了一份“分别赡养与分家协议”，协议约定，范大爷由长子范老大赡养，陈大妈由次子范老二赡养。协议签订后，范大爷一直跟随长子生活，陈大妈跟女儿感情较好，长期在二女儿家生活，顺便帮忙带外孙。

2017年4月，范大爷去世，次子范老二提出让母亲回他家住，但遭到拒绝，为此，母子间矛盾越来越深，范老二还时常去妹妹家“理论”，并中断支付母亲的赡养费。于是，陈大妈将两个儿子起诉到了法院，要求支付近5年的赡养费及2022年以来的医疗费。

据了解，赡养协议签订后不久，陈大妈就长期在女儿家居住，由女儿们轮流照顾。其间，陈大妈也曾在次子范老二家小住，但经常闹矛盾。2022年以来，陈大妈因病隔三岔五地住院，两个儿子

没有支付医疗费，陈大妈觉得让女儿分担不妥，只能自己负担。一段时间下来，积蓄所剩无几。陈大妈认为，按照当地农村习俗，两个儿子应当承担起赡养自己的主要义务。

母亲愿意跟女儿生活

庭审过程中，范老大认为，其本人已经按照赡养协议履行了义务，承担了父亲日常生活、看病、办理后事等所有费用。其本人及亲属每年都会给母亲红包，逢年过节也会看望母亲，已经履行了法定赡养义务，于情于理都不应再支付母亲的赡养费，因为根据协议约定，赡养母亲是弟弟范老二的义务。

范老二则对母亲一直与女儿同住心有不满，认为根据约定，母亲应当在自己家长期居住，偶尔可以与女儿小住，但事实却相反。他认为，既然母亲没有按约定和自己同住，自己就不应给付赡养费。另外，他认为他也陆续给过母亲现金以及村里发放的征地补偿款，这些费用足够母亲养老。因此，要求母亲搬来与自己同住，以此履行自己的赡养义务。

陈大妈则表示，近些年自己与女儿共同生活已经习惯了，如果搬去与儿子同住会不适应，坚持要求两个儿子支付生活费和医疗费。母子三人在法庭上各执己见，互不相让。

法院：赡养父母是法定义务，不能通过协议排除

江山法院经审理认为，根据法律规定，赡养人之间可以就赡养的内容进行约定，但不得排除子女应尽的法定赡养义务，也不能违背老年人的意

愿。“分别赡养协议”对两个儿子赡养父母的义务作了约定，但老人不愿意依据赡养协议与次子同住，在需要儿子承担生活费、支付医疗费时，两个儿子以违反协议约定为由拒绝履行赡养义务，违反了民法典关于赡养老人系法定义务的规定，老人有权重新要求子女共同给付赡养费。

法院认为，在陈大妈明确拒绝与次子共同生活的情况下，法院为尊重老年人意愿，认为不宜改变其目前生活现状，采取给付赡养费的方式更为妥当。赡养费的标准，应结合当地居民生活状况、被赡养人的实际需求、赡养人的经济能力及子女的多少等因素综合认定。

综合考虑各种因素后，法院最终判决两兄弟各补偿陈大妈3000元赡养费、承担五分之一医疗费，以及今后按每月200元的标准支付赡养费。

观察思考

赡养协议不能满足被赡养人需求可解除

浙江大学光华法学院副教授 林涓民

《中华人民共和国民法典》第二十六条第二款规定，成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。《中华人民共和国老年人权益保障法》第二十条第一款规定，经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议。赡养协议的内容不得违反法律的规定和老年人的意愿。赡养义务是成年子女的法定义务，其履行形式既可以是直接赡养，如将赡养权利人接至家中同住并照料，也可以是金钱赡养，即给付赡养费。出于更好地维护赡养权利人利益的需要，赡养人之间或者赡养人与被赡养人之间可以签订赡养协议。

作为法律行为的赡养协议，适用法律行为效力的相关规定，如不得违反法律法规的强制性规定。如果赡养人和被赡养人在赡养协议中约定免除某个赡养人或者全部赡养人的赡养义务，该约

定因违反民法典第二十六条第二款规定而无效，当事人不得在协议中约定被赡养权利的放弃或者赡养义务的免除。但是，当事人之间可以在赡养协议中约定赡养费的数额、赡养义务在赡养人之间的分担等赡养义务履行方式。当然，赡养协议中的约定不得违背赡养权利人的意愿。

但是，当事人在订立赡养协议时，通常都是基于被赡养人当时的需求和意愿。如果客观条件发生变化，如被赡养人的需求发生变化，之前的协议已经不能满足被赡养人的需求，被赡养人可以要求解除赡养协议。如果当事人之间不能达成新的赡养协议，则根据法定规则来履行赡养义务。而民法典第一千零六十七条第二款规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

本案中，赡养协议约定范大爷由长子范老大赡养，陈大妈由次子范老二赡养。当范大爷去世之后，范老大仍然对于陈大妈负有法定赡养义务，只不过该义务根据赡养协议由次子范老二代为履行。次子不愿意履行义务的，原合同目的不能实现。民法典第五百六十三条第一款第四项规定，合同目的不能实现的，当事人可以解除合同。陈大妈的行为是解除赡养协议的表现。陈大妈可以要求两个儿子共同履行法定赡养义务。

本案中，范老二不履行协议的原因之一在于，陈大妈一直住在女儿家里，并未按照协议约定住在范老二家中。人身之债不得强制履行。陈大妈可以自由选择与一位成年子女共同生活。赡养协议不得拘束陈大妈的选择，该项约定并无法律上的强制拘束力。鉴于原协议已经被解除，各个成年子女应依照法律要求履行法定赡养义务。

本案的判决，法理清晰，原则明确，牢牢守护了老年人的幸福晚年，如一面镜子，树立了正确的价值导向，弘扬了传统孝道及家庭亲情，倡导全社会树立新时代尊老、敬老、爱老、助老的美德。

三、继承

两兄弟争家族财产！靠这个解决了

2023-09-30 中国银行保险报

<https://mp.weixin.qq.com/s/ADYSBGz9ys25xJeynTAVfg>

家住上海的陈先生是一位七十多岁的企业家，膝下有两个儿子。在陈先生培养下，两个儿子都十分优秀，但是陈先生更青睐富有创业激情的二儿子。

随着年龄增长，陈先生希望把 80% 的财产留给二儿子创业，但又十分忧虑大儿子在他去世后要与弟弟争夺财产。

陈先生把自己的顾虑告诉了一位挚友，这位挚友是一位资深律师，他建议陈先生设立**单家族信托**。

“**信托不是理财产品吗？和财产分配有什么关系？**”陈先生不解地问。

律师表示，**信托本质是一种以受托人为核心的法律关系和制度安排**。我国法律规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。

对此，陈先生有些不解。律师继续补充道：“你一定知道字节跳动创始人张一鸣吧，他就曾设立过一个慈善信托。”

律师介绍，张一鸣和龙岩市慈善总会是一个名叫“**芳梅教育慈善信托**”的委托人，委托人投入超 2 亿元现金作为“**信托财产**”。

作为受托人的信托公司得到张一鸣和龙岩市慈善总会的信任并忠实履行他们的意愿，相关信托财产将会被用于奖励龙岩市优秀教师，优秀教师也就成为该信托受益人。

久经商场的陈先生突然明白了。也就是说，信托是存在于委托人、受托人、受益人之间的一种法律关系，这种法律关系必须以财产为核心，以委托人对受托人的信任为前提，以受益人的利益或者特定目的为目的。

律师回复说：“陈先生，你的理解没问题。其实，你之前没认真了解，去年你的企业给员工购买的年金实质上运用了信托关系。在年金存续期间，往往会设置受托人、账户管理人、保管人、投资管理人等角色。本质上来说，年金的缴纳人既是委托人又是受益人。”

听了律师朋友的建议后，陈先生有了新的计划。他以委托人身份设立**单家族信托**，并将创业积攒的大部分资产放入信托，由信托公司负责保管。

根据合同约定，未来陈先生去世后，他的二儿子将从信托公司拿到这些资产的 80%，剩余资产归属于陈先生的大儿子。

大儿子得知后，向法院提出诉讼，想与弟弟平分父亲的资产。经法院查明，该单信托在设立及运行过程中完全符合法律法规要求，真实体现了委托人意愿，最终法院拒绝了大儿子的请求。

经历了这场家族风波后，陈先生的两个儿子也对信托有了更深的认识。在律师建议下，他们打算从媒体更多地了解信托，让信托成为生活的“好帮手”。

文 文字凡
记者 樊融杰
编辑 韩业清

继承人放弃继承，民政局是否就要担任遗产管理人？ | 宝法案例

原创：2023-10-09 上海宝山法院 周聆敏

<https://mp.weixin.qq.com/s/2GUNJJztdA2u6j9rxpZEsg>

在清偿被继承人的部分债务后，第一顺位法定继承人表示放弃继承，债权人为实现债权，申请指定被继承人户籍所在地区级民政局担任遗产管理人，是否会被法院支持？

案情回顾

小唐与小丽有债权债务纠纷，二人之间民间借贷纠纷一案，由法院作出调解：小唐确认小丽支付给老胡的 106 万元借款是小丽的钱款，小丽承诺该笔借款到期后，会及时向老胡主张债权（诉讼等方式），并承诺在实际收到老胡归还的本息后三日内，支付给小唐总额不超过 46 万元的钱款；如小丽怠于诉讼的，小唐有权提出代位诉讼。

此后，在借款到期后，小丽一直怠于起诉老胡主张债权，故小唐依据调解协议，向法院提出代位诉讼。然而，2020 年 9 月，老胡因病去世。于是，小唐向法院提起代位权、被继承人债务清偿纠纷诉讼，要求老胡唯一的第一顺位继承人小胡（老胡离异，父母均先于其去世）在继承遗产的范围内清偿债务。

诉讼过程中，小唐与小胡达成调解：小唐基于前述民事调解书所享有的对老胡的代位债权 46 万元及利息，由老胡的继承人小胡在继承老胡的遗产范围内进行代位清偿。

但是，在该案申请执行过程中，小胡在将继承的老胡的养老金账户余额支付给法院后，半路“撂挑子”表示放弃对老胡其他遗产的继承，导致小唐的债权执行程序无法继续推进，须确定遗产管理人后方可实现清偿。

由于老胡生前户籍属于宝山区辖区，小唐便向上海市宝山区人民法院提出申请，指定上海市宝山区民政局为老胡的遗产管理人。

庭审中，被申请人宝山区民政局称，不同意小唐的申请。民事调解书具有法律效力，且小胡此前已实际参与老胡的遗产管理和处分，在已对部分遗产作出处分后，申请人小胡表示放弃继承的行为无效；即使小胡放弃继承有效，应由老胡的第二顺位法定继承人继承。申请人小胡未举证证明老胡的全部法定继承人放弃继承。

经审理，宝山区人民法院认为

根据《民法典》规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

小胡作为老胡的女儿即第一顺位法定继承人，与申请人小唐在法院达成民事调解协议，由小胡在继承老胡的遗产范围内代位清偿老胡相应债务，小胡将老胡养老金账户余额转至法院账户，已经实际参与被继承人遗产的管理，其在之后的执行程序过程中作出放弃继承的意思表示，不能认定为放弃继承。此外，申请人提供的现有证据亦无法真实、全面反映被继承人老胡的全部继承人均放弃继承。

综上，本案不属于可以指定民政部门为遗产管理人的情形，法院依法判决驳回小唐的申请。该案件已经生效。

法官说法



一、申请指定遗产管理人应适用民事特别程序。

2023年9月1日修订的《中华人民共和国民事诉讼法》（2024年1月1日起实施）在第十五章特别程序第一节明确指定遗产管理人案件适用特别程序，并在第四节增加了申请指定遗产管理人程序相关法条。

●一是明确对遗产管理人有争议的，利害关系人（一般指继承人、受遗赠人、债权人等）申请指定遗产管理人的，向被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地基层法院提出，与继承案件的管辖原则保持一致。

●二是明确法院在审查后应当按照有利于遗产管理的原则，以判决形式指定遗产管理人。

●三是规定另行指定和撤销遗产管理人的情形和程序。

需要注意的是因遗产管理人故意或重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害引起的纠纷为遗产管理纠纷，适用民事普通程序、一般管辖原则。

二、利害关系人申请指定民政部门担任遗产管理人的，应当提供被继承人无继承人或者全部继承人均放弃的相应证据。

申请指定遗产管理人案件同样适用“谁主张，谁举证”的一般民事案件举证规则，利害关系人应当举证证明民政部门担任遗产管理人条件成就，即需要证明被继承人无继承人、受遗赠人等，继承人放弃的应当是全部顺位法定继承人放弃继承，而非个别继承人放弃。

全部继承人均放弃继承的，应当以书面方式作出。继承人仅对某项遗产放弃继承或者继承人已经对部分遗产予以管理处分，后因各种考虑放弃继承的，不能认定为有效的放弃继承。法院未在查明被继承人无继承人或全部继承人放弃的，不能指定民政部门担任遗产管理人。

三、担任遗产管理人的民政部门为被继承人生前住所地的区县级民政部门。

在没有继承人或者继承人均放弃继承时，兼具社区服务职能的基层民政部门或者村民委员会（未规定居民委员会），在对遗产的占有和管理、遗产债权债务的清算等方面有较为明显的便利条件，有利于高效、快速地解决被继承人的遗产问题，亦符合公共利益和公共秩序。

作者/承办法官 | 民事审判庭 周矜敏

“母亲是有遗嘱，但我没法儿继承……”

2023-10-09 广东省高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/ToAyxLlilWqcTp6qbFzMcA>

“房产和保险都已办好，终于圆了母亲遗愿，感谢法院鼎力相助！”10月8日，节后第二天的一早，陈女士就来到肇庆端州法院，给法官带来一个好消息和一面锦旗，连连降温的秋日，也因这抹红多了一丝暖意。这两个多月对她来说简直是度日如年，格外难熬。

今年7月，周女士因病身故，生前立有一份自书遗嘱，明确其名下一套房由女儿陈女士继承，并指定生前两份保险的受益人也为陈女士。



母亲去世本就悲痛，然而，在办理房屋继承过户及保险金提取等手续时，陈女士均因无法证明周女士是自己的母亲而受阻。

“我妈是我妈”，这怎么会无法证明呢？陈女士的心瞬间如坠冰窟。

原来，1990年周女士与陈先生以夫妻名义共同生活，后生育了女儿陈女士，但两人一直未办理结婚登记，陈女士的户籍信息也和母亲不在同一个户口簿上，亦无其他证据材料证明自己是“周女士的女儿”，因无法按母亲的遗愿继承财产，陈女士向端州法院提起诉讼。

“陈某的确是我俩的女儿，其实我们都说好了，遗产都留给女儿，能不能把遗产直接判给她？”面对这个问题，父亲陈先生也很无奈，希望法院能够帮他们一家解决难题。

收案后，承办法官向两人详细解释了关于继承权、遗嘱继承和法定继承的法律法规，并进一步说明，遗产继承需要有亲属关系证明，即便两人都承认了亲属关系，但由于缺乏关键的证明材料，这个关系对外并没有法律效力。

证明亲属关系最简单快捷的办法是什么？那就是亲子鉴定，“可是周女士已经病故火化，没有毛发、血样或组织可以用来鉴定了，这可怎么办？”亲子鉴定成了案件有力的突破口，也成了摆在法官面前的难题。

在聊起周女士疾病情况时，法官突然想到，既然周女士曾在医院治疗，应该会做抽血、化验等医疗检查，医院还会不会保留着当时的血液或组织样本？

法官立马让陈女士到医院查询周女士的病历资料，同时向医院发出《协助调查函》，几日后，医院反馈，周女士的血液样本还有留存，最关键的“证明”有戏！但正当大家认为看到转机时，新问题又随之而来……

“医院说血样的保质时间还有半个月，但按规定，样本不能提供给个人，这可怎么办？”手续办理再次受阻，但用血液样本进行亲子鉴定，是唯一能够“破冰”的办法，必须尽快行动。

急当事人之所急！了解情况后，法官立即组织当事人，选定委托鉴定机构，同时向医院发出《协助调查取证函》，安排鉴定人员一同到院提取样本，并迅速移送鉴定。

“根据检验结果及分析说明，支持周女士为陈女士的生物学母亲。”鉴定报告出来后，法官第一时间打电话告知陈女士和陈先生，并根据报告依法发出裁定书。



有了这份法律文书，陈女士在办理遗产继承事宜时，便有依有据，一直困扰着她的难题，也终于画上了句号。走出法院时，恰逢雨后放晴，阳光洒在台阶上，正如她，拨开乌云见晴天。

法官说法

遗嘱继承与遗赠的区别在于：遗赠的受让人必须是法定继承人以外的自然人，或国家及其他社会组织；而遗嘱继承中的受让人，必须在法定继承人范围内，且必须是自然人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或数人继承。在本案中，周女士虽立遗嘱明确，名下的房屋由女儿陈女士继承，但由于现有户籍材料等无法证明陈女士是其女儿即其法定继承人，所以需先通过亲子鉴定等方式证实两人之间的母女关系，才能确认陈女士的法定继承权，陈女士才能合法继承其母亲的遗产。

来源：肇庆中院 端州法院

审核：黄慧辰

编校：利玥漾

采写：张子君

“搭伴养老”二十年，巨额遗产起纠纷

2023-10-11 广州市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/hjnQz13CL7oMkH1oQ5T1Hg>

如今，不少老年人为了精神上有个依托，生活上有个照顾，同时又规避一些矛盾，选择了“搭伴养老”，即未办理结婚登记便同居生活。这种养老方式，既不去儿女家养老，也不去养老院养老，而是在相互帮助、搭伴养老的氛围中度过晚年生活。然而，由于“搭伴养老”并没有办理结婚登记，缺乏相应的法律保障，加之受子女、财产等方面的影响，一旦两人“散伙”或一方先去世，便极易产生各种纠纷，相关法律风险不容忽视。

基本案情

上世纪 90 年代初，离婚后的白大爷由外省某市迁至广州开设了一家私人诊所，女儿阿英则一直跟随前妻在外省某市生活。后来，白大爷在广州认识了邵阿姨，二人交往后产生感情并同居生活，共同经营诊所。但一直未登记结婚，也未生育子女。

2021 年 9 月，白大爷病重，与邵阿姨签订《夫妻财产协议》，约定将广州市天河区某 2 处商铺、1 个车库以及外省某市某处住宅登记为白大爷所

有；广州市天河区某 3 间商铺和 1 处住宅登记为邵阿姨所有。

2021 年 10 月，白大爷因病去世。因白大爷生前未立遗嘱，邵阿姨与阿英就白大爷的遗产继承发生纠纷。邵阿姨认为其与白大爷之间构成事实婚姻，有权以配偶身份主张享有继承权，遂将阿英诉至法院，要求确认对白大爷的不动产财产及现金存款 362 万余元按法定继承处理，即先析出一半夫妻共同财产后再按照邵阿姨与阿英各 50% 的比例进行分配。

阿英则不认可存在事实婚姻关系，她认为尽管邵阿姨长期照顾白大爷，但邵阿姨名下已经有大量资产，其多年付出已经得到充分补偿，且白大爷去世后，邵阿姨利用其保管被继承人银行卡的便利，分多次转出约 168 万元，她认为邵阿姨不应再争夺遗产。

裁判结果

广州市天河区人民法院经审理后判决：对白大爷名下的不动产，由邵阿姨分得 30% 的份额，阿

英继承70%的份额；对白大爷名下的现金资产，由邵阿姨分得25%的份额，阿英继承75%的份额。

后双方当事人均未上诉，该判决现已生效。

法官说法

广州市天河区人民法院 林灶棋

法定继承是指继承人范围、继承顺序和遗产分配原则均由法律直接规定的继承方式，非婚同居当事人因不在法定继承人的范围之内，不能享有法定继承权。虽然如此，与被继承人之间存在扶养关系的非婚同居当事人可以依照《民法典》第一千一百三十一条的规定，以双方存在扶养关系为由提出酌分遗产请求权。司法实践中，法院一般会从扶养期间、扶养方式和扶养程度三个方面审查判断双方是否形成扶养关系。在酌分比例方面，法院一般考察酌分权人对遗产取得的贡献度，按优先保护弱势一方的原则，根据其在被继承人家庭中的地位、作用确定，最高可比照但不超过假设酌分权人具有继承人地位时的份额。

本案中，邵阿姨与被继承人以夫妻名义共同生活已逾20年，生活上照顾被继承人，事业上与被继承人共同经营私人诊所。女儿阿英均定居外地，绝大部分时间仅邵阿姨陪伴被继承人左右。在被继承人晚年病重之际，还履行照顾之责，处理其后事。无论是从经济上还是情感上，邵阿姨与被继承人均已形成20余年相互扶养的关系，依照前述法律规定，邵阿姨虽不是法定继承人，但仍可分给适当的遗产。在酌分比例方面，《夫妻财产协议》反映，邵阿姨名下已有一定数量的不动产，因此在确定邵阿姨分配遗产比例上，应基于公平原则，考虑邵阿姨已拥有若干财产这一因素。而邵阿姨在控制被继承人账户的情况下，未能对

大额支取资金作出合理解释，故应调低其现金分配的比例。综上，法院酌情认定，邵阿姨对不动产部分可分得30%的遗产，现金部分可分得25%的遗产。相应地，阿英可继承被继承人70%的不动产份额和75%的现金财产份额。

法官提醒，非婚同居关系不受法律认可和保护，容易发生权益侵害的情形。老年人的同居关系更为脆弱，一方离世，还可能牵涉到双方各自的法定继承人，容易产生财产分配及遗产继承纠纷。那么，应如何降低“搭伴养老”的法律风险？

法官建议：一是提前签订财产归属协议，明确双方财产的归属；二是必要时提前订立符合法律规定的遗嘱或遗赠扶养协议；三是为保障后去世一方有稳定居所，可以在不改变房产权属、不发生遗赠的前提下设立居住权；四是在保障好自身合法权利的同时，双方均与对方子女建立友善的沟通关系。

家庭和谐稳定是每个人最朴素的愿望，是每个人追求美好生活的前提，切莫因财产争议导致亲友反目、沦为陌路！只有各方相互尊重对方合法权利和现实需要，早日达成共识，和谐相处，老年人才能享受到更为美满、和谐的晚年生活。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千一百三十一条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。

来源 | 广州市法院新媒体工作室

素材 | 天河法院

通讯员 | 徐鸿

责编 | 郑育婷

编辑 | 汤楚茵

母亲遗留的宅基地自建房，拆迁补偿款如何分配？ 益阳资阳区法院：宅基地补偿款不能视为遗产进行分配，遗产按遗嘱执行

2023-10-17 人民法院报

http://www.rmfb.com/paper/html/2023-10/17/content_233091.htm?div=-1

本报讯 父母亲相继离世后，宅基地、房屋依法被征收拆迁，留下50余万元补偿款能否被当作遗产分配？近日，湖南省益阳市资阳区人民法院审理了一起继承纠纷案，认定涉案拆迁款中宅基地补偿款不能视为遗产进行分配，判决驳回五名原告全部诉讼请求。

刘父、张母育有六女。2003年，刘父去世，张母搬到另一个村并自建3间平房居住。为照顾母亲起居，女儿小刘也在张母房屋旁修建了一间住房，与张母共同居住生活，并将自己的户口迁入同一户口本。2017年，经几名村民现场见证，张母口述并由村民代书遗嘱，载明张母生前由小刘赡养，张母去世后一切财产归小刘所有，包括房屋、宅基地、田地等，其他任何人不得继承。2020年，张母去世。次年，因高速公路建设需征收张母留下来的房产和土地，征收部门根据房屋现状，确定小刘是房产和土地的户主，向小刘支付房屋拆迁款、宅基地补偿款等共计50余万元。小刘的同胞五姐妹均认为自己享有法定继承权，该笔征地拆迁补偿款应予分配，遂将小刘诉至法院，要求对征地拆迁补偿款和父母遗产进行分配。

资阳区法院审理后认为，刘父不是该村村民，在该村没有土地权益。房屋是刘父去世后由张母修建，被征收的房屋不具有刘父的遗产份额，即房屋的拆迁补偿款应归张母和小刘所有。关于宅基地补偿款，按照一户一宅原则，宅基地是按照农村户口进行分配，因张母与小刘在同一户口本上，张母去世，小刘作为户口内的家庭成员继续享有涉案宅基地，因此涉案拆迁款中宅基地补偿款不能作为遗产分配，应归小刘个人所有。关于张母遗产问题，因其已在生前立下遗嘱，财产全

部由被告小刘继承，遗嘱合法有效，张母的遗产应归被告小刘所有。

综上，法院判决驳回五名原告的诉讼请求。五名原告不服一审判决，提起上诉。益阳市中级人民法院二审驳回上诉，维持原判。

（李 果 曹珍珠）

■法官提醒

农村房屋和宅基地拆迁征收补偿款，一般包括一次性搬家费、拆迁奖励款、宅基地补偿款、房屋补偿款等项目，可大致分为房屋补偿和宅基地使用权补偿。农村宅基地的特殊性质决定了农村房屋拆迁补偿款不能简单全部继承。宅基地上的房屋补偿应归属房屋权利人，所以该款项在权利人死亡后，可由继承人依照民法典的相关规定进行继承。关于宅基地使用权的补偿，农村宅基地一般是指仅限本集体经济组织内部符合规定的成员，用于建造自己居住房屋的农村土地。宅基地使用权具有很强的人身属性，按户计算。当一户出现人口减少时，宅基地仍由该户中剩余的成员共同使用，宅基地使用权的补偿款由该户剩余成员共同所有，不存在继承问题。

本案中，张母在村里自建了3间平房，五名原告不能举证证实这3间平房留有刘父的遗产份额，因此这3间平房的所有权归张母所有，属于张母的遗产，张母的遗嘱合法有效，应按照遗嘱依法处置。关于3间平房所占的宅基地，因宅基地是按照一户一宅的原则，张母过世后，户口中还有小刘，该户尚存，相应宅基地应由同户人员小刘继续享有使用权，在宅基地被征收后，土地征收款应分配给小刘。

妻子车祸身亡，丈夫瞒着岳母，与子女私分 90 万赔偿款？法院判了！

2023-10-24 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/UPTKESj9Z50tU51IaURhIw>

女子不幸车祸死亡，留下近 90 万元赔偿款，老母亲、丈夫和三个子女应该如何分配？法院会怎么判？来看今日案例。



基本案情

87 岁的隆老太与胡某系母女关系，秦某与胡某系夫妻关系，两人育有 3 个子女。

2021 年 6 月，胡某因车祸不幸身亡。考虑到隆老太年龄、健康等因素，女婿秦某和子女们一直未将胡某死亡的事实告知老人。

事后，秦某等 4 人与肇事司机签订了《交通事故民事和解协议书》，获得司机赔偿 11.5 万元。随后，保险公司理赔医疗费、死亡赔偿金、被扶养人生活费、丧葬费等各项费用共计 78.5 万元，并根据家属们出具的《交通事故赔偿财产分割书》全部转入胡某大儿子秦某 1 账户。

然而，协议书和分割书上隆老太的签名都不是本人出具，而是秦某 1 代签的。如何分配赔偿款中隆老太的份额，双方也僵持不下。无奈之下，老人将女婿和 3 个外孙子女起诉至法院。

庭审中，几人辩称，赔偿款中司机赔偿的 11.5 万元系基于 4 人作出的谅解意思而得，与隆老太无关；胡某去世后办理丧事花费 14 万余元，应将其扣除再分配赔偿款；此外，胡某长期与丈夫、子女共同生活，4 人应当多分赔偿款。



法院判决

法院生效裁判认为，死亡赔偿金等赔偿款不是遗产，是对死者近亲属因受害人死亡所受的经济补偿和精神抚慰，隆老太及秦某等人均是胡某的近亲属，均享有分割该赔偿款的权利。胡某的去世给隆老太造成了巨大的精神打击，秦某 1 等 4 人收到高达 90 万元的赔偿款后，拒绝支付隆老太相应赔偿款份额，有违法律义务，有悖社会公德。

此外，秦某 1 等 4 人未征询隆老太的同意即斥巨资办理胡某丧事，但未提交充分有效的证据证实 14 万元的丧葬费实际发生，且支出巨额丧葬费与我国反对铺张浪费、倡导文明节俭的价值导向不符，故其关于从赔偿款中扣除丧葬费的主张不予支持。考虑到隆老太没有收入来源，赔偿款中的被扶养人生活费应为其单独所有。

综上，法院判决秦某等 4 人共同支付隆老太赔偿款 18.3 万元。



法官说法

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产，是一种可继承、可按照死者意愿进行分配的财产。而死亡赔偿金及精神损害抚慰金等赔偿款并非对死者自身的赔偿，而是对受害人近亲属因受害人死亡导致的生活资源的减少和丧失的补偿及所受精神损害的赔偿，具有强烈的人身专属属性，并以受害人死亡为前提，受害人未死亡即不会发生。因此，死亡赔偿金、精神损害抚慰金等赔偿款不属于受害人的遗产，但可参照继承相关法律规范进行处理，其请求赔偿权利人为受害人近亲属，所获赔偿应归受害人近亲属共有。

“百善孝为先”，注重亲情、伦理、孝道是我国传统的家庭伦理及善良风俗。隆老太老年丧女已是人生之大不幸，其女婿与外孙子女却假代隆老太签字，不予分配赔偿款，于法于情实属不该。羊有跪乳之恩，鸦有反哺之义，作为晚辈，不仅应

当在生活上照料老人，还应在精神上慰藉、关心老人，使老年人老有所养，老有所依，老有所乐。

来源：邵阳中院

作者：刘毓娴 编辑：李元

遗嘱怎样立？这份贴士请查收！

2023-10-26 北京二中院金色天平

<https://mp.weixin.qq.com/s/AYzoEyZZTcE3jatvfzUrxQ>

“法官，家里老人订立的打印遗嘱日期不全，能够认定有效么？”

“法官，老人设立遗嘱把遗产给了我，但兄弟姐妹们认为遗嘱是伪造的，我该怎么证明遗嘱的真实性？”

“法官，我家老爷子立遗嘱时年事已高并患有多种疾病，为什么法院还认定他有立遗嘱的行为能力？”

“法官，听说民法典新增了录像遗嘱，通过录像方式订立遗嘱应注意哪些事项？”

遗嘱系遗嘱人生前在法律允许的范围内，按照法律规定的方式对其遗产进行处分，并于遗嘱人死亡时发生效力的法律行为。随着经济社会发展水平的持续提升和公众法治意识的不断增强，通过订立遗嘱的方式提前作出财产安排，日渐成为管理家庭资产、传承家庭财富、维护家庭关系的重要手段。如何正确订立一份有法律效力的遗嘱？这场发布会手把手教您。



为促进公众正确理解适用《民法典》关于遗嘱的法律规定，防范化解家庭纠纷，10月26日，北京市第二中级人民法院召开新闻发布会，通报《民法典》实施以来北京二中院遗嘱继承纠纷案件情况，并发布典型案例。



北京二中院副院长廖春迎通报有关案件审理情况

据北京二中院副院长廖春迎介绍，自《民法典》施行以来，该院审理的遗嘱继承纠纷案件中，涉及的遗嘱类型多样，有一定比例遗嘱被认定无效。涉案遗嘱无效的成因多样。有的自书遗嘱没有签字，仅有人名章，难以对其真实性予以认定；有的代书遗嘱见证人仅有1人、且系利害关系人，不符合法律规定。近半数自书和代书遗嘱案件中，常常因无法对遗嘱文字、签名、捺印的真实性、同一性进行鉴定，导致遗嘱真实性难被查证。有的载体不够严肃规范，仅体现在字条或日记的片段中；有的对于遗产的分配语焉不详。遗嘱人有无

民事行为能力也经常成为遗嘱效力认定的前置争议问题。



北京二中院民六庭庭长肖大明介绍典型案例

北京二中院建议，当事人应当在家事处理中树立法治意识，审慎表达固定关于遗产处置的意思表示，订立合法有效遗嘱。



北京二中院民六庭副院长李珊介绍典型案例

在遗嘱类型方面，当事人可根据自身实际情况选择。需要注意的是，实践中公证遗嘱被认定无效的比例最低。当前，新增遗嘱类型如打印遗嘱、录像遗嘱占比有所增高，这类遗嘱具有方便快捷的优势，但需注意满足关于见证人、遗嘱日期等形式要件的要求。

就留存遗嘱相关证据而言，持有遗嘱并主张遗嘱真实的一方应承担遗嘱真实性的证明责任，并应当注意留存遗嘱人相关笔迹材料；遗嘱人可通过在订立遗嘱时找证人见证、对立遗嘱过程录音录像等方式补强证据。

以律师事务所、遗嘱库为代表的专业服务机构也可以成为遗嘱人的选择。根据《民法典》新增遗嘱信托及遗产管理人制度，当事人除订立遗嘱之外，可在服务机构的帮助下综合运用财产协议、信托、保险等各类工具实现家庭财富有序传承。



北京二中院民六庭法官助理李政介绍典型案例

未来，北京二中院将持续发挥普法主体作用，加强《民法典》宣传力度，有针对性地送法进社区、养老院，提升社会大众对相关法律问题的理解，防范矛盾纠纷。



扫码查看更多案例

北京市人大代表孙铭现场参会。中央广播电视总台、北京电视台、北京青年报、澎湃新闻等多家媒体采访报道。



代表点评



北京市人大代表 孙 铭

继承涉及家庭财产的传承，事关千家万户，与人民群众的切身利益息息相关。二中院召开《民法典》实施以来遗嘱继承案件相关情况新闻发布会，用审判实践成果回应群众诉求，用典型案例引导百姓知法守法，是能动司法、为群众办好事实事的好做法，希望二中院持续发挥审判职能作用，为人民群众提供更好的司法服务保障。

供稿：民六庭 李 政

责编：朱丽莎

图片：丁 洁 支玉思

编辑：丁 洁

遗嘱继承纠纷案件典型案例

案例 1：适用《民法典打印遗嘱新规定认定遗嘱有效。

案例内容：王某和杜某系夫妻关系，育有一子王某甲、一女王某乙。王某和杜某均于2018年去世。庭审中，王某乙提交落款日期为2013年5月25日的打印遗嘱一份，内容为：王某和杜某在此立遗嘱，对遗嘱人夫妻所有全部财产，留给女儿王某乙所有。该遗嘱落款遗嘱人处有王某、杜某的签字捺印，见证人处有三人签字捺印。三位见证人均出庭陈述了遗嘱订立过程。

裁判结果：王某乙提交的案涉遗嘱从形成方式上看应属打印遗嘱，虽形成于《民法典》施行之前，但依照《民法典》时间效力之相关规定，应适用《民法典》关于打印遗嘱的规定认定其效力。从该打印遗嘱形式要件来看，该遗嘱有三个见证人，与继承人及遗嘱内容无利害关系，遗嘱人及三个见证人均在遗嘱上签字，遗嘱落款处注有日期。王某甲主张案涉遗嘱缺少签名日期的形式要件，应属无效。对此法院认为，遗嘱落款处确实仅注有一份日期，未满足遗嘱人和见证人均需注明日期的形式要求，但该问题并不必然导致遗嘱无效。首先，王某乙提交了反映遗嘱签订过程的录制视频，能够佐证遗嘱的形成过程；第二，案涉遗嘱三个见证人一审中均出庭陈述了遗嘱订立过程、订立时间等，并就各方提问逐一接受质询，应认定王某乙已完成对遗嘱真实性的相应举证责任；最后，王某甲虽不认可遗嘱的真实性，但并未就遗嘱签名申请鉴定，亦未提交足以反驳或否定遗嘱真实性之其他证据。综上，法院根据在案证据、庭审查明的事实以及当事人陈述，结合日常生活经验法则，对案涉遗嘱的效力予以确认。

典型意义：民法典新增打印遗嘱形式，体现了对时代发展的回应。该案遗嘱虽形成于《民法典》施行前，但依照《民法典》溯及力的相关规定，因案涉遗产于《民法典》实施后未处分完毕，故属于适用《民法典》打印遗嘱规定认定其效力的情况。同时在案涉遗嘱落款日期不完整的情况下，法官结合现场视频、见证人出庭作证等补强证据，

综合判断证据证明力，最终认定案涉打印遗嘱有效。本案准确适用法律，尊重民事主体意思自治，体现了自由、法治之社会主义核心价值观，系打印遗嘱效力认定典型案例。

案例2：根据双方举证情况合理分配证明责任，对自书遗嘱真实性予以认定。

案例内容：单某与裴某系夫妻关系，生有二女一子。二被继承人均已去世。单某曾立下自书遗嘱：“对于501号房产，现我决定由大女儿、二女儿共同继承。这是我真实意愿的表达。”庭审中，两女儿向法院提交单某的视频，显示单某明确表示将其所有的501号房屋留给两个女儿，而儿子在母亲去世后对其不闻不问。儿子对遗嘱的真实性提出异议，但表示不申请对遗嘱进行笔迹鉴定。二女儿称有一天父亲让其带着父亲去一趟大女儿家，当着二人的面写了两份遗嘱，其与大女儿一人一份，还留有录像。

裁判结果：儿子主张案涉遗嘱并非老人的真实意思表示，遗嘱真实性存疑。对此，法院认为，持有自书遗嘱一方对该遗嘱的真实性应承担举证责任，如其证明该遗嘱无形式瑕疵，则认定其已完成证明责任。相对方若对遗嘱的真实性不认可，其应当提供反证。具体到本案，一方面，两女儿提交的案涉遗嘱文字内容清晰流畅，且并无涂改痕迹，在形式上亦符合继承法关于自书遗嘱的形式要件；另一方面，依据在案证据，未曾显示单某在订立案涉遗嘱时存在受胁迫或违背其真实意愿的情形，故应当认定案涉遗嘱无形式瑕疵；再一方面，通过两女儿提交的视频证据亦能够直观显示单某将501号房屋留给两个女儿的意思表示。考虑到儿子未对案涉遗嘱提出笔迹鉴定，亦未提交充分有效的证据反驳遗嘱的真实性，应认定遗嘱系单某所立，并按此遗嘱继承。

典型意义：继承纠纷成诉时，遗嘱人已死亡，遗嘱真实性无法自证，故对遗嘱真伪性的审查和认定是遗嘱继承案件的难点和关键点。本案类推适用“私文书证”的证明责任分配规则，在自书遗嘱无形式瑕疵且有视频佐证的情况下，将遗嘱真

实性的证明责任分配给主张遗嘱无效一方，系法院在举证、质证、认证的基础上，合理运用证明责任分配规则认定自书遗嘱真实性的典型案例。

案例3：综合全案证据认定遗嘱人具有行为能力，确认代书遗嘱有效。

案例内容：高某与李某原系夫妻关系，二人育有二子：高某甲、高某乙。现高某与李某均已去世。

高某乙向法院提交高某所立代书遗嘱一份，要求继承该套房屋。遗嘱内容为：“立遗嘱人：高某，……案涉房屋在我死后由高某乙独自继承。立遗嘱时间：2009年10月21日。本遗嘱一式3份（原件一份，复印件2份）由立遗嘱人、继承人、见证人各一份。遗嘱末尾有立遗嘱人、代书人及见证人签字。为证明遗嘱的真实性，高某乙提交丰台某干休所出具的证明一份，内容为：“高某系我所离休老干部，患有帕金森病，行动不便，双手因病抖动已无法正常书写，……本着为老干部服务的宗旨，经所里安排，高某本人同意，于2009年10月21日在其家中做代书遗嘱……”高某甲对上述遗嘱的真实性均不予认可，并质疑高某在订立遗嘱时的行为能力。高某乙提交高某医院2009年10月12日出具的诊断证明书一份，载明：“……目前患者意识清楚，语言表达和记忆力尚清晰。”另提交高某的病历手册，记载2009年12月20日“神清、语利”。庭审中，上述遗嘱中的代书人及两个见证人均到庭陈述并接受质证，表示上述遗嘱系高某的真实意思表示。

裁判结果：法院经审理认为，第一，从案涉遗嘱形式上来看，有两个见证人在场，与遗产继承人无利害关系，各方签名并注明了年、月、日，该遗嘱符合代书遗嘱的形式要件。第二，被继承人高某虽然患有多种疾病，但相关诊断证明书记录其意识清楚，语言表达和记忆力尚清晰。遗嘱代书人、见证人均陈述在订立遗嘱时高某神志清楚，精神正常，具有表达自己真实意思的能力，故应认定被继承人高某订立遗嘱时具有遗嘱能力，且干休所的证明也可以佐证遗嘱系高某的真实意思

表示。第三，本案中，代书人及见证人虽对代书遗嘱的订立细节陈述略有出入，但在遗嘱由谁叙述、由谁代书、由谁见证、是否为高某本人签字等遗嘱订立过程的陈述完整，且能互相印证。故此，高某乙已经完成其对于案涉遗嘱真实性的举证责任。该份遗嘱符合法定的形式要件，应为合法有效的遗嘱，法院判决遗产房屋按照遗嘱由高某乙继承。

典型意义：立遗嘱人具有行为能力系遗嘱有效的前提条件，常成为争议焦点。本案持有遗嘱方提交的诊断证明与遗嘱订立时间相近，明确记载立遗嘱人神志清楚、表达清晰，结合干休所的证明、代书人及见证人当庭陈述，对立遗嘱人行为能力的认定达到了高度盖然性的证明标准。通过全面、客观审查证据，准确认定遗嘱效力。

案例4：严格遗嘱形式要件，对案涉两份《民法典》新增类型遗嘱认定无效。

案例内容：赵某与韩某系夫妻关系，育有二子赵某甲、赵某乙。赵某乙先于韩某去世，其子为赵小某。赵小某于诉讼中提供赵某乙遗嘱一份，内容为“本人赵某乙，在此特立遗嘱：本人自愿在去世之后将名下所有财产由儿子赵小某全部继承……”该遗嘱除落款立遗嘱人及两证明人签字

为手写并捺印外，其余均为打印。赵小某主张该遗嘱为赵某乙自书遗嘱。本案庭审中，赵小某陈述遗嘱系其用家里电脑打印，两个证明人是其叫过来的，是父亲让其喊两个朋友来见证一下。赵某甲对该遗嘱不认可；赵小某另于诉讼中提交韩某视频遗嘱两段，据此主张韩某将相关遗产由赵小某继承。该两段视频中均未记录见证人姓名信息，亦未记录日期。赵某甲对该遗嘱不认可。

裁判结果：法院经审理认为，首先，关于赵某乙所立遗嘱的效力问题。赵某乙的遗嘱，除落款签名外其余内容均为打印，且赵小某在一审庭审期间表示该遗嘱系由赵小某代为打印，而赵小某与遗嘱具有直接利害关系，故该遗嘱不符合有效遗嘱的法定形式。其次，关于韩某的视频遗嘱，由于视频中对于见证人的身份信息、录制时间等关键信息均未能明确记录，故该遗嘱不符合视频遗嘱的法定构成要件，对于该遗嘱，不予认定。

典型意义：遗嘱的要式性是为了保证遗嘱的真实性，保证遗嘱体现立遗嘱人处分自己遗产的真实意思。本案严格把握《民法典》新增打印遗嘱及录像遗嘱的形式要件，申明了遗嘱的法定性和严肃性，有助于引导民事主体依法合规订立遗嘱，保障自身和他人财产权利。对涉《民法典》新设遗嘱类型的效力判断具有典型意义。

四、夫妻债务专题

丈夫借钱放贷，算不算夫妻共同债务？

2023-10-23 天津高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/Tb6oYTo2-mKG0a13X3WTkw>

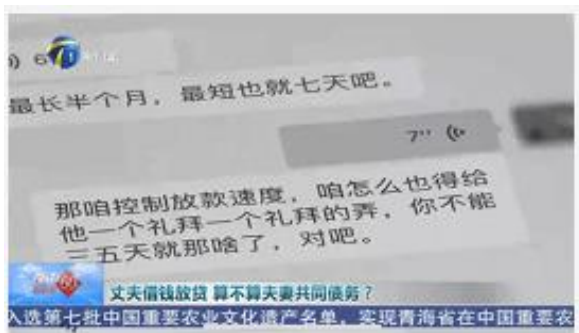
丈夫借钱放贷，结果资金链断裂，下家还不上他的钱，他也没办法还上家的钱，

那么，他的妻子有偿还义务吗？

近日，天津三中院就审理了一起这样的民间借贷纠纷，下面请跟随小编一起来了解一下。

案情简介

2021年至2022年，王某向张某先后借了300余万元，用于个人放贷，后因为资金链断裂，还差100多万没有按约定还给张某。



张某屡次向王某索要欠款无果，后向王某的妻子李某索要欠款，亦无果。

无奈之下张某起诉至法院，要求王某和其妻子李某一同支付余下欠款。

法院审理

庭审中，原告张某诉称：我们三人以前都是同事，关系处得还不错。后来王某找我借钱，答应给我利息，于是我便借给他了。



庭审过程中，张某提供了王某出具的借条，还拿出一段录音，证明王某的妻子曾表示，愿意跟丈夫一起偿还债务。



录音中，王某的妻子明确表示会把钱还上，可庭审中王某的妻子却说，其是录音当天，才知道存在这笔借款，在录音以后不久就与张某离婚了，离婚以后就没有再替他还账的想法了。

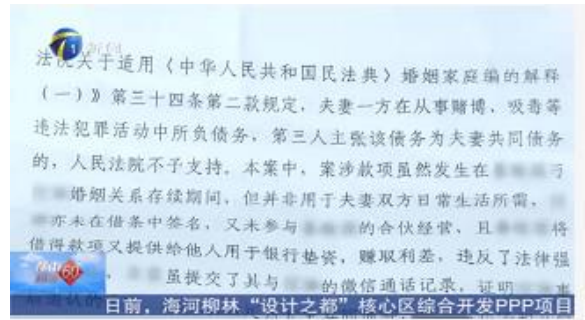
裁判结果

三中院民一庭法官 仝伟奇



从出借人的聊天记录来看，借款人的妻子是不知情的。妻子始终属于案外人的角色，并且借款人把款项借到手之后，便立即如数转给了另外的借款人，实行放贷，收取高利赚取利差。

王某的妻子既不知情也没受益，并且王某借款从事的放贷行为，扰乱了金融市场秩序，属于违法行为。



根据民法典的规定，夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。

最终，法院判决

被告人王某一人承担所有债务。原告不服法院判决进行上诉。最终，二审法院支持了天津三中全会的判决。目前案件已生效。

来源：天津三中院 | 制作：郝竹然

五、房产、股权

（一）房产

“借名买房”还是“孝顺岳母”？前女婿能否拿回房价款？ | 青法说案

原创：2023-10-16 上海青浦法院 上海青浦法院

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

为了购买婚房，小张找“准岳母”借名买房，多年后，小张与妻子分道扬镳，小张要求前岳母李女士返还首付出资及部分增值，李女士却说房子是小夫妻二人出于孝心，为其改善住房所购，这笔账怎么算清楚？

（文中所涉名称均为化名）

案情回放

小张与女友小丽欲购置婚房，因无力支付二套房70%的首付款，小张找到名下无房产的“准岳母”李女士帮忙。小张支付163万元首付款并以李女士的名义购买该房屋后，小张与小丽领证结婚。多年后，小张与小丽经法院调解离婚。此时，该房屋增值了近千万元，小张将李女士诉至法院。

小张诉称

自己与前妻小丽因无力承担70%的首付款，遂找到李女士借名买房，其首付款的大部分由自己承担，后续房屋贷款由自己与小丽共同承担。后来涉案房屋对外出租，以租金来偿还贷款。目前房屋增值了1000万元，要求李女士返还163万元及房屋增值部分共计400万元。

李女士辩称

小张所述借名买房不是事实，双方无借名买房的关系。事实是，小丽母亲住房困难，小丽为孝顺母亲，提议由夫妻二人出资为老人买房改善居

住，故小张的出资行为系对老人买房的赠与，不同意小张的诉请。

第三人小丽述称意见与被告李女士的意见一致。

法院认为

经法庭调查核实

第一，小张和小丽曾与开发商签订过一份商品房预售合同的样张，买受人为小张和小丽两个人，而非李女士，这表示小张和小丽有买房的意思表示。

第二，房屋的首付款及银行贷款系小张和小丽共同支付和偿还，李女士并未支付过房款也未偿还过贷款。

第三，房屋的设计和装修系小张出资，并找人实施。

第四，小张与开发商销售人员通过微信协商过因政策调整欲变更买受人。

通过以上查明的事实，能够认定双方虽未签订书面的借名买房协议，但小张与小丽二人借李女士之名购买婚房的事实属实。经法院释明，各方同意小丽及李女士作为一个整体，一并在本案中处理相关纠纷，故人民法院判决小丽、李女士共同支付小张购房款及部分增值的房价款。该案判决后，双方均未上诉，本案已经生效。

法官说法

借名买房是指实际购房人因受限购政策、购房资格、银行信贷政策等因素影响，借用他人名义购房，由借名人实际支付购房款，出名人对外签署房屋买卖合同并将房屋所有权登记在其名下的行为。

在借名买房纠纷中，借名人与出名人之间一般具有特殊的身份关系。双方借名买房的合意多以口头约定达成，缺乏书面约定，由此引发的纠纷在借名买房事实认定、合同效力认定等方面存在一定难度。在借名人与出名人没有签订书面协议时，判断双方之间是否真实存在借名买房的合同关系尤为重要。对于亲属之间约定的借名买房

协议，可通过出资证明、购房手续、实际使用或控制房屋等客观情况来认定。

在实践中，要注意借名买房的法律风险，一方面，出名人可能反悔，不承认与借名人之间的协议，出名人将房屋出卖或抵押给第三人，第三人可以基于善意取得房屋的所有权。另一方面，出名人利用自己的购房资格帮助他人购房，若以后出名人要再购房，其购房的首付比例和贷款利率都会受到影响。

如确需采取借名的方式购买房屋，应当签订书面协议，以书面的方式确定该不动产的实际出资人和权利人。与此同时，实际产权人应当在购房时使用自己的账户支付房屋价款，并保留好转账记录、购房手续等证据。

撰稿、主审法官 | 刘琳

编辑 | 崔缤予

婚前买房，婚后办证，房子是夫妻共同财产吗？

2023-10-18 广西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/7dzQNA_tAuz5x_JwrqxaSQ

01 案情简介

申请人张某与被执行人王某民间借贷纠纷一案，在案件执行过程中，法院裁定拍卖王某个人名下的一处房产。王某的妻子李某提出执行异议，称案涉房屋系与王某婚姻存续期间所购，是夫妻共同财产，王某所负债务系个人债务，要求确认法院对执行标的房屋享有50%共有份额。

本案的争议焦点是案涉房屋是否是夫妻共同财产。

02 法院审理

经法院查明，2017年，被执行人王某以60余万元的价格从案外人张某处购买了案涉房产，王某的父亲支付给张某购房款32万元。2019年王某与李某结婚。2020年，王某的父亲又付给张某

购房款13万元。同年，王某到不动产登记部门办理了不动产权证，案涉房产登记的权利人是王某，共有情况为单独所有。

法院认为，案涉房产在结婚前，王某一方已支付了大部分购房款。虽然案涉不动产权证是在王某与李某结婚后办理的，但案涉房产并未登记为夫妻共同共有，而是登记为王某单独所有，李某对此应早已知情，但其对此并未提出异议。

王某婚后将案涉房产登记在其个人名下，是其婚前个人购房行为的延续，是对王某婚前个人财产的一种确认。综上，案涉房产应是王某婚前个人购买，并且婚后登记为其单独所有的个人财产，不应确认为王某与李某的夫妻共同财产，对异议人（案外人）李某的异议请求法院不予支持。

03 法官说法

房产承载着夫妻对家庭幸福美好的期望，房产归属一直是夫妻共同财产中关注的重点。婚前一方出首付款，房屋落在出资方名下，婚后用夫妻共同财产还债的，司法实践认定该房屋是个人财产，夫妻共同还款支付款项及相对应财产增值部分由双方平分，尚未偿还的款项为不动产登记一方的个人债务。

本案中，王某在婚前购买楼房并支付一定房款，同时将其登记在自己名下，应认定案涉房屋属于王某的个人财产。虽然在婚后才取得了案涉房产的物权，但婚后办理不动产权证是婚前购房的后续必然行为，不能改变王某在婚前已取得房产的事实，也不能单纯把取得不动产权证的时间作为判断是否是夫妻共同财产的依据。

04 法条链接

《中华人民共和国民法典》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）》第七十八条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据民法典第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动产登记一方对另一方进行补偿。

来源：沂源法院

编辑：莫啁媚

审核：卢光艳

（二）股权

父母作为监护人转让未成年子女名下股权，合法吗？

原创：2023-10-18 上海高院 卢颖

<https://mp.weixin.qq.com/s/x130e8S97V36NVcmT-0gbQ>

随着社会经济发展，家庭财产形式愈发多样，父母离婚时涉及股权分割的案件日益增多，“未成年人股东”不断涌现，未成年人的权益问题扩展至商事领域。

本期分享的案例即是一起由于法定监护人转让被监护人名下标的公司股权所引发的纠纷。本案涉及在商事审判中如何保护未成年人股东利益问题，对于如何认定未成年人股东权利是否实质上受损，落实“未成年人最大利益保护”原则，该案对同类案件审判提供了一定的参考。该案入选上海市高级人民法院2022年第二批（总第二批）参考性案例。

程甲诉上海某商务咨询中心、程某 股权转让纠纷案

裁判要旨

法定监护人转让被监护人名下标的公司股权，超出了约定的授权范围，且被监护人明确对转让行为表示反对，该股权转让行为对被监护人不发生法律效力。法定监护人转让股权后，未成年人股东从直接持有目标公司股份转变为通过持有合伙企业财产份额从而间接持有目标公司股份。

即使股份份额没有变化，鉴于股东权利不仅是指股权所对应的出资份额，更包括身份所享有的参与重大决策和经营管理等权利，以及更为重要的自主依法处分股权资产的权利，仍应认定法定监护人该种股权转让行为实质上损害了未成年被监护人的合法权益，有违社会主义核心价值观，

该《股权转让协议》对未成年人股东不发生法律效力。

关键词

股权转让 / 未成年人利益保护 / 法定监护权

案例撰写人

卢颖



01 基本案情

2003年12月29日，第三人程某与卢某登记结婚，婚后两人育有一子程乙、一女程甲。双方协议离婚后，程某与卢某签订《共同财产处理协议书》，就资产转让、房产分割等作出安排。

程某与卢某离婚前，某新材料集团有限公司的股权结构为：程某持有 27.27% 股权，卢某持有 18.1818% 股权，上海某商务咨询中心持有 45.46% 股权。上海某商务咨询中心成立时，程某出资 6000 万元、占比 60%，卢某出资 4000 万元、占比 40%，程某担任执行事务合伙人。

2017 年 9 月，卢某将其持有的某新材料集团有限公司 18.1818% 的股权各半分别转让给原告程甲及程乙，将其持有的上海某商务咨询中心 40% 的财产份额各半分别转让给原告程甲及程乙，并办理了相应的变更登记，第三人程某就上述股权及财产份额转让向卢某支付转让价款 3600 万元。

2017 年 10 月 9 日，程甲作为甲方、程乙作为乙方、程某作为丙方，签订授权确认书，载明“为保障目标公司稳定、持续经营，现甲方和乙方授权丙方按照本确认书约定代为行使其在目标公司的股权所对应的部分股东权利。1. 授权范围……

(3) 公司股东向非股东转让股权时代为作出同意/不同意、是否行使优先购买权的意思表示；……”

2020 年 4 月 2 日，程甲（甲方）作为出让方、上海某商务咨询中心（乙方）作为受让方，签订《股权转让协议》，约定程甲将所持有的某新材料集团有限公司 7.9098% 的股权作价 2000 万元转让给上海某商务咨询中心，协议甲方落款处显示“程某代”，乙方落款处加盖上海某商务咨询中

心公章及附有程某签字。涉案《股权转让协议》于 2020 年 4 月 2 日签订之时，程甲尚未成年。

原告程甲诉称：程某在未征得程甲同意亦未告知程甲的情况下，与上海某商务咨询中心签订《股权转让协议》，将程甲所持有的某新材料集团有限公司的股权转让至程某控制的上海某商务咨询中心名下，并已完成工商变更登记手续。程甲认为，其所持有的某新材料集团有限公司的股权系其个人合法资产，程某在程甲毫不知情的情况下，将该股权转让至其实际控制的上海某商务咨询中心名下，对程甲合法权益造成了严重侵害。

被告上海某商务咨询中心辩称：股权转让前原告与被告均为某新材料集团有限公司股东，有限责任公司股东之间可以相互转让股权，该协议内容并未违反法律的强制性规定。协议签订时原告为限制民事行为能力人，第三人系原告的父亲及法定代理人，其有权代理原告签订该协议。

第三人程某述称：一、原告系限制民事行为能力人，父母离异并不影响父亲的监护权及法定代理权。二、涉案协议没有损害原告权益。原告股权与上海某商务咨询中心股权进行置换，由被告持有股权，原告实际持有某新材料集团有限公司股权及其财产份额并没有变化。

02 裁判结果

上海市第一中级人民法院判决：

程甲与上海某商务咨询中心签订的《股权转让协议》对程甲不发生效力；

上海某商务咨询中心将其持有的某新材料集团有限公司 7.9098% 的股权返还程甲；

上海某商务咨询中心配合办理将其持有的某新材料集团有限公司 7.9098% 股权返还至程甲名下的工商变更登记手续。



03 裁判思路



04 案例评析

一、法定代理人股权转让的法律效果

(一) 法定代理人权限范围认定

从文义解释和体系解释来看，法定代理作为代理的下位概念，需要遵循《民法典》中有关代理的相关规范。《民法典》第 162 条、第 163 条等均对法定代理人的权限范围作出了限制。从目的解释来看，《民法典》第 23 条规定，无、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。该条的法意是监护人与法定代理人合一，以便监护人更好地履行监护职责。同时，《民法典》第 35 条明确，监护人必须为了被监护人的利益正当行为。

(二) 本案法定代理人股权转让行为之评价

1. 转让行为超出代理权限，属于无权代理

因被代理股东程甲欠缺行为能力，其共同监护人程某、卢某与程甲、程乙签署《授权确认书》，就程某可以代为行使的股东权利范围及子女成年后可自主行使对目标公司各项股东权利等作出约

定。其中明确，程某代为行使的权利仅限于相关投票权。股权转让涉及所有权的处分，应认为该处分行为超出《授权确认书》的代理权限，属于无权代理。

2. 违背未成年人意愿，违反最大利益原则

《民法典》第 35 条对监护人法定代理的权限范围作出了限定。在本案之中，监护人程某转让股权的行为既未尊重被监护人意愿，也非维护被监护人利益。

一者，被监护人程甲对转让股权行为明确表示反对；二者，《授权确认书》应视作监护人之间基于被监护人最大利益之考量所达成的共识，系争股权转让将导致被监护人股东地位的永久性丧失，与《授权确认书》中关于被监护人年满 18 周岁之后可自主行使对目标公司各项股东权利的规定不符。

鉴此，本案中程某的股权转让行为并非维护被监护人利益，违背最大利益原则。

同时，程某本人系涉案股权受让方执行事务合伙人，明确知晓其与被代理人之间的内部约定，无信赖利益保护。且被代理人未追认股权转让行为，亦不具有其他例外情形。故该股权转让行为对被代理人不发生效力。

二、未成年人（特殊群体）利益保护与公司利益之平衡

（一）保护位阶上应以未成年人最大利益为先

1. 《民法典》第35条第1款的规范属性

不同于委托代理的明确限制，法定代理权的行使则需依据对法律规范性的解读。监护权作为一种他益权，应对其权利行使和职责履行情况予以必要的限制或监督。

根据监护制度保护被监护人利益的规范意旨，应把“除为维护被监护人利益外”理解为对法定代理权的一种特别限制，故《民法典》第35条第1款第二句应理解为：以不处分为原则，以维护被监护人利益处分为例外。因此，法定代理人作出的与保护未成年人利益相冲突的处分行为，应当被认定构成一种逾越法定代理权的无权代理。

2. 法定代理的独特性

《民法典》将无权代理、表见代理规定在“委托代理”的范围内，而将法定代理规定在“一般代理”，足以窥见对法定代理与委托代理之间关系的梳理逻辑。在法定代理下，代理行为的作出完全由法定代理人决定，无法充分保护被代理人真实意思表示；若代理行为无效，交易相对人所产生的信赖成本可以依据缔约过失请求权提请赔

偿，但若代理行为有效，被代理人基于民事行为能力瑕疵而无救济途径。

因此，在法定代理下，被代理人的利益相对于相对人的交易安全，应受到优先保护。此外，基于法定代理权所受限制完全取决于法律的特别规定之原则，在《民法典》第35条规定不存在对相对人交易安全予以特别保护的规定下，应优先保护被代理人利益。

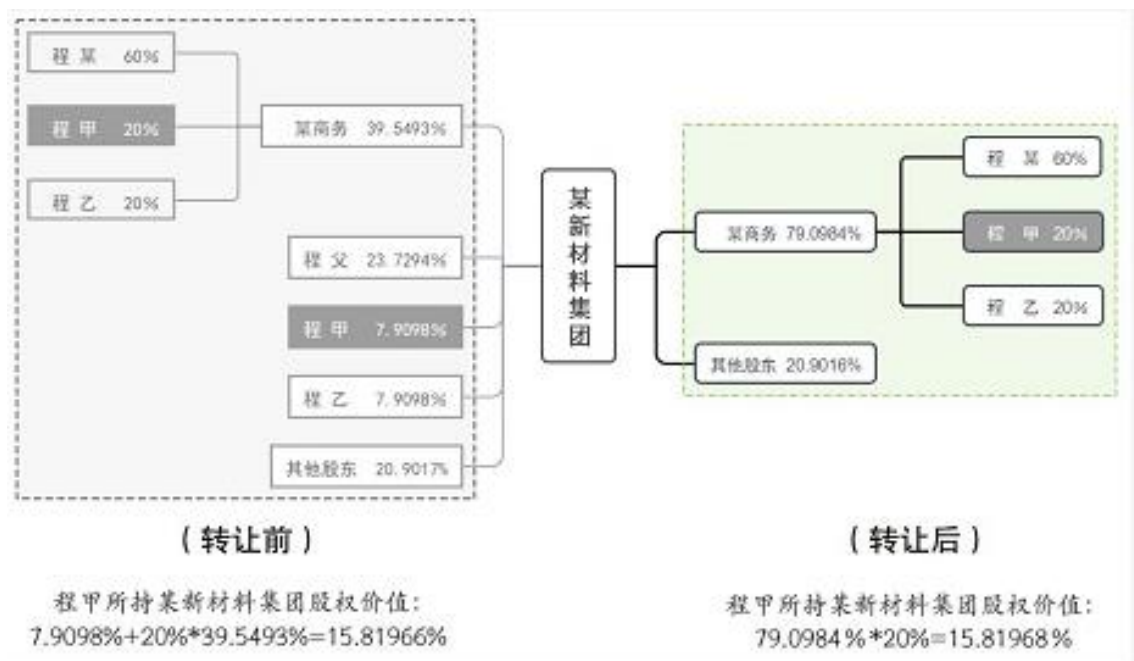
（二）本案原则适用须考虑权利保护的完整性和有效性

本案中，法定代理人程某在代为行使被代理人程甲股东权利处分财产时应当严格遵循“最有利于未成年人原则”。在被监护人的财产未面临可能遭受重大损失的巨大风险，经济状况及日常生活也都在正常轨道上运行的情况下，其转让程甲股权的行为，不具备必要性、紧迫性、合理性，应被评价为损害监护人利益。

1. 法定代理人的股权转让行为损害未成年人现有利益的完整性

从权利性质看，程甲作为股东享有的实质性自益权利和程序性共益权应当予以完整保护。本案中程甲股权被等额置换后，虽然持有目标公司的股权比例并未减少，但在系争股权转让行为发生前具有的是对目标公司直接的股东权利。

转让行为发生后，未成年人程甲对目标公司享有的共益权及部分实质性自益权被根本性剥夺。虽基于其限制民事行为能力人身份考量，无法直接就该部分权利直接行使，但权利行使不能与放弃该部分权利存在本质性差异。



从权利能力看，对限制民事行为能力人权利行使的方式应当予以完整保护。程甲作为限制民事行为能力人，对该部分股权直接收益权享有完全处分权利；而就共益权部分以授权委托形式间接享有。就该共益权部分授权，作为权利的委托方，应当就委托部分权利的行使享有知情权。系争股权转让行为不仅侵害了权利所有人程甲对授权部分权利使用情况的知情权，结合其对转让股权行为的明确反对态度，更侵害了其在能力范围内对授权范围限定的权利。

2. 法定代理人的股权转让行为损害未成年人预期利益

相较其他限制民事行为能力人，未成年人的特殊地位在于其完全行为能力获得之可能。故从功利主义角度看，未成年人最大利益保护原则不能以当下、静态的角度加以分析，更需要考虑对其未来预期利益保护的有效性。基于股权的所有性质，处分股权是股东的法定权利。在本案中，转让股权的行为从当下分析是对未成年人程甲股东

共益权授权权利的限制，而从长远看该行为为根本上剥夺了程甲对目标公司直接行使股东权利的可能性。

(评析部分仅代表作者个人观点)

05 法条链接

《中华人民共和国民法典》

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

……

第一百七十一条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。

……

来源 | 上海市高级人民法院、
上海市第一中级人民法院
高院供稿部门：研究室（发展研究中心）
案例撰写人：卢颖
责任编辑：邱悦、牛晨光

风暴眼 | 上市公司大佬神秘“消失”的配偶们

原创：2023-10-23 启阳路 4 号 《风暴眼》工作室

<https://mp.weixin.qq.com/s/gc5q9iIZqOVtgmADod0PiA>

核心提示：

1. 截至 2023 年 10 月 19 日，今年共有 10 家上市公司老板官宣离婚，共付出高达 287.93 亿元“爱的代价”。

2. 其中 7 家实控人离婚的 AI 企业有一个共同的特点——趁着今年股市里面的 AI 热，它们都实现了股价大涨。而在三六零董事长周鸿祎宣布给予前妻 90 亿元“分手费”三个月后，三六零股价却比 4 月的高位跌去了不止一半。

3. 部分股东在离婚不久后就进行减持，时间上有太多巧合，例如，赛腾股份的曾慧在公告离婚一个月后就宣布减持。因此，不少网友将这些上市公司股东的离婚行为默认为“技术性离婚”。

4. 凤凰网《风暴眼》查询公开资料发现，上述统计的离婚案例中，有四位的配偶拥有外国“绿卡”。

2023 年的 A 股市场好不热闹。先有“红衣教主”周鸿祎花费 90 亿元天价离婚分手，后有彤程新材实控人放弃百亿股份，净身出户。据凤凰网《风暴眼》不完全统计，截至 2023 年 10 月 19 日，今年共有 10 家上市公司老板官宣离婚。而这些 A 股的大佬们为逝去的爱情，共付出高达 287.93 亿元的“代价”。此前有媒体统计，自 2017 年至 2022 年的 6 年时间里，A 股过亿元“分手”的离婚案例有 21 起，而在 2023 年，大佬们分手“加速”了——凤凰网《风暴眼》统计，2023 年还没过完，至少已经有 7 起过亿元的离婚案发生了。

企业名	董事长	配偶	转让股份	占总股	股份价值
赛腾股份	孙丰	曾慧 ¹	3776.24 万股	19.7%	约 13.83 亿元
富邦股份	王仁宗	方胜玲	332.62 万股	2.69%	约 5000 万
国天新材	章锋	杨莲花	3221.9461 万股	7.48%	约 4.77 亿元
360 公司	周鸿祎	胡欢	4.47 亿股	6.25%	约 90 亿元
彤程新材	张宁	刘冬生	解除一致行动关系，男方不再持有股权	0	约 140 亿元
科信技术	曾宪琦	李思禹	540 万股	2.6%	约 9000 万
卓胜微	唐壮	易戈兵	3275.7 万股	6.14%	约 34.1 亿元
国光股份	颜亚奇	胡利霞	2044.92 万股	4.702%	约 2.25 亿元
邦彦技术	祝国胜	张岚	730.7 万股股份	4.80%	约 1.58 亿元
上海沪工	邹宏瑞	缪莉萍	暂时未知		

2023 年天价离婚案一览 来源：凤凰网《风暴眼》

突然暴增的离婚案吸引了市场广泛的关注，尤其是“股价前期大涨，老板立马离婚”的现象引来投资者的广泛质疑——大股东们在股价达到高位时突然感情破裂，真有这么巧合吗？

最近一个“高位离婚”的案例是 72 岁高龄的上海沪工实控人舒宏瑞的离婚案——在发布离婚公告前，上海沪工的股价在最近 6 个交易日实现 3 次涨停，自 9 月 21 日以来已涨超 40%。

天价离婚案频发背后究竟隐藏着怎样的图谋？凤凰网《风暴眼》梳理 2023 年天价离婚案，发现以下秘密。

01 A 股不相信爱情

在今年的离婚案件中，前 7 家都与 AI 相关。它们中有的 AI 的头部企业，如三六零公司；有的则是跨界投资了 AI，如赛腾股份、科信技术、回天新材和卓胜微等。

而这些 AI 企业有一个共同的特点——趁着今年股市里面的 AI 热，它们都实现了股价大涨。

尤其是三六零，今年内股价累计最大涨幅超两倍，在 4 月 4 日董事长周鸿祎与胡欢宣布离婚的当天，更是创下近两年来的股价最高点。

根据公告，周鸿祎给胡欢 4.47 亿股三六零股份，约占总股本 6.25%。按照公告当日收盘价 20.08 元/股计算，胡欢分得的股票市值高达 90 亿元。

离婚消息一出，引起舆论哗然，要知道，周鸿祎曾多次高调示爱胡欢，成功打造了一个“爱妻号”人设。初始时，两人都在方正集团工作，那时的周鸿祎还是个落魄的小工程师，每月收入仅 1000 块，每天在北大食堂蹭饭吃，外表也毫不起眼。而胡欢的家庭背景比他好得多，父母都是大学教授。后来周鸿祎从方正裸辞，潜心创业，胡欢负责赚钱养家，近一年的时间里，每月工资不仅是二人生活费，还要用来给周鸿祎的员工发工资。周鸿祎多次表示：“太太是最好的选择。”



周鸿祎和胡欢年轻时照片 图片来源：周鸿祎自传《颠覆者》

周鸿祎夫妻不再“爱”了，三六零的股价也开始崩塌。离婚公告公布后的第二个交易日，三

六零股价大跌 5.53%，一天内市值蒸发近 80 亿元。虽然胡欢当即承诺不会进行大额减持，但也已于事无补。与 10 月 19 日 9.16 元的收盘价相比，过去三个月，三六零股价跌幅约为 54%，比 4 月的高位跌去了不止一半。有股民调侃道：是 A 股不相信爱？还是不相信 AI？值得一提的是，有人高调拿走巨款，也有人分毫不取、净身出户。彤程新材创始人、董事长张宁和刘冬生离婚后，双方解除一致行动人关系，同时，男方将其仅持的 0.1% 的股份也转让给女方，故刘冬生不再是上市公司的股东。而张宁因此合计持有超 64% 的股份。根据公告当日的收盘价计算，该股份市值高达 140 亿元。

02 真假离婚的减持大戏

在金钱面前，富豪们的花样还不止于此。

除上述两起累计两百多亿的离婚事件外，回天新材的离婚案也备受关注。控股股东章锋在转让完股份一个半月后，就因涉嫌操纵证券、期货市场罪被公安机关采取刑事拘留措施。

从法律角度来看，就算罪名成立，章锋分割给前妻的资产，大概率可避免被司法机关处置。不少网友怀疑章锋是假离婚，实为故意转移财产。

从法律角度来看，就算罪名成立，章锋分割给前妻杨莲花的资产，大概率可避免被司法机关处置。不少网友怀疑章锋是假离婚，实为故意转移财产。一位擅长公司法的律师告诉凤凰网《风暴眼》，按照已有的法律规定，在婚内产生的共同债务，需要共同偿还，离婚未必达到将个人债务与夫妻共同债务相隔离的目的，但是具体情况要根据许氏夫妇离婚时间及协议而定。后来杨莲花的操作也验证了网友们的猜测——在前夫章锋被公安机关带走的三个月后，杨莲花开始减持手中股份，并在 7 月 20 日累计减持 1109 万股，占流通股本 2.04 亿元。根据 Choice 金融端数据，减持部分的参考市值合计 1.29 亿元。

无独有偶，许家印与妻子丁玉梅的离婚也被外界一致视为规避债务。



许家印和丁玉梅 图源网络

2021 年，恒大正式爆雷，近两万亿的债务浮出水面。自那时起，坊间一直传闻许氏夫妇已离婚，只是从未被正面回应。两年后，一则认购公告显示，丁玉梅被定义为“独立于恒大及其关联人士的第三方”，也就是说，对于中国恒大集团及许家印而言，丁玉梅是独立第三方。

而在中国恒大 2021 年中期报告中，丁玉梅的身份仍为“董事局主席许家印配偶”。

由于称呼的变化，有舆论猜测，这是官宣许家印、丁玉梅两人已离婚。与此同时，众人纷纷认为，许氏夫妇是假离婚，实为曲线避债。

围观群众们对于富豪们的离婚关注点还不止于此，部分股东在离婚不久后就进行减持，时间上有太多巧合，不少网友将这些上市公司股东的离婚行为默认为“技术性离婚”。



相比之下，科信技术实控人夫妻的操作就更为“高端”了。

2023 年 5 月 24 日晚，科信技术披露，实控人曾宪琦将其持有的上市公司 540 万股股份分割至前妻李思禹名下。股权变更完成后，曾宪琦所持的股份减少至 2.57%，不再是公司持股 5% 以上股东。其前妻李思禹获得的股份也仅占总股本的 2.60%。

按照规定，如果通过离婚分割股份，持股转至 5% 以下的一方，不必提前公告，受到的约束变少，减持行动则会变得更加隐秘。

不过，离婚公告发布不足一个月，6 月 21 日，科信技术还是发出预告，曾宪琦和李思禹计划自 2023 年 7 月 17 日至 2024 年 1 月 13 日共同减持股份占本公司总股本的比例不超过（含）1%；李思禹本人计划减持其持有的本公司股份占本公司总股本的比例不超过（含）2%。

大股东离婚减持，显然会对市场情绪产生影响。在凤凰网《风暴眼》统计的 9 家公司中，有 7 家公司股价出现了下跌。其中，公告离婚一周后股价下跌幅度最大的是三六零，跌幅达 17.50%，而截至 10 月 19 日收盘，该公司的股价已经较高点腰斩。

企业名称	董事长	配偶	转让股份	占总股	股份价值	股价变动	离婚后计划减持
赛腾股份	孙丰	曾慧	3776.24 万股	19.7%	约 13.83 亿元	公告后次日下跌约 0.54%	2 月 21 日至 5 月 4 日减持, 累计 353.2 万股, 占流通股 1.94%
富邦股份	王仁宗	方胜玲	332.62 万股	2.69%	约 5000 万	公告后股价持续上涨, 次日上涨约 1.38%	暂无
回天新材	章锋	杨莲花	3221.9461 万股	7.48%	约 4.77 亿元	公告次日下跌约 2.33%	6 月 16 日至 7 月 20 日减持, 累计 1109 万股, 占流通股本 2.04%
360 公司	周鸿祎	胡欢	4.47 亿股	6.25%	约 90 亿元	公布后持续下跌, 截至 10 月 19 日收盘价, 股价比 4 月的高位跌去了一半	暂无
彤程新材	张宁	刘冬生	解除一致行动关系, 男方不再持有股权	0	约 140 亿元	公告次日下跌约 0.57%	暂无
科信技术	曾宪琦	李思禹	540 万股	2.6%	约 9000 万	公告次日上涨 1.38%	曾宪琦、李思禹计划自 7 月 17 日起至 2024 年 1 月 13 日减持, 拟减持股数不超过 1040 万股
卓胜微	唐壮	易戈兵	3275.7 万股	6.14%	约 34.1 亿元	公告次日大跌超 6%	暂无
国光股份	颜亚奇	胡利霞	2044.92 万股	4.702%	约 2.25 亿元	公告次日大跌 6.65%	暂无
邦彦技术	祝国胜	张岚	730.7 万股股份	4.80%	约 1.58 亿元	公告次日下跌 1.16%	暂无
恒大	许家印	丁玉梅				复牌首日跌幅超 78%	
上海沪工	邹宏瑞	缪莉萍					暂无

凤凰网《风暴眼》按时间顺序整理

03 神秘消失的配偶们

除了巨额资产以外, 这些曾经在大佬背后的人的去向也很令人好奇。

凤凰网《风暴眼》查询公开资料发现, 上述统计的离婚案例中, 有四位的配偶拥有外国绿卡; 李思禹、胡利霞(国光股份实控人颜亚奇的夫人)和张岚(邦彦技术实控人祝国胜的夫人)三人获得的分割股权仍未足 5%, 故而没有披露信息; 其他几位太太团成员则均无境外永久居留权。

其中，三六零周鸿祎的前妻胡欢拥有新加坡永久居留权，卓胜微唐壮的太太易戈兵为美国国籍，而许家印的妻子丁玉梅和彤程新材张宁的前夫刘冬生均持有加拿大护照，二者也都是香港特别行政区永久居民。

据天眼查显示，胡欢仍是三六零旗下的北京奇虎 360 公益基金会理事会成员。

根据奇虎 360 曾经的美股公告，周鸿祎和胡欢以委托人的身份在英属维尔京群岛设立了信托基金 Fair Point，该基金的受益人是周鸿祎的家庭成员，但具体是谁公告并未披露。

转战海外的不止胡欢一人。据媒体报道，丁玉梅或在 7 月下旬前，已得知内地有企业家因许家印被限制出境，而立即买了机票离开香港。

近期还有传言称，丁玉梅斥了巨资聘请律师团为丈夫和儿子做辩护。目前，这些配偶们的行踪仍是未知之谜。与往常一样，他们的名字只短暂地出现在一纸公告上，随后又悄然退场。值得一提的是，面对这些花样百出的“离婚案”，监管已经开始出手对此类行为进行限制。7 月 28 日，证监会公开表态，上市公司大股东、董监高不得

以离婚、解散清算、分立等任何方式规避减持限制。而在 8 月末，证监会进一步加强对上市公司的减持要求，明确上市公司控股股东、实际控制人不得通过二级市场减持本公司股份。很快，深交所和上交所也分别发布更详细的通知，明确不得减持情形，除破发、破净情形外，公司最近一期经审计财务报告存在亏损情形的，控股股东、实际控制人不得通过二级市场减持。借助离婚曲线减持的口子越来越小，不知道这是否能让上市公司老板们的爱情更加坚固，毕竟，离婚后破碎的不仅是家庭，还有股民的心。

愿 A 股情满人间。

参考资料：

《26 家上市公司创始人离婚案例透析 怎么分财产对公司影响最小？》，21 世纪经济报

《清流 | 起底许家印家族境外资产：离岸公司、全球豪宅与首富命运浮沉》，网易清流工作室

《AI 大火副作用是离婚？今年多家 AI 公司大股东离婚，分手费高达数十亿》，红星资本局

《三六零周鸿祎离婚背后：前妻已拿新加坡永久居留权，资本长袖善舞》，穿透公司

六、社会新闻

三名法官被抓，一起离婚财产纠纷14年未结案

原创：2023-10-05 中国新闻周刊 刘向南

https://mp.weixin.qq.com/s/D_126P4d7cmI6tpmLSWyLw

一宗简单的离婚析产案，由于掺杂了审判人员钱权交易、徇私枉法等问题，变得复杂起来……

2021年9月23日上午，位于长沙市雨花区香樟路上的湖南省女子监狱，进行了一场关于离婚后财产纠纷的庭审。

主持这场庭审的，是来自广西梧州市万秀区人民法院的法官。原告是正在此间服刑的许淑清，被告是她的前夫张松成。

许淑清是知名企业家，曾任广西梧州中恒集团股份有限公司（以下简称广西中恒股份）董事长兼总裁。2015年8月，许淑清因涉嫌单位行贿罪被查，2017年获刑十七年。正因此，前述庭审才会安排在监狱中进行。

她与张松成于2009年4月登记离婚，四个月后，因离婚后财产纠纷，张松成将许淑清告上法庭，随后许淑清又将张松成起诉。在湖南省女子监狱进行的庭审，是此两案在延宕多年之后的又一场开庭，至今仍未完结。

自发起诉讼，张松成与许淑清的离婚后财产纠纷案已历时14年。在这期间，这场官司波折丛生，特别是随着许淑清因涉嫌犯罪被查，多名法官在审理该财产分割案中受贿之事也浮出水面。一位当事律师告诉《中国新闻周刊》，一宗简单的离婚析产案，由于掺杂了审判人员钱权交易、徇私枉法等问题，变得复杂起来。



图/视觉中国

6份离婚协议

在张松成的回忆里，他与许淑清于1997年相识于广东珠海。彼时，他们俩都是39岁，许淑清的婚姻状况是离异，张松成和当时的妻子之间也存在问题，后来，张松成离婚，2000年8月1日，张许二人登记结婚。他们各自都已有孩子，结婚后，喜欢孩子的许淑清又领养了两个孩子。

张许二人虽在广东相识，但都不是广东人。张松成是湖南宁远县人，1976年到珠海参军，曾做过茂名市茂南区人武部部长、区委常委，2008年转业到珠海市口岸局，曾任副局长，2019年退休。

张松成告诉《中国新闻周刊》，许淑清是黑龙江齐齐哈尔人，早年曾在黑龙江富裕县畜牧局工作，与前夫离婚后，于1980年代到广州打工，进入了广州黄埔区的一家港资服装企业工作。不过，许淑清早年经商时填写的一份法人登记表显示，她在1973年到1992年在黑龙江服装厂工作，1992年5月起在广州黄埔某服装厂工作。

许淑清的企业家之路始于1993年8月，工商资料显示，她和他人共同出资成立广州市黄埔区联丰贸易有限公司（以下简称联丰公司），注册资本为50万元，其中许出资30万元，占比60%，担任法人。

1997年，该公司由最初的集体所有制企业改制为有限责任公司，从事服装生产经营。至2010年，该公司注册资金已多次增资，增至1亿元，其中许淑清的出资增至9000万元，占股90%。公司名字也多次更改，于2004年9月更改为广州保宇实业有限公司（以下简称广州保宇公司）。

2005年8月，广州保宇公司出资13705.2万元，占股90%，许淑清之子赵学伟出资1522.8万元，占股10%，共同收购广西梧州市经济发展公司所持梧州鸳鸯江大桥有限公司100%股权，也从而使许淑清控股的广州保宇公司间接成为知名企业、A股上市公司广西中恒股份最大股东，许淑清出任董事长。2010年5月，梧州鸳鸯江大桥有限公司更名为广西中恒实业有限公司，同年12月，广州保宇公司更名为广州中恒集团有限公司（以下简称广州中恒公司）。

与生意场上的突飞猛进所不同的是，许淑清与张松成的婚姻渐渐分崩离析。他们是在珠海结婚的，但张松成回忆，婚后“她有一段时间在珠海，大部分时间在广州”。从2002年开始，张松成也被调到茂名工作，几年之后才又转业回到珠海。在这期间，从2003年年底到2004年，许淑清开始频繁到广西考察收购项目，收购成功后，更是把精力倾向广西方面。后来两人打起财产官司，在一份答辩材料里，许淑清曾这样叙述：“从2006年初开始，被告（许）把全部的生意转到广西梧州市，随之也把全部的时间和精力转到广西梧州市。从2006年初至今（至打官司），被告一直在广西梧州市居住。”许淑清还在2009年8月将户籍从珠海迁至了梧州。

至于之后张、许二人为何发展至离婚的地步，许淑清在前述答辩材料里说：“由于双方的感情

基础薄弱、性格不合以及工作等原因，经常矛盾重重，曾多次协议离婚，并订立《离婚协议》。”在一份自述材料里，许淑清还曾提及张松成“婚内出轨找小三并对我家暴”，但对于许的说法，《中国新闻周刊》向张松成求证，均被张否认。

从2004年11月24日起，也就是二人结婚四年后，二人前后签署了六份离婚协议书。

最早的一份协议内容很简短，第一条关于“子女问题”，铅字内容为“各自的孩子各自负担”，后又补充手写内容“双方在婚内无生子女”。第二条是“财产处理问题（包括私有住房）”，铅字内容为“产权归各自所有”，后又补充手写内容“女方在广州保宇公司的出资和收益归女方”。

第二份签署时间在2006年9月9日，对财产问题有所补充，手写内容显示，“即婚后登记在各自名下的财产收益归各自所有”。

第三份签署时间是2007年3月6日，协议共八条简短内容，有关财产问题仍然提出“各自财产归各自所有”，并补充手写“如发生纠纷由广西梧州市中级法院受理管辖”。

2007年8月2日，二人又签署了一份协议，内容均为手写，共六条，包括：一、我张松成同意在2007年8月8日办理离婚手续；二、离婚后双方同意继续在一起生活1~2年；三、从办理完手续开始许淑清付给张松成每月15000元工资（工资发至X年内）；四、并借给张松成30万元活动费；五、如果1~2年在一起生活很好就复婚，如果不能生活到一起就分手等。

张松成与许淑清登记离婚的时间是2009年4月7日，当日，二人也曾签署一份离婚协议书，并存档于婚姻登记机关。这份协议内容共六条，第三条是关于“债务及财产分割”，内容为铅字体：“各自名下的债务由各自承担；属于二人共同财产梧州市升龙秀湾8号楼20层北侧住房一套（以下简称“升龙秀湾房”），归张松成所有；另

由许淑清一次性付给张松成现金 300 万元人民币。”

而在二人登记离婚后，还曾出现过一张离婚协议书，日期显示是手写体“2009.4.19”，此份协议铅字部分与第一份离婚协议书一模一样，另外补充的手写内容为“珠海的房归张松成，升龙秀湾房归许淑清。”这份协议也有二人签名，并按了手印。

和许淑清的说法不同，张松成对于当年两人为何会离婚，讲述的则是一个所谓“假离婚”版本，大致是：2008年年底正值张从部队转业待安置期间，许提议张如果自谋职业，可以找个投资伙伴，到梧州成立一家彩印包装生产企业，她可以提供业务资源，即该企业成立后可作为广西中恒股份指定供应商。但她咨询过律师，因为广西中恒股份是上市公司，他们如果是夫妻关系，这种业务往来会是关联交易，为规避法律，可以办理假离婚手续。张松成同意了，就和许一起去办理了离婚登记。在办理完离婚手续后，张渐渐意识到不对劲：许要把假离婚变成真离婚。张松成感觉是被许淑清骗了。

但是，对于上述张松成的说法，《中国新闻周刊》未能向许淑清求证。

几次判决

2009年8月，以许淑清为被告，张松成向珠海中院提起民事诉讼。自此，延宕十余年的张、许二人间的离婚后财产纠纷案正式开启。

据张松成提交给珠海中院的《民事起诉状》，其诉讼请求是：请求依法分割离婚时未分割的广州保宇公司90%的股权，请求分得该股权的一半，即价值4500万元人民币出资额财产。他认为，此前离婚时，《离婚协议》只对部分共同财产进行了分割。

珠海中院受理此案后，许淑清对管辖权提出异议，认为本案应移送广西梧州中院审理。珠海中院裁定同意，将案件移送梧州中院管辖。张松

成不服，上诉至广东高院，广东高院驳回了其上诉。

就在该案移送梧州中院管辖、但尚未进入审判环节期间，2010年4月，许淑清向梧州市万秀区法院提交诉状，以张松成为被告，诉请判决确认升龙秀湾房产权归许个人所有，并判决确认许在广州保宇公司所占90%股权属其个人财产。

关于广州保宇公司的股权问题，许淑清诉称，该公司成立于原、被告结婚前，并且在原、被告婚姻关系存续期间，双方亦明确原告在广州保宇公司的出资及收益属原告个人财产。

2010年4月，梧州万秀区法院受理了许淑清诉张松成案，张松成提出管辖权异议，异议被驳回。当年7月，梧州中院对张松成诉许淑清案作出裁定，该案也由万秀区法院审理。

不到两个月后的9月9日，万秀区法院第一次就张、许离婚后财产纠纷案开庭审理，先审理的是许淑清诉张松成案。当年9月21日，万秀区法院作出“（2010）万民初字第177号”民事判决书，判决：一、确认原告许淑清在广州保宇公司所占90%股权属原告许淑清的财产；二、驳回原告许淑清关于升龙秀湾房产权归其所有的诉讼请求。判决书显示，此案审判长为肖军卫。

前述判决作出后，许、张均不服，均向梧州中院提起上诉。2011年8月，梧州中院判决维持万秀区法院民事判决第一项，撤销其判决第二项，确认升龙秀湾房属许淑清财产。判决书显示，此案二审审判长为蒋学政。

张松成不服判决，向广西高院申请再审。2013年1月18日，广西高院驳回了张的再审申请。

而对于张松成诉许淑清案，万秀区法院立案受理后，一度以“本院立案受理的‘（2010）万民初字第177号’原告许淑清与被告张秀成离婚后财产纠纷一案还在二审审理中，本案必须以此案的审理结果为依据”，作出了中止审理的裁定，在“（2010）万民初字第177号”案件终审后才恢复审理。

万秀区法院在 2011 年 9 月 22 日开庭审理了该案。六天后，万秀区法院判决，驳回了张松成的诉讼请求。法院认为，“鉴于本院审理的‘（2010）万民初字第 177 号案’对本案原告主张要求分割的财产已作确认属许淑清财产，原告要求分割财产的主张没有事实和法律依据，本院不予支持。”判决书显示，该案审判长是肖军卫。

张松成不服前述判决，上诉至梧州中院。2012 年 2 月 23 日，梧州中院作出判决，驳回张的上诉，维持原判。判决书显示，该案二审审判长为周春兴。对于梧州中院的判决，张松成仍然不服，向广西高院申请再审。2013 年 4 月，其再审申请被驳回。



许淑清前夫张松成在湖南女子监狱门外。图/受访者提供

三名法官获刑

拿到判决结果，之后一两年，张松成都将此事搁置一边，不再理会。直到后来，许淑清被捕，又有几名梧州法官出了事。某梧州籍商界人士主动联系张松成，称这些法官和他的案子有关，并找到判决书给张看。他看后，感觉“铁定能翻案了”。

许淑清被查发生在 2015 年 8 月，她以涉嫌单位行贿罪被湖南省人民检察院立案侦查并采取强制措施。2017 年 10 月，湖南吉首市法院一审判决许淑清犯职务侵占罪、单位行贿罪，判处有期徒刑十七年。

《中国新闻周刊》获得的法律文书显示，正像张松成被告知的，在查处许淑清一案过程中，时任梧州市万秀区法院副院长金明、苍梧县法院代理院长蒋学政以及蒙山县法院院长周春兴因涉嫌在许淑清财产分割案审理过程中收受贿赂先后被查。

金明于 2016 年 6 月 8 日因涉嫌受贿罪被刑拘，2017 年 8 月，广西岑溪市法院作出一审判决，金明犯受贿罪，判处有期徒刑一年三个月。

法院审理查明，2009 年 7 月，张松成向珠海中院起诉要求分割与许淑清离婚后的夫妻共同财产，许淑清向珠海中院提出管辖权异议，期间，许的诉讼代理人黄位灿私下找到时任万秀区法院分管民事审判工作的副院长金明，请教金明该案应当如何处理，金明告知可以在万秀区法院就上述财产提起确认之诉。2010 年 4 月 6 日，许淑清在万秀区法院提起诉讼，黄位灿就该案向金明请求予以关照。案件在立案和审理阶段，金明就该案的诉讼费用如何收取、案件如何处理等问题进行打招呼或过问。

2011 年七八月份和 2012 年上半年，金明先后两次在应邀与黄位灿以及许淑清之子赵学伟等人在酒店吃饭时，收受了赵学伟以感谢金明在许淑清离婚后财产案件中给予的帮助和关照为由而通过黄位灿送的好处费共计 12 万元。2012 年春节前的某个晚上，金明收受了黄位灿以感谢金明在其代理的案件中给予的关照为由而送的好处费 1 万元。

在审理过程中，在万秀区法院审理的两起诉讼案均担任审判长的肖军卫作证称：许淑清提起诉讼的案件判决书经分管副院长金明签发，因为该案无论从标的金额或者影响程度上都很大，按规定是要经过分管副院长签发；基本上案件的每一步进展他都会向金明汇报；金明曾问过他“许淑清的诉讼请求是否都可以得到支持”的问题，在合议庭意见出来后，金明也问过“为什么许淑清在梧州的那套房子判给张松成”的问题。

另一名法官蒋学政涉嫌受贿的线索，是梧州市万秀区检察院反贪污贿赂局在查办黄位灿相关案件时发现的，之后蒋被带到检察院调查，对其受贿的犯罪事实供认不讳。

2016年12月，万秀区法院对蒋学政一案作出判决，蒋学政犯受贿罪，判处有期徒刑一年十个月，缓刑二年。法院经审理查明，2011年7月至2013年11月，蒋学政利用担任审判长和主办人的职务便利，在审理案件中为他人谋取利益，收受黄位灿送予的现金和费用共161600元，非法收受广西梧州市制药（集团）股份有限公司相关人员给付的费用1529元和以24650元购买的玉器二块。

公开资料显示，广西梧州市制药（集团）股份有限公司是广西中恒股份下属企业。

黄位灿的证言显示，蒋是许淑清离婚财产纠纷案的审判长，蒋的女儿要学车考驾照，他帮忙联系驾校并通知其他人去交钱。该案判决后，2012年二三月份，他到蒋的办公室送去了感谢费3万元现金，蒋收下了。

蒋学政的供述及自述则称，2011年六七月份，许淑清离婚财产分割案件上诉到梧州中院民一庭，许淑清不满意一审部分判决，黄位灿找到其希望其作出有利于许淑清的判决，支持许的上诉请求，其作为审判长改判了部分一审判决，支持了许淑清的上诉请求。

蒋还交代，在承办其他涉及广西中恒股份属下公司的案件中，黄位灿叫其在审理案件过程中帮忙。

第三名涉事法官周春兴于2016年12月被广西苍梧县法院以受贿罪判处有期徒刑三年。法院经审理查明，2007年，周担任审判长审理并主办了广西梧州市冠豪房地产开发有限公司与广西中恒股份土地使用权转让合同纠纷一案，周利用职务之便，为广西中恒股份在诉讼中提供便利条件，事后收受广西中恒股份副总裁赵学伟送的10万元。2012年，周春兴担任审判长审理了许淑清与

张松成离婚后财产分割纠纷一案，其利用职务之便，为许淑清在诉讼中提供便利条件，事后收受赵学伟委托黄位灿送的10万元。

在上述案件中，黄位灿扮演了重要角色。《中国新闻周刊》了解到，黄位灿本是梧州市公安局法制处的一名干部，因为其在当地人脉广，“在公检法都有关系”，在许淑清以及广西中恒股份的一些官司中，黄虽然没有律师身份，但经常会以公民身份担任委托代理人。一位曾和黄打过交道的律师告诉《中国新闻周刊》，黄的角色就相当于“法律掮客”。在许淑清被查后，黄也被查，“后来听说是以贪污罪判刑”。

在周春兴案审理过程中，许淑清之子赵学伟曾出具证言称，2011年底，他送了400多万元给黄位灿，让黄帮其在内幕交易案中疏通关系，前述通过黄送给周春兴的10万元，就是他让黄从那400万元中先开支的，然后其再给回黄位灿。

启动再审

2017年12月，张松成以前述两案判决存在原审两级法院三个法官贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为造成错案为由，向梧州中院申请再审，并向法院提供了三人的判决书作为新证据。

梧州中院裁定撤销该院对于前述两案的二审判决以及万秀区法院的一审判决，两案都发回万秀区法院重审。

也就是在这个背景下，才有了2021年9月23日在湖南省女子监狱许淑清本人参加庭审的一幕。那天，万秀区法院在监狱中同时审理了两案。张松成也到了监狱外，但他没有参加庭审。张松成回忆，他最后一次见到许淑清还是在2009年到珠海中院立案期间，之后二人就再没见过面。

在再审中，张松成变更了诉讼请求，他要求对此前离婚时没有分割的登记在许名下的广州中恒公司90%股权财产价值进行分割，由许支付该90%股权的折价款给自己。

2023 年 1 月 29 日，万秀区法院对两案都作出了判决。对于许淑清诉张松成案，判决确认登记在许名下的广州中恒公司的 90% 股权归许所有，驳回许的其他诉讼请求。

法院认为，双方签订协议后离婚未成且张松成未追认的情况下，离婚前签订的财产分割协议没有生效，对双方均不产生法律约束力。法院确认张、许二人夫妻关系存续期间对广州中恒公司增加的出资额 8970 万元即对应的 89.7% 的股权属许、张夫妻共同财产，被告张松成在离婚时已知悉案涉股权的存在，双方离婚当日达成的协议对共同财产的处置仅整体约定升龙秀湾房及 300 万元归被告，但未罗列原告许淑清获得的财产，说明双方认可在夫妻共同财产分割的问题上，除涉案房屋及 300 万元归被告张外，其余财产均归原告许所有。

对于张松成诉许淑清案，法院同样判决驳回张松成的全部诉讼请求。

在前述两案判决作出前，许淑清曾向万秀区法院法官提交了一份 5 页的手写材料。她写道，诉争股权的广州中恒公司是梧州当地上市公司广

西中恒股份的第二大股东（曾为第一大股东），“系我本人一手创办并经营，是我多年的心血”。

“2000 年我与张松成结婚，2009 年离婚，我们两个人都均为再婚，所以我们的财产和子女都归各的，不可能混同。张松成是部队转业的事业编人员，根本不具有任何企业管理和经营能力，张松成也从未参与公司的经营管理，也未对公司有过任何贡献。我本人早年在广州创业，后来到梧州发展，并一直居住在梧州，梧州对于我本人来说可以说差不多是第一家乡。”许淑清表达其忧心，说广州中恒公司如果发生股权变动，将直接影响到广西中恒股份的正常运营，将对梧州市经济产生影响。“对此，我本人是不愿意看到的。”而对于前述两案的判决，张松成均不服，均已向梧州中院上诉。《中国新闻周刊》了解到，2023 年 8 月 25 日，梧州中院已进行了一次开庭审理，但尚未审理完结。

（实习生赵晨琰对本文亦有贡献）

发于 2023.10.2 总第 1111 期《中国新闻周刊》杂志

杂志标题：一起掺杂了钱权交易的离婚财产纠纷案

记者：刘向南

编辑：徐天

运营编辑：马晓轶

七、媒体视点

申请强制执行之后，我为什么还是带不回被藏匿的孩子？ | 深度报道

原创：2023-10-07 北青深一度 北青深一度

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

记者/佟晓宇

编辑/杨宝璐



徐露接孩子放学，只带回两只书包

徐露接孩子放学，却只带回一黄一蓝两只书包。

2022 年 11 月 21 日，在离婚并获得抚养权后不到一周，她的两个孩子被前夫带人抢走并藏匿。之后，前夫上诉要求变更抚养权。天津市第一中级人民法院维持了原判，将孩子的抚养权判给徐露，但徐露前夫一直没有将孩子带回给她。

徐露申请了强制执行。然而经历法院数次组织的执行，直到现在，她也没能将孩子带回身边，甚至无法与孩子取得联系。

徐露的经历指向一个极端困境——离婚后获得了抚养权，却带不回被另一方抢夺藏匿的孩子。在采访中我们发现，抚养权执行“死结”没有单一的解决路径，它需要细致的司法解释和积极案

例去指引执行落实，也需要链条上每一个人能真正认知并保障孩子的权益，不以“家务事”定义抢夺藏匿孩子的行为。



徐露前夫在其门口滞留，徐露报了警

孩子被抢走了

2022 年 11 月 21 日，那本是一个普通的上学日，徐露和母亲一起去接孩子，在徐露停车的间隙，两个孩子被前夫带人抢走。

据徐露提供的监控视频显示，母亲和两个孩子进入小区门后，两个男子也尾随进入，随后一人拦住老人，两个孩子在觉察到身后的声响后，停下并转身查看，紧接着另一人追赶上走在前面的两个孩子，并控制住了徐露大儿子。视频中能看到孩子试图挣脱，并伸手捶打对方。期间徐露母亲一直被堵在小铁门的角落里，僵持几十秒后，孩子父亲带着另一男子赶到，两人分别抱走两个孩子。另外两人则始终拦着试图追赶的老人。

这成为徐露能看到的关于两个孩子最后的影像，“每看一次心痛一次”。随后孩子像是消失了，她无法与孩子取得联系，始终不清楚孩子的行踪。

2022年11月15日，徐露和前夫诉讼离婚，并获得了两个孩子的抚养权，当时小儿子5岁，大儿子6岁，前夫需每月给每个孩子2100元抚养费，直至两人分别年满十八周岁，并享有每月探视两个孩子各一次的权利。不到一周后，孩子被前夫抢走并藏匿起来。

这场抢夺还发生在保护令生效期。

2022年8月19日，徐露拿到了天津市和平区人民法院发出的保护令，这已经是她拿到的第二份保护令。保护令显示，被申请人即徐露前夫在双方离婚诉讼期间，以探视孩子为由，滞留徐露及其近亲属的住所门外长达20余小时，期间使用过威胁性语言。法院裁定禁止前夫对徐露实施家庭暴力，并禁止其在徐露及其近亲属的住所、学校、工作单位等常出入场所的一定范围内从事影响其正常生活的活动。保护令的有效期为6个月。

徐露说，两人分居后，她搬去和母亲同住。在保护令下发的前一天，前夫还堵在她家门口叫嚷，“他威胁我们说要捅死我们。”那一天，她和孩子没敢出门。

她的第一份保护令是天津市和平区法院在2021年12月9日下发的。保护令显示，法院认为一份2017年6月的聊天记录显示徐露前夫曾有“我本不该在这个时候打你教育你”的语言，结合徐露提交的伤情照片，认定男方有打架动手的行为，徐露属于面临家庭暴力现实危险的情形，裁定禁止男方对徐露实施家庭暴力。

抢夺孩子后，徐露前夫提起了上诉，要求变更抚养权。据案件材料显示，他认为自己的探视权没有被保障。材料中提到，2018年7月两人分居后，徐露前夫曾接走长子一同生活，后双方对抚养方式发生纠纷。此后两个孩子一直都跟随徐露

生活，但徐露于2019年10月开始拒绝前夫探望，其前夫便拒付两个孩子的抚养费。

对此徐露解释，她曾请法院和妇联调解，可以约定下次在法院孩子爸爸看孩子，并把孩子证件交给自己用于给孩子办理入学，但是前夫并未要求看孩子，也没有送来证件，还一度拉黑了自己的微信。

2023年2月6日，天津市第一中级人民法院作出二审判决，维持了原判（抚养权归徐露）。8月，徐露前夫再次提起诉讼，要求变更抚养权。9月25日，天津市南开区人民法院作出的判决书提到，徐露前夫要求将两个孩子的抚养权变更给自己，并要求徐露支付每人每月2400元的抚养费。他认为，在两人离婚诉讼期间，徐露始终不让他及孩子奶奶见孩子，控制孩子的人身自由。

判决书显示，对于带走孩子一事，徐露前夫的解释是：两个孩子与他取得联系，经过周折，他找到两个孩子被控制的地点，在解救孩子过程中遭遇了徐露的阻挠，并称徐露报警是“谎报警情称有人绑架她的孩子”。

最终南开区法院判决驳回徐露前夫的变更抚养权诉讼请求，认为两个孩子此前长期与徐露一起生活，为了有利于子女健康成长，两个孩子应当依旧由徐露抚养。



在贵州大方县法院，徐露与儿子短暂相处

漫长的执行路

本来，在今年2月6日天津中院作出的二审判决生效后，徐露就向天津市和平区法院申请了强制执行，要求前夫履行判决，将孩子交给自己。

“他带着孩子一路跑，一路藏，居无定所，躲避法院的执行。”徐露说。材料显示，法院调查认为徐露前夫没有经过徐露同意将两个孩子带走，带两个孩子辗转广东、三亚、贵州等地，直到今年5月才回到天津。

2月时，有一天法院执行局突然通知她，称在海南找到了她前夫和孩子，将在海南当地法院执行，把孩子带回天津。

2月23日，徐露在海南陵水见到了孩子。这是孩子被带走后第一次与她相见，但当法院工作人员带来孩子时，大儿子看见徐露，说的第一句话是“你都不找我，不要我。”

这是徐露最不愿看到的结果。“法院执行法官最能见证我是如何找孩子的，我从没放弃过孩子，为什么孩子会说我不要他们了？”徐露前夫曾在短视频平台发布过一段视频，视频中，法院工作人员带着两个孩子，当他提到“孩子已经表态了”之后，徐露的大儿子开始抗拒地喊：“我不去，我不去，我不找你去”。随后工作人员制止了拍摄。

这次执行进行了近四个小时，但徐露并没带走孩子。徐露说，法院认为在异地执行存在诸多不便，让她在3月9日回天津进行第二次执行，当天她接到执行局法官的电话，对方称法院要组织调解。

“如果能带回孩子我愿意调解，但男方的方案是让我放弃抚养权，然后他把孩子交给我。他想获得孩子抚养权，但又不想养孩子。”徐露无法接受这种方案，“我依法享有对孩子的抚养权时孩子都被抢走了，如果我放弃抚养权，还怎么保证我的权益呢？就算孩子被送回来，之后会不会还被抢走？到时我依据什么把他们要回来呢？”

由于徐露前夫没有执行此前的离婚判决，且在两个孩子的抚养费纠纷案中违反财产报告制度，

他在2022年10月25日、2023年3月9日、2023年4月7日分别被天津和平区法院决定司法拘留15天，三次共拘留45天。

今年5月3日，她再次接到法院通知，让她去贵州等消息。“法院说孩子和爸爸在贵州，他们带了大量警力，帮我把孩子带回来。”第二天，徐露前夫提交了视频，“孩子在视频中表示不去（法庭）。”

徐露称，孩子被带去了贵州大方县当地法院。让她忧心的是孩子对她的态度变化，“我们家老二见我第一面做了竖中指的动作。”

在徐露提供的前夫曾在网上发布（现已删除）的一段视频中，孩子父亲询问两个孩子是否有挨打，视频中，孩子回答“经常挨打”；他又问“几根棍子打？”孩子回答“四根”。

两个孩子还称，因为成绩不好，徐露不让他们上学。徐露无法接受这种询问方式以及孩子的说法。“我保留着这么多孩子参加课外活动的照片和视频，孩子是否上学的情况也随时都能到学校查证。”徐露在网上给大儿子报了英语培训课，一直到孩子被带走几个月后，仍在续费，“我怕他哪天回来了跟不上了，不交费上不了课。”

由于经过多次拘留，前夫仍未送回孩子，4月19日，法院以徐露前夫涉嫌拒执罪将案件移交给公安，4月21日，公安正式立案。拒执罪是指拒不执行判决、裁定罪，即“对人民法院的判决裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为”。

在这之后的5月16日，法院又组织双方到法院交接孩子，“那天是孩子生日，我和我母亲前一晚几乎没睡，给孩子准备了生日礼物和蛋糕，但孩子没到，又变成了我跟孩子爸爸调解。”徐露说。前夫提出了跟此前一样的方案，同时向法院提交了两个孩子的诊断证明，称孩子存在精神问题，不宜来到法院。徐露大儿子今年本该读二年级，但前夫提供的就诊记录和病历显示，两个孩子均存在明显而严重的孤独症症状，医生在两个孩子的病历中记录“父亲随诊，目前没有上

学”。6月14日，徐露再次接到法院通知，让她随时准备到法院配合执行，但最后工作人员又告知她，男方亲友情绪激动，为了避免发生冲突，最终没有执行。

在上述南开区法院作出的判决书中，徐露前夫陈述，两个孩子在跟随他生活期间，向他控诉徐露三年来经常对他们训斥和打骂，有时用戒尺和其他工具殴打腿和手，这致使两个孩子患上注意缺陷多动障碍。徐露前夫还称，因为两个孩子不同意跟徐露一起生活，并且已经被诊断为注意力缺陷障碍，他才没有将两个孩子送回给徐露。

深一度记者就此事联系徐露前夫，但未能接通电话。



徐露孩子被带走时的监控

难以执行的“拒执罪”

徐露的遭遇得到了“紫丝带妈妈”的关注，“紫丝带妈妈”是由那些遭遇孩子被抢藏的家长组成的组织。郭小明是紫丝带妈妈的公益法律顾问律师，也是前法官。他认为，男方规避执行的行为具有一定的隐蔽性，“他会跟法院表示配合，不会明显规避执行，但是却不让她带走孩子，比如有一次男方将孩子带到法院门口，但男方说是孩子不愿意（跟妈妈走）。”

“紫丝带妈妈”发起人朱莉是组织中第一个成功走到“拒执罪”这一步的。

2016年，朱莉和前夫协商离婚，丈夫趁她上班带走了孩子。朱莉起诉离婚，得到孩子的抚养权，但孩子爸爸将孩子藏起来。从2016年8月到2020年11月，她跟孩子分开了四年多。这期间她曾去孩子就读的学校试图探视，但没法跟孩子单独相处。“每次我去，他的家人马上就出现了，他们还跟老师交代过，不能让妈妈带走孩子。”

朱莉前夫也曾因拒绝执行判决被拘留一个月，“但他不怕，他们也知道，只要把拘留熬过去，可能（另一方）就没什么更好的办法了”。于是朱莉向法院执行庭申请了“拒执罪”，公安机关进行立案侦查半年后，给了撤案函，“理由是他不构成拒执罪，因为我们国家的司法解释并没有明确不执行抚养权可以构成拒执罪。”最终，经过努力，警方才再次恢复侦查。

深一度记者在检索梳理裁判文书网相关判例时发现，在涉抚养权案件的实际操作中，“情节是否严重”往往决定着是否能够构成拒执罪，但对此的界定并没有统一明确的标准。

海南省海口市中级人民法院2018年作出的一份刑事裁定书中提到，“对于《中华人民共和国刑法》第三百一十三条‘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’的规定，其中所称的‘情节严重’，《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》和《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条均作出明确规定，本案被执行人虽然存在有能力执行而拒不执行生效判决的情形，但其行为不符合上述法律解释和司法解释中规定的情节严重的情形，不具备构成拒不执行判决、裁定罪的法定要件。”

记者查询发现，在该文书中提到的两份《解释》，其具体的阐释几乎均围绕财产相关，并没有对抚养权的执行做明确规定。

中国行为法学会副秘书长陈惊天曾在《律师来了》节目中谈到，“刑法特别规定‘法无明文

规定不为罪’，但我认为‘法无明文不为罪’的情况是没有刑法的条文，而不是说没有司法解释的具体细化。所以不能因为司法解释当中的列举不够明确，被绊住了脚。”

甚至成为一种风气

郭小明在任法官期间，参与过很多家庭类案件的审判，在抚养权执行难这个层面，郭小明认为法官的确缺乏可以参照的法律细则。

北京德和衡律师事务所高级联席合伙人高丽姣曾撰文提到，各地法院在抚养权强制执行问题上所出现的分歧，很大程度上是由于法律和司法解释提供了一种概括性原则，这赋予了各地法院极其宽泛的自由裁量权。

高丽姣称：“虽然我国现行立法明确了未成年人最大利益原则、抚养和探望等相关法律制度，但基本流于原则、制度，并无具体的落地规则，使得法官只能以审理财产纠纷案件的模式和套路处理家事纠纷。这就导致法官处于消极、被动的状态，哪方强势，哪方获胜。”

2021年6月1日，新修订的《未成年人保护法》开始实施，其中第二十四条规定，未成年人父母离婚时“不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权”。但高丽姣认为，这仅仅是原则性的制度，并无任何具体实际的惩罚机制和有效措施。

郭小明认为，这种情况更考验法院的工作，“因为强制执行抚养权的难度大就在涉及到孩子的人身权，‘人身不能强制执行’，这是法院常说的一句话，法院不能帮你去抢孩子，只能对男方采取一些强制措施，进行威慑。”

不少专家学者认为，推动相关立法和法规细化是非常有必要的。也有法院向前迈了一步。据媒体报道，2018年5月，最高人民法院进一步明确了拒执罪刑事自诉立案条件，并于2020年12月进一步完善了拒执罪自诉审理中的相关流程。江苏秦淮法院出台了《关于办理拒不执行判决、

裁定犯罪刑事自诉案件若干问题的暂行规定》：

“被执行人具有下列情形的，申请执行人可以向立案庭提起刑事自诉：对生效判决、裁定确定的抚养、扶养、赡养、探望等行为类义务拒不执行或消极对抗，情节恶劣，造成未成年人、妇女、老年人等弱势群体的权益长期遭受损害等严重后果的。”

事实上，在“寻子”这条链条上，每一个部门都牵涉其中。许多案子即便境况相似，结果也不尽相同，朱莉认为，这与不同地区法官的执行理念以及相关部门工作人员的工作理念有关，“有的工作人员认为案件很恶劣，一定要帮助被藏匿孩子一方。但也有态度消极的工作人员，我们的案例当中所有的妈妈几乎都有去找过妇联，但有的有效果，有的没效果。”

遭遇被抢夺藏匿孩子的并非全是妈妈，王磊是紫丝带群体中的一员。作为一名父亲，他在孩子被女方抢夺藏匿后，在每一环几乎都遭遇了困境。王磊的孩子今年五岁，2021年6月29日，妻子（当时王磊尚未离婚）将孩子带走藏匿。

在王磊看来，最近几年抢夺藏匿孩子甚至成为一种风气，有些律师也在“默认”这种做法。在搜集证据时，他就发现妻子的律师曾明确建议她将孩子带走，不要告诉王磊地址。他所关注的某位网红律师，常在短视频平台直播为网友提供咨询服务，而在某次咨询中她表示“把孩子带走，对争夺抚养权只有好处没有坏处”。这种说法令王磊无法接受，“在社交媒体上传播这样的声音，暗示想要拿到孩子的抚养权可以这么做，我觉得这样风气就起来了，是一个恶性循环。”



去年“双十一”，徐露给孩子准备的衣服

孩子的利益

“抢夺藏匿这种行为是不分性别的，这个行为都是不考虑孩子的心理感受和未成年人的利益。”朱莉说。

截至 2023 年 8 月 10 日，紫丝带妈妈公益群体登记入库的妈妈 505 人，爸爸 20 人。微信和微博志愿者群未登记的约 50 人。在这个数据中，进入法律程序的 455 个妈妈中 156 个拿到抚养权，76 个拿到探视权，其他仍在起诉或庭审中。孩子已经回来的 107 人。爸爸中仅一人通过协议离婚拿到抚养权，一人可以正常见孩子。

“带回孩子的 107 人，基本上都是通过艰难的执行方式回来的，执行的时间成本很高，多次申请强制执行，一年两年的情况比较多。”朱莉说。

许多带回孩子的紫丝带妈妈面临着一个共同的问题，就是孩子的心理健康和亲子关系的修复。抢夺的发生可能给孩子带来强刺激，而抢夺一方

为了获得孩子的认可，可能会对孩子进行“洗脑”，给孩子灌输仇视另一方的思想，诸如“妈妈根本不爱你，也不找你，保护不了你”、“爸爸是坏人”等说辞。

“紫丝带妈妈”会定期组织心理疏导和心理知识学习，“被藏匿期间孩子的学习和生活习惯肯定会改变，心里也会受到伤害，越早回来对孩子越好。”很多妈妈的心理状态也不好，焦虑，失眠，“所以我们引进了心理老师，经常给他们做一些心理疏导。”

安徽省律协婚姻家庭法律专业委员会副主任、安徽金亚太律师事务所律师薛平认为，不管是孩子的抚养权交接，还是探望权的行使，根本上都是出于对未成年人身心的保护。

薛平也关注到，这些年许多法学界的专家也试图在这个问题上提出立法建议，希望能在新的司法解释里面规定，能够对于在离婚期间一方抢夺藏匿孩子的给予负面评价。这意味着“越抢越不判给你”，即认定这种抢夺藏匿孩子是不利于孩子身心健康成长的，对这种行为给予否定评价。

在合肥中院参与一起抚养权纠纷案件调解时，薛平说，一位中院法官向他谈到，鉴于现在仍有部分离婚夫妻以抢夺、藏匿孩子的方式争夺抚养权，或者离婚后拒绝给对方探望孩子，合肥中院正在探索今后在判案实践中将会对这种恶劣行为给予负面评价的机制。

对于离婚后子女的抚养，民法典中明确“子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿”。而不少人抢夺藏匿子女的目的正是希望在与孩子共同生活至其满八岁后，提出变更抚养权。薛平说，在实际工作中，确实存在这种现象。

但另一个问题是，并不是每个年满八岁的孩子都能够准确地表达自我意愿。薛平认为，这个年龄界定还是比较小，“比如刚满 8、9 周岁的，可能会受到大人的不良诱导，从心理上对另一方产生抵触，在法官对他进行询问时，不能表达出真实的想法。”

一些法官正在实践中探索方法。薛平介绍，合肥曾有个法官，在开庭前尊重孩子不愿到庭的意愿，但要求孩子写一份说明，表明自己愿意与哪方共同生活。同时需要父母双方都在说明上签字，认可孩子的真实意愿。也有法官曾在判决前，要求男方把孩子交给女方带一段时间，或者双方轮流带一段时间，然后再询问孩子的意愿。

时间一天天过去，徐露最担心的是孩子的身心健康，“孩子们马上就要离开我一年了，现在他们的身体状况、精神状况我都不了解，他们也没有上学，我只希望对方能以孩子利益为先，给他们检查、治疗，让他们上学。”

2014年，徐露母亲做了癌症手术，那之后身体一直不好。两个孩子从她手上被抢走，这让她感到愧疚。“她总是睡不好觉，常常惊醒，孩子的东西都在姥姥房间里，她一直维持着原样。”书桌上还留着大儿子的日记本和显微镜，“他喜欢观察”，一个盒子里收集着大儿子掉的牙齿，“他每掉一颗牙，我们会写上几月几号，什么位置的牙，装在盒里保存。”

去年“双11”，徐露给两个孩子买了很多衣服，衣服在孩子被带走后才陆续寄到，她没有退掉，整整齐齐地叠在箱子里，现在衣服都小了，但她舍不得扔，仍然整整齐齐地留在孩子的房间里。

（为保护受访者隐私，文中徐露、王磊为化名）

2023年老年人权益保护活动暨老年人监护问题研究成果发布会在京举行

原创：2023-10-20 北京老龄 北京老龄

<https://mp.weixin.qq.com/s/NbUvdrZo5z-cQ5we3umb5w>

九九重阳

2023年10月20日，民政部社会福利中心与北京市老龄协会在京联合举办了“2023年九九重阳节老年人权益保护活动暨老年人监护问题研究成果发布会”，向社会公开发布了《老年人监护问题研究报告》和《老年人意定监护服务指引》。民政部社会福利中心副主任王柏发出席发布会并致辞，民政部社会福利中心评估监管部副主任任娜，北京市老龄协会党委委员、副会长白玲出席发布会并就研究成果进行解读。



随着人口老龄化的持续深入，高龄、失能失智、独居、空巢的老年人数量持续上升。与此同时，家庭空巢化、核心化、小型化，导致老年人被动陷入监护不当或监护缺失的困境，生命健康和财产安全权益面临受到侵害的风险。为贯彻积极应对人口老龄化国家战略，落实《民法典》《老年人权益保障法》关于老年人监护制度的有关规定，民政部社会福利中心、北京市老龄协会联合有关专家组成课题组，合作开展了老年人监护问题研究。



发布会上，民政部社会福利中心评估监管部副主任任娜发布并讲解了《老年人监护问题研究报告》。任娜副主任介绍，为全面调查研究当前老年人存在的监护问题，民政部社会福利中心与北京市老龄协会课题组先后在北京、上海等十个省市地区组织开展了问卷调查与社会走访，组织了一大批该领域内的专家学者与业内实务工作者深入分析论证与研究讨论，充分借鉴国内外先进经验与做法，结合各地的政策创新与服务实践，提出切实的改革意见与政策建议。

研究报告显示，我国老龄化形势下老年人监护发展的现状主要有三大特点：一是涉老侵权风险增加；二是监护困境群体增加；三是老年人照料和医疗负担重。基于这样的背景和现状，课题组深入研究发现，老年人对监护的认知水平有限，普遍存在养老担忧和监护不足担忧，且对国家监护制度的诉求较为多元等问题。针对以上问题，参考借鉴国内外先进经验与做法，以及北京市开

展老年人委托代理和监护服务试点的经验，研究报告提出了完善老年人监护制度的政策设想和建议，全面保障老年人的合法权益。



随后，北京市老龄协会党委委员、副会长白玲发布《老年人意定监护服务指引》，全面深入普及意定监护法律知识，提出可借鉴的实践经验与作法，帮助老年人掌握意定监护关系确立与协议签订要领及相关注意事项，引导社会合理规避侵权风险，促进意定监护稳妥有序发展，切实维护老年人权益。

《老年人意定监护服务指引》提出，在以家庭监护为基础、社会监护为补充、公共监护为兜底的老年人监护体系中，意定监护适用于很多家庭保护不足的老年人，是家庭监护与公共监护的有益补充。具有完全民事行为能力的老年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。这种监护关系不是普通意义上的法定代理，而是基于委托关系的意定代理，要求代理人始终是忠于本人意愿的协助决定，能够充分体现老年人意愿，尊重老年人自主决定和现存能力，一些老年人因此而选择通过意定监护解决自己的权益保护问题。

白玲副会长表示，面对老年人日益增长的监护服务需求，北京市老龄协会积极应对、大胆创新，围绕老年人权益保护进行了大量的实践探索，实施了老年人权益保护服务试点，两年来已经与

80 多户有监护困境的特殊困难老年人家庭签约服务，帮助他们解决养老问题，并针对老年人监护问题组织了大调研，在充分调查研究的基础上提出了具体的对策建议。



最后，来自北京、上海及广州三地该领域的专家学者、社会代表就各自开展的老年人监护领域工作进行了经验分享和交流探讨，为老年人意定监护制度的发展建言献策。

筑牢维护妇女权益的法治保障——妇联组织源头参与妇女权益保障法律体系建设综述

2023-10-22 全国妇联女性之声

https://mp.weixin.qq.com/s/qrk-G-xG1X1h_84owEjIWA

“妇女权益是基本人权。我们要把保障妇女权益系统纳入法律法规，上升为国家意志，内化为社会行为规范。”

2015 年 9 月 27 日，国家主席习近平出席全球妇女峰会并发表重要讲话，深刻阐述了妇女权益的本质特征，为做好新时代妇女权益保障工作指明了方向。

以习近平同志为核心的党中央高度重视妇女权益保障，党的十八大、十九大、二十大连续三次将“坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益”写入党的施政纲领。全国妇联和各地妇联深入学习贯彻习近平总书记重要讲话精神和党中央决策部署，在全过程人民民主中积极推进妇女权益保障法律体系建设，五年来，全国和省级妇联共参与 2500 多件法律政策的制定修改。随着我国法治化进程不断推进，妇女的政治、经济、文化、社会和家庭生活等各方面权益得到更有力保障。

将男女平等的宪法原则贯穿立法修法全过程

妇女权益保障是国家人权事业的重要部分，而法治是人权最有效的保障。



1992 年通过的《中华人民共和国妇女权益保障法》是我国第一部促进男女平等、保障妇女权益的基本法，是我国人权保障法律体系的重要组成部分。法律实施 30 年来，为妇女各方面权益落

实提供了有力法治保障，推动了男女平等基本国策深入人心，同时也亟须修改完善以适应新时代要求。

2019年，全国妇联向十三届全国人大二次会议提交了《关于修改〈中华人民共和国妇女权益保障法〉的议案》。全国人大常委会积极回应社会关切，启动了妇女权益保障法全面修改工作。

历时三年，先后三次审议，全国妇联一直主动跟进，参与起草法律草案、配合调研论证、广泛征求意见、提出修改建议……2022年10月30日，新修订的妇女权益保障法对外公布。本次修订涉及条款多，增加的规定多，结构上也有调整，全面夯实了妇女权益保障制度机制。

妇女权益保障检察公益诉讼机制是新修订的妇女权益保障法的众多亮点之一。2023年2月，江苏省常州市新北区妇联接到“孕期职工遭恶意调岗”的求助。新北区妇联立即了解情况，迅速向新北区检察院移送案件线索。区检察院、区妇联经过精心准备，召开了常州市首例女职工劳动和社会保障权益保护公益诉讼听证会。依据妇女权益保障法，区检察院向职能部门发出诉前检察建议，建议对公司侵害不特定女职工劳动权益的情形依法处理，并针对办案中发现的共性问题向全区10个乡镇送达了检察建议书，督促公司在女职工体检、女职工特殊保护条款写入劳动合同、建立女职工特殊保护制度等方面积极探索落地措施。



江苏常州市妇联、市检察院召开妇女儿童权益保护联席会议

新修订的妇女权益保障法实施后，在妇联组织的推动下，上海率先制定了妇女权益保障条例，四川及时修订了实施办法，安徽、福建、贵州等地也已将修订实施办法纳入地方立法计划。



新疆和硕开展《妇女权益保障法》宣传活动

“13年了，我终于拿回了自己的土地承包经营权。”2023年4月，一场因“外嫁女”身份被剥夺土地承包经营权的纠纷在新疆塔城市人民检察院落下帷幕，“外嫁女”巴某终于拿回了被娘家人无偿占用13年的30亩口粮地的土地承包经营权及4.83万元承包费。

妇女享有与男子平等的土地承包权，然而有的地方以种种理由剥夺了出嫁、离婚、丧偶等妇女的合法权益。为回应农村妇女“证上有名、名下有权”的呼声，全国妇联积极推动农村土地承包法修改，增加了承包农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益、土地承包经营权证或者林权证等证书应当将具有土地承包经营权的全部家庭成员列入等内容。

巴某的维权胜利，归功于农村土地承包法、妇女权益保障法等一系列法律在为妇女权益“撑腰”。

为保障妇女生育权益，在参与社会保险经办条例制定过程中，全国妇联积极推动有关个人在领取失业保险金期间，社会保险经办机构应当从

失业保险基金中支付其应当缴纳的基本医疗保险费规定中，明确包含生育保险内容。

……

党的十八大以来，妇女权益保障的制度机制日益健全，我国已建立包括100多部法律法规在内的全面保障妇女权益法律体系。

为“家和万事兴”保驾护航

“家庭是社会的基本细胞。”“不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风。”过去5年来，全国妇联深入贯彻落实习近平总书记重要论述精神，积极推动出台家庭教育促进法，参与民法典、人口与计划生育法等与婚姻家庭密切相关法律的制定与修改工作，督促反家庭暴力法落实，为推动形成爱国爱家、相亲相爱、向上向善、共建共享的社会主义家庭文明新风尚注入法治力量。

2022年1月6日，家庭教育促进法刚刚施行，湖南省长沙市天心区人民法院发出了全国首份家庭教育令。



湖南省长沙市天心区人民法院发出全国首份家庭教育令

2020年8月，原告胡某和被告陈某协议离婚，双方约定女儿由陈某抚养。后因陈某未按协议约定履行抚养义务，胡某于2021年10月向天心区人民法院提起诉讼。

案件经审理后，法院对陈某发出了家庭教育令，裁定要求陈某多关注被监护人的生理、心理

状况和情感需求，与老师至少每周联系一次；并要求陈某与被监护人同住，由自己或近亲属亲自养育与陪伴被监护人，切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任，不得让被监护人单独与保姆居住生活。如陈某违反裁定，法院将视情节轻重，予以训诫、罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

全国首份家庭教育令的发出，是依法约束和惩戒家庭教育中“养而不教、监而不管”行为的有力司法手段，也给父母们自觉承担家庭教育的主体责任上了一堂法治公开课。而家庭教育促进法从立法调研、建议稿撰写，到征求意见、修改完善，妇联组织参与了整个过程。

2018年，民法典各分编的编纂工作正紧锣密鼓进行，作为新时代全面保护公民民事权利的宣言书——其中很多内容与妇女儿童的切身利益息息相关。



重庆渝北区妇联开展民法典宣传活动

在婚姻存续期间，夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务属于夫妻共同债务吗？这个问题一度成为妇女信访热点难点。

民有所呼、我有所应。全国妇联高度关注民法典的编纂工作，提出夫妻共债共签、严格未成年人收养条件等多项修改建议，得到立法机关重视和采纳。2020年1月1日起实施的民法典充分吸纳妇联组织建议，明确夫妻共同债务认定标准，

保障婚姻中未举债一方利益，为维护婚姻家庭和谐稳定、规范交易秩序和社会秩序提供助力。

两年后的6月，北京市第一中级人民法院发布家事审判典型案例。任某诉侯某离婚案中，侯某主张任某与其共同承担48万元债务。依据民法典规定，法院判决认为，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。本案侯某主张债务以其个人名义向银行贷款，且数额超出家庭日常生活需要，款项未用于共同生活、共同生产经营，并且没有证据证明是基于夫妻双方共同意思表示，故该债务不属于夫妻共同债务，应由侯某个人予以偿还。

倾听妇女意见、开展调查研究、召集专家论证、提交提案议案建议，各级妇联组织紧跟立法进程，积极主动作为。目前，全国有16个省区市出台了落实反家庭暴力法的地方法规，12个省区市出台了地方家庭教育促进条例。

建立健全多部门协作联动的妇女权益保障机制

2019年，针对妇女就业歧视问题，全国妇联联合人力资源社会保障部、教育部、司法部、卫生健康委、国务院国资委、国家医保局、全国总工会、最高人民法院等出台《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》，明确招聘行为“六不得”就业歧视情形，规定行政处罚措施，建立健全联合约谈机制、司法救济机制等。

2020年，全国妇联与最高人民法院、最高人民检察院分别建立妇女权益保护工作机制，加大对严重侵害妇女儿童权益案件的打击力度，加强在妇女权益保障领域的合作；与最高人民法院、国家监委、教育部、公安部、民政部、司法部、国家卫生健康委、共青团中央等建立侵害未成年人案件强制报告制度，明确报告责任主体和9类应当报告的情形，并推动强制报告制度纳入新修订的未成年人保护法。

2022年，针对人身安全保护令制度落实问题，全国妇联、最高人民法院、公安部、民政部、司法部、卫生健康委等联合发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，明确各部门职责分工，强化多部门联动执行人身安全保护令制度，共同保护家庭暴力受害人合法权益。



内蒙古牙克石市妇联首例代为申请人身保护令正式发出

心合意同，谋无不成。各地妇联与多部门广泛开展合作，形成齐抓共管合力。九江市濂溪区建立法规政策性别平等评估机制，人大法制委、司法局、组织部、妇联等20个部门参加，对制定实施的政府规章、规范性文件进行调研论证、分析评估，确保法规政策体现性别平等。西安市妇联联合人社、教育、司法等部门印发通知，就进一步规范招聘行为促进妇女就业提出要求，坚决防止和纠正就业中的性别和身份歧视。深圳市妇联联合市委宣传部、网信办等部门出台《深圳市广告性别平等审视指南》，明确列举了6种广告涉嫌性别歧视的情形，制定广告性别平等审视标准，为各级各部门开展广告评估审视工作提供制度依据。

行至半山不停步，中流击水再出发。在新征程上，妇联组织将深入贯彻落实习近平法治思想，充分发挥代表妇女参与民主协商、民主决策、民主管理和民主监督的作用，促进保障妇女权益在立法、执法、司法、守法全链条、全过程、全方位

覆盖，不断提升广大妇女的获得感、幸福感、安全感，为建设更高水平的法治中国贡献力量。

来源/中国妇女报

作者/中国妇女报全媒体记者 孔一涵

编辑/刘斌、廖芸卿

审签/侯晓然

监制/周志飞

《取消外国公文书认证要求的公约》将于 2023 年 11 月 7 日在中国生效实施

2023-10-23 外交部

https://www.fmprc.gov.cn/wjbxw_new/202310/t20231023_11165858.shtml

2023 年 3 月 8 日，中国加入《取消外国公文书认证要求的公约》（以下简称《公约》）。《公约》将于 2023 年 11 月 7 日在中国生效实施。

《公约》是海牙国际私法会议框架下适用范围最广、缔约成员最多的国际条约，旨在简化公文书跨国流转程序。11 月 7 日起，中国送往其他缔约国使用的公文书，仅需办理《公约》规定的附加证明书(Apostille)，即可送其他缔约国使用，无需办理中国和缔约国驻华使领馆的领事认证。其他缔约国公文书送中国内地使用，只需办理该国附加证明书，无需办理该国和中国驻当地使领馆的领事认证。

中国外交部是《公约》规定的附加证明书主管机关，并为本国境内出具的公文书签发附加证明书。受外交部委托，中国相关省、自治区、直辖市人民政府外事办公室以及部分市人民政府外事办公室可为本行政区域内出具的公文书签发附加证明书。办理附加证明书的具体程序和要求请登录中国领事服务网(<http://cs.mfa.gov.cn>)或各相关地方外办网站查询。

中国附加证明书将使用贴纸形式，加贴银色国徽印鉴。中国外交部以及各相关地方外办签发的附加证明书支持在线核验，具体可登录 <http://consular.mfa.gov.cn/VERIFY/>。

居住国外人员可关注中国驻当地使领馆官网查询相关信息。

附件 1:《取消外国公文书认证要求的公约》
缔约国名单（截至 2023 年 10 月 23 日）.doc

附件 2:签发附加证明书的地方外事办公室名单.doc

外交部

2023 年 10 月 23 日

附件 1

《取消外国公文书认证要求的公约》缔约国名单 (截至 2023 年 10 月 23 日)

亚洲（22 个）：

中国、亚美尼亚、阿塞拜疆、巴林、文莱、格鲁吉亚、印度、印尼、以色列、日本、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、蒙古国、阿曼、巴基斯坦、菲律宾、韩国、沙特、新加坡、塔吉克斯坦、土耳其、乌兹别克斯坦

非洲（16 个）：

博茨瓦纳、布隆迪、佛得角、斯威士兰、莱索托、利比里亚、马拉维、毛里求斯、摩洛哥、纳米比亚、卢旺达、圣多美和普林西比、塞内加尔、塞舌尔、南非、突尼斯

欧洲（44 个）：

阿尔巴尼亚、安道尔、奥地利、白俄罗斯、比利时、波黑、保加利亚、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、

匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马耳他、摩纳哥、黑山、荷兰、北马其顿、挪威、波兰、葡萄牙、摩尔多瓦、罗马尼亚、俄罗斯、圣马力诺、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、乌克兰、英国

北美洲（21 个）：

安提瓜和巴布达、巴哈马、巴巴多斯、伯利兹、加拿大、哥斯达黎加、多米尼克、多米尼加、萨尔瓦多、格林纳达、危地马拉、洪都拉斯、牙买加、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、特立尼达和多巴哥、美国

南美洲（12 个）：

阿根廷、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、圭亚那、巴拉圭、秘鲁、苏里南、乌拉圭、委内瑞拉

大洋洲（10 个）：

澳大利亚、库克群岛、斐济、马绍尔群岛、新西兰、纽埃、帕劳、萨摩亚、汤加、瓦努阿图

注 1：2024 年 1 月 11 日，《公约》将对加拿大生效，中加之间将于当日开始适用《公约》。2024 年 6 月 5 日，《公约》将对卢旺达生效，中卢之间将于当日开始适用《公约》。

注 2：中国与其不承认具有主权国家地位的《公约》成员间不适用《公约》。

注 3：中国与印度之间不适用《公约》。

附件 2

签发附加证明书的地方外事办公室名单

（共 31 家）

省级外办（25 家）：

安徽、重庆、福建、广东、广西、贵州、河南、黑龙江、湖北、湖南、海南、吉林、江苏、江西、辽宁、四川、山东、上海、陕西、云南、浙江、甘肃、河北、山西、内蒙古

市级外办（6 家）：

长春、哈尔滨、宁波、济南、青岛、深圳

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

吴国平：我国生前预嘱制度实践探索与立法构想

2023-10-07 法治研究杂志社 吴国平

https://mp.weixin.qq.com/s/sbHcExinJrNGkR0qqqUn_A

作者简介



吴国平，福建江夏学院法学院教授

摘要：

随着《深圳经济特区医疗条例》的修订颁布，生前预嘱问题逐渐进入了人们的视野。虽然目前生前预嘱立法还处在地方立法层面，但有关生前预嘱的实践已在部分地方展开，未来国家层面的立法也势在必行。深圳经济特区专门立法的实施，还需要制定配套性实施措施，规定准入条件，选择医疗机构进行试点。未来国家立法或者其他地方立法层面在制定《医疗自主权法》或者《医疗自主权条例》时须重点规定生前预嘱的适用范围，生前预嘱的主要内容，患者处于生命末期状态的判定标准和判定主体，生前预嘱应当采取的订立形式与程序，生前预嘱的效力规则，生前预嘱的保存、变更、撤销以及生前预嘱实施的审查与监督，患者、医护人员、患者家属之间的权利责任关系，违反生前预嘱的法律责任等内容。

目录：

一、生前预嘱的由来及其立法概况

（一）国外生前预嘱立法

（二）我国生前预嘱立法与实践探索

二、深圳经济特区生前预嘱规则的立法内容与积极意义

三、生前预嘱制度实施过程中需要解决的主要问题

四、未来国家层面生前预嘱立法的难点与重点

（一）排除生前预嘱实施的思想障碍与实践困惑

（二）明确生前预嘱立法须解决的重点问题

文章来源：《法治研究》2023年第5期

生前预嘱是指人们在意识清醒的情况下签署并在其不可治愈的伤病末期或临终时，拒绝或接受某种医疗措施以及处理身后丧葬事务的文书。2022年《深圳经济特区医疗条例》颁布，其中第78条规定的生前预嘱制度，开创了我国地方立法的先河。这是我国地方立法层面第一个有关生前预嘱制度的立法规定，就推动我国国家层面和各地方立法层面相关立法而言，是一个具有里程碑意义的法治事件。那么，《深圳经济特区医疗条例》有关生前预嘱规定的主要内容是什么？该制度的实施需要哪些配套条件？目前这一规定还需要进一步完善和解决的问题有哪些？未来国家立法层面要重点解决的问题有哪些？这些问题都很值得我们进一步思考与探讨。本文以《深圳经济特区

医疗条例》规定的生前预嘱制度内容为分析对象，对相关问题做初步探讨，旨在抛砖引玉。

一、生前预嘱的由来及其立法概况

（一）国外生前预嘱立法

1. 生前预嘱的由来。生前预嘱制度在国外早已有之。从实践层面来看，早在1975年，美国新泽西州就发生了一起凯伦案，对社会产生了很大的影响。1975年初秋的一天，21岁的凯伦（女）在服用了安定药之后，参加一朋友生日聚会，并饮用了数杯杜松子酒。结果因抑制性药物与酒精混合作用造成凯伦呼吸停滞，极度缺氧而进入昏厥状态。由于当时抢救不及时，引发其内脑严重创伤。在医院住院期间，只能靠鼻腔喂食管和气管切口呼吸术维持生命。这一状况维持了几个月后，凯伦的父母感觉这样女儿太痛苦了，便请求医院撤除呼吸机。但当地警方明确表态：医院不得撤除呼吸机。如果撤除了呼吸机，则当地的医生将会受到犯有杀人罪的指控。但凯伦的父母不服，遂向法院提出申诉。此案经过县、州两级法院审理，美国新泽西州法院于1976年春判决责令医院拔掉呼吸管，但须保留鼻腔喂食管。判决生效后，凯伦又继续生存了9年，最后在1985年6月不幸去世。这一案件在当时很快引起媒体的关注与报道，并掀起公共讨论与学术研究热潮。当时大家关注的焦点是生死抉择——从医生做主到患者赋权，所争论的核心问题是：（1）谁的生命？

（2）谁来做主？这两个核心问题立刻就将生前预嘱纳入关于为患者赋权的公众讨论和学术研究中，从而导致了一场临床医学革命。实际上，早在凯伦案发生的6年前，一位名叫路易斯的美国律师就曾发文呼吁应为生前预嘱进行立法，并制作了生前预嘱蓝本。该律师认为：既然《财产法》允许人们在大脑意识清醒的情况下可以预先制定有关财产分配的嘱托，那么，也应当允许人们在身体健康状态下可以依据自己的意志与需求，事先制

定并签署在自己生命终末期所需要的医事选择嘱托。这是设立生前预嘱制度的立法依据。后来，该律师所设计的前生预嘱蓝本得到了美国部分地方法院的认可，并被调整后实现立法。而美国国会也于1990年颁布了《病人自我决定权法案》，明确对生前预嘱制度的地方立法予以承认。1996年，美国成立了生前预嘱注册中心，这是一家民间机构，其任务就是通过一系列的教育和计划，推广适用“生前预嘱”制度。该机构通过电子技术为注册者保存生前预嘱的文本、器官捐赠资料和紧急联系信息。而通过注册中心存储的前生预嘱，医院、医疗照护提供者和患者家属随时都可以在保密的前提下获得该文本和资料，患者的个人隐私也可以得到很好的保护。截止2020年上半年，美国有超过七成的65岁老年人都签署了生前预嘱。因为美国法律规定各医院和提供医疗服务的养老院必须将生前预嘱作为一项重要内容列入医疗服务的范围，使得美国成为世界上最早进行生前预嘱立法并付诸实施的国家。此后，生前预嘱制度逐渐为其他国家和地区所了解与接受。

2. 国外生前预嘱的立法现状。从立法层面来看，目前，美国、英国、澳大利亚、德国、加拿大、瑞士、新加坡、韩国、日本和我国香港地区、台湾地区先后以普通法或者专门立法的形式对生前预嘱制度作出了规定。例如：1976年8月美国加州颁布的《加州自然死亡法案》（California Natural Death Act）是美国第一部确认健康护理提供者在执行生前预嘱时能够享有豁免权的地方性法规。依照该法规，医生根据患者“生前预嘱”而停止生命支持系统时无须承担法律责任，也不影响患者家属按照规定领取相应的保险赔偿。

1991年美国联邦政府颁发的《患者自主法案》（Patient Self-Determination Act）生效实施，该法案在全美范围内明确了生前预嘱的法律地位与效力，强调要尊重患者的医疗自主权，即患者有权通过预立医疗指示的方式来维护自己选择拒绝

医疗处置的权利，从而保障患者的拒绝医疗权。1993年，美国联邦政府颁发《统一健康护理决定法令》（Uniform Health-Care Decisions Act），对各州的生前预嘱文书予以统一和简化，目的在于使生前预嘱在各州之间得到承认与执行。截止目前，美国35个州都通过了《自然死亡法案》。根据美国各州地方立法规定，美国公民有权利通过签署生前预嘱来表达自己在生命末期是否使用医疗维生设备的意愿。

德国联邦法院于2003年判决确立了“预立医嘱”的法律效力，有行为能力的患者的拒绝医疗权得到法院的承认与保护。2009年7月，德国对施行多年的医疗预嘱进行了修法，将预立医嘱的理念融入《德国民法典》，在该法典第1901a条规定了生前预嘱及其法律效力，明确了医疗委托代理人、监督人对患者自主权的保障问题，并高度重视医师的专业判断和医师与代理人、医师与监护人之间通过沟通对话来确认患者意愿。根据《德国民法典》第1901a条的规定，预立医嘱的设立人首先应当具有允许（同意）能力。而允许能力与民事法律行为能力是两个不同概念，它是指设立人完全有理解医疗措施的意义、类型、内容和风险，并能够确定自己的意思的能力。据此，尽管未成年人也可能具有允许能力，但《德国民法典》还是将生前预嘱设立人的主体明确限制为成年人。只有具有允许能力的成年人才能设立生前预嘱。同时，要求医师根据患者的病情制定成立的医疗方案，须与患者的代理人或者监护人进行沟通，在此基础上再由患者进行确认，最终作出医疗决定。如果患者本人、其代理人或者监护人等均无法表达自己的意愿，则由医生依照其医学判断来作出最有利于患者的医疗决定。2012年，德国联邦行政法院在一份判决中也认为，国家基本法（宪法）中规定的个人自决权应当保护公民个人在非常特殊的情形下，可以自己决定生命终止的权利。《瑞士民法典》第370条至371条规定了生前预嘱制度内容。根据该法典第370条的

规定，具有判断能力的患者可以在其生前预嘱中预先指示：在其失去判断能力的情况下，是否同意或者拒绝接受治疗。也可以由其指定的代理人来与医生进行沟通并作出医疗决定。该法典第372条还规定了“预先指示”的设立须以书面形式进行，由设立人签名并注明年月日等要求，为患者和医生实施生前预嘱提供了法律依据。

在亚洲地区，日本是最早开始探讨和推动安乐死、尊严死和生前预嘱等合法化的国家之一。早在1976年，日本就在东京举办了第一届安乐死国际会议，同年，还成立了公益组织——日本尊严死协会，开始在日本各地推广生前预嘱的概念，并提供保存生前预嘱的服务。截止2021年，该协会已有注册会员近10万人，而同年日本的总人口为1.25亿人，会员占比为0.8%。韩国也积极推行生前预嘱制度。2009年，在韩国最高法院作出判决的当天，韩国的一家医院便依据该判决正式摘除了一名处于植物人状态患者的呼吸机，从而实施了韩国首例“尊严死”。2018年2月，韩国《延命治疗决定法》开始生效实施，该法的核心内容就是尊重和保护患者自主意愿。

总体上说，生前预嘱制度在国外有关国家实施的时间不长，还需要进一步实践与探索。

（二）我国生前预嘱立法与实践探索

1. 我国生前预嘱的立法现状。生前预嘱问题，目前我国国家立法层面还是一个空白点，法学界也是近年来才开始关注和研究这一问题。笔者2022年8月接受福建电视台“律师在现场”栏目组记者采访时了解到的，在公民中只有10%左右的人知道生前预嘱的内容与作用，绝大多数公民没有听说过。另据2022年9月间福建省妇联组织的“福建省生前预嘱实施可能性与路径研究”课题组调研情况显示，对生前预嘱有较多或深入了解的人群占比仅为8.95%，91.05%的受访者对生前预嘱缺乏基本认识，且多数人都将生前预嘱与安乐死概念混为一谈。

从立法层面看，我国有关生前预嘱制度的立法，目前只是处在地方立法层面，深圳市是目前我国第一个对生前预嘱进行地方立法的城市。而国家层面尚未进行专门立法。我国《民法典》的现有规定为生前预嘱制度的设立已经作了立法铺垫。首先，《民法典》第1002条规定：“自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”我国《基本医疗卫生与健康促进法》第33条第1款也规定：“公民接受医疗卫生服务，应当受到尊重。医疗卫生机构、医疗卫生人员应当关心爱护、平等对待患者，尊重患者人格尊严，保护患者隐私。”这表明，我国法律保护自然人的生命尊严，而生命尊严的概念包含了生命质量的含义。基于尊严，自然人有权维持其生命的质量。包括自然人在病危时有权自主决定是否接受治疗和接受什么治疗措施等。这不仅彰显了我国法律对自然人生命尊严的尊重与保护，更意味着法律将在更大程度上尊重个人对自己命运的自我决定。在医疗过程中，绝症患者有权选择有体面、有尊严的治疗方案。对于痛苦的非常规治疗手段，患者本人有权加以拒绝，其亲属及医疗机构应尊重其意愿。其次，我国《民法典》《执业医师法》《医疗机构管理条例》与《医疗事故处理条例》等法律法规均从不同的层面和角度规定了患者的“知情同意权”。例如《民法典》第1219条规定：“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。”“医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”《执业医师法》第25条规定，医师应当向患者或者其近亲属说明病情、医疗措施和其他需要告知的事项，并取得患者或者其近亲属的明确同意。《医疗机构管理条例》第32条规定，当需要实施

手术、特殊检查、特殊治疗时，医务人员须及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等具体情况，且必须取得患者本人的明确同意。《医疗事故处理条例》第11条也规定医疗机构及其医务人员必须将患者的病情、准备采取的医疗措施和由此可能产生的医疗风险等情况如实地告知患者，并及时为患者答疑解惑。这些规定都明确了一个问题，就是患者依法享有自己命运的自我决定权，即病患自主权，这是生前预嘱权的法理基础，也是医事法中患者知情同意权的题中应有之义。根据上述规定，在医疗过程中，重病或者绝症患者有权选择有体面、有尊严的治疗方案。特别是临终阶段的病人，对于痛苦的非常规治疗手段，有权加以拒绝；其亲属及医疗机构应尊重患者的明确意愿，不得侵害患者的自主权。

2010年两会期间，胡定旭、凌峰、陶斯亮等全国政协委员曾分别就生前预嘱问题提交提案。2012年3月，全国人大代表顾晋向十一届全国人大五次会议提交了一份有关生前预嘱方面的议案，建议通过制定专门的行政法规或者规章，确认生前预嘱的法律效力，并在全社会推广“尊严死”。该议案当年被列为正式议案。在2015年的全国“两会”上，全国政协委员、香港医管局前主席胡定旭也提交了一份有关生前预嘱和缓解医疗的提案，建议将缓解医疗纳入医疗保险体系中。2022年6月深圳的立法实践更是引起国人的瞩目。在患者的“临终决定权”问题上，深圳市第七届人民代表大会常务委员会第十次会议于2022年6月23日修订通过并公布的《深圳经济特区医疗条例》第78条规定22做出了大胆突破，即：如果患者事先有签署生前预嘱明确表达自己“不要做无谓抢救”意愿的，医院须尊重患者的意愿，让其平静地度过人生最后时光。

2. 我国生前预嘱的实践探索。从实践来看，生前预嘱还未在我国普遍适用。但多年以来，生前预嘱问题逐渐得到人们的关注。实际上，我国民间机构很早就开始倡导推行生前预嘱。2013年，

北京生前预嘱推广协会成立，这在全国是首创之举。2021年4月，深圳市生前预嘱推广协会成立，这是全国第二家推广生前预嘱的公益组织。随着时代的发展和水平的提高，现在人们对生活品质和生命质量越来越重视，开始认识到生前预嘱对生命的重要意义。特别是当患者病重（处于生命末期），所有的治疗措施都用尽，但病情仍然无法缓解，且患者已丧失意识的情形下，是勉强维持生命，还是尊重自然规律，让患者体面地离世？是摆在患者近亲属和医生面前的一个实际问题。有的医院已经进行过这方面的尝试。例如，复旦大学附属华山医院曾引用美国医疗机构评审联合委员会国际部的《联合委员会国际部医院评审标准》进行尝试。该标准中的第三章《病人和家属中的权利》明确了医院应告知患者及其家属（近亲属）在拒绝或者终止治疗方面的权利与责任，要求医院要尊重患者对终止复苏抢救和停止生命支持治疗的愿望和优先选择。目前，已有不少地方的医院也在总结“安宁疗护”的基础上，准备开始进行生前预嘱的实践探索。生前预嘱的内容主要包括：第一，要或者不要什么医疗服务；第二，希望使用或者不使用生命支持系统；第三，希望别人如何对待自己；第四，想让自己的近亲属知道什么；第五，希望谁来帮助自己。目前，这些地方立法经验与实践探索，必将为未来国家层面或者其他地方层面的生前预嘱专门立法起到积极的推动与促进作用。

二、深圳经济特区生前预嘱规则的立法内容与积极意义

《深圳经济特区医疗条例》是2017年1月1日起施行的全国首部地方性医疗“基本法”。该条例在实施数年之后，经深圳市第七届人民代表大会常务委员会第十次会议于2022年6月23日修订通过并公布，于2023年1月1日起施行。该条例第78条首次将患者“临终决定权”以生前预嘱为载体列入地方性法规，成为我国地方医疗立法

的创新之举。依据该条例的规定，医疗机构在收到患者或者其近亲属提供的符合法定条件的患者生前预嘱后，在对处于不可治愈的伤病末期或者临终时患者实施医疗措施时，应当尊重患者的意思表示。据此，临终抢救不再由家属决定，而由患者本人来决定。这一规定恪守了“以民为本、立法为民”的立法理念，这使生前预嘱、临终决定权、尊严死、临终关怀等关乎生命尊严的词语再次出现在大众视野之中，极大地引发人们对生命的尊严与意义这两者关系的思考，也必将推动我国生前预嘱制度立法的发展。

需要指出的是，此次深圳经济特区的专门立法，也再次向社会公众传递与厘清了一个关键立法信息与立法导向，即自然人的生命安全与生命尊严受法律保护。我国《民法典》第1002条的规定已经为我们提供了国家基本法层面上的依据。根据《民法典》这一条款规定，生命权的内容是生命安全和生命尊严，并受国家法律保护。其中，生命尊严的概念包含了生命质量的内涵。基于生命尊严，自然人有权维持其生命的质量。这一权利具有两层意思，即在消极层面上，自然人有禁止他人侵害自己作为生命主体者的尊严的权利；在积极层面上，自然人有要求自己作为生命主体者的尊严获得应有的尊重、提升自己生命的尊严和品质的权利。根据《民法典》第1002条的立法精神，《深圳经济特区医疗条例》第78条的规定在“临终决定权”上做出了大胆突破，其最大意义就在于保障患者的临终尊严，尊重患者对自己命运的自我决定。

此外，此次深圳经济特区专门立法的修订与出台，具有先导性、引领性的示范作用，对推动各地方乃至国家层面的生前预嘱立法，都具有重要意义与积极影响。主要体现在：第一，实施生前预嘱可以使患者本人的意愿得到充分尊重。在救治过程中以预嘱人的意志为主，可以解决患者亲属和医生方面可能产生的伦理问题，患者亲属不再面临两难选择。当事人没有生前预嘱，就应当全

力进行抢救；如果当事人立有生前预嘱，想减少病痛，有效的生前预嘱就可以支持其减少不必要的病痛。第二，实施生前预嘱可以减少甚至避免医疗纠纷。在老龄化社会的大背景下，未来许多人都将要直面年老体衰和病痛折磨，而现在许多地方的医患矛盾比较突出，这主要集中在处于不可治愈疾病末期的病患与医院之间。生前预嘱制度的实施，可以有效缓解此类矛盾，减少甚至避免医疗纠纷。特别是近年来，有关方面正在大力推广生前预嘱，如北京生前预嘱推广协会在业界就已广为人知，其创建的选择与尊严网站推出的“我的五个愿望”，在我国国内已经有5万多人填写。但民间的倡导并不具法律效力，一旦患者的亲属对此有异议，医疗机构及医生就可能面临民事侵权索赔或者主管部门的行政处罚，如此巨大的风险让医生不敢做决定。而通过立法赋予生前预嘱法律效力后，医生在法律的框架下做出选择，就可以不再顾虑重重。第三，实施生前预嘱可以从源头上避免医疗资源不必要的浪费，也有助于转变人们的思想观念，在全社会树立正确的生死观。具体包括：一是减轻国家医保负担和财政支出；二是节约宝贵的医疗资源，减少医疗资源浪费，也减轻医护人员的劳动强度；三是减轻患者家属的精神负担、心理压力与经济负担；四是使患者逐步转变人生观念，正确面对疾病与生死问题。

目前，全国一些地方也在积极探索并开始进行地方立法的调研论证等前期准备工作。可以预见，随着社会的广泛关注和地方立法的积极探索，完全可以为今后国家层面的立法积累与提供宝贵的经验。在未来条件成熟时，可以在全面梳理总结各地方生前预嘱立法与制度实施的经验基础上，由国家立法机关在国家立法层面对生前预嘱制度作出相应的规定。

三、生前预嘱制度实施过程中需要解决的主要问题

如前所述，生前预嘱理念在我国还处于宣传推广阶段，很多人对此不太了解，一些医院和医生对这一制度如何操作还不太清楚，且该制度还有很多具体内容需要通过实践来进一步总结经验与不断完善。就深圳经济特区而言，《深圳经济特区医疗条例》颁布后，从地方性规范性文件的条文到具体落地实施，在实践层面上要面临的挑战还很多，还有许多工作要做。包括：第一，组织制定与生前预嘱制度配套的操作规范。第二，组织医护人员、律师和公证员等进行业务培训。第三，开展生前预嘱制度的普及宣传和推广工作。第四，推动普惠性生前预嘱服务、安宁疗护、生命教育成为为民办实事项目。就深圳经济特区以外的地区而言，可以结合本地区实际，开展生前预嘱立法前期准备和试点工作，在条件成熟时，再进行全面推广。当前，重点应做好以下几项工作的落地落实：

1. 制定配套性实施方案。首先需要制定《生前预嘱操作细则》或者《生前预嘱操作指南》，进一步明确生前预嘱的签署主体、基本内容、程序要件、生前预嘱的适用、生效与实施等相关问题，特别是要对生前预嘱操作过程中的具体问题和操作规范作出规定。包括可以由生前预嘱决定不对临终患者实施的创伤性抢救措施有哪些？有权评估患者确实处于不可治愈的疾病末期和评估采取侵入性抢救措施时可能带来的损害的机构或者主体是哪些？对创伤性抢救措施造成的损害与收益如何评估等等。例如，生前预嘱适用的前提是“治愈无望”或者“疾病晚期”，但是，达到何种程度才符合“治愈无望”？0.1%的治愈率算不算？当病患的认知与专业医生的认识发生偏差，又该如何抉择？这些都是生前预嘱适用过程中遇到的难题。又如，签署生前预嘱时，由于涉及到很多医学和法学领域的概念、规定等，患者本人、患者亲属不知道、不了解或者不理解，需要有专业人员提供指导与服务，以确保患者明白签署生前预嘱的目的、价值、内容和操作要求。再如，生前预嘱作为

一份专业的医学法律文书，患者意思表示真实的前提是理解其中的医学概念。什么是生命维持干预，要做什么程度的抢救，心外按压还是气管插管，什么是创伤性抢救措施，什么是生命支持系统，什么是进行原发疾病的延续性治疗等。这些都需要通过制定规范性文件来进行统一权威的解释，并由专业人员对患者进行解答与指导，使之有章可循、按章办事，实现医患两利。其次，可以借鉴北京、深圳的做法，由政府（卫健委）出面组织成立生前预嘱推广协会，成员由医学、心理学、法学等领域专家和卫健委、民政厅等部门人员组成，负责对生前预嘱实施与推广工作的指导与协调。再次，要建立临床决策机制。在与患者和患者亲属的每一次沟通过程中，医生都应当积极主动地了解患者的真实意愿，以便制定有针对性的治疗方案。

2. 规定准入条件。即通过相应的培训来设定一些准入条件，可以由卫健委组织相关医护人员进行专业培训，聘请医学、心理学、法学等方面的专家、学者和律师给医护人员授课。培训合格后方可开展生前预嘱工作。

3. 选择医疗机构进行试点。可以选择一些医术水平高、医护条件好的综合性医院进行试点，由卫健委授权相关医院组织实施并进行监督指导。在总结经验的基础上，再扩大到所有符合条件的医院。

四、未来国家层面生前预嘱立法的难点与重点

（一）排除生前预嘱实施的思想障碍与实践困惑

在推进生前预嘱未来立法的过程中，可能会面临一些难点。主要体现在：

1. 传统思想观念的转变。从社会公众角度讲，中国人在传统思想观念上，是忌讳谈论死亡问题的，这是推行生前预嘱制度的最大障碍。很多人包括患者在内，还是希望把病治好，多活一天算

一天。而传统的孝文化又使得患者近亲属（尤其是子女）如果不尽全力，不倾其所有对患者进行抢救，就有可能背上“不孝子孙”的骂名，引发伦理风险，甚至担心会被追究法律责任。媒体曾报道过一典型案例：一位85岁老人因脑出血住院抢救。其亲属要求医院“不论如何，一定要让他活着！”经过医生们4个小时的全力抢救，老人勉强活了下来。但其气管被切开，喉部打了个洞，一根粗长的管子连向呼吸机。偶尔，老人清醒过来，会痛苦地睁开双眼。其亲属见状便格外激动，拉着医生的手说：“谢谢你们拯救了他！”家人们每天轮流昼夜陪护，并且目不转睛地盯着监护仪上的数字，每看到一点变化，就会立即跑去找医生。后来，老人的身体慢慢肿了起来，头部像是个吹大了的气球，更糟糕的是，老人的气道出血不止，需要医生更加频繁地清理气道。每次抽吸时，护士都要用一根长管伸进老人的鼻腔，把血块和血性分泌物吸出来。整个过程十分痛苦。而每当这时，他女儿总低下头，不敢去看。医生问老人亲属：“拖下去还是放弃？”老人的亲属仍表示要坚持到底。医生的治疗越来越无奈，老人清醒的时间也越来越短。而有限的一点清醒时间，也被抽吸、扎针无情地占据着。十天后，老人离开了人世。离开的时候，其肤色变成了半透明，全身布满针眼和插管，已经不见原来模样。在许多医院，医生们经常会看到这样的场景：昏迷了三天三夜的老父亲，已经无力回天，但儿女们一片孝心，要“不惜一切代价抢救下去”。于是，老父亲被推进了ICU，全身插满管子，上ECMO（人工心肺机），受尽痛苦和折磨却无法言说。在失去知觉的最后时刻，很多病人就这样被剥夺了自己的医疗决定权，最终在痛苦中离世。

总之，从患者亲属角度说，由于受到传统文化忌讳死亡的影响，其往往会选择对生命终末期的患者隐瞒病情；知晓自己病情的病重患者也很少主动与医护或者亲属谈论死亡的话题。而当生命终末期到来时，可能患者已经不具备表达自己意

愿的能力，是否救治，则只能由患者亲属来做决定。在实践中，对于临终前的重病患者，绝大多数患者亲属都是倾其所有，希望能够有回天之力。而绝大多数医院也都是竭尽全力加以救治。也有少数患者因忍受不了病痛的长期折磨而选择放弃治疗，请求医生不要再治疗了。有的甚至选择自杀，以早日解脱。但患者家属一般是不会也不敢放弃的。从医生的角度讲，医生们都知道生前预嘱的重要性与必要性，但是，在实际操作过程中也会遇到一些困难。《医师报》曾经做过一项调查，当患者自愿提出尊严死的时候，有44%的医生会尊重患者的选择。但同时也有44%的医生会选择征求患者亲属的意见。实际上，在这个问题上，医生的角色应当是沟通者，而不是决策者。医生应当积极地与患者亲属进行深入沟通，而不是让患者亲属去替患者本人做决定。当然，在短期内想去改变中国人的传统思想观念是不太现实的。生前预嘱的立法与实施需要循序渐进，通过广泛调研，了解国情民意，提出科学合理、切实可行的论证方案，提出具体的立法建议，并通过相关立法程序通过后才能颁布实施。这需要一段时间、一个过程，不能急功近利，操之过急。同时，要使社会公众明白，临终选择的决定权始终掌握在自己的手里，须自己拿主意，不能由他人替代。这是未来立法需要强调的问题。

2. 现存困惑难题的解决。目前，在实践中有一些重要问题还存在不同的认识，需要通过进一步探讨，以达成共识。最主要的难点在于如何明确和调整患者与医护人员、患者与患者近亲属之间的权利和责任关系。同时，还有一些技术规范方面的问题存在争议，主要有：（1）“治愈无望”或者“疾病晚期”的判断标准是什么？判断的标准应当由谁来制定？（2）对于“治愈无望”或者“疾病晚期”的重病患者投入大量的物力、人力和医疗资源有没有必要？（3）谁有权决定抢救、救治或者放弃抢救、救治？是患者本人还是患者家属，或者是医生？（4）放弃对已无治愈可能性

的临终患者的救治是否是一种不仁不孝的表现？这些都是未来国家层面或者地方层面立法不能回避的问题。此外，有关生前预嘱的操作标准、操作程序、专家队伍建设、人才培养等配套措施的跟进，以及政府的医保政策、患者本人的接受程度、医院的医疗水平、设施条件和医护人员的专业水平与服务意识等保障方面，还有许多工作要做。

（二）明确生前预嘱立法须解决的重点问题

目前，从《深圳经济特区医疗条例》第78条的规定内容来看，有关生前预嘱制度的内容还不是很完备，各地后续跟进立法时需要广泛调研，总结经验，梳理立法思路与框架内容，使立法内容能够更加完善和体系化，跟上新时代的发展步伐。笔者建议在未来条件成熟时，在国家立法层面可以考虑制定单独的《医疗自主权法》或者《患者权利保护法》。但无论是从今后进一步修订完善的角度看，还是在其他地方未来立法乃至国家层面未来立法时，都需要注意明确以下内容：

1. 扩大生前预嘱的适用范围。深圳立法将患者生前预嘱的适用范围限定于“在患者不可治愈的伤病末期或者临终时实施医疗措施”，但目前的这种限定范围太窄。作为尊重和保护患者自主决定权的一项重要制度，生前预嘱制度的适用范围不应仅限于此。从国外立法来看，一般均规定生前预嘱是在患者嗣后丧失意思能力时对于是否以及接受何种健康检查、身体治疗或侵入性医疗处置做出的预先决定，而不论此时患者是否陷入伤病末期或者临终状态。只有这样，才能充分发挥生前预嘱在尊重和保护患者自主决定权方面的作用。未来各地方立法乃至国家层面的立法，在规范生前预嘱的适用范围时，不能局限于要不要“采取插管、心肺复苏等创伤性抢救措施”，要不要“使用生命支持系统”，要不要“进行原发疾病的延续性治疗”等内容，而应当进一步扩大至缓解性、支持性医疗照护等项目，如此，便可以与安

宁缓和医疗相衔接，更全面有效地维护患者的临终生命尊严。

2. 规范生前预嘱的主要内容。参考《深圳经济特区医疗条例》第78条的规定，生前预嘱的内容至少应当包括：（1）采取或者不采取插管、心肺复苏等创伤性抢救措施；（2）使用或者不使用生命支持系统；（3）进行或者不进行原发疾病的延续性治疗等；（4）使用或者不使用缓解性、支持性医疗照护等；（5）禁止或者允许死后进行器官捐献；（6）其他与临终医疗决定（医疗指示）有关的问题；（7）发生纠纷时的处理。

3. 明确患者处于生命末期状态的判定标准和判定主体。笔者认为，首先，对于如何判断和确定患者已经处于生命末期状态，应当由国家卫健委统一制定相关行业标准 and 操作程序等一系列配套制度来作为依据并规范实施。其次，患者是否处于不可治愈的疾病末期或者临终状态，“这是个医学判断，不是自己认为或者是别人认为，而是由医疗机构作出的医学判断。”根据患者的生前预嘱，临终决定权属于患者本人，但在具体操作时，必须有相应资质的医生（例如具有副主任医师以上职称的医生）来评估患者确实处于不可治愈的疾病末期，采取侵入性抢救措施带来的损害远大于收益，这须由医生作出专业的诊断与判断。根据《深圳经济特区医疗条例》规定，有两个判断标准：一个是不可治愈的疾病末期，一个是临终状态。但这两个标准仍然比较模糊，还需要国家主管部门进一步严格细化判断标准。例如：规定必须由第三方医疗机构或具有相应能力的医疗组织（如医院伦理委员会、医学会专家团、医学专家委员会）进行复核、监督。因为生前预嘱是一种放弃生命支持的授权和指示，涉及到终止生命的问题，应当有严格而且规范的复核或者监督程序，以尽量避免错误诊断。再次，根据欧美国家的实践，判断患者是否处于不可治愈的疾病末期或者临终状态，须由3名以上医生共同作出诊断并

得出一致结论，不能实行少数服从多数的做法。这一经验值得我们借鉴。

4. 明确生前预嘱应当采取的订立形式与程序。参照《深圳经济特区医疗条例》第78条第3项的规定，笔者认为应采用书面或者录音录像的方式为之，除经公证形式订立者外，凡采用书面方式订立的，应当由立预嘱人和见证人分别签名并注明时间；凡采用录音录像方式订立的，应当当场记录立预嘱人和见证人的姓名或者肖像以及订立的时间。至于订立程序，笔者认为这应当分为两类，一类是经过公证的生前预嘱。程序包括申请、审查、发证等。它必须经过立嘱人向公证处提交相关材料、填写表格（公证处提供的生前预嘱格式文本）并签名、公证处审查、出具生前预嘱公证书等环节。另一类是非公证的生前预嘱。它又可以分为书面生前预嘱和录音录像生前预嘱。立嘱人自书的前生预嘱，须由2名没有利害关系的见证人在场见证，并由立嘱人、见证人分别签名，注明年月日。采用录音录像方式的，须记录立预嘱人和见证人的姓名或者肖像以及时间。订立的程序包括书写预嘱内容、签名、注明年月日，或者录音录像预嘱内容、记录姓名或者肖像以及年月日。在制作生前预嘱过程中，公证人员或者见证人应当注意的主要事项有：（1）注意观察确认立嘱人的精神状态和身体状况。公证处办理公证时，应要求当事人提交司法鉴定材料。发现问题，应当停止制作或者录制。（2）利害关系人不能作为见证人，包括患者的主治医师、护士等。

5. 明确生前预嘱的效力规则。首先，生前预嘱的有效条件应按照《民法典》第143条规定执行。其次，关于生前预嘱的生效要件，笔者认为，当事人在生前预嘱中预先设定的情形一旦出现，生前预嘱即可生效。具体包括：（1）患者处于不可治愈的疾病末期且已丧失意识；（2）患者处于临终状态且已丧失意识。至于患者是否处于生前预嘱约定的状态，需要通过国家卫健委制定权威的标准来认定与实施。如果患者仍有残存的意思，

即使其提供了生前预嘱，医院仍应根据患者当时意愿而非生前预嘱进行诊疗。再次，关于生前预嘱效力的设定，需要未来从立法层面来解决。笔者认为，有两个设定途径，一是法定途径，即将来通过立法程序在规范性文件加以明确；二是约定途径，即当事人在生前预嘱中根据实际情况进行事先约定。最后，对于生前预嘱的时间效力问题（即同一自然人先后制定不同的生前预嘱的效力问题），笔者认为，可以参照《民法典》继承编中有关遗嘱效力的规定，原则上应当以后立的前生预嘱为准。即内容相互冲突者，以后立生前预嘱为准。

6. 规范生前预嘱的保存、变更、撤销。关于生前预嘱的保存，可以进一步总结各地的经验做法后加以完善与规范。笔者认为，根据制定途径（方式）的不同，生前预嘱制作完毕后，可以分别交由公证处、当事人、当事人的近亲属、当事人的意定监护人、相关医院来保存。为保障患者的自主决定权，患者有权根据自己的意愿随时变更预嘱的内容。关于生前预嘱的撤销，应当参照《民法典》继承编有关遗嘱撤销的规则来执行。即以制定途径为依据，按照原来制作生前预嘱时的要求执行。例如：生前预嘱是在公证处制作的，如果需要变更或者撤销，则仍然要到原来制作生前预嘱的公证处申请变更或者撤销，制作新的生前预嘱。非经公证的生前预嘱的变更或者撤销，不应受具体形式要件的限制，只需要作出变更或者撤销的意思表示即可。特殊情况下（例如生前预嘱人已无法下地行走等），公证处工作人员应当上门服务。当事人立有数份内容相互矛盾的生前预嘱时，则应以最后所立的前生预嘱为准。

7. 强化对生前预嘱实施的审查与监督。首先，医院在依照患者的生前预嘱要求实施或者不实施某种医疗措施时，须对生前预嘱进行形式性审查。包括审查生前预嘱是否由患者签名并经公证或见证，患者做出生前预嘱时是否具有行为能力，该预嘱是否为患者最后意志等。对于有违医学常理

而可能损害患者重大健康利益的前生预嘱，还应当进行实质性审查。这在国外已有先例。例如：

《德国民法典》第1901a条授权患者的监护人对患者的预先意见进行审查，以确定患者的意见是否符合其目前的生命及治疗情势。第1901b条要求医生应与患者的监护人（意定代理人）在充分考虑患者意愿的基础上，共同研究有关医疗措施，并给予患者的近亲属或者其他信赖关系人以表达意见的机会。这样规定的立法目的在于授予医疗机构在患者近亲属或者其他监护人、关系人的共同参与下对生前预嘱进行实质性审查的职权，这值得我们借鉴。其次，按照《深圳经济特区医疗条例》第121条的规定：“卫生健康部门负责医疗执业活动的监督管理。”卫健委是政府有关医疗卫生与健康管理部门的职能部门，应对其负责对医疗系统生前预嘱实施宏观指导与监督。在具体操作层面，还可以设置其他的监督主体：一是可以在生前预嘱中设立监督人。如果是在公证处制作的生前预嘱，也可以由公证处负责监督预嘱的实施。二是可以聘请律师来监督。三是可以由患者制定生前预嘱时的见证人来负责监督。此外，还可以探索交由第三方（社会公共机构）来监督。

8. 明确患者、医护人员、患者家属之间的权利责任关系。目前，《深圳经济特区医疗条例》对患者与医护人员、患者与其近亲属在医疗方面的权利和责任关系还缺乏具体、细致的规定。这是一个长期困扰三方当事人的难点问题。特别是在目前医患关系紧张、矛盾尖锐的情况下，更应在法律层面妥当解决患者生命自主权与家属意思表示的冲突、与医疗机构救治职责的冲突以及与医务人员职业伦理规范的冲突等问题。要通过立法，明确三方各自的权利、责任及其边界，并对纠纷的解决提供明确的法律规则。医院伦理委员会要认真承担对患者“生前预嘱”进行审查的责任。要注意防止“生前预嘱”成为家属合谋逃避责任或者不履行救治病人义务的借口，甚至成为某些特

定主体谋取私人利益的工具（例如为特定主体所进行的器官捐献）。

9. 明确违反生前预嘱的法律责任。这主要涉及违约责任和侵权责任。一是患者与医院签订生前预嘱协议，而医院未依约履行，造成患者身体、精神伤害或者经济损失的，应当承担违约责任。二是患者与医院签订生前预嘱协议，而医院履行协议时侵犯了患者的人身权益，造成人身、财产

损失的，应当承担侵权责任。例如，由于主治医生的故意或者过失，在采取医疗措施的时间、方法、内容上不符合医学标准和操作规程而造成损害后果的。这可以参照《民法典》合同编、侵权责任编的有关规定来执行。须符合《民法典》侵权责任编有关侵权行为主观、客观、行为、结果要件的要求。在举证责任制度的设计上，应实行举证责任倒置。

法学 | 田韶华：离婚协议违约金的理论澄清与司法认定

原创：2023-10-08 华政法学 田韶华

<https://mp.weixin.qq.com/s/N6Q951a0TU7tNmcX6LxiWg>

作者：田韶华

作者单位：河北经贸大学法学院、河北经贸大学地方法治建设研究中心

责任编辑：洪玉

全文已略去注释，如需查看，请订阅《法学》

【内容摘要】 离婚协议违约金条款所具有的身份属性决定了《民法典》合同编第 585 条对其不具有完全的可适用性。离婚协议违约金虽然兼具惩罚性与赔偿性，但惩罚性更为突出。其所保护的利益并非仅为财产利益，更多的是离婚后和平、良好亲子关系的维系以及未成年子女的健康成长等非财产利益，故其赔偿性不仅指向财产损害，也指向精神损害。离婚协议违约金条款虽然存在效力瑕疵的可能性，但违约金过高本身不宜成为无效事由。由此导致的权利义务失衡，可通过司法酌减制度予以矫正。司法酌减的基准是守约方因离婚协议履行所获得的所有正当利益而非违约损失。离婚协议违约金的酌减程度应依动态系统论，在综合考量违约行为对离婚后秩序的破坏程度、当事人的过错程度，以及债务人的认知或经济承受能力等诸项因素的基础上，基于公平和诚信原则予以确定。

【关键词】 离婚协议 违约金 精神损害 正当利益 司法酌减

随着契约在婚姻家庭领域的适用，违约金条款不再是财产合同的“专利”，其同样频频出现在离婚协议中，并在一方不履行或不适当履行离婚协议时成为守约方向该方主张违约金责任的依据，而相应的纠纷也日渐增多。由于我国《民法典》对此问题未设明文，对此类条款应否得到法律的支持，以及在多大程度上能够得到支持，学界及实务界并未形成统一且稳定的见解。虽然《民法典》合同编第 585 条对违约金有明确规定，但合同法作为财产法的重要组成部分，其预设的规范对象为财产合同，而离婚协议并不属于财产合同的范畴。其中，父母责任协议（包括子女抚养协议和探望权协议等）因具有强烈的身份属性而应定位为身份关系协议自不待言，即使是以财产关系变动为内容的离婚财产分割协议，由于其目的并非交易而是离婚财产清算，故争多竞少并非建立在等价、有偿的基础上，而是往往综合了对夫妻感情、家庭贡献、子女抚养以及个人过错等多种因素的考量，在合同的外观下同样隐藏了不同于纯粹财产合同的身份属性和伦理性，就其内核和整体属性而言仍属于身份关系协议。离婚协议之身份关

系协议的定位使得其中的违约金条款也具有一定的身份属性而不能直接适用《民法典》第585条，仅存在依第464条第2款参照适用第585条的可能性。

那么，离婚协议违约金究竟能否参照适用《民法典》第585条？参照适用的范围和程度如何确定？若不能参照适用又应以何种规则解决纠纷？由于民法教义学对此理论供给不足，这便存在较大的解释空间。本文拟从司法实践出发，对离婚协议违约金的法律性质、法律效力以及司法酌减规则进行探究，以期构建离婚协议违约金的理论框架，为法院裁判相关案件提供合适的法律路径。

一、离婚协议违约金纠纷

的司法实践检视

在司法实践中，离婚协议违约金纠纷主要发生在离婚后财产纠纷、抚养费纠纷以及探望权纠纷等案件中。笔者在“中国裁判文书网”上对上述三类新近案件进行检索，并从中选取了离婚后财产纠纷案件134件，以及抚养费纠纷案件57件、探望权纠纷案件10件，本文的研究即主要基于对这201件样本案例的分析。

这些样本案例呈现了离婚协议违约金条款的多种样态。离婚协议违约金条款主要有两类。一是概括违约金条款，即不区分违约程度以及违约行为的类型，针对所有违约行为订立的“一揽子”违约金条款。二是特定违约金条款，即针对特定违约行为订立的违约金条款。所谓特定违约行为主要包括违反房屋过户、支付经济补偿金等财产性给付义务，或违反给付子女抚养费、协助探望权行使等身份性义务，或违反保障一方的居住权、户口迁出等其他约定义务等。关于违约金金额主要有两种约定方式。一是约定固定金额的违约金。其数额从数千元到500万元不等。二是约定违约金的计算方法。其中，有的按应支付而未支付款项的一定比例（如30%）计算，有的按应支付款

项总额的一定比例（如30%或20%）计算，有的按每逾期1天的违约金额（如每日1000元，或逾期金额的0.1%等）计算。与一般民事合同相比，离婚协议违约金的数额多数较高。

从法院的裁判结果来看，其主要有四种。一是对违约金条款予以支持。此类案件有75件，占全部案件的37.3%。二是虽认定违约但以“于法无据”或离婚协议不适用违约金责任为由不予支持。此类案件有48件，占比23.9%。三是对违约金予以酌减。此类案件有51件，占比25.4%。四是因不认定违约行为而不支持违约金条款。此类案件有27件，占比13.4%。总体来看，对违约金予以支持的案件占比相对较高，但不支持或予以司法酌减的案件也占据了相当的比例。这三类案型的情况又各有不同。在离婚后财产纠纷案件中，支持违约金条款的案件占此类案件总数的41%，予以司法酌减的案件占29.9%，不予支持的案件仅占14.2%。而在子女抚养费或探望权协议纠纷案件中，支持违约金条款的案件占此两类案件总和的29.9%，予以司法酌减的案件占16.4%，不予支持的案件则占41.8%。由此可见，在离婚后财产纠纷案件中，法院更倾向于支持或部分支持当事人的违约金诉请，而在子女抚养费或探望权协议纠纷案件中则反之。

通过对上述201件样本案例的整理与分析，可以发现其司法实践主要存在以下问题。

第一，对离婚协议违约金的性质认定不清。离婚协议违约金究竟具有赔偿性还是惩罚性，涉及对其正当性以及数额的判定，而司法实践对此未能形成共识。有的认为其具有惩罚性，从而对相应的违约金条款未予支持。有的认为其具有以赔偿性为主、以惩罚性为辅的性质，从而在违约金数额的确定上有限度地体现了惩罚性。而对于将利息损失或资金占用损失作为违约金计算标准的案件而言，法院显然认为违约金具有赔偿性。其中，认为离婚协议违约金具有“赔偿性”或“以赔偿性为主、以惩罚性为辅”的观点基本上未脱离

财产合同的窠臼，未能体现出此种违约金相较于财产合同违约金的特殊性。而认为离婚协议违约金具有“惩罚性”的观点虽然不同于合同法理论通说，但由于缺乏相应的法理阐释，其理论价值有限。

第二，离婚协议能否约定违约金条款存在分歧。虽然合同法对约定违约金有明确规定，但其对离婚协议是否具有适用余地，司法实践可谓歧见纷纭。在《民法典》实施之前，多数法院基于原《合同法》第2条第2款的规定对此持否定态度。在《民法典》实施后，鉴于其第464条第2款对上述条文作了颠覆性修正，法院多持肯定立场并参照合同编相关规定作出支持违约金或予以司法酌减的判决。然而，也有不少法院表示反对，或者认为离婚协议的身份属性或义务属性决定了其不适用违约金制度，或者简单地以“于法无据”为由对违约金条款的效力予以否定。由此可见，在离婚协议的身份属性对违约金条款的效力究竟产生何种影响这一问题上，司法界尚缺乏统一的认识。

第三，离婚协议违约金的大概率酌减及大幅度酌减造成意思自治被过度侵蚀。从样本案例来看，在126件对违约金予以支持或部分支持的案件中，予以司法酌减的案件占比40.4%，调减率不可谓不高。而从调减程度来看，调减至原定违约金50%-69%之间的案件比例为20%，调减至原定违约金30%-49%之间的案件比例为27.5%，调减至不足原定违约金30%的案件比例为52.5%。可见，大部分案件的调减比例都在30%以下，调减程度不可谓不高，这说明法院不仅倾向于调减而且倾向于较高度度的调减。其中固然有协议约定的违约金过高的因素，但也体现出法院对于违约金数额的过度敏感。从意思自治的角度出发，当事人约定的违约金原则上应当得到尊重，司法酌减仅为例外，如果其成为一种普遍现象，则难免有过度侵蚀意思自治之嫌。故上述现象值得反思。

第四，离婚协议违约金的规则适用趋财产法化。从相关样本案例的判决书中可以看出，法院对离婚协议违约金纠纷的处理主要参照了财产合同的相关规则，这在司法酌减案件中体现得尤为明显。其主要表现在以下三个方面。一是违约金的确定标准或司法酌减的评价基准大多与财产合同一样表述为“实际损失”。二是司法酌减的考量因素大多与财产合同一样泛泛表述为实际损失、违约程度、过错程度等，缺乏对与离婚协议相关的个性化因素的考量。三是司法酌减的标准也基本上参照财产合同予以确定。例如，对于迟延履行补偿金、抚养费等给付义务的违约金，多按照财产合同中资金占用损失或利息损失的计算方法，以金融机构相关利率为基准（有的按贷款基准利率，有的按储蓄基准利率，有的在基准利率的基础上加收30%，有的则按利息的法定限额等）予以计算，采取这一处理方式的案件占司法酌减案件总数的43.2%。这种将离婚协议等同于财产合同的做法，无疑抹杀了离婚协议所具有的身份属性，未能体现其相较于财产合同所具有的特殊性，其合理性值得怀疑。

除此之外，司法实践还存在其他裁判规则不清的问题。例如，司法酌减规则与违约金条款效力的关系模糊，对于高额违约金究竟是以无效还是以司法酌减规则予以调整尚未形成共识，二者之间的界限也有待于进一步厘清。再如，在对离婚协议违约金予以司法酌减的案件中，有大约50.9%的案件采取了“酌情”调减的方法，但判决书对于“酌情”的具体考量因素及其过程则多语焉不详，这使得法官的裁量具有相当大的随意性，反映出法律适用弹性过大而理性不足。

二、离婚协议违约金的法律性质

如前所述，司法界对离婚协议违约金的性质存在不同见解，而学界对此则甚少讨论。本文认为，对于离婚协议违约金的性质，需从其作为违

约金的一般性质以及作为婚姻家庭法上违约金所具有的特殊性两个层面予以把握。

（一）离婚协议违约金的一般性质

虽然离婚协议违约金具有身份属性，但仅就逻辑构造而言，其与财产合同违约金一样，均系一种附停止条件的给付允诺，只要债务人不履行或不适当履行协议，即需要作出支付违约金的给付。就此而言，合同法理论关于违约金一般性质的界定对离婚协议违约金也有适用的余地。

我国学界对《民法典》第585条中违约金的性质存在赔偿性说、惩罚性说以及惩罚性与赔偿性双重属性说等不同观点。而实务界通说则认为违约金具有以补偿性为主、以惩罚性为辅的属性。本文认为，违约金究竟具有赔偿性还是惩罚性，究其根本是违约金的功能问题，而从功能主义的视角来看，违约金在不同阶段显然具有不同功能。在违约金给付的条件尚未成就之前，由于当事人订立违约金条款的目的并非要求对方支付违约金，而是通过加重给付向对方施加压力，迫使其履行合同，故这一阶段的违约金具有压力功能。而在违约金给付的条件成就后，由于违约方需依约定支付并不以损失为基础的违约金，故这一阶段的违约金具有担保或制裁功能。上述压力功能或担保功能依学界通说可统称为惩罚功能。此外，由于在当事人对违约后果的安排中最重要的就是如何弥补违约造成的损害，故在违约后违约金还具有赔偿功能。这一认识不仅为学界所普遍接受，而且有德国、法国以及我国台湾地区的相关规定可资参考。就此而言，我国民法上的违约金可谓既具有督促当事人诚信履行合同的惩罚功能，又具有弥补守约方所遭受损失的赔偿功能。

上述结论同样适用于离婚协议违约金。一方面，离婚协议作为当事人意思合致的结果，当事人希望通过违约金条款促使双方履行离婚协议，并在一方违反协议时以违约金进行制裁，这体现了离婚协议违约金所具有的惩罚性。另一方面，

除非另有约定，当事人对于违约金的约定不言而喻地存在以此赔偿守约方所遭受损失的意思，这体现了离婚协议违约金所具有的赔偿性。对离婚协议违约金双重属性的承认不仅契合当事人的意思，而且符合违约金的一般原理，值得肯定。但需要注意的是，离婚协议违约金作为赔偿金，其与财产合同违约金一样，并不建立在实际损失的基础上，故即使守约方不能证明损失的存在，违约方也不能摆脱给付违约金的义务。

（二）离婚协议违约金的特殊性

虽然在离婚协议违约金的双重属性这一点上，其与财产合同违约金具有一定的相似性，但相似性并不等于同一性，更不意味着没有差异性。确定相似性是决定哪些实则不同的问题应当被作为相同问题对待，而探寻差异性则在于确定哪些个性化问题应作区别对待。就此而言，身份属性所赋予的离婚协议违约金有别于财产合同违约金的特殊性应当受到特别关注并成为制度设计的出发点。这些特殊性主要体现在以下三个方面。

首先，离婚协议之违约金条款所保护者，并非仅限于当事人的财产利益，也包括非财产利益。在离婚协议中的义务为财产性给付义务时，违约金固然具有保护财产利益的功能，但面对当事人之间由亲密夫妻转为陌路人之恩怨交织的特殊关系，违约金的目的恐怕不止于此。例如，在美国新泽西上诉法院审理的一起案件中，法院即认为离婚协议违约金的目的主要在于实现离婚后的生活安宁，因而不同于一般的财产合同违约金。这一认识具有一定的合理性。离婚协议所具有的特殊伦理价值决定了当事人希望并促使协议履行的目的并不仅仅在于了结具体的债务关系，更在于尽快结束因离婚导致的失序生活状态，以获得离婚后和平、良好亲子关系的维系以及未成年子女的健康成长之结果。这些非财产利益虽然没有明确体现在离婚协议中，但显然是当事人的合理期待，

法律对此应予肯认。而这也正是当事人订立违约金条款的主要目的之所在。

其次，离婚协议违约金的赔偿性不仅指向实际财产损失，而且更多地指向精神损害。如前所述，离婚协议违约金条款所保护的利益不仅包括财产利益，而且包括并且主要是非财产利益，这决定了一旦当事人一方违约，守约方所遭受的不仅仅是财产损失（有时甚至根本没有财产损失），更主要的是因离婚后秩序或亲子关系被破坏等产生的精神痛苦。虽然违约损害赔偿是否涵盖精神损害在学界尚有争议，但违约金赔偿可以涵盖一般违约损害赔偿通常涵盖不了的精神损害这一点已为学界所承认。故在离婚协议违约金的场合，无论守约方是否遭受财产损失，其赔偿范围均包括了精神损害。就此而言，一些法院将一方当事人逾期支付补偿金等造成的违约损失仅界定为资金占用损失，或者以守约方未遭受实际财产损失为由大幅度调减违约金，均非妥当。

最后，相较于财产合同违约金，离婚协议违约金的惩罚性更为突出。一方面，离婚协议的目的决定了此种协议的履行对当事人而言具有不可替代的意义，而违约金的压力功能相较于赔偿功能更能推动协议的顺利履行。故离婚协议违约金主要表现为一种压力手段，而且此种违约金多为针对所有违约行为的概括性违约金，这说明当事人并未就具体违约行为所造成损害之预估作出努力，违约金的惩罚性至为明显。另一方面，如前所述，精神损害也在离婚协议违约金的赔偿范围之内，而精神损害赔偿在填补损害功能之外也具有一定的惩罚功能。此外，在离婚协议情形，迟延履行违约金固然不排除继续履行，即使是针对不履行行为约定的违约金，在该义务为法定义务（如探望权行使或与子女抚养有关的义务）时，也不能免除违约方继续履行的义务，这在一定程度上也体现了违约金的惩罚性。

三、离婚协议违约金条款的效力

（一）离婚协议违约金条款的效力之辩

在厘清离婚协议违约金性质的基础上，接下来要讨论的问题是该条款应否得到法律的支持。对此，学界和实务界不乏持否定意见者，理由主要有三。一是认为离婚协议具有身份属性，不属于普通民商事合同，不适用违约金制度。二是认为离婚协议中相关义务的性质决定了其不能以违约金予以约束。例如，或者认为子女抚养费给付义务以及探望权的行使或协助行使义务均属于法定义务，源于父母子女的身份关系而非合同，故其履行只能由法律调整而不能用违约金条款加以约束，而且抚养人也不应当通过违约金条款从子女的抚养费中获利；或者认为离婚协议的一方应给予对方的补偿款具有补偿性质（没有对价），对其延期给付主张违约金责任于法无据等。三是认为离婚协议中的高额违约金条款有悖诚信原则与善良风俗，不应得到法律的支持。

虽然上述观点是对离婚协议违约金条款不应得到法律支持的论证，但从民事法律行为的角度而言，实为对该种违约金条款效力的否定。所谓不应得到法律的支持，实际上是对离婚协议违约金条款无效的另一种表达。上述关于离婚协议违约金条款无效的理由值得商榷。

1. 离婚协议是否因其身份属性而不适用违约金制度

本文认为，以离婚协议的身份属性否定违约金制度对其的可适用性理据不足。依《民法典》第464条第2款，在法律没有特别规定时，身份关系协议可依其性质参照适用合同编的相关规定。这意味着只要《民法典》合同编的相关规定不悖于身份关系协议的性质，即有被参照适用的可能性。那么，《民法典》第585条第1款关于合同当事人可以约定违约金的规定是否有悖于离婚协议的性质？答案是否定的。离婚协议作为解决繁杂离婚事务的一种较为柔性的手段，便于处在紧张关系中的当事人和平、快速解决纠纷，故其

履行为法律所鼓励。然而，一方的违约行为，特别是以骚扰或损害对方利益为目的的故意违约行为显然加剧了当事人之间的紧张关系，而离婚协议当事人所具有的非理性特点使上述情形极有可能存在，这不仅使当事人的努力落空，也使协议离婚制度的目的不达。故离婚协议与财产合同一样，也存在通过有威慑力的、压制性的违约金对当事人施加压力，促使其履行协议的必要性。此外，对于父母责任协议中的违约金而言，无论是子女抚养费给付义务，还是探望权的行使，均是法律基于未成年子女利益考虑而作出的制度设计，对义务方课加违约金，可以对其行为形成约束以保障抚养费请求权以及探望权的行使，这符合未成年子女利益最大化原则。

综上所述，离婚协议中的违约金条款，作为旨在使预先安排得以实现的法律手段，实质上是离婚当事人以“私”的制裁维护离婚后秩序的体现。其所具有的维护离婚后和平、良好亲子关系以及未成年子女利益的特性与协议离婚制度具有价值取向的一致性，其所具有的威慑力也有利于督促当事人履行协议、遏制不诚信行为、保护离婚当事人以及未成年子女的合法权益，故以离婚协议所具有的身份属性排除违约金制度的适用并不具有充分的说服力。

2. 离婚协议中的相关给付义务是否因其性质而不能以违约金予以约束

司法实践中认为离婚协议中相关给付义务（主要是指抚养费给付义务、探望权行使或协助行使的义务以及补偿金给付义务等）的性质决定了其不能以违约金予以约束的观点也值得商榷。

首先，虽然抚养费给付以及探望权的行使或协助行使均为法定义务，但这并不意味着对此种义务的履行只能由法律调整，因为既然法律允许对此种义务予以约定便意味着对其亦可采取契约的调整方式，在一方当事人不按约定给付抚养费的场合，对方有权要求其依协议继续履行即是典型的例证，而违约金条款作为约定义务得以履行

的保障，其效力应得到认可。至于认为守约方获得违约金系从子女抚养费中“获利”的观点，仅看到了守约方在经济方面的所得，而忽略了此种所得正是对守约方因对方违约而遭受损害的补偿以及对违约方的惩罚，难谓合理。

其次，就离婚协议中的补偿金而言，其虽然具有补偿性质，但并不意味着就没有相应的对价。事实上，离婚协议中的补偿金均具有一定的基础，其或者是夫妻共有财产分割（一方取得共有房屋所有权，须向另一方支付相应的补偿），或者是家务劳动补偿，或者是精神损害赔偿。而有权获得补偿金的一方所丧失的共同财产所有权、为家庭所作出的巨大贡献，以及因对方过错而离婚所遭受的精神损害等均相当于其为获得补偿金所付出的“对价”，这使得向给付方以违约金施加压力具有一定的合理性。

最后，从司法实践来看，在当事人迟延履行抚养费、补偿金等义务的情形，法院均会判决违约方应在一定期间内履行给付义务，否则即应当依照2023年修正后的《民事诉讼法》第264条加倍支付迟延履行期间的债务利息，或支付迟延履行金。该条的目的显然在于督促义务人在判决书规定的期限内履行义务，其在弥补守约方损失的同时也体现了对违约方的惩罚。既然允许对迟延履行行为在司法层面予以惩罚，那么，基于同样的原因和目的，也应当允许当事人在协议中以违约金予以惩罚。

3. 离婚协议中的违约金条款是否因违约金过高而无效

主张离婚协议中的高额违约金约定无效的观点，其理由主要是认为此种情形下的违约金多针对协议中的弱势一方而设，系强势方压榨弱势方的结果，有违公序良俗原则，但事实上，高额违约金条款也会出现在双方地位平等或者基于共同目标而促成的情形。特别是在离婚的场合，违约金给付方往往是应给付补偿金或子女抚养费的一方，其相较另一方并非一定处于弱势地位，而且许多

违约金条款系针对双方的违约行为而设，故不能说此种约定一定存在压榨性和背俗性。即使因违约金过高而导致当事人的权利义务失衡，一般通过司法酌减即可矫正，以违反公序良俗为由认定违约金条款全部无效不仅有矫枉过正之嫌，也有违当事人的意思。

上述理解也有比较法上的例证。在大陆法系国家和地区，由于立法大多规定了违约金的司法酌减制度，故一般不以违反公序良俗为由认定高额违约金无效。如在德国，学界及实务界一般认为，鉴于《德国民法典》第343条违约金酌减这一条款的存在，背俗无效规则应限于极端情况才适用，不能仅因违约金数额不合比例即认定违约金约定背俗。在我国台湾地区，解释论上也多持此见解。在英美法系国家，尽管基于效率违约理论，违约救济在很大程度上是赔偿守约方因违约而遭受的损失，并不以迫使允诺人履约为其目的，故明显超出损失的“罚金”一般不具有强制执行的效力，但这一规则并不适用于离婚协议。例如，在前述美国新泽西上诉法院审理的案件中，当事人签订离婚协议，就男方不按时履行离婚后支付汽车贷款以及办理汽车过户义务的情形约定了高额违约金，在女方诉请男方依约定支付违约金时，对于这一在合同法上通常会被认定为罚金而无效的约定，法院作出了不同的理解。其认为，虽然约定的违约金数额远远高于男方违约给女方造成的损失，但由于离婚协议具有不同于财产合同的特质，故财产合同中的罚金无效规则并不适用于离婚协议。可见，无论是否承认违约金的惩罚功能，是否存在司法酌减制度，两大法系均未仅仅因离婚协议违约金的数额过高而认定其无效。这一做法值得借鉴。

（二）离婚协议违约金条款效力的司法审查

虽然离婚协议违约金条款并不仅仅因其数额过高而无效，但并不意味着此项约定就一定有效。事实上，在确定违约金数额之前，法院首先要审

查违约金条款的效力，由于《民法典》婚姻家庭编对此未设明文，依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》第1条第1款，于此情形可依其性质适用《民法典》总则编的规定。据此，离婚协议违约金条款的效力有适用《民法典》总则编关于民事法律行为效力规定的余地。但由于《民法典》总则编有关民事法律行为的规定多系以债权合同作为规范基础，故其对离婚协议并不具有完全的可适用性。概括而言，在当事人欠缺相应民事行为能力，违约金条款存在欺诈、胁迫、重大误解等意思表示不真实或者内容违法等情形，可以依其性质适用《民法典》第144-150条或第153条认定离婚协议违约金条款存在相应的效力瑕疵。但由于违约金本身不存在给付与对待给付，故无适用《民法典》第151条显失公平规则的空间。下文就两项特殊效力瑕疵事由展开探讨。

第一，离婚协议无效或被撤销。违约金条款因离婚协议的无效或被撤销而失其效力主要有以下两个原因。一方面，违约金条款系离婚协议的一部分，既然离婚协议无效，违约金条款自然也失其效力。另一方面，违约金条款虽然是离婚协议的一部分，但其作为对违反主债务后果的约定，相较于主债务为内容的离婚协议具有相对的独立性与从属性，相应地，违约金债务亦应认定为从属于主债务的从债务。而在主债务协议被确认无效或被撤销的情形，也就不存在通过有效的违约金约定间接地促成无效行为实际实施的可能性。但应注意的是，此处所谓离婚协议无效或被撤销系针对离婚协议整体而言，如果仅是离婚协议部分条款无效或被撤销，则不当然影响违约金条款（特别是概括违约金条款）的效力。在一则样本案例中，当事人一方违反了离婚协议中的多项义务，一审法院以离婚协议中财产分配条款的部分内容无效为由否定了概括违约金条款的效力。二审法院则对此予以纠正，认为违约金条款有效，此举值得肯定。

第二,违约金条款违反公序良俗。这主要发生在违约金条款被作为一方压榨另一方的工具,以至于使债务人陷入生活困顿,严重威胁其生存利益的情形。家庭法承认离婚协议违约金条款的法律效力,系建立在将当事人预设为具有平等法律地位、平等磋商能力以及平等选择机会的基础上,但因为家庭权力结构失衡现象的存在,上述预设并非总是与现实相符。所谓家庭权力结构失衡,系指一方在情感、经济等方面占据优势地位,而另一方处于屈从地位,因此在当事人之间形成单边控制的情形。由于此种情形下法律所预设的平等模式被破坏,导致违约金条款极易变成强者压榨弱者的工具,具体有以下两个典型表现。(1)违约金责任具有单方性,即违约金仅针对家庭弱势一方而设,而处于强势地位的一方无需承担任何违约责任。(2)家庭中的弱者一方被课以诸多或较重义务,而对于其微小差错即课以与其收入极度不成比例的高额违约金,致其陷入实质困难。由于这样的约定已偏离了婚姻家庭法的目标,不应为法律所支持,故应适用《民法典》第153条第2款认定其因违反公序良俗而无效。

离婚协议的效力瑕疵固然会影响违约金条款的效力,但是,由于违约金条款仅是离婚协议的非核心部分,而且是作为具有从属性的条款存在,故其无效并不当然导致离婚协议的无效。

四、离婚协议违约金的司法酌减

虽然违约金条款并不因约定的违约金过高而无效,但在实践中,的确存在因违约金过高而使债务人遭受过重惩罚的可能性,若不予限制,将会使债务人处于极为不利的境地,从而有违实质正义与诚信原则。有鉴于此,我国《民法典》第585条第2款规定了违约金的司法酌减制度,即约定的违约金过分高于造成的损失,法院可以根据当事人的请求予以适当减少。但离婚协议违约金可否参照该条予以司法酌减尚需进一步探讨。

(一) 离婚协议违约金适用司法酌减的合理性及其边界

由于离婚协议违约金也存在因其金额过高而损害债务人利益的可能性,故理论上也有适用司法酌减的余地。这在司法实践中得到了许多法院的支持。但也有持反对观点者,其认为离婚协议中的违约金具有身份属性,不适用司法酌减规则。本文认为,这一观点值得商榷。离婚协议固然具有身份属性,但并不意味着法律对当事人的意思自治就不应干预。恰恰相反,鉴于婚姻家庭对于国家和社会的重要意义,离婚协议虽建立在意思自治的基础上,但因涉及婚姻家庭职能的实现从而也关涉公共利益,更应受到法律的适度干预。或有论者认为违约金条款与离婚协议中的“赠与条款”一样,均系离婚协议不可分割的一部分,不能孤立予以酌减。但实际上,这两类条款存在本质的区别。离婚协议中的“赠与条款”系离婚清算的内容,与其他财产分割、子女抚养条款一道构成了不可分割的整体,当然不能孤立看待。违约金条款虽然也是离婚协议的内容,但在性质上系履行协议的担保,可以作为相对独立的条款对待,对其予以酌减并不会破坏离婚协议的整体性。

离婚协议违约金虽然可以适用司法酌减,但其适用应受到一定的限制。一方面,在过高的违约金约定因违反公序良俗而应被认定为无效时,不能适用司法酌减。背俗无效和司法酌减均为违约金的合理性控制手段,但二者的区别在于前者重在协议签订时民事法律行为有效要件的审查,而后者重在协议签订后与违约相关因素的判断。因此,若违约金条款自始即存在前文所述违反公序良俗的情形,则应当认定为无效而不是进行司法酌减。另一方面,司法酌减仅在违约金过高时才适用。违约金既然是当事人的自治约定,那么便代表双方对风险的一致共识。特别是离婚协议违约金因偏重惩罚性,其金额往往较高,这在订约时已为当事人所了解。从尊重当事人意思自治

的角度出发，法官不宜对违约金的惩罚性过度敏感，而应重视离婚协议违约金的担保功能或惩罚功能，避免动辄对违约金予以调减。

（二）离婚协议违约金司法酌减的评价基准

依《民法典》第585条第2款，违约金过分高于损失的，可以请求法院酌减。据此，对于财产合同而言，违约损失是评价违约金是否过高的考量基准。依原《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（二）》（以下简称《合同法解释二》）第29条第2款，当事人约定的违约金超过造成损失的30%，一般可以认定为原《合同法》第114条第2款规定的“过分高于造成的损失”。可见，此处所谓“损失”系指财产损失。在司法实践中，上述评价标准也被适用于离婚协议违约金。例如为不少法院采纳的在银行基准利率的基础上加收30%，或以给付金额的30%计算违约金的方法，实际上即参照适用上述规则的结果。

本文认为，上述规则并不适用于离婚协议。质言之，不应以损失作为离婚协议违约金过高的评价基准，原因如下。首先，从违约金的一般原理来看，其作为以违约为停止条件的给付允诺，仅与违约有关，与是否存在损失无关。不仅其惩罚性先天地不含有损失这一要素，即使是其补偿性也具有推定损害发生的效力，守约方无需证明违约损失的存在及其数额。然而，以损失作为判断的基准，则需要对守约方所遭受的实际损失予以证明。即使认为违约方应对此承担举证责任，但若守约方主张违约金约定合理的，也应当提供相应的证据，这无疑消解了违约金避免证明困难的功能。其次，如前所述，虽然离婚协议违约金兼具惩罚性和赔偿性，但相较之下其惩罚性体现得更为明显，以损失特别是财产损失作为判断违约金过高的基准，无疑会使违约金的惩罚功能难以发挥。最后，即使就离婚协议违约金所具有的赔偿性而言，鉴于离婚协议的身份属性，在一方违约时，守

约方遭受的财产损失有限，有时可能根本没有财产损失，但其因离婚后秩序被破坏产生的精神痛苦却是存在的。由于对精神损害不存在一个客观的计算标准，赔偿金主要是以减轻痛苦、恢复愉悦所需的代价作为基准公平合理地确定，这使得以损失作为司法酌减的基准不具有合理性。

事实上，即使在财产合同中，以违约损失作为违约金过高之评价基准也同样存在上文所提及的问题。有鉴于此，一些国家和地区的立法或判例作了相应的调整。例如，《德国民法典》第343条第1款规定，在判断违约金的适当性时，必须斟酌债权人一切正当之利益而不拘于财产利益。据此，“正当利益”实乃衡量违约金是否具有适当性的实质性准则。又如，虽然英国法基于对效率违约的认可，原则上不认可违约罚金的效力，但在判断合同中的违约威慑条款是否构成罚金这一问题上，司法实践已经摒弃了传统的违约损失评价基准，转而将守约方因合同履行所享有的所有正当利益作为评价基准。二者的共同点在于皆以守约方对于合同履行所享有的一切正当利益（而不仅仅是财产利益或对违约赔偿的利益）作为判断违约金是否过高的评价基准，这使得守约方逸出财产损失之外的正当利益也可以通过违约金得以救济，充分体现了违约金条款所具有的担保合同履行的功能，也更加符合当事人订立合同时的预期。这一经验值得借鉴。

本文认为，上述“正当利益”的标准值得借鉴。原因在于，违约金具有惩罚性和补偿性双重属性，弥补守约方因违约而遭受的财产损失并非其唯一的目的，鉴于守约方基于合同所获得的利益不仅限于财产利益，将其对于合同履行所享有的一切正当利益作为违约金的评价基准是合理的。这对于离婚协议违约金尤其适用，因为离婚协议当事人基于协议履行所获得的利益，除了相关财产利益之外，还包括在离婚后和平、良好亲子关系以及未成年子女的健康成长等方面的非财产利益，这些均应作为正当利益纳入评价范畴。对于该标

准的适用,借鉴英国的司法经验,可以采用“完全不成比例”的衡量方法,即仅在违约金与守约方所有的正当利益完全或明显不成比例时才考虑予以酌减,否则即应予以维持。这在我国司法实践中也有所体现。例如,在一则样本案例中,当事人约定了90万的概括违约金,法院在对违约金条款签订的基础(包括当事人的经济利益和非经济利益)进行综合考量后,认定90万的违约金并非过高。需要注意的是,鉴于离婚协议中的正当利益包括了非财产利益,此处所谓的“完全或明显不成比例”并不存在一个绝对的定量标准,更不适用所谓“超过实际损失30%”这样的固定比例。但法官可以在参照离婚协议所约定的给付金额或受诉法院相关精神损害赔偿标准的基础上,结合案件的具体情况作出判断。

(三) 离婚协议违约金酌减程度的确定

接下来的问题是,在认定离婚协议违约金过高的情形,应如何确定酌减的程度或比例。在财产合同场合,依原《合同法解释二》第29条第2款、《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第50条以及相关精神,法院主要是本着“以补偿性为主、以惩罚性为辅”的原则(即具有惩罚性质的违约金部分不能过分高于具有补偿性质的违约金部分),辅之以资金占用损失或利息损失的计算方法,并在综合考量合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素的基础上,依诚信原则和公平原则确定违约金酌减程度。对此,笔者认为,鉴于离婚协议违约金的身份属性及其较重的惩罚性色彩,无论是“以补偿性为主、以惩罚性为辅”的原则,还是建立在该原则基础上的固定比例等“一刀切”的计算标准,对其均不具有可适用性。离婚协议违约金的酌减程度应当在综合考量与离婚协议性质相关的多种因素的基础上予以确定。

至于离婚协议违约金酌减因素及酌减程度的具体确定,由于违约金的酌减比例并非一个全有

或全无的判断,而是一个或多或少的动态权衡,故动态系统论对这一问题的解决有着独特的优势。动态系统论作为一种法学方法论,认为法律规范或法律效果可以通过抽象出法律规范背后的诸“要素”,并通过“与要素的数量和强度相对应的协同作用”予以确定。基于该理论所得出的结论并非“要么符合,要么不符合”,而是“要么更多,要么更少”的弹性评价结果。这一分析模式对于违约金酌减比例的确定具有内在的契合性。借助该理论,可以通过对违约金酌减考量因素的综合判断得出关于违约金酌减程度的妥当结论。

动态系统论最主要的特征即通过要素的动态考量说明及正当化法律效果,而提炼出评价要素是其适用的前提和基础。据此,首先需要提炼出影响离婚协议违约金酌减程度的评价要素,亦即能够体现酌减规则内在体系的原理。而基于离婚协议的目的和性质,此处的原理除了合同自由、诚实信用以及公平等与财产合同相同的要素之外,还包括婚姻家庭法稳定身份关系秩序、促进亲子关系和谐以及维护未成年子女利益的公共政策。由于上述要素极为抽象,为正确把握其强度,提高规则的可操作性,还需进一步提炼能够细化上述评价要素的因子。这些因子或因素主要包括以下内容。

第一,违约行为所造成后果的严重程度。这需要考察以下三个方面的因素。一是所违反义务的重要性。义务越接近离婚协议的核心内容,对于离婚协议目的的实现就越重要,对其的违反所造成的后果就越严重,违约金也就应当越高。而基于夫妻共同财产的分割、子女抚养、探望权的行使产生的义务皆属于离婚协议的核心义务。二是对离婚后和平、亲子关系以及未成年子女利益的破坏程度。如果违约行为严重干扰了守约方正常的离婚后生活,或使亲子关系遭受极大破坏,或使守约方、子女的生活陷入困境,则应当认定较高的违约金。三是协议的履行情况。从理论上说,协议履行程度越高,违约程度越低,对守约方正

当利益的破坏程度就越低，违约金的酌减程度也就应当越高。

第二，当事人的过错程度。首先是违约方或债务人的过错程度。这直接决定了违约金的调减程度。过错程度越高，在道德上的可谴责性越强，惩罚的必要性就越高，司法调减的必要性也就越低。而在违约方故意通过违约使对方遭受财产或精神损害的情形，其相对于因为客观原因或过失导致违约的“诚信违约方”而言，显然应当课加更高的违约金。其次是债权人的过错程度。如果债权人也存在过错，则其遭受的不利后果就不能完全归咎于违约方，这意味着违约行为对债权人正当利益的破坏强度就相对减弱，而违约金也就应当相应减少。

第三，违约方的认知及经济承受能力。这主要包括两个方面。一是债务人的认知能力。违约金通过加重债务人给付的方式确保其履行义务，因此，债务人对此是否有充分的了解就非常重要。离婚协议的当事人中有理性的一方，也有非理性的一方。具有强大磋商能力、精于计算的当事人应当对高额违约金和自己的经济状况有足够的了解，相较于缺乏磋商能力或对协议的条款未予理性思考的当事人而言，更应当课以较高的违约金。二是违约方的经济承受能力。从避免违约金给违约方造成过重负担的角度，违约金与违约方的经济状况应当相当，二者悬殊越大，则司法调减的必要性就越高，调减程度也就越高。这一因素在司法实践中为许多法院所关注，对此应予肯定。

第四，其他应予考量的因素。这主要包括以下三个方面。一是多重惩罚之避免。如果在违约金之外，违约方还承担了其他金钱给付之违约责任，为避免多重惩罚，可以对违约金予以酌减。例如，在当事人既约定了违约金又约定了逾期利息而守约方对此同时主张的情形，即存在对违约金予以酌减的必要性。二是守约方所遭受的财产损失。虽然财产损失并非违约金司法酌减的评价基准，

但仍然可以成为考量的因素。三是协议签订的背景。协议签订的背景对于判断违约金的合理性具有一定的意义。例如，在因债务人的过错而离婚且其承诺了高额违约金的情形，调减比例可以适当降低。

值得注意的是，依动态系统论，无论是上述各项原理还是因子，它们之间都是一种相互协调的互补关系。法官需基于公平和诚信原则，通过对各个因素的综合衡量加以确定，以实现合同自由与利益均衡之间的平衡。例如，即使违约方系故意违约，但如果违约金与其经济状况相差过于悬殊，也可以考虑予以较高程度的调减。反之，即使债权人存在一定的过错，但如果债务人系恶意违约，且经济状况并非不能负担，则应当予以较低程度的调减或不予调减。

以上所论乃离婚协议违约金过高情形下的司法酌减规则。但在实践中，也存在违约金虽非过高但法院仍可予以调减甚至完全免除违约方违约金责任的可能性。这主要发生在违约因不可归责于违约方的客观情事而发生，而且违约方已采取合理措施减轻上述客观情事影响的情形。这些客观情事主要包括违约方遭受严重人身伤害，或因失业、重大疾病、意外的经营亏损等导致严重经济困难。在上述情形下，只要法院认为减轻或免除违约金责任是正当的即可作出相应裁判。

五、结论

离婚协议违约金虽然表现为金钱给付，但具有较为强烈的身份属性，以财产合同为规范对象的《民法典》合同编第585条对离婚协议违约金并不具有完全的可适用性。在依循违约金一般原理的基础上，离婚协议违约金应有其独特的制度构造。首先，在离婚协议违约金的性质方面，虽然离婚协议违约金与财产合同中的违约金一样兼具惩罚性和赔偿性，但其惩罚性更为突出。而且其所具有的身份属性决定了其在保护财产利益之外，更多地是为了维系离婚后和平、良好亲子关系以

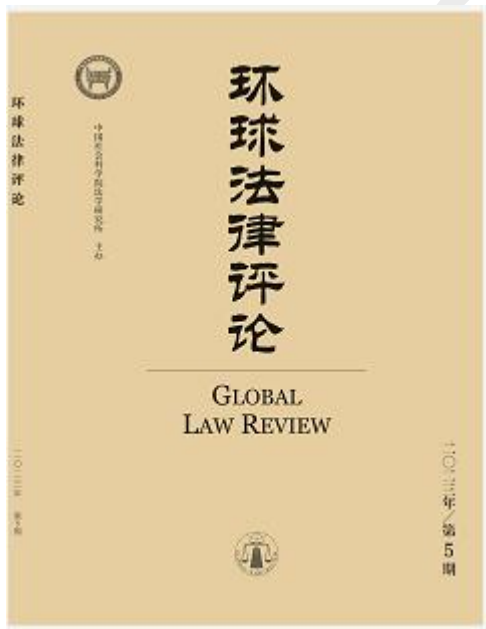
及保护未成年子女健康成长等非财产利益。这应当成为离婚协议违约金制度设计的基础和出发点。其次，在离婚协议违约金的效力方面，离婚协议违约金作为预先安排违约救济的工具，其目的在于维护离婚后的秩序，与协议离婚制度具有价值取向的一致性，符合家庭伦理道德的期许，同时也有利于保护离婚当事人的合法权益和未成年子女利益，应当得到法律的认可。离婚协议的身份属性、抚养费给付义务等的法定性，以及违约金的高额性等均不足以否定违约金条款的效力。最

后，在离婚协议违约金的司法酌减方面，应当摒弃以财产损失作为评价基准及参照财产合同确定酌减程度的做法，而以离婚协议中的所有正当利益（包括财产利益与非财产利益）作为违约金是否过高的评价基准，以“完全或明显不成比例”作为认定违约金过高的标准，并通过综合考量违约行为对离婚协议之正当利益的破坏程度、当事人的过错、违约方的认知或经济承受能力，以及协议签订的背景等因素，依据诚信和公平原则妥当确定离婚协议违约金的酌减程度。

翟远见：论通谋虚伪行为的法律效力 | 《环球法律评论》2023年第5期

原创：2023-10-16 环球法律评论 翟远见

<https://mp.weixin.qq.com/s/4y7NQXFPfotDTnDnopR0tg>



翟远见，中国政法大学比较法学研究院副教授。

本文系《论通谋虚伪行为的法律效力》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2023年第5期，原文请参见环球法律评论网站：<http://www.globallawreview.org>，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：《民法典》第146条规定了通谋虚伪行为。在当事人之间，依意思自治原则，财产性伪装行为无效。财产性隐藏行为的效力如何，取决于该行为是否满足相关实质要件和形式要件。在财产性隐藏行为不具备强制性形式要件，而该要件已存在于伪装行为之中时，隐藏行为的效力不受影响。在单纯的借名行为中，借名人与相对人是真正的当事人。身份行为具有特殊性，但其特殊性不足以排除伪装行为在当事人间无效之一般规则的适用。双方约定既不行使婚姻权利、亦不履行婚姻义务的假结婚无效。在假离婚中，由于夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证，婚姻关系终止。一般性地承认伪装行为无效不得对抗善意第三人，有其必要。在《民法典》对此未作明文规定的情况下，可以通过整体类推的方法填补这一漏洞。

关键词：通谋虚伪 伪装行为 隐藏行为 善意第三人

一、问题的提出

通谋虚伪行为，指表意人故意使其意思与表示不一致，且与相对人通谋为之的行为。通谋虚伪行为可能是双层结构，即既有伪装行为，亦有隐藏行为；也可能是单层结构，即仅有伪装行为，而无隐藏行为。双层结构者，称相对通谋虚伪行为；单层结构者，称绝对通谋虚伪行为。

《民法通则》和《合同法》等法律没有关于通谋虚伪行为的明文规定，《民法总则》第146条规定了此类行为，《民法典》总则编沿用之。依该条第1款，行为人与相对人基于虚假意思表示实施的伪装行为无效；依该条第2款，含有真正意思表示的隐藏行为的效力，“依照有关法律规定处理”。

我国学者对于财产性伪装行为缘何无效有所讨论，但观点不尽一致；对于财产性隐藏行为的形式要件瑕疵，基本没有讨论；对于身份性伪装行为是否可以适用通谋虚伪的一般规则，争议很大；对于是否应当肯认保护善意第三人的一般规则，以及法无明文规定时当何为，存在较大分歧。这些问题在《民法典》施行后仍有深入研究的必要。本文尝试对上述问题作些探讨，以期对相关条文的合理解释与准确适用有所助益。

二、财产性通谋虚伪行为 在当事人间的效力

伪装行为在绝对通谋虚伪行为和相对通谋虚伪行为中，其效力规则相同，故下文不再单独讨论绝对通谋虚伪行为，而仅以相对通谋虚伪行为为分析对象，探讨其中的伪装行为和隐藏行为的效力。

（一）财产性伪装行为在当事人间的效力

依《民法典》第146条第1款，财产性伪装行为在当事人间的效力类型为“无效”，对此，未见我国民法学界和法律实务界有何疑义。上述规定有其罗马法渊源。在罗马法上，戴克里先皇帝时期便已确立“真正欲为之事的效力强于表面

上的呈现”之原则。惟我国有观点认为，伪装行为之所以无效，主要是因为涉及“公共秩序的问题”。事实上，财产性伪装行为无效的原因与公共秩序并不相干，立法者也无意一概禁止此类行为。当事人“通谋”的目的不总是为了规避法律或者损害第三人的利益。例如，自然人甲意欲赠与其长子乙一套房产，但担心此举会遭到次子丙和其他家庭成员的强烈反对，于是为避免人情纷扰，甲与乙表面上订立了买卖该房产的合同。二人以买卖之名行赠与之实的行为，合情合法。

虚假的意思表示无效有两个理由。其一，表意人作出的意思表示并非其内心真实的意思，而是“虚伪”的，表意人不希望该意思表示产生任何私法上的效果。其二，相对人明知表意人的意思表示是虚假的，且与表意人存在“通谋”，具有意思联络；不使客观上表示出来的伪装内容发生任何法律效力，是表意人和相对人共同的意思，因此压根不需要保护相对人的信赖。相应地，为了贯彻私法自治精神，以虚假意思表示为核心要素的伪装行为当然随之无效。

财产性伪装行为无效，意味着于当事人而言，其享有的权利、承担的义务不会因该行为发生任何改变。同时，与其他无效的法律行为相同，针对财产性伪装行为，当事人可以在任何时候提起确认无效之诉，不受诉讼时效的限制。当事人无法通过实施追认行为使本来无效的伪装行为产生效力，除非追认具备了法律行为的有效要件，构成一项新的法律行为。若一方当事人基于财产性伪装行为将财产转移给了对方当事人，则前者可以向后者主张不当得利返还。此外，即使当事人在诉讼过程中没有主张财产性伪装行为无效，法院也应当依职权认定其无效。

当事人之所以通谋作出伪装行为，原因千差万别，可能是为了逃避债务、规避法律，也可能是为了避免人情纷扰，甚至是为了在人前炫耀一下，不一而足。当事人通谋的具体动机是判断某一行

为是否是伪装行为的重要考量因素，但动机本身外在于伪装行为，不是必须举证证明的事项。

（二）财产性隐藏行为在当事人间的效力

财产性隐藏行为不因财产性伪装行为无效而无效。前者的效力如何，取决于该行为自身是否满足相关实质要件和形式要件。围绕财产性隐藏行为的效力争议，法官应当“依照有关法律规定处理”。换言之，只要不存在效力瑕疵事由，该行为便为有效，产生当事人积极追求的法律效果；存在效力瑕疵事由时，发生法律规定的相应效力——可能是无效、效力待定或者可撤销。

如果财产性隐藏行为的实质要件有瑕疵，该行为不会完全有效。例如，若订立相对通谋虚伪合同之人为限制行为能力人，则伪装行为无效，而隐藏行为一般为效力待定。再如，某人为谋取不正当利益，与国家工作人员表面上订立买卖合同，将财物出卖给后者，而实际上双方达成的合意是，后者无需向前者支付分文，则作为伪装行为的买卖合同无效，作为隐藏行为的赠与合同亦因违反不得行贿受贿的强制性规定无效。

如果财产性隐藏行为不具备形式要件，原则上该行为也不会完全有效。然而，在隐藏行为不具备相应的形式要件，但该要件已存在于伪装行为之中时，隐藏行为的效力是否仍有瑕疵，殊值探讨。例如，两个法人之间以书面形式表面上订立了买卖合同，而实际上双方当事人口头达成的却是借款合同的合意，此时有疑问的是，借款合同的效力是否因违反《民法典》第668条“借款合同应当采用书面形式”的规定而受影响。

意大利司法实践和民法学理普遍认为，即使隐藏行为不具备强制性形式要件，只要该要件已经存在于伪装行为之中，便为已足。其理由是，尽管伪装行为和隐藏行为是两个行为，但二者并非绝对独立、毫无关联，它们是当事人整体操作的两个部分，伪装行为或多或少暗含了隐藏行为的效力。

我国台湾地区新增订的“民法”第166条之1规定，以不动产物权的移转、设定和变更为内容的债权契约，应当作成公证书。假设不动产物权的出卖人与买受人为了逃税，公证了低于双方实际同意的交易金额的伪装买卖合同，则公证的买卖合同因通谋虚伪而无效。但是，如果当事人已达成不动产移转的合意，并完成了登记，那么隐藏买卖合同虽未经公证，但仍然有效。

关于财产性伪装行为是否可能补正隐藏行为的形式要件瑕疵，《民法典》并未明文规定。法院处理此类问题时，可以参考上述比较法上的立法例和判例学说，从体系目的的角度，作相同的解释。

（三）单纯借名行为的法律效力

在财产性相对通谋虚伪行为中，当事人除上文论及的可能就行为的性质或者内容伪装外，还可能就行为的主体伪装。后一种通谋虚伪行为，即所谓的单纯借名行为。例如，表面上是甲与乙订立了买卖合同，而根据约定，实际上甲只是名义上的买受人（出名人），丙才是真正的买受人（借名人）。此时，甲与乙（相对人）订立的买卖合同是伪装行为，乙与丙订立的买卖合同是隐藏行为。通过该交易结构，丙可以实现取得特定财产，同时其买受人的身份又不为外人知晓的目的。

只有借名人、出名人和相对人三方均参与通谋时，才成立单纯借名行为。要求借名人参与通谋，因为借名人而非出名人才是隐藏行为法律效力的真正承担者。要求出名人参与通谋，因为唯有如此才能否定伪装行为对其产生法律效力。要求相对人参与通谋，因为相对人必须知晓真正的对方当事人身份。但是，不要求三方同时达成通谋合意，可以是借名人与出名人先达成合意，继而相对人加入进来。至于相对人对于借名的目的是否知晓，在所不问。

单纯借名行为与冒名行为不同。在前一类行为中，出名人没有伪装自己的身份，伪装的只是

其在整个交易中扮演的角色。而在后一类行为中，仅是当事人的姓名或者名称称呼有误，并不呈现既有实际上的当事人、又有表面上的当事人这种双层交易结构。在后一类行为中，若相对人看重对方当事人的身份，则准用无权代理的规则处理；若对方当事人的身份对相对人而言无关紧要（如在以商品或者服务为内容的日常消费合同中），则法律行为直接在当事人间发生效力。

单纯借名行为与行纪合同、信托行为等通过中间人实施的交易行为也不相同。在前一类行为中，出名人并非真正的当事人，法律行为对其不产生任何效力；借名人与相对人是法律关系的双方当事人。在后一类行为中，中间人是当事人，其基于法律行为取得相应的权利，只是有义务将自相对人处取得的权利再转移给委托人而已；委托人与相对人之间不存在直接的法律关系。

三、身份性伪装行为在当事人间的效力

典型的身份性伪装行为，有通谋虚伪之收养行为、结婚行为和协议离婚等行为。争议较大的是，这些身份性伪装行为是否足够特殊，以至可以排除“伪装行为在当事人之间无效”这一规则的适用。

《民法典》第1113条是关于收养行为无效的规定。根据该条规定，收养行为无效的原因有两大类：要么有总则编关于民事法律行为无效规定情形，要么违反了婚姻家庭编的规定。收养行为作为法律行为，自然适用总则编中有关法律行为效力评价的规则。如果当事人并无成立亲子关系之效果意思，而是仅仅想通过收养的形式达到获得某地户口等其他目的，则此种通谋虚伪的假收养，根据《民法典》第146条的规定，属于无效的收养行为。《中国公民收养子女登记办法》第13条特别规定，收养关系当事人弄虚作假骗取收养登记的，收养关系无效，由收养登记机关撤销登记，收缴收养登记证。可以说，通谋虚伪之假收养无效，对此理论界和实务界已高度达成共识。因

此，下文集中讨论假结婚和假离婚在当事人间的效力。

（一）假结婚在当事人间的效力

本文所称假结婚，指双方约定不行使婚姻权利、不履行婚姻义务的结婚行为。有学者认为，婚姻家庭编关于婚姻效力瑕疵的规定具有封闭性，

《民法典》没有规定假结婚，并不是对这类社会现象“视而不见”，而是因为从法政策的角度来看，虚假的意思表示本就不应影响结婚行为的效力。在该观点看来，不将通谋虚伪规定为结婚行为的瑕疵类型，有利于减少假结婚的发生，有利于维护婚姻登记的公信力，具有合理性。这种观点也许值得商榷，理由如下：

第一，不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，是对相关条文的机械解读。的确，《民法典》第1051条仅规定婚姻无效的三种情形：重婚、有禁止结婚的亲属关系、未达到法定婚龄。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（下称“《婚姻家庭编解释一》”）第17条进一步明确规定，当事人以其他事由请求确认婚姻无效的，其诉讼请求将会被人民法院驳回。

然而，将《民法典》第1051条列举的婚姻无效事由解释为封闭性规定恐有不妥。婚姻家庭编第2章关于结婚仅设9条规定，其中只有第1051条是关于婚姻无效事由的规定。该条除了没有规定假结婚外，对于当事人无婚姻意思能力（如长期处于精神错乱或无意识中而结婚）、附解除条件的婚姻、当事人同一性认识错误的婚姻、一方当事人不同意结婚由他人冒名顶替登记的婚姻等，也均未规定。此种状况下，若再排除总则编民事法律行为制度的适用，规范供给将显得捉襟见肘。

《婚姻家庭编解释一》第17条承继了2011年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第1条的核心内容。在《婚姻法》作为单行法的时代，法律行为制

度是否适用以及如何适用于结婚行为，立法上不甚明了，学理上存在分歧，最高人民法院为了“快刀斩乱麻”作出上述规定，尚属情有可原。在《民法典》施行后，若仍将婚姻家庭编看作封闭的体系，则显得不合时宜。

第二，不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，是对婚姻登记的性质与功能的不当理解。结婚登记是有效结婚的必要条件之一，结婚行为非经向婚姻登记机关申请并完成登记，不产生效力。然而，不能因为完成了结婚登记，便不再查明另一必要条件结婚行为的核心要素——双方当事人结婚意思的真实与否。

结婚登记由婚姻登记机关完成，婚姻登记机关是行政机关，结婚登记行为是典型的行政行为。行政行为与当事人之行为合力才能导致权利得丧变更时，行政行为的效力应受虚伪表示的影响。如果仅看到结婚登记行为中的行政行为，而没有看到其中民法上的法律行为，特别是罔顾其中虚伪的意思表示，有存表去里之嫌，是对结婚登记公示公信作用的误读。

第三，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，更符合意思自治原则。在婚姻领域，最能体现意思自治原则的是有关婚姻自由的规定。婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。就结婚自由而言，只有将结婚行为看作且仅看作双方法律行为，才能彻底落实这一价值理念。与其他法律行为相同，结婚行为有效也要如《民法典》第143条第2项规定的那样，具备“意思表示真实”这一要件。在完全无婚意的假结婚中，男女双方并没有达成永久共同生活的合意，达成合意的仅仅是通过形式上缔结婚姻，使一方取得一国国籍或者某地户口、免服兵役、领取抚恤金等。此时，双方主观上均不追求婚姻的直接法律效果，结婚的意思表示并不真实，若罔顾通谋虚伪规则，仍使婚姻有效，显然与意思自治原则相悖。

第四，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，有利于构建完整的结婚行为效力瑕疵规范

体系。《民法典》第1051条规定的是秩序因素对结婚行为效力的影响，第1052条和第1053条规定的是他人因素对结婚行为效力的影响，通谋虚伪恰恰是表意人自身因素对结婚行为效力的影响。如此理解，结婚行为的效力瑕疵体系才称得上完整。更为重要的是，在受胁迫或者受欺诈（对方隐瞒重大疾病）而结婚的情形中，表意人尚有对婚姻效果的追求，只是其是在自由意志受到干扰的情况下作出的意思表示；而在无婚意的假结婚中，双方当事人完全没有对婚姻效果的追求。有效果意思的结婚行为尚可能被撤销，完全无效果意思的结婚行为更有理由（a fortiori）被认为具有效力瑕疵。

第五，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，更符合法律适用的体系性思维要求。法秩序内部的层级构造命令，在解释法律时，解释者要尽量作出符合宪法规定的解释，以维护法秩序的稳定和宪法的尊严。《宪法》第49条第4款“禁止破坏婚姻自由”的规定，是婚姻自由原则的宪法表达，具有最高的法律效力。只有将结婚看作民法上的双方法律行为，使结婚行为根据双方达成的合意发生效力，才是对自由的尊重。在双方当事人本无缔结婚姻的合意的假结婚中，若强迫双方“假戏真做”，可谓是对婚姻自由的破坏，有违上述宪法规定的基本精神。

婚姻家庭法回归民法后，在解释结婚行为的效力瑕疵体系时，还必须完成从单行法思维向法典化思维的转化。《民法典》第1041条对“实行婚姻自由”作了明确规定，第1042条又从反面禁止“干涉婚姻自由”；具体到结婚行为，第1046条再次重申“结婚应当男女双方完全自愿”。双方没有以夫妻身份共同生活的婚意虚假结婚，不应当认为他们在“完全自愿”的情况下“自由地”缔结了婚姻。

总则编关于法律行为制度的一般规则是否适用于结婚行为，应当主要取决于婚姻家庭编是否作出了特别规定。如果该编作出了特别规定，根

据特别法优于一般法的规则，应当优先适用特别规定。如果婚姻家庭编没有特别规定，结婚行为原则上应当适用总则编关于民事法律行为的规定，除非有充足的理由证明相应规定与结婚行为的性质和特征相悖。这种“原则上适用”而非“原则上不适用”一般规定的解释进路，更有利于发挥总则编的公因式作用，更有利于使婚姻家庭编成为《民法典》的有机组成部分。

第六，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，处理婚姻附带效果将变得水到渠成。双方当事人无婚意的假结婚通常是为了实现取得一国国籍、办理某地户口、逃避服兵役、多获补偿款、骗到抚恤金等目的，而不是为了彼此成为终生共同生活的伴侣。当事人追求的这些目的均非结婚行为的直接法律效果，而是婚姻法以外的其他制度规定的婚姻产生的附带效果。将通谋虚伪作为结婚行为的效力瑕疵事由，由于“皮之不存毛将焉附”，否定当事人追求的附带效果将变得顺理成章。若既不否定婚姻的效力，又不否定附带效果，则无异于鼓励某些当事人违背诚信。若肯定婚姻的效力，而仅否定附带效果，则除非特别法一一规定，否则否定的理由难以立足。

第七，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，比较法上已有相关制度经验。德国自1900年民法典施行后至1938年婚姻法实施前，婚姻效力瑕疵类型有无效婚姻和可撤销婚姻两种，自1938年婚姻法实施后至1998年结婚法实施前，为无效婚姻和可废止婚姻两种，1998年结婚法将婚姻效力瑕疵类型统一规定为可废止婚姻。在1998年之前，德国法学理论和实务界的主流观点认为，法律对婚姻效力的瑕疵事由作了封闭性规定，由于其中并未规定通谋虚伪，因此虚假订立的婚姻只要符合形式要件，仍为有效婚姻。然而，1998年结婚法再度纳入民法典后，法律为了阻止有些人通过缔结虚假婚姻滥用婚姻自由，将通谋虚伪规定为可废止婚姻的事由之一：第1314条第2款第5项规定，双方当事人在结婚时约定互不

履行第1353条第1款规定的共同生活义务者，婚姻可废止。

意大利1942年民法典关于通谋虚伪规则是否可以适用于结婚行为，最初未设明文规定。在相当长的时期内，意大利法学界和实务界的主流观点都是通谋虚伪不适用于结婚行为，不同人给出的理由各不相同：有人说因为其中有国家公权力部门的介入，有人说因为法律没有明文规定。然而，对这种观点持批评意见的法学家一直不乏其人。20世纪50、60年代，意大利法院为了处理战争抚恤金纠纷，通过作出越来越多的判决否定了假结婚的效力。在强大的民意基础上，意大利最终于1975年出台了第151号法令，将其民法典第123条第1款修改为：“结婚双方当事人约定既不履行婚姻义务、亦不行使婚姻权利的，任何一方配偶均可以提起确认婚姻无效的诉讼。”

日本民法在婚姻无效和婚姻可撤销的事由中，一度也未规定通谋虚伪，相应地假结婚曾经既非无效，亦非可撤销，而是有效婚姻。之所以如此规定，有日本学者给出的理由是，不能因私的密约左右公然缔结行为的效力。不过后来在审判实践中有判例认为，为了逃避服兵役的义务，合意虚假订立的婚姻，即使已经登记，仍为无效。现行日本民法已经改弦更张，其第742条明确规定，在当事人之间没有结婚意思的婚姻无效。与财产行为无异，以虚伪表示作出的身份行为在当事人间无效，在有的日本法学家看来，乃当然之理。

在我国台湾地区，法院多次通过判决表明，“民法”第87条第1项关于通谋虚伪意思表示无效的规定，对身份行为亦有适用余地。若夫妻双方通谋而为假结婚的意思表示，其意思表示无效。对此，台湾地区民法学界普遍持肯定态度，未闻有不同的声音。

（二）假离婚在当事人间的效力

与假结婚类似，某些夫妻双方当事人为了实现逃避债务、获得购房资格或者拆迁补偿等目的，

在夫妻感情并未破裂的情况下，还可能达成离婚协议，办理离婚登记手续，领取离婚证。这些当事人往往离婚不离家，依旧共同生活在一起，待目的达成后再行办理复婚登记。此种社会现象，谓之“假离婚”。

诉讼外的协议离婚为双方法律行为、身份行为，双方当事人达成离婚合意为其实质要件之一，婚姻登记机关办理离婚登记为其形式要件。关于如何理解离婚意思，有实质意思说和形式意思说两种学说。实质意思说认为，离婚意思指有终止婚姻关系的效果意思，如果不存在效果意思，即使表面上办理了离婚登记，协议离婚也是无效的。而形式意思说则认为，离婚意思是指履行离婚形式要件的意思，为贯彻离婚的要式性和登记的公示力，只要双方共同办理了离婚登记，不管实质意思如何，均存在离婚意思，协议离婚有效。

为了维护交易安全，财产行为有时不得不采取表示主义。与财产行为不同，夫妻关系的本质要求，在协议离婚中，应当更加尊重当事人内心的意思，以采实质意思说为妥。于是，似乎应与否定假结婚的效力类似，在假离婚中，由于双方当事人本无终止婚姻关系的效果意思，即便办理了离婚登记，根据通谋虚伪行为的效力规则，协议离婚行为亦属无效，婚姻关系并不解除。此种说理不可谓不雄辩，而结论却未必可靠。

在假离婚中，夫妻双方只是表面上达成离婚协议，内心均无离婚的真实意思，双方是在知晓彼此意思的情况下，通谋作出了两个虚假的意思表示，它们均因构成通谋虚伪而无效。对此，学理上的逻辑是通畅的，惟离婚的意思表示无效并不能推导出婚姻关系依旧存续。在我国，婚姻登记不但是结婚行为的生效要件，而且是婚姻关系维持的必要条件，若仅存在以夫妻身份共同生活的意思，而无有效的结婚登记，在法律上同样不存在合法有效的婚姻关系。因此，假离婚导致婚姻关系终止，不是因为假离婚的意思表示有效，而是因为夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离

婚证，二者的婚姻关系因欠缺结婚登记而终止。此时，即使双方继续以夫妻身份共同生活，他们之间也由夫妻关系变为了同居关系。

四、通谋虚伪行为对第三人的效力

当事人作出通谋虚伪行为，经常是为了欺罔第三人。若第三人知晓意思表示是虚伪的，则伪装行为对当事人和第三人而言均为无效，理由是第三人已有预期，其利益不因法律行为的无效而受损。然而，倘若第三人不知法律行为为虚伪表示，如何保护善意第三人的利益，值得研究。

（一）是否应当肯认保护善意第三人的一般规则

在《民法总则》的制定过程中，一次审议稿第124条第1款、二次审议稿第139条第1款、三次审议稿第147条第1款、四次审议稿第149条第1款，均设有但书，规定行为人与相对人均不得以伪装行为之无效对抗善意第三人。2017年3月，全国人民代表大会会议期间，有代表提出，伪装行为无效对第三人的效力如何，情况较为复杂，不宜一般性地规定不得对抗善意第三人，而应区分不同情形由后来的《民法典》各分编具体规定。还有代表特别指出，若保留但书，将与善意取得制度相冲突。法律委员会采纳了上述意见，建议删去但书，最终形成了大会通过的法律文本。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》（下称“《总则编解释》”）的过程稿中，也曾专设一条规定通谋虚伪表示不得对抗善意第三人，而该规定在最终颁布的文本中也消失得无影无踪。

可见，《民法典》和《总则编解释》最终未明文规定伪装行为无效不得对抗善意第三人，不是立法者和司法解释起草者的疏忽，而是故意使然。对此，有学者认为，《民法典》未规定虚伪表示对第三人的效力，留下了法律漏洞。是否构成法律漏洞，特别是在法理上是否应当存在伪装行为无效不得对抗善意第三人的一般规则，需要回答两

个问题，即《民法典》的具体规定是否已经囊括保护善意第三人利益的所有情形，以及《民法典》的具体规定是否与保护善意第三人利益的规则相冲突。

表意人与相对人通谋作出虚假的意思表示时，《民法典》中涉及保护善意第三人的具体制度主要有三项：第172条规定的表见代理规则、第311条规定的善意取得规则以及第763条规定的虚构应收账款规则。这三项制度中，善意取得涉及善意第三人对所有权和他物权的取得，虚构应收账款涉及善意保理人对应收账款债权的取得，而在表见代理中，由于身份行为原则上不具有可代理性，因此主要涉及的也是财产权的变动。这三项关乎财产权变动的制度无法直接回答转让人与受让人通过实施伪装行为移转物权、应收账款债权以外的财产权，受让人又将表面取得的财产权处分时，善意第三人能否取得该财产权的问题。例如，双方当事人合意虚构了一笔非属应收账款的债权，且债务人立下字据证明该笔债务的存在，债权人持字据将债权有偿让与给毫不知情的第三人，债务人能否对第三人主张设定债权的合同无效，故第三人不取得债权？又如，双方当事人以虚假的意思表示签订了转让专利权的书面合同，并申请了变更登记，登记完成后，登记权利人又将专利权有偿让与给毫不知情的第三人，真正权利人能否以前专利权转让合同无效为由对抗第三人？再如，双方当事人以虚假的意思表示签订了转让股权的书面合同，并办理了变更登记，其后名义股东又将股权有偿转让给毫不知情的第三人，第三人能否取得该股权？在上述三个例子中，将债权、专利权、股权处分给第三人的人均非有权处分人，因为他们与真正权利人作出的意思表示是虚假的，共同实施的处分行为是伪装行为，在当事人间不产生效力，作为处分标的的权利不发生移转。向第三人的处分行为虽为无权处分，依法理原本应由真正权利人追认后方生效，但在毫不知情的第三人看来，处分人具有权利的外观，

且该外观的形成有真正权利人意思的介入，为保护交易安全，有必要保护善意受让的第三人的利益，使无权处分行为例外地发生即时确定有效的效力。其原理与无权代理、善意取得和虚构应收账款等具有实质相似性，法律没有必要、也不应当区别对待。

《民法典》第172条、第311条与第763条规定的三项具体制度与保护善意第三人的规则并不冲突。有学者担心，承认伪装行为无效不得对抗善意第三人之一般规则，将导致与善意取得制度发生直接冲突。其理由主要是，该一般规则仅有善意一个要件，而《民法典》规定的善意取得至少需要满足受让人善意、转让价格合理、已完成登记或者交付三个要件，一般规则对善意第三人的保护强度大于善意取得制度对第三人的保护。首先，这种担忧可以通过特别法优于一般法适用的规则来化解，即保护善意第三人规则是一般法，善意取得制度是特别法，在表面上的权利人无权处分权利时，优先适用善意取得的规定。其次，即使适用一般规则，其结果与适用善意取得制度的结果也没有想象的那么大，因为第三人善意与否的判断时点也应是登记或者交付之时，如尚未完成登记或者交付，判断的时机尚未成熟，此时既不能适用一般规则，也不能适用善意取得。再者，在表面上的权利人无权处分时，即使适用一般规则，也可以通过目的性限缩性解释，将善意第三人的范围限制在有偿受让的第三人范围内。

（二）不得对抗善意第三人的含义

有观点认为，所谓的通谋虚伪表示不得以其无效对抗善意第三人，其含义是善意第三人既可以主张该表示无效，也可以主张该表示有效，但是善意第三人主张其有效时，表意人不得以其无效加以对抗。这一观点似有未明之处，需要作以下几点解释：

其一，伪装行为的效力为绝对无效。法律行为原则上本就仅在当事人之间发生效力，不对第三

人的权利义务状态产生影响。例如，即使是一个没有效力瑕疵事由的合同行为，原则上也仅在缔约双方之间发生效力，并不及于合同外的第三人。伪装行为的效力，更是如此。如前文所述，伪装行为在当事人间自始、当然、确定无效，其对第三人而言也是自始、当然、确定无效，而不是其他效力形态。这是因为，生活世界中的一个法律行为在规范世界中只会得到一个效力评价，伪装行为在当事人间没有引起权利的得丧变更，这是法律规范基于意思自治原则对伪装行为的效力评价，该评价不会因人而异，不会出现对当事人而言无效，对善意第三人而言有效的评价结果。善意第三人顶多可以主张“假如伪装行为有效”时其将获得的利益，而无法径直使伪装行为由无效变为有效。

其二，善意第三人可以承认伪装行为无效。关于善意第三人能否如此主张，有学者认为有商榷余地，理由是主张“匪夷所思”，理性人不会这样做。但是，既然不得对抗善意第三人的目的是为了保护自己不知情民事主体的利益，而原则上民事主体对自己的利益均可处分，法律没有理由禁止善意第三人抛弃其利益，主张伪装行为无效。至于抛弃利益的动机为何，法律不必过问，多数情况下也无从过问。

其三，善意第三人可以主张表意人作出的意思表示为真实的“虚拟状态”。虽然善意第三人的主张无法使虚假的意思表示变为真实的意思表示，但若当事人主张意思表示构成通谋虚伪，将会对善意第三人的权益受到不利影响。法律为了保护第三人的信赖，例外地允许其主张假使当事人之间的法律行为并非伪装行为时自己将获得的权益。相应地，当事人不得以伪装行为无效，来对抗善意第三人的上述主张。

其四，若婚姻行为、收养行为等身份行为是伪装行为，善意第三人也可以作出同样的主张。完成结婚登记，推定双方当事人缔结了合法有效的婚姻关系，即使双方当事人假结婚，他人对于登记这种公示手段的信赖，也值得受法律保护，此

乃结婚登记的公信力。例如，甲与乙通谋办理虚假结婚登记，其后甲因生活费用向丙负有债务，若丙原以为甲与乙之间的婚姻有效，可以请求甲乙二人承担连带责任。

（三）善意第三人的范围

在通谋虚伪行为中，保护善意第三人的利益与保护当事人特别是真正权利人的利益是一对矛盾，有必要通过严格限定善意第三人的范围，找到两种利益保护的平衡点。在划定范围时，应当明确如下几点：

第一，第三人指通谋虚伪行为的当事人及其概括继受人以外的人。当事人固不必论，由于概括继受人的法律地位与当事人相差无几，所以对概括继受人也适用通谋虚伪行为对当事人而非第三人的效力规则。例如，自然人甲与其好友乙通谋，订立虚假的房屋买卖合同，合意将甲的房屋虚假转移登记到乙的名下，乙死亡后，乙的唯一继承人丙在毫不知情的情况下，将该房屋过户登记到自己名下。此例中，丙为乙的概括继受人，不享有善意第三人的法律地位，虚假的买卖合同和物权合同对乙丙均为无效，甲仍是该房屋真正的所有权人，可以以不动产登记错误为由申请更正登记，并请求丙返还原物。

第二，第三人不包括向第三人履行合同中的第三人。向第三人履行合同中，第三人的受益以双方当事人之间的合同约定有效为前提条件。若双方当事人缔结的合同因是伪装行为而无效，则即使第三人毫不知情，债务人或者其他利害关系人也可以主张合同无效，以对抗法律规定或者合同约定的第三人。

第三，假使伪装行为有效，某些第三人原有的权利可能随之消灭、效力减弱或者权能减少，利益反而会受损，则此类第三人不属于通谋虚伪规则中所谓的善意第三人。例如，甲公司与乙公司作出通谋虚伪行为，将原甲公司名下的不动产均变更登记在了乙公司名下，目的仅是避免甲公司

的债权人丙公司强制执行这些不动产，此时的丙公司不属于所谓的善意第三人。又如，某房屋在已经出租的情况下，其所有权人丁与朋友戊通谋订立表面价格高于实际成交价格的买卖合同，以避免房屋承租人已行使优先购买权，此时的房屋承租人已亦不属于所谓的善意第三人。

若伪装行为有效其利益将会受损的第三人（如前段中丙公司和承租人已），于情于理他们都不会主张伪装行为有效。不过，他们虽非所谓的善意第三人，但可以主张当事人作出的法律行为为通谋虚伪行为，当事人之间的法律关系要么未发生变动（绝对通谋虚伪情形），要么由隐藏行为而非伪装行为引起变动（相对通谋虚伪情形）。尽管通谋虚伪行为本身并不一定构成侵权行为，但若当事人通过实施通谋虚伪行为故意或者过失地使第三人实际遭受损害，满足了侵权行为的构成要件，第三人还可以主张基于侵权行为的损害赔偿请求权。例如，在前段例子中，如果房屋出卖人丁与买受人戊已经完成了房屋变更登记，承租人已便可以优先购买权受到侵害为由，请求当事人赔偿损失。

第四，善意第三人包括相信表见权利取得人享有处分权的交易主体。第三人知道通谋当事人实施了法律行为，但无重大过失地不知该法律行为是以虚假的意思表示实施的，该主观状态谓之善意。有学者认为，第三人的不知即属善意，不论其是否具有过失，更不论其过失之轻重，均应受到保护。这种见解对于真正的权利人而言可能过于苛刻，似不足取。至于善意的判断时点，当为第三人与伪装行为的效力发生直接利害关系之时。例如，根据《物权编司法解释（一）》第17条的规定，第三人从表见权利取得人受让不动产或者动产的，于依法完成不动产物权登记或者动产交付时，其主观状态应是善意的。

善意第三人基于对公开的法律行为的信赖，认为法律行为有效并发生当事人追求的私法效果，而与表见权利取得人进行交易。为维护交易安全，

避免第三人遭受难以预见的损失，有必要“以虚像替代实像”，使表见权利取得人对权利的处分发生如同有权处分的效果。例如，在有的案件中，法官认为，“足以产生合理信赖并有理由相信涉案应收账款债权真实、合法、有效”的保理人，即为善意第三人。知道或者应当知道当事人实施的是伪装行为的第三人，由于其内心并没有产生权利外观的信赖，则仍适用“事实优于表象”的原理，当事人得以伪装行为无效对抗之。

第五，善意第三人不包括无偿受让或者以不合理低价受让权利的第三人。根据我国《民法典》第311条第1款第2项的规定，善意取得不但要求所有权等是基于有偿行为受让的，而且要求转让的价格是合理的。这一点与依《德国民法典》无权处分行为的原因行为为有偿行为抑或无偿行为，并不影响善意取得的法律效果，判然有别。我国的善意取得制度对第三人以合理价格受让的要求值得肯定，此要求也应适用于当事人实施通谋虚伪行为时对善意受让第三人的保护。

“法是善良和公正的艺术”，尤其是利益平衡的艺术。在财产权被无权处分时，原则上要保护真正权利人的利益，因为“任何人不得转让自己不享有的权利”，为达到这一目的，法律上的解决方案是使无权处分行为效力待定。但是，法律还要兼顾对交易安全的维护，节约交易相对人的信息收集成本和纠纷解决成本，避免尽到必要注意义务的交易相对人遭受难以预见的损失。为达到另外这个目的，法律上的解决方案是在处分之人并不享有处分权但受让人为善意时，例外地使善意受让人确定取得作为处分标的的权利。但是，如果权利是受让人无偿受让或者以不合理低价受让的，纵使该权利不发生移转，仍由真正的权利人享有，对于第三人而言也无较大损失发生，此时保护交易安全的理由难以成立。持物权行为无因性理论的学者可能会对此提出质疑说，善意取得等保护善意第三人的制度是无权处分行为的例外规则，无权处分行为是处分行为的一种，而

处分行为不应作有偿行为和无偿行为的区分，这一区分是负担行为的专利，因此不应将合理价格作为要件之一。然而，法律人要铭记于心的是，法律规则从来不是纯粹的数学计算或者逻辑推演，只要一项规则恰当地平衡了相互冲突的不同利益，哪怕原理上有所突破，也不失为“良法”。将无偿受让或以不合理低价受让权利的第三人排除出善意第三人之外，即为适例。

第六，善意第三人还包括善意申请强制执行的表见权利取得人的一般债权人。对表见权利取得人的一般债权人而言，表见权利取得人的所有财产都构成债权实现的保障，都可能用来清偿债务。毫无疑问，不使通谋虚伪行为绝对无效，让作为表见权利取得人的债务人的财产变得更加充实，将有利于保护债权人的利益。然而，若债权人非属善意，即原本知晓其债务人与相对人合谋实施的法律行为非出于真意，是伪装行为，则债权人本就不应期望其债务人基于该行为取得财产性权利，故不存在保护债权人信赖的必要性。此外，债权人享有的是请求债务人为特定行为的权利，对债务人的责任财产享有的是一般性利益，债务人责任财产的状态如何变化，与债权人债权的实现仅具有间接关系。若允许表见权利取得人的任何债权人，均得以不知伪装行为无效为由对伪装行为的标的主张权利，则不仅会导致保护的范围过于宽泛，还有实质上架空伪装行为对当事人无效这一规则的风险。

有学者将通谋双方当事人的债权人统统排除出善意第三人的范围，又未免走得太远。如果表见权利取得人的债权人，不知某财产是表见权利取得人与他人之间实施的伪装行为的标的，而是以为该财产构成表见权利取得人财产的一部分，对该财产向法院申请获得强制执行，则此类债权人属于善意第三人，确定取得该财产，不受表见权利取得人不是真正权利人的影响，事后当事人不得以伪装行为无效对抗之。至于此类债权发生

的原因为何，发生于通谋虚伪行为之前还是之后，在所不问。

（四）法无一般规则时当何为

由于《民法典》总则编未一般性地规定伪装行为无效不得对抗善意第三人，故而遇到此类纠纷时，首先应当判断案件事实是否满足《民法典》第172条、第311条、第763条或者特别法规定的构成要件。若答案为否，根据《民法典》第10条关于民法渊源的规定，还要检索有无习惯法可以援用。若答案仍然为否，此时如何处理，赞成一般性对抗规则的民法学者给出的解决方案又不尽相同。有学者建议，结合诚实信用原则，对《民法典》第146条第1款进行目的性限缩；有学者建议，类推适用《民法典》第763条关于保理合同中虚构应收账款的规定。

两说相较，似宜采用第二种方案，不过应不属于类推适用中的个别类推。这是因为，《民法典》未对表见代理、善意取得、虚构应收账款以外的涉善意第三人的通谋虚伪案件类型作出规定，而根据《民法典》追求的目的和立法者的计划，相关规定本应出现在《民法典》中，故属于制定法的“开放型漏洞”，而非属于根据规范意旨缺乏限制性规定的“隐蔽型漏洞”。开放型漏洞，可以通过类推适用或者回归制定法蕴含的一般原则来填补。具体到通谋虚伪领域，《民法典》已经在表见代理、善意取得、虚构应收账款案件类型中规定了不得以伪装行为无效对抗善意第三人的规则，如此规定的规范目的是保护民商事交往中交易相对人的合理信赖，维护交易的安全性。根据平等原则，缘于同样的理由，该规则也应当类推适用于《民法典》未规定的其他通谋虚伪案件类型中。由于从表见代理（第172条）、善意取得（第311条）和虚构应收账款（第763条）这些法律规定中均可以提炼出伪装行为无效不得对抗善意第三人的一般规则，故而属于类推适用中的整体类推。

五、结论

《民法典》第146条规定的通谋虚伪行为的效力规则是具体体现意思自治原则的一项制度。依意思自治原则，财产性伪装行为在当事人之间无效。财产性隐藏行为的效力如何，取决于该行为是否满足相应的实质要件和形式要件。在财产性隐藏行为不具备强制性形式要件，而形式要件已存在于伪装行为之中时，隐藏行为的效力不受影响。当事人除可能就行为的性质或者内容伪装外，还可能就行为的主体伪装，实施单纯借名行为。只有借名人、出名人和相对人三方均参与通谋时，才成立单纯借名行为。在单纯借名行为中，借名人而非出名人才是真正的当事人。

《民法典》第146条原则上适用于一切法律行为类型。身份行为具有特殊性，但其特殊性不足以排除伪装行为在当事人间无效之一般规则的适用。双方约定既不行使婚姻权利、亦不履行婚姻义务的假结婚无效。不承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，是对相关条文的机械解读，是对婚姻登记的性质与功能的不当理解。相反，承认通谋虚伪是结婚行为的效力瑕疵事由，是对比较法上诸多制度经验的借鉴，更符合意思自治原则，更符合法律适用的体系性思维要求，更有利于构建完善的结婚行为效力瑕疵规范体系，更

有利于处理婚姻附带效果的问题。在假离婚中，由于夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证，婚姻关系终止。假离婚导致婚姻关系终止，不是因为假离婚的意思表示有效，而是因为夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证，婚姻关系因欠缺结婚登记而终止。

《民法典》规定的表见代理、善意取得和虚构应收账款制度与保护善意第三人的规则并不冲突。一般性地承认伪装行为无效不得对抗善意第三人，有其必要。伪装行为是身份行为的，其无效亦不得对抗善意第三人。善意第三人可以承认伪装行为无效，也可以主张假定表意人作出的意思表示为真实的“虚拟状态”。第三人指通谋虚伪行为的当事人及其概括继受人以外的人。善意第三人包括相信表见权利取得人享有处分权的交易主体，以及善意申请强制执行的表见权利取得人的一般债权人，但不包括向第三人履行合同中的第三人和无偿受让或者以不合理低价受让权利的第三人。假使伪装行为有效，某些第三人原有的权利可能随之消灭、效力减弱或者权能减少，利益反而会受损，则此类第三人不属于善意第三人。在《民法典》对伪装行为无效不得对抗善意第三人未作明文规定的情况下，可以通过整体类推的方法填补这一漏洞。

张海燕 等 | 老年人意定监护制度的域外考察与本土借鉴

原创：2023-02-13 世界社会科学 编辑部

<https://mp.weixin.qq.com/s/qI2ror0oEa44skcMxhHR-A>

摘要

意定监护制度创设于老年人权益保障领域，比法定监护更加符合老年人行为能力特殊需求与国际社会老龄观转型趋势。意定监护涵盖多元化的基本理念，包括尊重自主决定权、最小限度干预、最佳利益与生活正常化理念，并体现于我国

现行民事监护制度之中。理念选择差异决定了意定监护制度最终的规则呈现。域外各国关于意定监护合同主体资格、监护事项范围、监护合同生效、监护开始时间认定及意定监护监督等方面的法规范与法实践表现各异。我国老年人意定监护制度出现较晚，现有法规范相对粗疏，存在意定

监护合同成立与生效要件不完整、意定监护开始时间认定不科学、意定监护监督制度缺位等制度困境。在明确自身理念选择的基础上，应借鉴域外有效经验，完善我国意定监护合同成立与生效要件、优化监护开始时间认定等制度规则，构建以意定监护为常态、法定监护为例外的老年人监护制度。

关键词

定监护；成年监护；持续性代理权；自主决定权

一、引言

人口老龄化是人类史上前所未见的客观趋势，是全球面临的共同课题。联合国数据显示，1950年全世界60岁以上人口约2亿人，这一数据在2020年增加至10.5亿。人口老龄化这一人类社会新常态将带来经济社会发展的各种风险，政策与制度调节必不可少。因应老年人权益保障之需，意定监护制度成为现代监护制度的发展趋势之一，为域外多国所采用，在我国已具雏形但尚存较大完善空间。老年人意定监护制度是身心健康的老年人根据本人意愿确定监护人，并约定待自己身心健康异常时由监护人对其人身、财产、医疗等事务进行协助处理或替代决策的制度，属于成年意定监护制度的一部分。美国弗吉尼亚州1954年设立持续性代理权授予制度，后于1969年被美国统一法律委员会确认为全国性制度。依据该制度，双方当事人缔结代理权授权书，形成的代理关系非但不因被代理人丧失行为能力而终止，反而一直持续，故持续性代理权授予制度兼具代理与监护双重功能，成为美国实质意义上的意定监护制度。此后，许多国家相继改革成年监护制度，其中一项重要内容就是设立意定监护制度。意定监护在各国法规范中多以“持续性代理权授予”、“照护授权”、“任意监护”等名称出现。英国、美国、德国和日本等国之意定监护制度发展较为成熟，在意定监护合同的成立与生效、监护开始

时间的认定、意定监护监督制度等方面具备较为完善的法规范和成熟的法实践。我国意定监护制度出现较晚，《中华人民共和国老年人权益保障法》（以下简称《老年人权益保障法》）第26条正式确立老年人意定监护制度，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第33条将该制度主体适用范围扩大至具有完全民事行为能力的成年人，并要求意定监护合同采用书面形式。但整体而言，我国目前老年人意定监护制度之规范内容尚显粗疏，无法满足我国应对老龄化问题的需要。鉴于此，本文拟通过深入考察域外老年人意定监护的制度理念、规范内容以及运行实践，为完善我国老年人意定监护制度提炼有益经验。

二、意定监护作为老年人监护形式的适宜性

意定监护生根于人类社会老龄化这一不可逆进程之中，是更适宜老年人的监护形式。老龄化问题在20世纪后半叶的发达国家中出现，凸显了法定监护的固有问题，促使现代监护制度的主导形式由法定监护向意定监护更迭。传统法定监护以精神病人作为对象，其忽视被监护人自主决定权的特征导致其应用于老年人监护时必然力不从心。而意定监护既贴合老年人行为能力与权益保障的需求，又与国际社会老龄观理论转型趋势相符，在老年人监护领域具有独到适用价值。

01 意定监护体现对老年人行为能力特殊状态的考量

老年人行为能力的特殊状态是意定监护制度最早在老年人监护中发端的重要原因，我国意定监护制度的立法进程同样如此。老年人是成年自然人主体的一部分，但其不可抗不可控的自然衰老的变化过程导致其在行为能力上存在既可能不同于具有完全民事行为能力的成年人，又不同于无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人的特殊性。老年人往往同时具备受限的自主生活能力和残余的意思能力，属于“丧失或部分丧失

民事行为能力”的成年人，但又与持续性植物状态人或精神病人有异。监护制度于老年人群体而言，需要兼具保障与参与两个面向的动态平衡。从保障面向看，现实中大量存在老年人因智力体力衰退、轻度痴呆等有别于精神病人的健康状况而导致生活自理能力、自控能力下降，以至于需要监护的情形，监护制度为其基本人身与财产利益提供保障。从参与面向看，并未完全丧失行为能力的老年人，仍具有一定的意思能力，并具有参与正常社会生活的权利和可能，因此需要监护制度在保障其基本人身与财产利益之余，确保其自我决定权与生活正常化的实现。在保障与参与的动态平衡中，意定监护制度体现了对多元基本理念的有机采纳，其相较于传统法定监护的制度优势不言自明。

02 意定监护满足积极老龄化理论转型要求

老龄化理论研究的国际趋势存在由消极老龄观向积极老龄观的转向，老年人的自主意志、独特价值受到尊重与强调。在这一转向过程中，老龄化问题摆脱了作为人类社会负累的唯一认知而转向社会常态与独特资源，应受到积极理解与对待。因此，老年人对社会生活的全面参与和保障备受重视。学术界提出了包括成功老龄化、健康老龄化、生产性老龄化、积极老龄化等诸多概念与理论框架，将老年人的社会参与从经济领域扩展至社会各个方面。2002年世界卫生组织通过《积极老龄化：从论证到行动》《积极老龄化：政策框架报告》等政策性文件确立积极老龄化为全球应对老龄化问题的新理论、新政策框架和新发展思路，并以老年人的健康、参与和保障为其三大支柱。积极老龄化理论充分认识到老年人群体的独特价值，尊重其自主意志，鼓励其参与社会生活，在这样的理念转型之下，域外老年人监护制度逐步进入以意定监护为主的现代阶段。

积极老龄化的观念转向亦呈现于我国人口发展战略之中。我国“十一五”规划首次提出“积

极应对人口老龄化”的要求与部署，自此，将国际经验与我国自身改革创新实践相结合，积极应对老龄问题日益成为可持续发展基本方略的有机组成部分。也正是在这一进程中，《老年人权益保障法》在我国监护制度框架下率先创设了意定监护制度，以满足老年人群体对更科学合理的监护制度的需求。综上可见，意定监护在老年人监护领域具有法定监护难以企及的适宜性。

三、意定监护制度基本理念及其选择

意定监护制度所遵循之基本理念是该制度规范体系构建的基石，亦是该制度主体所应践行的行动准则。厘清该制度基本理念之内涵意蕴以及不同理念之间的内在关联，是保障老年人意定监护制度顺畅运行的基础。

01 多元并存的基本理念

第一，尊重自主决定权。意定监护相较于法定监护之本质区别在于尊重被监护人的意思自治。尊重自主决定权是意定监护制度的核心理念，允许本人可以自主选定监护人，并就监护事项、权利义务以及法律责任等意定监护合同内容与监护人协商。例如，本人可以要求监护人对其人身及财产等事项进行全面监护；亦可要求监护人对其部分事务进行监护，甚至仅是协助处理本人事务。意定监护属于现代人权监护模式范畴，有别于传统的残疾医疗监护模式。后者以大陆法系禁治产制度为代表，通过禁治产宣告及法定监护形式排除被监护人意思体现。域外各国对于老年人意定监护制度中尊重被监护人自主决定权的限制程度有所不同。英国、德国和日本等国的老年人意定监护制度对被监护人的自主决定权设置了不同程度的限制；而美国的持续性代理权授予制度则最大限度尊重被监护人的自主决定权，法院不干涉委托人选定代理人及设定代理事项范围，将代理关系之形成完全交由双方当事人意思自治。当然，美国模式也面临主体能力失衡的潜在危险，即处

于强势地位的代理人因缺乏公权力之介入而滥用代理权，从而损害被代理人的人身及财产权利。

第二，最小限度干预。最小限度干预理念与尊重自主决定权理念实为一体两面。由于现代人权监护模式不再以全面剥夺被监护人自主意志的方式进行，最小限度干预理念应运而生。其主要表现在两个方面。一是监护人尽可能少地干涉被监护人在本人能力范围内可支配的事务。老年人意定监护制度对自主决定权的尊重赋予被监护人选择监护方式的自由，最小限度干预则向监护人提供相应的理念指引。二是监督人尽可能少地干涉监护人履行监护职责的行为。由于意定监护是监护人与被监护人之间意思自治作用的领域，因此监督人亦应控制对其意思自治的干预，降低监护人与被监护人之间发生信任危机的概率。最小限度干预与尊重自主决定权理念支配下的意定监护打破了人们对于旧有“监护”概念的认知，禁治产制度已在20世纪中后期逐渐被各国淘汰。尊重意思自治的民法基本原则在意定监护制度中得以凸显，为被监护人的生活正常化提供了前提条件，使老年被监护群体能够获得应有的人性与人权关爱。

第三，最佳利益。在老年人意定监护制度中，监护人、监督人和法院等主体须将保护和实现被监护人的最佳利益作为行动准则。最佳利益理念具体表现在三个方面：一是监护人应当基于被监护人的最佳利益而履行监护职责；二是监督人在履行监督义务时，应当以被监护人的最佳利益为基本考量，当监护人的行为侵害被监护人合法权益时，监督人应当及时制止该行为，并向法院申请终止意定监护合同和更换监护人；三是法院在审理老年人意定监护案件时，应当充分考量被监护人的最佳利益。例如，在监督人申请法院更换意定监护人之诉中，若法院立即更换监护人不符合被监护人的最佳利益，则不应做出立即更换监护人之判决。从历史视角观察，最佳利益的具体范畴会随着监护事项的扩展而有所变动。在古罗

马时代，监护制度的目的在于保护家族财产；随着私有制发展与家族制度崩溃，其目的逐步转变为保护个人财产，此时被监护人的最佳利益仅限个人财产。当人身权利被纳入监护事项时，最佳利益的范围进一步扩大至人身及财产权利。

第四，生活正常化。生活正常化不仅是丧失必要行为能力群体的正当诉求，亦是意定监护制度设立的初衷之一。被监护人可以要求监护人协助本人对自身事务进行决策，其拥有对自身事务的最终决定权，这是采用禁治产制度的传统监护制度所无法具有的优势。陷入身心障碍的老年人应与正常成年人一样正常生活，平等参与社会事务，平等享有相应权利和受到法律保护，不应因陷入身心障碍而被隔绝于社会之外。生活正常化打破了老年人群体与社会的隔阂，是体现其行为能力特征并符合现代人权观念的监护理念。当老年人享有正常生活状态且基本人权得以保障时，其更能以积极心态参与社会事务并融入社会，社会对老年群体的歧视现象因之减少，形成良性循环。然而，老年人意定监护实践中因被监护人身心状态有所差别，其处理本人事务或参与社会事务之能力亦呈现差异化。故被监护人是否能够实现正常化生活应在个案分析基础上做出具体判断。

02 理念的冲突与衡平

在法规范与法实践层面，最佳利益与尊重自主决定权理念之间可能存在冲突。老年人意定监护实践中会出现基于被监护人最佳利益的监护行为与基于尊重被监护人自主决定权的监护行为之结果不相符的现象。该冲突是“意定”与“监护”内在紧张关系的外显。“意定”旨在最大程度尊重当事人自主决定权，其来源于现代人权观念的变革；而“监护”诞生于罗马法，其根本目的在于保护和实现被监护人的最佳利益，故传统监护长期剥夺被监护人的自主决定权。意定监护制度须同时兼顾两种理念，但理念之间的内在冲突难以消弭，任何一种理念皆无法实现最大化与绝对

化。例如，美国宾夕法尼亚州持续性代理权授予制度中，一般代理权授权书中的代理人无权替代被代理人决定是否进行医疗或护理；若被代理人授权代理人有权替代本人做医疗护理决定，则授权书必须以特定形式表达特定的文字内容。在波克诺医疗中心诉哈雷案（Pocono Medical Center v. Harley）中，因授权书没有满足上述要求，故代理人替代被代理人决定医疗的权利被法院判定无效，其中坚持延长被代理人寿命治疗的决定亦被法院禁止，医生被法院要求根据本人事前表示的终止医疗之决定采取相应措施。被监护人在签订意定监护合同之前，须充分考虑潜在利益冲突并比较不同利益的优先级，审慎约定具体监护事项。一种可行的做法是双方约定在意定监护中采取协助决定模式，保留被监护人对自身事务的最终决定权。

最小限度干预理念也可发挥协调最佳利益与尊重自主决定权理念冲突的作用。最佳利益向监护人提供的量化指导应通过最小限度干预的方式实现。加拿大成年监护制度中的部分监护便是遵循这一理念而建立的，两种理念的协调与统一最早体现在艾伯塔省《非独立成人法》第11条中，“监护人应为了被监护人的最佳利益，鼓励被监护人自己照顾自己，对只关己身的事务做出合理判断，以最小限度干预的方式行使监护权”。该条体现出最佳利益须受到最小干预理念的限制。

意定监护基本理念之间本就存在冲突，理念之间的不同权重决定了制度规则的最终面貌与适用效果。这便要求老年人意定监护法规范之创设须兼顾不同理念并尽可能减少规范体系内之逻辑冲突，法院亦须根据个案情况充分考量并做出判断和选择，达致两种以上制度理念之间的相对平衡，避免出现因老年人意定监护制度之创设偏离民众心理接受基础而导致适用性受阻之现象。我国《民法典》第35条第1款与第3款呈现出对最佳利益与尊重自我决定权理念的采纳，但如何处理二者间的固有冲突并不明确。从意定监护制度

发端的背景、制度目的以及成年监护体系效益角度进行分析，尊重自我决定权理念应更具优先权重，并可作为指导我国老年人监护制度模式的原则基准。

四、域外老年人意定监护制度的规范、实践及其镜鉴

域外老年人意定监护制度大致分为两类。第一类是以英美德为代表的代理权授予制度，英美称为“持续性代理权授予制度”，而德国称为“照护授权制度”或“预防性代理权制度”，其以代理权授权书为运行载体。该制度因侧重代理性质，故法规范多以尊重当事人自主决定权为首要理念。第二类是以日韩为代表的任意监护制度，其运行以任意监护合同为载体。相较于英美等国的代理权授予制度，日韩等国的任意监护制度更侧重对被监护人最佳利益的保护。上述各国老年人意定监护制度发展至今，法规范已相对完善，法实践也较为成熟。然因各国分采不同类型的意定监护制度运行模式，故在意定监护合同主体资格、监护事项范围、合同生效、监护开始时间认定以及监督模式等方面存在诸多差异，使得老年人意定监护制度外观上呈现多元状态。

与域外老年人意定监护制度相比，我国现行法规范中的老年人意定监护制度尚未体系化，仅有《老年人权益保障法》和《民法典》及其解释对意定监护做出概括性规定，意定监护合同和监督制度法规范有待完善。监护人范围、监护开始时间认定以及事后监督主体等事项沿用法定监护之规范，其合理性遭受质疑。域外意定监护制度的理念、规范与实践能够为我国意定监护制度的进一步发展和完善提供有益的借鉴。

01 意定监护合同

意定监护合同是老年人意定监护制度的核心与运行载体。双方当事人的权利义务、监护事项范围等内容皆凭意定监护合同呈现，故法规范关

于意定监护合同成立与生效要件的规定应当明晰且详尽。

1. 意定监护人范围

并非任何第三方的自然人或社会组织都有资格成为意定监护人。英国《心智能力法案》第10条规定代理人应当是年满18岁的成年人，并将破产的自然人排除在代理人资格外。美国艾奥瓦州《持续性代理权授予法》第105条规定代理权授权书的签署人双方皆应为成年人，不允许受托人是未成年人。实践中，某些老年人意欲与未成年人订立代理权授权书而待其成年后履行代理职责。对此，笔者认为，域外立法例禁止未成年人担任受托人的原因有二：一是监护开始时间不明确，被监护人可能在监护人成年之前陷入身心障碍，此时未成年人事务处理与照顾能力不足，易造成被监护人的人身和财产损失；二是意定监护合同涉及人身和财产权利等多方面，内容复杂繁多，许多非职业的成年监护人对监护事项、双方权利义务尚认知不足，遑论心智不成熟的未成年人，故允许未成年人成为意定监护合同签署主体的价值和意义不大。

2. 意定监护事项的范围

意定监护合同本质上是委托合同，该合同涉及人身健康照顾、财产保管和处分等方面。意定监护事项原则上由双方当事人协定，但一些国家将部分事项排除在当事人可约定范围外。英国《心智能力法案》第27条至29条不允许代理人代为决定人身关系、精神卫生和政治选举三类事项：代理人不能代表被代理人决定结婚、离婚、送养或收养儿童等事项；不能为被代理人提供或同意其接受精神障碍的药物治疗；不能代表被代理人在公职选举或全民投票中行使投票权。与英国不同，美国《统一代理权授予法》未明确排除任何事项，并在第二部分将确定监护事项范围之权利完全交由被代理人。该法第114条要求代理人应当依据被代理人的合理预期行事。英美两国在可约定代理事项范围上的不同做法本质上是对尊重自

主决定权和最佳利益两种制度理念何者优先的认识不同。英国审慎规定代理事项是以被代理人的最佳利益为优先，而美国则将尊重被代理人的自主决定权放在首位，尽管该做法可能导致法实践中被代理人权利受损。日本和韩国则禁止将代为决定是否进行医疗的权利授予监护人，避免因医生出现过错而导致的医疗侵权事件对监护关系造成不利影响。一方面，因医生过错导致的医疗侵权会直接造成被监护人人身与财产损失，与监护人职责相悖；另一方面，监护人本基于维护被监护人生命健康而代为同意进行医疗，一旦发生医疗侵权，则被监护人及其利害关系人或将起诉监护人要求其承担责任，既有失公平又会损及监护人履职意愿。

老年人常患有慢性或晚期疾病需要接受医疗或护理，故医疗或护理之预先决定成为约定监护事项的重要内容。在欧洲委员会的推动下，欧洲多数国家规定了预先决定医疗制度。在该制度中，被监护人在失去决策能力前表达出对未来医疗或护理的偏好，监护人应在其失去决策能力后根据本人先前之意愿安排相应的医疗或护理。英国《心智能力法案》将预先决定医疗通过持续性代理权授予和提前拒绝医疗两种制度呈现。该法第17条允许被代理人在代理权授权书中提前授予代理人同意或拒绝进行医疗与护理的权利；第24~26条从一般规定、有效性和适用性以及影响三方面对预先拒绝医疗做出制度安排，以达到最大程度上尊重被代理人意愿之效。有观点认为，英国预先决定医疗来源于《欧洲人权公约》第8条，该条要求国家在保护个人生命健康权的同时尊重其自主决定权，因此被代理人有权提前安排本人将来的医疗或护理，这种权利不应被动摇。然而，也存在反对预先决定医疗制度的声音。有观点认为预先决定医疗是被代理人失去决策能力前所做之决定，其试图将过去的价值观和偏好强加于未来医疗或护理的做法并不可取，该前瞻性的自主决定可能与被代理人必须决定是否进行医疗或护理时

的本人最佳利益不一致。亦有观点基于“个人身份理论”而反对，质疑有行为能力之人是否拥有道德权利来指导未来无行为能力之本人。换言之，过去有行为能力之人的价值观和利益与未来无行为能力之本人无关，因为其已经失去了支撑这些价值观与利益的理性结构。英国学界近年来出现反对预先决定医疗的声音，在现实层面的原因是该制度利用率较低，一项调查表明仅有3%的人提前决定是否进行医疗或护理。除欧洲外，美国、加拿大、印度等国在法规范和法实践中亦承认类似制度。例如，在印度的阿鲁纳案中，最高法院判决已是永久植物人的阿鲁纳在先前做出的拒绝维持生命的医疗决定具有法律效力。

各国对意定监护合同中可约定监护事项态度不同的原因是各国社会制度、法律理念不同，如美国将监护事项决定权交予当事人的原因是其持续性代理权授予制度一直秉持完全采用私法形式进行的理念。因此，在规定意定监护事项范围时不能“一刀切”，须考虑本国社会制度、法律理念及司法实践等多重因素。

3. 意定监护合同的生效

并非所有意定监护合同在缔结后立即生效，部分合同附条件生效，生效条件来自于双方当事人约定或法律规定。当立即生效的意定监护合同之委托人在合同生效后具有完全民事行为能力时，意定监护尚未开始，受托人以传统代理关系中的代理人身份参与委托人本人事务的处理。待委托人丧失行为能力后，受托人成为实际意义的意定监护人。附条件生效合同在约定或法定条件成就时生效，该条件一般是行为能力丧失、具体事件或意外情形发生。关于意定监护合同的生效存在两种模式：一是立即生效与约定条件生效择一模式，该模式以美国《统一代理权授予法》为典型，代理权授权书原则上在签署时生效，除非当事人约定在某一时间或当具体事件或意外情形发生时授权书生效；二是法定条件生效模式，以日本《关于任意监护契约的法律》（以下简称《任意监护

法》）为典型，该法第4条规定任意监护契约在“本人因精神上的障碍而达到事理辨识能力不足”之状态时，法院根据本人、配偶等之请求，选定任意监护监督人后生效。

上述两种模式各有优劣。第一种模式使意定监护制度在运行实践中更加灵活，并有利于老年人合法权益的保护。因老年人身体机能与精神能力衰退，其处理事务常需他人协助，受托人可在授权书签署后立刻以代理人之身份协助或代理老年人处理事务。但在“陌生人社会”的美国，被监护人若未选择监督人，其极有可能因未充分调查监护人情况而签订授权书，致使监护人滥用代理权而侵害被监护人之合法权益。第二种模式使选定监督人成为意定监护合同生效之必要条件，弥补了第一种模式中监护人权利易受侵害的潜在风险。但其可能的不足是被监护人自主决定权受限，比如《任意监护法》第4条第3款允许被监护人陷入精神障碍时配偶及亲属等可直接绕过被监护人之意思而为其选定监督人。

4. 完善我国意定监护合同成立和生效要件

在我国现行法规范中，仅有《民法典》第33条涉及意定监护合同，且此规定略显单薄，在意定监护合同主体资格、具体监护事项及合同生效等关键问题上未予明晰，易引发实践层面不必要的争议。《民法典》第33条不尽科学之处有四。第一，意定监护人的范围太过宽泛，“其他愿意担任监护人的个人或者组织”表述较为笼统。基于被监护人的权利保护，应当对“其他愿意担任监护人的个人或者组织”设定限制条件，例如有犯罪记录或者不良征信记录的人不能成为意定监护人，以免某些个人或组织因信用或监护能力存在瑕疵而导致监护期间被监护人遭受重大人身财产损失。第二，缺乏以公证机关作为登记机构的意定监护合同登记制度。当事人针对意定监护合同纠纷提起诉讼时，法院首先应当审查合同效力，但此时被监护人通常因已丧失行为能力而举证困难或举证不能，导致法院难以认定被监护人在意

定监护合同缔结时是否存在意思表示瑕疵。登记制度对于意定监护合同意义重大，能确保当事人意思表示的真实性、推动意定监护合同顺利缔结、保护当事人权利及防止将来的纠纷。意定监护合同生效前，公证机关对双方当事人的主体资格、意思表示的一致性与真实性、合同约定的监护事项及权利义务的合法性与合理性进行审查以保护权利、防止纠纷。登记制度作为事前保障程序，其为意定监护制度运行带来的积极作用优于将合同纠纷诉诸法院或向法院申请撤销监护人资格等事后救济。第三，合同缔结形式有待进一步明确。互联网的发展使双方当事人有时通过社交软件或电子邮件而非书面形式达成意定监护合意，其效力应如何认定？鉴于意定监护制度的灵活与便捷，若以社交软件聊天记录或电子邮件等电子形式达成的意定监护合同经过公证机关登记，法院应当认定其与书面意定监护合同具有同等效力。第四，未明确意定监护合同中可约定的监护事项范围，尤其是被监护人是否享有如域外立法例中的提前拒绝医疗或要求监护人代为决定医疗之权利。笔者认为我国法规范应将拒绝医疗的决定或危及生命健康权的内容排除在约定监护事项之外，原因有二：第一，我国《民法典》秉持“增进人民福祉、维护最广大人民根本利益”之基本理念，人的生命健康权应是其福祉和根本利益实现的前提，当事人约定拒绝医疗之事项有悖于《民法典》之基本理念；第二，《民法典》第36条第1款规定有关个人或者组织可以向法院申请撤销实施了严重损害被监护人身心健康行为的监护人的资格，这意味着监护人必须对被监护人身心健康负责。约定拒绝医疗的监护事项会使监护人陷入两难境地：一方面，监护人若遵守《民法典》第35条第2款之规定，则其应在监护过程中最大限度地尊重被监护人拒绝医疗之意愿，此举必然损害被监护人的身心健康；另一方面，监护人若遵守该法第36条第1款之规定，则其应遵循最有利于被监护人

的原则，保护被监护人的身心健康，但此举又会导致被监护人拒绝医疗之意愿无法实现。

02 意定监护开始时间的认定

传统法定监护中，老年人监护开始的时间是本人丧失行为能力之时，而现代老年人监护制度削弱了监护与行为能力之间的关联。在以尊重自主决定权为制度理念的意定监护中，许多老年人缔结意定监护合同的目的在于获得持续性代理。因此须对“监护”一词进行扩张解释，使其在传统语义之外还包含行为能力丧失前的代理关系。即使被监护人陷入精神障碍，其有时仍对事实存在基本认知并能做出合理判断，仅需监护人协助其处理复杂事务和照料身体。此时仍以行为能力丧失作为监护开始的时间似不妥当。故意定监护制度中监护开始与行为能力“脱钩”，新的法律能力被拟制。日本《任意监护法》第4条将“事理辨识能力”丧失作为意定监护开始的时间。与日本民法中“行为能力”不同，“事理辨识能力”要求被监护人兼有行为能力与充分认识利害关系的能力，当事人在欠缺该能力时也可利用意定监护制度。英美法系将监护中的个人能力与精神障碍相分离，被监护人在法律中的意思自治不再受其患有精神障碍或疾病的影响，存在精神障碍或疾病并非代表其不具有被法律拟制的能力。意定监护开始与行为能力“脱钩”对处理监护事务的范式影响深刻，不以丧失行为能力为基础的协助决定范式在意定监护中被广泛应用，彰显了最大限度干预与生活正常化的制度理念。

受意定监护开始与行为能力“脱钩”的影响，意定监护开始时间的认定方式也在简化。传统认定方式以司法鉴定为主，认定程序和方式较为严格。意定监护制度不宜采取严格的认定方式，否则会影响其便捷性与灵活性。在美国，被代理人可以在授权书中授权一人或数人在法律文件中确认本人行为能力丧失，若未授权或被授权人不能做出决定，则由医生或持有执照的心理学家确认

被代理人丧失行为能力。在日本，任意监护开始时间的认定方式抛弃了司法鉴定，仅需出具医生的诊断证明。宽松的意定监护开始时间的认定方式能够最大程度上尊重当事人的意思自治，使其对适用意定监护制度的意愿更为强烈。

在我国，《民法典》第33条规定意定监护自“丧失或者部分丧失民事行为能力”时开始。受域外意定监护制度中监护开始与行为能力“脱钩”的影响，我国学界对行为能力能否作为认定意定监护开始时间的观点有三种。一是不再将行为能力丧失之时作为意定监护开始的时间，法院须在不同个案中审查被监护人具体的意思能力。该观点过于激进，在“案多人少”的司法现状下，法院难有充足时间对个案当事人具体的意思能力做详细审查，可能导致审查结果的准确性出现偏差，并且将行为能力丧失认定为意定监护开始的时间尚有合理性，不宜直接废除。二是坚持法规范现状，即意定监护开始于行为能力丧失时，原因在于修补行为能力的缺失是监护本质所在。但该观点也存在局限性，由于部分老年人期望在意定监护合同签订后立即获得被监护人之协助和照料，故以行为能力丧失作为意定监护开始时间，不能满足老年人的该类需求。三是认为行为能力丧失不是监护开始的必要前提。除将行为能力丧失作为认定意定监护开始时间的主要因素外，肢体、言语等能力欠缺，心理认知偏离等也可作为认定意定监护开始时间的补充性因素。对此，笔者认为，我国可借鉴日本经验，将意定监护开始对应丧失的能力拟制成类似任意监护制度中的“事理辨识能力”，赋予法院自主审查和判断该能力的权力，并允许双方当事人约定意定监护开始于意定监护合同生效时。

我国老年人意定监护开始时间的认定方式应简化。《中华人民共和国民事诉讼法》第194条、195条规定，由利害关系人申请，法院经过鉴定对自然人的行为能力做出宣告。法院是宣告自然人丧失行为能力的唯一主体，行为能力丧失与否则

须经过司法鉴定。采用此机械化的认定方式并不契合意定监护制度。从利害关系人提出申请到法院宣告行为能力丧失通常会耗费一定时间，这可能会引发如下问题：当紧急情况或意外事件导致被监护人突然出现丧失行为能力之表征，监护人基于保护被监护人利益而开始履行监护职责，因监护而产生的法律行为是否有效？若监护人待法院宣告被监护人行为能力丧失后才开始履行监护职责，其须对在此之前被监护人因未受到监护而遭受的人身财产损害承担法律责任则有失合理。应将监护开始时间认定方式化繁为简，司法鉴定不再是唯一的认定方式。以私人提供的医生诊断证明、心理机构评估报告等作为辅助认定依据，有助于被监护人权利的保护以及避免监护人承担不必要的法律责任。

03 意定监护监督模式

在意定监护制度的运行实践中，被监护人相较于监护人处于弱势一方，其陷入身心障碍后双方地位愈加失衡。身心障碍被监护人的事务处理、权利保护和实现依赖于监护人的个人信义与道德。若监护人缺乏个人道德，怠于履行监护职责或滥用监护权，会导致被监护人的人身和财产权利遭受侵害，即使法院事后追究监护人的法律责任，被监护人某些因侵害造成的人身和财产损失也已不可挽回。监护设立的目的在于使被监护人在行为能力丧失后人身和财产权利受到保护，而监护人在监督缺位的情况下侵害被监护人权利的行为有违该目的，故各国在设立老年人意定监护制度的同时设立监督制度以监督监护人的监护行为。根据意定监护监督主体的不同，可分为公力监督、私力监督和公私结合监督三种模式。公力监督主体多为法院、民政部门等公权力机构；私力监督主体以第三方的自然人或社会组织为主。

1. 公力监督

英国对监护人的监督是典型的公力监督。《心智能力法案》第二部分设立保护法院和公共监护

人。保护法院有权裁定代理权授权书的效力、免除滥用监护权的监护人资格并派出专员对监护人的监护行为进行监督。公共监护人由大法官任命，目的是保护缺乏能力之人免受虐待；履行建立和保管代理权授权书以及保护法院专员的登记册、监督监护人和保护法院专员的行为等职能。在日本，法院可以根据被监护人或者亲属的申请，选定任意监护监督人。

公力监督既有审查意定监护合同的事前监督，又有要求监护人定时提交被监护人财产状况的事中监督以及撤销监护人资格的事后监督，其对意定监护人的监督是多方面、全过程的，监督主体能及时掌握监护人的监护行为。此外，法院、民政部门等公力监督主体作为公权力机关，其监督具有强制性和严格性，能对监护人形成震慑。例如，法院在监护人侵害被监护人合法权益的情形下具有强制介入与解除监护人监护权的权力，该监督举措能及时制止监护人的侵权行为并尽可能减少被监护人的权益损失。

2. 私力监督

在公力监督下，监护人因须承担繁重的法律义务而受到较多束缚，因此许多第三方的自然人或社会组织担任监护人的意愿大幅降低。相较于公力监督，私力监督成本低，更受当事人青睐。美国《统一代理权授予法》第116条规定本人的法定监护人、配偶、亲属等利害关系人可以提请法院对监护人的行为进行司法审查。私力监督与公力监督相比更尊重当事人的自主决定权并契合最小限度干预理念，其优势在于能较大程度保护当事人的个人隐私，监护人无须向法院披露被监护人的个人财产状况等。此外，私力监督因法院无权主动进行审查且审查范围有限，更能够节约司法资源。然而，由于私力监督人与监护人处在平等地位，与公力监督相比强制力与震慑力较弱，其遏制滥用监护权行为的效果非常有限，监督人可能因疏忽或客观原因无法对监护人进行较为全面的监督，被监护人的最佳利益有可能得不到实

现。尽管近年来美国学界不断发出要求公权力介入被监护人权利保护的声音，法实践中也出现了设立“公共监护办公室”以登记代理权授予以及利用刑事手段遏制滥用代理权等公力监督模式，但反对声音极高。持反对观点的学者认为持续性代理权制度之创设本就是为回避公权力干涉，而且即便采用公力监督模式也难以遏制代理权滥用。

3. 公私结合监督

日本意定监护监督采用公私监督结合模式，其《任意监护法》第4条赋予本人、配偶等人选定私人监督人的权利，第5条将被监护人的配偶、直系血亲和兄弟姐妹排除在监督人范围之外。该法在设立私力监督的同时，亦规定了从事前到事后的全过程公力监督。事前监督表现为要求任意监护契约须经公证并登记；事中和事后监督表现为设立家庭法院以监督监护人履行监护职责。该法第7条第3款规定家庭法院在必要时可要求监督人提交关于监护人事务的报告，命令其对监护人事务或被监护人财产状况进行调查，并对监督人其他职务做必要处分。第8条还规定家庭法院在监护人出现不当行为、严重不轨或不适合履行监护职责等情形时，可根据监督人、被监护人、亲属或检察官的请求，免除监护人的资格。

采取单一的公力或私力监督模式，其伴随的弊病会阻碍意定监护制度功能的发挥。若采取公力监督模式，被监护人无权选定监督人，其意思自治受限；第三方的自然人或社会组织也因公力监督的强制性和严格性不愿担任监护人。若采取私力监督模式，监护人在缺乏强力而全面的监督时，很可能怠于履行监护职责或滥用监护权为自身谋取非法利益，从而侵害被监护人的合法权益。由此，采取公私结合监督模式更为合理，该模式既能尊重被监护人的自主决定权、节约司法资源，又能强化对被监护人最佳利益的保护。

相较于域外，我国现行意定监护监督模式法规规范仍有较大完善空间，目前仅有《民法典》第36条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国

民法典》总则编若干问题的解释》第11条规定的单一事后监督模式。该模式缺点有三。第一，单一的事后监督效果不佳。尽管有关个人或者组织有权因监护人出现《民法典》第36条第1款所列情形而向法院申请撤销监护人资格，并安排必要临时措施使被监护人的人身和财产权利得到及时保护，但被监护人因该款所列情形而遭受的权益损害可能无法全部恢复。第二，监督主体范围模糊。依《民法典》第36条之规定，意定监护监督人只能属于“其他依法具有监护资格的人”。若监督人是具有法定监护资格的人，例如父母、子女等，其自然能够向法院申请撤销监护人资格；若监督人不具有法定监护资格，此时其不在“具有监护资格的人”范畴。第三，意定监护监督制度启动较难。我国现行法规范并未构建完整的意定监护监督制度，但该制度又独立于意定监护制度，当事人在未有法规范指引的情形下考虑启动该制度的难度较大。

设立合理的意定监护监督模式对被监护人权利保护和防止意定监护纠纷至关重要。我国现阶段应当设立公私结合监督模式下覆盖意定监护全过程的监督模式，并以公力监督为主、私力监督为辅。第一，公力监督更有利于保护被监护人的权利。我国老年人意定监护制度兴起不久，专业的私力监督主体尚未成熟，以公力机构为主要监督力量更能引导意定监护制度的发展，保护老年人的权利。第二，《民法典》第36条允许“具有监护资格的人”“医疗机构”“依法设立的老年人组织”等私力主体监督监护人。但私力监督力量薄弱，在我国仅能作为辅助的监督模式。若被监护人自主选择监督人，监督人应当定时向公力监督主体递交被监护人财产变动、监护人履职报告等材料。第三，监督覆盖意定监护全过程，更能在监护人对被监护人造成不利后果前予以制止，监督并纠正监护人行为，促使其规范履行监护职责。概言之，公私结合监督模式下覆盖意定监护全过程的监督模式更契合我国现行的意定监护制

度，在保护被监护人最佳利益的同时兼顾其自主决定权的实现。

04 构建以意定监护为常态的老年人监护制度

历经现代成年监护制度改革后，域外老年人监护制度中意定监护已取代法定监护成为常态监护方式。日本《任意监护法》第11条第1款要求在任意监护契约登记后，家庭法院只有在认为“对本人的利益有特别必要”时，才可依职权启动法定监护。韩国《民法典》第959条亦规定家事法院原则上在意定监护期间不可宣告进行法定监护，被监护人受法定监护时，如有意定监护合同生效则法定监护终止。但法定监护更符合被监护人最佳利益时，法院应当宣告启动或维持法定监护。与日韩类似，德国《民法典》第1896条第2款将照管制度作为照护授权制度之补充，照管制度即德国现代成年监护制度中的法定监护。如前所述，意定监护是更适宜作为老年人监护的监护形式。意定监护更具有自主性、灵活性和便捷性，其主要体现在被监护人能够自主决定意定监护人，并与其协商双方权利义务和监护事项等；监护开始时间的认定更加多元，司法鉴定、心理评估等方式皆可成为认定意定监护开始时间的依据，当事人可以约定意定监护合同生效时监护开始；监护制度运行成本较低，公权力干涉较少，可以使监护启动摆脱烦琐程序，运行更为快捷。因此，构建以意定监护为主、法定监护为辅的现代老年人监护制度，方可充分彰显现代人权保护理念。

我国法规范并未明确意定监护与法定监护在老年人监护制度中的关系。但从我国当前老龄化进程加速、中青年劳动力紧张的情形来考虑，充分尊重老年人意思自治并促进其对社会生活的全面参与更具积极意义。原则上老年人监护应以意定监护为常态，法定监护为例外。在本人已缔结意定监护合同的情形下，应当优先适用意定监护；若法定监护相较意定监护更能保护和实现被监护

人的最佳利益，法院则应宣告启动或维持法定监护。

五、结语

以应对人口老龄化危机而创设的老年人意定监护制度在域外各国不同社会制度、法律理念等因素的影响下，虽采用相同或相近的理念，但在意定监护合同主体资格、监护事项范围、合同生效、监护开始时间认定以及监护监督模式等方面的法律规范与实践中呈现出差异化外观。英国、美国、德国和日本等国老年人意定监护制度拥有较完善的法规范以及较成熟的运行实践，然而在制度具体适用中也存在监护人怠于履职、滥用代理权以及第三方的自然人或社会组织担任监护人的意愿低下等现象，阻碍意定监护制度的功能发挥。我国老年人意定监护制度起步较晚，法规范有待完善，实践中亦存在意定监护合同真实性不

明、监护人滥用监护权等现象。任何法律制度的建构和完善必须扎根国情，否则难以真正解决本土问题。鉴于此，有必要在深入分析我国规范与实践现状的基础上，汲取和借鉴域外各国意定监护制度中真正有益的经验做法，完善我国意定监护合同的成立与生效要件、优化意定监护开始时间的认定、设立公私结合监督模式下的意定监护全过程监督模式，构建以意定监护为常态、法定监护为例外的老年人监护制度。

作者信息

张海燕，1979 年生，山东大学法学院教授、博士生导师，266237；

苏捷，1988 年生，山东大学法学院博士研究生，266237。

来源

《国外社会科学》（现已更名为《世界社会科学》）2022 年第 6 期

遭遇恋爱交往暴力或者家庭暴力，或者该类威胁或者危险时，该如何自救和寻求外来救助？

原创：2023-10-23 蒋讲家事法 蒋月

<https://mp.weixin.qq.com/s/BBchn7h0z9NwJiC0aXaMcg>

一、涉家庭暴力的热点事件回顾

昨日“热搜榜”中，涉恋爱暴力和家庭暴力的消息竟然占其中两条：

其一，浙江省绍兴市诸暨市公安局发布的《警情通报》称，2023 年 10 月 21 日 13 时许，该市大唐街道发生一起持刀伤人案件。“经初步侦查，系犯罪嫌疑人林某（男，39 岁，贵州人）因感情问题用刀将女友韦某（女，30 岁，贵州人）刺伤，后自残。目前，二人因抢救无效死亡，案件正在进一步处理中”【1】。

其二，近日“九派新闻”等媒体报道，多日前，一位妇女被男友使用 U 型锁暴击头部致死，

该案件引发网络热议。许多网民认为施暴者的行为，天理难容，建议对其适用死刑，以示公平，慰抚受害人的家人。相关报道显示，受害人年仅 30 岁，生前在浙江杭州市从事电子商务工作。施暴者与受害人交往一月余，受害人提出结束彼此交往，却被男方拒绝，且男方一直纠缠不休。凶案发生的当天，受害人与女性友人在外吃饭，施暴者进店后，双方交谈中发生争吵时，受害人欲离开，因随身携带的包包被男方扣住而未走成，男方拿 U 型锁暴击女方的头部，致脑干严重损伤；虽经送医抢救 3 天后，受害人仍不幸离世。10 月 19 日，当地公安机关已受理此案，犯罪嫌疑人已被批准逮捕【2】。

自然人享有生命权。自然人的生命安全和尊严受法律保护，任何组织或者个人都不得加以侵害。自然人享有人身自由、人格尊严、婚姻自由权，有权根据本人意愿选择恋爱交往的对象。交往、恋爱中的男女任何一方有权决定结束彼此之间交往恋爱关系，并不需征得另一方同意。

故意伤害他人身体、非法剥夺他人生命的行为，是严重的犯罪行为，必将受到法律严惩。

二、什么是恋爱暴力和家庭暴力？

恋爱暴力，是指恋爱关系当事人一方故意实施的、针对另一方的身体、精神和性的伤害、攻击或者凶杀。恋爱暴力是家庭暴力中的情形之一。

家庭暴力，通常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。

家庭成员之间以冻、饿或者经常性侮辱、诽谤、威胁、跟踪、骚扰等方式实施的身体或者精神侵害行为，也构成家庭暴力。

家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，视为家庭暴力。

妇女因恋爱、交友或者在终止恋爱关系、离婚之后，遭到另一方侵害或者面临另一方纠缠、骚扰、泄露、传播女方隐私和个人信息的现实危险的，可以归入家庭暴力。

人与人之间应当相互尊重，无论是亲密关系还是其他关系，相互之间都是平等关系。家庭暴力是一种控制，绝不是“爱”。实施暴力，不是解决夫妻冲突、家庭矛盾的应有之举；相反，它只会加剧冲突、损害相互关系。

三、遇到恋爱交往暴力时，如何自救？

遇到交往恋爱暴力或者家庭暴力，或者遭遇暴力威胁或者面临暴力遭遇人身暴力的危险的，应尽可能保持冷静，积极设法制止暴力发生、继续，设法离开危险源，避免受到伤害或者进一步伤害。

1. 大声制止。
2. 能离开的，应尽快远离危险源。
3. 一时无法逃离的，可以尽快随手抓起身边可以利用的物品用于抵挡和防身，或者躲到家具等可以遮挡的大件物品旁边，以减小或者避免来自对方暴力行为的伤害。

4. 向邻居、亲友等人寻求帮助。例如，打电话等最快速的方式告知对方正在发生的危险或者很可能将发生紧急情况，请对方设法前来相助或者设法阻止暴力。

5. 实在无法避开施暴者时，应当积极正当防卫，保护自己。保护好头、脖颈部、胸部（心脏）等易致命部位。

对待恋爱交往暴力或者家庭暴力，唯一正确的选择和做法是“零容忍”。第一次发生恋爱交往暴力或者家庭暴力时，就应当明确予以制止，并让施暴者明白家暴是违法的，严重的家暴将是犯罪，促使施暴者悬崖勒马。

四、向基层单位投诉和求助

遇到家庭暴力或者面临家庭暴力危险时，如果自力救济不足的，应当及时向基层单位和组织求助，便于外力早介入、早干预。

1. 家庭暴力受害人及其法定代理人、近亲属可以向加害人或者受害人所在单位、居民委员会、村民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映或者求助。有关单位接到家庭暴力投诉、反映或者求助后，应当给予帮助、处理。

2. 家庭暴力受害人及其法定代理人、近亲属可以向公安机关报案或者依法向人民法院起诉。

3. 学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的，应当及时向公安机关报案。公安机关应当对报案人的信息予以保密。

4. 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向法院申请人身安全保护令。

5. 单位、个人发现正在发生的家庭暴力行为，有权及时劝阻。

五、向公安机关报警求助和公安机关依法干预

受害人或者面临家庭暴力危险的潜在受害人，可以拨打 110 向公安机关求助，可以尽快到就近派出所报警求助。

公安机关接到家庭暴力报案后，应当及时出警，制止家庭暴力，按照有关规定调查取证，协助受害人就医、鉴定伤情。

具体而言，公安机关应当积极作为如下：

1. 及时出警，制止家庭暴力；
2. 公安机关按照有关规定调查取证；
3. 协助受害人就医、鉴定伤情；
4. 家庭暴力情节较轻，依法不给予治安管理处罚的，对加害人进行批评教育，或依法依规出具家庭暴力告诫书。

告诫书应当包括加害人的身份信息、家庭暴力的事实陈述、禁止加害人实施家庭暴力等内容。公安机关应当将告诫书送交加害人、受害人，并通知居民委员会、村民委员会。

5. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人因家庭暴力身体受到严重伤害、面临人身安全威胁或者处于无人照料等危险状态的，公安机关应当通知并协助民政部门将其安置到临时庇护场所、救助管理机构或者福利机构。

6. 查访，监督加害人不再实施家庭暴力。

7. 可以代表无民事行为能力人、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人，申请人身安全保护令。

8. 公安机关应注重搜集、固定证据，积极配合人民法院依职权调取证据，提供出警记录、告诫书、询（讯）问笔录等。

六、可以向法院申请人身安全保护令

申请人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的较大可能性的，都可以向申请人或者被申请人居住地、家庭暴力发生地的基层人民法院申请人身安全保护令。

妇女因恋爱、交友或者在终止恋爱关系、离婚之后，遭到另一方侵害或者面临另一方纠缠、骚扰，泄露、传播女方隐私和个人信息的现实危险的，也可以向人民法院申请人身安全保护令。

申请人身安全保护令的相关证据，包括申请人的陈述、公安机关出警记录、告诫书、医院诊断证明、伤情照片、伤情鉴定意见、被申请人悔过书或保证书、被申请人带有威胁、恐吓内容的信息、录音、知情人的证人证言等，以及申请人曾向加害人或者受害人所在单位、居民委员会、妇女联合会等单位投诉、反映或者求助及各机构组织参与处理等相关证据。

如果人民法院根据相关证据，认定申请人已遭受家庭暴力或者确有面临家庭暴力现实危险的较大可能性的，依法就会下达人身安全保护令。

如果申请人是已婚者，并不以提起离婚等民事诉讼为条件。

人民法院依法受理人身安全保护令申请后，应当在 72 小时内做出决定；情况紧急的，应当在 24 小时内作出决定。法院签发的人身安全保护令，有效期不超过 6 个月，保护令失效前，申请人可以依法申请撤销、变更或者延长。

七、人身安全保护令的效力

人民法院签发的人身安全保护令，一般会规定“禁止被申请人实施家庭暴力”或者“禁止被申请人骚扰、跟踪申请人”等内容。

人身安全保护令应当送达申请人、被申请人、公安机关以及居民委员会、村民委员会等有关组织。

人身安全保护令由人民法院执行，公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。

法院签发人身安全保护令后，公安机关应接受并协助人民法院执行。

在人身安全保护令有效期内：

(1) 公安机关应协助督促被申请人遵守人身安全保护令；

(2) 被申请人违反人身安全保护令的，公安机关接警后应当及时出警，制止违法行为；

(3) 接到报警后，公安机关应救助、保护受害人，并搜集、固定证据；

(4) 发现被申请人违反人身安全保护令的，及时向人民法院通报相关情况。

有条件的地方，公安机关应与人民法院、民政部门、妇女联合会等部门和机构建立家暴警情联动机制和告诫通报机制。

总之，反家庭暴力，应以积极预防为主，防微杜渐，教育、矫治与惩处相结合。受害人的忍耐不是化解家暴的合理选项，相反，客观上会纵容家庭暴力，施暴者将会有恃无恐。千万不应因为“面子”“家丑不可外扬”等顾虑或观念而选择默默忍受家暴。当自力救济不足时，应当积极寻求外力帮助；当私力救济不足时，应当积极设法寻求公力救助。

注释：

【1】《男子刺伤女友后自残，诸暨警方通报：两人均死亡》，北京日报客户端，2023年10月22日。

【2】《女子被男友拿U型锁暴击头部致死，医生：甚至还是男子自己报警送医的》，九派新闻，2023年10月19日。

离婚时，父母出资所购的房产归谁？

原创：2023-10-23 暨南学报哲学社会科学版 于程远

<https://mp.weixin.qq.com/s/RpiHNjF-gsVixK11U2ttkw>

暨南
學報

JINAN XUEBAO

| 哲学社会科学版 |

夫妻离婚时，父母的出资不应直接决定该出资所购房产的归属。出资的归属与房屋产权的归属是两个不同的法律问题，应当分别判断。在出资归属的判断上，需要以意思表示解释和夫妻法定财产制为基础，在当事人约定不明时，该出资行为属于赠与。该赠与在夫妻婚前做出的，为对出资人亲生子女一方的赠与，属于夫妻一方个人财产；在夫妻婚后做出的，为对夫妻双方的赠与，属于夫妻共同财产。而对于房产归属的判断，则无须考察父母的意思，而仅须考察夫妻双方“谁用什么财产在婚前还是婚后购买了房屋”的问题。夫妻一方无论是婚前还是婚后用个人财产全资购房，购得的房屋依旧为个人财产；夫妻一方或双方无论在婚前还是婚后用共同财产全资购房，购得房屋为共同财产（共同共有）。夫妻双方在婚后用各自的个人财产为共同生活合力购房，购得的房屋同样为夫妻共同财产。而夫妻双方在婚前用各自的个人财产合力购房，则购得房屋由双方按出资比例按份共有。夫妻离婚的情形下，对出资父母可以适用目的性赠与的相关规则处理；立法论层面上，情势变更制度下的酌情返还或为更佳方案。

于程远，《论离婚时父母出资购房的利益归属——基于出资归属与产权归属分离的视角》，《暨南学报》（哲学社会科学版）2023年第9期。



一、问题的提出

随着近年来房屋价格的不断飙升，父母出资为新婚子女购房的现象愈发普遍。在购置房产时，

父母通常不会针对自己的出资与子女签订书面合同，也不会同子女对该出资的性质进行特别约定，更不会与新婚夫妇商讨“如果未来你们离婚”则如何如何。然而当婚姻关系真的破裂时，夫妻双方甚至参与出资的父母都有可能站出来主张该笔出资乃至以该出资所购房产的相关权益。《民法典》及相关司法解释颁布之前，司法实践中法院主要依据《婚姻法司法解释（二）》第22条、《婚姻法司法解释（三）》第7条对父母的出资以及所购房产的归属进行认定。《民法典》颁布后，《民法典婚姻编司法解释（一）》仅在第29条延续了《婚姻法司法解释（二）》第22条的规定，而《婚姻法司法解释（三）》第7条的规定则在新的司法解释中彻底消失。然而对于这是否意味着对《婚姻法司法解释（三）》第7条规则的彻底抛弃，这一规则在《民法典》时代是否应当在实质上延续，司法解释并未提供进一步的说明。理论与实践也来到了新的岔路口

二、逻辑起点：出资归属与产权归属的分离

“资”“产”二分结构根植于我国的法定夫妻财产制之中。《民法典》通过第1062条、第1063条分别界定了法定财产制之下夫妻共同财产与夫妻个人财产的范围。这两个条文构成了界定夫妻共同财产与个人财产范围的基础，对每一项财产归属的判断，都应当以上述条文为根本依据。既有的解决方案中存在的普遍问题在于对“资”与“产”不加区分，使得父母的出资能够直接干预房屋产权的归属，这是造成过往实践中各方意见混乱交错的主要原因。因此应当首先明确该问题的基本分析框架，即明确区分“出资归属”与“房产归属”的不同层次。前者情形下法律关系发生在出资父母与夫妻一方或双方之间，是针对“父母将钱给了子女”这一事实的法律性质的争议；而后者情形下的法律争议实际上仅发生在夫妻之间，其实质是在“夫妻拿着父母给的钱买了房子”之后对房屋所有权归属发生的争议。前者

是意思表示解释理论与夫妻财产制碰撞结合之下产生的问题，父母的意思对最终的认定结果有着实质的影响；而后者则表现为纯粹的法定夫妻财产制之下对夫妻共同财产的认定问题，购房所用资金的来源便不宜再予考量。

三、认定规则：意思表示解释与法定财产制的结合

在没有约定或约定不明的情形下，父母的出资行为不宜认定为借款，因为从当事人的行为中无法解释得出子女的还款义务。这样一种承担债务的意思表示可能很难从子女接受资助的行为中解释得出。在房价居高不下令年轻人望而却步的今天，结合当事人之间的财产、收入状况，更是难以解释出子女借款还款的意思。例如极端情形下假定子女月收入1万元，父母提供700万元用于购房，那么按照子女当下的收入水平在吃不喝的情况下需要58年才能偿还这笔款项。此种情形下，无论是父母还是子女恐怕都不会认为这笔“出资”是借款。

在没有约定或约定不明的情形下，父母的出资行为应当认定为赠与。出资父母并非不愿自己的亲生子女享有这笔资助，而是不能接受儿媳或女婿通过离婚带走这笔巨额资金的一半。所以如果回到法律行为定性的层面上对当事人的意思表示进行观察，当事人之间的赠与合意是清晰可见的。与当事人的意思“相左”的是这段婚姻的持续时间并未如同新婚夫妇在婚礼上承诺的那样“无论贫穷还是富有、顺境或是逆境、健康或是疾病”而直到永远。合同存在基础的嗣后变化在法律上并不改变合同的定性，也不能凭空产生当事人的“意思”，法律上通常是借助情势变更的规则对此类情形进行处理的。

在确定了赠与合同的性质之后，还需要确定该合同的相对方究竟是夫妻双方还是夫妻其中一方。在缺乏明确约定的前提下，法院需要综合个案中的多方面要素，探究客观第三人处于意思表

示受领人位置时对该意思表示的通常理解。在诸多可能的考量要素之中,《民法典婚姻编司法解释(一)》第29条提出了一个重要的、但并非唯一的参考要素,即赠与行为发生的时间点。需要注意的是,无论是婚前赠与认定归个人,还是婚后赠与认定归双方,都只不过是意思表示的真实含义无从探明的情形下予以适用的兜底性的推定规则,当存在其余值得考量的要素时,解释者应当综合全部要素对意思表示的真实含义加以探明。

在房屋产权归属认定问题上,“资”“产”二分结构带来观察视角上的根本变化:法院不需要再去直接考察“父母出资购买的房屋是夫妻共同财产还是夫妻一方个人财产”的问题,而是将出资归属的问题在意思表示解释层面解决,在房屋产权归属的问题上则仅需要考虑“夫妻在婚前或婚后所购房屋究竟是夫妻共同财产还是夫妻一方个人财产”的问题。后者的解决与父母的意思已经不再直接相关,而纯粹属于夫妻法定财产制的问题。由此,父母出资所购房屋产权归属的问题在理论上得以“纯化”。

四、补充规则:解释论和立法论视角下的分别考量

在解释论层上,定性为借款合同或者附条件、附义务赠与合同的路径均不可取,应当检查目的性赠与的可适用性。目的性赠与是一种特殊的赠与合同,其一方面要求赠与人和受赠人对于赠与目的存在明确的共识,但另一方面又不要求此种共识被上升的合同约定的程度。在父母为子女出资购房的情形下,无论是否存在明确的表达,出资父母和受赠夫妻之间对于赠与目的都是心知肚明的。而如果婚姻嗣后解体,婚姻生活也就不复存在,该目的宣告落空,引发给付目的不达的不当得利返还。

在我国现行法律规范基础上,通过“目的性赠与”这一特殊的赠与合同构造对出资父母加以

保护是解释论上最为可行的进路。但这一方法的缺点在于其全有或全无的保护模式不利于法官在实践中根据个案情形进行具体裁量。对此,德国法上的做法或许值得解鉴。在“岳父母/公婆赠与”的情形下,德国联邦最高法院自2010年起摒弃了以往参照适用夫妻间特殊赠与规则的保护模式,转而通过适用情势变更制度对合同进行嗣后调整,从而实现个案中的酌情返还。在适用情势变更时,需要在个案中斟酌下列因素:(1)婚姻持续时间;(2)出资父母与受赠夫妻之间的人身以及财产状况;(3)赠与人基于未来养老需求的期待;(4)赠与财产的现存价值。

五、结语

“资”“产”二分结构的观察视角极大地简化了父母出资为子女购房情形下的财产分割规则,阻断了资金来源对房屋产权归属的干扰,将该问题清晰地划分为“资金归属”与“财产归属”两个层面,将意思表示解释的问题与夫妻法定财产制的问题区别开来,使得法院能够在个案中明确适用相应的法律规范对不同层面的问题进行处理。

在出资归属层面上,需要结合意思表示解释与法定财产制的相关规则判断出资归属。当事人对于出资归属有明确约定的,依其约定,没有明确约定的,应当将出资行为推定为赠与——婚前做出的,推定为对子女一方的赠与,归属于子女一方;婚后做出的,推定为对夫妻双方的赠与,为夫妻共同财产。

在房产归属层面上,不需要再判断父母的意思,而仅须考察夫妻双方中“谁用什么财产在婚前还是婚后购买了房屋”的问题。夫妻一方无论是婚前还是婚后用个人财产全资购房,购得的房屋依旧为个人财产;夫妻一方或双方无论在婚前还是婚后用共同财产全资购房,购得房屋为共同财产(共同共有)。夫妻双方在后用各自的个人财产合力购房,购得的房屋同样为夫妻共同财产。

而夫妻双方在婚前用各自的个人财产合力购房，则购得房屋由双方按出资比例按份共有。

作者 | 于程远（中国政法大学民商经济法学院）

原文标题 | 《论离婚时父母出资购房的利益归属——基于出资归属与产权归属分离的视角》

首发于暨南学报（哲学社会科学版）2023年第9期，网络版略有删减

为推进婚姻家庭法制现代化提供新思路

2023-10-23 扬州日报

http://www.yznews.com.cn/yzrb2/wap/content/202310/23/content_198580.htm

2 | 扬州日报 | 要闻

2023年10月23日 星期一
第198580号 邮发代号：2615 零售每份0.45元
地址：扬州市广陵区东大街158号 邮编：225001

学思践悟 强党性 重实践 建新功

分类施策有效覆盖 理论学习持续走向深入

学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育开展以来，各地各单位持续落实“三带三入”要求，抓住抓实以上领导干部和骨干两个重点，夯实基础知识和提高素质这个基础，分类施策，有效覆盖，推动学习持续走向深入。

紧扣主题主线，推动理论学习走向深入

各地区各单位坚持把主题主线贯穿始终，深入学习领会习近平新时代中国特色社会主义思想的精髓要义，做到学深悟透、融会贯通、学以致用、知行合一。通过集中学习、个人自学、专题研讨、互动交流等多种形式，推动理论学习全覆盖、常态化、长效化。各单位还结合工作实际，开展形式多样的主题教育实践活动，进一步增强了学习的针对性和实效性。

发挥支部作用，抓实抓牢基层党员学习

各地区各单位坚持把党支部作为开展主题教育的基本单元，充分发挥党支部的战斗堡垒作用和党员的先锋模范作用。通过支部“三会一课”、主题党日等活动，组织广大党员深入学习党的创新理论，不断增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”。各单位还注重发挥党员干部的带头作用，带动身边群众一起学习、共同进步。

注重联系实际，促进学习与实践相结合

各地区各单位坚持把理论学习与实践相结合，做到学思践悟、知行合一。通过调查研究、志愿服务、结对帮扶等多种形式，推动理论学习成果转化为推动工作的强大动力。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

“水陆”联动 感受运河魅力

扬州“水陆”联动，感受运河魅力。通过举办“水陆”联动主题活动，进一步弘扬运河文化，增强文化自信。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

2023“绿水青山”中国休闲运动挑战赛下月开赛

2023“绿水青山”中国休闲运动挑战赛将于下月开赛。本次比赛旨在弘扬绿色生态理念，倡导健康休闲生活方式。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

“乡村振兴看盱眙”长三角媒体采风活动举办

“乡村振兴看盱眙”长三角媒体采风活动成功举办。本次活动旨在展示盱眙乡村振兴成果，增强长三角地区媒体对盱眙的了解。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

邗江区公道镇开展“农民文化艺术节”活动

邗江区公道镇开展“农民文化艺术节”活动。本次活动旨在丰富农民文化生活，展示农民精神风貌。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

“乡村振兴看盱眙”长三角媒体采风活动举办

“乡村振兴看盱眙”长三角媒体采风活动成功举办。本次活动旨在展示盱眙乡村振兴成果，增强长三角地区媒体对盱眙的了解。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

中国现代化进程中婚姻家庭法制建设研讨会成功举办

中国现代化进程中婚姻家庭法制建设研讨会成功举办。本次会议旨在探讨婚姻家庭法制建设的新思路、新方法，推动婚姻家庭法制现代化进程。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

中国现代化进程中婚姻家庭法制建设研讨会成功举办

中国现代化进程中婚姻家庭法制建设研讨会成功举办。本次会议旨在探讨婚姻家庭法制建设的新思路、新方法，推动婚姻家庭法制现代化进程。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

央媒省媒持续聚焦扬州

央媒省媒持续聚焦扬州。通过央媒省媒的持续报道，进一步提升了扬州的知名度和影响力。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

绿水青山

绿水青山，生态宜居。通过绿水青山建设，进一步提升了扬州的生态环境质量。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

养老服务

养老服务，老有所依。通过养老服务体系建设，进一步提升了老年人的生活质量。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

一封家书

一封家书，情牵万里。通过一封家书活动，进一步增进了党员干部与群众的感情。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

建言献策

建言献策，共谋发展。通过建言献策活动，进一步激发了党员干部的积极性。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

农业生产

农业生产，稳粮保供。通过农业生产体系建设，进一步提升了扬州的粮食安全保障能力。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

产业创新

产业创新，转型升级。通过产业创新体系建设，进一步提升了扬州的产业转型升级能力。各单位还注重发挥党员干部的先锋模范作用，在推进高质量发展、服务人民群众等方面作出新的更大贡献。

本报讯(通讯员 文权 戎晨 记者 葛学涛 赵雅琼) 10月21日至22日,中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设研讨会暨中国法学会婚姻家庭法学研究会2023年年会在扬州召开。会议由中国法学会婚姻家庭法学研究会主办,扬州大学人文社科处、扬州大学法学院承办。

会议以“中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设”为主题,来自全国各地的100多位理论及相关人士参加会议。扬州大学市委常委、副校长王承堂在致辞中说,扬州大学法学院近年来秉持“德法兼容,知行合一”育人理念,不断探索研究性教学和实践性教学规律,培养复合型法律人才,在婚姻家庭法学领域取得一定成果,希望本次会议碰撞出更多思想火花,为推进我国婚姻家庭法治现代化建设提供新思路、作出新贡献。

中国法学会研究部二级巡视员王伟国介绍,过去一年,婚姻家庭法学研究会聚焦重点问题,深入推进学术研究、积极参加相关论证调研,广泛开展社会服务,为中国特色社会主义法治建设贡献了独特力量,希望婚姻家庭法学研究会充分发挥智库作用,为推进中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设作出独特贡献。

会上发布了2022-2023年度中国法学会婚姻家庭法学研究会工作报告。专家学者们分别就中国特色婚姻家庭法学知识体系建构、身份法与财产法的协调和衔接、人工智能对婚姻家庭的挑战与机遇、遗嘱继承与遗嘱信托的理论与实践、婚姻家庭法学教育与人才培养等具体议题进行了深入探讨。

扬州报业传媒集团数字报系统

中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设研讨会暨中国法学会婚姻家庭法学研究会2023年年会在扬州召开

2023-10-22 交汇点

<https://jnews.xhby.net/v3/waparticles/69/0/fY89DC1UgJUjCTAb/1>

交汇点讯 10月21日,中国式现代化进程中婚姻家庭法治建设研讨会暨中国法学会婚姻家庭法学研究会2023年年会在扬州召开。本次会议由中国法学会婚姻家庭法学研究会主办,扬州大学人文社科处、扬州大学法学院承办,来自高校、科研院所、人大、法院、检察院等系统和单位的100余位理论及实务工作者参加了会议。





扬州大学党委书记、副校长王承堂代表扬州大学向莅临指导的专家同仁表示热烈欢迎，向长期关心支持学校发展的各位朋友表示真挚的感谢。王承堂介绍了扬州大学的发展历史和现状，以及扬州大学法学院在婚姻家庭法学领域的建设成果。他表示，本次会议一定能碰撞出更多的思想火花，为推进我国婚姻家庭法治现代化建设提供新思路、作出新贡献。



中国法学会研究部二级巡视员王伟国代表中国法学会研究部对年会的召开表示祝贺，向承办本次年会的扬州大学法学院、扬州大学人文社科处表示衷心的感谢。王伟国对婚姻家庭法学研究会在过去一年聚焦重点问题，深入推进学术研究、积极参加相关论证调研，广泛开展社会服务，为中国特色社会主义法治建设贡献了独特力量给予高度评价。



中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授做了2022-2023年度中国法学会婚姻家庭法学研究会工作报告。夏吟兰从突出政治引领、聚焦重要问题、注重成果转化、培育青年人才、规范日常工作五个方面详细介绍了婚姻家庭法学研究会的工作情况。夏吟兰指出，2022至2023年度在中国法学会的领导下，研究会在推动学术研究，开展学术交流，助力民法典妇女权益保障法、家庭教育促进法等法律的宣传都取得了丰硕的成果。夏吟兰表示，在各位理事，各位会员的支持下，研究会的社会影响力将持续提升，为推动中国婚姻家庭法治建设，为全面依法治国贡献出更大的智慧和力量。



中国人民大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞教授主持开幕式。



专题辅导报告环节，中国法学会党组成员、学术委员会主任、吉林大学和浙江大学文科资深教授张文显就“中国法治现代化”作了主题报告。张文显教授从“中国式现代化理论是中国式法治现代化的理论基础”、“中国式法治现代化是法治现代化的新道路”、“法治现代化的共同特征和中国特色也是法治现代化的中国道路”三个角度系统阐释了中国法治现代化的本质特征和内在要求。张文显教授指出，必须坚定不移走中国特色社会主义法治道路，必须遵循人类法治文明和法治现代化的客观规律，把人类社会法治发展的一般规律与中国法治发展的具体实际相结合，在党中央的集中统一领导下，积极稳妥、科学有力地推进中国式法治现代化建设。

主题报告的第一单元由天津师范大学法学院副教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会理事冯源、中国政法大学教授金眉、北京市工会干部学院教师赵盈、石家庄市中级人民法院石改军、深泽县人民法院李玉宁就“夫妻单方以共同财产直播打赏的体系化解释路径”“《家庭教育促进法》与父母监护的体系关联研究”“家事裁判文书说理的繁简分流机制”分别作了主题报告。参会专家汕头大学法学院教授熊金才、厦门大学法学院/马克思主义学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长蒋月参加与谈，他们对报告给予了高度的肯定，分享了自己的观点，同时也指出了相应的修改完善建议。全国妇联权益部一级巡视

员、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长兰青主持主题报告环节。

最高人民法院民一庭二级高级法官王丹就“当前婚姻家庭纠纷审理的难点问题”作《婚姻家庭编》主旨演讲。江西省高级法院原党组副书记、常务副院长、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长郭兵主持主旨演讲环节。

主题报告的第二单元由山东大学法学院副教授康娜、北京第二外国语学院经济学院副教授汪建雄、山东大学经济学院教授陈强、辽宁师范大学法学院副教授刘耀东、兰州财经大学教授吕春娟就“非法定事由与离婚判决：基于裁判文书大数据的实证分析”“公序良俗概括条款在情人遗赠案中的适用——基于私法与基本权利冲突二元视角下的路径分析”“社会性别平等理论视域下女性家务劳动合理补偿法理思考”分别作了主题报告。参会专家西南政法大学民商法学院教授张力、北京大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长马忆南参加与谈。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主持主题报告环节。

主题报告的第三单元由福建江夏学院学术委员会主任、家事法研究院院长、法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事吴国平，中国政法大学民商经济法学院副教授陈汉，西南政法大学民商法学院副教授李俊，吉林大学民商法学博士研究生冯陵升就“代书遗嘱与打印遗嘱‘时空一致性’裁判规则的融适用”“继承法视角下的遗嘱信托”“《民法典》遗产管理人制度解释论”分别作了主题报告。参会专家杭州师范大学法学院副教授魏小军，黑龙江大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长王歌雅参加与谈。中国社会科学院法学所研究员、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长薛宁兰主持主题报告环节。

主题报告的第四单元由扬州大学法学院教授、中国法学会婚姻法学研究会常务理事李秀华，中

国法学会婚姻家庭法学研究会理事、上海立信会计金融学院法学院讲师李瀚琰，广西师范大学法学副教授、硕士生导师张融就“婚姻家事法律诊所教育视野下法治人才培养模式”“性别平等与法学教育的融合发展——性别平等立法与法学高等教育的互动”“全过程课程思政的教学模式探索——以《婚姻家庭法》课程教学实践为例”，分别作了主题报告。参会专家浙江工业大学副教授雷春红，苏州大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长张学军参加与谈。中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会秘书长林建军主持主题报告环节。

在“青年论坛”环节，江南大学副教授、江南大学硕士生导师李欣，四川开山律师事务所专职律师孙文杰，福建警察学院法律系教授何炜炜，温州大学法学院副教授、温州大学私法研究中心副主任任江，北京市隆安律师事务所上海分所律师、高级合伙人、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理事、最高人民检察院民事行政检察专家咨询网首批优秀专家、上海政法学院环境资源与能源法研究中心客座教授和兼职硕士生导师付忠文，福建理工大学法学院讲师、硕士生导师、华东政法大学博士后董思远就“我国遗嘱信托受益权保护研究”“家庭暴力告诫书适用情况的研究报告”“论我国意定监护监督机制的实施进路”“略谈涉外夫妻财产关系法律适用的难点”“意定监护中律师主体地位研究”分别作了主题报告。参会专家西北政法大学民商法学院副教授郝佳，辽宁师范大学法学院教授、中国法学会婚姻法学研究

会常务理事丁慧参加与谈，参会嘉宾进行了广泛、深入的交流。扬州大学法学院三级教授、中国法学会教育研究会诊所法律教育专业委员会常委、中国法学会婚姻法学研究会常务理事、中国民法典婚姻家庭编立法专家组专家李秀华主持青年论坛环节。

大会的闭幕致辞和会议总结由中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰主持，扬州大学法学院党委书记花瑞锋致闭幕辞。

花瑞锋代表扬州大学法学院对为会议成功举办付出辛勤汗水的各位专家、对中国法学会婚姻家庭法学研究会的信任、对学院资深教授李秀华老师及其团队表示诚挚感谢，同时表示未来将把本次会议精神 and 研究成果融入到诊所教育的教学实践中，进一步为卓越法治人才培养贡献力量。

中国人民大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞作了会议总结。龙翼飞从参会人员、会议提交论文、研讨和交流的主题、新会员的加入等方面分享了参会的种种感受，表示此次会议取得了圆满的成功。同时龙教授从“明确研究道路方向”“明晰学术理念”“明辨法律适用规则”“明朗法学教育和人才培养途径”“为青年法学家的成长提供明敏的平台”五个角度阐释了本次会议取得的重大成果，最后，龙翼飞对中国法学会的指导和支持、对扬州大学法学院、扬州大学人文社科处精心的准备、对参加本次会议的全体同仁、嘉宾表示衷心的感谢！

通讯员 文权

编辑：周晶

华政学报 | 章剑生 “有错必纠”的界限：被解除的婚姻关系具有不可逆转性

原创：2023-10-20 华东政法大学学报 章剑生

<https://mp.weixin.qq.com/s/wMQSIiqzMDTCr9gzWG9Giw>

1 作者简介



章剑生 浙江大学光华法学院教授，法学博士

目次

- 一、引言
- 二、基本案情与问题整理
- 三、作为撤销判决法定情形之一的超越职权
- 四、自我纠正超越职权行为的限定
- 五、保留超越职权行为法效果的正当性
- 六、结语

摘要

基于“有错必纠”原则，行政机关对其违法作出的行政行为有权自我纠错，但“有错必纠”并非没有界限。就婚姻登记机关超越职权作出的离婚登记行为，因“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”，它构成了对婚姻登记机关自我纠错的限定。离婚登记行为一经作出，婚姻关系即宣告解除，即使离婚登记行为是婚姻登记机关超越职权作出的，也不能通过自我纠错的方式确认其无效。保留超越职权作出的离婚登记行为的法效力，可以由有权机关以确认违法或者追认合法的方式予以补救。

关键词

有错必纠 婚姻登记 超越职权 行政行为无效

一、引言

无论是针对司法判决还是行政决定，“有错必纠”一直是追求法律实体正义的一项基本原则。在中国法语境中，“有错必纠”更多的是一个政治系统的话语，并一直受到普通民众天然正义感的支持与回应，它具有坚实的民意基础。但在法治原则之下，国家有“错”并非都是可以纠“错”的。如法院针对再审案件的“依法纠错”，就是我们对以往坚持“有错必纠”原则的一种法律价值的修正。

梁某某诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案（以下简称“梁案”）是一起涉及被告云龙区民政局对其超越职权作出的离婚登记行为进行自我纠错引起的行政争议案件。原告梁某某不服被告云龙区民政局作出的《关于黄某某隐瞒国籍与梁某某办理离婚登记的情况说明》（以下简称《情况说明》）并诉诸法院，法院经审理作出了确认《情况说明》无效的判决。其要旨是，被告云龙区民政局对自己超越职权作出的离婚登记行为，因“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”，不得以确认无效的方式进行自我纠正。本文认为，一个超越职权作出的离婚登记行为不能在法律上被否定，与其说是与“有错必纠”原则相冲突，不如说它是“有错必纠”界限所容许的一种例外。正是这种例外的存在，“依法纠错”才具有法律价值上的正当性。本文先整理出一个行政法学中关于超越职权无效的法理框架，然后基于法院认定的事实和裁判理由，以“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”为切入点，分析法院的裁判思路与推论逻辑，证成作为“有错必纠”界限情形之“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”的合理性，以及超越职权作出的离婚登记行为在法律上存续的正当性。

二、基本案情与问题整理

（一）案情概要

原告梁某某与第三人黄某某于1985年11月登记结婚。2007年3月27日，黄某某取得新加坡国籍。2015年8月10日，梁某某与黄某某以感情破裂为由双方持中国居民身份证、户口本等至被告云龙区民政局婚姻登记处办理离婚登记。经审查，云龙区民政局婚姻登记处当日为两人办理离婚登记，并颁发离婚证。2018年2月27日，被告云龙区民政局婚姻登记处主任袁某电话联系原告梁某某，口头告知其因第三人黄某某办理离婚登记时已取得新加坡国籍，两人于2015年8月10日办理的离婚登记无效，并要求梁某某将离婚证交回。被告云龙区民政局婚姻登记处收回了第三人黄某某持有的离婚证，但梁某某仍持有云龙区民政局婚姻登记处颁发的离婚证。2018年3月5日，云龙区民政局婚姻登记处作出案涉《情况说明》，并存放至徐州市云龙区档案馆。梁某某不服《情况说明》，向法院提起行政诉讼，请求法院确认《情况说明》无效。截至2019年7月17日，两人未通过涉外婚姻登记机关或法院离婚，亦均未与他人再次结婚。

（二）裁判理由

行政越权，是指行政主体在行政活动中，超越其法定的权力范围或权力限度而作出的行政行为。行政越权无效（含可撤销）是行政法的基本原则并体现在我国相关具体法律规范中，如《行政诉讼法》第70条第4项、第75条等规定。对于绝大多数行政越权行为，可通过行政机关自纠、层级监督及法院裁判等途径以确认无效或撤销的方式予以纠正。但对于极少数特定的行政越权行为，若以确认无效或撤销的形式予以纠正，会给国家利益、社会公共利益及相关法律秩序带来重大损害，且该损害客观上难以得到有效恢复与补救，

则该类行政越权行为应当作为行政越权无效的例外情形，不应确认无效或予以撤销。

离婚登记是婚姻登记机关依当事人的申请，对当事人之间自愿解除婚姻关系及子女抚养、财产等问题所达成的协议予以认可，并以颁发离婚证的形式确认当事人之间婚姻关系解除的行政行为。因在婚姻登记机关颁发离婚证之时，婚姻登记机关对当事人之间的离婚登记即已完成，当事人之间的婚姻关系即已解除，离婚证所确认的婚姻解除情况即产生对外效力，具有社会公信力。在已离婚人员持有离婚证的情况下，符合法定条件的其他人员完全可以对离婚证所反映的婚姻解除情况产生信赖，进而与已离婚人员建立合法的婚姻关系或其他特定关系。如果婚姻登记机关或其他职能部门可以对离婚登记中被解除的婚姻关系确认无效或予以撤销，将会使相关人身法律关系处于随时可变化的不稳定状态，也会使社会公众对婚姻登记机关的离婚登记行为产生不安全感及不信任感，使《婚姻法》确定的一夫一妻等基本原则和基本社会关系架构遭到破坏，进而损害现实的法律秩序和社会公共利益，故当事人之间的婚姻关系一经离婚登记予以解除后便具有不可逆性。而该不可逆性在我国法律法规中亦有体现，

《婚姻法》《婚姻登记条例》针对结婚规定了无效婚姻和可撤销婚姻情形，但对离婚没有规定无效离婚或可撤销离婚情形，亦没有法律规范授权婚姻登记机关对已完成的离婚登记中被解除的婚姻关系能够确认无效或予以撤销。需要指出的是，我国现行诉讼制度也未设立无效离婚或可撤销离婚之诉；而针对生效离婚判决书、调解书所解除的婚姻关系，我国民事诉讼制度已实际作了不可逆的特别规定，《中华人民共和国民事诉讼法》

（以下简称《民事诉讼法》）第202条规定，当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。《最高人民法院〈关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）〉》第14条第3项也规定，人民法院判决、调解解除婚姻

关系的案件，当事人提出再审申请的，人民法院不予受理；但当事人就财产分割问题申请再审的除外。基于此，对于离婚，无论是婚姻登记机关作出离婚登记，还是法院判决、调解离婚，当事人在领取离婚证之时或法院准予离婚的判决书、调解书生效之时，其婚姻关系即被解除，且被解除的婚姻关系具有不可逆性。

因离婚登记中当事人婚姻关系的解除具有不可逆性，对于离婚登记中的子女、财产事项，虽然依相关法律规范，当事人可以向法院申请变更、撤销等法定方式寻求救济，但也没有法律规范授权婚姻登记机关可确认无效或予以撤销。故对于当事人在婚姻登记机关进行的离婚登记，一旦婚姻登记机关以颁发离婚证的形式完成后，该婚姻登记机关并无确认该离婚登记无效或撤销该离婚登记的职权。对于已完成的离婚登记，如在登记过程中确有违法情形，则由存在相关违法行为的当事人或登记机关及其工作人员依法承担相应的民事、行政、刑事责任。

省民政厅设置婚姻登记处，负责办理全省涉外、涉港澳台居民、华侨、出国人员的婚姻登记。本案中，上诉人梁某某与原审第三人黄某某办理案涉离婚登记之前，黄某某已取得了新加坡国籍，其在办理案涉离婚登记时系外国人，并非中国公民。因此，被上诉人云龙区民政局并无办理该离婚登记的职权，梁某某与黄某某应在江苏省民政厅办理涉外婚姻登记的部门进行离婚登记。黄某某与梁某某于2015年8月10日在云龙区民政局自愿办理离婚登记时，未告知云龙区民政局黄某某系新加坡国籍，在黄某某持有未注销的中国内地户口簿、身份证的情况下，云龙区民政局依规定审查了黄某某与梁某某提交的离婚申请材料后，为黄某某与梁某某颁发了离婚证，以法定形式完成了该离婚登记。即使此后云龙区民政局发现其没有办理涉外离婚登记的职权，其亦无职权确认该离婚登记无效或撤销该离婚登记。

（三）问题整理

首先，《行政诉讼法》第70条将“超越职权”作为法院撤销或者部分撤销被诉行政行为的法定情形之一，是法院彻底否定被诉行政行为合法性的法定理由。但是，基于某些被诉行政行为的特殊性，《行政诉讼法》又规定了两个法定例外情形。

（1）确认违法。具体内容分为两项：其一，确认违法但不撤销被诉行政行为；其二，不需要撤销或者判决履行的，确认被诉行政行为违法。（2）确认无效。即被诉行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，法院判决确认无效。在“梁案”中，云龙区民政局作出离婚登记行为之后，又以“超越职权”为由作出《情况说明》，确认自己作出的离婚登记行为无效。对此，终审判决确认云龙区民政局作出的《情况说明》无效。那么，该终审判决是否合法、妥当呢？

其次，婚姻登记机关一经作出离婚登记行为，在法律上即产生解除夫妻关系的法律效果，原有的婚姻关系不再存在。国家民政部《婚姻登记工作暂行规范》第52条第5项规定，婚姻登记员“将离婚证分别颁发给离婚当事人双方，向双方宣布：取得离婚证，解除夫妻关系”。这一规定明确了离婚登记行为的法律效果。“梁案”属于涉外离婚，云龙区民政局是县级婚姻登记机关，依照相关规定其作出离婚登记行为属于“超越职权”行为。云龙区民政局在《情况说明》中指出，它办理的离婚登记应为无效登记，双方如未在指定的涉外婚姻登记机关或法院办理离婚登记手续，仍系夫妻关系。也就是说，当它确认离婚登记行为无效之后，双方当事人夫妻关系应当“恢复原状”，除非双方已在指定的涉外婚姻登记机关或法院办理了离婚登记手续。对此，法院在裁判理由中以“被解除的婚姻关系具有不可逆性”为由作出了否定性结论。“被解除的婚姻关系具有不可逆性”本质上构成了对云龙区民政局自我

纠错决定的一种限制，那么，这一限制“有错必纠”的理由成立吗？

最后，云龙区民政局超越职权作出离婚登记行为，之后它以自我纠错的方式作出《情况说明》，确认之前作出的离婚登记行为无效。对此，法院认为，云龙区民政局并无确认该离婚登记行为无效或撤销该离婚登记的职权，即使此后云龙区民政局发现其没有办理涉外离婚登记的职权，其亦无权确认该离婚登记无效或撤销该离婚登记。基于此，法院作出了确认《情况说明》无效的判决。但是，对“梁案”中的离婚登记行为在法律上究竟是否仍然有效，以及应当发生什么样的法律效果，法院没有亮明态度。依法理，如果云龙区民政局作出的《情况说明》被法院判决确认无效，那么离婚登记行为应仍然具有法律效果——解除婚姻关系。如此，我们或许可以得出这样一个结论：即便是云龙区民政局超越职权作出离婚登记行为，法院仅仅是确认了它后面作出的《情况说明》无效，而离婚登记行为仍然具有法律效果。那么，保留离婚登记行为这一法律效果的正当性何在？

三、作为撤销判决法定情形之一的超越职权

无论如何，行政法是控制行政权的法。现代行政法在保留传统行政法“消极性防控”功能的基础上，发展出了“效率性促进”的功能，尽管如此，职权法定原则并没有被这种“新理论”破防。“公共机关不应越权（越权无效），这一简单的命题可以恰当地称为行政法的核心原则。”虽然此命题在英国还是很有争议的，但在否定行政机关超越职权作出的行政行为效力上，应当是可以达成共识的。依法行政原理的核心要义是，行政机关应当在法定职权范围内行使权力。1989年《行政诉讼法》实施之后，针对第54条中的“超越职权”为何意，最高人民法院作出的解释是，超越职权“是指行政主体在行政管理活动中，行使了

法律、法规没有授予的行政权力，或者超越了法律、法规授予的权限。”这一权威性的学理解释将超越职权分为“无权”和“越权”两种情形。2014年修改的《行政诉讼法》第70条增加了“明显不当”，但没有改动1989年《行政诉讼法》第54条的内部规范结构。因《行政诉讼法》将“超越职权”与其他撤销情形并存列举，依体系解释之方法，《行政诉讼法》第70条中的“超越职权”应当限缩至超越管辖权。经过30多年的行政法学发展，行政法学上超越职权的学理判断框架已大致定型：（1）超越职权的主体是行政机关，法律、法规、规章授权的组织在行使行政职权时，视为具有与行政机关相同的法律地位。行政机关内设机构及其工作人员超越法定职权对外作出行政行为的，在法定条件下应当视为所属行政机关超越职权。（2）超越职权在内容上是指超越法定职权，包括行政权能和行政权限两项内容。（3）行政机关在“无权”情形下作出行政行为，应当单列为一种独立的行政违法行为。

婚姻登记机关作出的离婚登记行为是在充分尊重双方当事人合意基础上以国家的名义同意解除双方的婚姻关系，并向社会和第三人作出的一种公示，具有法定的公信力。由此可见，“申请人之间关于婚姻法律关系的合意是登记意思表示和登记权利的基础，而婚姻登记机关并不拥有对婚姻关系变动合意效力的审查判断权，也无权改变当事人以自己意愿建立的婚姻法律关系。”从《婚姻登记管理条例》到《婚姻登记条例》的立法演变过程中，我们可以看到条例名称中去掉了“管理”两字，其背后反映了国家对婚姻登记的一种观念性转变——从国家强制干预到尊重双方当事人的合意。从《婚姻登记条例》的内容看，它“更多地考虑了当事人的离婚自由，充分尊重了当事人合意离婚的意愿。新条例强化了政府的公共服务意识，弱化了对离婚这种民事行为的行政管理色彩。”《婚姻登记条例》所展现出来的国家对婚姻关系的新观念、新制度，一方面使得婚姻关系成立、消

灭完全回归于个人的自由意志，另一方面也划出了国家干预婚姻关系的法律边界。

《婚姻登记条例》第9条规定，因胁迫结婚的，受胁迫的当事人依据《婚姻法》第11条的规定，可以向婚姻登记机关请求撤销其婚姻。《婚姻登记工作规范》第53条规定，除受胁迫结婚之外，以任何理由请求宣告婚姻无效或者撤销婚姻的，婚姻登记机关不予受理。从上述两条规定的内容看，“宣告婚姻无效或者撤销婚姻”仅适用于结婚登记，对于婚姻登记机关能否宣告“受胁迫的”离婚登记无效或者撤销“受胁迫的”离婚登记，则处于无法可依的状况，更遑论宣告其他情形的离婚登记无效或者撤销其他情形的离婚登记。正如有学者所言：“可以说，自此我国对离婚登记效力的规定是一片空白。”“梁案”就是一个遇到了上述问题的案例。在“梁案”中，云龙区民政局在2018年3月5日作出的《情况说明》中认定，“根据《婚姻登记条例》第2条、《婚姻登记工作规范》第5条第2款规定，云龙区民政局婚姻登记处无权办理涉外婚姻登记，双方当事人于上述时间办理的离婚登记应为无效登记，双方如未在指定的涉外婚姻登记机关或法院办理离婚登记手续，仍系夫妻关系，由此产生的相关法律责任应由当事人承担。”这一段情况说明主要有两层意思：（1）离婚登记行为无效，（2）夫妻关系“恢复原状”。对于云龙区民政局《情况说明》是否合法的问题，法院给出了如下一段裁判理由：“行政越权，是指行政主体在行政活动中，超越其法定的权力范围或权力限度而作出的行政行为。行政越权无效（含可撤销）是行政法的基本原则并体现在我国相关具体法律规范中，如《行政诉讼法》第70条第4项、第75条等规定。对于绝大多数行政越权行为，可通过行政机关自纠、层级监督及法院裁判等途径以确认无效或撤销的方式予以纠正。”细读这一段裁判理由，我们可以切分为如下两个问题并作进一步分析。

（一）《行政诉讼法》明确规定行政越权作为无效（含可撤销）的情形

在“梁案”中，案涉婚姻关系属于涉外婚姻，办理离婚登记的法定职权属于省级人民政府的民政部门，云龙区民政局作出离婚登记行为明显超越职权，当属无疑。然而，对于超越职权作出的离婚登记行为，究竟是适用《行政诉讼法》第70条判决撤销，还是依据同法第75条判决确认无效，法院并没有给出明确的结论。虽然“梁案”中的离婚登记行为不是本案的诉讼客体，但它却与作为诉讼客体的《情况说明》之间有着密切的关系，因为前者的法律效果状态可以直接影响法院对后者的裁判方式。然而，如果我们细读一审法院如下裁判理由，或许我们可以得到一个结论：一审法院倾向于将超越职权作出的离婚登记行为作无效处理。一审法院认为：“根据《婚姻登记条例》第2条第2款、民政部《婚姻登记工作规范》第5条第1款第2项、江苏省民政厅《江苏省婚姻登记工作规范》第3条规定，江苏省民政厅设置婚姻登记处，负责办理全省涉外、涉港澳台居民、华侨、出国人员的婚姻登记。云龙区民政局婚姻登记处办理梁某某、黄某某的离婚登记显然属于事实清楚超越职权的无效行政行为。”这里的“显然属于”表述在语气力度上几乎可以与“重大且明显”相当。也就是说，一审法院倾向于如针对离婚登记行为提起行政诉讼，可以适用《行政诉讼法》第75条规定，将云龙区民政局超越职权作出的离婚登记行为判决确认无效。这里的“事实清楚超越职权”的表述，具有排除适用《行政诉讼法》第70条规定——主要证据不足的——的隐意。因二审法院在裁判理由中并没有否定一审法院此观点，在相当程度上也可以视为它获得了二审法院的默认。由此，我们是否可以得出一个结论，“梁案”创设了一条行政诉讼裁判方式适用的规则：“事实清楚超越职权的行政行为”可以适用确认无效判决。

（二）判决确认无效或撤销超越职权行为的法定方式

对于行政机关超越职权作出的行政行为，法院认为可以通过行政机关自纠、层级监督及法院裁判等途径纠正。在这三种纠错途径中，除了“行政机关自纠”外，其他两种途径都有法律明确规定。在行政法上，行政机关“自纠”称为“行政程序重开”，其功能、价值类似于法院诉讼程序中的“再审程序”。基于行政决定效力原理，当行政决定产生实质存续力之后，行政机关不得再依职权对该行政决定进行变更、消灭。实质存续力是一种针对行政机关产生的法效力，即限制甚至取消行政机关对已经产生法效力的行政决定进行变更、消灭。实质存续力的法理基础除了法的安定性之外，还有保护行政相对人对行政决定所产生的信赖利益的需要。这也在一定程度上限制了依法行政原理的适用空间。但是，在法定条件下，行政机关可以依职权或者依“申诉”重新启动行政程序，对具有实质存续力的行政决定进行变更、消灭。此为行政决定存续力的一个例外。在实务中，行政相对人通过如信访等程序提出的投诉、申诉请求，有时也可能会引起行政程序的重开。《行政许可法》第69条关于在利害关系人请求下，行政机关有权撤销已作出的行政许可决定之规定，便是制定法上的一例。目前制定法一个明显缺陷就是没有“除斥期间”的规定，客观上使得已具备实质存续力的行政决定一直处于可能被否定的状态。由于行政程序重开同样也会影响法的安定性，所以，行政程序重开条件必须法定，其适用情形必须从严解释。回到“梁案”再读法院这一段裁判理由，我们可以看到，在法律、法规和规章没有明确规定行政机关可以自我纠正的情况下，法院接受了上述行政法理学上关于“行政程序重开”的法理。综上，本文认为，法院对“梁案”作出的终审判决，一方面认可云龙区民政局有权自我纠错，但另一方面又认为它自我

纠错因超越职权而违法。对于云龙区民政局不具有合法性的《情况说明》判决确认无效，不仅具有行政法理学上的支撑，而且也符合《行政诉讼法》的相关规定。

四、自我纠正超越职权行为的限定

“有错必纠”的内在逻辑是“知错就改”。行政机关超越职权作出的行政行为被列为《行政诉讼法》第70条判决撤销的法定情形之一，正是这个逻辑的当然结论。在制定法体系中，除了通过法院、行政复议机关依法定程序进行“有错必纠”外，如《行政处罚法》《行政许可法》等法律中关于行政机关自我纠错的规定，都是“有错必纠”原则在行政处罚、行政许可领域中的具体化。但是，“有错必纠”也并非绝对的，如《行政许可法》第69条第3款规定：“依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销”。尽管离婚登记行为不是行政处罚决定和行政许可决定，但它们都是行政机关作出的影响行政相对人合法权益的行政行为。在“梁案”中，法院的裁判理由采用从一般到特别的叙述方式，对婚姻登记机关自我纠正超越职权作出的离婚登记行为创设了两个限定。

（一）一般限定：公共利益

尽管早在1996年《行政处罚法》中就有“有错必纠”的规定，但它没有作出这样的限定。基于公共利益限定不得撤销行政机关已经作出的行政行为，这一规则较早出现在最高人民法院司法解释之中。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58条规定：“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。”2014年修改的《行政诉讼法》第74条第1款第1项规

定，行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为。这是从行政诉讼角度法律对法院作出撤销判决的限制性规定，其原理同样适用于行政机关的自我纠错。

在“梁案”中，二审法院认为：“对于极少数特定的行政越权行为，若以确认无效或撤销的形式予以纠正，会给国家利益、社会公共利益及相关法律秩序带来重大损害，且该损害客观上难以得到有效恢复与补救，则该类行政越权行为应当作为行政越权无效的例外情形，不应确认无效或予以撤销。”与上述法律、司法解释规定相比，应该说，“梁案”中的这段裁判理由补充或者发展了由法律、司法解释确立的自我纠正限定的一般规定，添加了“且该损害客观上难以得到有效恢复与补救”之要件，值得我们关注。也就是说，对于极少数特定的行政越权行为，若以确认无效或撤销的形式予以纠正，会给国家利益、社会公共利益及相关法律秩序带来重大损害，且如果该损害客观上可以得到有效恢复与补救的，行政越权行为仍然是可以确认无效或者予以撤销的。但是，我们可以看到，《行政诉讼法》第74条第1款第1项规定并没有设定“损害客观上难以得到有效恢复与补救”这一要件。因此，本文认为，“梁案”对《行政诉讼法》第74条第1款第1项规定在适用规则上作了进一步补充与发展。

（二）特别限定：被解除的婚姻关系具有不可逆转性

特别限定是指部门行政法对具有不同于一般特性的行政行为而创设的一种限定。具体到“梁案”，作为诉讼客体的《情况说明》以自我纠错的方式确认超越职权作出的离婚登记行为无效，争议焦点是离婚登记行为是超越职权作出的，那么能否以《情况说明》这样的自我纠错的方式来确认离婚登记行为无效？对于云龙区民政局用自我纠错方式——《情况说明》——确认离婚登记行为

无效，就方式而言似乎并无多大争议，于是，争议便聚焦于超越职权作出的离婚登记行为本身可以被《情况说明》确认无效或者撤销吗？如果不行，理由是什么呢？

离婚登记是针对解除婚姻关系申请作出的一种婚姻登记行为。婚姻登记行为对双方当事人的人身关系具有法律效力的影响，且这种影响始终处于面向未来的存续状态，并可能不断生成多种法律关系，形成一个以婚姻关系为中心的、以身份关系为基础的“网络状”法律关系，一旦婚姻关系发生变动，其影响所波及的社会关系层面是相当大的。那么，在“梁案”中，针对婚姻关系这样的特殊性，在《情况说明》被法院确认无效的情况下，对于超越职权作出的离婚登记行为，法院又是怎么说的呢？法院认为：“如果婚姻登记机关或其他职能部门可以对离婚登记中的被解除的婚姻关系确认无效或予以撤销，将会使相关人身法律关系处于随时可变化的不稳定状态，也会使社会公众对婚姻登记机关的离婚登记行为产生不安全感及不信任感，使《婚姻法》确定的一夫一妻等基本原则和基本社会关系架构遭到破坏，进而损害现实的法律秩序和社会公共利益，故当事人之间的婚姻关系一经离婚登记予以解除后便具有不可逆转性。”这一段裁判理由构成了法院创设“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”这一“有错必纠”特别限定规则的法理基础。

（1）因婚姻关系与人身关系十分紧密，且经婚姻登记机关登记之后，其不再仅仅是婚姻当事人双方之间的关系，不再仅仅是婚姻当事人双方之间的私益，它具有了社会属性。正如有学者所言：“婚姻主要是作为平等主体的夫与妻之间缔结的共同生活的契约，此外，国家也是婚姻契约的一方当事人，因为婚姻关涉社会公共利益。”“梁案”所涉及的离婚登记行为具有解除双方当事人婚姻关系的法律效果，所以，离婚登记行为一经作出，双方当事人的婚姻关系即告解除，任何一方又有了婚姻自由权。如在曹玲诉重

庆市涪陵区民政局离婚登记案中，法院就明确表达了这样一种观点：“由于离婚登记一经作出，当事人即可获得与他（她）人重新结婚的权利，人民法院如果判决撤销不违背法律规定的离婚登记，将造成对离婚当事人重新结婚权的侵犯。”因此，离婚登记行为一经作出，双方当事人任何一方都有可能缔结新的婚姻关系，即使对如“梁案”中云龙区民政局超越职权作出离婚登记行为，在事后争诉中也不能消灭其法律效果，只能确认违法保留其法律效果，否则将对双方后面建立起来的婚姻关系带来巨大的冲击。那么，“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”是不是还有例外存在呢？有学者认为：“离婚登记行为不可逆转性的本质在于保障社会的稳定性和行政机关的公信力，体现的社会价值是稳定，而判决撤销离婚登记行为则是保障法律的公平适用，体现的价值是公正，两个社会价值之间的高低并非一成不变。如果单纯地认定稳定价值高于公正价值，婚姻关系绝对不能逆转，因此不具有可撤销内容，并不真正符合现代法治理念。因此，离婚登记行为并非固定地不能被撤销。”本文同意这一观点。任何原则性规则都应当存有例外，否则实质正义就可能因此丧失。在对待“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”这一规则时，“要兼顾正义与秩序的平衡限制撤销离婚登记……为此，从维护社会秩序层面看，不能为了维护个案的正义而使社会秩序遭到新的破坏。否则，不但不能使受害人得到公正，反而会造成新的不公正。因而，应当根据实际情况限制判决撤销离婚登记。”由此可见，离婚登记行为是否可以被撤销，并使婚姻关系恢复原状，取决于“稳定”和“公正”两个法律价值在个案中的权衡。

（2）离婚登记是国家介入婚姻关系的一种行政行为，是国家对双方当事人提供的申请材料审查之后作出一种法律上的表意。在“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”规则之下，行政机关应当充分考虑双方当事人就婚姻关系所表达的意思

是否真实、自愿。也就是说，双方当事人就婚姻关系所表达的意思是否真实、自愿，是婚姻关系是否能够逆转的决定性因素。如果离婚登记并非出自当事人真实、自愿的意思表达，那么，离婚登记行为是可以被撤销的——被解除的婚姻关系可以逆转。就“梁案”而言，一个来自法官的观点也说明了这一点：“本案作出越权无效原则例外的司法裁断，很重要的一个前提是案涉离婚登记行为中的男女双方达成的离婚协议是自愿、真实的。”

五、保留超越职权行为法效果的正当性

“梁案”的二审判决主文是“确认徐州市云龙区民政局于2018年3月5日作出的《关于黄某某隐瞒国籍与梁某某办理离婚登记的情况说明》无效”。依照法院裁判理由，“行政越权无效（含可撤销）是行政法的基本原则”。若此，既然徐州市云龙区民政局于2018年3月5日作出的《情况说明》无效，那么徐州市云龙区民政局2015年8月10日作出的离婚登记行为同样应当因越权而无效。但是，二审法院在裁判理由中对此问题没有作出任何意思表示。对于这个问题，一审判决认为：“根据《婚姻登记条例》第二条第二款、民政部《婚姻登记工作规范》第五条第一款第二项、江苏省民政厅《江苏省婚姻登记工作规范》第三条规定，江苏省民政厅设置婚姻登记处，负责办理全省涉外、涉港澳台居民、华侨、出国人员的婚姻登记。云龙区民政局婚姻登记处办理梁某某、黄某某的离婚登记显然属于事实清楚超越职权的无效行政行为”。“梁案”的二审法院仅仅确认了《情况说明》无效，但对《情况说明》指向的离婚登记行为在二审判决之后当处于何种状态则没有给出明确结论。从稳定法律关系和社会秩序角度，这是我们必须认真对待的一个问题。

（一）离婚登记行为的法律效果状态

当二审法院判决《情况说明》无效时，被告云龙区民政局之前因超越职权作出的离婚登记行为

是否当然“恢复”它的法律效果，在行政法理论上无明确的答案。一个可以比较的情形是，当一个撤销行政决定的行政决定被撤销之后，原来被撤销的行政决定是否自动恢复它的法律效力。从保护行政相对人合法权益目的看，原则上应当恢复它的法律效力，否则法律关系会陷于不确定状态。在制定法上，我们可以找到一个支持自动恢复法效力的规定。如《公司注册资本登记管理规定》第21条规定：“撤销公司变更登记涉及公司注册资本变动的，由公司登记机关恢复公司该次登记前的登记状态，并予以公示。”但是，行政机关如发现行政相对人的自身条件或者法律规定已经发生变动，致使恢复它的法律效力不具有合法性时，行政机关应当依法撤回该原行政决定。如吊销驾驶执照的行政处罚决定被撤销之后，该驾驶执照的法律效力自动恢复，但如持照人此时已经丧失了行为能力，那么行政机关应当撤回该驾驶执照的许可。

具体到“梁案”中，在《情况说明》被确认无效之后，如果不恢复离婚登记行为的法律效果，那么离婚双方当事人的法律关系就处于一种不确定状态，直接影响与之相关的家庭和社会的法秩序。可见，恢复“梁案”中离婚登记行为的法律效果具有法理上的正当性和事实上的必要性。因此，当《情况说明》被法院判决确认无效之后，离婚登记行为应当恢复其原有的法律效果，当事人的婚姻关系自离婚登记行为作出时即宣告解除。

（二）恢复离婚登记行为的理由

在“梁案”中，二审法院确认了《情况说明》无效，但并没有对离婚登记行为的法律效力状态作出法律上的判断，因此，至少从法律上我们可以认为，离婚登记行为此时仍处于有法律效果的状态。那么，保留超越职权作出的离婚登记行为法律效果的正当性何在，这是需要追问的一个法理问题。

《婚姻登记条例》第18条规定，“为不符合婚姻登记条件的当事人办理婚姻登记的”，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。根据这一条规定，我们得不出保留超越职权作出的离婚登记行为仍具有法律效果的正当性结论，因为对经办人追究法律责任是另一个法律关系，与超越职权作出的离婚登记行为法律效果是否恢复无关。

在笔者看来，或许婚姻关系的实体法观念才是恢复超越职权作出的离婚登记行为法律效力的正当理由。如在一个已加入外籍但未注销国内户籍的中国内地居民使用中国国籍身份登记结婚的行政案件中，法院认为：“婚姻关系是一种特殊的身份关系，结婚登记行为的法律效力主要取决于婚姻法的实体规定，原告在结婚登记后提出结婚登记时第三人提供的居民身份证无效，并不直接产生否定结婚登记的法律后果，也不影响原告和第三人自愿缔结的婚姻关系的效力。”在这里，“婚姻关系是一种特殊的身份关系，结婚登记行为的法律效力主要取决于婚姻法的实体规定”构成了法院推论的逻辑基础。而在一个司法解释中，最高人民法院也十分明确地指出：“婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。”可见，这种实体法观念获得了最高人民法院司法解释的支持。

在这样的实体法观念下，离婚登记行为即使是婚姻登记机关超越职权作出的，但只要当事人双方意思表示真实，其法律效果应当保留。也就是说，在离婚登记行为作出之后，即使离婚登记行为因法定原因无效，但只要双方当事人离婚意思表示真实，法院可以判决驳回请求撤销离婚登记行为的诉讼请求。正如有学者指出：“离婚登记的作用，在于推定了其所登记的当事人离婚协议的合法性且即时生效，颁发给当事人离婚证，使离婚具有足以可由外部辨认的特征，使当事人

婚姻关系的解除具有社会公信力，起到公示作用。因此，相关符合条件人员完全可以对具有公示效力的离婚登记产生信赖，进而与离婚人员建立新的婚姻关系或其他特定关系（如同居关系）；如对此种信赖利益不予保护，则明显违背婚姻法一夫一妻等重要原则，势必会造成社会关系和伦理道德的紊乱，损害现实的法律秩序和社会公共利益。”然后，在“梁案”中，对于被告云龙区民政局超越职权作出的离婚登记行为法律效果如何，无论是法院还是被告云龙区民政局的上级行政机关都保持了沉默。如果双方当事人就婚姻关系是否存续发生争议，那么围绕婚姻关系衍生的各种民事法律关系可能会陷于不稳定状态。

（三）补救方案

基于被解除的婚姻关系具有不可逆转性，若恢复超越职权作出的离婚登记行为的法律效力，那么有关部门应当采取相关补救措施，以平衡各方的利益。《民法典》第1054条规定：“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律效力，当事人不具有夫妻的权利和义务。”这是从民事法律关系角度作出的一种法律效果规定。但是，在“梁案”中，引起争议的是国家对双方约定解除婚姻关系的意思表示作出离婚登记行为，前者是一种水平关系，后者则是一种垂直关系，判定法律效果的规则应当有所不同。如前所述，二审法院只确认了《情况说明》无效，离婚登记行为在法律上对双方当事人应当仍然具有法律效果。但是，离婚登记行为是超越职权作出的，因被解除的婚姻关系具有不可逆转性，所以，在《情况说明》被确认无效之后，应当恢复它的法律效果。有学者认为：“婚姻登记机关受理一方为无民事行为能力或限制民事行为能力人的离婚登记申请并颁发离婚证，超越了其管辖权，应属于违反法定程序，法院可以判决撤销该行政行为。如果法院受理案件前，离婚登记一方当事人已经结婚的，法院应当确认

该离婚登记违法。”本文同意这一观点。对于“梁案”中的离婚登记行为，因没有成为行政诉讼客体，所以它不受“梁案”判决的既判力约束。在“梁案”二审之后，省民政厅应当依职权确认云龙区民政局作出的离婚登记行为违法，或者由省民政厅履行“追认”程序，恢复云龙区民政局作出的离婚登记行为的法律效果。

六、结语

“梁案”是一个最高人民法院公报发布的涉及“有错必纠”界限的又一个标志性判例，它创设了一条规则，即“被解除的婚姻关系具有不可逆转性”，构成了对“有错必纠”的限定，为完善中国行政法上“程序重开”制度提供了不可多得的本土资源。在行政法上，“有错必纠”并无障碍，但围绕“有错必纠”的制度化、程序化建设一直是不够的。如《行政处罚法》《行政许可法》等基本上都是用一条文作了原则性规定，至于“有错必纠”的条件、程序、决定方式等往往付之阙如。如在尚某诉被告如东县民政局婚姻行政登记案中，法院认为：“对明显违法且严重损害他人合法权益的行为，行政机关依法应当及时、主动纠错，以体现‘有权必有责、违法须担责’的依法行政原则。对于未依职权主动纠错的行政行为，经行政相对人、相关人申请，行政机关也应本着实事求是、认真负责的态度，尽快启动调查和纠错程序，最大程度减少权利人损失。”从这一裁判理由看，法院看到了“有错必纠”的问题所在，但只能原则性地要求行政机关“尽快启动调查和纠错程序”。我们需要认真对待这个问题，在制定法体系中完善“有错必纠”原则的适用规则。

（责任编辑：陈越峰）

（推送编辑：马思怡）

本文载于《华东政法大学学报》2023年第5期。因篇幅较长，已略去原文注释。如需了解更多，请查阅原文。

（二）律师视点

创始人对赌责任与夫妻共同债务认定

原创：2023-10-07 家事诉讼与财富传承 王小成

<https://mp.weixin.qq.com/s/qH39pqTKTSOrl18emE3c20A>

对赌协议，又称估值调整协议，是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。从订立“对赌协议”的主体来看，有投资方与目标公司的股东或者实际控制人“对赌”、投资方与目标公司“对赌”、投资方与目标公司的股东、目标公司“对赌”等形式。[1]

实践中，目标公司的创始人股东、实际控制人，往往是投资方对赌主体的首选。“对赌条款”多设定为，在目标公司未完成对赌目标，即“对赌失败”后被动性回购投资方持有的目标公司股权，或者根据对赌业绩承诺承担金钱补偿义务。无论是股权回购还是业绩补偿，“对赌失败”的创始人股东或实际控制人需要承担一笔巨额钱款给付责任。该给付责任，根据合同相对性原则，由对赌协议签署方来承担一般没有争议。但是，在责任承担人存在婚姻关系的情况下，其配偶是否基于“夫妻共同债务”法律制度承担连带责任，则需要根据婚姻法的相关规定进行讨论。

一、夫妻共同债务认定标准的演进

从新中国第一部婚姻法，即1950年的《中华人民共和国婚姻法》到1980年的重新颁布和2001年的修订，直至2020年5月28日随着《中华人民共和国民法典》（以下简称：《民法典》）的出台，其中对于“夫妻共同债务”在法律上的内涵和适用也经历了历史的变迁和演进。其中比较具有

典型性的是2004年出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称：《婚姻法司法解释（二）》）第24条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”该条司法解释，实际上是将夫妻一方或双方对外所负债务原则上都以共同债务处理。该司法解释出台的初衷是为了保护交易安全，提高交易效率，优先保护“外部”债权人的权益。初期，确实也有效遏制了债务人通过离婚恶意逃避债务的行为。但是，随着时间的推移，夫妻离婚时一方与第三人“恶意串通”使配偶另一方“被负债”的现象大量出现，这对另一方显然是不公平的，关于修改完善夫妻共同债务认定标准的呼声越来越高。

其后，2018年1月16日，最高人民法院颁布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称：《夫妻债务纠纷司法解释》），确立了夫妻“共债共签”的原则，上述问题有了明显的转变。该司法解释规定：（1）夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。

（2）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，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。

（3）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，债权人以属于

夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。该司法解释，确立了共同意思表示在成立夫妻共同债务中的核心地位，整体上更为符合法律原理，同时也兼顾了对债权人的保护。

二、《民法典》有关夫妻共同债务制度的规定

2021年1月1日生效的《民法典婚姻家庭编》，在充分吸收2018年最高人民法院《夫妻债务纠纷司法解释》的基础上，进一步总结和完善了夫妻共同债务的概念和认定标准。

《民法典》第1064条规定：“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。”关于夫妻共同债务认定标准，《民法典》分为三个层次：首先是基于夫妻共同意思表示所负的债务，即“共债共签”的原则；其次是因“日常家事代理权”行使所生的债务；最后，对于超出日常生活需要所生的债务，如果是用于夫妻共同生活、夫妻共同生产经营或者基于夫妻共同意思表示的，亦属夫妻共同债务，但由债权人承担举证责任。

“共签”所生的“共债”，由于事实、法律关系明确争议相对较少；而“日常家事代理”一般涉及债务金额较小，不超出“日常家事”钱款使用的范畴。对于本文所讨论的“对赌之债”，一般涉及金额巨大，超出配偶“日常家事代理”的范畴，实践中夫妻双方作为“对赌协议”签署方“共签”的情况又相对较少，因此“对赌协议”目标公司创始人股东、实际控制人配偶是否共同参与公司生产经营，是将对赌责任认定为夫妻“共债”的重点。

司法实践中，认定“夫妻共同生产经营”一般审查三个要素[2]，一是债务款项专用性（专款用于生产经营），二是夫妻经营共同性，三是经营利润共享性（共同受益）。债务款项专用性是构成夫妻共同债务的必要条件，夫妻经营共同性、经营利润共享性并不要求同时具备，满足“夫妻共同经营+债务款项专用”或者“经营利润共享+债务款项专用”即可认定为夫妻共同债务。在涉及对赌协议的案件中，法院在论证为何成立夫妻共同债务时，有时也会认为债务用于了共同生活或者基于共同意思表示，但共同生产经营在对赌共债的认定中是最关键的方面。

三、最高人民法院关于对赌责任认定为夫妻共同债务典型案例

案例一：金某、某股权投资基金公司合同纠纷案 【(2020)最高法民申2195号】

本案相关事实情况：2011年3月22日，李某1、李某2、李某3作为甲方、新某公司作为乙方、某股权投资基金作为丙方（投资方），签订了案涉《投资补充协议》，其中7.1条约定，甲方和新某公司同意，若新某公司未能在2013年12月31日之前实现合格上市，则投资方均有权在2013年12月31日后的任何时间，在符合当时法律要求的情况下，要求新某公司、甲方或甲方任一方一次性收购其所持有的公司股权。后新某公司未能如期上市，丙方要求甲方承担股权回购义务，并要求李某3配偶承担连带责任。

最高人民法院认为：目标公司设立于2007年，金某既是法定代表人，又是股东。此后，金某深度参与了该公司的一系列生产经营和投资行为。对此，二审判决在查明的一系列事实上已予以充分论述。2014年1月27日，目标公司的前身（某公司）的法定代表人变更为金某，其在股东大会上的简历载明：“1995年开始，作为公司创始人之一，早期参与公司的创建和经营，后作为李某

3 董事长的智囊,为决策献计献策”。金某亦通过另案诉讼确认了包括公司股权在内的所有经营收益为夫妻共同财产。

案例二:郑某与霍利公司股权转让纠纷案【(2021)最高法民申 4323 号】

本案相关事实情况:2017年4月17日,许某与霍利企业、夜光达公司签订一份《转让协议》,约定许某将其持有的夜光达公司860000股股份以每股29.86元转让给霍利企业,霍利企业支付给许某25679600元整作为购买许某持有夜光达公司的上述股份的价款等内容。同日,许某与霍利企业签订一份《补充协议》,该协议主要内容如下:如夜光达公司未能在2017年12月31日前完成中国A股IPO上市申报或未能在2020年12月31日前完成中国A股IPO上市,则霍利企业有权向许某转让其在本次转让取得的夜光达公司全部或部分股份,许某必须予以购入。后夜光达公司未能完成上市计划,霍利公司向法院提起诉讼,要求许某及其配偶郑某共同承担回购责任。

最高人民法院认为:首先,在本案中,许某取得夜光达公司股权时处于与郑某的婚姻关系存续期间,该股权应认定为夫妻共同财产。原审认定案涉夜光达公司股份属于夫妻共同财产,并无不当。其次,郑某在婚姻关系存续期间亦曾任夜光达公司股东,后虽将股权转让至许某一人的夜光达科技(香港)投资有限公司,但陆续担任夜光达公司监事、监事会主席及财务副总等核心要职。许某则陆续为夜光达公司的唯一股东、控股股东,作为公司的法定代表人,任公司董事及经理。据此,夜光达公司系许某、郑某二人分工协力,共同经营的企业,因经营或任职夜光达公司所获得的收入亦应属于夫妻共同财产。再次,案涉协议的签订系出于经营夜光达公司的商业目的,因此产生的回购股权债务应属于公司生产经营所负债务。

案例三:蒋某、厦门信达公司等股权转让纠纷【(2021)最高法民终 959 号】

本案相关事实情况:2014年10月16日,蒋某向信达公司出具《确认和承诺》,确认其知悉李某与信达公司于2014年10月16日签署的《关于安尼公司股权收购及增资意向协议》和《股权质押合同》的所有条款、内容及目的,对此无任何异议,同意李某签署、遵守和履行意向协议和质押合同,同意李某将其持有的2000万元注册资本对应的安尼公司股权质押给信达公司,以该股权承担相关担保责任。2015年1月30日,信达公司(甲方)、李某(乙方)、安尼公司(丙方)签订《股权转让及增资协议》,主要约定:第2.1款,根据并受限于本协议约定的条款及条件:甲方向乙方收购,且乙方向甲方转让其持有目标公司41%股权(对应目标公司23145169元注册资本;第10.2款,乙方和目标公司共同就目标公司2015年度至2017年度(以下简称“承诺期间”)的业绩向甲方作出承诺。如果目标公司在承诺期间未实现承诺利润,则乙方应当按照协议约定向甲方支付补偿。后由于业绩未达到要求,信达公司要求李某及其配偶蒋某共同承担补偿责任

最高人民法院认为:(1)蒋某是安尼公司设立时登记的股东之一。彼时,其与李某合计持有安尼公司100%股权。无论是以李某名义持股还是以蒋某名义持股,相关股权均为夫妻共同财产,《股权转让及增资协议》所产生的收益及风险亦是指向该部分股权。(2)《股权转让及增资协议》显示李某和蒋某同为安尼公司关键员工,李某为总裁,分管研发部(技术部)、市场部、海外部及国内销售部;蒋某为海外部总经理,全面负责海外市场推广及拓展规划,带领海外销售团队完成销售目标任务。可见,蒋某参与了安尼公司的经营活动。(3)2014年10月6日,蒋某出具的《确认和承诺》显示,李某与信达公司于2014年10月16日签署了《关于深圳市某技术有限公司股权收购及增资

意向协议》，蒋某对此知情且同意李某签署、遵守和履行意向协议。该意向协议约定信达公司拟通过对安尼公司受让股权及增资的方式，收购安尼公司51%股权，而《股权转让及增资协议》是基于该意向协议签订。据此，蒋某对《股权转让及增资协议》亦应系知情。(4)蒋某虽于2017年7月与李某离婚并从安尼公司辞职，但《股权转让及增资协议》签订于李某和蒋某婚姻关系存续期间。在蒋某与李某离婚并从安尼公司辞职之前，安尼公司业绩已经不能达到李某在《股权转让及增资协议》中承诺的利润，现金补偿或股权补偿的条件已经触发，蒋某于2017年与李某离婚并从安尼公司辞职不影响本案责任的认定。

四、对赌责任认定为夫妻共同债务的要点归纳

(一) 股权投资款用于目标公司

对赌债务是基于投资人对于目标公司的投资而产生，投资款项必须要用于目标公司，才可能基于共同生产经营而产生共同债务，这是一个必要条件。《民法典》1064条规定债权人需证明债务“用于”了夫妻共同生产经营。

(二) 夫妻双方均深度参与目标公司生产经营、管理决策

共同生产经营的典型体现，即夫妻双方均深度参与目标公司的生产经营、管理决策。这意味着对于夫妻双方对公司的经营决策，乃至“对赌”本身均有重要或实质影响力，在此基础上要求夫妻双方就“对赌债务”承担连带责任具有正当性。前文所列最高人民法院审理的三个案件，【案例一】法院认定金某既是法定代表人，又是股东，深度参与了公司的一系列生产经营和投资行为，作为董事长的智囊，为决策献计献策；【案例二】法院认定郑某曾任公司股东、公司监事、监事会主席及财务副总等核心要职。创始人夫妻二人分工协作，共同经营企业，对案涉对赌协议及股权转、

经营公司共同决策，无论商业经营行为的最终结果系盈利或亏损，后果均应及于夫妻二人；【案例三】法院认定蒋某是目标公司设立时登记的股东之一，夫妻二人同为公司关键员工，其中配偶一方为总裁，另一方（郑某）为海外部总经理，全面负责海外市场推广及拓展规划，带领海外销售团队完成销售目标任务。判断公司经营活动是否属于夫妻共同生产经营，要根据经营活动的性质以及夫妻双方其中的地位作用等综合认定，考察夫妻二人的职务、地位及其管理、决策对目标公司的运营、发展是否产生实质影响力。如果仅是基于亲属关系在目标公司挂职、或目标公司为配偶一方仅是缴纳社保等，则不能认为夫妻双方共同生产经营[3]。

(三) 目标公司股权系夫妻共有，股权溢价、收益系夫妻共同财产

司法实践中，在重点审查目标公司创始人股东、实际控制人夫妻共同生产经营行为的同时，审理法院会进一步审查创始人股东所持有目标公司的股权、以及股权溢价、收益是否属于夫妻共同财产，共同财产意味着目标公司的盈利或亏损将直接影响夫妻双方的财产利益。在此基础上，根据权利义务一致原则，夫妻双方应当共同承担对赌债务。在前述【案例一】中，审理法院进一步指出：“金某亦通过另案诉讼确认了包括公司股权在内的所有经营收益为夫妻共同财产”；【案例三】中：无论是以李某名义持股还是以蒋某名义持股，相关股权均为夫妻共同财产；且进一步指出“《股权转让及增资协议》所产生的收益及风险亦是指向该部分股权”。

当然，由于生产经营风险巨大，夫妻一方签署“对赌协议”更为典型。实践中，如果只是较少受益，甚至引进投资还没有产生收益便“对赌失败”产生巨额债务，配偶一方是否需要共同承担？在【案例二】中，最高人民法院强调：夜光达公司股权属于夫妻共同财产，夜光达公司亦系许某、郑

某共同经营，无论商业经营行为的最终结果系盈利或亏损，后果均应及于郑某。原审认定郑某长期与许某共同经营夜光达公司，案涉债务应当认定为夫妻共同债务。

（四）夫妻双方共同签署投资文件

除了共同生产经营外，夫妻双方共同签署投资文件的，意味着夫妻双方对于对赌债务均为明知且表示了同意，则属于基于“共同意思表示”形成的夫妻共同债务，债权人无需举证债务用于夫妻双方共同生产经营。共同意思表示除了“共签”和事后追认外，司法判决还经常基于签字方配偶也系目标公司股东或担任重要职务等相关事实，认定非签字方对于对赌协议也是知情甚至同意的。[4]此时往往会同时涉及共同生产经营与共同意思表示（非共签、非追认），并共同构成裁判理由。因此，可在共同生产经营的基础上推导出共同意思表示，而不一定要求双方都在对赌协议上签字。

（五）对赌期间进行离婚财产分割，非免责事件

对赌协议签订后再离婚的，原则上不能免除共同债务，这是为了保护投资人的合法权利，避免被投资方股东借离婚等方式逃避债务。法院一般会查明对赌协议签订时是否处于婚姻关系存续期间，而不会将对赌协议签订后的婚姻变动情况作为认定共债是否成立的要件。在【案例三】中法院认为：蒋某与李某于1997年登记结婚，2017年7月17日协议离婚。公司成立于2007年10月18日，李某、蒋某系公司大股东。案涉协议签订于2015年1月30日，协议附件表明，蒋某为海外部总经理，全面负责海外市场推广及拓展规划。据此认定蒋某参与了目标公司的共同经营，案涉债务系夫妻共同经营所负债务。

（六）对赌期间夫妻约定财产分别所有，不得对抗投资人

同理，对赌期间夫妻二人约定财产分别所有，也不能对抗投资人，对赌协议签订之时即视为对将来可能发生的对赌债务责任主体的确定。如果“对赌”后夫妻双方可以通过约定财产分别所有等方式改变对赌责任主体，可能引发恶意逃避债务并损害投资人的利益。在保某、余某等与公司有关的纠纷[5]中，审理法院认为：余某、陈某二审提交的《夫妻财产协议书》公证件（2019年1月24日申请公证），仅是其双方对于夫妻关系存续期间共同财产分配的内部约定，并无证据证实投资人对此是明知的，不能对外约束投资人。该事实认定与说理，亦符合《民法典婚姻家庭编》第1065条第3款之规定：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。

四、债务隔离与风险防范的建议

（一）投资文件约定限制性条款

在引进投资人谈判对赌条款时，创始人股东可以要求将对赌债务的责任财产明示限制在一定范围内，比如以创始人持有的目标公司股权及其收益为限，或者仅以创始人在家庭共同财产的个人部分为限，承担“有限”责任，属于配偶一方个人财产、或者共同财产中配偶一方的部分，不作为“对赌之债”的责任财产等等。通过这种限制性条款，可以将对赌债务对夫妻双方和家庭的冲击限制在一定的范围内而非无限连带，让家庭和配偶背负极重的债务，也有利于减轻创业者的心理压力，鼓励创新创业大胆经营。当然，限制性条款虽然减轻了融资方的风险和负担，但是也相应地增加了投资方的风险，可能会影响到投资方的投资意愿或投资条件。

（二）对赌之前建立夫妻财产隔离机制，且明示投资人

夫妻之间财产共享、债务共担的基本模式并非不可改变,《民法典》第1065条规定了分别财产所有制,据此夫妻双方的财产是否能够归入共同财产将视双方的约定而定。如果债权人知晓这种约定的,则夫妻一方对外所负的债务只由该方一人承担。因此,夫妻在对赌协议签订之前就约定财产分别所有制将会起到隔离债务风险的作用。当然,根据法律规定,这必须对投资人明示,这是对投资人的保护,投资人有权在此基础上决定是否投资或考虑投资条件。因此,这种方式同样可能会影响到投资方的投资意愿。

(三)对赌之前建立家庭与企业间的“防火墙”,隔离资产风险

上述措施都是针对对赌本身的一种商榷性条款,需要依赖于投资人的意愿,假如投资人不认可家庭责任限定、不同意婚内财产约定排除配偶一方的权利,而创始人基于企业发展或者扩大经营的需求亟需这笔投资,前述措施可能意义不大。此时,就要求我们在创业之初或者资产状况良好时,在家庭与企业之间铸起一道行之有效的防火墙。为搭建这座防火墙,我们可以采用如下工具:

第一,设立家族信托

目标公司股东在引进外部投资人之前将一部分家庭资产注入信托,股东或股东家庭的资产由此转化为信托财产。信托财产虽由股东作为委托人授予,且将股东的家庭成员设置为信托受益人,但信托财产独立于股东及股东家庭成员,不是股东及其家庭成员责任财产,从而可以免于债权人的追索。《信托法》第十七条规定:“除因下列情形之一外,对信托财产不得强制执行:(一)设立信托前债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利,并依法行使该权利的;(二)受托人处理信托事务所产生债务,债权人要求清偿该债务的;(三)信托财产本身应负担的税款;(四)法律规定的其他情形。”最高人民法院《全国法院民商事审判工

作会议纪要》(法〔2019〕254号)第95条进一步明确明确了信托财产的独立性和债务隔离功能。

当然,信托本身必须是有效的,这要求信托合法设立,不能为了逃避已经产生的债务而设立信托。无效的信托不受法律保护,无法起到隔离的作用。如果公司创始人股东计划引入外部投资者,且可能涉及到对赌安排,提前规划信托设立,可极大地降低公司经营发展不确定性带来的家庭资产风险,轻装上阵。同时,设立信托无须对投资人明示,具有较好的保密效果。

第二,提前向下进行代际传承

对赌协议签订之前或者之后,如果公司业绩一直发展势头良好,子女经过长期的培养、锻炼已经可以独当一面,成为合格的家族接班人,有些财产则可以适当地向子女进行传承,比如目标公司之外的其他公司股权、股份,或者其他类型的财产等。当然,因为要将财产转至子女名下,这种做法相对于设立家族信托具有明显的劣势,即创始人本人可能会丧失对前述财产的控制权,因此在实施该转移行为之前做好股权顶层架构设计,防范代际传承过程中的风险;同时,建议子女与配偶签订婚前(或婚内)财产协议,以避免子女婚姻风险给家族企业等资产造成的风险。

“对赌”是市场需求,创始人往往也是为了公司的发展不得不签署对赌协议,一旦对赌失败,势必产生对赌责任。而对赌责任是否波及创始人的配偶,则需要依据婚姻法夫妻债务制度进行判断,还要综合企业的运营状况、配偶是否持股、是否参与目标公司的经营管理、决策,以及获得收益等等予以衡量。对于需要签署对赌协议的创始人股东来说,“对赌”乃不得以而为之,但创业有风险,签署协议之前需建立风险防范意识,做好资产隔离,如提前设立家族信托等,前述工具并非只能单一选择,可以综合运用,方能相得益彰,最大化降低对赌失败的风险,以缓冲对赌失败对于创始人或者股东个人家庭所带来的冲击,一定

程度上保证家庭成员的日常生活品质不至于下坠过多，解决创始人或股东的后顾之忧。

作者：国浩律师（上海）事务所 王小成 胡冬云 刘威

[1]最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）。

[2]参见《夫妻共同债务类案件的审理思路和裁判要点》——上海一中院公众号，2020年9月21日

[3]参见（2021）京01民终256号民事判决书；（2020）粤03民终9615号民事判决书。

[4]参见（2021）最高法民申4323号民事裁定书、（2020）粤01民终21667号民事判决书、（2020）粤民申1269号民事裁定书。

[5]参见（2020）粤01民终21667号民事判决书。

妇女代表上头条 | 谭芳：维护妇女权益，我们一直在路上

2023-10-18 全国妇联女性之声

https://mp.weixin.qq.com/s/TIbsC8fmP2A0i_2G16oetg

妇女代表上头条

她勤于创造、追求卓越；她挥洒汗水、播种希望；她探索星河、逐梦赛场……她就在我你身边。

她们是光荣的中国妇女十三大代表！

全国妇联女性之声联合各省级妇联融媒体中心，接力推出“妇女代表上头条”系列专栏，讲述全国各地妇女代表立足岗位建功立业的奋进故事，展现强国建设民族复兴新征程上的巾帼风采。

第四棒：上海

让我们一起来认识，来自上海的中国妇女十三大代表——谭芳

19年前鲜有律师在婚姻领域深耕细作，她却从法院副庭长转型为律师专注代理离婚案件。15年前尚没有“家事律师”的提法，她却将业务定位，从单纯离婚诉讼扩大到多元化解家事纠纷。2021年，她创建了上海第一家只专注家事业务的律师事务所，以“幸福小家、成就大家，以个案推动法治进程”为使命，聚焦婚姻家事，创新法律服务，促进家庭和谐，并与徐汇区妇联一起创立了上海首个区级妇女儿童维权实训基地……

她就是中国妇女十三大代表、全国三八红旗手、全国维护妇女儿童权益先进个人、知名家事律师谭芳。



谭芳曾代理全国首例代孕龙凤胎监护权案，在二审中她力挽狂澜，为孩子的母亲争取到监护权，法院特别采纳了她的代理思路，首次将《联合国儿童权利公约》中，“儿童利益最大化原则”援引到了判决书中。此案也被最高人民法院评为2016年全国十大影响力案件。

在婚姻家庭这条道路上，谭芳义无反顾走了20年，办理过2千多件家事案件，调解过上万起家庭纠纷。她不断追问自己，并向她的团队提出新的课题——我们该如何拓宽守护妇女合法权益的新天地？



谭芳创办的律所，有一处宽敞雅致的专门空间，有模拟法庭等授课场地，这就是“徐汇区妇女儿童维权实训基地”。在这个实训基地，谭芳带领专业团队，潜心研发了各类普法和调解实务课程，设立家事调解、心理疏导、婚恋指导、家风传承等“六大中心”。也是在这里，他们依托巾帼律师讲师团和巾帼律师调解员队伍，以及由心理咨询师、家庭教育指导师组成的心理教育服务队伍，承担起社区调解、家庭关系咨询、婚恋指导等公益援助任务。

实训基地成立三年来，千余名妇联干部通过学习，提高了运用法律知识保障妇女权益，化解家庭纠纷的能力和水平。



今年1月1日，我国妇女权益保障法最新修订后实施，《上海市妇女权益保障条例》也颁布实施，这是上海首次以条例形式保障立法成果，也是上海市妇联践行全过程人民民主的生动实践。

作为一名法律工作者，谭芳不仅亲历并见证了这个过程，更欣慰地看到很多难解的维权个案，因此得到了及时救助和保护。



作为来自维权一线的海上妇女代表，谭芳深感责任重大，“维护妇女权益，我们永远在路上！”她坚信，随着法律不断完善、社会不断进步，不久的将来中国女性的权益必将会得到更为全面和强有力的保障。谭芳和她的团队在维权这条道路上，将竭尽所能，勇往直前！

来源/全国妇联女性之声、上海女性

制图/陶寅生

视频制作/刘斌

编辑/刘斌、陶寅生

审签/赵梓涵、侯晓然

监制/周志飞

家事法苑

（三）法官视点

离婚后，我把孩子藏起来了 | 庭前独角兽

原创：2023-10-11 庭前独角兽 最有爱的

<https://mp.weixin.qq.com/s/0ov8BdVc6zc5LM-Nhr4nDA>

作者 | 曹赞娴（上海市浦东新区人民法院）

我是一个单亲妈妈。

离婚后，这个身份似乎成了我的原罪。

当我满头大汗匆匆赶到学校接孩子却还是迟到时，老师不解地问，“孩子爸爸呢？”

当我因为要照顾孩子而无法参加公司聚餐时，同事好奇地问“孩子爸爸呢？”

我一次次地回答：“我是单亲妈妈。”

看到对方的眼神由不解转为同情，我笑笑不再说话。

他们不知道，他们所认为的“可怜”，其实是我“处心积虑”求得的幸福。

我希望，孩子爸爸，最好永远不要再出现……

消失的孩子

故事要从六年前说起。

我们是相亲认识的。

第一次见他，是迫于亲友团的压力，看出他同样为了“交差”而敷衍，我以为我们属于互相没有相中型的。

抱着不谈对象也可以处朋友的态度，我们有一搭没一搭地保持着联系。

没想到聊着聊着，我渐渐发现，他不但剪能力强，人也幽默，相处起来十分轻松。

先是时不时的关心问候，再是吃了一顿又一顿的美食，然后是一束束的玫瑰。



我们恋爱了。现在回想，幸福一定是真实存在过的。

哭的时候有他安慰，累的时候互相依靠，遇见开心的事情一起哈哈大笑，碰到困难一起扛过去，我以为这就是两个人在一起的意义。

一切都那么顺理成章，我们很快步入了婚姻。

有人说，所有杜撰的爱情故事都结束于婚礼前，所有现实生活中的爱情幻想都开始于婚礼后。

不幸的是，婚后我所有的美好幻想都被打回了现实。

特别是怀孕后，身体的不适加上情绪的波动，两天一小吵、三天一大闹成为家里的常态。

我怪他没有给予足够的关心照顾，他怨我不能体谅他赚钱的不易，我们俩就这样日渐疏远。

没多久，孩子出生了。



新生命的到来，让这个家似乎回归了平静。而当喜悦褪去，矛盾更加无处隐藏，争吵又成了家常便饭。

终于，在一次爆发后，我带着小小的孩子离开了家。

比起无人照顾帮持，我更不愿意家里鸡飞狗跳的吵闹给孩子留下童年的创伤。

一纸诉状、一场不算漫长的离婚诉讼，我们俩从曾经最亲密的爱人，变成了最熟悉的陌生人。

法院把孩子的抚养权判给了他。

我知道，我常年打零工，没有稳定的经济来源，法院担心我无法给予孩子足够的保障。相比之下，他的经济状况要稳定得多。我也知道，他同样爱着孩子。

可是我怎么舍得。

那样小的一个人儿，总是笑着向我扑来，总是兴奋得摇手蹬腿，总是甜甜地喊着“妈妈！妈妈！”



我立刻决定，即使违背判决，即使被法律惩罚，也要把孩子留在身边。

官司一结束，我就换掉了号码，切断了与过去的一切联系，带着孩子来到陌生的城市，开始了新生活。

悬空的两人

再次见到前妻，是在她老家。

她以为我早已放弃，没想到，我竟然找到了这里。

让我苦苦寻找了三年的孩子，现在就在我面前。

他已经褪去了小奶娃的稚嫩，有了小小男子汉的模样，可当我挤出笑容向他走去，他却怯怯地躲到了前妻身后。

我眼睛一酸，这一次，要是不能带走孩子，我决不会离开。

不久后，法院的执行法官也从外地赶来。

——“判决书已经生效了，你负有履行的义务。虽然孩子抚养权判给了父亲，但是你还是可以定期探视的，为什么要采取这么极端的方法，把孩子藏起来呢？”

——“孩子回到上海会有更加稳定的生活和学习环境，而你不断在更换工作和住址，孩子也跟着颠沛流离，基本生活都不能得到保障。你不能因为和前夫之间的矛盾苦了孩子啊！”

法官一字一句，道出的都是我这两年的心酸。



这次要不是她正好带着孩子回老家，要不是正好被共同朋友遇见，或许我再也见不到孩子了。

前妻沉默过后，开始苍白地辩解。

她说不是为了报复我，也不是故意给法官添麻烦；

她说她知道把孩子送回上海更好，但是她在深圳打工，一旦把孩子送回去，每月2次的探视机会将形同虚设；

她说只是想和孩子多呆一段时间，等孩子要上学了，就送回我身边……

我不愿认同，拒绝理解，这不过是她为自私找的借口。

是我，整整三年没有见到孩子；

是我，披星戴月地奔波在找孩子的路上；

是我，承受了一次次满怀希望却又失望而归的苦楚。

想到这，我再也按捺不住火气，咬着牙甩出狠话，“等我接回了孩子，也叫你尝尝骨肉分离的滋味！”

执行法官的脸色变了，一直低头在一旁玩着玩具的孩子也哇一声哭了出来：“警察叔叔，你可以让我带着妈妈一起去爸爸家吗？我想爸爸，但也不想和妈妈分开，这样他们就再也不会吵架了。”

难以名状的苦涩弥漫开来，我听到前妻隐隐的啜泣声，原来，我们都亏欠孩子太多了。

我们俩，是不是都做错了？

最终的结局

我把那个孩子抱出了房间。

从程序上来说，这一次我只需要按照生效判决将孩子带回爸爸的身边，便算圆满完成了任务。

但妈妈所担忧的困境也确实存在，尤其是孩子爸爸刚刚表露出来的态度……

想到这里，我的心突然一沉。

在这个案子里，父母们各诉苦衷，为了抢夺陪伴孩子的机会剑拔弩张，而漩涡中央的孩子，跟着母亲躲着父亲，看着父母激烈争吵却无能为力，他该如何自处？



抱着怀里的小人儿，我暗自下定了决心，一定要在落实执行的同时解决女方的探视权问题，让父母两人都能弥合孩子心里的裂痕。

从找女方聊聊开始。她讲起了这几年的生活，既要照顾年幼的孩子，又同时打着好几份工，还要时刻警惕前夫找上门来，她说，“苦是苦啊，可孩子还小，哪个做妈的放心丢下。”

是啊，她是一个无法割舍孩子的普通母亲。

可如此沉重的爱，难道不是另一种枷锁，她认为的遮风挡雨，又何尝不因颠沛流离而成了另一场风雨本身？

更不用说父爱缺失对孩子带来的伤害。

她想了很久，久到我以为等不到一个答案时，却看到她点头，“如果孩子不抗拒跟他走，如果他不阻拦我去看孩子，我可以同意。”

母亲出于爱，做出了艰难的让步。

第二天，在我再三保证全程陪同、按时送回的情况下，女方同意将孩子交给爸爸带一天。

游乐场、炸鸡店、游泳馆……这是孩子爸爸连夜规划的行程。



我眼看着父子俩从最初的尴尬生分，到碰碰车上紧紧靠在一起，孩子不安的小脸上出现了这几日未曾有过的兴奋，甚至还凑近爸爸的耳边，说起了什么悄悄话。

拍下一张又一张，我发给了孩子妈妈。

聊天框里她“正在输入”了半天，最终回了一个“好”字。

晚上送走孩子，我想，经过一天的相处，他的心应该早就被孩子融化。

果然，当我提起探视权时，他一时间有些沉默，似乎是在为前几天的冲动发言懊悔。

良久，他缓缓说道：“法官，情况我可以理解，今天也能感觉到这几年，她把孩子教得很好。她来看孩子，我保证不会躲，不过也总得有个计划……”

看来双方都已经退了一步，一个方案在我心里慢慢成型。

再次坐到一起时，这对曾经的夫妻之间没了火药味儿，只剩下疲惫。

我不再多言，开始陈述方案，为了让父母都能陪伴孩子的成长，原定每个月 2 次的探视机会，能否集中到寒暑假和过年？

这样平时爸爸多陪些，寒暑假妈妈多陪些，抚养权和探视权都能实现。



最重要的是，即便不生活在一起，孩子也能拥有一个温柔慈爱的母亲，一个稳重坚韧的父亲，这份温柔和坚韧，会成为他之后人生路上最大的底气。

他们互相对视了一眼，几乎是同时点了头。

也许孩子现在还没有一个完整的家，但他已经有了来自父母完整的爱。

邵一峰 | 家庭教育指导令的规范性质与司法适用

原创：2023-10-11 人民司法杂志社 邵一峰

<https://mp.weixin.qq.com/s/wcgY1HRpjA39kXVeJMjplw>

2023 年第 28 期策划

家庭教育指导令的适用与完善

策划人：李泊毅

编者按 2022 年 1 月 1 日正式实施的家庭教育促进法规定了家庭教育指导制度，2023 年 5 月 30 日，最高人民法院、全国妇联《关于开展家庭教育指导工作的意见》进一步明确了人民法院开展家庭教育指导工作的形态、工作方式、制发程序等，但是实践中仍然存在需要进一步探讨的问题，例如教育指导令的性质、执行方式与法律后果等。本期策划集中展示了法院在适用教育指导令时对上述问题的思考。

应用 2023 年 10 月策划系列文章之二

家庭教育指导令的规范性质与司法适用

文 / 邵一峰

作者单位：北京市东城区人民法院

目次

- 一、现状与问题
- 二、家庭教育指导令的规范性质
- 三、家庭教育指导令的司法适用
- 结论

一、现状与问题

家庭是未成年人的第一个课堂，父母是未成年人的第一任老师，家庭教育在国民教育中具有基础性地位，与学校教育、社会教育共同组成国家的国民教育体系。随着 2021 年 6 月 1 日修订后的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法的深入实施与 2022 年 1 月 1 日家庭教育促进法的颁布实施，家庭教育指导制度在司法实践中得以迅速推

进，在短时间内积累了大量的案例、制度和经验做法。

在检察工作方面，2021年6月1日最高人民检察院决定在未成年人案件办理中全面推行督促监督令，2023年6月1日发布的《最高人民法院未成年人检察工作白皮书（2022）》显示，2022年全年检察机关共制发督促监督令57425份。在法院工作方面，经初步统计，到2022年底，全国各级法院共发出家庭教育指导令10308份，单独或联合有关部门建立家庭教育指导工作机构837个，累计开展家庭教育指导38080次。2023年5月30日最高人民法院、全国妇联共同制定的《关于开展家庭教育指导工作的意见》（法发〔2023〕7号）（以下简称《指导意见》）面向社会公开，并于2023年6月1日起施行。该意见对人民法院开展家庭教育指导工作的总体要求、指导情形、指导要求、指导方式以及保障措施等方面作出规定，明确了家庭教育指导令的适用条件、文书形式、异议程序等理论与实践中存在广泛争议的具体问题。

尽管围绕家庭指导教育制度已经形成了数量可观的成果，但实践中仍然存在大量的法学理论与法律适用问题亟待解决。在规范性质方面，目前家庭教育指导令的权利义务范围以及相应的主体与客体依然界限不清，适用程序及部门法的归属仍旧不够明确，与其他家庭教育指导措施及监护制度无法有效衔接。此外，家庭教育指导制度的法律性质究竟属于行为倡导规范、福利供给机制还是司法强制措施？文书能否作为执行依据？这些问题同样没能形成共识。在适用效果方面，不同主体和不同地区作出的家庭教育指导令在作出主体、适用情形、文书形式及内容等方面存在较大的差异，这一现状导致不同家庭教育指导令之间的法律效果和社会效果存在相对明显的差异。此外，虽然已有大量的实践案例，但这些案例仍然没有形成体系化的适用规则，且内容相互冲突，效果彼此矛盾。值得注意的是，家庭教育指导制

度同时受到私权与公权的双重交互作用，法律文书的作出主体与执行主体在法律授权方面存在错配以及个案差异，对令状内容提出的精细化要求也使得家庭教育指导令的司法适用问题更为复杂。

探讨家庭教育指导令如何更好适用的前提是对家庭教育指导令的性质在理论范畴上进行准确厘定，在此基础上才能对家庭教育指导令的权力主体、适用要件、适用情形与法律后果进行正确的理解与适用。

二、家庭教育指导令的规范性质

家庭教育指导的规范群涵盖多个法律部门的不同法律或规范性文件。在权利义务方面，家庭教育指导令保护的客体是未成年子女的受教育权，具体对象是未成年人父母或者其他监护人（为表述简明，以下简称“父母”）对其家庭教育义务的违反。联合国大会于1989年11月20日通过的《儿童权利公约》（Convention on the Rights of the Child）第28条、第29条以国际公约的形式将受教育权作为基本权利赋予了缔约国儿童，并要求全体缔约国在机会均等的基础上逐步实现此项权利。全国人民代表大会常务委员会于1991年12月批准我国加入该公约。我国宪法第四十六条规定了公民有受教育的权利和义务，并确立了国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展的义务；第四十九条在根本法层面明确父母有抚养教育未成年子女的义务。民法典第二十六条在监护制度中规定了父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务；第一千零六十八条在亲权制度中规定了父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年人保护法第十五条明确了未成年人父母有接受家庭教育指导的义务。

在制度实施方面，未成年人保护法第一百一十八条规定公安机关、人民检察院、人民法院可以责令违反监护职责或侵犯未成年人合法权益的未成年人父母接受家庭教育指导。预防未成年人犯罪法第六十一条将责令接受家庭教育指导的情

形限定为“发现实施严重不良行为的未成年人的父母不依法履行监护职责”的情形。家庭教育促进法第四十九条首次对“未成年人父母不正确实施家庭教育的行为”作出具体规定，并将责令接受家庭教育的适用情形明确为“未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益”。

在部门法归属方面，未成年子女的受教育权、未成年人父母的家庭教育义务以及国家培养未成年人和保障未成年人接受家庭教育的权利属于宪法规定的公民基本权利义务范畴；监护和父母教育权利义务属于民法的范畴；未成年人保护法和预防未成年人犯罪法属于社会法范畴，家庭教育促进法因其公共性、福利性和综合性，在部门法归属方面亦应当归于社会法范畴。

家庭教育指导令处于公权与私权、民法与社会法、行政权与司法权的交叉地带，回答家庭教育指导令的规范性质问题，首先要说明家庭教育指导令中公权与私权的作用方式，其次要明确家庭教育指导令在整个未成年人保护规范中的制度目的，最后还要厘清作出家庭教育指导令的行为性质。

（一）家庭教育指导令是公权力保障未成年人受教育权的实现方式

子女最佳利益是保护未成年人合法权益的最高指导原则。所谓子女最佳利益，是指子女的完整性利益和发展利益。完整性利益包括维护身体健康，提供食品、衣物、住房等方面；发展利益是指通过教育和适当社会接触获得的发展、培养以及逐步提高的自决能力。家庭教育是保障未成年子女受教育权的重要方面，父母或监护人违反家庭教育义务会危害未成年人子女利益，因此需要国家进行干预。而国家在处理未成年人家庭教育问题时，既是保障者，又是判断者，同时也是执行

者，这构成了家庭教育指导令在公权与私权交互运行状态下的底层逻辑。

具体而言，保障未成年人的受教育权既是未成年人父母的一项私法义务，又是国家的宪法义务、国际法义务和社会法义务。父母违反监护职责、不正确实施家庭教育以及子女存在不良或犯罪行为共同构成了家庭教育制度的适用条件。在这些条件中，既有监护制度、亲权制度等私法规则的内涵，又有人权保护、社会保障和犯罪预防等公法领域的理念。家庭教育促进法至少调整3类关系：一是未成年人与父母之间在私法上的家庭教育实施法律关系；二是未成年人与国家之间在公法上的家庭教育保障法律关系；三是未成年人的父母与国家之间在公法上的家庭教育促进法律关系。其中，私法上的家庭教育实施法律关系是家庭教育制度的基础，在绝大多数情况下，父母均能恰当行使未成年子女教育权，妥善履行家庭教育义务，从而有效保障未成年子女的受教育权，在这种父母子女之间专属身份权能够有效运行的情形中，公权力既无需干涉，亦无权干涉，只应保持谦抑之态。但在少数例外情形下，未成年子女受教育权的私法保障机制已处于失能状态，此时为保障公民基本权利而产生的国家对未成年人的教育保障义务和国家对未成年人父母的教育促进义务也就具备了履行的必要性。

从家庭教育促进法本身所具有的公权力属性出发，可以将家庭教育指导制度视为对公权力介入家庭教育的特别规定。家庭教育促进法将接受家庭教育指导规定为未成年人父母违反家庭教育义务的一项社会法责任，该责任的承担必须由国家公权力进行督促和保障。据此，家庭教育促进法中的“家庭责任”一章对父母的家庭教育义务进行了体系化规定，并在“法律责任”一章中对违反家庭教育义务的法律后果、责任主体与责任形式进行了规定。其中，作为家庭教育指导令直接规范依据的第四十九条即规定在法律责任一章。在该条规定的两种启动公权力介入的情形中，

“发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为”是立法对未成年人父母违反家庭教育义务的推定，“未成年人的父母不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益”则是对未成年人父母存在侵权行为的直接认定。在出现上述两种情形时，未成年人的受教育权已处于被实质性侵害且难以弥补的现实危险中，应当及时进行救济。从宪法、国际人权法与未成年人保护法、家庭教育促进法的规范逻辑能够看出，家庭教育指导令是国家实现其教育保障义务和教育促进义务的一种方式，在私法不能有效保障未成年子女受教育权时，国家将采取公权力介入家庭教育的方式，追究未成年人父母违反家庭教育义务的法律責任。

（二）家庭教育指导令具有过程性

过程性在实施家庭教育指导令时体现尤为明显，具体表现在两个方面：一是前置的各类家庭教育指导措施需要与后置的监护资格撤销乃至国家监护进行衔接；二是家庭教育指导令的实施本身也要先后经历教育感化、效果反馈、督促履行、强制执行、行为惩戒的多个环节。因此，家庭教育指导令不可能未经前置程序径行作出，也不可能作出以后无需后续跟踪评估其实施效果。在公权力介入家庭教育方面，基于子女最佳利益原则，家庭教育领域的国家支持措施既有对父母家庭教育义务的督促，也有对于父母教育权的剥夺，在由家庭教育促进制度、未成年人监护人撤销制度和国家监护制度共同构成的保障体系中，家庭教育指导令位于公权力由督促向惩戒转化的枢纽地位。

究其根源，家庭教育指导令的过程性来源于公权力作用于家庭教育领域的方式本身。首先，家庭教育促进法所采用的“家庭—国家—社会”的立法体例反映了针对不同程度的违反家庭教育义务行为所采取循序渐进的家庭教育指导措施。父母与子女血缘不可割裂，情感难以阻隔，亲密关系稳定，父母对子女的关爱和了解往往是其他

人难以比拟的，因此，子女教育权利义务具有身份专属性，而父母是教育未成年人权利义务的当然主体。因此，在处理家庭教育问题时，无论是立法、司法还是执法都采取了强调尊重、保护、促进的非必要不介入立场。

但问题在于，并非每个父母都是子女的合格教育者，在父母不当履行家庭教育义务的情形中，面对子女教育问题，有父母存在“不能”“不愿”或是“不会”的障碍。而在未成年人父母缺乏履行能力的情形下，往往只能采取由劣后顺位监护人或公职监护人替代履行的选项。而对于缺乏履行意愿和缺乏教育知识的未成年人父母，从最有利于未成年子女的原则出发，如果能把这部分父母从不合格的教育者改造为一个合格的教育者，结果显然会优于直接剥夺父母的子女教育权或是监护资格。从社会成本的角度分析，无论是撤销未成年人父母的监护资格并另行指定监护人，还是由公职监护人直接向未成年人履行教育义务，都会产生相应的行政成本和司法成本，在公共资源总量有限的前提下，由未成年人子女之父母履行家庭教育义务是效率最高的选择。

家庭教育促进法是一种促进型立法，更多强调政府的服务功能，在设范方式上采用大量的任意性规范、授权性规范和鼓励性规范，虽然也有一些义务性规范，但总量很少。家庭教育指导的根本目的在于指导、鼓励和督促未成年人父母履行家庭教育义务，具体包含事前预防、事中监督、事后惩戒的全过程。只有在遇到穷尽督促手段仍无法救济未成年子女受教育权的情况时，才最终以责令的方式进行督促履职。也就是说，在优先顺位的未成年人监护人被剥夺子女教育权、撤销监护资格甚至兜底性的国家监护最终启动前，应当尽可能地督促作为未成年子女当然法定监护人的父母履行其教育义务。在责令后仍无法对未成年子女形成有效救济的情况下，无视或违反国家公权力机关作出的令状行为本身即可构成衡量未成年人父母是否有资格继续担任其子女监护人的

重要因素。此时为有效保障未成年子女的受教育权，国家应当及时采取替代措施，以免造成损害后果的扩大。

（三）家庭教育指导令具有强制性

家庭教育促进法在国家层面的职责分配上，将主体作用划分为司法性功能与行政性功能，前者注重事后强制性惩治，例如司法机关责令监护人接受家庭教育指导、发布督促监护令等；而后者则强调事前预防监控，该部分职责主要由政府及其他行政机构施行。在强制性方面，家庭教育指导令不同于其他家庭教育指导措施。一般意义的家庭教育指导有很多存在形式，但多数指导方式的功能限于事前预防和事中督促，当它们难以取得良好效果时，就需要由家庭教育指导令来发挥以强制性为保障的事后惩戒功能。罗马法有一条亘古不变的法言：“有权利即有救济。”这一理念表明，权利不仅需要立法宣告，更需要有一套完善的救济机制。

家庭教育促进法第三十四条将人民法院在审理离婚案件时应当提供家庭教育指导规定在“国家支持”一章，却在第四十九条中将“责令接受家庭教育指导”规定为“法律责任”，从立法的内在逻辑可以看出，以“国家支持”的方式提供家庭教育指导具有公共福利供给的性质，但是以“法律责任”的方式责令接受家庭教育指导当然具有足够的强制性。在家庭教育促进法第四十九条的规范内容中，“责令”针对的是通过训诫仍不足以提供救济的违反家庭教育义务行为，从处置措施的递进关系上看，责令接受家庭教育指导的强制性至少是高于训诫的。依通常理，在未成年人父母已经明显拒不接受家庭教育指导的情形下，再继续通过缺乏约束力的措施建议其接受教育已无益处，唯有通过强制执行、替代执行或是对妨害执行行为的强制措施进行威慑，方能实现家庭教育指导令的制度目的。

（四）家庭教育指导令是能够作为执行依据的生效法律文书

《指导意见》确定了家庭教育指导令的强制性，并在一定程度上终结了关于家庭教育指导令文书形式的争议。《指导意见》第4条第2款规定，人民法院针对拒不接受家庭教育指导，或者接受家庭教育指导后仍不依法履行监护职责的未成年人父母，可以以决定书的形式制发家庭教育指导令，依法责令其接受家庭教育指导。在最高人民法院发布《指导意见》的通知附件中，同时发布了家庭教育指导令决定书的示范文书样式，该文书样式将作出家庭教育指导令的情形确定为“本院在审理……（写明当事人及案由）一案中，发现×××作为未成年子女的监护人，未能依法正确履行家庭教育责任”，并将决定书主文的内容确定为“责令×××于××年×月×日×时到×××接受家庭教育指导（责令多次接受家庭教育指导、接受网络指导等的，可对表述作出调整）”，另将当事人的救济措施明确为“如不服本决定，可以在收到决定书之日起五日内向本院申请复议一次，复议期间，不停止家庭教育指导令的执行。”

按照现行民事诉讼法第二百三十一条的规定，除判决、裁定、调解外，法律规定由人民法院执行的其他法律文书亦可作为执行依据。家庭教育促进法对责令方式的明确规定，满足了“法律规定由人民法院执行的其他法律文书”的条件。按照最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》（以下简称《民诉法解释》）第461条的规定，生效法律文书应当具备两个条件，一是权利义务主体明确，二是给付内容明确。家庭教育指导令的基本内容由被责令人和接受家庭教育指导的时间、地点与方式组成。决定书主文明确指定了应当接受家庭指导教育的当事人，符合生效法律文书关于主体条件的要求，关于时间、地点及接受指导方式的规定构成了明确的行为给付内容，符合生

效法律文书关于给付内容的要求。因此，家庭教育指导令属于能够作为执行依据的生效法律文书。

三、家庭教育指导令的司法适用

（一）家庭教育指导令的权力主体

在家庭教育促进法涉及的主体范围中，家庭教育实施主体居基础地位，包括未成年人的监护人以及家庭教育促进法中规定的不属于监护人范围的其他家庭成员和有关成年人；国家支持义务主体居保障地位，包括各级政府和行政机构、司法机关、国家领导的妇联、残联等群众性工作组织以及专门的家庭教育指导机构；社会协同义务主体处于补充地位，包括基层自治组织、学校、婴幼儿照顾服务机构、早期教育服务机构、医疗保健机构、公共文化服务机构等。有权作出家庭教育指导令的主体居惩戒地位，只有人民法院、人民检察院或公安机关。

1. 家庭教育指导令权力主体的3种方案及其缺陷

在过去，对家庭教育指导令的权力主体有3种不同的理解：第一种是只有法院能够作出并执行家庭教育指导令。在公安部、最高人民检察院、最高人民法院发布的关于家庭教育指导的规范性文件中，只有最高人民法院发布的《关于开展家庭教育指导工作的意见》将人民法院责令未成年人父母接受家庭教育指导的方式明确规定为家庭教育指导令，而且只有法院执行部门能够作为家庭教育指导令的执行机关，因此，能够作出并执行家庭教育指导令的主体只有人民法院。第二种是公检法三部门均能作出家庭教育指导令，并由作出部门负责执行。

三部门均是经法律授权的有权责令未成年人父母接受家庭教育指导的主体，公检法三部门在发现未成年人受教育权被严重侵害时，均有权作出并执行家庭教育指导令，这样才最有利于保障未成年人利益。第三种是公检法三部门均能作出

家庭教育指导令，但只有人民法院执行部门能够执行。对于权力主体的认识不统一造成家庭教育指导令适用情形不统一、法律后果不统一，并导致了实践中不同主体作出的家庭教育指导令在实施过程中发生内容重复、方式雷同和效力冲突问题。基于现有制度框架，上述3种方式虽然均具有某种程度上的可行性，却各自存在缺陷。

第一种方案虽然在作出主体和执行主体方面均能找到相应制度依据，但其涵盖的违反家庭教育义务情形过窄，无法应对发生在法院之外诸如治安案件、人民检察院决定不起诉案件或是检察监督程序中发现的应当责令接受家庭教育指导的情形。事实上，对于实施犯罪行为的未成年人而言，他们的父母接受家庭教育指导的必要性不应当由于刑事诉讼的具体进展阶段而有所不同。在所有违反家庭教育义务的行为中，最终进入到审判程序中的毕竟只是少数，因此，将公安机关和检察院排除在家庭教育指导令的权力主体范围之外，会严重减损家庭教育指导令的制度功能。

第二种方案虽然扩张了权力主体的范围，但是公安机关和人民检察院对于违反家庭教育指导令的行为缺乏有法律授权的强制措施以及强制执行理论上的基本依据。对于公安机关而言，根据治安管理处罚法的规定，公安机关有治安罚款和拘留的权力，而且治安管理处罚法第十二条明确赋予了公安机关责令未成年人父母对未成年人严加管教的职责，但是，违反家庭教育义务的行为除非已经严重到构成治安管理处罚法第四十五条规定的虐待和遗弃行为，否则很难被归于违反治安管理的行为，而且，治安管理处罚法第十二条的规范内容将公安机关直接规定为教育指导未成年人父母的主体，该规定的功能定位在于“直接实施教育”，与家庭教育指导令“责令接受家庭教育指导”的规范内涵不符，公安机关即便有拘留罚款的权力，也很难成为家庭教育指导令的执行主体。对于人民检察院而言，根据人民检察院组织法的规定，人民检察院既没有罚款权，也

没有行政拘留或司法拘留的权力，故检察机关只能作为督促监督未成年子女父母履行家庭教育义务的主体，不可能成为家庭教育指导令的强制执行主体。

第三种方案虽然以区分作出主体和执行主体的方式弥补了家庭教育指导令法律后果方面的差异，但无法解决申请执行人的问题。由公安机关或人民检察院作为申请执行人目前缺乏法律依据和实践先例。按照最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行工作规定》）第16条对申请执行人范围的界定，申请执行人应当是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人。家庭教育指导令保护的客体是未成年子女的受教育权，其权利人应当是未成年人，申请主体应当是未成年人的监护人。但是，家庭教育指导令惩戒的对象往往就是未成年人的监护人，由监护人自己申请对自己的惩戒显然有违常理。申请执行人的缺位会导致家庭教育指导令虽已作出但无法启动执行的尴尬境地，同时还面临家庭教育指导令作出后不申请执行怎么办、受不受申请执行期限的约束等一系列难以回答的问题。

生效法律文书的法律效果应当统一，家庭教育指导令不应因作出机关不同而后果不同，但如果由公检法各自作出的家庭教育指导令的执行，三机关的执行结果因其法定职权不同必然会出现差异。上述3种方案的缺陷反映出家庭教育指导令在申请主体、作出主体与执行主体方面的错配问题。

2. 在个案中妥善协调权力机关冲突问题

笔者认为，公检法三家机关在正确适用家庭教育指导令时应当各自有所侧重，采用具体情况具体分析的方法，处理好具有双重递进关系的6个概念。第一重递进关系是“行政权——检察权——审判权”的权力运行递进关系，第二重是“预防——督促——惩戒”的指导方式递进关系。针对3种方案的缺陷，可以采取下列方式弥补：

对于第一种方案，可由公安机关继续以具体行政行为的方式保障未成年人的受教育权，人民检察院仍然以督促监督令的方式促进家庭教育义务的履行，仅由人民法院作为有权发出家庭教育指导令的权力机关，在遇到未成年人父母拒绝接受教育指导或其他严重违反家庭教育义务的情形时，由公安机关、人民检察院以公亲权人的身份在非诉案件程序中向人民法院申请家庭教育指导令，而且，申请主体除公安机关和人民检察院以外，还可以扩大至劣后顺位监护人、其他利害关系人、基层组织、民政部门、儿童权利保护组织等主体。针对第二种、第三种方案，由人民法院作出的家庭教育指导令，可采用刑事执行的方式，由作出的人民法院负责执行；由人民检察院作出的家庭教育指导令，可依照现行公益诉讼的方式，由人民检察院依据民事诉讼法第五十八条的规定，以依法提起公益诉讼的机关身份申请人民法院强制执行；由公安机关作出的家庭教育指导令，可依据行政诉讼法第九十七条，以未成年人父母法定期限内不提起诉讼又不履行具体行政行为为由申请人民法院强制执行。

当然，上述方式也仅是基于解释论作出的权宜之计，具体实施效果仍需经过实践检验，要彻底解决家庭教育指导令的权力机关问题，尚有赖于未来关于家事法庭、家事诉讼程序以及强制执行法等综合配套措施的制定与实施。

（二）家庭教育指导令的适用要件

适用家庭教育指导令应当符合特定的行为要件、结果要件和程序要件。在包含未成年子女受教育权的发展利益领域，国家应保持一定的克制，因为在多元化社会中，对于最好的教育本身就存在不同理解，国家原则上不能用自己对成功教育的理解代替父母之观念。国家为保障未成年人受教育权设置了多种公权力实现方式，如义务教育制度、学校与教师制度、社会教育制度、社会保障制度等，我国现行法律体系也针对家庭教育义务

的违反设置了一整套发现机制、判断机制、执行机制与保障机制，上述所有制度均是在信任、尊重和保护父母对未成年人的家庭教育职责前提下实施的，只有在未成年子女的受教育权可能遭受难以弥补的损害时，才有必要适用家庭教育指导令。因此，家庭教育指导令仅应适用于父母经教育督促仍不履行家庭教育义务或未成年人受教育权通过其他方式难以救济的情形，且作出家庭教育指导令前应当经过家庭教育指导的尝试以及公权力机关的训诫这两个前置程序。

《指导意见》第4条第1款明确了人民法院可以要求未成年人父母接受家庭教育指导的4种情形：1. 违反未成年人保护法第十六条及家庭教育促进法第二十一条的情形；2. 违反未成年人保护法第十七条、第二十四条及家庭教育促进法第二十条、第二十三条，侵犯未成年人合法权益的情形；3. 未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为；4. 未成年人父母不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的其他情形，并在第2款中针对符合前款第2项、第3项、第4项情形的行为规定未成年人父母拒不接受家庭教育指导，或者接受家庭教育指导后仍不依法履行监护职责的，人民法院可以以决定书的形式制发家庭教育指导令。上述情形中，第一种情形是对未成年人父母履行监护职责的积极要求，如提供物质保障，关注未成年人需求，教育引导未成年人养成良好品德习惯，进行安全教育，保障未成年人的受教育权、休息权、财产权以及协助委托监护人进行家庭教育等，《指导意见》未将违反上述监护义务的情形列为可以作出家庭教育指导令的情形。第二种情形是未成年人父母不得实施的行为，在危害程度上比第一种情形要严重，如虐待、遗弃、非法送养、家庭暴力，放任或教唆未成年人子女犯罪、从事邪教活动、吸烟、饮酒、赌博、流浪乞讨、欺凌他人、在义务教育阶段中失学辍学，放任未成年子女沉迷网络、接触有害出版物等信息、进入营业性娱乐场所，强迫劳动，允许或迫使未成

年人订立婚约，离婚或分居时未妥善处理未成年人教育事宜，歧视未成年子女等。第三种是对父母违反家庭教育义务的推定，将存在严重不良行为或者实施犯罪行为的未成年人之父母推定为未能有效履行家庭教育义务。第四种情形是未成年子女利益最大化原则下的兜底条款，即第二种、第三种情形中列举未尽的其他情形也能构成适用家庭教育指导令的情形。

结合未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、家庭教育促进法以及指导意见的规定，可将司法实践中家庭教育指导令的适用要件总结为：1. 未成年人的父母或者其他监护人存在不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的行为。2. 在未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为时，应当推定其父母存在不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的行为。3. 未成年人的父母或其他监护人拒不接受家庭教育指导，或者接受家庭教育指导后仍不依法履行监护职责，并经公权力机关训诫后，仍然拒不履行家庭教育义务。

（三）家庭教育指导令的内容与形式

在内容方面，家庭教育指导令应当载明对被责令人未能依法正确履行家庭教育责任的认定结论、责令的法律依据、接受家庭教育指导的时间、地点与方式，对责令内容有异议时的复议程序以及决定书作出及生效的时间。

从最高人民法院家庭教育指导令示范文书格式的表述来看，该文书格式基本涵盖了上述内容。关于决定书的生效时间，因文书格式中作了“复议期间不停止家庭教育指导令的执行”这一表述，故应当理解为作出时间与生效时间一致。关于家庭教育令的内容是否仅限于责令义务人积极作为的问题，笔者认为，由于“接受家庭教育指导”的文意仅指义务人特定的积极行为，故不应再做扩大解释，在家庭教育指导令中既不应规定不得虐待、不得歧视、不得放任等消极作为内容，也不应规定主动教育、积极引导、充分保障等积极作

为内容。家庭教育指导令作为家庭教育指导转化为家庭教育惩戒或家庭教育替代前的最终救济措施,仅应将其内容限定为在规定时间、规定地点,以规定方式接受家庭教育指导的范畴,从而防止家庭教育指导令的滥用并确保其约束力。

在形式方面,家庭教育指导令应当以决定书的形式作出。自《指导意见》实施以来,应当避免再以裁定书或告知书的形式作出家庭教育指导令,统一以决定书的形式作出。司法实践中,决定书在刑事诉讼法、民事诉讼法与行政诉讼法中的含义存在差别。按照通说,刑事诉讼法中的决定是公安机关、人民检察院、人民法院在诉讼过程中,依法就有关诉讼程序问题所作的一种处理;民事诉讼法中的决定是法院对民事诉讼中的特殊事项依法作出的权威性判定;行政诉讼法中的决定是人民法院为了保证行政诉讼的顺利进行,依法对行政诉讼中的某些特殊事项所作的处理。在三大诉讼法中,均规定了决定书能够适用于回避、妨害诉讼的行为、诉讼期限、诉讼费用的减免缓、执行程序中的事项、提起审判监督程序等事项,但在权力主体、是否能够决定采取或变更强制措施以及能否作为执行依据方面存在差异。未成年人保护法、预防未成年人犯罪法与家庭教育促进法规定的责令接受家庭教育指导的权力主体范围类似于刑事诉讼法中有权作出决定书的权力主体,但是,除了民事制裁决定被明确规定为执行依据外,其余类型的决定书是否能够作为执行依据存疑。而且即便是能够作为执行依据的民事制裁决定,也随着民法通则第一百三十四条的废止已经失去了主要法律依据,仅在知识产权法审判领域有部分保留。在强制执行法领域,目前缺乏刑事与行政诉讼程序中作出的决定书能否作为执行依据的相关规定。

在民事诉讼程序中,以决定书形式发出的家庭教育指导令为未成年人父母设置了将来应为或不得为特定行为的义务,因此将其冠以“民事制裁决定”之名称并作为执行依据似为可行,但是,

人民法院发出家庭教育指导令的场景不仅限于民事诉讼,甚至有权发出家庭教育指导令的机关都不限于人民法院,在行政执法、检察监督、刑事诉讼和行政诉讼中均会遇到需要责令接受家庭教育指导的情形。对于以决定书形式作出的家庭教育指导令可以采取两种解释路径:1.民事制裁决定是法律和司法解释明确规定为执行依据的决定书,鉴于家庭教育指导令系未成年人父母违反家庭教育义务这一民事义务而导致的法律责任,故该决定无论是在何种诉讼程序中作出,均具有民事制裁决定的性质。2.民事制裁决定是决定书的下位概念,以决定书形式作出的家庭教育指导令已被相关法律赋予了执行力,无需区分实际作出该决定的诉讼程序种类。

笔者认为,采取第二种解释路径应为更优。

理由为:首先,民法通则第一百三十四条所规定的民事制裁决定实际上是行政责任。直接由法院适用的行政性责任形式,如训诫、责令具结悔过、收缴非法财物,以及罚款、拘留等,不属于民事责任,民事制裁存在的必要性长期受到质疑,最终其法律依据被废止即表明理论与实务界对其的否定态度。其次,民事制裁以民事责任为前提,认定民事责任是否成立,首先需要相关责任人是案件的被告,因此民事制裁决定是不能适用于案外人的,而需要进行家庭教育指导的人员范围要远远超出案件被告的局限性,离婚案件、涉少年人刑事案件中须进行家庭教育指导的未成年人父母可能不是被告,甚至根本就是不是案件当事人,因此,民事制裁决定的性质不符合家庭教育指导令的适用情形。第三,最为重要的是,将家庭教育指导令概括定性为法律规定的由人民法院执行的生效法律文书,既符合人民法院案件分类管理的现状,亦契合公安机关、人民法院及人民检察院均系家庭教育指导令权力主体的制度设计,将家庭教育指导令作为生效法律文书的下位概念,能够使其在作为执行依据方面与拘留决定、罚款决定具有同等效力。在一个部门法中规定属于其他

部门法的责任形式，这已经是现代法律发展的一种趋势，将家庭教育指导令这种由家庭教育促进法规定的父母违反教育义务的法律后果，以决定书这种生效法律文书的形式，适用于全部行政、检察和司法程序，能够为未成年人的受教育权提供最广泛的保护主体和保护程序，也是对未成年人最大利益原则的坚持。

（四）家庭教育指导令的效力

被家庭教育指导令责令接受家庭教育指导的当事人，应当按照家庭指导令规定的时间、地点、方式接受家庭教育指导。目前，关于家庭教育指导令的效力争议主要是针对当事人不履行家庭教育指导令时能不能强制执行的问题。应当明确的是，家庭教育指导令的强制性应当由执行措施来保障。家庭教育指导令因其行为内容的单一性，在执行程序中不会比子女探视权的执行问题更多，难度更大。事实上，执行实践中部分对子女探视权案件的执行措施已经蕴含了家庭教育指导的内容。家庭教育指导令既有民事诉讼法第二百五十九条提供的规范依据，又有探视权执行工作实践中提供的方式方法依据，因此在当事人未履行家庭教育指导令中指定的行为时，人民法院可以强制其履行。在家庭教育指导令的效力方面，还应当注意以下问题：

1. 效力期间问题。执行家庭教育指导令的前提是该决定书处于发生法律效力期间。关于家庭教育指导令的效力期间是临时性的还是终局性的，目前存在争议，笔者认为，家庭教育指导令的效力期间是终局性的。家庭教育指导令的强制性和执行力不是着眼于对已经发生损害的补偿，而在于对父母不当履行家庭教育义务可能造成的损害后果的预防。在这一点上，家庭教育指导令与其他各类令状都是一致的，其效力期间应当持续至损害可能性消除为止。在比较法上，大陆法系中旨在保全非金钱给付请求权的保全性假处分与英美法系中由衡平法发展出来的禁制令制度均用

于预防将来某种损害行为的发生，而不是对已发生的损害予以补偿，在普通法上，根据禁制令存续时间的长短，可分为中间禁制令和终局禁制令。中间禁制令是在诉讼过程中为阻止可能发生的损害或保护有争议的财产，可以在一定期间内要求当事人做或禁止做一定行为；终局禁制令旨在永久性地阻止行为的发生，所以其有效期没有时间限制。家庭教育促进令旨在保护未成年人的受教育权免受其父母不当履行家庭教育义务而遭受的损害，其效力期间应当持续至可能发生的损害事由消除之日，也就是说，直至子女成年、家庭教育权利义务消灭之前，只要作出家庭教育指导令所依据的未能依法正确履行家庭教育义务行为仍然存在，家庭教育指导令均能够持续发生法律效力。

2. 履行期间问题。一般而言，当事人主动履行家庭教育指导令时不会涉及执行问题，只有在当事人没有按照家庭教育指导令规定的时间接受家庭教育才会进入执行程序。此时，指导令规定的时间已经过去，如果被责令人没有按照规定时间接受家庭教育指导，执行部门是应当重新确定时间还是直接进行惩戒？执行部门是否有权重新规定时间？如何确定新的履行期间？这一做法是否相当于重新出具了一份家庭教育指导令？上述问题均存在争议。笔者认为，家庭教育指导令规定的履行时间与一般裁判文书规定的履行期间并无差异，家庭教育指导令的主旨是责令未成年人父母接受家庭教育指导，无论是按时接受指导，还是迟延接受指导，在合理的时间范围内及时接受指导即可，在执行家庭教育指导令时，由执行机关另行确定接受家庭教育指导的时间是可行且必要的。

3. 执行方式问题。家庭教育指导令旨在促进未成年人的父母依法履行家庭教育职责，因此家庭教育指导令规定的行为属于只能由被执行人完成的行为。根据民事诉讼法第一百一十四条第一款第六项、《民诉法解释》第503条和《执行工作规定》第44条的规定，对于只能由被执行人完

成的行为，经过教育，被执行人仍拒不履行的，人民法院应当按照妨害执行行为的有关规定根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。实践中，家庭教育指导令的执行问题较财产属性的支付令、人格权属性的人格权禁令和程序性权利属性的文书提出命令之所以更加复杂，一个重要原因就是其涉及亲属身份关系。鉴于家庭教育促进法的促进型立法性质以及家庭教育指导令督促履行的制度功能，在适用家庭教育指导令的过程中，应树立预防为主、惩戒为辅的理念。在具体执行措施方面，被执行人未按家庭教育指导令的要求接受家庭教育指导的，应当另行指定时间，确定家庭教育指导机构并责令被执行人履行，因完成上述执行措施发生的费用由被责令人承担。对于未按执行机关的要求履行的被执行人，经教育仍拒不履行的，应当按照妨害执行行为的规定，根据情节轻重予以罚款、拘留，拒不履行家庭教育指导令或者妨害执行情节严重，需要追究刑事责任的，将有关材料移送有关机关处理。

结语

家庭教育指导令是国家为了全面保障未成年人受教育权而实施的一种旨在有效督促未成年人父母或其他监护人履行家庭教育义务的新型程序，实践中不能将其片面理解为一种倡导性或福利性的行为，更不能未经前置程序、不区分适用情形任意加以适用。家庭教育指导令是公权力机关作出的具有强制性的生效法律文书，应当由强制执行程序保障其有效实施。立法上，家庭教育促进法为家庭教育指导令设置的权力主体与公检法三机关在强制措施方面的法律授权存在错配，在未来的诉讼制度改革以及法律修订过程中应当对有权作出与执行家庭教育指导令的主体分别进行明确。实践中，在适用家庭教育指导令前，公权力对私权范围内的父母子女教育权利义务应当保持尊重、保护和促进的立场，在适用家庭教育指导令时，应当以督促未成年人父母或其他监护人履行家庭教育义务为根本出发点，在责令履行、强制执行、违法惩戒、监护监督直至追究刑事责任等措施中，根据比例原则和情节轻重采取有利于促进家庭教育的具体措施。

编辑：李泊毅

审核：赵飒

农村外嫁女离婚后集体成员资格的认定

原创：2023-10-12 人民法院报 孙明放

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-10/12/content_232987.htm?div=-1

【案情】

张某（女）在外地务工期间与王某认识，后登记结婚，婚后双方常年在异地打工，张某户口未迁入王某所在村集体。2018年7月，张某和王某离婚，张某没有分得房屋，仍在异地打工生活。2019年3月，张某在异地生育一男孩。张某与其父母及姐姐一起承包土地，其户口未曾迁出，与

父母的户口一起登记在同一居民户口簿上，住址均为某村民小组。张某将孩子的初始户口登记在该居民户口簿上。2021年，某村民小组所有的部分荒山被征收建设风力发电站，某村民小组村民经讨论决定：按本组人数分配土地补偿费；已经出嫁的女人，无论户口是否迁出均不参与分配。

张某要求某村民小组分配土地补偿费未果，遂提起诉讼。

【分歧】

本案中，关于张某是否具有某村民小组集体成员资格，存在以下两种观点：

第一种观点认为，张某的户口虽然未曾迁出，但其已经嫁入外地，且离婚后常年在外打工，不再具有某村民小组集体成员资格。

第二种观点认为，认定集体成员资格应综合考量各种因素，从本案事实看，应认定张某具有某村民小组集体成员资格。

【评析】

笔者赞同第二种观点。理由如下：

1. 认定集体成员资格的一般原则。农村集体经济组织成员资格的认定问题，关乎农民的切身利益。《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第23条指出，审理土地补偿费分配纠纷时，要在现行法律规定框架内，综合考虑当事人生产生活状况、户口登记状况以及农村土地对农民的基本生活保障功能等因素认定相关权利主体。要以当事人是否获得其他替代性基本生活保障为重要考量因素，慎重认定其权利主体资格的丧失，注重依法保护妇女、儿童以及农民工等群体的合法权益。可见，在集体成员资格的认定上，不能采用单一的判断标准，应综合考量各种因素。

2. 农村外嫁女集体成员资格的认定。农村人口往往基于婚姻关系在农村集体经济组织之间流动，因此而进入农村集体经济组织的，从历史传统和自然习惯看，往往被认为是新集体的成员。所以，外嫁其他农村集体经济组织的妇女，无论其户口是否迁出，自到嫁入地生活之日起，通常均应认定其具有嫁入地集体成员的资格，同时丧失其原集体成员资格。

3. 农村外嫁女离婚后集体成员资格认定的几种情形。一是离婚后仍在嫁入地生活的。妇女离婚后，可以在嫁入地继续生活，如果分得有承包地，发包方不得收回。此情形下，离婚妇女与嫁入地存在较为固定的生产和生活关系，仍具有嫁入地集体成员资格。二是离婚后又再婚的。这种情形和外嫁其他农村集体经济组织的情形类似，自嫁入再婚地生活之日起，应当认定其具有再婚地集体成员资格，同时丧失其他集体成员资格。三是离婚后既没有在嫁入地生活，又没有再婚的。这种情形下，离婚妇女一般不再具有嫁入地集体成员资格，也因没有再婚不能取得新的集体成员资格。从农村习俗看，此时离婚妇女在没有再婚前，其父母所在地是其归宿地，通常应认定其在再婚前具有父母所在地集体成员资格。

本案中，张某与父母及姐姐一起承包土地，户口也未迁出，且孩子户口亦登记在家庭户口簿上，综合全案情况，应认定其仍具有父母所在地村民小组的集体成员资格，有权参与该村民小组土地补偿费的分配。

（作者单位：河南省确山县人民法院）

杨夏 李宝霞 | 家庭教育令的实践困境与完善路径

原创：2023-10-13 人民司法杂志社 杨夏 李宝霞

https://mp.weixin.qq.com/s/w0Y_mI9vhHPk4i0rI4iiDQ

文 / 杨夏 李宝霞

作者单位：北京市第三中级人民法院

内容提要

2022年1月1日,家庭教育促进法正式实施,这是我国首次就家庭教育进行专门立法。实施近两年,人民法院切实发挥职能作用,围绕家庭教育令进行积极探索,督促依法履行家庭教育责任,推动法律规定落地见效。但是,由于法律条文过于原则和抽象、家庭教育属于“家事”的观念依旧根深蒂固、面对家庭教育这一新工作领域准备不足等主客观原因,人民法院在适用家庭教育令过程中存在实际适用范围较窄、前置审查程序不完善、内容模糊缺乏可操作性以及实施保障机制不健全等问题。家庭教育令的实践困境,要求对家庭教育令的定位做出抉择,应进一步明确其适用范围,规范细化义务履行内容、增加实操性,完善法院作出家庭教育令的审查程序,推动建立家庭教育令的履行监督联动机制。

目次

- 一、家庭教育令的司法实践问题
- 二、家庭教育令困境的成因分析
- 三、家庭教育令的规范与完善建议

一、家庭教育令的司法实践问题

家庭教育令是人民法院参与家庭教育指导工作,并推动家庭教育促进法落地落实的重要抓手。根据最高人民法院工作报告,2022年,各级人民法院发出家庭教育令10308份。但需要关注的是,家庭教育令在实践运行中仍存在一些问题需进一步研究。通过梳理各地法院发出家庭教育令的典型案件,可以发现,人民法院在适用家庭教育令时主要存在以下问题:

(一) 家庭教育令的适用较为保守

根据家庭教育促进法的规定,家庭教育令适用于两种情形,即未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为;未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益。根据最高人民法院、全国妇联《关于开展家庭教育指导工作的意见》(以下简称《指导意见》),

家庭教育令与人身安全保护令不同,人民法院适用家庭教育令仅限于办理案件过程中,不可以不依附于案件单独申请,但总的来说法律规定的适用范围较广,尤其是第二种适用情形,涵盖的范围很大。然而,在实践中法院面对家庭教育令这一新事物的态度相对谨慎抑或说保守,明显存在两个问题。一是发出家庭教育令的数量少、时间滞后。根据最高人民法院工作报告,2022年,全国法院审结婚姻家庭案件896.1万件,判处未成年人罪犯2.8万人,而家庭教育令发出数量仅为10308份。家庭教育促进法已经施行近两年,互联网上仍旧时常有关于某法院首次发出家庭教育令的新闻报道。二是适用范围较窄。通过梳理各地法院作出的家庭教育令,未成年人的父母或其他监护人被予以训诫或者责令接受家庭教育指导,主要有以下3种情形:疏于管教或教养失当,导致未成年人实施违法犯罪或不当行为;婚姻破裂等情况,影响未成年子女健康成长;缺乏对未成年子女网络活动的监管。这些情形多为明显违反家庭教育促进法的行为,而对于更为普遍的教而无方、教而不当简单粗暴的家庭教育行为,由于受到家庭教育理念、家庭教育专业知识等限制,以及工作量较大的考虑,法院往往忽视。

(二) 家庭教育令的前置审查程序不完善、不规范

面对家庭教育领域存在的诸多问题,家庭教育促进法将家庭教育由私人领域向公共领域过渡,实践中法院通常在具体案件中针对监护人的失职行为发出家庭教育令。但是,由于家庭教育的“私领域”属性,如何判断未成年人合法权益受到侵害与监护人家庭教育行为之间是否存在因果关系相对更加复杂。例如,在未成年人成长过程中,是否还存在同伴的行为或其他原因亦难以确定,为此需要对未成年人的生活学习环境进行调查。然而,如何调查,要达到何种证明标准,没有明确的规定。司法实践中通常仅依据监护人的不当语言

及行为等判断家庭教育行为是否失当，较大程度上取决于法官的自由裁量，缺乏具体的审查标准。此外，也存在个别法院不依赖于具体案件发出家庭教育令的情况，如湖北省黄冈市罗田县人民法院曾在其辖区中小学开展“送法进校园”活动过程中，通过学校和公安机关了解到某学生存在严重违反校规校纪、涉嫌实施违法犯罪行为并辍学，即向其父母发出家庭教育令，要求其履行监护及家庭教育责任。

（三）家庭教育令履行义务的内容缺乏可操作性

履行义务是家庭教育令最核心的内容，家庭教育令中的义务内容设置是由法官对失职监护人开出的“药方”，但是否能够起到“药到病除”的效果，还是仅停留于形式履行阶段，均是实践中面临的问题。家庭教育令中所设置的义务内容主要分为具体与抽象两类，具体的义务内容可细化到履行的具体行为、时间、频率等，抽象的义务内容则是要求监护人切实承担家庭教育责任或责令其接受家庭教育指导，如“责令监护人关注孩子心理、生理与情感需求”“责令监护人接受家庭教育指导”等，而对如何关注、怎样接受家庭教育指导及接受何方面的家庭教育指导等均不明确。无论是具体的义务还是抽象的义务，由于家庭教育令所要求的义务内容本身属于非金钱性质，具有人身属性，难以强制履行。此外，对义务设置的内容缺乏针对性，未对失职监护人的行为类型进行区分设置不同的义务履行内容。如对存在情绪偏激或有心理问题的失职监护人应设置接受心理治疗的内容，对教育理念错误或陈旧的失职监护人应设置接受家庭教育方法培训、学习亲子沟通技巧等义务内容。

（四）家庭教育令的履行效果不明显

家庭教育促进法第四十九条所规定的训诫如何操作，责令接受家庭教育指导如何确保履行，不履行接受家庭教育指导的法律后果为何，均未

予以明确。该法第五十四条规定的法律后果“违反本法规定，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法予以治安处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，从文义上理解针对的是违反家庭教育促进法的行为，而不是违反家庭教育令的行为。

这就导致在司法实践中存在以下问题：

一是法院对是否明确法律后果的标准不统一，有的家庭教育令明确了法律后果，多数法院在家庭教育令中规定的处罚措施包括训诫、罚款、拘留、构成犯罪的依据刑事法律进行处罚；也有法院列明的处罚措施仅为训诫、接受家庭教育指导，而还有部分家庭教育令没有明确法律后果。

二是履行效果难以保证。对于前述规定了法律后果的情形，也往往因为不容易判断是否违反了家庭教育令、缺少联动协调保障机制等原因不了了之。同时，对家庭教育令的履行情况缺乏监督，无明确评估考察方式，也导致了违反家庭教育令的法律后果仅停留于书面。根据有关学者的调查，仅61.8%的法官对发出的令状进行跟踪回访，仅44.1%的令状得以自动履行，在未能自动履行的令状中，8.8%的监护人在法官采取训诫等制裁措施后仍不履行义务。因此，亦有学者指出，对家庭教育失职行为规定的训诫以及家庭教育令措施主要倾向于宣誓性保护，对父母的约束力不足，干预效果欠佳，有学者则认为责令接受家庭教育指导并非一项惩戒措施，而是一项福利供给。这些观点也从侧面反映出，目前家庭教育令的作用有限，实际履行主要依赖于监护人的自觉自发行为，如果父母的教育理念、情感状态、心理意识等根深蒂固，则家庭教育令很难起到效果。

三是家庭教育令中设置的间接强制措施无法直接促使失职监护人履行监护责任，家庭教育令虽对失职监护人不履行义务内容课以罚款、拘留等限制或剥夺其财产权利、人身自由的方式敦促其履行家庭教育职责，但上述措施所能起到的教育效果不无疑问，且与是否能最终实现保护未成

年人合法权益、促进其全面健康成长的目的并无直接因果关系。

二、家庭教育令困境的成因分析

(一) 家庭教育令的法律性质及效力不明确

对家庭教育令的定位是家庭教育令制度的核心问题，定位问题不单单是名称问题，而是要通过一系列制度设计明确家庭教育令在法律上的效力。实践中，家庭教育令的法律性质存在分歧，主要有以下3类：

一是认定为命令。命令是指审判机关对某一特定事项发布的指令性司法文书。家庭教育令是人民法院发出的带有强制力的司法令状，以训诫和家庭教育指导为主要内容，要求义务人该怎么做，要怎么做。

二是认定为裁定。有些法院制作的法律文书虽然冠以“家庭教育令”的名称，但都是将其定性为裁定书。从最高人民法院关于“令”的专门的司法解释来看，如关于人身安全保护令、生态环境侵权案件禁止令等司法解释，都是以民事裁定书的形式作出。而命令为何以裁定书的形式作出，一定程度上可能考虑到法律关于司法裁定的救济较为健全，而对司法命令的救济并不明确。

三是认定为决定。如认为家庭教育令的本质是司法机关下达的决定书，一经作出便立即生效，对于拒绝执行的监护人，法律上可以探索构建多层次的制裁机制。

由于对家庭教育令的性质定位不明确，导致在实践中家庭教育令更多的表现为宣誓性保护，缺乏强制性和规范性，实际干预效果欠佳。《指导意见》对该问题予以明确，规定以决定书的形式制发家庭教育指导令。对此，笔者认为，家庭教育令的法律性质定位应从最有利于保护未成年人合法权益的角度出发，要考虑个案情况，不可一概而论。如将家庭教育令认定为裁定，因作出法院级别不同及是否准许上诉的情况不同，裁定生效

的时间不同，易导致失职监护人利用法律程序拖延履行家庭教育令的义务，不利于保护未成年人的合法权益；如将家庭教育令认定为命令或决定，由于其均具有立即生效的效力，并具有强制性，实际履行效果更好，且存在继续探索构建多层次制裁机制的空间。

(二) 家庭教育令的前置审查程序设置不完善

家庭教育促进法规定司法机关在办理案件过程中根据监护人或未成年人的行为可责令接受家庭教育指导，换言之，实践中主要依靠办案法官对监护人家庭教育是否失当作出判断，缺乏完善的前置审查程序。

一是无法全面掌握家庭的教育信息。家庭教育令的作出通常是根据未成年人的父母或监护人存在不当的监护情况，但该不当的事实及对不当的判断一般依据法官审理的案件信息或与未成年人的监护人谈话过程中所了解到的家庭教育情况，缺乏较为了解失职监护人家庭教育情况的居委会、村委会或专业调查员形成的调查报告，易导致法官依据案件中的只言片语即作出结论，对父母或其他监护人的教育职责履行情况作出否定性评价。即使结论正确，该过程的任意性与主观性也难以触动监护人根深蒂固的教育理念，并难以获得监护人的心理认同，极有可能导致家庭教育令沦为一张空文。

二是易忽视未成年人的主动性。未成年人对自己的权益及父母对自己的监护履职情况，根据自身年龄、经历等有着不同程度的认知，尤其是8岁以上的孩子，对父母的家庭教育行为已经有一定的判断能力。实践中法官发出家庭教育令通常是从监督纠正监护人失职行为的角度进行，重点解决“养而不教、监而不管”的问题，而在此过程中未成年人仅是被动地作为被保护的對象，忽视了对未成年人意见的听取和对其权利的告知，后续发出的令状难以充分取得未成年人的理解和配合。从美国司法实践来看，在案件审理环节设

置了向未成年人告知当前状况的警告制度，使其知晓自身的权利，并表达自身意愿，该机制值得我们借鉴。

三是缺乏具体审查细则。目前并无对不当家庭教育判断可参照的细则标准，《指导意见》虽然明确了适用家庭教育的4种情形，但实为对已有法律规定的重复归纳，而非进一步细化。实践中，法官对父母或监护人的家庭教育是否为不当的判断通常主要依据自身对家庭教育的不同理解，局限性很大，受到法官自身阅历经验、教育理念及是否可以一定程度上打骂未成年人等因素的影响。

（三）家庭教育的“私”属性与家庭教育指导的“公”属性之间的衔接和契合缺乏制度设计

作为培养人的一种活动，家庭教育具有私人教育性质，属于私人领域的家庭活动，家长在家庭教育中应该承担主体责任。这就决定了长期以来形成的观念认为，家庭是免于外界干预的，家庭教育具有维护私利的合法性。但同时，每个个体都是社会成员的一份子，人的发展不但影响着家庭的发展，对国家和民族的发展都具有重大意义，这一特点在开放的现代教育中越来越明显。尤其是当家庭功能失灵时，就产生了国家介入的客观需要，例如从社会防卫的立场出发，对待违法犯罪行为施加惩戒、处以刑罚；或者在家庭功能尚未失灵的大多数情况下，作为家庭功能的保护者和辅助者，在儿童保护和家庭教育领域，为儿童保护提供支持。家庭教育促进法的正式实施，即标志着将家庭教育从“家事”上升到“国事”，父母们开启了“依法带娃”的时代，家庭教育令则是国家通过法律层面对家庭教育的干预。但实践中，一方面，家庭教育的私人教育性质以及长期以来的传统观念根深蒂固，认为自己的孩子自己说了算，别人无权干涉，对家庭教育令存在抵触心理；另一方面，家庭教育本身环境的私密性和对象之间的亲缘关系，使得家庭教育令在履行中存在一定限制，如何优化和调整家庭教育的私

人边界以及与社会的关系，做到家庭私人领地内既保留公权力在必要时介入的可能，同时又能对公权形成有效制约，实践中均面临难题。同时，由于家庭私领域的特性，公权力采取的罚款和拘留等惩罚措施并不能实质解决拒绝接受家庭教育指导的现实问题，反而可能加重“问题家庭”的困境。家庭教育促进法删除了草案中“对拒绝接受家庭教育指导决定的父母或其他监护人根据情节轻重处以一千元以下罚款、五日以下拘留”的规定，是有其合理性的。

（四）家庭教育令的保障监督机制不成熟

司法实践中缺乏对家庭教育令运行效果的制度化监督和评估机制，对于后续履行情况缺乏跟踪回访机制、效果评估和惩戒程序，这其中固然有家庭教育令的履行内容泛化所导致的无法有效监督问题，但评估机制的缺乏亦是运行效果不佳的重要原因。从实践来看，存在以下3方面问题：

一是各地法院虽积极推出创新家庭教育指导工作的方式，但因监督机制并不成熟，家庭教育令运行效果的评估仍然不够。例如上海青浦法院自行通过回访方式，考察失职监护人是否履行了家庭教育令中的责任，但简单的回访并不能及时了解、掌握未成年人的具体情况，无法在第一时间发现是否仍存在侵犯未成年人合法权益的行为，亦无法根据作出令状后的实际履行情况对义务内容、方式与期限等进行动态化的灵活调整。

二是因家庭教育是在家庭内部私领域进行，公权力机关对怠于行使或不当行使监护职责的父母仅能进行适当干预，而干预的效果亦需要通过长期走访与观察才能显现出来，因此建立规范的监督机制在实践中具有一定难度。如北京法院联合民政、教委及妇联单位，建立全国法院首个家庭教育指导线上平台，创设“亲子协调员”“防性侵家长护蕾计划”及“法融青春工作室”等，侧重于提升监护人的家庭教育理念与能力，但该平台仍处于向监护人提供教育建议和协助阶段，

对于怠于履行家庭教育责任或已经出现失当行为的监护人缺乏有效监管措施。

三是各机构之间的合作缺乏机制保障，影响工作积极性。家庭教育促进法及《指导意见》虽对法院、妇联与有关部门等建立家庭教育指导工作联动机制进行规定，但仅为概括性规定，并未细化各方主体所应承担的责任，缺乏主体考核与责任追究机制。

三、家庭教育令的规范与完善建议

面对家庭教育令的实践困境，人民法院在进一步贯彻落实家庭教育促进法时应将家庭教育令总体上定位为与人身安全保护令类似的具有强制执行力的裁判文书基础上，再区分个案情况进行分类处理，并以此为价值理念完善规范家庭教育令制度。在程序设置方面，应规范前置调查程序，对家庭教育不当行为予以调查，形成充分的调查报告，同时完善监督程序与惩戒强制措施；在实体审查方面，对家庭教育的不当行为予以全面纠正惩戒，细化家庭教育令的履行义务内容，明确家庭教育令的监督责任主体，成立联动机制，由司法机关与社会各主体协同落实家庭教育令，保障未成年人的合法权益。

（一）完善程序设置

1. 规范前置调查程序

家庭教育令是基于不当家庭教育行为作出，而对于家庭教育行为是否不当的判断依赖于对未成年人及失职监护人予以调查，否则难以全面深入了解家庭教育的全貌与症结所在，因此前置审查程序的规范性、专业性与充分性至关重要。一是明确案件类型。对哪些案件开展家庭教育情况调查，应当有一个大致的范围，尤其是面对法院案多人少的现状，对所有家事案件都展开调查并不符合实际情况，应当集中确定案件类型，例如根据案由进行分类，对离婚纠纷、子女抚养纠纷等开展家庭教育指导，或根据案件中未成年人的

学习生活情况确定，如是否存在抑郁、休学或报警等严重冲突的情况，有针对性地集中时间精力开展全面调查；二是明确调查内容。主要从教育方式、内容、态度、家庭经济状况、居住条件、日常活动安排等方面调查，就家庭教育不当行为与未成年人的罪错行为或权益受侵害结果之间的关联性进行评估。三是固定专业调查团队。从司法、妇联、共青团、公证机构、基层群众组织推荐的人选中，选任具备专业知识和沟通技巧的家事调查员，授权其调查案件情况，出具调查报告，为法院审理家事案件提供参考。实践中一些法院进行了有益的探索，例如湖北省武汉市两级法院已经进行了初步尝试，又如湖北省丹江口法院建立了由社会各界志愿者组成的未成年案件志愿者团队，为未成年人案件提供社会调查、回访等志愿服务。

2. 明确履行监督责任主体

家庭教育令义务内容的履行效果需要建立专门的评估监督机制，通过与失职监护人定期联系、回访考察，评估失职监护人是否履行了家庭教育令的义务内容。但实践中往往失职监护人所在地的居委会、村委会、派出所等与其联系更为密切，掌握的动态信息更及时全面，因此履行监督职责的主体不仅有作出家庭教育令的法院，也应当将居委会、村委会等纳入切实承担主体责任的范围。由于该部分工作耗费时间精力较大，且不易在工作成绩中体现出来，建议考虑在工作范围上区分法院和当地基层组织、社会组织之间的权责分工，同时纳入法院及政府部门工作人员的年终绩效考核指标，对于作出突出成绩的团队和个人予以奖励，以提高工作人员的参与度和积极性，确保履行效果。实践中，如山东法院通过入户家访、与村（居）委会保持联系、建立指导日志等方式建立家庭教育指导跟踪帮教机制，动态掌握后续跟踪帮教工作情况；江苏省扬州市邗江区人民检察院设立“萤火学院”，邀请未成年人成长指导中心的社工团队对罪错未成年人进行帮扶，对失职监护人提供家庭教育指导，并由承办人持续跟进了

解该未成年人的成长情况。家庭教育令欲实现其促进未成年人全面健康成长的目标需要各方主体主动担责，同向发力。

3. 细化强制履行措施

家庭教育令的义务内容属于不可替代行为，而不可替代行为的执行在实践中面临难题，故家庭教育令通常规定如义务人违反义务履行内容，则视情节轻重，予以训诫、罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任，但这些间接强制执行措施是否能够起到促使失职监护人履行家庭教育令义务内容的效果缺乏评估监督机制，对此，可以进一步细化不履行义务的惩戒措施，提高强制性。一是根据义务内容不同，区分所对应的惩戒措施。如对拒不接受家庭教育指导的可进行训诫，而训诫的最终目的是使其通过接受家庭教育指导，提升家庭教育能力，更好履行家庭教育责任；对严重侵害未成年人权益行为，情节严重的可采取罚款、拘留的方式，增加威慑力，使其不再做出侵犯未成年人权益的行为；二是增加间接强制措施履行的监督机制。罚款、拘留方式在实践中较易实现，而对失职监护人予以训诫的效果较难评估，亦会因不同法官训诫方式的不同而效果不同，对此可设立回访机制以评估效果，如根据北京高院于2023年5月12日召开的新闻发布会的内容，北京法院少年法庭先后对137名父母或其他监护人予以训诫，从回访来看，监护人在家庭教育理念与责任意识方面有不同程度提升。

（二）完善实体审查标准

1. 将“教而无方”纳入出具家庭教育令的范围

家庭教育令通常在离婚案件、抚养案件与未成年人犯罪案件中，依据未成年人的抚养生活情况与犯罪情况作出监护人存在明显不当家庭教育行为的认定，从而出具家庭教育令。但除此之外，由于家长对教育权的认识程度不同，管教的义务是否充分履行、教育的成效如何等，没有整齐划

一的标准加以评判，实践中尚存在家庭教育行为虽未明显不当，但家庭教育方式简单粗暴、教育理念固化保守的情形，往往容易被忽视，或法院对此种行为无可奈何。如不考虑时代变化带给未成年人成长环境的不同及心理压力问题的增长，仍然长期持续实施侮辱责骂孩子、体罚等行为，必然会严重影响孩子的身心健康。因此，应当充分利用前置审查程序中形成的调查报告，对监护人的不当行为进行分类分级处理，对此类较为隐蔽的不当家庭教育行为种类，可责令监护人定期接受家庭教育指导，学习更新家庭教育方式方法，转变教育理念，必要时进行心理咨询等，避免酿成损害孩子身心健康的严重后果。

2. 细化家庭教育令的义务内容

应进一步对家庭教育促进法的规定予以细化，补足支持性措施，在家庭教育领域形成社会支持与国家公法的过渡。一是增强义务内容履行的可行性。在生活方面，明确未成年人的父母对子女实施家庭教育的方式种类、未一起生活的父母对子女的探望频率、与学校保持沟通联系的频率；在家庭教育指导方面，强化家庭教育指导的针对性，明确规定接受家庭教育指导的地点、期限、内容，例如要求失职监护人以打卡方式参与基层社会组织提供的养育技能计划、冲突解决等培训，或一对一咨询；对于拒绝接受家庭教育指导决定的父母或其他监护人，责令其改正，拒不改正的，应由公安机关强制其接受家庭教育。二是根据失职监护人行为的不当程度规定义务履行内容。对于教而无方、教而不当的行为侧重于家庭教育指导，注重家庭教育理念方面的提升改进，对于养而不教、监而不管的情况侧重于要求失职监护人履行探望、与学校沟通等日常养育内容。三是对侵害未成年人心理健康的行为明确予以禁止。对于未成年人被诊断为抑郁症或其他精神类疾病，且心理咨询专家出具专业报告，认为家庭教育中存在打骂或强迫孩子过度学习等情况与孩子的病情有因果关系的，应责令家长立即停止该行为，

将注意力调整到未成年人的心理健康上，通过暂时休学、与长期施加负面影响的一方父母隔离等措施及时进行治疗。

3. 延伸审判职能，建立健全家庭教育联动机制

人民法院作出家庭教育令的目的旨在纠正未成年人父母或者其他监护人的不正确行为，引导、规范家庭教育，而行为的规范源自理念的转变，要从根本上改变未成年人父母或者其他监护人的理念，单凭人民法院的一纸家庭教育令是无法完全达致的。家庭教育促进法就家庭教育规定了社会协同，即居委会、村委会、学校、医疗保健机构与公共文化服务机构等应提供家庭教育指导服务，在《指导意见》中亦规定，人民法院、妇联应当与有关部门、人民团体、社会组织加强协作配合，推动建立家庭教育指导工作联动机制。实践中，为了使家庭教育令发挥其保护未成年人合法权益的作用，可以从以下几方面建章立制：一是人民法

院应与所在辖区的社区、学校对接，构建联动机制，对于案件中涉及的未成年人家庭，应当及时将相关情况反馈到学校和社区，当地组织和学校及时掌握相关信息后，对未成年人建立相应的保护机制，为失职监护人提供多种形式的家庭教育，如亲子课堂、案例汇编等形式；二是构建共享家庭教育指导平台，失职监护人所在社区、居委会等能够通过该平台查询了解到法院出具的家庭教育令具体内容，更好地对其形成监督，并在家庭教育平台上形成指导日志，对相关家庭建档立卡，记录失职监护人接受家庭教育指导的频次和效果，增强家庭教育令的实效性；三是构建常态化家庭教育法治服务平台，即通过各种形式的宣传活动，起到“针对一案、教育一片”的效果，为配合做好家庭教育指导活动提供途径。《指导意见》亦对此进行了规定。

编辑：李泊毅

审核：赵飒

十大身边榜样 | 施忆：翻越高山，不改为民初心 躬耕审判，守护公平正义

2023-09-27 北京二中院金色天平

https://mp.weixin.qq.com/s/WEbsoN5IexsYxVquyU8j_w

使命呼唤担当，榜样引领时代。在深入开展学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育之际，为进一步发挥先进典型的示范引领、辐射带动作用，近期开设专栏，对二中院第五届“十大身边榜样”事迹进行集中宣传展示。通过将理论学习同实际工作相结合，将法治精神和鲜活事迹紧密结合，让“榜样”故事成为全院主题教育的生动教材，让“榜样”精神成为主题教育中的精神坐标，不断激励全院干警见贤思齐，勇争一流。

今天，为您推出的是二中院第五届“十大身边榜样”——立案庭施忆的故事。

少年法官、家事法官、速裁法官，北京市百名法学青年英才、北京市民法典学习宣传讲师团专家成员，41岁的他，是18岁就入党的“老党员”，已在一线从事审判工作16个春秋。“少年、家事、速裁，三个领域深耕细作，两次亲历改革探索。把庭审当作表达平台，把文书当作沟通渠道，把助人当作自强路径，把办案当作爬山登攀。‘老黄牛’为民情深。”他就是施忆。



既要超脱也要融入

同志们常说，施忆温润如玉的性格，涵养出了他特有的审判和文书风格。他总能以慢条斯理的节奏，一一询问案件细节，耐心倾听当事人诉求，他的庭审和判词坚定有力，又直抵人心。当事人服气于他儒雅、镇定的气场，更服气于这气场背后，法官认真负责的态度所传递给当事人对于公平公正的信心。今年8月，暴雨刚一停歇，一名收到终审判决的当事人，就带着锦旗来到法院，称赞施忆是“人民的好法官，百姓的贴心人”。

施忆审结了数百件家事案件，但有一起离婚案件是他时常提起的。这是一起二审调解和好的离婚案件，当事人是一对在北京打拼多年的夫妻。施忆用了整整一个上午，认真听完了40多岁的女当事人讲述她与丈夫在北京打拼20多年的经历。她讲到两人从摆地摊打游击，到开小店卖服装，再到在木樨园商圈里拥有上百平米门店，她讲到除夕夜夫妻俩蜷缩在地下室嚼冷馒头，又讲到如何用尽所有积蓄在四环外买房安家……当女当事人讲到自己深夜冒着大雨独自从木樨园桥走回几公里外的家那一刻，对夫妻感情彻底失望时，男方再也绷不住了，主动提出请求与女方和解。



在复盘案件时，施忆总结说：“法庭不仅是双方诉讼对抗的场所，还是法官梳理纠纷脉络发现案件真实的渠道，也是当事人陈情表意甚至是宣泄情绪的平台。作为家事法官，既要有决断的勇气魄力，也要成为一个优秀的倾听者，既要超脱在当事人感情之外，做出客观中立的评判，也要融入到纠纷产生的具体情境中，设身处地探寻矛盾根源，有针对性地开展矛盾化解工作。”

“入土为安是社会普遍接受的道德观念，子女对于父母亦承担生养死葬的法律和道德义务。本案当事人作为子女，对于妥善处理父母身后丧葬事宜均负有不容推辞的法律和道德义务。生者处理逝者身后事宜，应以不违反法律、不违背社会公序良俗，尊重逝者生前遗愿为限……”——这是施忆在一起子女因父母丧葬费用负担问题诉讼案件判决书中写下的判词。字里行间，情理法相融，尽显人文关怀，判决送达后，当事人服判息诉。

翻过山头是不一样的风景

到法院工作以来，施忆先后经历过多个审判业务部门，少年庭、民六庭、立案庭速裁审判团队都留有他工作的足迹。每一个审判领域，他都全身心投入和付出，留下令人赞叹的工作业绩。

在少年庭工作期间，他参与了未成年人案件“分案审理”“课堂式庭审”“绿色通道”“周末法庭”等一系列未成年人案件审判工作机制探索，他在“法官寄语”中劝解离异夫妻一别两宽

合力抚育未成年子女，首创了二中院“少年法官网络公开课”，与其他同志一起举办“校园法治课堂”“法庭开放日”“模拟法庭”数十场次、多次做客广播电台接受直播访谈。他立足未成年人民事审判工作，从未成年人民事审判理念、工作机制、司法延伸保护等方面积极探索和总结，推出了《少年审判中的司法能动性》《未成年人民事权益司法特别保护机制》等一批既立足试点经验，又有前瞻性的成果。他作为主要执笔人参与了最高法院重大理论调研课题《关于建立健全未成年人国家监护制度的调研》工作，相关成果被评为北京市法院优秀调研成果。他先后五次在全国法院学术讨论会中获奖，十余份调研成果在全国全市获奖，参与撰写出版法学书籍三部，公开发表论文、案例数十篇。

2019年，施忆调入立案庭速裁审判团队，成为首都中院速裁审判队伍中的一员。案件压力、审判节奏，都是其他审判领域无法比拟的。从事速裁审判工作以来，施忆承办办结案件数量已达到了1700余件，年均结案都在400件以上，数据不断地刷新着他个人的记录，他曾经自嘲自己是“拖拉机上高速路”，工作压力可想而知。

面对巨大的案件压力和浩如烟海的诉讼卷宗，施忆把每一个案件都当成学习的机会，从法庭调查、争点归纳、文书撰写各个方面都细心总结，形成自己独有的工作规范和习惯。他这台“拖拉机”非但没有“掉队”，还在纷繁复杂的速裁案件审判中摸索出了他自己一套独特的工作方法，结案数量也不断突破个人记录。他说“案件无大小，法槌重千钧，每一起看似简单的案件背后，都可能关涉当事人的生计，也可能关涉一个企业的生存。肩负使命，我所能做的，惟有‘心有山海静而不争，克己慎独守心明信’，心无旁骛地沉浸到无数个孤灯黄卷的夜晚，以如履薄冰的心态细致审理、审慎下判，努力确保每一份裁判都经得起检验”。



施忆与团队成员一起，高效审结了一大批涉及民生及非首都功能疏解的案件，他承办和参与审理的某财务公司诉某信托公司营业信托纠纷案、涉疫留学服务合同纠纷案、改制国企退休职工代表人诉讼案等多个案件被评为二中院大要案，某小区物业合同纠纷系列案、共同饮酒人意外死亡索赔案等案件文书被评为优秀文书。他适用民法典判决了二中院首例自甘风险案件，并通过高院“京法网上课堂”为全市法院授课，该案件文书成为法官们裁判类案的重要参考。2023年，施忆被北京市高院评为“速裁业务标兵”。

心之所向，行之所往

不管身处哪个审判领域，施忆都秉承开拓创新理念，边干边摸索、边摸索边总结，总能交出一份让人满意的“答卷”。施忆爱钻研，自己承办的案件审得细致、判得扎实。其他同事遇到了疑难问题，也喜欢找他请教参谋。倘若是还不熟悉的问题，施忆会把这问题列在自己的工作日志上，利用休息时间查资料、翻案例、搜论文，直到有理

有据弄明白才罢休。同事感谢他用心帮助，施忆却回答，你这一问也给了我机会又弄明白一个法律问题。

生活中的施忆，喜欢趁周末带着孩子穿行大街小巷，在写字楼的大排档、在社区便民餐厅、在附近的书店、在人声鼎沸的公园，隐入众生中，感悟世事人情。“审判工作为我打开了另一扇窗，一扇让我更直接观察、理解社会的窗户”，对于日复一日要办理的案件，施忆有着自己特别的理解，“每一起案件背后，都是一个个具体生活个体或美好或凄凉、或欢愉或痛苦、或鲜花怒放或腥风冷雨的人生经历。通过这扇窗，我看到了人生百态，体悟到了世间公平道义和人情冷暖”。

于是，每当穿上法袍、举起法槌，那走街串巷时看到的社会百态就会提醒他：“我要做一个心中有光的人，以敬畏之心行使审判权力，以平等悲悯之心对待当事人，把内心中公平正义落实到

每一次庭审、每一份裁判中，让正义以看得见、感知得到的方式实现。”



担任法官以来，施忆已经承办审结案件三千余件。一宗宗案卷，一纷纷裁判文书，锤炼了施忆扎实的审判业务和司法调研能力，也映衬着他在同事和诉讼群众心中的好口碑。2次个人三等功、3次个人嘉奖、优秀法官、法官岗位标兵、优秀党员、审判业务专家等荣誉，记载了努力拼搏的过往，彰显了身边的榜样有力量。

文字：组宣处

编辑：丁洁

（四）检察视点

丈夫身份信息不实，诉讼离婚遇阻 甘肃西和：跨省取证 监督撤销错误结婚登记

2023-10-11 检察日报客户端 南茂林 杨海林

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231011/20231011_006/content_20231011_006_1.htm#page5?operate=true



检察官前往当事人住所地开展调查核实工作。

“检察官，我实在是没办法了，跑了好多路、打了几场官司，事情还是没解决……”今年4月的一天，甘肃省西和县的天气温暖中夹杂着些许寒意，一脸憔悴的张某来到西和县检察院12309检察服务中心，将一份监督申请书递交给工作人员。张某为何满脸愁容？

包办婚姻埋隐患，虚假信息作登记

时钟拨回到20年前。2003年3月，张某20岁，她被父母要求尽快出嫁，随后，其父亲便与认识的王某之父谈论此事，二人一拍即合，同意成为亲家，张某父母便将女儿许配给了王某。但张某、王某由于年龄尚小，都对这门亲事没有好感。转眼，到了结婚的时候，王某只有18周岁，因不满22周岁，达不到法定结婚年龄，王某便在父亲的安排和帮助下，用虚假证明材料将自己的年龄虚报至22周岁，并将姓名中的一个字进行了改动，

从而与张某完成了婚姻登记。此后，王某便与张某以夫妻关系共同生活，并育有二子。

婚后，二人经常因生活琐事发生口角，村委会、乡政府都及时介入进行调解，但随着时间的推移，夫妻关系越来越紧张。

2015年的深冬，夫妻二人的矛盾达到了剑拔弩张的地步。一天，张某和王某再次发生冲突并相互撕扯殴打，一怒之下，张某便将屋内的一小瓶农药一饮而尽，后经及时抢救脱离危险。自此之后，夫妻二人便再也无法共同生活。

诉讼离婚遇难题，四场官司两头空

2016年之后，张某便一直在临洮县务工，王某及两个孩子随全家搬至瓜州县定居下来，而王某也经常去新疆务工。但张某的户口未迁至瓜州县，张某遂准备以离婚的形式结束这段婚姻。

2018年4月，张某向瓜州县法院提起离婚诉讼。法院经审查认为，张某提交的材料中，被告王某的身份信息与被告人提供的真实身份信息不相符。因此，法院以“被告主体不明确，不符合起诉条件”为由裁定驳回了张某的起诉。2018年6月，张某不服该裁定，向酒泉市中级人民法院提起上诉。经审查，二审法院驳回上诉，维持原裁定。

张某又想到了为他们办理结婚登记的某县民政局。2020年6月，张某将该局告上法庭，请求法院判令某县民政局撤销为她和王某颁发的结婚证。然而，该案因被诉行政行为超过五年起诉期

限，被法院裁定驳回起诉。张某上诉后，二审法院维持了原裁定。

万般无奈之下，张某向西和县检察院申请监督。

围绕案件焦点，检察官两省三地取证

收到当事人的申请之后，西和县检察院检察官经过审查认为，一审、二审法院以超过诉讼时效驳回起诉和上诉，其裁判结果并无不当，但行政机关作出结婚登记的行政行为存在一定瑕疵。

本案中，当事人与民政部门在撤销婚姻登记问题上的事实认定和法律适用争议较大。张某始终认为自己是在2018年提起离婚诉讼的时候，才知道丈夫王某在婚姻登记过程中使用虚假信息登记的行为，所以，自己提起行政诉讼的起诉期限并未超过5年。而行政机关则认为，婚姻登记是双方自愿的行为，当事人应当自登记结婚时就已经知悉王某是否使用了虚假信息。

鉴于此，办案组重点围绕王某是否以虚假信息登记问题展开调查核实。承办检察官向法院调取了该案的卷宗，分别前往当事人张某工作生活地甘肃省临洮县洮阳镇和王某工作地新疆维吾尔自治区哈密市某煤矿开展走访调查，并向王某当前户籍所在地瓜州县双塔镇福泉村村委会调查核实相关情况、调取相关材料。此外，检察官还通过向某县民政局调取婚姻登记档案等材料以及联网查询，进一步了解案件原委。

制发检察建议，推动撤销错误婚姻登记

经查实，代表某县民政局履行婚姻登记职能的某乡政府未能尽到谨慎审查的义务，未按规定进行审查、询问，在当事人未能提供真实身份证、户口簿等相关证件的情况下，为张某和王某颁发了没有字号的结婚证，确实存在不当履行婚姻登记职责的情形。案涉婚姻登记档案及婚姻登记信息等材料已遗失，无法通过档案材料还原事件原貌，且婚姻登记机关表示案涉婚姻关系不符合自行撤销婚姻登记的条件。基于此，检察机关认为，案涉婚姻登记行为存在审查把关不严、登记操作不规范导致婚姻登记信息与事实不符的情况，对当事人造成重大影响，应予以纠正。

7月10日，依据“两高两部”《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》的相关规定，西和县检察院向某县民政局发出检察建议，建议重新审查张某与王某的婚姻登记程序及结婚证的颁发是否符合法律规定，如果确实缺少合法要件，应当予以撤销。

西和县检察院还邀请某县民政局所在地检察院共同参与该案争议的化解，与该民政局、当事人召开联席会议。该民政局当场表示，愿意主动作为，依法纠错。

日前，某县民政局依法作出撤销张某与王某结婚登记的决定，这起行政争议纠纷就此了结。

他们终于拿到属于自己的结婚证 十堰张湾：依法监督纠正婚姻登记冒名顶替问题

2023-10-11 检察日报客户端 蒋长顺 鲍欢 周长耀

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231011/20231011_006/content_20231011_006_3.htm#page5?operate=true

“今天，是我这几年来最开心的一天，拿到结婚证我们就能安心地过日子了。”日前，经湖北省十堰市张湾区检察院依法监督，凤妹儿（化

名）和丈夫成功领取了新结婚证，她抑制不住内心的喜悦，第一时间给承办检察官发来结婚证照片，分享她的幸福和快乐。

结婚证被冒名，诉请撤销被驳回

2019年，凤妹儿因购买房产需要双方结婚证，遂向民政局婚姻登记处申请补办结婚证，但民政局工作人员却告诉她，她早已补领了结婚证，而且结婚证照片上的人并不是他们夫妻二人。

凤妹儿回忆，她和丈夫是1988年结婚的，2007年在搬家时因未妥善保管，夫妻俩的身份证、结婚证均遗失。想着平时结婚证用得少，就没有重视，夫妻俩只补办了身份证，一直没有补办结婚证。

仔细查看民政局电脑上的照片后，凤妹儿发现，冒用自己身份信息补办结婚证的是她的闺蜜杨某。这让她一下想到十几年前发生的那件事。

2007年，凤妹儿接到银行催缴贷款的电话，因夫妻二人从未向银行贷款，他们立即向公安机关报警。后公安机关查明，是杨某用自己的照片通过非法办证人员冒名办理了凤妹儿的身份证，并和当时的男友毛某持私下取得的风妹儿和其丈夫的户口本、伪造的身份证等相关证件，将风妹儿家的房产在银行抵押，办理了9万元贷款，借款期限为10年。事发后，双方对杨某如何取得风妹儿夫妇的身份证等相关材料各执一词，且杨某承诺会按期还款，公安机关未追究杨某的刑事责任。2017年，杨某已将贷款还清。然而，让凤妹儿没想到的是，杨某当年为了办理贷款，竟然还冒用自己的信息补办了结婚证。

为了尽快摆脱这件事带来的不利影响，风妹儿夫妇向法院提起行政诉讼，请求法院依法判决撤销被冒名补办的结婚证和婚姻登记信息。但法院以超过法定起诉期限为由，驳回了他们的起诉。

此后，凤妹儿不断地向有关部门反映，但是事情始终没有得到解决。

申请监督，检察官查明事实

2022年8月，风妹儿夫妻俩向张湾区检察院申请检察监督。该院受理此案后，承办检察官把

查明事实、分清是非作为精准监督的前提，听取了相关部门的意见，核查了案涉人员的身份信息。

承办检察官经过多方走访调查，查明证实了杨某和毛某冒用他人身份信息补办结婚证、抵押他人房产的事实。

“补发的结婚证存在错误，对夫妻俩造成了重大影响，因超过诉讼时效无法通过法院判决撤销错误的结婚证。检察机关作为国家的法律监督机关，需要对公民提出的合法请求给予支持，解决群众的急难愁盼。”承办检察官说。

检察建议纠错，冒名婚姻终被撤销

为促使该行政争议得到实质性化解，在厘清事实的基础上，2022年9月，张湾区检察院举行公开听证，听取作为听证员的人大代表、政协委员、高校法律专家及相关职能部门、当事人的意见。

听证会上，承办检察官运用多媒体示证的方式，展示了案情、检察机关调查到的关键事实和相关证据。在发表意见、举证质证后，大家一致认为，经检察机关充分调查核实，补发的结婚证确有错误。

“行政机关对错误登记行为是否有权主动撤销？”针对这一问题，与会听证员一致认为解决问题的最佳途径是由检察机关发出检察建议，督促行政机关依法撤销错误的结婚证。

“行政机关在风妹儿夫妇身份信息被冒用的情况下，为杨某和毛某补发了结婚证，缺乏补发结婚证的合法要件。补发的结婚证存在错误且对当事人的生活造成了重大影响，应主动启动纠错程序，保障公民合法权益。”经讨论，听证员认为错误的婚姻登记应予以撤销。

随后，张湾区检察院向行政机关发出检察建议，建议其基于已经查明的事实，尽快启动纠错程序，最大程度维护权利人的合法权益。

收到检察建议后，行政机关针对风妹儿夫妇身份信息被他人冒名补办结婚证这一事实，向上

级部门提出申请。今年初，行政机关作出撤销凤妹儿夫妇被冒名补发的结婚证的决定，及时在婚姻登记管理信息系统中备注说明已撤销情况，并

上传决定书及相关材料，对之前冒名顶替办理的婚姻档案进行了撤销处理。

揭开女子“被离婚”又“被结婚”背后的真相

2023-10-11 检察日报客户端 韩兵 李茂东

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231011/20231011_006/content_20231011_006_5.htm#page5?operate=true

2022年底，黑龙江省七台河市桃山区检察院检察官在审查辖区法院行政诉讼案件卷宗时发现一条颇为“蹊跷”的案件线索：一男子在短时间内，将婚姻关系变更了4次，而其妻子对“被离婚”又“被结婚”竟然毫不知情。

随后，承办检察官邵宏通过对该线索深入调查发现，邹某和孙某为夫妻关系，2015年10月27日，邹某找艾某冒充其妻孙某，在没有提交结婚证的情况下，区民政局为二人办理了离婚登记。同年11月16日至11月19日，邹某找到陈某，二人到区民政局先后办理了结婚和离婚登记。随后，邹某又让艾某冒充孙某与其办理了结婚登记。

几年后，孙某和邹某因感情不和到民政局离婚。在办理离婚手续期间，孙某被告知最后一次与邹某结婚的女子不是其本人，因此无法为二人办理离婚登记。这一结果让孙某大吃一惊。她通过进一步查询得知，在自己毫不知情的情况下，丈夫邹某竟然将婚姻关系变更了4次。

2020年8月3日，孙某到法院起诉民政局，称自己“被离婚”和“被结婚”，后撤回起诉。同年9月27日，邹某和孙某在法院调解离婚。

通过进行实地调查，检察官发现，区民政局负责办理婚姻登记的工作人员没有婚姻登记证，

对办理婚姻关系登记的必要材料没有进行严格审查，对孙某的合法权益造成了损害。

如此频繁地变更婚姻关系，尤其是邹某和陈某在两天内迅速办理了结婚和离婚登记，其背后真相究竟是什么？是否还存在其他违法行为？

带着疑问，承办检察官通过询问相关人员、深入开展调查取证，终于发现了邹某找朋友艾某冒名变更婚姻关系、找朋友陈某结婚又离婚的真实目的——原来，邹某和陈某办理结婚登记后，邹某于当日利用结婚证及陈某的购房合同和商业贷款材料等提取了住房公积金12.6万元，而此款项并未被用于购买、建造住房等用途，邹某存在用虚假材料骗取住房公积金的违法行为。

案情终于明朗。今年2月，桃山区检察院依职权向区民政局、市住房公积金管理部门发出检察建议。建议区民政局依法履职尽责，严格依照法律规定办理婚姻登记，加强岗前培训，保证婚姻登记员持证上岗；建议市住房公积金管理部门严格审查公积金缴存人提供的要件，依法依规追回被骗取的住房公积金。

两家行政机关对于检察机关制发的检察建议均予以采纳。目前，违规提取的公积金已被追回。相关工作人员违规办理婚姻登记情况，目前还在进一步处理中。

丈母娘称通过微信转账购买了二婚女婿的住房；女婿去世后，女婿与其前妻所生的女儿要求继承房产。丈母娘向法院主张自身权益未获支持，向检察机关申请监督—— 咋断这起亲情纠纷案？

2023-09-27 检察日报客户端 南茂林 郝小霞

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20230927/20230927_008/content_20230927_008_1.htm#page7?operate=true



姚雯/漫画

“微信聊天记录中明确记载的转账 40 万元用于购房、银行交易明细的金额可以相互印证，但法院对这些证据和事实就是不予认定，不认可我买房的事实……”今年 6 月 1 日，在甘肃省渭源县检察院 12309 检察服务中心，周某霞递给工作人员一沓厚厚的材料，申请对一起法定继承纠纷案件进行监督。

受理周某霞的监督申请后，承办检察官立即开启审查工作。

二婚女婿卖房

丈母娘说“我买！”

2009 年 6 月 23 日，张某飞与梁某萍登记结婚，同年 11 月 1 日生下女儿小研。2016 年 5 月 24 日，张某飞与梁某萍经渭源县法院调解离婚，确定女儿小研由梁某萍抚养，夫妻共同财产、位

于渭水润园的一套住房及室内家具归张某飞所有，由张某飞给付梁某萍财产折价款 20.5 万元。

三年后，张某飞与周某霞的女儿祁某办理了结婚登记。祁某也是离异，与张某飞结婚后，与其前夫所生之子小琢随祁某与张某飞共同生活。

2020 年 12 月 5 日，祁某与张某飞向渭源县农村信用合作联社借款 15 万元，借款期限为两年。因经济紧张，二人欲将渭水润园的住房卖掉。周某霞与女婿张某飞商议，以 43 万元的价格购买该房产，并于 2021 年 5 月全部付清了房款，但一直未办理过户手续。

2021 年 7 月 22 日，张某飞因病去世，生前未留遗嘱。2022 年 4 月 1 日，祁某生下女儿小姿。

2022 年 4 月 11 日，祁某将案涉房屋从张某飞名下变更登记至自己名下。

购房未获法院认可

申请检察监督

2022 年 10 月 18 日，张某飞与前妻所生的女儿小研以祁某、小琢、小姿为被告告诉法院，要求继承张某飞名下房产。祁某辩称，张某飞已将房屋卖给周某霞，房款已全部付清，该房屋真正的所有权人为周某霞并非张某飞。诉讼中，周某霞作为第三人参加诉讼。

渭源县法院经审理认为，根据民法典规定，张某飞生前未立遗嘱，本案应按法定继承方式确定继承人资格。祁某、小研、小姿、小琢均系被继承

人张某飞的第一顺序继承人。案涉房屋系张某飞与祁某结婚前的个人财产，祁某及周某霞虽辩称该房屋已由周某霞买下并付清房款，但二人提交的证据不能排他地证明第三人周某霞向张某飞转账的资金用途，无法证实张某飞与周某霞之间存在真实的房屋买卖合同关系，且案涉房屋在张某飞去逝时仍登记在张某飞名下，应认定为张某飞的遗产。现祁某虽以补办房产证的方式将案涉房屋变更登记至其名下，但不能据此否认该房屋作为遗产的性质、排除继承人的继承，故该房屋应作为遗产由各继承人继承。

2022年11月24日，渭源县法院作出判决，由祁某、小琢、小姿直接继承该房屋，由祁某支付小研应继承房屋份额折价款1万元。同时，张某飞作为共同还款人与祁某共同向渭源县农村信用合作联社所借的15万元，系夫妻共同债务，二人应平均负担，其中7.5万元应认定为张某飞的个人债务，由4位继承人各自负担其中1.8万余元本金及相应的利息。

判决生效后，周某霞不服，向渭源县法院申请再审。法院再审查认为，周某霞系有独立请求权的第三人，其应主动申请参加诉讼，并提出明确的诉讼请求，同时应陈述相关的事实和理由，但其在庭审中仅诉称要求过户案涉房屋，并未向法院提出具体的诉讼请求，故再审申请人该项申请理由不能成立。今年4月15日，渭源县法院裁定驳回周某霞的再审申请。

在此期间，今年1月9日，周某霞以祁某、小琢、小姿、小研为被告，诉至渭源县法院，要求4被告偿还张某飞生前债务43万元，利息3.2万元，合计46.2万元。周某霞认为，既然法院认定房屋买卖不成立，案涉房屋已被张某飞的继承人依法继承，那么，其向张某飞给付的43万本金及利息应当作为张某飞的生前债务由其继承人负担。

法院经审查认为，在审理小研与祁某等人法定继承纠纷一案中，周某霞以第三人参加诉讼，审理中认定案涉房屋为张某飞的遗产，并将案涉

房屋按照遗产进行分配，同时将张某飞生前债务一并处理，而对周某霞主张其以43万元购买案涉房屋的事实并未认定。判决后周某霞未上诉，而现以同样的事实与理由向法院提起诉讼，要求被告偿还购房款，违反一事不再理原则，构成重复诉讼，3月6日，法院裁定驳回了周某霞的起诉。周某霞不服，向渭源县检察院申请检察监督。

法检合力促和解

息诉服判止纷争

渭源县检察院受理后，通过调取案件诉讼卷宗、询问当事人、与法院法官沟通等一系列举措了解了案件情况。

“根据民事诉讼法、民事诉讼法解释的相关规定，有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为案件当事人。”承办检察官经审查认为，本案中，周某霞作为有独立请求权的第三人，在庭审中明确主张女婿张某飞生前已将案涉房屋出售给自己，并提交微信转账记录、银行卡交易明细清单、收据、微信聊天截图等证据进行质证，认为该房屋所有权现应归其本人，不应作为张某飞的遗产进行分割。法院应当对周某霞的诉讼请求进行裁判，但法院在民事判决中未对周某霞的诉讼请求进行裁判，遗漏了她的诉讼请求，应当进行再审。

今年6月8日，经检察委员会讨论研究决定，渭源县检察院向渭源县法院发出再审检察建议。6月19日，法院回复采纳，并裁定再审本案。

启动再审程序后，法检两院办案人员多次就本案进行分析研判并认为，本案是由法定继承纠纷引起的亲人之间的财产纠纷，周某霞将女儿和孙子孙女、小研起诉到法院，对案件一判了之简单，但无论法院如何裁判，都可能会使一方期望落空，这对双方之间的矛盾而言无异于火上浇油，既无法达到定分止争的目的，还可能引发新的矛

盾，以和解方式处理本案更有利于节约司法资源、化解纠纷。

在此之前，检察机关就了解到双方有和解意愿，法院也已多次就祁某、周某霞与小研之间的纠纷进行调解，但双方因继承财产数额、债务清偿等存在争议而一直僵持不下，加之案件耗时较长，双方积怨已深，难以调和，和解工作一度陷入僵局。

“考虑到本案当事人关系的特殊性，我们还是想再努力做一下和解工作。”承办检察官说，“和法官充分沟通后，我们决定采取‘背靠背’的方式与当事人一对一沟通，结合案件事实、执行情况，从节约司法成本，维护双方当事人合法权益的角度，针对本案案情和相关法律规定，对三方当事人进行深入、耐心的释法说理，对各方的权利义务关系、相应的法律风险等事项进行详细的解释和说明。”

确定好方案后，检察官、法官分别从案件的事实和证据认定入手，耐心细致地从诉讼成本与矛盾化解等多方面释法说理，特别是从情理法方面与三方当事人进行沟通交流，指出当事人将面临长期缠诉带来的讼累，帮助周某霞分析案件在证据方面存在的问题以及由此可能带来的后果，在当事人的预期差缩小之际，及时促成各方坐下来面对面进行交流。

“我同意调解。”

“我也同意调解。”

“我也同意吧……”

6月13日，在检察官和法官的共同努力下，周某霞、祁某、小研三方达成一致意见，由祁某给付小研案涉房屋折价款中的3.5万元，于今年6月14日前付清；张某飞生前所有债务（包括周某霞支付的款项）由祁某负责清偿；对于周某霞的43万元购房款，由祁某和周某霞另行协商解决。在法官、检察官的见证下，当事人签订了和解协议，并于次日履行完毕。

（文中当事人均为化名）

■检察官说法

兼顾人情法理 减少无谓争议

检察机关办理案件，不能以最终的一纸法律文书作为案件是否完结的标准，而应以当事人的合理诉求是否得以最终解决、矛盾是否得以最终化解、办案的“三个效果”是否有效彰显作为衡量标准。对一些弱势群体申诉的案件，更要避免机械办案、就案办案，防止案结事了但人不和。

在办理案件过程中，还要不断加强与法院的沟通协调，不管是在检察环节还是在法院再审环节，时刻关注案件本身，切实为人民群众排忧解难。同时要和解必要性评估，有和解可能的，要尽可能制定详细周密的和解方案，以案结事了人和为导向，全力促成和解。

在和解过程中，要秉持客观公正立场，从焦点归纳、事实认定、证据采信及法律适用等方面，向当事人释法说理，让其自愿达成和解协议。特别是对于离婚、夫妻矛盾、遗产继承等纠纷案件的处理，更要兼顾人情法理，使案件得以妥善解决，避免诱发不稳定因素，引发新的社会矛盾。

就本案而言，检察机关在向法院提出再审检察建议后，在法院再审审查期间主动参与调解，检察官与法官共同分析研判，以当事人祁某与周某霞系母女关系及小研系张某飞的法定继承人的特定关系为基础，坚持自愿、合法原则，主动耐心细致地引导各方当事人寻求双方利益平衡点、减少无谓争议，达成和解协议，化解矛盾纠纷，修复社会关系，积极引导当事人息诉服判，真正做到了案结事了人和，实现了“三个效果”的有机统一。

同居关系解除后，昔日情侣对簿公堂 青海：以民事检察和解实现最佳办案效果

2023-10-18 检察日报客户端 王丽坤

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231018/20231018_006/content_20231018_006_2.htm#page5?operate=true

“检察官把百姓的事当自己的事来办，让我们可以安心开始新的生活。”不久前，一起同居关系析产纠纷案件的双方当事人分别致电青海省检察院第六检察部承办检察官王巧敏表达谢意。至此，这起同居关系析产纠纷案，因在承办检察官的引导下，双方当事人达成了和解而彻底解决。

同居析产引发纠纷申请监督

2014年，阿云（男，化名）与阿可（女，化名）开始同居关系。2017年，二人共同出资购买一套房产，支付首付款后在阿可名下办理贷款并商定共同偿还房贷，房产登记在阿可名下。在房屋贷款尚未还清的情况下，二人因发生矛盾解除了同居关系，并因对房产分割问题谈不拢，2021年3月，阿云将阿可诉至西宁市城东区法院。

案件经一审、二审和再审程序，一审判决房产归阿云所有，阿云给付阿可12万余元。阿可不服，提起上诉后，二审判决房产归阿云所有，改判阿云给付阿可21万余元；阿云不服，申请再审，再审维持了二审判决。阿云难以接受这一结果，以生效判决认定事实错误为由，于2022年10月向青海省检察院申请监督。

启动监督还是促成和解？

“从一审的12万余元到二审、再审的21万余元，相差9万元。”王巧敏与双方当事人、承办法官多次沟通后，认为该案确实存在认定事实错误情形，申请人阿云申请监督的理由成立，并将该案提交青海省检察院检察官联席会议讨论，

大家一致认为生效判决认定事实错误，符合启动检察监督的条件。

案件符合法定监督条件，但启动监督是否是最优选择？一件发生在群众身边的小案，争议标的额虽不大，但对当事人来说却是大事。机械地启动监督纠错程序，意味着漫长的诉讼过程，必然增加当事人的讼累，对当事人来讲，未必是最佳解决方案。

“充分发挥检察职能，从源头上解决矛盾纠纷，不能‘结案了事’，要‘案结事了’。”在这样的办案理念引领下，王巧敏认为启动监督并非最佳方案，和解对双方当事人都更有利。

“穿针引线”做工作 多轮“拉锯”终和解

此时，阿云与阿可的关系已降到了冰点，当王巧敏提出和解方案时，双方均不肯让步，案件一度陷入僵局。

鉴于双方当事人长期共同生活的经历，以及案件先后经过三级法院审理，双方矛盾更加复杂和激化，直接提出再审检察建议可能不是解决问题的最优选择。

案件被提交检察委员会会议讨论时，青海省检察院检察长查庆九指出：“对普通民事案件提出抗诉或再审检察建议只是检察机关履行法律监督职责的手段，实现案结事了人和才是最终目的。为节省司法资源，高效解决当事人纠纷，应当首先考虑检察和解，对无法达成和解的，再启动监督程序，同时加强与法院的沟通。”

王巧敏再次尝试开展检察和解工作。因双方当事人拒绝见面和直接沟通，王巧敏便分别给阿

云、阿可打电话做思想工作，在当事人之间“穿针引线”“牵线搭桥”。

经过王巧敏多次沟通协调，双方当事人逐渐敞开心扉，道出了彼此的困境：阿可无力承担房屋后续贷款，因经济困难急需获得房屋补偿款；阿云因被列入失信被执行人，工资账户被冻结，对生活影响不小。

“案件有了突破口，双方当事人有了和解的可能。”王巧敏掌握上述情况后，继续做双方当事人的思想工作。“如果启动监督程序，需要考虑时间成本及判决结果的不确定性；如果达成和解，双方可以在短期内实现各自的利益。”在王

巧敏专业的分析和真诚的劝导下，双方由最初的抵触转变为积极协商。经过商定补偿金额的多轮“拉锯战”，最终阿云同意阿可提出的给付其 18 万元的和解方案。在检察机关的见证和督促下，双方签订和解协议并及时履行了议定事项，本案现已审理终结。

“检察和解有助于减轻当事人讼累，节约司法资源。这要求我们检察官不但要具备过硬的法律专业素养，更要具备做群众工作的能力。检察机关将民事诉讼监督融入社会治理中，是践行新时代‘枫桥经验’的有益尝试。”青海省检察院第六检察部主任周永平说。

九、异域资讯

新作·第 22 卷主题译作 2 | 汉斯·亨德林：联合财产制中原有财产的增值

原创：2023-10-10 中德私法研究 Hans Hinderling

https://mp.weixin.qq.com/s/aH041gxTkpn_HIM2dqmaSQ

作者：[瑞]汉斯·亨德林（Hans Hinderling），1901—1983，曾任瑞士巴塞尔大学私法教授。

译者：王文娜，首都经济贸易大学法学院讲师，民商法方向。

来源：《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 130-147 页，内容经译者审定及授权。

正文总字数：1.1 万字

注释总字数：2.7 千字

目次

- 一、前言
- 二、联合财产制中的婚姻财产
- 三、原有财产中不动产的增值
- 四、结语

摘要

在联合财产因离婚解体时，为查明盈余，区分婚后所得和原有财产十分重要。但《瑞士民法典》并没有清楚回答，新取得的财产到底属于上述哪种财产类型。由于补偿债权价值恒定不变，新取得的财产归属于哪一种财产类型，其价值变化就会影响该财产类型的价值。当归属于原有财产的不动产增值，如果增值是由于丈夫的非常规管理行为，则增值要计入婚后所得；如果增值仅基于市场发展，则增值不计入婚后所得。如果妻子或丈夫的原有财产中包含企业，由于企业既不是物，也不是法益，而是一系列的权利总和，丈夫的管理及于作为整体的企业。如果企业属于妻子的原有财产，企业的国有资产和国有资产的替代财产仍由妻子所有；归属于企业流动资产的物和不可

归入妻子财产的物由丈夫所有，在财产制解体时，这可能导致企业分裂；如果企业属于丈夫的原有财产，则不会发生上述问题。如果企业的整体价值上涨，且增值是基于丈夫的独特经营方式，则该增值计入婚后所得。企业的整体价值上涨究竟基于何种因素，法官有自由裁量权。解决货币贬值带来的问题，可以将价值不变的补偿债权转化为可变的得利债权；在实践中，区分原有财产、婚后所得以及可能的补偿债权十分困难，修订联合财产制规则，刻不容缓。

关键词：联合财产制；婚后所得；原有财产；增值

一、前言

最近，联邦法院公布了一份判决书，研究了离婚时（《瑞士民法典》第 154 条）财产分割面临的重要问题。[1]在此不引述文献，仅简要概述如下：如果丈夫以出卖不动产为目的，对归属于其原有财产的土地进行合并和划分，进行并非旨在保存其财产的、非常规的管理活动，且该不动产交易非商业经营活动，在计算盈余（Vorschlag）时，应将不动产的升值以及相应的收益和对价全部计算在内。不区分对待由于丈夫的劳动引起的收入（Gewinn）和由于经济发展而产生的收入，因为对二者进行区分在实践中是不可能的，而且也不存在进行区分对待的实质理由。如果不动产的所有权属于丈夫所有的合作社，上述规则同样适用，因为丈夫是合作社的唯一机关，

丈夫加诸不动产的行为显然超出了通常的管理范围。在查明盈余时，也要将婚姻关系存续期间发生的合作社份额的增值考虑在内。如果合作社利润未分配，或者婚姻关系存续期间以合作社名义购买的不动产增值了，从而使得合作社份额增值，该增值也适用上述规则。

上述判决引起了轰动。因此，我们有必要对联邦法院的观点和与之相关的一些问题进行评析。
[2]

二、联合财产制中的婚姻财产

在联合财产制中，除特有财产（Sondergut）外，夫妻双方的积极财产将成为统一的“婚姻财产”（eheliches Vermögen）（《瑞士民法典》第194条），然而该统一体纯粹是目的共同体，旨在实现对婚姻财产的统一经营。[3]除《瑞士民法典》第199条和第201条第3款规定的特殊情形外，联合财产制并不改变夫妻双方对原有财产的所有权状况，也不会使得夫妻双方共同共有新获得的财产。在该目的共同体中，丈夫对婚姻财产享有全面的使用权、管理权和处分权，而妻子则仅享有受限的管理权和处分权（《瑞士民法典》第200条至第203条和第163条至第166条）。夫妻双方的原有财产是结婚时就已经属于夫妻双方的财产，或者是婚姻关系存续期间通过继承或者其他方式无偿取得的财产（《瑞士民法典》第195条第1款和第2款），夫妻双方的原有财产是并非特有财产的积极财产，属于婚姻财产。婚后所得（Errungenschaft）[4]包括婚姻存续期间有偿取得的积极财产；根据《瑞士民法典》第195条第2款，这类财产由丈夫单独所有。婚后所得当然也包括原有财产的收益（Erträge）（《瑞士民法典》第201条第1款和第195条第3款），即天然孳息（natürliche Früchte）和法定孳息（zivile Früchte）、利息（Zinsen）、利润份额（Gewinnanteile）（也包括参与合伙公司而得的利润份额）、分红（Dividenden）以及丈夫通过劳

动所得的报酬（Einkünfte）。但是，若某一婚姻关系存续期间取得的财产是妻子或丈夫原有财产的替代物（Surrogat），那么就要像对待原有财产那样对待原有财产的替代物，替代物不属于婚后所得（《瑞士民法典》第196条第2款）。[5]

根据《瑞士民法典》第154条第1款，无论夫妻双方生活在何种财产制中，离婚时婚姻财产都将被划分为丈夫的个人财产和妻子的个人财产。对于联合财产制来说，这只能意味着，基于《瑞士民法典》第199条和第201条第3款的所有权转移，要回溯到结婚前的状态，并且基于《瑞士民法典》第200条以下，与财产制相关的管理权、使用权和转让权不复存在。在离婚时，要对盈余进行计算和分配，这要从确定婚后所得入手。将增大或减少婚后所得的补偿请求权（Ersatzforderung），以及使得婚后所得承担负担的第三人债权（Drittguthaben），计入婚后所得中，除去夫妻双方的个人财产，可以得出盈余，盈余是通过计算得出的大于零的数值。为查明盈余，区分婚后所得和丈夫的原有财产必不可少；但这一区分在联合财产制存续期间是根本不重要的，因为丈夫是婚后所得和其原有财产的所有权人，丈夫对这两类财产享有同样的权限。[6]

上述的论述已经表明，原有财产和婚后所得（以及特有财产）是彼此相对两种财产类型。如果某物属于妻子的原有财产，则妻子有该物的所有权，丈夫则是婚后所得的所有权人。虽然《瑞士民法典》第193条和第196条第1款的证明责任规则，不利于特有财产而有利于婚姻财产和丈夫的财产（实际上首先还是有利于婚后所得），但这并没有完全解决以下问题：即各类财产类型的边界到底在哪里，以及某种财产到底归属于哪种财产类型。举例而言，在婚姻关系存续期间，如果夫妻用属于原有财产的股票认购权和与前者等值的婚后所得购买了新的股票，新的股票属于原有财产还是婚后所得呢？[7]如果一位父亲想要以优惠的价格，将某不动产留给已婚的儿子（混合

赠与)，儿子用婚后所得来支付这一费用，该不动产到底属于原有财产还是婚后所得呢？[8]虽然补偿请求权可以补偿上述的财产支出，但补偿多少仅取决于当初支出了多少，因此补偿请求权的价值是恒定的。[9]新取得的财产归属于哪一种财产类型，其价值变化就会影响该财产类型的价值，因此，确定财产归属十分重要。而且，潜在的通货膨胀也不会影响补偿请求权的价值。《瑞士民法典》认为货币价值稳定，其仅考虑物和其他资产的价值变化（同等考虑减值和增值），并且认为补偿请求权的价值与上述因素无关。若新取得的财产增值，如果可以从中获得，那么人们可能也乐于接受上述状况，但这几乎不成立。根据《瑞士民法典》第201条第3款，原本属于妻子的可替代物和无记名证券由丈夫所有，作为对这些的补偿，妻子可以得到补偿请求权，而补偿请求权的价值同样是根据可替代物和无记名证券转移时的价值确定的，因此债权的价值不会变化。[10]如果——就如根据《瑞士民法典》第201条第3款那样——新取得的财产的价值增长使得盈余增加，这一价值增长可以使妻子获利，但是并不能达到像丈夫那样的获利程度（《瑞士民法典》第214条第1款）。而且，若将原有财产转让，如果并没有利用原有财产购置替代物，则原有财产享有补偿请求权，补偿请求权的价值根据转让原有财产时的出售价值来确定，之后不会发生变化。[11]如果没有直接使用婚后所得来购买股票，而是通过银行贷款购买股票，且股票售卖之后再去偿还银行贷款，会形成用于清偿债务的债权[12]，该债权同样不会发生价值的变化。这恰恰说明，在直接使用婚后所得的情况下，只有存在特殊的法律关系（公司）时，才能适用不同的解决方案。但是，我们却不得不考虑货币贬值带来的消极影响，补偿请求权旨在补偿婚姻财产（原有财产、婚后所得），但是只有到财产制解体时，当事人才能主张补偿请求权，财产制未解体的几十年内当事人不能对其提出主张（比较《瑞士民法典》第201条第3款

和第209条第1款）。除夫妻财产制关系是继续性法律关系这一原因外，还有其他原因可以导致相似的不公平情况，这是一个根本问题。当事人努力谋求财产增值，但法律却根据票面价值理论确定补偿请求权的价值，两者之间相互矛盾。[13]

夫妻财产制中财产类型的相对性，导致相同的资产（权利）只能归属于一种财产类型。但是，夫妻双方仍然可以共同共有某物（动产），即《瑞士民法典》第196条第2款意义上的替代物。[14]在具体个案中，难以确定的是，夫妻双方是否有这样（真实的或者拟制的）补偿意思，即旨在成立共同共有的意思。[15]还有一种更为大胆的观点，即某项财产虽然只可以属于配偶一方，然而仍可以——按比例——归属于该配偶拥有的不同财产类型（原有财产、婚后所得或者特有财产），但是并没有人在学术文献中主张这种观点。此观点使得夫妻双方弹性参与财产增值成为可能，不再仅是通过僵化的补偿请求权。但是，这使得本已经困难重重的联合财产制更加复杂。而且，适用的前提条件是，参与其中的财产类型属于财产的所有人；如果丈夫拥有某财产的所有权，该财产的任何部分都不可能成为妻子的原有财产。[16]

三、原有财产中不动产的增值

①联合财产制成立时归夫妻一方所有的不动产，属于该方的原有财产，在计算盈余时，不计入内。离婚时，其仍是该方的个人财产，就像联合财产制成立之前那样。这是《瑞士民法典》第195条第1款、第154条和第212条以及第213条的明文规定。唯一的问题是，是否与该不动产相关的任何事件都可以导致补偿请求权的产生，从而使其他的财产类型获益？

②未经夫妻双方参与的、纯粹由市场（经济发展）导致的价值变化，并不会导致补偿请求权形成。到目前为止，对此存在共识。[17]从联合财产制的构造来看，当市场发展导致的价值变化发生

在归属于婚后所得的财产上时，市场发展导致的价值变化才会影响盈余的计算。[18]

③由法定规则可知，常规管理导致的价值增长，不适用特殊规则。丈夫对妻子的原有财产享有——对婚后所得有益的——使用权，因此，为管理妻子的原有财产而产生的费用，由丈夫予以承担（《瑞士民法典》第200条）。[19]

④根据主流观点，如果丈夫采取的特殊措施超出了一般或者通常管理的范围，该措施带来的原有财产增值应计入婚后所得。[20]这需要一些解释。欧根·胡贝尔已经认识到，由于实际情况纷繁复杂，这个问题并不容易回答，因此放弃制定一条相应的规则。[21]该有意为之的漏洞由法官来填补（《瑞士民法典》第1条第2款）。但要注意，为了保护妻子的原有财产，有时候丈夫也有义务作出特殊措施，该特殊措施虽然并非通常的管理，但属于符合规则的管理。[22]另外，丈夫对管理措施享有一定的自由裁量空间，因此采取某些特殊管理措施并非丈夫的义务，而纯粹是一种权限。[23]在对这些特殊措施进行补偿时，要区分垫款意义上的花费和基于劳动的个人投入。

a) 如果丈夫在实施非常规管理措施时，支出的花费（垫款）达到了特殊程度，赋予丈夫的使用权不能抵偿该花费。只要花费仍在适法的管理范围内，即被认为是必要的、有用的或者是符合当时的关系的，就可能导致补偿请求权的产生。此时，适用使用权人和所有权人之间的规则（第753条第1款和第765条第3款）。[24]如果使用婚后所得来进行垫付，且该垫付有利于一方原有财产，此时可能成立补偿请求权，该债权应计入盈余中，补偿请求权的价值根据垫付多少来确定。[25]

b) 基于劳动的个人投入，要区分的是：

从商业角度来看，在某些组织中，每一项给付都可以对应一张账单，但婚姻并非这样的组织。[26]丈夫在婚姻关系存续期间投入的高强度劳动，如果仅仅是一次或零星几次的话，仍使人觉得是

无偿给付。[27]所以，如果一方管理了属于另一方原有财产的绘画或者邮票收藏，其不能向另一方主张什么。[28]因此，如果丈夫对自己的原有财产也进行了这样的管理，并不会产生可以计入婚后所得的补偿请求权。

上述规则在以下情形不适用，即若丈夫为夫妻一方的原有财产投入劳动，该劳动投入超过了通常管理的范围，并且该劳动投入是高强度的、范围广的、持续性的、需要长期花费时间的活动，其并不因此而丧失作为管理行为的特点。[29]如果相应增长的用益不能补偿婚后所得的损失，而且丈夫的劳动投入——对比其对妻子的原有财产所作的劳动投入——并非基于特别约定，则会导致补偿请求权的产生，该补偿请求权要计入婚后所得。原因很简单，如果丈夫的劳动投入，不能因其价值较小或者因其意图使得妻子获利，而被定性为无偿给付，那么该劳动投入的结果必须计入婚后所得。尤其是，在妻子不同意时，丈夫不能通过高强度活动，以牺牲婚后所得为代价，来充实自己的原有财产。补偿请求权的价值并非不言自明，根据欧根·胡贝尔以及联邦法院的观点[30]，丈夫通过劳动投入使得原有财产增长的价值即为补偿请求权的价值。如果没有约定劳动投入可以对应多少报酬，上述观点是值得赞同的，因为这符合人们自然而然的看法，即劳动的成果表现为价值增长（工业化添附）。[31]如果不同的财产类型之间发生财产移转，补偿请求权价值的确定与上述规则不同（参看《瑞士民法典》第201条第3款和第209条）。

难以回答的问题发生在如下情形，妻子本来无须为婚姻共同体负担义务（《瑞士民法典》第161条第2款），但如果其对婚姻财产进行了管理，即若妻子为丈夫的生意或者职业提供支持，比如作为医生助手了呢？在具体个案中，如果妻子的活动不被视为在履行婚姻法中的义务，并且债法上的关系不因其性质与婚姻的本质相违背，夫妻之间可能成立债法意义上的合同。[32]但是，

即使夫妻之间可以成立合同关系，法院仍认为，妻子在这些情况中的劳动是对家庭的无偿贡献，妻子并非雇佣关系中的下属，也并不期望获得报酬（《瑞士民法典》第320条第2款），因此联邦法院非常谨慎地对待妻子的报酬请求权。[33]从结果上来说，婚姻关系确实影响到法院对于以下问题的判断，即合同关系（雇佣合同、合伙）到底是否成立。之所以是这种结果，是因为法院权衡了以下情况，即在联合财产制中，妻子投入劳动使得盈余增长，妻子是可以参与盈余分配的。然而，根据法律的任意性规则，妻子仅仅可以享有三分之一的份额，因此还是存在不平等。而且，根据“自由职业者”相关规则，即妻子在家庭之外通过劳动取得的报酬属于其特有财产，并不会有利于婚后所得（《瑞士民法典》第191条第3项）。另外，若丈夫为妻子的生意提供支持，生意仍然归属于妻子，根据《瑞士民法典》第191条第2段和第3款，所有的收入都属于妻子的特有财产，为了不使丈夫在付出很多劳动后什么都得不到，必须找到解决办法。[34]因此，法院承认他们之间成立了默示的雇佣合同，赋予丈夫报酬请求权，根据收益多少确定报酬请求权的数额。[35]然而，此种辅助构造可能原本就没有必要，因为如果丈夫投入了大量劳动，即使没有合同约定，在具体个案中该劳动投入也不会被推定为无偿给付，从联合财产制的构造来看，该劳动所得也应归属于婚后所得。

⑤关于联邦法院裁判案件（88 II 143 ff.）的上述论述意味着什么呢？

如联邦法院认为的那样，丈夫对其原有财产中的土地进行了合并、划分或扩大，并非商业行为，而仅是上述论述意义上的管理行为，其不仅是非常管理行为，而且是高强度、连续的管理行为，丈夫这些特殊行为导致的价值增长要计入婚后所得。但是，判决内容也就止步于此了。如果在个案中，并非仅仅由两个因素中的一个因素（丈夫的劳动投入，市场发展），而是两个因素共同导

致了价值增长，难以理解法院为什么不再区分对待市场发展导致的价值增长和基于劳动的价值增长，对两者区分对待曾是联邦法院一直坚守的观点。市场发展导致的增长可能是由于可以充分利用土地（高楼、公寓），虽然很难确定市场发展在多大程度上使得土地的价值出现增长，但即使这个问题难以回答，也不应改变上述结论。[36]不可否认，实践中进行区分很难。法院要考虑丈夫做了什么、相似不动产的通常价格以及附近类似不动产的价格，在鉴定专家的帮助下，得出一个公平的结果，在不甚清楚的时候，法官还可以使用自由裁量权。如果丈夫立足于当时的情境作出行动，该行动会被认为是丈夫理所应当作出的，此时就要谨慎克制地判断，丈夫的行动对于价值增长到底有多大意义。在这些情境下出现的价值增长也基于当时的特殊情况，即使没有丈夫的行动，价值增长的可能性也是存在的。丈夫是否行动了，以及丈夫的行动是否导致了价值的增长，相应的举证责任由提出上述主张的主体以及可以因此获得权利的主体承担。[37]如上面阐明的那样，证明标准不应过高。在婚姻存续期间获得的不动产是婚后所得，只要其并非为替代曾经转让的不动产而购置。

⑥州法院认为丈夫利用土地从事商业活动，这会产生怎样的夫妻财产法影响，联邦法院在 88 II 143 ff. 中没有表明观点。如果认为丈夫在从事商业行为，就会出现棘手问题。作为整体的商店可以成为妻子的原有财产，这是文献肯认的。[38]前提条件是，妻子并非在经过丈夫同意后以自己的名义，将其作为特有财产来经营，而是丈夫基于管理权和使用权作为事务管领人以自己的名义来经营妻子的商店。如果认为妻子的商店可以归属于其原有财产，相同规则也应当适用于丈夫的商店。[39]实践中通常的情况是，丈夫拥有的作为整体的商店属于其原有财产，在婚姻关系存续期间继续经营，这会导致什么样的夫妻财产制结果呢？我们在文献中仅能找到少量有价值的提

示。因此，一份全面的论述并不可少，但本文只能勾勒出一个大概。

还要注意的，企业和商店是所谓的“法律概念”或者说“法律实体”，是围绕同一目的的组织统一体，包括物、权利和实际关系（机会，商誉）。[40]根据现行法律，组织上和经济上被视为整体的商店在法律上并不被认为是一个统一体，在个案中，仍待讨论且存在争议的是，在多大程度上可以对其进行统一处理，这导致了很多疑难问题，在夫妻财产法领域也是如此。[41]

a) 根据瑞士私法，作为整体的商店并非物，即并非物权的标的物。只有商店中单一的物上才能成立所有权、担保物权和用益物权。[42]然而，用益物权一旦以这种方式确立，用益物权人应当取得的用益（Nutzung）（《瑞士民法典》第755条第1款），并非单一的物产生的成果（Ergebnis），而是经营商店赚取的年度净利润（Reingewinn）。[43]这意味着法律将商店作为一个整体来对待。在联合财产制中，为有利于婚后所得（《瑞士民法典》第195条第2款和第3款），丈夫对自己的原有财产和妻子的原有财产享有所有权或者使用权（《瑞士民法典》第201条第1款），在查明因此产生的收益（Ertrag）时，应当适用和查明用益（Nutzung）时一样的规则。[44]在联邦法院判决的这个案件中，如果认为丈夫使用不动产进行了商业行为，因合并、划分和转让不动产而导致的收益表现为逐年增长的利润，由于丈夫拥有不动产的所有权和使用权，该收益属于丈夫所有。根据商人法的基本规则，在查明商店的净利润时，不用考虑收益到底是由于经济发展，还是由于劳动的投入，也无须考虑不动产是否该商人的原有财产。

b) 就像用益那样，丈夫的管理和管理义务（如果企业是妻子的原有财产）及于作为整体的企业。该一体的管理措施也赋予了丈夫处分权。[45]丈夫有义务谨慎管理企业，在财产制解体后，企业应处在这样一种状态，即正确的管理下应该

处于的状态，如果并非如此，妻子有损害赔偿请求权（《瑞士民法典》第201条第1款和第755条第3款）。比如，若丈夫公开了商业秘密或者忽视了顾客。对于丈夫自己的原有财产，联合财产制规则并不要求丈夫承担谨慎管理的义务。[46]

c) 在物权法的用益物权领域，物上替代规则的适用虽然有争议，但被肯定，据此，为替代企业中的物，基于相应的处分权购置的替代物取得原物的地位。[47]在联合财产制中，如果企业属于原有财产，也会产生相应的问题。《瑞士民法典》第196条第2款明确规定了物上替代规则，该规则也应当可以适用于丈夫的原有财产以及企业的经济价值。但是在联合财产制中，对于属于妻子原有财产的企业，由于特殊的原因，物上替代规则的适用受到限制：最近的瑞士文献认为，即使是归属于企业的可替代物，也应当优先适用《瑞士民法典》第201条第3款，据此，拥有使用权的丈夫取得用益。[48]适用《瑞士民法典》第196条第2款和第201条第3款会导致相反的结果。[49]

如果企业属于妻子的原有财产，则企业的固有资产和《瑞士民法典》第196条第2款意义上的固有资产的替代资产（比如在妻子名下的土地、归属于企业的机器和家具），仍由妻子所有，归属于流动资产的物以及不能依据《瑞士民法典》第196条第2款归入妻子的财产的物由丈夫所有（比如库存货物）。丈夫管理旧债权，但旧债权仍归妻子所有，新债权则由丈夫所有。不难看出，在这种法律状况下，企业中的财产归属于不同的主体，如果夫妻双方没有约定离婚财产制解体时——比如夫妻一方死亡时（《瑞士民法典》第212条以下）——如何分割财产，财产制解体可能会导致原本由丈夫统一管理的企业分裂。企业是一个整体，这意味着妻子一定会收回属于企业的一切实际关系（顾客、商业秘密）。但除此之外，其他物的所有权并非只归属于夫妻一方。本归属于妻子的原有财产的可替代物，以及该物的替代物，由丈夫所有，妻子只能主张补偿请求权。根据德国文献

的观点，由于企业的统一性，在企业上成立的用益物权，就像成立用益租赁情况那样，义务人除了负担物权性的返还义务，还负担债法上的返还义务。这是由《德国民法典》第1055条（《瑞士民法典》第751条）推导出来的。然而，究竟在何种程度上成立债法上的返还义务，存在不同观点。[50]这一方案也会对夫妻财产法产生影响，它有很多优点，但是哪些情形下可以适用这种方案以及这种方案的影响到底是什么，都具有不确定性，因此十分复杂。[51]而且，这个方案的实质理由也令人生疑。[52]将上述方案适用于流动财产，会与《瑞士民法典》第772条第3款相龃龉，该款规定，如果是库存货物或者与之类似的物，用益物权人不负担债法上的返还义务。

要注意的是，如果由于夫妻离婚（《瑞士民法典》第154条）或者进入特别法定财产制，联合财产制解体，只要《瑞士民法典》第201条第3款引起的法律效果没有导致混合（Vermischung）的发生，就不再适用该款。这意味着，根据《瑞士民法典》第201条第3款转移给丈夫的流动资产，只要还存在或者流动资产的替代物还存在，就仍（又）归属于妻子。如果丈夫的过错导致了价值减少或者财产丧失，根据《瑞士民法典》第201条第1款，丈夫要承担责任。[53]

如果企业并非妻子的原有财产，而是丈夫的原有财产，法律分析就简单多了。《瑞士民法典》第201条第3款的适用条件是，原本的所有权人（妻子）丧失了使用权（由丈夫取得），如果联合财产制并没有改变物的所有权人和使用权人，比如联合财产制不会改变丈夫对其原有财产的所有权和使用权，那么第201条第3款就没有适用空间。如果丈夫继续经营自己的企业，则婚前归属于企业的物，以及《瑞士民法典》第196条第2款意义上的新取得的替代物，都是丈夫的原有财产。为了经营企业，使用归属于原有财产的企业财产购买物，该物自然应当属于原有财产。如果丈夫为了经营企业，使用归属于婚后所得的财产购买

物，则该物属于婚后所得。这是适用《瑞士民法典》第196条第2款的当然结果。要注意的是，在查明作为用益和婚后所得的净利润时，商人有很大的自由裁量权（《瑞士民法典》第959条）。物权性的用益物权人为了自己的利益，会确保净利润不会因不必要的折旧而减少；但是在联合财产制下，如果丈夫经营自己而非妻子的企业，可以想象的是，他会利用用益来将企业做大做强。这不应当影响婚后所得的价值，妻子对婚后所得有参与权。如果收益被用于企业投资，该收益仍然是婚后所得，其引起的进一步的收益也属于婚后所得。但是，法院在认定某种财产到底属于哪种财产类型时，还是会遇到困难问题，因此需要进一步讨论。而且，在分割时，当事人还可以主张《瑞士民法典》第209条规定的补偿请求权，这也是不能忘的。[54]

婚姻关系存续期间，随着顾客的增多、商业秘密的增加和经验的生长等，企业整体的价值会增加。这会如何影响夫妻财产关系呢？过去发展出的规则可以回答这一问题：在对财产制进行清算时，若只是由于经济的发展，归属于夫妻一方原有财产的企业出现了增值（比如出于政治或者一般的经济原因，销售条件改善了），该增值不属于婚后所得。但是，如果经过丈夫非通常的、不可替代的经营，企业增值了，而且该增值又不能完全体现为收益，这些基于经验、商业秘密、顾客等因素的增值应当归入婚后所得，即在这个增值范围内，婚后所得享有补偿请求权。如果夫妻一方不能参与到这部分的盈余分配中，可能是不合理的。但是，在此基础上，有必要进一步说明：如果丈夫的给付并非不可替代，即通常情况下，若给有能力的第三人合适的报酬，该第三人也可以提供像丈夫那样的给付，那么，只要该增值超出了报酬，取得的增值乃基于企业的发展潜力，而非丈夫的行动。因此，在计算盈余时，虽然雇佣的第三人也可以提供独特给付，但是并不能期待该第三人一直提供独特的给付，并且长期来看，只有给予特

殊的等价物才能购买到这种独特的给付，因此只有那些基于丈夫独特给付的增值才能计入盈余中。在区分增值到底是基于何种因素时，法官有自由裁量权。

7. 在本案中，增值的不动产并非由丈夫所有，而是由属于丈夫的个人合作社所有，联邦法院认为这一事实并不重要。[55]除了文章中已经讲到过的，要区分基于劳动的增值和由经济发展引起的增值，法院的观点是值得赞同的。虽然，从形式上看，合作社份额属于丈夫的原有财产。若该份额在婚姻关系存续期间增值，当增值基于丈夫的行为和未分配的收益，而非纯粹由于经济发展导致的不动产价值上涨时，则婚后所得对此享有补偿请求权。如果这样得出的结果对妻子不利，即该结果比不存在合作社时的情况更糟糕，无论出于什么原因，为了经济上的实际状况，要“打破”[56]法人法律上的独立性。原因在于，如果合作社不再仅仅追求法律允许其追求的目的，即“促进和保障成员的特定经济利益”，而是仅仅被用作围栏，仅仅为了使得某一成员可以更容易地通过扩大或利用不动产来利用资产，那么合作社就仅仅是“假的合作社”，这违背了法秩序，因此合作社应该因无效而解体。[57]

若一人股份公司或相应的有限责任公司属于丈夫的原有资产，如何“揭开其面纱”是很难回答的问题，如何处理这个问题只能留待以后讨论。[58]

四、结语

以上简短的概述还让我们看到以下两点负面内容：

①本文并没有讨论货币贬值和价格上涨的进一步影响，在联合财产制中，有特殊和足够的理由，可以通过以下方法来解决，即将原本认为价值不变的补偿请求权转化为可变的得利债权，使其可以面对货币贬值问题，但这也可能使权利人遭受实物贬值的风险。没人能够保证，现在的货

币发展趋势将会一直继续下去，所以人们的担心不无道理。[59]

②谨慎考量下制定出的规则，只有足够实用，才是合理的。仅仅出于这一原因，我们就必须考虑，尽快修订联合财产制规则，不过迄今为止这一点并没有受到重视。在一些案件中，区分原有财产、婚后所得以及可能的补偿请求权十分困难，法律人在处理财产分割问题时就像走入了迷宫。虽然，在不动产增值时，区分该增值到底是基于经济发展还是基于劳动投入，对于法院来说并非不可能完成的任务。但在其他情形中，区分起来就难多了。尤其是，当拥有（或没有）不动产的企业归属于原有财产时，还要考虑夫妻财产法以外的其他特殊因素，企业既不是物，也不是法益，而仅仅是一系列的权利总和（Rechtsgesamtheit），另外，由于经济上的整体性，又会引起一定的法律效果。如果在某一特定情形下，准确区分并非人为赚取的增值和基于劳动的增值非常困难，则要放弃这一基本并有重要意义的区分，只求一个差不多的结果。这样处理不仅是基于多年来的学说和判决，而且也可以直接由现行法推出：在盈余的分配方面（《瑞士民法典》第214条第1款），给予丈夫优待本来就有争议；如果盈余增加是因为妻子的原有财产增值，且该增值并非人为赚取，肯定会导致更加不合理的结果。[60]而且，在离婚（《瑞士民法典》第154条）或在向特别法定财产制过渡（《瑞士民法典》第189条）时，将经济发展引起的增值计入盈余，也符合法律的倾向，即尽可能恢复到就像婚姻关系不曾存在过一样[61]，此外，计算损失时，适用与计算盈余时同样的规则。但是，若市场发展（并非妻子的原因）导致妻子原有财产贬值，如果由丈夫一人承担全部损失（《瑞士民法典》第214条第2款），是不合理的。[62]如果将并非基于劳动的增值计入盈余，就和德国的增益共同制差不多了。德国的增益共同制规定了一种整体性方案，在这个方案中，夫妻双方平等地参与盈余分配，与之相应，妻子

通过个人劳动取得的财产（《瑞士民法典》第191条第3段）也不再享受优待。但是，增益共同制仍非常复杂。[63]如果婚姻因为夫妻一方死亡而解体，考虑到婚姻生活共同体直到一方死亡都存在，将并非人为赚取的增值计入盈余确实合理。但是，同样的结果出现在离婚的情形中却有疑问，比如导致离婚的一方，可以因另一方原有财产的增值而获利。在夫妻一方死亡时，《德国民法典》规定了盈余分配的继承法方案，在离婚时，若存在“重大不公平”，可以降低夫妻一方参与盈余的比例（《德国民法典》第1381条）。这给予了法官相对宽松的——或许过大的——裁量空间。要制定出简单、灵活和实用的夫妻财产制，在婚姻关系存续期间和婚姻结束后够实现我们所预期的经济后果的夫妻财产制，仍然是一项艰巨的任务。[64]

注释

[1] 88 II (1962) 143 f.

[2] 判决并没有直接表明当事人适用的是联合财产制（Güterverbindung），但是丈夫拥有合作社的（单独）所有权，该线索表明这对夫妻生活在联合财产制之中。此外，在离婚或者进入特别法定财产制（der außerordentliche Güterstand）时（《瑞士民法典》第154条和第189条），联合财产制中取回个人财产和计算（即使并非分配）盈余的规则，同样适用于共同财产制（Gütergemeinschaft）。

[3] A. Egger, Art. 194 N. 5.

[4] “婚后所得”这个概念仅仅出现在《瑞士民法典》的共同财产制（《瑞士民法典》第239条）中，但是这个概念对于联合财产制也是至关重要的，欧根·胡贝尔（Eugen Huber）已经阐述过本文意义上的“婚后所得”。

[5] Vgl. hierzu namentlich P. Lemp, Ersatzanschaffungen nach ehelichem Güterrecht, ZBJV 93 (1957), 289 ff.（作者原文是 hiezue，但译者认为应该是 hierzu。——译者注）

[6] Lemp, ZBJV 93, 311. 根据 H. Deschenau, ZSR NF 76 (1957)，妻子对盈余也有参与权，如果认为丈夫要为其挥霍婚后所得的行为承担夫妻财产制责任，则可以得出不同的结论。反对观点：Ch. Knapp, Le régime

matrimonial de l'union des biens (1956), 271 N. 812, Lemp, Art. 212 und 213 N. 27.

[7] 主流观点可能是正确的观点，认为新的股票是原有财产，婚后所得可向原有财产主张补偿请求权（H. Merz, ZBJV 94, 9; Lemp, ZBJV 93, 293），但是联邦法院认为新的股票属于婚后所得，且原有财产不得向婚后所得主张补偿请求权（82 II 492）。

[8] 这里也应该适用同样的解决方案。因此，结果是：50 II 430 ff.。

[9] Lemp, ZBJV 93, 203.

[10] Vgl. z.B. 47 II 132 und 52 II 9; Knapp (28 N. 128) und Lemp (Art. 201 N. 70) 甚至认为，补偿请求权的价值不受合同约定的保值条款保护。在我看来，这一观点有些离谱了。到丈夫手中的财产价值到底有什么样的命运，我们很难知道，这说明《瑞士民法典》第201条第3款——补偿请求权的价值不会发生变化——有一定合理性（特殊规则的合理性）；但这并不适用于有编号的无记名证券。

[11] 62 II 340, 81 III 43, 85 II 9.

[12] Lemp, Art. 209 N. 38.

(vgl. Knapp, 117/118 N. 388/389, abweichend Lemp, Art. 201 N. 25 ff.)

[13] Vgl. H. Merz, Kommentar zu Art. 2 ZGB N. 181 ff. und N. 207 ff. 若归属于婚姻财产的某一财产增值，婚姻财产因此得利，但这可能是由于使用了并非婚姻财产的其他财产，相应的补偿请求权很早之前就成立了，因其票面价值不变，货币贬值会导致其遭受巨大的不利益，这一情形令人错愕。面对这样的冲突情况，可以听一听《瑞士民法典》第2条或第1条第2款的指示。

[14] Vgl. Schrifttum und Rechtsprechung zu § 1381 a. F. BGB, z.B. Enneccerus-Wolff, Familienrecht (1931), 202 und RGZ 152, 355.

[15] 根据主流观点，在购买某资产时，若既使用了丈夫的财产，又使用了妻子的原有财产，该资产仍然只能归属于一种财产类型（Lemp, Art. 196 N. 25）。

[16] 此时，经常会提及联邦法院并未官方公布的一个判决，该判决是关于不动产的，购置该不动产时既使用了妻子的特有财产，又使用了婚后所得（ZBGR 35 (1954)，322）。判决认为，不动产不仅仅是一种财产类型的替代物，

而且是另一种财产类型的替代物，因此两种财产类型都可以参与不动产之后的增值。虽然，若妻子享有单独所有权，则意味着不动产不能被归入婚后所得，因为根据《瑞士民法典》第195条第2款，婚后所得的所有权人是丈夫。但是，联邦法院借助于以下假设，即妻子的单独所有权乃基于对发生财产分割的预期。

[17] Sten. Bull. 15, 711, 714, 715 (E. Huber), 40 II 172, 41 II 333, 58 II 326, 85 II 8; Lemp, Art. 189 N. 11, Art. 214 N. 44 und dortige Zitate.

[18] Vgl. auch hinten S. 124.

[19] 有关论述 (I, 193) 指出，使用丈夫常规管理下得到的常规收入，来支付的一切都属于丈夫的负担，ebenso 58 II 92 und 62 III 150.

[20] 50, II 435, LEMP, Art. 200 N. 27, Art. 214 N. 44, vgl. auch 81 II 92.

[21] Erl. I, 176.

[22] Vgl. BGB § 1374 a. F. und Enneccerus-Wolff 206.

[23] Vgl. 81 II 92.

[24] 81 II 93, Lemp, Art. 200 N. 27.

[25] Egger, Art. 212/213 N. 5.

[26] Vgl. 82 II 95 ff.

[27] EGGER, Art. 212/213 N. 5; Knapp, 263 N. 784.

[28] Abweichend A. Huber, SJZ 8, 187.

[29] Vgl. Egger, Art. 154 N. 7. 无偿劳动和有偿劳动的边界在哪里，在一定程度上仍然是可以自由裁量的问题。

[30] Erl. I, 176 (没有区分劳动投入和花费)，50 II 435, 88 II 143 f.

[31] EGGER, Art. 154 N. 7.

[32] Vgl. Egger, Art. 161 N. 13; Lemp, Art. 161 N. 51.

[33] 72 III 122, 74 II 208, 82 II 95, vgl. auch 48 II 422 und 87 II 166 f. 这个判决给了妻子道德上的敬意，但是却并不能使妻子满意，因为这意味着法院不会同意她的请求权。

[34] 判决 (66 II 233) 没有表明，是否可以根据《瑞士民法典》第195条第2款，认为丈夫被妻子雇佣而取得的报酬应归属于婚后所得，因此进入盈余之中。

[35] 66 II 233, vgl. auch 74 II 209.

[36] 即使增值的不动产不属于丈夫的原有财产，而属于妻子的原有财产，也仍将产生上述结果，这清楚地表明，区分非人为赚取的增值和基于劳动的增值十分重要。这揭示了，如果丈夫没有为妻子的财产的增值做些什么，该增值就不应当使得婚后所得以及丈夫享有的盈余份额获利。

[37] Teilweise abweichend Knapp, 263 N. 786.

[38] Knapp, 104 N. 348; Lemp, Art. 195 N. 11.

[39] 50 II 433, Lemp, Art. 195 N. 42 und dortige Zitate. 相比于论证妻子的商店为何归入妻子的原有财产，论证丈夫的商店应归入丈夫的原有财产要更容易一些，因为若商店本来就是丈夫的，在婚后仍是丈夫在经营该商店，商店的持续性和独立性就不会被质疑。

[40] Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I, 1. Halbband (1959), § 133 I, Meier-Hayoz, Kommentar z. Sachenrecht, Syt. Teil, 41 N. 88.

[41] Vgl. vor allem F. Kellerhals, Die Nutznießung am Handelsgeschäft, ZSR NF 31 (1912) 269 ff. und R. von Godin, Nutzungsrechte an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin, 1949. 法国法和意大利法参见 die Zitate bei Meier-Hayoz a. a. O. N. 89.

[42] Meier-Hayoz, a. a. O.

[43] H. Leemann, Kommentar zu Art. 766 N. 28, KELLERHALS, 298, K. Wieland, Handelsrecht I, 268. 对属于子女财产的企业，父母（父亲）的用益权被规定在《德国民法典》原第1655条。德国学理和判决将该款规定运用到了其他类型的用益关系中。《德国民法典》第1655条还规定，前一年的损失由后一年的利润来补偿。只有在适用这一重要商业原则的前提下，非因父母过错导致的损失才由子女承担。妻子不能根据《瑞士民法典》请求比之更优的待遇。

[44] 在企业上成立的物权性的用益与根据联合财产制规则成立的用益，可以适用同样的解决方案，但必须合理，必须要考虑两者不一致的情况。丈夫的使用权到底是及于作为整体的妻子财产，还是及于归入妻子财产的各个物，这一争议没有什么意义，因为即使主张前一种观点的人也认为，要根据原有财产中的各个具体标的物，来判断使用

权规则。(LEMP, Art. 201 N. 8, ebenso schon Enneccerus-Wolff a. a. O. 192 ff.)

[45] M. Gmür, Kommentar zu Art. 202 N. 14.

[46] 丈夫对自己的商店也负有谨慎管理义务,这可由扶养义务(《瑞士民法典》第160条第2款)推出。

[47] Leemann, Art. 766 N. 27, Kellerhals, 292, von Godin, 20/21, vgl. im übrigen für die dingliche Surrogation 71 II 94 ff. und Meier-Hayoz, a. a. O. 26.

[48] Knapp, 24 N. 104 ff., Lemp, Art. 201 N. 55; 对比旧观点: Gmür, Art. 201 N. 27 und Egger, Art. 201 N. 12. 根据新观点,在企业上成立的物权性用益,要适用“非真正用益”的相关规则(《瑞士民法典》第772条第1款=《德国民法典》第1067条);如果物是可消耗物,则该物的用益物权人是所有权人。(Leemann, Art. 766 N. 26, von Godin, 21)。

[49] 《瑞士民法典》第196条第2款旨在使妻子的财产保持原状;《瑞士民法典》第201条第3款则为了简化法律状况,使丈夫取得所有权。

[50] Vgl. z. B. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch § 25, Anm. 36 (1930) und Würdinger, Kommentar der Praxis zum HGB, § 22 Anm. 45 (1951). Eingehend und stark differenzierend von Godin, 44 ff.

[51] 购置替代物后,会发生补偿请求权,这已经使得财产分割很复杂,债法性的物上替代会使其更加复杂。

[52] Vgl. auch Kellerhals, 337 ff.

[53] Lemp, Art. 189 N. 24.

[54] Vgl. Lemp, Art. 209 N. 15 und 20. 对于企业的(物权性的)用益来说,企业消极财产的内部补偿也是一个问题。

[55] 应认为丈夫在结婚前就已经取得了合作社的份额,虽然法院在 88 II 143 f. 中没有明确指出。

[56] W. Müller-Freienfels, Archiv für die civ. Praxis 1957, 522 ff., H. Merz, Kommentar zu Art. 2 ZGB N. 286 ff.

[57] Vgl. M. Gerwig, Schweiz. Genossenschaftsrecht (1957), 116 ff., 169, 188 und 194.

[58] 为了企业的“长远发展”和分红补偿,允许企业进一步地储备和折旧,因此情况会更复杂。

[59] 比如1962年的股灾。

[60] Vgl. vorn N. 35.

[61] 41 II 332 f.

[62] 58 II 327.

[63] 即使不考虑《德国民法典》解决方案中包含的本可避免的不合理之处,增益共同制仍然十分复杂。目前,处理货币贬值导致的虚假增益问题非常困难。

[64] Vgl. Deschenaux a. a. O. 473a, 630/31a.

主编 | 王洪亮 张双根 张谷 朱庆育 田士永

编辑部主任 | 唐勇

编辑部成员 | 王立栋 陈大创 陈欢 赵文杰 柯勇敏 吴香香

公众号编辑助理 | 詹哲仪 唐雪倩

本文校对 | 王聪语

新作·第22卷主题译作3 | 汉斯·亨德林:联合财产制下的增值和补偿请求权

原创: 2023-10-10 中德私法研究 Hans Hinderling

<https://mp.weixin.qq.com/s/pNwd-y9aCSHFmpjL78F9Nw>

作者: [瑞]汉斯·亨德林(Hans Hinderling), 1901—1983, 本文发表之时任瑞士巴塞尔大学(Universität Basel)教授。

译者: 任倩霄, 瑞士弗里堡大学法学博士, 吉林大学法学院讲师。

来源: 《中德私法研究》第22卷, 北京大学出版社2023年版, 第148—167页, 内容经译者审定及授权。

正文总字数: 1.2万字

注释总字数: 5.7千字

摘要

理论与实务对联合财产制下夫妻财产增值以及由此而生的补偿请求权等问题关注较少。瑞士联邦法院于1962年作出的一则判决，引起相关讨论。在此背景下，以下五种情形中夫妻财产的增值和补偿问题值得探讨：①在丈夫携入的土地上，利用所得财产营造建筑物；②在妻子携入的土地上，利用所得财产营造建筑物；③利用一方的携入财产在另一方携入的土地之上营造建筑物等，而该标的物依规定又被归入另一方的携入财产；④在第③种情形下，资金来源存在争议，而所得财产又因此而获利；⑤利用夫妻财产在属于一方的特有财产的土地上营造建筑物等，而该建筑物依相关规定又成为一方的特有财产。按照《瑞士民法典》确立的补偿请求权不变原则处理以上问题，结果不尽如人意，因此，应支持补偿请求权可变并以此为基础修法。

关键词：联合财产制； 财产增值； 补偿请求权不变； 补偿请求权可变

虽然该问题在实践中意义重大，但迄今为止实务和理论对此讨论不多，笔者曾在1963年的《瑞士法学家大会祝贺文集》中撰文探讨（以下简称“1963年文”）。[1]该问题发端于1962年瑞士联邦法院公布的一则判决（88 II 143 ff.）：丈夫将一宗土地（Liegenschaft）携入联合财产制下的夫妻财产。在夫妻关系因离婚而消灭前，土地存在明显增值，增值原因有二：其一，受经济景气影响；其二，丈夫实施了有助于土地增值的行为。联邦法院认为，在夫妻关系存续期间的全部增值皆应列入盈余清单（Vorschlagsrechnung），与联邦法院相反，“1963年文”则认为应区别对待。由于该宗土地属于丈夫之携入财产（Einbringen，又译“原有财产”），故仅因经济景气而产生的增值不应列入盈余清单。相反，如增值系因丈夫之劳作所致，则应赋予所得财产（Errungenschaft，又译“婚后所得”）一项“对丈夫携入财产的”相应的补偿请求权（Ersatzforderung）。依现行法，亦应秉持上述

观点。因丈夫之劳作而获得的改良部分，又可因经济景气而再次增值，依现行法，该部分增值同样会使所得财产获益。

然而有疑问的是，对于“1963年文”中未曾提及的情形，法律状况是否亦已得到充分澄清。如果丈夫利用源于所得财产的资金（例如工作收入之积蓄）在其携入的土地之上营造建筑物（别墅、多家共用建筑或商铺）并且——在夫妻财产关系（Güterstand）存续期间——不仅地皮明显增值，建筑物亦然，那么，在财产法上应如何处理？例如，地皮价值受其自身状况、地段以及携入时间等因素影响增加了十倍，建筑物价值自建造以来虽有磨损亦有两到三倍的增值。如果案情改为建筑物系经妻子同意（《瑞士民法典》第202条第1款），由妻子之携入财产出资建造，而该部分资金又未能依据第201条第3款进入丈夫之财产，应该如何处理？如果土地属于妻子之携入财产或属于所得财产，但营造建筑物所需之资金却源于其他类型的夫妻财产**，又应如何处理？最后，如果特有财产（Sondergut）参与其中，又应如何处理？

不同类型的夫妻财产相互之间发生转移会产生补偿请求权，此类补偿请求权既非基于（管理或使用的）特定责任，亦非基于夫妻间特定的法律行为，此前的学说认为，所有此类请求权皆应依照成为夫妻财产之时的价值确定并且保持不变；这一原理亦应适用于前述案例。“1963年文”赞同上述学说[2]观点。该观点似乎可以得到第199条、第201条第3款和第209条第1款的支持，这些条文规定的是不同类型的夫妻财产之间互相转移的特定构成要件以及补偿请求权，根据法律之文义（第199条非常清楚，第201条第3款则稍欠）以及毫无争议之学说，[3]此处的补偿请求权应以上述方式计算之。就该请求权范围之限制，之前曾有文章提出，支出的资金按用益权人支出的费用（Verwendungen eines Nutzniessers）来处理即可，职是之故，没有太大的必要再寻找其

他解决方案。相反，对于导致额度增加并且使（土地）明显增值的投资，则应认真加以考虑。在此情况下，固守补偿请求权额度不变之立场会导致令人难以接受的结果。有疑问的是，立法者虽未曾预见具体的有形资产（Sachwerte）升值的程度，但这是否就意味着对法律的解释亦应不变？[4]下文将提出一套可能让人觉得富有“革命性”的解决方案，该方案也许值得认真检讨。在讨论该问题时，我们总是在以下意义上使用“费用支出”（Verwendung）一词：具有金钱价值的给付被用于某个非常确定的物上，并且该给付直接导致不同类型的夫妻财产之间发生转移。在讨论之时应区分如下情况：不同类型的夫妻财产之间是否发生过相互转移，如果发生过，又是在哪些案例类型之间发生的。

①土地由丈夫携入，建筑物则系由所得财产出资建造，亦即，以应列入盈余清单正资产一栏的夫妻财产出资建造。

基于从属性原则，建筑物将成为土地的成分（《瑞士民法典》第667条第2款）并因此成为丈夫携入财产的一部分，[5]同时，所得财产取得一项对丈夫之携入财产的补偿请求权。如果补偿请求权的额度等于使用的资金并且保持不变，那么丈夫携入之财产将不仅仅因地皮的景气升值而获益，并且建筑物的景气升值亦将全额归入丈夫的携入财产（这本来已经引人注意，而在极端情况下，例如在建筑价值翻番或翻三倍时，就未免令人不快了）；与1962年瑞士联邦法院判决（83 II 143 ff.）的立场相反，笔者认为，将地皮的景气升值归入丈夫的携入财产，符合联合财产制的本质。利用所得财产之资金于土地之上营造建筑物后，最终结果真的应当取决于土地到底属于哪一类型的财产（所得财产或携入财产）吗？如果土地之购入以及土地上房屋之建造皆由所得财产出资，那么，在夫妻财产关系消灭时方可确定的建筑物增值，无疑会扩大财产盈余。在其他情况下，根据前面介绍的解决方案，从属性原则将

对结果产生重要影响，但该结果很可能跟联合财产制的本质（盈余共同体）存在一定的冲突：如果丈夫“盘活”（arbeiten läßt）所得财产之资金（例如工作收入之积蓄），将其投资到自己的携入财产，那么，以下做法将更符合大家观察问题的方式，这种方式既与盈余财产制之意义协调一致且“自然而然”：将投资之结果同样视为所得财产并将其纳入盈余清单，而非根据此前业已形成且被采纳的模式，以投入的时间为准将其范围固定在特定额度。以如此僵化的方式确定补偿额度，符合债法上的费用补偿或赔偿规则，当然，多数情况下从不当得利，或者从物权法上有关加工、附和混合以及在他人土地上营造建筑物后的补偿规则观察，问题也不大；多数情况下这与依据无因管理规则得出的更具弹性的方案一样无足轻重。实际上，仅仅从联合财产制和婚姻的结构与本质出发，就足以作出相同判断了。[6]如不额外考虑一项特别因素，仅基于上述理由就接受不变的请求权，仍会有疑问：在不同类型的夫妻财产之间产生的补偿请求权，除了第174条、第175条和第210条的例外情形，只有在联合财产关系解体时方能到期，并且在此之前不计利息。[7]依此前之观点，这意味着，妻子只能无可奈何地坐视所得财产及其相应的盈余份额保持不变，然而，如果允许该请求权提前到期，则可能引起迟延的后果。无论所得财产的补偿请求权是根本不存在抑或（仅仅）是尚未到期，通过以上就妻子之利益所为之衡量可得，其结果并无二致。尽管尚未到期的补偿请求权原则上亦可转让，[8]但对上述结论却无影响，因为，就算将未到期之债权让与第三人，亦无法在经济上弥补其未到期之缺憾。因此，有人想到下列方案：所得财产对丈夫之携入财产的补偿请求权，其额度应随其投入之价值的增长而作调整。补偿请求权的额度可变，并且，如果该请求权在夫妻财产关系消灭之时才到期，其额度看上去亦与因投入而于此刻获得的收益相符。据此，所得财产对丈夫之携入财产在经济上的贡

献应与丈夫之超乎寻常的劳动投入同等处理，这些劳动投入同样应当（通过所得财产对丈夫之携入财产的补偿请求权）获得补偿，所得财产的补偿请求权在范围上随增值而作调整并在该意义上额度可变。[9]若无正当理由支持额度变动，则补偿请求权同样应保持不变。接下来将会看到，《瑞士民法典》第199条明确承认的、第201条第3款默示承认的以及第209条第1款同样采纳的请求权之不可变，远非定于一尊的公理。[10]

如果利用所得财产之资金获得的结果在婚姻存续期间并非增值，而是——有时幅度还挺大的——贬值，则上述观点亦须经得住检验。与增值的情况类似，在贬值时，补偿请求权的额度应相应地下调。这一结果恰恰符合盈余共同体的本质。如果丈夫基于其管理权和处分权在其权限范围内将所得财产投入其携入之土地，那么，当投入的财产价值已经蒸发时，让丈夫之携入财产向所得财产承担更高层次的责任就没有意义。也就是说，让作为所得财产法定管理人的丈夫承担风险，就是让他承担依夫妻财产制之本质在法律上本来无须承担的责任——这没有意义。[11]

在下述情况中，结果类似：补偿请求权之产生并非基于从属性原则（地上物从属于土地，*superficies solo cedit*），而是因为某物之购入系由所得财产和丈夫携入财产共同出资，并且根据相关标准，尽管可将其视为代位物，然而，却不能将其划归到所得财产，而应将其归为丈夫携入财产。在此前的论文中有两个例子可以证明，笔者新近提出的方案亦可适用于上述情况，其结果也更令人满意：新购入的股份***与丈夫携入之股份的优先承购权（*Bezugsrechte*）在价值关系上大致相当，却由所得财产出资购入。学理[12]支持将新股份作为签署权（*Zeichnungsrechte*）的代位物归入丈夫的携入财产，但瑞士联邦法院反对之，它认为新股份应没有任何负担地（!）归入所得财产（82 II 492）。然而，在依财产法分割财产时，如欲确定所得财产（对丈夫之携入财产）的补偿

请求权之额度，根据笔者此处赞同的、适用到上述例子亦可能更令人满意的观点，具有决定性意义的是，投入之额度占股份于购入之时的价值的比例。以下考量亦支持上述弹性且平衡的解决方案：是否应认可代位物（*Ersatzanschaffung, Surrogat*）以及在必要时应将代位物归入何种类型的夫妻财产，取决于细致且难以把握的标准，然而，正如实务和学说之争议向我们清晰地展示的那样，在具体个案中，可以强度相当的理由作这样或那样的解读。[13]

此前的文章曾引用另一个案例，该案例亦可向我们展示同样的观察角度、疑虑和可选的解决方案：父亲——以半卖半送的方式——给了已婚的儿子一宗土地，儿子用所得财产向父亲支付了优惠价（50 II 430 ff.）。几个月后，丈夫（即案例中父亲的儿子）就把土地转卖给他人，因丈夫之特殊劳作导致转卖时赚到了差价，在离婚之时，夫妻双方一致承认尚未将该部分钱款投入他用，瑞士联邦法院则正确地将差价归为所得财产。有疑问的是，该宗土地本身究竟应被视为丈夫的携入财产还是所得财产（参见《瑞士民法典》第195条第1款）。因为土地之取得和转卖间隔很短，在当时（1924年）土地并无升值，故瑞士联邦法院未探讨该问题。否则，根据此前的观点，将土地归为此类或彼类夫妻财产必将影响最终的盈余清单，在有些情况下影响还挺大，与此同时，在把（增值）归入丈夫之携入财产时，如承认（所得财产对携入财产）享有额度可变的补偿请求权，从而使所得财产根据（所得财产之）投入参与分配增值部分，那么上述分歧将得到弥合。（如将土地视为所得财产，应如何处理携入财产的补偿请求权，下文将展开论述。[14]）

在具体个案中，交易价值是否有变动以及变动幅度如何，[14a]在检验之时须极为克制。在有疑义时，补偿请求权保持不变。亦应适用下述原则：法官不管鸡毛蒜皮的小事（*minima non curat praetor*）。另外，针对一些既难以期望亦难以期

待被转让的物品，判断其价值时更应注重其内在的、持续性的价值，而非假定的临时性报价。[15]但是，恰恰是这些为建筑用地支付的价款和建造费用，近十多年来持续地明显增值，以至于我们不能不关注其发展趋势。通常情况下，系争的关键数字之查明须由专家辅助并由法官行使裁量权。（然而，法官在联合财产制下亦不免要解决类似难题，例如，在评价根据《瑞士民法典》第214条应纳入盈余清单的积极所得财产之时。[16]）

因磨损和老化而导致的贬值，有别于因市场不景气导致的贬值。磨损和老化导致的贬值不会影响补偿的额度，因为，采购而来的新物会使负有补偿义务的夫妻财产类型增值，而因使用而导致的价值减损则会使其贬值。在相应的价值增加方面，二者之间没有相关性，[16a]并据其性质依习惯和惯例保持不变。如果丈夫携入一辆汽车（参见 aber Art. 191 Ziff. 1），然后用该辆汽车以及所得财产的资金换购到一辆新车，该新车作为代位物又被归为携入财产，那么，所得财产应获得一项不变的补偿请求权。

②如果在妻子携入的土地上由所得财产出资营造建筑物或利用此类资金购入其他物品，但该物品根据相关标准不应归入所得财产，而应作为代位物归入妻子的携入财产，这与（在丈夫携入之土地上营造建筑物）的解决方案并无二致。因应盈余共同体之本质，补偿请求权仍应在夫妻联合财产制下的财产关系消灭之时才到期，并应依据增值作调整，在该情形下这将有助于维护丈夫的利益，因为，此处获利者并非丈夫之财产，而是妻子之财产获利并导致所得财产受损。大家或许还会有问题：在丈夫于妻子的土地上建房之时，是否未逾越其无须妻子配合的管理权；[17]如果须于土地之上设立担保物权以获得融资，则在任何情形下丈夫皆须获得妻子的同意。[18]如果妻子之配合不可或缺，或许可以为认可夫妻合伙关系（die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen

Ehegatten）寻找理由。[19]如果大家愿意接受以下观点，亦即，根据有关合伙的规定（Gesellschaftsrecht）以盈利为表现形式的增值亦应对半分，[20]那么，在增值的情况下[不考虑合伙关系（Gesellschaftsverhältnis）存续期间长过夫妻财产关系的情况，78 II 311]，如涉及及合伙将会导致非常不同的结果。通过灵活的财产法方案也能凑合着满足双方的利益，因此，在双方欠缺相应的意思表示时，几乎不会有人尝试适用有关合伙的规定。

③如果由（丈夫或妻子）一方的携入财产出资在另一方携入的土地之上营造建筑物或利用此类资金购买标的物，而该标的物依照处理代位物的相关标准又被当作积极财产（Aktivum）归入另一方的携入财产，又应该如何处理？再次可以确定的是，此处应成立的补偿请求权亦应于联合财产制终止之时才会到期；原因在于，此处涉及的是夫妻财产内部的相互补偿，这亦与《瑞士民法典》第209条第2款规定的情形不同。由于此处的补偿非由所得财产支付，[21]补偿请求权之可变性不能直接从被利用之资金的功能以及盈余财产共同体（《瑞士民法典》第214条第1款）的意义中推导出来。法情感于此处或许亦难以确保一视同仁。例如，丈夫经妻子同意将后者的携入财产以本文开头提及的方式投入丈夫自己的携入财产，万一这些有形资产又发生剧烈的价值波动或干脆发生了明显的价值下降，则人们或许又容易接受妻子的补偿请求权不变，并以投入之时的额度为准。然而，在此处，我们可以接受依据财产法以投入的最终价值为准确定补偿请求权，亦即在该意义上补偿请求权是可变的，其简要理由如下：即便不考虑此处与所得财产之功能的特殊关联，该结果也更为符合以夫妻命运共同体为依归的联合财产制，也与丈夫责任的范围更为相称。[21a]在丈夫将妻子的携入财产投入其他类型的夫妻财产之时，就妻子之配合而言，无须征得监护机关之同意，[22]虽然这看起来与“保守”方案配合得

更好。但是，该理由并非理所当然，因为，上述规定存在原则性失当，显然应对其作限缩解释。

④如果关于以上述方式投入的资金之来源（究竟是由丈夫还是妻子的携入财产出资）存在争议，而所得财产又因此获利，将产生棘手问题。

[23]如果此处的补偿请求权亦保持不变，其结果是，因支出而获得的增值通过所得财产进入盈余财产，夫妻双方皆参与分配。如果夫妻一方（其携入财产被用于支出）亦以这种方式从最终的结果上获益，那么，这至少部分弥补了补偿请求权保持不变的缺憾，较之于通过可变的补偿请求权使配偶在此范围内丧失机会亦免除风险，允许夫妻另一方也参与分配，其相应的结果似乎更符合管理共同体（联合财产制体现了管理共同体）的意义。然而，似乎有疑问的是，根据原本辅助性的、实践中却一直在适用的法律规定，妻子可分得的盈余份额只有丈夫的一半（第214条）。在有些情况下仅妻子可获得利益（特别是《瑞士民法典》第191条第2项和第3项、第211条），这虽不能抵销掉上述不平等，但可解释之，当然，依现行法，在原则上还无法消除这种不平等。如果盈余基于不劳而获的（unverdient）增值（历史上的立法者从未在范围上对其作出规定），尽管该增值系通过妻子携入财产的资金而获得，但因其并无代位物或基于附合等原因而不能归入妻子的携入财产，而是将其归入所得财产——由于妻子可分得的盈余份额只有丈夫的一半——这种做法就有些令人不快了。不考虑增值之来源即将景气升值纳入盈余共同体，顺应了法律的继续发展趋势，不仅为大家所接纳，甚至还得到了赞扬，然而其（获得接纳和赞扬的）前提应当是：增值源于夫妻一方的携入财产，不能让携入财产的一方只获得较少的份额。以合理方式相应地扩大盈余共同体应以双方平等为前提，例如在合伙制度中即是如此：假定未通过合同确定价值的计算方式，如果以携入之时标的物的价值为准计算某位合伙人（Gesellschafter）的补偿请求权（《瑞士债务法》

第548条第3款），那么，除非另有约定，在分配携入财产之盈利时，应当平均分配（nach Köpfen），亦即应遵循平等对待原则（《瑞士债务法》第549条结合第533条）。于此之际，尚须注意以下问题：合同约定的效果可能比按照《瑞士民法典》第214条第3款分配的效果要自由得多。当因经济环境不景气而贬值时，按照通说的必然结果是，就妻子之一——按最初规划不变的——补偿请求权，丈夫亦应承担亏损，也就是说，丈夫不仅须以所得财产，甚至在没有任何过错的情况下亦须以自有财产（携入财产、特有财产）向妻子承担责任（参见Lemp, Komm. Zu 24 Art. 214, N. 66），这也令人讶异。不可讳言，在案例类型④中，笔者建议的解决方案（补偿请求权可变）比其他方案更易于接受。如果原则上允许（补偿请求权）可变，那么，笔者于此亦应承认之。在其他层面，亦有理由支持以下观点：如果增值与所得财产无关，而是——没有（从所得财产）支出，亦无相应的财产损益——直接源于一方的携入财产，那么，从一开始就不能考虑将景气增值列入盈余。除不平等的盈余分割之外，尚需考虑现行法发展趋势：在离婚时（《瑞士民法典》第154条以及第189条），财产状况应尽可能恢复到双方如未结婚而应有的状态。[24]

然而，针对所有的案例类型，都会遇到原则性的反对意见：基于《瑞士民法典》第199条、第201条第3款产生的补偿请求权同样是在夫妻财产关系消灭时才到期，同样不计利息，[25]并且根据法律条文清晰的文义（第199条）或根据无异议之观点（第201条第3款、第209条第1款），其数额应以投入之时为准并且保持不变。[26]显而易见，这些规定既未考虑到货币贬值，亦与个别有形资产不成比例的增值不协调（例如土地、艺术品）。有疑问的是，能否由此得出下述结论：就算暂且不管《瑞士民法典》第2条或第1条第2款确立的特殊矫正规则，在确定其他补偿请求权的额度时，这类价值变动也不应加以考虑。类比

推理立足于显而易见的类似性，利用类比推理追求尽可能简洁且直观之秩序者，将声称可对上述问题作出肯定回答，或许也支持在案例类型①和案例类型②中（由所得财产出资投入其他类型的夫妻财产而取得的补偿请求权）以最初额度为准确定补偿请求权并保持不变。然而，从《瑞士民法典》第199条、第201条第3款、第209条第1款得出的结论几乎经不住价值批判之审视，原因在于，上述任何一条规定皆需满足特殊条件，而这些条件又使这些条文规定的补偿请求权不可变具有一定的合理性，与此同时，有关附合、代位物及费用支出的规定却明显可提供其他方案：《瑞士民法典》第199条规定了统一财产制（Güterstand der Gütereinheit），而该种财产制在《瑞士民法典》颁布之时即已过时，之所以作出规定，是顺应专家委员会考虑到其此前的分布情况（伯尔尼、阿尔高）而提出的动议；如果双方已经通过婚前协议明确约定妻子财产之转移以及补偿请求权不变，并且[27]已经获得监护机关之批准，此种统一财产制在适用中本来只处于次要地位。更为重要的是，要关注一下《瑞士民法典》第201条第3款。在妻子财产中的（可替代）物和有价证券发生基于法律规定的权属变更时，如果认为财产的补偿请求权之最终价值应以权属变更之时的价值为准，那么，首先不能忽视的是，《瑞士民法典》第201条第3款已关于妻子财产对所得财产之请求权作出规定。[28]但是，如果以此为据而为完全相反的情形或其他情形（案例类型①—③）得出结论，就未免操之过急了，因为，此处具备支持请求权可变的特殊理由。即便不考虑上述情况——并且从上述分析可知《瑞士民法典》第201条第3款亦不会为案例类型④提供裁判方案——亦不免会有疑虑，亦即，财产权归属之变更系基于法律规定，它是基于《瑞士民法典》第201条第3款的补偿请求权，如此处理的理由在于相关财产的本质：此类财产属于积极财产，通常情况下，如未特定化并因此而有混合之虞，将

不能或须大费周张方能追踪其去向。让妻子的财产转移给丈夫，将会简化法律状况并避免权属不清晰，以免有人不当利用权属不清借助妻子之所有物返还请求权损害债权人利益。[29]在确定补偿请求权之额度时，如果仅考虑使用了多少（由妻子）转移（给丈夫）的资金，这毫无疑问有违立法者之本意（ratio legis）。在《瑞士民法典》第201条第3款的适用范围之外，亦即在利用妻子之已特定化之资金时（参见 auch N. 29），却有作其他解释的空间。如此前的文章已经根据立法材料、判例和学说作过阐述，因法官受制定法约束，故不能将自有财产及其增值纳入盈余清单；就费用支出和代位物而产生的补偿请求权而言，大家普遍觉得有必要进行法之续造，尽管法官受制定法约束，但不必然因为阶段规制（Teilregelung）之正当性仅限于法律为其预定的范围之内，从而类推该阶段规制反对进行法之续造。已有方案将增值视为有偿劳动（von entgeltlicher Arbeit, accessio industrialis）之成果，况且根据由欧根·胡贝尔提出且被瑞士联邦法院所接受的观点，增值之额度应根据劳动产生的价值增量确定，亦即根据可变标准确定，[30]至于为何对因财产损益而产生的增值不适用上述方案，而是一定要适用完全不同的方案（grundsätzlich andere Lösung），却未见有合理解释。相反，第201条第1款所确定的不变性原则上亦适用于第209条第1款，原因在于，由该条文规范的不同类型的夫妻财产之间互负的补偿债务，同样不以待补偿之给付和具体购置之间存在直接事实关联以及由此而生的价值变动为前提。[31]妻子财产亦可主张基于附合和购置的补偿请求权，笔者提议对该请求权采可变性原则。几乎没有什么理由反对笔者的提议，否则妻子将面临风险，也就是说，由妻子财产出资购入的新资产贬值时，尽管贬值非因妻子引起，妻子却仍须分担夫妻财产之亏损——这有违第214条第2款。原因在于，丈夫或妻子携入的积极财产之单

纯价值变动——并且这即是调整补偿请求权之后的结果——既不能成为盈余，亦不能成为亏损（58 II 326）。[32]不计利息当然不仅仅是该项补偿请求权的特征，而是旨在平衡夫妻财产关系的全部补偿请求权的共通特征，在下列情况下只能获得部分补偿，例如，根据第 201 条第 3 款，当所得财产因付出的对价（Gegenwert）而获利，盈余财产亦随之获利时；升贬值在长期夫妻关系中影响甚巨，妻子之补偿请求权在货币持续贬值、实物持续升值时期仍不计利息且以初始额度保持不变，显得不近人情。[33]将《瑞士民法典》第 2 条纳入考量范围，尽管可在特定期限（亦即在国家采取特别措施协助稳定货币之时）为就极端情况作出或此或彼之裁决（*aut-aut-Entscheidungen*）[34]留出一线机会，但司法实务却不应过度依赖此类裁决，原因在于，在根据第 2 条第 2 款考虑业已变动之情势时，显然无法以靠谱的方式确定其要件。[35]

上述针对全部案例类型（①—④）所为之论述的前提如下：在丈夫（携入财产、所得财产）或妻子（携入财产）的土地上已由其他类型的夫妻财产出资建造了房屋，或者由其他类型的夫妻财产出资购入新的物品，上述财产在夫妻财产关系因死亡、离婚等原因消灭之时仍然存在。然而，如果此类财产在夫妻关系消灭前已被转让，又应如何处理？根据一般原理，以诚信方式获得的变价所得可以终局性地决定补偿请求权的额度。类推适用第 198 条第 2 款，根据参与其中的夫妻财产类型亦可类推适用第 201 条第 3 款，二者皆可作为支持上述观点的理由。然而，变价之所得又可被立即用于购入新物件，于此之际，有时可能会满足法律意义上代位物的条件。补偿请求权是不是不应受此类后续情况变化的影响，还是说亦应随之作调整？此处须加以考虑的是，往往需要大费周张方能查明后来接二连三的交易情况，有时甚至无法查明并因此只能推算其大略，在长期婚姻中尤为明显。如果第 201 条第 3 款——如上文所

述——原则上亦不能被用于否定所有补偿请求权的可变性，那么可以认为，该规定以追求简化为基础，而追求简化符合大家的普遍性考量，这说明必须避免过度复杂化，否则，在具体个案中考虑这些复杂化的情形，恰恰会导致形成联合财产制下的多层次财产制，这未免有些荒唐。就此点而言，应重点考虑可行性方面的理由，据此，在通常情况下，无论盈亏皆应以首次变价所得为准。例外情况下或许有必要采纳其他方案：用妻子之财产购买有价证券后，丈夫在市场短期低迷期间以诚信方式将其出售并蒙受损失，如果（利用出售之所得购买的新有价证券）紧接着又持续上涨，从而导致夫妻财产的最终状况有所改善，那么我们有理由认为，丈夫通过变价所得再次获得丰厚收益，在此情形下，仅赋予妻子额度较低的补偿请求权并保持不变，将难以服众。[36]此处，因情况特殊，有必要将补偿请求权提高至最初的额度，亦即，被使用的资金在支出之时的价值。[37]反之，如果先以高价卖出，后续的投资却因市场持续低迷而导致夫妻财产最终相应地减少，则有必要将补偿请求权减少至最初的额度。在这些特殊情况下，尽管存在卖出的情况，补偿请求权之额度仍应在夫妻财产关系消灭、请求权随之到期之时，才能最终得以确定，这虽有违形式逻辑之嫌，却有其正当性：就补偿请求权的目的而论，它既反对补偿请求权不变，亦可确定补偿请求权发生变动的前提条件、范围及其界限，因此，在例外情况下，可导致恢复原状（*restitutio ad integrum*）。应赋予法官一定的裁量空间，此类裁量当然亦可通过简而化之的估算来实现，如无裁量空间，上述问题将难以得到妥善解决。[38]这些后果（针对其细节可进一步展开论述）却显示，如果围绕补偿请求权之不变原则夹缠不清的话，联合财产制终究会被搞得越来越复杂，并且更加难以一目了然。由此而产生的疑虑，也注定难以轻易化解。因此，在货币和有形资产长年稳定的时期，大家未认真考虑笔者为此建议的（补偿请求

权可变的)例外情形,也就不足为奇了。婚姻乃命运共同体,联合财产制之本质即由此决定,在制定《瑞士民法典》之时未曾预见到的现实情况之变迁,恰恰可促使大家按照联合财产制之本质接受一套不同的秩序。如果上述内容妥当——本文之论述以对其妥当性之确信为基础——那么,与制定法之文义相符的解决方案亦不能因与历史上立法者之观点相左而落空。依据《瑞士民法典》第2条第2款,在其他情况下通常不可避免地需要对结果进行检验,这将会以类似方式提高分割财产的难度。同时,通过各种方式已足以验证之前结论的正确性,[39]即因缺乏可行性,再加上现行联合财产制已经过时且有实质缺陷,有必要尽快修法。现如今,人们很少提起财产法诉讼,走完诉讼程序的则更少,这大概不能说明法秩序富有智慧,有助于解决当事人之纠纷,而是反映出法秩序缺乏说服力以及欠缺透明度。如果上述理由迫使当事人接受和解,这对一部法律而言绝非吉兆。因此,于修法之际不仅应力求采纳实质上的最佳方案,亦应简化财产法上的分割方式。在伯尔尼市有些公证员,他们推荐在夫妻财产协议中对内采共同财产制,对外采联合财产制,如此操作,可兼顾依份额的务实分配方案以及对夫妻双方都有利的债务和责任规制方案。尽管在现行法上尚无规定,但有必要仿照德国法上的净益共同体模式,[39a]亦将携入财产的景气升值一般性地纳入盈余清单,这可作为未来——辅助性的——制定法规则。然而,其前提是,夫妻双方获得相同的份额,并且在考虑双方的工作收入时,亦应平等对待。如此,可从源头上消除本文所提及的困境或减少其不利影响。[40]当然应避免前后矛盾以及德国法上原本就不必要的烦琐。亦须找到适于离婚情形的、灵活的规制方式(参见《德国民法典》第1381条、第1478条的新规定)。根据《瑞士民法典》第154条(参见第189条),在离婚的情况下,应尽可能恢复至假定双方从未结婚的状态。因此,在存在基于夫妻财产协议的财产共同体时,

应将夫妻财产划归各自的自有财产,并且根据夫妻财产制仅须分配盈余部分;法定继承权和约定继承权皆无适用之余地,全部基于婚姻协议的权利皆失其效力。婚姻失败导致的经济补偿请求权只能由无过错方向过错方主张(第151条),与此相对,在双方皆无过错而离婚时,无过错的一方只能向同样无过错的另一方主张旨在满足迫切需求的请求权(第152条)。^[41]就联合财产制而言,离婚亦意味着夫妻财产关系解体(第154条第1款),其主要体现为第201条的诸项法律效果之终止,但立法者为不同法律效果之终止确立的规则并不一致,与此相对,在财产共同体的模式下,在离婚之时,则可将更重大且更有意义的不利后果加诸夫妻之一方。这在通常情况下没有问题,但绝非必然,特别是在夫妻关系存续多年,后来又仅仅是因为客观原因而失败的情况下;因为在这种情况下,第151条和第152条未对财产法上的利益丧失提供任何补偿。总的来看,该方案(包括盈余之分配在内,将夫妻财产划归各自的自有财产)立足于简化(法律关系的)理念。原因在于,谁也不能保证夫妻双方(如果没有结婚)就一定各自独守空房;他们或许会另娶或他嫁,或者,妻子如果不结婚的话,亦有或大或小的可能性去工作。至于在补偿问题上是否会取得成功,亦即能否找到一套既公正又灵活还清晰的秩序,时至今日,答案仍在未定之天。如果能够证实H. Deschenaux^[42]的担忧乃无稽之谈,那么,可以用Paul Valéry的名言说明夫妻财产制度的尴尬处境:“一切简单的皆谬误,而复杂的则无从实现。”

⑤亦有可能出现下面的情况:利用夫妻财产的资金(一方或另一方的携入财产、所得财产)在属于一方特有财产的土地上营造建筑物,或者购买某个物品的部分价款由此类资金出资,而该物品又属于一方的特有财产。反过来看,特有财产之资金亦有可能被用于增加夫妻财产。

在这些情形中——这对笔者而言具有重大意义——由此而产生的补偿请求权将立即到期,亦

即可立即主张并在无特别约定的情况下至少可在迟延之时计利息。[43]由于在夫妻之间不得强制执行，虽容易出现不履行的情况，但这也会引发损害赔偿义务（《瑞士债务法》第106条）。与上文提及的情形不同，此处补偿请求权的额度应当以投入之时的价值衡量并保持不变。在妻子财产或所得财产对丈夫之特有财产享有补偿请求权时，又应如何主张之？由于相关的各类财产皆由丈夫管理，丈夫可以无所作为（这不必然违反管理义务）。妻子亦可同意补偿请求权延缓到期。因此，下述问题具有一定的现实性：有无必要承认夫妻间成立合伙关系，[44]万一再有财产增值，可使补偿请求权从中适当分得一部分。在无法推断出双方之意思表示时，[45]则应谨慎。只有符合婚姻之意义并且在具体个案中亦符合其特殊利益状况时，才可以考虑参照适用有关合伙的具体规定。[46]上述说法只有在以下情况下才容易理解：两类财产之间需要互相补偿并且构成这两类财产的具体财产又归同一权利人所有（携入财产或特有财产）。在无约定的情况下仅“依其意义”适用（„sinngemäße“ Anwendung）有关合伙的规定，如果亏损之发生非因妻子所致（第214条），或许亦不得通过让妻子分担损失使其蒙受不利益。正是在该领域内，司法实务有必要作出有意义的努力，就算要修改法律，司法实务亦应勉力而为。[47]

最后，笔者再次对本文的基础性考量作一总结：异常的经济发展会引发法律问题，欲解决此类问题，传统的法律解释要么无能为力，要么力有不逮。此时面临的任务是，在既有法秩序框架内找到新的解决方案，亦即在不违反法律的前提下进行法律续造。在此意义上，本文对某些问题作了研究，而这些问题与1964年瑞士法学家大会主题之一相关，但须按照妥当的夫妻财产制和夫妻关系的意义与精神作特别处理。毋庸讳言，该任务困难重重。

在法政策上非常有必要将携入财产的景气增值亦纳入盈余清单，这以第214条在分割盈余之时未能实现的男女平等、对有关特有财产的规定（第191条第2项和第3项）作修正以及离婚时的弹性解决方案等为前提；瑞士联邦法院此前依现行法所为之零星表态（88 II 143 f.），致使须承认所得财产亦享有相应的补偿请求权，而将携入财产的景气增值亦纳入盈余清单却与瑞士联邦法院的观点相左，也因此未能得到贯彻。如果补偿请求权按可变处理，正如在满足特定条件时本文所推荐的解决方案那样，则应区分不同情况。区分不同情况牺牲了规则的清晰性和可预见性，却应当被接受，原因在于，只有这些方案才能实现有效的矫正，考虑到某些有形资产的异常升值，这些矫正渐渐被证明不可或缺。但是，从另一方面讲，可行性方面的理由又要求将基于增值的补偿请求权之可变性限定于那些显著情形，在这些情形中，明显的增值与源于其他类型夫妻财产的费用支出之间存在显而易见的、常常又很直接的关联。

注释

* 本文译自 Hans Hinderling: Wertsteigerungen und Ersatzforderungen bei der Güterverbindung, SJZ 61 (1965), 17-27. 本文引用的《瑞士民法典》条文皆为1984年之前的旧法。

[1] Verlag Helbing & Lichtenbahn, Basel, S. 107 ff.

**修法前，瑞士法上的夫妻财产共有五类：所得财产、丈夫携入的原有财产和特有财产、妻子携入的原有财产和特有财产。详细介绍请参见贺剑：《离婚时按揭房屋的增值分配：以瑞士法为中心》，载《政治与法律》2014年第10期，第137-150页。——译者注

[2] P. Lemp, Ersatzanschaffungen nach ehelichem Güterrecht, ZBJV 93(1957), 293; Lemp, Komm. zu Art. 196, N. 20, Art. 212 und 213, N. 32 ff., Art. 196, N. 20, Art. 212 und 213, N. 32 ff. ——本文完成之后，笔者才发现 Ch. Knapp, Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel (1956), 263. N. 784

ff., 虽无详细论证, 却也支持将婚内支出 (impenses maritales) 纳入妻子个人财产的景气增值考虑范围。

[3] Ch. Knapp, 28, N.128, und 225, N. 704; Lemp, Komm. zu Art. 201, N. 70, und Art. 209, N. 38, vgl. auch 81 III 43.

[4] 支持“事实”之改变对法律解释具有意义, 参见 Meier-Hayoz, Komm. zu Art. 1 ZGB, N. 514; ferner H. Merz, Arch. Z. P. 1964, S. 321.

[5] 除非建筑物被建造在所有人建筑权 (Eigentümerbaurecht) 上, 此时不再适用从属性原则。(关于所有人建筑权, 参见《瑞士民法典》第 779-779c 条。——译者注)

[6] Vgl. Art. 209 I und Erl. I, 204. ——另外, 当然也不能忽视的是, 此处丈夫其实是两类夫妻财产 (所得财产和丈夫的携入财产——译者注) 的所有人, 在这两类财产之间亦有补偿问题, 此处, 仅能借用“请求权”一词, 说二者间存在补偿“请求权” (vgl. von Tuhr, Schweiz. Obligationenrecht, § 2, N. 1a; Knapp, 224, N. 698)。

[7] 这本身亦不重要 (vgl. auch hinten S. 24)。

[8] 根据瑞士联邦法院的观点, 妻子自有财产之请求权及其优先权亦可依《瑞士民法典》第 211 条转让 (40 III 196 ff., 57 II 13 f.)。然而, 这两个观点皆有争议 (vgl. Lemp, Komm. zu Art. 211, N. 33 und dortige Zitate)。

[9] Hinderling, a. a. O., S.114.

[10] 额度可变以及尚未到期两个属性使此类请求权在性质上接近于 (例如妻子嗣后参与分配盈余的) 纯粹的期待 (Anwartschaften); 与期待相反, 补偿请求权却是当下的, 而非未来的请求权 (vgl. N. 37)。家事法上的扶养请求权之数额原则上亦可变 (常常依法院判决确定, 仅可通过裁判变更) (例如根据第 160 条第 2 款和第 152 条), 其与可变的补偿请求权之区别在于, 扶养请求权总是持续性地或周期性地以具体请求权的形式更新。

[11] 在标的物明显升值时期, 补偿请求权保持不变所带来的保障不仅不能弥补价值交换之缺失, 而且在标的物贬值时, 会招致不公平的后果。

***原文为 neu ausgegebene Aktien, 按照作者“1963 年文”第 109 页, 此处指的应该是新购入的股份。——译者注

[12] Vgl. Lemp, ZBJV 93, 293; H. Merz, ZBJV 94, 9. 如果购买了多份股份, 亦可考虑以“实物”的形式相应地分割。

[13] Vgl. Knapp, 37, N. 158 ff.; Lemp, a. a. O., 289 ff.

[14] 是否应该认可代位物以及应将其归入哪类夫妻财产, 对该问题的答案又会引发哪些困境, 可以通过 Lemp, ZBJV 93, 293 加以展示: 夫妻二人利用各自的部分携入财产再加上部分所得财产, 实现了汽车梦, 之所以用三部分财产支付, 是因为任何一部分都不足以单独支付汽车价款。至于哪一部分财产在数量上占比最高, 会产生决定性影响吗? 在有疑义时, 难道不应该忽视代位物并基于该理由认为 (全部) 系以所得财产购得吗? 但是, 这么做的话不过是给问题换个外壳, 因为此时须追问, 在上述情况下, 双方携入财产的补偿请求权应保持不变抑或可变 (vgl. hinten Ziff. 3 ff., S. 6 ff.)? 另一个例子 (Lemp, ZBJV 93, 294), 亦可提供类似观点: 购买一宗土地时, 接受了贷款并设立抵押权, 价款额度与抵押权额度相同 (零首付——译者注)。依伦普 (Lemp) 之见, 以谁的财产为贷款设立了担保, 土地就应该归谁。然而, 如果夫妻双方向抵押债权人承担的是连带债务, 又应该如何处理? (Vgl. auch Hinten N. 19 a. E.)

[14a] 当然——与支出的费用一样——原则上需要举证。

[15] 近几年股价之走势提醒我们应该谨慎些; 另外, 股票恰恰不需要长期持有, 并且, 如果补偿义务人已经充分考虑过股价走势带来的机会或风险, 万一他不想卖掉股票, 应该也不会有怨言。

[16] 在具体个案中确定的增值并非基于对特定有形资产特别有利的经济景气, 而是仅仅基于通货膨胀, 在此范围内, 相应地提高补偿请求权之额度是否亦为正当? 如果其他标准亦合适于数额可变的请求权, 那么, 相应的区分既意味着更加复杂化, 也会遇到质疑。有关德国的净益共同体, 该问题亦有争议 [vgl. P. Thierfelder, FamRZ (1963), 328, Landgericht Freiburg, ebenda 647], 在德国法上尚需满足其他要件, 因为, 根据《德国民法典》第 1373 条及其以下条文, 非由所有权人赚得的升值部分原则上亦应相互补偿。在处理该问题时, 所谓的“非真正”增值同样被包括在内, 可能会出现“严重不公” (参见《德国民法典》第 1381 条)。对《瑞士民法典》中有关夫妻财

产的规定而言，这一特殊观察角度未获得关注。亦参见对《瑞士民法典》第619条提出的修正建议稿。

[16a] 可能要排除牲畜、植物及类似的东西，针对它们，补偿请求权保持不变。

[17] 在不存在法律行为意义上的处分时，通说否认之（Lemp, Komm. zu Art. 202, N. 5 und dortige Zitate）。

[18] 夫妻之间实施的须征得监护机关（Vormundschaftsbehörde）同意的法律行为（《瑞士民法典》第177条第2款），于此处不成立（41 II 12, Lemp, Komm. zu Art. 177, N. 6 und 8）。

[19] 如果在联合财产制下生活的夫妻将二人登记为新土地的共同共有人，根据联邦法院之见，应认为双方默示约定了合伙（Gesellschaft），在巴塞尔即是如此。原因在于，夫妻和联合财产制[这与财产共同体Gütergemeinschaft不同]皆不足以作为形成共同共有的法律关系（78 II 310 ff.）。一直以来，在巴塞尔，由于大家“不假思索地”仿照旧财产法登记为共同共有[H. P. Friedrich, BJM (1954), 192]，故有疑问的是，大家是否本来应该用另一种方式处理这种情况，并且在欠缺其他支持“合伙意思”（animus societatis）理由之时是否本来就应将双方之间的共同共有视为无效？在这类情形中，夫妻（并且如巴塞尔的例子所示，有时公证人员也）未曾考虑两人间的内部法律关系。就算新取得之土地被登记为妻子单独所有，在无其他情事充当正当事由时，例如支持将代位物归入妻子之携入财产的资金来源，这也不必然意味着，登记到丈夫名下（的土地）同样不能归入所得财产。《瑞士民法典》第195条第2款规定，丈夫为全部夫妻财产（妻子的携入财产除外）和所得财产的所有人，那么，对于所有权归属问题具有决定性的外部关系则不能贯彻到底。然而，上述情况并非第195条第2款之重点，其重点为，根据所得财产之规则，任何为夫妻财产而购入的财产（构成其他类型的夫妻财产之代位物的除外），皆应纳入盈余清单。若如此操作，则在依财产法分割财产之时妻子亦不会丧失其所有权，在此过程中，无须就“携入之盈余份额的事先分配”（74 II 148）做什么事（74 II 145 ff., 82 II 100 und Friedrich, a. a. O. 的结果与此相同）。这一问题没少让学界伤脑筋：Guhl, ZBJV 86, 57 ff., und Knapp, 17, N. 77 sowie 267, N. 799 认为，妻子携入的财产，在计算盈余之时应按照计算所得财

产的方式处理（！）。Lemp, Komm. zu Art. 195, N. 44 虽亦持对妻子之携入财产较为有利的观点，却赞同 58 II 335 中的拟制，亦即，拟制夫妻双方达成了负有（返还）义务的信托约定，至迟于夫妻财产关系消灭时，将财产回复让与丈夫。另外，针对于 74 II 145 ff. 裁决的特殊情形，Lemp (ZBJV 93, 294) 之观点或许是有道理的，因土地系由妻子经丈夫之同意而接受抵押债务后并以通过抵押获得的款项购入，土地应归入妻子的携入财产。

[20] Knapp, 45 ff., N. 186 und insbes. N. 204 持此观点。Friedrich, a. a. O., 198 持相反观点，认为，在分配合伙之盈利时，投资额度应该起决定性作用。应分摊到所得财产的利润应得份额肯定会使盈余扩大。从周边情况可得推知的合同意思亦可能支持将土地之增值（在该宗土地按照其价值被携入的情况下）纳入盈余清单（vgl. auch K. Naef, ZBJV 96, 325 ff.），考虑到《瑞士民法典》第177条第2款，这终将使法律情况彻底复杂化。

[21] 然而，如往常一样，在这类案件中，所得财产可以基于丈夫之非比寻常的（无论精细还是粗放）管理行为取得一项特别的补偿请求权（Festgabe für den Schweiz. Juristentag 1963, S. 114 ff., 此处亦论及妻子之相应的付出）。

[21a] 然而，此处须加以注意的是，磨损和老化并非减轻责任的因素。

[22] Vgl. Lemp, Komm. zu Art. 177, N. 6 und 8.

[23] 其前提为，此处所涉及的财产并非依据《瑞士民法典》第201条第3款基于法律规定由妻子之财产转为丈夫的财产（所得财产）。

[24] 当然，这亦应适用于因《瑞士民法典》第214条第1款而获得优待的丈夫之补偿请求权（携入财产对所得财产的补偿请求权）。如果在例外情况下夫妻双方就盈余和亏损之分配通过婚前协议排除平等原则（《瑞士民法典》第214条第3款），那么，毫无疑问应固守补偿请求权不变；无论如何，此处亦有疑问，其原因在于《瑞士民法典》第154条第3款。机械地固守妻子财产的补偿请求权不可变会导致什么结果，体现在针对财产共同体解释《瑞士民法典》第224条（在强制执行中妻子相对于丈夫的地位）所得出的结论上（vgl. Lemp, N. 34f.）。

[25] Knapp, 224 f., N. 699 und 704; Lemp, Komm. zu Art. 201, N. 73, Art. 209, N. 40.

[26] 52 II 9 (für Art. 201 III); Lemp, Komm. zu Art. 214, N. 46.

[27] 在婚前已经排除的除外, Lemp, Komm. zu Art. 199, N. 8.

[28] Lemp, Komm. zu Art. 195, N. 44.

[29] Erl. I, 196. 然而这并不需要排除以下情况: 根据《瑞士民法典》第201条第3款的法定权属变更会使财产得以特定化, 如果购入代位物的实际效果与特定化相同, 那么, 通过同时购入代位物即可阻止法定的财产权转移 (Knapp, 84, Anm. 188, 与此不同的观点, Lemp, Komm. zu Art. 196, N. 28, 亦参见 Lemp, ZBJV 93, 305)。如不采纳该观点, 或许可以认为, 在该情形下, 基于《瑞士民法典》第201条第3款的补偿请求权已通过代物清偿提前获得了清偿。

[30] 此处指的是丈夫就其自己或妻子携入之财产所付出的非比寻常之辛劳 (Bemühungen)。Vgl. meine frühere Arbeit S. 114; Erl. I, 176. 附带一提, 有意思的是, 此处未区分劳作与费用支出 (Spesen); 50 II, 435, 88 II 143 ff.

[31] 就算存在此类关联, 或许同样可对其作特别处理。

[32] 当然, 问题恰恰在于, 考虑到第214条第2款, 如果会导致妻子蒙受不利益, 补偿请求权之可变性有无正当性。根据立法者之本意 (ratio legis), 应予以肯定, 原因在于, 丈夫对于 (作为正文案例之前提的) 妥善管理之后果不应承担责任 (58 II 327, Lemp, Komm. zu Art. 201, N. 30 ff. und Art. 210, N. 24)。也就是说, 补偿请求权的处理方式类似物上代位。如果拒绝这一观点, 则应采纳受第214条第2款限制但有利于妻子的可变性。但是, 如此一来, 妻子财产所享有的请求权 (也仅限于该请求权) 之可变性会面临质疑。当请求权从未低于其初始价值时, 这当然有利于妻子, (在丈夫陷入经济崩溃时) 也有利于家庭。但是, 不能为了解决问题而不顾解决方案的妥当性, 原因在于, 已经通过第211条的优先权 (《德国民法典》原第1363条规定的“用益管理”财产制与此类似, 但未规定优先权) 充分顾及妻子和家庭之利益, 但有损债权人。

[33] 批评性意见, Hedwig Widmer, SJZ 51, 357 ff.

[34] 如果投入的财产与补偿请求权间 (亦因货币贬值) 比例之失衡只达到引人注意的程度, 甚至在某种程度上已

经让人反感, 仍将不能通过第2条获得矫正; 相反, 如果比例失衡到让人无法忍受, 那么应给予完全补偿, 并非像人们本来认为的那样, 仅就超出大家接受范围的部分差额进行补偿。

[35] Vgl. H. Merz, Komm. zu Art. 2, N. 81 ff.

[36] 如果以该方式处理, 妻子之处境将不会比下述情况差: 标的物被携入之后又被以诚信方式转让给他人, 如果标的物被按照第198条估价, 那么标的物的补偿请求权将被固定为变价之所得。之所以为正文中案例提出其他解决建议, 原因在于, 不同情况的出发点亦有不同: 如果补偿请求权起初额度较高, 那么在出现特殊事由时, 可适当将其调低; 从结果上看, 这无异于又放弃了一般规则 (不可变性) 的例外情形。如果认为, 此前与增值相关的收入 (租金!) 将会导致盈余扩大, 而妻子对盈余贡献的比例又较小, 此时, 对妻子的补偿请求权之减少, 亦有必要保持克制。这亦有可能增加案例类型③中的补偿请求权。妻子根据第205条第2款请求提供担保时, 最终结果具有不确定性, 故有必要优先考虑补偿请求权起初的额度。当然, 还应注意以下问题: 恰恰可从支出的方式判断丈夫是否违反注意义务, 原则上应由丈夫承担举证责任, 证明已经尽到注意义务 (Vgl. Lemp, Komm. zu Art. 201, Nr. 24 ff.)。在此情形下——不考虑一般性的减少事由——不能容忍的是, 将损害赔偿的范围限于价值减少或损耗发生时具体财产的价值 (不同观点, Lemp, N. 25 unter Berufung auf 81 III 43, welcher Entscheid aber in einen andern Sinnzusammenhang gehört)。

[37] 然而, 如果因出卖而获利或受损之后债权人主张补偿请求权并因此而导致权利到期 (第175条、第210条, 亦参见第174条), 只要尚未做其他交易, 那么就应该以变卖所得为依据确定请求权之额度。如果丈夫在未来仍然可能达成其他可能获利的交易, 那就不能允许丈夫通过向妻子支付缩水后的补偿金而摆脱一项 (尚未到期) 的补偿请求权 (未经妻子和监护机关之同意, 第177条第2款)。

[38] 如有特殊情况, 自始即可排除因贬值风险而带来的不利后果, 例如妻子之资金未被用于购置新物, 而是在经济不景气的情况下, 为避免履行迟延的后果以及所得财产中的土地被强制执行, 而被用于清偿债务。在相同条件下, 这亦可适用于不同类型的夫妻财产之间的关系, 例如, 妻子 (与丈夫) 对抵押权人负有共同债务又因该债务而被起

诉，并且——例外地——不能主张担保物检索利益抗辩权（beneficium excussionis realis）。（担保物检索利益抗辩权是指，在主债务人和第三人皆为债务提供担保时，主债务人的担保财产未被执行之前第三人可以主张先诉抗辩权。就本脚注提及的情况而言，妻子因为自己也是债务人，无法主张该抗辩权。中国《民法典》第392条的原理与此类似。——译者注）

[39] Festgabe, S. 124.

[39a] 至少应像德国法那样废除管理共同体。

[40] Vgl. aber vorn N. 16. ——此类可行性方面的理由亦对德国国家事财产法之修正产生影响，即德国在修正夫妻财产制时未采纳瑞士方案，而是让对净增益无贡献或贡献较少的一方分得另一方（包括景气增值在内的）所得收益的一半（vgl. G. Scheffler, RGR-Kommentar zu BGB § 1376）。初始财产不能为负值（vgl. Lemp, Komm. zu Art. 214, N. 38），并且不必分担“亏损”，这样可以避免《瑞士民法典》其他尚未全部得到解决的问题。在因夫妻一方去世而导致夫妻财产关系终止时——可按继承法处理财产分割问题——为简化法律关系，有人建议将这套机械的“继承法”方案（《德国民法典》第1371条）适用于离婚时的财产分割，该建议在实质上有失公允而备受批评（Beitzke, Familienrecht, § 13 III）。

[41] Vgl. Hinderling in BJM (1964), 1 ff.

[42] ZSR (1957), 630a.

[43] Knapp, a. a. O.; Lemp, Komm. zu Art. 209, N. 41 und 43.

[44] 或者其他合同，例如分红贷款（partiarisches Darlehen）或委托。在各自的特有财产在夫妻之间互有转

移并采纳分别财产制（Gütertrennung）的情况下，亦有相同问题（vgl. auch Art. 242 II ZGB und 89 II 412 ff., 于本文付梓后才出版）。

[45] 另外，在涉及妻子之投资时，亦是因为有第177条第2款之规定。

[46] Vgl. vorn N. 18 und die auch für das schweizerische Recht bedeutsamen Ausführungen von W. Müller-Freienfels, Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, Festgabe für S. Maridakis, Athen. 1963, S. 357 ff.

[47] 瑞士联邦法院有一份未正式公开的判决涉及一宗土地，在土地登记簿中，该宗土地的所有人被登记为妻子 [ZBGR 35 (1954), 319 ff.]。取得该宗土地以及后续营造建筑物所需之一部分资金源于妻子的特有财产，妻子亦为此付出个人辛劳，另一部分资金则使用了所得财产。瑞士联邦法院认可妻子的特有财产，但不是代位物意义上（这显而易见），而是通过拟制，亦即假定夫妻双方已经预先分割财产完毕，妻子已经因此取得单独所有权。值得注意的是，基于程序方面的原因，法院未就所得财产对于潜在增值是否亦有贡献展开讨论，但并未宣布排除上述情况。

主编 | 王洪亮 张双根 张谷 朱庆育 田士永

编辑部主任 | 唐勇

编辑部成员 | 王立栋 陈大创 陈欢 赵文杰 柯勇敏 吴香香

公众号编辑助理 | 詹哲仪 唐雪倩

本文校对 | 张小雨

新作·第22卷主题译作1 | [德]安纳托尔·杜塔：夫妻在婚姻的经济所得方面的参与分享权——婚后所得补偿制与婚后所得制

原创：2023-09-28 中德私法研究 Anatol Dutta

<https://mp.weixin.qq.com/s/L-ygJQ12933VQAYaWHHcpw>

作者：安纳托尔·杜塔（Anatol Dutta）教授，1976年生于慕尼黑，在慕尼黑大学学习法学，于2003年获得牛津大学法学硕士学位，于2006年获得汉堡大学博士学位（因其博士论文被授予马克斯·普朗克学会的奥托·哈恩奖

章），2007-2014年在马克斯·普朗克外国私法和国际私法研究所任 Jürgen Basedow 教授之学术助手，于2014年在汉堡大学完成以继承法为主题的教授资格论文，获得教授民法、国际私法和诉讼法、比较法、民事诉讼法、商法

和国际法资格，于2014年任雷根斯堡大学民法、国际私法和比较法教席教授，2017年转赴慕尼黑大学执教，2014年起任德国《家庭法大全杂志》(FamRZ)共同主编，自2020年起任《欧洲私法杂志》(ZEUP)共同主编。

译者：季红明，中南财经政法大学讲师，德国汉堡大学民法博士。

来源：《中德私法研究》第22卷，北京大学出版社2023年版，第107-129页，内容经译者审定及授权。

正文总字数：1.1万字

注释总字数：7.0千字

目次

一、导论：夫妻财产制之分享范围上的趋同、法律构造上的差异

二、在婚姻期间：自始的婚后所得共同或者分别财产？

三、婚姻终止时：（延迟的）婚后所得共同制或者婚后所得补偿制？

四、总结

摘要

依比较法之观察，当今世界上的夫妻财产制显示出趋同性而非差异性，在夫妻财产分享范围方面尤其如此。就理念而言，夫妻财产制秉承夫妻平权原则，平等对待工作和家庭中的贡献，确保配偶分享婚后所得。但是，从技术路径而言，当今的两种主要的夫妻财产制，在法律构造方面确有不同。婚后所得补偿制以婚姻期间的分别财产加离婚时的债权性补偿方式分享婚后所得；而婚后所得共同制则在婚姻之初即行物权性质的婚后所得分享，在离婚时就具体财产标的进行分割。在德国，赞同婚后所得共同制的学者对现行法定财产制——增益共同制提出诸多批评。核心的原则性的质疑在于，婚姻期间的分别财产制造成夫妻双方在婚后所得财产上的差距，有违男女平等原则，而婚后所得共同制是实现男女平等的理想的婚姻财产制。本文通过辨析两种技术路径在促进婚姻期间夫妻的财产权利实现、债务责任、离婚时的分割、程序法、跨境婚姻准据法方面的表

现，证明德国现行法定财产制相较于婚后所得共同制，略胜一筹，至少毫不逊色。

关键词：夫妻财产制；夫妻财产分享；婚后所得补偿制；婚后所得共同制

一、导论：夫妻财产制之分享范围上的趋同、法律构造上的差异

在夫妻财产制方面，粗略的比较法观察最初显示出趋同而非分歧，至少在法定夫妻财产制度的夫妻财产分享范围方面是如此：在今天的大多数法律体系中，夫妻财产制的目的是确保配偶分享婚后所得（Errungenschaft），即“婚姻收益”（Ehegewinn），[1]诚然在细节上对此有不同的定义，但其基本理念并无不同。配偶双方应——遵循基于伙伴关系的婚姻形象，将工作和家庭中的贡献视为平等——平等分享婚姻的经济所得，即配偶双方在婚姻期间通过生产能力（Produktivität）和节俭获得的财产。[2]相比之下，婚前获得的财产或无偿——特别是通过继承或赠与——获得的财产在夫妻财产制中是中性的。

只有少数夫妻财产制体系仍然脱离这种婚后所得分享的路径。通常的分享婚后所得仅在个别情况下被拒绝。[3]但分享范围超出婚后所得的法律制度的数量也在不断减少：少数制度，例如欧洲的荷兰和北欧的法律制度，将配偶的全部财产，即也包括婚前财产和无偿获得的财产，纳入夫妻财产制度分享之，[4]尽管与此同时，也有一些机制将婚姻财产制度的分享限制在婚后所得。[5]分享婚后所得的趋势，在将配偶之间的财产分享委托给法官酌情决定的法律体系（特别是在英美法系）中，也很明显。[6]英格兰和威尔士的判例法越来越多地在离婚后的财产补偿中区分婚后所得财产和配偶的其他财产。[7]

尽管在夫妻财产制的分享范围上有此趋同性，但当涉及到法律构造形式时，世界上的夫妻财产制体系之间的一个重大区别就会跃然纸上——这种区别将成为以下思考的主题，我谨以此献给迪

特尔·马丁尼 (Dieter Martiny)，以示衷心感谢，尤其是对于在汉堡马克斯-普朗克研究所的走廊和地下墓穴中进行的多次谈话致以谢意。[8]虽然在大多数情况下，配偶通过婚后所得共同制 (Errungenschaftsgemeinschaft) 以物权的方式分享婚后所得，此种分享方式主要出现在罗马法系国家，不过在许多东欧和东南欧的法律体系以及美国的一些州也是如此，[9]但是少数夫妻财产制体系——其中包括德国和瑞士——只规定在婚姻终止的情况下，特别是通过离婚实现婚后所得的补偿 (Errungenschaftsausgleich)，这是由配偶根据债法上的金钱请求权实现的，这些金钱请求权是基于婚后所得的价值。[10]

尽管德国的增益共同制 (Zugewinnngemeinschaft) **在过去的时间里并不完全是家庭法学者挚爱的孩子，[11]但其作为配偶双方分享婚姻的经济所得的机制，目前正面临着越来越大的压力：一些著名人士的意见正在否认婚后所得补偿的适用性，并主张将法定财产制度改为婚后所得共同制。[12]攻击点是什么呢？婚后所得补偿制在今天还能维持吗？严格来说，有两个基本要素可以证明婚后所得补偿制的正当性：一方面是在婚姻存续期间的分别财产（见下文二），另一方面是在婚姻结束时纯粹基于价值的补偿（见下文三）。

二、在婚姻期间：自始的婚后所得共同或者分别财产？

在经典的婚后所得财产共同制中，配偶在婚姻期间即以物权方式分享婚后所得，该婚后所得作为财产集合由配偶双方共同所有。[13]相反，在婚后所得补偿的制度中，婚姻对财产的所有权没有影响。夫妻双方的资产在婚姻存续期间保持独立。[14]当然，婚姻存续期间的分别财产，不仅在婚后所得分享制 (Errungenschaftsbeteiligung) 的法律体系中可以想见，而且在分享范围超越婚后所得的法律体系中也可以想见，比如北欧的法

律制度规定了全面的财产分享，但在婚姻关系存续期间保持财产分离。[15]

（一）对夫妻双方婚后所得上“物权的差距”的担忧

在婚后所得补偿制的情况下，反对这种自始的分别财产的主要论点——这也是批评婚后增益补偿的核心论点——是分别财产并没有完全落实夫妻双方平等分享婚姻的经济所得的理念。[16]分别财产对没有（或至少没有完全）从事职业的配偶不利，即在今天的许多婚姻中仍然对妻子不利。通常情况下，由于没有收入（收入的物权只归从事职业的配偶），婚后所得不会反映在无业的配偶的财产中。因此，配偶之间存在着“物权的差距”；[17]夫妻财产制中的平权是“未完成的”，[18]它使婚姻中的权力对比向丈夫倾斜。[19]夸张地说，这种批评可以概括如下：因为分别财产，相对于有收入的且因此富有的丈夫来说，没有收入的妻子在婚姻存续期间就成了乞求者。

这一无疑非常原则性的批评在政治上并非没有反响：在联邦政府 2011 年的第一份平等地位报告中，一个专家委员会认为婚后所得共同制是男女平等的要求，[20]并呼吁将其作为法定的婚姻财产制度。[21]早在 1979 年瑞士联邦参议会在其全面修订婚姻财产制的草案中就已强调，婚后所得共同制最符合基于伙伴关系的婚姻形象。[22]当然，这种对婚后所得补偿制的批评不乏某种历史的讽刺意味。例如，在德国（1957 年）和瑞士（1988 年），20 世纪下半叶引入婚姻期间的分别财产制，目的是通过取代丈夫对婚姻财产的家父性质的管理权力，[23]并向妇女承诺平等权利，[24]以确立妻子的经济自主权。正如斯特凡·梅德尔 (Stephan Meder) 和克里斯托夫-埃里克·梅克 (Christoph-Eric Mecke) 最近指出的那样，在 19 世纪和 20 世纪初的妇女权利运动中，分别财产制已经被呼吁作为法定的婚姻财产制度，以确保妻子在婚姻期间拥有财产法上的独立性。[25]

然而,20世纪50年代的部分德国文献已经认为,配偶双方对婚后所得缺乏物权参与有违权利平等。[26]

但是,理论上不可否认的(婚后取得上的)物权差距是否真的对配偶中的一方不利,尤其是对妻子不利?首先,批评自始的分别财产的实际前提(die tatsächlichen Prämissen)需要在一定程度上加以限定:对配偶一方不利的物权差距不一定在所有婚姻中都会发生。尽管单一收入者婚姻或主要收入者型婚姻——配偶一方主要从事职业活动,另一方承担家庭工作——仍然是一种实际发生的现象,但如今——也可以通过经验证明[27]——在大多数婚姻历程(Ehebiographien)中只作为一个阶段:特别是在孩子出生后的几年里,与父亲相比,母亲减少了职业活动,只是后来又重新工作。当然,人们可以说,正是在这一单一收入者阶段,母亲特别脆弱,需要通过丈夫的所得的物权方式的分享,增强其经济上的收入。[28]然而,不应忽视的是,在家庭创始阶段,往往没有形成重大的婚后所得。这个阶段伴随着高消费需求,在大多数家庭中这些需求会消耗掉收入,如果在这个阶段仅由配偶一方单独赚取收入的话,尤其如此。当然,人们不应该闭目不视,在单一收入者型婚姻(Einverdienerehe)或主要收入者型婚姻(Hauptverdienerehe)之外,还存在着婚后所得财产差距的威胁:从长远来看,在双职工婚姻中,丈夫在婚姻期间通过收入获得的财产往往超过妻子在婚姻期间获得的财产,即使在今天亦是如此。[29]这种收入差距——至少在有孩子的家庭中——肯定在某种程度上与(家庭)关系有关,只要它是由于妇女在家庭创始时亏缺了职业技术上的重要年份或受家庭所限从事兼职工作所致。此外,大多数劳动力市场上仍然普遍存在的男女工资差异也留下了印记——这种不良状况很难通过夫妻财产制得到纠正。

然而,决定性的是一个完全不同的考虑,它使人们对婚后所得补偿制中的物权差距的关注似乎

没有乍看之下所假设的那么紧迫。从经济上讲,夫妻在婚姻期间经常生活在一个家庭(Haushalt)中,一群人一起工作,相互用他们的个人财产来满足对方的需求。因此,它们构成了一个经济单位。在家庭关系中,家庭财产(作为家庭成员个人财产的总和)的物权归属更多的是一种法律现象,在实际层面上并不产生影响。[30]在现实中,在关系完好的期间,夫妻将定期通过相互协商来管理和使用他们家庭的财产,就好像这些财产——因此也包括任何婚后所得——是夫妻双方共同拥有的, [31]而婚姻财产制不必规定这种相互的财产分享。在经济上,这种合意的使用和管理可能主要可以用配偶之间的利他主义来解释。尤其是加里·贝克尔(Gary Becker)在他的家庭经济学著作中表明,家庭中的利他主义确保了劳动分工,增加了家庭成员的普遍利益, [32]从而保障了他们的利益,因此也可能确保了适当的财产管理。但事实上的一般共同财产制的结论也可以从经验上得到证实:例如,德国最近一项关于夫妻对其关系的法律框架的看法的研究得出的结论是,在法定财产制下的大多数夫妻甚至认为他们在财产方面生活在一个一般共同财产制中。[33]与这种情况亦属相匹配的是——在收集实际的继承事件的数据时尤其必须考虑到这一点——夫妻之间基于继承法的财产转移往往不被配偶视为继承,而仅仅是家庭内部的财产转移。[34]还有其他迹象表明,夫妻双方行事如同家庭财产属于他们两个人。例如,夫妻双方经常共同取得家庭住房, [35]从取得过程的形式来看,这并不令人惊讶。在这种情况下,夫妻双方必须考虑物的物权归属,这与动产取得的情况不同。简而言之:因此,法律只能对婚姻家庭中的财产分享产生有限的影响。因此,即使在自始分别财产的情况下,事实上通常也存在着对婚后所得财产的股份,而不考虑在家庭中该婚后所得财产在物权上归属于谁。

在婚姻家庭中,无论如何都需要保护配偶一方免受另一方任意处分之危及,这些处分危及家

庭的经济基础，特别是涉及家庭住宅和重要的家庭用具，即使这些处分是出自配偶的良好意愿，并且主观上是为了家庭利益。然而，这种保护的 Need 不仅存在于婚后所得的物品上——因此，婚后所得的共有在这里没有什么影响——而且存在于婚前取得或无偿取得的物品上，这些物品也可以构成家庭的经济基础。[36]因此，对于家庭住宅和家庭用具，无论这些物品是否是婚后所得的一部分，都需要对其处分进行限制，这种限制几乎是我们普遍遇到的一种形式（有时甚至独立于夫妻财产制，作为婚姻一般效力的一部分），[37]恰恰是在德国，关于保护家庭住宅的规定似乎并不充分。[38]此外，根据一般财产法，在婚姻期间共同取得的财产在很多情况下将成为夫妻的共同财产，[39]无论它是否属于婚后所得的一部分。然而，不拥有财产的配偶不仅在外部分关系中受到保护，而且在内部关系中也受到保护，例如，扶养法规定配偶双方互负以其财产扶养家庭之义务，[40]或者在德国，婚姻之共同生活的一般义务（《德国民法典》第1353条第1款第2句）是为非所有者的配偶确立家庭住宅的使用权。[41]因此，进行共有化——特别是仅对婚后所得实行共有，没有必要。[42]

鉴于缺少这种在直接保护家庭财产之外予以夫妻相互的以物权方式分享对方财产的需要，所以毫不奇怪的是，法律也不愿意超越法定的婚姻财产制度在婚姻关系存续期间将婚姻财产共有化，只要是在婚姻财产制度终止后配偶可以分享婚姻的经济所得。因此，在德国的附属的夫妻财产法（Nebengüterrecht）***中，即使夫妻双方通过超出一般的共同生活的贡献形成了财产，也没有形成共同的财产，[43]而只是形成了一个内部合伙，[44]在合伙解散的情况下，主要是赋予没有财产的配偶补偿请求权（类推适用《德国民法典》第738条第1款第2句），但并不影响婚姻存续期间的物权归属。

（二）债权人对婚后所得财产的危害

现在可以论证说——如果夫妻双方已经通过共同协议在经济上使用和管理家庭财产——在婚姻存续期间以物权方式分享婚后所得并不妨碍，相反只是在法律上再现，夫妻双方在经济上已经历之事。[45]然而，这种观点忽略了一个关键点：以物权方式分享婚后所得可能使法律更接近于夫妻双方的现实，并且在经济上是中立的——对配偶的债权人来说，这种物权归属的变化是相当重要的。[46]在婚姻存续期间，无论谁赋予夫妻对等的财产权——这就是对婚后所得财产的物权分享，谁都潜在地使债权人加入进来，他们可以对婚后所得财产中的这些财产地位采取行动——这是一种责任，例如，这种责任恰恰阻碍了德国立法者在1957年将婚后所得共同制作为法定的婚姻财产制度，因为它涉及到对法定债务的责任，特别是对侵权或抚养费债权人以及婚前债务的责任。[47]

然而，为什么婚后所得对配偶债务的这种责任是值得怀疑的？没有人反对婚后所得财产对挣得婚后所得财产的配偶的债务承担责任：配偶也参与经济生活，其中有各种机会和风险。配偶各自的婚后所得只是清偿其债务后剩余的积极财产。然而，夫妻间相互以一方挣得的婚后财产对另一方的债务承担责任[48]是没有道理的，至少在债务不是由满足日常家事需要的法律行为产生且从而使配偶双方受益的情况下，是没有正当理由的。一方面，这种相互的婚后所得财产的责任很难与婚后所得分享制的基本理念相一致：夫妻双方平等分享婚姻的经济所得，而非损失。[49]另一方面，这种财产领域的混合也几乎不符合婚姻中的经济现实。马克斯·韦伯已经指出，现代家庭在经济上是一个纯粹的消费共同体，[50]因此，最多就消费债务相互承担责任是合理的，正如我们在许多法律制度中发现的那样（在我们这里，以《德国民法典》第1357条之日常家事代理权的形式），

[51]但对来自家庭具体成员领域的其他债务，特别是来自他们各自职业领域的债务，则没有责任。配偶间的相互责任甚至可能对婚姻中的分工产生影响，并对就业机会较少的配偶施加压力，使其不从事职业活动，以免危及另一配偶的较好职业机会。

采现代婚后所得共同制的法律体系也看到了这个责任难题，并经常阻止婚后所得财产对配偶的债务承担全部责任。因此，就外部关系而言，婚后所得共同财产通常只对夫妻双方的债务承担部分责任，在此问题上，有时极其复杂的责任规定在细节上极为不同。[52]然而，仅仅粗略地看了一下相关的规定，就可以看出，如果不给配偶的债权人造成不必要的负担，就很难保护配偶一方的婚后所得财产不受另一方的债务影响：(1) 首先，婚后所得财产的补充责任(subsidiäre Haftung)提供的保护很少，就可供债权人支配的财产而言，婚后所得财产的顺位后于负有责任的配偶的个人财产，无论是在外部关系中，例如通过先诉抗辩权，还是在内部关系中，例如通过婚后所得财产对责任配偶的补偿请求权，皆如此。如果负有责任的配偶的个人财产过度负债，这种补充责任就没有价值。[53](2)对婚后所得财产按夫妻各自的份额规定责任也是不够的。如果不想让债权人在婚姻关系完整期间违背夫妻的意愿拆散婚后所得共同共有关系，就很难认真考虑扣押有责任的配偶的婚后所得份额，[54]这不仅会导致配偶的家庭财产，尤其是无责任的配偶的家庭财产出现相当大的动荡，[55]而且对债权人来说，这也将是实现其债权的一条更为艰辛的途径。[56]然而，即使婚后所得之标的的责任不超过负有责任的配偶的一半份额的价值，也不能阻止相互的婚后所得财产的责任。不负有责任的配偶挣得的婚后所得财产可以超过这个价值，然后将对另一配偶的债务负责。(3)将配偶一方的由婚后所得财产负担的债务限制在某些债务上(如婚后设立的债务或共同债务)，最多只能治愈相互责任的症状，但不能

治愈其本原。此外，将某些债务排除在婚后所得的消极财产之外的做法也值得商榷。从债权人的角度来看，无法理解为什么负有责任的配偶所挣得的婚后所得财产不能以全额作为责任财产供其强制执行。[57](4)在配偶另一方过度负债的情况下，终止婚后所得共同制的权利也只在有限的范围内保护无责任的配偶，因为这只排除其未来的婚后所得财产的责任。[58](5)最多可以想象到——尽管就目前来看，没有任何一种采婚后所得共同制的体系会完全采取这种激进的做法——为了责任的目的，保持财产的分离，只允许配偶一方的债权人获得通过该配偶流入婚后所得的标的(包括代位物)，特别是持续性的收入(das laufende Einkommen)。[59]这样，婚后所得共同制将只会对配偶双方有利，而不会对他们造成负担；对债权人来说，将出现虚拟的分别财产制。

(三) 可行性问题

恰恰是对婚后所得财产为配偶债务承担责任的审视，也揭示了反对自始的婚后所得共同制的另一观点：对可行性的考虑。即使婚后所得共同制比带有财产补偿的分别财产制在夫妻权利平等思想的表现方式上更有美感，但《德国民法典》的立法理由书对婚后所得共同制的评价至今仍然适用：“尽管这一制度的基本思想看起来简单自然，而且对人有吸引力，但其法律实施却面临很大的困难和顾虑”[60]。

在债务责任及其限制方面，婚后所得共同制——正如刚刚所指出的[上文第二部分之(二)]——需要作出相当大的努力。首先，在婚姻存续期间，需要对各自配偶的不同财产集合进行永久性划分，即个人财产和婚后所得共同财产。[61]在婚姻存续期间债权人强制执行财产的情况下，不仅要像在分别财产制的情况下一样，始终要明确夫妻双方的某项财产标的应归属于哪一方，而且要明确在责任制度不同的情况下，应归属于哪一财产集合。正如各法律体系中非常不同的方法所显

示的那样，责任的限制[62]也并非无关痛痒之事，在有关的法律体系中，责任之难题有时占据了大量的空间。[63]

与此相反，在婚后所得财产共同制下，对婚后所得共同财产的管理并没有造成太多的实际困难，尽管在过去，人们一再认为对婚后所得财产只能由夫妻双方共同管理，因此这种婚姻财产制度是非常麻烦的。[64]正如刚才所强调的[上文第二部分之（一）]，即使没有法律规定，夫妻双方也会在婚姻期间以非正式协议方式管理家庭财产，因此也会通过双方的非正式的协议的方式管理婚后所得共同财产。因此，法律规定的共同管理婚后所得，即规定配偶双方依法协作参与每一项管理措施，是没有必要的，[65]而且在大多数采婚后所得共同制的法律体系中没有要求：相反，在这里，夫妻双方原则上（竞合性地）单独管理，只有在特殊情况下，例如在特殊的法律行为的情况下，才会在双方同意的情况下管理婚后所得共同财产。[66]因此，对婚后所得共同制的拒绝——至少在这一程度上——只能用对捆绑式家庭财产的普遍拒绝（例如表现为禁止家庭特定世袭财产）加以解释，作为一种“市场社会的婚姻财产制度”，它对家庭捆绑式财产感到厌恶。[67]一方面，家庭财产（Haushaltsvermögen）已经脱离了法律上的管理制度，事实上受到配偶的利他主义的约束[上文第二部分之（一）]。另一方面，对家庭特定世袭财产的禁止（Familienfideikommissverbot）——顺便说一下，这种禁止也见于实行婚后所得共同制的法律体系，这些法律体系与沿袭法国大革命传统的罗马法系一样，甚至比我们更怀疑家庭连带财产[68]——较少针对这些由配偶自己赚取的连带的婚后所得共同财产，而是针对由几代人积累的财富，在王朝内部传承，巩固了社会财富的分配，使其免受经济动态的影响。[69]

自始的婚后所得共同制的另一个缺点也不应该被掩盖——这个缺点特别是对跨境活动的配偶有影响：婚后所得共同制在跨境背景下造成了相

当大的困难，[70]正如本文所庆贺的寿星本人已经强调的那样。[71]一方面，这种婚姻财产制的物权性质往往必须与适用的财产法——特别是物权法——相协调，如果个别财产标的不受婚后所得共同制的约束，这就导致了特别是在夫妻财产制登记簿和土地登记簿方面的挑战。另一方面——这是跨境案件中的第二个困难——婚姻财产制中的准据法变更，只要这种变更得到承认（即使只是在反致[72]的情况下），且导致婚姻期间适用的婚姻财产法发生变更，[73]如果配偶在采婚后所得共同制和采婚后所得补偿制的法律体系之间发生变更，就会改变财产的物权归属。例如，从债权人的角度来看，无法理解为什么配偶的个人标准的变更——如住所或惯常居所的改变——或随后的法律选择会对可用的责任财产产生影响。[74]然而，在自始的分别财产的制度中，这些问题不会出现。

三、婚姻终止时：（延迟的）婚后所得共同制或者婚后所得补偿制？

当然，赞成在婚姻财产制期间实行分别财产制的决定，并没有说明在婚姻财产制终止时——无论是通过离婚还是因配偶一方的死亡——是否不需要进行嗣后的、因而也是推迟的婚后所得共同制。如果只有在婚姻财产制度解体时才形成共同的婚后所得财产，如新西兰的情况，[75]在某种程度上也如奥地利的情况，[76]那么，与典型的自始的婚后所得共同制的情况[77]一样，存在着与标的有关的分享；夫妻双方必须就共同财产的标的的分配达成协议。相反，婚后所得补偿制——类似于德国法律规定的特留份请求权——导致了与价值相关的分享：有权获得补偿的配偶仅仅获得另一配偶的婚后所得中的换算为金钱的份额。当然，混合解决方案也是可以想象的。一方面，存在一些组合模式，如英美法系中的组合模式。在此，法官在其全面的裁量决定的框架内，可以通过各种方式让配偶分享财产，例如通过货币支付或分

配个别物品。[78]另一方面,在某些情况下也有区别,例如在德国,在生前婚姻终止的情况下,原则上规定了与价值有关的参与分享,[79]而在因死亡而终止婚姻的情况下,则规定以与财产标的有关的分享为优先,即根据婚姻财产法通过总括性增益补偿的方式增加配偶的法定遗产份额的四分之一。[80]

赞成一种或另一种参与分享方式的论据是什么?乍一看,可以说是支持与财产标的相关的分享制,因为只有这样才能保持财产分享的稳定性。在分割框架中分到某一物品的配偶,可以不作任何改变——就像在婚姻家庭生活期间已经发生的那样——使用和管理这一物品。在婚姻结束后,配偶能够继续其以前的生活,特别是对于那些在经济上和情感上构成以前生活方式基础的物品,如配偶自住的房产。仅仅是金钱请求权——人们可能认为[81]——并不能满足这里配偶的需要:承担补偿义务的配偶可能不得不出售以前属于家庭财产的物品,以履行金钱请求权,而有权获得补偿的配偶将只获得现金财产而不是这些物品。[82]然而,在婚姻结束后保持财产分享的稳定性不应该是婚姻财产制的任务,而应该独立于夫妻财产制进行调整,例如在家庭住宅和家庭用具的分配框架内,就像在我们这里——至少在通过离婚结束婚姻的情况下——在《德国民法典》第1568a、1568b条的框架内予以调整。因为在此[参见上文第二部分之(一)],以下情况亦适用:构成生活方式的财产标的不一定是婚后所得财产的一部分,也可以来自配偶的其他财产。此外,即使在婚姻结束后夫妻双方进行与财产标的有关的分享的情况下,财产分享的稳定性也没有任何保证,因为财产标的在性质上不能实物分割,也不能分配给配偶一方,而是必须为分割目的而出售以分割出卖价款。[83]

然而,与财产标的有关的分享至少可以缓解确定婚后所得补偿方面的问题。[84]最重要的是,有了财产标的有关的分享,配偶财产价值的波动

很容易在婚姻财产法方面保持中立化。[85]这也特别适用于婚姻期间配偶双方在婚前取得的或无偿取得的财产的价值增加,如继承的家族企业的增值,而这本身并不是婚后所得(Errungenschaft)的一部分。在一个纯粹以价值为准据的方法中,就像德国法律规定的那样,这些价值的增加被纳入婚后所得财产,具体来说,它们在增益补偿中增加了——当然是根据通货膨胀进行调整后的一——最终财产,因为根据《德国民法典》第1374条第1和第2款以及第1376条第1款,[86]只有相应财产标的(如企业)的初始价值被归入初始财产。[87]另一方面,通过一个(延迟的)婚后所得共同制进行的与标的有关的分享,从一开始就会忽略这些价值的增加。[88]在这里,婚后所得仅仅是以标的来定义的。原则上,婚前获得的标的或无偿取得的财产标的,包括其价值的增加,最初都不包括在内。[89]如果价值的增加要纳入分割,例如,因为它们是基于婚后所得的资金,那么这必须由法律予以积极地规定。[90]然而,不应忽视的是,这种对增值的中立性——只要从法律政策的角度看是可取的[91]——只要有一点立法想象力,也可以在与价值有关的分享的情况下通过婚后所得补偿制[92]加以实现,例如,瑞士法显示,它在价值方面对婚后所得进行补偿(《瑞士民法典》第215条,第210条第1款),但在财产标的的方面对其进行定义(《瑞士民法典》第197条及以下)。夫妻双方还可以在夫妻财产制契约(Ehevertrag)将与标的有关的要素加入到婚后所得补偿中,例如,在德国将夫妻的某些财产标的——如一家企业——包括其价值的增加,排除在增益补偿之外,并在这方面根据《德国民法典》第1408条在其夫妻财产制自由的范围内修改增益补偿。[93]价值波动的一般问题在于,在附带基准日原则的婚后所得补偿的情况下,如果财产标的在计算婚后所得补偿时价值特别重大或没有价值,就会导致偶然性和不公平;[94]当然,在婚后所得共同制的情况下,这一问题也仅在有限的范

围内得到处理。[95]在这里,婚后所得财产标的的价值也在分割中发挥作用,只要这些标的未进行实物分割,而是分配给配偶并从他们的份额中扣除,如果有这种情况的话,也许从价值补偿中扣除。[96]即使是为了分割而出售标的,[97]价值的波动也会对配偶双方产生不利的影响。

最后,从程序法的角度来看,更好的论据也可以说是赞成婚后所得补偿制。婚后所得共同财产的分割问题需要花费大量的精力。[98]它和继承人共同财产的分割一样不需要缴纳娱乐税,特别是因为这里不仅需要分割财产,而且——就像婚姻期间债务责任的情况一样[上文第二部分之(三)]——必须首先确定要分割的财产,并与配偶自己的财产划出界限;必要时,必须清偿补偿义务。当然,计算增益补偿绝对不是一项富有成效的工作。但在这方面,婚后所得补偿的模式可能比婚后所得共同制领先一步,也就是说,它在程序法方面可能造成较少的成本。马克斯·冯·吕梅林(Max von Rümelin)****——1957年的德国立法者也提到了他[99]——已经指出,关于婚后所得共同财产的争端“如此复杂”,以至于“没有公共当局的参与,很难处理”[100]。特别是在离婚的情况下,婚后所得财产的分割往往不能协议进行,而是需要一个体贴关怀的非诉事件程序,由法官进行调解或进行分割。例如,从德国在继承人共有关系(Erbengemeinschaft)纠纷方面的经验就可以看出这一点,它被认为不合于实际,主要是因为缺乏强有力的司法手段。[101]弗里德里希·威廉·博施(Friedrich Wilhelm Bosch)——当时是婚后所得共同制的热情倡导者——将婚后所得共同制的实物(reale)财产分享当做“对离婚的有效阻止”加以宣传,[102]这不是没有道理的。现在,婚后所得补偿也经常不经由配偶双方同意而进行。但是——这也是与婚后所得共同财产的分割不同的地方——可以通过民事诉讼的方式单方面执行该补偿,而不需要再做

其他事情。当然,这些差异是否可以被量化是一个开放的问题。

四、总结

从论证和修辞理论中可以得知,只有通过明显的优势论据才能说服听众改变状态。这也适用于婚姻财产制的改革,特别是由于这里的观众席非常多,而且涉及到大量的业务,公证员和法官已经习惯了目前的状态。[103]如果采用这一标准,根据(我的这份)目前的纲要,婚后所得补偿制转为婚后所得共同制的希望不大。[104]最多,我们可以考虑将婚后所得共同制作为一种可选择的婚姻财产制度——类似于1958年之前[105]已经提供的制度,[106]正如将婚后所得共同制作为法定婚姻财产制的体系,也提供了附带婚后所得补偿的分别财产制作为可选择的婚姻财产制。[107]这样,那些在婚姻存续期间就希望有物权分享,且在婚姻结束后又希望有与财产标的有关的分享的配偶就有了选择,而不必通过谨慎的法律预防努力使一般共同财产制适应他们的需要。[108]如果各自的国内法承认外国的婚姻财产制——无论是婚后所得共同制还是带有婚后所得补偿的分别财产制,至少作为一种可选择的婚姻财产制度,那么,法官在处理跨国界的外国婚姻财产制时也可能更容易一些。[109]

最近的两个发展表明,一个国家仍然有可能以婚后所得补偿制作为基本模式:一方面,《德国法国选择性夫妻财产制条约》规定了作为可选择模式的婚后所得补偿制,[110]该制度与法国法中的婚后所得共同制不同。另一方面,欧洲家庭法委员会最近提出了其关于婚姻财产法的原则,并且受庆贺的寿星也对其作出了贡献,[111]欧洲家庭法委员会无法对两种分享模式中的任何一种作出承诺,并且在婚姻财产法的建议中既提出了婚后所得共同制的变体,也提出了婚后所得补偿制的变体。[112]这也表明,“婚后所得补偿制还是

婚后所得共同制？”这个问题更多关注的是法律形式而不是实质。

注释

* 本文译自 A. Dutta, Die Beteiligung der Ehegatten am wirtschaftlichen Erfolg der Ehe - Errungenschaftsausgleich versus Errungenschaftsgemeinschaft, in N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt, & O. Remien (Hrsg.), Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, 2014, S. 67-88. 承蒙作者慷慨授权翻译此文, 特此感谢。同时, 译者感谢中南财经政法大学法学院 2019 级硕士生国凯在翻译过程中提出的宝贵意见和建议。

[1] Battes, FamRZ 2007, 313, 314.

[2] 比较法视角的文献例如 Battes, in: FS für Ulrich Huber (2006) 99, 109f., 和 Pintens, ZEuP 2009, 268, 281. 关于德国婚姻财产制的论述, 可参见者例如 BGH 22.4.1966, BGHZ 46, 343, 349f.; BVerfG 8.4.1986, BVerfGE 71, 364, 386; BGH 9.5.1990, NJW 1990, 2745, 2746; BVerfG 5.2.2002, NJW 2002, 1185, 1186; BVerfG 20.5.2003, NJW 2003, 2819, 2820; BGH 11.2.2004, BGHZ 158, 81, 95; BT-Drucks. 2/224, S. 42; BT-Drucks. 16/10798, S. 10.

[3] Art. 3, 65, 67 balear. Compilació del dret civil; Art.232-1 katal. Codi civil; Art. 44 Ley de régimen económico matrimonial (Valencia).

[4] Sec. 56 Abs. 1 und 2 Brit. Colum. Family Relations Act a. F. (至 2013 年 3 月, 只要财产是用于家庭, 见 Sec. 58 Abs. 2); § 15 Abs.1, § 16 Abs. 2 dän. Retsvirkningslov; § 35 Abs.1 fin. Avioliittolaki; Art. 54, Art. 103 isl.Hjúskaparlög; Art. 1:94 Abs.1, Art.1:100 Abs.1 nied. Burgerlijk Wetboek; § 57 Abs.1, § 58 Abs.1 norw. Ekteskapslov; Kap. 7 § § 1ff., Kap. 11 § 3 schwed. Äktenskapsbalk.

[5] 例如 § 61 dän. Ägtefælleskiftelov (在结婚时间短的情况下, 不包括婚前财产或无偿获得的财产); Art. 104 Abs.1 Satz 2 isl. Hjúskaparlög (在婚前财产或无偿获得财产的情况下, 有可能进行倾斜性分割); § 59

Abs.1 norw. Ekteskapslov (可以将婚前财产或无偿获得的财产排除在分割之外).

[6] 见 § 46b-81 Connecticut General Statutes; § 31-15-7-4 lit. a Indiana Code; Ch. 208 Sec. 34 Massachusetts General Laws; § 552.401 Michigan Compiled Laws; § 14-05-24 North Dakota Century Code; Sec. 23ff. Matrimonial Causes Act (UK); Art. 307A Uniform Marriage and Divorce Act (USA); § 30-3-5 Utah Code. 也参见 § 771, § 768 Abs. 3 jap. Minpō.

[7] 关于“婚姻”和“非婚姻财产”之区分或者“家庭财产”和“其他财产”之区分, 见 Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane [2006] 2 AC 618 (HL) para. 21 ff. (Lord Nicholls) und para. 149 (Baroness Hale); 也可参见 White v. White [2001] AC 596 (HL) 610 (Lord Nicholls); Radmacher v. Granatino [2010] 3 WLR (SC) para. 79. 比较法方面的评价也可参见 Pintens, ZEuP 2009, 268, 276ff., 279. 美国的情况也可参见 Mortensen v. Mortensen, 760 P2d 304 (Utah 1988); Lee v. Lee, 477 NW2d 429 (Mich. App.1991); Dart v. Dart, 597 NW2d 82 (Mich. 1999).

[8] 而本文的这些思考以我在苏黎世大学(2013年4月29日)和雷根斯堡大学(2013年9月18日)所做的两场报告为基础。

[9] 例如 Art.210ff. arag. Código del derecho foral; Art.1398ff. belg. Code civil; Art.250ff. bosn. Porodični zakon; Art.1658ff. bras. Código civil; Art.21ff. bulg. Semeen kodeks (jedenfalls im Hinblick auf Sachen); Art.1400ff. franz. Code civil; Art.177ff. ital. Codice civile; Sec. 760ff. Family Code (Kalifornien); Art.45ff. kosov. Ligji për familjen; § § 248ff. kroat. Obiteljski zakon; Art.89ff. lett. Civillikums; Art.31 ff. poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art.1721 ff. port. Código civil; Art.448ff. québ. Code civil; Art.51 ff. slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art.1344ff. span. Código civil; § § 3.001ff. Family Code (Texas); § § 143ff. tschech.

Občanský zákoník a.F. (bis 2014); § § 26.16.010ff. Washington Revised Code.

[10] § § 1363 ff. BGB; Art. 4ff. dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen; Art. 1397ff. griech. Astikos kōdikas; Art.196ff. schweiz. ZGB; 作为补充, 也可参见 Art. 414ff. québ. Code civil.

** 译者注: Zugewinnsgemeinschaft 的译法有净益共同财产制、增益共同制、财产增加额共同制, 各种译法的差别并不影响对该制度的实质理解。本文采增益共同制之译法, 仅为简短之便。此外, 作者将德国的法定财产制——增益共同制归到婚后所得补偿制的大类之下, 行文时常用婚后所得补偿制指代德国法定财产制。

[11] 例如 Gernhuber, NJW 1991, 2238, 将增益共同制描述为一个“不忠于原则的婚姻财产制度”; 下文脚注 26 中的于 1950 年代已经出现的主张引入婚后所得共同制的意见, 也对增益共同制持批判态度。

[12] 尤其是 Röthel, in: Die Zugewinnsgemeinschaft ein europäisches Modell?, hrsg. Von Lipp/Schumann/Veit (2008) 57; dies., FPR 2009, 273; dies., in: FS für O. Werner (2009) 486; dies., in: Begegnungen im Recht - Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt (2011) 173, 184ff. 也可参见 M. Lipp, FamRZ 1996, 1117, 1124; Schwab, in: FS für Söllner (2000) 1079, 1093; Henrich, FF-Sonderheft 2004, 173, 177f.; Battes, FamRZ 2007, 313, 316; Helms, in: FS für Speilberg (2010) 27, 40ff.

[13] 例如 Art. 210 arag. Código del derecho foral; Art.1398, Art.1405 belg. Code civil; Art. 252 Abs. 1 bosn. Porodični zakon; Art. 1658 bras. Código civil; Art. 21 Abs. 1 bulg. Semeen kodeks; Art.1401 franz. Code civil; Art.177ff. ital. Codice civile; Sec. 760 Family Code (Kalifornien); Art.47 Abs.1 kosov. Ligji për familjen; § 248, § 249 Abs.1 kroat. Obiteljski zakon; Art. 89 Abs. 2lett. Civillikums; Art. 31 poln. Kodeks rodzinny i opiekurńczy; Art. 1724 port. Código civil; Art. 448 ff. québ. Code civil; Art. 51 Abs. 2 slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art. 1344

span. Código civil; § 3.002 Family Code (Texas); § 143 tschech. Občanský zákoník a.F. (至 2014 年); § 26.16.030 Satz 1 Washington Revised Code.

[14] 参见 § 1363 Abs. 2 Satz 1 BGB; Art. 2 Satz 1 dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen; Art.1397 griech. Astikos kōdikas; § 1233 Satz 1, § 1237 öster. ABGB; Art.196, Art.201 Abs.1, Art. 202 schweiz. ZGB; 也可参见 Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane [2006] 2 AC 618 (HL) Rn. 151 (列治文的何熙怡女男爵: “我们还没有一个共同财产制体系, 不论是完全的, 还是延迟的”; § 762 Abs.1 jap. Minpō; Art. 414, Art. 415 Abs.1 québ. Code civil.

[15] 参见 § 16 Abs. 1 dän. Retsvirkningslov; § 34 finn. Avioliittolaki; Art. 58 isl. Hjúskaparlög; § 31 Abs.1 norw. Ekteskapslov; Kap.1 § 3, Kap. 7 § 1 schwed. Äktenskapsbalk.

[16] M. Lipp, FamRZ 1996, 1117, 1119, 1122f., 1124; Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 113; Welskop-Deffaa, in: Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, hrsg. Von Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (2013) 7, 11; Meder, in: a. a. O. 13, 17; Dauner-Lieb, in: a. a. O. 47, 51 ff.; Gerdes, in: a. a. O. 87, 88; Mecke, in: a. a. O. 111, 140f.; 也可参见 Henrich, Deutsches, ausländisches und internationales Familien- und Erbrecht (2006) 11, 13. 也可参见在后文脚注 26 中已经出现的批评的声音。

[17] Röthel in: Die Zugewinnsgemeinschaft (oben N.12) 65ff.

[18] Helms, in: FS für Speilberg (2010) 27, 40ff.

[19] Helms, in: FS für Speilberg (2010) 27, 41; ders., in: Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, hrsg. von Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (2013) 89.

[20] Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung: Neue Wege - Gleiche Chancen, Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf, BT-Drucks. 17/6240, S. 66 (“相反, 婚后所得共同制的婚姻财产制度反映了一种基于伙伴关

系的婚姻形式，并以《基本法》第3条第2款中的平等权利原则为导向。在婚后共同财产制中，配偶双方对婚姻期间获得的财产标的已经有了物权性的共同权利，无论哪一方赚取或获得这些财产。为便于从事照顾而放弃收入之事，对于放弃的配偶——通常是妻子——来说，与失去财产事务方面的法定（共同）形成权没有关系。即使在（双方同意的）放弃自己的收入期间，作为照顾者的配偶在财产法上与另一配偶平等。在这个婚姻财产制中，婚姻分工和对婚姻财产的物权性的权利是脱钩的。同时，这种婚姻财产制反映了配偶双方在婚姻存续期间已经在经济事务上承担的法律义务。”）以及 S. 76（“另一方面，它符合现代婚姻的形象，即以伙伴关系为基础，分享在婚姻中共同取得的财产以及分担在婚姻期间和婚姻结束之后共同建立的责任。婚姻期间和离婚后共同的父母照顾，离婚时增益补偿，以及要求引入婚后所得共同制[.....]，这些都表明了一种婚姻概念，即赋予夫妻双方平等的权利和义务，特别是还赋予未从事职业的妻子以独立和平等的法律地位”）。

[21] Gleichstellungsbericht (前注) S. 80, 240 (“法定的夫妻财产制——增益共同制应被欧洲通行的婚后所得共同财产制模式所取代”）。

[22] 参见 Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11.6.1979, BBl. 1979 II, S. 1191, 1216: “与其他任何婚姻财产制相比，婚后所得共同制在财产法方面更能实现夫妻双方通过婚姻结合成一个全面的生活共同体的理念。通过夫妻双方共同管理和使用共同财产，即婚姻期间赚取的收入，婚后所得共同制特别考虑到了将婚姻理解为一种伙伴关系”。

[23] 被取代的，在德国是由夫对妻的财产进行管理和享有有益权的婚姻财产制度，在瑞士则是联合财产制的夫妻财产制。

[24] 参见 BT-Drucks. 2/224, S. 34ff.; 也可参见 Reinicke, NJW 1957, 889.

[25] Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnngemeinschaft (2010) 15ff.; Mecke, AcP 211 (2011) 886, 922f., 并参考了 Emilie Kempin-Spyri,

Helene Lange, Marie Munk, Sera Proelß, Marie Raschke und Marie Stritt.

[26] 因此，在当时，主要是出于平等的原因，人们就已经支持建立婚后所得共同制，支持意见参见 Beitzke, JZ 1952, 744, 746; Jung, DRiZ 1953, 97, 98; Bosch, JZ 1953, 448, 449f.; ders., FamRZ 1954, 149, 152, 153ff.; Maier-Reimer, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, 289, 291, 也支持“婚后所得共同制”，据此，她提出的法定婚姻财产制更类似于今天瑞士的婚后所得分享制，因为在婚姻期间，夫妻应独立管理各自的婚后所得财产，因此恰恰不应发生婚后所得财产的共有化。也可参见 Krauss, FamRZ 1954, 89, 91（但其甚至支持建立一般共同财产制）。

[27] 这些数字仅见于 Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 16ff.

[28] 此种观点可参见 Meder (oben N.16) 20.

[29] Dauner-Lieb (oben N.16) 56; Helms (oben N.19) 89f.

[30] 对于婚姻的家庭关系也持此种倾向者，参见 Boehmer, MDR 1950, 450, 451, 453; Dölle, JZ 1953, 617, 618; Brudermüller, in: Die Zugewinnngemeinschaft- ein europäisches Modell?, hrsg. von Lipp/Schumann/Veit (2008) 3, 19; Meyer, in: Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, hrsg. von Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (2013) 79, 82.

[31] 此种观点已见于 Wedgwood, The economics of inheritance (2. Aufl. 1939) 77; Krauss, FamRZ 1954, 89; Greven, FamRZ 1954, 93; Meston, Jur. Rev. 1982, 172, 178; Henrich, Studi in onore di Cesare Massimo Bianca (2006) 281, 292.

[32] 详见 G. S. Becker, Economica 48 (1981) 1 (10); G. S. Becker, A treatise on the family (1991) 295.

[33] 参见 Wippermann/Borgstedt/Möller-Slawinski, Partnerschaft und Ehe - Entscheidung im Lebensverlauf (2010) 49 f. 也可参见先前的研究，Alebrand, AcP 152 (1952/1953) 373, 382, 该研究已经得出了完全类似的结论，据此，绝大多数的受访者希望看到一个婚姻财产制度，其中婚姻期间赚取的财产成为共同

财产；另可参见 Meder (oben N.16) 18 mit Fn.13 的评估。

[34] Kohli u. a., Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen Erbschaften und Vermögensverteilung (2005) 130.

[35] Henrich, FF-Sonderheft 2004, 173, 174. 就这方面而言, Stephan Meder 正确地称之为“按份共有”的婚姻财产制, 参见 Meder, Gesetzliches Güterrecht und sozialer Wandel (2011) 33f.

[36] Beitzke, FamRZ 1954, 156, 158.

[37] Siehe § § 1365, 1369 BGB sowie BGH 28.4.1961, BGHZ 35, 135 (143); BGH 26.2.1965, BGHZ 43, 174 (174f.); BGH 22.4.1975, BGHZ 64, 246 (247); BGH 25.6.1980, BGHZ 77, 293 (295); BGH 12.1.1989, BGHZ 106, 253 (256) 中对《德国民法典》1365 条的扩大解释; Art. 5 dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen; Art. 215 § 1 belg. Code civil; Art. 1647 bras. Código civil; Art. 26 bulg. Semeen kodeks; § 19 Abs.1 dän. Retsvirkningslov; § § 38, 39 finn. Avioliittolaki; Art.215 Abs.3 franz. Code civil; Art.60, 61 isl. Hjúskaparlög; Art.231-9 katal. Codi civil; Art.215 luxem. Code civil; Art.1:88 Abs.1 lit. a nied. Burgerlijk Wetboek; § § 32, 33 norw. Ekteskapslov; Art. 37 § 1 poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art.1682, Art. 1682-A port. Código civil; Art.401f., Art.404f. québ. Code civil; Kap.7 § 5 schwed. Äktenskapsbalk; Art. 169 Abs. 1 schweiz. ZGB sowie Art. 266m ff. schweiz. OR; Art. 1320 span. Código civil.

[38] Schwab, in: FS für Söllner (2000) 1079, 1082ff. (“然而, 人们可能会认为, 一个对杯子和啤酒杯限制转让的婚姻财产制(《德国民法典》第1369条)更应该处理家庭住宅的处分问题。”); 也可参见 Henrich, Bitburger Gespräche- Jahrbuch 2001, 57, 63, 67; ders., FamRZ 2002, 1521, 1523; Meder (oben N. 25) 47.

[39] Henrich, FF-Sonderheft 2004, 173, 174; ders. (oben N.16) 2ff.

[40] 明确规定者如: § 1360 Satz 1 BGB; Art.1:84 Abs.1 Satz 1, Abs. 2 nied. Burgerlijk Wetboek; Art.1318 span. Código civil.

[41] BGH 13.10.1976, BGHZ 67, 217 (221); BGH 7.4.1978, BGHZ 71, 216 (222f.); BGH 31.1.1979, NJW 1979, 976 (977); 也可参见早前的裁判: RG 29.4.1915, RGZ 87, 56 (61ff.); BGH 26.2.1954, BGHZ 12, 380 (399f.).

[42] 参见 Beitzke, FamRZ 1954, 156, 158.

*** “附属的夫妻财产法”主要是指配偶内部合伙 (Ehegatteninnengesellschaft) 和与婚姻有关的给予 (ehebedingte Zuwendung), 这些构造是德国司法通过法的续造, 以弥补婚姻财产法的不适当结果。判例将这些构造建立在配偶双方默示的合同之上。——译者注

[43] 不过此种观点可参见者如 M. Lipp, FamRZ 1996, 1117, 1119f. (认为附属的婚姻财产法是“婚姻存续期间已经进行的财产分享”的表达); Röthel, in: Begegnungen im Recht (2001) 173, 187 (将婚姻内部合伙评价为“秘密的共有化”); 类似见解已见于 Bosch, JZ 1953, 448, 449, 450, 但也可参见 Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 154.

[44] 例如, 参见 BGH 28.9.2005, BGHZ 165, 1.

[45] Röthel, in: Die Zugewinnngemeinschaft (oben N.12) 66f.; Meder (oben N.16) 16. 类似观点已见于 Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 154; 也可参见 Krauss, FamRZ 1954, 89, 90; Greven, FamRZ 1954, 93, 95f. (然而, 其甚至支持建立一般共同财产制)。与此相反, Rauscher, in: Aktuelle Fragen des Familienrechts, hrsg. Bayer/Koch (2009) 9, 20f. 认为, 在婚姻中“平等分享所获财产的共同体”并不普遍, 仅仅因为这个原因就没有必要实行共有化。

[46] Bruder Müller (oben N. 30) 19.

[47] BT-Drucks. 2/224, S. 35, 36.

[48] 也可参见 Dölle, JZ 1953, 617, 619f.; ders., FamRZ 1954, 205, 206; Beitzke, FamRZ 1954, 156, 157; Henrich, FamRZ 2000, 6, 12; ders., FamRZ 2002, 1521, 1525f.; 原则上持相同立场者, 可参见 Mecke (oben N.16) 176f., 依此, “婚姻财产制的任何一方都不必承担其非属于法定债务人以及意定债务人应负责的负担”。不同观

点,参见 Anders Dauner-Lieb (oben N.16) 52f., 据此,在增益共同制的情况下,责任的分离导致了“有违体系地优待有职业的配偶的债权人”,也可参见 a.a.O. 57f. und 62ff., 据此,婚后所得财产的责任将限于与婚姻有关的债务。同样, Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 156 也未对婚后所得财产的责任表示任何根本性的反对意见,他认为:“此外,在我看来,夫妻一方也应该为另一方的债务承担责任,这并不那么离谱”,也参见 Bosch, JZ 1953, 448, 450.

[49] 参见 Dölle, FamRZ 1954, 205, 206.

[50] M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (1922) 208 (“不再是一个共同生产的地方,而是一个共同消费的地方”)。

[51] 也可参见 Art. 6 dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen; Art. 222 Abs. 1 belg. Code civil (siehe auch Art.1408 Spiegelstrich 2 und 3, Art.1414 Abs.1, Abs.2 Nr.1); § 11 Abs.1 Satz 3, § 14 dän. Retsvirkningslov; § 52 Abs.2 finn. Avioliittolaki; Art.220 Abs.1 Halbsatz 2 franz. Code civil; Art. 69 isl. Hjúskaparlög; Art.186 lit. b und c, Art.190 ital. Codice civile; § 761 Satz 1 jap. Minpō; Sec. 914 lit. a kaliforn. Family Code; Art. 220 Abs.1 Halbsatz 2 luxem. Code civil; Art.1:85 nied. Burgerlijk Wetboek; § 41 Abs.1 norw. Ekteskapslov; § 96 Satz 1 und 3 öster. ABGB; Art. 30 § 1 poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art. 1691 Abs. 1, Art.1695 Abs.1 port. Código civil; Art. 397 Abs.1 québ. Code civil; Art.1319 Abs. 2 und 3 span. Código civil; Art. 166 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Fall 2 schweiz. ZGB; Art. 56 Abs. 2 slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; § 3.201 lit. a Ziff. 2, Sec. 2.501 tex. Family Code; § 26.16.205 Washington Revised Code. Vgl. auch Art. 1663 § 1 Fall 2 bras. Código civil.

[52] 可参见如下规定: Art.218ff. arag. Código del derecho foral; Art.1406ff., 1409ff. belg. Code civil; Art. 261, Art. 262 bosn. Porodični zakon (vgl. auch Art. 255 Abs. 2); Art.1664, 1666 bras. Código civil; Art.1409ff. franz. Code civil;

Art.186ff. ital. Codice civile; Sec. 910ff. Family Code (Kalifornien); Art. 57 kosov. Ligji për familjen; Art. 96ff. lett. Civillikums; Art.41 f. poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art.1690ff. port. Código civil; Art. 56f. slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art.1362ff. span. Código civil; § 3.202 Family Code (Texas); § 144, § 145 Abs.3 tschech. Občanský zákoník a.F. (bis 2014); § 26.16.190ff. Washington Revised Code.

[53] 也可参见 Dauner-Lieb (oben N.16) 63; Mecke (oben N.16) 182.

[54] 但是 Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 156 持此种观点。

[55] Dölle, JZ 1953, 617, 619 in Fn.18, 据此,基于债权人的原因而解散共同财产是“不可容忍的”。“在婚姻存续期间是否要分割夫妻共同财产,不能取决于第三人的意愿”;赞同观点参见 Möller, Die Gütergemeinschaft im Wandel der Gesellschaft (2010) 230f. 即使同意 Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 156 的观点,即应允许无责任的夫妻一方别除源自他的物品,这也同样适用。

[56] Beitzke, FamRZ 1954, 156, 157; 同样观点参见 Dauner-Lieb (oben N.16) 63 (“不太符合实际情况”); Mecke (oben N.16) 182f.

[57] Dölle, JZ 1953, 617, 619 (“剥夺债权人的权利”); Beitzke, FamRZ 1954, 156, 157; 在基本原则方面相同的意见也可参见 Dauner-Lieb (oben N.16) 62, 但她认为排除与婚姻无关的债务是合理的。不同观点参见 Haff, JZ 1955, 43, 44, 其认为:对于配偶的婚前债务,婚后所得财产不必负责,因为“贷款[.....]无疑是针对有关债务人在婚前存在的财产和劳动力而发放的”;同样的倾向,也参见 Möller (oben N. 55) 231 f.; 相比之下, Mecke (oben N.16) 184f 正确地持谨慎的态度。

[58] Bosch, FamRZ 1954, 149, 152, 156; 也参见 Dauner-Lieb (oben N.16) 63.

[59] Möller (oben N. 55) 232.

[60] Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV S. 152.

[61] BT-Drucks. 2/224, S. 34f., 37; 同样观点也可参见 Beitzke, FamRZ 1954, 156, 157f.

[62] Botschaft des schweizerischen Bundesrats (oben N. 22) S.1218.

[63] 仅参见前注 52 中的例证。

[64] BT-Drucks. 2/224, S. 35 f.; Botschaft des schweizerischen Bundesrats (oben N. 22) S.1216 也持类似观点; 也可参见 E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (1902) 117; Dölle, JZ 1953, 617, 618f.; ders., FamRZ 1954, 205, 207; Beitzke, FamRZ 1954, 156, 157.

[65] Henrich, FamRZ 2002, 1521, 1525; Möller (oben N. 55) 223ff.; Meder (oben N.16) 20; Brudermüller, in: Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, hrsg. von Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (2013) 41, 44; Dauner-Lieb (oben N.16) 60; Mecke (oben N.16) 160ff.

[66] 参见 Art. 229ff. arag. Código del derecho foral; Art.1415ff. belg. Code civil; Art.1663 bras. Código civil; Art. 24 bulg. Semeen kodeks; Art. 1421 ff. franz. Code civil; Art.180ff. ital. Codice civile; Sec. 1100ff. Family Code (Kalifornien); § 250, § 251 kroat. Obiteljski zakon; Art. 36ff. poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art.1678 port. Código civil; § 145 Abs. 2 tschech. Občanský zákoník a.F. (bis 2014); vgl. aber auch Art.253 bosn. Porodični zakon; Art. 49, Art. 51 kosov. Ligji për familjen; Art. 90 Abs. 2 und 3, Art. 93 lett. Civillikums; Art.52 f. slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art. 1375 ff. span. Código civil; § 3.102 Family Code (Texas); § 26.16.030 Satz 2 Washington Revised Code.

[67] Schwab, in: FS für Söllner (2000) 1079, 1081 ff.

[68] 仅参见 Art. 896 franz. Code civil a.F. (1804) 中对物上代位、前位继承和后位继承的普遍禁止, 这种禁止在今天也可见于 Art. 896 belg. und luxem. Code civil; Art. 692 Abs. 5, Art. 698, Art. 795 Abs. 1

ital. Codice civile; Art. 964 poln. Kodeks cywilny; Art. 79 Abs. 3 slowen. Zakon o dedovanju.

[69] 例如, 详见 Dutta, Warum Erbrecht- Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung (2013) § 7 II. 1. a sowie § 8 II. 3.

[70] Röthel, in: Die Zugewinnngemeinschaft (oben N.12) 61f.; Rauscher (oben N.45) 20.

[71] Martiny, FS für Schwab (2005) 1189, 1202.

[72] 关于这种“可变动的反致”的相关性, 参见 Münch. Komm. BGB/Siehr, Art.15 EGBGB Rn. 125, 127.

[73] 在客观连接点下的变更, 可参见 Art. 30 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 29 Abs. 1 und 2 ital. Legge di diritto internazionale privato; § 4 Abs. 2 schwed. Lag (1990 :272) om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden, vgl. auch § 5(1); Art. 55 schweiz. IPRG. 与此相反, 一些立法规定了一个不可改变的(客观)连接点: Art.15 Abs.1 EGBGB; § 19 öster. IPRG; Art. 53 Abs.1 und 2 port. Código civil; titulo preliminar Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 1 span. Código civil. 按照 Art. 17 des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM (2011) 126 endg. vom 16.3.2011, 夫妻财产制准据法也应是不可改变的, 参见其中的Erwägungsgrund Nr. 23; 然而, 即使在有客观连接的情况下, 如果配偶双方在婚后才建立共同的惯常居所, 也可能导致适用的婚姻财产法发生变化, vgl. Art.17 Abs.1 lit. a. 婚姻财产制准据法还可能因为其他事由发生变更; 只要允许配偶嗣后选择法律, 那么依据 Art. 15 Abs. 2 EGBGB (siehe Münch. Komm. BGB/Siehr, Art.15 EGBGB Rn. 37) oder Art. 18 Unterabs. 1 und 2 des Kommissionsvorschlags, 可变更婚姻财产制准据法。

[74] 针对嗣后的法律选择, 也可参见 Art.18 Unterabs. 3 des Kommissionsvorschlags (前注): “如果夫妻双方决定这一变更应具有溯及效力, 那么该溯及力不应影响先

前根据当时适用的法律实施的法律行为的有效性，也不影响根据先前适用的法律产生的第三人的权利。”

[75] Vgl. Sec. 8, 10A Property (Relationships) Act 1976 (Neuseeland).

[76] Vgl. §§ 81 ff. öster. Ehegesetz (至少在生前婚姻终止的情况下如此)。

[77] 参见 Art.258ff. arag. Código del derecho foral; Art.1445ff. belg. Code civil; Art.255 bosn. Porodični zakon; Art.1475ff. franz. Code civil; Sec. 2550 Family Code (Kalifornien); Art. 89ff. kosov. Ligji për familjen; Art. 731 ff. i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lett. Civillikums; Art. 210 Satz 1 i.V.m. Art.1035 poln. Kodeks cywilny i.V.m. Art.46 poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art. 58 Abs.1 slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art.1396ff. span. Código civil.

[78] Sec. 23ff. Matrimonial Causes Act (UK) (针对因离婚而终结婚姻的情形), Sec. 1ff. Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (UK) (针对因死亡而终结婚姻的情形)。

[79] § 1372ff. BGB. 也可参见 § 1383 BGB 中的例外。

[80] § 1371 Abs. 1 BGB, 据此, 配偶另一方可以通过死因处分单方面撤回这种分享, 其结果是, 此时又只有一种与价值有关的分享: 第 1371 条第 2 款, 第 1373 条及以下 (增益补偿) 和第 2303 条及以下 (特留份)。

[81] 例如参见 Haff, JZ 1955, 43, 44.

[82] 特别是就家庭住宅方面持此种意见者, 见 Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 111, 113f, 115.

[83] 参见 Art.827 Abs.1 i.V.m. Art.1430 Abs.4 belg. Code civil (vgl. auch Art.1446f.); Art. 735 i. V.m. Art.109 Abs. 4 lett. Civillikums; Art.1062 Abs. 2 i.V.m. Art.1410 span. Código civil; vgl. auch Art. 257 bosn. Porodični zakon(不过, 配偶有优先购买权)。

[84] Vgl. BT-Drucks. 2/224, S. 39; Henrich, FF-Sonderheft 2004, 173, 175f., 176.

[85] Schwab, in: FS für Söllner (2000) 1079, 1084ff.; Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 112; vgl. auch bereits Haff, JZ 1955, 43, 44.

[86] Art. 9 Abs.1 Nr. 1 und 2 dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen 也是如此。

[87] 参见 BGH 14.11.1973, BGHZ 61, 385 (388); BGH 9.6.1983, BGHZ 87, 367 (374); BGH 14.3.1990, BGHZ 111, 8 (11f.)。

[88] Henrich, FF-Sonderheft 2004, 173, 176f.; ders., Studi in onore di Cesare Massimo Bianca (2006) 281, 293ff.; Meder (oben N.16) 20; Bruder Müller (oben N. 65) 43f.; Dauner-Lieb (oben N.16) 57; vgl. auch Rauscher (oben N.45) 14, 据此, 这“仅仅是将婚后所得共同财产的理念转化为没有独立的财产集合的分别财产模式的一个受技术条件限制的怪念头”。

[89] Art.1399 Abs.1 belg. Code civil; Art.22 Abs.1 Satz 1 bulg. Semeen kodeks; Art.1405 Abs.1 franz. Code civil; Art.179 Abs.1 lit. a und lit. b ital. Codice civile; Sec. 770 lit. a Nr. 1 und Nr. 2 Family Code (Kalifornien); Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 kosov. Ligji për familjen; § 253 kroat. Obiteljski zakon; Art. 91 Abs.1 Nr. 1 und Nr. 3 lett. Civillikums; Art.1405 Abs.1 luxem. Code civil; Art. 33 Nr. 1 und Nr. 2 poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art. 1722 Abs.1 lit. a und lit. b port. Código civil; Art. 51 slow. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art. 1346 Abs.1 Nr. 1 und Nr. 2 span. Código civil; § 3.001 Nr. 1 und Nr. 2 Family Code (Texas); § 26.16.010 Washington Revised Code; vgl. auch Art. 251 Abs. 2, Art. 254 bosn. Porodični zakon.

[90] 例如, 参见 Art.1435 Satz 2 belg. Code civil.

[91] 关于在婚后所得分享制框架内考虑生产性财产的价值增加的诸多理由, 可参见 Dutta, in: Liber amicorum Walter Pintens I (2012) 535, 543 ff.

[92] Henrich, Bitburger Gespräche -Jahrbuch 2001, 57, 61; Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 95; Battes, FamRZ 2007, 313, 316f.; Rauscher (oben N. 45) 14. 反之亦然, 在婚后所得共同制之下夫妻一方的个人财产之增值也可以作为婚后所得的一部分, 参见上文和脚注 90 以及一般性规定 Art.1660 Ziff. IV bras. Código civil (“对夫妻各方的个人财产进行的改良

[.....]属于共同财产”) ; Sec. 9A Property (Relationships) Act 1976 (Neuseeland).

[93] 已见于先前的裁判BGH 26.3.1997, FamRZ 1997, 800; 即使是对夫妻财产制契约内容进行审查的判例, 也不妨碍夫妻双方以契约修改增益补偿, 参见 OLG Hamm 24.3.2006, FamRZ 2006, 1034, 因为联邦最高法院在其核心领域理论的框架内, 认为无论如何增益补偿都相当“远离核心领域”, 例如, 参见BGH 21.11.2012, FamRZ 2013, 269.

[94] Schwab, in: FS für Söllner (2000) 1079, 1087f.; 也参见 ders., FamRZ 2009, 1445, 1450.

[95] 例如 Meder (oben N. 35) 36; Brudermüller (oben N. 65) 44.

[96] 例如, 参见 Art.267 Abs.2 arag. Código del derecho foral; Art.1446f. belg. Code civil; Art.1475 Abs. 2 franz. Code civil, 此外参见 Art.1476 franz. Code civil, 该规定参引关于遗产分割的规定, 其中也可能涉及到在进行价值补偿的前提下将个别物品分配给一方的问题, 参见 Art. 826 Abs. 4; 类似规定参见 Art.1062 Abs.1 i. V. m. Art.1410 span. Código civil; 也可参见 Art. 92 Abs.2 kosov. Ligji për familjen; Art. 61 Abs. 2 slowen. Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih; Art. 1407 Satz 2 span. Código civil.

[97] 参见前注83中的例证。

[98] Dölle, JZ 1953, 617, 619. 不同的评估, 可参见 Dethloff, in: Verh. 67. DJT I (2008) A 1, 112.

**** Max von Rümelin (1861 - 1931), 德国法学家, 与菲利普·黑克同为利益法学的共同创立人。——译者注

[99] BT-Drucks. 2/224, S. 35.

[100] Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch (1908) 13.

[101] 例如 Münch. Komm. BGB/Ann, § 2042 BGB Rn. 3.

[102] Bosch, JZ 1953, 448, 450.

[103] 这里似乎对别的体系特别怀疑, 就此可参见者如 Henrich, FamRZ 2000, 6, 12; ders., FF-Sonderheft 2004, 173 f.; Meder (oben N. 16) 21.

[104] 因此, 联邦政府的修正增益补偿法和监护法的立法草案 (Gesetz zur Reform des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts, BT-Drucks. 16/10798, S. 1, 该草案之后通过成为法律, 见 BGBl. 2009 I S. 1696) 还简明扼要地确认: “增益补偿法在实践中证明了自身的价值”。

[105] 参见 §§ 1519ff. BGB a. F.

[106] 持此种观点者, 例如 Mecke, AcP 211 (2011) 886, 927; Brudermüller (oben N. 65) 43, 44; Dauner-Lieb (oben N.16) 65; 也持肯定态度者, 见 Helms (oben N.19) 91; der Gleichstellungsbericht (oben N.20) S. 80, 240 也认为, 至少作为引入婚后所得共同制作为法定婚姻财产制度之前的一个中间阶段。赞同约定的婚后所得共同制继续存在的意见, 已经见于 Alebrand, JZ 1953, 573.

[107] 例如 Art.1672ff. bras. Código civil; Art.1569ff. franz. Code civil; Art. 51/2ff. poln. Kodeks rodzinny i opiekuńczy; Art.1411 ff. span. Código civil; vgl. auch Art. 33ff. bulg. Semeen kodeks.

[108] 只要这一点是可能的, 就此详见 Mecke, AcP 211 (2011) 886, 896ff.

[109] Henrich, FamRZ 2002, 1521, 1522.

[110] Art.12 dt.-franz. Wahlgüterstandsabkommen.

[111] 也可参见 Martiny, in: Die Zugewinnngemeinschaft - ein europäisches Modell?, hrsg. von Lipp/Schumann/Veit (2008) 39.

[112] 参见 Boele-Woelki/Ferrand/González-Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, Principles of European Family Law regarding property relations between spouses (2013) 139ff. und 219ff.

主编 | 王洪亮 张双根 张谷 朱庆育 田士永

编辑部主任 | 唐勇

编辑部成员 | 王立栋 陈大创 陈欢 赵文杰 柯勇敏 吴香香

公众号编辑助理 | 詹哲仪 唐雪倩

本文校对 | 邓覃笑

新作·第 22 卷主题译作 4 | 彼得·摩尔达夫：以个人财产和夫妻共同财产取得的家庭住房的分割

原创：2023-10-12 中德私法研究 Peter M. Moldave

https://mp.weixin.qq.com/s/x_0zMnSjXtzkml1gacUkFQ

作者：[美]彼得·摩尔达夫（Peter M. Moldave）1980 年哈佛大学文学学士；1983 年加州大学伯克利分校法学博士；1982 年发表本文时是加州大学伯克利分校博尔特霍尔法学院三年级的博士研究生；现为格斯默·厄普德格罗夫律师事务所（Gesmer Updegrove LLP）合伙人，业务领域包括计算机软件许可交易、公司法和证券法。

译者：王倩，北京大学法学院博士研究生。

来源：《中德私法研究》第 22 卷，北京大学出版社 2023 年版，第 168-198 页，内容经译者审定及授权。

正文总字数：1.6 万字

注释总字数：9.5 千字

摘要

在婚姻关系解除时，应如何分割以个人财产和夫妻共同财产取得的家庭住房，尚无定论。在卢卡斯案和摩尔案中，加州最高法院对以个人财产支付的首付款进行了认定，并确立了分割家庭住房的资金来源法。然而，加州最高法院在卢卡斯案中对《加州民法典》第 5110 条中家庭住房推定的解释是错误的，卢卡斯案/摩尔案方法对贷款收益的分配也是错误的。为了正确认定以个人财产支付的首付款，并能够简单而公平地分割家庭住房，本文提出两项建议：首先，对在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款，不应要求夫妻双方以协议确定该首付款的个人财产属性，并应废除卢卡斯案的赠与推定；其次，以个人财产和夫妻共同财产支付按揭贷款的，应根据个人财产和夫妻共同财产占已支付贷款的比例分配贷款收益。

关键词：个人财产；夫妻共同财产；家庭住房；首付款；分割

目次

- 一、卢卡斯案和摩尔案
- 二、卢卡斯案赠与推定
- 三、家庭住房的分割
- 四、结论

对于许多离婚诉讼的当事人而言，家庭住房的分割是婚姻关系解除时的一个关键问题，部分原因在于大部分家庭财产仅用于这一资产的投资。[1]在加利福尼亚州（以下简称“加州”）等实行夫妻共同财产制的州，无论将家庭住房归为夫妻共同财产，还是归为夫妻一方的个人财产，都会对夫妻双方依据财产分割法令获得的财产数量产生巨大影响。

根据加州的法律，婚前获得的财产以及通过赠与或继承获得的财产，均被归为夫妻一方的个人财产。[2]在婚姻关系存续期间，如同以个人财产出资购买的财产属于个人所有的资本性资产一样，[3]个人财产产生的收益属于个人所有的资本性资产。[4]在婚姻关系存续期间获得的其他财产，包括就业收入，都被归为夫妻共同财产。[5]

因此，在婚前或者婚姻关系存续期间，仅以夫妻一方的个人财产购买并以个人名义取得所有权的房屋，在婚姻关系解除时仍属于个人财产。仅以夫妻共同财产购买的房屋，通常以公平分割出卖房屋所得收益的方式在夫妻之间进行分配。

然而，如果房屋是以个人财产和夫妻共同财产混合购买的，经常会导致婚姻关系解除时的房屋归属问题不太明朗。对此，要想准确适用夫妻共同体原则，至少会面临两个问题：一是，应当根据购房资金来源对房屋进行分割，还是根据产权证书指定的所有权形式对房屋进行分割？二是，

如果根据购房资金来源进行分割,应当考虑哪些出资[6]因素,以及为了计算夫妻双方在房屋中的份额,应当如何权衡这些因素?

加州最高法院最近在卢卡斯案(In re Marriage of Lucas)[7]和摩尔案(In re Marriage of Moore)[8]的判决中认为,除非夫妻之间存在相反的约定,否则依据所有权形式对房屋进行分割;如果夫妻之间存在相反的约定,就依据资金来源对房屋进行分割。同时,根据卢卡斯案/摩尔案资金来源法(以下简称“卢卡斯案/摩尔案方法”),只需考虑“对净资产的出资”,包括首付款、月供的本金支付和可归属于各方的贷款余额,而不包括已支付的利息、保险或财产税。

本文分析了卢卡斯案和摩尔案确立的家庭住房分割规则。第一部分总结了卢卡斯案和摩尔案的判决结果。第二部分批判了卢卡斯案的“赠与推定”,该规则认为,除非可以证明夫妻之间存在相反的约定,否则在婚姻关系存续期间以个人财产对购房款进行的出资是对夫妻共同体的赠与。第三部分首先审查了卢卡斯案和摩尔案在婚姻关系解除时分割家庭住房的不同方法,其次批判了卢卡斯案/摩尔案方法,最后为了减轻该方法的苛刻结果而提出一种修正方法。

一、卢卡斯案和摩尔案

(一) 卢卡斯案及其赠与推定理论

在卢卡斯案[9]中,布伦达·卢卡斯(Brenda Lucas)和杰拉德·卢卡斯(Gerald Lucas)于1964年3月结婚。四年后,他们买了一套房子,其中,首付款以布伦达的个人财产支付,按揭贷款则由他们共同偿还。同时,他们以“夫妻作为联合共有人”的身份取得了该房屋的所有权。除了用布伦达的个人财产对该房屋进行价值约3000美元的改造,与该房屋有关的其他费用都以夫妻共同

财产支付。[10]1976年,布伦达和杰拉德分居,随后离婚。

在认定争议资产属于夫妻共同财产还是个人财产的审判中,初审法院将布伦达的首付款视为以个人财产出资购房,[11]而将贷款本金视为以夫妻共同财产出资购房。首先,初审法院退还了夫妻双方对购房款的出资。其次,在分割房屋的增值部分时,初审法院先计算首付款和贷款本金的总额,并计算布伦达的个人财产份额(首付款)和夫妻共同财产份额(贷款本金)占总额的百分比,再根据这些百分比来分配房屋增值。[12]

加州最高法院的一致裁决推翻了初审法院的判决,理由在于,要想保持该首付款的个人财产属性,布伦达必须证明夫妻双方就此达成了“协定”或“协议”。[13]加州最高法院的判决来源于其对《加州民法典》第5110条中“家庭住房”推定所作的解释,即夫妻双方在婚姻关系存续期间以联合共有人身份获得的房屋,将在婚姻关系解除时被推定为夫妻共同财产。[14]卢卡斯案的终审判决认为,查明以个人财产支付首付款并不能推翻家庭住房推定,只有约定以个人财产支付首付款将保持该首付款的个人财产属性的协议,才能推翻家庭住房推定。[15]该判决的结果是,布伦达的首付款被视为对夫妻共同体的赠与。

加州最高法院判决只有协议才能推翻家庭住房推定的理由是:

由所有权形式(对此,契据约定卢卡斯夫妇作为联合共有人)产生的推定,应与《加州民法典》第5110条规定的在婚姻关系存续期间获得的房屋属于夫妻共同财产的一般推定区别开来。就所有权形式产生的推定而言,由于在转让所有权时肯定性行为已经指定了房屋的所有权形式,因此不适用夫妻共同财产的一般推定。相反,正是因为指定了所有权形式,才需要一个更有力的证据去推翻由所有权形式产生的推定,而不是去推翻夫妻共同财产的一般推定。就夫妻共同财产的一般推定而言,如果夫妻之间没有任何关于所有权

份额的指示，只需查明购房资金来源属于个人财产，就可以推翻该推定。[16]

由于卢卡斯案的初审法院尚未裁定当事人是否就首付款的个人财产属性达成了协议，因此加州最高法院将案件发回重审以解决该问题。为了指导下级法院在该案中找到此份协议，加州最高法院概述了一种方法，用于计算房屋在婚姻关系解除时的夫妻共同财产份额和个人财产份额。[17]该方法的主要特点是，在确定房屋的个人财产份额和夫妻共同财产份额时，需将贷款产生的收益（以下简称“贷款收益”）作为一项资产计算在内。然而，贷款收益属于个人财产还是夫妻共同财产，取决于在婚前还是在婚姻关系存续期间获取贷款。本案在婚姻关系存续期间获取贷款，所以贷款收益属于夫妻共同财产。[18]

（二）摩尔案及其分割方法

摩尔案的初审法院通过详细说明贷款收益的计算方式，阐明了卢卡斯案的房屋分割方法。在摩尔案[19]中，莉迪·摩尔（Lydie Moore）和大卫·摩尔（David Moore）于1966年结婚，此后一直共同生活，直到1977年两人分居。与卢卡斯案不同，摩尔案的房屋是莉迪·摩尔在婚前购买的。莉迪·摩尔用她的个人财产支付首付款，并以个人名义获得一笔按揭贷款，还以“莉迪·多克，一位单身女性”的身份取得了房屋的所有权。与卢卡斯案一样，该房屋在婚姻关系存续期间产生的所有费用均由夫妻共同财产支付。在审判中，初审法院推定该房屋主要是莉迪的个人财产，但夫妻共同财产对该房屋享有份额，因为贷款本金是用夫妻共同财产支付的。[20]

为了明确房屋中的夫妻共同财产份额和个人财产份额，摩尔案初审法院使用了与卢卡斯案初审法院相同的计算方法。[21]大卫提起上诉的理由是，初审法院应当将税费、利息和保险计算在内，而不是仅计算已支付的贷款本金。[22]

在上诉案中，加州最高法院虽然不同意初审法院关于房屋分割的判决，但也不接受大卫关于非主要项目应纳入计算范畴的主张。加州最高法院的判决[23]认为，在计算对购房款的出资时，应仅计算以夫妻共同财产和个人财产出资而导致贷款本金减少的部分。加州最高法院的理由是，“不动产的价值通常体现为所有权人的净资产，但净资产并不包括财务费用或因维护该项不动产而产生的其他费用”[24]。加州最高法院补充说，如果在计算夫妻共同体的出资时考虑了税费、利息和保险，那么“根据公平原则，也应当将夫妻共同体为使用该项不动产而产生的费用考虑在内”[25]。

随后，加州最高法院应用了卢卡斯案方法，把莉迪的首付款和贷款本金视为她的个人财产出资，因为两者都是她在婚前支付的。[26]由此，夫妻共同财产出资仅限于在婚姻关系存续期间因偿还贷款而减少的贷款本金。因此，只有极少量的房屋增值可分配给夫妻共同体。[27]

（三）适用卢卡斯案/摩尔案方法的例子

根据不同的案件事实，卢卡斯案和摩尔案所确立的方法会导致截然不同的两种结果。将在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款推定为赠与，而将婚前以个人财产支付的首付款推定为非赠与，意味着在婚前还是在婚姻关系存续期间购买房屋，会对夫妻共同财产份额和个人财产份额产生重大影响。将按揭贷款视为个人财产出资还是夫妻共同财产出资，取决于在婚前还是在婚姻关系存续期间设立按揭贷款，这同样会导致不同的结果。因此，根据卢卡斯案和摩尔案的判决，结婚前一天购买的房屋将比将结婚后一天购买的房屋拥有更少的夫妻共同财产份额。

接下来的例子可以用来说明卢卡斯案/摩尔案方法的效果。一对夫妻以100000美元的价格购买一套房屋，并以联合共有人身份取得该房屋的所有权。其中，妻子以个人财产支付了20000美

元首付款，这对夫妻还通过信托契据的方式获得了80000美元的按揭贷款。几年后，由于以夫妻共同财产偿还贷款，贷款余额[28]已降至78000美元，房屋售价为180000美元，因而房屋增值[29]为80000美元[30]。至此，婚姻关系终止。

将卢卡斯案/摩尔案方法应用于示例，整个房屋就会被推定为夫妻共同财产，因为首付款和贷款都是在婚姻关系存续期间支付的，贷款本金也是以夫妻共同财产支付的。不过，如果妻子能够就首付款的个人财产属性达成协议，首付款就被视为她在房屋中的个人财产份额。由于她的首付款占购房款的20%[31]，因而分配给她的个人财产份额包括20000美元首付款，以及80000美元房屋增值的20%（16000美元[32]）。102000美元[33]房屋净值[34]中剩余的66000美元[35]可分配给本金支付和贷款余额，并被视为夫妻共同财产。

相反，如果示例中的房屋是妻子在婚前购买的，卢卡斯案/摩尔案方法就会导致另一种截然不同的结果。由于首付款是妻子在婚前支付的，因此不能推定首付款是对夫妻共同体的赠与。此外，由于贷款是妻子在婚前获取的，因此贷款余额将计入房屋增值中妻子的个人财产份额，而不是夫妻共同财产份额。据此逻辑，由于贷款本金中减少的2000美元[36]是夫妻共同体对购房款的唯一出资，因此只有2%[37]的房屋份额属于夫妻共同体。换言之，80000美元房屋增值的2%（1600美元[38]），以及贷款本金中减少的2000美元，均用于夫妻共同财产的分配。102000美元房屋净值中剩余的98400美元[39]则是妻子的个人财产份额。

综上所述，卢卡斯案/摩尔案方法在房屋分割方面的巨大差异，取决于在婚前还是在婚后获取贷款及首付款。如果在婚前获取贷款，贷款余额就被视为以个人财产出资，相反，如果在婚姻关系存续期间获取贷款，贷款余额就被完全视为以夫妻共同财产出资。此外，如果在婚前以个人财

产支付首付款，该首付款就被视为以个人财产出资，如果在婚姻关系存续期间以个人财产支付首付款，并且夫妻作为联合共有人取得房屋所有权，该首付款就被推定为夫妻共同财产。本文的后两个部分，将会批判卢卡斯案/摩尔案方法引发的这些分歧。

二、卢卡斯案赠与推定

加州最高法院对卢卡斯案作出判决，推定布伦达·卢卡斯在支付家庭住房的首付款时存在将该首付款赠与夫妻共同体的意图。[40]即便能够查明以个人财产支付首付款，也不能推翻这一推定。虽然初审法院相信布伦达关于没有赠与意图的证词，但这已无关紧要；[41]因为只有证明存在相反的约定，才能推翻家庭住房推定。[42]故而，除非布伦达能够证明存在相反的约定，否则该房屋将被完全归为夫妻共同财产。[43]

本部分认为，卢卡斯案对第5110条中家庭住房推定的解释是错误的，该解释将在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款推定为夫妻共同财产。本部分第（一）项回顾了加州财产法的相关背景，包括第5110条四项推定的历史。本部分第（二）项认为，通过对法律解释、立法历史和政策依据的合理探索，加州最高法院对卢卡斯案作出的判决是不正确的。

（一）法律背景

这里将简要回顾加州适用夫妻共同财产制的历史。在此过程中，将讨论立法通过第5110条四项推定的原因，并探究司法推定联合共有人可依据契据享有房屋所有权的理由之所在。

传统的大陆法系规定，已婚人士拥有的财产被归为个人财产或夫妻共同财产，这种规定在加州以前的加州和在其他司法辖区均得以施行。只要查明获得财产的资金来源于个人财产还是夫妻共同财产，就可以对已婚人士拥有的财产进行此种分类。[44]例如，夫妻一方在婚前通过赠与或购

买获得的财产被归为个人财产。相反，夫妻一方在婚姻关系存续期间通过劳动获得的财产被归为夫妻共同财产。此外，获得财产的资金来源于个人财产还是夫妻共同财产，将会决定该财产的法律地位。根据民法的规定，这种依据购买财产的资金来源而对财产进行分类的方法通常不会被夫妻间的婚后协议所改变。[45]故而，主张将财产从夫妻一方转移至另一方的契据，并不会导致接收财产的夫妻一方被推定为拥有该财产。[46]

根据加州第一部宪法的规定，加州的立法机关采纳了夫妻共同财产制。[47]相应的，加州关于夫妻共同财产制的立法于1850年开始施行。该制度的基础是“一般的夫妻共同财产”推定，其规定在婚姻关系存续期间获得的财产为夫妻共同财产。[48]这一推定是现行《加州民法典》第5110条的四项推定之一。

加州采纳夫妻共同财产制时，并未完全遵循大陆法系司法辖区的做法。最重要的是，普通法是加州的主要裁判规则，[49]并且普通法的财产法原则对加州早期的财产学说产生了深远影响。普通法的地产权与加州的夫妻共同财产制并存，衍生出一个混合的普通法/夫妻共同财产制，并伴随着两个相互独立且经常相互矛盾的财产学说。这种混合的普通法/夫妻共同财产制适用普通法规则而不适用大陆法规则，前者允许通过协议改变夫妻双方对特定财产的权利，后者则禁止通过协议改变财产的法律地位。[50]

普通法原则还影响了夫妻对财产管理权的分配。1850年关于夫妻共同财产的立法，不仅赋予丈夫对夫妻共同财产的管理和控制权，还赋予丈夫对妻子之个人财产的管理和控制权。[51]这种将管理和控制权赋予丈夫的做法，产生了一种与普通法州《已婚妇女财产法》效果相当的婚姻财产制[52]——它使妻子对夫妻共同财产享有的份额降为一种“单纯的期待”[53]。

1872年《加州民法典》通过时，这种近乎消灭妻子对夫妻共同财产的权利的做法，被认为已

经背离了适用夫妻共同财产制的初衷。因此，妻子被赋予了某些足以与丈夫抗衡的权利。[54]根据1872年《加州民法典》的规定，妻子重新获得对其个人财产的完全管理权。[55]

1889年，立法机关颁布了关于“已婚妇女”推定的法律，[56]规定已婚妇女通过书面文书获得的财产所有权被推定为她的个人财产，如果该财产由妻子和他人共同持有所有权，妻子就以混合共有人身份持有其份额。这是《加州民法典》第5110条现有的第二个推定。该推定显然基于这样一种理论依据，即由于丈夫可以管理和控制夫妻共同财产，而已婚妇女却只能控制她的个人财产，因此她必须明确地以自己的名义持有该财产，以便第三方能够信赖她对该财产行使的管理权。[57]

然而，已婚妇女推定产生了始料未及的不良影响。由于已婚妇女推定适用于已婚妇女通过书面文书获得的“任何不动产或个人财产，或其中的任何权益”[58]，从而导致在转移给妻子的且未指定所有权形式的财产中，妻子可获得不成比例的大部分份额。许多法院作出判决，将以此种方式转让的财产推定为由混合共有人共同持有的财产，[59]其中一半财产属于妻子的个人财产，另一半财产虽然以丈夫的名义持有，但仍属于夫妻共同财产。[60]因此，已婚妇女推定的结果是，对于在婚姻关系存续期间转移给妻子的所有财产而言，已婚妇女在婚姻关系解除时可获得四分之三的财产份额——所有财产的二分之一是她的个人财产份额，剩余财产的二分之一是她在夫妻共同财产中的份额。这违背了夫妻共同财产制的根本目的，即夫妻应对夫妻共同体获得的财产享有平等的份额。[61]

这种不平等的分配方案被1935年的补充条款推翻，该补充条款是第5110条的第三个推定，即“夫妻”推定：转移给妻子的财产会被推定为夫妻双方的夫妻共同财产。[62]夫妻推定推翻了加州最高法院对已婚妇女推定的解释，并恢复了婚姻财产在夫妻之间平等分配的原则。

根据当事人之间的条款，如果契据中表达了不同的意图，则既不适用已婚妇女推定，也不适用夫妻推定。[63]如果契据指定了一项普通法财产，则适用普通法财产规则而不适用夫妻共有财产规则。例如，在西伯雷尔诉西伯雷尔案（Siberell v. Siberell）[64]中，法院在立法通过夫妻推定之前作出判决，认为“作为联合共有人”的字眼足以使得财产权转移证书不适用已婚妇女推定。因为适用已婚妇女推定会导致夫妻双方不平等地持有财产，而这一结果与联合共有的定义不符。[65]所以西伯雷尔案的法院作出判决，认为此种情形可以推定夫妻双方同意以所有权文件指定的方式持有财产。[66]要想推翻由契据引发的这一推定，需提供证据证明存在相反的约定。[67]

西伯雷尔案的一个后果是，大量的婚姻财产受普通法规则的管辖，而不受夫妻共同财产规则的管辖。在西伯雷尔案之后，加州的离婚法庭拒绝作出此类判决，即法院不会为了推翻联合共有契据中的个人所有权推定，而去查明获得财产的资金是否来源于夫妻共同财产。[68]这一系列案件使离婚法庭处于一种特殊的境地。离婚法庭对夫妻共同财产拥有管辖权，并有权决定财产是夫妻共同财产还是个人财产。然而，一旦认定为个人财产，离婚法庭就失去了对该财产的管辖权，从而失去了在夫妻之间分割该财产的权力。[69]更有甚者，由于加州的夫妻通常联合共有普通法财产的所有权，因此离婚法庭不能出于抚养子女的目的，而把家庭住房判给获得子女监护权的夫妻一方。[70]

加州的立法机关意识到了这个问题，为了赋予离婚法庭对联合共有房屋的处置权，其在1965年通过了“家庭住房”推定，即第5110条的第四个推定。然而，该推定的结构在卢卡斯案中存在争议。家庭住房推定规定，在婚姻关系存续期间获得的且由夫妻双方联合共有的房屋被推定为夫妻共同财产。[71]

针对第5110条的最后一次修订发生在1973年。那一年，立法机关规定在1975年以后转移财产的情形不再适用已婚妇女推定，[72]并对《加州民法典》进行修订，从而确立了对夫妻共同财产的共同管理权。[73]

（二）对卢卡斯案判决的批判

在卢卡斯案中，加州最高法院作出的判决认为，虽然家庭住房推定将以联合共有形式享有所有权的普通法财产推定为夫妻共同财产，但是立法机关仍旧打算在家庭住房推定中融入推翻普通法契据中所有权推定的所有要求。[74]不过，鉴于第5110条中四项推定的法律术语和立法目的，卢卡斯案关于推翻家庭住房推定所需证据的判决并未得到很好的支持。[75]首先，第5110条的文本中没有任何内容表明家庭住房推定比该条的其他推定更具有分量，因为该条的其他推定都可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻。其次，该条的立法历史表明，立法机关原本就打算使家庭住房推定可通过查明购买资金来源的方式予以推翻。最后，即便查明购买资金来源的事实清楚地表明了其他可能，房屋仍能被推定为夫妻共同财产的规则——实际上推定为对夫妻共同体的赠与——也不再具有政策依据上的合理性。

1. 法律语言和历史渊源

考虑到其颁布情况，第5110条关于家庭住房推定的措辞表明了若干迹象，即该推定本来就可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻。首先，第5110条中的其他推定——一般夫妻共同财产推定[76]、已婚妇女推定[77]、夫妻推定[78]——已被判决可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻。通常而言，除非立法机关另有意图，否则一个法条中的类似术语就被推定为具有相同的含义。[79]因此，除非有充分的理由认为不能这样做，否则家庭住房推定应可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻。[80]

其次，家庭住房推定规定，如果一套房屋是联合共有财产，则“推定该家庭唯一住房为夫妻共同财产”[81]。因为家庭住房推定涉及所有权被契据指定为联合共有的房屋，所以加州最高法院在卢卡斯案中作出的判决认为，该推定与普通法联合共有契据中的所有权推定适用相同的证据标准。先前的判例一贯认为，查明购买资金来源不足以推翻联合共有契据中的所有权推定，[82]这种裁判观点源于一种理论，该理论认为所有权的不平等证明与所有权的联合共有形式并不相符。[83]这些判例明确否定了让与人的隐藏意图（例如，保持首付款之个人财产属性的意图）可以推翻家庭住房推定的可能性，[84]这正是其他判例在适用第 5110 条的其他推定时偶尔会提到的一个因素。[85]故而，加州最高法院对卢卡斯案作出判决，认为家庭住房推定无法通过查明购买资金来源的方式予以推翻。

然而，卢卡斯案在确定哪些证据可以推翻家庭住房推定时，错误地参照了联合共有契据中有关房屋的一般推定，而不是参照第 5110 条关于在婚姻关系存续期间获得房屋的具体推定。家庭住房推定的宗旨在于否定联合共有契据的法律效力，而不是推定该房屋为夫妻共同财产。因而，在确定查明购买资金来源对被依法推定为夫妻共同共有之房屋的影响时，参照联合共有的所有权推定并不符合逻辑。相反，应当参照夫妻共同财产的判例规则，通过查明购买资金来源的方式对房屋进行分类。[86]

最后，当立法机关为了增设家庭住房推定而修订第 5110 条时，其必定知道法院通常会允许该条的其他推定通过查明购买资金来源的方式予以推翻。[87]因此，立法机关可能打算以相同的方式解释新条款。这一结论得到了家庭住房推定之历史渊源的明确支持：

该提案并不排除夫妻作为联合共有人实际持有财产的可能性。它只是给他们施加了推翻相反主张的责任。如今，该责任也会反作用在他们身

上，因为他们必须推翻该房屋已从夫妻共同财产变成联合共有财产的推定。在任何一种情况下，要想推翻这一推定，就得通过查明购买资金来源或者出示夫妻双方之协议的方式进行举证。[88]

综上所述，第 5110 条的历史渊源与合理的法律解释支持了这种立场，即家庭住房推定可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻。

2. 反对卢卡斯案赠与推定的政策依据

本部分认为，在与卢卡斯案类似情形[89]中的赠与推定不具有政策依据上的合理性，理由在于：第一，在与卢卡斯案类似情形中，通常没有赠与意图；第二，1975 年采纳夫妻共同财产的共同管理权时，支持此类情形中赠与推定的理由就失效了；第三，赠与推定将任何特殊案件的处理都建立在很久以前是否存在口头约定的基础之上，而这通常是行不通的。

（1）没有赠与意图

一种推定认为，在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款属于赠与，理由是夫妻在大部分情况下都有赠与意图，只有在婚姻关系恶化时才会拒绝赠与。

的确，许多夫妻在此类情形中都有赠与意图。并且，至少可以说赠与符合了法律关于交付的要求。由于夫妻双方都对夫妻共同财产享有份额，不能要求受让方以专有使用的方式来确定交付。因而，可能仅需夫妻一方允许另一方使用争议物，就能符合法律关于向夫妻共同体进行“交付”的要求。

然而，对这种情形最现实的看法是，夫妻双方对离婚时财产的处置没有任何想法。很可能的情形是，他们既没有考虑过离婚后财产的处置，也没有讨论过离婚后财产的处置，更没有理解法律关于以各种方式享有所有权的真实含义（除外情形是联合共有可能豁免夫妻一方进行遗嘱认证的义务）。因为人们在结婚的时候，通常不会考虑到离婚的情形。

更准确的推定是，婚姻关系存续期间的赠与乃基于维系婚姻关系的假定，故而婚姻关系存续期间的赠与应以婚姻关系的维系为条件。这种观点已被路易斯安那州和一些国家所接受。[90]此外，即使在美国的司法辖区，附条件赠与的概念并不罕见；[91]可以肯定的是，如果赠与人在危难中得以幸存，他在考虑死亡时作出的赠与就会被撤销。[92]相反的推定认为，即使可能会离婚，夫妻一方仍会作出无条件赠与的行为，但这种推定是没有说服力的。

（2）改采共同管理权

将以个人财产支付的首付款推定为对夫妻共同体的赠与的第二个政策理由在于，防止对妻子存在偏见。在1975年以前的加州，丈夫对夫妻共同财产[93]和夫妻生活方式享有唯一的管理权。[94]正因如此，任何涉及丈夫并影响夫妻共同开支和夫妻共同资产的交易都要受到仔细审查，以确保丈夫没有利用妻子。[95]例如，任何出于丈夫的个人财产需要而挪用夫妻共同财产的行为，都要受到夫妻共同体主张赔偿的制约。[96]又如，如果丈夫用其个人财产让家人达到的生活水平高于用夫妻共同财产所能达到的生活水平，则丈夫无权要求补偿。[97]再如，如果丈夫用夫妻共同财产或其个人财产来改良妻子的个人财产，则丈夫无权要求妻子补偿，因为这是丈夫的授权支出。[98]

然而，在1975年以后，丈夫对夫妻共同财产享有优先管理权的法律基础消失了，取而代之的是夫妻的共同管理权。[99]虽然在社会现实层面仍有许多家庭由丈夫主导，但通过指出法律中的不平等条款可发现，推定以个人财产赠与夫妻共同体（反之亦然）的性别评定规则不再具有合理性。最起码，目前的法律状态需要统一。如果卢卡斯案的赠与推定成立，则用于改良个人财产的夫妻共同财产应被视为夫妻共同体作出的赠与或日后必须偿还的贷款，无论接受改良的是丈夫抑或妻子的个人财产。

鉴于已经改采共同管理权，更好的规则应是推定为没有赠与。如果一项交易被错误地视为非赠与，受赠人至多失去了对赠与收益的期待利益。[100]相反，如果一项交易被错误地视为赠与，所谓赠与人就会切实丧失其在婚前对金钱或财产所享有的无可争议的所有权。因此，相较于错误的非赠与推定而言，错误的赠与推定致使所谓赠与人遭受更大的不公平。之所以有可能导致更大的不公平，是因为在没有证人在场的情况下，很难证明可能花费大量时间共同生活的人之间不存在赠与。[101]职是之故，对夫妻双方可能存在偏见的现实评估，不再支持夫妻双方与夫妻共同体之间的赠与推定。

（3）行政管理的难点

除有关首付款的推定并不公平以外，以假定当事人动机为前提的推定通常都是糟糕的法律规则。这些推定不仅在制度上难以管理，还使伪证和欺诈成为了可能，而且经常在没有动机的情况下假定有动机。

首先，就制度而言，赠与推定要求法院裁定哪些证据会构成一项足以推翻赠与推定的“协议”，这是一项艰巨的任务。[102]一方面，要求夫妻一方证明每件财产都存在明确的口头协议或书面协议是不公平的，因为该方总以为其个人财产会一直保持个人财产属性，从而忽略了为每件具体的财产达成此类协议。另一方面，夫妻双方关于财产管理情况的证据必然是模棱两可的；并且，夫妻双方对财产的使用既不是赠与的决定性因素，也不是同赠与不可调和的矛盾。

其次，由于诸多原因，伪证和欺诈存在相当大的风险。第一，赌注可能非常高；以口头协议处置数千美元的首付款，[103]可能取决于若干年后对此类协议的证明。第二，可能缺乏中立的证人。因为在夫妻双方达成此类协议时，无利害关系的第三人不太可能在场。当此类协议的存在受到正式质疑时，夫妻双方可能处于愤怒和不安的状态，

而不是处于确认未经验证的协议是否存在的最佳状态。

最后,如前所述,假定协议真实存在是不现实的。因为大多数婚姻都不是在考虑离婚的情况下进行的。无论法律制度对此类书面协议的要求多么简单,迫使人们签署此类书面协议似乎都是不现实的。

三、家庭住房的分割

在卢卡斯案和摩尔案中,如何在夫妻之间合理分割家庭住房,可能是加州最高法院面临的最艰巨任务。主要问题在于,应当如何分割家庭住房在婚姻关系存续期间实现的重大增值。[104]首先,本部分第(一)项分析了在婚姻关系解除时分割家庭住房增值的几种推荐方法并认为,即使加州最高法院在上诉案中使用过的替代方案好不到哪里去,但其在卢卡斯案和摩尔案中使用的本金和利息法是存在缺陷的。紧接着,本部分第(二)项提出了一种用于分割家庭住房的新方法,这种方法不仅保留了卢卡斯案/摩尔案方法的简单性,还具有不易受到夫妻双方的计划操控的显著优势。

(一) 分析已有的方法

1. 公平分割

被提倡用来分割家庭住房的一种方法是,强制性地“公平”分割夫妻共同财产和个人财产(译者称“全部财产公平分割法”[105]),而不是根据《加州民法典》第4800条的规定严格地均等分割夫妻共同财产(译者称“夫妻共同财产均等分割法”[106])。[107]其他几个实行夫妻共同财产制的州都采用了全部财产公平分割法。[108]这个方法可以适用许多类型的公式,但本部分仅考虑其中的几个公式。这个方法的核心特点是,法院可根据案件的具体情况决定适用哪个公式。

然而,全部财产公平分割法是不可取的,因为它赋予了主审法官很大的自由裁量权。根据这个方法,类似案件可能会得到区别处理。例如,特定

案件可能会适用特定公式,因为以结果为导向的法官希望作出有利于特定诉讼当事人的判决,只要法官认为该方当事人受到了另一方当事人的不公平对待。相反,主张适用第4800条中夫妻共同财产均等分割法的一个原因是,全部财产公平分割法是“无过错”离婚体系的一部分,而“无过错”离婚体系既不会考虑是哪一方导致婚姻关系的解除,也不会(以不均等分割夫妻共同财产的方式)对该方进行惩罚。[109]主审法官的自由裁量权的大幅增加,可能会破坏“无过错”离婚体系。因此,如果能够找到公平分割房屋的一种公式,最好是统一适用该公式,而不是让法院自行决定是否适用。

2. 在所有情形中向夫妻共同体分配增值

几位评论员[110]提出了另一种方法,即将房屋在婚后的所有增值在夫妻共同体间进行分配。这种方法的明显优势是,只需进行一次简单的计算。然而,根据《加州宪法》对个人财产作出的定义,这种方法能否适用尚不明确。[111]例如,根据这种方法,即使在婚前以个人财产购买的房屋并未花费任何夫妻共同财产,但该房屋在婚姻关系解除时可部分成为夫妻共同财产部分成为个人财产。[112]虽然这个方法存在违宪的可能性,但这种可能性并非不可避免,因为《加州宪法》的修正案并不像《美国联邦宪法》的修正案那样罕见。[113]不过,修改宪法是解决房屋分割问题的一个极端措施,本部分第(二)项将讨论一个更具有可行性的分割方法。

3. 严格估算夫妻双方享有的成本和收益

还有一种可能的分割方法是,严格核算谁支付了购房款以及谁获得了房屋所有权的收益。然而,精密计算房屋所有权的成本和收益是有一定难度的。首先,正如加州最高法院在摩尔案中说的,如果在确定夫妻双方分别享有的房屋份额时考虑了除本金以外的其他费用,那么从公平的角度来说,法院应当向夫妻共同体收取与房屋公允租金等额的费用。[114]在计算成本时,法院

还应当将维护费用、火灾保险和意外保险计算在内。[115]其次，法院必须辨明资本支出和非资本支出。[116]最后，因扣除财产税和利息支付而产生的所得税收益，法院应当允许抵销。[117]

如果要顾及所有费用，初审法院将不得不考虑夫妻双方关于房屋所有权之税收、维护、保险和其他费用的证据。并且，鉴定人很可能就房屋的公允租金价值出示相互矛盾的证据。因而，对房屋的分割方案进行微调也只能获得微乎其微的准确性优势，[118]而这种微乎其微的准确性优势并不值得付出如此复杂的计算成本。也许正是出于这个原因，法院采用了基于利息和本金支付的变量方案，这些项目很容易得到验证，并且通常不会引发争议。

4. 基于本金/利息的计算方法

在卢卡斯案和摩尔案中，为了分割房屋中的夫妻共同财产和个人财产，基于夫妻双方支付的本金和利息的三种方法被提交到法院。本部分将分析这三种方法，其中包括被加州最高法院采用的方法。

(1) 维厄案方法

第一种方法基于维厄诉维厄案（*Vieux v. Vieux*）。[119]根据这种方法，房屋的总份额将依据夫妻双方在首付款和月供中的相对份额，按比例划分为夫妻共同财产份额和个人财产份额。维厄案方法的显著特征是，除了计算首付款和月供的本金支付，还计算月供的利息支付。[120]

维厄案方法不尽如人意的地方在于，它可能会对支付首付款的夫妻一方不太公平。因为支付首付款的夫妻一方直接以个人财产出资购房，而不是以贷款出资购房。然而，支付首付款的夫妻一方所享有的房屋份额会直接受到按揭贷款中利息支付的影响。同时，利息支付会受到贷款利率的部分影响。贷款利率越高，月供就越高，并且每支付一笔月供，支付首付款的夫妻一方所享有的房屋份额就进一步减少。因此，根据维厄案方法，借款人寻求低利率贷款的动机较小，因为随着已

支付利息数额的增加，部分已支付的利息数额会被借款人将获得的较高房屋增值所抵销。虽然维厄案方法能够为以高利率获得贷款的借款人提供缓冲，但是牺牲了支付首付款的夫妻一方之利益。

(2) 贾菲曼案方法

第二种分割房屋的方法是在贾菲曼案（*In re Marriage of Jafeman*）中提出来的。[121]根据贾菲曼案方法，首先，要用个人财产份额和夫妻共同财产份额偿还贷款本金。其次，依据个人财产和夫妻共同财产在已支付的贷款本金中占据的份额，把房屋增值按比例分配给个人财产份额和夫妻共同财产份额。这种方法只计考虑首付款和月供的本金支付，而不考虑贷款余额和其他因素。

如果房屋刚买不久就被分割，贾菲曼案就会超额补偿支付首付款的夫妻一方。因为在此期间，月供中只有一小部分是本金支付；其余部分都是利息支付。[122]因此，最初几笔资金主要用来支付贷款利息，其在婚姻关系解除时产生的收益将远小于等额首付款产生的收益，因为等额首付款完全是本金支付。根据贾菲曼案方法，如果夫妻双方认为婚姻关系可能在购房后的一二十年内解除，那么即便夫妻双方都有能力支付首付款，他们各自还是会尽可能多地支付首付款而试图让对方支付月供，因为这对支付首付款的夫妻一方更为有利。[123]

(3) 卢卡斯案/摩尔案方法

第三种方法源于奥夫穆特案（*In re Marriage of Aufmuth*），[124]并被加州最高法院用来审理卢卡斯案和摩尔案。[125]正如贾菲曼案方法一样，卢卡斯案/摩尔案方法能够偿还夫妻双方的本金支付。不过，这种方法在分配房屋增值时并非只考虑本金支付这个因素。与贾菲曼案方法不同的是，根据卢卡斯案/摩尔案方法，享有贷款收益的夫妻一方有权获得贷款余额在分居时产生的房屋增值。

根据卢卡斯案/摩尔案方法，将房屋增值按比例分配给享有贷款收益的夫妻一方，可使首付款

成为共有人的一种购买行为，从而完全独立于另一方可能执行的任何融资计划。尽管不同于另一方的利息支付或本金支付，但是20%的首付款能够使支付首付款的夫妻一方据此享有20%的房屋份额。虽然婚姻关系维系的时间越长，房屋增值的可能性就越大，但至少贷款由夫妻一方取得并由该方偿还的情况下，婚姻的长短并不影响分配给夫妻双方的房屋增值比例。

不过，在按揭贷款由夫妻一方在婚前取得并由另一方或者夫妻共同体在婚后偿还时，卢卡斯案/摩尔案方法就会有缺陷。缺陷在于，当依据购买价格的分摊比例分配房屋增值时，卢卡斯案/摩尔案方法就会把贷款收益视为一项资产，完全作为个人财产或夫妻共同财产进行分配。[126]这意味着贷款收益在某种程度上被错误分配了，因为本金支付并不包括贷款利息。

判断贷款是个人财产出资还是夫妻共同财产出资，需参考加州法律对借钱购买资产的分类予以确定——通过查明贷款人寻求贷款担保的资金来源进行分类。[127]通常而言，当以预先存在的个人资产作为贷款担保时，由此产生的贷款收益被归为个人财产。[128]

然而，不同于以预先存在的个人资产或夫妻共同资产提供担保的贷款类型，因为按揭贷款是以所购资产提供的担保，所以在试图对按揭贷款的贷款余额进行分类时会存在一种固有的循环。为了解决这个问题，公认的法律规则是，要将贷款收益归为个人财产，就必须证明按揭贷款是以个人财产提供的担保，否则就适用夫妻共同财产的一般推定。[129]因而，在婚姻关系存续期间取得的按揭贷款被归为夫妻共同财产，只有在特殊情况下才不被归为共同财产，例如完全依靠个人收入（例如投资）生活的夫妻。但是，婚前的按揭贷款被归为个人财产，因为贷款人必须以个人财产作为担保。

根据加州的法律，一旦贷款收益被归为个人财产或夫妻共同财产，其在接下来的婚姻中就不

会被重新分类。[130]因此，可根据获取贷款时的一组事实来确定贷款收益的分类，这种分类方法非常重视获取贷款的时间，而不关注谁是实际借款人。例如，卢卡斯案和摩尔案中分配方案的巨大差异在于，摩尔案的贷款人必须从莉迪·摩尔的个人财产中获得担保，因为她在获取贷款时还没结婚，所以该笔贷款被归为个人财产。即便她后来结了婚并用夫妻共同财产偿还了大部分贷款，这种分类仍然有效。相比之下，卢卡斯案的贷款是在婚姻关系存续期间获得的，所以该笔贷款被归为夫妻共同财产。然而，卢卡斯案和摩尔案之间的这种差异并不存在强有力的理由。

（4）小结

迄今为止，每种使用过的本金和利息的方法都可以被描述为一种分数。在维厄案方法的分数中，分子是夫妻各方为购买房屋而投入的资金数额（包括首付款、本金和利息支付），分母是夫妻双方投入的总金额，该分数用于计算房屋的总份额。在贾菲曼案方法的分数中，分子是夫妻各方支付的本金数额（包括首付款），分母是夫妻双方支付的本金总额。在卢卡斯案/摩尔案方法的分数中，分子是夫妻各方支付的本金数额（包括首付款），加上其在贷款余额中可供分配的份额，分母则是购买房屋的原始价格。在贾菲曼案方法和卢卡斯案/摩尔案方法中，为购买房屋而支付的本金需退还给夫妻双方，只有房屋增值才适用分数。

（二）提倡的解决方法

为了纠正卢卡斯案/摩尔案方法对贷款收益的错误分配，本文建议修正贷款余额的分配方法。[131]这种修正方法对夫妻双方支付的贷款金额更为敏感，且不太容易被操纵。

提倡的方法是，从获取贷款到夫妻双方分居期间，可根据以个人财产或夫妻共同财产支付月供的总金额，将贷款收益的房屋增值按比例分配给个人财产份额或夫妻共同财产份额。[132]为了防止夫妻一方可能在分居前通过提前偿还部分或

全部贷款来操纵适用该方法的结果，在分配房屋增值时，应只考虑正常月供中包含的本金支付，而不考虑任何额外的本金支付。所有的本金支付，包括超出正常月供范围的本金支付和夫妻双方分居后的本金支付，均应退还给进行本金支付的夫妻一方，但基于这些额外支付产生的房屋增值不应分配给该方。[133]

为了追求简单和公平，应当根据月供的次数而不是月供的本金支付分配房屋增值。一种反对理由是合计不同的本金数额会导致该方法变得复杂，更为重要的反对理由是该方法给后偿还贷款的夫妻一方带来了意外之财，因为月供的本金部分会在完全分期偿还的贷款期限内上升。然而，只计算月供的次数就可以避免时间因素给房屋增值带来的影响。

提倡的方法和卢卡斯案/摩尔案方法主要有两个差别。第一，卢卡斯案/摩尔案方法将所有的贷款余额份额分配给提供贷款担保的个人财产份额或夫妻共同财产份额，提倡的方法则根据个人财产份额或夫妻共同财产份额在本金支付中的比例来分配贷款余额份额。第二，在处理超出正常月供范围的贷款支付方面，这两种方法存在差异。根据卢卡斯案/摩尔案方法，如果夫妻一方完全还清贷款而不是正常支付月供，该方就可以使房屋分割方案朝对其有利的方向发生根本变化。相比之下，为了避免夫妻一方达到前述目的，提倡的方法会退还超出正常月供范围的贷款支付，并依据正常月供的情况分配房屋增值。

由于婚姻关系存续期间的还款模式决定了哪一方出于分割房屋的目的而“拥有”贷款，因此提倡的方法优于未修正的卢卡斯案/摩尔案方法。允许借款后事件影响分割方案是可取的，这有几个方面的原因。第一，贷款人的预期担保为衡量谁实际承担借款义务提供了不可靠的判断标准。例如，如果以未来收入为摩尔案的贷款提供担保，未来收入在获取贷款时就属于个人财产。但是，自莉迪·摩尔结婚时起，未来收入就变成

了夫妻共同财产；而根据卢卡斯案/摩尔案方法，贷款收益不会被重新分类。[134]第二，提倡的方法对证据的要求低于卢卡斯案/摩尔案方法，因为提倡的方法不必询问贷款人的意图。[135]第三，提倡的方法可防止实际经济意义较小的事件对分割方案产生影响，例如可防止结婚与购买房屋的相对顺序对分割方案产生影响。[136]第四，提倡的方法与卢卡斯案/摩尔案方法都有相似的计算公式，因而保持了提倡的方法的相对简单性。

四、结论

为了完善卢卡斯案/摩尔案方法在婚姻关系解体时的家庭住房分割方案，本文提出了两项建议。第一，对在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款，不应要求达成协议来确定其个人财产属性，并应废除卢卡斯案的赠与推定。第二，如果以个人财产和夫妻共同财产支付按揭贷款，例如在婚前和婚姻关系存续期间分别以个人财产和夫妻共同财产共同支付按揭贷款，贷款收益就应根据个人财产和夫妻共同财产占已支付贷款的比例进行分配。

虽然两项建议只是对卢卡斯案和摩尔案确立的分割方法进行了相对简单的修正，但这会大大提高分割的公平性，而且不会增加任何烦琐的证明责任或计算要求。尽管可以尝试更准确地估算个人财产份额和夫妻共同财产份额所能获得的收益，但相比于提升理论方面的准确性而言，提升实践方面的准确性更为重要。

注释

* 本文译自 Peter M. Moldave, “The Division of the Family Residence Acquired with a Mixture of Separate and Community Funds”, 70 Calif. L. Rev. 1263-1290(1982)。

[1] E.g., California Continuing Education of the Bar, California Marital Dissolution Practice § § 9.1-.24 (1981).

[2] Cal. Civ. Code § § 5107-5108 (West 1970).

[3] See supra note (2); see also Huber v. Huber, 27 Cal. 2d 784, 791, 167 P.2d 708, 712-13 (1946).

[4] See supra note (2); see also Boyd v. Oser, 23 Cal. 2d 613, 621, 145 P.2d 312, 316-17 (1944).

[5] Cal. Civ. Code § 5110 (West Supp. 1982).

[6] 关于 contribution 的含义, 既有“分摊(额); 分担(额)”的意思, 也有“捐献; 出资(额)”的意思。参见薛波主编:《元照英美法词典》, 潘汉典总审订, 北京大学出版社 2014 年版, 第 316 页。回顾既有文献, 有学者将其翻译为“贡献”。参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》, 中国政法大学出版社 1999 年版, 第 239、241、244 页; 贺剑:《夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神》, 载《法学家》2015 年第 4 期, 第 98 页; 缪宇:《美国夫妻共同债务制度研究——以美国采行夫妻共同财产制州为中心》, 载《法学家》2018 年第 2 期, 第 27 页。译者认为, 在涉及出资购房的场合, 翻译为“贡献”固然可以理解, 但翻译为“出资”更恰当。因而, 译者统一将其翻译为“出资”。——译者注

[7] 27 Cal. 3d 808, 614 P.2d 285, 166 Cal. Rptr. 853 (1980).

[8] 28 Cal. 3d 366, 618 P.2d 208, 168 Cal. Rptr. 662 (1980).

[9] 27 Cal. 3d 808, 614 P.2d 285, 166 Cal. Rptr. 853 (1980).

[10] 27 Cal. 3d 811, 614 P.2d 287, 166 Cal. Rptr. 855 (1980).

[11] 27 Cal. 3d 812, 614 P.2d 287, 166 Cal. Rptr. 855 (1980).

[12] See Appellant's Opening Brief at 5, Lucas.

[13] 27 Cal. 3d 816, 614 P.2d 289, 166 Cal. Rptr. 858 (1980).

[14] 《加州民法典》第 5110 条(West Supp. 1982)的有关部分规定: (除了被定义为个人所有的财产,) 位于本州的所有不动产以及在本州居住的已婚人士在婚姻关系存续期间获得的所有个人财产……是夫妻共同财产; 但是, 如果已婚妇女在 1975 年 1 月 1 日之前通过书面文书获得任何不动产或动产, 或其中的权益或产权负担的, 则推定该不动产或动产为其个人财产, 而如果已婚妇女和其他人

共同通过书面文书获得任何不动产或动产, 或其中的权益或产权负担的, 则推定她以共有人身份享有权利, 除非书面文书另有约定; 此外, 如果夫妻通过一份表明夫妻身份的书面文书获得某项财产, 则推定该项财产为夫妻共同财产, 除非书面文书中表达了不同的意图。如果夫妻在婚姻关系存续期间以联合共有人身份获得了家庭唯一住房, 仅就婚姻关系解除或合法分居时的房屋分割而言, 推定该家庭唯一住房为夫妻共同财产。

[15] 27 Cal. 3d 814, 614 P.2d 288, 166 Cal. Rptr. 856-57 (1980).

[16] 27 Cal. 3d 814-15, 614 P.2d 288, 166 Cal. Rptr. 857 (1980).

[17] 27 Cal. 3d 816 n.3, 614 P.2d 290 n.3, 166 Cal. Rptr. 858 n.3 (1980). 这个方法源自奥夫穆斯案[In re Marriage of Aufmuth, 89 Cal. App. 3d 446, 456-57, 152 Cal. Rptr. 668, 674-75 (1st Dist. 1979)].

[18] 27 Cal. 3d 816-17 & n.3, 614 P.2d 290 & n.3, 166 Cal. Rptr. 858 & n.3 (1980).

[19] 28 Cal. 3d 366, 618 P.2d 208, 168 Cal. Rptr. 662 (1980).

[20] 28 Cal. 3d 370, 618 P.2d 209, 168 Cal. Rptr. 663 (1980). 莉迪未对夫妻共同体就该房屋享有份额提出异议[See 28 Cal. 3d 271 & n.1, 618 P.2d 209-10 & n.1, 168 Cal. Rptr. 663-64 & n.1 (1980)]. 人们一直在猜测为何夫妻共同体对该房屋享有份额这一事项不存在争议, 并好奇这对作为先例的摩尔案有何影响[See, e.g., 1980 Cal. Fam. L. Rep., 1458, 1460]. 因为摩尔案的判决晚于卢卡斯案一段时间, 所以可能莉迪的律师们都没有预料到加州最高法院会愿意把整个房子都判给她。一种可能的原因是, 有充分的证据证明存在一份夫妻协议, 使得当庭提出异议也无济于事。

由于莉迪未对夫妻共同体就该房屋享有份额提出异议, 因而摩尔案的判决至少可以用两种不同的路径进行解释。第一种解释路径是, 摩尔案可以被解读为卢卡斯案的反例, 这意味着如果莉迪对这个问题提出异议, 她将获得这所房子 100% 的个人财产份额, 除非大卫能够证明存在一份与之相矛盾的夫妻协议。因为莉迪未对夫妻共同体就该房屋享有份额提出异议, 所以该问题未被提交至加州最高法院。第二种解释路径是, 无论莉迪是否对该问题提出异议, 夫

妻共同体都会对该房屋享有份额。初审法院得出的结论是，“由于妻共同体在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产支付了按揭贷款，因此其（对该房屋）享有份额”[28 Cal. 3d 370, 618 P.2d 209, 168 Cal. Rptr. 663 (1980) (emphasis added)]。加州最高法院没有明确推翻初审法院的结论，并声称“维持了其他方面的判决”[28 Cal. 3d 375, 618 P.2d 212, 168 Cal. Rptr. 666 (1980)]。

[21] 将卢卡斯案中第 5 页的上诉人开场白和摩尔案中第 3-4 页的听证会请愿书进行比较。

[22] 28 Cal. 3d 372, 618 P.2d 210, 168 Cal. Rptr. 664-65 (1980).

[23] 虽然加州最高法院的最终结论是初审法院的判决属于无害错误的产物[28 Cal. 3d 374, 618 P.2d 212, 168 Cal. Rptr. 666 (1980)]，但初审法院关于分割房屋的方法并不是法官的个人意见。加州最高法院必须先找到划分个人财产份额和夫妻共同财产份额的适当方法，才能确定哪一方会从无害错误中受益。因此，分割方法是判决的组成部分。

[24] 28 Cal. 3d 372, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[25] 28 Cal. 3d 372-73, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[26] 28 Cal. 3d 373, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[27] 在摩尔案中，妻共同体在房屋总资产中的份额约为 13%。在卢卡斯案中，这一比例约为 63%。这两个数字之间存在显著差异，是因为卢卡斯案的月供都不是以个人财产支付，而摩尔案却有七笔月供是以个人财产支付。28 Cal. 3d 370, 618 P.2d 209, 168 Cal. Rptr. 663 (1980); 27 Cal. 3d 812, 614 P.2d 287, 166 Cal. Rptr. 855 (1980).

[28] 贷款余额是指贷款的未偿本金余额。通常，金融机构的按揭贷款需要在 30 年内按月支付。如果贷款以每月分期付款的方式全额摊销，则早期月供的本金部分非常低而利息部分非常高，但月供的本金部分会在贷款期限内持续增加。

[29] “增值”是指出卖房屋时的市场价值比购买房屋时的市场价值高的部分（如有）。

[30] 180000 美元（房屋售价）-100000 美元（购房价格）=80000 美元（房屋增值）——译者注

[31] 20000 美元（妻子支付的首付款）÷100000 美元（购房款）×100%=20%（妻子的个人财产份额）——译者注

[32] 80000 美元（房屋增值）×20%（妻子的个人财产份额）=16000 美元（妻子享有的房屋增值）——译者注

[33] 180000 美元（房屋售价）-78000 美元（贷款余额）=102000 美元（房屋净值）——译者注

[34] “净值”是指房屋的市场价值减去贷款的未偿本金余额（贷款余额）。因此，净值通常包括首付款、贷款本金支付总额和房屋增值。

[35] 102000 美元（房屋净值）-20000 美元（妻子支付的首付款）-16000 美元（妻子享有的房屋增值）=66000 美元（妻共同体享有的房屋净值）——译者注

[36] 80000 美元（按揭贷款）-78000 美元（贷款余额）=2000 美元（减少的贷款本金）——译者注

[37] 2000 美元（减少的贷款本金）÷100000 美元（购房款）×100%-2%（夫妻共同财产份额）——译者注

[38] 80000 美元（房屋增值）×2%（夫妻共同财产份额）=1600 美元（妻共同体享有的房屋增值）——译者注

[39] 102000 美元（房屋净值）-1600 美元（妻共同体享有的房屋增值）-2000 美元（减少的贷款本金）=98400 美元（妻子享有的房屋净值）——译者注

[40] 27 Cal. 3d 813, 614 P.2d 287, 166 Cal. Rptr. 856 (1980).

[41] 27 Cal. 3d 815, 614 P.2d 288, 166 Cal. Rptr. 857 (1980).

[42] See supra note (40).

[43] See supra note (41).

[44] 具体区别在于“无偿取得所有权”还是“有偿取得所有权”。See W. de Funiak and M. Vaughn, Principles of Community Property § 62 (2d ed. 1971).

[45] 例如，根据西班牙法律的规定，妻一方可在去世前撤销其对另一方的赠与。Loewy, “The Spanish Community of Acquests and Gains and its Adoption and Modification by the State of California”, 1 Calif. L. Rev., 32, 41 & n.44 (1912-1913); R. Ballinger, “A Treatise on the Property Rights of Husband and Wife”, Under the Community or

Ganancial System § 58 (1895); Fuller v. Ferguson, 26 Cal. 546, 573-75 (1864).

[46] See, e.g., Meyer v. Kinzer, 12 Cal. 247, 253 (1859) (Field, J.): “即使所有权登记在她名下,也不能提出对她有利的推定”(quoting with approval Smalley v. Lawrence, 9 Rob. 210, 214 (La. 1844)); R. Ballinger, supra note (45), § § 38 & n.4, 170 & n.4. But cf. id. § 171: “丈夫或第三人对妻子的契据推定为赠与”。See generally De Funiak and Vaughn, “Why Community Property is so Misunderstood-Knowing its Origin is the Key”, 1 Community Prop. J., 97 (1974).

[47] Cal. Const. of 1849, art. XI, § 14. See Loewy, supra note (45), at 32; see also McMurray, “The Beginnings of the Community Property System in California and the Adoption of the Common Law”, 3 Calif. L. Rev., 359 (1915); Prager, “The Persistence of Separate Property Concepts in California’s Community Property System”, 1849-1975, 24 UCLA L. Rev., 1 (1976).

[48] Act of Apr. 17, 1850, ch. 103, 1850 Cal. Stat. 254. 虽然该法规的这一部分是以声明的形式存在的,但它被视为一项法律推定。如果可以证明财产是在婚前获得的,或者是以《加州民法典》第 5107-5108 条(West 1970) (界定夫妻的个人财产)规定的方式获得的,则该财产不属于夫妻共同财产。在缺乏此类证据的情况下,该财产就会被推定为夫妻共同财产。See e.g., In re Marriage of Cademartori, 119 Cal. App. 3d 970, 972, 174 Cal. Rptr. 292, 293 (1st Dist. 1981); but see Fidelity and Cas. Co. v. Mahoney, 71 Cal. App. 2d 65, 161 P.2d 944 (1945): 两个月以内的婚姻,不得将夫妻双方拥有的财产推定为夫妻共同财产。

[49] Act of Apr. 13, 1850, ch. 95, § 1, 1850 Cal. Stat. 219.

[50] Cal. Civ. Code § 5103 (West 1970).

[51] Act of Apr. 17, 1850, ch. 103, § 6, 1850 Cal. Stat. 254, 254.

[52] See Prager, supra note (47), at 34, 39-46.

[53] Van Maren v. Johnson, 15 Cal. 308, 311 (1860) (Field, J.).

[54] See Prager, supra note (47), at 39-46.

[55] See Cal. Civ. Code § 107 (West 1970).

[56] Act of Mar. 19, 1889, ch. 215, § 1, 1889 Cal. Stat. 328, 328.

[57] See Prager, supra note (47), at 44.

[58] Cal. Civ. Code § 5110 (West Supp. 1982).

[59] See supra text accompanying note (56).已婚妇女推定适用“除非书面文书中表达了不同的意图”的规定。See supra note (14).

[60] Dunn v. Mullan, 211 Cal. 583, 587-88, 296 P. 604, 606 (1931).

[61] Compare Prager, “Sharing Principles and the Future of Marital Property Law”, 25 UCLA L. Rev., 1 (1977) with Glendon, “Is There a Future for Separate Property”, 8 Fam. L.Q., 315, 315-16, 326 (1974). See generally Bruch, “The Definition and Division of Marital Property in California: Toward Parity and Simplicity”, 33 Hastings L.J., 769 (1982).

[62] Act of July 16, 1935, ch. 707, § 1, 1935 Cal. Stat. 1912, 1912.

[63] See supra note (14).

[64] 214 Cal. 767, 7 P.2d 1003 (1932), discussed in note 3, Joseph D. Cooper, “Community Property: Status of Property Conveyed to Husband and Wife as Co-Grantees”, 20 Calif. L. Rev., 546 (1932).

[65] 联合共有契据对西伯雷尔案的结果很重要。不平等的共有权与以混合共有人身份持有财产并不矛盾。如果尚未明确所有权形式,则推定由一名妇女与另一个人(如果不适用夫妻推定)混合共有(See supra note (14)(59))。这就阐明了西伯雷尔案和邓恩诉穆兰案(Dunn v. Mullan)之间的差异。在邓恩诉穆兰案中,没有指定所有权形式,而是推定为混合共有,所以夫妻份额不平等的事实不会造成任何理论问题(See supra note (60) and accompanying text)。

[66] 214 Cal. 773, 7 P.2d 1005 (1932).

[67] See, e.g., *Gudelj v. Gudelj*, 41 Cal. 2d 202, 212, 259 P.2d 656, 662 (1953); *Socol v. King*, 36 Cal. 2d 342, 345, 223 P.2d 627, 629-30 (1950). 仅查明资金来源属于所有权人以外的其他人, 尚不足以推翻由契据引发的推定, 因为这与契据并不矛盾。

[68] See, e.g., 41 Cal. 2d 212, 259 P.2d 662 (1953).

[69] *Fox v. Fox*, 18 Cal. 2d 645, 646, 117 P.2d 325, 326 (1941); 7 B. Witkin, *Summary of California Law Community Property* § § 92, 98 (8th ed. 1974); see Cal. Civ. Code § § 4800, 4813, 5102 (West Supp. 1982).

[70] See, e.g., “Final Report of the Assembly Interim Common Judiciary Relating to Domestic Relations”, vol. 23, no. 6, pt. 5, at 117, 122-23, reprinted in 2 App. Cal. Assem. J. (1965) (hereinafter cited as *Domestic Relations Report*).

[71] Act of July 17, 1965, ch. 1710, § 1, 1965 Cal. Stat. 3843, 3843-44.

[72] Act of July 17, 1965, ch. 1710, § 5, 1973 Cal. Stat. 1898.

[73] Act of Oct. 1, 1973, ch. 987, § § 14-15, 1973 Cal. Stat. 1897, 1901-02. 该修正案的生效日期为1975年1月1日。Id. § 20, 1973 Cal. Stat. 1905.

[74] “没有任何迹象表明立法机关打算以何种形式修改证据规则, 即未明确推翻所有权形式产生的推定需要何种证据强度和证据类型的规则。” 27 Cal. 3d 814, 614 P.2d 288, 166 Cal. Rptr. 857 (1980).

[75] 加州最高法院的判决认为, 要想推翻家庭住房推定, 当事人须提供证据证明夫妻之间达成了相反的协议, 明确约定在婚姻关系存续期间以个人财产支付的首付款属于个人财产。因而, 仅查明购买资金来源尚不足以推翻家庭住房推定, 只有提供证据证明存在相反约定的协议才能推翻家庭住房推定。笔者认为, 家庭住房推定可以通过查明购买资金来源的方式予以推翻, 因而指出加州最高法院关于推翻家庭住房推定所需证据的判决并未得到很好的支持。

[76] *In re Marriage of Mix*, 14 Cal. 3d 604, 611-12, 536 P.2d 479, 484, 122 Cal. Rptr. 79, 84 (1975); *See v. See*, 64 Cal. 2d 778, 783, 415 P.2d 776, 780,

51 Cal. Rptr. 888, 892 (1966). See generally 32 Cal. Jur. 3d Family Law § 435 & n.98 (1977); 7 B. Witkin, *supra* note (69), *Community Property* § 33.

[77] See *In re Marriage of Rives*, 130 Cal. App. 3d 138, 162-63, 181 Cal. Rptr. 572, 586 (2d Dist. 1982); see also *Thompson v. Thompson*, 172 Cal. 491, 494, 157 P. 595, 596 (1916); *Attebury v. Wayland*, 73 Cal. App. 2d 1, 5, 165 P.2d 524, 526 (1st Dist. 1946). But cf. *Whittaker v. Whittaker*, 137 Cal. App. 396, 399, 30 P.2d 538, 539 (3d Dist. 1934): 除非有其他可信证据表明没有赠与意图, 否则仅查明资金来源不足以将其裁决为赠与; 意图无须披露。

[78] *Cardew v. Cardew*, 192 Cal. App. 2d 502, 515, 13 Cal. Rptr. 620, 627 (1st Dist. 1961); 7 B. Witkin, *supra* note (69), *Community Property* § 46; cf. *In re Marriage of Wall*, 30 Cal. App. 3d 1042, 1048, 106 Cal. Rptr. 690, 694 (2d Dist. 1973). But cf. *Williams v. Williams*, 178 Cal. App. 2d 522, 526-27, 3 Cal. Rptr. 59, 63 (3d Dist. 1960). 在卡迪尤案中, 加州最高法院表示: “我们还认为(夫妻)例外效果只是为了确立一个推定——这是夫妻共同享有的财产——该推定同样适用于第164条(现第5110条)规定的在婚姻关系存续期间获得的所有财产。” 192 Cal. App. 2d 515, 13 Cal. Rptr. 627 (1st Dist. 1961). 然而, 加州最高法院有其他理由充分支持初审法院对夫妻共同财产作出的裁决: 例如, 所有权形式是所有权公司提出来的, 而购买行为是丈夫以商船船长身份在出航期间作出的。192 Cal. App. 2d 513, 13 Cal. Rptr. 626 (1st Dist. 1961).

[79] 2A C.D. Sand, *Sutherland Statutory Construction* § 51.02 & n.10 (4th ed. 1973 & Supp. 1982) (citing *People v. Hill*, 103 Cal. App. 3d 525, 532-35, 163 Cal. Rptr. 99, 103-06 (1st Dist. 1980)).

[80] 主张第四个推定与前三个推定针对的问题并不相同也许是一个“好理由”, 因为第四个推定关注的是将房屋用于抚养未成年子女的问题, 而不是将房屋用于平衡夫妻之间权力的问题。可以说, 查明资金来源与第四个推定的目的背道而驰, 因为在某些情况下, 查明资金来源可能会

得出因房屋属于个人财产而不可用于抚养未成年子女
的结论。虽然这种说法同样适用于所有的家庭住房，但是家
庭住房推定却仅适用于联合共有的家庭唯一住房。如此一
来，这种说法要证明的情形就太多了，因为它通常与加州
采用的夫妻共同财产制相悖。

[81] See *supra* note (14) .

[82] E. g., 41 Cal. 2d 202, 212, 259 P.2d 656, 662
(1953); 36 Cal. 2d 342, 346, 223 P.2d 627, 630
(1950); *Machado v. Machado*, 58 Cal. 2d 501, 506,
375 P.2d 55, 58, 25 Cal. Rptr. 87, 90 (1962).

[83] 214 Cal. 767, 771-73, 7 P.2d 1003, 1005 (1932).

[84] 58 Cal. 2d 506, 375 P.2d 58, 25 Cal. Rptr. 90
(1962); also see 41 Cal. 2d 212, 259 P.2d 662 (1953);
36 Cal. 2d 346, 223 P.2d 630 (1950).

[85] E. g., 137 Cal. App. 396, 399, 30 P.2d 538,
539 (3d Dist. 1934): 已婚妇女推定。

[86] See *De Funiak and Vaughn*, *supra* note (46) .

[87] See *Malcolm v. Superior Court*, 29 Cal. 3d 518,
528, 629 P.2d 495, 500, 174 Cal. Rptr. 694, 699
(1981); *Enyeart v. Board of Supervisors*, 66 Cal.
2d 728, 735, 427 P.2d 509, 513, 58 Cal. Rptr. 733,
737 (1967): “立法机关被假定为知道国内现有的司法裁
判，并在修订法院已解释的法规时将这些司法裁判铭记于
心”；2A C.D. Sand, *supra* note (79), § 22.35 (4th
ed. 1972).

[88] *Domestic Relations Report*, *supra* note (70) ,
at 124 (emphasis added).

[89] 当然，在其他一些情形下，出于政策方面的原因，
仍有必要作出这样的推定。一种情形是资金无法用于偿还
贷款，例如没有用这些资金购买财产。“家庭开支”推定
也许就是一个例子[See *infra* note (97) and
accompanying text]，人们不希望发生的情形是，夫妻共
同体对夫妻一方的个人财产负担债务，从而导致分割财产
后夫妻一方对另一方负担净债务。不过，有更直接的方法
来避免这种结果。例如，夫妻之间具有扶养义务，可以据
此来证明拒绝返还用于夫妻共同体开支的个人款项具有
正当性，而无须借助赠与推定来达到这一证明目的[see
Cal. Civ. Code § 5100 (West 1970)]。

[90] 26 Cal. 546, 573-74 (1864): 根据墨西哥的夫妻
共同财产法，可以撤销夫妻之间的赠与；La. Civ. Code
Ann. art. 156 (West 1952): 离婚后，夫妻一方不再享
有另一方的“赠与物”(赠与财产)。See also Code Civil
arts. 267-269 (Fr. 1968), translated in J. Crabb,
The French Civil Code 68-69 (1977); *Marriage Code*
§ 73 (W. Ger. 1946), translated in *Introductory*
Act to the German Civil Code and Marriage Law of
the Federal Republic of Germany 52 (S. Goren trans.
1976); F. Lawson, A. Anton and L. Brown, *Amos and*
Walton's Introduction to French Law 70 (3d ed.
1967); 1 *Planiol, Traite Elementaire de Droit Civil*
nos. 1267-1332 (La. State L. Inst. trans. 1959).

[91] See 24 Am. Jur. 2d *Husband and Wife* § 93 &
nn.10-11 (1966).

[92] Cal. Civ. Code § 1149 (West 1954); but see
id. § 1148 (West 1954): 不能撤销其他赠与。

[93] Cal. Civ. Code §§ 5125, 5127 (West 1970).

[94] Cal. Civ. Code § 5101 (West 1970): “丈夫是
一家之主。他可以选择任何合理的居住地或生活方式，妻
子必须遵守。”

[95] Cf. *Schindler v. Schindler*, 126 Cal. App. 2d
597, 603, 272 P.2d 566, 269 (2d Dist. 1954) : 没有
赠与，为了妻子的利益而严格限制丈夫对夫妻共同财产的
控制；*In re Estate of McNutt*, 36 Cal. App. 2d 542,
552, 98 P.2d 253, 258 (2d Dist. 1940).

[96] 211 Cal. 583, 296 P. 604 (1931); *In re Marriage*
of Warren, 28 Cal. App. 3d 777, 782-83, 104 Cal.
Rptr. 860, 863-64 (2d Dist. 1972).

[97] 64 Cal. 2d 778, 785, 415 P.2d 776, 781, 51
Cal. Rptr. 888, 893 (1966); see *In re Marriage of*
Epstein, 24 Cal. 3d 76, 83 n.1, 592 P.2d 1165, 1169
n.1, 154 Cal. Rptr. 413, 417 n.1 (1979): 丈夫不应
凭借其单方面选择生活方式的权力，制造出有利于自身的
夫妻共同债务，从而“增加”夫妻共同资产的权利负担。

[98] *Shaw v. Bernal*, 163 Cal. 262, 124 P. 1012
(1912).

[99] See *supra* note (73) .

[100] 所谓受赠人可能会辩称,他由于信赖所谓赠与而放弃了购买个人房屋的机会。本文的第三部分提出了一种分割房屋的方法,该方法可以补偿因信赖而丧失的机会利益。See *infra text* accompanying notes 118-22.

[101] 法律往往不赞成将其裁决为赠与。因此,作为一项一般规则,必须有明确且令人信服的证据将其证明为赠与[see e.g., 35 Cal. Jur. 3d Gifts § 47, at 374 & n. 28 (1977)],且不存在关于赠与的一般推定。Denigan v. Hibernia Sav. and Loan Soc'y, 127 Cal. 137, 141, 59 P. 389, 390 (1899).

[102] See Comment, "Form of Title Presumptions in California Community Property Law: The Test for a 'Common Understanding or Agreement'", 15 U.C.D. L. Rev., 95 (1981).

[103] 7 B. Witkin, *supra* note (69), Community Property § 73.

[104] 虽然加州最高法院处理的摩尔案属于在婚前获得按揭贷款的案件,但该案显然没有提供足够的信息来确定房屋增值是婚前增值还是婚后增值。在后来的一个上诉案件中[*In re Marriage of Marsden*, 130 Cal. App. 3d 426, 181 Cal. Rptr. 910 (1st Dist. 1982)],加州最高法院注意到该信息。在解释卢卡斯案和摩尔案时,加州最高法院认为婚前增值完全属于个人财产。因为在缺少某种赠与与推定的情况下,夫妻共同体不会对房屋的婚前增值享有任何份额,这一结论似乎必然会遵循个人财产的定义。因而,在夫妻一方对房屋的婚前增值提供证据证明后,该方应有权对房屋的婚前增值享有个人财产份额。

[105] 夏吟兰教授在介绍美国的“全部财产公平分割法”时指出:“美国有很少一部分的州……在离婚分割财产时不区分婚姻财产和个人财产,全部财产均适用公平分割法。”该表述与译文中“‘公平’分割夫妻共同财产和个人财产”同义,为了简化译文的表达,译者借鉴夏吟兰教授的表述,将其称为“全部财产公平分割法”。夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1999年版,第238页。——译者注

[106] 夏吟兰教授在介绍美国的共同财产制时使用了“离婚时应当均等分割共同财产”的表述,此与译文中“严格地均等分割夫妻共同财产”同义。夏吟兰教授在介绍“双重财产制公平分割法”时指出,该方法是指在离婚

分割财产时对婚姻财产适用公平分割法,个人财产则仍归个人所有,并且公平分割并不以均等分割为原则。可见,前述两种分割方法存在差别,一种是均等分割夫妻共同财产,一种是公平分割夫妻共同财产。考虑到译者通篇使用“夫妻共同财产”的表述,译者在借鉴夏吟兰教授关于前述两种方法之表述的基础上,将“严格地均等分割夫妻共同财产”称为“夫妻共同财产均等分割法”。参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1999年版,第235-236页。——译者注

[107] Cal. Civ. Code § 4800 (West Supp. 1982).

[108] E.g., Tex. Fam. Code Ann. § 3.63 (Vernon Supp. 1981).

[109] *In re Marriage of McKim*, 6 Cal. 3d 673, 678 & n.5, 493 P.2d 868, 871 & n.5, 100 Cal. Rptr. 140, 143 & n.5 (1972); 33 Cal. Jur. 3d Family Law § 584 (1977).

[110] Bruch, *supra* note (61); "Comment, What's Yours is Mine and What's Mine is Mine. The Classification of the Home Upon Dissolution", 28 UCLA L. Rev., 1365, 1386-88 (1981). 没有一位评论员讨论自分居后到庭审前的房屋增值。据推测,自分居后到房屋分割前的房屋增值都是夫妻共同财产。

[111] Cal. Const. Art. I, § 21. 一位评论员认为,之所以允许这样的改变,是因为“打算采用一种框架灵活的制度”(Bruch, *supra* note (61), at 795 n.104)。不过,尽管实行夫妻共同财产制的其他司法辖区将个人财产的收益分配给夫妻共同体(see Bruch, *supra* note (61), at 795 n.103),但根植于法国或西班牙模式的美国系统并未将资本增值分配给个人财产的所有权人之外的任何人(See Bruch, *supra* note (61), at 796 n.106)。亚利桑那州、加州、新墨西哥州、内华达州和华盛顿州将收益和资本增值分配给个人财产的所有权人(See W. De Funiak and M. Vaughn, *supra* note (44), at 169-70 & n.41)。虽然得克萨斯州、路易斯安那州和爱达荷州将个人财产的收益分配给夫妻共同体,但这些州将个人财产的资本增值分配给个人财产的所有权人(See W. De Funiak and M. Vaughn, *supra* note (44), at 170-71)。因此,这种修改似乎不仅仅改变了“灵活的框架”。

[112] 如果一般通货膨胀率是房屋增值的唯一原因,以便房屋相对于经济体制中其他商品的价值保持不变,那么分配给夫妻共同体的房屋增值并非来自任何实际的(经通货膨胀调整的)财富增长。没有财富的实际增长,只有美元之名义价格的增长。因而,如果夫妻共同体仅因一般通货膨胀率而获得对该房屋的收益,可以说,这不仅是对个人财产的重新定义,也是随着婚姻进程而逐渐减少个人财产的一种计划。若是如此,似乎很难与当前的宪法方案保持一致。

[113] E. g., “Is the Referendum Process Out of Hand?”, San Francisco Chron., Feb. 20, 1982, at 28, col 2.

[114] 28 Cal. 3d 372-73, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[115] 在某些司法辖区,法院还考虑了夫妻双方的年龄和身体状况,对未来抚养的相对需要,导致婚姻破裂的相对过错,以及夫妻双方的相对收入能力等因素。See e. g., Ruprecht v. Ruprecht, 255 Minn. 80, 90, 96 N.W.2d 14, 19 (1959); Fuqua v. Fuqua, 541 S.W.2d 228, 230 (Tex. Ct. Civ. App. 1976).

[116] 改造费用等资本支出将被适当地从产权收益中扣除。维护费用等非资本支出将被适当地从非产权收益中扣除。任何能提高房屋价值且只能在长期内收回的东西都可以被视为资本支出,但对特定费用进行分类并不容易。

[117] Wetzel v. Wetzel, 35 Wis. 2d 103, 107-09, 150 N.W.2d 484, 485-86 (1967). See I.R.C. § 163 (1976); Cal. Rev. & Tax. Code § 17203 (West Supp. 1982).

[118] See An Economic Model of the Lucas and Moore Situation (Aug. 20, 1982) (unpublished computer program on file with the California Law Review): 通过使用复杂的模型,变量之间的微小差异就能彻底改变分割方案。例如,如果假定租金成本占房屋价格的百分比从5%变为6%,那么最终的资源分配可能会相差10%。

[119] 80 Cal. App. 222, 229, 251 P. 640, 643 (2d Dist. 1926). See Petition for Hearing at 1-3, Moore (citing Vieux). 维厄案涉及的是投资地产,而不是家庭住房,并且该案似乎并未像被告的请愿书中说的那样一语中的。不过,他的建议是合理的,这里将对其进行分析。

[120] 80 Cal. App. 229, 251 P. 643 (2d Dist. 1926); see 28 Cal. 3d 371, 618 P.2d 210, 168 Cal. Rptr. 664 (1980).

[121] 29 Cal. App. 3d 244, 256-57, 105 Cal. Rptr. 483, 491-92 (1st Dist. 1972).

[122] 例如,在利率为10%的传统型30年期按揭贷款中,大约0.53%的首年还款被计入本金。

[123] 28 Cal. 3d 372, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[124] 89 Cal. App. 3d 446, 454-57, 152 Cal. Rptr. 668, 673-75 (1st Dist. 1979).

[125] 27 Cal. 3d 816, 614 P.2d 289-90, 166 Cal. Rptr. 858 (1980); 28 Cal. 3d 373, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[126] 28 Cal. 3d 373, 618 P.2d 211, 168 Cal. Rptr. 665 (1980).

[127] Id: “该笔贷款由个人资产提供担保,因而是个人财产出资”; see 27 Cal. 3d 816 & n.3, 614 P.2d 290 & n.3, 166 Cal. Rptr. 858 & n.3 (1980); 7 B. Witkin, supra note (69), Community Property § 31 (8th ed. 1974 & Supp. 1980); 32 Cal. Jur. 3d Family Law § 415 (1977).

根据贷款担保的类型对未偿贷款收益进行分类的做法,乍一看似乎有些奇怪,因为正在购买的房屋是(除了收入之外)唯一的贷款担保。摩尔案的法院反对将已支付的利息和已履行的其他贷款义务排除在“由法院分割的财产”之外,这似乎也是对贷款余额的恰当描述。因为根据已偿贷款总额和贷款余额折现计算的房屋净现值可能等于零或者负数。此外,与以预先存在的其他个人资产或夫妻共同资产提供担保的贷款类型不同,按揭贷款是以所购资产提供的担保,因而在试图对贷款余额进行分类时会存在一种固有的循环。不过,公认的法律规则似乎是,一般而言,为了将贷款收益归为个人财产,必须证明贷款是以个人财产提供的担保,否则将适用夫妻共同财产的一般推定。41 Cal. 2d 202, 210, 259 P.2d 656, 661 (1953).

在对贷款收益进行分类时,加州的法律和其他实行夫妻共同财产制的州的法律存在差异[See Young, “Community Property Classification of Credit Acquisitions in California: Law without Logic?”, 17 Cal. W.L. Rev.,

173 (1981)]。在其他州，例如华盛顿州，审查的是借款人打算以何种资金来源偿还贷款(See *id.* at 243-45)。然而，即使根据这一规则，也不清楚借款人意图的后续变化是否会导致贷款收益被重新分类。根据加州法律的规定，在获取贷款时就已确定贷款收益的分类，后续的还款模式对该分类没有影响[*Id.* at 175-76 (citing *Ives v. Connacher*, 162 Cal. 174, 177, 121 P. 394, 395 (1912))]. 这种区别在摩尔案等此类案件中可能是至关重要的：如果莉迪·摩尔知道她要结婚，并以她（后来）的夫妻共同收入偿还贷款，那么根据华盛顿州的规则，贷款似乎是夫妻共同财产。然而，如果她在获取贷款时没有考虑结婚，但后来决定结婚并打算以夫妻共同财产偿还贷款，那么华盛顿州的法律会对贷款进行何种分类就不得而知了。

加州方法的另一个奇怪之处在于，夫妻对家庭唯一住房的按揭贷款没有个人责任[Cal. Civ. Proc. Code § § 580a-c (West 1976)]。因此，夫妻双方签署贷款文件的事实并不意味着夫妻双方都负担可强制执行的个人义务。如果只有夫妻一方支付首付款，那么另一方的负债就不会超过其实际支付的贷款金额。如同无个人责任的规则一样，签署贷款文件的事实并不足以证明签署人“享有”贷款收益或用贷款收益购买的任何财产。See *Hicks v. Hicks*, 211 Cal. App. 2d 144, 153-54, 27 Cal. Rptr. 307, 313 (4th Dist. 1962).

[128] E.g., *Heney v. Pesoli*, 109 Cal. 53, 63, 41 P. 819, 822 (1895).

[129] 41 Cal. 2d 202, 210, 259 P.2d 656, 661 (1953).

[130] 162 Cal. 174, 177, 121 P. 394, 395 (1912).

[131] 这个提倡的方法类似于一篇评论中概述的方法[Comment, “Apportionment of Home Equity in Marital Dissolutions Under California Community Property Law: Is the Current Approach Equitable?”, 9 Community Prop. J. 31 (1982)], 但该评论没有涉及这里考虑的许多问题（例如，婚前增值和婚后增值，以及操纵该方法的可能性）。

[132] 因此，如果丈夫支付了20笔贷款而夫妻共同体支付了100笔贷款，并且分居时的贷款余额为50000美元，那么丈夫将分到 $20/120 \times 50000$ 美元=8333美元的贷款余

额，夫妻共同体将分到 $100/120 \times 50000$ 美元=41667美元的贷款余额。

[133] 因此，在脚注(132)的例子中，如果丈夫在分居后再支付15笔款项，他将有权拿回他在这15笔款项中支付的本金，但这些款项不会计入归属于夫妻双方的贷款余额中。此外，根据未修正的卢卡斯案/摩尔案的方法，相关的贷款余额是分居时的贷款余额，而不是分割房屋之日的贷款余额。

[134] 根据卢卡斯案/摩尔案方法，在获取按揭贷款的时候，提供贷款担保的个人财产或夫妻共同财产可以在婚姻关系解体时获得贷款余额。在摩尔案中，莉迪·摩尔以自己的名义获得了按揭贷款，并以“莉迪·多克，一位单身女性”的身份取得了房屋的所有权。这意味着莉迪是以个人财产（所购房屋）作为担保获得的贷款，所以在婚姻关系解体时，贷款余额将作为莉迪的个人财产份额，而非夫妻共同财产份额。因此，根据卢卡斯案/摩尔案方法，即便莉迪的未来收入在婚后变成了夫妻共同财产，也不会导致贷款余额因此而变成夫妻共同财产份额。——译者注

[135] 如前所述（参见脚注(118)的附注），贷款中实际支付金额证明可能是最可靠和最实用的证据，因为这可以从银行或财务公司的记录中获得，并且在一般情况下不会引起严重争议。要想证明贷款人的意图，需要提供信贷员的证词或贷款机构的信贷档案。关于贷款人会提供何种证词的调查，See *Young*, *supra* note (127) 114, at 251-54.

[136] 结婚与购房的顺序可能与影响分割方案的事件有关，例如贷款支付和婚前的房屋增值。然而，贷款支付和房屋增值对分割方案的影响与婚姻的长度大致呈正相关，与之不同，贷款余额的分配与婚姻的长度呈负相关。随着婚姻的延长，未偿贷款收益会减少，其分配也就变得不那么重要了。当贷款全部还清后，除了对婚前增值和婚后增值的计算存在差异外，贾菲曼方法、卢卡斯案/摩尔案方法和提倡的方法关于分割房屋的方式都是一样的。

主编 | 王洪亮 张双根 张谷 朱庆育 田士永

编辑部主任 | 唐勇 编辑部成员 | 王立栋 陈大创 陈欢 赵文杰 柯勇敏 吴香香

公众号编辑助理 | 詹哲仪 唐雪倩

本文校对 | 赵雅琦

新作·第22卷主题译作5 | 费尔南多·博奇尼：夫妻意思自治和家庭财产制度

原创：2023-10-14 中德私法研究 费尔南多·博奇尼

<https://mp.weixin.qq.com/s/bAmS5jZ9wbKhm02Uud1TyQ>

作者：[意]费尔南多·博奇尼(Fernando Bocchini)，那不勒斯费德里克二世大学(Università degli studi di Napoli Federico II)法学院私法教授。

译者：越思雨，意大利罗马第一大学博士研究生。

来源：《中德私法研究》第22卷，北京大学出版社2023年版，第199-227页，内容经译者审定及授权。

正文总字数：1.7万字

注释总字数：5.5千字

摘要

《意大利民法典》只有第四编的债法规定了契约自治，第一编的家庭法中则无相关规定。但是，夫妻二人在协议确定家庭财产义务的过程中，他们享有的意思自治与契约自治具有相同的原理和基础。与此同时，现代核心家庭摆脱了传统的父权制，夫妻双方既可以签订涉及家庭生活方案的夫妻协议来实现意思自治，也可以签订涉及家庭财产方案的婚姻协议来实现意思自治。因此，本文在《意大利民法典》家庭编“婚姻财产制度”一节的基础上，通过夫妻间签订的协议构建出了夫妻意思自治体系；而借助夫妻意思自治，传统的夫妻共同财产制不仅可以被阐释为一种更加灵活的法定家庭财产制度，而且也适用于民法典关于契约自治的规定。

关键词：意思自治；家庭财产制度；婚姻协议；夫妻共同财产制

目次

一、围绕意思自治的争论

二、父权制家庭中的家庭间协议：社会地位的
稳定

三、核心家庭中的夫妻协议：社会经济和制度
创新

四、（续）意思自治的实施和家庭弱者保障

五、引导和助力家庭生活的夫妻协议

六、涉及财产归属和用途的婚姻协议

七、夫妻共同财产客体的变更

八、法定财产制度的可塑性

一、围绕意思自治的争论

如今，有一项围绕夫妻自治的原因及行使方式的激烈讨论，讨论聚焦在调整夫妻双方关系的法律规范领域，或者说是在更加广泛的家庭生活与经济治理层面。虽然没有一项具体的相关立法，但是讨论在各种理论贡献和司法实践中取得的最新成果表明，单独且分散的规范可以为法律解释提供相应的基础和依据。实际上，讨论的内容是更加一般性的价值，这些价值既联结私人自治和公共管制，又促进个人在社会构成尤其是在家庭团体中的流动。这样一来，即使人们普遍赞同《意大利宪法》第2条关于家庭社会组织地位的规定，但如果缺乏相关的具体规范来允许人们拥有确定可信的解决方案，讨论得出的再先进的建议，也会沦为解释者以某种方式对婚姻和家庭的意义及功能发表的个人观点。[1]

意思自治在家庭关系中的实施问题也适合在该背景下加以讨论。[2]在《意大利宪法》的多元主义和个人主义视角下，家庭的制度配置显然不是为了实现公共利益而预先设定的，更何况是超越了个人利益的（较高的或至高的）公共利益。[3]但这并不意味着具有公共秩序特征的私人利益，

在现有的法律规范中不存在，相反，在个人不能违背公共秩序中他人利益的意义上，涉及这种私人利益的规则是有所增加的。[4]“私人性”不能从家庭关系的共同需求中抽身。首先，法律规范倾向于保障家庭团体中弱势主体（子女，尤其是未成年子女）的需求，使他们免受家长无限制的支配。其次，与此类似的一种情形是在夫妻关系中法律对弱势一方的保障，尽管二者有一些细微的差别，但是在经济手段匮乏程度以及感情状况方面，尤其是在家庭组织破裂时，夫妻中弱势一方与未成年人的地位相似。这样一来，虽然（1975年家庭法改革之前的）旧法律规定的财产义务[例如贡献(contribuzione)和养育(mantenimento)义务]是私法义务体系的一部分，[5]但它们同样受到家庭法原则的影响，与那些受家庭法调整的义务并无二致。其中，大部分能够实现私人利益的义务，其内容和对象都具有强制性，原因在于这些义务具有保障家庭单个成员人格的功能。调整这些义务的一般性私法规则，必须与所有被实现利益的性质兼容。由此可见，家庭关系中意思自治的基础同私人意思自治（l' autonomia dei privati）的一般性原理一样，但是前者并没有规定在现行《意大利民法典》第1322条中，反而是宪法体系中具有更加普遍的参考作用（《意大利宪法》第2条、第3条和第41条），[6]尤其是与本文主题直接相关的第29条、30条和31条。[7]

此外，如今对家庭中意思自治的阐释，暴露出了一个在过去并不为人所熟知的问题。一个多民族社会的逐渐扩张，迫使人们在对立但受到宪法平等保障的需求之间建立平衡。例如，一方面是《意大利宪法》第7条规定的宗教信仰平等，对家庭生活模式具有关键的影响；另一方面则是《意大利宪法》第29条预设的家庭模式，该模式在一些层面上受到天主教教义的影响，在另一些层面上则重新确认了“人权”的共同价值。不同文化和宗教之间的相互作用涉及很多方面，既有民法

领域也有刑法领域。但是，在众多差异之中占据主导地位的是宪法公共秩序的管控，它包含所有的规范价值，并将人置于这些价值的顶端。

二、父权制家庭中的家庭间协议：社会地位的稳定

（一）1865年《意大利民法典》沿用的父权制家庭体系

1942年《意大利民法典》的优点之一是，指出了夫妻之间的财产关系规范必须从财产转让方式规范中剔除，并放置在第一编中。原因在于，“如果是因为家庭而成立的财产关系，第一编是相关规则最合适的位置”[8]。但是这种新的敏感性并没有为夫妻财产关系带来一个新面貌，相关内容反而是继续沿用传统规定，偶尔伴随少量毫无意义的创新。

此外，参考（1865年《意大利民法典》采用的）“婚姻契约”（Del contratto di matrimonio）一节到（1942年《意大利民法典》采用的）“家庭财产制度”（Del regime patrimoniale della famiglia）一节过程中章节名称的变化，新法典的编纂工作并没有产生一个理想的转折点。夫妻之间的财产关系规范在两部法典中的不同位置及不同名称，只是一部纯粹的法典在技术合理化中的结果。但人们发现，这种改变“是正确的，还因为这些财产关系并不总是产生于合同，有时还直接来源于法律规定”[9]。先前的表述“实际上并不准确贴切”；新的表述则“清楚地明确了节标题所包含的内容”。[10]

1942年《意大利民法典》实际上重复了1865年《意大利民法典》的体系安排，因此也是对《拿破仑法典》传统的重复。这种体系安排围绕“家父形象”中二元化关系，重建了家庭关系规范。1942年《意大利民法典》中已废除的第144和145条（对应1865年《意大利民法典》第131和132条），[11]为丈夫施加了一项供养妻子

(mantenimento della moglie) 的个人义务, 根据一种相互机制, 与此对应的是一项个人服从义务。类似地, (1942年《意大利民法典》中) 已废除的第147条、第148条和第315条及以下(对应1865年《意大利民法典》第138条和第220条以下) 为父母施加了抚养(mantenere)、教育(educare)和培养(istruire)子女的义务, 而根据一种子女物化的机制, 相对应的则是子女尊重且听从父母的义务。

1942年《意大利民法典》已废除的第160条(与1865年《意大利民法典》第1379条并无二致) 规定, 禁止夫妻侵犯家主享有的权利、违反双方承担的义务, 以便在独特的家管理机制中, 概括出“家庭社会”的统一性。母亲在抚养子女方面做出的贡献, 实际上是通过嫁资机制实现的。1942年《意大利民法典》已废除的第148条(重复了1865年《意大利民法典》第138条) 规定, 父母根据双方财产状况按比例承担抚养子女的义务, 嫁资作为妻子提供给丈夫用来减轻家庭负担的财产, “计算为妻子的财产” [12]。

在这个背景下, 对于家主享有的决定需求的权利, 和他承担的满足(以及借助嫁资满足) 需求的义务, 夫妻在家庭生活中并没有协商的空间。协商因此只能发生于婚礼之前, 也就是为新家庭单位的产生作准备时。

得出以上结论后, 可以进一步思考这些婚前协议(accordi prematrimoniali) 的功能, 检验并且掌握家庭管理规范 and 婚姻意思自治规范之间的关系。

人们普遍认为, (1865年《意大利民法典》中的) “婚姻契约”, 即(1942年《意大利民法典》中的) “婚姻协议”(convenzioni matrimoniali) [也被称为婚前协议(capitoli matrimoniali)], 是“在亲属同意下建立的新家庭的宪法宪章” [13]。根据1942年《意大利民法典》已废除的第211条(原1865年《意大利民法典》第1426条), 具有独立财产(i beni parafernali) 的

妻子在婚姻协议确定的范围内承担家庭义务; [14] 或是在没有婚姻协议的情形下, 根据第148条的规定承担责任。[15] 因此, 婚姻协议决定了夫妻对家庭义务的承担方式。同样, 嫁资是妻子提供给丈夫的用于减轻家庭负担的财产(1942年《意大利民法典》第177条, 重复了1865年《意大利民法典》第1388条, 现已被废除)。通常, 确定具体婚姻义务的做法是, 如果不根据原第145条的规定由丈夫确定, 那就要由婚姻协议(如报酬条款、妻子私房钱条款等) 来确定。[16] 然而, 由于妻子的贡献是通过预先将用于婚姻负担的财产交予丈夫来实现的, 那么显然婚姻协议履行了双重职能: 一方面, 明确了丈夫抚养义务的具体内容; 另一方面, 通过预设丈夫的抚养义务即对子女承担的义务(该义务限制在1942年《意大利民法典》第148条规定的范围之内), 确定了妻子应承担的家庭义务(根据1942年《意大利民法典》第145条该责任本不属于妻子)。[17] 就“未来已经确定的婚姻”签订的“婚姻赠与”协议(1942年《意大利民法典》第785条), 也是为了家庭义务的承担。实践中, 只根据夫妻在婚姻关系存续期间所取得财产的归属来选择婚姻财产制度(例如仅采取夫妻共同财产制) 的做法, 几乎是闻所未闻的。

(二) 家庭间协议不可更改原则与家庭社会组织稳定

《拿破仑法典》第1595条规定婚姻协议“不能在婚礼举行后修改”, 来源于该规定的“协议在婚姻存续期间不可更改”的严格原则(规定在1942年《意大利民法典》被废除的第162条, 是对1865年《意大利民法典》第1382条、第1383条和第1385条的重复), 曾在两部《意大利民法典》中都有效。[18] 那么, 该规定的基础是什么? 这是后续理解夫妻意思自治含义的关键步骤, 也有助于了解有关规定的创新点。

需要着重强调的是，有关婚姻的协议总是在有财产介入的情况下签订的，以将财产的所有权和用途纳入协议。此外还需要指出，如同1865年和1942年《意大利民法典》中规定的那样，在严格的以农业且一般是不动产为基础的经济中，家庭财产是通过死因继承和婚姻加以传承的。因此，有关婚姻的协议产生于夫妻双方的原生家庭之间，这些协议就是“家庭间协议”（i patti tra famiglie，或“家庭协议”）。由此，家庭构成必须“坚定地保障家庭所维系的多元且复杂的利益”[19]。

不动产意味着家庭的社会结构地位，而通过婚姻协议，这种地位得以在新的家庭中传承与延续。家庭间协议为即将诞生的核心家庭提供了必要的准备，因为新家庭映射出与（原生）家庭本质一致的生活方式、习惯和社会结果。在这个前提下，“协议在婚姻关系存续期间不可更改”原则得以正当化。人们想要借助该原则来避免一种情况，即夫妻生活和家庭生活中的焦虑不安，可能会影响到家庭的社会结构地位以及家庭团结。而这二者恰恰需要受到保障和捍卫，因为它们是维系社会组织的稳定剂。

类似地，需要强调的还有夫妻能够相互转移财产的自由，即对预先设定的财产制度的改变。在这个背景下，有一种禁止夫妻间赠予的严格禁令。由此，“在婚姻存续期间，夫妻双方不能赋予对方任何财产转移的自由”，符合财产用途的财产转移除外（现行《意大利民法典》第781条，重现了1865年《意大利民法典》第1054条）。在夫妻继承领域，只允许继承人继承有限数额的财产（现行《意大利民法典》第540条，重现了1865年《意大利民法典》第812条）。这种机制通过保障财产在同一家内部的保存和流转，避免了财产的分割，社会结构正是在这种方式下得到了维持。这种做法的本质是，在财产传承中尊重多数人（意大利只在1866年取消过该制度）。另外，保障财产统一性也提高了财产的使用效率。

总之，“在父权制家庭中，相较于家庭生活，家庭的社会维度具有更大的价值”，而且新的家庭（即由亲属一同组建的家庭）必须要反映出原生家庭的社会地位。如此，人们可以从两种协同的视角来观察父权制家庭：一个是关于家庭社会地位的外部视角，这种社会地位体现在家庭间协议中，延续着社会关系的重要性；另一个关系到家庭生活管理的内部视角，存在于“家主权利（夫权和父权）”的实践中，家主权利保障着家庭的整体性。第一个视角在观察家庭财产关系和家庭社会维度中必不可少；第二个视角主要涉及夫妻间以及夫妻与子女的个人关系。

不管是以何种方式实现的家庭统一，其本身便表达了一种价值。因为家庭统一意味着社会稳定，所以该价值无关家庭经济生活，而是由维系家庭资产的客观需求加以巩固。收入来源必然与家庭的阶级地位相关，而阶级地位又深刻影响着家庭的消费模式。一种实质上静态的经济，不要求家庭经济组织具有不断适应多变社会经济环境的能力，因此，人们也察觉不到为婚前选择的财产制度保留永久可协商性的需求。

（三）家庭间协议不可更改原则和法定制度严格性原则

家庭间协议不可更改原则（即婚姻协议不可更改原则），其正当化还在于它能够解释“法定制度严格性”（indefornabilità dei regimi legali）原则，该原则在已废除的规则中具有成熟的效力。

一个普遍的观点认为，契约自由只允许人们选择法律规定的各种典型制度，这些制度“在本质上是不能被改变的”[20]。这个说法的理由在于，当时的习俗是在举办婚姻庆典的同时签署婚姻协议。如同我们看到的那样，婚姻协议的目标在于采用预防性的方式来为婚姻中的义务承担作准备。因为财产制度被认为是与婚姻义务制度交织在一起的，所以我们可以这样理解，不允许对

这些制度进行更改，是因为这些制度反映了立法者针对满足家庭需求的手段和家庭生活模式作出的谨慎选择。

实际上，不乏这样一些人，在现行《意大利民法典》已废除的“禁止选择一项不同于那些法定制度的制度”规范还有效时，他们就忽视该规范的存在意义，并坚持认为双方可以通过协商来建立起一种更合适的制度，因为这种制度是双方实际共同决定的，且没有违反强制规定。[21]但这是一种纯技术型的解释，它并没有现实加以支撑，该现实就是这一原则在当时社会背景下的意义。婚姻协议的稳定性和财产制度的确定性，表现了当下现实的结构和功能，是一枚硬币的两面，它们同生死共存亡。

三、核心家庭中的夫妻协议：

社会经济和制度创新

根据《意大利宪法》和1975年家庭法改革所描绘的家庭组织模式，人们在新的基础上重新提出了夫妻意思自治体系。[22]与此同时，无论是家庭单位所处的经济环境，还是家庭的社会法律地位，都发生了改变。

（一）家庭所处经济环境的变革

在经济环境方面，生产经营（l'impresa）作为经济生活中无可争议的领导者，它的出现改变了社会关系的基本模式。将家庭先按照“收入等级”进行划分，进而按照行为等级来划分的做法，[23]已经逐渐减少。相比于生产经营创造出的财富逐渐增加，强制和超前的消费模式则逐渐削弱：如此一来，在家庭和经济生活中，货币的替代性用途正在显现。在成熟的资本主义社会中，家庭取得财富的方式越来越多，这些方式通常是同时存在的，例如时薪（salari）、工资（stipendi）、奖金（premi）、盈利（profitti）、租金（rendite）、利息（interessi）或者政府津贴（sussidi）和补助（integrazioni）等；财产的形式总是动产，而

生产交易活动作为财产形式，在家庭财产中的典型性较小。由于在核心家庭中，各种形式的收入混合到一起，因此家庭需要确定货币的使用方式。首先，家庭（根据基本的选择）或将其用于储蓄或将其用于消费。但同时也要做到：于前者，选择不同的储蓄方式；于后者，在核心家庭的不同需求[24]或者广告刺激下的多样选择中进行。

生产体系的工业化改革，决定性地消灭了“大家庭”的存在需求，从而也消灭了等级性组织和角色多样化的存在必要。一个所谓的核心或者浓缩家庭的产生，加强了家庭组织的内部结构，使其免受夫妻所属的原生家庭群体的影响。家庭角色的预先决定性逐步减弱，核心家庭正在进一步紧缩。妻子在生产活动和家庭外部其他活动中，可以直接获得个人报酬，有时为家庭经济带来的经济贡献甚至超过丈夫。

与经济体系转变的一般进程一致，家庭经济通过提升经济动力，已经从一种以享有并保留静态权利为基础的主观视角，转化为一种实用且客观的视角，这传达出对“勤奋夫妻”（coniuge operoso）概念清晰的支持。“勤奋夫妻”为促进家庭经济而行动（也包括只在家庭内部的行动）。借助经济发展现象中物权客观化和职能化的趋势，生产经营权得以渗透进家庭权利和家庭集体利益中，并且从长远来看，还能够渗透进国家经济利益中。[25]

作为法定家庭财产制度，1975年家庭法改革确定的共同财产制，借助在夫妻个人需求、财产使用需求以及法律交易准确性之间的一种持续平衡，也在向着这种客观视角转化。在夫妻一方维护共同财产利益与另一方捍卫经济创新利益的冲突中，立法者（部分地）牺牲前者来保护后者。一方面，生产经营的理由要比共有的理由更占优势，因为前者是财富创造活动（所谓动态财产），后者则是单纯的享有（所谓静态财产）。另一方面，在没有因指定的宣传或生产经营活动导致第三方不合理利益的情形下，循环以及市场的需求也居于

夫妻利益之上。这些现象在新法典中并不陌生，1975年家庭法改革是对这些现象的准确体现。作为改革创新点的生产经营活动，以其所具有的特征被法律承认和保护。因此，这意味着“对夫妻双方行为的重视”，也意味着根据行为开展方式对行为进行保护，如消除性别歧视以及对妻子的行为施以法律保护。妻子的行为不能基于法典中家庭共同连带义务的表述，甚至碍于尊重婚姻权威，而在缺乏法律保护的情况下进行。

（二）家庭社会法律地位的革新

在家庭的社会法律地位层面，存在一种日渐成熟的认识，即家庭逐渐被剥夺了它具有的（社会的、经济的、宗教的）传统制度特征。现在的家庭是在它最真实、最持久的使命中形成的，它象征着所有家庭成员的需求、情感和抱负，是他们表达个性的特权地。这意味着家庭团体的组织自治在国家的干预和保护下得到了承认。这是意思自治的形象在家庭关系中的重要演变。

众所周知，在制宪会议期间，由第一次立法会议提出且得到议会通过的，家庭作为“自然社会”的概念（《意大利宪法》第29条第1款），曾是激烈讨论的对象，对该批准通过具有决定性意义的是多数人对该表述内涵的声明。莫罗（Moro）当时指出，这一概念旨在确立“相对于国家而言，家庭有自己的自主秩序领域，当国家介入该领域时，面对的将是它无法破坏或改变的现实”；拉皮拉（La Pira）补充道，这一概念表明了“一种自然法秩序，根据家庭组织的类型，该秩序需要一部宪法以及一个目标”。莫拉蒂（Morati）对这场辩论总结如下：“这个概念……揭示了其规范性的特点，其目的是赋予家庭机构以原始的自主权，旨在限制未来立法者对其进行管理的权力”[26]。总之，承认家庭是一个“自然社会”，意味着对国家干预家庭组织设定了限制，而家庭生活则是由家庭关系自由开展所决定的，这就是家庭“意思自治”的基础。现行《意大利民法典》

第1322条可以适用于家庭组织，因为根据《意大利宪法》第29条，家庭被普遍承认为“自然社会”。

《意大利宪法》第29条确立了“夫妻双方道德和法律平等”原则（第29条第2款），即夫妻双方的社会尊严和法律尊严平等原则。立法者此种做法更普遍的理由表明，该原则旨在结合经济发展和人文发展。据此，夫妻平等原则影响了整个家庭法改革。家庭统一不再（像过去一样）是法律赋予并强制实行的一种社会地位；反而，家庭统一体现了一种价值，在家庭统治下达成的协议实现并且保护着这种价值（现行《意大利民法典》第144条）。

此外，（《意大利宪法》第29条第2款规定的）夫妻道德平等和法律平等，并不是（《意大利宪法》第3条第1款规定的）性别平等原则的一个分支，而是权利实施“效力原则”（il principio di effettività）的进一步重要体现，并且还是（《意大利宪法》第2条最后一部分规定的）社会共同体义务。[27]

虽然国家不能据此来确定家庭组织需要达到的目的，但是国家必须要设置不能逾越的界限，因为组织自治不能危及单个成员的人格。现行《意大利民法典》第160条规定了产生于婚姻的义务不可违背（相关义务规定在现行《意大利民法典》第143条以下），表达了宪法引入的新价值。

由此，产生了一种可以在两个层面加以适用的混合规范：一是利用家庭作为社会形态最隐秘最私人的一方面，通过承认团体的组织自治且允许夫妻借助离婚消灭该自治的权利，个体的人格得以开展；二是在家庭破裂时，为保护子女、未成年人或夫妻双方中弱势一方，将家庭生活置于公共管控下。这些家庭存在于现实之中，它们虽然受到民法规范保障，但因它们也具有公共意义，所以还受到刑法的保护（《意大利刑法典》第570条）。

司法裁判也是多种监管方式的一部分，它越来越多地将夫妻的个人保护与家庭组织的“经验”联系起来，从而与夫妻一方的集体义务联系起来。[28]与此同时，宪法法院通过扩张公共部门的干预，扩大了公共管控在程序效力上的范围。[29]

在立法方面，1995年5月31日《第218号法律》（该法律代表着意大利国际私法体系的改革）表达的态度很重要。其中根据第29条、第30条和第31条规定，在没有国家共同法律的情况下，夫妻个人和婚姻关系、法定分居和婚姻解除由“婚姻生活”所在国的法律来规制。

（三）夫妻协议的本质

这就是现在我们谈论的夫妻意思自治问题的背景。由于被剥夺了传统的社会和经济功能，现在的家庭建立在情感最为紧密的夫妻和子女关系上。夫妻和子女按其资产和工作收入能力比例，一同为满足家庭需求作贡献（现行《意大利民法典》第143条和第315条）。从未成年子女财产的合法用益权中获得的财产，也将用于维系整个家庭以及所有子女的教育和抚养（现行《意大利民法典》第324条），而不会优先考虑拥有该财产子女。此外，提供抚养费的义务植根于浓缩家庭团体的连带效力中（受赠人的义务除外）（现行《意大利民法典》第433条和第437条）。因此，关于核心家庭生活管理的协议基本上是在夫妻之间达成的，它们是婚姻协议而非家庭间协议。

另外，工作机会与条件以及夫妻可用资源持续不断的变化，要求家庭经济组织也要持续不断地调整。婚姻协议受婚姻生活轨迹影响产生的变化，与家庭规划或者实际取得的经济资源的变化保持一致。这是现行《意大利民法典》第162条的基础，根据该条，“可以在任何时候订立”婚姻协议。

四、（续）意思自治的实施和家庭弱者保障

为了刻画家庭组织中意思自治的现行基础，确定并核实可更改性原则的含义，需要重建本质上属于意思自治的一般性限制，并进一步确认婚姻协议条款中具体限制的内容。[30]

我们首先从一般性限制谈起。根据现行《意大利民法典》第160条的规定，夫妻双方不能违反“法律为了婚姻效力规定的”权利和义务。夫妻双方既不能通过约定违反个人权利，也不能通过约定违反衍生于婚姻的夫妻相互性财产权利（现行《意大利民法典》第143条以下）。违反个人权利的约定，既因违反忠实（fedeltà）、协助（assistenza）、同居（coabitazione）、合作（collaborazione）的相互性权利义务而无效，又因违反基于约定建立家庭生活的组织性规范而无效。相对应地，违反相互性财产权利的约定，既因违背夫妻双方的贡献义务而无效，又因违反比例性规则而无效。同样，关于管理合法共同财产，违反管理规则以及份额平等规则的约定无效（现行《意大利民法典》第210条）。如同笔者在其他文章中提到的，公平的管理是一个公平组织的表现。[31]此外，因为从婚姻中衍生出了对子女承担的强制性义务，所以损害子女个人和子女财产的条款也是无效的。现在的公共干预，反而通过那些基于父母权利制定的规则，变得更加深入。

对比夫妻传统地位的不一，夫妻地位的统一体现出夫妻之间取得了法律上的平等。这是一种价值（虽然取得该价值的时间较晚），它可以被理想地纳入为统一权利主体而制定的公民权利清单。20世纪宪法的特殊性在于，除了权利清单，它还包括一个价值目录以保证这些权利的有效行使，从而使公民的人格在各种社会关系中得到实际体现。在这个意义上，夫妻的“道德平等”，作为他们社会尊严平等的表现，体现了家庭关系新型且重要的特征，因为道德平等除了承认夫妻平等的行为自由，还保障了夫妻人格的实现。财产分离当然能更好地保证个人的（平等）自由，但采纳财

产共有作为法定制度，是社会关系管理中一种较为新型的思想流派。[32]

在这个背景下，现行《意大利民法典》第160条禁止夫妻双方协议违反婚姻权利和义务，发挥了《意大利宪法》第29条中平等原则的支撑和保障功能，该功能不仅仅对夫妻间歧视，还对夫妻尊严的自我制约起到了不可逾越的限制作用。

在《意大利宪法》第29条的保障下，现行《意大利民法典》第161条禁止夫妻一般性地援引外国法律或习俗来规制财产关系。要求明确说明协议的内容，是为了避免夫妻一方被迫签署一个未知的财产制度。这是对一种一般性价值“透明”的保护，实现这种保护必须对缔约加以监督。在特殊情况下，这也避免了人们通过忽略约定中的内容来逃避现行《意大利民法典》第160条的禁止性规定。此外，第161条的规定仅限于对缔约模式的要求，该模式并不对约定的内容产生影响。因此，对内容的限定需要寻求其他规范。除了对意思自治的一般性限制，现行《意大利民法典》第160条还规定了单个婚姻协议订立的特别限制，将在接下来的段落予以论述。为此，根据婚姻协议是否确定家庭生活方式以及方案实施方式（所谓主要制度），或者是否涉及家庭财产制度的选择以及对单个财产归属和用途的法律条件（所谓次要制度），可将不同的夫妻协议（gli patti coniugali）划分为两大类。下面一节将致力于讨论第一大类，第六节则讨论第二大类。

五、引导和助力家庭生活的夫妻协议

（一）夫妻协议的概念

首先要指出的是，同另一种（后面将要讨论的）协议相比，法律在文字表述中凸显了这类协议的特殊性，既因为这类有关婚姻的协议没有使用婚姻协议那种模式，也因为法律没有为其制定规则。由于这类有关婚姻的协议是决定家庭生活方式的固有约定，因此可以使用“夫妻协议”

（gli accordi coniugali）来表示，以将这种协议和在法律中具有准确技术含义的婚姻协议区分开。

因此，现行《意大利民法典》第144条为夫妻协议确定了一个家庭组织的一般标准：夫妻双方都具有共同确定家庭生活方式的义务（第1款）；夫妻任一方都有权落实这种已经确定的方案（第2款）。由此，可以从两个密切相关的视角来观察家庭组织：一个致力于确认在家庭治理中协议的签订，另一个则旨在确定家庭生活方式的内容。

（二）作为家庭治理规则的夫妻协议

关于第一个视角，第144条在规范以协商一致的标准作为确定家庭生活方式的方法时，仅限于表达一项原则性的声明，表明夫妻平等以及在家庭组织中永久实现该平等的方法。[33]协商一致的标准不仅是对行为的主观要求，而且它必须由双方共同作出。作为夫妻行为的规则，在家庭生活规划中，协商一致的标准必须要遵守平等原则。“夫妻共同商定”这一表述应理解为夫妻双方平等地参与对家庭生活方式的确定。目前，与国外（特别是美国）的一些经验不同，夫妻双方签订婚前协议或者在婚姻存续期间签订协议来规范家庭生活的现象，仍然是很罕见的。[34]即使夫妻双方签订了协议，也很难找到完整和明确的涉及家庭生活方式的协议，就像改革赋予夫妻商定家庭生活方式的权利（第144条第2款）所暗示的那样。

由于组织多样性以及组织成员实现稳定的独特性，人们无法事先标准化家庭生活的模式，而只能确定各种（相同的或相互的）强制性义务的类型。在这个领域中，协议的规则作为一种一般性条款，它只能根据实践中具体采用的家庭模式作出决定。通过协议中的规则，理想家庭模式的确定拥有了一个非立法性的渊源。而正是由于这种协议，该渊源获得了法律意义，并对夫妻双方都具有约束力。因此，协议（或更为常见的意愿）

在成为调整婚姻关系的规范时，要遵守法律规范的评价兼容性特征，协议不仅要全面地评价整个体系，还要特别注意夫妻的平等（和互惠）原则，而且协议本身也是实现该原则的参考。[35]

（三）确定家庭生活方案的夫妻协议

关于第144条提到的第二个观察视角，需要提到的是，经济关系和家庭所处的社会环境的多变性，使得人们对家庭生活方案很难作出稳定的规划。特别是在婚前，夫妻可能会就共同生活中双方都认为重要的方面达成一般性协议，例如，子女的生育和成长、夫妻双方的工作、家庭住所以及如何满足经济需求。但是，在协议有效的情况下，即使是一些非常抽象的指示，也注定要被接下来的一系列变量左右，例如，意料之外的子女以及他们的成长，经济、社会、生物、环境等因素，这些情形和因素可能会也可能不会和事先确定的方案相一致。

决定婚姻财产义务时的参考因素（夫妻的资产以及他们的职业或家庭工作能力：现行《意大利民法典》第143条第3款），在家庭生活中具有可变性，以防止义务的“僵化”。夫妻之间协商所达成的任何规则只是夫妻行为的一个时刻或一个方面，夫妻行为的整体才能体现出他们事后重新确定的家庭生活方案。然而，夫妻双方总是可以根据婚姻关系法律规定的强制性，来摆脱仅由一方强加和/或维持的家庭政策，或避免不再符合家庭组织现状的后果。

确定家庭生活方案对实施意思自治产生的影响显而易见。比例性标准不可违背已经得到证实，因此可以说，夫妻可以确定比例性标准的行使模式，从而确定对家庭生活的贡献模式，并通过这些来调整家庭生活的方案。

意思自治的实施涉及所有家庭成员的利益。第144条规定夫妻应该根据“家庭的首要需求”共同确定家庭生活方案。事实上，连带效力将家

庭组织中所有成员的个人需求聚集在一起，任何成员的个人需求也是所有家庭成员的共同需求。

确实，家庭成员的人格可以从两个维度加以实现：第一个是主体存在和个体实现的维度，因此也称个人利益的实现；[36]第二个则是实现家庭组织生活特征的维度。要满足的利益是归属于家庭中的个别成员（如夫妻一方或子女的医疗保健，个别子女的学费）还是归属于家庭中的所有成员（如家庭住宅的装修工程），这一点并不重要。重要的是，根据所有家庭成员承担的连带性义务（*il dovere di solidarietà*），实现的个人利益的结果归属于所有成员，因此个人利益的实现也是所有成员利益的实现。所以，确定个人利益享有的共同性特征时要符合兼容性要求，在具体情况下，考虑到家庭组织的资源和实际采用的家庭模式，个人利益要和其他家庭成员的利益兼容并存。

确定家庭生活方案是夫妻意思自治的一种实施方式。[37]这种自治可以通过明确的约定实现，或者通过行为默认的方式实现。无论如何，自治的实现都与集体自治相关，因为集体自治致力于实现一个共同的目标，即家庭所有成员利益的综合。正是因为夫妻意思自治，家庭的共同行为得以不受制于特殊的形式，进而持续地发展，如同家庭各个成员不断变化的需求一般，与此同时，这些需求反过来对意思自治起到促进作用。[38]

很明显，《1975年改革法》与现行《意大利民法典》规范相互独立。在现行《意大利民法典》调整下的家庭组织中，缔结婚姻时，通过确定对新家庭团体的贡献，并相应地承担婚姻期间应履行的基本财产义务，意思自治可以在多个家庭间关系中得到实施（而与此同时，过去的多个家庭间关系以丈夫作为家主所享有的权利统一体为基础展开）。而在《1975年改革法》之下，一方面，是夫妻的意思自治而不是家庭自治得以实施；另一方面，自治不仅具有规划和组织财产贡献与相关行为的功能，而且具有规划和组织家庭生活本

身的功能（家庭的团结是由家庭生活的一体性，以及希望和维护家庭生活的共同承诺来保证的）。

构建家庭财产基金的婚姻协议也以这种方式实施意思自治，其目的是满足家庭需要（现行《意大利民法典》第167条）。[39]但是财产基金对个人财产状况的影响，也使得财产基金成为涉及个人法律地位的协议的本质问题（接下来将予以讨论）。

六、涉及财产归属和用途的婚姻协议

（一）婚姻协议的概念

正如我们所看到的，法律为第二类夫妻间协议保留了“婚姻协议”的技术型表述（现行《意大利民法典》第159条和第162条）。当然，从这种表述方式的普遍性来看，该表述可以包括夫妻间或夫妻与第三方订立的与婚姻有关的任何协议。但是该规则（前述两条规定）的本意是为了给这种表述附加上一种更加限制性的含义，即对家庭法定财产制度的违背，现行《意大利民法典》第159条的明确规定正表达了这种含义。[40]根据第159条的规定，家庭法定财产制度“在不存在据第162条规定签订的协议时，为共同财产制”。而第162条的标题正是“婚姻协议的形式”。这两条规则都被放在关于家庭财产制度的“一般规定”中。

（二）婚姻协议与家庭财产基金

但是需要强调的是，涉及“家庭财产制度”的现行《意大利民法典》第一编第六章第六节也包含了财产基金的管理规则，当然这个不是家庭的婚姻财产制度，而是一种可以与其他任何制度共存的、具有协助作用的制度。虽然法律没有明确规定财产基金协议是原第162条规定的婚姻协议，但是法律规定的这种机制正含此意。此外，现行《意大利民法典》按照第163条的字面含义，要求更改婚姻协议的公证书除非是在“所有协议当事人或其继承人同意”的情况下制定的，否则

不具有效力。这明确表示，婚姻协议中除夫妻双方以外的其他当事人只存在于建立财产基金场合。[41]这个结论来自立法规则。

财产基金在法律规范中具有双重含义。一方面它在功能上是为了“满足家庭需要”（现行《意大利民法典》第168条）；但另一方面，它并不是通过对夫妻施加行为义务来追求这一结果，而是通过单独赋予每项财产使用效力来实现。特别是在财产使用具有特定目的时，财产使用将关系到为实现目标预先设置的手段性规范，这种现象正逐渐增加。[42]根据特定目标，财产基金制度确立了法定财产共有制的例外规则。现行《意大利民法典》第169条规定，当有子女存在时，除非是在基金设立文书（l'atto di costituzione）中明确规定或法律授权（根据《意大利民法典实施规则和过渡性规则》原第32条的规定，需由检察机关同意），[43]否则财产基金的资产不能转让、抵押、质押或在其上设立其他任何一种约束，有明显必要或需要的情况除外。此外，根据第171条的规定，即使婚姻失去效力，即婚姻解除或婚姻民事效力终止，该基金仍持续成立直到最后一个孩子成年。现行《意大利民法典》第170条、第189条和第190条规定的财产执行条件和方法各不相同，而恰恰是这些关于法定共有财产的不同规定，使得人们通过公证建立的财产基金与婚姻协议相当，成为违背第159条规定的法定财产制度的手段。由此，第162条及以下同样适用于财产基金。并且基金设立需要在结婚证中进行（永久性）公示。

（三）婚姻协议与家庭财产制度

实际上，第162条中使用的“婚姻协议”一词具有广泛的含义，它包含了所有规范家庭财产制度的协议。这些协议决定了夫妻财产归属或去向或多或少地异于法定财产制度或者采用的其他不同财产制度所产生的后果。特别是，在缺乏有关财产的共同目标时，私人自治只构成家庭财产制

度的次要内容。这时，婚姻充当了利益安排合理性的前提，并由此赋予了当事人意思自治的特征，该当事人在夫妻利益规划中实施意思自治，受制于调整夫妻利益的规范，这种规范（在某种程度上）不同于那种调整普遍私人自决的规范。上述结论不仅适用于采用约定共有制（或者重新采用法定共同财产制）以及建立财产基金的情形，[44]而且也适用于选择财产分割制度的情形（现行《意大利民法典》第217条和第219条）。另外，夫妻利益规划还可以通过引导尚未实现的法律情形，对未来和最终的利益进行安排；这类类似于利益规划可以通过行使它在个别法律情形中固有的处置权利，来对现有利益产生影响。即使确定资产归属和资产使用行为不符合婚姻财产制度（或以前通过的制度），也同样受到第162条及以下条款的约束。

因此，婚姻协议一方面是在一般性财产制度基础上具有计划性的协议，比如（协议）选择财产分割制度或者重建法定共有制度；另一方面则是基于财产制度单个方面的计划性协议，因为协议修改了法定财产制度（约定共有制），或规划了仍需赚取的每项财产的归属和使用，或影响了现存每项财产的状态（所有权和使用权）。然而，法律虽然明确规定了财产制度的一般性选择，但是却并没有类似的规范性参考来帮助决定具体细节（因而被大多数人忽视[45]），所以需要对此进一步研究。

七、夫妻共同财产客体的变更

（一）夫妻共同财产客体可变更的背景

愈来愈多的法律规范证实了婚姻协议内容广泛的重要性。一方面，现行《意大利民法典》第210条第1款和第2款在文义上允许配偶“修改共同财产制”，将法律上不构成财产的“物品”涵盖其中，但前提是它们与第179条第c项、第d项和第e项规定的物品不同；[46]另一方面，现行《意大利

民法典》第2647条第1款规定了需要登记的婚姻协议：“如果以不动产为标的...从夫妻共同财产中排除不动产的婚姻协议。”[47]因此，两条规定赋予夫妻一般权利，以规划在共同财产中纳入按照法律规定不属于共同财产的那部分，或者排除按法律规定属于共同财产的那部分。

现行《意大利民法典》第2647条规定，只有在共同财产中排除不动产的婚姻协议需登记，该条意在否定扩大共同财产客体的权利。这个规定的合理性在于，它确认了夫妻在缩减共同财产客体方面的权利，否则该规定将会产生疑问。如果缩减共同财产客体的协议需要登记，为了最大化的合理性，那些增加共同财产客体的协议也必须登记，这是法律规定的制度。在两种情形中，共同财产客体的变更导致了共同财产制度的改变。第2647条第2款规定中“以后……将不再属于夫妻共同财产的不动产，也需要按照前款规定进行登记”的“也”暗示着，规定了财产并非将来而是现在已经不再属于共同财产的婚姻协议也需要登记。[48]更广泛地说，应该指出，第210条第2款的精确措辞（如上所述）有利于扩张共同财产的客体，因为它只对共同财产中纳入新财产施加了一种消极的限制。共同财产中不能包括与夫妻个人领域有关的财产，（即第179条第c项、第d项和第e项所规定的财产），由此来赋予在共同财产中纳入其他财产的广泛自由。

（二）夫妻共同财产客体的扩大

从一个不同的视角出发，需要强调的是第210条第3款（法定共同财产客体的份额均等不可违背）在缩减共同财产客体权利中起到的限制作用。[49]实际上，该款并不涉及财产协议共有的具体模式，只是“有限”地规定了法定共同财产的客体需遵守份额均等和行政管理的相关规定。换句话说，法律只是确定了一个不变的最低标准，因为在一个（即使是协议形成的）共同财产制度中，如同组织平等的表述那样，至少要保障第177条

和第178条中规定的财产类别的份额均等和管理平等。[50]但是在这种情形下，夫妻一方仍可以自由地将其低于一半份额的私人财产出售或捐赠，或在其上为他人设置权利（现行《意大利民法典》原第179条）。

然而，还存在一些其他支持扩大共同财产客体的规定。根据现行《意大利民法典》第211条的规定，对于夫妻一方在婚前承担的义务，该方按照双方根据现行《意大利民法典》第162条签订的协议，以其婚前所有的财产价值在共同财产中的份额有限地承担责任。夫妻双方将一方的婚前财产纳入共同财产，必然意味着对具体财产的提及。此外，1975年5月19日的颁布的《第151号法律》（即前述《1975年改革法》）第228条的过渡性规定提到并且主张一种可能性，即允许夫妻双方将在本法生效前取得的财产纳入共同财产制中，以免缴“税收和费用”（imposte e tasse）。[51]此外，现行《意大利民法典》第191条第2款文意上规定了通过婚姻协议来解散夫妻共同经营的企业。[52]

（三）夫妻共同财产客体可变更的原因

最后，需要讨论另一个因素。根据现行《意大利民法典》第180条的规定，夫妻双方可以共同进行特别管理行为，因此可以（有偿或无偿地）处置共同财产。否定婚姻协议可以决定单项资产的状态，会导致一个荒谬的结果，即夫妻有权利将共同财产出售或捐赠给第三方，但没有权利将上述财产划分为普通份额的共有，更没有权利将某一项资产的排他所有权集中在夫妻一人手中。换句话说，在特别管理的（共同）行为下，所有的共同财产很可能通过转让给第三方而被耗尽，而各单项资产却不能为了夫妻一方的利益而得到处置。

实际上，需要深入地看待前述问题。这首先是一个相当常见的观点，即为了利于财产分割，如果可以协商取代法定共同财产制，那就更有理由承认减少（或扩大）共同财产客体的可能性。

但是，也存在另外一种评价性且决定性的观点来支撑夫妻变更共同财产客体的一般权利。正如我们看到的，婚姻协议已经失去了其作为“家庭组织宪章”的传统特征。这种特征在1942年《意大利民法典》中仍然存在，其主要表现是婚姻协议具有实质的不可更改性（现行《意大利民法典》已被废除的第162条）。由于所谓核心或浓缩家庭已经取代了所谓大家庭或父权制家庭，成为家庭组织的普遍模式，因此，夫妻已经完全自主地决定双方间的财产关系规制：婚姻协议成为调节夫妻关系的次要内容即财产内容的工具。

另外应加以强调的是，解除法定制度的诉求往往是出于规范个人关系的需要，而不是产生于对财产普遍性规范的需求。众所周知，实践中公证员的登记顺序是，先登记建立了财产分割制度的婚姻协议，然后再登记有利于夫妻一方的转让行为，并依次对财产编号。因此，在符合法律规定的理由之外，承认夫妻具有违背法定共同财产制的权利似乎更为简单，甚至当财产制度关系到具体财产时亦如此。实际上，协议共同财产制的意义在于，它是一种法定制度的候补制度，只要夫妻不接受这种制度，那么他们就会一致同意用有利于财产分割的制度取代它。增强夫妻在决定共同财产客体方面的自治（这也是放弃法定财产制的主要原因），常常意味着避免夫妻一同走向财产分割这一不可避免的终点。

与此同时，也不能相反地认为，这种方法将会以牺牲夫妻中较弱势一方的利益为结局，完全地耗尽法定共同财产制的财产客体。很多情况下较弱势一方并不能否认夫妻双方缩减法定共同财产客体的主张，如果夫妻一方不能在口头上尝试反对限制法定共同财产客体的主张，很明显他/她更没有力量反对一个订立财产分割协议的主张！保护在资源分配场合中夫妻较弱势一方，实际上是通过同意维护该方的地位实现的。同意的形成常常和社会的经济性动机相关联，如果想要拥有有效的意思自治自由，就必须考虑到这些动机。[53]

从目前的情况来看,《1975年改革法》对共同财产制的支持,倾向于扩大而不是缩小对意思自治范围的解释。在法律规定的范围内,利用对特殊核心家庭需求有帮助的共同财产制度,可以避免夫妻(或者是表示同意的夫妻一方)更轻易地(根据一个不断升高的标准,特别是在经济较为发展地区或该地区的社会阶层中)进行财产分割。

实际上,对较弱势一方的保护,只可能来源于扩大不可违反的规则的限制范围,一同扩张的还有法定财产制度的客体。此外,家庭法领域的改革法首次得到适用的经验,也提供了一个不同的、鼓励法定共有制的模式。

在《1975年改革法》生效后的两年时间中,根据该法第228条的规定,人们广泛地将资产纳入共同财产。经夫妻双方同意,在改革法生效前取得的财产可以通过免税的方式成为共同财产制的客体,在涉及后续的权利转移时也是如此。

在共有制规则缺失的那段短暂时间内,鼓励支持增加共同财产的原因众所周知:利用免税转移财产的可能性,人们期望减少集中在夫妻一方手中的家庭财产的税率(le aliquote di imposta)。这种已经过时的做法可能会为旨在家庭经济中建立集体元素的改革提供有益的因素。在税收普遍审查的机制下,人们可能会考虑对法定共同财产进行税收。这需要等待有机的立法干预,重新划定夫妻的个人财产和共同财产之间的界限,确定少量却有约束力的共同要素。

八、法定财产制度的可塑性

在改革后仍然盛行的一种思想认为,不能违背法定财产制度以及该制度产生的婚姻协议典型性原则。[54]

但如同我们看到的,这项原则以在父权制家庭中实施意思自治为特征,这种家庭没有现行的立法基础。前面已经指出,传统的家庭间协议必然要涉及对新家庭产生的贡献,因此也涉及到妻子(原生家庭的)贡献的丈夫的行为。现在,

现行《意大利民法典》第143条及以下已经确定了责任贡献机制的强制性,嫁资制度也已经废除。因此,并没有理由再去反对典型制度的变形,只要非典型财产制度或混合财产制度遵守婚姻责任的不可违背性(现行《意大利民法典》第160条),就有理由承认它们。法定财产制度不可违背原则的历史和前面强调的规范,都关系到自治模式中蕴含的个人利益重构,它们证明了现行《意大利民法典》第1322条适用于婚姻协议:夫妻双方可以采用非典型的财产制度,因而可以建立不同于立法者规定的夫妻关系。

显然,保护家庭团体成员人格的一般性原则,也在实施意思自治时发挥团体必要黏合剂的作用。禁止将现行《意大利民法典》第179条第c项、第d项和第e项中提到的个人财产纳入共同财产制度,是为了保障夫妻的个人存在,这项禁止不会随着婚姻的解除而消灭,而必须和婚姻产生的需求保持一致。现行《意大利民法典》第161条禁止笼统地提及外国法律或习俗,要求夫妻双方具体说明他们打算用来规范其关系的协议内容,以保障透明原则。

此外,因为法律禁止设定嫁资(现行《意大利民法典》第166条附加条),所以婚姻协议必须要考虑到一种无效后果,那就是违反法律规定(现行《意大利民法典》第1344条),或间接违反法律规定来损害夫妻平等原则的协议无效。

国际私法规范已经确认,当至少有一方夫妻为该国公民,或者定居在该国时(1995年5月31日《第218号法律》第30条),夫妻的财产关系由该国的国内法进行调整,夫妻可以通过书面形式违背在他们财产关系所适用法律中的特殊标准。[55]

总的来说,现行《意大利民法典》第1322条及以下条款适用于婚姻协议,但不能违背第162条及以下关于婚姻能力、虚假婚姻协议、婚姻协议的形式以及公示的规定。然而,仍然缺乏一项有关协议效果的特殊规定,所以需要对此加以说

明。只有在更改共同财产客体关系到现有财产时，财产的归属才是紧随婚姻协议而来的实际效果。相似的情况也适用于因设立财产基金而产生的使用限制。其他婚姻协议具有规划未来财产制度的功能，也就是规划将未来赚取的财产纳入或排除出共同财产。在这些协议中，有利于夫妻一方或双方的财产归属并不是某个协议的即时效果，而是协议促进单个购买行为后产生的即时效果，但这仅限于协议将财产归属的效果规定为不同于购买行为造成的自然效果的情形。

注释

* 本文在进行一些内容补充和加注后，转载于“自由与限制中的意思自治”（Autonomia negoziale tra libertà e controlli）第六次法学研讨会的报告中，研讨会由蓬蒂诺公证委员会（Comitato Notarile Pontino）于2000年5月26日和27日在加埃塔（Gaeta）组织召开。本文摘要、关键词以及二级标题均为译者添加。

[1] 现在，对于家庭定义在社会组织中的延伸，参见雷希尼奥（Rescigno）的全部著作，其最新的著作收录在 *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000; BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, sub artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976. 广泛性的参考还有 Bessone-Alpa-D'angelo-Ferrando-Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto*, 4a ed., Bologna, 1997, p. 15 ss.

[2] 在意大利民法中关于自治（autonomia）的表述有三种，“autonomia privata”“autonomia contrattuale”和“autonomia negoziale”，本文使用了最后一种表述。这三种表述都有自治之意，但是三者存在细微的差别。其中，第二种自治即“契约自治”，规定在现行《意大利民法典》第1322条，是当事人确定合同内容的自由，特指财产性合同领域中的自治。而第一种与第三种表述均可译为“意思自治”，因此需要进一步明确这两种自治表述的内涵和区别。多数意大利民法学家们并没有区分二者，例如，民法学家托伦特（Torrente）将“autonomia privat”与合同相关联，将其定义为私人根据法律规定，对相互间法律关系进行规制的行为，本文作者同样没有区分二者。但是，民法学家佩林杰里（Perlingieri）对其进行了区分。

他首先指出第一种表述中的“privata”（私人的）有误导之疑。原因在于传统“autonomia privata”的表述是指私法承认或赋予所有的法律主体的一项权利，来自主决定（auto-regolare）属于自身的利益，法律主体不仅是私人（privato）而且也包括公法主体。因此，他改用“autonomia negoziale”来代指一种更加广泛的自治，具体来说，这种自治不仅仅指具有经济价值的双方或多方行为，还包括单方行为，以及不具有财产内容的行为。总的来说，他给“autonomia negoziale”的定义为，法律制度承认或赋予的一种权利，权利主体可以是私法主体也可以是公法主体，因此权利内容是以其自身的意思表示来规范不一定属于自己的私人利益或公共利益。但无论如何，区分两种表述与否，并不能否定自治的效果是产生私法上的效力。按照佩林杰里的定义，在我国，与“autonomia negoziale”对应的自治表述为“私法自治”或“意思自治”，对前者的认识可参见德国学界对其的定义，即弗卢梅给出的经典定义：“个人依其意志自主形成法律关系”。私法自治借助法律行为，所产生的是私法领域的法律效果。而于后者可参考法国学者卡尔波尼对其作出的定义，虽然意思自治是法国合同法的基本原则之一，但是从卡尔波尼的表述“人的意志可以依其自身的法则去创设自己的权利义务，合同是民事法律关系的核心，个人意志是合同的核心”中可以看出，意思自治并不仅仅发生在合同领域，还体现在更广泛的民事法律关系领域。无论是“意思自治”还是“私法自治”，二者均不会产生佩林杰里所提出的误导之疑，也不会将自治限制在财产领域，并且二者本意相同。因此，本文将原文中的“autonomia negoziale”译为“意思自治”。参见朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第75-第111页；参见梁慧星：《民法总论》（第4版），法律出版社2011年版，第160页；P. Schiesinger, A. Torrente, F. Anelli, C. Granelli, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, p. 512; P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 331。——译者注

[3] 奇库（Cicu）在他多个有关家庭法的著作中采用传统观点，主张在家庭组织中重新引入国家独裁。特别参见 *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914; *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 123 ss.

[4] Cfr. Giorgianni, L' obbligazione, Milano, 1951, p. 74 ss.

[5] V. per tutti Angeloni, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1987, p. 3 ss.

[6] V., in particolare, Barcellona, Diritto privato e società moderna, con la collaborazione di Camardi, Napoli, 1996, p. 379 ss.; Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1991; Rodotà, Rapporti economici, in Comm. della Cost. a cura di Branca, II, sub artt. 41-44, Bologna-Roma, 1982.

[7] 《意大利宪法》第2条、第3条和41条规定了公民的自由平等基本权利，以及个人权利不受侵犯；第29-31条则是有关社会伦理关系的规定，具体规定了家庭的各种权利和义务。具体条文内容参见 https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_CINESE.pdf, 最后访问时间2022年6月20日。——译者注

[8] Relazione Commissione parlamentare, p. 761; 相似的还有 Relazione Guardasigilli al progetto definitivo, p. 169.

[9] Relaz. Comm. reale, p. 106.

[10] Relaz. Guard. Prog. def., p. 169.

[11] 在本文中，现行《意大利民法典》指的是在1975年家庭法改革后的1942年民法典版本，也是现在有效的民法典。1942年《意大利民法典》指的是1975年之前的民法典版本。——译者注

[12] 一些学者主张的原则也适用于配偶关系间，因为已被废除的（涉及妻子独立财产的）1942年《意大利民法典》第212条回应了第138条的内容。Cfr. Tedeschi, Il regime patrimoniale della famiglia, in Trattato dir. civ. it., diretto da Vassalli, 4a ed., Torino, 1963, p. 15 s.

[13] Cfr. Ferrara, Diritto delle persone e della famiglia, I, Napoli, 1941, p. 306; Tedeschi, op. cit., p. 60.

[14] “i beni parafernali”一词中的“parafernale”来源于希腊语 $\pi \alpha \rho \acute{\alpha} \phi \epsilon \rho \nu \alpha$ ，在词源学上指的是一

类不属于嫁资的财产。优士丁尼时代，罗马法采用该词并扩充了其含义，不仅指妻子所有的、不构成嫁资的财产，还指妻子为新家庭带来的，且丈夫有权管理的财产。1865年《意大利民法典》第1426条规定了这种财产，指的是妻子所有的、不构成嫁资的财产，既包括妻子在嫁资形成之前取得的财产，也包括妻子在嫁资形成之后取得的财产。——译者注

[15] 1942年《意大利民法典》第211条规定，具有独立财产的妻子，按照婚姻协议中确定的方式，或者在缺少协议时按照第148条的规定，承担婚姻义务。第148条第1款规定，父母应按照他们的财产份额、母亲嫁资的份额承担抚养、教育和培养子女的责任。——译者注

[16] 译者注：1942年《意大利民法典》第145条规定，丈夫有义务保护妻子，将妻子留在身边，并根据他的能力为妻子提供生活必需的一切必要条件。如果丈夫没有足够的经济来源，妻子应当对丈夫的基本生活提供帮助。

[17] Cfr. FERRARA, op. cit., p. 302.

[18] 似乎有一项规定违反了该原则，即已废除的1942《意大利民法典》第162条的最后一款。但是该规定与其说是实实在在地违反了该原则，不如说只是表面上的违背。该款规定，夫妻只有在法律特定的情形下，才可以在婚礼后签订婚姻协议，但无论如何不能更改已经订立的婚姻协议。因此，夫妻不仅不可以改变财产制度的种类，也不可以更改已采用财产制度的内容。总之，更改只发生在嫁资形成或增加的情形下（1942《意大利民法典》第178条），以及构建家庭财产的情形下（已废除的1942《意大利民法典》第167条第3款）。因此，婚姻财产关系受到事先已签订的婚姻协议和法律的规制（已废除的1942《意大利民法典》第159条，重复了1865《意大利民法典》第1378条，现已废除）。

[19] FERRARA, op. cit., p. 306.

[20] Ferrara, op. cit., p. 297; TEDESCHI, op. cit., p. 47.

[21] Cfr. Gangi, Il matrimonio, 3a ed., Milano, p. 15.

[22] 1975年5月19号颁布的《第151号法律》对1942年《意大利意大利民法典》中的家庭法部分进行了修改。——译者注

[23] Cfr. Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Milano, 1962, p. 25 ss.; Manoukian, *Introduzione*, in *I vincoli familiari in Italia dal sec. XI al sec. XX*, a cura di Manoukian, Bologna, 1983, p. 29 ss.; Ramella, *Famiglia, terra e salario in una comunità tessile dell' Ottocento*, ivi, p. 265 ss.; TESTA, *La strategia di una famiglia imprenditoriale tra Otto e Novecento*, ivi, p. 393 ss.; C. Saraceno, *La famiglia operaia sotto il fascismo*, ivi, p. 409 ss.; *Famiglia e mutamento sociale*, a cura di Baragli, Bologna, 1977, specie Anderson, *Famiglia e rivoluzione industriale*, p. 141 ss.; *La famiglia nella storia. Comportamenti sociali e ideali domestici*, Torino, 1979, passim; *Forme di famiglia nella storia europea*, a cura di Wall, Robin e Laslett, Bologna 1984, specie Hajnal, *Due tipi di sistema di formazione dell' aggregato domestico preindustriale*, p. 99 ss.

[24] Cfr. Manoukian, *Introduzione*, in *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, a cura di Manoukian, Bologna, 1974, p. 26 ss.; Weber, *La dissoluzione della comunità domestica*, ivi, p. 137 ss.; Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 39 ss.

[25] 岑多 (Cedon) 观察到 (*Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari*, Padova, 1979, p. 289 ss.)，虽然家庭不是一个以盈利为目的的实体，但事实是，在家庭的各种本质目标中，也的确有维持并可能增加家庭成员经济福祉的目标。在适当的比例下，家庭对财产动力的需求在本质上和真正的资本公司并没有什么不同，至少对那些由于过度保护而使其潜在价值受到损害的资产来说是如此。V. anche Veniamin, *Le régime dotal dans les codifications du XXe Siècle*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1952, p. 13 ss., p. 50; FRIEDMANN, *A Comparative Analysis*, in *Matrimonial Property Law*, a cura di Friedmann, London, 1955, p. 449 s.; Mertens, *La valeur économique du travail ménager*, in *La femme dans notre société*, 1965, p. 106; Verdout, *De l' influence du facteur économique sur la*

qualification des actes « d' administration » et de « disposition », in *Rev. tri. dr. civ.*, 1968, p. 469.

[26] Cfr. *Lavori preparatori alla Costituzione*.

[27] “效力原则”是一项宪法基本原则，是对个人权利绝对的司法保障。Cfr. PatroniGriffi, *Il Giudice Amministrativo e L' Europa*, in *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisprudenziale: Nuovo questionari*, a cura di L. Daniele, A. Buratti, Roma, 2019, p. 17. —译者注

[28] 1970 年 12 月 1 日《第 898 号法律》第 6 条第 6 款规定，“任何情况下，为了分配家庭住宅……法官必须保护夫妻中弱势一方”。意大利最高法院拒绝了对不动产不享有任何物权或其他权利的夫妻一方的居住权，前提是对方不是未成年子女监护人 (affidatario)，或没有与不具有经济能力的成年子女同住 (Cfr. Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297; Cass., 16 marzo 1996, n. 2235)。同样地，虽然《第 898 号法律》第 5 条第 6 款规定，夫妻一方有义务定期向“没有足够财产或因客观原因无法获得财产”的另一方提供补助；但是意大利最高法院对婚姻存续期间的补助给予了绝对的重视，认为在一段“短暂”的婚姻中，没有必要确保较不富裕的夫妻一方 (在离婚后) 享受与婚姻存续期间一样的生活水平，因为对方对家庭的经营和精神统一的构建没有任何贡献 (Cfr. Cass., 29 ottobre 1996, n. 9439; Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490)。相反，最高法院强调了夫妻双方对家庭经营的个人贡献和财产贡献标准，其唯一的特点是对贡献的举证责任，其中也涉及双方分居的时间 (Cass., 15 febbraio 1995, n. 1616; Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490)。

[29] Cfr. Corte cost., 9 novembre 1992, n. 416.

[30] Cfr. Donisi, *Limiti all' autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Milano, 1997, p. 5 ss.

[31] Cfr. F. Bocchini, *L' amministrazione dei beni in comunione legale*, in *Diritto privato. L' invalidità*, a cura di Furguele, di prossima pubblicazione.

[32] Cfr., in particolare, Bin, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Torino, 1971, p. 93 ss.

[33] 立法报告以一种意义深远的方式来表述：“必须鼓励夫妻双方一起协商，一起决定”；报告更进一步指出“协议是所有家庭在家庭生活的时时刻刻都应该实现的目标”。

[34] Cfr. Oberto, «Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in questa Rivista, 1999, II, p. 171 ss.

[35] 司法裁判施加给夫妻一种订立协议的义务，体现他们更加广泛的合作义务：夫妻就通过单个决定而达成协议的意愿，体现了他们履行从婚姻衍生出的合作义务的程度。Cfr. Cass., 9 maggio 1985, in *Corr. giur.*, 1985, I, p. 1134, con nota di Ferrante.

[36] 坎帕尼亚 (Campagna) 认为，这种利益的主体是个人，而不是组织“成员” (Famiglia legittima e famiglia adottiva, Milano, 1966, p. 68)。

[37] Cfr. Falzea, *Il dovere di contribuzione*, in questa Rivista, 1977, I, p. 617.

[38] Cfr. Santoro Passarelli, *L' autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss., poi inserito in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss. Vedi anche le pagine di Rescigno, *L' autonomia dei privati*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 430 ss.; Id., *Appunti sull' autonomia negoziale*, *ivi*, p. 472 ss.

[39] 现行《意大利民法典》第167条第1款规定，任何一方配偶或配偶双方或第三人都可以为家庭的需要以公证的方式、遗嘱的方式将特定的财产、不动产、应当进行登记的动产或证券设立为家庭财产基金。参见《意大利民法典》，费安玲，丁玫译，中国政法大学出版社1997年版，第58页。——译者注

[40] 现行《意大利民法典》第159条规定，在未按照本法第162条的规定进行约定的情况下，法定家庭财产由受本章第三节调整的共同财产构成。见前注，第56页。——译者注

[41] 这个是司法裁判确定的原则，参见 Cass., 1° ottobre 1999, n. 10859; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864; Cass., 6 aprile 1995, n. 111.

[42] 一般性论述参见 Rascio, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971; LA Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994。有关财产基金的特别论述参见 T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, 1992, p. 27 ss.; 司法裁判参见 Cass., 29 novembre 2000, n. 15297; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449。

[43] 《意大利民法典实施规则和过渡性规则》 (Disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie)，于1942年3月30日颁布。——译者注

[44] “约定共有制”是法定共同财产制度的一种。根据现行《意大利民法典》第210条的规定，夫妻双方可以通过婚姻协议约定“法定财产共有制的财产范围。参见费安玲、丁玫译，见前注，第67页。——译者注

[45] Cfr. per tutti Gabrielli-Zaccaria, *Comment. dir. it. fam.*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, V, Padova, 1992, p. 397 ss.; Laurini, *Sul rifiuto del coacquisto da parte del coniuge in comunione legale*, in *Scritti in onore di G. Capozzi*, I, 2, Milano, 1992, p. 745 ss. 广泛性的参考, v. Quadri, *Della comunione convenzionale*, *ivi*, III, p. 390 ss.; Gabrielli-Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 294 ss.。关于婚姻协议功能更广泛的含义，即将财产置于特定的所有权、管理和流通制度之下，参见 Roppo, voce «*Convenzioni matrimoniali*», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 2; Sacco, *op. cit.*, p. 329. 关于将婚姻协议归于单纯的婚姻财产制度选择的角度，参见 Russo, *Convenzioni matrimoniali*, Milano, 1983, p. 152 ss.。有观点坚持将婚姻协议视为合同，但是却赋予婚姻协议一项功能，来协调“总是超越合同当事人个人领域”的利益，因此婚姻协议也被认为是“特殊的合同”。Moscarini, *Convenzioni matrimoniali in generale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Milano,

1989, p. 1003 ss. 关于1942年《意大利民法典》规定的婚姻协议和婚姻契约之间的关系, 见 Busnelli, voce «Convenzione matrimoniale», in Enc. del dir., X, s. d., ma Milano, 1962, p. 512 ss. 该作者赋予婚姻协议旨在规制, 且或多或少完全规制婚姻财产状况的含义, 与此同时他认为婚姻契约是使一个或多个协议合法的形式性手段。

[46] 现行《意大利民法典》第210条第1款规定, 在不与本法第161条的规定相抵触的情况下, 夫妻双方可以根据本法第162条的规定以协议的方式修改法定夫妻共有关系; 第2款规定, 本法第179条c项、d项和e项规定的财产不属于协议共同财产的范围。其中, 第179条规定, 下列物品不构成夫妻共同财产, 属于夫妻个人所有: …c) 属于个人使用的物品及其附属物; d) 属于配偶一方的职业用品; 但是, 属于夫妻共同财产的、用于企业经营的财产不在此限; e) 因损害赔偿以及因部分或全部丧失劳动能力而获得的赔偿。参见参见费安玲、丁玫译, 见前注, 第67页。——译者注

[47] 《意大利民法典》第2647条第1款规定, 如果以不动产为标的, 则家庭财产基金的设立, 从夫妻共同财产中排除不动产的婚姻协议、解除夫妻共有的文件和决定、根据第179条C、D、E和F项的规定取得由夫妻双方分别承担的家庭财产基金中的个人财产、属于夫妻一方的、非公有财产中的个人财产或者不再属于公有财产的个人财产的文件, 应当登记。参见费安玲、丁玫译, 见前注, 第703-704页。——译者注

[48] 《意大利民法典》第2647条第2款规定: 以后将属于家庭财产一部分或将不再属于夫妻共同财产的不动产, 也需要按照前款规定进行登记。参见费安玲、丁玫译, 见前注, 第704页。——译者注

[49] Cfr. De Rubertis, La comunione convenzionale tra coniugi, in Riv. not., 1989, p. 19 ss.

[50] Cfr. nostro L' amministrazione dei beni, cit.; Corsi, Il regime patrimoniale della famiglia, II, Milano, 1984, p. 75.

[51] 但是, 意大利最高法院将第228条第3款规定的税收优惠, 仅限制在夫妻一方将《1975年改革法》生效前获得的财产纳入合法共同财产的婚姻协议, 并且婚姻需持续

有效。意大利最高法院赋予第228条一项独有的功能, 即允许夫妻双方将新的财产制度协调于婚姻存续的整个期间, 因而夫妻双方可以在婚姻缔结后但是在《1975年改革法》生效前单独取得的财产也纳入法定共同制(所谓纯粹的共同制)中。Cfr. Cass., Sez. un., 18 febbraio 1999, n. 77, in Fam. e dir., 2000, p. 221, con nota di Caravaglios; analogamente Cass., 22 febbraio 2000, n. 1973.

[52] 关于此点, 参见 Laurini, L' esclusione parziale della comunione legale, in Riv. not., 1985, p. 1077 ss.,。但是作者认为这是一种例外。

2015年5月6号颁布的《第55号法律》第2条第1款为现行《意大利民法典》第191条新增了第2款, 文中提到的原第2款现为第3款。现行《意大利民法典》第191条第3款规定, 在涉及本法第177条d项规定的企业时, 夫妻共有关系的终止可以由双方按照本法第162条规定的程序协商决定。参见前注40, 第64页。第177条规定了夫妻共有财产客体的种类: 下列财产属于共有财产: …d. 婚后设立且由夫妻双方共同经营的企业。参见费安玲、丁玫译, 见前注, 第64页。——译者注

[53] 在重新平衡消费者缔结格式合同权利的规范时所进行的“长征”, 就是关于该方面的一个重要证据。

[54] Cfr. V. per tutti Oppo, Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi, in questa Rivista, 1997, I, p. 19 ss.; Quadri, Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi, in Giur. it., 1997, IV, c. 229 ss.

[55] Cfr. Andrini, L' autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998, II, 1, p. 3 ss.

主编 | 王洪亮 张双根 张谷 朱庆育 田士永

编辑部主任 | 唐勇

编辑部成员 | 王立栋 陈大创 陈欢 赵文杰 柯勇敏 吴香香

公众号编辑助理 | 詹哲仪 唐雪倩

本文校对 | 王婷艺

域外老年人司法保护制度概览

2023-10-27 人民法院报 张慧 庞志红 龚荣

http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-10/27/content_233396.htm?div=-1

随着年龄增长,老年人的生理机能不断退化,判断能力逐渐下降,老年人对自己的财产、家庭、社会保障方面的权益处理缺乏辨识能力,可能作出错误判断;失能老年人还可能会受到虐待、遗弃,其合法权益很容易受到侵害。因此,为保护老年人的合法权益,促进社会和谐稳定,许多国家建立了专门的司法保护制度。

诉权保护制度

各国重视老年人的诉权保护,通过建立义务检举和代理起诉制度维护老年人的权益。

义务检举。为防止老年人因受到虐待而无力维护自己的权益,美国设立了义务检举制度。通过在社区配备专门人员,对在社区发生的老年人受虐待事件向相关部门报告、追踪并且定期回访。另外,还邀请药剂师、牧师和社会团体对老年人的生活进行监督,将存在虐待嫌疑的情况向有关机构报告。

代理起诉。一般而言,赡养纠纷主要由年老的父母自己起诉,但因存在生理、心理和事实不能等因素,自己提起诉讼确有困难的,可由有关个人或组织代为提起赡养诉讼。1995年,新加坡国会通过了《赡养父母法》,建立了代理起诉制度。该法第11条规定,当父母由于身体、精神衰弱或任何其他原因无法起诉时,为了父母的利益,可以由父母的家庭成员、同居住的人或者其他经过父母认可的人代为提起赡养诉讼。当父母属于“弱势成年人”(即由于精神或身体虚弱、残疾或无行为能力,无法使自己免受虐待,无人照料或无法自我照料的成年人)时,在符合相关条件的情况下,可由社会福利署署长或有关法律任命

的保护人代理起诉。此外,对于年满六十岁的父母,该法第12条还规定了由赡养父母委员会委员代为提起赡养诉讼的制度。

民事保护制度

根据老年人的民事行为能力,各国制定了有关老年人的民事保护制度。

成年人照管制度。针对有心理疾患或身体有残疾的成年人,德国规定在其完全或部分不能处理事务时,由监护法院依申请或依职权选任照管人,帮助其处理事务。《德国民法典》第1896条第1款规定,成年人因心理疾患或身体的残疾不能处理其事务的,照管法院根据该成年人的申请或依职权为之选任一个照管人。该项申请,也可以由无行为能力人提出。以成年人因身体上的残疾而不能处理其事务为限,仅得根据该成年人的申请而选任照管人,但该成年人不能表明其意思的除外。这对保护心理或身体有疾患的老年人的权益具有重要意义。

成年人后见制度。1999年12月1日,日本国会通过了一系列关于成年人后见制度(日本民法称监护为“后见”,即在背后看顾、照护)的法律,并于2000年4月1日起施行。日本成年人后见制度分为法定后见和任意后见两种,其中,法定后见制度根据成年人的精神状态分为监护、保佐和辅助三种。任意后见制度规定,由障碍者本人在具有完全的判断能力时依自己的意思能力选任监护人,并与监护人订立委托监护合同,将有关自己的监护事务的全部或部分代理权授予给监护人。在本人因年老、精神障碍或其他丧失判断能力的事实发生后,合同生效。

刑事保护制度

一些国家注重对老年人的刑事保护，主要包括责任从宽、适用从宽、执行从宽和从重处罚侵害老年人的犯罪等几个方面。

刑事责任从宽。对于老年人犯罪，一些国家的法律规定了对其从轻、减轻处罚。比如，越南刑法典第 46 条规定，老年人犯罪属于从轻、减轻处罚的情节。

刑种适用从宽。蒙古国刑法第 52 条规定，对于年龄超过 55 岁的女子 and 60 岁的男子，不适用 15 年以上的徒刑；第 53 条规定，对年满 60 岁的人不适用死刑。罗马尼亚刑法典第 64 条规定，判决宣告时年满 60 岁的人不适用终身监禁。

刑罚执行从宽。日本刑事诉讼法第 482 条规定，对于被宣告惩役、禁锢或者拘役的人，年龄在 70 岁以上的，经法定程序批准可停止执行自由刑。阿根廷刑法典第 10 条规定，60 岁以上的人可以在家中服刑。

从重处罚侵害老年人的犯罪。1998 年《美国法典注释·联邦量刑指南》第 3 章规定：“如果被告人知道或者应该知道该罪行的受害者是弱势受害者，则在犯罪级别上增加 2 级。”其中弱势受害者就包括老年人。

家事保护制度

各国采用不同模式设立专门的家事法院(庭)，完善家事审判制度，提高审理的针对性和专业性，促进涉及老年人家事纠纷的解决。

在普通民事法院内部设立家事法庭。以德国、加拿大等国家为代表。德国在普通法院内部设立家事法庭，专门处理家事纠纷。德国家事法庭分为地方法院家事法庭、州高等法院家事法庭和联邦最高法院家事法庭三级。家事法官原则上要求具有 3 年审判经验，试用法官不能担任家事法官。

设立独立的家事法院。以日本、澳大利亚和韩国等国家为代表。日本于 1949 年成立家庭裁判所（即家事法院），主要通过人事诉讼程序、家事调停程序和家事审判程序解决家事纠纷。2018 年，日本颁布了《修改部分民法及家事事件程序法的法律》，对继承编进行了重大修订，新设了配偶居住权，以保障高龄配偶基本生活条件。

设立专门的赡养父母法庭。新加坡倡导“以法治孝”，根据《赡养父母法》，新加坡成立了专门受理涉及赡养父母纠纷案件的法庭，即赡养父母法庭。当子女不履行赡养义务时，父母可向赡养父母法庭申请赡养令，促使子女履行赡养义务。该法庭注重调解，并将调解作为解决纠纷的基本方式。

（作者单位：重庆市第三中级人民法院）

十、书籍推荐

荐书 | 《中国法院 2023 年度案例 1 婚姻家庭与继承纠纷》 | 中国法制出版社 2023 年 5 月版

2023-10-02 家事法苑 家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/Rvus03GsJKS_i6pKbKpH1A

《中国法院 2023 年度案例 1 婚姻家庭与继承纠纷》



书籍简介

作者/编者：国家法官学院、*最高人民法院司法案例研究院/编

出版社：中国法制出版社

出版时间：2023 年 05 月

开本：16 开

纸张：胶版纸

包装：平装

国际标准书号 ISBN：9787521632712

所属分类：图书>法律>司法案例与司法解释

连续出版12年

中国法院

2023年度案例系列

国家法官学院 最高人民法院司法案例研究院 / 编
编委会主任 刘贵祥

2023年继续推出数据库增值服务

《中国法院2023年度案例系列》

- 专业务实**：国家法官学院与最高人民法院司法案例研究院共同编辑，连续出版12年，为新型疑难法律问题提供参考解决方案。
- 规模强大**：23个分册包含传统和新近的热点纠纷，具有广泛的选编基础和较强的代表性。
- 内容独特**：提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路。
- 数据库增值**：购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免费使用往年同类案例数据库。

解析 法律新规则的价值功能、理解适用、新旧法衔接处理难点，为新法的适用提供可操作性指引。

★ 简便易用 ★ 专业实用 ★
★ 打造“好读有用”的案例 ★

○ 法官、检察官、律师、执法人员等办案参考 ○
○ 法官、检察官、律师、执法人员培训推荐教程 ○
○ 社会大众学法用法指导用书 ○
○ 图书馆、教学科研机构配备精品 ○

书籍细节



- 大学 满版烫金
- 内封 特种纸
- 腰封 四色印刷
- 封套 专业实用
- 封套 好读好用

中国法院2023年度案例系列

打造经典案例 · 促进法律适用统一

<ol style="list-style-type: none"> 1. 婚姻家庭与继承纠纷 2. 物权纠纷 3. 土地纠纷 4. 房屋买卖合同纠纷 5. 合同纠纷 6. 买卖合同纠纷 7. 借款担保纠纷 8. 民间借贷纠纷 9. 侵权赔偿纠纷 10. 道路交通事故 11. 提供劳务者受害责任纠纷 12. 人格权纠纷 	<ol style="list-style-type: none"> 13. 劳动纠纷 14. 公司纠纷 15. 保险纠纷 16. 金融纠纷 17. 知识产权纠纷 18. 行政纠纷 19. 刑事案例一 20. 刑事案例二 21. 刑事案例三 22. 刑事案例四 23. 执行案例
--	--




中国法制出版社
CHINA LEGAL SYSTEM PUBLISHING

编辑推荐

打造“简便易用、专业实用、好读好用”案例，促进法律适用统一

专业务实：国家法官学院与*高人民法院司法案例研究院共同编辑，连续出版12年，为新型疑难法律问题提供参考解决方案。

规模强大：23个分册包含传统和新近的热点纠纷，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

内容独特：提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路。

数据库增值：购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免费使用往年同类案例数据库。解析法律新规则的价值功能、理解适用、新旧法衔接处理难点，为新法的适用提供可操作性指引。

内容简介

本书是《中国法院2023年度案例系列》(全23册)的一个分册，婚姻家庭与继承纠纷。内容包括婚约财产纠纷，婚内夫妻财产分割纠纷，离婚纠纷，离婚后财产纠纷，离婚后损害责任纠纷，撤销婚姻纠纷，同居关系纠纷，亲子关系纠纷，抚养纠纷，赡养纠纷，收养关系纠纷，探望权纠纷，分家析产纠纷，法定继承纠纷，遗嘱继承纠纷，遗赠纠纷，申请人身安全保护令等。本书有以下特色：一是选编案例来源广泛、时效性强。所选案例均是国家法官学院和*高院司法案例研究院从各地高院2022年上报的典型案件中挑选出来的精品案例。二是由法官释理说法，全方位深度挖掘案例价值。大多数案例由主审法官撰写“法官后语”，深入阐释案例的裁判思路和相关考量，充分发挥典型案例在司法裁判、类案参考、法学研究、行为指引、宣示教育等方面的价值。三是编排依次以案由和法律适用问题为序，方便读者检索。四是注重裁判文书再加工，高度提炼案例内容。案例编写突出争议焦点，尽可能在有限的篇幅内

为读者提供更多与争议焦点、所查类案相关的有效、有益信息。

作者简介

国家法官学院*高人民法院司法案例研究院编委会主任刘贵祥

国家法官学院是*高人民法院直属事业单位，是中国法官教育培训的主要机构、国家*高司法智库，是国家接待外国法官的重要基地。

*高人民法院依托国家法官学院成立*高人民法院司法案例研究院，在*高人民法院领导下开展

司法案例的生成、收集、研究和交流工作。*高人民法院司法案例研究院秉持“服务司法审判实践、服务法学教育研究、服务中外法学交流、服务法治中国建设、服务经济社会发展”的办院宗旨，致力于搭建国际一流的案例交流和研究平台，有效整合各种力量和资源，汇聚全国法院法官和社会专家学者共同推进司法案例研究。

目录

目 录

Contents

一、婚姻家庭纠纷

(一) 婚约财产纠纷

1. 男女交往期间，产生的大额转账汇款的性质认定 1
——冷某诉宋某婚约财产案
2. 婚后长期分居两地的生活状态未超越订立婚约时可预见范围的，
不符合法定“登记结婚但确未共同生活”的彩礼返还条件 5
——陈某某等诉周某某某婚约财产案

(二) 婚内夫妻财产分割纠纷

3. 夫妻一方基于“转移、挥霍”等法定情形请求分割共有财产的判定 11
——刘某某诉王某甲等共有案

(三) 离婚纠纷

4. 夫妻“假离婚”签订的离婚协议中财产分割内容因缺乏夫妻真实
意思表示应认定为无效 15
——洪某诉李某离婚后财产案
5. 夫妻双方未能保障疾患未成年子女合法权益，法院可以不准离婚 21
——闻某某诉沈某某离婚案

2 | 中国法院 2023 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷

(四) 离婚后财产纠纷

6. 分割离婚财产时应按照房屋登记约定的按份共有份额分割 25
——陈某诉王某离婚案
7. 夫妻分居期间银行大额取款的分割规则 32
——谢某诉吕某离婚案
8. 夫妻共同申请的保障性租赁房的续租权在离婚时可作为财产权益进行处理 38
——张某某诉罗某某离婚案
9. 夫妻一方行使股票期权所得的收益属于夫妻共同财产 44
——赵某某诉刘某某离婚后财产案
10. 父母与己方子女单方约定购房出资款性质 51
——刘某诉盖某离婚案
11. 婚姻关系存续期间取得的承租权在离婚后的收益不应再作为夫妻共同财产分割 55
——彭某某诉潘某某离婚后财产案
12. 离婚经济补偿的适用条件及补偿数额的确定规则 60
——栗某诉伍某离婚案
13. 离婚协议中财产分割部分的效力认定问题 67
——赵某某诉颜某某离婚后财产案
14. 离婚协议中的财产处理部分属于撤销权的行使范畴 74
——计某某诉陈某某、郭某某债权人撤销权案
15. 民法典实施后离婚经济帮助制度的法律适用及认定标准 81
——刘某某诉鲁某离婚后财产案
16. 侵权之债属于夫妻共同债务的认定规则 87
——梁某诉张某离婚案

目 录 | 3

17. 域内外法律的平等适用 93
——倪某诉林某离婚后财产案

18. 农村房屋上可为离婚妇女设立居住权 98
——毕某诉沈某某离婚案

(五) 离婚后损害责任纠纷

19. 婚内多次出轨的行为应被认定为过错行为并适用离婚损害赔偿
制度 100
——霍某诉张某某离婚案

(六) 撤销婚姻纠纷

20. 他人冒用身份信息骗取结婚登记后下落不明，被骗婚姻当事人
若提起民事诉讼的应如何处理 105
——李某某诉黄某某离婚案

21. 对可撤销婚姻“重大疾病”的认定路径 109
——许某某诉杨某某撤销婚姻案

22. 可撤销婚姻中“重大疾病”的认定及撤销权行使 113
——高某诉高某某撤销婚姻案

23. 有生理缺陷不能发生性行为属于民法典规定的重大疾病范围，一
方婚前未如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻 117
——余某某诉吴某撤销婚姻案

(七) 夫妻财产约定纠纷

24. 夫妻之间赠与房产以后赠与方反悔，赠与协议效力应依照合同
法律制度的有关规定予以审查认定 123
——赵某诉岳某确认合同效力案

4 | 中国法院 2023 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷

(八) 同居关系纠纷

25. 非以夫妻名义同居期间所得财产应认定为按份共有 130
——白某诉居某同居关系析产案
26. 无效婚姻中的财产如何分割 135
——董某诉李某等同居关系析产案

(九) 亲子关系纠纷

27. 人工辅助生殖方式所育子女亲子关系及探望权判定 139
——薛某诉马某探望权案
28. 严格亲子关系确认纠纷的适用条件和标准 144
——陈某诉刘某确认亲子关系案
29. 在一方拒绝亲子鉴定的情形下，法院支持另一方否认亲子关系
主张的必要前提是其已提供了否认亲子关系的必要证据 147
——张某甲诉张某乙否认亲子关系案

(十) 抚养纠纷

30. 变更抚养关系的遵循原则及考量因素 152
——宋甲诉郭乙变更抚养关系案
31. 抚养费诉讼中设立联合监管账户的适用规则 156
——李某 1 诉李某 2 抚养费案
32. 收养关系与代为抚养关系在司法实践中的区分认定 160
——赵某、刘某丙诉刘某戊等法定继承案
33. 债权债务转让能否作为支付抚养费的方式 165
——苏某恺、苏某嘉诉苏某喜抚养费案

目 录 | 5

34. 祖父母代为抚养未成年人是否构成无因管理的判断标准 169
——罗某某诉张某某、周某某抚养费案

35. 形成抚养教育关系的继父母子女关系解除之考量与判定 175
——孙某诉孙某一婚姻家庭案

36. 两周岁以下子女由母亲直接抚养的原则不应轻易突破 186
——王某诉黄某一离婚案

(十一) 赡养纠纷

37. 数赡养人之间行使赡养费追偿权的审查与认定 192
——李某旺、李某平诉李某清赡养费案

(十二) 收养关系纠纷

38. 解除收养关系需考量的因素 196
——卢某台诉芦某解除收养关系案

(十三) 监护权纠纷

39. 确定监护人时被监护人意愿优于法定顺位 201
——陈xx与寇某申请撤销监护人资格案

(十四) 探望权纠纷

40. 夫妻分居期间，未直接抚养子女一方能否主张探望权益 206
——黎某诉方某离婚案

41. 探望权中止案件中“儿童最佳利益原则”实现途径 210
——黄某某与郑某某中止探望权案

6 | 中国法院 2023 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷

二、继承纠纷

(一) 法定继承纠纷

42. 继承人以指定特定人继承其应继承遗产份额为条件而实施的“放弃继承权”行为，可推定为赠与 214
——李某花、李某敏诉李某潼法定继承案
43. 无亲子鉴定意见情况下非婚生子女继承权的认定 220
——张甲诉王某、柳某继承案
44. 农村房屋拆迁获得的补偿利益应作为遗产进行分割 224
——张甲诉张乙法定继承案

(二) 遗嘱继承纠纷

45. 不符合法定形式要件的录像遗嘱应属无效 229
——杨甲等诉杨戊、杨己继承案
46. 打印遗嘱的效力认定问题 233
——黄某甲、冯某诉黄某乙等继承案
47. 打印遗嘱效力的认定标准 238
——马甲、马乙诉裴甲继承案
48. 打印遗嘱适用民法典的时间效力及裁判标准 242
——朱某某诉佟甲遗嘱继承案
49. 代书遗嘱形式存在瑕疵时的效力认定 248
——钱某甲诉钱某乙等继承案
50. 录像遗嘱效力审查标准 252
——王某新、王某霞诉王某全等继承案

目 录 | 7

51. 遗嘱的形式要件瑕疵对遗嘱效力的影响 257
——田甲诉田乙等继承案
52. 遗嘱要求遗产“不能传给外姓人”的性质分析及对遗嘱继承的影响 261
——严某秋诉严某遗嘱继承案
53. 民法典中居住权的司法设定 267
——于某、孙某诉张某、于某海遗嘱继承案

(三) 被继承人债务清偿纠纷

54. 受益人为被保险人的人身保险金属于被保险人的遗产 275
——汽车服务公司诉张某英等被继承人债务清偿案

(四) 遗产管理纠纷

55. 人民法院可以适用特别程序指定部分继承人担任遗产管理人 280
——欧某士申请指定遗产管理人案

三、申请人身安全保护令

56. 未成年人遭受家暴，人民法院应及时签发人身安全保护令 286
——郑某申请人身安全保护令案
57. 婚姻关系已解除但共同生活的人可向法院申请人身安全保护令 294
——谢某玲等申请人身安全保护令案

前 言

“中国法院年度案例系列”丛书，是国家法官学院和人民法院司法案例研究院精选全国各高级人民法院每年选送的优秀案例，深入挖掘典型

案例内在价值编辑的实用精品丛书，旨在总结提炼典型案例的裁判规则和裁判方法，发挥司法规范、指导、评价、引领的重要作用，大力弘扬社会

主义核心价值观，增强全民法治意识和法治素养，展现新时代我国司法领域新发展、新成就。



图书在版编目 (CIP) 数据

中国法院 2023 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷 / 国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院编。—北京：中国法制出版社，2023.5

ISBN 978-7-5216-3271-2

I. ①中… II. ①国… ②最… III. ①婚姻家庭纠纷-案例-汇编-中国②继承法-民事纠纷-案例-汇编-中国 IV. ①D920.5

中国国家版本馆 CIP 数据核字 (2023) 第 026341 号

策划编辑：李小草 韩璐玮 (hanluwei666@163.com)

责任编辑：韩璐玮

封面设计：李宁

中国法院 2023 年度案例·婚姻家庭与继承纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2023 NIANDU ANLI HUNYIN JIATING YU JICHENG JIUFEN

编者/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院

经销/新华书店

印刷/

开本/730 毫米×1030 毫米 16 开

版次/2023 年 5 月第 1 版

印张/19.5 字数/235 千

2023 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-3271-2

定价：78.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码：100053

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：010-63141612

传真：010-63141600

编辑部电话：010-63141790

印务部电话：010-63141606

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系。)

龙翼飞、夏吟兰作序 | 曹思婕著《中国探望权理论研究》新书出版

2023-10-19 人大社法律出版

<https://mp.weixin.qq.com/s/Km8PGS41AuIYKPEK966AgQ>



编者按

《中国探望权理论研究》是法律科学文库中的又一新作，由曹思婕博士撰写。

本书对我国探望权基本理论和立法进行了全面、深入的研究。在理论方面，它详细探讨了探望权的法理基础，界定了探望权在民事权利分类体系中的地位，研究了探望权的属性。这些分析和研究不仅填补了我国在这方面的理论空白，而且对于理解并构建中国本土化的探望权制度具有重大意义。

在立法方面，本书提出了不少具有前瞻性和实践性的议题。例如，它从立法宗旨、基本原则、法律关系等方面对探望权进行了全面分析，对世界典型国家的探望权法律制度进行了比较研究，并针对我国现实生活中的探望权司法疑难问题，提出了破解之道和发展方向。

本书不仅是一部具有理论深度的法学著作，也是一部回应现实需求、为实践提供指导的实用书籍。我们强烈推荐每一位关注中国探望权问题、希望深入了解探望权理论的读者阅读这部作品，期待您能从中受益，并将这些理论运用到实际的法律工作中。同时，也希望您能通过阅读这部作品，对中国探望权理论有更深入的理解和思考，提出宝贵的意见和建议。

序一

编纂一部具有中国特色的《中华人民共和国民法典》，是我国社会主义法治建设中具有里程

碑意义的宏大工程，更是新中国成立以来几代民法学人前赴后继、不懈追求和共同努力的宏伟目标。当前，民法典各分编的内容体现着整部《民法典》的先进性、时代性与科学性。《民法典》婚姻家庭编中各项法律制度（包括探望权制度）的构建对于新时代的婚姻家庭生活具有举足轻重的作用与影响。曹思婕博士的新著《中国探望权理论研究》是专门针对探望权进行研究与探讨的，其将探望权的理论思考与社会实践相结合，提出应当把中华民族优秀传统文化以及人们的道德价值观涵摄于其中，使探望权的立法构建实现情、理、法于一体的高度统一，突出社会主义核心价值观在婚姻家庭编中的价值展现，彰显我国《民法典》婚姻家庭编自身的独特性。

该书研究的主题是当前我国婚姻家庭法学科的前沿课题，具有很高的理论价值，值得探索与研究。《民法典》婚姻家庭编中的探望权制度强调未成年人的利益保护，这是大势所趋。本书结构安排合理、体例设计得当。其立足于中国本土，适应社会需求，符合时代特色，与世界各国的婚姻家庭立法相接轨，在对我国未来探望权的制度构建上作出了详细的立法设计，其在研究方法上不拘泥于单一方法，同时采用图表的形式生动、鲜明地展现探望权的重要研究内容，以法理学、民法学、婚姻家庭法学、伦理学等理论为基础，突出社会主义婚姻家庭核心价值观和保护弱势群体的人权观念。此外，本书的作者对探望权的性质做了细致的分析、研究，根据自己的所学知识、认识理解，反复斟酌，逐步地进行剖析。

本书的作者曹思婕博士曾是中国人民大学法学院的博士后研究人员，乐观向上、聪明好学的心态与资质奠定了她对法学研究的热忱，踏实勤奋、坚忍不拔的态度与毅力鼓舞了她攀登学术高峰的勇气，严谨谦虚、勤学好问的学术作风与学术态度促使她接受并传承师长的教诲。我们对她寄予了厚望。

学术思想本就百家争鸣,开放、平等的婚姻家庭法学的学术氛围为更多青年学者提供了潜心学习与大胆创新的平台。青出于蓝而胜于蓝,青年学者传承婚姻家庭法学的思想精髓与发扬婚姻家庭法学的学术精神尤其难能可贵。我衷心期待在婚姻家庭法学领域中,有更多的崭新学术成果问世,催动我国的婚姻家庭法学研究事业不断壮大、枝叶扶疏、生机勃勃!



2023年7月1日于中国人民大学明德法学楼

序二

《中国探望权理论研究》一书,紧紧围绕探望权展开全面而系统的阐述,对探望权的基本内涵、制度源起、权利属性、立法理念、制度缺憾、立法构建等问题进行了细致而深入的探讨,进而设计出探望权在我国的立法选择与制度安排。全书逻辑严谨、论证充分、结构合理、体例得当。

探望权是我国婚姻家庭法中非常重要的课题,也是长期以来家事司法审判实践中亟待解决的难题,更是当前现实社会生活中受到广泛关注的婚姻家庭热点难点问题。作者对探望权的理论研究进行钻研有助于寻找到适合我国现实国情的探望权立法路径;作者对探望权的司法实践进行分析有利于查找出当前社会生活中探望权疑难问题的各个面向。全书融入了作者的思考与智慧,其站在民事权利体系的视角下对探望权进行论述,突显出婚姻家庭法回归到民法典的立法时代背景。全书呈现给读者清晰的探望权本体论、理论演进论、制度比较论及立法构建论,系统地梳理了探望权的理论演进并展望了探望权的立法发展。

特别值得关注的是,未成年子女利益的保护是近年来我国社会尤为重视的问题,这与国家提倡保护未成年人合法权益的政策导向、人权观念的日益深入人心和权利意识的觉醒、中华民族优

秀传统文化的传承以及社会主义法治进程的立法步伐密切相关。探望权恰是反映保护未成年子女利益最大化的具体制度之一,它的完善与发展在某种程度上反映着我国对未成年人利益保护的程度。《中国探望权理论研究》一书为读者提供了有价值的思考视角。作者拓宽视野、积极探索、敢于突破,在认真学习研究探望权知识的基础上,对探望权有着自己独到的理论见解。全书引入图表,更加鲜明地展现理论及立法观点,清晰严谨的写作风格跃然于纸上。

本书的作者是笔者指导的民商法学博士研究生,她在读博期间踏实认真、勤于思考、刻苦勤奋、勇于创新,使她在读博期间获得国家奖学金等各种学业奖学金。本书是作者多年来学习研究积累的成果,对此,我甚是欣慰。本书对于完善我国未成年人权益保障,完善探望权制度具有重要的理论价值和社会现实意义,相信它的出版能够对我国未来婚姻家庭法学中探望权的理论发展及立法构建有所助益。



中国政法大学教授、博士研究生导师

2023年6月25日于北京

作者简介

曹思婕,中国政法大学全日制民商法学博士、中国人民大学国家资助民法学博士后,北京化工大学硕士研究生导师、民法教研组组长。兼任《法治中国》内参智库专家委员会主任、《人民公仆(无产阶级革命家黄静波)》电视剧法律顾问、中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、中国婚姻家庭研究会理事、北京市法学会民法学研究会副秘书长、北京市法学会妇女法学研究会理事等。曾在《人民日报》、CSSCI 期刊发表多篇论文,等等。

研究领域为民法、婚姻家庭法，对未成年人权益保护，尤其对我国的探望权进行长期研究。

内容简介

本书是关于我国探望权基本理论和立法研究的专著。

一方面，本书立足于探望权的法理基础，探讨了探望权的基本理论，主要包括：第一章“探望权概述”，从探望权的产生入手，追溯探望权的历史发展。第二章“探望权在我国民事权利分类体系中的地位”，从民法学视角逐一分析探望权在我国民事权利分类体系中的归属，进而厘清探望权与亲权、探望权与监护权的关系。第三章“探望权的属性研究”，从我国民事权利分类的视角出发阐述探望权作为身份上的请求权的理论根基、我国探望权的请求权属性以及探望权的请求与抗辩。

另一方面，本书填补了我国探望权立法未来发展的研究空白，主要包括：第四章“探望权的立法分析”，正视探望权的立法宗旨，阐明探望权的基本原则，并从探望权的法律关系入手，揭示其人文精神之源及情、理、法的融合。第五章“探望权制度的发展与反思”，对世界主要国家的探望权法律制度进行考察并比较分析；同时运用比较分析法和实证分析法对我国探望权的理念重新审思，揭示制度缺憾，并指出今后发展完善的方向。第六章“构建我国探望权法律制度的路径”，针对当前人们实际生活中亟待解决的探望权司法疑难，指明破解探望权制度和探望权救济体系的方向。最后得出结论：在习近平法治思想的指引下，在《民法典》体系下对探望权立法提出有益的立法建议——以子女利益最大化为立法宗旨，以《民法典》为基础，加快出台最高人民法院关于探望权的司法解释，构建完整、先进的中国本土化的探望权制度体系。

目录

第一章 探望权概述	(1)
第一节 探望权的基本理论	(1)
一、 探望权的概念表述及特征	(1)
二、 我国探望权的内蕴机制	(10)
三、 探望权的功能展现	(20)
第二节 探望权的历史沿革	(29)
一、 探望权的历史追溯	(29)
二、 我国探望权设立的基础	(40)
三、 探望权中法的价值展现	(46)
第二章 探望权在我国民事权利分类体系中的地位	(52)
第一节 探望权在我国民事权利分类体系中的归属	(52)
一、 目前我国民事权利的分类体系	(52)
二、 探望权在我国民事权利分类体系中的体现	(62)
第二节 探望权与相关权利	(68)
一、 探望权与亲权	(68)
二、 探望权与监护	(80)
第三章 探望权的属性研究	(96)
第一节 我国探望权的权利属性	(96)
一、 身份上的请求权的理论根基	(97)
二、 我国探望权的属性	(114)
第二节 探望权的请求与抗辩	(121)
一、 探望权的请求	(122)
二、 探望权的抗辩	(128)
第四章 探望权的立法分析	(134)
第一节 探望权的理念探析	(134)
一、 探望权设立的立法宗旨	(134)
二、 确立探望权的基本原则	(143)
第二节 探望权的内容审视	(155)
一、 探望权的法律关系	(155)
二、 探望权的人文精神之源	(163)
三、 探望权注重中华法文化情、理、法的融合	(169)
第五章 探望权制度的发展与反思	(173)

第一节 世界典型探望权制度的比较及启发 (173)

一、世界典型探望权制度的比较分析 (174)

二、世界典型探望权制度对我国的启示 (182)

第二节 我国探望权的理念审思及制度缺憾 (190)

一、探望权立法理念的嬗变 (190)

二、我国探望权制度的困惑 (197)

第六章 构建我国探望权法律制度的路径 (215)

第一节 破解探望权制度的瓶颈 (215)

一、增加探望权的适用前提 (217)

二、拓宽探望权的权利主体范围 (219)

三、细化探望权的权利义务内容 (221)

四、规范探望权的行使方式 (223)

五、明确探望权的中止及恢复 (225)

第二节 发展探望权的救济体系 (229)

一、统一探望权的结案方式 (230)

二、完善探望权的救济途径 (232)

三、建立探望权的监督制度 (235)

第三节 最高人民法院关于探望权司法解释之条文设计 (238)

结论 (249)

参考文献 (256)

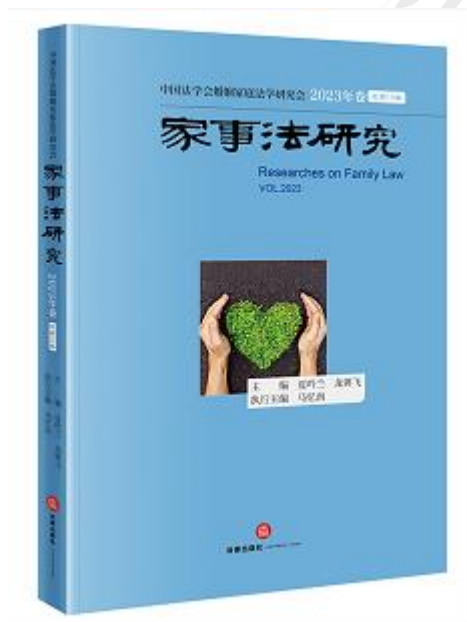
后记 (274)

荐书 | 《家事法研究》(2023年卷) | 中国法学会婚姻家庭法学研究会 | 法律出版社 2023年10月版

2023-10-21 家事法苑 家事法苑团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/wBiY778jwhm8Ygy5HuNJ-g>

《家事法研究》(2023年卷)【总第19卷】



出版基本信息

主编：夏吟兰 龙翼飞

执行主编：马忆南

出版社：法律出版社

出版日期：2023年10月

ISBN：9787519782344

版次：1

商品编码：14198070

包装：平装

开本：16开

出版时间：2023-10-01

用纸：胶版纸

页数：331

字数：325千字

《家事法研究》简介

《家事法研究》是中国法学会婚姻家庭法学研究会主办的专业学术连续出版物,自2011年起每年出版一卷。《家事法研究》秉持“百花齐放、百家争鸣”的方针,以遵守学术规范、维护学术道德、增进学术交流、勇于学术创新为宗旨,及时反映婚姻家庭法学、继承法学等专业领域的最新研究成果,由会长夏吟兰教授和常务副会长龙翼飞教授担任主编。截至2022年,《家事法研究》已连续出版12卷,刊发论文的学术质量不断提升,影响力不断扩大,逐步成为婚姻家庭法学理论及实务工作者发表研究成果的重要学术平台和中国法学会婚姻家庭法学研究会的重要学术品牌。

《家事法研究》2023年卷重点聚焦《民法典》婚姻家庭编、继承编,围绕中国法学会婚姻家庭法学研究会2022年年会研讨的专题,设置了四个主题,荟萃了相关学术论文。本卷收录的论文对婚姻家庭法、继承法进行了更为精细化、专业化的阐释分析,具有独特的学术贡献。

主编简介

夏吟兰,法学博士,中国政法大学教授,钱端升讲座教授,博士生导师。中国法学会婚姻家庭法学研究会会长,中国婚姻家庭研究会副会长,中国法学会常务理事,中国妇女研究会常务理事,富布赖学者。曾先后兼任全国妇联执委、市妇联副、国际家庭法协会执委等职。先后获得全国维护妇女权益先进个人、全国三八红旗手、全国法学会系统先进个人等荣誉称号。主持多项国家社科,教育部等、省部级及国际合作项目,出版专著、教材等四十余本,在国内外学术刊物上发表论百余篇。参与《妇女权益保障法》、《反家庭暴力法》、《民法典》婚姻家庭编及继承编等法律的起草、论证工作。

龙翼飞,中国人民大学法学院教授,博士研究生导师。中国法学会航空法学研究会和中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。教学名师,中共中央政治局法制讲座主讲人,全国人大常委会法

制讲座主讲人,全国政协法制讲座主讲人。出版个人专著和主编教材十八部,发表论文六十余篇;主持省部级法学科课题十六项。先后担任人民法院、人民检察院专家,司法部、民政部、原国土资源部、人力资源和社会保障部、国家民航总局、外国专家局、新华社、光明日报社法律顾问,中央电视台《今日说法》栏目特邀嘉宾。曾参加国家多部立法起草研究工作。

目录

第一专题 “身份关系协议”的法律适用

身份关系协议的识别、类型与法律适用 薛宁兰 崔丹

“身份关系协议”准用《民法典》合同编的体系化释论 冉克平

情事变更制度在与离婚相关的财产协议中的参照适用——以婚前协议为例 夏江皓

功能主义视域下夫妻财产约定的体系释论 石雷

第二专题 婚姻中的房产问题

婚姻关系中房产归属与份额的理论重构 汪洋

论父母为子女出资购房的赠与性质 李洪祥 陈凤

父母为子女婚后购房出资性质认定中的法律问题 田韶华 元泉

离婚当事人约定的“赠与子女财产”条款研究 雷春红

第三专题 家庭关系新论

个体一家庭离合关系的法律呈现与应对 邓丽

夫妻分居期间扶养义务的减损逻辑 李琦 曹贤信

《民法典》视域下分居探望权的困境与出路 王倩

第四专题 遗产管理研究

我国《民法典》遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究 陈苇 刘宇娇

《民法典》遗产管理制度释论：演绎逻辑与制度再构 石婷

我国遗产管理人职责研究 梁琳 张婷娟

卷首语

本书是对中国法学会婚姻家庭法学研究会（以下简称研究会）2022年学术年会研讨主题的荟萃与呈现。随着《民法典》的深入贯彻实施，研究会会对《民法典》婚姻家庭编、继承编的理论和实践的研究愈加精细化和专业化，作为研究会主办的学术连续出版物《家事法研究》也体现出愈来愈高的学术水准。研究会2022年学术年会主题是进一步推进《民法典》婚姻家庭编、继承编的理解与适用，设置了“中华传统家庭美德的传承与现代化”“身份法基本原理”“家庭关系”“继承权”“遗产管理”“监护”等若干议题。本书选取了部分学者提交的年会学术论文，另外选取了部分学者已经发表和未发表的相关学术论文，编为四个专题。这些论文研究方法恰当，研究结论可靠，富有创新性思想，具有重要理论意义和较大应用价值。更重要的是，这些论文所讨论的议题皆是《民法典》婚姻家庭编、继承编贯彻实施以来的重要问题和热点问题。本书以专题形式编排，能够比较好地聚焦这些议题。

第一专题“‘身份关系协议’的法律适用”。薛宁兰、崔丹《身份关系协议的识别、类型与法律适用》一文提出，身份关系协议并非合同，应将其置于身份法理论构造中予以识别和判断。身份关系协议的性质或者具有纯粹身份性，或者具有身份附随性。身份关系协议类型包括：纯粹的身份协议与附随身份的财产协议、身份法明确规定的身份关系协议与符合身份法理念要求的身份关系协议。身份关系协议的法律适用以婚姻家庭编规则为首要，以参照适用合同编为补充。

冉克平《“身份关系协议”准用〈民法典〉合同编的体系化释论》一文认为，身份关系协议可以被类型化为纯粹身份关系协议、身份财产混合协议以及身份财产关联协议，三者的伦理性渐次减弱而财产性趋强。法官在个案中既要依据婚姻、收养和监护等身份关系协议的事实构成和性质来评价和发掘合同编和总则编之中被援引法条的规范意旨，还要论证该规范意旨与婚姻家庭编的原则以及待决身份关系协议的伦理属性不相排斥，避免“参照适用”条款沦为交易规则过度市场化、工具化身份关系协议和“反噬”家庭法的通道。

夏江皓《情事变更制度在与离婚相关的财产协议中的参照适用——以婚前协议为例》一文指出，基于与离婚相关的财产协议本身具有的特殊性和情事变更制度的规范意旨，在与离婚相关的财产协议中引入情事变更制度十分必要。在参照适用情事变更制度时，需要把握与离婚相关的财产协议的家庭伦理属性及该种协议与一般商业交易协议的不同特点，对情事变更法律规则的构成要件和法律效果进行有针对性的法律解释。

石雷《功能主义视域下夫妻财产约定的体系释论》一文尝试在功能主义视域下解释夫妻财产约定的体系，认为夫妻财产约定制度应涵摄夫妻间赠与，《民法典》第464条第2款和《婚姻家庭编解释一》第32条其实是对夫妻财产约定制度的增补和完善。对夫妻财产约定效力的判定，应立足其规范功能先从《民法典》体系视角审查夫妻财产约定是否有效，优先考虑适用《民法典》第1065条。不能适用第1065条时，则按照《民法典》婚姻家庭编基本原则的指引，根据案件事实结合规范意旨采用区分适用的规则。

第二专题“婚姻中的房产问题”。汪洋《婚姻关系中房产归属与份额的理论重构》一文提出，婚姻关系中房产归属与份额的认定应当契合国家治理层面提升结婚率和生育率的价值立场。父母出资的资金归属应与子女购房的房产归属完全脱钩，各种类型的父母出资行为都被推定为父母仅

针对自己子女一方的赠与。房屋产权登记应与夫妻内部房产归属完全脱钩，夫妻共同财产制和物权变动各自产生内部与外部效力。夫妻间赠与房产不直接发生物权效力，但直接产生夫妻内部归属效力，赠与方不享有任意撤销权。登记权利人对共同财产单独处分属于有权处分，仅当无偿或低价转让的财产超过共同财产一半份额以上才类推适用债权人撤销权救济。夫妻内部房产归属的重要性弱于份额认定，夫妻享有的份额仅与资金来源挂钩，个人财产购房的婚后增值归入个人份额。离婚时若双方均主张产权、财产状况水平大致相当以及均同意竞价，通过竞价决定产权归属，否则优先考虑婚前购房首付一方或者出资份额多的一方获得房产，并对另一方价值补偿。

李洪祥、陈凤《论父母为子女出资购房的赠与性质》一文认为，父母为子女出资购房的纠纷情况复杂，在司法裁判中，同案不同判的现象很常见。有必要在《民法典》和《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》规定的框架下，明确界定在没有特别约定的情况下，父母为子女出资购房的性质推定为赠与。同时，结合我国具体国情，以诚信为核心适用《民法典》婚姻家庭编、合同编关于赠与的规则，以达至公平和统一裁判尺度的目的。

田韶华、元泉《父母为子女婚后购房出资性质认定中的法律问题》一文指出，在父母为子女婚后购房出资性质的认定中，司法实践存在解决路径上的误用以及忽视性质认定中的利益融合状态的问题。在《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第29条第2款适用过程中应准确把握该规范的适用前提，即其仅适用于父母为子女婚后购房出资赠与性质明确但赠与对象不明的情形，将其作为赠与之法律推定规范有失妥当。在父母意思表示不明的情形下，需回归意思表示解释制度对父母的意思予以认定。在意思表示解释过程中要基于家庭的整体性作出利益衡量，根据父母出资的目的将出资认定为特殊

赠与或借贷。在将父母出资认定为特殊赠与的情形下，于子女离婚的情形，有情事变更规则适用的余地。而在将父母出资认定为借贷的情形下，则在所购房屋系夫妻共同房屋的情形下，该笔债务应认定为夫妻共同债务。

雷春红《离婚当事人约定的“赠与子女财产”条款研究》一文提出，当事人离婚时约定将共同财产赠与子女，此类约定虽然具有赠与的性质，但不宜适用《民法典》关于赠与合同的规定。“赠与子女财产”条款属于“特殊赠与”，对双方当事人具有法律约束力，一方或双方当事人均不能任意撤销。受赠子女有权请求父母履行赠与义务，此项权利属于债权请求权，受时效制度的限制。对于不动产的赠与，在办理产权变更登记前，外部债权人申请强制执行的，在符合特定要件的情形下，受赠子女有权提起执行异议之诉排除强制执行，以实现利益的平衡。

第三专题“家庭关系新论”。邓丽《个体—家庭离合关系的法律呈现与应对》一文认为，《民法典》视域下的个体—家庭关系，突破了家庭一体观的局限，同时也显现出家庭本位观的危机，喻示着以个体本位为基础的家庭治理新路径：家庭成员的姓名权、人身自由权等回归民事权利体系，婚姻家庭对不法行为、伤害行为所具有的屏障效应正在逐步清除；家庭成员在婚姻家庭共同财产中的权益和责任更加明确，积极财产可以析分，消极财产可以划界，非物质贡献可以补偿。《民法典》所宣示的“婚姻家庭受国家保护”，具有多重解释意蕴，一方面指向私法中的婚姻家庭权益，另一方面导向社会保障和社会福利范畴中的家庭友好政策，由此贯通整个家事法域。

李琦、曹贤信《夫妻分居期间扶养义务的减损逻辑》一文针对学界关于夫妻分居期间扶养义务的“维持说”、“取消说”和“减损说”等三种观点，指出前两种观点不可取，后一种观点有待加强伦理正当性论证。夫妻双方以别体主义为前提，主观伦理共同体在婚姻关系正常阶段（分居

前)必然会实现互利价值;而在分居期间则不必然,分享利益的感情基础已然或正在衰退,使夫妻扶养义务在顺应伦理共同体向个体化的转化过程中出现减损甚至取消可能。客观伦理共同体的历史传承使命与人权保障义务要求夫妻双方相互负责,即使分居也要维持扶养义务的履行,至少保障对方的基本生活。基于主客观伦理共同体的交互作用,夫妻分居期间的扶养义务应然减损至基本生活保障程度,夫妻一方或双方均能在这种最低限度的共识中获得道德自由。因此,立法上应明确夫妻“分居权”及此期间的权利义务自主权,且规定基本生活保障的扶养底限及期限,而司法上应以实际生活的扶养需要为依据裁判此类纠纷。

王倩《〈民法典〉视域下分居探望权的困境与出路》一文认为,《民法典》第1086条未规定分居探望权,可从四种路径分析《民法典》视野下分居探望权的适用规则:一是类推适用《民法典》第1086条关于离婚探望权的规定;二是将分居探望权解释到《民法典》第1068条关于父母教育、保护子女的权利义务中,进而适用该条的规定;三是通过发布分居探望权司法解释统一法院的裁判标准;四是发布分居探望权纠纷的指导性案例,作为法院审理类似分居探望权纠纷时的参考依据。发布司法解释和指导性案例可以与类推适用《民法典》第1086条的路径同时适用,或者与直接适用《民法典》第1068条的路径同时适用。

第四专题“遗产管理研究”。在我国遗产管理人制度中,制作遗产清单、处理被继承人的债权债务等是遗产管理人的重要职责。遗产债务申报通知与公告制度有利于准确地制作遗产清单、及时确定遗产债务的范围。陈苇、刘宇娇《我国〈民法典〉遗产债务申报通知与公告制度立法完善研究》一文指出,我国《民法典》继承编只规定了继承开始的通知制度,欠缺公告制度,并且被通知对象没有明列遗产债权人等利害关系人。这

导致有些遗产债权人等遗产利害关系人不能及时申报对遗产的权利,不利于保护遗产债权人的利益和维护交易安全。该文在考察我国民众观念与民间习惯,汲取域外立法经验基础上,针对我国遗产债务申报通知与公告制度之不足,从中国实际出发,提出了我国遗产债务申报通知与公告制度的补充完善之立法构想。

石婷《〈民法典〉遗产管理制度释论:演绎逻辑与制度再构》一文认为,我国《民法典》继承编首次确立了遗产管理制度,体现了立法的重大进步与创新。在外部制度衔接上与内部制度规则构建中,建议结合我国国情与民众继承习惯,遵循遗产管理制度的演绎特性与价值追求,从制度外部衔接以及制度内部结构进行优化再构,以实现制度的价值效用,推进该制度在我国的有效落地。

梁琳、张婷娟《我国遗产管理人职责研究》一文认为,《民法典》以问题为导向,直面社会发展中的新情况,针对性地规定和完善了遗产管理人制度。但遗产管理人制度在遗产管理人的职责方面仍存在欠缺之处,如遗产清单制度和公示催告债权人职责内容不完善、职务终止事由的欠缺以及遗产管理人失职行为的责任承担方式不健全。完善遗产管理人职责的内容确有必要。

本人曾经是《家事法研究》2011年卷的执行主编,十二年后再次担任2023年卷的执行主编,毫不夸张地说,《家事法研究》记录了研究会的研究能力发展强大和年轻学者人才辈出的历程,《家事法研究》对我国家事法研究的长期性持续性学术贡献毋庸置疑。

本书的出版首先感谢各位作者慷慨赐稿和耐心修改打磨,感谢路德珍老师的编辑校对,也感谢法律出版社的编辑和工作人员冒着北京罕见的高温酷暑坚持工作,使得本书顺利出版。

马忆南

2023年8月26日

图书在版编目(CIP)数据

家事法研究. 2023年卷 / 夏吟兰, 龙翼飞主编; 马
忆南执行主编. —北京: 法律出版社, 2023
ISBN 978-7-5197-8234-4

I. ①家… II. ①夏… ②龙… ③马… III. ①亲属法
—研究—世界—丛刊 IV. ①D913.904-55

中国国家版本馆 CIP 数据核字(2023)第 158732 号

家事法研究(2023年卷)
JIASHIFEA YANJIU (2023 NIAN JUAN)

主 编 夏吟兰 龙翼飞
执行主编 马忆南

责任编辑 董 昱
装帧设计 汪奇峰

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法规出版分社
责任校对 张红蕊
责任印制 耿润瑜
经 销 新华书店

开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 21.25 字数 325千
版本 2023年10月第1版
印次 2023年10月第1次印刷
印刷 唐山玺诚印务有限公司

地址:北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
网址:www.lawpress.com.cn
投稿邮箱:info@lawpress.com.cn
举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn
版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349
客服电话:010-83938350
咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978-7-5197-8234-4

定价:88.00元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

传授、巩固、应用 | 韦伦霍菲尔教授带你快速有效地熟悉《德国家庭法》

2023-10-24 人大社法律出版

<https://mp.weixin.qq.com/s/4jWv54vUYOU4F1Lu1wFGZw>



译者荐语

雷巍巍

德国慕尼黑大学海尔曼（Hermann）教授讲授家庭法时，推荐并且只推荐了唯一一本家庭法入门教科书（即韦伦霍菲尔教授所著本《德国国家庭法》教科书），誉其为极优秀的德国国家庭法学习用书（Studienbuch）。

海尔曼教授列举出本书以下四个方面的特点和优点。

1. 本书以大量篇幅配以图表形式，详尽论述了德国国家庭法的变迁，而家庭法实为近年来德民修订最频繁之领域，对学习家庭法具体条文来说可谓极好的背景知识。

2. 家庭法的一大难点是如何与《德国民法典》前几编规则相衔接，尤其是法律行为制度、物权相关规则以及债权的各种制度。而本书对此从始至终都给予了重点关注。

3. 家庭法另一个难点在于，其中很多规则反映的是社会思潮、普遍价值观的变迁，其背后实质是具体法律规则外不同价值的秩序问题。法律对此如何进行相应调整，法院在实践中又如何通过具体裁判技术进行处理等，本书都作了详细论述。尤为难得的是，本书在论述家庭法制度时，除了大量引用相关裁判，更经常地直引立法理由、裁判理由原文，由此可使读者透过冰冷的条文和裁判了解其背后（立法者、裁判者）鲜活的思想。

4. 最后就是作者在本书结构上的巧思。除各种视觉上使用简明的图表之外，每个知识点及章节后还配有大量真实案例（Fall）、作者灵活设计的例子（Beispiel）和复习题，如此均让读者可以从具体情境中了解每条家庭法抽象规则的适用。各个板块内容之间更是配有德国国家司法考试层面的案例分析题，得以使我国读者一窥家庭法（这块国内很少提及）上鉴定式请求权基础案例分析应如何进行。

前言

本书无意于仅成为一本教科书，而是想成为一本学习书，其作用在于传授、巩固以及应用有关家庭法领域的基本知识。本书的目标群体是那些正在进行法学必修科目和重点科目之学习以及已通过第一次国家考试而获得法律候补文官（Rechtsreferendare）资格的法学专业学生。在内容的论述上则根据考试的要求来进行安排。内容的选择和权重均基于其在考试上的重要性以及材料主题的时效性。处于首要地位的则是对案例的参考。和之前几版一样，继续强调与一般性债法和物权的联系，毕竟家庭法通常会在这些联系之下而在民法考试中得到考查。因此，本书对于诸如责任问题或者婚姻法中的物权法适用问题都会以单独的章节进行专门讨论。通过这一方式也使《民法典》其他各编的内容得到复习和深化。有关程序法的适用则在各自相关的必要范围内展开论述。

学生们总是会低估法律研读的价值。然而，也只有那些熟知自己法律之人才能够很好地以其进行工作，所以强烈建议在学习的同时反复阅读相关条文。在任何情况下，在对新内容进行学习之前都应该首先阅读与之相关的条文规范。

本书中所涉及的法律状况截止于2021年6月1日。对于其他已确定将进行的法律修正以及已计划的法律改革则会在其各自相关之处有所提及。

自上一版出版以来所作出的对考试具有重要意义的新判决，已经在这一版的修订过程中被添

加进了本书。再次对每章末尾用于复习所学内容的问题进行了修订。此外，我还注意到了本书读者所提出的许多建议，也一如既往地十分高兴能收到这些建议。

玛丽娜·韦伦霍菲尔

2021年6月于美茵河畔的法兰克福

样章试读

第四章

增益补偿和其他财产补偿

第十六节 生前增益补偿

一、基础

1. 增益补偿的概念及其证成

作为法定财产制的财产增益共有制的首要特征是，在离婚的情况下要进行增益补偿。¹ 增益补偿的基本思想在于，婚姻存续期间配偶双方所共同获得的财产在离婚的情况下应当平均地进行分配。根据《民法典》第1378条第1款的规定，这一补偿是按以下计算方式实现的，即相比而言获得了较多增益的配偶一方必须将盈余（Überschuss）的一半支付给配偶另一方。

例子：当丈夫恩斯特（E, Ernst）在婚姻存续期间所获得的增益为10万欧元，而没有从事工作的妻子菲奥娜（Fiona, F）只有2万欧元的增益时，就可以得出在E这一方所多出的增益部分为8万欧元。因此，在增益补偿的范围之内F就能从E那里请求这多出部分的一半，即4万欧元。

对财产补偿的证成也会诉诸《基本法》第6条第1款和第3条第2款的评价以及从中产生的对半分原则（Halbteilungsgrundsatz）。^① 从单收入婚姻或者准双收入婚姻的模式出发，在婚姻存续期间选择为了共同的生活计划而全部或者部分放弃职业以及放弃积累自己财产机会的配偶一方，应当有权利获得共同所得的一半。尽管如此，《民法典》第1372条及以下各条所包含的是任意法（dispositives Recht）。根据《民法典》第1408条及以下各条、第1414条的规定，配偶双方通过婚姻契约既能够对具体部分作出不同的约定，也能够完全排除增益补偿或者约定分别财产制。在此存在着广泛的形成自由（Gestaltungsfreiheit）。^②

^① 也可参看下文第二十二节边码1。

^② 参看BGH NJW 2018, 2871; OLG Frankfurt NJW 2020, 1527; 也可参看上文第十三节边码8。



作者简介

玛丽娜·韦伦霍菲尔(Marina Wellenhofer), 在德国慕尼黑大学先后完成博士学位论文和教授资格论文, 于2005年获聘德国法兰克福歌德大学民法和民事程序法教席教授。兼任《新家庭法杂志》副主编等职务, 著有《德国家庭法》《德国物权法》等, 参与编撰《慕尼黑民法典评注》第十卷、第十三卷。

译者简介

雷巍巍, 男, 畲族, 浙江大学法学学士、民商法硕士, 德国慕尼黑大学法学博士, 中国计量大学法学院/知识产权学院讲师, 硕士研究生导师。主要研究方向为民商法、家庭法、继承法。在德国出版专著一部, 在《财经法学》《中德法学论坛》等期刊上发表论文、译文若干。

目录

- 第一章 基础
 - 第一节 导论
 - 第二节 家庭法中的基本法权和人权
 - 第三节 有关国际家庭法的提示
 - 第四节 复习
- 第二章 婚约、结婚和婚姻姓氏
 - 第一节 婚约
 - 第二节 结婚和婚姻的废止
 - 第三节 婚姻姓氏
 - 第四节 复习
- 第三章 婚姻生活共同体

- 第九节 婚姻的一般效力
- 第十节 日常家事代理权
- 第十一节 婚姻生活共同体的责任问题
- 第十二节 配偶的所有权关系和占有关系; 所有权推定
- 第十三节 财产制法概况; 婚姻契约
- 第十四节 处分限制
- 第十五节 复习
- 第四章 增益补偿和其他财产补偿
 - 第一节 生前增益补偿
 - 第二节 死亡情况下的增益补偿
 - 第三节 增益补偿之外的财产补偿请求权
 - 第四节 复习
- 第五章 离婚及离婚后果法
 - 第一节 离婚
 - 第二节 分居
 - 第三节 离婚时分配住房和请求家居物品
 - 第四节 离婚后的扶养和未婚母亲的扶养
 - 第五节 供养补偿
 - 第六节 复习
- 第六章 登记的生活伴侣关系和非婚生活共同体
 - 第一节 登记的生活伴侣关系
 - 第二节 非婚生活共同体的概念和法律基础
 - 第三节 非婚生活共同体结束时的财产补偿
 - 第四节 复习
- 第七章 亲子关系法
 - 第一节 亲子关系法基础
 - 第二节 出身法
 - 第三节 父母照顾的取得和丧失
 - 第四节 父母照顾的行使和限制; 子女的法定代理
 - 第五节 交往权

第三十五节 血亲之间的扶养，尤其是子女抚养

第三十六节 收养

第三十七节 复习

第八章 监护、保佐、照管

第三十八节 监护

第三十九节 保佐

第四十节 照管

第四十一节 复习

自测题答案

术语索引

家事法苑

十一、电影推荐

荐影 | 《过昭关》 | 伦理片 | 来源：豆瓣网

2023-10-01 家事法苑 家事法苑团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/eD4Tj8Mm8hxgeJLjJfyEzw>

《过昭关》

中国 家庭伦理片



导演：霍猛
 编剧：霍猛
 主演：杨太义/李云虎/万众/聂栋才
 类型：剧情/家庭/儿童

制片国家/地区：中国大陆

语言：河南方言

上映日期：2019-05-20(中国大陆)/2018-10-17(平遥国际电影展)

片长：93分钟

又名：Crossing The Border-Zhaoguan

IMDb：tt9496220

剧情简介

《过昭关》是由霍猛自编自导，杨太义、李云虎、万众、聂栋才主演的乡村公路类电影，于2018年10月17日在第二届平遥国际电影节首映，2019年5月20日在中国内地公映。

影片主要讲述了老人李福长带着孙子宁宁，骑着摩托三轮车跨越千里探望老友的故事。

暑假七岁的宁宁被送回乡下，由七十多岁的爷爷李福长（杨太义饰）照顾。李福长偶然间得到了一个老朋友的联系方式，得知老友身体中风，时日无多。他决定骑摩托三轮车，带着孙子跨越千里看望老友。为抵达目的地见到自己思念的老友，李福长与孙子一路跋山涉水、马不停蹄，每天迎着朝阳出发，伴着夜幕入睡，一面在匆忙的旅途中感受社会百态与人情冷暖，一面又在磕绊的境遇中体验人生、思考生命。

影片以“过昭关”喻指人生，是难得一见的中国乡村公路片。

该影片获得了第22届上海国际电影节电影频道传媒关注单元三项大奖，以及第32届中国电影金鸡奖四项提名。

获奖记录

第22届上海国际电影节（2019）

电影频道传媒大奖 最受传媒关注影片 霍猛

电影频道传媒大奖 最受传媒关注导演 霍猛

电影频道传媒大奖 组委会特别奖 杨太义

第32届中国电影金鸡奖（2019）

最佳导演(提名) 霍猛

最佳男主角(提名) 杨太义

最佳男配角(提名) 李云虎

最佳中小成本故事

第2届平遥国际电影展 (2018)

费穆荣誉最佳导演 霍猛

费穆荣誉·最佳男演员 杨太义

华语新生代·青年评审荣誉 霍猛

中国新生代单元最受欢迎影片(提名) 霍

猛

演职员简介

霍猛 Meng Huo
导演 Director

代表作: 过昭关 / 我的“狐朋狗友” / 2018最美表演



杨太义 Taiyi Yang
演员 Actor (饰 李福长)
代表作: 过昭关



李云虎 Yunhu Li
演员 Actor (饰 李锦宁)
代表作: 过昭关



万众
演员 Actor/Actress (饰 李运生)
代表作: 过昭关



葛栋才
演员 Actor/Actress (饰 李福和)
代表作: 过昭关



霍猛 Meng Huo
编剧 Writer
代表作: 过昭关 / 我的“狐朋狗友” / 2018最美表演



霍猛 Meng Huo
制片人 Producer
代表作: 过昭关 / 我的“狐朋狗友” / 2018最美表演



十二、沙龙活动

讲坛综述 | 王湘淳：论夫妻股权的渐进式分层共有 | 第 33 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办

2023-10-09 家事法苑 家事法苑团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/TEpMH23VWe2kdYA3twHrg>



主题为“论夫妻股权的渐进式分层共有”的家事法讲坛第 33 期于 2023 年 9 月 27 日晚上举办，活动通过“家事法苑”腾讯视频号同步直播，观众总数 4269 人，最高在线 384 人，全程稳定在线 300 人左右，活动取得圆满成功。

本期讲坛主讲人是中央财经大学法学院王湘淳老师，与谈人分别是：中国政法大学民商经济法学院缪宇副教授、华侨大学法学院姜大伟副教授、武汉大学法学院特聘副研究员申晨老师、中国社会科学院法学研究所助理研究员王琦老师、北京市金融法院三级高级法官江锦莲法官、北京市中伦（上海）律师事务所合伙人贾明军律师。点评人是中国人民大学法学院王雷、孙若军教授。北京天驰君泰律师事务所杨晓林律师担任主持人。（嘉宾简介详见后附海报）

“家事法讲坛”由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所和中国人民大学民商事法律科学研

究中心共同主办，北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队协办，创办于 2020 年 5 月。

开幕式

致辞人：

姚辉，中国人民大学法学院教授，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心主任。



家事法讲坛是由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心共同发起主办，北京天驰君泰律师事务所协

办，邀请法律职业共同体各界嘉宾从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策，旨在进一步加强婚姻家庭法领域理论界与实务届的交流。

股权作为一种特殊的财产形式，涉及家庭财产维护、市场交易秩序、公司组织三个维度规则的交叉适用。目前在股权转让效力、夫妻财产分割实务中涉及夫妻股权性质的争议越来越多，成为理论和司法实务的难题。

如何完善我国相关法律规定，及时有效地解决涉及股权的家事纠纷，维护夫妻双方合法权益以及保护第三人利益与交易安全，具有十分重要的意义。今晚，我们再次邀请到对该问题有深入研究的学者、法官、律师共同探讨该实务疑难问题。本期讲坛的主讲嘉宾是王湘淳博士，与谈嘉宾分别是缪宇副教授、姜大伟副教授、申晨副研究员、王琦助理研究员、江锦莲法官、贾明军律师。

主讲环节

主讲人：

王湘淳，中央财经大学讲师、硕士生导师，法学博士，中央财经大学企业合规与风险防控法律研究中心副主任，中国人民大学营商环境法治研究中心特聘副研究员。



实践中，股东一方转让夫妻共有股权，股东配偶请求确认转让无效的案件屡见不鲜。法院对转让行为是否有效存在不同观点，引致裁判分歧。这种不同观点部分源于裁判者对夫妻共同财产制

下夫妻双方共有之客体的认识差异。实践中常见的股权财产利益共有说与股权共有说都存在解释论上的不足，难以妥当协调夫妻共同财产制与公司治理的制度冲突：股权财产利益共有说将共有客体债权化，这维护了公司人合性，但也从根本上否定了夫妻共同财产制有关共有财产平等处理权的规定。股权共有说将共有客体扩大为完整股权，但在司法实践中又避开股东资格部分的处理，虽然维护了夫妻共同财产制的统一性，但完全忽视了公司法对股权的调整。

可运用公司法股权分离理论构造夫妻股权的渐进式分层共有，在夫妻共有的特殊情况下，使股权的财产权益与社员权益的变动时点发生分离，并依据不同标准判断归属。股东的配偶依据夫妻共同财产制与股东共同享有股权财产权益，但其并不能对抗善意的股权交易相对方；只有在经过公司、其他股东认可后，才能与股东共同拥有股东资格，向公司主张股东权利。此模式可在协调婚姻法与公司法冲突的基础上，为股权行使、股权转让及离婚股权分割等情形提供具有融贯性的解释论方案。

首先，在股权转让场合，股东未经其配偶的同意，擅自处分共有财产，属于无权处分，转让合同不因无权处分而无效，但是受让人需满足善意取得的要件才能取得股权。其次，在离婚股权分割场合，需要分两种情形讨论：第一，依据夫妻财产制，夫妻至少得以共有股权财产权益。夫妻双方协商一致时，股东可将其股权的部分或者全部转让给配偶；在股东不同意时，其配偶仍然有权请求分割共有的股权的财产权益。股东的配偶基于其享有的股权的财产权益，可以请求获得股东资格。这种情况下，夫妻间的股权分割与转让涉及未被公司认可的外部人员进入公司的问题，需要获得其他股东的同意，适用《婚姻家庭编解释一》第73条。第二，如果未被登记于工商登记、记载于股东名册的配偶，已经被公司、其他股东知晓，并获得了公司、股东的认可，即可共有股东资格。

此时，夫妻双方共有完整的股权，与一般股权共有无异。这种情况下，夫妻间分割与转让股权属于股权共有人间转让股权，不适用《婚姻家庭编解释一》第73条的规定。

与谈环节

与谈人：

缪宇，中国政法大学民商经济法学院副教授，法学博士、博士后，主要从事民法研究，研究兴趣主要集中在债法、亲属法和继承法



夫妻共有股权之争主要发生在以下场景：以夫妻共同财产为对价、经由民事法律行为取得股权，股权登记在夫妻一方名下，股权是否属于夫妻共同财产？夫妻一方单方处分股权的，效力如何？这里涉及配偶的利益、公司的利益以及交易相对人利益的保护。

总的来看，学界和司法实践大多倾向于保护公司利益和交易相对人利益。实现这一价值判断，夫妻共有股权之争的解决方案大致有两种，即事前路径和事后路径。

事前路径从股权作为夫妻共同财产的定性着手，倾向于认为夫妻共有股权不是夫妻共同财产或者不完全是夫妻共同财产，登记的夫妻一方享有并行权利；事后路径从股权作为夫妻共同财产的管理入手，倾向于认为夫妻共有股权是夫妻共同财产，但是要适用特殊的管理规则。

基于三点考量，我倾向于事后路径。

第一，夫妻一方经由法律行为取得财产的，该财产如何成为夫妻共同财产，理论上不易判断。

对这一问题，德国学界存在直接取得说和辗转取得说两种立场。按照直接取得说，夫妻一方享有法定的取得授权，能够以自己的名义实施法律行为，取得的财产直接成为夫妻共同财产。按照辗转取得说，夫妻一方得以个人名义实施法律行为，无须告知相对人自己已婚且选择了共同财产制。夫妻一方依据法律行为的一般规则取得财产后，经过法律上的一秒，该财产成为夫妻共同财产。

德国学界主流观点支持辗转取得说，贺剑老师和申晨老师也采纳了这一立场。问题在于，辗转取得说与夫妻共同财产的代为规则如何协调，可能需要进一步研究。也就是说，以夫妻共同财产为对价取得的财产，是辗转取得还是直接取得？以及以部分夫妻共同财产、部分个人财产为对价取得的财产，是辗转取得还是直接取得？总之，夫妻财产的物权变动是一个比较复杂的问题，在区分处分行为和负担行为的背景下尤为如此。

第二，既然夫妻财产的物权变动已经如此复杂，那么夫妻股权的定性之争随着股权变动模式之争而更加难以解决。

结合《九民纪要》第8条、《公司法》第32条，学界对股权变动模式存在分歧，包括债权形式主义、债权意思主义、修正的意思主义多种立场。因此，夫妻一方取得的股权，如何成为夫妻共同财产，还需要结合股权变动模式展开分析。

第三，在我国学界和司法实践中，股权属于财产权、还是二元权利，实际上还存在争议。有观点就主张，应当区分股东财产权、股东人身权来认定股权是否构成夫妻共同财产。

基于上述三种考量，我倾向于从夫妻共同财产的管理模式这一角度分析夫妻共有股权，从而，登记在夫妻一方名下的股权甚至动产，原则上可以由夫妻一方来管理。进而，夫妻财产法主要调整夫妻内部关系，夫妻双方与第三人的外部关系依据财产法一般规则处理。

与谈人：

姜大伟，华侨大学法学院副教授、民商法教研室主任，法学博士，福建省高校人文社会科学研究基地“华侨大学地方法治研究中心”研究员，福建省法学会民商法学研究会理事



股权可以共有。这是从静态意义上对股权归属作出的判断，无关乎动态意义上股权如何管理、流转等行权问题，其判断的实质标准是股权份额对应的出资财产的真实权属状态。股东以共有财产出资，其对应形成的股权亦为共有。在现行公司法语境下，被公司背书为股东的夫或妻，可以视为股权共有的代表，其可以依股东资格向公司主张股权权益，但股权权益最终归夫妻共有的事实不能亦不应改变。就股权行权而言，股东的配偶因不具有股东资格，而不能直接向公司主张股东权利。股权转让一方面要适用公司法上的股权转让与规则，但另一方面，因股权的外部转让已经突破了公司内部的组织关系，股东在没有告知配偶的前提下，擅自转让名下的共有股权，不仅可能损害配偶的财产利益，而且必然损害配偶对重大财产处理的知情且同意的权利。因此，婚姻财产法规亦须遵循。股权分割是夫妻间因离婚而对共同财产开展的内部清算活动，无论是否达成协议，从尽快恢复离婚后的安宁生活的角度讲，都应及时处理。股权分割不同于股权外部转让。二者在行为性质、目的、是否存在对价以及裁判依据上均存在本质区别，故不应直接类推适用股权外部转让的程序规则。股权分割是否会破坏公司人合性的判断，应当交由公司及股东透过公司章程自决，而不应由立法替代公司及股东作出必然推定。必须正确对待公司章程在夫妻股权分割

中的价值功用，法国法上的经验以及我国股权继承规则可为镜鉴。

与谈人：

申晨，武汉大学法学院特聘副研究员、法学博士，中国人民大学博士后，湖北省法学会婚姻家庭法研究会理事，主要从事婚姻家庭法研究



感谢家事法讲坛的邀请！夫妻股权这个问题目前理论和实务界的讨论已经持续多年。2021年，我在上海财大的家事法会议上就这一问题进行了发言。当时，张谷老师评议说，你讲的这个法律关系不就是信托吗？受这一观点的启发，我写了以信托结构理解夫妻股权的论文。事实上，围绕夫妻股权的法律关系，无论是湘淳老师今天讲的渐进式分层共有，还是缪宇老师论文中的基于夫妻财产管理制的信义义务，或者是我提出的信托结构，都是一种解释层面的逻辑结构。而实务中大家更加关注的，可能还是各种逻辑结构背后的实际的法律效果。可以认为，目前在法律效果层面，研究者多达成了一个共识，即夫妻股权中的社员权和财产收益权可以作适当的分离。而分离主要应用于两个场景。一是婚姻存续期间内，登记股权方单方处分股权的法律效力。就这一问题，考察事实细节不难发现，逻辑结构上无论是采有权处分、信义管理还是无权处分+善意取得，法律效果层面的差别并不巨大。比较有争议的是第二个场景，即离婚中的股权分割。这里面又有两个处理难点：一是能不能直接分割股权？若不能，股权补偿涉及的股权估值如何处理？二是对于有限责任公司，股权分割要不要经其他股东同意。这

两个难点的存在，使法律关系大幅复杂化。我目前倾向的观点，是绕开这两个难点，对非登记股东方，使其不能分得完整股权，只能分得有分红权的股权。这样既避开对直接分割股权和股权估值的疑虑，也因为不涉及人合性而无需其他股东的决策参与。当然，这一观点的合理性，可能还需要专攻公司法的老师来批评。谢谢！

与谈人：

王琦，中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士。



股权兼具财产性与人身性，能够纳入夫妻共同财产范围的应仅限于股权的财产价值。《婚姻家庭编司法解释（一）》第73条系以夫妻双方达成股权处分的合意为基础，在尊重《公司法》相关规定的基础上，运用股权转让规则处理夫妻共有股权问题。在夫妻双方未能就股权处分达成合意时，该项规范显然不能作为处分夫妻共有股权的依据。对此，实践中采用直接分割股权份额并将其在夫妻之间平均分配的方式加以处理，这一方式忽视了夫妻共有之对象应为股权的财产价值而非股权整体，直接分割股权份额的方式忽视了股权的人身属性及其对公司和其他股东所可能产生的影响，并非可取的做法。以股权的性质界定为出发点，在夫妻因离婚而处分其共有股权时，首先应当明确能够纳入夫妻共同财产范围的仅限于股权的财产价值，法院在处理夫妻共有股权分割案件时也只能就股权的财产价值进行分割，而不应径行将股权整体作为分割对象。在对夫妻共有股权进行价值分割时，确定股权的合理价格是

股权价值分割的基础和关键。通过对实践中存在的诸多股权价值确定方案进行比较可以发现，由专业机构进行股权价值评估是较为合理的处理方案。但实践中仍然存在评估依据选取不当、忽视股权价值评估基准日的确定等问题，这在一定程度上制约了股权价值评估机制应有功能的发挥。在进行股权价值评估时，应综合考虑公司净资产、现金流、注册资本、盈利能力等因素，并选取适当的股权价值评估基准日，以确保股权估值的公平合理。

与谈人：

江锦莲，北京金融法院三级高级法官，从事民商事审判工作18年。



一、夫妻共有股权之客体

关于夫妻共有股权的客体，司法实践和学界主要存在两种观点。一种观点认为夫妻共有股权的客体是股权；另一种观点认为夫妻共有股权的客体是股权中财产权利（益），这里的财产权利（益）又可以具体分为股权财产权利（或者说股权的价值）、股权的收益、出资额（投资额）等几种情形。

我倾向于认为夫妻共有股权的客体是股权中财产权利（益）。因为股权作为一种独立的民事权利，实际上是一套权利束，包括财产法视角和公司法视角下的两类权利。股权除具有财产权益内容外，还具有与股东个人的社会属性及其特质、人格密不可分的身分权等内容。

二、夫妻双方不能协商一致情况下的股权分割

夫妻对股权分割未能达成一致意见的，可以通过以下方式解决争议，第一，双方同意竞价的情况下，以竞价确定股权价值；第二，双方不同意竞价的情况下，对股权价值进行评估鉴定；第三，通过竞价或评估鉴定计算出股权价值后，如股东配偶主张获取股权则参照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第73条进行处理。即：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

三、单方处分夫妻共有股权的效力认定

登记在夫妻一方名下的共有股权，作为股东的一方有处分权，但股权转让应当满足价款合理的要求。夫妻之间是否就共有财产的处分达成一致意见，都不具有对世效力，不得对抗善意第三人。只要转让方是被公司股东名册和公司登记机关登记资料确认为股东的民事主体，受让人就有正当理由确信其为适格的转让方。在单方处分夫妻共有股权损害另一方的利益（或者说恶意转让）的情况下，受损害方可以利益遭受损害为由起诉股权转让合同无效。

四、民事审判和商事审判的理念冲突及取向

民事审判和商事审判在理念上存在明显的差异，主要表现在以下两个方面：一是价值取向方面。民事审判强调民法上的公平，注重保护民事主体的个人权利和自由利益。商法关注商事主体以营利为目的、以营业为形式从事商事交易的特殊性，强调公平与效率并重，有时更侧重于效率优先。二是利益保护重心方面。民事审判强调的

是民事主体个别利益的一般保护。商事审判则强调商人营利利益的保护，侧重于动态保护，关注交易安全和交易秩序的维护。

与谈人：

贾明军，北京市中伦（上海）律师事务所合伙人，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事。



刚才听到各位老师的真知灼见，受益非浅。在实务中，我比较关注配偶单方转让股权的效力问题。主要原因，是股权转让既是行使公司法角度股东权利的一种表现形式，同时，又可能成为配偶单方转移财产的便捷、有效方式，在实务中，更能引发关注。

1、股权是可以成为夫妻共同财产

不论是从法律、还是司法解释，以及各地司法解答的相关规定中，对于“股权”是否系夫妻共同财产，似无定论。最高院二审或再审的案例、或者巡回法庭的会议纪要中，针对个案，也有一定的描述，但总体来说，似无明确的结论。我个人的观点是，股权可以成为夫妻共同财产。从渐进层次的角度分析，股权，与股东权利是两个不同的概念。股权，可以是夫妻财产权利的客体，夫妻共有股权，但不代表夫妻都能行使配偶一方名下的股东权利；从婚姻家庭法律的角度，与从公司商事交易规则的角度，存在不同的视角规则。

2、配偶单方转让股权效力的认定，是保护夫妻财产同等权利、与保护股东商事交易秩序的“博弈”与平衡，审判实践态度也有变化

近些年，我个人的感觉是代理未持股一方主张另一方单方转让股权的案件越来越不好打，主

要体会是，法院在认定配偶单方转让股权效力的认定，从以前“高度可能性”的举证要求，到“排除合理怀疑”的要求。我多年之前办理此类案件，法官倾向于结合从股权转让的对象、价格、与夫妻感情变化对比、以及转让后股东的权利行使的不同角度，结合心理的判断进行判断；而近期在办理此类案件中，个人感觉认定配偶单方转让股权效力的审核越来越谨慎，这和近些年“尽量不认定合同无效”的思路有一定的联系，如果认定股权转让无效，基本就是和“恶意串通，损害第三人权益”切入，从高度盖然性的推理，到无可怀疑地确认。总体来说，当下对于商事交易安全与稳定角度的考量，似更重视。比如，对比上海二中院2014至2018年关于配偶单方转让股权效力的阐述与2023年9月的阐述对比，即可见一斑。

3、认缴制、融资商务交易等新的股权转让交易类型，也对如何判断股权转让效力提出新的课题。

比如，“认缴制”出资规则下，配偶一方在“零出资”的情况下，又将股权转让零对价转让，即股权转让没有对价，如何进行效力评价？如果涉及价值评估，如何取得评估资料或解决当下和未来收益的问题；再比如，有些股权投资的案例中，投资人更在意创业团队核心人员的专注和投入，在投资时约定，若核心人员离职，投资人有权以1元钱收购核心离职人员的股权。若真发生此种情形，涉及夫妻财产权益与投资人权益的平衡，这就对通过案件细节来判断股权转让原因、目的与平衡未持股另一方权益的平衡，提出了新的课题。

以上是我不成熟观点，供各位老师参考

点评环节

点评人：

王雷，中国人民大学法学院教授，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。



有限责任公司夫妻“股权共有”主要包括相应股权是否构成共有财产、登记在夫妻一方名下的股权能否为登记名义人单独处分这两个价值判断问题。夫妻“股权共有”涉及《民法典》婚姻家庭编与《公司法》的适用衔接，其复杂性源于股权的综合性权利/双重权利特点，应该有区分原则的态度和方法。第一，《民法典》第1062条第1款第（二）项并未简单规定股权作为夫妻共同所有财产，应该秉持区分原则，不宜“一刀切”认为股权为夫妻共同所有财产，登记在夫妻一方名下股权中的表决权等身份权益不能被共有。第二，解释论上，在《民法典婚姻家庭编司法解释一》第73条离婚股权合意分割规则背景下，离婚股权分割中常见股权财产利益共有说、股权共有说、股权渐进式分层共有说、信义义务说（信托说），很大程度上均属于纯粹民法学问题中的解释选择问题，均须通过其他股东的同意权和同等条件下优先购买权来维持有限责任公司的人合性特点。第三，解释论上，在《公司法司法解释三》第25条股权善意取得背景下，登记在夫妻一方名下的股权，登记名义人单方处分时，对交易相对人可以参照适用善意取得制度。当然，股权善意取得制度并非对登记名义人单方处分股权问题的唯一解决之道，类推适用《民法典》第1064条也能达到殊途同归的效果，此种法律适用方法可以跳出无权处分、有权处分之争。第四，进一步，特定情形下将夫妻公司认定为实质意义上的一人公司、对

离婚后股权减持仍合并适用关于减持比例的规定，也都是实用主义的法律适用思路。

点评人

孙若军，中国人民大学法学院教授，中国人民大学婚姻家庭法研究所执行所长、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事。

今天的主题主要涉及两个问题，夫妻共有财产形成的股权，一方能否擅自转让？离婚时，非股东一方请求分割股权是否应当支持？王老师从股权的客体展开阐述了自己的看法，各位嘉宾也从不同角度谈了各自的意见，大家对夫妻共同财产形成的股权的认识基本是一致的。现司法实践也基本形成了共识，即股权擅自转让的效力，按照《民法典》第301条、311条的规定处理，这是由股权的财产属性决定的。离婚时，人民法院能否支持当事人分割股权的请求，按照《民法典婚姻家庭编解释一》第73条的规定处理，这是由股权的人身属性决定的。两个问题的价值取向都是优先保护交易安全。目前我国公司法上没有共有股权制度，未来如果商法修改能够引进这一制度，让当事人有更多的选择，或许能减少上述两类纠纷，对夫妻双方的利益保护也能更加平衡合理。

主持人

主持人：

杨晓林，北京天驰君泰律师事务所合伙人、“家事法苑”团队领头人

活动圆满成功，家事无小事，共同关注，共同努力，共同推动；期待下期再见面。

预告

家事法讲坛（线上）第34期

主题：交出未成年子女强制执行的立法论

时间：10月25日（周三）19:00-21:00

主讲人：刘颖，北京航空航天大学法学院副教授，博士生导师。

与谈人：

陈爱武，南京师范大学法学院教授

苑宁宁，中国政法大学副教授

张志国，北京市密云区人民法院巨各庄法庭（家事法庭）法官助理

方颖，浙江省台州市椒江区人民法院民一庭员额法官，二级法官。

高瑾，陕西高瑾律师事务所主任

点评人：

龙翼飞、孙若军，中国人民大学法学院教授

主持人：

段凤丽，北京天驰君泰律师事务所合伙人



家事法讲坛（线上）第35期

主题：实体与程序并驾驱动遗产管理人制度

时间：11月29日（周三）19:00-21:00

主讲人：赵莉，南京师范大学法学院副教授。

与谈人：

王葆蔚，湖南师范大学法学院教授

纪格非，中国政法大学民商经济法学院教授

郝振江，上海财经大学法学院教授

宫楠，长安公证处公证员

李炜，福建武夷山市住房和城乡建设局住房管理股负责人

王亦华，无锡市中级人民法院法官

杜芹，北京市盈科（深圳）律师事务所合伙人

吴卫义，上海海若律师事务所主任

点评人：
龙翼飞、孙若军，中国人民大学法学院教授

主持人：
邓雯芬，北京天驰君泰律师事务所合伙人



家事法苑

将在11月29日 18:50 直播

预约

家事法讲坛第35期

主题:实体与程序并驾驱动遗产管理人制度

主讲:赵莉

与谈:王葆蔚 纪格非 郝振江 官楠 李炜 王亦华 吴卫义 杜芹

视频号

家事法讲坛（线上）第33期

主办单位

中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所
中国人民大学民商事法律科学研究中心

本期主题

论夫妻股权的渐进式分层共有

时间：2023年9月27日（周三）
19:30-21:30

平台：“家事法苑”视频号
(开放直播, 不设回放)



扫码预约直播

【主讲人】



王瀚涛

中央财经大学讲师，硕士生导师，法学博士，中央财经大学金融与法律研究中心副主任，中国人民大学民商事法律科学研究中心特聘研究员。2016年9月至2020年6月在中国人民大学法学院法学院，期间担任助理教授。2018年2月至2019年6月在英国伦敦大学从事访问研究。2020年7月调入中国人民大学法学院工作。主要研究方向为公司法、曾在《中外法学》《清华法学》等核心期刊发表学术论文，参与国家社会科学基金一般项目、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目等课题。

【与谈人】



廖宇

中国政法大学民商经济法学院副教授，法学博士，硕士生，主要从事民法研究，研究领域主要集中在民法、物权法领域。在《中外法学》《法学》《清华法学》《法律评论》《法商研究》发表学术论文。



曹大伟

华东政法大学副教授，民商法教研室主任，法学博士，福建省特聘人文社会科学研究员，华东政法大学方法研究中心主任，研究员，福建法学会民商法学研究会理事。先后主持国家及省部级以上课题10项，《国家哲学社会科学》重大项目1项，教育部人文社会科学项目等课题1项。曾担任《中国法律》主编，主持行政课题2项。在《法律科学》《法学论坛》《政法论坛》等核心期刊上发表学术论文30余篇。在中国政法大学出版社出版专著1部。



申晨

政法大学教授，特聘研究员，法学博士，中国人民大学博士后，美国威斯康星大学访问学者，北京法学会婚姻家庭法研究会理事。主要从事婚姻家庭法研究。在《法学》《中外法学》《清华法学》等刊物发表学术论文二十余篇。



王琦

中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士，主要研究领域为民法、证券法。曾参与多项国家社会科学基金项目研究工作。在《清华法学》《法律适用》等核心期刊发表多篇学术论文。

江锦庭



北京余耀庭律师事务所高级法官，从事法律审判工作13年。多次在最高人民法院、司法部、人力资源和社会保障部、最高人民法院等部委担任专家，在《人民司法》《北京审判》等刊物发表多篇学术论文。兼任中国政法大学、北京航空航天大学、北京工商大学客座教授。在《中国审判》《中国法律》《中国法律》《China Law & Practice》《CLP》等期刊发表多篇学术论文。多次以行政法官身份担任人民陪审员。



贾研军

北京市中伦(上海)律师事务所合伙人，中国政法大学民商法学院客座教授，上海中伦律师事务所高级合伙人，上海市律师协会理事，上海市律师协会国际法专业委员会主任，上海市律师协会国际法专业委员会主任，上海市律师协会国际法专业委员会主任，上海市律师协会国际法专业委员会主任。

【点评人】



龙翼飞

中国人民大学法学院教授，博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授，中国人民大学法学院教授，中国人民大学法学院教授，中国人民大学法学院教授。



王雷

中国人民大学法学院教授，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授，中国人民大学法学院教授。



孙若军

中国人民大学法学院教授，博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授，中国人民大学法学院教授。

【主持人】



程凤娟

北京天驰君泰律师事务所合伙人，律师，中国政法大学民商法学院客座教授，北京市律师协会理事，北京市律师协会国际法专业委员会主任，北京市律师协会国际法专业委员会主任，北京市律师协会国际法专业委员会主任。

讲坛介绍

《中华人民共和国民法典》已于2021年1月1日起正式施行，其中婚姻家庭编、继承编及侵权责任编更是社会关注焦点。2016年5月，最高人民法院在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。2018年7月，最高人民法院试点工作结束后又发文进一步深化改革家事审判方式和工作机制改革。

为进一步加深婚姻家庭法领域理论与实务的交流，中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心特举办“家事法讲坛”系列活动，邀请法律职业共同体各层高层次人才，多视角为民法典婚姻家庭编、继承编的正确实施、立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策。



中国庭审直播网公众号



家事法苑公众号



家事法苑视频号

第三届“家事法苑”群友家事法年度论坛（线上）预通知 | “家事法苑”团队

2023-10-28 家事法苑 家事法苑团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/FmUe7EuZhI1l-popl5aRcA>



“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”家事律师团队于 2008 年 2 月创建，定位为学习型专业群。

目前已发展为：家事综合 A-M 群、继承实务 A-D 群、涉外家事 1-2 群；休闲主题群：法律人电影、音乐 1-5 群、法律人健步走健身群。群友来自律师、学者、公证员、房管、民政、企业法务、在校学生、妇联、公益组织、媒体等法律职业共同体各界别人士，旨在共建专业领域内阳光下法律职业共同体专业资讯分享、业务探讨交流的和谐平台。

第一届“家事法苑”实务群群友年终线上分享会（论坛）于 2022 年 1 月 23 日举行，现已成功举办二届。

诚邀群内法律职业共同体各届别群友共同参与本届线上论坛，分享 2023 年一年来各自在家事专业领域内取得的理论研究与实务经验成果。

一、议题参考范围

1、婚姻人身及财产实务探讨

- 2、继承法实务探讨
- 3、跨境家事争议解决
- 4、妇女权益保护、未成年人权益保护、老年人权益保护及特殊群体群益保护
- 5、律师家事业务专业化、家事律师的职业伦理

二、举办时间

2024 年 1 月 13 日（周六）

08:30—12:30（上半场）；14:00—17:30（下半场）

三、线上直播平台

“家事法苑”微信视频号

四、申报程序：

1、请有意分享的群友在议题参考范围内，于 2023 年 12 月 24 日（周日）24:00 之前提交申报材料，自行申报题目，提交材料须为原创，文责自负。

2、群友可以提交 2023 年年度已经发表、发布、分享过有相对较高实务参考价值的论文、调研报告、案例分析、职业经验总结、课题报告、完整的 PPT 等，也可以是专门为本次论坛提交的原创作品。

会议邮箱：yangxiaolin@tiantailaw.com，邮件主题请务必注明“姓名+家事法苑群年度论坛分享申报材料”。

3、“家事法苑”群管理员团队择优选取论坛分享嘉宾，最迟于 12 月 31 日前向入选群友发确

认函，同时适当特邀部分学者担任分享、与谈或点评嘉宾。

4、每位主题分享嘉宾分享时长为 12-15 分钟（正式议程最后确定），为保证论坛效果，需制作详尽的 PPT，辅助展示。

如有疑问，联系杨晓林律师，手机(微信号): 13366156089

家事法苑群管理员团队
2023 年 10 月 26 日

家事法苑
将在2024年01月13日 08:30 直播

第三届“家事法苑”家事法线上论坛（上）
主办：家事法苑团队
嘉宾：“家事法苑”实务系列群各界别群友及特邀
主题：见正式通知

视频号

家事法苑
将在2024年01月13日 14:00 直播

第三届“家事法苑”家事法线上论坛（下）
主办：家事法苑团队
嘉宾：“家事法苑”实务系列群各界别群友及特邀
主题：见正式通知

视频号

附件

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月修订版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影、音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家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的文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主



段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影. 音乐群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示



如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。



群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（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，或为其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理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