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：微信公众订阅号

微信号：家事法苑（famlaw）　　**视频号：**家事法苑

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

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

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

目　录

一、审判动态 2

北京高院发布涉老审判典型案例…… 2023-10-30 北京审判 北京审判 2

免除领事认证！全国首例！成都国际商事法庭适用国际公约承认外国离婚判决…… 2023-11-07 成都市中级人民法院 9

申请执行人提起夫妻共同财产代位析产诉讼 安徽一被执行人迫于压力主动履行拖欠案款给付义务…… 2023-11-08 人民法院报 11

七则涉农村宅基地纠纷典型案例裁判规则…… 原创: 2023-11-08 人民法院出版社 胡云红 宋天一等 12

父母争夺孩子抚养权，怎么办？…… 原创: 2023-11-08 上海二中院 王梓焱 19

“抚养权给我，孩子给你”：“记名式”抚养模式怎么理解？…… 2023-11-08 厦门市海沧区人民法院 21

德法共治化解家事纠纷——东城法院发布家事纠纷审判白皮书…… 2023-11-10 京法网事 23

小两口离婚，公婆起诉支付购房款，法院是否支持？…… 2023-11-11 山东高法 46

知法守法，共促老有所养…… 2023-11-02 民主与法制时报 本社记者 张晶 49

19 封司法建议 巧解婚姻登记背后的“双面人生”…… 2023-11-12 湖北高院 51

广东高院发布一批贯彻实施民法典典型案例…… 2023-11-16 广东省高级人民法院 53

全市首创！长宁“法院+公证+民政”，共建全周期家事法律“服务链”…… 2023-11-16 上海市公证协会 60

儿子两年多不来往，母亲想收回给儿子的 370 万元购房款，法院怎么判？…… 2023-11-19 CCTV 今日说法 CCTV 今日说法 61

丈夫打赏主播 67 万 妻子诉请返还 湖南新宁县法院：系成年人向网络平台充值的消费行为，诉请不予支持…… 2023-11-21 人民法院报 64

小镇离婚案件上涨 28%？司法建议来了…… 2023-11-21 安徽高院 64

预告丨大兴法院将于 11 月 22 日召开“涉妇女儿童权益案件审理情况及典型案例”新闻通报会…… 2023-11-21 北京大兴法院 66

大兴法院：在具体案件的办理中强化妇女儿童权益保护…… 2023-11-22 北京大兴法院 67

重磅发布！岳麓区法院五大家事审判典型案例！…… 2023-11-24 岳麓区人民法院 72

最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》…… 2023-11-29 最高人民检察院 75

二、媒体典型案例 79

（一）恋爱同居纠纷案例 79

恋爱半年分手，几十万“爱情转账”何去何从？…… 2023-11-02 民主与法制时报 本社记者 张君 通讯员 王梦洁 79

（二）居住权案例 80

再婚老人凭遗嘱获房屋完全居住权 北京一中院审结一起居住权案…… 2023-11-22 法治日报 80

（三）精神损害赔偿案例 …… 82

听干货 | 离婚纠纷中，精神损害赔偿的适用情形…… 2023-11-18 法信 法信 82

（四）赠予案例 …… 87

丈夫赠与第三者 200 多万，妻子能否要求返还？ 东莞市第三法院： 赠与行为违背公序良俗且损害共有人权益，应予返还…… 2023-11-15 人民法院报 87

（五）抚养费纠纷案例 …… 88

离婚后母亲拒付女儿艺考培训费，能否得到支持？…… 2023-11-03 广西高院 88

（六）损害赔偿案例 …… 90

未被通知参加奶奶葬礼，孙子怒告叔叔索赔 6 万精神损害抚慰金，法院判了！…… 2023-10-31 湖南高院 90

女子宫外孕切除输卵管，向同居男友索要“双重赔偿”！法院这么判…… 原创：2023-10-30 上海法治报 陈颖婷 91

（七）夫妻共同债务案例 …… 94

用于夫妻共同生活的借款，离婚了还要共同偿还吗？…… 2023-11-23 珠海市中级人民法院 94

三、继承 …… 96

专家云集 ，前瞻趋势！第二届遗产管理人论坛在京召开…… 原创：2023-11-01 中华遗嘱库 中华遗嘱库 96

共同遗嘱中，其中一方撤销，效力如何认定？…… 2023-11-01 深圳市中级人民法院 99

上海兄妹 3 人主动放弃继承亡母 7 套房，八旬老父却要再婚？子女反悔…… 2023-11-09 上海法治报 101

孤寡老人去世后，遗产谁来管理？…… 2023-11-14 最高人民法院 102

遗嘱设居住权，让再婚老伴有保障…… 2023-11-15 法暖家事 一中院家事审判 104

再婚老伴去世后，老太被要求迁出，难道要无家可归…… 2023-11-20 无锡市中级人民法院 106

为逃避执行，连遗产都不继承了？ 南阳宛城：监督撤销虚假调解书恢复执行…… 2023-11-08 检察日报客户端 王永强 张婷 梁爽 107

“在继承的遗产范围内清偿”判项的执行难题与破解…… 2023-11-23 人民法院报 张 腓 108

画廊里的百万遗产纷争 重庆大渡口区法院：同居关系中的遗产继承应当于法有据…… 2023-11-27 人民法院报 本报记者 刘 洋 本报通讯员 刘 勋 曾继川 文/图 110

遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法…… 原创：2023-11-27 上海一中法院 方方 俞俊俊 113

四、反家暴专题 …… 121

听干货 | 司法实践中，什么情形下可代为申请人身安全保护令？…… 2023-11-04 法信 法信 121

提升适用性，地方立法提供有益探索 ——反家庭暴力法实施七年思考…… 2023-11-04 中国妇女报官方客户端 123

学院成功举办第一届家庭暴力防治论坛…… 原创:2023-11-20 北京警察学院 北京警察学院 126
“我想静静！”老人难忍儿子骚扰，向法院申请《人身保护令》…… 2023-11-23 无锡市中级人民法院 128
长沙市天心区人民法院办理人身安全保护令案件白皮书…… 2023-11-23 无锡市梁溪区人民法院 129
最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第一批）…… 2023-11-25 人民法院报 149
“走不出的围城”：反家暴五大困局待解…… 2023-11-25 检察日报正义网 152
最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第二批）…… 2023-11-27 最高人民法院 156

五、房产 163

“胜诉”了 10 万元的官司竟让她弄“丢”了价值 300 万元的遗产…… 原创: 2023-11-16 方圆 黄莎 南茂林 等 163

六、社会新闻 167

上海一老人去世后，儿媳却拒绝将她与老伴合葬？俩女儿诉至法院…… 原创: 2023-11-19 上海法治报 陈颖婷 167

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题 168

（一）理论学术动态、学者视点 168

冉克平 ｜ 论婚姻无效的法律效果…… 原创: 2023-11-01 现代法学 冉克平 168
育新•青年学者优秀论文回顾 || 刘征峰：结婚中的缔约过失责任…… 原创: 2023-11-02 政法论坛 刘征峰 180
林维：未成年人网络保护发展报告（2021 国家智库报告）…… 2023-10-30 法学黄埔 法学学术前沿 188
讲座回顾 | 浙江大学张谷教授讲座“财产法法理在家事法中的常与变”顺利举行…… 2023-10-30 上海财经大学法学院 199
父母要求子女赡养，可以主张哪些事项和费用支出应由子女承担？…… 原创: 2023-10-30 蒋讲家事法 蒋月 201
第六届家事法学术研讨会顺利召开…… 原创: 2023-11-01 上海财经大学法学院 205
法学 | 李鼎熙：家庭协议适用合同法规范的路径与意义…… 原创: 2023-11-10 华政法学 李鼎熙 218
汪洋 | 遗产归扣的功能定位、规范构造与体系协调…… 原创: 2023-11-15 上海市法学会 东方法学 清华法学院 汪洋 228
李国强|老龄化背景下《民法典》监护人责任构成的规范解释…… 原创: 2023-11-15 当代法学编辑部 当代法学编辑部 237
建构中国婚姻家庭法学知识体系的三个维度…… 2023-11-10 光明日报 王雷 247
李安宁：公证机构在遗产管理人制度中的角色担当…… 2023-11-18 家事法苑 李安宁 249
夏江皓：《民法典》第 1072 条（继父母与继子女间的权利义务关系）评注 | 评注…… 2023-11-22 法学家杂志 261
徐国栋 | 扶养费请求权不受诉讼时效限制的三个理论误区及其矫正 | 争鸣…… 原创: 2023-11-20 探索与争鸣杂志 徐国栋 270
姜雪莲：解释论下遗嘱信托规则的展开…… 原创: 2023-11-25 中国政法大学学报 姜雪莲 280
丁晓东：隐私权保护与个人信息保护关系的法理——兼论《民法典》与《个人信息保护法》的适用…… 原创: 2023-11-29 ZUEL 法商研究 丁晓东 293

张佳蕙丨中华优秀传统孝文化视域下老年人精神赡养权益的司法保障研究——以 105 份精神赡养纠纷判决书为分析样本…… 原创：2023-11-29 上海市法学会 东方法学 张佳蕙 303
熊金才 ：离婚经济补偿数额认定标准实证研究…… 原创：2023-11-29 法治研究杂志社 熊金才 312
抢夺藏匿孩子是司法问题，更是社会问题 ——离婚案件中“抢夺、藏匿未成年子女”行为的法律分析 Z…… 2023-11-29 中国妇女报官方客户端 321
何海波：司法决策的合法性——以尚俊俊“被结婚”案为例 | 《中外法学》2023 年第 6 期…… 原创：2023-11-29 中外法学编辑部 何海波 323

（二）律师视点 336

国浩视点 | 生产经营型夫妻共债司法认定争议与解决路径…… 原创：2023-10-27 国浩律师事务所 李卉 焦璐超 336
涉证券类犯罪婚姻家事案件的刑民交叉法律问题研究（刑事篇）丨威科先行…… 2023-07-04 威科先行 马宏伟 马乃东 340
已故配偶工龄购房的价值计算方式及法律风险预防丨iCourt…… 原创：2023-11-05 iCourt 法秀 赵文博 353
离婚财产分割方法：宅基地拆迁补偿款（赠《离婚财产分割清单》）丨iCourt…… 原创：2023-11-07 iCourt 法秀 邹茜雯 358
家族财富财产保全规划的实践与分析（二）…… 原创：2023-11-09 中伦视界 贾明军 等 366
【山东临邑涉股离婚后财产纠纷案分析】小县城审理大标的离婚案，专业化区域之中也能发展…… 原创:2023-11-25 家族律评 贾明军律师 373

（三）法官视点 380

错位“婚姻”复位记 2023-11-06 京法网事 韩玉..... 380
案外人对被法院查封的房产能否提起确权之诉？ 法院：应通过案外人异议之诉解决纠纷… 2023-11-08 人民法院报 382
夫妻一方负担较多家庭义务的，离婚时是否有权向另一方要求补偿？…… 2023-11-08 柳北法苑 382
法官赵婧：用心用情如我在诉 柔情守护千家万户…… 2023-11-08 民主与法制 本社记者 张若楠 任晓宁 386
王蓉、姜英超：婚内侵权的民事责任刍议丨至正研究…… 2023-11-13 至正研究 王蓉、姜英超 389
无接触交通事故后终止妊娠，可要求精神损害赔偿吗？ 山东商河一孕妇因交通事故引产诉请精神损害赔偿获法院支持 ……2023-11-14 人民法院报 394
父母为已婚子女出资购房，款项性质看证据…… 2023-11-14 北京海淀法院 李文凤 396
夫妻设立的公司可否视为一人有限责任公司 ——北京三中院判决甲公司诉孙某等追加、变更被执行人异议之诉案 ……2023-11-16 人民法院报 397
“我心疼每一个案件中的家”…… 2023-11-20 广东省高级人民法院 398
增值的婚前房产突变“负”资产，只因结婚时…… | 至正-法官札记 138…… 原创：2023-11-21 上海二中院 熊燕 406
东升法庭的岁末结案故事…… 2023-11-27 海法人 王圣淼 408
程惠炳：关于彩礼返还司法解释规定的若干问题思考…… 2023-11-28 家事法苑 程惠炳 411

建设有温度的家事审判法庭 ——访北京市密云区人民法院巨各庄人民法庭庭长相颖…… 2023-11-29 中国妇女报官方客户端 419
父母多度干预子女婚姻，怎么办？…… 原创：2023-11-29 上海二中院 王梓焱 420

（四）检察视点 …… 424
保障“外嫁女”合法权益！最高检、全国妇联联合发布 6 件典型案例…… 2023-11-01 最高人民检察院 424
最高检、全国妇联相关部门负责人就维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例答记者问…… 2023-11-01 最高人民检察院 432
检察官出手，26 年无妻婚姻终撤销…… 2023-11-01 法治周末报 法治周末报 435
为取出亡父的银行存款，他不得已踏上寻母之路丨今晚九点半…… 2023-11-05 最高人民检察院 436
为逃避执行，连遗产都不继承了？ 南阳宛城：监督撤销虚假调解书恢复执行…… 2023-11-08 检察日报客户端 王永强 张婷 梁爽 439

（五）公证专题 …… 441
涉外继承公证难点实务问题探析…… 2023-05-08 长安公证 李青 樊江宁 441
公证案例丨曾经形成扶养关系的继父母子女，在继父与生母离婚后是否仍有继承权？…… 2023-11-27 北京公证 446
中法两国公证人协作办理未成年人跨境继承案例…… 2023-11-28 律政公证处 律政公证处 448

八、书籍推荐 …… 451
荐书 | 德国家庭法（第 6 版）| [德]玛丽娜·韦伦霍菲尔著 | 译者：雷巍巍 | 中国人民大学出版社 2023 年 9 月版 ……2023-11-05 家事法苑 家事法苑团队 451
荐书 | 曹思婕：《中国探望权理论研究》（法律科学文库）|中国人民大学出版社 2023 年 10 月版…… 2023-10-30 家事法苑 家事法苑团队 455
荤茵与季成的坎坷情路——一个故事帮你串联涉外婚姻与继承法律适用重要知识点…… 原创：2023-11-03 北大出版社法律图书 心晴心怡 460

九、电影推荐 …… 466
荐影 |《诉讼》丨以色列婚姻家庭伦理片…… 2023-11-13 家事法苑 家事法苑团队 466

十、沙龙活动 …… 469
讲坛综述 | 刘颖：交出未成年子女强制执行的立法论 | 第 34 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办…… 2023-11-06 家事法苑 家事法苑团队 469
关于父母为子女婚后购房出资问题统一裁判标准再探讨研讨会议程丨浙江省法学会婚姻家庭法学研究会、北京市法学会妇女法学研究会主办…… 2023-11-17 家事法苑 476

附件 479
“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 479

【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、马玉栀

❶家事法苑™ 家事律师网：http://www.famlaw.cn
❷家事法苑™ 团队官方博客：http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan
❸家事法苑™ 团队离婚协议自助网：http://www.91lihun.com
❹简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com
❺简报电子版下载：家事法苑™家事律师网http://www.famlaw.cn首页“资料下载”
❻家事法苑™ 系列交流微信群：家事法实务交流群、继承法实务交流群、涉外家事法实务交流群、法律人电影·音乐休闲主题群

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

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

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

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。
请拟申请入群者先添加以下任一群管理员个人好友：
杨晓林律师（微信号：Y13522380366）
段凤丽律师（微信号：D13552693593）
邓雯芬律师（微信号：13167578960）

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

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

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

正　　文

一、审判动态

北京高院发布涉老审判典型案例

2023-10-30 北京审判 北京审判

https://mp.weixin.qq.com/s/ORAtG3auyAJiAHZ4-h2ugw

为贯彻落实积极应对人口老龄化国家战略，弘扬中华民族敬老传统美德，积极参与营造养老孝老敬老良好社会氛围，日前，北京市高级人民法院组织开展涉老审判典型案例征集评选活动。在全市各法院报送案例的基础上，经过北京高院分组评审、综合评定，精选其中 8 个案例作为典型案例。这些案例既涉及养老、继承、居住权益保障等传统领域，又涉及养老产业、消费欺诈等前沿热点问题；既关注老年人的实体权益，也注重保护老年人的精神权益；既注重对养老相关产业的规范和引导，也注重减轻当事人诉累和促进纠纷实质化解。通过涉老审判典型案例评选活动，进一步提升通过司法弘扬中华民族敬老传统美德的意识，依法公正高效审理各类涉老案件；聚焦老年人急难愁盼的现实问题，不断完善保护老年人权益工作机制，为全面保护老年人权益提供高质量的司法服务和保障，不断增强老年人的获得感、幸福感、安全感。

案例目录

案例 1：冯某甲与贾某、王某赠与合同纠纷案
案例 2：杨某甲诉刘某某等分家析产、继承纠纷案
案例 3：王某甲诉某养老院生命权、健康权、身体权纠纷案
案例 4：孙某某诉某送变电公司、北京某装饰公司侵权责任纠纷案
案例 5：吴某、和某诉何某、某科技公司生命权、身体权、健康权纠纷案
案例 6:华某诉某市某区人力资源和社会保障局基本养老保险待遇核准案
案例 7：刘某甲、郭某某等 11 人诈骗案
案例 8：张某某夫妇申请隔代探望执行案

案例 1：冯某甲与贾某、王某赠与合同纠纷案

关键词：赠与合同　撤销权　继承权

基本案情

贾某现年 96 岁，其子冯某乙生前与儿媳王某将夫妻共有的涉案房屋赠与二人之女冯某甲，但因限购政策原因未办理过户手续，房屋仍登记在冯某乙名下。后冯某乙去世，王某、冯某甲与贾某因遗产继承产生纠纷，并在法院进行了多轮诉讼。冯某甲认为，涉案房屋是父母给她的嫁妆，本案赠与合同是具有道德义务性质的赠与合同，依法不能撤销。因此，在继承纠纷诉讼进行的同时，冯某甲将贾某诉至法院，请求法院判决王某、贾某继续履行赠与合同，协助冯某甲办理涉案房屋的不动产权变更登记手续。贾某则认为，其多年跟随冯某乙一家共同生活，帮忙料理家务、照看孙女，其现在年事已高，而儿媳王某表示无法对其进行照顾赡养，故其作为法定继承人有权撤销冯某乙和王某对冯某甲的赠与，涉案房屋应当按照法定继承分割财产。本案审理过程中，继承案件

作出了最终的生效判决：涉案房屋转移登记至冯某甲名下，冯某甲分别向贾某、王某支付应继承份额的折价款。

裁判结果

法院生效判决认为，老年人享有的继承权应当依法予以保护。被继承人生前签订赠与合同约定将财产赠与受赠人，死亡时尚未履行的，受赠人有权请求继承人履行赠与合同；继承人有权依法撤销该赠与合同。父母自愿为子女准备婚房或将房产作为嫁妆予以赠与虽属常见，体现了父母对子女的关爱，但其难谓义务。本案中，在法律对赠与人的继承人是否享有撤销权规定并不明确，而相关继承纠纷案件已最终判决涉案房屋过户至其名下的情况下，冯某甲仍提起本案诉讼，不仅缺乏法律依据，而且更不利于保护老年人继承权在内的合法权益，因此，综合本案全部事实，判决驳回了冯某甲在本案中的全部诉讼请求。

典型意义

《老年人权益保护法》第 22 条第 2 款规定，老年人有依法继承子女遗产的权利，子女或者其他亲属不得侵占、抢夺、转移、隐匿或者损毁应当由老年人继承的财产。实践中，一些高龄老人在遭受晚年丧子之痛的同时，还被家庭内部财产纠纷困扰。本案当事人之间因继承、赠与等纠纷在北京市法院已有多起诉讼，家庭矛盾尖锐。在法律、司法解释没有明确规定赠与人的继承人是否有权撤销赠与合同的情况下，本案再审判决立足案件涉及家庭成员内部矛盾的实际特点，从对老年人最有利原则出发适用相关法律，充分保护老年人依法享有的继承权，保障老年人的财产权益，确保丧子老年人能够有充足的物质基础安度晚年。

案例 2：杨某甲诉刘某某等分家析产、继承纠纷案

关键词：遗嘱继承　老年人居住权

基本案情

刘某某与被继承人杨某某是再婚夫妻。杨某甲、杨某乙是杨某某与前妻的女儿。杨某某生前订立遗嘱，内容为“……某某房产产权归女儿杨某乙所有。但使用权可给其现任妻子刘某某供其永久居住。但如遇以下情形（1. 出租；2. 再婚；3. 买卖等有违夫妻关系的情形），其居住权收回，杨某乙有处置权。”后杨某某去世。杨某甲起诉请求判令分割房屋的份额。刘某某主张房屋属于夫妻共同财产，并主张对房屋享有居住权。

裁判结果

一审法院宣判后，刘某某不服，提出上诉。北京市第一中级人民法院认为，杨某某在遗嘱中写明再婚老伴可取得的是“永久”性居住权利，而非“一时”性居住权利，而且依据遗嘱内容，只有符合特殊情形时，遗嘱继承人杨某乙才可以依法处分房屋，说明刘某某在居住使用期间，其可以排除房屋所有权人的干涉，从而使得该居住使用权利具有“物权”排他性特性。此外，依据遗嘱内容，刘某某对涉案房屋享有居住使用权限，但排除了其出租等营利行为，说明杨某某设立的目的在于确保权利人的生活居住需要。因此，杨某某遗嘱中设立的居住利益承诺已经明显具备了“物权”特性，且符合民法典居住权的实质属性，而非简单的设定一种债权性质的权利。杨某某生前与刘某某共同居住于涉案房屋，杨某某在此为刘某某设定居住权，有为再婚老伴老年生活安定、避免劳累奔波的考量，应予尊重。判决涉案房屋由刘某某享有完全居住权，杨某乙作为房屋继承人，有义务让渡居住使用权益，配合刘某某办理居住权登记。

典型意义

随着我国社会老龄化程度的加深，再婚老年人群体愈加庞大。民法典增设了遗嘱设立居住权

的新规。老年人再婚情形下，去世方常在遗嘱中作出将房屋所有权留予与前配偶所生子女、并为再婚老伴设立房屋居住利益的安排。本案明确了再婚丧偶老年人可基于去世配偶遗嘱取得房屋居住权，房屋所有权继承人负有配合居住权实现的义务。本案以强化老年人生存利益、老年妇女权益保护及合理平衡房屋继承人所有权与居住权人利益为导向，在正确理解民法典居住权制度保障性功能、准确适用“参照适用”规范的基础上，明确了遗嘱设立居住权的司法认定规则，保障了再婚丧偶老年人的居住生存利益，对于切实实现老有所居、居有所安具有重要意义。

案例 3：王某甲诉某养老院生命权、健康权、身体权纠纷案

关键词：养老服务　养老产业

基本案情

2019 年 1 月，王某甲与某养老院签订《服务协议书》，约定其父王某乙入住该养老院并由其提供养老照护服务。王某乙在某养老院内摔伤，被送往医院，诊断为股骨颈骨折。王某乙返回某养老院卧床休养。之后王某乙病情恶化，某养老院将其安排至养老院内设的医院住院治疗。王某乙最终因长期卧床引发急性呼吸衰竭去世。王某甲认为，王某乙摔伤及治疗期间，某养老院未尽到法定义务，与王某乙去世的后果有直接的因果关系，故要求某养老院赔偿丧葬费、死亡赔偿金、精神损害抚慰金合计 58 万余元。某养老院则认为其已尽到了约定及法定义务，不同意承担赔偿责任。

裁判结果

北京市朝阳区人民法院认为，王某甲及王某乙与某养老院签订服务合同，约定王某乙接受某养老院提供的养老服务，王某甲按照约定的标准支付服务费用。某养老院不仅应当提供符合约定的养老服务，作为收取服务费用的养老服务经营单位，亦应对王某乙承担法定的安全保障义务，保障王某乙在接受养老服务期间的人身安全。王某乙在接受某养老院提供的养老服务期间摔伤，其未能提供摔伤时的视频资料或其他证据证明其对王某乙摔伤无任何过错，基于王某乙摔伤时的时空区域为某养老院经营的养老服务机构的区域，以及因此形成的其对王某乙的照护能力及责任，其应当对王某乙的损害后果承担责任。

关于某养老院应承担的责任比例问题。首先，根据诉讼期间鉴定机构出具的司法鉴定意见书，王某乙摔伤系其去世后果的次要原因。其次，根据某养老院出示的证据，可以证明：王某乙入住某养老院时，某养老院针对王某乙的身体状况已明确告知了相关注意事项，王某甲亦作出书面承诺；某养老院在王某乙入住期间详细记录了其身体健康状况及照料过程；王某乙摔伤后被及时将其送往家属指定的医疗机构，后按家属的意愿接回；某养老院积极进行了后续照料，及时告知了家属相关情况，向家属提出了建议；垫付了王某乙的部分医疗费用。再次，某养老院虽然是收取服务费的提供养老服务的机构，但养老服务事业具有一定的公益性，承担了一定的社会责任，养老服务自身的性质和内容决定了其较高的风险性，故对养老服务的标准不应要求过苛。综合以上情节，法院认为由某养老院承担 20%的责任为宜。判决某养老院赔偿王某甲死亡赔偿金 84 023 元、丧葬费 13　556.4 元；驳回王某甲的其他诉讼请求。

典型意义

第一，养老服务机构对老年人有照护的法定义务，不能证明其已穷尽手段避免老年人受伤受害的后果的，养老服务机构应当承担法律责任。如老年人在养老服务机构内受伤，养老服务机构应对老年人受伤的后果承担责任，基于养老机构对入住老年人客观上的控制能力，可类推适用“过错推定”的法律规定，由养老机构证明其无

过错或具有减轻责任的事由，否则应当承担相应责任。同时，养老服务机构已在其能力范围内尽到了照护义务，以及老年人的损害后果有其自身因素，是养老机构可减轻责任的事由。

第二，应兼顾老年人的合法权益和养老服务机构的合理关切，兼顾矛盾的化解和养老服务产业的发展。养老服务机构虽然是收取服务费的盈利性组织，但养老服务事业具有一定的公益性，承担了一定的社会责任，在人口老龄化的背景下社会意义重大。而目前养老服务的风险防控和分担机制尚未建立，养老服务机构因其服务对象的特殊性，抗风险能力较弱。因此在具体案件审理中，应综合权衡考量，在保障老年人一方合法权益、妥善化解矛盾的基础上，对养老服务的标准不应要求过苛，为其有序健康发展提供助力。

案例 4：孙某某诉某送变电公司、北京某装饰公司侵权责任纠纷案

关键词：特定物 精神损害赔偿

基本案情

孙某某于 1949 年 5 月加入中国共产党，于 1955 年 6 月 29 日被授予“中华人民共和国奖章”，同时获得《奖章证书》。某送变电公司为制作荣誉册、举办“红色珍品”展览，向孙某某借用包括案涉《党费证》《奖章证书》在内的奖章及证书，交由北京某装饰公司设计制作画册。因疏忽大意，北京某装饰公司将案涉《党费证》《奖章证书》遗失，现无法寻回、无法重新制作或者复原。孙某某起诉至法院，要求送变电公司、北京某装饰公司连带赔偿其财产损失，并支付精神损害抚慰金。某送变电公司称奖章证书系装饰公司保管不善导致丢失，自己公司不是直接侵权人，不应该承担连带赔偿责任。北京某装饰公司认为孙某某要求的赔偿数额过高。

裁判结果

北京市房山区人民法院认为，《民法典》第一千一百八十三条第二款规定：“因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”《党费证》和《奖章证书》不仅是孙某某党员身份和所获荣誉的重要证明，更是其自解放战争时期参军入党后，在几十年的革命生涯中作出重要贡献的实物证明，同时也是珍贵的革命历史文物，属于具有人身意义的特定物，因此，二被告在借用和保管过程中，均应尽到更高的注意义务，采取更为审慎的保管措施。本案中，二被告在物品交接和存放过程，均存在疏忽大意的情形，未将上述物品采取专人保管、专门存放，导致案涉《党费证》和《奖章证书》的遗失，二被告均存在过失。孙某某要求二被告赔偿财产损失、支付精神损害抚慰金，具有事实和法律依据，法院予以支持。判决二被告连带赔偿孙某某财产损失 2000 元、精神损害抚慰金 50000 元、律师费损失 5000 元。一审判决作出后，二被告主动履行了赔付义务。

典型意义

荣誉证书、奖章等对于老年人而言不仅仅是普通的“老物件”，更是其荣誉的证明和人生历程的记录，承载着革命前辈拼搏奋斗的记忆，凝聚着历史和时代的荣光。对于此类具有重大纪念意义和人身意义的特定物，借用人、保管人均应当采取更为审慎的保管措施，尽到更高的注意义务。本案中，二被告将《党费证》和《奖章证书》遗失，给孙某某造成了不可弥补的精神损失，审理法院综合考虑案涉《党费证》和《奖章证书》的纪念意义、物品价值、二被告的过错程度以及给孙某某带来的精神损害等因素，合理确定了孙某某财产损失和精神损害抚慰金的赔偿金额。本案在维护老年人合法权益的同时，对被告学习榜样、向榜样致敬的初心亦予以肯定，对弘扬敬老爱老的中华民族传统美德和社会主义核心价值观，传承英雄精神，牢记时代使命具有积极意义。

案例 5：吴某、和某诉何某、某科技公司生命权、身体权、健康权纠纷案

关键词：老年居家护理 调一案解多件

基本案情

吴某（85 岁）生活无法自理，其女儿和某通过某科技公司经营的平台雇请护理员何某提供居家护理服务。和某、何某、某科技公司三方签订《用户服务协议》后，何某依约提供护理服务，上门照顾吴某日常起居。上门护理次日，何某抱吴某如厕时不慎倒地，导致吴某摔伤。吴某经初步诊断构成左第 4、5、6 肋骨折，胸 12 椎体压缩骨折，头皮血肿，故诉请何某、某科技公司赔偿医疗费等各项费用合计 9 万余元；并在诉讼中申请伤残等级、护理期、营养期的鉴定，待鉴定后进一步主张伤残赔偿金。

本案审理期间，法院发现除吴某主张的侵权损害赔偿责任外，双方争议问题还有：三方所签《用户服务协议》的履行问题，某科技公司对何某尚欠薪资的支付问题，吴某后续治疗费实际发生后的给付问题。

裁判结果

北京市大兴区人民法院组织调解，双方达成调解协议，由何某、某科技公司分别给付吴某赔偿款 2.5 万元；双方就吴某此次摔伤事件再无其他争议。

基于上述调解意见，双方同意对所签《用户服务协议》再无其他争议，何某亦同意不再向某科技公司主张其在本案中提及的尚欠薪资。双方当庭握手言和，多起纠纷就此案结事了。

典型意义

“老吾老以及人之老”，平安健康、安享晚年是老人及其子女乃至全社会的共同期盼。在经济社会发展、人口呈现老龄化趋势的社会背景下，人民群众对护理等健康服务业的需求与日俱增，亦应得到全社会的普遍关注。本案基于申请鉴定因素及各项争议问题，不仅预期审理周期较长，而且案件衍生几率较大。如双方不能实质化解争议，潜在的衍生案件可能引发长期诉讼，对高龄老人的后续治疗及休养显然不利。为依法保障老年人权益，减轻当事人诉累，法院围绕服务协议性质、平台经营风险、老人晚年生活保障等要点内容组织双方反复交流调解方案，通过调解方式实质化解纠纷。本案透过不同主体、不同类型的法律关系，聚焦人民群众现实关切，有效厘清了双方当事人的根本分歧，修复社会关系，防止矛盾蔓延，取得了良好的社会效果。

案例 6：华某诉某市某区人力资源和社会保障局基本养老保险待遇核准案

关键词：养老保险待遇核准 实质化解行政纠纷

基本案情

原告华某于 2022 年 3 月年满 60 周岁，达到法定退休年龄。2022 年 5 月 12 日，华某就职单位向某区人力资源和社会保障局（以下简称某区人保局）提交相关材料，为华某申报办理养老保险待遇核准。华某人事档案材料显示其于 1984 年 12 月调往某银行分行，1999 年 5 月调往另一银行；个人缴费情况表记载华某参保年月为 1999 年 6 月，实际缴费起始时间为 1999 年 6 月至 2022 年 3 月。故某区人保局经审核，认为华某视同缴费年月 13 年 2 个月，实际缴费年月 22 年 5 个月，全部缴费年月为 35 年 7 个月。华某认为其参保年月不应为 1999 年 6 月，而是 1994 年 1 月，某银行分行因工作失误漏交养老保险，某区人保局认定实际缴费年限少计算了 5 年 4 个月。华某在收到某区人保局邮寄的核准表后，发现漏缴社会保险。某银行分行于 2022 年 7 月 7 日向其所在地人保局申报补缴，但由于某区人保局届时已对华某的退休待遇进行核准，养老金也已发放，故无法补缴。华某

请求人民法院判令某区人保局撤销基本养老保险待遇核准表，并责令某区人保局在华某补缴养老保险后重新作出基本养老保险待遇核准。

裁判结果

北京市海淀区人民法院认为，华某及其申报单位未及时发现华某的实际缴费情况有间断，导致在五年社保未补缴的情况下申报了退休核准，影响了华某的实际养老金数额。但是，从裁判的角度，行政审判审查被诉行政行为的合法性，某区人保局根据申报单位提供的信息及档案材料，作出基本养老保险待遇核准，认定事实清楚，程序合法，并无不当。法院如果直接判决驳回原告诉求，则并不利于保护老年人的合法退休权益。

本着为老年人解决实质争议的出发点，承办法官向华某耐心释明养老保险政策及退休待遇申报、审批流程，详细解释其领取的养老金低于预期的原因，使华某充分了解到案件的诉讼风险。同时积极延伸审判职能，围绕养老保险核准程序多次与某区人保局协商，研讨重新核定方案的可行性和可操作性。经过法院的努力协调，某区人保局研究后报请市人保局批准，最终同意为华某重新核定实际缴费年限，并在法庭主持下向原告详细说明了重新核定退休待遇的程序，落实了具体办理时间和负责人员。之后，华某申请撤诉并向承办法官赠送锦旗，上书“心系群众切身利益，实质化解行政纠纷”。

典型意义

实践中，类似案例并不少见，有些职工在职期间没有注意查询自己的社会保险缴纳情况，单位在办理退休时也未向职工及时告知。由于保险缴纳具有专业性，核准办理程序直接与单位对接，不直接面向职工，职工往往在退休核准后才发现所领取的养老金低于预期，但此时社会保险管理部门已作出核准并发放养老金，发放程序难以逆转，老年人的养老利益因此受损。本案中，法院贯彻能动司法理念，积极延审行政审判职能，以高度重视老年人的生活保障和权益保护为出发点，法、理、情融合推动司法与行政良性互动，凝聚纠纷化解工作强大合力，以调代判，依法维护了老年人养老权益。

案例 7：刘某甲、郭某某等 11 人诈骗案

关键词：保健品诈骗 追赃挽损 反诈防诈宣传

基本案情

被告人刘某甲组织郭某某等 10 人在北京市某区总部基地等地，以中国管理科学研究院教育科学研究所健康管理教育培训示范基地的名义，虚构国内知名中医孙某某徒弟的身份，编造公司所销售药品是给大领导专用等谎言骗取老年人信任，通过组织老年人参加“健康讲座”、现场诊疗、虚构病情等方式，将食品充当药品高价卖给老年人，骗取老年人钱财，共计 27 万余元。

裁判结果

北京市丰台区人民法院认为，被告人刘某甲等 11 名被告人，以非法占有为目的，骗取他人财物，其中被告人刘某甲等 5 人骗取他人财物，数额巨大，被告人包某某等 6 人骗取他人财物，数额较大，其行为均已构成诈骗罪，应予处罚。综合考虑本案各被告人犯罪的事实、性质及在共同犯罪中的地位作用、如实供述、认罪认罚、退赔被害人损失等情节，依法以诈骗罪判处上述被告人有期徒刑四年六个月至有期徒刑一年三个月不等刑罚，并处罚金；已追缴被告人刘某甲等人的违法所得分别发还各被害人。

典型意义

本案是利用“保健品”诈骗老年人的典型案件，在案被害人均为 75 岁以上的老年人，其中年龄最大的已有 90 岁。本案审理过程中注重打击犯

罪与追赃挽损同步推进。根据该案存在被告人人数多、退赔意愿不足，且有互相观望等待等特点，审判团队反复多次向在案 11 名被告人及家属释法说理，释明认罪认罚、主动退赔的刑事政策，最终挽回在案 19 名被害人全部经济损失，追赃挽损率达到 100%。案件生效后，刑事审判庭联合执行局开展现场发还工作，将案款交至被害人及家属手中，同时向被害人家属发送了《防范养老诈骗宣传册》及《致被害人家属的一封信》，向被害老年人及家属宣传养老诈骗常见手段以及反诈防诈知识，提示老年人要警惕不法分子的小恩小惠，面对“花式”推销不轻信，购买药品要到正规的医疗机构、药房，同时也要增强证据保全意识，一旦发现被骗，及时向公安机关报警维护自身合法权益。同时，作为老年人家属需多关心关爱老人，及时了解老年人的心理状态及疾病情况，共同守护老年人幸福晚年。

案例 8：张某某夫妇申请隔代探望执行案

关键词：丧子老人　隔代探望　善意执行

基本案情

张某某夫妇育有一子张某甲，张某甲于 2011 年与冯某某登记结婚，2016 年生育张某乙。2018 年张某甲因病去世。后因家庭琐事，张某某夫妇与儿媳冯某某产生矛盾，冯某某携张某乙离家，并拒绝张某某夫妇探望孙子张某乙。张某某夫妇诉至法院，要求对张某乙行使探望权。密云法院于 2022 年 3 月 10 日出具调解书，确认自 2022 年 4 月起至张某乙年满 18 周岁，冯某某于每月第二周或第三周的周六上午 10 点前将张某乙送至张某某夫妇处，张某某夫妇于当周周日下午 3 点前将张某乙送回。

调解书生效后，冯某某并未按调解书约定履行，张某某夫妇向法院申请强制执行。

执行情况

北京市密云区人民法院采取善意温情执行，积极促成各方达成执行和解。执行法官基于隔代探望案件执行标的的特殊性，秉持柔性执行理念，多次走访了解情况，关注当事人之间的矛盾焦点和实际诉求，注重执行的效果和家庭关系修复。法院查明张某某夫妇长期参与抚养张某乙，祖孙之间形成情感依赖，张某某夫妇与冯某某双方因为张某甲去世造成的伤痛和长期共同生活中积累的怨怼是矛盾的关键，于是多次组织各方见面商谈，让两位老人与孩子充分接触，从共同呵护未成年人成长的角度引导双方互相理解和支持。同时，依托该院“密之语”心理工作室，对该案件共开展了单独疏导、团体诊疗等六次不同类别的心理辅导，帮助一家人彻底打开心结，释放心底伤痛、化解隐藏矛盾。最终，大家尽释前嫌、和好如初。张某夫妇与冯某某达成执行和解，张某某夫妇不拘泥次数、时间，以便利工作、生活为原则协商确定探望权行使方式，案件得到妥善解决。在方案执行一段时间后，执行法官对双方当事人进行回访，双方均对方案和履行情况表示满意，并向法院赠送三面锦旗表示感谢。

典型意义

本案系充分运用善意温情执行破解隔代探望难题的典型案例。法院既考量开展隔代探望对老人的情感价值，又考虑未成年人的实际生活情况，坚持最有利于未成年人原则和最大程度弥合亲情、修复感情的原则，走访村委会和当事人家中了解情况，引导各方在充分守护孩子成长、兼顾生产生活的基础上，合理制定新的探望方案，有效保障了丧子老人隔代探望的权益，对同类案件的办理具有示范意义。执行过程中，法院还创新运用心理干预机制，注重从根本上化解矛盾，在心理上达成共识，引入专业心理指导师综合分析隔代探望成讼矛盾成因、家庭关系及感情基础，将心理疏导贯穿于促进执行和解及后续跟踪回访的全过程中。本案通过对双方当事人前后开展六次针对性心理辅导，引导各方正视矛盾、打开心结、消除隔阂，达到弥合亲情裂痕、促进家庭和睦的良好效果，真正做到了既解“法结”又解“心结”。

免除领事认证！全国首例！成都国际商事法庭适用国际公约承认外国离婚判决

2023-11-07 成都市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/4TH1FCpQsRLZslK1zi_GtQ

11 月 7 日，**成都国际商事法庭**成功审结，《取消外国公文书认证要求的公约》在我国生效后的**首例**承认外国离婚判决案，**裁定承认外国某法院作出的我国公民和外籍人员离婚判决**。

1、关于案件

案件审理查明，2009 年外国某法院作出离婚判决。今年 8 月，作为离婚判决被告的当事人因与案外人员将进行婚姻登记，故向成都中院申请承认上述离婚判决。该离婚判决载明无任何子女或共同财产须由法院处置，当事人也对离婚判决的内容没有任何异议。符合我国法律规定的承认外国法院离婚判决的条件，不存在违反我国法律的基本原则和损害国家主权、安全、社会公共利益的情形，应予承认。

在案件审理过程中

成都国际商事法庭践行国际公约要求，在《取消外国公文书认证要求的公约》生效后第一时间依法适用，认定该案当事人提交的公文书系在另一缔约国作出且该国有关主管机关已经按照公约要求签发附加证明书，故应免除认证手续并认可相关签名、印章的真实性。

本案依据国际公约在司法审查中对域外公文书免除认证的做法在我国尚属首次，大大减少了当事人的相关文书流转时间和经济成本，也充分展现了中国始终全面履行国际公约义务的司法担当。

2《取消外国公文书认证要求的公约》简介

《取消外国公文书认证要求的公约》(以下简称《公约》)是海牙国际私法会议框架下适用范围最广、缔约国数量最多的国际条约，旨在简化跨国公文书流转程序。1961 年 10 月，海牙国际私法会议在第九届会议上通过了《公约》草案，1965 年《公约》正式生效。近年来，《公约》新成员快速增加，目前已达 124 个，约占世界国家和地区总数的五分之三，包括欧盟各国、美国、日本、韩国、澳大利亚、俄罗斯等我国主要贸易伙伴及大多数"一带一路"倡议参与国。

我国经过不懈努力，于 2023 年 3 月 8 日正式加入《公约》，《公约》于 11 月 7 日在我国正式生效，《公约》核心内容可概括为**“合二为一”**，即由文书出境前的两次领事认证(俗称“双认证”)，合并为**依托附加证明书(Apostille)的一步式证明。**

具体如下：

领事认证是领事认证机构根据自然人、法人或其他组织的申请，对国内涉外公证书、其他证明文书或国外有关公文书上最后一个印鉴、签名的真实性予以确认的活动。

加入《公约》前，公文书送往国外使用，通常需办理领事认证;加入《公约》后，我国同其他缔约国之间不再需要办理使领馆领事认证，“双认证”将被简化为使用附加证明书的一步式证明手续(详见下图)，这将大大降低公文书跨国流转的时间和经济成本。



图 1 传统商事文书跨国流转模式



图 2 《公约》框架下简化流程

附加证明书与领事认证书具备同等效力。同传统领事认证一样，附加证明书仅证明公文书上最后一个印鉴、签名属实，不对公文书内容本身的真实性和合法性负责。公文书内容真实性仍遵循“谁出具，谁负责”原则。对加贴附加证明书的公文书的承认及其效力，由文书使用地法律确定。

3、《取消外国公文书认证要求的公约》带来的三大红利

01.节省企业办证时间和经济成本

《公约》生效后，企业文书“出海”所要履行的手续更为简便。

商事文书办理一次附加证明书，就可在所有《公约》缔约国使用，**无需分别办理相关国驻华使领馆的领事认证**。缔约国间办理文书流转手续时间平均减少约 90%。办证环节简化后，收费项目也相应减少。同时，取消使领馆领事认证还可避免个别国家对部分商业文书收取高额的领事认证费，大幅降低企业对外贸易成本。

02.降低企业经营风险

企业参与对外经贸活动，有时会遇到为应诉、反倾销等涉外案件而必须紧急提供书面材料的情况。**如果使用国驻华使领馆未及时办理相关文书的领事认证，造成文书提交超过应诉时限**，可能会给企业造成巨大经济损失。

《公约》生效后，上述情况将得以有效改善，我国企业“走出去”将更加从容。

03.改善我国营商环境

《公约》缔约国大部分同我国保持密切贸易联系。《公约》生效后，**超过 80%的进出口贸易将免于办理商业文书的领事认证。**

同时，有意向中国投资、出口的**外国企业也无需为商业文书办理领事认证**。外国企业“引进来”将更加便利。

《公约》在我国生效后，成都国际商事法庭将根据《公约》内容，参考先进做法，继续在承认和执行外国裁判中，提升审理效率，降低中外当事人诉讼成本，为进一步提升法治化营商环境水平贡献成都力量。

文稿丨国商法庭

编辑丨李丽莎

校审丨张子纯

申请执行人提起夫妻共同财产代位析产诉讼 安徽一被执行人迫于压力主动履行拖欠案款给付义务

2023-11-08 人民法院报
http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-11/08/content_233720.htm?div=-1

本报讯（记者 周瑞平 通讯员 包羽菲 王丽娜）近日，安徽省宣城市宣州区人民法院在执行一起合伙协议纠纷案件中，面对被执行人曾某个人名下无可供执行财产的困境，申请执行人提起夫妻共同财产代位析产诉讼，曾某夫妻迫于诉讼的压力，在析产诉讼开庭前一次性履行全部剩余案款 25 万余元。

徐某、曾某于 2018 年以订立合伙协议的方式注册并共同经营某快递业务公司。合伙经营期间，曾某掌管公司财务及日常经营资金往来。2019 年 9 月，徐某、曾某终止合作。因双方一直未就合伙经营期间经营收益进行结算，徐某向法院提起合伙协议纠纷之诉。案经宣州区法院、宣城市中级人民法院审理，判决确认曾某需给付徐某合伙财产分割款 33 万元。判决生效后，曾某未履行生效判决确定的给付义务，徐某遂向宣州区法院申请强制执行。执行到位 8 万余元，并在穷尽各种调查手段后，未能发现被执行人曾某名下有其他可供执行财产。

通过申请执行人徐某陈述并提交相应证据，执行法官知悉被执行人曾某在合伙存续期间多次将合伙经营公司名下资产提现并转账至配偶宋某名下。徐某提交追加被执行人申请，希望将曾某配偶宋某纳入案件执行。综合考虑法律规定对追加被执行人配偶为被执行人的困境以及追加申请提交后赋予申请人的繁重举证压力，申请人转变了思路，以被执行人曾某及其配偶宋某为被告提起代位析产诉讼，要求确认宋某名下持有夫妻共同财产中包含曾某的份额，这为法院直接执行宋某名下财产提供了法律依据。

法院审查后认为，徐某提起夫妻共同财产代位析产诉讼符合法律规定，准予立案。

曾某夫妻迫于诉讼的压力，在析产诉讼开庭前主动联系法院，一次性履行了拖欠徐某的全部款项 25 万元的给付义务。徐某撤回起诉。

■法官说法

民事执行中的代位析产诉讼制度前提为民法典设计下的夫妻财产制度。依据民法典第一千零六十二条及第一千零六十五条，夫妻财产以约定制为例外，以法定制为通常。司法裁判中，在未有夫妻财产协议存在下，司法推定夫妻婚姻关系存续期间形成的财产均为夫妻共同财产。

同时，夫妻对婚姻关系存续期间所形成财产的共有制属于民法典第二百九十九条规定的共同共有。在该共有制度下，共有人不区分份额的对共有财产享有所有权，在共有关系存续期间不得主张对共有物份额的分割。民法典第三百零三条同时规定：“共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割”，该条系对共同共有物分割的例外规定，赋予夫妻一方婚内共有财产分割请求权。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百一十七条规定：“经过财产调查未发现可供执行的财产，在申请执行人签字确认或者执行法院组成合议庭审查核实并经院长批准后，可以裁定终结本次执行程序。依照前款规定终结执行后，申请执行人发现被执行人有可供执行财产的，可以再次申请执行”。

民事执行案件以终结本次执行程序结案后即意味着被执行人名下无可供执行财产。此时，被

执行人有义务依据前述民法典第三百零三条请求对配偶名下夫妻共同财产进行分割并用于执行案件履行。当被执行人怠于行使该权利时，申请执行人即享有代位向被执行人配偶提起夫妻共同财产析产诉讼的权利，通过分割被执行人配偶名下夫妻共同财产，获取新的执行财产线索并依法恢复案件执行。

七则涉农村宅基地纠纷典型案例裁判规则

原创：2023-11-08　人民法院出版社　胡云红 宋天一等
https://mp.weixin.qq.com/s/cLczm7OKMbHka2W5JGg6Ig



胡云红 宋天一 编著
定价：88.00 元

内容简介

农村宅基地是村民用于建造住宅及其附属设施的集体建设用地，包括住房、附属用房和庭院等用地。涉农村宅基地的相关案件是高发的案件类型，能否正确处置涉农村宅基地相关纠纷，关系到村民的切身利益，事关农村的社会和谐稳定。本书以问题为导向，从实际出发，用生动鲜明的典型案例帮助读者理解农村宅基地相关知识，通过以案释法、政策问答等形式为广大读者提供宅基地相关案例的裁判规则并提供政策法规指引，为广大法律工作者依法处理涉农村宅基地相关案件提供参考依据。

裁判规则摘编

一、集体经济组织成员资格认定不能以妇女是否出嫁作为标准

【案例名称】唐某诉湖南省长沙市开福区伍家岭村村民委员会等侵害集体经济组织成员权益纠纷案

【关键词】集体经济组织成员资格　户籍保留　生产资料分配

【基本案情】原告唐某为湖南省长沙市开福区捞刀河街道伍家岭村白沙河组村民，结婚后户口一直未迁出伍家岭村白沙河组，其在该村分得的田、土、山等生产资料仍有保留。2012 年，白沙河组部分农田被征用，但被告伍家岭村村民委员会和白沙河组以原告已经出嫁为由拒绝将征地补偿款支付给原告，原告向上级有关部门反映后，由伍家岭村村民委员会向原告支付了 8800 元土地补偿款。2013 年，《白沙河组村民制度》第三条规定：“有子女的家庭，女孩成家后，家庭成员不能享受组上任何待遇，组上不接受女婿落户本组。”根据该规定，伍家岭村村民委员会和白沙河组在分配土地补偿款时，拒绝将 1859 元征地补偿款支付给原告。原告多次讨要未果，故诉至法院，请求判令撤销两被告于 2013 年制定的《白沙河组村民制度》，支付原告 1859 元土地补偿费。另有 7 名与唐某情况相同的出嫁女也分别向湖南省长沙市开福区人民法院提起诉讼。

【争议焦点】农村农业户籍妇女出嫁后是否丧失集体经济组织成员资格。

【裁判要点】唐某户口在伍家岭村白沙河组，在该处分配有生产资料，享受村民待遇，具备白

沙河组集体经济组织成员资格。农村集体经济组织成员资格的确认，一般以是否具有依法登记的集体经济组织所在地常住户口为基本原则，同时结合当事人是否在当地拥有承包地，是否在当地形成较为固定的生产、生活，是否依赖于农村集体土地作为生活保障等为认定条件。农村农业户籍妇女出嫁后，户口仍留在原集体经济组织，在当地分配有生产资料，应视为具备该集体经济组织成员资格，依法享有获取土地补偿款的权利。

【规范依据】《中华人民共和国民法通则》第七十四条、第一百一十七条第一款，《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条、第一百四十八条，《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条

【裁判文书】湖南省长沙市开福区人民法院（2014）开民一初字第 01730 号判决书

二、买受人基于婚姻嗣后取得本集体经济组织成员资格

【案例名称】郭某将诉福建省厦门市翔安区大嶝街道东埕社区居委会集体经济组织成员权益纠纷案

【关键词】集体经济组织成员资格　征收补偿费用分配

【基本案情】郭某将与曾某丽于 1987 年 12 月 2 日登记结婚，郭某将的户口于 1989 年 12 月从南安市蓬岛村迁到东埕居委会（原东埕村委会）第二小组，在东埕居委会居住生活，承包东埕居委会责任田，与东埕居委会居民享受同等的权利义务，以承包的东埕居委会责任田和海域生产为生活保障，行使选举权和被选举权。2001 年 6 月 18 日，郭某将以东埕村委会第二小组居民身份向厦门市同安区大嶝镇人民政府缴交教育附加费 37.5 元和其他统筹费 12.5 元。经批准郭某将得到在东埕居委会坑尾社宗地，四至为东至空地，西至路，南至曾某伟等厝，北至吴某平厝，土地使用面积 121.23 平方米的宅基地使用权，郭某将在该宅基地建设一幢三层楼房。2005 年 8 月，厦门市人民政府发给郭某将厦门市集体土地使用权证，确定郭某将的宅基地使用权；厦门市国土资源与房产管理局发给郭某将厦门市农村房屋所有权证，确定郭某将房屋的所有权。东埕居委会于 2009 年和 2014 年先后发放给其集体经济组织成员每人 6000 元和 910 元补偿款，郭某将也分得相同的补偿款，此外，郭某将也与东埕居委会其他集体经济组织成员一样每个月得到 200 元的海域退养补助金。东埕居委会因西堤盐场被征收及海域退养得到补偿款后，东埕社区居民代表大会于 2015 年 2 月 4 日制定了《东埕社区西堤盐场及海域综合补偿款分配方案》，界定的可分配西堤盐场及海域综合补偿款的对象为于该补偿款到位时间 2014 年 4 月 4 日至 2015 年 2 月 4 日居民代表大会制定方案之日止 24 时前在本社区的集体经济组织成员。之后，东埕居委会分给其集体经济组织成员西堤盐场及海域综合补偿款每人 7800 元，但未分给郭某将该补偿款。郭某将遂于 2016 年 4 月 6 日向法院提起诉讼，要求东埕居委会支付郭某将西堤盐场及海域综合补偿款共计 7800 元。

【争议焦点】郭某将是否属于东埕社区居委会集体经济组织成员。

【裁判要点】郭某将并非自出生之日起即申报落户于东埕居委会，不是原始取得东埕居委会集体经济组织成员资格。但郭某将与曾某丽于 1987 年 12 月 2 日登记结婚，并将户口于 1989 年 12 月迁到东埕居委会（东埕村委会）第二小组，属于基于婚姻嗣后取得集体经济组织成员资格。

【规范依据】《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条

【裁判文书】福建省厦门市翔安区人民法院（2016）闽 0213 初 1131 号民事判决书

三、对拆迁利益进行分配应考虑房屋买受人的合同目的

【案例名称】梁某、罗某等房屋买卖合同纠纷案

【关键词】宅基地使用权　农村房屋买卖合同无效　拆迁利益

【基本案情】再审申请人梁某因与被申请人罗某、原审第三人潘某某房屋买卖合同纠纷一案，不服（2021）苏 03 民终 2660 号民事判决，申请再审，认为关于诉争房屋被征收后的拆迁利益在当事人之间的分配问题，一、二审作出的判决均有错误，应予纠正。江苏省徐州市中级人民法院经审查认为：梁某与罗某 1 签订的购房协议是真实的，但梁某不属于案涉房屋所在地群英村的村集体经济组织成员，依照法律规定，其无权购买涉案房屋。该协议违反了法律效力性强制性规定，故该协议显属无效。罗某 1 在协议中注明“房子与我姐罗某无关”，虽罗某已出嫁，但“继承权男女平等”，并不能剥夺罗某法定继承权，罗某 1 出售房屋的行为侵害了罗某的权利，其处分罗某部分的房屋属于无权处分，结合购房协议签订时涉案房屋所在的火花社区的拆迁工作已经开始，梁某取得房屋后即进行了加盖，且梁某申请出庭的证人证明梁某“盖房子是为了多赔钱”，梁某亦自述“为了拆迁就加盖房屋”“住了半年就搬走了”，故申请人提出的其为善意购房人的意见不能成立。二审认定梁某购买房屋不是为了居住使用，而是为了获得其无权分配的拆迁补偿利益，判决由罗某返还梁某实际支付购房款 30 万元，并无不当。关于申请人提出的二审判决拆迁补偿款全部归罗某所有的问题。二审判决由罗某向申请人及第三人返还，是由于涉案房屋的拆迁补偿利益已由罗某经签订房屋征收补偿协议取得，故而应当由罗某在其取得拆迁补偿利益的范围内向梁某及第三人支付上述款项。申请人提出二审未考虑其实际损失的意见，因二审判决认定梁某加盖的房屋是在罗某 1 所有的宅基地之上加盖，故梁某增建部分的拆迁补偿款中应包含对占用的宅基地部分的补偿，并非全部是对增建面积的补偿，不应全部归梁某所有，但考虑到梁某出资的 30 万元自 2015 年以来还存在一定的利息损失，且梁某亦陈述对房屋进行了一定的装修，故一审将增建面积的全部拆迁补偿款 284000 元判决给梁某所有，具有一定的合理性，二审不再调整，因此申请人主张亦与事实不符，二审判决并无不当。故驳回梁某的再审申请。

【争议焦点】诉争房屋被征收后的拆迁利益在当事人之间应当如何分配。

【裁判要点】协议无效后，因案涉房屋已被征收并拆迁，已无相互返还的必要，故法院根据有关法律规定处理当事人诉争的房屋被征收后的拆迁利益。农村房屋买卖合同无效返还时，应考虑房屋买受人的合同目的，如一方当事人购买房屋不是为了居住使用，而是为了获得其无权分配的拆迁补偿利益，仅应返还其实际支付的购房款，不应再行分配其购买的房屋及宅基地的拆迁补偿款。考虑买受人在涉案宅基地之上加盖房屋之实际损失，将增建面积的拆迁补偿款判决归买受人所有具有合理性。

【规范依据】《中华人民共和国土地管理法》第六十三条，《中华人民共和国合同法》第五十二条、第五十八条

【裁判文书】江苏省徐州市中级人民法院（2021）苏 03 民申 301 号民事裁定书；江苏省徐州市中级人民法院（2021）苏 03 民终 2660 号民事判决书；江苏省徐州市泉山区人民法院（2020）苏 0311 民初 255 号民事判决书

四、已分家的子女无权获得房屋搬迁补偿价款

【案例名称】关某 1 与关某 3 等继承纠纷案

【关键词】宅基地　家庭共同财产　分家析产

【基本案情】关某 4 与王某 1 于 1963 年结婚，王某 1 系再婚，关某 1 系王某 1 之女，在关某 4 与王某 1 婚后与该二人共同生活。关某 5 系关某 4 之子，郑某系关某 5 妻子，郑某与关某 5 育有一子关某 3。关某 3 与史某婚后，育有一女关某 2。现关某 5 已死亡。王某 1 于 1973 年 11 月 17 日因死亡注销户口，关某 4 于 1999 年死亡。关某 1 于 1976 年结婚，1977 年将户籍迁至北京市丰台区青塔村×号。2010 年，关某 1 以法定继承纠纷为由诉至法院，要求对丰台区青塔村×号院一层房屋进行分割，法院作出（2010）丰民初字第 16159 号民事判决书，判决丰台区青塔村×号现有一层房屋的地上物部分归关某 5、郑某、关某 3、史某所有。关某 5、郑某、关某 3、史某给付关某 1 房屋折价款 7000 元。2021 年，北京金隅嘉业房地产开发有限公司作为搬迁人（甲方），郑某作为被搬迁人（乙方），签订《北京市丰台区青塔村棚户区改造项目住宅房屋搬迁补偿协议（产权调换）》，约定了涉案房屋的搬迁补偿价款。

现关某 1 向法院提出诉讼请求：判令郑某、关某 2、关某 3、史某给付区位补偿款、财产损失 200 万元。

【争议焦点】郑某、关某 2、关某 3、史某是否应向关某 1 支付区位补偿款、财产损失。

【裁判要点】丰台区青塔村×号房屋所在土地原为宅基地后转为国有土地，农村居民一户一宅，宅基地使用权的主体是以户为单位的家庭，户内人口处于流变之中，原则上不存在宅基地的继承问题。已分家另行取得宅基地的成员再行主张获得父母宅基地上房屋权利，根据“房地一体”原则，其将实际获得宅基地使用权利益，违反了一户一宅的宅基地使用原则，也侵害了与父母共同居住儿女的宅基地使用权。对于已分家另过的子女请求继承父母宅基地上房屋的，人民法院不予支持，对于可作为遗产分割的房屋建安成本价值部分，可以主张继承。关某 1 于 1977 年将户籍迁至丰台区青塔村×号，且已于（2010）丰民初字第 16159 号案件中取得×号一层房屋地上物部分的折价款，其对×号房屋宅基地不享有权利。后×号房屋所在土地转为国有性质，2021 年，×号房屋搬迁，被搬迁人取得产权调换区位补助，关某 1 并非被搬迁人，现关某 1 要求分得区位补助，缺乏事实及法律依据，法院不予支持。

【规范依据】《中华人民共和国民法典》第三条

【裁判文书】北京市丰台区人民法院民事判决书（2021）京 0106 民初 24378 号

五、各家庭成员酌情分割房屋拆迁补偿款

【案例名称】俞某汀、王某贞分家析产纠纷案

【关键词】宅基地　家庭共同财产　分家析产

【基本案情】俞某忠与张某娟育有俞某汀、俞某芳两名子女，张某娟于 1984 年 8 月 1 日去世。俞某忠后与张某英登记结婚。俞某忠于 2017 年 9 月 3 日去世。俞某汀与王某贞系夫妻，于 1994 年 7 月 24 日生育俞某清、俞某洁，两人系双胞胎。俞某汀与王某贞于 2018 年 8 月 31 日经法院判决离婚，法院推定俞某汀与俞某洁不存在亲生血缘关系。1996 年 12 月，俞某忠将其所有的位于石柱湾村的两间房产析产给俞某汀，面积 36.58 平方米，权利人登记为俞某汀、王某贞。俞某忠名下登记有面积为 47 平方米、56.4 平方米宗地两块。1998 年 4 月，因新昌县工业区建设需要，俞某忠、俞某汀户房屋拆迁，拆迁房建筑占地面积原为 90.66 平方米，安置人口五人，另俞某忠获批 40 平方米，俞某汀获批 20 平方米，总计重置获批面积 150 平方米，货币补偿 19933 元。

【争议焦点】讼争房屋俞某忠、俞某汀、王某贞的份额应当如何认定，俞某清、俞某洁应否享有相应的份额。

【裁判要点】因俞某忠、俞某汀、王某贞原房屋拆迁，涉案房屋重置获批 150 平方米，原俞某

忠房屋面积及增加获批面积确实多于俞某汀、王某贞，但从建房实际情况看，现并没有充分的证据证明全部由俞某忠出资建房，而俞某汀和王某贞均未否认己方出资出力的事实，一审综合考虑上述因素，确定俞某忠享有涉案房屋 30%的份额、俞某汀、王某贞各享有 25%的份额。从拆迁协议书看，拆迁人口为家庭人员五人，显然包含俞某清、俞某洁的人口因素，因俞某清、俞某洁在建造房屋时尚年幼需要抚养，虽无充分证据证明其对案涉房屋建造作出贡献，但考虑到该两人系安置人口，酌情考虑俞某清、俞某洁各占该房屋 10%的份额。

【规范依据】《中华人民共和国物权法》第九十七条、第九十九条、第一百条

【裁判文书】浙江省绍兴市中级人民法院（2021）浙 06 民终 130 号民事判决书；浙江省新昌县人民法院（2020）浙 0624 民初 406 号民事判决书

六、相邻通行权纠纷不属于宅基地确权范围

【案例名称】夏某某诉河南省周口市太康县城郊乡人民政府土地行政管理案

【关键词】宅基地确权　相邻通行权

【基本案情】夏某 1 于 2015 年 3 月 3 日向太康县城郊乡人民政府提出申请，因其建房用地的出路产生争议，要求予以解决。2015 年 5 月 17 日，太康县城郊乡人民政府根据《城乡规划法》第六十五条和相关法律规定，作出太郊土字（2015）03 号处理决定，认定太康县城郊乡塘坊行政村郭庄西头荒地中间的生产路宽为十尺，限夏某某等五户村民自接到处理决定之日起五日内清除违法障碍物。夏某某等人不服，于 2015 年 6 月 25 日向太康县人民政府申请行政复议，太康县人民政府按照《行政复议法》规定的程序进行了审查，并于 2015 年 8 月 24 日作出太政复决字（2015）6 号行政复议决定，认为太康县城郊乡人民政府作出的处理决定事实清楚、证据充分、适用法律正确、程序合法，根据《行政复议法》第二十八条第一款第一项的规定，维持了太郊土字（2015）03 号处理决定。太康县城郊乡人民政府在庭审中称其作出的太郊土字（2015）03 号处理决定系确权决定。

【争议焦点】被诉行政决定的性质。

【裁判要点】相邻通行权的纠纷不属于人民政府处理土地权属争议纠纷范围，不应适用《土地权属争议调查处理办法》。《城乡规划法》第六十五条规定：“在乡、村庄规划区内未依法取得乡村建设规划许可证或者未按照乡村建设规划许可证的规定进行建设的，由乡、镇人民政府责令停止建设、限期改正；逾期不改正的，可以拆除。”如果当事人有违反上述法律规定的情形，行政机关依据该条法律规定享有对当事人作出行政处罚的职权，而非进行确权。

【规范依据】《中华人民共和国城乡规划法》第六十五条

【裁判文书】河南省周口市中级人民法院（2015）周行终字第 131 号行政判决书；河南省周口市扶沟县人民法院（2015）扶行初字第 183 号行政判决书

七、不得未经法定程序直接确认当事人失去宅基地使用权

【案例名称】范某某诉河南省商丘市虞城县人民政府土地处理决定及商丘市人民政府行政复议决定案

【关键词】宅基地权属争议　空置宅基地管理性规定　法律依据

【基本案情】范某某和范某 1、范某 2 系商丘市虞城县某村村民，争议土地原属范某 1 父亲范某 3 家族管理使用的土地。1970 年前后，因村里规划道路占用了范某某部分土地，后通过罗庄大队安排范某某在涉案土地建房居住。1983 年罗庄村村委会搞宅基规划时，范某 1 申请使用涉案土地。因范某某无儿无女，村委会承诺涉案土地使用权由范某 1 享有，但范某某生前在涉案土地上

有权继续居住。2000 年左右，范某某作为“五保户”搬至城郊乡敬老院居住生活。2006 年前后，范某某在涉案土地上建造的房屋自然坍塌，后范某 1 即在涉案土地上种菜、栽树。2010 年，范某 2 以范某某侄女身份请求继承范某某的土地和房屋，与范某 1 发生争议。2014 年 11 月 14 日，范某 1 向虞城县人民政府提出土地确权申请。2016 年 2 月 3 日，虞城县人民政府作出《关于对城郊乡罗庄村委会大辛庄村民范某 1 与范某 2 土地权属争议的确权决定》，依据《土地管理法》第十六条、《确定土地所有权和使用权的若干规定》第二十九条之规定，决定涉案争议宅基地由范某 1 使用。范某某、范某 2 不服，申请行政复议。2016 年 5 月 14 日，商丘市人民政府作出维持虞城县人民政府处理决定的复议决定。范某某不服，诉至法院提起诉讼。

一审法院认为，《确定土地所有权和使用权的若干规定》第五十二条规定：“空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地，不确定土地使用权。已经确定使用权的，由集体报经县级人民政府批准，注销其土地登记，土地由集体收回。”范某某在涉案宅基地上建造的房屋于 2006 年自然倒塌且一直未恢复使用，自房屋坍塌后范某 1 即在涉案土地上栽树、种菜，实际管理使用了涉案土地。涉案土地原系范某 1 家庭原有宅基地，村委会出具的处理意见书也认可涉案土地将来由范某 1 管理使用，故虞城县人民政府依照上述规定将涉案土地所有权收归集体所有并确权给范某 1 管理使用符合尊重历史、面对现实的土地争议处理原则。二审法院判决：撤销一审判决，撤销虞城县人民政府确权决定和商丘市人民政府复议决定。

【争议焦点】虞城县人民政府依照《确定土地所有权和使用权的若干规定》第五十二条规定将涉案土地所有权收归集体所有并确权给范某 1 管理使用是否合法。

【裁判要点】《确定土地所有权和使用权的若干规定》第五十二条关于“空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地，不确定土地使用权。已经确定使用权的，由集体报经县级人民政府批准，注销其土地登记，土地由集体收回”的规定，属于行政机关的管理性规定，并非直接判断村民是否失去宅基地使用权的法律依据，行政机关没有经过任何程序，直接在当事人作为第三人的确权程序中认定当事人失去宅基地使用权，属于适用法律错误。

【规范依据】《确定土地所有权和使用权的若干规定》第五十二条

【裁判文书】最高人民法院（2018）最高法行申 2353 号行政裁定书；河南省高级人民法院（2016）豫行终 2498 号行政判决书

本文摘自《农村宅基地纠纷典型案例裁判指引》一书，更多裁判规则请参见纸质图书。

目录是一本书的灵魂

第三节 双方当事人不是同一集体经济组织成员，且涉案宅基地已经由集体性质转为国有性质 /187
第四节 双方当事人不是同一集体经济组织成员，且涉案宅基地的性质为集体所有 /188

第四章 “三权分置”改革背景下涉宅基地及地上房屋分割分家析产纠纷裁判现状与优化路径 205

行政编

第一章 宅基地确权案件 219
第一节 宅基地确权案件的受理范围 /219
第二节 宅基地确权之处理内容 /237
第三节 宅基地确权之申请条件 /250
第四节 宅基地确权之其他典型案件 /265

第二章 “三权分置”改革背景下宅基地确权行政案件的裁判现状与优化路径 287

第三章 宅基地征收补偿案件 299
第一节 强制征收合法性的认定 /299
第二节 强制征收补偿数额的确定 /327

第四章 “三权分置”改革背景下宅基地征收补偿案件的裁判现状与优化路径 349

家事法苑™ 团队奉献

第三节　双方当事人不是同一集体经济组织成员，且
涉案宅基地已经由集体性质转为国有性质 /187
第四节　双方当事人不是同一集体经济组织成员，且
涉案宅基地的性质为集体所有 /188

第四章　“三权分置”改革背景下涉宅基地及地上房屋分割
分家析产纠纷裁判现状与优化路径 205

行政编

第一章　宅基地确权案件 219
第一节　宅基地确权案件的受理范围 /219
第二节　宅基地确权之处理内容 /237
第三节　宅基地确权之申请条件 /250
第四节　宅基地确权之其他典型案件 /265

第二章　“三权分置”改革背景下宅基地确权行政案件
的裁判现状与优化路径 287

第三章　宅基地征收补偿案件 299
第一节　强制征收合法性的认定 /299
第二节　强制征收补偿数额的确定 /327

第四章　“三权分置”改革背景下宅基地征收补偿案件
的裁判现状与优化路径 349

父母争夺孩子抚养权，怎么办？

原创：2023-11-08　上海二中院　王梓焱

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

编者按

为提升家事案件审理效果、最大化保护未成年人合法权益，自 2019 年 4 月起，上海市第二中级人民法院与上海市阳光社区青少年事务中心携手探索合作机制，在涉未成年人家事案件中委托阳光中心选派社工，开展家事调查、调解、心理疏导、回访观护、探望监督、家庭教育指导等工作。四年来，上海二中院少年家事庭的法官们与阳光中心的社工们共同努力，妥善处理各类涉未成年人家事案件，涉案未成年人的合法权益、身心健康、发展利益得到了全面保护。本期，我们继续分享合作机制建立以来的典型案例。希望每一位曾经经历或正在经历阴霾的孩子都能重新沐浴阳光，快乐成长。

案情

父母都录视频 证明孩子跟他/她

文文是父亲小茂与母亲芦荟婚后通过试管辅助方式生育的女儿，得之不易。可孩子的到来没能让小茂与芦荟的婚姻更加美满。两人渐生嫌隙，感情失和，提起了离婚诉讼。

面对离婚，芦荟态度决绝，小茂无心挽留。对九岁的文文，两人都要求直接抚养，并且都提交了文文表示愿意跟自己共同生活的视频证据。特别是芦荟，因为她丧失了生育能力，所以特别希望能争取到文文的抚养权。

对于文文来说，父母分居后，工作日文文在父亲小茂处生活，但因父亲工作较忙，她主要由祖母照顾；周末则在母亲芦荟处生活，由母亲照顾。一审法院判决芦荟与小茂离婚，并综合考虑案情判决文文随芦荟共同生活、分割夫妻共同财产。小茂认为法院未依法征询文文对抚养问题的意愿，且对部分夫妻财产的分割也有误，因此提起上诉。对芦荟，小茂则开始藏起了孩子。

孩子怎么想 社工轻轻问

看了父母双方提供的视频和视频里文文矛盾的表达，为避免芦荟与小茂的矛盾升级，降低调查过程对文文的负面影响，二审合议庭委托阳光中心选派社工开展家事调查。在征得芦荟与小茂的同意后，社工邀请文文到阳光中心进行了单独面谈。

社工先向文文介绍了面谈的作用与目的，纾解文文的焦虑情绪。在得到文文的理解、同意后，面谈开始。

“现在家里有哪些家庭成员？”“生活环境和以前相比有变化吗？”“家人经常讨论或者商量事情吗？会争吵吗？”“爸爸、妈妈会和你一起商量未来怎么生活吗？”……社工仔细询问着文文的家庭环境、学习生活、家庭成员互动等情况，文文一边思考，一边回答，也慢慢地放松下来。

“如果爸爸妈妈要分开了，你希望和谁一起居住，可以分享给我听听么？”文文思考了一会儿回答说，希望平时和母亲一起住，过节的时候去父亲家住。文文告诉社工，因为担心父亲生气和失望，所以她没有向父亲讲过自己的真实意愿，她希望由法官婉转地向父母表达自己的想法。

社工对文文能够独立表达想法向她表示肯定与感谢。面谈后，社工请文文填写了相关量表，反映小茂、芦荟对文文的教育态度和行为，并评估文文与父母间的情感联结与亲密程度。

根据调查结果，社工制作了儿童访谈工作报告。报告显示：文文的父母在家庭环境方面都有适合孩子学习和生活的条件；父母都能参与到孩子的学习辅导和生活中，孩子对父母双方均表达了情感需要，相对父亲，孩子与母亲沟通较多；父母在教养方式和亲子互动方面均良好，孩子对父母均有较强的情感联结，相对而言，孩子与母亲的亲密度更高。报告还提示二审合议庭，向文文父母反馈报告内容时，需注意保护文文的意愿及她和父母的关系。

协作

二审灵活质证 尊重孩子意愿

根据儿童访谈工作报告及文文在访谈中表达的相关意愿，为维护文文今后与父母的关系，二审主审法官分别与小茂、芦荟单独谈话，向双方转述报告内容，还重点就报告提到的两人在抚养上做得较好的一些方面给出肯定。与小茂单独谈话时，主审法官以婉转的方式反馈报告中关于孩子与母亲沟通较多、孩子与母亲的亲密度更高的评价情况。小茂、芦荟都对法官告知的方式和内容无异议，小茂还表示会尊重合议庭的处理意见。

之后，二审尝试就小茂、芦荟轮流抚养文文等开展调解，因双方分歧较大而未成，但在一审法院未判决的探望问题上，双方达成一致意见并请求二审法院加以判决。

最终，二审结合社工的调查结果，从儿童利益最大化的角度出发，维持一审关于文文随芦荟共同生活的判决，并增加了关于探望事项的判决。对双方争议的其他判项，二审法院也一并作出处理。

社工心语



姚燕闻，上海市阳光社区青少年事务中心社工

未成年子女由哪方直接抚养是离婚诉讼中常见的争议问题。若子女已满八周岁，子女的意见会成为解决这一问题的重要因素。《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条规定，离婚父母双方对八周岁以上的未成年子女随父或随母生活意见不一致的，应当尊重子女的意见。在我们遇到的案件中，未成年人在父母影响下写了纸条、拍了视频，表达了非真实意愿的情况时有发生。而未成年人实际也在父母之间选择“站队”的过程中身心俱疲。

为了探明孩子的真实意愿并减少对未成年人的“二次伤害”，法院会根据个案需要委托社工开展相应调查。作为社工则会根据孩子的年龄、性格特点，找到合适的沟通方式，协助孩子表达意愿，并在访谈结束时有“保护性收尾”——如果孩子有要求，社工可以对孩子的“站队”选择进行保密，只把结果告诉法官。

本案中，社工在监护人同意的情况下邀请涉案未成年人来到阳光中心，在柔和的环境中，采用易于理解且循序渐进的具体问题，以及分享式的语气开展访谈，保障未成年人能够在轻松的氛围里真实地表达自己的想法。访谈前的介绍和访谈最后关于能否反馈父母的意见征询，也都是为了给未成年人足够的安全感、信任感。二审法院也充分注意到未成年人的要求，用变通的方式向当事人说明报告核心内容，再听取当事人对儿童访谈报告的意见。这是对涉案未成年人的尊重和坚持未成年人利益最大化原则的体现，也有利于维护今后涉案未成年人与相关家庭成员的关系。

文中案件当事人名字均为化名

责任编辑 | 郎振宇
版面编辑 | 周彦雨

“抚养权给我，孩子给你”：“记名式”抚养模式怎么理解？

2023-11-08 厦门市海沧区人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/HV-Ckph2IT6wIvWUvNwx9w

不知从几时开始，离婚父母圈悄咪咪地兴起了一种新型的“记名式”抚养模式，即离婚父母约定，未成年子女的抚养权归属一方所有，但该子女实际随另一方共同生活，享有抚养权的一方父母向另一方支付抚养费。

细品之下，这种“记名式”的抚养模式践行着“父母合作”“子女利益最大化”的亲职理念，同时兼顾了父母子女各方的情感需求和切身利益，不失为周全之举。但这种模式在法律上应如何理解？能否得到法律的认可？如果负有抚养费给付义务的一方不履行给付义务了，子女的权益该如何维护？

今天的这起纠纷我们一起来看。

案情回顾

张先生和李女士婚内育有一子小张，后双方感情破裂协议离婚，离婚协议书中双方约定小张的抚养权归张先生所有，但小张随李女士共同生活，张先生每月支付抚养费 6000 元。

后张先生以自己收入骤减、抚养费负担过重为由，不再支付小张抚养费。李女士遂以自己名义起诉要求变更抚养关系，并要求张先生支付之前拖欠的抚养费及之后应按期支付抚养费。

审理中，因小张已年满 8 周岁，经法院向小张询问，其表示愿意随母亲共同生活。法院最终根据小张的意愿、小张实际所需、父母双方的抚养能力、负担能力及当地生活水平等因素，依法判决变更抚养关系为小张由李女士直接抚养、随李女士共同生活，张先生支付判决生效前拖欠的 6000 元/月的抚养费，并在判决生效后按 4000 元/月的标准支付抚养费。判决作出后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

“记名式”抚养模式的解读

1. 抚养权归属只是民间通俗的说法，父母均是未成年子女的监护人，对子女均有抚养、教育、保护的权利和义务，在父母离婚的情况下，由父母双方约定或由法院判决确定抚养权的归属，实际上解决的是子女由哪一方直接抚养、随哪一方共同生活的问题，而对于未直接抚养、未共同生活的另一方，其通过负担子女抚养费的方式对子女进行的间接抚养也属于抚养的方式之一，因此并不存在未直接抚养子女的一方不享有子女抚养权的问题。

2. 在“记名式”抚养模式中，父母双方约定子女抚养权归属一方，从法律层面来理解，即双方约定子女由该方直接抚养、随该方共同生活；而双方又约定子女实际随另一方共同生活，从现实层面来看，抚养权归属和抚养实际相分离，恐有矛盾。对此我们认为，在不违反法律规定、不损害公共利益和子女利益的情况下，父母双方自愿对抚养模式作出的安排是合法、有效的，应予保护，结合当事人意愿、子女抚养实际来看，该种抚养模式应属父母双方共同抚养子女的模式。

3. “记名式”抚养模式与委托抚养存在明显区别。委托抚养是指负有抚养义务的人委托他人代为抚养子女、受托人同意代为抚养的行为，委托人和受托人之间存在委托法律关系，而受托人本身并无法定的抚养义务；而在“记名式”抚养模式下，实际直接抚养人也即“非记名方”本身也是抚养义务人，则其并不存在法律上的代为抚养的可能。

4. 在“记名方”拒绝履行支付子女抚养费的情况下，实际抚养一方有权以直接抚养人的身份代子女提起抚养费诉讼要求对方支付抚养费，或以自己的名义提起变更抚养关系诉讼，要求变更抚养关系并要求对方给付抚养费，以保障子女的合法权益。

所以，在离婚父母约定“记名式”抚养模式的情况下，双方应自觉遵守约定，将“父母合作”的理念进行到底，否则一旦启动诉讼，原本衡平的合作育儿模式可能会被打破，更加可能伤及孩子幼小的心灵。



《中华人民共和国民法典》

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

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。

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

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

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

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》

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

（一）与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；

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

（三）已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；

（四）有其他正当理由需要变更。

德法共治化解家事纠纷——东城法院发布家事纠纷审判白皮书

2023-11-10　京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/aQl8q2siWXQOe2YRkUOuXg

11 月 10 日，东城法院召开新闻发布会，发布《家事纠纷审判白皮书》，介绍近年来家事案件审判概况及相关机制举措，并就常见问题进行法律提示。



据通报，2020 年 1 月至 2023 年 6 月，东城法院共受理家事案件 6846 件，审结 6558 件。家事案件收案整体呈上升态势，调解率逐年提高，法院更加注重矛盾实质化解。从受理的案件来看，继承纠纷和离婚纠纷仍是主要类型，并呈现以下特点：身份关系居于原点，一事牵发数起案件；老人儿童仍处弱势，女性易受家庭暴力；财产类型丰富多样，厘清家财归属不易；共享机制有待完善，信息甄别难度较高。



东城法院党组成员、政治部主任曾进
主持发布会



东城法院民事审判二庭副庭长王晓峰
介绍相关情况

据东城法院民事审判二庭副庭长王晓峰介绍，在家事案件办理中，法官秉持“矛盾化解与情感修复并重”的审判理念，注重将传统家庭美德融入司法裁判，德法并举促进幸福家庭建设。具体案件办理中，注重从家庭成员间的关系入手，灵活运用情理法推进矛盾调解，尽可能地维护原有家庭和婚姻关系的稳定。为加强对老人、妇女、儿童等群体合法权益的保护，在相关纠纷中实行“快介入、速送达、强调解、转庭审、勤回访”审理五步法，在社区设立“小棉袄爱老普法驿站”，积极能动司法，传递司法人文关怀。



东城法院民事审判二庭在龙潭街道幸福社区挂牌建立
“小棉袄爱老”普法驿站

为了构建家事纠纷多元共治格局，东城法院将党建与审判业务深度融合，审判庭创建“红心同行”党建品牌，加强与相关单位的协调联动，与东城区妇联、东城区民政局签署《信息共享机制合作备忘录》，解决婚姻登记、家庭信息查询不便等问题。依托东城法院“和立方”诉源治理机制，每年以速裁方式解决家事纠纷近千件。司法力量主动下沉，加大对各街道、相关政府部门、基层自治组织、各类调解组织的法律支持和指导调解力度，让更多家事纠纷一站式、低成本化解在萌芽状态。



东城法院与东城区妇联、东城区民政局
签署《信息共享机制合作备忘录》

“常见遗嘱形式瑕疵包括日期签署不全、见证人不具备见证资格、录音录像记录的遗嘱订立过程不完全等。从实质要件来看，遗嘱人应对遗嘱内容仔细斟酌，对财产的处理既不能违反法律、

行政法规的强制规定，亦不能随意增添限制条件。”对家事纠纷中较为常见的一些问题，王晓峰亦给出了有针对性的提示，除了继承相关，还提示夫妻协议离婚并分割财产时，需尽量明确财产范围并尽快履行，防止事后引发争议；父母为子女大额出资或将房产赠与子女时，应对风险未雨绸缪，为晚年生活留有余地；亲属之间订立涉遗产处理、分家析产、遗赠扶养等协议时，需规范协议形式，注重留存证据等。



东城法院民事审判二庭法官康婷婷介绍典型案例

民事审判二庭法官康婷婷就白皮书中收录的典型家事纠纷案件进行了介绍。在一起离婚案件中，女方因男方婚内存在出轨、家暴行为，在起诉离婚时主张男方支付精神损失费十万元，法院认为女方作为无过错方有权请求损害赔偿，予以支持。在一起申请人身安全保护令的案件中，因家庭纠纷被申请人多次通过微信聊天及发微信朋友圈等方式侮辱、威胁申请人及其近亲属，法院查明后认为，被申请人的行为使得申请人及其近亲属面临遭受家庭暴力的现实风险，依法作出人身保护令。在一起离婚案件中，作为父母的原被告，为争夺抚养权顾争吵录像，不顾孩子受惊哭闹，法院在案件审理中发现该情况后，发出家庭教育令，责令二人关注孩子身心健康，避免在孩子面前争吵，尽养育之责。

扫码查看白皮书

“妥善化解家事纠纷，不仅关系到家庭的幸福美好，也涉及到社会的和谐稳定。我们希望白皮书能够发挥积极的指引作用，促进家事纠纷源头预防与治理，实现德法共治，共建尊老爱幼、男女平等、夫妻和睦的良好家庭关系与和谐社会关系。”东城法院党组成员、政治部主任曾进表示。

供稿：东城法院
摄影：贾小艺
编辑：姚峥 肖飞
审核：张磊

北京市东城区人民法院
家事纠纷审判白皮书
（2023 年）

北京市东城区人民法院
二〇二三年十一月

目录

一、家事案件审判概况 1
（一）基本情况 1
（二）基本特点 3
（三）纠纷成因类型化分析 6
二、家事审判工作机制与举措 12
（一）融和于法，助力和谐家庭建设 12
（二）就案说法，加强法治家庭宣传 13
（三）多元共治，践行幸福家庭目标 14
三、家事纠纷防范提示建议 15
（一）夫妻协议离婚并分割财产时，需尽量明确财产范围并尽快履行，防止事后引发争议 16
（二）公民立遗嘱处分自身财产时，需严格遵照法律规定，审慎考虑遗嘱内容 16
（三）父母为子女大额出资或将房产赠与子女时，宜对风险未雨绸缪，为晚年生活留有余地 17
（四）亲属之间订立涉遗产处理、分家析产、遗赠扶养等协议时，需规范协议形式，注重留存证据 18
附件：典型案例 19

北京市东城区人民法院
家事纠纷审判白皮书
（2023 年）

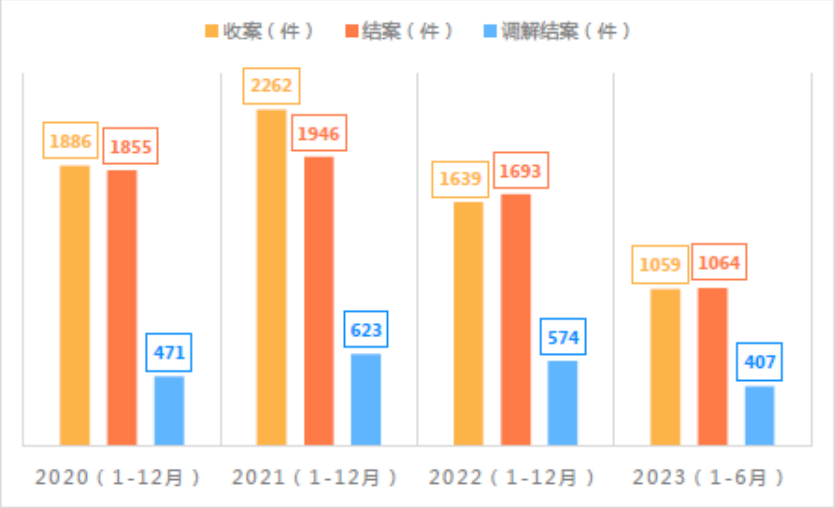
习近平总书记指出，“千家万户都好，国家才能好，民族才能好。”妥善化解家事纠纷，不仅关系到家庭的幸福美好，也涉及到家庭的和谐稳定。近年来，东城法院（以下简称为我院）始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，把服务辖区家庭建设作为一项重要工作来抓。面对家事纠纷呈现出的新特点、新情况，我院以矛盾实质性化解为出发点，以家庭和谐为落脚点，坚持公正司法、司法为民，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。为更好预防和化解家事纠纷，我院以问题为导向，对 2020 年 1 月-2023 年 6 月审理的婚姻、继承、分家析产、抚养、赡养等家事纠纷审判情况进行分析梳理，总结裁判思路，提出对策建议。

一、家事案件审判概况

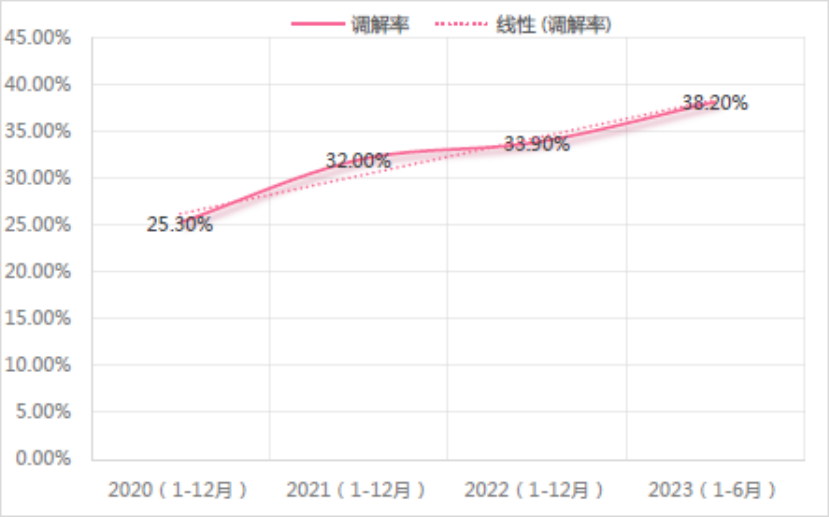
（一）基本情况

2020 年 1 月-2023 年 6 月期间，我院家事案件收案整体呈上升态势，调解率逐年提高，矛盾实质化解效果良好。2020 年 1 月-2023 年 6 月共受理家事案件 6846 件，审结 6558 件。其中 2020 年收案 1886 件，结案 1855 件，调解结案 471 件，调解率 25.3%；2021 年收案 2262 件，结案 1946 件，调解结

案 623 件，调解率 32%；2022 年收案 1639 件，结案 1693 件，调解结案 574 件，调解率 33.9%；2023 年 1-6 月收案 1059 件，结案 1064 件，调解结案 407 件，调解率 38.2%。

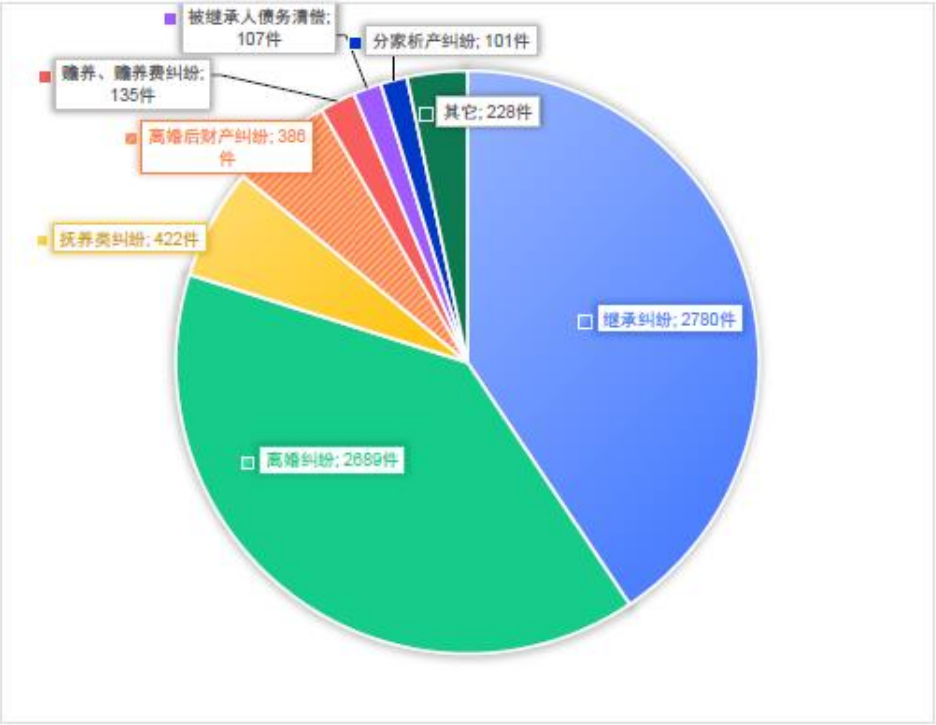


图一 我院 2020 年 1 月-2023 年 6 月家事案件收结数量变化图



图二 我院 2020 年 1 月-2023 年 6 月家事案件调解率变化图

从纠纷类型来看，我院审理的家事纠纷中继承类纠纷（含与之相关的遗赠、遗赠扶养协议纠纷）案件数量最多，三年来受理 2780 件；其次是离婚纠纷，三年来受理 2689 件，数量基本与继承类纠纷持平；涉抚养权、抚养费类案件共受理 422 件；离婚后财产纠纷案件共受理 386 件；赡养类纠纷案件共受理 135 件。



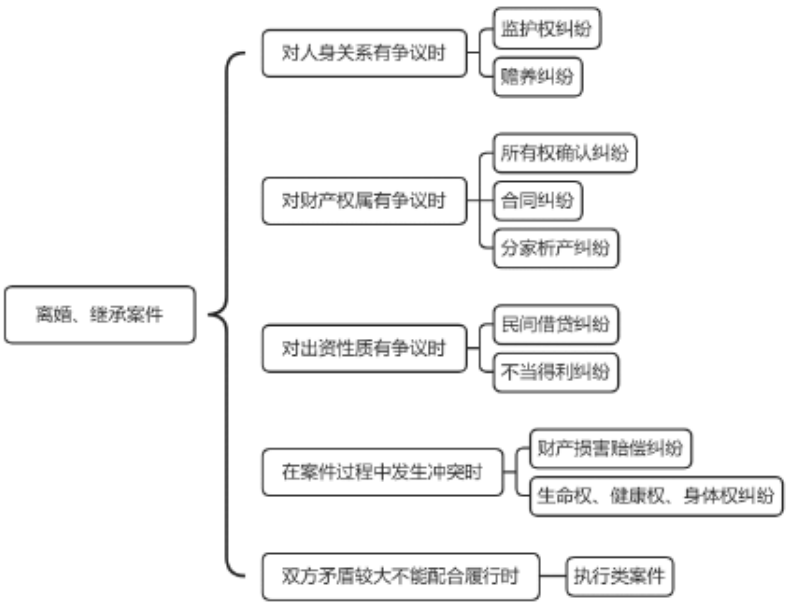
图三 我院 2020 年 1 月-2023 年 6 月家事案件案由分布图

（二）基本特点

1. 身份关系居于原点，一事牵发数起案件

因人身权利的取得及身份关系的变动会影响义务承担

和财产分配，故离婚、继承纠纷常伴随赡养、抚养、监护案件一并提起。在父母为子女出资购房、子女与父母共同参与拆迁安置等情形下，可能产生房屋权属问题，容易引发所有权确认、分家析产以及各种合同纠纷。在出资性质存有争议、来往款项原因不明时，常引发民间借贷、不当得利纠纷。在处理家庭纠纷时，双方矛盾易扩大至同住亲属或其他家庭成员，如产生相互辱骂、财产损害及肢体冲突，也会相应引发名誉权、财产损害赔偿及生命权、健康权、身体权纠纷。在双方矛盾较大不能配合履行生效法律文书时，则需通过强制执行程序予以解决。



2. 老人儿童仍处弱势，女性易受家庭暴力

涉老年人案件集中于赡养、继承纠纷，老年人因行动不便、对无线网络操作不熟练，在立案、庭审、举证过程中常有困难。老年人将大额财产赠与或低价转让给子女后，子女可能拒绝对老年人进行赡养或提供生活帮助，并以多种形式降低自身履行能力以逃避或减轻法定义务。老年人将钱款交给子女代为保管后，如发生子女私自取款的情况，则易使老人晚年生活陷入困境。在涉未成年人探望权、抚养权纠纷中，如父母的职业属性、经济水平、隔代抚养等条件差别较大，则在教育理念及子女陪伴方式上常存有分歧。实践中，父母因探望问题在子女学校或居住社区发生争执时，多申请公安部门介入，对未成年人学习及生活造成影响。我院 2020 年-2023 年 6 月共受理 32 起申请人身保护令案件，申请人为女性的共 30 件，男性仅有 2 件，女性提起的比例明显高于男性。离婚案件中，女方多为主张遭受家庭暴力的一方。但由于家暴发生时间久远，且女方往往念及孩子选择隐忍原谅，导致诉讼时难以举证，无法保障自身权利。

3. 财产类型丰富多样，厘清家财归属不易

伴随着线上支付的广泛运用，网络虚拟财产日益增多，除房屋、车辆、存款等传统财产外，诉讼中常涉及对虚拟货币、游戏账号、社交媒体账号、淘宝店铺、高价玩具手办等新类型财产的分割。与普通商品房相比，平房院落、成本价购房、拆迁安置房屋在购置、居住过程中常涉及多重法律关系，审理过程中亦需拆迁安置单位、开发商等案外主体配合

工作，确定产权归属有一定难度，分配时也需综合考虑多种因素。

4. 共享机制有待完善，信息甄别难度较高

因身份关系、财产权属无法适用自认规则，法院为查明家庭人员、健康状况、居住信息及调取笔迹样本需进行大量调查取证。除派出所、民政局、不动产登记中心、金融机构等常见单位外，向档案馆、医院、养老机构、出入境管理中心调查核实的次数亦较频繁。由于各单位信息存储及联网能力不足，对法院调查及律师持令取证要求的手续、接待流程存在差异，查证时间较长。部分当事人利用信息不对称的状况，故意对法院隐瞒继承人、非婚生子、双重身份、重婚等信息，或对名下财产及外部债务缄口不提，严重侵犯其他权利人利益。

（三）纠纷成因类型化分析

1. 离婚纠纷

女性追求独立意愿增强，购房出资性质常有争议。我院受理的离婚案件中，65.3%由女性提起。女性随着受教育水平的提高，对自身价值及情感需求关注渐多，希望配偶共同分担家庭责任的意愿更为强烈，常因配偶不承担家务劳动、对子女照顾较少等原因提起诉讼。离婚纠纷中财产争议的主要类别为房产分割，常见问题包括父母对子女购房出资的性质、是否为借名买房、婚前个人财产在婚后的转化等。在夫妻关系存续期间较长，房屋出资来源复杂的情形下，当事人更希望借助诉讼达到分清家庭财产的目的。

诉争财产类型迭出，转移渠道具隐蔽性。随着全面建设小康社会目标的完成，家庭财产形式多样，但与新类型财产相关的法律规定尚待完善。由于网络金融业务的发展，存款、基金、证券交易多在线上进行，账户开通及转账均可在短时间内完成，转移财产更具有隐蔽性。由于财产形式多样，存在代持情况，即使共同生活多年的夫妻也难以掌握对方全部财产状况，在财产状况不透明的情形下，当事人往往不愿选择协议离婚。夫妻共同财产申报制度虽给当事人带来了一定的约束力，但需有赖于双方诚信与自觉才能达到更好的法律效果。

协议离婚后续问题多，次生诉讼数量高发。部分夫妻为追求迅速解除婚姻关系而选择至民政部门协议离婚，往往对财产分割、子女抚养考虑不周，离婚后又以欺诈、胁迫、显失公平为由要求撤销协议。因离婚协议在备案时不会对涉及的财产进行实质审查，且不具备强制执行效力，如双方对财产处置约定不明、履行不全或有“假离婚”情形存在，则只能向法院提起离婚后财产纠纷予以解决，导致该类案件数量逐渐攀升。部分财产因未办理权属登记或与案外人之间存在争议，在离婚时不具备实际分割条件，难以通过一次诉讼处理完毕，引发后续诉讼。部分当事人因婚姻关系存续期间较短，在婚姻关系解除后常就彩礼返还、购房出资问题寻求诉讼解决。

2. 继承纠纷

继承人及遗产范围查寻难度较大。受人口省际流动增多影响，各继承人之间常因分居数地而疏于联系，同时因户籍登记信息具有滞后性，导致当事人自行查找继承人较难，无法通过协商或公证方式分割遗产。根据相关规定，查询已故存款人存款的主体仅包括存款人的父母、配偶及子女，故第二顺位继承人及代位继承人很难掌握遗产线索。且实践中不同金融机构对查询规定执行不一，给继承人举证带来阻碍。涉老年再婚家庭中的财产属性相对更为复杂，既要确定再婚后的夫妻共同财产，又要查明再婚一方在前次婚姻中是否对夫妻共同财产分割清楚，常需查阅年代较为久远的婚姻档案。

遗嘱效力及被继承人行为能力争议较大。随着人民群众法律意识的提高，越来越多的老人选择订立遗嘱以对遗产进行处分，我院约 46.69%的继承纠纷案件会在诉讼过程中涉及遗嘱争议。遗嘱继承案件中，主要争议焦点包括自书遗嘱书写主体是否为被继承人本人、被继承人在立遗嘱时点的行为能力、遗嘱所附条件对遗嘱内容效力影响。传统遗嘱形式多为被继承人自己或与熟人在无专业法律从业者指导情况下自行制作并保管的自书遗嘱、代书遗嘱，在笔迹存在争议的情况下，常因遗嘱形成年代久远、相关样本保存不足等导致案件难以进入笔迹鉴定程序，此时需更多依靠法院查明遗嘱的形成过程、家庭关系、被继承人生前意愿等因素来对遗嘱真伪形成心证。被继承人自行以打印、视频等方式订立的遗嘱，多因遗嘱形式不符合法定要件而被认定为无效。近年来，随着专业遗嘱见证行业的兴起，很多被继承人选择在专业遗

8

嘱库订立遗嘱，采用公证方式订立遗嘱的比例有所下降。由于被继承人既往行为能力鉴定对检材要求较高，鉴定机构常因材料不足予以退案，难以得出准确结果。

财产折价方式及附属利益处置分歧较大。继承案件中多会涉及成本价购房、拆迁安置房屋、以及平房院落在申请式退租过程中产生的利益分配。涉成本价购房案件中，常需结合购房政策、配偶工龄、房产购买时市场价值等因素进行计算，且要有原产权单位、产权交易部门同时配合，审理时不仅要对房屋清晰分割，更要深入考虑后续执行问题。涉拆迁安置房屋案件中，购房出资来源、房屋共同安置人口的权益、延迟交房补偿金的发放、房屋实际交付情况及产权办理进度均要综合斟酌。涉申请式退租案件中，家庭成员之间的协议效力、居住权的认定、特殊主体的保护均需考虑，以综合维护多方权益。

3. 赡养纠纷

老人需求与子女能力之间的矛盾亟需平衡。随着生活水平的提高，老年人养老的花销也趋于上涨，诉请费用类别中除日常的生活费、医疗费外，还包含保姆费、养老院费用等开支。子女一方常以生活负担重、暂时失业为由提出抗辩，如何平衡老年人的实际需求与子女负担能力成为争议焦点。“80 后”独生子女多主张因抚养儿女而存在经济压力，“50 后”中年子女多主张自己退休金较少且身患疾病，无力支付年迈父母的养老费用。随着有退休金的老年人比例提高，老

年人对于子女精神赡养需求增加，因“常回家看看”引发的赡养纠纷增多。

继父母子女之间产生隔阂后，常导致赡养意愿降低。继父母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用关于父母子女关系的规定。继父母与继子女之间如已形成抚养关系，继子女应在继父母年迈时承担法定赡养义务。在继父母与生父母结婚后离婚，或生父母一方先于继父母去世的情形下，继子女与继父母常因感情淡漠、遗产纠纷导致赡养意愿不足。因子女对父母的赡养义务不会由于父母的婚姻变化而终止，故常出现子女需对生父母和继父母同时赡养的情况。

4. 抚养纠纷

抚养费争议渐少，探望权配合度不高。我院 2020 年受理抚养费案件 62 件，2021 年受理 62 件，2022 年受理 59 件，2023 年 1-6 月受理 25 件。由此可见，单一因抚养费而引发的纠纷呈逐年递减趋势。离婚案件因双方情感破裂，直接抚养子女的一方如对判决结果不满，导致协助另一方行使探望权的意愿较低，此时仅依靠法院强制执行探望权难以达到良好的效果。在负有支付抚养费义务的一方履行义务不及时的情况下，另一方有时不愿主动配合探望，或以子女学习忙为由拒绝接受探望。我院 2022 年 1 月至 2023 年 6 月共受理探望权纠纷 36 件，多为离婚分居期间和因判决后子女生活环境变化引发的诉讼。

抚养权争夺方式不当，易伤害子女心理健康。父母在争夺子女抚养权时，少数会对子女进行诱导性录音录像并作为

证据提交，并在与子女单独相处时对配偶人格进行贬低。在法庭询问子女想法时，父母或以不当许诺及威逼方式影响子女陈述真实想法。虽然《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）将征求子女抚养意愿的年龄标准降低至八岁，但实践中对于抚养权的确定亦需首先考虑未成年人利益。父母如将自身的抚养意愿凌驾于子女需求之上，可能对未成年人的身心健康造成负面影响。

5. 人身安全保护令

自《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称《反家庭暴力法》）实施以来，人身安全保护令制度作为一项新型反家暴机制，对遏制家庭暴力一直有着积极的作用。从我院人身安全保护令案件的受理数量来看，2020 年受理 7 件，2021 年受理 3 件，2022 年受理 14 件，2023 年 1-6 月共受理 8 件。该类数量呈上升趋势的原因，分析有二。一是人身保护令相关规定不断完善。2022 年 8 月 1 日，《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》施行，进一步扩大了人身安全保护令的适用范围，并适当扩大了代为申请的情形及代为申请的主体范围，对违反人身安全保护令的行为加大惩治力度，在受害人留存证据、减轻举证负担、增强人身保护令的权威性等方面做出了重大进步。二是家庭暴力受害人维权意识增强。2020 年我院受理的人身安全保护令涉案主体仍以配偶为主，申请原因多为夫妻之间发生的家庭暴力，自 2021 年起涉案主体逐渐扩大至父母子女、兄弟姐妹等同住亲属，申请原因包括父母教育子女方式粗暴，兄

弟姐妹因赡养及继承矛盾引发肢体冲突等，呈现出申请主体身份关系多样的特点。

二、家事审判工作机制与举措

我院在审判工作中始终坚持首善标准，提高政治站位，强化“千家好，国家才能好”理念，不断创新思路、优化措施、破解难题，着力解决家庭矛盾，补强影响核心区安全稳定的问题短板。

（一）融和于法，助力和谐家庭建设

1. 以和为核，树牢司法为民裁判理念

维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，是人民法院审理家事案件必须履行的基本职能。坚持把改善、维护、稳定婚姻家庭关系作为家事审判最基本的功能定位，始终贯彻“矛盾化解与情感修复并重”的审判理念，从家庭成员间的关系入手，因案制宜，灵活运用情理调解家事纠纷，尽可能地维护原有家庭和婚姻关系的稳定。三年来，在我院家事案件收案数量整体上升的情况下，调撤率依然高于其他类型案件，一审服判息诉率近 90%。离婚案件中调解和好一千余件，在挽回破裂婚姻的同时重建幸福家庭，充分发挥司法审判对家庭的“诊断、修复、治疗” 作用。

2. 能动履职，拓展司法利民工作举措

依托“背包法官”“兰心计划”“爱家东城”等特色品牌，将党建工作与审判业务深度融合，着力解决家事审判中的难点、堵点、痛点。注重加大法院的职权探知力度，多措并举，实现法律的“刚性”需求，切实维护当事人合法权益。离婚

案件中，坚持向当事人发布《夫妻共同财产申报令》，明确申报时间截点、申报财产类型及拒不申报的法律后果等，引导夫妻双方诚信诉讼。继承案件中，在继承人身份不明时，通过调取人事档案、户籍信息并走访居住地，以全面厘清家庭关系。与不动产登记中心积极协调，方便、快捷、迅速掌握当事人房屋登记情况，确保实现家事审判的“东城速度”。

3. 关爱弱势，播撒司法便民人文关怀

在涉及弱势群体纠纷中，积极贯彻“快介入、速送达、强调解、转庭审、勤回访”审理五步法，全面维护弱势群体合法权益。向社区居委会、派出所、养老院等单位了解老年人生活现状，摸清老年人在经济及精神上的实际需求。严格审查涉老年人案件中子女代理权限，谨防“无权代理”，确保老年人真实意思的表达。如发现父母对未成年子女存在教育失当情形，则通过积极释法、发布家庭教育令等方式，将保护未成年人利益优先置于其它争议解决之前。在人身保护令案件中，考虑被申请人在违反保护令情形下，申请人难以立即向法院申请强制执行，可能会导致“有令而未行”状况产生，故在签发人身保护令后，均会同时将法律文书送达申请人居住地的派出所、妇联等单位，使保护令效力落到实处。

（二）就案说法，加强法治家庭宣传

1. 德法并举，讲好家风文化司法故事

时刻注意将“尊老爱幼、男女平等、夫妻和睦”等传统家庭美德融入司法裁判，使法治与德治相得益彰。首次在离婚案件中，对于为争抚养权只顾争吵录像，不顾孩子受惊哭

闹的夫妻发出家庭教育令，责令二人对孩子尽养育之责。干警积极撰写《要说理不要说教："情理"元素融入裁判说理的优化路径》《道德规范融入家事裁判文书说理的实证分析》等调研文章，从理论层面积极探索情理融入司法之路。

2. 延伸职能，满足人民群众多元司法需求

紧密结合东城区位特点创新工作机制，多渠道进行普法宣传，满足人民群众多元的司法需求，促进和保障核心宜居之区发展。多次前往妇联、街道等单位授课，讲述家庭成员之间应当履行的基本义务，弘扬优良家风。与"小棉袄爱老普法驿站"联动合作，定期为老年人进行普法宣传。为辖区内近 40 所中小学及幼儿园配备法治副校长，每年开展法治宣传近百余次，将法治宣传带入校园。对实践案例进行深度剖析，总结提炼并转化成喜闻乐见的日常经验法则，将家事审判中的新动向、新争议以案例方式向社会公布，增强人民群众法律意识。

（三）多元共治，践行幸福家庭目标

1. 信息互通，拓宽数据资源共享渠道

为解决婚姻登记、家庭信息查询不便问题，我院与东城区妇联、东城区民政局签署《信息共享机制合作备忘录》，加强部门间信息共享和业务协同，健全信息共享机制，扩大信息共享范围、优化信息共享服务。畅通妇女儿童诉求渠道，进一步做好东城区婚姻家庭纠纷多元化解机制建设和婚姻登记诚信体系建设。引导建立平等、和睦、文明的婚姻家庭

关系，充分形成防风险、促和谐、保平安、护稳定的强大合力，完善网格化管理、精细化服务，共同维护社会和谐稳定。

2. 诉源治理，打造“和立方”共建模式

“和谐、和解、和睦谓之‘和’，多方参与、多种方式、多重效果成‘立方’，故称‘和立方’。”我院创推“和立方”工作机制，深入参与社会治理，积极助推“枫桥经验”北京版全面升级。每年以速裁方式解决家事纠纷近千件，充分将关口前移，高效解决矛盾纠纷。与多个街道建立诉调对接工作站，基本已形成优势互补、一站通办的基层解纷立体新格局。用足用好各项措施，有效降低当事人诉累，将司法为民落到实处。

3. 多方协同，构建家事纠纷共治格局

探索建立离婚案件中未成年人询问新机制，通过法官走入校园，拓宽询问对象，最大程度探寻未成年人的真实意思。强化与公安机关、检察机关、司法行政等单位的协调联动及案件会商，向区检察院移转涉弱势群体家事案件线索，辅助检察机关履行法律监督职能。依托 12368 热线建立接诉即办机制，允许各街道、相关政府部门、基层自治组织、各类调解组织通过 12368 热线向法院“吹哨”，提出法律支持、指导调解、司法确认、普法宣传，以及其他与预防调处化解矛盾纠纷相关的法律服务需求。

三、家事纠纷防范提示建议

就离婚、继承、分家析产纠纷中出现频率较高的争议问题，我院结合司法实践，做出提示建议如下。

（一）夫妻协议离婚并分割财产时，需尽量明确财产范围并尽快履行，防止事后引发争议

夫妻如因感情破裂确需离婚，在协议离婚时要注意对分割财产的范围、数量、交付时间进行明确约定，离婚后应及时变更房屋产权登记并完成动产实际交付。如未及时履行协议，发生一方反悔或将财产权属转移给第三人的情况，则会导致另一方基于协议的权益难以实现。离婚登记不仅可产生财产分割的后果，也必然导致婚姻关系在法律上彻底解除。夫妻要充分认识到婚姻并非儿戏，摒弃以办理户口、规避限购、转移财产为目的进行“假离婚”的行为。实践中，如在“假离婚”中分得较多财产的一方拒绝复婚，则另一方只能通过诉讼方式主张撤销离婚协议中的财产约定部分，并需承担更多的举证责任。即便双方日后复婚，则离婚前的夫妻共同财产在离婚后转化为一方个人婚前财产，此时则需要针对离婚协议的内容重新约定夫妻财产，以免复婚后因未保留证据产生矛盾隐患。

（二）公民立遗嘱处分自身财产时，需严格遵照法律规定，审慎考虑遗嘱内容

法律赋予公民以遗嘱形式对自己生前财产进行处分的权利，充分贯彻了遗嘱自由的立法精神。但是，遗嘱自由并不代表遗嘱人可以随心所欲订立遗嘱，遗嘱必须兼具法律规定的形式要件与实质要件才能具有法律效力。如果遗嘱有一项要件未能满足，即使遗嘱确为遗嘱人的真实意愿，也可能不产生法律效力，这就需要遗嘱人在订立遗嘱时应充分了解

法律规定，并审慎考虑遗嘱内容。《民法典》第 1134-1141 条对不同遗嘱所需要的形式要件分别做了详细的规定。从形式要件来看，法律对遗嘱的形式具有严格要求，遗嘱人应根据自身情况选择适当的遗嘱类型，按照法律规定的遗嘱形式要件来订立遗嘱。常见遗嘱形式瑕疵包括日期签署不全、见证人不具备见证资格、录音录像记录的遗嘱订立过程不完全等。从实质要件来看，遗嘱人应对遗嘱内容仔细斟酌，对财产的处理既不能违反法律、行政法规的强制规定，亦不能随意增添限制条件。

（三）父母为子女大额出资或将房产赠与子女时，宜对风险未雨绸缪，为晚年生活留有余地

父母在子女结婚时对购置房屋、车辆或装修进行资助较为常见。父母对子女提供大额出资时，宜由父母、子女及配偶共同商议，明确出资性质是借款还是赠与子女一方或夫妻双方。即使父母碍于情面未能签署正式的借款合同，也应通过微信、短信、转账备注等形式对款项性质予以明确，避免产生纠纷时承担不必要的诉讼风险。在父母准备将名下房屋赠与子女时，要意识到房产价值较大，老人晚年生活质量与房屋如何处分密切相关，一定要谨慎考虑。当老人决定处分房产时，应先对自身经济条件、身体状况、养老条件进行考量，需理性分析法律风险，慎重作出赠与或低价出售给子女的决定，以免出现受赠人不尽赡养义务、子女之间出现矛盾等情况引发诉讼，一方面损伤家庭和气，另一方面也可能使老人丧失经济保障。

17

（四）亲属之间订立涉遗产处理、分家析产、遗赠扶养等协议时，需规范协议形式，注重留存证据

亲属之间以协议形式对遗产或家庭共有财产进行分割时，应对分割财产的范围、履行方式、折价标准、附随义务等问题进行明确约定。在款项交付上，可以优先选择通过银行转账或者其他支付软件转账；必须以现金形式交付的，应当留存对方收款凭证等证据。老年人签订遗赠扶养协议有助于保障自己的晚年生活，但在选取扶养人、签订协议时要充分考虑。为了避免履行过程中发生不必要的争议，遗赠扶养协议一般应采用书面形式，明确双方的权利义务、遗赠财产名称、数量、范围以及提供扶养的具体内容、办法和期限。需要提醒的是，在被扶养人有法定继承人的情况下，扶养人如果切实履行了扶养义务，一定要注意保存相关证据。同样需要提示的是，如果扶养人仅签订了协议而未对被扶养人尽到扶养义务，同样有可能得到司法否定评价，无法得到协议约定的财产。在民法典扩大扶养人的范围之后，要谨慎提防某些不法分子以帮助老年人养老为诱饵，诱骗老年人签订遗赠扶养协议骗取房产。

18

小两口离婚，公婆起诉支付购房款，法院是否支持？

2023-11-11 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/quNFRi4luaBgMDR9143BvQ

封面新闻

鲁法案例【2023】614

■巨野法院：小两口离婚，公婆起诉支付购房款，法院是否支持？

2014 年 5 月 26 日，原告马某、程某老两口购买房产一处，总房价 458109 元，自该房屋交付后开始装修，且在装修完毕后作为儿子马小某、儿媳刘某结婚的婚房。2018 年 2 月 2 日老两口提前还清了房贷，办理了房产证，考虑到装修费用及房屋升值因素，现该房产市值估价约 80 万元。2019 年 7 月 3 日，老两口与儿子、儿媳签订买卖合同，约定买受人于 2019 年 7 月 3 日一次性把全部房款 45.4 万元以现金方式支付给卖方，随后，房屋变更登记在儿子、儿媳名下。2020 年 12 月 8 日，小两口离婚，对房产处理达成协议：约定案涉房屋归马小某所有，马小某需支付刘某现金 35 万元，双方无共同债权债务。因马小某未能按约付款，刘某诉至法院，法院判决由马小某支付刘某房屋分割款 35 万元，判决生效。

后老两口将儿子、儿媳诉至法院，诉称签订房屋买卖合同办理房产过户，但未支付购房款，因二人离婚分割了涉案房产，要求其按 80 万元付款。被告刘某辩称合同明确约定以现金方式支付了购房款，不同意二原告的诉讼请求。

法院经审理认为，结合原、被告提供的证据，鉴于老两口与儿子、儿媳之间的特殊亲情关系，结合当地风俗习惯，二被告婚后一直在该房屋内居住生活，二原告除工作日外，周末亦在该房屋和二被告共同居住，直至二被告离婚。而双方以 45.4 万的价格签订《房屋买卖合同》，应系出于其他原因考虑，并不是以明显低价进行房屋买卖，故法院确信二原告的待证事实存在高度可能性，应当认定二被告未实际支付 45.4 万元的事实存在。房屋虽增值，但二原告要求被告支付 80 万元，没有法律依据，法院不应支持。

鲁法经验



潍坊中院：昌邑法院为 75 名工人追回工资 120 余万元

昌邑市某印染企业因经营不善，2022 年以来，共计拖欠 75 名工人工资 120 余万元。昌邑法院执行局采取多种方式查控，发现该企业确已资不抵债，无力偿付工人工资。后经了解，该企业十余年前通过顶账方式取得了一处物业，但该物业已被其他案件查封。

经研判，该处物业如果拍卖，其余值足以清偿工人工资，遂紧急对该处物业采取了轮候查封措施，并立即启动联动机制，协调各团队加快涉案标的处理进度，历时一年多，终于将该处物业成功拍卖，拍卖所得款项按查封顺序清偿工人工资。

日前，昌邑法院执行局成功为 75 名工人执行回工资款 120 余万元，切实保障了工人们的合法权益。执行款发放现场，执行干警逐一核对申请执行人信息，申请执行人在相关文书上签字确认

后，案款将通过电子转账的方式发放到其提供的账户上，现场整个过程井然有序。



淄博市周村区法院：以法之名护航未成年人向阳生长“心理疏导+家庭教育指导”双重保障

近日，周村区法院针对一起涉多名未成年人身体权、健康权纠纷案件，在遵循最有利于未成年人原则、司法适度补强原则基础上，引入心理疏导机制，集中发出五份《家庭教育令》，藉此延续司法关怀，推动司法参与家庭教育治理，督促未成年人监护人“依法带娃”，稳步提升家庭教育能力水平，有效改善未成年人家庭环境。下一步，承办法官将完善“家庭教育+心理疏导”“家庭教育+回访帮扶”联动机制，筑牢未成年人家庭保护屏障，对问题家庭开展定期回访、动态靶向指导工作，及时跟进家庭教育效果，如监护人仍存在家庭教育缺位或者怠于履行的情形，将视情况予以依法介入处置，真正让家庭教育指导令有“令”必行、有“令”即行。

近年来，周村区法院坚持立足审判、以审促治，延伸审判职能，助推社会治理，统筹适用心理疏导、送法进校园、发布家庭教育令、提出司法建议等措施，着力画好“1+N”同心圆，织牢“护苗”保护网，推动健全未成年人权益保障机制与社会支持体系等配套制度，以持续提升未成年人权益司法保护水平，全面护航未成年人健康成长。



威海市环翠区法院：“管家式送达”搭建民事送达“快车道”

为进一步提升司法效率和群众诉讼体验感，环翠区法院创新“管家式送达”模式，不断提高送达工作的专业性、规范性和创造性，今年以来民事案件送达时长缩短至 6 日内，送达效率提高 50%以上。

环翠区法院在全市法院创新试行了司法辅助事务集约化管理机制，在送达事务上实行“跟案”模式，即在全院设置 27 名跟案人员，每名跟案人员与 2-3 名法官对接，专职负责诉讼材料接收和送达工作。为进一步提高“管”的规范性，环翠区法院制定了专门的送达事务操作手册，针对电子送达、邮寄送达等各类送达方式细化操作流程，不断完善送达机制、规范送达行为，划定规范送达的“加速跑道”。环翠区法院不断强化内部考核机制，每月对跟案团队送达成功率进行通报，定期组织送达技巧与经验交流，推动跟案人员由被动的送达事项“执行者”，变为主动找办法、创新找措施的送达事务“总管家”。

鲁法案例

鲁法案例【2023】615

■淄博市张店区法院：肇事司机无营运车辆上岗证驾驶车辆发生交通事故的，保险公司应否在商业三者险范围内免责？

2022 年 10 月 17 日 2 时 30 分，被告王某驾驶其所有的鲁 C×××××号车（系营运货运车辆）与原告张某驾驶的鲁 C8×××××号车相撞，车辆受损，造成道路交通事故。经交警部门认定，王某负事故的全部责任。张某起诉要求赔偿车损 17 000 元，并提供维修结算单予以证实。被告王某辩称，事故属实，应由保险公司负责赔偿。被告某保险公司则辩称事故属实，交强险已赔付，发生事故时被告的上岗证已过期，故其在商业三者险限额内不承担赔偿责任。

法院经审理认为，本案中，在某保险公司向投保人出示的《机动车综合商业保险条款》第二十四条规定："在上述保险责任范围内，下列情况下，不论任何原因造成的人身伤害、财产损失和费用，保险人均不负责赔偿。下列人身伤亡、财产损失和费用，保险人不负责赔偿……6.驾驶出租机动车或者营运性机动车无交通运输管理部门核发的许可证书或其他必备证书……"该条款已加黑加粗，且在投保单投保人声明栏中投保人淄博某运输公司已盖章确认，故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第十一条第二款和第十三条的规定，某保险公司对该条款已尽到了提示、说明义务。王某未提供证据证明其驾驶涉案营运性机动车有交通运输管理部门核发的道路货物运输从业资格证，某保险公司提供的王某的道路旅客运输从业资格证（上岗证）系对旅客运输的许可证书，非货物运输许可证，且于 2021 年 5 月 26 日到期，因此依据相关法律规定，上述有关财产损失的责任免除条款具有法律效力，涉案事故造成的车辆损失应由侵权责任人承担。王某认可其系涉案的鲁 C×××××车辆的所有人及驾驶人，故应认定王某为涉案事故的侵权责任人，依法承担对张某的赔偿责任。故判决被告王某赔偿原告张某车辆损失费 17 000 元。



鲁法案例【2023】616

■日照开发区院：危害珍贵、濒危野生动物？刑事、民事责任都要担！

自 2014 年至 2020 年，被告人王某甲多次向被告人何某等人非法收购穿山甲鳞片、蛤蚧等野生动物制品并出售给被告人王某乙等人，被告人王某乙将非法购买的穿山甲鳞片再出售给他人。案发后，侦查机关依法扣押穿山甲鳞片（含部分粉末制品）8 000 余克、羚羊角 1 个、蛤蚧 10 对。经鉴定，上述野生动物制品均系国家重点保护野生动物或《濒危野生动植物种国际贸易公约》（CITES）附录Ⅰ、附录Ⅱ所列动物制品，价值近 70 万元。

法院审理后认为，被告人王某甲、何某、王某乙违反野生动物保护法规，非法收购、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物制品，其行为已构成危害珍贵、濒危野生动物罪，应追究其刑事责任；三名被告人非法买卖珍贵、濒危野生动物制品的行为损害了社会公共利益，造成野生动物资源损失，威胁生态环境安全和生物多样性，应当承担生态环境损害赔偿责任。三名被告人均认罪认罚，法院根据三名被告人犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，分别判处三名被告人有期徒刑一年六个月至三年不等的刑罚，适用缓刑，并处罚金。法院同时根据查明的事实，判决被告人王某甲、何某、王某乙连带赔偿非法买卖穿山甲鳞片造成的生态环境损害赔偿金 87

712 元；被告人王某甲、何某连带赔偿非法买卖穿山甲鳞片造成的生态环境损害赔偿金 292 448 元。宣判后，三名被告人均认罪服判。

视频普法

枣庄市市中区法院：网络转账凭证在诉讼中怎样会有更强的证明力？



编辑：马聪聪

知法守法，共促老有所养

2023-11-02 民主与法制时报 本社记者 张晶

http://e.mzyfz.com/paper/2123/paper_56888_11725.html

“这是我自己的房子，我有权决定谁来居住！”近日，在北京市昌平区百善镇牛房圈村委会，昌平区人民法院对一起分家析产案件开展巡回审判，该案原告王女士不愿与儿子刘某一起生活，要求其搬出房屋却遭到拒绝，现场吸引了众多村民前来旁听。

庭审结束后，昌平区法院召开涉老年人婚姻家事纠纷典型案例新闻通报会，系统梳理了近五年案件的审理情况及特点，并发布典型案例，倡导各方积极解决涉老年人法律纠纷问题，为他们创造幸福晚年。

“涉老年人婚姻家事纠纷成因不仅包括经济因素，还包括了家庭矛盾、感情纠葛，各种因素相互交织。”通报会上，昌平区法院审委会专职委员郑维岩介绍，家庭成员之间应遵循公序良俗原则，不能忽视亲情关系，子女在提供必要经济支持的基础上，要关注老年人的精神需求、情感需求，保障老年人身心健康。

精神赡养等非财产性诉求增多

在老年人要求子女履行赡养义务方面，除了传统的金钱给付类，如主张赡养费、要求子女分担医药费、保姆费等，精神赡养类诉求日益增多。“空巢”、离异、丧偶老年人对子女情感慰藉需求程度增高，诉讼请求中常要求子女对自己进行探望或子女轮流居家照顾自己。调研发现，此类案件中主体“双老化”特征日趋突出，“老养老”案件占比 15.2%，原被告年龄都较大，存在着两辈人都需要赡养的难题。

王女士与王先生是夫妻关系，二人婚后生育三儿一女。后王先生去世，现年 80 多岁的王女士长期卧床，生活不能自理。王女士认为，所有子女也都年事已高，身体状况不好，无力照顾，但子女需解决聘请保姆照料产生的一切费用，精神上给予自己应该享受的陪伴和关怀。经数次调解，仍无法达到预期，王女士将四名子女诉至法院，要求合理分担赡养费、保姆费，确认具体联系人负责选雇保姆和其他具体联系事宜，并要求四人每月每人至少累计 7 天看望自己。

庭审中，王女士的大儿子表示，具体联系人事宜自己不负责。三儿子辩称，其老伴也卧床不起，需要照顾，自己无法保证看望天数。二儿子和小女儿则对王女士的诉请没有异议。

昌平区法院经审理认为，作为子女，不论自身年龄大小，身体有何特殊情况，在赡养孝敬母亲的问题上都应当积极履职，尽心尽力。关于王女

士的赡养费、住院医疗费用和保姆费，依据之前全家达成的调解协议，应由四子女平均负担，并根据实际情况变化及时作出调整，如果不够应及时补足。关于赡养母亲的总联系人和记账人员，四被告各有说法，法院认为以上人员的职责是辅助方便赡养母亲，属于道德义务，不是法律义务，且该人员选择必须获得王女士的认可，法院不宜强行指定，建议由王女士自行委托指定，其他赡养义务人应尊重母亲的选择。最后，看望父母也是子女赡养义务的应有之义，王女士要求四被告探望的请求，法院予以支持。最终，法院判决四被告平均负担原告王女士的生活费、护理费、医疗费等生活合理开支，每人每月给付生活费、护理费 1800 元，每人每月看望原告王女士至少两次，每次不少于两小时。

法官提示：

《中华人民共和国民法典》第二十六条规定："父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。"第一千零六十七条规定："父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。"

在此提示，子女对父母的赡养不仅是道德义务，也是法律义务，不仅是"情分"，更是"本分"。成年子女不得以任何理由拒绝对父母进行赡养照顾。赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。对生活不能自理的老年人，赡养人应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。

昌平区法院沙河法庭庭长邵敏表示，对老年人的赡养，是否付给老年人生活所必需的金钱不是衡量的唯一标准，还包括老年人精神情感的慰藉和陪伴。家庭成员不得忽视、冷落老年人，分开居住的子女应当"常回家看看"，切实保障老年人身心健康、生活安宁，真正让老年人老有所养、老有所依、老有所乐。

通谋虚假离婚现象较为突出

实践中，通过"假离婚"以期获取购房指标、拆迁利益，或实现逃避税费缴纳目的的情况屡见不鲜。然而，"假离婚"存在多重风险。一方面，"假离婚"存在真效力，法律上不存在"假离婚"，一旦双方签署离婚协议，并在婚姻登记机关办理离婚登记，双方婚姻关系即告解除。老年人"假离婚"后未能如约复婚的情况不在少数。另一方面，"假离婚"可能产生真陷阱，很多当事人因"假离婚"引发纠纷的原因在于，其为实现特定目的而签订的《离婚协议》存在不能反映其真实意思，甚至加重己方负担的情况。

赵先生与肖女士于 2001 年登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女。赵先生原系北京市朝阳区某村村民，后该村拆迁，赵先生获得位于朝阳区某小区 A 房屋和 B 房屋的承租权。赵先生的父亲在其再婚前已经去世，赵先生的母亲一直与赵先生、肖女士居住，后于 2006 年去世。赵先生的女儿于 2004 年结婚后搬离。

2003 年，赵先生与某物业公司分别签订两份《房屋买卖契约》，约定赵先生按照基准房价购买 A 房屋和 B 房屋。2008 年，为报销取暖费，B 房屋所有权人从赵先生变更为肖女士。2009 年，赵先生将 A 房屋出售，用全部卖房款并添补部分款项购买了位于昌平区某小区的 C 房屋。

2019 年，赵先生与肖女士协商出售 B 房屋。为满足该房产属于满五年唯一住房的情形，二人协商"假离婚"。双方签署的《离婚协议书》第三条约定赵先生名下 C 房屋离婚后归赵先生所有，肖女士名下 B 房屋离婚后归肖女士所有。双方登记离婚后，又在一起生活了几个月，后因家庭矛盾分开居住。不久后，赵先生将肖女士诉至法院，

要求依法撤销离婚协议中关于 B 房屋离婚后归肖女士所有的财产分割内容。

案件审理过程中，双方争执激烈，均表示不愿意再在一起生活。

昌平区法院经审理认为，所谓“假离婚”并非法律概念。原被告双方签订《离婚协议书》并办理了离婚登记，双方的婚姻关系即告解除，彼此之间不再享有和承担夫妻的权利和义务。行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

依据双方当事人陈述，原被告签订《离婚协议书》的目的是制造离婚的假象，以规避卖房缴纳税费。关于房产分割的约定是为了让 B 房屋成为肖女士名下唯一住房，双方并不具有真实分割夫妻共有财产的目的。最终，法院判决原被告签订的《离婚协议书》中与此相关的内容无效。

法官提示：

本案是典型的通谋虚假离婚案件。通谋虚假离婚，是指夫妻双方均欠缺结束婚姻关系的真意，但出于某些目的，串通合谋向婚姻登记机关作出离婚意思表示，并认可或约定待目的达成后再行复婚的离婚行为。

对于离婚协议效力的认定，法院一般会对双方处分财产的真实意愿进行审查。行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。如果证据足以证明离婚协议相应条款的签订系为制造离婚假象，以实现特定意图，而双方并不具有真实分割夫妻共有财产的目的，相应条款则通常被认定为无效，对于相关的夫妻共同财产应当予以重新分配。然而，如果当事人不能就签订离婚协议时的真实意思进行有效举证，则其可能会落得人财两空的下场。

昌平区法院沙河法庭副庭长张焱提示，婚姻不是投资房产的工具，“假离婚”行为是对婚姻的不尊重，不仅违反了诚信原则扰乱市场秩序，更与社会主义核心价值观倡导的价值准则相违背。切莫为投机追求部分利益而将自己置入人财两空的窘境，切勿因小失大，否则悔之晚矣。

19 封司法建议 巧解婚姻登记背后的“双面人生”

2023-11-12 湖北高院

https://mp.weixin.qq.com/s/RxZRtoCPWP9qS2BOOgpzOQ

“根据各县市婚姻登记部门反馈，通过司法建议书等方式取消错误的婚姻登记，既让我们不用坐被告席，也能尽快化解当事人争议。感谢法院的支持！”2023 年 10 月，恩施州中级人民法院收到恩施州民政局发过来的感谢微信，一并报送的还有去年 7 月以来通过司法建议化解的 19 件婚姻登记积案的台账。

时间回到 2021 年 6 月，“我就想跟丈夫、孩子在户口本上团圆!”恩施州中院收到一纸婚姻登记上诉状。

原来，2003 年李红(化名)因未达到法定结婚年龄借用刘梅(化名)的身份信息与王刚(化名)登记结婚，婚后生育两个子女。2017 年，李红想将户口迁移到王刚及子女户籍所在地，但因婚姻登记信息不实无法办理，李红找到县民政局。

“无法核实你们三个人的真实婚姻情况，我们无权直接修改你的婚姻登记信息。”县民政局无奈告知。

见问题无法解决，李红急了，以县民政局为被告提起行政诉讼，希望通过法院判决撤销婚姻登记后，再以真实身份登记结婚。却不想，县法院犯

了难。登记行为发生在 2003 年，李红现在才来起诉，早已超过规定的起诉期限，县法院驳回了起诉。李红不服，上诉到恩施州中院。

“当年登记信息没联网，他们故意冒名顶替办理结婚登记。我们现在想帮忙也没有职权呀！”二审开庭时，县民政局很委屈。如果直接判决撤销婚姻登记，显然违反行政诉讼法的规定，但驳回起诉，李红一家又该如何在户口本上“团圆”？一定得找到更好的办法。

很快，事情迎来了转机。

2021 年 11 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部联合印发《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》，要求以促进问题解决、维护当事人合法权益为目的，化解行政争议。

恩施州中院随即向恩施州人大建议，结合实际进一步细化指导意见，推动落地。州人大高度重视，积极协调恩施州检察院、恩施州公安局、恩施州民政局等相关部门与恩施州中院组成专班，推进该类争议的实质化解。



恩施土家族苗族自治州中级人民法院

关于进一步明确以冒名顶替、弄虚作假的方式办理婚姻登记类行政案件的审理工作的通知

各县市人民法院：

针对近年来全州法院涉及冒名顶替、弄虚作假办理婚姻登记类行政案件较多的实际情况，为进一步降低行政案件裁驳率，高效实质性化解行政争议，根据最高法、最高检、公安部、民政部联合印发《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》，对以冒名顶替、弄虚作假的方式办理婚姻登记类行政案件的审理工作进一步明确规定如下：

经过充分的调查研究、分析论证，2022 年 7 月，恩施州中院印发《关于进一步明确以冒名顶替、弄虚作假的方式办理婚姻登记类行政案件的审理工作的通知》，要求全州法院在审理该类案件时应当组织起诉人与被诉婚姻登记机关协调，认为应当撤销婚姻登记的，要向婚姻登记机关出具司法建议书。

以柔性的司法建议取代刚性的判决裁定，更能缓解各方对立情绪，助于矛盾化解。

“当初年纪小不懂事，以为借用她人信息不是‘大事’，没想到造成了这么大的困扰，感谢法院，让我能够回归自己的‘人生’。”李红的问题解决了，还有更多“李红”。

“借用她的身份结婚是我的错，没想到会离不了婚。而且这些年来，她一直没有结婚，我觉得

挺对不起她的。感谢法院给我机会，让我能堂堂正正结束婚姻。”赵小花(化名)握着建始县法院行政庭庭长刘振华的手微微颤抖。

1994 年，赵小花为缩短生育间隔期，用张小美(化名)的身份证与王强(化名)办理了婚姻登记。后因感情不和，赵小花动了离婚的念头，但结婚证上不是赵小花的名字，不能直接办理离婚登记。赵小花找到张小美，请求其向法院提起行政诉讼，撤销“张小美与王强”的婚姻登记。

收到起诉状，刘振华通知三人到庭详细询问案情，又向建始县民政局调取婚姻登记档案，还查阅了公安机关出具的人口信息和村委会出具的相关证明。查清事实后，建始县法院向民政局发出司法建议书，建议撤销案涉婚姻登记。

县民政局收到建议书后，迅速向三人发布拟撤销婚姻登记告知书，三人现场签收无异议后，县民政局发布了撤销婚姻登记决定书。

为表达歉意，赵小花主动向张小美进行了民事赔偿。

“看似简单的一封司法建议，背后其实有很多具体工作，因为一旦错误撤销婚姻登记，很可能对当事人身份、财产、子女抚养等造成巨大影响，必须慎之又慎，既要与各个部门充分协调沟通促进机制畅通，又要广泛走访调查确保查明的事实清楚准确，还要妥善化解冒用人和被冒用人之间的矛盾心结……每一步都不容易，但能够解决问题，所有的努力都值得。”亲身参与了每一个环节，刘振华的感触更加深刻。

据悉，恩施州两级法院已通过司法建议累计化解该类争议案件 19 件。

来源：恩施州中级人民法院
编辑：邹　佳
责编：许　娇
审核：邓昭玲

广东高院发布一批贯彻实施民法典典型案例

2023-11-16　广东省高级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/j0_i5evt2q5SRFpVvJg_4g

今天，广东省高级人民法院发布一批贯彻实施民法典典型案例。这批案例共 10 个，案情涉及买卖合同、民间借贷、中介服务、老年人居住权、物业服务、邻里关系、侵害肖像权等内容，属于民法典物权编、合同编、人格权编等范畴。

据了解，广东高院此前曾于 2021 年 11 月、2022 年 1 月，先后发布 2 批 16 个典型案例。自民法典施行以来，广东法院全面加强财产权、人格权、知识产权与生态环境保护，聚焦群众急难愁盼，大力弘扬社会主义核心价值观，共审结一审民事案件 376 万件。今年以来，全省法院加强诉源治理，诉前调解民事纠纷 121 万件，同比提高 10.21%；新收一审民事案件 115 万件，同比下降 2.84%。

在“某服务公司与张某然中介合同纠纷案”中，佛山禅城法院对“跳单”行为进行否定性评价，支持中介公司依约获取服务费，引导市场主体依法诚信参与交易；在“聂某诉某物业公司物业服务合同纠纷案”中，东莞中院认定物业公司应为业主安装电动车充电设施提供便利，有效保障新能源汽车行业健康发展；广州南沙法院审理的“蔡某平与周某梅等买卖合同纠纷案”依法认定债务加入人应承担连带责任，是对民法典首次以法律形式对债务加入予以确认的有益司法实践，有效保护了债权人的利益。



01 明确未约定保证方式为一般保证

——谢某湧与朱某葆等民间借贷纠纷案

基本案情

2021 年 5 月 22 日，朱某葆为资金周转向谢某湧借款 30 万元，谢某湧于当日向朱某葆转账。同日，双方签订《借据》，约定借款金额为 30 万元，借款期限为 2 个月。施某文在《借据》担保人处签字捺印，但未约定保证方式。借款期限届满后，朱某葆仅还款 14.6 万元。谢某湧诉至法院，请求判令朱某葆偿还剩余借款本金 15.4 万元及逾期利息，施某文作为保证人对朱某葆的债务承担连带清偿责任。

裁判结果

深圳市福田区人民法院生效判决认为，谢某湧与朱某葆之间成立合法有效的民间借贷法律关系，朱某葆应归还谢某湧尚欠借款本金及利息。施某文在《借据》担保人处签字捺印，但双方对保证方式没有约定，根据民法典第六百八十六条第二款规定，应认定为一般保证。谢某湧主张施某文应按照连带责任保证承担保证责任，不予支持。故判决朱某葆向谢某湧支付剩余借款本金 15.4 万元及逾期利息，施某文仅对朱某葆的财产强制执行后仍不能履行的部分承担清偿责任。

典型意义

民法典规定当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的应认定为一般保证，系对原《担保法》规则的重大修改，对当事人利益影响甚巨。本案适用保证制度新规则，准确认定当事人对保证方式没有约定，应按照一般保证承担保证责任，依法保障债权人、保证人合法权益，充分发挥保证制度的价值功能。

02 明确“跳单”行为构成违约

——某服务公司与张某然中介合同纠纷案

基本案情

2021 年 3 月至 9 月期间，某服务公司作为中介方，带张某然实地查看了多套物业。同年 9 月 18 日，双方签订《看楼确认书》，确认某服务公司已带张某然实地查看了位于佛山市禅城区涉案房屋，该房屋挂牌价为 265 万元，张某然承诺不会直接或通过其他中介与涉案房屋业主或权利人达成任何买卖或租赁协议，否则视为违约，应支付上述售价 3%的违约金。此后，为促成该房屋的交易，某服务公司就交易价格等事实多次在买卖双方之间进行协商。同年 11 月 2 日，张某然绕过某服务公司，直接与出卖人签订房屋买卖合同，达成交易。某服务公司诉至法院，请求判令张某然按合同约定支付违约金 7.95 万元。

裁判结果

佛山市禅城区人民法院一审认为，某服务公司通过带看房屋、与出卖人协商房屋交易事项等方式，向张某然报告订立房屋买卖合同的交易机会，并提供了订立合同的媒介服务，已经履行了中介人的主要义务。张某然在接受某服务公司提供的中介服务后，利用其所提供的交易机会，直接与出卖人订立房屋买卖合同，既违反了诚实信用原则，也违背了双方约定，根据民法典第九百六十五条规定，应当向某服务公司支付报酬。故判决张某然向某服务公司支付违约金 7.95 万元。佛山市中级人民法院二审维持原判。

典型意义

民法典首次以法律形式对“跳单”行为及其法律后果作出明确规定。人民法院准确适用相关规定，确认双方当事人形成合法有效的中介合同法律关系，对“跳单”行为进行否定性评价，支持中介公司依约获取中介服务费，有利于维护中介市场秩序，促进中介服务行业规范化发展，引导市场主体依法诚信参与交易。

03 设立居住权保障老年人居住权益

——文某金与朱某仪等离婚后财产纠纷案

基本案情

文某金与朱某仪于 2016 年 8 月 31 日因感情不和，到民政局婚姻登记处办理协议离婚。根据离婚协议约定，位于广州市番禺区某房屋（四层自建房）第一、二层归文某金所有，第三、四层归儿子文某贤所有。后该房屋被拆迁，根据安置补偿协议约定，该房屋回迁面积为 220 平方米，选定两间回迁房，分别为回迁房 1 与回迁房 2。2020 年 12 月，朱某仪隐瞒文某金，在未与文某金协商的情况下自行到有关部门办理了收楼手续，收取房屋钥匙。文某金多次与朱某仪协商房屋分配问题未果，诉至法院，请求判令回迁房 1 归其所有，朱某仪将该房屋交付文某金使用。

裁判结果

经广州市番禺区人民法院主持调解，文某金与朱某仪自愿达成如下协议：一、文某金、朱某仪和第三人文某贤同意回迁房 1 归第三人文某贤所有；二、文某金有权无偿居住上述房屋，直至文某金终老。书面居住权合同由文某金、第三人文某贤另行协商签订。第三人文某贤在取得上述房屋的房屋产权证之日起 1 个月内，应配合文某金办理房屋居住权登记手续。

典型意义

居住权系民法典首次设立的用益物权，其设立与我国“住有所居”、满足特定人群居住需求的保障政策息息相关，尤其在涉老年人房地产纠纷中，依法保障老年人居住权益，对弘扬社会主义核心价值观具有重要作用。本案虽是一起离婚后财产纠纷，但经法官充分协调，找准了问题的关键所在，即文某金与朱某仪均愿意在有生之年将涉案房屋所有权转移给其子文某贤，但文某金又心生老无所居之顾虑。居住权的设立既保障文

某金放弃房屋所有权后，不会出现年老时被子女赶出房屋而居无定所的局面，也有利于促进家庭和睦。

04 明确物业公司充电桩安装协助义务范围

——聂某诉某物业公司物业服务合同纠纷案

基本案情

聂某系东莞市某小区业主，其享有涉案小区一期 1 号地下车库编号 475 号车位使用权，某物业公司为案涉小区提供物业管理服务。2020 年 9 月，聂某因需在前述车位上安装电动汽车充电桩，要求某物业公司出具同意安装证明。某物业公司称出具同意安装证明涉及业主公共利益和公共安全，且须经全体业主表决，因此不同意出具，双方遂产生纠纷。聂某诉至法院，请求判令某物业公司出具同意其在 475 号车位上安装电动车充电桩的证明。

裁判结果

东莞市中级人民法院生效判决认为，物业公司应当积极响应国家节能减排举措，在业主申请充电设施建设时，履行配合安装、提供便利义务。业主基于专有部分享有的权利，难免有利用共有部分的现实需要，这种需求是业主专有权利行使的合理延伸。该利用只要不违反法律、法规、管理规约的规定或影响小区其他业主的共同利益，应认定为合理使用。物业服务公司出具同意安装证明，仅是安装充电桩的一个环节。案涉车位是否具备安装充电桩的条件，是否会对用电安全、消防安全、人防效能等产生影响，还有赖于供电公司等相关部门依据现场勘查情况进行后续判断。因此，某物业公司以涉及业主公共利益和公共安全为由不同意出具同意安装证明，理由不成立。故判决某物业公司为聂某出具同意安装电动汽车充电桩的证明。

典型意义

本案认定物业公司应为业主安装电动车充电设施提供便利，彰显了人民法院支持绿色出行的司法理念，对破解充电桩及配套设施安装难题、推动新能源汽车行业发展发挥了良好的示范效应，是司法助力碳达峰、碳中和战略目标及人民法院践行社会主义核心价值观的集中体现。

05 明确邻里关系容忍义务

——何某与陈某等相邻关系纠纷案

基本案情

何某、陈某等 14 人均是涉案小区 31 座的业主，陈某等 13 人为便于生活，经协商后共同决定对 31 座楼栋加装电梯，并向 31 座的其他业主进行了意愿征集，经 2/3 以上业主同意并签名后，共同向物业公司提交了《申请书》《建设工程规划许可证》等资料，何某没有在该申请书上签字。2020 年 10 月 10 日，获得《建设工程规划许可证》后，施工方开始进场施工。何某认为电梯加装工程导致其房屋花园的绿植、窗户和地砖受到损害，电梯加装后突出的部分挡住了其客厅与饭厅采光窗户的光线，遂诉至法院，请求判令拆除加装电梯并恢复原状，陈某等 13 人支付赔偿款 5 万元。

裁判结果

清远市清城区人民法院生效判决认为，涉案电梯加装获得清远市自然资源局颁发的《建设工程规划许可证》并经小区公示，即本案暂无证据证明涉案电梯加装违反国家有关工程建设标准。同时，经法院到现场勘查，该电梯整体外立于原楼栋，从何某房屋的饭厅望出，并未发现严重影响通风、采光及日照的情况，涉案电梯的加装并未超出一般社会人所理解的容忍限度。依照《城市居住区规划设计标准》相关的规定，即使在既有住宅进行无障碍改造加装电梯一定程度上影响了相邻住宅的原有日照标准，相邻住宅也应负一定容忍义务。涉案电梯加装并没有侵犯何某的通

风、采光及日照等权利，何某对该加装行为应负有必要的容忍义务，故对于何某要求拆除电梯、进行补偿的诉讼请求，不予支持。

典型意义

老旧楼房因没有电梯，对居民尤其是老年人的出行、物品搬运乃至急救带来较大困难，涉及个人、家庭出行便利，已成为一个不容忽视的社会问题，关系到社会的整体和谐与稳定。即便加装电梯确实给低层住户居住环境带来一定影响，但在整体不妨碍通风、采光及日照等相关权利情况下，低层住户对单元加装电梯行为，无论从法律还是人情角度，都应负有一定的容忍度。

06 依法认定债务加入行为

——蔡某平与周某梅等买卖合同纠纷案

基本案情

2020 年 2 月，周某梅以 3.9 元/个的单价向蔡某平推销医用物品。蔡某平购买了 3 万个，并将货款 11.7 万元支付到周某梅指定的李某辉名下的银行账户。转账后，蔡某平仅收到 4 个物品，周某梅承认发错货并承诺退回货款。2020 年 3 月，李某辉从其银行账户向蔡某平退款 2 万元。2020 年 4 月，李某峰向蔡某平出具还款计划，承诺在 2020 年 6 月 1 日前退还剩余货款 9.7 万元，逾期需向蔡某平赔偿银行贷款利息等。之后，李某峰仅向蔡某平退款 0.9 万元。蔡某平诉至法院，请求判令周某梅、李某辉、李某峰退还货款 8.8 万元及利息。

裁判结果

广州市南沙区人民法院生效判决认为，根据民法典第五百五十二条规定，第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。本案中，李某峰向蔡某平出具还款计划，承诺退还剩余货款 9.7 万元，其行为应视为债务加入。周某梅并不脱离原买卖合同关系，李某峰加入债的关系后，与周某梅共同向蔡某平履行退款义务，对周某梅支付货款及利息承担连带清偿责任。故判决周某梅、李某峰向蔡某平支付货款 8.8 万元及利息。

典型意义

民法典回应经济社会发展需求，首次以法律形式对债务加入予以确认，为债务加入提供了明确的法律依据，建构起较为完整的债务承担制度体系。人民法院准确适用债务加入新规则，依法认定第三人承诺还款行为构成债务加入，应承担连带还款责任，有效保障债权人利益的实现。

07 认定主债权转让后抵押权一并转让

——李某平与王某胜等借款合同纠纷案

基本案情

2019 年 8 月，王某胜、康某榕共同向某信托公司借款 104 万元用于企业经营流动资金，康某榕以其位于东莞市清溪镇的涉案房产作抵押，并办理了抵押登记，抵押顺位为第二顺位。2020 年 4 月，某信托公司将上述债权转让给某资产管理公司，后某资产管理公司将涉案债权转让给李某平。两次债权转让仅通知了王某胜、康某榕，但均未办理抵押权变更登记。因王某胜、康某榕未按约定偿还借款，李某平诉至法院，请求判令王某胜等支付借款本金及利息等，并确认李某平对涉案房产折价或拍卖、变卖的价款享有优先受偿权。

裁判结果

东莞市中级人民法院生效判决认为，根据民法典第五百四十七条规定：“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有

而受到影响。”本案中，在某资产管理公司从某信托公司处受让债权后，就同时享有抵押权，其在转让给李某平涉案债权时也一并将该抵押权转让，不能以未进行抵押权变更登记而否认李某平享有抵押权。在债权转让前，抵押权已进行了公示，公示效果已达成，仍以公示时间为依据确定担保顺位。故判决王某胜、康某榕偿还借款 98.5 万元及利息等，李某平有权对涉案房产在第一顺位抵押权行使后剩余价值范围内行使抵押权，以其折价或拍卖、变卖所得价款优先受偿。

典型意义

民法典新增规定受让人取得从权利不因其未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响，为司法实践中相关争议问题解决提供了明确的裁判依据。人民法院依法确认主债权合法转让后，未办理变更登记的抵押权一并转让，维护债权人合法权益，保障经济活动稳定性和可期待利益。

08 界定保理合同清偿顺位

——某金投公司与某住建公司等保理合同纠纷案

基本案情

2016 年 6 月 15 日，某金投公司与某住建公司、某置业公司签署《工程保理合同》，约定某金投公司以 1.99 亿元受让某住建公司对某置业公司享有的工程款，保理期限 60 个月，应收账款回收款由某置业公司每三个月支付一次，某住建公司承担应收账款的回购义务并支付了保证金 298.5 万元。某房地产公司与某金投公司签署《保证合同》，为上述保理合同项下的全部债务承担连带保证责任。自 2021 年 3 月 16 日起，某置业公司未按约定偿付应收账款回收款。某金投公司诉至法院，要求某置业公司支付应收账款回收款 1760 万元、违约金等，保证金冲抵上述金额，某房地产公司承担连带清偿责任，某住建公司承担回购责任。

裁判结果

横琴粤澳深度合作区人民法院生效判决认为，涉案保理合同系各方当事人真实意思表示，合法有效，各方均应依约履行。根据民法典第七百六十六条规定，在有追索权保理中，保理人可同时向应收账款债权人及债务人主张权利。对于清偿顺序，由债务人承担第一顺位的清偿责任，不能清偿部分由债权人承担补充赔偿责任，符合保理融资的行业共识。涉案债务还存在保证金及连带责任保证，其清偿顺序应为：由债务人支付尚欠应收账款回收款，保证金冲抵，保证人对保证金冲抵后尚欠部分承担连带清偿责任；仍不能清偿部分，由债权人承担补充赔偿责任。故判决：某置业公司支付尚欠的应收账款回收款 1760 万元、违约金等；某金投公司有权就保证金 298.5 万元冲抵上述金额；某房地产公司就上述债务在保证金抵扣之外的范围内承担连带清偿责任；某住建公司就上述债务未能清偿部分承担补充清偿责任。

典型意义

民法典首次将保理合同列为有名合同，对其定义、内容、追索权等进行了明确，从法律层面构建保理合同的基本框架，为司法审判提供规范依据。人民法院准确适用保理制度，依法认定保理合同效力，厘清有追索权、回购义务及担保人的保理各方清偿顺序，切实维护各方合法权益，对促进保理业务发展具有积极意义。

09 准确认定合伙合同关系

——某设备工程公司与某医疗用品公司买卖合同纠纷案

基本案情

2020 年 5 月 5 日，某医疗用品公司与王某英签订《合作协议》，约定某医疗用品公司提供厂房和资金，王某英引进机械设备生产线体，合作生产医用物品，双方利润按点分成。同年 6 月 20 日，

王某英在某设备工程公司的对账单上签名捺指模，确认合作期间某医疗用品公司对某设备工程公司欠付口罩货款及加工费。后某设备工程公司诉至法院，请求判令某医疗用品公司支付拖欠的货款及利息。

裁判结果

清远市中级人民法院生效判决认为，王某英与某医疗用品公司签订的《合作协议》符合合伙合同的特征。对于个人与企业法人之间的合伙，涉案协议签订与履行时的法律、司法解释没有规定，但民法典有专章规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条和民法典第九百七十三条规定，合伙人应对合伙债务承担连带责任。本案所涉债务属于合伙债务范围，某设备工程公司有权请求作为合伙人之一的某医疗用品公司承担连带清偿责任。故判决某医疗用品公司向某设备工程公司支付拖欠的货款 69.4 万元及利息。

典型意义

本案系适用民法典合伙合同新规定的典型案例。人民法院准确适用合伙合同规定，依法认定自然人与企业法人之间签订的协议具有共同出资、共享利益、共担风险的特征，属于合伙合同，判令合伙人对合伙债务承担连带清偿责任，充分保障债权人合法权益的实现。

10 依法认定侵害婴幼儿肖像权行为

——王某某诉黄某等网络侵权责任纠纷案

基本案情

王某某为不满 1 周岁的婴幼儿，黄某系某新媒体平台用户。2021 年 9 月 11 日至 9 月 13 日，黄某发布了三则短视频，视频内容为北京环球影城机器人威震天与现场观众合影的搞笑画面，其中前两则视频中出现了王某某监护人使用婴儿背带怀抱王某某与威震天合影的画面，视频清晰可见王某某的面部形象；第三则视频内容与第一则视频画面相同，但王某某以及其监护人的脸部被打上大便形状的贴纸。期间，王某某监护人多次联系黄某要求删除，黄某在表示已经删除了前两则未打码视频后，继而发布了第三则打码视频。王某某监护人认为，黄某构成对王某某肖像权的侵害，遂诉至法院要求黄某在该平台向王某某赔礼道歉，赔偿精神损害赔偿金 10000 元及维权费用 5000 元。

裁判结果

广州互联网法院生效判决认为，民法典明确禁止通过各种方式恶意丑化、污损他人的肖像，公开、使用未成年人肖像，需征得法定代理人同意。黄某通过其新媒体账号公开发布含有王某某肖像的视频，并未取得王某某法定代理人的授权同意，且对王某某肖像具有恶意污损行为，构成对王某某肖像权的侵害。虽然王某某尚无成人般的精神痛苦感知能力，但对未成年人特别是儿童人格权利的侵害所造成的精神损害后果往往具有潜在性和长期性，相关视频已经在互联网公开传播，随着王某某年纪的增长，其有可能接触到案涉污损其肖像的视频，使其感受到人格尊严受到侵害，故黄某的侵权行为对王某某造成的精神损害是客观存在的，并不以王某某目前的主观感知能力为要件。故判决黄某向王某某赔礼道歉、赔偿精神损害赔偿金 5000 元以及合理开支 5000 元。

典型意义

保护未成年人是全社会的共同责任。婴幼儿作为无民事行为能力人，法院裁判应当坚持最有利于未成年人的原则，予以特殊保护。本案立足保障婴幼儿特殊群体合法权益，明确了精神损害赔偿的权利主体无需具有对痛苦有感受之能力，尚在襁褓中的婴幼儿亦得主张精神损害赔偿，为

此类案件树立裁判指引，有利于营造尊重和保障未成年人合法权益良好风尚。

审核：黄慧辰

编校：余淑娴

采写：范兴龙　曾洁赟　罗　海　苗　欣

全市首创！长宁“法院+公证+民政”，共建全周期家事法律“服务链”

2023-11-16　上海市公证协会

https://mp.weixin.qq.com/s/iuc-p7YFPMf3-SS2fYEC_Q

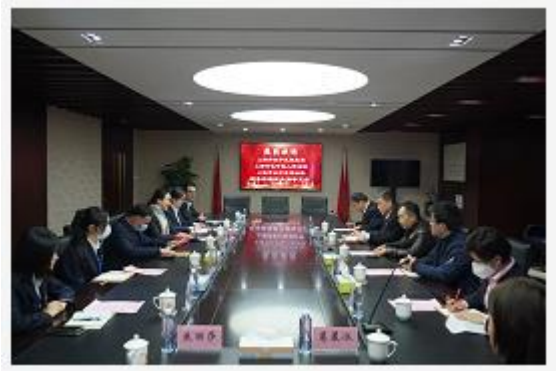
日前，长宁区人民法院未成年人与家事案件综合审判庭、长宁公证处、长宁区婚姻（收养）登记中心三方合作共建签约授牌仪式在长宁公证处举行。



据悉，这是本市首次以“法院+公证+民政”三方共建模式达成合作机制，充分发挥法院审判庭在司法理论与司法实践中的指导作用、公证处在保障当事人合法权益等方面的职能作用、婚姻登记中心在婚姻家事等一线民政工作中的引领作用，共同深入开展民生领域的服务，在婚姻登记、收养等为民服务中，通过法院、公证、民政三方携手共建，探索“党建+业务”融合模式，提高人民群众满意度和获得感。

一直以来，无论是法院和公证处，还是公证处和民政局，在婚姻家庭等民生领域长期保持着良好的交流和合作。

在原来“两两合作”的基础上，共建签约将由点及面，突破单线程沟通模式，通过加强业务研讨、建立核查机制、参与课题研究等共建内容，构建稳固的“1+1+1>3”全周期家事法律服务链，发挥叠加效益，增强服务的法治化和专业化，建立“司法一条龙”新型服务机制，凝聚合力为老百姓办实事，让老百姓感受到家门口的司法便利。



与此同时，共建搭建起法院、公证处、民政三方服务资源合作、共享的平台，既可以学习对方优秀的服务经验，也可以依托三方合作机制，加强三方资源共享、信息互通，实现让信息多跑路、让群众少跑路，以党建促进业务提升，以实务促进合作发展，谋求党的建设和法律服务发展良性互动。

值得一提的是，通过建立“党建+业务”互融互通的发展模式，今后，三方还会在党建交流、业务研讨、人才培养等方面积极开展有益尝试；同时，结合近期遗产管理人等现实案例，加大三方共建合作机制的深化和优化，贴近百姓需求，切实做好服务。

作为全市首创共建新模式，接下来，三方将在党建引领下共同发挥各自优秀的品牌影响力，通过抓典型案例，把为群众办实事放在首位，以期站在新的起点，共谋新的发展。

来源：上海市长宁公证处
编辑：黄浩栋

儿子两年多不来往，母亲想收回给儿子的 370 万元购房款，法院怎么判？

2023-11-19 CCTV 今日说法 CCTV 今日说法
https://mp.weixin.qq.com/s/F9aNkHVKM3sLd47sa19wyg

为儿子结婚买房出钱，婚后同住却产生矛盾，母子分居不相往来，想卖掉婚房的儿子遇上不愿搬走的母亲，这房到底算谁的？

儿子希望母亲搬走

母亲起诉要求返还购房款

杨母是一名单身母亲，此前名下有一套位于北京市东城区的房子。小杨是杨母的独子，在外求学之前一直与杨母生活在这套房子里。

2017 年，留学回国的小杨参加工作。想到儿子小杨已到适婚年龄，自己名下唯一的住房面积较小，杨母决定，卖掉名下的房子，用卖房的钱置换一套大点的房子，将来和儿子一家一起生活。

2018 年 5 月，杨母名下的房子成功卖出，卖得 370 万元。之后，杨母分多笔将卖房的 370 万元打给小杨，用来购买通州区一套面积较大的房子。当年 9 月，小杨取得房子的产权证，产权证上写明房子为小杨单独所有。

2019 年 6 月，小杨结婚，杨母与小杨夫妇一起居住在新买的房子里。婚后没多久，小杨的妻子就与杨母因日常琐事发生矛盾。此后，随着双方矛盾不断激化，小杨与杨母的关系也不断恶化。之后，小杨和妻子从通州的房子里搬了出去。2019 年 10 月，小杨称，因妻子再次与杨母发生争吵，自己一怒之下，将杨母的微信拉黑。

此后两年多的时间里，小杨与杨母再未有过来往，甚至连一个电话都没给母亲打过，有什么事都是通过其他亲属转达。小杨也曾多次向亲属表示，希望杨母从房子里搬出去。

2022 年，眼瞅着女儿快三岁了，到了该上幼儿园的年纪，为了解决女儿上学的问题，小杨向外祖母发微信提过了解决方案，其中有一个是：“把通州的房子卖了，让我妈拿着她原来卖房的钱再换一个房，我再攒钱买一个房。”小杨还在微信里说：“如果我妈不能同意，一个月后我将上法院起诉我妈，要是真的闹上法庭，我们母子情分就再也没有回头路了，我不会让上一代人的矛盾再延续下去，最后我也妻离子散。”

得知儿子小杨的微信内容，杨母说她“彻底心寒了”。杨母表示，如果小杨以排除妨害为由起诉自己，她会“落得个无家可归”。于是杨母向北京市东城区人民法院起诉，要求小杨返还购房款 370 万元，以备将来养老之用。

没有借条的转账

钱款性质双方各执一词

庭审中，杨母和儿子小杨对于钱款的性质各执一词。杨母认为自己从未表明 370 万元是赠与给小杨的，应认定为借款；小杨则认为，这 370 万元是母亲赠与自己的。

杨母表示，由于是母子关系，所以没有签署借款协议和借条。虽然在子女经济条件有限时，父母在其购房时给予资助属于常态，但不能将此视为理所当然，也绝非法律所倡导，否则严重违背了法律公平正义的理念。子女成年后，父母已经尽到了抚养义务，并无继续供养的义务。父母出资为子女买房，除明确表示赠与外，应当视为以帮助为目的的临时性资金出借，子女负有偿还义务。杨母还表示，自己名下已没有住房，儿子小杨又与自己关系不睦，自己也无权处置小杨名下的房屋，随时面临着被扫地出门的风险。庭审中，杨母提交了转账记录、银行流水、微信聊天记录等证据。

小杨认为，自己与母亲之间不存在借贷的合意，母亲出售名下房屋是为了给自己购买婚房，自己从未有过向母亲借款的意思表示，双方也没有借条、收条、借款合同等书面文件或任何口头约定，此外，母亲也从未向自己催要过这笔钱。因此，小杨认为这笔钱是母亲赠与自己的。小杨表示，杨母将钱款转给自己时，正值自己准备结婚，作为母亲，为孩子置办房产是风俗习惯，而且这笔钱也会作为新组成家庭的启动资金，是母亲对孩子开始新生活的资助和赠与。在出资时意思表示不明的情况下，从社会常理出发应认定该出资为赠与。

法院：认定杨母向小杨支付的 370 万元为借贷

北京市东城区人民法院审理后认为，该案的争议焦点为杨母转给儿子小杨用以购房的 370 万元款项的性质应如何认定。

从法律规定的层面来看，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，本案中，杨母依据转账凭证及小杨向其外祖母发送的微信记录内容，主张 370 万元款项系借贷性质，而小杨辩称该笔款项为赠与性质，小杨应对此承担举证证明责任。

关于赠与事实的证明标准，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零九条的规定，对于赠与事实的证明标准高于一般待证事实，需达到排除合理怀疑的程度。

本案中，小杨并无证据证明杨母明确表达过案涉款项系赠与的意思表示，仅是通过二人的母子关系及款项用于给其购买婚房的事实推定案涉款项系赠与性质。对此，法院认为，小杨在与其外祖母的聊天记录中明确表示“把通州的房子卖了，让我妈拿着她原来卖房的钱再换一个房，我再攒钱买一个房”。这表明小杨同意将案涉 370 万元款项归还杨母，故小杨主张案涉款项系赠与性质的抗辩意见无法达到排除合理怀疑的程度，赠与事实难以成立。

从伦理人情的层面来看，虽然按照我国传统观念和现实国情，父母为子女出资购房作为赠与的情形较为普遍。但是，父母资助子女购房并非其法定义务，子女成年之后，父母已经尽到了抚养义务，并无继续供养的责任。相反，根据《中华人民共和国老年人权益保障法》的规定，成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的法定义务。如果父母倾其所有资助子女买房，而子女却不履行对父母的赡养义务，法院仍将出资推定为赠与性质的话，显然对父母而言显失公平，有违法律公平正义之理念。

本案中，杨母作为单身母亲，将原有住房出售后名下已无任何房产，而儿子小杨因妻子与母亲存在矛盾，长久未与母亲联系，未尽到作为子女的赡养义务。如果将案涉款项认定为赠与，则在母子关系不睦的情况下，母亲不仅积蓄全无，还可能面临被儿子赶出家门的风险，因此，从利益衡平的角度，亦不应将案涉款项性质认定为赠与。

北京市东城区人民法院认定杨母向小杨支付的 370 万元应为借贷，判决小杨返还杨母借款本金 370 万元。



图为庭审现场

法官：不能理所应当地认为父母的资助是赠与

现实生活中，父母为子女出资购房的情形较为普遍。出现纠纷时，对于父母为子女购房出资的性质，存在两种观点。一种观点认为，基于亲缘关系和传统家庭文化，父母出资为子女购房，本意是解决或改善子女居住条件，如不能证明双方存在借贷的合意，应推定为赠与。另一种观点则认为，子女成年之后，父母不再负有供养义务，如果事先没有约定，不能直接推定为赠与，而需要子女对双方存在赠与关系承担举证责任。

对于父母请求返还出资类纠纷，不能理所应当认为父母的资助是赠与，法院审理时应当尊重当事人的意思自治，探究当事人的真实意思表示，依照法律规定，结合伦理人情和公序良俗进行综合评判。具体而言，针对以下两种常见的纠纷类型，应适用不同的处理规则：

第一种情形是父母为婚前子女出资购房，仅起诉子女一方返还出资。前述案例就是此种情形。因子女成年后，父母不再负有供养义务，故在父母没有明确意思表示或无相关约定的情况下，不宜将父母出资直接推定为赠与，而应当从民间借贷的举证责任分配和赠与事实的证明标准出发，结合伦理人情和公序良俗进行综合分析，兼顾父母、子女之间的利益平衡，注重结果公平和敬老爱老的价值导向，但要注意排除父母与子女恶意串通损害子女配偶或他人合法权益的情况。

第二种情形是父母为子女夫妻双方出资购房，起诉子女夫妻双方返还出资。《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）》第二十九条的规定为这种情形提供了裁判依据。子女结婚后，父母为双方购房出资的，对于款项性质有约定的，依照约定处理；没有约定或约定不明确的，应认定为是对子女夫妻双方的赠与，除非父母在出资时明确表示为对子女一方的赠与。如果父母主张出资款项性质为借款，一般应由父母一方承担举证责任。如果有子女夫妻二人共同出具的借条，一般应认定为借贷。如果仅有己方子女单方出具的借条，而子女配偶不予认可，则应当综合考虑在案证据，参考传统习俗和人情伦理进行裁判，兼顾父母、子女及其配偶之间的利益平衡，避免子女与配偶离婚时，父母与子女恶意串通损害子女配偶权益的情况发生。

同时，也建议父母在为子女出资购房时，能够以书面协议的方式明确购房出资的性质。不愿订立协议的，也应就往来资金的性质做好沟通并留存好相关证据，避免以后产生不必要的纠纷和麻烦。为人子女者，应当对父母的资助心怀感恩，不能认为父母的出资是理所应当，更不能怠于履行对父母的赡养和照顾义务，一味索取、不知回报。

文章来源：公众号@北京市东城法院

图片来源：视觉中国、公众号@北京市东城法院

丈夫打赏主播 67 万 妻子诉请返还
湖南新宁县法院：系成年人向网络平台充值的消费行为，诉请不予支持

2023-11-21 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-11/21/content_234063.htm?div=-1

本报讯 近日，湖南省新宁县人民法院审结一起请求返还高额打赏的不当得利纠纷案件。法院判决被告小欣向原告小蕊返还 2.7 万余元以及财产保全费用损失 4000 余元，并驳回小蕊的其他诉讼请求。

原告小蕊与第三人小铖系夫妻关系。被告小欣系某传媒公司常驻某平台的网络主播。2022 年 6 月，小铖在某平台注册会员，并通过微信、支付宝等途径进行转账充值用于打赏主播，其间与小欣相识，并逐步从线上互动转移至线下。截止到小蕊发现时，小铖已通过某平台充值向小欣打赏 67 万余元，线下向小欣转账 2.4 万元，通过快递给小欣邮寄礼物 3800 余元。小蕊认为小铖未经其同意擅自处分夫妻共同财产，遂诉至法院，要求小欣返还合计 70 万元及利息。

小欣认为，其本人未主动要求小铖为其充值消费，小铖在平台打赏系网络消费行为，而非赠与行为，且小铖的充值消费系向平台消费，自己只是该平台主播，获得的报酬系某传媒公司按业绩发放，而并非小铖的充值消费款，故该款不应由其返还。

法院审理后认为，小铖在某平台注册充值成为平台用户，即与平台所属公司产生合法有效的网络服务合同关系，其作为具有完全民事行为能力的成年人，在网络平台充值并向主播打赏的行为是自主行为，且意思表示真实，未违反法律禁止性规定，小欣也并非该款的直接收款人，故该款不直接产生向小欣赠与的法律效力，而应当属于网络新业态下非强制性付费的一种服务形态。因此，对小蕊要求小欣退还充值费用 67 万余元的诉讼请求不予支持。小铖向小欣转账 2.4 万元以及赠与小欣的价值 3800 余元的礼物款，该款产生在与小蕊夫妻关系存续期间，既未征得小蕊同意，又未用于夫妻共同生活，且有违公序良俗，不具正当性，应属无效，小蕊有权要求返还。最终，综合考虑该案的基本情况以及其他案情，法院遂作出上述判决。目前，该案判决已生效。

（李果 王宁）

小镇离婚案件上涨 28%？司法建议来了

2023-11-21 安徽高院

https://mp.weixin.qq.com/s/PQJjdB65IBVBPM-1Aj-xjg

司法建议



“这个建议来得真及时，为我们化解家事纠纷提出了可行性极强的对策，也为我们加强基层治理工作指明了方向。”肥西县高店镇党委委员接到司法建议时激动地说道！11 月 16 日，最高人民法院《关于综合治理类司法建议工作若干问题的规定》施行当日，**肥西县人民法院首发《关于加强家事纠纷诉源治理的司法建议》**。



2023 年 8 月，肥西法院三河法庭立案受理一起离婚诉讼案件，该案原告周某生于 1996 年，与被告苏某系初中同学，二人早恋后放弃学业并于 18 岁生子、同居，此后双方在婚姻生活及抚养子女等家庭琐事中矛盾不断，虽于 2019 年补办婚姻登记，但于 2021 年分居。周某于 2022 年、2023 年两次起诉离婚，而苏某因积怨已久，收到传票后拒不到庭参加诉讼，后经法院两次传票传唤到庭后调解离婚。

三河法庭在审理该案后，对原被告户籍地高店镇近年来离婚类家事案件进行梳理调研，发现高店镇 2022 年 1-10 月份该类纠纷为 32 件，2023 年同期为 41 件，诉讼案件同比上涨 28%，呈明显上升态势。为助力基层治理，发扬新时代“枫桥经验”，发挥基层妇联组织在维护妇女儿童权益、构建和谐文明家庭等方面的作用，把矛盾纠纷化解在“未发”“未诉”，依据最高人民法院《关于综合治理类司法建议工作若干问题的规定》，特建议：

一、坚持问题导向，开展精准普法宣传。本院审理的离婚案件中，大部分理由都是彼此婚前了解不多、草率结婚，婚后因种种家庭琐事，争吵不休，无法共同生活。应加强对适龄人群的婚前培训，增强双方对家庭、婚姻的重视度，让双方在步入婚姻前能做好准备，初步了解如何经营婚姻家庭，有效预防家庭不和、感情破裂等问题。

二、坚持源头治理，加强家事纠纷排查。充分发挥基层妇联组织和网格员作用，及时摸排、掌握各村居婚姻家庭纠纷、家暴、子女抚养等情况，引导群众主动用非诉方式解决矛盾纠纷，把矛盾纠纷化解在萌芽状态。

三、坚持共建共治，切实化解矛盾。通过镇、村妇联及村支两委仍然解决不了的纠纷，要及时与当地人民调解委员会、司法所、派出所、综治中心及人民法庭沟通联系，加强各部门协调联动多元解纷。如建立联络员机制，邀请有经验、有热情的妇联干事加入人民法庭调解员团队，依靠驻庭调解员人熟、地熟、事熟的优势，联动调解，就地定争止纷。



收到司法建议后，高店镇妇联高度重视，表示法院的司法建议为镇妇联今后从源头上将家事纠纷化解于未诉、未发，引导群众主动用非诉方式解决矛盾纠纷提供了“良方”，接下来他们将积极做好建议答复工作，并把建议内容落到实处。

禁微则易，救末者难。司法建议是人民法院主动融入基层社会治理，落实“抓前端、治未病”的重要手段。结合审执过程中发现的问题，以司法建议形式向社会发出“法院预警”，从“小切口”入手，为社会综合治理“把脉开方”。司法建议的关键不仅在于“发出”，更重要的在于“落实”，下一步，肥西法院也将善用司法建议，延伸审判职能，向源头延伸、向机制延伸、向治理延伸，聚焦“真问题”，提出“金点子”，把法院的“一家之事”做成社会的“百家之文”，以精准、科学的司法建议，以能动、主动的司法工作，促进社会治理更加高效。

供稿：肥西县人民法院

编辑：丁钰赟

预告丨大兴法院将于 11 月 22 日召开“涉妇女儿童权益案件审理情况及典型案例”新闻通报会

2023-11-21　北京大兴法院

https://mp.weixin.qq.com/s/GFaCWs5bmILS9cUgPzJ1jQ

保障妇女儿童合法权益是增进民生福祉、提高人民生活品质、实现人民群众对美好生活向往的必然要求和应有之意，更是人民法院肩负的重要职责。一直以来，大兴法院高度重视妇女儿童权益保护工作，积极拓宽保护途径，通过联合区妇联共同创建“一轴多翼”家事调解、家事审判、家事执行对接机制，制定夫妻共同财产申报令、申报表，巩固人身安全保护令权威力度等举措，切实筑牢妇女儿童权益保护屏障。

2023 年 11 月 22 日 10 时，大兴法院将在院机关执行指挥中心召开**“涉妇女儿童权益案件审理情况及典型案例”新闻通报会**，通报大兴法院近年来涉妇女儿童权益案件审理情况、常见问题及建议，通过典型案例详细解读涉妇女儿童权益案件适用法律问题，并进行风险提示。

届时，大兴法院将通过官方新浪微博**@北京市大兴区人民法院**同步线上直播，敬请关注！



编辑：曲畅　　审核：梁栋

大兴法院：在具体案件的办理中强化妇女儿童权益保护

2023-11-22 北京大兴法院

https://mp.weixin.qq.com/s/mtCQNCtm80J9JDADX_hETg

遭遇家暴怎样拿起法律武器保护自己？

离婚财产分割要注意哪些问题？

儿童嬉戏致伤责任如何划分？

事关妇女儿童权益保护，请看大兴法院这场新闻通报会带来的五个典型案例。



党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视妇女事业发展，始终关心少年儿童成长，心系少年儿童工作。近年来，随着妇女儿童事业法治化进程推进，妇女儿童权益保障工作已取得重大发展。面向妇女儿童事业的发展要求，11 月 22 日，大兴法院召开“涉妇女儿童权益案件审理情况及典型案例”新闻通报会，对该院近三年审理此类案件的基本情况及主要特点进行分析，发布五起典型案例并提出建议，以案释法，增进人民群众对法院工作的了解，呼吁全社会共同努力，尊重妇女、关爱儿童。本次通报会由大兴法院党组成员、政治部主任赵芳芳主持。



1 涉妇女儿童权益案件以婚姻家事类案件及涉未成年人案件为主

“2021 年至 2023 年 10 月，大兴法院共受理婚姻家事类案件 5256 件，其中离婚纠纷、分家析产纠纷、离婚后财产纠纷位居数量前三，在涉未成年人案件中，案由较多分布在离婚后未成年子女抚养问题上。对于上述案件，如何在充分尊重双方当事人意愿的同时，回应现实需求，妥善处理该类案件中的财产权利争议，明确父母对子女的抚养和教育责任，保障子女的身心健康，成为妇女儿童权益司法保护工作中的重点内容。”大兴法院党组成员、副院长尹凤云对该院近年来审理的该类案件的总体情况进行了通报。



2 四方面特点反映妇女儿童司法保护完善方向

“婚姻家事类案件兼具人身、财产双重属性，涉及道德、情感、利益等多个层面、多重因素，双方当事人往往情绪激烈，导致矛盾突出、争议较大。伴随城市化发展进程，争议财产标的额不断扩大，出现举证难度高、调查取证周期长的类型化特点，对妥善处理家事纠纷提出了更高要求。与此同时，人身侵害呈现多发特点，人身安全保护令案件呈增长趋势，应予重点关注，且涉未成年人因素多元化、复杂化，对未成年人的财产保护、心理保护均提出了较高要求。”大兴法院黄村法庭负责人万盈分析了当前涉妇女儿童权益案件的主要特点。



3 通过五个典型案例以案释法





大兴法院黄村法庭法官杨雪、法官黄冰瑶分别对五起典型案例进行分析。

在赵某申请人身安全保护令一案中，法院结合相关证据及双方陈述，认定赵某面临家庭暴力的现实危险，依法作出人身安全保护令，有效预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益。

在徐某诉杨某生命权、身体权、健康权纠纷一案中，法院倡导夫妻双方和睦相处、互敬互让，冷静处理家庭纠纷，对发生在婚内的人身侵权亦适用侵权责任相关规定予以审理。

在杨某诉张某离婚纠纷一案中，针对双方分居时间较长、夫妻共同财产范围不清晰的情况，法院制备了明确记载财产申报要素及风险提示信息的夫妻共同财产申报令及申报表，在庭审前组织二人各自填报，最终促成双方自愿达成调解协议，明确多项财产归属。

在小李诉李某、张某合同纠纷一案中，法院认定夫妻双方自愿签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款对男女双方具有法律约束力，双方依据该离婚协议办理离婚手续后，应按照约定履行协议，避免损害未成年子女利益。

在王某诉赵某、赵某某、陈某某生命权、身体权、健康权纠纷一案中，针对儿童相互嬉闹引发的损害事件，法院依法认定过错情况，明确由监护人承担侵权责任，引导监护人履行监护职责，守护未成年人平安健康。

扫码查看典型案例

4 关于维权，法院有何建议

为充分保护妇女儿童合法权益，大兴法院建议：婚姻关系存续期间，夫妻双方要正确认识婚姻关系，理性处理家庭事务；育有未成年子女的，要在日常生活中充分发挥教育、引导及照看作用，重视培养未成年人安全意识，促进未成年人养成自助自救的基本技能，在未成年人参加危险活动时充分履行监护职责。

大兴法院提示，妇女儿童要提高维权意识和维权能力，如遇家庭暴力情形，要及时通过报警、就医、申请救助等途径寻求帮助并固定证据，亦可通过诉讼维护自身合法权益。如夫妻双方感情确已破裂，选择自愿解除婚姻关系的，应合理分配夫妻共同财产，在签署和履行离婚协议时关注未成年子女的成长保障情况，秉持最有利于未成年子女的原则，谨慎考虑，认真商议，全面履行，充分保障未成年子女的合法权益；选择通过诉讼离婚的，则应自觉履行夫妻共同财产申报义务，准确如实完成填报，理顺双方财产争议，减少离婚后财产纠纷的发生几率，充分保障婚姻关系中弱势方的合法权益。



文字：杨冠群、刘艺　　摄影：安佳旭
审核：万盈、梁栋

【案例一】赵某申请人身安全保护令案
——人身安全保护令的现实应用

案情简介：赵某（女）与杨某（男）于 2017 年 8 月结婚，婚后育有一子。2023 年 9 月，赵某以其婚后多次被杨某殴打为由，向法院申请人身安全保护令。赵某称，杨某在赵某月子期间就对赵某实施殴打，赵某念及孩子，多次选择忍让，不料杨某变本加厉，甚至殴打孩子，赵某为此多次报警；2023 年 7 月，杨某又因家庭琐事持刀威胁赵某，赵某认为自身时刻处于危险之中，故申请法院签发人身安全保护令。

裁判结果：法院经审查认为，为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，在当事人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险时，法院可以根据申请作出人身安全保护令。结合相关证据及双方陈述，赵某面临家庭暴力的现实危险，其申请符合人身安全保护令的法定条件。故裁定：一、禁止杨某对赵某实施家庭暴力；二、禁止杨某骚扰、跟踪、接触赵某。

法官后语：人身安全保护令是制止家庭暴力、保护家庭暴力受害方合法权益的有力途径。现实生活中，基于子女、老人、名誉等不同考虑，受害方在遭受家庭暴力后仍然选择维持婚姻关系的情形并不少见，其婚内权益保护问题亦随之显现，不容忽视。为进一步打击各种形式的家庭暴力，人民法院正不断完善人身安全保护令制度。目前，在程序启动方面，申请人身安全保护令不以提起离婚等诉讼为必要条件，既充分尊重当事人的自

主诉求，又避免另案进程影响其审查进度，为快速、及时制止家庭暴力奠定了制度基础。而在事实证明方面，《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》已明确了此类案件的证明标准，即“根据相关证据，认为申请人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的事实存在较大可能性的，可以依法作出人身安全保护令”。相关规定减轻了当事人的举证负担，回应了此类案件取证困难的现实关切，亦展现了司法机关反对家庭暴力的坚定决心和不懈努力。

【案例二】徐某诉杨某生命权、身体权、健康权纠纷案

——婚内人身侵权亦适用侵权责任相关规定

案情简介：2021 年 11 月，杨某（男）起诉徐某（女）离婚，并诉请处理婚生子抚养及夫妻共同财产分割事宜；徐某在该案中提出杨某曾对其实施家庭暴力，要求杨某赔偿精神损害。2022 年 8 月，法院一审判决准予二人离婚，并判决杨某赔偿徐某精神损失费 40000 元；后杨某不服一审判决，提起上诉。2023 年 3 月，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

在上述离婚纠纷案件审理期间，徐某另以生命权、身体权、健康权纠纷为案由起诉杨某。徐某诉称，2019 年 12 月 22 日晚，杨某当着孩子的面突然击打徐某头部，后用力将徐某从沙发推到地上，徐某猛然倒下，同时脚部受伤。当晚徐某报警，派出所出警协调解决。徐某经诊断构成右踝关节骨折，后住院两次接受手术。基于杨某造成徐某骨折并接受两次手术的情况，徐某诉请杨某赔偿其医疗费等各项费用。杨某则辩称，其并未无缘由攻击徐某，该情况系属意外事件，杨某对此没有过错或者并不承担主要过错。

裁判结果：法院经审理认为，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。本案中，徐某、杨某系夫妻关系，理应和睦相处、互敬互让，冷静妥善处理家庭内部的矛盾纠纷。二人因家庭琐事发生冲突，对徐某因发生冲突导致脚部受伤产生的合理损失，杨某理应承担赔偿责任。故结合在案证据并经核算，判决杨某给付徐某医疗费、误工费、交通费、住院伙食补助费、营养费、护理费共计 4 万余元。该案一审判决作出后，双方当事人均未提起上诉。

法官后语：夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱，禁止任何形式的家庭暴力。离婚纠纷案件中，因实施家庭暴力导致离婚的，行为人一方构成重大过错，无过错方有权请求损害赔偿，即享有离婚损害赔偿请求权；而在夫妻感情确因家庭暴力而破碎的案件中，家庭暴力可能同时对受害方造成人身及财产损害，受害方另行提起诉讼主张侵权损害赔偿的，法院亦应依据《民法典》侵权责任编的有关规定予以处理，有效畅通受害方的维权路径，依法保障弱势方的诉讼权利。现实生活中，部分家庭暴力受害方基于“家丑不可外扬”的观念，羞于寻求帮助甚至拒绝接受帮助，进一步加大了涉家庭暴力案件中证据采信及事实认定方面的审理难度。反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。目前，公安、法院、妇联等单位亦凝聚合力为反家庭暴力提供工作支持，建议遭受家庭暴力的女性及时通过报警、就医、申请救助等途径寻求帮助并固定证据，亦可通过诉讼维护自身合法权益，从而汇聚各方力量筑牢反对家庭暴力的坚实屏障，营造共建美好生活的和谐氛围。

【案例三】杨某诉张某离婚纠纷案

——夫妻在离婚诉讼中均负有申报共同财产的法定义务

案情简介：杨某（女）与张某（男）于 2012 年 9 月登记结婚，婚后育有一女。二人婚后因家庭琐事发生矛盾，自 2018 年 7 月起分居生活。2023 年 6 月，杨某以夫妻感情基础薄弱、三观不

合为由诉至法院，请求解除其与张某的婚姻关系，并处理婚生女抚养及夫妻共同财产分割事宜。杨某称，因分居时间较长，其不清楚张某取得及持有夫妻共同财产的具体情况。为准确界定夫妻共同财产范围，法院制备了明确记载财产申报要素及风险提示信息的《夫妻共同财产申报表》和《夫妻共同财产申报令》，在庭审前组织二人各自填报。

处理结果：本案中，杨某及张某的配合度较高，填报内容真实完整，且就对方申报内容亦无异议。最终经法院组织调解，本案在充分照顾女方权益的原则下，双方自愿达成调解协议，解除双方的婚姻关系，婚生女由杨某抚养，张某定期支付子女抚养费。调解协议同时明确了各自名下的房屋、存款、有价证券、物品、债权等多项财产的归属。

法官后语：离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，法院可以根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则作出判决。其中，准确界定夫妻共同财产的范围，是处理离婚纠纷所涉财产争议的基本前提。现实生活中，走向离婚诉讼的案件当事人大多已经分居，基于生活场景和经济行为的独立性，双方往往就对方是否转移或隐匿财产存有疑虑。而随着当前经济社会发展，可供公众选择的投资渠道、投资工具也日益丰富，个人名下的银行存款、股票基金、虚拟财产等各类账户在数量、类型方面均向复杂化发展，亦提高了离婚诉讼当事人获悉对方所持共同财产的困难程度。2022 年修订的《妇女权益保障法》已明确将夫妻共同财产申报上升为夫妻双方在离婚诉讼期间应尽的法律义务，法院根据案件现实情况制作申报材料样式及规范，适时对离婚诉讼当事人进行风险提示，引导双方准确如实完成填报，为理顺双方财产争议，保障婚姻关系中的弱势方依法主张其财产权益，减少离婚后财产纠纷的发生几率提供了有效的制度支撑。

【案例四】小李诉李某、张某合同纠纷案

——离婚协议中赠与未成年子女财产条款的法律认定

案情简介：李某（男）与张某（女）于 1998 年 9 月登记结婚，于 2002 年 7 月生育一子小李，于 2012 年 8 月协议离婚。二人签订《离婚协议书》，第二条记载：甲房屋现协商女方占 2/3，男方占 1/3，待孩子小李成年后，过户给小李，过户小李前，任何人无权处理房产，房贷及租金由女方负责。2019 年 12 月，李某与张某补充签订《附加协议》，第一条记载：甲房屋归小李所有，李某不得以任何理由侵占、售卖、抵押房产。小李成年后，李某未依约协助将房屋过户到小李名下，故小李将李某、张某诉至法院。

裁判结果：法院经审理认为，夫妻双方自愿离婚的，应当签订书面离婚协议，当事人签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。本案中，张某与李某签订的《离婚协议书》系双方真实意思表示，该协议是双方针对婚姻关系、子女抚养、财产分割等问题的综合考虑。双方依据该离婚协议已经办理离婚手续。离婚后，双方应按照约定履行协议。依据该协议，双方均同意待小李成年后，将甲房屋过户给小李。现小李已成年，要求将涉案房屋过户至其名下，李某应予配合;张某亦同意将其名下涉案房屋的房产份额过户至小李名下，本院不持异议。故对小李起诉要求确认甲房屋归小李所有并过户至其名下的诉讼请求，理由正当，予以支持。该案一审判决作出后，双方当事人均未提起上诉。

法官后语：离婚协议的签订和履行应当贯彻诚实信用原则。现实生活中，父母在签署离婚协议时基于子女利益考量约定了赠与子女财产的条款，但其后可能因生活环境变化而出现不予认可的情况。对此应当注意的是，离婚协议是夫妻双方在解除婚姻关系时，综合考虑财产、亲情等情况，经相互妥协让步而达成的协商结果，离婚协

议中约定的赠与未成年子女财产条款融合了双方解除婚姻关系时对夫妻共同财产分割、子女抚养、债务处理等事项的处分意见，与离婚协议的整体内容具有牵连性，亦富有子女利益考量及伦理道德色彩，不同于一般的赠与合同，应与离婚协议整体看待。在离婚协议其他内容已经履行，且不具备法定撤销赠与情形的情况下，赠与人割裂离婚协议内容、随意撤销赠与条款的行为有损未成年子女利益，亦有违诚实信用原则，故该赠与条款不能任意撤销。法院提示，在婚姻关系走向破裂的情况下，父母仍应关注未成年子女的成长保障情况，在签署和履行离婚协议时应秉持最有利于未成年子女的原则，谨慎考虑，认真商议，全面履行，以充分保障未成年子女的合法权益。

【案例五】王某诉赵某、赵某某、陈某某生命权、身体权、健康权纠纷案——儿童嬉闹致伤的责任承担

案情简介：王某与赵某均系 3 岁儿童。2020 年 8 月，王某与赵某在小区内广场玩耍，王某母亲、赵某父亲分别陪同。玩耍过程中，赵某追上王某，从身后双手抱住王某，王某在受到撞击且被抱住的情况下失去平衡，致使整个身体前倾摔倒受伤，赵某顺势压在王某背上。王某被送医治疗，经诊断构成右侧肱骨外髁骨折，并接受手术。此后，王某的父母作为王某的法定代理人以王某的名义将赵某及其父母赵某某、陈某某诉至法院，请求三被告赔偿其医疗费等各项费用。诉讼中，经鉴定，王某的致残程度等级评定为十级。

裁判结果：法院经审理认为，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。本案中，王某在与赵某玩耍时受伤，赵某从后方双手抱住王某，致使王某整个身体前倾摔倒受伤，赵某存在过错，应当承担侵权责任。因事发时赵某尚未成年，由其父母承担侵权责任。故判决赵某某、陈某某赔偿王某医疗费、营养费、护理费、伤残赔偿金等各项费用共计 19 万余元。三被告不服一审判决，提起上诉；后二审法院驳回上诉，维持原判。

法官后语：儿童尚处于成长期内，活泼好动是其天性，但因其身体脆弱性较强，自我保护的意识和能力较弱，儿童之间在嬉戏玩闹中可能出现人身损害情况，因其尚不具备完全民事行为能力，对此类儿童相互嬉闹引发的损害事件，除儿童自身即有财产的情况之外，一般由其监护人承担侵权责任；监护人尽到监护职责的，则可以减轻其侵权责任。目前，《未成年人保护法》已对家庭、学校、社会、网络、政府、司法六大保护作出系统规定。其中，家庭保护居于首位，是未成年人成长过程中最直接、最基础的保护模式。为加强各项保护衔接，织密未成年人保护网络，法院在审判中亦依法履行职责，明确监护人的相应责任。法院提示，家长在日常生活中要充分发挥对儿童的教育、引导及照看作用，重视未成年人的安全意识培养和安全知识学习，促进未成年人养成自助自救的基本技能，并在未成年人参加有危险性的活动时充分履行监护责任，保障自己孩子和他人的安全，必要时亦可通过诉讼寻求救济，通过家庭保护与司法保护等相结合的方式，共同护航未成年人平安健康成长！

重磅发布！岳麓区法院五大家事审判典型案例！

2023-11-24　岳麓区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/LHul-FOofbgAHtgPzpb1IQ

11 月 25 日是联合国确立的“国际消除对妇女暴力日”，也被称作“国际消除家庭暴力日”。值此之际，长沙市岳麓区人民法院发布 5 起家事审判典型案例。

案例一　家暴事实的认定应适用特殊证据规则

马某诉丁某离婚纠纷案

基本案情

马某（女）以丁某（男）性格暴躁、屡屡对自己实施家庭暴力为由，诉至法院要求离婚。马某向法院提交了多次报警记录，以证明自己曾因遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险而报警，并提供了病历和伤情鉴定以证明自己受伤情况。但丁某否认实施了家暴行为，且不同意离婚。

裁判结果

法院经审理认为，马某主张丁某对其实施暴力，并提交了相关佐证证据，虽丁某予以否认，但马某提交的病历资料及鉴定文书中均有“全身多处软组织挫伤”等表述，而丁某对于马某的伤情并未给出合理解释，故综合双方的陈述以及马某提交的证据可以确认，丁某在与马某发生矛盾的过程中，确实动手殴打了马某。根据家暴事实的认定，并综合经审理查明的其他事实，法院最终认定双方的夫妻感情确已破裂，判决准予离婚。

典型意义

家庭暴力具有较高的私密性和隐蔽性，受害人普遍存在举证困难的问题。在涉家庭暴力案件中，法院可以通过采取一系列的积极举措（如适用一定条件下的举证责任转移、加大职权探知力度等），降低家庭暴力事实的证明难度。对于认定家暴事实的，应当迅速作出离婚判决。本案中，马某提交的医疗机构诊疗记录、伤情鉴定意见等证据并不足以证明其遭受到了家庭暴力。但是，法院结合马某对每一次遭受家暴事实和最早一次遭受家暴、自认为最严重的一次家暴等关键事实作出的详细且符合逻辑的描述，以及丁某对于马某的伤情不能给予合理解释的情况，根据受害人陈述可信度较高原则，最终认定了家暴事实的存在。这既有效保护了在互动关系中处于弱势地位的家暴受害人，又充分彰显出法院在处理涉家暴案件中的公平正义理念。

该案入选最高院“中国反家暴十大典型案例”

案例二　夫妻一方违反忠实义务的，应承担离婚损害赔偿

易某诉高某离婚纠纷案

基本案情

高某（男）在与易某（女）婚姻关系存续期间，同婚外异性生育一子。易某以双方夫妻感情破裂为由，向法院提起离婚诉讼，并要求高某赔偿精神损害赔偿金。

裁判结果

法院经审理认为，高某的行为违反了夫妻间相互忠诚的义务，违背公序良俗，存在重大过错。易某主张高某赔偿其精神损害赔偿金有事实和法律依据，应予支持。在综合考量男方过错程度、当地生活水平、夫妻结婚时间长短及双方财产状况、经济能力等因素后，法院酌情判定高某承担 5 万元精神损害赔偿。

典型意义

婚姻关系存续期间，夫妻一方违反忠实义务的，势必侵犯了另一方的配偶权，使对方蒙受物质、精神上的双重损害。使过错方因其损害行为受到惩罚，让无过错方被损害的权利得到补偿和救济，这既是维护夫妻双方合法权益的需要，也是对违反婚内忠诚义务行为的制裁和预防，更是

促进形成平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的需要。

该案入选市中院“维护妇女合法权益家事审判典型案例

案例三 分手后纠缠、骚扰、泄露妇女隐私等行为，应予禁止

王某人身安全保护令案

基本案情

张某（男）与王某（女）原系恋人关系。于 2022 年终止恋爱关系后，张某多次通过短信、电话以及社交软件纠缠、骚扰王某，并将王某的隐私照片发送给他人。王某认为张某的行为给自己造成了身心双重创伤和极为恶劣的社会影响，向法院申请人身安全保护令。

裁判结果

法院审查后认为，新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》第二十九条明确规定：禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息；妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向法院申请人身安全保护令。本案中，王某的申请符合《中华人民共和国妇女权益保障法》及《中华人民共和国反家庭暴力法》相关规定，法院遂依法作出人身安全保护令，裁定禁止张某纠缠、骚扰王某以及泄露、传播王某的隐私和个人信息。

典型意义

该人身安全保护令系今年 1 月 1 日新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》正式施行后，湖南发出的首份保障妇女隐私和个人信息等权益的人身安全保护令，既是对当事人张某的警示，也是一次对其他潜在违法者的深刻法治教育。相较 2016 年施行的《中华人民共和国反家庭暴力法》，新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》扩大了人身安全保护令的适用范围，为婚恋关系中的受害者提供了更有力的维权武器。

该案入选市中院“维护妇女合法权益家事审判典型案例”

案例四 多子女抚养权裁判应避免平均主义

何某诉唐某变更抚养关系纠纷案

基本案情

何某（女）与唐某（男）婚后生育了两个女孩（分别于 2010 年 8 月、2014 年 5 月出生）。2017 年 4 月，何、唐二人签订《离婚协议书》，并办理了离婚登记。二人在《离婚协议书》中约定，孩子们均由唐某抚养，随同唐某生活，抚养费由唐某全部负责；在不影响孩子学习、生活的情况下，何某可随时探望。2022 年 2 月，因唐某离婚后又另育一子，何某向法院起诉要求变更抚养权。经询问，两个女孩均表示愿意随何某共同生活。

裁判结果

法院经审理认为，对已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题有争议的，应结合双方的具体情况，依据最有利于未成年子女的原则来判定子女由谁抚养。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。本案中，虽何、唐二人在《离婚协议书》中约定两个女孩由唐某直接抚养，但经询问，年满八周岁的大女儿表示愿意随何某生活，其意思表示应得到尊重；而小女儿即将年满八周岁，也已具备一定的认知能力和判断力，其亦表示愿意随同何某生活，法院应予考虑。且同胞姐妹共同生活、一同成长，更有利于孩子们健康、和睦的长大。另，目前，唐某已另育一子，而何某没有其他子女且具有抚养能力。综上，法院确定两女变更为由何某直接抚养。

典型意义

随着生育政策的开放，离婚诉讼中涉及多名未成年子女的抚养权归属问题越来越普遍。对此，法院应遵循父母双方的具体情况，并按照最有利

于未成年子女的原则进行裁判，避免平均主义。本案判令两个女孩的抚养权归女方，综合考虑了未成年子女及其父母意愿、父母当前抚养能力、未成年子女之间相互依赖程度等，更符合孩子们成长的客观需要。

该案入选市中院“维护妇女合法权益家事审判典型案例”

案例五 因离婚导致未成年子女辍学，应予纠正

钱某（化名）诉赵某（化名）离婚纠纷案

基本案情

法院在审理钱某（女）和赵某（男）离婚纠纷案件时发现，两人不满十岁的女儿小卉（化名）此前一直跟随赵某生活，由奶奶负责照顾。但是，在钱、赵二人分居及离婚诉讼期间，赵某两次将小卉送至外婆家，致小卉旷课、辍学。期间，小卉学校多次联系钱、赵二人，并上门家访，向赵某送达《义务教育劝学告家长书》，但小卉仍然未返校就读。

处理结果

法院认为，未成年人的父母或其他监护人不得放任、迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学。赵某作为小卉的父亲，明知小卉尚需在校接受义务教育，仍将小卉送至外婆家，致小卉辍学。钱某作为母亲，放任小卉长时间处于辍学状态。双方均未正确履行监护职责，违反相关法律规定，应当予以纠正。基于此，法院向钱、赵二人发出了家庭教育令，限二人立即将小卉送往学籍所在地学校就读，并在收到家庭教育令后三十日内前往湖南湘江新区（岳麓区）妇女联合会下辖的家庭教育指导服务中心接受家庭教育指导不少于三次。最终，小卉返学的问题得以解决，钱、赵二人的离婚纠纷也顺利调解。

典型意义

该家庭教育令系 2022 年 1 月 1 日《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施后，湖南发出的首份因夫妻闹离婚致儿童辍学的家庭教育令，是法院和妇联共同发挥职能优势、共建家庭教育联动机制、共护未成年人健康成长的有益探索。孩子不应该成为父母婚姻危机的牺牲品。作为父母，应当尽自己最大的努力，将双方之间的矛盾冲突可能给孩子带来的负面影响降至最低，呵护孩子健康快乐成长。《中华人民共和国家庭教育促进法》的正式实施，意味着家庭教育由传统的“家事”上升为新时代的“国事”，家长、父母走进“依法带娃”时代。

2023 年第 66 期

编辑丨贺艺蕾

审核丨常研　郭庆栋

复审丨刘蜜纯　谢澍

最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》

2023-11-29　最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/M-2fI1Rw0g_acgZMN9ab0g

为规范人民法院、人民检察院办理民事再审检察建议案件程序，推进落实《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，提升法律监督质效和司法公信力，促进司法公正，近日，最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关

于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》（以下简称《意见》）。

《意见》坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义；坚持以宪法和法律为准绳，依法自觉接受人民检察院法律监督，实现依法监督、依法纠错与维护司法权威有机统一；坚持人民至上、以人民为中心的理念，把人民群众对公平正义的期盼落实到对司法活动的有效监督；坚持问题导向，解决民事再审检察建议案件提出和办理过程中存在的突出问题，完善和规范相关工作机制，确保规定具有较强的可操作性。

《意见》明确了办理民事再审检察建议案件的基本原则；规范了检察机关提出民事再审检察建议的范围、程序和相关材料；规范了人民法院办理民事再审检察建议案件的程序；明确提出探索建立和完善人民法院和人民检察院常态化工作联系机制；对于常态化实质性化解纠纷，统一法律适用，提升司法质效，进一步完善审判监督工作机制，具有现实意义。

法发〔2023〕18 号

最高人民法院 最高人民检察院

印发《关于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院：

为规范人民法院、人民检察院办理民事再审检察建议案件程序，推进落实《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，提升法律监督质效和司法公信力，促进司法公正，根据《中华人民共和国民事诉讼法》和相关法律规定，最高人民法院、最高人民检察院制定了《关于规范办理民事再审检察建议案件若干问题的意见》，现予印发，请结合实际贯彻执行。在执行中遇到的问题，请分别层报最高人民法院、最高人民检察院。

最高人民法院 最高人民检察院

2023 年 11 月 24 日

最高人民法院 最高人民检察院

关于规范办理民事再审检察建议案件

若干问题的意见

为规范人民法院、人民检察院办理民事再审检察建议案件程序，推进落实《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，提升法律监督质效和司法公信力，促进司法公正，根据《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合司法实践，制定本意见。

第一条 民事再审检察建议是人民检察院对生效民事判决、裁定、调解书实施法律监督的重要方式。人民法院、人民检察院应当严格按照《中华人民共和国民事诉讼法》有关再审检察建议的规定，依法规范履行审判和法律监督职责。人民检察院要坚持法定性与必要性相结合的监督标准，增强监督的及时性与实效性，规范适用再审检察建议；人民法院要坚持依法接受监督，增强接受监督的主动性与自觉性，及时办理民事再审检察建议案件，共同维护司法公正。

第二条 人民检察院发现同级人民法院生效民事判决、裁定有《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条规定情形之一的，或者民事调解书有损害国家利益、社会公共利益情形的，可以向同级人民法院提出再审检察建议；地方各级人民检察院提出再审检察建议的，应报上级人民检察院备案。

人民检察院发现生效民事判决、裁定、调解书系民事诉讼当事人通过虚假诉讼获得的，依照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关

于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》第十八条规定办理。

第三条 人民检察院对同级人民法院再审或者审判委员会讨论后作出的生效民事判决、裁定、调解书，一般不适用提出再审检察建议的方式进行监督。

人民法院生效民事判决、裁定、调解书存在的笔误或者表述瑕疵不属于提出再审检察建议的情形，人民检察院可以提出改进工作建议。

第四条 人民检察院提出再审检察建议，一般应当经检察委员会讨论决定。存在特殊情形的，人民检察院可与同级人民法院会商解决。

第五条 人民检察院提出再审检察建议，应当将再审检察建议书连同检察案件材料一并移送同级人民法院。

再审检察建议书应当载明案件相关情况、监督意见并列明原判决、裁定、调解书存在《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十五条、第二百一十六条规定的情形。

人民检察院提出再审检察建议案件不符合前述规定的，人民法院依照《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》第四百一十四条规定处理。

第六条 人民法院应当自收到符合条件的再审检察建议书和相关检察案件材料之日起七日内编立案号，纳入案件流程管理，依法进行审查，并告知人民检察院。

本院或者上级人民法院已作出驳回再审申请裁定的，不影响人民法院受理同级人民检察院提出的再审检察建议。

人民检察院提出再审检察建议的案件已经同级人民法院裁定再审但尚未审结的，人民法院应当将再审检察建议并入再审案件一并审理，并函告人民检察院。案件已经上级人民法院裁定再审但尚未审结的，同级人民法院可以将再审检察建议书及检察案件材料报送上级人民法院并告知提出再审检察建议的人民检察院。

第七条 人民法院对民事再审检察建议案件，应当组成合议庭，在三个月内审查完毕。有特殊情况需要延长的，应当依照相关审批程序延长审查期限。

在原审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该民事再审检察建议案件的办理。

第八条 人民法院对民事再审检察建议案件，一般采取审查人民检察院移交的案件材料、调阅原审案件卷宗等方式进行书面审查。经审查，案件可能启动再审或者存在其他确有必要情形的，应当询问当事人。

第九条 人民法院对民事再审检察建议案件经审查认为原判决、裁定、调解书确有错误，决定采纳检察建议启动再审的，再审裁定书应当载明监督机关及民事再审检察建议文号。裁定书应当送交同级人民检察院。

人民法院经审查决定不予再审的，应当书面回复人民检察院并述明理由。人民检察院可以适当方式将人民法院不予再审结果告知申请人。

第十条 人民法院采纳再审检察建议启动再审的民事案件，按照《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》第四百零二条第一款第三项、第四项规定的程序开庭审理。有下列情形之一的，人民检察院可以派员出席法庭：

（一）人民检察院认为原案的处理损害国家利益或者社会公共利益的；

（二）人民检察院认为原案存在虚假诉讼的；

（三）人民检察院调查核实的证据需要向法庭出示的；

（四）具有重大社会影响等其他确有出庭必要的。

人民检察院派员出席法庭的，可以参照《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》第四百零二条第一款第二项规定的程序开庭审理。

第十一条 人民法院采纳再审检察建议启动再审的民事案件，应当将再审后作出的判决书、裁定书送交同级人民检察院。调解结案的，书面告知同级人民检察院。

第十二条 人民法院、人民检察院应当建立民事再审检察建议案件共同调解机制，做好民事再审检察建议案件调解和矛盾化解工作。

第十三条 人民法院、人民检察院应当探索建立常态化工作联系机制。对涉及群体性纠纷或者引发社会广泛关注，可能影响社会稳定的案件，以及重大、疑难、复杂、敏感等案件，人民法院、人民检察院在办理过程中，应当加强相互沟通，依法妥善处理。

第十四条 人民法院、人民检察院应当定期开展再审检察建议工作综合分析和通报，推动审判监督和检察监督工作良性互动，提升再审检察建议案件办理质效。

地方各级人民法院、人民检察院在实践中遇到新情况、新问题可先行会商，并将相关问题及应对措施及时层报最高人民法院、最高人民检察院。

来源：检察日报社

记者：于潇

编辑：吴鹏瑶

二、媒体典型案例

（一）恋爱同居纠纷案例

恋爱半年分手，几十万“爱情转账”何去何从？

2023-11-02 民主与法制时报 本社记者 张君 通讯员 王梦洁
http://e.mzyfz.com/paper/2123/paper_56895_11726.html

恋爱期间，你是否也给另一半进行过“爱心转账”？近年来，因为分手后向对方讨要恋爱期间转账款项的案例屡见不鲜。近日，河北省邯郸市丛台区人民法院适用法律规定，巧妙采取明法析理和温情规劝的方式，成功审结了一起恋人分手后男方索要恋爱期间转款的案件。

原告李某与被告张某原系情侣关系，恋爱期间，李某为表达爱意，通过发红包、送礼物、支付宝或银行卡转账的方式共向张某转账 30 余万元。半年后，双方结束了这段恋情。李某认为，恋爱期间转账 30 余万为张某购买车辆、偿还房贷，是以结婚为目的的大额财物赠与行为，双方分手后多次要求张某返还。张某则认为，钱款系李某自愿赠与且已用于两人共同生活消费，拒绝返还。李某遂将张某诉至丛台区法院。

法院审理认为，恋爱期间男女双方互赠未超过合理范围的财物应认定为一般赠与，财物一旦交付，赠与合同即成立并生效，非因法定情形，赠与人不得撤销赠与。本案中，李某与张某共同生活期间通过微信、支付宝和银行卡转账方式多次打款，结合双方的工作收入及经济能力和部分款项的备注情况，其中超出一定数额的大额转账明显不符合情侣日常交往中的一般性赠与行为，亦不符合当前倡导的正确的婚恋价值观导向。故法院认定李某向张某转账中未标明用途的超出一定金额的大额转账为附条件的赠与行为，系李某为维持恋爱关系至缔结婚姻为目的支付给张某的，现双方恋爱关系终止，张某对上述费用应予返还。鉴于张某在交往过程中亦有对共同消费的支出及向李某小额转账的行为，法院结合双方恋爱时间长短、分手原因、双方经济水平、消费能力及款项具体金额等因素，依法酌情判定张某返还李某 14.8 万元。宣判后，双方均服判息诉。

法官提醒，恋爱期间男女双方往往会通过互赠礼物、发红包甚至银行卡转账等表达爱意，但当激情褪去、感情破裂，那些曾以爱情为基础的金钱往来却常成为彼此争执追讨的焦点。恋爱虽甜蜜，亦需理性和冷静，应树立正确的恋爱观与婚姻观，不把金钱当成衡量感情的砝码，真诚关爱，建立深厚的感情基础，才是通往婚恋幸福的桥梁。

（二）居住权案例

再婚老人凭遗嘱获房屋完全居住权
北京一中院审结一起居住权案

2023-11-22 法治日报
http://h5epaper.legaldaily.com.cn/content/20231122/Articel06004SR.htm

□ 本报记者 徐伟伦
□ 本报通讯员 黄慧婧

涉案房产产权归女儿小刘所有，但使用权可给现任妻子王老太供其永久居住。这是老刘生前立下的遗嘱。老刘去世后，小刘提起诉讼要求取得房屋所有权，王老太则主张其对房屋享有居住权。北京市第一中级人民法院审理此案后，认定老刘遗嘱中设立的居住利益承诺已经明显具备了“物权”特性，且符合民法典居住权的实质属性，小刘作为房屋继承人，有义务配合让渡居住使用权益。据此，法院判决确认王老太对于涉案房屋享有居住权，小刘于房屋可办理不动产登记之日起 30 日内配合王老太办理居住权登记。

据了解，老刘与王老太是再婚夫妻，婚后无子女，小刘系老刘与前妻所生女儿。2018 年，老刘订立遗嘱，写明：涉案房产产权归女儿小刘所有，但使用权可给其现任妻子王老太供其永久居住；如遇以下情形（1.出租；2.再婚；3.买卖等有违夫妻关系的情形），其居住权收回，小刘有处置权。老刘去世后，小刘和王老太就涉案房屋的相关权益问题诉至法院。

法院认为，老刘在遗嘱中写明再婚老伴可取得的是“永久”性居住权利，而非“一时”性居住权利，而且依据遗嘱内容，只有符合特殊情形时，遗嘱继承人小刘才可以依法处分房屋，说明在王老太居住使用期间，其可以排除房屋所有权人的干涉，从而使得该居住使用权利具有“物权”排他性特性。

同时，依据遗嘱内容，王老太对涉案房屋享有居住使用权限，但排除了其出租等营利行为，说明老刘为王老太设立居住使用的目的在于确保权利人的生活居住需要，有为再婚老伴老年生活安定、避免劳累奔波的考量，应予尊重。因此，王老太可以取得房屋的完全居住权。

据此，法院判决认定王老太对涉案房屋享有居住权，小刘应当配合王老太办理居住权登记。

法官在庭后表示，依据民法典第十四章规定，居住权是对他人住宅享有的占有、使用的用益物权，一般是以生活居住为目的而设定；居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。

“居住权属于物权，内含对房屋的直接支配权，相较于包括房屋承租权在内的债权，更能为权利人提供长久的居住利益保障。”法官说，在老年人再婚的情形下，遗嘱人为再婚老伴设立居住权，也多是出于保障其居住生存、生活安定的考虑。

个案中，需要结合遗嘱使用的词句、关联条款以及遗嘱的动机和目的等探求遗嘱人的真意。在遗嘱所设居住利益符合居住权的内涵、性质及功能的情况下，再婚丧偶老人便可基于遗嘱取得房屋的居住权，获得长期稳定的居住与生存保障。法官提示，居住权为无偿设立，因而再婚丧偶老人基于遗嘱取得居住权无须支付费用，但其对涉案房屋仅享有占有和使用的权利，此种权利不得转让，也不可继承。

基于遗嘱取得房屋所有权的继承人，有义务配合居住权人取得居住权，并确保其权利的行使和实现。由于居住权产生于当事人内部，对外无法为他人知晓，且居住权人和所有权人本身存在分离的状态，从保护交易安全以及维护居住权人的利益稳定角度，要求进行登记本身也符合物权基本理念，因此房屋继承人应当配合居住权人办理居住权登记。

（三）精神损害赔偿案例

听干货 | 离婚纠纷中，精神损害赔偿的适用情形

2023-11-18 法信 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/C1vLWpIJJNVYWzRFSjqJng

现实生活中，夫妻一方违反忠实义务，给对方造成身体和精神上的伤害和痛苦，夫妻中的无过错方是否能够在离婚时要求过错方给予精神损害赔偿？《民法典》第 1091 条规定，因重婚、与他人同居、家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员或者其他重大过错导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。对于损害赔偿，分为物质损害赔偿和精神损害赔偿，其中，精神损害赔偿一般根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、侵权行为的后果等酌定赔偿金额。本期小编围绕离婚纠纷中精神损害赔偿的适用情形这一主题整理了相关的裁判规则、专家观点以及法律法规，供读者参阅。

法信码|A2.H29224

精神损害赔偿



法信 · 裁判规则

1、前妻在离婚后发现前夫在婚内与他人同居并致他人怀孕的，可要求精神损害赔偿——刘某诉陆某离婚后损害责任纠纷案

案例要旨：妻子离婚后发现前夫在婚内与他人同居并致他人怀孕，其在离婚后请求前夫支付精神损害赔偿的，人民法院可予以支持。

审理法院：福建省龙岩市武平县人民法院

案例来源：《人民法院报》2021 年 7 月 7 日第 3 版

2、未离婚与他人同居行为违背夫妻忠实义务及社会公序良俗，无过错方有权向有过错方主张精神抚慰金——王某某诉张某某离婚纠纷案

案例要旨：在婚姻关系存续期间，同他人以夫妻名义同居生活的行为违背夫妻忠实义务及社会公序良俗，无过错方有权向有过错方主张精神抚慰金。

审理法院：重庆市第二中级人民法院

案例来源：重庆高级人民法院网 发布日期：2023 年 03 月 28 日

3、因家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求物质损害赔偿和精神损害赔偿——彭某诉黄某离婚纠纷案

案例要旨：双方夫妻关系未见缓和且分居一年以上，现一方起诉要求离婚，另一方明确表示同意离婚，足见双方感情确已完全破裂，应依法准予离婚。因另一方在家庭生活中存在对一方使

用暴力的行为，结合其过错程度和承担责任的经济能力，应当承担精神损害赔偿。

案例来源：梅州市中级人民法院网　　发布日期：2022 年 3 月 11 日

4、夫妻一方在婚姻存续期间与其他异性长期保持不正当关系并且同居生活，应对另一方承担精神损害赔偿责任——李某某诉王某某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻一方在婚姻存续期间尽到抚养子女和赡养老人等夫妻义务，为无过错方，另一方与其他异性长期保持不正当关系并且同居生活，严重违反夫妻忠诚义务，足以对无过错方造成心理和精神上的损害，应承担精神损害赔偿责任。

案例来源：江苏法院网　　发布日期：2021 年 12 月 20 日

5、夫妻一方与婚外异性存在不正当关系的，法院可以根据无过错方的请求判令过错方赔偿精神损害抚慰金——姚某某诉贺某某离婚纠纷案

案例要旨：在婚姻关系存续期间，夫妻一方与婚外异性存在不正当关系的，应认定该一方在导致夫妻感情破裂问题上存在过错，无过错方请求精神损害赔偿的，人民法院可以判令过错方赔偿相应的精神损害抚慰金。

案例来源：江苏法院网　　发布日期：2021 年 3 月 8 日

6、夫妻一方未履行忠实义务，另一方受到欺骗抚养非亲生子女的，夫妻一方离婚后需要支付精神损害赔偿和返还抚养费——揭某某诉易某某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻一方未履行夫妻间的忠实义务，造成另一方精神受到巨大损害，另一方受到欺骗抚养非亲生子女，代替他人履行抚养义务的，夫妻一方离婚后需要支付精神损害赔偿和返还抚养费。

案例来源：江西法院网　　发布日期：2020 年 12 月 14 日



法信 ·司法观点

一、离婚损害赔偿的适用条件

1. 一方对离婚存在过错

离婚损害赔偿的适用，以夫妻中的一方对离婚存在过错为前提，这里包含两层意思：一是离婚损害赔偿要求行为人主观上必须存在过错，行为人虽实施了损害行为，但主观上不存在过错的，不适用离婚损害赔偿；二是该种过错必须是导致离婚的原因，虽有过错，但并未导致离婚的结果，或虽然离婚，但导致离婚的原因并非过错方的过错行为的，均不能适用离婚损害赔偿。

2. 过错方实施了妨害婚姻家庭关系的违法行为

根据本条（《民法典》第 1091 条，下同）规定，离婚损害赔偿的过错行为分为以下几种情形：

（1）重婚。

有配偶而又与他人结婚的，构成重婚。《民法典》第 1041 条明确规定，实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。重婚行为严重违反一夫一妻的婚姻制度，侵犯了夫妻中另一方的配偶权，同时构成刑事犯罪。

（2）与他人同居。

离婚损害赔偿的适用以合法婚姻关系的存在为前提，故本条规定删去了 2001 年修正的原《婚姻法》第 46 条中“有配偶者”的表述。《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 2 条规定：“民法典第

一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条规定的与他人同居的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。”重婚行为以外的有配偶者与他人不以夫妻名义同居的行为，同样违反一夫一妻制，构成对配偶权的侵犯。

（3）实施家庭暴力。

根据《反家庭暴力法》第 2 条规定，家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。家庭暴力既包括身体暴力，如殴打、捆绑、残害，限制人身自由，以饿冻、有病不给治疗等方式虐待、遗弃没有独立生活能力的儿童、老人、残疾人、重病患者，在家庭教育中以暴力方式管教儿童等，也包括精神暴力，主要表现为对受害人进行侮辱、谩骂、诽谤、宣扬隐私、无端指责、人格贬损、恐吓、威胁、跟踪、骚扰等。

（4）虐待、遗弃家庭成员。

《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 1 条规定，持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。遗弃，是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养的行为。虐待、遗弃家庭成员情节恶劣的，都将构成刑事犯罪。

（5）有其他重大过错。

本项规定系本次《民法典》编纂过程中新增内容。2001 年修正的原《婚姻法》第 46 条仅规定将离婚损害赔偿的适用情形限制在以上四种，该四种情形以外的违反婚姻义务、家庭义务等的行为，均不能适用离婚损害赔偿，导致实践中适用的很少。实际上，婚姻中的过错行为远不止这些，当一方存在如通奸、卖淫、嫖娼、赌博、吸毒等其他过错行为时，非过错方不能通过离婚损害赔偿制度得到相应的补偿和救济，有失公平。本条将概括式规定作为兜底，人民法院应当根据具体案件情况，结合过错情节、伤害后果等因素，对过错方是否存在重大过错进行认定。

3. 另一方没有过错

本条规定，“无过错方有权请求损害赔偿”，夫妻双方中，只有不存在本条规定中导致离婚事实的过错的一方，才有权请求离婚损害赔偿，享有离婚损害赔偿请求权。假如双方对离婚均存在过错，《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 90 条规定：“夫妻双方均有民法典第一千零九十一条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。”离婚损害赔偿制度的目的，是对无过错方受到损害的合法权益予以补偿和救济，让过错方受到应有的惩罚。夫妻双方均有违反婚姻义务或家庭义务行为的，不符合离婚损害赔偿的主体要求，无权请求获得补偿或救济。

4. 过错方的损害行为造成了损害结果

只有过错方的损害行为给无过错方实际造成了损害结果的，无过错方才能要求赔偿。未造成损害结果的，过错方的损害行为不构成对无过错方合法权益的侵犯，因而也无须赔偿。根据《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 86 条的规定，《民法典》第 1091 条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

无论过错方的过错行为给无过错方造成了物质损害还是精神损害，无过错方都有权要求赔偿。

（1）物质损害赔偿，主要是指过错方给无过错方造成的财产损失，这种损失不以损害行为直接作用于财产为条件，只要过错行为导致了财产损失的损害后果即可，包括积极财产的减少和消极财产的增加，但不包括期待利益损失。

（2）精神损害赔偿，因过错方对受害者人身进行伤害导致的精神损害及纯粹因过错方的行为导致的精神创伤、精神痛苦等，无过错方均可请求赔偿。

5. 过错行为与损害结果之间存在因果关系

损害结果必须是因过错方的损害行为导致，此种情况下，无过错方才享有对过错方的离婚损害赔偿请求权。虽有损害结果，但该结果并非过错方的损害行为导致的，无过错方不能以此为由要求过错方承担损害赔偿责任。因过错方的行为导致离婚这一结果的，方产生离婚损害赔偿请求权。根据《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 87 条规定第 2 款及第 3 款的规定，人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于《民法典》第 1091 条提出的损害赔偿请求，不予支持。在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

（摘自最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全（婚姻家庭卷）》，人民法院出版社 2022 年版，第 448~450 页）

二、离婚损害赔偿中精神损害赔偿的适用

离婚损害赔偿的适用，以存在《民法典》第 1091 条规定的五种情形之一为条件。现实生活中，无论夫妻双方的婚姻中出现了重婚、与他人同居、家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员中的哪种情况，还是其他重大过错，都会不可避免地导致严重伤害家庭情感，给家庭成员造成巨大心理创伤的结果。

我国民法虽未使用配偶权这一概念，但对夫妻之间基于互相作为配偶产生的特定身份利益持肯定态度。

《民法典》第 1043 条规定，家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

重婚、与他人同居、家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，以及其他重大过错，无一不是违反《民法典》所倡导的家庭文明的行为。夫妻中的无过错方因此而遭受的精神创伤和痛苦，理应由过错方给予赔偿。

本条（《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 86 条）规定，离婚损害赔偿涉及精神损害赔偿的，适用《民事侵权精神损害解释》的有关规定。

该解释第 5 条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（1）侵权人的过错程度，但是法律另有规定的除外；（2）侵权行为的目的、方式、场合等具体情节；（3）侵权行为所造成的后果；（4）侵权人的获利情况；（5）侵权人承担责任的经济能力；（6）受理诉讼法院所在地的平均生活水平。”

（摘自最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 726~727 页）

法信 ·法律条文

1. 《中华人民共和国民法典》

第一千零四十三条 【婚姻家庭的倡导性规定】家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。

夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

第一千零九十一条 【离婚损害赔偿】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。

2. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）

第二条 民法典第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条规定的“与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。

第八十六条 民法典第一千零九十一条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

第八十七条 承担民法典第一千零九十一条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。

人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于民法典第一千零九十一条提出的损害赔偿请求，不予支持。

在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据民法典第一千零九十一条提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

第八十九条 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以民法典第一千零九十一条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求的，人民法院不予支持。

第九十条 夫妻双方均有民法典第一千零九十一条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。

（四）赠予案例

丈夫赠与第三者 200 多万，妻子能否要求返还？东莞市第三法院： 赠与行为违背公序良俗且损害共有人权益，应予返还

2023-11-15 人民法院报
http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-11/15/content_233915.htm?div=-1

本报讯 生活中，夫妻一方基于维系婚外关系的目的而擅自将夫妻共同财产赠与第三者，那么该赠与行为是否有效？该第三者是否应当返还财产？近日，广东省东莞市中级人民法院二审审结一起夫妻一方为维持婚外恋情关系而引发的赠与合同纠纷案，经审理判决被告谭女士向黄女士返还 208 万元。

黄女士与李先生于 1989 年登记结婚，后李先生于 2020 年 1 月向深圳市罗湖区人民法院诉请离婚、分割财产，法院作出民事调解书，黄女士与李先生自愿离婚。

在该案的审理过程中，黄女士发现李先生婚内出轨谭女士，多次转账、购买物品或代谭女士支付日常生活费用。黄女士另将谭女士和李先生诉至法院，认为李先生的行为违反了法律规定及公序良俗，请求认定转账及代支付行为无效，谭女士应返还黄女士相应价值的款项。

法院经审理查明，李先生自 2009 年至 2019 年期间，共转账给谭女士 174 万元，并为其购买汽车、家电用品及支付物业管理费等花费 34 万元。

东莞市第三人民法院一审审理后认为，李先生在与黄女士婚姻关系存续期间多次向谭女士转账及代支付款项，应视为李先生对谭女士的赠与。上述赠与款项应认定为李先生与黄女士的夫妻共同财产。李先生向谭女士的赠与行为违背公序良俗，且未经黄女士同意，损害了黄女士的权益，应认定为无效。黄女士作为夫妻共同财产的共有人，有权请求谭女士返还赠与款项。

李先生不服，提起上诉。东莞中院二审审理后认为，一审判决认定事实清楚，处理正确，待黄女士收到谭女士返还的款项后，若李先生要求分割，可考虑照顾无过错方的因素确定份额另行处理。法院驳回上诉，维持原判。

（江楠 潘因因）

■法官说法

根据法律规定，夫妻在家庭中地位平等，对共同所有的财产有平等的处理权，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有。夫妻共同财产是用于家庭共同生活的重要保障，一方擅自将夫妻共同财产赠与婚外情人，既违反夫妻间的忠实义务，又违背社会公序良俗，严重损害配偶合法权益，依法应认定为无效。夫妻之间应当按照社会主义核心价值观的要求，互相忠实、互相尊重、互相关爱，维护和睦的婚姻家庭关系。

（五）抚养费纠纷案例

离婚后母亲拒付女儿艺考培训费，能否得到支持？

2023-11-03 广西高院
https://mp.weixin.qq.com/s/ZDipVO_jjou54WCbuwBidA

离婚时说好的“抚养费”一人一半，怎么现在连培训费也要我承担……

女儿报名参加艺术类教育培训，花费培训费 4 万余元，面对女儿让其支付 2 万余元培训费的要求，这位母亲犯了难，只愿支付 2000 元。对此，应该如何认定？

案情回顾

2017 年 4 月 17 日，韦彩芳（化名）与张涛（化名）经东兰县人民法院调解离婚。**双方约定：**婚生子女张琳、张丽、张茂（均为化名）随张涛生活，由其抚养至独立生活时止；韦彩芳每月支付每个孩子生活费 400 元；3 个孩子成长过程中产生的教育费、医疗费凭有效发票由双方各承担一半。

张琳是高中艺术类学生，为提高成绩考上心仪的大学，2022 年 9 月张琳参加了艺术类教育培训，张涛先行支付培训费 4 万余元。此后，张琳要求韦彩芳支付一半的培训费，被拒绝。

2023 年 2 月 21 日，张琳、张丽、张茂向东兰县人民法院申请强制执行，要求韦彩芳支付张琳培训费 2 万余元，以及张茂的医药费 369.12 元。

在执行过程中，韦彩芳认为“培训费过高，且培训费不属于九年义务教育费用或高中教育范围内的合理费用，所支出培训费未取得本人同意”，仅同意支付张茂的医药费 369.12 元及张琳的培训费 2000 元，并就支付培训费问题向法院申请执行异议，请求法院中止执行行为。

法院审理

东兰县人民法院审查后认为，离婚后，父母对子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。人民法院生效的民事调解书，当事人应当履行。

韦彩芳与张涛离婚时就子女的抚养问题达成调解协议，对子女张琳、张丽、张茂的抚养方式以及抚养费用支付内容已作出十分明确的约定，人民法院亦以民事调解书认定了双方协议内容，故 3 名子女依据已生效的民事调解书申请执行，有事实和法律依据。

对子女学习、升学有益的教育支出，均应视为教育费的范畴，张琳作为高中艺术类学生，尚无独立生活能力，其参加艺术类教育培训所支付的培训费，可认定为必要的教育费用。韦彩芳虽然对教育培训费存在合理性怀疑，但无相关证据证实，故法院不予支持。

对此，**东兰县人民法院作出裁定：**驳回韦彩芳的异议请求。韦彩芳不服该裁定，向河池市中级人民法院申请复议。

近日，**河池市中级人民法院依法裁定驳回韦彩芳的复议申请，维持东兰县人民法院的执行裁定。**

法官说法

执行异议，是指在执行过程中，当事人、案外人对执行标的主张自己权利所提出的不同意见。

民法典第 1084 条规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父亲或者母亲直接抚养，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。韦彩芳作为张琳的母亲，不能因

为离婚而不履行抚养子女的法律义务。张琳尚在高中就读，不具备独立生活能力，虽然韦彩芳认为女儿张琳参加培训花费过高，但是参加教育培训对张琳学习是有益的，所支出的培训费属于教育费范畴，应予支付。同时，韦彩芳对支出培训费的合理性提出怀疑，但没有提供充分证据证明，故被法院裁定驳回异议申请。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

★《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条第一款规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女或不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。

★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。

★第一千零八十五条规定，离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应负担部分或全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由法院判决。前款规定的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。

来源：河池中院　东兰法院

编辑：马　琳

审核：卢光艳

（六）损害赔偿案例

未被通知参加奶奶葬礼，孙子怒告叔叔索赔 6 万精神损害抚慰金，法院判了！

2023-10-31 湖南高院
https://mp.weixin.qq.com/s/OZFE_13yhO6TQUGTvyhvxg

身在外地的孙子却未收到奶奶去世的通知，导致自己回乡后被人非议，孙子认为自己精神受到了很大的压力，继而起诉亲叔叔赔偿 6 万元精神损害抚慰金，法院是否会支持这一诉求呢？近日，桃源县人民法院公开宣判一起人格权纠纷案。



2020 年时，原告小帅父亲因病去世，他与母亲便前往外地生活。今年年初，小帅的奶奶不幸溺水逝世，小儿子（小帅叔叔）张某便独自办理了丧事。

后小帅回乡探亲，发现邻居对自己议论纷纷，骂自己和母亲不孝，都不来参加奶奶的葬礼，才知道自己的奶奶肖老太已不幸逝世。虽然小帅父亲早过世，但小帅一直系奶奶带大的，存在很深的感情，小帅认为叔叔未通知其对奶奶进行祭奠有违人伦情理，侵犯了自己的人格权，导致自己遭受严重精神打击，故诉至桃源县人民法院，要求张小赔偿精神损失费 6 万元。

对于侄子的陈述，张某不予认可，他表示自己早已通过电话、口信通知了对方，他没有到场反而诬告，并且葬礼由自己一人独办，费用独担。社区居委会的工作人员，肖老太生前好友都集聚在桃源县殡仪馆，守灵祭奠，不可能唯独小帅不知道肖老太逝世。



法院审理后认为，小帅认为张某侵犯了其对奶奶过世的知情权以及对奶奶遗体的告别瞻仰权、吊唁权、祭奠权等权利，上述权利应属于公民身份权的范畴，这种基于特定的身份关系产生的权利，本质是基于身份关系的人格利益，故本案的案由为**一般人格权纠纷**。

那张某是否具有告知义务？法官认为，民事义务是法律对社会主体的民事行为提出的要求，是法律具体明确规定的义务。**没有法律明确规定的社会义务，均不能成为法律义务的内容。**社会义务在得到法律认定之前，可能是政治义务，也可能是道德义务、伦理义务甚至是宗教义务。只有得到法律的明确认定，原本隶属于其他社会义务的事项才能够上升为法律义务并为法律所规制。本案中，**现行法律规范并未明确规定张某负有“通知义务”且张某举证已通过电话、口信告知，因此小帅认为张某没有通知，法院不予认可。**

那张某应否承担侵权责任？法官认为，承担侵权责任的前提是造成损害后果。本案中小帅**并未举证证明张某的行为导致其社会评价显著降低及人格利益贬损**，亦未举证证明张某的行为造成其严重精神损害，**故对其损害赔偿诉讼请求不予支持。**

法院最终判决，驳回小帅的诉讼请求。小帅服判并未上诉，该判决现已生效。



祭奠权是**近亲属之间对于已故亲属的祭祀权**，包含权利人对逝者的哀思、怀念等**精神利益**。祭奠权虽不是我国民法典第九百九十条第一款所列举的具体人格权，但其属于该条第二款所述的“自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”，故**其亦属民事主体的人格权利，应受到法律的保护**，任何组织或者个人不得侵害，否则权利人有权要求侵权人承担相应民事责任。

祭奠权具体包括**死亡消息知悉权、最后见面权、丧葬事项决定权、祭奠仪式活动参与权**等。行使祭奠权时要本着互谅互让、相互尊重的精神，对于确实无法取得联系的权利人，可以免除同住亲属的通知义务，最后见面权的行使不得对其他权利人造成损害，以真正通过寄托哀思来达到安慰生者、告慰亡者的目的。

祭奠权受到侵害的，受害人有权主张侵权人承担民事责任，具体包括要求侵权人停止侵害、排除妨碍、赔礼道歉等。权利人也可以起诉主张精神损害赔偿。

本案中，张某早已通过电话、口信通知了小帅奶奶去世消息，且小帅并未举证证明张某的行为导致其社会评价显著降低及人格利益贬损，亦未举证证明张某的行为造成其严重精神损害，所以法院对其损害赔偿诉讼请求不予支持。

随着经济社会发展和我国首部民事法典的实施，民众的维权意识普遍增强，解决问题靠法值得提倡，同时，也要清楚，维护权利的前提是他人实施的侵权行为导致自身合法权益遭受损害，要求他人实施特定法律义务的前提是他人具有相应的法律义务。没有无权利的义务也没有无义务的权利，诉讼请求应当具有事实依据和法律依据，并符合社会主义核心价值观要求，才能获得法院支持。

作者：周宏圣 伍梦霞

来源：桃源县人民法院

编辑：以白

女子宫外孕切除输卵管，向同居男友索要“双重赔偿”！法院这么判

原创：2023-10-30 上海法治报 陈颖婷

https://mp.weixin.qq.com/s/Tzu8gofpIlBfd_X16bubUA

“说好怀孕了就结婚，怎么我因为他宫外孕了，他就抛弃了我。”小敏哭着说道。为了讨个说法，小敏将男友小朋告上了法院，要求他为自己**因宫外孕所受到的生理和精神双重损伤**负责，索赔 38 万余元。日前，上海市浦东新区人民法院开庭审理了此案。

小敏和小朋是一对恋人，据小敏说，他们从 2021 年年初就在山西老家同居。2021 年 6 月小朋到上海长期工作，她就陪同男友到上海工作并同居。同月，在小朋承诺会与她结婚后，两人自此多次发生性关系。至 2021 年 10 月 26 日，因小敏月经不正常怀疑怀孕可能，小朋还承诺她**怀孕就结婚**。



同年 11 月 6 日，小敏因下腹部坠痛在小朋的陪同下至医院就诊，门诊拟“异位妊娠”收治入院，后经检查确诊为右侧输卵管妊娠，并于住院期间实施了**右侧输卵管切除手术**。让小敏伤心的是，她出院后，男友不仅没有悉心照顾，更是因为她的病情和自己母亲的阻挠，**背弃承诺与她分手**。更甚者，小朋母亲在知晓小敏怀孕及病情后，不仅没有对她进行安慰，还多次通过电话语音对她进行言语侮辱、人身攻击，并于 2022 年 2 月 13 日将小敏自两人同居处赶出。

小敏经医院诊断，显示其因创伤后应激障碍已患有**重度抑郁症和重度焦虑**。小敏认为小朋的行为不仅给她的身体带来无法挽回的损伤及无法再怀孕的严重后果，其后续背弃承诺的行为更是违反社会公序良俗，给她造成了无法愈合的感情创伤等严重的精神损害。**为此，她将男友告上法院，索赔包括医疗费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金在内各项经济损失合计 38 余万元。**

小朋则表示，双方是自愿发生性行为导致怀孕，自己并无主观的过错，不应承担任何侵权责任。小敏的伤残主要是自身原因导致，**宫外孕与男人并没有多大关系**，导致宫外孕的原因是输卵管狭窄或者通而不畅或者有炎症导致输卵管黏连、积水堵塞、输卵管发育异常、输卵管功能异常、手术后遗症，或者由于多次人流手术、引产手术，或者其他宫腔手术，导致子宫内膜不适宜孕胚着床，受精卵游走引起的宫外孕。从医院的报告来看，小敏存在妇科炎症，**据他了解小敏有过多次打胎情况，有经常喝酒熬夜的习惯**，且小敏曾告诉他，自己是七个月早产儿，天生左侧输卵管闭锁，检查时小敏和他说右侧输卵管狭窄，这也是导致宫外孕因素之一。



小朋告诉法官，这段恋情也让他身心俱疲，受伤很深。他表示，小敏隐瞒恋爱史及终止妊娠史，多次威胁他，对他造成了重大伤害。他说，在知道小敏的恋爱史之前，当时两个人相处下来感觉不错，所以他才说出了有了孩子就结婚这样的话，之后和家里人沟通，说了两个人的情况，家里人表示目前结婚的想法很不成熟，不具备可以结婚的条件，也反对两个人在一起。这期间，**小朋作了很多努力沟通，家人一直强烈的态度反对，母亲因此住院**。他承认，两人这段时间的经历都非常艰难，付出良多，在亲情和爱情面前，他别无他法，选择了分手。在他看来，他承担了小敏住院期间全部医疗费费用，已经尽到了合理义务，不应再承担赔偿责任。综上，小朋认为自己没有侵权故意，小敏伤残后果与小朋无关，小敏的诉求没有事实和法律依据，请求驳回小敏的全部诉求。另已为小敏支付医疗费 3 万余元，要求在本案中一并处理。

法院审理后认为，公民享有生命健康权，公民的人身权利受法律保护。本案小敏的身体健康受损是因宫外孕右侧输卵管切除所致，而宫外孕又是小敏和小朋的性行为所致。但是，两人间发生性关系，是双方当事人自愿行为，宫外孕并不能预见，确属意外。对此，小敏和小朋均无过错。然而，**小敏的身体健康也确已受到较为严重的损害，此后果如由小敏本人一人承担，有失公平。**故法

院依据公平原则，综合分析实际情况及当事人各自的行为，酌情确定小朋对于小敏的损害后果承担一定的补偿责任。



对于小敏要求的精神损害抚慰金，根据法律规定，侵害自然人人身权益造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。该法条明确了精神损害抚慰金给付的前提条件是适用归责原则导致的侵权。另法律规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。该法条明确公平责任原则是分担损失，而非赔偿损失，即双方均无过错的情况下，不适用精神损害抚慰金赔偿条款。所以法院对小敏主张精神损害抚慰金的诉请不予支持。

最终**法院判决小朋补偿小敏 18 万余元。**（文中均系化名）

记者 | 陈颖婷

编辑 | 张旭凡

（七）夫妻共同债务案例

用于夫妻共同生活的借款，离婚了还要共同偿还吗？

2023-11-23 珠海市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/UKXH2ZOZXZk4NNuG_9N2OA

读案、学法、明道理

婚姻存续期间，男方借钱偿还房贷、车贷，离婚时将房屋分给女方。离婚后，女方是否需要承担这些债务的偿还责任？

珠海市中级人民法院就审理了这样一宗民间借贷纠纷案件，一起来看看吧~

基本案情

郑某因资金周转需要，向姚某借款 110 万元，约定借款期限为 3 个月，到期一次性还清，利息为每月 1.2%。

借款到期后，郑某并未还款。姚某遂向珠海市金湾区人民法院起诉，请求郑某及其前妻唐某返还 110 万元本金及利息。

一审判决郑某及唐某共同偿还姚某 110 万元本金及利息。

唐某不服一审判决，向珠海市中级人民法院提出上诉，请求驳回姚某要求唐某承担赔偿责任的全部诉讼请求。

唐某称，她已与郑某离婚，对郑某向姚某借钱的事一无所知，不应承担还款责任。

姚某辩称，郑某借款发生在与唐某的婚姻存续期间，唐某应承担还款责任。

郑某和姚某均认可借款一事，二审的争议焦点在于唐某是否应该承担还款责任。

裁判结果

法院认为，案涉借款发生在郑某与唐某的婚姻存续期间，借款发生前后，郑某频繁向唐某的银行账户转入大额款项。郑某、唐某均表示款项用于偿还婚姻关系存续期间的房贷、车贷等。郑某、唐某在离婚时将双方名下房屋、车辆等作为夫妻共同财产进行分割，还约定以案涉借款偿还房贷的房屋全部分配给唐某所有，可见案涉借款用于偿还房贷、车贷，实为夫妻双方共同生活所需，且唐某为借款的受益人，应对借款负有偿还责任。

二审驳回上诉，维持原判，唐某应承担共同还款责任。

法官说法



珠海中院法官 陈德玉

依据《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条第二款之规定，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。

本案中，案涉借款实际发生于唐某与郑某夫妻关系存续期间；借款发生期间，郑某多次向唐某转账，而唐某认可这些款项全部用来偿还房贷、车贷、信用卡、银行贷款及其他小额贷款等，且在离婚时将相关的房屋、车辆等作为夫妻共同财产进行了分割，故借款用于夫妻共同生活与事实相符。因此，法院认定唐某知晓郑某借款情况，且因借款用于夫妻共同生活，应由唐某共同承担还款责任。

来源：中院知产庭

编辑：周世芳

三、继承

专家云集 ，前瞻趋势！第二届遗产管理人论坛在京召开

原创：2023-11-01 中华遗嘱库 中华遗嘱库
https://mp.weixin.qq.com/s/UoKqM3tIW7U55PgiqPBJVg

2023 年 10 月 29 日，由中华遗嘱库主办的第四届遗嘱与遗产继承论坛暨第二届遗产管理人论坛在京举行。



来自全国各地的专家、学者、法官、不动产登记中心干部、律师齐聚一堂，共同探讨了遗产管理人落地后的改革变化、数字资产继承、共同遗产管理人等前沿话题。



专家们认为，随着中国人口老龄化趋势加剧，以及个人财富迅速增长，民法典于 2021 年 1 月 1 日正式实施，为了解决遗产管理问题，引入了遗产管理人制度。在过去的 3 年里，遗产管理人制度在全国各地积极运用，为解决多宗遗产纠纷、债务以及继承等难题提供了有力保障，维护了继承人、债权人等各方利益。这项制度不仅体现了人文关怀，也为家庭、社会稳定和谐发展作出了积极贡献，因此推广遗产管理人制度是当前遗产纠纷的有效解决办法之一。



论坛现场，华为公司带来了遥遥领先的数字遗产服务技术。华为终端 BG HUAWEI ID 资深产品经理表示，在数字化时代，每个人都拥有大量的数字资产。如何将这些数字资产传承给亲人朋友，让他们继续珍视和保管，成了一个关键问题。



在本次论坛上，中华遗嘱库发布了为遗嘱人提供免费指定遗产管理人标准条款的服务举措。



即日起，中华遗嘱库在其所办理的遗嘱中将为遗嘱人免费提供遗产管理人标准条款建议，当事人可以自行选择是否采纳。标准条款中，被继承人可以指定自己信任的人担任遗嘱执行人，并履行法律上遗产管理人的职责。对于已经在中华遗嘱库订立遗嘱的市民，也可以申请重新订立遗嘱，并在遗嘱中添加遗产管理人条款。



陈凯表示，随着社会老龄化的加剧，完善的遗产规划以及安排越来越成为市民关注的焦点。而随着遗产管理人制度的落地，能有效地解决市民遗产管理的难点。“后续，我们也将根据市民的具体情况，总结更多的标准条款，以适应不同的需求。希望通过这一便民措施，帮助更多的市民更好地规划自己的遗产，并解决他们在遗产管理方面的后顾之忧。”陈凯说。



论坛尾声，揭晓了由中国法学会法律文书学研究会、中华遗嘱库管理委员会、《法治时代》杂志、《中国不动产》编辑部、桂客学院联合举办的遗产管理人实务与研究联合征文的获奖名单，共选出优秀论文 95 篇进行表彰。



新京报、触电新闻、中国网等主流媒体进行了现场直播。澎湃新闻、新华社、人民政协网、中国日报、法制网、光明网等多家媒体对此进行采访报道，触达受众预计超数百万人次。



长按下方二维码，查看联合征文获奖名单

长按下方二维码，回顾本场直播

中华遗嘱库的使命是推动遗嘱进入每个中国家庭；宗旨是解后顾之忧，传和谐家风。中华遗嘱库建立了一整套遗嘱服务流程，是中国遗嘱专业服务开创者。

编辑排版：周梦琳

共同遗嘱中，其中一方撤销，效力如何认定？

2023-11-01 深圳市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/3r55MfzrULADO-JOL8shJg

老伴过世前，一起对共有房产按份额立了遗嘱，当老伴去世后，自己撤销这份遗嘱，是否有效呢？和鹏法君一起来看看这个案例吧！

案情简介

被继承人黄某某和方某为夫妻，育有黄某甲、黄某乙、黄某丙三个子女。冯某为黄某甲的配偶。

2002 年 11 月 26 日，方某代被继承人黄某某书写一份遗嘱，称因其与方某分得的单位房改房系由冯某父母出资，故在其死后将其名下的该房

产由黄某甲和冯某继承。2003 年 8 月 26 日，被继承人黄某某与方某订立合立遗嘱，约定被继承人去世后，其名下涉案房产的 1/2 份额归黄某甲和冯某所有，由二人为方某养老送终；在两人都去世后，涉案房产归黄某甲和冯某所有。本遗嘱在两位遗嘱人中任何一人去世后均生效，但只能生效属于去世者遗产部分。该遗嘱系打印件，在两位律师的见证下作出，遗嘱人和见证人均在该遗嘱上签名，并注明年、月、日。

2003 年 9 月，被继承人黄某某去世。后黄某甲与其兄弟黄某乙因涉案房产的权属发生争议，黄某甲与冯某诉至法院，要求按照被继承人黄某某遗嘱的内容，将涉案房产被继承人黄某某名下的 1/2 份额确认归二人所有。

法院审理

本案所涉遗嘱以及继承开始的时间虽然在《中华人民共和国民法典》生效前，但是因本案涉及打印遗嘱，且遗产尚未处理，故适用民法典相关规定。

2002 年 11 月订立的遗嘱，因代书人系被继承的配偶，不符合代书人的条件；且该代书遗嘱无其他见证人签名。故该遗嘱不符合代书遗嘱的法定形式，该代书遗嘱无效。

2003 年 8 月 26 日订立的遗嘱，**首先**，该遗嘱系遗嘱人对其个人合法财产死后的处分，且未取得遗产的继承人不存在缺乏劳动能力旦无生活来源的情形。**其次**，该遗嘱属于附义务的遗嘱，遗嘱继承人黄某甲和受遗赠人冯某应尽到赡养被告方某的义务。根据被告方某在庭审中确认的事实以及原告提交的证据可知，二原告已履行了遗嘱所附的赡养方某的义务。**最后**，尽管被告方某通过公证的方式撤销了其在 2016 年 3 月 10 日所做的遗嘱，该撤销声明的内容与被告方某之前的两份遗嘱内容相反，应视为被告方某对其遗嘱内容的撤回，但本案所涉及的遗产系被继承人黄某某的遗产，且 2003 年 8 月 26 日的遗嘱中明确“本遗嘱在我们两个人中任何一人去世后均生效，但只能生效属于去世者遗产部分”，即两人对共有的涉案房产所做的处分并无相互制约、互为条件的意思。因此，被告方某的该撤回行为不影响本案被继承人黄某某遗嘱效力问题。综上所述，2003 年 8 月 26 日订立的遗嘱中被继承人黄某某的遗嘱内容有效。

法院判决：登记在被继承人黄某某名下的某房产，其 1/2 产权归原告黄某甲和冯某所有，被告黄某乙、黄某丙、方某应在判决生效之日起十五日内配合原告黄某甲、冯某办理房屋产权变更登记手续。本判决现已生效。

鹏法君说法



栾媛，罗湖法院民事庭副庭长、一级法官

“共同遗嘱”，是指两个或两个以上的遗嘱人共同订立同一份遗嘱，对死亡后各自或共同遗留的财产进行分割的一种遗产继承方式，实践中常见于夫妻双方共同设立遗嘱。夫妻共同遗嘱是指夫妻二人达成合意、共同订立一份遗嘱，并在遗嘱中对各自或共同的财产作出处分安排。

根据法律规定，遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。共同遗嘱作为实践中的一种遗嘱形式，遗嘱人同样可以对遗嘱撤销或变更。但是，对共同遗嘱是否能够撤销，存在一定的限制。对夫妻双方约定不得撤销或变更的共同遗嘱、附条件的

共同遗嘱，以及存在其他不适宜撤销或变更情形的共同遗嘱，夫妻一方不得单独撤销或变更。如果共同遗嘱中对于共有财产的处分并没有相互制约、互为条件的意思，则在世一方仍可以按照自己的意愿撤回、变更自己所立的遗嘱。本案中，黄某某与方某夫妇所订立的共同遗嘱并无互相制约、互为条件的意思表示，因此，方某有权撤回其遗嘱，但该撤回行为不影响被继承人黄某某的遗嘱内容。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千一百三十六条 打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

第一千一百四十二条 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。

立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

第一千一百四十四条 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。

来源：罗湖区法院

作者：栾媛

上海兄妹 3 人主动放弃继承亡母 7 套房，八旬老父却要再婚？子女反悔……

2023-11-09 上海法治报

https://mp.weixin.qq.com/s/chkHf_vbTRQnmLPdUPMK7Q

如今，老年人丧偶后再婚的现象并不鲜见，由此引发的有关赡养、继承等纠纷也日益增多。

近日，上海市第二中级人民法院披露了一起遗产继承案件，**子女原本已放弃对过世母亲的遗产继承，可当父亲准备再婚时，子女的想法却发生了变化……**

于女士的母亲在十多年前去世，她和两位哥哥一直照顾父亲。**为了让父亲能在晚年更好地生活，兄妹三人不仅通过公证放弃了对上海数套房产的继承，还专门请人照顾父亲生活。**不料，已经 80 岁的父亲突然宣布将要再婚，因为担心父亲再婚后会横生枝节，于女士在和哥哥们商量之后，决定提起继承诉讼，先把亡母的遗产拿回来。

于女士认为，**当初她和哥哥们主张放弃继承是有前提条件的，即父亲不会再婚。**虽然这一点没有写下来，但这是人之常情。如果父亲当时就表示会再婚，他们肯定不会放弃继承。于女士还认为，父亲隐瞒了其账户里有 1000 多万存款的事实，在这一点上子女们都被骗了，因此主张放弃继承的行为无效。

收到子女们的诉状，父亲老于十分气愤。前妻过世后，他一个人虽然衣食无忧，但儿女们都在国外，生活寂寞，于是想找个伴。**至于 1000 多万存款，老于表示，自己压根就没有想过隐瞒，只不过儿女们没问，他便没说。**因为他平时做股票投资，名下有价值几百万股票和资金，家里还有不少值钱的古董、字画，儿女们全都知道。何况办理遗产继承公证时，儿女们连价值一个多亿的 7 套房产都放弃了，古董、字画、黄金也没要，又怎会为了这笔存款跟他计较呢？

一审法院经审理，驳回了于女士等人的诉讼请求。于女士等人不服，向上海二中院提起上诉。

上海二中院调查查明，为了让父亲继承遗产，于女士等人曾经于 2013 年 1 月、3 月先后两次前往公证处办理相关手续，明确表示自愿放弃母亲全部遗产，由父亲老于继承。

从公证记录来看，子女们放弃继承公证是在 2013 年 1 月做出的，当时老于并不在场。而 3 月份的那次公证是老于向公证处申请继承 7 套房产以及妻子生前名下 6 万余元银行存款，主要目的是方便办理之后的过户等手续，所以他只需陈述需要手续的这部分财产，无需告知公证处自己名下还有其他财产，不存在欺诈的故意。

另外，在 1 月份的那次公证中，在公证处工作人员的引导下，于女士等人先后三次分不同层面提及放弃继承。首先，经公证处工作人员询问，于女士等人以概括性的语言表达了对母亲遗产的放弃继承。此后，公证处工作人员将有凭证证明的遗产一一列明，于女士等人又一次明确放弃继承。

最后，公证处工作人员又单独询问“如果还有其他属于被继承人的银行存款及包括基金在内的一切银行金融理财产品，及其他动产、不动产”的处理方式，该种分离式的询问方法足以提醒于女士等人，公证处工作人员所针对的财产已经超出了原罗列的遗产，可能包括下落不明以及价值不明的遗产。但于女士等人直接回答“都不继承”，说明遗产的价值并非于女士等人考虑是否放弃继承的主要因素。

法院据此认为，**于女士等人放弃继承的原因和目的在于“不要继承，由父亲继承”，这从侧面说明于女士等人并非因为遗产价值不高而放弃继承，其追求的法律效果在于由父亲继承母亲的全部遗产**。因此，于女士所主张的这 1000 多万存款并未超过“兜底条款”的覆盖范围，已被放弃继承。

最后，**当事人的婚姻自主权受法律保护**。不论老于是否想要再婚，都不能成为子女放弃继承的前提条件。虽然于女士等人陈述的理由在现实中也有可能存在，但法院不能推定当事人之间就放弃继承一事存在一项违法的前提条件。因此，不能推定于女士等放弃继承是因为老于已经默示同意不再婚。

综上，**上海二中院认定于女士等放弃继承有效，不能再次要求继承母亲的遗产，遂判决驳回了于女士等人的诉讼请求。**

来源 | 上观新闻

编辑 | 王菁

孤寡老人去世后，遗产谁来管理？

2023-11-14 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/868Er3JSm35xU82aLZ7sYA

一滴水，能折射太阳光辉。

一桩案，能彰显法治道理。

最高人民法院官方微信推出“小案大道理 时代新风尚”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”，共同感受每一个司法案件中所弘扬的公平正义正能量。本期为您带来的是一起孤寡老人去世后遗产该由谁管理的纠纷案件。

基本案情

杨某是一名聋哑老人，终身未成家，生活无法自理。顾氏三兄弟的祖母早年间曾照顾过杨某，两家交往甚多。因杨某晚年无人照料，三兄弟主

动伸出援手，共同照顾杨某多年，还为老人请了护工。2017 年，杨某因病入院治疗，三兄弟轮流探病、陪护，并负责老人医疗等所有费用。2021 年，杨某病故，三兄弟尽心处理丧葬事宜，并将杨某及其父母骨灰盒一并安葬，每逢纪念日按当地风俗祭拜。2022 年，三兄弟向法院申请指定太仓市民政局为杨某的遗产管理人。

江苏省太仓市人民法院经审理认为，民法典第 1146 条规定，利害关系人有权向法院申请指定遗产管理人。本案中，顾氏三兄弟与杨某虽无继承关系，但一直照顾杨某的晚年生活，对其生活起居、医疗极尽照料，多年的陪伴也给了杨某精神上的慰藉。在杨某去世后，顾氏三兄弟负责其全部丧葬事宜并按照风俗祭拜。可以说，三兄弟对杨某进行了事实上的扶养，属于民法典第 1131 条规定的“对被继承人扶养较多，可以分给适当的遗产”的人，也应当属于第 1146 条规定的有权申请遗产管理人的“利害关系人”。据此，太仓法院根据特别程序作出民事判决，指定杨某生前住所地的民政部门即太仓市民政局为杨某的遗产管理人。

本案判决后，太仓市民政局作为杨某的遗产管理人积极履行管理职责，对杨某的房屋、存款等进行管理和清点，将杨某的存款均分给顾氏三兄弟，并协助将杨某的房屋过户登记至顾氏三兄弟名下。

法官心语



江苏省太仓市人民法院民一庭庭长　王坤

随着老龄社会到来和遗产继承案件的复杂化，遗产无人管理、继承人难以妥善管理等社会问题逐渐显现，民法典继承编新增的遗产管理人制度对上述社会现实问题作出了回应。遗产管理制度是为了保障遗产的完整性和安全性，通过公平、有序地分配遗产，使遗产上各项权利得以实现的一项综合性制度。

民法典对遗产管理人的范围和争议解决程序进行了规定，赋予了利害关系人申请法院指定遗产管理人的权利，但对利害关系人的范围未予明确。实践中，通常认为继承人、受遗赠人、遗产债权人属于利害关系人范畴。但对于现实中无人继承又无人受遗赠的情形下，除债权人以外，其他民事主体能否作为利害关系人向法院提出指定遗产管理人的申请，则存在争议。我们认为，民法典中规定的“利害关系人”可以从与遗产有利害关系的角度理解。本案中，顾氏三兄弟对被继承人杨某没有扶养义务，不属于继承人、受遗赠人，也非杨某的债权人。但三人事实上对杨某扶养较多，符合民法典规定的“可以分给适当遗产”情形，与遗产存在法律上的利害关系，因此也应当有权申请法院指定遗产管理人。

专家点评



第十四届全国人大代表、江苏省总工会兼职副主席、太仓万方国际码头有限公司营运操作部门机班副大班长　褚锋

关怀老人、敬爱长者自古以来是中华民族的传统美德。顾氏三兄弟对残疾孤寡老人多年悉心照料之举引领了社会道德风尚，法律应当对此弘德扬善之举给予正面评价。太仓法院认定三人对被继承人生前尽到较多扶养义务，有权作为利害关系人申请指定遗产管理人，有效防止逝者财产陷入无人管理的困境，符合《民法典》遗产管理制度的立法精神。该案的裁判结果对于弘扬中华民族守望相助、扶残救济的善良风俗具有积极意义，也是社会主义核心价值观融入司法裁判的具体生动体现。

来源：最高人民法院新闻局、江苏省太仓市人民法院

作者：王坤、王翊颖 | 制图：白榕 | 编辑：邢天然

遗嘱设居住权，让再婚老伴有保障

2023-11-15 法暖家事 一中院家事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/1AheiNaMh6rZQhgSFTRZEA

刘大爷去世前订立遗嘱，写明房屋产权归自己与前妻所生的女儿所有，但其中一套房子的使用权给其现任妻子王大妈，供其永久居住。老人去世后，女儿将王大妈诉至法院，要求取得房屋的所有权，而王大妈主张对房屋享有居住权，这会获得法院的支持吗？

北京一中院最终判决刘大爷的女儿办理不动产登记后限期配合王大妈办理居住权登记。**房屋居住权是什么？再婚老人通过遗嘱能获得房屋居住权吗？**

新闻名词

居住权：根据《民法典》规定，居住权是一种用益物权，房屋所有权人通过合同或遗嘱的方式设立居住权，居住权人即有权对他人的房屋享有占有、使用的权利。《民法典》新规以合理平衡房屋继承人所有权与居住权人利益为导向，实现居住权制度保障性功能，对老有所依、老有所居、居有所安具有积极意义。

案情

再婚老伴和继女起争执

刘大爷与王大妈是再婚夫妻，再婚后两人并无子女。五年前，刘大爷立了遗嘱，其中写明：“这十几年来一直是老王照顾我，让我的晚年很安乐，我名下的两套房屋产权归我的女儿所有，但位于海淀区的一套房屋给我的老伴儿老王永久居住。”

不过，遗嘱中还提到：“如果遇出租、再婚，或买卖等有违夫妻关系这三种情形之一，将收回老王的居住权，我的女儿对房屋有处置权。”

刘大爷去世后，王大妈独自居住在海淀区的那套房子里。刘大爷与前妻所生女儿小刘遂向法院起诉，请求继承父亲名下两套房产；王大妈则主张对海淀那套房子享有居住权。小刘说：“房子由我继承，我想怎样就怎样！”

判决

再婚老伴取得居住权

那么，对于刘大爷留下的房子，其再婚老伴王大妈究竟能否依据遗嘱获得永久居住权呢？

北京一中院经审理后认为，刘大爷在遗嘱中为王大妈设定的居住利益并非“一时”性居住权利，而是“永久”性居住权利。而且依据遗嘱内

容，只有符合特殊情形时，遗嘱继承人小刘才可以依法处分房屋。这说明刘大爷为王大妈设立居住使用的目的在于确保权利人的生活居住需要，在王大妈居住使用期间，她可以排除房屋所有权人的干涉。

刘大爷生前与王大妈在此房屋内共同居住了十多年，积累了较深的夫妻感情，凝结了特殊情感和精神寄托。刘大爷为王大妈设定居住权，有为再婚老伴老年生活安定、避免劳累奔波的考量，这在情理之中，应予尊重。

由此法院认为，王大妈可以取得房屋的居住权。小刘作为房屋继承人，有义务配合让渡居住使用权益。最终，法院确认刘大爷留下的两套房屋所有权归小刘，王大妈对其中一套房屋享有居住权。小刘于房屋可办理不动产登记之日起 30 日内配合王大妈办理居住权登记。上述判决可以确保王大妈的居住生活利益，也保证了小刘作为继承人的所有权，促进了家庭的和谐稳定。

答疑

虽然王大妈最终获得了居住权，但有一些问题需要她以后一一面对。北京一中院团河法庭庭长张琳对此也进行了答疑。

Q：取得居住权要付费吗？

A:王大妈基于遗嘱取得居住权无须付费，不过她应当支付住房及其附属设施的日常维护费用，如物业费、供暖费等。

Q：如果有居住权的房子被卖了咋办？

A:如果房屋继承人要出售房屋，新房主也不能要求居住权人搬离。根据《民法典》第十四章规定，居住权是对他人住宅享有的占有、使用的用益物权，一般是以生活居住为目的而设定；居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权人享有对房屋占有、使用这两项权利，房屋所有权人和任何第三人都应当尊重和配合，不应当妨害居住权人使用房屋。具体到王大妈这一案例，即便以后房子被卖掉或者继承，并不影响居住权人，王大妈仍然可以安心居住。

Q：设立居住权的房屋能出租吗？

A:依据《民法典》第 369 条规定，居住权不得转让、继承；设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。

假设房屋所有权人小刘想出租王大妈拥有居住权的房屋，也无权出租，她必须首先保障王大妈有居住的权利。当然，王大妈也不能对这一房屋进行出租等营利性活动。刘大爷在遗嘱中为再婚老伴设立居住权时，也排除了王大妈出租房屋等营利行为。王大妈对这一套房仅享有占有和使用的权利，不享有处分权，对这套房不能继承、转让、出租和取得收益。

Q：居住权人的亲生子女可以住过来吗？

A:从生活的实际需要来看，需要照顾房屋居住权人的近亲属和其他需要共同居住的人，一般情况下是可以居住在这套房子内的。比如丧偶之后的王大妈年老体弱多病，需要儿子或保姆进行日常照料，她的儿子或保姆是可以陪伴照顾她而住进这一套房子里的。但这种情况必须以刘大爷在遗嘱中的意思表示来确定或排除。

Q：什么时候房子可以自由处置？

A:居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权就消灭了，应当及时办理注销登记。老人的子女依据遗嘱继承房屋的所有权，在办理居住权注销登记之后，就可以自由处分房屋了。

除了居住权人去世外，住宅灭失也会导致居住权消灭，比如遇房屋拆迁、腾退等。但如果房屋所有权人或第三人对房屋灭失存在一定过错，则应当向居住权人赔偿相应的损失。

提醒

设立居住权的遗嘱应有效

张琳提醒，遗嘱设立居住权的，应以遗嘱有效为前提。根据法律规定，遗嘱分为自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱等，不同形式的遗嘱必须具备特定形式要件才能发生效力。

张琳建议，遗嘱人要按照法律规定的遗嘱有效形式要求，完整、规范、严谨地设立遗嘱内容。就像案例中的刘大爷，遗嘱内容表述得就十分清楚，也便于执行，包括居住房屋的位置、给再婚老伴设定居住权的原因、甚至包括居住权的消灭等，能够充分尊重并还原遗嘱人刘大爷的真实意愿。

同时，对于无民事行为能力或限制民事行为能力人作出的遗嘱、受欺诈或胁迫作出的遗嘱、伪造以及被篡改的遗嘱，应当依法认定无效。无效遗嘱设立的居住权，自始不能发生用益物权效力，也就是说无效遗嘱设立的居住权也无效。

遗嘱获得居住权也要及时登记

居住权是一种不动产物权，设立居住权应当向房屋登记机构申请居住权登记。居住权的设立方式有两种，即通过合同设立和通过遗嘱设立。

通过合同设立的居住权从登记时就成立了，那么通过遗嘱设立的居住权从什么时候开始成立呢？张琳表示，通过遗嘱设立的居住权，应根据《民法典》相关规定，因继承取得物权的，自继承开始时就发生法律效力。继承是从被继承人死亡时开始。因此，通过遗嘱设立居住权的，应当从继承开始时设立，办理登记并不是居住权的生效要件。

不过，张琳提醒，虽然遗嘱设立居住权并不通过登记生效，但若要对抗善意第三人，比如可能涉及房屋所有权人将房子卖给第三人，那居住权人最好在获得居住权后到房屋登记机构申请居住权登记，来公示自己的居住权，维护自身权益。

本文原载于《北京晚报》
2023 年 11 月 13 日 第 10 版
记者：林靖
编辑：方硕

再婚老伴去世后，老太被要求迁出，难道要无家可归……

2023-11-20 无锡市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/ijZLkMtrnYYtAad-MRrCeA

案说民法典

老人再婚后，与老伴约定，房屋留给养女，而老伴享有居住权。岂料，老人去世后，养女就要求老太迁出，老太就要无家可归了吗？近日，梁溪区人民法院审理了一起遗嘱继承纠纷，最后会如何判决？老人的心愿能否实现？一起往下看。

01 案情简介

老李在六十多岁的时候遇到了老吴，当时老吴还有一个 15 岁的养女小吴。老吴吐露，自己和前妻没有小孩，小吴则是一出生就抱到了自己家中抚养，感情很深。

老李和老吴相识一段时间后决定再婚，并签订协议书，约定：婚前的财产归各自所有，若生小病，要相互照顾，大病需要各自子女承担；老吴名下的房产由小吴继承，但老李可以在其中居住到去世。

2020 年，老吴因病去世。不久后，小吴提出，2018 年时，她和父亲曾去公证处做过公证遗嘱，父亲要将名下的房产遗留给她，现在父亲去世，老李居住房屋归小吴所有，小吴要求老李立刻搬

出房屋。对此，老李不肯。小吴遂诉至法院，要求判令房屋归其所有，老李迁出房屋。

法庭上，老李拿出当时其和老吴签订的协议书，表示自己和老吴再婚后感情一直很好，虽然老吴要把房子遗留给小吴，但也承诺她享有房屋的居住权，并签订了协议，这件事老李的亲戚都知道。

对此，小吴表示，根据父亲的遗嘱，房子就是她的。老李名下虽没有房产，但在再婚前育有一子一女，老李完全可以到子女那边去居住。

02 案件裁判

经法院审理查明，案涉房屋登记在老吴名下，发证日期为 2003 年，老吴与老李于 2004 年登记结婚，同年，双方签订协议书，协议书约定老李享有涉案房屋的居住权。2018 年时，老吴至公证处对遗嘱进行公证，遗嘱载明：老吴将自己名下的房产在其去世后遗留给养女小吴。

法院认为，法律规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。关于老李的居住权，法院结合《协议书》的内容、出庭证人的陈述，同时考虑到老李与老吴结婚时，小吴尚未成年，老李对小吴多有照顾，而老李名下无房，且目前居住在案涉房屋之中等因素，认定老李在房屋中有居住权，小吴无权要求老李搬出。

最后，法院判决涉案房屋归小吴所有，驳回小吴的其他诉讼请求，老李可继续居住在案涉房屋之中。

03 法官说法

再婚家庭往往面临亲情、财产等方面的考验。《民法典》新增的居住权为再婚无房配偶的居住问题提供了新的解决方式，同时又不影响子女等继承人继承房产，这在一定程度上避免了家庭财产纠纷。

根据《民法典》的相关规定：设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同，设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。因此，法官提醒，老年人为维护自身的居住权，应当及时到不动产登记中心办理登记，才能真正实现即使房屋由子女继承，自己也能长期居住。

来源：梁溪法院

编辑：赵伟

审核：李思红

为逃避执行，连遗产都不继承了？南阳宛城：监督撤销虚假调解书恢复执行

2023-11-08 检察日报客户端 王永强 张婷 梁爽

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231108/20231108_006/content_20231108_006_1.htm#page5?operate=true

因欠款纠纷，母亲遗留的房产即将被法院执行。为逃避执行，姐弟俩竟恶意串通提起虚假民事诉讼，并达成调解协议，迫使执行被叫停。经河南省南阳市宛城区检察院依法监督，法院最终撤销了虚假调解书，并恢复执行。近日，法院按照执行程序对案涉房产进行评估拍卖。

债务人无其他财产，母亲遗留房产即将被执行

阿力（化名）是南阳市宛城区高庙镇人，从事建筑行业。因项目合作关系，他和阿强（化名）相识，并经常有借款往来。

2016 年 5 月，阿强在河南省唐河县承包了一个建设项目，因需要资金周转，便向阿力借款 46 万元。双方约定借款期限为三个月，并签订了借条。阿力随后通过其银行账户向阿强转账 46 万元。

然而，借款到期后，阿力多次催要，阿强均以各种理由推脱。出于无奈，2019 年 8 月，阿力将阿强起诉到法院。经审理，法院判决阿强偿还阿力借款本金 46 万元及利息。

判决生效后，阿强一直不履行还款义务，阿力申请强制执行。法院经多方查控，最终冻结并扣划了阿强名下仅有的 1.3 万元存款，除此之外再未查询到其他财产可供执行，执行陷入僵局。

2021 年 4 月，阿力经多方打探得知，2020 年 12 月，阿强的母亲去世，其生前在宛城区有一套价值 65 万元的房产，阿强对该房产具有继承权。阿力及时向法院提供了该线索，法院依法查封了该房产。

被执行人对遗留房产没有继承权？

2021 年 10 月，阿强的姐姐阿丽（化名）向法院执行局提出了执行异议，称被查封房产是她和父母一起出资建造的，跟阿强没有关系，要求法院停止执行。

同年 11 月，阿丽不等法院执行局处理该执行异议，就隐瞒该房产已被查封的事实，向法院起诉阿强，诉称弟弟阿强一直没有尽到赡养父母的义务，父母生前均表示只把该房产留给她自己。

在法院主持双方调解时，阿强表示：“如果阿丽以后能够照顾我儿子结婚等事宜，我自愿放弃对该房产的继承。”

很快，双方达成了调解协议：阿强自愿放弃对位于宛城区某街道房产的继承权，该套房产全部由阿丽继承。

检察监督撤销错误调解书，法院恢复执行

得知即将被执行的房产摇身一变成了他人的财产后，阿力难以接受。他经过多方打听，了解到阿强在房产被查封后与其姐姐恶意串通、以虚假诉讼手段转移财产从而逃避执行的全过程。

2022 年 10 月，阿力向宛城区检察院申请对这起执行案件依法监督。该院受理案件后，承办检察官经调阅原审案件卷宗、深入调查走访和全面核实后，查明了事实真相。

原来，2021 年 11 月，阿强得知母亲遗留的房产被法院查封后，便找到其姐姐阿丽，要求阿丽以他不履行赡养义务为由到法院起诉，再通过自愿放弃遗产继承权，将房产转移到阿丽名下，以此逃避执行。

今年 3 月，宛城区检察院向该区法院发出再审检察建议书，认为阿强与阿丽法定遗产继承纠纷案的民事调解书存在恶意串通以逃避执行的情形，损害了司法公信力，侵害了其他合法债权人的利益。

4 月，法院对上述法定遗产继承纠纷案裁定再审。7 月，法院经再审后撤销了阿强与阿丽达成的民事调解书，并对阿强、阿丽的违法行为予以训诫，对阿力诉阿强归还借款案恢复执行。

“在继承的遗产范围内清偿”判项的执行难题与破解

2023-11-23 人民法院报 张 騑
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-11/23/content_234151.htm?div=-1

司法实践中，被继承人债务清偿纠纷案件仅占很小比例，但该类案件的判决书中“在继承的遗产范围内清偿”判项缺乏执行力，造成执行难题，债权人的利益无从保护。笔者尝试梳理研究相关实践问题，为破解该类案件的执行难题找寻应对思路。

一、存在问题

1. 裁决内容不够明确。实践中，很多被继承人债务清偿纠纷案件的裁判文书中基本上均表述要求继承人在继承遗产范围内清偿债务，但对于是否存在放弃继承，是否查明继承遗产，是否真实完成继承等问题，不作具体说明和表述。这样做仅仅形式上确认了债权，并未实质上解决执行面临的具体问题，将审判程序中的问题推给了执行程序，而上述问题又无法在执行中解决，从而导致该类案件的裁判流于形式，执行难度较大。

2. 责任主体无法确定。在执行该类案件时，通常直接对列为被执行人的继承人进行网络查控，对名下的资产直接进行处置。这样做存在一些实际问题，在全部继承人放弃继承遗产的情形，就欠缺责任主体；有些案件的继承人系无民事行为能力人或者限制行为能力人，需确定能否列为被执行人，即便继承人均系完全民事行为能力人，案涉债务并非继承人所欠，继承人仅仅在遗产范围内承担责任，如将继承人列为被执行人，则可能对执行继承人自身的财产或对人身进行处置，限制等，对继承人的权利是一种损害。

3. 遗产范围无法查清。在执行该类案件时，必须要查实被继承人的遗产，然而遗产范围查明存在诸多障碍，债权人一般并不知晓遗产范围，无法提供相应证据；继承人出于承担债务压力，往往不会提供遗产证据；法官在没有遗产财产线索的情况下，亦无法调取相应遗产证据。而因被继承人未列为被执行人，就无法通过网络查控系统进行财产查控，即便通过线下查询，也无法确保财产全部查清，有些查询到的遗产，可能存在第三人享有份额等情况。

4. 结案方式无法明确。经执行查控，未查控或未足额查控到被继承人财产，此时案件如何结案，争议较多，目前有两种观点。一种观点认为，遗产范围未确定，经法院主动调查被继承人的财产状况、继承遗产状况，且申请执行人未能提供有效财产线索，该案执行内容仍暂不明确，且难以在执行程序中使执行内容明确，应裁定驳回执行申请。另一种观点认为，应裁定终结本次执行程序，理由是虽判决主文“在继承的遗产范围内清偿”具有不明确性，采用终结本次执行程序，引导申请执行人通过代位诉讼形式对遗产具体分割确认，待确认后其可直接向法院申请恢复执行，并不会影响其权利的主张。

二、破解思路

1. 明确裁决表述要素。应统一裁判尺度，在审理过程中查明并在判决主文表述中明确以下几点要素：确定债权人享有的债权；确定如继承人继承遗产，由继承人在遗产范围内清偿债务；如被继承人有财产，可优先予以执行。这样既可保障债权人的权利得到确认，也可以有效应对继承人放弃继承的情形，同时也可以为直接执行被继承人财产提供依据。

2. 完善遗产管理制度。遗产管理人制度可高效处理遗产继承纠纷，但目前该制度仍有待进一步细化。笔者认为，由继承人作为遗产管理人更符合实际。同时为避免遗产管理人的确定在不同顺序继承人之间产生争执，影响继承的进行，笔者建议考虑规定：继承开始后，存在有效遗嘱的，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱或者遗嘱无效者，继承人依照下列顺序及时推选遗产管理人：（一）配偶、父母、子女；（二）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。（三）经全体继承人同意指定的继承人以外的人。对于遗产管理人确定有争议的，由人民法院指定。如全部继承人放弃继承时，仍

可将其全部列为被执行人，但法院应统一裁判尺度，即判决在债务人的遗产范围内，继承人仅对债务人遗产负有妥善保管及协助清偿义务。

3. 前置遗产查明程序。笔者认为，在审理中，应对遗产范围进行查明并在判决主文部分予以明确。可将法院执行查询的手段运用到审判阶段，授权给审判法官进入网络查控系统的查询权利，从而更好地查找被继承人的遗产。此外，要充分保障继承人的诉讼权利，认真听取继承人的意见，避免在执行程序出现异议的情况。

4. 优化执行查控系统。目前，司法网络查控系统只能查询被执行人名下的财产信息。而该类案件中，被继承人才是真正的义务承担者，虽然判决文书列明继承人需承担债务清偿责任，但在继承人未实际分得遗产的情况下，查询其名下财产没有意义，即使查询到了财产，在没有甄别财产是否属于继承遗产的情况下，也不能直接执行以清偿被继承人生前的债务。因此，可优化网络查控系统，在该类案件中增加查询权限，将被继承人作为查询对象，如果查询到被继承人有财产，可以直接予以执行。

5. 明确措施采取方式。笔者认为，应首先对遗产进行执行，但仍需将继承人列为被执行人，只有通过倒逼方式，进而有效查实及处置被继承人的遗产，如对经穷尽调查和执行手段，在查明遗产范围内，确无财产可供执行，建议裁定终结执行程序，若裁定终结本次执行程序，也可灵活采取限制措施，如继承人在调查及处置遗产时积极配合执行工作，可不对其进行失信惩戒措施和撤销被执行人信息，但如其消极配合，甚至有隐藏、转移遗产等情形，则应对其采取强制执行措施。此外，如发现有被执行人继承遗产线索的，可向人民法院申请恢复执行。

总之，被继承人清偿债务纠纷类型案件的执行难题，存在实体和程序上的原因，笔者仅从执行角度进行分析，希望从现行法律规范的立法目的出发，进一步细化相应制度的实施细则，寻求该类纠纷案件的解决途径，解决实际执行问题，保障债权人实现债权，实现司法裁判的统一。

（作者单位：江西省泰和县人民法院）

画廊里的百万遗产纷争
重庆大渡口区法院：同居关系中的遗产继承应当于法有据

2023-11-27 人民法院报 本报记者 刘 洋 本报通讯员 刘 勋 曾继川 文/图

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-11/27/content_234235.htm?div=-1



图为本案庭审现场。

导读

现实生活中，有些单身男女以夫妻名义长期同居生活，但未正式登记结婚，在这样的同居关系中当一方去世后，长期同居的男女朋友能否继承彼此的遗产呢？近日，重庆市大渡口区人民法院审理了一起不当得利纠纷案，被告在同居男友突然去世后，擅自利用男友的手机向自己的银行账户转账 100 余万元，男友的法定继承人向法院

起诉要求被告返还不当得利。法院经审理认为，被告擅自转账的行为侵害合法继承人的权利，其继承男友遗产的主张无事实和法律依据，遂依法判决被告返还不当得利。在案件审理中，法官对事实婚姻认定、继承人以外人的继承权认定、同居期间共同收益认定等问题进行详尽说理，依法认定擅自转账行为的非法性，捍卫了法律原则，维护了公平正义，保护了当事人的合法权益，弘扬了社会主义核心价值观。

画家遗产被女友转走百万

黄山水是重庆小有名气的画家，他经营的画廊每年都有可观的经济收入。早些年与前妻离异之后，他没有再婚。自 2000 年开始与女友杨洁敏以夫妻名义长期同居。

正当事业如日中天的时候，2022 年 11 月，61 岁的黄山水因病突然去世，留下了商品房、汽车、银行存款等价值百余万元的遗产。黄山水并未留下任何遗嘱，其女儿黄小芹和 80 多岁的老母亲成了法定继承人。

想着杨洁敏和父亲共同生活了 20 余年，不想因遗产问题闹矛盾的黄小芹主动与杨洁敏达成书面协议，同意将父亲名下的汽车过户给她，并按照父亲名下房产价值的三分之一补偿杨洁敏 20 万元。

然而，让黄小芹意想不到的是，不久后她发现杨洁敏在父亲去世第二天起，用其父的手机将其父亲的银行存款分多次转走共计 100 余万元。黄小芹找到杨洁敏要求返还这百万元遗产，但遭到拒绝。于是黄小芹诉至法院，要求杨洁敏返还 100 余万元的不当得利。

谁是真正的合法继承人

原、被告双方的争议焦点，聚焦在了谁是黄山水遗产的合法继承人。

杨洁敏认为，自己与黄山水具有婚姻目的和共同生活的形式，且存在公开稳定的夫妻关系长达 20 余年，从本质上已经与事实婚姻没有任何区别，虽然没有办理结婚登记，也属于合法夫妻关系，应该享有继承权，况且，二人共同经营着画廊，才获得了相关收益。二人以夫妻名义共同居住、共同生活、相互帮扶，在黄山水晚年及患病期间，是自己一个人照顾他的生活起居，直至黄山水去世。根据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”的规定，自己应该享有继承权。

黄小芹则认为，父亲生前未订立遗嘱或遗赠协议，因此其遗产依法应由法定继承人继承。杨洁敏不是父亲法律上的配偶也不是法定继承人。父亲属于突然病逝，不存在需要他人长期照顾的情况。

大渡口区法院经审理后认为，杨洁敏与黄山水不存在事实婚姻关系；杨洁敏认为自己扶养了黄山水、与黄山水共同经营了画廊缺乏事实依据，均不予认可；杨洁敏擅自转走黄山水的百余万元存款属于不当得利，依法应返还法定继承人。

画廊是否属于共同经营

一审后，杨洁敏不服，提起上诉，请求撤销一审判决，依法改判或发回重审。其上诉理由虽然也包括争夺继承权，但是重点却转移到请求二审法院认定画廊系杨洁敏与黄山水共同经营。杨洁敏认为，她与黄山水以夫妻名义共同居住生活 20 余年，其间共同经营画廊，经营收支由双方共管共用，故案涉的银行存款并非黄山水的个人财产，是双方共同经营积累所得，存款至少一半应为自己所有。

二审庭审中，杨洁敏为了证明画廊系她与黄山水共同经营，提交了画廊管理协议的复印件、自己宣传画廊的截图、微信聊天记录，并申请了证人出庭作证。但是，上述证据都无法证明画廊系双方共同经营，出庭的证人也系杨洁敏的亲友。

庭审中，黄小芹表示一审认定事实清楚，适用法律正确，应予以维持。父亲经营的画廊并非是和杨洁敏共同经营，双方只是一般恋爱关系，杨洁敏也没有经营画廊的能力，最多是基于恋爱关系帮忙宣传画廊，协助父亲做少量事务性工作，不能构成共同经营，画廊赚钱主要靠父亲的艺术水平和名气。

二审法院对杨洁敏提交的证据以及证人证言不予采信，认为无事实和法律依据证明画廊系二人共同经营，最终判决驳回上诉、维持原判。目前该案已经生效。（文中人物均为化名）

■裁判解析

同居关系中并不当然存在继承关系

同居关系中男女双方长期以夫妻名义共同生活，彼此的亲友往往会认为双方就是事实上的婚姻关系，如果一方去世对方能否当然地继承遗产呢？这个问题的答案应该是否定的，也就是说同居关系当中可能存在继承关系，或者说有分配遗产的权利，但是并不能像法定继承人一样无条件地享有继承遗产的权利。

一是同居关系并非等同事实婚姻。事实婚姻的法律含义主要是未办理婚姻登记的情形按照婚姻关系认定，这样的同居关系等同于法律上的夫妻关系，而事实婚姻的认定并非同居关系的双方自行认定，或者凭生活经验认定。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）第七条规定，1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。本案中，杨洁敏自认 2000 年开始与黄山水同居，显然不符合司法解释的强制性规定，不能认定彼此存在婚姻关系。事实婚姻不成立，杨洁敏自然就不属于法律意义上的配偶，无法按照法律规定享有婚姻权利，杨洁敏自然就不属于民法典列举的法定继承人。

二是继承人以外的人享有继承权需要特定条件。在没有遗嘱或遗赠抚养协议的情况下，法定继承人以外的人有可能分到遗产，但是必须要满足相应的前提条件。民法典第一千一百三十一条所指的继承人以外的对被继承人扶养较多的人，应该是在被继承人生前对其经济上资助、生活上扶助的继承人之外的人，本案中的被继承人黄山水依靠自身的艺术水平和名气有可观的经济收入，并未长期患病导致生活难以自理需要人照顾，生活上完全能够自理，所以说杨洁敏对黄山水的照顾属于同居恋人之间正常的扶助范畴，并不能认定为扶养。

三是同居关系中的共同经营认定需要证据充分。首先，杨洁敏在本案举示的证据仅能说明其基于彼此的恋爱关系帮黄山水的画廊对外宣传，但不能仅以此认定其与黄山水共同经营了画廊。黄山水之所以获得外界赞誉及经营收益，均是基于其创作的艺术产品，是属于黄山水的个人劳动成果，而杨洁敏自身并未参与任何的艺术品创作，不能认定经营收益有杨洁敏的个人投入，双方也未就艺术品收益分配达成协议，所以杨洁敏主张的共同经营主张不成立。对于共同经营的认定同居双方的投入要具有对等性、互补性，例如共同经营商店、餐饮等，共同参与劳动，可以认定为共同经营，但是艺术品的创作具有较高的技术性要求，同居关系中的一方缺乏相应的专业技能，缺乏相关协议，就无法认定共同经营的关系，否则既违背常理又显失公平。

四是遗嘱的形式必须符合法律要求的要件。本案中，杨洁敏表示黄山水留有口头遗嘱，同意将其留下的遗产全部归女友所有，而且自己知道黄山水手机软件的密码，应该认定黄山水将存款留给自己。根据民法典规定，口头遗嘱属于法定遗嘱的一种形式，但是必须满足相关要件该类遗嘱才能具有法律效力。民法典规定遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱，口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。另外，民法典对自书遗嘱、

代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱等类型的遗嘱均有明确要求，不符合要求的遗嘱不具有法律效力。立遗嘱是自然人对自身财产的处分，涉及人格和财产两个层面的权利，遗嘱必须能够清晰完整地体现被继承人的意思自治，仅仅知道男友的手机软件密码不代表就存在合法有效的遗嘱。

总而言之，在本案中，杨洁敏与黄山水并非夫妻关系，并非黄山水法定继承人，也非画廊的共同经营人，黄山水也未通过立遗嘱将其生前个人银行存款全部留给杨洁敏，杨洁敏擅自通过手机转账的方式取得黄山水的银行存款，缺乏法律依据，已构成不当得利，黄小芹及其奶奶有权以法定继承人的身份要求杨洁敏予以返还并支付资金占用损失。

■专家点评：

法律保护的前提是崇尚法治

西南政法大学教授、博士生导师 毋爱斌

这起同居女友争夺继承权的案件，原、被告经过两级法院的审理，随着裁判文书的生效，所有的权利纷争就此尘埃落定。法官在审理过程中充分释法明理，彰显了人民法院对法律原则的坚定捍卫，充分保障了法定继承人的权利，弘扬了社会主义核心价值观，具有很强的引导力和示范性，引人深思。

结婚不登记，会受到法律保护吗？长期同居以夫妻名义生活的恋爱关系并不属于民法典规定的夫妻关系，不一定就是法律认可的事实婚姻。民法典关于继承权利的规定非常明确，能否享有继承权，身份关系、遗嘱形式等要件均有详尽的规定，即便是具有法定继承人身份的公民，也并不当然享有继承权，遗嘱的内容与形式也要完全符合法律的要求，任何形式要件的缺失均可能导致遗嘱无效，如此严格的规定就是民法典充分保障公民去世之后人格权和财产权的重要体现。

同居女友在没有配偶身份、无合法有效的遗嘱的情况下希望以继承人以外的人分得遗产，法律原则之外的例外其要求更严格苛刻，扶养的事实认定必须符合常理，例如同居一方遭遇疾病，另一方长期的雪中送炭、不离不弃应该是扶养的基本内容，才契合公序良俗的道德内涵，并具有广泛的认同性，符合社会公众朴素的正义观。

本案中的被告穷尽诉讼权利，全面引用民法典关于婚姻继承的法律条款，也搜集大量的证据意欲证明存在共同经营，最终仍然无法像普通夫妻那样继承遗产，这就充分说明希望法治保护自己的前提是先崇尚法治，内化于心更要外化于行，切实按照法律规定办事、提前防范风险。

遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法

原创：2023-11-27 上海一中法院 方方 俞俊俊
https://mp.weixin.qq.com/s/Ncga_8UpT_tYGH1OHHSfNQ

编者按

为全面提升法官的司法能力和案件的裁判品质，进一步促进类案价值取向和适法统一，实现司法公正，**上海一中院探索类案裁判方法总结工作机制**，通过对各类案件中普遍性、趋势性的问题进行总结，将法官的优秀审判经验和裁判方法进行提炼，形成类案裁判的标准和方法。



方方，审委会委员， 少年家事庭庭长，三级高级法官，法学硕士



俞俊俊，少年家事庭二级法官助理，法学硕士

遗嘱继承，是指继承人依照被继承人生前设立的合法有效的遗嘱继承被继承人遗产的一种继承制度。在遗嘱继承中，被继承人可以通过遗嘱确定继承人或受遗赠人的范围、继承的财产、继承的份额等。遗嘱继承纠纷案件，直接关系人民群众的切身利益，关乎家庭稳定、社会和谐，为促进此类案件的适法统一，现结合典型案例，对此类案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

目录

01 典型案例
02 遗嘱继承纠纷案件的审理难点
03 遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

01 典型案例

案例一：涉及遗嘱是否符合法定形式要件的认定

2009 年，被继承人张甲与周某再婚。张甲于 2020 年订立代书遗嘱一份，主要内容为其名下所有的房屋归其与前妻所生之子所有。立遗嘱人处有张甲的签名，证明人处有耿某、李某和黄某签名，代书人处有张乙签名。张甲口述、张乙代书遗嘱时，李某和黄某等候在门外。张乙为张甲的妹妹，耿某为护工，李某和黄某为张甲的学生。张甲去世后，周某提起诉讼，认为该代书遗嘱的见证人无见证资格，要求按法定继承处理张甲遗产。

案例二：涉及被继承人真实意思的认定

被继承人黄某生育四子，为蔡甲、蔡乙、蔡丙、蔡丁。2014 年，黄某订立代书遗嘱一份，表示其财产均由蔡乙之子继承。2016 年 11 月，黄某在律师马某、彭某的见证下，由马某代书立下遗嘱，明确表示过世后其在涉案房屋中的产权份额由蔡甲、蔡乙继承，其他任何人不得继承。黄某去世后，上述兄弟四人就遗嘱的效力产生争议，蔡乙以黄某在 2016 年即患老年性痴呆为由，主张黄某订立 2016 年遗嘱时无民事行为能力，要求按 2014 年遗嘱处理黄某遗产。

案例三：涉及遗嘱确定的遗产范围认定

余某与王某系夫妻关系，两人与女儿余甲共同购买系争房屋，产权为共同共有。2012 年，余某订立公证遗嘱一份，内容为“登记在我和妻子王某、女儿余甲名下的系争房屋中属于我的份额，

在我去世后，由我的两个儿子共同继承”。2019 年 1 月，女儿余甲去世。1 年后，余某去世。现余某二子要求按照余某订立的遗嘱继承系争房屋中属于余某的份额。

案例四：涉及在法定期间内接受遗赠的认定

2018 年 5 月 18 日，被继承人陈某在两名律师的见证下订立代书遗嘱，主要内容为将财产由姐姐陈甲和外甥女周甲继承。5 月 30 日陈某去世后，陈甲、周甲于 7 月 16 日向见证律师出具“接受陈某遗赠申明书”，表示接受遗赠。7 月 17 日，见证律师向陈某之母周某发送通知函、遗嘱及接受遗赠申明书，但因地址有误致周某未收到快递。现周某以陈甲、周甲接受遗赠的意思表示未在两个月内送达其本人为由主张遗赠无效。

02 遗嘱继承纠纷案件的审理难点

涉遗嘱继承纠纷类案件的被继承人在订立遗嘱时一般年龄较大、欠缺相应的法律知识，从而在遗嘱的形式、内容上把握不够准确，特别是诉讼时被继承人已经去世，因此给法院审查遗产范围、被继承人真实意思等带来困难。

（一）形式要件是否合法认定难

《民法典》明确了**自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱这六种遗嘱类型**，并分别规定了法定形式要件。**有效的遗嘱必须以满足法定形式要件为前提，但实践中**，由于被继承人的年龄、身体状况、文化水平、经济能力、社会关系等情况不尽相同，**所立遗嘱形式多样，存在并不完全符合法定遗嘱类型的情形**，如配偶一方书写遗嘱，另一方配偶仅签名。如在较为常见的代书遗嘱中，当事人往往对见证人资格、是否全过程见证、有无全程录音录像等存在较大争议。因此，遗嘱是否符合法定形式要件的审查上存在一定难度。

（二）被继承人真实意思查明难

意思表示真实是民事行为有效的必要条件。遗嘱必须是被继承人处分其财产的真实意思表示，只有完全民事行为能力人订立的遗嘱才能是有效的遗嘱，无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的遗嘱无效。

然而，被继承人订立遗嘱时大多年事已高或身患疾病，去世后，子女往往对被继承人订立遗嘱时是否具有民事行为能力或是否亲笔签名产生争议。由于涉诉时被继承人已经去世，其订立遗嘱时的民事行为能力或笔迹可能无法通过司法鉴定确定，**需对照遗嘱，结合被继承人生前生活状态、患病情况、文化水平等因素综合判断。**此外，遗嘱形成时间较早也给查明被继承人真实意思增加了难度。

（三）遗产范围界定难

遗嘱内容所指向的财产应当是被继承人生前拥有的个人合法财产，但涉案的遗嘱往往在遗产范围的描述上不够精准，多使用“我的份额”“我的财产”等概括性描述，加之被继承人的遗产多混同于夫妻共同财产或家庭共有财产中，**故审理此类案件时需先将相关财产析出，以确定被继承人的遗产范围。**

实践中，还存在被继承人在错误认识财产归属的基础上订立遗嘱，订立“共同遗嘱”后一方单独变更己方遗嘱等情况，由此引发当事人对遗产范围甚至遗嘱有效性的争议。以上问题往往需要在案件审理中结合多方因素综合认定，给案件的审理带来困难。

（四）是否接受遗赠确定难

遗嘱继承和遗赠都属于通过遗嘱的方式处分财产，不同之处在于，遗赠的对象只能为法定继承人以外的人。根据《民法典》第 1124 条规定，受遗赠人应在六十日内作出接受遗赠的表示。但是，对于具体在何时表示、向谁表示、如何表示等

问题，法律并未作明确规定，导致实践中难以形成统一认识。

如有的受遗赠人只向与之关系亲近的法定继承人之一表示接受遗赠，其他法定继承人会以未接到通知为由，主张受遗赠人未依法作出接受遗赠的表示。又如有的受遗赠人主张是以登报、公证、诉讼、实际占有遗产等方式作出接受遗赠的意思表示，法定继承人则对上述形式不予认可。

由此，如何正确认定受遗赠人是否在法定期间内作出接受遗赠的意思表示成为此类案件的审理难点。

03 遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

人民法院审理遗嘱继承纠纷案件时，不仅要严格依照法律规定，充分保障被继承人处分自己财产的自由，同时也要遵循公序良俗，依法维护有继承权的当事人的合法权益，要注重通过融入社会主义核心价值观进行释法明理，做到情、理、法的有机融合，促进化解家庭矛盾。

审理时，**首先，**应确定遗嘱的类型，审查是否符合法定形式要件；**其次，**审核被继承人是否具有民事行为能力、相关签名是否由本人所签，确保遗嘱系被继承人的真实意思；**再次，**审慎审查并确定遗嘱所指向的遗产，明确遗产范围；**最后，**确定继承人或受遗赠人的继承资格，按照遗嘱分割遗产。



（一）审查遗嘱形式是否符合法律规定

《民法典》第 1134-1139 条对前述六类遗嘱的形式要件作了明确规定。司法实务中，应严格对照法律规定，在明确遗嘱类型的基础上，审查涉案遗嘱是否符合法定形式要件。

1. 自书遗嘱

依据《民法典》第 1134 条，自书遗嘱，是由被继承人亲笔书写、签名并注明年、月、日的遗嘱。**审查自书遗嘱时，需注意以下几点：**

（1）遗嘱的全部内容都应当由被继承人亲笔书写。此处的全部内容，既包括遗嘱中关于遗产如何处理的主要部分，也包含注明的年、月、日部分，即遗嘱的全部文字内容均要求由被继承人本人书写。

（2）遗嘱需要被继承人亲笔签名。此处的签名必须是正式的姓名，即身份证、户口簿等证件上登记的姓名，一般不能为笔名、艺名、小名。

（3）遗嘱注明的年、月、日应当齐全，缺一不可，否则一般认定为无效。如未作明确说明，该日期应视为通用的公历日期。

实践中，对于“夫妻合立”的遗嘱，如遗嘱正文内容由夫妻一方书写，另一方仅签名确认而形成的，如有证据证明上述遗嘱内容均为夫妻双方的真实意思表示，可参照自书遗嘱处理。

需要说明的是，上述关于签名、日期的审查要点，同样适用于代书遗嘱与打印遗嘱，下文不再重复。

2. 代书遗嘱

依据《民法典》第 1135 条，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。在订立代书遗嘱时，被继承人的口述与代书人的代书、见证人的见证应具有时空一致性。这不仅要求上述行为应系同时或者基本同时发生，还要求被继承人、代书人和见证人应为同时在同一场合订立遗嘱。**在审查代书遗嘱时，还要考虑以下几个方面：**

（1）见证人数量的限定。要注意审查见证人和代书人的总数应为两人（含）以上。

（2）见证人资格的限定。依据《民法典》第 1140 条，**有三类人员不能作为遗嘱见证人：**

- “无民事行为能力人、限制民事行为能力人及其他不具有见证能力的人”；
- “继承人、受遗赠人”；
- “与继承人、受遗赠人有利害关系的人”。

其中，“继承人”不仅指作为第一顺位法定继承人的配偶、子女、父母，还包含作为第二顺位法定继承人的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

如涉案的部分见证人属于上述三类人员，则因不具备法定资质，可能导致无法满足“见证人应为两人以上”的法定条件，进而导致代书遗嘱无效。实践中，常因见证人为被继承人的兄弟姐妹引发资格争议。

（3）被继承人、代书人、见证人应当在代书遗嘱上签名，如没有签名，则代书遗嘱无效。

需要说明的是，在满足上述形式要件的情况下，对于被继承人仅捺印的，应结合立遗嘱的时间、被继承人的文化水平、书写习惯等因素综合认定。

如案例一中，李某和黄某在被继承人张甲口述遗嘱、代书人代书时在门外等候，不符合代书遗嘱当场见证的要求，所以二人没有见证的资格。其次，张乙为张甲的妹妹，属于第二顺位法定继承人，也没有见证的资格。因此本案代书遗嘱的见证人仅有护工耿某，不符合至少两位见证人的法定形式要件，应属无效，被继承人的财产应按法定继承处理。

3. 打印遗嘱

打印遗嘱是《民法典》继承编新增加的遗嘱形式，是为适应打印代替亲笔书写的社会现状而设。根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第十五条的规定，《民法典》施行前，遗嘱人以打印方式所立遗嘱，当事人对该遗嘱效力产生争议的，适用《民法典》相关规定，但遗产已经在《民法典》施行前处理完毕的除外。因此，在审查打印遗嘱的效力时，除审查是否符合《民法典》第 1136 条“两个以上见证人在场见证”“遗嘱人和见证人在遗嘱每一页签名、注明年月日”的法定条件外，**还需注意以下问题：**

（1）打印遗嘱的形式与代书遗嘱类似，仅遗嘱文本系打印而成，在法律没有明确限制的情况下，不要求电脑制作和打印的行为必须由被继承人本人完成。

（2）在打印遗嘱不止一页的情况下，需审查被继承人、见证人是否在每一页都签名并注明年、月、日。如某一页欠缺部分人签名或无签名，一般认定该页内容无效。如没有签名的部分与有签名的部分是不可分割的整体，认定没有签名的部分

无效后无法确定有签名部分的具体内容时，该遗嘱以认定全部无效为宜。

4. 录音录像遗嘱

就遗嘱形式而言，录音录像遗嘱包含录音和录像（含声音）两种形式。依据《民法典》第 1137 条，订立录音录像遗嘱时，需要两个以上无利害关系见证人见证，被继承人和见证人还需要在录音录像中记录姓名或者肖像及年、月、日。在审查录音录像遗嘱时，**应注意以下要点：**

（1）录音录像遗嘱中见证人的见证要求与代书遗嘱一致，均需要时间和空间上的一致性。

（2）被继承人和见证人均需要在录音录像中记录姓名或肖像并说明年、月、日，此处并不要求必须同时记录姓名和肖像，但不论是姓名还是肖像，均需清晰、明确，达到足以确定见证人的程度。此外，被继承人和见证人如仅在录音录像的封存材料上签名并标注日期，应认定不符合法律规定。

5. 口头遗嘱

依据《民法典》第 1138 条，**口头遗嘱，是指被继承人在危急情况下，通过口述的方式表达处分身后财产的意愿。**鉴于该类遗嘱的表现形式为口头，并不记载于任何载体，故在认定是否存在口头遗嘱时应持审慎从严的标准。

处理此类案件时，**首先，**主张遗嘱存在的一方负有证明存在口头遗嘱的举证责任，并达到排除合理怀疑的程度。应准确区分口头遗嘱和日常聊天、谈话，不可将被继承人日常生活中的表述简单认定为遗嘱。**其次，**应审查被继承人是否遇到危急情况，诸如突发自然灾害、意外事故、突患危及生命的疾病等，导致被继承人客观上无法或者没有能力以其他方式订立遗嘱。**再次，**审查是否存在两个以上无利害关系的见证人。**最后，**紧急情况消除后，如果被继承人能够以书面或录音录像形式立遗嘱的，所立口头遗嘱应为无效。

6. 公证遗嘱

依据《民法典》第 1139 条，**公证遗嘱是依法以公证方式设立的遗嘱。**《民法典》取消了原《继承法》关于公证遗嘱效力最高的规定，公证遗嘱已不具有优先于其他遗嘱形式的效力。但因公证的正规性和严肃性，公证遗嘱仍具有免证事实的证据效力，人民法院依法应当将其作为认定事实的根据。需要注意的是，依据司法部《公证程序规则》《遗嘱公证细则》，遗嘱公证书如确有错误的，申请人可向公证机构提出撤销申请。

（二）审查遗嘱是否为被继承人真实意思

在确定遗嘱符合法定形式要件后，下一步即需审查被继承人是否具有民事行为能力，是否因遭受欺诈、胁迫等非法手段而立遗嘱。如遗嘱不能反映被继承人真实意思表示的，应认定无效。

1. 对被继承人民事行为能力的审查

在审查被继承人是否有民事行为能力时，应当以订立遗嘱的时间点为准，即只要被继承人在订立遗嘱时是完全民事行为能力人即可，遗嘱订立后被继承人丧失行为能力的，不影响遗嘱效力。

实践中，当事人为了主张被继承人无民事行为能力，往往会申请对被继承人行为能力或笔迹进行鉴定，但鉴定机构囿于鉴定技术或检材，多无法鉴定。在此情况下，除非有其他证据可以证明被继承人立遗嘱时的民事行为能力状况，否则一般推定被继承人立遗嘱时具备完全民事行为能力。**对于当事人提供被继承人病史资料证明无民事行为能力的，**应当审查相关资料所反映的疾病情况，不能仅以被继承人存在某种身体缺陷而直接否定其订立遗嘱时的民事行为能力。对于确实存在精神类疾病的被继承人，应结合病史情况、证人证言、生活情况等进行综合判断。

2. 对被继承人意思表示的审查

遗嘱应体现被继承人的真实意思包含两方面要求：一是意思表示自由，二是意思表示真实。

为确保遗嘱体现被继承人的真实意思、系被继承人的自主表达，**应首先审查遗嘱是否在被继承人受欺诈、胁迫时所立，是否存在伪造或被篡改等情况。**提出受欺诈、胁迫等主张的当事人应

进行举证，如果举证不能或证据不足以证明的，一般认定遗嘱有效。**其次，确认被继承人签名的真实性。**如果当事人对签名真实性无法达成一致意见的，如无证据证明签名不是被继承人所签，一般推定签名真实。在有见证人的遗嘱中，可以要求见证人出庭说明立遗嘱时的情况。对于存在多份遗嘱的，遗嘱是否为被继承人的真实意思表示，原则上应以被继承人最后一份遗嘱中作出的意思表示为准。

如案例二中，证人陆某、曹某、王某、朱某、程某等人均表示 2016 年黄某的记忆力确实有所下降，但还能认识人，也能正常交流。2016 年 11 月所立代书遗嘱的两位见证人马某、彭某亦表示立遗嘱时黄某神志清楚、无他人干涉，并提供了当时的视频予以佐证。基于上述证据，可认定黄某立遗嘱时具备完全民事行为能力，遗产应按 2016 年的遗嘱进行继承。

（三）审查遗嘱所指向的遗产范围

由于被继承人可以通过遗嘱对继承的财产、种类、范围进行选择，可能是被继承人死亡时个人的全部合法财产，也可能是一部分合法财产，所以有必要确定遗产范围。根据《民法典》第 1153 条的规定，夫妻共有的财产，除有约定外，遗产分割时应当先将共同所有财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。此处的一半，即为客观上夫妻共同财产的一半。如遗嘱指向的财产混同于家庭共同财产的，还需析出他人财产。因此，审理此类案件时，对于遗嘱列明的财产，不能当然认定系被继承人的遗产，还需根据列明财产的具体情况，仔细甄别。

通常，遗嘱指向的遗产类别、数量都较为明确，继承时按照遗嘱依法分割即可。但也存在一些特殊情况，由于遗产范围的确定以被继承人的死亡为时间节点，但被继承人订立遗嘱至去世这段期间，由于种种原因，相关财产的性质、形式、数量都可能产生变化，价值亦可能发生增减。在遗嘱未变的情况下，上述变化可能影响遗产的范围，乃至遗嘱效力。对此，应根据立遗嘱时被继承人的真实意思，财产的具体变化、变化的原因、变化后被继承人的意思表示等因素，结合具体案情进行综合判断。

如案例三中，系争房屋属于余某、王某、余甲三人共同共有，未确定具体份额。余某于 2012 年订立公证遗嘱时亦未明确遗产的具体内容，仅作了概括性表述。由于女儿余甲先于余某去世，未留有遗嘱，余某可法定继承余甲在系争房屋中的部分产权份额。余甲去世后，余某对其所作遗嘱亦未作更改或有其它意思表示，故在余某去世时，其遗嘱所述“我的份额”，应为其原有的产权份额加上从余甲处继承的份额。

（四）审查继承人的继承资格

1. 遗嘱继承人的继承资格

继承人具备继承资格是继承遗产的必要条件。《民法典》第 1125 条规定，继承人存在下列行为之一的，丧失继承权：

- ❖故意杀害被继承人的；
- ❖为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- ❖遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的；
- ❖伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重的；
- ❖以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的。

经审查，如继承人存在上述情况，即丧失继承权。但若继承人有上述第三至五种行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。此外，如遗嘱继承人在继承开始后遗产处理前明确表示放弃继承的，亦丧失继承权。

2. 受遗赠人的继承资格

在确定受遗赠人是否具有继承资格时，除依照《民法典》第 1125 条的规定处理外，还需审查受遗赠人是否按照《民法典》第 1124 条的规定，**在知道受遗赠后的 60 日内作出接受遗嘱的意思表示。**



（1）接受遗赠的时间

继承自被继承人死亡时开始，遗赠也不例外。对于接受遗赠的具体时间起算，应注意区分两种情形：**第一，如受遗赠人在被继承人生前即已知晓受遗赠情况的，**则该 60 日应从遗赠人死亡时开始计算。**第二，如受遗赠人在被继承人生前并不知晓受遗赠情况的，**以其知道之日起计算 60 日为期限。需要说明的是，此处的“知道”受遗赠，应理解为“知道或应该知道”。

（2）表示接受遗赠的形式和对象

《民法典》未对接受遗赠的表示形式和表示对象作明确限定。对于表示形式，不应过分拘泥，只要足以达到能够确认为有接受遗赠的意思表示的程度即可，可以是书面或口头，也可以是能够反映接受遗赠的特定行为。对于表示对象，司法实务中一般认为向与继承或遗产存在较为密切关系之人作出均可，如继承人、继承人的利害关系人、遗产管理人、见证人等。

如案例四中，在陈某去世后的 60 日内，陈甲、周甲以书面形式向代书遗嘱的见证律师表示愿意接受遗赠。之后，虽然见证律师在向法定继承人周某寄送遗嘱及接受遗嘱申明书时，因地址有误导致周某未在法定期间收到上述材料，但见证人亦属与继承或遗产存在较为密切关系之人，故可认定陈甲、周甲二人在被继承人去世后的 60 日内已作出接受遗赠的意思表示，二人具有继承资格，遗产应按遗嘱进行处理。

3. 缺乏劳动能力又无生活来源继承人的认定

《民法典》第 1141 条明确规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的遗产份额，故只有既缺乏劳动能力又没有收入来源的继承人，才有被保留必要遗产份额的资格。具体认定时，应结合继承人是否有稳定收入、是否有社会医疗保险、是否有固定住处、配偶和子女身体及经济状况多方面综合考虑。司法实务中，**还需注意以下几点：**

（1）判断有没有生活来源时，不能过于机械，如收入远低于当地平均收入水平即可视为无生活来源。

（2）应以遗嘱生效之时作为时间节点来界定继承人的劳动能力和生活来源。

文稿编校：须海波
值班编辑：李丹阳

四、反家暴专题

听干货 | 司法实践中，什么情形下可代为申请人身安全保护令？

2023-11-04 法信 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/JcZk911sqn9GL0sbaoCn9A

人身安全保护令是我国《反家庭暴力法》在借鉴国外民事保护令的基础上，结合部分法院人身安全保护裁定试点工作所作出的一项制度创新。现行法律规定中，虽然婚姻法、妇女权益保障法、未成年人保护法规定了“禁止实施家庭暴力”，但都比较原则，缺少将该禁止性宣示落到实处的相应程序；且其偏重对家庭暴力事后实体性处理，对事前和事中的程序性救济有所忽略。人身安全保护令的创设意义在于从对加害人的事后惩罚变为对受害人的事前保护，有利于提升司法干预家庭暴力的力度，强化司法保护人权的功能。那么，关于人身安全保护令的申请，除当事人本人可以申请之外，他人或其他组织可代为申请吗，以及什么情形下可以代为申请呢？对此小编进行了一定梳理，供读者参阅。

法信码|A7.I27656

适用情形



法信 · 裁判规则

1.残疾人受到家庭暴力不敢申请人身安全保护令的，残联有权代为申请人身安全保护令——卢某某申请人身安全保护令案

案例要旨：残疾人受到家庭暴力，因其自身的生理缺陷，导致诉讼能力较弱，因受到威胁等原因不敢申请人身安全保护令的，残联有权代为申请人身安全保护令。

来源：最高人民法院、中国残疾人联合会发布残疾人权益保护十大典型案例（2021 年）

2.行动不便的受害人无法向人民法院申请人身安全保护令的，村民委员会可代为申请——罗某申请人身安全保护令案

案例要旨：当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。年岁已高，行动不便的受害人无法向人民法院申请人身安全保护令的，村民委员会可代为申请。

审理法院：四川省旌阳区人民法院

来源：最高人民法院人身安全保护令十大典型案例（2020 年）

3.妇联在知道未成年受害人父母对被害人实施家庭暴力后，可向人民法院代为申请人身安全保护令——朱小某申请人身安全保护令案

案例要旨：未成年受害人父母对被害人实施家庭暴力，妇联在知情后向人民法院申请人身安全保护令，人民法院经审查可对受害人父母发出人身安全保护令，禁止其父母实施家庭暴力。

审理法院：江苏省连云港市赣榆区人民法院

来源：最高人民法院人身安全保护令十大典型案例（2020 年）

4.社工组织可代替未成年人向法院申请人身安全保护令——林小某申请人身安全保护令案

案例要旨：父亲家庭暴力，骚扰、接触未成年子女的，社工组织向法院申请人身安全保护令。

审理法院：广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院

来源：最高人民法院人身安全保护令十大典型案例（2020 年）

5.当事人遭受家暴，无法申请人身安全保护令的，可由相关救助管理机构可以代为申请——吴某申请人身安全保护令案

案例要旨：当事人现实中遭受家暴，因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请，用法律武器维护自身权益。

审理法院：江苏省徐州市铜山区人民法院

来源：江苏法院人身安全保护令案件典型案例（2016-2021 年度）

6.对于夫妻离婚后抚养孩子的一方对被扶养人实施家庭暴力的，不直接抚养孩子的一方可向法院申请人身安全保护令——李某、唐小某申请人身安全保护令、变更抚养权纠纷案

案例要旨：对于夫妻离婚后抚养孩子的一方对被扶养人实施家庭暴力的，不直接抚养孩子的一方可向法院申请人身安全保护令，诉请法院依法禁止其继续施暴，同时可向法院提起了变更抚养权之诉。

审理法院：广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院

来源：《中国少年司法》2020 年第 4 辑（总第 46 辑）



法信 ·司法观点

一、可代为申请人身安全保护令的情形

法院是审判机关，实行不告不理，因此要想启动人身安全保护令程序，应当由当事人或者法定主体依法提出申请。

本法规定了两类可以代为申请人身安全保护令的情况。一是无民事行为能力人、限制民事行为能力人。根据民法通则的规定，不满十周岁的未成年人、不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人；十周岁以上的未成年人、不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人。无民事行为能力人、限制民事行为能力人不能辨认或者完全辨认自己的行为，也缺少诉讼行为能力，在遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险时，其近亲属、公安机关、妇女联合会、城乡基层群众性自治组织、救助管理机构可以代为申请人身安全保护令。

二是受害人因受到强制、威吓等原因，无法申请人身安全保护令。家庭暴力不同程度地造成了受害人的身体或心理伤害，因为恐惧而屈从于加害人的控制，忍气吞声，委曲求全，在这种情况下，

作为知情人的近亲属、公安机关、妇女联合会等是可以向法院申请人身安全保护令的。

之所以近亲属可以代为申请人身安全保护令，是因为很多近亲属对受害人遭受家庭暴力的情况比较了解，也方便与受害人进行沟通，由其代为申请人身安全保护令是合适的。公安机关、救助管理机构等有保护受害人合法权益的法定职责，由其代为申请人身安全保护令也是合适的。

注：上文中的“本法”指的是《中华人民共和国反家庭暴力法》；观点中提及的“民法通则”法律文件已失效，相关规定归入《中华人民共和国民法典》。

（摘自全国人大常委会法制工作委员会社会法室：《中华人民共和国反家庭暴力法解读》，中国法制出版社 2016 年版，第 94-96 页。）

法信 ·法律条文

1.《中华人民共和国反家庭暴力法》

第二十三条 当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。

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

2.《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》

第二条 当事人因年老、残疾、重病等原因无法申请人身安全保护令，其近亲属、公安机关、民政部门、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、救助管理机构等，根据当事人意愿，依照反家庭暴力法第二十三条规定代为申请的，人民法院应当依法受理。

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

22. 未成年人救助保护机构或者其他临时照料人可以根据需要，在诉讼前向未成年人住所地、监护人住所地或者侵害行为地人民法院申请人身安全保护裁定。

未成年人救助保护机构或者其他临时照料人也可以在诉讼中向人民法院申请人身安全保护裁定。

4.《民政部、全国妇联关于做好家庭暴力受害人庇护救助工作的指导意见》

（三）加强受害人人身安全保护。民政部门及救助管理机构或妇联组织可以根据需要协助受害人或代表未成年受害人向人民法院申请人身安全保护裁定，依法保护受害人的人身安全，避免其再次受到家庭暴力的侵害。成年受害人在庇护期间自愿离开救助管理机构的，应提出书面申请，说明离开原因，可自行离开、由受害人亲友接回或由当地村（居）民委员会、基层妇联组织护送回家。其他监护人、近亲属前来接领未成年受害人的，经公安机关或村（居）民委员会确认其身份后，救助管理机构可以将未成年受害人交由其照料，并与其办理书面交接手续。

提升适用性，地方立法提供有益探索
——反家庭暴力法实施七年思考

2023-11-04 中国妇女报官方客户端

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2023-11/15/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20231115_4-5.htm?time=1700092225372

■ 孙晓梅 秦贵玲

2016 年我国颁布了第一部《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称反家庭暴力法），在这七年的实践过程中，反家庭暴力工作实现新发展。各地为提升反家庭暴力法的适用性，制定了相关的政策法规，使得其在实施过程中更具地方特色和亮点，进一步发展完善了反家庭暴力法。

各地实施反家庭暴力法各具特色

目前已有 16 个省（自治区、直辖市）出台反家庭暴力法地方性法规。许多地方性法规对反家庭暴力法进行了细化，使地方在执行反家庭暴力法时能够发挥最大效应，一定程度上补足和完善了反家庭暴力法，为其提供了有益探索和经验积累。

完善家庭暴力的定义，扩大了保护对象。《广东省实施<中华人民共和国反家庭暴力法>办法》明确规定通过网络实施的侵害行为也是家庭暴力，丰富了家庭暴力的定义。在扩大家庭暴力的实施对象方面，《陕西省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》明确了目睹家庭暴力的未成年人是家庭暴力的受害者。特别是《河南省反家庭暴力条例》给予未成年人、老年人、残疾人、重病患者、孕期和哺乳期的妇女等群体遭受家庭暴力特殊保护，将同居关系、抚养照料关系、家庭雇佣关系等共同生活的人（如保姆、月嫂等）之间实施的暴力行为都纳入家庭暴力的范围中。《湖南省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》将男性列入保护对象。《吉林省反家庭暴力条例》增加了对中止妊娠六个月内的妇女遭受家庭暴力应当给予特殊保护的规定。

增强了人身安全保护令和告诫书的可操作性。《陕西省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》明确申请人身安全保护令不以造成实际损害结果为前提。《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》细化了人身安全保护令，为受害者提供更加健全的保护措施，同时强化了告诫书的作用，对于未取得受害人谅解等必须出具告诫书的情况作出了规定。《内蒙古自治区反家庭暴力条例》在违反人身安全保护令的处置措施方面，设立了失信联合惩戒制度，对于违反人身安全保护令的施暴者，有关部门或者机构应当依法将其纳入社会信用信息平台，实行失信联合惩戒，增强了其承担法律责任的可操作性。《浙江省家庭暴力告诫制度实施办法》明确了告诫制度的定义，并规定了家庭暴力告诫书的样式、内容、填写要求、份数等。

提出强制报告制度的必要性，健全多部门联动工作机制。《山东省反家庭暴力条例》创设了强制报告义务，“坐视不管”或受法律惩处。山东省规定学校、医疗机构等发现家暴行为要及时报案。《河南省反家庭暴力条例》强调政府主体责任，多部门协同有关单位按照各自职责相互配合，共同做好反家庭暴力工作。

细化了工作流程，加强执法规范。《浙江省家庭暴力告诫制度实施办法》详细规定了公安机关在接到家庭暴力报警求助后要做好一系列处置工作，包括制止家庭暴力行为、固定相关证据、协助受害人就医，进行伤情鉴定等。甘肃省印发《关于进一步加强预防和制止家庭暴力依法处置家庭暴力案件的通知》及《全省公安机关反家庭暴力工作指南》为规范公安机关反家暴工作，指出坚决杜绝以“家务事”“非警务活动”等现象拒绝、推诿、拖延出警等不作为、慢作为问题的发生。这些政策使得公安机关在实际工作中有法可依，能够标准化处理家庭暴力案件。《河南省反家庭暴力条例》增强了对受害人的保护，要求在办理侵害未成年人的家庭暴力案件时，应当采取与其身心特点相适应的方式进行询问，防止造成二次伤害，询问女性未成年受害人时，应当由女性工作人员进行。

突出预防教育的针对性。河南省建立健全了家庭暴力的联防机制，国家机关、人民团体、

村（居）委会、企事业单位和其他社会组织应结合其工作特点，组织开展反家庭暴力宣传教育；公检法司、教育行政部门在内的各主体、各部门要发挥自身在宣传和预防反家庭暴力工作中的针对性作用。

不断完善反家庭暴力立法

7 年来，我国反家庭暴力法实施成效显著，同时也对反家庭暴力工作提出了新要求。

家庭暴力的定义要准确和全面。反家庭暴力法中规定的家庭暴力类型主要指的是身体、精神等侵害行为，定义的暴力行为涵盖面过窄，忽略了冷暴力、性暴力、经济控制、网络暴力等常见的暴力行为。同时扩大家庭成员以外共同生活的人的界定。由于在司法实践中对家庭成员以外共同生活的人的认定不统一，导致反家庭暴力法保护的适用范围变窄。

发挥好公安机关在处理家暴事件中的重要作用。公安机关内部应当设置专门人员处理家庭暴力事件，提高处理家庭暴力的专业化程度。专业人员应当熟悉反家庭暴力法和提高性别平等的意识，同时接受简单的心理学、医学知识和岗前培训。此外，在接案时具备耐心、同理心，顾及受害人感受，能够及时对受害人进行心理疏导和精神慰藉，为其提供更多的社会支持以及加强与相关社会组织和政府部门的联系，帮助其走出受家庭暴力的困境。在介入时，应当注重证据收集规范，保留出警记录，向施暴者发出告诫书、人身安全保护令等。

完善人身安全保护令的执行效果。特别是对于未成年人的人身安全保护令以及长期对未成年人实施暴力的父母是否可以剥夺其监护权方面的探索。增加对施暴监护人与未成年人的空间隔离，起到保护未成年人的目的。研究人身安全保护令如何保护经济能力不足的受害人。在反家庭暴力法第三十四条规定中，违反人身安全保护令的惩罚措施为训诫、罚款以及拘留，这对施暴者而言均不具备威慑性和强制性，在执行过程中容易受到施暴者的挑战，达不到制止其再犯罪的目的。与未成年人密切接触的行业和部门，细化强制报告的内容，明确强制报告义务以及不报告的惩罚措施。

探索救助措施及相关配套制度的途径。许多地方的庇护所的利用率低，存在资金不足或面临关停情况。大部分庇护所没有按照年龄和性别进行区分，容易导致受害人在庇护所中受到二次伤害，无法保证其能得到专业、有针对性的服务和安全的空间。在公安机关协助受害人就医、鉴定伤情时，面对没有经济能力前往医疗机构进行治疗的受害人应及时提供人道主义医疗救助，并帮助其申请相关生活救济和援助。在完善庇护场所的人员配置方面，应当包含医生、护士、律师、社会工作者、心理咨询师等专业人员，为受害人提供全面的服务。特别是要对受害人进行心理疏导和医疗帮助，同时为其提供法律援助，帮助其运用法律武器维护自己的合法权益。

注意家庭暴力取证和举证问题。由于家庭暴力的发生具有隐蔽性、突发性等特点，很难收集证据。很多受害人也缺乏收集证据的意识。目前家庭暴力还是“谁主张，谁举证”，因此在没有明确的家庭暴力证据的情况下不利于维护受害者的合法权益。此外，家庭暴力所发生的场所具有私密性，受害人很难固定证据。

建立多部门联动的反家庭暴力系统体系。家庭暴力案件具有复杂性，建立集预防、处置、救助、惩戒、矫治等于一体的多部门合作工作流程需要各部门、机构和社会组织共同参与处置。《云南省反家庭暴力条例》明确了政府应建立健全家庭暴力预防、处置、救助多部门联动工作机制；乡镇人民政府、街道办事处应当组织居民委员会、村民委员会、公安派出所、司法所、基层妇联组织，应及时排查化解家庭矛盾纠纷，确定重点防范对象，预防家庭暴力的发生。

宣传营造全社会反家庭暴力的氛围。通过新媒体、自媒体等大众媒体进行反家庭暴力的宣传，提升公众对于家庭暴力的认识以及反家庭暴力意识，形成全社会了解家庭暴力、拒绝家庭暴力的氛围，建设和谐社会。在义务教育阶段引进反家庭暴力的相关课程和知识讲座，确保未成年人能够掌握相关知识，让未成年人从小就了解家庭暴力的危害，树立反对家庭暴力的理念，使他们在面临家庭暴力时能够及时报案，保护自身的安全。

（作者孙晓梅，系中华女子学院教授；秦贵玲，系中华女子学院研究生）

学院成功举办第一届家庭暴力防治论坛

原创：2023-11-20 北京警察学院 北京警察学院
https://mp.weixin.qq.com/s/Nk-q29bENmilPgQP6Nw3pg

11 月 18 日，由北京市反家庭暴力研究基地主办、学院承办的第一届家庭暴力防治论坛暨京津冀反家暴工作典型案例发布会在北京召开。全国妇联权益部、北京市妇联、天津市妇联、河北省妇联等单位领导出席论坛。来自北京大学、中国政法大学、中国人民公安大学等高校的学者，公安司法、民政、卫健、教育等部门的专家，论坛征文获奖作者以及中华女子学院等校研究生代表共 110 余人线下参会，7400 余人线上参会。





开幕式

北京市妇联党组书记、主席张雅君，北京警察学院党委书记伍伟，全国妇联权益部二级巡视员、法规处处长钱叶卫，天津市妇联党组成员、副主席王丹萍，河北省妇联党组成员、副主席贾云霄，北京警察学院党委委员、副院长李敏蓉等领导出席开幕式。北京市反家庭暴力研究基地学术委员会主任王立主持。

开幕式上，学院党委书记伍伟，北京市妇联党组书记、主席张雅君先后致辞。与会领导为北京市反家庭暴力研究基地学术委员会委员、研究员颁发聘书，为第一届家庭暴力防治论坛征文获奖代表颁发证书。京津冀三地联合发布了反家庭暴力工作典型案例。

主旨发言

中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、北京市妇女法学会会长、北京大学教授马忆南，中国社会工作教育协会副会长、浙江师范大学教授刘梦，中国法学会婚姻家庭法学研究会秘书长、中国政法大学教授林建军，北京市人民检察院法律政策研究室主任王志坤，北京市高级人民法院

民一庭副庭长盛蔚，“万家无暴”项目负责人、湖北省监利市安公安局法制大队原大队长万飞等6位专家，分别就《家庭暴力法律规制的新探索》《中国家庭暴力干预的实践困境与出路》《反家庭暴力多机构合作机制》《涉家暴刑事案件中“家庭”概念的扩张》《北京法院人身安全保护令案件的分析研究》《基层公安机关家暴警情处置分析研究》等作主旨发言。北京警察学院副院长李敏蓉教授主持。

第一单元研讨

第一单元研讨主题为“反家庭暴力法实施问题研究”。江苏省泰州市海陵区人民法院党组书记、院长孔维俊，广西警察学院刑事科学技术学院副院长、副教授丁明，内蒙古警察职业学院侦查系副主任罗威丽，江苏省连云港市中级人民法院少家庭法官王辉，同方知网法律事业部总经理周萌枝，分别围绕公权力干预家暴的困境破解、人身保护令制度证据问题、严重暴力案件的反家暴实务、家庭暴力的现实处遇与对策以及反家庭暴力法实施问题研究现状等进行发言。中国人民公安大学马克思主义学院教授赵颖、江苏警官学院法律系教授赵敏作与谈点评。北京警察学院教学评估与学科建设处副处长、中国法学会警察法学研究会副秘书长李晶主持。

第二单元研讨

第二单元研讨主题为“家庭暴力防治实务研究”。江苏警官学院治安管理系副教授王燕，北京市公安局朝阳分局一级警长靳邦治，四川警察学院心理学实验室主任、副教授张佳佳，河南理工大学副教授、国家二级心理咨询师仝兆景，北京市反家庭暴力研究基地专职研究员周宣伶，分别以家事纠纷一体化治理、公安派出所处置家暴类警情、亲密伴侣暴力风险评估、儿童家庭暴力跨部门合作救助以及社区警务参与家暴防范等进行发言。中国政法大学诉讼法学研究院教授、博士生导师、检察基础理论研究基地执行主任王贞会，中国人民公安大学治安学院教授、博士生导师张小兵作与谈点评。北京警察学院侦查系副主任蒋南飞副教授主持。



闭幕式

中华女子学院法学院张荣丽副教授作学术总结，并代表中华女子学院法学院向基地赠送书籍。北京警察学院副院长李敏蓉教授作会议总结。北京市妇联权益部副部长白皎主持。

与会代表一致认为，本届论坛关注度高，参与度广，充分发挥了北京市妇联和北京警察学院的合作优势，搭建形成了国内家庭暴力防治研究的品牌平台，对反家庭暴力法实施中的问题研究及解决起到了很好的推动作用，为预防和惩治家庭暴力违法犯罪，构建和谐和睦的家庭关系，建设更高水平的平安中国提供了有益启示。



为促进反家庭暴力理论研究与实践经验的深度融合，提升反家庭暴力工作水平，北京市妇联与北京警察学院共建了北京市反家庭暴力研究基地。基地以家庭暴力的预防、处置和治理为主要

研究方向，积极开展反家庭暴力的理论研究、执法培训、人才培养、成果转化和社会服务等，为有效防治家庭暴力、加强家庭家教家风建设、促进社会和谐稳定提供决策建议和智力支持。

供稿|学院教学评估及学科建设处
校对|朱欣宇

“我想静静！”老人难忍儿子骚扰，向法院申请《人身保护令》

2023-11-23 无锡市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/zNKMmkNDKBiGpYGamOuvMg

老有所依、老有所养、老有所乐，是每位老人晚年的普遍追求。但有这样一位年逾古稀的马老太，不仅得不到儿子的孝顺，近来还常被他骚扰、恐吓，不堪其扰。她的境遇会好转吗？

今年 77 岁的马老太有一子一女，在本应乐享天伦的年纪，她却每天都过得提心吊胆。这就要从一年前的遗嘱继承纠纷说起。

马老太的老伴去世前曾写下一份遗嘱，明确登记在二人名下的房屋由马老太继承。老伴去世后，马老太和儿子小常还居住在该房屋内，但二人相处并不愉快，经常产生口角，马老太便要求小常搬出另寻住处。

小常表示，自己没有其它地方住，况且还要照顾母亲。面对这样的说辞，马老太非常生气，因为小常日常吃住都指望马老太，女儿有时想回家看自己一眼都会遭到小常阻挠，何来“照顾”一说？

为安享晚年，马老太向法院提起诉讼，要求判令房屋由她继承，且小常需迁出。

法院经审理查明认为，案涉房屋登记在马老太和其老伴名下，其老伴生前订立的遗嘱合法有效，老伴去世后，马老太有权继承老伴的房屋份额，故房屋由马老太继承，于法有据。

另一边，小常在原婚姻关系存续期间有两套房屋，一套在婚内过户给妻子，另一套在离婚时约定归妻子所有，且房贷由小常偿还。虽然小常对自己名下的财产有自由处分权，但相应风险和不利后果也应由其自行承担，并不能因为其现在为“无房户”，就理所应当地住在马老太的房屋内。

马老太和小常虽是母子关系，但小常已是成年人，且并非不能独立生活，马老太作为房屋所有权人，有权要求小常迁出。最后，法院支持了马老太的诉讼请求。

案件判决后，小常还是以“探望母亲”为由，三天两头往马老太家里跑。无奈之下，马老太搬出了住所。不料，小常经多方打听，找到了马老太的新住处，继续登门“探望”。

“现在每次听到门被敲得砰砰响，我的心脏就跟着砰砰跳，血压也升得老高。”马老太无奈，选择报警。在民警介入下，小常只是略有收敛，没多久还是会故技重施。在社区的建议下，马老太向法院申请了《人身保护令》。

受理后，法官迅速查明事实，认为小常在马老太明确拒绝探望并多次报警的情况下仍坚持登门，其行为造成马老太内心担忧、不安和恐惧，已构成家庭成员间的暴力，遂发出《人身保护令》：禁止小常再以任何方式骚扰马老太，与马老太的接触要在社区和民警的监督下进行。同时，法院也向马老太和小常所在社区、辖区派出所送达了《人身保护令》和《协助执行通知书》。

考虑到案件特殊性，法官再次找到小常进行释法说理，并严厉告知他违反《人身保护令》的后果。小常表示，一定会遵守《人身保护令》的相关内容，控制好自己的情绪和行为，请法院监督。

每年 11 月 25 日，被联合国确立为“国际消除家庭暴力日”，也被称作“国际反家庭暴力日”。2016 年 3 月 1 日，我国《反家庭暴力法》正式施行，其中第二条规定：家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。

实践中，申请人身保护令的主体多是夫妻之间，而家庭暴力不仅存在于夫妻之间，还存在于父母子女等其他家庭成员之间，**该案就是梁溪法院发出的首份针对母子间家庭暴力的人身保护令。**

法官提醒，根据《老年人权益保障法》的规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。但成年子女探望父母是为了让老年人获得亲情和温暖，应当以“有利于老年人身心健康”为原则。

上述案件中，针对老年人“我想静静”的诉求，法院及时作出人身保护令，训诫督促被申请人遵守人身保护令，有力保护了老年人人身安全，取得了良好的法律效果与社会效果。

（文中均为化姓）

来源：梁溪法院

编辑：赵伟

审核：李思红

长沙市天心区人民法院办理人身安全保护令案件白皮书

2023-11-23 无锡市梁溪区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/ZCpVC6ixySVa8MUH5OMqGA

长沙市天心区人民法院

办理人身安全保护令案件白皮书



2023年11月22日

“家庭是社会的细胞。家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。历史和现实告 诉我们，家庭的前途命运同国家和民族的前途命运紧密 相连。我们要认识到，千家万户都好，国家才能好，民族才能好。”

——习近平总书记在会见第一届全国文明家庭代表时的重要讲话

前言

家庭和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党的二十大报告指出，要弘扬中华美德，加强家庭家教家风建设。家庭暴力作为解决家庭冲突的一种极端方式，严重损害家庭成员身心健康，破坏家庭和谐，影响社会稳定。天心区法院自 2010 年发出湖南省首批《人身保护令》以来，对人身安全保护令制度的完善进行了持续的基层司法实践探索。作为基层司法实践推动立法的典范，人身安全保护令制度在 2015 年被写进《中华人民共和国反家庭暴力法》。2021 年，天心区法院被共青团中央和最高人民法院联合颁发“全国青少年维权岗”(2019-2020 年度)荣誉称号。天心区法院受理的谌某违反人身安全保护令一案，被选入 2023 年度中国反家暴十大典型案例。

为进一步解决人身安全保护令在司法实践中的相关问题、更好地保护家庭暴力受害人，天心区法院将近年来审结的人身安全保护令案件进行汇总分析，总结工作思路，提出对策建议，以期有效预防和制止家庭暴力、保障弱势群体权益，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，促进社会的安定和谐。

目 录

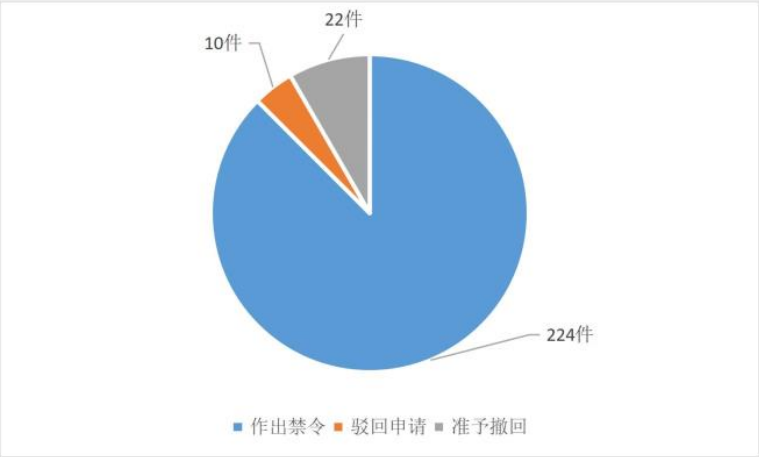
CONTENTS

一、人身安全保护令案件基本情况 ……01
（一）案件基本情况 ……01
（二）案件主要特点 ……01
1、人物关系从夫妻关系拓展到亲子关系、恋爱关系等，类型多元 ……01
2、暴力形式从肢体暴力延伸到精神暴力，双重暴力比例上升 ……02
3、证据形式从单一到丰富，当事人举证能力增强 ……02
4、证据证明标准从模糊到明确，整体签发率增高 ……03
5、申请人数增长趋势平稳，司法惩戒效果显著 ……03
二、人身安全保护令案件经验做法 ……04
（一）协同联动，构建反家庭暴力制度体系 ……04
（二）心理咨询，创新反家庭暴力工作举措 ……04
（三）线上线下，建立反家庭暴力宣传矩阵 ……04
（四）实践前沿，采用“较大可能性标准” ……04
（五）释法教育，遵循反家庭暴力工作原则 ……05
（六）加大惩处，表明“零容忍”态度 ……05
三、人身安全保护令案件问题困境 ……05
（一）反家庭暴力意识薄弱 ……05
（二）家庭暴力发现机制欠缺 ……06
（三）受害人举证能力偏弱 ……06
（四）监督执行效果迟延 ……06
四、强化人身安全保护令效果的对策建议 ……07
（一）突出预防性，强化反家庭暴力源头治理 ……07
（二）突出主动性，增强反家庭暴力诉讼指引 ……07
（三）突出联动性，打造反家庭暴力共治格局 ……07
五、人身安全保护令典型案例 ……08

一、人身安全保护令案件基本情况

(一)案件基本情况

2016年3月1日至2023年11月22日,天心区法院共受理人身安全保护令案件256件,其中做出保护禁令224件,驳回保护令申请10件,裁定准予撤回保护令申请22件;制裁违反人身安全保护令案件5件。



图一:天心区法院已审结人身安全保护令案件情况

(二)案件主要特点

1、人物关系从夫妻关系拓展到亲子关系、恋爱关系等,类型多元。

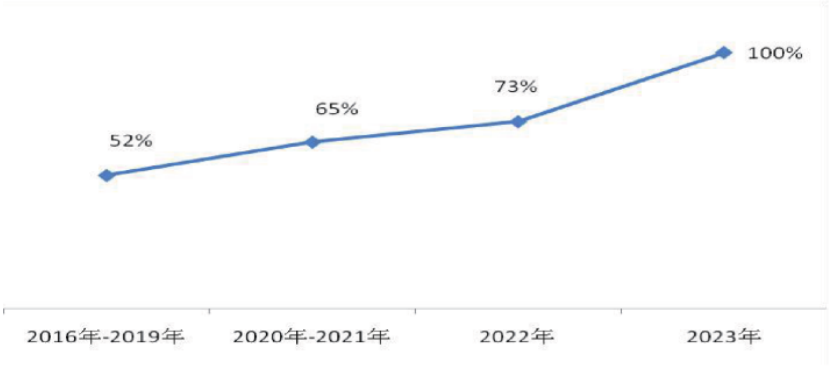
人身安全保护令案件的申请人与被申请人大多系夫妻关系,申请人基于夫妻关系申请人身安全保护令的占比为90.1%,其中与离婚诉讼一并申请的占比为69.9%,其余为单独申请。

2017年以来,申请人以其他身份关系(如父母子女关系、翁婿关系等)向法院申请人身安全保护令的案件数量逐渐增加。2019年,我院审结首例涉同居关系人身安全保护令案件。2023年1月1日,国家施行新修订

的《中华人民共和国妇女权益保障法》扩大了人身安全保护令的保护范围，我院于2023年1月审结首例涉恋爱关系人身安全保护令案件。

2、暴力形式从肢体暴力延伸到精神暴力，双重暴力比例上升。

在人们传统的理解中，家庭暴力主要是指家庭成员之间通过殴打、捆绑、残害等方式对其他家庭成员实施的身体上的伤害。但事实上，施暴人实施的精神暴力对家庭成员的伤害不亚于肢体暴力，精神暴力包括威胁、辱骂、恐吓、跟踪、骚扰等行为。近年来，肢体伴随精神的双重暴力比例明显上升。2016年至2019年，双重暴力占比均约52%;2020至2021年，上升至65%;2022年，上升至73%;2023年，该比例高达100%。家庭暴力只有零次和无数次，大部分受害人在遭受多次的家庭暴力后才向我院申请人身安全保护令，遭受一次家庭暴力即向我院申请人身安全保护令的受害人比例仅5%。



图二：天心区法院已审结人身安全保护令案件家庭暴力形式情况

3、证据形式从单一到丰富，当事人举证能力增强。

在我院2016年至2017年期间审结的人身安全保护令案件中，多数申请人举证能力不足，提交的证据主要为受伤的照片，部分案件仅有证人证言，证明效果欠缺。承办法官需耗费大量时间、精力进行调查取证，才能

达到内心确认。

自2018年起，受害人提交的证据种类逐步丰富。针对施暴人实施的暴力行为，受害人以“报警记录+病例+受伤照片”的证据组合佐证申请人身安全保护令的，占比达50%以上。精神暴力案件中，施暴人高频次通过即时通讯工具向受害人进行语言威胁、恐吓，短信、微信等聊天记录常被受害人作为证据提交。另外，近年来社会大众的安全意识增强，很多家庭安装摄像监控设备，因此发生在家里这种隐蔽场所的家庭暴力，亦能通过及时调取施暴的监控视频，成为其申请人身安全保护令的证据。

4、证据证明标准从模糊到明确，整体签发率增高。

证据的证明力有多大，人民法院应当以什么样的证明标准认定证据，一度是制约人身安全保护令司法实践的“瓶颈”。2022年7月，最高人民法院出台《关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》，其中列举了可以作为家庭暴力认定证据的形式，明确以“较大可能性”作为人身安全保护令的证明标准，为依法签发人身安全保护令，及时保护家庭暴力受害人合法权益，扫除了后顾之忧。

我院自2016年受理人身安全保护令案件以来，签发率达87.5%。相较于普通民事诉讼案件而言，我院在审理人身安全保护令案件中，适度放宽受害人举证责任，采用最低证据标准对证据进行认定，以期最大限度地保护受害人的合法权益。

5、申请人数增长趋势平稳，司法惩戒效果显著。

《反家庭暴力法》的施行将防治家庭暴力厚植在法治化的土壤之中，切实保障了家庭暴力受害人的人权。2016年3月1日至2023年11月22日，我院共发出224份人身安全保护令，每年申请案件数平稳，被申请人自动履行率较高，其中申请复议的案件不到5件，均被驳回。针对个别违反人身安全保护令的被申请人，我院采取拘留、罚款方式进行司法约束，

其中2017年罚款1人、拘留1人，2018年罚款1人，2019年罚款1人、拘留1人。后经我院回访，暂未发现再次在有效期内违反人身安全保护令的情形，司法惩戒效果显著。

二、人身安全保护令案件经验做法

（一）协同联动，构建反家庭暴力制度体系

2017年3月1日，针对妇女儿童为家庭暴力主要受害人的情况，我院向区委政法委汇报，出台长沙市首个《天心区反家暴工作联动机制实施细则》，由之前的成员单位各自作战转为联合发力，形成了党委领导、法院主导、各方联动的多元化家庭暴力纠纷化解机制。我院还与区妇联、街道、社区、派出所合作，配备反家庭暴力联络员，引导受害人及时向法院申请人身安全保护令。

（二）心理咨询，创新反家庭暴力工作举措

2018年3月7日，我院设立“中国白丝带志愿者长沙市天心区心灵驿站”，引入专业心理咨询师疏导施暴人的心理，抚慰受害人的心灵创伤，真正让受害人得到身体、心灵的双重保护。

（三）线上线下，建立反家庭暴力宣传矩阵

线下，我院结合“国际妇女节”“国际反家庭暴力日”等特殊节点，联合区妇联、社区、学校等部门开展反家庭暴力普法宣传活动。线上，我院与湖南卫视、湖南经视、长沙政法频道、长沙交通频道等主流电视媒体积极开展普法宣传，并通过官网、官方微信公众号、官方微博等新媒体平台进行反家庭暴力普法宣传。

（四）实践前沿，采用“较大可能性标准”

家庭暴力天然具有隐秘性，且受害人常为生活中的弱者，举证困难，因此在审查人身安全保护令案件时，法官采取较大可能性标准，根据逻辑推理、日常生活经验法则，在内心确定申请人有遭受家庭暴力或面临家庭暴力的现实危险时，立即做出保护禁令，真正实现人身安全保护令制度预防、制止家庭暴力的目标，为受害人提供一道“隔离墙”。

（五）释法教育，遵循反家庭暴力工作原则

反家庭暴力工作遵循预防为主，教育、矫治与惩处相结合原则。施暴人之所以肆无忌惮地对受害人实施不止一次的家庭暴力，很大一部分原因在于认知问题，他们或认为这仅仅是家务事，根本算不上违法，或认为“双方都有错”“对方先错”，仅对一方签发人身安全保护令不公平。针对施暴人此种心理，我院注重加强释法教育，既告知“不能为”，又解释“不能为”的原因及“如果为”的后果，让施暴人从内心真正明白家庭暴力的错误及后果，从而遵守人身安全保护令。

（六）加大惩处，表明“零容忍”态度

有令不行，禁令就会成为一纸空文。我院一直重视主动回访、及时惩处违反禁令行为，表明我院对家庭暴力零容忍的态度和决心。2017年，一人因在人身安全保护令有效期内再次对受害人进行家庭暴力造成身体损伤，被处司法拘留五日；一人因再次对受害人实施谩骂、恐吓等精神暴力行为，被处以训诫和罚款1000元。2018年，一人因违反人身安全保护令，被处以训诫和罚款800元。2019年，一人因违反人身安全保护令，被处以司法拘留五日；另一人因违反人身安全保护令，被处以训诫和罚款1000元。

三、人身安全保护令案件问题困境

（一）反家庭暴力意识薄弱

人身安全保护令虽然具有独立性，不以提起离婚诉讼为前提，但从我院审查的人身安全保护令案件来看，人身安全保护令案件与离婚案件关联度仍然较高。因此，我院法官在审理离婚案件时，若发现涉及家庭暴力，会主动引导受害人申请人身安全保护令。但是仍然有部分当事人，抱着多一事不如少一事的心态，认为只要离婚了就能解决所有问题，通过申请人身安全保护令的方式解决家庭暴力的意愿较弱。还有部分受害人在遭受家庭暴力后，已向身边亲朋好友进行过求助，但在其亲朋好友“家丑不可外扬”式的劝和下，使得受害人无法得到及时有效的保护。

（二）家庭暴力发现机制欠缺

由于家庭暴力私密性特征及部分当事人“家丑不可外扬”等传统观念，受害人较少主动地向他人或有关部门提及遭受家庭暴力的情况，尤其是针对一些无民事行为能力人、限制民事行为能力人，因该部分受害人的认知有限，且很多情况下其监护人即是施暴人，因而极大地增加了家庭暴力行为被发现的难度。

（三）受害人举证能力偏弱

近年来，家庭暴力受害人的举证能力虽有所提高，但整体较弱。家暴受害人通常为妇女、儿童、老人等弱势群体。这类主体往往证据意识不强，不知晓及时保留证据对人身安全保护令得以签发的重要意义，其在遭受家暴伤害后，缺乏收集证据的主观意识，也不具备收集证据的能力，因此后续立案后，申请人可能存在难以证明伤情系被申请人实施家庭暴力所致，从而陷入“家暴行为”举证难的窘境。

（四）监督执行效果迟延

人身安全保护令保护期限长，当事人住所地分散，人民法院没有专门

制止家庭暴力的执行人员，司法警察只是司法辅助人员，有特定的职责范围，数量有限，没有 24 小时值班制度，无力实时监督执行，难以第一时间出警，削弱了对申请人的人身保护效果。此外，对于“责令被申请人迁出申请人住所”情形，如被申请人无其他住所，又缺乏另行租住房屋的经济能力，执行就会陷入尴尬境地。

四、强化人身安全保护令效果的对策建议

（一）突出预防性，强化反家庭暴力源头治理

加大“以案释法”力度，提高群众法律适用能力和依法维权意识，促进家庭暴力案件源头防范。联合开展多种形式的反家庭暴力法律宣传和“订单式”普法，除在国际反家庭暴力日等节点普法外，依托天心区普法讲师团的力量，更深、更广地开展反家庭暴力普法宣传专项活动，推动全社会形成合力反家庭暴力的法治氛围。

（二）突出主动性，增强反家庭暴力诉讼指引

对初步审查可能存在家庭暴力的，向其释明可以申请人身安全保护令。对于申请人身安全保护令的申请人，引导其收集、固定相关证据，必要时由法院进行调查取证。案件审理中，继续采取“较大可能性”证明标准，降低取证难度，更有效发挥人身安全保护令的作用。

（三）突出联动性，打造反家庭暴力共治格局

反家庭暴力作为一项复杂的社会性系统工程，离不开各部门的共同参与。天心区法院将按照《天心区反家暴工作联动机制实施细则》的相关要求，理顺衔接程序，积极促进各成员单位在各司其职的基础上联动合作，进一步加强个案协调、信息共享、经验交流和专题研讨等，实现同步打

击惩治。

五、人身安全保护令典型案例

(一)谌某违反人身安全保护令案(本案被选入2023年度中国反家暴十大典型案例)

案情简介:罗某与谌某系夫妻关系,谌某常辱骂罗某,在罗某的工作单位散布谣言,对罗某进行威胁、恐吓,给罗某造成极大的身心创伤,罗某遂向法院申请人身安全保护令。本院于2018年12月18日发出人身安全保护令,禁止谌某对罗某采取辱骂、殴打、威胁等方式实施身体、精神等侵害行为。2019年2月14日,法院进行电话回访,罗某反映谌某仍对其实施精神上的暴力侵害行为。次日,法院传唤双方到庭,查明在人身安全保护令有效期内,谌某有宣扬罗某隐私相要挟进行精神恐吓的行为及至罗某单位进行骚扰的行为。针对谌某违反人身安全保护令的行为,本院于2019年2月1日作出拘留五日的决定。

典型意义:

1.本案系本院在人身安全保护令发出后回访过程中所发现。"人身安全保护令回访制度"系本院创举,一方面该制度有利于发现家庭暴力行为,在当事人因受到暴力和精神压迫而不敢请求保护或对家庭暴力知识缺失的时候,通过司法机关主动回访及时发现并制止可能存在的或已经存在的违反人身安全保护令的行为,既能够维护司法权威,也能更好地保障家庭关系中弱势群体的合法权益;另一方面回访制度能够体现司法机关执法的温度,让当事人真正能够感受到法律并非冰冷的文字而是实实在在保护自己的有效利器。

2.本案中,在人身安全保护令发出后,人民法院一直以纠问式审判主导该案。谌某某无视人身安全保护令,公然违抗法院裁判文书的行为已

经触碰司法底线，人民法院在此情况下主动积极作为，维护人身安全保护令的权威和实施，保护受害人的合法权益不受侵犯。

3.在本案影响下，“宣扬隐私”亦构成家庭暴力的观点被写入地方立法，2019年7月1日起施行的《湖南省实施<中华人民共和国反家庭暴力法>办法》第二条明确，“本办法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、……宣扬隐私、跟踪、骚扰等方式实施的身体、精神等侵害行为”。此外，“宣扬隐私”构成家庭暴力的观念在2023年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》第二十九条中也有体现。

（二）尹某、小罗申请人身安全保护令、家庭教育令案

案情简介：尹某与罗某于2008年登记结婚，共同生育二子。婚后，罗某长期对尹某实施家庭暴力，且在尹某怀孕期间亦如此。罗某对其大儿子小罗也经常实施语言暴力和肢体暴力，如经常性使用“垃圾”“废物”等侮辱性词汇，罗某对小罗的暴力行为导致尹某和小罗精神高度紧张，无法正常工作、生活、学习，小罗更是对其父亲罗某产生了怨恨、厌恶的情绪，尹某与小罗遂向人民法院申请签发人身安全保护令及家庭教育令。本院经审查相应证据后作出《人身安全保护令》，禁止罗某殴打、辱骂、威胁、恐吓、骚扰、跟踪尹某与小罗，保障尹某与小罗的合法权益。同时签发《家庭教育令》，要求：罗某切实履行监护职责，提高家庭教育的能力，不得以殴打、辱骂等违法方式履行家庭教育之义务，积极关注小罗的心理、生理、学习状况和情感需求，切实承担起小罗身心健康发展、成长成才的家庭教育主体责任。

典型意义：未成年人健康成长关乎亿万家庭幸福安宁，关乎中华民族伟大复兴。让每一个孩子都能够健康快乐地成长，不仅是每一个家庭的责任，也是全社会的责任。目前，仍有许多家长选择“打骂式”“咆哮式”等

暴力教育方式养娃，而这样的教育方式实际上会给孩子带来巨大的伤害，导致其可能终身需要“疗伤”。本案“双令”齐发后，身为父亲的被申请人和义务履行人，当庭认识到自己的错误，保证遵守“双令”，取得良好的法律效果和社会效果。我院作出《人身安全保护令》《家庭教育令》带给罗某的不只是约束，更是对其正确履行家庭责任和抚养教育行为的助力和期待。《人身安全保护令》通过最低限度的容忍，告知罗某“什么不可为”“为之会怎样”，给家庭成员提供安全稳定的生活环境，预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐。《家庭教育令》则是通过更高标准的要求，告知罗某“应该怎么做”“不做会如何”，给未成年人提供必要充足的成长养分，让“依法带娃”成为家长必修课，最大限度营造重视家庭教育的浓厚氛围，努力让每一个孩子都在充满爱的家庭氛围、充满正义的社会环境中健康成长。

（三）隆某申请人身安全保护令案

案情简介：隆某与陈某于2010年登记结婚，婚后共同生育两个小孩。婚姻关系存续期间，双方常因生活琐事争执，陈某多次对隆某及小孩陈某1、陈某2实施殴打、辱骂、威胁，致使隆某与小孩的心理产生极大压力。隆某认为夫妻感情确已破裂，遂于2023年向某法院起诉离婚，陈某于开完庭后的次日又对隆某实施殴打行为。隆某遂向法院申请签发人身安全保护令，法院裁定：禁止陈某殴打、辱骂、威胁隆某及其女儿陈某1、儿子陈某2。

由于陈某的暴力行为，致使双方感情不和。陈某已搬离租房，对隆某及子女不闻不问。陈某无固定工作和收入来源，而隆某系月工资仅有1800元的环卫工人，在陈某不顾家庭的情况下，同时照顾两个小孩的学习、生活开支，还要每月给付与前夫所生儿子的抚养费300元，难以为继，

遂与子女共同向法院申请司法救助金。法院经审查后认为，隆某及其子女的情形符合司法救助金的发放条件，遂依法发放了司法救助金若干元。

典型意义：家庭暴力极大危害夫妻感情和家庭和睦。隆某因遭受家庭暴力而导致夫妻感情不和，被迫独自抚养子女，而其身为环卫工人工资微薄，支撑整个家庭开支实属困难。法院慎重审查后，依照隆某与子女的申请，依法发放了司法救助金。在审理人身安全保护令案件中进行司法救助，这是我院率先对妇女及儿童因遭受家庭暴力导致生活进一步困难的延伸举措，不仅充分保护妇女和儿童的合法权益，而且切实解决其实际困难，使受害人更加感受到法律的温度。

（四）周某申请人身安全保护令案

案情简介：周某与邓某系恋爱关系。在恋爱半年后，邓某经常辱骂周某及其女儿，并对周某实施暴力行为。周某不堪忍受遂提出分手，邓某不同意。此后，邓某仍然骚扰、纠缠周某，多次向周某母亲龙某、弟弟周小某及女儿曾某发送威胁、恐吓信息，使得周某及近亲属精神高度紧张，心生恐惧。周某遂向法院申请人身保护令，法院裁定：1.禁止邓某殴打、辱骂周某；2.禁止邓某骚扰、跟踪、接触周某及其母亲龙某、弟弟周小某及女儿曾某。

典型意义：新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》于2023年1月1日施行，该法第二十九条规定："禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息；妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。"该法的修订再次扩展了人身安全保护令的适用范围。从《中华人民共和国反家庭暴力法》到《中华人民共和国妇女权益保障法》，人身安全保护令的适用阶段不断延展至包括恋爱、交友、终止恋爱

关系后及离婚之后的时期，更为周延地保护了妇女权益，为妇女免遭亲密关系者实施的人身侵害提供了事前、事中、事后三个阶段的保护。本案系我院受理的首例涉恋爱关系申请人身安全保护令案件，人身安全保护令签发后，邓某未再骚扰周某及其近亲属，取得了良好的法律效果和社会效果。

（五）盛某申请人身安全保护令案

案情简介：出生于1988年的盛某从小被其父亲进行殴打式教育。2021年12月22日，盛某父亲因琐事当众殴打盛某，致使盛某颈部皮下瘀血，盛某向法院申请人身保护令。法院受理该案后，立即通知盛某父亲到庭接受问询。其父随即打电话给盛某，要求其撤回申请。盛某便打电话给承办法官，说家丑不可外扬，春节在即，不忍亲情破裂，想撤回申请。法官告知盛某，撤回申请是纵容家庭暴力，应该让父亲认识到错误，感受法律的威慑。盛某最终没有撤回申请。法院裁定：禁止盛某父亲殴打、威胁、辱骂盛某。

典型意义：家庭暴力只有零次和无数次。作为已经成年的女儿，面对父亲的家庭暴力选择隐忍不反抗，没能唤起父亲的爱和愧疚，反而使父亲更加恣意妄为。盛某选择拿起法律武器保护自己后，不仅使得父亲认识到自己的错误，停止了家暴行为，更促进了家庭和睦。此案例告诉我们，孩子不是父母的附属品、私人物品，父母尊重孩子的人格权是应有的义务，孩子纠正父母的错误行为也是一种孝顺。

（六）令某申请人身安全保护令案

案情简介：陈某与令某系夫妻关系，陈某在日常生活中常对令某进行谩骂、威胁，使令某生活陷于恐惧之中。令某向法院申请人身安全保护令。令某向本院提交其与陈某共同生育的女儿小兰证词，用以证明陈

某实施家庭暴力行为。本院结合令某自述和女儿小兰证词，作出裁定：禁止陈某殴打、恐吓、谩骂令某。

典型意义：家庭暴力天然具有隐秘性，受害人常为生活中的弱者，举证困难，因此签发人身安全保护令的证明标准宜采取“较大可能性”而不需达到“高度可能性”，该证明标准在2022年8月1日起施行的《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》中已进行明确。本案法官在审查过程中，采取较大可能性标准，减轻申请人的举证责任，在令某仅有其自述及证人证言的基础上，法官根据逻辑推理、经验法则，达到内心确认，作出保护禁令。

（七）朱某申请人身安全保护令案

案情简介：朱某与谭某自2017年起同居并育有一子，尚未登记结婚。谭某经常殴打朱某及其家人，多次当面或通过微信、电话等方式对朱某进行恶语中伤、辱骂、威胁等，致使朱某不敢回家。朱某向法院申请人身安全保护令，本院裁定：1.禁止谭某殴打、辱骂、威胁朱某及其近亲属；2.禁止谭某接触、骚扰、跟踪朱某；3.责令谭某迁出朱某住所。

典型意义：《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法 律若干问题的规定》第四条规定，“反家庭暴力法第三十七条规定的‘家庭成员以外共同生活的人’一般包括共同生活的儿媳、女婿、公婆、岳父母以及其他有监护、扶养、寄养等关系的人。”因此，同居关系一方遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，也可以作为人身安全保护令的申请主体。本案中，朱某与谭某虽未结婚，但同居多年并育有一子，符合人身安全保护令的申请条件。对于人身安全保护令中关于“迁出申请人住所”这一措施，因为迁出住所会加重当事人经济负担，可能加深双方的矛盾，故司法实践中采取审慎的态度。本案中，施暴人谭某不迁出住所不足

以保障朱某的人身安全，因此法院作出的禁令中包含“迁出申请人住所”这一措施，通过此种措施保证申请人的人身安全。

（八）赵某申请人身安全保护令案

案情简介：赵某（男）与李某（女）系夫妻，两人分居生活，因李某无端猜忌，不时殴打、跟踪赵某并多次骚扰赵某同事，严重影响赵某的正常生活，且李某经常发微信威胁、恐吓赵某，多次声称要把赵某的名声搞臭，赵某遂向法院申请人身安全保护令。法院裁定：1.禁止李某殴打、威胁赵某；2.禁止李某骚扰、跟踪赵某。

典型意义：在司法实践中，女性多是以受害人的身份出现。但是在部分家庭中，女性是强势的一方，男性遭受家庭暴力的情形也时有发生。本案体现了法律对所有家暴受害人的平等保护，人身安全保护令的保护对象没有性别之分，只要是遭受了家庭暴力或者面临遭受家庭暴力的危险，都可以向人民法院进行申请。

（九）郭小某申请人身安全保护令案

案情简介：郭小某现年6岁，其父郭某认为，通过体罚、辱骂孩子的教育方式可以让孩子身体结实、孝顺父母，因此，郭某经常以锻炼身体之名，对郭小某进行体罚，日常生活中亦经常辱骂郭小某。郭小某遂向法院申请人身保护令，法院裁定：1.禁止郭某对郭小某实施家庭暴力；2.禁止郭某恐吓、辱骂、跟踪、骚扰、接触郭小某。考虑到案件的特殊性，法官带上法警前往郭某家里，向其发放人身安全保护令，并对其进行批评、教育，说明违反保护令的法律后果，郭某认识到自己的错误，当场写下《保证书》，承诺绝不违反禁令。

典型意义：孩子的成长离不开家长的引导、鼓励，甚至是批评，但父母教育小孩应该保持在合理、合法的限度内，任何危及儿童身体、心理健康

的教育方式都应予以禁止。郭某的教育方式不仅违法，还给孩子带来很大的身体伤害和心理创伤，不利于其健康人格的形成。父母作为孩子的法定监护人，应当为孩子营造良好的成长氛围，以恰当的方式引导和教育孩子，帮助孩子树立正确的人生观和价值观，促进孩子身心健康成长。

（十）张某、宋某申请人身安全保护令案

案情简介：张某、宋某二人系再婚，张某儿子小张不支持二人的婚姻，对二人百般刁难。某日，小张闯入张某、宋某二人家中打砸物件，勒令张某将房屋产权证书交出，并责令二人搬出。张某、宋某不肯就范，小张意图伤害张某、宋某。二人遂向法院申请人身安全保护令，法院裁定：禁止小张殴打、辱骂、骚扰申请人张某、宋某。

典型意义：“百善孝为先，孝为德之本”。父母倾尽全力抚养子女长大，子女成年后本应孝敬父母，让父母能有愉快的晚年生活，但是有些子女却反其道而行之，动辄向父母伸手要钱，稍有微词则对其进行打骂，使得老年人成为遭受家庭暴力的受害人。本案中，小张干涉张某的婚姻无果后，企图通过殴打、辱骂等方式占有张某的财产，违反了《中华人民共和国老年人权益保障法》和《中华人民共和国反家庭暴力法》，因此，法院作出了人身安全保护禁令，及时震慑教育惩罚家暴行为，有力保护了老年人人身、财产安全。

最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第一批）

2023-11-25 人民法院报
https://mp.weixin.qq.com/s/o61HECkrxQavd2HjnEz33A

家庭是社会的基本细胞。家庭和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党的十八大以来，党中央高度重视家庭文明建设。习近平总书记指出：“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明”。家庭暴力行为虽然发生在一“家”之内，但家暴不是家务事，它不仅侵害受害人个人合法权益、影响整个家庭和谐，也对社会安全稳定、树立文明新风产生重大影响，必须坚决予以否定和制止。2016 年实施的反家庭暴力法表明了国家禁止任何形式家庭暴力的鲜明态度；2021 年实施的民法典再次强调禁止家庭暴力；妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、残疾人保障法等法律对依法保护弱势群体，防止对妇女、未成年人、老年人、残疾人实施暴力也作出特别的保护性规定。最高人民法院坚决贯彻落实党中央决策部署，立足司法职能，坚持以人民为中心，真做实干，常抓不懈。2022 年，针对反家庭暴力法实施 6 年以来在审判实践中遇到的难点、堵点，最高人民法院联合全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委共同发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，并出台《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），精准对标家庭暴力受害人寻求司法救助时面临的“急难愁盼”问题，进一步细化完善家庭暴力发现机制、证据收集机制、执行联动机制等，明确人身安全保护令案件的证据形式和证明标准，加大对违反人身安全保护令的惩罚力度。文件一经颁布，即得到社会各界广泛好评，在实践中取得了积极的效果，人身安全保护令签发率逐年提升，为预防家庭暴力的发生或者再次发生提供制度保障。

11 月 25 日是国际消除对妇女暴力日。为进一步提高全社会反家庭暴力意识，对施暴人或者潜在施暴人形成法律震慑，同时也通过案例对审判实践中常见问题作出回应，最高人民法院从全国法院报送的反家暴案例中选出 10 个典型案例分两批发布。此次发布的第一批案例具有以下三方面特征。

一是进一步明确精神暴力也属于家庭暴力。近年来，人民群众对家庭暴力的认知不再局限于身体暴力，向人民法院诉请禁止精神暴力的案件数量有所增加。反家庭暴力法第二条规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。在审判实践中，除了经常性谩骂、恐吓等精神侵害外，还有其他行为也属于精神侵害。如本批典型案例中，丈夫李某采用喝农药、跳楼等自残自伤方式威胁妻子王某，虽然施暴人没有采取直接谩骂、威胁的方式，但其自残自伤行为使王某处于惊惧的心理状态，精神的不自由亦属于精神侵害，故人民法院对王某申请人身安全保护令的请求予以支持。这个案例丰富了精神侵害类型，明确精神暴力也是家庭暴力的司法裁判原则，对人民法院处理精神侵害案件具有借鉴意义。

二是发挥人身安全保护令的快速反应优势。反家庭暴力工作，以预防为主。快速制止家庭暴力或者家庭暴力发生的现实危险，使受害人得到及时法律救助，是反家庭暴力工作的重中之重。基于人身安全保护令的时限性要求，同时，充分考虑不同人群收集、固定证据能力的差异性，使更多暴力情形得以有效规制，在证据标准方面，《规定》第六条第一款明确，人身安全保护令案

件中待证事实的证明标准存在较大可能性，比一般民事案件中待证事实需具有高度可能性的证明标准更低。比如，在李某申请人身安全保护令案中，李某提供了受伤照片、报警电话记录，而听证过程中李某丈夫对李某的受伤照片解释称是其自己摔倒所致，该解释不具有说服力，人民法院结合上述证据及当事人陈述情况，认定李某遭受丈夫家庭暴力存在较大可能性并签发人身安全保护令，充分保障妇女合法权益。这个案例也提醒广大人民群众，如果存在家庭暴力情况，要及时保留照片等证据，第一时间报警，相关证据将作为人民法院签发人身安全保护令的重要依据。在申请主体方面，考虑到恋爱、同居等关系中发生的暴力行为，反家庭暴力法第三十七条规定家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。新修订的妇女权益保障法第二十九条专门就恋爱、交友或者终止恋爱关系、离婚后，纠缠、骚扰妇女的行为明确规定可以向人民法院申请人身安全保护令。在本次发布的典型案例中，就有一个这样的案件。在林某申请人身安全保护令案中，人民法院对赵某在恋爱结束后骚扰、跟踪林某的行为依法签发人身安全保护令，使家庭成员以外的亲密关系中的暴力行为得以通过合法途径得到有效规制。

三是强调人民法院的司法能动作用。与一般民事案件不同，家庭暴力行为对受害人的身体、心理产生直接伤害，人民法院需要在办理具体案件中坚持以人民为中心，依法保护好特殊群体利益。如在陈某申请人身安全保护令案件中，人民法院充分考虑陈某已年逾七旬的实际情况，在收到申请后主动向属地派出所调取报警记录等材料，使陈某免于遭受奔波之苦。

家和万事兴。对家暴零容忍，是社会共识，更是司法的态度。希望广大人民群众通过学习、了解典型案例，不断提高反家暴意识，增强自我保护能力，做新时代文明新风尚的建设者、维护者、笃行者！

第一批案例

案例一 林某申请人身安全保护令案

——人身安全保护令可适用于终止恋爱关系的当事人

关键词

终止恋爱关系 骚扰 暴力 不法侵害

基本案情

林某（女）和赵某原系情侣，后因双方性格不合，林某提出分手。此后，赵某通过使用暴力、进行定位跟踪、使用窃听设备、破坏家门锁与电闸、安装监控摄像头等多种形式对林某进行骚扰，严重影响了林某的正常生活与工作，且对林某的人身安全构成威胁。林某多次通过人民调解委员会与赵某调解，但赵某拒不改正。林某遂向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，妇女权益保障法明确规定，禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。申请人提供的证据，可以证实被申请人自双方终止恋爱关系后，以不正当方式，骚扰申请人，干扰申请人的正常生活，致申请人面临侵害的现实危险，符合作出人身安全保护令的法定条件。裁定：禁止被申请人赵某殴打、骚扰、跟踪、接触申请人林某。

典型意义

妇女权益遭受的侵害除了来自家庭，也常见于恋爱关系中或者终止恋爱关系以及离婚之后。为此，新修订的妇女权益保障法第二十九条明确规定，禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女

隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。该条规定将适用人身安全保护令的主体范围由家庭成员扩大至曾经具有恋爱、婚姻关系或者以恋爱、交友为由进行接触等人群，可以更好地预防和制止发生在家庭成员以外亲密关系中的不法行为。本案中，人民法院根据上述法律规定，及时签发人身安全保护令，让被申请人意识到其实施的行为已经构成违法，通过人身安全保护令在施暴人和受害人之间建立起了一道无形的“隔离墙”，充分保护妇女合法权益。

案例二　李某申请人身安全保护令案

——发出人身安全保护令的证明标准是“存在较大可能性”

关键词

人身安全保护令　证明标准　较大可能性

基本案情

申请人李某（女）与龚某系夫妻，双方于 2000 年 4 月登记结婚。婚姻关系存续期间，李某多次遭到龚某的暴力殴打，最为严重的一次是被龚某用刀威胁。2023 年 4 月，为保障人身安全，李某向人民法院申请人身安全保护令，但其仅能提交一些身体受伤的照片和拨打报警电话的记录。龚某称，李某提供的受伤照片均为其本人摔跤所致，报警系小题大作，其并未殴打李某。

裁判结果与理由

人民法院经审查认为，虽然李某提供的照片和拨打报警电话的记录并不能充分证明其遭受了龚某的家庭暴力，但从日常生活经验和常理分析，该事实存在较大可能性，已达到申请人身安全保护令的证明标准。裁定：禁止被申请人龚某对申请人李某实施家庭暴力。

典型意义

当遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险时，受害人可以向法院申请人身安全保护令。该制度的创设目的在于对已经发生或者可能发生的家庭暴力行为作出快速反应，及时保护申请人免遭危害。实践中，预防和制止家庭暴力最大的障碍是家暴受害人举证不足问题。鉴于人身安全保护令作为禁令的预防性保护功能，《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第六条规定，签发人身安全保护令的证明标准是“存在较大可能性”。本案中，虽然受害人提供的受伤照片和报警电话记录不能充分证明存在家暴行为，但人民法院综合考量双方当事人的陈述、多次报警情况，结合日常生活经验，认定家庭暴力事实存在较大可能性，符合法律应有之义，特别关注了家庭暴力受害人举证能力较弱、家暴行为私密性等特征，最大限度发挥人身安全保护令的预防和隔离功能，以充分保护家庭暴力受害人的合法权益。

案例三　王某申请人身安全保护令案

——通过自伤自残对他人进行威胁属家庭暴力

关键词

自伤自残　精神控制

基本案情

申请人王某（女）与被申请人李某系夫妻关系。双方因家庭琐事经常发生争议，李某多次以跳楼、到王某工作场所当面喝下农药等方式进行威胁，王某亦多次报警皆协商未果。为保证人身安全，王某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，李某自伤自残行为会让申请人产生紧张恐惧情绪，属于精神侵害，王某的申请符合人身安全保护令的法定条件。裁定：一、禁止被申请人李某对申请人王某实施家庭暴

力；二、禁止被申请人李某骚扰、跟踪、威胁申请人王某。

典型意义

精神暴力的危害性并不低于身体暴力的危害性。本案中，被申请人虽未实施殴打、残害等行为给申请人造成身体损伤，但其自伤、自残的行为必定会让申请人产生紧张恐惧的情绪，导致申请人精神不自由，从而按照被申请人的意志行事。该行为属于精神暴力。人民法院通过签发人身安全保护令，明确通过伤害自己以达到控制对方的行为也属于家庭暴力，这不但扩大了对家庭暴力的打击范围，也为更多在家庭中遭受精神暴力的家暴受害人指明了自救的有效路径，为个体独立自主权及身心健康的保障提供了有力的后盾。

案例四　陈某申请人身安全保护令案

——子女对父母实施家庭暴力的，父母可以申请人身安全保护令

关键词

子女 殴打父母 家庭暴力

基本案情

申请人陈某与被申请人郑某系母子关系。2022 年 6 月，郑某前往陈某居住的 A 房屋，以暴力威胁向陈某索要钱款，陈某拨打“110”报警。2022 年 9 月，郑某再次到陈某住处向陈某索要钱款，并对陈某进行辱骂和殴打，在陈某答应给予 2 万元的前提下才允许其离开住所。为避免进一步被威胁和伤害，陈某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为：申请人陈某已七十高龄，本应安度晚年，享受天伦之乐，但郑某作为子女非但没有好好孝敬申请人，而是多次使用辱骂、威胁、殴打的手段向申请人索要钱财，给申请人的身心造成了巨大打击，申请人无法正常生活。申请人的申请符合《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十七条规定的发出人身安全保护令的条件。裁定：一、禁止被申请人郑某殴打、威胁申请人陈某；二、禁止被申请人郑某以电话、短信、微信等方式骚扰申请人陈某；三、禁止被申请人郑某前往申请人陈某居住的 A 房屋。

典型意义

尊老敬老爱老是中华民族的传统美德。本案中，郑某作为具有独立生活能力的成年子女，不但没有孝敬母亲，反而以殴打、威胁方式索要钱财，不仅违背了法律规定，也有悖于人伦，法院应对该行为作出否定性评价。同时，本案申请人作为年逾七旬的老人，无论是保留证据能力还是自由行动能力均有一定局限性，人民法院充分考虑这一特殊情况，发挥司法能动性，与当地公安、街道联动合作，依职权调取相关证据，为及时保护申请人的合法权益织起了一张安全网。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：平钰骁

“走不出的围城”：反家暴五大困局待解

2023-11-25　检察日报正义网

https://mp.weixin.qq.com/s/jKJ4xaGVHIS8hz56xRxEmA

四川成都男子两年家暴妻子 16 次，妻子内脏多处破损，终身戴粪袋生活；湖南株洲男子当着两个孩子的面暴打三胎妻子；海南女子因多次遭遇家暴欲带娃轻生……近年来，家暴总能迅速点燃舆论，反抗、逃离、惩治成为反家暴的关键词。

当前，我国反家暴的直接法律依据，不但有专门的反家庭暴力法。民法典、婚姻法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、残疾人保障法等法律对依法保护弱势群体，防止对妇女、未成年人、老年人、残疾人实施暴力也作出特别的保护性规定。然而，家暴案件依旧频繁发生。今天是国际消除对妇女暴力日，记者采访了家暴受害者、专家学者，试图解开家暴治理难题背后的困局。

困局 1

受害者的忧虑：

“我害怕的不是当下，而是反抗的结局”

“有一次，我就说错一句话，他就一巴掌打在我的后脑勺，我当时都懵了。”在北京某企业工作的职员严思（化名）回忆起第一次被丈夫打的经历十分心痛。她无法想象，平时温和爱笑的丈夫竟然瞬间变成了凶神恶煞的人。然而，这一巴掌只是家暴的开始。

“后来又有好几次，我和他观点不一致的时候，他就会一巴掌打到我的脑袋或者脸上。”严思回忆，她曾用哭泣、吼叫来表达不满，但是迎接她的是更狠的伤害。“反抗没用，后来就怕了，慢慢发现只有服从、妥协，才可以不被揍。”严思说，这就是丈夫口中的“打到服”。

被问及为何不早早分开时，严思回答，每次争吵殴打完后，丈夫会重新回到“温柔和善”的样子，并保持一段时间。“后来我就想，是不是我不小心惹到他了，或者是他压力太大”“我应该还是爱他的”“我现在已经 30 多岁了，离开他，我去找谁呢”“爱情中肯定需要一个人妥协吧”……

忍受、退让、妥协、接纳，诸多家暴案件中受害女性都陷入了这样的恶性循环。“家暴只有 0 次和无数次”，这句众所皆知的话语背后，鲜少有受害者敢于作出坚定的抉择。

“我害怕的不是反抗当下，而是反抗的结局。”36 岁的陈艳（化名）在做晚饭的时候，因为一句“回来这么晚”的怨言被醉酒的丈夫殴打。“我当时怀着孕，除了忍，没有其他选择。反抗吗？后果是什么，是打得更重。离婚吗，那我孩子怎么办？”

在多个家暴案件中，记者发现，**对加害行为的畏惧、家庭完整性的执着、年龄的焦虑、名誉的担忧，成为阻碍受害女性走出“围城”的重要原因。**

国家二级心理咨询师，扬州市未成年人成长指导中心负责人杨露露表示，家暴循环具有周期性特点，女性可能有所反抗，但是在对方软硬兼施下最终妥协。**有的长期遭受家暴，自尊严重受损，自我概念被贬低，陷入一种“习得性无助”的情绪困境。**

江苏省宝应县检察院检察官葛玲在调研了该县上千份妇女受家庭暴力案（事）件后发现，受“家丑不可外扬”等传统旧观念的影响，一些妇女为了家庭和孩子，选择“一忍再忍”。“妇女在经济上不够独立，在隐忍与维权方面，往往选择了前者。”葛玲说。

困局 2

举证认定难：

“这么多年的伤如何算得清”

反家庭暴力法中对家庭暴力作出如此诠释，“家庭成员之间出现殴打、捆绑、残害、限制人身自由的现象，或以谩骂、恐吓的方式实施身体与精神损害的行为”。然而，在司法实践中，家暴行

为多发生于室内的私密场域，具有突发性、紧迫性，很难现场取证。

记者调查发现，很多案件在公安机关出警后，大部分肢体冲突已经结束。如果没有明显伤情或其他人在场，就难以认定家暴事实。“他打我的时候，我都自身难保了，怎么留证据？”一名家暴受害者如是说。

比起打闹的家暴，**“新型家庭暴力”（如谩骂、侮辱、PUA、冷暴力等精神侵害行为）的蔓延更是加大了举证难度。**

“新型家庭暴力隐蔽性更强，一般没有明显的外在客观表现，很难留存证据，但给受害者带来的伤害反而会更大。”安徽省某心理咨询机构咨询师赵燕告诉记者。

如何让举证不再难？北京中鼎社会工作事务所主任苏锋认为，应该整合律师协会资源，专门成立反家暴律师专委会。对于举证困难的受害者，反家暴律师提供专业化家事律师咨询服务。

在十四届全国人大常委会第五次会议上，有出席人员建议，充分考虑家暴证据认定的实际情况，听取受害人的意见，避免简单认定为家务事，不予介入或立案。

葛玲认为，在证据认定上，应注重言词证据和客观证据相结合，当事人陈述作为证据链中的一环，还需要收集证人证言、施暴者陈述、就诊记录、伤情诊断证明等多方面证据，形成证据体系，综合认定家暴行为。

困局 3

待激活的人身安全保护令：“我真的可以远离他吗”

反家庭暴力法曾因推出“人身安全保护令”制度而备受舆论赞誉。然而，在实践中，这一制度缘何“失灵”？

“这个保护令申请是不是要花钱？”“他真的能被禁止靠近我吗？”在接受采访时，很多受害女性表示出对人身安全保护令效果的质疑。部分受害人表示，不了解申请条件和流程或者担心打击报复、损害声誉，根本不敢去申请；有的则认为，人身安全保护令的惩戒力度不够，申请了也是白费功夫，无法真正震慑加害者。

“目前，人身安全保护令的普法宣传效果还不够好。”中国政法大学传播法研究中心副主任朱巍认为，在基层一线，司法机关与政府机关之间很多没有建立良好的信息共享机制，人身安全保护令在基层的执行力度不够。

葛玲认为，人身安全保护令裁定送达相关单位、组织、人员之后，后续跟踪督促较少，导致“裁而难执”的现象普遍存在，且违反保护令规定的取证难度较大，让人身安全保护令的作用被弱化。

针对违反保护令规定取证难的问题，2022 年，《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第六条第一款明确，人身安全保护令案件中待证事实的证明标准存在较大可能性，比一般民事案件中待证事实需具有高度可能性的证明标准更低。

事实上，保护令“裁而难执”的问题，也引起了立法机关的重视。2023 年 11 月 15 日，十四届全国人大常委会第五次会议审议了《国务院关于反家庭暴力工作情况的报告》（以下简称报告）。有出席人员认为，应该将公安机关与法院一同列为执行主体，明确公安机关负责执行防止家暴继续的措施，法院负责执行财产处置等财产性措施；完善人身安全保护令协助申请机制；强化公安机关、村民委员会和居民委员会的配合；探索建立反家暴综合援助中心。

提高人身安全保护令的质量和效率，各地正在积极探索。8 月 18 日，江西省发布全国首部关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的重大事项决议，明确人民法院作出人身安全保护令后，要在 24 小时内向当事人送达。

11 月 6 日，湖南省高级法院表示，将提高人身安全保护令的适用比例，适当降低受理门槛，简化办理流程。“法官可依职权调查手机，弥补当事人举证能力的不足”。

11 月 25 日，最高法发布的第一批反家庭暴力典型案例中，一当事人李某申请人身安全保护令时，其丈夫对李某提供的受伤照片解释称是其自己摔倒所致，该解释不具有说服力，法院结合证据及当事人陈述情况，认定李某遭受丈夫家庭暴力存在较大可能性并签发人身安全保护令。该案例的发布再次明确，要发挥人身安全保护令的快速反应优势。

苏锋表示，强化受害者人身安全保护，需要加强庇护所建设，有效激活庇护制度。社工组织可以与当地公安、医院等机构建立合作关系，为受害人提供紧急救援服务。

困局 4

强制报告制度主体局限：

“谁能帮我举报？”

反家庭暴力法第十四条明确，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。**

但在现实生活中，治理家暴依然面临线索发现难的困境。“应当进一步建立医院、社区等多义务单位联动协作机制，明确各方责任，细化制度落实监督和责任追究规定，加强相关业务培训，完善检查督查制度，以便更好更快更准地发现和处置涉家暴线索。”葛玲建议。

苏锋表示，社工组织也可以组织培训课程，提高义务主体对家庭暴力的认识和应对能力，更好地识别受害人并提供适当的支持和援助。

值得注意的是，多部法律明确，**检察机关可以通过发出检察建议或提起公益诉讼的方式介入家暴案件。**《国家人权行动计划（2021—2025 年）》在“特定群体权益保障”的“妇女权益”中明确提出，“对不履行预防和制止家庭暴力职责等侵害不特定多数妇女合法权益、损害社会公共利益的行为，检察机关可以发出检察建议或提起公益诉讼”。

近年来，最高检会同全国妇联积极推动反家暴地方立法增设检察公益诉讼条款。截至 2023 年 1 月，江苏、河南、河北的反家庭暴力条例明确将检察公益诉讼作为法律保障措施；内蒙古、云南反家庭暴力条例规定，检察机关可以向有关单位提出预防家庭暴力的检察建议并督促落实。

全国人大代表、黑龙江省同江市经济合作促进中心副主任刘蕾建议加大公益诉讼监督的范畴，“学校、幼儿园、医疗机构、居委会、村委会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员等是否履行强制报告义务等，都应该纳入监督范畴。”

“目前，强制报告制度主体多是无民事行为能力人和限制民事行为能力人，而现实中更多身处家暴漩涡中的受害者是具有独立行为能力的成年女性，强制报告很难帮上忙。”朱巍补充。

困局 5

心理创伤复原难：

“我该如何审视两性关系”

“我现在真的很怕重新开始谈恋爱，很怕重蹈覆辙。”在经历家暴后，和丈夫进入离婚冷静期的严思对亲密关系的重建产生畏惧。

记者发现，在家暴发生后，女性身体上的伤害会随着时间推移一点点复原，心理创伤往往难以修复。

国务院妇女儿童工作委员会办公室主任黄晓薇在报告中指出，建议工会、共青团、妇联、残联

等群团组织以及村（居）委会有针对性地进行法治教育，探索依托专业社会组织对家庭暴力加害人开展心理辅导、亲职教育、戒瘾治疗、就业培训、婚姻家庭关系调适等服务，帮助其消除实施家庭暴力的症结，积极调整心态和行为模式。

“我国应当加大对家暴受害者的专业心理咨询资源投入，为受害者提供心理咨询服务，帮助他们克服心理创伤，增强自我保护意识和能力。”苏锋认为，应该多开展心理健康教育和宣传活动，提高公众对心理健康的认识和重视程度。要加强培育社会工作机构反家暴服务业务范畴，为受害者提供个案管理、家庭走访、调解沟通等专业服务。

“不仅应该重视对受害者的心理疏导，还要加强对施暴人的教育引导和矫治，另外也要重视对目睹家暴儿童的心理干预，避免家暴的代际传递。”赵燕提出。

北京市门头沟区某社区工作人员表示，需要花大力气加强法治教育。要在全社会、各类社区积极开展反家暴宣传活动，提高社区人员对家暴问题的认识和处理能力。

反家庭暴力法自 2016 年实施以来取得成效显著，但在制度执行层面依旧存在不足。法的生命力和权威在于实施。相关法律法规出台后，如何确保得到全面、及时、统一、正确实施是关键。

“你逃离的不是一个人，而是一个家庭，一段生活，一个资源体系。”如今独自带娃、即将开始新生活的严思告诉记者，只有当全社会给予经受家暴的女性逃离旧关系、重建新生活的信心，她们或许才能得到真正的解脱。

来源：检察日报正义网（ID：JCRB_ZYW）
记者：何慧敏二审：张梦娇
三审：侯文昌
编辑：李佳慧

最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第二批）

2023-11-27 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/_zhhGeRCyEk97ThcEFdwHw

未成年人是祖国的未来，民族的希望。习近平总书记指出，祖国的未来属于下一代。做好关心下一代工作，关系中华民族伟大复兴。对损害少年儿童权益、破坏少年儿童身心健康的言行，要坚决防止和依法打击。为了保护未成年人身心健康，保障未成年人合法权益，我国先后出台未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、家庭教育促进法等法律，发布相关指导文件，努力为未成年人营造良好成长环境。最高人民法院一直高度重视未成年人权益保护工作。2023 年 6 月，最高人民法院调整少年审判工作机制，实行“三合一”管理，依托民一庭运行，进一步强化少年审判专业化建设。在审判理念上，坚持抓前端、治未病，加强能动司法，促推源头治理，努力提升未成年人审判工作现代化水平。为加强全社会的未成年人保护意识，提升未成年人自我保护能力，引导家长“依法带娃”，最高人民法院以未成年人保护为专题发布 2023 年第二批反家庭暴力典型案例。此批案例主要具有以下四方面特征。

一是明确被抢夺、藏匿以及目睹家庭暴力的未成年子女也是家庭暴力受害人。未成年人保护法第二十四条明确规定，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。抢夺、藏匿未成年子女行为不仅侵害了父母另一方对子女依法享有的抚养、教育、保护的权利，而且严重损害未成年子女身心健康，应当坚决预防和制止。未成年人目

睹家庭暴力特别是身体暴力，不仅会对其心理产生巨大冲击，还可能因被迁怒、误伤等原因受到身体伤害，长此以往甚至可能形成“以暴力解决一切”的错误观念，对其成长有不可忽视的负面影响。出于健康成长的考虑，未成年人可以由其近亲属或者公安机关、妇女联合会等有关部门代为申请人身安全保护令。在蔡某某申请人身安全保护令案中，为争夺抚养权，蔡某某的父亲先是暴力抢夺、藏匿蔡某某，导致年仅四岁的蔡某某近三百天未见到母亲；后不顾蔡某某哭喊阻止，暴力殴打蔡某某母亲，同时造成蔡某某面部受伤，导致蔡某某因极度缺乏安全感等心理问题接受心理治疗。此案中，尽管父亲的暴力殴打对象并不是孩子，抢夺行为亦与典型的身体、精神侵害存在差别。但考虑到孩子作为被抢夺、藏匿对象和暴力行为目击者，其所遭受的身体、精神侵害与父亲的家庭暴力行为直接相关，人民法院对蔡某某申请人身安全保护令的请求予以支持，体现了司法对抢夺、藏匿未成年子女以及其他家庭暴力行为的“零容忍”态度。

二是强调发现机制对防止未成年人遭受家庭暴力的关键性作用。预防未成年人遭受家庭暴力，发现是基础和关键。未成年人因其智力尚未发育完全，自我表达能力欠缺，自我保护能力不强，对家庭特别是父母的依赖程度高，在遭受家庭暴力时难以主动寻求有效救济途径。新修订的未成年人保护法明确规定，国家机关、居民委员会、村民委员会、密切接触未成年人的单位及其工作人员，在工作中发现未成年人身心健康受到侵害、疑似受到侵害或者面临其他危险情形的，应当立即向公安、民政、教育等有关部门报告。学校、幼儿园等教育机构是除了家庭以外未成年人所在时间最长的场所，老师是发现未成年人遭受家庭暴力的关键一环，其是否能够细心关注、及时报告，在很大程度上决定着未成年人遭受家庭暴力的发现程度。在唐某某申请人身安全保护令案件中，唐某某所遭受的家庭暴力就是由其所在幼儿园老师在检查时发现，幼儿园及时履行强制报告义务，有效制止了家庭暴力行为。在彭某某申请人身安全保护令案中，学校老师收到彭某某的求助后及时报案，陪同彭某某在派出所做了笔录，并与妇联组织进行沟通，处置及时、反应高效，为防止未成年人继续遭受家庭暴力提供坚实后盾。在此，我们特别提示孩子们，如果遭受家庭暴力无人可说的，可以第一时间向老师报告；我们也呼吁广大学校、幼儿园等教育机构及工作人员，除了教书育人外，保护孩子身心健康是职责所在，更是托举孩子幸福人生的善举。对未成年人而言，学校及老师在其无家可归的危难情况下，及时伸出援助之手，将成为其以后面临人生困难的温暖底色和强大支撑。

三是明确离婚纠纷中，施暴方不宜直接抚养未成年子女。根据民法典第一千零八十四条第三款规定，离婚后，不满两周岁、已满两周岁、已满八周岁的未成年子女直接抚养权有其各自优先考量因素，但这些因素均要遵循最有利于未成年子女原则。为阻隔家庭暴力行为的代际传递，避免未成年人因家庭暴力受到身体、精神侵害，一般不宜由施暴方直接抚养未成年子女。如在刘某某与王某某离婚纠纷案中，人民法院考虑到九岁儿童存在意思摇摆、意见多次反复的情况，从最有利于其成长角度判令由母亲直接抚养。在韩某某等申请人身安全保护令案中，考虑到韩某某处于由单亲抚养的生活环境，人民法院在裁定禁止被申请人实施家庭暴力的基础上，特别增加了一项措施，即暂时变更直接抚养人，将未成年人与原直接抚养人进行空间隔离。这不仅可以使人身安全保护令发挥应有功效，也能保障未成年人的基本生活，更有利于未成年人的健康成长。

四是警示父母切勿以爱之名对未成年人实施家庭暴力。父母是孩子的第一任老师，不仅要引导孩子学知识、长本领，更要帮助孩子形成良好品德和行为习惯。但现实中，有的父母片面以学习成绩为唯一目标，忽视孩子正常的身体、心理

成长规律；有的父母片面理解“爱之深，责之切”，动辄以打骂方式对孩子进行管教；有的父母不考虑孩子的真实意愿，强行推行自己的教育理念和教育方式；还有的父母将工作、生活中积累的压力和负面情绪不自主地宣泄到孩子身上。这些身体、精神侵害行为，严重影响了未成年人的健康成长。比如，在吴某某申请人身安全保护令案中，父亲“望女成凤”的迫切心情，很多家长都深有体会，但其采取的冻饿、断绝与外界交流等方式损害了未成年人的身心健康，违背了未成年人的成长规律，禁止出门上学更是侵害了孩子的受教育权，名为“爱”实为“害”，必须在法律上对该行为作出否定性评价。人民法院在签发人身安全保护令禁止家庭暴力行为基础上，还通过责令施暴人接受矫治、对施暴人进行家庭教育指导等方式给父母“上课”。从根源上减少家庭暴力的发生，全面护航未成年人健康成长。在此，最高人民法院结合少年审判工作经验提示广大父母，每个孩子都是需要被尊重的独立个体，他们享有包括受教育权在内的基本民事权利。在处理涉及未成年人事项时，父母要尊重未成年人人格尊严、适应未成年人身心健康发展的规律和特点，以恰当的方式引导、教育子女健康成长。

习近平总书记指出，“青少年阶段是人生的‘拔节孕穗期’，这一时期心智逐渐健全，思维进入最活跃状态，最需要精心引导和栽培”。希望通过发布的典型案例，引导全社会更加关注未成年人权益保护，引导父母多倾听、理解孩子的内心世界，做孩子成长路上的好朋友与领路人！

第二批案例

案例一　蔡某某申请人身安全保护令案

——未成年子女被暴力抢夺、藏匿或者目睹父母一方对另一方实施家庭暴力的，可以申请人身安全保护令

关键词

未成年人　暴力抢夺　目击者　未共同生活

基本案情

2022 年 3 月，蔡某与唐某某（女）离婚纠纷案一审判决婚生子蔡某某由唐某某抚养，蔡某不服提起上诉，并在上诉期内将蔡某某带走。后该案二审维持一审判决，但蔡某仍拒不履行，经多次强制执行未果。2023 年 4 月，经法院、心理咨询师等多方共同努力，蔡某将蔡某某交给唐某某。蔡某某因与母亲分开多日极度缺乏安全感，自 2023 年 5 月起接受心理治疗。2023 年 5 月，蔡某到唐某某处要求带走蔡某某，唐某某未予准许，为此双方发生争执。蔡某不顾蔡某某的哭喊劝阻，殴打唐某某并造成蔡某某面部受伤。蔡某某因此次抢夺事件身心受到极大伤害，情绪不稳，害怕上学、出门，害怕被蔡某抢走。为保护蔡某某人身安全不受威胁，唐某某代蔡某某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，国家禁止任何形式的家庭暴力。家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令，人民法院应当受理。蔡某某在父母离婚后，经法院依法判决，由母亲唐某某直接抚养。蔡某在探望时采用暴力方式抢夺蔡某某，并当着蔡某某的面殴打其母亲唐某某，对蔡某某的身体和精神造成了侵害，属于家庭暴力。故依法裁定：一、禁止被申请人蔡某以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件等方式侮辱、诽谤、威胁申请人蔡某某及其相关近亲属；二、禁止被申请人蔡某在申请人蔡某某及其相关近亲属的住所、学校、工作单位等经常出入场所的一定范围内从事可能影响申请人蔡某某及其相关近亲属正常生活、学习、工作的活动。

典型意义

抢夺、藏匿未成年子女行为不仅侵害了父母另一方对子女依法享有的抚养、教育、保护的权利，而且严重损害未成年子女身心健康，应当坚决预防和制止。未成年人保护法第二十四条明确规定，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。本案中，孩子先是被暴力抢夺、藏匿长期无法与母亲相见，后又目睹父亲不顾劝阻暴力殴打母亲，自己也因此连带受伤，产生严重心理创伤。尽管父亲的暴力殴打对象并不是孩子，抢夺行为亦与典型的身体、精神侵害存在差别。但考虑到孩子作为目击者，其所遭受的身体、精神侵害与父亲的家庭暴力行为直接相关，应当认定其为家庭暴力行为的受害人。人民法院在充分听取专业人员分析意见基础上，认定被申请人的暴力抢夺行为对申请人产生了身体及精神侵害，依法签发人身安全保护令，并安排心理辅导师对申请人进行长期心理疏导，对审理类似案件具有借鉴意义。

案例二　唐某某申请人身安全保护令案

——全社会应形成合力，共同救护被家暴的未成年人

关键词

未成年人 代为申请 心理辅导 矫治

基本案情

2023 年 8 月，唐某某（4 岁）母亲马某对唐某某实施家庭暴力，住所所在地 A 市妇联联合当地有关部门进行联合家访，公安部门对马某出具家庭暴力告诫书。2023 年 9 月，马某全家从 A 市搬至 B 市居住。同月底，唐某某所在幼儿园老师在检查时发现唐某某身上有新伤并报警，当地派出所出警并对马某进行口头训诫。2023 年 10 月初，B 市妇联代唐某某向人民法院递交人身安全保护令申请书。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，被申请人马某对申请人唐某某曾有冻饿、殴打的暴力行为，唐某某确实遭受家庭暴力，故其申请符合《中华人民共和国反家庭暴力法》关于作出人身安全保护令的条件，应予支持。裁定：一、禁止被申请人马某对申请人唐某某实施殴打、威胁、辱骂、冻饿等家庭暴力；二、责令被申请人马某接受法治教育和心理辅导矫治。

典型意义

预防和制止未成年人遭受家庭暴力是全社会共同责任。未成年人因缺乏法律知识和自保能力，面对家暴时尤为需要社会的帮扶救助。本案中，有关部门在发现相关情况后第一时间上门摸排调查；妇联代为申请人身安全保护令；幼儿园及时履行强制报告义务；公安机关依法对父母予以训诫；人民法院依法发出人身安全保护令，并联系有关部门协助履行职责，多部门联合发力共同为受家暴未成年人撑起法律保护伞。通过引入社会工作和心理疏导机制，对施暴人进行法治教育和心理辅导矫治，矫正施暴人的认识行为偏差，从根源上减少发生家暴的可能性。

案例三　刘某某与王某某离婚纠纷案

——离婚纠纷中，施暴方不宜直接抚养未成年子女

关键词

离婚纠纷 家庭暴力 直接抚养 子女意愿

基本案情

刘某某（女）和王某某系夫妻关系，双方生育一子一女。婚后，因王某某存在家暴行为，刘某某报警 8 次，其中一次经派出所调解，双方达成“王某某搬离共同住房，不得再伤害刘某某”的协议。刘某某曾向人民法院申请人身安全保护令。现因

王某某实施家暴等行为，夫妻感情破裂，刘某某诉至人民法院，请求离婚并由刘某某直接抚养子女，王某某支付抚养费等。诉讼中，王某某主张同意女儿由刘某某抚养，儿子由王某某抚养。儿子已年满八周岁，但其在书写意见时表示愿意和妈妈一起生活，在王某某录制的视频和法院的询问笔录中又表示愿意和爸爸一起生活，其回答存在反复。

裁判理由及结果

人民法院经审理认为，双方均确认夫妻感情已破裂，符合法定的离婚条件，准予离婚。双方对儿子抚养权存在争议。根据《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条规定，人民法院应当按照最有利未成年子女的原则处理抚养纠纷。本案中，九岁的儿子虽然具有一定的辨识能力，但其表达的意见存在反复，因此，应当全面客观看待其出具的不同意见。王某某存在家暴行为，说明其不能理性、客观地处理亲密关系人之间的矛盾，在日常生活中该行为对未成年人健康成长存在不利影响；同时，两个孩子从小一起生活，均由刘某某抚养，能够使兄妹俩在今后的学习、生活中相伴彼此、共同成长；刘某某照顾陪伴两个孩子较多，较了解学习、生活习惯，有利于孩子的身心健康成长。判决：一、准予刘某某与王某某离婚；二、婚生儿子、女儿均由刘某某抚养，王某某向刘某某支付儿子、女儿抚养费直至孩子年满十八周岁止。

典型意义

根据民法典第一千零八十四条规定，离婚纠纷中，对于已满八周岁的子女，在确定由哪一方直接抚养时，应当尊重其真实意愿。由于未成年人年龄及智力发育尚不完全，基于情感、经济依赖等因素，其表达的意愿可能会受到成年人一定程度的影响，因此，应当全面考察未成年人的生活状况，深入了解其真实意愿，并按照最有利于未成年人的原则判决。本案中，由于儿子表达的意见存在反复，说明其对于和哪一方共同生活以及该生活对自己后续身心健康的影响尚无清晰认识，人民法院慎重考虑王某某的家暴因素，坚持最有利于未成年子女的原则，判决孩子由最有利于其成长的母亲直接抚养，有助于及时阻断家暴代际传递，也表明了对婚姻家庭中施暴方在法律上予以否定性评价的立场。

案例四　彭某某申请人身安全保护令案

——学校发现未成年人遭受或疑似遭受家庭暴力的，应履行强制报告义务

关键词

未成年人　学校　强制报告　家庭教育指导

基本案情

申请人彭某某（女）13 岁，在父母离异后随父亲彭某和奶奶共同生活，因长期受父亲打骂、罚站、罚跪，女孩呈现焦虑抑郁状态，并伴有自残自伤风险。2021 年 4 月某日晚，彭某某因再次与父亲发生冲突被赶出家门。彭某某向学校老师求助，学校老师向所在社区派出所报案、联系社区妇联。社区妇联将情况上报至区家庭暴力防护中心，区家庭暴力防护中心社工、社区妇联工作人员以及学校老师陪同彭某某在派出所做了笔录。经派出所核查，彭某确有多次罚站、罚跪以及用衣架打彭某某的家暴行为，并对彭某某手臂伤痕进行伤情鉴定，构成轻微伤，公安机关于 2021 年 4 月向彭某出具《反家庭暴力告诫书》，告诫严禁再次实施家庭暴力行为。后彭某某被安置在社区临时救助站。彭某某母亲代其向人民法院提交人身安全保护令申请。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，经向派出所调取证据，可以证明彭某有多次体罚彭某某的行为，抽打彭

某某手臂经鉴定已构成轻微伤，且彭某某呈现焦虑抑郁状态，有自伤行为和自杀意念，彭某的行为已构成家庭暴力，应暂时阻断其对彭某某的接触和监护。人民法院在立案当天即作出人身安全保护令，裁定：一、禁止被申请人彭某殴打、恐吓、威胁申请人彭某某；二、禁止被申请人彭某骚扰、跟踪申请人彭某某；三、禁止被申请人彭某与申请人彭某某进行不受欢迎的接触；四、禁止被申请人彭某在申请人彭某某的住所、所读学校以及彭某某经常出入的场所内活动。

典型意义

学校不仅是未成年人获取知识的场所，也是庇护学生免受家暴的港湾。根据未成年人保护法规定，作为密切接触未成年人的单位，学校及其工作人员发现未成年人遭受家庭暴力的，应当依法履行强制报告义务，及时向公安、民政、教育等部门报告有关情况。本案中，学校积极履行法定义务，在接到未成年人求助后立即向所在社区派出所报案、联系社区妇联，积极配合开展工作，处置及时、反应高效，为防止未成年人继续遭受家庭暴力提供坚实后盾。人民法院受理人身安全保护令申请后，第一时间向派出所、社区组织、学校老师了解情况，当天即作出人身安全保护令裁定。同时，人民法院还通过心理辅导、家庭教育指导等方式纠正彭某在教养子女方面的错误认知，彭某认真反省后向人民法院提交了书面说明，深刻检讨了自己与女儿相处过程中的错误做法，并提出后续改善措施保证不再重蹈覆辙。

案例五　韩某某、张某申请人身安全保护令案

——直接抚养人对未成年子女实施家庭暴力，人民法院可暂时变更直接抚养人

关键词

未成年人　直接抚养人　暂时变更

基本案情

申请人韩某某在父母离婚后跟随父亲韩某生活。韩某在直接抚养期间，以韩某某违反品德等为由采取木棍击打其手部、臀部、罚跪等方式多次进行体罚，造成韩某某身体出现多处软组织挫伤。韩某还存在因韩某某无法完成其布置的国学作业而不准许韩某某前往学校上课的行为。2022 年 9 月，某派出所向韩某出具《家庭暴力告诫书》。2022 年 11 月，因韩某实施家暴行为，公安机关依法将韩某某交由其母亲张某临时照料。2022 年 12 月，原告张某将被告韩某诉至人民法院，请求变更抚养关系。为保障韩某某人身安全，韩某某、张某于 2022 年 12 月向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，父母要学会运用恰当的教育方式开展子女教育，而非采取对未成年人进行体罚等简单粗暴的错误教育方式。人民法院在处理涉未成年人案件中，应当遵循最有利于未成年人原则，充分考虑未成年人身心健康发展的规律和特点，尊重其人格尊严，给予未成年人特殊、优先保护。韩某作为韩某某的直接抚养人，在抚养期间存在严重侵犯未成年人身心健康、不利于未成年人健康成长的行为，故依法裁定：一、中止被申请人韩某对申请人韩某某的直接抚养；申请人韩某某暂由申请人张某直接抚养；二、禁止被申请人韩某暴力伤害、威胁申请人韩某某；三、禁止被申请人韩某跟踪、骚扰、接触申请人韩某某。

典型意义

一般人身安全保护令案件中，申请人的请求多为禁止实施家暴行为。但对被单亲抚养的未成年人而言，其在学习、生活上对直接抚养人具有高度依赖性，一旦直接抚养人实施家暴，未成年人可能迫于压力不愿也不敢向有关部门寻求帮助。即使人民法院作出人身安全保护令，受限于未成

年人与直接抚养人共同生活的紧密关系，法律实施效果也会打折扣。本案中，考虑到未成年人的生活环境，人民法院在裁定禁止实施家庭暴力措施的基础上，特别增加了一项措施，即暂时变更直接抚养人，将未成年人与原直接抚养人进行空间隔离。这不仅可以使人身安全保护令发挥应有功效，也能保障未成年人的基本生活，更有利于未成年人的健康成长。

案例六　吴某某申请人身安全保护令案

——父母应当尊重未成年子女受教育的权利，父母行为侵害合法权益的，未成年子女可申请人身安全保护令

关键词

未成年人 受教育权 精神暴力

基本案情

申请人吴某某（女）16 岁，在父母离婚后随其父亲吴某生活，于 2022 年第一次高考考取了一本非 985 高校。吴某安排吴某某复读，要求必须考取 985 高校，并自 2022 年暑期开始居家教授吴某某知识。开学后，吴某一直不让吴某某到学校上课。2022 年下半年，吴某某奶奶发现吴某将吴某某头发剪乱，不让其吃饱饭，冬天让其洗冷水澡，不能与外界交流（包括奶奶），并威胁其不听话就不给户口簿、不协助高考报名。因反复沟通无果，吴某某奶奶向当地妇联寻求帮助。妇联联合人民法院、公安、社区、教育局立即开展工作，赶赴现场调查取证。吴某某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果

人民法院经审查认为，申请人吴某某有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险，其申请符合人身安全保护令的法定条件。人民法院在收到申请后六小时内便作出人身安全保护令，裁定：一、禁止被申请人吴某对申请人吴某某实施家庭暴力；二、禁止被申请人吴某限制申请人吴某某人身自由、虐待申请人；三、禁止被申请人吴某剥夺申请人吴某某受教育的权利。

典型意义

未成年子女是独立的个体，他们享有包括受教育权在内的基本民事权利。父母对未成年子女负有抚养、教育、保护义务。在处理涉及未成年人事项时，应当坚持最有利于未成年人的原则，尊重未成年人人格尊严、适应未成年人身心健康发展的规律和特点，尊重未成年人受教育的权利。父母应当在充分保障未成年子女身体、心理健康基础上，以恰当的方式教育子女。本案中，父亲虽系出于让孩子取得更好高考成绩的良好本意，但其采取的冻饿、断绝与外界交流等方式损害了未成年人的身体健康，违背了未成年人的成长规律，禁止出门上学更是损害了孩子的受教育权，名为“爱”实为“害”，必须在法律上对该行为作出否定性评价。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：平钰骁　段茜茜

五、房产

“胜诉”了 10 万元的官司竟让她弄“丢”了价值 300 万元的遗产

原创：2023-11-16 方圆 黄莎 南茂林 等
https://mp.weixin.qq.com/s/nKGfsHUxKJGDTTmGRCXIEQ

本文为《方圆》杂志原创稿件未经授权，禁止转载

甜甜的父母很久以前便离婚了，父亲杨立郜于 2011 年病逝，未留下任何遗嘱。之后，父亲留下的价值 300 万元的建材厂竟登记在叔叔杨立途名下了，甜甜了解后才发现，这和 2018 年的一场借款官司有关，她当时以为的“胜诉”反而让她弄“丢”了父亲的遗产。当年那场官司究竟是什么情况？在父亲没留下遗嘱的情况下，甜甜还能要回遗产吗？

10 余年前的几张借条

2018 年 7 月，杨立郜生前的好友吴屹金向法院起诉，要求甜甜和杨立途偿还杨立郜向他借的钱。甜甜那时已在上海工作，便委托甘肃酒泉的律师作为其诉讼代理人出庭。

吴屹金提起的诉讼里，出现了多年前的几张借条。

吴屹金提供的借条显示，早在 2005 年，杨立郜因为建材厂的资金周转需要，向他借款 8 万元，借期 1 年，逾期加息 2 分利。2008 年的另一张借条显示，借款 10 万元，2009 年底还清，逾期利息 20%。

杨立郜和甜甜的母亲杜芸多年前已离婚，按照借条显示的借款时间，当时甜甜已满 18 周岁，正在外地求学，她并不知晓父亲借钱一事，家里其他人也不清楚情况。

但在杨立郜留下的遗物中，杨立途发现了第三张借条，显示由杨立郜于 2007 年 5 月 12 日出具，主要内容为：借款 9 万元，2007 年底还清，逾期利息 20%（原 2005 年 6 月的借条作废）。

正因为有括号内的这句补充说明，在那次庭审过程中，法院认为，从借条出具的时间先后顺序、借款数额和利率来看，双方借款本金的初始金额为 8 万元，每隔一段时间双方本息结算一次，即 2007 年借条是 2005 年借条的本息合计，2008 年借条是 2007 年借条的本息合计。

也就是说，3 张借条实际上是同一笔借款，双方最后一次结算结果是本息合计 10 万元，这也比较符合实际生活中的交易习惯。

庭审中，甜甜委托的律师辩称，甜甜虽然是杨立郜之女，但并没有继承遗产，故不应承担还款责任。

而杨立途在其答辩状及庭审过程中均陈述，自己虽然不是杨立郜的法定继承人，但建材厂是他们兄弟俩共同投资经营的，土地也是二人共有，只是登记在了哥哥一人名下，哥哥杨立郜离世后他已经接管了建材厂。**只要法院查证这笔借款属实，他愿意承担还款责任。**

2018 年 11 月，法院对吴屹金借款纠纷一案作出判决，认为杨立郜已身故，其生前债务应用其遗产偿还，**甜甜作为杨立郜遗产的法定继承人，在庭审中表示已放弃对父亲遗产的继承，所以不再承担偿还责任。**

而杨立途认可自己已接管杨立郜经营的企业及财产，所以杨立郜名下的建材厂由杨立途继承，杨立途向吴屹金偿还借款 10 万元。

不用还款，就是“胜诉”吗

法院判决后，甜甜接到了律师电话，称她并不需要承担还款责任，甜甜觉得自己“胜诉”了。

实际上，这并不是吴屹金第一次提起诉讼。吴屹金因为同杨立郜的借款纠纷，曾于 2011 年起诉杜芸和杨立途，法院以原、被告间没有债权债务关系，裁定驳回起诉。2017 年吴屹金再次起诉杜芸和杨立途，但后来又主动撤诉了。

正因如此，甜甜在对父亲杨立郜具体借款情况不太清楚的情况下，觉得这件事之前法院已经处理过了，债务也过了诉讼时效，**认为自己应该不需要再偿还借款了，对“胜诉”是有一定的心理预期的，所以并未发现有何不妥，更没有考虑到是否需要上诉。**

判决生效后，杨立途向吴屹金偿还了 10 万元借款。2019 年 3 月，过完春节，他便前往当地不动产服务中心，依据与吴屹金民间借贷纠纷案的判决书和 10 万元案件款缴纳收据，申请对建材厂名下的 9852.2 平方米土地进行不动产转移登记。当地的不动产服务中心也依法将建材厂的土地转移登记至杨立途名下。

直到 2020 年 1 月，甜甜才从亲戚那里得知这一情况。甜甜又惊又慌，连忙联系律师，仔细翻阅几年前那份判决书，这才发现了判决书中一句关键的表述——**“杨立郜的女儿甜甜明确表示放弃对杨立郜遗产的继承”。**

甜甜说，自己只是委托律师出庭应诉，并没有授权律师表示自己放弃对父亲遗产的继承。甜甜多次联系叔叔杨立途，都被对方以工作太忙为借口拒绝了。

倍感无奈的甜甜在律师的指导下，向酒泉市中级法院申请再审。**但由于此案已过上诉期，该院认为申诉人未提出上诉寻求救济，放弃了上诉权利，驳回了甜甜的再审申请。**

甜甜也因此陷入绝望的境地，父亲的遗产真的要不回来了吗？

折腾了约半年后，甜甜向酒泉市肃州区检察院递交了申请监督材料。她表示，自己是父亲杨立郜唯一的法定继承人，从来都没有表达过不愿继承遗产的意见，**一审法院在未收到甜甜书面形式放弃继承的证据情况下，便处分了她的继承权，超出诉讼请求。**而且，为了 10 万元债务，放弃继承约 300 万元的遗产，明显不合理。

办案检察官了解了甜甜的申请监督理由，又审查了原审判决，找到了因当年律师疏忽导致甜甜错过上诉期这一矛盾焦点。肃州区检察院就此案向酒泉市检察院提请抗诉。

受理此案后，酒泉市检察院第四检察部负责人赵丽娟详细审查原审案卷，有针对性地查看律师代理权限和有无放弃遗产继承的相关材料，**发现甜甜与委托代理律师签署的授权委托书的代理范围只限于吴屹金民间借贷纠纷案，代理权限是一般代理。**

依据法律规定，一般代理仅涉及程序权利，特别代理才包括承认、放弃诉讼请求等实体权利，且特别代理必须以“书面+列举”方式予以明确。所以，甜甜的委托代理律师是无权发表关于其放弃遗产继承的意见，法院也不应该就此认为甜甜已放弃继承遗产。

虽然确认了这一点后，已经能确定原审判决有误，案件达到了抗诉标准，但赵丽娟认为，如果只是就案办案，并不能真正解决此案中 4 名当事人的纠纷，甚至有可能激化本就存在已久的矛盾。**只有查清事情的来龙去脉，查明杨立郜遗产的继承情况和遗产现状，才能在再审法庭上客观呈现案件事实。**

无遗嘱，但有多份遗产协议

于是，酒泉市检察院对三方当事人进行多次询问，对案件中吴屹金的借贷纠纷、甜甜的遗产继承纠纷、涉案土地转让有可能涉及的潜在纠纷和杜芸是否承担还款责任等问题进行了全面审查。检察机关在和吴屹金沟通时，吴屹金认为自己从 2005 年出借钱款，到 2018 年起诉，**历经 13 年，**

终于能拿到钱，现在又突增了不确定性，几番折腾已经让他心力交瘁。

赵丽娟反复和吴屹金沟通，表示甜甜的继承权和他的债权同等重要，都应当受到法律保护。而且经审查，检察机关认为 10 万元的债权是真实存在的，所以，检察机关监督这个案件不会对他的债权有什么影响，只不过需要他配合工作。

沟通过后，原本愤怒、不解的吴屹金渐渐理解了检察机关的工作，也愿意配合。

杨立途认为，他已经给了 10 万元，建材厂也办到了自己名下，建材厂也处于亏损状态，经营管理也付出了一定的代价，就不应该再动了。

甜甜则认为，债权是债权，她的继承权不应该受到影响，任何人都不能剥夺她的遗产继承权。她的母亲杜芸也要考虑再审是否会对她有影响，是否还会让她也承担一部分债务。

酒泉市检察院办案人员到建材厂了解情况，发现建材厂已经不再实际经营，但这家建材厂位于工业园区，所在的这片土地价值较高。据悉，10 多年前就接近 300 万元。当初也曾有企业想买这块土地，已经快谈拢了，但最后没卖成。

办案人员也前往当地不动产服务中心，调查核实了案涉土地的转移登记情况，并告知相关行政机关该土地的登记存在纠纷。他们也劝告杨立途，暂时不要自行处分土地，以免矛盾升级。

而关于建材厂的出资、归属情况，甜甜和杨立途都向检察机关提供了大量书面材料。从书证产生的时间顺序和遗产继承协议的内容来看，建材厂是杨立郜独资经营，杨立途未能提供任何他参与出资的证据。

在杨立郜病逝后，甜甜委托她的母亲杜芸办理遗产继承的相关事务，也对委托书进行了公证。

2012 年至 2014 年，杜芸与杨立途就建材厂的继承签订了多份协议，最后一份协议签订于 2014 年 7 月，双方按照当时一个买家出价 270 万元的价格，扣除双方确认的 82 万元债务，剩余 188 万元，甜甜和杨立途各得 50%，由杨立途向甜甜直接给付 94 万元现金。

然而，2014 年这份协议，甜甜和杜芸对这 82 万元的债务仍存疑，最终也因为各方日积月累的矛盾冲突较大，没能继续。同年，杨立途也曾经向相关部门申请将建材厂的土地转移登记在自己名下，但没有成功。

经全面审查，酒泉市检察院全面梳理了此案涉及的多项纠纷。

2021 年 1 月，酒泉市检察院以原审判决认定甜甜明确表示放弃继承的事实错误、损害了甜甜的遗产继承权为由，向法院提出抗诉。

2021 年 5 月，酒泉市中级法院作出再审裁定书，指令原审法院再审该案。2021 年 7 月，原审法院再审开庭，酒泉市检察院指派办案检察官出席再审法庭，依法宣读了民事抗诉书，发表了法律监督意见，对所列内容全面举证。

酒泉市检察院认为，甜甜的委托代理人仅接受吴屹金民间借贷纠纷案的委托，无权处分甜甜的遗产继承权利。原审案卷中也没有甜甜明确表示放弃继承遗产的证据。甜甜自始至终没有作出放弃继承的意思表示，原审案卷中也没有放弃继承的书面材料，或者放弃继承的笔录。

再者，法律规定，继承从被继承人死亡时开始，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的意思表示，没有表示的，视为接受继承。**而甜甜和杨立途签订的遗产继承协议显示，两人各得建材厂 50%的份额，这也说明甜甜实际已经继承了建材厂。**

2022 年初，原审法院再审判决认为，甜甜在原审的委托代理人无权代为处分遗产继承权利，甜甜也没有表示放弃遗产继承，根据甜甜和杨立途签订的遗产继承协议，判令二人在遗产继承范围内承担还款责任。

杨立郜向吴屹金借钱时，他和杜芸已离婚，借条显示钱款也都用于建材厂的资金周转，所以产生的债务不属于夫妻共同债务，杜芸无须承担债

务。抗诉书审查认定的案件事实，经过法院再审均得到了确认。



2022 年 5 月，酒泉市检察院检察官赵丽娟、书记员张旭在此案再审改判后，去往不动产登记中心，进一步调查了解案涉土地的转移登记情况，从根本上解决矛盾纠纷。（来源：资料图片）

吴屹金、杨立途、甜甜和杜芸都表示对判决结果没有异议。甜甜也依据抗诉书和再审判决，向行政机关申请撤销了土地转移登记，恢复了建材厂的土地使用证，打算和叔叔杨立途商议共同出售土地。

赵丽娟说：**“此案的办理没有孤立片面地割裂 4 名当事人的矛盾冲突，而是对相互交织的多个纠纷进行了全面审查，在抗诉书认定事实部分进行了详细阐述，最后也真正实现案结事了。”**

赵丽娟告诉《方圆》记者，这个案子非常能体现“精准监督不是口号”这句话。她认为，无论什么案子，办案的基础是查明案件事实，原则是适用法律准确，目标是公平正义，要做到这三点说到底就是要多想一层，多走一步，多做一些，要进行大量的调查核实工作。

（文中涉案人员均为化名。本文有删减，更多内容请关注《方圆》10 月下期）

本文杂志原标题：《父亲的建材厂怎么登记到叔叔名下了》

编辑 | 肖玲燕 王丽　**设计** | 刘岩
记者 | 黄莎
检察日报记者 | 南茂林
通讯员 | 王媛君

六、社会新闻

上海一老人去世后，儿媳却拒绝将她与老伴合葬？俩女儿诉至法院

原创：2023-11-19 上海法治报 陈颖婷
https://mp.weixin.qq.com/s/Zp3OW5r4p9u5_IqmwP11tA

苏阿婆去世后却迟迟难以入土为安，只因儿媳拒绝她与老伴的合葬。为此，苏阿婆的两个女儿将嫂嫂告上法院，要求其配合办理老母亲落葬事宜。日前，上海市长宁区人民法院作出了一审判决

苏阿婆和老伴张老伯膝下有一子二女。2017 年 7 月，因张老伯病重，儿子儿媳出资购买了位于嘉定区某墓园的双穴墓地，载明使用人为张老伯和苏阿婆。一个月后，张老伯去世，并安葬于该墓穴。

2022 年 6 月，儿子张先生去世了。两个月后，苏阿婆也过世了。但此时儿媳却因为墓穴购置费用与两个小姑子发生争执，于是拒绝配合苏阿婆与张老伯合葬。

无奈之下，两个女儿只能出资将母亲的骨灰暂时寄存在他处。为了让母亲能与父亲相聚，两个女儿将嫂嫂告上了法院。

两个女儿认为，嫂嫂与墓园签订的墓穴购销合同约定使用人为苏阿婆和张老伯，其实质属于为两人的利益而订立的合同，涉案墓穴的唯一目的是供苏阿婆和张老伯殡葬使用，故苏阿婆享有对涉案墓穴的使用权。上海禁止囤积墓穴，墓穴购买时须登记使用人，且禁止擅自转让、变更使用人，**另行安葬苏阿婆骨灰几无可能。**该墓穴为双穴，夫妻合葬、父母合葬是我国的传统习俗，将死者的骨灰进行安葬，符合我国传统的道德观念和善良习俗，应予以维护；**嫂嫂拒绝配合落葬，侵犯了他人的人格尊严。**

嫂嫂则认为，公婆并未出资购买墓地，而是她和丈夫出资的。公公留有遗嘱，写明“丧事从简、以节约为原则。”她认为至小姑起诉时，自己并未阻挠婆婆下葬事宜，而是计划在逝者的生日落葬，**嫂嫂认为依据婆婆意愿，墓穴费用应由两个小姑子负担。**

法院审理后认为，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。子女及其亲属在父母亡故后应当妥善安葬、安置父母的遗体或骨灰，为父母购墓、立碑等行为作为一种民间习俗，符合我国传统伦理的一般观念，符合社会主义道德，应纳入《民法典》规定的民事活动应当遵守的公序良俗范畴。

另根据相关法律规定，墓穴的购买者不得转让墓穴，墓穴使用人的姓名不得变更。本案《墓穴购销合同》载明的使用人为张老伯、苏阿婆，两个女儿提供的施工登记单显示其墓碑字样也为张老伯、苏阿婆，上述证据足以证明该墓穴的使用人是张老伯、苏阿婆，上述使用人、用途均具有排他性。**法院依法确认张老伯、苏阿婆对该系争双墓穴有特定的使用权。**

因该权利的行使时间客观上发生于权利人苏阿婆死亡之后，故权利人苏阿婆实际上已无法自己行使该权利。按照公序良俗和我国的民族传统，**在苏阿婆亡故后，两原告作为其女儿，有权代为行使该权利。**

嫂嫂虽然作出相关辩解，但不影响其应配合办理安葬手续，否则即为违反公序良俗，侵害了苏阿婆享有的墓地使用权，故嫂嫂和墓园应协助两个女儿办理苏阿婆的骨灰落葬手续。

记者 | 陈颖婷

编辑 | 魏艳阳 王菁

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

冉克平 | 论婚姻无效的法律效果

原创：2023-11-01 现代法学 冉克平
https://mp.weixin.qq.com/s/GuIQWQ66wmX94N-I9gn6ag

作者简介

冉克平（1978），男，湖北枝江人，武汉大学法学院教授，博士生导师。

摘要：家事法中当事人的意思自治、家庭共同体以及社会公共利益三方面的复杂维度构成的价值秩序决定了无效婚姻与可撤销婚姻法律后果的特殊性质。无效婚姻转换为有效婚姻不仅包括当事人已达到法定婚龄的情形，还包括拟制血亲关系解除后，不具有自然血亲关系的平辈兄弟（堂、表）姐妹之间缔结婚姻关系，以及前婚已经消灭，后婚转换为有效婚姻的情形。在婚姻无效或者被撤销的情况下，无过失方请求过失方承担损害赔偿的请求权基础包括侵权责任与缔约过失责任两方面。婚姻被宣告无效或者被撤销后当事人的财产关系原则上属于共同共有，这与离婚的法律后果极为相似。对于婚姻被宣告无效或者被撤销之前当事人一方以夫妻名义对外负债的情形，应当在外观主义下参照适用《民法典》第 1064 条关于夫妻共同债务的规范。

关键词：无效婚姻；可撤销婚姻；人身关系；无过错方；财产关系；外观主义

本文载《现代法学》2023 年第 5 期

目 次

一、问题的提出
二、无效婚姻与可撤销婚姻的构成要件及其价值秩序
三、婚姻无效与被撤销对于当事人人身关系的法律后果
四、婚姻无效与被撤销对于当事人财产关系的法律后果
五、结论

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）将婚姻家庭领域的各项具体法律制度集中系统地纳入婚姻家庭编，结束了长期以来婚姻法相对独立发展的历史。然而，《民法典》的编纂并非简单的法律汇编。立法者通过“提取公因式”技术形成“总-分”结构并援引参照适用条款，使财产法与家庭法在整体上呈现出鲜明的体系化特征。“公因式”系民事法律行为，其被视为总则编的核心，旨在为民事主体提供一种受法律保护的自由与自主决定的可能性。《民法典》第 464 条第 2 款规定婚姻、收养、监护等身份关系协议参照适用合同编的相关条款，这使其成为沟通家庭法与合同法，连接伦理秩序与交易体系的重要桥梁。然而，《民法典》总则编的法律行为效力制度以财产行为为原型，身份关系在价值与规范层面均具有特殊性，难以像财产关系那样实现抽象化和概念化。因此，**《民法典》婚姻家庭编中的结婚、收养等身份行为规范与总则编中的法律行为制度之间并非简单的特别规范与一般规范的关系，而应基于身份行为的性质对二者间的关系予以判断。**

《民法典》第 1054 条规定的是无效婚姻与被撤销婚姻的法律后果。该条主要沿袭了《中华人民共和国婚姻法》（已废止，以下简称原《婚姻法》）第 12 条的内容，同时增加“婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿”作为第 2 款。《民法典》总则编中法律行为无效后果的实质在于，当法律行为无效或被撤销时，将产生某种法律效果来取代当事人之间业已形成的法律行为。由于财产法与家庭法之间的复杂联系，从法教义学上看，无效婚姻与被撤销婚姻的法律后果不仅面临着如何与总则编相互协调的问题，例如，在有关婚姻无效或被撤销的法律后果无特别规定时，是否仍然可以参照适用后者的规定；更为重要的是，如何在婚姻无效或被撤销的法律后果中体现家庭法领域特有的男女平等、婚姻自由、家庭伦理、弱者保护等原则。

与财产行为无效法律后果的研究相比，目前我国学术界对于婚姻无效法律后果的探讨仍然较为薄弱。在《民法典》实施的背景下，笔者拟从无效婚姻与被撤销婚姻的构成要件及其价值伦理基础出发，结合比较法上的相关立法与学说，梳理我国近年来的相关司法案例，**对无效婚姻与被撤销婚姻的人身关系、损害赔偿、共同财产分割、债务清偿等法律后果进行探讨**，以期促进婚姻家庭法教义学的构建。

二、无效婚姻与可撤销婚姻的构成要件及其价值秩序

（一）无效婚姻与可撤销婚姻的构成要件

民法奉行私法自治的理念，民事法律行为是私法自治原则在民法领域得以全面贯彻的工具。法律行为在逻辑上具有成立与生效两个阶段。法律行为的成立是法律对其产生形式上的拘束力所设的最低要求，需要行为人主动创造条件去实现。通常情形下，为彰显意思自治并鼓励交易，契约的成立只需当事人达成形式意义上的合意。但是，对于婚姻而言，登记是其特殊成立要件。当事人之间存在达成婚姻的合意但是未登记的，在民法上视为婚姻不存在。结合《民法典》第 1050 条的规定，如果在形式上具有“事实婚姻”关系的男女双方补办结婚登记手续，该婚姻关系即产生溯及既往的效力，当事人的婚姻从符合法律规定的结婚实质要件时起算。相反，如果在形式上具有“事实婚姻”的双方并未补办结婚登记，那么他们仍然属于同居关系，该“事实婚姻”并不产生合法的婚姻和继承关系。因此，婚姻不成立存在两种情况：其一，婚姻双方在缔结婚姻时欠缺结婚合意；其二，未办理婚姻登记或婚姻登记程序违法（例如对伪造、变造身份或者冒充他人身份的当事人进行婚姻登记），对于后者，通常认为该程序违法属于行政法上的违法行为，因登记存在瑕疵导致婚姻不成立。婚姻不成立并未在《民法典》婚姻家庭编中明文规定，但通说认为在法律效果上其与婚姻无效或可撤销并无显著差异。总的来说，无效、被撤销或不成立的婚姻皆自始没有法律约束力，且不能在当事人之间产生法定的夫妻权利义务，因而在此一并对三者进行讨论。

法律行为的有效障碍事由可以区分为**“自我决定的内在限制”与“自我决定的外在限制”**。“自我决定的内在限制”源自行为人的自身意志，包括民事行为能力瑕疵、单方虚伪表示以及通谋虚伪表示；**“自我决定的外在限制”包括两种情形**：一是因他人的因素不当影响行为人的意志，包括单方虚伪表示、重大误解、通谋虚伪表示、欺诈、胁迫、显失公平等；二是行为人违背强制秩序，包括效力性强制规范与公序良俗原则。根据《民法典》第 1051~1053 条，婚姻无效的原因包括重婚、有禁止结婚的亲属关系以及未到法定婚龄三种情形；婚姻被撤销的原因包括胁迫与欺诈，其中欺诈仅限于一方患有重大疾病但在结婚登记前未如实告知另一方的情形。上述各类情形即为无效与可撤销婚姻的法定构成要件。无效婚姻与可撤销婚姻虽然都是对不符合法定结婚要件的婚姻

在效力上的否定性评价，但是**可撤销婚姻贯彻了意思自治与信赖保护原则，体现了法律对民事主体自由意志的尊重，属于上述“自我决定外在限制”的第一种情形**，该类婚姻主要与当事人的权益相关，因而其否定性评价具有相对性，法律赋予受害人撤销婚姻或维持婚姻的选择权；而**无效婚姻则旨在维护国家利益或社会公共利益，属于上述“自我决定外在限制”的第二种情形**，因而必须予以取缔。

与总则编的法律行为无效和可撤销情形相比，《民法典》婚姻家庭编规定的婚姻无效和可撤销情形非常有限，尤其是婚姻无效的情形具有限定性，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）第 17 条规定，当事人不得以《民法典》第 1051 条规定的三种情形以外的情形请求确认婚姻无效。**对于可撤销婚姻，有疑问的是，其构成要件能否参照适用《民法典》总则编的重大误解规范？**有学者认为，在缔结婚姻时，一方对另一方的健康状况、性取向等认识存在较大偏差，如果当事人对上述基本情况负有告知义务而未告知，则可以构成欺诈。而有学者认为，上述认识错误的情形没有适用婚姻可撤销规则的必要。从比较法上看，《意大利民法典》第 122 条第 2 款规定，一方因对另一方的人身辨认出现错误，或对其个人基本情况产生重大误解而表示同意结婚的，可以提出婚姻无效之诉。在美国家庭法上，如果错误是关于一方对另一方身份的认识，或者是关于结婚仪式性质的认识，婚姻可诉请无效。我国《民法典》第 1053 条规定的婚姻缔结的欺诈事由具有限定性，如果在与婚姻缔结有实质决定意义的事项中一方对相对方产生认识错误，而该错误认识并非另一方的故意隐瞒或者虚假陈述所致，为了维护缔约错误一方的意思自由，**可以参照适用总则编的重大误解规范予以撤销**。

此外，如上文所述，法律行为的“有效障碍事由”包括当事人民事行为能力存在瑕疵这一情形。然而，**《民法典》婚姻家庭编却并未将结婚行为能力瑕疵纳入婚姻无效或可撤销的法定事由当中**。因而有争议的是，**已达法定婚龄的当事人欠缺结婚行为能力能否参照适用《民法典》第 144 条导致婚姻无效？**反对者通常以《民法典》第 1052 条的封闭性为由排除对第 144 条的参照适用，从而否认结婚行为能力欠缺对婚姻效力的影响。然而，立法者之所以将完全民事行为能力作为民事法律行为的效力要件，是为了防止无行为能力人因其行为承担不利后果，因为无行为能力人并不能理解其行为的法律意义，其在作出行为时也不可能追求特定的法律效果。婚姻缔结行为作为身份行为虽有别于财产法上的法律行为，但也存在保护无行为能力人的需求。**已达法定婚龄但欠缺结婚行为能力的精神病人或者严重智力障碍患者根本无法形成有效的结婚意思，遑论与另一方当事人形成有效的结婚合意。**因此，已达法定婚龄但欠缺结婚行为能力者所缔结的婚姻应当**参照适用《民法典》第 144 条认定为无效婚姻，除非当事人在缔结婚姻时已重获行为能力，且人民法院已经依法作出撤销或者变更其无行为能力的宣告。**进一步需讨论的是，如何判断当事人是否具有结婚行为能力？民事行为能力与年龄、智力状态有关，结婚行为能力亦是如此，但两者并非等同。结婚行为能力的标准需综合考虑多方面因素。依据《宪法》对婚姻家庭的保护条款，立法应当尽可能地减少结婚的障碍，即结婚障碍谦抑原则。如果法律设置较高的结婚能力标准，实质上会剥夺许多精神病人对婚姻的体验。这构成对自由、平等两项基本权利的过度禁止，不符合比例原则的要求。同时，法律对结婚行为能力也不能设置过低的标准。这一方面是为了防止相对方以图谋财产或生育子女为目的与精神病人缔结婚姻，从而避免对精神病人的财产和人身安全造成危害；另一方面，结婚会产生夫妻扶养、子女生育以及财产管理等一系列人身和财产关系，如果精神病人缺乏相应的行为能力，则其不仅不能维护正常的

婚姻家庭关系，还有可能将精神方面的疾病遗传给后代，损害社会公共利益。鉴于结婚与交易的行为能力在本质上均属于意思能力，因此**对于结婚行为能力的判断仍然可以建立在民事行为能力的制度基础之上，同时结合结婚的特殊性质参照适用《民法典》总则编的相关规定**。具体而言，已达法定婚龄的限制民事行为能力人是否具有结婚行为能力，应以其能否明确地表达结婚意愿，理解结婚后的法律关系和夫妻权利义务，以及可以履行结婚登记程序为标准。为了保护精神病人的合法权益，应当以监护人的同意为条件。在精神病人缔结婚姻时，婚姻登记机关应对婚姻缔结过程进行同步录音录像，以规范婚姻登记程序。

（二）无效婚姻与可撤销婚姻的价值秩序

在抽象的法律行为意义上，无论是无效合同、可撤销合同还是无效婚姻、可撤销婚姻，均体现了《民法典》对民事法律行为所施加的**合法性控制**。就合同法而言，无效合同与可撤销合同的原因与类型根植于合同法的价值体系，可以分别从个体与社会共同体两方面观察。一方面，从个体角度出发，个人的自由意志居于核心地位。意志自由还可以涵盖信赖保护原则。因此，无效合同与可撤销合同本质上以“自由”价值为核心，围绕意思自治与信赖保护展开。侵害行为人意志自由的法律行为瑕疵，例如民事行为能力欠缺、单方虚伪表示、欺诈、胁迫、显失公平等，通常构成可撤销的法律行为或者效力待定的法律行为；另一方面，从社会角度出发，合同法具有维护社会性价值（共同体利益）的功能和追求。伴随着社会经济结构的变迁，雇主与劳动者、经营者与消费者之间的实际强弱差距致使自由平等的“抽象理性人”假设遇到了前所未有的挑战，社会的高度发展也使得经济垄断、贫富悬殊、环境恶化等问题日益严峻。为追求实质公平或社会均衡，避免形式上的契约自由偏离实质意义上的契约正义，现代合同法主张对个人权利或自由作出限制，以维护社会公共利益。

就婚姻家庭法而言，传统社会的婚姻家庭法以家庭为本位，建立在父权和夫权的基础之上。随着经济社会的发展，**个人主义、自由原则等理念**逐渐扩张至婚姻家庭法，使得婚姻家庭法逐步从家族本位中脱离出来。这**为婚姻家庭法中的各种自治行为适用或者参照适用《民法典》总则编与合同编的相关规定提供了价值基础**。西方权利观念以个人本位的价值为基础，“家”在西方新现代伦理的论述中被个人主义观念所消解。然而，中国的个人权利仍然无法摆脱家庭关系而独立实现，在日常生活中，血缘关系、家庭观念、伦理道德等传统秩序仍然发挥着重要作用。因此，**我国家庭法除了存在个人的自由意志与社会共同体利益两个价值维度之外，还存在家庭团体的价值维度，这是家庭法与合同法在价值体系上的显著差异。**合同关系只是自主的社会成员相互连接交换资源的表现形式，这种连接是通过自由缔结契约的方式实现利己的个体目的。然而，婚姻关系属于典型的初级联合体，家庭成员之间的关系是具有情感的，不可计算也不可替代。婚姻关系以及亲子关系的内容在很大程度上源于伦理秩序的预先设定，与合同关系中存在大量的任意性规范相比，结婚等身份关系具有更多的强制性。

家庭法中当事人的意思自治、家庭共同体以及社会公共利益三方面的复杂维度构成的价值秩序以及人身关系、财产关系的双重内容，决定了无效婚姻、可撤销婚姻与无效合同、可撤销合同相比，其法律后果更具特殊性。在家庭法的三维价值秩序之下，立法坚持的是人格独立下的团体主义，即**在保障个人利益的同时维护婚姻家庭关系的稳定，实现婚姻家庭的社会功能**。无论是无效婚姻还是可撤销婚姻，其均属于业已成立的婚姻，当事人之间通常已经存在夫妻共同生活的事实，还有可能形成亲子关系，这具有浓厚的人伦色彩。**由于人伦身份关系的存在，无效婚姻和可**

撤销婚姻的法律后果未必能够如无效合同和可撤销合同那样，使当事人的利益状态恢复如初。诚如史尚宽先生所言：“身份行为注重方式，既成事实应尽量予以维持，苟具备方式而成立，应许意思与方式之事后结合，即应许无效行为之追认，以谋身份关系之安定。”原《婚姻法》将婚姻可撤销规则的适用限定于胁迫情形，而否认其他意思表示瑕疵对婚姻效力的影响，这可以看出我国婚姻法试图维持身份关系安定以及共同体价值，但这也在一定程度上牺牲了当事人的救济路径。《民法典》第 1053 条增加了一方患有重大疾病不如实告知的欺诈情形，扩张了婚姻缔结行为中当事人意思自治的价值维度。因此，在判定婚姻无效和可撤销给当事人带来的各项法律后果时，应当考虑到婚姻无效和可撤销制度背后的价值秩序，在尊重当事人意思自治、保护无过错方利益的同时，充分考虑已产生的法律事实，**尽可能维护已形成的人身财产关系的稳定性。**

三、婚姻无效与被撤销对于当事人人身关系的法律后果

与法律行为无效相比，**婚姻无效的首要特点为其并非当然无效，而是需要经过当事人申请与法院裁判确认。**未经上述程序，即便某段婚姻关系事实上满足无效或可撤销的构成要件，其也属有效婚姻。因而法院宣告系婚姻无效法律后果实现的必经环节，对婚姻无效法律后果的讨论需以明确宣告程序的实施者及申请者为前提。此外，**婚姻无效亦存在补正可能，**当婚姻的效力障碍事由在当事人申请宣告婚姻无效前便已消除时，该婚姻即不可能经宣告程序而无效。在经过上述前置程序后，未被补正的无效婚姻才能真正对当事人的人身关系产生法律后果，这其中主要涉及无效婚姻双方当事人之间的关系及当事人与其子女之间的关系，而需重点解决的问题是，如何在婚姻无效的法律后果中实现对无过错方当事人的法律保护。

（一）无效婚姻与可撤销婚姻的宣告

《民法典》第 157 条规定了合同无效或者被撤销的法律后果，其规范目的在于使当事人的利益关系“恢复至各方当事人在民事法律行为实施前的状态”。法律行为无效通常不必经过无效宣告程序，但是身份行为（结婚、收养）的无效则必须经过宣告方能实现。法律行为的撤销一般不需要采取特定形式，即使针对要式行为亦是如此，但是**婚姻的撤销必须通过诉讼的方式实现。**宣告婚姻无效属于确认之诉，**宣告婚姻被撤销则属于形成之诉。《民法典》第 1052 条废除了原《婚姻法》第 11 条规定的因受胁迫结婚的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻的“二元制”，**仅保留了向人民法院请求撤销婚姻的规定。这是因为，可撤销婚姻的胁迫事由与欺诈事由的判断非常复杂，撤销婚姻后如何处理双方的财产关系和可能存在的子女抚养问题，亦需要经过审理弄清是非曲直才能作出合理裁判，婚姻登记机关难以胜任该项工作，应当由人民法院处理。

申请宣告婚姻无效的主体包括婚姻当事人及利害关系人。依据《婚姻家庭编解释（一）》第 9 条规定，利害关系人通常是指婚姻当事人的近亲属。在因重婚导致婚姻无效的情况下，依据《刑事诉讼法》的规定，利害关系人还应当包括检察机关。由于无效婚姻侵害的是社会公共利益，为保障受害人尤其是妇女的合法权益，防止婚姻当事人的近亲属主观上不愿意或者客观上无法（比如女性被拐卖而被胁迫结婚的情形）向人民法院请求确认婚姻无效，应当由检察机关代表国家作为利害关系人提起公诉，以更好地维护公共利益以及受害人的合法权益。我国立法上未对无效婚姻的宣告作时间限制，但是根据《民法典》第 1052 条和第 1053 条，可撤销婚姻的除斥期间为 1 年，起算时间则根据胁迫婚姻和欺诈婚姻的不同情况分别确定。

（二）无效婚姻的补正

《民法典》总则编的法律行为无效并不存在事后转化为有效的可能性，但是**根据《婚姻家庭编解释（一）》第 10 条的规定，无效婚姻可在无效情形消失后转化为完全有效的婚姻**。例如结婚时未达法定婚龄，但是申请确认婚姻无效时双方当事人均已达到法定婚龄的，该无效婚姻转换为有效婚姻。近亲之间的婚姻无效是基于优生学的考虑与社会伦理道德的要求。血缘关系属于自然事实，因而无效的原因不存在消灭的可能。依据《德国民法典》第 1307 条和第 1755 条规定，即使血缘关系因为收养而消灭，婚姻障碍仍然存在。被收养人和亲生父母及其血亲之间的血缘关系虽然通过收养关系的建立在法律意义上被排除，但于事实意义上仍然存在。因此，具有事实上血缘关系的当事人禁止结婚。然而，在拟制血亲之间成立的无效婚姻关系中，**如果拟制血亲之间亲属关系依法解除，该无效婚姻能否转换为有效婚姻？**如果完全从前述司法解释的文义来看，由于法定无效婚姻情形已经消失，无效婚姻可以转变为有效婚姻。**但即使拟制血亲关系被解除，由于尊亲属与卑亲属之间业已形成的伦理禁忌观念并不会消失，故双方形成的婚姻关系不得由无效转换为有效；而不具有自然血亲关系的平辈兄弟姐妹、堂（表）兄弟姐妹之间形成的伦理禁忌观念较弱，因此在申请婚姻无效时如果双方已经解除了拟制血亲关系，该无效婚姻可以转为有效。**

在重婚的情况下，由于重婚人违反了一夫一妻制原则，因此无论重婚的后婚配偶是否知悉对方有配偶，都不能改变后婚属于无效婚姻的性质。然而，**在当事人或者检察机关请求宣告后婚无效时，前婚因离婚或一方当事人死亡而消灭的，后婚是否可以转换为有效婚姻？**现行法律及司法解释对此并无明确规定。有学者持否定说，认为重婚系严重违反一夫一妻制原则的行为，因此即使前一个婚姻归于消灭，后一个婚姻也不可能转换为有效婚姻，构成犯罪的，还应当予以刑事制裁。而持肯定说的学者认为，重婚的原因比较复杂，尽管重婚为后婚无效的原因，但在利害关系人申请宣告后婚无效时，前婚当事人离婚或前婚被宣告无效、被撤销的，应认为已不存在重婚情形，后婚有效。此外，还有观点认为重婚是为法律所否定的行为，仅仅基于重婚一方具有善意就维持重婚的效力，将严重破坏婚姻的安定性，给社会带来更大的信仰危机。只有在重婚双方均为善意且无过失时，后婚才不因构成重婚而无效。**从我国司法实践来看，绝大多数人民法院主张前一个婚姻已经消灭的情形下，后一个婚姻可以转换为有效婚姻。**但是也有人民法院认为，即使前一个婚姻已经消灭，后一个婚姻也不能转换为有效婚姻。比较而言，肯定说更为合理。在家庭法价值谱系上，当事人的意思自治、家庭共同体以及社会公共利益形成相互联系和制约的复杂维度。无效婚姻的法定无效情形消灭意味着无效婚姻违背社会公共利益的因素已经不复存在。为了尊重当事人的意思自治，凸显婚姻家庭共同体的价值，如果前婚已经消灭，后婚可以转换为有效婚姻，且自前提条件成就时发生效力，不具有溯及既往的效力。

（三）人身关系法律后果认定中对无过错方当事人的法律保护

《民法典》第 1054 条规定，无效或者被撤销婚姻自始没有法律约束力。因此，婚姻无效或者被撤销虽具有特殊性，但是在法律后果上和以财产为内容的法律行为相同，自始不受法律保护，应当恢复至结婚登记前的状态。由于当事人之间不具有夫妻关系，故夫妻之间的扶养费请求权、继承权以及同居义务、忠诚义务等均无存在的法律依据。然而，**为了保护子女的合法权益，无效婚姻和被撤销婚姻的溯及力应受到一定的限制。**无效或被撤销婚姻当事人与其所生子女之间的权利义务，与合法婚姻的当事人与其所生子女之间的权利义务相同，主要包括《民法典》第 1067 条~1070 条中所规定的内容。在学理上，完全否认无

效婚姻或者被撤销婚姻当事人在婚姻关系上的法律效力的观点受到质疑。有学者认为，原《婚姻法》第 12 条在保护无效或可撤销婚姻中的无过错方上存在两个立法漏洞：一是无效和被撤销婚姻自始无效的规定不得针对诚信方配偶；二是诚信方配偶应当享有对另一方的损害赔偿请求权。

从比较法上看，法国采取的是**保护诚信配偶**的立法例，《法国民法典》第 201 条和第 202 条规定，无效婚姻和可撤销婚姻对诚信方配偶不具有溯及力。这实际上确定了“推定婚姻的合法性”。善意是立法者承认“推定婚姻”的唯一条件。《德国民法典》第 1318 条规定废止婚姻原则上不发生溯及既往的效力，其基本立场是参照有关离婚的具体规定。例如，结婚时不知晓婚姻废止原因的一方，或被欺诈、胁迫的一方，可以在婚姻废止后向另一方主张扶养请求权。虚假婚姻废止后，原则上不产生任何扶养请求权；配偶一方在结婚时知道婚姻是可废止的，就不能享有法定继承权。如果一方配偶明知婚姻会由于其伴侣无行为能力、存在重婚或法律禁止的血缘关系等情况而废止，其建立共同生活的行为就属于权利滥用。从德国民法已废止婚姻的效力规定来看，其注重对诚信配偶权益的保护。另外一种立法例以《韩国民法典》第 806 条、第 825 条为代表，其规定当事人一方因结婚无效或被撤销而受有损害者，得向他方请求赔偿。但他方无过失者，不在此限。该立法例不考虑当事人的诚信对婚姻被宣告无效或撤销的法律效果的影响，只规定无过失方对引发婚姻无效或被撤销的过错方可以请求损害赔偿。有学者认为，“无过失”的意思是“尽了注意义务”，“注意”涉及意志和行为领域；而诚信涉及理解的领域，是对一种事实状态的认知。**诚信婚姻对善意配偶的保护体现在家庭法与继承法上，而无过失方的损害赔偿主要表现为侵权责任法领域**，两者的规范目的与涵摄范围均不相同。

我国《民法典》第 1054 条并未规定对无效婚姻中诚信配偶的保护规则，但是该条第 2 款规定婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。在现代民法上，无效婚姻与被撤销婚姻在人身关系上是否具有溯及力属于立法政策选择的问题。由于我国《民法典》原则上规定婚姻无效或者被撤销后便**溯及既往地归于消灭，故司法实践通常并不认可无效或被撤销婚姻当事人存在夫妻权利义务以及继承权关系。**但是，**若无效婚姻的当事人在一起生活的时间比较长，可以考虑在继承份额上予以适当补偿。**这在一定程度上体现了婚姻关系的事实属性，其依据是《民法典》第 1131 条，即继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配适当的遗产。

无过错方有权要求过错方承担损害赔偿责任。损害赔偿请求权人仅限于无过错方配偶，即对于婚姻无效或者被撤销的事实不知道或者不应当知道的配偶。如果是法律禁止结婚的近亲属结婚，由于双方均非善意，故不存在无过错方配偶。除此之外，**婚姻无效或者被撤销的无过错方配偶包括：（1）受到欺诈或被胁迫的一方；（2）产生重大误解且是无过失的一方；（3）重婚中不知道或者不应当知道相对方已经缔结前婚的一方。**此外，未到法定婚龄者或已到法定婚龄但欠缺民事行为能力者缔结的婚姻，也可能被宣告无效。**若一方为未到法定婚龄的完全民事行为能力人，另一方不知且非因重大过失而不知对方未达法定婚龄的（如对方使用变造过年龄的身份证），则后者可以被视为无过错方。**若一方为未到法定婚龄的未成年人或无民事行为能力人，**另一方明知对方欠缺结婚行为能力而在未经对方监护人同意的情况下诱导对方与其结婚的**，由于欠缺结婚行为能力者不能认识结婚行为的后果，不具备真正的意思决定自由，法律对其行为当然不能作出过错的评价。**此时未成年人或无民事行为能力人应当被认定为无过错方**，其监护人有权代为要求过错方承担损害赔偿责任。

就**过错方的赔偿范围**而言，有学者认为，应包括财产损失和精神损害赔偿。具言之，赔偿范

围取决于《民法典》第 1054 条第 2 款的法律性质。对于该条款的性质，有两种解释方案：一是**从侵权责任法的角度，将其解释为对无过失方婚姻自主权的保护（《民法典》第 1164 条）**；二是在合同被宣告无效或者被撤销时，过错方应当依据《民法典》第 157 条承担损害赔偿责任并参照适用缔约过失责任（《民法典》第 500 条）。在缔约过程中，一方当事人因违反先合同义务导致法律行为无效，致使对方当事人遭受损失的，应承担缔约过失责任。婚姻严格来说并不属于我国《民法典》所规定的合同，但缔约过失责任的价值基础在于对缔约阶段的契约自由与诚实信用原则进行调适。**婚姻作为身份关系协议，在其缔结过程中同样应当要求当事人遵守诚实信用原则，以保护无过错方对有效婚姻关系的合理信赖，因此在婚姻缔结中亦可以准用缔约过失责任的规范来对《民法典》第 1054 条第 2 款进行解释。**但由于上述两种方案所救济的权利客体不同，无过错方基于不同的请求权所能主张的损害赔偿范围也有所差异。如果采取第一种解释路径，由于侵权行为需要对身体权、生命权和健康权之外的其他能被商业化利用的人身权利造成侵害才能形成财产损害，而婚姻自主权不能被商业化利用，因此**对婚姻自主权的侵害无法形成财产损害，难以纳入赔偿范围当中。**若采取第二种解释路径，则无法将精神损害赔偿纳入其中。笔者认为，就无过错方的损害赔偿请求权而言，**侵权责任说与参照缔约过失责任说并不矛盾。**在侵权责任的框架之下，无过错方因婚姻自主权受到侵害产生的精神损害可以获得赔偿；在缔约过失责任的框架之下，无过错方因婚姻无效或者被撤销所受的财产损害应包含其信赖婚姻有效所支出的各种费用，例如拍摄婚纱照的费用、举办婚礼的费用以及外出度假旅游的相关费用等。但是丧失与他人结婚的机会以及择偶竞争力的降低等，在法律上并不具有评价意义，无过失方不得请求对方赔偿。

四、婚姻无效与被撤销对于当事人财产关系的法律后果

民事法律行为无效在财产关系上的后果体现为当事人因行为所获的财产应当返还或折价赔偿。而婚姻无效或被撤销后，当事人之间的财产关系并不能当然地恢复至婚姻关系不存在时的状态。因为当事人之间客观上曾经存在夫妻共同生活的事实，双方以家庭为单位获取财产、承担债务的法律关系并不因婚姻无效或被撤销而彻底消灭。因此，在认定婚姻无效与婚姻被撤销对于当事人财产关系造成的法律后果时，必须考虑上述客观事实对财产关系的影响，并从积极财产和所负债务两个方面进行讨论。

（一）婚姻无效与被撤销当事人之间的积极财产问题

在独立人格的团体主义理念中，婚姻家庭一方面被视为一种“情感-文化共同体”，以感情、伦理以及利他主义作为婚姻家庭生活的基础和本质，强调对家庭共同体的维护；另一方面作为“经济结合体”，具有工具主义倾向的财产关系不可避免地成为影响婚姻家庭关系、调节婚姻生活感情的平衡器。在市场经济的背景下，现代社会交易高度发达，财产高速流转。家庭作为一个内部意志多元、权利义务边界不明确的共同体，实际上并不符合当代商业社会发展的主流要求。但是为了维护夫妻共同体的价值，《民法典》婚姻家庭编将婚后所得共同所有制作为夫妻法定财产制（第 1062 条），并且对婚内分割夫妻共同财产的法定情形进行了严格的限定（第 1066 条）。在离婚的情形中，夫妻财产的分割应当在尊重当事人意思自治的基础上，遵循照顾子女、女方和无过错方权益的原则（第 1087 条）。此外，《民法典》还规定了离婚救济制度，包括离婚经济补偿（第 1088 条）、离婚经济帮助（第 1090 条）以及离婚损害赔偿（第 1091 条）。

我国《民法典》规定婚姻无效或者被撤销具有溯及既往的效力，因此，**在婚姻被宣告无效或者被撤销后，当事人之间只是同居关系而不是夫妻关系。但这并不意味着当事人之间的财产关系亦完全适用同居的相关规定。**对于婚姻无效在财产上的法律后果，**根据《婚姻家庭编解释（一）》第 22 条，婚姻被宣告无效或者被撤销之后，当事人虽然不具有合法的夫妻关系，但是现行法对于当事人同居期间所得财产仍然采用了共同共有的规定，有别于未婚同居时的效力**。共同共有与按份共有的基础关系不同。学理上认为，对于以家庭关系、夫妻关系等作为基础关系的共有，在无约定或约定不明时，推定为共同共有；而对于不存在共同关系作为基础关系的共有，在无约定或约定不明时，推定为按份共有。无效或被撤销婚姻当事人之间的夫妻关系虽然被溯及无效，但过往基于夫妻关系而产生的共同财产关系却不适用溯及无效的规定。此外，一般法律行为无效或者被撤销之后，主要涉及返还义务与损害赔偿责任，包括不当得利、物权请求权、缔约过失责任等（《民法典》第 157 条）。而无效婚姻或被撤销婚姻在财产上的法律后果原则上属于共同共有关系，这意味着完全排除了《民法典》第 157 条规定的法律行为无效或被撤销的返还义务。

需进一步讨论的是，《婚姻家庭编解释（一）》第 22 条所规定的同居期间取得的共同共有财产与《民法典》第 1062 条所规定的婚姻存续期间取得的**夫妻共同财产范围是否一致**。对此，有观点认为，无效或者被撤销婚姻情形中当事人对同居期间财产的共同共有是基于双方共同投资、共同劳动事实而形成的共同共有，应当区别于基于夫妻关系而形成的共同共有。这实际上限缩了当事人同居期间共同共有财产的范围。对比《民法典》第 1054 条和第 1087 条的规定可知，对于婚姻无效当事人同居期间财产归属的判断，参照了离婚时夫妻共同财产的清算分割规则。婚姻被宣告无效或者被撤销之后，**立法上对于当事人同居期间获得的财产采取共同共有的规定，使无效婚姻和可撤销婚姻在财产上的法律后果更接近于离婚。**究其原因，“婚姻”本身是一个既存的社会事实，无效及被撤销婚姻的当事人具有夫妻共同生活的实质，且其夫妻身份通常得到了社会大众的认可，因而在法律评价体系上与单纯的同居关系不同。当事人基于夫妻共同生活的事实以及婚姻登记而形成的各种婚姻家庭关系，绝不可能因法律的否认而消灭，因此，对于无效及可撤销婚姻的立法应当尽量兼顾社会公益与利害关系人的利益，一定程度上对上述法律关系予以认可。

无效或者可撤销婚姻的当事人在共同生活期间通常具有不同的收入水平，如果以按份共有为标准分割当事人同居期间所得的财产，必然对收入较少但在抚育子女、照料老人等家务上付出大量劳动的一方当事人极为不利。**为了保护妇女、儿童和老年人的合法权益，在分割当事人同居期间所得财产时，应当按照共同共有分割共同财产，以维护家庭共同体价值与个人自由价值之间的平衡。**婚姻无效当事人同居期间的个人财产与共同财产的划分，可以参照适用《民法典》第 1062 条与第 1063 条的规定，我国司法实践通常采纳这一做法。根据《民法典》第 1054 条，对于同居期间共同共有财产的分割，如果当事人不能达成协议，由人民法院按照照顾无过错方的原则判决。该条规定的无过错方与《民法典》第 1087 条规定的离婚无过错方具有不同的内涵，后者是指非因自身原因导致婚姻解除的一方，即家庭暴力或虐待、抛弃家庭成员等行为的受害者；前者不仅包括《民法典》第 1087 条规定的情形，还包括重婚的善意方、被欺诈、被胁迫的一方以及产生重大误解且是无过失的一方。

无效婚姻当事人在同居期间获得的财产原则上属于共同共有，但也存在例外，如重婚的前婚有效，后婚无效的情形。重婚者在同居期间所得的财产，除当事人另有约定之外，应该属于前婚当事人的共同共有财产。**在后一个婚姻被宣告无**

效时，后婚当事人之间的财产分割协议不得对前婚无过错方的财产权益造成不利影响。如果当事人之间不能达成协议的，应当由人民法院判决予以返还或者折价补偿，有财产损失的，由双方根据各自的过错承担责任。除非前婚当事人对夫妻共同财产另有约定，否则重婚者的财产通常属于前婚的夫妻共同财产。重婚当事人之间形成的财产共有关系属于按份共有，按份共有人之间应当析产，以保障前婚当事人的合法权益。而重婚中善意且无过失的一方，在重婚被宣告无效后，应当享有对过错方的损害赔偿请求权。

因此，排除少数例外，无效婚姻当事人同居期间的财产关系与夫妻法定财产制的共同共有在法律效果上相差无几。但是根据《民法典》第 1065 条，夫妻双方可以对婚姻关系存续期间所得财产的归属作出约定，从而排除法定财产制的适用，该约定的性质为夫妻财产制契约。**那么在婚姻被宣告无效或者被撤销时，若当事人在同居期间曾订立财产归属约定，该约定在婚姻无效之后是否具有法律效力？**对此理论上存在争议。肯定说认为，婚姻被宣告无效或被撤销后，当事人在同居期间订立的财产归属约定只要符合民事法律行为的有效要件，便应承认其具有法律效力；即使这种约定的内容与法定夫妻财产制相同或相似，其效力也不受影响。**否定说**认为，夫妻财产制契约是一个从契约，婚姻被宣告无效或被撤销后，从属于该婚姻的夫妻财产制契约也就当然无效。笔者**赞同肯定说**。在婚姻被确认无效或者被撤销之前，当事人之间有关“夫妻”财产的约定系建立在婚姻有效的基础之上。对于无效婚姻而言，该婚姻自始无效，且法律假设当事人均应该知晓无效婚姻的法定原因。因此，当事人有关“夫妻”财产的约定若是符合法律规定的有效要件，则该约定不因无效婚姻被确认无效而无效，除非当事人明确表示或者从当事人的意思可以推断若婚姻被宣告无效则有关财产的约定即归于无效。对于可撤销婚姻而言，上述约定在婚姻被撤销之前有效，除非享有撤销权的一方在法定期间内行使撤销权。因此，**当事人有关“夫妻”财产的约定若是符合法律规定的有效要件，则该约定不因婚姻被撤销而无效**，除非当事人明确表示或者从当事人的意思可以推断有关财产约定的效力附加了条件，如果撤销权人撤销该婚姻则有关财产的约定即归于无效。无效或可撤销婚姻的当事人在同居期间作出的财产赠与或者遗赠，同样适用于上述规则。

此外，在无效或者被撤销婚姻当事人同居期间所获得的财产中，彩礼比较特殊，其归属不能简单地根据上述规则进行判断。需讨论的问题是，**在婚姻被宣告无效或者被撤销时，给付彩礼的当事人能否请求另一方返还彩礼？**《婚姻家庭编解释（一）》第 5 条按照当事人结婚与否将彩礼的返还分成两种情形：一是双方没有办理结婚登记手续的，应当返还彩礼；二是已经结婚又离婚的，原则上不返还彩礼。但第二种情形又存在两种例外，即双方办理结婚登记手续但未共同生活与婚前给付导致给付人生活困难。从我国**司法实践**来看，主要存在**三种判决：一是，直接适用《婚姻家庭编解释（一）》第 5 条，认为“未办理结婚登记手续”包括在法律意义上不存在婚姻关系（婚姻无效）的情形；二是，参照适用《婚姻家庭编解释（一）》第 5 条，从该条保护缔结婚姻过程中诚实信用原则和期待利益的目的出发，结合当事人是否共同生活、生育子女等情况进行判断；三是，适用《民法典》第 157 条，民事法律行为无效，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价赔偿。**比较而言，我国现行司法解释显然不能涵摄婚姻无效的情形，因此第一类判决并不妥当；第三类判决适用法律行为无效的一般规定，忽略了婚姻无效的特殊性，亦不恰当；**第二类判决的参照适用更为合理。**彩礼返还规则属于我国民间习惯法。通常来说，男方悔约不能要求返还彩礼，女方悔约则必须返还彩礼。**在具体个案中需考量当事人**

过错程度、是否存在同居事实及其时间长短、结婚与否和彩礼的使用情况等因素，最终确定彩礼是否返还以及返还数额。婚姻被宣告无效或者被撤销与离婚非常相似，可以结合给付彩礼的一方对于婚姻被宣告无效或者被撤销是否具有过错、同居状态以及是否生育子女等因素，参照适用《婚姻家庭编解释（一）》第 5 条第 2、3 项来处理彩礼返还问题。

（二）婚姻无效与被撤销当事人之间的债务承担

在婚姻被宣告无效或者被撤销之前，当事人以共同签名等方式作出共同意思表示所负的债务，即便双方因婚姻无效或被撤销而丧失夫妻身份关系，其仍应受该意思表示的约束而共同承担债务清偿责任。当事人一方以个人名义对外负债，其后婚姻被宣告无效或者被撤销，如果该债务被认定为举债方的个人债务，则举债方应当以其个人财产及其在共同财产中的份额作为责任财产进行清偿。上述两种情况皆无异议，需讨论的情形是，无效婚姻的当事人一方以个人名义对外负债，对于债权人而言，该债务能否被认定为当事人的夫妻共同债务并向无效婚姻的双方当事人请求偿还该债务？对此，《民法典》及其相关司法解释并未规定，从而形成公开的法律漏洞。司法实践中对此类案件通常有**两种处理方式。第一种是适用《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第 11 条，**以举债方所借债务是否用于双方共同生产、生活为标准判断其是否可被认定为共同债务，然而上述司法解释在《民法典》出台后已然失效，该处理路径已然式微；**第二种是认为双方当事人的“婚姻关系虽被人民法院判决宣告无效，但双方在同居期间形成的财产关系并不因婚姻无效而终止，双方在基于同居而形成的财产关系中，既享有共同的财产权益，亦负有承担共同债务的义务。”**此观点对共同债务的认定以同居双方的财产共同共有为基础，通常适用于一方举债用于购买双方共有房产的情形。然而，《民法典》出台后，夫妻共同债务构成的法理基础已**从财产共同共有理论转向法律行为理论**。因而上述处理方式亦存在一定局限性，例如，其不能解决无效婚姻当事人一方依家事代理权所负债务如何能够被认定为夫妻共同债务的问题。

从比较法上看，《法国民法典》第 220 条系夫妻对共同债务承担连带责任的规定，法国最高法院在 2001 年的判例中认为，当同居者对第三人表现为夫妻时，他们应当如同夫妻一样按照《法国民法典》第 220 条的规定对该当事人承担连带责任。法国学理通说认为，婚姻无效的债务承担仍然遵守外观主义。然而，有学者认为这一解决方案实质上并非基于外观理论，而是基于民事责任，同居者引发民事责任的前提是因过错实施了使第三人相信其具有夫妻身份的欺骗行为。在日本法上，被撤销婚姻的效力不溯及既往，在撤销权一方因日常家务而对第三者负有债务时，另一方也应承担连带责任。

外观主义系为保护合理信赖表见事实（包括权利外观或者意思表示外观）的第三人而设置，涉及两个方面的内容：一定表见事实的存在以及信赖者对真实信息的不知。表见事实是能够使第三人产生一定确定性认识的外在事实，而且由此产生的确定性认识与真实情况不相符。外观主义并非没有边界，其通常适用于因合理信赖权利外观或者意思表示外观而作出的交易行为，如善意取得、表见代理、越权代表等。善意取得的表见事实是占有和登记，表见代理与越权代表的表见事实包括授权委托书、授权表示本身、特定职位的任命、印章的占有等。**配偶权并非交易客体，但是配偶权存在与否可能直接影响第三人的利益。当存在配偶权的外观，而第三人又产生合理信赖时，第三人不应因此遭受损失。**因此，前述法国法的外观主义值得借鉴。

婚姻关系的表见事实范围比较广泛，包括但不限于婚姻登记。婚姻登记并未占据表征婚姻关

系的垄断地位。婚姻登记更多体现的是管理职能，并不能由婚姻登记的存在与否推定他人是否当然知道配偶权的存在。**在婚姻无效或被撤销的情况下，婚姻登记状态为表见事实，故信赖婚姻登记的第三人可以得到相应的法律保护。在婚姻登记之外，结婚仪式、结婚证或者夫妻共同生活的事实等均属于表见事实，第三人可由此建立合理的、应受保护的信赖。**在外观主义的基础上，可以参照适用《民法典》第 1064 条。具体而言，该条确立了“合意之债”与“单方负债”作为夫妻共同债务的两大类型，后者又分为家庭日常生活需要、夫妻共同生活与夫妻共同生产经营三个子类型。**在婚姻被宣告无效或者被撤销的情形下，一方以个人名义在婚姻无效前为家庭日常生活需要所负的债务可以通过婚姻登记、结婚证或者夫妻共同生活的事实推定为夫妻共同债务。**一方以个人名义**超出家庭日常生活需要所负债务，《民法典》确立了“个人债务推定”规则**，除非债权人举证证明债务的负担系基于双方的共同意思表示或用于夫妻的共同生活或者共同生产经营，否则该债务将被认定为举债方的个人债务。

五、结论

以《民法典》物权编、合同编为代表的财产法秩序具有鲜明的理性主义色彩，是民法科学化的典范。由于婚姻家庭编具有浓厚的伦理性色彩，故其在理性化程度上无法与财产法相提并论。然而，**无效婚姻与可撤销婚姻的瑕疵因素并非完全封闭，我们可以结合婚姻的伦理性质对总则编中的法律行为无效和可撤销制度进行有限地参照适用。**无效合同、可撤销合同与无效婚姻、可撤销婚姻均系《民法典》对法律行为所施加的合法性控制。然而，合同法与家庭法各自的价值秩序决定了合同无效与婚姻无效在法律后果上存在差异。无效合同与可撤销合同本质上是以“自由”价值为核心，围绕意思自治、信赖保护以及社会公共利益而展开；**家庭法中当事人的意思自治、家庭共同体以及社会公共利益三方面的复杂维度构成的价值秩序决定了无效婚姻与可撤销婚姻在法律后果上具有特殊性。**

宣告婚姻无效属于确认之诉，宣告婚姻被撤销则属于形成之诉。**无效婚姻转换为有效婚姻不仅包括已达到法定婚龄的情形，还包括拟制血亲关系被解除之后，不具有自然血亲关系的平辈兄弟姐妹或堂（表）兄弟姐妹之间缔结婚姻关系的情形。**此外，为凸显婚姻家庭共同体的价值，如果**前婚已经消灭，后婚可以转换为有效婚姻**。在婚姻无效或者被撤销的情况下，无过失方对过失方的损害赔偿请求权包括侵权责任与缔约过失责任两个方面。前者救济的是无过失方因婚姻自主权受到侵害产生的精神损害；后者救济的是无过失方因信赖婚姻有效所遭受的财产损失。

婚姻被宣告无效或者被撤销之后虽然具有溯及力，但是现行法规定当事人财产关系原则上属于共同共有，这表明无效或者可撤销婚姻虽然不符合婚姻的法定有效要件，但是该婚姻作为既存的社会事实仍应受到法律的认可，这使婚姻无效的法律后果与离婚非常相似。**但是重婚的当事人之间形成的财产共有关系属于按份共有，这是为了保护前婚当事人的合法权益。**在婚姻被宣告无效或者被撤销之前，当事人一方以夫妻名义对外负债，信赖婚姻登记、结婚仪式、结婚证或者夫妻共同生活事实等表见事实的第三人，其合理信赖应当受到法律的保护，从而可以参照适用《民法典》第 1064 条关于夫妻共同债务的规范。

责任编辑：黄汇　　学术编辑：孙莹
初审：谢锦添　　审核：李燕

育新•青年学者优秀论文回顾 || 刘征峰：结婚中的缔约过失责任

原创：2023-11-02 政法论坛 刘征峰
https://mp.weixin.qq.com/s/vfb1jWNpcVxPO7cQpEtTKA



本文发表于《政法论坛》2021 年第 3 期，第 49-58 页。
刘征峰 法学博士 中南财经政法大学法学院副教授

摘要：婚姻缔结过程中法律所科加当事人的注意义务及当事人之间的信赖程度均高于合同。《民法典》第 1054 条第 2 款新增的损害赔偿规定只是结婚中缔约过失责任的一种类型，通过适用《民法典》第 157 条并准用第 500 条的规定，亦可将其他类型纳入。在制度功能协调和分工上，婚姻效力瑕疵规范以及婚姻自主权规范用以处理结婚中的精神自由保护问题，而缔约过失规范用以处理相关的财产损害问题。缔约过失规范是否适用及所涉损害的确定与立法体例对既存生活事实的评价以及对当事人善意的评价层次密切相关。在婚姻因效力瑕疵而被否定情形中，当事人可请求赔偿的履行利益包括作为婚姻效果的利益以及双方以配偶身份为基础通过协议延伸所形成的其他利益，但不包括离婚所得利益以及继承所得利益。在确定履行利益时，根据损益相抵原则，应将当事人通过法律对生活事实评价所获利益予以扣除。在婚姻不成立时，当事人仅能请求信赖利益赔偿。

关键词：婚姻效力瑕疵；损害赔偿；缔约过失；婚姻自主权

目录

一、对缔约过失责任规范的适用和参照适用
二、与人格权侵权的关系
三、婚姻效力瑕疵后果模式、善意评价层次与损害赔偿的互动关系
四、不同案型下的损害赔偿结语

在《民法典》颁布之前，我国司法实践对于婚姻被确认无效或者被撤销之后当事人能否主张损害赔偿存在一定的分歧。有法院认为，婚姻家庭法中的损害赔偿以法律明确规定为限，婚姻被确认无效不同于离婚，不能适用《婚姻法》第 46 条关于离婚损害赔偿的规定。亦有法院未分析原因，直接认定该请求缺乏法律依据。相反的意见则认为，一方在婚姻登记前未告知另外一方其存在婚姻无效事由，对另外一方造成了一定的精神损害，应当承担精神损害赔偿责任，但并未明确说明其请求权基础。与前述否认意见相对的是，有法院认为应当参照适用《婚姻法》第 46 条关于离婚损害赔偿的规定，支持善意方的精神损害赔偿请求。《民法典》第 1054 条第 2 款虽然明确了无过错方的损害赔偿请求权，但其性质和赔偿范围尚不明确。此中的关键点在于该款规定在性质上是缔约过失责任抑或侵害人格权之侵权责任。在我国采纳自始无效立场的前提下，能否通过该款规定实现对善意相对方的有效保护，将履行利益纳入损害赔偿的范围。从目前国内的研究来看，尚无文

献对此二核心问题进行回应。大陆法系主要立法例因采与我国不同的婚姻效力瑕疵和善意评价体系，亦无相关文献可供直接参考。

一、对缔约过失责任规范的适用和参照适用

（一）婚姻缔结中信息义务的违反

《民法典》第 1054 条本身并未言明何为过错，需要结合婚姻无效或者可撤销的情形进行具体判断。作为损害赔偿要件的过错主要表现为两种形态：其一为胁迫，其二为对信息义务的违反，此处对信息义务的违反可以细分为两种情形：一为积极做出错误的陈述，二为消极地不告知。前一种情况又细分为在一方问询情况下故意作出的违背真实情况的答复以及在对方未问询的情况下主动作出的违背真实情况的陈述。两种细分情形中，行为人均具有明显的故意，即希望或者放任对方陷入双方不存在任何结婚效力瑕疵事由的错误认识。在后一种情形中，对信息义务的违反并不要求故意，过失亦可，此为缔约过失之应有之义。一方在应当知道上述瑕疵事由因过失而不知时，亦构成过错。由此，《民法典》第 1051 条所规定的告知义务违反并不等同于第 148 条所规定的欺诈。后者仅针对故意，而不包含过失类型。虽然我国已经取消强制婚检制度，当事人亦应尽到合理的注意义务，在婚前确定自己是否存在可能影响婚姻共同生活的重大疾病。从《民法典》第 1053 条的文义来看，其亦不要求当事人明知重大疾病的存在。可从重大疾病的客观存在中推断行为人之过错，除非行为人能够证明其尽到了合理的注意义务亦无法知悉该情况。

除第 1053 条所明确规定的告知义务，对第 1051 条无效事由的告知义务来源于双方的先协议义务。我国法上的合同采狭义概念，婚姻并不属于我国《民法典》合同编所规定的合同。虽然法律严格区分了合同和更具一般性的协议（《民法典》第 464 条），但缔约双方在协议成立前基于诚信原则所形成的信息义务并不仅仅局限在合同领域，而是存在于所有协议缔结前的磋商过程中。婚姻正是通过协议所缔结的，只不过法律为此规定了特殊的形式和特定的效果。双方在结婚前的磋商过程中，同样应当履行相应的先协议义务。并且，相对于多数合同，婚姻作为身份法律行为对人之影响更巨，此中的信赖关系实际上更为紧密，对当事人提出的信息义务要求亦更高，但并不表明当事人负有信息提供的一般义务。与合同的缔结一样，根据自己责任和私法自治原则，当事人原则上应当自己获取相关信息，不能绝对依赖相对方的提供，对相对方提供的信息亦应有一定的甄别和判断，法律也容许当事人进行一定的保留。虽然信息义务的判断具有一定的不确定性，但是婚姻之目的在此具有重要的意义。亦即，信息义务的范围指向“对于另外一方结婚决定具有重要意义的事项”。形成婚姻共同生活为婚姻之目的。依诚信原则及一般社会观念，凡是将来对婚姻共同生活可能产生重大影响之事项均应包含在内。但从《民法典》第 1054 条第 2 款的规定来看，信息提供义务似乎应当仅局限于导致婚姻无效和可撤销的事由上，而不包含其他内容。问题的关键在于能否参照适用《民法典》合同编关于缔约过失责任的一般性规定（《民法典》第 500 条）。

相对于《合同法》，《民法典》第 464 条第 2 款明确了婚姻、收养等有关身份关系的协议在婚姻家庭编无规定时，可以依照其性质参照适用《民法典》合同编的规定。此准用条款的增设使法院可以先行认定二者具有类似性，与直接的类推适用相比，实际上降低了法院的论证负担。虽然准用条款先行认定了婚姻与合同具有相似性，但是“不可自始排除事务本身（被规整的生活关系本身）所要求的差别处理”。于本文所涉议题，婚姻缔结中的不诚信行为与合同缔结中的不诚信行为必然存在一定的差异，在效力瑕疵领域，如前文所述，法律确实作了一定的差别处理。但不能以

效力瑕疵领域的差异处理排斥缔约过失责任上的参照适用。

无论是合同还是婚姻缔结过程中，诚信原则均包含“开始磋商即已经设定增强的注意义务和特别的结合关系”这样一层含义。实践中，亦有法院指出当事人在结婚过程中违反信息义务的行为违反诚信原则，存在明显过错。在两种情形中，存在高度相似的利益结构，婚姻缔结中善意相对人的信赖同样值得保护。与效力瑕疵不同，缔约过失责任的承担本身并不会影响身份关系本身。在此情形中，缔约过失责任的形态仅局限于损害赔偿，而不包含解除。此外，法律限缩结婚领域可撤销事由的理由在于，“如果当事人欲解除婚姻关系其可通过离婚予以解决”。在结婚缔约过失情形中，并不存在类似于效力瑕疵领域差异化处理的理由。故而，此时应参照适用《民法典》第 500 条的规定，将信息义务的范围扩展至其他对于婚姻共同生活会产生重要影响的事实。在婚姻因欺诈而可被撤销情形，比较法上对于所涉事实是否重要的判断多采主客观相结合立场。而对于缔约过失责任之承担而言，其保护的乃是相对人的信赖。信赖应当以理性人为标准，故而应采客观标准。易言之，只有那些值得被理性人信赖的重大客观事实才应纳入信息义务的范畴。

（二）婚姻缔结中的其他缔约过失形态

既然在婚姻缔结过程中应适用《民法典》第 157 条并参照适用第 500 条之规定，则在结婚中的缔约过失形态不应局限于对信息义务的违反，而应包含其他违反先协议义务的行为。典型者，如一方假借结婚，进行恶意磋商，违反保护义务。在合同的缔结中，“当事人直至最后一刻都可以放弃有可能订立的合同，由于所有当事人都应知道这点，任何人都不能对合同的成立产生信赖”，“只有在合同一方当事人在合同的订立方面创造了特殊的信赖事实，并因此诱发了另外一方当事人实施了有害的财产处分时”，才能例外地成立缔约过失责任。在结婚情形中，同样应参照这一原则，即原则上中断结婚磋商的一方不应承担缔约过失责任，只有在一方不当创设了信赖事实并导致对方做出了不当处分时才应当承担缔约过失责任。否则结婚自由本身将受到极大的限制，也与自己原则上应当是自己利益的最佳维护者这一民法的基础理念相悖。与合同不同的是，这种处分既可能表现在财产处分，也可能表现为对自身人格利益（尤其是性权利）的处分。除此之外，行为人亦负有相应的保密义务，不得泄露另外一方的隐私。

结婚中的缔约过失责任作为违反先协议义务的法律后果，在《民法典》第 157 条和第 1054 条第 2 款所规定的无效和可撤销情形之外，于婚姻不成立情形亦有适用空间。《民法典》婚姻家庭编虽未规定婚姻不成立，但可适用《民法典》第 134 条关于民事法律行为成立的一般性规定并参照适用《民法典》合同编关于合同订立的规则。在结婚场合，典型的不成立情形包括一方未以法律规定的形式作结婚之意思表示。所谓法律规定的形式，是指《民法典》第 1049 条所规定的结婚形式，亦即双方应当亲自到婚姻登记机关作出结婚的意思表示。在此种情形中，存在过错的一方（如误导对方自己可以全权办理）同样应当承担缔约过失责任。

二、与人格权侵权的关系

（一）对相关人格权的侵害

缔约过失行为直接涉及对婚姻自主权的侵害。《民法典》第 110 条规定了自然人享有婚姻自主权，但《民法典》第 990 条在对人格权进行定义时并未列举该项权利。这并不妨碍将其认定为具体人格权。《民法典》第 109 条和第 110 条在体系结构上与第 990 条第 2 款和第 1 款相同，即前者规定一般人格权，后者规定具体人格权。第 990 条第 1 款虽未明确列举婚姻自主权，但该条规定

并不是封闭性规定，其所使用“等”应解释为等外等，即具体人格权还应包括第 990 条第 1 款未列举的其他类型。婚姻自主权的显著特征在于其是对精神自由的保护，区别于人身自由权，是人格权法不保护精神自由原则的一项例外。

侵害婚姻自主权的典型形态是《民法典》第 1042 条第 1 款所规定的包办和买卖婚姻的行为。从《民法典》第 1052 条第 1 款的规定来看，并未将实施胁迫行为的主体限定于相对方，在解释上应与《民法典》第 150 条保持一致，同时涵盖相对方和第三人胁迫。然而，在第三人胁迫情形中，相对方可能并不存在过错，甚至也可能是处于被胁迫的状态，此时无缔约过失责任的适用空间。在一方不履行重大疾病告知义务情形，实际上同样涉及对另外一方结婚决定自由的侵害，可认定为对婚姻自主权的侵害。此时，由于婚姻自主权属于具体人格权，在归责原则上并不局限于故意，过失未履行告知义务亦可构成侵权。

与缔约过失责任的承担相似的是，是否属于法定的效力瑕疵情形与是否构成对婚姻自主权的侵害之间并不存在必然的关联。即使不符合法定的可撤销情形，亦可主张对婚姻自主权的侵害。虽然婚姻可撤销制度和婚姻自主权均是为了结婚中的精神自由，但由于二者效果上的差异，在适用情形上应当有所区分。婚姻可撤销制度导致婚姻溯及既往地无效，而侵害婚姻自主权的责任形式并不包含恢复原状。如果只是产生精神损害赔偿，而不会导致婚姻关系消灭，则可适当扩大其适用范围。这种扩大主要体现在主体和情形上。在主体上，第三人实施欺诈亦可构成对婚姻自主权的侵害。在情形上，对婚姻自主权的侵害不应局限于“患有重大疾病不如实告知”情形，而应拓展至其他情形，凡是隐瞒或者虚假告知涉及通常而言会对结婚决定产生重要影响的一方身份和品质时，均可构成对婚姻自主权的侵害。此时，受欺诈方虽然无法提起撤销婚姻之诉，但是可基于婚姻自主权受损害而主张赔偿。此处侵权责任的承担与双方婚姻关系是否存续并无关联，侵权责任的成立并不包含婚姻关系被确认无效或者被撤销这一要件。

在婚姻自主权之外，行为人的欺诈或者胁迫等行为可能同时构成对另外一方的性自主权或者健康权的损害。《民法典》虽未明确规定性自主权（贞操权），此前司法实践中亦有不少法院认可其人格权性质，将其纳入一般人格权范畴，并给予侵权法保护。实践中，隐瞒已婚事实并导致另外一方不当处分自己性权利为典型形态。此外，如果行为人故意欺骗或者故意隐瞒导致相对方传染疾病，亦可构成对相对方健康权的侵害。然而，由于性自主权和健康权所保护利益与婚姻无关，二者与婚姻自主权之间不存在竞合。

（二）人格权救济路径的有限性

如将《民法典》第 1054 条第 2 款狭义理解为对婚姻自主权的侵害，则可能涉及的问题在于无法将由此形成的财产损害纳入，从而实现对诚信当事人的有效保护。“一般来说，只有能够被商业化利用的人身权遭受侵害后，才可能造成被侵权人的财产损失。”于婚姻自主权情形，明显不存在商业利用的可能。实践中，对婚姻自主权的损害赔偿也仅局限于精神损害赔偿。有观点认为，救济婚姻自主权损害的责任形式不仅包括停止侵害、排除妨碍、消除影响、赔礼道歉，还包括精神损害和财产利益的赔偿，但并未言明其财产利益损害究竟何指。如侵害婚姻自主权行为导致受害人精神受损，产生一定的治疗费（财产损害），其并非基于婚姻自主权受损而是基于健康权（《民法典》第 1004 条）受损。至于其他损害，如隐瞒重大疾病时另外一方为婚姻所支出的费用，难以纳入婚姻自主权的保护范围，这些损害只能通过缔约过失责任或者基于纯粹经济损失的侵权责任给予保护。质言之，对婚姻自主权的侵害不能形成规范意义上的财产上的损害，财产上的损害应另行确定请求权基础。同样，先协议义务所保护

的利益不应包含决定自由，对决定自由的侵害只能通过效力瑕疵规范以及婚姻自主权规范来进行调整。

三、婚姻效力瑕疵后果模式、善意评价层次与损害赔偿的互动关系

（一）自始无效模式与面向将来无效模式

无论婚姻效力瑕疵体系采一元模式（即统一的废止或者类似概念），还是采二元模式（即区分无效和可撤销），都面临一个共同的问题，即对婚姻效力的这种否定是面向将来还是溯及既往。在比较法上，各立法例对此问题的处理模式多样，其中最具代表性的有四种模式。第一种模式以英国英格兰和威尔士以及美国采普通法传统的州为代表。瑕疵婚姻分为无效婚姻（void marriage）和可撤销婚姻（voidable marriage）。无效婚姻意味着婚姻是自始当然的无效，而在可撤销婚姻中，在法院就婚姻废止作出终审判决之前，婚姻被认为是有效存在的。法院在宣告婚姻被撤销的同时可作出类似于离婚的辅助救济命令。这种区分性评价的基础在于婚姻瑕疵对公共政策的违反程度。第二种模式以德国为代表，不区分婚姻无效和可撤销，废止原则上面向将来，在效果上一定程度参照适用离婚法的规定。《瑞士民法典》在此采纳了更为彻底的立场。根据第 109 条的规定，除继承权外，无效婚姻完全面向将来，并参照适用离婚的规定，而不考虑善意与否的问题。第三种模式是以我国为典型，婚姻溯及既往地无效，同时辅之以善意相对人的损害赔偿请求权。第四种模式以意大利为代表，无效婚姻的后果完全取决于善意。根据《意大利民法典》第 128 条第 1 款的规定，在婚姻被确认无效之前，对善意缔结婚姻的配偶双方或者被胁迫、恐吓的配偶产生有效婚姻的效力。

（二）善意的评价层次

在这四种模式中，出于保护未成年子女利益的考量，各立法例普遍承认婚姻的效力瑕疵原则上不应影响父母子女的关系。对于除此之外的财产关系，这些模式之间则存在较大的差异。采用自始无效模式实际上背后隐含了法律对此种情形高度的否定性评价，而采面向将来无效模式事实上是肯定了对作为事实的婚姻进行保护的必要性，而通过善意来区分法律后果的模式实际上是将善意置于更高的价值位阶，甚至超越了公共政策的否定性评价。

结婚中的善意值得保护。即使是在第一种模式中，也并没有完全将对善意的保护排除在外。例如，在美国，“有法院即通过欺诈性诱导婚姻侵权”对无效婚姻中的善意相对方给予救济。法律面临在何处评价善意的问题。首先，法律可能对申请宣告婚姻无效或者申请撤销的主体上进行限制，排除非善意相对方（例如《立陶宛民法典》第 3.38 条第 1 款）的权利。将非善意的一方排除在申请宣告婚姻无效或者撤销婚姻的主体之外实际上不仅具有惩戒该方的作用，而且具有保护另外一方的作用。其次，如前所述，法律可能在婚姻被确认无效或者被撤销的法律后果层面对善意进行评价，善意决定了这种无效宣告或者撤销能否发生溯及既往效力。除前述意大利外，葡萄牙、法国、西班牙、智利、荷兰等立法例均在这一层面对善意进行评价。此种情形下又区分双方善意和单方善意。于双方善意场合，婚姻在被确认无效或者被撤销之前的效力得以维持，至于其性质，存在拟制说和单独制度准用说等主张。于单方善意场合，只有善意方才能获得如若婚姻有效情形下的利益。再次，对善意的评价亦可发生在嗣后效果层面，这主要体现为在对离婚法及继承法相关规则的参照（例如《德国民法典》第 1318 条）。复次，部分立法例（例如《巴西民法典》第 1564 条）还增设了单独的损害赔偿规范，作为对此中过错的评价。最后，部分立法例中还将善意与否

作为确定返还范围的依据（例如《日本民法典》第748 条）。

前述善意评价层次并不是完全互斥的，而是可能出现并存状态。以前述《立陶宛民法典》为例，善意不仅在有权宣告婚姻无效的主体层面得到评价，而且还在无效宣告溯及力限制以及对离婚法的参照层面得到评价。质言之，法律可以通过某一层次或者某些层次的配合来实现特定的善意评价目标。不过，立法上的这种选择并不是孤立的，而是相互配合的，应当从体系视角进行观察。善意评价层次的体系观察所包含的基本立场是违背诚信的一方不应从中获利，善意的一方也不应被重复救济。例如，在《韩国民法典》的体系下，根据第 824 条的规定，婚姻被撤销的效力不溯及既往，那么在确定第 825 条的损害赔偿时，理应考虑婚姻被撤销效力不溯及既往这一前提，考量无过错方的财产损害。又以我国台湾地区“民法”为例，虽然在无效婚中“当事人不发生身份上之关系”，但根据第 999 条之 1 第 1 款的规定，仍可以准用离婚赡养费以及离婚后各自取回财产及剩余分配之规定，应在考量这一准用规范的适用效果后确定第 999 条第 1 款中所规定的财产损害。

四、不同案型下的损害赔偿

（一）婚姻未有效缔结

在合同领域，“缔约过失责任分为四种类型：合同未成立型、合同成立型、合同无效型和合同有效型”。在婚姻领域不存在需要批准生效的类型，故而其只可能包含婚姻未成立型、婚姻无效型和婚姻有效型。前两种类型可以涵盖在婚姻未有效缔结这一大类之下。

与共有财产分割照顾无过错方规范的关系

婚姻被确认无效或者被撤销情形下共有财产范围的确定与双方的过错无关，但是对这些共有财产的分割却与双方是否存在过错密切相关。根据《民法典》第 1054 条第 1 款的规定，在双方就财产的处理无法达成协议时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。虽然有观点认为这种照顾“不是法律对过错行为的制裁和对权利的保护”，但该规定并非倡导性规范，对司法裁判具有约束力，实践中亦有法院通过此项制度对善意当事人进行救济，并将其作为共有财产分割的重要依据。共有财产分割时照顾无过错方规范与无过错方的损害赔偿请求权规范之间均属于对过错法律事实的调整，形成规范上的竞合。它们之间的法律效果虽然不同，但是从规范目的上来看可以互相兼容。根据立法工作者的意见，之所以在婚姻被确认无效或者被撤销情形中增设损害赔偿规范，是因为现有的共有财产分割照顾规范对无过错方的保护不足。此时应按照“民事法对于同一法律事实给予重复规定，通常应依重复之保护，而非重复的满足之原则”确定此二竞合规范之间的适用问题。易言之，此二竞合规范之法效果存在并存的可能，在适用上二者并不存在优先顺序。关键在于保护目的是否实现。如双方无共有财产可供分配，或者共有财产的价值较低，难以实现对无过错方的救济目的，则仍应承认损害赔偿规范的适用。这并不是意味着应当先适用第 1054 条第 1 款，当事人当然可以放弃共有财产分割上的照顾而直接寻求损害赔偿。

所受损害与所失利益的确定

于缔约过失情形，损害一般指向信赖利益，损害赔偿以恢复至善意方未因合理信赖而作出相应行为时的状态。在信赖利益中，亦有所受损害与所失机会之区分。在婚姻未有效缔结场合，所受损害应包含为信赖婚姻将有效缔结所支出的各项费用，这些费用因婚姻被确认无效或者被撤销而成为徒劳费用，如婚礼的相关开支，双方拍摄婚纱照的相关开支。此类损害比较容易确定。颇具争议的是如何确定所失利益，即应得而未得之利益。在合同领域，这通常是指“一方当事人由于信赖合同磋商会取得成功而没有订立另外一项能带来利益的合同”。然而，在婚姻领域，丧失与他

人结婚的机会往往难以确定，即使与他人存在结婚可能，由此带来的利益也往往难以衡量。即使当事人因此年龄增长，在“婚姻市场”的择偶竞争力降低，这在法律上并不具有评价意义。

更为妥当的做法是参照履行利益来确定所失利益。其本质是以过错为基点，对既已形成的婚姻履行利益进行分配。即使是在合同领域，基于特定的规范目的，履行利益并非完全被缔约过失责任所排斥。在缔约过失责任中，过错方“原则上应赔偿缔约人基于正当信赖所投入之缔约费用、准备履约或者受领给付的费用所构成之信赖利益，例外的在可归责之一方有故意，且双方经由协商，已获得一致之意思表示的部分已达到相当之成熟程度者，应赔偿履行利益或甚至负约定之给付义务”。主张履行利益意味着对前述徒劳费用赔偿的排除，因为正常缔结的婚姻也会发生这些费用。

婚姻的履行利益可能表现在两个方面：一是通过婚姻直接效力所获得的利益，如扶养给付、夫妻法定财产制所形成的共同共有；二是依托于婚姻所形成的夫妻身份所形成的利益，如依托于夫妻身份通过夫妻财产约定所获得的利益。夫妻财产约定实际上是对法定财产制的排除或者调整，可以宽泛地理解为婚姻的效力，将其纳入婚姻的履行利益不存在障碍。在比较法上，前述《巴西民法典》即明确规定，过错方有义务继续履行在婚前协议中所做的承诺。

因离婚所获得的利益（如离婚损害赔偿、离婚经济帮助）不属于履行利益。这些利益的取得实际上并不是结婚的法律效力，而是离婚的法律效力。法律预设当事人以终生共同生活为期待，故而其期待的利益不应包含通过离婚所获得的利益。因继承所获得的利益同样不应纳入损害赔偿的范围。继承所形成的利益与前述履行利益的差别在于，被继承人单方即可以通过遗嘱排除另外一方的利益，而无法单方排除婚姻的其他效果。可以从中推定出被继承人之所以未排除另外一方将来通过继承获得利益，是因为他期待婚姻的效力不被否定。如果他知道婚姻的效力将被否定，他会提前通过遗嘱安排取消掉这部分利益。

在这些履行利益中，如果善意的一方已经通过损害赔偿之外的其他机制获得补偿，则应当进行相应的排除。首先涉及的是，婚姻被撤销或者被确认无效后，法律对于双方已获得的财产的处理规则。按照《民法典》第 1054 条第 1 句所确定的自始无效立场，双方根据婚姻所取得的财产应当给予返还。这既包括通过婚姻效果所取得财产的返还，也包括通过配偶身份所取得的财产的返还。至于其他非财产给付，例如一方所提供的家务劳动或者协助另外一方工作，亦可进行金钱评价，进行价值返还。

对既已形成的共同生活的事实的肯定以及进行返还的困难和复杂性促使我国采纳了共同共有处理模式（《民法典婚姻家庭编解释》（一）第 22 条），基本排斥了返还法的适用空间。在共同共有处理模式下，既已形成的生活事实得到了有限的评价。共有本身并不考虑过错，而是考虑生活事实，但对共有财产的分割却需要考虑过错，应适用前述竞合规则。

在婚姻不成立场合，法律未对此作直接规定，虽然其在婚姻对于当事人不具有拘束力方面与无效或者被撤销的婚姻具有相似性，但有法院直接适用婚姻无效和可撤销后果之规范实属不当，混淆了婚姻不成立下的登记涂销和无效婚姻。由于合意的欠缺，不应将履行利益纳入损害赔偿的范围。善意的一方当事人只能请求信赖利益的赔偿。亦即，善意的一方只能主张所受损害的赔偿。如果双方存在同居的事实，则直接适用非婚同居的相关规范。由此形成的利益与信赖利益之间并无重合，在计算时无需排除。如果行为人在结婚前虽然存在缔约过失，婚姻未成立，嗣后双方又缔结了婚姻，可以认为相对人已经宽宥了行为人的行为，已经充分考虑了行为人结婚前违反诚信的行为。

（二）婚姻未被确认无效或者撤销

在合同缔约过失责任领域，一种观点认为，缔约过失责任具有独立性，其“成立上并不以撤销合同为前置要件”。“合同解除是否通过撤销意思表示而实现，对于基于缔约过失而发生的损害赔偿并不重要。在维持合同的情形，缔约过失只发生在因为违反说明义务所生具体财产损害的赔偿。”相反的观点则认为，在合同有效情形下，应通过“统一的违约责任予以救济”。实际上，在合同有效情形下，缔约过失责任是否应当独立存在，关键在于前合同义务是否被合同义务所吸收。

于结婚情形，应作同样判断。在结婚中，婚前行为人所负担的义务，难以被婚姻中的义务所吸收，不能据此主张离婚救济。虽然此时缔约过失责任有独立存在的必要性，但婚姻有效这一状态会对损害的确定产生影响。易言之，此时放弃申请宣告婚姻无效或者撤销婚姻的一方仍然享有婚姻的履行利益，即使当事人缔结了没有效力瑕疵的婚姻，取得这些履行利益也会支出相关的费用，这些费用没有成为无益费用。当事人不能以缔结了不受期待的婚姻而主张相应的损害赔偿。在双务合同领域，可能存在一方因另外一方违反信息义务而缔结对其不利的合同，多付价款或者少赚利益却“因各种理由不想从该不利益的契约中脱离”的情形，而在结婚中，这种不利难以衡量，如前所述双方在“婚姻市场”上的地位原则上不具有评价意义。并且，婚姻所产生的给付义务往往并不是双方约定的，而是由法律直接规定的，这些义务之间并不存在类似于合同法上的对价关系，在婚姻未被确认无效或者撤销时，因不可能出现假定的有利婚姻，损害并不存在，缔约过失责任不成立。

（三）与有过失问题

从《民法典》第 1054 条第 2 款的文义来看，只有无过错方有权请求损害赔偿，如果其本身具有过错，则无权主张损害赔偿，与有过失规则不存在适用的空间。从立法工作者的解读来看，《民法典》第 1054 条第 2 款的增设似受到了我国台湾地区“民法”第 999 条规定之影响。但该条规定在构造上与第 1054 条第 2 款存在较大的差异。第 999 条区分了财产损害与非财产损害。于财产损害，“倘他方有过失，这不问受害人你有无过失，均得请求损害赔偿”。在责任范围的确定上，存在与有过失规则适用的空间。于非财产损害，受害人本身需无过失，否则请求权不成立。我国台湾地区“民法”第 245 条之 1 亦将受害方不存在过失而相信契约能成立作为缔约过失责任的要件，与第 999 条第 1 款之规定形成明显的对比。反观《民法典》第 157 条、第 500 条均未将受害人自己不具有过失作为成立要件，与有过失存在适用的空间。第 157 条第 2 句后半句所称“各方都有过错的，应当各自承担相应的责任”实系与有过失规则。与有过失规则体现了基于诚信和公平原则的损害分担思想，避免了全有全无原则之弊端。在缔约过失责任领域，这一思想基础同样是存在的。故而，在协议无效或者被撤销情形，可直接适用《民法典》第 157 条的规定，除此之外的其他缔约过失情形可参照适用《民法典》第 1173 条的规定。

从文义上看，《民法典》第 157 条第 2 句后半句与第 1054 条第 2 款在表达上确实存在不同，有观点认为，对婚姻无效或被撤销“双方均有过错的，这双方均不能享有该权利”。实际上，如果将第 1054 条第 2 款所称损害赔偿理解为既包括财产上的损害也包括非财产上的损害（即精神损害），则其严苛程度远高于我国台湾地区“民法”第 999 条之规定。在受害人本身有过失而不知时，将其排除婚姻自主权的保护尚难出现明显不合理之结果。但是，如果将受害人无过错仅作为相对人承担侵权责任的成立要件，则会出现这样的矛盾评价，第三人承担侵害婚姻自主权的责任时无需该要件，而相对人承担侵害婚姻自主权的责任时

则需要该要件。除非认为，《民法典》第 1054 条第 2 款具有一般性，针对所有侵害婚姻自主权的情形，否则这种矛盾性评价将无法消除。于财产损害场合，如肯认受害人无过错为缔约过失责任的成立要件，则同样可能出现这样的矛盾评价。虽然有观点认为《民法典》第 1054 条第 2 款的责任主体“不应仅仅局限于另外一方当事人”，但从体系解释的角度来看，其责任主体明显意指另外一方。由此，在第三人胁迫婚姻给当事人造成纯粹经济损失时，尚无需受害人无过错要件。缔约过失责任的个别保护强度甚至不及侵权法上的一般保护。除非强行扩张解释，将受害人无过错作为此种情形下侵权责任和缔约过失责任的一般性要件，从而降低对受害人的保护。相对于合同，婚姻本属于需要高度注意对方利益，强化对受害人保护的领域，但如此解释会导致对受害人的保护甚至低于合同。尤其是在另外一方具有故意，而受害人具有轻过失时，此种解释会产生明显的不公。受害人违反的只是不真正义务，却导致责任不能成立，明显过于严苛。据此，只有立法论上的规范改进才能彻底解决由此形成的权利失衡状况，一种合理的做法是“将善意作为责任成立之要件，而将过失置于规则范围评价之部分”。

囿于《民法典》第 1054 条第 2 款之文义，至少存在两种缓和的解释方案。其一，将其作限缩解释，局限于侵害婚姻自主权情形，至于财产损害，则适用《民法典》中的缔约过失规范或者侵权责任规范予以解决。其二，更为温和的解释方案是将过错局限在损害发生阶段，这样在确定责任范围时，至少预留了与有过失规则适用的空间。易言之，对于损害之扩大具有过错不影响责任之成立，但责任方可主张与有过失规则，要求减轻损害赔偿责任。例如，发现婚姻存在效力瑕疵事由后，继续举办婚礼，产生后续费用，导致其损害扩大，属于怠于减少损害的行为。同样，对于此后形成履行利益亦不应纳入损害赔偿的范围，应按照前述非婚同居规则处理。

结语

通常而言，婚姻对当事人的影响远超财产法上的合同，双方在结婚过程中所负诚信义务也相应地高于合同缔结中所负诚信义务。对于结婚中诚信的评价，存在多种可供选择的模式。《民法典》并未选择在比较法上较为常见的拟制婚姻模式来实现对善意相对人的保护，而是明确采纳了损害赔偿模式，从对违反诚信方的规制角度出发进行调整。无论采纳何种模式，均涉及价值判断的问题。善意虽然值得保护，但事实上民法没有设定对于善意的一般性保护，善意亦不能补正所有的权利瑕疵，这也是多数立法例未选择完全等同于婚姻极端保护模式的重要原因。在善意保护这一目标之外，法律尚需考虑其他目标。其中最为重要的目标包括对无效婚姻的制裁以及对事实生活状态的保护。这些目标之间的价值衡量可以被融入到作为规范概念的损害当中去。

林维：未成年人网络保护发展报告（2021 国家智库报告）

2023-10-30 法学黄埔 法学学术前沿
https://mp.weixin.qq.com/s/mFFXiOCIMOchALnVOV5hsw

全文转载自公众号“社科大互联网法学”。

2022 年 3 月 14 日，国家网信办发布《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》，8 月，中宣部表示正在加快推动《未成年人网络保护条例》出台。

互联网时代，如何让孩子们在享受网络便利的同时，远离网络带来的负面影响？为未成年人筑起全链条、全方位的网络保护屏障，仍需全社会付出不懈努力。完善法律法规，加强监管和治理，依法严惩利用网络侵犯儿童合法权益的违法犯罪行为，对于呵护未成年人健康成长具有基础性作用。

中国社会科学院大学互联网法治研究中心最新推出由林维教授担任主编的《未成年人网络保护发展报告（2021）》，本书入选中国社会科学出版社“国家智库报告”系列，为共同建设一个未成年人友好型的网络空间提供学术支持和制度建议。

建设一个未成年人友好型的网络空间

林维

习近平总书记指出：网络空间是亿万民众共同的精神家园， 网络空间天朗气清、 生态良好，符合人民利益。网络空间乌烟瘴气、生态恶化，不符合人民利益。而未成年人的网络生态建设又是这一精神家园建设中的重要任务之一。

十余年来，未成年网民的规模呈现不断增长的趋势。2009 年 1 月中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的《2008—2009 中国青少年上网行为调查报告》指出， 截至 2008 年 12 月，中国青少年网民数达到 1.67 亿人，占总体网民人数的 55.9%。其中 6—11 岁占比 4.7% ，12—18 岁占比 50.9%，未成年网民规模达 0.93 亿人。5 年之后，根据 2014 年 6 月中国互联网络信息中心发布的《2013 年中国青少年上网行为调查报告》，截至 2013 年 12 月，中国青少年网民规模达 2.56 亿人，占总体网民人数的 71.8% ，超过全国互联网普及率 45.8%的平均水平 26 个百分点。其中 6—11 岁网民占比 11.6%，12—18 岁网民占比 42.9%，未成年网民规模达 1.40 亿人。又过去 5 年，2019 年 4 月共青团中央维护青少年权益部、中国互联网络信息中心发布的《2018 年全国未成年人互联网使用情况研究报告》显示，截至 2018 年，中国未成年网民规模为 1.69 亿人，未成年人的互联网普及率达到 93.7%，明显高于同期全国人口的互联网普及率 （57.7%）。最新数据表明，据中国互联网络信息中心第 48 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至 2021 年 6 月，中国网民规模为 10.11 亿人，6—19 岁网民占 15.7%，共 1.58 亿人。同时根据第十次中国未成年人互联网运用调查显示，中国未成年人互联网普及率为 99.2%，显著高于 71.6%的全国平均普及率。

这些数据说明，10 岁以前未成年人触网比例不断提高，未成年人网络低龄化现象更加突出，未成年人网络普及程度接近饱和。未成年人已经成为网民的重要组成部分。网络为未成年人带来了崭新的生活方式，也引发了未成年人网络保护的挑战与问题，未成年人的网络生活、交往成为其生活交往中无法摆脱、无法分割的一部分，所谓线上线下的二元化生活加快了一元融合的节奏。未成年人的网络参与行为成为社会网络行为的重要构建内容，其在网络生态建设中的主体地位就应当得到承认和确立。网络强国的未来主体必定是一代又一代成长中的未成年人。无论是网络新技术的发展，还是网络新生活的构建，乃至网络新文化的传承，都依赖一代又一代已经成为“网络原住民”的未成年人的发展与成长。因此， 网络生态建设的任务之一就是要建设一个未成年人友好型的网络空间。

未成年人友好型的网络空间首先意味着，对于所有未成年人而言，网络应当更快速地成为一种普遍、平等的公共物品。尽管网络在未成年人中得到了极大程度的普及，但是仍然有一定地区、一定数量的未成年人在网络的接入、使用以及网络新知识、新技能的获得、网络素养的教育上，存在条件和机会上的匮乏，因此应当加强数字领域的脱贫，实现网络生活和发展的共同富裕，尽快弥合未成年人之间的数字鸿沟。

未成年人友好型的网络空间同时也意味着，必须加强网络空间对未成年人的权益保护工作。联合国《儿童权利公约》规定了儿童的生存权、发展权、受保护权、参与权等一系列基本权利，中国于 1991 年加入该公约，并已经在国内法领域建立起保障儿童基本权利的比较完整的法律体系。中国《未成年人保护法》第 3 条同样规定：未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利。进入网络时代，未成年人对网络的接触和使用渗透到生活和学习的方方面面，对儿童和未成年人基本权利的保障自然有必要延伸到网络空间，建立起相应的新型权利体系和保障机制。

目前，无论是国内还是国外，未成年人在网络使用中受到的不良侵害和权利保障，都是受到广泛关注的问题。具体而言，受到重视的具体领域包括：网络不良信息侵害、沉迷现象、网络欺凌、个人信息侵害网络相关的犯罪活动等，这些领域暴露出来的问题都需要建立相应的保护体系，以将未成年人权利的保护在网络空间落到实处。新修订生效的《未成年人保护法》（以下简称《未保法》）有诸多亮点，其中之一就是对未成年人的网络保护做了专章规定。该章共计 17 个条文，对未成年人网络保护中的重点问题，例如网络素养的培养提高、政府部门对未成年人网络保护的职责、网络沉迷的预防、智能终端产品的限制及管理、未成年人个人信息保护、未成年人网络游戏电子身份统一认证、未成年人网络欺凌问题等。均作了明确规定。尤其是其中若干条文均涉及未成年人模式的应用，相关规定成为一个规范群，有助于这一模式的推广，从而能够对未成年人网络保护起到巨大促进作用。

未成年人友好型的网络空间建设意味着我们必须强化未成年人保护模式的应用工作。过去这一模式被称为“青少年保护模式”，考虑到这一模式的适用对象实际仅仅局限于未成年人，因此为更加准确地界定其保护对象并彰显其法律意义，这一模式被称为 “未成年人模式” 更为合适。未成年人模式的设立体现这样一种理念，通过人工的网络管理存在种种局限和不足，因此应当通过技术的手段解决技术带来的问题，以科学合理的方式规范管理未成年人的网络使用行为。这不仅仅体现为在未成年人使用的智能终端产品上安装未成年人网络保护软件，也包括选择适合未成年人的服务模式和管理功能等，目的是避免未成年人接触危害或者可能影响其身心健康的网络信息，合理安排使用网络的时间，防止沉迷网络。因此，尽管《未保法》并未明确使用“未成年人保护模式”或者“青少年保护模式” 的概念，但第 71 条规定的“适合未成年人的服务模式和管理功能”即指称这一模式。由于未成年人模式的适用尚处于探索阶段，《未保法》 的相关规定比较笼统和分散，因此未来法律的实施应当注意以下几个问题，以充分发挥该模式的功能和强化其实施效果。

第一，应当扩张理解未成年人模式的设置目的。过去一般认为这一模式主要是为了防止未成年人沉迷网络，实际上早在 2007 年文化部、国家工商行政管理总局、公安部就发布了《关于进一步加强网吧及网络游戏管理工作的通知》，要求相关部门推动网络游戏防沉迷系统的开发应用，采取技术手段解决这一问题。当前，网络沉迷问题仍然没有得到有效治理，网络沉迷防治仍然是未成年人模式的重点功能之一，为此《未保法》第 68 条规定了政府各部门预防未成年人沉迷网络的职责，第 70 条规定了学校发现未成年人沉迷网络后的及时告知义务和共同教育引导义务，第 71 条规定了监护人应当通过选择适合未成年人的服务模式和管理功能等方式。不过，根据 2016 年《中国青少年网络使用与保护调研报告》，中国青少年网民在使用互联网过程中遇到色情图文、音视频等弹出的比例高达 71.1% ，网聊中接收到色情图文、音视频等比例达 43.1%，接收到网络色情游戏、动漫的比例高达 31.2%。因此，《未保法》第 71 条还要求避免未成年人接触危害或者可能影响

其身心健康的网络信息，第 74 条也规定网络服务提供者应当设置时间管理、权限管理、消费管理等功能。可见未成年人模式的功能得到了极大的扩展，《未保法》要求相关主体在不同领域都提供未成年人模式。根据这一立法精神，未来在未成年人网络使用的其他领域也应采用这一模式，以确保对未成年人的全面保护。

第二，应当认识到未成年人模式的提供是一项强制性法律义务，而不再仅仅是行政规章规定的义务。有关网络游戏的时间限制、消费限制等，过去由《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》等文件加以规定，规范层级较低，由此导致法律强制性较差、处罚力度较弱。《未保法》 的修订实施提升了这一义务的层级，由此提升了法律的强制性和处罚力度，这对于这一模式的推行具有重要意义。

第三，未成年人模式的提供应成为一项普遍义务。过去这一模式的提供和适用常常被认为是作为互联网服务和产品提供者的企业的义务，实际上它也是家庭、学校等所有未成年人保护相关主体的义务或职责。只有各方主体在各方面承担义务和履行职责， 才能使这一模式的提供、适用在每个环节都得到落实。倘若政府缺乏监管而完全依赖企业自觉，或者尽管企业提供了这一模式但家庭不予配合，这一模式都将无法实现其目的。因此，《未保法》第 68 条规定新闻出版、教育、卫生健康、文化和旅游、网信等部门应当监督网络产品和服务提供者履行预防未成年人沉迷网络的义务；第 69 条规定智能终端产品的制造者、销售者应当在产品上安装未成年人网络保护软件，或者以显著方式告知用户未成年人网络保护软件的安装渠道和方法；第 71 条规定监护人应当在智能终端产品上安装未成年人网络保护软件、选择适合未成年人的服务模式和管理功能等。可见，只有通过各方主体的齐抓共管，未成年人模式的应用才能真正实现其目的和功能。

义务的普遍性同时意味着，如果互联网产品和服务存在为未成年人普遍使用、过度使用或者接触不良信息等的可能，其提供者就应当承担提供这一模式的义务，否则就意味着未能履行义务。

第四，未成年人模式的使用必须简单便捷、容易操作。当前，有的互联网产品和服务提供者仍未设置未成年人模式，有的尽管设置了该模式但是界面不友好，不易查找或操作困难，阻碍了其功能的发挥。因此，应当规定互联网产品和服务提供者提供的未成年人模式必须符合简单便捷、容易操作的要求。另外，还需要特别注意的是，在设定该模式之后，在技术上不能由未成年人加以轻易改变，否则这一模式的目的就无从实现。

第五，应当更为积极地理解未成年人模式的建设工作。从网络沉迷防止、不良信息隔离等这些功能上看，似乎很容易将未成年人模式的设置目的理解为消极的隔离和预防。这种理解是极为片面的。2019 年国家互联网信息办公室发布的《网络信息内容生态治理规定》以网络信息内容生态为主要治理对象，重点之一就是鼓励网络信息内容服务平台开发适合未成年人使用的模式，提供适合未成年人使用的网络产品和服务，便利未成年人获取有益身心健康的信息。修订后的《未保法》第 65 条也规定，国家鼓励和支持有利于未成年人健康成长的网络内容创作与传播，鼓励和支持专门以未成年人为服务对象、适合未成年人身心健康特点的网络技术、产品、服务的研发、生产和使用。因此，未成年人模式不是简单采取信息隔离、沉迷防止的方式，其根本和最终的目的是用专门以未成年人为服务对象，符合未成年人身心特点的优良网络技术、产品和服务以及优质的信息内容吸引未成年人。当前在很多网站的未成年人模式下内容贫乏、形式单一、服务滞后，甚至有的过度低幼化，导致对未成年人缺乏吸引力，未成年人缺乏使用该模式的积极性和自觉性。因此，在政府鼓励和支持健康内容生产的同时，互联网产品和服务提供者应当明确，这一义务不仅

仅是单纯要求设立一种选择性的使用模式或者进入路径，更重要的是在该模式下进行优质内容的建设，使未成年人在该模式下能够享受优质的网络服务。

第六，应当注意运用法律责任条款处罚违法的网络产品和服务提供者。《未保法》第 127 条对信息处理者、网络产品和服务提供者违反网络保护专章各项义务的行为规定了不同的处罚，从责令改正、给予警告、没收违法所得，直至暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证，其责任后果和处罚手段较为全面，可以针对不同程度的违法行为做出轻重有别的处理。这些有关法律责任的规定涵盖违反未成年人模式提供义务的情形，相关主管部门应当就未成年人模式的提供与适用进行长期跟踪、监督，发现有关主体未能履行义务时运用各项处罚措施追究其法律责任，以保障这一义务得到切实履行，实现这一模式的设置目的。在最近有关未成年人保护模式的公益诉讼中，笔者作为组长带领专家评估小组对相关公司的整改工作进行了评估。在此也特别呼吁，以这些未成年人保护公益诉讼为契机，互联网服务提供商尤其前列的互联网巨头应当特别明确自己的未保义务，重视未成年人网络工作，担负其更大的社会责任和道德责任，不能让未成年人保护成为中国互联网企业发展过程的软肋和道德缺陷。

当然，未成年人的网络保护不能迷信未成年人模式的效用，最重要的是应当按照 《未保法》第 64 条的规定，国家、社会、学校和家庭加强未成年人网络素养宣传教育， 培养和提高未成年人的网络素养， 增强未成年人科学、文明、 安全、合理使用网络的意识和能力。

中国社会科学院大学互联网法治研究中心长期致力于互联网法治的研究，其中一个很核心的研究领域就是未成年人网络保护，我们在这一领域也取得了较为丰硕的成果，具备了一定的学术影响和社会影响。中心团队不仅仅积极深度参与未成年人保护立法， 而且积极探索、参与未成年人网络保护司法实践，广泛参与有关“两高”司法解释的起草工作，踊跃为未成年人网络保护建言献策，尤其多次在相应检察机关的邀请下，参与有关未成年人网络公益诉讼的内部讨论，并作为专家组参与公益诉讼的评估工作。中心多次组织了有关未成年人网络保护的研讨会， 和监管部门、 业界共同探讨这一重要议题。同时，我们也承担了包括教育部创新团队支持计划、团中央青少年研究重点课题在内的多项未成年人保护的研究项目，本报告的形成也得益于团队对这些项目所开展的研究。本报告即集中讨论了中国未成年人网络保护的现状与展望，并重点分析了有关未成年人个人信息保护、未成年人网络音视频监管、未成年人网络直播监管体制、未成年人网络支付能力及风险防范、未成年人网络欺凌等问题，希望我们的研究能够对建设一个未成年人友好型的网络社会有所助益。

当然，网络的快速发展也使得包括未成年人保护在内的诸多领域其新问题、新挑战层出不穷，规范的制定和司法政策的演变也同步加速，这就要求我们能够始终关注未保前沿，直面问题，提出更具针对性、可操作性的政策建议，我们也愿意将这样一个富有意义的事业继续进行下去。

在有关课题研究以及本报告调研写作过程中，我们得到了最高人民检察院、最高人民法院、中央网信办、共青团中央等单位的有关领导和同志以及相关互联网公司的大力支持，在此一并表示感谢。尽管做了大量努力，但是本报告中仍然可能存在诸多问题，也请各位同人提出宝贵意见，我们也将在后续工作中不断深入研究，为建设一个未成年人友好型的网络空间做出我们应有的贡献。



未成年人网络保护发展报告（2021）
主编：林维
副主编：刘晓春
中国社会科学出版社 2022 年 8 月版
定价：68.00 元
ISBN：978-7-5227-0647-4

编者简介

林维，中国社会科学院大学党委常委、副校长，中国社会科学院研究生院副院长，二级教授，法学博士，博士生导师，兼任中国社会科学院大学互联网法治研究中心主任、数字中国研究院院长，国务院特殊津贴获得者，并被评为第八届全国十大杰出青年法学家。入选教育部新世纪优秀人才计划、全国百千万优秀人才工程（国家级）等，先后获国家万人计划哲学社会科学领军人才、中宣部文化名家暨“四个一批”人才、中国社科院哲学社会科学领军人才等称号。兼任中国案例法学研究会副会长、中国犯罪学会副会长、中国刑法学研究会常务理事等，曾挂职最高人民法院刑一庭副庭长。先后出版《刑法解释的权力分析》《间接正犯研究》《最高法院如何掌控死刑》等数十部著作，在《中国法学》等发表论文百余篇。

刘晓春，中国社会科学院大学互联网法治研究中心执行主任，法学博士。主要研究领域为网络法学、知识产权法学。兼任中国案例法学研究会知识产权专业委员会副秘书长、中国知识产权法学研究会理事、中国广告协会法律咨询委员会常务委员、中国网络与信息法学研究会理事等，曾在北京互联网法院挂职交流。就个人信息保护、网络知识产权、数字经济竞争规制等主题在《环球法律评论》等刊物发表论文数十篇。

内容简介

随着互联网产业在我国的迅猛发展，未成年人的现实生活空间日益与互联网络虚拟空间深度融合，未成年人的发展权、受保护权、参与权等基本权利，在网络时代呈现新特点、面临新挑战。本书立足于我国未成年人网络权益保护的制度发展实践和行业前沿动态，梳理了我国未成年人网络保护的发展现状与制度建设图景，并从个人信息保护、网络社交内容治理、网络音视频监管、网络直播监管、网络支付行为能力及风险、网络欺凌问题等角度分别就具体领域的现存问题、实际需求、治理实践、制度建设等进行了分析和探讨。

书籍目录

目　　录

一　中国未成年人网络保护发展现状与展望 …… (1)
（一）未成年人网络使用状况 …… (2)
1. 规模与结构 …… (2)
2. 上网设备 …… (3)
3. 上网时长 …… (4)
4. 上网行为 …… (5)
5. 存在风险和法律意识 …… (7)
（二）未成年人网络权利保障的领域和现状 …… (8)
1. 网络不良信息侵害 …… (9)
2. 沉迷现象 …… (11)
3. 网络欺凌 …… (13)
4. 个人信息侵害 …… (15)
5. 网络犯罪 …… (17)
（三）未成年人网络保护的机制和进展 …… (19)
1. 法律法规 …… (19)
2. 行政监管 …… (22)
3. 司法实践 …… (35)

法学资讯

4. 企业自律和社会共治 …… (40)
（四）未成年人网络保护的完善与展望 …… (42)

二 儿童网络个人信息保护研究 …… (45)
（一）儿童网络个人信息保护的国外立法和相关案例 …… (46)
1. 美国 …… (46)
2. 欧洲 …… (52)
3. 澳大利亚 …… (54)
（二）国内儿童个人信息保护相关立法与行业现状 …… (55)
1. 立法历程 …… (55)
2. 中国儿童个人信息网络保护方面的行业现状 …… (59)
（三）理论分析：儿童网络个人信息保护的定位与原则 …… (61)
1. 儿童网络个人信息保护的定位 …… (62)
2. 儿童网络个人信息保护的原则 …… (63)

三 未成年人网络社交内容治理研究 …… (67)
（一）未成年人网络社交的特点 …… (67)
（二）网络社交领域的风险 …… (69)
1. 发展风险 …… (69)
2. 未成年人网络受害风险 …… (70)
3. 未成年人网络致害风险 …… (71)
（三）中国网络社交内容治理的现状 …… (72)

法学资讯

1. 现有法律法规体系 …… (72)
2. 现有监管体制 …… (73)
3. 网络社交领域监管不足 …… (75)
(四) 网络社交内容治理的对策建议 …… (77)
1. 针对未成年人发展风险 …… (77)
2. 针对未成年人网络受害风险 …… (79)
3. 针对未成年人网络致害风险 …… (80)

四 未成年人网络音视频监管研究 …… (82)
(一) 网络音视频监管基础及模式 …… (84)
1. 监管基础：以法律为边界 …… (85)
2. 监管模式：以政府为主体 …… (86)
3. 管制辅助：以行业为载体 …… (88)
(二) 从比例原则看监管体系 …… (91)
1. 适当性原则 …… (92)
2. 必要性原则 …… (92)
3. 均衡性原则 …… (94)
(三) 以比例原则完善网络音视频监管制度 …… (96)
(四) 结语 …… (101)

五 未成年人网络直播监管体制研究 …… (103)
(一) 问题的提出 …… (104)
1. 未成年人的特殊性 …… (104)
2. 未成年人在网络直播环境中面临的权利隐患 …… (105)

法学剪辑

（二）中国未成年人网络直播监管现状及存在问题 …… （107）
1. 中国未成年人网络直播监管现状 …… （107）
2. 中国未成年人网络直播监管存在的问题 …… （109）
（三）中国未成年人网络直播监管体制之完善建议 …… （111）

六 未成年人网络支付行为能力及风险防范 …（116）
（一）网络支付的特征 …… （116）
1. 网络支付手段的特殊性——便捷多样化的数字支付手段 …… （117）
2. 网络支付的法律要求——以身份认证落实支付账户实名制 …… （118）
（二）未成年人网络支付行为能力及行为法律效力 …… （122）
1. 无民事行为能力的未成年人的网络支付行为无效 …… （122）
2. 限制民事行为能力的未成年人，可以实施部分网络支付行为 …… （123）
3. 具备完全民事行为能力的未成年人，可以独立实施民事法律行为 …… （124）
（三）未成年人网络支付行为的风险 …… （125）
1. 沉迷网络综艺、游戏消费，影响未成年人身心健康 …… （125）

法学剪辑

2. 未成年人身份不易确认，大额支付难以追回 …… （126）
（四）未成年人网络支付风险的防范 …… （127）

七 未成年人网络欺凌问题治理研究 …… （133）
（一）未成年人网络欺凌的严峻性 …… （133）
1. 未成年人网络欺凌的普遍性 …… （134）
2. 未成年人网络欺凌的极端性 …… （136）
（二）未成年人网络欺凌的治理现状 …… （137）
1. 中国未成年人网络欺凌的治理现状 …… （137）
2. 域外未成年人欺凌的治理经验 …… （140）
（三）中国未成年人网络欺凌的治理对策 …… （143）
1. 立足调查研究，因地制宜确定方案 …… （144）
2. 强化宣传教育，防患于未然 …… （144）
3. 监督网络社交平台等网络服务提供者履行经营者的注意义务 …… （145）
4. 建立全面、长效的基础治理系统 …… （146）

参考文献 …… （149）

讲座回顾丨浙江大学张谷教授讲座“财产法法理在家事法中的常与变”顺利举行

2023-10-30 上海财经大学法学院
https://mp.weixin.qq.com/s/SqDquMjFXag-UQ34-mLtlA

2023 年 10 月 27 日晚，由上海财经大学法学院家事法研究中心主办、上海市道朋律师事务所协办的“资本市场中的家事法”系列讲座第三讲，在上海财经大学法学院 116 会议室成功举办。浙江大学光华法学院张谷教授以“财产法法理在家事法中的常与变”为题，发表主旨演讲。讲座由上海财经大学法学院家事法研究中心主任叶名怡教授主持，武汉大学法学院冉克平教授、清华大学法学院汪洋副教授、中国政法大学民商经济法学院缪宇副教授、华东政法大学姚明斌教授、上海财经大学李宇教授、上海道朋律师事务所高级合伙人吴琼律师担任与谈人。



叶名怡教授首先对张谷教授及各位嘉宾的到来表示欢迎，并对张谷教授在中国民法学界重要的学术地位和深厚的学术造诣进行了简要介绍，对参与与谈的嘉宾学术背景和风格特点分别予以点评。



张谷教授对叶名怡教授的邀请表示感谢。讲座伊始，张老师首先抛出问题：财产法法理在家事法中保持了哪些、以及需要哪些变化，指出要从中国民法在财产调整涉及家事时的常规与变化、中国民法在不涉及家事时已经不合理的常理，在涉及家事时的愈发不合理之处、以及常理的缺漏导致家事法规则的失灵三个方面看待这个问题。



关于财产法法理在家事法中的“常”，张谷教授指出：第一，一些民间的家事方面的习俗作为习惯法却与现行法律相冲突，比如成年收养，以至于无法发挥其在养老方面的补充性作用。第二，应从权利能力角度分析死亡宣告和权利能力的关系、以及死亡宣告是否必然会对夫妻关系造成冲击的问题。主体的性别问题也是值得注意的问题。第三，被性侵之未成年人的赔偿请求权诉讼时效规定与婚姻家庭编的规定存在不协调之处，一方面，成年子女虽成年但无独立生活能力者，仍得向父母请求抚养费；另一方面，若女性受害人未成年时曾受其父性侵，成年后无独立生活能力，此时意味着，诉讼时效起算的同时，受害人还在经济上受制于加害人。第四，意思表示形式自由原则在身份行为应受到严格限制。但在身份财产行为仍应当以行使自由为原则，并且原则上也

具有可代理性。第五，若缔结婚姻的意思表示存在瑕疵，依总则编规定可撤销，但是撤销后会造成一系列不合理的后果，因此身份关系的撤销后果应当作为溯及既往无效的例外而只向将来发生效力。此外，在身份关系缔结的内容控制方面，家事法也具有财产法所不具备的复杂性。

关于财产法法理在家事法中的“变”，张谷教授认为，第一，夫妻财产制中的“财产”已经不再是指个别的财产权利的问题，而是指的是归属于特定主体的，有金钱价值的、可转让的权利的总和，具体的某项财产只是其中的部分权利。第二，所谓夫妻共同财产绝不是物权上所说的共同共有。第三，一定要加强对于夫妻共同财产管理权的研究。第四，无权处分行为合同效力以及转让行为效力的问题是不容回避的，对该问题的认识不要拘泥于概念和教条，不要只看到不同国家法律在这些问题上处理的差异，而要看到他们的共同性。



在与谈环节，冉克平教授就结婚能力属于权利能力、行为能力以及无效或可撤销婚姻在撤销后果上与财产行为的差异以及夫妻共同财产中共有的性质发表了自己的看法。

汪洋副教授首先从社会现实角度对我国立法背景下结婚能力问题进行了探讨，其次，从不同视角对夫妻共同财产的共有性质提出了自己的观点。

缪宇副教授分别就精神障碍者的婚姻效力、行为能力与责任能力的区分必要、夫妻共同财产的共有以及家事法中公序良俗规则具体运用表达了自己的见解。

李宇教授通过举例表达了对张谷教授提出的中国家事法“该常者无常，该变者乱变”观点的认同。

吴琼律师从实务角度揭示了身份财产法规则在面对财产法一般规则时的适用困境，并呼吁家事法研究更加注重对于家庭中弱势群体的保护。

姚明斌教授通过两个案型的分析展示了财产法规则在家事法中造成的不公平结果，进而认为具有中国特色的法源体系对法学方法论转型提出了更高要求。

最后，“资本市场中的家事法”系列讲座第三讲在师生热烈的掌声中圆满结束。



供稿丨王海臣
供图丨刘沛韩 田雨萌
审阅丨叶名怡

父母要求子女赡养，可以主张哪些事项和费用支出应由子女承担？

原创：2023-10-30 蒋讲家事法 蒋月
https://mp.weixin.qq.com/s/zUTxNOv6ReQYfpkKpEJU2Q

编者语：每年九月初九， 是法定的老年节。赡养、敬重赋予子女生命并将子女抚育长大的父母，是子女应尽的义务。如何更好地尊重和维护老年人合法权益，值得更多地宣传、讨论和分享，以推进老有所养、老有所依、老有所安、老有所为的老年友好型社会建设。本期特刊发子女赡养父母义务及其履行的讨论文章和典型案例。



赡养父母，是成年子女应尽的义务。为此，子女应当关心、照顾父母，履行对老年父母经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，并且照顾老年人的特殊需要。当子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女给付赡养费的权利。负有赡养义务的成年子女，应在力所能及的范围内保障老年父母的基本生活需要，并随着生活水平的不断提高，相应地提高对老年人的赡养水平。这是子女承担的赡养义务的内容和要求。

一、子女履行赡养义务的事项和应承担的费用支出

1．应当为年老年父母提供经济供养。提供满足父母生活所需的物质资料，或者支付父母购买物质生活资料所需要的相应金钱。

2．应为年老父母提供生活照料。日常照料包括照顾老年人的起居、饮食、卫生和安全等方面事务。

3．应当给予精神慰藉。被申请人应当经常看望或者问候申请人，关心、慰藉申请人的精神生活。帮助老年人保持家庭成员之间的联系互动、亲友之间的适当社交互动，减轻孤独感。

4．照顾到老年人的特殊需要。满足老年人需求的健康饮食，预防保健、医疗护理，包括体检、慢性疾病的管理，药物管理；方便老年人出行的居住环境；适度锻炼等。因体弱多病或者高龄导致生活自理能力明显不足的老年人，会产生照护依赖。

二、有多名子女可以协商确定赡养父母义务的履行

有 2 个以上子女的，子女可以就赡养父母义务的履行协商确定合理的执行方案，其中包括赡养地点、赡养方式、护理方式、赡养费金额分配等事宜。社会生活中，多数家庭的子女达成赡养父母的口头约定；有些家庭通过家庭会议订立《家庭会议纪要》明确赡养父母的安排；有些家庭则签订《赡养协议》规定各子女的具体责任和执行。因事涉被赡养人的赡养权的实现，故该类约定、纪要或者协议都应尊重被赡养老年人的意愿，并征得其同意，方能执行。

三、法院确定赡养费时应考虑的主要因素

如果赡养义务人与赡养权利人不能就赡养费的构成项目、金额等达成一致，相关当事人可以诉请人民法院裁判。法院确定赡养费金额时，通常会考虑下列五大要素：

1．被赡养人的收入状况。如果被赡养人自己每月有一定金额的退休金收入，则应当考虑其本人固定退休金收入是否足以维持其生活开支？如果享有当地最低生活保障等社会福利金的，也应当考虑扣除该保障金额之后，其合理生活开支尚有多少差额。

2．被赡养人实际生活需要。老年人过上有尊严的、比较体面的生活，需要具备的基本条件、满足的基本需求，构成其实际生活需要。首先，应当为老年人提供满足居住安全需要的住所（包含有清洁饮用水和生活用水）。其次，定期或者不定期地提供蔬菜水果肉蛋奶米面油调料等日常生活用品，保障吃饱。其三，提供冬暖夏凉的被子、衣服、暖气乃至空调。其四，通讯需求的满足，包含电话、手机和互联网等对外联系的工具和设备。最后，满足出行的交通需求。例如，有些老年人选择入住养老院养老的，该方式养老所生费用通常会高于居家养老。

3．被赡养人的健康情况。有些老年人身体基本健康，医疗费用支出少，或者即使有较大医疗费支出项目，但是可以通过医疗保险报销的，则子女应承担的医疗费支出责任较小。有些老年人生活不能自理，需要依靠保姆等家政工服务支持的，则将产生的生活照料费用乃至护理费，亦属于赡养费的组成部分。

4．参照当地平均生活水平。当地平均生活水平是指在特定时期，本地居民用以满足物质、精神文化生活需要的社会产品和劳务的消费水平。中国幅员辽阔，不同地区经济社会发展速度有差异，物价、服务价值、消费水平也有一定区别。

5．赡养人的人数和给付能力。承担赡养义务的子女有 2 名或者更多的，则分摊到每名子女头上的赡养负担无疑会小一些。如果子女的支付能力比较强，就应当为老年父母提供较高水平的生活供应；如果子女经济比较困难，支付能力弱，应当支付给老年人的赡养费相应就会少。

法院根据案件实际情况，综合上述因素确定赡养义务履行以及合理的给付标准。

此外，根据个案的实际情况，若还有其他因素应当一并加以考虑方为合理公平的，也应综合予以考虑。

四、典型赡养纠纷案例

案例 1：韩某 3 等与野某赡养纠纷【参见北京市第二中级人民法院民事判决书，（2023）京 02 民终 1251 号】

2021 年 3 月 15 日，野某（女）向一审法院起诉，要求：

1. 判令韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 每人每月向我支付生活费 500 元、医药费 125 元、保姆费 1250 元；

2. 判令韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 每人负担原告已发生的医疗费合计 170150.38 元的四分之一即 42537.59 元；

3. 韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 每月至少探望我一次；

4. 诉讼费由韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 负担。

法院查明：野某（女）与韩某 5 是夫妻关系，双方生育四子即韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4。韩某 5 于 2017 年 11 月 24 日去世后，野某领取韩某 5 抚恤金 152000 元，扣除买墓地、办丧事等费用，尚有 102706 元。丧偶之后，野某随韩某 4 共同生活，野某自称每月养老金约 500 元。韩某 1、韩某 2、韩某 3 认可自 2017 年 11 月至今未给付野某赡养费。

2019 年 3 月 15 日，法院作出（2019）京 0106 民初 8620 号民事调解书，确认韩某 5 名下的在中国建设银行（账号为 110********）储蓄存款

90000 元及利息由野某继承；野某于收到调解书 7 日内给付韩某 4、韩某 1、韩某 3、韩某 2 每人 9000 元。野某认可未曾将前述款项给付韩某 1、韩某 3、韩某 2，三人同意用上述款项抵扣赡养费。

2021 年 8 月 16 日，法院作出（2021）京 0106 民初 15284 号民事判决：

（一）韩某 1、韩某 2、韩某 3 自 2021 年 8 月开始每月给付野某赡养费 1000 元，韩某 4 自 2021 年 8 月开始每月给付野某赡养费 1500 元；

（二）韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 自 2021 年 8 月开始每月至少探望野某一次；

（三）驳回野某其他诉讼请求。

野某不服一审判决，向北京市第二中级人民法院（以下简称北京二中院）提起上诉。北京二中院审理后认为，韩某 1、韩某 2、韩某 3 均同意以野某未给付款项 9000 元抵扣赡养费，抵扣后各子女自 2021 年 8 月起按月给付赡养费，并无不当…镶牙、住院治疗、雇佣保姆等各类费用并非单一的医疗费性质，鉴于韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 在野某提起本案诉讼之前同样应尽赡养义务，且其四人自 2017 年 11 月至今并未给付赡养费，一审法院以野某尚持有存款及抚恤金为由直接驳回野某的该项主张，确有不妥；况且，韩某 1、韩某 2、韩某 3 在二审中明确表示不放弃对韩某 5 的抚恤金的主张；因一审法院并未审查野某已发生的相关费用，且韩某 1、韩某 2、韩某 3 不予认可，故法院针对野某有关已发生的费用的诉讼主张，另行作出裁判。

2021 年 11 月 17 日，北京二中院作出（2021）京 02 民终 13747 号民事判决：（一）维持（2021）京 0106 民初 15284 号民事判决第二项；

（二）撤销（2021）京 0106 民初 15284 号民事判决第三项；

（三）变更（2021）京 0106 民初 15284 号民事判决第一项为：韩某 1、韩某 2、韩某 3 自 2021 年 8 月起每人每月给付野某赡养费 1000 元，韩某 4 自 2021 年 8 月起每月给付野某赡养费 1500 元；

（四）就野某有关韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 负担其已发生的医疗费的主张，另行处理；

（五）驳回野某的其他诉讼请求。同时，该院作出（2021）京 0106 民初 15284 号民事裁定：将有关野某要求韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 负担其已发生的医疗费的诉讼主张部分发回重审。

一审审理中，野某主张医疗费构成如下：2018 年 11 月-12 月到电力医院镶牙费 1097.7 元，2019 年住院费 4134.48 元，2019 年 6 月助听器 19850 元，找保姆信息服务费用 450 元（每年 150 元），2018 年保姆费 21820 元，2019 年保姆费 40700 元，2020 年保姆费 44400 元，2021 年保姆费 1 月至 6 月保姆费 21450 元，2017 年医疗费 2758 元，2018 年医疗费 4484.42 元，2019 年医疗费 14365.18 元，2020 年医疗费 8956.33 元，2020 年救护车费 170 元，2021 年医疗费 9467.05 元，合计 196702.98 元，上述费用计算至 2021 年 6 月，因主张的是 2021 年 3 月之前的费用，故诉争费用为 170150.38 元。对之主张，野某主张提交保姆费个人收条若干、药费收据若干；韩某 4 无异议，韩某 1、韩某 2、韩某 3 均不认可。

一审法院认为：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。赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。具体到本案，**野某年事已高，缺乏劳动能力，诉争费用为其生活所需，仅凭其个人收入难以承受，理应由子女视情分担**。关于分担数额，考虑到野某处尚有存款，而诉争费用支付凭证多为个人收条，药费中亦有可报销部分，故由法院酌定为每人 30000 元。野某自认诉争费用全部为韩某 4 支付，韩某 4 不再承担给付之责。赡养父母是子女的法定义务，韩某 2 等人的抗辩理由不能免除其应尽的义务，对其主张法院不予采纳。

一审法院判决如下：

（一）野某 2021 年 3 月前发生的费用（药费、镶牙、救护车、助听器、信息费、保姆费）由韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 每人分担 30000 元（韩某 1、韩某 2、韩某 3 于判决生效之日起十日内每人给付野某 30000 元）；

（二）驳回野某其他诉讼请求。

二审查明的事实与一审法院查明的事实无异。

北京二中院认为：赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。现野某年老体弱，丧失劳动能力，其有权要求其子韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 分担其生活所需的必要费用。考虑到野某的年龄和身体状况，其确需就医治疗及陪护照顾，**一审法院根据本案实际情况，酌定就野某 2021 年 3 月前发生的费用（药费、镶牙、救护车、助听器、信息费、保姆费）由韩某 1、韩某 2、韩某 3、韩某 4 每人分担 30000 元并无不妥，本院予以维持**。韩某 1、韩某 2、韩某 3 上诉主张赡养费过高，其无力支付赡养费用不能成为拒绝履行赡养义务的抗辩理由，本院不予采纳。

关于韩某 2、韩某 1、韩某 3 对韩某 5 抚恤金及丧葬费的上诉主张，因本案案由为赡养纠纷，其主张与本案的审理并非同一法律关系，韩某 1、韩某 2、韩某 3 可另行解决。

韩某 2、韩某 1、韩某 3 的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依法判决：驳回上诉，维持原判。

案例 2：李某 1 等与蔡某赡养纠纷【参见北京市高级人民法院民事裁定书，（2021）京民申 6419 号】

【基本案情】

蔡某（女，1935 年出生）因赡养纠纷，将二子李某 1、李某 2 和一女李某 3 起诉到法院，要求三名子女承担支付包括保姆费在内的赡养费，先后获得第一、二审法院支持。

李某 1 不服生效判决，以判决认定事实不清，程序违法，适用法律错误为由，申请再审，请求撤销一、二审判决，裁定再审。李某 1 主张其曾向法院提交二份调查的申请，一是要求调查蔡某夫妇在银行的存款，二是调查蔡某侵吞其父亲生前部队给子女的生活费的事实，但是一审法院均未予调查；法院也未查清蔡某称其无固定住所、无经济来源的事实和理由是否存在，认定蔡某存在无力负担相关费用，是错误等等。

【法院裁判】

北京市高级人民法院经审查认为，蔡某年事已高，其自述体弱多病需要保姆照顾日常生活，但无力负担相关费用。李某 1 主张蔡某经济状况良好，不需要子女赡养，故不同意给付赡养费。综合考虑蔡某的年龄、身体情况以及各方当事人陈述，从保障老年人权益的角度出发，蔡某要求聘请保姆照顾生活的主张，符合本案实际情况。一、二审法院认定由三位子女以支付赡养费的方式履行赡养义务，并无不当。根据本案已查明的事实，蔡某确有退休金，且享受公费医疗保险待遇。在酌情确定赡养费数额时，一、二审法院已充分考虑蔡某的经济情况，并结合三位子女的经济能力和蔡某所在地的城镇居民消费水平等因素，以此确定的赡养费数额合理，关于李某 1 不予给付赡养费的主张，一、二审法院未予支持，并无不当。李某 1 一审申请调查的证据，并非本案法院必须调取的证据，一审法院未予调取，并无不当。经审查，一、二审法律适用和审理程序亦无不当。李某 1 的再审申请缺乏充分的事实与法律依据，不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形，本院不予支持。

2021 年 11 月 30 日，北京市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 204 条第 1

款，《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 395 条第 2 款规定，裁定如下：驳回李某 1 的再审申请。

【法条链接】

《中华人民共和国民法典》第 26 条第 2 款规定 成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。

第 1067 条第 2 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。

第 1069 条规定 子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第 15 条规定， 赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。对生活不能自理的老年人，赡养人应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。

第六届家事法学术研讨会顺利召开

原创：2023-11-01 上海财经大学法学院
https://mp.weixin.qq.com/s/ypmmowlE5ZRlo2_bqxffsw

2023 年 10 月 28 日，由中国法学会婚姻家庭法学研究会、中国法学会民法学研究会、上海财经大学法学院共同主办，上海财经大学法学院家事法研究中心承办，上海市张江公证处、中伦律师事务所协办的第六届家事法学术研讨会在上海财经大学国家大学科技园国际会议中心顺利召开。本次研讨会以“家庭法与其他私法部门的交叉融合”为主题，来自清华大学、北京大学、中国人民大学、中国政法大学、中央财经大学、首都经济贸易大学、吉林大学、浙江大学、厦门大学、武汉大学、西南政法大学、中南财经政法大学、南京大学、东南大学、苏州大学、湖南师范大学、大连海事大学、中国计量大学、广东外语外贸大学、浙江理工大学、华南农业大学、昆明医科大学、复旦大学、上海交通大学、同济大学、华东师范大学、华东政法大学、上海大学、上海政法学院、上海市法学会、上海财经大学的理论学者，以及来自上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院、上海市第二中级人民法院、上海市黄浦区人民法院、上海市杨浦区人民法院、上海市普陀区人民法院、上海市松江区人民法院、上海市宝山区人民法院、上海市虹口区人民检察院、上海市张江公证处、中伦律师事务所、上海邦信阳律师事务所、北京市君泽君（上海）律师事务所、上海家与家律师事务所、北京天驰君泰律师事务所、江苏桥一律师事务所、上海道朋律师事务所、上海国狮律师事务所的实务专家，共计一百余人参加了此次研讨会。上海财经大学法学院院长宋晓燕教授、副院长朱晓喆教授以及叶名怡教授、李宇教授、刘洋副教授等老师出席会议。



开幕式

本次会议开幕式由上海财经大学法学院副院长朱晓喆教授主持。上海财经大学法学院院长宋晓燕教授，中国人民大学副校长、中国法学会民法学研究会副会长王轶教授，中国政法大学人权研究院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授，上海市张江公证处张磊主任，上海财经大学法学院叶名怡教授先后在开幕式上致辞。



上海财经大学法学院副院长朱晓喆教授首先对主办方和协办方的支持表示感谢，继而指出上海财经大学家事法学术研讨会旨在通过对基础理论与前沿实践的研究，推进我国家事法发展，为千家万户的家庭和谐贡献一份力量，从而践行了“厚德博学、经济匡时”的校训。



上海财经大学法学院院长宋晓燕教授代表上海财经大学法学院，对会议主办方、协办方长期以来对上财家事法会议的支持表达诚挚感谢，对各位嘉宾的到来予以热烈欢迎。宋院长指出，首先，在校领导的支持下，我院家事法研究中心是上海财经大学法学院最为活跃的研究中心之一，这也是家事法研讨会成功连续举办六届的原因。其次，家事法的研究对家庭和睦与社会发展起重大作用，社会广泛关注的未成年保护、老年人赡养、家庭财富传承问题都在中心的研究范围内。最后，家事法的发展离不开实务界与理论界的研究与探索。今日各位参会专家齐聚一堂激起思想的火花，将为社会创造极大价值。



中国人民大学副校长、中国法学会民法学研究会副会长王轶教授代表会议的主办方之一中国法学会民法学研究会，对第六届家事法学术研讨会的召开表示热烈祝贺，对办会部门的支持与各位嘉宾的与会表示感谢。他指出，在今年中国法学会、民法学研究会会员代表大会以及年会期间，与会的各位民法理论界和实务界的同仁们，对上海财经大学家事法学术研讨会能够长期高质量举办给予了高度评价。他强调，本次研讨会专门列出一个单元，讨论数字时代的家事法具有特别的意义和价值。数字时代下家事法规则的边界在哪里，是我们关注的重点。最后，他还特别感谢宋晓燕院长、叶名怡教授、朱晓喆教授及上海财经大学法学院，能够让一个优秀的学术论坛持续举办下去，预祝本次会议能够在一些核心和关键问题上相互理解并形成重要共识，取得圆满成功。



中国政法大学人权研究院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授首先代表中国法学会婚姻家庭法学研究会，向本次会议的召开表示衷心祝贺。她指出，自《民法典》颁布以来，家事法研究由冷逐渐转热，在学界和实务界都得到了更多重视。许多学者参与到家事法研究中，各类学术研讨会和学术成果都呈现出不断精进的趋势，上海财经大学法学院叶名怡教授及其家事法研究中心，是其中的佼佼者。她认为今天的学术研讨会以理论研讨为主，囊括了婚姻家庭继承的诸多理论问题，不仅讨论了遗产遗赠、婚姻关系、婚姻效力、家庭关系等传统理论，而且涉及了数字时代家事法的前沿问题，这都是很有意义的研究。她表示不能单纯、简单地把财产法规则套用至家事法的场景中，要坚持身份法的特殊属性，以关注婚姻和谐、家庭幸福、妇女儿童老人合法权益的保障为己任。最后，她预祝本次会议圆满成功。



上海市张江公证处张磊主任对第六届家事法学术研讨会的召开表示热烈的祝贺，他指出，业务部门工作质量的提高离不开理论支持，张江公证处对学界在意定监护与数字遗产管理方面的研究抱有很高期许，他希望能够依托上海财经大学的科研教学力量，推进张江公证处的发展与创新。最后，他预祝研讨会圆满成功！



上海财经大学法学院教授、家事法研究中心主任叶名怡教授对中国法学会民法学研究会、婚姻家庭法学会的支持以及王轶副校长、夏吟兰会长、宋晓燕院长、张磊主任的关心表达诚挚感谢。他表示，上海财经大学家事法学术研讨会之所以能够发展成为当今国内除婚姻家庭法年会以外最有影响力的家事法学术会议，是因为始终坚持高质量的研讨。多位研究会副会长等学界资深前辈在实质上深度参与讨论，国内目前最有创作力的一批家事法学者长年稳定参会，若干年轻博士和博士生不断加入。而且，会议邀请著名中青年学者作为会议的与谈人，保证了高水准的评议质量。叶名怡教授最后希望今天会议中各位嘉宾能继续发出最真实的学术声音，这是上财家事法学术研讨会举办的初心。



第一单元：遗嘱、遗赠及意思表示

第一单元的议题为“遗嘱、遗赠及意思表示”，由西南政法大学民商法学院教授、中国法学会民法学研究会副会长谭启平主持。他首先对上财家事法学术研讨会的研讨成果给予高度肯定，之后表示他本人的第一篇学术论文就是关于遗嘱执行人的，自己与家事法亦有渊源。接着他指出，本单元议题均为继承法上非常重要的基础理论问题。



第一位报告人为吉林大学法学院教授、中国法学会民法学研究会副会长房绍坤，其报告的题目为“遗赠扶养协议的效力何以优先”。他认为，未经扶养人同意，受扶养人处分协议中约定的遗赠遗产，扶养人可以阻却该处分行为发生物权变动的效力；当协议所约定的遗赠财产为特定化财产时，扶养人对此特定化财产的“物权化”权利应当自协议生效时即发生，而未特定化时，扶养人仅能在继承开始后对继承人或者遗产管理人主张处分保护。



第二位报告人为清华大学法学院院长助理、长聘副教授汪洋，其报告的题目为“预先放弃继承的类型与效力”。他认为，单方预先放弃继承附有被继承人死亡以及放弃行为人享有继承既得权两项条件，此阶段放弃行为人有权任意撤销；继承人可以通过与被继承人订立继承协议，就放弃继承达成合意且对双方产生约束力，协议中放弃继承与将来遗产分配的内容属于死因行为，自被继承人死亡时发生效力；扶养义务分担和额外补偿等内容自协议成立后生效。



第三位报告人为上海交通大学凯原法学院副教授肖俊，其报告的题目为“后立遗嘱默示撤回研究”。他认为，《民法典》第 1142 条规定了三种类型的撤回方式之意图并不相同。在后立遗嘱抵触的判断上，应将该条第 3 款与无相对人意思表示解释规则相结合；在先在遗嘱效力复活上，可以类推适用以物抵债违约规则以及关于生效判决和解协议违约的规则。



在三位报告人的精彩报告结束后，进入与谈环节。复旦大学法学院副院长李世刚教授认为三位报告人主题均对民法基础性问题进行了发掘和提炼。中国政法大学比较法学研究院吴逸越老师分别向报告人提出了可以以及应当进一步展开分析的问题。上海市高级人民法院民事审判庭赵超法官从司法实践角度给出了报告人文章所涉问题的解决思路。



第二单元：遗产管理及继承

第二单元的议题为“遗产管理及继承”，由中央财经大学法学院教授、《财经法学》副主编朱晓峰教授主持。他表示，上财家事法学术研讨会之所以办得如此成功，最核心的一个特点就是质量非常之高，他希望接下来本单元的“遗产管理及继承”能够继续有高质量的发言。





第一位报告人为湖南师范大学法学院教授王葆莳，其报告的题目为“遗产管理人处分权问题研究”。他认为遗嘱执行人是所有权和管理权分离的典型状态，其对遗产的处分权对其他类型遗产管理人之履职有重要参考意义，报告分别从遗嘱执行人处分权的正当性、范围、行使规则以及限制四个角度进行论证。

第二位报告人为上海交通大学凯原法学院副教授李贝，其报告的题目为“中国继承法中的扶养理念：功能与局限”。他认为法定继承下，抚养决定继承资格的有无、继承份额的大小、遗产债权人的范围；遗产继承下，抚养关系与遗嘱自由挂钩。应该赋予遗嘱自由更大的空间以应对老龄化社会。此外，在关注抚养制度优势的同时，也要预估其被滥用的不当影响。



第三位报告人为浙江理工大学法政学院讲师刘宇娇，其报告的题目为“民法典时代遗产债务清偿制度体系化研究”。她提出遗产债务清偿制度外部体系化体现在与债法制度的体系衔接，而内部体系化的构造可以在破产法规定遗产破产制度，明确遗产债务清偿顺序。



第四位报告人中伦律师事务所合伙人蓝艳律师，其报告的题目为“论民政局担任遗产管理人”。她指出，如果法院在指定民政部门或村民委员会作为遗产管理人的判决尺度不加以适当的平衡，对民政部门或村民委员会而言，其负担就会大大加重。



在四位报告人的精彩报告结束后，进入与谈环节。中国计量大学法学院陶丽琴教授对李贝副教授论文极强的本土化特点表示赞许。华东政法大学姚明斌教授认为王葆莳教授报告中的“处分”一词需做狭义广义的区分。复旦大学法学院班天可副教授认为在人口老龄化背景下遗产管理是国家应该承担的责任，如何将工作落实到民政局或者其他单位的问题亟待解决。上海市高级人民法院民事审判庭陈卓雅法官，针对报告人提出的问题提供了自身的审判经验。江苏桥一律师事务所主任林佳业律师从公益法律服务角度为完善遗产管理人制度给出建议。



第三单元：家庭关系

第三单元的议题为“家庭关系”，由上海市法学会研究部主任、《东方法学》副主编孙建伟主持。他分别介绍了本单元的主题报告人和与谈人。



第一位报告人为厦门大学法学院教授、中国外国法制史研究会副会长徐国栋，其报告的题目为“扶养义务的‘激活’以及‘过过去的’扶养费的有限可追索性”。他认为，首先，我国应通过司法解释确立过去时间的扶养费不可无限追索的规则。其次，要确立禁反言原则作为过去时间的扶养费不受追索规则的基础。最后，不要求把起诉作为“激活”扶养义务的手段，以减轻权利人和法院的负担。



第二位报告人为武汉大学法学院教授冉克平，其报告的题目为“论‘婚姻家庭受国家保护’原则”。他提出在内部关系上，立法应当尽可能地减少结婚的障碍，遵循结婚障碍谦抑原则；对登记离婚冷静期的适用边界进行目的性限缩。在外部关系上，在第三人侵扰他人婚姻关系时，可以参照适用人格权的保护规范，但是以过错方配偶与第三人具有重大过错为条件。



第三位报告人为大连海事大学法学院教授李国强，其报告的题目为“成年监护监督的规范解释”。他从比较法视野出发，介绍了一元与区分保护模式，提出“替代决策”向“协助决策”的转型，认为法定监护可以和意定监护竞合存在，同时应当拓展民政部门承担监护监督责任的职能。



第四位报告人为中南财经政法大学法学院副教授刘征峰，其报告的题目为“体系视角下家庭关系民法适用和续造的顺序”。他以家庭法内在体系的相对独立性为理论基础，通过举本土法律文本表述的例子，来论证家庭法内部续造原则上优先于外部续造。并强调家庭法内部法律适用、法律续造和超出家庭法的法律适用、法律续造之间顺序的判断最终依赖于目的性考量。



在四位发言人的精彩报告结束后，进入与谈环节。

中国人民大学法学院副院长朱虎教授认为对于成年监护中的监护监督，在符合最有利于被监护人原则的同时，要建立多元的、综合的共治制度。上海财经大学法学院李宇教授认为净身出户条款实际上是一种对违约损失或者说违反法定义务所致损失予以补偿的契约，可以参照适用违约金酌情的规则来处理。华东师范大学法学院石冠彬教授认为对赡养义务发生时间的限制应当符合大众普遍正义感情。华东政法大学法律学院方斯远副教授认为宪法基本权利中的价值判断，可以借助婚姻家庭受国家保护之类的转介条款，对个别制度在个案中进行矫正。复旦大学法学院汪倪杰讲师认为在司法实践中，除了对法的内在体系进行静态排布，还要考察案件和规范之间的动态衔接。



在本单元自由讨论环节，武汉大学法学院特聘副研究员申晨老师阐述了国家对结婚优待的理论，冉克平教授对此给予了回应。

第四单元：婚姻效力

第四单元的议题为“婚姻效力”，由东南大学法学院副院长单平基教授主持。他指出自身作为主持人有两项任务，第一，控制好时间；第二，敦促大家尽量多批评、多交锋，少说或不说表扬的话。



第一位报告人为苏州大学王健法学院副教授娄爱华，其报告的题目为“论无效婚姻中的无过错方保护”。他认为对“无过错”方的保护方式，除析产照顾及损害赔偿外，也包括赋权。实践中的赋权判决主要发生在因重婚导致的婚姻无效，未来应扩及受胁迫缔结的婚姻。



第二位报告人为中国政法大学人权研究院讲师夏江皓，其报告的题目为“论无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力”。她指出，对无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力的规制，应以婚姻无效既有规定为基点，同时辅以民事法律行为规定的参照适用，实现法律漏洞的填补与《民法典》各编的协调。



第三位报告人为武汉大学法学院特聘副研究员申晨，其报告的题目为“限制民事行为能力人结离婚中的权利保障”。他认为，在遵循限制民事行为能力人利益最大化、尊重限制民事行为能力人意愿、合理发挥监护人作用的三项原则的基础上，可以对限制民事行为能力人的结离婚程序进行相应的专门设计或解释，以确保其合法权益受到保障。



第四位报告人为北京大学法学院博士研究生王倩，其报告的题目为“论死亡宣告对婚姻关系的影响”。她认为，对于生存配偶与第三人缔结之新婚姻的效力，应当区分生存配偶申请宣告死亡时的主观状态进行分析；而对于被宣告死亡人与第三人缔结之新婚姻的效力，应当根据死亡宣告是否被撤销进行分析。



在四位发言人的精彩报告结束后，进入与谈环节。

清华大学法学院副院长龙俊长聘副教授指出，在重婚导致的无效婚姻场合，可能存在前有效婚中的无过错方和后无效婚中的无过错方二者之间利益平衡的问题；行为能力欠缺不绝对导致婚姻无效，其实是立法者有意的留白；宣告死亡场合夫妻双方分别再婚场合，需要精确界定两段婚姻的时长。上海大学法学院教授曹薇薇指出要关注结婚行为能力和民事行为能力之间的关联，另外，她认为如何将未成年人的利益和限制民事行为能力人的利益等同起来还需要详细论证。上海政法学院上海司法研究所佘山特聘岗教授李建星认为，对于保护无效婚姻中无过错方的赋权方式，可以

参考竣工合同无效后工程价款约定折价补偿承包人的规则，来构建“赋权”法律效果。上海家与家律师事务所主任、创始合伙人谭芳律师由实践案例引入至对婚姻效力理论问题的思考。



在本单元的自由讨论环节，夏江皓老师认为结婚行为能力要与民事法律行为作出区分。浙江大学光华法学院张谷教授认为将结婚行为能力纳入立法的考虑范围是极有必要的。

第五单元：离婚财产分割

第五单元的议题为“离婚财产分割”，由上海市高级人民法院民事审判庭庭长余冬爱主持。



第一位报告人为广东外语外贸大学土地法制研究院副教授张淞纶，其报告的题目为“《民法典》背景下宅基地在离婚财产分配中的解释论方案”。他认为，宅基地权利规范与《民法典》权利规范之间存在不和谐。而制度中的城乡二元对立则又加剧了这一冲突。宅基地使用权的权利主体应当认定为共同共有。若将宅基地使用权与所有权分离，则可以分别适用不同的离婚财产分配规则。



第二位报告人为上海市第一中级人民法院少年家事庭法官潘静波，其报告的题目为“家事审判实践中的几点困惑与思考”。他对于财产查明和处理困境从社会效果和制度供给等方面提出了看法，针对如何看待债权人能否撤销继承人放弃继承之行为的问题，潘法官分别从肯定和否定的角度进行了论述。



第三位报告人为上海市第二中级人民法院少年家事庭法官熊燕，其报告的题目为“司法实践中离婚财产分割的规则、困境与出路”。他从一则离婚纠纷案出发，提出了审判实践中的一系列问题，并在梳理现行规定和总结案型特点的基础上，归纳出司法实践中遇到的裁判困境以及相应的出路。



第四位报告人为首都经济贸易大学法学院讲师王文娜，其报告的题目为“父母为子女购房出资时的合同解释论”。她指出，父母为子女购房出资时的合同的相关问题争议颇多。并对确定合同性质、确定受赠物、确定受赠人时以及子女离婚时父母返还出资款的请求权基础等问题进行了论述。



在三位发言人的精彩报告结束后，进入与谈环节。

上海交通大学凯原法学院庄加园教授认为与其称“购房合同的解释论”，不如称为“购房合同当事人的意思表示”。南京大学法学院刘勇副教授认为影响法适用的重要变量包括制度和文化，而不论离婚分割，抑或遗产分配，重心应在于类似破产清算的制度上。中国政法大学缪宇副教授认为女方结婚入户并不当然取得权利，离婚也不当然取得补偿。中国计量大学法学院讲师雷巍巍认为有关意思表示的解释的理论应当考虑到不同国家的社会现实，并且应当注意避免司法成本过大的问题。



在自由讨论环节，龙俊教授认为，《民法典》中“共同共有”的用语仅出现在物权编中，是立法者有意为之，这样的体系安排实质上给夫妻共同财产的性质认定提供了很大的解释空间。

第六单元的议题为“数字时代的家事法”，由华东师范大学法学院教授吴泽勇主持。



第一位报告人为华南农业大学人文与法律学院副教授赵蕾，其报告的题目为“在线诉讼作为家事审判的未来：一种基于场景理论的程序架构”。她提出了以“互动过程-信任机制-解纷结果”为内容的家事在线诉讼理论框架和具备“调解程序前置化、受理范围类型化、证据规则算法化与审理过程智慧化”特征的家事在线诉讼程序架构。



第二位报告人为苏州大学王健法学院讲师唐波涛，其报告的题目为“双重识别标准下的数字遗产继承”。他根据影响人身性财产利益继承的内外因素，提出了以法律关系的同一性为内容的内部识别标准，以及以法律规定与善良风俗为内容的外部识别标准。



第三位报告人为上海政法学院上海司法研究所讲师李姗萍，其报告题目为“网络虚拟财产的离婚分割”。她以论证网络虚拟财产离婚可分割性为出发点，提出了网络虚拟财产离婚分割的条件和归属规则，以及作为配套的折价补偿规则。



在三位发言人的精彩报告结束后，进入与谈环节。

北京大学法学院长聘副教授纪海龙认为家事审判的在线诉讼研究需要侧重于利弊分析、强调研究实践中的问题。他还根据“财产或权利的可转让性”“权利的继受取得”等基础理论，着重对数字遗产继承和网络虚拟财产分割问题作出评述。同济大学法学院徐文海副教授从程序法的角度出发，认为有关家事审判的在线诉讼理论需要现实层面的考量，还提出建立在技术与调解基础上纠纷解决形式可以作为家事纠纷解决的先行形式。上海财经大学法学院刘洋副教授结合民法传统理论与数字法学，指出虚拟财产的外延尚不清晰，需要进行类型化研究。



在本单元的自由讨论环节中，主持人吴泽勇教授从诉讼法角度讨论了离婚诉讼中的财产分割问题，他认为，可以引入“中间判决”的制度，来实现离婚财产调查与离婚财产分割两层诉讼路径；如果因为离婚财产分割由于调查困难而久拖不决，进而导致是否判决离婚这个问题难以尽快解决，其实会严重影响个体的自我人生规划，对他们来说也是一种很大的伤害。

闭幕式

闭幕式由浙江大学光华法学院张谷教授做学术总结，张谷教授用三对关键词总结了今天的会议：其一，单一和多元。张谷教授认为学术研究应该形成一体化的机制，研究传统民法、商法、民事诉讼法、国际私法等学科的学者都可以加入家事法研究的大家庭，从而实现各学科的融会贯通。其二，情感和理智。情感造就了人类的丰富性、复杂性，但是婚姻是必须被理智地审视的，家事法学者的任务就是怀着理性的态度研究身份财产关系。其三，概念和意义。我们解释法律或者建构体系，不是在做认知的工作，也不是在做逻辑排演的工作，而是追求理论及实践所想达到的最终目的。最后，张谷教授为上海财经大学法学院家事法研究中心送上寄语，希望家事法研究在上海财大能够如长江黄河之水持续向前，奔腾不息。



叶名怡教授再次对各位与会嘉宾的到来表示感谢，期待明年的会议能够与各位朋友再次相聚于上海财经大学，推动家事法研究的发展。“第六届家事法学术研讨会”在热烈的气氛中圆满闭幕！





供稿 | 王中昊 王海臣 余勤
供图 | 刘沛韩 田雨萌
审阅 | 叶名怡

法学 | 李鼎熙：家庭协议适用合同法规范的路径与意义

原创：2023-11-10 华政法学 李鼎熙
https://mp.weixin.qq.com/s/3_YJOzlACSfDNnyGeHoQcw

作者：李鼎熙
作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心、中国人民大学法学院
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】 依目前民法学界的通行观点，私人协议按照“伦理性”的强弱可以被划分为“财产协议”与“身份协议”，而合同法的适用范围仅限于财产协议。由于家庭协议的性质处于两者的交叉地带，故其效力因为混沌不明的“伦理性”因素而处于不确定 的状态。但此种对私人协议性质的二分法缺乏实体法上的依据；并且，在权利多元化的现代社会，若司法裁判对家庭协议的效力认定依赖于“伦理性”要素，既不利于法规范的安定性，也不符合经济效率，甚至逾越了法官造法的边界。因此“家庭伦理”不应当成为判断合同法规范可否适用于家庭协议的标准。我国《民法典》第 464 条第 2 款为家庭协议回归合同法规范提供了可能的路径。在处理家庭协议引起的纠纷时，合同法规范的妥切适用也有助于保障个人在家庭关系中的合理信赖利益。

【关键词】 家庭协议 婚内赠与 彩礼协议 赠与合同 合同法规范

我国《民法典》包含身份法规范与财产法规范。以此为基础，私人协议被区分为财产协议、身份协议和财产身份混同的家庭协议。目前针对纯粹财产协议（例如陌生人之间的买卖合同）与身份协议（例如收养协议）的适用规范选择并无太大争议，较为棘手的问题是家庭协议的适用规范选择。既有研究大多将家庭协议本身所承载的“伦理性”作为选择适用身份法规范或财产法规范的判断标准。该观点的大致论证理由是，身份法规范偏向于人伦道德，而包括合同法在内的财产法规范则倾向于经济理性，因此法官不能当然地将合同法规则适用于家庭成员之间，以避免财产法规范对身份法领域的过度渗透。但“伦理性”要件在实体法上并没有统一的认定标准，将其作为家庭协议效力的审查要件很有可能对当事人的自治空间产生不当的限制。

本文并非要鼓吹将家庭关系“商品化”，且《民法典》第 464 条第 2 款在实体法层面上已经为家庭关系的伦理基础筑起了一道“防火墙”。本文所论的家庭协议仅限于家庭成员或准家庭成员在法律允许的范围内所订立的私人协议。家庭协议回归合同法规范的实际内容是将家庭协议的“家庭”要素内化至合同法框架下的构成要件及法律效果，为司法实践提供较为具体的实体法规范适用路径。如此亦有利于各界对裁判论证的检查与复验，防止裁判流于恣意与专断。

有鉴于此，本文首先剖析司法中家庭协议被排斥适用合同法规范的怪相及成因；其次，通过传统的法教义学解释路径，厘清家庭协议在《民法典》中的规范定位，同时明确合同法规范适用于家庭协议的判断标准；最后，对家庭协议的核心构成要件予以归类，并以较为常见的纠纷类型为例，具体展示家庭协议适用合同法规范的路径。

一、“合同法不入家庭”

现象的依据与反思

在处理由家庭协议造成的纠纷时，裁判者常常会有意无意地排斥适用合同法的相关规范，由此形成了“合同法不入家庭”的怪相。以“婚约财产纠纷”为例，自《民法典》生效之后，截至 2023 年 2 月 28 日，从“中国裁判文书网”检索到的由地方高级人民法院作出的相关裁判文书共有 39 件，但其中没有一份裁判文书引用合同法规范。究其缘由，大致有二。一是对家庭伦理的泛化理解。这使得裁判者对家庭协议或是采取不干涉主义，任由当事人自我调解；或是仅凭裁判者的内心道德确信对家庭协议的效力及内容予以任意解释。二是对合同性质的误解。其认为合同法规范所包含的个人权利意识会对家庭原有伦理价值产生破坏，甚至会导致社会问题，因此对家庭协议本身持有否定态度。本文认为，以上论据均值商榷。

（一）“清官难断家务事”的法律传统

从朴素的道德情感和一般的生活经验出发，“清官难断家务事”似乎可以自圆其说。甚至在 19 世纪末东亚诸国民法典出台时，社会精英们也普遍认为私法制度可能会对传统家庭伦理产生消极影响。因为在大多数情况下，家庭成员都是以情感与信任为交往基础，并以此为连结构成一个以合作为原则的强互惠关系。易言之，互惠互利通常才是实现家庭成员之间内部和谐的交往方式，国家法律对此既不会也不应予以干涉。

不过，根据人类学的观点，传统家庭伦理是在工业化之前的农业社会环境中逐渐成型的。其根本作用是确保同一人类族群间的彼此信任，从而实现共同协作并创造出更多的生产力。从经济学角度来看，旧时家庭道德的基础是家庭成员之间简明的分工模式。彼时生儿育女与养家糊口是两份近乎同样繁重的全职工作，女性在家政工作中具有比较优势，而男性在生产劳动中具有比较优势。易言之，“男耕女织”在当时的社会环境中符合家庭成员的最大共同利益。在此种社会语境下，通过道德说教解决家庭纠纷可以显著地降低与人际关系相关的谈判成本。与之相对，试图将“家务劳动、老幼扶养”写入正式协议并诉请强制执行既不近人情，更不符合效率。

我国法制史上的相关记载也提供了相应的佐证，旧时官府在处理户婚一类“细故”案件时，大多也是借“以孝率法”的名义交由宗族、乡党自行处理。即便付诸裁判，也多是以调解的手段平息纷争，即在审判过程中以孝悌之名劝说双方当事人放弃自己的权利。

然而，即便是在这种所谓“极重伦常”的旧式家庭关系中，一旦成员之间的利益复杂化，当事人也会选择通过具有拘束力的协议明确各自的权利与义务。从现有的法史材料来看，旧时大家族的家庭成员会通过合同（“分单”或“阄书”）约定各成员所应有的财产份额、所负担的债务份额以及对尊亲属的抚养义务。而官府往往承认此类合同的效力，且一般民众似乎并不认为这是有违伦常的背德之举。甚至《大清民律草案》更是明确赋予成年家庭成员平等的民事行为能力，各家庭成员之间可以订立有效的契约，以此构建各自的权利义务关系。

由此可见，家庭伦理虽然根植于文化、宗教或特定传统观念之上，但本质上也是一种调整民众行为的标准。在绝大多数情况下，某种传统道德的通行与贯彻有利于彼时社会条件下的社会经济效益，而这也是它能被广泛遵守的根本原因。随着社会经济的发展，处于特定身份关系之中的当事人之间的利益分配模式也愈加复杂，传统的道德伦理不可能对此作出符合社会经济效率的回应。而且，放任家庭成员假伦理之名，对家庭协议的内容通过“仁义、孝道”等抽象价值予以自我解释，对家庭内部弱者的权利保护亦未必有利。

（二）“家父主义”司法模式的不当扩张

不可否认家庭法中保有大量的公法内容，但这并不意味着家庭成员间不存在私法自治的空间，更不代表裁判者有权以公法的管制思路随意限制当事人的私人权利。若说“清官难断家务事”是裁判者向家族让渡了处理家庭协议纠纷的权力，那么“家父主义”则是公权力借道德之名对个人私权自治空间的侵夺，这两者可谓家庭规范泛道德化的一体两面。

汉学家马伯良通过一起发生在宋朝的案例生动展示了裁判者在处理家庭事务时所展现的“家父主义”。原告向裁判者诉请自己的两个兄弟偿还自己供养其读书成为士人的借款。裁判者却以“方今之人，莫如兄弟，岂非天伦之至爱，举天下无越于此乎！”为理由，认为原告状告自己的兄弟是“绝灭天理”，就此驳回了原告的请求，甚至警告当事人若不能和解息讼将施以正法。由此可见，受家父主义影响的传统亲属法并不承认个人具有现代意义上的民事权利，司法的目的并不在于明晰与保障普通民众的个人权利，而是为了“纳民轨物”以确保社会的稳定。裁判的形成完全依赖裁判者的价值判断，当事人之间的协议只能作为证据间接地影响裁判者的判断，对协议进行规范层面上的检视根本无从谈起。

同时，在我国近现代私法体系的构建过程中，相较于财产法，家庭法较多地继承了传统法治中的家父主义思想。以意思自治为核心的合同规范在家庭法的适用中受到了较大的限制。以 1929 年《中华民国民法》为例，合同（即契约）被置于债编之中，仅被视为债的发生原因，在立法逻辑上即排斥了适用于家庭关系的可能性。而作为立法参考例的《德国民法典》却将合同（Vertrag）作为一种法律行为置于总则编中，从立法逻辑上将“婚姻”“遗嘱”等涉及人身关系的合意也包含于合同法规范的涵摄范围之内。彼时我国的这一立法选择导致了裁判者在面对家庭协议时有意或无意地排斥私法自治原则。

在 1949 年新中国成立以后，家庭法与民法中的其他部门法在学理和实务上的发展更是相互分裂。马克思、恩格斯著作对私法规范中家庭法内容的批判性表达也深刻地影响了当时的中国法学界。对马列主义的机械解读加深了家庭法中“国家全能主义”的烙印，极大地侵蚀了家庭关系中个人私权的自治空间。家庭法的立法目的之一就是为公权力介入公民生活提供法律上的依据，因此其中相当大部分的规定为强行法内容。而在同一时期，合同的目的则被限定于对生产经济关系的调整。合同被武断地归为一种处理财产关系的法律工具。家庭法与民法其他部门法之间的人为割裂直接阻断了合同法规范适用于家庭成员间协议的可能性。不过考虑到在改革开放前私人经济活动比例较低，人口活动相对固定，合同法规范在家庭关系中的适用缺位也并未造成太大的影响。

（三）“价值中立”的合同与保障“合同正义”的合同法

回到合同概念本身，其只是多方当事人就特定标的所达成的意思表示一致。在合同中，每一方都会向对方承诺做或不做特定的行为，从而达成对方所期待的结果。就此而言，从规范目的来看合同本身的价值取向是中立的。例如，尽管高利贷与慈善捐赠的行为价值完全不同，但均可通过合同实现其行为目的。

近现代民法中的合同制度则是在古典合同概念的基础上，将其进一步发展为一种协调和规范当事人行为的法律规制工具。合同法会为合同的履行提供保障；假使一方违约，合同法则会免除另一方全部或部分的合同义务，并且可以使遭受损失的一方得到补偿。

随着法经济学的发展，合同被解释为当事人对与合同履行有关所有风险的分配约定。在理想状况下，一份被法律所允许订立的合理合同，它会将风险分配给可以以最少成本避免风险的一方，以实现共同利益的最大化。否则，从经济学视角

合同内容是无效率的，需要对其内容予以修正。在此基础之上，当代合同法规范经历了由“合同自由”到“合同正义”的转向。其核心内容之一便是强化对合同弱势方的保护，并且试图将合同改造为一种基于合作、团结、关怀和公平的法律关系。因为如果不保护弱势群体所订立的合同内容，其所缔结的合同极有可能导致自己所支配的资源未能实现最优利用。基于同样的道理，假使裁判者发现家庭协议并非是基于缔约双方的平等协商地位而达成的，那么裁判者有可能且有义务根据合同法与民法的一般规则对协议内容作出修正。也正是基于这套法律规制系统的稳定运行，社会个体之间的信任程度亦随之大大加强了。

由此可见，将合同与“自私自利”“冷血逐利”挂钩，并以此为理由排斥合同法规范在家庭协议中的适用，这种观点是不能成立的。相反，借助于合同法规范成熟而丰富的适用理论和经验，有利于将复杂的家庭关系逐渐化约为可预测的裁判结果，进而更有可能实现对当事人个性化权利的尊重与保护。

然而，有学者认为由于家庭协议所引起的纠纷通常出现在家庭关系濒临解体时，所以不应当对订立家庭协议采取鼓励的态度。这实际上是“倒果为因”，将适用规范的目的与家庭协议的目的相混淆了。在绝大多数情况下，当事人通过协议构建自身的权利义务关系，其目的是保障未来家庭生活的稳定与和谐。认为排斥合同法规则在家庭协议纠纷中的适用便可以维持家庭关系稳定的观点无异于掩耳盗铃。

与之相反，合同规范对于家庭协议的适用留白，会使裁判者倾向于采用模糊的“伦理性”要素认定协议的效力，使当事人难以预期合理的信赖利益。例如，在一份由北京市高级人民法院作出的民事裁定书中，法官先以伦理性为标准判定“婚姻双方当事人具有最密切的人身关系，夫妻之间，不能以平等互利、等价有偿等民法一般概念作为处理财产关系的准则”从而排除了合同法规范在家庭协议中的适用，之后便认定“（夫妻）双方作出书面约定，即可产生物权变动的效力。至于约定的内容是否公平，财产是否交付或登记，都无关紧要”，该结论完全不顾其对实定法安定性的破坏，甚至暗示协议内容可以无视公平原则。这种相互矛盾的论证方式既无法令人信服，也不可能推动法律规范的续造。

二、《民法典》中家庭协议的规范定位

如篇首所述，学界通说以协议内容为区分标准划分了财产协议与身份协议，再以同样的分类逻辑又将身份协议划分为纯粹身份类行为和身份财产协议。依照通说，家庭协议被定义为身份财产复合协议。本文以为，此种分类方式除了缺乏适用上的实践性以外，还难以在实定法上找到恰当的规范定位。下文以《民法典》第 464 条为切入点，通过传统法教义学的解释方法，尝试从实定法与司法裁判层面对家庭协议重新予以定义。

（一）“家庭协议”的文义解释及规范定位

尽管在裁判文书中“家庭协议”并不罕见，但实定法中并没有关于家庭协议的明确定义。仅《民法典》第 464 条有“有关身份关系的协议”（以下简称“身份协议”）这一模糊的表达，学界也普遍以此为依据采用了“身份协议”这一术语表达。那么，家庭协议可否完全等同于身份协议呢？从《民法典》第 464 条的规范逻辑来看，答案似乎是否定的。

基于对《民法典》第 464 条的文义解释，可将该条拆解为两个简单命题和两个复合命题。命题一（简单命题）：合同是一种民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。命题二（简单命题）：婚姻、收养、监护等属于身份协议。命题三（复合命题）：如果身份法中存在规制某类身份协议的规定，那么此类身份协议应当适用身份法

的规定，而非合同法的规定。命题四（复合命题）：如果身份法中没有规制某类身份协议的规定，那么此类身份协议应当参照适用合同法的规定，且此类协议的性质与合同编所规制的其他协议的性质相同。

命题一采用分析型定义的方法（definitions per genus et differentia）明确了合同的内涵。命题二则采取列举式的定义方法对身份协议进行了说明，再结合命题三的论证，可以推导出命题二所规定的身份协议仅可适用身份法规则，进而排除了合同法规则的适用。同时，比照《民法典》第 133 条的陈述，可以推导出总则编关于法律行为与意思表示的规范亦可以作为合同与命题二中身份协议的上位适用规范，学界与实务界对此均无太大争议。况且《民法典》婚姻家庭编也明确承认“意思表示”（第 1064、1076 条）、“法律行为”（第 1060、1113 条）在人身法律关系中的适用。

家庭协议的实定法基础是基于对命题四的解释。命题四从论证形式来看是较为确定的：身份法未予规制的身份协议，应当“参照适用”合同法的规定。由此不难看出，家庭协议是一种“身份法未予规制的身份协议”。从命题四的表述中可以再提炼出家庭协议所具备的两个特征：其一，身份法对此类协议并不存在规制；其二，此类协议的性质与合同法所调整的协议性质相同。基于家庭协议在规范上的定位与特性，从逻辑上是不会因为适用合同法规范而对公法所调整的家庭关系产生破坏。

（二）“家庭协议”与“身份协议”的本质差异与适用界限

如果仅从《民法典》第 464 条的表达形式来看，也存在另一种解释的可能，即将命题二所定义的身份协议视为命题三与命题四中两类身份协议的上位概念，且学界部分学者也秉持相同的见解。但本文认为其殊值检讨。

首先，命题二采用的是列举式定义方法，法条就所要定义的事项先举若干典型示例，再加以抽象、概括，以穷尽其范围。从立法技术和表达习惯来看，法条语句的前一部分所列举的具体概念乃后一部分中抽象概念的子集。依立法逻辑，此类法条中的具体示例和抽象概念应当是相互限制的，抽象概念不应当包括与示例中具体事项性质不同的其他事项。

其次，命题二中身份协议的具体示例为“婚姻、收养、监护”，属于学理上的纯粹身份法律行为。从规范定位上看，当事人仅享有自由缔结纯粹身份法律行为的权利，至于该法律行为的内容、解除方式等则完全法定。再对比《民法典》第 464 条对合同的定义，并不能基于当事人之间的意思在此类身份协议中自行设立、变更、终止身份关系中的权利义务关系，因而其性质与合同法所调整的协议类型明显不同。以婚姻为例，婚姻关系的缔结（结婚）当然是一种法律行为，它的成立与生效完全基于夫妻双方的真实意思和特定的形式要件。然而，婚姻缔结之后就转化为一种法定身份关系，在这一身份关系中的权利与义务内容（例如法定监护义务、继承顺位关系等）均由当事人所在国的法律进行调整，当事人无权再通过合意限制或扩张其内容。只有国家机关通过行政行为或司法裁决确认改变法律关系的事实要件业已出现，当事人之间的法律关系方可变更。

那么作为概括而来的命题二中的身份协议，其在属性上也应当与此相符。规制此类身份协议的法规大多属于强行法，合同法规范对此类协议的适用既无可能也不合理。易言之，此类协议仅有“协议”之名，在性质上与命题一所定义的协议是完全不同的。也正是由于两种协议在实体法上的性质差异，在程序法层面，涉及命题二中身份协议的诉讼通常是形成之诉，而涉及私法上的合同之诉则通常为给付之诉。

综上所述，命题二与命题三中身份协议的法律性质是相同的，此类协议的终局法律效果取决于强行法的具体规定，而非当事人的合意。与之相对，《民法典》第 464 条第 2 款已经明确规

定强行法对家庭协议未作出额外的规制，因此其履行内容与法律后果应当以当事人之间的自主决定为判定基础。由此不难看出，就法律性质而言，既不能将身份协议解释为家庭协议的上位概念，也不能将合同视为是家庭协议与身份协议的共同母集。基于该规范的逻辑构建，判断家庭协议可否适用合同法规范的标准应当是协议内容是否不当排斥了强行法上的管制规则，而非暧昧不明的“伦理属性”。

（三）家庭协议“参照适用”合同法规范的实际意义

诚如上文所述，家庭协议的特性使得它可以“参照适用”合同法规范。但本文认为对《民法典》第 464 条中“参照适用”一词的解释尚待澄清。

按照目前通说，《民法典》第 464 条第 2 款被定义为“概括（间接）参照（引用性）法条”，并同时兼具“授权性规范”的功能。然而，该条作为概括参照条款，却并不直接具体列举被参照适用的具体条款，只是确定参照适用法律的大体范围，同时赋予法官依据案件的具体情形确定被参照适用法律范围的权力。依照此种观点，《民法典》第 464 条第 2 款的适用方式大致为：所拟处理的“家庭协议”类型与被援引的合同法所规范的协议类型只是相似而非相同；针对“家庭协议”的规制，无论是构成要件还是法律后果也都没有指向任何具体的合同法参引法条。正是由于引起争议的协议类型与合同只是相似，所以需要法官先对被援引法条的法律效果作出必要的限制或修正，而后再适用于拟处理的协议类型。

按照这种理解，作为“概括参引法条”的《民法典》第 464 条第 2 款实际上架空了参照适用型法条的实质作用，授予了法官过大的自由裁量权。法官在处理个案时被不恰当地授予是否选择适用《民法典》合同编规范解释家庭协议的裁量权。其选择适用的标准又是并无明文规定的“伦理性”，因此法官可以基于价值判断作出不需论证的决断，这就使得同案不同判的情形较难避免。

就立法目的而言，立法者本来希望通过《民法典》第 464 条第 2 款给法官在规范选择上提供相对明确的标准。但按照目前学界对该“概括参照法条”的解释与适用路径，实际上把论证规范选择的皮球又踢回给了法官；而法官又可能会借用晦暗不明的“伦理性”标准逃避实质上的说理。

若说可以将我国《民法典》第 464 条第 2 款定义为一种独创的法条类型，那么此种定义在理论上当然是可行的。不过，这与法理学上所谓“参引规范”（Verweisnorm, reference norm，亦被译作“类推性参引规范”）中的“概括参照规范”在定义与适用上均具有相当明显的区别。在一般法理学的语境下，参引规范是由立法所确定的“类推适用”（die gesetzgeberische Form der Analogie），其基本逻辑与类推适用相同，只不过通过法条已明确规定了应当比照与适用的规范及其法律后果。所以立法例中的“参引条文”（verweisender Rechtssatz）通常都是不完全规范，其法律后果需要被“参引法条”[所谓“关联规范”（Bezugsnorm）]予以补充。同时，既然参引法条被定义为“法定的类推”，那么依照一般法理，所参引之事实虽与被参引之事实不尽相同，但法官也不能以此为依据拒绝适用所援引的法律规范。以我国《民法典》第 647 条为例，其中规定了易货交易合同可以参照适用买卖合同的相关规定。不过由于易货交易的性质限制，适用于买卖合同的与支付价款有关的条文当然是没有适用的可能。然而，法官在裁判时并不能以此为依据否认在易货交易合同中参引的其他法条对该合同其他约定内容的有效性。

综上所述，出于维护法律内在体系统一性与法律适用可预期性的考虑，《民法典》第 464 条第 2 款中的“参照适用”应当回归其在一般法理学中的传统解释：除去命题二中由身份法调整的协议以外，家庭协议应当视为合同法所规制的协议，并且适用合同法的相关规范。除非该协议内容与现有的禁止性规定相抵触，否则法官不得以该协议涉及“身份关系”为由否认其效力。

三、家庭协议适用合同法规范的具体路径

如前所述，《民法典》第 464 条第 2 款应当被解释为一般法理意义上的参引性规范，这意味着裁判者在处理由家庭协议引起的纠纷时，需要在合同法的规范框架内对其进行审查。如何将作为待决事实的家庭协议以合同法规范进行涵摄（Subsumtion），并得出最终的法律后果，这将是本部分论述的重点。

（一）家庭协议之特殊性

家庭成员可以同其他人一样订立法律行为，不过由家庭成员所订立的家庭协议与陌生人之间所订立的普通合同相比，其最大特点是合意达成时当事人处于一个权利共同体中，故而彼此之间存在法定的信赖利益与合伙关系。然而在家庭协议订立时，这些内容并不需要且通常不会被写入协议，即便家庭关系的变动对于协议的履行具有实质的影响。这就意味着家庭协议或许与某类普通合同在意思表示外在形式上是相似的，但实际上合同内容与给付对价却是不同的。因此裁判者需要依照《民法典》第 140 条第 2 款和第 466 条第 2 款的规定，对个案中家庭协议未写明的实质内容予以补充。

本文认为，裁判者在解释家庭协议时需要特别审查如下特殊构成要件。(1)从缔约基础来看，合同当事人是否存在稳定的信赖关系。（2）从缔约目的来看，合同是否以维持共同生活为目的。（3）从履行效果来看，合同履行之后，对于给付内容合同双方是否在事实上可以共享。（4）从履行意图来看，信赖关系破裂后，是否可以合理期待当事人愿意继续履行合同。简言之，裁判者在处理家庭协议的相关争议时，需要将“家庭”要素置于合同法的规范框架中作出额外的考量。

以实务中较常见的夫妻间不动产赠与协议与彩礼协议为例，仅从法律行为的外在形式来看，其与一般赠与合同极为相近。不过如果直接适用赠与合同的相关规范，必然是无法得出衡平的结果。就此不难看出在家庭协议中，“家庭”要素对于协议本身存在本质性影响。易言之，家庭协议在适用合同法规范时存在不同于普通合同的适用路径。下文将以上述两种典型的家庭协议为例，具体说明其与普通赠与合同在合同法规范适用路径上的区别，并以此为契机尝试阐明“家庭”要素在现行合同法规范中所扮演的角色以及由此形成的特殊法律效果。

（二）合同法框架下婚内不动产赠与协议的争端解决路径

依照《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）》（以下简称《婚姻家庭编司法解释（一）》）第 32 条［即原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第 6 条］，在婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的不动产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前可行使赠与合同撤销权。同时，在相当比例的判决中，也有法官会选择直接适用《民法典》第 658 条第 2 款的规定，以“诚实信用原则”判断赠与协议是否具有道德义务，进而论证协议可否撤销。本文认为，以上两种规范适用路径均是将此种家庭协议视为一般赠与合同，忽视了该协议中的“家庭”要素，因而均需检讨。

首先，从《婚姻家庭编司法解释（一）》第 32 条的法条性质来看，其属于典型的参引法条。该条并没有规定直接的法律后果，仅规定了在此情形下法官可以适用《民法典》第 658 条，因此《婚姻家庭编司法解释（一）》第 32 条并不能成为独立的请求权基础，更不能由此直接推导出婚内不动产赠与协议与普通的赠与协议性质相同。同时，《民法典》第 658 条第 1 款所规定的适用情形为赠与合同虽已生效，但合同履行尚未完成，此际赠与人享有撤销权。故而，仅在赠与物所有权没有移转之前，才存在该条的适用余地。再结合《婚姻家庭编司法解释（一）》第 32 条的规定，婚内赠与协议的赠与标的应当以可登记的不

动产为限，至于以交付为所有权移转要件的赠与标的则不能直接类推适用该规范。

其次，需要判定婚内不动产赠与协议可否适用《民法典》第 658 条第 1 款，即赠与方在赠与物权利移转之前是否享有任意撤销权。依照通说，赠与合同是以无偿性（Unentgeltlichkeit）为基础的单务合同，故而受赠人不必负担任何给付义务即可获得利益。由此可知，该规范的目的是平衡赠与人与受赠人之间不平等的权利义务关系，所以才赋予赠与人较为自由的合同撤销权。

然而，婚内不动产赠与协议的缔约主体同时也是共同生活的家庭成员，通常情况下在协议订立时各方缔约人之间对于信赖利益与扶助关系存在相当的期待。而且，在稳定存续的家庭关系中，基于法定夫妻财产制，赠与人与受赠人对赠与的不动产存在共有关系。因此，本文认为《婚姻家庭编司法解释（一）》第 32 条中的“婚前或婚姻存续期间”应当被解释为基于家庭关系所产生的特殊缔约语境，即《民法典》第 533 条所规定的合同成立基础环境或交易基础（Geschäftsgrundlage）。参考域外相关司法实践，就“婚前或婚姻存续期间”这一交易基础的认定可以归纳出如下认定标准。（1）在客观层面上，订立协议的主体处于一个生活共同体（Lebensgemeinschaft）中，或者存在共同的家庭归属关系（Familienzugehörigkeit）；同时协议的内容与生活共同体或家庭关系存在不可分的附随关系（Subsidiärilität）。（2）在主观层面上，订立协议的当事人知道或应当知道该协议是以确保维系（dauerhafte Sicherung）共同的家庭生活为目的。

基于这一交易基础的特性，只要当事人对此没有作出明确的约定，那么处于“婚前或婚姻存续期间”所缔结的赠与协议就应当被认为是互利的（mutualistisch）。法官应当推定赠与人与受赠人对协议“无偿性”的主观认知与普通赠与合同是不同的。例如，某人将 520 元在“七夕节”赠与伴侣，与其将数额相等之金钱赠与路边流浪汉相比，当事人对这两个赠与行为的“无偿性”认知明显是不同的。因此，《民法典》第 658 条第 1 款所规定的赠与合同撤销权，对于建立在此交易基础上的协议并无适用余地。

除此以外，考虑到缔约主体之间的特殊关系以及赠与标的的巨大经济价值，为了防止其意思表示因缺乏严肃性（Ernstlichkeit）而使该法律行为的效力存在瑕疵，故而婚内不动产协议应当具备相当的缔结形式要件。由于我国《民法典》合同编针对不动产赠与合同的形式要件并无明确规定，因此可以类推适用其第 354 条关于建设用地使用权赠与合同的规定，推定婚内不动产赠与协议应当以书面形式为成立要件。

由上可见，一般赠与合同与婚内不动产赠与协议在构成要件上存在极大的不同。故而除非夫妻采取了分别财产制或以明确的意思表示确认了不动产转让协议的无偿性，否则我国《民法典》第 658 条第 1 款所赋予赠与人的合同撤销权并无行使的余地。

既然婚内不动产赠与协议不同于一般赠与合同，不能依照《民法典》第 658 条第 1 款的规定得以在履行完成前撤销，那么受赠方自然有权提出继续履行合同的请求。如果受赠方在提出该请求时的情势与之前订立协议时的情势相比并未改变，法官也当然可以支持受赠方的请求。不过，从常理来看此种情形极为罕见。

较为常见的情形是，受赠方在提出继续履行合同的请求时，家庭关系业已破裂或濒临破裂。易言之，原本订立婚内不动产赠与协议时的交易基础在受赠人提出诉求时已经丧失。本文认为，较为合理的规范适用路径是通过《民法典》第 464 条第 2 款的引致，适用第 533 条第 1 款关于情势变更的规定，即在交易基础丧失的情形下，如果依照原本的协议内容请求继续履行对赠与人而言不尽公平，法官应当支持赠与人变更给付内容的请求。至于调整给付内容的标准，法官应当

参照《民法典》婚姻家庭编第 1087、1088 条，优先保护子女、老人和经济弱势一方的利益。

除此以外，法官亦需要特别考虑婚内不动产赠与协议继续履行请求权的诉讼时效。由于婚内不动产赠与协议是在“婚前或婚姻存续期间”交易基础上订立的，在此期间应当推定协议双方存在特定的信赖关系。而房产登记变更是为了通过此种对外公示的方式达到保护不动产权所有人的目的，但这对于关系稳定的夫妻双方内部而言并无太大意义。因此，受赠人很有可能不会积极地请求赠与人完成相应的房屋登记变更手续。在这种情况下，应当推定受赠人并不知道或者应当知道其权利受到损害，故而不宜将赠与协议订立的时间视为诉讼时效的起算时间。同时，亦不能因协议标的为不动产而依照《民法典》第 169 条第 2 款排除诉讼时效的适用。所以，依照《民法典》第 188 条第 2 款的规定，诉讼时效应当自受赠人请求赠与人继续履行时起算。

（三）合同法框架下彩礼协议的争端解决路径

作为一种普遍的社会现象，“彩礼”却不存在明确的法律定义，进而“彩礼协议”在《民法典》中也未有明确的规定。虽然最高人民法院《民事案件案由规定》将其粗略定性为“婚约财产纠纷”，但《民法典》并不承认“婚约”的法律效力，因此将“彩礼”与“婚约”挂钩，在实体法上也并不能构建有效的适用路径。而将彩礼定义为“缔结婚约而为的赠与之物”并借鉴其他国家或地区的相关规定，这样的主张明显没有实体法上的规范依据。由是观之，对于彩礼协议的内容与效果实体法并没有任何的具体规定与限制，且司法上对其也采取了一种“既不禁止也不鼓励”的默许态度，因此将彩礼协议归类于家庭协议较为妥当。通过下文的论述，亦可以看出引入合同法规范对于处理与彩礼协议有关的纠纷是较为合理且有效的。

《婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条［即原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第 10 条］只规定了彩礼的返还规则，而司法机关则大多是将婚约财产纠纷中的“彩礼协议”粗略地解释为一种“附条件的赠与合同”。但考虑到与婚内不动产赠与协议一样，彩礼协议的交易基础亦是以未来的婚姻存续为基础，因而缺少对无偿性的合意。所以，《民法典》合同编中的赠与合同规范不宜直接类推适用至彩礼协议。当然，如前所述，当下大部分司法判决在处理彩礼协议纠纷时对合同法规范的适用并不积极，而是始终执着于以“风俗”与“道德”作为判定彩礼是否返还的理由。

相关立法或司法解释对彩礼协议构成要件的模糊界定确实极易对司法判决的一致性产生负面影响。例如，仅从协议的订立主体来看，彩礼协议的订立主体并不限于将要缔结婚姻的男女双方，还包括当事人双方的亲属。假使彩礼协议是由男方家长与女方家长订立，且男方家长将彩礼交付女方家长，那么彩礼的赠与对象应当是将要缔结婚姻的女方还是女方家长？同理，在彩礼交付之后，彩礼的所有权又应当归属哪一方？根据最高人民法院对此的模糊表达［“一般习俗是（男方）父母送彩礼，（女方）父母代收彩礼”］，可以勉强推导出男女双方与各自的亲属间存在拟制的代理关系。依照《民法典》第 162 条的规定，男女双方父母缔结的彩礼协议应当视为涉婚男女双方订立的；同时，依照《民法典》第 927 条的规定，女方对其亲属代收的彩礼享有所有权取得请求权。这些问题在法教义学的层面存在探讨的价值，不过受篇幅所限，为了避免涉及复杂的代理规范，本文中彩礼协议的缔约主体以涉婚男女双方为限。

从《婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条所规定的彩礼返还规则出发，可以将彩礼协议解释为附解除条件与附随义务的协议。即一旦彩礼收受人拒绝履行合同义务，或协议的法定解除条件达成，那么彩礼赠与人可以主张终止协议。协议终止并撤销后，收受人取得彩礼的法律原因自然

消失，因此从学理上看，赠与人的彩礼返还请求权属于不当得利请求权的一种。

依照《婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条第 1 项的规定，彩礼协议当事人的附随义务是“办理婚姻登记”。再结合该条第 2 项的规定，“办理结婚登记”是指行政机关对当事人婚姻关系具有约束力的承认，其私法核心内容应当是当事人具备缔结婚姻的意愿。因此，只有当受赠方明确作出拒绝履行结婚登记的意思表示时，彩礼协议的终止事由方可成立。依照《民法典》第 140 条第 2 款，如果当事人并未对此作出明确的意思表示，则不应当推定其会拒绝履行婚姻登记义务。故而对于未登记的事实婚姻，不能仅以婚姻未登记为理由便认定彩礼协议可以撤销。

依照《婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条第 2 项与第 3 项的规定，在“双方离婚”的前提下，协议当事人“办理结婚登记手续但未共同生活”或“导致给付人生活困难”是撤销彩礼协议并返还彩礼的法定事由。同时，通过《民法典》第 464 条第 2 款的引致，依照第 564 条第 2 款的规定，彩礼赠与人应当在知晓撤销事由之日起的一年内行使撤销权。

由于彩礼协议的撤销事由不同，对撤销权除斥期间的起算时间亦应当作出具体论证：如果撤销事由是附随义务未履行，那么起算时间应当是赠与人收到受赠人拒绝履行结婚登记的意思表示之日；如果撤销事由达成，撤销权的除斥期间应当是婚姻登记后的一年内。具体而言，彩礼赠与人只能在婚姻登记之后的一年之内完成离婚登记的情形下，方可主张撤销彩礼协议并请求返还彩礼。假如双方已经共同生活但未为结婚登记，法官亦可以通过当事人的主张参考其他具体的客观事实推定婚姻关系的起算时间。从通常情理来看，一年的时间也已经足够当事人权衡自身的相关利益。

在彩礼赠与人依照《婚姻家庭编司法解释（一）》第 5 条提出返还彩礼的请求后，法官亦有权依照《民法典》第 157 条第 2 款，基于案件的具体情形对请求返还的内容作出调整。

综合以上两种协议争端解决方式，裁判者在处理家庭协议纠纷时的适用路径大致如下。首先，对待裁协议的性质予以厘清，避免因混淆“家庭协议”与“身份协议”而选择了错误的法源。其次，在合同法框架下对家庭协议中的家庭要素予以提炼，避免错误地适用与之类似的一般合同规范。最后，出于保护协议弱势方的目的，法官可以利用合同法所允许的衡平规范，对该协议的给付内容和履行方式予以调整。

适用合同法规范固然不能完全取代裁判者在家庭协议疑难案件中的价值判断，不过借助成熟的合同法理论及规范，裁判者可以对协议效力作出初步判断，并且辨别出纠纷的核心问题。由此，可以避免在裁判中遗漏对相关法律问题的论证，并防止凭借所谓“道德伦理”直奔结论，从而保证司法判决的逻辑性与一致性。同时，从上文所列举的两类常见家庭协议纠纷可见，衡平原则已经具体化为合同法中的实体规范，裁判者可以通过对此类规范的适用实现个案正义。易言之，在这种情况下不能再以“衡平”为理由创设实体法以外的裁判基础。

除此以外，家庭协议亦可被置于广义的债法规范框架中，从中寻找其他相关制度工具。例如，当事人将具有人身性质的婚姻义务作为协议的约定标的，因为其与《民法典》第 990 条第 2 款所保护的人身自由相冲突，故而依照第 153 条第 2 款此类协议并无合同法意义上的效力。但倘若证明协议当事人违反了所约定的内容，虽然不能在合同法的框架内寻求救济途径，但可以此为依据，推定违约方因自身的过错行为对另一方的权利造成了损害，进而在侵权法的框架下予以救济。如果由于该过错行为导致了婚姻关系的破裂，那么《民法典》第 1091 条也在侵权法之外提供了具有独立请求权基础的经济制裁。由此不难看出

合同法乃至整个债法之规范在处理家庭协议纠纷时的适用可能。

四、结论

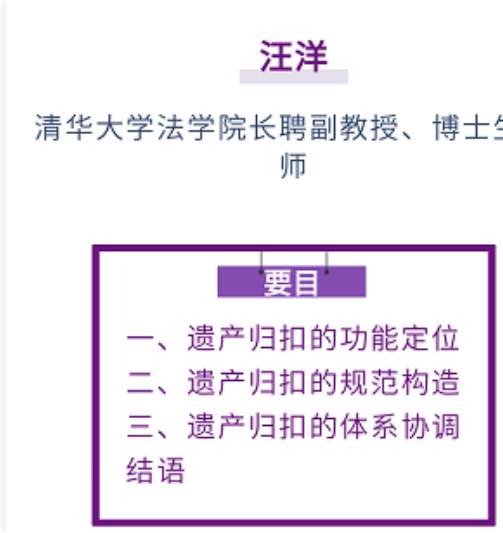
随着社会经济的发展，家庭成员间的利益分配模式也愈加复杂，传统的伦理习惯或公法管制不可能对此作出符合经济效率的回应。婚姻家庭法回归《民法典》也顺应了家庭关系向私法秩序转移的发展趋势。公权力从原先事必躬亲的“大家长”逐渐演变为予以兜底保护的“监护人”。在这样的社会制度语境中，处于长期人际关系中的当事人通过家庭协议实现各方利益的最大化，毫无疑问是一种符合效率的适法方式。《民法典》第 464 条第 2 款在实定法层面为合同法规范适用于家庭协议提供了可行的规范路径。

不可否认，家庭协议与一般财产类合同相比具有其自身的特性，但这并不阻碍其适用合同法的相关规范。针对家庭协议所引起的纠纷，相较于模糊的传统“伦理”标准，细致、精密的合同法规范为法官提供了丰富的制度工具，确保了判决结果的可预见性和可检验性，也有利于保障当事人在家庭关系中的合理信赖利益。基于上文的论述，家庭协议的特殊要素可以在现行合同法规范中找到具体的效力审查路径，并由此推导出相应的法律后果。同时，现行合同法本身存在的衡平性规定，在相当大的程度上也可以为协议中处于弱势地位的家庭成员提供制度层面的保护。易言之，合同法中的“有约必践”（Pacta sunt servanda）和“允诺禁反言”（Venire contra factum proprium）规则与作为人文主义家庭制度核心的“承诺与责任”之间并不存在不可调和的价值冲突。更为重要的是，唯有立足于对现有法律规范解释的司法判决，才能够实现真正意义上的法律续造，而这也是法学作为一门规范性学科的目的之所在。

汪洋丨遗产归扣的功能定位、规范构造与体系协调

原创：2023-11-15 上海市法学会 东方法学 清华法学院 汪洋
https://mp.weixin.qq.com/s/E2z8MJeyKtA74CiUBOGCyg





内容摘要 ABSTRACT

遗产归扣是在保障父母意思自治前提下的一项衡平措施，不影响生前赠与的效力，将特别赠与推定为应继份的预付，以实现同等慈爱预设下各子女对遗产的平等分配。多子女时代有必要重新引入遗产归扣，解决父母对部分子女购房出资等特别赠与在继承环节引发的纠纷。民法典存在容纳遗产归扣的解释论空间，归扣义务人和权利人限于直系卑亲属继承人，对代位继承人、放弃或丧失继承权的继承人等特殊主体是否负担归扣义务区分情况具体界定；归扣财产范围限于超过日常家庭生活需要的大额特别赠与；归扣方式采取价值返还模式，受赠财产超出应继份部分无需返还，也无权继续参与剩余遗产分配；价值计算通常以继承开始时为准，受赠财产为消耗物、金钱或者损毁、灭失时区分情形具体分析。为了实现必留份和遗产酌给份，无需承认遗产归扣发生返还相应受赠财产的“强效力”，而是借鉴债权人撤销权，必要范围内撤销生前赠与、遗嘱及遗赠并请求受赠人返还相应财产价值。

关键词 KEYWORD
归扣 财产合算
多孩政策 法定继承
必留份 特别赠与

一、遗产归扣的功能定位

遗产归扣指的是为了平衡共同继承人的利益，将继承人在继承开始前从被继承人处受赠的特定财产视为应继份的预付，于遗产分割时予以扣除。另一个貌似相近的制度是扣还，指的是如果继承人对被继承人负有债务，遗产分割时将债务额度从其应继份内扣除，实质上是因继承导致遗产债务的债务人与债权人发生混同而发生债的消灭，与作为应继份预付的归扣殊异。

（一）罗马法上的财产合算：从父权制下的公平到同等慈爱下的平等

遗产归扣源于罗马共和国时期裁判官法创设的“财产合算”（collatio bonorum）。在罗马家庭的父权下，子女属于他权人，不具备财产能力，获得的财产归家父所有；而另一些不被父权管辖的子女被称为“脱离父权人”，不仅有权拥有自己的财产，还有权继承家父遗产。这意味着脱离父权人继承的遗产包括他权人获得的但归属于家父的财产。同理，出嫁女缔结有夫权婚姻后，市民法规定家父应当给付一笔嫁资，而裁判官法同时又承认出嫁女依然有权继承原家父的遗产，相当于出嫁女以嫁资和遗产的名义获得双份家产。可见，罗马市民法在保护脱离父权人和出嫁女利益的同时，对其他共同继承人产生了不公平的后果。

作为衡平措施的“脱离父权人合算”与“嫁资合算”两项制度由此而生，旨在纠正继承人法律地位差别而导致的异常财产分配。裁判官要求法定继承开始时，脱离父权人和出嫁女等所有死者去世时不受父权管辖的子女，必须将先前得到的家产并入遗产进行合算；或者以要式口约允诺向共同继承人给付受赠财产相应份额后方可实施“遗产占有”，使优先获得家产的与未获家产的直系卑血亲之间得以同等对待。财产合算与我国传统家族法中的分家类似，名义上家产归家父所有，实质上为家庭成员同居共财。因此，财产合算表面上是继承法问题，实质上暗含着家庭财产法问题。

后古典法及优士丁尼法时期，伴随着父权制的衰退，罗马家庭逐渐被自然家庭取代，作为他权人的家子有权拥有特有产，自权人和他权人之间不再有实质性差别。后古典法中，所有直系卑亲属以嫁资或婚前赠与名义获得的家产均须并入

遗产进行合算，优士丁尼制定的《法典》和《新律》明确规定，法定继承和遗嘱继承环节均须适用“直系卑亲属财产合算”，赠与人从家父扩展为所有直系尊亲属，需要进行合算的财产包括嫁资、婚前赠与、劳动所得、立业赠与、日常赠与等所有计入特留份的无偿给予，除非被继承人明示予以排除。

罗马法财产合算制度的流变史同时也是一部价值观念的变迁史。裁判官法创设“脱离父权人合算”和“嫁资合算”制度本是为了补偿出嫁女及脱离父权人以外的共同继承人，纠偏父权制在共同继承人之间造成的不公平后果；而优士丁尼法财产合算的宗旨转变为在尊亲属对卑亲属有着同等慈爱的预设下，被继承人“愿意”甚至“应当”平等对待所有直系卑亲属。这一追求平等对待共同继承人的做法为后世大陆法系多数立法例所采纳。

（二）传统家族法：遗产归扣作为连接分家和继承的桥梁

传统家庭同居共财关系下，家产的解体分割和代际传承两个环节无法严格区分，生前分家和死后继承既是家产在共有人之间的分割，也是财产从父辈到子辈的承继。无论生前还是死后，家产分割本质上是兄弟之间而非父子之间的事情，原则上诸子均分，儿子享有的“承继期待权”是超越死者意思的难于动摇的法定权利，不同于现代法上的继承期待权，对父亲通过生前或者遗嘱方式处分家产的权利产生实质性拘束。传统家族法中虽然没有名曰“遗产归扣”的具体规范，但在实践中会把分家也视为死后应继份的预付，在继承环节予以扣除，以达至家产诸子均分的效果。例如唐宋以降在分家时会预留给未婚姊妹一份嫁妆，用于平衡未婚姊妹与出嫁女的利益，并作为连接生前分家和死后继承两个阶段的桥梁，使得家庭成员在各阶段所获得的家产总额大体均等。

从大清民律草案到中华民国民法，纯粹的财产继承取代了宗祧继承，遗嘱继承优先于法定继承，全面确立了个人所有权和遗嘱自由原则，继承限于死亡时开始，分家被直接剔除出国家实证法范畴。但是在相当长的实际社会生活中，个人所有权并未真正取代家产制，分家和立嗣行为依旧普遍存在并脱逸于国家法的调整范围。因此，大清民律草案和中华民国民法都继受了比较法上的遗产归扣制度，在国家法继承制度和民间法分家制度这一新的二元结构下，用于平衡各子女间的利益。

（三）多子女时代重新引入遗产归扣的必要性

当代民众继承习惯调查表明，生前特别赠与和遗产归扣作为民间惯习仍普遍存在，父母健在时会分配及赠与相当数量的家产给结婚或别居的子女，大约三分之一的财产代际传递在被继承人生前完成；父母去世后，别居子女或者不再主张继承剩余遗产；或者把受赠的大额财产价值上纳入共同遗产平均分配；或者遗产分割时对未获得生前特别赠与的共居子女有所照顾。

独生子女政策抑制了多子女之间遗产分配不均的问题，因此实证法上遗产归扣制度的缺失未引发社会问题。然而伴随着我国城镇住房制度改革和计划生育政策调整，这一局面正在发生变化。一方面，20 世纪 90 年代以来福利住房分配被商品房取代。城市房价高企不下以及年轻人工作和结婚之初收入有限两个因素，导致夫妻一方或双方的父母出资支付首付款、夫妻婚后共同还贷的购房模式成为普遍现象。父母出资性质是借贷还是特别赠与、赠与对象是子女一方抑或夫妻双方、房产在原物权法和婚姻法层面的归属认定，成为司法实践和理论争议中的焦点问题。

另一方面，为了缓解我国人口老龄化趋势，2015 年 10 月党的十八届五中全会决定“全面实施一对夫妇可生育两个孩子政策”，2021 年 7 月《中共中央、国务院关于优化生育政策促进人口

长期均衡发展的决定》开始实施一对夫妻可以生育三个子女政策。2021 年底全国人大常委会修改人口与计划生育法，第 18 条规定“国家提倡适龄婚育、优生优育。一对夫妻可以生育三个子女”。从第七次全国人口普查数据看，出生人口中二孩占比由 2013 年的 30%左右上升到近年来的 50%左右，我国从独生子女时代开始过渡至多子女时代。父母生前若仅为部分子女购房出资，去世后各子女依法定继承平均分配剩余遗产，将导致每位子女所获财产严重不均等，该后果也未必符合父母的真实意思，生前赠与和死后继承分离导致的矛盾更为凸显。因此，在多子女时代重新引入遗产归扣制度符合社会现实需要。

（四）遗产归扣是保障父母意思自治前提下的衡平措施

遗产归扣并未限制父母的意思自治，意思自治在生前赠与和遗嘱继承两个环节都得以体现。在生前赠与环节，一方面，遗产归扣并未否定赠与合同的效力，即便受赠财产超过应继份，本文认为，子女作为受赠人也无需在归扣环节退回超额部分，因此遗产归扣对生前赠与未造成任何影响。若因生前赠与导致没有足额遗产用于必留份和遗产酌给份，并要求作为受赠人的子女在实现必留份和遗产酌给份限度内扣还相应价值，则属于必留份和遗产酌给份制度对赠与的限制，与遗产归扣制度无关。另一方面，若作为被继承人的父母对生前赠与有免除归扣的意思，则不再适用遗产归扣，以体现对父母意思自治的尊重。免除归扣的意思既可以在赠与时作出，也可以在赠与后甚至通过遗嘱作出，父母享有遗嘱自由就包含自行决定生前赠与是否负担归扣义务的自由。父母没有意思表示的前提下适用何种缺省规则，后文另行详述。

在遗嘱继承环节，意思自治体现为遗嘱继承优先于法定继承，遗嘱本身意味着偏爱，父母有权立遗嘱将除必留份和遗产酌给份之外的所有遗产留给部分子女或者他人，因此遗嘱继承不存在遗产归扣的适用空间，归扣仅适用于法定继承。仅当遗嘱所列继承份额与法定应继份完全相同，可推知父母的真实意思是希望平等对待各子女、遵循法定继承的遗产分配方案，存在遗产归扣的适用空间。

综上所述，遗产归扣是在保障作为被继承人的父母意思自治前提下的一项衡平措施，若父母未明确表达偏爱，则预设父母对各子女的慈爱之心是无差别的，在财产代际传承中各子女应得到平等对待。具体做法是将父母对部分子女的生前特别赠与推定为应继份的预付，并在遗产归扣范围内对受赠的子女产生少分或者不分剩余遗产的“弱效力”，以实现各子女平等分配父母家产的目的。

二、遗产归扣的规范构造

原继承法与民法典皆未明确规定遗产归扣，但存在容纳遗产归扣的解释论空间。民法典第 1130 条第 1 款规定，“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等”。该条款的价值基础与遗产归扣相契合，遗产份额均等正是不厚此薄彼的亲情伦理在家产分配领域的体现。第 1 款中“一般应当均等”的表述，不仅引出后续第 2-5 款规定的继承人之间不均等分配的例外情形，还赋予法官在这些情形下运用遗产归扣进行利益平衡的自由裁量空间。

（一）民法典存在容纳遗产归扣的解释论空间

民法典第 1130 条第 2 款规定，“生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾”。第 3 款规定，“对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分”。既然第 2 款提及“生活有特殊困难又缺乏劳动能力”，第 3 款前段又提到“尽了主要扶养义务”，则第 3 款后段“与被继承人共同生活的继承人可以多分遗产”，着

眼点不在于承担扶养义务的多少或者继承人自身条件是否困难，隐含的前提是共同生活的子女未像其他子女一样通过特别赠与得到分家立业的财产，给共同生活的子女多分遗产意味着减少已获特别赠与的子女的遗产份额，实质上等同于遗产归扣的法律效果，也契合当代社会民众的继承习惯。《民法典继承编解释（一）》第 23 条并非对遗产归扣的否定，而是强调我国继承法的价值序列中，履行扶养义务比平衡各子女利益更为重要，适用遗产归扣以尽扶养义务为前提。

以上分析仅表明民法典没有明确排斥遗产归扣的适用，但是依旧缺乏具体的规范指引。民法典颁行后，各编司法解释的立改废释工作正在逐步展开，本文尝试在民法典继承编的体系框架下，建构一套本土化的遗产归扣的具体规范，协调遗产归扣与必留份、遗产酌给份等制度的适用关系，为后续司法解释增设遗产归扣提供可行参考。

（二）归扣义务人

归扣义务人限于共同继承人范围，对非继承人的赠与性质上不构成应继份预付，因而不适用遗产归扣。是否需要进一步限于直系卑亲属则存在争议，有立法例和观点认为夫妻之间也适用遗产归扣。鉴于夫妻间赠与涉及夫妻财产制、夫妻财产约定与特殊赠与区分等理论实务难点，从遗产归扣的规范目的以及简化法律适用角度，将夫妻排除出归扣义务人范围更为妥当。另外，当今社会晚辈向长辈进行大额赠与且先于长辈去世也非普遍现象，归扣义务人扩展至直系尊亲属并无必要。因此，归扣义务人应限于共同继承人中的直系卑亲属。另外，我国法定继承中第一顺位不仅有子女，还有父母和配偶，鉴于遗产归扣的规范目的在于保障各子女在财产代际传承中得到平等对待，宜将归扣权利人也限于共同继承人中的直系卑亲属。

祖辈对孙辈的特别赠与是否适用遗产归扣，涉及归扣义务人是否包括代位继承人。问题的关键在于生前赠与可否解释为应继份的预付，应当区分三种情形：第一种情形，被继承人（祖辈）在继承人（父辈）生前对代位继承人（孙辈）进行特别赠与如资助购房或者留学，通常社会观念视其为祖孙辈之间的人伦之爱。赠与发生时父辈仍在世，因此该赠与同应继份预付无关，何况“祖父对孙辈为赠与时，会预想其子死亡，实殊难想象”。其他共同继承人对该赠与也不存在遗产归扣的期待利益。若祖辈对多个孙辈特别赠与，其中之一因父辈先于祖辈死亡而发生遗产归扣，其他孙辈的受赠却无需归扣，如此迥然相异的结果却建立在父辈继承人寿命长短这一偶然性前提下，不具有合理性，因而也不适用遗产归扣。第二种情形，被继承人（祖辈）在继承人（父辈）死后或者丧失继承资格后对代位继承人（孙辈）进行特别赠与。赠与发生时孙辈已取代父辈成为直接继承人，祖辈的赠与宜推定为应继份的预付，适用遗产归扣。第三种情形，被继承人（祖辈）对继承人（父辈）特别赠与后，父辈先于祖辈死亡，代位继承人（孙辈）是否负担归扣义务？鉴于父辈受赠的财产利益未必会成为父辈的遗产由孙辈继承，因此需要进一步区分具有人身专属性的教育费用和纯经济属性的购房费用，孙辈仅就实际继承所获的受赠财产为限负担归扣义务。

未尽赡养义务的儿媳、女婿不是法定继承人也非代位继承人，被继承人对儿媳、女婿的特别赠与是否适用归扣？考虑到夫妻关系的密切程度以及夫妻共同财产制的存在，须认定受赠财产属于夫妻共同财产抑或一方个人财产。若受赠财产属于夫妻共同财产，推定为继承人从特别赠与中获益，应负担归扣义务；若受赠财产属于儿媳、女婿的个人财产，推定为赠与人有排除遗产归扣的意思，无需再行考察继承人是否从该赠与中实质获益。

归扣义务人是否包括放弃或丧失继承权的继承人？肯定观点认为，继承人放弃或丧失继承权后，应继份不存在，应撤销作为应继份预付性质

的生前赠与，或者赠与丧失法律上原因，应不当得利返还，否则剥夺继承权的规范目的无法实现。否定观点则认为，应当尊重被继承人赠与时的真实意思，无需返还受赠财产。本文认为，放弃继承权人并非归扣义务人，从被继承人的意思角度观察，遗产归扣无法直接否认生前赠与的效力，被继承人的赠与意思不应当因为继承人事后放弃继承权而发生变更；从放弃继承权人的意思角度观察，放弃继承权也不等同于放弃赠与。有观点认为，不适用遗产归扣将导致被继承人与放弃继承权的继承人通过赠与通谋逃避债务。本文认为，遗产债权人可以选择直接适用债权人撤销权。对于丧失继承权人，通过受赠人忘恩负义时赠与人及其继承人或法定代理人的法定撤销权，在未宽宥的前提下撤销赠与，同样无需借道遗产归扣。

（三）归扣客体

归扣客体即财产范围的划定，取决于赠与是否具有应继份预付性质以及被继承人是否有免除适用归扣的意思。意思没有明示时，由于被继承人在遗产分割时已经死亡，只能对其意思进行推定，赠与是否具有应继份预付的性质由分家习俗与现实国情所决定，并非逻辑推演的结果。目前存在三种立法例，归扣财产范围包括所有生前赠与，或者仅包括生前特种赠与，或者还包括遗嘱及遗赠。英美法系中，传统普通法倾向于推定所有受赠财产均被纳入归扣范围，对受赠子女施加了极为不利的举证责任；美国统一遗嘱认证法典为代表的一部分州立法立场则完全相反，推定所有赠与不适用归扣，除非子女有父母签字的书面凭证作为相反证据，导致实际适用归扣的可能性几乎被排除。大陆法系则是通过赠与用途推定归扣财产范围。

本文认为，应当结合赠与用途和数额，以数额大小作为最终推定属于特别赠与还是一般赠与的标准。之所以将归扣客体限于特别赠与，一方面在于提高遗产归扣的适用门槛以减少其适用场景，方便计算归扣数额，降低该制度实际适用的复杂性。另一方面，将日常生活中经常发生的小额赠与排除出归扣的适用范围，也是对赠与人意思表示的尊重，通常只有涉及大额特别赠与时，赠与人的赠与意思才会跟应继份预付相挂钩。因此在赠与人意思的推定规则上，排除了所有小额的一般赠与之后，对于大额的特别赠与，推定为被继承人具有遗产归扣的意思更具有合理性。

赠与用途层面，受传统分家习俗影响，民国时期民法继承编限于结婚、分居或营业等成家立业相关的特别赠与，例如父母为子女购房或者装修出资、为子女结婚置办彩礼或者嫁妆、为子女创业无偿提供资助。特别赠与在当今社会还常见于超出正常限度的教育和培训开支、收入补贴、为继承人支付的保险费等。免除继承人的大额债务或者为继承人偿还大额债务，效果视同为特别赠与。

赠与数额层面，不宜规定过于僵化的具体标准，可参照民法典第 1060 条日常家事代理规则中对于日常家庭生活需要的判定标准，依据各地经济状况、一般生活水平以及被继承人的职业、收入、家庭成员人数以及财务状况等综合认定，因地制宜地出台地方标准。如果受赠财产数额已经逾越日常家庭生活需要或者正常范围，从根本上改变了双方或一方的生活状况，应纳入归扣客体。借鉴比例原则中的适当性要求，例如对富裕家庭或普通家庭资助子女留学区分认定。房产通常因价值较大且超出日常生活消费而被纳入归扣客体，当子女人数多于房产数量时，通常推定为父母希望将剩余遗产交由未分到房产的子女继承。

还应借鉴债权人撤销权中诈害行为的认定标准，对特别赠与进行扩大解释。若被继承人以明显不合理的低价将超出日常家庭生活需要的大额财产处分给继承人，该低价处分同赠与在效果上并无二致。例如日本法便规定与特留份相冲突时，将财产的实际价值减去不合理低价的差额作为归扣财产。有观点认为以继承人承继被继承人某项

事业为条件赠与经营事业的不动产时，在附条件或附义务赠与中推定被继承人有免除遗产归扣的意思。对此不可一概而论，若被继承人的事业具有经济价值且属于遗产范畴，则维系事业存续所为的附条件或附义务赠与适用遗产归扣；若事业具有公益目的且不属于继承标的，则不适用遗产归扣。若存在遗嘱未处分的剩余遗产，通过法定继承分配剩余遗产时同样适用归扣。由于生前赠与和遗嘱分配均为无偿处分财产，都存在平等对待各继承人的现实需求，因此遗嘱分配与生前赠与都负担归扣义务。鉴于我国受遗赠人必须是法定继承人范围之外的人，而归扣主体限于共同继承人范围内的直系卑亲属，因此遗赠无需适用遗产归扣。

德国民法典第 2057a 条还规定，继承人可能因为自己提供的给付使被继承人或遗产受益，例如长期协助被继承人的家务、职业或者经营，对被继承人财产的维持或增加作出特别贡献，应当反向适用归扣进行均衡。如果被继承人已支付给该继承人适当报酬，或者其享有遗产债权等实体法上的请求权，则不再适用遗产归扣。

适用遗产归扣的生前赠与是否有时间限制，存在不同立法例，与特留份冲突需要扣减时，日本以继承开始前 1 年内的赠与为限，瑞士放宽到 5 年，德国为 10 年，法国没有时间限制。有学者建议限于继承开始前 2 年内的特别赠与。遗产归扣作为应继份的预付，与生前赠与的时间点无关，且限制时间可能无法确保必留份和遗产酌给份的实现，不论何时发生的生前特别赠与均可适用遗产归扣。

（四）归扣方式

归扣方式存在两种立法例，法国旧民法采取现物返还模式，要求受赠人返还受赠财产实体，一并归入遗产然后进行分割，该模式下无需考虑受赠财产价值变动等问题，但违背了被继承人的赠与意思，当受赠财产被处分给第三人时，又牵涉第三人信赖利益保护问题，导致法律关系过于复杂，不可采。意大利为了平衡其他共同继承人和第三人利益，规定受赠财产为动产或者已转让及抵押的不动产时，适用价值返还模式；受赠财产为不动产且不存在转让或抵押时，归扣义务人有权选择现物返还或者价值返还模式。德国、法国和日本直接采取价值返还模式，将归扣财产的抽象价值计入遗产范围即可，不影响赠与效力也不涉及第三人保护，为本文所采。

价值返还模式的具体步骤是，首先计算归扣财产价值，其次将该价值并入遗产范围并计算遗产整体价值以及共同继承人的应继份，最后对比应继份与归扣财产价值的多少。若归扣财产价值少于应继份，受赠人在差额范围内继续参与遗产分配；反之，受赠人是否应当返还超额部分？比较法和学界多持否定观点，本文认为，既然被继承人有权立遗嘱突破应继份限制给部分继承人更多份额，自然有权通过生前赠与达到同样效果。从尊重被继承人意思自治角度，受赠人无需返还超额部分，同时也无权继续参与剩余遗产分配。

若被继承人生前进行了数笔特别赠与，被继承人有权决定数笔赠与的遗产归扣顺序。没有表示的，对数笔赠与按比例归扣还是按赠与时间倒序依次归扣？按比例归扣会牵涉更多主体和法律关系，扩大遗产归扣对现存财产秩序的影响。日本等国按照赠与时间倒序依次进行归扣，是对现存财产秩序影响最小的方案。遗产归扣的行使期间可借鉴债权人撤销权期间，自归扣权利人知道或者应当知道归扣事由之日起一年内行使；自继承开始之日起五年内没有行使的，归扣权消灭。

（五）价值计算时点

归扣财产的价值计算时点存在赠与发生时为准以及继承开始时为准两种立法例。史尚宽先生认为，现物返还模式下以继承开始时为准，价值返还模式下则以赠与发生时为准。而在价值返还模式下，关键问题是受赠财产从赠与到继承开始

这段时间的增值收益或者贬值损失应当分配给哪一方。财产价值剧烈波动在当今社会屡见不鲜。基于动产贬值而不动产增值的普遍规律，有学者主张动产价值计算以赠与发生时为准，不动产价值计算以继承开始时为准。

若归扣财产超过应继份的部分无需返还，则以继承开始时计算价值不会导致继承人被迫出让房产或者偿还高额价款的尴尬处境。当受赠财产增值后超过应继份时，受赠人面临的最不利后果无非无权参与剩余遗产分配，该损失通过受赠财产增值已经得以填补；当受赠财产贬值后低于应继份时，受赠人有权就差额部分继续参与遗产分配，财产贬值损失通过参与遗产分配得以填补。通过对比受赠财产与应继份的多少，决定受赠人是否有权继续参与遗产分配，在各方利益之间达到动态平衡。如果以赠与发生时为准计算价值，则遗产归扣丧失了上述利益调整功能。

借鉴夫妻个人财产婚后收益的归属规则，可以将受赠财产的价值变动区分为因自然因素如经济环境、通货膨胀、市场行情、政策变化等产生的孳息、自然增值或贬值，以及因人为因素如投资收益和装修等有意识行为导致的主动增值或贬值。根据法经济学上的事前效果理论，如果以赠与发生时计算价值，财产增值部分不列入遗产归扣范围，更有利于激励、调动受赠人增值受赠财产的积极性。但是这一分析忽略了对受赠人最有效的激励是财产增值本身带来的直接收益，而非因抑制财产增值而在未来分配更多剩余遗产的不确定性，尤其考虑到两者此消彼长、无法兼得。因此，即便以继承开始时为准计算，也不会降低受赠人采取主动增值行为的激励效果。

如果受赠财产是消耗物，继承开始时受赠财产可能已不存在，根据继承开始时该消耗物的市值计算即可；如果受赠财产因使用而损耗，根据继承开始时的实际状况确定其价值；如果受赠财产被转让或者由新的财产替代，计算转让时的价值或者继承开始时替代物的价值；如果赠与的是金钱，金钱在产生利息的同时往往因通货膨胀而贬值，以票面数额为准方便计算；假设赠与金钱时有明确用途如购房，则以金钱购买的财产在继承开始时的价值为准。

如果受赠财产损毁灭失时仍适用遗产归扣，相当于把财产损毁灭失风险交由受赠人承担，行为效果上会激励受赠人采取更为谨慎、合理的预防措施降低损毁灭失风险，更有利于其他共同继承人的利益，合理性在于风险归责而非过错归责。另有观点认为，如果因天灾地变等意外因素导致受赠财产损毁灭失又无保险，考虑到受赠物即便留在被继承人处亦会损毁灭失，其他继承人对该财产无期待利益，不适用遗产归扣对受赠人更为公平。本文认为，除因不可抗力导致受赠财产损毁灭失不适用遗产归扣，其他情形下仍适用归扣，价值计算以赠与时为准。

三、遗产归扣的体系协调

必留份指为保护缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人利益而保留的遗产份额，俄罗斯等国民法典有明确规定。民法典没有明确必留份的实现方式和数额标准，法院通常考虑必留份权利人的实际生活需要，将权利人能否维持当地正常生活水平作为确定数额的重要标准。只要遗嘱人为权利人未来的生活作出特别安排，即便形式上未分配遗产，也无需通过必留份重复保障。例如在某案中，立遗嘱人一方面为特定继承人设立居住权；另一方面通过将房屋所有权给该特定继承人监护人的方式，换取监护人对该继承人未来的生活照顾，对此，应当认定立遗嘱人以设立居住权的方式为特定继承人保留了必留份。

遗产酌给份指因对被继承人进行扶养或因客观需要而分得适当遗产的权利，性质上属于法定遗赠。分得遗产不是基于特定身份关系，而是基于没有法定扶养义务的人之间的扶养事实。该制度沿袭自我国固有法。权利人包括后顺位没有继承既得权的法定继承人以及继承人范围以外的人，

例如从事了非法定或者同居扶养扶助行为的当事人。酌给意味着不存在固定数额和单一标准，酌给份额由法官根据生前扶养年限、扶养标准以及依赖程度等因素在利益衡量后酌定。

必留份基于死后扶养说，出发点并非限制遗嘱自由，而是延续被继承人生前应负担的法定扶养义务。遗产酌给份适用于依靠被继承人扶养或者对被继承人生前扶养较多这两类情形，为了满足生存保障需求或是基于衡平理念对生前扶养进行报偿，体现了权利与义务相一致原则。

遗产归扣仅适用于法定继承，而必留份是用于限制遗嘱继承的，如果仅认可遗产归扣产生对受赠子女少分或者不分剩余遗产的“弱效力”，则遗产归扣与必留份两项制度不会发生交集；如果认可遗产归扣发生受赠子女返还受赠财产的“强效力”，则当生前赠与或遗嘱处分之后，没有足额的剩余遗产保障必留份和遗产酌给份的实现，需要回答在实现必留份和遗产酌给份限度内，能否要求归扣义务人返还相当价值的受赠财产？由此使得遗产归扣与必留份以及遗产酌给份之间发生了交集。

返还受赠财产的正当性理由在于保障特定主体的生存权益。鉴于我国不少地区社会保障与慈善福利体系尚不健全，人的生存权益在价值位阶中处于优先地位。必留份和遗产酌给份两项制度通过遗产延续了被继承人的生前抚养行为，两项制度的区别仅在于权利人是否在法定继承人范围内。在遗产债务清偿顺序中，如果遗产不足以清偿所有债务，必留份与遗产酌给份优先于附担保债务、普通遗产债务、遗赠和遗嘱继承而得到优先受偿。因此，与遗嘱处分性质类似的生前赠与，在价值序列上同样劣后于必留份与遗产酌给份。比较法上经由扣减制度，由特留份权利人请求遗产管理人或继承人扣减遗嘱或遗赠处分的相应部分来保障特留份的实现。

本文认为，为了保障必留份和遗产酌给份的实现，在救济路径上，无需通过归扣权利人要求受赠人返还受赠财产的“强效力”模式，而是采用合同法上的债权人撤销权，鉴于必留份和遗产酌给份也属于遗产债权，赋予必留份和遗产酌给份权利人以债权人撤销权，实现对遗产份额的保全。作为生存保障对意思自治的限制，无需考察赠与人是否具备免除遗产归扣的意思，但在涉及撤销赠与行为的方式、顺位等问题时，可以借鉴遗产归扣的制度设计。

结语

支撑遗产归扣的，归根结底有两个实质性理由：“大的小的一样爱”，法定继承预设父母对各子女应当一视同仁、不分厚薄、同等慈爱；“早给晚给都是给”，生前特别赠与和死后继承都是父母子女之间财产代际传承的方式，应当一体化评价，过于强调时间点的区分意义体现了纯粹形式化逻辑推演的低劣趣味。而真正的阻碍则来自父母的偏爱，如果遗嘱是偏爱，为何生前特别赠与不是？技术上的处理方式是，“偏爱应当说出来”，若父母未在赠与时或遗嘱中明确特别赠与不适用遗产归扣，则缺省规则仍然应当致力于实现“诸子均分”这一家庭法中最悠久也最朴素的公平理想。

来 源
《东方法学》2023 年第 6 期（总第 96 期）。转引转载请注明出处。限于篇幅，注释从略。
责任编辑：卢 玮 郭 骏

李国强|老龄化背景下《民法典》监护人责任构成的规范解释

原创：2023-11-15 当代法学编辑部 当代法学编辑部
https://mp.weixin.qq.com/s/xpI2OcbOu6AiGsTsA7xwsQ

作者：李国强，大连海事大学法学院教授，博士生导师，法学博士。

内容提要：替代决策模式的新型成年监护制度适应了人口老龄化社会发展的需求，监护人责任的构成应以监护制度规范内容为解释前提。《民法典》第 1188 条的规范内容主要解决了责任主体的问题，没有明确监护人责任的全部构成条件。监护人是因为违反法定监督义务构成过错而承担侵权责任，而非对行为危险后果承担责任。《民法典》第 1188 条规定的“监护职责”和《民法典》第 34 条规定的“监护职责”并不一致，不是保护监护人目的的职责而是因监护相关身份关系存在的法定监督义务，未成年人的监护人和成年人的监护人因为选任类型的不同，法定监督义务的内容也有所区别，在成年意定监护的情况下，除非监护协议约定监护人需要对被监护人进行监督管束，否则并不负担法定监督义务。将《民法典》第 1188 条第 2 款解释为公平分担损失的条款，考虑在被侵权人、被监护人（行为人）、监护人之间进行利益衡量，让被监护人的财产成为分担损害后果的一种选项，而监护人作为补充承担也是一种公平分担损失规则。

关键词：监护人责任；成年监护；监护职责；法定监督义务；自己责任

在《民法典》编纂过程中，规定监护人责任的既有条文显示了其强大的生命力，虽然屡有学者质疑，《民法典》第 1188 条仍基本保持《民法通则》的原样。法律规范内容上的稳定性有利于实现立法的价值目标，但任何法律规范都需要结合社会发展变革的时代因素去解释，否则又将偏离其预设的价值目标，因此，即使规定监护人责任的法律条文没有发生变化也需要结合监护制度背景的变化对相关条文进行体系解释。目前，人口老龄化带来深刻的社会变革，《民法典》一定程度上回应了时代需求，融入协助决策模式的成年监护理念创新了《民法典》监护制度，相较于《民法通则》的规定，《民法典》有效区分了成年监护和未成年监护的不同，尤其是替代决策模式的新型成年监护制度适应了人口老龄化背景下社会发展的需求，而未成年监护还停留在替代决策模式，这从《民法典》第 35 条规定中可以明显看出来。

与监护制度变革相比，《民法典》第 1188 条仅以一条来规定监护人承担侵权责任则显得捉襟见肘，《民法典侵权责任编解释（一）（征求意见稿）》总共 20 个条文有 7 条是关于监护人责任的解释，但是监护人责任构成的解释前提应该是监护制度规范内容，在民法典监护制度已经被类型化区分的前提下，也必须对监护人责任进行区分解释。《民法典》第 1188 条规定的内容以民事行为能力欠缺为前提条件，但是《民法典》第 19 条、第 20 条、第 21 条、第 22 条规定的民事行为能力欠缺制度发生了根本性的变化，《民法典》第 1188 条规范内容没有随民事行为能力和监护制度做改变进化。从法适用的角度不能再停留在《民法通则》时代对监护人责任条文内容的解读，监护人责任的后果归结应结合民事行为能力欠缺和监护制度的权利义务内容来解释。换句话说，必须依据整个民法典体系中的监护制度规范来解释《民法典》第 1188 条规定的监护人责任的内容。笔者注意到，最近的相关解释论文献仍然没有关照到监护制度变化的影响，因此，本文讨论的就是在老龄化背景下，如何依据《民法典》第 1188 条进

行规范解释，明确监护人责任的构成条件，解决监护制度变革后的规范适用问题。

一、监护人承担侵权责任的解释基础：自己责任而非替代责任

随着人口结构变化并步入老龄化社会，以成年监护为典型的新型监护关系不再局限于有特定身份关系的亲属之间，按照替代责任来解释监护人责任的基础也被动摇了。另外，各国法律规定的监护人责任并不以被监护人的行为是否构成侵权行为为前提，这与狭义的替代责任的概念有所区别，狭义的替代责任因为某种关系的存在导致一方对另一方的侵权行为承担责任，如用人者责任。有学者概括监护人责任兼具替代责任与自己责任的特点，就是认为监护人责任并不是真正的替代责任。如果只要被监护人的行为造成他人损害，监护人就承担侵权责任，这无异于一种结果责任，与民法所坚持的自己责任原则相违背，所以，结合成年监护制度的进化，应重新解释监护人承担侵权责任的基础是自己责任而非替代责任。

（一）成年监护制度进化动摇了监护人责任构成的解释基础

某种意义上，父母作为未成年子女的监护人承担广义替代责任的解释掩盖了监护人责任的真正解释基础，这从监护人责任适用背景的演变可以明确查知。从《民法通则》第 133 条到《侵权责任法》第 32 条虽然经过了二十多年时间，但其预设的适用背景都是未成年人监护。这是因为《民法通则》时代的监护对象主要是未成年人，作为补充比照未成年人加上了精神病人，即使《民法通则》的司法解释又扩张到了痴呆症人，也没有改变《民法通则》的监护制度是以对未成年人监护为主要规范对象这一事实。而《民法典》的监护对象则扩张到了一个非常大的范围，包括精神障碍者、治理障碍者、身体障碍者在内的所有“不能辨认和不能完全辨认自己行为”的成年人都可以成为监护对象这一事实。《民法典》前后监护对象范围的两相对比，可以查知《民法通则》时代的监护范围主要在家庭范围内，成年人监护基本上可以和未成年人监护同等对待，并无特殊性。

此种设计由来已久，对《民法通则》立法影响较大的俄罗斯民法认为，未成年人致人损害的责任由其父母承担，他们的行为违法性表现在，他们在养育自己孩子的过程中，没有适当的履行《家庭法典》对他们所规定的监护义务。循此逻辑，全国人大常委会法工委对于《侵权责任法》的解读认为，监护人责任的法理依据在于监护人因其身份上的特殊性，即监护职责所在，要管教好未成年人和无行为能力、限制行为能力的精神病人，有责任通过教育、管理等方式来减少或者避免被监护人侵权行为的发生，未尽其责导致被监护人致人损害的，监护人需对后果承担责任。由此可以总结监护人责任的根据有两个：一是监护人能够以最低的成本对被监护人的行为危险进行控制；二是对受害人实行充分的保护和赔偿。这是因为，在传统的家庭中，父母对于未成年子女置于一个可以看管和限制的范围内，这主要是为了保护未成年人，同时也能够防止未成年人对其他人的侵犯，在《民法典》监护制度改革前，对于有限的需要监护的成年人也完全是按照未成年人的模式来处理，并未考虑到需要监护的成年人和未成年人之间的区别。

在现代社会，未成年人还是生活在家庭的环境中，构成“核心家庭”，而传统由父母和成年子女构成的家族式家庭则已经逐渐解体。即使成年人需要监护也很难在家庭的范围内实现，尤其是作为成年监护主要对象的老年人，并不是心智能力或有或无的完全丧失，按照其生活方式也很难在子女的家庭中受到全面的监督，老龄化背景下的成年监护必然从家庭成员的监护走向社会的监护。虽然现阶段担任监护人的仍然是亲属居多，随着老龄化的加剧，不仅意定监护选任的监护人为亲属以外的人为主，法定监护的监护人也会因

为亲属关系的稀疏而逐渐以亲属以外的人为主，此时，监护人已经很难有效对被监护人行为危险进行控制。而且现代成年监护制度在理念和制度构造上已经发生了模式转型，从替代决策模式转型为协助决策模式，监护人只是来帮助被监护的老年人为法律行为而没有基于身份关系的义务，即亲属以外的人担任监护人并不具有《民法典》第 26 条、第 1068 条规定的义务，此时要求监护人对被监护人进行保护和监督并当然承担替代责任是没有根据的。

（二）基于被监护人欠缺行为能力和无识别能力的关系确定责任承担基础

在监护人责任中，《民法典》第 1188 条以被监护人民事行为能力欠缺作为监护人承担责任的前提条件，此种规范方式来源于我国台湾地区“民法”第 187 条的“法定代理人责任”。表面看此种表述没有问题，因为根据《民法典》第 34 条规定，监护人的主要职责就是作为被监护人的法定代理人，而监护的对象也是未成年人和欠缺民事行为能力的成年人，但其实以被监护人行为能力欠缺作为监护人承担侵权责任的条件是一种误导，真正要表达的条件是被监护人自己不能承担侵权责任。我国早期的文献直接将识别能力和行为能力等同，认为欠缺行为能力的自然人不具有意思能力，即缺乏审慎地处理事务的能力，因而也就不能对自己的行为后果负责。这是建立在被监护人只能是未成年人或精神病人的基础上，依据个人主义的近代民法立场判断，一个未成年人或精神病人对于行为危险性及对结果负责的判断和对交易的判断是一致的，识别能力和行为能力近乎可以等同。但从维护社会安全的角度讲，即使欠缺行为能力的人对于结果的认识仍然是有一定判断的，而且从保护被侵权人的角度更需要对加害人的识别能力进行判断。识别能力的有无，原则上应就行为人个别智能发展情况认定，至于其过错的有无，则应依客观类型化的标准加以判断。在老龄化背景下，成年被监护人的保护以尊重其自由意愿为基准，法律允许其进入社会正常进行交易行为，监护人的存在只是为了补充保护其利益之不足，因此应推定被监护人是有识别能力的，只有被监护人一方举证证明其不具有识别能力才需要由监护人承担侵权责任。

实际上，识别能力和行为能力是两种不同的能力，正如王泽鉴教授指出的，识别能力是认识其行为或危险，并认知应就其行为负责的能力，识别能力以行为人认识其行为的危险性为已足，不以认识其致何种伤害为必要。在成年被监护人的场合，其能够对损害的后果加以判断，但对于为法律行为却需要监护人的协助方能真正完成。在其他法域的做法中，德国、日本、我国台湾地区的相关规定都承认责任能力即过错能力，过错能力是过错责任对个人的要求，过错能力不同于行为能力。《德国民法典》第 832 条、《日本民法典》第 714 条都明确监护人承担的是违反监督义务的责任，此时被监护的人是没有责任的。但是从《民法通则》到《民法典》，我国民法均不考虑行为人的责任能力，被监护人致人损害，无论行为人有无识别能力，只要造成了损害，监护人都要承担责任。由此造成了监护人承担的是替代责任的表象，似乎监护人是对他人而并不是对自己的行为负责，从而导致解释论上的错误。

而对侵权责任的识别能力和年龄、心智能力相关，因此和民事行为能力存在判断标准上的重合。如此说来，本来“民事行为能力”和“法定代理人”属于民事法律行为制度的表述，用以判断自然人所为民事法律行为是否有效，其能用于侵权责任的场合，完全是因为民事行为能力指向的判断能力和承担侵权责任的识别能力具有内容上的一致性。这一点可以通过我国台湾地区“民法”规范得到印证，其区分无行为能力或限制行为能力人是否有识别能力来确定责任承担，有识别能力则与法定代理人承担连带责任，无识别能力则法定代理人自己承担责任。

在解释论上，《民法典》第 1188 条实际上是以行为能力标准代替识别能力标准，但二者本质不同。其一，行为能力和识别能力都涉及行为人的判断能力，而行为能力和识别能力因为宗旨不同，其判断能力的范围也是不同的。对于侵权责任所涉及的识别能力学者一般解释为：在一个人欠缺关于其行为的法律性质及其后果的判断能力的情况下，就不能指责他主观上具有故意或过失，并进而要求其承担过错责任。其二，借用民事行为能力的年龄要素来考虑未成年人的识别能力有一定的可行性，但是如果不加区分的处理则显然会出现不考虑行为人的识别能力而径直归责于行为人，违背个人保护的过错责任原则，无异于只站在保护被侵权人的立场上。俄罗斯民法规定，不满 1 周岁的未成年人致人损害，因其为完全无侵权责任能力人，故不负损害赔偿责任。《民法典》第 1188 条无疑是简配版的监护人责任，对于识别能力规定的缺失是其先天的不足，但考察其前身《民法通则》第 133 条的发端，会发现立法者并不是从未考虑识别能力的相关问题，《民法典草案（征求意见稿）》（1980 年 8 月 15 日）第 448 条规定了，未成年人能够辨认自己行为的后果并且已有独立经济收入的，应当对自己造成的损害承担连带责任。只不过在“宜粗不宜细”的立法政策指导下，最终没有完整规定相关内容。其后的司法实践虽然争议颇大，但限于保护被侵权人的效果较好，所以在《侵权责任法》立法过程中，立法机关认为，虽然我国没有责任能力的规定，但是能够妥善解决无民事行为能力人和限制行为能力人引发的侵权纠纷。我国法律没有明文规定责任能力制度，但于侵权场合也应该考虑侵权行为人是否具有侵权的识别能力。与传统民法的宣告主义不同，成年人之欠缺行为能力依据《民法典》第 24 条规定采认定主义，在个案中认定成年人是否具有行为能力与识别能力可以同时进行，即第 1188 条规定的无行为能力和限制行为能力在成年人的场合本就不是类型化固定的。

（三）监护人对自己违反义务的行为后果承担责任

自然人民事行为能力欠缺不等于不能承担侵权责任，按照“自己责任原则”的理念，自然人如果有对行为后果具备识别能力则应自己承担责任，否则自己不承担责任。民事行为能力欠缺者并不是当然都没有承担责任的能力，限制行为能力的未成年人是有一定识别能力的，作为成年监护对象的老年人更是具有较为全面的识别能力，相当一部分老年人是因为身体障碍而需要监护，即使有精神障碍和智力障碍的成年人，也因为程度的不同而能够一定程度上判断侵权行为。即使《民法通则》第 133 条未区分无行为能力人和限制行为能力人承担责任，但当时的教科书仍然认为，如果限制行为能力人有一定的识别能力，又有一定的经济收入，应当对自己的违法行为所造成的损害，同法定代理人承担连带责任。实际上，佟柔先生曾经论及，十六周岁以上不满十八周岁的未成年人被视为完全民事行为能力人如果无力承担义务，明确不能由其父母承担责任，也强调了自己责任。事实上具有识别能力的成年人不承担侵权责任，则会导致其处于绝对受保护的地位，而通常成年监护人并不能如未成年人监护人那样予以家庭惩戒、教育等方式限制被监护人不为加害行为，即使是未成年人在具有识别能力的情况下也不会因为父母为孩子担责而形成内在限制，除了能够更好的实现对被侵权人的保护之外，并无结果上的优势。

与被监护人可能自己承担责任的逻辑一致，监护人承担的也是自己责任。《民法典》第 34 条规定了监护人的监护职责，其规范的角度是监护人如何对被监护人负责，主要指向保护被监护人的内容，并不包括被监护人对外产生的不利后果的负担。换句话说，既然监护人是保护被监护人的，并不是当然包含对监护人侵害他人承担后果，如果监护人需要承担，应与其承担的监护职责相

关，并不会因为有监护人的身份就要承担责任。王泽鉴教授将此解释为法定监督义务，这与监护人的职责不是同一逻辑，职责是从保护被监护人的逻辑确定的内容，而法定监督义务是为保护他人不被被监护人危险行为侵害，是对监护人的管束，监护人因为有违反法定监护义务的过失，在被监护人无识别能力时负侵权责任。也有学者将违反监护职责与结果简单相关，只要被监护人造成了他人损害，就表明监护人没有尽到监护职责，具有过错。在未成年人监护的场合此种解释较为合理，但在老龄化背景下的成年监护场合则不合理。关于监护人责任中过错的构成，后文将予以详述，此处只是说明这显然与《民法典》第 1188 条表述的内容不一致，因为依据该条规定监护人通过证明尽到监护职责可以减轻责任，并非典型无过错归责的表述。

二、监护人承担侵权责任的归责原则：过错责任归责而非无过错责任归责

我国一直将监护人责任构成解释为无过错责任归责，而与我国不同，多数法域将监护人责任构成表述为过错责任归责，如德国、瑞士、日本、英国、俄罗斯、我国台湾地区均解释为过错推定责任。如果解释监护人责任是无过错责任归责，则无需证明监护人过错即可构成侵权责任，加害行为是被监护人所为，客观上被监护人不具备承担侵权责任的能力，监护人因为监护关系的原因需对后果负责，其负责的根据应符合自己责任原则。但是，《民法典》第 1188 条并未明确表明责任构成的归责原则，损害后果究竟是被监护人过错导致的侵权行为造成，还是因为违反法定监督义务的监护人的侵权行为造成，需要结合侵权行为的一般构成条件来确定。

（一）《民法典》第 1188 条解释为无过错责任归责的逻辑漏洞

《民法典》第 1188 条通常被解释为无过错归责，但仔细探究此种解释存在明显的逻辑漏洞，尤其是在成年监护制度进化的背景下，其逻辑漏洞更加明显。

第一，我国民法将监护人责任解释为无过错归责依循的是替代责任的逻辑，《民法典》第 1188 条并未采用像第 1218 条那样的“有过错”的表述，也未使用第 1202 条那样的“应当”的表述，而是采用和第 1191 条一样的“由监护人承担侵权责任”的表述，而第 1191 条规定的用人者责任是无过错归责的，进而导致被认定为替代责任的监护人责任也被解释为无过错责任。但前文已述及，监护人承担的应该是自己责任而非替代责任，并不是被监护人构成侵权而需要由监护人替代承担责任，替代责任的解释是对第 1188 条的误读。监护人是对自己的行为后果负责的，其根据是否包含过错要件需要结合其违反法定义务的情况考虑，并不能根据第 1188 条没有确定过错要素就得出监护人责任是无过错归责的结论，与《民法典》第 1194 条一样，该条没有规定完整的侵权责任的构成要件，还需要结合侵权责任的一般条款《民法典》第 1165 条的规定来确定构成要件。

第二，如果认为第 1188 条构造的是无过错归责，那么该条第 1 款第 2 句表述的内容就存在逻辑漏洞。典型的无过错责任归责的条文，如第 1239 条规定的免责条件是“能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任”，而涉及减轻责任，只能是在被侵权人过错的情况下，即表述为：“被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任”。如果是侵权人自身尽到注意义务，则应该是减轻过错的问题，作为减责事由的前提应该是过错归责。为了将该条款的表述解释为无过错归责，学者只能对减责事由做进一步的限制，认为：“监护人履行职责仅为减轻责任的事由，确定监护人责任是严格责任，几乎没有免责事由，减轻责任事由只是基于‘严格责任的衡平化’。”但这不能解

决无过错归责的逻辑漏洞，反而通过无根据的“衡平化”凸显了逻辑漏洞。

第三，无过错归责的根据是行为人能够控制危险的发生，如果监护人承担侵权责任是无过错归责的话，被监护人将被视为需要由监护人控制的危险来源，这在替代决策模式的传统监护模式下似乎说得通，但现代成年监护制度已经转型为协助决策模式，其强调尊重被监护人的真实意愿，尤其是对老年被监护人而言。按照《民法典》第 35 条第 3 款规定的“最大程度尊重”“保障并协助”等协助决策模式下的关键词，反映了现代成年监护模式下，对于典型的限制行为能力人的老年人群体，行为危险的控制并不是履行代理等监护职责的监护人可以做到的，亲属也不能对其进行比较严格的管束，造成对他人的侵权多是由自己的原因导致，而监护人只是在具有管束义务的时候，并且违反义务导致被监护人失控造成他人损害的时候承担责任。

（二）监护人责任适用过错归责原则的解释路径

监护人责任的归责应按照过错归责原则来解释，限于《民法典》第 1188 条规定的不明确、不完整，需要结合第 1165 条等规范理顺适用过错归责原则的解释路径，按照民法解释学方法从立法文义解释到体系解释等逐次展开。

第一，过错责任归责的解释符合立法规范的表达。按照全国人大常委会法工委的观点，监护人责任并未明确为过错责任归责或无过错责任归责，在具体内容的阐释上，法工委采取了一种类似于无过错归责的态度，被监护人的行为如果能构成侵权，监护人就承担侵权责任，但是根据《民法典》第 1165 条，一般侵权行为是过错归责的，被监护人不能被衡量是否具有过错，其大部分的行为后果就不能被认定为构成侵权。实际上在第 1188 条的监护人承担侵权责任的规范内容中并没有全面规定责任构成的内容，而只是解决了责任主体的问题，也就是说，被监护人的行为可以导致监护人承担责任，其原因是监护人可以控制相关损害后果的发生，仅此而已。

第二，监护人是因为违反法定义务而承担责任，而非对行为危险后果承担责任。无过错责任归责要求的是不考虑过错，并非没有过错。在产品责任、环境污染与生态破坏责任等无过错责任中，行为人的行为本身已经造成了危险，并不需要考虑主观过错即可认定构成侵权责任，这与监护人责任的规范场景有显著不同。在未成年人监护的场合，未成年人处于父母的管束之下，如果其对外界造成危险，应该认为是父母作为监护人没有在客观上尽到监管义务，法国民法对未成年人父母承担的侵权责任虽然一直是过错责任，但在司法实践中却是一种客观的、直接的责任，此种过错责任是建立在父母对子女的权威基础之上的，而在成年监护中，随着成年无行为能力和限制行为能力人范围的扩张，精神病人不再是被监护的主要人群，老年人和罹患各种影响判断能力疾病的人才是多数，而随着社会发展的高龄少子化，亲属关系的稀疏导致监护人并不能简单按照《民法典》第 28 条限定顺序简单选定，在亲属以外的人担任监护人场合，很难对被监护人进行仿佛父母对未成年人那样的管束，其对外界带来的风险在多数情况下不应简单由监护人来控制。未成年人的监护人和成年人的监护人承担侵权责任，只是在衡量过错的程度上有差别。

第三，《民法典》第 1165 条规定了过错归责是侵权责任法中自己责任原则的表现，而第 1166 条规定的无过错归责是第 1165 条的例外，明确为“法律规定应当承担侵权责任”才承担无过错责任，而第 1188 条是没有规定“应当承担侵权责任”的，按照无过错归责来解释第 1188 条实际上是对过错的判定产生了错位，是将客观过错的表现解读为不考虑过错。监护人责任中的过错表现为强烈的客观过错，对于未成年人来说，出现侵权行为导致第三人损害就一定程度上证明父母作为监护人没有采取必要措施履行监管义务，但是对于

成年被监护人来说，只有严重的精神病患者才需要进行如未成年人一样的监督和管束，对于心智能力下降的老年人来说，监护人主要是对其进行财产管理的监护，并不会对其进行贴身的监督和管束，从而也不会在客观上构成违反监督义务而构成过错，此种场合被监护人应该自己承担责任，也同样需要在侵权责任的构成中衡量过错要件。

三、监护人责任条款规定的“监护职责”应解释为“法定监督义务”

《民法典》第 1188 条有“监护职责”的表述，一般认为，由于监护人对被监护人负有一定的监护职责，监护人就应当承担责任。仅从用语看，第 1188 条规定的监护职责和《民法典》第 34 条规定的监护职责是一致的，但仔细探究第 34 条规定的监护职责的内容，可以发现第 34 条规定的“监护职责”都是从保护被监护人的利益角度进行规范，代理被监护人从事民事法律行为或者其他，而从规范意旨理解第 1188 条的“监护职责”，应该是“预防”被监护人伤害不特定的其他人，两者在内涵上并不一致，却使用了同一用语。

（一）“监护职责”在《民法典》第 34 条和第 1188 条中的不同解读

按照全国人大常委会法工委的观点，《民法典》第 34 条规定的监护职责的内容为实现监护制度设立的目的，即弥补被监护人民事行为能力不足，监护人的主要职责就是作为被监护人的代理人，其他的职责还包括：保护被监护人的身心健康，促进未成年人的健康成长，对成年被监护人也要积极促进其健康状况的恢复；照顾被监护人的生活；管理和保护被监护人的财产；对被监护人进行教育和必要的管理；在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼等。这些职责的共同特点都是为了保护被监护人。对于监护人承担侵权责任来说，仅可能与“对被监护人进行教育和必要管理”相关，而监护人不履行或不完全履行其他职责，只可能导致被监护人利益受损，而不可能导致第三人受损，循此逻辑，可以明确“对被监护人进行教育和必要管理”也是为了被监护人利益而为之，防止其他人对被监护人利益的侵犯。从这一点上也可以看出，监护就是为了保护被监护人而不是防止对他人侵权，《民法典》第 34 条规定的监护职责就是为保护被监护人的利益而设，并不包含防止被监护人对他人侵权的职责。

同样表述为“监护职责”，《民法典》第 1188 条规定的监护人对被监护人未“尽到监护职责”，属于“违反了一个合理人的注意义务”。在未成年人的场合，其对应的是《民法典》第 1068 条规定的“父母有教育、保护未成年子女的权利和义务”，并且未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任，“教育未成年子女”并非特殊的注意义务，即因行为本身的危险性而为法律所禁止的作为或不作为。以侵权责任编的体系构造而论，监护人承担责任如果是过错归责的话，其应该负担一定的注意义务，合理谨慎的监护人可以期待的作为，是解释此注意义务的根据。在被监护人不具有识别能力的时候，其所造成的加害行为无异于动物或工具给他人造成的损失，由对此结果负有监督义务的人负责任。

在老龄化社会背景下，成年监护人的监护主要指向财产管理，亲属以外的人担任法定监护人很难和被监护人一起生活，而被监护人本身也难说必须由监护人贴身照顾，结合《民法典》第 35 条第 3 款的规定，监护人只是来协助被监护人完成各种法律事项，尤其是在意定监护的场合，如果仅仅在意定监护协议中约定了处理财产的事项，就认为监护人无论是否能够管束被监护人，都必须承担监护人的侵权责任，这显然是不合理的。实际上，在未成年人监护的场合，监护人也并不当然承担监护人责任，从司法解释的构造逻辑看，是否能够履行监护职责和承担责任也有一定关联，已废止的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人

民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 158 条表明与被监护人共同居住的监护人应当承担责任，如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与子女共同生活的一方共同承担责任。应该说态度是明确的。但是，监护人责任在侵权责任法以救济保护被侵权人为中心的情况下，表现出只要被监护人为侵犯他人的行为就导致监护人承担责任，与是否违反注意义务无关，变成了一种结果责任。

（二）监护人的法定监督义务和监护职责有一定关联

导致我国民法混淆“监护职责”和“法定监督义务”的重要原因是《民法通则》用含混不清的“民事活动”概念来表述行为能力欠缺者需要协助的范围，民事活动涵盖了包括民事法律行为、侵权行为在内的多数民事法律事实。但《民法典》第 18 条改变了《民法通则》第 11 条“民事活动”的表述，将监护人的主要职责范围限制为“民事法律行为”，因此，行为能力欠缺人的代理人并不对民事法律行为以外的民事活动进行代理，此时《民法典》第 1188 条还坚持用《民法通则》第 133 条表述的“无民事行为能力人、限制民事行为能力人”行为后果直接由监护人承担责任就显得很不合适。通常在没有父母子女关系身份限定的情况下，监护人并不当然具有监督、管束的法定义务，而只是“民事法律行为”的法定代理人，监护职责的内容主要局限在对被监护人的财产管理和人身保护方面。

前文已述，替代责任的逻辑是行为人构成侵权但由与其有关系的特定人来替代承担责任，而在成年被监护人造成他人损害的场合，存在三种状态：其一，如果被监护人本身具备识别能力可以独立承担责任，则被监护人按照侵权责任的一般构成承担过错责任；其二，如果被监护人本身不具备识别能力不能独立承担责任，但是监护人存在过错，则监护人承担过错责任；其三，虽然被监护人和监护人都不存在过错，但是基于保护被害人的立场，则需要监护人和被监护人依法承担公平分担损失的后果，此即第 1188 条第 2 款规范的内容。此三种状态中，并不存在被监护人构成侵权责任自己不承担而需要由监护人承担的情形，监护人承担责任仅为自己违反法定监督义务而承担的侵权责任，此为自己责任。因为被监护成年人无责任能力，成年监护人对被监护成年人负有法定监督义务，被监护人造成第三人损害由监护人承担赔偿责任。《民法典》第 1188 条规定以有无行为能力为标准，其目的是借助该标准判断被监护人是否具备识别能力。可以说，虽然监护人的设置以行为能力欠缺为条件，监护人责任也不是因为代理失责而引起，而是未尽到法定监督义务所导致。有学者认为，《民法典》并未以监护人与被监护人共同生活或实际履行监护职责为确定监护人责任主体的要件，进而指出被监护人有数个监护人时，即便某个监护人并没有与被监护人共同生活、未实际履行监护职责，也应当就被监护人的侵权行为承担责任。此种说法虽然一定程度和《民法典》第 1188 条的文字表述一致，却不能从监护制度的整体衡量中得出上述结论，监护职责和法定监护义务不能简单画等号。

（三）监护人承担侵权责任是因违反法定监督义务有过错

监护人的法定监督义务应就具体行为的危险情况加以决定。未成年人监护中，监护人兼顾未成年人的人格发展及被害人的保护，一是无行为能力人或限制行为能力人的个性、年龄、发育程度及先前行为等；二是行为或活动的性质。王泽鉴教授指出，未成年人的监护人对未成年人存在教养及监督的关系，监督义务系就个别具体行为危险性加以决定，也需要斟酌平日教养，盖未成年人须经由长期反复的教导、学习，始能知道如何趋避危险，逐渐养成自我负责的生活方式，从

而平日教养与监督具有互补作用的关系，平日教养不足者，应严格其具体行为的监督义务。

反观成年监护人则并没有对被监护人进行教养和监督的义务，即使是《民法通则》限定的成年被监护对象的精神病人，也因为《残疾人权利公约》所明确的平常化的理念而不再处于监护人的管束之下，但至少精神病人因为其疾病的特征而可能在家庭生活中需要监护人对其进行适当的限制，此时让监护人承担违反监督义务的侵权责任尚属合理，但如果监护人没有监督管束的义务却需要直接承担侵权责任，则显然不合理。日本学者就指出，承担监护人责任是因为监护人负有监督义务，原则上限于家庭共同生活的场合，如果没有共同生活还负担监督义务或者推定在监督上有过失都是不适当的，在儿童的场合一般是合理的，但是在精神障碍者的场合不同的情形很多，难以预测对他人造成伤害的可能性，推定监督上存在过失是不适当的。换句话说，对于未成年人监护因为监护人需要经常性地对被监护人进行管束而容易产生过错，对于成年人监护则因为管束并非常态而必须对其是否违反了法定监督义务进行具体判断。

四、成年监护中监护人承担侵权责任的例外情形：特定情况下监护人与被监护人之间的利益平衡

关于《民法典》第 1188 条第 2 款与第 1 款的关系，学者有不同的解读，主要包括：平行关系说、内外关系说、递进关系说、体系位移效应说等。这些学说都试图将第 1188 条第 2 款纳入到侵权责任法的体系中解释，但无论如何不能改变第 2 款所表现的特殊性。最高人民法院的观点认为其确立了监护人的补充责任，在被监护人有财产时，应当由被监护人承担首位的责任，只有在被监护人的财产不足时，才由监护人承担适当的补充责任。来自有力说的批评认为，《民法典》第 1188 条第 2 款确立的监护人责任是以第 1 款为基本条款的，而第 2 款并不具有一般性的意义，因为它没有确定一个所谓的监护人补充责任形态，它所试图处理的是特定情况下监护人与被监护人之间的利益平衡问题，以及克服监护人与被监护人的财产独立可能导致的对受害人救济落实不利的影响。具体如何解释，本文试图结合老龄化社会成年监护制度变革的背景进行进一步的阐释。

（一）监护人例外承担公平分担损失后果的根据

按照前文所述，被监护人有否有识别能力是一个被忽略的问题，但是又必须在适用的场景下考虑，尤其是老龄化社会成年监护的场合。如果不考虑被监护人是否有责任能力而确定侵权行为构成，解释第 2 款就会造成“有财产”成为承担责任的基础，完全没有过错能力不能认识自己行为的人却仅仅因为有财产，而需要承担完全赔偿责任，法律规定过苛。合理的解释是，将第 1188 条第 2 款解释为公平分担损失的条款，考虑在被侵权人、被监护人（行为人）、监护人之间进行利益衡量，让被监护人的财产成为分担损害后果的一种选项，而监护人作为补充承担也是一种公平分担损失规则。

《民法典》第 1188 条第 2 款绝非第 1 款的并行规定，而是第 1 款的逻辑延伸，目的是满足公平救济受害人的需要。有观点认为，第 2 款是向被监护人强加的一种独立责任，进而是与第 1 款并行的。监护人即使尽到监护职责，也不能免除而只能根据公平责任的考量减轻其责任，实质上其责任更多的减轻可能性反而来自被监护人有财产的情况。而笔者认为，应该将第 2 款看成是在第 1 款不能确认监护人和被监护人有责任的情况下，让被监护人和监护人分担损害后果。没有责任是因为基于过错归责的原因，分担损失是基于对不利后果的利益衡量。《民法典侵权责任编解释（一）（征求意见稿）》第 3 条第 1 款规定：“有财产的无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害，被侵权人请求侵权行为人的监护

人承担侵权责任的，人民法院应予支持。被侵权人依据民法典第一千一百八十八条第二款的规定，请求有财产的无民事行为能力人、限制行为能力人承担赔偿责任的，或者监护人抗辩主张其承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持”可以看出，并不认同补充责任的认定。

《民法典》第 1188 条的规范基础可以参照《德国民法典》第 829 条规定、《俄罗斯联邦民法》第 1073 条的规定、我国台湾地区“民法”的第 187 条第 3 项的规定，为更周全地保全被害人的权利，使监护人和被监护人依据财产的情况承担公平分担损失责任。德国民法规定的是在不能从监督义务处得到赔偿的情况下，可以依据公平原则从被监督的人的财产中支付赔偿。与之类似，俄罗斯民法也认为如果监护人死亡或无足够的财产用以赔偿对受害人的生命或健康所致损害，而致害人本人有该财产的，法院可斟酌考虑受害人和致害人的财产及其他情况，有权做出由致害人本人全部或部分承担赔偿责任的判决。如此说来，从被监护人的财产中支付赔偿以及不足部分由监护人赔偿，都是建立在监护人不承担过错侵权责任的基础上的公平分担损失规则。

（二）监护人例外承担公平分担损失后果的条件

监护人例外承担公平分担损失后果的条件不能简单从第 1188 条的文字来理解，应结合民法典的规范体系进行解释。

第一，第 2 款的适用是建立在不符合第 1 款适用条件的情况下，即监护人并不会因违反法定监督义务而承担监护人责任，即在过错归责原则下不存在过错，不存在单独的责任。第 2 款目的在于解决受害人救济的问题，同时试图在监护人和被监护人之间进行利益平衡。

第二，“有财产”是一个事实的判断，但如何界定构成“有财产”是个难题。正如《民法典》第 18 条规定的“能够以自己的劳动收入为主要生活来源”一样，此处的“有财产”是以能够靠自己的财产维持独立生活而不依附于其他人的经济能力存在，其范围是基本生活资料以外的积极财产而已。有学者认为，只有当被监护人拥有价值较大的动产或者不动产的时候，方可认定其“有财产”。笔者不赞同此种认定标准，姑且不论如何界定“价值较大”，即使是不动产也并不意味着能判断被监护人的经济实力，现代社会很多无形财产可能价值更大，比如知识产权或者股权，衡量“有财产”一定是一个被监护人作为独立民事主体和监护人以及被害人之间进行利益衡量，才能公平判断，并以不影响被监护人今后的正常生活为限。

第三，成年被监护人中有相当多的人是有财产的老年人，还有一些精神病人在罹患疾病之前也有财产的积累，另外，很多人都可以通过继承遗产而成为“有财产”的人。虽然被监护人因为不具有过错而不构成侵权行为，但是损害后果已经现实发生了，在被害人以及作为行为人的被监护人的财产和监护人的财产中进行衡量，显然为更好地保护被害人的利益，用被监护人的财产来承担损害后果也是合理的，而在被监护人和监护人之间，监护人承担构成一种补充的后果归结。

第四，在未成年人监护的场合，其财产与作为监护人的父母的财产可能独立，但一般即使其通过继承等原因获得的财产也都是由父母来管理，而在成年监护的场合，被监护人的财产和监护人的财产各自独立，被监护人造成他人损害却因为没有识别能力不能以其过错承担侵权责任，为保护被侵权人的利益，可以基于其有财产的事实将其纳入衡量公平分担损失的范围。

第五，衡量监护人的身份考虑适用第 2 款规则。虽然《民法典》第 27 条和第 28 条仍然坚持了以亲属身份按照顺序来担任监护人，监护人的选任范围随着老龄化社会的严重越来越走向亲属以外的人，但是亲属以外的人担任监护人不仅其法定监督义务应结合其监督内容而有所区别，在衡量公平分担损失时也要考虑基于其身份是否应

当纳入衡量范围，同时避免亲属以外的人不愿意担任监护人的问题。

结语

《民法典》第 1188 条虽然延续了《民法通则》第 133 条和《侵权责任法》第 32 条的表述，但我国民法上传统的解释已经不适应民法典相关制度的变革，而且该条文在构成条件上是不完整的，对于该条的适用必须结合老龄化背景下的新型监护制度进行体系解释。同时，应该纠正理论和实务对该条表述做无过错责任归责和替代责任理解的缺陷，回归自己责任的正常逻辑。《民法典》第 1188 条第 1 款确定的是监护人责任的责任主体问题，并未明确归责原则，更不能当然认为是无过错归责，应根据监护人的选任的身份关系，按照第 1165 条的过错责任归责原则来确定侵权责任构成。明确监护人是因违反法定监督义务而承担过错责任，而且未成年人的监护人和成年人的监护人的法定监督义务的内容也有所区别，尤其是在成年意定监护的情况下，除非监护协议约定监护人需要对被监护人进行监督管束，否则在没有近亲属关系的其他监护的场合，监护人都是不负担法定监督义务的。另外，应该将《民法典》第 1188 条第 2 款解释为公平分担损失的条款，考虑在被侵权人、被监护人（行为人）、监护人之间进行利益衡量，让被监护人的财产成为分担损害后果的一种选项，而监护人作为补充承担也是一种公平分担损失规则。

来源：《当代法学》2023 年第 6 期（第 41-52 页）。（责任编辑：王国柱）

建构中国婚姻家庭法学知识体系的三个维度

2023-11-10 光明日报 王雷

https://app.gmdaily.cn/as/opened/n/b552520687ab4f6badead716ac479302

【建构中国自主知识体系】

习近平总书记指出，要“加强对民事法律制度的理论研究，尽快构建体现我国社会主义性质，具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法理论体系和话语体系”。婚姻家庭法律制度是民法典的组成部分，婚姻家庭法学知识体系是民法学知识体系中不可或缺又独具特色的组成部分。建构中国婚姻家庭法学自主知识体系，要结合我国婚姻家庭立法和司法，直面婚姻家庭关系的特殊性及其时代挑战，面向历史、理论、实践等维度展开。

历史逻辑：婚姻家庭法律制度的回归和再体系化

新中国成立后很长一段时间里，受苏联民法学的影响，我国婚姻家庭法律制度被人为地从民法中分立出去。1950 年婚姻法是新中国成立后制定的第一部法律，意味着婚姻法与民法二元并立体制的开始。1986 年颁布的民法通则对民法调整对象采“平等关系说”，将平等主体之间的财产关系和人身关系一并纳入民法调整范围，这就解决了婚姻家庭法的体系归属问题，维护了传统民法的制度体系，开启了婚姻家庭法向民法形式上的回归。但民事单行法时代的婚姻家庭法，仍呈现出多层次多元化的特点和分散混乱的弊端。

2020 年民法典的通过，意味着婚姻家庭法向民法形式上回归的完成。随着民法典的施行，作为单行法的婚姻法被废止。体系化是民法典的生命，民法典婚姻家庭编推动了婚姻家庭法的体系

化。在立法层面，婚姻家庭编成为民法典的有机组成部分，婚姻家庭法属于身份法，身份法完成了向民法形式意义上的回归。将婚姻家庭法纳入民法体系，并不会因此使得婚姻家庭关系具有商品经济关系的性质，当然，这并不妨碍平等和私法自治这两项重要的民法基本原则在婚姻家庭法领域的可适用性。

回顾婚姻家庭法律制度和民法的分合，我们可以梳理出婚姻家庭法学自主知识体系的历史逻辑，锚定婚姻家庭法律制度再出发的起点。展望婚姻家庭法律制度在民法典背景下的再体系化，能够勾画婚姻家庭法学自主知识体系推动婚姻家庭法律制度发展的使命任务。可以说，民法典婚姻家庭编成为构建婚姻家庭法学理论体系的起点和基础。在此意义上，民法典婚姻家庭编不是婚姻家庭法体系化的终点，而是再体系化的起点。在法律适用和理论体系层面，身份法还需要实现向民法实质意义上的回归，即实现身份法与财产法体系相融贯，同时充分尊重身份法的特殊性。

理论逻辑：婚姻家庭法学知识体系的两条红线和一个难题

建构中国自主的婚姻家庭法学知识体系，要重视对身份法律行为和身份权利的研究。身份法律行为和身份权利是身份法逻辑规范体系展开的两条红线。建构婚姻家庭法学自主知识体系，就是要从民法学科体系、学术体系、话语体系和法律适用角度，实现身份法律行为和民事法律行为、身份权利和民事权利的体系融贯，使得身份法无论从形式上还是从实质上都不再游离于民法之外，实现婚姻家庭法向民法的实质回归。

身份法律行为是贯通婚姻家庭法的重要理论工具，有助于保障私法自治在结婚自由、离婚自由、遗嘱自由、家事自治等领域的实现。在身份法律行为的概念之下，婚姻家庭法和民法其他部门法在法理基础和法律适用上能够进行有效的沟通和有益的对比。身份法律行为在“事物本质”方面有特殊性和一般性，婚姻家庭领域浓厚的伦理感情底色和家庭共同体特点使身份法律行为区别于财产法律行为，身份行为的法律行为属性又使得我们不得不思考民事法律行为规则在身份法律行为的适用空间，这很大程度上涉及民法典婚姻家庭编和总则编的关系问题。

身份法律关系的核心内容是身份权利。身份权利是民事主体基于血缘、婚姻、收养等特定身份关系而依法享有的以身份利益为客体的民事权利。我国现行法上的身份权利主要包括配偶权、监护权和其他亲属身份权。婚姻家庭领域浓厚的伦理感情底色和家庭共同体特点同样使得身份权利既有民事权利的一般性，又有自身的特殊性。身份权利并非典型的绝对权，其在对外关系上具有绝对权的性质，在对内关系上具有相对权的性质，故身份权利人的请求权只能向身份义务人主张。身份权利与人格权在同属于绝对权这一点上具有相似性，但身份权利在对内关系的相对权品格上则具有特殊性。

婚姻家庭法的特殊性何在，这是建构中国自主的婚姻家庭法学知识体系需要回答的一个经典难题。婚姻家庭法作为身份法的特殊性主要表现在其调整对象——婚姻家庭关系的共同体性和伦理性特点，调整对象的特殊性也要求婚姻家庭法相应规范的强行性。调整对象的特殊性塑造了婚姻家庭法的独特性。婚姻家庭是一个伦理共同体，这是婚姻家庭鲜明的中国特色。婚姻家庭身份共同体性带来婚姻家庭法平衡整体和个体利益的难题，婚姻家庭伦理性带来婚姻家庭法平衡法律与伦理道德关系的难题。

实践逻辑：加强家庭家教家风建设的法治保障

习近平总书记指出：“家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。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。”党的二十大报告要求，“提高全社会文明程度。实施

公民道德建设工程，弘扬中华传统美德，加强家庭家教家风建设”。家庭文明是社会文明的重要内容。加强家庭文明建设是提高全社会文明程度的必然要求。建构中国自主的婚姻家庭法学知识体系，就要从法学角度深度诠释“家和万事兴”的家庭生活思维和家事法治思维，助力发挥家庭家教家风在基层治理中的重要作用。

加强家庭家教家风建设，加强家庭文明建设，需要德法共治、多法共治。婚姻家庭法学知识体系要诠释家庭文明的新时代内涵，发挥法治在加强家庭家教家风建设中的保障作用，厚植家庭文明的法治土壤。平等、敬爱、忠实、团结等是家庭文明的核心内涵和基本“法理”。民法典从夫妻关系以及其他家庭成员关系的不同角度对家庭文明的内涵作出具体规定，要求“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。重视家庭文明建设有利于预防和化解家庭矛盾，促进家庭稳定和谐。婚姻家庭法的主要立法宗旨是促进家庭和谐。婚姻家庭受国家保护和重视家庭文明建设是婚姻家庭法学价值体系的基点。

习近平总书记指出：“认真研究家庭领域出现的新情况新问题，把推进家庭工作作为一项长期任务抓实抓好。”民法典婚姻家庭法律制度积极回应人民群众对家庭建设的新期盼新需求，婚姻家庭法律制度是建设好家庭、涵养好家教、弘扬好家风的重要制度接口，是提高基层治理法治化、专业化水平的重要环节。当前，我国家庭建设领域展现出一些鲜明的时代特色，也面临一些新的时代挑战，如结婚率下降、晚婚、低人口出生率、离婚率上升、人口老龄化、独居化趋势的“家”、市场经济财产法思维的过度渗透等。婚姻家庭法学知识体系应该重视探讨应对家庭伦理共同体新挑战的系统法律举措和具体方案。

家庭的社会功能、文明作用都是不可替代的。家庭稳定是社会稳定的重要基础，家庭制度属于重要的社会制度内容。家庭塑造着中国人的思维，中国文化、中国哲学源于家庭，差序格局从家庭开始往外延展，家国天下以家庭为起点。依法治国应当重视家庭，重视家教，重视家风，重视家庭文明建设。婚姻家庭法律制度和中国自主的婚姻家庭法学知识体系要坚定民法典的基本立场，展现中国人对婚姻家庭关系的基本态度：婚姻家庭是一个具有法治意义的温馨港湾，是一个有福同享、有难同当的亲情和财产的身份共同体、伦理共同体，是一个平等和睦、休戚与共、志同道合、忠实互让、敬老爱幼、团结协作的具有人身信赖关系的紧密结合型团体。

（作者：王雷，系中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员）

李安宁：公证机构在遗产管理人制度中的角色担当

2023-11-18 家事法苑 李安宁
https://mp.weixin.qq.com/s/cUETjvzjJFTzZuoZtnCOzw

目次

引言
一、角色与场域：遗产管理人制度作用的场域
二、角色解构：公证机构在“公证+律师”遗产管理模式中的角色
三、重构角色：公证机构何以担任管理人
四、角色证成：作为管理人的公证机构
结语

摘要：

在既有的“公证+律师”遗产管理人制度实践模式中，公证机构通过担任 “库管员”的角色间接参与遗产管理。但从公证角度来看，“库管员”角色与公证制度的价值功能无法衔接；从遗产管理人角度来看，“库管员”角色违背遗产管理人的任职资格要求，不当限制了非入库律师事务所和公证机构担任遗产管理人的可能。而在公证机构担任遗产管理人的直接模式中，公证机构基于其中立客观的价值定位与遗产管理人独立的法律地位价值相契合；同时基于公证机构在遗产继承活动积累的丰富技术经验以及公证机构自身具有的官方权威性、社会认可性等社会资本优势，公证机构担任遗产管理人更能够促进遗产管理人制度实施。因此，在律师事务所担任遗产管理人的普遍共识下，公证机构能够直接担任遗产管理人。

关键词：

遗产管理人；公证机构；遗产管理人的选任；

The role of Notary Agency in the Estate Administrator system

Abstract: In the existing "notary+lawyer" estate administrator system, notary agencies are indirectly involved in estate administration by acting as a "warehouse keeper". From the perspective of the function of notary agencies, the role of "warehouse keeper" is incompatible with the value function of the notary system; from the perspective of the function of the administrator system, the role of "warehouse keeper" violates the qualification requirements for administrators and unduly restricts the possibility of law firms and notary agencies outside the warehouse to act as administrators. In the direct model of notary agency acting as the estate administrator, the value position of notary agency based on its neutrality and objectivity fits with the value of the independent legal status of the estate administrator; Meanwhile, based on the rich technical experience accumulated by notary agencies in inheritance activities and the social advantages such as official authority and social recognition possessed by notary agencies, Notary agencies acting as estate administrators can more promote the implementation of the estate administrator system. Therefor notary agencies is certainly able to act as administrator directly under the general consensus of law firms acting as administrators.

Keywords: Estate Administrator; Notary Agency; Appointed Estate Administrator

引言

《民法典》继承编新增的遗产管理人制度（Estate Administrator System，后文简称 EAS）填补了《继承法》在遗产处理中的漏洞，〔[1]〕具有重要的制度功能价值。《民法典》第 1145 条-1149 条构建了 EAS 的基础框架雏形，但 EAS 的具体内容仍需要进一步细化，其中最为重要的问题之一就是关于遗产管理人（后文简称为管理人）的选任。依照《民法典》第 1145 条的规定，〔[2]〕首先，管理人由被继承人通过遗嘱指定；其次，被继承人没有选定的，由继承人共同推选或继承人共同担任管理人；再次，在没有继承人或者继承人都放弃继承的，由居委会或村委会担任管理人；最后，学者们普遍认为法院也可以依申请或职权指定管理人。〔[3]〕《民法典》第 1146 条也认可在管理人有争议的情形下，利害关系人可以向

法院申请指定。就 1145 条规范内容而言，虽然明确了管理人产生的顺序，却忽略了最为关键的管理人主体的资格要素，即选任管理人是否还应考量其它的任职因素。〔[4]〕如果仅仅按照《民法典》第 1145 条的内容，结合《民法典》总则编的关于民事主体的规定，得出的唯一解释是管理人只要具备行为能力就有资格成为管理人。

而在 EAS 适用场域中，管理人并非解决简单财产的分割，而是面临数额较为巨大、种类多样且形式复杂的财产和债权债务的现实环境，因此在遗产管理中，仅考虑行为能力的因素明显不妥。〔[5]〕为解决《民法典》第 1145 条的上述缺陷，实践中已经自发形成了“管理人库”制度，该制度可简要概括为：公证机构选任符合要求的律师事务所作为“管理人库”的成员，需要时再从遗产管理库中挑选合适的律师来担任管理人。在这种“律师+公证”的间接模式下，律师是 EAS 的主体，而公证仅是管理人的认证机构。〔[6]〕就此模式而言，其赋予公证机构的监督职权与公证机构的公证证明职责并不相容，而当管理人产生违约或侵权行为时，会产生公证机构和律所的责任划分不清的弊端；〔[7]〕并且此模式下，无法充分发挥公证机构在遗嘱继承领域丰富的实践经验优势，进而很可能影响 EAS 制度的实施。

恰值《公证法》修改之际，正是基于上述问题的思考，本文认为公证机构应当直接担任管理人，直接参与遗产管理；不赞同目前“律师+公证”的间接参与模式，建议在《公证法》中明确遗产管理属于公证业务之一。为了证明观点的合理性，本文将从《民法典》EAS 的具体规范入手，分析公证机构进入管理人的路径（制度现实基础）、解剖公证机构直接作为管理人的模式优势（变更即有模式的必要性），来证成本文的结论。

一、 角色与场域：遗产管理人制度作用的场域

按照社会学家布迪厄的定义，场域一词指的是“各种位置之间存在的客观关系的一个网络（network）或一个构型(configuration)。”〔[8]〕而 EAS 作用的场域，简言之就是 EAS 的运作环境以及 EAS 各主体之间的关系。虽然遗产管理人作为一种新的制度，但是司法实践中并非无例可循。在遗产管理人制度之前我国就存在遗嘱执行人制度，因此考察遗嘱执行人制度在我国的实践情况，就得以管中窥豹一览遗产管理人在我国未来实践中运行的场域。

本文利用北大法宝数据库，在法院认为部分搜索“遗嘱执行人”，将法院层级限制在最高人民法院、高级人民法院，搜索得到 48 案件，进行手动阅读后发现有四个案例属于重复案例，还有一部分案例法院只是引用《继承法》第 16 条时出现了遗嘱执行人，实际案情中并不存在遗嘱执行人，剔除上述案件，将剩余关于遗嘱执行人的案件汇总（见表一）。从案例中可以明确看到，我国继承案件纠纷很多，而在继承中设有遗嘱执行人的继承却仅仅为 18.7%,这说明遗嘱执行人制度并没有在我国的继承中得以普遍适用；但是凡是设有遗嘱执行人制度的纠纷绝大多数都是复杂案件，〔[9]〕或者涉及到遗赠财产的处理〔[10]〕。尤其就具体案件而言，不仅涉及到股权的继承，还涉及数量复杂、种类多样的财产分配。因此遗嘱执行人所要解决的是一个复杂的遗产管理和分配活动，这时就需要遗嘱执行人自身具备一定的专业知识。

案号	遗产种类	主要职责
（2020）最高法民再 113 号	有限公司股份	四位继承人都是执行人，股份信托负责人
(2021)京民申 5415 号	所有类型的财产	用遗产设立公益基金会
(2020)沪民申 2400 号	动产、不动产都有	唯一继承人为执行人
(2017)粤民申 449 号	有七位继承人，遗产分布香港、大陆，香港的遗产价值 1410 万元	两位遗嘱执行人分配遗产
(2015)川民申字第 2465 号	房屋	向遗赠人分配遗产
(2016)苏民申 4203 号	房屋	遗嘱中房屋归一人所有，但有四个继承人，还有共同遗嘱变更的复杂问题
(2016)粤民终 1827 号	多套房屋、股权、债务、税费	由遗嘱执行人负责信托事务
(2018)渝民申 2296 号	分割房屋（购房款来源复杂，既有夫妻共同财产，也有住房公积金，还有借款）；存款、抚恤金	分割房屋财产，存款、抚恤金
(2018)内民申 1662 号	有限公司的股权价值 100 万元	股权赠与第三人，赵某是执业律师执行人负责

表 1 遗嘱执行人案件汇总表

比较法上，不管是遗产管理人还是遗嘱执行人，其作用场域的复杂性、专业性早已成为 EAS 的特色。美国从 1980 年开始，遗产管理人面临越来越复杂的工作和不断提高的要求，主要原因是遗产复杂多样，尤其是股票、债券、投资产品的出现，要求遗产管理人具备更加专业的金融、法律知识。（[11]）这些现实情况转变使得各州的 EAS 需要变革，对遗产管理人行为给出更多的明确指引。（[12]）即使是在少数并未正式规定遗产管理制度的州，律师也凭借其专业特长在遗产管理活动扮演了重要角色。（[13]）并且因为专业律师介入使得遗产管理活动得以更加有效地进行。（[14]）此外，美国的遗产管理与信托制度联系紧密，而信托属于专业金融服务领域，因此增加了遗产管理的专业性和复杂度。（[15]）在德国，遗产管理人分为清算型遗产管理人和管理型遗产管理人。（[16]）清算型管理人主要为了实现遗嘱，尤其是落实遗赠和加重的负担，并结清遗产债务，分配遗产；管理型管理人对遗产进行管理，典型代表是对独资企业或者股份公司继承中遗产管理人。（[17]）就前者而言，遗产管理人角色类似于破产管理人，有相当大的权限，既可以进行必要的处分行为和负担行为，如遗产的处分、债务的负担，还可以承担诉讼角色。就后者而言，遗产管理人相当于公司或独资企业的管理者。因此德国的 EAS 也是相当的复杂，从其制度设计来看遗产管理人设立并不是为了解决简单的遗产分配问题，而是为了适应复杂的遗产继承纠纷。

总之，EAS 并非是针对简单的遗产继承而设计，而是为了适应当下家庭不断增加的财富、复杂多样的财产继承的场域。遗产管理人角色和场域的明晰，就表示遗产管理人本身含有专业性的制度基因。因此谁更符合 EAS 应用场域的专业角色特征，就能够更好的完成遗产管理人的制度功能。确定了遗产管理人制度作用的场域，就确定了遗产管理人这一角色基本特征，即处理复杂遗产继承任务；同样也决定了公证机构在这一场域中理应担任的角色。

二、角色解构：公证机构在“公证+律师”遗产管理中的角色

公证机构在遗产管理活动中的角色有两类：一是在直接参与模式中由公证机构担任管理人，扮演遗产管理活动中主要参与者的角色；二是在间接参与模式中，作为管理人库的管理员，负责管理人的 “进库”与“出库”，角色定位是遗产管理活动的辅助人员，公证机构并不直接参与具体的遗产管理活动。实践中已经形成的模式是间接参与模式，〔[18]〕即“公证+律师”模式。间接参与模式中，公证机构作为管理人库的负责人，担任对律师类管理人资格审查的制度角色，负责管理人库中人员的入库和出库。但这种公证机构参与遗产管理的模式，既与公证制度功能定位无关，又与 EAS 规范相左，使得公证在遗产管理制度中处于可有可无的边缘地位，进一步减弱了公证在整个诉源治理中的作用。

（一）“库管员”角色与公证制度无法衔接

从公证的制度功能而言，公证功能无法与现有管理人库的“库管员”的角色相“匹配”。公证最为重要的功能有二，一是公证证明功能，即公证通过对各种法律事实的认定，出具公证文书，以其法定证明地位和公证人员技能的专业性来确保公证内容的权威性与可靠性。〔[19]〕二是由证明功能衍生的纠纷预防与私权保障功能，公证作为一种非诉制度，旨在预防纠纷，减少诉讼，从而保障私权。〔[20]〕但是现有的“公证+律师”的遗产管理实践中，公证却充当了管理人库的“库管员”角色，负责律师管理人的入库和出库，这种监管角色与公证制度的证明功能、预防功能都无法兼容。

首先，就公证的证明功能而言，证明功能主要是通过对既有法律事实的认定，而管理人库“库管员”的角色，看似通过公证对管理人的资格赋予专业性与可信度的背书，实则是超越我国现有公证机构的权责范围。因为“库管员”承担着管理人资格的审查功能，从任何角度看，这种证明功能的制度属性都无法嫁接管理人的监管角色。而且律师事务所担任管理人是因为本身是专业的法律服务机构，其专业性已经得到法定的事前程序认可。具体而言，不管是作为律师事务所成员的律师还是律师事务所自身都是因具备法定专业条件才取得营业资格，已经过法定程序筛选的律师和律师事务所无须也不需要公证机构筛选后才有资格担任管理人。因此，公证机构通过设立“管理人库”的方式，违法限制律师事务所从事遗产管理的资格。

其次，就预防纠纷、保障私权的功能而言，作为“库管员”的公证机构既不能通过监管防止遗产管理活动的各种纠纷，又不能实现“保障私权”的目的。因为“库管员”角色只有对“管理人库”的管理权，无法监督管理人在遗产管理活动中的具体行为，从而不能对管理人在管理遗产过程中侵犯债权人、继承人权利的违法行为进行及时有效的管制。因此在间接参与模式中，公证机构无法达到预防纠纷保障私权的目的。此外，在管理人失职的诉讼案件中，作为“库管员”的公证机构很可能与管理人作为共同被告被要求赔偿权利人的损失，导致公证机构的诉讼风险增加。

（二）“库管员”角色与管理人制度之间存在矛盾

第一，“库管员”角色与 EAS 无法从法理上衔接。从“库管员”的监督角色来看，《民法典》EAS 并没有对管理人的任职资格设定准入限制。在选任管理人时，遗嘱人可以直接指定，并不需要事前对管理人进行筛选。即使是在本文强调的复杂的遗产管理活动中，需要专业的律师事务所或公证机构作为管理人时，也并不代表没有入选管理人库的律师不具有担任管理人的资格，更不能证明公证机构无权担任管理人。在美国，遗产管理人（person-al representatives）选任只需要得到法院的认可就行，并没有限制管理人选任的范围；〔[21]〕在德国，被继承人原则上可以指定任何自然人为遗产管理人；〔[22]〕在日本，遗产管理人选任范围与德国类似。〔[23]〕所以公证机

构作为管理人库“库管员”的角色与 EAS 存在制度衔接上的矛盾，EAS 并不存在对管理人进行资格审查的前置程序；甚至，“公证+律师”的管理人模式因不当剥夺了非入库律师事务所担任管理人的法定权利，存在违法的可能。

第二，“库管员”角色排除了公证机构担任管理人的可能性。首先，我国公证体制与大陆法系的公证体制差别巨大。一方面，从法定地位来看，我国公证机构并不是国家机关，而是事业单位。2015 年的《公证法》明确将公证机构定位为事业单位，〔24〕强调了公证机构并非国家机关的组成部分。另一方面，从具体制度来看，法定公证制度在我国民事领域阙如。〔25〕此种公证制度的现实决定了我国的公证机构只能是专业性的法律服务组织，而无法具有比较法上的“人民生活必需品”的地位。因此无法照搬比较法上的公证机构作为中立的监督者角色来参与社会活动。当下，公证体制的改革如火如荼，合作制公证的呼声越来越高。〔26〕如果在 EAS 实践中默守大陆法系公证体制的“沉舟”，无异于缘木求鱼，公证也必将错过 EAS 带来的业务契机。其次，既然公证作为专业性的法律服务组织，“间接参与模式”却将公证机构排除在外，其不利于 EAS 制度实施与落地。因为间接参与模式无法将公证机构在遗产继承领域多年积累的经验、信任等社会资本作用发挥出来。且相较于律师事务所的专业性，公证机构在继承领域经验与专业性要远高于律师事务所。〔27〕因此按照律师事务所因具备专业性的法律知识可以胜任管理人角色的实践逻辑，公证同样也有理由成为管理人角色的候选人。

总之，实践中形成的“公证+律师”模式，从公证机构自身来看，既无法通过间接参与 ESA 来实现公证机构本身的价值；还可能因“间接参与”模式给公证机构带来不可预见的诉累负担，这与公证机构选择间接模式参与 ESA 的初衷相背离。从 EAS 制度实现观察，“间接参与模式”不当限制管理人的范围，将公证机构与非入库的律师排除在管理人之外，违背了《民法典》EAS 中管理人选任规则，即“间接参与模式”的实践路径违反了 EAS 的基本规范。但是否定既有实践模式中的“库管员”角色之后，需要从现实制度环境出发为公证机构参与遗产管理活动寻找一个更为合适的制度角色。

三、角色重构：公证机构何以担任遗产管理人

在否定公证机构的“库管员”角色后，公证机构在遗产管理制度中能够担任的角色就只剩下管理人。公证机构能否担任管理人取决于 EAS 的具体规范，因此需要考察《民法典》第 1145 条的管理人选任规则。本文伊始就已经详细分析了 1145 条中的管理人产生方式，即遗嘱人指定、继承人推选或共同担任、居委会和村委会的兜底以及法院的指定；除居委会和村委会担任兜底的管理人选任路径外，其他三种路径都有公证机构担任管理人的可能。因此需要就三种具体的路径来一一分析公证机构进入 EAS 方案的可行性。

（一）遗嘱执行人担任管理人

第一种路径：由遗嘱确定的遗嘱执行人直接担任管理人。此时管理人和遗嘱执行人主体重合，因此只需要考察遗嘱执行人选任，就能够直接确定管理人。学界一般认为在遗嘱人指定遗嘱执行人时，遗嘱人既可以指定法定继承人，也可以指定法定继承人以外的人担任遗嘱执行人；〔28〕如果执行人是自然人具有行为能力即可；如果执行人是社团机构，则需要具备民事主体资格。〔29〕而公证机构属于《民法典》所规定的事业单位法人，当然符合遗嘱执行人的主体资格要求。所以从积极要件来看，公证机构担任管理人符合《民法典》的规定。从消极要件来看，遗嘱执行人除具备主体资格要件外，遗嘱执行人不能是破产企业；因此如果公证机构被认定为破产状态时，〔30〕就不能担任遗产执行人人。但就目前公

证机构法人性质是公益性质的事业单位，极少出现事业单位的破产事实。所以从消极要件来看，公证机构没有不能担任遗嘱执行人法定情形。因此，如果遗嘱人明确指定了公证机构担任遗嘱执行人，公证机构就是第一顺位的管理人。

此外，相较于继承人推选或共同担任的管理人与民政部门、居委会担任的遗产管理人，执行人性质的遗产管理人是管理人最重要的类型和最主要的来源。各国民法对遗产管理人的规范中绝大部分都是集中在遗嘱执行人部分。在美国管理人分为两类，一种是执行人（executer），一类是管理人（administr-ator）。前者是最为常见的遗产管理人，一般都由遗嘱人指定（appoint），后者只出现在没有遗嘱或遗嘱没有指定的情形中。〔[31]〕在德国，执行人性质的管理人，在德国遗产管理职责的承担者主要是继承人和执行人，《德国民法典》也是更重视执行人而非继承人担任的管理人，《德国民法典》继承编第 3 章第 6 节用了 231 个条文来规范执行人。继受德国法的日本情况与德国类似，将执行人作为遗产管理人最为重要的规范类型。〔[32]〕因此，即使是公证机构只能通过担任遗嘱执行人来参与 EAS，鉴于执行人性质的管理人在 EAS 中的地位，公证机构仍然能够在将来 EAS 的实践中发挥重要的作用。

（二）继承人推选或共同担任管理人

第二种路径，在被继承人无遗嘱或没有在遗嘱中指定遗嘱执行人和管理人时，管理人由继承人推选或共同担任。在此种情况下，继承人共同担任当然排除了公证机构担任管理人的可能。有疑问的是在继承人推选管理人时，能否推荐法定继承人以外的人或组织担任管理人。对于此问题学说有争议，有观点认为继承人选任管理人只能是继承人，〔[33]〕也有观点认为继承人选任管理人的范围并不局限于继承人，只要具有“民事主体的自然人、法人、非法人组织都可以担任管理人”。〔[34]〕此外，虽有部分学者就继承人以外的自然人、法人、非法人组织能否担任管理人没有明确肯定或否定态度，但从其“全体继承人共同推举出其中一名或数名继承人担任管理人”表述中则可以明确推断出将继承人选任管理人范围应当限于法定继承人范围之内。〔[35]〕

但是既有的论据都无法支撑对管理人选任范围的限制。限制继承人选任管理人范围的主要理由是：①遗产管理、分配是继承人对被继承人生前抚养照顾义务的延伸；②继承开始时，遗产一般为继承人实际的管理控制，限制管理人的选任范围有助于遗产的管理和分配。〔[36]〕首先，就遗产管理是对被继承人扶养照顾义务的延伸而言，遗产管理的主要目的是在遗产交付继承人或继承人放弃继承前，通过对管理人遗产清理、保全，确保遗产分配的公平和效率，同时维护交易安全。〔[37]〕而继承人与被继承人之间的亲属关系并不能当然证成继承人更适合担任管理人角色，尤其是在本文所强调的存在多种遗产种类、复杂债权债务的遗产管理场域，律师事务所、公证机构担任管理人更具有显著专业优势，更有助于实现遗产管理的目标。其次，基于继承开始时继承人占有遗产的普遍社会现实，让继承人担任管理人方便遗产管理的理由也不合逻辑。第一，按照此逻辑，继承人占有的遗产越多就越方便管理遗产，因此就更有资格担任管理人。但是在多个继承人占有遗产情形中，由于法定继承人之间享有的平等继承份额，占有更多遗产的人出于自身利益的因素，更有理由藏匿遗产，让其担任管理人不仅会增加管理遗产的障碍，还可能会危害其他继承人的利益。相反，让占有遗产少的继承人管理遗产，其为了自身分得更多的财产肯定会积极地查清遗产，这样更有助于遗产管理制度目的的实现。第二，管理人首要考虑因素是管理人能否中立地处理遗产，保障债权人和继承人的合法权利。若站在此角度观察，继承人之外的第三方担任管理人，更有助于遗产的查清、公平的分配遗产。所以更没有理由将公证机构排除在继承人选任管理人

的范围之外。因此，继承人推选管理人时，有必要将公证机构纳入管理人的候选名单。

（三）法院直接指定遗产管理人

第三种路径，法院直接指定管理人。从《民法典》1146 条的文意来看，〔38〕法院指定管理人构成要件是“对管理人确定有争议”与 “利害关系人向法院申请指定管理人”。“对管理人确定有争议”，可能的情形有：A 遗嘱执行人不愿意担任管理人或多个遗嘱执行人之间存在纠纷；B 继承人因遗产管理发生纠纷；C 其他利害关系人对管理人确定有异议。〔39〕

就 A 情形来看，如果唯一的遗嘱执行人不愿担任管理人，则会出现没有遗嘱执行人的情况，需要各继承人选任或共同担任，此时就符合第二种路径，正如前文言，公证机构当然可以成为遗嘱管理人的候选人；如果是多个遗嘱执行人之间存在纠纷，出于对被继承人意思表示的尊重，法院只需要在遗嘱指定的执行人里选任适格的管理人，并不存在公证机构担任管理人的可能性。

就 B 情形而言，又可以细分为三种情况：第一，如果继承人之间就管理人的选任根本无法达成一致，即无法形成普通多数的一致意见。因为继承人之间原本就存在纠纷，且纠纷已经达到无法协调的程度。如果法院强令继承人共同担任管理人，必然会陷入遗产管理的僵局。此时可能最为妥当的途径是法院选任第三方担任管理人，因此公证机构作为第三方当然能够参与遗产管理。第二，当占普通多数的继承人推选出其一方的继承人担任管理人时，虽然能够启动遗产管理的程序，但是少数反对方的继承人利益缺乏有效保障。为了避免管理人自身的偏向性，此时第三方担任遗产管理人更为恰当。此种情况，公证机构也能参与遗产管理。第三，占绝对多数继承人已经推选出管理人，其他少数继承人不同意，此时应当尊重继承人会议的决议。但是正如第三（二）部分所言，继承人推选管理人范围并不仅仅限于继承人范围之内，而是有权选任继承人以外的第三方担任遗产管理人，因此此种情况下，公证机构还是有机会担任遗产管理人。总之就 B 情形的三种情况，公证机构皆有参与遗产管理的可能。

就 C 情形而言，遗嘱执行人和继承人之外的第三人对管理人的选任有异议的，法院按照具体情况处理，首先，法院必须实质性审查现有的管理人是否会损害第三人的权益；如果第三人没有足够的证据证明现有的管理人会损害第三人权益，法应当就驳回第三人更换管理人的请求。其次，如果第三人的证据能够证明管理人会损害第三人权益，需要对管理人进行更换。如果遗嘱指定了多位执行人，只需要将与第三人有利害关系的遗嘱执行人解任，由剩余的遗嘱执行人继续负责遗产处理；如果遗嘱指定的唯一执行人被解任，就需要继承人选任或共同担任管理人，与下一种情形相同，不再赘述。再次，如果管理人由继承人共同选任或继承人共同担任，视管理人的单数还是复数又有不同。继承人只推选了一位管理人时，就需要继承人再次共同推选管理人，只有继承人无法推选继承人时，法院才能指定管理人，此时情形又和 B 情形完全重合，公证机构担任管理人资格无须赘言。如果继承人推选了多个管理人或由继承人共同担任管理人，其中的管理人被解任并不影响其他管理人继续处理遗产，并不需要法院指定新的管理人。但是，如果被解任的管理人对遗产管理有重要影响时，如涉及独资企业、一人公司的遗产管理案件中，管理人中唯一的律师事务所或会计事务所被解任，法院需要及时指定新的具有专业性技能的管理人，以确保遗产管理活动正常进行。概括而言，《民法典》1146 条的“确有争议”时才能选任管理人，需要限缩解释，并非对管理人争议的所情形，都需要法院直接指定，而是只有无遗嘱执行人或继承人无法选任新的管理人才需要指定。而在确需法院指定管理人时，考察具体情形，公证机构都有机会成为管理

人，甚至相较于继承人担任管理人，法院指定第三方的公证机构担任管理人更具有可行性。

总之，除了村委会或民政部门担任兜底性质管理人路径外，在遗嘱人指定管理人、继承人共同推选管理人以及法院指定管理人三条路径中，公证机构都能够以管理人身份参与遗产管理。所以，考察管理人选任制度得出的结论是：《民法典》遗产管理制度并没有将公证机构排除在管理人之外，公证机构担任管理人具有现实的制度基础。

四、角色证成：作为遗产管理人的公证机构

虽然公证机构担任管理人不存在的法律障碍，但是按照法律论证的基本要求，如果无法证明公证机构担任管理人的直接模式具有比较优势，就无须改变现有“律师+公证”的间接参与模式。因此需要将进一步讨论直接参与模式的优势，进而证成本文主题——公证机构应该担任管理人的角色。这一论证将从两方面展开，一是从 EAS 和公证制度内在价值角度考察，比较律师制度和公证制度内在价值，两者的内在价值体系更一致；〔40〕二是从技术经验视角观察，公证机构在遗产管理活动中更具有技术经验的比较优势，这种优势所具有的信任、技术等社会资本是遗产管理制度落地实施地不可或缺的因素。

（一）公证机构担任遗产管理人的内在价值优势

EAS 和公证制度内在价值都要求管理人和公证员必须秉持客观中立，关于管理人的法律地位的学说繁多，既有法德民法的代理说与固有权之争，〔41〕又有英美国家的信托代理人学说。〔42〕我国学者多认可固有权学说，即“管理人具有独立的不受继承人约束的、指示的法人地位”。〔43〕具体而言，在管理人由遗嘱人通过遗嘱指定的情形，在执行遗产管理的职务时，管理人并不是为了遗嘱人的利益，因为遗嘱人已经死亡，不具有主体资格；〔44〕在管理人由继承人推选的情形中，管理人也不是仅仅为了赞同自己担任管理人的继承人利益，而是对包括反对管理人在内的全体继承人负责，因此继承人推选出管理人之后，管理人需要履行法定职责；在法院指定管理人的情形中，管理人独立的地位更是体现无疑，此时管理人只能是负责处理遗产的第三方，与遗嘱人、继承人意志无任何关系。而管理人这种独立地位又正好与公证机构在公证活动中地位相吻合。《公证法》第 4 条要求公证机构在具体的公证业务中秉持客观公证的原则，同时《公证法》第 6 条又赋予公证机构独立的主体地位和非营利性的组织性质。〔45〕这些公证制度的基本价值追求使得公证制度和 EAS 在内在价值体系上具有高度的同质性。因此当公证机构担任管理人时，出于自身内在价值属性，更加有可能独立的履行管理人的职能。此外，EAS 另一价值就是通过遗产管理制度，做到公平的遗产分配，减少因遗产处理中继承人之间、利害关系人与继承人之间的矛盾引发的诉讼，其本身就具有预防纠纷的价值，又符合了公证制度的减少诉讼的价值目标。

相较于律师制度的专业的法律服务机构，并且是有偿提供法律服务机构的定位，〔46〕律师事务所主要目的在于获取报酬，从律师制度和 EAS 契合性相较于公证制度与 EAS 价值的契合程度而言，明显低于后者。因此既然律师事务所担任管理人得到普遍认可，按照当然解释的推理逻辑，〔47〕公证机构当然能够担任管理人。

（二）公证机构担任遗产管理人的技术经验优势

如果说价值优势仅能从抽象层面支持公证机构担任管理人，并不能凸显公证机构担任管理人必要性，那么公证机构在遗产管理活动所积累的技术经验优势则是公证机构担任管理人的“关键证据”。首先，从 1985 年《继承法》规定了公证遗嘱以来，遗嘱公证就是公证机构最为重要的业务之一，公证机构每年都要处理大量遗嘱公证业务，对不动产遗产管理具有丰富的经验。并且由

于《继承法司法解释》第 42 条赋予公证遗嘱优先效力，〔[48]〕使得公证机构在遗产管理领域已经形成了社会信任资本。即使在《民法典》已经明确取消了公证遗嘱的优先效力，但基于公证文书在诉讼程序中当然的事实推定效力，〔[49]〕公证机构在参与遗产管理活动的社会信任并没有减弱多少。〔[50]〕就律师事务所而言，遗嘱业务更是律师稀有业务，而我国遗嘱继承制度中，并不必须要律师参与遗嘱继承。因此从制度角度来看，公证机构参与遗产管理的活动频率明显远高于律师事务所参与遗产管理的频率。其次，即使是遗嘱指定律师担任遗产管理人，也需要将遗嘱交公证机关保管，〔[51]〕这意味着，律师担任遗产管理人的制度中势必会增加遗嘱人的成本，同时还增加不必要的程序，给遗嘱人带来不必要时间成本和负担。最后，在不动产继承领域，公证机构相较于律师机构也有更大的优势，而不动产作为遗产中最为重要、价值最高的财产，在继承中处于绝对的核心地位。依据《不动产登记暂行条例实施细则》第 14 条规定，公证机构订立的公证遗嘱可以直接办理不动产的过户登记。〔[52]〕但是如果律师事务所担任遗产管理人，按照 14 条的规定则还需要提交“死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料”的复杂材料，履行较为繁琐的程序。所以不动产在继承财产中绝对的主导地位放大了公证机构比律师师事务所在遗产管理人制度中的优势。正是基于这种实践经验制度优势，公证机构更加适合担任遗产管理人。

结语

公证机构在中国的式微是一种罕见的现象，既有制度层面的设计使得公证无法融入到丰富的经济生活中，进而不具有比较法上人民生活“必须品”的地位；〔[53]〕也有已有的行政公证体制死而未僵，阻碍公证向新业务拓展的步伐。面对 EAS 的角色实践选择，再一次表明变革中的公证制度面临的巨大挑战。一方面担心“直接参与模式”给公证机构带来的种种挑战，另一方面又不愿放弃 EAS 带来的业务契机，于是退而居次选择了“库管员”的角色。正值公证理念革新、公证制度变革的当下，只有具有勇于担当责任，不断开拓新的业务，加深公证制度与人民日常生活的交融程度，才能使得公证制度在中国换发新的活力。而 EAS 中公证机构的“直接参与模式”，则是这种理念下必然的实践之路。

〔[1]〕 参见杨立新. 我国继承制度的完善与规则适用[J]. 中国法学. 2020, (4):96.

〔[2]〕 《民法典》第 1145 条“继承开始后，遗嘱执行人为管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时 推选管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任管理人；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 委员会担任管理人。”

〔[3]〕 参见石婷. 遗产管理制度研究[D]. 西南政法大学 2015 年博士论文, 第 166 页.

〔[4]〕 参见杨嘉璐等. 遗产管理人制度建构的“非讼法理”——以《民法典》继承编为视角[J]. 法治论坛. 2020, (2): 321.

〔[5]〕 参见吴国平. 民法典遗产管理人的规则适用与立法完善[J]. 法治现代化研究. 2022, (2):116.

〔[6]〕 参见单志. 公证机构担任管理人的问题研究[J]. 中国公证. 2022, (8):46.

〔[7]〕 同前注 6, 单志文, 第 47 页.

〔[8]〕 本文在整体框架上采用了布迪厄提出的“场域理论”，站在遗产管理人现实运行这一场域来描述 场域中的各种关系，但是要强调的是本文观察视角是公证机构如何参与遗产管理人制度，并不涉及遗产管理人制度的中其他主体。[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德. 实践与反思:反思社会学导论[M], 李猛、李康译. 北京:中央编译出版社, 2004. 133.

〔[9]〕 典型如最高人民法院(2020)最高法民再 113 号，北京市高级人民法院(2021)京民申 5415 号，广东省高级人民法院(2017)粤民申 449 号(2018)渝民申 2296 号等。

〔[10]〕 被继承人将自己唯一的一套房屋通过遗嘱赠与其侄女，并没有留给四位继承人。这种继承虽然简单，但

是仅靠法定继承人肯定无法实现被继承人愿望，所以遗嘱执行人制度显得及其重要。参见四川省高级人民法院(2015)川民申字第 2465 号案件。

〔[11]〕 See George T. Drake & Robert I. Kleinberg. Estate Administration in the 1980s." American Bar Association Journal, vol. 67, no. 1, January 1981, pp. 54-61.

〔[12]〕 See Lerner, Steven D. Need for Reform in Multistate Estate Administration. Texas Law Review, vol. 55, no. 2, January 1977, pp. 303-322.

〔[13]〕 See Stein, Robert A., and Ian G. Fierstein. The Role of the Attorney in Estate Administration. Minnesota Law Review, 68, July 1984, pp. 1107-1230.

〔[14]〕 See Stein, Robert A., and Ian G. Fierstein. The Role of the Attorney in Estate Administration. Minnesota Law Review, 68, July 1984, pp. 1107-1230.

〔[15]〕 See Rohan, Patrick J. Estate and Trust Administration. Syracuse Law Review, vol. 30, no. 1, Winter 1979, pp. 351-366.

〔[16]〕《民法典》所有具有管理职责的人都称为遗产管理人，为了与《民法典》概念术语的统一，此处介绍的是德国的遗嘱执行人制度，为行文统一，直接称为遗产管理人。

〔[17]〕 参见[德]雷纳·弗兰克、[德]托比亚斯·海尔姆斯.德国继承法[M].中国政法法学出版社,2014. 100-106.

〔[18]〕 目前主要公证机构已经颁布了第一批入库的管理人名单，并且各公证机构已经建立了互认机制。例如北京市正阳公证处、上海市新虹桥公证处、重庆市公证处、广东省广州市南粤公证处、四川省成都市律政公证处、江苏省南京市南京公证处、江苏省苏州市苏州公证处、江苏省无锡市江南公证处、湖北省武汉市尚信公证处、浙江省杭州市杭州互联网公证处、安徽省六安市江淮公证处、江西省南昌市豫章公证处等都已经公布了第一批入库的管理人名单。

〔[19]〕 参见罗厚如主编.中国公证制度研究[M].北京：法治出版社,2017.21.

〔[20]〕 参见张文章主编.公证制度新论[M].厦门：厦门大学出版社,2005.19;邓云鹏.公证法新论[M].台北:元照公司,2005.65 页。

〔[21]〕 See Uniform Probate code (2019), §2-301, §2-302.

〔[22]〕 同前注 17,参见[德]雷纳·弗兰克、[德]托比亚斯·海尔姆斯书,第 101 页.

〔[23]〕《日本民法典》，第 1006 条第 1 款“遗嘱人，可以以遗嘱指定一人或数人为遗嘱执行人，或者将其指定委托给第三人”。参见渠涛编译.最新日本民法[M].北京:法律出版社,2006.218.

〔[24]〕 具体内容参见“《关于深化公证体制机制改革促进公证事业健康发展的意见》的通知”（司发〔2021〕3 号）。

〔[25]〕 以最重要的不动产和婚姻领域的法定公证制度为例，法国和德国都需要公证机关的参与才能完成此类民事行为,但是我国不管是《民法典》还是以前的《婚姻法》、《物权法》都没有涉及法定公证制度。参见廖永安、蒋龙威.我国不动产法定公证制度的重新审视与规则构建[J].湖湘法学评论.2023,(2):34-56;参见李全一.大陆法系国家或地区民法典公证事项规定概述[J].中国公证.2019,(10):13-14.

〔[26]〕 参见刘疆.机遇和挑战:合作制公证处试点改革若干重大问题[J].中国公证.2019,(5):14-26.

〔[27]〕 详见第四（二）部分的论证。

〔[28]〕 参见陈苇主编.婚姻家庭继承法学[M].北京:中国政法大学出版社,2018.332 页;房绍坤、范李英等著.婚姻家庭继承法[M].北京:中国人民大学出版社,2018.240.

〔[29]〕 参见叶英萍.遗嘱执行人地位及其权利义务[J].中华女子学院学报.2013,(2): 35.

〔[30]〕 房绍坤、范李英等著.婚姻家庭继承法[M].北京:中国人民大学出版社,2018.241.

〔[31]〕 See Caroline Sawyer & Miriam Spero. Succession, Wills and Probate (5th). Routledge Press 2015. P.224.

〔[32]〕《日本民法典》在第七章第四节的遗嘱执行人中用 18 个条文来规范执行人。

〔[33]〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编. 中华共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社, 2020. 620.

〔[34]〕 此部分由王洪执笔，参见陈甦、谢鸿飞主编. 民法典评注：继承编[M]. 北京:中国法制出版社, 2020. 218.

〔[35]〕 此种表述具体参见黄薇主编. 中华人民共和国民法典解读[M]. 北京:中国法制出版社, 2020. 114;杨立新. 中华人民共和国民法典释评·继承编[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2020. 270.

〔[36]〕 同前注 25，参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书, 第 620 页.

〔[37]〕 参见陈苇主编. 中国遗产处理制度系统化构建研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2019. 111.

〔[38]〕 《民法典》第 1146 条：“对管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定管理人。”

〔[39]〕 同前注 27, 黄薇书, 第 116 页.

〔[40]〕 本文此处借鉴朱岩教授提出的用内在体系（价值）与外在体系（制度框架）视角来观察法律制度与法律价值的关系，即“内在价值取向决定外在体系”。参见朱岩. 社会基础变迁与民法双重体系建构[J]. 中国社会科学. 2010, (6):151.

〔[41]〕 法国民法将遗嘱执行人视为被继承人的代理人。《法国民法典》第 1025 条：“遗嘱人得指任一名或数名具有关注或执行其意愿的完全民事能力人作为遗嘱执行人。”参见《法国民法典》, 罗结珍译, 北京大学出版社, 2010. 280. 德国民法采用固有权说, 认为遗嘱执行人类似于破产管理人, 具有独立法律地位, 同前注 17, 第 101 页.

〔[42]〕 参见武晋. 民法商法化背景下遗产管理制度构建的价值选择[J]. 河南财经政法大学学报. 2017, (4):107.

〔[43]〕 王葆莳、吴云瑛. 民法典遗产管理人适用问题研究[J]. 财经法学. 2020, (6):55; 刘耀东. 论我国遗产管理人立法. 广西大学学报(哲学社会科学版). 2014, (4):113.

〔[44]〕 参见马丁. 管理人的地位与功能的阐释[J]. 交大法学. 2022, (3):36.

〔[45]〕 《公证法》第 4 条：“公证机构办理公证，应当遵守法律，坚持客观、公正的原则。”第 6 条：“公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”

〔[46]〕 参见王俊民. 律师与公证制度教程[M]. 北京:北京大学出版社, 2009. 9-10.

〔[47]〕 参见杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1900. 120-122.

〔[48]〕 参见《关于贯彻执行＜中华人民共和国继承法＞若干问题的意见》（法(民)发〔1985〕22 号）（已经失效）第 42 条：“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。”

〔[49]〕 《中华人民共和国民事诉讼法》（2021）第 72 条：“经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”

〔[50]〕 海淀法院发布的《2022 年度遗嘱继承纠纷审判白皮书》指出法院对公证遗嘱的认可度极高，在 2022 年的 54 个公证遗嘱样本中，53 个被法院认定有效；其认可度远高于自书遗嘱、代书遗嘱。https://bjhdfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2023/03/id/7219370.shtml，访问日期 2023 年 4 月 15 日。

〔[51]〕 如广州市律师委员制定的《律师担任遗产管理人操作指引》第 7 页，要求将遗嘱交由公证机构保管，参见 http://www.gzlawyer.org/info/b4ee00d486ee4d66bab16e5dab8e0577 ，访问日期 2022 年 12 月 25 日；上海财经大学法学院发布《遗产管理人操作流程指引》（1.0 版）也建议将遗嘱交由公证机构保管 http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA4MTQ5MjU4Nw==&mid=2247499159&idx=1&sn=92e4f20ecad3d786667fc277b139fb12&chksm=9f969293a8e11b8592c32e62ffc46a60807c698c84debdc3269cec84ee3e45104dc25877194a#rd，访问日期 2022 年 12 月 28 日。

〔[52]〕 《不动产登记暂行条例实施细则》（2019）第 14 条：“因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者 全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书。”

（[53]） 公证机构在中国式微首要原因归结制度设计弱化公证制度，以《民法典》为例必须要由公证机构参与的民事活动只有公证遗嘱，这与《德国民法典》和《法国民法典》中频繁的要求民事活动必须由公证机构参与形成了强烈的对比。当然这也可能是历史习惯原因，公证在罗马早已有之，在中国出现还未满百年。

夏江皓：《民法典》第 1072 条（继父母与继子女间的权利义务关系）评注 | 评注

2023-11-22 法学家杂志

https://mp.weixin.qq.com/s/F8AE1YlQCNloCdwSw8e4_Q

《民法典》第 1072 条（继父母与继子女间的权利义务关系）评注

夏江皓

摘　要　《中华人民共和国民法典》第 1072 条规定继父母与继子女间的权利义务关系。第 1 款规定继父母与继子女间权利义务关系的基本准则，所有继父母与继子女间均不得相互虐待或者歧视。第 2 款通过拟制规范将继子女与对其持续起到主要监护作用的继父母间的关系在监护的范围内拟制为生父母子女关系，适用监护制度中关于父母子女关系的规定，从而实现对行为能力欠缺的未成年继子女最大利益的保护。继父或继母满足本条第 2 款构成要件时，继子女可能存在生父和继母或生母和继父两位监护人，或者生父、生母和继父或继母三位监护人。前一种情况下，生父和继母或生母和继父共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为。后一种情况下，在日常生活事项范围内，与子女共同生活的生父或生母和继母或继父两位监护人共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为；在重大事项范围内，生父母双方和继父或继母三位监护人共同管辖和决定与子女有关的事项，共同代理子女实施民事法律行为。对监护关系发生争议的，可以通过协议监护、指定监护、委托监护、撤销监护人资格等制度予以解决。

关键词　继父母　继子女　抚养教育　监护　法定代理

作者夏江皓，法学博士，中国政法大学讲师。

作者 | 夏江皓（法学博士，中国政法大学讲师）来源 | 《法学家》2023 年第 6 期“评注”栏目。因篇幅较长，已略去原文注释。

目录

一、规范定位
二、构成要件
三、法律效果
四、证明责任

一、规范定位

[1]本条隶属于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)婚姻家庭编第三章“家庭关系”第二节“父母子女关系和其他近亲属关系”，规定继父母与继子女间的权利义务关系。

[2]本条第 1 款的规范目的是规定继父母与继子女间权利义务关系的基本准则，即基于继父母与继子女关系的特殊性，所有类型的继父母与继子女间都不得相互虐待或者歧视。继父母虐待、歧视继子女或者继子女虐待、歧视继父母，符合法定条件的受害人可以根据《民法典》侵权责任编的相关规定向行为人主张承担侵权责任。结合本条第 2 款进行反面解释可知，继父母子女关系并非当然都适用《民法典》关于父母子女关系的规定，只有符合本条第 2 款规定构成要件“继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系”（段码 1217），才能适用《民法典》关于父母子女关系的规定；如果仅为一般姻亲型（也可称为名义型）的继父母子女关系，则仅有本条第 1 款不得相互虐待或歧视的要求，而不能适用《民法典》关于父母子女关系的规定。

[3]本条第 2 款属于第 1 款规定中的特殊情形，其规范目的是界定继父母与受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，为其提供法律适用依据（本文的主体内容主要围绕第 2 款展开）。第 2 款属于不完全法条中的拟制规范，将继父母与受其抚养教育的继子女间的关系拟制为生父母与生子女间的关系，详言之，继父母与受其抚养教育的继子女间的关系和生父母与生子女间的关系本不相同，但通过拟制指令其应适用和生父母与生子女间的关系相同的法律效果。此种拟制属于引用性拟制，即为了简化法条结构，立法者基于相同的价值判断对原本不同的法律事实进行相同的处理。法律之所以进行此种拟制，是基于继父母与受其抚养教育的继子女间关系的特殊性，具体来说，“抚养教育”实质上反映了重组家庭中继父母对未成年继子女的监护（段码 12-14）。监护为行为能力欠缺的未成年继子女提供了积极保护，对其健康成长必不可少，对继父母与受其抚养教育的继子女（也即继子女与对其起到主要监护作用的继父母)间的关系作出和生父母与生子女(一般情况下生父母是未成年子女的监护人）间的关系相同的价值判断，在监护关系的范围内赋予二者相同的法律效果，从而使行为能力欠缺的未成年继子女能够正常地进行法律交往，人身、财产等合法权益得到有效保护，不因生活在重组家庭而权益受到损害，有利于对未成年人最大利益的保护。从监护制度本身来看，监护是为保护被监护人利益而存在的制度，其本质是一种义务或职责，因此在确定未成年人的法定监护人时，一般以亲属关系的亲疏远近为标准（《民法典》第 27 条），亲属关系越近，则越有担任监护人的意愿和动因，也越有担任监护人的条件（相互之间生活关联密切，便于履行监护职责）。如果继父母在日复一日的共同生活中对继子女起到了主要监护作用，则说明其具有担任监护人的意愿、条件和能力。

[4]根据强制性和任意性规范的分类方法，本条系对人的一般性法律地位和法律关系的规定，属于强制性规范，当事人不能通过约定排除其适用。

[5]根据请求权基础的规范类别分类方法，本条第 1 款属于辅助规范，第 2 款属于参引规范。

[6]本条直接沿用了《婚姻法》(2001 年修正）第 27 条，未作任何改动。

[7]除了本条第 2 款规定的继父母与受其抚养教育的继子女间的权利义务关系以外，《民法典》继承编第 1127 条第 4 款中还规定了继父母与继子女间权利义务关系的另一种情形，即有扶养关系（包括抚养关系和赡养关系）的继父母和继子女间的继承关系。该款的规范目的系基于权利义务相一致的理念调整继父母与继子女间的继承关系，申言之，有抚养关系的继父母享有对继子女遗产的继承权，有赡养关系的继子女享有对继父母遗产的继承权。第 1127 条第 4 款中有抚养关

系的继父母与继子女与本条第 2 款中继父母与受其抚养教育的继子女可能在事实上有重合的情形，但两款规范的内容和目的有所区别。

二、构成要件

（一）成为继父母

[8]成为继父母是本条第 2 款的首要构成要件。根据文义，继父或继母是指与子女的生母或生父（也包括养母或养父）结婚的人。《民法典》中没有对继父母与继子女含义或产生原因的明确界定。学界主流观点认为，继父母子女关系是指前婚子女的父母一方死亡或者离婚后，子女与父亲或母亲的再婚配偶之间的关系。然而，这种界定范围较窄，无法涵盖现实生活中的所有情形。继父母子女关系至少还应当包括未婚的生父或生母（也包括养父或养母）与他人结婚，子女与其结婚配偶之间的关系。依据体系解释和目的解释，非婚生子女与婚生子女享有同等的权利（《民法典》第 1071 条第 1 款），不应被区别对待；并且从保护未成年人最大利益的意旨出发，未婚生育（养育）的子女也应被纳入本条继父母子女关系的保护范畴中。

[9]如上所述，继父母子女关系一般要求继子女的出生先于其父或母与其继母或继父婚姻的缔结，由此，婚姻关系存续期间夫妻一方与婚外他人生育的子女和夫妻另一方之间是否属于继父母子女关系，存在讨论空间。基于对未成年人最大利益的保护，除法律特别规定外，应当允许婚姻关系存续期间夫妻一方与婚外他人生育的子女和夫妻另一方类推适用继父母子女关系。近年来，此种观点也逐渐得到部分学者和法院的认可。

[10]在我国现行法中，同居关系本身没有法律认可的效力。《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）》（以下简称《民法典婚姻家庭编解释（一）》）第 3 条要求人民法院应当受理因同居期间财产分割或子女抚养纠纷引发的诉讼，但对于纠纷的处理规则并无规定。在同居关系未被纳入法律调整范围、同居关系的相关事宜（例如，同居关系的成立要件、同居当事人的权利义务等）无法可据的背景下，与子女的生母或生父（也包括养母或养父）同居的人不宜被认定为子女的继父或继母，否则将存在影响和破坏身份关系的稳定性之虞，不利于子女合法权益的保护。如果与子女的生母或生父（也包括养母或养父）同居者在同居期间对子女进行了抚养，符合法定条件时可以根据《民法典》第 979 条第 1 款无因管理人的请求权向子女的生母和生父（也包括养母和养父）请求偿还其支付的抚养费；但如果同居者在行为时系出于对该子女的赠与意图而支付抚养费，则因缺乏管理他人事务的意思而无法成立无因管理。

[11]如果继父或继母根据《民法典》第 1103 条收养了继子女，则双方形成养父母子女关系，不再适用继父母子女关系的规定。

（二）继父母对继子女持续起到了主要监护作用

[12]《民法典》总则编第二章“监护”专节中首先规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”（《民法典》第 26 条第 1 款）；“父母是未成年子女的监护人”（《民法典》第 27 条第 1 款）；就监护人的职责而言，《民法典》第 34 条第 1 款规定：“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等”。据此，在《民法典》中，父母对子女的抚养教育（实际上属于亲权或称父母责任的内容）与监护人对被监护人的监护存在着一定程度的交融与重叠。严格来说，亲权（父母责任）与监护职责的内容存在差别，前者几乎囊括父母对未成年子女的一切事项，具体包括对子女的抚养（身心照料和抚养费支付）、教育、对子女人身和财产等权益的保护、法定代理、子女返还请求权、子女交往限制权等；后者主要包括对子女的身心监护、财产监护和法定代理。就

未成年子女而言，《民法典》虽然无亲权之名，但通过对父母监护职责的规定，实际上确有（至少是部分）亲权之实。本条第 2 款规定的“抚养教育”可以解释为继父母对未成年继子女的监护，申言之，继父母通过对继子女的抚养教育（或者说担任监护人的角色，起到监护作用）说明了其具有担任监护人的意愿、条件和能力。

[13]现实生活中，继父母对继子女的抚养教育（起到监护作用）表现为多种形式，具体包括：继父母在共同生活中对继子女进行身心照料和（或）教育。例如，为身患疾病的继子女提供医疗救治条件；继父母在共同生活中对继子女进行身心照料和（或）教育和经济供养（支付抚养费）；继父母在共同生活中管理和保护继子女的财产等；或者兼有以上两种或多种情形。在司法裁判中，法院应当结合上述具体表现形式考察继父母是否对继子女起到了监护作用，切忌不作任何论证或者直接论述“继父母对继子女进行了抚养教育”即止。

[14]需要注意的是：第一，尽管继父母与继子女共同生活，则很有可能继父母在生活中会对继子女进行监护，但不能仅凭继父母与继子女共同生活这一事实，就认定继父母对继子女起到了监护作用，因为现实中存在继父母与继子女共同生活而完全不进行监护的情况。反之，如果继父母并未与继子女共同生活（例如，继子女与另一方生父母、祖父母、外祖父母等共同生活或继子女独立在校生活），则其并不具备对继子女进行监护的必要条件，与继子女的日常生活和情感联系也较少，因此不宜认定继父母对继子女起到了监护作用。第二，如果继父母只是对继子女支付了抚养费而未作出其他行为，则一般不宜认定继父母对继子女起到了监护作用。原因在于，如前所述，支付抚养费是亲权（父母责任）的内容，监护人的职责中并无向被监护人支付抚养费（段码 12），亲权（父母责任）与监护的一个显著区别即监护人对被监护人不负有支付抚养费的义务。根据《民法典》第 37 条，即使负担被监护人抚养费的父母被撤销监护人资格，也应当继续履行支付抚养费的义务。如果未成年人的监护人与抚养义务人不是同一人，则被监护人生活所需费用由抚养义务人负担，监护人的职责是及时催告抚养义务人支付抚养费，必要时也可以先行垫付。现实中存在继父母只支付抚养费而完全不对继子女进行监护的情况，由此与本条第 2 款使行为能力欠缺的未成年继子女能够正常进行法律交往，人身和财产权益得到有效保护的规范意旨（段码 3）不符。继父母对继子女支付抚养费只能与继父母对继子女进行身心照料和（或）教育相结合，作为继父母对继子女起到监护作用、有担任继子女监护人意愿和能力的考量因素之一。另外需要注意的是，若继父或继母与生母或生父结婚后采夫妻共同财产制，那么从共同财产中支付的抚养费是否属于继父或继母对继子女支付的抚养费？因为夫妻一方（生父或生母）本身对子女有给付抚养费的法定义务，所以不能仅凭从夫妻共同财产中支付抚养费就认定系继父或继母对继子女的支付。根据《民法典》第 1067 条第 1 款和第 1084 第 2 款，继子女的生父母都有支付抚养费的义务（通常是二者平均分担），如果从夫妻（生父与继母或生母与继父）共同财产中支付的抚养费超过子女抚养费给付标准的一半，则可以考虑系继父或继母对继子女的抚养费支付。当然，如果生父或生母明确表示拒绝支付其自己子女的抚养费，而继父或继母仍然从夫妻共同财产中支付抚养费，则应当认定系继父或继母对继子女的抚养费支付。因此，关键还在于个案中对从夫妻共同财产中支付费用的给付目的解释。

[15]继父母对继子女起到的监护作用应当是主要的，而不能只是弱式意义上的辅助监护。如果继父母只是因为与继子女共同生活而辅助其配偶（即继子女的生父或生母）对继子女进行日常的身心照料和教育，则不满足本条第 2 款的构成要件要求。

[16]继父母对继子女起到监护作用的“主要”程度应与其生父母进行比较，以此体现和证实在生父母以外将继父或继母纳入子女监护人范围的必要性与合理性。首先，继父母对继子女的监护应当明显多于未与继子女共同生活的生父或生母，该生父或生母由于未与子女共同生活，通常并不具备主要监护子女的条件。与之相比，在重组家庭中与子女共同生活的继父母反而更便于对其进行监护。其次，继父母对继子女的监护也应当明显多于其配偶（即与继子女共同生活的生父或生母）。一般情况下，与子女共同生活的生父或生母会对子女履行主要监护职责，继父母只是辅助其对继子女进行日常照料和教育（段码 15）。然而，该生父或生母也可能由于年龄、职业、身心健康状况、经济条件、生活状况等原因而无法对子女履行主要监护职责，或者由于矛盾、利益冲突等原因而怠于履行主要监护职责。例如，生父母因工作繁忙、年龄较大或身心健康状况不佳、外出务工、正在接受刑事处罚等而在客观上无法履行主要监护职责，或者主观上不愿意履行主要监护职责。此时，作为该生父或生母配偶的继母或继父对继子女起到的监护作用可能更大。结合上述监护的表现形式（段码 13），继父母对继子女的监护明显多于其配偶的情况具体可以包括：继父母对继子女的日常身心照料和（或）教育明显多于其配偶（例如，继父母经常为继子女辅导功课，经常对继子女教导知识、传授经验，经常对继子女进行必要的监督和管教，经常参加继子女的家长会，经常照顾继子女的生活起居，在日常生活中陪伴继子女，为继子女寻找和提供教育、医疗、娱乐等资源，而其配偶则经常缺席以上场合）；继父母对继子女支付的抚养费显著多于其配偶，且对继子女的日常身心照料和（或）教育与其配偶基本持平；继父母对继子女的日常身心照料、教育和（或）抚养费支付与其配偶基本持平，但继子女的财产主要由继父母进行管理和保护等。

[17]本条要求继父母对继子女起到主要监护作用持续一定期限。这有利于充分表明继父母担任继子女监护人的意愿、条件和能力，防止临时、短暂监护带来的不确定性和不稳定性，同时还具有一定的宣示效果，使继父母监护人的身份在客观上得以展现。在司法实践中，尽管有相当数量的法院都认为监护需要持续一定期限，但不同的法院对具体期限要求的把握各不相同，有法院提出抚养教育需要持续三年以上；有法院认为抚养教育的时间较短（两年半、刚满一年、不足一年）不符合本条第 2 款的构成要件，但未释明符合条件的年限要求；有法院以继父母将继子女“抚养成年”作为判断依据，但也未释明符合条件的年限要求。基于平衡期限要求的作用和防止监护关系久而未决的考虑，本文认为法院可以以三年作为继父母对继子女起到主要监护作用期限的一般要求。同时，鉴于诉讼时效制度有平衡权利人与义务人之间关系、稳定法律和社会秩序的价值基础，《民法典》第 188 条第 1 款关于诉讼时效三年期间的规定也可作为参考标准。

三、法律效果

[18]在适用拟制规范时，被指令参照的规范可以被“相应地”适用，即法律效果的相同程度可以有所出入，关键在于根据规范目的进行调整。就本条第 2 款而言，继父母与受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，不应适用《民法典》中关于父母子女关系的所有规定，达到和生父母子女完全相同的法律效果，而应当依据本条第 2 款的规范目的（段码 3）进行相应的限缩解释。有鉴于此，本条第 2 款中“适用本法关于父母子女关系的规定”应限缩解释为适用《民法典》监护制度中关于父母子女关系的规定。如果继父母与受其抚养教育的继子女间的权利义务关系适用《民法典》中关于父母子女关系的所有规定，一方面存在导致继父母与继子女之间权利义务不一致的情况，典型的例子是，继子女接受了继父母的抚养

教育但并未赡养继父母，继父母死亡后继子女还要作为法定继承人继承继父母的遗产；另一方面将产生规避收养管制的负面效果，申言之，《民法典》设立了收养专章，对成立养父母子女关系以获得与生父母子女关系相同的法律效果规定了严格的实质条件和程序要求（《民法典》第 1093 条-1106 条），倘若继父母与继子女仅通过抚养教育的行为就能够获得与生父母子女关系完全相同的法律效果，无疑将使收养制度的要式规定目的落空，引发《民法典》内部规范体系的逻辑矛盾。

（一）继父母担任继子女的监护人

[19]根据《民法典》第 27 条第 1 款，父母是未成年子女的监护人。满足本条第 2 款构成要件的继父母适用监护制度中关于父母子女关系的规定，据此，该继父母是继子女的监护人，履行《民法典》第 34 条规定的监护人职责。

[20]继父母担任继子女的监护人需要分三种情况讨论。第一，子女的生父母一方死亡，另一方与继父母结婚，则另一方生父母与满足本条第 2 款构成要件的继父母共同担任子女的监护人，此种情况下，子女有生父和继母或生母和继父两位监护人。第二，子女的生父母双方离婚或未婚的生父母双方分居（生父母的监护人身份不因离婚或分居而消除），与子女共同生活的生父母一方与继父母结婚。生父母离婚或分居时，可以根据《民法典》第 30 条，按照保护未成年人最大利益（或者称为最有利于被监护人）的原则（《民法典》第 35 条第 1 款第 1 句），在尊重八周岁以上子女真实意愿的基础上，协议由与子女共同生活的生父母一方担任监护人，履行对子女的监护职责（通常可以和决定子女与何方共同生活配合进行）。这种做法使得监护与共同生活相协调，有利于解决另一方生父母因未与子女共同生活而无法较好地履行监护职责的困难。此种情况下，与子女共同生活的生父母一方与满足本条第 2 款构成要件的继父母共同担任子女的监护人，子女有生父和继母或生母和继父两位监护人。值得注意的是，《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》（以下简称《民法典总则编解释》）第 8 条第 1 款规定：“未成年人的父母与其他依法具有监护资格的人订立协议，约定免除具有监护能力的父母的监护职责的，人民法院不予支持。协议约定在未成年人的父母丧失监护能力时由该具有监护资格的人担任监护人的，人民法院依法予以支持。”该款规定的立法目的是调整未成年人的父母与其他具有监护资格的人之间的法律关系，而并未禁止父母之间协议将监护职责赋予其中一方，由其中一方担任监护人。此外，父母离婚或分居后，未与子女共同生活的生父母一方由于与子女生活疏远，缺乏履行监护职责的基本条件，也可以解释为“丧失监护能力”。再退一步说，即使认为子女的生父母不能协议由一方担任监护人，生父母一方因不与子女共同生活无法较好地履行监护职责，而将全部或部分监护职责委托给另一方也是被允许的（《民法典总则编解释》第 13 条）。只不过在此种委托监护的情况下，并不涉及监护人资格的变更，生父母双方仍是子女的监护人，只是一方通过委托合同将其监护职责委托给另一方。第三，较为复杂的情况是，生父母离婚或分居时没有协议确定监护人，此时如果继父母满足了本条第 2 款的构成要件，则可能出现生父、生母和继父或继母三位监护人。

[21]如果生父、生母、继父或继母之间对监护人的确定发生争议（特别是存在三位监护人时），可以根据《民法典》第 31 条，由子女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，或者由法院根据当事人的申请作出指定监护人的裁决。指定监护时应当尊重八周岁以上子女的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则，在生父母和满足本条第 2 款构成要件的继父母中指定一人或数人担任子女的监护人。此外，根据《民法典总则编解释》第 9 条第 1 款，法院在指定监护人

时应当考虑生父母和继父母与子女生活、情感的密切程度，生父母和继父母的监护能力、意愿和品行，生父母和继父母是否有不利于履行监护职责的违法犯罪情形等因素。

[22]如果生父母和继父母有《民法典》第 36 条第 1 款规定的情形之一，有关个人或组织可以向法院申请撤销其监护人资格。监护人资格撤销后，子女还有其他监护人的，由其他监护人继续承担监护职责；没有其他监护人的，则由法院指定监护人（《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第 36 条）。

（二）继父母监护职责的履行

[23]根据《民法典》第 35 条第 1-2 款，生父母和继父母履行监护职责时，应当遵循两项原则。第一，最有利于被监护人（与段码 3 中保护未成年人的最大利益含义相同）。尤其注意，除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产，该规定应被视为对监护人权限的一般性限制。第二，根据被监护人的年龄和智力状况，尊重其真实意愿。

[24]根据《民法典》第 34 条第 1 款，监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人的职责可以分为处理被监护人自身内部事项的职责和处理被监护人与第三人外部事项的职责，前者主要指对被监护人进行身心照料和教育、管理和保护被监护人的财产；后者主要指作为法定代理人代理被监护人实施民事法律行为。

[25]生父和继母或生母和继父作为共同监护人，共同对子女进行身心照料和教育、管理和保护被监护人的财产。在监护职责的履行过程中，生父和继母或生母和继父应当共同管辖和决定与子女有关的事项（主要指不涉及外部第三人的事项）。如果生父和继母或生母和继父出现意见分歧，双方应当根据对监护人履行监护职责应当遵循原则的要求，基于对未成年子女最大利益的保护和对未成年子女真实意愿的尊重（段码 23），进行协商解决；协商不成的，由法院作出判决。例外情形是，在紧急情况下为了保护未成年子女的最大利益，生父和继母或生母和继父一方可以单独作出决定，但事后须及时通知另一方。

[26]作为监护人的生父和继母或生母和继父享有法定代理权。尽管《民法典》没有对法定代理中的共同代理权作出规定，但按照最有利于被监护人的原则，为了使各代理人之间相互制约，在代理被代理人实施民事法律行为时更加理智和慎重，防止对被代理人合法权益的侵害；同时避免代理人意见不一致时出现无所适从的局面，在生父和继母或生母和继父行使法定代理权时，应当类推适用《民法典》第 166 条关于委托代理中共同代理的规定，要求生父和继母或生母和继父共同行使代理权。需要注意的是，生父和继母或生母和继父事先形成共同的意思，然后由一方与相对人实施民事法律行为，也应属于共同行使代理权。

[27]生父和继母或生母和继父一方擅自以子女的名义实施民事法律行为，属于无权代理中超越代理权的类型，适用《民法典》第 171 条关于无权代理的规定，通过类推适用《民法典总则编解释》第 25 条也可得出该结论。但需要注意的是，即使相对人有理由相信生父和继母或生母和继父中的一方有代理权，也不宜适用《民法典》第 172 条关于表见代理的规定。一方面，如果以被代理人的可归责性作为表见代理的要件，在法定代理中被代理人不具有可归责事由；另一方面，为了交易相对人的信赖保护而要求未成年子女为代理人的行为负责，对未成年子女过于苛责，有悖于未成年子女的最大利益。

[28]生父和继母或生母和继父共同行使代理权存在例外情形。首先，基于合目的性的考量，因受领意思表示不涉及代理人之间相互制约的问题，

对共同行使代理权应作限缩解释，发出意思表示需生父和继母或生母和继父共同为之，受领意思表示可由一方单独为之。其次，在紧急情况下为了保护未成年子女的最大利益，生父和继母或生母和继父一方可以单独实施必要的民事法律行为，但事后须及时通知另一方。紧急情况是指子女的权益（特别是身体健康和财产方面的权益）有受到侵害的危险，生父和继母或生母和继父一方必须毫不迟延地实施民事法律行为才能避免这种危险发生，且该情况紧急到与另一方取得联系进行共同代理将影响采取措施的效果。例如，子女遭遇突发状况需要代理人签字接受紧急医疗救治，生父和继母或生母和继父一方可以单独为之。最后，在共同代理中，基于交易便捷和生活便利的考量，生父和继母或生母和继父一方可以授权另一方单独代理子女实施民事法律行为，这种授权使得单独代理子女实施民事法律行为的一方在该法律行为上变成了行使单独代理权，本质是其被对方授予的共同代理权范围内的复代理权与其自己享有的共同代理权合并为单独代理权。

[29]基于对未成年子女最大利益的保护，生父和继母或生母和继父的法定代理权受到一定限制。第一，应当类推适用《民法典》第 168 条，禁止生父和继母或生母和继父以子女的名义与自己或者自己同时代理的其他人（例如，继父或继母自己的生子女）实施民事法律行为，此时取得子女的同意没有意义。第二，由于可能存在的利益冲突，生父和继母或生母和继父不得代理子女与自己的直系血亲或配偶（生父和继母或生母和继父婚姻关系终止后可能出现此种情况）实施民事法律行为。但上述限制不适用于使子女纯获益的民事法律行为。

[30]如前所述，三位监护人的情形出现在子女的生父母双方离婚（或未婚的生父母双方分居），与子女共同生活的生父母一方与继父母结婚的情形（段码 20）。首先就生父母而言（暂且不考虑继父或继母），尽管生父母的监护人身份不因离婚而消除，但生父母离婚后分开生活的事实会使其对子女共同监护的结构发生变化，未与子女共同生活的一方实际上无法对与子女有关的所有事项都进行监护。在生父母双方没有协议确定监护人（段码 20）的情况下，可以借鉴《德国民法典》第 1687 条第 1 款，将与子女有关的各种事项分为重大事项和日常生活事项。重大事项是指不经常发生、对子女的发展有或者可能有重要影响（该影响难以改变或者需要通过较大努力才能改变）的事项，例如，子女的姓名、住所、重大医疗方案、长期教育方案、长时间的出国计划、财产的处分等；日常生活事项是指，经常发生且对子女的发展没有难以改变的影响的事项，例如，子女的学校课程选择、兴趣娱乐活动选择、日常身心照料、简单的医疗处理、短期的旅游、走访朋友或亲属等。在重大事项的范围内，生父母双方对子女共同进行管辖和决定；在日常生活事项的范围内，由与子女共同生活的生父母一方单独进行管辖和决定。此种区分也具有对外效力，即在重大事项的范围内，由生父母双方共同行使代理权；在日常生活事项的范围内，由与子女共同生活的生父母一方单独行使代理权。同样，在紧急情况下为了保护未成年子女的最大利益，在重大事项的范围内也可由与子女共同生活的生父母一方单独管辖、决定和单独代理（段码 25、28）。

[31]当与子女共同生活的生父母一方与继父或继母结婚，继父或继母满足了本条第 2 款规定的构成要件，适用《民法典》监护制度中关于父母子女关系的规定，也成为继子女的监护人，此时继父或继母监护职责的履行应当以生父母对子女的共同监护结构为基础（段码 30）。详言之，在日常生活事项的范围内，继父或继母和与子女共同生活的生父母一方两位监护人共同管辖和决定与子女有关的事项，共同行使代理权代理子女实施民事法律行为；在重大事项的范围内，继父或继母、与子女共同生活的生父母一方和未与子女共同生活的生父母一方三位监护人共同管辖和决

定与子女有关的事项，共同行使代理权代理子女实施民事法律行为。在该监护结构中，两位或三位共同监护人出现意见分歧时，与前述生父和继母或生母和继父两位监护人履行监护职责时相同，应当基于对未成年子女最大利益的保护和对未成年子女真实意愿的尊重，进行协商解决，协商不成的由法院作出判决（段码 25）；共同行使法定代理权及其例外情形的具体事宜也与前述生父和继母或生母和继父两位监护人履行监护职责时相同（段码 26-29）。

[32]生父、生母和继父或继母三位担任监护人时，对与子女相关的重大事项需要三人共同管辖和决定、共同行使代理权，因此存在纠纷易发的疑虑。首先，生父、生母和继父或继母可以根据《民法典》第 30 条，协议由其中一人或两人担任监护人，或者通过委托合同将监护职责委托给其中一人或两人（段码 20）。对监护人的确定发生争议的，可以根据《民法典》第 31 条，由居民委员会、村民委员会、民政部门或者法院指定监护人（段码 21）。其次，重大事项和日常生活事项的划分已经将需要三人共同管辖和决定、共同行使代理权的范围进行了限定（段码 30），且在重大事项的范围内，生父、生母和继父或继母还可以授权其中一人或两人代理子女实施民事法律行为（段码 28）。最后，根据《民法典》第 36 条，生父、生母和继父或继母在履行监护职责的过程中，如果实施了严重损害子女身心健康的行为、怠于履行监护职责、无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人导致子女处于危困状态等，法院可以撤销其监护人资格（段码 22）。

（三）继父母与继子女的监护关系终止

[33]根据《民法典》第 39 条第 1 款，继子女取得完全民事行为能力，继父母丧失民事行为能力，继子女或继父母死亡，存在人民法院认定监护关系终止的其他情形（例如，继父母的监护人资格被撤销，段码 22），继父母与继子女的监护关系终止。

[34]生父和继母或生母和继父的婚姻关系终止（包括生父和继母或生母和继父离婚，生父或生母死亡）后，继父母与继子女的监护关系是否终止？首先，根据《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 54 条，生父和继母或生母和继父离婚后，继父或继母不愿意继续抚养教育继子女的（如前所述，这里的抚养教育可以解释为起到监护作用，段码 12），仍由生父或生母监护。根据本条第 2 款的规范意旨，之所以将继父或继母与受其抚养教育的继子女在监护的范围内拟制为生父母子女关系，是以继父或继母与生母或生父的婚姻关系为基础，在婚姻关系存续期间继父或继母对继子女持续起到主要监护作用，具备担任监护人的意愿、条件和能力（段码 3）；婚姻关系一旦终止，一般情况下继子女与继父或继母分开生活，则继父或继母失去担任监护人的意愿、条件和能力，此时应当允许继父或继母单方解除与继子女的监护关系。但这种单方解除仍然受制于保护未成年人最大利益原则的制约，如果解除明显有悖于未成年子女，则不允许解除。如果因生父或生母死亡导致婚姻关系终止，继父或继母与继子女的监护关系终止，则根据《民法典》第 27 条由祖父母、外祖父母，兄、姐，其他个人或组织依此担任监护人。其次，特殊情况下如果生父和继母或生母和继父的婚姻关系终止后，继子女事实上仍然与继父或继母共同生活，继父或继母愿意继续履行主要监护职责，说明继父或继母仍然具有担任监护人的意愿、条件和能力，不宜认为继父母与继子女的监护关系终止。最后，生父和继母或生母和继父的婚姻关系终止后，如果继父母和继子女的其他监护人或依法具有监护资格的人之间就继父母是否有《民法典》第 39 条第 1 款“监护人丧失监护能力”和“人民法院认定监护关系终止的其他情形”而应当终止监护关系发生争议，申请变更监护人的，由法院决定是否进行变更（《民法典总则编解释》

第 12 条第 1 款）。此外，生父和继母或生母和继父的婚姻关系终止后对监护人的确定有争议的，也可以根据《民法典》第 31 条，由子女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，或者由法院根据当事人的申请指定监护人。

[35]未成年子女对担任监护人的继父母请求权的诉讼时效起算，除了满足《民法典》第 188 条第 2 款第 1 句规定的一般起算条件（根据《民法典总则编解释》第 36 条，诉讼时效期间自继子女的监护人知道或者应当知道其权利受到损害以及义务人之日起计算），还应当同时满足《民法典》第 190 条规定的特别起算条件，后者是前者的特别要件。就《民法典》第 190 条而言，法定代理权基于监护产生，子女的监护人是其法定代理人，对作为法定代理人的继父或继母的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。《民法典》第 175 条规定法定代理终止的事由，除了继子女取得完全民事行为能力，继父母丧失民事行为能力，继子女或继父母死亡以外，还包括法律规定的其他情形，继子女与继父母监护关系终止（段码 33-34）也属于最后一项兜底事由。

[36]如果未成年子女遭受担任其监护人的继父或继母性侵，其遭受性侵害的损害赔请求权的诉讼时效起算，须同时满足《民法典》第 188 条第 2 款第 1 句、第 190 条和第 191 条的要求。满足上述要求后，如果继子女仍然与继父或继母处于同一家庭关系中共同生活，继子女可能依旧不敢或不愿行使权利，这种情形可以被认定为符合《民法典》第 194 条第 1 款第 4 项“权利人被义务人或者其他人控制”，构成诉讼时效的中止。

四、证明责任

[37]就本条第 1 款而言，由主张继父母与继子女间存在虐待或歧视的当事人承担证明责任。

[38]就本条第 2 款而言，主张继父母与继子女适用《民法典》监护制度中关于父母子女关系规定的当事人，就继父母对继子女持续起到了主要监护作用承担证明责任。主张继父母与继子女监护关系终止的当事人，就存在监护关系的终止事由承担证明责任。

本文原载《法学家》2023 年第 6 期。

徐国栋丨扶养费请求权不受诉讼时效限制的三个理论误区及其矫正丨争鸣

原创：2023-11-20　探索与争鸣杂志　徐国栋

https://mp.weixin.qq.com/s/AEoeAeOvbCgFXZ19--QQiQ

徐国栋丨厦门大学南强重点岗位教授

本文原载《探索与争鸣》2023 年第 10 期

具体内容以正刊为准



徐国栋，男，1961年生，湖南益阳人。1978年至1991年，分别在西南政法学院、中国政法大学、中国社会科学院研究生院攻读学士、硕士、博士学位。先后在江西大学、中南政法学院、厦门大学任教；在罗马第二大学、米兰大学和哥伦比亚大学访学。主研民法基础理论和罗马法。任外国法制史研究会副会长，民法学研究会常务理事。代表作为《民法基本原则解释－诚信原则的历史、实务、法理研究》《民法哲学》《优士丁尼<法学阶梯>评注》等，在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物发表论文280余篇。

探索与争鸣®
2023 年第 10 期
（总第 408 期）
定价：38.00 元
每月 20 日出版

主　　编　叶祝弟
副 主 编　李　梅
编辑部主任　杜运泉
本期执编　杜运泉
　　孙冠豪
版式设计　张　页
英译校对　高　原

本刊不以任何形式收取版面费　举报电话：010-63098272

我国《民法典》是丢掉物文主义包袱，自主完成人文主义转型的时代立法。自改革开放以来，我国把民法理解为商品交换的工具，学者们的精力一多半在经济学，一少半在民法学，对民法的

人身法部分比较陌生。**2000 年以后，民法学逐步向人文主义转型，体现在立法上，就是民法对象“从物前人后”向“人前物后”转变，人格权独立成编、家庭法回归民法典。**但这些整体的进步并不能完全弥补我国民法学界对人身法研究的不足，体现在《民法典》的制定上，即为人身法上有待完善的规定较多。其中，第 196 条第 3 项关于抚养费、扶养费、赡养费请求权不受时效限制的规定即为其例，该规定是源于对“三费”关系的附条件性和动态性的不了解。所谓附条件性，即权利人有需要、义务人有可能才能成立这种关系。所谓动态性，指义务人现在有能力履行义务，但未必永远有着这种可能，所以权利人在义务人有能力的时候要及时行权，“莫待无花空折枝”。另外，该款是基于义务人的经济实力都比较强的假定，而从我国公众的婚俗习惯来看，义务人（假设是婚姻关系中的男方）通常只比权利人（假设是婚姻关系中的女方）经济地位略高，可能难以承受义务人长时间不要扶养费，而突然提出巨额扶养费的请求。因此，**以“三费”的诉讼时效为切入，重新审视其历史渊源和法理基础，对其不符合具体司法实践的内容适时进行调整，具有重要现实意义，也能进一步推动我国《民法典》人文主义的转型。**

“三费”不受诉讼时效限制规定在我国的由来

《民法典》第 196 条第 3 项把“三费”置于特权地位，不受时效限制，权利人可永久向义务人追索此等“三费”。这里要强调的是，此条并未规定抚养、赡养和扶养（以下简称“三养”）请求权不受时效限制，因为“三费”的请求权和“三养”的请求权有较大差别，这点将在本文第三节详细说明。**“三费”不适用诉讼时效规定的起源于 2003 年梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿》第 199 条，**其辞曰：“下述权利不适用诉讼时效：1.基于身份关系的抚养费和赡养费请求权……”王利明主持的民法典草案第 235 条第 1 款则规定：“诉讼时效的适用以债权为限。”按《民法典》第 118 条第 2 款的规定来解释，“三费”请求权属于因“法律的其他规定”产生的债权，应适用诉讼时效；而彼时笔者主持的《绿色民法典草案》未设置诉讼时效客体条文，此举可解读成一切请求权都应受制于诉讼时效。2015 年 10 月 26 日，中国法学会的民法总则草案第 181 条规定的诉讼时效的适用范围，明确了请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的权利不适用诉讼时效。2015 年 9 月中旬的民法总则室内稿第 152 条，仍维持了中国法学会的民法总则草案第 181 条的格局。到了 2016 年 7 月 5 日的《民法总则（草案）》（一审稿）第 175 条第 3 项，才把请求支付抚养费、赡养费及扶养费的权利排除在诉讼时效的客体之外。因为在对民法总则室内稿的讨论中，根据杜涛主编的《民法总则的延生：民法总则重要草稿及立法过程背景介绍》，有学者指出：“诉讼时效制度的设立目的是维护交易秩序的稳定，而要求支付赡养费、抚养费、扶养费等属于婚姻家庭法规定的法定扶养义务，与市场交易无关，不应适用诉讼时效，并且司法实践中也都是这么做的。”此外，梁慧星针对《民法总则（草案）》（一审稿）亦提出：“增加赡养费、扶养费、抚养费请求权不适用诉讼时效”。这些建议发表在《民法总则》正式成为法律前，应该说对《民法总则》中有关时效的规定有较大影响。应该说，上述学者的建议物文主义色彩浓厚，**因为它把诉讼时效的功能片面理解为维护交易秩序的稳定，不似学界通常把该制度理解为督促及时行权的工具，但以诉讼时效客体去除“三费”的意见最终得到采纳。**一审稿对它的纳入一直维持到 2017 年 3 月《民法总则》通过，并发展为《民法典》第 196 条第 3 项。



《中华人民共和国民法典》

《民法典》第 196 条第 3 项相较于《中国民法典草案建议稿》第 199 条第 1 款，增加了扶养费请求权作为豁免适用诉讼时效的项目，此等增加是梁慧星团队自己完成的。《中国民法典草案建议稿》单纯条文版中第 199 条中本无“扶养费”的表述，但其团队在后续的《中国民法典草案建议稿附理由》中加上了“扶养费”。此等增加意味着梁慧星团队放弃了过去排除“扶养费”的考虑，他们过去可能认为夫妻通常是同吃同住的，所以一般不存在请求扶养费的问题，也就谈不上诉讼时效的问题；而在父母离婚的情形中，未得到子女监护权的一方向得到子女监护权的一方支付子女的抚养费，以及在子女成年后与父母分家另过，双方约定和法院判决前者向后者支付赡养费的情形，则都存在请求支付问题，此时才有适用诉讼时效的空间。梁慧星团队把扶养费加进豁免诉讼时效请求权的行列，在一定程度上混淆了夫妻扶养制度的认识不足。实际上，扶养与赡养并无不同，倒是抚养个性很强。如果他们对扶养起初略过后来加进，倒显得了解扶养制度。

作为《民法典》第 196 条第 3 项的造意者，梁慧星组织起草的《中国民法典草案建议稿·总则编》提供了“三费”排除适用诉讼时效制度的理由：“借鉴《墨西哥民法典》的经验，规定抚养费、扶养费、赡养费请求权不适用诉讼时效。因为受抚养、扶养或受赡养者一般是年幼、年老或其他缺乏劳动能力的人，抚养费、扶养费、赡养费是这些人生活的来源，若无此等费用，将严重影响他们的生活，甚至生存。”**此等理由可简化归结为赋予“三费”特权以保护弱者，而特别要强调的是，《墨西哥民法典》对梁慧星团队排除“三费”适用诉讼时效制度的选择产生了关键影响，**而《墨西哥民法典》的经验是否如梁慧星团队所理解的那样，本文将在第五节详述。

免除诉讼时效制度的起源和发展

《民法典》第 196 条规定了“三费”免除诉讼时效制度，该制度从属于一般的免除时效制度，有免除诉讼时效和免除取得时效两个属。就后者而言，君士坦丁皇帝最早制定了这方面的法律。他在 314 年发布给副大区长官狄奥尼修斯的一个敕答中说：“仅仅长期占有，哪怕已超过 60 年，也必不得对自由权造成丝毫损害。”这个敕答说的是某人被他人当作奴隶占有 60 年，60 年后，当他发现自己是自由人时，他还是可以主张此等身份，他人对其 60 年的长期占有并不导致该人成为其主人。这个敕答确立了自由身份不受取得时效限制的原则。由于关系到公共秩序，自由权成为一种特殊的私权，被赋予三个“不可”**（即不可侵犯、不可转让不受时效限制可解读成“不可受取得时效败坏”）**。由此出发，后人把私权分为不可处分的和可以处分的，后者多是财产权，前者多是身份权，“三费”请求权属前者。不可处分的权利多被赋予三个或更多的“不可”，如不可抵押、不可抵消等。

君士坦丁皇帝的上述敕答只创立了不受取得时效限制制度，而不受诉讼时效限制制度，据意大利学者安娜·波扎托的研究，是优士丁尼创立的。他在 528 年致大区长官尤里安的一个敕答中这样规定：“为了严格区分神法、公法和私人特权，朕规定，如果某人对神圣的教堂、可敬的安养院、男女修道院、孤儿院、弃婴院、疯人院、老人院遗留了遗产、遗赠、信托或捐赠了某物，或出售

了财产，即使这些机构不属于城邦，它们都可长期追偿，不受一般时效限制（C.1,2,23）。”**这一敕答是为了让公益团体得到他人无偿或有偿给予的财物，赋予了它们不受诉讼时效限制的追诉权。**换言之，尽管过了时效期间，公益团体仍可追索他人让与自己的财产，以维护这些慈善机构的利益。

1220 年，腓特烈二世加冕为西西里国王后，规定王室的财产不可转让且不受时效限制，这可以说是复活了罗马人遗留的免受时效限制制度。到了十六七世纪，随着主权概念的形成，此等权利被认为是为专属的、不可转让的、不受时效限制的。继之，1789 年 8 月 20 日诞生的《人权与公民权宣言》第 2 条规定：“一切政治结合均旨在维护人类自然的和不受时效约束的权利。这些权利就是自由、所有权、安全和反抗压迫。”**此条对自由权不受时效限制的肯认有罗马法的痕迹，但对所有权不受时效限制的处理与取得时效制度冲突。到了 20 世纪，不受时效限制逐渐成为一个国际刑法术语。**1968 年，《关于对战争罪和反人类罪的追诉不受时效限制的公约》把战争罪和反人类罪的追诉期限设定为永恒的。从这个公约来看，不受时效限制制度的含义一反过去的“特别关怀”，开始转向“特别痛恨”的意味。



《人权及公民权宣言》

在私法上，就人身法而言，1804 年的《法国民法典》第 328 条规定：“子女关于主张身份的诉权，不因时效而消灭。”1942 年的《意大利民法典》第 248 条第 3 款规定：“确认婚生子身份的诉讼不因时效而消灭。”这两条都是说私生子要求准正的权利不受时效限制。就财产法而言，西班牙 1950 年的《地方政府法》第 188 条规定：“公产，只要它们保留这种特性，以及市产，不可转让、不受时效限制、不可扣押，并且不会被征国税。”此条赋予了国家财产和地方政府财产不受时效限制等特权。1964 年的《苏俄民法典》继承了这种传统，其第 90 条规定：“国家组织要求被集体农庄、其他合作社组织、社会团体或公民非法占有的国家财产的请求权不受时效限制。”此条也赋予了国家财产不受时效限制的特权，使此等财产相较于其他类型的财产处于优越的地位。受苏联法影响，我国 1964 年 7 月 1 日的《民法典草案试拟稿》第 39 条也曾规定：“国家要求退赔国家财产诉讼不受关于时效的规定的限制（第 44 条）。”**总体上来说，私法中不论人身法还是财产法，不受时效限制制度表达的都是“特别关怀”的立法者意图。**

私法上不受时效限制的权利往往同时具有“不可转让”之属性，因此亦名不可处分的权利。《意大利民法典》第 2934 条第 2 款是关于不可处分的权利和法律规定的其它权利不适用消灭时效的规定。该款的编者列举了可援引该款免受时效限制的权利清单，包括第 248 条规定的确认婚生子请求权、第 249 条规定的准正请求权、第 263 条规定的否认认领权、第 270 条规定的确认双亲身份权、第 533 条规定的确认继承人身份权、第 713 条规定的请求分割遗产权、第 841 条规定的土地所有人的随时圈围土地权、第 902 条规定的向邻人主张的采光权、第 948 条规定的原物返还请求权、第 1111 条规定的解除共有权、第 1422 条规定的撤销契约权、第 1865 条规定的永久年金的赎回权、第 1869 条规定的其他永久性给付的赎

回权。它们大多为支配权、抗辩权和形成权，这些权利易于与不受时效限制制度兼容，但这个清单中并不包括扶养费请求权。

到了 1960 年代，苏联法上某些权利不受时效限制的理由变得与以往不同且模糊起来。1964 年《苏俄民法典》第 90 条规定下列请求权不适用时效：“1. 基于侵犯人身非财产权产生的请求权，法律另有规定的除外；2. 国家组织为追索被集体农庄、其他合作社和公共组织或公民非法占有的国家财产而享有的请求权；3. 储户为支付存在国家劳动银行或苏联国家银行的存款的请求权；4. 苏联法律规定的其他请求权。”其中，第 1 款规定的请求权具有不可处分的属性，第 2 款规定的请求权具有特别关怀的属性，第 3 款规定的请求权不具有上述“两性”。第 3 款似乎旨在保障持有休眠银行账户者在时效完成后能取回自己的存款，如此具有特别关怀私人存款的属性，但此等关怀与第 2 款对国家财产的特别关怀存在矛盾，故显得不好理解。无论如何，在 1964 年《苏俄民法典》第 90 条第 3 款突破传统的不受时效限制的请求权的范围后，此等突破在受苏联法影响的我国学者手里不断扩张。

在《中国民法典草案建议稿》第 199 条中，共列举了 7 种不受时效限制的请求权，其中包括基于储蓄关系的支付存款本金和利息的请求权，这一类型具有较为明显的苏联法痕迹，而其他类型都是从这种类型衍生而来，包括基于投资关系的收益分配请求权、基于债券关系的还本付息请求权。这些类型都是为了保障“忘性大”的资金所有人能够取回财产，尽管时效制度的本义就是要让“忘性大”的权利人付出代价。对于这样的规定，徐晓峰表达了不同的看法，**其认为存款人要求银行支付存款的请求权不适用诉讼时效的规定并无必要，且具有误导性，因为只有在存款人与银行就返还存款发生纠纷后，才会有起算时效问题。**笔者赞同此种观点，因为存款属于特殊的保管合同，规定寄托人在合同到期后请求返还保管物的请求权不受时效限制并无道理，只有在保管人催告寄托人取走货物后才有时效问题。但笔者认为，更重要的理由是，上述规定赋予权利的享有者遗忘的“特权”，却歧视了其他权利的享有者。

“三养”不存在诉讼时效问题

如前文所述，《民法典》第 196 条只规定了“三费”请求权不适用诉讼时效，而未规定“三养”请求权不适用诉讼时效。那么，“三养”与“三费”的区别何在？《民法典》第 1085 条第 1 款规定：“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。”通过这一规定我们可以看出，抚养是提供食物、亲情关怀、照料的行为，由取得子女监护权的父母一方实施，抚养费是未取得监护权的父母一方为了子女利益实施的金钱给付。按照《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 49 条规定：“抚养费的数额，可以根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚养费一般可以按其月总收入的 20—30%的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可以适当提高，但一般不得超过月总收入的 50%。此规定明确告诉我们，在有监护权的一方“出力兼出钱养孩子”的情况下，**抚养费是无监护权的一方“出钱”养孩子的方式。**上述《解释》第 50 条进一步规定：“抚养费应当定期给付，有条件的可以一次性给付。”这一规定告诉我们，抚养费通常是以定期金的形式给付。概言之，如果父母不离婚，都以“出力兼出钱”的方式养孩子，通常不会发生追索抚养费的问题。

从域外的立法来看，法国关于抚养费的相关规定也产生于这样的情境。《法国民法典》第 211 条规定：“如父或母提议将其应给付抚养费的子女接至自己家中，负担衣食并予以照应，法院亦可宣告在此情况下父或母应免于支付抚养费用。”

其第 373-2-2 条第 1 款规定：“父母别居或父母与子女分居时，对子女的生活与教育费的分担采取支付生活费的方式，按照具体的情况，生活费由父母一方向另一方支付，或者向受托付照管子女的人支付。”这两个规定告诉我们，**抚养费是当父母不住在一起、分居或离婚时，未获得监护权的父母必须每月支付给其子女的费用，要一直支付到孩子成年或孩子的教育完成。**《德国民法典》第 1606 条第 3 款第 2 句规定：“照管未成年的未婚子女的父母一方，通常通过照料和教育子女来履行其协助扶养子女的义务。”同法第 1612 条规定：“（1）扶养费必须以支付定期金的方式给予。债务人可以要求以其他方式给付扶养费，但以有特殊理由者为限。（2）父母必须给予未婚子女给付扶养费的，在充分考虑子女利益的前提下，可以提前决定给予扶养费的方式和期限……（3）按月提前支付现金扶养。即使受益人在当月死亡，义务方仍需全额偿还每月的款项。”这两条中，前者规定了同居共食的子女扶养方式，后者规定了非同居父母一方以定期金扶养子女的方式。《意大利民法典》体现的扶养与扶养费两分法更明显，其第 443 条第 1 款规定：“义务人有权选择履行扶养义务的方式，或者用扶养支票（Assegno alimentare）定期预付，或者将权利人接到自己家中给予生活保持。”

那么，为何“三养”不涉及诉讼时效？笔者查阅了众多域外的立法和学说，但只发现了关于抚养费时效的规定和论述，却从未找到关于抚养本身时效的规定和论述。笔者认为，此等阙如可能有如下原因。

其一，只有金钱请求权才能成为诉讼时效标的的观念。“三费”体现为一定数额的金钱，“三养”则并非如此。“三养”主要以提供实物的方式日常、零碎地实施，很难计算出其金钱价值。如果权利人起诉义务人不履行义务，难以在起诉书中提出具体的诉求额，达不到《民事诉讼法》“有具体的诉讼请求”的要求。从这个角度看，主张诉讼时效的客体只能是债权请求权的观点有合理性。**其二，只有定期金请求权才能成为诉讼时效标的的观念。**“三费”的本质是定期金给付，许多国家的立法者把“三费”设定为定期金，如《德国民法典》第 1612 条及《魁北克民法典》第 589 条。我国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 50 条也规定“抚养费应当定期给付”。如此安排，使诉讼时效的起算点确定成为可能。申言之，一期定期金未支付，便可从该期定期金的到期日开始起算时效。反过来，“三养”并非定期金给付，而主要是实物形式的不定期给付，如在给付衣服的情形下，衣服损坏便购新衣替代，此等替代难以设定期限。接近定期给付的食物给付（如一日三餐），每次给付的价值低微，即使能勉强确定时效的起算点，案值也达不到立案标准。所以，“三养”之性质不能与诉讼时效制度兼容。那么，若义务人严重不履行“三养”义务给权利人造成严重损害的应如何处理？笔者认为，此类行为可按照刑法中的虐待罪处理，义务人的不履行行为构成该罪的“冻饿”类型。

对扶养费的请求权通常受诉讼时效限制

大陆法系国家的民法典通常规定扶养费请求权受诉讼时效限制。例如，《法国民法典》第 2277 条规定：“下列款项的支付之诉，时效期间为 5 年……2. 永久定期金与终身定期金以及扶养费。”勇为何如此安排？比利时学者罗兰在对第《法国民法典》2277 条的评注中指出，扶养费是根据领取者的需要来按期支付的。如果他 4 年没有起诉，应得出他不需要获得扶养费的结论。罗兰还援引卡昂法院判定扶养权利人无权要求拖欠的扶养费的判决，指出这里唯一的原因是他不曾起诉，这证明他不需要被扶养。笔者认为，**罗兰只看到了权利人方面，未看到义务人方面。**如经过 5 年后，扶养义务人的经济状态可能恶化或者因犯罪被判

徒刑等，处在不能给付的境况，此时再要其履行义务存在困难。

债法改革前的《德国民法典》第 197 条也为扶养费规定了时效：“对拖欠的利息以及为分期清偿本金，作为利息附加而应支付的金额的请求权，对未在第 196 条第 1 款第 6 项中规定的使用租赁和用益租赁的拖欠租金的请求权，以及对养老金、迁居费、军饷、等待任用期间的薪金、退休金、抚养费以及一切其他定期给付的请求权，均因 4 年内不行使而消灭。”此条中的“抚养费”，德文原文为 Unterhaltsbeitrag，指为与扶养义务人分开生活的儿童提供的扶养，也指对已离婚的妻子的扶养。2002 年德国完成债法改革后，前引《德国民法典》第 197 条被废除，代替它的是更为精简的第 195 条：“普通消灭时效期间为 3 年。”其中，扶养费请求权适用这一时效。对比过去的规定，扶养费的诉讼时效缩短了一年。

部分意大利学者持扶养权不受时效限制的观点，但这并不妨碍该国规定扶养费请求权适用诉讼时效。《意大利民法典》第 2948 条规定：“适用 5 年消灭时效的情况有：……2. 按年给付的扶养费。”按照此条，只有按年给付的扶养费请求权因时效完成消灭，反言之，按月、按季度给付的扶养费请求权并不如此。那么，为何如此安排？笔者认为，一方面，按年给付的扶养费的请求权人在 12 个月里不请求给付，表明他不需要此款。另一方面，12 个月累计的扶养费金额较大，扶养义务人基于权利人长期不行使权利的判断，可能已将此款他用。权利人在 5 年后突然提出请求，可能对义务人造成突袭效果。更有甚者，5 年后义务人的经济状况可能已经恶化，难以承受权利人要求的大额费用。

此外，以下民法典以明示的方式规定了扶养费的时效。《西班牙民法典》第 1966 条规定：“下列请求权，经过 5 年不行使而消灭：1. 支付扶养费的请求权……”《韩国民法典》第 163 条第 3 项规定：“扶养费债权适用 3 年时效。”《秘鲁民法典》第 2001 条规定，扶养费的诉讼时效为 15 年。由于此时效期间太长，2014 年时被修改为 5 年。《葡萄牙民法典》第 310 条规定：“到期的扶 养费适用 5 年时效。”以下民法典以默示的方式规定了扶养费的时效。《日本民法典》第 169 条规定：“一年以内确定的交付金钱或者其他物品的请求权，5 年不行使的，消灭。”第 174 之二第 1 款：“终局判决所确立的权利，时效期间不足 10 年的，时效期间为 10 年。”这两条并未明确规定扶 养费请求权的时效期间，但日本律师本田昭夫解释：“如果 5 年内不行使每月领取子女抚养费的权利，则依据民法典第 169 条诉讼时效届满。如果子女抚养费是通过家庭法院的审判或调解实现的，则受到第 174 之二第 1 款规定的 10 年的诉讼时效的限制。”《土库曼斯坦民法典》第 148 条第 2 款规定：“定期履行之债的时效为 3 年”。扶养费属于定期履行之债，适用这一规定。

至此可见，**家庭法不适用诉讼时效的观点存在较大的局限。**张民安指出：“诉讼时效和除斥期间制度无法在家庭法和继承法中适用，也无法在物权法和担保法中适用，只适用于债法。”按照段厚省的观点，“三费”请求权属于身份法上的请求权，不同于债法上的请求权，故不适用诉讼时效。但也有学者认为，身份法上的请求权以财产给付为内容的，属于债权，也应适用诉讼时效。勇此说不乏外国立法例的支持，《智利民法典》《埃塞俄比亚民法典》《阿尔及利亚民法典》都在自己的债法部分规定扶养费的诉讼时效，意味着将这种请求权看作债权性的。所以，债权不能狭隘地理解为债法中的权利，家庭法中的请求为一定财产性给付的权利的也应属于债权。

那么，为何要就扶养费请求权设立时效？除了上引罗兰提供的权利人不主张证明则他不需要的理由外，施瓦布还提供了另外的理由，其认为，《德国民法典》第 1613 条限制追诉过去时间的扶养费，因为这种扶养义务的存在和范围难以查明，

而且债务人也不应受到高额扶养费的“突袭”。施瓦布的理由补充了证据和权利失效方面的考虑。

《民法典》第 196 条第 3 项的造意者对外国立法例的误用

如前所述，《墨西哥民法典》第 1160 条是影响了我国《民法典》第 196 条第 3 项的外国立法例，其规定了提供扶养的义务不受时效限制。**但“摹本”对“蓝本”的采用可能基于误解，因为“摹本”讲的是针对扶养费、赡养费、抚养费的请求权免受时效限制，“蓝本”讲的却是提供扶养的义务不受时效限制。**显然，两者有着本质区别。《墨西哥民法典》第 1160 条是受扶养权不受时效限制的反面表达。从立法技术的角度看，这样的“正话反说”效果不好，因为众所周知，诉讼时效的重要功能是督促权利人及时行权，并无督促义务人履行义务的功能。所以，墨西哥立法者把诉讼时效与履行义务挂钩，使人怀疑其误用诉讼时效制度。这种怀疑有《墨西哥民法典》第 291 条第 5 款的规定可证，其辞曰：“1. 同居结束后，男女同居者无足够的收入或财产供养的，有权获得与同居期间相等期间的扶养费……2. 本条授予的权利只能在同居关系终止后的一年内行使。”此条明确规定在解散事实婚的情形下，无自养能力的同居者可向其前伴侣请求支付一定的扶养费，但此等请求权受 1 年的诉讼时效限制。此条把《墨西哥民法典》第 1160 条采用的义务无时效说纠正为权利行使有时效说，并明确限制了该条的适用范围，即该条适用于亲子之间、离婚配偶之间的扶养费请求权，但不适用于事实婚的前伴侣之间的扶养费请求权。

遗憾的是，《中国民法典草案建议稿》的起草者只看到了《墨西哥民法典》第 1160 条，未看到该民法典的第 291 条第 5 款。《墨西哥民法典》第 1160 条产生于 1928 年，第 291 条第 5 款产生于 2000 年的改革。两个规范出自不同的立法者之手，表达了他们对于扶养费请求权是否适用诉讼时效的不同看法。**在后的立法者倾向于否定《墨西哥民法典》第 1160 条的规定，但他们从事的是一项关于把事实婚制度纳入民法典的局部改革，只能使这个领域的扶养费请求权受时效限制。**尽管如此，此举足以引人产生对第 1160 条规定合理性的怀疑。

顺便指出，容易让人产生盲人摸象式误解的还有《奥地利普通民法典》关于扶养费时效的规定，其第 1481 条规定：“以家庭法上的权利和人身权为基础的义务，如对子女提供必需的扶养的义务……都不罹于时效。”此条类似于《墨西哥民法典》第 1160 条，只看此条会让人得出《奥地利普通民法典》也不承认子女的扶养费请求权受时效限制。但该法典第 1480 条规定：“对尚未履行的每年定期给付享有的债权，尤其对利息、定期金、扶养费……的给付……享有的债权，在 3 年后消灭，而作为定期给付基础的权利本身，则因 30 年不行使而消灭。”这条明确告诉我们，扶养费请求权受 3 年时效限制。那么，如何解释两个规定之间的矛盾？笔者认为，第 1481 条是从义务人角度规定，尽管无人行使权利，但义务始终存在；第 1480 条则是从权利人角度规定。对每一期的扶养费的请求权因 3 年不行使而消灭，不行使任何期次的受扶养权达 30 年的，受扶养权也消灭。实际上，受扶养权消灭，扶养义务也随之消灭。所以，我们不妨把第 1481 条关于扶养义务的不受时效影响的规定看作一个错误。

以上为《中国民法典草案建议稿》对其支撑性外国立法例的一方面的误用，另一方面误用的对象为《德国民法典》第 197 条。其规定：“下列情形的时效期间为 30 年：……2. 亲属法或继承法上的请求权。”假设该条所言“亲属法上的请求权”确指扶养费请求权，它还是让此等请求权受时效限制，不过时效期间很长。所以，不能把《德国民法典》第 197 条作为支撑《中国民法典草案建议稿》第 199 条的立法例，因为有时效限制和不受时效限制是质的差别，而时效长短只是

量的差别。更有甚者，德国扶养费请求权更多的是适用第 195 条规定的 3 年的普通消灭时效。第 197 条规定的 30 年时效适用于离婚后一方给另一方的拖欠的扶养费，从法院判决之日起算。在法院判决义务人支付扶养费之前，义务人按离婚协议支付，不支付的，权利人在 3 年的时效完成前可请求其支付。所以，3 年的时效和 30 年的时效接续发挥作用，各有其用。

综合来看，**既然《民法典》第 196 条第 3 项建立在对外国立法例的误用上，应当在合适的时机进行调整，明确“三费”请求权受 3 年普通时效限制。**由于不以时效限制扶养费请求权不合理，我国有实务界人士“自造”理由让它承受时效限制。2016 年，中国法院网发表了一篇来自黎川县法院的案例分析文章，案情如下：肖某和李某于 1993 年 12 月登记结婚。1995 年 2 月，两人生育女儿小肖某。婚后，夫妻两人因生活琐事长期争吵，2000 年 3 月，妻子带女儿回娘家居住。从此，小肖某的一切生活费用均由其母承担，其父未再支付任何费用。2016 年，小肖某向法院起诉要求判决其父支付其应当承担的小肖某未成年期间实际产生的抚养费 30 万元。这样大的金额对于被告形成了施瓦布所称的“突袭”。案例分析的作者认为，在抚养法律关系存续期间，给付抚养费请求权不应适用诉讼时效的规定，但在抚养法律关系不再存续的情形下，此等请求权应适用诉讼时效的规定。例如，权利人满 18 岁以后再要求其 18 岁以前的抚养费的，则应适用诉讼时效的规定。本案中在小肖某已成年，尽管其父肖某在其未成年期间未尽抚养义务，但小肖某已失去了要求给付抚养费的被抚养人身份，因此其诉讼请求不应得到保护。经过这样的处理，实际上为抚养费请求权设立了最长 18 年的豁免诉讼时效期间，其他时间行使此等请求权受时效限制。笔者认为，这是一种较为妥善的做法。

《民法典》颁布后的律师意见也采取同样的处理方式，如有律师在回答子女抚养费请求权是否适用时效的规定的问题时给出了“不适用”的答案，但又指出法律规定请求支付抚养费的权利主体仅为未成年子女和不能独立生活的成年子女，子女成年后能够独立生活的，对于其未成年或不能独立生活期间父母或监护人未支付的抚养费，不得进行追偿。这种观点相当于说拖欠的抚养费不可追索。富有意味的是，上述我国法院和律师的处理与德国的司法实践处理有异曲同工之处。按照后者，未成年子女对于父母的扶养请求权没有时效限制，但从子女满 18 岁开始计算第 195 条规定的 3 年时效，到子女满 21 岁结束。如此，“未成年子女对于父母的扶养请求权没有时效限制”之表述的真实内容是未成年子女对其父母的扶养费请求权在其满 18 岁前处于豁免时效的状态，而且《德国民法典》第 1613 条原则上也不允许追索拖欠的扶养费。

结论

综上所述，《民法典》第 196 条排斥“三费”适用诉讼时效制度基于三个理论误区：**其一，对《墨西哥民法典》关于扶养费时效规定的不全面认知；其二，对《德国民法典》关于扶养费时效规定的不全面认知；其三，时效制度不适用于家庭法的错论。**《民法典》第 196 条从属的更大语境是免除诉讼时效制度，这一制度旨在让保护某些权利的诉权永久化，从而昭示这些权利的重要性。进入法典化时代，受扶养权被列入了这些权利的清单，以表明其关乎公共秩序的性质。但受扶养权不受时效限制不等于扶养费请求权不受时效限制，因为扶养关系具有条件性，在权利人有需要、义务人可以承受时才成立。扶养费权利人长期不请求扶养费，表明他不需要此等扶养，而且长期不请求造成欠缴扶养费的累计并形成大数，如果义务人突然请求，有违权利失效原则，会对义务人造成“突袭”。此外，义务人的经济状况也在变动中，等到“睡眠”已久的权利人突然行权时，

义务人可能已无力承担扶养义务，出于这些理由，各国民法典都承认扶养费请求权受时效限制。

由于较早的民法典一方面规定受扶养权不受时效限制，另一方面也规定扶养费请求权受时效限制，这容易造成误解，新近的民法典则采用了更不容易产生误解的表达。例如，《阿根廷国家民商法典》第 712 条规定："1.家人身份之诉不可放弃且不受时效限制，但不妨碍其按照法律规定的方式在法律规定的情形消灭。2.家人身份导致的财产权受时效限制。"此条第 2 款把扶养费请求权界定为身份关系导致的财产权，受时效限制。本文已证明，尽管"三费"请求权受时效限制，但"三养"请求权因为不能金钱化和定期给付而无关时效。所以，简单地把请求权二分为受时效限制与不受时效限制是不够的，实际上还有第三种类型，即无关诉讼时效的请求权。

最后要说明的是，前引《墨西哥民法典》第 1160 条第 2 款已于 2023 年 6 月 26 日被废除。起因是一个这样的案件：A 先生与 B 女士从 1995 年 9 月 8 日起开始同居，直到 2016 年 9 月 1 日 A 先生去世。B 女士放弃对 A 先生遗产的法定继承并要求承认事实婚，进而以此为据主张扶养费。在第一次审判中，B 女士放弃法定继承的请求得到了承认。在第二次审判中，她与 A 先生的持续 22 年的事实婚关系得到确认。在第三次审判中，法院判决给付扶养费，但 A 先生的遗嘱执行人不服，提出上诉，理由是 B 女士的请求是在因 A 先生死亡结束事实婚关系一年后提出的，超过了民法典第 291 条之五规定的时效，法院支持了上诉人的诉求。B 女士不服，直接提起宪法权利保护诉讼，质疑民法典第 291 条之五区别对待婚姻的配偶和事实婚的伴侣，违反了平等原则，构成违宪。在 2019 年 12 月 9 日举行的庭审中，第一巡回民事法院第二合议庭作出裁决，驳回 B 女士的诉求，理由是法律规定有婚姻终止的程序，却未规定事实婚的终止程序，所以在两种婚姻状态之间做出一定的区别并无不当。B 女士提出复审，2020 年 8 月 19 日，墨西哥最高法院第一庭复审了此案，驳回了 B 女士的诉求。B 女士仍不服，继续申诉。2021 年 10 月 1 日，墨西哥最高法院第一庭承认 B 女士的申诉有依据，确认《墨西哥民法典》第 291 条之五违宪，裁定撤销原判决，把案件发回第一巡回民事法院第二合议庭重审。继而有议员提出了废除第 291 条之五的议案，该款于 2023 年 6 月 26 日正式被废止。

显而易见，导致废除第 291 条之五的判决重点并非扶养费请求权受时效限制是否合理，而是不同形式的男女结合的当事人平等问题。所以，即使这一规定遭到废除，也不能用来证立扶养请求权不受诉讼时效限制的合理性，只能用来证立墨西哥在处理扶养费请求权是否受时效限制问题上的特立独行。在本文参考的大陆法系国家民法典的范围内，该国民法典现在是唯一不让扶养费请求权受时效限制的。

姜雪莲：解释论下遗嘱信托规则的展开

原创：2023-11-25　中国政法大学学报　姜雪莲
https://mp.weixin.qq.com/s/gsfcinNCgocI2zDNXO4wUQ

【作者】姜雪莲，法学博士，现为北京理工大学法学院副教授。

【来源】《中国政法大学学报》2023 年第 6 期"私法前沿"栏目。为方便阅读，已略去原文注释。

【摘要】在民法典中，遗嘱信托是与遗嘱继承、遗赠并列的财产处分制度，信托受托人应与遗嘱继承人、受遗赠人按比例在信托财产范围内清偿遗产债务。遗嘱信托中信托受托人或受益人

往往又是继承人、受遗赠人，原则上不应因一种身份而影响另一种身份，在法律适用上多是排除适用。但继承规则与信托规则存在交错，在具体规则上兼任两者作出解释 ： 遗嘱信托在遗嘱生效时成立 ， 受托人的承诺是受托人义务的起点，非遗嘱信托成立、生效的起点。受托人基于法律行为的物权变动取得信托财产，并非遗嘱信托设立时发生物权变动，在信托财产转移给受托人之前，信托财产名义归属于继承人，由遗产管理人管理，遗产管理人有义务将信托财产转移给受托人。遗嘱信托也要受必留份的约束，遗嘱信托在侵害必留份范围内无效。

【关键词】特留份　遗嘱信托　遗赠　继承

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1133 条规定了三种遗嘱处分财产的方式，遗嘱继承、遗赠与遗嘱信托。但《民法典》仅在第 1133 条第 4 款规定自然人可依法设立遗嘱信托，没有确立遗嘱信托作为遗嘱处分的一种，如何适用民法典有关继承的具体规则。比如《民法典》第 1160 条规定无人继承、无人受遗赠的遗产归国家所有，没有规定遗嘱信托是否适用该规定以及如何适用；第 1123 条规定了遗赠抚养协议与遗嘱继承、遗赠和法定继承的继承顺位，未确定遗嘱信托的顺位；第 1162 条规定了遗赠与遗产债务的清偿关系，第 1163 条规定了遗产债务清偿顺位，未确定遗嘱信托是否负担遗产债务，遗嘱信托与遗嘱继承、遗赠的清偿顺位。

《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）第 8 条与第 13 条规定了遗嘱信托，但只是从信托之角度进行规定。设立遗嘱信托会涉及诸多继承规则的适用问题，比如被继承人死亡时用于设立信托的财产的物权变动，遗嘱继承与遗赠存在区别，遗嘱信托应参考适用遗嘱继承抑或遗赠规则；设立遗嘱信托之财产的归属；交付信托财产的主体——遗产管理人抑或是继承人；是否受到特留份的限制，该限制对信托的影响，以及如何行使特留份等。囿于信托结构的特殊性——受托人与受益人的权利分属，在适用民法规则时存在信托特有的问题：以受益人抑或是受托人作为规则适用的对象。由以上可知，在继承规则中需要给遗嘱信托设有一席之地，以使遗嘱信托作为以遗嘱处分财产的制度有的放矢；另一方面，需要将信托法与继承规则衔接，从体系上解释遗嘱信托的规则。本论文旨围绕上述问题，首先明确遗嘱信托的法律地位，明确是否适用遗嘱继承、遗赠规则以及与法定继承的规则；在此基础上，从民法与信托法解释论的角度构建遗嘱信托的具体规则：遗嘱信托的成立时点、信托财产转移路径、遗嘱信托中特留份适用规则。

二、遗嘱信托对遗赠、遗嘱继承规则的适用

《民法典》第 1133 条规定了遗嘱继承、遗赠与遗嘱信托三种遗嘱处分财产的方式。遗嘱信托既非遗嘱继承也非遗赠，也区别于法定继承，该“并列”的内涵，主要体现在继承效力顺位以及负担被继承人债务等，以及遗嘱信托未规定的规则，能否适用遗嘱继承、遗赠规则。

(一）遗嘱信托是与遗赠、遗嘱继承并列的财产处分方式

遗嘱信托在具体的规则适用上，能否参照遗嘱继承的规则抑或是遗赠的规则。遗嘱信托是通过遗嘱方式进行的财产处分，并且很多情形信托的受益人是继承人，从享受利益之角度，类似于遗嘱继承；遗嘱信托的受益人是继承人以外的第三人的，如同遗产无偿赋予给受益人，类似于遗赠。从财产归属之角度，遗嘱信托中的受托人为继承人的，类似于遗嘱继承，当受托人是继承人以外的第三人时，可以理解为无偿将遗产转移给受托人，作为遗赠处理。

在信托结构中，是依据遗嘱信托受益人的主体资格来判断还是依据受托人的主体资格来判断，要看到底是侧重信托财产的名义归属抑或是信托利益的实质享有。民法典规定的继承顺位是将遗嘱继承与遗赠同等对待(《民法典》第 1123 条)，可以说在民法典中遗嘱信托的地位与遗嘱继承、遗赠相同。从比较法上，遗嘱信托参照了遗赠的规则。

基于上述遗嘱信托地位的探讨，《民法典》第 1123 条继承顺位应该是遗赠抚养协议优先于遗嘱继承、遗赠或遗嘱信托，此处的遗嘱继承、遗赠、遗嘱信托应为并列关系。遗嘱继承、遗赠、遗嘱信托优先于法定继承。民法典未明确规定遗嘱信托是否承担遗产债务，遗产管理人的债务清偿是否为遗产分割的前提条件，即应先清偿债务，后分割财产。但毋庸置疑的是，根据《民法典》第 1162、1163 条的规定，受遗赠人、遗嘱继承人要在受遗赠、继承的范围内负担被继承人以及执行遗产的债务。遗嘱信托也应在信托财产的范围内承担遗产债务，承担债务的顺位应是先由法定继承人承担，超过法定继承人的部分，应由遗嘱继承人、受遗赠人与遗嘱信托的受托人承担，同时存在遗嘱继承人、受遗赠人与遗嘱信托受托人的，按照所得遗产的比例清偿。但问题是，该债务在遗嘱信托设立阶段是法定的债务承担，抑或是需要受托人的意思表示承担债务？在生前信托中，根据信托目的可以将一定的债务与积极财产一起设立信托，此时，债务需要通过受托人的意思表示来承担。在遗嘱信托中对于被继承人的债务，应将其作为法定的债务承担，在信托信托财产的范围内承担债务，不需要受托人作出债务承担的意思表示。遗嘱信托的结构不同于遗嘱继承与遗赠，是财产名义转移给受托人的同时创设出受益人的受益权，将财产的名义归属主体与实际享受利益主体分离。此时，遗嘱信托所得的实际遗产价值应以受托的信托财产（遗产）价值来计算，而非以受益人的受益权的价值来计算。

遗嘱信托虽是与遗嘱继承、遗赠并列的财产处分方式，囿于其结构的特殊性，并非遗嘱继承、遗赠的规则都可以适用于遗嘱信托，加之很多情形下遗嘱继承人、遗赠身份与受托人、受益人会发生重叠，需要具体进行探讨。

（二）转继承与代位继承规则

代位继承规则的适用。根据《民法典》1154 条第 3 项规定：“遗嘱继承人、受遗赠人先于被继承人死亡或者终止，按照法定继承处理”。遗嘱信托中，法定继承人为信托受托人的，受托人先于被继承人（委托人）死亡的，信托不因不存在受托人而无效。一般情形下，委托人的地位可由其继承人继承，因委托人的地位有时具有一定的经济价值，如信托终止后根据第 54 条的规定，成为剩余财产归属人等。另外，有学者认为委托人的地位属于一身专属性质的权利，不能继承。委托人与受托人的信赖关系，很难说具有一身专属性，并且信托终止时可能享有剩余财产归属人的地位，应当认为可以继承，只是在遗嘱信托中，因继承人与设立信托之间存在利益上的冲突，不能期待委托人的继承人很好地行使委托人的权利。因此，在《日本信托法》第 147 条限制继承人继承遗嘱信托的委托人的地位。此处的禁止继承，很明显并非基于委托人权利一身专属的性质，而是从利益冲突角度的禁止。但继承被继承人的遗嘱地位，如可以主张遗嘱的无效等。第 147 条但书规定委托人的继承人继承委托人的地位，有约定时，约定优先适用。

受托人的继承人是否代位继承委托人的地位。受托人先于被继承人（委托人）死亡的，受托人代位继承被继承人（委托人）的地位。但是，受托人的继承人不能因继承而成为受托人，可根据《信托法》第 13 条的规定选任新的受托人。法定继承人为受益人的，受益人先于被继承人（委托人）死亡的，除非根据信托目的不能由他人享受信托利益，具有归属上的一身专属性，受益人的继承

人可以继承受益权，也可以代位继承被继承人（委托人）的地位。换言之，遗嘱信托中受托人或受益人为法定继承人的，存在两种重叠的法律关系：一种基于信托结构的法律关系，另一种则是基于法定继承的法律关系。

转继承规则的适用。《民法典》第 1152 条规定遗产分割前，继承人未放弃继承的，该继承人应该继承的遗产转移给其继承人。根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》继承编的解释（一）》（以下简称《国民法典继承编解释（一）》）第 38 条规定：“继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。”受遗赠人的财产可由受遗赠人的继承人继承。转继承人只继承了受遗赠人可以继承的权利，而非财产。在遗嘱信托中，被继承人死亡则遗嘱信托成立，嗣后作为受托人的继承人死亡的，继承人继承被继承人遗产；嗣后受遗赠人的受托人死亡的，继承人之受托继承受遗赠人的权利，但继承的都是设立信托之外的权利或财产（《信托法》第 16 条第 2 款）。遗嘱信托的受托人死亡，由剩余的受托人或选任新的受托人管理处分信托财产，不影响遗嘱信托的效力。

受益人为继承人、受遗赠人的情形。在被继承人死亡时遗嘱信托业已成立，受益人已经取得受益权（《信托法》第 44 条），嗣后受益人死亡的，信托文件没有特别约定受益权不能继承的，由受益人的继承人继承信托受益权，而非继承信托财产。如果是连续受益人信托，约定了前顺位的受益人死亡，后续顺位受益人享受利益的，应解释为前顺位受益人死亡，该受益权消灭，不发生继承。

如果设立遗嘱信托的财产是不动产，根据《信托法》第 10 条的规定，不动产属于应登记的财产，不进行信托登记信托不产生效力。这里存在两个登记，一是财产的转移登记，二是信托财产的登记。笔者不认为是单方行为（遗嘱信托）与双方行为（以合同设立信托）之间，“为不动产的遗嘱信托财产的过户登记需要与基于信托合同的信托财产登记区别开来”。遗嘱信托的财产为不动产的，作为应登记的财产，未进行信托财产登记，信托不产生效力。欠缺信托财产登记的，因信托本身尚未有效设立，设立遗嘱信托的财产应按照法定继承处理。

（三）继承权的丧失规则

《民法典》第 1125 条规定丧失继承权的五种情形，第 3 款规定了受遗赠人存在这五种情形时，丧失受遗赠权，而继承人则存在被宽宥的情形。遗嘱信托中信托受托人为继承人或受遗赠人的，即便存在第 1125 条规定的行为，并非当然丧失作为受托人的资格。在信托法中，信托受托人的解任需要存在解任事由（《信托法》第 23 条）。信托受益人为继承人或受遗赠人的，并不因受益人丧失了继承权而丧失信托受益权，只有在在满足《信托法》第 51 条的要件时，委托人可以变更受益人或处分受益权。在规范适用上，应适用信托法的规则，虽然 1125 条第 1 款的内容很多情形下符合信托法第 51 条的内容，但不能直接适用 1125 条使受益人丧失受益权。受益权被处分，该受益权不会发生继承。与受益人自愿抛弃受益权时一样，不会发生继承。

（四）遗嘱继承的放弃与遗赠的接受、放弃规则

《民法典》第 1124 条规定的遗嘱继承的放弃与遗赠的接受、放弃规定，不能适用于遗嘱信托。民法典》第 1124 条规定的“继承”，包括法定继承与遗嘱继承。根据《民法典》第 230 条、《民法典物权编解释一》第 8 条的规定，继承开始时取得物权，不需要接受继承的意思表示。遗嘱信托的成立根据信托法第 13 条的规定，一般认为不需要受托人或受益人作出承诺。这一点与遗嘱继承相同。受遗赠人需要发出接受遗赠的意思表示，遗嘱信托须排除适用接受遗赠的规定。

继承人放弃继承，根据民法典第 1124 条与《民法典继承编解释一》第 33 条规定，继承人放弃继承应当以书面形式向遗产管理人或者其他继承人表示。对遗嘱继承、遗赠的放弃规则的排除，基于信托结构本身的特征，受托人在成为受托人前可以拒绝成为受托人；承诺为受托人后，受托人“抛弃”受托人的地位，其“抛弃”通过辞任受托人来完成。《信托法》第 38 条的规定，受托人须经委托人和受益人同意方能辞任，根据《信托法》第 39 条的规定，受托人职责终止，并不会导致信托终止；受托人承诺为受托人并且信托财产转移给受托人的，受托人也可以抛弃信托财产，但该抛弃如无合理原因则构成受托人义务的违反，但并不影响遗嘱信托的成立，信托因没有信托财产不能达成信托目的而归于终止，被抛弃的信托财产不会发生法定继承，而是按照一般所有人的抛弃规则处理。因此，也排除适用《民法典》第 1154 条放弃后按照法定继承处理的规定。

遗嘱信托中，与合同设立的信托一样，可以抛弃受益权。受益人自遗嘱信托成立时取得受益权。信托法中没有明确规定抛弃受益权的效果，其关键问题是是否具有溯及力，对于已经给付的利益是否要返还以及返还的范围。《日本信托法》第 99 条第 1 款规定“受益人可以放弃受益权，第 2 款规定抛弃受益权的效果是自始未取得受益权，具有溯及力。赵廉慧教授认为放弃的意思表示具有溯及力，但可以是放弃将来发生的利益，享受已取得的利益。当所有受益人放弃受益权的，信托归于终止（信托法第 46 条）。信托终止后按照《信托法》第 54 条的规定确定剩余信托财产的归属。

（五）附义务的遗嘱继承与遗赠规则

《民法典》第 1144 条规定，附义务的遗嘱继承或遗赠，没有履行义务的，依据利害关系人等的申请，法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。遗嘱继承与遗赠所附的义务，必须满足几个条件：第一，所负的义务不能大于因遗嘱继承、遗赠所取得的利益，第二，遗嘱继承、遗赠所设定的义务必须由利益主体之继承人或受遗赠人承担，不能设立由其他人承担的义务。在遗嘱信托中，受托人负有义务，对于受托人而言，其负有的义务本身大于接受遗产所取得的利益，因为受托人本身不能享受信托利益 ，但义务不能大于信托财产的范围。受托人接受附义务的信托，将义务纳入到信托财产中而非信托受托人个人的债务，需要受托人另行与委托人签订债务承担契约 ； 如果委托人在遗嘱中设立附义务的信托，在受托人接受信托时，应解释为受托人同时接受所附的义务。

遗嘱中可以直接约定附义务的信托受益权。受益人享受由信托财产（遗产）产生的信托利益，同样不能设立大于受益权的义务。基于私法自治原则，受益人当然可与委托人、受托人约定承担义务，此时受益人的义务产生基础是与委托人（被继承人）的特别约定，此义务不是由遗嘱信托本身产生。受益人违反该义务的，基于合同承担违约责任，不会产生《民法典》第 1144 条的法律效果。也可以在遗嘱中直接对受益人设定义务，因受益人无需受益的意思表示即可成为受益人，受益人不愿接受附有义务的受益权的，可以放弃受益权，该放弃具有溯及力。

遗嘱信托不能适用“取消接受附义务部分遗产的权利”规定。信托受托人违反义务的，根据信托法的规定承担违反信托义务的责任，但是，不能直接取消接受附义务部分信托财产。如果受益人不履行义务，此时的利害关系人应为受托人，受托人可以取消受益人义务对应的收益利益，而非取消整体的受益权。

（六）遗嘱信托与必留份制度

1. 遗嘱信托受必留份的约束

《民法典》第 1141 条规定法定继承人欠缺劳动能力又无生活来源之人的必留份。不同于域外的应继份以法定继承为原则，作为继承财产的一部分保证部分继承财产，或原则上采限制遗嘱继承制度，应继份作为对遗产的债权，具有抚养义务的特征。德国法的应继份可作为被继承人不能取消的特定继承财产份额的权利来看待。但是，我国法下的必留份，必留份优先于遗产债务（《民法典》第 1159 条），可以大于或小于应继份额。我国“法律并无规定应当参照法定继承的原则或方式裁量遗产特留份的数额，遗嘱所指定的继承人的原有财产状况也不是影响遗产必留份数额大小的考量因素”。因此，我国的必留份其性质无法完全归类于上述两种情形的应继份。

信托是否受必留份额的约束，没有明确的法律依据，否定观点认为信托可以突破必留份额。基于必留份制度的宗旨，必留份保障生活困难之继承人日常、基本的生活，是保障继承人生活所必不可少的份额。设立遗嘱信托，如果未保留必要份额而设立信托，则信托也应遵循必留份额制度。根据信托的性质可分为一般信托、生前代用遗嘱信托、遗嘱信托，在日本，可按照赠与、死因遗赠与遗赠处理，信托是扣减请求的对象。信托的设立不能突破必留份额。

我国司法实践业已确立了遗赠受必留份的约束，严格意义上说，遗嘱信托设立行为不是遗赠，但具有“遗赠”的属性：遗嘱信托中无偿取得受益权的行为理解为遗赠，或遗嘱人无偿转移财产给受托人设立遗嘱信托的行为视为遗赠。换言之，可将“无偿”处分行为（设立遗嘱信托行为）包含在遗赠中，因此，得出遗嘱信托要受必留份的约束的结论。或者认为“无偿处分”行为就要受到必留份的约束，比如债务免除等。因设立遗嘱信托从受益人、受托人的角度都是无偿行为，因此，要受到必留份的约束。生前遗嘱代用信托虽为生前设立，实质上与遗嘱信托具有同样的功能，也应受必留份的约束。但是，我国必留份额制度不及于生前赠与，因此，生前设立的信托超出继承法的范畴，也不应及于生前设立的信托以及生前遗嘱代用信托。

2. 遗嘱信托侵害必留份的样态

设立信托侵害必留份的情形，日本学者将其分为三种情形：第一，设立信托本身侵害必留份额，比如被继承人以所有遗产设立必留人为唯一受益人的遗嘱信托，约定每月的受益金额，其本质是将原本必留份额人可以获得的遗产变为信托受益权，遗产的使用要受到信托的约束。第二，被继承人为其他人设立遗嘱信托，导致未保留必留份额人足够的份额；第三，取得受益权而侵害必留份额。因日本的应继份与我国的必留份制度不同，前者是从被继承人财产之角度，保证法定继承人享有一定比例的遗产，保持继承人之间的公平性，后者是从必留份额人生活保障之角度，保证必留份额人的生活。因此，在我国法律框架下，信托侵害必留份只考虑第一和第二种情形即可。因为第三种情形是受益人为继承人并取得受益权份额时，从应继份的角度判断是否侵害必留份额。在我国因不考虑应继承的份额，可以将其涵盖在第二种情形中一并探讨。

对于第一种情形，以信托的形式赋予法定继承份额一定价值的，一般认为未侵害法定份额。但是，我国必留份额制度与应继份额制度不同，是对权利人的现在且绝对权利的保障，使必留份额人取得受益权，并非必留份制度预设的效果。当信托的内容不能实现生活保障，比如信托约定每月只支付极少金额给必留份人，在信托终止后将全部信托的剩余财产交付给必留份权利人的遗嘱信托中，即便从整体上看被继承人为必留份人保留了必要的份额，但由于信托约定的每月给付不能维系必留份人的生活，应认为设立的遗嘱信托侵害了必留份额。第二种情形，转移遗产设立信托致使未给必留份额人保留足够的份额。这与遗赠侵害必留份额的情形相同。因此，第一、二种情形设立的遗嘱信托都有可能侵害必留份。

3. 遗嘱信托中必留份的扣减规则

设立遗嘱信托侵害必留份时，存在（1）扣减对象、（2）像谁扣减以及（3）扣减范围问题。因我国必留份是由法院根据实际情况决定具体扣减范围，因此，本文只探讨前两项内容。因民法典未明确规定侵害必留份的扣减一般规则，使信托侵害必留份的扣减更为棘手。

在信托关系中，因信托结构不同于一般的遗赠或赠与，其扣减规则应予以明确。在日本法中，对于扣减对象存在信托行为说、信托财产说、受益权说或信托财产与受益权的折中说。

扣减对象为信托财产的，扣减义务人为受托人或受托人 + 受益人。囿于信托财产归属于受托人，受托人作为扣减义务人；受益人作为扣减义务人，为使受益人能够诉争受赠财产的价格；或因为大陆法系不知所有权的分属，在信托关系中不明确谁（受托人与受益人）作为完全所有权人适用继承法的条文，从受托人之角度类似于赠与，有时从受益人之角度其更接近于赠与。到底是向受托人抑或是受益人扣减，要看注重形式抑或实质。在信托关系中，因信托财产之名义归属于受托人，信托产生的利益虽由受益人享有，但应先归属于信托财产，从名义之角度应向受托人扣减；但是信托关系中受托人不享有信托利益，信托实质上是对受益人的“赠与”，从该角度出发则应向享受信托利益之受益人扣减。扣减对象为受益权，扣减义务人为受益人，需对受益权进行价值评估，扣减的结果是受益权的归属发生变化，但对信托本身的效力没有影响，这也是受益权扣减说想要达到的目的。

除此之外，扣减对象为信托财产的学说中，又存在多种不同观点：可分为扣减信托设立行为本身、抑或是扣减信托财产的转移行为。两者的主要区别在于，扣减信托设立行为本身，是在扣减的范围内信托无效。扣减信托财产，则信托本身的效力不受影响，只扣减财产转移之物权行为。

实务中问题较多的是，遗嘱信托中存在多种财产，必留份人是否有权利选择其中一种财产扣减；相反，扣减义务人是否有权利拒绝被扣减的财产，而以金钱替代。在我国的司法实践中，必留份制度要求保留必要的遗产份额并非对不同种类的遗产都要保留一定的份额；大部分判决在确定房屋的分割后，将必留份额折价为金钱；有少些法院只判决对房屋应保留的份额，未进行折价处理。

另外，当遗嘱的初始信托财产发生变化，原本是股票，在扣减时变为不动产的，此时，是否可以扣减不动产。换言之，扣减是否限定于初始的信托财产。从交易安全之角度，在初始信托财产不能返还的情形下，应允许对初始信托财产的物上代位物进行扣减。

对于扣减权人，有观点主张将必留份看作是一种财产继承权 ， 所以扣减请求权人仅为必留份权利人。笔者认为必留份是归属上的一身专属权利，非行使上的一身专属权利，可由必留份以外之人行使。对于扣减义务人，如在受托人就任前，则扣减人义务人应为遗产管理人；如受托人已经就任且信托财产已经转移的，扣减义务人为受托人。如扣减义务人为受益人，该受益人可能尚未存在，而扣减计算的时点一般为继承开始之时，扣减义务人为受托人更为妥当。遗嘱信托的扣减范围与扣减顺位应与遗赠相同，如有多个遗嘱信托、遗嘱继承遗赠的，应按照同一顺位按照比例进行扣减。根据遗产负担承担顺位，应先扣减法定继承人，其次是遗嘱信托、遗嘱继承、遗赠等。但为了扣减权人的利益，扣减权人可向其中任何一人行使全部权利，扣减后，被扣减人可向其他扣减义务人求偿。

对于扣减对象，在我国法律框架下，因转移信托财产而侵害必留份额的，扣减对象应为信托财产。因一个信托中可能存在多个受益人，并且各受益人之间存在不同的受益状态，免于必留份人调查受益权的状态以及受益权的价值，而受益人

的利益可通过受托人的禁止利益冲突、善管注意等义务等加以保护。

4. 侵害必留份遗嘱信托的效力

（1）侵害必留份的遗嘱效力

有学者认为《继承法》（已失效）应当明确规定遗嘱人采用赠与或者遗赠的方式规避“必留份”的遗嘱部分无效。也有学者主张违反必留份的“遗嘱处分无效”，该遗嘱处分行为的无效“并不使被继承人遗赠当然无效或被撤销，只是就其中涉及必留份人应得份额部分予以扣减”。该观点更有利于实践中的交易安全，但是，在没有明确法律规定的情形下，如何构建只是“处分行为”无效是问题之所在。如是遗嘱有效——遗赠有效——处分行为无效，在这种情形下，必留份权利人基于什么权利向受遗赠人扣减？因为受遗赠人可基于遗赠有效而拒绝扣减；同样，遗嘱信托的受托人可基于有效的遗嘱，主张遗嘱信托有效成立。如是遗嘱无效——遗赠有效——处分行为无效的构成下，需要构建遗嘱无效而遗赠有效的逻辑。最合理的推理路径为遗嘱无效——遗赠无效——处分行为无效。

当遗嘱部分无效时，在无效范围内财产处分行为自始无效。如是特定物的遗赠，则遗赠失去效力。遗赠无效，必留份人是否直接取得物权、或需经遗产分割才取得物权。必留份人是否享有物权效力，当被扣减人被强制执行、破产时存在诸多差异。我国也有学者主张扣减权应为金钱债权。因法律规定先确保必留份后再进行财产分割，并且在裁判中确定具体必留份的份额，扣减权为物权形成权更为自洽。遗赠侵害必留份被部分扣减的，被扣减的财产为不动产时，应为必留份人与受遗人共有，该共有应为按份共有，而非继承人遗产分割前的共同共有。

（2）侵害必留份的信托效力

侵害必留份信托的效力，探讨甚少。台湾地区法院判决侵害必留份的信托为部分无效。

陈照楣、陈衍莹之母陈罗日，以八宗土地成立遗嘱信託，遗嘱生效六十年后分配信托财产，指定上诉人为受託人，受益人则为原告二人、上陈人与陈外人即上訴人之子等共六人。因被上陈人显然无法法存活至信托期限届满日后分得信托财产，被上诉人每人特留价值与系争不动产经核定之价值比例换算，经台湾高等法院台中分院以九十七年度重家上字第五号判决认定信託侵害特留份權利范围部分，因侵害原告的特留分而無效，並由伊二人共有，未侵害特留份的部分，信託关系依然存在。

从扣减信托行为的立场，信托行为的效力被否定，转移信托财产的效力当然被否定，信托行为的扣减，对受益权也产生影响。根据信托文件的规定，随着信托财产的减少受益人获得的收益也相应减少的，对于多获得的部分应予返还，返还的对象不是扣减权人，而是受托人。从扣减信托财产转移行为说之立场，被扣减的是信托财产的转移行为，即只扣减物权行为，或者说否定信托的履行效力，信托本身的效力不受影响，不会影响受益权的归属，也不会影响信托债权人的地位。如信托财产减少不能达成信托目的，则信托终止。扣减信托行为说与扣减信托财产转移行为说之间的区别在于，后者维持信托结构，信托财产全部被扣减的，因无信托财产无法达成信托目的而终止；前者在扣减的范围内即信托全部无效。在部分扣减信托财产的情形，其效果是前者部分信托无效，后者信托财产缩减。

在我国法律框架下，侵害必留份的遗嘱部分无效，应采扣减信托行为之立场，在扣减范围内信托无效。对于信托无效部分的遗产信托财产，排除适用《民法典》第 1154 条法定继承的规定，该遗产溯及到被继承人死亡时归属于必留份人。必留份人对该遗产享有物权权利。如果是扣减部分信托财产的，在该份额范围内该财产归属于必留份人，未被扣减的部分依旧为信托财产，在此范围内遗嘱信托有效设立。

三、《信托法》下遗嘱信托的设立规则

（一）遗嘱信托的“遗嘱”要件

1. 符合书面要件的“遗嘱”

民法典规定了六种遗嘱形式：自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱。口头遗嘱明显不符合书面的要件外，录音录像遗嘱是否符合《信托法》第 8 条的书面要件，存在争议。《民法典》第 496 条规定“书面”的要件是可以有形地表现载体的内容，录音录像不能“有形”表现，不属于第 2 款的书面形式。第 3 款对于特殊的数据电文视为书面形式，符合两个要件，一是有形、二是可以随时调取。录音履行遗嘱也不符合第三款的拟制书面形式。书面要件的重要功能之一是证明功能，在效果上，还具有实体构成要件的功能。不以书面形式设立信托，信托不成立。但笔者认为，信托法要求以书面形式设立信托，其目的是为了确定信托的内容，当事人意思表示的确认，在民法典增设了新的遗嘱形式时，遗嘱信托的要式要件也应根据遗嘱的形式进行修正，允许以录音录像遗嘱设立信托。除了形式要件外，遗嘱人要具有遗嘱能力，才能设立有效的遗嘱。我国未特别规定遗嘱能力，遗嘱能力则是实施法律行为的能力。

2. 遗嘱有明确设立信托的意思

设立信托意思的确定性是英美设立信托三大要件之一，我国《信托法》第 11 条也规定了信托目的、信托财产、受益人的确定性，欠缺上述确定性的信托无效。但是，信托设立意思的确定性，不限于信托也并非信托特有的问题，而是所有意思表示之法律行为都须遵循的规则。只因英国的信托制度早于合同制度。信托与附负担的遗赠较为相似，遗嘱设立人 A 的遗嘱内容是“将财产甲转移于 B，但需要将财产甲所产生的部分利益交付于 C”。根据该遗嘱的内容 B 是附负担的遗赠的受遗赠人，抑或是以 B 为受托人、C 为受益人的遗嘱信托。如何确定要根据遗嘱的具体内容来解释。相比信托设立意图的确定性，遗嘱解释之方法尤为重要，因遗嘱是被继承人的最终处分，尽量灵活解释避免信托无效，或因本人已经离世因而不能脱离本人的意思进而严格解释，是影响遗嘱信托的重要因素。也不能因无法判断到底是信托抑或是付负担的遗赠而判定信托无效。

（二）设立信托的财产要件

1. 可以明确设立信托的财产

信托是一种财产管理制度，信托财产是信托的载体，因此在信托设立时必须确定。在“曾某甲与李某遗嘱继承纠纷案”中，该份遗嘱的主要内容为：“1. 从我财产中，每月支付护理人员费用；2. 剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用”。遗嘱是代书遗嘱，一审先析出夫妻共同财产，剩余的财产设立曾氏基金会”。二审法院判决认为：“从遗嘱来看，该遗嘱对曾氏基金如何设立，以及曾氏基金设立的目的、基金如何运转，财产如何分配、使用等均没有明确，对遗产具体由曾某甲如何管理使用也没有明确的要求”。由此否定了曾甲基于遗嘱信托成立的诉讼请求。再审审判监督民事裁定认为，“曾某 1、曾武明虽然是遗嘱指定的曾氏基金管理人，但对于曾氏基金的财产范围、受益人范围遗嘱没有明确，曾某 1、曾武明至今没有成立基金会，根据信托法第 11 条的规定，信托财产不确定、受益人不确定而判决遗嘱所设立的信托无效”。本案遗嘱要设立的是基金会，可以遗嘱方式设立，若为慈善信托、公益信托，则不需要有确定的受益人，也不能有确定的受益人。本案解释为遗嘱信托，析出共有财产，从遗产中扣除每月的护理人员费用，以被继承人的剩余财产设立遗嘱信托，虽然具体的金额在被继承人死亡时不确定，但应该说信托财产是可以确定的。本案中不确定的应该是信托目的。英美法中要求信托财产确定，是因为信托作为财产处分的一种，要求可处分的财产必须现存，可处分的财产必须确定。设立信托

要转移信托财产，原本作为可处分的要件，对于种类物，不特定则不能转移所有权，具有“财产特定”的涵义。但是，在英国的判例法中，特定前的种类物，整体数量确定时，以其中一定数量设立信托的（900 股股票中的 50 股），也符合信托财产确定性的要件。1995 年修改后的《物品买卖法》第 20A 条规定，对于一定体积（Bulk）中一定数量的买卖，即便未交付，所有权也转移给买受人。信托也体现了财产法规则的发展趋势，即便种类物未特定，信托有效成立。从这层意义上说信托财产的确定性比信托财产特定的涵义更广。我国《信托法》第 8 条规定信托合同成立，信托成立，信托成立时不需要转移信托财产给受托人，与英美法信托的设立要件存在不同，因此，同样将信托财产“确定性”作为信托成立要件多有不妥。对于信托财产确定性问题，可分解为委托人以何种财产作为信托财产，约定设立信托的财产的明确性问题，与信托财产由委托人转移给受托人阶段的“确定性”问题。前者在买卖、赠与等其他法律行为中存在同样的问题，非信托特有问题。如设立信托的财产不明确，信托合同本身就不能有效成立，信托自然也不能有效成立。后者可以说是基于成立的信托的履行，而非信托的设立要件。遗嘱信托与生前信托不同的是，因遗嘱生效时，遗嘱人本人已经无法确定信托财产，因此，需要在遗嘱中确定信托财产。在遗嘱信托中，因遗嘱意思完成时与遗嘱生效时会存在时间差，遗嘱意思完成时确定的财产与遗嘱生效时的财产会存在变化，多少存在一些特殊问题。换言之，信托财产如何转移给受托人，与买卖、赠与等存在不同。在履行阶段，即便信托财产之特定物毁损的，因履行不能不能交付特定物给受托人，根据信托目的，如果特定物的替代物（损害赔偿等）不能满足信托目的的，信托因不能达成信托目的而终止，并非信托不成立或无效；信托财产为种类物的，设立信托时不需要特定，信托有效成立，一般情况下因种类物不会出现履行不能的问题，受托人有权请求遗产管理人交付信托财产。比如，持有甲股票的被继承人以甲公司的 1 千股股票或金钱设立遗嘱信托，在遗嘱生效后，在向受托人履行阶段需要特定股票或金钱以便转移给受托人。如果被继承人的财产中没有足够的金钱或股票，在遗嘱信托设立后，根据遗嘱内容确定是否需要将其他财产变现为金钱或股票，交付给受托人。

2. 财产转移给受托人前的信托财产归属与管理义务人

被继承人死亡时遗产如何归属，是否直接归属受托人，受托人未承诺时又应如何归属，信托法没有规定。《民法典》第 1121 条规定继承从被继承人死亡时开始，根据《民法典》第 230 条的规定，继承不需要继承人的意思表示，继承开始时取得物权。我国多数说认为我国继承法采当然继承主义，在被继承人死亡时，一般认为遗产归属于继承人或与受遗赠人共同所有。两阶段的物权变动内容是，继承开始后，继承人概括性取得遗产，此时发生第一次物权变动，该物权变动无需继承人的意思表示，无需登记、交付而转移遗产的所有权，具有物权效力。第二次物权变动基于遗赠、遗嘱继承、遗产分割等具体原因产生，此时需要基于法律行为的物权变动规则取得遗产。遗嘱继承的物权变动是否需要区分概括性继承与特定继承，也存在分歧。司法实践中，遗嘱继承中特定物的物权取得时间为被被继承人死亡之时。对于遗赠的物权变动，否定说认为遗赠不能发生物权效力 ，或区分概括性遗赠或特定遗赠，概括性遗赠发生物权效力，而特定遗赠仅发生债权效力。民法典之前的司法实践认为遗赠人死亡时发生物权变动。《民法典》第 230 条删除了《物权法》第 29 条规定的遗赠。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》继承编的解释（一）第 38 条规定：“ 继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人”。由此可知，在遗产分

割前，受遗赠人并未取得物权，在民法典修改后，受遗人应按照法律行为的物权变动规则，交付或登记时发生物权变动。设立遗嘱信托，有学者主张遗嘱信托生效则信托财产视同已经转移到受托人名下。设立遗嘱信托要遵循继承财产的归属规则。在被继承人死亡时，信托财产是否直接转移给受托人，是否归属于受托人，取决于遗嘱信托具有债权效力抑或物权效力。换言之，应参照遗嘱继承的物权变动抑或是遗赠的物权变动。笔者认为，虽然遗嘱信托中，受托人或者受益人多是继承人，但是，在信托结构中继承人不再以继承人的身份享受权利与义务，因此，不管从受托人还是受益人的角度，都应依据遗赠的物权变动处理——只发生债权效力。并且，在被继承人死亡时，也可能不存在受托人（遗嘱信托中未指定受托人或指定的受托人拒绝受托信托），按照继承的一般规则，信托财产在被继承人死亡时，应归属于继承人。如不存在继承人，一般继承也会存在同样问题，可设置遗产财团予以解决。《民法典》第 1145 条新增设了遗产管理人，规定享有处理被继承人的债权债务关系、按照遗嘱或法律规定分割遗产的权限（第 1147 条）。对于遗产管理人的法律地位，德国民法规定遗嘱执行人要执行被继承人的终意处分，享有履行遗赠的权限（第 2203 条）与管理、处分遗产的权限（第 2205 条），其法律地位既非被继承人的代理人，也非继承人的代理人，继承人在遗嘱执行人管理权限的范围内，失去权利与处分遗产的权限（第 2211 条）。我国对遗产管理人的法律地位，有遗产管理人为被继承人的代理人等学说，通说认为遗产管理人的权限为固有权。对于遗产管理人是否为遗产的归属主体，是否可以将遗产登记在遗产管理人的名下，法律条文没有明确规定。在私法实践中，在定性为“遗产管理”的案件中 ， 争议的焦点之一则是遗产管理人及受托人在受托期间能否将遗产关联公司股权登记在自身名下，从而以名义股东身份管理相应遗产。二审法院确定遗嘱继承的准据法为香港特别行政区法律，根据香港法律规定，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，且享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权，故作为遗产共同管理人的翁少芳、杨翁少琼、翁少芝、蔡清华有权持有有利公司登记于翁祐名下的 80% 股份。涉案遗产管理的准据法确定为我国大陆法律，故作为遗嘱执行人和信托受托人，可以申请变更登记。最高法院认为，翁少芳等四人作为信托受托人共同管理翁祐的遗产，A 公司 80% 股权继续登记在已过世的翁甲名下，无法进行遗产管理、处理，且由于种种原因，至今此 80% 股权未能得到有效管理，翁乙等四人申请股权登记至其名下，有利于实现对遗产的管理与分配；其次，最高法院对（2013）佛中法民二初字第 11 号民事判决基于遗嘱执行人和信托受托人身份，仅系出于遗产管理和股权管理的需要。此种裁判在现行遗产管理人制度以及遗嘱信托制度不完善情况下，并不违反法律规定，且更有利于遗嘱的执行以及遗产的收集和管理，也最终有利于全体遗嘱受益人。本案中，遗产管理人兼任信托受托人，以受托人的身份当然可以将股权转到自己名下。而作为遗产管理人，原则上遗产管理人并不享有将遗产登记在自己名下的权限，此处允许转移，只是权宜之计。在被继承人死亡时，由遗产管理人管理、处分遗产，并有将遗产按遗嘱进行分配的义务，但遗产不归属于遗产管理人。因此，设立遗嘱信托，遵循遗产管理人的规定，在信托财产未交付给受托人之前，由遗产管理人管理信托财产，遗产管理人对信托财产产生的损失，存在重大过失的，要承担赔偿责任（《民法典》1148 条）。受托人就任后，受托人可向遗产管理人请求交付信托财产，遗产管理人是信托财产的交付义务人。因此，遗嘱信托在被继承人死亡时信托财产并非当然归属于受托人。一般情形下，继承人是遗产的归属主体，继承人有义务协助遗产管理人转移信托财产给受托人。除此之外，继承当事人（委托人）地位之继承人，应承担遗嘱内容的义

务。遗嘱信托中委托人的地位是否由继承人继承，我国信托法没有限制继承遗嘱信托委托人地位的规定，因此，根据民法一般规定应肯定遗嘱信托中委托人地位的继承。即便日本《信托法》第 147 条规定遗嘱信托中继承人不继承委托人的地位，“不继承”的涵义是指继承人不继承委托人的各种权限，但是继承作为遗嘱人之地位。换言之，继承作出遗嘱意思表示的当事人的地位。在被继承人的遗嘱意思表示出现重大误解、欺诈、强迫等情形的，继承人可以行使撤销权。我国《民法典》第 1143 条规定因欠缺遗嘱能力、受欺诈、胁迫等所立的遗嘱，继承人可以主张无效。以特定物为信托财产的，如该特定物存在瑕疵，不宜适用买卖合同有关出卖人的瑕疵担保责任，转移财产义务人（遗产管理人）不承担瑕疵担保责任。以非特定物设立信托的，如果该物上存在瑕疵，转移义务人有义务转移不存在瑕疵的财产，因该瑕疵对信托财产或受益人造成损失的，财产转移义务人承担损害赔偿的侵权责任。在遗产管理人执行遗嘱期间，因受托人就任前信托财产并非物权性地归属于受托人，而遗产管理人也非继承财产的所有人，因此，限制继承人的处分较为困难。遗产管理人的权限应采排他性管理权，应明文规定限制继承人的处分权限。但是，因继承人的处分依旧会因第三人的善意取得而失去信托财产，导致信托欠缺信托财产无法达成信托目的而终止。换言之，继承人的处分会使遗嘱信托的目的不能实现。在英美法中，遗产被视为信托财产，信托财产归属于人格代表人，可以有效防止继承人处分遗产。其次，因继承人处分设立信托的遗产，遗产管理人是否承担责任。因受托人可以请求遗产管理人履行信托财产的转移，如果遗产管理人不能转移信托财产给受托人，且遗产管理人存在重大过失的，则应承担损害赔偿责任。由于遗产管理人与继承人的关系并未被解释为代理关系，遗产管理人对谁负有善管注意义务并不明确。

（三）确定的信托受益人

受益人确定是信托设立的要件，但是，在遗嘱信托成立生效时，信托法规定需要有确定的受益人，信托行为中有能够确定受益人的标准即可，即便受益人未现存，信托也有效成立。而继承法一般要求继承开始时要存在继承人。梁慧星教授主编的《民法典建议稿》第 1938 条规定：“继承开始时生存的自然人有继承能力”。其理由是，只有具备民事权利能力者才能享有民事权利，继承权也是一种民事权利。域外立法如法国民法典第 715 条、德国民法典第 1923 条都有类似的规定。日本法中遗嘱效力发生时如不存在受遗赠人则遗赠无效。这被称之为“同时存在原则”。所谓的“同时存在原则”存在几种不同的含义：第一，防止继承人死亡时财产继承留有时间空隙，产生无主财产；第二，被继承人死亡时未存在之人不能取得权利，即尚不存在的主体如何取得权利的问题；第三，如果允许被继承人死亡时未存在之人取得将来权利，则对继承人课以不确定的义务；第四，限定被继承人死因处分的范围只为死亡时现存的主体。前两者属于技术层面的问题，后两者是从功能层面的考量。遗嘱信托，因信托财产转移给受托人，不基于受益人来判断遗产的承继衔接问题，又因遗嘱信托也不具有物权效力，遗产归属于继承人，不存在继承人时（可设置遗产财团进行弥补）的处理，在一般继承中也会存在。第二，尚未存在受益人，受益人如何取得权利。有观点认为包括生前信托在内，受益人（他益信托）不作为信托行为的当事人来解释，信托行为当时不需要现存、特定受益人，受益人特定与现存不过是信托行为的效果归属于受益人的要件。也有观点主张受益人存在作为受益权发生的生效要件，并非受益权之权利是以其归属主体空席而存在。因此，在遗嘱生效时即便受益人不现存（指定将来的受益人），与继承中的“同时存在原则”不相抵触。同理，遗赠也可以解释为以受遗赠人

存在为遗赠的生效条件，不同的是，遗赠要受遗赠人承诺进行确定，遗赠的承诺、放弃会增加继承人的不确定性的负担；而信托关系中不确定性的负担由信托受托人承担而非继承人承担，即便受益人放弃受益权，并非导致信托本身失去效力。全体受益人放弃受益权的，信托终止，信托财产归属于权利归属人，这种不确定并非对继承人产生额外的负担。第四种情形是作为一种政策判断、价值判断，来限定死因处分的范围，应以立法来确定。

（四）遗嘱信托成立时点与受托人“承诺”的涵义

1. 遗嘱信托的成立时点：遗嘱生效时

遗嘱信托属于单方法律行为，遗嘱生效时信托成立。我国《信托法》第 8 条规定采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时信托成立。但《信托法》第 13 条规定了未确定受托人以及受托人拒绝接受信托受托人时如何选任受托人，存在冲突。对遗嘱信托的成立生效时点，学界存在几种观点：依据受托人承诺的时间，被继承人死亡前承诺的，遗嘱信托在被继承人死亡时生效，在被继承人死亡后承诺的，受托人承诺时生效；或根据可否选任受托人，如果无法选定受托人，则导致信托无效；受托人的承诺 + 财产转移时，遗嘱信托成立生效，信托财产是不动产的，信托登记时生效；或主张在遗嘱有效成立时遗嘱信托成立，在被继承人死亡时，遗嘱信托生效。不管是以合同方式抑或是遗嘱方式设立的信托，财产转移并非信托成立的要件。遗嘱信托的成立不应取决于受托人是否承诺，遗嘱信托成立的时间应是立遗嘱人死亡的时间。在信托财产为应登记的不动产的，根据《信托法》第 10 条的规定，未进行信托登记的，遗嘱信托亦不产生效力。遗嘱信托也可以附条件，在条件成就时作为遗嘱内容的信托生效。比如以遗嘱方式设立公益信托，因公益信托需要获得批准（信托法第 62 条），因未明确批准是公益信托的成立要件抑或是生效要件 ，因只是限制使用公益信托的名义，应是生效要件。因此公益信托在获得批准时生效。

2. 遗嘱信托中受托人“承诺”的涵义

遗嘱信托于遗嘱人死亡时成立生效，但遗嘱信托有效成立但并不当然对受托人产生效力。只有受托人承诺受托信托时，才对受托人产生效力。受托人承诺但财产未转移给受托人，受托人不负有财产的管理义务，但也可能会产生利益冲突，仍负有禁止利益冲突的义务。受托人受托信托的承诺，是有相对人的意思表示，该意思表示应向遗产管理人作出。但是遗嘱信托的承诺与作为合同当事人的承诺（合意）存在差异。首先，信托的内容根据委托人的遗嘱已经确定，受托人只是接受该内容，不会对内容进行变更，与作为合同当事人的合意不同。第二，合同当事人的意思表示可不考虑谁先谁后的问题。而遗嘱信托，一般情况下遗嘱人会在生前就取得受托遗嘱信托的事前承诺，但肯定遗嘱生效前作出的承诺的效力，会使法律关系复杂化，即便被继承人在遗嘱之外与受托人达成协议、作出承诺，也不应承认其效力。但是，从达成协议之合同角度，因委托人的地位由其继承人继承，受托人承诺的，应负有受托信托之义务。若解释上肯定受托人负有受托义务，当出现在遗嘱中指定受托人，又在遗嘱之外签订其他人为受托人的合同时，应如何确定受托人。笔者认为这种情形应优先确定遗嘱指定的受托人。合同中约定的受托人，可基于签订的合同向委托人的继承人请求损害赔偿。该问题还涉及到能否在遗嘱之外对遗嘱进行补充以及在何种要件下可以补充的问题。比如遗嘱的记载不足以确定受益人，信托不能有效设立的情形，能否以其他文件进行补充。若该补充符合遗嘱的要件，两个文件一起可使信托有效成立。如果补充文件不符合遗嘱要件，不能确定遗嘱人的真意，则不能作为补充遗嘱的文件。这种情形在美国采用引致条款法理（Incorporation by Reference），该法理要求补充遗嘱的遗嘱之外的书面文件，在遗嘱设立时

已经存在，遗嘱制作后的文件，不能引致到遗嘱中来。当补充条款与遗嘱一起可以确定信托财产或受益人、或设立信托意思的，并且该补充条款符合遗嘱要件，遗嘱信托有效成立。美国的追加信托（“Pour-Over”），一般情形下存在先行存在的生前信托，为了补充信托财产，在委托人死亡时追加信托财产。追加也应该符合遗嘱的形式要件。综上，遗嘱信托是否指定受托人，受托人承诺与否，以及是否转移信托财产并不影响遗嘱信托的效力，遗嘱信托在遗嘱生效时生效。承诺的意义，在于确定受托人义务产生的时间，受托人从承诺时起，负有作为受托人的义务。

四、结论

遗嘱信托作为遗嘱处分遗产的一种形式，与遗赠具于同等地位，在规则适用上要兼顾遗嘱、继承规则与信托规则。因民法典遗嘱信托规则的缺失，又因遗嘱信托在身份关系上多是信托受托人、受益人为遗嘱继承人、受遗赠人的情形，本文具体分析了遗嘱信托在代位继承、转继承；遗嘱继承的放弃与遗赠的接受、放弃规则；即继承权的丧失规则；遗嘱继承的放弃与遗赠的接受、放弃规则；附义务的遗赠规则的排除适用。遗嘱信托不适用继承的同时存在原则，受益人尚未现存，信托也不因未现存而导致信托受益人未确定而无效。另一方面，论证了信托财产的遗产债务承担份额以及顺位，应参照遗嘱继承人、受遗赠人的规则处理。遗嘱信托同样要遵循必留份的约束，扣减规则应参照遗嘱继承、受遗赠的规则，具言之，必留份人可向遗产管理人或受托人请求扣减，该扣减权应为形成物权，遗嘱信托在扣减的范围内无效。在此基础上，在具体的遗嘱信托解释论上，应兼顾信托法与民法典相关规则，概言之，在现行法下，遗嘱信托的规则可细化为：遗嘱必须是符合书面的遗嘱，遗嘱信托中要有明确的设立信托的意思。原则上遗嘱信托在被继承人死亡时成立生效，而非受托人承诺时成立生效，受托人的承诺仅是受托人承担义务的时点。在财产转移方面，遗嘱信托仅具有债权效力，遵循基于法律行为的物权变动规则，因转移信托财产给受托人不是信托设立的要件，即便未发生转移财产的物权变动，信托有效设立。遗嘱信托的信托财产在转移给受托人之前，由遗产管理人管理，遗产管理人没有将遗产转为自己名下的权限，此时，遗嘱信托的财产归属于委托人的继承人。遗产管理人有义务将信托财产转移给受托人，委托人的继承人负有协助转移信托财产的义务。

丁晓东：隐私权保护与个人信息保护关系的法理——兼论《民法典》与《个人信息保护法》的适用

原创：2023-11-29　ZUEL 法商研究　丁晓东

https://mp.weixin.qq.com/s/LFF8xnaoJ_Smhfjsm2BaOQ

载《法商研究》2023 年第 6 期



（中国人民大学法学院教授、博士生导师）

目次

一、隐私权保护与个人信息保护的调整关系区分
二、隐私权保护与个人信息保护的制度区分
三、隐私权保护与个人信息保护的适用情形区分
四、《民法典》与《个人信息保护法》的适用
五、结　语

摘要　在法律制度上，隐私权保护与个人信息保护的根本区别在于法理基础：前者所保护的关系具有人际关系的特征；后者所保护的是具有人机关系特征的信息处理关系。二者立法在制度框架、适用前提、保护群体、权利性质等方面均不同，一些看似存在逻辑矛盾之处也可以解释。在不涉及信息处理关系时，法律只适用隐私权保护；在涉及信息处理关系时，二者如何适用取决于法律适用所要实现的目标、适用机关及其角色定位、制度适用的方式与制度搭配。二者关系的厘清可以为《民法典》与《个人信息保护法》的适用提供基础。应采用制度视角，将《民法典》中的个人信息条款与《个人信息保护法》视为同一制度模块。在个人信息保护中适用人格权、合同、侵权等制度时也应采取公私法融合的多维视角，结合具体治理目标选择制度工具。

关键词　隐私权　个人信息　人际关系　信息处理关系

隐私权保护与个人信息保护的关系是一个“剪不断、理还乱”的问题。一方面，隐私权与个人信息经常被混同使用，对于普通民众来说，二者基本没有区别，企业也经常将其个人信息的告知同意称为“隐私政策”。甚至法律也经常混用二者，如 1995 年《欧盟数据保护指令》（以下简称《数据保护指令》）将其立法目的之一界定为保护“隐私权”，美国则常常以“信息隐私”来指称个人信息保护，将个人信息保护纳入“大隐私”的概念范畴。另一方面，隐私权保护与个人信息保护在法律制度上的差异也非常明显，如各国的个人信息保护法都以公平信息实践原则为基础，同时包含公法制度与私法制度，这与以侵权法为基础的隐私权保护形成显著区别。

隐私权保护与个人信息保护的话语混同与制度差异带来了一系列问题。一方面，应当如何看待隐私权保护与个人信息保护的关系？为何法律制度会在隐私权保护的基础上，发展出个人信息保护的框架？如何解释隐私权保护与个人信息保护的立法差异？二者在立法上是否存在自相矛盾之处？为何隐私权比个人信息权益更核心，隐私权比个人信息所保护的信息类型更窄，但个人信息保护却在某些方面采取了更严格的制度？例如，在公法上，隐私权仅受治安管理处罚法保护，个人信息保护却被纳入刑法；在侵权法上，隐私权保护采用过错原则，而个人信息保护却采取过错推定原则。当隐私权保护与个人信息保护出现交叉时，如何看待二者在适用上的优先性？另一方面，隐私权保护与个人信息保护的关系也直接关系《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）与《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）的适用。《民法典》生效时间在前，其不仅规定了隐私权条款，而且对个人信息进行了规定，而其后生效的《个人信息保护法》则对个人信息保护进行了更详细的规

定，并且涉及人格权、合同、侵权等相关制度。在法律实践尤其是司法实践中，法院经常对《民法典》与《个人信息保护法》的适用关系感到困惑。例如，在个人同时依据《民法典》和《个人信息保护法》提起隐私权与个人信息权利诉讼时，哪部法律的适用优先？当个人对信息处理者提起人格权禁令、合同违约、个人信息侵权时，法院是否可以适用《民法典》中的人格权禁令、合同、侵权制度？对于这些问题，仍然缺乏法理层面的分析。以下笔者试从法理学与跨部门法的角度对其进行反思，以期为理论上澄清隐私权保护与个人信息保护之间的关系以及实践中《民法典》与《个人信息保护法》的适用提供助益。

一、隐私权保护与个人信息保护的调整关系区分

隐私权的兴起已经为学界所熟知。美国学者沃伦与布兰代斯将隐私权界定为“个人独处的权利”。沃伦与布兰代斯提出隐私权的年代，正是美国现代媒体尤其是各种哗众取宠媒体兴起的年代。19 世纪末，很多媒体开始采用摄影技术，对名人和社会热点事件进行跟踪、拍摄和公开，并将这些照片和信息在媒体上公开，这对很多人造成了困扰。在此之前，虽然有诽谤法等法律保护个人名誉，但并没有法律专门对隐私权进行保护。

从隐私权保护的法律特征来看，其所保护的关系具有人际关系的特征。隐私权保护采取侵权法框架，将侵权者与被侵权者拟制为能力平等的民事主体。而个人信息保护或信息隐私保护从一开始就聚焦于具有人机关系特征的信息处理关系。个人信息保护始于 20 世纪六七十年代，其背景是计算机与数据库在政府与私人部门的大规模应用。在美国，一系列计算机技术首先被用于联邦政府的规制机构。计算机技术的兴起，使相关组织对信息的处理方式发生了变化。在计算机技术兴起之前，相关组织对个人信息的收集、储存与处理都是零散性、暂时性与小规模的，但计算机的信息处理却是系统性、永久性与大规模的。美国的个人信息立法正是在这一背景下进行的。1965 年，美国提议成立国家数据中心，这直接引起了美国立法机构对计算机技术所造成的隐私侵害的关注。在随后的几年里，“计算机与隐私侵犯”“计算机与隐私”“隐私与国家数据银行概念”等一系列听证会召开。同时，美国医疗、教育与福利部门成立了一个“关于个人数据自动系统的建议小组”，对个人信息保护进行研究。正是在这一段时间，个人信息保护的法律制度开始成型。1970 年，美国首先在征信领域制定了具有个人信息保护法雏形的《美国公平信用报告法案》，要求征信机构向个人提供其记录的访问权、更正权以及授权披露等权利；1974 年，《美国隐私法案》和《美国家庭教育权利和隐私法》分别对美国联邦规制机构和教育领域处理个人信息进行了规定。1988 年，《美国计算机匹配和隐私保护法》对政府机构之间的数据交换与数据融合问题进行了规定，修正了 1974 年的《美国隐私法案》。

欧洲的情况与美国的类似。在德国、法国等国家，计算机技术被大规模应用于个人信息的储存、检索等活动，这引发了社会的广泛关切，并触发了一系列立法。1970 年，德国黑森州制定的欧洲第一部个人数据保护法——《德国黑森州数据保护法》——对行政机关利用计算机技术进行“自动化数据处理”进行了规定。1978 年，法国针对“信息计算”对“人类身份、人权、隐私，和个人或公共自由”的威胁，制定了《信息与自由法》。这一系列立法都是为了防止“数据库利用信息进行各种目的支配”。欧洲的后续立法继续聚焦信息处理关系。1981 年，欧洲委员会签署了《关于在自动处理个人数据中保护个人的公约》（即《108 号公约》），明确其保护对象为对个人数据的自动处理。1995 年《数据保护指令》聚焦于对数据的自动化处理或结构性档案处理。《数据保护指令》“重述”第 27 条指出，尽管对个人数据的保护“同样适用于数据的自动处理和手动处理”，但手动处理“仅包括存档系统，不包括非结构化文件”。

2016 年《欧盟一般数据保护条例》（以下简称《数据保护条例》）继承《数据保护指令》的规定，其第 2 条将其规范对象界定为“自动化处理”“半自动化处理”，或者为了存档系统而进行的手动处理。《数据保护条例》“重述”对此进一步澄清：“未按照特定标准构建的文档或文档集及其封面，不属于本法规定的范围”。

就隐私权保护而言，我国采用了大陆法系的法律框架。1986 年通过的《中华人民共和国民法通则》（已废止）没有规定隐私权，但 1998 年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》（已废止）第 8 条确认了个人隐私权受法律保护。2009 年通过的《中华人民共和国侵权责任法》（已废止）第 2 条将隐私权明确规定为民事权利，将隐私权纳入人格权的保护范畴。2017 年通过的《中华人民共和国民法总则》（已废止）第 110 条再次确认了自然人享有隐私权，2020 年通过的《民法典》将人格权独立成编，其中对隐私权做出了详尽的规定。《民法典》第 1032 条将隐私定义为“自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”；第 1033 条详细列举了侵犯个人隐私的行为：“（1）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；（2）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；（3）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；（4）拍摄、窥视他人身体的私密部位；（5）处理他人的私密信息；（6）以其他方式侵害他人的隐私权”。从《民法典》人格权编关于隐私权的规定看，我国隐私权的法律保护一直将其调整的关系确定为人际关系。

就个人信息保护而言，我国近年来的立法也以具有人机关系特征的信息处理关系作为调整核心。2021 年 11 月 1 日生效的《个人信息保护法》在立法技术上与欧盟相关法律相似，都以“个人信息处理”作为法律调整和保护的核心。同时，《民法典》人格权编个人信息条款也同样聚焦人机关系。无论是其中关于个人信息处理的原则、处理者的民事责任，还是个人在处理中的权利，《民法典》都以“个人信息处理”作为核心和前提。就此而言，无论是《个人信息保护法》，还是《民法典》人格权编个人信息条款，都与《民法典》人格权编隐私权保护条款存在区别。如果说后者主要将其保护关系确定为人际关系，那么前者主要将其保护关系确定为信息处理关系。

二、隐私权保护与个人信息保护的制度区分

从人际关系与人机关系的区分出发，可以初步理解隐私权保护与个人信息保护在立法或制度设计上的差异，以及解释二者在立法层面的若干表面冲突。

首先，隐私权保护与个人信息保护的制度框架不同。隐私权保护主要采取侵权法保护的方式，依赖个体向法院提起司法救济。而个人信息保护则借鉴了公平信用报告、公平劳动实践等制度，以“公平信息实践”为制度基础，采取公私法合作治理的方式对个人信息进行保护。公平信息实践原则于 1973 年由美国医疗、教育与福利部门发布，随后被广泛采用，构成如今通行的个人信息保护的基本框架。基于该原则的制度一方面对个体赋予了一系列权利，如个体对知情权、访问权、更正权、删除权等权利，要求信息处理者承担相应义务；另一方面，对信息处理者施加了一系列义务，如要求信息处理者保持处理的透明性，其收集不得超过必要的限度，其处理不得超出收集信息时的目的，其储存和使用必须保证个人信息安全。

其次，隐私权保护与个人信息保护的适用前提不同。隐私权是一种对世权，可以适用于不特定第三人，因为任何不特定第三人都可以被拟制为民法上的人，从而与被侵权者形成平等的人际关系。相反，个人信息保护只针对信息能力不平等的专业化或商业化的信息处理者，都将只具备人际关系、不具备信息处理关系的情形排除在保护范围之外。在适用前提方面，中国、欧盟与美国的立法体例虽然不同，但其底层逻辑却具有一致

性。例如，中国的《个人信息保护法》第 72 条和欧盟的《数据保护条例》第 2 条第 2 款第（c）项都明确排除了“因个人或家庭事务而处理个人信息”，以及“非结构化”的手动个人信息处理。美国亦是如此，加利福尼亚州、弗吉尼亚州、科罗拉多州、犹他州、康涅狄格州的消费者数据保护法都将小企业或不具备专业化信息处理的企业排除在适用范围之外。

再次，隐私权保护与个人信息保护的目标群体不同。隐私权所调整的是一对一的人际关系，其保护对象是个体，并不直接涉及群体。个人信息保护则不同，其所调整的是一对多或一对海量个体的关系，其保护目标虽然也从个体出发，但是实现群体保护是其重要的目标。这一点可以再次从信息处理关系上推出。如果某个主体仅仅对一个人或几个人的信息进行收集与利用，那么此类关系就会落入“因个人或家庭事务而处理个人信息”的范畴，仍然适用隐私权保护，不适用个人信息保护。美国的消费者隐私保护法也表明了这一点。

最后，隐私权保护与个人信息保护中的个体权利性质不同。隐私权是一种消极防御性的实体权利，而个人信息权利则是积极的程序性权利。消极权利与积极权利的差异较容易理解，因为隐私权强调对侵害的救济，而个人信息权利则强调个人对于自身信息的支配。较难理解的是实体性权利与程序性权利的区分。隐私权之所以具有实体性权利特征，是因为这种权利具有相对确定的基础和共识，与个体尊严和个人生活安宁密切相关。而个人信息权利之所以是程序性权利或工具性权利，是因为个人信息赋权是为了实现信息关系的有效治理，而非为了实现个人对于自身信息的绝对性支配。换句话说，个人信息权利是一种手段，而非目的本身。近年来，随着研究的深入，越来越多外国学者指出了个人信息权利的程序性或有限性。我国学者也指出，个人信息权利的性质应理解为一种规制工具，或者理解为保护人格尊严、安全以及通信自由的支配权与救济权，或者理解为一种实现多种相关权益保护的“抓手”。这些理解各有差异，但其共同点是指出个人信息权利的工具性与程序性特征。

仅从表面看，隐私权保护与个人信息保护存在逻辑上的自相矛盾之处。一方面，隐私权被认为是一种比个人信息权利更为核心的权利，如《民法典》将隐私权规定为一种“权利”，而将个人信息视为一种“权益”；《民法典》对“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定”，也表明了隐私权的保护范围更窄、程度更高。但另一方面，法律对个人信息的保护又似乎更为严格，隐私权的损害赔偿采用过错原则而个人信息保护采取过错推定原则。《中华人民共和国刑法》对侵犯个人信息的行为进行了规定（如第 253 条），但对侵犯隐私权的行为最严厉的规制仅为《中华人民共和国治安管理处罚法》（以下简称《治安管理处罚法》），其具体规定如第 42 条。

但从上文的法理分析出发，隐私权保护与个人信息保护之间的表面矛盾将不复存在。从个体的角度看，隐私权的确在大多数情形下优先于个人信息被保护权。当个人信息处理行为不涉及隐私权时，个体常常不会感受到自身权益遭受了损害，或者即使遭受了损害，此类损害也经常是风险性的和不确定性的，不如隐私权所造成的损害那么现实和具体。但个人信息保护涉及群体或海量个体，从群体保护或社会风险规制的角度出发，就可以理解为何个人信息保护的范围更广但程度更高。面对个人信息处理所可能导致的“大规模微型侵权”，法律需要对个人信息进行程度更高、范围更广的风险预防。

损害赔偿归责原则的制度矛盾也可以得到合理解释。隐私权保护的是平等个体之间的人际关系，采取一般过错原则有利于维持个体行为自由与隐私权保护的平衡。但个人信息保护的制度目标是矫正个体与信息处理者之间的信息能力不平等，同时促进信息处理合规、维护群体权益，采取

过错推定原则或违法性要件原则可以有效发挥个体“私人总检察长”的功能，利用个体诉讼倒逼信息处理者进行合规建设，维护群体权益。如果仅从个体私权维护出发，二者的损害赔偿归责原则的确存在逻辑矛盾；但如果认识到个人信息权利是一种实现群体保护与矫正信息不平等关系的程序性权利，就不难发现二者在立法上并不存在逻辑矛盾。

三、隐私权保护与个人信息保护的适用情形区分

隐私权保护与个人信息保护虽然可以在基础理论与制度设计上进行明确区分，但是在适用上可能呈现出不同情形。在不存在信息处理关系的情形中，法律只能适用隐私权保护。在存在信息处理关系的情形中，个人既可以诉诸隐私权救济，也可以诉诸个人信息保护进行救济。此时，监管机构或法院对于两种制度的适用与机构的定位、制度适用的方式、制度的搭配密切相关。

1.不存在信息处理关系的适用

在不存在人机关系或个人信息处理关系的情形中，法律对相关主体只能适用隐私权保护。将个人信息保护适用于人际关系或非个人信息处理关系，将严重限制人们的行为自由，造成普遍违法。例如，人们在日常生活中对他人信息的打听，或者机构组织对于个人信息的偶发性获取。在此类情形中，法律应当适用隐私权保护而非个人信息保护。如果在此类情形中适用个人信息保护，要求相关活动获得个人同意并赋予个人以相关信息权利，那么不仅大量日常活动将因为没有获得同意而成为违法行为，而且还会促使企业对个人去标识化信息进行重新识别，因为只有重新识别个人信息，才能保障个体的查询复制权、更正补充权、删除权等权利。

比较复杂的是一些临界情形。例如，在引起社会热议的“街拍”活动中，此类行为除了适用隐私权保护，是否可以适用个人信息保护？如果认为隐私权一般只保护私密空间或私密信息而难以保护公共场合的个人信息，那么应当适用个人信息保护。但从本文的分析出发，此类情形仍然需要看“街拍”行为是否涉及个人信息处理。如果相关街拍活动是非专业性的，那么此类活动仍然是个体自由、新闻报道与个人隐私权之间的协调问题，应当适用隐私权保护框架。相反，如果相关街拍活动涉及对大量个人信息的自动化、半自动化或结构性处理，那么此时除了可以适用隐私权保护框架，也可以适用个人信息保护法。

2.存在信息处理关系的适用

在信息处理关系下，监管机构可以对侵犯隐私或个人信息的违法行为进行监管。根据《治安管理处罚法》第 42 条的规定，“偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的”，公安机关可以对当事人“处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款”。根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第 50 条的规定，“侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的”，工商行政管理部门或者其他有关行政部门可以责令改正、警告、没收违法所得、罚款、责令停业整顿、吊销营业执照；《个人信息保护法》第 65 条也规定：“任何组织、个人有权对违法个人信息处理活动向履行个人信息保护职责的部门进行投诉、举报。收到投诉、举报的部门应当依法及时处理，并将处理结果告知投诉、举报人”。不过就监管机构而言，其定位与职能在于维护公共利益。这决定了其对隐私权保护与个人信息保护的适用重在维护公共秩序与制止违法行为，而非对个体侵害进行赔偿。在上述情形中，监管机构会制止侵害隐私权或个人信息的行为，并作出相应的处罚，但一般不对此类侵犯行为所造成的损害进行直接赔偿。国外监管机构亦是如此，无论是美国还是欧盟，其监管机构对

于侵犯隐私权或个人信息所引发的损害都不进行个体补偿。

法院对于隐私权与个人信息保护的适用则取决于不同国家对于法院的职能定位。有的国家和地区坚持法院的个体救济定位，避免法院行使监管职能。这就使得法院整体上以适用隐私权为主，排除了大部分基于个人信息保护而提起的诉讼。以美国为例，虽然美国在立法上赋予法院适用个人信息保护的权力，赋予个体基于知情权、访问权、删除权等信息权利的诉权，但在司法实践中，美国联邦最高法院从《美国联邦宪法》第 3 条出发，认为法院只能受理“案例”或“争议”，且必须以损害作为前提。只有当案件具备“具体损害”或“实质性风险”时，法院才能受理公民提出的个人信息权利之诉。这意味着美国法院更坚持传统私法定位。对于没有产生“具体损害”或“实质性风险”的个人信息侵权案件，法院仍然将其留给监管机构进行监管。

当然，在少数个人信息泄露案件中，美国法院也对传统侵权法进行了改造，以发挥侵权法的个人信息监管功能。以《加利福尼亚州消费者隐私保护法》为例，该法引入法定损害赔偿之诉，对未造成具体损害的个人信息泄露进行救济与监管。基于该法的规定，“因企业违反义务而未实施和维护合理安全程序以及采取与信息性质相符的做法来保护个人信息，致使消费者的个人信息受到未经授权的访问和泄漏、盗窃，或披露的”，消费者可以提起民事诉讼，“主张 100 美元到 750 美元的损害赔偿金或实际损害赔偿金（以数额较大者为准）；主张法院发布禁止令或确认赔偿请求；法院认为适当的任何其他救济”。不过，该法也规定，消费者应在此之前“提前 30 天向企业发出书面通知，声称企业已经或正在违反本标题之具体规定”，同时“在可以补救的情形中，如果在 30 天内，企业实际补救了所发现的违规行为，并向消费者提供了一份明确的书面声明，说明违规行为已得到补救，不再发生违规行为，那就不得对企业提起个人或集体的法定损害赔偿诉讼”。这些规定表明，美国也在少数情形中认可了法院的监管功能，通过引入法定赔偿，法院利用改造后的侵权法对个人信息进行监管。

欧盟则在个人信息保护中充分发挥法院的监管功能，限定传统私法救济角色。在监管功能方面，欧盟赋予了法院与欧盟数据保护监管机构同样的职能。根据《数据保护条例》第 79 条的规定，数据主体具有“针对控制者或处理者的有效司法救济权……任何数据主体认为，违反本条例处理其个人数据而导致本条例赋予其的权利被侵犯的，其都有获取司法救济的权利”；根据第 78 条的规定，数据主体“针对监管机构的有效司法救济权……任何自然人或法人都有权对关乎他们的由监管机构做出的有法律约束力的决定获得有效的司法救济”。这些规定意味着，欧盟的法院具有与监管机构相同的权力，可以对个人提起的个人权利诉讼进行直接救济，以及对监管机构做出的裁决进行复审。当欧盟的法院行使此类权力时，其进行的是对公法基本权利的救济，而非侵权法救济。在私法救济方面，欧盟严格限定侵权法在个人信息保护中的适用。《数据保护条例》第 82 条第 1 款规定：“任何因为违反本条例而受到物质或非物质性伤害的人都有权从控制者或数据者那里获得对损害的赔偿。”对于这一条款，欧盟委员会认定，违反《数据保护条例》本身并不意味着存在损害，欧盟各国法院也作出判决，对于没有造成实际损害的违法行为，原告无法获得赔偿。在归责方面，欧盟以违法作为侵权的前提，并引入了被告反证的权利。《数据保护条例》第 82 条第 2 款规定：“任何涉及处理的控制者都应当对因为违反本条例的处理而受到的损害承担责任。对于处理者，当其没有遵守本条例明确规定的对处理者的要求，或者当其违反控制者的合法指示时，其应当对处理所造成的损失负责”；第 3 款规定：“控制者或处理者如果证明自己对引起损失的事件没有任何责任，那么其第 2 款所规定的责任可

以免除”。这些规定意味着，欧盟整体上采取“合规吸纳侵权”的立场，侵权法在欧盟个人信息保护中发挥的作用非常有限。

我国则采取“双管齐下”的模式，既利用法院行使个人信息权利之诉的监管职能，又积极改造传统侵权法对个人信息损害之诉进行救济。一方面，《个人信息保护法》第 50 条第 2 款规定：“个人信息处理者拒绝个人行使权利的请求的，个人可以依法向人民法院提起诉讼”。这实际上引入了个人信息权利之诉，让人民法院行使类似欧盟法院或独立监管机构的职能。另一方面，《个人信息保护法》第 69 条规定：“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。前款规定的损害赔偿责任按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额”。这一规定将传统侵权法的过错原则转变为过错推定原则，并将传统侵权法的损失补偿原则改变为多重可选原则。经过这种改造，侵权法在我国个人信息保护中的地位更加突出。

我国“双管齐下”的模式与我国的国家机构设置密切相关。一方面，我国没有设置像欧盟数据保护监管机构那样统一和独立的专业监管机构，《个人信息保护法》规定的“国家网信部门”和“县级以上地方人民政府有关部门”的法治化程度仍然不足。另一方面，我国法院除了履行其个体救济功能之外，也经常承担公共监管职能，特别是近年来，我国法院不断设立环境法院/环境法庭、金融法院等领域性法院，其制度功能早已不限于传统私法的个体救济。在这一背景下，《个人信息保护法》既在第 50 条中赋予个体基于个人信息权利之诉的诉权，又通过第 69 条改造侵权法为个人提供保护。在监管机构法治化程度不高的背景下，这一制度设计具有其合理性。

不过需要强调的是，我国在个人信息保护中赋予人民法院以更大的职责，这需要以认清人民法院的定位为前提。当人民法院在个人信息权利之诉中适用法律时，其扮演的是监管角色，行使的是监管职能。当人民法院在个人信息侵权损害之诉中适用侵权法时，其目标是利用改造后的侵权法发挥威慑与治理功能。正如本文所述，个人信息侵权具有“大规模微型侵权”的特征，无论是个人信息权利之诉还是个人信息侵权损害之诉，其最终目的都是实现群体保护和信息处理关系的治理。人民法院在适用个人信息保护法的过程中，需要对自身角色与制度目标保有充分的自觉。同时，人民法院还须注意监管与侵权的配合与协调，避免监管与侵权的双重责任。

综上所述，隐私权保护与个人信息保护是两种制度工具，其适用取决于适用主体、适用目标、适用方式。当法院面临个体救治与风险预防的双重目标时，其救治方式或制度适用取决于不同的目标、机构定位，救治方式或制度工具如何选择、如何改造、如何协调搭配。

四、《民法典》与《个人信息保护法》的适用

隐私权保护与个人信息保护的关系与《民法典》和《个人信息保护法》的适用问题密切相关。由于《民法典》在人格权编中不仅规定了隐私权，而且规定了个人信息保护，而《个人信息保护法》又更为具体地对个人信息保护进行了规定，这就导致法律实践与法律理论对二者的适用关系产生了种种争议。例如，有学者主张，《民法典》是《个人信息保护法》的基础性法律，二者适用应当遵循一般法与特殊法的关系；另有学者认为，《个人信息保护法》以宪法为依据，与《民法典》属于平等关系，在适用上应当遵循平行适用原则。笔者认为，应当超越《民法典》与《个人信息保护法》的文本关系。因为无论是《民法典》还是《个人信息保护法》，都不是体系封闭的文本，二者的很多制度存在高度交叉，仅从两部法律文本出发分析

其关系，将导致问题更为复杂混乱。作为替代，笔者提出应当从文本关系转向制度关系，即从隐私权保护模块与个人信息保护模块出发，分析这两个制度模块之间的关系。在《民法典》规定个人信息条款的背景下，这就意味着将《民法典》中的个人信息条款与《个人信息保护法》视为同一制度模块，分析个人信息保护模块与隐私权、人格权、合同、侵权等传统法律制度模块的关系。

1.制度视角的优越性

首先，采用制度视角符合相关法律规定。从法律规定来看，《民法典》个人信息条款与《个人信息保护法》具有制度工具上的同质性，与《民法典》隐私权条款则有本质性差异。《民法典》第 1032 条和第 1033 条关于隐私权的规定都没有“处理”的表述。而《民法典》第 1035~1038 条个人信息保护条款均包含了“处理”的表述，并且其内容均与《个人信息保护法》具有高度相似性。例如，第 1035 条规定了个人信息处理的“合法、正当、必要”原则，第 1036 条规定了信息处理者的免责事由，第 1037 条规定了个人在信息处理中的查询、复制、更正、删除权，第 1038 条规定了信息处理者的安全保障义务。对于法律制度模块，应该根据其制度特征进行理解与适用，而非根据其所处的法律文本进行分析。就像如果《民法典》写入劳动法的相关条款，那么此时仍然应当以劳动法的逻辑对这些条款进行解读与适用。

其次，制度视角可以避免法律上的逻辑矛盾。（1）《民法典》并未像《个人信息保护法》第 72 条那样规定，将“自然人因个人或者家庭事务处理个人信息”排除在外，如果完全按照封闭的文本解释，这将得出《民法典》中个人信息保护条款可以针对“任何组织或个人”的结论。即使在非信息处理关系中获取和处理他人信息，也需要获得对方同意，而且需要保障他人的查询、复制、更正、删除权利。但正如上文分析，这一结论不符合逻辑，在非信息处理关系中适用个人信息保护，将造成人们日常生活中的普遍违法。（2）制度视角可以避免一套制度两种属性、两种适用的逻辑矛盾。《民法典》规定的个人信息查询、复制、更正、删除权利与《个人信息保护法》中的个人信息权利具有高度相似性。但如果仅从其文本归属来看，那么会得出这些权利在两部法律中保护不同权利的结论，即《民法典》中的此类权利只保护人格权，而《个人信息保护法》中的此类权利则保护“人格尊严”“人身、财产安全”的权益。此外，《民法典》并未对个人信息侵权的归责原则作出特殊规定，《个人信息保护法》第 69 条则引入过错推定原则。若完全按照文本而非制度解释，则意味着当个人在个人信息案件中提起侵权损害之诉时，可能对之适用不同的归责原则。

最后，制度视角可以大幅降低《民法典》与《个人信息保护法》适用的复杂性。以私密信息与敏感信息的关系为例，这两个概念分别规定在两部法律中，其中《民法典》第 1034 条规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定”；《个人信息保护法》则将“生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息”等“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”界定为个人敏感信息。二者的关系引起了学界诸多讨论。仅从文本或概念界定的角度看，二者难以清晰界定、不可避免存在交叉，很难把握制度适用。但如果采取制度视角，就可以发现私密信息和敏感信息仅是隐私权与个人信息保护两种制度下的概念工具：私密信息可以被理解为人际关系中不被允许的那类信息，而敏感信息则是在个人信息处理中风险较高的那类信息。其中，私密信息由于其人际关系特征，因此其范围常常需要依据双方关系而定，具有高度不确定性，如朋友之间未经同意获取对方家庭住址信息，此类行为一般不属于违法；而媒体未经个人同意曝光个人住址，则显然属于违法。在这个意义上，私密

信息更多是隐私权侵权认定后的结果，很难也不必要进行事前确定。相反，个人敏感信息由于其人机关系或信息处理关系，其所面临的风险往往与社会的客观情况相关，具有相对确定性，法律也常常采取“列举+开放”评估的模式加以界定。从隐私权制度模块与个人信息制度模块的视角出发，私密信息与敏感信息这一极为复杂的问题就可以迎刃而解。

2.制度视角下的法律适用

从制度视角出发，可以更清晰地分析《民法典》与《个人信息保护法》中的规范适用关系。

首先是人格权法适用。《民法典》第 997 条规定了人格权禁令制度，这一制度可以适用于侵害隐私权可能导致的损害，如人民法院可以针对某一视频偷拍行为发布禁令。这一制度是否可以适用于《个人信息保护法》或《民法典》中的个人信息条款？例如，当个人提起查询复制权、更正删除权却被信息处理者拒绝时，个人是否可以要求人民法院发布个人信息处理的禁令？这一问题的答案取决于个人信息处理是否可能存在违法行为或侵害大量个体，而非个人信息处理是否对个体造成损害。如果信息处理仅对某一个体造成损害，对其他主体并无影响，也并不存在违法行为，那么此时人民法院就不能发布禁令。若信息处理者的行为具有严重违法或侵害大量个体的情形，则此时人民法院可以考虑借助《民法典》第 997 条颁发禁令。不过，即使人民法院颁发禁令，也应注意这时的法院是在履行类似监管机构的职责。对于此类颁布禁令的权力，《数据保护条例》第 57 条明确将其赋予给监管机构；美国虽然赋予法院以颁布禁令等权力，但明确将其限定在个人信息泄露等情形中，并且给予企业以合规补救的机会。

其次是合同法适用。《民法典》与《个人信息保护法》中的告知同意是否适用合同法？对于信息处理者来说，答案显然是否定的，因为即使获得个人的明确同意，个人也仍然拥有个人信息的查询、复制、更正、删除、撤回、反对自动化决策等权利，信息处理者无法通过隐私政策剥夺个人的此类权利。但是，个人是否可以在信息处理者违反隐私政策的情形中适用合同法来对信息处理者提起违约之诉？此时同样需要注意的是，告知同意制度是一种一对多的授权或合法性许可制度，具有多维的治理特征。在大多数情形下，信息处理者违反其隐私政策，其所侵害的是市场竞争秩序或海量个体的个人信息被保护权；就个体而言，其所遭受的具体损失往往非常有限。因此，对于违反隐私政策的行为，个人所提起的主张具有违法举报的性质，各国对此类行为主要由监管机构进行处罚，个体的诉权则仅限于极少数情形。例如，当信息处理者与个人进行单独协商对采集的个人数据明确支付报酬时，如果信息处理者违反约定未支付报酬，那么个人可以依据合同法对信息处理者提起违约之诉。在后一种情形中，个人与信息处理者之间的关系更接近本文所称的人际关系而非人机关系。

最后是侵权法适用。在实践中，个体往往在信息处理关系中同时提起隐私权之诉、个人信息权利之诉、个人信息侵权损害之诉，此时应当适用《民法典》中的一般侵权之诉、绝对权之诉，还是《个人信息保护法》第 69 条规定的特殊侵权之诉？在归责原则上，是应当适用过错原则、无过错原则还是过错推定原则？从制度视角出发，（1）对于隐私权之诉而言，这一制度以过错原则与损害赔偿为核心，其功能更偏向于个体救济；（2）对于个人信息权利之诉而言，这一制度的实质是个体举报与公共监管，即个体向监管机构或具有监管功能的人民法院进行举报和申诉，监管机构或人民法院据此作出裁决或判决；（3）对于个人信息侵权损害之诉而言，这一制度采取过错推定、举证责任倒置、赔偿方式多样化的特殊侵权归责原则，从而发挥侵权法的威慑功能与公共治理功能。在侵权法的适用中，如果信息处理完全合规，信息处理中仅存在个体损害，那么应当注重隐私

权的适用。如果信息处理者存在违反个人信息权利的违法行为，但并不存在具体损害或风险，那么应当注重个人信息权利之诉。如果信息处理完全合规，但存在侵害群体的下游损害风险，那么应当注重个人信息侵权损害之诉。

综合而言，《民法典》与《个人信息保护法》的关系并非选择或优先适用问题。一方面，《民法典》本身是一个包含多种制度工具的工具包，其中大部分制度工具具有传统私法的特征，但很多制度也具有特殊私法的特征，如《民法典》第 1182 条的侵权归责原则也规定了过错推定原则，并且在损害赔偿中引入了“获得的利益”“实际情况”的赔偿方案。另一方面，《个人信息保护法》采取公私法融合的综合治理模式，也包含多种制度工具。在多种制度工具并存且存在交叉的背景下，关键是确定法律适用的目标，理解不同制度工具的特征与优缺点，并在此基础上选择、改造和配合使用不同的制度工具，以实现个人信息的有效治理或“精巧”治理。例如，在信息处理关系缺乏公法规制或有效监管的背景下，通过改造后的私法或特别私法，可以较为有效地利用私法发挥公共治理功能。而在个人信息处理关系已经得到有效规制的前提下，也需要坚守传统私法，避免双重治理。但无论如何，都不能简单地将适用某一目标的制度工具不加改造地用于实现另一目标。

五、结 语

隐私权保护与个人信息保护的关系是一个经典难题。本文从制度视角出发，指出隐私权保护与个人信息保护的不同在于前者调整的是平等主体之间的人际关系，依赖侵权法；后者调整的则是一对多的不平等主体之间的人机关系或个人信息处理关系，采取合作治理的保护方式。隐私权保护与个人信息保护的关系，类似传统民法与消费者保护法、传统民法与劳动法的关系。不过比起消费者保护法和劳动法，个人信息保护法呈现出更多的公法因素。其原因在于，个人信息处理所涉及的个体权益往往是“微型”权益，个体常常难以做出理性判断。面对“大规模微型侵权”，个人信息保护法需要依赖政府规制、企业自我规制与个体救济的合作治理。相反，消费关系和劳动关系中的个体权益往往涉及切实可见的利益，个体反而更可能做出符合自身利益的决定，在消费者保护与劳动者保护中，私法自治更可能发挥作用。

在区分和理解了隐私权保护与个人信息保护的逻辑后，就可以发现二者的关系是一种制度工具的关系。在纯粹人际关系中，隐私权保护是唯一可以适用的制度工具。而在人机关系或个人信息处理关系中，法律既可以适用隐私权保护，也可以适用个人信息保护。不过，这种适用取决于法律所要实现的不同制度目标以及不同的适用机构和机构定位。监管机构、角色定位为传统私法救济的法院、具有监管职能的法院对于二者的适用各不相同。从隐私权与个人信息保护的关系出发，《民法典》与《个人信息保护法》的适用问题可以迎刃而解。二者的关系应该转变为制度关系，将两部法律中的相同或类似制度作为同一制度模块加以分析。法律需要首先确定其治理目标，在此基础上选择、改造与搭配不同的制度工具。

张佳蕙丨中华优秀传统孝文化视域下老年人精神赡养权益的司法保障研究——以 105 份精神赡养纠纷判决书为分析样本

原创：2023-11-29　上海市法学会 东方法学　张佳蕙

https://mp.weixin.qq.com/s/dD-6JfXz-lTabwSnO6cnbw

张佳蕙
东南大学法学硕士研究生，东南大学党内法规研究中心研究人员

要目
一、问题的提出
二、老年人精神赡养权益的司法保障现状
三、老年人精神赡养权益的司法保障困境
四、老年人精神赡养权益保障的完善建议
结语

关键词 KEYWORD
老年人权益 精神赡养 赡养义务 司法保障 中国传统法律文化 孝文化

内容摘要 ABSTRACT

人口老龄化背景下，老年人精神赡养权益的保障已然成为较为严峻的社会问题。2013-2022 年间我国各地法院关于老年人精神赡养纠纷的 105 份判决书反映出，当下老年人精神赡养权益的司法保障仍面临诸多困境。在规范层面，相关法律规范的过于概括性导致实践中老人举证困难，家庭成员间互相推诿责任，同案不同判的现象时有发生。在执行层面，相关处罚措施空缺，威慑力不足，强制执行也不利于老年人精神赡养权益的实现。在文化层面，精神赡养背后起支撑作用的孝文化日渐式微。针对上述司法保障困境，应进一步完善精神赡养义务的具体规定，设计刚柔并济的执行方式，弘扬传统孝文化基础上的新型孝道，从而更好地维护老年人的合法权益。

一、问题的提出

随着市场经济的发展，人们的家庭结构与思想观念也随之改变，中华优秀传统孝文化的传承遭遇困境。在老年人口持续增长，空巢化问题进一步加剧的背景下，如何保障老年人的精神赡养权益，已然成为关系家庭、社会乃至国家和谐稳定的重要命题。党的二十大报告指出要“弘扬社会主义法治精神，传承中华优秀传统法律文化”。充分保障老年人的精神赡养权益，是当前中国积极应对人口老龄化和实施健康战略的重要举措，也是传承与弘扬中华优秀传统孝文化的应有之义。围绕老年人精神赡养权益的法律保障这一核心问题，笔者搜集了 2013-2022 年间我国老年人精神赡养纠纷案件，分析老年人精神赡养权益司法保障在规范层面、执行层面、文化层面所存在的疏漏，并据此提出针对性的完善建议，以期进一步完善老年人权益的司法保障机制。

二、老年人精神赡养权益的司法保障现状

截至 2023 年 1 月 24 日，笔者在中国裁判文书网上选择案由为“赡养纠纷”，案件类型为“民事案件”，文书类型为“判决书”，关键词为“精神赡养”，共检索到 248 份裁判文书。接着，笔者对这部分样本数据进行清洗，去除了其中原告或上诉人并未提出精神赡养诉求，而是判决书的说理或法律依据部分涉及“精神赡养”这一关键词的案件，以及原告不符合法律所规定的“60 周岁以上的公民”的案件。最终得到老年人精神赡养案件样本共 105 份，其中一审判决书 92 份，二审判决书 13 份。

（一）老年人精神赡养纠纷案件基本概况

自 2013 年 7 月 1 日老年人权益保障法实施以来，全国各级法院所受理的老年人赡养纠纷案件共有 20183 件，原告的诉求主要集中于物质赡养，精神赡养诉求占比仅为 0.52%。在这 105 例精神赡养案件样本中，有 99 例在提出精神赡养诉求的同时提出了经济供养的诉求，仅有 6 例是单独提出精神赡养诉求。笔者认为，之所以出现这一现象，是因为在“家丑不可外扬”“以和为贵”的文化环境下，大部分老人只有在缺乏物质条件、难以生存的境地下才会提起诉讼。物质赡养相当于经济基础，精神赡养相当于上层建筑，在物质赡养尚不能满足的情况下，更高层次的精神赡养需求量显然会更少，实现的难度也更大。

就总体时间分布而言，尽管各地法院每年所做出的精神赡养纠纷案件判决数量并不多，但总体而言呈上升趋势，一定程度上反映出司法途径在老年人精神赡养权益的保障问题上已经开始发挥重要作用，回应了老年人的精神赡养需求。（如图 1 所示）

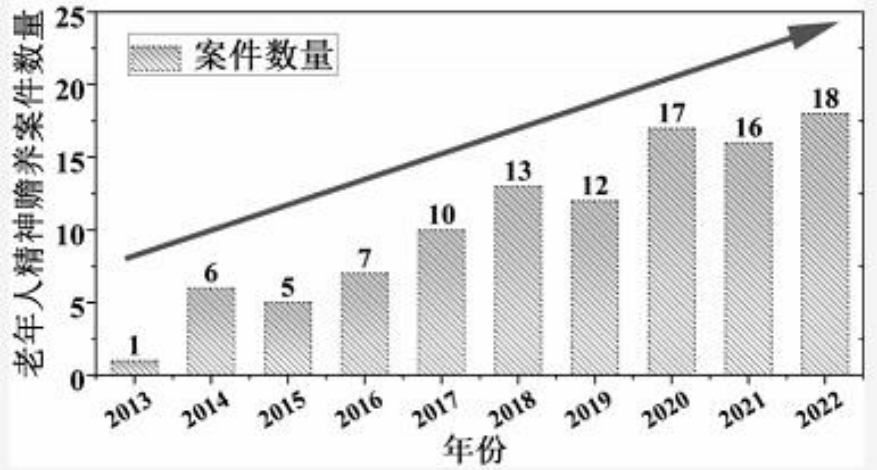


图 1　老年人精神赡养案件判决时间统计图

（二）精神赡养纠纷案件原被告关系分析

就原被告关系而言，在笔者所调查样本中，起诉主体主要是老年父母。其中 96 例为亲生父母子女关系，4 例为继父母子女关系，5 例为养父母子女关系。在继父母子女精神赡养纠纷案件中，有 3 例法院认为由于被告曾受其继父或继母的抚养教育，其权利和义务应适用婚姻法对父母子女关系的规定，因此被告应履行物质赡养与精神赡养义务。其中 1 例较为特殊，原告刘某为被告三人的继母，但刘某与马某结婚时，被告三人均已成年且具备独立生活能力，因此一审法院认为原告刘某与被告之间未形成法律意义上的抚养、教育关系，被告三人也就对刘某不承担赡养扶助义务。二审法院认为，虽然上诉人刘某在本案赡养纠纷中不具有原告主体资格，但这不影响被上诉人对继母尽道德上的赡养义务，法律对此不予强制规范。二审法院的意见体现了孝文化对司法审判的影响，在符合法律规定的前提下，尽可能地尊重了中华优秀传统文化，实现了法理与情理的有机结合。

在养父母子女精神赡养纠纷案件中，法院均判决被告作为养子应对原告尽赡养义务。这不仅仅是基于民法典关于父母子女关系的规定，也是基于原告将被告含辛茹苦抚养成人，资助其成家立业的事实的考量。各地法院在判决中均数次强调“赡养老人是中华民族的传统美德，也是作为子女的法定义务”，结合传统孝文化与法律规定做出了合情合理的裁判，实现了“情理”与“法理”的交融。

（三）精神赡养纠纷诉讼请求类型分析

在笔者所调查的样本中，原告所提出的精神赡养诉求类型相对集中，主要体现为以下 4 种。第一类是较为笼统地要求原告对被告“履行精神赡养义务”，并无具体细化的要求，共有 16 例，占比约为 7.6%。第二类诉求为定期看望或探视，探望频率与时长的要求各不相同。正所谓“每逢佳节倍思亲”，部分原告还提出了一些特殊时间点的探望要求，例如春节、重阳、中秋等中国传统佳节。这一类数量较多，共有 73 例，占比约为 69.5%。在被告由于身体、工作等原因无法上门探望的情况下，4 例案件的原告提出了通过电话、短信、微信等方式问候的诉求，具体频率包括每月至少 2 次，每周 1 次等，占比约为 3.8%。此外，由于我国老年人群体日益呈现高龄化、失能化的趋势，部分不具有独立生活及自理能力的老年人还对被告提出了陪护照料的诉求，具体包括照料老人的衣食起居、老人生病时的轮流护理等，此类共有 25 例，占比约为 24%。（如表 1 所示）

精神赡养诉讼请求类型	案件数量
履行精神赡养义务	16
定期看望、节日陪伴	73
电话问候	4
陪护照料	25

表 1　精神赡养诉讼请求类型统计表

实践中，原告并非仅提出其中一类诉求，常常同时提起多种诉求。总体而言，原告的精神赡养诉讼种类虽多，具体要求也各不相同，但大多出于对子女孝顺，儿孙绕膝、家庭和睦、天伦共享的祈盼，体现了老人们内心对子女关爱照料与精神陪伴的渴望。

（四）精神赡养纠纷诉讼结果分析

针对以上精神赡养诉求，各地法院大多予以支持，其中完全支持的有 68 例，占比约为 64.8%；部分支持的有 19 例，占比约为 18.1%。完全支持是指对于原告提出的精神赡养诉求，法院完全予以支持，甚至进一步细化规定了履行方式、履行期限以及不履行的后果等。例如在刘某某、戴某某等赡养纠纷一案中，原告提出的精神赡养诉求为“适当时间探望”，而江苏省泰兴市人民法院在判决中进一步细化了履行方式，判令除原告生病住院需陪护的情况外，正常情况下三被告应每个月至少看望原告一次，元旦、端午、重阳、中秋、国庆节，应当至少安排两个节日期间内予以看望；除夕夜至元宵节的春节期间，应当至少予以看望一次。该判决是此类案件中对履行方式规定得较为明确、细致的裁判文书之一，充分体恤了原告年老体弱、期盼子女温情探望的境况，强化了判决的执行效力，弘扬了中华民族的传统美德。

部分支持是指法院在尊重被赡养人意愿的前提下，结合子女实际情况，对原告提出的具体赡养诉求予以适当调整及限缩。例如在何某 1 与何某 2、何某 3 赡养纠纷一案中，原告希望被告何某 3 每月探视原告一次，且每次探望时长不少于 3 小时，每周通话时长不少于 15 分钟。对此，云南省石林彝族自治县人民法院首先肯定了原告要求何某 3 通过探望、打电话等方式对其给予精神慰藉并无不当，其次在充分考虑被告工作地点及原告实际生活情况的前提下指出，每月探望一次过于频繁，应以每季度一次为宜，具体探望及通话时间及持续时间长短应由双方根据实际情况确定。此类判决说明法官在司法实践中发挥了一定的主观能动性，既回应了老人的精神需求，也减缓了

被告对于限制性过强的精神赡养内容的抵触情绪，更有利于判决的落实。

此外，也有 12 例判决完全驳回了老人所提出的精神赡养诉求，占比 11.4%。法院之所以驳回，有以下三种原因。第一种是由于被告长期生活在国外，的确存在不便经常回国看望老人的客观障碍，因此法院没有支持原告的诉讼请求，但该法院也在判决书中补充指明，虽然被告长居国外，但也可以通过电话、视频等方式对老人予以慰问关怀，希望被告可以尽可能多看望老人，给予精神慰藉，体现了中华传统孝文化与现代法治精神的融合。第二种是法院认为原告的精神赡养诉求缺乏事实依据与法律依据，或是未提供证据证实被告确未尽看望义务，因此不予支持。第三种是法院认为不能单纯依靠法律的强制规范强求子女履行精神赡养义务，冰冻三尺非一日之寒，在双方积怨已久的情况下强制执行反而不利于对原告精神上的慰藉，更有可能发生不必要的冲突，影响家庭的和谐。

对原告的精神赡养诉求不予理涉的判决书共有 5 例，占比 4.8%。主要是由于法院认为原告的诉讼请求并不具体，或是直接遗漏了诉求。还有 1 例原告在一审中并未提出精神赡养诉求，但法官仍判令被告应履行看望及问候父母的义务。虽然一审法官的出发点在于保障老年人的精神赡养权益，但这部分判决内容超出了诉讼请求范围，在二审中被纠正。

值得注意的是，即使在驳回和不予理涉的 17 例裁判文书中，大部分法官都在判决说理部分肯定了精神赡养的合理性与合法性，并建议原告能以适当方式给予老人精神慰藉，传承中华民族孝亲敬老的传统美德。

精神赡养纠纷诉讼结果	案件数量
完全支持	68
部分支持	19
驳回	12
不予理涉	5

表 2　精神赡养纠纷诉讼结果统计表

三、老年人精神赡养权益的司法保障困境

（一）老年人精神赡养权益司法保障的规范困境

老年人精神赡养权益司法保障的规范困境主要在于相关法律规范过于概括性。目前，我国老年人权益保障法、民法典已对老年人精神赡养权益和家庭成员精神赡养义务做出了一定的规制，各省也依据上位法制作了老年人权益保障条例，规定了保障老年人权益的种种具体举措。据笔者统计发现，2013 至 2020 年间，老年人精神赡养纠纷案件的裁判依据主要是婚姻法第 21 条和老年人权益保障法第 14、15、18 条。民法典生效后，裁判依据主要变为老年人权益保障法及民法典第 26、1067 条。其中，老年人权益保障法第 14 和 18 条规定是司法实践中老年人精神赡养诉求的直接法律依据，也是对“常回家看看”这一生活习惯的立法表达。然而，以上法律条文只是概括性地规定了赡养人“具有精神上慰藉的义务”“家庭成员应当关心老年人的精神需求”“应当经常看望或者问候老年人”，仅达成了一种形式化的罗列，却并未进一步细化规定这些概念的具体要求，以及如何落实到实践中，从而为老年人精神赡养权益的司法保障带来以下困境。

首先，上述法律规范的概括性导致司法实践中老人举证困难，面临被驳回诉讼请求的风险。在王某甲与王某乙、王某丙等赡养纠纷一案中，法院认为原告要求被告履行看望义务，但其未提

供证据证实被告确未尽看望义务，因此对其精神赡养诉求不予支持。老年人权益保障法第 18 条规定了与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人，但是何为“经常”，何种频率以下能谓之不经常，能认定其为“未尽看望义务”？法律规范的过于概括性，使其可操作性大大降低，也使老年人精神赡养权益的司法保障面临诉求被驳回的风险。

其次，老年人权益保障法第 18 条规定看望义务的主体是“与老年人分开居住的家庭成员”，却没有对家庭成员的范围进行明确，易于导致家庭成员之间互相推诿责任。在司法实践中，常有被告主张自己并未分得父母财产，因此不应承担赡养义务，或是主张依据农村风俗，应由其他家庭成员看望照料老人。

最后，上述法律规范的过于概括性，会给法官带来较大的自由裁量空间，导致同案不同判的现象。在笔者所统计的 87 例完全支持或部分支持原告精神赡养诉求的案件中，法官所判决的精神赡养的内容和比例也各不相同。仅针对“定期看望”这一项精神赡养诉求，即出现了以下几种类型的义务履行频率。（如表 3 所示）除了原被告居住地点、工作时间等客观条件的影响，老年人精神赡养权益的受保障程度更多依赖的是法官的价值判断、裁判逻辑与生活经验。

看望频率	每周至少一次	每月至少两次	每月至少一次	每季度一次	每年至少两次	每年一次	自由协商
案件数量	12	9	17	9	8	5	2

表 3　赡养义务人履行定期看望义务的频率划分

（二）老年人精神赡养权益司法保障的执行困境

老年人精神赡养权益的司法保障也常遭遇难以执行的困境。实际上，依据法律作出要求被告履行精神赡养义务的判决并不困难，司法实践中大部分法院也都支持了原告的精神赡养诉求，但要想将判决真正执行到位，却是困难重重。

该执行困境的成因之一在于精神赡养与物质供养不同，物质供养的诉求可以依靠法律的强制力完全落实，但精神赡养诉求的实现必须依赖家庭成员的内心意愿和自觉，子女是否履行赡养义务、履行的程度如何，都不能受到法律的直接调控。法官作出的判决只能约束行为的最低限，却无法约束道德层面的问题。在与郭晓岚赡养费纠纷案、武某某与武某 1、武某 2 赡养纠纷案中，法院均认为原告要求被告上门探望照料的条件尚未成熟，如果亲情只能通过法律来维系，家庭成员间的温情也将荡然无存。判决时，法官往往会考虑原被告的实际情况，决定探望的频率和时长。但是，探望不应被标准化或是量化。每周 1 次 1 小时的陪护是合格的吗？每年 1 次的探望能化解矛盾吗？15 分钟的通话能完全传递关怀与思念吗？执行的量与质都无法被精确计算。若对“象征性探望”“回家不进门”的子女采取强制执行的措施，只会使双方的矛盾激化，精神赡养更难以实现。此外，履行精神赡养义务的形式很多，并不仅限于上文所列举的四类，既包括以积极作为的形式履行的，例如，日常探望、陪同过节、陪老人聊天、洗衣等；也包括以不作为的方式履行的，例如不干涉老人的选择，不侮辱老人等。凡是能使父母得到精神抚慰的举措，都应属于精神赡养的范畴，而这也是无法完全通过法律条文或判决书来规范的。在眭某与张某甲赡养纠纷一案中，原告提出的精神赡养诉求为责令被告尊重其婚姻自主权，不挤占或霸占其房屋。但法院在判决中却认为原告的该项诉讼请求不具体，因此不予理涉。法律规范中精神赡养义务实现方式的规定不明，造成了法官对于义务履行形式的理解阻碍，导致在现行制度框架下精神赡养很难执行到位。

该执行困境的成因还在于相关处罚措施空缺，威慑力不足。溯源我国传统孝文化的发展历史，西晋时，泰始律首次规定了“准五服以制罪”。唐律将不孝罪列入“十恶”大罪，即使拥有“八议”特权的大官僚大贵族，也不得减免，同时规定了与祖父母、父母“别财异居”者，“徒三年”。宋代的法令也反复申明“别财异居”的处罚措施，开宝二年时甚至对川峡诸州的“别财异居”者诏以死亡的重刑。大清律例甚至规定对虽无明显过失但导致父母轻生的子女处于绞刑。传统法律不仅将不孝行为纳入违法范畴，更为之制定了过于严苛的刑罚，形成了重刑罚而轻教化的局面。当下对不履行精神赡养者的处罚措施，应从上述立法经验中有选择地加以借鉴，以法律的强制力保障判决的有效执行。

（三）老年人精神赡养权益司法保障的文化困境

随着市场经济的发展以及城镇化进程的推进，人们的家庭结构与思想观念也随之改变，精神赡养背后起支撑作用的孝文化日渐式微。

人口老龄化是我国的基本国情。目前国家推行的是以居家养老为基础、以社区养老为依托、机构养老为补充的养老服务体系，家庭对于应对人口老龄化起着难以替代的作用。传统意义的大家庭逐渐被核心家庭所取代，两代人组成的三口之家模式较为普遍，这种现代家庭观念需要更多的空间自由与人格自由。同时，现代社会年轻人面临着工作生存、照顾子女的种种压力，很难长时间守在老人身边尽孝，从而导致空巢老人的数量激增，农村地区尤为严重。子女无暇顾及老人的精神赡养需求，金钱成为儿女与老人之间联系的唯一纽带。《第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查成果》显示，我国老年人高龄化、失能化的趋势显著，空巢和独居老年人已达到 1.18 亿。家庭养老功能的弱化不仅会带来个人生存本能问题，还会影响经济发展与社会稳定。此外，市场经济的浪潮促使功利主义、利己主义的价值观日益盛行，孝道的文化传统遭到了严重破坏，对孝文化的信念减弱。年迈的老人由于劳动能力减弱，在家庭中逐步丧失了原有的地位与话语权，成为弱势群体。在家庭伦理规范缺乏孝道引导的情况下，部分子女将父母视为负担，认为父母家产分配不公或是由于兄弟姐妹间的矛盾，就不再奉养老人，忘却了父母对儿女的抚养之恩，以致老年人赡养纠纷案件频发。

孝文化不仅是家庭伦理秩序的基础，也是维护社会乃至国家稳定的重要因素。家庭是社会最基础的组成单元，孝文化能够维护家庭和谐稳定，树立良好家风，从而将这种无形的道德力量，润物细无声地绵延至社会的每个角落，提供社会和谐运行的精神动力与伦理支撑。从爱家尽孝，到爱岗敬业，再到爱国奉献，从来都是一脉相承的，传承与弘扬中华优秀传统孝文化，也有利于增强民族责任感和凝聚力，助力中华民族伟大复兴。

四、老年人精神赡养权益保障的完善建议

（一）完善精神赡养义务的具体规定

针对上文所提出的精神赡养立法过于模糊化的问题，笔者认为，可以通过立法和指导案例进一步完善和细化精神赡养义务，以更好地保障老年人的精神赡养权益。

一方面，可以通过立法进一步完善精神赡养义务的主体范围和履行内容。首先，老年人权益保障法第 18 条规定看望义务的主体是“与老年人分开居住的家庭成员”，却没有对家庭成员的范围进行明确。根据民法典的相关规定，“家庭成员”应理解为狭义的承担赡养义务的成年子女。但依照朴素的价值判断与司法实践中的经验，老人也会提出对成年的孙子女、外孙子女履行精神赡养义务的诉求。此外，老年人权益保障法第 14 条规定的“老年人的子女”是否包括非婚生子女、养子女及形成扶养教育关系的继子女，应由法律予以进一步明晰。相关立法应明确精神赡养义务

的主体范围，从而为权利人和义务人提供准确的法律指引与心理预期。其次，关于上文所提出的由于法律规范过于概括性而导致的同案不同判问题，应为精神赡养义务的履行次数与履行周期划定清晰合理的范围，进一步限缩法官的自由裁量空间，为法官提供一个基本的裁量范围和边界。同时，可以通过司法解释等形式明确老年人权益保障法第 18 条中“经常”“忽视”“冷落”的具体含义，从而为法官理解和适用该条款提供指引，也有利于解决老人举证困难的问题。

另一方面，也可以通过发布指导性案例弥补相关法律规范的模糊性。2022 年 4 月 8 日，最高人民法院发布了《关于为实施积极应对人口老龄化国家战略提供司法服务和保障的意见》，并配套发布了老年人权益保护第二批典型案例。这一举措有利于完善老年人权益保障司法机制，也为今后涉老案例的审判执行工作提供了有益参考。笔者认为，可以从已结案的老年人精神赡养纠纷案件中挑选具有典型性与可参考性的案例，将其提炼、汇编入后续发布的典型案例中。从义务主体、履行方式、法律后果等方面明确相关法律条文的规范表达，既为老年人精神赡养权益的实现提供合理预期，也为法官的裁量与审判提供明晰导航。

（二）设计刚柔并济的执行方式

现行法律对于赡养义务人不履行精神赡养义务的法律后果尚未有明确规定，导致判决书中的精神赡养措施难以得到有效执行。笔者认为，应设计刚柔并济的执行方式，以提升老年人精神赡养权益的司法保障实效。

对于有赡养能力、经过多次劝诫仍不履行赡养义务的公民，可以以惩罚性规定，督促其履行相应的义务。例如，借鉴“失信者名单”措施，将其社会信用与义务履行相挂钩，如果经一定期限与多次催告仍不履行，则将其纳入黑名单，进行信用惩戒，采取限制高消费、社区公示等措施，还可以限制其从事教师、国家公职人员等职业。司法实践中已有法院为了保障赡养义务的履行效果，判决负有轮流照顾义务的子女在“下个月应接回被告时不接回被告，则由应接回赡养的被告每月补偿原赡养人 6000 元”，作出了保障判决执行效果的有益探索。江苏是全国最早进入老龄化社会的省份之一，据抽样调查显示，江苏省空巢老人比例高达 55.3%。2015 年苏州市中级人民法院即率先出台了《关于进一步发挥审判职能切实维护老年人合法权益的实施意见（试行）》，明确规定部分继承人未尽赡养义务的，判决时可视情况少分或不分遗产，以期对赡养义务人产生实际的法律约束。

当然，如果一些子女并非不愿意履行精神赡养义务，而是由于工作等客观原因不具备履行条件，那么国家应通过立法激励和支持义务人回家探望、照料父母。据统计，目前全国已有 19 个地区以地方性条例或规章的形式规定了子女护理假制度，多地护理假达 20 天。例如，河南省人口与计划生育条例在年满六十周岁的老人住院治疗期间，给予其独生子女每年累计不超过二十日的护理假。

此外，精神赡养的具体执行方式与力度应做到刚柔并济，始终以实现对老年人的精神慰藉为目的，慎重采取强制举措。在时机尚未成熟时不能一味采取诸如限制人身自由等强制执行手段，而使子女产生强烈的逆反心理，造成亲属之间关系的进一步恶化。

（三）弘扬传统孝文化基础上的新型孝道

精神赡养纠纷中的当事人间有着家庭成员间最为亲近的关系，长辈至亲提起诉讼亦是情非得已。在司法实践中，即使以法律的外部约束力强行要求子女履行精神赡养义务，也很难真正弥合亲情的裂缝，甚至会使亲属间的关系更为恶化。为从根源上改善现状，应通过孝文化直入人心的德育力量，激发子女的孝心，促使其主动承担起

精神赡养的责任。因此，笔者认为，应遵循“两有”“两相”“两创”的方针，赋予中华优秀传统孝文化新的时代内涵，挖掘其永不褪色的时代价值。

孝文化的萌芽最早可追溯至三皇五帝时代，由于科学知识的缺乏，人们对于生命延续的自然现象产生崇拜。为祈祷本族繁衍不息，祖先的供奉与祭祀仪式出现，祖先崇拜理念由此诞生。随着社会的发展与生产力的提高，在以小农经济为核心的农耕文明中，传授丰富农耕经验的长者受到后辈的尊敬与崇拜。因此，最初的孝文化既包含尊祖敬宗、崇敬先人，也蕴含着赡养老人、尊老敬老的理念。在传统社会，孝文化不仅是稳定社会秩序、维护封建统治的政治工具，也被法律赋予了高度的强制力与约束力。西周时期，《周礼·地官大司徒》中“以乡八刑纠万民”中的首刑即是“对尊亲不孝的刑罚”，统治者对“不孝”归之于罪，治之以刑，为孝道赋予了法律层面的意义。春秋战国时期，夏商周的孝道被孔子及其学生纳入儒家理论并加入完善，由相对狭隘的家族伦理转为广泛的社会准则。《吕氏春秋》中即有楚王因直躬的孝道而免除直躬和他父亲的刑罚的案例，此时的孝文化不仅仅是西周时期的政治伦理准则，而是上升为普遍个人意义上的道德修养与法律原则，形成了情理法相结合的司法模式。到两汉时期，“罢黜百家，独尊儒术”的局面为孝文化的推广提供了制度保障，孝文化成为“治天下”的政治工具，与国家体制融为一体。汉律规定，对于八十岁以上的老人，在有罪监禁期间，给予不戴刑具的优待。同时，除犯大逆不道、诏书指明追捕的犯罪外，一律不再拘捕监禁老人。种种立法规定使孝文化成为深入人心的法律意识，也将儒学仁政治国与“孝治”作为参照蓝本被确立下来，对后来近两千年的封建社会产生了深远影响。一言以概之，孝文化在漫长的历史发展历程中，由家庭伦理提升为社会伦理道德规范，又逐渐从单纯的道德准则过渡为法律强制规范，在“齐家”“平天下”等方面发挥着重要作用。

在新时代新的社会条件下，面对日益严峻的老年人精神赡养权益保障问题，我们应大力弘扬中华优秀传统孝文化，取其精华去其糟粕，在尊重传统的前提下形成社会主义新时代的新型孝道。其一，不同于传统孝文化中的家长制与封建等级关系，新型孝道强调爱的相互性与权利义务的一致性，子女应尊敬父母，对父母履行赡养义务，父母也应关爱子女，履行抚养义务。其二，子女与父母之间应是人格平等的关系，父母对子女没有法定职责之外的支配控制权，应充分尊重子女的自由意志。其三，新型孝道重“实质”而轻“形式”，对父母履行精神赡养义务的形式不应受到过多限制，重在情感与爱的真情流露。

结语

当下，中华传统优秀孝文化日渐式微，对老年人精神赡养权益的司法保障存在规范层面、执行层面、文化层面的诸多困境。在老年人口持续增长，失能和空巢化进一步加剧的背景下，如何保障老年人的精神赡养权益，已然成为关系家庭、社会乃至国家和谐稳定的重要命题。单纯依靠法律强制规范并不能真正解决老年人的精神赡养问题，重整孝道文化，唤醒人们心中的尊老敬老爱老的拳拳孝心更为重要。以孝文化以道德伦理支撑，以法律规范为威慑与指引，以刚柔并济的执行方式为落实老年人精神赡养权益的最终保障，真正实现“法安天下，德润人心”的社会效果。

来 源

《法治文化》集刊第 1 卷（中华优秀传统法律文化研究文集）。转引转载请注明出处。限于篇幅，注释从略。

责任编辑：富晓行　郭　骏

熊金才 ：离婚经济补偿数额认定标准实证研究

原创：2023-11-29 法治研究杂志社 熊金才

https://mp.weixin.qq.com/s/Wk7vB8X85xVqhIuLFkY9Hw

作者简介



熊金才，汕头大学法学院教授，法学博士

• 摘要：

离婚经济补偿标准决定补偿数额，影响裁判结果和当事人的实益，是补充数额认定的准则。由于民法典未明确补偿标准，补偿数额的确定依赖于法官的自由裁量，增加了裁判结果的不确定性。对 2021 至 2022 年 175 宗离婚经济补偿案件补偿标准适用的梳理发现，其中存在利益识别不准确、认定规则不一致、标准适用不当、不同离婚救济制度补偿标准混同等不足。明晰补偿标准适用的意思自治、利益平衡和适当性原则，厘定补偿数额认定的“利益识别 + 要素考量 + 数额认定”规则，构建以相当生活水平维系标准、人力资本标准和替代成本标准组成的补偿数额认定标准体系并明晰其适用情形，有助于提高补偿标准适用的适当性和认定规则的一致性，提升离婚经济补偿制度平衡当事人实益的效能。

• 目录：

一、补偿标准适用的现状与逻辑
（一）数据来源及案件基本情况
（二）补偿标准适用的类型化分析
（三）补偿标准适用的逻辑梳理
二、补偿标准适用的缺失及成因
（一）不同补偿标准的理解与适用之不足
（二）不同离婚救济制度及其补偿标准的混同
（三）自由裁量与同案不同判问题
三、补偿标准适用的完善路径及理据
（一）明晰补偿标准适用的原则
（二）厘定补偿数额认定的规则
四、结语

文章来源：《法治研究》2023 年第 6 期

离婚经济补偿标准是指离婚经济补偿数额确定的准则和依据，其直接决定补偿数额的多少，实质性影响当事人的实益，是离婚经济补偿纠纷解决的必要规范。由于民法典离婚经济补偿制度未明确补偿标准，在当事人对补偿数额不能达成一致所生纠纷案件的裁判中，补偿数额的确定主要依赖于法官的自由裁量。

又由于家务劳动及其他付出的身份属性、情感性，涉及婚姻的现实利益、信赖利益、期待利益等诸多婚姻利益，离婚经济补偿数额的适用标准迄今仍然存在理论和实践困境。理论界迄今未就适当生活水平维系标准、人力资本标准和替代成本标准等达成共识。司法实践以适当生活水平维系标准为“通用”标准，辅以人力资本标准和替代成本标准，补偿数额酌定的依据主要包括：家务劳动及其他付出的实际情况、婚姻关系存续期

间、夫妻双方的收入差距、当事人所在地经济发展水平、年均可支配收入等。

一、补偿标准适用的现状与逻辑

（一）数据来源及案件基本情况

检索工具平台：北大法宝；关键词：一千零八十八条；案件类型：民事案件；文书性质：判决书；文书类型：裁判文书。

通过以上维度，共获取 2021 年 1 月至 2022 年 12 月民事判决书 175 份。其中，二审案件 11 宗，占比 6.28%；一审案件 164 宗，占比 93.72%。梳理发现，该 175 宗案件中，29 宗不属于离婚经济补偿类案件。其中，离婚经济帮助案件 8 宗；离婚财产分割案件 6 宗；夫妻共同债务纠纷案件 8 宗（四宗涉及第三人撤销权之诉）；离婚损害赔偿纠纷案件 4 宗；侵权纠纷、探望权纠纷及子女抚养费纠纷案件各 1 宗。

146 宗属于离婚经济补偿纠纷的案件中，未获得法院支持的 32 宗，占比 21.91%。其中，因请求方未能提供充分证据证明其符合离婚经济补偿条件而未获得法院支持的案件 19 宗，因法院判决不准予离婚而不适用离婚经济补偿的案件 9 宗，因不符合离婚经济补偿请求权行使时间要件（离婚时未提出而在离婚后提出）未获法院支持的案件 2 宗，因当事人一方下落不明而未获支持的案件 1 宗，因同居关系未获支持的案件 1 宗。

114 宗经济补偿请求获法院支持的案件中（占比 78.08%），请求主体为男方的案件 11 宗，占比 9.65%；请求主体为女方的案件 103 宗，占比 90.35%。补偿数额最高的为 100 万元，最低的为 0.3 万元；补偿数额在 20 万元以上的案件 20 宗，占比 17.54%；补偿数额在 10 万元以上 20 万元以下的案件 18 宗，占比 15.78%；补偿数额在 10 万元以下的案件 76 宗，占比 66.66%。从补偿方式看，以离婚时适当多分财产的方式获得补偿的案件 5 宗，占比 4.38%；其他案件均为金钱给付方式，占比 95.62%。

（二）补偿标准适用的类型化分析

114 宗经济补偿请求获得法院支持的案件中，当事人通过离婚协议约定了补偿数额的案件 57 宗（包括以欠条形式承诺补偿的案件 5 宗），占比 50%。另有 3 宗案件当事人虽未签订离婚协议约定补偿数额，但诉讼过程中就补偿事宜达成一致，占比 2.63%。这些案件均为法院依据当事人离婚协议约定的数额或诉讼过程中当事人合意的数额作出的判决，不存在补偿标准的适用问题。其他获得经济补偿的 54 宗案件均为当事人未签订离婚协议且对补偿数额未达成一致的情形。通过对判决书中补偿数额酌定理据的梳理和类型化分析，该 54 宗案件补偿标准的适用概况为：适当生活水平维系标准 48 宗，占比 88.89%；人力资本标准 4 宗，占比 7.41%；替代成本标准 2 宗，占比 3.70%。

1. 适当生活水平维系标准

以适当生活水平标准认定补偿数额旨在保障请求方不因离婚而致其生活水平较离婚前的家庭生活水平或离婚后被请求方的生活水平显著降低，以实现请求方的婚姻信赖利益和期待利益。由于该标准考量因素多、适用情形广，已经成为司法实践中离婚经济补偿数额认定的“通用”标准。适用该标准的 48 宗案件的具体情形为：当事人一方以抚育子女或抚育子女及照料老人承担较多义务为依据提出补偿请求的案件 43 宗，占比 89.58%；以协助另一方工作为依据提出补偿请求的案件 5 宗，占比 10.42%。裁判实践中，法院考量的因素除当事人婚姻关系存续期间，请求方在抚育子女、照料老人、协助另一方工作方面付出的实际情况外，通常结合被请求方的经济能力、当事人家庭的生活水平、当事人所在地的经济状况及年均可支配收入等因素综合酌定补偿数额。如甘肃省卓尼县人民法院审理的（2021）甘 3022 民初 588 号

案件，法院按 2012 年甘肃省农村居民人均生活消费性支出 3665 元/年为标准计算补偿数额，确定补偿 3.29 万元（3665 元/年×9 年=32985 元）；新疆维吾尔自治区呼图壁县人民法院审理的（2021）新 2323 民初 494 号案件，法院综合考虑当地经济发展与生活水平的实际情况，酌定补偿 1 万元；陕西省定边县人民法院审理的（2021）陕 0825 民初 6369 号案件，法院根据当事人家庭的经济状况，酌定补偿 2.5 万元。

2. 人力资本标准

54 宗案件中，将人力资本减值损失或增值收益作为补偿数额认定考量因素之一的案件 4 宗，其中 3 宗案件经济补偿的请求方为全职家庭主妇。广东省佛山市顺德区人民法院审理的（2021）粤 0606 民初 30809 号案件中，女方以抚育子女辞去工作，丧失了人力资本积累的机会为由请求男方补偿 5 万元。法院经审理认为，女方因抚育子女辞去工作，存在丧失获取社会工作的机会并通过社会交往锻炼工作技能的情形，有权请求补偿，但鉴于原告全职在家照顾女儿的时间不长，酌定补偿 1 万元。山东省莱阳市人民法院审理的（2021）鲁 0682 民初 3672 号案件中，原告以抚育三个子女、协助被告工作等负担较多义务而影响了工作为由，请求补偿 500 万元。法院经审理认为，原告因家务劳动付出影响了工作属实，被告应当给予适当补偿。但该法院并未直接适用人力资本减值损失分担标准或人力资本增值收益分享标准来确定补偿数额，而是基于适当生活水平维系标准，参照 2020 年山东省城镇居民人均年可支配收入 43726 元的标准确定补偿数额，判决被告补偿原告 43726 元。

3. 替代成本标准

54 宗案件中，请求方以家政服务报酬为标准提出补偿数额的 5 宗，占比 9.26%；但法院均未直接适用替代成本标准认定补偿数额，仅有 2 宗案件法院参考了家政服务报酬情况酌定补偿数额，占比 3.70%。河南省社旗县人民法院审理的（2021）豫 1327 民初 3433 号案件中，女方因抚育子女付出较多，比照保姆工资每月 5000 元计算，要求被告补偿 30 万元。法院经审理认为，原告比照保姆每月 5000 元工资标准计算补偿数额的依据不充分，综合考虑 2017 年至诉讼时当地经济收入状况、消费支出状况等，酌定被告每月按 600 元补偿原告，计算五年共计 36000 元。山东省烟台市芝罘区人民法院审理的（2021）鲁 0602 民初 4029 号案件中，女方以抚育子女付出较多（男方为军人）为由，请求男方补偿 10 万元（自 2014 年 3 月 6 日至 2021 年 9 月 16 日按照每月 1200 元乘 90 个月取整数得出 10 万元）。法院以男方系军人，其工作性质决定女方付出更多家务劳动为理据，酌定男方补偿女方 2 万元。广东省广州市荔湾区人民法院审理的（2021）粤 0103 民初 8404 号案件中，女方以全职家庭主妇，全身心照顾家庭、抚养三名子女、赡养老人及协助男方工作为由，以诉讼时相应家务劳动的市场报酬为标准，请求补偿 445 万元（其计算标准为：保育员 5000 元/月、育婴员 7500 元/月、家政服务员 6800 元/月，即每月应获得的补偿为 1.93 万元×婚姻关系存续年限）。该请求虽未获得法院支持，但不支持的原因是婚姻关系存续期间男方已支付女方 1000 余万元且女方在离婚时已分得巨额财产。

（三）补偿标准适用的逻辑梳理

对 114 宗经济补偿请求获得法院支持的案件补偿数额认定标准适用现状的梳理发现，司法裁判中，补偿数额认定标准选择与适用的思维逻辑具有下列主要特征：第一，当事人签订了离婚协议且就补偿数额达成一致的，遵循当事人意思自治原则，以当事人合意的数额确认补偿数额。第二，当事人未就补偿数额达成一致的，以请求方提出的补偿数额及其依据为基础，综合考量其他影响补偿数额的相关因素，优先适用适当生活水平维系标准认定补偿数额，容错率高，安全稳妥，

而对替代成本标准和人力资本标准的适用非常谨慎。

1. 当事人协议数额的认定思路

当事人签订了离婚协议且就补偿数额达成一致的案件，补偿数额认定的关键是协议之有无和协议的效力，当事人约定补偿数额的依据及其合理性不为法官所关注。法院对当事人协议数额认定的思路通常为：（1）认定协议事实。审理查明协议的真实性，但不追寻约定补偿的依据及补偿数额的合理性。（2）确认协议效力。审查离婚协议尤其是补偿数额的约定是否为当事人真实的意思表示，是否存在无效及可撤销事由。（3）听取抗辩事由。基于被请求方提供的证据，审查抗辩事由是否成立。（4）确认补偿数额。在认定事实、确认协议效力、决定被请求方的抗辩事由不予采信后，确认补偿数额，即当事人协议约定的补偿数额。（5）阐明法律依据，即《民法典》第 1088 条离婚经济补偿的规定以及《民法典》第 143 条民事法律行为效力的规定。

当事人在离婚协议中约定了补偿数额，离婚后补偿义务方不履行约定的给付义务而引发的诉讼中，补偿义务方往往以意思表示不真实、经营困难、收入降低等为抗辩，但通常因证据不充分而不被法院采信。57 宗该类案件中，法院判决认定的数额为离婚协议约定之数额的 55 宗，占比 96.5%；2 宗法院酌定减少补偿数额的案件仅 1 宗属于实质性变更，另 1 宗为剔除离婚后又重新共同生活期间的补偿数额。因此，该类案件的裁判文书一般仅载明事实和理由、协议效力、判决结果和法律依据，不阐明补偿标准。裁判文书的表述也基本一致，均认定案涉离婚协议系在协议离婚时自愿签订，意思表示真实，对当事人双方均具有约束力，被请求方的抗辩事由因证据不充分而不予采信，应按照离婚协议的约定履行给付义务。

2. 由法院酌定数额的裁判思路

当事人离婚时未对补偿数额作出约定，且诉讼过程中仍未能够达成一致的经济补偿纠纷案件，需要法院酌定补偿数额。通过对 54 宗该类案件审理思路的梳理发现，法院酌定补偿数额的逻辑结构概可归纳为：（1）查明事实与理由。通俗讲就是听当事人“讲故事”，即结婚时间、家庭状况、婚姻关系存续期间、家务劳动及其他付出情况、离婚事由、补偿请求及依据，被请求方的观点、抗辩事由、事实及理由等。（2）理脉络、定争点。根据当事人的陈述、查明的事实与理由以及当事人的主张等，理清纠纷缘由，厘定争议焦点，运用逻辑思维对事实进行推理和判断。（3）确定补偿标准及其依据。根据个案具体情形选定补偿标准及考量因素，如家务劳动及其他付出的实际情况、当事人所在地的经济状况等。（4）作出判决并明确判决的法律依据。

对该 54 宗案件补偿标准适用情况的梳理发现，法院选择补偿标准的思维逻辑是安全稳妥为先，当事人实益平衡往往被忽略。因此，覆盖情形广、考量因素多、容错率高的适当生活水平维系标准成为法院酌定补偿数额的“通用标准”。替代成本标准因过于直白、不符合家务劳动付出的人身属性、难以体现家务劳动及其他付出所蕴含的抽象价值等缺陷，裁判实践中直接适用该标准的鲜见。人力资本标准因评估机制缺失、人力资本减值损失和增值收益认定难等，裁判实践中适用的几率亦不高。此外，相当比重的判决书对补偿标准及补偿数额确定的依据阐述不充分，说理不透彻，导致判决结果的说服力不足。

二、补偿标准适用的缺失及成因

对 54 份判决书的梳理发现，裁判实践中离婚经济补偿数额认定标准的适用存在下列主要问题：第一，对适当生活水平维系标准、人力资本标准及替代成本标准的内涵、功能区分和适宜适用的情形理解不到位、把握不准确，存在适用不当问题。第二，离婚经济补偿与离婚经济帮助以及离

婚损害赔偿的标准混同，导致法律适用错误，裁判结果不公，当事人实益不平衡。第三，对同一补偿标准的理解不同，适用的情形有别，考量的要素及参照指标不一致，同案不同判乃至相反判决的现象较为普遍。

（一）不同补偿标准的理解与适用之不足

1. 适当生活水平维系标准的理解与适用存在的问题

适当生活水平维系标准中的“生活水平”宜理解为“当事人离婚前的生活水平”及“离婚后被请求方的生活水平”，而非当事人所在地居民的基本生活水平；“适当”的准确用语应为“相当”，即与离婚前的生活水平相当或与离婚后被请求方的生活水平相当。二者的内涵不同，参照标准有别，考量因素各异，补偿数额的认定结果差异明显。相当生活水平参照的是当事人婚姻关系存续期间的家庭生活水平或离婚后被请求方的生活水平，考量的是离婚前当事人家庭的经济状况或离婚后被请求方的收入情况，目的是维护请求方的婚姻信赖利益和期待利益，保障其生活水平不因离婚而显著降低，实现离婚经济补偿制度的矫正和平衡价值。但在裁判实践中，法院频频以当事人所在地经济状况、年均可支配收入或人均生活消费性支出为依据确定补偿数额，折射出其对适当生活水平维系标准理解不准确、标准适用不当、裁判结果不公问题，不利于个案当事人实益的平衡，且有混淆离婚经济帮助与离婚经济补偿之疑。

2. 人力资本标准的理解与适用之不足

人力资本是蕴含于人身的知识、能力、素质等存量之总和，对个人的就业竞争力和经济收入产生决定性影响，这一点在数字经济、知识经济为特征的新经济时代体现得尤为明显。婚姻关系存续期间，配偶一方基于对婚姻利益的信赖和预期，为抚育子女、照料老人或协助另一方事业发展而放弃个人提升机会的，离婚后因其人力资本积累不够，就业竞争力不足，获取经济收入的能力下降。该人力资本减值损失与其家务劳动付出或其他方面的付出有直接因果关系，离婚时理应获得补偿或有权分享另一方人力资本增值收益。对婚姻关系持续期间较长、家务劳动付出显著失衡、付出方人力资本减值明显的情形，人力资本减值损失分担或增值收益分享标准能够有效平衡当事人之间的实益。但司法实践层面普遍存在对该标准认知不足、认同度不高问题，致使该标准适用率低。即使在考量了人力资本因素确定补偿数额的案例中，因人力资本减值损失或增值收益的价值评估机制及认定规则缺失，酌定的补偿数额低，难以充分体现人力资本的价值。

3. 替代成本标准的理解与适用之不足

替代成本标准参照家政服务行业最相类似家政服务的报酬标准计算补偿数额，主要考量请求方多承担家务劳动的时长和强度。该标准将复杂的家务劳动价值市场化，为婚姻关系持续期间不长、具体家务劳动付出争议不大且不涉及人力资本减损的案件补偿数额的确定提供了简单、可操作的认定标准，存在一定的适用空间。但由于该补偿标准与家务劳动付出的人身属性相悖，且难以体现具体家务劳动的抽象价值，理论界对其认同度不高，实务界在适用该标准时极为审慎，存在将简单的具体家务劳动补偿案件复杂化的问题。当请求方以替代成本为依据提出补偿数额时，法院往往根据请求方承担较多家务劳动的实际情况，结合案涉当事人婚姻关系存续期间、补偿方的经济能力以及当地年均可支配收入等具体情形作出判决，实质上适用的是当事人所在地的适当或基本生活水平维系标准。

（二）不同离婚救济制度及其补偿标准的混同

离婚经济补偿、离婚损害赔偿和离婚经济帮助三种离婚救济制度的立法旨意不同，功能有别，标准各异。离婚经济补偿不以被请求方存在重大过错为前提，因此不同于离婚损害赔偿；不以离

婚时请求方生活困难为要件，故而有别于离婚经济帮助。从三种离婚救济制度的立法旨意及其适用的标准看，离婚经济补偿旨在确认家务劳动及其他付出的价值，平衡当事人间的实益，以相当生活水平维系标准、人力资本标准、替代成本标准等确定补偿数额。离婚损害赔偿具有填补精神损害、抚慰受害方、制裁过错方等多重价值，损害赔偿的标准视个案情形不同包括填补标准、抚慰标准和惩罚标准。离婚经济帮助旨在保障请求方不因离婚而陷于生活困境，标准包括绝对困难标准和相对困难标准。其中，绝对困难标准是指请求方依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平；相对困难标准是指请求方离婚后生活水平较离婚前显著降低。裁判实践中三种离婚救济制度的混淆必然产生数额确定标准的混同，导致法律适用错误，裁判结果不公，影响当事人实益，损及司法公信力。

对 2021 年 1 月至 2022 年 12 月 175 份民事判决书的梳理发现（检索关键词为一千零八十八条），其中 29 宗不属于离婚经济补偿类案件，包括离婚经济帮助类案件 8 宗、离婚损害赔偿类案件 4 宗。属于离婚经济帮助和离婚损害赔偿的 12 宗案件中，存在法院判决与当事人诉讼请求、事实依据不一致或适用的法律依据与判决结果相矛盾等问题。甘肃省东乡族自治县人民法院审理的（2021）甘 2926 民初 721 号案件中，法院经审理认为：“被告为抚育子女，操持家务，经营饭馆等付出了艰辛的劳动，离婚时应当从家庭共同财产中得到补偿。”但该院却依据《民法典》第 1088 条判决原告闵某某给付被告袁某某经济帮助费 1 万元。该院审理的（2021）甘 2926 民初 2195 号案件以及（2021）甘 2926 民初 873 号案件同样根据《民法典》第 1088 条分别判决原告给付被告经济帮助费 3 万元和被告给付原告经济帮助费 2 万元。福建省莆田市城厢区人民法院审理的（2021）闽 0302 民初 59 号案件中，法院依据《民法典》第 1088 条判决原告依照约定支付被告精神损害赔偿金 8 万元（离婚损害赔偿的法律依据是《民法典》第 1091 条）。

（三）自由裁量与同案不同判问题

由于民法典离婚经济补偿制度补偿标准的缺失，离婚经济补偿数额的确定缺乏统一的标准和明确的指引，补偿数额的认定依赖于法官的自由裁量。加之不同法官的知识、能力和素养有别，对离婚经济补偿制度的价值认知不同，对不同补偿标准乃至同一补偿标准的适用范围和具体情形的理解存在差异，同案不同判乃至相反判决的现象普遍。如，同为当事人一方为军人的案件，不同法院适用的补偿标准及其理据差异显著。山东省烟台市芝罘区人民法院审理的（2021）鲁 0602 民初 4029 号案件中，法院认为原告系现役军人，其工作性质要求其必须服从部队管理规定长期驻外，并不能因此否定原告对家庭的照顾。法院以此为由，判决被请求方（军人）补偿请求方 2 万元（原告请求补偿 10 万元）。而本溪市溪湖区人民法院审理的（2021）辽 0503 民初 798 号案件中，女方以男方为军人，自己独自承担抚养孩子、照顾老人的责任为由，请求补偿 5 万元。法院认为，女方所述属实，其补偿请求符合法律规定，予以支持。

同案不同判问题还体现于法官对补偿标准认定的依据或考量要素理解的不同导致的裁判结果差异方面。江西省抚州市中级人民法院审理的（2021）赣 10 民终 1726 号案件中，法院认为，“补偿约定可能出于双方婚姻关系中的各种原因，并不需要局限于抚育子女、照料老人等。《民法典》第 1088 条只是对夫妻一方应当获得离婚补偿金情形的明确规定，并不能据此排除夫妻一方获得离婚补偿的其他条件。一审法院‘将夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的’作为获得离婚补偿的充分必要条件，属于理解法律错误，应予纠正”。该案二审最终判决：双方签订的离婚协议书合法有效，被上诉

人应依约履行离婚协议约定的补偿上诉人 100 万元的义务。该判决表明，离婚经济补偿数额已不再局限于《民法典》第 1088 条规定的抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等情形，还包括其他付出的补偿。

三、补偿标准适用的完善路径及理据

裁判实践中离婚经济补偿数额认定标准之适用存在的一系列问题不仅会导致裁判结果的不公正，损及当事人实益，由此产生的大量同案不同判现象亦会损及司法公信力和离婚经济补偿制度的价值。在补偿标准立法缺失的背景下，司法层面应总结裁判实践中标准适用的经验和不足，厘清存在的问题及其成因并予以针对性完善，推进补偿标准适用的统一和规范，并通过司法解释或指导性案例的方式为司法裁判提供明确的指引。基于实证研究发现的普遍性问题，宜从下列两个方面予以完善：明晰补偿标准适用的意思自治原则、利益平衡原则和适当性原则；厘定补偿数额认定的“利益识别 + 要素考量 + 数额认定”规则。

（一）明晰补偿标准适用的原则

离婚经济补偿标准适用的原则是指离婚经济补偿数额认定标准选择和适用的原理和准则，其决定补偿标准适用的价值取向，确立补偿标准适用的指导思想和基本精神，贯穿于补偿数额认定的各个环节，具有填补离婚经济补偿标准立法漏洞、解释补偿标准适用规则、框定自由裁量之范围的作用。基于离婚经济补偿制度的立法旨意以及裁判实践中补偿标准适用存在的普遍性问题，补偿标准的适用宜遵循意思自治原则、利益平衡原则和适当性原则。

1. 意思自治原则

意思自治原则是指民事主体依照自己的意志设立、变更或者终止民事法律关系的基本准则。其赋予民事主体对自己事务的自决权，即民事主体在法律允许的范围内自主决定自己的事务、自由从事各项民事活动的权利。基于意思自治原则，当事人在离婚时或诉讼过程中就经济补偿达成的协议是双方对婚姻关系存续期间的身份利益、财产利益、情感纠葛等各方面关系的一次性清理，也是双方在权衡利弊后为终结婚姻关系作出的相互承诺，对双方均具有约束力，裁判者亦应当予以尊重。离婚协议约定的补偿数额的影响因素众多、情况复杂，非当事人难以知悉。因此，对当事人就补偿数额达成一致的情形，案涉纠纷的解决应遵循意思自治原则，以当事人的约定或合意为准则确认补偿数额。在该类案件的裁判过程中，法院无须探寻协议约定的补偿数额之合理性，仅须审查协议的效力，即当事人的意思表示是否存在瑕疵，是否存在无效或可撤销之事由，以及若存在可撤销之事由，撤销权行使的期限是否届满等。基于审理查明的上述事实，依据《民法典》第 143 条民事法律行为效力的规定及《民法典》第 1088 条离婚经济补偿的规定，依法作出判决。

2. 利益平衡原则

利益平衡原则是指当事人之间、权利与义务主体之间、个人与社会之间的利益应当符合公平的价值理念，使相关各方的利益在共存和相容的基础上达到合理的优化状态。婚姻关系存续期间夫妻在家务劳动及其他方面付出的实质差异会导致诸多利益的失衡，其中包括但不限于：付出与收入分离导致的现实利益的失衡，如女方在家抚育子女、照料老人，男方经营企业获取收益，但女方未充分合理分享男方的收益；付出与收入不同步导致的婚姻信赖利益和期待利益的失衡，如女方贡献男方人力资本积累，男方人力资本积累的价值体现于离婚后收入的增加，女方付出的信赖和预期落空。现有三大离婚救济制度中，离婚财产分割以现实财产为限，离婚经济帮助以维系请求方的基本生活为目的，均难以完满平衡当事人之间的利益。可行的选择是通过离婚经济补偿制度的利益平衡功能，将婚姻的现实利益、信赖利益以及期待利益均纳入补偿数额认定的考量因素

之中，包括请求方人力资本减值损失的补偿和被请求方人力资本增值收益的分享。利益平衡原则的确立有助于为裁判实践中补偿数额认定标准的适用提供明确的指引，矫正婚姻关系存续期间当事人付出与收入分离或不同步产生的不合理的利益关系，使当事人的实益达到合理的优化状态。

3. 适当性原则

适当性原则要求手段与目的之间具有实质性关联，即手段符合目的，或手段有助于目的实现。以适当性为原则选择和适用离婚经济补偿数额认定的标准，要求裁判者以事实为依据，以补偿标准为手段，以实益平衡为价值取向，根据个案具体情形选择适用最相契合的补偿标准，做到标准适用与个案情形相适应、标准手段的选择与实益平衡目标相适应，公平、高效解决纠纷。因此，将适当性设定为离婚经济补偿数额认定标准选择与适用的原则，能够深化裁判者对离婚经济补偿制度价值的认知和认同，促进裁判者厘清不同离婚救济制度补偿标准以及离婚经济补偿数额认定不同标准的功能区分和适用情形差异，不仅有助于解决裁判实践中补偿标准适用存在的标准混同、标准适用不当、同案不同判、结果不公正等问题，亦有助于引导裁判者在实践中不断创新，形成由相当生活水平维系标准、人力资本减损补偿标准或人力资本增值收益分享标准、替代成本标准等构成的多元化标准体系，更好满足不同情形下补偿标准的差异化需求。

（二）厘定补偿数额认定的规则

由于夫妻关系涉及婚姻的现实利益、信赖利益、期待利益等诸多婚姻利益，家务劳动及其他付出的价值以及人力资本减损或增值所生之经济利益之得失的确定存在理论和实践双重困境。补偿标准适用过程中补偿数额认定规则的缺失和“碎片化”导致补偿数额酌定时考量因素不一致、参照指标不统一，是不同离婚救济制度补偿标准混同以及不同离婚经济补偿标准混同的重要原因之一。理论上，替代成本标准与家务劳动及其他付出的人身属性相背离，人力资本标准对未来可得利益的分享超越现实利益的边界，适当生活水平维系标准的内涵仍未形成共识。司法实践中，存在具体家务劳动的抽象价值测度难、人力资本减值损失或增值收益计量难、适当生活水平考量因素共识难等困境。构建“利益识别 + 要素考量 + 数额认定”三步骤认定规则有助于厘清离婚经济补偿纠纷案件的裁判逻辑，明确补偿标准选择的依据，统一补偿数额酌定的因素，实现离婚经济补偿数额认定规则的理论突破和实践创新。

1. 利益识别

离婚经济补偿数额认定中的利益识别是指通过对请求方补偿请求之事实和依据的审理，查明其请求依据，辨析其请求补偿的利益类型。利益识别作为补偿数额认定的规则，框定补偿数额酌定的要素和参照指标，是补偿数额判定的基础依据。一定意义上讲，离婚经济补偿数额认定的过程就是利益识别、利益分析和利益平衡的过程，即法官基于审理查明的事实和依据，分析案涉利益的本质特征并据此对其归类，进而选择适用与之相应的标准评估价值，认定补偿数额，达成利益平衡之目的。如原告以协助另一方经营诊所为由，离婚时请求被告按月支付报酬，属于具体劳动直接经济利益损失的补偿，不涉及间接利益、人力资本减损等，宜直接适用替代成本标准酌定补偿数额；又如，两个本科同学毕业后结为夫妻，婚后女方作为全职家庭主妇抚育两个子女，支持男方深造直至博士毕业。离婚时，女方以抚育子女、支持男方学习为由请求经济补偿。该案中，女方损失的核心利益是婚姻的信赖利益和期待利益，有权请求分享男方人力资本的增值收益，该收益不限于已经获得的现实利益，还应包括男方未来确定可以获得的收益，因此宜适用人力资本标准酌定补偿数额。

2. 要素考量

考量要素是离婚经济补偿数额认定的依据，如抚育子女、照料老人、协助另一方工作、贡献另一方人力资本积累等。不同补偿标准适用的情形不同，考量要素有别。替代成本标准根据家政服务行业最相类似具体家政服务的报酬标准来计算家务劳动的价值，需要考量家务劳动付出的时间，如婚姻关系存续期间、是否全职家庭主妇或主夫；强度，如抚育子女、赡养老人的数量以及受照护者的身心健康状况；协助另一方工作的繁杂程度等。人力资本标准包括人力资本减值损失分担标准和人力资本增值收益分享标准，二者为同一个标准的两个不同测度方法。前者考量的是家务劳动或其他付出对请求方人力资本积累机会产生的不利影响导致的就业竞争力不足、收入下降的程度；后者考量的是被请求方因较少承担家务劳动而获取了更多人力资本积累的机会对其就业竞争力和收入能力的积极影响、影响程度及其与请求方付出的关联程度等。相当生活水平维系标准旨在保障请求方不因离婚而致其生活水平较离婚前的生活水平显著降低或离婚后与被请求方的生活水平相比显著降低。因此，其考量的因素主要是婚姻关系存续期间当事人家庭的生活水平，婚姻解体后当事人各方的生活水平，各方获取收益的能力（如年龄、职业、受教育程度和就业竞争力等）。

3. 数额认定

数额认定是指在识别利益类型，确定适当的补偿标准，明确相应标准的考量要素的基础上对离婚经济补偿数额的确认。数额认定决定裁判结果和利益平衡实现的程度，需要合理选择参照指标和计量标准。替代成本标准参照当事人所在地家政服务人员的单位时间平均工资×家务劳动时间=家务劳动补偿的金额，如平均工资为每小时 30 元，请求方每天多付出的家务劳动时间为 4 小时，即认定的补偿数额为每天 120 元。人力资本标准参照学历、文凭、执照、资格证书、职务晋升相应岗位等所能产生的增量收益认定补偿数额。补偿数额认定的方法是将被请求方人力资本积累形成后所获收益减去人力资本积累形成之前的收益所剩余额，该余额即为当事人双方应当分享的数额。考虑到人力资本增值收益的时间性、持续性等特征，人力资本增值收益的分享既包括已经取得的收益，也包括未来可以取得的收益，但应根据个案具体情形设定适当的补偿期间，如以婚姻关系存续期间为补偿期间或以正常情形下请求方积累相应人力资本所需年限为补偿期间。相当生活水平维系标准参照当事人离婚前的家庭收入水平或离婚后双方的收入状况和财产状况认定补偿数额。其中的收入包括但不限于双方的工资性收入、转移性收入、经营性收入、财产性收入等，财产包括但不限于财产存量，包括动产、不动产、投资性财产和存款、继承及受赠财产等。

四、结语

离婚经济补偿案件争议的焦点在于补与不补或补多与补少，补偿标准解决的是补多与补少的问题。补偿标准框定认定规则、决定补偿数额，影响裁判结果和当事人的实益，是离婚经济补充数额认定的准则。由于民法典离婚经济补偿制度未明确补偿标准，补偿数额的确定主要依赖于法官的自由裁量，加之裁判者对离婚经济补偿制度价值认知和认同的差异，裁判实践中补偿数额的确定存在不同离婚救济制度补偿标准混同、对离婚经济补偿不同标准的功能区分和适用情形理解不充分、利益识别不准、认定规则不一、依据不明确等一系列问题。在补偿标准立法缺失的背景下，通过实践创新突破理论困境，以意思自治、利益平衡和适当性为补偿标准适用的原则遵循，以“利益识别 + 要素考量 + 数额认定”三步骤厘定补偿数额的认定规则，构建以相当生活水平维系标准、人力资本标准和替代成本标准构成的多元化经济补偿标准体系，有助于统一补偿数额酌定的标准和认定规则，提高补偿标准适用的适当性。离婚经济补偿数额认定的各个标准繁简有别，体

现的婚姻利益不同，适用情形存在差异，存在基于个案具体情形独立适用的空间。裁判者应强化利益识别意识，提升基于个案具体情形准确适用相应补偿标准和认定规则的能力，实现公平、高效裁判，为当事人的权益提供周全的保护。

抢夺藏匿孩子是司法问题，更是社会问题
——离婚案件中“抢夺、藏匿未成年子女”行为的法律分析

2023-11-29 中国妇女报官方客户端

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2023-11/29/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20231129_1-5.htm?time=1701228475155

■ 陈爱武

儿童不仅是父母的子女，也是国家的财富，承载着国家的希望和民族的未来。

尽管父母、家庭在护佑儿童健康成长过程中发挥着重要作用，但儿童在以成人为主导的社会中仍处于明显的弱势地位，当父母因离婚而在法院相互攻击、因监护权而争论不休，乃至抢夺、藏匿子女时，儿童诸多权益受到损害。

据不完全统计，大多数抢夺、藏匿孩子实施方为父亲

实践中，抢夺、藏匿未成年子女已成为离婚案件中的高发事件。据不完全统计，在中国裁判文书网，从 2007 年到 2020 年收集到 749 个涉及抚养权和探望权的案件，其中 12.68%的案件伴有抢夺、藏匿孩子的行为。在离婚判决确定抚养权的判项中，拒不履行交付未成年子女，是一方在另一方获得抚养权后的惯常做法，且实施方多为父亲一方。

离婚案件中抢夺、藏匿孩子现象既是司法问题，更是社会问题，这一行为频发的背后隐藏着深层次的原因：

其一，观念和情感因素。有一些父母或亲族长辈基于对孩子畸形的爱以及狭隘的家庭血脉传承需求，在发生离婚诉讼时，先下手为强，通过抢夺、藏匿行为将孩子控制；

其二，诉讼需求。离婚前抢夺、藏匿子女，切断其与父母另一方的联系，造成孩子随其共同生活更有利于孩子健康成长的假象，以便在离婚诉讼中顺利获得孩子抚养权；

其三，为了惩罚提出离婚请求的一方。实践中，夫妻一方，为了阻止另一方提出离婚，将孩子作为砝码进行威胁控制，迫使其放弃离婚的念头。

离婚案件中抢夺、藏匿子女的行为多针对低龄儿童实施。有调查显示，年龄 6 周岁以下被抢夺、藏匿的孩子比例占 70%以上。年龄越小的孩子越容易控制，抢夺后带离藏匿的成本低，风险小；6 周岁以下的孩子尚未入学，带走藏匿不影响其教育权益，抢夺藏匿者的心理负疚感大大降低；在离婚诉讼中确定抚养权时不需要征求低龄儿童的意见。反之，如果孩子满 8 周岁，不仅控制较为困难，而且作为限制行为能力人，法院在离婚诉讼中必须征求其意见。

抢夺、藏匿孩子涉嫌侵害孩子的多项权益

父母一方在抢夺、藏匿孩子时往往伴随着对孩子多项权益的侵害。

首先，抢夺、藏匿孩子可能侵害孩子的人身权利。一是抢夺、藏匿孩子可能伴随着孩子的身体伤害或家暴发生。当年幼的孩子因为环境变化而哭闹时，威胁、恐吓甚至打骂孩子很难避免。二是抢夺、藏匿孩子，容易造成孩子心理、行为、认知、情绪、潜意识等发生改变，造成心理创伤。被抢夺、藏匿孩子常常处于居无定所、脱离同龄人的生活之中，造成的心理影响可延续至成年以后。

其次，抢夺、藏匿孩子涉及侵犯孩子的受教育权。实践中，有一些自私的父亲或母亲为了防止对方找到孩子，将孩子从优质学区或幼儿园带走，转至条件相对较差的地方，或者干脆辍学在家，严重侵害孩子的受教育权和发展权。

最后，抢夺、藏匿孩子还可能导致孩子的生活水平下降。原先在和平安宁的家庭环境下，父母双方以及两个家族一起抚养孩子，孩子获得的养育资源较为丰富，生活质量较高。一旦出现一方将孩子抢夺、藏匿，孩子的生活多陷于困顿中，甚至有案例导致孩子营养不良。

抢夺、藏匿孩子行为的性质界定

离婚诉讼中父母抢夺、藏匿未成年子女不是一般的家庭纠纷或者家庭矛盾，而是严重的违法行为。

我国 2020 年新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》第二十四条明确规定：未成年人的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。这一条文是法律首次对 “抢夺、藏匿孩子”现象给予了明确的否定性评价，意味着抢夺、藏匿未成年子女是违法行为，此其一；

其二，抢夺、藏匿孩子行为是一种侵权行为。根据《中华人民共和国民法典》的相关规定，父母在未成年子女的抚养、教育和保护方面享有平等的权利、承担平等的义务，离婚诉讼中一方抢夺、藏匿子女不仅侵犯了对方对未成年子女的监护权，也侵害了与子女会面交往的探视权。

其三，抢夺、藏匿孩子可能构成刑事犯罪。在域外很多国家或地区的法律中，父母未经对方同意带走孩子可能涉嫌诱拐儿童的重罪，面临极为严重的处罚。例如美国针对儿童拐带现象，制定了《统一预防儿童拐带法》；欧洲人权法院也将父母一方拒绝子女与另一方接触的行为上升到刑事层面。

就我国目前的立法而言，如果抢夺、藏匿孩子的一方将孩子非法送养或者变相卖掉，则可能构成拐卖儿童罪。但针对抢夺、藏匿子女行为本身，尚没有专门设立的罪名。

法律规制抢夺、藏匿孩子的行为

近年来，为了规制抢孩子的违法行为，每年都有全国或地方人大代表就此提出议案，紫丝带妈妈群体集体委托人大代表发声也有若干次。

从法律层面看，规制抢夺、藏匿孩子可以采取多管齐下、多措并举的方式予以回应，并可以进一步完善救济措施，扩大救济途径。

具体而言：

第一，将抢夺、藏匿子女的行为列入人身安全保护令的申请事由。实践中，河北、河南、江苏已经在省级地方性法规反家庭暴力条例中，将抢夺、藏匿未成年子女的行为列入人身安全保护令的保护范围，为防止和遏制抢夺、藏匿孩子现象提供了新思路。广东省高级人民法院发布的《广东法院审理离婚案件程序指引》，则将抢夺、转移、藏匿未成年子女的行为列入行为保全情形，起到同样的震慑效果。

第二，强化离婚案件中针对父母的家庭教育指导。《中华人民共和国家庭教育促进法》第三十四条规定，人民法院在审理离婚案件时，应当对有未成年子女的夫妻双方提供家庭教育指导。2023 年 5 月，最高法院、全国妇联联合发布《关于开展家庭教育指导工作的意见》，根据该意见，父母不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚

养权或者阻碍另一方行使监护权、探望权。违反规定的，人民法院将对其开展监护职责教育和家庭教育指导。

第三，加入国际公约，确立离境否决权。在国际交往越来越频繁的今天，跨国婚姻数量不断增加，跨国婚姻中抢夺、藏匿未成年子女的现象并不罕见。跨国诱拐对未成年子女来说，带来的心理上和情感上的伤害往往更大；对于抚养权人而言，跨国文化、法律的差异和空间的距离使子女的寻找和交还问题变得更为复杂。因此，在婚姻处于危机状态特别是诉讼离婚期间，父母一方未征得另一方同意，擅自带离子女出境，不论其有无抢夺、藏匿子女的动机，出于谨慎都应当给予特别关注。为了防范这一危害发生，我国可以适时加入《国际诱拐儿童民事方面的公约》，并依据公约规定，及时认定擅自将儿童带离出境或非法滞留儿童的非法性质，采取相应措施予以应对。

第四，落实交还子女强制执行制度。针对判决后未获得直接抚养权的一方拒不交还子女的情况，应当落实强制执行制度。强制执行包括间接强制与直接强制，所谓间接强制是通过罚款、拘留等间接措施给执行债务人施加压力，促使其快速履行。直接强制则是在债务人不履行债务时，执行机构直接采取措施，实现债务。具体到交还子女事项时，即由人民法院直接将子女领交判决确定的抚养人。《中华人民共和国民事强制执行法（草案）》第一百九十四条不仅规定了交出未成年子女强制执行制度，还首次肯定了直接强制的执行措施，意义重大。

第五，对抢夺、藏匿孩子施以刑事处罚。一是抢夺、藏匿孩子本身构成犯罪的，如严重虐待、拐卖等，依法追究刑事责任。二是拒不履行离婚抚养权判决中确定的交付子女义务，情节严重的，可以启动拒不执行法院判决、裁定罪予以追究。

（作者系南京师范大学法治现代化研究院教授、博士生导师）

何海波：司法决策的合法性——以尚俊俊“被结婚”案为例 | 《中外法学》2023 年第 6 期

原创：2023-11-29 中外法学编辑部 何海波

https://mp.weixin.qq.com/s/puoncEcCh6d7gxAk49vJbA



何海波，清华大学法学院教授

摘要

南通法院审理的尚俊俊被人冒名登记结婚案，被视为实质性化解纠纷的成功案例，但同样应当经受合法性的检验。复盘该案可以发现，法院要想帮尚俊俊解开死结，从方案到理由均存在多个选项，但受法条、学说、先例、后果考量的约束，各选项既不是任意的也不是唯一的。行政行为无效理论不是法院突破法定最长起诉期限的适当理

由，无漏洞的权利救济也许是更好的理由；判决确认冒名登记行为无效不是解除尚俊俊困境的最好方式，确认尚俊俊与第三人不成立婚姻关系应是更好的方式。对尚俊俊来说，理论上最好的救济途径是向河南当地法院起诉当地民政局，要求办理结婚登记；但对南通法院来说，受理尚俊俊要求撤销冒名结婚登记的诉讼不失为合理选择。司法决策的合法性不是有无的问题，而是多少的问题，法院的任务不过是选择其中最好的一种。法律教义学和法律现实主义在案例分析中都存在视角盲区。

关键词 司法决策 起诉期限 判决方式 裁判理由 合法性

目 录

导论
一、法院凭什么受理尚俊俊的起诉？
二、法院应当确认婚姻登记无效吗？
三、当事人和法院是否还有更好选择？
四、结语

导 论

传说马其顿国王亚历山大在远征东方途中，路过小亚细亚的一座神庙。神庙里有一辆牛车，车轭被绳子牢牢地系在车辕上，绳头藏在里面，谁也无法解开。相传这是小亚细亚国王戈耳迪打下的死结，神谕解开此结者便是亚洲之王。无数的人尝试过，都毫无办法。亚历山大审视后，拔出利剑，一刀斩断了这个死结。后世常用“戈耳迪之结”比喻纠缠难解、需要诉诸超常决断的问题。在司法过程中，法官也常常遇到难解的“戈耳迪之结”，本文讨论的尚俊俊“被结婚”案即是一例。

2019 年 12 月，河南驻马店的尚俊俊女士与爱人到当地民政局申请结婚登记，却遭到拒绝。民政系统的信息显示，早在 2005 年，她曾在 5 个地方（分布于河北、山东、安徽、江苏四个省份），分别与 5 名男子登记结婚，用的都是同样的身份证。尚俊俊表示，她从未办过结婚登记，不认识这 5 名男子，也未到过这些地方。她还指出，婚姻登记处保存的档案上，照片与她本人明显不符，签名和指纹也不是她的，是别人冒用她的身份信息办了结婚登记。但当地民政局答复，只有撤销了前面的结婚登记，才能给她办结婚登记；否则，就是重婚了。

尚俊俊面临的障碍超出了她的想象。她就身份证被冒用的事向公安部门报案，但一时没有结果。她以冒名婚姻登记无效为由，向民政局申请撤销结婚登记，却被告知民政局无权撤销婚姻登记。她向多地法院提起行政诉讼，请求判决撤销她被冒名的结婚登记。然而，她的起诉明显超过了《行政诉讼法》规定的 5 年的起诉期限，有法院直接裁定不予受理。这看似一个无法解开的死结。

事情的结局还是让人欣慰的。虽然存在法律上的诸多难题，江苏南通经济技术开发区法院（以下简称“南通法院”）受理了她对如东县民政局的起诉。在诉讼期间，法院依职权调取了“尚俊俊”与第三人沈锡烽的结婚证，对比了照片，并向沈锡烽的父亲、邻居做了调查，确认 2005 年与沈锡烽结婚的不是尚俊俊本人。对此事实，被告如东县民政局和第三人沈锡烽均无异议。南通法院判决确认如东县民政局关于尚俊俊的结婚登记无效，并责令其删除登记信息。双方当事人未上诉，判决生效。随着其他几个地方的冒名登记先后得到处理，“被结了 5 次婚”的尚俊俊终于领到了她自己的结婚证。上述判决受到广泛好评，还入选《人民法院报》编辑部评选出的“2020 年度人民法院十大案件”。

然而，本案的受理和判决并非没有争议。如果尚俊俊的起诉确实超过了起诉期限，法院受理该案岂不是“违法办案”？如果尚俊俊还有更好的解决途径，南通法院岂不是“多管闲事”？诸如此类的问题虽然还未见于公开讨论，但在法律职

业群体里不乏争议。鉴于冒名婚姻登记的现象并非少数，类似诉讼层出不穷，前述质疑值得认真回应；而它背后司法决策的合法性问题，更值得我们深思。

对案例的评析向来有多个角度，大体上有规范主义和现实主义之别。立足于规范主义的案例分析，通常假定法律问题存在唯一正确的答案，并用“合法”与“不合法”来评判一切法律行为，就像计算机用“1”和“0”作为所有运算的代码。在规范主义内部，评判合法性的标准又不相同。法条主义以法律条文为唯一准绳，认为“法官的职责是实施法律而不是实现正义”，立法的缺陷不能要求法官来弥补。更富能动性的法律教义学则坚信，由法律原则和原理构成的体系完整、逻辑自洽的法律教义，能够克服法律运行中的一切故障。与之相对，法律现实主义深刻认识到法律问题的复杂性和法律推理的不确定性，倾向于把法律适用看成在各种裁判可能之间的司法决策，裁判理由甚至不过是一种“矫饰的技术”。这种视角引导我们关注法律运作的真实面目和现实逻辑，挖掘具体案件台前幕后的细节或者从事更大范围的实证研究，但并不关切规范层面的问题，甚至“无所谓合不合法”。在这个问题上，部门法学与法理学还欠缺对话，热闹异常的“社科法学与法教义学”之争也少有具体案例。

本文的基本立场是：法律争议的解决始终有一个合法性的问题，现实主义的视角不能代替规范主义的讨论，而规范主义的合法性假定也需要重新审视。文章将围绕尚俊俊案的核心问题展开，即南通法院有什么样的办法解开尚俊俊面临的这个法律的死结？为此，文章将复盘全案，对比不同的解决思路、裁判立场和理由，评析司法决策的合法性，探寻最优的解决之道。希望本文能够为时下流行的“行政纠纷的实质性解决”提供一点启示，也为部门法学与法理学的对话提供一个可以进一步讨论的案例。

一、法院凭什么受理尚俊俊的起诉？

在通往正义殿堂的入口处，案件就遇到了障碍——起诉期限。尚俊俊起诉的结婚登记行为发生在 14 年前，而《行政诉讼法》规定的最长起诉期限是 5 年（不动产案件除外）。被告如东县民政局就提出，法院受理该案于法无据。尚俊俊在起诉如东县民政局前，曾因同样的案由起诉过山东邹城市民政局，当地法院就以起诉期限已经超过为由，驳回她的起诉。下面分析这个障碍是如何生成的，又可能如何突破。

（一）《行政诉讼法》的明文限制

《行政诉讼法》（2014 修正）第 46 条规定，公民应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起 6 个月内提出；除不动产案件外，“其他案件自行政行为作出之日起超过 5 年提起诉讼的，人民法院不予受理”。这就是法定最长起诉期限。白纸黑字的限制写在这里，任何一家有心帮人的法院都无法回避。

通常认为，《行政诉讼法》规定的最长起诉期限就是最长起诉期限，不能再延长。首先，与民法上的诉讼时效相比，该条款似乎有意排除了《民法通则》第 137 条关于“有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间”的规定。其次，最高法院 2018 年有关行政诉讼法的司法解释（以下简称《行诉法解释》）明确规定，即使当事人不知道行政机关所作行政行为的内容，也不得超过这个期限。第三，《行政诉讼法》第 48 条规定了起诉期限的中止，即当事人“因不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的”，被耽误的时间不计算在起诉期限内。学理上认为，这一条仍受最长起诉期限的限制。无数的裁定（包括最高法院的裁定）支持上述见解。直至 2021 年，最高法院、最高检察院、公安部、民政部专门针对冒名婚姻登记问题联合发布的指导意见（以下简称“四部门指导意见”）也强调，向法院起诉的，最

长不得超过《行政诉讼法》第 46 条规定的起诉期限。

尚俊俊遇到的，是一堵坚硬的石头墙。法院如果驳回尚俊俊的起诉，在实定法体系中，很难说是“违法”的。而法院要受理尚俊俊的起诉，却需要更加充分的理由。

（二）行政行为无效条款在此无效

面对《行政诉讼法》关于起诉期限的限制，法律学者（包括我本人）很容易地想到了行政行为无效理论。不但尚俊俊主张被告错误认定身份、婚姻登记无效，法院的判决书也接受了这一主张，把它作为突破法定最长起诉期限的根据。

行政行为无效理论是大陆法国家通行的理论。虽然表述有所差异，它的核心思想却是明确的。也就是，重大且明显违法的行政行为属于无效行政行为，无效行政行为自始无效、绝对无效；确认行政行为无效没有起诉期限的限制，当事人在任何时候都可以请求确认其无效。2014 年修改的《行政诉讼法》部分地采纳了行政行为无效理论。该法规定，行政行为有“重大且明显违法情形”的，法院可以根据当事人申请，判决确认其无效。值得注意的是，该法回避了无效行政行为起诉期限的问题。

前述问题随着最高法院 2018 年《行诉法解释》的颁布，得到了部分澄清；但恰恰是该解释，阻断了尚俊俊援引行政行为无效条款提起诉讼的可能。《行诉法解释》第 162 条规定：“公民、法人或者其他组织对 2015 年 5 月 1 日之前作出的行政行为提起诉讼，请求确认行政行为无效的，人民法院不予立案。”之所以以 2015 年 5 月 1 日（即新《行政诉讼法》施行日期）划界，理论上的说法是，“行政行为无效属于实体法规则，按照实体从旧原则，该无效规定不具有溯及力”。现实的关切则是，如果不对行政行为无效条款的适用做一些限制，多少陈年旧事都会打着“行政行为无效”的名义来到法院，这显然是法院无法承受的。

南通法院并非没有注意到司法解释的规定。但判决书认为，无效行政行为（理论）并不是因为《行政诉讼法》及其司法解释作出了规定才存在，相应的判决方式也并非始于 2014 年《行政诉讼法》修改。判决书还提出，为了保护公民基本权利不因无效行政行为的存续而受到持续侵害，对上述司法解释规定有必要“从严理解和适用”。然而，这几个论据都不是没有问题，作为地方法院突破司法解释规定的理由都比较勉强。

首先，无效行政行为理论作为突破起诉期限依据的实定法基础并不坚实。法学理论作为一种有说服力的法律渊源，其说服力取决于理论本身的明确性和接受的广泛性。如果说“重大且明显违法的行政行为自始无效”是根深蒂固的，那么，“确认行政行为无效没有起诉期限限制”的认识远非普遍接受。在能够找到的大陆法国家和地区的立法中，对之明确规定的只有葡萄牙和受之影响的我国澳门，其他国家的立法多采取回避态度。在英美法国家，前述意义的行政行为无效理论更是一种新奇的说法。在中国法学界，对于“确认行政行为无效没有起诉期限限制”一说也不乏异议。在司法实践中，有多家法院接受了无效行政行为不受起诉期限限制的见解，但主张无效行政行为仍受起诉期限限制的观点，在最高法院的裁判文书中同样能够找到。最高人民法院第一巡回法庭 2018 年 7 月的一份会议纪要也明确指出：“请求确认行政行为无效，同样要受到起诉期限的限制。”

其次，2018 年司法解释之前“行政行为无效”的规定不足为据。2000 年司法解释第 57 条曾规定，被诉具体行政行为无效的，法院可以作出确认行政行为无效的判决。但该司法解释只是针对无效行政行为的判决方式，而不涉及无效行政行为的起诉期限。虽然当时也有学说认为，行政行为因重大明显违法而构成无效的，不受起诉期限的限制，但远未形成共识。当时最高法院法官所写的多本著作，都谨慎地回避了这一说法。司法

实践中，也未见以行政行为无效为由突破起诉期限的判例。

最后，是地方法院对司法解释进行重新解释的限度。《行诉法解释》第 162 条以清晰而决绝的文字规定，对 2015 年 5 月 1 日之前作出的行政行为提起诉讼，请求确认其无效的，法院不予立案。地方法院在审理案件时，需要对司法解释进行理解和适用，其中包含必要的重新解释；但其解释不能超出法律条文字面含义的“射程”。越是远离文本的字面含义，其合法性就越可疑，解释者越要慎重；除非按照字面解释会引起体系冲突或者导致荒谬结果，都不应作出与法律条文字面含义相反的解释。这是法律解释的金科玉律。

鉴于上述理由，地方法院如果不顾司法解释的明文规定，执意以行政行为无效为由予以受理，就有些“太岁头上动土”的意味了。它不但冒犯最高法院司法解释的权威，还可能冲击现行的法律解释体制。毕竟，司法解释是中国法律的正式渊源，对各级法院审理案件具有约束力。法院想以行政行为无效为由受理明显超过法定起诉期限的诉讼，在本案中“此路不通”。行政法学者如果仅凭自己所称的无效理论坚持法院应当受理，只能暴露理论的自负，而无补于裁判的合法。

（三）法院有义务实施无漏洞的权利救济

面对《行政诉讼法》及其司法解释的规定，法院超越法定起诉期限受理该案到底是否行得通？下面，我尝试以“无漏洞的权利救济”理念，论证法院受理尚俊俊的起诉是有合法性的。

“无漏洞的权利救济”源于一个古老的法律信条：有权利必须有救济，没有救济谈不上权利。我国《宪法》第 41 条更是把建议、申诉、控告确立为公民的基本权利。在具体制度中，对权利的救济不一定都由法院进行（行政诉讼的受案范围相对有限），更不是凡事直奔法院而去（一些情况下由行政复核、复议先行解决）。但无论采取什么救济方式，法律必得给人一个说法，不能让人无路可走。司法作为解决社会纠纷的“最后一道防线”，必须承担起最后的责任；在没有其他解决纠纷的有效机制的情况下，法院更不应一推了之。在此意义上，“无漏洞的权利救济”假定所有行政争议都可以接受司法审查，确保当事人“告状有门”。对于司法职能之内、法律明文规定之外的事项，法院根据《行政诉讼法》的精神和原则，认为确有救济必要而立法没有刻意排除的，都可以也应当积极受理和裁判。

本案尚俊俊的起诉虽然超过法定起诉期限，但这不属于立法刻意排除受理的事项。任何制度的设定都有它的宗旨。起诉期限的设定，是为了鼓励人们积极行使诉权，防止人们“躺在权利上睡觉”。早一点起诉，不仅可以尽快稳定社会关系，也便于法院查清案件事实。为此，法律设定了起诉期限，包括一般起诉期限和最长起诉期限。最长起诉期限虽名“最长”，却不应绝对。由于实际情况复杂，法律常常需要在现有的规则之墙上“开口子”。这方面，民法和刑法都有例可循。依据《民法典》规定，向法院请求权利保护的最长期间为 20 年，超过 20 年的不予保护，但“有特殊情况的”，法院仍然可以根据权利人的申请决定延长；而人格权受到侵害的，受害人请求停止侵害、排除妨碍、消除影响等，不适用诉讼时效的规定。我国《刑法》规定的追诉时限最长为 20 年；但《刑法》同时规定，过了 20 年以后“认为必须追诉的”，报请最高检察院核准后也可以追诉。在这两个例子中，口子都是法律条文自己开的，这一点与行政诉讼有明显区别，不能直接照搬。但是，这两个立法例说明，为了让凝固的条文与复杂的情况相宜，法律在“一刀切”的同时往往需要“开口子”。

接下来的问题是，能不能为尚俊俊这类案件“开口子”呢？在法律规定不明之处，价值衡量可以提供一个思考的路径。在本案中，同时存在两种相互冲突的显著价值，即基本权利保护的需求和法律秩序安定性的追求。需要权衡的是：这

类案件是否存在权利保护的迫切需要？例外规定会在多大程度上损害法律秩序的安定性？只有证明权利保护的需求大于法律秩序的安定，法院为它“开口子”才是正当的。

保护基本权利是行政诉讼的重要宗旨。中国行政诉讼制度自建立以来，就是以“保护公民、法人和其他组织的合法权益”为己任的。婚姻权利是公民的基本权利，我国宪法、多部法律和多种国际宣言、公约都申述了这一权利。在传统文化中，婚姻乃人伦之基、万世之始，受到特别重视。不但如此，本案尚俊俊的结婚问题还牵涉到她的名誉。在乡土社会里，一个人被说成“结过五次婚”，名誉的损害可想而知。无论如何，一个公民因为别人冒用自己身份登记结婚而自己结不了婚，这显然是法律制度的运行出了故障。在二代身份证普及、婚姻登记信息联网之前，诸如此类的冒用案例并不在个别。行政诉讼面对这样的情形，如果只能冷冰冰地拒绝，是对不起法律开宗明义的权利保护宗旨的。

在价值天平的另一头，不能不考虑法院受理这类案件的后果。在冒名登记案件中，登记机关往往难以当场发现冒名事实，事后纠错对他们的工作多多少少会带来一些困扰。所幸的是，针对尚俊俊这类案件延长起诉期限，不会对秩序造成破坏。首先，这类案件的当事人事先无从知道行政行为内容，不知道不是他们的错；一旦知道，也能及时提起诉讼。对这类涉及当事人基本身份、本人并无过错的登记行为延长起诉期限，只是起诉期限一般规定的比较有节制的例外。其次，随着二代身份证的普及和 2012 年婚姻登记信息全国联网审查的实现，冒用他人身份登记结婚已经基本上杜绝。延长这类冒名婚姻登记行为的起诉期限，只是清理历史旧账，对法律秩序安定性的冲击相当轻微。一边是焦急等待结婚的当事人，一边是并不严重的副作用，法院受理该案可以心安理得。

诚然，由于法院受理该案没有法律的明确依据，甚至与法律的字面意思相违背，可以预料质疑法院的声音总会存在。相对于行政行为无效理论，“无漏洞的权利救济”是一个比较圆通的理论，能够为法院受理该案提供更加充分的合法性。

二、法院应当确认婚姻登记无效吗？

即使尚俊俊过了立案受理的门槛，能否获得理想的结果还取决于法院的判决方式。在这一点上，南通法院给了她最大的支持，不但判决确认被告如东县民政局作出的原告尚俊俊与第三人沈锡烽结婚登记行为无效，还责令被告删除相关婚姻登记信息作为补救措施。而无论采取什么样的判决方式，都面临合法性的检验。

（一）适用确认无效判决的难题

一旦法院认定尚俊俊原先的结婚登记是被冒名的，判决被诉登记行为无效似乎是顺理成章的事。但如果细究起来，这一判决的法律依据却是可疑的。

可以确定的是，《婚姻法》和《婚姻登记条例》都没有规定这种情况下婚姻无效。被诉结婚登记发生于 2005 年，当时施行的《婚姻法》没有规定这种情形下婚姻无效；法院判决于 2020 年 8 月，当时已经颁布、尚未施行的《民法典》也没有规定这种情形下婚姻无效。与本案相近的情形是“因胁迫结婚”，而对于因胁迫结婚，《婚姻法》等相关立法所规定的也不是无效，而是当事人可以在一定期限内请求“撤销婚姻”。更早时候的《婚姻登记管理条例》曾经规定，申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关应当撤销婚姻登记，宣布其婚姻关系无效、收回结婚证并处以罚款。但这一条款因为滋生问题较多，在 2003 年《婚姻登记条例》中被删除了。综上，确认冒名结婚登记无效，在立法上并无明文依据。事实上，法院判决确认被诉结婚登记行为无效也没有援引前述条文。

那么，《行政诉讼法》关于行政行为无效的规定，能否作为法院判决确认冒名登记无效的依据呢？《行政诉讼法》2014 年修改时增设的第 75 条规定：“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，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。”从通常认识来看，这一点也存在困难。

首先，是法律适用上“实体从旧”的观念。在有关行政诉讼法释义和最高法院给全国人大代表建议的答复中，都明确地表达了这一观点，即只有新《行政诉讼法》颁布施行后作出的行政行为，才适用该法中的无效条款。据此，法院把该条款适用于该法施行十年前的冒名登记行为，存在困难。

其次，即使法院可以援引该条款，本案是否属于该款所述的行政行为无效情形，也需斟酌。通常认为，该款所说的“没有依据”是指行政行为没有法律依据，而不是没有事实根据。被告如东县民政局 2015 年给当事人办理婚姻登记，是根据双方当事人提供的申请材料作出的，并非没有事实根据。在行政行为无效理论上，“重大且明显违法”应当是当事各方在当时情境下能够判断的重大且明显违法，而不应根据事后查明的事实去反推违法的重大、明显性质。本案婚姻登记人员当场审核了当事人提供的材料，没有发现也难以发现其中冒用身份的问题，所以也不构成“重大且明显违法”。总之，冒名结婚登记是否无效、在什么意义上无效，还可以更多讨论。

（二）判决婚姻登记无效有负面效果

与含糊不清的行政行为无效理论相比，尚俊俊案判决更大的问题在于它带来的负面效果。法院判决确认婚姻登记行为无效，并责令删除相关登记信息，影响到第三人乃至案外人的利益。不管如何，第三人沈锡烽与那个冒名的“尚俊俊”确实于 2005 年 7 月 19 日在如东县民政局登记结婚。不管那个冒名“尚俊俊”的动机如何，她当时确实当着登记人员的面，作出了愿意与沈锡烽结婚的意思表示，履行了相关手续，取得了婚姻登记证书。在法律上，她与沈锡烽成立了婚姻关系。然而，随着南通法院判决确认该登记行为无效，那个冒名“尚俊俊”与沈锡烽的婚姻关系被不经意地宣告不存在了。如果相关登记信息再被删除，她与沈锡烽曾经存在婚姻关系的痕迹都将被抹去。

对于上述结果，我们自然可以做一些善意的理解。譬如说，法院判决解决的是本案原告尚俊俊的婚姻地位问题，并不涉及假冒“尚俊俊”的婚姻地位。但这种善意理解并不能完全消除负面的效果。虽然本案出现了两个“尚俊俊”，但结婚登记行为只有一个，婚姻关系也只能有一个。在法律取消事实婚姻后，婚姻登记是婚姻关系成立的法定要件。当事人完成结婚登记，才确立婚姻关系；结婚登记被撤销或者宣告无效，婚姻关系自然解除。法院确认了这个结婚登记行为无效，在法律上意味着冒名“尚俊俊”与第三人的婚姻关系不存在。

（三）删除婚姻登记信息可能带来麻烦

南通法院在确定婚姻登记行为无效之外，还责令如东县民政局采取补救措施，其中包括“对原告尚俊俊的错误婚姻登记信息”予以删除。在目前登记信息全国联网的情况下，这意味着河南民政部门不会再从电脑系统里看到尚俊俊在南通“已婚”的信息。这一项判决的目的是解决尚俊俊的后顾之忧，彻底排除尚俊俊申请登记结婚的障碍，它的效果也证明是好的。

但是，删除婚姻登记信息可能存在两个问题。一是理论上，法院判决删除“错误婚姻登记信息”并非必要。确认婚姻登记行为无效意味着该行为自始无效，对各方没有任何约束。尚俊俊凭确认先前婚姻登记无效的判决去办理结婚登记，在法律上不存在障碍。二是法律上，婚姻登记信息可以更正，不能删除。婚姻登记信息是国家档案的

一种，不能擅自涂改、删除和销毁。依据《婚姻登记条例》以及民政部、国家档案局联合发布的《婚姻登记档案管理办法》，婚姻登记档案（包括撤销婚姻和补发婚姻登记证的记录）应当齐全完整、长期保管。哪怕是无效婚姻的登记信息，也不能直接在电脑系统上删除。

如果不做删除，如何处理才是周全呢？参照《婚姻登记条例》《婚姻登记档案管理办法》的相关规定，民政部门可以将法院判决书副本收入冒名者与第三人的婚姻登记档案中，并在原婚姻登记档案的《结婚登记审查处理表》的“备注”栏中注明：“××判决书认定，女方系冒用尚俊俊（身份证号××）的身份信息。”同时，民政局在婚姻登记管理系统中进行相应技术处理，消除案涉婚姻登记信息与尚俊俊婚姻状况的关联性。在南通法院判决后，邹城市法院的判决和民政局的处理就更有经验了，他们采取的就是这一办法。

（四）本案宜于确认尚俊俊与第三人不存在婚姻关系

如果判决确认结婚登记无效、删除登记信息不合适，那么，有没有其他合适的判决方式呢？一种更合适的方式是：法院判决确认原告尚俊俊与第三人沈锡烽之间不存在婚姻关系。之所以说更合适，一是，这完全符合尚俊俊起诉的目的，甚至可以说这就是尚俊俊所要的；二是，它不会影响第三人沈锡烽与冒名“尚俊俊”之间的婚姻关系，对社会秩序的影响最小；三是，它避免了行政行为无效理论和无效条款的纠缠，对法学理论的冲击也较小。

这一判决方式也不是没有一点问题。事实上，它在现有法定判决方式之外，增加了判决方式的种类。由于《行政诉讼法》没有规定，人们自然会提出质疑，法院承担更多压力，一些法官因此裹足不前。下面从比较法案例和中国行政诉讼实践出发，提供两个佐证。

比较法给我们的启示是，行政诉讼不仅仅是确认行政行为是否合法有效的诉讼，也可能包括确认行政行为意义和法律关系的诉讼。王名扬在介绍法国行政法时，曾经提到一种特殊类型的诉讼：解释行政决定的意义之诉。也就是说，行政法院并不撤销或者变更该决定，而只是解释它的意义。在德国行政法里，也存在类型多样的确认之诉，包括特定法律关系存在与否的诉讼。日本 2004 年修改《行政事件诉讼法》时，增加了“公法上的法律关系的确认之诉”，从而在传统的抗告诉讼之外丰富了当事人诉讼的类型。普通法国家的救济方式与中国行政诉讼有较大差异，具体方式也比较灵活；特别是，由于普通法所发展出来的用途广泛的宣告令（Declaration），解决这一类纠纷应当不是难事。总之，确认法律关系的诉讼在比较法上是常见的。

那么，在法律条文没有明确规定的情况下，中国法院（特别是地方法院）能否使用确认法律关系的判决？从行政诉讼实践来看，法院创新判决方式并不罕见。翻开行政诉讼法教材，几乎每一个程序性问题都有司法创造的影子。法院创造出驳回原告诉讼请求的判决，作为对当时《行政诉讼法》规定的维持判决的替代；法院还创造出确认行政行为违法或者无效的判决，作为对当时《行政诉讼法》规定的撤销判决的替代。地方法院创新的判决方式得到最高法院司法解释的肯定，后来《行政诉讼法》修改时又被立法所吸收。这也是中国行政诉讼法发展的一般路径。

就判决方式来说，行政审判要满足妥当的、无漏洞的司法救济，就不能拘泥于现有法律的明文规定。《行政诉讼法》对判决方式的列举，并不是完全的列举。在 2014 年该法修改时，立法机关也注意到学界主张的多种救济方式，并作了局部回应。新的立法没有穷尽救济方式，而是把一部分留给实践去发展。法院在个案中创新判决方式、妥善解决问题，可以说是整个立法意图的一部分。基于这些情况，法院判决确认尚俊俊与第三人不

存在婚姻关系，不存在理论上难以逾越的障碍，也不存在实践中难以承担的风险。

本案法官在判决书中没有这么写，与其说是执笔法官的粗心，不如说是行政诉讼理论的缺陷。在目前的行政诉讼构造下，行政诉讼解决的主要是行政行为的合法性：原告不服行政行为提起诉讼，法院审查被诉行政行为，并对该行政行为作出处理。无论是维持、撤销、变更、确认违法或者无效，都是针对行政行为的效力作出的。确认法律关系的判决，在法学文献中零零星星地提到，但还缺少专门论述。由于这一问题尚未得到广泛讨论，更未形成普遍共识，法官不一定想得到，想到也不一定敢用。制度创新需要法官的勇气，也需要学界的理论储备。一种理论，只有得到清晰阐述并获得普遍认可，才能为司法判决提供充足的合法性。

三、当事人和法院是否还有更好选择？

前面讨论的是，在尚俊俊针对冒她之名的结婚登记提起诉讼、要求撤销的前提下，法院可能采取的解决方案。这种解决方案程序复杂、过程曲折，还面临着起诉期限和判决方式上的合法性难题。下面转换思路，看看有没有其他便捷有效的解决方案。查阅媒体报道，帮助尚俊俊们摆脱困境的途径确实多样。大的方面，可以分为民事诉讼途径和行政救济途径。我先梳理实践中和讨论中的几种方案，再提出我个人的一种思路，最后回顾南通法院做法的合法性。

（一）通过民事诉讼撤销冒名婚姻登记

民事诉讼途径，即冒名登记的受害人向法院提起民事诉讼，要求撤销冒名婚姻登记或者宣告其无效；法院作出判决后，当事人凭生效判决向婚姻登记机关申请变更登记。婚姻法上确实有婚姻无效和撤销制度，然而，它处理类似本案的冒名结婚登记并不一定有效。婚姻法规定的婚姻无效和可撤销的情形，主要是发生在配偶之间，操作起来相对简单。类似本案的冒名登记行为，侵害的主要是配偶之外被冒名的人，不属于婚姻法列举的婚姻无效或者可撤销的情形。对于冒名登记行为提起民事诉讼，法院未必受理和支持。即使法院愿意受理，被冒名的人要通过民事诉讼去宣告婚姻无效或者撤销婚姻，也相当费事费力。许多情况下，冒名结婚者不知所踪、真实身份不明（如俗称的“放鸽子”），受害人想告状却找不到人，诉讼难以进行。有的法院采用公告送达，有的干脆不予受理。所以，用民事诉讼来解决诸如本案的冒名登记问题，基本是行不通的。

（二）通过有关组织督促登记机关撤销冒名登记

行政救济途径，即婚姻登记机关发现错误登记后，依职权撤销或者变更登记，或者经督促撤销或者变更登记。根据督促机关（组织）的身份，具体又有几种情形：一是法院在受理被冒名登记人的起诉后，向婚姻登记机关发出司法建议，要求其自行撤销冒名的结婚登记。为了疏通这个渠道，浙江省民政厅会商浙江省高级法院后，曾专门制定了一个指导意见。指导意见提出，登记机关在收到法院出具的关于建议自行纠正婚姻登记的函件后，应当启动程序、撤销结婚登记，并送达当事人和法院。二是检察机关调查核实后向民政部门发出检察建议，后者予以纠正。在一个案件中，姚某遭遇骗婚，为撤销婚姻登记尝试各种办法，最后由检察机关出面，向民政局发出检察建议，民政局才注销了该婚姻登记信息。该案被检察机关作为指导案例，并得到了媒体的广泛报道。在此之后，多起案件循着这一路径解决。三是求助媒体，通过媒体关注获得解决。广西苏女士在河北唐县“被结婚”又“被离婚”，她为消除婚姻登记曾提起诉讼，但因过了 5 年的起诉期限而未被受理。此事被“澎湃新闻”报道的当天上午，唐县民政局工作人员即通过电话联系她，表示将为他们办理撤销手续。

前述各种行政救济途径，建立在一个共同前提上：婚姻登记机关对于冒用身份的结婚登记，有权力和职责予以撤销。此后，最高法院、最高检察院、公安部、民政部联合发布的处理此类问题的“四部门指导意见”，也是建立在这一思路的基础上。但这恰恰在法律上没有坚实的根据。尚俊俊案的被告如东县民政局强调，依据《婚姻登记条例》，该局无权撤销婚姻登记或者宣告其无效，除非当事人是受胁迫结婚。其他地方的民政局拒绝撤销冒名结婚登记，基本上也是因为这个理由。

如果考察《婚姻登记条例》的修改背景，没有规定登记机关撤销错误婚姻登记，确实不是单纯的立法疏漏。对于当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记机关一度被赋予撤销婚姻登记的权力。但由于一些登记机关动辄撤销婚姻登记，滋生出不少问题，引发了不少纠纷。为此，2003 年《婚姻登记条例》取消了登记机关的撤销权，引导当事人通过诉讼解决；唯一的例外是，当事人受胁迫结婚。2020 年《民法典》颁布后，连受胁迫结婚而要求撤销的申请，婚姻登记机关也不再受理了。其理由据说是，婚姻登记机关对胁迫结婚的情形不具备辨别、认定的能力和手段，受胁迫的当事人可以去法院申请离婚。由上可知，登记机关撤销冒名结婚登记的法律依据并不充分可靠。

对于上述问题，南通法院的判决书认为：“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。”南通中院的高鸿法官还特意撰文主张，行政机关对于其错误行为有自我纠正的义务。这一观点在原理上是对的，对于今后行政救济制度的完善具有重要的启示。但具体到婚姻登记问题，历史解释和现实逻辑都不支持这一观点。如果采取这一观点，那么，法律规定不规定民政机关的撤销权问题都不大。这样一来，原先行政法规赋予登记机关撤销权和后来删除撤销权，岂不变成了毫无意义的循环？今后婚姻登记机关对于错误登记，是否都可以甚至应当自行撤销？据此，在婚姻登记领域（离婚尤其如此），“有错必纠”的原则应受一定限制。

上述意见并不等于认为登记机关撤销婚姻登记构成违法，更不是主张今后立法不能赋予登记机关一定范围的自我纠错义务。但它说明，婚姻登记机关的撤销权并不是当然的。而现实中，民政部门似乎也不想掺和登记纠纷的解决，更乐于把结婚登记变成一项简单机械、轻松愉快的工作。这种态度也导致登记机关撤销冒名登记的渠道始终不畅。从制度上要求登记机关自行撤销结婚登记，还需要更多论证。

（三）向登记机关申请更正错误登记信息

行政更正途径是在讨论过程中一些法官和学者提出的，即主张婚姻登记存在事实上的错误，请求登记机关变更登记；登记机关拒绝变更的，当事人可以向法院提起诉讼，请求法院责令登记机关变更。尚俊俊请求变更登记的是其个人信息，她的请求有《政府信息公开条例》等明确的法律依据。与撤销婚姻登记的主张相比，更正个人信息既能解决尚俊俊的麻烦又不损害婚姻登记的第三人，是一种更为妥当的方式。而且，当事人请求更正错误的个人信息没有时效的限制（至少到现在为止没有明确的时效限制）；行政机关拒绝更正而当事人提起诉讼的，起诉期限应从行政机关拒绝更正时算起。这样，原先困扰尚俊俊的起诉期限问题也就不存在了。与前面的几种方案相比，这大概是最好的方案了。

这一方案在实践中也可能遇到问题：一是，尚俊俊如何证明婚姻登记材料中的“尚俊俊”不是她？登记机关是否需要对登记材料上的照片和签名进行技术鉴定，或者像本案一样走访第三人和邻居？二是，尚俊俊在本案诉讼中是针对冒名登记行为要求撤销，法院能否判决责令行政机关更正个人信息？如果不行，尚俊俊是否应当回头向登记机关提出更正申请，登记机关不予更正的，

再来法院？上述问题在实践中并非不能解决。提示这些问题，只是在说明解决方案多样性的同时，每一种方案都会遇到它的问题。

（四）直接向当地民政部门申请结婚登记

前面讨论的各种方案有一个共同点，就是尚俊俊只有在登记机关撤销或者变更冒名结婚登记之后，她才可以结婚。这些方案的缺点是明显的：无论登记机构在天南海北、无论被冒名多少次，尚俊俊必须逐个消除冒名登记给她带来的束缚，她才能结上婚。这需要的时间比较漫长，成本比较高昂；要是有一家登记机关或法院不支持，程序就卡壳了。

有没有更加简捷的路径，让尚俊俊结上婚呢？这里有一个设想。那就是，她向当地民政部门说明情况，要求登记结婚；民政部门查实情况后，给予登记。如果民政部门拒绝登记，她可以向当地法院起诉，要求民政部门履行登记职责；法院查实情况后，可以判决责令民政部门予以登记。这比尚俊俊在全国多地逐个起诉、逐个更正，显然要省事得多。

这样的请求，在法律上是有根据的。依据我国婚姻法，男女双方亲自到婚姻登记机关申请结婚登记，符合法律规定的，登记机关即应予以登记。《婚姻登记条例》（2003 年）明确规定了申请结婚登记应当出具的材料；其中，对于婚姻状况问题，只要求申请人“签字声明”本人无配偶。登记机关对当事人出具的材料（包括无配偶声明）应当进行审查。在全国婚姻登记系统联网后，主要是在系统上检索申请人是否已经登记结婚。经检索，发现申请人一方或者双方已有配偶的，登记机关一般不予登记。为什么说“一般”呢？因为这里边情况很复杂，需要登记机关根据具体事实作出判断，不能让“机器管死大活人”。具体操作涉及登记过程中的证明责任和证明标准。

婚姻登记具体程序的设置和登记机关事实认定标准的设定，应当平衡不同的法律价值，既要减少错误登记，也要降低各方成本。在这方面，相关制度经历了一个变迁过程。很长一段时间内，为避免出现重婚，法律要求当事人在申请结婚登记时，提交所在单位、村（居）民委员会出具的婚姻状况证明。但事实上，即使这样层层审核，也没有杜绝冒用他人身份登记结婚的。2003 年的《婚姻登记条例》取消婚姻状况证明的要求，实属便民之举。在新的制度下，登记机关只要做到审慎审查，即使出现错误，也不应视为违法。相反，如果为了确保万无一失，要求登记机关像鉴定机构乃至侦查机关一样去鉴别，那将给当事人带来过多的麻烦、给登记机关课加过重的义务，是走了回头路。

改革婚姻登记程序后经常碰到的情况是，当事人一方或者双方曾经登记结婚（在系统上有记录），后来通过法院判决离婚或者其配偶已经死亡（系统上没有记录）。这就出现了当事人声明的婚姻状况与婚姻登记档案记载不一致的情况。对于这种情况，民政部的工作规范要求，当事人应当向登记机关提供能够证明其声明真实性的法院生效裁判文书、配偶居民死亡医学证明书等材料。上述情况是申请人事先知道，可以事先准备材料的；对登记人员来说，也是常规情况，不难处理。

类似尚俊俊的被冒名登记结婚的情况，不属于常规情况，有的登记人员可能从未遇到。当登记机关从系统中查出申请人有结婚记录，申请人事先不知道情况，知道后也不容易举证推翻。申请人说自己不认识那个与她登记结婚的人、从未去过她登记结婚的地方，也很难证明。原先登记结婚申请材料上她的照片和签名，则相对容易辨认。这时，登记机关应当仔细辨析相关材料，询问申请人相关情况。根据现有材料，足以相信申请人被冒名的，应当确认其无配偶状态，予以登记。

登记机关要相信到什么程度，才可以给人登记呢？由于登记机关主要依靠系统信息比对，确证申请人被冒名难度较大。要求申请人提供确凿无疑的证据，或者要求登记机关确凿无疑地证明，

都无异于拒绝当事人的登记申请。解决问题的办法是合理的责任配置。行政许可实施中的“告知承诺制”，在此可以借鉴。具体操作上，申请人在登记机关询问后，签字声明自己无配偶；如果事后证明相反事实，申请人构成重婚，不但其婚姻无效，还要承担重婚罪的责任。重婚是一般人不愿冒的风险，也使得它成为一个极小概率事件。基于上述原因，登记机关可以不必等待确凿无疑的证明，在询问当事人情况、告知当事人法律后果、当事人签字声明自己无配偶后，即可予以登记。

（五）南通法院不是“多管闲事”

如果前面的观点成立，尚俊俊有更加简捷的路径可以解决她登记结婚的难题，那么，新的问题产生了：南通法院受理尚俊俊的起诉，是否不必要、不合适甚至不明智呢？南通法院是否应当驳回尚俊俊的起诉呢？答案是否定的。

一种方案即使在法律上成立，并不意味着它在实践中必定可行。撤销冒名的结婚登记，是尚俊俊所知道的唯一的途径。她去河南当地的民政部门申请结婚登记，登记机关的负责人知道她被冒名登记后，告诉她的路子就是，把原先的结婚登记撤销了才能给她办理登记。在诉讼的过程中，给她提供法律援助的律师似乎也没有提示过其他的路径。即使她听说还有其他的可能性，尚俊俊也不敢冒险尝试。已经怀孕、希望早日办下登记的尚俊俊，负担不起其他方式的折腾。

对于办理案件的南通法官来说，撤销冒名登记（或者宣告其无效）大概也是他能够为尚俊俊做的唯一事情。除了起诉期限尚有疑问，尚俊俊的起诉完全符合法院的受理条件。即使法官想到其他路径，他对这样的路径也是没有把握的。据媒体报道，有个与尚俊俊境遇类似的人，就折腾多年、四处碰壁，始终解不开捆缚在他身上的死结。这类例子再次证明，尚俊俊们寻求救济过程之艰辛、结果之不确定。当本案尚俊俊千里迢迢赶来求助，拒绝受理眼前的诉讼，无异于掐灭了她的一丝希望。法官不能拒绝裁判，更无法拒绝近在眼前的救济。相比之下，南通法院的做法不仅是合法的，还是值得称赞的。

四、结语

切实保护公民权利、实质性解决纠纷，是行政诉讼的宗旨，也是本案的要义。法院固然不能包打天下，但至少不应拒绝一个“小女子”的正当诉求。然而，适宜解决纠纷的各种方案——无论是根据“无漏洞的权利救济”来受理该案，还是判决确认尚俊俊与第三人不存在婚姻关系——都无法在现有法条中找到明确依据。在这里，过于拘泥法律条文，过于因循常规理解，过于强调法的确定性，都可能导致“无法容忍的僵化和刻板”。为此，法官需要大胆创新、超常决断，就像传说中的亚历山大抽刀断绳。唯此，案件才能获得实质性的解决，人民群众才能感受到公平正义。如果说能够恪守既定规则的法官是称职的法官，那么，面对新的情况能够创造规则、实现正义的，是杰出的法官。

前述亚历山大的故事其实还有另一个版本，说亚历山大不是用剑斩断戈尔迪之结，而是用其他方法解开绳结。在尚俊俊案中，我们同样看到，法官的每一步决策都存在多个选项。众多的选项提示人们：一个案件不止一个问题，一个问题不止一个解决方案，一个方案不止一种理由，各个方案和理由也未必非黑即白、非对即错。所以，不同于法律教义学的基本假定（“有且只有一个正确答案”），司法判决的合法性不是有无的问题，而是多少的问题；不是 0 和 1 的选择，而更可能是其中的一个小数。但也不同于极端的法律现实主义观点（如“正义取决于法官的早餐”），法院不是怎么判都行。法律条文、理论学说、实践做法、后果考量等构成这些选项的约束条件，也共同塑造了司法决策的合法性。法官只是在具体情境中选择他认为最能被接受、最具合法性的方案和理

由。南通法院的判决值得赞赏，并不妨碍我们继续探索其他选项。

本文的讨论对于法律案例分析也许能够提供另一种思路。传统的案例分析在写作策略上往往聚焦于一个法律问题，抓住一点、不及其余。这固然是简化问题、明确主题的需要，也是论文写作的常态，但它忽视了法律运作的复杂性和解决方案的多样性。以这种方式讨论复杂的法律系统，就像学生根据老师刚刚讲到的一两个公式去解决现实问题，必定是局限的。本文的讨论类似于下完棋后的复盘，不要求落子无悔，而允许不断变换下法，看什么样的下法是最好的。它让我们进入了一个综合、动态的图景，而这更加接近法律世界的真实面目，接近司法决策的真实情境。法官在案件处理中经常面临纷繁的选项，始终不变的是对法治和正义的追寻。这是尚俊俊案带来的启示，也是法学的永恒魅惑。

（责任编辑：彭錞）

（二）律师视点

国浩视点 | 生产经营型夫妻共债司法认定争议与解决路径

原创：2023-10-27 国浩律师事务所 李卉 焦璐超
https://mp.weixin.qq.com/s/m_lIkYgOq7bkIlFxN6oiSg

摘要：民法典第一千零六十四条第二款规定了夫妻一方婚内以个人名义超出家庭日常生活需要所负债务被认定为夫妻共同债务的三种类型，即合意型夫妻共债、生活消费型夫妻共债及生产经营型夫妻共债。其中，关于生产经营型夫妻共债的认定，目前在司法理论和实务中存在较大争议。本文通过对近三年的司法实践中关于生产经营型夫妻共债类案判决数据进行分析，针对司法实务中存在裁判规则不统一的问题，提出关于该问题的解决路径和建议。

笔者就生产经营型夫妻共债如何认定的问题提出判断三要素：**一是**夫妻在借款时具有共同意思表示；**二是**夫妻一方以个人名义借款，配偶事后追认；**三是**债权人举证证明借款用于夫妻共同生产经营。满足以上任一要素均可成立共债，并进而提出每一要素的具体判断标准和方法，特别指出，在判断“债权人举证证明借款用于夫妻共同生产经营”时，前提条件是需有证据证明借款直接用于生产经营，然后再判断夫妻双方是否共同从事生产经营活动，或生产经营收益由配偶或家庭共享，在前提条件下以上两种情况满足其一就应成立共债。本文旨在通过初探生产经营型夫妻共债认定判断标准和方法，以引发法律同仁对该问题更深入的研究，促进该问题认定标准和裁判规则的统一。

目 录

一、生产经营型夫妻共债认定的司法实务数据分析

（一） 法院不支持生产经营型夫妻共债的原因分析

（二） 法院支持生产经营型夫妻共债的原因分析

（三） 目前司法实务中对生产经营型夫妻共债认定问题的争议

二、关于生产经营型夫妻共债认定规则解决路径的建议

（一）生产经营型夫妻共债认定三要素

（二） 生产经营型夫妻共债认定中配偶方应积极举证协助法院查明案件事实

1、生产经营型夫妻共债认定的司法实务数据分析

在近三年的司法实践中，针对生产经营型夫妻共债的认定，笔者团队进行相关数据的检索，检索工具是威科先行数据库，检索方法为通过检索“民法典第一千零六十四条“，搜索案由“民间借贷纠纷”下输入关键词“生产经营”，选定“中级人民法院”和“高级人民法院”，时间范围限定在近三年，从而得到 1525 个检索案例；从该 1525 个案例中进一步限制检索条件：“共同生产经营”或“共同经营”并进行人工筛选后得出与“生产经营型夫妻共债”实质相关的 452 个案件。对该 452 个案件进行分析，得出法院最终支持生产经营性共债的案件数量是 206 个，占比 46%，不支持生产经营型共债的案件数量是 246 个，占比 54%。

(一) 法院不支持生产经营型夫妻共债的原因分析

经过对检索的类案判例分析总结，法院不支持生产经营型夫妻共债的原因，主要有以下几类：1. 债权人不能证明借款用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于夫妻共同意思表示；2. 不能仅以还款从配偶账户转出而认定为事后追认；3. 借款期间夫妻分居；4. 借款期间夫妻离婚；5. 借款发生于非法同居期间；6. 借款未用于生产经营而是其他用途；7. 公司并非家庭公司，尚有其他股东；8. 配偶非合伙人或公司股东或有独立工作；9. 夫妻之间的转账不足以证明分享了借款利益；10. 配偶作为股东仅负担有限责任，不应扩大责任范围；11. 没有证据证明夫妻一家为公司实际控股人；12. 收款后转账给配偶和配偶占股的公司，但配偶提供证据证明其转账给举债一方的款项更多；13. 投资经营风险与收益存在权利义务失衡风险，不能仅以投资收益为共同财产就认定夫妻一方对外负债为共同债务；14. 配偶收款行为仅能证实知情但不足以证实作出追认；15. 没有证据证明配偶参与经营；16. 配偶虽在借条担保人处签字但并未加入该债务；17. 配偶知悉该借款情形下未追认，亦未对债务保证。

从以上法院不支持生产经营型夫妻共债的理由来看，其中“债权人不能证明借款用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于夫妻共同意思表示”的数量最多，占所分析数据的 74%；其次，以“借款未用于生产经营而是其他用途”或“不能仅以还款从配偶账户转出而认定为事后追认”为由不支持的占 5%；此外，还有“没有证据证明配偶参与经营”、“配偶作为股东仅负担有限责任，不应扩大责任范围的”“不足以证明配偶分享了借款利益”等少量裁判观点。

(二) 法院支持生产经营型夫妻共债的原因分析

结合对检索判例的数据分析，法院支持生产经营型夫妻共债的理由主要包括以下几类：1. 配偶还款视为追认+借款期间夫妻财产混同+配偶或家庭受益（以下简称“受益”）+款项用于生产经营（以下简称“用于”）；2. 还款追认+夫妻双方共同经营+夫妻财产混同+用于；3. 夫妻关系存续期间的借款；4. 用于+夫妻财产混同；5. 用于+夫妻双方共同经营；6. 用于+夫妻双方共同经营+配偶账户收款；7. 用于+夫妻双方共同经营+配偶账户还款；8. 用于+夫妻双方共同经营+夫妻财产混同；9. 用于+配偶未举证不存在共同经营或受益或有独立工作；10. 用于+受益；11. 夫妻共有财产为借款抵押或配偶书写借条；12. 配偶账户收款；13. 夫妻财产混同+受益；14. 用于+配偶知情；15. 配偶账户收款+夫妻财产混同；16、受益；17. 用于+夫妻共同经营+受益；18. 配偶账户还款或承诺还款；19. 用于+配偶知情且未提异议；20. 配偶签字；21. 配偶作为担保人签字，认定为实际借款人；22. 夫妻共同意思表示+用于。

从以上分析结果上看，对“生产经营型夫妻共债”法院是否认定主要参考以下要素：款项用于生产经营、夫妻双方共同经营、夫妻财产混同、配偶或家庭受益、夫妻共同意思表示或事后追认；但是对该问题的举证责任分配和证明标准存在同案不同判的现象，没有形成统一的认定标准。从目前的司法实践来看，法院以“借款用于生产经营+夫妻双方共同生产经营”为由认定支持夫妻共债共担的数量最多，占所分析数据的 37.8%；其次，以“用于+受益”和“配偶账户收款”为由的占比次之，二者占比均为 10%；其他因素占比较少，但也反映了司法实践中的不同裁判观点。

(三) 目前司法实务中对生产经营型夫妻共债认定问题的争议

从以上检索数据上看，关于生产经营型夫妻共债的认定司法实务中存在以下争议问题：比如，如何界定“共同意思表示”？配偶知情不否认或未提异议能否认定为配偶具有共同借款的意思？“配偶事后追认”如何认定，特别是“默示追认”的情况下，如何认定配偶作出了追认的意思表示？比如，配偶账户收款或还款是否能认定为事后追

认或债务加入？再者，配偶参与到何种程度能认定为夫妻共同生产经营，如何认定配偶或家庭享受了债务利益，以及如何解决投资风险带来的经营收益与债务承担之间权利义务失衡的风险等问题都值得关注。

为解决以上问题，本文对检索数据深入分析和总结，进而提出关于生产经营型夫妻共债认定解决路径的思考，以抛砖引玉和引发法律同仁对该问题更深入的研究，促进该问题认定标准和裁判规则的统一。

2、关于生产经营型夫妻共债认定规则解决路径的建议

(一) 生产经营型夫妻共债认定三要素

笔者认为，生产经营型夫妻共债的认定主要结合以下三个要素进行判断：一是夫妻在借款时具有共同意思表示；二是夫妻一方以个人名义借款，配偶事后追认；三是债权人举证证明借款用于夫妻共同生产经营。满足以上任一要素均可认定为生产经营型夫妻共债。接下来，本文针对每一要素逐一分析。

1. 要素一：夫妻借款时具有共同意思表示

对于“夫妻借款时具有共同意思表示”在实务中可分为两种情况：一是夫妻双方共同签字确认；二是配偶未签字但积极作为，通常包括配偶在场并书写借条、提供担保、提供账户收款等。这里需注意，在用配偶账户收款时，鉴于不排除夫妻一方实际操控配偶账户的可能性，需结合个案的举证情况具体区分配偶是否知情及款项的实际用途来判断是否认定共债。

在生产经营型夫妻共债的认定中，如何界定“共同意思表示”是关键问题。如果配偶在场并积极参与借款或提供帮助，使债权人有合理理由相信借款基于夫妻双方的资信和偿债能力，那么此时配偶积极主动参与借款或提供帮助的行为亦应被认定为配偶具有共同借款的意思表示，配偶应为“实际共同借款人”，应承担共同还款责任。然而，对于配偶知情不否认的情况，则不能推定为配偶作出了借款的意思表示。

以上观点的理论依据，可进一步探究意思表示的方式，意思表示的方式[注 1]分为明示方式和默示方式，而其中默示方式是指行为人以使人推知的方式间接表示其内在意思的表意形式，分为意思实现和特定沉默。意思实现，是指行为人以某种表明法律意图的行为间接表示其内在意思的默示，又称行为默示或推定行为；而沉默是行为人以不作为或有特定意义的沉默间接表示其内在意思的沉默，无法律规定或当事人约定的情况下，不能作为意思表示的方式。因此，如果配偶仅是对债务知情，但并未通过积极行为追认或作出明确追认的意思表示，则不能推定为配偶作出借款意思表示，这也是站在保护配偶一方的利益考虑，防止过度推定而扩大配偶一方的责任范围。

2. 要素二：夫妻一方以个人名义举债，配偶事后追认

对于“夫妻一方以个人名义举债，配偶事后追认”的情况，主要包括明示追认和默示追认两种情况。其中，明示追认比如更换借条时配偶签字确认，或者以其他口头或书面方式明确表示对债务的承认等；而默示追认主要包括配偶主动积极履行还款义务、债权人请求配偶确认时配偶未提出异议等情况。

笔者认为，关于配偶“事后追认”特别是以默示方式追认如何认定的问题上，由于夫妻之间具有家事代理权，在夫妻一方超出日常生活需要而对外借款时，举债一方无权代理配偶方，除非配偶事后追认。追认的方式[注 2]可以是明示，也可以是默示。此时，追认是配偶的权利和自由，沉默不应当视为追认的意思表示，但是作为一种意思表示的积极方式，如果配偶方以其作为表示追认的，可以认定为作出追认的意思表示。因此，配偶一方积极履行还款义务或债权人请求配偶确认

时，配偶未提异议，均可以构成配偶对债的默示追认。

此外，关于配偶积极履行还款义务是否构成债务加入？根据我国民法典合同编第 552 条规定，债务加入的构成要件中规定，债务加入需第三人与债务人约定加入债的关系承担债务，同时将债务加入的情形通知债权人，或向债权人表示愿意加入债务后，债权人未在合理期限内明确拒绝。因为债务加入增加了债权实现的安全性，对债权人没有风险，却加重了加入的第三人即配偶方的债务责任。[注 3]因此，对于债务加入构成要件中，如何界定配偶愿意加入的意思表示通知债权人非常重要。对此，笔者认为，配偶一方积极履行还款义务，或债权人请求配偶确认时配偶未提异议，均可以构成配偶对债的默示追认和债务加入，但追认和加入相对应债务的范围是否可以扩大到整个全部债务仍需要研讨。笔者的观点是除非配偶方明示方式愿意债务加入和承担全部还款责任，其他自愿还款行为应视为仅对还款的部分构成追认和债务加入。

3. 要素三：债权人举证证明借款用于夫妻共同生产经营

对于“债权人举证证明借款用于夫妻共同生产经营”的认定，从实务的角度可参考以下要素判断：首先，前提条件是需有证据证明借款直接用于生产经营；然后再判断夫妻双方是否共同从事生产经营活动，或生产经营收益由配偶或家庭共享；二者满足其中一个条件就应成立共债。

首先，关于前提条件“有证据证明借款直接用于生产经营”理解较简单，本文不再详述。

关于两种条件中的第一种情况“夫妻双方共同从事生产经营活动”，笔者认为夫妻共同经营主要包括以下几类：第一，夫妻公司，即公司只有夫妻两个股东，配偶担任高管的情况可认定为共同经营；但若配偶仅是挂名股东，并不实际参与经营管理，需要配偶进一步举证证明不知情且未受益，来推翻共同经营的认定；第二，举债夫妻一方成立的一人有限公司、个体工商户或个人独资企业。这种情况下家企混同风险较高，比如一人有限公司在“法人人格否认”的情形下，极易认定为夫妻共同经营债务；第三，夫妻一方或双方与第三方同为公司股东且公司有多名股东。这种情况下，缺乏夫妻共同借款意思表示的情况下，不宜仅以配偶具有股东资格或参与管理而认定承担债务。第四，配偶方为公司主要管理人员，担任公司财务、监事等。这种情况下仅可推定配偶对债务知情，需结合其他因素综合判断是否构成夫妻共债。

关于第二种情况“生产经营收益由配偶或家庭共享”，此处“受益”指有证据证明生产经营收益用于家庭生活或形成夫妻共同财产，可认定为共同债务。在此需特别注意，由于投资风险较大，可能带来经营收益与债务承担之间权利义务不匹配的情况。笔者认为，在存在经营收益与债务承担之间权利义务不匹配带来的失衡风险时，需进一步审查配偶及家庭对生产经营的依存度，以判定配偶是否承担还款责任。比如，如果配偶无独立工作，举债一方生产经营收益作为配偶及家庭生活主要收入来源的，则考虑判定配偶与举债一方共担债务；如果配偶有独立工作和其他收入来源，对举债一方债务未签字未追认，亦未受益情况下，则配偶方不承担还款责任。

(二) 生产经营型夫妻共债认定中配偶方应积极举证协助法院查明案件事实

虽然民法典第一千零六十四条第二款将婚姻关系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，证明为夫妻共债的举证责任归于债权人一方，但配偶方仍应在案件审理中积极配合法院查明案件事实。特别是债权人尽到初步举证责任后，法院释明配偶进一步提交证据，配偶应积极配合举证，以避免在相关案件中被认定夫妻共同经营之债的法律风险。

而从债权人的角度出发，也希望未来在立法层面、交易规则上，规定在借款时就完善借款手续和流程，比如在自然人借贷领域强制夫妻共签等，以避免后续一旦发生纠纷增加债权人举证的负担。

综上，本文针对生产经营型夫妻共债认定的问题，从司法实务的角度出发，以判例数据分析为依据，分析总结并提出该问题法律认定规则的建议。笔者认为，对生产经营型夫妻共债认定规则的构建，应本着规范民事主体行为和减少争讼的目的，而非使问题复杂化或衍生不必要的道德风险。在婚姻家庭的领域，探讨生产经营型夫妻共债的问题，也引发我们对夫妻关系、财产关系及责任承担多维度问题的再思考。夫妻作为身份关系和财产关系的利益共同体，本应休戚与共、祸福共担，但在当今经济社会发展下离婚率居高不下的现状下，国民婚姻观念的变化，社会不法现象多发，进而催生了我们对夫妻之间权与责的思考。站在规范构造的层面，我们既不能以过高的道德标准规范夫妻，也不能将夫妻视为一般民事主体关系，夫妻之间权利义务如何平衡，留待诸法律同仁继续研讨，共促婚姻家庭法律领域内情、理、法的融合统一与国家良法善治。

注释及参考文献

[1] 人民法院出版社法信编辑部编：《民法总则观点集成与审判实务指引》，人民法院出版社 2017 年版，第 621～622 页。

[2] 人民法院出版社法信编辑部编：《民法总则观点集成与审判实务指引》，人民法院出版社 2017 年版，第 743 页。

[3] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适【一】》，人民法院出版社 2020 年版，第 581～582 页。

作者简介



李卉

国浩家族财富管理业务委员会副主任

业务领域：民商事争议解决、家族财富管理

邮箱：lihui@grandall.com.cn



焦璐超

国浩济南律师

业务领域：家族财富管理、民商事争议解决

邮箱：jiaoluchao@grandall.com.cn

【特别声明：本篇文章所阐述和说明的观点仅代表作者本人意见，仅供参考和交流，不代表本所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。】

涉证券类犯罪婚姻家事案件的刑民交叉法律问题研究（刑事篇）丨威科先行

2023-07-04 威科先行 马宏伟 马乃东

https://mp.weixin.qq.com/s/bHOjWXcaEPzR-o1W2t42Mg

作者丨马宏伟 马乃东

机构丨北京大成（上海）律师事务所

大 纲

一、证券类犯罪实务概况
（一）“自由市场”非法外之地
1. 自由市场的背景优势
2. 持续严厉的监管趋势
3. 紧密联动的监管体制
（二）“资本逐利”与合规意识
1. 高发证券刑事案件类型
2. 董监高证券犯罪成因
二、高频证券犯罪解析
（一）内幕交易、泄露内幕信息
1. 新《证券法》扩大了“内幕信息知情人”的范围
2. 内幕信息的认定
3. 内幕交易行为的认定
（二）操纵证券、期货市场
1. 操纵行为类型
2. 真伪市值管理
3. 操纵违法所得与获利
4. 场外配资
三、“关系人”在证券违法违规中的法律风险
（一）内幕交易共犯
1. “关系密切的人员”的范畴
2. 内幕交易“关系密切的人员”的构罪认定
（二）证券账户代持的行政责任
（三）出借账户的刑事风险
1. 出借证券账户可能涉嫌非法经营罪
2. 出借证券账户涉嫌操纵证券市场罪

引言

2023 年 4 月，曾轰动一时的“私募一哥”徐某离婚纠纷一审在上海黄浦法院落下帷幕，法院以“难以认定双方感情破裂”为由，不予支持离婚。该起离婚诉讼前后历经 4 年有余，最终双方仍然未能解除婚姻关系、厘清财产问题，主要原因是该起离婚诉讼背后关联着徐某所涉的重大证券类犯罪。

2009 年至 2015 年，徐某成立多家公司设立信托计划及合伙企业型私募基金进行证券投资。同时，徐某又控制了以亲友及公司员工名义开设的一百余个证券账户，注入自有资金进行证券交易或者要求他人按其指令进行证券交易。2010 年至 2015 年间，徐某单独或伙同他人，先后与 13 家上市公司的董事长或者实际控制人合谋操纵上述公司的股票交易。2017 年 1 月，青岛中院判定徐某犯操纵证券市场罪，判处徐某有期徒刑五年六个月，并处罚金 110 亿元，没收违法所得 93 亿元。

由于涉案金额巨大，在法院追缴违法所得后，徐某本人尚有 110 亿罚金待缴纳，故法院先后冻结徐某家庭资产约 120 亿。2019 年 1 月，徐某的配偶向青岛中院等机关提出国家赔偿申请，要求返还约 60 亿合法财产；当年 3 月，又向山东省高院提出国家赔偿申请，并向黄浦法院提出离婚诉请。

前述离婚纠纷系一起典型的涉证券类犯罪婚姻家事案件，不同于一般的家事纠纷，其在诉讼程序上涉及地域管辖，以及刑、民事案件审理顺序等方面的特殊性，在实体上涉及定罪量刑、刑事罚金与配偶财产的区分、证券账户代持的法律后果等问题。且由于证券类犯罪的嫌疑人、相关当事人往往是上市公司的实控人或董监高，而此类人群又是家事案件的高发人群，故在笔者的执业生涯中该类家事纠纷的案件数量亦不在少数。

基于该类刑民交叉案件的特殊性和复杂性，本所刑事和民事诉讼团队律师根据在各专业领域多年从事相关纠纷解决的经验，结合法院案例的大数据分析，将从不同角度对该类纠纷中可能存在的法律风险进行系统、详细地梳理和分析，并分刑事与民事两篇向读者分别进行阐述，以期帮助读者更为全面地了解涉证券类犯罪家事纠纷的特殊性。

本文上篇将侧重于揭示证券类犯罪的刑事法律风险及婚姻、恋爱等关系密切人在该等风险中的牵连关系，包括证券类犯罪的侦办体制及地域管辖问题介绍，及从证券类犯罪实务角度入手，以案释法，解析证券高频犯罪构成要件和司法判决重点，如内幕交易、泄露内幕信息罪，操纵证券、期货市场罪，出借证券账户等行为的法律规制要点。

一、证券类犯罪实务概况

（一）“自由市场”非法外之地

1. 自由市场的背景优势

2023 年 2 月 17 日，证监会发布全面实行股票发行注册制相关制度规则，自此核准制退出历史舞台，证券发行注册制在我国全面启动。在注册制的背景下，资本市场形成全新格局，中介机构重要性不断强化，上市效率和上市规模进一步提升，优胜劣汰趋势显著。此外，投资人转而占据主导地位，发行人通过信息披露充分展现其可信度、创新力和竞争力，信息披露成为连接投资者和发行人的关键。可见，注册制下，证券市场获得了更大的张力和更宽阔的空间。

2. 持续严厉的监管趋势

但自由的市场不代表为所欲为，注册制的宗旨仍是放管结合，在充分放手发挥市场作用的同时，加大“管”的力度。2021 年 7 月 6 日，中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发了《关于依法从严打击证券违法活动的意见》（下称“《意见》”），明确了打击证券违法活动的指导思想、四项基本原则，坚持贯彻落实国务院“建制度、不干预、零容忍”的方针。与之相对应的是，证券行政、刑事法律规定上的调整。2019 年《证券法》、《刑法修正案（十一）》均全面提升对资本市场违法违规行为的处罚力度，例如新证券法将对内幕交易自然人的罚款从原本的 3 万-60 万调整为 50 万-500 万元；《刑法修正案（十一）》则是将违规披露、不披露重要信息罪从原来的仅有 3 年以下量刑区间调整为 5 年以下和 5 年以上 10 年以下两档。

3. 紧密联动的监管体制

证券案件违法犯罪行为的执法司法体制主要包括行政、刑事两个部分，目前，行政违法违规行为的发现大多源于证监会，证监会主要由稽查局、稽查总队和上海、深圳两个专员办构成。其中，稽查局负责案件的指挥协调、监督指导和服务保障；稽查总队、两个专员办主要负责内幕交易、市场操纵、虚假陈述等案件调查职责以及负责与所在地证券期货交易所、证券犯罪侦查部门进行业务联系。司法维度上，自 2016 年起公安部、检察院、法院陆续建立办案基地，集中优势办案资源，提升专业化办案水平。

办案基地	
公	辽宁省公安厅经侦总队、上海市公安局经侦总队、重庆市公安局经侦总队以及山东省青岛市公安局经侦支队、广东省深圳市公安局经侦支队
检	北京（市检三分院）、上海（市检一分院）、天津、重庆、辽宁（省检）、深圳（大鹏办案基地）、青岛
法	北京三中院、天津一中院、重庆一中院、大连中院（东北）、深圳市中院、青岛中院、上海一中院、郑州中院

在专业执法司法体制架构完整搭建的基础上，证券执法司法联动逐步紧密。实务中大多数证券类案件以行政在先，刑事在后为主，行政立案后发现涉嫌犯罪立即移送公安或者在行政程序处理完毕后再启动刑事诉讼程序。就目前来看，行刑同步配合办案已成为一大趋势，例如：2022 年证监会全年办理案件共 603 件，其中重大案件 136 件，向公安机关移送涉嫌犯罪案件和通报线索 123 件，案件查实率达到 90%。

（二）“资本逐利”与合规意识

1. 高发证券刑事案件类型

监管的严厉打击同步提高了资本市场逐利主体的违法犯罪风险，原以为的没有影响不会查处或行政处罚后不会移送，都将成为侥幸心理。2018 年 1 月至 2022 年 8 月，全国公安机关侦办内幕交易、利用未公开信息交易、操纵市场、违规信息披露、欺诈发行等证券期货犯罪案件 700 余起，侦办非法经营证券、期货犯罪案件 1400 余起。据最高检发布的数据，2022 年检察院共起诉各类证券、期货类犯罪 300 余人，同比上升 38.4%。

2022 年 9 月 9 日，最高法、最高检、公安部、证监会联合发布依法从严打击证券犯罪典型案例，涉及违规披露、不披露重要信息罪、操纵证券市场罪、利用未公开信息交易罪、内幕交易罪等证券犯罪类型，其中，违规披露、不披露重要信息罪以及操纵证券市场罪占比较高。在人员方面，涉案人员多为上市公司实控人、董监高以及中介机构人员，如康某药业造假案中，被判决承担刑责的 12 人均为康某药业原董监高及财务人员。

2. 董监高证券犯罪成因

如前所述，大部分证券犯罪均由证券行政违法行为演化而成，当事人普遍具有缺乏合规意识和风险判断能力的特征。以内幕交易行政处罚案件为例，大部分案件处罚对象均为上市公司董监高，董监高占有信息优势地位的同时，又过度自信，认为只要将信息传递给他人进行交易，就不会被发现。2022 年因内幕交易被行政处罚的 99 人中，有 60 人属于传递型内幕交易，占比高达 63.16%。在该比例中，不乏有上市公司董监高通过闲聊方式将信息传播后，导致自身面临行政、刑事风险。可见，部分作为高危人群的关键少数仍未意识到证券相关法律规定、监管体制机制的改革，代表着在资本市场上的任何行为都需三思而后行。

二、高频证券犯罪解析

（一）内幕交易、泄露内幕信息

1. 新《证券法》扩大了“内幕信息知情人”的范围

内幕交易、泄露内幕信息违法行为的主体为“内幕信息知情人和非法获取内幕信息的人”，新《证券法》结合证券市场发展及司法实践新情况，扩大并细化了知情人范围，配套司法解释也对非法获取内幕信息人员作较宽泛的类别解释。

新《证券法》对内幕信息知情人的扩充，很大程度上明确了内幕信息知情人的实质特征，即基于职责、工作环境和内容可以获取证券内幕信息的人员。新法将实务中能基于职务或者职责接触、管理内幕信息的人员准确纳入内幕交易犯罪主体的范围。以往被忽略的与上市公司形成持股关系、有业务往来的或者存在实际控制关系的主体也在本次修法中被全面规制。具体扩充变化有：

1）新增“发行人、发行人实际控制的公司及其董监高”为知情人，意在规制发行人本身或通过实际控制公司进行内幕交易。发行人的纳入，要求上市公司在进行回购或收购本公司股份时，应诚实审慎地按照《公司法》相关规定，避免在回购过程中被认定为内幕交易。

2）新增“与公司有业务往来可以获取公司内幕信息的人员”为知情人。

3）新增“上市公司收购、重大资产重组中涉及的相关主体”为知情人，该类主体涉及范围较

广，包括交易各方及其控股股东、实际控制人、董监高等，是立法对实践中上市公司收购与重大资产交易过程复杂、人员众多、内幕交易频发的回应。

4）强调“因职务或者工作可以获悉内幕信息的交易所、证券公司、证券监管机构等有关人员”作为知情人。该点强调，有关人员即便未参与重大事项的实际执行，也会因履行工作职责时获悉内幕信息，例如牵线联系洽谈行为，而属于该信息的知情人员。

上述法定内幕信息知情人，因职务、职责或商业关系直接获悉内幕信息后，滥用信息优势在重大事项公告前突击买入，或在业绩预亏、商誉减值等利空信息发布前精准减持的情况并不鲜见，看似“正常”投资决定背后暗含违法内幕交易的隐患。

2. 内幕信息的认定

（1）重大性和秘密性

内幕信息是指与证券、期货交易活动有关的，涉及公司经营、财务或者对公司证券市场价格有重大影响的尚未公开的信息。除法条明确列举的“内幕信息”和“重大事件”外，在内幕信息的认定上，必须具有重大性和秘密性。

1）信息的重大性是认定内幕信息的核心标准之一，指的是该信息会对发行人证券的市场价格产生显著影响，通常证监会以股价波动程度、公司财务指标等因素综合考量。但不影响价格波动的信息一定非重大信息吗？并不然。对重大性的判断还包括是否影响“一般投资人”的决策，即使该信息不必然“实际”产生股价波动，但“可能”影响投资人买入或卖出该股票的决定，该信息就具有一定的重大性。例如，宋新军内幕交易罪一案[1]中，法院对“某上市公司预收购某炼油厂获取原油配额”是否属于内幕信息进行了实质说明，认为即便最终收购结果无法确定但不能否认其对股价具有影响的可能性和现实性，且该信息属于重大投资行为，已具备内幕信息重大性的特征。这与《证券法》第八十一条采用“发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件”的立法表述相印证。

2）信息的秘密性指的是该信息仅由少部分内部人员掌握，尚未公开。内幕信息去秘，包括以法定形式在交易所网站、符合条件的媒体平台上发布，也包括在法定形式公布前，就被投资者广泛知悉和理解的信息，比如经由全国性报刊揭露的重大信息就不再具备秘密性。

（2）敏感期

内幕信息自形成至公开的期间具有敏感性，在此敏感期的内幕信息亦均具有秘密性特征。相对以内幕信息公开终结敏感期的确定性，立法以“重大事件”的发生时间、“计划、方案”的形成时间、影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行的初始时间作为敏感期的起始点，表意较模糊。而是否属于敏感期直接关系到证券交易行为是否异常以及违法所得的认定，因此，敏感期的判断也是司法实践重要争议焦点。

对内幕信息的敏感性判断要结合内幕信息的本质与立法原意予以考量，笔者认为内幕信息的形成时间点，应为该信息同时达到重大性与一定程度的确定性的节点。理由如下：

1）内幕信息的本质是其对证券价格的产生重大影响的可能性，这种可能性会影响证券投资市场交易的公平公开性，以及造成证券价格的异常波动。判断内幕信息形成时间点时，必须寻找内幕信息演变过程中满足“重大性”特征的标志性事件或者节点，这个事件或节点的出现，足以使普通投资者做出不一样的投资决策。

2）从立法规定的敏感期形成时间来看，立法者主要考虑到此时该信息实质上已具备一定程度的确定性，进而可能影响证券交易的价格。在（2020）京行终 7895 号一案中，某公司利润分配方案在 2016 年 11 月 18 日得到管理层签字确认，法院在认定内幕信息形成时间时表述为“不晚于 2016 年 11 月 18 日”，即在类似的签字、批准、

决议等对该内幕信息作出形式上的确认前，该内幕信息的形成已在实质上达到一定程度的确定，进而推断敏感期的节点。需要格外注意的是，这种一定程度的确定性极易造成敏感期节点的提前，触发内幕交易违法风险。

3. 内幕交易行为的认定

（1）知情人直接从事内幕交易行为

内幕信息知情人或非法获取内幕信息的人员直接参与内幕交易被认定为内幕交易罪无可厚非。实务中，内幕信息知情人大多为证券从业的专业人士，对自身交易受限的法律规范存在基本认知，较少采取直接交易的行为模式。相比而言，非法获取内幕信息者直接交易行为在类案中占据较大比例，其背后的原因在于非法获取内幕信息者既存在独立从事直接交易的情形，亦存在内幕信息知情人间接交易，其作为共犯参与犯罪的情形。如（2011）浦刑初字第 2738 号案件中，被告人谢某作为内幕信息知情人明示同案犯安某利用内幕信息进行相关交易，安某自谢某处非法获取内幕信息后从事内幕交易。此时，安某本人的行为模式为直接交易，其亦构成谢某间接交易行为的共犯。

（2）知情人以非法获利目的间接从事交易

如前所述，区分“明示、暗示他人从事相关交易”行为模式的关键点在于行为人的主观心态。当行为人以“利用内幕信息交易违法获利”的主观故意，借他人之手实行内幕交易行为时，则构成“内幕交易罪”。（2017）沪 01 刑初 121 号案件中，被告人陈某明示同案犯利用内幕信息交易，并以此非法获利 1,466 万余元，法院认定其犯内幕交易罪。

间接交易行为模式常出现在证券相关从业人群中，涉案行为人在对相关行业规范存在一定了解的基础上，抱有“侥幸心态”，选择以间接交易的方式规避监管。事实上，监管及侦查机关在发现相关证券、期货交易存在异常时，会结合内幕信息交易人交往人员关系进行排查。以类案高发区“上市公司资产并购重组”举例而言，项目阶段聘请的独立财务顾问、律师事务所以及会计师事务所等证券服务机构相关人员，皆为重点排查对象。如行为人对相关大额获利无法作出合理解释，司法实务中倾向于推定其存在“内幕交易”的主观故意。

（3）知情人通过利益共同体间接参与交易

“利益共同体”，是指基于法定或约定关系而具有共同经济利益的各方人员。实务中集中体现为家庭关系成员，如配偶、父母、子女等，亦包含连襟、妯娌等姻亲关系。司法实务中对知情人“建议”“利益共同体”交易的行为多以内幕交易罪进行规制。原因有二：主观层面上，利益共同体中各方多有维护共同经济利益的动机，且相互之间具有较高的熟悉度和默契度；客观层面上，“利益共同体”所持有证券之利益或损失，基于共同利益关系全部或部分归属于知情人。类案中亦大多存在知情人直接或间接提供资金给“利益共同体”购买证券的情形。具体有关内幕交易共同违法人的认定，将在下面“内幕交易共犯”一节中详细论述。

（二）操纵证券、期货市场

1. 操纵行为类型

《刑法》第一百八十二条以列举加兜底式约定，规范界定了操纵市场的典型行为类型：依据操纵手法核心要素差异，可整体划分为交易型操纵和信息型操纵。

• 交易型操纵，体现为直接通过违规证券买卖操作，影响标的证券成交量及市场价格。典型操作手法包括连续交易、约定交易、洗售交易及虚假申报交易，具体而言：

（1）连续交易

连续交易，指行为人单独或者合谋，集中**资金优势、持股或者持仓优势**或者**利用信息优势联合或者连续买卖**，通常表现为**单独或合谋**连续的拉高买入或连续的压低卖出行为，或在某一时间段

内整体表现出拉高或压低的趋势。司法实务对是否具备资金优势、持股持仓优势、信息优势的认定，自 2019 年操作证券、期货市场司法解释[2]实施起逐步统一采用量化标准予以衡量。

（2）约定交易

约定交易，指行为人与他人**恶意串通**，以事先约定的时间、价格和方式**相互进行交易**，通常表现为**不具有控制关系**的双方当事人通谋互相买卖股票，制造交易假象，将交易标的价格持续拉高或者降低。约定交易司法实务之认定关键在于**相反申报的交易价格及数量、时间相近程度**，对此，证监会《证券市场操纵行为认定指引》[3]第二十五条列明具体认定规则以供实务参考。

（3）洗售交易

洗售交易，指在行为人实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约。司法实务之认定关键在于**交易标的所有权未发生实质转移**，通常发生在操纵行为人实际控制的不同账户之中，主要包括行为人实际承担损益的他人账户，行为人通过协议、特殊关系或其他手段实际控制的账户等。

（4）虚假申报

虚假申报操纵，指不以成交为目的，频繁申报、撤单或者大额申报、撤单，误导投资者作出投资决策，并通过反向交易获得不法利益。其操纵本质是行为人通过频繁的报撤单推动证券价格朝着其设定的价格趋势运行，使得投资者基于市场表面的价格趋势作出买卖策略进而影响证券、期货交易价量。

区别于交易型操纵中直接通过买卖交易本身影响交易价量，信息型操纵主要通过信息的非法披露、散布，结合其他交易手段实现对股价的影响。从我国目前立法与司法现状，涉及利用信息的发布与传播实现操纵股价目的之信息型操纵的基本类型有：

（1）利用信息优势型

利用信息优势连续买卖操纵，即行为人利用自身信息优势，获取内部信息或控制信息发布时机，配合交易行为影响证券价格或交易量，并从中获利（或意图获利）的行为。此种操纵行为中的“信息”必须是“优势信息”，通常是上市公司内部人所占有或可控的信息。

此类操纵方式处于信息型操纵与交易型操纵的交叉区域，其完整的操纵行为中既有利用信息优势的行为，又有交易行为，二者互相配合，单一或共同影响证券成交价格或交易量。

（2）蛊惑交易型

蛊惑交易型操纵，即利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券交易的行为。蛊惑交易的核心是利用信息诱导投资者买卖证券，要构成操纵证券市场，该信息必须是“虚假、不真实”且能引起证券价格非正常波动的重大信息。

蛊惑交易常见案发类型是“黑嘴团伙”，“黑嘴团伙”本身并没有独立的交易行为，而是通过在各种网站、论坛发布虚假信息并赚取佣金，由操盘方（实际交易人）进行证券买卖。

（3）抢帽子交易型

抢帽子交易操纵即对证券、发行人公开评测建议并进行反向交易的行为。此种操纵行为中的信息是“公开评价或投资建议”。与利用信息优势交易和蛊惑交易不同，抢帽子交易中利用的信息是行为人对证券、发行人公开做出的判断、评价、建议，是行为人真实的意见、主观态度的表达，其可责性主要在于配合评价发布的反向交易，即利用舆论引导投资者买卖方向，为己方提前布局借势获利。

2. 真伪市值管理

上市公司市值作为资本市场的指示标，同步反映着企业综合实力，高市值企业客观上更易获得市场认可，企业进行市值管理的经营需求也随之而生。近年来，在资本市场强监管背景之下，“市值管理”却日渐成为上市公司谈虎色变的灰

色空间，归其根本在于监管实务中，存有诸多类案以“市值管理”之名，行“操作市场”之实。

（1）为市值管理正名

合规范畴内的市值管理，是指上市公司综合运用多种科学、合规的价值经营方式和手段，达到公司价值创造最大化、价值实现最优化的一种战略管理行为。

2014 年国务院颁布《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》，提出“鼓励上市公司建立市值管理制度”。实践中常见市值管理的应用途径包括大宗交易、并购重组、股份激励、股份回购与增发、投资者关系管理等，要求以严格履行信息披露为重要前提，最终落脚在企业长期价值向好发展。

（2）伪市值管理

逐渐成为监管规制重点的“伪市值管理”，则是将公司价值经营异化为股票价格管理，通过非法操纵股价等违法违规行为实现非法牟利，损害中小投资者利益。

实务中，“伪市值管理”涉及主体众多、手法交织多变，已形成了上市公司控股股东、实控人与操纵团伙、配资中介、市场掮客、股市“黑嘴”等相互勾结的灰黑利益链条，常见的多方配合操纵逻辑包括：利用信息操纵、先拉升再交易、先交易再拉升等。

近年来，证监会多次点名“伪市值管理”，坚持全覆盖全方位追责，并针对市值管理问题明确划下了“三条红线”：一是严禁操控上市公司信息，不得控制信息披露节奏，不得选择性信息披露、虚假信息披露，欺骗投资者；二是严禁进行内幕交易或操纵股价，牟取非法利益，扰乱资本市场“三公”秩序；三是严禁损害上市公司利益及中小投资者合法权益。

3. 操纵违法所得与获利

操纵证券、期货市场“违法所得”，是指通过操纵证券、期货市场所获利益或者避免的损失。但由于在操纵类案件中，交易手法并存、费用支出庞杂、涉案人员众多，类案违法所得的认定与计算，存在诸多疑难与差异。

（1）操纵违法所得是账面获利，还是实际获利？

操纵类案件司法实务对于当事人违法所得的认定，通常存在两种表述方式：“账面获利”和“实际获利”，该两种表述所代表的金额不必然相同。鉴于法律对此未有明确规定，违法所得究竟是以账面获利为准，还是以实际获利为准，就成为了实践中的一大疑难问题。

就“违法所得”“账面获利”“实际获利”三者的定义出发进行判断：

1）违法所得系指行为人实施操纵行为获取的不正当利益。其所得不正当利益的形式，既可以表现为持有的现金，也可以表现为持有的证券。

证监会于 2007 年 3 月 27 日印发的《操纵认定指引》（已废止）曾指明操纵犯罪违法所得的参考计算方式，违法所得=终点日持有证券的市值+累计卖出金额+累计派现金额-累计买入金额-配股金额-交易费用[4]。司法实务中长期具有一定参考意义，但亦不排除其他公允的计算方式。

2）账面获利系指涉案期间从账目上体现的利润金额，一般是指抛售价格减去成本，包括因操纵行为获得的利益和因其他因素的市场波动产生的利益。

3）实际获利系指涉案期间实际发生的获利，除账面获利外，可能存在其他尚未入账或当事人隐瞒在账面之外的金额。

从这三者定义来看，违法所得显然系法律概念，其对收入支出的计算以正当、不正当为准，不正当的收入均应计入，不正当的支出不应当扣除。而后两者较倾向于会计、财务的概念，具有比较明确的定义，系基于特定财务类目计算所得。

基于三者定义可见，违法所得并不必然等同于账面获利或实际获利，而是以账面获利或实际获利是否能够准确代表不正当利益为准。因此，在评价计算操纵违法所得时，应当结合案件具体

情况，以法定、公允方式计算违法所得，而不拘泥于以账面获利还是实际获利为准。

（2）多种操纵行为并存时如何认定违法所得？

伴随着操纵类案件手段逐步复杂化、新颖化，通常一个案件中包含多种操纵行为，但由于各个类型操纵行为追诉量刑标准不一，违法所得的认定即存在争议：是否以最终股票卖出的金额直接扣减最初的建仓金额，而不考虑交易过程中各个行为的利损？还是交易过程中的各个行为是否应当分割计算？

从相关司法、监管案例来看，判断以上问题的关键在于整个交易是否存在可分割性，即各个交易手段间是否存在明显的界限。如各个交易手段存在明显时间间隔、操纵标的变化、操纵人员差异等而构成数个独立的操纵行为，应当分别审查确定每一个操纵行为的起止期限（操纵期间），分别计算每个操纵期间的交易盈亏，加总后确定操纵主体的违法所得的金额。但多种操纵手段如构成整体系统的操纵行为，司法实务中，往往自操纵行为发生日至终止日操作全程中的利损统一计算。

（3）非资金实际归属方，违法所得如何计算？

除上述两个问题外，实务中还有一个典型的违法所得争议问题：案件中资金不属于行为人，行为人最终也未获利的情况下，行为人的违法所得应当如何计算？此类情况通常发生在资产管理人、投资顾问身上，实际操纵行为由管理人操作，但资金来源系投资人。

例如徐某操纵行政诉讼案[5]，徐某系信托产品的投资顾问，控制 5 个账户，徐某利用这些账户，通过集中资金优势连续买卖、尾盘拉抬等方式影响股价，后反向卖出获利。该案中，代理人认为徐某仅收取管理费和投资顾问费，该案获利的金额不应当计入徐某的违法所得。

但法院认为违法所得系指违法行为产生的全部收益，与违法行为人实际得到的收益并非同一概念。因此，在计算违法所得时，并不需要考虑违法行为人的融资成本，收益分配等因素。

由此可见，资金的来源、行为人获利后的利益分配等均不影响违法所得的计算，这一点跟前述实际获利和账面获利的区分相一致，即违法所得的计算并不以会计概念为准，违法所得的资金归属不影响收益违法性的认定。

4. 场外配资

操纵市场行为，为实现高额收益或累积资金优势，往往需要筹措高额交易本金，“配资”往往成为操纵方的必经之路。

（1）场内配资与场外配资

根据融资渠道及方式差异，“借钱炒股”可分为场内配资与场外配资。场内配资，即证券公司融资融券业务，是指由证券公司向客户出借资金供其买入证券或者出借证券供其卖出，并收取担保物的经营活动。相对应，场外配资则指证券公司融资融券业务之外的借钱炒股现象，包括通过 P2P 平台、信托公司、基金子公司、配资中介等渠道来实现融资炒股目的的各种交易。

（2）场外配资为何高发于操纵类案

1）配资杠杆比例高

证券公司融资融券业务中，基于严格的合规及风控要求，融资的杠杆一般控制在 1:1，易言之，投资者在先提供固定金额保证金，可以获得与保证金等额的融资交易金额。而场外配资由于渠道繁杂，杠杆可高达 1:5、1:7，恰恰满足操纵方的高额融资需求。

2）配资方可同步提供账户组

操纵类案中，为逃避监管、隐匿非法交易行为，操纵方往往需要多个证券账户系统交易，同步实现“自买自卖”“约定对倒”等操纵手法。场外配资，不仅可以提供高额交易本金，还可以同步提供多个证券账户。实务中，存有两类典型配资模式：

出借账户模式：由出资人作为账户和资金出借方，提供其证券账户及配资资金，配资主体作

为中介方，赚取配资利息差额。融资方将保证金等本金转入出资人账户，配资主体则根据配资协议约定预警线和平仓线，并负责对账户交易进行风控盯盘，合同到期或达到平仓线，三方协议终止。

系统分仓模式：由配资主体开设账户后通过分仓软件进行分仓，根据融资方提供的保证金进行配资，将配好资金后的二级账户（子账户、虚拟账户）交付使用。配资公司不仅收取配资利息差额，同时收取交易佣金或手续费。

（3）场外配资是灰是黑

融资融券业务属于证券公司专营业务，未经证监会核准，任何单位和个人不得经营。从行政监管角度而言，我国目前只有证券公司融资融券业务属于合法配资渠道。但由于“场外配资”形式上看似普通借贷，长期游走于监管灰色地带。2015 年，证监会发布《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》，司法执法实务中日渐加大场外配资行业的监管与规范力度。近年来，除经营资质缺陷本身固有的非法经营风险外，以往在衍生案件中“独善其身”的配资方，在操纵证券市场、内幕交易等高频证券犯罪类案中，被作为共犯归责的频率亦在同步增高。

三、“关系人”在证券违法违规中的法律风险

由于我国适用夫妻财产共同制，在此类往往涉及高额获利的案件中，配偶多有维护共同经济利益的动机，其不当行为也会引发一定的刑事责任。如内幕交易案中，配偶在内幕信息的获取上具有高度便利性和隐蔽性，如其交易行为特征必须与内幕信息“基本吻合”，并且无法“自证清白”，就有承担刑事责任的风险。另外，与知情人具有“同居关系”的情人也有可能涉案。

（一）内幕交易共犯

内幕信息知情人的“近亲属”“关系密切的人员”在内幕交易案件中被精准打击的现象屡见不鲜。在我国传统礼俗社会环境下，这类特殊身份人员在获取内幕信息时有着高度便利性和隐蔽性，对于该类人员《内幕交易司法解释》[6]第二条作了较为宽泛的解释，司法实践对其中第二款规定的“关系密切的人员”认定较有争议。

1. “关系密切的人员”的范畴

“关系密切人员”的概念最早运用于《刑法修正案（七）》关于利用影响力受贿罪，其仅从关系紧密度的层面进行标准划分，但是并未严格要求该关系性质是身份关系（如通常观念上的姻亲关系），还是利益关系（如商业合作伙伴等）。实践中只要该种关系紧密到一定程度，就可归入“关系密切人”的范畴。在（2018）沪 02 刑初 29 号案件中，法院判定王某、张某系郭某“关系密切的人员”的理由之一，为郭某与王某、张某“相识多年，有业务合作与往来”，三人存在“共同利益”。在本罪其他常见的“关系密切”行为表现还有“通讯联系频繁”、“同居关系”、“连襟关系”等。例如山西证监局 2020 年对马某某、李某内幕交易作出的行政处罚，认为虽然二人在第一次听证期间申辩二人各自家庭独立，仅为同事关系，但二人证券账户均由李某管理、操作，在询问笔录中二人陈述的经常居住地一致，在同一公司任职，并且在询问笔录及提供的申辩材料中均互称配偶，且第二次听证期间承认为恋人关系，二人更是在内幕交易敏感期内通讯联络达 101 次，故两人应属于内幕交易的共同违法人。该认定也在后续得到行政复议机关中国证监会和行政诉讼审判法院的支持。

承接前案，内幕交易行为人在被行政机关或司法机关作出行政罚款决定或罚金刑判决后，如其中一方的配偶提出离婚诉讼，认为与其中一方共同实施内幕交易行为的“恋人”的证券账户资金或向执法或司法机关提交的罚款或罚金应属夫妻共同财产，存在其配偶是否能够以该“恋人”作为共同被告提起财产返还纠纷之诉的问题。如该财产涉及内幕交易行为人擅自将夫妻共同财产

赠与“恋人”的情况，根据《民事诉讼法》第五十五条“当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼”，由于赠与合同涉及出轨方与“恋人”双方，配偶可以作为原告，以出轨方和“恋人”为被告。值得注意的是，《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第四十八条对该情况作出具体规定，原配可作为原告直接提起诉讼，请求认定该赠与无效，第三者应返还财产。而如果内幕交易人一方配偶仅以行政处罚或刑事判决认定的内幕交易人与其“恋人”属于共同违法人或共犯为由，未提供双方之间财产转移的证据，请求以“恋人”作为其离婚诉讼案的共同被告，其主体适格性仍待考证。

2. 内幕交易“关系密切的人员”的构罪认定

内幕交易、泄露内幕信息罪中的“关系密切人员”获悉内幕信息通常经由内幕信息知情人的传递并进行交易，但并不能因此简单推定其构成内幕交易行为。具体说来：

首先，“关系密切人员”的交易行为应无“自证清白”的合理解释。违法内幕交易在实践查证难度较高，不仅因为消息传递的场所比较隐蔽，还包括利用各种通讯、信息交流渠道进行消息传递。因此，“关系密切的人员”如何解释自己的交易行为并非依赖于内幕信息，而是正当合理的投资决定是排除内幕交易罪的要素之一。在（2015）粤高法刑二终字第 215 号案件中，陈某与冯某存在姻亲关系（系冯某配偶的妹妹），陈某提出其进行交易的信息是基于其他渠道并提供相应证据，法院对此予以认可。

《内幕交易司法解释》采用“例举+兜底”方式规定了内幕交易、泄露内幕信息犯罪的阻却事由，在此不作赘述。实践中争议较大，也是行为人申辩时使用频率最高的，是“基于事先订立的合同、指令、计划而从事证券交易行为”的抗辩事由。但由于虚假合同、虚假指令和虚假计划，可通过简易的操作事后增补，证监部门对该类事由的合理性认可概率亦较低。

其次，其交易行为特征必须与内幕信息“基本吻合”。包括交易行为（如接触到内幕信息后立即着手进行证券交易）、交易规模（如接触到内幕信息后交易规模与平日相比发生重大变化）、交易方式（如买入与内幕信息内容匹配、且之前从未入手的证券）等。多数获悉到内幕消息的投资者对自己属于“关系密切的人员”的敏感身份，警觉度不高，且存在交易量不高不会被发现的侥幸心理，常常在获取到相关信息后立刻着手交易，行为特征与内幕信息匹配的可能性较高。在“关系密切人员”的特殊身份前提下，相较于其他通过非法手段联系、接触内幕消息的人员，实务认定其存在内幕交易行为的盖然性较大。

因此，只要“关系密切人员”从事了上述异常交易，且又不能有合理理由“自证清白”的，即存在被认定为构成内幕交易罪的风险。

（二）证券账户代持的行政责任

证券账户代持是指实际出资人委托代持人代为持用公司证券，代持人拥有证券账户所有权的权利外观，即证券账户登记在代持人名下。我国法律虽然并没有明令禁止股票代持，但仍能从部分规定中看出资本市场并不欢迎股票代持的情形。

《首次公开发行股票并上市管理办法》《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法》《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引》均规定了“股权结构明确清晰”的要求，上市公司与拟挂牌公司的股权结构是公司的重要披露信息。实践中，根据《证券法》第 197 条规定，如发行人、上市公司或其他信息披露义务人如果没有对此作出如实披露，证券监管部门可能会对披露义务人处以警告、五十万元以上五百万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以二十万元以上二百

万元以下的罚款；如发行人的控股股东、实际控制人指使代持人、上市公司或发行人，隐瞒该代持信息的，证券监管部门将处以五十万元以上五百万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处以二十万元以上二百万元以下的罚款。

如，RZX 公司系 2012 年在深交所创业板上市的公司。2010 年至 2012 年实际控制人景某与含罗某在内的 7 人签订了股份转让协议，约定景某代为持有 7 人共 310 万股票，并代替前述 7 人行使表决权。在该股票发行期间至 2012 年到 2014 年期间，RZX 公司并没有对此做出披露。2017 年 12 月，证监会向 RZX 公司以及代持人景某分别处以警告以及 30 万元的罚款。罗某作为发行承揽人，违反 2014 年《证券法》第一百九十九条证券从业人员不得持有股票的禁止性规定仍通过景某持有 RZX 公司股票，被证监会处以一千万罚款、没收违法所得并终生禁入证券市场。

根据前述案例可看出，上市公司，代持人以及实际控制人如果隐瞒证券代持的相关事宜，可能会面临严重的行政处罚。根据法律规定以及以往处罚经验，证券从业人员通过代持持有公司证券可能会受到市场禁入、罚款、没收违法所得的行政处罚。而证券代持人、实际控制人如果组织、指使违规披露行为的，则会面临警告、处以罚款的法律风险。

（三）出借账户的刑事风险

出借证券账户是指单位或个人将自己名下的证券账户出借给他人进行证券交易。根据 2019 年《证券法》第五十八条、第一百九十五条规定，违法出借证券账户将面临责令改正、警告、处以五十万元以下罚款的行政处罚。我国《刑法》中虽没有规定“出借证券账户罪”，但在实践中出借证券账户的行为在非法经营、操纵证券市场等犯罪中普遍存在，从某种程度上，出借证券账户的行为早已成为证券类刑事犯罪的“培养皿”。

1. 出借证券账户可能涉嫌非法经营罪

在实践中，许多账户出借人并不仅是单纯出借证券账户，而是通过出借账户进行变相的场外配资。如上所述，场外配资是指通过提供高杠杆率的融资服务，实现投资者杠杆交易的行为。然而我国证券市场的融资业务对开户人进行了严格的限定，大部分股民并不符合进入融资市场的申请条件。场外配资的出现则使得本来不符合证券融资条件的股民获得融资，从而扰乱证券市场秩序。实践中，常见的通过出借账户进行场外配资的情形为没有取得证券融资资质的出借人向借用人收取保证金后将 1 至 10 倍保证金的自有资金与保证金共同存入出借人的账户，并将该账户出借给借用人操作，但出借人对账户拥有最终管理权，股票亏损时出借人可以强制平仓。在上述情形中，由于出借人出于谋取非法利益的目的，在未取得融资资质的情况下向账户借用人提供融资服务，构成非法经营罪。如果非法经营数额在 30 万以上，或违法所得超过 10 万，则应被追究非法经营罪的刑事责任。

2021 年 2 月，河南省某法院判决了一起场外配资的非法经营案。裁判文书中提到，2013 年 12 月至 2015 年 11 月期间，李某、施某等人通过三家不具有证券、期货经营资质的公司，向投资人提供证券账户。同时，李某、施某等人通过向投资人提供一至十倍保证金证券账户的方式，为客户高杠杆融资，并实时监控投资人的账户资金情况，负责提供账户强制平仓等风控业务。法院最终判决，被告人李某伙同施某通过没有证券、期货经营资质的公司出借证券账户的方式进行场外配资的行为构成非法经营证券罪，判处有期徒刑十二年，并处罚金人民币一百万元，违法所得上缴国库。[7]

2. 出借证券账户涉嫌操纵证券市场罪

如前所述，实践中不乏通过出借证券账户的方式来实现场外配资。出借人在对出借账户享有最终管理权的情况下，出借多个证券账户，或通

过分仓模式出借多个虚拟证券账户，通过实际操控多个账户，对一只或多只股票进行信息炒作，从而生成控制信息，最后再利用信息优势抬升股票价格。这种方式能让借用人以出借人的名义进行交易，绕过某些法规限制或要求。在上述情形中，由于出借人以获取不正当利益为目的，实际掌控多个证券账户，其利用持股优势生成控制信息，进而操纵证券市场价格，构成了操纵证券市场罪。但由于操纵证券市场罪属于情节犯，因此只有达到“情节严重”在会被追究刑事责任。具体关于操纵证券市场罪情节严重的认定标准，可参考《最高人民法院、最高人民检察院关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》。

由于操纵证券市场需要大量资金，在行政处罚调查或刑事案件侦查期间，执法或司法机关就会对操纵人的资金账户进行排查，确认资金来源，锁定配资人、出借人等其他参与人员。一般而言，根据操纵证券市场主要操作人员、涉嫌出借人的询问笔录或口供，以及 IP 和 MAC 地址，即能证明实际证券账户操作人以及是否存在证券账户出借行为。

2021 年浙江省高院判决了一起非法配资操纵证券市场案。被告人罗某、龚某等人从配资人处借得证券账户，利用实际控制的上百个账户，通过连续交易、对倒等方式，操纵 DS 股份、广州 FZ、DB 电气等七只股票，法院认定罗某、龚某构成操纵证券市场罪。其中，被告人金某为罗某操纵 DB 电气提供证券账户，并先后提供两次配资，法院最终判决认定被告人金某具有丰富的配资和操盘经验，在明知罗某违规使用证券账户的情况下继续为其提供配资并帮助其逃避监管，认定金某帮助罗某操纵证券市场，构成操纵证券市场罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二百四十万元。

从前述两个案例可以看出，出借证券账户是证券类刑事犯罪常见的上游行为，出借证券账户如果被认定为场外配资，且证券账户出借人在出借账户的同时具有非法经营的主观故意，则构成非法经营罪。如果证券账户出借人通过出借账户实施了市场操纵的有关行为，则构成操纵证券市场罪。因此，《刑法》虽没有直接规定“出借证券账户罪”，但如果出借证券账户这一行为具有非法经营的主观故意或与其他证券类刑事犯罪行为有勾连，出借人则需承担相应刑事责任的风险。

脚注：

Footpoints：

[1]（2017）鲁 05 刑初 3 号。

[2]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》

[3] 证监稽查字(2007)1 号《证券市场操纵行为认定指引（试行）》现已失效，实务中仍具有参考意义。

[4] 交易费用，是指已向国家交纳的税费、向证券公司交付的交易佣金、登记过户费、交易中其他合理的手续费等，不包括向第三方支付的居间费用、融资成本及其他名义的分成等。

[5] 徐志霖与中国证券监督管理委员会等行政案【行政处罚：沪〔2018〕52 号】。

[6]《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》法释〔2012〕6 号。

[7](2020)豫 01 刑终 34 号。

作者简介



马宏伟，北京大成（上海）律师事务所

马宏伟律师，北京大成（上海）律师事务所高级合伙人，华东政法大学刑法学硕士，上海交通大学上海高级金融学院 EMBA 学员，上海交通大学凯原法学院证券犯罪研究中心外聘研究员，华东政法大学文伯书院校外导师。曾在国家公安部，从事经济（证券）犯罪侦查工作，参与多起重特大要案办理；曾在渣打银行、美国运通等世界 500 强跨国金融集团从事法务、风险控制、反欺诈及反腐败等工作；擅长金融、证券合规与行政复议；金融、证券类刑事犯罪辩护，上市公司的并购、私募股权与投融资、重大商事争议解决、公司治理等。

邮箱：ma.hongwei@dentons.cn



马乃东，北京大成（上海）律师事务所

马乃东律师，北京大成（上海）律师事务所高级合伙人、大成上海婚姻家庭与私人财富管理专业组牵头人、上榜 Lega500 2023 私人财富管理领域特别推荐律师、大成上海 2016-2019 年度连续 4 年唯一“婚姻家庭与私人财富管理专业律师”，专注于为客户提供全球化的财富保障及财富传承法律服务，在境内外的企业家等高净值人士跨国离婚与继承等家事法纠纷诉讼以及公司控制权争夺相关的公司法纠纷等方面有着丰富的法律服务经验。

邮箱：naidong.ma@dentons.cn

已故配偶工龄购房的价值计算方式及法律风险预防丨iCourt

原创：2023-11-05 iCourt 法秀 赵文博

https://mp.weixin.qq.com/s/75CS9PxvU42iOyIecJrotA

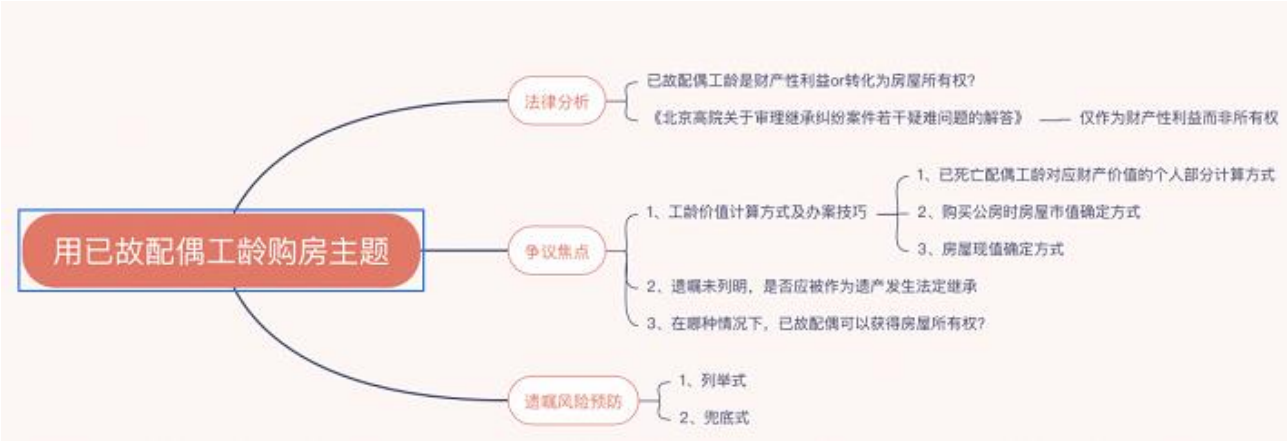


赵文博，北京市盈科律师事务所 律师

执业领域：婚姻家事方向

联系方式：13718358744（同微信）

引言：



在有些遗嘱继承案件之中，配偶去世后，在世一方购房，使用了已故配偶工龄，从而可以通过较低的价格购买房屋，购买房屋后，在世的一方立下遗嘱或提前将房屋过户给自己选定的人。

此时，如果被使用的“已故配偶工龄”被视为房屋所有权的一部分，那么购买房屋的部分份额要归已故配偶所有；如果视为去世配偶一方的财产性权益，亦或连财产利益也算不上，那么购房者可以获得该房屋全部所有权，被使用的配偶工龄对应的财产价值，可以作为已故配偶的遗产发生继承。

2018 年 6 月 19 日发布实施的《北京高院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》将这一问题作了统一的解释和回答：**“按成本价或标准价购买公房时，依国家有关政策折算已死亡配偶一方工龄而获得政策性福利的，该政策性福利所对应财产价值的个人部分应作为已死亡配偶的遗产予以继承。”**

该政策性福利所对应的财产价值计算参考公式：（已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分 ÷ 购买公房时房屋市值） × 房屋现值。

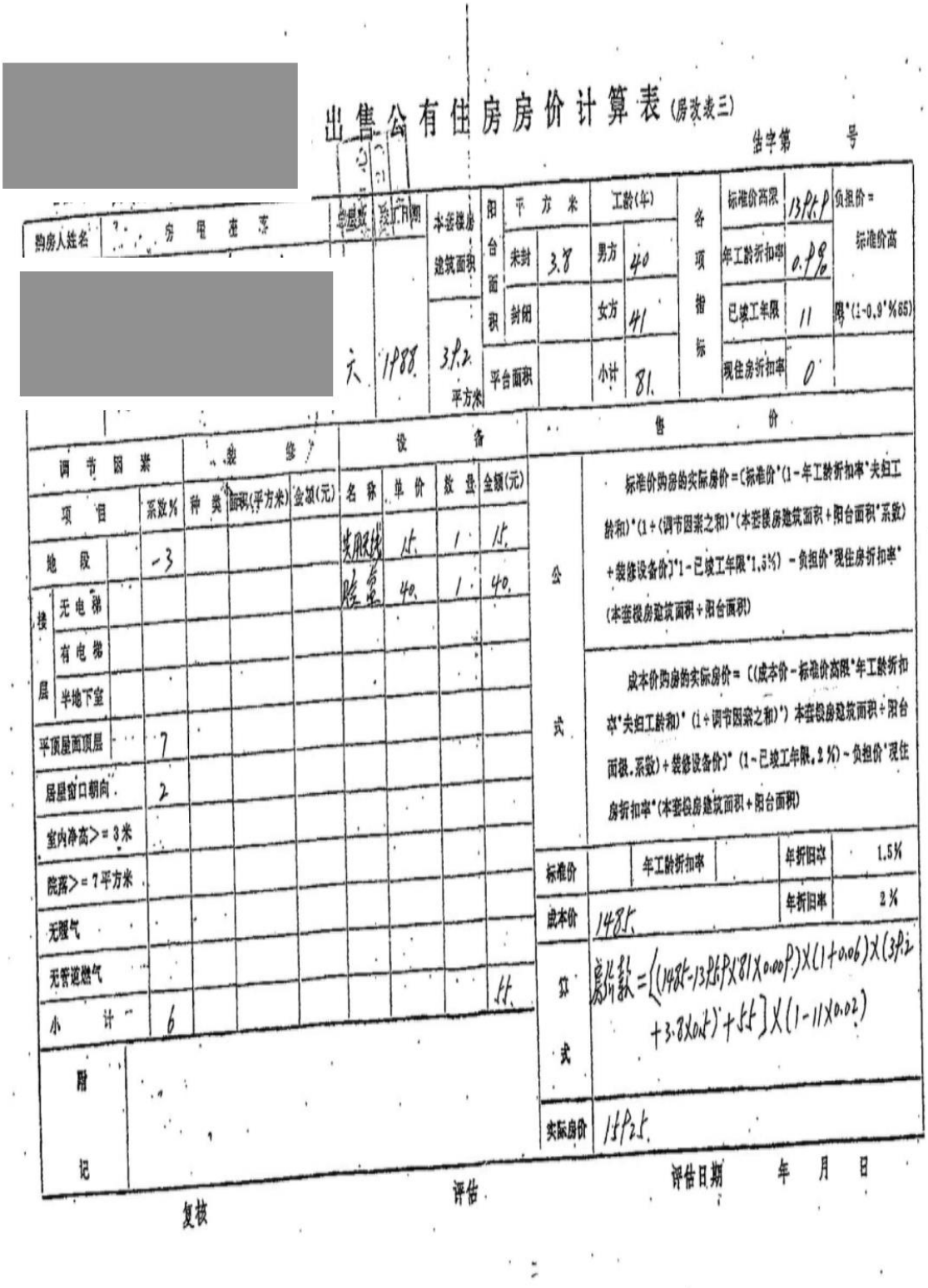
根据上述规定，**在继承案件之中，“已故配偶工龄”被作为“财产价值”分割，而非作为房屋所有权的一部分**，如此在承办继承案件之中，尤其是“遗嘱继承案件之中”便出现了三大争议焦点，本文将逐一展开分析。

争议焦点 1：

遗嘱继承案件之中，涉及已故配偶工龄对应的“政策性福利所对应的财产价值”应当如何计算，律师在承办该类案件之中，是否有为当事人争取更多权益或降低损失的计算方法？

【解决思路】

已故配偶工龄对应的财产价值，具体应该如何计算。参照下方**《出售公有住房房价计算表》**会有更直观的感受。



[redacted]

出售公有住房房价计算表（房改表三）

佳字第　　号

购房人姓名	房屋座落	总层数	竣工日期	本套楼房建筑面积	阳台面积	平方米	工龄(年)		各项指标	标准价高限	13P5.P	负担价=标准价高限*(1-0.9*%65)
[redacted]		六	1988	39.2 平方米	未封	3.8	男方	40		年工龄折扣率	0.9%	
					封闭		女方	41		已竣工年限	11	
					平台面积		小计	81		现住房折扣率	0	

调节因素		装修			设备				售价
项目	系数%	种类	面积(平方米)	金额(元)	名称	单价	数量	金额(元)	
地段	-3				共用线	15	1	15	公式：标准价购房的实际房价=〔标准价*(1-年工龄折扣率*夫妇工龄和)*(1+(调节因素之和)*(本套楼房建筑面积+阳台面积*系数)+装修设备价〕*1-已竣工年限*1.5%）-负担价*现住房折扣率*(本套楼房建筑面积+阳台面积)
楼层 无电梯					脸盆	40	1	40	
楼层 有电梯									
楼层 半地下室									
平顶屋面顶层	7								公式：成本价购房的实际房价=〔(成本价-标准价高限*年工龄折扣率*夫妇工龄和)*(1+调节因素之和)*)本套楼房建筑面积+阳台面积.系数)+装修设备价〕*(1-已竣工年限.2%)-负担价*现住房折扣率*(本套楼房建筑面积+阳台面积)
居屋窗口朝向	2								
室内净高>=3米									
院落>=7平方米									
无暖气									
无管道燃气									
小计	6							55	

标准价		年工龄折扣率		年折旧率	1.5%
成本价	1485			年折旧率	2%
公式	房价款=〔(1485-13P5.P×81×0.00P)×(1+0.06)×(39.2+3.8×0.5)+55〕×(1-11×0.02)				
实际房价	15P25				

附记

复核　　评估　　评估日期　　年　月　日

我们先来看北京高院给出的公式：

政策性福利所对应的财产价值 =（已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分 ÷ 购买公房时房屋市值） × 房屋现值

这里面有三个数值需要我们确定，第一个是：**已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分**，该数值为分子；第二个是：**购买公房时房屋市值**，作为分母；第三个是：**房屋现值**，作为分子。

我们分别作说明。

①已死亡配偶工龄对应财产价值的个人部分计算方式。

我们可以通过将夫妇工龄设为 0 ，算出未使用工龄时房价，用该房价减去实际花销，计算为双方工龄对应的价值，再利用双方工龄比例计算出已故配偶工龄价值。

实际房价 =[(成本价 - 标准高限 * 年工龄折扣率 * 夫妇工龄和) *(1 + 调解因素之和)*(本套楼房建筑面积 + 阳台面积 * 系数)+ 装修设备价] * (1 - 已竣工年限 * 2%) - 0

当夫妇工龄和为 0 时，实际房价 = 购房成本价 = P

此时

P =[1485 - 0]*(1 + 0.06)*(39.2 + 3.8 * 0.5) + 55]*(1 - 11 * 0.02)

=50505.3978 元

因为，P1 = 实际购房价 = 15925 元

所以，P2 =双方工龄对折价款 = P - P1 = 34580.3978

所以，P(乙) = 乙工龄对应折价款 = P2 * ≈ 17503.6581 元

②购买公房时房屋市值。

我们可以采用两种数值分别计算，第一种是将双方工龄设为 0 之后，算出的未使用工龄时房价，也就是**成本价购房款**；第二种是去国家数据统计局搜索**购房时周围或该区的房屋平均价格作为参考**。当然如果国家统计局搜索不到准确的数据，一般以第一种数值作为计算参考依据。

第一种的数额往往比第二种低，而购买公房时房屋市值这一数值在公式之中的角色为分母。如果我们所代理的当事人系要求折价的一方，可以将分母尽可能做小；如果我们所代理的当事人系支付折价的一方，则可以将分母尽可能做大，从而最大限度为当事人争取权益。

③房屋现值

房屋现值的确定方法，相信大家都非常了解，常见的包括原、被告协商确定价格；评估机构评估确定价格；原、被告双方竞价等方式。

房屋现值这一数值在公式之中的角色为分子，如果我们所代理的**当事人系要求折价的一方，可以将分母尽可能做大**；如果我们所代理的当事人**系支付折价的一方，则可以将分母尽可能做小**，从而最大限度为当事人争取权益。

通过上述的说明相信大家对于在已故配偶工龄购房案件中“政策性福利所对应的财产价值”计算方式和过程已经熟知，若大家在办案过程中有其他的经验和技巧，随时欢迎大家讨论。

争议焦点 2：

立遗嘱一方若只指定房屋由某人继承，对于其他遗产未作兜底性说明，那么被继承人所继承的已故配偶工龄对应财产价值，是否可以作为房屋份额进行遗嘱继承，还是应当被作为除房屋外的其他遗产参照法定继承来处理。

【解决思路】

笔者所办理的案件中，法院认为夫妻中先去世的一方，其工龄所对应的财产价值作为遗产发生法定继承，被配偶和子女继承。夫妻另一方又去世后，因其未在遗嘱中处分其继承先去世一方的工龄价值，因此后去世一方所继承的工龄由子女进行法定继承。

从而可以看出，法院在审理涉及工龄的遗嘱继承案件中，可能**将工龄对应的财产性价值与房屋所有权作分割处理**，将二者视为两种不同的遗产分别处理，进而因为先去世一方未在遗嘱中表明工龄价值的继承方式，让被继承工龄价值在后续发生法定继承而非遗嘱继承。

在**“二分”**的情况下，立遗嘱人如果希望将自己全部遗产定向留给某人继承，或者说将自己所继承的去世配偶工龄对应价值定向留给某人继承，应当如何起草遗嘱呢？

目前笔者推荐**两种遗嘱内容**的方式，其一为列举式，其二为兜底式。

①列举式

列举式顾名思义就是将自己名下的财产在遗嘱中进行**列举**，后将所列举的财产进行**规划**，交由特定的人继承，如此方法简单明晰，在遗嘱有效的情况下，不易发生分歧，但绝大部分人在没有咨询专业律师的情况下，往往会忽略或不知道已故配偶工龄价值作为遗产可以发生继承的情况，从而造成该遗产无法发生定向继承的后果。

②兜底式

兜底式即在遗嘱中只列举自己名下**大额财产**，并在遗嘱中写明兜底条款，即“除上述财产外，名下其他财产由 *** 继承”，从而规避列举式的不足。因此如果立遗嘱人更倾向于将全部遗产交由某个人或某几个人继承，**笔者更推荐兜底式的遗嘱方式。**

争议焦点 3：

配偶生前获得购房资格，去世后才签订购房合同并支付房款，那么该房屋是否仍系夫妻共同财产，还是作为在世配偶个人财产进行分割？

【解决思路】

对于生前确定购房资格，去世后配偶用其工龄和资格购买的房屋，**权利归属的定性**，笔者认为需要从以下几个因素综合考虑：

1、资格是否有专属性；

2、签订《购房合同》中购房人的姓名；

3、去世时间与购买时间间隔；

4、房款出资来源。

上述四点因素并非单一因素即可认定房屋系夫妻共同财产，还是未去世配偶一方的个人财产，在司法实践之中，更多会对上述因素进行综合考量。

若购房资格具有**人身专属性**，且购房合同中的购房人系去世配偶，且去世时间距离买房时间比较近，且在世配偶没有其他收入来源，购房款中大部分甚至全部均来源于已故配偶在世时的夫妻共同财产，则**应更倾向于认定该房屋系夫妻双方的共同财产**，在双方去世之后，按照夫妻共同财产进行分割和继承。

若购房资格**并非具有人身专属性**，且虽然在世配偶一方并非单位员工，但也可以作为购房人签订《购房合同》，且配偶去世时间距离购房时间较长，并且出资来自于购房者个人财产，或者其他子女出资，则应**更倾向于认定该房屋系购房者个人财产**，配偶工龄对应财产价值作为已故配偶遗产进行分割。

除上述条件考量之外，法官也会考虑到**继承案件中的赡养问题、子女对房屋出资贡献等因素**，按照公平原则，去评判房屋应系夫妻共同财产还是在世一方个人财产。

笔者认为，已故配偶已经丧失民事权利能力，一般来讲无法在去世后获得房屋所有权，若在裁判过程中，法官希望突破该原则，则资格专属性这一要点需要被满足，从而可以通过“生前财产性权益在去世后转化为房屋所有权”这一理由，来判定房屋系夫妻共同财产，但原则上应当优先认定已故配偶工龄仅为财产性利益，而非房屋所有权。

结 语

本文仅作为抛砖引玉之小文，如果各位法律共同体对上述问题有其他的视角和看法，欢迎大家随时探讨，若本文中出现错误，也欢迎大家随时批评指正。

离婚财产分割方法：宅基地拆迁补偿款（赠《离婚财产分割清单》）| iCourt

原创：2023-11-07 iCourt 法秀 邹茜雯
https://mp.weixin.qq.com/s/2vbgAWbIuWnk7KEWOk_vGQ



邹 茜 雯
上海市锦天城律师事务所律师
Wechat：lawyerzou001

引言：

宅基地使用权基于其存在之初所固有的社会福利性质，成为我国一项具有中国农村土地制度特色的用益物权。对于农村户籍人口而言，当宅基地发生征收、宅基地之上的房屋发生拆迁时，被征收人会取得拆迁补偿利益。各被安置人之间如何分割拆迁补偿款？离婚时，宅基地拆迁补偿利益如何分割？**本文将在研究相关规定的基础上，结合司法案例，对离婚时宅基地拆迁补偿利益的分割作出总结梳理。**

一、拆迁利益及归属

土地征收补偿具有很强的地域性特征，不同省市，甚至不同区镇，其拆迁补偿政策都可能存在差异。本文以上海市宅基地拆迁补偿作为研究对象。

（一）相关主体

本行政区域的征地房屋补偿工作由区人民政府负责，但并非亲自实施，区政府可以指定区规划资源等部门组织实施。某行政区域的房屋补偿工作，由区政府指定的区征地事务机构具体实施。区征地事务机构还可以委托实施单位承担征地房屋补偿具体工作。具体如图 1 所示。



图 1 ：相关主体

（二）拆迁补偿利益

1、形式

被拆迁人可领取的拆迁补偿利益通常包括货币补偿金和产权调换房屋两种形式。其中，用于产权调换的房屋为期房的，临时过渡期自协议约定的搬迁之日起一般不超过 3 年。

2、组成

对居住房屋的补偿，包括房屋价值补偿，还包括宅基地使用权人或者居住房屋所有人的搬家补助费、设备迁移费、过渡期内的临时安置补助费、奖励费等。对于利用自有宅基地房屋从事生产经营活动，并在征收土地预公告前已办理了工商营业执照的，可一次性给予适当的停产停业损失补偿。居住房屋附属的棚舍以及其他构筑物也可获得相应补偿。具体如表 1 所示。

房屋用途	拆迁补偿利益
居住	征地房屋补偿、搬家补助费 设备迁移费、奖励费 过渡期内的临时安置补助费
生产经营， 且在征收公告前已办理工商营业执照	停产停业损失补偿

表 1：居住房屋拆迁补偿

对非居住房屋的补偿，通常为货币补偿。货币补偿金额计算公式为：“房屋建安重置价 + 土地使用权取得费用”。对于经批准用于生产经营的非居住房屋，还应当补偿设备搬迁和安装费用、无法恢复使用的设备按照重置价结合成新结算的费用、停产停业损失补偿。

超标准建房（指超过本市农村村民住房建设标准面积），只能取得房屋建安重置结合成新价补偿，无法取得土地使用权基价补偿和价格补贴。建房标准为：5 人及以下户的宅基地面积 ≤ 140 ㎡、建筑占地面积 ≤ 90 ㎡；6 人及以上户的宅基地面积 ≤ 160 ㎡、建筑占地面积 ≤ 100 ㎡。区政府可以在该范围内，根据情况确定具体标准。

违法建筑、临时建筑的补偿，需分情况讨论。未超过批准期限的临时建筑，可适当补偿。违法建筑、超过批准期限的临时建筑，以及征收土地预公告后擅自进行房屋及其附属物新建、改建、扩建的部分，不予补偿。

3、拆迁安置人口的认定

根据现行的征收、拆迁法律规定，城镇房屋征收补偿安置人口的标准比较明确，但是集体土地上居住房屋（即宅基地房屋）拆迁安置人口的认定，目前并不存在统一标准，一般都由土地所在地的镇政府制定相应的标准和口径，作为房屋拆迁安置补偿的依据。例如：张江镇制定的《张江镇征收集体土地房屋补偿应安置人口和面积认定操作口径（试行）》、惠南镇制定的《浦东新区惠南镇征收集体土地房屋补偿暂行办法》，均对管辖范围内的宅基地房屋安置人口的认定标准作出了明确规定。[1]

从各镇政府制定的标准来看，户口在被拆迁房屋内的人员，如果是农业户口的，属于安置人口；如果是非农户口的，但是房屋的立基人（即建房报告、宅基地核定表上有名字的人员）且户口迁出期间没有享受过福利性分房、拆迁安置或者批建过宅基地房屋的，也属于安置人口。

总结而言，宅基地拆迁的安置人口并无同意认定标准，但通常为“户籍人口” + “立基人口”的并集。

4、各类拆迁补偿利益的归属

宅基地拆迁利益中的地上建筑物补偿，归建筑物权利人所有；宅基地使用权补偿，归该户成员共同所有；临时安置补助费（过渡费）、搬家补助费、奖励费、速迁奖等，归实际居住于房屋的安置人所有。具体如表 2 所示。

补偿款	归属
地上建筑物补偿	建筑物权利人
宅基地使用权补偿	该户成员
临时安置补助费（过渡费）、搬家补助费、奖励费、速迁奖等	实际居住人

表 2 ：各类拆迁补偿利益的归属

案例分享 1 ：李某等与曹某等分家析产纠纷案，上海市金山区人民法院（ 2022 ）沪 0116 民初 1522 号民事判决书

法院观点：

农村宅基地房屋的动迁补偿有地上建筑物补偿和宅基地使用权补偿。地上建筑物的补偿，应当归属建筑物的权利人。宅基地使用权补偿款的分割，鉴于农村宅基地使用权具有很强的身份属性，系农村集体经济组织无偿提供给本集体成员享有的，并且按户计算，农村村民一户只能拥有一处宅基地，当一户出现人口减少，宅基地仍是由一户中剩余的成员共同使用，宅基地使用权的补偿款则由该户剩余的成员共同所有。另外，设施移装费、搬家补助费、速签奖励费、房屋出租补贴、搬迁奖励费、小组 85% 奖励、小组 100% 奖励、集体签约 100% 奖励等，由拆迁时在被拆迁房屋内实际居住的人员之间予以分割。

案例分享 2 ：蔡某 1 等与蔡某 3 等法定继承纠纷案，上海市奉贤区人民法院（ 2021 ）沪 0120 民初 10225 号民事判决书

法院观点：

农村宅基地房屋的动迁补偿一般分为房屋补偿和宅基地补偿。地上物的补偿，应当归属房屋权利人。农村宅基地使用权登记前后新建、翻建、改扩建的，以农村建房用地审批文件和农村宅基地使用权证核定人员为房屋权利人。房屋权利人已经死亡的，动迁补偿款可依照继承关系进行处理。

对于宅基地使用权补偿款的分割，因农村宅基地使用权具有很强的身份属性，系农村集体经济组织无偿提供给本集体成员享有，并且按户计算，当一户出现人口减少，宅基地仍是由一户中剩余的成员共同使用，宅基地使用权的补偿款则由该户剩余的成员共同所有。

另外搬家补助费、奖励费、速迁奖、过渡费等费用，因被动迁安置人系原告，故相关费用应属原告方。

案例分享 3 ：汪某 1 等与冯某 1 等分家析产纠纷案，上海市闵行区人民法院（ 2021 ）沪 0112 民初 19147 号民事判决书

法院观点：

关于分割方案，由于拆迁户中各人情况有所不同，故相应的动迁利益分配亦有相应区别。

经登记的宅基地使用权立基人口，对于该产权房屋调换所得安置房屋（即动迁补偿利益）的贡献显然要多于其他人。仅户口在房屋内，既未实际居住、又宅基地使用权人的，享有的动迁补偿利益为最少。

结合已查明事实，本院确定该户获得的动迁补偿利益中，房屋补偿款、各项奖励费（基础奖励费＋房价补贴）、速签奖励费、配合奖、系动迁人给予夏某户的补偿，归全体安置人所有。

搬家补助费、过渡费、速搬奖励费系给予该户需搬离的实际居住人员的补偿，未实际居住的安置人不可享有。

房屋装饰补偿款、棚舍及附属物补偿款、设备迁移费、无证房补贴等，系给予对旧房进行建造、装修、搭建等相关人员的补偿，仅该部分人员可享有。

Alpha-工具-《征收拆迁办案》项目模板，总结了征收拆迁案件中，代理被征收拆迁人的办案经验，包括 9 个任务组，54 个任务，103 份文档。对案件承办环节，划分了征收决定、征地批复、强制拆除、国家赔偿等办案过程中可能遇到的**全部 15 种情形**。



二、离婚分割

宅基地（房屋）拆迁补偿利益的离婚分割方案，以拆迁时点、离婚时点的先后，可具体划分不同的情形。

（一）拆迁后离婚

1、一方婚前建房，婚后未翻新 / 重建 / 新建，婚内拆迁

此类情形之下，房屋及地上附属物补偿归建房方所有；宅基地使用权补偿夫妻双方均可享有；

搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿夫妻双方均可享有。

案例分享：张某与王某、程某等分家析产纠纷案，上海市闵行区人民法院（ 2020 ）沪 0112 民初 38275 号民事判决书

案情：

1985 年 9 月，王某与程某登记结婚，1997 年 4 月 24 日离婚。程某 1 系王某与程某之女。2001 年 2 月 27 日，张某与王某登记结婚。2020 年 6 月 11 日离婚。

涉案房屋于 1991 年 12 月 12 日批准建造，宅基地使用权审核表核定人员包括王某、程某、程某 1 。

2009 年 7 月，涉案房屋被拆迁范围，张某、程某、王某户籍均在该房屋内。《拆迁户家庭基本人员情况表》载明：权利人：程某。家庭人员情况：户主程某、后妻陈某 1 、儿子王某 2 （陈某 1 带来的）、前妻王某、女儿程某 1（前妻女儿）、前妻现任丈夫张某、岳父陈某 2（后妻的父亲）。

2010 年 1 月 18 日，拆迁人、房屋拆迁实施单位与被拆迁人王某、程某签订了《上海市征用集体所有土地房屋拆迁补偿安置协议》，约定拆迁利益包括：货币补偿款 199,406 元、棚舍和其他附属物补偿款 23,015 元、搬家补助费 1,418 元。其他事项约定：1. 基础奖 50,000 元；2. 签协奖 25,000 元；3. 搬迁奖 15,000 元；4. 过渡费 52,962 元；5. 搬场车费 500 元；6. 无证房 21,560 元；7. 安置房源期房：xx 路 xx 室；8. 合计安置面积 63.05 平方米，新房款 386,320 元；9. 相抵后实际支付 2,541 元。

法院观点：

（ 1 ）根据拆迁补偿安置实施细则规定以及第三人的陈述，张某系被拆迁房屋的安置对象，故张某就本次拆迁享有拆迁利益。

（ 2 ）张某能够享受的动迁利益，系基于与王某的婚姻关系而取得。根据拆迁安置方案以及第三人的陈述，本次动迁政策具有“拆私还私”性质，安置房屋系用被拆迁房屋置换取得，系原有房屋的转化，张某既未参与被拆迁房屋建房的审批及宅基地使用权人的核定，亦未对被拆迁房屋进行翻建、改扩建，故原私房有证面积结算、装潢补偿款、无证面积结算等拆迁利益的来源是被拆迁房屋，该利益应当由被拆迁房屋的立基人（房屋所有权人）所有，张某对此不能参与分配。

（ 3 ）速签奖励费（含基础奖励费、签约奖励费、搬迁奖励费）、搬场费、过渡费、搬场车补贴费等其他补偿费用，根据拆迁方案，上述款项均按户补偿，张某作为被拆迁房屋的安置对象，理应享有相应的权利。现张某与王某已解除婚姻关系，双方共有基础丧失，故张某主张分割动迁利益，于法有据，本院予以准许。

2、一方婚前建房，婚后翻新 / 重建 / 新建，婚内拆迁

此类情形下，房屋及地上附属物补偿按各方的出资比例分割，宅基地使用权补偿夫妻双方均可享有，搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿夫妻双方均可享有。

案例分享：章某与谢某分家析产纠纷案，上海市第二中级人民法院（ 2020 ）沪 02 民终 11769 号判决书

案情：

1993 年 7 月 1 日，老张（户主）与儿子大张、妻子章某申请建造涉案宅基地房屋。

2001 年 3 月 28 日，谢某与大张结婚。二人婚后修缮房屋、建造围墙、种植果树。2001 年生育小张。

2010 年 12 月 29 日，老张代表被拆迁人老张、章某、大张、谢某，与上海市 xx 镇政府签订拆迁补偿安置协议。协议签订后，大张、老张、章某领取拆迁款项。小张未被写进协议，但作为家庭成员之一，也有安置份额。

2013 年 11 月 12 日，谢某与大张离婚。谢某搬离该房屋。

离婚时，拆迁安置房尚未建成。离婚后，大张、老张、章某据优惠购房资格购买三套房屋。

2019 年，谢某起诉要求分割拆迁补偿利益和三套拆迁安置房。

具体如图 2 所示。



图 2 ：案情

本案拆迁补偿利益的组成：

① 房屋补偿款：112,146 元

② 棚舍和其他附属物补偿款：149,982 元

③ 土地使用权及价格补贴：212,000 元

④ 搬家补助费：4,240 元，水电补偿：4,980 元

⑤ 过渡费按建筑物面积每 ㎡ 每月 8 元计算，合计：20,352 元

⑥ 奖励费：23,320 元，平衡补差：5 万元

⑦ 三套拆迁安置房

法律问题：

① 谢某有权主张何种拆迁补偿利益？

② 哪些因素影响最终分割比例？

法院观点：

① 谢某可享得拆迁补偿款，应区分补偿款中的不同类别以及性质予以认定

房屋、棚舍和其他附属物补偿款，属于建房出资人。谢某在婚后仅参与了小屋的修缮、围墙的建造及种植果树，鉴于谢某与大张离婚时，大张已经补偿谢某 20,000 元，故谢某不再参与该补偿款的分割；

搬家补助费、过渡费、水电补偿，属于房屋使用人。考虑到谢某自 2013 年 11 月 12 日起，并不居住在系争房屋内，故酌情确定谢某应得 5,914.40 元（五分之一）；

土地使用权及价格补贴，属于宅基地使用权人。谢某在拆迁时系农业户籍，其在他处未申请过农村建造，故其作为被拆迁户的家庭成员应与大张、老张、章某及案外人小张均享，应分得宅基地补偿为 42，400 元（五分之一）；

奖励费、平衡补差费，按户发放，谢某得五分之一，为 14，664 元。

② 谢某原可与其他安置人均享优惠购房面积，最终分割份额应结合过错程度、贡献程度等综合考量

谢某作为系争房屋的安置对象，有以优惠价购买并成为安置房权利人的资格，其购买份额应为可安置房面积的五分之一。

鉴于三套安置房已由三名被告实际居住并已办理产权登记，且谢某主张折价补偿，故由三名被告根据谢某占安置房的份额，以三套房屋评估市场单价的平均价 27,417 元 / ㎡ 计算，扣除相应份额已支付的房款后，谢某应得安置份额折价款为 1,054,395.99 元。

鉴于谢某之所以能落户到系争房屋内，是基于其与大张的婚姻关系，由于谢某婚内的出轨行为致其与大张离婚，存在过错，另考虑到谢某在家庭内的贡献大小等因素，酌情确定三被告应共同支付谢某拆迁补偿款、奖励费以及安置房折价款合计 726,293.35 元（约为前述 ② 折价款总额的 69% ）。

3、双方结婚后共同申请宅基地建房，婚内拆迁

此情形下，双方均可享有房屋及地上附属物补偿、宅基地使用权补偿、搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿。

（二）离婚后拆迁

1、离婚后，双方仍居住于宅基地房屋

此情形下，房屋及地上附属物补偿的归属，按前述规则分割（关键在于是否出资建房/修缮）；宅基地使用权补偿、搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿，夫妻双方均可享有。

案例分享：相某等分家析产纠纷案，上海市松江区人民法院（ 2020 ）沪 0117 民初 19303 号民事判决书

案情：

1979 年，朱某与相某 1 登记结婚。1997 年，二人经法院调解离婚。离婚协议约定，涉案宅基地房屋东侧 xxx，归朱某所有；西侧 xxx，归相某 1 所有。

2016 年 6 月 17 日，案涉宅基地房屋动拆迁，拆迁时，均在相某 1 、朱某、相某 2 宅基地房屋的登记户籍之上，也均属于宅基地使用权审核表上所登记的立基人。

法院观点：

虽相某 1 、朱某已离婚，但双方均可享有宅基地使用权补偿、房屋及地上附属物补偿、搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等拆迁安置利益。

2、离婚后，一方搬离房屋，但拆迁时被认定为安置人口

此情形下，房屋及地上附属物补偿，按前述规则分割（关键在于是否出资建房/修缮）；宅基地使用权补偿、搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿，夫妻双方均可享有。

案例分享：周某等分家析产纠纷案，上海市金山区人民法院（ 2020 ）沪 0116 民初 14840 号民事判决书

案情：

原告：周某、小陆；被告：老陆、殷某、大陆、孙某、大季、小季

周某与被告大陆原系夫妻，小陆系二人之子。孙某系老陆之女，孙某与大季生育小季。2006 年 3 月 3 日，原告周某与被告大陆登记离婚。

1991 年，老陆等申请涉案宅基地建房。房屋建成后无翻建、扩建、新建等情况。两原告对该房屋的建造及装修均未出资。

2006 年 4 月 21 日，老陆作为代表签订《拆迁补偿安置协议》，安置人口为原、被告 8 人。

拆迁安置补偿款、拆迁安置房均由 6 名被告受领。原告起诉主张分割安置房屋。

具体如图 3 所示。

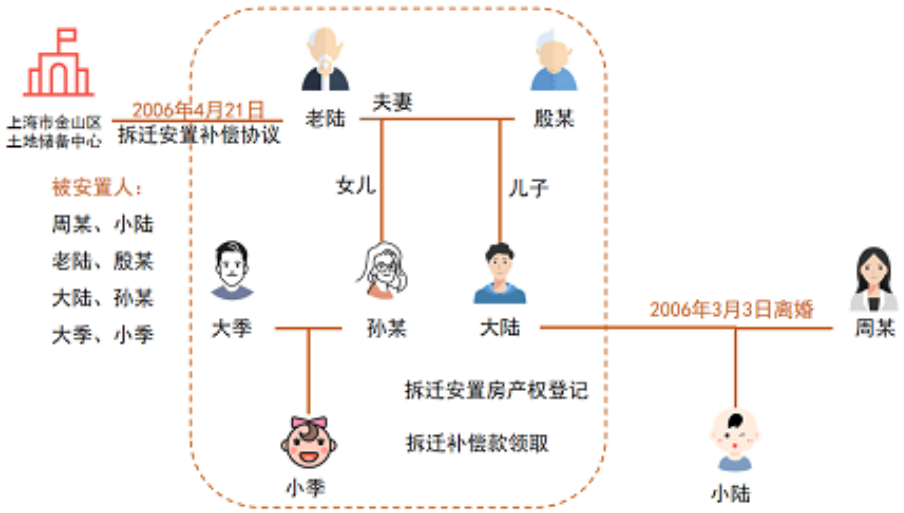


图 3：案情

法律问题：

⑧ 拆迁时已搬离房屋，但被认定为被安置人口，可否享有拆迁补偿利益？

⑨ 诉讼时效如何确定？

⑩ 各方享有的拆迁安置房申购面积如何确定？

法院观点：

① 原告二人作为被安置人口，可享有拆迁补偿利益

本院认为，涉案三套安置房屋属于该户所有被安置人员共同财产。原告在拆迁过程中作为安置对象，享有相应的安置面积。现两原告在本案中主张其应得安置房屋的折价款，符合分家析产诉讼的法定条件，并无不当。

② 拆迁安置房的分割，系共有物分割，不适用诉讼时效

即使三套房屋并未登记在原告名下，登记产生的物权公示效力是对外的，因该房屋财产份额分割属于各共有人内部的争议，在未进行共有财产分割时，任何共有人都有权随时提出分割主张，不适用诉讼时效规定。

③ 根据拆迁补偿政策，确定原告双方享有 80m 的拆迁安置房面积

根据动拆迁工作办公室《搬离腾空动迁房屋证明》，涉案房屋动迁安置人口为原被告 8 人，其中原告小陆、被告小季为独子。现原、被告均确认被安置人每人享有安置面积 30m ，独生子女享有 60m，共计 300m，本院予以确认。

独生子女身份是父母响应国家计划生育政策而取得，并非独生子女本人的贡献或劳动所得，故基于独生子女身份增加的补偿利益原则上应归独生子女的父母和独生子女共有。

因此，原告周某、小陆各享有 40m 安置面积，合计 80m 安置面积。

③ 拆迁安置面积折价补偿

拆迁安置面积折价补偿 =（市场价 - 购买价）× 安置面积。

鉴于两原告未对房屋的建造及装修出资，在购置安置房的过程中亦未出资，且两原告对搬家补助费、过渡费等不再主张，故补偿款原则上应为 80m 的市场价格（ 10,000 元 / m ）与购买价格的价差（涉案房屋购买时平均价格为 2,033 元 / m ）。

④ 安置利益来源、安置利益实现途径等

两原告的安置面积必须通过实际购买房屋才能转化为现实财产，原告周某亦是基于与被告的婚姻关系才享有安置面积，且当时安置房购买价

格与市场价差额不大，为体现公平原则，本院酌情确定被告支付两原告 80m 安置面积补偿款共计 550,000 元（约为 86%）。

3、离婚后，一方搬离房屋，拆迁时未被认定为安置人口

此情形下，房屋及地上附属物补偿按前述规则分割（关键在于是否出资建房/修缮），宅基地使用权补偿、搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿，迁出方不可享有。

（三）总结

离婚分割时，宅基地（房屋）拆迁补偿利益可总结如表 3 所示。

	具体情形	房屋及地上附属物补偿	宅基地使用权补偿	搬家费、奖励费、速迁费、过渡费等补偿
先拆后离	一方婚前建房，婚后未翻新/重建/新建	建房方享有	双方均可享有	双方均可享有
	一方婚前建房，婚后翻新/重建/新建	按出资比例分割		
	双方婚后共同申请宅基地建房	双方均可享有		
先离后拆	离婚后，双方仍分别居住于宅基地房屋	按前述规则分割（关键在于是否出资建房/修缮）		
	离婚后一方搬离，拆迁时被认定为安置人口			
	离婚后一方搬离，拆迁时未被认定为安置人口		迁出方不可享有	

表 3：总结

参考文献：

[1]《宅基地房屋拆迁，哪些人可以获得安置？》 https://zhuanlan.zhihu.com/p/345888495，访问时间：2023 年 3 月 2 日。

家族财富财产保全规划的实践与分析（二）

原创：2023-11-09 中伦视界 贾明军 等

https://mp.weixin.qq.com/s/4hepkylkP31XVIhpXNi1Bg



针对家族财富的财产保全规划，本文根据实际操作经验，结合热点案例进行分析，浅谈家族财富财产保全规划的法律保障路径和操作要点，供企业主与同业参考借鉴。

作者丨贾明军 秦卓瑜 杨佳洁

前言

我国改革开放四十多年来，民营企业规模越来越大，为经济发展作出了巨大贡献。与此同时，随着财富规模的增加，企业主家族内部的风险或许也日益增加，而部分企业主的法律意识可能有所不足。故而，在“变化”与“无常”之下，企业主的社会责任与家庭责任有时候需要平衡与兼顾。一般而言，家族财富安全保障是一项“润物细无声”的日常工作，但囿于主观意识与法域制度等因素，部分企业主可能没有抓住“家庭资产负债最优化”的良机，特别是近年来，许多企业主往往是在企业生死存亡之际，才恍然意识到需要为家人留些“救命的稻草”。

有鉴于此，为避免企业主及其家族重复“从最风光，到最沧桑”的遗憾教训，针对家族财富的财产保全规划，本文根据实际操作经验，结合热点案例进行分析，浅谈家族财富财产保全规划的法律保障路径和操作要点，供企业主与同业参考借鉴。

一、 非典型筹划方案的争议与商榷

实践中，目前也陆续出现了相关案例，为了达到财产保全的目的，有的企业主采取了“技术性离婚”、慈善捐赠、海外破产等措施，属于有一定特殊性的筹划方案。下文将从国内外相关法律规定的角度出发，对上述措施进行法律分析。

（一）“技术性离婚”

1. 案例介绍

某企业家 A，筚路蓝缕将企业做大做强，成功上市，为行业发展做出贡献的同时，也为个人与家庭积累了一定财富。但企业发展道路风云变幻，受多方面因素影响，企业发展路径出现瓶颈和停滞，甚至开始出现难关和风险。于是，在考量夫妻感情变化和子女发展需求等多个角度之后，企业家 A 与配偶 B 签订了离婚协议，并到民政局进行了离婚登记。

根据双方的离婚协议，A 与 B 双方经慎重考虑之后，决定解除双方的夫妻关系。考虑到 B 在 A 创业过程中的不懈支持与巨大牺牲，以及子女未来成长之需要，离婚协议确定，双方离婚后，夫妻共同财产归 B 和子女所有，在企业经营过程中的产生的 A 名下的负债、担保等债务，均属于 A 的个人债务，由 A 独立承担。

双方离婚后不久，企业经营情况愈下，最终产生破产危机，A 因巨额负债被介入调查。此时，B 和子女已携财产留居国外。

以上就是所谓的“技术性离婚”，也即当事人通过离婚的方式，将优质资产留给配偶或子女，将债务留给企业主自己，从而达到财产保全的目的。

2. 法律效果

在上述案例中，A 与 B 离婚时，将财产全部约定给了 B 和双方的子女，而将债务全部留给了 A 自己。从法律效果上来说，夫妻关系存续期间在企业经营过程中产生的债务被分割为两部分：

第一部分是 A 负担的债务，但 B 以配偶身份参与签字或出具了同意函等，使得债权人能够证明债务属于《民法典》第一千零六十四条第二款所称的“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”的情况，这部分属于夫妻共同债务，根据《民法典》婚姻家庭编司法解释一第三十五条的规定，债权人仍然有权向男女双方主张权利；

第二部分是 A 的个人债务。在这种情况下，由于债务为 A 的个人债务，而双方通过离婚将财产归属于 B 个人所有，在离婚协议效力未被推翻、且权利登记在 B 名下的情况之下，一般来说债权人无法直接对 B 名下的财产主张权利。

“技术性离婚”并非基于实质的感情破裂而进行，虽然在一定程度上似乎可能达到债务隔离的效果，但采用此种方式的行为风险值得商榷。

3. 法律风险

企业家 A 希望通过“技术性离婚”来实现债务隔离，但债权人亦不会轻易放弃实现债权。从法律上来说，对于企业家 A 的这一行为，债权人可能提出如下主张，从而撤销或者否定离婚协议中财产分割条款的效力：

（1）因通谋虚假意思表示无效。A 与 B 之间通谋以离婚的形式将夫妻共同财产交由 B，但 A 与 B 之间仍然在实质上共同享有相关财产的权益，并不存在实质上的分割和赠与行为，A 与 B 的离婚协议中关于将财产全部分配给 B 的条款系双方以通谋虚假的意思表示作出，该行为属于民法典第一百四十六条规定中应为无效的情形，当属无效。

（2）因违反公序良俗无效。A 与 B 之间通过离婚协议将债务全部分配给企业家 A，将财产全部留给其配偶 B 和子女，使得相当部分的夫妻共同财产逃脱债务责任财产的范围，鉴于企业家 A 所负的债务数量多、金额高、影响大，这种分配行为极大地妨害了社会公共秩序，损害了社会公共利益，伤害了社会普通民众的感情，属于民法典第一百五十三条规定中“违背公序良俗”的情形，当属无效。

（3）因恶意串通损害第三人利益无效。A 与 B 之间通过离婚协议使得部分债务人的责任财产减少，属于民法典第一百五十四条规定的“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益”的情形，当属无效。

（4）债权人可行使撤销权。A 与 B 之间通过离婚协议约定夫妻共同财产均归 B 所有，实际上是一种使原属于 A 的夫妻共同财产无偿转让给 B 的行为，属于民法典第五百三十八条规定的“影响债权人的债权实现的”情形，债权人可以请求人民法院撤销 A 与 B 的这种行为。

4. 律师分析

除了上文介绍的法律风险，对于采用“技术性离婚”的当事人来说，还应当重点防范“假戏真做，人财两空”的悲剧发生。

通过离婚而对夫妻财产进行分配，除了上述第三项所说的财产分割条款无效、被撤销的风险之外，即使仍有部分财产被认定为确属 B 所有而无须对夫妻关系存续期间的夫妻共同债务负责，对 A 及 A 的家族来说仍然可能面临新的风险：即“技术性离婚”真成了“离婚”，B 带着分配所得的财产从此“远走高飞”。特别是一旦 A 因为涉嫌违法犯罪在中国大陆境内被采取刑事措施，而 B 已持着外国身份远居国外时，根据我们的经验，相关风险可能会更大。

（二）慈善捐赠

1. 案例介绍

有的企业主会考虑通过慈善捐赠来进行财富规划，本文提供两个案例，通过企业主对公司股权进行的不同处理方式，以此分析每种方式对家族财富筹划的影响。

（1）股权交易

某集团公司甲整体规模很大，下属亦有多个规模较大的上市公司。现因集团公司发展陷入困

境，可能存在较大的债务危机，集团公司实控人 A 欲出售集团公司下属的港股上市公司甲 1 实现资金回笼，缓解企业和个人债务压力。甲 1 系集团公司大行业内重要的细分领域头部公司，年营收达二三十亿元，净利润近 10 亿元，属于集团公司甲所持有的优质资产。A 已与同行业另一集团公司经过洽谈确定收购条件，但洽谈后不久，集团公司甲突然因未知原因宣布终止对甲 1 股权的交易，交易最终走向失败。

（2）慈善捐赠

同行业另一集团公司乙，公司情况与甲公司类似。某日，公司实控人 B 突然宣布将其名下所持有的香港上市公司乙 1 的全部股权捐赠给香港 X 公益基金会，B 持有的乙 1 股权约占乙 1 公司全部股权的 20%，其时市值近十亿港元。乙 1 亦属乙集团公司持有的优质资产，最终乙 1 公司的相关股权被成功转让给了香港 X 公益基金会。据了解，B 及其父亲多年来从事慈善事业，曾在某省创办广东省 Y 公益基金会，登记于该省民政厅，由乙集团公司主管；香港 X 公益基金会依本地法成立，创办人为 B 的家人。

2. 案例分析

上述案例中，B 家族通过在香港设立公益基金会的形式，绕开了境外公司股权向境内基金会捐赠的一系列限制（据我们查询，目前还没有公开的中国境内基金会和慈善组织成功接受境外股权捐赠的案例），依据股权与基金会所在地的法律进行了赠与，使得 B 家族持有的资产被转让到公益基金会名下。

A 选择的直接交易股权的方式，虽然在成功时可能能起到“套现离场”的效果，但在整个集团企业面临危机时，容易受到外来因素干扰导致交易失败。且如果 A 在套现后出于私人目的使用相关资金，相关行为容易被击穿。反观 B 家族选择的慈善捐赠形式则成功实现了股权的移转。从形式上看，该移转系出于慈善目的，且依法完成捐赠，是另外一种财富安排的方式。因为该移转本身以及受让主体的公益性质，相关股权移转被击穿的可能性较低，股权也将长期处于以香港公益基金会为控股实体的 B 家族控制之中。

3. 律师分析

慈善捐赠也是家族财富安排的常见方式。当然，要提醒企业主的是，上述案例中乙 1 公司的股权是被转移到公益基金会名下，其一切收益均应按照该基金会的公益目的进行使用，不能如盈利性持股那样为 B 家族所用。但相较于甲集团公司交易失败、相关股权最终将被用于偿还债务而言，乙集团公司还能将相关股权继续用于公益目的，为我国慈善事业作出进一步的贡献。

当然，我们还需要提醒企业主们注意，当企业主所控制的集团公司确实陷入巨大经营危机、企业主的家族财富已经发展到“安全临界区域”之外的地步时，即使采取上述慈善捐赠方式，也未必能如同本案例一样成功转让相关公司股权。另外，由于相关案例稀少，如果企业主因经营集团公司过程中发生的违规行为而面临刑事风险时，作出上述慈善捐赠安排对企业主刑事合规方面的影响尚未可知，有待现实发展和实务判例进一步揭示。

（三）海外破产保护

破产保护，是企业发展到最危困阶段所选择的最终保护手段。由于上市企业大多涉及境外特别是美国的资产与债务，出于美国法院的全球管辖惯例，部分企业主选择在美国申请破产保护以缓解企业发展困境，保存企业资产。

因此，下文将分析在美申请破产保护的两则案例，为企业主提供财富规划上的参考。

1. 境外个人破产案例介绍

美国破产法被写入美国法典 U.S. Code 当中，位列第 11 部 Title 11. 其中，破产清算和重组的部分分布在第 7、11 和 13 章。

2019 年 10 月，微博名为“A 债务处理小组”的用户发布了《有关 A 个人破产重组及成立债权

人信托的声明》一文，表明某原企业家 A 已依据美国法律正式向美国法院提起了个人破产重组申请。12 月，美国特拉华州破产法院对 A 申请个人破产重组案件举行了第一次正式的法庭听证会，决定将此案移交至美国加州中区法院破产法院审理。最终，A 的个人破产重组终于在洛杉矶当地时间 2020 年 5 月举行的听证会上获得了加州中区破产法院的最终确认和通过。

A 在美成功实现个人破产重组有多个重要原因：

其一，A 在美申请个人破产重组时，提交的方案显示其使用的破产重组架构为债权人信托架构，即 A 与债权人一同通过设立信托的方式，将 A 个人名下全部资产装入信托中，而信托受益人为债权人，信托的控制与管理则由债权人委员会和信托受托人负责。通过这种重组方案，由于 A 明面上的财产已经被装入债权人受益的信托之中，实际效果等同于 A 以明面上的全部财产对相关债务进行了不足额的偿付。同时，由于信托的存在，A 在其创办的美国 X 公司的股权仍然能够被集中利用，有助于实现股权的增值，推动债务的进一步偿还。这种破产重组方案得到了美国法院的认可。

其二，A 的债务中有相当一部分为其具有密切关系的自然人（包括兄弟姐妹、前妻等）所主张，而这些人在法院召开的 A 个人破产重组听证会上，就重组方案通过与否投出了关键性的赞成票。由于这些债权人的存在，使得少数反对 A 个人破产重组方案的债权人的影响力被稀释，难以阻止其破产重组申请。

在上述案例中，A 使用的破产保护方法为个人破产重组，而个人破产重组目前在我国尚有待发展。通过在美以债权人信托方案申请个人破产重组，虽然 A 名下的财产被移转到信托中而不再归其个人所有，但其所持有的 X 公司的股权也被打包进了该信托。而出于该公司运营发展和股权增值以进一步偿还债务的考虑，A 又可以与债权人委员会商议由其或其指定的人担任信托受托人，使得相关股权仍然处于 A 的控制之下。这种破产重组方案，系从个人角度出发，降低了个人偿债负担，同时也因为相关股权的集中性和企业主手上的控制权，为企业主保留了东山再起的希望。

2. 境外破产重组案例介绍

美国法典第 11 部的第 15 章 Ancillary and Other Cross-Border Cases 是申请美国法院认可在美国之外达成的破产重组方案，进而使得美国法院出于已在进行破产重组的考虑，而暂停对债务人的相关诉讼或暂停对债务人在美财产的冻结、清算与执行等，以使相关破产重组方案能够得到顺利进行。由此可知，企业主在美国申请破产重组方案的认可程序，前提是其已经在破产重组企业所在的司法辖区内与债权人等达成并通过了相关破产重组方案。在美国的这一申请步骤，实际上是起到令美国法院认可美国境外的破产重组方案，避免因其他人在美国法院提起诉讼与执行程序，而使得企业破产重组受到不利影响的效果。

2023 年 8 月，B 公司向美国纽约南区破产法院提起的 Bankruptcy Petition（破产申请）就属于这一类型。在提起这一认可程序申请之前，B 公司实际已经在中国香港和英属维京群岛就相关债权与其债权人达成了重组协议。B 公司在美国申请得到认可的重组协议是针对 B 公司境外发行的本金总额为 100 多亿美元的高级担保票据，和另一部分本金总额为 50 多亿美元的优先票据两部分境外美元债的。由于在我国司法辖区内，境外美元债的偿还优先级本身就属于劣后地位，B 公司再在美国申请认可相关重组协议，能进一步降低境外美元债债权人对其集团公司，特别是公司的中国大陆境内部分造成的负面影响，能在一定程度上帮助境内公司主体实现危机化解或破产重组。

3. 律师分析

对于上述海外个人破产的案例，值得提示注意的是，A 在美申请个人破产重组是基于其已长期居留国外、在美国已有相当数量的财富准备、重新运营并控制了新生企业等众多前提下实现的。

且 A 在国内已经被包括多地法院和北京证监局、深交所、中国证监会等多个官方机构判定为被执行人、失信人或终身证券市场禁入人员等负面身份。因此，如果企业主如 A 一样已经具有海外相关准备，也不再考虑在美个人破产的中国境内影响，则个人境外破产重组可能可以在一定程度上起到帮助其实现境外公司控制权保留的财富规划效果，为企业主留一份财富再增长的最后希望。

对于上述在美申请破产重组方案认可程序的案例，可能可以达到的效果是使企业在一定程度上避免受到境外债权人影响，或能完成企业自救或破产重组。

因此，两种方案的适用目的、适用前提和适用条件均有所不同，但本质上都不排除是企业主为了留住财富重生希望进行的规划。

二、企业主家族资产保护的保障提示

结合我们的经验，家族财富的财产保全规划，企业主通常应当注意以下几个方面，提前做好规划，以备不时之需。

（一）人身关系

1. 证明“父亲是父亲”

对于父母子女之间的亲属关系，一般可以通过户口本等材料来证明，但应当提供相关当事人在同一个户籍地的户口本。

对于非婚生子女等特殊情况来说，可以证明亲子关系的材料包括出生医学证明。如果出生证明没有体现父母（通常会体现母亲的信息，可能存在未体现父亲信息的情况）或者材料上的父亲信息和实际情况有出入，可以考虑通过进行亲子鉴定的方式来证明亲子关系。

2. 证明“配偶是配偶”

配偶关系最直接的证明材料是结婚证。如果结婚证遗失的，可以进行补办，或者前往档案馆等机构来调取婚姻登记材料。

如果当事人在境外登记结婚，要在境内证明其婚姻效力，应当办理相关的公证和认证手续。

3. 证明“自己是自己”

如果本人的国籍或者身份发生变化，通常需要提供同一人证明材料。如果中国公民获得了中国香港地区的居民身份，注销了国内的户口，要提供同一人证明，一般可以前往香港地区的律师事务所进行同一人公证，相关公证文件经过认证转递手续之后就可以在内地使用。

（二）资产的优化配置

对企业主来说，家族资产在持有的过程中，应当重视优化配置方面的工作，包括以下几个方面。

1. 股权结构规划

企业主在进行股权规划时可以借鉴较为成熟的股权设计模式，尤其是在企业设立之初就需要注意构建股权结构的要点，避免股权不明晰乃至股权争斗等问题，影响企业的正常经营和发展。在维持企业正常经营和发展的同时，也离不开公司的妥善治理，包括对公司印章的管理、对公司章程的设计、妥善管理公司账户、避免公司资产和股东个人资产混同等。

在开展财产保全规划过程中，律师应当着眼于股权结构规划的以上几个方面，根据客户的实际情况，依法合规为客户进行筹划。

2. 企业控制权安排

我国改革开放已经四十多年，许多企业主白手起家，属于创业一代，把企业做大做强，也经历了风风雨雨。在创业一代步入年迈后，对于企业的控制权，是仍然牢牢握在自己手里，还是提前进行布局和安排，现实中存在很多种情况。

对于部分“坚守岗位”的创业一代来说，固然可以通过丰富的经验继续为企业助力，但随着年纪的增长、精力的衰退，建议应当提前考虑布局或者安排。最重要的是，企业主应当正视风险，避免意外发生后将企业和家人陷于混乱。

3. 境内外资产的布局与平衡

在进行财产保全规划时，应当注意客户在境内外资产的布局和平衡。例如，在企业计划上市时，可以选择在境内上市，也可以选择通过红筹架构等方式在境外上市。在这个过程中，客户应当征询境外律师的专业意见。同时，跨境财产的规划通常还应当考虑税务、外汇等方面的问题。

4. 投资误区

对于企业主来说，应当避免陷入一些投资的误入，从而避免家族财富受到损失。例如，目前国内的某些财富管理公司暴雷，导致投资者遭受很大损失。企业主应当厘清风险，合理谨慎投资。

5. 信托、保险金融工具的应用

企业主在一方面要注意避免陷入投资误区，另一方面，也应当了解财富规划的工具。通常来说，为了实现家族财富的保值、增值，客户可以选择家族信托、大额保单等工具来安排，具体的筹划应当根据实际情况和客户的意向进行。

（三）资产的代际传承

资产的代际传承，指的是家族财富在不同代际的家族成员之间进行传承，比较常见的是长辈将家族财富传承给晚辈，例如父母给子女，或者祖父母给孙子女。

1. 父母、子女的钱款往来

父母和子女之间存在钱款往来是非常常见的，并且实践当中通常是父母给子女的情况更多。如果双方未对钱款往来的性质进行明确，则认定为赠与的可能性比较大。

在进行财产保全规划时，分析父母与子女之间的钱款往来一般需要确定“安全临界区域”。也就是说，在家族财富状况比较好的时候，父母对子女的赠与符合一般生活常识，通常具有法律效力。但是如果家族财富的状况已经恶化，父母对子女的无偿赠与可能会侵犯其他债权人的权益，就会导致赠与行为效力存疑。

2. 父母、子女之间的实物给付

除了钱款往来之外，有的父母也会将实物给付给子女，通常包括贵重金属、古董字画以及其他具有较高价值的动产。对于实物给付，法律上的分析和钱款往来类似，还是应当注意“安全临界区域”的确定。实际操作中，应当注意动产相对灵活的特点，可以结合这一特点妥善进行财产保全规划。

3. 近亲属之间的“代持”

对于企业主来说，由于家族财产较多，家族成员也比较多，实践中近亲属之间的“代持”情况也不罕见。

在财产保全规划中，对于这类近亲属之间的“代持”，首先应当从法律上来分析所谓的“代持”关系是否成立，通常从代持合意、实际出资、实际行使权利等方面来认定。随后，根据具体的情况，依法合规地提供筹划建议。

4. 身故后遗产规划的安排

按照我国法律，如果被继承人生前留有有效遗嘱，其遗产继承将按照遗嘱进行；如果其生前没有留下遗嘱，或者遗嘱无效，则将按照法律进行法定继承。

司法实践中，许多遗嘱继承案件的主要争议焦点往往就是遗嘱的有效性。而在继承人对遗嘱有效性产生争议的案件中，有超过一半的案件，法院最终认定遗嘱无效。也即，实践中遗嘱被认定为无效的比例是非常高的，这就提示企业主在生前要重视身后的遗产安排，提前留好遗嘱，并且订立遗嘱务必妥善慎重，借助律师、公证处或其他专业人员来订立遗嘱是非常有必要的。

三、结语

孟子云：“君子之泽，五世而斩”，无论祖辈开创的事业如何辉煌，在经过数代动荡和流失之后，其积累的家业也就消耗殆尽了。千百年来，如何实现家族永续、基业长青，打破“富不过三代”的魔咒，成为家族财富传承永恒的话题。

在子女接班教育、时代潮流冲击、经营风险控制的“三大”风险面前，需要从家族精神的道德教化、法律与金融的智慧应用、经营心境的调整控制三个方面，力求实现对于物质财富的驾驭控制。而作为基础的物质财富，又能反哺影响家族的精神追求与人生境遇。财富规划是企业家族中支撑“物质”与“精神”的关键支点和重要工作，修正家族财富筹划“重要但不紧急”的认识偏差，积极着手落实此项工作，对于保障“基业长青”尤为重要。

作者简介



贾明军　律师，上海办公室　合伙人
业务领域：税务和财富规划，诉讼仲裁



秦卓瑜　律师，上海办公室　公司业务部



杨佳洁，上海办公室　公司业务部

【山东临邑涉股离婚后财产纠纷案分析】小县城审理大标的离婚案，专业化区域之中也能发展

原创：2023-11-25　家族律评　贾明军律师

https://mp.weixin.qq.com/s/vSXPg9Z2Ae6i23VIP4fxKg



作者：贾明军律师

家事纠纷的专业化，目前在全国发展已呈成熟阶段，涉及家事纠纷中股权利益分割的案件，在各地市均有常态审理。股权是目前民间最重要的财富体现方式，各省律师研究类案纠纷，对于处理复杂、重大家事案件、形成差异化服务，提升团队素质、丰富办案经验，都有较为重要的意义。近期我学习了一起中国裁判文书网公开的山东临邑县一审、德州中院二审的离婚后财产纠纷案，该案涉及股权分割。此案不仅争议标的额大，而且涵盖了诸多法律问题，有利于山东家事律师认清本地区法律服务市场潜力、精研业务技能。

一、案件简介

(一) 小芳与李强的离婚案件情况

小芳与被告李强系夫妻关系。因感情不和，小芳向临邑县法院提出离婚，并要求分割夫妻共同财产。在提起离婚的同时，小芳向一审法院提出申请，保全李强名下在山东星丰公司持有的 29.4%的股权。因当时正处于第三人上海普太收购被告李强等人在山东星丰所持有股份期间，被告李强主张收购阶段不宜分割该股权，并提供了担保公司的保函。后在离婚诉讼一、二审期间，李强向第三人上海普太公司转让了山东星丰公司上述 29.4%的股权，合同对价 44100 万，支付方式为附条件分四期支付，同时李强就山东星丰 2020 年度、2021 年度、2022 年度的净利润做出业绩承诺，并就实际利润不足承诺净利润金额的情况下对公司履行补偿义务等；另对被告李强应承担的补偿义务作出详细约定。

2020 年 8 月 11 日，经临邑县人民法院作出的（2020）鲁 1424 民初 1420 号判决书判决双方离婚；后德州市中级人民法院于 2020 年 12 月 20 日作出（2020）鲁 14 民终 3304 号终审判决书，驳回上诉，维持原判，双方离婚。

(二) 小芳与李强离婚的离婚后财产纠纷审理情况

1. 小芳离婚判决后又起诉离婚后财产纠纷

离婚判决之后，小芳以李强和创为担保公司为被告、以普太公司为第三人，又向临邑法院提起了离婚后财产纠纷。临邑法院在受理离婚后财产纠纷后查明，李强与第三人普太公司股权转让协议签订后，在离婚诉讼期间，上海普太公司在 2020 年 12 月份按约定，向李强支付第一期股权转让款 22050 万元股权转让款，税后共计 1.880718 亿元。

2. 临邑法院查明股权交易与公司注册、夫妻债务的相关情况

临邑法院查明，被告李强已完成第二期对价承诺，第三人上海普太应支付被告李强第二期对价 73492650 元，扣除税费后，普太公司实际应付给被告李强 62713728 元。上述钱款小芳申请法院对普太公司账户上的相应钱款进行了保全，法院裁定准许。

法院又查明，山东星丰于 2017 年 12 月 4 日，被告李强由最初认缴出资 600 万元，占公司注册资本的 60%，变更为认缴出资 5880 万元，占公司注册资本的 29.4%，第三人上海普太认缴出资 10200 万元，占公司注册资本 51%。2018 年 4 月 11 日，通过股东会议决议变更为被告李强认缴出资 11760 万元，占公司注册资本的 29.4%，第三人上海普太认缴出资 20400 万元，占公司注册资本 51%。山东星丰进行了相应的企业变更登记。山东星丰最初认缴出资和两次变更认缴出资后，被告李强自 2017 年 7 月 4 日至 2018 年 4 月 17 日多次通过其个人账户转账和现金方式，向山东星丰转款共计 1.176 亿元。

被告李强于 2017 年 6 月至 12 月期间多次向临邑风成借款合计 9360 万元。

被告李强在 2020 年 12 月 7 日在收到第三人上海普太第一期股权转让款后，通过其个人账户于 2020 年 12 月 8 日向临邑风成公司转款 37018669.55 元，向山东明丰转款 1800 万元，用于偿还借款；2020 年 12 月 25 日依据（2019）鲁临邑证执字第 8 号执行证书，向山东明丰转款 1000 万元，用于偿还山东明丰为山东佃祥机械有限公司的银行担保债务；上述 3 笔转款均备注为“还款”。

3. 小芳在离婚后财产纠纷中的诉请

（1）李强出售山东星丰股权所得转让款分四期收款合计 4.4 亿余元依法分割。

（2）李强在山东星丰取得 2017 年度的股东红利 1343420.93 元，2019 年度股东红利 2740080 元，共计 4083500.93 元依法分割。

（3）诉请法院直接判决普太公司将第二期股权转让款支付给自己。

4. 小强的答辩意见

（1）因四期转让款支付是对赌公司业绩的，因此，离婚判决生效后男方在公司经营的投入对应股权转让款的部分，不应该是共同财产。

（2）2017、2019 年度股东红利已用于夫妻家庭生活和公司经营所需。

（3）向临邑风成公司借的 9360 万元应作为共同债务连带偿还；支付给两人持股山东明丰公司的 2800 万应作为共同债务扣除。

二、焦点问题

（一）在离婚案件中，能否分割正在被收购的股权？

两审法院均认为，男方名下股权正处于被收购阶段，不宜在离婚案件中分割。

一审离婚诉讼期间，原告小芳向一审法院提出申请，申请保全被告李强在山东星丰持有的 29.4%的股权；因当时正处于第三人上海普太收购被告李强等人在山东星丰所持有股份期间，被告李强主张收购阶段不宜分割该股权。一审法院支持了男方的观点。一审认为，如在离婚案件中分割被告李强所持有股权而导致收购失败，不仅不利于原被告的利益，而且会损害到案外人的利益，故而支持了被告李强的主张，在离婚诉讼中未对该股权进行分割，未在离婚案件中对该财产实施保全措施。为此，被告李强作为甲方与作为乙方的被告创为担保公司签订《创为委保（2020）自第 7586 号》委托担保合同，被告创为担保公司为被告李强在山东星丰持有的 29.4%的股权不被保全提供担保，保全金额为贰亿叁仟万元，由担保公司对男方因错误解除财产保全行为给小芳造成的损失承担连带清偿责任。被告创为担保公司并向本院出具“不予采取财产保全担保函”，并在担保函中承诺：在小芳申请保全期间，如果李强先生存在非法转移、处置上述股份的行为并给小芳女士造成损失，我公司自愿在 23000 万元范围内与李强先生对小芳女士的损失承担连带赔偿责任。

（二）离婚后财产纠纷中，能否分割李强的股权转让款？

1. 两审观点均支持股权转让款、分红的分割。

两审法院均认为，对于离婚时未处理的夫妻共同财产，在离婚后一方起诉要求分割的应予准许。本案中，原告与被告离婚诉讼案中，因第三人上海普太收购山东星丰股权尚未结束，双方未对被告所持有山东星丰 29.4%的股权进行分割。现被告已将其在婚姻关系存续期间持有的山东星丰 29.4%的股权转让给第三人上海普太。另被告在山东星丰取得 2017 年度、2019 年度股东红利共计 4083500.93 元，在双方离婚诉讼中亦未进行分割，故而在离婚后财产纠纷中，应予以分割。被告辩称在山东星丰取得 2017 年度、2019 年度股东红利共计 4083500.93 元已用于夫妻共同生活和生

产经营，未提供有效证据予以证实，对此两审法院都没有支持李强扣除的主张。

2. 应分割的股权转让款及公司历年分红金额的认定

第一期股权转让款李强实际取得 1.880718 亿元（被告李强已收取）。第二期股权转让款为扣税后李强应实际取得为 62713728 元（保全在第三人普太公司处）；被告李强在山东星丰取得 2017 年度、2019 年度股东红利 1343420.93 元和 2740080 元，共计 4083500.93 元。以上钱款均应作为夫妻共同财产分割。

（三）共同债务如何认定？

二审法院均认为，偿还夫妻共同债务系分割共同财产的前提，即应当首先在共同财产中偿还共同债务；本案股权转让款和取得的红利属于夫妻共同财产应予分割，因该股权转让款而产生的所借债务亦应当为共同债务。

1. 李强向临邑风成收取的 9360 万元是否系共同债务？

两审法院均认为，李强所提交借款的证据之间能相互印证且与对山东星丰的增资节点相对应李强提交的证据足以认定被告为完成山东星丰的出资义务向临邑风成进行的专项借款 9360 万元。而该借款系取得涉案股权所借债务，即因投资产生的债务，而投资收益即股权转让款属于共同财产，故因投资所借债务亦应当属于共同债务，应予以扣除。小芳对被告为取得山东星丰的股权向其投资并向临邑风成借款不予认可，辩称在离婚诉讼案件中被告自认无任何债权债务，是被告为了虚构债务而变造的账目，只能证明被告与临邑风成之间存在资金往来，并不能证明往来款就是借款，但未提供相反的证据予以印证；且原被告离婚案件中并未涉及山东星丰股权价值的分割及公司债权债务的认定，故对原告的质证意见不予支持。二审法院还认为，在二审中案外人临邑风成公司向法院提交了相关的书面材料说明该 9360 万元债权同意不再向小芳主张任何责任，故而进一步确认债务的性质。

2. 李强向山东明丰支付的 2800 万元能否认定为夫妻共同债务？

对此，一、二审法院认定不一。

一审认为：原被告二人离婚诉讼中确认了山东明丰系二人控股的公司，各占 50%股权。被告将原被告未分割的财产支付给山东明丰，系二人共同生产经营的公司，在紧急情况下代山东明丰偿还债务，实际上是为了原被告共同的利益，结合 2020 年 12 月 8 日、12 月 25 日被告向山东明丰汇款电子回单及相关记账凭证、执行证书等证据，被告向山东明丰转款 2800 万元的款项系被告收到股权转让款后支付给山东明丰用于偿还其对外债务。该债务实际就是双方的共同债务。因此该 2800 万元应当在原被告双方未分割的股权转让款中扣除。

二审法院认为：其一，质疑债务的真实性。关于明丰公司欠风成公司的 1800 万元，李强仅提交了李强向明丰公司转账 1800 万元及明丰公司向风成公司转账 1800 万元的记录，针对风成公司与明丰公司之间何时形成该笔债务，该笔债务是否用于明丰公司的经营等债务发生情形并未提交充分证据证实。其二，作为独立法人的公司应独自承担还款义务。明丰公司具有独立的法人资格，公司以其全部资产对公司债务承担责任，公司股东只以其出资额为限对公司承担责任，只有在股东滥用股东权利的行为导致公司人格否认的法律后果严重损害债权人利益的情况下股东才对公司债务承担连带责任，本案中李强并未举证证实双方存在以上损害债权人利益情形。其三，李强离婚后无权代表小芳进行债务转移。李强向明丰公司转账以上 2800 万元分别是 2020 年 12 月 8 日和 2020 年 12 月 25 日，以上两个时间点是双方离婚案件判决生效之后，即李强与小芳收到（2020）鲁 14 民终 3304 号法院离婚判决之后。对于明丰公司来说小芳和李强是分别享有 50%股权的独立的

股东，已不存在夫妻关系，李强无权代表小芳将应当分割的夫妻共同财产转支给明丰公司偿还公司债务，明丰公司的对外债务与本案不是同一法律关系，二审法院认为，一审法院将明丰公司的对外债务在离婚后财产纠纷案件中予以处理不妥。

3.第三、四期股权转让款能否在离婚案件中处理？

一审认为，关于第三、四期股权转让款分割问题，因付款条件尚未成就，具体数额不能确定，在本案中不予涉及。一审判决生效后，小芳和李强均上诉，并对一审三、四期股权转让款的一审判决均不服。二审法院认为，上诉人李强主张 29.4%股权转让款中第三期、第四期转让款不属于夫妻共同财产理由是否成立，有无事实及法律依据。上诉人李强认为根据股权转让协议及补充协议的规定案涉股权转让属于溢价收购，溢价的条件是上诉人李强完成承诺的 2020 年、2021 年、2022 年的净利润金额，而以上期间，除第一期及部分第二期外双方已经离婚，第三期、第四期及第二期的部分转让款是基于上诉人李强完成的劳动成果获得的收益不是基于原始的股权获得收益，与小芳无关。对此小芳不予认可，上诉人李强主张第二期股权转让款小芳应分得 36.1%，上诉人李强认为双方 2020 年 8 月 21 日离婚事实无争议，该时间之后系李强独自经营公司产生劳动收益，因此第二期股权转让款获得应该根据该离婚时间为节点予以分割。对此，小芳亦不予认可。二审法院认为，涉案的 29.4%的股权系夫妻共同财产，而有关的股权转让协议中明确约定该股权的交易对价为 44100 万元，因此该交易对价是基于最初的股权确认的交易价格，一审认定全部该交易对价属于夫妻共同财产并无不当。上诉人李强主张通过其个人劳务成果获得第三期及第四期的股权转让款不属于夫妻共同财产没有事实及法律依据，其主张第二期转让款应当以离婚时间为节点向小芳予以分割 36.1%理由不能成立，因此本院不予支持。

（四）创为担保公司是否需要承担担保责任？

二审法院均驳回了小芳让创为担保公司连带承担李强不能承担支付部分的诉求。二审法院均认为，创为担保公司系在离婚案件中为涉案股权转让提供担保；担保合同中约定担保期限至离婚案件审理终结之日止，但最长不超过两年。原、被告离婚案件早已审理终结并生效，根据合同约定被告创为担保公司担保期间已结束，且被告李强亦不存在恶意转移处置股权转让款，也并未给原告造成损失，故对原告该诉求本院不予支持。

（五）第三人普太公司可以直接向原告小芳付款吗？

两审法院均认为，小方不是股权转让合同的当事人，普太公司没有义务直接支付股权转让款给小芳，因此，第二期股权转让款 62713728 元由原告小芳、被告李强各分得 50%即 31356864 元；被告李强自本判决生效后 10 日内给付原告小芳 31356864 元。

三、学习反思

（一）离婚案件中，是否可以一并处理公司股权？

目前司法实践中，对于一人公司或夫妻公司，法院在离婚案件中，一并处理股权较为常见，以均等分割为主流。鉴于公司僵局的担心，个别案件中，法院对于一人公司、夫妻公司进行了 49%对 51%的处理，但这是个别判例；而对于配偶一方名下持有的有限公司的股权，一般要征得其他股东的意见、保障优先购买权。但是，在离婚案件中，优先购买的价格，在未经评估之前，一般难以届定，因此，有些离婚案件中，法院会征求当事人的意见，建议股权另案处理，或者直接判决中不涉及股权、而告之当事人另案处理。

本案中，争议标的公司股权正值被收购过程中，为保障更多利益参与方的权益，法院在离婚案件中没有直接处理争议股权、而是在收购完成

之后，由女方向法院提起离婚后财产纠纷，也是正常的处理方式。

（二）公司正在融资、或转让的股权在离婚案件中能否一并处理或股权冻结？

目前，在全国各地，对于正在融资、或正在转让过程中的离婚案件涉及股权的处理方式不一。大多数情况下，只要申请人提供担保，法院一般会对涉案股权进行财产保全，在冻结股权期间，公司难以增资、股权难以转让，即使非涉案的其他股东的股权，在个别股东涉及离婚案件时也会受到消极影响。实践中，由于个别股东的离婚案件中当事人的保全，至使公司无法融资、无法进行股权转让已不是新闻。并且，很多申请人对公司股权进行保全，是按出资额交费、但实际股权价值要远远高于出资额或账面净资产（估值往往不是法院保全计算诉讼、保全费的依据），导致申请保全的成本低、但造成公司经营困局的成本高，对此，有些审判机构并未能有高度的重视。

本案中，一审离婚案件的法官能够认识到股权冻结可能对大局造成的负面影响，允许被申请人提交担保公司的保函对拟冻结股权进行替换，是相当不错的做法，避免了“一损俱损”；但在其他地方的案例中，虽然个别股东离婚案件涉及的股权冻结对公司融资造成了实质重大的影响，但审判人员以“需要申请人同意才能进行担保方式的替换”为由，放任此种融资窘境的恶化，确实需要引起思考。

（三）对赌业绩期限延续在离婚后，是否影响共同财产分割的比例？

本案中有一个很有意思的点，就是在离婚之前的股权交易合同中，先确定了股权交易价格，但附有对赌条款，且对赌内容包含了离婚后男方的精力投入。两审法院均认为，该股权交易价格，是在离婚之前就拟定好的，故而没有支持男方主张“部分对赌业绩的实现，是基于男方离婚后时间与精力的投入”的抗辩理由。

我个人认为，如果男方有证据证明，其在离婚后付出时间精力与对赌业绩变现之间的因果关系（如果有专业评估机构，对于离婚后时间段投入与离婚时的时间截点之间的股权价值差额进行评估，应当予以认定男方离婚后的时间精力投入对应金额部分非共同财产的范围。

（四）共同债务能否在离婚/离婚后财产纠纷中直接认定？

一般在离婚案件中，由于原、被告是夫妻两方，债权人不能直接在离婚案件中参与，因此，如果法院不支持债务成立，一般不会在离婚案件中直接予以认定，不然可能会损害债权人利益、导致债务不能认定而债权人无法上诉；而如果认为本案中涉及共同债务的证据确凿，可以在离婚案件中一并认定，这对于债权人来说，没有涉及权利的侵害、而是保障了债权人利益的增加。

本案中，法院认定临邑风成借款合计 9360 万的思路，正是基于此种考量。

（五）股权转让是否“善意”如何认定？

目前主流审判观点认为，股东依法转让股权，是基于公司法的相关规定赋予的股东权利，配偶另一方一般不得以“未经自己同意”为由，主张股权转让无效，但有符合合同无效认定条件的情况除外。

而股权转让合同无效目前能找到的法律理由，基本在于恶意串通，且民诉法对认定合同无效采用的是“排除合理怀疑”的严格责任。一般来说，主张配偶单方转让股权的“恶意”举证相当困难，在司法实践中，无对价（赠与）、或者明显低价再结合其他信服证据，才有可能赢得法院对于股权转让无效观点的支持。因此，严格地说，代理此类纠纷，难点不是在于股权转让是否“善意”或者

受让方是否“善意”的问题，而是股权转让、受让方，是否恶意串通的问题。

在北京市高级人民法院，刚刚审理终结的一起股权转让效力案件中，一审四中院、二审北京高院裁判文书，对于认定夫妻单方股权转让无效的逻辑关系是：

1. 涉案争议适用中国法律

2. 涉案股权为什么是共同财产（法院判决书驳斥了股权不是夫妻共同财产的抗辩理由）

3. 涉案股权转让没有征得配偶另一方同意（推导股权转让的配偶一方恶意）

4. 涉案股权转让受让方明知是共同财产而无偿受让之，是间接故意的恶意

5. 非恶意的转让理由，不能成为侵害配偶另一方财产权益的抗辩

6. 转让、受让方构成恶意串通、转让合同无效

以上逻辑，层次清晰，值得借鉴。

（六）配偶能否直接要求第三人将原本支付配偶另一方的合同转让款给自己？

本案中，女方主张男方基于股权转让合同的债务人，直接将给男方的应付款直接打给自己，没有得到法院的支持。法院认为，女方不是股权转让合同的一方当事人，此种请求不予支持。我个人的理解，离婚财产分割判决之前，男女双方名下的财产分割的给付，不是一种“到期债权”；本案亦不是男方怠于行使到期债权，而是应付款被女方冻结。我个人认为法院的判决正确。

（七）离婚案件担保公司的责任范围如何把握？

离婚案件中，对于提出担保的一方由担保公司出于保函的情况目前是实践中的主流，保费费率由万分之三到万分之五不等（反担保费率远高于普通担保）。本案法院认为，女方在离婚案件中已知晓男方将进行股权转让，在法院允许男方用保函进行股权替换后，在离婚诉讼期间，男方与其他股东进行了股权转让并受让部分转让款，实质并非擅自股权转让、而是为了男、女双方共同的利益进行的股权处分。另外又考量了两年的担保期限，没有支持女方要求担保公司连带责任的主张，我认为是正确的。

（八）如何离婚案件级别管辖的问题？

2015 年 4 月 30 日发布的《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》中，第四条明确规定：婚姻、继承、家庭、物业服务、人身损害赔偿、名誉权、交通事故、劳动争议等案件，以及群体性纠纷案件，一般由基层人民法院管辖。

本案发生在山东德州，涉及金额数亿元，如果是财产争议，一般是在中级人民法院管辖，但离婚案件，一般都是在基层法院管辖。因此，离婚涉案财产金额并不是级别管辖确定的重要依据，不能简单套用商事纠纷案件的标的大小规则来确定级别管辖法院，离婚案件，不论共同财产多少，一般一审均由基层法院管辖。

当然，离婚案件也有在中院、甚至是高院审理的情况；高院作为一审的情况近十年没有看到，但中院作为一审的，也不算罕见。比如，在（2016）最高法民辖终 XX 号中，最高院认为：根据《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》第四条的规定，一般由基层人民法院管辖。但鉴于本案在 J 市有重大影响，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第十八条第二项的规定，本案由 XX 省 J 市中级人民法院审理为宜。

（三）法官视点

错位“婚姻”复位记

2023-11-06 京法网事 韩玉
https://mp.weixin.qq.com/s/JHDt0q0L7pJvbYhmXyLpXw

编者按

起诉、送达、开庭、宣判
游刃在严丝合缝的法律程序中
他们持守裁判者的公正
做定分止争者
但人间百态 千丝万缕
岂是几本法律书文能够囊括
利益冲突 情感纠葛
历史问题 政策限制
他们要做破解难题的那把“金钥匙”
倾听、走访、安抚、调解
一点一点揭开事实真相
一步一步走进群众心里
一遍一遍叩问理想初心
个中辛苦与惆怅、欢欣与鼓舞
又岂是一纸文书能够写尽
即日起，京法网事推出
系列法官故事、民生故事
揭秘判决背后的故事
说出法官真实的心声
今天一起来看
房山法院河北人民法庭副庭长
韩玉讲述的
《错位“婚姻”复位记》

有时候错位的东西，要经过复杂的一系列操作才能复位。婚姻错位，复原的难度就大大增加。我审理的这起撤销婚姻登记纠纷案件，事实离奇、情节曲折；而按照法律规定，我好像还无权受理。这个婚姻，该如何复位？

印象

一步错，步步错

开完庭回到办公室，发现桌上多了一摞新分的案子。

我忙不迭地翻起来，“撤销婚姻登记纠纷”，这个不常见的案由、几个富有故事性的字眼，一下子就抓住了我的好奇心。

我把几十页的材料从头到尾扫了一遍。果然，事实离奇、情节曲折。

小华和小红是亲姐妹。姐姐小华与男朋友小周是自由恋爱。1994 年，小华发现自己怀孕了，但因身份证丢失正在补办，于是，便瞒着妹妹冒用小红的身份信息与小周到房山区民政局登记结婚。

1998 年，小红与男朋友小韩登记结婚了。

时间一晃来到了 2021 年，小红在申请家庭小客车摇号时，竟发现自己还有一个未知的“丈夫”！

小华这才将真相告知小红。原来，小红 27 年前就和姐夫小周“结婚”了。

于是，小红将姐夫小周起诉到了法院，请求撤销她与小周的婚姻登记。

困扰

如鲠在喉的“婚姻”，衍生家庭矛盾

婚姻登记不属于民事案件受案范围，但如果不解决，两姐妹的错位人生就无法归位。荒谬的

“婚姻”如鲠在喉，横在两个家庭之间，衍生出尴尬和矛盾。

无论当年她们想规避什么，现在因为一步错了，小汽车摇号不成，以后还有很多潜在的矛盾隐患。

是直接驳回起诉，还是实质解决纠纷？我选择了后者。

突破

把脉问诊，对症下药

大数据，也许能找到突破口。于是，在资料库里，我翻阅了大量文件、案例。

很幸运，查阅中看到的 2021 年 11 月 18 日最高法、最高检、公安部、民政部联合发布的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》，为解决错位“婚姻登记”指明了方向。

我思路豁然清晰——切入实质、固定事实、发送司法建议。

调 查

说干就干。为防止当事人“串供”，我把两个家庭四个人都叫到了法庭，分别进行了谈话，尽全力还原当时的情景，排除虚假陈述。

两姐妹拉着我的手懊恼地说：“韩法官，您一定要帮帮我们，真是没有办法了，不能再错下去了……”

“放心吧，法院依法办事，能办就一定给您办了。”

听到我的答复，她俩像吃了定心丸，露出了难得的笑容。

我顺便给两姐妹拍了一张照片，用来对比当年留存的结婚申请书上的登记照片。

鉴 定

为了证明当年结婚申请书上的签字“小红”实为小华所签，小红申请笔迹鉴定。我思索片刻，同意启动鉴定，也想通过鉴定给予自己一个内心的确认。

果不其然，鉴定机构的意见为：检材上“小红”签名与样本上小华书写的小红字迹是同一人书写。

这就是板上钉钉的典型“冒名”啊！我莫名有一种医生发现典型病人的兴奋。

该是我“对症下药”的时候了。

司法建议

我句句斟酌地写了一份司法建议函，发给了民政局。

区民政局在收到司法建议书后，在充足的证据面前，经过调查核实，主动撤销了小红与小周的婚姻登记，“错位”的婚姻也由此结束。

而我，在“错位”的婚姻复位后，心安地依法裁定驳回了小红的起诉。

价值

实质化解，抵达终点

收到区民政局回函，激动之情溢于言表。**实质性化解纠纷，兑现对当事人的承诺，内心充斥着满满的喜悦。此时，我真的庆幸自己没有避繁就简。**

张军院长说，“老百姓到法院是为了解决问题的，绝不是来走程序的，只有实质性解决问题，案结事了，才能体现诉讼的价值。”

有时，简单和困难只在一念之间。简单地驳回起诉，法理上是周延的，但内心难过情理这一关。

我选了复杂的一条路，可能前路不清、曲曲折折，但孜孜以求之后终于峰回路转、柳暗花明。

在这条路上，只要再耐心一点、再往前多走一步，棘手的难题就会迎刃而解。在终点与当事人相见，案结事了、握手言欢，这是法官追求的真正价值和实现自我的成就。

这才是真正的终点。

供稿：房山法院

编辑：成梦琳 肖飞 审核：刘小源

案外人对被法院查封的房产能否提起确权之诉？法院：应通过案外人异议之诉解决纠纷

2023-11-08 人民法院报
http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-11/08/content_233727.htm?div=-1

本报讯 房屋被法院查封后，离异夫妻一方以离婚协议约定为由要求确认房屋所有权变更，法院能否支持诉求？近日，北京市房山区人民法院审理了一起离婚后财产纠纷案件，裁定驳回了当事人要求变更已查封房屋所有权的起诉。

李女士诉称，她与刘先生于 2014 年 12 月结婚，2019 年 1 月协议离婚。离婚协议约定“位于北京市房山区某房屋归女方单独所有，男方须无条件配合房产过户”。离婚后，刘先生未配合办理房屋过户手续，李女士将前夫诉至法院，要求判令房屋归自己所有。

刘先生表示，他同意房屋归李女士所有，但因房屋设有抵押，无法配合完成变更登记手续。

据了解，涉案房屋系李女士与刘先生婚姻存续期间购买，房屋登记在刘先生名下，该房屋办理了抵押登记。二人于 2019 年 1 月 7 日协议离婚。自 2019 年 1 月 31 日至 2020 年 12 月 23 日，该房产被法院先后查封十余次。

法院审理后认为，根据《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第 8 条规定，审判部门在审理确权诉讼时，应当查询所要确权的财产权属状况。需要确权的财产已经被人民法院查封、扣押、冻结的，应当裁定驳回起诉，并告知当事人可以依照民事诉讼法第二百二十七条的规定主张权利。

李女士在涉案房屋被法院多次查封后，仍以离婚后财产纠纷为由要求确认房屋所有权，应当裁定驳回起诉，当事人可通过案外人异议及异议之诉主张权利。最终，法院依法裁定驳回了李女士提起的房屋确权之诉。（白雪梅）

■法官提醒

《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第 8 条的规定，目的是防止被执行人与案外人恶意串通，以虚假诉讼的方式取得生效法律文书，进而排除法院的强制执行，损害申请执行人合法权益；同时，让申请执行人参与到案外人异议及异议之诉中，法院更好地平衡各方权利人的合法权益。在金钱债权执行案件中，为避免虚假诉讼，维护当事人及案外人合法权益，财产被法院查封后，案外人可向执行法院提起案外人异议及异议之诉，但不可另案诉讼取得确权生效法律文书；但若在非金钱债权执行案件中，根据一物一权原则，人民法院应当告知案外人依法申请再审或者通过其他程序解决物权确权问题。

夫妻一方负担较多家庭义务的，离婚时是否有权向另一方要求补偿？

2023-11-08 柳北法苑
https://mp.weixin.qq.com/s/xuhjY-zwkODmF-eZZ5NMZg

在 2001 年之前，我国《婚姻法》中没有对离婚经济补偿制度进行规定。2001 年修正的原《婚姻法》首次引入了离婚经济补偿制度，明确对家务劳动价值予以认可，但是以夫妻双方采取约定财产制为前提，只在采取约定财产制的情况下，才能在离婚时酌情根据一方在“抚育子女、照料老人、协助另一方工作等”方面的付出情况予以补偿，否则不能适用。此后，2020 年颁布的《民法典》将经济补偿制度的适用范围扩大至实行法定财产制和约定财产制两种情形，扩充了这一制度的适用范围，也体现了对家务劳动价值的更大肯定。

裁判规则

1.妻子负担较多家庭义务的，离婚时丈夫应予以一定的经济补偿——林某诉杨某离婚纠纷案

案例要旨：妻子自子女出生后便在家抚育子女，负担较多家庭义务的，离婚时丈夫应给予一定的经济补偿，法院综合考虑双方婚姻关系存续时间的长短、投入家庭义务的精力，以及妻子的信赖利益等因素确定经济补偿数额。

审理法院：重庆市江北区人民法院

案例来源：《人民法院报》2022 年 8 月 24 日第 3 版

2.婚姻存续期间，在养育儿女、协助对方工作及读书方面负担较多义务的夫妻一方在离婚时有权主张经济补偿——林先生诉谭女士离婚纠纷案

案例要旨：婚姻存续期间，夫妻一方多半时间在完成个人学业进修，另一方为养育儿女、协助对方工作及读书负担较多义务，其在离婚诉讼中主张经济补偿的，人民法院予以支持。

案例来源：《人民法院报》2022 年 3 月 23 日第 3 版

3.在离婚纠纷中，承担家务劳动及抚养子女的一方有权要求另一方支付离婚家务经济补偿——廖某诉雷某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻因感情破裂而引发的离婚诉讼中，承担家务劳动及抚养子女的一方要求另一方支付离婚经济补偿的，人民法院予以支持。

审理法院：福建省龙岩市上杭县人民法院

案例来源：《人民法院报》2021 年 11 月 18 日第 3 版

4.全职家庭主妇的家务劳动价值应得到认可和保障，婚姻关系中付出较多家务劳动的一方离婚时可主张家务补偿——杨某诉魏某离婚纠纷案

案例要旨：婚姻关系中付出较多家务劳动的一方，压缩了自我发展空间，无形中付出了个人工作选择、收入能力等方面的机会成本，导致工作能力降低，因此，离婚时另一方应给予相应的家务补偿。

案例来源：江苏法院网，发布日期：2023 年 03 月 14 日

5.立案时间早于《民法典》实施时间的离婚案件，因离婚经济补偿的判断涉及到夫妻对家庭所作贡献的认定，属于“跨越”《民法典》施行前后的持续性法律事实，应适用《民法典》的规定，无论夫妻实行法定财产制或约定财产制，家庭义务承担较多的一方在离婚时均可主张离婚经济补偿——陈某某诉张某离婚纠纷案

案例要旨：（1）对于立案时间早于《民法典》实施时间的离婚案件，因离婚经济补偿的判断涉及到夫妻对家庭所作贡献的认定，属于“跨越”《民法典》施行前后的持续性法律事实，应当适用《民法典》的规定，无论夫妻法定财产制或约定财产制，家庭义务承担较多的一方均可主张离婚经济补偿。（2）离婚经济补偿以负担较多家庭义务为前提，仅限于在离婚时由一方提出相应请求，

法院不得主动适用。离婚经济补偿请求的具体数额，应结合负担较多家庭义务一方的劳动时间、劳动强度和复杂性、家务劳动的效益、负担较多义务一方的信赖利益等因素综合作出认定。

案例来源：北京市第三中级人民法院网

发布日期：2022 年 11 月 24 日

6.夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时请求另一方支付经济补偿的，人民法院应予支持——闫某诉马某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿，人民法院对主张经济补偿的诉讼请求应予以支持。

审理法院：天津市河东区人民法院

案例来源：天津市高级人民法院发布保护妇女合法权益典型案例

发布日期：2022 年 03 月 08 日

司法观点

一、离婚经济补偿的适用条件

1. 不区分夫妻财产所有制类型一律适用

《民法典》出台之前，2001 年修正的原《婚姻法》第 40 条规定，夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。《妇女权益保障法》第 47 条第 2 款①也作出了相似的规定，夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，女方因抚育子女、照料老人、协助男方工作等承担较多义务的，有权在离婚时要求男方予以补偿。两部法律均将离婚经济补偿的前提确定为“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有”，即采取约定财产制的夫妻之间，离婚时承担了较多家庭义务的一方才有权请求对方补偿。从审判实践情况看，多年来，经济补偿制度并未在司法实践中得到普遍运用。相反，有关统计显示，2001 年修正的原《婚姻法》第 40 条的适用率明显偏低，少数的适用案例中，还有一部分是经过法院的目的性扩张解释后才得以适用。②出现这种情况的主要原因在于我国绝大多数家庭都采取了法定的共同财产制，约定分别财产制的家庭数量极少，基数的缺乏导致 2001 年修正的原《婚姻法》第 40 条的规定无法发挥应有的作用。本条（《民法典》第 1088 条，下同）规定删除了离婚经济补偿对夫妻财产制类型的要求，无论夫妻关系存续期间，双方采取的是法定共同财产制还是约定了分别财产制，只要一方在婚姻中相比另一方对家庭负担了更多的义务，就有权利在离婚时请求补偿。

2. 经济补偿请求以负担了较多家庭义务为前提

本条列举了抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等，作为承担较多义务的一方可提出经济补偿的情形。当然，离婚经济补偿的适用情形并不局限于以上三个方面，为家庭利益而负担的义务均应在此之列，主要表现为家务劳动。家务劳动，是指为自己和家人最终消费所进行的准备食物、清理住所环境、整理衣物、购物等无酬家务劳动以及对家庭成员和家庭以外人员提供的无酬照料与帮助活动。③这些家庭事务遍布生活的方方面面，但却无法通过市场价值直接衡量，根据权利义务相一致原则，负担较多义务但未获得相应权利的一方应当得到适当的补偿。判断一方是否承担了较多义务，应结合一方在家庭义务上付出的时间成本、精力成本以及获得的效益等多方面因素，综合进行衡量。

3. 经济补偿需一方主动提出，法院不得主动适用

本条规定，负担较多义务的一方“离婚时有权向另一方请求补偿”，即经济补偿以负担较多义务一方提起补偿请求为前提，人民法院在当事

人未提出经济补偿请求的情况下，不得径行就经济补偿作出判决。但是，法院可以向当事人释明其经济补偿请求权，是否行使由当事人自行决定。

4. 经济补偿请求须在离婚时提出

负担较多家庭义务一方的补偿请求，仅限在协议离婚或离婚案件诉讼过程中提出，协议或判决离婚后，一方提出经济补偿请求的，人民法院不予受理。作此规定的原因在于，经济补偿请求权是法律赋予负担了较多家庭义务一方的权利，其可以行使，也可以不行使。该种权利也不存在有客观障碍导致对权利享有状态不明的情况，将经济补偿请求权扩大到婚姻关系存续期间或离婚后，现实意义不大，也不利于双方尽快解决争议，投入新生活。

二、离婚经济补偿方式和数额的确定

私人事务领域以当事人的意思自治为先，经协商一致达成的协议，对双方都具有法律约束力。只有当双方无法通过协商就经济补偿达成一致意见时，方得由法院根据案件实际情况，依法判决。

负担的家庭义务如何量化，家务劳动的价值如何计算素来是个难题。由于家务劳动服务对象的特定性和劳动内容的私人化，家务劳动虽然作为社会经济的一部分，但并未被纳入国民经济核算，无论查询国民生产总值或国内生产总值，还是查询任何的经济报告，都无从寻找未市场化的家务劳动所占的价值。相反，一直以来家务劳动都作为一种不计报酬的无偿劳动存在。多年来，不断有研究试图通过经济学和统计学的方式找到答案。例如，不同研究数据分别显示，保守估计家务劳动潜在价值约占 GDP 的 30%；④也有研究以杭州一市为样本，得出结论认为，杭州市家务劳动经济价值平均约占当年地区生产总值的 12.23%，相当于杭州人均消费支出的 46.47%，相当于第三产业增加值的 23.11%，如果将无酬家务劳动与市场上的有酬劳动相比，家务劳动的价值相当于杭州市就业人员全年工资总额的 43.23%。⑤

可以看出，家务劳动这种在社会经济运行中表现不明显、存在感低、没有薪酬的劳动方式，创造的经济价值实则不容忽视，对社会再生产具有重要的意义。然而，直至今日，并没有一种权威的量化计算方式可用来确认家务劳动的具体价值。人民法院确定离婚经济补偿数额时，必须全面综合考察，尽量使经济补偿数额与负担较多一方付出的劳动、产出的价值得以匹配。可以参考以下几方面的因素：（1）家务劳动时间。不仅包括日常投入在家务劳动上的时间，还包括婚姻关系存续时间的长短，投入时间越多、婚姻持续时间越长，补偿数额应当相应增加。（2）投入家务劳动的精力。家务劳动种类繁多，有的家务如洗衣可操作洗衣机完成，不需投入太多精力，而照顾老人和子女之类的事项，不仅要投入大量的体力劳动，还需要投入大量的精神关怀。同等条件下，强度更大、更复杂的家务劳动理应获得比相对简单的家务劳动更多的补偿。（3）家务劳动的效益。其中既包括直接效益，也包括间接效益，如良好的家庭生活环境，或者由此带来的家庭积极财产的增多或消极财产的减少。（4）负担较多义务一方的信赖利益。婚姻中，负担较多家庭义务的一方出于对婚姻前景的信赖，付出较多精力从事家务劳动，随之而来的不免有其自我发展空间的压缩，无形中付出了个人工作选择、收入能力等方面的机会成本。为此，另一方因此而获得的有形财产利益、无形财产利益及可期待的财产利益，如一方在婚姻期间获得的学历学位、工作前景、执业资格、专业职称、知识产权等，均应纳入经济补偿数额的计算范畴。

（摘自最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全（婚姻家庭卷）》，人民法院出版社 2022 年版，第 425-427 页）

注：①编者注：目前为《中华人民共和国妇女权益保障法》（2022 修订）第 68 条。

②参见陈颖:《家务劳动补偿制度的实践反思与制度调适》，载《人民司法》2015 年第 21 期。

③吴燕华:《居民家务劳动时间经济价值研究——以杭州市为例》，载《吉林工商学院学报》2015 年第 3 期。

④廖宇航:《家务劳动价值的估算》，载《统计与决策》2018 年第 8 期。

⑤吴燕华:《居民家务劳动时间经济价值研究——以杭州市为例》，载《吉林工商学院学报》2015 年第 3 期。

法律条文

1.《中华人民共和国民法典》

第一千零八十八条 【离婚经济补偿】夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

2.《中华人民共和国妇女权益保障法》（2022 修订）

第六十八条 夫妻双方应当共同负担家庭义务，共同照顾家庭生活。

女方因抚育子女、照料老人、协助男方工作等负担较多义务的，有权在离婚时要求男方予以补偿。补偿办法由双方协议确定；协议不成的，可以向人民法院提起诉讼。

来源：“法信”微信公众号

转自：最高人民法院司法案例研究院

编辑：王胜 | 校对：黄煜翎

责编：覃谷 | 审核：李金华

法官赵婧：用心用情如我在诉 柔情守护千家万户

2023-11-08 民主与法制 本社记者 张若楠 任晓宁

http://e.mzyfz.com/paper/2126/paper_56984_11738.html

“古语云：‘天下之本在家’。”在内蒙古自治区呼和浩特市新城区人民法院院长赵俊平看来，家庭是社会的细胞。家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。

2022 年 5 月 31 日，呼和浩特市中级人民法院和呼和浩特市妇女联合会共同成立该市首个以法官名字命名的家事少年审判工作室——“赵婧工作室”。获此殊荣的法官，就是先后获得内蒙古自治区妇女联合会第五届全区维护妇女儿童权益先进个人、内蒙古自治区高级人民法院“全区优秀法官”、最高人民法院“人民法院少年法庭工作先进个人”荣誉称号的新城区人民法院民一庭副庭长、家事少年审判团队负责人赵婧。

谈起赵婧，赵俊平如此评价道：“赵婧法官深耕家事审判十四年，把每一个案件都当作自己的事来办，是‘如我在诉’要求的深刻践行者。”

家暴受害者的“娘家人”

2020 年 3 月，新城区人民法院收到了一份特殊的申请——申请人包女士委托律师向法院提出人身安全保护令。

原来，包女士与前夫离婚数月后，前夫贺某某仍以看望孩子为由，恶意留在包女士家中拒绝离开，甚至还打砸家具，言语威胁包女士及其家人，逼迫包女士与其复婚。由于当时疫情较为严重，为了躲避前夫的骚扰和威胁，无处可去的包女士只能把车开到偏远郊区，带着七岁的儿子和母亲蜗居在自家汽车里。彼时呼和浩特市的最高气温

未超过 10 摄氏度，包女士和家人挤在车里住了 7 天，走投无路才找到了法院。

“当时，我们专门为人身安全保护令的申请开设了绿色通道，申请人不需要通过立案大厅立案，找到法官就可以直接立案。”赵婧说。

尽管当时疫情形势严峻，但想到包女士一家人正在经历苦痛和煎熬，赵婧感同身受。于是她在收到包女士的申请后，马上立案并及时完成相关审查工作，发出人身安全保护令。

这是呼和浩特市发出的首份人身安全保护令。从接到申请人申请到发出人身安全保护令，赵婧仅仅用了不到一天的时间。

“贺某某的行为已经构成‘分手暴力’，其行为导致包女士及其亲友长期处于不安全的状态。此时人身安全保护令的发出十分紧迫且尤为必要。”赵婧告诉记者，“为了保护包女士和家人免受暴力伤害，我们在这份人身安全保护令中明确禁止被申请人贺某某骚扰、跟踪、接触包女士及其近亲属，同时还责令贺某某搬离包女士的住所。”

人身安全保护令发出后，赵婧仍然放心不下，她前后三次回访包女士一家，了解他们后续的生活状况和心理状态。

“当她告诉我，他们一家人已经顺利搬回家中，前夫再也没对她实施暴力行为，我真是打心底里觉得高兴。”赵婧说。

在这份人身安全保护令发出后不久，内蒙古自治区出台了《内蒙古自治区反家庭暴力条例》。参与该条例的专家论证环节时，赵婧提出将“分手暴力”纳入家庭暴力范畴的建议被成功采纳，成为该条例的重要亮点之一。

自首份人身安全保护令发出至今，赵婧共出具人身安全保护令 61 份，为家庭暴力受害者提供了坚实的法律保护，让人身安全保护令真正发挥出“护身符”的作用。

歧途少年的知心阿姨

“赵阿姨，我决定继续上学了。”国庆假期结束不久，赵婧就收到一个少年发来的信息。

在两年前，这位少年曾参与了一个抢劫案件。案件诉至法院后，赵婧带领团队对少年进行了多轮家庭教育和心理疏导，在赵婧引导教诲下，少年逐渐认识到自己的错误，及时退赔财物，也获得了被害人的谅解。为了尽量降低对涉案未成年人的负面影响，帮助他们回归社会，赵婧还向这位少年在内的几名未成年被告人送达了《未成年人犯罪记录封存告知书》。

案件虽然被顺利解决了，赵婧的工作却没有结束。原来，涉案少年一直被愧疚感笼罩，觉得自己无颜面对父母，前不久又因为无法很好融入学校生活而产生了退学想法。

“我害怕他真的退学不念了，前几天还给他打了两三个小时电话反复开导他，幸好他想通了。”赵婧告诉记者，类似这样的交流，已经保持了两年之久。

对于每一个走上歧途的孩子，赵婧都秉持刚柔并济的原则，扮演着“严母”和“慈母”的双重角色。“既要疾言厉色、威严庄重，又要耐心开导、和风细雨，为歧途少年们点亮灯塔，让他们得以迷途知返，重新起航。”赵婧说。

在她看来，对于未成年人犯罪，做到准确定罪和恰当量刑固然重要，但更重要的是做好未成年被告人的教育挽救和帮扶跟踪工作。要耐心细致地交流，关注他们内心的想法，引导他们悔过自新，不再重蹈覆辙。

赵婧坦言，其实花在这些孩子身上的精力比自家孩子还多。少年的父亲也十分感慨，“我们有时候和孩子沟通不顺畅，就来求助赵法官，这么多年了，孩子就听法院赵阿姨的。”

家庭是人生的第一课堂。在少年刑事审判案件中，很多涉案未成年人都曾受到过原生家庭的负面影响，由于缺乏关爱、监护失管、学习失教，在判断力不足和自制力较弱的年龄阶段走上了歧途。

自《中华人民共和国家庭教育促进法》实施以来，为最大程度保护未成年人利益，预防未成年人违法犯罪，赵婧已经发出 17 份家庭教育指导告知书，并向未成年被告人的监护人、未成年被害人的监护人发出 7 份家庭教育令，还发出 11 份依法带娃保证书，努力为少年儿童营造幸福和谐的家庭环境，为祖国花朵健康成长保驾护航。

除了法官的本职工作，赵婧作为呼和浩特市妇联第十二届执行委员，组建了新城区人民法院青年讲师团，常态化开展“普法进校园”活动。赵婧带领团队针对未成年人心理特点和特殊情感需求，结合社会热点问题进行普法进校园、进社区、进家庭活动，目前已开展 50 余次。

随着活动影响力的增加，普法讲师团的队伍不断扩大，法院其他部门的法官纷纷加入。如今，“普法进校园”活动成为新城区人民法院助力法治建设的靓丽品牌。

把工作做到群众的心坎上

夫妻离婚、子女抚养、老人赡养、遗产分割……每天围绕着家长里短的“琐事”打转，是赵婧的生活日常。

面对子女抚养权的争夺，赵婧认真履行家事调查的责任，长期关注父母双方的家庭环境，为孩子选择出成长的“最优解”，让孩子最大程度拥有健康快乐的成长环境。

面对见不到女儿的爸爸，赵婧不厌其烦，一遍遍联系兄弟法院，帮助当事人找到前妻藏起来的女儿，让孩子和爸爸得以相见。

面对身患重病、缺乏经济收入的当事人，赵婧疫情期间突破重重阻碍上门服务，及时对无民事行为能力人进行认定，帮助贫困的当事人家庭顺利完成房产交易，让当事人得以维系正常生活和治疗。

“多花一些时间，多打一通电话，多跑一次腿，这些事对于法官工作而言都是很小的事，但对于当事人来说真是天大的事情。”赵婧说。

很多人对于家事审判工作存在一种偏见，认为婚姻家庭案件解决的都是家长里短的小事，体现不出专业水平，因此很多法官都不愿意从事家事审判工作。有次工作交流会上，当赵婧被问到为何一直坚守在家事审判领域时，她坦率答道，“愿意做这个事的人很少，如果我也不做，那人就更少了。”

其实，家事案件的特性与普通财产争议案件截然不同，比起普通财产纠纷类案件，家事案件需要调整的是亲属关系和身份关系，是建立在婚姻和血缘基础上的事实关系，审理家事案件是集解析情感、疏导情绪、划分财产为一体的系统性工作，不能套用处理财产关系纠纷的观念和方法。

赵婧告诉记者，面对这样复杂的一个问题，如果不能有效缓和当事人之间的冲突纠纷，一纸判决不仅无法有效解决问题，甚至还可能会激化矛盾，造成不可挽回的惨痛后果，这不仅给审理家事案件的法官带来风险，也给他们的工作提出了更高要求。

“这些工作总要有人去做，没有人做，我来做。”在赵婧眼中，每一个案子都不是“小案子”，每一个案子也都不是“别人的案子”，对于当事人，她总有操不完的心，生病的幼童、迷途的少年、遭受暴力的妇女、困难的老人，都是她挂在心上的人。对于这些弱势群体，赵婧想成为那个给予他们底气的人。

作为一个“完美主义者”，为了实现裁判效力辅助情感修复的目的，她把更多的工作做在了法庭之外，做在家事纠纷的诉前和判后两个延伸环节里，力求为每一个案件、每一个当事人找寻最佳答案，把工作做到群众的心坎上。

“法官是可以帮助到很多人的职业，是可以改变他人人生的职业。”这句话常被赵婧挂在嘴边。于她而言，法槌敲下的瞬间并非工作完结的时刻，只有当事人之间的矛盾被实打实地化解，当事人的急难愁盼被彻底解决，当事人的合法权益被有效地维护，才是她给工作画上句号的时刻。

“衡量工作成果的标准，并不是简单的结案数量，而是是否真正给人民群众带来幸福。”在赵婧看来，家事法官的身份让她成长，也是家事法官的身份让她收获了满满的幸福感。未来，她还会继续在为他人创造幸福的路上，不断收获自己的幸福。

王蓉、姜英超：婚内侵权的民事责任刍议丨至正研究

2023-11-13 至正研究 王蓉、姜英超

https://mp.weixin.qq.com/s/tCNokHgppXzeUk_yJW4pBg

作者简介



王蓉，上海市第二中级人民法院民事审判庭侵权责任纠纷审判团队法官助理



姜英超，上海市第二中级人民法院民事审判庭侵权责任纠纷审判团队法官助理

文章思维导图





婚内侵权的民事责任刍议

——魏某诉张某生命权、身体权、健康权纠纷案

裁判要旨：

自然人平等且独立享有生命权、身体权、健康权等民事权益，任何自然人在上述民事权益受损时，均有权要求行为人承担相应侵权责任。婚姻家庭关系不享有侵权责任豁免权，配偶身份关系不构成受害人主张权利的法律障碍，共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担。目前立法亦未区别保护自然人的上述民事权益，故即便涉案双方当事人系夫妻关系，财产混同，行为人亦应为其婚内侵权行为承担相应民事责任。

【案　情】

魏某与张某系夫妻关系。2018 年 11 月 25 日 20 时许，魏某与张某因家庭矛盾发生争执期间，张某手持两把菜刀将魏某砍伤。经鉴定，魏某的损伤程度构成轻伤一级。2019 年 3 月 22 日，鉴定机构出具司法鉴定意见书，对张某的精神状态、刑事责任能力和受审能力等进行评定，鉴定意见为“被鉴定人张某患有精神分裂症、案发时处于发病期、目前病情基本缓解，对本案应评定为具有限定刑事责任能力、目前应评定为具有受审能力”。2019 年 12 月 24 日，法院出具 1019 号刑事判决书，判决张某犯故意伤害罪、判处有期徒刑八个月、缓刑一年。

魏某受伤后，于当日被送往医院诊治。2018 年 11 月 26 日至 2018 年 12 月 9 日，魏某先后至多家医院治疗并支付相关医疗费、住院期间陪护费。2021 年 9 月 24 日，鉴定机构出具司法鉴定意见书，评定魏某因外伤所致头面部及四肢多处皮肤裂创、深及肌腱、右尺骨骨折等，遗留面部条形瘢痕累计长度超过 10.0cm，构成十级残疾；伤后可予以休息 120 日、营养 90 日、护理 90 日。魏某支付相关鉴定费。嗣后，双方未就赔偿事项达成一致意见，魏某遂起诉至一审法院。

另，2021 年 6 月，魏某因与张某婚姻无效纠纷一案起诉至一审法院。2021 年 8 月 30 日，一审

法院出具 9723 号民事判决书，判决驳回魏某要求宣告其与张某婚姻无效的诉讼请求。

【审 判】

一审法院作出判决：张某赔偿魏某医疗费、住院伙食补助费等。

上海市第二中级人民法院二审判决：驳回上诉，维持原判。

法院生效判决认为，自然人的生命安全、身体完整和身心健康均受法律保护，任何组织或个人不得侵犯他人的生命权、身体权、健康权。本案中，双方当事人就张某应承担赔偿责任的范围及大小存争议。首先，本案系因刑事案件引发的民事赔偿纠纷且张某已承担相应刑事责任，目前关于刑事犯罪被害人可获得残疾赔偿金赔偿的法律依据尚不明确。其次，自然人平等且独立享有生命权、身体权、健康权等人格权益，任何自然人在上述人格权益受损时，均有权要求行为人承担相应侵权责任。婚姻家庭关系不享有侵权责任豁免权，配偶身份关系不构成受害人主张权利的法律障碍，共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担。目前立法亦未区别保护自然人的上述人格权益，故即便涉案双方当事人系夫妻关系，财产混同，张某亦应为其婚内侵权行为承担相应民事责任。再次，在引发本案的刑事案件审理中，张某被评定为限定刑事责任能力，而刑事责任能力系行为人构成犯罪和承担刑事责任所必须具备的刑法意义上辨认和控制自己行为的能力。本案系民事纠纷，张某在刑事案件中被评定为限定刑事责任能力，并不能完全等同于其在本案民事行为能力的限制。现无证据证明本案事发时，魏某即为张某的法定或指定监护人，且即便存在需为张某设立监护人之情形，在张某与魏某系本案纠纷双方当事人之情形下，作为配偶的魏某的监护人资格的合理性尚待商榷。另外，监护人身份亦不能阻却人格权益的合法享有。最后，张某未提供充分证据证明本案存在被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人责任的情形。故张某应承担相应赔偿责任。

【评 析】

目前我国司法实践中存在不少类似本案的婚内侵权案件，但因对婚内侵权民事责任制度的认识不统一，司法裁判观点不尽相同。笔者从婚内侵权与离婚损害赔偿的关系论证出发，认为婚内侵权民事责任制度有其独立存在的必要。司法裁判在适用一般侵权立法规定处理此类案件时，应注意婚内侵权行为构成要件的特殊之处，并充分利用损害赔偿及其之外的民事责任承担方式，实现维持稳定婚姻家庭关系和保护个人合法权益的动态平衡。

一、婚内侵权与离婚损害赔偿

婚内侵权系指婚姻关系存续期间，夫妻一方以作为或不作为方式实施的危害配偶一方的人格、财产等权益，造成配偶一方的人身、财产、精神等损害的侵权行为。婚内侵权行为既应满足一般侵权行为的构成要件，又有其独特之处。通说认为我国立法并未明确规定婚内侵权民事责任制度，仅婚姻立法中规定了离婚损害赔偿制度。

离婚损害赔偿系指因夫妻一方的重大过错致使婚姻关系破裂，过错方应对无过错方的损失进行赔偿的法律制度。我国 2001 年婚姻法第 46 条规定了离婚损害赔偿的四种情形。2001 年婚姻法司法解释（一）第 29 条规定了在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据上述规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。民法典第 1091 条在上述婚姻法规定的基础上，增加了“有其他重大过错”情形，扩大了离婚损害赔偿的适用范围。民法典婚姻家庭编的解释（一）第 87 条延续了上述婚姻法司法解释（一）的规定。关于离婚损害赔偿和婚内侵权民事责任的关系，众说纷纭。有观点指出这是两种不同的法律制度，笔者对此赞同，同时认为离婚损害赔偿和婚内侵权民

事责任制度的区别体现为：1.权利主体。只有婚姻当事人中无过错的一方才有权提起离婚损害赔偿请求。而婚姻当事人双方均可主张婚内侵权损害赔偿；2.时间要求。过错方的侵权行为导致夫妻感情破裂而离婚，才产生离婚损害赔偿请求权。故离婚损害赔偿需以离婚为要件，无过错方可在离婚时或离婚后一年内主张离婚损害赔偿。婚内侵权行为发生时间限于婚姻关系存续期间，行为发生后诉讼时效内权利人即可主张婚内侵权损害赔偿；3.责任承担形式。离婚损害赔偿中，过错方承担责任的形式限于物质损害赔偿和精神损害赔偿。婚内侵权民事责任的承担方式除损害赔偿外，还包括停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等；4.法律依据。无过错方提起离婚损害赔偿请求以上述婚姻法和司法解释的规定为依据。而当事人主张婚内侵权损害赔偿则以一般民事侵权立法规定为依据。就离婚损害赔偿请求权和婚内侵权赔偿请求权之间的关系，有学者指出尽管二者可能因同一行为引起，但不是针对同一个给付，二者不存在竞合关系，行使其中的一个请求权并不能使另一个请求权消灭。笔者赞同此观点，认为不可因现行立法规定的离婚损害赔偿制度而否认婚内侵权民事责任制度的构建。

二、婚内侵权民事责任制度的设立之争

针对我国立法是否应当构建婚内侵权民事责任制度，存在诸多争议，具体而言：

一方面，否定说。具体可分为绝对否定说和相对否定说。前者秉承夫妻侵权豁免原则，认为夫妻双方之间不能成立侵权行为，不存在婚内侵权赔偿问题，按照夫妻侵权不成立的原因，又可细分为阻却违法说和扶养义务先履行说。后者认为婚内侵权赔偿请求权系抽象、理论的权利，司法实践中不得行使。上述观点均否认婚内侵权民事责任的实际承担，理由如下：1.目前我国绝大多数家庭仍施行共同财产制度，婚内侵权赔偿难以执行。婚姻关系存续期间，主张婚内侵权赔偿，无非是将左口袋的钱转移至右口袋；2.婚姻家庭生活有其特殊性、私密性，且夹杂复杂多变的情感因素，带有一定自我修复功能，夫妻之间的侵权行为依靠道德等领域来调节能达到更好效果，法律不应过多介入。同时一般婚内侵权行为不具有反社会性，其社会危害性小，具有天生的违法阻却性，故应秉承夫妻侵权豁免原则；3.立法已规定离婚损害赔偿制度，可救济婚姻关系中的无过错方，无必要单独构建婚内侵权民事责任制度。且民法典婚姻家庭编的解释（一）第 87 条表明立法对婚内侵权持否定态度。

另一方面，肯定说。该观点认为立法和司法实践中应明确构建婚内侵权民事责任制度。理由如下：1.传统夫妻一体主义观念已向夫妻别体主义理念转变，目前国外立法大多明确支持婚内侵权赔偿，且使其独立于离婚损害赔偿制度；2.自然人平等且独立享有人身、财产、人格等民事权益，我国立法并未规定婚姻家庭关系享有侵权责任豁免权，故尽管配偶身份关系具有私密性，其并不构成受害人诉请损害赔偿的法律障碍；3.民法典规定了夫妻个人财产范围及夫妻约定财产制，同时就婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产进行了规定，婚内侵权民事责任制度的构建有一定经济基础。且共同财产制度系判后执行问题，执行中被执行人是否有个人责任财产可供执行不妨碍对实体争议的审判；4.离婚损害赔偿需以离婚为要件，个人可能会基于经济成本或情感等因素考量，慎重选择该方式。而放纵婚内侵权行为，可能助长家庭暴力等违法犯罪行为的发生，建立婚内侵权民事责任制度有利于实现构建和谐稳定的婚姻家庭关系和保护个人权益之间的平衡。笔者赞同此观点。

另外，有观点指出夫妻一方故意实施侵权行为，配偶一方才可主张婚内侵权赔偿。该观点认为基于婚姻关系的私密性及自我修复性，婚内侵权民事责任制度需实现填补损害、惩罚加害方、保护个人权益与维持婚姻家庭生活之间的平衡，

故对婚内过失侵权行为应秉承夫妻侵权豁免原则，对婚内故意侵权行为方可主张侵权赔偿。有学者指出这是折中说的观点。笔者认为，该观点仍是肯定婚内侵权民事责任制度的构建，只是在婚内侵权行为构成要件上有不同见解。

三、婚内侵权行为构成要件分析

婚内侵权民事责任制度虽有独立构建之必要，但在目前我国立法未就此单独明确规定前，司法实践在处理婚内侵权案件时应适用一般民事侵权立法规定，同时应从侵权行为构成要件角度对涉案行为进行剖析。婚内侵权行为既应满足一般侵权行为的构成要件，又有其独特之处，体现为：

首先，行为的违法性。婚内侵权行为系夫妻一方以作为或不作为方式实施的危害配偶一方的人格、财产等权益的行为，其具有以下特征：1. 行为人主体身份特殊。婚内侵权行为系夫妻一方对配偶一方实施的行为，行为人与受害人的主体身份均特殊，即二者在侵权行为发生时需具有合法的婚姻关系；2. 行为发生时间限定。婚内侵权行为限定发生于婚姻关系存续期间，即只要双方当事人未依法解除合法的婚姻关系即可，包括离婚诉讼期间或夫妻双方分居期间等。此系对婚内侵权行为发生时间的要求，离婚后夫妻一方就婚姻关系存续期间实施的婚内侵权行为仍可主张婚内侵权赔偿；3. 行为方式多样化。婚内侵权行为可以作为或不作为方式呈现，前者系行为人以积极作为的方式实施的侵权行为，典型的如本案侵害生命权、身体权、健康权的行为，后者系行为人消极履行基于配偶身份产生的作为义务，如拒不履行夫妻之间的扶养义务给配偶一方造成损害；4. 行为损害后果广泛。婚内侵权行为危害了配偶一方的人身、财产、人格等权益，损害后果广泛，详见下文论述。

其次，有损害事实的存在。夫妻一方实施的婚内侵权行为危害了配偶一方的人格、财产等权益，具体而言：一方面，人格权益受损。人格权系民事主体为维护其独立人格所必备和固有的民事权利，包括基于人格独立、人格自由和人格尊严产生的一般人格权和生命权、身体权、健康权、隐私权等具体人格权。典型的如本案侵害生命权、身体权、健康权的家庭暴力行为，还有家庭虐待行为等。另外，基于婚姻家庭关系的私密性，夫妻一方一般会掌握配偶一方的诸多私密信息，若非法使用这些私密信息可能会涉及侵害隐私权等；另一方面，财产损益受损。不仅包括夫妻一方损害配偶一方法定或约定的个人财产，也包括夫妻一方未经配偶一方同意擅自处分、毁坏夫妻共同财产。值得注意的是，基于婚姻家庭生活内含的道德情感因素较多，审查婚内侵权行为的损害事实时强调其后果的严重性，司法实践中应结合侵权行为持续时间、影响范围、精神痛苦等具体案情判断婚内侵权行为是否对配偶一方的人格、财产等权益造成严重损害。如本案中，涉案行为已涉刑事，可见其对受害人权益的严重损害。另外，此类案件中当事人可能会提及精神损害问题，笔者认为单纯的精神损害后果不能作为判断婚内侵权行为是否符合侵权构成要件的因素，与上述损害事实并存的精神损害可作为考量涉案行为造成损害后果严重性的因素之一。

再次，行为与损害后果之间存在因果关系。即婚内侵权行为与配偶一方人格、财产等权益的损害需存在引起与被引起的关系。鉴于婚姻家庭生活的私密性，婚内侵权行为往往具有一定隐秘性，此处的因果关系需限定于直接因果关系，且实践中需结合当事人的特殊身份、婚内侵权行为发生的时间地点等因素综合考量。

最后，行为人主观上有过错。如上文所述，很多观点基于婚姻家庭生活稳定性和个人权益合法保障的平衡考量，认为只有行为人故意实施婚内侵权行为时，配偶一方才可主张相应赔偿。笔者认为，就行为人实施的婚内侵权行为，其故意或重大过失的主观因素都具有可归责性，此时配偶一方均可主张婚内侵权赔偿。

四、民事责任承担方式及衍生问题

民法典侵权责任编规定了多元化的侵权责任承担方式，婚内侵权案件在适用一般侵权立法规定时亦可采取多样的责任承担方式，且应结合婚内侵权行为的特点有所取舍，充分利用损害赔偿之外的方式，另外婚内侵权话题可引发一些衍生问题，详述如下。

就婚内侵权责任的承担方式，按照是否涉及金钱给付，可以分为两种：一方面，损害赔偿。否定说认为目前夫妻共同财产制度下婚内侵权损害赔偿并无实际意义，对此笔者认为共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担，且共同财产制度下的损害赔偿亦有相应解决路径。倘若婚内侵权行为发生前，侵权人拥有约定个人财产或法定个人财产的，受害人可从侵权人的个人财产处获得婚内侵权损害赔偿，从而成为受害人的法定个人财产。倘若侵权人无个人财产的，侵权人应给付给受害人的婚内侵权损害赔偿可转换为受害人的债权，如果侵权人获得法定个人财产或遇离婚需分割共同财产时，受害人可请求侵权人支付相应赔偿。且在上述可实现债权的情形发生前，可引入诉讼时效中止制度，以确保受害人婚内侵权损害赔偿权的实现。此处的损害赔偿包括婚内侵权行为侵害配偶一方人身权益造成严重精神损害时，受害人可主张的精神损害赔偿；另一方面，其他责任承担方式，如停止侵害、排除妨碍、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等。鉴于夫妻共同财产制度可能影响损害赔偿的履行效果，笔者认为在婚内侵权案件中，损害赔偿以外的责任承担方式可充分发挥其作用，如法院可判令行为人具结悔过、赔礼道歉等，同时在具体案件审理中可根据案情依职权对行为人训诫等。在饱含情感和道德因素的夫妻家庭关系中，对婚内侵权行为采取此类责任承担方式可有效实现维持婚姻家庭关系的稳定和保护个人合法权益的平衡。

另外，从本文婚内侵权话题出发，亦可引伸出其他亲属关系之间的侵权问题，譬如监护关系、继承关系等。如本案中除去婚内侵权争议，还涉及张某的民事行为能力问题。笔者认为遇此类亲属关系侵权问题，需秉承的原则是侵权人的特定身份不可阻却受害人对其民事权益的合法享有，同时在侵权行为发生后需考虑侵权人特定身份资格的合理性，如监护人的变更、继承人资格的丧失等。

*为方便网络发布，已删除脚注

无接触交通事故后终止妊娠，可要求精神损害赔偿吗？山东商河一孕妇因交通事故引产诉请精神损害赔偿获法院支持

2023-11-14 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-11/14/content_233869.htm?div=-1

本报讯　一孕妇虽未与车辆接触，但因躲避左转车辆滑倒而受伤，在治疗过程中医生建议终止妊娠，其住院和引产费用索赔能否得到法院的支持？近日，山东省商河县人民法院审理了该案，依法部分支持了孕妇的诉讼请求，判决保险公司赔偿孕妇各项损失的 40%。

2023 年 8 月 20 日，孕妇李敏（化名）驾驶电动两轮车沿商河县贾庄镇由东向西行驶至某超市门口处时，恰遇前方孙道权（化名）驾驶的小型轿车左转弯掉头，李敏因避让该车辆发生侧滑摔倒受伤，因伤势严重被送往医院救治。住院期间，因需要各项检查及药物治疗，经医生建议终止妊娠。

事故发生后，商河县交警队出具道路交通事故证明，证明记载事故发生时李敏驾驶的车辆经鉴定属于机动车，且李敏未取得机动车驾驶证。经调取事故现场监控，两车未发生接触。对该次事故的责任，交警队未予划分认定。因对方没有赔偿，李敏一纸诉状诉至商河法院，要求孙道权和其投保的财险公司赔偿医疗费及精神损失费等各项损失 7.4 万元。

李敏认为，其一，孙道权应负事故的全部责任。事发前其驾驶电动两轮车正常行驶，因孙道权驾驶车辆在没有任何警示的情况下突然掉头，致使李敏因紧急避险发生侧滑受伤，故本次事故应由孙道权承担全部责任，李敏不承担事故责任。其二，终止妊娠原因是本次事故引起，治疗费用应由被告支付。事故发生后李敏被送往本地医院治疗，因伤情严重，当日转往济南医院救治。住院期间，因需要做各项检查及药物治疗，经医生建议后终止妊娠。其三，要求精神损害抚慰金。因本次事故致使其终止妊娠，给其造成极大的精神痛苦，要求损害赔偿 5 万元。

就李敏的各项主张，孙道权未作任何答辩。其投保的某财险公司主张，双方涉案车辆都是机动车，自己承保车辆掉头的位置不属于禁止掉头路段，且双方车辆并没有发生任何碰撞或接触，保险公司推断李敏车速过快或者驾驶熟练程度不足可能是导致事故发生的原因。既然没有发生碰撞，则可以认为自己承保的车辆不应承担事故责任。李敏在医院进行引产手术，虽然有医生终止妊娠的建议，但并不是本次事故导致必然产生的费用，故对该项费用应该适当扣除 30%。对李敏要求的精神损害抚慰金，结合实践缺乏法律依据，不予认可。

法院审理后认为，从事发当时的监控录像可以看出，事发当时因为下雨导致路面湿滑，事故发生前孙道权驾驶的车辆系车头朝西，车尾朝东顺停在道路北侧。在孙道权驾驶该车辆左转弯掉头过程中车辆行驶速度较慢，但未开启车辆转向灯，当车辆转至接近南北方向时，李敏驾驶车辆由东向西快速驶来，躲避过程中在孙道权车头的右前方发生侧滑摔倒。结合上述证据，法院认为，事发时路面湿滑，孙道权驾驶的车辆并非紧急掉头，李敏驾驶两轮电动车速度较快，行驶过程中未对其前方车辆尽到注意观察的义务，在发现前方车辆掉头时采取措施不当发生侧滑是事故发生的主要原因，应承担事故的主要责任；孙道权驾驶车辆掉头时虽然行驶速度较慢，但未开启转向灯，亦未注意观察和避让道路上正常通行的车辆，是事故发生的次要原因，应承担事故的次要责任。

李敏在住院期间，前期治疗以外伤为主，因其发生事故时怀有身孕，在外伤治疗中多项检查及治疗均对胎儿有一定影响，经医生建议后终止妊娠，故其在医院支付的医疗费（含引产费用）均与本次事故有因果关系。孙道权投保的财险公司应在责任范围内予以赔偿。

关于精神损害抚慰金。侵权人致人损害，未造成严重后果的，受害人请求精神损害抚慰金的，一般不予支持；侵权人致人损害，造成严重后果的，可以根据受害人一方的请求判令侵权人赔偿相应的精神损害抚慰金。精神损害抚慰金的赔偿数额应当根据侵权人的过错程度、侵权方式、侵权情节、影响范围、承担赔偿责任的能力等因素综合确定。审判实践中，受害人评残后的残疾等级一般是法院考量精神损害抚慰金的首要和重要因素。本次事故中，虽然李敏的伤情未评定伤残，但是因本次事故造成李敏受伤，治疗过程对其胎儿产生一定影响，经医生建议后进行了引产手术，对其身体和精神均造成较大的伤害，结合本案的实际情况，考虑双方的过错程度，结合目前山东省内关于侵权人为个人的赔偿标准，对其主张的精神损害抚慰金酌定为 3000 元。

综上所述，对于李敏主张的因本次事故造成的经法院依法认定的各项损失，应首先由财险公司在交强险限额内承担，不足部分由财险公司在

商业三者险范围内按照 40%的比例承担。 据此，法院判决财险公司给付李敏各项费用 2.8 万元。

判决后，双方当事人未上诉。目前该判决已生效。（陈宜森）

父母为已婚子女出资购房，款项性质看证据

2023-11-14 北京海淀法院 李文凤

https://mp.weixin.qq.com/s/s7UIhPWoq6I_WUUzczzaOA

儿子结婚后，父亲为小两口购置房屋，房屋登记于儿子、儿媳名下。后父亲认为给儿子、儿媳婚后购房的出资为借款，在要求返还遭拒后，将儿子、儿媳诉至法院，要求二人共同偿还借款 203 万元。海淀法院经审理，判决支持了其诉讼请求。

案 情 简 介

原告魏荣诉称，其与李华系夫妻，二人生育一子李山。李山与张倩于 2012 年登记结婚，婚后，魏荣出资 203 万元为李山与张倩购买婚房，款项打入李山账户，婚房登记于李山与张倩二人名下。李山与张倩婚后感情不合，正在离婚诉讼中。现魏荣将李山与张倩诉至法院，要求二人共同偿还魏荣借款 203 万元。

被告李山辩称，认可魏荣的诉请并同意偿还。张倩则辩称，双方没有借贷合意，涉案款项不是借款而是其作为父母对二被告的赠与。

法 院 审 理

法院经审理认为，结合涉案款项的资金流向、李山与张倩婚后所购房屋的购房时间、价格、首付款金额及贷款偿还情况、原被告双方对房屋出资方式的陈述，认定涉案 203 万元即为李山与张倩的婚后购房款。张倩虽主张涉案款项性质为赠与，但其就该项主张未能提交充分证据，魏荣向二被告提供大额资金用于购房，应当认定是临时性资金出借，子女应当负担偿还义务。法院最终判决支持原告魏荣的全部诉请。

宣判后，张倩提起上诉，二审维持原判。该判决现已生效。

法 官 说 法

父母为婚后子女出资购房，款项性质的认定是争议焦点。《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》第一百零九条规定：“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”被告在抗辩款项性质为赠与的情况下，其应就该主张提交充分证据，否则将承担举证不能的不利后果。

此外，此类案件中，鉴于原被告双方特殊的身份关系，以及争议产生于二被告进行离婚诉讼的特殊时期，在其中一被告认可原告全部诉讼请求的情况下，应对案涉款项是否属于夫妻共同债务进行重点审查。《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》规定，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。因此，在款项发生于夫妻关系存续期间且款项用途系用于购买夫妻共同财产的房产时，属于“债务用于夫妻共同生活”的情形，应认定为夫妻共同债务。

（文中人物均系化名）

文/ 李文凤 编辑/ 姜欣雨

夫妻设立的公司可否视为一人有限责任公司
——北京三中院判决甲公司诉孙某等追加、变更被执行人异议之诉案

2023-11-16 人民法院报
http://www.rmfyb.com/paper/html/2023-11/16/content_233958.htm?div=-1

裁判要旨

一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司，判断是否是一人有限责任公司是以自然人或法人股东的数量为标准进行认定，而非公司注册资本的来源或股权归属。在没有其他充分有效证据证明只有夫妻二人持股的公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性的情况下，不能适用公司法第六十三条的规定要求夫妻股东对公司债务承担连带责任。

【案情】

乙公司成立于 2004 年 7 月，股东为孙某、李某、张某，2007 年 7 月，李某、张某将股权转让给周某，公司股东变更为孙某、周某。经查，孙某、周某于 1999 年登记结婚，2011 年登记离婚，2013 年又登记结婚，2014 年再次登记离婚，之后二人分别再婚。2013 年 5 月 9 日，甲公司与乙公司签订工业品买卖合同一份，在合同履行过程中，因乙公司未支付货款，甲公司提起买卖合同纠纷之诉，法院判决乙公司支付货款及利息。判决生效后，乙公司一直未履行判决义务，甲公司依法向法院申请执行。因乙公司无财产可供执行，法院裁定终结本次执行程序。甲公司以乙公司是在孙某、周某夫妻存续期间由两人共同设立的公司，应当视为实质一人有限责任公司，股东不能证明公司财产独立于自己财产的，应追加为被执行人为由，诉请孙某、周某对乙公司的债务承担连带责任。

【裁判】

北京市通州区人民法院审理后认为，如果孙某、周某是夫妻关系且未举证证明其自身财产独立于乙公司财产，就应承担举证不力的法律后果，应追加孙某、周某为被执行人。但客观上本案不能认定孙某、周某是夫妻关系，故判决驳回甲公司的诉讼请求。

宣判后，甲公司不服，提起上诉。北京市第三中级人民法院审理后认为，夫妻财产的共同共有与公司财产的独立性系不同法律制度的内容，夫妻双方将财产投入到公司后即受到公司法的约束，公司财产的独立性并不因股东的夫妻身份而受到影响。根据公司法的规定，一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司，在没有其他充分有效证据证明只有夫妻二人持股的公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性的情况下，不能适用公司法第六十三条关于一人有限责任公司股东举证责任的规定，并据此要求夫妻股东对公司债务承担连带责任。一审法院对此认定不当，予以纠正，但一审判决结果正确，予以维持。

【评析】

本案争议焦点在于乙公司是否应视为一人有限责任公司，孙某、周某是否应就乙公司的债务承担连带责任。

1. 公司法对一人有限责任公司有明确的定义。公司法第五十七条第二款规定，本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。根据该规定，判断是否属于一人有限责任公司的唯一标准就是股东数量。一人有限责任公司区别于普通有限责任公司的特别之处在于，根据公司法第六十三条规定，一人有限责任公司的法人人格否认适用举证责任倒置规则。之所以如此规定，是因为一人有限责任公司只有一个股东，缺乏社团性和相应的公司机关，缺乏内部监督，个人财产和公司财产极易混同，极易损害公司债权人利益。司法实践中，在涉及一人有限责任公司的案件中，多数案件亦最终判决一人股东承担连带责任。这也意味着，是否被认定为一人有限责任公司，对股东和公司债权人的利益有重大影响。

2. 司法实务中夫妻公司可否视为一人有限责任公司的不同观点。司法实务中，关于此争议，主要存在两种观点：一种观点认为，股东为夫妻的公司属于实质的一人有限责任公司。夫妻共同设立的公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权主体具有利益的一致性和实质的单一性，难以形成有效的内部监督，且夫妻其他共同财产与公司财产亦容易混同，从而损害债权人利益，这与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，因此应视为实质一人有限责任公司。另一种观点认为，夫妻二人设立的公司不能等同于一人有限责任公司，不能适用一人有限责任公司的规定分配举证责任，进而要求夫妻股东对公司债务承担连带责任。

3. 不宜将夫妻公司直接认定为一人有限责任公司。现行法律或司法解释并未规定具有夫妻关系的股东应视为一个自然人股东，亦未规定夫妻共同设立或经过股权变动后只有夫妻二人持股的有限责任公司视同一人有限责任公司。因此，公司股东为夫妻、父母子女等利益高度相关主体时，不宜径直认定为一人有限责任公司，进而适用公司法第六十三条的规定。由于该类公司股东之间的特殊关系，在债权人主张股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任进而主张公司法人人格否认时，可通过合理分配举证责任，准确认定是否构成法人人格否认。例外情况下，如果有证据证明夫妻一方仅是名义股东，不参与公司管理，既不承担股东义务也不享有股东权益，公司设立的目的就是为了规避法律规定，这种情况下，夫妻公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，可参照适用公司法第六十三条的规定，这也符合诚信和公平原则。本案中，除了股东为夫妻二人这一事实，并无其他有效证据证明乙公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，在此情况下，对于甲公司的诉讼请求，应不予支持。

本案案号：（2021）京 0112 民初 3652 号，（2022）京 03 民终 7051 号

案例编写人：北京市第三中级人民法院　禹海波　黄蕾

“我心疼每一个案件中的家”

2023-11-20　广东省高级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/91MiFI8UB88nXEsFZVKMrg

采风周刊
采由木铎 风疏雅颂
2023年11月20日 星期一 第五版 《采风周刊》第592期 周刊部主办

【手记】

用心对待每一名当事人

抚慰每一个受伤的心灵

——记广东省广州市花都区人民法院花山人民法庭负责人陈佩勤

本报记者 呼 青 本报通讯员 谢章源 林端虹 文/图



怀揣梦想 守护心中的那份“正义”

秦子端后 孩子多了一对爱自己的父母

消除兄弟隔阂 助九旬老人老有所养

保护探望权 决不让孩子受到伤害

用爱守护家庭和谐

学报告 谈体会

责任编辑 陈 冰
新闻热线 (010)87550710
电子信箱 chenbing@rmfyb.cn

欢迎广大读者提供人物报道稿件或线索

贯彻党的二十大精神·奋斗者风采







《人民法院报》11 月 20 日采风版

人们常说，清官难断家务事。

但广州市花都区人民法院花山人民法庭负责人陈佩勤却找到了破解之策。她表示，家事纠纷要“法结”“心结”一起解，才能让人心向善、社会和谐。

人们常说，家家有本难念的经。

但陈佩勤却常将一句话挂在嘴边：“常怀温情之心，尽司法之力，就能促万家之和。”

来自粤北乡村的陈佩勤毕业于中山大学法学院。成为一名法官后，她扎根基层，深耕家事审判领域，创新了家事审判多项新机制：牵头成立“一站式”反家庭暴力工作小组，联合设立“山茶花工作室”，创设“花好月圆”花系列家事审判品牌，发出广东首份《探望权自动履行承诺书》……连续五年，她承办的家事案件中，有超过一半成功调解。

“案号不是冰冷的数字，每个案件背后都有一个家庭的悲欢离合。我愿用一缕缕温情，去缝合破裂的亲情，去抚慰一颗颗受伤的心灵。” 面对家事审判的难和繁，陈佩勤深情地说，“我心疼每个案件里爱而不得的夫妻、老无所依的父母、痛苦选择的孩子……”

怀揣梦想
守护心中的那份“正义”

小时候，陈佩勤最佩服的人是她的爷爷。因为爷爷作为村里的会计，经常为村民主持公道，化解纠纷。陈佩勤从小就暗下决心，要成为一个像爷爷那样的人。

小小的种子悄悄地在她心底种下，在岁月的浇灌下生根、发芽。

填报高考志愿时，陈佩勤毫不犹豫地选择了法律专业。2011 年，经过不懈的努力，陈佩勤如愿进入法院工作。

安排开庭、记录庭审、装订案卷、送达文书……刚进入法院，陈佩勤被安排到房产庭，从一名书记员做起。尽管工作繁琐复杂，但她从不倦怠，经常主动与法官探讨案件，一点一滴积累审判经验。



2014 年，陈佩勤调到狮岭人民法庭后，办理了一起离婚纠纷案。这是她成为法官后接手的第一个家事案件。

被告缺席，陈佩勤开庭审理后，草拟了准予离婚的裁判文书。

本以为等庭长陈锦源签字后，案子就算办结了。可陈佩勤等来的却是庭长的“批评”。

“被告没有到庭，你有没有了解原因？有没有到村里调查？有没有打电话咨询双方当事人？一纸离婚判决下去，一个家庭就此破裂，你有没有想过他们的孩子怎么办？”

面对庭长的连番发问，陈佩勤的脸烫得通红。电话联系上被告后，得知她不来开庭是因为不愿与丈夫对簿公堂，现在双方在亲戚的劝说下已重归于好。

“一个家庭差点就破裂了！”这个教训改变了陈佩勤家事审判的理念，“家事审判决不能草率地一次开庭、一判了之，要多询问多调查，在了解清楚背后事实的基础上慎重考虑。”

为了办好案件，陈佩勤像一块海绵，吸收着、成长着。每逢有新的法律法规及司法解释出台，陈佩勤都第一时间学习研读。撰写调研报告、钻研学术论文、编写普法稿件……

陈佩勤说：“多办案只能给我量的积累，只有不断总结实践经验、探索案件规律、提炼审判方法，才能让自己的能力有质的提升，进而更好地满足群众诉求。”

最高人民法院在全国范围内推行家事审判方式和工作机制改革后，花都法院决定由花山法庭集中审理辖区内的家事案件。当时在狮岭法庭任职的陈佩勤得知这一调整后，主动请缨，向院党组申请调到花山法庭，审理家事案件。



陈佩勤说，她喜欢办理家事案件，每当经过努力，使横眉冷对的夫妻和好如初、剑拔弩张的兄弟握手言和、濒临破裂的家庭重返温馨，她作为一名法官的成就感便油然而生。

“千家万户都好，国家才能好，民族才能好。”在陈佩勤看来，审理家事案件的过程不仅是化解矛盾、弥合亲情的过程，更是消除潜在治安风险，维护社会和谐、促进国家繁荣发展的过程。“家事审判同样是‘国之大者’。”

案子结后

孩子多了一对爱自己的父母

家长里短、柴米油盐、鸡毛蒜皮……琐碎复杂。在陈佩勤看来，家事审判不是简单的你输我赢，也不是黑白分明的谁对谁错，要把家事案件办好，就必须以“事了人和”为目标，带着耐心与真心，多听、多聊、多调解， 而不是案子办结了，矛盾却还摆在那儿。

在陈佩勤的手机里，存着一张当事人发来的合影。合影里面，一个小女孩和“两对父母”在饭桌前笑得很开心。

照片是一名来自上海的父亲张某发来的。

“每次调解遇到困难的时候，我都会翻出这张照片，照片里的笑脸仿佛在跟我说，再努努力，或许结局就会更好。”陈佩勤说。

2015 年，孙某因生活困难，将 2 岁的女儿小兰送给上海没有子女的张某夫妇抚养，张某夫妇对小兰视如己出。四年后，孙某突然反悔，将小兰强行带回广州。张某夫妇心如刀割，四年来，他们与孩子已经建立了深厚的感情，孙某怎么能说带走就把孩子带走！

为了要回孩子，张某夫妇不远千里追到广州，一纸诉状将孙某诉至花都法院。

陈佩勤接到案件后发现，从法律层面来看，由于双方未办理收养手续，孙某作为亲生母亲带回孩子并无不妥，张某夫妇要回孩子的诉请很难得到支持。但从情感方面说，张某夫妇抚养照顾孩子四年多，与孩子有着难以割舍的情感，孩子也已经与这对夫妇建立起深厚的感情。

“要从最有利于未成年人的原则出发，找到情与法的平衡点，才能做到事心双解、案结事了。”陈佩勤没有着急下判。

小兰已经 6 岁多，在张某夫妇的精心养育下身心健康。陈佩勤首先考虑的是要让小兰能够继续快乐成长。

“我不调解，孩子是我的，带回自己的孩子天经地义。”面对张某夫妇的起诉，孙某坚决反对陈佩勤提出的调解建议，还扬言如果再劝说调解，就要进行投诉。

当事人情绪激动、感情用事的情况在家事审判中并不少见。陈佩勤没有气馁，相反，在多次与孙某的接触中，陈佩勤找到了调解的关键所在。

“将小兰判回给您，确实如您所说是‘天经地义’，但我们突然让小兰‘换’爸爸妈妈，必然会在小兰心里留下一个‘疙瘩’。到底谁是真

正的妈妈？为什么当初那个真正的妈妈会不要她呢？”陈佩勤从孙某爱女心切的角度，耐心引导孙某不要情绪化处理两家纠纷，以免给小兰的心灵造成创伤。

同时，陈佩勤也从张某夫妇当初曾经伸出援手给予帮助的角度感化孙某。

“张某夫妇在你们最困难的时候同意抚养小兰，在物质上、情感上都付出了很多。小兰现在这么健康快乐，离不开他们的辛勤养育。如果强行夺回小兰，既是对张某夫妇的不公，也不利于小兰的健康成长……”

在陈佩勤一次次苦口婆心地劝解下，孙某从一开始的极度抵触，到愿意与张某夫妇调解，双方的关系也由最初的剑拔弩张到逐渐变得缓和。



经陈佩勤劝解，孩子母亲与养父母和解

最终，在陈佩勤的努力下，孙某同意小兰认张某夫妇为“干爸干妈”，张某夫妇可以定期看望小兰。两家人重归于好，也才有了饭桌前那张幸福的合影。

判有定法，调无常规。陈佩勤却在一次又一次的调解工作中逐渐摸索出了一套调解之道，“调解成功的关键，就是要找准化解当事人对抗情绪的点，这就需要家事法官耐心接触、细心分析、诚心交流。”

这件案子的圆满解决，是陈佩勤用真心和行动为当事人着想、用耐心和诚心化解纠纷的一个缩影。2018 年以来，陈佩勤带领的花山法庭家事审判团队共审理办结家事案件 4500 余件，调撤率达 60%以上，家事案件审判质效不断提升，呈现高结案率、高调撤率、高服判息诉率的良好态势。

消除兄弟隔阂

助九旬老人老有所养

家是最小国，国是千万家。在陈佩勤看来，家事审判的终极目标就是以家庭和睦促进社会和谐。实现这个目标，不仅需要家事法官的不懈努力，更需要凝聚广泛的社会力量。

“依据我国刑法相关规定，对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有抚养义务而拒绝抚养，情节恶劣的，是涉嫌犯罪的。”

“小时候家庭条件再差再难，老父亲还是隐忍着咬牙撑起这个家。现在你们都说收入低、有负担，对生活不能自理的父亲置之不理，如何说得过去？”

2021 年 6 月 10 日，在一起赡养纠纷的调解现场，面对大儿子与二儿媳两家人相互推诿赡养责任的说辞，陈佩勤在与检察官一起释法说理的同时，真切地表达了自己的痛心。

91 岁高龄的郑老伯本应是儿孙绕膝、安享晚年，但行动不便、无人照料的他，却含着泪，一纸诉状将大儿子及二儿媳告到法院。

“郑老伯家里这个事儿已经很久了，我们村委也介入过几次，谈不拢。”村委会主任谢强向前去了解情况的陈佩勤说。

原来，由于郑老伯二儿子早逝，郑老伯夫妇多年来一直与二儿媳同住，帮着照顾二儿子的孩子。郑老伯的老伴去世后，二儿媳也一直照顾郑老伯。只是二儿媳年岁渐长，既要照顾身体每况愈下的郑老伯，又要照顾几个孩子，着实是心有余而力不足。郑老伯便希望大儿子能履行赡养义务，与二儿媳轮流或共同出钱请人照顾他。

“我自己已经 60 多岁了，体弱多病，全靠妻子照顾，况且他早年偏心弟弟一家，从没帮过我们，老了就应该在弟媳家养老。”大儿子认为。

“公公多年前就行动不便，我照料了近十年，现在也该轮到大哥大嫂了。”二儿媳也一肚子委屈。

大儿子与二儿媳两家寸步不让的态度让陈佩勤感到棘手，一面是化解矛盾、弥合亲情的“难”，另一面是保障郑老伯生活的“急”。陈佩勤意识到，此时此刻必须合理借力才能提高解纷效率。

“主任，麻烦您安排社工时不时到老人家里看看，以防老人跌倒后没人及时发现。” 陈佩勤找到村委会主任。

“我这边有个年纪较大的当事人，属于困难群众。能否邀请一名检察官为老人家提供支持起诉的帮助呢？” 陈佩勤又联系了检察院。



陈佩勤主动引入检察机关支持起诉机制化解高龄独居老人赡养纠纷

陈佩勤一边积极寻找社会力量共同解纷，一边则从情理法的角度入手，引导两家人相互让步、相互包容，并结合两家实际情况提出调解方案及赡养建议。

就这样，在村委会、检察机关的共同努力下，陈佩勤成功化解了这起持续多年的家庭矛盾。两家人放下隔阂，约定轮流赡养郑老伯。

自负责家事审判工作以来，陈佩勤就常常“走出法庭”，将家事审判工作融入基层解纷网络建设和社会综合治理，推动建立司法机关、行政机关和社会力量相结合的家事纠纷综合协调解决机制，凝聚家事纠纷诉源治理合力。

2022 年 3 月，陈佩勤推动法院与公安、检察、司法行政、教育、妇联等部门成立“一站式”反家庭暴力工作小组，建立人身安全保护令绿色通道、健全联动保障机制，推动形成“反家暴”共建共治共享格局。



2023 年 4 月，陈佩勤作为花山法庭负责人，起草制定了“花好月圆”家事审判品牌建设工作方案，以更明确具体的工作机制完善“法院+N”多元解纷模式。

在陈佩勤的带领下，花山法庭家事审判团队陆续联合民政部门设立了“山茶花工作室”，与学校、团委、妇联等单位合作开展“向阳花开”未成年人权益保护系列活动，同时就审理过程中发现的典型案例，主动联系各地村居开展“百花齐放”家事巡回审判活动。

“陈法官很给力的！之前村里有个小孩因为不是亲生的，被家长‘扫地出门’，陈法官立刻联系上学校等单位，首先保障了小孩的正常生活。”谢强对陈佩勤赞不绝口。

保护探望权
决不让孩子受到伤害

“孩子就像是在海上航行的船，容易在风浪中偏航，作为家事法官，要做好领航员，为偏航的孩子校准方向。”陈佩勤说。

保护未成年人就是保护国家的未来、民族的希望。每当家事案件涉及未成年人时，陈佩勤都会提起十二分精神，扎实做好家事调查、心理疏导及案后回访帮扶等工作，从而最大限度减少和预防家事纠纷对孩子造成的伤害。

“他们都不爱我，我谁也不要跟。”面对陈佩勤的提问，一起离婚纠纷案件中的孩子小玫回答道。

听到小玫的话，陈佩勤深感痛心。她理解小玫对父母的不满，也意识到，自己必须立即介入，做好孩子的心理疏导工作，否则这起纠纷将会对孩子与父母日后的相处乃至孩子未来的人生产生严重的负面影响。



在陈佩勤的疏导下，小玫父母达成离婚协议，小玫由母亲抚养，父亲每月可探望四次。然而双方却仍有顾虑，父亲担心日后探望小玫遇到阻挠，母亲则担心父亲会借探望的机会藏匿孩子。这样的情况，陈佩勤在办案中见得不少。

“父爱与母爱对孩子来说都是重要的，没有孰轻孰重之别。当事人双方配合行使探望权，才能让孩子更好地成长。”

为打消双方的顾虑，也为预防离异夫妻在行使探望权时对孩子的心灵造成二次伤害，陈佩勤与小玫父母开展了深入的谈话，并在梳理经办案件的基础上，结合相关法律规定，向其发出了广东法院首份《探望权自动履行承诺书》，就双方依约有效行使探望权和依法配合对方行使探望权作出承诺和约束。



陈佩勤向离异夫妻发出广东法院首份《探望权自动履行承诺书》

“陈法官，请您一定要帮帮我！我怕我的儿子学坏了，毁了一生！”高大姐心急地在电话中向陈佩勤求助。

高大姐是陈佩勤办理的一起离婚纠纷案件的当事人。在对这起离婚案件进行电话回访时，高大姐恳请法官帮助引导她的儿子小华回到正轨。

父母的离异让原本成绩优异、性格开朗的小华陷入消极情绪，不仅性格变得叛逆，还经常无故旷课，成绩一落千丈。

“未成年人身心不成熟，如果引导不及时、教育不到位，极有可能误入歧途，甚至走上犯罪道路。”想到这儿，陈佩勤立即前往居委会了解情况，并联系家事“三员”及社工，对小华进行心理疏导。

在与高大姐及其前夫李某的谈心中，陈佩勤得知，双方离婚后，李某因工作忙将小华交给其父母照顾，但其父亲性格固执，简单粗暴的管教方式让小华产生了逆反心理。高大姐的探望也遭到老人的阻挠，小华当下正面临着家庭教育严重缺位的问题。

“爱子，教之以义方，爱之不以道，适所以害之也”。为督促双方日后依法依规履行家庭教育责任，陈佩勤根据家庭教育促进法相关规定，向两人发出了《家庭教育建议书》，告知双方有义务

为孩子的健康成长创造良好的家庭生活环境，并向他们分析了青少年群体的心理需求及与青少年的沟通技巧，再三嘱咐他们要多关心孩子的身心健康，加强监护和教育。

“陈佩勤是一个善于总结归纳、勇于探索创新的人。这些年，她以未成年人利益最大化为原则，持续探索家事改革创新举措，让每一名当事人感受到了法官的温度、司法的温度。”花都区法院政治部主任王首庆说。

2022 年以来，陈佩勤依法审结涉未成年人抚养、监护、探望等家事纠纷案件近 400 件，其带领的家事审判团队陆续发出《探望权自动履行承诺书》115 份，《家庭教育建议书》142 份。

在播撒希望和爱的路上，陈佩勤一直在思考，一直在前行。她甘之如饴、不懈探索，用公平正义传递司法温度，以真心真情守护万家灯火。

用心对待每一名当事人



初次见到陈佩勤，记者就从她身上感受到了一名青年法官的朝气与活力，同时也有一些怀疑，这样一位年轻的法官，能否招架得住家事纠纷里的爱恨纠葛、鸡飞狗跳。

但在与她交谈后，记者却发现，陈佩勤心思细腻，善于言谈，不仅能够迅速找到话题打破陌生人的戒备心，还能敏锐地在谈话内容中顺藤摸瓜，找到双方的共同点，从而打开对方的“话匣子”。

当问及这是否是她担任家事法官的优势时，陈佩勤笑着说：“这是多年家事调解工作练出来的。”

在陈佩勤看来，调解工作虽然“费嗓子”，但却比判决更有利于矛盾化解。热心接待每一名当事人，倾听他们的埋怨，了解他们的委屈……旁观陈佩勤调解家事纠纷，记者从中感受到了她对待每一名当事人的用心。

每当谈起以往办理案件时遇到的哭泣哀求的孤独老人、无助哭喊的懵懂孩童，陈佩勤总忍不住湿了眼眶。

“我会想到我自己的父母、自己的孩子。”正是这样的将心比心、换位思考，当事人从中不仅感受到了法律的公平正义，也感受到了法官的司法温度。

没有惊天动地的壮举，有的只是细水长流的奉献，没有跌宕起伏的传奇，却满是心系万家的情怀。多方调查、案后回访、介入帮扶……陈佩勤说，妥善办理一起家事案件要做的工作很多，但这是一名家事法官的职责与使命，她会一直坚持下去，从前如此，现在、将来也如此。

来源：人民法院报

广州中院　花都法院

审核：利玥漾

编校：余淑娴

采写：吁　青　谢君源　林绮虹

增值的婚前房产突变“负”资产，只因结婚时…… | 至正-法官札记 138

原创：2023-11-21 上海二中院 熊燕
https://mp.weixin.qq.com/s/P2WlFteJTTKCIrLHf6Zp2w



本期主笔：熊燕
少年家事庭审判团队负责人

生活中，婚前一方已经购房，婚后为了感情稳定或其他因素，将配偶名字加进房产证的情形不在少数，但却鲜少有夫妻对加名之后双方的各类权利义务作出明确约定。一旦感情失和婚姻破裂，“安居”之所的分割就成了令人头疼的问题。近日，我审理的一起案件中就遇到了这样的情况。

案情

房产加名也挡不住的离婚

2017 年，离异的董先生用父亲的 280 万元支付首付款，并贷款 320 万元购买了一套房产。房屋登记为董先生与其父亲共同共有，贷款则全由董先生负担。

2020 年，董先生与邵女士再婚。再婚当月，董先生向金融机构提交申请，将邵女士名下公积金账户与其原有账户一并列入还款账户。此后，双方共同与金融机构签订《个人借款合同变更协议》，将邵女士加入该房屋的抵押人，但保持董先生借款人身份不变。同日，董先生父子将房屋共有状态先从共同共有变更为各半按份共有，然后将按份共有的形式变更为董先生父子与邵女士三人按 50%、20%、30%的份额共有，即董先生的 50%份额分出五分之三给邵女士。

2021 年 8 月，董先生与邵女士因家庭琐事发生矛盾，在人民法院达成调解协议，自愿离婚。双方对子女抚养及该房屋以外的财产分割达成一致意见，并约定各自名下债务由各自承担。

2022 年初，董先生提起诉讼，要求对该房产进行分割。审理中，一审法院委托评估公司对房屋的市场价值进行评估，结论为 796 万元。

一审法院认为，房屋登记于三人名下，现各方一致认同房屋分割方式为，邵女士接受折价款补偿并退出共有人之列。无论从贷款合同、还款情况还是双方调解离婚时的约定，邵女士均没有向住房贷款债权人还款的义务，应按其名下房产份额对应的市场价值接受补偿。故一审法院判令邵女士获得 796 万元的 30%，即 238.8 万元，作为其退出共有的折价款补偿。

争议

房产加名只赋予权利不分担义务？

一审判决后，董先生不服，向上海二中院提起上诉，请求重新确定邵女士的房屋折价款数额。

董先生认为，一审确定的邵女士的折价补偿过高，导致房屋各共有人之间的利益完全失衡。董先生分析，他的父亲在支付 280 万元首付款时就完成了对房屋的出资，自然能够分得房屋市值的一半，即 398 万元，其资产增值率尚不足 2 倍；而邵女士仅以其公积金抵扣 20 余万元的房屋贷款，却分得 238 万余元的折价款，增值率高达 10 倍；而董先生本来仅需负担 320 万元房屋贷款，但却因给配偶加名，不得不在承担剩余近 300 万元贷款基础上，另行向邵女士支付 238 万元的折价款。房屋的市值明明在增长，但他的资产增值率却为“负”。

因此，董先生认为，邵女士仅能在 50%房产市值扣除全部剩余贷款的基础上分得 30%。

调解

婚姻家庭里的财产公平

在听取双方意见后，我初步判断，虽然这处房屋有三名权利人，但纠纷的本质是因董先生与邵女士离婚而产生，因此本案并非一般共有房产分割引发的共有物分割纠纷，而是一起典型的因夫妻共同财产涉及夫妻外第三人权益而引发的离婚后财产纠纷。此类案件的审理，除遵循共有物分割的一般法律规则外，还需要兼顾婚姻家庭法的特殊规定。

于是，我尝试从以下三方面着手对案件进行化解：

一、双向释明，拉近预期

仔细分析不难发现，董先生确实从未将邵女士变更为借款人，故该房产的贷款始终在董先生个人名下，且双方在离婚调解协议中明确约定“各自名下债务由各自负担”。如果仅从双方约定的角度解读，邵女士确实不应承担贷款还款义务，且有权按照房产登记的份额获得补偿款。我将这一情况向董先生进行了释明，董先生一方面为自己的疏忽而后悔，另一方面也表示接受在其原预期基础上增加给邵女士的补偿额。

另一方面，邵女士因结婚才成为共有人，让其仅享有董先生原本享有的产权权利而不分担董先生的还贷义务，缺乏正当性。即便对金融机构而言，邵女士并未成为借款人，但从双方离婚财产分割的角度而言，不能不考虑贷款的存在。我以此为突破点与邵女士进行了多次沟通，邵女士终于表示可以接受折价款适度降低。

二、果断折中，终结试探和拉锯

由于房产价值较高，双方原有预期差距较大。经过反复释明，双方的态度虽然出现了一定松动，但几轮沟通之后，双方的预期仍存一定差距。

于是，我及时调整沟通方式，向双方提议，不妨以三名登记产权人共同负担贷款为思路，三方均按照房屋市值扣除贷款总额核算应得价值。这一方案得到了双方的认可，董先生、邵女士都及时调整预期，最终在上述方案基础上，确定了邵女士应得的房屋折价款为 165 万元。

三、方案精细，确保顺利执行

双方对应付款总额达成一致后，董先生提出因主要资金尚在理财账户，故需分两期付款。邵女士虽同意分期付款，但表达了对拖延履行的担忧。针对双方的顾虑，我及时建议双方可约定在房款结清后办理产权变更事宜，并引入违约金条款保障折价款的及时到账。

最终，双方当庭调解，实现了纠纷的终局解决，彻底结束了这一场时长超过婚姻关系存续期间的“离婚大战”。

法官心语：

房产作为婚姻家庭中的重要资产，因价值偏高，经常会涉及两个家庭的资金投入，在夫妻感情破裂面临财产分割时，极易发生争议。婚前房

产婚后加名，本质上只是一个客观事实。一般人通常不会就此作出权利义务的明确约定，也不会事先对加名之后房屋贷款归还作出约定。然而，这样的含糊不仅不利于婚姻的经营，也更容易增加分手时的财产分割难度。所以，在给房产加名时，无论是给予者还是接受者，不妨都先确保自己清楚知晓加名所带来的法律后果，以减少今后发生纠纷的可能性。

东升法庭的岁末结案故事

2023-11-27 海法人 王圣淼

https://mp.weixin.qq.com/s/7hK7iRIgzZEgq6ZwTVRTpA

岁末年终，为确保全年高质高效完成结案任务，海法人开启了“结案倒计时”模式，加班加点、紧锣密鼓，用实际行动践行“司法为民、公正司法”的庄严承诺。近日，党组书记、院长邵明艳带队前往东升法庭慰问加班干警，为大家鼓劲加油。今天，让我们共同走进东升法庭，看看他们的岁末结案故事。

历时八小时的调解

晚上十点，成为法官刚刚半年多的李丽向，合上电脑，长舒了一口气。

这是一起离婚后的财产分割案，原告男方起诉前妻进行房产及财产分割，由于他现在常居在澳洲，只能采取线上形式进行庭审。



男方在国内没有财产可供执行，离婚后迟迟没有负担孩子的抚养费，女方便申请了强制执行，同时反诉男方支付精神损害赔偿……这起案件包含了 29 组证据，涉及到多个法律问题。

正式开庭前，李丽向详细阅读了卷宗，捋顺了其中错综复杂的矛盾关系，也找好了突破口。开庭时，她也真切感受到了男女双方虽然感情已经破裂，但是对孩子都有着深切的关爱。于是便耐心劝说双方能够达成调解，给予孩子最大程度的关怀和保护。

李丽向耐心地把案件中涉及到房子、财产、抚养费等各个争议焦点捋清，从情、理、法多个维度逐项进行调解，讲清法理知识，积极回应双方诉求。



庭审从下午两点整整进行到了晚上十点，南半球的时间跨越到了第二天。最终，双方就财产问题达成调解，女方也同意撤销关于孩子抚养权的执行申请，这名新手法官通过不懈努力，一次性解决了多重纠纷，真正做到一案多了、案结事了。



今年 8 月，入额不久的李丽向被抽调到东升法庭支援结案，她和今年新入院的书记员张宁组成了两人审判组。李丽向自带着一股“不畏难、敢为先”的韧劲儿，办案子既有耐心，又细心。书记员张宁学习效率高、上手快，认真仔细、踏实肯干，两名 90 后女生迸发出了 1 加 1 大于 2 的能量。

六名农民工送上的锦旗

秉公执法，司法为民。

不久前，杨文君审判团队收到了一面锦旗，这是六名农民工共同送上的感谢。



六名来京务工的农民工，辛苦奔忙了八个多月后，工程完工后却迟迟没有收到血汗钱。几度讨薪无果后，走投无路的他们递交了起诉状。

拖欠的工资少则七千多元，多则两万多元，法官杨文君接到案子后想到的是一定要尽快帮他们拿到辛苦钱。由于他们的应诉能力较弱，法官助理邓可人耐心给予指导，建议几位农民工通过委托法援律师的方式，向检察院申请起诉支持。



邓可人说：“我想尽最大可能帮助他们减少诉累和诉讼成本，同时对拖欠款项的被告亦能起到震慑作用，起到法律效果和社会效果的有机统一。”

在案件审理过程中，杨文君发现涉案工程存在劳务分包后又层层转包的情况，其中涉及到的法律链条长、法律关系复杂。为了帮助工人尽快拿到血汗钱，杨文君将这起案子涉及到的总承包方、实际承包方等追加为被告参与诉讼。



开庭时，杨文君高效查明案件事实、厘清复杂的法律关系。总承包方、实际承包方均已付清相关款项，劳务款的发放停滞在了包工头这一环节，但各方需承担连带责任。

杨文君当庭判决各方连带为原告支付劳务费，他们现场履行款项，工人们即刻收到了拖欠已久的薪酬。六个人共同送上的锦旗便是对法官最真诚的感谢。

守护“小家”为大家

在一起房屋所有权确认的案件中，一家兄弟姐妹共四人，在父亲去世后，母亲在子女不知情的情况下，偷偷将房产过户到了小儿子名下。大儿子得知后，一气之下将母亲和弟弟妹妹告上法庭，起诉争夺房屋的所有权。

接到案子后，刘雪琳法官分别和当事人双方取得联系。原告大哥对母亲的行为不满，表示要争夺自己那份权益，被告中的两个女儿明确表示放弃继承权。



开庭时，近九十岁的老母亲来到了现场，远在外地的女儿也特意赶回了北京。基于在庭前询问环节已经做了充分的情况了解，刘雪琳决定争取一次庭审化解矛盾。庭审过程中，她耐心聆听，并通过背对背调解，分头做母亲和大儿子的工作。

在刘雪琳法官的耐心疏导下，老母亲道出了苦衷，因为小儿子身体不好，想着能为他多留点保障，但又碍于自己对情感的隐晦表达，不知道该怎么跟大儿子开口，才出此下策，偷偷做了房屋过户。

大儿子表示，只争取自己应有的那份房屋份额。案件当庭宣判，原告大儿子拿到了应有的房屋产权份额，母亲和弟弟妹妹也都表示不会上诉。



有过隔阂的一家人握手言和、满意而归。“法官，谢谢您。不厌其烦地帮我们这个小家解决了矛盾。”临走前，90 多岁的老母亲，紧紧握着刘雪琳的双手。她也收到了原告送来的锦旗，上面写着**“彰显公平正义，维护百姓权益。”**



刘雪琳说：“家庭是市域社会治理的基本单元，是实现社会和谐安定的基石，要通过化解家事‘小矛盾’，助力基层治理‘大平安’不断提升人民群众的获得感、幸福感、安全感。”



早出晚归奔忙，踏破日月星辰。

这栋三层小楼灯火通明，法庭里依然在有条不紊地进行着庭审，办公室里响彻着此起彼伏的案件讨论声和噼里啪啦的键盘声，走廊里回荡着紧凑有力的脚步声……每名东升人都在用自己的方式努力着。他们怀揣着对正义的坚守、对法律的信仰、对人民群众的朴素情感，笃行不倦、步履不停。

旭日东升，朝气蓬勃，他们的岁末故事未完待续……

文字&编辑：王圣淼

程惠炳：关于彩礼返还司法解释规定的若干问题思考

2023-11-28 家事法苑 程惠炳
https://mp.weixin.qq.com/s/200QLbACzeaxCKZ9GWc21A

作者：程惠炳，北京市高级人民法院法官助理

声明：本文已获作者授权许可；如果转发，请务必征得作者本人的同意。

中文摘要

通过司法手段治理高价彩礼工作是推进乡村振兴和农业农村现代化建设中的重要一环。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第五条规定了彩礼返还的若干情形，但相较复杂丰富的司法实践仍显入不敷出。通过提取实务案型中应返还彩礼的不同考量因素进行分析，笔者建议修改相关民事案由“婚约财产纠纷”为“彩礼纠纷”，以减少案由文义对法官理解上的不当干扰。司法解释针对彩礼返还的规定，宜采取类型化案型化分析的务实方式来处理，归纳出不同类型下返还彩礼的前提条件，转化为返还彩礼的考量因素。建议增加未婚男女一方死亡作为返还彩礼的法定事由。同时建议通过动态系统论的立法设计来约束法官的自由裁量权。

关键词

彩礼；婚约财产纠纷；民事习惯；动态系统论

引言

全面推进乡村振兴和农业农村现代化，是以习近平同志为核心的党中央作出的重大战略部署，是当前我国的一项重要任务和重点工作。2020 年 12 月 28 日，习近平总书记在中央农村工作会议上的讲话中指出“推进农村移风易俗，革除高价彩礼、人情攀比、厚葬薄养、铺张浪费等陈规陋习”。《中共中央国务院关于做好 2022 年全面推进乡村振兴重点工作的意见》第 27 条中提到“推进农村婚俗改革试点和殡葬习俗改革，开展高价彩礼、大操大办等移风易俗重点领域突出问题专项治理。”最高人民法院 2021 年 7 月 26 日印发的《关于为全面推进乡村振兴 加快农业农村现代化提供司法服务和保障的意见》中明确提到“推动乡村文明进步。依法治理高价彩礼等不良习气”。以上文件和讲话精神是本文问题意识和开展调研分析的出发点和落脚点，综上，彩礼治理工作是推进乡村振兴和农业农村现代化建设中的重要一环，命题具有现实意义。

彩礼是一种风俗习惯而非法律事实。由此，民法中鲜少直接规制彩礼的法律条款，亦难寻其法理基础。本文试通过总结提炼某省辖区内特别是农村地区彩礼审判实践中出现的问题及经验，为修订《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[1]有

关彩礼返还规定提出相应意见建议，为乡村振兴提供司法服务和保障。

一、涉彩礼案件审理存在的问题

根据中国裁判文书网案件数据，本文对 B 省三级法院案例样本的选取作以下设定：

1、案由限定为“婚约财产纠纷”；

2、全文包含检索词“彩礼”；

3、原告主张标的未被法院最终认定为彩礼。

通过逐一阅读筛查检索结果，最终筛选出 2013 年至 2022 年间 B 省受理的案例，结合文书说理及判决结果，分析总结如下：

(1)彩礼性质界定难。表现有二。其一，彩礼与婚约的关系厘清难。我国法秉承结婚自由、离婚自由，故不承认婚约的法律效力，[2]但彩礼案件客观上又与婚约有千丝万缕的联系。相关案由为婚约财产纠纷，故法官在潜意识中认为“按照习俗给付的彩礼”前提为存在婚约，不少出版的案例分析中均提到将彩礼与情侣间赠与的区分也通过是否存在婚约进行判断，甚至认为无婚约则无彩礼。其二，彩礼是一种赠与，但不能适用合同法中的赠与合同相关规范。目前学界多数说为“附条件赠与说”，理解为婚姻不成立视为撤销条件的附解除条件赠与说，但此说解释不了结婚后彩礼仍需返还的问题，以及彩礼部分返还的问题，与我国民法典婚姻编的精神亦有一定冲突。其三，部分案件有民间借贷、不当得利等案由的关联诉讼，表明当事人因证据不足、认识错误、律师建议等原因选择不同案由客观上造成案件结果不同。然而，在不同的案由对应不同的法律要件及举证责任情况下，较容易产生混淆现象。

(2)彩礼给付事实举证、认定难。首先，习俗色彩决定了当事人在给付彩礼过程中没有保留证据的意识和习惯，除转账记录外，现金红包或首饰类的彩礼给付事实难认定。农村地区当事人客观上证据意识较弱，加剧了此类案件举证难的现象。如部分判决认为，证人证言有利害关系，不能单独证明给付彩礼的事实。其次，彩礼与夫妻财产、同居财产混合导致认定难。在我国存在很多未达法定婚龄的男女在家人安排下相亲、订婚的现象。订婚男女双方一般没有独立收入，因此彩礼的给付更多是两个家庭之间的行为。给付的彩礼或者成为订婚双方未来家庭共有的“婚姻储备金”，或者成为女方家庭财产的一部分。[3]此外，当前存在很多已订立婚约的未婚男女共同居住、甚至育有子女的现象，婚约财产与同居共同财产混合。双方一旦感情破裂，在未办理结婚登记前要求“离婚”，就会因哪些财产属于彩礼应当退还男方，哪些属于同居共同财产应当分割而发生争议，增加司法认定难度。最后，最富争议的是男方父母给的改口钱、填盆钱、婚庆费用、红包等支出是否属于彩礼范围。有观点认为，前述费用亦属于父母为缔结长期稳定的婚姻关系而对子女配偶的“目的性赠与”，故符合彩礼要件；另一种观点认为，前述费用的支付形式、支付目的等均与婚约无关，无法受彩礼返还规则限制。

(3)彩礼金额标准统一难。一般而言，彩礼金额会显著高于日常情侣间的赠与，但具体标准很难界定。一方面，随着生活水平的提升，大城市里恋爱情侣“冲动豪赠”“赠车赠房”的报道屡见不鲜，直播打赏动辄上万甚至上百万的现象亦多见于媒体宣传，导致彩礼与赠与的区分愈加困难。另一方面，彩礼的习俗性决定了其金额直接受到当地经济状况、双方父母意愿影响，具有相当大的不确定性。所以单纯以金额认定是否属于彩礼难言允当。如有判决认为该首饰价格相较当地生活水平而言并非贵重物品，故不符合彩礼特征。但该案未考虑购买 18000 余元金镯的目的性和象征意义，根据生活经验，此价格的金镯也不属于情侣日常赠与的礼品范畴。此外，彩礼认定标准与个案中男方家庭财产状况是否存在关联，亦有一定争议。

(4)生活困难举证难。如某案中，法院认定了给付彩礼事实，但认为没有证据表明男方因给付

行为导致生活困难，故驳回了原告要求返还彩礼的请求。值得指出的是，在实务案例中多数原告就此提交的证据均是村委会开具的证明，其证明力值得商榷。在最高人民法院理解与适用释义书中，对“导致给付人生活困难”从严把握，即限定在绝对困难，依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平的程度。这客观上排除了多数农村地区婚后要求返还彩礼的可能性，且与前述“婚后共同生活时间”考量因素不符。试举一例，如女方在婚后三个月内提出离婚，甚至有骗婚嫌疑，此种情形下男方家庭有关建立稳定的婚姻关系目的无法实现，再要求男方承担严苛的未共同生活或生活困难的举证责任，不甚公平。有学者甚至建议删除这一标准。[4]在治理高价彩礼、助力乡村振兴的时代背景下，本文认为，宜对生活困难标准从宽把握。

(5)返还要件列举穷尽难。民法典婚姻编司法解释第五条仅列举了三种情形，而司法实务中依公平原则应返还彩礼的情形种类更多。如天津法院将女方是否生育子女（怀孕、流产）事实，离婚提出方和过错方事实[5]纳入彩礼是否返还及返还比例考量因素，邢台法院将女方陪送嫁妆数额纳入彩礼是否返还及返还比例考量因素，前述做法均符合公平原则，在学界亦有相同观点，[6]值得肯定，但均无直接法律依据，亟待立法予以明确。

(6)裁判中法律规定与民事习惯、乡村风俗冲突的融合难。现行司法解释的彩礼返还规则以结婚登记为界限，登记后的以不返还为原则，以返还为例外，而这与我国农村地区重婚礼仪式轻登记的传统观念产生冲突，难言能够取得良好的社会效果。现实情况是双方结婚登记往往晚于共同居住生活时间，故有学者提出以登记作为彩礼返还的形式标准不当，应改采“共同生活”实质标准。[7]当然，共同生活要件亦存在难以认定和难以举证的问题。

二、B 省涉彩礼案件的特点及主要裁判思路

保持前两项检索条件不变，重新检索辖区内“原告主张标的被法院最终认定为彩礼”的案件，最终筛选出 2013 年至 2022 年间 B 省受理的若干案件。分析总结如下：

(1)彩礼案件集中在郊区法院，中心城区很少，反映出彩礼习俗确实主要存在于农村地区，治理彩礼问题的落脚点也在农村，对彩礼相关司法解释进行修订可有效推进农村移风易俗，推动乡村文明进步。

(2)从彩礼金额来看。以一审案件为例，原告主张彩礼金额平均为 134993 元，法院判决返还彩礼金额平均为 99983 元。总体上返还比例较高，缺席审理的均判决全额返还。此外，均不支持有关彩礼利息、精神损害赔偿金的主张。

(3)从彩礼构成来看，以现金及钻戒、三金（金戒指、金手镯、金项链）费用为主，以车款、装修款、房屋或购房款为例外。

(4)通过以上案件的梳理，总结出法院在认定案涉标的是否属于彩礼的判断标准方面，主要考虑以下几个因素：1、彩礼有着较为明显的时间特征，即男女处在感情状态非常稳定且准备结婚的阶段。法院一般审查双方是否到了谈婚论嫁的阶段（包括聊天记录、举行订婚仪式、双方家长见面事实，以及相处时间、共同生活时间等）；2、标的物是非生活必需品，且有一定象征意义。如为女方购买三金、钻戒等首饰目的是为了缔结长久的婚姻，结合日常生活经验判断，婚前购买的这类首饰具有较强的特定性和目的性；3、在金额方面，超出了恋爱中赠与和礼尚往来的标准，价值较高者为彩礼。此外需考虑金额的特殊含义，如 520、1314 元多见于男方对女方表达心意时的赠与，而 10001、100001 元则多见于彩礼，意为“万里挑一”，表达对女方的认可和赞美；多地区还有俗称“一动不动”“万紫千红一片绿”的彩礼风俗：“一动”是指小车，“不动”是指楼房，还有

“万紫千红一片绿”，所谓“万紫千红”就是一千张百元钞和 500 张 50 元面值的人民币。[8]所以在涉彩礼纠纷中法官还要了解掌握当地风俗习惯；4、给付主体系男方父母或通过媒人转交，较多被认定为彩礼；5、给付时间、频率和给付方式、附言。如男方长期多次向女方转账，或女方有向男方转账行为的，相关款项很难被认定为彩礼。

(5)法院在判决返还金额的确定方面，并未拘泥于《婚姻法司法解释（二）第十条中列举的三种情形，而是主要考虑以下几个因素：1、共同生活时间（婚姻关系存续的时间、同居时间长短）；2、双方为维系婚姻所做的努力、双方对于离婚的过错程度；3、彩礼用途和归属。即如彩礼转化为夫妻共同财产，需扣除彩礼收取一方用于举办婚礼及共同生活的合理开销等。4、已登记结婚的，以不返还为原则。

三、涉彩礼治理司法解释修订方面的思考

（一）在立法体系层面，对于彩礼的界定与规制，要与我国民法典婚姻家庭编的原则、精神相一致

民法典婚姻家庭编的价值目标为，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。[9]彩礼返还相关司法解释规定的内核是公平原则，倾向于保护男性一方权益，与《民法典》第 1041 条“保护妇女的合法权益”是否存在一定程度的抵捂，是司法解释修订中需要思考和解释的问题。所以，将彩礼视为以让对方与其结婚为条件的赠与，违背了婚姻家庭领域一贯坚持的原则和精神，应改采目的赠与说。彩礼不但具有证明婚约作用（我国古代六礼中的“纳征”）[10]，兼具目的性赠与功能，即体现男女双方两家人缔结姻亲关系、增进情谊的目的。在目的赠与说解释背景下，赠与人不能诉请受赠人履行，与婚约在我国法上没有法律效力的情况相契合。此外，建议修改相关民事案由“婚约财产纠纷”为“彩礼纠纷”，以减少案由文义对法官理解上的不当干扰。

（二）在立法规范层面，可采取类型化方式对彩礼返还作出规定

彩礼问题是传统习惯和社会风俗的混合体，之所以立法难以明确，盖因其不是意思自治原则统率下的纯法律行为，难以通过法律分析溯本追源，对应到法律性质和学说。司法解释针对彩礼返还的规定，可采取类型化、案型化分析的务实方式来处理。

日本民法典未规定彩礼，但亦存在相应习俗。太田武男教授 1985 年出版的专著《彩礼研究》对相关法律问题进行了阐述。目的赠予说已发展成为当前日本学界通说，但又分为积极说与消极说。积极说基于不当得利法理，在结婚目的无法达成时支持给付方的返还请求。消极说认为有责给付方以婚姻关系被撤销或未成立为由请求返还彩礼，违反诚信原则，不支持其返还请求。[11]田中通裕教授在针对此书的点评中认为，当前积极说渐成有力观点，应以能够处理彩礼返还问题为限承认其妥当性；彩礼法律性质的阐明未必与返还请求结论有直接联系；从彩礼返还问题中抽象出有责性，在不违反诚信原则的基础上作出处理。[12]洋洋洒洒，笔者认为，“彩礼法律性质的阐明未必与返还请求结论有直接联系”这一论断可谓中肯，即无论彩礼性质采何学说，其本身源于社会风俗决定了难言被现代法律完美解释，故无法有效解决实务中所有的彩礼返还问题，彩礼的给付本身有着现实性和无奈性。所以，司法解释针对彩礼返还的规定，宜采取类型化案型化分析的务实方式来处理，通过提取实务案型中应返还彩礼的不同考量因素，归纳出不同类型下返还彩礼的前提条件，转化为返还彩礼的考量因素。

（三）增加未婚男女一方死亡作为返还彩礼的法定事由

在百年前的 1918 年左右，我国曾发起大规模的民商事习惯调查运动，既为立法做准备，也供

司法做参考和依据，当时所获资料极为丰富，特别是与习惯关系密切的亲属、继承方面，后编成《民商事习惯调查报告录》一书。作为在我国有几千年风俗史的彩礼一事，调查各地民事习惯无疑具有一定的参考借鉴意义。例如，书中多次提到各地有“男死退一半，女死彩礼全没”的习惯，[13]退一半的理由为，男死女可再聘，更得彩礼。[14]对不全退还的理由解释为，“既曾结亲，虽有一方死亡，但亲谊依然存在，临丧而争此礼，是不义也”。[15]也有地方存在“男死如数退还彩礼，女死彩礼消灭”的习惯。[16]还有“女死退一半，男死不退”的习惯。[17]值得指出的是，现在 B 省部分地区仍有着男女有别的悔婚对退还彩礼比例影响的风俗存在（男方提出解除婚约的，女方可以不返还聘金；而女方提出解除婚约的，应当如数返还彩金聘礼）。当然，从全国层面来看并不尽统一，提出前述习惯内容并不是建议简单地沿袭百年前的民事习惯（百年前婚前男女双方基本不存在共同生活事实），而是将其作为一种线索，即增加退还彩礼的另一种法定事由——当事人一方死亡。当然，将死亡一方的性别作为是否返还彩礼及返还比例的考量因素这一基础已不存在。增加这一返还彩礼情形的理由有三：第一，返还彩礼的法定情形越多，女方家长索要彩礼的积极性会下降，对高价彩礼的打击和遏制客观上形成正面效应；第二，缔结婚约的一方当事人死亡，导致建立婚姻关系的目的落空，亦符合本条规定的立法目的；第三，如果在男方死亡的情况下其亲属不能主张返还彩礼，客观上会导致其所在家庭因婚致贫、因婚返贫，遭受双重创伤，吞噬扶贫成果，有违返还彩礼规则精神和高价彩礼治理的内在要求。

（四）通过动态系统论的立法设计来约束法官自由裁量权

动态系统论（Flexible System）是 1950 年奥地利学者瓦尔特·威尔伯格（Walter Wilburg）在其就职典礼演讲中提出的法学观点，[18]后经山本敬三译作引入我国。[19]核心意思是：传统的构成要件论“全有全无”太细致和僵化，会使立法缺乏灵活性，无法适应社会、科技和经济的不断变化，在司法适用中导致规避法律和“向一般条款逃逸”，忽视条文的基本价值判断和立法者的初衷。所有设立适当行为的规则和所有关于特定行为的法律后果的规定，都要求对相互冲突的利益予以权衡。在庞大的法律制度中其内在的独立价值和所要实现的目的具有多元性。因此，需要对各个因素进行综合考量，厘清因素与法效果之间以及各因素相互之间的协动关系和次序（将重要的因素置于较前的位置）。通过描述法官需要考虑的决定性因素，立法者能够实现更高程度的规则确定性和对法官自由裁量权的相当程度的限制。具体到彩礼纠纷中，本文认为，根据公平原则和个案实际情况，影响到彩礼是否返还以及返还比例的因素很多，因素之前又有着牵连或对立关系，需要对各因素进行动态排序，以达致最优的法律效果和社会效果。

笔者认为应在彩礼返还参考因素中增加以下因素：1、女方是否生育子女（包括怀孕、流产）等事实。2、彩礼用途和归属（如彩礼转化为夫妻共同财产，需扣除彩礼收取一方用于举办婚礼及共同生活的合理开销等）；3、女方陪送嫁妆数额（如女方陪嫁金额与彩礼相当，则不应支持返还彩礼请求）。4、双方共同生活时间长短（如超过一年以上，则不宜支持男方彩礼全额返还请求）；5、彩礼给付方对于离婚的过错程度（如男方故意隐瞒其重婚事实或重大疾病导致女方提出离婚的，不支持男方有关全额返还彩礼的主张）。

由此，建议将《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）》第五条修改如下：

第一款 彩礼是指婚恋一方或其近亲属以缔结稳定长久的婚姻家庭关系为目的，按照当地习

俗向另一方及其近亲属给付的财物，包括有特定价值和意义的物品或费用负担。

第二款 当事人请求返还彩礼的，对于是否返还及返还比例问题，人民法院应当综合根据以下因素予以确定：

1)当事人是否生育子女；

2)双方共同生活时间；

3)双方是否办理结婚登记手续；

4)彩礼最终归属及支出情况；

5)女方陪送嫁妆情况；

6)彩礼给付方对离婚的过错程度；

7)给付彩礼是否导致当事人生活困难；

8)婚恋一方当事人在彩礼交付日起两年内去世的。

第三款 当事人一方父母为彩礼给付主体的，可以作为共同原告提起诉讼。被告以起诉人主体不适格抗辩的，人民法院不予支持。当事人向实际受领彩礼的另一方当事人的父母或其他亲属一并主张权利的，人民法院可以将其列为共同被告。

第一款将日常用品从彩礼范围中排除，厘清了其外延。从规范体例来看，第三款也可列入民诉法解释。对第二款的排序具体说明如下：

将生育子女的情况作为第一顺位的考虑因素，因为社会观念普遍认为生育子女绵延血脉是夫妻婚姻关系中的重要组成部分，且女性在分娩过程中身体上遭受巨大痛苦，故如果双方已育有子女的情形下，无论双方是否登记结婚，均不应支持原告彩礼返还请求权，这也有利于子女的身心成长；若女方在双方共同生活期间有怀孕、流产事实的，原则上亦不应支持原告彩礼返还请求权。

双方共同生活时间长短应作为第二顺位的考虑因素。首先，相较原司法解释区分“未登记”以及“已登记但未共同生活”，不如以实质要件“共同生活”进行考量更为直接。其次，婚恋双方共同生活时间越长，越接近男方家庭给付彩礼之目的；而在婚前阶段，考虑到未婚同居对女性各方面特别是身心、名誉等均有影响，若仅以未缔约婚姻关系为返还彩礼之要件，对女性明显不公，也可能助长男性以订婚为名玩弄女性。最后，天津法院司法实践观点为，双方办理了结婚登记手续但未共同生活的可返还彩礼的 80%。共同生活不足一年的，可以主张部分彩礼返还，返还彩礼最高比例不超过 60%；共同生活超过一年的，不再支持返还彩礼的请求。[20]相关做法的社会效果与法律效果反响良好。

将办理婚姻登记作为第三顺位的考量因素，与我国长期以来的婚姻观念有关。“一日夫妻百日恩，百日夫妻似海深”，如夫妻感情破裂解除婚姻关系后，女方不得不成为“二婚”，对其名誉和再次择偶影响巨大，要求其退还彩礼不甚公平，故将该因素结合共同生活时间长短，动态进行考量。

彩礼最终归属及支出情况作为第四顺位的考量因素。虽然在历史上，彩礼系对女方家庭尤其是女方父母的赠与型给付，但在现代社会，依习俗给付彩礼后，女方父母往往以各种形式（如买车、买房、装修款等）将该部分财物再次赠予新婚夫妻，如彩礼已转化为夫妻共同财产的，不应支持彩礼返还。[21]此外，若女方支出彩礼用于夫妻共同生活、共同生产经营的，亦不应支持相应金额的彩礼返还请求。第五顺位陪嫁的理由同上，系利益衡量论的考量，不再详述。

过错程度因素作为第六顺位。需要指出的是，我国法院一贯认为应否返还彩礼与过错无关，故司法解释中的三种情形均未包含过错因素。但过错程度关系到本条规定的价值选择，难以否认与返还彩礼之间的关联。试举两例：如男方有《民法典》第一千零七十九条第三款第一至三项情形（重婚或者与他人同居；实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；有赌博、吸毒等恶习屡教不改），或第一千零五十三条情形（患有重大疾病未如实告知），导致女方提出离婚或撤销婚姻的，根据婚姻家庭编照顾无过错方的原则，男方返还彩礼的主张已不再具有公平性，故不应支持其相应请求。

另一点理由，在我国未确立婚约解除及事实婚姻解除的损害赔偿制度的背景下，[22]根据公平原则，应认可过错程度在返还彩礼规则中的要素作用。

保留生活困难作为第七顺位因素的理由为，我国各地区贫富差距不均。根据《B 省 2021 年国民经济和社会发展统计公报》显示，城镇居民人均可支配收入为 81518 元，农村居民人均可支配收入为 33303 元。反映到各市、区，第一名与最后一名之间更是云泥之别。在个案中，一笔数千元的彩礼可能会将一个贫困农村家庭打入负债的泥潭甚至深渊，所以考虑原告方家庭的经济条件因素，是给当事人情绪一个出口，更是法官直面矛盾化解及社会治理意识的集中体现。

婚恋一方去世作为第八顺位因素的理由前文已详述三点，简单预判一下反对意见，可能集中在此种情形下（死者已矣）主张返还，有违道德和社会一般价值判断。但这与彩礼返还规则本身的批评意见如出一辙：已完成的赠与行为再因给付方生活困难而要求返还，正当性本身就难言允当。

（五）立法规定的返还因素不宜过于刚性

在四级法院职能定位改革的大背景下，司法解释规定的彩礼返还因素，应交由高级人民法院结合各省市实际情况，区分不同民族、自治区风俗予以细化。要认识到少数民族在彩礼方面可能有着不同的婚俗习惯，一刀切式的立法在少数民族所在的自治区可能南橘北枳，无法适应审判实际需要。如在新疆少数民族地区，哈萨克族男女青年成婚前，男青年家要送给女青年家一定数量的彩礼，包括现金、手表、高档衣服、毛呢衣料、马靴等物，以及牛、马、羊（头数不等），一般的家庭送彩礼对象有十几人，每人一份。如果司法解释的具体适用不能契合上述民族婚俗的话，难言可以作出妥当的判决。

四、涉彩礼返还民事案件审理的若干思考

（一）在案件审理过程中，法官要有社会治理意识

审理农村地区彩礼返还案件，第一，要清醒认识到彩礼案件不是简单的民事纠纷，高价彩礼往往给男方家庭带来经济上的负担、精神上的压力，加之部分被害人收取彩礼后拖延结婚或悔婚，人财两空极易引起姻亲关系不和、夫妻生活不睦、婆媳关系紧张，进而导致矛盾激化升级，被告人的不满和愤懑情绪在一定条件下转化为施行犯罪行为的冲动，导致恶性刑事案件发生，这是影响所在地区稳定的一个重要因素。据统计，2016 年以来，B 省法院共受理因彩礼引发的恶性刑事案件 13 件（包括故意杀人、强奸、强制侮辱、非法拘禁等严重侵害公民人身权益的犯罪），受理通过婚恋网站建立男女朋友关系进而骗取彩礼的刑事案件 26 件，但据判断实际上未进入刑事审判程序的事实犯罪行为远多于该案件数。第二，不能机械适用举证责任，而要综合当事人陈述、证言及习惯、生活经验，灵活掌握并作出判断。同时法官应适当运用依职权调查，范围包括是否为彩礼或以结婚为条件，特别是在认定彩礼的基础上，通过走访等方式重点查明男女双方是否共同生活、共同生活时间、彩礼用于婚礼或双方共同生活等情况。第三，此类案件因关系情感付出和金钱利益，当事人对抗对立情绪较大，部分案件被告方不签收传票、不出庭，不答辩，法院仅凭原告一方之词难以查实双方真实的法律关系、款项实际用途和金额，缺席审理的实际效果也不好。第四，注重调判结合，充分发挥调解柔性司法作用。在审理相关案件时会先邀请村委会、调解员等调解力量对矛盾双方进行调解，能化解纠纷的直接化解纠纷，不能化解纠纷的也可以先期了解案件相关情况，以促进案结事了，保证办案质量。第五，法官应做好诉讼中的释明。彩礼案件不仅见于婚约财产纠纷，更多见于不当得利、民间借贷、赠与合同纠纷，故可能在受理后分属民事审判庭或商事

审判庭。如在后三种案由案件中当事人将彩礼作为借款或不当得利主张返还，应及时向当事人释明案由及法律后果，以减少当事人诉累，避免简单一驳了之。

（二）法官要强化文书说理，助力树立优良家风

党的十八大以来，党中央高度重视家庭文明建设，习总书记多次强调要“注重家庭、注重家教、注重家风”。家庭文明建设，既包括家庭成员在家庭生产、生活中开展的物质文明建设与精神文明建设，又包括家庭成员在人身关系文明与财产关系文明建设的内容，以及进而形成的家庭文明氛围。涉彩礼案件案由多（婚约财产纠纷、不当得利纠纷、民间借贷纠纷、赠与合同纠纷）、当事人身份关系复杂、法律关系多样、赠与情形多，身份关系、人格关系、财产关系交错，还涉及家庭伦理、家庭文明建设和优良家风的弘扬，其裁判尺度的统一，妥善裁判，对于树立优良家风、推进家庭文明建设有重要的导向作用。婚约财产纠纷案件中加强裁判文书说理工作，亦可以起到弘扬优良家风的作风，促进减少彩礼婚俗，根除“天价彩礼”现象，同时，强化说理也是采取动态系统论立法技术后对法官的客观要求。法官应当阐明其是如何考虑法定的因素，这些因素是否成立，对这些因素如何综合考量，是否采纳比例原则，从而能够在当事人之间、上级法院、阅读判决的民众范围内形成共识。[23]

（三）法官要立足时代背景，以裁判规则的树立推动移风易俗

当前，社会思想观念发生重大变化，离婚率居高不下，彩礼作为婚姻确立和维系的担保功能（证约定金说）已经消亡，其负面效应越来越大，男女比例失衡导致农村结婚难、结婚贵，还引发了乡邻间的攀比心理。通过实证案例分析可以表明，高价彩礼不仅不利于婚姻关系的确立和稳定，甚至容易引发两个家庭之间的对立、矛盾及冲突，影响社会和谐稳定，这是法院裁判和对外宣传中应强调的重点。所以在司法裁判中，应注重树立裁判规则，以司法手段治理高价彩礼，推动移风易俗；同时定期召开新闻发布会、通报会，推出典型案例，以对农村地区婚俗的变化起到正面引导作用。

注释：

[1] 原婚姻法司法解释（二）第十条，条文内容无变化。

[2] 最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 72-74 页。

[3] 部分借贷平台作为原告、夫妻双方作为被告的民间借贷纠纷案件中，女方认为彩礼系男方婚前承诺，不允许男方拿家庭共同收入来偿还“彩礼贷”等相关借款，这是实务中的一类关联纠纷，值得引起注意。

[4] 谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注合同编·典型合同与准合同 1》，中国法制出版社 2020 年版，宁红丽撰，第 352 页。

[5] 钱海玲主编：《法官智典·民事卷》，人民法院出版社 2018 年版，第 1-3 页。

[6] 马忆南、庄双澧：《彩礼返还的司法实践研究》，载《中华女子学院学报》2019 年第 4 期。

[7] 谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注合同编·典型合同与准合同 1》，中国法制出版社 2020 年版，宁红丽撰，第 352 页。

[8] 郭维基：《返还彩礼问题刍议》，载《山西省政法管理干部学院学报》2020 年第 3 期。

[9] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 7 页。

[10] 笔者个人认为，在现代社会中，彩礼的这一功能已经走向消亡，被订婚仪式等取代。

[11] [日]内田贵、大村敦志：《民法的争点》，张挺等译，中国人民大学出版社 2023 年版，第 590 页。

[12] [日]加藤雅信等编：《民法学说百年史》，牟宪魁等译，商务印书馆，2017 年版，第 901-905 页。

[13] 前南京国民政府司法行政部编：《民商事习惯调查报告录（下册）》，中国政法大学出版社 2005 年版，第

766、771、772、779、784、794、797、826、829、864、872、896、930、990、1021 页。

[14] 同前注，第 826 页。

[15] 同前注，第 787 页。

[16] 同前注，第 774 页。

[17] 同前注，第 837、1044 页。

[18] 瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》，李昊译，载《苏州大学学报》2015 年第 4 期。

[19] [日]山本敬三:《民法中的动态系统论》，解亘译，载梁慧星主编:《民商法论丛》第 23 卷，金桥文化出版有限公司 2003 年版。

[20] 钱海玲主编:《法官智典·民事卷》，人民法院出版社 2018 年版，第 1-3 页。

[21] 刘彬彬:《彩礼返还制度基于民法典精神的反思与重构》，载《天津法学》2021 年第 2 期。

[22] 参见张学军、付翠英:《论我国婚约解除损害赔偿的法律适用和学说》，载《法律适用》2005 年第 8 期。

[23] 王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

参考文献:

[1]最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版。

[2]谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注合同编·典型合同与准合同 1》，中国法制出版社 2020 年版。

[3]钱海玲主编:《法官智典·民事卷》，人民法院出版社 2018 年版。

[4]马忆南、庄双澧:《彩礼返还的司法实践研究》，载《中华女子学院学报》2019 年第 4 期。

[5]郭维基:《返还彩礼问题刍议》，载《山西省政法管理干部学院学报》2020 年第 3 期。

[6]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版。

[7][日]加藤雅信等编:《民法学说百年史》，牟宪魁等译，商务印书馆 2017 年版。

[8][日]内田贵、大村敦志:《民法的争点》，张挺等译，中国人民大学出版社 2023 年版。

[9]前南京国民政府司法行政部编:《民商事习惯调查报告录（下册）》，中国政法大学出版社 2005 年版。

[10]瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》，李昊译，载《苏州大学学报》2015 年第 4 期。

[11][日]山本敬三:《民法中的动态系统论》，解亘译，载梁慧星主编:《民商法论丛》第 23 卷，金桥文化出版有限公司 2003 年版。

[12]钱海玲主编:《法官智典·民事卷》，人民法院出版社 2018 年版。

[13]刘彬彬:《彩礼返还制度基于民法典精神的反思与重构》，载《天津法学》2021 年第 2 期。

[14]张学军、付翠英:《论我国婚约解除损害赔偿的法律适用和学说》，载《法律适用》2005 年第 8 期。

[15]王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020 年第 4 期。

建设有温度的家事审判法庭
——访北京市密云区人民法院巨各庄人民法庭庭长相颖

2023-11-29 中国妇女报官方客户端

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2023-11/29/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20231129_3-5.htm?time=1701228526115

■ 中国妇女报全媒体
见习记者 崔安琪

“法官，一直以来是我梦寐以求的职业理想，最初选择法律专业完全是出于对惩恶扬善的一腔

热情。”北京市密云区人民法院巨各庄人民法庭庭长相颖说。

积极回应山区群众对司法的新需求

2022 年，相颖被调整到巨各庄人民法庭专门负责家事案件审理。

密云区随着社会经济的快速发展，特别是棚户区改造、怀柔科学城、京沈高铁等重点工程建设，拆迁利益分配引发多种家庭矛盾，尤其是多种新型纠纷频出。因此，相颖所在的巨各庄法庭需要与密云区妇联加强合作，依法高效妥善审理婚姻家庭纠纷。

在一起案件中，相颖询问一位长期受到家庭暴力的女性时，受暴者回答：“没有，这是家丑，我不敢对外说，没报过警，也没去过医院。”

这是山区法庭里常见的一幕。

为了解决家暴举证困难问题，相颖和同事积极与密云区妇联、派出所以及村居委会建立联络送达机制，共同预防和制止家庭暴力的发生或者再次发生，经过实地调研，强化人身安全保护令的适用。2022 年 8 月 1 日，巨各庄法庭签发了北京市首份适用《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》签发的人身安全保护令。

近两年，巨各庄法院签发人身安全保护令在全密云区法院中占比 42%，相颖和同事还积极探索对夫妻以外主体签发人身安全保护令以及延长保护令的时间，签发数量逐年上升。

加强调解工作化解家庭纠纷

在巨各庄法庭审结的第一个案件，让相颖对家事法庭的定位有了更加清晰的认识。

在这起探望权纠纷中，儿子去世后，儿媳带着 5 岁的孩子离开了和老两口一起居住了 8 年的家。去年 3 月，老两口请求法院判令他们可以每周探望孙子一次。

根据民法典的规定，探望权主体依然是“不直接抚养子女的父或母”。老两口的诉求面临着败诉风险。

相颖的团队多次给老两口的儿媳打电话，通过慢慢引导，孩子的母亲意识到失去祖父母的关爱对孩子也是一种打击，祖父母的探望能够弥补孩子因失去父亲所带来的缺憾，最终同意每月由祖父母接回住处一次。为预防和减少日后探望纷争，相颖就探望时间、方式等具体细节进行反复协商，最终，丧子老人探望孙子的愿望得以实现。相颖真切地感受到，法官的一纸判决容易出，但背后的人情冷暖需要努力去兼顾。这大概就是做有温度的家事法庭的意义。

相颖作为一名区志愿者和中学法治副校长，长期为妇女儿童讲授法治课，受益群众达 7000 人次；探索建立“家和党建工作法”，所在支部先后荣获北京市政法系统“五好”党支部、密云区先进基层党组织、人民满意政法单位等荣誉称号，共建乡村豆各庄村被评为全国民主法治示范村。今年年初，相颖所在的巨各庄法庭荣获全国妇联授予的“全国巾帼文明岗”荣誉称号，10 月份她被评为全国维护妇女儿童权益先进个人。

近年来，相颖所在的巨各庄法庭对家事案件归口管理、集中管辖，案件一审服判息诉率近 85%，全庭平均审理天数等 15 项指标均高于全市平均值。

父母多度干预子女婚姻，怎么办？

原创：2023-11-29 上海二中院 王梓焱
https://mp.weixin.qq.com/s/5XFaqoGuxxpMzDs4bp9dlA

编者按

为提升家事案件审理效果、最大化保护未成年人合法权益，自 2019 年 4 月起，上海市第二中级人民法院与上海市阳光社区青少年事务中心携手探索合作机制，在涉未成年人家事案件中委托阳光中心选派社工，开展家事调查、调解、心理疏导、回访观护、探望监督、家庭教育指导等工作。四年来，上海二中院少年家事庭的法官们与阳光中心的社工们共同努力，妥善处理各类涉未成年人家事案件，涉案未成年人的合法权益、身心健康、发展利益得到了全面保护。本期，我们继续分享合作机制建立以来的典型案例。希望每一位曾经经历或正在经历阴霾的孩子都能重新沐浴阳光，快乐成长。

案情

吵架成“开团” 小夫妻闹离婚

小宝和玉兰通过网络结识，婚后与公婆共同居住。女儿出生后，玉兰常常因为生活琐事与公婆闹不愉快，并引发与丈夫的争执。小宝觉得玉兰对自己父母有误会，而玉兰却觉得小宝没有站在自己这一边，还时不时叫娘家人过来一起“开战”，导致小夫妻间的“对战”演变成两家人的“团战”。结婚第七年，玉兰回到娘家，开始与丈夫分居。不久后，小宝向法院提起离婚诉讼。

一审法院基于双方一致的离婚意见，判决准予离婚，并判决女儿随玉兰共同生活，小宝每月支付抚养费一千元至女儿成年，同时一并处理了夫妻共同财产。小宝对女儿抚养关系的判决不服，提起上诉。

社工受托调查 探明双方真意

二审庭审时，玉兰因故未能到庭，小宝开始滔滔不绝地陈述自己在养女儿上如何有优势、如何尽心力，并细数玉兰及岳父岳母如何不负责。小宝委屈地大吐苦水，说自己经常被岳父母指责、揣测，被说成“要到孩子就会和别的女人结婚的人”，但小宝坚称自己不会这么做。见小宝越说越生气，小宝的律师及时安抚小宝情绪后，向法院说明了小宝和玉兰曾谈过复婚的事。

庭审结束后，二审法院根据案件情况，委托阳光中心选派两名社工对小宝与玉兰的身心状况、家庭环境、女儿的抚养等进行了了解。社工走访了小宝、玉兰的实际居住地，分别与双方当事人及其家庭成员面谈，并观察孩子的状态。在与当事人面谈时，社工除了解两人的居住、工作等基本情况外，也注意询问了两人对婚姻中重大事件的看法和复婚意愿。

社工发现，小宝与玉兰对彼此关系不和的原因基本上有一致的认识——双方父母对两人婚姻的过多干预。小宝向社工表露了自己复婚的愿望；玉兰也向社工表示，她对小宝还是有感情的，但复婚的前提是要在婚房上加名字、不与婆婆同住等条件。

调查结束后，社工向二审法院提交了调查报告。报告中，社工建议二审法院充分考虑未成年人身心健康发展，对双方开展延伸调解或心理疏导，帮助双方慎重考虑婚姻关系，最大程度达成和解，共同抚养未成年人健康成长。

二审主审法官与小宝、玉兰就是否能与对方和好进行多次沟通。一个月后，二审法院组织小宝与玉兰谈话，确认小宝申请撤回上诉并撤回起诉的意思表示，玉兰也表示同意和好。二审法院最终裁定，准许小宝撤回上诉并撤回起诉的申请，撤销一审的离婚判决。

协作

社工心理疏导 理清婚姻症结

帮助双方重建关系

二审结案后，为帮助两位当事人避免在之后的婚姻生活里重蹈覆辙，在小宝与玉兰同意的情况下，二审法院委托阳光中心选派社工对二人进

行心理疏导。此次心理疏导约定在法院调解室进行，小宝与玉兰都按时前来。

疏导中，社工首先请双方明确对目前婚姻问题的态度。短暂的沉默后，小宝先开口，对着玉兰说后悔提起离婚诉讼，说完低下了头。玉兰看着小宝，对社工说，愿意直面并解决婚姻问题。见双方都有明确的和好态度，社工引导双方各自谈谈两人婚姻的问题症结，小宝和玉兰先后开诚布公地表达了自己的看法。在两人说完后，社工帮助双方总结，并针对如何维系婚姻、如何做好沟通及如何与双方父母相处等问题开展指导，引导双方宣泄积压的负面情绪，帮助双方学会接纳对方情绪的同时理解对方的情绪来源。最后，社工还结合双方的感受和期望，向双方反馈重建亲密关系的具体建议。

一年后，二审法院委托阳光中心选派社工对小宝、玉兰进行电话回访，继续指导两人调适家庭关系。

学者点评



井世洁，华东政法大学社会发展学院教授、社会工作硕士（MSW）教育中心常务副主任

此案件为典型的婚姻家庭矛盾纠纷，涉及离婚夫妻关系调解、未成年子女抚养权、财产分割等多个争议议题，具有一定的普遍性。作为重要的调解力量，社会工作者发挥专业优势，既化解了纠纷，还修复了婚姻关系，为未成年人重塑完整家庭，取得了良好服务效果。此案件的调解成功主要出于以下原因：

一、重在找准突破口。在服务过程中，必须深入了解夫妻之间矛盾冲突的焦点，理清问题本质，才能有的放矢地解决矛盾。社会工作者通过深入开展家事调查后发现，此离婚纠纷看似以感情破裂为由，但实际上是双方家长对子女婚姻的介入使夫妻关系发生了微妙变化，双方不断产生负面情绪进而陷入了思维死角。

二、引导积极沟通。有效的沟通是解决婚姻家庭问题的关键。在调解过程中，社会工作者鼓励夫妻双方表达各自想法，并引导他们学会倾听对方意见，建立起良好的沟通机制。此案中，社会工作者充分考虑到未成年人身心健康发展，促进夫妻双方多次沟通，帮助双方慎重考虑婚姻关系，使他们成功达成和解，共同抚养未成年人，助其健康成长。

三、开展家庭婚姻指导工作。本案中，社会工作者邀请夫妻双方明确对目前婚姻问题的态度，并引导双方澄清婚姻中的问题症结，针对婚姻关系的维系、夫妻感情的沟通及与双方父母的相处方式等方面开展婚姻指导，在结合夫妻双方感受与期望的基础上，社会工作者向他们反馈重建亲密关系的具体建议，并以倾听陈述感受、探讨内在原因及给予行动建议等方式，协助双方化解负面因素，同时放大积极态度的正向意义，帮助双方重归于好。

四、保持跟踪与关注。调解工作不能一蹴而就，需要持续关注和跟进。调解工作结束后，要与当事人保持联系，及时了解夫妻关系的实时情况，给予必要指导和支持。后续社会工作者对夫妻双方进行了电话回访，指导两人调适家庭关系，为整个家庭向好给予支持。

家庭是社会的细胞，家庭生活是社会生活的投影和折光，家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明。虽然本案的重

点是调解婚姻矛盾，但本质是为未成年人的成长发展助力，每个家庭为孩子的成长创造良好条件本身就是家庭教育的一项重要课题。社会工作参与调解工作是以专业的力量帮助在婚姻情感方面出现裂痕的家庭，建立更健康的沟通模式，并找到解决矛盾的合适方案，这对于维护家庭和谐和社会稳定具有十分重要的意义。

文中案件当事人名字均为化名

责任编辑 | 郎振宇
版面编辑 | 周彦雨

（四）检察视点

保障“外嫁女”合法权益！最高检、全国妇联联合发布 6 件典型案例

2023-11-01 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/UTOAUYIKCO-N75Vxrqb1SQ

最高检、全国妇联联合发布

维护农村妇女涉土地合法权益

行政检察典型案例

强化行政检察监督

保障“外嫁女”合法权益

11 月 1 日，最高人民检察院、中华全国妇女联合会联合发布维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例。

该批典型案例共 6 件，包括支某兰诉山东省某市自然资源和规划局集体土地登记检察监督案，张某甲诉江苏省某镇人民政府土地权属不予受理决定检察监督案，湖南省某市某区人民检察院依法保障“外嫁女”土地征收权益检察监督案，钱某娟、季某熙诉浙江省某街道办事处不履行征收安置补偿职责检察监督案，俞某诉江苏省某镇人民政府违法拆除及行政赔偿检察监督案，周某诉海南省某市某村委会某村民小组集体经济组织成员资格确认检察监督案。

一直以来，检察机关、妇联组织深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，主动加强联系，建立信息共享、案件移送、案情通报、联合督办等机制，强化对妇女权益的全方位司法保护。自 2022 年 1 月至 2023 年 9 月，检察机关共办理涉妇女权益保护行政检察案件 4000 余件。

随着我国城镇化进程的加快，农村妇女因婚姻关系、户籍等发生变动，涉及农村集体经济组织成员身份确认、土地承包经营、征地补偿或者征用补偿以及宅基地使用等方面的争议更为复杂，已成为社会普遍关注的问题。该批典型案例聚焦集体经济组织中的“外嫁女”涉土地合法权益保护，坚持男女平等基本国策，加大对涉及农村妇女合法权益的行政诉讼、行政非诉执行案件的监督力度，强化调查核实，通过一体化办案、院领导包案、府检联动、检法联动等方式，妥善化解争议，以高质效法律监督推动解决妇女急难愁盼问题。

党的二十大报告指出，坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益。最高检第七检察厅负责人表示，今年是全面贯彻落实党的二十大精神的开局之年，也是新修订的妇女权益保障法施行第一年，各级检察机关行政检察部门将坚持以习近平法治思想为指引，深入贯彻落实党的二十大精神和习近平总书记对妇女儿童工作的重要指示精神，贯彻执行妇女权益保障法，持续深化与妇联组织等相关部门合作，带着真心真情，付出更大努力，高质效办好每一个案件，进一步加强对农村妇女财产权益的平等保护，推动源头治理，切实提升农村妇女的获得感、幸福感、安全感，为推动妇女儿童事业高质量发展作出新的贡献。

关于印发维护农村妇女

涉土地合法权益行政检察典型案例

的通知

各省、自治区、直辖市人民检察院、妇女联合会，新疆生产建设兵团人民检察院、妇女联合会：

近年来，随着我国城镇化进程的加快，涉土地征收征用纠纷呈现增长态势。农村妇女因婚姻关系、户籍等发生变动，涉及农村集体经济组织成员身份确认、土地承包经营、土地征地补偿或者征用补偿以及宅基地使用等方面的争议更为复杂。为全面贯彻党的二十大精神，深入学习贯彻习近平法治思想，贯彻执行新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》，加大对涉及农村妇女合法权益的行政诉讼、行政非诉执行案件的监督力度，更好维护妇女合法权益，最高人民检察院、中华全国妇女联合会共同选编了 6 件维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例，现印发你们，供参考借鉴。

最高人民检察院
中华全国妇女联合会
2023 年 9 月 7 日

维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例

案例一

支某兰诉山东省某市自然资源和规划局集体土地登记检察监督案

【关键词】

行政生效裁判监督 外嫁女 宅基地使用权登记 抗诉

【基本案情】

支某兰与支某瑞系姐弟关系，其父支某（2011 年去世）在山东省某市某村有宅基地一处。2015 年，支某瑞向某市国土资源局（现更名为某市自然资源和规划局）申请案涉宅基地使用权的变更登记，市国土资源局同意并向支某瑞颁发集体土地使用证。2018 年 10 月 12 日，支某兰以某市国土资源局为被告、支某瑞为第三人向某区人民法院提起行政诉讼，请求依法撤销该局为支某瑞颁发的集体土地使用证。某区人民法院于 2019 年 4 月 25 日作出行政裁定，认为支某兰现非案涉土地所在集体经济组织成员，不能获得案涉土地使用权，该土地颁证行为不影响支某兰权益，裁定驳回支某兰的起诉。支某兰不服一审生效裁定，向某市中级人民法院申请再审。市中级人民法院于 2020 年 6 月 4 日裁定驳回支某兰的再审申请。支某兰向某区人民检察院申请监督。

【检察机关履职情况】

某区人民检察院依法受理。经听取当事人意见、调取法院卷宗和案涉土地登记原始档案、听取原审法官意见，查明：某市国土资源局主要基于案涉宅基地上房屋的《房屋继承协议》，认定支某瑞因继承房屋获得土地使用权，从而为支某瑞颁发集体土地使用证，但该继承协议列明了宅基地上房屋的 5 名继承人，并未写明仅由支某瑞一人继承。另查明，支某兰原系该村集体经济组织成员，婚后因孩子上学原因将户口迁出，目前生活较为贫困。

某区人民检察院经审查认为，根据国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》，非集体经济组织成员因继承房屋占用农村宅基地的，可按规定登记发证。本案中，虽然诉讼时支某兰并非该村集体经济组织成员，但其系支某的合法继承人，与案涉宅基地登记行为存在利害关系，法院以支某兰现非案涉土地所在集体经济组织成员，以土地颁证行为不影响其权益为由，裁定驳回起诉，适用法律确有错误。某区人民检察院提请市人民检察院抗诉。

市人民检察院经审查，依法提出抗诉。市中级人民法院采纳抗诉意见，于 2021 年 11 月 17 日裁定撤销原审裁定，指令某区人民法院继续审理本案。某区人民法院于 2022 年 9 月 26 日作出行政判决，撤销案涉集体土地使用证。某市自然资源

和规划局、支某瑞不服一审判决，提出上诉。市中级人民法院于 2023 年 3 月 6 日判决驳回上诉，维持原判。同时，某市人民检察院审查认为支某兰符合司法救助条件，协助其申请司法救助。

【典型意义】

集体经济组织中的“外嫁女”权益保护问题成为社会普遍关注的问题。新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》明确规定，妇女享有与男子平等的继承权，妇女依法行使继承权，不受歧视。申请农村土地承包经营权、宅基地使用权等不动产登记，应当在不动产登记簿和权属证书上将享有权利的妇女等家庭成员全部列明。户口迁出的“外嫁女”虽然不再是原集体经济组织成员，但其通过取得宅基地上房屋的继承份额，可以登记为宅基地的使用权人。针对法院以“外嫁女”与被诉土地使用权登记行为无利害关系为由裁定驳回起诉的案件，检察机关围绕争议焦点，强化调查核实，厘清事实、准确适用法律，以高质效法律监督促进司法公正，维护妇女的合法权益。

案例二

张某甲诉江苏省某镇人民政府土地权属不予受理决定检察监督案

【关键词】

行政生效裁判监督 外嫁女 土地权属 行政争议实质性化解

【基本案情】

张某甲原系江苏省某镇某社区居民，其父母曾建有瓦房四间，并育有四女，后四女因婚嫁户口均从某社区迁出。张某甲父母先后去世。2005 年，某社区将张某甲父母的宅基地、承包地收回，重新发包给张某甲堂兄张某乙经营并签订土地承包经营合同，某市人民政府向张某乙户颁发了农村集体土地承包经营权证书。2007 年 3 月，张某甲离异后，户口迁回某社区。2013 年 5 月，张某乙夫妇将张某甲父母所建房屋拆除。张某甲等四姐妹将张某乙夫妇诉至法院，要求恢复房屋原状，未获法院支持。后张某甲的其他姐妹均出具书面申明，自愿放弃继承权。2015 年 12 月，张某甲向某镇政府递交宅基地使用权确权申请书，请求确认其父母原宅基地、承包地的土地使用权归其享有，确认张某乙与某社区签订的土地承包经营合同无效。2017 年 3 月，某镇政府对张某甲的确权申请作出不予受理决定。张某甲不服该决定，提起行政诉讼。一审法院认为，案涉土地已被某社区收回并发包给张某乙承包经营，根据《土地权属争议调查处理办法》第十四条规定，农村土地承包经营权争议案件不属于土地权属争议受案范围，某镇政府作出不予受理决定，符合法律规定，张某甲可依法另行寻求权利救济，遂判决驳回张某甲诉讼请求。张某甲提出上诉、申请再审，均未获支持。张某甲不服，向某市人民检察院申请监督。

【检察机关履职情况】



检察人员实地调查取证

某市人民检察院依法受理。经审查原审卷宗，检索关联案件，实地走访调查，查明：自 2013 年以来，张某甲因案涉房屋及土地争议提起财产损害赔偿、不当得利返还、土地登记行为违法等 13 件民事、行政诉讼，其诉求均未获支持。相关生效判决虽已确认张某甲因继承取得案涉房屋所有权及宅基地使用权，亦指出某镇人民政府应当针对张某甲多年反映的宅基地被侵占问题妥善做好协调工作，但均未对该问题作出具体明确的裁决，导致案涉争议始终“诉而不决”。目前案涉社区

已整体搬迁，张某甲回其父母原宅基地处重新申请建房不具有现实可能。张某甲常年在外务工，居无定所，多次诉讼实质是为求得其今后回原籍生活的“容身之所”。

检察机关经审查认为，本案为土地承包经营权争议，不属于人民政府土地权属争议受案范围，终审判决并无不当。但某社区未经张某甲等法定继承人同意，以自然闭户处理收回案涉土地，侵犯了张某甲等人的继承权，且张某甲户口迁回某社区后，作为村民亦应享有相应宅基地使用权。案涉争议持续近十年，历经多轮诉讼，张某甲的合法权益一直未能得到有效维护，且有引发新诉讼的可能，两级检察机关遂决定一体开展化解工作，彻底解决其多年“程序空转”难题。

某市人民检察院致函某镇人民政府，指出张某甲权益受到侵害客观存在，镇政府应重视张某甲合理诉求，处理好当事人房屋土地问题，避免争议激化上行，保障妇女合法权益。同时，向当地妇联通报该案情况，共同至某镇政府开展化解工作。镇政府充分听取检察机关和妇联意见后，召集政法综治中心、某社区等部门商讨解决方案，最终确定张某甲可凭村民资格，以拆迁安置价格购买一套安置房用于解决居住问题。同时，检察机关向张某甲说明重新建房已不现实，应尽早从诉累中解脱，开始新生活。张某甲感受到人民政府的诚意，同意某镇政府方案。2022 年 10 月 11 日，张某甲与某镇政府签订和解协议，张某甲向检察机关撤回监督申请。该案的行政争议与民事纠纷得到实质性化解。

【典型意义】

新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》规定，妇女在土地承包经营、宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。涉及村民利益事项的决定，不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶、户无男性等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。在办理争议历时长、关联诉讼多、民行交叉的涉损害“外嫁女”权益案件时，检察机关针对“案结事不了、程序空转”等问题，坚持人民至上、检察为民，聚焦群众急难愁盼问题，准确把握法律关系实质，统筹考虑法理情，综合运用实地走访、工作函告、协同属地妇联共同化解争议等方式“一揽子”化解行政争议与民事纠纷，切实维护农村妇女的合法权益，促进社会公平正义。

案例三

湖南省某市某区人民检察院依法保障“外嫁女”土地征收权益检察监督案

【关键词】

行政类案监督 外嫁女 征收补偿安置标准 诉源治理

【基本案情】

2016 年以来，湖南省某市自然资源和规划局某区分局（下称某自然资源和规划分局）在履行土地征收管理职能过程中，对在公安户籍管理系统单独登记立户的“外嫁女”张某及其子、王某及其女、易某及其子，分别纳入张某、王某、易某的近亲属户进行补偿安置。张某、王某、易某均不服，提起行政诉讼。2017 年 6 月，在张某行政诉讼案中，某区人民法院判决某自然资源和规划分局应按单独一户核算征收补偿安置款，某自然资源和规划分局依法履行了判决确定的义务；2018 年 12 月，在易某行政诉讼案中，某自然资源和规划分局主动按单独一户标准计算了安置补偿费；2019 年 4 月，在王某行政诉讼案中，某自然资源和规划分局当庭发表“外嫁女”不按单独一户进行补偿安置的答辩意见。上述三起案件，某自然资源和规划分局对“外嫁女”是否按照单独一户核算征收补偿安置款，认定标准不统一。

【检察机关履职过程】

某区人民检察院在开展“全面深化行政检察监督依法护航民生民利”专项活动中，以张某、王某、易某等三起具有典型性的案件为切口，通过数据检索，发现全区涉“外嫁女”土地征收补

偿行政诉讼多达上百件。某区人民检察院经研判，决定开展类案监督。通过走访行政机关、人民法院及村民委员会，调取案卷、查看资料，发现行政机关对“外嫁女”征地补偿安置标准不统一的问题较为突出，还存在行政诉讼答辩“同案不同辩”应诉不规范等问题。



检察人员就检察建议整改内容与行政机关进行沟通

2022 年 3 月 29 日，某区人民检察院向某自然资源和规划分局发出检察建议书，建议该局：1. 对“外嫁女”进行补偿安置时，要充分保障妇女合法权益，以是否依法登记所在地常住户口作为形式要件，以是否实际在本集体经济组织生产生活为实质要件，综合判断其是否具有集体经济组织成员资格。2. 对“外嫁女”是否按单独一户进行补偿安置，制定统一的补偿认定标准。3. 完善行政应诉机制，提升依法行政水平，维护政府公信力。检察建议发出后，某区人民检察院与某自然资源和规划分局、某区妇联多次召开联席会，交流意见，共商整改重点。

2022 年 4 月 27 日，某自然资源和规划分局书面回复，表示进一步完善征地拆迁安置政策和补偿认定标准；严格落实“三轮会审”机制，及时梳理总结涉拆案件情况；提升自身应诉能力水平。2022 年 5 月，某自然资源和规划分局制定新的《征拆安置政策和补偿认定标准》手册，对“外嫁女”制定了统一的身份认定、户型认定的补偿标准，按单独一户标准对符合规定的王某等“外嫁女”及其子女计算安置补偿费。聘请 4 名专职律师负责行政应诉工作，从源头堵塞行政应诉不规范问题。某区人民检察院与某区妇联会签《检察监督保障妇女权益协作配合机制意见》，在线索移送、支持起诉、行政争议化解、司法救助等多方面达成合作意见，建立长效机制。2022 年 6 月以来，该区未再发生因“外嫁女”补偿安置标准不统一而引发的行政诉讼。

【典型意义】

征地拆迁补偿，事关民生民利。“外嫁女”应否予以补偿安置，以及补偿安置标准是否一致，事关妇女群众切身利益。在土地征收补偿安置中，农村集体组织单独登记立户的“外嫁女”，应当平等享有安置补偿权利，以单独一户按照统一标准进行补偿安置。检察机关在履行法律监督职责中，对于侵害“外嫁女”补偿安置权益，已被人民法院判决纠正后仍得不到有效落实的多起同类不当行政行为，注重类案监督，找准深层次问题，推动完善制度构建，确保同类案件在同等条件下得到同等处理，促进诉源治理，充分彰显了检察机关敢于监督、善于监督的责任担当。

案例四

钱某娟、季某熙诉浙江省某街道办事处不履行征收安置补偿职责检察监督案

【关键词】

行政生效裁判监督 外嫁女 集体经济组织成员资格 安置补偿 社会治理

【基本案情】

钱某娟系浙江省某镇（现某街道办事处）某村村民，婚后仍落户在其父钱某户内，育有一女季某熙，亦落户在钱某户内。2015 年 9 月，钱某娟与其夫季某离婚，季某熙随母共同生活。2017 年，钱某娟、季某熙所在的某镇某村列入拆改范围，钱某的房屋在征收范围内。2017 年 9 月 11 日，钱某与某镇人民政府签订《房屋征收安置补偿协议》，钱某娟、季某熙未被计入安置人口。钱某娟、季某

熙提起行政诉讼，请求撤销《房屋征收安置补偿协议》，并重新签订；附带审查并确认某区政府安置补偿实施方案中“虽户口在册，但已嫁于外村且无独立合法产权房屋，不计入安置人口”的规定违法。某区人民法院判决驳回诉讼请求。钱某娟、季某熙不服，提出上诉、申请再审，未获支持。钱某娟、季某熙向某市人民检察院申请监督。

【检察机关履职过程】

某市人民检察院依法受理，并根据一体化办案规定，成立两级院办案组，由某区人民检察院检察长包案办理。经调阅法院卷宗材料，调取钱某的户籍信息及某村集体经济组织成员情况，咨询区集体土地征收安置人口认定政策的制定背景及实践情况，查明：钱某娟、季某熙的户籍自始在某村，未变动，二人一直与钱某夫妇在该村生活。钱某娟系某村集体经济组织成员，享受股权 6.21 股，有股权证。钱某签订房屋征收安置补偿协议后，房屋被拆除，钱某娟、季某熙面临住房困难。安置补偿实施方案中的“已嫁于外村”，在实践中解释为“与外村人结婚”。



经过检察人员的努力调解，钱某娟撤回监督申请

检察机关经审查认为，钱某娟、季某熙自始系某村集体经济组织成员，二人也未在其他农村集体经济组织中享受宅基地分配使用、安置补偿。安置补偿实施方案损害妇女、儿童权益，不应作为否认“外嫁女”及其子女获得安置补偿待遇的依据。考虑到提抗、审判、执行周期长，且可能引发新一轮诉讼，增加当事人的诉累，为从根本上保障当事人的权益，某市人民检察院牵头召开府检、法检联席会议，研判“外嫁女”安置补偿案件的司法裁判规则，某区人民检察院与区房征办、信访局、街道办事处等共同研究解决方案。经多方协调联动，最终达成对钱某娟、季某熙补偿 50 万元的方案。2022 年 11 月 14 日，钱某娟、季某熙领取补偿款后，向检察机关申请撤回监督申请。该案行政争议得到实质性化解。

检察机关由该案进一步推动行政机关制定科学、合法、可行的土地征收安置补偿政策。目前，某区政府已修订土地征收安置补偿方案，涉“外嫁女”安置政策得以调整。

【典型意义】

男女平等是我国的基本国策。党的二十大报告强调“坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益”，充分彰显党中央对妇女儿童事业发展的高度重视。新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》也要求检察机关在履职中加强对妇女权益的保护。检察机关在履职过程中，坚持问题导向，针对将“外嫁女”土地征收安置补偿权益排除在外，违反男女平等基本国策及相关法律规定的现象，通过一体化办案、成立联合办案组、院领导包案、府检联动、法检联动等方式，依法开展监督，妥善化解争议，有效维护妇女合法权益。同时，通过案件办理，推动地方政府在行政管理中重视妇女权益保障，完善土地征收安置补偿政策，有力提升社会治理法治化水平。

案例五

俞某诉江苏省某镇人民政府违法拆除及行政赔偿检察监督案

【关键词】

行政生效裁判监督 外嫁女 拆迁补偿 独立基本户 行政争议实质性化解

【基本案情】

俞某系某镇村民，婚前与其父、兄共同居住。2007 年俞某结婚，户口未迁出，并一直居住在本村。因俞某属于与村集体经济组织以外人员结婚

但户口未迁出的“姑娘户”，按照当地政策，不符合单独分户条件，俞某同其丈夫（外地人）在俞某父亲宅基地翻建房屋 240 平方米，并多次申请宅基地及建房手续，但一直未能办理。2017 年，当地政府作出房屋征收决定公告，对俞某所在“城中村”改造项目内的居民房屋实施征地拆迁。房屋被镇政府拆除后，俞某向某区人民法院提起行政诉讼，请求判令按照拆迁安置补偿的标准，以房屋产权置换方式对房屋灭失损失进行赔偿。某区人民法院审理认为，俞某与其父亲并未分户，其翻建房屋使用的是其父亲宅基地，未办理房屋建房手续。根据有关规定，案涉房屋不能按照拆迁补偿的标准予以赔偿，鉴于房屋确系俞某所建，可按照房屋重置价予以赔偿（每平方米 500 元）。审理中，某镇政府表示可以赔偿 90 万元，法院予以准许。俞某不服一审判决，提出上诉、申请再审，均未获法院支持。俞某向某市人民检察院申请监督。

【检察机关履职过程】

某市人民检察院依法受理。经调查核实查明：俞某房屋被拆除后，一直没有经济能力购买商品房，长期在外租房居住；俞某丈夫在原籍集体经济组织无住房、无宅基地；拆迁部门认为俞某是“姑娘户”，按照当地政策，不同意按照“独立基本户”进行拆迁安置补偿；俞某认为其一直在该集体经济组织享有权利和承担义务，系当地村民，在父辈宅基地上分户建房并一直居住，应以“独立基本户”对其进行拆迁补偿安置。



检察机关召开听证会，并进行释法说理

检察机关经审查认为，因俞某未分户且所建房屋未能办理审批手续，终审判决并无明显不当，但俞某的权益并未得到充分保障。本案系历史遗留问题，涉及村民自治规则的正当性、传统观念根深蒂固等问题，争议化解难度大。为此，检察机关联合当地妇联，多次组织当事人协商，赴政府商谈，引导当地政府切实增强男女平等意识，依法保障妇女在农村土地征收补偿安置以及宅基地使用等方面享有与男子平等的权利。同时，多次赴俞某家实地开展联合走访慰问，为俞某提供心理疏导和关爱帮扶，减少其对立情绪。为进一步厘清外嫁女的相关法律、政策问题，2022 年 6 月 23 日，检察机关就该案召开听证会，并邀请具有市区两级妇联代表身份的听证员参与。会上，双方围绕争议焦点充分表达意见、听证员现场提问，明晰案件事实，就和解方案进行全面评估与多次磋商。最终镇政府一次性补偿数十万元，合计先前赔偿的 90 万元，俞某得到的补偿与拆迁补偿的标准基本接近，双方达成和解协议，俞某撤回监督申请。长达五年的行政争议得以实质性化解。

【典型意义】

新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》明确规定，国家采取必要措施，促进男女平等，消除对妇女的一切形式的歧视，禁止排斥、限制妇女依法享有和行使各项权益。妇女在土地征收补偿安置以及宅基地使用等方面，享有与男子平等权利。针对历史遗留问题，检察机关在办案过程中，坚持系统思维，统筹考虑拆迁安置争议形成的法律问题、社会成因和历史因素，为避免给当事人增加诉累，纾解其面临的现实困难，通过公开听证、联合商谈、入户走访等方式，推动当地政府研究制定合理的补偿方案，促成当事人达成和解协议，实质性化解行政争议，实现政治效果、社会效果、法律效果有机统一。

案例六

周某诉海南省某市某村委会某村民小组集体经济组织成员资格确认检察监督案

【关键词】

行政生效裁判监督 外嫁女 集体经济组织成员资格确认 行政争议实质性化解

【基本案情】

周某于 1979 年 10 月 6 日出生，户籍登记在某市某区某村其父亲周某驹为户主的家庭户口中。周某的父母以家庭承包的方式，承包该村土地 11.31 亩，承包期限至 2027 年 12 月 31 日。2018 年 6 月 13 日，周某与外地的冯某登记结婚，但户口未迁出，未在夫家分配过农村承包土地或征地款。2020 年 10 月，某村决定给户口在本村的每个农业人员发放征地补偿款共计人民币 80246 元，村民小组以周某属于在本集体没有承包地的“外嫁女”，不具有集体经济组织成员资格为由，拒绝向其支付上述征地补偿款。

2021 年 1 月 6 日，周某以村委会某村村民小组侵害其集体经济组织成员权益为由向某市某区人民法院起诉，法院判决确认周某未丧失村集体经济组织成员资格，仍系某村集体经济组织成员。某村村民小组应向周某支付土地补偿费 80246 元。该村村民小组不服，提出上诉、再审申请均未获支持。期间，周某两次请求某镇人民政府、某镇农业服务中心帮助解决确认集体经济组织成员资格问题，镇政府一直未处理，某村村民小组一直未支付土地补偿款。周某向某市某区人民检察院申请监督。

【检察机关监督情况】



检察机关召开听证会，现场释法说理

某区人民检察院依法审查认为，某区人民法院判决认定事实清楚、适用法律正确；某镇政府应当依法履行对某村委会某村村民小组不予确认周某集体经济成员资格、侵害其合法权益行为的监督管理职责。2022 年 8 月 22 日，某区人民检察院向某镇政府发出《检察建议书》，要求及时协调、监督某村委会某村村民小组确认周某的集体经济组织成员资格，并加强对辖区农村集体成员身份确认工作的指导，避免出现类似侵害“外嫁女”合法权益的情形。同时，某区人民检察院组织公开听证，商请某市某区某镇政府代表、村民小组代表出席听证，邀请人大代表、人民监督员、律师担任听证员，摆事实讲道理，促进实质性化解本案争议。

2022 年 9 月 7 日，某镇人民政府作出书面回复，已采纳检察建议，协调村小组人员确认周某集体经济组织成员资格，并已将周某录入集体经济组织成员身份系统，向其出具了集体经济组织成员股权证，并按程序分期向周某支付土地补偿款。2022 年 11 月 1 日，周某签署了息诉承诺书。

【典型意义】

新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》规定，妇女在农村集体经济组织成员身份确认、土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收补偿安置或者征用补偿以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。认定“外嫁女”是否具有集体经济组织成员资格，应当结合户籍、土地

承包经营权、权利义务关系等综合认定，确保“外嫁女”应当享有的利益不落空。与他村村民结婚，但户口未迁出，在本村承包土地、履行村民义务，且未在夫家分配过农村承包土地或征地款的“外嫁女”，依法具有集体经济组织成员资格，享有相关合法权益。检察机关履行法律监督职责中，对行政机关不依法履职导致“外嫁女”合法权益长期得不到解决的行政检察监督案件，综合运用检察建议、公开听证等方式，解决实质诉求，促进争议化解，有效维护妇女合法权益。

来源：检察日报社

记者：刘亭亭

编辑：张苏茜

最高检、全国妇联相关部门负责人就维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例答记者问

2023-11-01 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/7VADA8NKXhzOunWIfEFe7A

合力维护农村妇女涉土地合法权益

——最高检、全国妇联相关部门负责人就维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例答记者问

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，全面贯彻党的二十大精神，认真贯彻执行新修订的**《中华人民共和国妇女权益保障法》**，合力维护妇女合法权益，最高人民检察院会同中华全国妇女联合会共同发布维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例。近日，最高检第七检察厅厅长张相军、全国妇联权益部部长李颖就该批典型案例的背景、意义等回答记者提问。

问题 1：此次发布的 6 件维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例的背景和目的是什么？

张相军：党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视妇女事业发展，妇女权益保障法治体系不断健全完善。**党的二十大报告**明确指出“坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益”。前不久，第七次全国妇女儿童工作会议召开，传达了习近平总书记对妇女儿童工作作出的重要指示，对保障妇女合法权益提出明确要求。今年是新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》施行第一年，最高检专门印发**《关于贯彻实施新修订〈中华人民共和国妇女权益保障法〉切实保障妇女权益的通知》**（以下简称《通知》），对各级检察机关充分履行检察职能，全面加强妇女权益保护作出系统部署，明确要求加强行政检察监督，维护妇女合法权益。

为深入贯彻党的二十大精神和习近平总书记重要指示精神，贯彻执行新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》，落实《通知》要求，各级检察机关依托最高检部署开展的“全面深化行政检察监督依法护航民生民利”专项活动，结合当地实际开展“外嫁女权益保障”等特色“小专项”，主动加强与当地妇联的联系，建立信息共享、案件移送、案情通报、联合督办等机制，强化对妇女权益的全方位司法保护，自 2022 年 1 月至 2023 年 9 月，共办理涉妇女权益保护行政检察案件 4000 余件。

本批 6 件维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例，由最高检、全国妇联共同选编、联合发布，充分展现专项活动以来最高检与全国妇联深化协作共同落实习近平法治思想，积极回应社会关切，解决妇女急难愁盼的法治成果，切实

提升农村妇女的获得感、幸福感、安全感。同时，同步示范指导地方检察机关继续加强和妇联协作，加大对涉妇女合法权益行政诉讼、行政非诉执行案件等监督力度，高质效办好每一起案件，加强普法宣传，完善制度构建，凝聚保护合力，为促进男女平等和妇女全面发展营造良好的法治环境。

问题 2：新修订的妇女权益保障法施行以来，检察机关立足法律监督职能，在依法维护涉妇女合法权益领域加大监督力度。在今天发布的这批行政检察典型案例中，呈现出哪些特点？

张相军：本批典型案例具有以下几个特点：

一是聚焦维护农村妇女涉土地合法权益。此次最高检、全国妇联联合发布的 6 件案例，都是涉及农村妇女土地权益的行政检察案件。受传统婚嫁风俗、重男轻女落后观念等影响，农村妇女因婚姻关系、户籍等发生变动，在土地利益分配上被排斥的现象时有发生，在宅基地使用、农村集体经济组织成员身份确认、土地承包经营、土地征收补偿安置或者征用补偿等方面，因合法权益受到侵害，产生争议。这些争议往往具有历时长、关联诉讼多、行民交叉等特征，严重影响其获得感，亟需检察机关以高质效法律监督纾解其面临的现实困难，维护农村妇女的合法权益。

二是强调对农村妇女财产权益的平等保护。新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》第五十五条规定：“妇女在农村集体经济组织成员身份确认、土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收补偿安置或者征用补偿以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。”本批案例就是对上述法律规定的具体落实和生动解读。如，支某兰诉山东省某市自然资源和规划局集体土地登记检察监督案，检察机关准确认定户口迁出的“外嫁女”虽然不再是原集体经济组织成员，但其通过取得宅基地上房屋的继承份额，可以登记为宅基地的使用权人，依法提出抗诉并获采纳，保障了“外嫁女”的宅基地使用权。再如，俞某诉江苏省某镇人民政府违法拆除及行政赔偿检察监督案，检察机关针对“外嫁女”被剥夺农村集体经济组织成员资格后，出现土地权益“两头空”的现象，多次组织当事人协商，引导当地政府切实增强男女平等意识，依法保障“外嫁女”在农村土地征收补偿安置以及宅基地使用等方面享有与男子平等的权利。

三是凸显检察机关与妇联组织、行政机关协作配合的成效。对于农村妇女涉土地合法权益“案结事不了”“程序空转”的案件，注重发挥行政检察“一手托两家”作用和妇联组织机构分布广、直接接触群众、信息掌握全面的组织优势，坚持男女平等的基本国策，切实解决农村妇女急难愁盼问题。如，张某甲诉江苏省某镇人民政府土地权属不予受理决定检察监督案，检察机关针对案涉争议始终“诉而不决”，“外嫁女”离异后多次诉讼实质是为求得其今后回原籍生活的“容身之所”的情况，向当地妇联通报该案情况，协同妇联共同赴某镇政府开展化解工作，“一揽子”化解行政争议与民事纠纷。再如，钱某娟、季某熙诉浙江省某街道办事处不履行征收安置补偿职责检察监督案，检察机关针对将“外嫁女”土地征收补偿安置权益排除在外的情况，研判相关案件的司法裁判规则，与当地房征办、信访局、街道办事处等共同研究解决方案，经多方协调，最终达成对当事人的合理补偿，妥善化解争议。

四是注重结合司法办案深入剖析案件背后的深层次原因，促进诉源治理。在办案中加强对被诉行政行为及相关行政行为是否存在违法情形的调查核实，从中发现行政违法行为监督线索，同时加强对监督纠正案件的跟进监督和跟踪问效，推动源头治理。如，湖南省某市某区人民检察院依法保障“外嫁女”土地征收权益检察监督案，检察机关通过类案数据检索、分析研判、走访调查，发现行政机关在涉“外嫁女”征地补偿过程中存在安置标准不统一等突出问题，通过制发检察建议推动行政机关对“外嫁女”制定统一的补

偿标准，确保同类案件在同等条件下得到同等处理。再如，周某诉海南省某市某村委会某村民小组集体经济组织成员资格确认检察监督案，检察机关在个案监督的基础上，向当地政府发出检察建议，要求加强对辖区农村集体经济组织成员身份确认工作的指导，避免出现类似侵害“外嫁女”合法权益的情形。

问题 3：全国妇联和各级妇联组织是守护“她权益”的重要力量。对妇联组织来说，发布这批典型案例对于推动妇女权益保障工作有何积极影响？

李颖：以习近平同志为核心的党中央高度重视妇女事业发展，把保障妇女合法权益作为治国理政的重要内容，系统纳入法律法规，上升为国家意志，内化为社会行为规范，为促进妇女平等依法行使民主权利、平等参与经济社会发展、平等享有改革发展成果提供了重要保障。此次最高检与全国妇联共同发布维护农村妇女涉土地合法权益行政检察典型案例，是贯彻落实党的二十大精神和习近平总书记关于妇女儿童和妇联工作的重要论述、践行以人民为中心的发展思想的重要举措，对我们进一步做好新时代妇女维权工作很有意义。

一是为妥善化解农村妇女土地权益争议提供了重要示范。随着人民生活水平不断提高，我国妇女生存发展环境越来越好，同时也要看到，受长期历史文化的影响，重男轻女、男尊女卑的落后观念尚未根除，针对妇女的歧视依然存在，特别是受传统“从夫居”婚嫁习俗的影响，农村妇女在土地权益保障方面仍然面临一些现实困难。习近平总书记多次强调要坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益，重点关注、重点解决包括农村妇女土地权益保障在内的难点问题。《深化农村改革实施方案》明确提出“依法维护外嫁女等特殊群体土地承包权益”。妇联组织认真履行代表和维护妇女权益、促进男女平等和妇女全面发展的基本职能，把保障农村妇女土地权益作为维权工作重点，与政府部门、司法机关等联动协作，努力为妇女纾困解忧。此次发布的典型案例为综合运用多种方式促进行政争议实质性化解，以高质效法律监督推动解决妇女急难愁盼问题，提供了丰富的实践样本，将有利于推动类似问题的解决，更好促进农村妇女平等参与农业现代化进程、共享农村改革发展成果。

二是有力促进相关法律政策在基层深入贯彻实施。近年来，妇联组织加强源头参与，充分利用代表妇女参与民主决策、民主管理、民主监督的各种渠道和协商机制，积极参与《中华人民共和国农村土地承包法》、《中华人民共和国农村集体经济组织法》和农村土地确权颁证、农村集体产权制度改革、宅基地制度改革、二轮延包等法律政策的制定和修改，提出意见和建议。今年 1 月 1 日施行的新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》明确妇女平等享有土地及各项相关权益，强调村规民约以及涉及村民利益的决定，不得侵害妇女权益，并增加了检察机关可以对侵害农村妇女集体经济组织权益等情形发出检察建议、提起公益诉讼等内容，进一步加大了对农村妇女土地权益的保障力度。此次发布典型案例是检察机关依法能动履职、贯彻落实妇女权益保障法的实际行动，有利于推动男女平等基本国策和相关法律政策规定在基层更好正确实施。

三是推动妇女维权工作跨部门协作机制不断完善发展。全国妇联与最高检联合建立了保护妇女儿童权益工作合作机制，在加强案件线索移送、公益诉讼、司法救助、法治宣传等方面一直保持良好的沟通合作，夯实了妇女儿童权益司法保障基础。近年来，我们紧跟农村土地改革进程，通过联合开展调查研究和课题合作、征集发布典型案例等，积极推动解决农村妇女土地权益保障问题。从此次发布的典型案例可以看到，检察机关敢于监督、善于监督，牵头化解陈年积案，推动地方研究制定解决方案，联动开展多元救助帮扶，同时注重类案监督，以点带面推动制度完善，促进诉

源治理，成效显著，有助于推动完善党委领导、政府主导、各方协同、社会参与的妇女权益保障工作机制，把维护妇女合法权益落到实处。

此次最高检与全国妇联共同发布典型案例，彰显了两家依法维护妇女权益的坚定决心，展现了破解妇女维权领域重难点问题的实践成果。妇联组织将以此为契机，在切实履行自身职能的同时，持续深化与检察机关的合作，增强工作合力，努力让广大妇女在享有和实现各项合法权益中，有更多获得感、幸福感、安全感。

来源：检察日报社

记者：刘亭亭

编辑：李文睿

检察官出手，26 年无妻婚姻终撤销

2023-11-01 法治周末报 法治周末报

https://mp.weixin.qq.com/s/6mFlUWDxhaUMfRQ2I8SV1Q

文 | 《法治周末》见习记者 王意天

《法治周末》记者 宋媛媛

□ 张楠

责任编辑 | 戴蕾蕾

“都是自家种的，甜着呢”，张文（化名）将一块块切好的西瓜摆在桌子中间。

这是不久前，《法治周末》记者随河北省蔚县人民检察院检察官到村民张文家回访时的一幕。

不大的院子整齐地种上了玉米、蔬菜和瓜果。房屋门框上，宋家庄乡人民政府颁发的“五好家庭”奖牌在阳光下格外亮眼。

去年 8 月，在蔚县婚姻登记中心，60 岁的张文在检察官的见证下领到了期盼已久的结婚证，与王女士喜结连理。

“领完证心里踏实了，日子也过得红火。”张文和妻子乐呵呵地招呼大家吃瓜，墙上挂着去年 9 月拍摄的结婚照，照片中张文一身笔挺的西装，站在身穿洁白婚纱的妻子身边。

谁能想到，眼前这个笑容灿烂的张文，在两年前被一本离婚证搞得焦头烂额。没有这个离婚证，张文和王女士的婚就没法结。

1995 年，经人介绍，张文与贵州籍的小燕结了婚。两年后，小燕不辞而别离家出走，杳无音信。一晃 20 多年过去，张文经人介绍结识了王女士，决定结束上一段婚姻关系，开始新的生活。

2021 年年初，张文来到民政部门申请离婚，工作人员告诉张文，根据婚姻登记条例规定，内地居民自愿离婚的，男女双方应当共同到婚姻登记机关办理离婚登记。但这么多年过去了，现在根本就不可能再找到小燕这个人，更不用说请她来办理离婚登记手续。

此后，张文辗转多个部门寻求帮助，但问题均未得到解决。

在民政部门的建议下，张文向法院提起民事诉讼，请求判决自己与小燕离婚。

2022 年 4 月，张文向法院提起民事诉讼，请求判决自己与小燕离婚。法院通过结婚证上的身份证号码对小燕身份进行核实时，却发现查无此人。经进一步核实，检察官得知，1995 年，张文与小燕办理婚姻登记时，小燕使用的是虚假身份信息。无法确认小燕身份，就无法通过诉讼办理离婚手续，张文只好撤回离婚起诉。

张文和小燕的婚离不了，和王女士的婚就没法结。不办婚姻手续住在一起，张文和王女士又怕街坊四邻说闲话。

于是张文找到律师，得知自己婚姻登记不符合法律规定，民政部门也有一定责任。

2022 年 5 月 26 日，张文以民政部门为被告提起行政诉讼，请求法院撤销民政部门对其与小燕作出的婚姻登记行为。法院审查后告诉张文，婚姻登记这个行政行为发生在 1995 年，已经超过了诉讼时效，驳回了张文的起诉。

万般无奈下，同年 6 月 27 日，张文在律师的陪同下来到蔚县检察院申请检察监督。同年 7 月 11 日，经过调查后，该院依职权受理了张文的案件。

承办检察官通过全面了解张文办理婚姻登记，以及民事、行政诉讼的经过，并到张文居住地实地走访了村委会工作人员及知情村民，对相关情况进行进一步核实。在向婚姻登记中心调取二人的婚姻登记档案时，检察官发现，档案中没有小燕的户籍身份信息证明材料，且婚姻登记申请书中只填写了其姓名、身份证号和户籍地。档案显示小燕的户籍地为贵州，但身份证号码前 6 位的地址码却是河北省蔚县的地址码。

“贵州的户籍怎么会是河北的身份证号码？”带着这一疑问，蔚县检察院办案组到公安机关户籍部门调取了小燕的户籍身份信息，经过查询和比对分析，认定小燕与张文办理婚姻登记时使用了虚假身份信息。

通过证据审查，蔚县检察院认为该案在事实认定、案件处理等方面存在争议，应通过公开听证的形式开展行政争议实质性化解工作。

2022 年 7 月 14 日，蔚县检察院举行公开听证会，张文及其居住地村委会工作人员、民政局工作人员、听证员等受邀参加。

听证会上，张文、民政局工作人员、村干部分别陈述了各自观点，蔚县检察院出示了相关证据，认为根据相关法律规定，婚姻登记部门在未审查小燕身份证件的情况下为其与张文办理婚姻登记，缺乏婚姻登记的合法要件。基于已查明的事实，婚姻登记行为存在错误且对张文造成重大影响，县民政局应予以纠正。听证员一致同意检察机关意见。

根据相关规定，听证会上，蔚县检察院向民政局公开宣告并送达了检察建议，建议民政局撤销张文与小燕的婚姻登记。

在检察机关的见证下，蔚县民政局在县婚姻登记中心向张文宣读了撤销张文与小燕婚姻登记的决定，并通过婚姻登记系统当场撤销了张文与小燕的婚姻登记。

为取出亡父的银行存款，他不得已踏上寻母之路丨今晚九点半

2023-11-05 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/5c98mf1GWxoMxjZ6g9-akw

父亲离世，母亲多年下落不明，儿子因无法出具自己唯一享有法定继承权的证明，无法取出父亲生前的银行存款，好在有检察官的帮助……

“多亏检察官的帮助，我终于取出父亲生前的 20 余万元银行存款，更没想到的是，还找到了已失散 20 多年的母亲。”10 月 8 日，兰某向浙江省松阳县检察院检察官致电表示谢意。

而就在几个月前，兰某还在为如何取出亡父的这笔存款而烦恼不已。

父亲离世

遗留银行存款难取出

25 岁的兰某是家中独子，从记事起，他就没有见过自己的母亲，多年来父子俩相依为命。成

年后，兰某外出打工，父亲在家勤恳务农，生活还算过得去。

今年 4 月 5 日，兰某突然接到老家邻居打来的电话，告知其父亲被发现在家中离世。兰某迅速赶回老家办理父亲的丧事，当他整理父亲的遗物时，发现了两张银行存折，共计 20 余万元。

待心情平复后，兰某来到银行，准备取出父亲生前的存款。可没想到的是，**银行工作人员告诉他，存款人死亡后，其合法继承人必须持有公证处出具的继承权证明文书才能取款。**

为了取得相应的证明文书，兰某又跑到公证处。但公证处工作人员称，**兰某的母亲也是第一顺位继承人，由于无法确认兰某母亲的情况，故无法出具兰某享有唯一法定继承权的证明文书。**

这可难住了兰某。母亲究竟在哪儿？是否还在世？在兰某的印象中，父亲曾说过母亲在他两岁时就离家出走了。他也只依稀记得，母亲是云南人，姓成。后来找到的父母结婚证也显示了相同的信息。

为了取出亡父的存款，兰某不得已踏上了寻母之路。

母亲下落不明
申请撤销父母婚姻登记

兰某先是拿着父母的结婚证到辖区派出所寻求帮助，希望借此查找到母亲的一些信息。民警对此事很重视，第一时间帮忙查询。可是受早年技术条件所限，相关信息并没有进行联网登记，仅通过查询兰某母亲的姓名和籍贯，根本无法锁定具体对象。**母亲下落不明，作为儿子的兰某自然也无法请求民政部门或法院撤销父母的婚姻登记。**

父亲生前的存款难道真的取不出来了吗？兰某一筹莫展。

“你母亲当年提供的信息会不会有问题呀？”一位老乡无意间的一句话提醒了兰某。这位老乡还提到，村里曾经有人被冒名登记结婚，最后是检察院帮忙解决了难题。

何不找检察院试试？今年 7 月 3 日，**兰某向松阳县检察院申请监督，请求帮助撤销其父母的婚姻登记。**

接到兰某的申请后，承办检察官经仔细研究发现，这起案件与以往所办理的案件大为不同。本案中，申请人并不是婚姻登记的当事人，而是当事人的子女。子女能否作为监督撤销婚姻登记的申请人呢？经综合研判，检察官认为，本案中申请人遇到的实体问题与婚姻登记相关，如果其父母的婚姻登记存在违法情形，损害了其实体权益，则符合最高法、最高检、公安部、民政部联合印发的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》第 6 条所规定的当事人条件，属于其他利害关系人。

与此同时，承办检察官认真查询了兰某父母的婚姻登记档案，发现确实存在问题：在 1997 年的婚姻登记原始材料上，女方的身份信息仅有姓名和籍贯，并无身份证号码或户口簿信息。检察官决定受理此案，查明事实真相。

检察官多方调查揭真相
当事人顺利继承遗产

受理案件后，承办检察官第一时间赶往兰某所在地的村委会和当地派出所调查相关情况，并很快从老一辈人口中获悉了一条重要信息：**成某曾因犯罪被判过刑。**如果真有此事，肯定留有案底，再找人就不难了。

然而，检察官经多方查询，却没有查到有关成某犯罪的记录。当得知和成某一起被判刑的还有其他人时，检察官又通过同案犯的姓名去查找档案，最后，还真锁定了一起案件，发现在那起案件中，有一罪犯“陈某”与成某的信息重合度较高。

此“陈某”和成某会是同一人吗？检察官随后查看相关笔录，并将成某与“陈某”的个人信

息逐一进行比对，结果真的对上号了。至此，检察官基本能确定，那起刑事案件中的“陈某”就是成某。

为了进一步查明事实真相，承办检察官马不停蹄地到法院调取了那起刑事案件的卷宗材料，但相关信息里也仅包含“陈某”的名字及其户籍地云南省某县。于是，检察官又向该户籍地的检察机关发出协助查询函，查询是否可以匹配到该人员，但得到的回复是，查无此人。

案件似乎又回到了原点。通过再次研判“陈某”所涉案件的信息，检察官敏锐地捕捉到服刑地监狱这一关键信息点，并以此为切入点展开工作。松阳县检察院向“陈某”服刑地监狱发出协助查询函，调取“陈某”的入狱照片等信息。

充分利用数字化办案手段，再由公安机关协助利用人脸识别技术进行比对，发现“陈某”和人口信息系统中的“陈某某”相似度极高，其籍贯为云南省某县，住所地为浙江省某县。为此，松阳县检察院又向浙江省某县检察院发出协助查询函，查询“陈某某”是否仍在此居住，终于得到了肯定的答复。**经过两省三地的监狱、公安机关、法院、检察院多方联动，终于找到了“陈某某”。**

那么，这个“陈某某”就是兰某的母亲吗？

承办检察官拨通“陈某某”的电话，向她说明事情的前因后果。**“陈某某”承认，自己就是那起刑事案件中的陈某，且在松阳县曾和他人登记结婚并育有一子。**通过辨认婚姻登记申请表上的照片，“陈某某”确认那人就是她本人。她表示，早年自己被人以打工的名义骗至松阳县，并被安排至兰某父亲家中居住，后来与兰某的父亲结婚。由于当时未到法定婚龄，她便使用虚假的姓名与兰某的父亲办理了结婚登记。

“陈某某”表示，当初与兰某的父亲结婚并非其真实意思表示，希望能撤销该婚姻登记。另外，她还表示，**这么多年没有陪伴在儿子兰某身边，心里十分愧疚，她自愿放弃对兰某父亲遗产的继承权。**

征询完兰某和“陈某某”的意见后，松阳县检察院主持并安排母子相认。事后，检察官问兰某：“你恨过你的母亲吗？”兰某说：“没有母亲陪伴的童年，确实有不少的辛酸。曾经也恨过母亲，但见到母亲的那一刻，发现我根本不恨她，母亲一直把我放在心上，从来没有放下我。”兰某的回答让检察官十分欣慰，同时也为他高兴——**父亲虽然不在了，但是他找到了母亲。**

为依法维护婚姻登记秩序和当事人合法权益，帮助申请人切实解决问题，今年 7 月 20 日，松阳县检察院召开公开听证会，邀请人民监督员、人大代表等担任听证员，邀请特约检察员及银行、公安机关、司法行政机关、属地乡镇等的代表作为列席人员参与听证会。

承办检察官对调查查明的案涉婚姻登记情况进行展示，并介绍了本案的前期办理情况和当前的问题焦点。同时，松阳县民政局代理人对案涉婚姻登记情况、履职难点等进行了阐述和说明。

随后，听证员们围绕婚姻登记、履职情况等进行现场提问，并结合自身专业知识发表了听证意见。**他们一致认为，案涉婚姻登记应当予以撤销，检察机关应依法督促行政机关积极履职，保障人民群众的合法利益。**

参加听证会的银行工作人员表示，检察机关的检察建议和民政部门撤销婚姻登记的文书就是有效的法律文书，凭这些文书，银行可以协助兰某办理相关的取款手续。

在查明成某身份涉及刑事案件被告人自报姓名后，为守护司法的公平正义，松阳县检察院及时将案件线索移送相关检察机关刑事检察部门。目前，检察机关已向法院发出检察建议，建议更正刑事判决书中被告人陈某的姓名、出生日期，同步更正犯罪档案。

如今，兰某的烦心事彻底解决了，**他不仅顺利继承了父亲的遗产，还重新收获了来之不易的亲情。**

检察官说法

本案撤销婚姻登记具有重要意义

婚姻关系是一项重要的人身关系，是配偶权、继承权、亲子权等重要人身权利的基础，冒用他人身份信息或使用虚假身份信息办理婚姻登记，不仅危害当事人合法权益，还会严重破坏婚姻登记秩序。

此前，民法典未明确规定冒名登记结婚、弄虚作假结婚可撤销情形，2021 年 11 月，最高法、最高检、公安部、民政部《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》的出台正好解决了这个难题。

本案中的申请人兰某虽然不是婚姻登记的当事人，但其实体权益受婚姻登记的影响，自身已穷尽救济途径无法解决。检察机关分析研判认为其属于《指导意见》中的“其他利害关系人”，最终受理该案。

兰某的父亲已经死亡，是否还需要撤销虚假的婚姻登记？有人认为婚姻登记一方已死亡，婚姻关系自动解除，因此认为撤销婚姻登记没有必要。但检察官认为，这种婚姻关系的自动解除指的是配偶权的终止，其仍会产生继承权、亲子权等法律后果，而婚姻登记被撤销后，婚姻自始不受法律保护，婚姻双方不需要承担相互扶养义务，不享有配偶继承权，同居期间所得的财产可以协商解决或诉讼。

具体到本案，兰某的继承权无法顺利行使，是因为在法定继承上还有一个母亲。随着调查的深入，检察机关找到了兰某的母亲，她作为婚姻登记的当事人也表示要撤销这段虚假的婚姻登记。因此，在申请人以及当事人都要求撤销，且婚姻登记本身存在虚假的前提下，即使婚姻登记当事人一方已经死亡，对该婚姻登记作出撤销处理仍然具有重要意义。

检察机关对该案的办理，正是对最高检在全国检察机关开展的全面深化行政检察依法护航民生民利专项活动、切实维护弱势群众权益的积极响应。在办案过程中，检察机关运用大数据思维和一体化机制，联合两省三地检察机关、公安机关、监狱，充分行使调查核实权，查明案件事实，督促行政机关主动撤销虚假婚姻登记，有效维护了婚姻登记秩序及当事人合法权益。

来源：检察日报·政和周刊

作者：史隽 雷淑燕

漫画：姚雯

编辑：刘文晖 郑凯文

为逃避执行，连遗产都不继承了？南阳宛城：监督撤销虚假调解书恢复执行

2023-11-08 检察日报客户端 王永强 张婷 梁爽

https://szb.jcrb.com/mobile/2023/20231108/20231108_006/content_20231108_006_1.htm#page5?operate=true

因欠款纠纷，母亲遗留的房产即将被法院执行。为逃避执行，姐弟俩竟恶意串通提起虚假民事诉讼，并达成调解协议，迫使执行被叫停。经河南省南阳市宛城区检察院依法监督，法院最终撤销了虚假调解书，并恢复执行。近日，法院按照执行程序对案涉房产进行评估拍卖。

债务人无其他财产，母亲遗留房产即将被执行

阿力（化名）是南阳市宛城区高庙镇人，从事建筑行业。因项目合作关系，他和阿强（化名）相识，并经常有借款往来。

2016 年 5 月，阿强在河南省唐河县承包了一个建设项目，因需要资金周转，便向阿力借款 46 万元。双方约定借款期限为三个月，并签订了借条。阿力随后通过其银行账户向阿强转账 46 万元。

然而，借款到期后，阿力多次催要，阿强均以各种理由推脱。出于无奈，2019 年 8 月，阿力将阿强起诉到法院。经审理，法院判决阿强偿还阿力借款本金 46 万元及利息。

判决生效后，阿强一直不履行还款义务，阿力申请强制执行。法院经多方查控，最终冻结并扣划了阿强名下仅有的 1.3 万元存款，除此之外再未查询到其他财产可供执行，执行陷入僵局。

2021 年 4 月，阿力经多方打探得知，2020 年 12 月，阿强的母亲去世，其生前在宛城区有一套价值 65 万元的房产，阿强对该房产具有继承权。阿力及时向法院提供了该线索，法院依法查封了该房产。

被执行人对遗留房产没有继承权？

2021 年 10 月，阿强的姐姐阿丽（化名）向法院执行局提出了执行异议，称被查封房产是她和父母一起出资建造的，跟阿强没有关系，要求法院停止执行。

同年 11 月，阿丽不等法院执行局处理该执行异议，就隐瞒该房产已被查封的事实，向法院起诉阿强，诉称弟弟阿强一直没有尽到赡养父母的义务，父母生前均表示只把该房产留给她自己。

在法院主持双方调解时，阿强表示：“如果阿丽以后能够照顾我儿子结婚等事宜，我自愿放弃对该房产的继承。”

很快，双方达成了调解协议：阿强自愿放弃对位于宛城区某街道房产的继承权，该套房产全部由阿丽继承。

检察监督撤销错误调解书，法院恢复执行

得知即将被执行的房产摇身一变成了他人的财产后，阿力难以接受。他经过多方打听，了解到阿强在房产被查封后与其姐姐恶意串通、以虚假诉讼手段转移财产从而逃避执行的全过程。

2022 年 10 月，阿力向宛城区检察院申请对这起执行案件依法监督。该院受理案件后，承办检察官经调阅原审案件卷宗、深入调查走访和全面核实后，查明了事实真相。

原来，2021 年 11 月，阿强得知母亲遗留的房产被法院查封后，便找到其姐姐阿丽，要求阿丽以他不履行赡养义务为由到法院起诉，再通过自愿放弃遗产继承权，将房产转移到阿丽名下，以此逃避执行。

今年 3 月，宛城区检察院向该区法院发出再审检察建议书，认为阿强与阿丽法定遗产继承纠纷案的民事调解书存在恶意串通以逃避执行的情形，损害了司法公信力，侵害了其他合法债权人的利益。

4 月，法院对上述法定遗产继承纠纷案裁定再审。7 月，法院经再审后撤销了阿强与阿丽达成的民事调解书，并对阿强、阿丽的违法行为予以训诫，对阿力诉阿强归还借款案恢复执行。

（五）公证专题

涉外继承公证难点实务问题探析

2023-05-08 长安公证 李青 樊江宁

https://mp.weixin.qq.com/s/Uj646-0HgDOvoEyBqx9cpg

摘 要

随着国际间交往的加深，区域一体化的发展，投资趋势的全球化，涉外继承案件也逐步增多。与诉讼手段相比较，继承公证周期短、成本低，私密性强，在保护隐私的同时，更加有利于财富传承。在涉外财富传承实践中，比较常见的公证事项就是遗嘱和继承权公证。这两者相互关联，密不可分。本文首先从涉外民事法律关系的概念入手，分析了涉外继承权公证的常见场景，最后从准据法的确认问题、跨境遗嘱在中国的承认与涉外遗嘱订立、家族基金会与遗嘱信托文件在境内的承认和执行等三个方面探讨了涉外继承公证目前面临的难点问题及解决对策。

随着国际间交往的加深，区域一体化的发展，投资趋势的全球化，越来越多的公民成了“国际人”，地球也变成了“地球村”。近年来，中国作为国际交流频繁的国家，越来越多的中国公民在海外投资、购买房产，或者与外国人缔结婚姻关系，长期在国外生活。也有很多中国人选择移民，加入外国籍，或者是取得国外永居身份。同时，随着中国经济的腾飞，也吸引了很多外国人前往中国工作、生活、置产。随之而来的是一系列复杂的涉外财富传承法律问题。

一个自然人去世后，他在全球范围内的财产如何能顺利地传承给他的继承人，公证无疑是一个非常值得考虑的手段和工具。在当事人生前，公证机构可以与律师事务所、信托、税务筹划、保险等机构相互配合，通过夫妻财产约定、遗嘱、遗嘱信托、意定监护、遗赠扶养协议等多种方式进行生前全面合理的规划。在当事人去世后，因涉及股权、不动产、机动车、证券、投资理财产品、存款等遗产的提取和过户，继承人往往也要向有关部门提交公证处出具的继承权公证书，或者去人民法院通过诉讼取得有关继承的判决书或调解书。而与诉讼手段相比较，继承公证周期短、成本低，私密性强，在保护隐私的同时，更加有利于企业和家族稳定，具有一定的优势。而在涉外财富传承领域，比较常见的公证事项就是遗嘱和法定继承权公证。这两者相互关联，密不可分。

一、涉外民事法律关系的概念

涉外因素的具体情形，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第一条的规定，民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；（二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；（三）标的物在中华人民共和国领域外；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。根据上述规定，我们可以将涉外民事法律关系归纳为：主体涉外，包括被继承人涉外与继承人涉外；客体涉外，如需要继承的财产涉外；事实涉外，如中国公民在外国去世等情况。值得注意的是，上述法条中，中华人民共

和国领域外，一般指的是境外，即港澳台及其他国家和地区，都是涉外民事法律关系的范畴。

二、涉外继承权公证的常见场景

继承公证一般包括法定继承和遗嘱继承公证，但不论哪种继承权公证，遇有涉外因素时，在公证实践层面，我们均可以用公证文书是否在境内使用加以区分，将其划分为两个场景：

第一个场景是，需要继承境外的遗产。如被继承人在中国北京市去世，但在美国有房产，这时候就需要北京的公证机构为之办理死亡证明、亲属关系、结婚证等一系列的涉外民事公证，有些情况下，还需要公证机构就我国继承相关法律规定及继承人情况出具法律意见书，提供给美国当地的有关机构。这种情况涉及境内公证文书要在境外使用。

第二个场景是，需要继承境内的遗产，但是被继承人或继承人中有境外人士（如子女、配偶是外籍），或者继承人与被继承人都是境外人士，仅在境内有遗产的。此种情况往往是涉及境外法律文件，如死亡证明、委托书、声明书、亲属关系、遗嘱等要在境内使用。这时就需要将上述有关文件先在当地进行公证，再结合实际情况进行认证（外国）或转递（港澳台地区），之后提交给境内的公证处使用，最后由境内的公证机构出具继承权公证书，公证文书均是在境内使用。

举例来说，李女士（中国籍）系一名女企业家，其配偶赵某（加拿大籍）于 2022 年在北京去世。赵某的父母（中国籍）已经先于其去世。李女士和赵某系原配夫妻，育有两个子女，女儿赵甲，儿子赵乙，均为加拿大籍，且常年生活在加拿大。赵某没有留下任何遗嘱。李女士和丈夫赵某的主要财产分为两部分：财产一是在加拿大的银行存款、基金、房产；财产二是在北京的三处房产、银行存款、股票证券账户、公司股权。李女士与子女经协商一致，子女均愿意放弃继承，全部遗产由李女士继承。对于财产一，即继承加拿大的财产，公证处为其办理了赵某的死亡医学证明公证、李女士和赵某的结婚证公证、女儿赵甲和儿子赵乙的出生医学证明公证。如有需要，还可以为其出具法律意见书。对于财产二，即继承境内财产，公证处为李女士发放了亲属关系调查表，开具了银行及证券查询函，出具了女儿赵甲、儿子赵乙的放弃继承权声明书和同一人声明书模板，并告知他们在加拿大做声明书的公证、认证。待手续齐全后，为李女士办理继承权公证。

由此我们也可以看出，虽然涉外继承法律关系只比普通的增加了一个“涉外”因素，但由此带来的影响却使整个法律关系都更加复杂，办理继承时，需要提交的证明材料更是需要“一事一议”。因为家庭成员可能国籍不同（如子女中有外籍），婚史情况不同（如多段婚姻、跨国婚姻），死亡顺序不同（是否有转继承、代位继承），能够提供的证明材料不同，对于涉外继承权公证来说，很难总结具有普适性的证明材料，更不会有模板化的材料清单，因此，在办理这类案件时，当事人或其委托的律师、亲友应第一时间跟公证员进行对接，由公证员结合不同的案件情况告知需要准备的材料。同时，在境外的当事人如果要办理放弃继承权声明书或者继承的委托书，文书模板应提前与公证员进行确认，以免在境内办理继承权时不能使用。

近期，很多当事人也比较关注海外远程视频公证，但是需要注意的是，远程视频公证仅适用于具有中华人民共和国国籍的大陆地区居民，如果继承人中有加入外国籍的人士，是不能适用海外远程视频公证的，仍需要按照公证、认证流程来办理。

三、涉外继承公证目前面临的难点问题及解决对策

1.准据法的确认问题

我国目前对于涉外继承适用领域相关的法律规定有《中华人民共和国民法典》继承编、《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》三部法律。其中，民法典继承编主要是对继承关系的实体法律关系进行规定，对于涉外继承法律适用方面并无明确规定。民事诉讼法第三十三条第三款虽然对继承纠纷的管辖法院作了规定，但除此之外也没有更为具体的规定，对公证实务工作指导意义有限。因此，目前在办理涉外继承公证中，公证机构主要还是应该根据涉外民事关系法律适用法来确定准据法，即确定适用哪个国家的法律。

值得注意的是，原继承法第三十六条规定，中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。而民法典继承编中此条已经不复存在。那么，目前，公证机构办理继承案件，主要依据的就是《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四章“继承”。

根据该法第三十一条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。第三十二条规定，遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。第三十三条规定，遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。由上述法律规定，我们可以看出，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》区分了法定继承和遗嘱继承。对于法定继承，基本延续了原来继承法的准据法判断规则，尤其是对于公证机构经常处理的不动产继承，依然适用不动产所在地法律。那么，对于没有遗嘱的被继承人，其遗留在北京的不动产，北京的公证机构可以毫无争议的受理并按照民法典有关规定进行办理。

在法定继承部分，需要特别注意的是动产的准据法确认，比如公证机构经常遇到的银行存款的继承。举例来说，一对英国籍夫妻，妻子在香港工作，丈夫在英国死亡。丈夫在北京短暂工作过一段时间，在中国银行北京分行有存款人民币五十万。妻子现在想要继承这笔存款。丈夫生前并未与妻子签订夫妻财产约定，也未协议选择法律适用，无遗嘱。虽然妻子经常居所地是香港，但丈夫很少在香港，在香港也无任何财产。

在公证机构处理继承案件的实践中，第一步，我们要判断遗产是否属于夫妻共同财产，把遗产从夫妻共同财产中区分出来。那么，就涉及判断夫妻财产关系的准据法，看存款五十万都是丈夫的遗产，还是其夫妻共同财产。关于夫妻财产关系，涉外民事关系法律适用法第二十四条规定，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。因此，此案例中，应适用二人共同国籍国法律，即英国法律。而英国法律采用的是夫妻分别财产制。因此，丈夫名下在中国银行的存款为其个人财产，个人遗产。

第二步，应判断法定继承的准据法。涉外民事关系法律适用法第三十一条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。因被继承人死亡时经常居住地是英国，而该笔存款属于动产，应适用英国法律。

在这里，有一个经常居住地的认定问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第十三条规定：自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用

法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。

关于判断经常居住地的争议，广东省高院在（2020）粤民申 4080 号一案中，提供了一个新思路，即酌情考虑被继承人资产来源、经营、收入等因素。在该案中，广东省高院认为，被继承人生前以商业经营为主要生活来源，其经常居住地的认定除了要考虑其本人、父母、子女的居住情况外，还应对其资产来源、投资经营、资金流转、财产分布等状况进行考量。广东省高院认为，被继承人虽然取得了澳门特别行政区永久性居民身份，但仍然长期在中国内地从事商业经营活动，并在内地购置诸多不动产，开设诸多银行账户进行上亿元的巨额资金流转。而被继承人在澳门特别行政区的投资远小于内地经营实业的资金及规模。最终，广东省高院结合以上因素，认定被继承人居所地为中国内地，适用中国内地法律。

在公证机构办理实践中，如果将有关夫妻财产关系和继承关系的适用法律确认为境外法律，那么依据《中华人民共和国涉外法律关系法》第十条规定，涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。在法律实践中，人民法院大多数情况下都会选择第三方查明机构，而不会简单地认定不能查明，适用我国法律。人民法院的做法也值得我们公证机构借鉴。目前，我国在多地建立了第三方查明机构，可查明的外国法也基本涵盖主要国家以及与我国交往密切国家。这五家机构分别是：华东政法大学外国法查明中心、西南政法大学中国东盟法律研究中心、武汉大学外国法查明研究中心、中国政法大学外国法查明研究中心、深圳市蓝海法律查明和商事调解中心。在涉外继承案件中，当事人可以向上述第三方查明中心提交查明申请，及时提交准确法律文本。依据第三方查明中心出具的报告，公证机构在办理涉外继承案件中可以更好地适用法律，查明事实，第三方查明中心也可以起到一定的风险分担作用。

2.跨境遗嘱在中国的承认与涉外遗嘱订立问题

对于资产分布在不同国家及地区的高净值人群，其遗产规划不可避免涉及到跨境遗嘱。例如，在中国境外订立的遗嘱，对位于中国境内的资产进行处置。但是相对于法定继承来说，遗嘱继承准据法的判断相对更为复杂。

根据涉外民事关系法律适用法第三十二条规定，遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。但是要注意的是，该法第三十三条规定，遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。对于公证机构来说，如果一份遗嘱是在境外订立，那么判断其是否成立可以适用经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律，只要符合其中一个，遗嘱都成立。但是，在判断遗嘱的效力时，缺少了遗嘱行为地法律，仅能适用经常居所地法律或者国籍国法律。

举例来说，李某、王某系夫妻关系，二人均为中国籍，共生育四个子女，分别为儿子李甲、李乙，女儿李丙、王丁。王丁刚满月就被送往王某哥哥家，未与李某、王某一起生活。李甲、李乙、李丙三人均长期生活在比利时，为了照顾老人，在 10 年前兄妹三人便将李某、王某接到比利时生活。但几人中，只有李丙正式加入了比利时国籍，其他人还是中国籍。李某、王某于 2021 年在比利时订立了自书遗嘱，在遗嘱中表示，要将北京的一处房产留给李甲和李丙，要将二人所有中国境内银行存款留给儿子李甲、李乙，女儿李丙、王丁平均继承。2023 年初，李某，王某相隔一个月在比利时过世。现四子女向公证处申请办理遗嘱继承公证。

李某、王某国籍为中国，可以适用民法典来判断遗嘱的成立（是否符合自书遗嘱的形式）和效力（是否处分了夫妻共同财产、是否为生前最后一份有效遗嘱、是否违反“必留份”的规定，是否存在遗嘱无效的情况，遗嘱受益人是否存在丧失继承权的情况）。经过审查，公证机构受理并出具遗嘱继承公证书。

但是下面的案例，就比较复杂。一位美国公民在北京购买了一处房产，其委托北京的律师表示过段时间要来中国出差，想顺便就该房产在北京的公证处订立遗嘱。公证员了解到，该美国人经常居住地是美国加州，其在北京没有居住证，没有工作，也没有长期生活，仅有一处房产。于是，公证员告知其虽然可以在北京的公证处订立遗嘱，但是该份遗嘱订立后，如立遗嘱人真的去世了，虽然遗嘱行为地是中国，根据民法典规定，遗嘱成立，但是判断遗嘱效力，却要适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。那么，显然，遗嘱人经常居住地是美国，国籍国也是美国，需要依据美国加州法律来判断遗嘱效力。从这个案例可以看出，在某些情况下，如果判断遗嘱的效力可能会适用境外法律，那么针对不动产，没有遗嘱反而可以直接适用我国法律，公证处处理起继承问题也更为简单。如果要排除某人继承权或未来可能有纠纷，还是有订立遗嘱的必要性。那么，为了继承手续的便捷，也为了确保遗嘱有效，应该在立遗嘱人经常居所地或者国籍国地订立遗嘱。

在提供涉外遗嘱的咨询和建议时，一定要有“终局思维”，要从立遗嘱人真去世以后，在境内办理继承权公证时，从准据法的确认角度出发去考虑问题：首先，需要保证遗嘱符合立遗嘱时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律；其次，要充分分析遗嘱人经常居所地或国籍国法律对于遗嘱和继承的规定，从遗嘱人的行为能力、遗嘱形式要件及当地法律强制性规定等方面进行筹划，以确保该遗嘱根据当地法律可以有效成立，在继承阶段如发生纠纷，亦在自己能力所及范围内。

3.家族基金会与遗嘱信托文件在境内的承认和执行问题

近几年，随着越来越多的人前往海外生活居住，了解到了国外继承制度中的家族基金会制度以及信托制度，因此在设立遗嘱的时候，加入了相应的条款。这种做法尤其在北美地区比较流行，如美国、加拿大。这种立遗嘱的方法还可以避免高额遗产税。而由于我国的继承法律制度并无相关规定，这种具有基金会、信托性质的遗嘱就成为了涉外继承案件中一个较新的课题。

举例来说，常先生（中国籍）在美国北卡罗来纳州去世，其配偶李女士（美国籍）在世，二人是原配夫妻，有两个儿子均已成年，是美国籍。常先生生前在美国留有一份遗嘱，其上海的家族律师联系到长安公证处财富传承中心负责人，称要根据遗嘱，办理李女士继承北京一套房产的手续。

公证员仔细阅读律师提供的遗嘱，发现该遗嘱虽然名称为“Will”，但是内容中写道：在我去世后，将我的遗产全部装入我和我太太李女士设立的家族信托，我指定我太太作为遗嘱执行人/受托人，我太太可以管理、出售、处置我的遗产，本遗嘱的受益人是我们的两个儿子。

因为整个遗嘱中，没有“由李女士继承”这样的字眼，那么，李女士其实只是作为信托的受托人和遗产管理人，在实践中，公证机构无法直接将李女士认定为继承人，为其出具继承权公证书，而不动产登记部门仅认可继承权公证书。根据现有的经验，类似这样将遗产装入信托或基金会的遗嘱，最后只能经过漫长的法院判决，通过生效判决文书过户至受托人名下。

作为公证机构来说，我们建议，如果在境外想要订立一份遗嘱，将遗产装入信托或基金会，可以针对境内的遗产，再订立一份“遗嘱”作为信

托文件的配套，将境内遗产明确写明“由某某继承”。

总之，涉外继承案件包罗万象，各不相同，非常考验公证员的法律水平和专业素养，要在为当事人排忧解难和确保自身执业安全之间寻找合适的平衡点。公证机构应不断提升自身的能力，迎接公证“国际化”时代的到来。

参考文献：

[1]周强，《欧盟涉外继承条例》对完善我国《涉外民事关系法律适用法》关于确定遗产继承准据法相应规定的启示[J]；中国公证.

[2]赵师权，论欧盟继承法律适用条例与我国继承准据法的完善[J]；北京化工大学学报（社会科学版）2015（1）.

[3]杨希玲，论我国涉外继承的法律适用[D]；武汉：华中师范大学.

[4]王影，我国涉外继承法律适用研究[D]；北京，中国青年政治学院，2014.

作者：李青，长安公证处财富传承中心负责人、业务二部公证员；樊江宁，长安公证处办公室公证员。

公证案例丨曾经形成扶养关系的继父母子女，在继父与生母离婚后是否仍有继承权？

2023-11-27 北京公证

https://mp.weixin.qq.com/s/pP9O_v25mYD4OIyZsNWvKA

今年，京津冀三地司法行政机关及公证协会共同开展首届“京津冀公证行业大调研”活动，评出 16 个优秀公证案例总结典型经验做法，不断提升公证员队伍执业能力及服务水平，满足人民群众公证需求。北京公证特开设“公证案例”专栏，为您逐篇呈现！

今天来看，由北京市方圆公证处公证员朱青承办的，“曾经形成扶养关系的继父母子女法定继承公证案”。

案情概述



申请人于 2022 年 3 月 2 日向北京市方圆公证处申请继承其哥哥名下房产，被继承人未婚、无子女，生父于 1978 年死亡，生母于 2016 年死亡。被继承人生母于 1982 年再婚、1995 年离婚，离婚后未再婚。被继承人生母再婚时，被继承人时年 14 周岁，在被继承人生母和继父的离婚协议中明确记载各自孩子归各自抚养，因继父对被继承人尽到了抚养义务，生母补偿继父 5000 元。

公证要点

本案的**难点**在于**曾经形成扶养关系的继父母子女在继父与生母离婚后是否仍享有继承权**。

最高人民法院公报案例记载的《邹某蕾诉高某某、孙某、陈某法定继承纠纷案》，一审法院和二审法院对曾经形成抚养关系的继子女在继父与生母离异后是否是法定继承人的认定完全不同。

一审法院认为

曾经有抚养关系的继子女是被继承人（继父）的第一顺序继承人，依法可继承被继承人的财产。

二审法院认为

是否形成抚养关系应以继承实际发生时为节点，继父母与继子女是基于姻亲而发生的一种事实上的抚养关系，这种关系是法律拟制的，离婚后，在继父母不愿意继续抚养的情况下，应视为继父母子女关系的解除，他们之间父母子女的权利义务不复存在。

二审判决

二审判决书载明离婚时双方在离婚协议中明确约定了继父不再承担抚养费用，在此情形下，应当认定继父不再继续抚养是对原已形成的抚养事实的终止，继父子关系视为解除，且继子成年后也不存在赡养继父的事实，因此继子不属于继承法规定的有扶养关系的继子女，对继父的遗产不享有继承权。

最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院民法典继承编司法解释（一）理解与适用》一书中，认为**基于继父或母与生父或母离婚等原因，继父母之间的婚姻关系已经消灭，继父或母对于未成年继子女的抚养教育可能因继父或母的个人意愿而终止，相互不再作为法定继承人的范围。**

但是，根据权利义务相一致的基本原则，以及对社会主义扶老育幼道德价值的提倡，**继父母子女之间已经形成的扶养关系并不当然消灭，继父母子女之间仍相互享有遗产酌分请求权。**在考虑其应继承的份额时，应当依据继父母子女间履行扶养关系义务的具体情况加以确定。

公证员赞同上述最高人民法院民事审判第一庭及二审法院的观点。

回归到本公证事项，被继承人人事档案记载继父与生母结婚时，被继承人时年 14 周岁，继父在其无经济来源时尽了抚养义务，被继承人 17 周岁即参加工作、独立生活。1995 年生母与继父离婚时明确约定各自子女归各自、生母向继父给付 5000 元现金补偿。公证申请人亦称，生母与继父离婚后，两家再无来往，继父是否在世无从查询。

根据权利义务相一致的原则，公证员认为，**在 1995 年生母与继父离婚时，继父与被继承人的继父母子女关系已经解除且生母对继父曾经三年的抚养进行了费用补偿，因此继父不再是被继承人的第一顺序继承人。**

此外，公证员在公证行政管理和行业管理系统-互联互通-公安信息-人口信息中输入继父离婚证上记载的身份证号码进行查询，查询结果显示继父为死亡人口。

综上，公证处为申请人出具了继承权公证书。

典型意义

近年来，随着价值观多元化进程加快，再婚重组家庭增多，家庭关系复杂多样，继父母子女之间的继承权问题也逐渐成为社会热点问题。实践中，继承人对曾经形成扶养关系的继父母与其生父母离婚后可能还享有继承权表示不理解；事实上，也很少有人愿意在姻亲关系结束后将自己的财产留给继父母或继子女。

基于继父母子女之间主张法定继承权的前提为婚姻关系存续、事实上形成扶养关系，倘若继父母子女有意愿在姻亲关系结束后继续建立稳定的继承关系，可以通过收养、遗赠等方式，或依照《民法典》第 1131 条规定的遗产酌给制度予以实现。

随着时代的发展，继承的本质已经从家族财产与地位的传承慢慢演化为对个人意愿的尊重。因此，制定及适用继父母子女之间的法律法规应当从保护未成年人健康成长、老年人老有所依、社会和谐稳定等多个角度进行考量。

中法两国公证人协作办理未成年人跨境继承案例

2023-11-28 律政公证处 律政公证处
https://mp.weixin.qq.com/s/O_BONTKJyb80JKEh7-clvg

2022年度中国公证十大典型案例提名奖

序号	案例名称	公证机构
1	中法两国公证人协作办理未成年人跨境继承案件	四川省成都市律政公证处
2	"公证＋仲裁"破解涉众预付费资金社会监管难题	江苏省无锡市江南公证处
3	公证介入城市更新提供一揽子法律服务	广东省佛山市南海公证处
4	探索公证参与执行案件社会援助新模式	云南省昆明市国信公证处
5	公证参与二手房带押过户交易	浙江省衢州市信安公证处
6	公证尽职审查债务履行 维护金融交易公平安全	北京市中信公证处
7	"赠与＋居住权"合同公证创新便民举措	黑龙江省哈尔滨市哈尔滨公证处
8	公证从源头全流程参与刑事罚没司法拍卖	天津市和信公证处
9	公证服务助力阿尔茨海默症老人权益保护	重庆市公证处
10	国企租房协议办公证 实现强制执行和腾退双保险	甘肃省兰州市天信公证处

基本案情

2022 年 1 月，律政公证处公证员蔡勇收到来自法国公证人的求助邮件，对方希望两国公证人共同协作完成一起较为复杂的涉及未成年人继承案件。蔡勇当即与法国公证人进行了沟通，了解案件的来龙去脉。

法国公民柯莱特女士（化名）于 2021 年 11 月在法国去世，在法国遗留有存款、不动产等财产。柯莱特女士生前离异未再婚，有两个子女，其中儿子罗多尔夫（化名）在中国经商。不幸的是，罗多尔夫于 2021 年 9 月先于其母亲柯莱特去世。罗多尔夫有两个女儿，其中 7 岁的小女儿亚历珊德拉（化名，法国国籍）跟随其中国国籍的母亲刘女士（化名）在中国居住。

根据法国法律，柯莱特女士的遗产中应由其儿子罗多尔夫继承的份额，由罗多尔夫的两个女儿代位继承。本案中，小女儿亚历珊德拉是未成年人，其母亲刘女士作为法国法意义上其女儿财产的法定管理人，需要代表女儿签署一系列法律文书并需接受监管，才能办妥遗产继承手续。这些文书均以法文起草，内容涵盖继承法规则、未成年人监护和财产管理、国际私法规则、准据法选择、税法等复杂的法律问题，需一一向刘女士阐明。由于被继承人家族成员较为复杂的婚史状

况，继承人之间缺乏良好的沟通，加上刘女士既不懂法文也无法前往法国，不能与法国公证人以及其他继承人进行有效交流，同时刘女士还担心女儿的利益受损，以至于各方误会不断，困难重重。

在法国公证人高等理事会的推荐下，受理该继承案件的法国公证人与通晓法文且熟悉法国家事法和公证制度的律政公证处公证员蔡勇取得联系，希望两国公证人共同协作办理此案。

公证过程及结果

接受求助后，蔡勇与法国公证人以及中法两国当事人进行了多次视频会议，在详尽沟通的基础上制订了公证方案并实施了以下步骤：

一、查明遗产和继承人状况，确保未成年人的母亲在签署相关文书之前获得完全信息。

到 2022 年 5 月底，法国公证人完成了遗产清点，法国公证人、葡萄牙公证人分别就柯莱特女士和罗多尔夫先生的继承人信息出具了证明文书，以上材料均转递给律政公证处。蔡勇公证员就相关情况向刘女士进行了详尽告知，使其对女儿亚历珊德拉享有的权益得以完全知情，消除了之前因沟通不畅而产生的隔阂和误会。

二、制订在中国办理公证的具体方案，解决当事人语言不通及无法前往法国的问题。

在前期问题解决之后，刘女士需要以其女儿财产管理人的身份，在法国申办公证并签署合计长达数十页的《继承人资格公证书》《继承申报》《不动产产权证明书》和《向家庭事务法官递交的申请书》，方能完成继承手续。由于刘女士因疫情原因无法前往法国，而且她即使去了法国也面临复杂法律事务的语言沟通问题，因此中法两国公证人经过反复磋商论证，最终确定了部分文书在中国办理公证的方案：

（一）针对可以委托他人代为签署的《继承人资格公证书》《继承申报》和《不动产产权证明书》，由刘女士在中国办理委托公证，委托他人在法国代为签署文书并办理公证。委托书文本由两国公证人共同敲定，使其形式能够同时满足两国法律和公证规范。受托人在法国代签文书（《继承人资格公证书》《继承申报》《不动产产权证明书》）的文稿，翻译成中文后交委托人刘女士阅读，并由法国公证人在蔡勇公证员的配合下向委托人进行解读，由委托人签字确认并作为《委托书》的附件，以确保委托人充分的知情权，同时防止受托人滥用权力，侵害未成年人的利益。

值得注意的是，根据法国相关规定，上述委托书须以法国《民法典》第 1369 所定义的“公文书”形式作成，即公证员应当确保当事人阅读并完全理解了文书的全部内容，必须就文书的内容向当事人阐明法律规定，确认当事人清楚了解文书的法律意义及后果。针对上述情况，蔡勇公证员和法国公证人经讨论后确认，按照我国司法部定式公证书格式第一式制作的委托公证书，完全符合法国法对“公文书”的形式要件和实质要件要求，从而圆满解决了两国公证文书制作模式差异的问题。

（二）针对法国法律禁止代理的公证事项，由刘女士直接在中国公证机构办理公证。法国《民法典》第 387-1 条规定，代表未成年人概括接受继承时，必须征得监护法官的事先同意。此项规定是防止未成年人权益受到侵害的一项保护机制。本案中，刘女士代表女儿亚历珊德拉概括接受继承，需要在法国公证人面前签署一份《向家庭事务法官递交的申请书》，并由公证人报送法院批准。此文书不得委托他人代签。

经两国公证人商议，决定由当事人在充分获悉文书内容的前提下，在中国公证员面前签署《向家庭事务法官递交的申请书》并办理公证。法国公证人事先与监护法官进行了沟通，确认该公证书的效力等同于法国公证人出具的公证文书。

三、帮助消除当事人疑虑，确保未成年人所继承财产的监管和安全。

本案中，当事人刘女士身在中国，而死者遗产、其它继承人以及继承手续的办理均在万里之外的法国，因此，刘莹女士对遗产分配后的流转以及安全保障抱有一定的疑虑。针对这个问题，蔡勇公证员充分发挥沟通职能，请法国公证人出具了书面说明，消除了当事人的担心。

本案中，不动产的继承过户由法国公证人直接经手办理，而动产资金则汇入公证人事务所的监管账户，由公证人代为完税后分别汇入各继承人的银行账户。因此，全部遗产的流转处于公证人的严格监管之下，以确保所有继承人的合法权益不受侵害。

四、完成公证及领事认证手续。

在与全体继承人商定公证方案和各项细节后，中法两国公证人迅即进入实施状态。首先，敲定了需要办理公证的《委托书》及其附件（《继承人资格公证书》《继承申报》《不动产产权证明书》）以及《向家庭事务法官递交的申请书》的法文文本，蔡勇公证员对长达 4 万字的中文译本进行了校订并定稿。之后，蔡勇公证员将翻译文稿交给刘女士阅读，并协助法国公证人向刘女士详细解读文稿的全部内容和相关法律条文。

所有前期工作完成后，蔡勇公证员在律政公证处接待了刘女士，再次向其详细解释所签文书的具体内容并进行了相关告知。最终，当事人在律政公证处签署了所有文件并办理了公证。之后，律政公证处帮助当事人在成都代为办理了公证书的领事认证并寄往法国，确保了本次继承案件在法国顺利办结。

此次涉未成年人跨境继承之所以能够成功办理，中国公证机构的涉外法律服务能力在其中发挥了关键作用，不仅帮助当事人顺利获得遗产，而且维护了家族亲情，避免了一场旷日持久的跨国纷争，获得了中法两国全体当事人和法国公证同行的由衷钦佩和真诚感谢。

典型意义

本案例是中法两国公证人开展跨境协作的一次有益尝试，它表明了中国公证人只要敢于探索、积极作为，必定能够在跨境法律事务这片蓝海之中占有一席之地，开拓出新的业务增长点。而且，公证制度在欧洲历史悠久，与法国等国家的公证同行合作，有利于我们学习国外成熟经验，直观了解域外公证人的工作模式，从而避免闭门造车，自说自话。

公证员体会

进入 21 世纪，各国公证人的跨境协作已经成为全球公证发展的重要趋势。例如，欧盟公证人理事会不仅为公证人的跨境协作制订了指导规范，而且早在 2012 年就推出了跨国公证平台 EUFides，欧洲各国公证人在这个信息化平台上共同协作，为跨境民事交往和经济活动保驾护航。

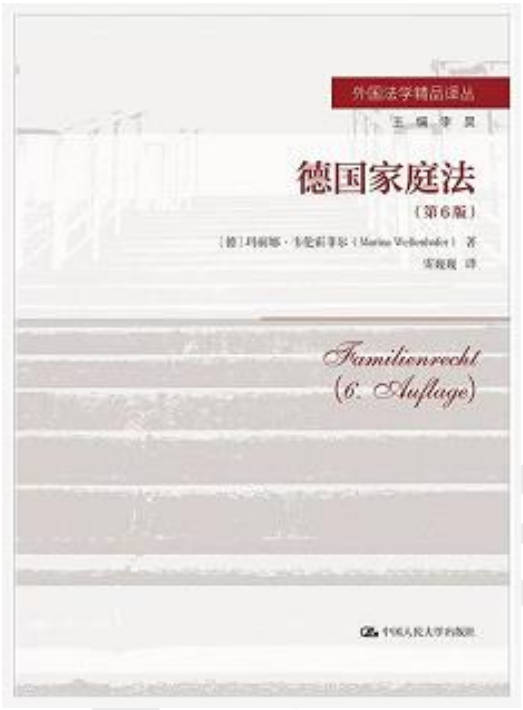
随着中国国力的增强和人员跨国流动的日益频繁，跨境事务的法律需求亦不断增长，而公证制度作为一项国际通行的法律制度，理应为中国公民、企业乃至外国投资者的跨国法律需求肩负起责任。中国是国际公证联盟的重要成员，中国公证人应当积极参与国际公证合作，在国际舞台展示中国公证人的专业能力和精神风貌，服务于经济社会的高质量发展，为打造国际化营商环境贡献公证力量。

八、书籍推荐

荐书 | 德国家庭法（第 6 版）| [德]玛丽娜·韦伦霍菲尔著 | 译者：雷巍巍 | 中国人民大学出版社 2023 年 9 月版

2023-11-05 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/e0YdsvO1X-EJg3iE68wYtg

《德国家庭庭法》（第 6 版）



书籍简介

名称：德国家庭庭法(第 6 版)
作者：(德)玛丽娜·韦伦霍菲尔
译者：雷巍巍
定 价：138 元
开本：16 开
页数：435
出版社：中国人民大学出版社
ISBN 号：9787300320021
出版时间：2023-09-01 版次：1
印刷时间：2023-09-01 印次：1
总主编：李昊
责任编辑：施洋

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。

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《德国家庭法》教科书），誉其为极优秀的德国家庭法学习用书（Studienbuch）。

内容简介

大陆法系亲属法在民法典体系中始终占有重要地位，并在逻辑结构上逐渐发展为以权利主体为本位，突出“人”的地位和尊严，将关于人和家庭的法律置于财产法之前。本书介绍了亲属法在保障个人自由的同时，明确规范家庭成员间的人身权利义务和财产权利义务，确保子女最佳利益原则的实现；平衡家庭成员的利益，维护婚姻家庭关系的稳定；承认家务劳动，保护配偶经济弱势方的利益；适用离婚救济制度，保障夫妻离婚弱势方的合法权益；公权力适度地介入家庭暴力，保障家庭成员基本人权的实现。

韦伦霍菲尔教授撰写的这本《德国家庭法》结构清晰、表述简明，尤其注重论述《德国民法典》中婚姻家庭编与总则编、债编及物权编相关规范间的适用问题，为读者快速有效地熟悉德国家庭法提供了完美的总体框架和理论基础。此外，作为深受社会思潮所影响的私法部门，本书还例举大量德国司法判决，探讨家庭法立法改革的前沿问题。而大量图表的使用和视觉效果上的精巧设计使本书重点突出；大量的例子和复习题都使对本书的阅读变得轻松愉快。

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
第五节 婚约
第六节 结婚和婚姻的废止
第七节 婚姻姓氏
第八节 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
第十六节 生前增益补偿
第十七节 死亡情况下的增益补偿
第十八节 增益补偿之外的财产补偿请求权
第十九节 复习
第五章 离婚及离婚后果法
第二十节 离婚
第二十一节 分居
第二十二节 离婚时分配住房和请求家居物品
第二十三节 离婚后的扶养和未婚母亲的扶养
第二十四节 供养补偿
第二十五节 复习
第六章 登记的生活伴侣关系和非婚生活共同体
第二十六节 登记的生活伴侣关系
第二十七节 非婚生活共同体的概念和法律基础
第二十八节 非婚生活共同体结束时的财产补偿
第二十九节 复习
第七章 亲子关系法
第三十节 亲子关系法基础
第三十一节 出身法
第三十二节 父母照顾的取得和丧失
第三十三节 父母照顾的行使和限制；子女的法定代理
第三十四节 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

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法的联系，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

精彩书摘

1.《民法典》第 1353 条第 1 款的一般条款（Generalklausel）

从《民法典》第 1353 条第 1 款第 1 句中一方面可以得出婚姻的缔结具有终身性。另一方面，从 2017 年起在其中规定了配偶双方既可以是异性的，也可以是同性的。根据《民法典》第 1353 条第 1 款第 2 句，配偶双方互相负有婚姻生活共同体义务，并且互相为对方负担责任。这一规定在表述上尽管仍然很模糊，但同时也强调了，对婚姻的具体安排应该留给配偶双方私法自治上的（privatautonomen）决定。至于如何详细地理解婚姻生活共同体义务，判决和文献已经进行了具体化（konkretisiert）。基本上这一义务包括三个义务领域（drei Pflichtenbereiche）：在同一家庭中共同生活的义务、包括婚姻忠诚在内的性关系共同体义务以及互相注意和帮助的义务。

《民法典》第 1353 条第 1 款第 2 句是请求权基础（Anspruchsgrundlage）。配偶一方（理论上）可以针对另一方提起履行各自婚姻义务的诉讼[建立之申请，参看下文本节边码 9。]。此外，《民法典》第 1353 条第 1 款第 2 句明确规定，借由依法有效的结婚形成了互相的权利和义务，这在配偶双方之间产生了债之关系（Schuldverhältnis）。除此之外，《民法典》第 1353 条第 1 款在涉及到确定配偶双方权利和义务的问题时，具有解释标准（Auslegungsmaßstab）的意义。

2.作为生活共同体一方面的居住共同体

如果配偶双方负有建立共同体的义务，那么这首先意味着在一个由配偶双方共同选择的住所中以家庭共同体的方式共同生活的义务。不过如果配偶双方——例如因为职业的缘故——长期或者从一开始就分开生活，只要这符合他们共同的计划，也仍然没什么问题[参看 OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1534。]。但是在配偶双方对此意见不一致时便产生问题了。

案例[根据 BGH NJW 1987, 1761。]：经理秘书西莉亚（Celia, C）和法官雷克斯（Rex, R）结婚了。他们计划将他们的共同住所设置在 C 工作地所在的杜塞尔多夫市（Düsseldorf）。目前仍供职于巴伐利亚州公职机关的 R 认为将其职务调动至北莱茵－威斯特法伦州（Nordrhein-Westfalen）是有可能的。然而当之后证实调动职位完全不可行时，R 要求 C 搬去他居住的特劳恩施泰因市（Traunstein），但 C 拒绝了。尽管这期间他们的孩子出生了，争吵最终还是导致了离婚。现在 C 以照顾子女为由提出了扶养（Unterhalt）请求。但 R 认为，由于 C 的固执而导致婚姻最终破裂之后，他是不用负担任何扶养的。请问其中的法律状况（Rechtslage）如何？

本案中 C 有可能可以因为照顾子女而对 C 享有《民法典》第 1570 条所规定的扶养请求权（Unterhaltsanspruch gegen R aus § 1570 BGB）。尽管如此，《民法典》第 1579 条却规定，如果负担扶养给付的义务在个案中将会导致显著不公平（grob unbillig）时，就可以不用负担扶养。如果如果 C 确实可以被责难对 R 有明显严重且明确是因 C 而产生的过错行为（Fehlverhalten），那么这里就有可能适用《民法典》第 1579 条第 7 项。不过，当一开始的住所计划不可行时，依据《民法典》第 1353 条第 1 款第 2 句而从婚姻生活共同体义务中所得出的只能是，配偶双方必须继续在互相的同意中努力寻求一个新的解决方案。如果因为各方都有自己的原因而无法达成一致同意，那么配偶双方必须原则上对此予以接受。只有当配偶一方没有实质性的原因却任意拒绝另一方所提出的一个客观上合理且可期待的建议时，才可以被认为是一个过错行为。而这一点在本案中是要被否定的[也可参看 BGH FamRZ 1990, 492。]。



图书在版编目（CIP）数据

德国家庭法：第6版/（德）玛丽娜·韦伦霍菲尔（Marina Wellenhofer）著；雷巍巍译. —北京：中国人民大学出版社，2023.9
（外国法学精品译丛）
书名原文：Familienrecht 6. Auflage
ISBN 978-7-300-32002-1

Ⅰ.①德… Ⅱ.①玛… ②雷… Ⅲ.①婚姻法－研究－德国 Ⅳ.①D951.639

中国国家版本馆 CIP 数据核字（2023）第 174992 号

Familienrecht
6., überarbeitete Auflage 2021
by Marina Wellenhofer
Copyright © Verlag C. H. Beck oHG, München 2021
Simplified Chinese Version © 2023 by China Renmin University Press.
All Rights Reserved.

外国法学精品译丛
主　编　李　昊
德国家庭法（第6版）
[德] 玛丽娜·韦伦霍菲尔（Marina Wellenhofer）著
雷巍巍　译
Deguo Jiatingfa

出版发行　中国人民大学出版社
社　　址　北京中关村大街 31 号　　邮政编码　100080
电　　话　010-62511242（总编室）　010-62511770（质管部）
　　010-82501766（邮购部）　010-62514148（门市部）
　　010-62515195（发行公司）　010-62515275（盗版举报）
网　　址　http://www.crup.com.cn
经　　销　新华书店
印　　刷　涿州市星河印刷有限公司
开　　本　787 mm×1092 mm　1/16
印　　张　29 插页 1
字　　数　700 000
版　　次　2023 年 9 月第 1 版
印　　次　2023 年 9 月第 1 次印刷
定　　价　138.00 元

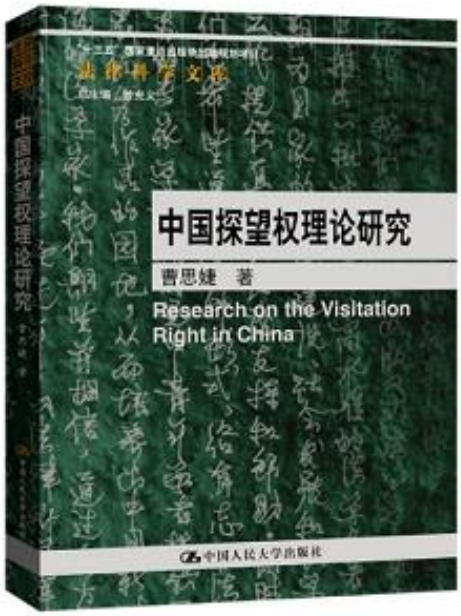
版权所有　侵权必究　印装差错　负责调换

荐书 | 曹思婕：《中国探望权理论研究》（法律科学文库）|中国人民大学出版社 2023 年 10 月版

2023-10-30　家事法苑　家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/5_n3jx31oRdk3Vwyfw2ZOQ

《中国探望权理论研究》（法律科学文库）



书籍简介

作者：曹思婕
出版社：中国人民大学出版社
ISBN：9787300321448
商品编码：10088277631826
审图号：9787300321448
定价：￥89 元
字数：295 千字
出版时间：2023-10-01

中国人民大学出版社编者推荐语

《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。

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、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”，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发展探望权救济体系的方向。最后的“结论”部分，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

Table of Contents

第一章探望权概述
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体系中的地位 （52）
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）
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）
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 （173）
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、域外典型探望权制度对我国的启示（182）
第二节 我国现行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）
节 破解现行探望权制度的瓶颈 （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 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 （275）

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的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，根据自己的知识所学、认识理解和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！

龙翼飞

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。

本书的作者是我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，这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。

夏吟兰
中国政法大学教授、博士研究生导师
2023 年 6 月 25 日于北京

图书在版编目（CIP）数据

中国探望权理论研究/曹思婕著. --北京：中国人民大学出版社，2023.10
（法律科学文库/曾宪义总主编）
ISBN 978-7-300-32144-8

Ⅰ.①中… Ⅱ.①曹… Ⅲ.①婚姻法-研究-中国
Ⅳ.①D923.904

中国国家版本馆 CIP 数据核字（2023）第 172216 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目
法律科学文库
总主编 曾宪义
中国探望权理论研究
曹思婕 著
Zhongguo Tanwangquan Lilun Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社
社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080
电 话 010-62511242（总编室） 010-62511770（质管部）
010-82501766（邮购部） 010-62514148（门市部）
010-62515195（发行公司） 010-62515275（盗版举报）
网 址 http://www.crup.com.cn
经 销 新华书店
印 刷 唐山玺诚印务有限公司
开 本 720 mm×1000 mm 1/16 版 次 2023 年 10 月第 1 版
印 张 18.25 插页 2 印 次 2023 年 10 月第 1 次印刷
字 数 295 000 定 价 89.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

荤茵与季成的坎坷情路——一个故事帮你串联涉外婚姻与继承法律适用重要知识点

原创：2023-11-03 北大出版社法律图书 心晴心怡
https://mp.weixin.qq.com/s/hfij7rAiAH1ON7eejs9jhA

预备，唱 荤茵爱上了季成

在一个你复习的夜晚
故事，从眼前溜过
知识也，留在那，脑壳
虽然说~哦~案例，并没有什么依据
但是爱情，确实让知识，更加好记

您先等会儿编者按



【问题】图上看起来冷冰冰的《国际私法》与爱情有什么关系？

何其生老师在本书的后记部分说，为了增加课堂的趣味性，努力在案例设计中增加一些有趣的因素、离奇的情节和意想不到的“包袱”，这在婚姻家庭、继承两章体现得尤为明显。这便是荤茵与季成的故事。

当然，本篇推文只是揭开了这本奇妙有趣的教科书的一角。试想，当埋头在期末考试周的冲刺，抓耳挠腮苦于知识点记都记不完，想起这么一个故事，就能够回忆起涉外婚姻家庭与继承领域的绝大部分知识内容……

对于案例后所附的问题，本文也并未给出绝对的答案，只是展现其涉及的知识点。掌握了这些知识点后，想要解决这些问题并非难事。

大量剧透预警

请谨慎吃瓜
知识以一种八卦的方式溜进了我的脑子

心动

荤茵，女，21 岁，中国公民，某企业家的独女。

季成，男，21 岁，荷兰公民。

双方在欧洲学习时相识相恋，2011 年拟在中国结婚，婚前荤茵要求季成来中国“倒插门”，孩子随荤茵姓氏，季成勉强答应来京工作，后双方拟在北京登记结婚。

【问题】

（1） 双方的结婚条件适用哪个地方的法律？

（2） 双方是否满足在中国结婚的要件？

本部分涉及结婚的实质要件问题，一般适用婚姻缔结地法，或适用当事人属人法，或兼采上述各连结点而依不同情况分别予以适用的混合制。回答上述问题，需要了解我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）有关准据法的规定（第 21 条：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”），以及《民法典》关于结婚实质要件的规定。

辗转

由于二人不能在中国结婚，而季成了解到荷兰的结婚年龄为男 18 岁，女 16 岁，双方于是打算在荷兰登记结婚，并在教堂举行了婚礼，婚后来中国以夫妻身份生活。

【问题】

中国是否应该认可他们合法的夫妻身份？

本部分涉及结婚的形式要件中的婚姻缔结的形式问题。目前主要有民事登记婚姻方式、宗教婚姻方式、领事婚姻方式等等。我国《法律适用法》规定，只要结婚手续符合婚姻缔结地发率、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法其中之一即在形式上有效。

冒险

荤茵与季成最终还是取消了到荷兰结婚的打算。在北京工作近 2 年后， 季成现为一荷兰跨国公司中层管理人员。双方决定于 2012 年 12 月 31 日在北京登记结婚，婚期将至，公司派季成出差，而且到 2013 年 1 月中旬才能回来，季成无法推脱，询问能否找个和他长得十分相似的外国人假冒其名前往民政部门登记。

【问题】

季成的这一想法可行吗？如果假冒成功，荤茵与季成双方婚后以夫妻身份生活，根据中国法，如何看待他们婚姻的效力?

本部分涉及婚姻形式要件的法律适用，各国确定准据法的原则主要有：婚姻缔结地法、当事人属人法，以及以婚姻缔结地为主，兼采当事人属人法。回答上述问题，需要了解我国《法律适用法》关于准据法的规定（只要结婚手续符合婚姻缔结地发率、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法其中之一即在形式上有效），以及民法领域涉及结婚形式要件的相关规定。



（您就当我是一条分割线）

阴翳

荤茵与季成最终还是没有冒险。2013 年 1 月，双方在北京登记结婚。婚后一直居住在北京，一年后季成要求荤茵按照中国旧俗，效仿中国香港地区和许多西方国家的做法，冠以夫姓，即改名为“季荤茵”，荤茵内心不太情愿；而荤茵则要求季成上缴工资卡，季成也非常不乐意。他们就此问题向你咨询，你该如何回答？

【问题】

（1） 荤茵需要冠以夫姓吗？为什么？

（2） 季成希望和荤茵约定各自所有自己的收入，有可能吗？

本部分涉及夫妻关系，包括夫妻人身关系的法律适用和夫妻财产关系的法律适用。夫妻人身关系的法律适用主要有适用当事人的本国法、适用当事人的住所地法使用最密切联系地法以及适用法院地法和行为地法。我国《法律适用法》以共同经常居所地为优先性连结点，以共同国籍国为补充。

夫妻财产关系包括夫妻财产的所有权（法定财产制 / 约定财产制），夫妻财产处分权与夫妻债务清楚责任。在解决相关法律冲突时，主要有意思自治原则与属人法原则。《我国法律适用法》规定夫妻可以自行选择财产关系适用的法律，但也作出了一定的限制。在当事人没有选择的情况下，依次分别适用共同经常居所地法和共同国籍国法。

破碎

双方僵持不下，互不理睬，结婚 8 个月后，双方拟协议离婚，并选择适用荷兰法。

【问题】

他们能离婚吗？

本部分涉及离婚（主要是协议离婚）的法律适用问题，各国大致有以下几种不同的主张：适用法院地法、适用当事人属人法、选择或重叠适用法院地法或当事人属人法、适用有利于离婚的法律。

我国《法律适用法》对于协议离婚的法律适用规定了三个层次：首先，协议离婚的当事人可以

选择一方当事人经常居住地法律或国籍国法律；其次，在当事人没有选择的情况下适用属人法；最后，在既没有共同居所地法又没有共同国籍国法的情况下，适用办理离婚手续机构所在地法律。

决裂

由于适用荷兰法不能离婚，荤茵一气之下将季成告上北京市海淀区人民法院，坚决要求离婚。

【问题】

海淀区人民法院需要适用荷兰法决定他们的离婚事宜吗?

本部分涉及离婚（主要是诉讼离婚）的法律适用问题。在认定当事人婚姻有效的前提下，我国《法律适用法》规定，“诉讼离婚，适用法院地法律”。



（您就当我是一个转折点）

至亲

双方在离婚诉讼期间，荤茵发现自己身怀有孕，但天生好强的她选择了隐瞒信息。3 个月后，法院判决离婚。后荤茵生下一女孩，并取名“如花”。季成知道此事后，强烈要求探视如花，但一直未能如愿，为维护自己的探视权，季成诉讼到法院。诉讼过程中，荤茵承认如花是她和季成的孩子。后来季成的父母来到中国看望季成，才得知二人已经离婚，并知道如花出生，非常期望探望一下如花。

【问题】

（1） 如花是婚生子女吗?

（2） 季成有探望权吗?季成的父母有探望权吗?

本部分涉及婚生子女与非婚生子女的准正，以及父母子女关系的法律适用。

各国关于确定子女是否婚生的准据法，主要包括：适用父母属人法、适用子女属人法、适用支配婚姻有效性的法律、适用有利于子女婚生的法律。

关于父母子女关系的法律适用，各国主要有以下做法：以父母尤其是父亲的住所作为行使亲权的中心，适用父母属人法；考虑对子女的幸福和利益加以保障，适用子女属人法；适用父母和子女的共同本国法。我国《法律适用法》第 25 条规定：“父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”

替身

在法院的调解下，荤茵最终同意季成和他的父母探望如花，并和季成达成了探望协议。如花非常招人喜欢，季成看后非常思念，但并不能经常见到，于是决定收养一中国女孩。经过努力，季成决定收养一中国孤儿茅美(1 岁)。

【问题】

(1) 季成能收养吗?准据法是何国法?

(2) 如果季成不能收养，而由季成的父母收养，那决定季成父母能否收养茅美的法律有哪些?

本部分涉及收养成立的条件和手续，以及收养效力的法律适用。

在收养成立的形式要件上，各国大多主张适用收养成立地法，一般要求经过申请及有关主管部门的核准备案，进行公证或登记，收养才能生

效。对涉外收养的实质要件采取重叠适用法律的规则，是当今国际社会涉外收养关系法律适用的立法潮流。

对于收养效力的法律适用，各国主要采取了适用收养人属人法、适用收养人和被收养人共同属人法、适用支配收养人婚姻效力的法律等几种方式。我国《法律适用法》规定，收养的效力适用收养时收养人经常居所地法律。

困顿

两年后，荤茵父亲的企业破产，抑郁而死，而荤茵一直未找到工作，生活日渐困难。而季成则为荷兰跨国公司的中层管理人员，荤茵想请季成支付如花一定的抚养费并打算诉至法院。

【问题】

法院将适用哪种法律决定如花的抚养费问题?

对于扶养关系的法律适用，各国主要有适用被扶养人属人法、适用扶养人属人法、适用扶养人和被扶养人双方共同的属人法，以及适用有利于被扶养人的法律几种做法。我国《法律适用法》第 29 条规定，扶养，适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。

重圆

季成知道荤茵的困难后，立即伸出援手，照顾荤茵和如花的生活。经过生活的磨难，双方更加理性，且感情愈加成熟。对于如花的爱，也日渐让二人走在了一起，双方再次在北京登记结婚。

时间又过了 3 年，季成的父母接连去世，季成将茅美（最后由季成父母收养）接到中国，并请求中国法院确认他对茅美(6 岁)有监护权。

【问题】

法院适用哪些法律决定季成对茅美的监护权问题?季成对茅美是否可以享有监护权？

本部分主要涉及监护的法律适用问题。鉴于监护制度是为保护被监护人的利益而设置的，从此目的出发，大多数国家以被监护人的属人法作为有关监护问题的准据法。此外，还有以监护人属人法、有利于被监护人利益的法律或者法院地法作为准据法的做法。我国《法律适用法》规定，“监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。”



（可以了，happy ending 了，作者大大不要再写了啊！）

不祥

（作者发动秘技：修改设定）似玉，女，2014 年出生，中国籍孤儿，被季成于 2015 年底收养

2035 年，天降不祥，季成在出差欧洲期间突发心脏病，猝死在荷兰阿姆斯特丹。后查明，季成的父亲在 2025 年去世的时候，通过遗嘱为季成留下两套别墅，季成在北京与荤茵复婚前有房一套，婚后以荤茵的名义购买房产一套，其工资卡中有存款 30 万欧元。为继承财产，似玉和如花互不相让，如花认为自己应全部继承季成的财产，后双方在北京法院展开诉讼。

【问题】法院应适用哪些法律来分配季成在荷兰和中国的财产？

关于本部分涉及的法定继承，需要了解法定继承发生法律冲突的表现有哪些，以及法定继承的法律适用规则如何。在该领域，海牙《死者遗产继承法律适用公约》以及《遗产国际管理公约》是两个重要的国际条约。

我国《法律适用法》对动产与不动产采纳了区别制，分别确定了相关的法律适用，对于动产继承适用被继承人死亡时经常居所地的法律，而不动产的继承则适用不动产所在地法律。

遗愿

在诉讼的过程中，荤茵发现季成在其办公室的电脑里以录音的方式留下遗嘱，该遗嘱在 2035 年 3 月 1 日作成，并有两位公司同事作为见证。遗嘱人和见证人在录音录像中记录了姓名以及具体的年月日。遗嘱将荷兰的两栋别墅分别指定由如花和似玉各继承一套，而在北京的房产和动产则归荤茵支配。

【问题】

（1）如何确定该遗嘱所适用的法律？

（2）该遗嘱是否有效？

在遗嘱继承方面，需要掌握的知识点包括：各国有关遗嘱继承的立法和实践差异的具体表现，遗嘱的实质要件及效力的法律适用问题，遗嘱形式要件的法律适用问题（需要了解海牙《遗嘱处分方式法律冲突的公约》的相关内容），以及遗嘱变更或撤销的法律适用。

我国《法律适用法》第 32 条规定，“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立”。第 33 条则进一步规定，“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律”。

落幕

2036 年，荤茵、似玉和如花在处理完季成在荷兰的遗产后，从荷兰飞回北京，飞机失事，三人均不幸遇难。三人也没有任何继承人。

【问题】

三人留下的中国境内遗产该如何处理？

本部分有关无人继承财产的内容，主要涉及无人继承财产的法律冲突（有关国家以什么名义或者资格取得无人继承的财产），以及无人继承财产的法律适用问题（无人继承财产的识别，以及无人继承财产的归属）。

我国对无人继承财产取得，所奉行的是先占权理论。《法律适用法》第 35 条规定，无人继承遗产的归属，适用被继承人死亡时遗产所在地法律。

如果想要一份所有问题的“标准答案”，您就等拿到书再看看何老师的解读吧！



《国际私法》

作者：何其生

ISBN：978-7-301-34402-6

定价：69.00 元

出版时间：2023 年 9 月

出版者：北京大学出版社

九、电影推荐

荐影 | 《诉讼》丨以色列婚姻家庭伦理片

2023-11-13 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/4hcjjkNsFbeyKODh__DGAg

《诉讼》



导演：罗内特·艾尔卡贝兹 / 施洛米·艾尔卡贝兹

编剧：罗内特·艾尔卡贝兹 / 施洛米·艾尔卡贝兹

主演：罗内特·艾尔卡贝兹 / 西蒙·阿布卡瑞安 / Shmil Ben Ari / 亚伯拉罕·切莱克塔尔 / 塞森·加布埃 / 更多...

类型：剧情

制片国家/地区：以色列 / 法国 / 德国

语言：希伯来语 / 法语 / 阿拉伯语

上映日期：2014-05-16(戛纳电影节) / 2014-10-22(法国)

片长：115 分钟

又名：离婚风暴 / 审判 / 判决 / 对薇薇安·阿姆萨勒姆的审判 / Gett: The Trial of Viviane Amsallem

IMDb：tt3062880

剧情简介

在以色列并不存在民事婚姻与民事离婚，所有的结婚与离婚必须在犹太教拉比的裁决下才能成为“合法”，然而丈夫一方的权利往往凌驾于第三方的裁决人之上。《诉讼》正是在这样背景下所讲述的故事。

故事的主人公薇薇安·阿姆萨勒姆自三年前已经提出结婚，然而她的丈夫伊莱莎并不同意。即使伊莱莎强硬地不肯妥协，薇薇安已经下定决心要争取自己的自由，然而宗教裁决人的态度却是暧昧不清。在三方拉锯的过程中，一幕幕悲剧与荒谬不断上演。

获奖记录

第 72 届金球奖 (2015)

电影类 最佳外语片(提名)

第 86 届美国国家评论协会奖 (2014)

五佳外语片

演职员简介



罗内特•艾尔卡贝兹 Ronit Elkabetz
导演 Director
代表作： 诉讼 / 乐队来访 / 列车上的女孩



施洛米•艾尔卡贝兹 Shlomi Elkabetz
导演 Director
代表作： 诉讼 / 我们的男孩 / 七天丧期



罗内特•艾尔卡贝兹 Ronit Elkabetz
演员 Actress
代表作： 诉讼 / 乐队来访 / 列车上的女孩



西蒙•阿布卡瑞安 Simon Abkarian
演员 Actor
代表作： 007：大战皇家赌场 / 我在伊朗长大 / 猎杀本·拉登

Shmil Ben Ari Shmil Ben Ari
演员 Actor/Actress
代表作： 诉讼 / 生命国界 / 浮世酒馆

亚伯拉罕•切莱克塔尔 Abraham Celektar
演员 Actor
代表作： 诉讼 / 生命国界 / 为爱起舞



塞森•加布埃 Sasson Gabai
演员 Actor
代表作： 第一滴血3 / 诉讼 / 乐队来访



克伦•莫尔 Keren Mor
演员 Actress
代表作： 诉讼 / 911事件簿 / 七天丧期



梅纳什•诺伊 Menashe Noy
演员 Actor
代表作： 诉讼 / 大坏狼 / 德黑兰 第一季



杰夫•里凡奇 Ze'ev Revach
演员 Actor
代表作： 诉讼 / 道别派对 / 魔宫战士

伊夫林•哈格尔 Evelin Hagoel
演员 Actor/Actress
代表作： 诉讼 / 鎏金的声音 / Benched



罗内特•艾尔卡贝兹 Ronit Elkabetz
编剧 Writer
代表作： 诉讼 / 乐队来访 / 列车上的女孩

施洛米·艾尔卡贝兹 Shlomi Elkabetz
编剧 Writer
代表作： 诉讼 / 我们的男孩 / 七天丧期





珍妮·拉波瓦里 Jeanne Lapoirie
摄影指导 Director of Photography
代表作： 八美图 / 每分钟120击 / 圣母

十、沙龙活动

讲坛综述 | 刘颖：交出未成年子女强制执行的立法论 | 第 34 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办

2023-11-06 家事法苑 家事法苑团队

https://mp.weixin.qq.com/s/t7LaVxfOjNJVcct7QCF3BQ



主题为“交出未成年子女强制执行的立法论”的家事法讲坛第 34 期于 2023 年 10 月 25 日晚上举办，活动通过“家事法苑”腾讯视频号同步直播，观看人数 1951 人，观看次数 2750 人次，最高在线 306 人，平均在线人数 214 人，全场较稳定收看人数 200-240 人左右，活动取得圆满成功。

本期讲坛主讲人是北京航空航天大学法学院刘颖副教授，与谈人分别是：南京师范大学法学院陈爱武教授、中国政法大学苑宁宁副教授、浙江省台州市椒江区人民法院方颖法官、北京市密云区人民法院法官助理张志国、陕西高瑾律师事务所高瑾律师。点评人是中国人民大学法学院孙若军教授。北京天驰君泰律师事务所段凤丽律师担任主持人。（嘉宾简介详见后附海报）

“家事法讲坛”由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所和中国人民大学民商事法律科学研究中心共同主办，北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队协办，创办于 2020 年 5 月。

开幕式

致辞人：

龙翼飞，中国人民大学法学院教授、博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学律师学院理事长，中国人民大学婚姻家庭法研究所所长，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长，中国法学会航空法学研究会副会长，北京市法学会民商法学研究会会长。



家事法讲坛是由中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心共同发起主办，北京天驰君泰律师事务所协办，邀请法律职业共同体各界嘉宾从多学科、多视角为民法典婚姻家庭编、继承编立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策，旨在进一步加强婚姻家事法领域理论界与实务届的交流。

抚养权执行难是司法顽疾。争议焦点在于，执行标的是什么？是债务人的行为，还是子女的人身。某种程度上来说，“抚养权执行难”是导致离婚诉讼中抢夺、藏匿孩子成风的重要原因。因此，厘清抚养权执行标的，对解决抚养权执行难起到至关重要的作用。

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刘颖副教授，与谈嘉宾分别是陈爱武教授、苑宁宁副教授、方颖法官、张志国博士(法官助理）、高瑾律师。下面我们有请主讲人刘颖副教授。

预祝本次讲坛圆满成功。

主讲环节

主讲人：

刘颖，北京航空航天大学“卓越百人”副教授、博士生导师；中国政法大学法学博士，日本中央大学法学博士；中国法学会民事诉讼法学会研究会理事，中国科学技术法学会理事，日本民事诉讼法学会正会员，日本比较法研究所研究员。



涉及子女抚养的生效法律文书一旦作出后能否得到有效执行，此乃执行实践中的重难点问题之一。我国《民事诉讼法》及相关法律、司法解释并无直接有关交出未成年子女的执行制度的规范，2022 年 6 月公布的《中华人民共和国民事强制执行法（草案）》第 194 条创设了交出未成年子女的执行制度，但在起草的研讨过程中仍存在争议较大的问题，亟待解决。

第一，引入交出未成年子女的执行制度的必要性。涉及子女抚养的生效法律文书是以交出未成年子女为给付内容，执行标的是债务人的行为，而非子女的人身。基于贯彻最有利于未成年子女的原则、平衡债权人与债务人之间利害、确保生效法律文书的执行力等理由，应当引入交出未成年子女的执行制度。

第二，交出未成年子女的执行方法。就间接强制而言，其主要适用于行为请求权的执行，能够促使被执行人交出未成年子女，应予肯定。就直接强制而言，应否允许执行机关采取将未成年子女领交执行债权人的直接强制措施，则存在观点分歧。我国台湾地区《强制执行法》第 128 条第 3 款肯定了直接强制的适用；日本《民事执行法》在 2019 年修法时增设了交出未成年子女的直接强制规则；我国现行法并未明文排除直接强制的适用。考虑到间接强制不一定能奏效，应当允许直接强制。建议在立法上规定间接强制前置的原则，同时也规定在执行机关作出间接强制的决定后经过较短的期间内执行债务人依然不履行交出子女义务的情形、以及其他不立即将子女从执行债务人

处带离将影响严重影响子女利益的情形，执行机关可以不经间接强制，径自采取直接强制。

第三，未成年子女拒绝的意思及其处理。能否以未成年子女拒绝被交出为由阻却执行，争议颇大。我国台湾地区《家事事件法》第 194 条以及日本《民事执行法》第 176 条将子女的意思纳入强制执行的考量范围，但这并不当然地导致执行不能。子女拒绝由债务人至债权人的直接抚养之下，不构成阻却直接强制的事由，建议立法草案删除有关子女拒绝则不得采取直接强制的规定。交出未成年子女的强制执行的实效性这一大前提下，执行机关在执行过程中应当充分地照顾到子女的身心，贯彻最有利于未成年子女原则的要求。

与谈环节

与谈人：

陈爱武，南京师范大学法学院教授、博士生导师，主要研究方向为民事诉讼法学、家事审判制度、亲属法学。中国法学会民事诉讼法学研究会常务理事、中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、江苏省法学会民事诉讼法学研究会秘书长。



刘颖老师的讲座《交出未成年子女强制执行的立法论》信息量很大，厘清了抚养权判决执行中的一些难点和困惑。刘老师域外相关规定，从比较法的视角对交付子女执行的立法和实践进行了细腻的解释和论证，有理有据，为该类问题的解决提供了强大的解释力。

今天我接着这个话题，谈一下交出子女强制执行难的前提性问题或者原因，即生活中常见的夫妻一方在离婚前后恶意抢夺藏匿孩子的现象。对此我谈以下几点看法：

首先，离婚案件中，抢夺藏匿孩子的现象屡禁不止。根据我国裁判文书网中相关案例统计，涉及到孩子抚养权和探望权起诉到法院的诉讼中，12.68%的案件伴有抢夺藏匿孩子的行为，且多数抢夺孩子的一方在后续判决中拒不履行交出子女义务。

其次，父母一方抢夺藏匿孩子，将给孩子带来极大的伤害。父母离婚时，对儿童的伤害是成人难以想象的，而离婚加上抢夺藏匿孩子，对孩子的伤害更甚！甚至对孩子的心理、行为、情绪等都带来巨大不良影响。

再次，关于抢夺藏匿孩子的行为性质。根据我国《未保法》第 24 条的规定，未成年人的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。这一规定表明抢夺、藏匿孩子是违法行为，同时也构成一种侵权行为，侵犯了夫妻另一方对子女的抚养权或监护权。

最后，如何规制抢夺藏匿孩子的行为？其一，将抢夺、藏匿子女的行为列入可以申请人身安全保护令情形；其二，落实交出未成年子女的强制执行制度；其三，加入国际公约，确立离境否决权，防止一方未经对方同意非法将儿童带离出境或非法滞留儿童。

与谈人：

苑宁宁，中国政法大学副教授，未成年人事务治理与法律研究基地副主任，法学博士，中国刑事诉讼法学研究会少年司法专业委员会委员。主要研究领域为未成年人法学、诉讼法学。



我认真聆听学习了主报告，主要有三方面学习体会，与大家分享。首先，非常赞同交出未成年人子女强制执行立法。之所以实践中出现以抢夺、藏匿方式争夺抚养权，在一定程度上就是缺乏抚养权强制执行制度。在没有完美理想方案的情况下，交出未成年子女强制执行与抢夺、藏匿未成年子女均会对未成年人造成负面影响，只能两权相害取其轻，抢夺、藏匿给未成年子女造成的伤害是无法忍受的。其次，在赞同交出未成年子女强制执行的前提下，强制执行的方式的确要深入研究、慎重论证，特别是直接强制执行应当更为慎之又慎。在强制执行过程中，有一个问题值得注意，那就是如何贯彻落实最有利于未成年子女原则，也就是儿童最大利益原则。一方面，法官关于抚养权的裁决是否真正体现了最有利于未成年子女原则，是极具挑战性的。不可否认，司法实践中法官极容易以自己的价值判断来替代所谓的儿童最大利益。另一方面，儿童最大利益是动态的，法官裁决时的儿童最大利益与执行时的儿童最大利益未必一致。一旦二者之间有较长的周期，就容易导致直接强制执行有悖于儿童利益。所以，设置相关的例外，是必需的。最后，除了强制执行之外，还应当考虑其他措施来预防抢夺、藏匿未成年子女。比如，抢夺、藏匿是对未成年子女身心的极大伤害，侵犯了未成年子女获得直接抚养人抚养的权利，可以认定为监护人严重侵害未成年子女的身心健康，并依据民法典有关规定撤销监护人资格。如此一来，间接抚养人就不再是监护人，其抚养监护未成年子女的正当性、合法性则不存在。这种负面评价，同样可以起到一定震慑作用。

与谈人：

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，主要研究方向：民商法和民事诉讼法。



关于“司法实践中抚养权无法执行理由”。主要有两种：一是强制执行的标的应为财物或行为，抚养权作为人身权不属于法律“强制执行”的范围；二是据以申请执行的法律文书，仅仅是对抚养的确权，没有给付内容。对于“拒绝执行”的第一个理由，正如刘颖老师所分享的，抚养权执行的标的是“行为”，一种“协助的行为”。对于“拒绝执行”的第二个理由。从比较法的视角来看待，确认抚养权的判项具有“可执性”，已经形成一个基本共识。

关于“抚养权执行的基本原则”。抚养权执行是一种身份权的执行。身份权执行与普通的财产权执行，在执行标的、执行理念、执行程序等诸多领域都存在巨在差异。身份权执行有其特有的原则。除了诸如“穷尽执行原则”、“及时执行、迅速执行原则”等《强制执行法》的一般原则之外，还必须“遵循儿童最大利益原则”及“谦抑原则”等。

关于“交出未成年子女的执行方法”。从种类上讲，有间接强制和直接强制的区别。应当允许采用直接强制的方法，由执行机关直接领交子女。在抚养权中，不能百分之百地顺从子女的意思。《强制执行法》第 194 条规定“满八周岁的子女明确表示反对的，不得领交”。该项规定，值得继续商榷。

关于“间接强制与直接强制的适用顺序”。如果仅仅采用间接强制就能促使执行债务人交出子女，那就无须采用直接强制的方法。

与谈人：

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，北京师范大学法学院在读博士，曾荣获北京法院第六届法官助理标兵荣誉称号。



我国抚养权案件的执行尚有一定争议，就抚养权案件执行中的一些关键问题亦存有较大分歧。家事裁判文书明确性不足（判决并未直接列明一方对另一方实现抚养权的协助义务或是排除妨碍的义务）、审执法官之间的认知偏差及相关配套措施不健全等因素，致使我国抚养权案件执行陷入困境。从维护司法判决权威、保护未成年人利益等方面的考虑，有必要对抚养权案件进行强制执行。

从司法实践来看，解决抚养权执行难要从理念更新、家事文书内容完善、强制带离措施适用等多个方面共同努力。

树立谦抑执行理念：鉴于抚养权案件执行的特殊性，根据未成年人利益最大化原则，要最大程度减少执行过程对未成年人的负面影响，为此要树立谦抑执行理念，不能简单采取强硬措施，应有通过调解、信用惩戒、罚款、拘留等方式，促使被执行人主动将未成年人交由申请人进行现实抚养。

完善家事裁决文书的内容：在文书中明确抚养权判决中的被执行人协助义务或其他义务，以解决因被执行人义务不明确而导致的无法执行问题

强制带离措施的适用。强制带离措施作为抚养权案件执行过程中的兜底性措施，要谨慎采取。对于年满 8 周岁的未成年人要征求其意见，明确表示不同意的，不宜采取强制带离。另外，从稳定未成年人子女的监护管教状态、保护未成年人利益的方面进行考量，要对强制带离措施适用进行必要限制，对现实的抚养关系形成 3 年及其以上的案件不宜采用，以防止强制带离给未成人带来的二次伤害。

与谈人：

高瑾，陕西高瑾律师事务所主任，陕西省未成年人保护协会委员，陕西省妇联维护妇女儿童权益法律服务站负责人。



本人《关于交出未成年人子女强制执行之法律思考》，从家事律师日常实务当中遇到的常见情形及法律尴尬入手，将未成年人在现实当中父母一方长期抚养、爷爷奶奶（外公外婆）实际抚养以及因未充分关注年满 8 岁的未成年人真实意愿而造成的生效裁判文书在司法实践当中不能得以兑现的三种情形予以客观揭示，并将法院在通知催告、甚至将被申请人列入失信人名单，并以拘留、罚款等形式迫使其履行判决仍未奏效的状态展现出来，由此梳理总结出致使生效裁判文书不能强制执行的原因：1. 交出孩子是否真正有利于其身心健康不能确保；2. 孩子的意愿不能充分得到关注；3. 孩子在父母亡故前提下爷爷奶奶（外公外婆）的拒绝；4. 生效裁判文书作出的交出未成年人之结论正确的唯一性无法确保。由此得出交出孩子的事项在立法层面未必全面干涉就是完全利好的事情，其中对于法律干涉的必要性无异议，但是针对干涉的层次与程度认为需要控制在

符合现实情况的范围内，以充分发挥法律在适用当中的积极效用。

本人针对解决现实问题的思路，提出了在法院执行阶段充分与申请人与被申请人沟通，寻找解决问题的新路径以及通过实际试点的方式从实际出发积极应对现状，在此基础上又从婚姻家庭领域的特殊属性出发提出了适度强制干预之观点，建议立法层面应当在实际调研、试点以及综合论证之后再推出关于交出未成年人强制执行之相关立法。

点评环节

点评人

孙若军，中国人民大学法学院教授，中国人民大学婚姻家庭法研究所执行所长、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事。

今天讲坛的主题是一个既困扰当事人，也困扰人民法院的问题。感谢刘老师和各位嘉宾的精彩分享。

人身不能作为强制执行的标的，这是理论界的共识。但鉴于司法现状和社会现实，《民事强制执行法（草案）》第 194 条规定：“人民法院也可以将该子女领交抚养人。但是，满八周岁的子女明确表示反对的，不得领交。”对此，我想谈两点：

第一，《草案》规定的“人民法院也可以将该子女领交抚养人”是不得已的做法，这里的“也可以”，应当解释为刘老师提出的，间接执行为原则，直接执行为例外。换句话说，《草案》的第 193 条和 194 条不应当是并列关系，不能解释为既可以间接执行，也可以直接执行。直接执行对儿童造成的负面影响很大，除特殊情况外，对儿童不宜采用直接执行的措施。同时，我赞同《草案》规定的“满 8 周岁的子女明确表示反对的不得领交”，不认同刘老师提出的，子女拒绝的，不构成阻却直接执行的事由的意见。因为《民法典》第 1084 条的规定是“子女已满 8 岁的，应当尊重其真实意愿”，即只要是 8 岁以上儿童的真实意愿，法官就不能以个人的主观判断替代儿童的决定，否则将与实体法的规定相悖。

第二，对儿童实施直接执行的前提，是建立在人民法院对抚养权归属的判决是符合儿童利益最大化基础上的。但儿童抚养权的确定是一个非常专业的问题，国外法官裁判的依据不仅有儿童福利官（儿童专家）的评估意见，而且还有社会工作者及其亲友的意见。很显然，目前我国法官不具备这个条件，从这个意义上讲，如果人民法院决定对儿童实施直接执行，应当先请儿童专家进行评估，包括直接执行的必要性和可行性，以及安排对儿童后续的心理辅导等。我注意到《草案》第 195 条对拒绝探望的儿童，明确要安排专家做心理辅导，但对直接执行的却没有相关规定，这是有失妥当的。

事实上，对儿童不实施直接执行，是有很多替代方案可以适用的，如人身安全保护令、拒不执行法院判决，等等，要尽可能的避免因小失大，导致直接执行的后果并不符合儿童的利益，且伤害到儿童的心理健康。

最后再次感谢刘老师和各位嘉宾，谢谢各位听众的参与和支持，谢谢晓林团队，感谢大家！

主持人

主持人：

段凤丽，北京天驰君泰律师事务所合伙人、“家事法苑”团队成员

活动圆满成功，家事无小事，共同关注，共同努力，共同推动；期待下期再见面。

预告

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：

王葆莳，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

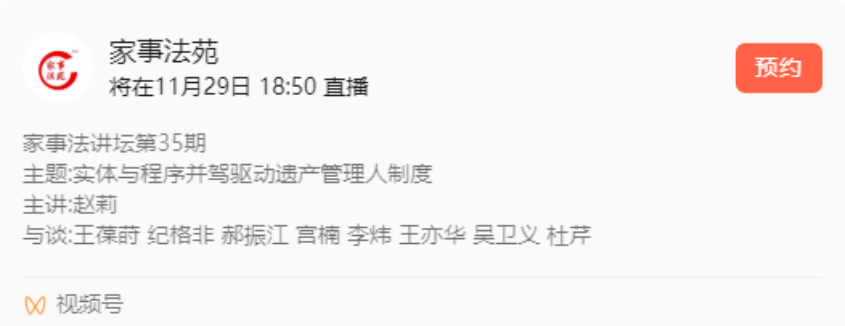
吴卫义，上海海若律师事务所主任

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



家事法讲坛（线上）第 36 期

主题：涉外遗嘱信托案件的法律适用

时间：2024 年 1 月 17 日（周三）18:50-21:00

主讲人：汪金兰，安徽大学法学院教授、中国国际私法研究会常务理事

与谈人：

赵宁宁，万商天勤(上海)律师事务所合伙人、中国国际私法研究会常务理事

其他嘉宾邀请中，见后续通知

点评人：龙翼飞、孙若军，中国人民大学法学院教授

主持人：邓雯芬律师







关于父母为子女婚后购房出资问题统一裁判标准再探讨研讨会议程丨浙江省法学会婚姻家庭法学研究会、北京市法学会妇女法学研究会主办

2023-11-17 家事法苑

https://mp.weixin.qq.com/s/E8yR1rw_Wwuh9pIi1OuCSw

2011 年 8 月，最高人民法院《婚姻法》司法解释（三）公布后，其中第 7 条关于父母给子女婚后购房出资问题引发极大争议，还衍生出父母与子女间民间借贷争议问题。这是涉及民生的最普遍问题，司法审判实践裁判尺度不一，严重损害司法权威，当事人利益得不到有效保障。

2020 年 12 月民法典婚姻家庭编司法解释（一）公布后，此问题争议仍在继续，已引起各方的高度关注，亟待统一司法裁判尺度。

家事无小事，特组织这次研讨，法律职业共同体，各界别嘉宾从不同视角建言献策。

主办单位：浙江省法学会婚姻家庭法学研究会

北京市法学会妇女法学研究会

承办单位：北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会

协办单位：北京市天驰君泰律师事务所

时间：11 月 24 日（周五）14:00--17:30

研讨形式：线下主会场结合线上直播

主会场：北京市朝阳区北辰东路 8 号汇宾大厦 A 座 6 层多功能厅

（线下须报名确认参会资格）

线上直播平台：“家事法苑”视频号（不能到现场的嘉宾在腾讯会议分享）

开幕式：

主持人：柯溪，浙江泽大律师事务所合伙人，浙江省婚姻家庭法学研究会常务理事

领导致辞：

杨必明，浙江省法学会副会长，浙江省司法厅一级巡视员

柯直，浙江泽大律师事务所合伙人，浙江省法学会婚姻家庭法学研究会会长

宇文鸿雁，北京市安理律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会主任

孙刚，北京天驰君泰律师事务所合伙人，管委会委员

一、引导性发言、典型案例审判动态

主持人：曹雁，北京道可特律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会秘书长

杨晓林，北京天驰君泰律师事务所合伙人，中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事

徐文丽，山东建仑律师事务所合伙人，山东省淄博市律师协会婚姻家庭委员会副主任

毕晓君，北京天驰君泰律师事务所济南分所合伙人，北京天驰君泰律师事务所婚姻家事专业委员会秘书长

二、关于父母为子女婚后购房出资问题再探讨

主持人：怀向阳，北京市盈科律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副主任

1、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，于程远，中国政法大学民商经济法学院副教授

2、父母为子女购房出资时的合同：出借抑或赠与，王文娜，首都经贸大学法学院讲师

3、民法典体系下父母为已婚子女购房的返还进路，寇枫阳，吉林大学法学院博士研究生

4、父母出资购房裁判的经济学分析，杨竹一，上海格联（成都）律师事务所副主任，成都市律师协会婚姻家事专业委员会副主任

三、父母与子女间民间借贷诉讼中举证责任界定以及与离婚诉讼程序衔接探讨

主持人：易轶，北京家理律师事务所主任、北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副主任

1、父母为子女婚后购房出资引发的民间借贷纠纷的处理，邓雯芬，北京天驰君泰律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副主任

2、父母出资为子女买房实务研究——借贷证据认定及债务承担定性，李慧萍，上海家与家律师事务所合伙人，上海市某法院家庭纠纷特邀调解员

3、父母出资购房问题在离婚程序中的解决路径建构，高蕾，北京志霖律师事务所合伙人，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事

4、为子女购房出资还是子女代持房产？——以一起代持纠纷看各方权益保护的解决路径，桂

芳芳，北京植德（上海）师事务所合伙人，上海市律师协会婚姻家庭业务研究委员会副主任

四、与谈人

主持人：苗莉莉，北京乾成律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副秘书长

1、王志锋，天津益建(宁河)律师事务所律师

2、公维亮，北京天驰君泰律师事务所上海分所管委会主任，北京天驰君泰律师事务所婚姻家事专业委员会副主任

3、万 薇，湖南云天律师事务所合伙人，湖南省律师协会婚姻家庭法律事务专业委员会主任

4、王秀全，北京济和律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副主任

五、嘉宾点评

主持人：刘慧，北京冠衡律师事务所合伙人，北京市朝阳区律师协会婚姻家庭业务研究会副主任

1、田韶华，河北经贸大学法学院教授，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事

2、裴桦，浙江万里学院教授，浙江省法学会婚姻家庭法学研究会副会长

3、魏小军，杭州师范大学法学院副教授、杭州市律师协会家事专业委员会主任

4、雷春红，浙江工业大学法学院副教授，中国法学会婚姻家庭法学研究会理事

5、黄玉强，浙江省金华市中级人民法院民四庭庭长

闭幕总结：

张承凤，四川明炬律师事务所合伙人，全国律师协会婚姻家庭法专业委员会副主任

马忆南，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、北京市法学会妇女法学研究会会长

柯直，浙江泽大律师事务所合伙人，浙江省法学会婚姻家庭法学研究会会长

附件

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

（2019 年 2 月修订版）

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影.音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

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

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家事继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家事案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与家事主题相关及交叉领域的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文的文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影.音乐群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1.律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2.公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3.学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4.学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5.法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6.民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报（下载：http://www.famlaw.cn/download.aspx）

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络(个人网站、博客、公号等自媒体)、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或为其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理员的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日